

國立交通大學

管理學院碩士在職專班科技法律組

碩 士 論 文

美國聯邦民事訴訟程序法有關證據開示程序之研究
—以電子化儲存資訊為中心

*A Study on the US Federal Rule of Civil Procedure
—Electronic Discovery Amendment*

研 究 生：楊佩文

指 導 教 授：王敏銓 教授

胡亦台 教授

中 華 民 國 九 十 八 年 十 二 月

美國聯邦民事訴訟程序法有關證據開示程序之研究
—以電子化儲存資訊為中心

***A Study on the US Federal Rule of Civil Procedure
—Electronic Discovery Amendment***

研究生：楊佩文

Student : Pei-Wen Yang

指導教授：王敏銓

Advisor : Ming-Chiuan Wang

胡亦台

Yitai Hu



A Thesis

Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Technology Law

December 2009

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十八年十二月

美國聯邦民事訴訟程序法有關證據開示程序之研究 —以電子化儲存資訊為中心

學生：楊佩文

指導教授：王敏銓 博士
胡亦台 博士

國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組

摘 要

美國聯邦民事訴訟程序法於 2006 年底做了部分條文的更動，這是自 1970 年以來，美國民事訴訟程序法上最大且最重要的修法。本次修法的主要目的，係為因應科技的進步和發展，意欲對困難及騷擾性的電子郵件及其他電子儲存媒介的證據開示程序提供更明確及完整的規範與保護，也就是所謂的「電子化儲存資訊」(electronically stored information)的修法。其修法幅度之大，已使學界和律師界，針對這個主題產生了相當多的討論文章、法學評論及書籍來討論法律界應如何因應新的證據開示程序的改變。

民事訴訟案件，尤其是企業的訴訟，通常會產生數量龐大的電子化儲存資料。然而，大部分的企業並不了解，在訴訟的過程中，對於保存及提供這些資料負有何種責任。台灣企業大多對美國證據開示制度並不熟悉，更遑論電子化儲存資訊這樣進階版的複雜問題。而根據 IDC 的報告，目前之商業往來文件，超過百分之九十九是以電子化方式來產生與儲存。電子化儲存資訊相較於紙本文件，更容易被傳播、複製、及修改，因此，證據開示程序的成本、被主張證據毀損的風險及濫用證據開示程序的威脅都隨之增加，所以更應被清楚的規範其保存及使用之方式。本研究之結果期能提供國內企業對美國 2006 年之電子化證據開示修法有更深一層的認識，以作為因應美國民事訴訟程序之參考。

本文首先介紹電子化證據開示之發展、修法與變革，並佐以 Advisory Committee Notes 之立法理由，以利讀者對法律面有更深入的了解。其次整理電子化儲存資訊證據開示之相關議題，及其相關案例之研究與評析。於律師之義務及倫理方面，則介紹秘密通訊之特權及工作成果保護在證據法上的意義、證據法因應民事訴訟程序法所新增訂法律的介紹，及實務界對電子證據開示問題之最佳執行方案。在電子化儲存資訊所衍生問題之實證研究上方面，以摘要美國司法中心對民事訴訟電腦化資訊證據開示問題之質化分析內容，及對國內企業訪談記錄為主。最後，以國內外對民事訴訟電腦化資訊證據開示問題之綜合結論為基礎，提出對台灣企業面對電子化證據開示之建議及結論。

A Study on the US Federal Rule of Civil Procedure
—Electronic Discovery Amendment

Student : Pei-Wen Yang

Advisors : Dr.Min-Chiuan Wang
Dr.Yitai Hu

Institute of Technology Law,
National Chiao Tung University

ABSTRACT

United States Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) went through some revisions to part of its rules in the end of 2006. It is one of the most important changes and amendments to the FRCP since 1970. The main purpose of the amendment is to address the latest technology advancement and development. This is also known as the amendment to “Electronically Stored Information” (ESI). Civil lawsuit, particularly those that involved corporate cases, tend to produce a great amount of ESI. However, most companies do not understand what kind of responsibility they have toward preserving and producing this type of information during the legal proceedings. Compared with paper, ESI is easier to transmit, duplicate and modify. As a result, the cost in discovery process, the risk of claim evidence spoliation, and the threat of discovery process abuse, all increase accordingly. Hopefully, the findings of this research can provide Taiwan companies an in depth understanding on the amendment of the United States E-discovery rules in 2006.

The thesis first introduces the development, amendment and transformation of E-discovery along with the legislative reason of the Advisory Committee Notes, in order for the readers to have a more thorough understanding from the legal aspect. Second, it goes over relevant subjects of discovery in ESI and the research and review of related case study. In the aspect of legal ethics, it introduces the attorney-client privilege and work product immunity in the context of Federal Rule of Evidence (FRE), as well as the amendment in FRE in response to FRCP, and the best practice for the real world toward E-discovery issues. The empirical study on the derivative issues of ESI, this thesis focuses mainly on “A Qualitative Study of Issues Raised By the Discovery of Computer-Based Information in Civil Litigation” conducted by the US Federal Judicial Center, and the records of interview collected from Taiwan enterprise. Lastly, based on the general conclusion of domestic and foreign E-discovery issues in civil legal proceedings, this article brings up its suggestion and conclusion for Taiwan enterprise facing E-discovery in future US civil legal proceedings.

誌 謝

終於畢業了，心情是高興的，也是感傷的。高興的是自己又完成了一個新的挑戰，感傷的是又要再一次終結學生的生活。就讀科法所期間，我的人生產生了很大的變化，進入交大，二年後到美國印第安那大學 Bloomington 法學院取得 LLM，畢業後在美國的律師事務所實習，再回到國內工作。這七年多的時間裏，我從一個對自己沒有什麼信心的企業小法務，到後來可以在工作上揮灑自如，憑藉的是我在科法所的期間內，學習到如何解決問題的方法和一定要將問題解決的毅力。

我不想遺漏任何一位，所以我感謝每一位曾經指導過我的老師，不管在當時有多麼的「痛不欲生」，我現在可以感受到你們當時的用心；感謝劉尚志教授、王敏銓教授及胡亦台教授，在我申請美國學校時，給予的協助，沒有你們，我一定無法完成我的夢想；感謝論文指導老師王敏銓教授及胡亦台教授，在我撰寫論文期間所給予的耐心指正，沒有你們的悉心指導，我一定無法完成我的論文。我也感謝每一位曾經和我一起並肩作戰的同學，沒有你們的支持和共同奮鬥，我一定無法走得這麼遠，從你們的身上，我學到的比書本上的還要多。我也感謝協助我、提供我資料完成論文的朋友，在百忙之中，你們還抽空回答我的問題；還有，我也感謝我的家人和朋友，沒有因為我在學過程中的偶爾自閉而離棄我；我也感謝 Ben 和小妞，在我撰寫論文的過程中，始終陪伴著我，並且給予我最大的鼓勵和協助。

原本，我對自己人生的選擇也有些掙扎，不知道選擇法律這條路，是否正確。而交大科法所給我這個機會，讓我一窺廟堂之美，了解到法律有趣的地方。不像以前，總認為法律是一門枯燥無味的學問。在這裏，我看到自己的不足，也了解到自己的能力。看到自己的不足，才知道還有更多需要充實，才能使自己更加飽滿；了解自己的能力，才知道即使有所不足，只要更加努力，仍有達到目標的一天。如果在這七年多的時間裏，我有所成長，我要感謝科法所這個大家庭給我的這個機會。

最後，謹以此文獻給我摯愛的家人、師長及朋友

楊佩文 謹誌於民國九十八年十二月

目 錄

	頁次
中文摘要	i
英文摘要	ii
誌 謝	iii
目 錄	iv
圖表目錄	vii
第壹章、 緒論	1
第一節、 研究動機	1
第二節、 研究目的	4
第三節、 研究範圍與方法	6
第四節、 論文架構	7
第貳章、 電子化證據開示(electronic discovery)之發展、修法與變革	8
第一節、 證據開示程序之介紹	8
第一項 證據開示程序之功能及價值	8
第二項 證據開示程序之範圍及限制	8
第三項 證據開示之方法	9
第四項 證據開示程序之例外	10
第五項 違反證據開示程序之制裁	10
第二節、 電子化儲存資訊之特性	12
第一項 異於傳統的概念	12
第二項 動態的特性	13
第三項 龐大的資料數量	13
第四項 難以清除的耐久性	15
第五項 不易掌握的複本數量	15
第六項 資料提供的形式	15
第七項 詮釋資料(metadata)	17
第八項 其他	18
第三節、 美國聯邦民事訴訟程序法之立法權責及修法緣起	19
第一項 立法權責	19
第二項 2006 年之前歷次修法沿革	21
第三項 1983、1993、及 2000 年修法之效果	26
第四項 2006 年修法過程	27
第四節、 電子化證據開示之修法內容	29
第一項 「電子化儲存資訊」(electronically stored information)的新觀念及承認存在系統中的資料	30
第二項 書面質詢程序配合電子化儲存資訊之修正	32

第三項	早期注意及揭露中與電子化證據開示程序相關之問題.....	33
第四項	「取得」(accessibility)的新觀念.....	36
第五項	「取回」(retrieval)的新程序.....	39
第六項	「免責條款」(safe harbor).....	41
第七項	第 45 條之修正.....	43
第五節、	美國各州對電子化儲存資訊證據開示程序之適用.....	46
第參章、	電子化儲存資訊證據開示之相關議題.....	48
第一節、	文件保存及毀棄之責任(preservation and spoliation issues).....	48
第一項	文件保存責任開始之時點.....	48
第二項	毀棄電子化儲存資訊之免責條款.....	49
第三項	文件保存責任之發佈.....	49
第四項	案例分析.....	50
第二節、	電子化儲存資訊可開示的範圍與限制.....	53
第一項	一般證據開示的範圍與限制.....	53
第二項	可以合理取得與無法合理取得之資料.....	53
第三項	案例分析.....	55
第三節、	從無法合理取得之來源提供證據開示的條件.....	57
第一項	費用移轉(cost-shifting).....	57
第二項	其他條件.....	57
第三項	Zubulake 要素.....	58
第四項	案例分析.....	59
第肆章、	律師之義務及倫理.....	61
第一節、	秘密通訊之特權(privilege)及工作成果保護.....	61
第一項	法源依據.....	61
第二項	有關秘密通訊之特權及工作成果豁免權棄權之限制.....	63
第三項	電子化儲存資訊對「律師—當事人秘密通訊特權」的影響及所產生 的相關問題.....	66
第四項	律師的難題.....	71
第二節、	電子證據開示問題之最佳執行方案.....	72
第一項	The Sedona Conference.....	72
第二項	民事證據開示準則(Civil Discovery Standard).....	79
第三項	複雜性訴訟手冊第四版(Manual for Complex Litigation Fourth (2004))	80
第伍章、	電子化儲存資訊所衍生問題之質化分析.....	81
第一節、	民事訴訟電腦化資訊證據開示問題之質化分析.....	81
第一項	研究背景介紹.....	81
第二項	結論摘要.....	82
第三項	研究方法及研究限制.....	82

第四項	問卷調查的結果	85
第二節、	國內企業訪談	95
第一項	研究背景	95
第二項	訪談對象	95
第三項	結論摘要	95
第四項	訪談內容	96
第陸章、	建議與結論	103
第一節、	對台灣企業因應電子化證據開示之建議	103
第二節、	結論	113
參考文獻	114



圖表目錄

圖表 1.	Fed. R. Civ P. 26 (b)(2)(B)電子化儲存資訊的特殊限制	38
圖表 2.	美國各州對電子化儲存資訊之證據開示之適用圖	46
圖表 3.	電子化儲存資訊證據開示接受問卷調查的人數分析	83
圖表 4.	電子化儲存資訊證據開示接受問卷調查的人數比例	83
圖表 5.	司法行政法官具有處理電子化證據開示經驗案件之分類與比例	85
圖表 6.	具有處理電子化證據開示經驗之司法行政法官人數百分比	86
圖表 7.	司法行政法官處理電子化證據開示之案件數目百分比	87
圖表 8.	司法行政法官具有處理此項電子化證據開示問題之分類與例	88
圖表 9.	具有處理此項電子化證據開示問題之司法行政法官人數百分比	89
圖表 10.	司法行政法官處理此項電子化證據開示問題之案例數目百分比	89
圖表 11.	電腦鑑識顧問處理過電子化證據開示的案例之分類與比例	90
圖表 12.	具處理電子化證據開示經驗之電腦鑑識顧問人數百分比	91
圖表 13.	電腦鑑識顧問處理電子化證據開示之案件數目百分比	91
圖表 14.	電腦鑑識顧問具有處理此項電子化證據開示問題之分類與比例	92
圖表 15.	具有處理此項電子化證據開示問題之電腦鑑識顧問人數百分比	93
圖表 16.	電腦鑑識顧問處理此項電子化證據開示問題之案件數目百分比	93
圖表 17.	案例研究遭遇之問題類別	94



第壹章、緒論

第一節、研究動機

近年來，台灣對美國的貿易量增加，且由於優異的產品開發能力，逐漸成為美國企業的競爭對手，再加上美國法院及美國國際貿易調查委員會(International Trade Committee)的民事訴訟程序，相較於國內，似乎來得較有效率，亦或是因為其結果較有嚇阻力之關係，國內企業除了面對國外競爭對手時，會於美國境內提起訴訟外，對於國內競爭對手在美國設有公司者，或美國法律有管轄權之情形，亦喜於美國興訟。然而，除了龐大的訴訟費用外，面對完全不同的訴訟制度，也對國內的廠商或未接觸過英美法的法務人員及相關支援訴訟的工作人員，造成了相當大的壓力。

在尚未接觸美國法律與實際參與美國訴訟程序前，筆者對於美國民事訴訟程序何以比國內更有效率，亦懷有深切之疑問。經過一段時間研究及處理實際民事訴訟案件後發現，在美國民事訴訟制度中，審判之前(pretrial process)相當時間的證據開示制度(discovery)及採證程序(deposition)，訴訟當事人間基於訴訟之效益，會自行將爭點限縮，於開庭時僅將兩造間仍有爭議的部分，提供充分及有把握之證據，由法院來審酌及裁判。然而，美國民事訴訟制度何以能規範當事人，使兩造遵守著證據開示制度之遊戲規則，在不論其證據對自己有利或不利的情况下，都必須適時有效地提供其所支配之所謂「與本案訴訟相關之資料」(relevant document)予對造？相信是慣常於處理國內訴訟案件之人所難以理解的。

台積電法務長杜東佑在 440 期的天下雜誌¹專訪中提到，在台積電與中芯的商業機密剽竊案中，為掌握證據，台積電選擇到有證據開示程序的美國法院來興訟，就是最好的實例。他提到，台積電必須藉由提出告訴來獲取及保全證據，以利後續調查。也是因為廣泛的證據開示程序，台積電才得以了解，中芯實際上持有台積電一萬五千份文件，長達五十萬頁的資料。也可以說，台積電是因為發動訴訟案後，利用美國民事訴訟程序中的證據開示制度，才知道事情有多麼嚴重。

猶記過去台灣專利法修法前，侵權人還負有刑事責任時，專利權人尚能利用刑事之搜索扣押程序，有效地取得相關事證。否則，一到法庭，被告一定無所不用其極地阻止原告要求提供對自己不利的證據。即使在搜索扣押或證據保全程序中，有經驗的當事人

¹ 參照王曉玫，智財戰換中國半導體江山，台積電不消滅中芯的秘密，天下雜誌，第 440 期，2010 年 1 月，available at <<http://www.cw.com.tw/article/index.jsp?page=1&id=40105>> (last visited Mar. 1, 2010)

不僅不會合作，還會盡其所能地阻撓扣押或程序之進行。若非在對造經驗不足之下，在這些程序中，想要取得有效的事證，或許必須視其運氣好不好。否則花了大錢去做搜索扣押或證據保全程序，碰到頑強或狡猾的對造，極可能無功而返，什麼有用的證據也沒有取得。

從以下的案例可以一窺美國民事訴訟程序之效率。在 *Kamatani v. Benq Corp.*² 的案件中，法院在對 BenQ(即台灣的明基電子)違反法院命令及規定時，先准許了二次較少的罰金以示預警懲罰，但在法院駁回 BenQ 對原告之證據開示要求範圍所為之異議程序時，也認為 BenQ 在證據開示過程中，不僅是故意，也是惡意對其與其他關係人之關係、及其與美國 BenQ 公司之銷售關係，向法院隱匿或為不實之陳述。因此，法院判決 BenQ 必須支付原告有關此一聽證會(show cause hearing)之律師費及相關費用，並於 30 天內支付法院約相當於新台幣一千七百萬(US\$500,000)之高額罰金(fine and restitutions account of the court)。其判決理由為：法官必須保護法院的名聲，對於一直違反法院命令的 BenQ，相較其所銷售數億金額之數位影碟機而言，這個金額是適當的。當然，法院也希望，這樣的金額足以對 BenQ 達到警示效果，不要繼續違反法院的命令。除此之外，法院也提到，希望其他的或未來的訴訟當事人，也可以從這樣的判決中，學習並警惕自己，不要輕忽法院對證據提供的要求，以維持證據開示程序的精神及遊戲規則。於是，在這個案子中，法院最後對 BenQ 施以了高額罰金的制裁。

這是一個有趣的案例，在開庭前的訴訟準備期間，證據開示程序(discovery)使得民事訴訟的當事人，在最大限度內，相互獲取對方或案件第三人所持有的，與案件有關的資訊和證據，這對於整理和明確案件爭點具有積極之意義。訴訟開始之後，兩造可以經由有技巧的證據開示程序及書面質詢(interrogatories)蒐集各種資料，分析判斷各項證據間之關係，以判斷勝訴之可能性。傳統大陸法系國家的民事訴訟程序，一般奉行證據隨時提出主義，我國亦屬此範疇。與同樣是採當事人進行主義的台灣民事訴訟程序相較，美國聯邦民事訴訟可以達到這樣的效果，無非是相當令人驚訝的。

經由資料的收集，發現美國聯邦民事訴訟程序法於 2006 年做了修訂，意欲對困難及騷擾性的電子郵件及其他電子儲存媒介的證據開示程序提供更明確及完整的規範與保護，也就是所謂的「電子化儲存資訊」³ (electronically stored information)的修法。其大幅度的修法，使得學界和律師界針對這個主題產生了相當多的討論文章、法學評論及書籍。也舉行了上百場甚至上千場的會議或專題研討會來討論律師們應該如何因應新的證據開示程序的改變。

筆者自 2005 年開始著手研究這個議題以來，歷經美國事務所實習，並於擔任國內企業法務時，參與了完整的美國民事訴訟案的進行，發現大部分台灣企業對美國民事證

² *Kamatani v. Benq Corp.* Not Reported in F.Supp.2d, 2005 WL 2455825 (E.D.Tex.)

³ Electronically Stored Information, 縮寫為 ESI。本文譯為「電子化儲存資訊」。

據開示制度非常不熟悉，更遑論「電子化儲存資訊」這樣的「進階版」的複雜問題。根據 IDC 的報告，目前之商業往來文件，超過百分之九十九是以電子化方式來產生與儲存。而「電子化儲存資訊」相較於紙本資料，更容易被傳播、複製、及修改，所以更應被清楚的規範其保存及使用之方式。在書面化時代即將消失的今天，所有有機會面臨美國民事訴訟的企業及人員，都應該對這個議題多加關注。本研究之結果，期能提供國內企業對美國 2006 年之電子化證據開示修法，有更深一層的認識，以作為因應美國民事訴訟程序之參考。



第二節、 研究目的

美國聯邦民事訴訟程序法在 2006 年底做了部分條文的更動，這是自 1970 年以來，美國民事訴訟程序法上最大且最重要的變更，甚至可以說是自 1938 年美國民事訴訟程序法立法以來，最重要的一次修法。本次修法的主要目的，係為因應科技的進步和發展，而改變的迥異於傳統的紙本資料儲存方式—電子化儲存資訊—為主的修法。

民事訴訟案件，尤其是企業的訴訟，通常會產生數量龐大的電子化儲存資料。然而，大部分的企業並不知道，在訴訟的過程中，他們對於保存及提供這些資料負有何種責任。很顯然的，世界在改變，證據開示程序的成本、被主張證據毀損的風險及濫用證據開示程序的威脅也都隨之增加。有關電子證據開示的顧問和法學延續教育⁴的提供者亦不斷在這個領域中蓬勃地發展。

雖然修訂的法令及委員會的註解(Committee Notes)可做為很有影響力的參考，但是法院在處理電子化儲存資訊證據開示(electronic discovery)⁵的案件時，除了針對該特殊案件之事實外，仍少提出有意義的共通性指導方針。且在聯邦法中，亦沒有規範或提及如何適用於州法院的民事訴訟程序及於其他爭端解決機制的適用。因此，似乎對當事人、律師及電子證據開示的支援產業來說，在普通法案例不足，不能及時補充成文法不夠詳盡之情況下，如何將電子化儲存資訊做最完善的保存，對於實務工作者不啻為相當大的疑問及造成極大的困擾。

法院在 *Qualcomm v. Broadcom*⁶ 的案子中提到，訴訟代理人必須做到「合理詢問」(reasonable inquiry)來確認客戶已經提供了足夠的與該爭議案件相關的文件。但是，台灣廠商在普遍不了解美國民事訴訟程序法之情況下，要如何能了解，訴訟代理人是否已經盡到合理的詢問義務？然而，在法院判決當事人違反證據開示義務時，卻是同時針對當事人，以及訴訟代理人⁷課以罰金。意即，當訴訟代理人未能盡其責時，委託人亦會受

⁴ 即 Continuing legal education。美國的律師通常被要求在一定的時間內，需要參加某特定時數的課程。即律師的在職進修教育。CLE 通常會開設最近熱門的相關主題供律師們進行專業的在職進修課程。

⁵ Aaron L. Walter, *The New Face of Electronic Discovery: Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure May Tame Electronic Discovery's Wild West*, "It has been referred to by courts, commentators, and practitioners as "ED" (electronic discovery), "EDD" (electronic data discovery), digital discovery, e-discovery (with or without a hyphen), and as I simply describe it – electronic discovery. While electronic discovery is not a new phenomenon for some practitioners and private discovery firms, it is cutting edge enough that there is not even a standard name for the legal genre." available at: <<http://www.law.uga.edu/news/advocate/fall2005/walter.pdf>> (last visited Dec. 7)

⁶ *Qualcomm v. Broadcom*, 2008 WL 66932 (S.D.Cal., Jan 7, 2008), vacated, *Qualcomm v. Broadcom*, 2008 WL 638108 (S.D.Cal., March 05, 2008).

⁷ Shannon M. Awsumb, *See Navigation E-discovery: How to Avoid Common Pitfalls*. *Bench&Bar of Minnesota*. (Oct. 2008). "Failure to conduct a "reasonable inquiry" into electronically stored information could cause attorneys to violate discovery rules and ethical obligations and thus face considerable sanctions." available at <www.mnbar.org> (last visited March. 13, 2009)

到違反證據開示規定的制裁。在這樣的情況下，台灣企業就不能不了解證據開示相關的法令及規定，而僅單方地依賴著訴訟代理人來處理所有證據開示程序中之問題。在 2006 年修法之後，新法尤其賦與當事人更多的義務來提供以電子化方式儲存的文件。因電子儲存資訊較傳統書面化文件有較不占體積及容易搜尋的優點，相較於過去，現在的訴訟所必須提供的資料數量，實在是多得太多了，而且重覆性高，資料亦容易散置於各處(每位員工都是一個資料中心)。若法律未對此議題加以特別之規範，訴訟產生時勢必會對當事人造成極大的困擾。而沒有適當的處理電子證據開示程序，不僅對訴訟代理人，也會對訴訟當事人造成嚴重的後果。

本論文希望能將美國聯邦民事訴訟程序法於 2006 所修訂的內容中，有關電子化儲存資訊的證據開示之相關法律規定，以及雖然為數不多，但仍具代表性之相關案例法做一有系統的蒐集、整理與研究，並提出建言，期能提供台灣企業於美國發動或面臨訴訟威脅時，有一明確的方向及參考，以避免因為不了解、不熟悉美國聯邦民事訴訟程序法之電子化儲存資訊之證據開示相關法令，而一再發生被課以龐大罰金之情形，或產生不必要的花費，甚至耽誤訴訟正常、合理之進行。



第三節、 研究範圍與方法

美國聯邦民事訴訟程序法修訂之目的，係期望能增進證據開示之效率、降低花費、及減少負擔而又能符合個別案件的需求。本論文研究重心，著重於美國聯邦民事訴訟程序法中，有關電子化證據開示條文之修改內容及其相關案例做探討及研究，最後再針對台灣企業之因應提出建議。

另外，與本次修法相關的美國聯邦證據法，為因應美國聯邦民事訴訟程序法所做的修正，在秘密通訊特權一章所加入的新條文，本論文亦闡專節介紹。

本論文之研究方法，係綜合文獻分析、案例研究、調查訪談之方式加以進行。

文獻分析：所參考的文獻內容包括美國司法中心之刊物、國內外法學期刊、雜誌、論文、書籍、網際網路資源等。除了屈指可數的中文文獻外，所有的資料皆為英文文獻。網路資源方面，律師事務所的網站或是個人部落格亦提供為數甚多的資料，許多見解亦相當精闢及專業，不過內容多針對小範圍的問題或評論為主。以整個文獻蒐集部分來說，對於本研究範圍做整體深入介紹的文獻，幾乎未見。

案例研究：另外，針對普通法的部分，由於法院判決內容及對法條的解釋，往往影響法律適用，或成為重要法律。然而新法自 2006 年 12 月 1 日施行以來，引用或解釋相關法條的案例仍舊未達相當數量，以致於仍難以從最新的判例中研判其所產生的影響及所發揮的效果。但不論是修法後或修法前，已經存在的案例，仍可以對未來的趨勢研判出些許端倪。故本論文針對美國聯邦法院對電子化證據開示案例所做之判決，論理過程加以研究與討論。除了過去著名的案例外，主要以詳細討論修法後之最新案例為主。期望藉案例的分析整理，掌握法律實務運用情形，以了解成文法未提及，卻又影響深遠的案例法。

調查訪談：調查訪談對象乃針對國內具有美國民事訴訟經驗之企業法務人員，做開放式問題之訪談。藉由訪談的設計，了解國內對新法的認知。

最後，再綜合文獻中的問題，及訪談資料所呈現的現象，作為提出研究結論及建議的依據。

第四節、 論文架構

本論文之架構如下：

第一章、緒論：以研究動機、研究目的、研究範圍與方法及論文架構做為本章主要內容。

第二章、電子化證據開示之發展、修法與變革：先簡單介紹證據開示程序，再將電子化儲存資訊的特性介紹予讀者；接下來針對美國聯邦民事訴訟程序法之立法權責、修法歷程、本次修法緣起、以及2006年之電子證據開示修法內容加以說明，並佐以 Advisory Committee Notes 之立法理由，以利讀者對法律面有更深入的了解。最後一節則以圖示方式說明美國各州對電子化儲存資訊證據開示程序之適用情況。

第三章、電子化儲存資訊證據開示之相關議題：本章主要介紹電子化儲存資訊證據開示最常見的三個議題—文件保存及毀棄之責任、電子化儲存資訊可開示的範圍與限制、從無法合理取得之來源提供證據開示的條件，以及其相關案例之研究與評析。

第四章、律師之義務及倫理：本章介紹秘密通訊之特權及工作成果保護在證據法上的意義，以及證據法因應民事訴訟程序法所新增訂法律的介紹。接下來則介紹實務界對電子證據開示問題之最佳執行方案；包括了最重要的，也是最常被法院引用的 The Sedona Conference 的出版品，以及也經常在判例中被引用的民事證據開示準則(Civil Discovery Standard)，和複雜性訴訟手冊第四版(Manual for Complex Litigation Fourth (2004))。

第五章、電子化儲存資訊所衍生問題之質化分析：本章節錄了美國司法中心對民事訴訟電腦化資訊證據開示問題之質化分析內容，以及對國內企業的訪談記錄。

第六章、建議與結論：以國內外對民事訴訟電腦化資訊證據開示問題之綜合結論為基礎，提出對台灣企業面對電子化證據開示之建議及結論。

第貳章、電子化證據開示(electronic discovery)之發展、修法與變革

第一節、證據開示程序之介紹

第一項 證據開示程序之功能及價值

證據開示程序所基於之價值判斷，不外乎為以下之情形：

- ◆ 證據開示程序被設計用來協助當事人準備或答辯自己的案件，使得雙方得以縮小或釐清基本的爭點。
- ◆ 證據開示得以對不具證據能力者為對象，但因其採證方式多元化，藉由不同方式採證的過程，或能發現真正具有價值的證據。
- ◆ 對於難以舉證而無法提起訴訟之事件，可藉由證據開示程序取得必要的證據，使訴訟得以順利進行。
- ◆ 證據開示程序可以在開庭前使訴訟當事人了解，他們所持有的主張和抗辯，在案件中的真實價值，以促進和解的達成⁸。
- ◆ 證據開示可以防止開庭時任一方提出突襲式證據，不使掌握優勢證據的一方（尤其是律師），利用訴訟技巧，干擾法官的理性判斷。也不至於因突襲，使得對造在措手不及的被動情況下，影響法官對事實真偽的判斷。
- ◆ 證據開示可以起證據保全之作用，不因當事人無限制地隨時提供證據，而干擾審理秩序的理性運行。

簡而言之，證據開示制度可於訴答(pleading)後至開庭前的準備程序期間進行。原則上在法院不參與的情況下，將基本的爭點、事實及證據提供訴訟兩造參考，使得雙方當事人得以於開庭前明確爭點，並保全相關證據⁹，以避免兩造於一無所知之下開庭。證據開示程序藉由讓雙方當事人於開庭前取得必要的證據來達成這樣的目的，以利兩造評估及解決相關的爭議，使案件的解決建立在真實的基礎上，亦能節省開庭時高昂的成本及律師費用。

第二項 證據開示程序之範圍及限制

依美國聯邦民事訴訟程序法之規定，證據得以被開示的範圍相當廣泛，只要是證據

⁸ Am. Jur. 2d, Depositions and Discovery §§ 1, 5, 35, 155, 156.

⁹ 劉玉中，民事訴訟上證據收集之研究，國立台北大學法學系博士論文，民國94年7月，第261頁。

法上認可的關聯性證據，都可以成為被開示的標的，且不需經法庭認可，即具有證據能力¹⁰。當事人可以開示的證據範圍，為除了秘密通訊特權及 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(i)(ii)(iii)之規定以外者，任何與另一造的主張或抗辯有關的事項 (any matter relevant to any party's claim or defense)。在提具正當理由(good cause)之情況下，法院也可以裁定須提出範圍較前項大的，與繫屬訴訟主題相關的事項(any matter relevant to the subject matter involved in the pending action)。

證據開示程序之限制亦規範於同一條文中¹¹：法院可以裁定限制依 Fed. R. Civ. P.30 所提出之宣誓證言及書面質詢的次數，或是宣誓證言的長度；法院之裁定或是州法也可以限制依 Fed. R. Civ. P.26 所提出要求的次數。關於電子化儲存資訊在何種情況下須被提出，也做了詳細的規定。在考量 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)(i)、(ii)、(iii)之限制下，以不增加應答方過度的成本和負擔為前提。Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)則規範限制證據開示方法可被使用的頻率和範圍，在下列情形下，法院可以依職權或州法的規定加以限制：

- 1、不合理地繁複尋求證據開示，或這些資料可以從其他更方便、更少負擔、或更低成本的方式取得；
- 2、尋求證據開示一方的當事人，透過在訴訟中的證據開示，已經有充分的機會獲得所欲尋求的訊息；
- 3、考慮到案件的需要、爭議的數額、兩造的資源、訴訟中關鍵議題的重要性、以及所擬提議的證據開示對於解決爭議問題的重要性，證據開示所造成的負擔與費用，超過其可能帶來的利益等情形時，法院得以經合理的通知之後，或根據 Fed. R. Civ. P. 26(c)之聲請，予以適當的裁定。

第三項 證據開示之方法

美國民事訴訟程序之證據開示的方法有以下數種：

- ◆ 口頭或書面宣誓證言(deposition upon oral examination or written question)¹²：在法院不介入的情況下，由當事人令他方或第三者，於宣誓後所錄下之證詞，為一種以言詞或書面取證之方法。
- ◆ 書面質詢(interrogatories to parties)¹³：以書面的問題，要求他方當事人回答。
- ◆ 提供文件、電子化儲存資訊及事物，以及進入對造土地以便勘驗或為其他目的 (production of documents, electronically stored information and things and entry upon land for inspection and other purposes)¹⁴：通常，書面質詢的內容會要求要文件或物品的提出，聯邦民事訴訟程序法特別提到「文件」(document)¹⁵的範圍，

¹⁰ Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

¹¹ Fed. R. Civ. P. 26(b)(2).

¹² Fed. R. Civ. P. 27~32.

¹³ Fed. R. Civ. P. 33.

¹⁴ Fed. R. Civ. P. 34.

¹⁵ Fed. R. Civ. P. 34. “document (including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings,

應包括：文書、圖式、圖表、表格、照片、聲音記錄、影像、或其他資料，或儲存於任何媒介上—於必要的情況下，應答方需將這些資訊翻譯成為可以使用的格式。

- ◆ 對特定人的身體與心理的檢查(physical and mental examination of persons)¹⁶：在訴訟當事人一方的生理狀態有所爭執時，可以在向法院證明有正當理由(good cause)的情況下，由法院裁定實施。
- ◆ 請求自認(requests for admission)¹⁷：當事人之一方可以書面將關於本案訴訟之部分事實或陳述，提出由另一造承認的請求。

證據開示程序之主要開示方法以口頭或書面宣誓證言、書面質詢、以及提供文件、電子化儲存資訊及事物三種為主要方式，本文之重點將著重在這三種中之有關「電子化儲存資訊」所衍生的各種特殊性問題上做進一步之探討。

第四項 證據開示程序之例外

Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)為規範針對特定關係人間的溝通，或因此案件所做成的資料，得以主張秘密通訊特權(privilege)¹⁸之相關規定。本條規定當事人因主張秘密通訊之特權或工作成果豁免的保護，而欲對某些資料有所保留時，主張的一方應明確加以主張，並在不將該受保護資料揭露的情形下，將該資訊、溝通或相關的事務的性質加以描述，使得另一造得以有權審視這些主張秘密通訊之特權文件或受保護資料之適用性。另外，也要求主張的一方要盡力取回於非訴訟第三人處所持有或保管的、具特權之秘密通訊或受豁免保護之文件，以最大之努力盡保密之責任。

第五項 違反證據開示程序之制裁

若當事人一方依證據開示規則向他方提出提供證據之請求，而他方未予以理會時，進行請求之一方得向法院提出強制之聲請(motion to compel)，強制他方開示或做證。若法院駁回該聲請時，亦得依 Fed. R. Civ. P. 26(c)給予一個保護命令之裁定(protective order)¹⁹。法院亦得做部分准許、部分駁回之裁定²⁰。

為達使當事人遵守證據開示規則之目的，聯邦民事訴訟程序法對於不遵守相對人之

images, and other data or data compilations stored in any medium from which information can be obtained--translated, if necessary, by the respondent into reasonably usable form),...

¹⁶ FED. R. CIV P. 35.

¹⁷ FED. R. CIV P. 36.

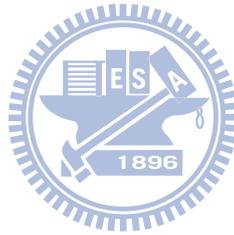
¹⁸ 或譯為「拒絕證言權」，亦是相當貼切。

¹⁹ FED. R. CIV P. 37(a)(4)(B).

²⁰ FED. R. CIV P. 37(a)(4)(C).

開示請求或違反法院開示命令者，設有制裁²¹。制裁之內容，依違反之情節而有不同之處置，原則上可分為：

- 1、認定違反程序之當事人為藐視法庭，法院可以對該當事人加以傳喚、課處罰鍰、及負擔他方當事人因該方違反行為所衍生之包括律師費等之合理費用；
- 2、裁定他方當事人之主張為真正有效；
- 3、裁定限制該違反程序之當事人提出反證，甚至可以剔除該當事人於訴答(pleading)階段所提出資料之全部或一部以為制裁；
- 4、裁定駁回違反程序者之訴訟或程序；
- 5、對於違反者下敗訴之缺席判決(default judgment)。



²¹ FED. R. CIV P. 37(b).

第二節、 電子化儲存資訊之特性

在證據開示程序中，蒐集與爭議有關的文件，為訴訟程序中的核心²²。雖然證據開示程序產生爭議並不是什麼新鮮事，然而，隨著網際網路的普及與商業化、數位電子儲存媒介的發展，和其成本的快速降低²³，對資料庫的建立者而言，已經造成極大的負擔。同樣的，對於訴訟前的證據開示程序，也造成了前所未有的挑戰。而現今證據開示程序所產生的爭議，亦迥異於過去爭議的類型，故過去的案例法，於今日新類型的爭議中，大部分並不適用。

以下將簡單介紹電子化儲存資訊與傳統紙本文件所具之不同特性，以便於較不熟悉科技發展的讀者能快速了解，何以在近來數年間，因電子化儲存資訊的快速發展，其特殊性會對傳統之證據開示程序產生如此大的影響及衝擊，以致於美國聯邦民事訴訟程序法必須因應此一變化，而於 2006 年做一次自民事訴訟程序法頒布近七十年以來，最大規模的修法行動。

第一項 異於傳統的概念



現今儲存資料的方式，相較於 1990 年前已經產生巨大變革。這個變化影響了人們的文化、日常生活及交易方式，不可避免的，也對法律層面產生影響。過去，實體儲存資料為主要方式，也因此，人們的價值系統對「資料」或「文件」(document)這個詞彙的定義存有一定的假設，甚至是一種設限。在這樣的設限下，人們很容易分辨「原件」、「複本」或「影本」之不同。然而，於 1980 年間，由於個人電腦的發明及普及於世，微處理器、軟硬體的快速發展，使得個人電腦在運算能力及儲存能力上日新月異，但其成本與體積卻不斷下降與縮小。再加上網際網路的迅速發展，其快速且便宜的特性，也改變了人們過去慣有的聯繫方式。這些科技的創新，使得建立、傳送和儲存電子資料變得更容易、方便且價格低廉。因而，個人於家庭與商業上的習慣，產生了革命性的徹底改變。

在數位世界中，資料可以完全的、沒有限制地被重製數次，且經重製後的資料與原始資料無任何不同。以證據法的角度來看，資料已經難以有所謂「原本」(original)、「真本」(authentication)或複本、影本之區分，這樣的特點就與證據開示程序息息相關，因為當事人必須接受以電子化儲存資訊形式提供的證據，否則可能會發生無法取得證據，

²² Hickman v. Taylor, 329 U. S. 495, 507 (1947) “Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation”.

²³ 1990 年時，1GB 的電子儲存媒介成本約 US\$20,000 元，現在 500GB 之價格則少於 US\$100 元，即每 GB 不到 US\$ 0.2 元。

或產生取證上困難之情形。而另一方面，因為電子化儲存資訊容易被修改的特性，故當在電子化儲存資訊的證據能力受到質疑時，提供方也面臨更複雜的考驗來證明其真實性。

第二項 動態的特性

個人電腦、網路、電子郵件、即時通訊等的結合，對資料儲存產生了全新的，所謂「數位世界」的架構。在「實體世界」中，基本上，資料是靜態的，這樣的儲存方式延續了數百年，甚至於是上千年。然而在數位世界裡，資訊儲存並非經由改變物質的介質來達成，而是以較抽象的方式，藉由機器運用資料傳輸的方式完成，其記錄則是以互動元件所組成的多層系統來儲存與處理。相較於實體世界，數位領域所儲存的資料是動態的。在通常的情況下，例行程序可以在不需要人為的介入下刪除，或重覆在同樣的位置寫入，並覆蓋原有資料。同樣的，例行程序亦可以在人們意識未能查覺，或不需決定的情況下，使資料庫一次又一次地，在每一秒鐘內自行做數次的更新²⁴。

第三項 龐大的資料數量

在美國，超過百分之九十九的新資料，是以電子化方式加以儲存。在正式開始討論本論文內容之前，先行提供以下的數字，以方便在電子媒介所能儲存的資料數量和成本上，形成一個約略的概念：

儲存量估計：

- 1 頁文字檔 約 13KB
- 1 頁 email 約 10KB (平均每個 email 為 1.5 頁, 約 15KB)
- 1 頁.doc 檔 約 15.4KB (平均每個.doc 檔 為 8 頁, 約 123KB)
- 1 頁.xls 檔 約 6KB (平均每個.xls 檔 為 50 頁, 約 300KB)
- 1 頁.ppt 檔 約 57KB (平均每個.ppt 檔 為 14 頁, 約 800KB)
- 平均每個附加檔 約 288KB

頁數估計：

- 1 MB 的文字檔 約 75 頁
- 1 GB 的文字檔 約 75,000 頁：大約 30 ~ 40 個 A4 影印紙箱
- CD = 650MB = 50,000 頁的文字檔
- DVD = 4.7 GB = 350,000 頁的文字檔
- DLT Tape = 40/80 GB = 3,000,000 ~ 6,000,000 頁的文字檔

²⁴ George L. Paul & Bruce H. Nearon, The Discovery Revolution, at 1-4.

