

弁護士と依頼者の通信秘密保護制度
に関する最終報告

2016年(平成28年)2月

日本弁護士連合会
弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するワーキンググループ

弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告

目次

第1 要旨	1
第2 検討の結果	2
1 弁護士と依頼者の通信秘密保護制度とは何か	2
2 海外の制度	4
(1) コモンローの弁護士秘匿特権	4
(2) 大陸法における弁護士の秘密保持義務	5
① ドイツ	5
② フランス	7
③ スイス	9
(3) EU法における弁護士と依頼者との間の通信に関する秘密の保護原則	9
(4) 国連原則・国際人権条約	12
3 我が国の現状及び当連合会の取組 - 総論	14
(1) 現行法上の弁護士・依頼者間の通信秘密の開示拒絶権(①民事訴訟法／②刑事訴訟法／③行政手続／④弁護士法／⑤まとめ)	14
(2) 弁護士・依頼者間の通信秘密の保護に関する判例	18
(3) 当連合会の取組	20
4 我が国の現状 - 各論(現状／当連合会の取組／問題点)	21
(1) 民事	21
(2) 刑事手続・刑事収容施設	23
(3) 独占禁止法	27
(4) 金融・証券	29
(5) 税務	30
(6) 知的財産分野	32
5 制度論	34
(1) 立法事実	34
(2) 制度設計	36
第3 制度導入に当たっての課題	45
別紙1 弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するワーキンググループ委員名簿	
別紙2 会議開催日程	

弁護士と依頼者の通信秘密保護制度¹ に関する最終報告

2016年（平成28年）2月
弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するワーキンググループ

第1 要旨

依頼者と弁護士との間の相談内容について、民事手続・刑事手続・行政手続での開示拒絶権を明確に定め、弁護士との相談内容の秘密が守られることを確保し、もって弁護士に依頼・相談する依頼者の権利の保障とすべきである（以下「本制度」という。）。

依頼者と弁護士との間の相談内容²の秘密が民事・刑事訴訟手続、仲裁等裁判外紛争解決手続、さらには行政手続等における開示から保護されることは、欧米諸国にはほぼ共通する司法制度の原則として確立している。

我が国の現行法において、弁護士には依頼者との通信の秘密を守る義務があり（弁護士法第23条、刑法第134条、弁護士職務基本規程第23条等）、民事・刑事訴訟法上は弁護士に証言拒絶等の権利があり（民事訴訟法第197条第1項第2号、第220条第4号ハ、刑事訴訟法第105条、第149条）、さらに刑事弁護の分野では刑事訴訟法第39条第1項により一定程度相談の秘密が保障されている。しかし、行政調査では、依頼者は当局など第三者から開示を求められたときに弁護士との通信について必ずしも開示を拒絶することができず、刑事収容施設でも弁護士との通信の内容について検閲される取扱いがされる場合があることにより、依頼者と弁護士との通信の秘密が保障されているとは言い難いのが現状である。近時、独占禁止法に基づく審査手続において、依頼者と弁護士との間の通信の取扱いが問題となった。弁護士との相談が秘密でないため、十分な防御ができない、また法令遵守のため弁護士に相談することを躊躇するなどの弊害が指摘されている。

当連合会は、接見交通権の確立、民事裁判の充実、独占禁止法における手続保障などの問題にそれぞれ取り組んできた。依頼者が弁護士に安心して相談できる

¹ 本制度の名称等について第2-5(2)①参照。

² 本報告書では、以下、「相談の内容」「相談したという事実」「相談手段」などを含みうる用語として「相談」「通信」「協議・交信」の語を適宜用いる。なお、当連合会の2012年2月16日付民事訴訟法改正要綱試案等では「協議・交信」の用語が、当連合会の基本政策集においては「交信記録等」の用語が採用されている（後述）。

制度の確立は、民事、刑事、行政のいずれの分野にも共通する課題である。そこで、依頼者の防御権を保障し、法令遵守を促進して法の支配を社会の隅々に行き渡らせるため、依頼者と弁護士間の通信の開示拒絶権を法律上明確化し、「弁護士に依頼・相談する依頼者の権利」を制度的に保障すべきである³。

制度設計に当たっては、海外の法制度との調和に配慮しつつ、秘密保護の範囲や要件を明確化するとともに、その判定の仕組みを検討すべきである。具体的には、①民事・刑事訴訟手続であるかそれ以外の手続であるかを問わず、情報の開示が法律上または事実上強制される状況において、依頼者及び弁護士の双方に、法律上の開示拒絶権を認めるべきである（保護の要件として対象となる情報の所在が弁護士の下にあるか依頼者の下にあるかを問わないものとする）。上記のとおり、現行民事・刑事訴訟法においては、一定の保護がなされているが、これらの既存の法体系の延長線上に、依頼者と弁護士間の通信の秘密をより十全なものとする法改正を目指すべきである。他方、行政手続についてはそのような枠組みが存在しないことから、行政調査に共通するルールとして、開示拒絶権を立法により確立すべきである。②正当な開示拒絶権の対象となるかどうかについての判定のための適切な仕組みをあわせて設けるべきである。③身体の拘束を受けている者であって、他人との面会や信書の発受が制限される者について、弁護士から法的助言を受けるために立会人なく面会をすること、または信書の検査を受けないことを立法で保障すべきである。

なお、本報告書における本制度の検討は、現行法上の弁護士の守秘義務（弁護士法第23条、刑法第134条、弁護士職務基本規程第23条等）を前提とするものであり、その性質や範囲に変更を加えようとするものではない。民事訴訟法との関係では、文書提出義務の範囲の拡大や当事者照会制度の拡充とともに取り組むべき課題である。また、刑事手続との関係では、憲法上の被疑者・被告人の防御権や刑事訴訟法第39条第1項における接見交通権（特に弁護人の固有権としての側面）などの現行制度を前提としつつ、本制度の確立はこれを補完する機能を果たすと考えるものである。

第2 検討の結果

1 弁護士と依頼者の通信秘密保護制度とは何か

本制度、すなわち依頼者と弁護士との間の通信秘密保護制度（なお、後述のとおり、我が国における今後の取組においては、本制度に関し「弁護士との相

³ 本制度の我が国憲法上の位置づけについては後述。

談内容を秘密にする依頼者の権利」という用語を使うことも検討に値する。)とは、「依頼者が弁護士に相談した内容を民事・刑事訴訟手続、仲裁等の裁判外紛争解決手続、さらには行政庁による調査手続等で開示を拒否することができる権利」を保障する制度である。コモンローは、判例法上、弁護士秘匿特権 (Legal Professional Privilege 又は Attorney-Client Privilege) を、依頼者の権利であって司法の根幹をなす基本的な権利として位置付けており、これに基づいて本制度の開示拒絶権があるとされている。ドイツ、フランスなどの大陸法は、依頼者の権利として位置付ける訳ではないが、弁護士の職業上の秘密の反射的効果として弁護士に対する相談内容を秘密として取り扱ってきた。最近のフランスの判例やスイスの立法は、開示拒絶権を明示的に認めるようになっている。また、EUにおいて、欧州司法裁判所が、弁護士と依頼者との間の通信に関する秘密の保護原則 (Principles of protection of confidentiality of communications between the independent lawyer and his client) という概念の下で本制度の開示拒絶権を認めており (1982年AM&S事件, 2007年Akzo Nobel / Akros Chemicals 事件), EU判例法上保障される原則と位置付けられている。

コモンローでは、本制度は、秘密保護の対象になる文書の証拠能力を否定するという証拠法則に起源をもつ。裁判手続の外で事実開示を求められる行政手続においても本制度が援用され、本制度が権利として確立している。実務的には、本制度は、ディスカバリー手続や刑事・行政事件における捜査・調査における差押えに対する例外として機能し、本制度で保護される文書については、開示や差押えを拒否することができ、民事・刑事・行政の全分野にわたる権利である。我が国では、弁護士には秘密保持義務があり (弁護士法第23条, 刑法第134条), 民事訴訟法及び刑事訴訟法において証言又は押収拒絶権がある。これは弁護士の権利義務であるのに対して、本制度は依頼者の権利であるところに違いがある。

本制度は、弁護士に対する相談内容の秘密を守ることで、依頼者が安心して弁護士に相談することを制度的に保障するものである。なぜ弁護士に相談することを制度的に保障する必要があるか、その制度趣旨又は効果として、二つの説明がなされている。第1は、防御権の観点である (Rights Based Rationale)。依頼者の正当な権利や利益を守るためには弁護士の援助が必要である。第2は、本制度が社会にもたらす効用の観点である (Utilitarian Rationale)。依頼者が弁護士に対して有利なことも不利なことも包み隠さず打ち明けて相談することにより、弁護士は適切な法的助言を行うことができるようになり、その結果、

社会における法令遵守がもたらされる。

2 海外の制度

欧米には大きく分けてコモンローと大陸法の二つの法体系がある。コモンローは相談内容の秘密を依頼者の権利（秘匿特権）として保障し、大陸法は相談内容の秘密を弁護士の職業上の秘密として保障する。依頼者の側から見るか、弁護士の側から見るか、という違いはあるが、弁護士との相談は秘密であって、弁護士以外の人に知られないという考え方は共通している。EUにはこれらの二つの法体系に属する国が含まれている。EUの法律では、これらの制度を二つの法体系に共通する原理として「依頼者と弁護士の間の通信秘密保護制度」と呼んでいる。以下、コモンロー、大陸法の代表的な国の制度を概観し、二つの法体系に共通する原理として生成中のEUの制度を紹介し、最後に国際的な文書にまとめられた理解を見ることとする。

(1) コモンローの弁護士秘匿特権 (Legal Professional Privilege 又は Attorney-Client Privilege (以下「LPP」という。))

依頼者が弁護士に対して法的な助言を受けるためにした秘密の相談内容とこれに対する弁護士の助言が保護の要件である。

組織内弁護士との相談についても秘匿特権が認められている。

米国では、連邦法に関しては、連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence) 第501条、第502条を根拠とする。また、モデル規則である統一証拠規則 (Uniform Rules of Evidence Act) 第502条を基に州法レベルでも秘匿特権の制度が設けられている。裁判所がこの特権を認めるのは、①法的な意見が求められ、②その意見が法的な専門家によってなされる際に、③そのための弁護士と依頼者間の交信であって、④それが秘密裏になされ、⑤永久に保護されるものとしての依頼者の要請があり、⑥それが（当局、相手方からの要求に対して、）依頼者又は弁護士からの開示を防ぐ要請であること、⑦放棄されていないことを条件とするものである。例外は、それが将来の犯罪を意図した場合といったごく限定されたものに限られる⁴。

