

日本政府の内閣府のパブリックコメントの求めに応じて行う
弁護士依頼者間秘匿特権に関する
ABA の国際法部会と反トラスト法部会の共同コメント

2014 年 7 月 10 日

このコメントにおいて提出する見解は、全米法曹協会の国際法部会と反トラスト法部会の両部会のみを代表してなされるものである。このコメントは全米法曹協会の代議員会または全米法曹協会の理事会の承認を得ておらず、それ故、全米法曹協会の方針を代表するものとして解釈されるべきものではない。

全米法曹協会（以下、「ABA」という。）の国際法部会と反トラスト法部会は日本政府の内閣府（以下「内閣府」という。）が発行した独占禁止法審査手続に関する論点整理（以下、「論点整理」という。）15~16 頁に示される公正取引委員会（以下、「JFTC」という）から提起された弁護士依頼者間秘匿特権に関連する諸問題について、内閣府独占法審査手続検討室に対し、コメントを述べる機会を得たことを歓迎するものである¹。両部会は内閣府及び JFTC の、これらの論点整理に反映された考察及びその努力に敬意を表するものである。

両部会は内閣府または JFTC に対し、それが適当と認められる場合には更なるコメントを提供し、協議に参加する用意がある。特に、立入検査及び供述聴取における弁護士の立ち合い、立入検査で提出される資料の複写、供述聴取過程の検証可能性の確保（供述調書へのアクセス及び当事者による供述録取における記録化）、適切な主張反論のための情報提供及び、行政調査にかかる制度・運用についての知識の共有に関する 12~15 頁、及び 17~25 頁において提起される諸問題についてコメントを提供する機会を歓迎するものである。両部会のメンバーは全世界からの弁護士を合わせ 3 万人を超えており、両部会のコメントは米国や世界の他の裁判管轄地における、弁護士・依頼者間秘匿特権及び調査手続に関する諸問題についての、彼らの専門性及び実務経験を反映しているものである。

概括的コメント

¹ 両部会のコメントは、<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/pubcomm/m-03.pdf> の内閣府の論点整理に関する翻訳を元としている。このコメントの起案グループには、Javier Canosa, Wayne J. Carroll, Jennifer M. Driscoll-Chippendale, Michael Inouye および Fabian Martens がおり、Javier Canosa がリーダーである。このコメントは、この起案グループのメンバーが関係する専門家組織の考えや意見を必ずしも反映しているものではない。

弁護士・依頼者間秘匿特権は、アングロアメリカンの先例においては最も古い証拠に関する特権と理解されているもののひとつである。この特権の背景にある原則は、ローマ法及び16世紀のイギリスのコモンローに遡ることができる²。米国連邦法においては、弁護士・依頼者間秘匿特権は1883年にそれが認識されているとの表現を見ることができる³。それ以降、弁護士・依頼者の交信に関する秘密の概念は、米国のすべての州において、専門家としての責任に関する規則における倫理的な要請として発展してきた。アジアにおいては、最も近いところでは香港特別区の高等裁判所の第一審裁判所において、この秘匿特権が、まさに限定された環境下においてのみ放棄される人権として理解されているところである⁴。

米国の裁判所においては以下の状況において弁護士・依頼者間秘匿特権を認めている。すなわち(1) 法的な意見が求められていること、(2) 法的な専門家の能力においてなされること、(3) この目的に関する交信であること、(4) それが秘密裏になされたものであること、(5) 依頼者によるものであること、そして、(6) 永久に保護されるべきとの依頼者の要請があること、(7) 依頼者または法的専門家による開示であること、(8) 放棄されていないことを条件とする⁵。この特権の放棄は意図して、かつ任意になされたものでなければならない⁶。弁護士・依頼者間秘匿特権は、絶対的なものではなく、ごく限定された例外がある。それは将来の犯罪または詐欺を行うことを意図してなされる通信といったものである⁷。