Super DLT Tape = 60/120 GB = 4,000,000 ~ 9,000,000 頁的文字檔

1GB 的 email 約 100,099 頁

1GB 的.doc 檔約 64,782 頁

1GB 的.xls 檔約 165,791 頁

1GB 的.ppt 檔約 17,552 頁

平均.PST 或.NSF Email 檔:

100 MB .PST 檔約含 900 個 emails 及 300 個附加檔

400 MB .PST 檔約含 3,500 個 emails 及 1,200 個附加檔

600 MB .PST 檔約含 5,500 個 emails 及 1,600 個附加檔

1.00 GB .NSF 檔約含 9,000 個 emails 及 3,000 個附加檔

1.5 GB .NSF 檔約含 13,500 個 emails and 4,500 個附加檔²⁵

*上述只是一個平均的估計值，各種不同的因素會影響上述的實際數字，例如特別大的檔案或影像檔。

依此估計值計算，一個 250GB 的儲存媒介(約為現今普遍一台個人電腦硬碟之容量)，可以產生 7,500~10,000 箱的 A4 影印紙箱之文件。在 1990 年代，一台個人電腦硬碟普遍只有 200MB 的容量，相較於現在，只有 1/800 的大小。若估計每台個人電腦中只有 10% 的有效或與訴訟相關資訊，每一個人提供的資料仍有 75 ~ 100 個 A4 影印紙箱之文件，需要律師做文件審查(document review)，這大約是二台半小卡車的載貨量。然而，相較於過去，以一個文件極多的案件來看，在做文件審查時，至多也只是數百箱文件而已。更不用說一般的小公司，大約不到十個箱子就可以裝完公司所有的商業文件與記錄。

以上述的資料量來做為律師文件審查費用之計算基礎：若以美國商務律師事務所一個新進律師的鐘點費約每小時 US\$ 200 元來計算，審查 1GB 的文件約要花費超過 US\$ 30,000 元。這是一個現實的問題，員工大量將文件儲存於每個 GB 成本只有 US\$ 0.1 元的電子儲存媒介上時，卻不知道這需要花費至少 US\$ 30,000 元律師費來做文件審查。嚴重的不僅是這樣而已，在這些文件中，重要的、與案件相關的文件會有更多的律師需要再審讀過，他們可能是三個、五個或更多個，他們鐘點費可能是 US\$ 300、US\$ 500 甚至於是 US\$ 1,000 以上，然而這裏提到的都僅僅只是文件審查的花費而已。雖然文件審查在整個訴訟案的成本中占相當大的比例，但這仍只是整個訴訟費用中的一部分而已。因此，這些實際的問題，不論是律師，當事人和訴訟協助提供者都必須有新的思維，來面對著如何在證據開示程序中，適當的處理、搜尋和提供「與案件相關證據」(relevancy) 的新課題。

²⁵ See <http://ralphlosey.wordpress.com/>

第四項 難以清除的耐久性

電子化儲存資訊比起傳統以書面為形式的資料更難被銷毀。當按下刪除鍵時，並不表示資料已自動被刪除。實際上，只有文件檔的名字從檔案系統中被移除，資料的內容卻仍然存在，原來資料所佔用的空間被標示為可用的空間，準備儲存新的資料。原先的資料除非有機會被重寫，否則就一直儲存在那裡，成為所謂的「殘餘資料」。即使原先的資料有機會被重寫，或刻意刪除，其內容也可能經由專門的技術加以回復。這是電子化儲存資訊與傳統以書面為形式的資料最大的不同之處，即使只是僅僅想將自己系統內的電子化儲存資訊完全刪除，在技術上也是非常困難。

這樣的問題，對電子化證據開示程序便產生了重大影響，是否這些資料得以成為被開示的證據？錯誤的資料被刪除後，若是仍需被開示，且成為左右訴訟成敗的關鍵證據時，如何舉證其當時係因錯誤而被刪除？更甚者為要如何舉證其並非為隱匿證據而將其加以刪除？

第五項 不易掌握的複本數量

複本過多則是另外一個問題。當產生或修改一個電子化文件時，文件的複本，會先儲存在一個暫存文檔中，當公司的系統備份時，則會產生另一個複本。如果使用筆記電腦、黑莓機、行動電話時，電子化儲存文件的複本，更是被到處被備份。當文件經由電子郵件被轉手審閱時，電子郵件及其包含的文件，也被存在收發雙方的資料檔案中，例如送件匣與收件匣中。當電子化文件的作者，以為他已經刪除文件時，原本文件的暫存文檔、系統備份複本、電子郵件、以及其送件匣、收件匣所包含的複本，都有可能被訴訟之他方當事人找到。對造有可能因為找到以上這些文件複本的來源，或甚至許多文件的初稿，而在訴訟中佔有優勢。

第六項 資料提供的形式

過去，人類在閱讀以書面為形式的文件時，是以眼睛將資料讀取後，由大腦來解讀文件內容。電子化儲存資訊卻是不同的，它必須由一個配套系統來讀寫，否則，直接呈現的資料將是人類看不懂的「機器語言」。而且，這些配套系統進化的速度非常之快，今天的電子化儲存資訊，不一定能被幾年以後的系統所解讀。大家都有過類似的經驗，如果手上還有 Word 5.0 或更早版本的資料，在 XP 的環境下可能已經無法讀取。再者，如果沒有原始電子化儲存資訊的格式、或結構的資訊，就無法解讀其內容。例如：若將一個資料庫資料的結構移除，所剩下的只是一長串沒有意義的數字。若要解讀這些數字，則須有包括本文、標示、行列、及報告格式等的資訊。特別是報告格式，可提供使

用者有意義及可理解的資訊，而不須再訴諸於檢視整個資料庫。同樣地，若將電子試算表資料所隱含的詮釋資料、及附屬方程式刪除，其檔案的功能與正確性即會受到損害，而無法將其真正代表的意義，提供查閱者解讀。

另一方面，企業或系統提供者在每隔幾年，便將資料系統升級也已成爲常態，以至於當日後需要回復那些老舊系統的資料時，可能已經無人知曉、或無法找到適當的技術支援。理想上，任何日後有商業或訴訟價值的電子化資料，都應隨著系統更新而轉換格式，其他資料就應該被全數刪除。然而實際上，意外情況的發生並不罕見，比如說該留下的資料未被留下，該刪除的資料未被刪除，而且是直到面臨訴訟，資料需要提供的那一刻才發現。

電子化儲存資訊，依其在電腦內存在的形式可以分成以下數種：

- ◆ 現行資料：係指日常使用之資料，可以隨時取用。關鍵在於如何保存資料的完整，同時又不影響企業日常運作。通常包括文書處理檔、電子試算表、資料庫、電子日曆、連絡住址簿、以及使用者操作的資訊，諸如電子郵件。
- ◆ 詮釋資料：係指有關電子資訊之格式，以及何時、何人及為何、產生、存檔、取用、及修改此資料之相關資訊。通常隱含在資料檔中，雖然看不見，但卻能被解讀出來。
- ◆ 殘餘資料：係指資料被刪除後，殘餘在電腦系統裡的資訊。當資料被刪除以後，只要它所佔有的位置未被重寫，原先的資料仍然存在，仍可用特別的技術解讀其內容。這些資料、以及存在印表機、影印機、傳真機之暫存記憶體內的資料，都可稱爲殘餘資料。
- ◆ 複製資料：係指現行資料的複本，在系統當機、或發生災難時，做爲回復資料的來源。應用軟體通常每隔一段短時間，通常爲幾分鐘，會自動將現行資料複製。特別是網路系統，其可能將備份資料存在用戶端的電腦硬碟，而非網路檔案伺服器。即使原本之現行資料已從網路檔案伺服器中刪除，其複製資料卻仍存在用戶端的電腦硬碟中。
- ◆ 備份資料：係指系統上所有現行資料的備份。通常儲存在磁帶上，須有特殊設備或軟體才能取用。在系統當機或發生災難時，做爲回復資料的來源。一般網路檔案伺服器會定期、自動將系統上所有現行資料備份。因其資料量非常龐大，故在搜尋特定資料所需花費的功夫與成本將會相當驚人。
- ◆ 存檔資料：係指整理過的資料，以備長期保存與記錄。其通常儲存在磁帶上，須有特殊設備、或軟體才能取用。在系統當機、或發生災難時，做爲回復資料的來源。

因此，在數位世界中，不同的資料形式成爲一種新的課題。在訴訟上，不同資料形式的問題則在電子化儲存資訊的證據提供上，因其特殊性衍生所謂提供的形式上，或是資料是否得以「合理取得」之一些基本爭議。

第七項 詮釋資料(metadata)²⁶

電子化儲存資訊在電腦內所包含的資料，其實遠多於一般從螢幕上或印表機所能列印出的文件或資料。這些看不見的資料，就是所謂的「詮釋資料」。詮釋資料可能包含了系統檔案，或是一些使用者不能查覺，但卻是電腦操作所必要的資訊。在 Committee Notes 中提到，詮釋資料是由電腦自動產生，來確認有關電子檔案的歷史或處理資訊。這些描述歷史、追蹤或處理的電子檔案，通常在讀者閱讀紙本資料或電腦螢幕時，並不會出現²⁷。

詮釋資料所包含的資訊包括：檔案的產生、編輯日期、作者、註釋、及編輯歷史。一個電子檔案有可能包含上百甚至上千件這樣的資訊。例如，電子郵件檔就包括有關送件、收件、轉送、密件抄送等日期，以及送件者通訊錄的資訊。文書處理檔案則不只包含以往更改、編輯的資訊，也包含決定分段、字型、及行距間隔的隱含數碼。額外的資訊亦包括如何恢復刪除的檔案，以及保存文件產生、更改的歷史軌跡。相同地，電子試算表可能包含在列印版本上所看不到的運算方程式，而其隱含的行列資料，也只能用其本身的應用程式才能解讀。網際網路上的文件，則包含一些隱含的資訊，以使用戶端的電腦可以和遠端的伺服器傳輸資料。這些所謂的「詮釋標籤」，讓搜索引擎依據搜尋條件，從網頁上找到答案。例如小甜餅(Cookies)，就是一種由網站置入用戶端電腦的小型文字檔，可用來追蹤用戶端的上網行為，並將資料傳輸回原先的置入網站。

一般的詮釋資料通常附屬於例如微軟的辦公室(Microsoft Office)文件檔。這些詮釋資料會隨著其所附屬的文件檔移動或複製，其通常被稱為「應用詮釋資料」。此外，有些詮釋資料被電腦的檔案系統使用來追蹤檔案位置，以及儲存有關檔案的檔名、大小、產生、更改、及使用的資訊，其通常被稱為「系統詮釋資料」。

如何判斷詮釋資料何時有用，並需要加以保存與提供其內容？這是電子化儲存資訊之證據開示最大的挑戰之一。有時詮釋資料可用來鑑定有爭議的文件，或用來釐清有關文件何時被取用的真相。但大部分的時候，詮釋資料並沒有實際上的證據價值，因為在多數情況下，相關文件何時列印、何人修改、或文件流通之前所做的修改，都不重要。另外，電腦所記錄的應用詮釋資料也可能有不正確的情況。舉例來說，一位新進員工使用另一位員工的頁面格式寫作備忘錄，詮釋資料就會將作者記載為另一位員工，造成日後認證錯誤的危險。

²⁶ 描述或解釋資料庫內容的資訊。例如存放在交易系統跟資料倉儲(Data Warehouse)的企業資料。解釋資料可引導使用者擷取資料庫，協助了解財物、客戶交紀錄以及企業交易期間的意義與因果關係。

²⁷ FED. R. CIV P. 26(f), Committee Note: Computer programs may retain draft language, editorial comments, and other deleted matter (sometimes referred to as “embedded data” or “embedded edits”) in an electronic file but not make them apparent to the reader. Information describing the history, tracking, or management of an electronic file (sometimes called “metadata”) is usually not apparent to the reader viewing a hard copy or a screen image.

第八項 其他

其他的問題，尚包括了相較於傳統以書面為形式之文件儲存方式，電子化儲存資訊很難真正指出資料的位置所在，因其可能分散於每台個人電腦中。同時電子化儲存資訊也很難估算資料量大小，除了不確定在每台個人電腦中存有多少資料外，也因為每個檔案的內容各有不同，無法簡單從檔案大小就計算出文件數量。

企業內存在不同系統亦困擾著電子化儲存資訊之證據開示程序。筆記型電腦、外接式硬碟、隨身碟(USB Drive)、個人數位助理(PDA)等不同的系統，也使得電子化儲存資訊的蒐集增加困難度。而傳統以書面為形式的文書資料保存只有「存在」或「不存在」的問題，並無所謂「不可以合理方式取得」這種灰色地帶的保存方式，或是存在不同系統的問題。

上述的種種問題，都在考驗著美國民事訴訟程序，再加上先前數次修法效果的不彰，負責美國聯邦民事訴訟程序法修法的諮詢委員會(Advisory Committee)同時也認知到了這些問題，已經到了不得不面對的地步，於是啟動最近的一次修法。



第三節、美國聯邦民事訴訟程序法之立法權責及修法緣起

2006 年之美國聯邦民事訴訟程序法修法，是由美國最高法院於 2006 年 4 月 12 日正式通過，由大法官於同日將法案²⁸提交國會同意，並於 2006 年 12 月 1 日生效。受本次修法影響的條文有第 5、9、14、16、24、26、33、34、37、45、50 及 65.1，並新加入第 5.1 條，因此影響表格 35，及有關海軍或海事訴訟及財產喪失的補充條文²⁹A、C 及 E，另外也新加入 G 於這個補充條文。

第一項 立法權責

有關美國聯邦民事訴訟程序法之法律修訂權責單位及程序，於正式開始討論修法內容前，先做簡單的介紹。在 1943 年，美國國會頒布「法律授權制定法案」(Rules Enabling Act)³⁰，制訂了訂定聯邦法院規則的程序³¹。

美國國會通過責付美國最高法院，將美國聯邦法院的民事訴訟程序有系統的呈現出來³²。據此，美國最高法院指定了一個由法官、教授及律師等組成的諮詢委員會，準備起草這個有關程序的法律。在諮詢委員會、最高法院、司法部長及國會的共同努力下，美國第一部聯邦民事訴訟程序法於 1938 年九月一日頒布實施³³。在二十年後，即 1958 年，美國國會變更了美國聯邦民事訴訟程序法的修法程序³⁴。國會修改了 28 U.S.C. § 331，指定須由美國司法會議(Judicial Conference of the United States)來建議美國最高法院是否有修法的必要及時機³⁵。美國司法會議於是成立了 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure，其下再成立諮詢委員會，由這兩個委員會³⁶負責有關實務、程序及法律相關的問題。這兩個委員會的功能都是用來幫助起草及修改被提議的美國聯邦民事訴訟程序法修正案³⁷。最後，所有的修正提案在被美國最高法院同意後，交由美國國會做最終的審查及核准³⁸。現行的程序其實非常之曠日費時，通常一個修正議案從提交提案到美國最高法院頒布修正案，約要花費三到四年的時間才能完成。

²⁸ 547 U.S. 1233; Cong. Rec., vol. 152, p. H2179, Daily Issue, Ex. Comm. 7317; H. Doc. 109-105.

²⁹ Supplemental Rules for Admiralty or Maritime Claims and Asset Forfeiture Actions.

³⁰ Rules Enabling Act is an Act of Congress that gave the judicial branch the power to promulgate the Federal Rules of Civil Procedure. Amendments to the Act allowed for the creation of the Federal Rules of Criminal Procedure and other procedural court rules.

³¹ Stephen B. Burbank, The Rules Enabling Act of 1934, 130 U. Pa. L. Rev. 1015, 1043-98 (1982)

³² 28 U.S.C. § 2072.

³³ Paul & Nearon, *supra* note 24, at 27. citing Charles Wright & Arthur Miller, Federal Practice and Procedure §1004 (2002).

³⁴ *Id.*, citing Charles Wright & Arthur Miller, Federal Practice and Procedure §1007 (2002).

³⁵ 28 U.S.C. § 331.

³⁶ Standing Committee on Rules of Practice and Procedure, and Advisory Committee on Civil Rules.

³⁷ 28 U.S.C. § 2073.

³⁸ 28 U.S.C. § 2072 & 2075.

諮詢委員會是由美國最高法院院長任命一群有名望的律師，教授、法律學者和法官所組成。這個委員會組織的目的，是為了可以持續對法律的程序面及執行面加以研究，以符合現在及未來的需求。當然，這也包含了必須參考及審閱所有來自各方提出有關美國民事訴訟程序修改的意見及聲明，以及從其他來源，例如成文法、法院的判決及法律整編或評論等³⁹內容。最後，諮詢委員會還必須完成提議修正案的起草工作。

起草修正案的第一步，是先將書面的修正草案提案，以及 Committee Notes 遞交 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 的秘書處⁴⁰。Committee notes 的內容包含了解釋修正草案的修正目的及理由⁴¹。接下來，整個 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 會針對修正草案來討論及投票，並且，Standing Committee 有權力可以決定接受、修改，甚至是駁回整個草案之提案⁴²。

若諮詢委員會的修正草案被通過了，Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 會將修正草案向各級法院、執業律師協會及一般大眾公開。除了向超過 10,000 個以上的個人和機構寄出經 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 初步同意之法案草案之外⁴³，也會將該草案公開在美國法院的網頁上⁴⁴。修正草案向大眾公開後，將會有六個月的公眾審查期間。在這六個月內，所有的人都可以針對修正草案遞交評論意見或參加諮詢委員會所舉行的公聽會⁴⁵。六個月過後，諮詢委員會將會投票決定是否提交原始版本之修正草案，或是依公眾建議的意見修改最後的版本⁴⁶。諮詢委員會決定後，必須將公眾對修正草案的意見做出彙總報告，如果對原始提交版本有所修正也必須解釋清楚，並且加上新的修正草案後，再次提交由 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 審核⁴⁷。

Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 係由法官、律師、教授及美國司法部的代表所組成，負責同意、修改或拒絕由諮詢委員會所提議的修正草案。諮詢委員會的主席和報告人必須出席 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 的會議，報告所提議的修正案和 Committee Notes 之內容⁴⁸。之後，Standing Committee 會將修正草案付諸表決，若 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 表決決定草案應做實質上的修改，草案與適當的指示將會一併被退回諮詢委員會⁴⁹。若表決後同

³⁹ 181 F.R.D. 18, at 162 pt. I(1). “[A] continuous study of the operation and effect of the general rules of practice and procedure now or hereafter in use”.

⁴⁰ *Id.* at 162 pt. I(2).

⁴¹ *Id.* at 163 pt. I(3)(b).

⁴² James C. Duff, *The Rulemaking Process: A Summary for the Bench and Bar* (Oct. 2007), available at <<http://www.uscourts.gov/rules/proceduresum.htm>>, (last visited Dec. 7, 2009).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ 181 F.R.D. 18, at 164 pt. I(4)(a).

⁴⁵ *Id.* at 164 pt. I(4)(b)(c).

⁴⁶ *Id.* at 165 pt. I(5)

⁴⁷ *Id.* at 165-6 pt. I(5)(b).

⁴⁸ *Id.* at 168 pt. II(8)(b).

⁴⁹ *Id.* at 168 pt. II(8)(c).

意草案內容，Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 則會將修正草案、Advisory Committee Notes、Advisory Committee Report、以及 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure Report，一併提交司法會議審核⁵⁰。

司法會議為一年一度的會議，由大法官、每個聯邦巡迴法院庭長、國際貿易法庭庭長、及每個聯邦巡迴地方法院法官所參加。在司法會議中，重要的工作項目之一為必須審核由 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 所提交的建議修正草案。在司法會議中被同意之建議修正草案，接下來將交由最高法院再做進一步的審查⁵¹。

制訂有關聯邦法院的執行法和程序法是最高法院的權責之一。最高法院必須在同意全部修正草案的情況下⁵²，才能將該提案提交於國會。若最高法院同意該提案時，必須於每年五月一日前將修正草案提交國會。國會最少有七個月的時間可以制定法案來拒絕、修改或延後該法案的施行。如果國會沒有制定上述法案，這個由美國最高法院同意的修正案，將於同年的十二月一日正式實施生效⁵³。

第二項 2006 年之前歷次修法沿革

自 1938 年國會通過頒布聯邦民事訴訟程序法以來，雖然該法歷經不斷地修改，但其仍是規範著美國聯邦民事訴訟程序的基本準則，現在多數州之州法也承襲該法的精神，擁有自行制定之州民事訴訟程序法。

然而美國民事訴訟程序也曾經歷過一段兩造當事人只能於黑暗中進行訴訟的時期⁵⁴。在早期的民事訴訟案中，當事人對於對造所持有的證據一無所知，開庭前的質詢範圍亦很狹窄及繁瑣，一切必須等到庭審時才有機會揭開最後的神秘面紗。除了於訴答(pleading)階段中必須提出之證據者外，訴訟過程中一項很重要的工作目標即是保持大部分證據的機密性，這樣的情況將使得對造因未能充分準備而措手不及，進一步喪失優勢。使用所謂「秘密證人」(surprise witness)的傳統就是因此而來的⁵⁵。

直到 1946 年，文件的證據開示仍是屬於比較狹窄的範圍。允許被開示的文件必須是「構成或包含任何有關繫屬訴訟案件的重要證據」。直到 1970 年以前，證據開示仍要向法院提出聲請(motion)，並在證明有「正當理由」(good cause)下方得以實施。後來經

⁵⁰ 181 F.R.D. 18, at 168 pt. II(8)(d).

⁵¹ 28 U.S.C. § 2072 & 2073.

⁵² 28 U.S.C. § 2072

⁵³ Paul & Nearon, *supra* note 24, at 27-30.

⁵⁴ Hickman, *Supra* note 22, at 501. “[C]ivil trials in the federal courts no longer need be carried on in the dark. The way is now clear, consistent with recognized privileges, for the parties to obtain the fullest possible knowledge of the issues and facts before trial.”

⁵⁵ 參照 John L. Cooper and Jeffrey M. Fisher, 「Discovery of Electronically Stored Information」, 月旦法學雜誌, 第 140 期, 2007 年 1 月, 第 180 頁。

過咨詢委員會於當時實際上之調查後發現，證據開示並未發揮其立法之初所欲達到之成效，故在 1970 年的修法上，重新安排條文，並擴大證據開示中，證據可以被取得之範圍，包括降低提出聲請的要件及證明「正當理由」的標準。另一方面，也放寬了證據開示相關法律的執行⁵⁶。

當事人進行主義的證據開示程序可以說在 1970 年的美國聯邦民事訴訟程序法之修正中達到最頂峰⁵⁷。當時一般奉行的原則皆認為，應在最大限度內，利用證據開示手段以取得愈大量的證據，能夠取得愈多資料便能對訴訟的進行愈有幫助⁵⁸。因為，證據開示程序得以使雙方當事人能於開庭前取得所有相關的資料時，便可以方便兩造評估及解決相關的爭議。並且，在當時普遍認為，證據開示程序是一種權力。與上述基本原則相對應的是：美國最高法院在 *Hickman v. Taylor* 案中曾提到，證據開示程序的條文，應盡可能的被應用得愈廣愈大⁵⁹。

然而，法院、律師及諮詢委員會逐漸感覺到，當事人往往濫用了證據開示程序的權利，以至於過度的開示證據，造成了昂貴的費用及不必要的負擔。如何能在取得大量證據的利益，和證據過度開示的負擔間，取得一個平衡點，這樣的爭論持續了數十年，各方皆持有其不同之見解。評論意見多半著重在如何減低證據開示的成本和負擔上；立法者的重點則在限制許可的證據開示範圍，並增加司法系統的監督上⁶⁰。為了避免上述的問題，在 1980 及 1983 年，聯邦民事訴訟程序法又做了部分之修正，允許法院在當事人濫用證據開示程序時加以限制，並要求分擔所衍生的費用。但這二次修法皆未達功效，於是在 1993 年，再一次對聯邦民事訴訟程序法做較大幅度之修正，目的仍是在為龐大的證據開示制度加以瘦身，減低當事人於時間、人力及金錢上的負擔。再者，1993 年之民事司法改革(Civil Justice Reform Act of 1990)是以防止訴訟延遲及減少司法運作費用為主，亦有為了防止濫用證據開示制度的目的。此後又有 2000 年及 2006 年的修法。從美國數次對聯邦民事訴訟程序法有關證據開示部分修法的軌跡來看，可以確定的是，其於立法上長久以來著重之目標趨勢，皆為防止證據開示制度被過度使用或濫用。

在 2006 年之前，美國聯邦民事訴訟程序法對於變更證據開示範圍及減低證據開示程序的成本和負擔所做的法律修訂，比較重要的共計有四次，分別為 1970 年、1983 年、

⁵⁶ Richard L. Marcus, *Discovery Containment Redux*, 39 B.C. L. Rev. 747, at 748 (1998).

⁵⁷ *Id.* at 749.

⁵⁸ Jeffrey W. Stempel, *Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope*, 52 ALA. L. REV. 529, 535-40 (2001); *See also* *Hickman*, *Supra* note 22, at 507 “Mutual knowledge of all relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation.” “Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation. To that end, either party may compel the other to disgorge whatever facts he has in his possession. The deposition-discovery procedure simply advances the stage at which the disclosure can be compelled from the time of trial to the period preceding it, thus reducing the possibility of surprise.

⁵⁹ *Hickman*. *Supra* note 22. “[T]he discovery provisions are to be applied as broadly and liberally as possible, the privilege limitation must be restricted to its narrowest bounds.”

⁶⁰ Henry S. Noyes, *Good Cause Is Bad Medicine for the New E-Discovery Rules*, 21 Harv. J.L. & Tech. 49, (Fall, 2007) at 55.

1993年及2000年。雖然這四次的修法並非完全針對電子化儲存資訊而來，然而在當時，電子儲存媒介已經逐漸開始發展，且為了符合減低證據開示的成本和不必要負擔的精神，在後面三次修法中，也已經可以看到立法者在這部分的用心，即使在歷次修法效果皆未能彰顯時，仍一次又一次地努力修改法律，以達其目的。在電子化儲存資訊數量大增的今天，減低證據開示的成本和不必要負擔的目的，相較過去，更顯得刻不容緩。以下分別簡單介紹歷次重要的修法中與本論文相關之重點：

一、1970年修法

本次之修法，是美國聯邦民事訴訟程序法自1938年頒布施行以來，諮詢委員會第一次全面性的仔細檢討與證據開示程序相關的法律⁶¹，亦是電子化儲存資訊的議題，第一次在聯邦民事訴訟程序法中出現。本次修法與電子化儲存資訊相關者為Fed. R. Civ. P. 34(a)。為了因應科技的發展，本條文中「文件」或「資料」的定義，已擴及至電子資料編輯物。在Fed. R. Civ. P. 34(a)的Committee Note中，也完全可以看到，2006年修法精神的種子，早在1970年已經種下，其中提到：

「文件」的包含性敘述，已被修改至符合科技的變化。很顯然地，Fed. R. Civ. P. 34亦適用於只能經由使用偵測儀器讀取的以電子化所編輯之資料的收集。而實際上，在當資料本身只有經由應答的一方的設備來取得，蒐證的一方才得以使用的情況時，應答的一方或許會被要求必須使用自己的儀器，將資料轉換成可以被使用的格式。在很多情況下，這意味著應答的一方必須提供之方式為列印出的這些電腦資料，但加諸在應答方的責任會視情況而定。然而法院依Fed. R. Civ. P. 26(c)有充分的權利，藉由限制證據開示範圍或命令，要求蒐證的一方支付費用，來保護應答方不會受到過度的負擔及費用。同樣的，如果蒐證的一方要自行檢查這些原始的電子資料，法院也會在資料保存、是否為可受到證據開示機密資料保護之問題、及費用上，保護應答的一方⁶²。

二、1983年修法

⁶¹ Advisory Committee's Explanatory Statement Concerning Amendments of the Discovery Rules, in Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure Relating to Discovery, 48 F.R.D. 487 app. at 487 (1970)

⁶² The 1970 Advisory Committee Note, FED. R. CIV. P. 34(a)(1.) *Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure Relating to Discovery*, 48 F.R.D. 487, 527 (1970). The inclusive description of "document" is revised to accord with changing technology. It makes clear that Rule 34 applies to electronic data compilations from which information can be obtained only with the use of detection devices, and that when the data can as a practical matter be made usable by the discovering party only through respondent's devices, respondent may be required to use his devices to translate the data into usable form. In many instances, this means that respondent will have to supply a printout of computer data. The burden thus placed on respondent will vary from case to case, and the courts have ample power under Rule 26(c) to protect respondent against undue burden or expense, either by restricting discovery or requiring that the discovering party pay costs. Similarly, if the discovering party needs to check the electronic source itself, the court may protect respondent with respect to preservation of his records, confidentiality of nondiscoverable matters, and costs.

本次修法是因 1970 年修法而造成的證據開示達到大量、自由主義的頂峰後，立法者第一次意識到問題所在，而採取一連串對降低負擔及費用之法律修正的開端。立法者期望在案件的管理上，能多鼓勵司法的介入，要求法官於證據開示的請求上予以背書，來證明其與法律是一致的。同時也允許法官在面臨證據開示的請求似乎過度時，可以限制證據開示的範圍。最後版本的法律條文明確的保障了立法者的意圖。1983 年修正的 Fed. R. Civ. P. 26(b)(1)⁶³ 加入了以下的文字，現在則成為 2006 年 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C) 的一部分：

在法律許可的範圍內，使用證據開示程序的頻率及範圍，在以下的情況下應受到法院的限制：(i) 不合理地繁複的尋求證據開示，或這些資料可以從其他更方便、更少負擔、或更低成本的方式取得；(ii) 尋求證據開示一方的當事人，透過在訴訟中的證據開示，已經有充分的機會獲得所欲尋求的訊息；(iii) 考慮案件的需要、爭議的數額、兩造資源的限制、以及訴訟中關鍵議題的重要性，證據開示為過度的負擔，或增加過多的費用。

諮詢委員會在 Committee Note 中提到，這些法律文字的目的，是為了鼓勵法官積極的參與，並且防止證據開示被濫用。在 Fed. R. Civ. P. 26(a)⁶⁴ 原來的條文中提到，除非法院有其他的決定，否則證據開示的頻率及利用是不受到限制的。在 1983 年的修法討論中，這樣的條文被認為傳遞了不當的訊息，於是在當時的 Fed. R. Civ. P. 26(b) 中提到，如果法院認為情況已經很明顯時，法院應當限制證據開示的頻率及使用範圍。新條文意味著，當事實已經很明顯時，法官在當下即有義務對證據開示加以限制⁶⁵。相較於過去極端的自由主義，這樣的修法被認為是一個徹底的、一百八十度的轉變。

三、1993 年修法

第二次嘗試對降低證據開示負擔及費用的修法，在 1993 年的包裹修正案中通過實施。本次修法加入了以早期會議的方式來發展及協商證據開示計劃，並且創設了全新的、對書面詢問(interrogatory)及口頭質詢(deposition)的推定限制，亦對其所得以提出之人數及數量加以限制⁶⁶。1993 年的修法仍舊再一次地闡明，法院在證據開示程序中的立場。法律要求法官在管理案件上應積極扮演主動的角色，以使訴訟的成本和負擔減到最

⁶³ FED. R. CIV. P. 26(b)(1). (1983)The frequency or extent of use of the discovery methods [otherwise permitted under these rules] shall be limited by the court if it determines that: (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or is obtainable from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity by discovery in the action to obtain the information sought; or (iii) the discovery is unduly burdensome or expensive, taking into account the needs of the case, the amount in controversy, limitations on the parties' resources, and the importance of the issues at stake in the litigation.

⁶⁴ FED. R. CIV. P. 26(a). "Unless ... the court orders otherwise, the frequency and use of discovery is not limited."

⁶⁵ Noyes, *supra* note 60, at 56. Citing Arthur R. Miller, The August 1983 Amendments to The Federal Rules of Civil Procedure: Promoting Effective Case Management and Lawyerly Responsibility 32-33 (1984) (revision of remarks made at a Federal Judicial Center Workshop on January 20, 1984).

⁶⁶ FED. R. CIV. P. 30(a)(2), 33(2) (1993).

小。

本次修法也導入揭露(disclosure)程序：早期揭露(initial disclosure)⁶⁷即為除了雙方當事人另有約定、法院命令、或地方規則另有規定者外，雙方當事人於進入證據開示程序前，即應依 Fed. R. Civ. P. 26(a)(1)所規定，將繫屬案件於訴答(pleading)中所主張的爭點事實之基本資訊，提供予對造；審前揭露(pretrial disclosure)⁶⁸則為於審判日 30 天前，將審判時所預定傳喚的證人姓名、住址、電話號碼以及證詞與佐證文件提供他造知悉。專家證人的意見則需於 90 日前提出⁶⁹。早期揭露(initial disclosure)之目的在使兩造於證據開示程序正式開始前，得以自動就基本事實予以揭露，促進資料的交換，以對他方當事人所持有之證據早以瞭解及評估，使得後續正式的證據開示程序得以順利進行，以達成節省費用與時間的目的。審前揭露(pretrial disclosure)之目的則在避免開庭時提出突襲式證據，防止不公平的判決產生。

另外，Fed. R. Civ. P. 1⁷⁰也被修正成特別強調法院有管理的職權，肯定法院有正面的任務來執行法律所授予的權力，以保障民事訴訟的爭議解決不僅是公平的，也不會造成過度的成本或延宕⁷¹。

四、2000 年修法

為了降低過度證據開示的第三回合修法，在 2000 年正式生效。立法者意圖使本次之修正，可以藉由限縮證據開示範圍、縮減 1993 年加入的強制初始揭露(mandatory initial disclosure)之文件數量、以及由法官介入來決定適合的證據開示範圍等方法，來限制日益嚴重之證據開示制度被濫用的問題⁷²。修法委員會形容這些限制像是一連串的「證據開示制度遏制政策」(discovery containment)的法律修正，期望提供更有效率的方法來抑制對證據開示手段的過度被使用或偶爾的濫用情形。更希望能促使全國統一的聯邦證據開示法律能早日通過。

從某個面向來看，從 2000 年的修正內容來了解 2006 年的因應電子化儲存資訊之變化，而對證據開示程序所做的修正之目的及運用是特別重要的。2000 年的修法又再度限縮了原來賦予代理人可以利用的證據開示範圍的權利。在 2000 年以前，Fed. R. Civ. P.

⁶⁷ FED. R. CIV. P. 26(a)(1) (1993).

⁶⁸ FED. R. CIV. P. 26(a)(3) (1993).

⁶⁹ FED. R. CIV. P. 26(a)(2) (1993).

⁷⁰ FED. R. CIV. P. 26(b)(1) (1993). These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed and administered to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding.

⁷¹ FED. R. CIV. P. 1. advisory committee's note to 1993 amendments: The purpose of this revision, adding the words "and administered" to the second sentence, is to recognize the affirmative duty of the court to exercise the authority conferred by these rules to ensure that civil litigation is resolved not only fairly, but also without undue cost or delay. As officers of the court, attorneys share this responsibility with the judge to whom the case is assigned.

⁷² FED. R. CIV. P. 26(b)(1). advisory committee's note to 2000 amendments:

26(b)(1)定義許可的證據開示範圍，包括所有「與繫屬訴訟主題相關之事項」(any matter relevant to the subject matter involved in the pending action)⁷³。但在 2000 年的修正中，當事人卻只能享有要求及取得「與任一造主張或抗辯有關的事項」(any matter relevant to any party's claim or defense)⁷⁴。亦即，2000 年的修正，對得以行使證據開示的文件種類，開創了一個新的分類：資料為「與繫屬訴訟主題相關之事項」，但並非「與任一造的主張或抗辯有關的事項」者，唯有在向法院提具「正當理由」(good cause)的情況，且經法院裁定下，才得以開示。然而在 2000 年以前，要開示這些資料，並不需要法院特別的裁定，或任何司法的介入。

因此，在 2000 年的修法中，並未實際將任何特定範疇的資料，從證據開示的範圍內排除。相反的，立法者建立了一個二階段的證據開示程序。第一階段的證據開示為「與任一造主張或抗辯有關的事項」，可以自由的行使證據開示程序。第二階段為與爭議本身較不相關、範圍較大之「與繫屬訴訟主題相關之事項」者，則要求開示方必須向法院提出行使證據開示的「正當理由」。建立不同階段證據開示的目的，是為了防止因收集資訊而無限制在當事人間進行證據開示，而造成證據開示的過度使用⁷⁵。

第三項 1983、1993、及 2000 年修法之效果

經過諮詢委員會的觀察，1983 年的修正並未達成其欲促使法官盡到義務來限制證據開示的目的。1993 年 Committee Note⁷⁶中便提到：在近數十年來的資訊爆炸性成長下，大範圍的證據開示增加了潛在的成本，也增加了使證據開示成為拖延和壓抑訴訟之工具的可能性。從非常少量的案例法提及 1983 年修正法的角度來推論，該次修正並未對證據開示制度產生根本性的改變。1993 年修正法也是相同的結果。對於無視於職權所在的聯邦法院，2000 年修法可以被視為是對聯邦法院怠於積極管理訴訟以降低證據開示成本的回應。

姑且先不去討論立法者的目標是出於善意，在 2000 年修正草案提供公眾審查期間，即有評論者提到，他們擔心 2000 年的修正案可能會發生二種情況：第一種情況是實務工作者為了定義「正當理由」(good cause)一辭的意義，而提出無止境的聲請(motion)；另一種情況則可能是像 1983 年及 1993 年的修法一樣，為了減低費用和降低負擔所量身訂做的 Fed. R. CIV. P. 26(b)，仍完全被法院和當事人所忽視。然經過數年後，事實證明

⁷³ FED. R. CIV. P. 26(b)(1) (1993).

⁷⁴ FED. R. CIV. P. 26(b)(1) (2000). "Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense".

⁷⁵ See *Thompson v. Dep't of Hous. & Urban Dev.*, 199 F.R.D. 168, 171 (D. Md. 2001) "The most recent revisions to the discovery rules imposed changes intended to reach lingering concerns about the overbreadth and expense of discovery"

⁷⁶ FED. R. CIV. P. 26(b)(1). advisory committee's note to 1993 amendments: "[the] information explosion of recent decades has greatly increased both the potential cost of wide-ranging discovery and the potential for discovery to be used as an instrument of delay and oppression."

現實發生的情況為後者，2000 年對二階段證據開示程序的修正，在實務上仍完全被擱置於一旁⁷⁷。其中一個主要的原因為法院和執業律師無法分辨所謂「與任一造主張或抗辯有關的事項」及「與繫屬訴訟主題相關的事項」間的不同。

法院和執業律師花費許多時間在一來一往的辯論著，所要開示的證據資料是屬於「主張或抗辯」(claim or defense)，或者是屬於「訴訟主題」(subject matter)。這些辯論久而久之便流於一種沒有重點的哲學式討論，也是造成執業律師忽略 2000 年之二階段證據開示程序的因素之一⁷⁸。當然，諮詢委員會也難辭其咎，在 2000 年的 Committee Notes 中，其並未清楚提供任何實例，讓執業律師了解，哪些資料雖不屬於與第一階段相關的「主張或抗辯」，但卻和第二階段的「訴訟主題」相關。在欠缺官方標準的情況下，實際的案例確實可以幫助這些因不知法律應如何應用所困擾的執業律師。雖然 2000 年的 Committee Notes 中舉出某些類型的資料，從表面上判斷並不屬於「與任一造主張或抗辯有關的事項」，但僅僅是這樣的說明並不足夠，其未進一步闡明第二階段「訴訟主題」之類型，以及對第一階段「主張或抗辯」類型的延伸探討，是美中不足的地方。再者，2000 年修正的法案中亦欠缺對「正當理由」(good cause)做出定義或設定標準，使得執行上產生困難度。Committee Notes 中未特別指出適用「正當理由」標準的適當時機，亦未在決定「正當理由」定義上提供有意義的協助。其只是簡單陳述，當司法干預被行使時，證據開示的實際範圍應依據訴訟案的合理需要來決定⁷⁹。未盡其功的 Committee Notes 無形中削弱了 2000 年修法所可能帶來的影響力⁸⁰。



第四項 2006 年修法過程

1999 年秋天，諮詢委員會開始注意到電子化儲存資訊所衍生的種種問題，主要包括了以級數增加的文件數量、取得某些資訊的困難度、以及在檢閱律師及當事人間秘密通訊資料的問題上，於是諮詢委員會開始送出一些問卷來向執業律師調查。2004 年初，一場會議在紐約的 Fordham Law School 召開，討論如何解決電子化儲存資訊在證據開示程序中所衍生的問題。

諮詢委員會的主席 Judge Lee Rosenthal，在 2004 年三月向 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 遞交有關美國聯邦民事訴訟程序中，處理電子化儲存資訊在證據開示程序中所衍生問題的修正計劃。2004 年八月，由諮詢委員會所提出的修正

⁷⁷ Noyes, *supra* note 60, at 61.

⁷⁸ 參照劉玉中，前揭註 9，頁 262。其他則包括“美國 discovery 濫用之原因約略有下列數端：一、法院將其委由當事人自治而不欲監督；二、在與美國獨特的律師報酬制度(成功報酬[contingent]及計時收費)之關係上於大規模事件利用 discovery 為徹底的訴訟準備合乎律師之利益；三、事實上雖未必需要 discovery，但因戰術上的目的加以利用。”

⁷⁹ See Fed. R. Civ. P. 26(b)(1). advisory committee's note to 2000 amendments: “[w]hen judicial intervention is invoked, the actual scope of discovery should be determined according to the reasonable needs of the action.”

