

Mass Torts（大規模不法行為）訴訟における デイスカバリー手続について

竹部 晴美

目次

- 第一章 はじめに
- 第二章 アメリカにおける Mass Torts
 - 1 Mass Torts の概念と訴訟構造
 - 2 Mass Torts としての Agent Orange 事件
 - 3 Mass Torts としての Vioxx 事件
- 第三章 Mass Torts におけるデイスカバリー
 - 1 Mass Torts におけるデイスカバリーのあり方
 - 2 Agent Orange 訴訟におけるデイスカバリー
 - 3 Vioxx 訴訟におけるデイスカバリー
- 第四章 むすび

Mass Torts（大規模不法行為）訴訟におけるデイスカバリー手続について

四五

第一章 はじめに

本稿は、Mass Torts（大規模不法行為訴訟、以下、Mass Tortsとする。）の特徴と内容について分析し、併せてそのような訴訟におけるディスカバリー（証拠開示、discovery）手続のあり方と問題点について検討するものである。

アメリカでは、民事訴訟においてディスカバリー手続が利用され、訴えの提起（filing）がおこなわれたあと、相互の証拠開示が行われる。これは基本的には裁判所の介入や指揮なしに事件に関係する情報を相互に開示しあうものであり、具体的な文書の開示から事件関係者に対する宣誓供述書の作成へと段階が踏まれていく。

これらは例えば不法行為訴訟においては、被告の過失行為、または故意のある行為によって被害を受けた原告は、裁判所に訴えの提起を行なったあと、被告に対する事件関連の情報入手を目的としてディスカバリーを実施する。このような証拠開示手続は、原告と被告が一对一の関係であれば、さしたる問題もなく推し進められるが、事件が特許訴訟であったり、企業機密を含むものであれば特定文書の開示の可否をめぐって裁判所の判断を仰ぐこともあるし、また当事者間で自発的に開示しないことに合意することもある。

しかし、一つの事件において原告が各州に点在し、しかも原告が何百、何千人と存在しており、被告が複数の会社や国を含むような場合の不法行為においては、ディスカバリーは、原告と被告が一对一の関係で行なわれるほど単純ではない。このような大規模な訴訟では、どのような形で事件の特徴に応じたディスカバリーの工夫がなされているのであろうか。工夫がなされているとすれば、一对一の訴訟におけるディスカバリーとはどのような

に異なるべきだろうか。ディスカバリーが公正な裁判を実施するための準備を目的としているとすれば、大規模訴訟であってもあくまでも一対一の場合と同じであるべきだろうか。

以下、詳しく検討するように、Mass Torts は、例えば薬害訴訟、アスベスト訴訟またはタバコ訴訟のように広域に亘って多人数に損害を与える損害賠償事件を法的に取り扱うために概念化されている。⁽¹⁾ アメリカではすでに一九七〇年代の初めから、多数の被害者を原告とする訴訟が提起されており、それらは、エージェント・オレンジ、ダルトンコシールド、アスベスト、およびVioxxなど広範囲にわたる様々の問題を生み出し、科学上、実体法上、行政上、および倫理上の取扱いのありかたが議論されてきた。⁽²⁾ これらの訴訟は、後に述べるように一人の原告に一人の被告という典型的な不法行為訴訟の問題状況とは大きく異っている。したがって多くの人々に影響を与えるこのような大規模訴訟事案は、典型的な不法行為類型への依拠を困難にさせている。つまり、Mass Torts では、被害者の範囲の確定、多岐に渡る法的論点、複雑でまた立証が容易でない因果関係、などの問題を避けて通ることが出来ず、さらに被害者の救済のあり方や実効性ある差止めの実施など、典型的な不法行為訴訟とは異なった法的アプローチを考えなくてはならないという点に特徴がある。⁽³⁾

言うまでもなくMass Torts 訴訟においても、当事者の資力や能力に著しい差異がある場合でも、証拠の開示が全面的に行われるとするならば、訴訟に対する不公平感 (unfairness) を生ずることなく、多少なりとも民事訴訟における公平性 (fairness) を貫徹できると思われる。筆者はそのような問題関心を持ち、Mass Torts における適正なディスカバリーのあり方についての解明を、とくにアメリカの訴訟制度の観点から検討したい。

筆者はこれまでに、アメリカのディスカバリーにおける非開示手続のうち「保護命令」(protective order)と

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について

四七

その成立要件である「正当事由」(good cause) について、その範囲と機能について検討してきた。⁽⁴⁾ それによりアメリカの裁判所は、ディスカバリーの濫用を抑制するための広い裁量権を有していることや、裁判所が、当該訴訟に関係する証拠を提出する利益と、証拠としてプライバシーに関する事柄や企業機密を開示する当事者や第三者の不利益とを比較衡量し、判断することがわかった。しかし一方で、保護命令をめぐっては、どうしても企業機密や営業機密の名のもとに一定の企業内情報の開示拒否の問題がおこる。したがって Mass Torts 訴訟においても証拠物件の開示拒否という点からの保護命令のあり方がしばしば問題とされる。とりわけ、薬害や公害事件、消費者問題に関する訴訟において、広範な一般人の被害者に対して、他方当事者が複数の大企業である場合、あるいはそれに加えて、政府などの公的機関を含む場合、そのような一方当事者が他方当事者の資力、人的資源、情報力、情報処理能力において他方をはるかに上回っており、さらに訴訟技術上の専門性にも長けている場合に、訴訟における証拠の偏在は通常の訴訟に比べて一層起こりやすいと推測される。

しかし、アメリカの民事訴訟手続にはディスカバリー制度があるため、証拠開示は秘匿特権、ワーク・プロダクト、そして保護命令に基づく非開示が認められない限り、全面的開示が原則であり、訴訟当事者間の証拠の偏在が制度上は、相当程度回避されることとされている。これは日本の民事訴訟手続とは大きく異なる点である。

日本は大陸法系であり、判例法主義のアメリカとは根本的な法体系の違いはあるが、ディスカバリー制度がないため日本では、当事者の資力や能力の差異によって証拠の偏在が起こり、訴訟に対する不公平感 (unfairness) が生じることも考えられる。その点で、民事訴訟の本来の目的である公平性 (fairness) を担保するために、アメリカの訴訟制度に見習うべき点、参考にすべき点があるように思える。日本ではアメリカの Mass Torts 訴訟

そのものを紹介する論考は散見されるが、筆者の知る限り、Mass Torts と証拠開示の問題に関する先行研究は存在していないと思われる。アメリカにおける Mass Torts 訴訟における証拠開示の問題を検討することで本稿は、日本の民事訴訟制度のあり方にも一定の示唆になるのではないかと考えている。

本稿ではこのような問題意識を前提として、第二章においてアメリカでの Mass Torts の概念および Mass Torts 訴訟の構成要素の分析と訴訟のもつ特徴を分析し、歴史的にその典型例とされるエージェント・オレンジ事件と近時の事案である葉害に関する Vioxx 事件について、それが Mass Torts であるとされる所以についてその実態を紹介し、さらに第三章においてそのような Mass Torts におけるディスカバリーのあり方について、何が問題となっているか、あわせて Mass Torts 訴訟において証拠の偏在が起こっていないのかどうか、またそれがディスカバリーの影響であるのかどうかについて、具体的にエージェント・オレンジ事件と Vioxx 事件について検討し、Mass Torts 訴訟におけるディスカバリーにはどのような問題点があるか、その問題点の克服はどのように行われるべきかについて、第四章で一応のまとめと整理をしたい。

(一) Anthony J. Sebok, *What Do We Talk about When We Talk about Mass Torts? Mass Torts in a World of Settlement*, 106 MICH. L. REV. 1213, (2008). Sebok によれば、手続主義者は、Mass Torts 訴訟を民事訴訟手続における改革の所産として位置づける一方で、実定法的観点に立つ者は、身体的損害だけでなく精神的な苦痛の同質性という新しい主張の出現といった実体的不法行為法における変化の反映として Mass Torts 訴訟を位置づけている。というのもこの種の大規模訴訟では、交通事故または医療事故の大部分よりもっと同質性を有するからである。なぜなら被害者の集団共通の損害原因という事実的状态を分け合うからである。また被害の地理的拡がりも Mass Torts 訴訟においてもっと複合的な役割を担うことになる、という。

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について

四九

- (92) JACK B. WEINSTEIN, INDIVIDUAL JUSTICE IN MASS TORT LITIGATION: THE EFFECT OF CLASS ACTION, CONSOLIDATIONS, AND OTHER MULTIPARTY DEVICES 1-8 (1995).
- (93) Mass Torts の ころし 事件をめぐっての 大衆心理と 裁判の 影響。 Eugene Morgulis, *Juror Reactions to Scientific Testimony: Unique Challenges in Complex Mass Torts*, 15 B.U. J. SCI. & TECH. L. 252 (2009); David Marcus, *Some Realism about Mass Torts*, 75 U. CHI. L. REV. 1949 (2008); Peter H. Schuck, *Some Reflections on the Future of Mass Torts*, 12 CONN. INS. L.J. 505, (2005-2006); Nancy J. Moore, *The American Law Institute's Draft Proposal to Bypass the Aggregate Settlement Rule: Do Mass Tort Clients Need (or Want) Group Decision Making?*, 57 DEPAUL L. REV. 395 (2008); Frank M. McClellan, *The Voxx Litigation: A Critical Look at Trial Tactics, The Tort System, and The Roles of Lawyers in Mass Tort Litigation*, 57 DEPAUL L. REV. 509 (2008); Barbara J. Rothstein, Francis E. McGovern & Sarah Jael Dion, *A Model Mass Torts: The PPA Experience*, 54 DRAKE L. REV. 621 (2006); Adam D. Pollock, *Mandamus to Prevent Mass Tort Discovery Abuse*, 45 HOUSTON LAWYER 33 (2007); Douglas G. Smith, *An Administrative Approach to the Resolution of Mass Torts?*, 2009 U. ILL. L. REV. 895 (2009); L. Elizabeth Chamblee, *Unsettling Efficiency: When Non-Class Aggregation of Mass Torts Creates Second-Class Settlements*, 65 LA. L. REV. 157 (2004); Katherine Dirks, *Ethical Rules of Conduct in the Settlement of Mass Torts: A Proposal to Revise Rule 1.8(G)*, 83 N.Y. U. L. REV. 501 (2008); James A. Comodeca and Amanda N. McFarland, *Recovery of Nonpecuniary Damages in Mass Tort Actions in Kentucky: A Defense Perspective*, 35 N. KY. L. REV. 197 (2008); Jeremy T. Adler, *Losing the Procedural Battle but Winning the Substantive War: How Philip Morris v. Williams Reshaped Reprehensibility Analysis in Favor of Mass-Tort Plaintiffs*, 11 U. PA. J. CONST. L. 729 (2009); Byron G. Stier, *Another Jackpot (in) Justice: Verdict Variability and Issue Preclusion in Mass Torts*, 36 Pepp. L. Rev. 715 (2009); Lester Brickman, *The Use of Litigation Screenings in Mass Torts: A Formula for Fraud?*, 61 SMU L. REV. 1221 (2008); William G. Childs, *When the Bell Can't Be Unrung: Document Leaks and Protective Orders in Mass Tort Litigation*, 27 REV. LITIG. 565 (2008); Keith N. Hylton, *Asbestos and Mass Torts with Fraudulent Victims*, 37 SW. U. L. REV. 575 (2008); Matthew Mall,

Deriving the Gravy Train: A Three-Pronged Approach to End Fraud in Mass Tort Medical Diagnosing, 48 WM AND MARY L. REV. 2043 (2007); Elizabeth J. Cabraser, *Human Rights Violations as Mass Torts: Compensation as a Proxy for Justice in the United States Civil Litigation System*, 57 VAND. L. REV. 2211 (2004); Christopher J. Roche, *A Litigation Association Model to Aggregate Mass Tort Claims for Adjudication*, 91 VA. L. REV. 1463 (2005).

(4) 竹部晴美「アメリカ民事訴訟におけるデイスカバリー制度——保護命令 (protective order) と正当事由 (good cause) について——」法と政治第五九巻四号一〇三三頁(二〇〇九年)。

(5) 藤倉皓一郎「大規模被害訴訟における『確定できない原告』——エイジェント・オレンジ訴訟の和解判決から」名城法学三八号五〇一頁(一九八九年)。藤倉皓一郎「市場占有率にもとづく賠償責任——アメリカにおける薬害 (DES) 訴訟判例の展開」『民事責任の現代的課題——中川淳先生還暦祝賀論集』三頁(世界思想社、二〇〇〇年)。古賀哲夫「アスベスト産業と製造物責任」同六七頁。Zenlaro Kitagawa 「Dispute Settlement in Mass Tort Cases—A Note on Multiple Rights Problem—」同五〇九頁。

第二章 アメリカにおける Mass Torts

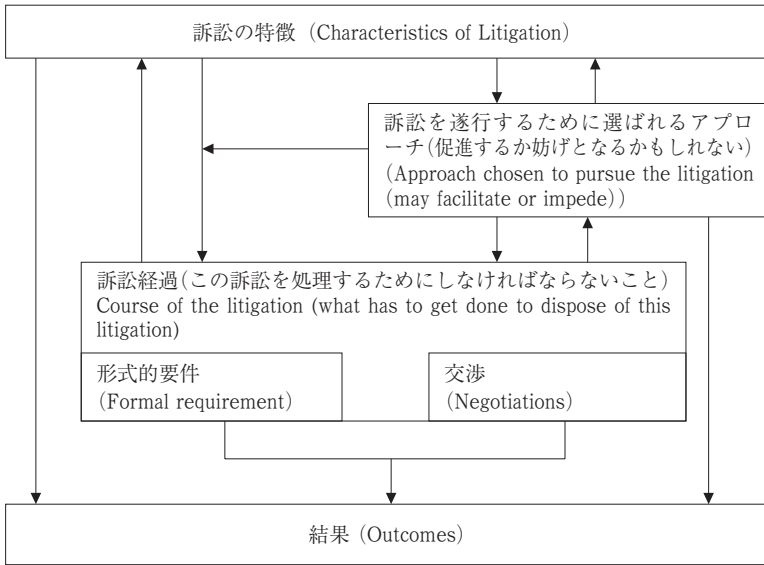
1 Mass Torts の概念と訴訟構造

(1) Mass Torts 訴訟の構成要素

Mass Torts におけるデイスカバリーを考える場合、一体 Mass Torts とは何であるのかの概念枠組を明らかにしておく必要がある。一般的にアメリカの不法行為類型のなかでも、それが、大多数の被害者を含み、被害者が広域に亘り、請求額が途方もなく高額である場合、Mass Torts としている。この Mass Torts は直訳すれば大量不法行為であるが、毒性物質による被告を含むものには、Mass Toxic Torts、つまり大型毒物不法行為と表され