ABAは、世界から集まった40万人近い会員を擁する法曹の世界最大の任意の協会であり、法的専門家としての弁護士・依頼者間秘匿特権の重要性を述べ、法の支配を強調するABAの方針を確立するための決議を採択している。例えば1997年、ABAの代議員会はインハウスロイヤーと依頼者の弁護士・依頼者間秘匿特権が、外部弁護士と依頼者間の弁護士・依頼者間秘匿特権と同じ効果をもつものであるとの方針を明示的に採択している⁸。ABAは、外国の法曹との関係におけるこの特権に関して、ヨーロッパ共同体(以下、「EC」という。)がヨーロッパ連合(以下、「EU」という。)の加盟国の弁護士と依頼者間の交信に付与されるのと同等の保護が、米国の弁護士と行う

² Edna Selan Epstein 著「弁護士依頼者間秘匿特権と職務活動の成果 (Work Product) の法理2」(2001年第4版)、Hon. Dick Thornburgh 著、「弁護士依頼者間秘匿特権の放棄：衡量的考察法」(2006年 Wash., D.C.)を参照

³ Hunt 対 Blackburn, 128 U.S. 464, 470 (1888年) (「依頼者と弁護士間の交信における秘密の保持を定める規則は、必要に応じ、正義に資する中で認められ、開示の影響と懸念の無い場合に限り、法律の知識を有し、これを実務において用いるスキルを有する者のサポートが、安全にかつ直ちに有益なものとなるものである」)

⁴ Chinachem Financial Services Limited 対 Century Venture Holdings Limited, [2014] 2 HKLRD 557 at ¶¶ 132-135 (第一審裁判所 2014年3月25日)。

⁵ たとえば、8 John Henry Wigmore のコモンローにおける法定での証拠§ 2292, 554 頁 (McNaughton 1961 & Supp. 1991)を参照

⁶ 連邦証拠規則 502 条(a)(1), (c)

⁷ U.S. 対 Zolin, 491 U.S. 554, 562-63 (1989年)参照

⁸ ABA の1997年の推奨に関する記録第120番(1997年8月に採択された方針)は、http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/1997_am_120.authcheckdam.pdf において見ることが出来る。

交信について、与えられるべきであることを推奨した⁹。また 1983 年及び 2008 年において ABA は、EC に対し、インハウスロイヤーにも特権を拡張すべきと促した¹⁰。

2005 年、ABA では弁護士と依頼者に関する調査チームが以下の通りレポートしている。

「法曹は、法的な権利の保護、法令の遵守、究極的には法の支配を守るため批判的な立場を演じるものとして理解されてきた。法が格段に複雑になり、法曹の必要性は、ますます高まっている。さらに弁護士・依頼者間秘匿特権は、歴史的には法的な代理の本質的な要素であると考えられてきており、弁護士が法制度の中で割り振られた役割を遂行しようとして、その能力を確実なものとするため必要とされてきたものだと考えられている。秘密の関係は法曹と依頼者の関係を規律するコモンローだけでなく、専門家の行動規則や弁護士・依頼者間秘匿特権として認識され、維持されている。」¹¹

弁護士と依頼者に関する調査チームは、弁護士・依頼者間秘匿特権においては、以下の点が重要だとして強調してきた。(i) 弁護士と依頼者間の関係の醸成、(ii) 依頼者の率直さの促進、(iii) 任意の法令順遵守の醸成、(iv) 法制度における効率の促進、および、(v) 弁護士の効果的な保護を受ける憲法上の権利であることの強調である¹²。

2005 年、ABA の代議員会は弁護士・依頼者間秘匿特権及び職務活動の成果 (Work Product) の法理が、(1) 効果的な相談を通じて法令遵守を促進すること、(2) 依頼者のための効果的な弁護を確かなものとする、(3) 裁判所へのアクセスを確かなものとする、(4) 米国の裁判所の対審構造の適切かつ効率的な機能を促進することから、依頼者が充分かつ率直にその弁護士と法的問題を議論できるよう依頼者を鼓舞するのに必要とされる弁護士と依頼者の秘密の関係を維持するのに必要不可欠であるということ再論する決議を採択した¹³。

最後に、論点整理で述べられている通り、日本の裁判所は少なくとも刑事事件において「被告人は効果的かつ適切な弁護士からの援助を受けるために、被告人と弁護士が捜査当局の知ることのない自由な交信をすることが必要不可欠で、これにより被告人は弁護士に必要かつ十分な情報を提供するこ