⁸⁰ See comments of Federal Magistrate Judges Association (04-CV-127). Professor Arthur R. Miller, Harvard Law Sch., (04-CV-219) (04-CV-221)

草案正式提供給公眾審查。第一個評論意見是由微軟(Microsoft Corporation)所提出，檔案編號為 04-CV-001。由此可見本次的修法與個人電腦軟體業者的關聯性及業者的重視性，畢竟他們是最了解自家產品及新修法律間之交互作用的當事人。這些公眾評論的內容，可以從“U.S Courts.gov”⁸¹的網站上查閱到，包括了 254 篇對新法的評論、74 個證人在諮詢委員會前所做的完整證詞，也可以下載所有聽證會的文字記錄。這些大量的評論記錄在修法過程中占有非常重要的地位，它真實記載執業律師們如何向立法者陳述實際或執行問題的核心。

2006 年頒布實施的美國聯邦民事訴訟程序法修正案，於 2005 年六月十五、十六日經在波士頓舉行的 Standing Committee on Rules of Practice and Procedure 同意，同年九月二十日經於華盛頓特區召開的司法會議同意，美國最高法院於 2006 年四月十二日正式通過，由大法官於同日將法案提交國會同意，並於 2006 年十二月一日正式生效⁸²。

本次修法前後歷經六年時間終於完成。新法仍延續著先前數次的修法精神，以縮小證據開示的範圍及加強聯邦法院對程序上的監督，以避免過度的負擔及減低訴訟成本為主。諮詢委員會的特別報告人(Special Reporter)之一，Richard Marcus 特別提到，當事人進行主義的證據開示程序在 1970 年達到巔峰⁸³，雖然經過 1983、1993 及 2000 年的修法，都沒有達成以避免過度負擔及減低訴訟成本為主之目的。

因社會環境的變遷，存在企業的電子化儲存資訊數量是以百倍千倍計算地在增加，無限制的證據開示已不符合訴訟的需求，如何能將目光的焦點放置在與訴訟相關的文件上，在茫茫大海中以最經濟的方式找到與繫屬案件相關且有價值的證據，是未來訴訟當事人應當多加重視的課題。

⁸¹ See <http://www.uscourts.gov/rules/e-discovery.html>, (last visited Dec. 7, 2009)

⁸² Paul & Nearon, *supra* note 24, at 9-10.

⁸³ Marcus, *supra* note 56, “Party-controlled discovery reached its high-water mark in the 1970 amendments in terms of rule provision.”

第四節、 電子化證據開示之修法內容

經過了長達六年時間的準備與廣納各方意見，受到長久以來所關注的美國民事訴訟程序法，主要關於電子化儲存資訊之證據開示程序(E-Discovery)的修法，於 2006 年十二月一日正式實施生效。新法可以說是直搗電子化儲存資訊之證據開示程序(E-Discovery)問題的核心。事實上，新法中所規範的許多內容，在現今訴訟中，早已是司空見慣的問題。

新法於 2006 年十二月一日生效之後，隔年，為了使該法之編號能夠更結構化，美國民事訴訟程序法在法條之編排上又做了另一次之修改，並於 2007 年十二月一日正式生效。為免混淆，本章之將沿用 2006 年新法頒布時所使用之編號為主，並於註釋中佐以新修正之編號加以說明。由於法條全文相當冗長，為免混淆，本章僅將法條修正之重要部分及架構加以說明，完整版本之 2006 年民事訴訟程序法修正條文，包括對於解釋條文非常重要的 Committee Notes 全文，請參考美國司法院網站。

與電子化儲存資訊之證據開示程序(E-Discovery)相關條文之法條編號修改對照表如下⁸⁴：

條文內容	2006 年條文	現行條文
Contents of Pretrial Scheduling Order	16(b)(5)	16(b)(3)(B)
Initial Disclosures of ESI	26(a)(1)(B)	26(a)(1)(A)(ii)
Accessibility of ESI	26(b)(2)(B)	26(b)(2)(B)
Discovery Limitations – Nature and Extent	26(b)(2)(C)	26(b)(2)(C)
Claiming Work Product Privilege	26(b)(5)(A)	26(b)(5)(A)(i)-(ii)
Conference of the Parties – ESI Discovery Plan	26(f)(3)	26(f)(3)(C)
Production of ESI	34(a)(1)	34(a)(1)(A)
Party Requesting to Specify Form of ESI Production	34(b)	34(b)(1)(C)
Responding to Request for ESI	34(b)	34(b)(2)(D)
Producing ESI	34(b)	34(b)(2)(E)(i)-(iii)
Sanctions – Motion to Compel Disclosure	37(a)(2)(A)	37(a)(3)(A)
Sanctions – Motion to Compel Discovery Response	37(a)(2)(B)	37(a)(3)(B)
Sanctions – Payment of Expenses	37(a)(4)	37(a)(5)
Sanctions – Safe Harbor	37(f)	37(e)

⁸⁴ Federal Rules of Civil Procedure –Numbering Scheme Reference Guide, available at <http://www.krollontrack.com/library/frcpupdater_krollontrack2008.pdf> (last visited Dec. 7, 2009)

Subpoena – Contents	45(a)(1)(C)	45(a)(1)(A)(iii)
Subpoena – Form of Production of ESI	45(a)	45(a)(1)(C)
Subpoena – Objections	45(c)(2)(B)	45(c)(2)(B)(i)-(ii)
Subpoena – Production of ESI	45(d)(1)	45(d)(1)(A)-(D)

第一項 「電子化儲存資訊」(electronically stored information)的新觀念及承認存在系統中的資料

本次修法最重要的改變，首推為將「電子化儲存資訊」的概念，從一般傳統認知的「文件」(document)中獨立出來，而在法條中賦與新的精神。修正法條使用了「資料」(information)一詞，使之成為比較廣泛的定義，取代過去使用「文件」時，似為係專指紙本、書面化之情況。在 Fed. R. Civ. P. 34⁸⁵，規範有關「提供文件、電子化儲存資訊及事物，以及進入對造土地以便勘驗或其他目的」中，便明文加入了「電子化儲存資訊」，這意味著聯邦民事訴訟程序法正式進入了數位資訊化時代。除此之外，新法也大幅度的承認「系統」(system)的概念。在法條或 Committee Notes 中常被提到的有「資訊系統」(information systems⁸⁶)、「電子資訊系統」(electronic information systems⁸⁷)、或是「電子儲存系統」(electronic storage systems⁸⁸)等名詞。加入這樣的文字改變，將會使得未來在解釋相關意義或法條的運用時，更能因應資訊系統未來的發展，而非僅拘泥於對「資訊」一詞範圍的解釋。

對於給予電子化儲存資訊獨立的法律意義，這樣的建議在當時並非廣泛地被接受。最普遍的反對意見認為，如果刻意要把電子化儲存資訊從「文件」的定義中切割出來，即意味著在證據開示程序中請求提供資料時，必須特別、明確地在「文件」之外，再加上電子化儲存資訊，如此只會造成更多的混淆，而不似立法目的所期望般的，如此的修改可以減少證據開示程序的爭議⁸⁹。評論者的意見並非完全不可採，然而，資料以電子化方式儲存已經取代過去以紙本為主之儲存方式，成為一種主要的趨勢，甚至有人預言，依 Fed. R. Civ. P. 34 所為的證據開示，在不久的未來可能會成為證據開示的主流，全部證據都將會以電子化儲存資訊的方式來提供⁹⁰。且因其具有的特性，所衍生的問題，亦與過去紙本儲存時代截然不同。因此，諮詢委員會認為，應早日將電子化儲存資訊與傳統書面為主的儲存方式加以區分，期待新法可以靈活地對未來數位媒介之趨勢發展與

⁸⁵ FED. R. CIV. P. 34.:Production of Documents, “Electronically Stored Information”, and Things and Entry Upon Land for Inspection and Other Purposes

⁸⁶ Advisory Committee Note to FED. R. CIV. P. 26(f). 亦提到 parties’ “information systems”, and the need for counsel to be familiar with “information systems”.

⁸⁷ FED. R. CIV. P. 37(f). 提到：the good-faith operation of an “electronic information system”。

⁸⁸ Committee Note to FED. R. CIV. P. 26(b)(2). 提到“electronic storage systems”。

⁸⁹ See comment of Rudolph Garcia of the Philadelphia Bar Ass’n (04-CV-031).

⁹⁰ Transcript of testimony of Greg McCurdy, on behalf of Microsoft Corp. (04-CV-001). p.5. “I’m really here to tell you that if it’s not already the case, it soon will be the case that virtually all discovery is electronic. The days of paper created documents are over.

變動提供更多的彈性，也可以有效減少可能造成的更多的問題及紛爭。

Fed. R. Civ. P. 34 主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 34：提供文件、電子化儲存資訊及事物，以及進入對造土地以便勘驗或其他目的⁹¹

(a) 範圍⁹²：任一方得以請求任何他方(1)⁹³提供且准許請求方或代表請求方之人提出之要求，對指定的文件或電子儲存資料加以檢查、複製、測試或採樣，包括書面、繪圖、圖形、表格、照片、聲音記錄、影像或其他資料或資料的編纂物，其被儲存在任何一種資料可以被取得的媒介上...

(b) 程序⁹⁴：請求方之請求得以特別指定電子化儲存資訊提供之形式

回覆必須根據每一個項目或類型陳明，其檢查及相關的活動將依請求內容被准許，除非這個請求被反對，包括反對提供電子化儲存資訊的形式。反對必須陳明的理由。如果僅針對其中一部分的項目或類型反對時，這部分必須具體指出，並且同意其餘部分的檢查。如果是針對電子化儲存資訊所提供之形式所為之反對—或要求上沒有特別指定形式—則回覆方必須陳明其所欲提供之形式...



⁹¹ FED. R. CIV. P. 34.: Production of Documents, Electronically Stored Information, and Things and Entry Upon Land for Inspection and Other Purposes

⁹² FED. R. CIV. P. 34(a). Scope. Any party may serve on any other party a request (1) to produce and permit the party making the request, or someone acting on the requestor's behalf, to inspect, ~~and copy, test, or sample~~ any designated documents or electronically stored information—(including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images ~~phonorecords~~, and other data or data compilations stored in any medium from which information can be obtained ...

⁹³ FED. R. CIV. P. 34(a)(1).，即為現行之 FED. R. CIV. P. 34(a)(1)(A).

⁹⁴ FED. R. CIV. P. 34(b). Procedure，即為現行之 FED. R. CIV. P. 34(b)(1)(C).: ... The request may specify the form or forms in which electronically stored information is to be produced....

即為現行之 FED. R. CIV. P. 34(b)(2)(B).: The response shall state, with respect to each item or category, that inspection and related activities will be permitted as requested, unless the request is objected to, including an objection to the requested form or forms for producing electronically stored information, in which event stating the reasons for the objection shall be stated. If objection is made to part of an item or category, the part shall be specified and inspection permitted of the remaining parts. If objection is made to the requested form or forms for producing electronically stored information—or if no form was specified in the request—the responding party must state the form or forms it intends to use....

即為現行之 FED. R. CIV. P. 34(b)(2)(E)(i).~(iii).: Unless the parties otherwise agree, or the court otherwise orders :

(i) Aa party who produces documents for inspection shall produce them as they are kept in the usual course of business or shall organize and label them to correspond with the categories in the request;

(ii) if a request does not specify the form or forms for producing electronically stored information, a responding party must produce the information in a form or forms in which it is ordinarily maintained or in a form or forms that are reasonably usable; and

(iii) a party need not produce the same electronically stored information in more than one form.

除非雙方另有協議，或法院有其他命令，否則：

- (i) 提供文件予以檢查之一方，得以提供其依通常之商業習慣所保存之形式或者必須將文件加以組織和標記，以能使與在證據蒐集清單中的類別相對應；
- (ii) 如果於請求上沒有特別指定電子化儲存資訊所應提供之形式時，提供資料方必須提供其一般被保存的形式，或是得以被合理使用之形式；
- (iii) 任一方不需要對同一項電子化儲存資訊提供一種以上之形式。

Fed. R. Civ. P. 34(a)之修正，主要為確認電子化儲存資訊於證據開示程序中，與書面文件具有同等之重要性。另外，為免紛爭，當一造依 Fed. R. Civ. P. 34 之規定，要求提供「文件」時，若未特別敘明，應指包含電子化儲存資訊在內，除非進行中的證據開示明顯地區分了「電子化儲存資訊」和「文件」間的不同。

另為因應電子化儲存資訊動態資料形式的特性，Fed. R. Civ. P. 34(b)加入一項全新的程序，以規定電子化儲存資訊所應提供之形式。Fed. R. Civ. P. 34(b)規定，一方得以其依通常之商業習慣所保存之文件形式提供予資料要求方。然而，有些電子化儲存資訊其通常被維護的形式，可能對任何一方來說，都不是可以被合理取用的形式。例如：某些「舊式」資料(legacy data)，只能由老式、已被替代的系統來讀取。於此種情況下，要求資料之一方是否可以要求提供方將這樣資訊轉換成得以被使用的形式，甚至於是否應該要提供這些細節，則由 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)做詳盡規範。另外在 Fed. R. Civ. P. 26(f)(3)也修正為要求二造在證據開示前的會議，能先行協議電子化儲存資訊提供的形式⁹⁵。

第二項 書面質詢程序配合電子化儲存資訊之修正

一直以來，Fed. R. Civ. P. 33 皆允許以指明商業紀錄內容所在的方式來回答書面質詢，在本次的修正中，則明文加入了電子化儲存資訊亦為商業記錄之一種，可成為書面質詢時回覆之標的。

Fed. R. Civ. P. 33 主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 33：對兩造的質詢⁹⁶

- (d) 選擇提供商業紀錄⁹⁷：對書面質詢的回覆可以從商業紀錄中產生或查明，商業紀錄包括電子化儲存資訊。...產生或查明這些回覆的負擔義務在資料要

⁹⁵ FED. R. CIV. P. 34. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

⁹⁶ FED. R. CIV. P. 33.: Interrogatories to Parties :

⁹⁷ FED. R. CIV. P. 33. (d) Option to Produce Business Records. Where the answer to an interrogatory may be derived or ascertained from the business records, including electronically stored information...and the burden of deriving or ascertaining the answer is substantially the same for the party serving the interrogatory as for the party served, it is a sufficient answer to such interrogatory to specify the records from which the answer may be derived...

求方和提供方是一樣的，在紀錄中指出回覆之所在即為有效的回答方式...

Fed. R. Civ. P. 33(d)被修正為與 Fed. R. Civ. P. 34(a)一致，承認電子化儲存資訊重要性。因此，「電子化儲存資訊」一詞的定義，在 Fed. R. Civ. P. 33(d)及 Fed. R. Civ. P. 34(a)中，有著同樣廣義的解釋。

Fed. R. Civ. P. 33 (d)允許在當獲得答案的負擔，對兩造大致相同時，應答方得以提供文件或電子化儲存資訊，並指明回覆所在之方式，做為答覆質詢的替代方案。Fed. R. Civ. P. 33 (d)說明，當一方決定透過提供電子化儲存資訊來回應書面質詢時，必須保證質詢方得以和提供方一樣，可以立即找出和辨識這些對質詢回覆資訊之所在。並且，應答方必須給質詢方合理的機會來審查、稽核或勘驗這些資訊⁹⁸。

第三項 早期注意及揭露中與電子化證據開示程序相關之問題

有關電子化儲存資訊之證據開示程序(E-Discovery)最重要的修正之一，即是在案件發生的早期，由二造來共同協商電子證據開示之相關事務。「當事人間之會議」由 Fed. R. Civ. P. 26(f)來規範；「必要揭露事項」則明定於 Fed. R. Civ. P. 26(a)；時程與計劃安排則於 Fed. R. Civ. P. 16(b)中規定。



Fed. R. Civ. P. 26(f)主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 26：規範證據開示程序之一般條文；揭露義務⁹⁹

(f) 兩造間的會議；計劃證據開示程序¹⁰⁰...在可能之範圍內儘早舉行，且最遲應在計劃會議舉行或在依 Rule 16(b)所下達之計劃命令到期前 21 天。在考慮主張及抗辯事由之性質及基礎，以及即刻和解或為案件找到解決方案之前提下，共同協商以安排依 Rule 26(a)(1)所要求之揭露，來討論任何有關保存可開示文件之相關問題，並產生一個內含兩造有關下列事項觀點的預定證據開

⁹⁸ FED. R. CIV. P. 33. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

⁹⁹ FED. R. CIV. P. 26.: General Provisions Governing Discovery; Duty of Disclosure

¹⁰⁰ (f)，即為現行之 FED. R. CIV. P. 26(f)(1)~(2).: Conference of Parties; Planning for Discovery.... as soon as practicable and in any event at least 21 days before a scheduling conference is held or a scheduling order is due under Rule 16(b), confer to consider the nature and basis of their claims and defenses and the possibilities for a prompt settlement or resolution of the case, to make or arrange for the disclosures required by Rule 26(a)(1), to discuss any issues relating to preserving discoverable information, and to develop a proposed discovery plan that indicates the parties' views and proposals concerning:

(3)，即為現行之 FED. R. CIV. P. 26(f)(3)(C).: any issues relating to disclosure or discovery of electronically stored information, including the form or forms in which it should be produced;

(4)，即為現行之 FED. R. CIV. P. 26(f)(3)(D).: any issues relating to claims of privilege or of protection as trial-preparation material, including--if the parties agree on a procedure to assert such claims after production--whether to ask the court to include their agreement in an order;

示計劃提案：

- (3) 任何有關揭露或開示電子化儲存資訊之問題，包括其被提供時的形式；
- (4) 任何有關秘密通訊特權之主張或訴訟準備文件保護之問題，包括—雙方在程序上達成協議，同意在文件提出後仍能主張—是否要求法院將這樣的協議包含進法院的命令中。

Fed. R. Civ. P. 26(f) 包含了對律師特別指示，討論有關保存可開示文件之相關問題，這樣的討論不僅限定在電子化儲存資訊上，而是涵蓋了所有可開示的文件。本條亦要求雙方先行討論有關電子化儲存資訊提供的形式。Fed. R. Civ. P. 26(f)(4) 的範圍則被擴大至包含了為訴訟所準備之資料。兩造必須討論秘密通訊特權與保護因訴訟案而準備的資料之主張相關的任何問題，亦包括兩造是否可對上述特權與保護之主張，達成程序上之協議，以促進證據開示程序之順利進行，並且對是否請求法院下達將兩造所達成的相關協議包括在法院命令中之討論¹⁰¹。

Fed. R. Civ. P. 26(a) 主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 26：規範證據開示程序之一般性條文；揭露義務¹⁰²

(a) 強制揭露；揭露其他資訊之方式¹⁰³

- (1) 初始揭露。除了依 Rule 26(a)(1)(E) 所指明之程序類型或因法院命令或約定，當事人應不待證據開示之請求，即提供予他方：

- (B) 有關所有被當事人所擁有、保管或控制之文件、電子化儲存資訊、或任何有形物之複本，或依其類型和所在位置的描述。而這些資料是揭露資訊之一方用來支持其主張或抗辯者，除非這些文件是單獨做為控告之用；

Fed. R. Civ. P. 26(a)(1)(B) 之修正在原始提供予公眾審查的版本中並未包含在內，但諮詢委員會決定將其修正至與 Fed. R. Civ. P. 34(a) 之範圍一致。

¹⁰¹ FED. R. CIV. P. 26. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

¹⁰² FED. R. CIV. P. 26.: General Provisions Governing Discovery; Duty of Disclosure

¹⁰³ FED. R. CIV. P. 26(a). Required Disclosures; Methods to Discover Additional Matter.

(1) ，即為現行之 FED. R. CIV. P. 26(a)(1)(A).: Initial Disclosures. Except in categories of proceedings specified in Rule 26(a)(1)(E), or to the extent otherwise stipulated or directed by order, a party must, without awaiting a discovery request, provide to other parties:

(B) ，即為現行之 FED. R. CIV. P. 26(a)(1)(A)(ii).: a copy of, or a description by category and location of, all documents, electronically stored information, data compilations, and tangible things that are in the possession, custody, or control of the party and that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless solely for impeachment;

Fed. R. Civ. P. 16 主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 16：審前會議；時程安排；案件管理¹⁰⁴

(b) 時程安排與計劃¹⁰⁵：時程安排的命令應包括

(5) 預備性的揭露或電子化儲存資訊之證據開示程序

(6) 任何有關雙方對秘密通訊特權之主張或訴訟準備文件之保護被提出後之問題所達成之協議；

Fed. R. Civ. P. 16 被修正為：若是預期電子化儲存資訊有關的證據開示會在訴訟中出現時，應在訴訟初期便能及早預先知會法院。另外，也認可法院可以將這類的協議包含在案件管理(case-management)或其他的命令中。但是本法並未授權法院在沒有雙方當事人同意之下，自行決定案件管理(case-management)或其他的命令的權力，但也未限制法院處理兩造提出聲請的權力。

Fed. R. Civ. P. 16(b) 之修改目的則是希望在可以預期電子化儲存資訊之提供會在證據開示程序中發生時，得以及早安排相關的證據開示程序。另外也包含了在法院下達計劃表的命令時，可以一併將雙方協議的有關於律師與當事人間秘密通訊特權的主題列明，以降低於證據開示程序中，有關的特權資料可能會被揭露的風險¹⁰⁶。

除此之外，表格 35 也被修正為，必須在訴訟的初期，即向法院提出包含有關兩造間協議如何揭露或開示電子化儲存資訊之處理方式。另外，兩造間若有任何協議為有關保護在因為不當或疏忽之情況下，不慎提供他造應受秘密通訊特權所保護之文件時，所協議之處理方式。

據此，新的修正條文，有三條新的法律和一個表格來規範有關電子化儲存資訊之早期討論及司法行政處理方式¹⁰⁷。

¹⁰⁴ FED. R. CIV. P. 16.: Pretrial Conferences; Scheduling; Management

¹⁰⁵ FED. R. CIV. P. 16(b).Scheduling and Planning....

The scheduling order also may include

(5), 即為現行之 FED. R. CIV. P.16(b)(3)(B):. provisions for disclosure or discovery of electronically stored information;

(6) any agreements the parties reach for asserting claims of privilege or of protection as trial-preparation material after production;

¹⁰⁶ FED. R. CIV. P. 16. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

¹⁰⁷ Paul & Nearon, *supra* note 24, at 21.

第四項 「取得」(accessibility)的新觀念

立法者接下來也了解到，「資料」(information)不再總是具體實物之事實，而且它們可能需要從更複雜的系統中來挖掘。在這樣的情況下，「可以合理取得」(reasonably accessible)及「無法合理取得」(not reasonably accessible)這兩個名詞的新定義顯得格外重要。原則上，從原始系統中擷取資料是容易的，然而，有時因為種種不同的因素，會使得擷取資料變得極度困難。舉例來說，「無法合理取得」的情況，通常發生在系統備份資料(system back-up tapes)上。系統備份資料通常不會被加上索引、有系統的組織或做成可以為電子搜尋的形式。系統備份資料也可能是以已經淘汰的、或過時的硬體或軟體所製成。它們也可能存在於數百、或數千個磁帶中，並存放在櫥櫃、倉庫或其他遙遠的地方，甚至可能是資訊工程人員的後車廂中——它們可能被製做這些備份資料的人員標上了很小很隱密的標籤，但是若製作資料的人員無法辨識的話，這些備份資料在功能上，便是沒有用處的。

無法合理取得的資料也可能是一些來自已經被淘汰系統中的古老資料，雖然無法被判讀，但仍存放在後手的系統中；或是一些已經被刪除，但仍片斷存在的資料；或者，這些資料存以一定的方式被產生、編輯、以及儲存在資料庫中，但無法立即產生不同形式的資料，以供證據開示之目的而使用，至少無法在合理的成本下完成此種目的。當然，這裏並無法對所有關於電子化儲存資訊可能發生的、證據雖存在但難以被開示的情況一一舉例。然而，面對著愈來愈複雜的資料系統，這樣的情況保證會不斷地一而再，再而三的發生。

因為現今用來儲存資料的複雜系統所產生的必然結果，新法加入了全新類型的定義，即資訊有可能是「無法合理取得」(not reasonably accessible)的觀念。這個觀念被加入在 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)中，且僅得以適用於電子化儲存資訊上¹⁰⁸。

Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 26：規範證據開示程序之一般性條文；揭露義務¹⁰⁹

(b) 證據開示之範圍及限制¹¹⁰。除非法院命令或法律另有限制，證據開示的範

¹⁰⁸ Paul & Nearon, *supra* note 24, at 21.

¹⁰⁹ FED. R. CIV. P. 26.: General Provisions Governing Discovery; Duty of Disclosure

¹¹⁰ (b) Discovery Scope and Limits. Unless otherwise limited by order of the court in accordance with these rules, the scope of discovery is as follows:

(2) Limitations.

(B) A party need not provide discovery of electronically stored information from sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or for

圍應如下：

(2) 限制

- (B) 當電子化儲存資訊之來源被認定為會造成過度負擔或費用而無法合理取得時，提供方不需提供電子化儲存資訊以供證據開示。在強制提供資料之聲請被提出時，被要求開示之一方必須舉證，因為提供該資料開示會造成提供方過度負擔或費用，致該資料無法合理取得。若被要求開示方已舉證時，在要求方提供正當理由之情況下，法院仍可考量 26(b)(2)(C)之限制，命令提供方提供該資料以供證據開示。法院可以詳細指明供證據開示之條件。

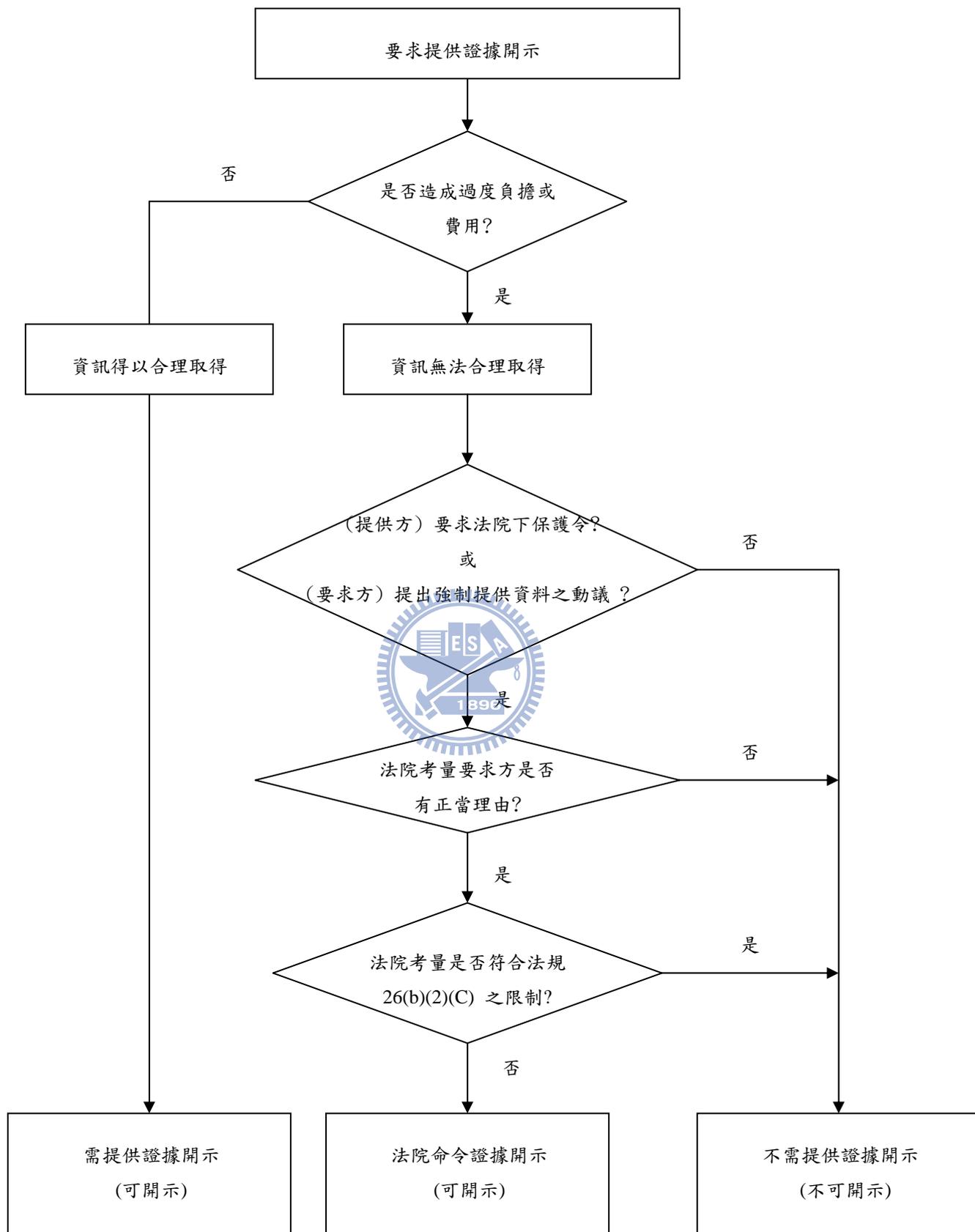
Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)主要設計來解決有關電子化儲存資訊如何被蒐集、檢索以及在提供蒐證上有困難時，所衍生的問題。Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)則主要用於規範當資料「無法合理取得」(not reasonably accessible)的情況。當一個資訊的來源，可能保存於要付出極大負擔與費用才得以取得的系統中時，Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)即為新增來規範，如何在這樣的資訊來源處蒐證的相關問題。

基於 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)的規定，在 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)的限制下，應答方須提供相關的、非屬於秘密通訊特權(privileged)所保護的、以及可以合理取得的電子化儲存資訊。應答方亦應標示出無法搜尋或提供，但可能包含有用資訊來源之範疇與類別¹¹¹。

為了讓本條文更清楚地呈現，其流程圖如下：

a protective order, the party from whom discovery is sought must show that the information is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26(b)(2)(C). The court may specify conditions for the discovery.

¹¹¹ FED. R. CIV. P. 26. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.



圖表 1. 法規 26 (b)(2)(B) 電子化儲存資訊的特殊限制

資料來源：本研究整理

第五項 「取回」(retrieval)的新程序

諮詢委員會在很早期考慮到電子相關的證據開示程序問題時，便已認知到，對現今日益龐大的文件數量，會使得不慎提供應受秘密通訊特權保護的資料給對造的問題，變得難以避免。因此，修正案中便加入了新的程序—Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)：當一方在非故意的情況下，將應受秘密通訊特權保護的資料，或是為預備訴訟或訴訟進行時所準備之資料提供給對方時，提供方有權利通知收受方，而收受方則有法律上的義務，立即將其歸還、隔離、或銷毀這些特定的資料，而且直到這些秘密通訊特權保護資料的相關主張的爭議被解決前，都不得揭露該資料內容。當然，提供方亦必須盡到合理努力來對不慎揭露的資料從事補救措施。

Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)中，有很多考量，在新法中皆堪稱為最有革命性的改革之一。而且本條並非僅適用於電子化儲存資訊上，亦適用於證據開示程序中之所有證據。Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)之程序是適用在當雙方對此沒有協議的情況下，這與當雙方對秘密通訊特權保護資料間已取得協議，簽有「取回合約」(clawback agreement)的情況並不相同¹¹²。

Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 26：規範證據開示程序之一般性條文；揭露義務¹¹³

(b) 證據開示之範圍及限制¹¹⁴。除非法院命令或法律有限制，證據開示的範圍應如下：

(5) 有關秘密通訊特權保護資料，或是為預備訴訟或訴訟進行時所準備之資料相關之主張。

(A) 資訊保留...

(B) 資訊提供。若在證據開示程序中提供給對造的資料，是屬於受到秘密通訊特權保護、或是為預備訴訟或訴訟進行時所準備之資料時，

¹¹² Paul & Nearon, *supra* note 24, at 22~23.

¹¹³ FED. R. CIV. P. 26.: General Provisions Governing Discovery; Duty of Disclosure

¹¹⁴ (b) Discovery Scope and Limits. Unless otherwise limited by order of the court in accordance with these rules, the scope of discovery is as follows:

(5) Claims of Privilege or Protection of Trial-Preparation Materials.

(A) Information Withheld...

(B) Information Produced. If information is produced in discovery that is subject to a claim of privilege or of protection as trial-preparation material, the party making the claim may notify any party that received the information of the claim and the basis for it. After being notified, a party must promptly return, sequester, or destroy the specified information and any copies it has and may not use or disclose the information until the claim is resolved. A receiving party may promptly present the information to the court under seal for a determination of the claim. If the receiving party disclosed the information before being notified, it must take reasonable steps to retrieve it. The producing party must preserve the information until the claim is resolved.

提出此主張的一方，可以通知任何收到被主張資料應受保護的一方，並且告知其性質。在被通知後，收受方應立刻歸還、隔離、或銷毀這些特定的資料，或其擁有的備份。而且直到這些秘密通訊特權保護資料相關主張之爭議被解決前，都不得揭露該資料內容。收受方亦可在彌封的情況下，立即將這些資料呈遞給法院，由法院來裁決這樣的主張是否合理。若收受方在提供方通知前已經揭露該被主張的資料，其應盡合理的步驟來挽救。提供方在這個主張被解決前，應保護這些資料。

* * * * *

諮詢委員會在草擬本次修正案時便一再被告知，在證據開示程序中，秘密通訊特權被放棄的危險性，以及為了避免其可能帶來的風險所做的處置，這二者勢必都會增加成本上的負擔及造成訴訟的延宕。當在審閱電子化儲存資訊時，其龐大的數量，以及難以在提供前確定皆已完全先行審閱過等等原因，因而被棄權的風險、及因避免棄權所花費的時間及精力，皆會造成提供方實質上負擔的增加。Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)(B)因而被加入，提供一個救濟的管道，以使得在證據開示程序中，不慎將包含秘密通訊特權及為訴訟案而準備的資料提供出來的一方，有一個彌補的機會。而當這樣的主張被收受方所異議時，亦准許任一收受方有法律上的理由，對此爭議向法院尋求解決之道。

然而 Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)(B)並未說明，在證據開示程序中被提供的秘密通訊特權、或因訴訟案而準備之資料的保護是否就此被放棄，而是法院必須自行產生一套標準來決定，在何種情況下，會發生權利被放棄的情形。但立法者於 Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)(B)提供一個程序來應對以上這個問題：當 Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)(B)與 Fed. R. Civ. P. 26(f)共同運作時，Fed. R. Civ. P. 26(f)被修正為指示兩造於準備證據開示計劃時，必須先行討論秘密通訊特權的問題，再加上 Fed. R. Civ. P. 16(b)中，有關時程安排與計劃的修正，允許兩造得以要求法院在命令中，將任何兩造間所達成之有關於秘密通訊特權，或因訴訟案而準備之資料的保護等議題的協議包含在內。當法院需要決定放棄特權的狀況是否發生時，可以考慮 Fed. R. Civ. P. 26(f)(4)以及包含在法院命令中，基於 Fed. R. Civ. P. 16(b)(6)下所達成之協議。而當雙方所採取的程序和 Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)(B)之規定有所不同時，則以此協議與命令之內容為主。

在不慎將秘密通訊特權與為訴訟案而準備之資料提供他人後，主張權利的一方必須通知收受方，且除非狀況不允許，此通知須以書面為之。於口頭或書面宣誓證言中所提供的資料亦以相同的方式處理。書面通知的內容必須盡可能地清楚，以能特定主張的資料及陳述主張的性質，因為收受方必須決定是否向法院對這樣的主張提出異議。若收受方決定提出此異議時，必須隔離這些有爭議的資料，並將之提交法院來裁決，這些資料是否有秘密通訊特權與為訴訟案而準備之資料保護的適用？抑或其已構成棄權？因此，書面通知的內容必須足夠詳盡，使收受方和法院得以清楚了解主張之基礎。另外，因為法律中有規範，延遲亦是構成棄權的因素之一，故法院也會繼續審查，提供資料之

一方，是否在合理的期間內提出取回資料這樣的主張。

而收受方於收到書面通知後，必須儘速歸還、隔離或銷毀這些資料，以及手上所持有的任何副本。隔離及銷毀會同時成為選項是因為收受方或許會將這些資料整合進為訴訟案而準備的資料中。然而在這樣主張的爭議被解決前，任一收受方不得使用或揭露該等資訊。但收受方在向法院陳述這些問題時，得以在秘密通訊特權、為訴訟案而準備的資料保護、或是律師專業倫理相關法律准許的範圍內，使用該資料的內容。

如果在收到主張秘密通訊特權與為訴訟案而準備的資料保護的通知之前，收受方已對非訴訟當事人透露了該等資訊，其必須採取合理的步驟，取回該資訊，並歸還、隔離或銷毀該資訊，直到該主張之爭議得到解決¹¹⁵。

第六項 「免責條款」(safe harbor)

另一個以系統為導向(system orientation)之聯邦民事訴訟程序法的劃時代改變為 Fed. R. Civ. P. 37(f)之免責條款，又被稱為「安全港條款」(safe harbor)。電子化儲存資訊不像書寫在紙上的文字，它通常是動態的。資訊系統是可以自行消長的，它可以被設定來循環再利用、修改或銷毀資料，而且沒有方法可以阻止系統做這樣的改變。一些操作電腦的基本動作，包括簡單的開機、關機或存取一個特定的檔案，都會改變或毀損電子化儲存資訊。電腦系統亦會依其常規操作設定，自動刪除或覆蓋資料。電腦也經常在不需要操作者的指示，或是在操作者不自覺的情況下，自動產生資料。這些特性都是紙本資料所無法比擬的¹¹⁶。據此，諮詢委員會關注到，訴訟當事人或其代理人在某些情況下，對於資料的被毀棄，是沒有能力去制止時，這時，再課以罰金似乎是不適當的。

以下茲舉數例說明，系統自動銷毀與訴訟相關資料的情況：

- ◆ 根據一些事先制定的規則，電子郵件的傳送或接收，可在一定時間後，由送件匣、收件匣或刪除的郵件匣中自動被刪除。
- ◆ 何時或何人最後處理資料的記錄有可能被改變。例如：電腦會自動記錄第一次處理的日期與第一個使用者的名稱。但日後電腦可將處理日期的記錄更改為它正常維護資料的日期，甚至將使用者的名稱改為電腦本身或其他使用者。
- ◆ 在電腦關機時，若清除電腦的分頁檔或換頁檔，電腦會重新開機。分頁檔包括自電腦前一次開機以後，電腦使用者及系統的活動記錄，諸如執行過的程式、開啟過的文件，關閉的文件，以及作業系統層次的動作。
- ◆ 使用信用卡購買並下載軟體、音樂、影片、或書刊等之電子商務交易記錄可能

¹¹⁵ FED. R. CIV. P. 26. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

¹¹⁶ Aug. 3, 2004 Memo from Judge Lee Rosenthal to Judge David F. Levi, Chair, Standing Committee on Rules of Practice and Procedure, p.3.

被刪除。

- ◆ 電子資料交換(electronic data interchange)的記錄，諸如訂購單或發票，通常只保留 60 天，之後便會自動被刪除。
- ◆ 零售銷售點之終端機，於每日將交易記載於一暫時的流水帳簿。每隔數小時，遠端伺服器會來詢問銷售點的收銀機並下載日常交易，而後這些交易會登入遠端伺服器的會計記錄。在暫時流水帳的記錄登入完成後，詳細的記錄可能會從零售銷售點之終端機及遠端伺服器中被刪除。
- ◆ 系統防火牆及作業系統的審查記錄記載所有檔案存取的活動。但這些記錄仍會因事先設定的因素，如記錄數量、保存天數、記錄大小的限制而被覆蓋、重寫或修改。
- ◆ 備份磁帶也會因事先設定的循環使用時限而被覆蓋重寫或修改。
- ◆ 資料庫所存的資料，諸如應收帳款的記錄，也可能隨時被更新。當更新的餘額被計算出後，就很難有可能回復到先前的餘額。
- ◆ 客戶與供應商的主要記錄，會因長期未被取用而遭簡化。其相關的處理記錄有可能只剩下代碼。若其記錄已由原始檔案中被刪除，客戶與供應商的真實身份就會因此而難以被識別。
- ◆ 產品價目的主文檔隨時都在更動，通常只記載目前的價目，因而難以知道過去某一時間點的價目為何。

上述的這些因素致使 Fed. R. Civ. P. 37(f) 的產生，它的本文也特別提到資訊存取有關的系統問題¹¹⁷。



Fed. R. Civ. P. 37 主要因應電子化儲存資訊的修改內容如下：

法條 37：怠於揭露或未於證據開示程序中合作；罰則¹¹⁸

(f) 電子化儲存資訊¹¹⁹。一方因為常規、善意操作電子資訊系統而導致電子化儲存資訊毀損滅失時，除非在例外的情況之下，基於本法，法院得不予施以處罰。

Fed. R. Civ. P. 37(f) 是一條全新的條文，其著重在電腦操作之特點上，如定期變化和刪除資料等基本用途。當電腦自動刪除或更改資料時，並不確實知道這些資料是否會與訴訟相關。因此，常規性的電腦系統操作便會產生某種程度的風險——當事人或許會在非可歸責的情況下，毀損某些潛在、可能被開示的證據。故立法者對這樣非惡意的行為，網開一面。

¹¹⁷ Paul & Nearon, *supra* note 24, at 24~25.

¹¹⁸ FED. R. CIV. P. 37.: Failure to Make Disclosures or Cooperate in Discovery; Sanctions

¹¹⁹ (f), 即為現行之 FED. R. CIV. P. 37(e).: Electronically Stored Information. Absent exceptional circumstances, a court may not impose sanctions under these rules on a party for failing to provide electronically stored information lost as a result of the routine, good-faith operation of an electronic information system.