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるデイスカバリー手続について

図1 Mass Torts 訴訟の構成要素



論
説

ている。⁽¹⁾したがって、不法行為の規模だけに着目すると巨大不法行為とすべきであろうが、筆者は、英文の言葉をそのまま使用し、Mass Tortsとする。

このようなMass Tortsが訴訟として提起されたときに、従来の不法行為訴訟とはどのような点で異なるのか、その特徴や質的違いを構成要素に注目して示したのが、以下の図1である。Linda S. Mullerixによって示された図に基づいて以下その機能を見てみよう。⁽²⁾

図1における端緒としての「訴訟の特徴」は、訴訟は何に関するものか？ 誰が関与しているか？ 関係者の目的と戦略は何か、そして当事者間の関係は何か？ といった訴訟の内容や主体および枠組みが指標となる。この場合、「訴訟の取組み」として、訴訟についての公式なシステムはどのようなものか？ どのような集約的手続が用いられているか？ それらの集約的な手続の特徴は何か？ という紛争解決の手続方法そのものが問題となる。図1の「訴訟経過」では、どのよう

五二

な手続上の行動が実際に取られてきたか？ それらの行動はどのように行われてきたか？（例えば当事者間の交渉や接触など、どのような非公式な行動を取られてきたか？）がポイントとなる。そして図1中の「結果」では、訴訟は解決したか？ 解決は包括的なものか、部分的なものか、つまりそれはすべての問題とすべての当事者を含んでいたか？ 原告の間に賠償金はどのように配分されたか？ 被告の相対的関与は何か？ 当事者は結果に対してどれくらい満足したか？ 訴訟費用はどのくらいかかったか？ 取引費用は何か？ 訴訟にどのくらい時間がかかったか？ などの紛争解決要素の評価が問題となる。

これらの Mass Torts の構成要素は、Mass Torts 訴訟の過程と結果に直接的な効果を与えるし、そのような効果を持つための集成的手続と相互に作用するという特徴を示す。⁽³⁾

図1における矢印は、Mass Torts 訴訟への重要な要素の流れを示すだけでなく、Mass Torts 訴訟の要素間の関係を示す。⁽⁴⁾ 例えば、訴訟過程における当事者の繰り出す手続上の非公式および公式の活動による影響などである。法的責任の追求の性質と強さ、または当事者の相対的な資源のように、訴訟活動は、順に、その訴訟の構成要素によって影響を受ける。つまり、訴訟過程もまた訴訟処理に関する方法や選ばれる手続によって影響を受ける。しかし、この図に示されていた構成要素間のいくつかは明白な相互関係を有する一方で、他の要素間の関係はそれほど明白でなく、より複雑になる。⁽⁵⁾ 例えば、Mass Torts 訴訟に対処する方法の選択、集成的訴訟手続のタイプは、問題の複雑さと当事者の数によって方向付けられるが、それに適用される集成的訴訟手続のタイプは、訴訟の進行のなかでどのように変容し、影響を受けるかは曖昧である。

そこで、構成要素相互間の関係をより分析的に見るためにもっと詳細な具体的事実要素を組み込んで Mass

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について

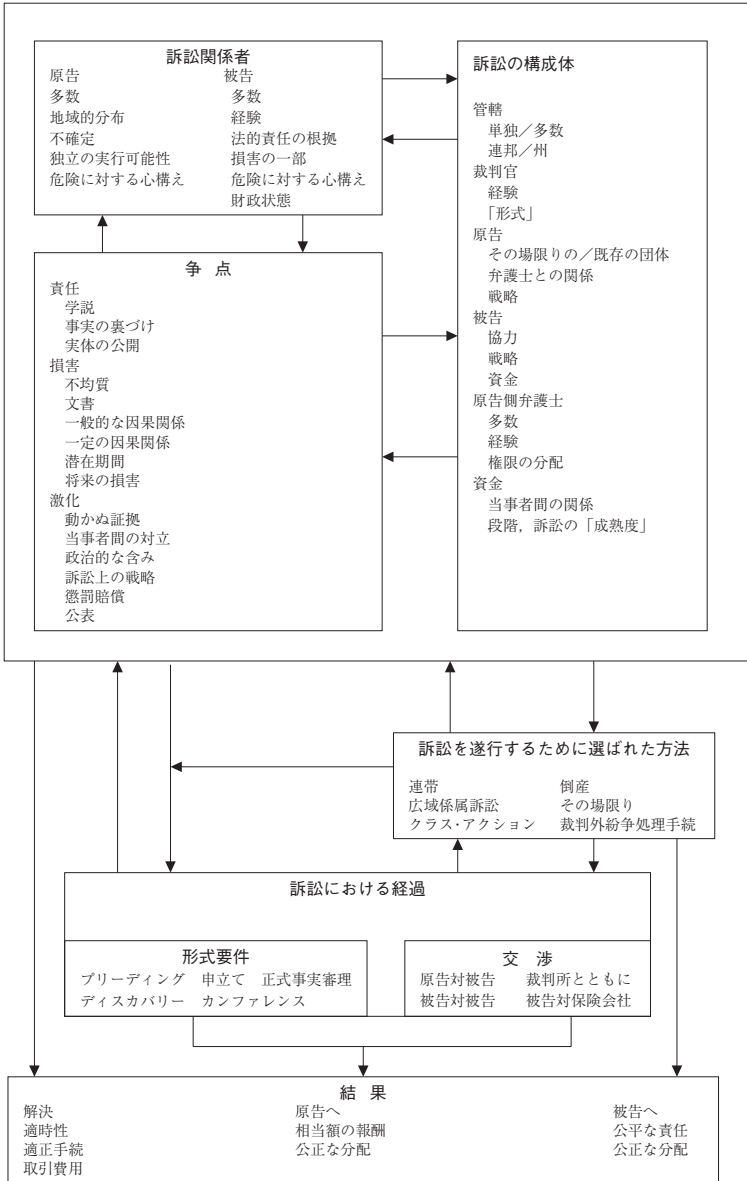
Torts 訴訟を、「争点」、「訴訟関係者」および「訴訟の構成体」に分類し、それぞれの特徴の關係性を分析するために考えられたのが図2の分類である。⁽⁶⁾

図2は、図1の Mass Torts 訴訟の構成要素をより詳しい要素にして分析しただけでなく、Mass Torts 訴訟における集団的手続の効果に影響する要因を浮び上がらせる。まず、訴訟関係者間の対応の違いは、集団的手続の有効性を減少させるかもしれない。⁽⁷⁾ 訴訟関係者の損害についての対応の問題が、原告の中で異なる場合、配分の問題がおこる。この配分は、集団的手続のあり方だけでなく、原告の弁護士間での協調性と権限の問題に影響する。つまり、請求の強さと対照的に弱い立場の原告が多い場合は、損害の配分は、集団的手続の成否に著しく影響するかもしれない。

この図2の概観は、大規模訴訟の特徴の中で複雑な關係を説明し、争点と訴訟当事者の特性を形成するだけではなく、訴訟の構成体の戦略によっても影響を受ける。たとえば、被告が和解に応じる余地が全くないことを明示または黙示で示すことで原告当事者に動揺を与えることができるし、実際に、感情的な揺さぶりは、請求の提起時に（またはそれ以前でさえ）生じる。しかしながら、訴訟提起後も訴訟がどのように組織されるか、その進行方法によっても影響がある。争点と訴訟関係者の対応は、訴訟の性質そのものを変える方法に関して結びつく可能性がある。⁽⁹⁾ 例えば、有毒性についての大規模訴訟において、有毒物質に晒されることによる損害の因果關係またはその潜在性に関する問題が不可避的に存在するということは、「不確定的な原告」(indeterminate plaintiff)の問題を引き起こすかもしれない。この原告の不確定性は、裁判手続を包括的で最終的な解決に向けた集合的手続の方に構築することをより困難にしかねない。

図2 Mass Torts 訴訟の特徴の関係性

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について



五五

図2の中で水平の矢印によって示された相互作用関係は、訴訟関係者、訴訟の構成体および争点などの特徴の複雑な関係を示している。そのためそれぞれの集団的手続の中心的特徴を理解する必要がある。つまりそれらの特徴がどのように彼ら自身の権利を訴訟で形成するのか、それらがどのように集団的手続についての選択に影響を及ぼすのか、そして集団的手続が順にどのような特徴を再形成するのかがである。

Mass Torts 訴訟では、その請求数が増加するに従って、迅速な補償を求める原告側の必要性があるにも関わらず、原告に立証の困難さが伴い、高額な費用を伴うため、原告を満足させることがより困難となる。さらに加えて、Mass Torts では複雑な争点があるため、事件の処理と解決において長時間の遅延をもたらすことになる。たとえば有毒性のある不法行為を含む訴訟では、技術的そして法的の両方で、有毒物質と疾病の因果関係と文書による証拠固めについての争点を中心として特に難しい問題を提示する。被害を起こした製品を特定する必要性と共に、有毒物質への接触とそれによって発生する損害との間の長期に渡る潜伏期間は、さらに法的、技術的問題を複雑にする。⁽¹⁰⁾

さらに、大規模訴訟は私たちの司法制度の公正さについても特別な脅威を示す。つまり、裁判所に紛争解決のための特別な対応が必要とされる人員、時間、費用などの公共費用の支出と事件の処理方法そのもの、特にその集中審理の実施などにおいて大きな負担を課す。Mass Torts 訴訟の持つ特殊性によって相当多くの請求に直面した被告は、責任がありそうにないときでさえ、裁判所によって不本意な和解を強要させられるかもしれない。またその一方で、裁判所は原告に対して不本意な和解を受諾するように迫るかもしれない。そして原告、被告双方から、裁判所による和解の結論は、彼らの基本的な法的主張を反映できていないものであるとの非難をうける

可能性もある。⁽¹¹⁾

(2) クラス・アクションとの関係

Mass Torts 訴訟を扱うために取られるアプローチでは、集団的訴訟手続のタイプが多くの訴訟に影響している。というのも、集団的訴訟手続は、当事者間の力関係を衡平にするために使われ、また集合的な結果を得るために利用される。すなわち請求のより迅速な解決、また全ての請求の包括的な解決を目指すことができるからである。たとえば、クラス・アクション (class action、集団代表訴訟ともいう) は、同一原因に基づく被害者が多数存在するような場合、ばらばらな多数人数が原告となつてそれぞれ別な訴訟を提起する代わりに、被害者の集団 (クラス) に属する代表者が原告として訴訟提起し、その効果を集団に属する者に及ぼさうという民事訴訟の方法である。クラス代表者に対する判決 (和解の場合は和解内容) は、既判力 (res judicata) としてクラス、つまり集団に属する原告の資格ある者全員に及ぶ。資力のない被害者が個別に訴えを提起することは経済的な採算を考へても困難さを伴う。そうであれば多数の被害者の損害賠償を一括請求するクラス・アクションのような方法は、法的コストの面からは有効な方法である。したがってクラス・アクションは、訴訟経済に資するという点と、訴訟する資力のない原告にも裁判の恩恵を享受させることが出来る、という利点があるとされている。⁽¹²⁾

クラス・アクション手続については、連邦民事訴訟規則 (以下、規則とする) 二三条が規定しており、一九六六年の改正で、特に団体性のないグループのために、共通の法律問題または事実問題があれば、クラス代表者が名乗り出て訴訟を提起できるようになった。⁽¹⁴⁾

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるデイスカバリー手続について

五七

つまりクラス・アクションは請求を一括して解決するのに利用しやすい訴訟方法のひとつである。クラス・アクションのような集団的手続が大規模訴訟の過程と結果を決定するために効果のあることは十分考えられる¹⁵⁾。それだけではなく、集団的手続が訴訟の他の重要な特徴を変えることができる。例えば、原告団が争点を再評価し、追加し、当事者を追加または減少させ、管轄や裁判官の変更を求め、あるいは訴訟当事者と彼らの弁護士の組織を変更することなどである。

(c) Mass Torts と紛争解決の変化

Mass Torts は現代社会における大量生産メカニズムの本質的な副産物だと言うこともできる。大量生産品は、私たちの社会に潤いと活力を与えるのに不可欠である一方で、人々の幸福を脅かす構造的な危険性を有している¹⁶⁾。その意味で、Mass Torts の範囲を不法行為法の何らかの既存の概念の下で起こる事件に限定する必要性はなく、それは契約、取引、雇用差別、独占禁止、証券そして消費者詐欺を含むこともある。そこで筆者は、分析の包括的な範囲を表明するために、Mass Torts に「大量生産物による不法行為」という用語も含めることとする。そのため、商品的大量生産および大規模販売から生じる大規模の被害の存在、たとえば薬害などの大規模製造物責任も大量生産物不法行為の事例として、この Mass Torts に含む。もちろん Mass Torts 事件が製造物責任を含む場合には、古典的な製造物責任法理の検討、たとえば、当該商品が、合理的、商事的そして社会的に適切なデザインであったかどうかか、より安全で社会的に適切な設計代案がなかったかどうか、さらに効果ある警告によって予見可能な危険を減少させたかもしれないかどうかを検討される。しかし、Mass Torts として概念化

された製造物責任訴訟では、不法行為そのものは大きな転換を迫られている。というのも、それは、第一に、不法行為が個人的なものからより集団的なものへと移ることが考えられる。第二に、過失や特定の因果関係の評価は、ますます現実的な補償、再発防止のための抑止効果、そして管理上の効率の考慮の方に移行するだけでなく、当事者の行動を評価する基準が、道徳的、法的カテゴリーからより機能的なものまで変化する。第三に、裁判所の役割として仲裁的というよりむしろ管理的な役割が期待され、またそれが正当化されるようになっていく。このような訴訟における裁判官は、特殊な紛争を迅速かつ公正に解決するという社会的目的を達成するという観点から、大型訴訟を管理することが強く期待されている。裁判官は、健全な公共政策を進める法的基準を發展させ、弁護士が適切に彼らの依頼人の代理をすることを保証し、そして和解の社会的、政治的含意を考慮することが求められている。

このように Mass Torts による製造物責任訴訟の分野では、不法行為法に対する概念的なアプローチの本質的なあり方を問う一方で、損害についての効果的な救済を考えることが求められている。それに対応して、裁判所は法的手続と救済方針を考えて、実利的な選択を迫られることになる。複雑な訴訟案件の増加は、裁判所システムが個々に対応し、提供する公平なアクセスをますます難しくさせる。個々の多くの請求に対応するのではなく、裁判所はクラス・アクションのような手段によって、事件の大量処理をすることを求められてきている。しかし、もしこのような大規模訴訟において、裁判所または弁護士が訴訟当事者との個々の接触をより頻繁に求められるとするならば、膨大な費用と時間というコストの問題が生じることになり、その結果、対一の不法行為の訴訟当事者に対する個別的な接触、そして請求や抗弁への理解を増やす努力といったものは相対的に低下することに