⁴ 米国では、保護対象文書か否か判断する手続として、最終的には、司法判断によって決定されるが、当局や当事者間では、まずその判定によらずに保護対象か否かを判断する自主的な方法、手続がとられ、迅速な対応がなされている。司法省との間では、まず、司法省が、搜索差押令状により、すべての文書を差し押さえることができるが、その後自ら内容を見聞する前に、弁護側の弁護士に、文書を閲覧して保護対象文書を留保することを認める。司法省は、この留保された文書の保護対象性をチェックするために、「プリビレッジログ (Privilege Log)」という①文書の種類、②作成日付、③文書作成者と受領者の明示、④保護対象と考える根拠、⑤その他保護対象性を証するのに必要な情報の提供を求める。そして、双方で協議し、保護対象かどうかを検討、合意する。

英国（イングランド及びウェールズ）、（以下「英国」という。）では、当初はコモン・ローにより認められた証拠法のルールであったが、現在は、証拠法の適用場面にとどまらず、基本的な司法の原則と位置付けられており、民事・刑事・行政いずれの事件類型にも適用される。カナダにおいても、従前は証拠法のルールであったが、一連の最高裁判決により、憲法上の権利類似の権利になりつつある⁵。1999年頃から「権利と自由のカナダ憲章」第7条の下で保護される基本的正義の原則の一つと位置付ける最高裁判例が次々に下された⁶。2002年の *Lavellee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)* 判決は、法律事務所が搜索され、文書等が押収された事例である。カナダ最高裁は、搜索および差押に関して不十分な手続保障を規定していた刑法488.1条を「権利と自由のカナダ憲章」第8条の下で違憲と判断した⁷。カナダ最高裁判所は、その後も *Lavellee* 判決を繰り返し確認している。通信秘密の保護について、何か適切な司法運営を妨げるものとする見方とは全く異なり、過去20年の間の一連の事件における判断として、カナダの司法制度が適切に機能するために不可欠の権利であると判示している。

秘匿特権とされる範囲は国によって異なる。米国では、弁護士の作成文書について、秘匿特権ではなく、ワーク・プロダクトの法理（弁護士職務活動の成果の法理）により開示を拒否できるとされる。ワーク・プロダクトの法理では、秘匿特権のような絶対性がなく、裁判所が特に必要と判断した文書について開示を拒絶できない。英国、オーストラリア及びカナダでは、米国のワーク・プロダクトに相当する通信を *Litigation Privilege* として保護する。英国、オーストラリア及びカナダの秘匿特権は、米国の秘匿特権とワーク・プロダクトの法理とを合わせた範囲とほぼ重なる。

(2) 大陸法における弁護士の秘密保持義務

① ドイツ

ドイツでは、米国式の *pre-trial discovery* のような広範な開示制度はなく、民事訴訟の当事者に情報の開示義務が認められる場合は限られるた

ただし、合意に至らなかった場合は、司法手続により、保護対象か否かを判断する。文書は、裁判所に提出され、裁判官がインカメラ方式により、「スペシャルマスター (Special Master)」と呼ばれる中立な第三者により、または「フィルターチーム (Filter Team)」等と呼ばれる調査担当の検察官とは別の検察官と調査担当官の補助者が共同して検討、判断しているとのことである。

⁵ Adam Dodek, *Solicitor-Client Privilege in Canada: Challenges for the 21st Century* (2011)

⁶ 権利と自由のカナダ憲章第7条 何人も、生命、自由および身体の安全の権利を有するのであって、基本的正義の原理にもとづかなければ、これらの権利を奪われない。

⁷ 権利と自由のカナダ憲章第8条 何人も、正当な理由なく搜索または押収されない権利を有する。

め、当事者に秘匿特権を認める必要性がある場合は限定的であるとされる。しかしながら、同国でも、訴訟当事者でない者には証人義務（ないし証人尋問に代わる情報の提供義務）があるため、当該義務との関係で、証言を拒否する権利（Zeugnisverweigerungsrechte）を認める必要性があると指摘されている。弁護士と依頼者間の関係においても、弁護士の負う守秘義務の観点から、弁護士に対し証言等の拒否が認められている⁸。

ドイツ国内法上、このような意味での秘匿特権が認められる弁護士の範囲について、明確な法令上の定めはないものの、実務上は、弁護士会に所属していない者は特権を享受できないと考えられているようである。企業内弁護士については、雇用主の指示を受けずに独立して顧客の代理をすることができること、ドイツ連邦弁護士法上の義務に従って行動することについて雇用主の承認を得ていること、及び、雇用主の事務所とは異なる別の事務所を有することといった要件を満たし、雇用主からの一定の独立性が認められる者については、弁護士会への登録が認められる。これらの独立業務の依頼者との相談に関する限りは秘匿特権を享受することができるとされる。

上記のような意味での秘匿特権が認められる事項についても弁護士の守秘義務の観点から画されており、基本的には、秘匿特権は、弁護士が守秘義務を負う全ての事項に及ぶとされているようである。ただ、依頼者が開示することに同意した場合や、刑事法やマネーロンダリング規制等の法令により開示義務があるとされる場合など、国内法上、一定の例外が存する⁹。

このようにドイツにおいては弁護士の秘匿特権は弁護士の守秘義務の観点から認められているものであるため、訴訟において訴訟当事者ではない依頼者が証言等を求められた場合、当該依頼者は、その依頼した弁護士との委任関係から得た情報等であることを理由に証言等を拒むことはできないようである。また、ドイツにおいては、広範な証拠開示制度がなく、秘匿特権の役割が限定的であるため¹⁰、秘匿特権の濫用防止策については、

⁸ このような弁護士の秘匿特権は弁護士の守秘義務の観点から認められるものであり、弁護士には特権を行使する義務があるとされる。

⁹ 本文記載の例外の他、開示することについて守秘義務を上回るような利益が弁護士に認められる場合も守秘義務の例外とされる（例えば、依頼者が弁護士報酬を支払わないために報酬請求訴訟を提起する必要がある場合等）。

¹⁰ 刑事手続における弁護士の秘匿特権は限定的であったが、2011年民事訴訟法改正により外部弁護士につき範囲が拡大され、社内調査等において外部弁護士を関与させることの重要性が説かれるようになった。

特に制定されていない。

なお、行政手続との関係では、一般的には行政に対する情報提供義務はないものの、法令上、個別に情報提供義務が規定されている場合があり、そのような場合には、弁護士の秘匿特権についても、当該個別の法令中に、関連する規定が置かれるか、あるいは、ドイツ連邦民事訴訟法上の秘匿特権に関する規定を準用する規定が置かれる。

② フランス

フランスでは、弁護士の「職業上の秘密」(le secret professionnel)として保護されている。職業上の秘密の保護法益は、秘密開示者の利益でも弁護士側の職業上の利益でもなく、「公共の秩序 (ordre public)」であると解されており、弁護士会を束ねる全国組織である Le Conseil National des Barreaux (CNB) が定め、政府の2007年8月11日決定により採択された全国レベルの職務規程 Règlement Intérieur National (RIN) には、その2.1条にその旨が明記されている。なお、「職業上の秘密」の法律上の根拠は、下記に挙げる1971年12月31日法(法71-1130号)第66-5条と考えられている。

「職業上の秘密」の歴史は19世紀に遡り、「自由に防御する権利」(libre défense)との表現に象徴され、主に刑事事件の接見交通権や通信の秘密として発達した。職業上の秘密を侵害して入手された証拠は、弁護士自身が犯罪に加担していたような例外的場合を除き、無効となるとの判例が確立し、やがて刑事訴訟法の一部を構成するに至った。もともと、当局が権限拡大を模索して職業上の秘密の範囲を狭めたこともある。最近ではサルコジ前大統領とその弁護士との電話通信傍受が大きな話題となり、当局に対する職業上の秘密保護を強化すべきではないかとの議論もなされている。

このような歴史的背景から、破毀院 (Cour de cassation) は、事件係属後の弁護士と依頼者の間の通信の秘密については比較的早い段階から肯定してきたのに対し、事件係属前の(又は事件係属と関係しない)弁護士と依頼者の通信の秘密については消極的であった。しかし、一定の裁判・法律に関連する職業の改革に関する1971年12月31日法(法71-1130号)(いわゆる弁護士法に相当する内容を内包することから、以下、便宜上「弁護士法」と略す。)が1997年4月7日法(法97-308号)によって改正された際に、弁護士法第66-5条が改正され、裁判外業務における弁護士と依頼者の間の通信も、職業上の秘密に含まれ

ることが明記されるに至っている。

現行の弁護士法第66-5条は、「相談業務か、防御に関する業務かを問わず、依頼者から弁護士に対する諮問や依頼者に対する諮問、依頼者と弁護士の間の通信、弁護士間の通信、打ち合わせ記録、その他一般にその件の書面はすべて、職業上の秘密の保護対象となる。」と定めている。

この点、職業上の秘密とは、刑事事件の接見交通権や通信秘密の保護をイメージすれば明らかなおとおり、弁護士の守秘義務という「義務」の側面だけでなく、弁護士及び依頼者が、弁護士と依頼者の間の通信の秘密を侵害されない自由、という権利の面も有していると解されている。フランスには権利性を前面に認めた法文がないことから、「職業上の秘密」規定だけで、本当に弁護士と依頼者間の通信の秘密の権利性が肯定されていると言えるのか疑問が生ずるが、権利性があることは、当局裁判所を含め、既に共通認識となっており、特にこの点は問題視されていないようである。この点に関し、競争法に関する取締当局 (Autorité de la concurrence) の調査との関係で、下記のとおり、注目すべき判決が下されている。