本條僅適用於因「常規操作電子資訊系統」而導致電子化儲存資訊毀損滅失的情形。這些系統通常被設計、編寫和執行來達成當事人技術和商業上的需要。「常規操作」電子資訊系統包括更改、覆蓋資訊，且通常不需要操作者特別的指示或認知，而這種特性對電子資訊系統的操作是非常重要的。

本條適用之另一要件為在「善意」之下而為之常規資訊系統操作，而導致之電子化儲存資訊毀損滅失的情形。所謂在「善意」之下而為之常規操作資訊系統，可能包括了當資訊負有被保存之義務時，人為之介入而去修改或暫緩執行某些常規操作的特性，以防止資料被毀損。保存義務之來源有很多，包括普通法、成文法、規章、或繫屬案件中法院的命令。當事人因為訴訟即將發生或合理期待訴訟即將發生時，即負有保存資料的義務，這種對資訊系統的常規操作予以干預的特殊作法，通常被稱作為「訴訟保留」(litigation hold)。而在 Fed. R. Civ. P. 37(f) 中，善意之要件意謂著一方不得藉由操縱資訊系統之常規運作，來繼續銷毀負有保存責任之特定資料，而用以阻撓證據開示之責任。綜上所述，善意之下而為之常規操作資訊系統可謂：基於遵守有關繫屬中案件之法院命令或雙方合意之情形下，一方採取適當的步驟來保存特定之電子化儲存資訊。

基於 Fed. R. Civ. P. 37(f) 下所提供的免責權僅限於「基於本法」下之制裁，其並不影響來自於其他的法源依據所施予的制裁，或是律師專業責任的相關規範。

本法亦嚴格限制僅適用於「制裁」上。在一方當事人無法提供相關資料回覆時，法院仍得基於對證據開示程序管理之原則，命其以其他方式提供資料。例如，法院仍可以命令應答方提供額外的證人，以提供口頭或書面宣誓證言、回覆額外的書面質詢、或嘗試以其他方式替代，以提供部分或全部遺失的資料。

本條款亦認定允許法院在某些「特殊情況」下，當一方在善意常規操作電子資訊系統，而造成資料毀損滅失時，仍得以加以制裁。如此方能提供完全無辜的一方救濟的管道，以保護要求證據開示之一方，免於因為喪失可能非常重要資訊，而造成嚴重的侵害¹²⁰。

第七項 第 45 條之修正

Fed. R. Civ. P. 45¹²¹ 有關傳票的法條內容，也被修正以與其他證據開示條文的變更一致，其大部分係特別針對電子化儲存資訊而做的修正，尤其是 Fed. R. Civ. P. 34(b)、26(b)(2)、以及 26(b)(5)。

¹²⁰ FED. R. CIV. P. 37. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

¹²¹ FED. R. CIV. P. 45.: Subpoena

為因應 Fed. R. Civ. P. 34 被修正為應提供更詳細的電子化儲存資訊，Fed. R. Civ. P. 45(a)(1)(c)¹²²修正為如 Fed. R. Civ. P. 34(a)所定義，承認電子化儲存資訊亦可以藉由傳票的方式來請求提供；因應 Fed. R. Civ. P. 34(b)，Fed. R. Civ. P. 45(a)(1)¹²³修正為可以指定電子化儲存資訊的提供形式；因應 Fed. R. Civ. P. 34(b)所修正，Fed. R. Civ. P. 45(c)(2)¹²⁴授予收受傳票送達之一方，得以對要求提供之電子化儲存資訊的形式提出異議；除此之外，因應 Fed. R. Civ. P. 34(b)之修正，Fed. R. Civ. P. 45(d)(1)(B)¹²⁵也被修正為當傳票中沒有陳明應提供何種形式的電子化儲存資訊時，收受傳票送達傳之一方應提供其通常被保存、或是可以被合理使用的形式；而 Fed. R. Civ. P. 45(d)(1)(C)¹²⁶則被加入：除非法院基於正當理由加以裁定，否則提供電子化儲存資訊之一方，對於同一資料，不應提供一種以上的形式。

至於為電子化儲存資訊的證據開示時，若應答方遵守傳票內容將會造成負擔，Fed. R. Civ. P. 45(c)¹²⁷提供非訴訟當事人保護，以對抗過度的不合理負擔。舉例來說，Fed. R. Civ. P. 45(c)(1)¹²⁸指示送達傳票的一方，必須採取合理的步驟，以避免加諸過度的費用或負擔於收受傳票之人，且 Fed. R. Civ. P. 45(c)(2)(B)¹²⁹亦准許傳票之收受人對傳票內容加以異議，並指示要求遵守傳票內容的命令應保護非訴訟當事人或其職員，免於因為遵守傳票

¹²² FED. R. CIV. P. 45(a)(1)(C). 即為現行之 FED. R. CIV. P. 45(a)(1)(A)(iii): command each person to whom it is directed to attend and give testimony or to produce and permit inspection, copying, testing, or sampling of designated books, documents, electronically stored information, or tangible things in the possession, custody or control of that person, or to permit inspection of premises, at a time and place therein specified; and

¹²³ FED. R. CIV. P. 45(a)(1). 即為現行之 FED. R. CIV. P. 45(a)(1)(C): A command to produce evidence or to permit inspection, copying, testing, or sampling may be joined with a command to appear at trial or hearing or at deposition, or may be issued separately. A subpoena may specify the form or forms in which electronically stored information is to be produced.

¹²⁴ FED. R. CIV. P. 45(c)(2). 即為現行之 FED. R. CIV. P. 45(c)(2)(B): Subject to paragraph (d)(2) of this rule, a person commanded to produce and permit inspection, copying, testing, or sampling may, within 14 days after service of the subpoena or before the time specified for compliance if such time is less than 14 days after service, serve upon the party or attorney designated in the subpoena written objection to producing any or all of the designated materials or inspection of the premises--or to producing electronically stored information in the form or forms requested. If objection is made, the party serving the subpoena shall not be entitled to inspect, copy, test, or sample the materials or inspect the premises except pursuant to an order of the court by which the subpoena was issued. If objection has been made, the party serving the subpoena may, upon notice to the person commanded to produce, move at any time for an order to compel the production, inspection, copying, testing, or sampling. Such an order to compel shall protect any person who is not a party or an officer of a party from significant expense resulting from the inspection, copying, testing, or sampling commanded.

¹²⁵ FED. R. CIV. P. 45(d)(1)(B). 即為現行之 FED. R. CIV. P. 45(d)(1)(B): If a subpoena does not specify the form or forms for producing electronically stored information, a person responding to a subpoena must produce the information in a form or forms in which the person ordinarily maintains it or in a form or forms that are reasonably usable.

¹²⁶ FED. R. CIV. P. 45(d)(1)(C). 即為現行之 FED. R. CIV. P. 45(d)(1)(C): A person responding to a subpoena need not produce the same electronically stored information in more than one form.

¹²⁷ FED. R. CIV. P. 45(c): Protection of Persons Subject to Subpoenas.

¹²⁸ FED. R. CIV. P. 45(c)(1): A party or an attorney responsible for the issuance and service of a subpoena shall take reasonable steps to avoid imposing undue burden or expense on a person subject to that subpoena.

¹²⁹ FED. R. CIV. P. 45(c)(2)(B). 即為現行之 FED. R. CIV. P. 45(c)(2)(B)(ii): Such an order to compel shall protect any person who is not a party or an officer of a party from significant expense resulting from the inspection, copying, testing, or sampling commanded.

內容而需負擔過多的費用。Fed. R. Civ. P. 45(d)(1)(D)¹³⁰被加入，如 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)所修正者，對傳票的回覆不需要提供基於成本和負擔無法被合理取得的資料。異議方的證人有責任必須舉證，應提供的電子化儲存資訊無法在合理的情況下被取得，而送達傳票之一方則有責任必須向法院證明，在考慮 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)的限制下，仍具有正當理由必須開示該證據。

Fed. R. Civ. P. 45(a)(1)(C)¹³¹被加入，如 Fed. R. Civ. P. 34(a)所修正者，允許以傳票要求測試、採樣與檢查、複製所提供開示的證據。不論是書面文件資料或電子化儲存資訊，在某些情況下，測試、採樣所衍生的問題都是非常重要的。因為測試或採樣或許會產生一些如對收受傳票之人造成負擔或攪擾的特殊爭議，因此，當有這樣的需求時，Fed. R. Civ. P. 45(c)¹³²之保護條款應被積極執行。對某些類型的電子化儲存資訊或個人的電子資訊系統的檢查或測試，也許亦會造成保密或隱私的問題。而 Fed. R. Civ. P. 45(a)增加了對於書面文件資料和電子化儲存資訊的採樣和測試，並非意圖造成可以於個人的電子資訊系統直接取用資料的慣例，雖然這樣取用，在某些情況下也許非常合理。但法院應該避免因如此地檢查或測試系統，而造成對應答方的不合理攪擾。

Fed. R. Civ. P. 45(d)(2)¹³³則被修改，如 Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)所修正者，如果不慎提供了應受秘密通訊特權保護，或是為預備訴訟或訴訟進行時所準備之資料，主張權利之一方應給予收受方通知，而收受方應立即歸還、隔離、或銷毀這些特定資料等等，或依 Fed. R. Civ. P. 26(b)(5)(B)之規定，將資料遞交法院，以尋求對該主張的解決之道。

其他的修改，都是為了符合本法其他部分的變更，因此，在某種程度上，Fed. R. Civ. P. 45 可以被認為是 2006 年整個證據開示程序修正的縮影版本。

¹³⁰ FED. R. CIV. P. 45(d)(1)(D).: A person responding to a subpoena need not provide discovery of electronically stored information from sources that the person identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or to quash, the person from whom discovery is sought must show that the information sought is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26(b)(2)(C). The court may specify conditions for the discovery.

¹³¹ FED. R. CIV. P. 45(a)(1)(C).，即為現行之 FED. R. CIV. P. 45(a)(1)(D).: command each person to whom it is directed to attend and give testimony or to produce and permit inspection, copying, testing, or sampling of designated books, documents, electronically stored information, or tangible things in the possession, custody or control of that person, or to permit inspection of premises, at a time and place therein specified; and

¹³² FED. R. CIV. P. 45(c).: Protection of Persons Subject to Subpoenas.

¹³³ FED. R. CIV. P. 45(d)(2)(A). : When information subject to a subpoena is withheld on a claim that it is privileged or subject to protection as trial-preparation materials, the claim shall be made expressly and shall be supported by a description of the nature of the documents, communications, or things not produced that is sufficient to enable the demanding party to contest the claim.

(B) If information is produced in response to a subpoena that is subject to a claim of privilege or of protection as trial-preparation material, the person making the claim may notify any party that received the information of the claim and the basis for it. After being notified, a party must promptly return, sequester, or destroy the specified information and any copies it has and may not use or disclose the information until the claim is resolved. A receiving party may promptly present the information to the court under seal for a determination of the claim. If the receiving party disclosed the information before being notified, it must take reasonable steps to retrieve it. The person who produced the information must preserve the information until the claim is resolved.

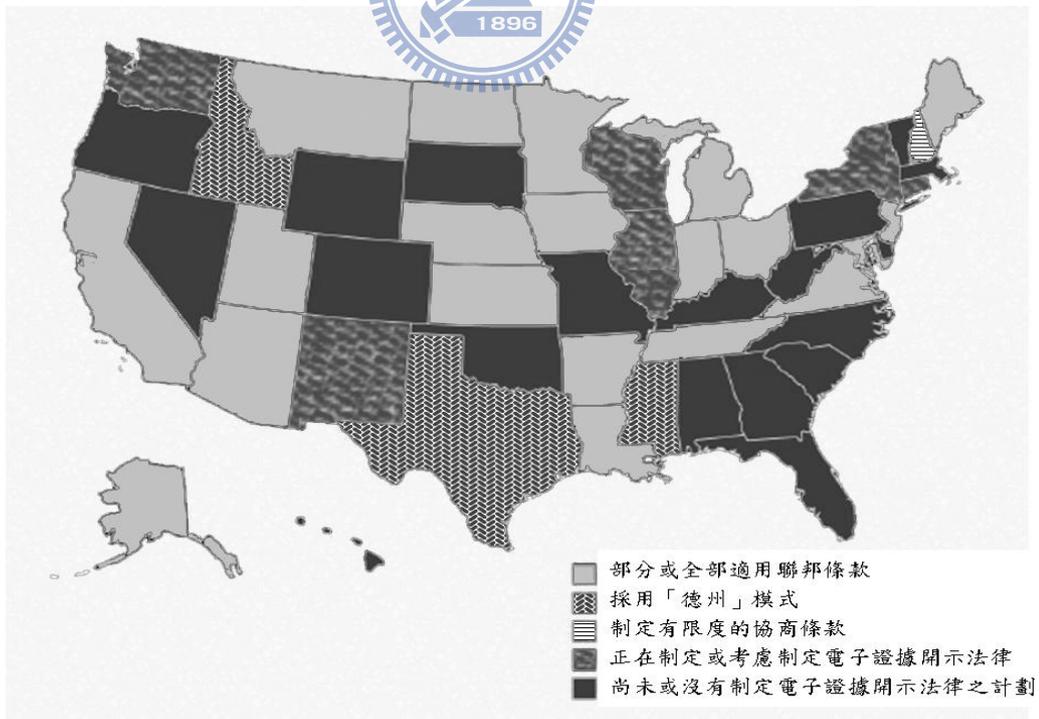
第五節、 美國各州對電子化儲存資訊證據開示程序之適用

聯邦民事訴訟程序法自 2006 年十二月一日生效至今已歷三年，新的程序於各州被適用的情形仍不是很踴躍，許多州還在早期立法階段，或跟本還未了解修法的必要性，以至於形成在大部分的州裡，聯邦法院和州法院系統採用不同的程序和證據開示之採證標準的情況。不過這種法律適用不一致的情形，在美國並不算罕見。

美國的州法院和聯邦法院可競合審理州法案件和聯邦法案件，因而造成複雜且沒有效率的情況。跟據美國國會在 1789 年制定的判決法案準則裏規定，審理州法案的聯邦法院須依州法。另外，美國最高法院詮釋判決法案準則中，認為聯邦法院在審理實體爭議時必須依州法，但在審理程序爭議時可依循聯邦程序法。美國最高法院的這個詮釋，和傳統私法中，審理系爭案件的當地法院可以適用其當地程序法的觀念相符合¹³⁴。不過，這個複雜的問題，並非本論文討論之重點。

下圖¹³⁵僅就各州至 2009 年十月為止，對 2006 年新修訂之聯邦民事訴訟程序法於電子化儲存資訊之證據開示部分適用情形，簡單以圖示說明：

圖表2. 美國各州對電子化儲存資訊之證據開示之適用圖



¹³⁴ William Burnham 著，林利芝譯，英美法導論 (Introduction to the Law and Legal System of the United States)，(Second Edition)，元照出版社，2002 年。P. 198~199.

¹³⁵ Available at <http://www.krollontrack.com/library/staterules_krollontrack_oct2009.pdf> (last visited Dec. 9, 2009).

- ◆ 20 州部分或全部適用聯邦法(Adopt Federal Provision in whole or in part)；
- ◆ 3 州採用“德州”模式(“Texas” Model)；
- ◆ 1 州制定有限的協商條款(limited meet & confer Provision)；
- ◆ 6 州正在制定或考慮制定電子證據開示法律；
- ◆ 20 州尚未或沒有制定之計劃。

所謂的「德州模式」，係於 1999 年一月一日生效。德州法¹³⁶規範，當一方要求開示電子化儲存資訊時，必須明確提出要求並指定提供之形式。應答方則必須提供回覆該要求的電子化或磁化的資料，而且該資料是於應答方日常商業活動中所得以合理取得者。應答方可以提出異議，經由合理的努力，無法擷取被要求的資料或提供所要求的形式。但若法院命令必須服從這樣的要求時，法院同時可以命令要求方支付因為擷取及提供資料之額外步驟所生之合理費用。採用德州模式者，包括德州在內，共有三個州。

新罕布夏州僅採聯邦民事訴訟法中，關於強制協商的部分¹³⁷。於 2007 年一月十八日生效

真正於州法中適用聯邦法的州尚未達一半，且即使是已適用之各州中，亦非是全體適用，許多州僅係適用部分修正案。

尚有二十個州，仍未有制定與電子化儲存資訊證據開示程序相關法律之措施或計劃。可見得，要將 2006 年的聯邦民事訴訟程序法修訂至各州州法中，想必仍需要花費多年時間來完成。各州法律規定未能一致的情況，將會造成大型跨州企業，為了因應各州不同的法律及規定，而須制定符合各州不同法律的文件保存政策，徒增企業人力及成本上的負擔。

¹³⁶ TEX. CIV. P. RULE 196.4 (Electronic or Magnetic Data)

¹³⁷ Rule 62 (I).

第參章、電子化儲存資訊證據開示之相關議題

不論在聯邦民事訴訟程序法或普通法¹³⁸中皆陳明，電子化證據開示仍是基於傳統證據開示程序下，由 Fed. R. Civ P. 26 及 34 所規範。另外，在 *Scotts Co. LLC v. Liberty Mut. Inc. Co.*一案中也提到，Fed. R. Civ. P. 34 已說明，電子化儲存資訊和紙本資料具有同等的效力，因此，若非具特別理由，原告不得在紙本資料外，另行要求提供方提供電子化儲存資訊¹³⁹。因此，雖然電子化儲存資訊在法律適用上和傳統證據並無不同，但因其特質，仍衍生出一些與傳統證據開示不同的特殊議題，本章將綜合前章結果與近年來之案例，列舉數項在實務上常見的議題加以討論。

第一節、文件保存及毀棄之責任(preservation and spoliation issues)

第一項 文件保存責任開始之時點

要求當事人，尤其是被告，在訴訟案於聯邦法院正式繫屬前，即開始規範其行為，看起來或許會有些突兀，然而，法律規範的文件保存責任即是如此。

當合理預期訴訟即將發生時，或至少於訴訟發生之時，文件的保存責任即被啓動¹⁴⁰。意即文件的保存責任可能早於訴訟正式發生之時點。然而，這樣看似簡單的答案，在實務執行上卻產生極大的爭議，當事人該如何判斷所謂的「合理預期訴訟即將發生」之時點？以及如何依照這樣的預期來判斷，何種與訴訟相關的資料應該被保全？當然，法院在需要對違反保存責任的一方施加制裁時，通常都是以後見之明的角色來評斷當時的情況。因此，在實務上仍無統一的見解之時，法院是以因案而異的方式來處理相關問題。

法院通常會考量的情況，舉例來說有：組織中是否有一些程序來評估訴訟的威脅？是否責成專人負責這樣的威脅並向決策者報告？決策者是否基於過去的經驗或類似的事實與狀況來評估這樣的威脅？至於在考慮該訴訟威脅之可信度時，法院則會考量：這些威脅是來自己知的或未知的個人或實體？這樣的威脅是來自正當的行動或是犯罪行

¹³⁸ See FED. R. CIV. P. 26., 34; *Anti-Monopoly*, 1995 WL 649934, 1; *Crown Life Ins. Co. v. Craig*, 995 F.2d 1376, 1383 (7th Cir. 1993); and *Nat'l Union Elec. Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co.*, 494 F. Supp. 1257, 1259 (E.D. Pa. 1980).

¹³⁹ *Scotts Co. LLC v. Liberty Mut. Inc. Co.*, (S.D. Ohio 2007)

¹⁴⁰ *Convlove, Inc. v. Compaq Computer Corp.*, 223 F.R.D. 162, 175 (S.D.N.Y. 2004). "The duty [to preserve evidence] arises when a party "has notice that the evidence is relevant to litigation or when a party should have known that the evidence may be relevant to future litigation.""

為？是否這樣的威脅是一個有名望的律師所寄發的通知？是否有信譽的媒體已經警告企業，類似的行動已經針對特定的產品或問題展開等等。當然，這些問題並不是所謂的法院標準作業流程，法院在判斷時必定會因案而異的加以斟酌，但當事人可以依這樣的邏輯標準來自行思考，在掌握多少資訊的情況下，一般人會合理期待訴訟即將發生¹⁴¹。

第二項 毀棄電子化儲存資訊之免責條款

在訴訟保留期間保存電子化儲存資訊是相當困難的工作，因為電子化儲存資訊的數量與其動態的特性，會使保存責任變得比傳統書面文件更加複雜。電腦可能會常規性的刪除或修改資料，電腦使用者也可能在未查覺訴訟保留(litigation hold)的情況下，刪除或修改相關資料。一般來說，文件的保存責任除了保存現有文件外，以企業為例，對於依常規操作的電腦系統中的資料，亦應加以留意。假設系統設定上有定期清除資料的設定，在合理預期訴訟即將發生，或訴訟已經發生時，企業皆應下令暫停該類之常規性系統操作活動。Fed. R. Civ P. 37(e)之免責條款提供當事人，在「一方因為常規、善意操作電子資訊系統而導致電子化儲存資訊毀損滅失時」，得以免於受到本法之制裁。本法僅提到法院不會因為一方基於善意常規操作系統資源之回收或重新寫入，而對其施以制裁，然而一旦訴訟發生或預期即將發生時，當事人就不能視其而不見，仍繼續依常規來操作電子化資訊系統，因為這樣的行為不會被認為是基於善意。另外，Fed. R. Civ P. 37(e)之免責條款也意味著一方不得為了毀損被要求保存的特別資訊，而操縱資訊系統的常規操作，以阻撓其於證據開示中之義務。因此，當事人勢必須採取某些積極的措施來保存相關的資料，才有可能被認為是基於善意。

第三項 文件保存責任之發佈

當一方由於訴訟即將發生，或合理的預期訴訟將發生時，因對資訊負有保存義務，而對企業內部發佈暫停執行例行之資料刪除工作，以防止與訴訟相關資訊遭清除之處置，稱為「訴訟保留」。

依 Zubulake 案法官 Scheindlin 的解釋，訴訟保留需具備三項要件：(1)當訴訟被合理預期可能會發生時，或者，至少於訴訟開始之時，標註及保存相關的資料。在決定何種資料需要被保存時，則必須考慮這個爭議的性質、企業在類似情況之經驗、以及爭議案標的數額的大小。(2)向最有可能擁有這些相關資訊的員工發出書面通知，其中清楚定義何種資訊必須被保存，及應該如何保存。(3)監督其是否確實依循指示¹⁴²。

¹⁴¹ See Judge Shira A. Scheindlin. S.N.D.Y., FAQ's of E-Discovery. Federal Judge Association Newsletter. Nov 29, 2006.

¹⁴² *Id.*

訴訟保留之範圍及內容，包括但不限於電子化儲存資訊系統內之資料，亦包括以書面或其他型式之任何與訴訟相關之資料及文件。其步驟包括：

- (1) 掌握所有相關的資料保存、備份、存檔及銷毀的政策。
- (2) 指示相關人員不得任意修改或刪除相關的電子資料，諸如電子郵件信箱的內容及儲存的檔案。
- (3) 積極保存現行資料的詮釋資料，以備日後訴訟之需。
- (4) 禁止重寫備份磁帶，以防止日常企業運作時，破壞或修改相關的電子資料。

依企業對電子化儲存文件保存的責任，企業必須要求停止部分對電腦系統的常規性操作。這種當一方由於即將發生，或合理預期訴訟將發生時，因對資訊負有保存的義務，而對資訊系統的常規性操作加以干預的作法，亦為一種訴訟保留。

第四項 案例分析

Treppel v. Biovail Corp.¹⁴³ 案為近期有關電腦備份文件保存責任之案例。紐約南區地方法院在本判決中提到，當爭議產生時，公司法務對於及早管理電子化證據以供開示的重要性。原告代理人與 Zubulake 案為同一位律師。在本案中，法院基於 Biovail 對保存電子化儲存資訊的努力「顯然不足夠」(clearly deficient) 為理由，最後准許了原告的請求，在由被告支付費用的情形下，由原告的電腦鑑識專家對被告的電腦進行回復並搜查相關的備份磁帶及資料。

一、事實：

原告 Treppel 控訴 Biovail 公司有計劃地對他進行中傷，使他無法繼續擔任證券分析師一職。相關的侵權行為於 2002 年 4 月發生，原告則於 2003 年 4 月採取法律行動，控訴被告執行長、律師和其他人誹謗、侵害其未來可能的經濟利益、以及民事上的共謀行為。

在得知 Treppel 提出告訴後，Biovail 公司的律師口頭指示其執行長與財務副總保存相關資料。然而，公司律師並未對此提出任何的書面指示，也沒有進一步了解執行長及財務副總所採取的步驟，亦沒有提供他們保存責任的指導原則，更沒有去確認他們是否有遵守他的口頭指示。在後來執行長及財務副總的證詞中顯示，他們顯然不太記得，甚至忘記是否曾收到過保存資料的口頭指示。想當然爾的，資訊部門也沒有收到其應對備份資料加以保存的通知。

¹⁴³ Treppel v. Biovail Corp., 249 F.R.D. 111, 2008 WL 866594 (S.D.N.Y. April 2, 2008)

2006年2月，被告依聯邦司法行政法官(magistrate judge)¹⁴⁴之命令，使用關鍵字詞對每一個主要涉案人員之電子郵件及檔案做搜尋。之後，原告要求被告增加電子化儲存資訊的關鍵字查詢範圍及人員，然而這樣的要求被 Biovail 所拒，理由為 Trepple 的要求過晚而且範圍過大。在一些額外對 Biovail 之電子資料保存方式有關之證據開示後，全部的證據開示程序於 2007 年十二月結束。

二、主張：

原告之後旋即向法院提出強制被告提供文件之請求。原告認為被告之搜查並不完全，因而要求從兩個伺服器及其執行長的手提電腦中，回復並搜查所有備份磁帶及資料，並且要求對於被告怠於保全證據的行為，予以制裁。原告則抗辯他們提供的資料已經相當完整，且已採取有效的步驟來保全證據。

三、判決理由

在強制被告提供文件的請求方面，法院准許原告一部分的請求，大體而言，法院同意被告所主張，認為找到其他相關資料的可能性是微乎其微，而且所造成的負擔，亦超過其可能帶來的利益。然而法院還是下令，回復並搜查其中一個電子郵件伺服器中，特定三天的資料，以及在其他文件伺服器及電子郵件伺服器的另外二個備份磁帶。其理由有二：第一、法院認為，相關電子郵件有可能在訴訟開始以後才寄出，而且至少有一位證人提供了 2005 年之電子郵件。法院於是下令回復並搜查三份包含 2004 年、2005 年、及 2006 年的備份磁帶。第二、法院查出執行長的助理，於相關時間內曾使用該伺服器。因而下令對該伺服器的兩份備份磁帶加以搜查。

在施予制裁之請求方面，法院發現被告並沒有採取適當的方式來保存文件。即使被告公司律師主張，他已經在 2003 年指示了二位主要人員保存電子化儲存資訊，但是對於這二個人從什麼時點開始保存、或什麼資料被保存，並不清楚。再者，這二個人亦沒有告訴公司律師，他們採取了什麼步驟，公司律師也沒有進一步來對他的指示加以追蹤。更甚者，公司律師沒有去確認其他職員是否也已採取步驟保存相關資料，雖然從被告的角度看來，原告之主張只與三人有關，但其幕僚仍有可能擁有可供開示的資料。因此，雖然被告在訴訟開始後採取了一些步驟來保存資料，但是直到 2003 年十二月，被告收到原告律師寄出的保存要求(preservation letter)為止，資訊部門沒有對備份資料加以

¹⁴⁴ 一般指具有有限管轄權的、地方性的初級法官。在美國，許多州的司法系統中均有此類基層司法官員，常被冠以「magistrate」，「justices of the peace」，「police justices」等稱呼。其權限由制定法規定，管轄範圍一般以其任職所在縣為限，其產生方式，有的州為選舉，有的州為任命，具體職責因州而異，通常包括對機動車違章案件或破壞治安的案件舉行聽審，簽發逮捕令、搜查令，決定是否准予保釋，主持刑事案件的預審，處理小額民事案件等。聯邦司法官〔U.S. magistrates〕為根據 1968 年的《美國司法官法》〔United States Magistrates Act〕規定設置的、由聯邦地區法院法官任命的聯邦基層司法官員，它取代了原來的美國司法專員〔U.S. commissioners〕，可以行使聯邦法官的某些但非全部職權。薛波、潘漢典等編，元照英美法詞典，2003 年 05 月

保存。法院認為，被告疏於去執行完整的保存計劃，特別是被告沒有備份其於伺服器上的資料，直到他應該要知曉其對文件具有保存責任的七個月以後。

這或許不是法院開始傾向要對未保存備份資料的情況加以制裁的信號，然而備份資料在本案中特別的是，它是爭議發生時之相關資料的唯一可取得來源。法院也解釋，被告怠於保存自 2003 年五月，訴訟開始以來的每月備份資料。而且，被告的備份資料保存政策為一年後備份資料才會被重新覆蓋，寫入新資料。因此，在 2003 年五月應該可以追溯得到 2002 年五月，許多與本案相關爭議發生時的資料。然而，這些備份資料卻被覆蓋或毀壞了。雖然法院同意被告主張，其無須保存自保存責任開始後的每一個備份資料，但它仍然需要保存訴訟發生之前一年的相關伺服器的每月備份磁帶。

而且法院也說明，現今的法律已經很清楚的規定，有關主要涉案人物的所有備份資料都應被保存下來，雖然這部分在 Zubulake¹⁴⁵ 案中仍有些許的灰色地帶¹⁴⁶。因此，法院對保存備份資料傾向採用較一般性的要求標準。

最後，原告因為無法證明，被毀棄的證據足以支持他的論點，於是法院拒絕原告有關指示陪審團，做出不利於被告推論之請求，而制裁被告的要求。取而代之的，法院准許原告可以在由被告支付費用的情況下，回復並搜查執行長電腦中，可能已被刪除的電子郵件。被告仍得以根據秘密通訊之特權保護，在將物證給予原告之前，事先審視所回復的證據。



四、小結：

由本案例可了解，一旦公司知悉有訴訟發生，即應立刻對主要關鍵員工發出書面指示，通知他們保存有關本爭議之所有電子化儲存資訊及其他文件或資訊。除此之外，在搜尋相關的電子化儲存資訊上，企業應特別將非網路上的電腦或設備，包括筆記型電腦、可攜式電子裝置(如黑莓機)及手機列入考量，備份其資料。於本案例中，若 Biovail 可以向法院證明，公司已經即時以書面發出保存通知予適當的員工，而且這樣的保存指示已被切實執行，被告即可避免另外支付原告費用，以及可能潛在的不利與難堪。最重要的是：就搜尋與保存電子化儲存資訊而言，在起初因執行所造成的不便與費用，與因不執行而被處罰所帶來的困擾與損害，比較起來往往相形見绌。

¹⁴⁵ Zubulake v. UBS Warburg LLC, 220 F.R.D. 212, 220. (2003)

¹⁴⁶ Toussie v. County of Suffolk, No. CV 01-6716, 2007 WL 4565160, at *8 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2007)

第二節、電子化儲存資訊可開示的範圍與限制

第一項 一般證據開示的範圍與限制

幾乎所有與證據開示相關的爭議，主要都圍繞在可開示範圍的決定上。依 Fed. R. Civ. P. 26(b)(1)¹⁴⁷之規定，除非在法院命令或法律限制下，證據開示之範圍，通常來說，為非屬秘密通訊特權或工作成果保護下，而與雙方主張或抗辯有關的任何事項。除此之外，法院基於開示方提具正當理由時，可以命令開示「與繫屬訴訟主題相關之事項」。在這二種標準下，Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)¹⁴⁸的比例原則皆有其適用。法院得以在合理的通知後，自行決定，或根據聯邦民事訴訟程序法 26(c)之聲請而決定。Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)所限制的證據開示範圍之頻率與範圍如下：

- (i) 證據開示之標的極為不合理地繁複，或其結果可由其他較方便、負擔較少、或費用較低的來源取得。
- (ii) 要求證據開示的一方已有足夠的機會取得所需的資訊。
- (iii) 在法院考慮案件的需要、爭議的數額、兩造的資源、訴訟中關鍵議題的重要性、以及欲開示之證據對於解決此議題的重要性等情況下，因證據開示所造成的負擔與費用，相較其可能帶來的好處，更為重要及值得考慮。

第二項 可以合理取得與無法合理取得之資料

Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)則對於因應電子化儲存資訊的特性，給予特殊的規範，將電子化儲存資訊分成「可以合理取得」(reasonably accessible)及「無法合理取得」(not reasonably accessible)二個領域。依據正當理由，法院仍得以命令從無法合理取得的來源

¹⁴⁷ FED. R. CIV. P. 26.: (b) Discovery Scope and Limits. Unless otherwise limited by order of the court in accordance with these rules, the scope of discovery is as follows:

(1) In General. Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(i), (ii), and (iii).

¹⁴⁸ FED. R. CIV. P. 26(b)(2)(C).: The frequency or extent of use of the discovery methods otherwise permitted under these rules and by any local rule shall be limited by the court if it determines that: (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or is obtainable from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity by discovery in the action to obtain the information sought; or (iii) the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, taking into account the needs of the case, the amount in controversy, the parties' resources, the importance of the issues at stake in the litigation, and the importance of the proposed discovery in resolving the issues. The court may act upon its own initiative after reasonable notice or pursuant to a motion under Rule 26(c).

開示證據。首先，要求開示的一方必須顯示正當理由，其次，仍必須考慮 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)之限制。

何謂無法合理取得之來源？備份資料因為通常沒有組織結構，而且沒有標明索引，因此難以被檢索¹⁴⁹。其他則有「舊式」(legacy)資料及「孤兒」(orphaned)資料，其來源已經不再使用，或不被現行科技所支援。要從這樣的來源去取得資料，需要負擔相當昂貴的成本來重建，包括重建可以取得資料的平台和操作系統。法律僅定義「無法合理取得的資料」為在沒有過度的負擔下或費用下，無法被合理取得的資源，除此之外，並沒有更進一步的解釋或說明。Scheidlin 法官則以功能上的說明來替代一般性說明：在科技改變和發展之下，今天為無法合理取得之資料，明天或許可以合理取得。就功能而言，對於無法合理取得的來源，需要獲得或編寫軟體，才能將其回復成有潛在應答價值的資訊，否則，若要被迫將那些無法取得的資訊，視為可以取得，譬如加以回復或翻譯，如此一來的負擔將會非常昂貴。

一旦有跡象顯示電子化儲存資訊無法合理取得，要求開示之一方如具正當理由，仍可以開示該證據，然其前提是要考量 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(C)的限制，以取得證據開示之潛在利益與費用間之平衡。至於是否決定要求應答方搜尋及提供無法合理取得的資訊，不但取決於其中的負擔與費用，也取決於這樣的負擔與費用，是否與該案的情況相稱。需要考慮的因素包括：

- (1) 開示請求的具體性；
- (2) 由其他或更容易取得的資訊來源的數量；
- (3) 無法提供的關聯性資訊，似乎曾經存在，但已無法由其他或更容易取得的來源提供的資訊；
- (4) 由其他或更容易取得的來源取得關聯性應答資訊的可能性；
- (5) 預測進一步得到之資訊的重要性及效益；
- (6) 在訴訟中對關鍵議題的重要性；
- (7) 兩造間的資源¹⁵⁰。

相反的，是否需要保存在 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(B)下，不需要被搜尋或保存的資料？在 Committee Note 中提到，這必須在具有良好的判斷能力、風險承擔的情況下，交由企業決策者決定¹⁵¹。無法合理取得之資料，是否需要被保存，重要的決定因素取決於應答方是否合理的認為，在這樣來源下的資訊有被開示的可能性，而且該資訊無法從其他可合理取得的來源取得。反之，如果在這樣來源下的資訊，因為不具關聯性，而不太可能

¹⁴⁹ See The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, Comment 5.b (July 2005) “Absent specific circumstances, preservation obligations should not extend to disaster recovery backup tapes created in the ordinary course of business...[E]mploying proper preservation procedures with respect to the active system should render preservation of backup tapes on a going-forward basis redundant.”

¹⁵⁰ FED. R. CIV. P. 26. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

¹⁵¹ *Id.*

被開示者，即不需要被保存。同樣的，如果在不可合理取得來源中的資料，可以從其他可合理取得的來源取得時，對此無法合理取得來源中的資料，即可不具保存責任。另外，新法 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)也提供企業成本效率分析，如果保存資料的成本過於龐大，而所得到的效果卻很微小時，企業即不需負擔保存責任。然而，依據現今的科技，通常來說，保存的成本都不是很高昂，相較於失去潛在可能具關聯性證據的高度風險，將資料加以保存的決定似乎較為明智¹⁵²。

第三項 案例分析

一、事實：

在 Baker v. Gerould¹⁵³的勞資爭議案中，原告為紐約州環境保護局之受雇職員，主張被告未將其晉升，以做為他執行憲法上權利之報復手段。原告提出強制被告提供雙方間電子郵件的聲請。被告提供部分以為回應，但原告認為被告所提供者仍不足夠，本案為原告又再度聲請強制被告提供雙方間電子郵件。

二、主張：

在被告提出宣誓書後，原告律師更新其強制被告提供文件的聲請，要求原告必須搜尋更多的電子郵件，即使這樣的搜尋會使得被告為了擴大搜尋來源而需要回復被刪除的資料。

三、判決理由

為確定被告的搜索已經足夠，法院要求被告提供宣誓書，描述其已經執行搜尋所被要求開示之電子郵件的步驟。但被告所提出的宣誓書中，並未依照法院要求，說明已執行步驟，相反的，僅描述從備份資料中回復與刪除資料的額外工作。雖然宣誓書中提到，原告欲開示的電子郵件無法合理取得，但並未提及被告已盡到何種努力，從可合理取得的來源中去蒐集。舉例來說，宣誓書中並未說明，是否被告已經採取任何方式搜尋被封存或儲存之電子郵件。

是否具關聯性的電子化儲存資訊是無法合理取得者，應答方可以基於 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B)之規定，在顯示這樣的資訊因為過度的負擔和費用，無法合理取得之情況下，拒絕提供。但即使如此，法院仍得在考慮正當理由的情況下，命令揭露該資料。法院指出，是否要從無法合理取得的來源搜尋電子化儲存資訊，以及如果需要，哪一方應該負

¹⁵² Judge Scheindlin, *supra* note 141.

¹⁵³ Baker v. Gerould, 2008 WL 850236 (W.D.N.Y Mar. 27, 2008)

擔因此所衍生的費用，是二階段的問題。法院必須先確定被要求提供的關聯性資訊無法從可合理取得來源取得，才會考量費用負擔的問題。法院亦指出，是否決定發出命令從無法合理取得的來源去取得關聯性資訊，考量的重點包括「由其他或更容易取得的資訊來源的數量」、「無法提供的關聯性資訊，似乎曾經存在，但已無法由其他或更容易取得的來源提供的資訊」。

本文中，法院發現被告從可合理取得的來源中搜尋被要求開示的電子郵件的努力並不完全，而缺乏足夠的資訊來決定是否要求被告應自行負擔費用來回復被刪除的電子郵件。因此，在這個階段，法院拒絕強制被告提出文件之聲請，取而代之的，命令被告指定了解相關蒐集步驟的個人，並且允許原告對其做口頭或書面宣誓證言。

四、小結：

有評論者提及，Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(B)之規定，只有使得應答方將更多的電子化儲存資訊標示為「無法合理取得」，或將資料置於更難以取得的來源，以阻撓證據開示程序的進行。然而，從實際案例看來，無法合理取得必須以實際的證據來證明，不可以只用假設，更不可以只流於辯論¹⁵⁴。



¹⁵⁴ Auto Club Family Ins. Co. v. Ahner, Not Reported in F.Supp.2d, 2007 WL 2480322 (E.D. La.)

第三節、 從無法合理取得之來源提供證據開示的條件

Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(B)在法條最後提到：「若被要求開示方已舉證時，在要求方提供正當理由之情況下，法院仍可考量 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(C)之限制，命令提供方提供該資料以供證據開示。法院可以詳細指明供證據開示之條件。」而費用移轉即是法院使用的條件中，最重要的一項¹⁵⁵。

第一項 費用移轉(cost-shifting)

自 1970 年到 2006 年，聯邦民事訴訟程序法中皆未明確指定，誰應支付基於聯邦民事訴訟程序法 34 及 45 條下，提供文件以供開示之費用。然而，在 1970 年修正的 Committee Note 中卻提到，法院可以移轉證據開示的費用來保障應答方，以防止過度的負擔或費用。

新法中仍然未明確表示，允許費用移轉成為要求他造從無法合理取得之來源提供電子化儲存資訊之條件，但在 2006 年的 Committee Note 中已明確提到，法院可以要求從無法合理取得來源提供資料的條件即是費用分擔¹⁵⁶。新法並未改變提供方基於聯邦民事訴訟程序法 34 條下，必須負擔提供證據以供開示費用的基本假設，而是提供一個從應答方移轉證據開示費用至要求方的依據。

Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(B)創設了一個兩階段的方法來處理電子化儲存資訊的證據開示程序。首先，可以合理取得的資料，在考量 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(C)的限制下，必須先被提供。因此，費用移轉的可能性，仍舊由這些因素來規範，但其可能又不似一般的慣例，係由提供方來承擔證據提供開示所生的費用。就無法合理取得的來源，新法要求，若提供方能證明，這樣的來源的確無法以合理方式取得，則舉證責任移轉至要求開示方，其必須證明具有正當理由要求對造從這樣的來源提供資料。如果要求方成功說服法院，法院或許會命令提供方從無法合理取得的來源提供資料，但是同時也會考慮費用移轉或至少是費用分攤的問題。

第二項 其他條件

¹⁵⁵ David K. Isom, The Burden of Discovering Inaccessible Electronically Stored Information: Rules 26(b)(2)(B) & 54(d)(1)(D), 2008 Fed. Cts. L. Rev. 2 (April 2008)

¹⁵⁶ FED. R. CIV. P. 26. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments. "The good-cause inquiry and consideration of the Rule 26(b)(2)(C) limitations are coupled with the authority to set conditions for discovery. The conditions may...include payment by the requesting party of part or all of the reasonable costs of obtaining information from sources that are not reasonably accessible."