なる。⁽¹⁷⁾

しかしながら、他方で、Mass Torts のように多くの原告が、傷つけば傷つくほど法律制度による個人への対応はもつと必要とされることになる。⁽¹⁸⁾ つまり、個々の訴訟当事者に対する裁判所自体の義務である。裁判官は、訴訟当事者の感情やその他の必要性に基づいて、裁判官自らが一対一で対応することがむしろ求められる。⁽¹⁹⁾ 例えば、エージェント・オレンジ事件では、個々の被害者に対する聴聞が全国で行なわれた。裁判官は電話、面談として書面によるコミュニケーションを行い、事案のもつ深い感情的な論拠に心を打たれたといわれている。⁽²⁰⁾ このことは、法を述べ、事実を決定し、個性のない黒い法服を着たコモンロー裁判官こそが崇高な助言者であるという伝統的な英米の法律専門家的な視点からの裁判官の役割の変化を必要とする。⁽²¹⁾ このような対応では、裁判所には、個々人の主張に対して、ダルコンシルドやエージェント・オレンジのような大量生産物製造責任事件において裁判所によって調整され、提案されたような損害補償の分配スキームの設計が求められる。その一方で、実際には、クラス・アクションが提起されるまでは潜在的な問題について気付かなかった訴訟当事者は、和解を経て得られた資金またはその他の資産についての分配の提案をのむかどうかの決断を迫られる時が来る。

したがって、伝統的な不法行為概念は多くの困難な問題の解決を試みるための単なる出発点である。その出発点から派生する問題は、このように全国の連邦及び州裁判所における何千人もの原告が多数で多様な被告を訴えるときに起こる。裁判所が、どのようにしてこの急激に増える案件に立ち向かうことができるのかということは、実際に、裁判制度の能力や司法的救済の実力をテストすることでもある。⁽²²⁾

Mass Torts 訴訟は、全ての立場の当事者に対して個人的、財政的、そして政治的な賭けを伴う。重大な障害

と費用負担を伴う原告にとって、請求数が増加するのに従って、迅速な補償を実現することがより困難となる。⁽²³⁾原告と被告を含む訴訟当事者数が途方もなく大規模になる場合には、訴訟をもっと厄介なものにする。Mass Torts 訴訟では複雑な争点があるため、事件の処理と解決において長時間の遅延をもたらすことになるし、毒性のある不法行為を含む訴訟では、技術的そして法的な面の両方で、損害と疾病の因果関係と文書による証拠固めについての争点を中心として特に難しい問題を提示する。⁽²⁴⁾というのも、どのような物質への接触によって主張される被害を引き起こしたのかについてその製品を特定する必要性とともに、有毒物質に曝された事実と長期の潜伏期間を経た損害との間には、さらに困難な法的、技術的問題が存在するからである。

では、具体的な Mass Torts ではどのような規模で被害が生じ、どのような規模で訴訟が提起され、最終的にどのように解決に至ったのか、二つの具体例をあげてみてみよう。

2 Mass Torts としつゝの Agent Orange 事件

(1) Agent Orange 事件の発端

Mass Torts の中でも、歴史的に大きな注目を集め、また最も引用され、典型的だとされてきたのは、一九六一年から一九七〇年末のベトナム戦争時に行われた枯葉剤の空中散布に起因する大規模不法行為訴訟である。⁽²⁵⁾

一九七〇年の後半に、退役軍人と彼らの家族は、エージェント・オレンジ作戦といわれる合衆国軍隊がベトナムのジャングルに散布した枯葉剤や除草剤の二次被害に苦しんでいた。この枯葉剤や除草剤は、ベトナムの山林だけでなくジャングルや通常の茂みに敵が隠れているかもしれないとして、その枝葉を薬物で枯れさせることを

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について

目的としてベトナムの広域にわたって空中散布された。この作戦は、一般的にエージェント・オレンジとして言及されている。それは薬物を保管していた容器の色がオレンジの縞模様だったため、そう呼ばれた。その結果、アメリカ、オーストラリア、およびニュージーランドの何十万人もの兵士や軍関係者は、自らがこの除草剤を浴びることになり、深刻な損害を引き起こした。彼らは、自らの病気の原因を作った複数の化学薬品製造会社の責任を追求するために訴訟を提起した。このエージェント・オレンジ作戦に使用した薬物は、そもそもは環境保護主義者や退役軍人によってさえも、モデル的な除草剤だとして歓迎されていたが、後になって相当危険な化学物質だと認識された。⁽²⁶⁾

エージェント・オレンジ訴訟はその構造上の特質から伝統的な不法行為裁判と相当異なった様相を示した。その規模と複雑さは想像力をはるかに超えた。この事件は、最初の段階では六百件以上もの別個の訴訟から成り、それが一つのクラス・アクションへと合併された。このクラス・アクションは合衆国の至る所で個別になされた一万五千件以上の提訴が集合されるまでになった。⁽²⁷⁾

しかし約四百件の個々の事件は、クラス・アクションからの opt-out 事件として、このクラス・アクションには含まれなかった。これらの訴訟の原告は、二百四十万人のベトナム帰還兵、彼らの配偶者、出生児または非出生児、そしてオーストラリアとニュージーランドの軍人と少数の民間人の被害者である。彼らの訴訟の相手方は、七つの（そもそもは二十四の）薬品会社と合衆国政府からなる。⁽²⁸⁾

この訴訟は、長い期間を要して最終的には和解するに至ったが、もし和解に至らなければエージェント・オレンジ事件は却下されていたといわれている。⁽²⁹⁾ というのも、除草剤の散布が特定の人物に疾病をもたらしたという

十分な証拠がなかったし、また、連邦最高裁判所の下した政府の政治的および外交的行為についての種々の判例からしても、ベトナム戦争を遂行するという政府の裁量的行為に対して連邦政府や除草剤製造会社を相手取って訴訟をすることは困難だったからである。

(2) Agent Orange による被害と因果関係

このエージェント・オレンジ事件は既存の法制度に対する先例のない挑戦となった。すなわち法や法制度が大規模な有毒性化学物質による被害に取り組まなければならなかったことである。これを分析するために「大規模」(large scale) および「有毒性」(toxic) の二つの構成要素に分けて Mass Torts を分析することが有効である。⁽³⁰⁾

まず、「大規模」という側面は、特に被告に対する甚大な法的責任の見込みを作り出し、原告に対しては組織化の複雑さと困難さを痛感させ、そして裁判手続においても、民事訴訟手続上、証拠法上、そして実質的な法的救済はどのようなものかについての難しい課題を裁判所に担わせる前例のない規模の事案となった。それは、原告当事者数が数万人という訴訟の規模の問題だけでなく、外国の兵士を含む外国人が広範に存在する原告となり、しかもベトナム戦争に従軍した者だけでなく、その家族（配偶者や子供）まで含むものであったからである。

また、エージェント・オレンジ事件における深刻な「中毒性」という損害の要素は、この事件を特別なものとして位置づけている。エージェント・オレンジ事件を、それより以前のアスベストと DES⁽³¹⁾ の二つの最も重要で難解な有毒性の不法行為訴訟と比較した場合、これは特に明白となる。これら二つの先行訴訟は、中毒の複雑性についてそれぞれのユニークな状況を示したが、エージェント・オレンジ訴訟における主たる争点、つまり化学

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバー手続について

物質が原告の損害を引き起こしたかどうかに関する因果関係 (causation) 上の争点は、アスベストとDESの訴訟ではかなり直接的なものであった。つまり、アスベスト訴訟では、最初に最も一般的なアスベスト関連の疾病となった石綿肺腫瘍と中皮腫についての客観的な症状が存在したし、さらにDES訴訟の場合、それによって引き起こされた腫の悪性腺腫は、相対的な発覚と症候群が顕著であり、それが容易に知覚された。しかもこれらの疾病に対する、二十年またはそれ以上の長期の潜伏期間はすでに正式事実審理に達する段階で多くの事件が期間を経過していたが、アスベスト作業者およびDESを摂取した女性の感染レベルは、妊娠中の者に比較的高く、しかも持続的な疾病を示していた。

しかしながら、エージェント・オレンジ事件においては、これら二つの事案とは全く状況が異なっていた⁽³³⁾。まず、それが引き起こしたとされている癌と奇形の発覚は、問題となる十五年から三十年以前に発生しており、そしてそれゆえ、それらの毒性の効果を完全に明らかにできなかった。しかも、退役軍人が曝されたエージェント・オレンジで用いられた高度な毒性物質であるダイオキシンのレベルは一般的にかなり低いことが問題解決をより困難にした。

エージェント・オレンジで使用された除草剤は、異なった製造メーカーによって生産されたが、しかしそれらの製剤は、ベトナムに送る前に、メーカーの特定が困難なスチール製のドラム缶内で一緒に混ぜられていた⁽³⁴⁾。しかも退役軍人がはつきりと苦痛を訴えた最も深刻な症状は、ダイオキシンの特有のものではなかった。そのため、エージェント・オレンジ事件では大規模の毒性の原因や被害との因果関係においてその立証が困難なものとなった⁽³⁵⁾。この点、アスベスト訴訟において特定の企業に法的責任があったとされた事案では、アスベストの種類、梱

包と取り扱いの状態、防毒マスクの使用についての事実が争点となり、解釈の方向が具体的に示されたが、エージェント・オレンジにおいてはそのような争点はいへん困難なものとなった。このエージェント・オレンジ事件は、Mass Torts 訴訟に固有の問題として、原告らに被害に関する複雑な因果関係の証明の重い課題を提起していた。⁽³⁶⁾

3 Mass Torts としつゝの Vioxx 事件

(1) Vioxx 訴訟の発端

Vioxx (バイオックス) は、米医薬品大手メルク社 (Merck & Co., Inc., Whitehouse Station, N.J., U.S.A) 製造の関節炎治療薬剤であり、市場でよく知られたアスピリンと比較して効果が高いためスーパーアスピリンと呼ばれていた。この Vioxx は二〇〇〇年春に、鎮痛剤として市場への出荷が承認され、すでに市場を確立していた別な鎮痛剤セレブレックスへの主要な競争相手となって登場した。⁽³⁷⁾ 米医薬大手のメルク社は、二〇〇〇年の食品医薬品局 (FDA) の認可時から、Vioxx を市場から自発的に撤収した二〇〇四年九月三〇日までの四年間、Vioxx を合衆国および海外に販売し続け、巨額の収益を得た。⁽³⁸⁾ しかし、医学的研究によって、Vioxx の使用者がその服用によって脳梗塞か心臓発作を発生させるという機会が増加していたことが明らかにされたため、メルク社は Vioxx の市場からの撤退を余儀なくされた。⁽³⁹⁾

すぐに原告の弁護士とメディアは、Vioxx によって引き起こされた危険性について問題視し、同様にメルク社がその危険性について知っていたか、知るべきであったとした。⁽⁴⁰⁾ その後、二〇〇五年二月に米食品医薬品局から、

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバーリー手続について

Vioux は「販売しても問題ない安全性を備えている」との結論が出されたが、実際、二〇〇五年八月、Vioux を服用して死亡した遺族によって、死亡したのは Vioux の副作用のリスクを隠していた製薬会社側の過失によるものだとして、訴えが提起された。

実際、メルク社の Vioux の市場からの撤退以前でも、メルク社は、数千件以上の個人的な損害賠償請求への準備をしなければならなかった。そしてメルク社はすぐに、世論に影響を及ぼすことを目的として、先制攻撃にとりかかった。⁽⁴¹⁾ まず、二〇〇四年一月一日、メルク社研究所の所長は、製造された薬品に関する会社内部の研究によって、Vioux が市場に出回る前に十分にそのリスクについて検討していたという時系列を発表した。⁽⁴²⁾ また、心臓発作と脳梗塞のリスクが増加する可能性があることを公開した後すぐに、訴訟の殺到を予期して、メルク社は、それに対応する用意があると明言した。⁽⁴³⁾

この時のメルク社の抗弁は、メルク社が価値のある効果的な製品を生産し、周知の Vioux のリスクについては消費者に警告するという、合理的で、適時の方法をとっていた、というものであった。⁽⁴⁴⁾ さらにメルク社は、心臓発作と脳梗塞の発生には他に多数の原因があり、心臓発作か脳梗塞を受けた人が、そのとき Vioux を使用していたという単なる偶然の一致がありうるので、Vioux が被害者各々に危害を引き起こしたということ以上の法的な証明責任のあることを強調した。⁽⁴⁵⁾ さらに、メルク社は、Vioux に関連した危害の増加リスクを示す研究では、長期の使用歴のある場合には強い関連性があるものの、心臓発作発生のほんの数ヶ月前に当該薬を使用していたというような潜在的な原告にはこれに関連性がないとした。⁽⁴⁶⁾

メルク社を相手方とする Vioux の購入または使用に関する人身傷害および経済的損失を主張する個人による

訴訟および集団訴訟の多くは、ルイジアナ州東部地区連邦地方裁判所の広域係属訴訟（MDL）において全体として調整され、またニュージャージー州、カリフォルニア州、テキサス州ならびにペンシルベニア州フィラデルフィアの各郡、ネバダ州ワシヨー郡およびネバダ州クラーク郡の州裁判所における手続によって、個々に調整されていた。

二〇〇八年三月三十一日現在、メルク社は、約一万四千四百五十件の訴状の送達を受けた。これには Viox を使用した結果、人身傷害（personal injury）を被ったとの申立てを行っている約三万二千九百二十五名からなる原告団、さらに人身傷害および経済的損失を被ったという申立てを行っている約二百六十件の推定的集団訴訟が含まれていた。⁽⁴⁷⁾

これらの訴訟提起に対し、メルク社の弁護士は、Viox の短期間の使用の場合には心臓発作と脳梗塞を引き起こすことについては科学上は支持できないという会社の主張を繰り返した。⁽⁴⁸⁾ たとえばメルク社の弁護士は、ヒューメルトン氏の訴訟で、「Viox を摂取していたか否かに関係なくヒューメルトン氏は心臓発作を起こしたと信じている。私たちは上告についてすべての手段を追求するだろう。」と述べた。⁽⁴⁹⁾ Viox 訴訟は、一日当たり百万ドルもメルク社に負担させることになる報道され、ウォール・ストリートのアナリストは、すべての事件を和解すると事実上三百億ドルもメルク社に負担がかけると予測した。⁽⁵⁰⁾ これに対して、メルク社の弁護士は、訴訟を選択するという戦術から急に和解するような戦術変更は正当化できないと述べた。⁽⁵¹⁾

この段階で、メルク社は、一つの請求に対しても和解しておらず、実際には、訴訟に進んだ事件のうち九事件において陪審評決で勝訴していた。⁽⁵²⁾ これらの不法行為訴訟では基本的な主張が当事者間で共有されていた。⁽⁵³⁾ つま