近時、行政調査を多く行う競争法に関する取締当局 (Autorité de la concurrence) が、裁判官の決定に基づいて発布された令状に基づき、ある会社において、文書や電子メール等を差し押さえた事件で、裁判官の令状発布の決定が争われた。控訴院は、差し押さえられた文書の中に、真に弁護士と依頼者の間の通信があったが、当局が、その返還を拒絶しておらず、その写しを作成したに過ぎない本件では、差押手続を無効とするほどの違法があるとは言えないとして無効請求を棄却した。これに対し、上訴審である破毀院は、2013年4月24日付け判決 (事件番号12-80.331, 12-80.332, 12-80.336) の中で、職業上の秘密を侵害する文書かどうかは、まさに裁判官の判断事項であるところ、職業上の秘密を侵害する文書と認定したにもかかわらず、これを無効としなかった判断には誤りがあるとして原審を一部破毀した。この判決では、競争法当局の調査官がその文書を差し押さえた時点で、職業上の秘密侵害となるものと判断するなど、差押えが違法となる時期にも言及しており、この点も併せて、画期的と評されている¹¹。

ところで、破毀院での審理中に、代理人から、商法L450-4条合憲

¹¹ なお、この事件は、2013年4月24日付破毀院判決によりベルサイユ控訴院に差し戻されたが、ベルサイユ控訴院が、2014年1月30日、競争法当局の行為は適法であったとの判断を下したため、これに対しさらに破毀院での審理が継続している模様である。

性についての疑問が出されたが、破毀院は、同条を合憲と判断した。その合憲性判断の理由の中で、破毀院は、問題の条項は、裁判官に、特に、弁護士と依頼者間の通信の秘密を侵害する文書についての行政の差押えの際に生じる問題を規律する権限を与える規定であり、差押えが無効になれば行政は当該文書を勘案できなくなるものであるから、条項自体の合憲性に問題はない、と判じている。つまり、破毀院は、当局は弁護士と依頼者間の通信の秘密を侵害してはならないことや、侵害して入手した文書等を当局が勘案できないことについては、当然の前提として判断しているのである。このことは、フランスでは、弁護士と依頼者間の通信の秘密が、弁護士の義務としての側面のみならず、権利としての性質を有することについて、裁判所や当局を含め、異論なく共通に理解されていることを示している。

③ スイス

スイスの2011年民事訴訟法及び刑事訴訟法は、依頼者と弁護士間の通信は、それが弁護士側にあるか依頼者側にあるかを問わず、開示又は差押の対象とならないことを定めていたが、これらの法律では行政手続において同様に通信の秘密が保護されるか明確でなかった。これら手続間の齟齬を調和するため、行政を含むすべての連邦手続において依頼者と弁護士間の通信秘密を保護する立法が2013年5月1日より施行されている。この立法の内容は以下のとおりである。

ア 対象となるのは弁護士法上の弁護士に限られる。具体的には、スイスのライセンスを持つ弁護士及びEU又はEFTAの弁護士でスイスにおいて業務を行うことができる者。

イ 狭い意味での通信だけでなく、法的助言、会議録、契約書の案文なども保護の対象となるが、依頼者が法的助言を得る際に資料として弁護士に送付した文書は含まない。

ウ 保護される通信の所在を問わない（弁護士、依頼者又は第三者）。

エ 法的助言又は手続の準備において作成された物又は文書のみが対象となり、法律事務以外で（例えば、資産管理、取締役その他の団体役員として、取引仲介者として、債権回収において）作成された物又は文書は対象とならない。

オ 弁護士が同じ嫌疑で調査の対象となるときは保護されない。

カ 社内弁護士は弁護士法上の弁護士ではない。

(3) EU法における弁護士と依頼者との間の通信に関する秘密の保護原則

(Principles of protection of confidentiality of communications between the independent lawyer and his client; 以下「PPCC」という。)

① 弁護士・依頼者間の通信の秘密に対する保護原則であるPPCCは、欧州司法裁判所の判例法により形成された。1982年にAM&S事件において、依頼者の防御権の保障のために、解釈論として認められた。同事件の判決において、欧州司法裁判所は、欧州委員会の文書調査検証権限の例外として、通信書面を欧州委員会に対して秘密にすることができると判示した。

② AM&S事件で示された要件は、(ア) 欧州で登録している弁護士と依頼者との間の書面による通信であること、(イ) 通信が依頼者の防御権を行使する目的と防御権の利益のためになされたこと、(ウ) 弁護士が依頼者と雇用関係にない独立の弁護士 (independent lawyer) であることである。

上記要件(ウ)の「独立の弁護士」の解釈として、現時点においては、企業内弁護士と依頼者との間の通信は保護の対象に含まれないと一般に解されている。雇用関係にある企業内弁護士には外部の弁護士と同等の職業的独立性が確保されていない(弁護士会の会員であることだけでは独立性の水準として不十分)、という判断からである。この判断は、2007年(第一審)・2010年のAkzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. 事件でも、少なくとも競争法に関する限りは明示的に維持された¹²。

③ 以上のような保護要件・範囲は、EU加盟国(特に大陸法系)の国内法(特に「秘密保持義務」や「証言拒絶権」等の法制)とは異なっている。例えば、通信秘密保護原則(以下「PPCC」という。)は弁護士の権利で

¹² Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. 事件判決において、原告は、AM&S事件の判例を変更して企業内弁護士を対象とすべきだと主張した。裁判所がこの主張を採用しなかった理由は、企業内弁護士の秘匿特権は未だに加盟国間で統一的又は圧倒的多数をもって認められる状況にはないこと、多くの加盟国で企業内弁護士によるやりとりには秘匿特権を認めておらず、しかもかなりの加盟国で企業内弁護士が弁護士会に登録することを許していないことが挙げられている。これらの状況の変化次第では判例変更の可能性はある。

なお、厳密には、AM&S事件判決以降、企業内弁護士の一部の文書・通信も対象とされる余地が残され、その範囲はHilti事件判決(1990年)等により徐々にだが拡大されている、との指摘もあるが、それもあくまで限られた範囲内である。

¹³ 一連の判決の射程は、直接にはEU法の競争法分野である。もっとも、AM&S事件判決以降の動向として、英米法系国では概して秘匿特権の適用範囲を制限する方向性が見られるのに対し、大陸法系諸国では国内法をEU判例法の基準(従って、少なくとも競争法分野では従前の大陸法系諸国での保障よりも高い水準。ただし、企業内弁護士も対象とする国は少数)に適合させる方向での立法・判例動向が見られる(ソフト・ハーモナイゼーション。例：オランダ1998年改正競争法、スウェーデン1993年改正競争法)と指摘されている。

も義務でもなく、依頼者の権利である（依頼者の判断で放棄可能）。

他方で、英米法（コモン・ロー）のL P Pとも同一でない。例えば、（ア）企業内弁護士にはP P C Cの適用がない（英米と異なる）。なお、E U加盟国のうち企業内弁護士にも秘匿特権を認めているのは、英・アイルランド・蘭の3カ国のみである¹⁴。また、（イ）従前はE U域外の外国弁護士との通信には明示的な適用例はない（米国と異なる。）。なお、P P C Cの適用範囲は、弁理士、会計士その他の専門家にまでは拡大されていない。

そもそも、P P C Cという独自の呼称も、英法を含む各国法を参照しつつも、各国法上の用語と異なる用語を意図的に用いたものと指摘されている。欧州司法裁判所がP P C Cを認めるに当たり、特定の国や法系の概念・法制には直接依拠しない構成を採ることにより、E Uのいずれの国でも（コモンロー系でも大陸法系でも）妥当する普遍的な原則としたものであることを、用語上も表象した趣旨である。言い換えれば、コモンローの秘匿特権と、大陸法の職業上の秘密とでは概念が違うものの、法曹の核心的価値として重要なところで目的を同じくするということである（欧州弁護士会評議会（C C B E）の説明による。）。

- ④ なお、以上と別に欧州人権裁判所も、弁護士・依頼者間の通信は、その依拠する法的構成および要件・保護範囲等に必ずしも明確に統一されていない点は見られるものの¹⁵、原則として欧州人権条約第6条（公正な裁判を受ける権利）で保護されている旨、あるいは、欧州人権条約第8条（私生活、家族生活（、住居および通信）の尊重を受ける権利）で、欧州人権条約の解釈として保護されている旨を判示している¹⁶¹⁷。

¹⁴ その前提として、弁護士が a) 弁護士会に登録したまま雇用され得る国内法制のE U加盟国の例は英、b) 登録したまま雇用され得るが弁護士活動に特別な制限が加わる国は独（企業外の依頼者との関係での活動が弁護士活動として取り扱われる）・蘭で、c) 多くの国では登録したまま雇用され得ない（仏・伊・澳・瑞・中東欧諸国）。（2004年時点）

¹⁵ 欧州人権条約第6条ベースの見解をとる主な例として、*Niemietz v. Germany* 事件（1992）、*Case C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone et al. v. Conseil des Ministres* (2007)（ベルギー弁護士会（フランス語系・ドイツ語系弁護士連合会）事件）先決裁定。同第8条寄りの見解をとる例として、近時の *Michaud v. France* 事件（2012）。なお、同第6条及び第8条の両方を重畳的に挙げる見解をとる例として、*Case C-305/05 ECR I-5305 Opinion AG Maduro*（上記 C-305/05 事件の *Maduro* 法務官（Advocate General）意見）。

¹⁶ 欧州人権条約の位置付けは時期により変遷があるが、近時ではリスボン条約（2009年発効）がE U基本権憲章に法的拘束力を認め、憲章52条3項で解釈の方法論を指定している（欧州人権条約で定められた権利に対応する権利に関しては、その意味と適用範囲は人権条約と同じとする。ただし、ミニマム・スタンダードの趣旨であり、上方修正は妨げない）。

¹⁷ なお、欧州人権条約自体は我が国が批准する条約ではなく、その解釈は我が国の法令解釈に直接には影響しないが、我が国が批准する自由権規約（特に第14条及び第17条）の解釈として、欧

その後、EUにおいては、PPCCは、とりわけ競争法の分野で、実務上の手続法理として発展を続けている状況が見られる。

例えば、PPCCの適用が認められて保護される文書の範囲について、欧州委員会が「ベストプラクティス」と題する文書を公表して、保護の対象範囲及び権利主張手続を具体的に明示している¹⁸。

また、制度の濫用防止措置についても考慮されている。上記のように、事業者が保護対象範囲や手続について具体的に理解した上で権利行使できるよう措置することにより、手続の誤解等に基づく権利濫用的行為を防止している¹⁹。特に、調査マニュアル(The Antitrust Manual of Procedures)も公開されているので、手続の予測可能性や透明性も向上している(Chapter 12, section 2 (14); section 2.3.2等参照)。