除了費用移轉之外，Committee Note 中明確指明，法院可以運用在命令中，指示從無法合理取得之來源提供電子化儲存資訊之其他條件，包括限制數量、型態、或是資料被要求取得及提供的來源¹⁵⁷。

第三項 Zubulake 要素

在著名的 Zubulake 案中，法院建立了七個要素來衡量是否移轉費用的問題。這七個要素是修改司法行政法官 Francis 在 *Rowe Entm't, Inc. v. William Morris Agency, Inc.*¹⁵⁸ 案中，提到的八項要素(Rowe right-factor test)¹⁵⁹。Scheidlin 法官認為，Rowe 這八項要素似乎傾向對應答方有利，造成偏向移轉電子證據開示費用的結果。修改後的 Zubulake 要素既可以符合 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)對電子資料之比例原則，亦可以加強傳統對於費用分配之推定¹⁶⁰。然而不論是 Rowe 的八項要素或是 Zubulake 的七項要素，其本質都是基於 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(C)而來的。

有些法院適用 Zubulake 要素來評估費用移轉的問題，有些法院則適用 Zubulake 要素來分析無法合理取得來源及正當理由的問題。Zubulake 的七項要素依其重要性排列如下：

- (1) 要求的範圍依個案具體和證據開示內容相關者
(the extent to which the request is specifically tailored to discover relevant information);
- (2) 是否可從其他來源取得相關資料
(the availability of such information from other sources);
- (3) 提供資料的全部費用相較於系爭案件的標的金額
(the total cost of production, compared to the amount in controversy);
- (4) 提供資料的全部費用相較於每一方當事人所能取得的資源
(the total cost of production, compared to the resources available to each party);
- (5) 訴訟當事人控制成本的能力及取得相關資料的誘因
(the relative ability of each party to control costs and its incentive to do so);
- (6) 此問題在訴訟中的重要性
(the importance of the issues at stake in the litigation; and)
- (7) 取得該資料對雙方的相對利益
(the relative benefits to the parties of obtaining the information.)

¹⁵⁷ FED. R. CIV. P. 26. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

¹⁵⁸ *Rowe Entm't, Inc. v. William Morris Agency, Inc.*, 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y. 2002)

¹⁵⁹ *Id.* at 429. "(1) the specificity of the discovery requests; (2) the likelihood of discovering critical information; (3) the availability of such information from other sources; (4) the purposes for which the responding party maintains the requested data (5) the relative benefit to the parties of obtaining the information; (6) the total cost associated with production; (7) the relative ability of each party to control costs and its incentive to do so; and (8) the resources available to each party."

¹⁶⁰ *Zubulake v. UBS Warburg*, 216 F.R.D. 280 (S.D.N.Y. 2003). At 284.

第四項 案例分析

一、事實及主張：

在 *Mikron Ind., Inc. v. Hurd Windows & Doors, Inc.*¹⁶¹ 一案中，被告基於 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)，向法院提出保護命令的聲請，請求將開示電子化儲存資訊的費用移轉予原告，並主張搜尋電子化儲存資訊需要耗費龐大的費用，而且預期其結果將了無新意。

二、判決理由

法院基於被告未依 Fed. R. Civ P. 26(c) 之要求，善意履行協商義務，而駁回被告保護命令的聲請中，要求移轉提供電子化儲存資訊費用的請求。同時，被告亦未能證明原告之證據開示要求，會造成過度的負擔與重複的結果，或者原告所要求的電子化儲存資訊為「因為過度負擔與費用，而無法合理取得」。

根據 *Oppenheimer Fund, Inc. v. Sanders*¹⁶² 案，證據開示之規則推定由提供方負擔證據開示的費用。但立法者於 2006 年考慮到 Fed. R. Civ P. 26(b)(1) 法規過於廣泛的證據開示原則，可能對提供方於提供電子化儲存資訊時，造成不合理的費用，因而增訂 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(B) 之規定。提供方有責任向法院證明，其所以無法合理取得資料之來源，係因若要搜尋、回復、與提供所有的應答資訊，其負擔與費用將過於龐大。同時，提供方也有責任提出足夠的細節，使要求方得以評估搜尋、提供該資料來源的費用及利益¹⁶³。這個要件與聯邦民事訴訟程序法 26(c) 所規定的協商責任相類似。如果提供方符合這要件，法院可考慮包括轉移費用等的相關措施，以減低提供方的困境。

有許多格式可用來保存電子化儲存資訊，有些格式在取用時比較方便¹⁶⁴。本案中，被告指示員工從硬碟中搜尋對方所要求的資訊，但除此之外，被告並沒有執行進一步的搜尋措施。若對被告員工硬碟、及電子郵件伺服器等非備份電子化儲存資訊做全面搜索，也許會找到更多的資訊。因此，根據 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(C) 規定，本案之電子化儲存資訊係可被合理取得者，因此對這類的證據搜尋而言，並沒有費用轉移的問題。

而就被告備份磁帶中之電子化儲存資訊部分，在其他案例中，法院考慮是否移轉電子證據開示費用予要求開示方之前，其當事人之原告通常比本案被告提供更詳盡的資訊。本案的被告在主張若繼續開示電子化儲存資訊，會對其造成繁重的負擔時，被告除

¹⁶¹ *Mikron Ind., Inc. v. Hurd Windows & Doors, Inc.*, Not Reported in F.Supp.2d, 2008 WL 1805727 (W.D. Wash.)

¹⁶² *Oppenheimer Fund, Inc. v. Sanders*, 437 U.S. 340, 358 (1978)

¹⁶³ FED. R. CIV. P. 26. Advisory Committee's Note to 2006 Amendments.

¹⁶⁴ See *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 217 F.R.D. 309, 318-20 (S.D.N.Y.2003)

了估計費用，以及堅稱其電子化儲存資訊無法合理取得以外，並沒有提出任何具體的證據，或足夠的細節，諸如：(1)將要搜查的備份磁帶數量；(2)被告用以儲存電子化儲存資訊的不同方法；(3)雇用外部顧問前，被告的電子文件保存政策；(4)儲存於備份磁帶，與儲存於其他較易取得格式之電子化儲存資訊的重疊程度；(5)被告對可合理取得之電子化儲存資訊的搜查程度。但除了估計費用外，本案被告並沒有陳明證據開示過程所帶來的困境。因此，法院判定，被告沒有盡到責任證明對方所要求的電子化儲存資訊為「因為過度負擔或費用，而無法合理取得。」

法院因此指示兩造，在提出任何有關電子化儲存資訊的證據開示聲請前，都要先行協商。

三、小結：

如前所述，若要法院考量是否做出費用移轉的決定時，需要提供實際的證據，僅以假設或辯論的方式，是無法說服法官做出有利的決定。



第肆章、律師之義務及倫理

第一節、秘密通訊之特權(privilege)及工作成果保護

第一項 法源依據

有關秘密通訊之特權(privilege)¹⁶⁵可適用之對象及可主張之範圍，在聯邦民事訴訟程序法中並未多加描述，其法源依據主要係來自普通法以及聯邦證據法(Federal Rules of Evidence) Article V. Privileges, Rule 501¹⁶⁶規定：

除美國憲法要求、國會所制定之法律或聯邦最高法院根據法定權限制定之規則另有規定者外，關於證人、自然人、聯邦政府、州政府或其下級機構之秘密通訊之特權，應由美國聯邦法院根據推理和經驗解釋的普通法原則規範之。然而，在民事訴訟及其他民事程序中，有關主張或抗辯要件之認定，州法律另有規定者，證人、自然人、聯邦政府，州政府或其下級機構之秘密通訊之特權，應由州法律規範之。

故秘密通訊之特權可適用之對象及可主張之範圍，於民事訴訟案件中¹⁶⁷，係為由聯邦授權州法律來決定。也就是說，不同州之間對於秘密通訊之特權可適用之對象及可主張之範圍可能不盡然相同，例如，加州聯邦地方法院所承認的範圍，比起華盛頓州聯邦地方法院的保護範圍，就相對來得大一些。

證據法起草之最初版本，原來包含了詳細的密通訊之特權規定，但是這種做法被當時的國會否決，刪除了後面十二條，關於非憲法上保護的秘密通訊之特權，但聯邦法院必須認可之關係及其相關規定。當時的國會否決了這種做法，部分原因是當時剛發生的水門事件，引起行政特權的爭議¹⁶⁸。因此，Committee 便藉由 Fed. R. EVID. 501，將秘

¹⁶⁵ “Privilege”是在特定關係中才可以主張的拒絕證言權，所以在美國法上的觀念稱之為「特權」(privilege)，而非「權利」(right)。

¹⁶⁶ FED. R. E. 501. Except as otherwise required by the Constitution of the United States or provided by Act of Congress or in rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority, the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience. However, in civil actions and proceedings, with respect to an element of a claim or defense as to which State law supplies the rule of decision, the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be determined in accordance with State law.

¹⁶⁷ 刑事訴訟案件由 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 26 來規範。

¹⁶⁸ Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門—美國證據法評釋及實例解說，Evidence: Examples and explanations. 元照出版社，2002年。249~250頁。

密通訊特權之法律維持在現有的狀態，並授權由美國法院基於民事和刑事案件之統一適用標準下，依其情理和經驗加以判斷，並由此得以進一步發展，以普通法來規範秘密通訊特權之範圍，以維持其適當的彈性與多樣性。故聯邦證據法自 1975 年國會首次公布實施，至 2007 年十二月二十八日新加入 Fed. R. EVID. 502 之前，秘密通訊之特權這個章節就只有一個簡單的通則，成為三十多年來，規範著秘密通訊特權主張之法源依據。

可主張秘密通訊之特權的溝通中所傳達的資訊，得不在訴訟中提出，即使該陳述與爭點有關聯性，亦不得做為證據開示之標的。在聯邦民事訴訟程序法 Fed. R. Civ P. 26(b)(5)中，對當事人主張持有秘密通訊之特權資料或工作成保護時之程序，做了詳細之規定，對造依法得以檢視主張保護訊息之性質，以維持訴訟程序之公平性。除非當事人放棄該特權，否則在當事人主張下，該溝通將受到永久的保護。

秘密通訊之特權茲所以可從關聯性證據中排除被開示的必要，代表社會的抉擇：當特定目標的利益高於開示關聯性證據所帶來的利益時，就容許被排除。證據法上的秘密通訊之特權最廣為接受的說法，係為以經濟分析的觀點來解釋——當特定的溝通是社會所需要的，如果此等溝通不受得拒絕提供證言的保護時，人們或許會減少此類的溝通。因此，在律師與當事人的關係中，從經濟分析的論點來解釋為人們愈願意與律師溝通時，社會整體所受的利益便愈多。舉例來說，如果當事人認為，他們與律師談話的內容，未來可能在法庭上用來做為對他們不利的證據時，人們可能就不願意在需要法律意見時，向律師諮詢；一說為這樣的特權所顯現者，為政府再次確認不應侵入某些領域之私人關係。另一見解則比較偏激，認為秘密通訊之特權並非顯示政府對個人隱私的敏感，而是顯示政府寧可有損對真相的追求，仍舊要偏袒如律師的強勢社會團體¹⁶⁹。

以下茲介紹數種常見之得主張秘密通訊之特權之關係：

1、處於特定關係中的個人隱私權。具保密性的關係中所做的陳述，在訴訟中無需揭露他們之間的秘密溝通；比較廣泛被普通法所承認的關係，舉例來說有以下數種：

- ◆ 律師與當事人
- ◆ 丈夫與妻子：
- ◆ 醫生與病患
- ◆ 心理治療師與病患
- ◆ 教士與教友
- ◆ 公務員與線民

2、律師工作成果。提供保密性予律師所持有之與其當事人訴訟事務有關的所有資料。保護之範圍包括：訪談記錄、陳述，或與提供委託人法律服務有關之所收集的有形物體等，得以免於被揭露，以促進律師——當事人間秘密通訊特權所依據之原則與精神。

¹⁶⁹ Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，參照前揭註 168，頁 250~251。

聯邦最高法院在 *Hickman v. Taylor*¹⁷⁰ 案中所宣誓的工作成果原則，即係為了讓每位律師可以在不受不當及不必要的干擾下，調查所有案情，及準備因應訴訟之相關資料，而不需在意其對當事人是否有利，亦不必擔心對造可以利用證據開示程序獲取對己方不利的事項，並將之用以成為訴訟上不利之證據。

在民事訴訟中，最常被使用且與電子證據開示最具相關性者為律師—當事人間秘密通訊之特權。此特權的法源係來自相當古老的法律，其年代甚至可以追溯至普通法開始時，因此，有部分學者認為，這是源自英國的普通法上的權利，而非基於美國憲法所保障的權利。然而，不論如何，美國憲法仍舊對各種形式的隱私權加以保障，這也包含了律師—當事人間秘密通訊之特權。律師—當事人間秘密通訊之特權原則上屬於當事人所擁有，一旦當事人有棄權之行為時，原本可以主張拒絕提供證據之特權範圍內之相關主題，無論是否對當事人不利，都為棄權效力所及。

第二項 有關秘密通訊之特權及工作成果豁免權棄權之限制

為了因應美國聯邦民事訴訟法的修正，美國聯邦證據法 Article V. 秘密通訊之特權 (privilege) 一章，於 2007 年十一月二十八日加入 Rule 502.¹⁷¹ 有關「律師—當事人間秘密

¹⁷⁰ *Hickman*, *Supra note 22*.

¹⁷¹ FED. R. EVID. 502. Attorney-Client Privilege and Work Product; Limitations on Waiver: The following provisions apply, in the circumstances set out, to disclosure of a communication or information covered by the attorney-client privilege or work-product protection.

(a) Disclosure Made in a Federal Proceeding or to a Federal Office or Agency; Scope of a Waiver.

When the disclosure is made in a Federal proceeding or to a Federal office or agency and waives the attorney-client privilege or work-product protection, the waiver extends to an undisclosed communication or information in a Federal or State proceeding only if:

1. the waiver is intentional;
2. the disclosed and undisclosed communications or information concern the same subject matter; and
3. they ought in fairness to be considered together.

(b) Inadvertent disclosure.

When made in a Federal proceeding or to a Federal office or agency, the disclosure does not operate as a waiver in a Federal or State proceeding if:

1. the disclosure is inadvertent;
2. the holder of the privilege or protection took reasonable steps to prevent disclosure; and
3. the holder promptly took reasonable steps to rectify the error, including (if applicable) following Federal Rule of Civil Procedure 26(b)(5)(B).

(c) Disclosure Made in a State Proceeding

When the disclosure is made in a State proceeding and is not the subject of a State-court order concerning waiver, the disclosure does not operate as a waiver in a Federal proceeding if the disclosure:

1. would not be a waiver under this rule if it had been made in a Federal proceeding; or
2. is not a waiver under the law of the State where the disclosure occurred.

(d) Controlling effect of court orders.

A Federal court may order that the privilege or protection is not waived by disclosure connected with the litigation pending before the court--in which event the disclosure is also not a waiver in any other Federal or State proceeding.

(e) Controlling Effect of a Party Agreement

An agreement on the effect of disclosure in a Federal proceeding is binding only on the parties to the agreement, unless it is incorporated into a court order.

(f) Controlling Effect of This Rule

通訊之特權和工作成果豁免權；及棄權的限制」之新規定：

在所顯示的情況下，以下條例適用於揭露有關律師—當事人間秘密通訊特權或工作成果保護所保護的溝通或資訊。

(a) 於聯邦訴訟程序中，或對聯邦政府機關或行政機構進行資訊揭露；及其棄權的範圍。

當在聯邦訴訟程序中，或對聯邦政府機關或行政機構進行資訊揭露，並且放棄律師—當事人間秘密通訊特權或工作成果保護時，這樣的棄權，唯有在下列情況，方可適用於仍未在聯邦或州訴訟程序中公開的通信或資訊：

1. 故意的棄權；
2. 涉及相同主題之公開的和未公開的通信或資訊；並且
3. 兩者應該一起被公平的考慮。

(b) 無意中的揭露。

在聯邦訴訟程序中，或對聯邦政府機關或行政機構進行資訊揭露，下列情況下之揭露，不構成在聯邦或州訴訟程序中之棄權：

1. 揭露是無意的；
2. 特權或受保護的擁有者已採取合理的步驟以防止揭露；並且
3. 擁有者及時採取合理的步驟矯正錯誤，包括(若可能)採行聯邦民事訴訟程序法 Fed. R. Civ P. 26(b)(5)(B)執行必要步驟。

(c) 於州訴訟程序所做的揭露

當揭露發生在州訴訟程序中，並且該揭露也非州法院裁定棄權命令的對象時，下列情況下之揭露，不構成在聯邦訴訟程序中之棄權：

1. 已在聯邦訴訟程序中揭露，但根據本法，該揭露並不構成棄權；或者
2. 在揭露發生所在地的州法下，該揭露並不構成棄權。

(d) 法院命令之效力

聯邦法院得裁定，於聯邦法院繫屬訴訟中，對秘密通訊特權或工作成果保護所做的揭露，並不構成棄權—此種情況之揭露，於其他聯邦或州訴訟程序中，亦不構成棄權。

Notwithstanding Rules 101 and 1101, this rule applies to State proceedings and to Federal court-annexed and Federal court-mandated arbitration proceedings, in the circumstances set out in the rule. And notwithstanding Rule 501, this rule applies even if State law provides the rule of decision.

(g) Definitions

In this rule:

1. "attorney-client privilege" means the protection that applicable law provides for confidential attorney-client communications; and
2. "work-product protection" means the protection that applicable law provides for tangible material (or its intangible equivalent) prepared in anticipation of litigation or for trial."

(e) 兩造協議之效力

除非協議內容被結合到法院的裁定命令裡，否則於聯邦訴訟程序中，有關揭露效力之協議的約束力，僅及於協議中之當事人。

(f) 本法之效力

在本法規範的情況下，縱使有 101 和 1101 之規定，本法仍適用於州訴訟程序、聯邦法院附屬案件、以及聯邦法院法定的仲裁程序。並且儘管有 501 之規定，本法仍適用於在州法已提供解決規範的情況。

(g) 定義

依本法：

1. 「律師—當事人間秘密通訊特權」意指可適用於法律對律師—當事人間秘密通訊特權所提供之保護者；並且
2. 「工作成果保護」意指可適用於法律為預期即將要發生的訴訟，或訴訟進行時所準備之有體物(或其等同形式呈現之無形材料)所提供之保護者。

新法的主要目的有二項：一為解決長久以來，有關揭露律師—當事人間秘密通訊特權或工作成果保護之通訊或資訊時之效果，尤其是當無意中之揭露而造成與訴訟主題相關事項的棄權所產生之爭議時。另一者為回應長久以來，為了保護及對抗是否構成棄權之紛爭，所產生過高的訴訟成本之怨言。因為，即便是一些不可歸責、強制性或者是只是最小程度的揭露，都可能造成對該被揭露之主題相關事項下，所有被保護的通訊或資訊的棄權。尤其在電子化儲存資訊之證據開示程序中，這類的問題，衍生了更多的困擾。畢竟，在數百萬計的文件中，於提出文件予對造前，若要逐項記錄地對秘密通訊特權文件加以審查，以避免對相關事項的棄權，將會途增兩造證據開示之成本，造成與訴訟標的金額相較下，不成比例之花費¹⁷²。

Fed. R. EVID. 502 亦試圖提供可預測且統一的標準，讓兩造可以判斷，當有關律師—當事人間秘密通訊特權或工作成果保護所包括之溝通或資訊被揭露時，所產生的後果。舉例來說，訴訟中之兩造必須了解，如果依據保密命令，交換秘密通訊特權溝通資訊時，法院的命令是可被執行的。然而，當聯邦法院的保密命令在州法院無法被執行時，其秘密通訊特權審查和保留的沉重費用負擔，就不可能減少。在 Committee Note 中，立法者一再強調者為：本法並不試圖去修改聯邦或州法中，關於溝通或資訊是否包含於律師—當事人間秘密通訊特權或工作成果豁免權之下而被保護的問題。而且，當一些棄權的例外情況發生時，本法亦不意圖去取代通常可適用的棄權原則。本法僅規範在特定情況下，因揭露而導致的棄權行為。而對於在某些情況下，即使沒有秘密通訊特權溝通或工

¹⁷² FED. R. E. 502. Committee's Note.

作成果資料被揭露時，仍有棄權的情況產生者，本法對於這些因普通法理論所導致的棄權，則採取了尊重普通法所建立之原則¹⁷³的態度。簡而言之，雖然證據法於秘密通訊特權這個章節中加入了 Fed. R. EVID. 502.之規定，但整體上，除了 Fed. R. EVID. 502.規定的特別情況外，其餘部分仍舊沿續 Fed. R. EVID. 501 之精神，在民事訴訟法中，將秘密通訊特權保護或棄權之規定，交由州法規或是美國聯邦法院，根據推理和經驗解釋的普通法原則來規範之。Fed. R. EVID. 502.除了解決一些簡單的棄權爭議外，大部分的秘密通訊特權問題仍是在普通法支配的範圍內。

第三項 電子化儲存資訊對「律師—當事人秘密通訊特權」的影響及所產生的相關問題

法院在決定對特定文件是否可以適當主張「律師—當事人間秘密通訊特權」時，會依下列事實來考量¹⁷⁴：

- (1) 得主張特權者必須是委託人或潛在的委託人(the asserted holder of the privilege is or sought to become a client)；
- (2) 溝通之相對人(the person to whom the communication was made)
 - (a) 必須是律師或其從屬人員(is a member of the bar of a court, or his subordinate and)
 - (b) 在溝通之關係中所扮演的角色為律師(in connection with this communication is acting as a lawyer)；
- (3) 該代理人所被告知的溝通內容(the communication relates to a fact of which the attorney was informed)
 - (a) 由委託人所做成(by his client)
 - (b) 在無其他第三人在場時所作成(without the presence of strangers)
 - (c) 主要目的係為確保(for the purpose of securing primarily either)
 - (i) 法律意見(an opinion on law or)
 - (ii) 法律服務(legal services or)
 - (iii) 法律程序中的協助，而非(assistance in some legal proceeding, and not)
 - (d) 基於犯罪或侵權之目的(for the purpose of committing a crime or tort; and)
- (4) 其特權(the privilege has been)
 - (a) 已被主張，並且(claimed and)
 - (b) 並未被委託人所放棄(not waived by the client)。

當文件內容符合可主張特權的情形時，法院會再依 McCafferty's, Inc., v. Bank of Glen Burnie¹⁷⁵一案中，法院所建立的一套「中間準則」來判斷，當不慎地提供應受「律師—當事人秘密通訊特權」及「工作成果保護」之文件時，是否構成權利的放棄，法院應平

¹⁷³ FED. R. E. 502. Committee's Note.

¹⁷⁴ United States v. United Shoe Mach. Corp., 89 F. Supp. 357 (D. Mass. 1950).

¹⁷⁵ McCafferty's, Inc., v. Bank of Glen Burnie, 179 F.R.D. 163, 167 (D.Md.1998)

衡以下事實來決定：

- (1) 採取措施以預防不慎揭露的合理性 (the reasonableness of the precautions taken to prevent inadvertent disclosure)；
- (2) 不慎提供的數量(the number of inadvertent disclosures)；
- (3) 揭露的範圍(the extent of the disclosures)；
- (4) 修正這樣的不慎揭露是否有延遲(any delay in measures taken to rectify the disclosure)；以及
- (5) 有不公平的情形(overriding interests in justice)。

電子化儲存資訊不論在成文法或普通法下，仍然適用於傳統證據開示程序的規範，故上述普通法所建立的規範，於其適用上，並無差異。然而因電子化儲存資訊的特性，在數位時代所產生的新問題，以下茲列舉數項說明：

一、關鍵字查詢(Keyword Search、Search Term)的風險

關鍵字查詢在現今的電子化儲存資訊之證據開示程序中，通常為最簡易，而且一定會被使用的方法。通常雙方在早期會議時，會將需搜尋的關鍵字列入討論，後續則隨著證據開示程序的進行，從對造所提供的資料中，發現新的事實，而加入新的關鍵字辭。關鍵字可能為和本案相關之人、事、時、地、物等。透過適當、精確的關鍵字查詢，大部分情況下，可以從大量的文件中篩選出所需的資訊，有效減少電子化儲存資訊之數量。

然而，雖然電子化儲存資訊比起過去的書面化資料更容易被檢索，但若仰賴不夠精準的查詢方式，卻有可能產生更為糟糕的結果。不適當的關鍵字查詢之結果，通常不是取得過多，不然就是過少於真正所需的資料。如同一般在資料庫中查詢資料的經驗，如何決定一個所謂「適當」、「精確」的關鍵字，其實是最困難的學問，亦是對雙方代理人最大的考驗之一。是否訂定的關鍵字或搜尋條件可以產生所需的資料，牽涉到很多複雜的交互作用，沒有任何的法官或律師膽敢聲稱，某個關鍵字比另一個關鍵字能找出更多有用的資料¹⁷⁶。然而，雙方當事人一旦接受了關鍵字查詢的協議後，不論如何，都必須接受其產生的結果¹⁷⁷。另外，亦有提倡「觀念」性檢索(concept search¹⁷⁸)的新方法，但其概念仍不脫從關鍵人、事、時、地、物中去決定檢索範圍的方式。

既然關鍵字通常是經由兩造同意下所訂定的，其查詢的結果所衍生出的問題，通常就不是發生在兩造對文件提供範圍上的爭議。其最大的問題，是發生在當內部以關鍵字做為「律師—當事人間秘密通訊特權」及「工作成果保護」之文件審查程序上。

¹⁷⁶ United States v. O'Keefe, 537 F.Supp.2d 14, 2008 WL 449729 (D.D.C. Feb. 18, 2008). 24.

¹⁷⁷ Henry v. Quicken Loans, Inc., Not Reported in F.Supp.2d, 2008 WL 474127 (E.D.Mich. Feb. 15, 2008).

¹⁷⁸ Sonya Sigler, 2009 Prediction and Trends, available at <<http://ralphlosey.wordpress.com/2009/01/01/2009-predictions-and-trends/>> (last visited on Dec. 7, 2009)

對於訴訟當事人來說，尤其是被告，通常在收到訴訟通知後至證據開示程序開始時，相對於原告，應變時間並不長。對於大量的文件急需做有關特權或受保護文件的審查與過濾時，常常有其困難度。最簡便的方式即是以關鍵人物，例如可以主張特權保護之人做為關鍵字來查詢，以取代每個文件逐一審查的程序。這樣做法的危險性，如前述提到的關鍵字查詢的盲點一樣，即是有可能未完全篩選出應被篩選的資料，而提供不該提供的資料予對造。在著名的 *Victor Stanley, Inc v. Creative Pipe, Inc*¹⁷⁹ 的著作權侵害一案中，法官便提到：這些關鍵字是用來找出電子化儲存資訊的所在位置，而不是用來在大量應提供的資料中，識別應受保護的文件的方法。法官在判決中亦提及數種可以用來預防不慎揭露的措施，除了下段提到的彌補性協議外，亦可採行 the Sedona Conference 的「搜尋與資訊復原的最佳執行方案」(The Sedona Conference Best Practices for use of search and information retrieval)。

二、彌補性協議(clawback agreement)

在新法中，有二個部分提及特權保護的問題，一是在 Fed. R. Civ P. 26(b)(5)，規範當雙方未有合約的情況。另一則是 Fed. R. Civ P. 26(f)(4)中，規範在不慎提供應受保護之資料前，雙方即已訂定合約，且已請法院將其結合至法院命令中的情況。通常來說，雙方對這樣的程序事先產生共識，再加上法院的背書，勢必比當錯誤造成時，單方依賴法律的決定來得理想些¹⁸⁰。調查報告亦顯示，當雙方對這樣的程序事先達成協議時，他們之間比較少會對棄權的問題產生爭議¹⁸¹。

這種雙方事前的合意，稱為「彌補性協議」¹⁸²，其為一契約上之預防措施，用以減少當無意中放棄「律師—當事人間秘密通訊特權」或「工作成果保護」時，所生的風險，

¹⁷⁹ *Victor Stanley, Inc v. Creative Pipe, Inc.*, 250 F.R.D. 251, 254 (2008).

¹⁸⁰ Paul & Nearon, *supra* note 24, at 73-74.

¹⁸¹ See ABA Digital Evidence Project Survey on Electronic Discovery Trends and Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, Preliminary Report (04-CV-090), p.8.

¹⁸² 彌補性協議之範例如下：

- (1) Any inadvertent disclosure or production of documents protected by the attorney-client privilege or work-product protection shall not constitute a waiver of either any available privilege or protection by the disclosing party.
- (2) In the event that the receiving party discovers that it has received either attorney-client privilege or work-product-protected documents, it shall bring that fact to the attention of the producing party immediately upon that discovery.
- (3) Upon the request of the producing party, the receiving party shall promptly return any attorney-client privilege or work-product-protected document and any copies which the receiving party may have made thereof to the producing party.
- (4) Upon the request of the producing party, the receiving party will promptly disclose the names of any individuals who have read or have had access to the attorney-client privilege or work-product-protected document.
- (5) No such inadvertently produced attorney-client privilege or work-product-protected document may be used in evidence against the producing party.
- (6) In the event that either party must seek judicial enforcement of this agreement, the costs and reasonable attorney's fees of the party seeking enforcement will be paid by the party against whom such enforcement must be sought, but only in the event that the court finds the existence of a valid privilege and grants enforcement of this agreement by ordering the return and non-evidentiary use of the produced document.

尤其是在面對大量文件需要被提供的時候。在彌補性協議中，兩造以書面達成協議：當不慎提供應受保護的資料時，這些無意中被揭露的資料，並不當然構成棄權。當提供方在合理時間內認知到這樣的資料錯誤地被揭露時，可以要求歸還該資料，收受方必須遵守。而且收受方不得將這些受保護的資料置入案件中使用。

同樣在 *Victor Stanley, Inc v. Creative Pipe, Inc.* 案，亦點明了在商業訴訟中，未使用彌補性協議的危險。被告律師在一開始認知到有大量文件需要提供，且需要做文件特權或保護之審查時，便向法院要求准許雙方間的彌補性協議。法院在一個電話會議中，同意了雙方所提議的合約內容。然而在延長文件提出供開示的時間之後，被告律師撤回了對簽訂彌補性協議的要求，所以在依證據開示程序正式提供文件前，雙方並未簽訂任何彌補性協議。不幸地，被告律師顯然未使用合宜的審查程序過濾應受保護的文件，以至於將應屬於律師—當事人間秘密通訊特權之文件提供予原告。法院裁定認為：被告律師已知該案件涉及大量文件審查，且有不慎提供受保護文件的危險，所以一開始便明智地要求簽訂彌補性協議。如果被告律師沒有放棄他向法院要求且已經法院准許的彌補性協議時，被告的特權即能被保障。然而，當被告律師放棄他對簽訂彌補性協議的要求時，被告同時也放棄了他們對爭議中文件的特權保護。一旦應受保護的文件被揭露時，在沒有彌補性協議的情況下，就好像「在動物跑光了之後才關上農場的大門」¹⁸³。

聯邦法院基本上鼓勵當事人在商業訴訟中利用彌補性協議，以加速訴訟案之進行。雖然，簽訂彌補性協議並非萬無一失，尤其各州法院對彌補性協議的效果，仍有相當分歧的意見。另外，協議的效果，為兩造間的約定，效力僅及於簽訂合約之雙方當事人。但是，在面對大量的實體化書面文件及電子化儲存資訊需要做特權保護文件審查時，簽訂彌補性協議仍不失為一種保險的做法。

三、詮釋資料

在 2006 年修正的美國聯邦民事訴訟程序法中明確指出，詮釋資料是可以被要求提出的證據。任何證據被歸類於詮釋資料並不能改變其性質，而成為不能或不需要的證據。但新法中對於詮釋資料在何種情況下需要提供開示，並未有詳細的指引，而是將其交由法院依普通法慣例來決定，再加上法律對詮釋資料的定義並不甚明確，亦未有案例做為先例，使得當事人對於詮釋資料的保存莫衷一是。在某些特殊的情況下，詮釋資料可能涉及到無法取得、不慎銷毀或是屬於律師與當事人間秘密通訊的特權的範圍，這些因素影響了詮釋資料可被提供，或是被法院接受為證據的能力。

詮釋資料最大的難題，不是在取得資料的成本，而是在當必須提供大量的詮釋資料時，會讓提供方在處理特權保護文件審查時更加的困難，使得不慎提供應受保護文件的

¹⁸³ Ashish Joshi, *Clawback Agreement In Commercial Litigation: Can You Unring A Bell?* (Mar. 03, 2009.) available at <http://www.articlealley.com/article_806623_18.html> (last visited Nov. 15, 2009.)

情形變得難以避免。Committee Note 也提到，了解哪些詮釋資料屬於律師與當事人間秘密通訊的特權的範圍，並允許在不放棄權利的情況下，提供詮釋資料，是一個複雜的工作¹⁸⁴。但是提供詮釋資料給另一造的風險，其實和提供其他資料並沒有不同。通常來說，當證據以不同的形式提供時，會影響詮釋資料提供的可能性。實務上，多數事務所都將欲提供另一造的檔案轉換成 TIFF 或 PDF 的形式提出，此時是否詮釋資料亦應包含在內？因此，詮釋資料的提供亦成為兩造早期協商證據提供之重要議題之一。若雙方對應提供內容不能達成協議時，則交由法院來決定。

在 *Williams v. Sprint/United Management Co.*¹⁸⁵ 案之前，多數評論傾向建議律師在提供資料予對造前，先行將詮釋資料刪除，以提供 TIFF 或 PDF 檔的方式提供對造，以避免產生不慎揭露應受特權保護資料之風險。且在 *Williams* 案之前，極少有案例提及詮釋資料的問題，法律亦未明確規範，於對造未特別要求之情況下，當事人在訴訟進行中，是否仍需保存完整的詮釋資料。

直到 *Williams* 案，法院認為提供方必須提供所有的詮釋資料，不論其是否與本案相關。而被要求提供詮釋資料之一方，有義務必須及時提出異議，因為提供方比較可能知道，詮釋資料中是否包含了應受特權保護的資料。若提供方未對提供詮釋資料的要求提出異議，表示其已放棄對此之異議，不論這些資料是否為具關聯性或為應受特權保護的資料，都必須自行承擔棄權的風險。然而幸運地，在本案中，法院並未對被告施以制裁，因為被告成功的說服法院，其未予提供並非出於惡意，法院也解釋，在法律對詮釋資料是否應提供缺乏明確規定時，施予制裁並不恰當。

詮釋資料的保存比起其他態樣的資料形式更為困難，因為當使用者執行常規性工作，例如開啓或移動檔案時，詮釋資料即會隨之改變。尤其訴訟代理人更應認知詮釋資料的存在，當代理人要求客戶保存詮釋資料時，應該首先請教技術顧問，確認詮釋資料的位置及如何加以適當的保存。訴訟代理人不只應該要求客戶保存重要的文件，更應該要求客戶不要移動或開啓該些資料，以免使得詮釋資料產生改變。不過，在日常的商業活動進行中，這似乎是不可能達成的任務。所以，對訴訟暫止來說，詮釋資料的保存，是增加了更多的負擔。

再者，大多數的詮釋資料和案件是不具關聯性的，*Williams* 案的判決將會造成提供方不必要的負擔。提供方必須列出所有不相關的詮釋資料，並解釋不須提供的理由，而不是要求由需求方具體陳明所需的資料。這樣的決定，無疑是增加了提供方在證據開示過程中的負擔與成本。法院應該要求提供方僅提供有關的資料即可，以減少當事人在訴訟上的費用及負擔，這樣的精神也才符合聯邦複雜性訴訟手冊(Manual for Complex

¹⁸⁴ FED. R. CIV P. 26(f), Committee Note: Whether this information should be produced may be among the topics discussed in the Rule 26(f) conference. If it is, it may need to be reviewed to ensure that no privileged information is included, further complicating the task of privilege review.

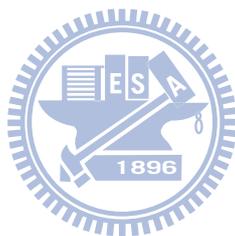
¹⁸⁵ *Williams v. Sprint/United Management Co.*, 230 F.R.D. 640 (D. Kan. 2005).

Litigation)中所揭示：要求方應該調整他們的需求以「盡可能精確地」(as narrowly and precisely as possible)來減低訴訟成本。

第四項 律師的難題

根據 ABA 的律師倫理規範，若收受方律師收到對方提出之有關應受特權保護資料時，應立即通知對造，但同樣的，根據 ABA 的律師倫理規範，基於對委託人的忠誠義務，事實上，收受方律師又很難將對方錯誤提供的應受特權保護資料，當作視而不見，或閱畢後從記憶中全部抹除，完全不使用在未來案件的發展上。這是律師的第一個兩難。

另外，愈來愈多的案例對未於證據開示程序中合作、或未盡專業責任的律師提付律師協會懲戒及課以罰款。因此，律師在法庭上必須對文件提供及特權文件審查負責，這勢必會增加費用上的負擔，但是大部分委託人卻希望盡可能地節省訴訟費用之支出¹⁸⁶，這其中的取捨，又是律師的另一個兩難。然而，這些兩難，似乎沒有一定的解答，只有仰賴律師本身的智慧，加以化解。



¹⁸⁶ See Document Retention & Destruction Policies for Digital Data, What you don't know can hurt you, (2004). available at <http://www.lexisnexis.com/applieddiscovery/lawlibrary/whitePapers/ADI_WP_DocRetentionDestruction.pdf> (last visited Dec. 7, 2009.) 百分之三十的企業估計，律師—當事人間秘密通訊特權審查占掉其訴訟費用的百分之六~十，然而百分之十六的企業估計，這個金額的比例高達百分之三十到五十。

第二節、 電子證據開示問題之最佳執行方案

美國聯邦司法中心(Federal Judicial Center¹⁸⁷，簡稱FJC)於2006年新法生效前，對各地聯邦法官們展開一連串的教育訓練課程，在一份對有關電子證據開示的課程資料¹⁸⁸中提到，處理電子化儲存資訊之電子證據開示問題之方法，可以從以下三種方式著手：

1. 個案判決 (case-by-case adjudication)
2. 立法 (rule making)
3. 由私人機構所發表的最佳執行方案 (best practice promulgated by private organizations)

在第三項私人機構所發表的最佳執行方案中，則提到了 The Sedona Conference、ABA 之「民事證據開示準則」(ABA Civil Discovery Standard)、以及複雜性訴訟手冊第四版(Manual for Complex Litigation Fourth (2004))。以下茲就美國聯邦司法中心提到之最佳執行方案加以介紹。

第一項 The Sedona Conference



一、The Sedona Conference—由對話產生原則、指導方針及最佳措施

The Sedona Conference¹⁸⁹(以下簡稱 TSC)是一個非營利性研究及教育機構，由 Richard G. Braman¹⁹⁰律師於1997年創立於亞歷桑那州，其辦公室設於 Sedona。該機構的主要目的在於深入研究法律與政策，並使法律朝向合理的方向前進。其專注在以下三個法律領域¹⁹¹：

¹⁸⁷ 美國聯邦司法中心係於1967年由國會根據美國司法聯席會議之決定而創立，為一隸屬於聯邦司法系統之研究和教育機構，也是第三個全國性司法行政官僚機構。其主要任務為對聯邦法官和聯邦法院職員進行培訓和延續教育以及為法院發展規劃等，並促進對聯邦司法程序、法院操作程序和歷史方面的研究。最高法院的首席法官為該中心主席。

¹⁸⁸ Hon James C. Francis (S.D.N.Y) & Hon. Sidney I. Schenkier (N.D. ILL) Surviving E-Discovery, available at <[www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MagJ0608.ppt/\\$file/MagJ0608.ppt](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MagJ0608.ppt/$file/MagJ0608.ppt)> (last visited Dec.7, 2009)

¹⁸⁹ Available at <www.thesedonaconference.org>, (last visited Oct. 31, 2009).

¹⁹⁰ *Id.* “Richard G. Braman is the founder and Executive Director of The Sedona Conference®. As a practicing attorney, he has represented both plaintiffs and defendants in antitrust, IP and other complex business litigation since 1978. Prior to founding The Sedona Conference®, Richard was Co-Chair of the Antitrust Practice Group of the Minneapolis law firm of Gray Plant Mooty, which he had joined in 1987. Before joining Gray Plant Mooty, Richard owned and operated a nationally- renowned jazz club and practiced in a plaintiff's antitrust class action law firm in Minneapolis and with a large, defense-oriented firm in San Francisco, CA.”

¹⁹¹ *Id.* “The reason why does The Sedona Conference concentrate on antitrust law, intellectual property rights and complex litigation is because: innovation drives our economy. Antitrust laws regulate our economy. Without a way to resolve complex litigation within the context of Rule 1 of the Federal Rules of Civil Procedure the judicial system's ability to provide even the appearance of justice and fairness in these critical areas is called into question.”