Mass Torts（大規模不法行為）訴訟におけるデイスカバリー手続について

六七

り原告側は、Vioxx が心臓発作や心筋梗塞のような心臓血管へのリスク増加を引き起こし、そしてメルク社はこれらのリスクについての予見があったにもかかわらず、適時に消費者と彼らの医師に対して適切な忠告を与えなかったと主張するものであり、これに対し、被告側は、心臓発作と心筋梗塞リスクは、Vioxx 以外の要素によって引き起こされたことを提示し、原告が異なった薬の使用期間において、異なった病歴を持っていたと主張するものであった。⁽⁵⁴⁾その後、メルク社は、Vioxx を一八ヶ月間にわたって使用すると心臓血管危険を増加することを認めたものの、ほんの数ヶ月それを使用した消費者にもリスクの増加があったという点は頑なに否定した。⁽⁵⁵⁾そこでメルク社は抗弁として主に原告の因果関係の証明不足に焦点を合わせた。

実際に、原告にとって最も難しかったのは、製品と健康被害との因果関係を証明することであった。Vioxx を服用したという事実が証明できたところで、喫煙習慣など他のリスク要因を抱えていると因果関係の特定が難しくなる。こうしてメルク社はこれまでに審理された二十件の訴訟のうち、十二件で勝訴していた。

(2) 和 解

Vioxx のリスクが明らかになり、製品を回収した時点でメディア報道もあり、メルク社の株価が下落するなどメルク社は大きな苦境に立たされていた。爆発的な勢いで提起される訴訟を前に、本来なら早々に和解に持ち込むことも考えられるが、しかしメルク社は安易な和解を避け、法廷での徹底抗戦に挑んでいた。しかし、二〇〇七年一月九日になって、突如、メルク社は現在抱えているおよそ二万七千件の Vioxx 訴訟につき、二〇〇七年一月八日までに提起されたものを対象に四十八・五億ドルで包括的な和解に応じると発表した。これは、

Vioxxを心血管系リスクの増大により自発的に回収してから三年経過後であった。すでに二〇〇六年一月にメルク社と原告側との交渉が始まっていたが、この和解は連邦裁判所および州裁判所の四人の判事の働きかけにより実現した。⁽⁵⁶⁾

メルク社の和解では、損害賠償を受けるために、原告は健康被害としてVioxxを少なくとも三十錠服用した後、心臓発作または脳梗塞を引き起こすという客観的な医学的証明を申し出なければならぬこと、因果関係として、損害がVioxxを服用して一四日以内に起こったことを示さなければならぬこと⁽⁵⁷⁾。個々の事件で被害者が原告資格を得るかどうかを決定するために、この点について審査し、判断する者が裁判所により任命された。⁽⁵⁸⁾

メルク社は個別訴訟への徹底抗戦を推し進めた結果、これまで訴訟費用として年間六億ドル以上を費やしてきた。このまま訴訟を続ければ長期化し、費用が高むことが明白な中、形勢がメルク社の優勢に傾いた段階で和解に持ち込んだのは得策だったと見ることもできる。Vioxxの自主回収直後は賠償金の支払いが総額百億から二百五十億ドルまでに達すると予測されていたが、実際には、和解額は四十八・五億ドルに抑えられた。これはメルク社の売上利益の約九ヶ月分に過ぎず、同社にとっては好条件の和解であった。それに加え、和解同意書ではメルク社は因果関係または過失を認めないと規定した。⁽⁵⁹⁾ この和解はメルク社のためには結果的に勝利であった。というのも会社社の潜在的責任が実質的にはより高いと予測されていたからである。⁽⁶⁰⁾ この点、被害者やマスメディアによって、裁判所には、Mass Torts事件においても、矯正的正義、社会的正義、および抑止を促進するための問題解決方向を図ることが期待されていたため、結局、被告メルク社に有利な和解に終わったことについて、十分

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について

に資金力のある会社に対して和解交渉と誠実な証拠評価に従事することを強制するための効果的な手段を裁判所は、欠いているのではないかと批判された。⁽⁶¹⁾

メルク社の Mass Torts 事件においては、同社はすべての事件を裁判するという方針に立って、自己の戦略を支持する費用便益分析をする手法をとった。⁽⁶²⁾メルク社、または何千もの不法行為の申立てに直面している同様の他の会社は、利益を最大にするために、会社の株主の利益を守る義務に基づくとする理由で、何でも訴訟という戦略を正当化できた。二〇〇七年八月までに、メルク社は十億ドル以上を弁護士費用に費やし、原告の請求を断念させる戦略を駆使した。⁽⁶³⁾メルク社の何でも訴訟で、という戦術は Mass Torts 訴訟における原告の申立方法の再考を要求した。⁽⁶⁴⁾もし被告にとってあらゆる手段の利用に固執することができるということにより何百か何千もの正式事実審理を要求するか、あるいは別の選択として、相当低い価格で全体的な和解に至る余地があると主張するならば、公正さを実現する司法制度への影響は容認しきれないものになる。⁽⁶⁵⁾

しかし、Vioxx 訴訟を、貪欲な原告側弁護士と、支出を抑えることに全力をあげている裕福な会社との争いだ、と見ることは重要な点を見逃すことになる。⁽⁶⁶⁾心臓発作と心筋梗塞を患ってきたと主張する何千人もの消費者と会社との間の重要な論争は、その薬のラベル（表示）上の警告を修正し、市場から薬を撤収させたものの、薬は危害を引き起こさなかったと強く主張する会社との対立でもある。⁽⁶⁷⁾これらの大多数の個々の消費者にとって実行可能な司法メカニズムあるいは法的手続がないということは、公正でタイムリーな紛争解決方法がないということであり、そして何でも訴訟という大企業側の戦術に直面すると、多くの被害者は、財源をあまり持っていないために対抗できないことになる。⁽⁶⁸⁾不法行為システムの第一の目標は、財源を欠いているこれらの個々人に対して、個

人的な損害に対してタイムリーな方法で補償する機会を個人に与えることであつたはずである。⁽⁶⁹⁾ Viox 訴訟におけるメルク社の訴訟戦略は、このように司法の矯正的、社会的正義という目的を著しく脅かす。⁽⁷⁰⁾ 増加した訴訟費用と遅滞した補償決定は、当事者主義的な裁判制度における抗弁に対する権利に基づいているからとすることで簡単には認めることができないからである。⁽⁷¹⁾

(3) Viox 訴訟——裁判所への公正についての義務

かつて、エージェント・オレンジ訴訟を主宰したジャック B・ワインスタイン (Jack B. Weinstein) 裁判官は以下のように述べている。⁽⁷²⁾ 「弁護士が本質的に公共訴訟を引き受けたとき、その人たちは賞賛と同時に、財政的な破綻 (破産) に備えていなければならない。この問題は伝統的な依頼者と弁護人の一対一の関係と関わりの限界を超えている」。⁽⁷³⁾ つまり、Viox 訴訟におけるメルク社の訴訟戦略は弁護士と依頼人の基本的な関係を再定義する。つまりメルク社が Mass Torts 事件の費用便益評価に基づくビジネスの決定をおこなうため、メルク社の弁護士は、特定の事件のメリットではなく、総合的なビジネス法人としての訴訟戦略をとる。その結果、Mass Torts 訴訟における個々の被告は、このような企業戦略に必然的に引きづけられる一方で、個々の事件で和解をすべきかどうかに関する率直な評価ができなくなるという問題を引き起こす。⁽⁷⁴⁾ また被告が全てを訴訟で対応するとの戦略を公にしたため、原告側弁護士は、和解もしくは法廷外紛争処理が彼らの依頼人の最善の利益になるかどうかに関して、個々の依頼人への慎重なアドバイスを提案できないという問題も生じた。⁽⁷⁵⁾

Viox 訴訟における双方の弁護士の主な指針は、依頼人に独立した判断をさせること、裁判所への実直さを提

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバーリー手続について

示すること、そして依頼人への忠誠を維持する義務である。⁽⁷⁶⁾この場合、当事者の弁護士に課される最も適切な倫理的義務は、事案の紛争解決に向けた裁判所への協力および誠実義務であろう。⁽⁷⁷⁾しかしメルク社は公的にほとんどの事件について集団的和解を追求しなかったし、和解は考慮に入れないと声明することによって、メルク社は原告側弁護士の役割を制限した。⁽⁷⁸⁾つまり、この鮮明にされたビジネス的対応によって、原告側の弁護士は、それぞれの事件を評価し、和解か、訴訟戦略を進めるかどうかを決定するという伝統的な役割を制限させられることになった。⁽⁷⁹⁾

問題は、原告の弁護士が訴訟を提起すると、被告側弁護士は、被告にストレートな義務を課す法的規則や、訴訟段階で不利益と考えられる証拠の提示を回避しようとすることに直面することである。すなわち、訴訟を通じて本質的な問題解決に対して対応するのではなく、むしろ一般的な民事訴訟規則のルールに則って、連綿と訴答を提出し、そしてサマリー・ジャッジメント (summary judgment)、正式事実審理を経ない法的争点に対する判決) を求める申立てへの返答を提出し、専門家証人を依頼し、宣誓供述書を準備し、提出し、そしてメルク社の研究員とマネージャーの供述を提出することである。⁽⁸⁰⁾このようなメルク社の訴訟戦略の成功に関して、たとえば一人の Viox の原告が補償金を受け取った上で、メルク社の弁護士の一人から「Viox が心臓発作を引き起こしたというたった一つの事件も、メルク社はまだ発見していない」という陳述を提案されたが、このようにメルク社から説得された者は一人ではないとした。⁽⁸¹⁾この弁護士はまた、心臓発作自体が (Viox とは関係なく) 多くの人々において一般的なことであるとされていた。メルク社の弁護士の一人が、Viox は原告の心臓発作を引き起こしたということについて全く根拠がなかったという陳述を誰かにさせていたとするならば、弁護士は裁判所に対

する弁護士は誠実義務を果たしていたかどうかに関して深刻な問題が浮上するであろう。⁽⁸²⁾

因果関係や損害に対するメルク社の抗弁に対して有効な情報や証拠を提示できないということは、メルク社が、事件は特定されていないと主張する一つの理由である。メルク社の調査が、Vioxx が心臓発作を引き起こしたことを示す証拠は専門家を説得するほどには特定されていないと主張することと、全く原因ではないと主張するのは全く違う。同じ流れで、原告が、「メルク社は、Vioxx が心臓発作を引き起こしたと信じていた」というような言葉を用いることは、マスコミには意味あるメッセージとなるかもしれないが、実際に訴訟でそれ自体を立証するのはかなり骨の折れることであった。⁽⁸³⁾

したがって、当事者主義的手続において、デイスカバリーと正式事実審理を通して、全ての原告の主張を否定し、あらゆる申立てに挑戦するメルク社の戦略は、株主利益や依頼人への義務によって補強されるため、訴訟の真実探求の目的とは直接的に衝突することになる。問題は、たとえ問題の証拠を公けに開示しないイン・カメラ手続で議論することになっても、裁判所にその原告への開示を要求することが許容されるかどうかである。⁽⁸⁴⁾

メルク社は、原告がメルク社は不十分な警告しかおこなわないで Vioxx を販売し、Vioxx はそれらの損害を引き起こしたということを、それぞれの事件で、証拠の優越性 (preponderance of evidence) の原則に基づいて立証するための十分な証拠を提示すべきだと主張する権利を有している。それでも同様の多くの申立てが続くならば、特定の事件での証拠はメルク社の責任の存在について陪審を説得するには十分の潜在力があるとおそらく裁判所に認めさせるだろう。⁽⁸⁵⁾ その時、誠実な和解の議論に携わるのは意味のあることである。実際、不法行為システムは正式事実審理なしに大部分の事件を和解などで処理することを可能にしているし、またそのような訴訟指

揮を裁判官に認めている。そうすると、ここでも、ディスカバリーに基づく、具体的な証拠や事実情報の開示は不可欠ならざるを得ない。⁽⁸⁶⁾

しかし、メルク社は、それぞれの事件の誠実な評価に携わり、裁判所との率直な議論に参加することよりも、許容される正式事実審理の戦術を駆使する方法を選択した。これは、他方で、原告らの要求に対する公平な解決に対する権利を妨げ、その結果、訴訟当事者だけでなく裁判所のような公的な制度に対してもかなりの費用負担を強いた。この点、メルク社がどんなケースにも決着をつけたがらない理由に関して裁判所に示した答えは、和解決が Mass Torts のその他の事件と全体的な解決に否定的な影響を与えるということである。

不法行為では同種の出来事や被害発生を抑止が必要であるという法政策的要請と、そのための、例えば三倍賠償の裁定は、経済効率、矯正的正義、および社会正義の公的目標を促進する効果的で正当な方策として機能する可能性がある。しかし、原告のディスカバリー要請に対する弁護士―依頼人特権を根拠とするメルク社の戦略の効果は、訴訟のあらゆる重大な局面に影響を与えた。⁽⁸⁷⁾メルク社は、この戦略を採用したとき、おそらくこれらの効果を予期し、望んでいたといわれる。⁽⁸⁸⁾最初の目標は、原告側弁護士の訴訟費用をつり上げ、そして被害回復への期待を下げることによって、原告側弁護士に Vioxx 事件について提訴することに関して、より用心深く考えさせることであった。事件に対するより慎重な評価をおこなうことは、個人的そして社会的な正義を促進する公益と同様に、法的、倫理的な誠実義務でもある。正式事実審理の段階を通して、個々の事件の初期評価とその受け入れの決定から、原告の弁護士もまた裁判所へのこのような誠実義務の恩恵を受けている。メルク社が、二万七千件すべての事件に有利性がないわけではないと知ったのとちょうど同じように、原告の弁護士は、事件のい

くつかは他の事件よりも有利性を欠いており、よりさらに難しい証拠の提示、証拠制限の問題について抗弁する制定法上の根拠を欠いていると感じていた。⁽⁸⁹⁾

しかし、だからと言って個々の市民が彼らの要求を実現するために有能な弁護士を見つける機会を失っているかどうかについては、相当な注意が払われるべきである。Vioxx 訴訟では、多くの Mass Torts 訴訟の経過において見られるように、原告の弁護士らは、何らかの方法で協力し合うこと、クラス・アクションを提起すること、ディスカバリーを実施するために主任弁護士委員会を設置すること、または情報を共有することに同意していた。⁽⁹⁰⁾ほとんどの Mass Torts 事件が資力ある会社を被告にするため、原告側弁護士は、訴訟費用が巨大になる傾向があることを認める。つまり一件が十萬ドルよりも少額におさまり、しかも、個々の被害の責任についての訴えが十分可能であるというようなことはありそうにない。⁽⁹¹⁾現実に訴訟提起と維持のために予想された費用は、事件を委任されて費やされる仕事時間（タイムチャージ）に加えて、原告側弁護士に重い負担となり、結局、事務所によっては、他の資金調達先を見つけないければならないというような別な負担を負わせた。