⁹ ABA の 1983 年の推奨に関する記録 301 番 (1983 年 2 月に採択され、2008 年に復活した方針) は、http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2008_my_301.authcheckdam.pdf において見ることが出来る。

¹⁰ 同文献

¹¹ ABA の 2005 年の推奨に関する記録 111 番 (3-4) (2005 年 8 月に採択された方針) は、http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2005_am_111.authcheckdam.pdf において見ることが出来る。

¹² 8~12 と同文献

¹³ 1 と同文献参照

とができ、弁護士は被告人に適切な助言をすることができるものである」ということを認めている¹⁴。ABA はこれがすべての手続に拡張されるべきだと確信している。

弁護士-依頼者間秘匿特権が事実調査の妨げとなるということに関して

両部会は、独占禁止法審査手続についての懇談会（以下「懇談会」という。）に対し、JFTC の事実調査の能力と公正な防御権との適切なバランスを図るようコメントをするものである。JFTC は、弁護士・依頼者間秘匿特権が法執行者による事実調査を妨害するものだと認識すると表明してきている。JFTC は、これまでの JFTC の事件において、弁護士・依頼者間秘匿特権の対象となる書類が決定的または必要な証拠となるというようなケースを認知したわけではないようであるが、被告人とその弁護士間の特権のある交信にアクセスできないことが、違反を立証することを困難にするとしている¹⁵。JFTC はまた、弁護士・依頼者間秘匿特権の欠如が減免申請をサポートするための社内調査または弁護士からの交信による業務を妨げてきたものではないと主張してきている¹⁶。

両部会は、弁護士・依頼者間秘匿特権が、事実上、法執行者の事実調査を妨げるものではないと確信している。範囲の問題としていえば、この特権は、法的なアドバイスを求める目的で依頼者が弁護士になす秘密の交信のみに注目し、それを保護するものである。この特権は、（たとえ弁護士と交信がなされていたとしても）特権で保護されない基礎となる事実やその他の交信が探知され、訴追において用いられることを封じるというものではない、たとえば、不正行為や事業上の目的を助長するためなど法的意見を求めるためになれたものではない、または、秘密裏に行われたものではない交信といったものである¹⁷。

加えて、この特権は潜在的な不正行為を調査、是正するという業務を促進することにより、法令の遵守及び正義の執行を促進するものである。弁護士・依頼者間秘匿特権は「弁護士と依頼者の間における充分かつ率直な交信を促進すること」を目的とし、裁判制度全体にわたって充分かつ有益な効果をもたらすものである¹⁸。真実や率直な交信を引き出す最も効果的な方法は、それを依頼者が自らの事件をその弁護士に伝える中で、抑制や懸念を排して、秘密のうちにそれを行うことである。依頼者は、秘密が保たれず、反対当事者や司法当局を含む他の当事者と共有しなければならないのであれば、自らの弁護士を完全に信頼するということとはできないものである。弁護士にすべての事実を聞き出すことを可能とし、秘匿特権の保護があるとして奨めて、すべての事実を聞き出すことを可能とすることにより、弁護士は効果的な法

¹⁴ 「論点整理」 16 頁 n. 5.

¹⁵ 同文献の 15~16 頁

¹⁶ 同文献 16 頁

¹⁷ *Upjohn Co. 対 United States*, 449 U.S. 383, 395-96 (1981)

¹⁸ 同文献 389 頁

的な戦略を立て、現実の事実や状況下における健全な法的アドバイスを提供することができることとなる。

**他の裁判管轄では効果的な弁護士・依頼者間秘匿特権により
任意の協力をするインセンティブが働くのに対して、
日本ではかようなインセンティブが弱いという事に関して**

両部会は、懇談会が、日本の調査手続が各裁判管轄間の調和をいかに促進するのか、また減じるのかについて考察する努力を賞賛するものである。JFTC は、日本では調査に協力することに十分なインセンティブがない、特に課徴金についての裁量権が欠如していることや調査を妨害することに対する厳しい制裁が用意されていないことを論じている¹⁹。会社の弁護士との秘密の交信にアクセスできることは、これらの欠陥を補ってバランスをとるために意図されているものであるとするようである。