1. 反托拉斯法
2. 智慧財產權
3. 複雜的訴訟

自 1997 年成立迄今，TSC 已在美國國內及國際間建立良好的信譽。作為有前瞻性的法律及政策上的智庫，TSC 一直致力於推動具有建設性的建議，以促進法律及政策的合理與公正之發展。目前已有超過四十七州¹⁹²、華盛頓特區、以及六個國家的法官、律師、顧問、專家學者等參與 TSC 的會議及工作組。其工作成果已廣泛被國內外之案件、報告、文獻、期刊與評論所引用。

每一年 TSC 藉著每季例行會議之舉行，將適當背景的人聚集在一起，討論上述三個法律領域中之最新近相關議題。會議之工作人員主要由十五位法官、律師及專家所組成，另外再加上四十五位對該議題有興建的與會者，以確保參加會議的人員有適合的環境來進行有意義的對話。經由兩天的小型活動，激發及鼓舞與會者對法律議題的討論與分析。其以會議方式來超越傳統的法律延續教育，其對話結合經驗、及有限的參與人數。參與者在會議時，將對立的系統及客戶的利益留在門外，會後帶回新的構想及觀點。TSC 鼓勵真正的對話，而非辯論。經由對話產生原則、指導方針及最佳措施。這些成果再經由同儕審查而加以強化。這樣獨特的論壇，既觸及法律系統的基本層面，亦涉及社會結構上的法律及政策面極為前衛性的話題，其策略可謂相當成功，影響亦非常深遠。

TSC 的對話模式，系由廣泛的觀點中求得共識，與對立系統的辯論模式有所不同。辯論乃是認為有個正確的答案；對話則是認為許多人都有部分的答案，若能適當結合，即可找出一個解決方案。辯論乃是聆聽對方，而後找出破綻，並加以反駁；對話則是傾聽對方，而後尋求了解，並找出其中的意義及共識。辯論乃是為自己不同的觀點辯護；對話則是承認他人的想法有所幫助。辯論乃是尋求他人認可自己論點的結論並予以支持；對話則是發現新的意見，而非終止討論。

與其他提升法律及政策的非營利組織，如美國律師協會(ABA，即 American Bar Association)或美國法律協會(ALI，即 American Law Institute)等，其最大之不同點在於：TSC 非常專注於它欲致力解決的問題。唯有當於 TSE 會議中認定某一議題會對現實世界有重大影響，而產生實際而且立即有用的意見時，專注此議題的工作組才會開始運作。工作組不會將焦點專注在法律整編，或去分析法律的整個層面，而是產生特定的具體內容，以協助應付法律發展的急迫之處，或是其面臨的瓶頸。

二、工作組之介紹及其成效

TSC 的工作組(Working Groups)系列始於 2002 年，其乃由 TSE 的論壇演化而來。其

¹⁹² 除了 North Dakota、Wyoming、Alaska 以外。

目的主要是將論壇的對話轉化為公開的智庫，以面對當今法律系統中最具挑戰性的問題。工作組系列作為一般經常會議與純智庫模式間的橋樑，它經由短期及專注的迷你智庫，藉由定期會議來啟動工作組，以及對結果提出意見及建言。TSC 在成立工作組之初，會依其核心問題邀請人員參與，以代表及平衡各樣觀點，使得工作組能完全探討所被交代的任務。工作組的成立及工作計劃之後會刊載於網頁上，任何對工作組有興趣的人士，都可經由網頁，填寫表格成為會員。會員可以看到工作組所草擬的書稿並予以審查及加以評論。

工作組的成果包括：重要的背景、法律與政策的來龍去脈、以及問題的演變。工作組的成果提供有關問題的指導方針，以及提供彈性的、可擴充的、與立即可利用的資源予法官及律師。其工作成果係來自於以對話為基礎的程序，集合對同一議題的所有利害關係之觀點所取得的共識。當對話內容可以取得共識時，便會建立原則(principles)。當對話內容無法取得共識時，便會產生指導方針或最佳措施(guidelines or best practices)，來解決這樣的衝突。這些工作成果會在網站上公開達六個月的時間，以供公眾的評論及同業的審查。接下來，起草人會將適宜的意見與工作成果初稿結合，並修改成最終版本。除此之外，工作組的成果並非法律的絕對聲明，也並非不可改變。工作組接下來仍會持續專注於該議題的發展，以隨時符合現實環境的改變。舉例來說，第一工作組便於 2007 年更新發表第二個版本的 Sedona 原則，內容包含了對新修訂之聯邦民事訴訟程序法更為廣泛的評論。



做為一個專注的迷你智庫，TSE 工作組系列目前有下列九個正常運作之工作組：

第一工作組：電子文件之保存及提供(Electronic Document Retention & Production)
於 2002 年春天成立，其為成立最久，且至今最有成效的工作組。本工作組為與本論文最相關者，將於下段詳細介紹。

第二工作組：保護命令、機密及公共使用(Protective Orders, Confidentiality & Public Access)。
於 2005 年五月發表其初次之公開評論報告。

第三工作組：在反托拉斯法中經濟學的角色(The Role of Economics in Antitrust)。
於 2005 年八月發表其初次之公開評論報告。

第四工作組：反托拉斯法與專利法的競合(The Intersection of the Antitrust & Patent Laws)。
於 2005 年秋季反壟斷法會議發表其初稿。

第五工作組：*Markman* 程序與專利範圍的解釋(The *Markman* Process & Claim

Construction)。

於 2006 年六月發表其公開評論報告。

第六工作組：有關電子資訊管理及電子證據開示程序在不同國家及多重司法管轄下的法律衝突問題(Multi-jurisdictional effort addressing issues that arise in the context of e-information management and e-disclosure for multinationals subject to litigation and regulatory oversight in multiple jurisdictions with potentially conflicting internal laws)。

第一次會議於 2005 年夏季在英國劍橋舉行。

第七工作組：加拿大之電子證據開示程序原則與資訊管理的指導方針(E-disclosure principles and information management guidelines for Canada)。

第一次會議於 2006 年五月在加拿大魁北克舉行。於 2007 年發表英文及法文之加拿大版本的 Sedona 原則公開評論報告。

第八工作組：大規模侵權行為訴訟之懲罰性賠償問題(Punitive damages in mass tort litigation)。

於 2007 年發表其公開評論初稿。

第九工作組：適用及採用 Sedona 原則於英國的民事訴訟(The application and adaptation of The Sedona Principles to British civil litigation)。

新近成立的工作組，人員將會包含英格蘭及威爾斯的法官、律師與不同領域的專家

有感於面對法律延續教育之挫折感，以及無法與法律支援服務提供廠商、律師間有良好的互動，並且缺乏法律先例與前後一致的指導原則，第一工作組（電子文件之保存及提供）於是在 2002 年春天成立，其目標為以受邀者、參與者、及觀察員之經驗的深度及廣度為基礎，期望能產生對促進法律的合理與公正發展有正面貢獻的成果。其存在效期乃基於由工作組所決定之需要、目的及目標。它的成效為建立簡明的原則，及可闡明及支持的論點，以供律師們在執行業務時的參考。

第一工作組於 2003 年三月發佈 Sedona 原則—關於電子文件之保存及提供的公開評論版本。一個月之後，Sedona 原則就被聯邦司法中心之民事法規諮詢委員會證據開示小組(Civil Rules Advisory Committee Discovery Subcommittee)所引用，並且成為修訂聯邦民事訴訟程序法的理由之一。

另外，TSE 再於 2008 年九月三十日發表最新的「Sedona 會議合作宣言」(The Sedona Conference Cooperation Proclamation)，一開始即已經十一州的二十四位聯邦法官所簽

署，亦已於多個案例中被引用，未來可望和 Sedona 原則一樣，成為重要的法律資源參考依據。

第一工作組再於 2007 年七月發表 Sedona 原則的第二個版本，以因應法律之變遷。除此之外，亦發表許多對法官與律師有用的評論，諸如：

- ◆ Sedona 會議對訴訟保留之評論 (The Sedona Conference Commentary on Legal Holds)
- ◆ Sedona 會議對搜尋與資訊復原的最佳執行方案之評論 (The Sedona Conference Commentary on Best Practices for Search and Information Retrieval)
- ◆ Sedona 會議對電子郵件管理與歸檔之評論 (The Sedona Conference Commentary on Email Management and Archiving)
- ◆ 選擇電子證據開示廠商之程序的最佳執行方案，第二版 (the Second Edition of Best Practices for Navigating the eDiscovery Vendor Selection Process)
- ◆ Sedona 會議詞彙表，第二版 (The Second Edition of The Sedona Conference Glossary)

三、有關電子資料提供之 Sedona 原則

在諸多 TSE 的出版品中，最頗負盛名，也必須詳加介紹的，即為第一工作組所出版之「電子資料提供之 Sedona 原則」(The Sedona Principles Addressing Electronic Document Production)¹⁹³。第一版之公開評論版本於 2003 年出版，並於 2004 年修訂。內容中所揭櫫之十四項原則，提供了電子證據開示程序中，所面臨的許多問題之參考，特別是在預期訴訟發生時，對電子化儲存資訊的保存責任上。其不但反應對當事人的責任未做明確界定的當前法律現況，亦對法官及律師提供一個立即實用的最佳建議及原則。

因應 2006 年聯邦民事訴訟法的修定，更詳盡的第二個版本於 2007 年六月出版，其十四個原則之內容如下：

1. 電子化儲存資訊在聯邦民事訴訟程序法第 34 條，或其在州對等的法規之下，是可以被開示的證據。一般組織必須適當保存可能合理地被預期與訴訟相關的電子化儲存資訊¹⁹⁴。
2. 當考慮平衡其費用、負擔和對電子化儲存資訊之需要時，法院和兩造應運用在聯邦民事訴訟程序法第 26(b)(2)(C)和其在州對等的法規之下，所附加的比例原

¹⁹³ The Sedona Principles, Second Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production (The Sedona Conference® Working Group Series, 2007).

¹⁹⁴ Electronically stored information is potentially discoverable under Fed. R. Civ. P. 34 or its state equivalents. Organizations must properly preserve electronically stored information that can reasonably be anticipated to be relevant to litigation.

則。該法需要考慮技術可行性，和保存、取回、審查及提供電子化儲存資訊的實際的費用，以及訴訟的性質和爭議的數額¹⁹⁵。

3. 當在訴訟中有爭議時，兩造應及早在關於電子化儲存資訊之保存和提供的證據開示程序上加以協商，並尋求對兩造的權利和責任範圍達成協議¹⁹⁶。
4. 雖然對證據開示的回覆和異議，應該揭露所提供的範圍和限制，但對於電子化儲存資訊的證據開示要求，應該更要盡可能地清楚¹⁹⁷。
5. 保存電子化儲存資訊的義務，需要盡合理和誠信的努力，以保留與即將發生、或可能會發生的訴訟相關的資訊。然而，若要盼望兩造採取所有可以想像的步驟，來保存所有可能相關的電子化儲存資訊，亦為不合情理¹⁹⁸。
6. 應答方最能有效評估，如何適當保存和提供他們擁有的電子化儲存資訊之程序、方法和技術¹⁹⁹。
7. 請求方在提出強制提供文件之請求時，有義務證明，應答方之保存和提供相關電子化儲存資訊的步驟並不適當²⁰⁰。
8. 主要之電子化儲存資訊的提供來源，應是現行的數據和資訊。若要訴諸於災害恢復的備用磁帶，以及其他來源等，這些並非合理而且容易取得之電子化儲存資訊時，應由請求方顯示其需要性和相關性，比從這樣的來源擷取和處理電子化儲存資訊的費用和負擔，以及中斷商務和資訊管理活動等，來得重要²⁰¹。

¹⁹⁵ When balancing the cost, burden, and need for electronically stored information, courts and parties should apply the proportionality standard embodied in Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C) and its state equivalents, which require consideration of the technological feasibility and realistic costs of preserving, retrieving, reviewing, and producing electronically stored information, as well as the nature of the litigation and the amount in controversy.

¹⁹⁶ Parties should confer early in discovery regarding the preservation and production of electronically stored information when these matters are at issue in the litigation and seek to agree on the scope of each party's rights and responsibilities.

¹⁹⁷ Discovery requests for electronically stored information should be as clear as possible, while responses and objections to discovery should disclose the scope and limits of the production.

¹⁹⁸ The obligation to preserve electronically stored information requires reasonable and good faith efforts to retain information that may be relevant to pending or threatened litigation. However, it is unreasonable to expect parties to take every conceivable step to preserve all potentially relevant electronically stored information.

¹⁹⁹ Responding parties are best situated to evaluate the procedures, methodologies, and technologies appropriate for preserving and producing their own electronically stored information.

²⁰⁰ The requesting party has the burden on a motion to compel to show that the responding party's steps to preserve and produce relevant electronically stored information were inadequate.

²⁰¹ The primary source of electronically stored information for production should be active data and information. Resort to disaster recovery backup tapes and other sources of electronically stored information that are not reasonably accessible requires the requesting party to demonstrate need and relevance that outweigh the costs and burdens of retrieving and processing the electronically stored information from such sources, including the disruption of business and information management activities.

9. 欠缺特別之需要性和相關性時，應答方不須保存、審查或提供被刪除的、被遮蔽的、被分割的、或殘餘的電子化儲存資訊²⁰²。
10. 應答方應遵行合理的程序，以保護與電子化儲存資訊之提供相關的特權資料和異議程序²⁰³。
11. 應答的一方應誠信的盡到責任以使人信服，經由使用電子工具和程序，例如數據採樣，搜尋或使用選擇標準，來合理地辨認可能包含相關資訊的數據，以保存和提供相關的電子化儲存資訊²⁰⁴。
12. 欠缺兩造協議或法院的命令以指定提供之形式時，應以資訊通常被維護，或能合理被使用的形式提供，並且考慮到提供合理可以取用之詮釋資料之必要性，使收受資料方，與提供方一樣，不論基於適當或必要，只要根據資訊的本質和案件的需要，都有同樣能力取得、搜尋和顯示資訊²⁰⁵。
13. 欠缺具體異議、雙方協議或法院的命令時，擷取和審查電子化儲存資訊的合理費用，應由應答方負擔，除非所要尋找的資訊，應答方無法從一般商業行為中合理取得。若所要尋找的資訊，應答方無法從一般商業行為中合理取得時，在無特殊情形之下，擷取和審查這類電子資料的費用，得以與請求方分擔，或被轉移到請求方²⁰⁶。
14. 惟有當法院認定有明確的保存義務，或是對保存與提供相關的電子化儲存資訊有可歸責之疏失，以及當有合理的可能性，因證據的毀損滅失，已實質損害到相對之一方時，才應該由法院考慮制裁，包括毀棄調查的結果²⁰⁷。

²⁰² Absent a showing of special need and relevance, a responding party should not be required to preserve, review, or produce deleted, shadowed, fragmented, or residual electronically stored information.

²⁰³ A responding party should follow reasonable procedures to protect privileges and objections in connection with the production of electronically stored information.

²⁰⁴ A responding party may satisfy its good faith obligation to preserve and produce relevant electronically stored information by using electronic tools and processes, such as data sampling, searching, or the use of selection criteria, to identify data reasonably likely to contain relevant information.

²⁰⁵ Absent party agreement or court order specifying the form or forms of production, production should be made in the form or forms in which the information is ordinarily maintained or in a reasonably usable form, taking into account the need to produce reasonably accessible metadata that will enable the receiving party to have the same ability to access, search, and display the information as the producing party where appropriate or necessary in light of the nature of the information and the needs of the case.

²⁰⁶ Absent a specific objection, party agreement or court order, the reasonable costs of retrieving and reviewing electronically stored information should be borne by the responding party, unless the information sought is not reasonably available to the responding party in the ordinary course of business. If the information sought is not reasonably available to the responding party in the ordinary course of business, then, absent special circumstances, the costs of retrieving and reviewing such electronic information may be shared by or shifted to the requesting party.

²⁰⁷ Sanctions, including spoliation findings, should be considered by the court only if it finds that there was a clear duty to preserve, a culpable failure to preserve and produce relevant electronically stored information,

除了聯邦司法中心引用其為修法建議參考外，在實際的案例中，Sedona 原則第一版首先被紐約南區聯邦地方法院(Southern District of New York)，於相當具有指標性的 Zubulake v. UBS Warburg²⁰⁸系列案件中被引用，其中提到之原則 8：「即使在預期訴訟會發生的情況下，通常，一方不需要保存所有的備份資料」²⁰⁹。該原則係做為處理為了應付災害恢復而準備的備用磁帶的保存責任——在缺乏特殊情況之下，保存責任不及於此。Zubulake 案對備份磁帶的保存及訴訟保留的管理相關之判決意見，已被美國至少四十個法院所引用或接受。在 Consolidated Aluminum Corp. v. Alcoa, Inc.²¹⁰案中，法院認為，除非明知(actual knowledge)資料與未來的訴訟有重大實質性的關連，否則 Alcoa 並不需要保存所有被攪碎的資料²¹¹。而另一重要案件，Cache La Poudre Feeds, LLC v. Land O'Lakes, Inc.,²¹²亦對 Sedona 原則和案例法加以討論，用以達成一個合理及公平地方式來完成訴訟保留程序²¹³。此外，堪薩斯聯邦地方法院(District of Kansas)亦於 Williams v. Sprint²¹⁴案中引用，指在沒有先前案例存在或法律規範來指導如何解決各種對電子試算表之證據開示的爭議問題時，Sedona 原則可以成為一個「有說服力的法律依據」(persuasive authority²¹⁵)。

除了大量被法院引用之外，許多地方性的法規程序也參考該原則加以制定。另外，許多有關電子證據開示之法學文獻中亦可以看到其身影。無疑的，Sedona 原則可以說已成為電子證據開示程序中，有關資料保存的一項重要法律資源。



第二項 民事證據開示準則(Civil Discovery Standard)

美國律師協會(American Bar Association, 簡稱 ABA)之「民事證據開示準則」(Civil

and a reasonable probability that the loss of the evidence has materially prejudiced the adverse party.

²⁰⁸ Zubulake v. UBS Warburg, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake I”), Zubulake v. UBS Warburg, 230 F.R.D. 290 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake II”), Zubulake v. UBS Warburg, 216 F.R.D. 280 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake III”), Zubulake v. UBS Warburg, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake IV”), Zubulake v. UBS Warburg, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004) (“Zubulake IV”).

²⁰⁹ “as a general rule... a party need not preserve all back up tapes even when it reasonably anticipates litigation.”

²¹⁰ Consolidated Aluminum Corp. v. Alcoa, Inc.No. 03-1055-C-M2, 2006 WL 2583308, at 6 (M.D. La. July 19, 2006).

²¹¹ E*Trade Securities LLC v. Deutsche Bank AG, 230 F.R.D. 582, 592 (D. Minn. 2005) (holding in reliance on the Sedona Principles that when backup tapes are used to preserve evidence that was not preserved through a litigation hold, the backup tapes should be produced).

²¹² Cache La Poudre Feeds, LLC v. Land O'Lakes, Inc.,No. 04-CV-00329-WYD-CBS, 2007 U.S. Dist. LEXIS 15277, at 1 (D. Colo. Mar. 2, 2007) (relying on the *Sedona Principle 6* with regard to issues related to the reasonableness of litigation holds).

²¹³ Thomas Y. Allman & Ashish S. Prasad, *The Forgotten Cousin: State Rulemaking and Electronic Discovery*, Practising Law Institute, October-December, 2007

²¹⁴ Williams v. Sprint/United Management Co., 2005 WL 2401626 (D. Kan. Sept. 29, 2005).

²¹⁵ 指對法庭沒有拘束力，但按照法庭在具體情況下對其價值的評價，其對判決的作出具有參考、借鑒意義及某種說服力的判例或其他法律根據。例如，下級法院或外國法院的判決、法律教科書上的論述等。區別於「有約束力的法律根據」[binding authority]。

Discovery Standard)於 1999 年八月發佈，並於 2004 年八月發佈修定版本。「民事證據開示準則」並非法律整編，亦非意圖取代現有法律或規範，其目的係為補充在法律未為規範，或僅規範部分之情況下，提供一個可執行的實務方案。

在缺乏明確的目標或謹慎的回覆策略下，證據開示將會耗費許多費用且缺乏效率。「民事證據開示準則」協助訴訟當事人、代理人及法院面對民事訴訟之證據開示問題。準則中認同訴訟當事人、代理人及法院三者證據開示程序中的交互關係，提供實務執行建議予法官和兩造，以能合理而有效的管理證據開示程序。期望減少不必要的工作和費用、限制對證據開示程序的濫用、並且，在可能的情況下，鼓勵兩造於證據開示程序中合作，取代敵對態度的處理方式。準則中最大的特色為考慮到法院在面對電子化證據開示程序爭議時的角色及處理，對於律師—當事人間秘密通訊之特權亦多有著墨。

第三項 複雜性訴訟手冊第四版(Manual for Complex Litigation Fourth (2004))

複雜性訴訟手冊第四版(Manual for Complex Litigation Fourth (2004))為美國聯邦司法中心所發佈。第四版之變更係為因應最新的情勢及聯邦訴訟的需求，其亦反應了編輯委員會的諸多法官們之工作成果、經驗及對訴訟的深入洞察力。面對責任日益加劇的聯邦地方法官，手冊之目的主要係為提供聯邦法官們面對民事訴訟案時之參考，特別是新加入的如：集體訴訟或大額侵權訴訟案件等。

同樣的，該手冊雖然為美國聯邦司法中心所發佈，但其仍非屬於有權威性的法律或行政政策(Authoritative legal or administrative policy)。手冊的內容，對法官於法庭上的判決，並不具拘束力，聯邦法官於個案中，仍須依其個別的判斷，來裁量案件。其內容不像 Sedona 或 ABA 所發佈的準則，係僅針對於證據開示程序問題，而是涵蓋所有聯邦法院所會面臨的各種不同類型之複雜性民事訴訟案件。

第五章、電子化儲存資訊所衍生問題之質化分析

針對電子化儲存資訊在證據開示程序中之議題，除了法律面之討論外，實務面所面臨的情況，對於本論文的研究亦具有相當程度之參考價值，亦能更進一步了解法律演變的軌跡。本章將摘錄聯邦司法中心為了因應 2006 年民事訴訟法修法時，所做的一份質化分析研究內容，並將其中的數字圖表化，以利於比較分析。另外，針對國內情況，則設計簡單的問卷，以訪談方式，了解國內企業對聯邦民事訴訟程序法電子化儲存資訊之證據開示部分修法後的影響，其認知程度如何。

第一節、民事訴訟電腦化資訊證據開示問題之質化分析

第一項 研究背景介紹

自 1999 年秋天以來，聯邦司法中心和司法會議諮詢委員會有關民事法規的證據開示小組委員會²¹⁶即想要了解更多在民事訴訟中，關於電子化儲存資訊證據開示之相關的問題。尤其是小組委員會也考慮到是否需要對聯邦民事訴訟程序法提出修正案，以因應由電子化儲存資訊的證據開示所產生的特殊議題。聯邦司法中心的研究人員進行了幾個部分的研究以了解相關的問題。當這些問題在民事訴訟中變得司空見慣時，這些研究點明了電子化證據之問題所在以及其所能帶來的優勢。

在這個研究中，小組委員會並未要求聯邦司法中心取得電子化儲存資訊之證據開示問題發生頻率的基本數據，主要是因為小組委員會認為，電子化儲存資訊之證據開示問題未來勢必會顯著地增加，並且認為法律的修訂與否，亦不必然取決於這些問題所發生之頻率。相對的，小組委員會想要了解更多電子化儲存資訊於證據開示程序中之問題的具體性質，以及怎樣在個別案件中發生與處理。其重點著重於以下問題：

- ◆ 以電腦為主的證據保存或毀棄；
- ◆ 以昂貴或非比尋常的代價回復以電腦為主的資料，以提供證據開示之用；
- ◆ 雇用電腦專家以協助以電腦為主之證據開示；
- ◆ 在以電腦為主的證據開示中，有關秘密通訊特權之棄權問題。

本研究包含三種研究方法之描述和結果：

- ◆ 司法行政法官(magistrate judge)的問卷調查。主要是要獲得他們在以電腦為主的證據開示上的經驗，並獲得他們的對這些案件的建議，以便作深度研究；

²¹⁶ Discovery Subcommittee of the Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules.

- ◆ 電腦顧問的問卷調查。他們常在以電腦為主的證據開示的案件被聘用；
- ◆ 選取十個以電腦為主的證據開示問題之詳細個案研究。

本研究之設計並非根據聯邦民事訴訟案件中，所有與電子化證據開示有關的經驗而做成，因此無法經由這樣的結果，對聯邦法院處理證據開示經驗得到一般性的綜合結論。然而這些數據，可以讓我們對聯邦法院處理以電腦為主的證據開示案件的頻率，和其所帶來相關的問題，與其所具有的優勢特質，有較清晰的概念²¹⁷。

第二項 結論摘要

結論摘要如下：

- ◆ 大約每五位司法行政法官中，就有三位於處理證據開示案件時，會處理到以電腦為主的證據開示案件。
- ◆ 最常見之以電腦為主的證據開示案件類別為：以個人為原告之勞資爭議案，一般商業訴訟，以及智慧財產權案件。這些案件類別，特別是前兩項，相對來說亦為在一般法院中最常見的案件。
- ◆ 司法行政法官在以電腦為主的證據開示中，最常碰到的問題為：一方或多方雇用電腦專家；不慎揭露電子化資料中之秘密通訊特權資訊；到對方現場檢查其電腦系統；在訴訟期間保存或毀棄電腦化資訊；以及兩造分攤取得電腦化資訊的費用。
- ◆ 受訪的十位法官與十七位律師當中，大部份不認為民事法規對解決以電腦為主的證據開示案件問題，有任何主要的影響(不論是正面或負面的)。
- ◆ 在詳細案件分析之受訪者中，律師通常比法官偏愛修訂法律，用以特別因應以電腦為主的證據開示問題。
- ◆ 受訪者建議的法律修訂主要為關於揭露以電腦為主的資訊、資料提供的形式、資料的保存及毀棄、以電腦為主之證據的數量、至現場檢查電腦、費用分配、以及處理機密及秘密通訊特權資訊。
- ◆ 部分於詳細個案研究中的司法行政法官，在現有法律許可的範圍內，使用創新的案件管理技術來管理以電腦為主的證據開示程序。
- ◆ 幾位律師和法官建議除了修訂法律外，也應對律師和法官進行關於電腦科技問題的再教育²¹⁸。

第三項 研究方法及研究限制

²¹⁷ Molly Treadway Johnson, Kenneth J. Withers, & Meghan A. Dunn, A Qualitative Study of Issues Raised By the Discovery of Computer-Based Information in Civil Litigation, Sep. 13, 2002. at 1~2.

²¹⁸ *Id.* at 2~3.

一、司法行政法官的問卷調查

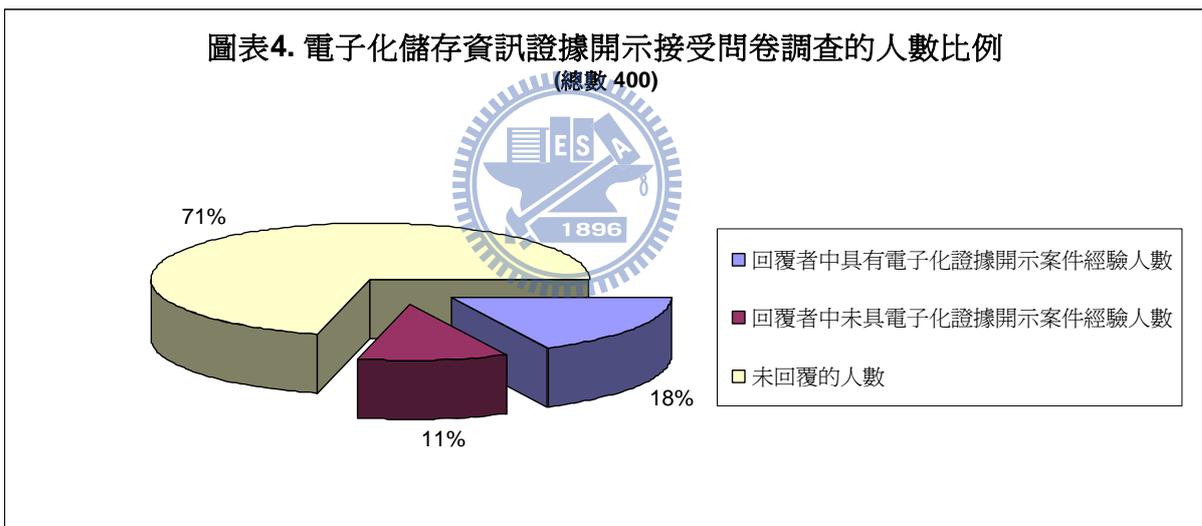
在春天 2000 年，聯邦司法中心究人員透過網際網路，對司法行政法官發出一份關於以電腦為主之資訊的證據開示經驗的問卷調查。除了詢問他們在證據開示上的經驗，以及遇到的問題類型之外，亦請他們建議適當之個案以進一步研究。

圖表 3. 電子化儲存資訊證據開示接受問卷調查的人數分析

接受問卷調查人數	400	100%
回覆問卷調查人數	115	29%

回覆者中具有電子化證據開示案件經驗人數	71	18%
回覆者中未具電子化證據開示案件經驗人數	44	11%
未回覆人數	285	71%

資料來源：聯邦司法中心²¹⁹及本研究整理



資料來源：本研究整理

如圖表 3 及圖表 4 所示，本次網際網路問卷調查之回覆比率偏低，約僅 29%。這樣的數據實難以判斷，是否這些回覆足以代表一般具有電腦化證據開示經驗的司法行政法官，或選擇不予回覆之司法行政法官，乃是因為其不具電腦化證據開示經驗。為了要找出這個答案，研究人員再以郵寄方式寄送一頁調查表給未回覆者，詢問未回覆第一份問卷之原因。這個問題又跟隨幾個回應的選項，其中包括因為法官未具電腦化證據開示經驗，所以他們不認為需要回覆。在這兩個問卷調查裡，都提及司法行政法官是否具有電腦化證據開示的任何經驗，結果收到了 83% 的回覆比率。至於其他實質的問題，則僅由

²¹⁹ *Supra* note 217, at 3.

回覆網際網路問卷調查的 29% 司法行政法官之回覆來做統計²²⁰。

二、電腦鑑識顧問的問卷調查

於 2001 年，聯邦司法中心研究人員對於電腦鑑識和電子化證據開示領域的顧問發出問卷調查。這些問卷詢問顧問們，關於代表客戶在聯邦民事訴訟中所處理的工作項目。問卷內的問題，被設計成與司法行政法官問卷調查的問題相類似卻不完全相同。

然而即使做了後續追蹤，這次問卷調查的整體回應卻相當不理想，總共只回收十張有效問卷。顯然儘管問卷的問題僅為一般性的問題，卻或許因為顧問與客戶間簽訂有保密協定，也或許是因為法院命令禁止顧問與他人分享這些資訊之緣故，因此回覆率偏低²²¹。

三、個案研究

聯邦司法中心研究人員由司法行政法官透過網際網路所提供的案件中，以及透過主題相關的案例搜尋，共選出十件具有代表性的電腦化證據開示的案件，做為詳細個案分析的基礎，以提供小組委員會參考²²²。

四、資料的局限

基於兩個理由，通過這些研究方法得到的資訊，或許無法代表所有聯邦法院電腦化證據開示的經驗，也無法代表所有法官和律師對於證據開示和未來法規修正的觀點。首先，司法行政法官問卷調查主要針對於司法行政法官，而非地方法院法官，所處理的案件和所遇到問題。問卷調查之所以局限於司法行政法官，主要是因為司法行政法官有更多經驗處理以電腦為主的證據開示。地方法院法官所處理的案件類別和所碰到的問題，在質和量上或許與司法行政法官所處理的有所差異。

其次，所深入研究的個案，乃是那些牽涉到以電腦為主的證據開示問題，因而引起司法行政法官注意的案件，或在特定判例中，有提及以電腦為主的證據開示的案件。雖然律師也被問及關於在其他案件中以電腦為主的證據開示問題的經驗，但研究的數據並不能顯示，這些問題發生的頻率，或當沒有法院的介入時，以電腦為主的證據開示問題被解決的頻率²²³。

²²⁰ *Supra* note 217.

²²¹ *Id.* at 4.

²²² *Id.*

²²³ *Id.* at 4~5.

第四項 問卷調查的結果

一、司法行政法官的問卷調查

這份司法行政法官問卷調查的報告，包括了 110 位回覆網際網路問卷調查的司法行政法官之意見。其中表明沒有電腦化證據開示經驗的法官有 29 位，另有 81 位回覆確實處理過電子化證據開示的案件，如圖表 5。

圖表 5. 司法行政法官具有處理電子化證據開示經驗案件之分類與比例

案例類別	具有處理電子化證據開示經驗之司法行政法官人數百分比	司法行政法官處理電子化證據開示之案件數目百分比	具有處理電子化證據開示經驗之司法行政法官人數	司法行政法官處理電子化證據開示之案件數目
勞資爭議—個人為原告	59%	26%	48	127
一般商業訴訟	55%	23%	45	112
專利及著作權	44%	18%	36	88
勞資爭議—集體訴訟	25%	8%	20	39
商品責任	24%	6%	19	29
其他	23%	9%	19	44
建築訴訟	10%	3%	8	15
有價證券訴訟	10%	5%	8	24
反托拉斯	8%	2%	6	10
總數		100%	81	489

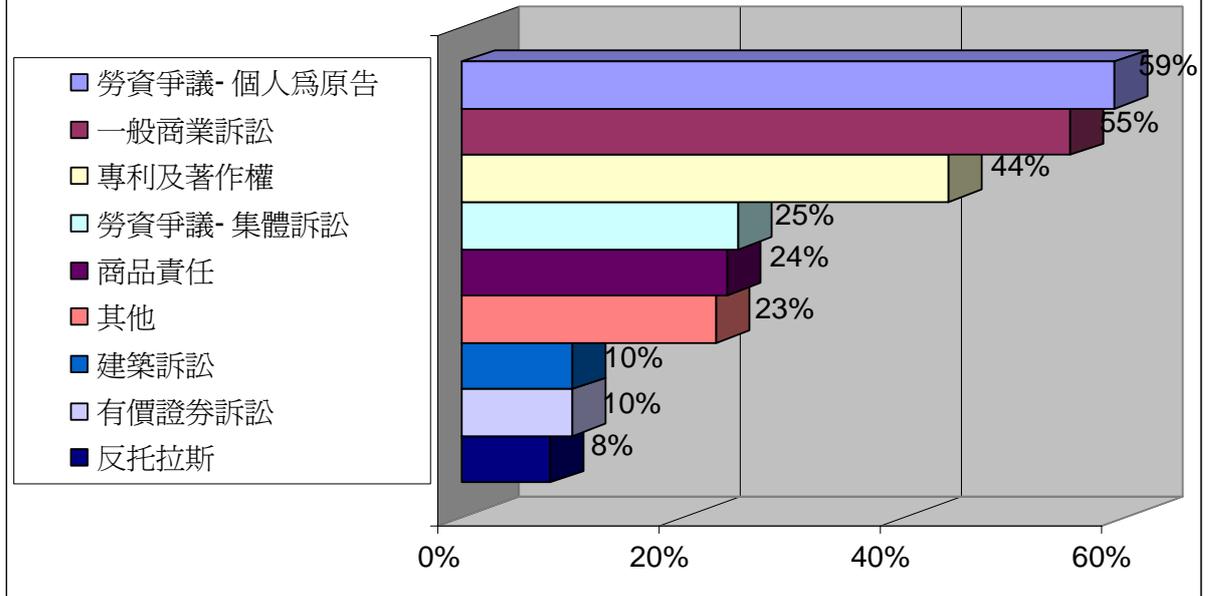
資料來源：聯邦司法中心²²⁴及本研究整理

1、具有處理電子化證據開示經驗之司法行政法官人數百分比

如圖表 6，根據網際網路的問卷調查和追蹤調查之綜合結果，大約 60% 的司法行政法官在問卷調查之前兩年，有處理過以電腦為主的證據開示問題案件的經驗。

²²⁴ *Supra* note 217, at 6.

圖表6. 具有處理電子化證據開示經驗之司法行政法官人數百分比



資料來源：本研究整理

如果我們將那些在網際網路問卷調查上，表明沒有電腦化證據開示經驗的法官數目(29)，加到那些對回覆追蹤調查表示同樣答案的法官數目(111)，得到結論為：在問卷調查的 355 個回覆者當中，有 39% 在問卷調查之前兩年，沒有以電腦為主的證據開示經驗。如此計算，大約五位司法行政法官中有三位，在聯邦民事案件具處理有電腦化證據開示問題的經驗。

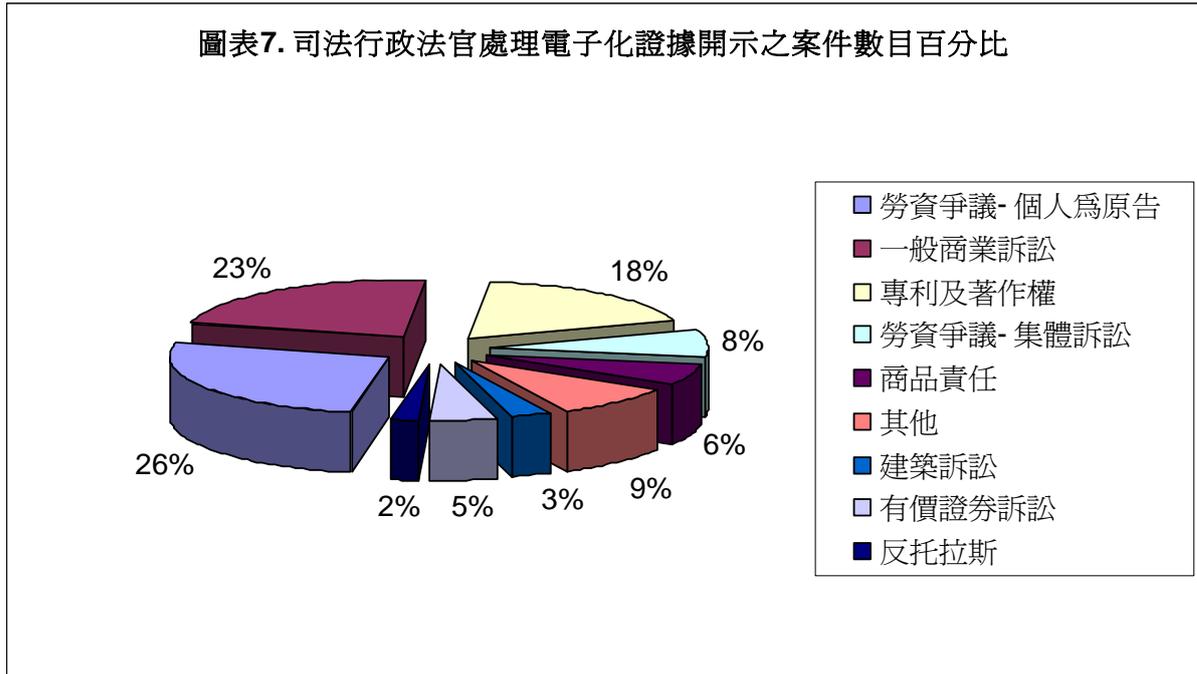
值得注意的是，這項資訊並不直接顯示出以電腦為主的證據開示在民事案件發生的頻率。主要因為地方法院法官並不一定委派司法行政法官處理證據開示的爭議。另外，許多以電腦為主的證據開示問題可以由律師處理，不用由法官來處理。然而，這些數據至少告訴我們，以電腦為主的證據開示，在一般案件中發生的比例並不低，並且多數司法行政法官都碰過有關證據開示的案件²²⁵。

2、電腦化證據開示所引起爭議的案件類別

如圖表 7，問卷調查也要求司法行政法官報告，他們在以電腦為主的證據開示上處理過多少類型的案件。然後計算在每個案件類型中，至少碰到一個以電腦為主的證據開示案件的司法行政法官的比例，以及所有有關證據開示案件中，每個案件類型的百分比。

²²⁵ *Supra* note 217, at 5.

圖表7. 司法行政法官處理電子化證據開示之案件數目百分比



資料來源：本研究整理

雖然問卷調查的回覆者也許不代表所有司法行政法官之經驗，然仍可由圖表 7 看出一些端倪。首先，司法行政法官所處理的以電腦為主的證據開示問題，在各類聯邦案件中裡比比皆是，並非僅限於企業間的大規模訴訟案件。其次，每個案件類型發生的頻率大有不同。以個人為原告的勞資爭議、一般商業訴訟、以及專利與著作權的案件，比其他類型的案件更常發生。勞資爭議與商業訴訟案件也較常在聯邦法院的整體案件中出現(1998 年占全體聯邦民事案件 9.0%)。這也可以解釋，以電腦為主的證據開示，在勞資爭議與商業訴訟案件中較常發生的原因。相對地，專利與著作權案件、勞資爭議-集體訴訟、有價證券訴訟案件就比較少(1998 年分別占聯邦民事案件中之 3.1%、0.02%和 1.1%)，然而有 10% 以上的司法行政法官回覆說，以電腦為主的證據開示的案件，都碰過以上這些問題²²⁶。

3、最常引起司法行政法官注意的電腦化證據開示問題類別

問卷調查也要求司法行政法官報告，他們在電腦化證據開示相關的特殊問題中，處理了多少個案件。圖表 8 顯示，具有處理此項電子化證據開示問題之司法行政法官人數百分比，以及司法行政法官處理此項電子化證據開示問題之案例數目百分比。

²²⁶ *Supra* note 224.