これらの成文化された規定は、PPCCの表れ(コード化されたルール)として理解することができる。

(4) 国連原則・国際人権条約

州人権条約の解釈が意味を持つのではないかが問題となる。これに関連して、受刑者とその訴訟代理人である弁護士との接見(すなわち民事事件のための接見)について、自由権規約第14条第1項(公正な裁判を受ける権利・武器対等の原則)の解釈において、(ウィーン条約法条約上の位置づけはさておき)欧州人権条約第6条の解釈を指針の1つと明確に位置付けた高松高裁判決がある(高松高判1997年11月25日。「判タ」977号65頁。ただし、上告後の最高裁は破棄自判請求棄却)。同判決は、①欧州人権条約が自由権規約草案を参考にしたこと、②欧州の多くの国が加盟した地域的人権条約として重要性を評価すべきことを理由として挙げている。この2点は、欧州人権条約第8条と自由権規約第17条(私生活、家族、住居、通信等の自由)の関係にもそのまま妥当すると思われる。一方で、同判決は、自由権規約第14条第1項の文脈解釈と日本の憲法との関係を示したうえで、さらに自由権規約第14条第1項の内容を明確にするために欧州人権規約を解釈指針の1つとして考慮するという段階を踏んでいるので、自由権規約第17条についても、日本の憲法との関係を示すことが前提として必要であると考えられる。また、同判決においても、欧州人権条約はあくまで自由権規約の解釈指針の1つという位置づけに過ぎないため、少なくとも弁護士と依頼者の間の通信の秘密に関連して自由権規約第17条の解釈のために欧州人権条約を参照するには、他の補強材料も必要と考えられる。

¹⁸ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (2011/C 308/06) pp. 51-58参照。なお、欧州委員会が保護対象として観念する文書は、①社外弁護士と事業者で行われる法的助言についての直接のやり取り、②社外弁護士からの法的助言を社内で要約した社内報告文書、③事業者が当局に対して提出する主張書を作成するに当たって社外弁護士から適切な法的助言を受けるために社内弁護士が用意した文書。

¹⁹ 例えば、①権利主張が認められる場合であっても事業者は保護対象部分を墨塗りした写しを提出する義務を負う。②権利主張は事業者側から根拠と証拠を付して行われる必要があり、これを欠く権利主張に対しては制裁金が課され得る。③多くの場合には、立入検査の過程で当局担当官が文書の見出し・題名等を一瞥することにより、権利主張に理由があるか否か確認されている。④事業者が当局担当官により権利主張対象書類を一瞥されることを拒む場合には、後の検討のため当該書類を封筒に封入して封印し当局にて預かる場合があり、(独立に職務を行う)聴聞官や裁判所による書類審査を経るまで審査官・委員会は当該書類を閲覧しない。⑤審査遅延や審査への抵抗を目的とする権利主張に対しては制裁金が課され得る。

「国連・弁護士の役割に関する基本原則」（1990年）では、第22項にて「政府は、弁護士と依頼者間のコミュニケーションと弁護士と依頼者との間の相談内容は、弁護士の職業的関係のものである限り、全て秘密であることが保障されるべきであることを認め、敬意を払わなければならない。」と定めている。

また、同原則では、「刑事事件における特別な保護」の表題の下に、第8項にて「逮捕、拘禁、収監されたすべての人は、遅滞なく、傍受、検閲されることなく、完全に秘密を保護されて、弁護人の訪問を受け、交通し、相談する十分な機会と時間と便益（施設）を保障されなければならない。この相談は法執行官吏から見えるところであってもよいが、聴こえるところであってはならない。」と定めている。

我が国が批准する自由権規約（いわゆるB規約）第14条及び第17条は以下のように定めており、その解釈によって一定の保護がなされ得る²⁰。

第14条 1 すべての者は、裁判所の前に平等とする。すべての者は、その刑事上の罪の決定又は民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、法律で設置された、権限のある、独立の、かつ、公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利を有する。（略）

…

3 すべての者は、その刑事上の罪の決定について、十分平等に、少なくとも次の保障を受ける権利を有する。

…

(b) 防御の準備のために十分な時間及び便益を与えられ並びに自ら選任する弁護人と連絡すること。

第17条 1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。

2 すべての者は、1の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。

²⁰ 前掲注17参照。同注で触れた高松高裁判決は、旧監獄法に関する事案であるが、「以上の諸事情を勘案すれば、B規約第14条第1項は、その内容として武器平等ないし当事者対等の原則を保障し、受刑者が自己の民事事件の訴訟代理人である弁護士と接見する権利をも保障していると解するのが相当であり、接見時間及び刑務官の立会いの許否については一義的に明確とはいえないとしても、その趣旨を没却するような接見の制限が許されないことはもとより、監獄法及び同法施行規則の接見に関する条項については、右B規約第14条第1項の趣旨に則って解釈されなくてはならない。」と述べていた（ただし同判決は上告後破棄自判請求棄却）。

3 我が国の現状及び当連合会の取組 - 総論

(1) 現行法上の弁護士・依頼者間の通信秘密の開示拒絶権

① 民事訴訟法

ア 証言拒絶権（民事訴訟法第197条第1項第2号）

「・・・弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、弁護人、公証人、・・・の職にある者又はこれらの職にあった者が職務上知り得た事実で黙秘すべきものについて尋問を受ける場合」証言拒絶できる。

(ア) この規定の趣旨は、これら専門職に対する信頼を確保し専門職の存立を可能にするというものであるが、証言拒絶権によって保護される秘密の帰属主体は依頼者等であるとされる。

(イ) 主体は弁護士等。

イ 文書提出拒絶権（民事訴訟法第220条第4号ハ）

「第197条第1項第2号に規定する事実又は同項第3号に規定する事実で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」については、文書提出義務から除外される。

(ア) 主体についての限定はないので、弁護士等が所持している文書だけでなく弁護士等以外の者（例えば依頼者）が所持している文書についても、所持者である弁護士等以外の者が同号を援用して文書提出を拒絶できると解することができる（有力な学説はこのように解している。）。

ウ 当事者照会に対する回答拒絶権（民事訴訟法第163条第6号）

「第196条又は第197条の規定により証言を拒絶することができる事項と同様の事項についての照会」については回答しなくてよい。

(ア) 主体についての限定はないので、イ同様の問題となる。

エ 現行法の位置付け

証言拒絶の場面では、依頼者が弁護士との間の通信や協議にかかる事実（弁護士からどのような助言を受けたかを含め）について証言を拒絶できないとされている²¹。これは、文書提出義務について、提出を拒絶できる主体に限定がない（したがって依頼者も提出を拒絶できる。）と

²¹ 文書提出義務と同様、依頼者も弁護士との間の交信・協議にかかる事実について証言拒絶できるという解釈があり得ないわけではないが、その場合でも依頼者が弁護士に何をどのように伝えたかについて証言拒絶できるとどまり、弁護士が依頼者にどのような助言をしたかについては別論であるとの議論もあり得る。

されていることと不整合である。また、文書提出義務についてもこのような解釈について異論がないわけではないほか、保護の対象についても、弁護士が職務上知り得た秘密で黙秘すべきものが記載された文書という規定ぶりとなっていることから、依頼者と弁護士の間の通信、特に弁護士の依頼者に対する助言内容がこれに含まれるのかについて文言上必ずしも一義的に明らかではない。

オ 仲裁その他裁判外紛争解決手続における取扱い

裁判と並ぶ民事紛争の重要な解決手続としての仲裁²²においては、各仲裁機関の規則及び仲裁人によって取扱いが異なり得る。しかしながら、国際商事仲裁においては、依頼者と弁護士の間の通信にかかる事項については、文書であれ供述であれ、開示を求めることができないことは共通の認識になっている。例えば、国際法曹協会が2010年に策定した国際仲裁証拠調べ規則（IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration）²³においても、仲裁廷が適用されると判断した法令若しくは倫理規則上の法的障碍又は秘匿特権がある場合は、証拠から排除されるとされている。

② 刑事訴訟法

ア 証言拒絶権（刑事訴訟法第149条）

「・・・弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、弁護人、公証人、・・・の職にある者又はこれらの職にあった者は、業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するもの」について証言拒絶できる。

(ア) 押収拒絶権と同様の趣旨に出た規定である。

(イ) 主体は弁護士等。

イ 押収拒絶権（刑事訴訟法第105条）

「・・・弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、弁護人、公証人、・・・の職にある者又はこれらの職にあった者は、業務上委託を受けたため保管し、又は所持する物で他人の秘密に関するもの」について押収を拒むことができる。

(ア) 「但し、本人が承諾した場合、押収の拒絶が被告人のためのみに

²² 調停・和解仲介等その他の非拘束的な裁判外紛争解決手続では、そもそも証拠提出が義務付けられることはないので、本制度の適用が問題となることはない。

²³ 同規則によることを当事者が合意すること又は仲裁廷がこれによると決定することにより当該仲裁手続における手続規範となる。規範とならない場合でも多くの国際仲裁手続で参照されている。

する権利の濫用と認められる場合（被告人が本人である場合を除く。）・・・はこの限りでない」とされているが、少なくとも被告人本人が弁護士に預けた物については、「被告人が本人である場合」として権利の濫用にあらず、弁護士は押収拒絶権を有する。

(イ) 人の秘密を扱うことの多い弁護士等一定の業務及びこれに秘密を託する者の信頼を保護する趣旨である。

(ウ) 国税犯則取締法に基づく押収にも適用がある²⁴。

(エ) 主体は弁護士等。

ウ 接見交通の秘密の保障（刑事訴訟法第39条第1項）

「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は・・・弁護人となろうとする者と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。」

接見交通における秘密の意義について、高見・岡本国賠事件大阪地裁判決は、以下のように述べる。

「刑事訴訟法第39条1項が被拘禁者が弁護人と立会人なくして接見することができるとしているのは、弁護人から有効かつ適切な援助を受ける機会をもつためには、被拘禁者とその弁護人との間において、相互に十分な意思の疎通と情報提供や法的助言等が何らの干渉なくされることが必要不可欠であり、特に、その意思の伝達や情報提供のやりとりの内容が捜査機関、訴追機関、さらには収容施設側に知られないことが重要であるので、この点を明文で規定したものと考えられる。なぜなら、接見の機会が保障されても、その内容が右の機関等に知られることになるというのでは、被拘禁者の側からは、その防御権、すなわち有効適切な弁護活動を弁護人にしてもらうことが期待できず、弁護人の側からは、その弁護権、すなわち有効適切な弁護活動を行うことができないことも十分予想されるからである。」