両部会は、日本法のもとで、直接、任意の協力のインセンティブの問題を取り上げ、裁量的な課徴金の採用を通して、また、司法妨害の問題を通して処理する方が、JFTC の調査に、弁護士-依頼者間秘匿特権を禁じるという方法よりも良いと示唆するものである。米国とヨーロッパのリニエンシーの制度が最も成功していることが、これらの方法の長所を表している。

JFTC は、弁護士・依頼者間秘匿特権が競争法に特殊なものではなく、また独禁法における手続においてのみの特権と理解されるべきでないとしている。両部会は、弁護士・依頼者間特権が、一定の型の手続きに制限されるものというよりは、全体に及ぶべきものであるとの点については賛成するものである。

権限のある当局に従って情報が漏えいされた場合には、弁護士・依頼者間秘匿特権は放棄されるものでないとする米国の判例があり、したがって、JFTC への情報開示が外国の裁判管轄における弁護士・依頼者間秘匿特権に影響するものではないとする考えについて

両部会は懇談会が JFTC により行われる行政手続における弁護士・依頼者間秘密特権の欠如が、その調査により得られる証拠に対する米国の手続における証拠開示の要請に、どのように影響を与えるかに関する重要な問題点を検討していることを称賛するものである。JFTC は米国においていくつかの裁判所が、会社が米国政府以外の当局により弁護士・依頼者間の交信を開示するよう命じられたときにも、連邦裁判所の手続において弁護士・依頼者間秘匿特権が放棄されたものとはしないと結論づけていると述べている²⁰。

¹⁹ JFTC はまた、弁護士依頼者間秘匿特権は濫用される恐れがあると表明している。両部会は、日本の法的専門家が、高い清廉さを保っており、濫用については、適切な懲罰が与えられるものと信じている。

²⁰ 論点整理 16 頁

しかしながら、弁護士・依頼者間秘匿特権がこのような状況においても適用されるという点に関し、米国において拘束力のある司法先例を欠いているというのは事実である。外国政府の当局に提出された書類の開示を要求しないとする米国の規則は、弁護士・依頼者間秘匿特権または職務活動の成果（Work Product）を理解してということよりも、礼讓の原則²¹を前提としているものである。付加して述べると、米国の連邦裁判所は、外国の特権に関する法の採用について準拠法選択の分析を通じて検討してきた。外国の秘匿特権に関する問題は、米国の裁判所で以下のような条件下では問題を提起することとなりかねない。（1）外国での秘匿特権が連邦裁判所における係属する請求に影響を与える時²²；または（2）連邦裁判所で争われている州法に関する請求における証拠に、外国の秘匿特権が重要な意味を持つとの議論がなされている時である²³。

米国の控訴裁判所においても、また、米国の最高裁判所においても弁護士・依頼者間秘匿特権、職務活動の成果（Work Product）の法理が外国の法執行者に提出された証拠や交信についてまでおよぶかどうかを判断した例は

²¹ 礼讓の分析に係わる5つの要素は次の通りである：(1) [要求されている] 書類またはその他の情報の訴訟における重要性；(2) 要求の具体性の程度；(3) 情報が米国で作出されたものかどうか；(4) 他の情報保護の方法の適用可能性；および(5) 要求に従わないことが米国の重要な利益を害するかどうか、また、要求に従うことがその情報が存する国の重要な利益を害するかどうか。” *Société Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Ct. for So. District of Iowa*, 482 U.S. 522, 544 n.28 (1987) (citation omitted). 州裁判所で要求された開示は、連邦裁判所の特権の放棄をもたらすものではない。連邦証拠規則 502(c)

²² 連邦では、係属している請求に関しては、連邦のコモンローによりどの秘匿特権に関する法が適用されるかを決定することとなる。どの秘匿特権に関する法が適用されるかを決定する米国裁判所で用いられる準拠法選択の分析方法は、接点を有するかのテストである。