圖表 8. 司法行政法官具有處理此項電子化證據開示問題之分類與比例

問題類別	具有處理此項電子化證據開示問題之司法行政法官人數百分比	司法行政法官處理此項電子化證據開示問題之案例數目百分比	具有處理此項電子化證據開示問題之司法行政法官人數	司法行政法官處理此項電子化證據開示問題之案例數目
一方或多方雇用的電腦專家	69%	25%	56	122
秘密通訊特權之棄權	49%	15%	40	73
到對方現場檢查其電腦系統	48%	15%	39	73
兩造分攤取得電腦化資訊的費用	48%	15%	39	73
指控有意或無意毀棄電子化證據	47%	13%	38	64
發布保存命令禁止刪除電子化儲存資訊	35%	10%	28	49
兩造分攤提供電腦化資訊形式的費用	35%	9%	28	44
由於電子化儲存資訊的性質而大幅提升證據開示的效率	21%	13%	17	64
總數		115%	81	489

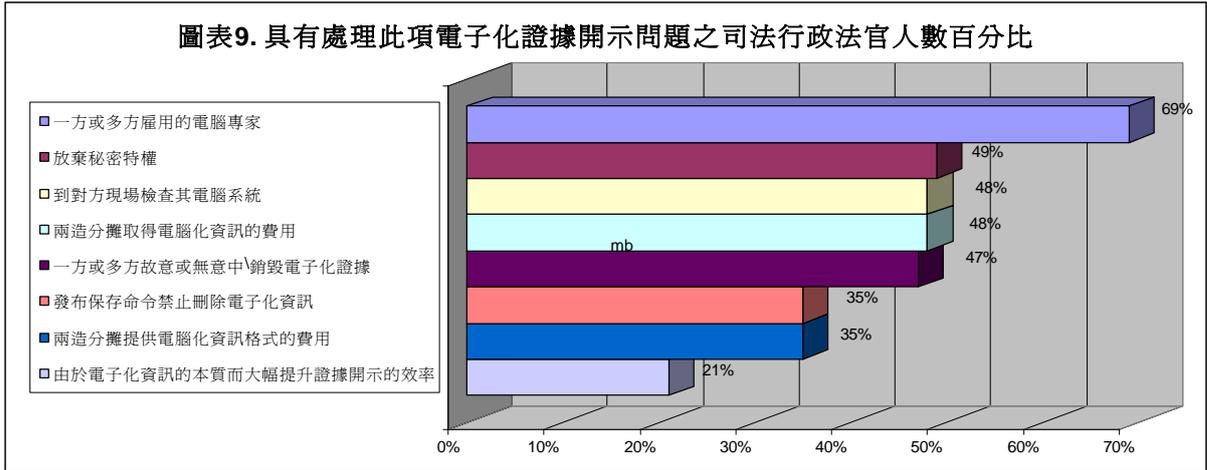
資料來源：聯邦司法中心²²⁷及本研究整理

如圖表 9，超過三分之二具有處理電子化證據開示經驗之司法行政法官回覆，他們至少處理過一個雇用電腦專家的案件，而雇用電腦專家的問題顯然是所有問題中最常發生的。報告中所有以電腦為主的證據開示案件，有 25% 涉及雇用電腦專家。約有一半接受問卷調查的司法行政法官回覆他們碰過四個情況：秘密通訊特權之棄權、到對方現場檢查其電腦系統、兩造分攤取得電腦化資訊的費用，主張電子化證據之毀棄。大約有三分之一的參與者回覆他們碰過兩個情況：發佈保存命令禁止刪除電子化儲存資訊，和兩造分攤提供電腦化資訊形式的費用。少於四分之一的司法行政法官回覆，由於電子化儲存資訊的本質，而大幅提升證據開示的效率²²⁸。

²²⁷ *Supra* note 217, at 8.

²²⁸ *Id.*

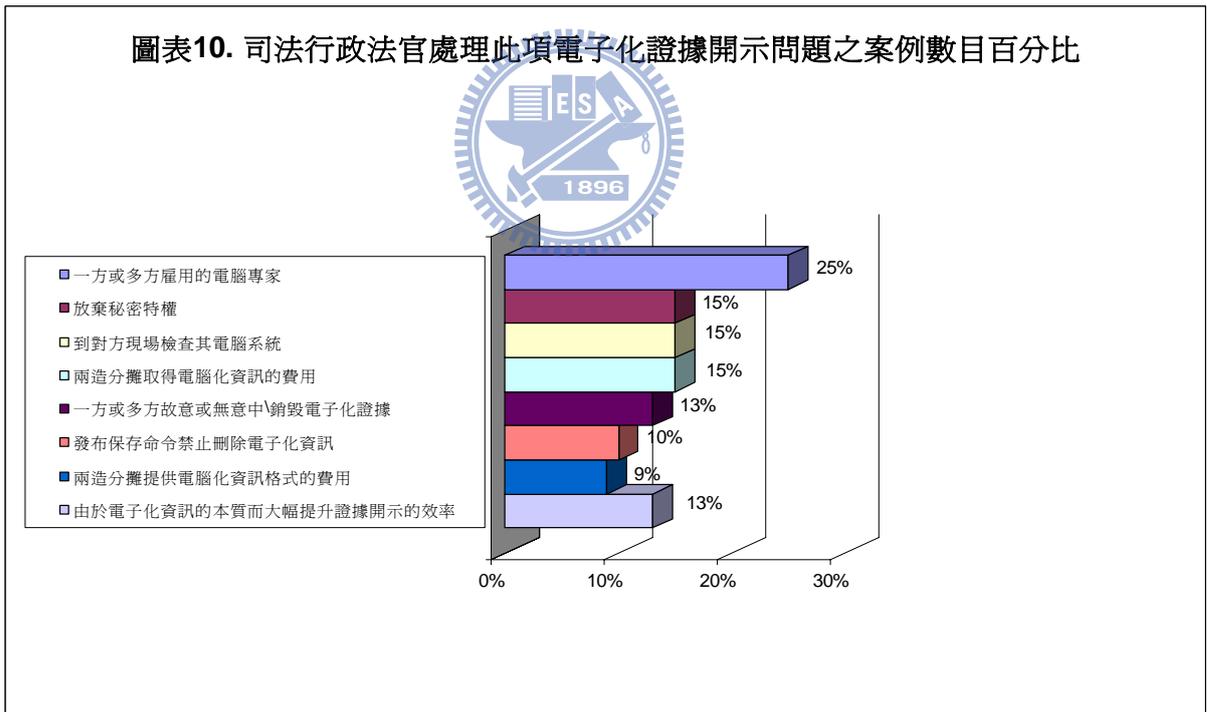
圖表9. 具有處理此項電子化證據開示問題之司法行政法官人數百分比



資料來源：本研究整理

如圖表 8 及圖表 10，司法行政法官處理過電子化證據開示的案例數目之百分比加起來超過 100%，主要乃因為每個案件可能牽涉到多個問題。

圖表10. 司法行政法官處理此項電子化證據開示問題之案例數目百分比



資料來源：本研究整理

二、電腦鑑識顧問的問卷調查

電腦顧問問卷調查的結果局限於十位電腦顧問的回覆，如圖表 11，12 及 13。

圖表 11. 電腦鑑識顧問處理過電子化證據開示的案例之分類與比例

案例類別	具處理電子化證據開示經驗之電腦鑑識顧問人數百分比	電腦鑑識顧問處理電子化證據開示之案件數目百分比	具有處理電子化證據開示經驗之電腦鑑識顧問人數	電腦鑑識顧問處理電子化證據開示之案件數目
一般商業訴訟	60%	30%	6	57
有價證券訴訟	60%	18%	6	34
專利及著作權	60%	17%	6	32
勞資爭議—個人為原告	50%	18%	5	34
反托拉斯	40%	6%	4	11
商品責任	40%	4%	4	8
其他	40%	3%	4	6
建築訴訟	30%	2%	3	4
勞資爭議—集體訴訟	20%	2%	2	4
總數		100%	10	191

資料來源：聯邦司法中心²²⁹及本研究整理

1、電腦鑑識與電腦化證據開示顧問處理的案件數目

由這十份有效的問卷調查，可以看出電腦顧問每年處理民事案件的數量變化相當大，可以從一件到四百件，平均每年為 85 個案件。這樣大的範圍，反應顧問在這個領域接觸案件的多樣化。其中包括個人或在非常小公司工作的電腦調查員、大型會計和數據管理企業的電腦辯識和電子證據開示部門、以及有多個辦公室和數十名雇員的全國性電子證據開示公司²³⁰。

2、電腦鑑識與電腦化證據開示顧問所遇到的案件類別

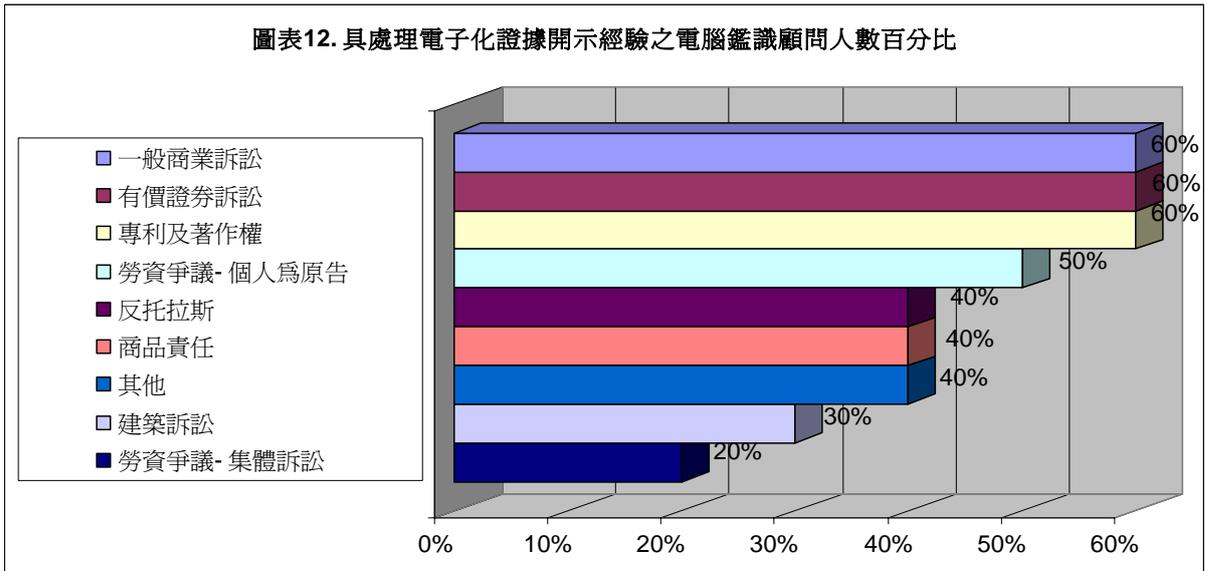
以電腦為主的證據開示顧問處理許多不同的類型的聯邦民事案件，並非僅處理那些按照慣例如反托拉斯或勞資爭議—集體訴訟之類的所謂「大型案件」。顧問最常的處理案件的種類，大致與司法行政法官常處理爭議案件的種類相符合。

如圖表 12，電腦鑑識顧問報告他們在過去二年處理過多少電子化證據開示聯邦案件類型之人數百分比。

²²⁹ *Supra* note 217, at 10.

²³⁰ *Id.* at 9.

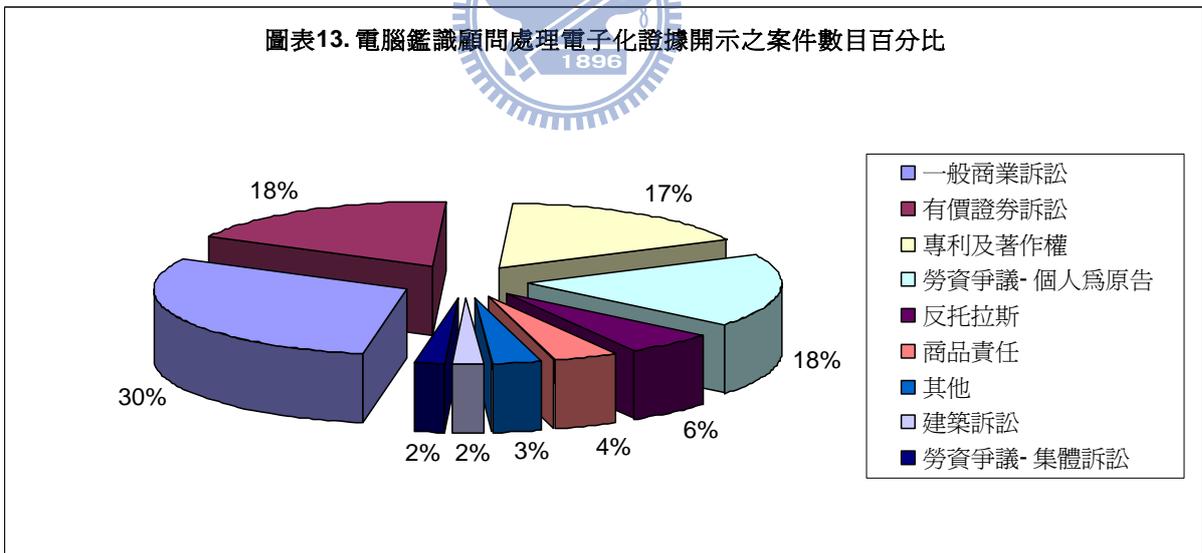
圖表12. 具處理電子化證據開示經驗之電腦鑑識顧問人數百分比



資料來源：本研究整理

如圖表 13 與圖表 7，雖然很難直接比較兩個問卷調查之間的結果，然而大致上顧問報告案例類型發生的頻率，與司法行政法官的調查報告相類似。顧問比起法官的調查報告，在有價證券訴訟(18%比 5%)和反托拉斯(6%比 2%)類型上，有更高的案件百分比²³¹。

圖表13. 電腦鑑識顧問處理電子化證據開示之案件數目百分比



資料來源：本研究整理

3、電腦鑑識與電腦化證據開示顧問所遇到的電腦化證據開示問題類別

如圖表 14，具有處理此項電子化證據開示問題之電腦鑑識顧問人數百分比，與電腦鑑識顧問處理此項電子化證據開示問題之案件數目百分比。

²³¹ *Supra* note 229.

圖表 14. 電腦鑑識顧問具有處理此項電子化證據開示問題之分類與比例

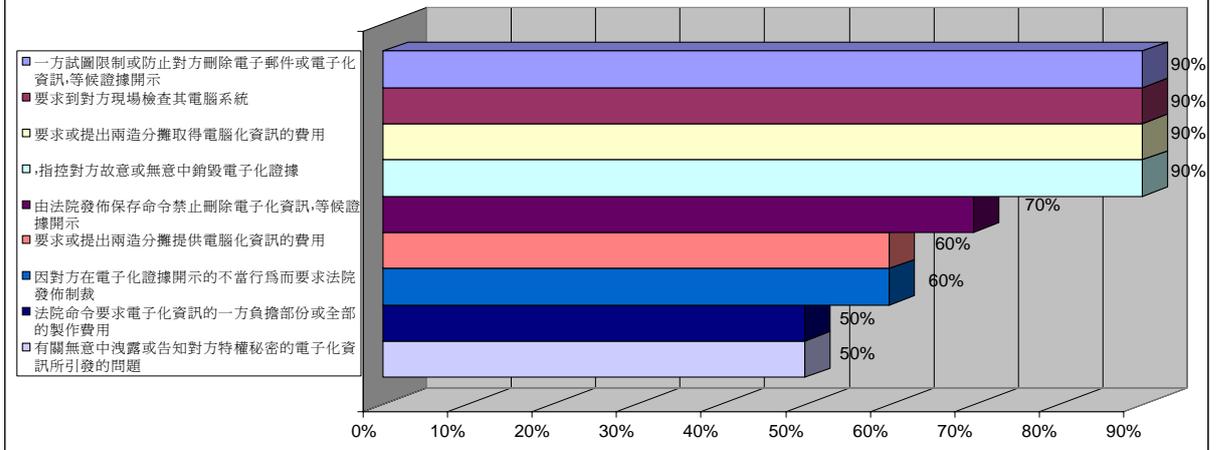
問題類別	具有處理此項電子化證據開示問題之電腦鑑識顧問人數百分比	電腦鑑識顧問處理此項電子化證據開示問題之案件數目百分比	具有處理此項電子化證據開示問題之電腦鑑識顧問人數	電腦鑑識顧問處理此項電子化證據開示問題之案件數目
一方試圖限制或防止對方刪除電子郵件或電子化儲存資訊，等候證據開示	90%	79%	9	151
要求到對方現場檢查其電腦系統	90%	48%	9	92
要求或提出兩造分攤取得電腦化資訊的費用	90%	41%	9	78
指控對方毀棄電子化證據	90%	27%	9	52
由法院發佈保存命令禁止刪除電子化儲存資訊，等候證據開示	70%	14%	7	27
要求或提出兩造分攤提供電腦化資訊的費用	60%	13%	6	25
因對方在電子化證據開示的不當行為而要求法院實施制裁	60%	9%	6	17
法院命令要求尋求電子化儲存資訊的一方負擔部份或全部的費用	50%	16%	5	31
有關無意中揭露或提供對方之包含秘密通訊特權之電子化資訊所引發的問題	50%	12%	5	23
總數		259%	10	191

資料來源：聯邦司法中心²³²及本研究整理

如圖表 15 與圖表 12，電腦鑑識顧問和司法行政法官皆報告以下三項問題或活動發生的頻率很高：要求到對方現場檢查其電腦系統、要求或提出兩造分攤取得電腦化資訊的費用、和指控對方毀棄電子化證據。

²³² *Supra* note 217, at 11.

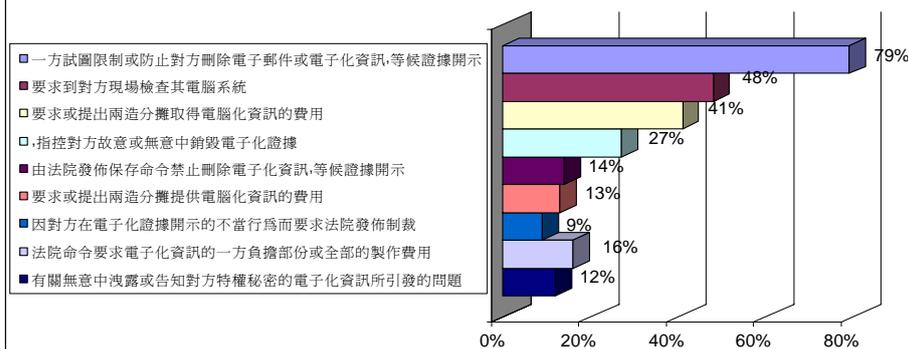
圖表15.
具有處理此項電子化證據開示問題之電腦鑑識顧問人數百分比



資料來源：本研究整理

如圖表 16，顧問在他們處理的 79%的案件中，最常遇到的問題為：一方試圖限制或防止對方刪除電子郵件或電子化儲存資訊，以等候證據開示。顧問和司法行政法官在發佈保存命令的案件問題上，分別有相類似的百分比(在電腦化證據開示的案件中司法行政法官有 10%; 顧問的案例有 14%)²³³

圖表16.
電腦鑑識顧問處理此項電子化證據開示問題之案件數目百分比



資料來源：本研究整理

²³³ *Supra* note 232.

三、個案研究

如圖 17，個案部分由於涉及選取之特定案件之各別分析，本章僅就該研究中，每一個問題在每一個案件中發生的情況列表說明如下：

圖表 17. 案例研究遭遇之問題類別

問題類別	案例研究之案例編號										案例總數
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
秘密通訊特權/保密/訴訟準備文件/隱私考量	√		√	√		√	√		√		6
資料保存		√		√				√	√	√	5
一方所雇用的電腦專家	√	√		√	√						4
大量電子化證據相關的問題		√		√		√			√	√	5
提供格式相關的問題			√					√	√	√	4
到對方現場檢查其電腦					√		√	√			3
過時電腦系統之問題		√								√	2
回復資料所花費的龐大工夫		√		√	√					√	4
費用分攤或移轉					√					√	3
指控對方毀損文件	√	√		√	√						4
電子化證據開示的司法管理		√	√			√					3
經由運用電子化資料以提高效率	√	√	√					√			4
問題總數	4	8	5	6	5	3	2	4	4	6	47

資料來源：聯邦司法中心²³⁴及本研究整理

²³⁴ *Supra* note 217, at 18.

第二節、 國內企業訪談

第一項 研究背景

由於對美貿易的增加，以外貿為主的台灣企業，約在二十年前即開始歷經大量的美國民事訴訟案件，除了一般的智慧財產權案之外，亦包括了合約及一般民事糾紛。除此之外，由於美國對專利案件的審理，似乎比國內專業且有效率。而且由於市場較大，對於賠償金額之決定亦較為龐大，對於競爭對手較能達到嚇阻作用，因此近年來，也已經成為本土大型跨國企業間的另一個戰場。台灣企業在美國興訟，已經不再是新鮮事。

對於處理本國民事訴訟案件，因為台灣企業的內部法務多在國內接受法學教育，對於國內案件的進行與掌控，多數遊刃有餘。然而對於美國訴訟案件的掌握程度如何，則有必要多加了解，以期使本研究能對國內企業提供良好的建議，也能對國內企業實際狀況有所貢獻。

第二項 訪談對象



本訪談之目的，係為了解國內企業面對美國民事訴訟時，在證據開示過程中的因應之道，或者在曾經經歷美國民事訴訟後，對於內部之文件管理策略是否有影響。因此，本問卷之訪談對象，係選定國內之中小型企業，於 2006 年修法之後，有過一次以上之美國民事訴訟經驗之法務人員為主。蓋因在員工數千人以上之大型企業中，法務人員編制通常較多，分工較細，可能較難取得有效的訪談結果。再者，台灣企業型態仍以中小型為大宗，美國訴訟案亦非是只有大企業才會面臨的問題。對於中小企業在人事成本有限的情況下，法務人員面對各個不同司法管轄權之訴訟案件，其挑戰可謂相當艱鉅。因此，本訪談期望能從鎖定的訪談對象中，了解中小企業法務面對美國民事訴訟案之證據開示程序時，所會面臨的問題。

為了對訪談企業內部之資訊保密，企業名稱皆以英文字母依序排列代替。

第三項 結論摘要

結論摘要如下：

- ◆ 接受訪談的公司大部分皆有文件保存政策，但都不是針對訴訟所量身訂做。
- ◆ 在美國民事訴訟中，皆有被要求提供文件保存政策的經驗。

- ◆ 文件的保存都沒有訂立期限。
- ◆ 文件保存專責部門在各公司間的差異很大，但似乎都是各司其職。
- ◆ 面對美國訴訟，內部法務的角色比較被動，多半為執行美國律師的要求。
- ◆ 訴訟發生後，每一受訪的公司都正確地執行訴訟保留
- ◆ 電子郵件正式納入文件保存政策的狀況並不一致。
- ◆ 沒有公司要求員工在平時定期分類、整理或清除電子郵件。
- ◆ 除了一家公司在證據開示過程中曾經歷律師當事人間秘密通訊特權被放棄的問題外，其他公司在證據開示過程中，尚不曾遭遇過問題。

第四項 訪談內容

一、有關文件保存政策的問題

1、貴公司是否有文件保存政策？在美國民事訴訟案中曾被對造詢問或要求提供過嗎？

A 公司：沒有正式的文件保存政策，但有文件管制辦法，基本上是依據 ISO9000²³⁵關於文書管制的部份。在美國民事訴訟案中，我們還沒有被對造詢問或要求提供過文件保存政策。

B 公司：於 2005 年制訂內部文件保存政策，主要是針對機密文件的管控。但若揭露方已經自行對外公開的資訊，則無須納入控管。本政策於 2009 年做進一步修訂。在所經歷的美國專利訴訟案中，證據開示程序一開始時，對造便要求我們提供文件保存政策。

C 公司：本公司的文件保存政策，分散在幾個不同的合乎 ISO 標準的文件當中，政策是何時制訂已經不可考。此政策曾在美國民事訴訟案中，被對造要求提供過。

D 公司：文件保存政策係於 2005 年制訂。在 2009 年，為了因應內部作業要求，曾做過部分修訂。在美國專利訴訟案中，我們曾被對造要求提供過文件保存政策。

2、可否概略說明貴公司文件保存政策以供參考？

²³⁵ 國際標準化組織(International Organization for Standardization,簡稱 ISO)，成立於 1947 年 2 月 23 日，是製作全世界工商業國際標準的各國國家標準機構代表的國際標準建立機構，總部設於瑞士日內瓦，成員包括 130 個會員國。該組織自我定義為非政府組織，官方語言是英語、法語。參加者包括各會員國的國家標準機構和主要公司。ISO 9000 系列是眾多由 ISO（國際標準化組織）設立的國際標準中，最著名的標準。此標準並不是評估產品的質素，而是評估產品在生產過程中的品質控制，是一個組織管理的標準。

A 公司：專利，法務等資料，由智權法務部門存檔。技術研發資料，則由技術資料室保存管理。而機密資訊，在文件上應列有 confidential 字樣，並以職級設置調閱權限以供管理存取。

B 公司：針對公司研發工作產生之工程文件、外來之技術資料、文件/標準、公司所有銷售、設計、保密、智慧財產權及相關合約、所有之品質文件，包括圖面與書面資料，皆予以管制、管理。針對須特別列管之文件，則由申請建立單位部門主管指定，將其列成機密性文件。紙本原稿均須妥善保管於文件櫃中並上鎖，電子檔則需將檔案設定為唯讀檔，儲存於專用之內部電腦中。若內部工作需要或合約規定須提供文件／資料予客戶、委外廠商或聯盟廠商時，則由需求單位填寫申請單，經權責單位主管會簽後，方得發予複本並登錄列管。

C 公司：我們的文件保存政策主要是依據 ISO 的標準。因此，不同的 ISO 標準，對於文件保存也有不同的要求。

D 公司：文件保存政策主要是跟據 ISO 的精神，先依各部門不同的需求，訂立規範後，再制定文件管制辦法。所以文件保存政策可以說是散見於各部門的規範中。

訪談小結：

受訪的公司都有正式或非正式的文件保存政策。但主要是基於 ISO 的標準或針對機密文件所做成。大部份公司都曾在美國民事訴訟案中，被對造要求提供文件保存政策。文件保存的範疇包括：公司所有銷售、設計、保密、智慧財產權、及相關合約所有之文件、及外來之技術資料。

二、有關文件保存政策的管理的問題

1、貴公司的文件保存團隊成員為何(各隸屬於何部門)?

A 公司：智慧財產權的相關資料，例如專利、合約、備忘錄、商標、著作權等資料，由智權法務部門存檔。技術研發資料，則由技術資料室管理。智權法務室的功能，主要為處理公司內外，關於智慧財產權及法務的各種事務；技術資料室主要業務則是針對研發部門做文件資料的控管及保存。

B 公司：文件管制中心負責所有文件與資料之管制與協調作業，以及文件／資料發行前之會簽及核准。

C 公司：品保部門負責所有文件保存業務。除此之外，該部門亦負責品質管理及公司相關的 ISO 業務。

D 公司：本公司所有成員都有義務進行文件保存，但主要聯絡窗口為各個部門的秘書；其功能為確保相關的資料皆能確實執行文件保存的動作。

2、平時及訴訟前的政策重點為何？外部律師與公司內部法務角色分別為何？

A 公司：平時及訴訟前主要力求文件歸檔的完整，文件通常保存在上鎖的資料室。目前僅針對專利申請過程的所有資料，加以保存，並沒有訂立保存期限。內部法務負責縱向及橫向統合公司決策，以及收集相關資料。外部律師則根據公司內部法務人員所描述的需求和策略，提供實務的建議作法、和評估。

B 公司：平時及訴訟前需要保存公司例行工作產生之工程文件、外來之技術資料、文件/標準及公司所有銷售、設計、保密、智慧財產權及相關合約。文件通常保存在文件管制中心、以及法務處。目前沒有訂立保存期限，因此需要永久保存。外部律師主要負責國內、外訴訟部分，其他公司日常業務所產生之事項，則由內部法務處理。

C 公司：本公司在平時及訴訟前並沒有特別的政策作法，只是同樣遵循 ISO 規範的要求。文件通常由負責的管理部門保存。至於那些文件需要保存，或文件之保存期限，皆依據 ISO 之要求。外部律師的角色主要負責訴訟事宜。內部法務的角色則包括依外部律師的要求，將證據開示資料彙整、預算管控、訴訟策略研擬與執行、成本效益評估、及風險評估。

D 公司：我們在平時及訴訟前並沒有特別的政策作法，理論上要求保存所有文件，至於重點為何，主要由部門主管及稽核人員共同訂定。文件通常保存在公司伺服器上。目前並沒有訂立保存期限，因此原則上需要一直保留。未有訴訟時並不會詢問外部律師對文件保存的意見。

3、訴訟發生後的政策重點為何？外部律師與公司內部法務如何協調？訴訟保留的範疇為何？

A 公司：訴訟發生後，公司會要求所有員工不得刪除與訴訟相關的文件、或不得任意轉寄電子郵件，並不得在電子郵件內討論與訴訟相關之內容。外部律師與公司內部法務協調的方式，就國外事務而言，則大部份聽從國外律師的建議，內部法務人員的角色變成只是確認律師的建議及作法是否能符合公司需求及經濟效益。兩者間通常的爭議點在於：公司內部法務會質疑，外部律師建議的訴訟策

略是否正確有效，是否具有經濟效益？一旦訴訟發生，訴訟保留範圍，乃是針對所有資料必須加以保留，主要是著重在要求相關人員不得再刪除電腦上任何可能相關的資料，一段時間後會再提醒注意訴訟保留的義務。

B 公司：訴訟發生後的文件保存政策重點，會發佈訴訟保留，範圍包括證據開示範圍內的所有相關文件與電子資料，因為證據開示期間並不長，所以後續並沒再提醒員工注意訴訟保留的義務。外部律師與公司內部法務通常會透過電子郵件、電話溝通等，以提供外部律師所要求的資料，或執行外部律師要求的工作。兩者通常的爭議點在於對公司產品技術見解、訴訟策略定調等事項。

C 公司：文件保存政策在訴訟發生後，仍舊依據 ISO 的要求，無所變更，與訴訟前並沒有不同。但訴訟開始時，公司就會發佈訴訟保留的指示給主管，而後通知全公司所有相關人員，不得刪除電子郵件及檔案，後續並沒再提醒員工注意訴訟保留的義務。在通常狀況之下，外部律師與公司內部法務皆能充分的協調，雙方間不會有重大的爭議。

D 公司：訴訟發生後，由外部律師提出需求的文件種類，公司法務則負責收集相關資料。兩者若有爭議，爭議點主要在於需要提供的文件需要多詳細。有必要時，通常由 IT 部門主管，負責為公司的文件保存政策作證。公司法務會發佈訴訟保留，以保存所有與訴訟相關的資料，尤其是電子郵件，後續並沒再提醒員工注意訴訟保留的義務。

訪談小結：

受訪的每一公司的文件保存都有專責的單位負責。有的公司由單一的部門，如文件管制中心，或品保部門負責。有些公司則將責任分攤到智權法務部，及技術資料室。但值得注意的是，一般公司並沒有訂立文件保存期限。

若考慮到電子化文件及電子郵件的不易刪除特性，這種措施其實有可能在未來的訴訟中，為公司帶來負面的影響。正確的作法是，每一公司的文件，都應有一定保存期限，以降低證據開示的負面風險。

至於內部法務與外部律師的角色分工每一受訪的公司都相類似。外部律師的主要負責訴訟事宜。內部法務則負責資料彙整、確認公司之最大利益以研擬訴訟策略與執行、成本效益評估、及風險評估。內部法務大多處於比較被動的角色。

訴訟發生後，每一受訪的公司都正確地執行訴訟保留，要求所有的文件，至少是與訴訟相關的文件或電子郵件，不得刪除。曾經遭遇在電子郵件中揭露應屬律師當事人間

秘密通訊特權問題的公司，另會要求不得任意轉寄電子郵件，並不得在電子郵件討論訴訟內容。

三、電子郵件相關的問題

1、電子郵件是否納入文件保存政策中加以管理或有特別的管理辦法？

A 公司：電子郵件並沒有正式納入文件保存政策。相關的辦法主要僅在規範不得將公司內部資訊寄送到公司以外的地方。資訊管理部門對於外寄郵件皆有記錄，若有信件容量異常者，即會予以檢查。但平時並沒有要求員工定期分類、整理或清除郵件。

B 公司：電子郵件有納入文件保存政策中加以管理，並由資訊人員每日備份，並儲存於公司伺服器中加以保存。平時並沒有特別要求員工定期分類、整理或清除郵件。

C 公司：電子郵件並沒有納入正式的文件保存政策中加以管理。平時也沒有特別的政策，要求員工定期分類、整理或清除電子郵件。

D 公司：電子郵件已納入文件保存政策，但並沒有獨立的管理辦法。基於成本考量，備份磁帶可能三到五年間會被銷毀或重寫，但這部分是內部做法，並未明文規定。平時並沒有請員工定期分類、整理或清除電子郵件，但有限制員工郵箱的大小。

訪談小結：

受訪的公司有些有將電子郵件正式納入文件保存政策，有些只有由資料管理部門制定的非正式措施。值得注意的是，沒有一家公司特別要求員工在平時定期分類、整理或清除電子郵件。

同樣的若考慮到電子郵件的不易刪除特性，這種作法有可能在未來的訴訟中，為公司帶來負面的影響。正確的作法是，每一公司的電子郵件，都應有一定保存期限，定期予以刪除，以降低電子化文件證據開示的負面風險。

四、電子化儲存資訊之證據開示相關的問題

1、貴公司在訴訟中，是否曾遭遇到下列證據開示的問題？若有的話，請說明發生情況：搜尋與回復資料的費用約佔整體訴訟費用的比例為何？兩造間對搜尋關鍵字與條件之界定能達成共識？是否曾遭遇到分攤搜尋費用的問題？是否曾遭遇律師當事人間

秘密通訊特權被放棄的問題？是否雇用過電子化儲存資訊之證據開示電腦顧問？是否曾遭遇到一方到對方現場檢查其電腦？是否曾遭遇到一方指控對方毀損證據或文件？是否曾遭遇到法院發布保存命令，禁止刪除電子化資訊？是否曾遭遇到未列於上述之其他問題？

A 公司：依據我們的經驗，在訴訟中，搜尋與回復資料的費用(正確來說，其實是證據開示期間的資料蒐集加上律師審閱資料的費用)佔整體訴訟費用的比例大約為70%。兩造間對搜尋關鍵字與條件之界定，通常都能達成共識。比較特別的問題在產品是與另一家公司共同開發的案件上，曾遭遇到分攤搜尋費用的問題。我們也曾因為公司員工把律師的某些意見拿去作行銷業務的用途，而碰到律師當事人間秘密通訊特權被放棄的問題。

在訴訟中，有關雇用過電子化儲存資訊之證據開示電腦顧問、一方到對方現場檢查其電腦、對方指控毀損證據或文件、法院發布保存命令，禁止刪除電子化資訊等問題，皆未曾發生過。但曾遭遇到對照律師要求提供的資料範圍過於廣泛的問題。

B 公司：在民事訴訟證據開示過程中，本公司未曾遭遇過任何問題。

C 公司：本公司在訴訟中，所經驗到的搜尋與回復資料的費用，並不易評估，約佔整體訴訟費用的百分之三十左右。一般而言，在搜尋資料之前，我方律師與對方律師討論後確定搜尋的關鍵字，公司法務僅依據我方律師指示，就特定關心字進行搜尋。以上所列其他證據開示的問題，本公司皆不曾遭遇過。

D 公司：在訴訟中，本公司不曾碰過回復資料的問題。搜尋資料的費用約佔整體訴訟費用的2~4%。雙方律師對搜尋關鍵字與條件之界定，都能達成共識。至於以上所列其他證據開示的問題，本公司在訴訟中，並不曾遭遇過。

訪談小結：

當涉及訴訟時，在受訪的公司當中，其搜尋與回復資料的所花的費用佔整體訴訟費用的比例介於2%與70%之間。範圍如此大，可能是因為回復資料所花的費用，比搜尋資料大許多。如果一個公司只有搜尋資料的花費，其費用比例就會偏低。反之，如果一個公司偏重於回復資料的花費，其費用比例就會偏高。另外一個原因，乃是這個部分的費用實在難以詳細估計，而且70%是包括了律師審閱的費用，而非僅僅只是搜尋資料的費用。

兩造間對搜尋關鍵字與條件之界定，往往也能達成共識。有關較常遭遇到證據開示的問題，包括分攤搜尋費用的問題，以及因為公司員工把律師的某些意見拿去作行銷業

務的用途，而碰到律師當事人間秘密通訊特權被放棄的問題。另有，曾遭遇到對照律師要求提供的資料範圍過廣的問題。

其他在美國民事案件中最常被提及的問題，諸如雇用過電子化儲存資訊之證據開示電腦顧問，一方到對方現場檢查其電腦，一方指控對方毀損證據或文件，法院發布保存命令，禁止刪除電子化資訊等，卻沒有一家受訪公司經歷過。兩者的差異可能由於，受訪公司問卷調查的取樣過小，或由於受訪公司皆為高科技公司，其文件保存政策比一般公司較為周全之故。



第陸章、建議與結論

「電子化儲存資訊」相較紙本更容易被傳播、複製、及修改，所以更應被清楚的規範其保存及使用之方式。事實上，在美國民事訴訟中，任何一方都無法從證據開示程序中逃逸。有時當事人以為，他們可以僅提供少量的證據及希望避免提出更多的資料，但這些都是沒有用的。當證據開示程序開始時，員工通常在緊急的情形下被要求提出手邊的資料以供開示用，除此之外，還需要其他做宣誓證言的採證時間。這些在證據開示的過程中都是無可避免的，最重要是當事人需要全力與律師合作，提出所有關聯性、及其他在第一次的審視中可以被取得的電子化儲存資訊，如此才不容易提出重覆的資料，以避免浪費不必要的時間與成本。

在了解美國 2006 年修正之電子化儲存資訊證據開示程序相關法令後，本章將綜合前揭各章節中，電子化證據開示過程之相關議題、新近案例、及美國調查報告與國內企業訪談的結果加以綜合分析，以歸納出有建設性的結論，作為台灣企業面對美國民事訴訟之參考。



第一節、對台灣企業因應電子化證據開示之建議

民事訴訟之目的，係為解決當事人間之爭端，但於企業間亦可能作為一種市場競爭的手段。尤其是美國專利訴訟，其發動的目的，多半並非在決定是非對錯的問題，而在使其成為同業間競爭、取得市場的一項利器，台灣企業必須熟悉此商業競爭工具，並將其轉化為台灣企業能應用自如的商業策略平台²³⁶，故對於相關的遊戲規則即不能不多加了解。企業應抱著「勿恃敵之不來，恃吾有以待之」的態度來迎戰。然而，若因對制度不熟悉，而成為制度下的犧牲品，豈不冤枉？因此，台灣企業有系統地、全面性地瞭解美國訴訟程序，顯然有其必要性。

不論何種型態之民事訴訟，被告在收到訴訟狀之送達(serve)後，必須在極有限的時間內完成答辯，其壓力相當大，應變時間亦非常有限。反觀訴訟發動者，於向法院提交訴狀前，早已花費許多人力、物力來準備，也做好相關的沙盤推演，直到一切就緒時，才會正式發動訴訟相關行動，向當事人送達訴訟狀。對於企業而言，若對造是美國公司或大型跨國企業，其對於美國律師事務所的掌握程度，必然比台灣企業高得多，很容易以利益衝突為由，來排除台灣企業委任之可能性。倘若是專利訴訟案，專業的律師事務所本就已經是鳳毛麟爪了，若再屬國際貿易調查委員會的案件，具有與台灣合作經驗的

²³⁶ 周延鵬，虎與狐的智慧力，天下遠見出版股份有限公司，2006年3月一版一刷，第333頁。

專業律師事務所，更是屈指可數。訴訟前僅選任代理人即可花費一至二個月，相對地壓縮了台灣企業答辯、回覆的時間。故如何在平時就做好規劃，絕對是必要的功課。

因此，當企業開始做訴訟規劃時，或更重要的，企業已經在市場上占有一席之地，已會使對手產生威脅感時，即有發展並建立完整電子化儲存資訊保存政策的迫切性，而且該政策必須符合美國電子證據開示之相關規定。因為，一旦企業面臨訴訟時，對於資料的提供，就已經毫無選擇地，必須把對方所要求、自己所持有的相關資料，無保留的提供對方。

從前章對台灣企業的訪談可以看出，即使這些企業近年來皆有大型美國民事訴訟經驗，但對於電子化證據保存的觀念，仍顯得相當不足。在如此不充分的準備下面對美國民訴訟，無疑是將企業本身的利益，暴露在另一重危險之下。以下茲提供數項建議，以供企業做為內部電子化儲存資訊管理之參考。

1. 事前控管及事後防範

根據 ARMA²³⁷一項調查統計，美國有四分之一左右的公司沒有使用系統來管理電子資訊。而 IDC²³⁸的報告亦指出，目前之商業往來文件，超過百分之九十九是以電子化方式來產生與儲存。因此，如何依據法律的要求，以及商業的考量，來制定企業的政策，以管理電子化儲存資訊，即成為非常重要的課題。企業的電子化儲存資訊保存政策，往往決定其日後訴訟的成敗。即使企業已有電子化儲存資訊保存政策，然而，其是否跟得上科技的演進，諸如：即時傳訊(IM)、手機、黑莓機 (Black Berry)、大拇哥快閃記憶盤 (USB Drive)等，是否皆已納入保存政策管理？則又是另一個課題。正因為電子化儲存資訊比傳統的書面化文件容易儲存，不論是必要或非必要的資訊，通常都被儲存下來，若沒有合宜的政策，電子化資訊儲存的成本，不但會因需要更多實際的儲存媒介而增加，而且，有時也會因儲存的電子化資訊期間不妥當，而對訴訟產生負面的影響。所以，企業的電子化儲存資訊保存政策，需要在商業用途及法律用途之間取得平衡點。

企業必須了解，應為電子化證據開示程序做戰備，這包括平時例行性地將資料銷毀的政策、因應訴訟保留而停止例行性銷毀資料之工作、以及當訴訟發生時，為因應電子化證據開示之文件管制程序等之事前控管、及事後防範。其方法建議如下：

(一) 合宜的電子化資訊保存政策

電子資訊由於容易儲存，而且也不容易看出儲存的多寡，因而常常有許多無用，甚至有可能造成損害的文件被永久儲存。電子郵件也常因其隨便及非正式的特性，被收發

²³⁷ ARMA International 為一專業的非營利性組織，主要業務為管理紙本和電子之記錄和資料。

²³⁸ IDC 為全球著名的信息技術、電信行業和消費科技市場諮詢、顧問和活動服務專業提供商。

雙方所忽略，而造成企業許多重大的損失。以往通常經由面對面或電話所作的溝通及評論，現在大都經由電子郵件，而無意中被永遠保存下來。

在 Zubulake 案中，法院指出：被告單純依靠在訴訟保留時通知所有員工，就期望所有相關資訊得以被保存及提供，這種作法，並不完全。辯方律師必須採取有效的措施，促使所有可被開示的來源，都經過確實的搜尋。最重要的是：企業必須有一個資料保存政策，並且確實實施與定期查核。雖然法律似乎要求無限期保存所有資料，但最近的判例卻顯示，即使企業在面臨訴訟時，亦不須保存所有的文件、電子郵件、電子資訊、或備份磁帶。倘若如此，任何企業都可能因而癱瘓。另外，根據 Fed. R. Civ P. 26(b)(2)(B)，由於過度的負擔與費用，而無法合理取得文件時，應答方即得主張不須提供電子化儲存資訊以供開示之用；而 Fed. R. Civ P. 37(e)也規定，一方因為常規、善意操作電子資訊系統而導致電子化儲存資訊毀損滅失時，除非在例外的情況之下，基於本法，法院得不施以處罰。因此，一個良好的資料保存政策，如被切實被執行，可以使企業在符合聯邦法律的情況下，控制哪些資料可提供開示之用。所以，除非法律對特別的產業另有規範，或訴訟保留另有規定，企業只須根據自身商業的考量，決定電子資訊之保存期限即可，毋需無限期保存。