また、鹿児島接見国賠訴訟判決（鹿児島地判平成20年3月24日判例時報2008号27頁）は、接見交通権は弁護人の固有権であるとした上で、捜査機関が接見後に被告人らから弁護人との「接見内容を聴取することは、捜査妨害的行為等接見交通権の保護に値しない事情等特段の事情のない限り弁護人の接見交通権をも侵害する」と述べている。

かかる接見交通権の趣旨に鑑みれば、捜査機関は「被疑者等と弁護人

²⁴ 熊本地裁昭和61年4月25日決定「判タ」557号290頁。

等との自由な意思疎通ないし情報伝達に萎縮的効果を及ぼすことのないよう留意する」必要があり、原則として弁護士等との接見における供述について聴取することは禁止される（下記4(2)記載の第2次富永国賠事件）。

接見交通権は憲法34条前段の弁護士依頼権に由来し（最大判平成15年3月24日）、接見における秘密交通権の保障も憲法に由来する重要なものと位置付けられる（高見・岡本国賠事件、大阪地判平成12年5月25日）。

エ 再審請求人の弁護士選任権（刑事訴訟法第440条第1項）

再審請求人が弁護士との面会につき職員を立ち会わせたことが刑事施設の長の裁量権を逸脱し違法とした事例（石口・武井国賠事件）において、最高裁第三小法廷平成25年12月10日判決は、秘密接見の意義を以下のように述べている。

「刑訴法440条1項は、検察官以外の者が再審請求をする場合には、弁護士を選任することができる旨規定しているところ、死刑確定者が再審請求をするためには、再審請求弁護士から援助を受ける機会を実質的に保障する必要があるから、死刑確定者は、再審請求前の打合せの段階にあっても、刑事収容施設法121条ただし書にいう「正当な利益」として、再審請求弁護士と秘密面会をする利益を有する。」

③ 行政手続

行政手続上は、弁護士と依頼者間の通信の秘密を保護する規定はないが、弁護士法第23条による秘密保持権の援用はあり得る²⁵。

④ 弁護士法

弁護士法第23条は、「弁護士又は弁護士であった者は、その職務上知り得た秘密を保持する権利を有し、義務を負う」と規定し、民事訴訟、刑事訴訟以外の場面での弁護士の秘密保持権を規定する²⁶。

⑤ まとめ

以上のように、依頼者と弁護士間の通信秘密の保護は、我が国の現行法上、民事訴訟法第197条、同第220条第4号ハ、刑事訴訟法第3

²⁵ 2006年、証券取引法（当時）が改正され、金融検査等の参考人へ報告義務を課した。金融庁は、この改正の趣旨を、弁護士の助言の中身を把握するのが目的と説明した。日本経済新聞もその趣旨の報道をした（6月17日）。日弁連は、弁護士法第23条の守秘義務が優先すると主張し、金融庁に対して、適正運用を求める申入れを行った（自由と正義2007年9月号211頁）。

²⁶ 高中「弁護士法概説（第4版）」115頁は、裁判所外においても秘密保持を権利として認める必要があること等から同条が規定されたとする。

9条第1項、同第149条等で民事・刑事訴訟の局面でかなりの部分認められている。また、弁護士法第23条はより一般的な形で弁護士の職務上知り得た秘密の保持の権利及び義務を規定している。

問題は2点ある。第1は、これら現行法の諸規定では、弁護士は証言や文書提出等開示を拒絶できることが明確である一方、依頼者の側にそのような拒絶権があることは明確には規定されていない。また、このことと関連するが、弁護士の依頼者に対する助言内容が保護されるかどうか規定上必ずしも明らかではない。しかし、依頼者と弁護士の間の通信は双方向で行われるのであり、その一方のみが開示から保護され、他方は保護されないというのは不合理である。弁護士が開示を拒絶できるとするのであれば、依頼者の側も同じく開示を拒絶できるとすることが一貫する。現行法の諸規定は、民事・刑事の手続ではそれら通信内容を証拠として使用しないという価値判断を法が行っていると言えるのであり、そうであればその入手元が依頼者であるか弁護士であるかは問わないういはずである。

第2は、民事・刑事訴訟手続以外の場面での開示拒絶権がないことである。弁護士法第23条により弁護士について行政手続でも開示拒絶権を援用できるとする解釈はあるが、必ずしも受け入れられているわけではない。しかし、高度の真実発見の要請がある民事・刑事の訴訟でさえ依頼者と弁護士間の通信が開示から保護されるのに、行政手続等他の場面でこれがないというのも一貫しない。依頼者と弁護士間の通信の秘密が民事・刑事訴訟手続についてだけ保護され、行政手続等他の場面では保護されなくてよいという理由もない。

(2) 弁護士・依頼者間の通信秘密の保護に関する判例

我が国では、本制度を正面から認めた判例はない。弁護士・依頼者間の通信秘密の保護が明示的に論点となった事件として、独占禁止法手続に関する平成25年1月31日東京地判・訟月60巻3号546頁がある（平成25年9月12日東京高判・同613頁により控訴棄却、平成27年4月28日上告・上告受理申立て棄却）（JASRAC事件）。

同事件は、音楽の著作物の著作権に係る管理事業を営む一般社団法人である原告が、公取委から排除措置命令を受け、これを不服として審判請求をし、審判手続が進んでいたところ、原告の競争事業者である本件申請者が独

独占禁止法第70条の15第1項²⁷に基づく事件記録謄写を申請し、公取委がこれに応ずる旨の本件決定をした点が争われたものである（行政処分取消訴訟）。

問題となった書証は、原告が、公取委主催の研究会に意見を述べるよう公取委から求められたことを契機に、2002年8月、原告執行部、弁護士等を構成員とする独占禁止法検討会議を立ち上げ、著作権等管理事業が許可制から登録制に移行し、新規事業者が参入することに伴い発生する原告業務上の独占禁止法の問題点等について検討を行った際の、①同弁護士参加の会議議事録（上記研究会における想定問題や弁護士との質疑応答、原告の将来対応についての参加者意見を含む）、②同弁護士作成の「著作権管理事業と独占禁止法に関するメモランダム」（事実経緯、法律上の問題点、検討内容・法廷意見を含む）、③同会議配布資料、である（2008年4月原告立入検査の際に留置）。

公取委担当審査官は、原告が独占禁止法上の問題点を検討していたこと、一定の場合には私的独占となるおそれが指摘されていたこと等の立証のため各書証の証拠申出をしたが、原告は、①②について、取調べの必要がなく、かつ、その取調べは弁護士と依頼者との秘密交通権を侵害するとして、書証を採用すべきではないとの意見を述べていた（③は「しかるべく」との意見）。しかし、担当審判官は、いずれの書証も採用決定して取り調べた。本訴訟において原告は、審判官による各書証の採用決定は誤りであったとも主張した。

裁判所は、以上を前提に、以下のとおり判断した。（ア）本件謄写申請は、申請者が本件排除措置命令にかかる違反行為の被害者として、将来の損害賠償請求訴訟準備を目的としたもので、各書証開示部分は、原告の加害行為・故意過失等の立証に資するもの。公取委が、申請者、原告、第三者の各権利・利益、独占禁止法の目的達成という公共の利益等の合理的調整の見地から「第三者の利益を害するおそれがあると認めるときその他正当な理由」を認めなかったことについて裁量権逸脱・濫用したということとはできない。

（イ）「弁護士・依頼者秘匿特権」や「職務活動の成果」に関する原告の主張

²⁷ 第70条の15 利害関係人は、公正取引委員会に対し、審判手続が開始された後、事件記録の閲覧若しくは謄写…を求めることができる。この場合において、公正取引委員会は、第三者の利益を書するおそれがあると認めるときその他正当な理由があるときでなければ、事件記録の閲覧又は謄写を拒むことができない。

2 公正取引委員会は、前項の規定により謄写をさせる場合において、謄写した事件記録の使用目的を制限し、その他適当と認める条件を付することができる。

について、そのような法理の存在を肯認することはできず、そのような具体的権利・利益の存在という観念が社会の法的確信によって支持される程度にまで達しているとは言えない。(ウ) 2009年独占禁止法改正の際の衆参各委員会附帯決議や2009年12月9日公取委担当政務三役の「独占禁止法の改正等に係る基本方針」等の動きは、裏を返せば、何らかの立法的措置が行われたい限りは、具体的権利・利益としてのこの法理の存在を肯認できないことを前提とするもの(もっとも、実務法曹や研究者等の間における議論が更に深まることにより、実定法上に定められるに至ることは十分にあり得る。)(エ) 弁護士法第23条は、刑事訴訟法や民事訴訟法のような個別の手續規定なくして、それ自体から直接に証言拒絶権等を導き出すことはできないものと解され、刑事訴訟法第105条、同149条、民事訴訟法第197条1項2号における「秘密」とは、客観的にみて保護に値するものをいい(最決平成16年11月26日民集58・8・2393)、弁護士と依頼者の意思疎通の内容の全てが「秘密」に当たるわけではないから、これを超えて、また、刑訴・民訴手續と行政審判手續という手續の違いを超えて、およそ公取委が閲覧・謄写を拒否できる正当な理由となるべき具体的な権利・利益にまで昇華していると肯認することはできない²⁸。

また、控訴審では、原審判断を肯定したほか(憲法第21条2項後段、第22条1項、第31条、第32条、第34条及び第37条、並びに第35条も、具体的な権利・利益としてこれを保護しているとは言えないとした)、(オ)「職務活動の成果(ワーク・プロダクト)の法理」の関連で、控訴人が、文書提出命令における民事訴訟法第220条4号ニ又はハによって提出拒否できる文書について、独占禁止法第70条の15の方法で潜脱されるのは不合理、と主張したのに対し、両制度は制度の趣旨も目的も異なり、申請主体や要件も異なるから、両者の範囲が正確に重ならなければならないと解すべき理由はない、とも判示された。