実際に、弁護士による代理を拒否された多くの潜在的な依頼人が、貧しいか、少数民族か、またはその双方であったと指摘されている。⁽⁹²⁾これらの依頼人はおそらく、彼らの事件の勝訴については最も低い可能性を示した。なぜなら彼らは Vioxx の服用前に複数の健康上の問題をもっていた可能性があるからである。

このように Vioxx 訴訟で複数の依頼人を代理した原告の弁護士は、不法行為訴訟に共通している多くの倫理的問題および経済的問題に直面していた。ワインスタイン裁判官が注意したように、これらの問題は訴訟代理人の依頼人に対する守秘性と熱心な弁護活動への誠実性への契機を含んでいる。⁽⁹³⁾そのため依頼人の一人のためにこれら

の義務を実行することは、別の者へのその義務に反する危険を冒すという立場に置かれた。⁽⁹⁴⁾ こうして、原告の弁護士らは個々ばらばらに分断されていく一方、メルク社の弁護士は、企業利益を保持するという一点で結束し、訴訟上のインセンティブを發揮することで、より大きな力と影響力を訴訟に与え続けることが出来た。メルク社の戦略によって強調された主張が、正式事実審理の最初に提示されるように因果関係と不十分な警告についての原告側の立証責任に関してであり、原告側にそれらに対する原告団共通の方針がないとき、もし個人が個々の弁護士によってバラバラな対応を伴う代理をされるなら、そのグループにおけるいくつかの事件は必然的に不本意な和解、仲裁または早期に正式事実審理へ推し進められることになる。和解または裁判外紛争処理の可能性が、このような原告と原告代理人の個人的、財政的、または感情的な必要性に基づく場合には、原告の何人かには不満なものとなるだろう。⁽⁹⁵⁾

原告依頼人間の潜在的なコンフリクトは、個人がグループの一部として代理されるような全ての Mass Torts 訴訟においては常に存在している。しかしながら、メルク社の訴訟戦略に関する公的見解は、個々の原告の依頼人の必要性または要求に応じる原告側弁護士の能力を減退するというものである。メルク社が和解契約に基づき期待した条件は、原告側弁護士がグループ全体の総合的な利益を促進する一方で、個々の依頼人の利益を犠牲にすることを原告の弁護士に説得するということであった。⁽⁹⁶⁾ つまりメルク社の訴訟戦略と原告側弁護士が選択せざるを得なかった対応は、このような Mass Torts 訴訟の場合、裁判所の何らかの管理的介入がないと、そのまま 一対一の不法行為の原型に押し込められた、バランスを欠いた解決を導いてしまうことである。では、Mass Torts 訴訟においてはどのようなようにして裁判所はバランスある管理的介入をとるべきか。この点の分析は道

徳的かつ公的政策の観点からより批判的な検討を必要とする。

- (1) Brent M. Rosenthal, Misty A. Farris and Sharon D. Bautista, *Toxic Torts and Mass Torts*, 60 SMU L. REV. 1345 (2007); 59 SMU L. REV. 1579 (2006); 58 SMU L. REV. 1183 (2005); Brent M. Rosenthal, Misty A. Farris, Sharon D. Bautista and Renee M. Melancon, *Toxic Torts and Mass Torts*, 61 SMU L. REV. 1155 (2008).
- (2) LINDA S. MULLENIX, *MASS TORT LITIGATION CASE AND MATERIALS* 28 (2nd ed. 2008).
- (3) *Id.* at 29-30.
- (4) *Id.* at 30.
- (5) *Id.*
- (6) *Id.*
- (7) *Id.* at 31.
- (8) *Id.* at 32.
- (9) *Id.* at 30.
- (10) *Id.* at 27-28.
- (11) *Id.*
- (12) David Rosenberg, *Mass Tort Class Action: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 HARV. J. ON LEGIS. 393, 393 (2000).
- (13) FED. R. CIV. P. 23 (a), 23 (b) (1)-(3). 規則二三条の内容は以下のとおりである。
 - (a) クラス・アクションの前提要件
 - ① クラスの存在
 - ② クラスの大きさ

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバー手続について

- ③ クラスの共通事実および法律問題の存在
 - ④ クラス代表者の典型性
 - ⑤ 代表者の適性代表性
- (b) 維持可能なクラス・アクション
 - (c) クラス・アクションの決定
 - (d) 裁判所の命令
 - (e) 和解、任意的取り下げ、あるいは裁判外和解
 - (f) 上訴、承認判断に対する控訴裁への裁量上訴(1998年改正)
 - (g) クラス・アクション弁護士
 - (h) 弁護士費用
- (14) *Price v. Philip Morris Inc.*, 848 N.E.2d 1, (Ill. 2005), cert. dismissed, 127 S. Ct. 685 (2006). ただし、Class Action Fairness Act of 2005 によって集合団体訴訟の改正が行われた。二〇〇五年二月一八日、ブッシュ大統領は、集合代表訴訟を抑制する法案を提出し、企業に対する集団訴訟を規制する法が制定された。(下院で、二七九対一四九で可決。) 集合代表訴訟規制法は、自動車、薬物、銃製造業者から住宅建築業者やタバコ会社に至るまで規制が盛り込まれた。この立法では、クラス・アクションにつき、訴額が五〇〇万ドル以上であり、かつ原告(クラス)のいずれか一人と被告のいずれか一人とが別々の州の市民であれば、連邦裁判所に管轄権を原則として認め、例外的に一定の要件を満たす場合(例えば、原告(クラス)のうちの三分の二と主要な被告が同一の州の市民であるとき)には連邦裁判所に管轄権を認めないこととした(28 U.S.C. 1322 を改正)。
- (15) MULLENIX, *supra* note 2, at 30. またクラス・アクションについての論考は以下に掲げたとおりである。Nicole Gadbois, *Mass Torts, Bankruptcies and Due Process: Are Class Action Settlements Just A Constitutional Compromise?*, 32 WESTCHESTER B. J. 45 (2006); 32 WESTCHESTER B. J. 45 (2005); Deborah R. Hensler, *Bringing Shuttles Into the Future:*

- Rethinking Protection of Future Claimants in Mass Tort Class Actions*, 74 UMKC L. REV. 585 (2006); Francis E. McGovern, *A Proposed Settlement Rule for Mass Torts*, 74 UMKC L. REV. 623 (2006); Seth A. Northrop, *Exporting Environmental Justice by Importing Claimants: The Suitability and Feasibility of the Globalization of Mass Tort Class Actions*, 18 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 779 (2006); Note, *Successor Liability, Mass Tort, and Mandatory-Litigation Class Action*, 118 HARV. L. REV. 2357 (2005); Byron G. Stier, *Jackpot Justice: Verdict Variability and the Mass Tort Class Action*, 80 TEMP. L. REV. 1013 (2007); Sarah-Katherine Adams, *Mass Tort-Class Action Certification-the Unavailability of Class Certification under the Tennessee Consumer Protection Act and the Appropriateness of Class Claims Alleging Common Law Fraud and Misrepresentation in Tennessee*, 76 TENN. L. REV. 491 (2009); Francis E. McGovern, *Class Action in the Gulf South and Beyond: A Model State Mass Tort Settlement Statute*, 80 TUL. L. REV. 1809 (2006); Byron G. Stier, *Resolving the Class Action Crisis: Mass Tort Litigation as Network*, 2005 UTAH L. REV. 863 (2005).
- (16) Rosenberg, *supra* note 12, at 393.
- (17) JACK B. WEINSTEIN, *INDIVIDUAL JUSTICE IN MASS TORT LITIGATION: THE EFFECT OF CLASS ACTION, CONSOLIDATIONS, AND OTHER MULTIPARTY DEVICES* 8 (1995).
- (18) *Id.*
- (19) *Id.* at 9.
- (20) *Id.* at 11.
- (21) *Id.* at 9.
- (22) *Id.* at 14.
- (23) MULLENIX, *supra* note 2, at 27-28.
- (24) *Id.* at 28.
- (25) PETER H. SCHUCK, *AGENT ORANGE ON TRIAL: MASS TOXIC DISASTERS IN THE COURTS* (Enlarged ed. 1987).

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるデイスカバリー手続について

七九

(26) MULLENIX, *supra* note 2, at 12.

(27) *Id.* at 13.

(28) *Id.* 最初の連邦地方裁判所でエージェント・オレンジ訴訟が審問された典型的な事件では、訴訟は六〇数人の個人の訴訟参加者からなっていた。しかし、たちまち地方裁判所における、エージェント・オレンジ事件の訴訟一覽表だけでも、シングルスペースでおよそ四百二十五ページの長さとなり、それは七千三百人以上の個人訴訟参加者からなっており、多くの提示されている文書は、何百ページもの長さがあった。申立書ファイル、聴聞の速記録、裁判所命令、宣誓供述書、およびその事件における他の裁判所文書は、かなり多量であった。

その事件の財政的、人力的要求はましてなおさら驚異的であった。法律事務所のネットワークが有効に使われて組織された原告は、一九八四年五月までにおよそ千五百人に達し、アメリカ国内のあらゆる地域に存在した。その訴訟準備の文書作成のために費やされた費用は、確実に千万ドルを越え、しかも増加し続けた。結局、彼らの大規模な取り組みの中で、被告が単に正式事実審理の準備をするために何百人もの弁護士と共同のスタッフを利用して、およそ一億ドルを費やしたと見積もられてきた。歴史上最大の不法行為に関するこの訴訟は、およそ六年間の訴訟の後、一九八四年五月に最終的に、和解をもたらした。到達した和解では、信託基金として一億八千万ドルの基金を設置し、発生した利子である毎日四万ドル以上を基金に加えた。その結果、それは現在総計二億ドル以上になっている。裁判所もかなりの出費を、具体的には二百万ドル以上を集団のメンバーが基金に対して提訴した約二五万の要求を処理するためのエージェント・オレンジ事件用のコンピュータセンターを創設しなければならなかった。

(29) MULLENIX, *supra* note 2, at 14.

(30) *Id.*

(31) *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation (Bernadine K. Findley v. Donald M. Blinken), 129 B.R. 710 (1991) (history of Manville Trust); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation (Frank Rummo and Betty Rummo v. The Celotex Corporation), 726 F. Supp. 426 (1989) (computation damages); *In re* Marc and Kathleen

Hinman, Debtors (Citicorp Credit Services, Inc. v. Marc and Kathleen Hinman), 120 B. R. 648 (1990) (class certification); *In re* New York City Asbestos Litigation, 123 B. R. 7 (1990) (joint administration); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 737 F. Supp. 735 (1990) (Special Master ethics); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation (Sarah Jane White v. Eagle-Picher Industries, Inc.), 134 F. R. D. 32 (1990) (power over state cases); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 769 F. Supp. 85 (1991) (consolidation); *In re* Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 772 F. Supp. 1380 (1991) (computation of damages); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 929 F. Supp. 1 (1996) (memorandum to parties on questions for decision after remand).

(32) *In re* DES Cases, 789 F. Supp. 552 (1992) (theories of jurisdiction); *In re* DES Cases, 789 F. Supp. 548 (1992) (market share); *Bilello v. Abbott Laboratories*, 825 F. Supp. 475 (1993) (lack of disqualification of trial judge); *Wind v. Eli Lilly & Co.*, 814 F. Supp. 305 (1993) (remand issues).

(33) *See*, Mullenix *supra* note 2, at 14-15.

(34) *Id.* at 15.

(35) *Id.*

(36) *Id.* at 14.

(37) Frank M. McClellan, *The Vixen Litigation: A Critical Look at Trial Tactics: The Tort System, and The Roles of Lawyers in Mass Tort Litigation*, 57 DEPAUL L. REV. 509, 514 (2008).

(38) *Id.*

(39) *Id.*

(40) *Id.*

(41) *Id.*

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について

- (42) *Id.*
- (43) *Id.* at 514-15.
- (44) *Id.* at 515.
- (45) *Id.*
- (46) *Id.* 二〇〇七年三月に実質的な原告側勝訴の評決をもたらした一つの *Vioxx* 訴訟は、訴訟当事者と弁護士が公的に訴訟開始から繰り返してきた基本的なテーマを反映していた。つまり、ニュージャージー州アトランティックシティの陪審は、心臓発作を受ける前に、二ヶ月間 *Vioxx* を服用した六一歳のフレデリック・ヒューメルストーン (Frederick Humelston) の損害賠償に二十万ドルと、懲罰的賠償に二千七百五十万ドルを認めた。
- (47) これら訴訟のうち、約二万四千三百二十五の原告団を代理する約九千二百件は、連邦MDLにて取り上げられているか、取り上げられる予定となっており、約三千三百五十の原告団を代理する訴訟約三千三百五十件は、ニュージャージー州高等裁判所において調整された訴訟に含まれている。また、二〇〇八年三月三十一日現在、約一万二千七百六十人の原告が、心筋梗塞 (MI) または虚血性脳卒中 (IS) をもたらす血栓性心血管イベントから生じる傷害の請求について、該当する時効の進行を停止することを求め、メルク社はこれら原告と時効停止合意書を結んだ。二〇〇八年に予定されている製造物責任訴訟に関する情報については www.merk.com/newsroom/vioxx を参照。上記訴訟に加え、二〇〇八年三月三十一日現在、二万一千を超える原告団の請求が却下または取下げられた。このうち、二千二百五十を超える原告団の請求については、原告自身または裁判所により取下げ、または却下された。(再訴不可能)。更に一万八千七百五十を超える原告団の請求が却下された(再訴可能)。このうち、一万一千八百の原告団は和解契約時にニュージャージー州高等裁判所において係争中で和解契約により策定されたプログラムに参加する意思を表明した原告を代理していたが、Carol Higbee 判事はこれらの訴訟を管理上の理由から却下した(再訴可能)。
- (48) McClellan, *supra* note 37, at 515.
- (49) *Id.*

(50) *Id.*

(51) *Id.* at 515-16.

(52) *Id.* at 516.

(53) *Id.*

(54) *Id.*

(55) *Id.*

(56) *Id.* at 516.

(57) *Id.* at 509-10.