企業的文件保存政策，應規範其日常商業行為中，如何保存與銷毀其所產生及收到的資料，這些資料包含電子郵件及其他電子化儲存資訊，其通常可能為在證據開示中，對方想要取得的關鍵證據。在訴訟案中的法院眼裡，如何保存與銷毀這些關鍵資料，即變得非常重要。所以，一個有效的資料保存政策，會降低搜尋、取得、與提供必要開示文件的成本。

因此，企業需要建立正式的資料保存政策。就長遠而言，可縮減企業責任範圍。許多案例之所以處於下風，多半因為文件保存過長，使對方找到不利的證據，因而對企業造成重大的損失。如果當時有效建立並實施資料保存政策，這些不利的資訊，或許早已不存在，也不會有後續不利的後遺症。反之，企業若將應保存的文件，提早隨意刪除，亦有可能因而被控毀棄文件。這兩種狀況都對企業不利，而且都是可以事先避免的。況且，如果資料保存政策規範適當的資料保存期限，企業就可縮小打擊面，提供較少的資訊以供搜尋與檢視，企業也可因此在證據開示期間，有效降低律師用於檢視大量資料的時間及費用。

另外，台灣企業幾乎都未對電子郵件訂定適當的管理措施。美國已經有許多實際案例顯示，許多沒有對電子郵件管理的企業，在面臨訴訟時，選擇了以和解方式解決訴訟爭議。因為，提供電子郵件供開示所需耗費的成本，遠超過和解的費用。換句話說，企業必須在花費數百萬元篩選電子郵件和數十萬元和解金中做選擇時，企業往往會選擇後者，以解決訴訟問題。這種不戰而和的方式或許有些不可思議，但它確實是真實世界發生的情況。美國的電腦科技發展比台灣先進，所以這樣的狀況，相信在不久的未來，也

會發生在台灣企業上。

The Sedona Conference 所提供的原則及最佳執行方案，亦可以作為企業參考的範本。在許多的案例中，法官們不斷地引用 The Sedona Conference 所發表的各種不同原則及最佳執行方案。如參考其所提供的建議來制定規範，不失為一個良好的避風港。

(二) 員工存寫資料的訓練

隨著科技的進步、電子郵件系統的成熟發展、以及網際網路的便利性，比起過去，企業有太多原本應屬於機密的對話，都被以電子資訊的方式永久保存下來而不自知。因此，平時對訴訟所做的準備，亦應包括對員工存寫電子資訊的訓練。舉例來說，於專利訴訟中常見的是，研發工程師在開發產品時，或是市場有專利權人可能發動攻擊時，會主動地自行對競爭對手的專利加以研究分析，隨後可能做出某種類似「我們公司的產品可能有侵權」的結論，並留存於其電腦中，或往來的電子郵件間，他們亦樂於將這樣的新發現和新訊息與公司其他相關人員分享。有時專利權人已於市場對其他競爭對手發動訴訟，於此風聲鶴唳之際，業務人員常會收到客戶的電子郵件，詢問公司產品是否有侵權的疑慮，業務人員可能收到過上述認真的研發人員所發出的電子訊息，也可能是以口頭或以發出電子郵件方式詢問研發人員，得到某種類似「我們公司的產品可能有侵權」的結論，卻沒有繼續和公司有經驗的法務、專利人員商討正式的處理方式，即將該類不當訊息回覆客戶。殊不知這些「過份認真」的員工的行為，正是日後訴訟時，法務人員頭痛的根源。

倘若企業無法在這樣的情況發生之後，舉證已經善盡責任，矯正上述狀況，或有律師的不侵權意見書 (non-infringement opinion) 證明企業在確信沒有侵權的可能性之下，繼續生產和銷售該產品，根據美國聯邦專利法規定，故意侵權最多可以處以三倍的懲罰性損害賠償，而這些電子郵件的內容，未來都是可以被對造用來做為證明故意侵權的證據。因此，對於員工內部的教育訓練便非常重要。蓋因大部分研發工程師並不具太多專利相關知識，就算有，也不代表具有能正確判斷專利權侵害的能力。專利權侵害之判斷，需交由有經驗的技術專家及專利律師共同負責。如果只是因為內部人員傳送電子訊息時的輕忽，而造成公司必須支付巨額的懲罰性損害賠償，豈不冤枉？因此事前的控管及事後的防範便顯得分外重要。

至於電子郵件部分，極大比例的問題發生在非正式、閒聊式的郵件中。在網路科技爆炸的時代，像 MSN、Skype、Twitter 或 Facebook 等即時溝通工具，更容易讓人與人之間的通訊變得非正式。有些企業開始制定政策，限制企業內使用電子郵件做某些商業溝通。有些企業則已經給予員工很好的訓練，讓他們知道什麼可以放在電子郵件中，什麼樣的訊息則應避免。但僅僅教育員工何種訊息適合放入電子郵件中仍不夠，企業更應全面性地去評估，現今被使用的這些通訊科技對商業面和法律面的影響。

(三) 切實執行政策並隨時依法令修改

隨著聯邦民事訴訟程序法的修改，若企業內部沒有合理的文件保存及管理政策，或沒有切實去執行時，就會被當成沒有文件保存政策，而被要求提供更早以前的資訊。舉例來說，Brown & Williamson 煙草公司於多年之前，就了解抽煙對人體可能產生的危害，但卻將此資訊隱瞞不公佈。此一對公司不利的資訊，在多年以後，由該公司在產品責任訴訟團隊中的一位法律助理，將一份三十年前的備忘錄，洩露給新聞界而爆發出來。試想，如果 Brown & Williamson 當時根據其文件保存政策，將此文件於二十五年之前銷毀，或許就可以避免隨後而來的負面報導，也或許可以避免在日後的產品責任案件中，與其他幾家大煙草公司一同被傳訊。所以，除了訂立政策外，還應時時由專責部門，對其執行效果訂期加以稽查與考核。

另外，法與時俱進，公司內部的政策亦應與時俱進。很多公司或許早有文件保存管理辦法，但是如果是十年前，或更早以前制定的，相信現在是極佳的時機拿出來，從法律的觀點，重新加以審視檢討。不要等到面臨訴訟時，才發現過時、不合時空背景的文件保存管理辦法，影響到公司在訴訟上的利益。尤其是台灣企業，就算有文件保存政策，也多是以 ISO 規範為基礎所制定者，而非從民事訴訟之角度來審視該政策是否合理、足夠保障企業於面臨訴訟之際，足以提供最佳的證據供開示，以保障企業的最大利益。

(四) 訴訟保留之發佈

台灣企業常有種觀念，一旦面臨訴訟時，尤其是處於被告的角色，往往有掩蓋事實，不願讓員工了解太多訴訟細節的想法。其目的原可能是擔心打擾員工，但其結果卻可能造成員工不慎將重要文件銷毀的情形。因此，在正式委任律師以前，企業內部及早啟動訴訟保留機制，避免空窗期產生，絕對是必要的工作。

除此之外，訴訟進行的過程大多非常冗長，延續時間長達許多年，員工容易遺忘，或是新進員工未收到訴訟保留之通知，故企業應適時予以更新，提醒舊有員工、通知新進員工，有關訴訟保留的義務，及應盡到何種程度的保存義務。

再者，也建議企業宜在發佈訴訟保留或更新時，嚴正地告知員工，對外所有與訴訟相關的事宜，都應由公司法務人員統一發佈。任何員工沒有權利自行發表對訴訟進行之相關言論，企業亦不對其言論負責。以避免員工不論是無意或有意的對訴訟之不當評論，而影響企業訴訟上之利益。

(五) 資料保存政策方針:

總結上述，以下提供資料保存政策方針以供企業參考²³⁹：

- (1) 建立政策，並且切實執行。必須知道何種資料被儲存？儲存位置(存在那裡)？以及儲存時效(要存多久)？以符合判例及法律規定。
- (2) 加入企業的資訊技術部門參與文件保存政策的決定與實施。一般而言，資訊技術部門負責保存企業系統的資料，因此，這些部門比其他的員工更需要了解，不當保存太多資料或資料保存太久所可能導致的後果。
- (3) 建立明確的維護政策的責任。事先確定，在必要時，誰必須為企業的資料保存政策作證？並在危機發生之前，作好確實的準備。
- (4) 教育公司員工有關電子郵件的潛在危險。在發送郵件之前，要三思而後行。如果你不希望此郵件內容被你的公司、你的家人、或未來的陪審團看到，你就不應寄送此郵件。每一位員工也都應該知道，在公司電腦系統所保存的私人資料，沒有任何隱私可言，亦可能會導致無法主張律師—當事人間秘密通訊特權的結果。
- (5) 鼓勵並教育員工管理電子化儲存資訊。在平時，那些資料應該要保存？那些資料可以刪除？一旦進入法律程序後，如果隨意刪除資料，會有甚麼法律後果？
- (6) 如果企業政策規定需要定期清除，不必要的電子化及傳統文件檔案，就要落實這樣的政策。
- (7) 企業可考慮分開制定企業與個人電子郵件的保存標準。例如，除非發文者或收文者特別要求將其歸為企業檔案，否則企業可考慮制定自動刪除郵件的程序，以避免保留過多的電子郵件。
- (8) 定期查核企業資料保存政策的實施情況，以便於必要時，為其政策的執行加以辯護。政策之所以合理，是因為企業有作定期檢討，並做必要之調整。
- (9) 必須於訴訟開始，或預知訴訟將要發生時，發佈訴訟保留；此外，每隔一段時間後，應重新發佈，以便讓新進員工知道，並且再一次提省所有員工。
- (10) 當訴訟發生時，適時指示所有員工，提供相關現行檔案的電子複本。律師亦應要求當事人將所有需要保存的備份媒介，明確標示其位置，並存放在安全的地方。

2. 律師—當事人間秘密通訊特權資料的管理

企業內部不可能不對競爭對手的實力做分析，但這樣的分析資料若未能善加管理，經常會對公司帶來不可預期的災難。例如，是否侵害專利權的分析，這些牽涉到公司內部法律責任的資料，若未適當處理，都會成為可以被開示的資訊，而在訴訟的過程中被揭露，使該證據形成訴訟上之自認。因此，可以利用律師—當事人間秘密通訊特權之保護，在企業內建立機制，以做為防止對公司不利的資料被開示的一種手段。

²³⁹ See Document Retention & Destruction Policies for Digital Data, What you don't know can hurt you, (2004). available at <http://www.lexisnexis.com/applieddiscovery/lawlibrary/whit_ePapers/ADI_WP_DocRetentionDestruction.pdf> (last visited Dec. 6, 2009).

為使文件得以受到保護，企業內部法務部門提供或反對某項意見時，應儘量陳明其法律基礎，使得該意見成為法律意見。非法務人員向法務要求提供資料時，最好標註「以獲得法律意見為目的」，而法務的回覆文件應標註「以提供法律意見為目的」之文字。有爭議或機密的法律文件更應標註「Privilege & Confidential」，但是也不要所有的文件都標註，如此反而可能因為過度使用而減損其效果。這些文件也最好配合企業內的機密文件辦法加以管理，並控管持有該資訊的人員。如果可能，儘量以書面方式傳遞，以減少文件再被大量或不慎散佈的可能性。企業法務在這些文件中，最好使用法務專業人員的職銜，例如：法務長、法務經理、法務專員等，而非一般性職銜，例如：經理、副總等。當然，最重要的，如果沒有以文字表達溝通的必要時，應儘量以口頭來溝通，避免將其文字化，而造成未來成為可開示的標的。

3. 理想的專業團隊

在證據開示會議中，雙方所決定的關鍵字，是否原告和被告兩造的認知相同？亦或是否訴訟代理人和當事人的認知相同？或是否企業法務人員和資訊人員的認知相同？如果這中間有了錯誤的傳達和認知，最後的結果即可能產生極大的差距。相信大家看過傳話遊戲，一句話從第一個人傳至最後一個人，最後一個人的答案通常已和第一個人相差了十萬八千里。同樣的事情也會發生在關鍵字的認知上，電子證據開示牽涉到不同專業背景的成員，有運做實務的人都有過這樣的經驗，當我們拿到關鍵字時，有很多狀況是企業法務人員不能了解對造需要什麼，而需要向律師再確認，有些狀況是律師也不能了解，而需要向對造再確認。等到企業法務人員以為自己了解後，向公司內部的業務相關人員詢問時，業務相關人員反而不了解，又需要與自己的律師或對造溝通。等到企業法務人員和業務相關人員了解後，再和資訊人員溝通，也不一定能取得與關鍵字完全符合的資料。資訊人員最後提供出來的資料是不是能完全符合關鍵字的要求，企業法務人員本應在提供給對造前先做確認，可是基於台灣企業法務人員的規模和美國訴訟案進行快速的特性，相信大部分的企業法務人員只能「抽驗」其正確性和相關性，因而，極有可能，將許多重要的資料遺漏了。

再者，對於同一個關鍵字，不同背景的成員間也有不同的認知。舉個簡單的例子：「IP」這個縮寫的意義，對法律背景、電子背景和資訊背景的人，就有迥然不同的解釋。「IP」對法律、電子是來自同一個字「intellectual property」的縮寫，中文亦都翻譯為智慧財產權，但對法律人來說是一種權利，對電子產業來說卻是一項產品或是矽智財。對資訊人來說，「IP」是網際網路通訊協議(internet protocol)的縮寫。於是在一個電子公司內，「IP」這個名詞為許多人員所熟悉，卻各自表述不同意義。故將關鍵字的意義書面化，縮小相關人員間的認知差異，亦不失為一個好方法。

以上所述這些不確定因素，增加了企業未知的風險。因此，組成一個專業團隊，在可以充分溝通認知差異的情況下，共同處理證據開示證據提供的問題，有其必要性。理

想的證據開示團隊應包括企業法務人員、外部訴訟代理人、企業內部資訊人員、技術資料室人員、業務人員、甚至是品保人員，若在預算許可之下，最好也加入專業的電子證據開示訴訟協助提供者。

(一) 資訊人員的重要性

資訊人員是最了解企業內部系統的專家，他們的角色非常重要。在處理證據開示的資料搜尋時，資訊人員通常想到的是方便，而律師們想到的卻是 Zubulake 案的後果；這中間的差異及利害關係，有必要讓資訊人員了解。平時就應與資訊人員溝通，並充分了解其資料架構及記錄保存方式。當公司採用或引進新系統時，也要請資訊人員留下證明及引進時間，以便未來訴訟之用。

再者，亦必須向他們宣導及解釋他們在訴訟中的角色。當有需要時，他們或許需要參加口頭或書面證詞採證程序，或出庭為資料架構及記錄保存方式作證。

(二) 慎選專業電子證據開示訴訟協助提供者

隨著各種電腦系統的多樣化發展，專業電子證據開示訴訟協助提供者也逐漸有專業化之趨勢，因此，慎選專業電子證據開示訴訟協助提供者之重要性隨之增加。例如，電腦操作逐漸習慣將資訊放置在網際網路上，隨著這樣的習慣，律師將會增加至線上搜尋資料的機會，且對這樣的電子專家多所仰賴。由於大部分的律師並不具有電腦技術專長，更需要專業電子證據開示訴訟協助提供者的幫助。因此，未來必定需要更多的電子證據開示專家，以了解各種作業系統的特性。

企業現有合作的訴訟協助提供者，多是由律師事務所提供及選用，雖然這些費用還是必須由企業來支付，但多數企業並不知道其專業性如何，也不知道花費是否合理。傳統的訴訟協助提供者多是以處理紙本資料為主，所以，這是一個重新評估其是否仍適任的時機。這意味著，不能與時俱進的訴訟協助提供者，將會因為法令的變更及科技的發展，而從市場被淘汰。企業更應依其內部的資訊系統及產業特性，自行任用適合的專業電子證據開示訴訟協助提供者，並加以妥善管理，以使得所花費的金錢得以產生最大的效益。

在訴訟前，亦可由專業電子證據開示訴訟協助提供者協助保存電子化儲存資訊。專業的專家和專業的系統會告訴企業，什麼資料該被保留，什麼資料可以被刪除，以及如果他們需要在訴訟中取得特定資料時，如何適當地把資料收集歸檔。依照電子證據開示的發展狀況來預測，這個行業應該仍是處於方興未艾的階段，隨著法院更多的判例產生，應有更多的人力投入這個行業。然而，雖說有更多的人力投入，造成供給的增加，電子化儲存資訊的價格應該會下跌，然而全世界的景氣仍不明朗，無論價格如何下滑，

都是一項多增加的支出，在成本輻銖必較的時代，為了因應一個相較於美國企業來說，訴訟發生率低上許多的台灣企業，要花費如此的成本來符合美國法律的需要，是否有其必要性？法務人員能否能說服公司主事者給予預算，建制這樣的設備，無疑是個大問號。但在沒有判例顯示，美國法院對外國公司之要求會較為寬鬆的情況下，相較於在違反證據開示程序中被課以鉅額罰金的風險，是企業主需要自行取捨的問題。

4. 建立一個可重覆被執行的程序

建立一個可以重覆被執行的程序，並且指定一個專責小組來負責相關的訴訟事務，以面對隨時可能發生的訴訟爭議。這裏的專責小組和第 3 項中的專業團隊有些許的不同，第 3 項之專業團隊可以是專責小組中的成員，但本項所指的專責小組負責的是整個電子證據開示程序。成立專責小組也是控制成本的好方法。被指定的專責小組成員了解企業的資料結構、內部程序、外部律師，最重要的，是成員們了解企業所屬的產業特性。

當然，建立一個可以重覆被執行的程序，本來就具相當程度的困難性，尤其是牽涉到不同標的或不同種類的訴訟時，常會有不同的考量，也會有不同的人員涉入其中。但是，建立可重覆被執行的程序確實可以達到降低成本、節省時間的功效，也可以在面臨訴訟時，不會產生過度慌亂的情形。其程序可以包括：如何蒐集資料、如何將重覆的資料篩選出、如何將訴訟資料提供給對造。因為經過深思熟慮，而且參考了最新的發展，才建立可重覆被執行的程序，因此程序出現瑕疵的機率應可降到最低。

5. 將訴訟之主導權由外部訴訟代理人手上取回

依據美國法律，訴訟代理人負有義務對證據開示過程做好掌控與監督。對法官來說，外部訴訟代理人是訴訟的代表，若其於證據開示過程中有任何處理不當，企業便會遭到制裁。例如，當律師表示電子化儲存資訊不存在，卻被對造在口頭或書面證詞採證程序時發現其實存在，就可能產生隱匿證據的問題。但是外部訴訟代理人並非最了解企業內部的人，經常因為種種溝通的不良，而使這種內外不一致的情況發生。故企業法務如何管理、教育好外部訴訟代理人，也是一個重要的課題。

面對這樣的問題，最有效率的方式，即是擁有內部專家。當企業能建立好自己的作戰團隊時，即可以在外部訴訟代理人的協助下，嘗試著培養指揮及控管訴訟的內部自主能力，而非任憑外部決定方向。藉由專業團隊間的合作，使用專業軟體來協助管理電子化儲存資訊，將相關、適當的資料保留完整，並隨時注意最新的法律發展，以便符合複雜的電子證據開示標準。在建立一套可重覆被執行的程序後，企業即可以在充分準備下，將訴訟主導權取回，以避免因外部訴訟代理人對企業的了解不足，所產生的不利後果。

6. 留意相關法律的發展

除了美國聯邦民事訴訟程序法的規定外，另外亦有其他法令對文件的保存方式及期限加以規範。例如美國證券交易委員會(Securities and Exchange Commission，簡稱 SEC)要求公司對所有的聯繫內容應保存三年²⁴⁰，前兩年應保存在容易取得的地點。此時即無法適用 Fed. R. Civ P. 37(f)免責條款—有關以電子方式存放之資料之毀損係出於善意之情況。

美國國會於 2002 年通過沙賓法案(Sarbanes-Oxley Act)，這個複雜的法案強制要求所有上市公司，必須符合一定的聯邦法規要求，即要求註冊公司(register company)必須定期向證券交易委員會揭露文件、年報、季報或特別報告。沙賓法案的通過，影響了公開發行公司的營運操作，因該法案更改了公開發行公司財務資料的儲存方式，以及要求公司財務的透明化。除此之外，它也影響了電子化儲存資訊的操作。更精準來說，是影響到費用分擔的問題²⁴¹。另外，Gramm-Leach-Bliley Act 也要求金融機構保護客戶私人的財務資料等等。因此，各種不同產業應注意是否有特別法令規範特別的文件保存方式及年限。



²⁴⁰ Securities Exchange Act of 1934. Rule 17a-4 -- Records to Be Preserved by Certain Exchange Members, Brokers and Dealers: “Every such broker and dealer shall preserve for a period of not less than 3 years, the first two years in an accessible place.”

²⁴¹ Daniel B. Garrie, Matthew J. Armstrong, Ervin Adler, William R. Burdett, Thomas J. Routt, Electronic Discovery and the Challenge Posed by the Sarbanes-Oxley Act, 2005 UCLA J. L. & Tech. 2.

第二節、 結論

如果以「E-discovery」或「Electronic discovery」的英文關鍵字鍵入 Google 中搜尋，可以找到數量多到看也看不完的資料，以及大量以討論這個議題為主的網站和部落格。雖然新法的生效時間為 2006 年 12 月，但自 1999 年左右，開始研擬修法之際，甚至更早前，美國的產、官、學界即熱烈的參與這項議題的討論。畢竟，新法對實務之影響可謂極為重大，無形中也加重了企業以及訴訟代理人之責任。

反觀國內，在資料蒐集的過程中，幾乎可以說完全找不到任何詳細討論本議題的相關資料。從這裏即可以窺見，國內環境對美國民事訴訟認知上的落差。隨著明基、以及最近的華碩案，相信台灣企業未來因為違反證據開示，而受到制裁的情況，將有可能愈來愈多。

美國聯邦民事訴訟程序法第一條所揭櫫的精神：「每件民事訴訟皆應確保獲得公正、迅速與不昂貴之判決²⁴²。」因此，高昂的訴訟費用，已不符合美國聯邦民事訴訟程序法之立法目的。但每一個經驗豐富的律師都了解，證據開示程序的爭議，在現今的商業訴訟中，已成為一個不可預知的黑洞。無止境的爭議不但會延宕訴訟的進行，亦會增加訴訟成本，甚至受到法院課以罰金，或不利益的判決結果。證據開示程序畢竟不是訴訟爭議的本體，但是如果忽略它，卻有可能因而左右案件的成敗。

當然，在新法施行未久的今日，在缺乏足夠的案例參考下，如何規劃方不致違反美國聯邦民事訴訟程序法的規定，其實仍是個疑問。然而，企業只要平時能做最好的準備，面臨訴訟時，僅需將精力放在爭端本身即可，毋須過分擔心其他的旁枝末節會影響訴訟結果，相信如此必能將成本及不必要的爭端減至最低。

²⁴² FED. R. CIV. P. 1. "...They should be construed and administered to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action."

參考文獻

一、中文書籍

1. Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門—美國證據法評釋及實例解說 Evidence: example and explanations，元照出版社，2002 年。
2. William Burnham 著，林利芝譯，英美法導論 Introduction to the Law and Legal System of the United States (Second Edition)，元照出版社，2002 年。
3. 周延鵬，虎與狐的智慧力，天下遠見出版股份有限公司，2006 年 3 月一版一刷。

二、中文期刊或報告

1. 王曉玟，智財戰換中國半導體江山，台積電不消滅中芯的秘密，天下雜誌，第 440 期，2010 年 1 月，available at <http://www.cw.com.tw/article/index.jsp?page=1&id=40105> (last visited Mar. 1, 2010)
2. 古筱玫等，美國專利侵權訴訟對台灣半導體業營運的影響，培訓科技背景跨領域高級人材計劃—95 海外培訓成果發表會。
3. 李育菁等，台灣企業對美國專利訴訟之 e-Discovery 程序的因應，培訓科技背景跨領域高級人材計劃—96 海外培訓成果發表會。
4. 師安寧，民事訴訟證據制度中的若干法理學問題，available at http://big5.chinalawinfo.com/article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=34006&Type=mod (last visited Apr. 12, 2009)
5. 馬傲秋，美國專利侵權訴訟蒐證程序之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士班論文。民國 97 年 7 月。
6. 馮浩庭，美國專利訴訟程序之研究—現況、困境與美國國會之修法回應，47 期學員法學研究報告，司法官訓練所。
7. 劉玉中，民事訴訟上證據收集之研究，國立台北大學法學系博士論文，民國 94 年 7 月。
8. Cooper, John L. & Fisher, Jeffrey M., 「Discovery of Electronically Stored Information」，月旦法學雜誌，第 140 期，2007 年 1 月。

三、英文書籍

1. HEWITT, LESTER L., PATENT INFRINGEMENT LITIGATION: A STEP-BY-STEP GUIDE FROM DISPUTE THROUGH TRIAL FOR EXECUTIVES, WITNESSES AND IN-HOUSE COUNSEL, ASPATORE, (2005).
2. PAUL, GEORGE L. & NEARON, BRUCE H., THE DISCOVERY REVOLUTION, AMERICAN BAR ASSOCIATION, (2006).
3. PARK, ROGER C., LEONARD, DAVID P., STEVEN H. GOLDBERG, EVIDENCE LAW, SECOND EDITION. THOMSON, (2004).

四、英文期刊或報告

1. Acello, Richard, Working through a thicket of E-discovery Rules—Morgan Stanley case shows Expensive Risks in Noncompliance, ABA Journal C report, (Oct. 21, 2005)
2. Allman, Thomas Y. & Prasad, Ashish S., The Forgotten Cousin: State Rulemaking and Electronic Discovery, Practising Law Institute, October-December, 2007.
3. Awsumb, Shannon M., Navigation E-discovery: How to Avoid Common Pitfalls. Bench&Bar of Minnesota. (Oct. 2008). available at <www.mnbar.org> (last visited Mar. 13, 2009).
4. Brom, Thomas, e-Discovery Options, California Lawyer, available at <http://www.callawyer.com/story.cfm?eid=898726&evid=1> (last visited Nov.6, 2009)
5. Burbank, Stephen B., The Rules Enabling Act of 1934, 130 U. Pa. L. Rev. 1015, 1043-98 (1982).
6. Cucu, Lucia, The Requirement for Metadata Production Under Williams v. Sprint/United Management Co.: An Unnecessary Burden for Litigants Engaged in Electronic Discovery, 93 Cornell L. Rev. 221, 93 CNLLR 221.
7. Davis, Greg & Barker, Robert M., The legal implications of electronic document retention - includes bibliography, Business Horizons, May-June, 1995, available at <http://findarticles.com/p/articles/mi_m1038/is_n3_v38/ai_16889365/?tag=content;coll1> (last visited Nov. 24, 2009)
8. Dore, Michael, Document production and inspection—Discovery of electronic materials, 2 L. of Toxic Torts § 22:7 (2009)
9. Duff, James C. The Rulemaking Process: A Summary for the Bench and Bar (Oct. 2007), available at <http://www.uscourts.gov/rules/proceduresum.htm> (last visited Dec. 7, 2009).
10. Hon Francis, James C. (S.D.N.Y) & Hon. Schenkier, Sidney I. (N.D. ILL) Surviving E-Discovery, available at <www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MagJ0608.ppt/\$file/MagJ0608.ppt> (last visited Dec.7, 2009).
11. Garrie, Daniel B., Armstrong, Matthew J., Adler, Ervin, Burdett, William R., Routt, Thomas J., Electronic Discovery and the Challenge Posed by the Sarbanes-Oxley Act, UCLA Journal of Law and Technology, Spring 2005.
12. Gonsowski, Dean, ECA : European Cockpit Association or Early Case Assessment? (Mar. 4, 2009), available at <http://www.clearwellsystems.com/e-discovery-blog/2009/03/04/eca-european-cockpit-association-or-early-case-assessment/> (last visited Mar. 17, 2009)
13. Hilaly, Aaref, Shakeout In the Litigation Support Industry (Mar. 16, 2009), available at <http://www.clearwellsystems.com/e-discovery-blog/2009/03/16/shakeout-in-the-litigation-support-industry/> (last visited Mar. 17, 2009)
14. Howard, Geoff & Weisburst, Seth, Trends in Electronic Discovery After the December 1,

- 2006 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, Electronic Discovery and Retention Guidance for Corporate Counsel 2007, at 17, Practising Law Institute, October-December, 2007.
15. Isom, David K., Electronic Discovery Primer for Judges, available at <<http://fclr.org/2005fedcts/rev1.htm>> (last visited Mar. 13, 2009).
 16. Isom, David K. The Burden of Discovering Inaccessible Electronically Stored Information: Rules 26(b)(2)(B) & 54(d)(1)(D), Federal Court Law Review, (April 2008).
 17. Johnson, Molly Treadway, Withers, Kenneth J., & Dunn, Meghan A., A Qualitative Study of Issues Raised By the Discovery of Computer-Based Information in Civil Litigation, (Sep. 13, 2002).
 18. Joshi, Ashish, Clawback Agreement In Commercial Litigation: Can You Unring A Bell? (Mar. 03, 2009.) available at <http://www.articlealley.com/article_806623_18.html> (last visited Dec. 7, 2009).
 19. Leafstrand, Kurt, Five Electronic Discovery Questions with Tom Gelbmann (Mar. 6, 2009), available at <<http://www.clearwellsystems.com/e-discovery-blog/2009/03/06/five-electronic-discovery-questions-with-tom-gelbmann/>> (last visited Mar. 17, 2009)
 20. Levine, Dan, 'Heads Will Have to Roll' Over McAfee E-Mails, (Sep. 19 2008), available at <<http://www.law.com/jsp/legaltechnology/pubArticleLT.jsp?id=1202424628254>> (last visited Mar. 17, 2009)
 21. Marcus, Richard L., Discovery Containment Redux, 39 B.C. L. Rev. 747 (1998).
 22. Marcus, Richard L., E-Discovery & Beyond: Toward Brave New World or 1984? , 25 Rev. Litig. 633 (2006).
 23. Miller, Professor Arthur R., comments of Federal Magistrate Judges Association (04-CV-127). Harvard Law Sch., (04-CV-219) (04-CV-221).
 24. Noyes, Henry S., Good Cause Is Bad Medicine for the New E-Discovery Rules, 21 Harv. J.L. & Tech. 49 (2007).
 25. Rothstein, Barbara J., Hedges, Ronald J., and Wiggins, Elizabeth C., Managing Discovery of Electronic Information: A Package guide for Judges, Federal Judicial Center, 2007.
 26. Judge Scheindlin, Shira A., S.D.N.Y., FAQ's of E-Discovery, Federal Judges Association Newsletter, Nov. 29, 2006.
 27. Segal, Perry L., Back to the Future - Reebok v. Tristar, 1996 (the "Jerry Maguire" case), (Nov. 19, 2008), available at <<http://www.ediscoverycalifornia.com/insights/2008/11/back-to-the-future-reebok-v-tristar-1996-the-jerry-maguire-case.html>> (last visited Mar. 17, 2009)
 28. Segal, Perry L., Disaster, Recovery and e-Discovery - What You Don't Know CAN Hurt You (Nov. 24, 2008), available at <<http://www.ediscoverycalifornia.com/insights/2008/11/disaster-recovery-and-ediscovery-what-you-dont-know-can-hurt-you.html>> (last visited Mar. 17, 2009)

29. Segal, Perry L., I Can't Really go to Jail over this...Can I? (Dec. 11, 2008), available at <http://www.ediscoverycalifornia.com/insights/2008/12/i-cant-really-go-to-jail-over-this-an-i.html> (last visited Mar. 18, 2009)
30. Segal, Perry L., Testing 1-2-3...Are you 'Really' Ready for a Litigation Request? (Nov. 25, 2008), available at <http://www.ediscoverycalifornia.com/insights/2008/11/testing-123are-you-really-ready-for-a-litigation-request.html> (last visited Mar. 17, 2009)
31. Shapiro, Ari, E-Mail, the workplace and the electronic paper trail. June 18, 2008, available at <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=91363363> (last visited Nov. 6, 2009)
32. Shields, Marjorie A., Discovery of Delete E-mail and Other Deleted Electronic Records, *American Law Reports ALR 6th*, 27 *A.L.R.6th* 565 (Originally published in 2007).
33. Shnier, Clifford F., Where angels fear to tread, (Sep. 5, 2008), available at <http://www.insidecounsel.com/News/2008/9/Pages/Where-angels-fear-to-tread.aspx> (last visited Nov. 16, 2009)
34. Sigler, Sonya, 2009 Prediction and Trends, available at <http://ralphlosey.wordpress.com/2009/01/01/2009-predictions-and-trends/> (last visited on Dec. 7, 2009)
35. Stempel, Jeffrey W., Politics and Sociology in Federal Civil Rulemaking: Errors of Scope, 52 *ALA. L. REV.* 529, 535-40 (2001).
36. Walter, Aaron L., The New Face of Electronic Discovery: Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure May Tame Electronic Discovery's Wild West, available at <http://www.law.uga.edu/news/advocate/fall2005/walter.pdf> (last visited Dec. 7, 2009).
37. Willging, Thomas E., Past and Potential uses of Empirical Research in Civil Rulemaking, *Notre Dame Law Review*, May. 28, 2002.
38. Withers, Kenneth J., Annotated Case Law on Electronic Discovery (Jun. 1, 2006), available at [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ElecDi09.pdf/\\$file/ElecDi09.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ElecDi09.pdf/$file/ElecDi09.pdf) (last visited Mar. 19, 2009)
39. Zito, Robert J.A., What to Do With Privileged Information in E-Mails, (May 30, 2008), *New York Law Journal*, available at <http://www.law.com/jsp/legaltechnology/pubArticleLT.jsp?id=1202421787208> (last visited Nov. 16, 2009)
40. Document Retention & Destruction Policies for Digital Data, What you don't know can hurt you, (2004). available at http://www.lexisnexis.com/applieddiscovery/lawlibrary/whitePapers/ADI_WP_DocRetentionDestruction.pdf (last visited Dec. 7, 2009.)
41. Electronic Discovery and Computer Forensics Case Law, available at <http://www.krollontrack.com/library/topic.pdf> (last visited Dec. 7, 2009.)
42. Federal Rules of Civil Procedure –Numbering Scheme Reference Guide, available at

- <http://www.krollontrack.com/library/frcpupdater_krollontrack2008.pdf> (last visited Dec. 7, 2009)
43. Letter from Arthur R. Miller, Professor, Harvard Law Sch., to Peter G. McCabe, Sec'y. Comm. on Rules of Practice & Procedure, Judicial Conference of the U.S. 2 (Feb. 10, 2005), available at <<http://www.uscourts.gov/rules/e-discovery/04-CV-219.pdf>> (last visited Nov. 24, 2009)
 44. Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and Evidence, Federal Rules Decisions, Comments by February 1, 1999, 181 F.R.D. 18.
 45. State Court Rules and Statutes Regarding Electronically Stored Information, (Oct. 2009), available at <http://www.krollontrack.com/library/staterules_krollontrack_oct2009.pdf> (last visited Oct. 28, 2009)

五、其他

案例

1. Kamatani v. Benq Corp. Not Reported in F.Supp.2d, 2005 WL 2455825 (E.D.Tex.).
2. Qualcomm v. Broadcom, 2008 WL 66932 (S.D.Cal., Jan 7, 2008).
3. Qualcomm v. Broadcom, 2008 WL 638108 (S.D.Cal., March 05, 2008).
4. Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 67 S.Ct. 385 (1947).
5. Thompson v. Dep't of Hous. & Urban Dev., 199 F.R.D. 168, 171 (D. Md. 2001).
6. Crown Life Ins. Co. v. Craig, 995 F.2d 1376, 1383 (7th Cir. 1993).
7. Nat'l Union Elec. Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., 494 F. Supp. 1257, 1259 (E.D. Pa. 1980).
8. Scotts Co. LLC v. Liberty Mut. Inc. Co., 2007 WL 1723509 (S.D. Ohio 2007).
9. Convlove, Inc. v. Compaq Computer Corp., 223 F.R.D. 162, 175 (S.D.N.Y. 2004).
10. Treppel v. Biovail Corp., 249 F.R.D. 111, 2008 WL 866594 (S.D.N.Y. April 2, 2008).
11. Toussie v. County of Suffolk, No. CV 01-6716, 2007 WL 4565160 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2007).
12. Baker v. Gerould, 2008 WL 850236 (W.D.N.Y. Mar. 27, 2008).
13. Auto Club Family Ins. Co. v. Ahner, Not Reported in F.Supp.2d, 2007 WL 2480322 (E.D. La.).
14. Rowe Entm't, Inc. v. William Morris Agency, Inc., 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y. 2002).
15. Mikron Ind., Inc. v. Hurd Windows & Doors, Inc., 2008 WL 1805727 (W.D. Wash.).
16. Oppenheimer Fund, Inc. v. Sanders, 437 U.S. 340, 358 (1978).
17. United States v. United Shoe Mach. Corp., 89 F. Supp. 357 (D. Mass. 1950).
18. Ferko v. Nat'l Ass'n for Stock Car Auto Racing, 218 F.R.D. 125 135 (E.D. Tex. 2003).
19. United States v. O'Keefe, 537 F.Supp.2d 14, 2008 WL 449729 (D.D.C. Feb. 18, 2008).
20. United States v. O'Keefe 537 F. Supp.
21. Henry v. Quicken Loans, Inc., Not Reported in F.Supp.2d, 2008 WL 474127 (E.D. Mich. Feb. 15, 2008).

22. Victor Stanley, Inc. v. Creative Pipe, Inc., 250 F.R.D. 251 (D.MD. May 29, 2008).
23. Williams v. Sprint/United Management Co., 230 F.R.D. 640 (D. Kan. 2005).
24. Zubulake v. UBS Warburg, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake I”)
25. Zubulake v. UBS Warburg, 230 F.R.D. 290 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake II”)
26. Zubulake v. UBS Warburg, 216 F.R.D. 280 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake III”)
27. Zubulake v. UBS Warburg, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003) (“Zubulake IV”)
28. Zubulake v. UBS Warburg, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004) (“ZubulakeV”)
29. Consolidated Aluminum Corp. v. Alcoa, Inc.No. 03-1055-C-M2, 2006 WL 2583308, (M.D. La. July 19, 2006).
30. E*Trade Securities LLC v. Deutsche Bank AG, 230 F.R.D. 582 (D. Minn. 2005).
31. Cache La Poudre Feeds, LLC v. Land O'Lakes, Inc.,No. 04-CV-00329-WYD-CBS, 2007 U.S. Dist. LEXIS 15277 (D. Colo. Mar. 2, 2007).
32. Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Jacobson, 827 F.2d 1119 (7th Cir.), 1987
33. Upjohn Co. v. U.S. 383 (1981).
34. Morgan Stanley & Co., Inc. v.Coleman Holdings, Inc., 892 So. 2d 496; 2004 Fla. App.
35. Coleman (Parent) Holdings, Inc. v. Morgan Stanley & Co., No. CA 03-5045 AI, 2005 WL 679071 (Fla. Cir. Ct. Mar. 1, 2005)
36. Coleman (Parent) Holdings, Inc. v. Morgan Stanley & Co., No. CA 03-5045 AI, 2005 WL 674885 (Fla. Cir. Ct. Mar. 23, 2005)
37. F&R Sails Inc. v. Ins. Co. of Pa., 2008 WL 2232640 (S.D Cal. Apr. 18, 2008)
38. Hopson v. Mayor of Baltimore, 232 F.R.D. (D.MD.2005).
39. In re Seroquel Prods, Liab. Litig., 244 F.R.D. 650 (M.D.Fla.2007)
40. Equity Analytics. LLC v. Lundin, 248 F.R.D. 331 (D.D.C.2008)
41. Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Jacobson, 827 F.2d 1119 (7th Cir.), 1987
42. McCafferty's, Inc., v. Bank of Glen Burnie, 179 F.R.D. 163, 167 (D.Md.1998)
43. Ferko v. Nat'l Ass'n for Stock Car Auto Racing, 218. F.R.D. 125 135 (E.D. Tex. 2003).
44. Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., 494 F. Supp. 1257, 1259 (E.D. Pa. 1980).
45. Anti-Monopoly, Inc. v. Hasbro, Inc. Not Reported in F.Supp., 1995 WL 649934, (Nov, 03, 1995)

網路資源

1. <http://ralphlosey.wordpress.com/> , last visited Dec. 7, 2009.
2. <http://www.uscourts.gov/rules/e-discovery.html> , last visited Dec. 7, 2009.
3. <http://www.krollontrack.com/>, last visited Nov. 7, 2009.
4. <http://www.theseonaconference.org> , last visited Dec. 3, 2009.
5. <http://www.insidecounsel.com/>, last visited Nov. 13, 2009.
6. http://www.articlealley.com/article_806623_18.html , last visited Nov. 15, 2009.
7. <http://www.fclr.org/fclr/articles/> , last visited Nov. 29, 2009.

8. <http://www.lexisnexis.com/applieddiscovery> , last visited Dec. 3, 2009.
9. <http://www.arma.org/> , last visited Dec. 3, 2009.
10. <http://www.idc.com.tw/> , last visited Dec. 3, 2009.