(3) 当連合会の取組

当連合会では、下記第24に示すように、民事、刑事、独占禁止法、金融・証券の各分野において、通信内容を秘密にして弁護士に安心して相談できる制度の構築に取り組んできた。これら個別の取組を連携するため、日弁

²⁸ なお、裁判所は、本件各書証開示部分について、本件申請者は、①仮に本件対象の行為に関する民事事件が係属しているのであれば、民事訴訟法第91条第3項に基づき、利害関係人として訴訟記録の謄写請求が可能である、②仮に同行為に関する刑事事件が係属しているのであれば、「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手續に付随する措置に関する法律」第3条第1項の規定に基づいて、訴訟記録謄写の申出をすることができる、とも述べた。

連基本政策集は、以下のように述べている。

「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度の導入」「市民が安心して弁護士に相談できるようにするため、刑事手続や独占禁止法等の行政手続において、弁護士との交信記録等が押収されない権利、誰からの干渉もなく弁護士に相談できる権利を、依頼者の権利として早急に実現すべきです。」

4 我が国の現状 - 各論

(1) 民事

① 現状

我が国の民事訴訟法においては、手持ち証拠・情報を訴訟当事者が相互に開示する義務（ディスカバリーないしディスクロージャー）がない²⁹ため、本制度の必要性があまり明確に認識されてこなかった面がある。しかしながら、海外において本制度（秘匿特権等）の保護対象である資料が、我が国の民事訴訟の下で、文書提出命令等の対象となり、あるいは、かかる保護対象であるとの認識が関係者に理解されないまま訴訟指揮等の促しを受けて任意に提出された場合には、海外においても秘匿特権等の「放棄」がなされたとして保護が失われる可能性があり、我が国の制度が「抜け穴」となる懸念（あるいはそのように海外司法関係者から認識される状況）がある。さらに、下記当連合会の取組にもあるように、今後民事訴訟における証拠・情報への早期アクセスの要請から、手持ち証拠・情報の開示制度や文書提出義務の拡充（自己利用文書提出義務除外の削除等）の方向での法改正や運用改善がなされる可能性が十分あり³⁰、それは基本的に望ましい方向での変革である。そうすると、現在にも増して、今後は本制度の必要性がより一層顕在化することが予想される³¹。

²⁹ 当事者照会制度（民事訴訟法第163条）や訴え提起前の証拠等収集処分（民事訴訟法第132条の2～第132条の9）は、一定限度で証拠開示の機能を果たすことがあり得るが、いずれの制度もその所期の機能を現実に果たしているとは言い難い。

³⁰ このような意見は、当連合会のみならず、研究者や民事訴訟の利用者からも出されている。例えば、民事訴訟法改正研究会「民事訴訟法の改正課題」（ジュリスト臨時増刊2012年11月）、民事司法を利用しやすくする懇談会最終報告書（2013年10月30日）等がある。

³¹ 第2-4(2)①イに引用する平成26年3月13日名古屋高等裁判所判決は、死刑判決の言渡しを受けた被告人が上訴を取り下げた後、その上訴取下げは無効と争うため、刑事収容施設の職員の立会なく弁護人と面会をする正当な利益があるかが争われた事件である。この被告人は、刑事施設における処遇について国家賠償請求訴訟を提起し、同じ弁護人に訴訟代理を委任した。国家賠償請求との関係では、民事訴訟手続における相談の秘密が論点となるところ、裁判所は以下のように無立会面会の意義を述べている。

「死刑確定者が、刑事施設における処遇に関して提起した国家賠償請求訴訟は、実質的に同刑事施

② 当連合会の取組

2012年2月16日付け「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱試案」において、文書提出義務の範囲の拡大や当事者照会制度拡充とともに、弁護士・依頼者間の通信秘密保護に関して、以下の提案を行っている³²。

ア 「弁護士等の法的助言を得ることを目的とした弁護士等と依頼者の間の協議又は交信にかかる事項であって、秘密として保持されているものについて尋問を受ける場合」を新たに証言拒絶事由として追加すること。

イ 文書提出拒絶権を規定する民事訴訟法第220条においても、アの条文案を引用し、弁護士等以外の者が所持する文書であってもアが記載されている文書の提出を拒絶できる旨明確化すること。

ウ 当事者照会においても、アの条文案を引用して、それについての照会に対して応答拒絶できるものとする。

③ 問題点

第24(1)①で述べたように、現行法下においても、弁護士・依頼者間の通信秘密保護に関して、民事訴訟法上いくつかの問題があると同時に、今後民事訴訟における証拠・情報収集方法の拡充を推進するに当たって、本制度を明確に民事訴訟法上位置付けておくことが重要になるものと考えられる。今後、本制度を民事訴訟法上明確化する場合の問題点として、以下の課題が挙げられる。

ア 「弁護士等」の範囲。現行民事訴訟法第197条1項2号列举の法律専門職以外に誰が含まれるか。外国の弁護士相当職、弁理士以外の隣接士業、仲裁・和解仲介等ADR手続実施者であって弁護士以外の者をどうするか。

イ 対象事項。条文上どのように規定するか。いわゆるワークプロダクト・ルール（訴訟の準備の過程で作成した資料等についての提出拒絶権）導入の可否。組織内弁護士が関与する社内の協議・交信及びその記録に

設を相手方とするものであり、死刑確定者に対する心理的影響や相手方当事者への情報漏出等を排除する観点からも、同訴訟の準備や提起後の進行に関する打合せのための訴訟代理人との面会を無立会面会とする必要性が格段に高い。」

³² なお、検討中の陳述録取制度（2012年12月21日付け「陳述録取制度要綱試案骨子（案）について（意見照会）」参照）においても、「陳述を求める事項が弁護士の法的助言を得ることを目的とした弁護士と依頼者の間の協議又は交信に関する事項であって、秘密として保持されている事項であるとき」を陳述録取の対象から外すことが提案されている。

ついて、どの範囲を保護の対象とするか。

ウ 文書送付嘱託，調査嘱託，弁護士法第23条の2の照会について，本制度との関係をどう整理するか。

(2) 刑事手続・刑事収容施設

① 現状

刑事訴訟法第39条第1項は身体の拘束を受けている被告人又は被疑者と「立会人なく」接見し，又は書類若しくは物の授受をすることを認める。本制度を具体化する法律上の根拠があるが，通説的には「立会人なく」は接見のみにかかり，物の授受に関しては否定されている。また，刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律（以下「刑事収容施設法」という。）では第112条³³の場面以外では弁護士の面会も一般面会として取り扱われ，施設職員の立会い等があり得る。また，同法第135条は，刑事収容施設に収容された未決拘禁者と弁護人等の信書の発受に際して信書の検査があり得ることを認めており，この検査も本制度との関係で秘密性が保持されておらず問題となる。さらに，少年鑑別所法第81条や少年院法第93条も例外的ではあるが被観護在所者・在院者と弁護士の面会について職員の立会いのあり得ることを認め，少年鑑別所法第93条や少年院法第99条は被観護在所者が弁護士との間で発受する信書について職員による検査のありうることを認めており，同様の問題がある。

ア 接見交通等³⁴

鹿児島県の選挙違反（志布志）事件に関連した国賠訴訟（鹿児島接見国賠訴訟）で，警察官，検察官が接見内容を聴取したことが違法とされ，一審判決で確定した（鹿児島地判平成20年3月24日判例時報2008号27頁）。佐賀地検がひき逃げ事件の被疑者と弁護人の接見内容を聴取し，これを調書として公判に提出した行為について，佐賀地裁

³³ 「自己に対する刑事施設の長の措置その他自己が受けた処遇に関し弁護士法第3条第1項に規定する職務を遂行する弁護士」の面会については，立会い・面会状況の録音録画の対象から原則として除外されている。なお，現行法では，このように立会い等の対象から除外される場合が限定されている結果，当該場合に該当すること自体は施設側などに告げる必要がある状況となっている。

³⁴ なお，関連する問題として，接見交通権に含まれる面会室内での弁護人の写真撮影・ビデオ録画・録音等に関して，拘置所当局が撮影機器等の持込みを禁止したり，撮影した写真等の抹消を求めたりするなど，不当な干渉がみられるという問題があり，近時，関連判例も出ているが（平成27年2月26日福岡地裁小倉支部判決・請求棄却・原告控訴，平成26年11月7日東京地判(竹内国賠判決)・請求一部認容・双方控訴，その他，東京拘置所の事例について東京地裁に，また，佐賀少年刑務所の事例について佐賀地裁にて，それぞれ係属中の事件あり），ひとまず本報告書における検討対象とはしていない。

は、平成22年12月17日判決において、適法と判断したが、福岡高裁は、平成23年7月1日判決において、これを違法と判断し（判例時報2127号9頁）、平成25年12月19日最高裁で原告の上告棄却及び上告不受理決定があり、高裁判決が確定した（第2次富永国賠事件）。

被疑者・被告人と弁護人の中で発受された信書について拘置所が記録化し、検察官が当該記録についての照会回答内容を接見禁止の請求等に当たり使用した事例（高見・岡本国賠事件）について、刑訴法第39条第1項の趣旨に反し違法であるとされた（大阪地判平成12年5月25日「判タ」1061号98頁。確定）。

否認事件の審理中に、公判立会検察官が、大阪拘置所内に勾留されていた被告人の居室を、搜索差押令状の発布を受けて搜索し、弁護人宛ての手紙を押収した事例（大阪接見国賠事件）について、被告人が弁護人との接見のために作成したり利用しようとした書類を差し押さえる行為は接見交通権を害するものであって違法であるとされた（大阪地判平成27年3月16日判例集未登載³⁵）。

このほか、被告人と弁護人の接見内容について、弁護人が被告人の妻（後に妻も起訴された）に伝えたEメール内容等に関する調書・捜査報告書を検察官が証拠申請したことに対して、2015年2月9日付けで当該弁護士が宮崎地裁に国賠訴訟を提起している事案がある。

イ 再審・受刑者等

再審請求において弁護人選任権が認められる（刑事訴訟法第440条）。死刑確定者の面会は、刑事施設の長が相当と認めない限り、職員が立ち会うのが原則である（刑事収容施設法第121条）。弁護人との面会につき職員を立ち会わせたことが刑事施設の長の裁量権を逸脱し違法とした事例がある（広島高裁平成24年1月27日判決）。この判決は平成26年12月10日、最高裁で国の上告受理申立を棄却する判決があり（判例時報2211号3頁）、確定した。