(58) 二〇〇七年一月九日、メルク社は、VioxのMDLの原告運営委員会の執行委員会を構成する法律事務所およびニュージャージー州、カリフォルニア州ならびにテキサス州において調整された訴訟の原告側弁護団の代表と、州および連邦裁判所で提訴されていたMIおよびISに関する請求を解決するための契約（「和解契約」）を結んだ。二〇〇八年三月三十一日現在、条件に該当する傷害を登録した約四万七千五百人のうち四万五千人を超える個人が、米国内でメルク社に対して起こされた州および連邦のMIとISに関する請求を解決するプログラムへの登録に必要な資料の一部または全部を提出した。和解契約に基づき、これら全ての適格な提出資料の処理が完了すれば、このプログラムに以前登録された適格なMIとISに関する請求の九四%を超えることになる。残りのものについては、まだ適格性が確定されていない。

(59) McClellan, *supra* note 37, at 510. 最終的に、和解同意書は、調整される手続を試みてきた連邦と州の原告の運営委員会と会社の法律事務所が、心筋梗塞(MI)も脳梗塞のどちらも主張する彼らの一〇〇%の依頼人に対して、プログラムへの入会を勧めることが求められると規定する。また、これらの弁護士と法律事務所もまた、訴訟参加しない原告の代理をし続けることを禁止されている。十四件の訴訟に引き続き和解では、訴訟の進行中、メルク社は、「全ての事件を訴訟すること」を明言し、そして弁護士費用と他の訴訟費用において何百万ドルも支払うことによつ

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバー手続について

八三

てその公的訴訟の姿勢を支持した。ところが一方で、公衆衛生へのメルク社の貢献を売り込む大々的な宣伝を続けていた。

- (60) *Id.*
- (61) *Id.*
- (62) *Id.* at 517.
- (63) *Id.*
- (64) *Id.*
- (65) *Id.*
- (66) *Id.*
- (67) *Id.*
- (68) *Id.*
- (69) *Id.* at 518.
- (70) *Id.*
- (71) *Id.*
- (72) *Id.*
- (73) *Id.* at 525.
- (74) *Id.* at 525-26.
- (75) *Id.* at 526.
- (76) *Id.*
- (77) *Id.*
- (78) *Id.*

(79) *Id.* さらに、被告側弁護士によって作られた公的な陳述書は、正式事実審理前、正式事実審理中と正式事実審理後にメルク社の戦略と一致している。つまり、「この戦略を実行するメルク社の弁護士の倫理観を評価するために、裁判所へ率直な命令をする ABA Model Rules Professional Conduct の規則 3.3(a) を熟慮することは、役立っている。この規則は、以下の一部を規定している。『弁護士は故意に、(1) 裁判所に事実もしくは法について誤った陳述をする、または弁護士によって裁判所になされた重要な事実もしくは以前の法について誤った陳述を訂正しない。または(3) 弁護士が誤っているのを知っている証拠を示す、ことはしてはならない。』」

(80) *Id.* at 527.

(81) *Id.*

(82) *Id.*

(83) *Id.*

(84) *Id.*

(85) *Id.*

(86) *Id.*

(87) *Id.* at 528.

(88) *Id.*

(89) *Id.* at 528-29.

(90) *Id.*

(91) *Id.*

(92) *Id.*

(93) *Id.* at 529-30.

(94) *Id.* at 530.

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスクバリー手続について

(95) *Id.*
(96) *Id.*

第三章 Mass Torts におけるディスカバリー

1 Mass Torts におけるディスカバリーのあり方

連邦裁判所は、規則二六(c)の下で保護命令を決定する権限を持っている。通常、そのような命令は特定の文書または一連の文書に関して、あるいは特定の証言録取書の中身に関して求められる。しかしながら、当事者の間であらかじめ文書や情報の非開示に関する保護命令に同意しておくことは、一般的であり、裁判所は彼らに自主的になされた保護命令を前提として、文書の提出を回避することを当事者に許可している。

民事訴訟において保護命令は、企業機密や特許開発情報や、事件に無関係な資料の公への開示からの保護を目的とする。当事者による特定文書ごとの開示の申立てがない限り、文書の守秘性の判断については、提出する当事者に委ねられている。そのため多くの事案では当事者は、提出を拒みたい情報があるときには、「弁護士－依頼人特権」や「ワーク・プロダクト」を根拠にしたり、裁判所に特定情報に関する保護命令を求めることになる。この命令申立てに対しては、当事者は守秘性の指定についての正当事由 (good cause) を示すように争うことは可能であるが、実際にはあまりおこなわれていない。それは、文書の守秘性如何についてはディスカバリー手続の間、あくまでも提出する双方当事者のコントロール下にあるからである。しかし、もし事件が正式事実審理に到達した場合、すなわち正式事実審理で文書が使用される場合には、それが引き続き保護命令の範囲内で保持さ

れることはほとんどなくなる。というのも審理段階では公的アクセス、つまり開示された文書への第三者のアクセス権への推定が強くなるためである。⁽¹⁾

しかしより問題なのは、Mass Torts 事件において、保護命令の広範囲な利用がおこなわれると、一般事件に比べて、立証のための情報収集が原告にとって容易ではないということである。Mass Torts においては、保護命令は特に原告側にとって厄介なものとなる。Mass Torts 事件で被告によって利用される最も一般的な守秘性の主張は、企業機密に基づく文書開示の拒否である。というのも、通常、保護命令は、それが主として提出する者に何らかの克服できない危害を引き起こすかもしれない可能性ある企業情報に適用されるからである。もとより被告はダメージが大きい情報の公開を避けたがるものである。他方、原告は、依頼人のためにより満足度の高い和解に対する交渉の方策として、このダメージが大きい情報の入手を望む。この両当事者の訴訟戦略の現実的対応に注目すると、訴訟システムがもつ公的 성격の観点からは、たとえば特定の情報（薬剤や農薬など）が公的安全性や公衆衛生にとって重要な情報であるかぎり、公が「秘密情報を手に入れる」という手続は、熟慮の価値があるということになる。

もつとも保護命令は、実際の企業機密に関わり、しかもそれが公共への影響がない場合には正当な役割を持っている。しかし、そうでないときには私たちは会社のプライバシー利益と公衆の安全衛生との間でより公正なバランスをとる必要に迫られる。法的システムは、不正行為を行なう者を保護すべきでないし、犠牲者に対する損害の原因を隠匿すべきでないからである。ワインスタイン裁判官は、Mass Torts 訴訟においては、裁判所が、機密についての申立てを承認する傾向があるという点について示したあとで、彼は、Mass Torts 訴訟における

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について

八七

デイスカバリーの問題が「コンピュータを通して収集された利用可能なデータの莫大な増加、インターネットとメールを通じた広範囲の通信の容易さ」⁽²⁾によってより重大になっているとしている。彼は、保護命令について議論する際、もし、「公共の利益」⁽³⁾にとって必要ならば、裁判所は、法的な修正を求めるとできると付け加え、るとともに、保護命令を一時中止することに同意するとした。

彼は、バランス・テストの効用について議論し、「情報の守秘性を維持する当事者の利益と、それを公表することによる公的利益とを比較検討する」⁽⁴⁾ことが必要だとする。均衡論的立場を示しながらも彼は、Mass Torts 訴訟におけるデイスカバリーの積極的開示に賛成しているように思われる。すなわちMass Torts 訴訟では「それぞれの事件は異なっているが、一般的に疑念がある場合に、機密性は拒否されるべきである」⁽⁵⁾という。のちにウィンスタイン裁判官は、彼の調査官と共に共同執筆した論文で、その話題をふたたび取り上げた。とくにMass Torts に関する彼の視点は広がっていた。すなわち、Mass Torts 事件が、社会に与えるそれらの影響という観点から、共同体の個人メンバーの利益は、時々、全体として共同体の利益に移行しなければならない、という。彼によれば、裁判官はMass Torts 事件において広域にわたる公的調査の必要性を熟慮しなければならない、訴訟においては、率直に、訴訟当事者の潜在的利益、情報にアクセスするための機関の必要性、原告の将来の利益、そして科学的分析に対応可能な公的利益団体の役割に重きをおかなければならない、とする。⁽⁶⁾

ウィンスタイン裁判官はMass Torts におけるデイスカバリー手続での機密性の濫用に関する明白な懸念を受けて、いくつかの提案を示した。すなわち、裁判所は、保護命令に関する紛議に際してはその判断のために第三者の介入を得ることが奨励されるとともに、公的利益が問題になるときは保護命令が修正可能であるこ

とに注意すべきだとした。⁽⁷⁾つまり、Mass Torts 訴訟における文書提出については、これまで包括的保護命令を正当化するためにかなり誇張されてきた。そのため保護命令が公的利益に関して適性なバランスを示すまでには到達していない。⁽⁸⁾保護命令は、「ディスクバリー資料の流れを促進し、秘密性に関する論争の迅速な解決を容易にして、機密資料を適切に保護し、そして保護がそのように権利を与えられた資料にだけに限定することを確実にする」⁽⁹⁾ために出されるものであるとワインスタイン裁判官はいう。保護命令に関する規則では、「もし誠実な当事者が、文書は規則二六(c)(7)の下で適切に保護されていると信じる」⁽¹⁰⁾ならば、提出する当事者は守秘性をもとにどのような文書も指定できると、規定する。⁽¹¹⁾

Mass Torts 訴訟における保護命令に関する考えは、状況変化への慎重な配慮がおこなわれるよう検討されている。第一に、莫大な量の文書が爆発的に増加していることである。十年前には電話や個人的になされていた手紙などのコミュニケーションは、現在は、ほとんどEメールを通して行われている。そしてこれらのEメールは長期間にわたって保持される。経験豊富なMass Tortsの専門弁護士は、提出された文書の量は、ある時点で例えば百万ページあった訴訟は、現在、通常、数千万ページとなっているとしている。その量的増加と共に、書面の検討と提出に要する費用のかぎらない増加と、その過程における過ちの可能性の増大も考えられる。つまり、守秘性のない文書が、悪意であろうとなかろうと、より不適切に用いられることもおこる。第二に、迅速なデジタル流通の世の中で、機密書類がいったん限定されたとはいえ、技術的に経験豊富な人間にそれが漏らされてしまつと、永久的に利用可能になることが懸念される。文書の情報が特定できるときですら、文書が回収されたりコピーされたりするという思いもよらない出来事がおこり、文書は、保護命令を出す際に裁判官の適切な対応が

ないと、問題を生じそうである。

最後に、どんなアプローチも関連情報にアクセスする際には、公的信頼と公的利益を考慮に入れなければならない。もし関心ある第三者が、公衆衛生に影響を与えるような実質的な機密情報入手できないと思つたならば、彼らが保護命令に違反して文書の公開を試みる可能性も増える。結局、概念上の包括的保護命令は、健全なまま残っているが、しかし、公的利益については柔軟性を持つべきである。このことを支持する基本的な理由が、まだ存在しているのである。実際に、包括的保護命令を出す際にもし裁判官が数千万から数百万ページの書面を⁽¹²⁾検討するとすれば、それは実行不可能である。

保護命令には、機密性に挑戦する第三者については、分かり易いメカニズムがあるべきである。訴訟当事者は、しばしば正当化理由なしに文書を秘密として維持する動機をもつ。すなわち訴訟に影響力を増そうとする原告側弁護士と、害を及ぼす文書の開示をできるだけ避けて通ろうとする被告側弁護士である。第三当事者のかかわりはこれらの利益についての実用的なチェックを果たし、少なくとも Mass Torts 訴訟では、しばしば機密性への挑戦に興味がある公的利益組織または、第三者が存在する。保護命令は、そのような挑戦についての迅速な解決を容易にするためになされるべきである。文書の機密性に対する正当な挑戦についての手段を提供することは、保護命令に果てしない挑戦をする第三者の動機を減らすことにもなる。したがって保護される文書の提出に関連する要件は明白にされるべきである。

最後に、そしておそらくより重要なことに、保護命令違反への制裁が今後のディスクバリー違反を阻止するために重要な課題となる。そのような制裁は多くの場合、罰金がすべての当事者とすべての違反に対して適用され

るべきである。このように、もし被告が一貫して不誠実なまま文書を提出しないならば、制裁は、提出しない文書に対して、裁判所によってはつきりと示されるべきである。同様に、保護命令の合意者に対しても、開示することから保護された文書について違反する行為をおこなうとき、厳しい制裁は適切である。この場合、公開への要求については、裁判所がイン・カメラ手続等で第一義的な公開を妨げる本格的な対策をする必要がある。様々な電子通信技術は、文書の開示について電話もしくはネットワークと同じくらい複雑であるにもかかわらず、現代の保護命令手続においては特有の条件を有している。これらの技術では、保護命令の違反をひきおこすことがあり、しかもそのいくつかは意図的なものである。そこで、第一に包括的保護命令によって確立された目標をさらに効果的にするために、裁判所はこれらの命令の範囲における変化を確実にさせる必要がある。そうすることによって、機密文書の不適切な公開を妨げることになるだろうし、公衆衛生に影響を与える重要な非機密書類の公開に明確な道を与えそうだからである。

2 Agent Orange 訴訟におけるディスクバリー

エージェント・オレンジ事件がディスクバリーとの関係で重要なのは、ベトナム戦争が国の戦略として行なわれていた国家行為であったため、作戦にかかわる文書や証言が「軍事機密」や「国家行為の守秘性」のために開示することができないという困難さに直面したからである。

この点に関しては、一九八二年五月に、特別補助裁判官 (Special Master) の Sol Schreiber 裁判官は、この訴訟でディスクバリー問題を扱った際、口頭で包括的保護命令を出していた。この命令では、当事者に関してだけ

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスクバリー手続について

でなく証言録取等によって出されるすべての文書が内密に扱われることとなっていた。特別補助裁判官は、この訴訟の複雑さ、争点をめぐる感情的反応、いまだに調査されない文書の数の存在、および一九八三年六月の開廷日に間に合わすために迅速なディスカバリーをすることが望ましいとして、正当事由を支持していた。

この命令は本訴の受命裁判官である Paul 裁判官によって承認された。この特別補助裁判官は、ある特定の文書に関しては後に保護命令を一部解除したものの、Paul 裁判官自身は包括的命令を課すその理由を持論として繰り返し、保護命令を維持した。Paul 裁判官はその理由について、当事者および政府間の協力を促すことの必要と効率的なディスカバリー計画を実施する効用と迅速さを比較衡量した上で、包括的保護命令を支持するのに十分な理由があると述べた。その結果、Paul 裁判官は、一九八〇年から一九八三年の政府の記録文書に関して、保護命令を出し続けた。最も初期の命令では、復員軍人庁にファイルされている秘密医療記録を保護した。

この命令を出す際に、Paul 裁判官は、開示の公益性や開示の必要性よりも、(1)これらの医療記録の対象者に対する危害の発生の可能性、(2)治療行為に関する記録の機密保持の必要性、および、(3)医師―患者関係の秘匿特権の要請のほうがより重要であるとした。⁽¹³⁾