「接点」に関するテストにおいては、もし交信が米国とは無関係になされるか、また米国で偶然になされた場合には、秘密特権に関する外国の規則が適用されることとなる。しかしながら、偶然というよりは米国に関連して交信がなされた場合には、裁判所はより伝統的な分析を行うこととなり、その交信に対してもっとも直接的で絶対的な利益を持つ国の秘匿特権に関する法に服するであろう。 *Golden Trade S.r.L. v. Lee Apparel Co.*, 143 F.R.D. 514, 520 (S.D.N.Y. 1992). 接点に関するテストは、政策的な理由による例外がある、例えば外国の秘匿特権に関する法は、異なるディスカバリーのシステムによって支えられていることから、米国の裁判所で部分的に適用されると、米国の政策上の利益と一致しないとの理由から、外国の秘密特権に関する法を適用することを拒絶したことがある。 *Astra Aktiebolag v. Andrx Pharmaceuticals, Inc.*, 208 F.R.D. 92 (S.D.N.Y. 2002).

²³ 当事者が外国の秘匿特権に関する法が、米国の連邦裁判所で争われている州法の請求に適用されるべきと主張するのであれば、係属する裁判所の州の準拠法選択によって決定されることとなる。少数の州裁判所は、その地の秘匿特権に関する法が他の外部要因を検討することなく適用されるとする地域的なアプローチによっている。しかしながら、多くの州ではどの法廷地の秘匿特権に関する法が適用されるかの決定に関しては、もっとも重大な関係に関する原則を用いている。 *Wolpin v. Phillip Morris, Inc.*, 189 F.R.D. 418, 423-4 (C.D. Cal. 1999). 最も関係する場所を決定するには、裁判所は以下の点を考慮してきている。(1) 法廷地の州における接触の回数やその性質；(2) 排除が求められているその証拠の相対的な重要性；(3) 関係している秘匿特権の種類；および(4) 当事者への公正さである。抵触法に関するリステイトメント第二版 139条 cmt. d. 「たとえば法廷地の法律のもとでは秘匿特権がある場合であっても、そのような証拠を承認することが、その法廷地の強力な公益に反するという場合でなければ、交信に対してもっとも重要な関係を有する州の法律のもとで秘匿特権がない証拠は承認されることとなる。」同条1項。

ない²⁴。いくつかの公判廷では、この問題は、判断が分かれている。正確に言うと、具体的な事実や状況に基づいた提出要求に対し、弁護士・依頼者間秘匿特権としてではなく、国際礼讓の分析のもとで検討されているからである²⁵。

ビタミンに関する反トラスト法違反訴訟事件²⁶においては、被告は外国の当局が行う調査における要求においても、自国の裁判管轄において弁護士の職務活動の成果 (Work Product) により、保護されるべきと信じて書類を提出した。被告らは外国の政府当局による要請は、これに対する不順守がリニエンシーの申し込みの放棄を含む重大な結果を招くとして、「強制的に行わされる」とみなされるべきであると論じた。米国地方裁判所は、秘匿特権下にある書類が、外国の裁判管轄において強制的に開示された場合、米国の裁判所において弁護士・依頼者間秘匿特権の放棄があったと見なされるか、検討した²⁷。裁判所は「放棄とみなされないための強制とは、裁判所の命令または令状、または従わなかった場合の制裁に基づく政府機関の要請に対応してなされるものであり、適用しうる秘匿特権が主張されたことが必要である」と意見を述べている²⁸。別の言葉でいえば、他国の開示に関する法に、不本意ながら従ったというだけでは、強制されたものとして、米国の裁判所において、秘匿特権の放棄を免れることが許されるものではない。この基準を適用して、裁判所は、被告が日本を含む、特定の国で、外国政府の当局に従ったことを以て、強制されたものとして、秘匿特権の放棄を免れるものではないと結論付けた²⁹。結局、裁判所は、いくつかの情報が米国から発せられ、他の方法によっては入手することができなかつたのであれば、「ECにおける関心は、公然のディスカバリ (open discovery) と反トラスト法の法執行による米国の利益に優先される」と決定したうえで、欧州委員会に提出された会社の供述書を提出するよう被告に命じた³⁰。それにもかかわらず、同じ意見の中で、裁判所はカナダの法執行機関に対し弁護士の職務活動の成果 (Work Product) であるとして任意に提出されたものは、保護を放棄したものと結論付けられるところであるが、それらの書類はカナダの捜査過程にお