死刑確定者自身が、秘密交通権を侵害されたことを理由とする国賠訴

³⁵ 同判決は、「弁護人が接見時に防御方法の打合せの一環として交付した書類、被告人が接見内容及び防御構想を書き留めたメモ類及び弁護人との面会接見の代替方法として行われた信書のやり取りは、憲法34条に基づく被告人の接見交通権又は防御権及び弁護人の弁護権として保障されており、これらの防御方法の内容は基本的に捜査機関に秘匿されるべきであるといえる。」と述べている。なお、同判決が裁判官の令状発布行為の違法性を認めなかったことなどから、原告側からも控訴がなされている。

訟の訴訟代理人との打合せの面会に名古屋拘置所が立会を付した事案（藏富福井国賠事件）について、裁判を受ける権利を侵害するとして慰謝料を求めた事案について、平成25年2月19日名古屋地方裁判所において原告一部勝訴の判決があり、平成26年3月13日名古屋高等裁判所においては原判決で拘置所が立会を付したことを裁量の範囲内であると認めた面会についても違法性を認め、全ての面会について立会を付したことが違法であるとした判決があった。この判決について国は上告及び上告受理申立をせず（なお、原告の上告・上告受理申立でも棄却）、死刑確定者勝訴が確定した。

② 当連合会の取組

接見交通権確立実行委員会がこれら接見交通権の侵害事例に関する裁判について調査・検討を行っている。当連合会は、①で紹介した判決のうち、第2次富永国賠事件に関する福岡高裁平成23年7月1日判決について、2011年7月4日会長談話を発表し、秘密交通権の意義を確認した判決を評価するとともに、検察官の聴取行為の一部についてはその違法性を否定していることを問題として指摘した。

また、福島刑務所の受刑者が、弁護士、弁護士会及び当連合会宛ての信書を封をした状態で発信しようとしたところ、同刑務所が、これを開封させ、内容を確認した上で発信を認める措置をとったことに対し、当連合会として、受刑者が法的な問題について弁護士等と自由かつ秘密に通信する権利、ひいては裁判を受ける権利を侵害するものであるとし、特別の事情がない限り内容の検査をしてはならないこと、封がされていた場合開封させることなく発信させることを同刑務所長宛てに勧告した事例（2011年8月5日）³⁶、申立人が富山県弁護士会人権擁護委員会に対して人権救済申立を行い、同委員会の委員である弁護士が刑務所に赴き、申立人に対し面会調査を行った際に、刑務所職員がこれに立ち会ったことにつき、当連合会として、刑務所に対して今後一切立会をしないよう警告し、法務省に対して施設職員による立会をさせないよう各刑事拘禁施設に指示を徹底するよう警告した事例（2003年8月7日）³⁷がある。

③ 問題点

³⁶ 福島刑務所における弁護士等宛信書開封に関する人権救済申立事件（勧告）

http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/hr_case/data/110805.pdf

³⁷ 弁護士会人権擁護委員会委員の面会調査立会問題人権救済申立事件（警告）

http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/complaint/year/2003/2003_6.html

捜査当局が弁護人との接見内容を取調べで聴取するのは、捜査機関側が、接見交通権とはその接見内容が国家によって知られない権利であると理解してこなかったことに起因する。

身体拘束を受けた事件における接見交通権は、刑事訴訟法に明文の根拠があるので、本制度とは無関係に運動を進めてきた実績がある（なお、接見交通権は、被疑者又は被告人だけの権利でなく、弁護人固有の権利でもあるというのが判例である。上記①に挙げた訴訟の大半は、弁護人が原告となってその権利侵害に基づく損害賠償を求めるものである。）。他方、本制度の考え方が確立すれば、接見内容を聴取することの違法性が明確になるだろう。また、本制度が確立すれば、在宅事件の被疑者又は被告人が弁護士との相談内容を秘密にすることも可能になるので、本制度の実現に向けて、接見交通権確立と連携することが望ましい。

なお、国際人権規約・自由権規約第14条第3項は、「すべての者は、その刑事上の罪の決定について、十分平等に、少なくとも次の保障を受ける権利を有する。」とした上で、「(b) 防御の準備のために十分な時間及び便益を与えられ並びに自ら選任する弁護人と連絡すること。」と定めており、在宅事件と身体拘束事件を区別せずに、弁護人との連絡権を保障する。同条項の権威ある (authoritative) 解釈を示す規約人権委員会の一般的意見 (general comment) 32の第34項では「弁護人は依頼人と他者の同席なしに接見すること、および連絡の秘密が十分に尊重される状態で被疑者・被告人 (the accused) と連絡することができなければならない。」としており³⁸、在宅・身体拘束事件の区別なく、通信の秘密を要求していると解される。

再審請求の権利を実質的に保障するためには、再審請求人の弁護人との接見は絶対的に秘密でなければならない。前記最高裁判決後、再審請求人と再審弁護人との面会に職員の立会が付くことは少なくなったが、現在もなお、立会人が付されたことを理由とする国賠事件（例えば和歌山カレー国賠事件など）もある。本制度が存在しないため、刑事施設の長の裁量により職員が立ち会う余地が残り、再審請求人の防御権は現在も侵害されかねない状況にある。

前記名古屋高裁判決後、被収容者の処遇を巡る国賠訴訟について、被

³⁸ 原文 (英文) では "Counsel should be able to meet their clients in private and to communicate with the accused in conditions that fully respect the confidentiality of their communications."

収容者と訴訟代理人との面会に立会を付される例は大幅に減少したようである。しかし、その後の2014年5月から9月にかけて、東京拘置所において、被収容者の処遇を巡る訴訟等の打合せの面会でも職員の立会が付され、同年9月被収容者が東京地裁に提訴した事案がある。

(3) 独占禁止法

① 現状

独占禁止法に基づく立入り調査において、弁護士との相談内容を留置して提出を受けることがある。最近の事案でも、法務部から書類を留置し、その中に弁護士との通信も含まれている例がある。実際に、当該被疑事実の調査開始と関係なく数年前に作成された弁護士意見書及び弁護士が参加した会議議事録が当局により留置され、還付が認められず、その後の審判手続において、競争者排除意思（独占禁止法違反の故意）認定の証拠として当局から提出された事例がある。この問題は、上述のとおり、行政事件として当該証拠の第三者による謄写申請に応じた公取委決定に関する抗告訴訟で争われたが、秘匿特権を認める明文がないため、裁判所は取り消しを認めなかった（上記第23(2)）。

独占禁止法違反事件は、欧米と同時に調査が行われることが多い。本制度が欧米にあって日本にないことの特殊性は、弁護士だけでなく、産業界にも認識されている³⁹。競争法フォーラムは、独占禁止法を専門とする弁護士からなる任意団体であるが、本制度を含む審判手続における手続保障の確立を求める意見書を2009年に公表した⁴⁰。2013年、公正取引委員会が行う審判制度を廃止し、不服審査を裁判所に委ねる独占禁止法の改正が行われた際、審査手続における手続保障について、附則第16条に以下のとおり規定された。

「政府は、公正取引委員会が事件について必要な調査を行う手続について、我が国における他の行政手続との整合性を確保しつつ、事件関係人が十分な防御を行うことを確保する観点から検討を行い、この法律の公布後一年を目途に結論を得て、必要があると認めるときは、所要の措置を講ずるものとする。⁴¹」

³⁹ <http://www.keidanren.or.jp/policy/2014/061.html>

⁴⁰ <http://www.jclf.jp/taskforce.pdf>

⁴¹ また、平成21年12月、公正取引委員会担当政務三役による独占禁止法の改正等に係る基本方針では「弁護士立会権・秘匿特権等の、被処分者の適正な防御権を確保する方策については、中立的な検討の場において、平成21年独占禁止法改正法に係る附帯決議を踏まえた検討を行い、原則として、検討開始後1年以内に、結論を得ることとする。」とされた。

2014年2月、政府は上記附則の規定を受けて、内閣府に独占禁止法審査手続についての懇談会を設置した。秘匿特権導入の可否が論点の一つとなった。懇談会では「公正取引委員会の実態解明機能の確保と調査を受ける者の防御権の確保のバランスに留意しつつ・・・」検討を進めるとの視点が示された。通信秘密保護制度の導入と真実解明がトレードオフの関係にあるという前提が正当とはいえないことは第3に示すとおりであるが、この前提で検討が進んだ結果、2014年12月24日に公表された報告書によると、秘匿特権の「実現に当たって実態解明機能を阻害するおそれがあるとの懸念を払拭するには至らなかったことから、現段階で秘匿特権を導入することは適当ではない」との結論に至った。なお、同報告書は続けて、次のようにも述べている。「他方、秘匿特権については、我が国において、本懇談会のような会議体で初めて本格的に議論されたテーマであって、議論されたこと自体有意義なものではあったが、なお不明確な点が多く残されている。」「本懇談会においては、秘匿特権を全面的に否定するものではなく、引き続き検討に値する制度であると評価し得るものであるので、今後の検討課題として、調査権限の強化の問題と並行して、本懇談会で示された懸念や疑問点を解決できるよう、一層議論が深められることが望まれる。」⁴²

② 当連合会の取組

当連合会では、2005年に独占禁止法が改正されて以降、改正の度に審査手続の適正保障に関して意見を述べてきた。2007年8月23日付け「独占禁止法基本問題懇談会報告書に対する意見書」では、取調べの可視化及び弁護士・依頼者間秘匿特権の導入を求めた。さらに、2008年5月8日付け「独占禁止法等の一部を改正する法律案に対する意見書」では、審査手続において、供述調書の写しの提供、供述録取の際の弁護士の同席、弁護士・依頼者間秘匿特権の導入を積極的に図るべきであるとの意見を公表した。

上記内閣府懇談会の意見募集に対して、2014年7月17日、意見書を提出している。秘匿特権については、以下のように述べる。

「依頼者たる事業者と弁護士との間の質問書・回答書（書面・電子メール）は立入検査・提出命令により現実に留置されているのが現在の審査手

⁴² <http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/finalreport/body.pdf>

また、同報告書には報告書の結論に反対する委員から提出された個別意見が付されている。

続の実情である。しかしながら、保護範囲の明確化及び秘密保護の範囲に入るかどうかの判定の手続の整備等を図った上で、依頼者・弁護士間の法的助言に関する通信について公正取引委員会による留置から免れるという秘密保護措置が導入される必要がある。」