一九八三年五月一二日に、原告の請求によるサマリー・ジャッジメントの申立てがあつたため、Paul 裁判官がこれを裁決し、そこで、特別補助裁判官に対し包括的保護命令について若干の部分を解除するように勧告した。その結果、同年六月二一日、特別補助裁判官は「当事者のサマリー・ジャッジメント請求書面で提出され、言及されている」全ての文書に関して保護命令を解除するよう勧めた。特別補助裁判官は、コモンロー上の公的なアクセス権が裁判記録の一部の文書に対して認められ、裁判所はこれらの資料を保護命令から免除する必要がある

とした⁽¹⁴⁾。その理由の中で、彼は、サマリー・ジャッジメントの決定に達する際に裁判所に提出された文書が、裁判記録の一部の文書だと認定し、何千もの退役軍人および彼らの家族のメンバーを巻き込んだこの複雑な訴訟によって提起される争点の性質について知ることに公は利益を有していると判断した⁽¹⁵⁾。彼はまた、サマリー・ジャッジメントの文書において公共的利益を高めることは、公的に理解されている (in public understanding) とも述べた⁽¹⁶⁾。

このような、積極的な保護命令の解除の方向性は紛争解決を促進した。特に、エージェント・オレンジ事件の和解による解決に功績のあったワインスタイン裁判官は、和解の手續に当たって予備的覚書および命令を出し、その決定において、彼は当事者にディスカバリー成果の全てを提出するよう命令した。その結果、当事者は、裁判官によって与えられる指示に従って、この指示についてはの上訴が認められることを条件に、裁判所が保管するディスカバリーで得られたすべての証言録取、およびその他の書類を提出することになった⁽¹⁷⁾。規則五(d)は、裁判所が別途命じない限り、相手方に送達されることを必要とするすべての書類が裁判所に提出されると規定するからである。その場合、裁判所の命令で、必要とされる文書は訴訟手續で使用するために提出されなければならないかった。

エージェント・オレンジ事件についての包括的保護命令は、被害者に関する情報だけでなく大部分の政府文書および証言録取に関しても出されていたが、それも解除された。このような裁判所の決定に対する申立てにおいて、政府側は、このような情報は情報公開法のもとにそれぞれの政府部局から探すことができるので解除の必要性はないと反論した。しかし、結局ワインスタイン裁判官の指揮のもとで、政府は、政府機関が申立人に記録を

公表する準備ができていない場合、開示を妨げないことを保証した。

エージェント・オレンジ事件では、原告である原告運営委員会と同様に、退役軍人グループおよび個々の弁護士によって代表されるクラス・メンバーがこれらの保護命令を解除するために活動した。政府や企業の守秘義務の抗弁に対して、彼らが主張したのは、ディスクバリー情報への憲法第一修正の公的アクセス権およびコメント上の公的アクセス権であった。しかし、公がディスクバリー資料にアクセスできるとするこれらの法的根拠は、当該文書が正式事実審理で提示された裁判記録を対象とするものであったため、裁判所は、この点につき、「正式事実審理前の証言録取は、民事裁判の一般の構成要素でない」とした。⁽¹⁸⁾ 裁判所は、このアクセス権は絶対でない」と判決し続け、とくに裁判記録への公的アクセスが競争相手の事業情報を含むか、または不必要な当惑または屈辱をもたらす場合には、アクセス権を制限することができるとしていた。

しかしながら、最高裁判所は、合衆国対 *Citien* 事件⁽¹⁹⁾ で、このアクセス権が「裁判所手続への公的監督と検査、および重要事項を知る市民の権益」を許容すると述べた。⁽²⁰⁾ また、⁽²¹⁾ 事件では「判決は公開審査を前提とすべき」としている。⁽²¹⁾

他方、ディスクバリー規則に対する制定法上のアクセス権については、規則二六(c)を根拠として、ディスクバリー資料が公開されたものであるとの推定が主張される。非開示とされたディスクバリー資料への公的アクセスを制限するために「正当事由」が存在するということを証明することが必要であるとする同規則は、そのような証明がない場合には、ディスクバリーによる情報が公開されるのだと解釈する。シアトルタイムズ事件⁽²²⁾ において最高裁は、被申立人が公衆の目から特定の情報を保護するために保護命令を必要とし、その正当事由を示した

という事実審裁判所の決定を承認した。シアトルタイムズ事件において、裁判所は、正当事由による、憲法第一修正の権利に関する制限を承認した。したがって、もしこのディスクバリー資料へのアクセスが、規則二六(c)にいう秘密利益の非公開を合法化させるほどの危害を引き起こさないなら、そのときはこれらの保護命令を正当化する理由がないことになる。資料の公表によって実際の危害が生じるというのであれば、そのことについて申立人は立証しなければならない。裁判所は、もし更に詳しく述べられた保護命令の必要性が生じるならば、それは継続しているディスクバリーの状況に応じて個別に扱われるだろう、とした。⁽²³⁾ つまり保護命令のために正当事由が被告から示されるときでさえ、そのような命令を与えるという決定権は裁判所の裁量、であるとした。⁽²⁴⁾

このように、エージェント・オレンジ事件は、被告が包括的保護命令のもとにディスクバリー資料の継続した保護について正当事由を示した場合でも、開示の必要性の方が更なる保護の必要性を上回って示されることが求められた。その一方で、サマリー・ジャッジメントの申立てによって特定の資料に関して保護命令が解除されるよう求められた時、特別補助裁判官は開示を支持する多くの理由を掲げた。⁽²⁵⁾ 原則として、訴訟行為に対して当事者は、企業機密が当事者間の合意で開示されない例外的な場合を除いて、ディスクバリーで出されるすべての資料を調査する権利を有する。しかしながら、クラス・アクションにおいて、原告管理委員会または主任弁護士は、しばしば原告と名づけられた者を代表する者とみなす。その委員会や主任弁護士は、全てのクラス、すなわち個々の依頼人でない者に代わってディスクバリー上の行動をすることが認められている。その理由として裁判所は、「ディスクバリーによるそのような資料は、しばしば、クラスのメンバー、同じ状況下にある訴訟当事者、または一般市民のようなそれらへのアクセスを有することができない人々に利益があるからである」と述べた。⁽²⁶⁾

裁判所は、もし被告が、特定の文書、または文書のカテゴリーを引き続き機密だとして保護したいと望むならば、彼らはさらなる正当事由を示すことよつてのみ、そうすることができるとし、そのような被告側のすべての要請はその日付の六十日以内になされなければならず、その時に指定されない文書は、封印されていないものとする⁽²⁷⁾。その結果、すでに被告の私的な「開発上の機密、事業、調査または商業的情報」の記録が保護命令によつて「機密」として指定されていた文書に対しても訴訟参加人および原告のそのような情報へのアクセスが許可された。裁判所は、正当事由がその継続した保護維持に対して示されることができない限り、彼らは情報への権利がある、とした⁽²⁸⁾。裁判上の文書へのアクセスは、「公的記録および文書を検査して、複製する一般の権利」に基づく。しかし「裁判上の記録を検査して、複製する権利が絶対でないことには争いが無い」。その開示のための正当事由の決定があるまで、これらの文書が「公的なもの」になるのは許可されない。正当事由がない場合、保護命令は、政府機関によつて、または、その提出を強要する裁判所命令とともに文書の提出と同時に解除される。裁判所は、結論として、エージェント・オレンジ訴訟の事実審前段階で認められたさまざまな保護命令は、上記で定められる判決に従つて開示の方向で修正される、とした⁽²⁹⁾。

3 Viox 訴訟におけるディスクバリー

メルク社に対する原告らのディスクバリーは、想像以上の壁に直面した。被害者は、Viox 鎮痛剤が心臓血管への危険性を増すということを知る前に、彼らを診断した医者は約二千万人の患者のためにすでに約一億五百万通の処方せんを書いていた⁽³⁰⁾。

この訴訟の基本的争点は、先にも見たように Vioxx の服用と患者らの心臓発作および虚血性脳卒中の危険性増加との間の因果関係の問題であった。したがって、原告らのディスカバリーによる薬害の発生やその危険予見性について被告側の情報開示はかなり重要な位置づけが与えられていた。そこで、正式事実審理前のディスカバリーを調整するために Vioxx 訴訟は、ルイジアナ州東部地区連邦地方裁判所に統括すべく移送された。

同地方裁判所は、この事案に特有のディスカバリーと非特有のディスカバリーにわけてディスカバリーを実施した。原告の委員会はメルク社に対してこの事案に特有のディスカバリーとして、約五十万ページの文書及び関連資料、情報の提出 (production) を求めたが、このうちメルク社側の被告委員会は約三万件の文書が「弁護士—依頼人特権」に属すると主張し、特権の枠内に入る文書の提出は拒否するとした。⁽³¹⁾ 裁判所は、イン・カメラ手続を用いることで、この問題に対処し、その結果、一定の文書を提出するようにメルク社に命じた。しかし、メルク社は、裁判所が理解できるようにきちんと文書を分類していなかった。仕方なく地方裁判所は個々の文書を調べて、それが特権的であると判断した文書を除外していった。⁽³²⁾ その一方で、メルク社は、メルク社の弁護士—依頼人特権主張に関して地方裁判所に個別文書について裁判所にチェックを命じる職務執行令状を求めていた。これについて判断した控訴審の第五連邦控訴裁判所は、二千件分の代表のサンプリングについて地方裁判所に再検査するように令じた。⁽³³⁾

そこで控訴審は、メルク社が開示できない文書であると答えていた二千件分の提出文書を審査するために、地方裁判所に配慮すべき一般的なガイドラインを提示し、それにしたがって、地方裁判所は、この特定の文書のディスカバリー可能性について決定できるように特別補助裁判官を任命した。その結果、選ばれたさらに六百件の

文書が加えられ、検証された。

地方裁判所は、これらの文書のすべてを見るのではなく、標本抽出法を用いることが、デイスカバリーの負担と時間の浪費を少なくして、弁護士―依頼人特権の存在を評価する十分な手続的手段とした。この方法についてメルク社から最初は特に異議申立てはなかったため、その方法が実施された。しかし、後になってメルク社がこのような手法に猛烈に反対したため、効率的なデイスカバリーが阻害されることになった。裁判所は、コストのかかる従来のデイスカバリー方法と異なり、標本抽出法は、効果的な、よりコストが低い裁判の目的にかなうだけでなく、提示される事実のより正確な全体像を提供しうるものと改めて判断した。⁽³⁴⁾

地裁は、連邦最高裁判所においても、標本抽出法による統計サンプリングを、証拠手続の認められる形であると認めるだろう、とした。⁽³⁵⁾ これまで上級審裁判所はいろいろな状況において、同様に統計サンプリング証拠の許容性を認めていたからである。⁽³⁶⁾ 地裁は、証拠発見のために統計サンプリングを使うことに加えて、すでに一部の裁判所が集団訴訟においてサンプリングの使用を損害賠償の個別的決定に拡大していることをあげた。⁽³⁷⁾ 例えば、イリノイ州北部地区連邦地方裁判所は、二千人のメンバーの代わりに名前を挙げられた原告のサンプルを用いて手続を進め、原告の損害賠償額の算定についてのデイスカバリーの要請を受け入れた。担当裁判官は、そのような方法以外に完全なデイスカバリーによる出費がもたらす負担を回避してより完全なデイスカバリーをおこなう方法はないという点に注意した。⁽³⁸⁾

これに対し、メルク社は、弁護士―依頼人特権のためにサンプリングを使うことは、このような集団訴訟において個別的損害賠償を決定するのに用いられる標本抽出法と同じということであれば適正手続上の懸念を引き起

こすだろうと主張した。この点については、連邦最高裁判所はイン・カメラ・チェックにおいて実施することの重要性を強調していた。

Viox 訴訟の、一見終わりの見えないデイスカバリー論争に直面して、ルイジアナ州東部地区連邦地方裁判所は、メルク社の弁護士―依頼人特権の主張に関して決定をおこなうために、文書の代表的なサンプルの選出について第五連邦控訴裁の提案を受け入れた。同地裁は、結局、適正手続違反に対するメルク社の懸念を避けて、担当裁判官のデイスカバリーの負担から解放するために標本抽出法を導入し、実践した。⁽³⁹⁾

特に、同地裁は、特別補助裁判官に対し、メルク社の弁護士―依頼人特権の有効性を決定するためのガイドラインを構築させた。⁽⁴⁰⁾ 裁判所は特別補助裁判官によるガイドラインの推薦を異議のないものとして採用した、そして、メルク社が反対したそれらの文書については、同裁判官は各々、独立した決定をした。その結果、裁判所がデイスカバリーの対象と考えるすべての文書を開示し始めることをメルク社に命じた。⁽⁴¹⁾ 結局、同裁判官はメルク社によって提出されない残りの文書は、メルク社の遵守を確かめるために特別補助裁判官の示したガイドラインでランダムに試すことができる点に注意した。⁽⁴²⁾

こうして裁判所は、サンプルとしておよそ二千件の代表的なメルク社の文書を選び、さらにチェックするのに用いられる六百件の文書を選び、メルク社の文書のデイスカバリー可能性について決定していった。⁽⁴³⁾

しかし、このようなサンプリングによる検討でも、相当な時間を要し、このことは、絶対的に被告には有利に、また原告には不利に作用した。特別補助裁判官は、いつの時期の文書にこのサンプリングが使われなければならないかという問題に注意をうながすコメントをした。サンプリングは、当事者の立証責任を回避してデイスカバ

リーの負担を少なくする手段である。たとえ地方裁判所が、メルク社にイン・カメラ手続による検討結果の詳細な情報を提供することができなかった場合でも、その後、特権を証明させる別な機会を提供したとしても、メルク社が再び必要な情報を特別補助裁判官に提供することができないことも起こりうる。こうして特別補助裁判官は、メルク社の弁護士―依頼人特権の主張による立証責任のシフトに対処することができたが、メルク社が文書について個別化のレベルを維持している間、地方裁判所によって採用されたサンプリング手順は裁判所のデイスカバリー負担を間違いなく減少させた。そして、それは適法手続を両当事者に保証し、紛争の迅速な解決にも貢献するものとなった。⁽⁴⁴⁾

- (1) しかし、この規則二六(c)は、公への開示の公益性について明確に言及していない。
- (2) *In re "Agent Orange"*, Product Liability Litigation, 104 F. R. D. 559, 576 (1985).
- (3) 竹部晴美「アメリカ民事訴訟におけるデイスカバリー制度——保護命令 (protective order) と正当事由 (good cause) について——」法と政治第五九巻四号一〇二三頁(二〇〇九年)。
- (4) *In re "Agent Orange"*, 104 F. R. D. at 576.
- (5) *Id.* at 576-77.
- (6) William G. Childs, *When the Bell Can't Be Unrung: Document Leaks and Protective Orders in Mass Tort Litigation*, 27 REV. LITIG. 565, 577 (2008).
- (7) *Id.*
- (8) *Id.*
- (9) *In re "Agent Orange"*, 104 F. D. R. at 580.