²⁴ 米国における私的な損害賠償請求事件における被告は、書類の提出が弁護士・依頼者間秘匿特権を無効にするとの示唆をせずに、司法省の反トラスト局により押収された書類を原告に提供している。たとえば、*In re Milk Prods. 反トラスト法違反訴訟事件*, 84 F. Supp. 2d 1016 (D. Minn. 1997) (州や連邦の機関に提出された書類は、原告に提供されなければならない、ただし、秘匿特権の存する書類は適切な事実に基づいている場合には留保することができる。)

²⁵ 例えば、北カリフォルニアの米国地方裁判所は、欧州委員会に提出された書類に対する原告の提出要求の申立について、求められている情報は重要性に乏しく、他の手段により入手することができるとして、これを認めなかった。*In re Methionine 反トラスト法違反訴訟事件*, M.D.L. No. 00-1311 CRB (N.D. Cal. June 17, 2002)

²⁶ Misc. No. 99-197 (TFH), MDL No. 1285, (2002) U.S. Dist. LEXIS 26490 (D.D.C. Jan. 23, 2002); (2002) U.S. Dist. LEXIS 25815 (D.D.C. Dec. 18, 2002).

²⁷ (2002) U.S. Dist. LEXIS 26490 at *105.

²⁸ 同文献

²⁹ 同文献

³⁰ (2002) U.S. Dist. LEXIS 25815 at *22-23

ける同国の法執行者の交渉の立場を明らかにしてしまうことを避けるという礼讓の原則に従って開示されないものとルールづけた³¹。

近年の意見にはこのような不確かさが充満している。いくつかの裁判所は、外国の当局により収集された証拠の提出を命じることがリニエンシーの制度や原告からの強制の申立に関し、委縮効果を生むことを注記している³²。しかしながら、他の裁判所は米国のディスカバリの原則と大きく異なっていることを容認している³³。上級審の先例を欠き、礼讓による分析の性質が裁量的なものであることから、証拠の提出要求に対する結果は不確かなものとして残っている。米国の最高裁は次のように述べる「弁護士・依頼者間秘匿特権の目的が有意義なものであるならば、弁護士と依頼者が、特定の議論につき保護されるか否かについて、一定の確証を持って予測できるようにしなければならない。不確かな秘匿特権は、秘匿特権がまったくない場合と大きく変わらない。」³⁴

結論として、秘匿特権の対象となる資料の JFTC への開示は米国の裁判所における弁護士・依頼者間秘匿特権の放棄をもたらすこととなりかねない³⁵。

結論

両部会は、弁護士・依頼者間秘匿特権がすべての種類の手続きにおいて採用されるべきと主張するものである。

³¹ 注 27,28 と同文献

³² *In re Payment Card Interchange Fee & Merchant Discount* 反トラスト法違反訴訟事件, 05-MD-01720 (JG) (JO)を参照。Mem. & Order (E.D.N.Y. Aug. 27, 2010) (料金に関する欧州委員会の捜査の一部として提出された書類の提出義務の申立を認めず。) *In re Static Random Access Memory ("SRAM")* 反トラスト法違反訴訟事件, 07-CV-01819CW, Mem. & Order (N.D. Cal. Jan. 5, 2009) (denying motion to compel); *In re Rubber Chems. Antitrust Litig.*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1083 (N.D. Cal. 2007) (当該訴訟が米国市場に焦点を当てたもので、原告は、米国での捜査から書類を得ており、欧州委員会に提出された関連書類の重要性が疑われたため、強制命令の申立を認めなかった。)

³³ たとえば *In re Flat Glass* 反トラスト法違反訴訟事件, 08-MC-00180-DWA, における提案された命令 (Proposed Order) (W.D. Pa. July 2, 2009) (欧州委員会に提出し、同委員会から受領した書類の提出を被告に命じた)を参照。

³⁴ *Upjohn Co. 対. United States*, 449 U.S. 393 頁

³⁵ さらに、米国において弁護士依頼者間秘匿特権が放棄されていないとしても、他の裁判管轄では、秘密特権の放棄がなされたとされる場合がある。