(10) *Id.*

(11) 規則は、指名された当事者が通知の二十日以内に応答することを求め、その期間に当事者か、訴訟参加人が文書の秘密性について議論できる。もし当事者が穩便に論争を解決できないならば、指名された当事者は四十五日以内、または当事者間で同意できるならもっと長期に保護命令の申立てを出すことができる。

(12) *Id.* at 603.

(13) *In re "Agent Orange"*, 104 F. R. D. at 563. *See In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, M. D. L. No. 381, slip opat 7-8 (E. D. N. Y. Jan. 7, 1985). 公正な聴聞の間「アメリカのベトナム退役軍人通称「VVA (the Vietnam Veterans of America)」は、VVAのメンバーである何千もの退役軍人に代わって、そして被告および過去5年にわたる政府によって提出されたディスクバリー資料の多く(その資料は、現在、さまざまに保護命令に従って封印されているが)に対する公的アクセスのために原告団に対して、要請を行った。VVAは、申立てに関する訴訟参加人として、その正式事実審理前の命令において当事者によってリスト化される付属書類に関して、少なくとも保護命令を解除するために申立てをしていた。とくにVictor J. Yannacone は、申立てに関する訴訟参加人として彼が代表する数千人の退役軍人に代わって保護命令を解除するための申立ても提起した。その申立てによって、Yannacone氏は、すべての証言録取と同様にディスクバリー中に、出されるすべての文書に関して保護命令を解除しようとした。これらの申立てに関してエージェント・オレンジ事件の原告の運営委員会通称「原告運営委員会」は、VVAの申立てに賛同して申立て書を提起した。」

(14) *See Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U. S. 589, 98 S.Ct. 1306, 55 L. Ed. 2d 570 (1978).

(15) *In re "Agent Orange"*, 104 F. R. D. at 564.

(16) *Id.*

(17) *Id.* at 565.

(18) *Id.* at 567.

Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスクバリー手続について

- (19) United States v. Criden, 648 F. 2d 814 (3d Cir. 1981), *on appeal after remand*, 681 F. 2d 919 (3d Cir. 1982).
- (20) *Id.* Criden, 648 F. 2d at 822.
- (21) *See also* Joy v. North, 692 F. 2d 880, 893 (2d Cir. 1982), *cert. denied*, 460 U. S. 1051, 103 S.Ct. 1498, 75 L. Ed. 2d 930 (1983).
- (22) Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467 U. S. 20, 104 S. Ct. 2199, 81 L. Ed. 2d 17, *on remand*, 98 Wash. 2d 226, 654 P. 2d 673, *cert. denied*, 467 U. S. 1230, 104 S. Ct. 2690, 81 L. Ed. 2d 884 (1984).
- (23) *Id.*
- (24) *Id.*
- (25) *In re* “Agent Orange”, 104 F. R. D. at 573.
- (26) *Id.* at 574.
- (27) *Id.*
- (28) *Id.* at 576.
- (29) *Id.* at 577.
- (30) Paul Trapani, *In re Vioxx Products Liability Litigation: Circumventing Due Process Concerns by Allowing Individualization in Sampling Procedures*, 82 TUL. L. REV. 2517 (2008). ㉔㉔㉔ *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 501 F. Supp. 2d 789, 790 (E. D. La. 2007).
- (31) *In re Vioxx*, 501 F. Supp. at 790-91.
- (32) *Id.*
- (33) *Id.*
- (34) *See* Christopher J. Roche, Note, *A Litigation Association Model To Aggregate Mass Tort Claims for Adjudication*, 91 VA. L. REV. 1463, 1502 (2005) (quoting *In re Simon II Litig.*, 211 F. R. D. 86, 149 (E. D. N. Y. 2002), vacated and remanded

on other grounds, 407 F. 3d 125 (2d Cir. 2005)). See Laurens Walker & John Monahan, *Sampling Evidence at the Crossroads*, 80 S. CAL. L. REV. 969, 987-88 (2007) (ランダムサンプリングの仕方の方が個別チェックよりもより正確であると主張⁹⁰).

(55) See *Hazelwood Sch. Dist. v. United States*, 433 U.S. 299, 313 (1977); *Int'l Bhd. of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 337-39 (1977); *Castaneda v. Partida*, 430 U.S. 482, 500-01 (1977).

(56) See *Processed Plastic Co. v. Warner Commc'ns, Inc.*, 675 F.2d 852, 854-55 (7th Cir. 1982).

(57) See *Jason Smith v. Lowe's Home Ctrs., Inc.*, 236 F.R.D. 354, 357-58 (代表的サンプルにいつての限定的なデイスカバーリーも有効であり、当事者も証拠調べるための十分な情報を提供すべきであった⁹¹).

(58) *Kaphy Long v. Trans World Airline, Inc.*, 761 F.Supp. 1320, 1329-30 (N. D. Ill 1991).

(59) See generally *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 501 F. Supp. 2d 789, 815-16 (E. D. La. 2007) (特別補助裁判官のレポートを採用した⁹²).

(40) *Id.*

(41) *Id.*

(42) *Id.* at 816.

(43) See *id.* at 789; see also *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, MDL No. 1657, 2006 U.S. App. LEXIS 27587, at 3-7 (5th Cir. 2006) (二千件の資料のサンプル規模を検討するところ、新しい手法は、すべての資料をくまなく検討するよりも適正な手続であるところ⁹³). *In re Vioxx*, 501 F. Supp. at 791-92.

(44) Paul, *supra* note 30, at 2528-29.

第四章 ま と め

Mass Tort 訴訟のような広域にわたる被害、深刻さ、および被害者の多人数性という特異な訴訟環境における証拠開示はどうあるべきか。

見てきたように Mass Tort 訴訟におけるディスカバリーの問題は、裁判管轄の問題から因果関係の複雑な決定、さらにどのように紛争を解決するかという裁判所の訴訟管理の問題へと密接に関わっている。⁽¹⁾

まず、エージェント・オレンジ事件では、原告団のバラバラな訴えの提起があり、ここでは国の戦争行為についての国家秘密を理由としてディスカバリーは容易には認められなかった、他方で、裁判所は、公正な裁判の実現と被害の法的救済を図る責務を引き受けねばならなかった。多人数による多様な訴訟が提起されるなかで、原告数は各地で増加の一途をたどり、ついには、何千人もの原告を抱えるに至って、一定のグループは集団訴訟としてクラス・アクションが認められ、また個人ごとに個別の訴訟が提起されたが、いずれの訴訟でもディスカバリーの制限がとられた。これらの訴訟では結局ディスカバリーをめぐる時間が費やされ、ついには地裁裁判官はイン・カメラ手続を経て、全面開示の道を開き、それにより一気に解決へと至る和解へと押し進んだ。

このように被告が複数の会社や国を含むような場合の不法行為においては、ディスカバリーは、原告と被告が一对一の関係で行なわれる場合ほど単純ではなく、裁判所の積極的なディスカバリー対応がなければ、解決への道は進まなかった。

また、Vioxx 事件では、被告は、訴訟による解決の方法の選択をくずさず、したがって、ディスカバリーにお

いても、弁護士―依頼人特権を用いて、徹底した非開示戦略をおこなった。

何千件もの文書が特権に該当するかどうかの判断を一裁判官に委ねることは、法の適正手続に対する重大な懸念を引き起こすだけでなく、原告に大きな時間的、金銭的負担を課すことにもなる。そこで裁判所はクラス・アクションにおける原告の被害、損害額の算定における統計サンプリング法を用い、このような被害者側の主張に効率的に対処する方法をとった。

このような大規模な訴訟では、したがって、事件の特徴に応じたディスカバリーの工夫がなされることが重要であることが明らかとなった。さらに、裁判所によるディスカバリーの工夫がなされている場合には、一対一の訴訟におけるディスカバリーとは異なった解決方法がとれる可能性が拡がることも示された。特許訴訟や営業機密についての争いのように一律に包括的保護命令を認める場合には迅速な紛争解決に対応できないため、紛争解決に資する重要なものは裁判所の介入で開示させる方法をとることで、むしろ和解へのきつかけを導くような訴訟指揮のあり方が必要ということがわかった。

ディスカバリーが公正な裁判を実施するための公正な手続的保障を実質化することを制度上の目的としているとすれば、大規模訴訟の場合にも一対一の場合の当事者におけるディスカバリーと同じである必要はないと言える。これは、ワインスタイン裁判官が言うように、Mass Torts では機能しないことが明らかとなっているからである。Mass Torts 訴訟において、ディスカバリーについては何らかの工夫がされないとディスカバリー自体が大きな重荷となる。政府資料や企業機密の場合であれば、エージェント・オレンジ事件でおこなわれたようにイン・カメラを工夫するなり、また、マスメディアへの開示を制限するような形で裁判資料として用いることが

認められるべきであろう。

最後に、言うまでもなく Mass Torts 訴訟においても、当事者の資力や能力に著しい差異がある場合でも、証拠の偏在を妨ぐという意味で証拠の開示が全面的に行われる必要がある。そのためにはディスカバリーに対する裁判官の積極的な介入が一对一の当事者の場合よりも必須で、不可欠となる。つまり、開示を積極的に促し、保護命令には一定の枠を設けるということである。そうすることで、被害者からの Mass Torts 訴訟における証拠偏在や訴訟上の不公平感 (unfairness) を生ずることはなくなり、結果として民事訴訟における公平性 (fairness) を達成できると思われる。

- (1) Jack B. Weinstein, *INDIVIDUAL JUSTICE IN MASS TORT LITIGATION: THE EFFECT OF CLASS ACTION, CONSOLIDATIONS, AND OTHER MULTIPARTY DEVICES* 14 (1995).

The Role of Discovery in Mass Torts Litigation

Harumi TAKEBE

This article tries to analyze characteristic and contents of Mass Torts, as well as the procedure, function and related problems of discovery in Mass Torts litigations.

Typically discovery is used to carry out for the purpose of information procurement in relation to the case when a plaintiff suffers damages from the negligence act or act with intention by the defendant. In the case that the parties are of one-to-one relationship as is in a traffic accident case in torts litigation, discovery is proceeded rather simply and solemnly without serious legal issues. However, in the patent infringement cases or trade secrets cases, the disclosure of document in discovery would not be such simple and smooth.

For example in the complicated cases, when there will be more plaintiffs and defendants involved and the factual and legal issues are more complicated, the discovery will be more costly, time consuming and problematical. Therefore the larger and the more complicated the case becomes, far less smooth and simple the discovery becomes. The torts cases which include large numbers of the plaintiffs and defendants, complicated factual issues and the widely spared damages are called as “Mass Torts”.

As I have been studied the function and meaning of the discovery system in the U. S. civil procedure, it is my concern to examine and find out the function and features of the discovery in Mass Torts litigations. Thus, in this article, I would like to focus on followings: First, what is the features of Mass Torts litigation, Second, what kind of device of discovery will be responding to characteristics of Mass Torts litigation? Third, what will be the difference between the discovery in Mass Torts litigation and that in simple one-to-one litigation? Forth, will it be possible to realize a fair and useful discovery in Mass Torts litigation compared to the one-to-one litigation?

The function of discovery in the United States is endorsed by the idea to realize fair and reliable justice in terms of encouraging both parties to

disclose information and documents related to the case voluntarily. It also contributes to solve the case among themselves by getting information before trials and by that a party can protect one's information as secret and undisclosed among parties.

From this perspective, in Japan, which has no discovery system, the unbalanced distribution of evidence among parties in civil litigation is likely to happen because of difference in parties in regard to financial resources and personal resources and it causes the feeling of partiality (unfairness) in the law suit among parties. There will be some merits in the discovery system in the United States to be used to accomplish fairness that is the primary objective of the civil lawsuit. Obviously Japanese law is primarily based upon the Civil Law system, and there might be difference in the way and function of justice compared with the United States that is of the principle of case law. Even in spite of the diversity of the legal systems, it is still useful to know whether distribution of the evidence will be able to put between parties by analyzing the function of discovery in the hard cases such as Mass Torts in the United States because the analysis will give us fruitful suggestion for the aspect of production of evidence in the civil lawsuit in Japan.

As I analyze precisely hereinafter, Mass Torts are quite different from a typical tort litigation structured by one defendant versus one plaintiff. The Mass Torts that influence over a lot of people are unable to depend upon the framework typical of an orthodox tort litigation. In Mass Torts litigation it is unavoidable to go through difficulties of confirming the range of the aggrieved party, the legal points over many divergences among victims and the complicated causation that is not easy to establish.

Even in the complicated Mass Torts litigation, it may be possible to reach a meaningful and satisfactory conclusion if the parties shall submit full information essential to the case. However it would not be always the case. Usually the defendants are reluctant or deliberately refuse to produce such documents in Mass Torts litigation because the graveness of the damages and the influence over other related pending litigations. To limit and keep the production of undesirable documents or information to undisclosed,

“protective order,” in the Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26 (c), is generally utilized to resist its disclosure. To get approval from the court for the “protective order”, the court as a rule asks the party to prove “good cause” for the necessity of non-disclosure. Above all “good cause” in the name of trade secrets and business confidential matters over “protective order” has an inclination to be accepted by the courts. Then “protective order” often becomes an issue at Mass Torts suits from a point of the non-disclosure of the documentary proof. Party can also use the “attorney-clients privilege” and “work product” to refuse the production of the documents. Consequently, it is supposed among other things that the unbalanced distribution of the evidence in the suit is easy to happen as in the case that one party exceeds the other in the financial resource, human resource, information collecting ability and handling data capacity over the other party. Especially it is the case that involves technology and the authority such as governments.

Based upon my premise above mentioned, I first would like to show the frame work of Mass Torts litigation, second to analyze the Agent Orange case as a historic case of massive chemical side effects case as a typical Mass Torts case and the Vioxx case as a recent side-effects case by the chemical medicine and third to try to find out the reason of being said as typical Mass Torts litigation in Chapter 2, followed by the function and meaning of the discovery in Mass Torts litigation is discussed in Chapter 3, and forth to pay attention to the real issues of the discovery and explore if the unbalanced distribution of the evidence is occurred or not among others in scrutinizing function of discovery in both the Agent Orange case and the Vioxx case. Finally, in Chapter 4, I will sum up my conquest of the discovery analysis and would like to conclude my own idea.

The contents are as follows.

- Chapter 1 Introduction
- Chapter 2 Mass Torts in America

1. Framework of Mass Torts Litigation	
2. Agent Orange Case as Mass Torts	
3. Vioxx Case as Mass Torts	
Chapter 3 Mass Torts and Discovery	
1. Issues of Discovery in Mass Torts	
2. Discovery in the Agent Orange Case	
3. Discovery in the Vioxx Case	
Chapter 4 Conclusion	