上記内閣府懇談会は、上記のとおり、2014年12月24日、弁護士・依頼者間秘匿特権の導入は適当でないとの結論を公表した。この報告書について、当連合会は同月25日付け会長声明において遺憾の意を表明した⁴³。

③ 問題点

独占禁止法に関わる実務においては、秘匿特権が存在しないことの弊害が現実化しており、その問題意識は弁護士だけでなく産業界にも共有されている。

昨今、国際カルテルなど国際的な独占禁止法・競争法執行の場面で、2014年OECD理事会勧告等に基づき、各国執行当局間の執行協力・情報共有が強化されている。そのような中で、我が国において依頼者と弁護士との間の秘密通信書面等が日本の公正取引委員会に留置されることにより、日本のみならず米国や欧州でも事件関係人となっている日本の事業者が、米国や欧州委員会の執行当局に対して、これらの法域において認められるべき弁護士・依頼者間秘匿特権や守秘義務に基づく開示拒絶権を主張できなくなるという事態が生じる可能性があり、各国における行政手続にとどまらず、クラスアクションを含む私訴の証拠開示手続等でも開示を拒絶できなくなってしまう、事業者の海外における諸手続での防御権主張にとっても致命的な障害となりかねない⁴⁴。

また、リーニエンシー（カルテル等の自主申告をして調査協力することにより、課徴金の減免を受けられる制度）が実務に定着し弁護人の活動が証拠収集の妨げになるという当局側の方便が通用しないこと、リーニエンシーの申請促進のためにはむしろ早期に弁護士に相談できる基盤として秘匿特権を付与することが望ましいことなどの問題が指摘されている。

⁴³ <http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2014/141225.html>

⁴⁴ この懸念は、米国司法省反トラスト局幹部の実務経験者の視点からも指摘されている。Scott Hammond, “Dispelling the Perception that Legal Privilege impedes Antitrust Enforcement – The US Experience,” *Competition Law Journal* (Journal of the Antitrust and Trade Law Section of the International Bar Association) Vol 11 No.2, October 2015, pg 125.

(4) 金融・証券

① 現状

2009年の検査指針が、金融・証券検査における弁護士への相談を事前許可制とした。本制度は、依頼者が弁護士に相談する自由があることを前提としている。弁護士への相談を事前に禁圧しようとするのは、依頼者が誰からも干渉されることなく弁護士に相談できる本制度の前提を否定するものであり、問題は深刻である。

② 当連合会の取組

当連合会は、2009年12月17日付けで「被検査先が弁護士に相談することを事前報告・許可制とする金融庁及び証券取引等監視委員会の検査指針の撤廃を求める意見書」を公表し、以下のとおり金融庁に対して抗議の申入れをした。

「金融検査及び証券検査に関して、被検査先が弁護士に相談することを事前報告・許可制とする検査指針は、国民の権利を守る弁護士制度の根幹を揺るがし、法の支配を実現する観点から容認できないものであるから、同検査指針に基づく検査の運用実務を撤廃することを求める。」

③ 問題点

当連合会が2009年に意見書を執行した際、金融庁・証券取引等監視委員会は、申請があれば原則として許可するので弊害はないとの回答であった。被検査先は、当該官庁により日常業務の監督を受ける立場にあって、仮に検査の際に不適切な行為があっても表面化していない可能性がある。

(5) 税務

① 現状

税務に関して「依頼者が弁護士に相談した内容を第三者（税務当局）に対して開示することを拒否することができるか」が問題となった裁判事案はない。また、税務当局も、この問題に関して、特段の見解を示していない。

この問題に関して、平成13年12月19日大阪高裁判決（上告棄却，上告不受理決定で確定）が取り上げられることがあるが、同判決は、この問題を争点とする事案ではない。弁護士自身の所得税の調査で税務当局が帳簿書類等の提示を求めたのに対し、同弁護士が、依頼者との守秘義務に抵触するおそれがあるとしてその提示を拒否したところ、青色申告の承認を取り消され所得税の更正処分を受けた事案であり、守秘義務を

楯に帳簿書類の提示の拒否が許されるかが問題となった事案である。同判決は「もとより、守秘義務との関係で、備付け帳簿書類等一切の提示に応じられないような事情が存する場合もあるのであるが、そうだとし、青色申告制度の趣旨からすると、そうした事情の存することを告げ理解を求めると共に、より差し障りの少ない提示方法等を提案するなどの税務調査に協力する義務を負っていると解される。・・・弁護士が税務調査において上記のような協力義務を負うとした場合そもそも守秘義務を負う弁護士に対しても所得税法第234条に基づく質問調査権（ママ）の行使が容認されているのであるから、守秘義務に含まれる事項が税務職員の知るところになることは法によって当然予定されているとみるほかなく、本件を含め一般に税務調査の対象となる帳簿書類は、依頼者からの金員の支払の事実等経済的な取引の側面に関するものに限られ、これらの事項に守秘義務が及ぶとしても、その保護の必要性はその限度で制約を受け・・・」と判示している。ここには、弁護士の守秘義務に慎重に配慮し、依頼者からの金員の支払の事実等経済的な取引の側面に関するものに限って調査権限が及ぶことが判示されている。したがって、「弁護士と依頼者間の通信の秘密自体が問題となった」事案ではなく、とりわけ「依頼者が弁護士に相談した内容を税務当局に開示する義務があるか」が問題となった事案ではない。

本件の問題そのものについては、最高裁はもとより地裁、高裁の判断もまだ示されていない。弁護士と依頼者間の通信の秘密が争われた場合に裁判所がどのような判断を示すかについては、未確定の状態である。

また、税務当局は、弁護士自身の所得税の調査において同弁護士の帳簿書類等の提出を求め得るかの問題についてさえ、弁護士の守秘義務を考慮して上記判例と同様、慎重な態度をとっている。すなわち、国税庁は、2014年4月に改訂した「税務調査に関するFAQ（一般納税者向け）」の「2. 質問検査権・留置き（預かり）に関する事項」において、調査対象となる納税者が医師や弁護士など職業上の守秘義務を理由に帳簿書類等の提示・提出を拒めるかという問い（質問8）に対して、「調査担当者は、調査に必要があると判断した場合には、業務上の秘密に関する帳簿書類等であっても、納税者の方の理解と協力の下、その承諾を得て、そのような帳簿書類等を提示・提出していただく場合があります。いずれの場合においても、調査のために必要な範囲でお願いしているものであり、法令上認められる質問検査権等の範囲に含まれるものです。調

査担当者には調査を通じて知った秘密を漏らしてはならない義務が課せられていますので、調査へのご協力をお願いします。」という見解を示している⁴⁵。

② 当連合会の取組

特段の検討はなされていない。

③ 問題点

現在のところ、日弁連税制委員会の知る限り、税務当局が弁護士に対して、弁護士と依頼者間の通信内容について質問した例はなく、また、依頼者に対して、弁護士の意見書の開示を税務当局から求められたという報告を受けたこともない。ただ、会計事務所の税務意見書については、税務当局が依頼者にその開示を求めることがあると言われていることなどからすると、弁護士の税法の解釈・あてはめ等に関する意見書（その作成を弁護士が依頼される例はある）についても問題とされる事態が予測されるので、今後、「依頼者が弁護士に相談した内容を第三者（税務当局）に対して開示を拒否することができる権利」及び「弁護士が依頼者と相談した内容を第三者（税務当局）に対して開示を拒否することができる権利」を立法化しておく必要が出てくると思われる。

(6) 知的財産分野

① 現状

ア 知的財産分野では、知的財産権の侵害に対して刑事罰を課し、かつ厳罰化する方向で法改正が繰り返されている。直近でも、2015年に成立した改正不正競争防止法において、営業秘密侵害罪の罰則強化等が盛り込まれた。

また、知的財産権侵害に関する民事訴訟においても（なお、国内の民事訴訟手続一般における通信秘密保護の現状は第2-4(1)を参照。）、民事訴訟法における文書提出命令制度に加えて独自の書類提出命令制度（特許法第105条等）が設けられているほか、現在、内閣官房知的財産戦略本部知財紛争処理タスクフォースにおいて更なる証拠収集手続の強化が議論されるなど（平成27年4月28日付け「知的紛争処理タスクフォースの議論の整理」）、通常民事訴訟に比して、相手方保有証拠の収集を容易とする方向での法改正及びその議論がなされている。

⁴⁵ ただし、弁護士に対して、国税徴収法第141条に基づき、税務当局が事件処理状況ないし処理結果について質問した例があるとの報告もある。

イ 米国訴訟手続において、日本から見て外国の弁護士は、米国弁護士と同様にL P Pの対象となっている。日本の弁理士についても、同様にL P Pの対象であるとした裁判例が存在するが(VLT Corp. v. Unitrode Corp., 194 F.R.D. 8 (D. Mass. 2000)及びEisai Ltd. v. Dr. Reddy's Laboratories, Inc., 77 USPQ 2d 1854 (S.D.N.Y.2005)), 弁理士会は、弁理士と依頼者との間の通信についての秘匿特権を弁理士法に定めることを求めてきた。しかし、世界知的所有権機関(W I P O)や特許制度調和に関する先進国会合の枠組みでL P Pについての議論がなされていることなどを理由として、産業構造審議会知的財産分科会弁理士制度小委員会報告書「弁理士制度の見直しの方向性について」(2014年2月)においては、まずはこれらの国際的な枠組みにおける取組を加速すべきとして、弁理士法への秘匿特権の導入には消極的な報告がなされ、その結果、2014年弁理士法改正には盛り込まれなかった。

② 当連合会の取組

特段の検討はなされていない。

③ 問題点

ア 上述した近時の知的財産関連の法改正等は、知的財産権保護強化のためになされてきたものであるが、他方で、防御権の確保のためには、弁護士と依頼者との間の通信が適切に保護され、刑事手続における捜査や民事手続における証拠収集から除外される法制度を整備されることが必須である。そのような法制度があつてこそ、弁護士と依頼者とのカウンセリングを通じて他者が保有する知的財産権の尊重も可能となる。

イ 特許出願や侵害訴訟の代理・補佐を業務とする弁理士にとって、国や地域によって通信秘密の範囲や、秘匿特権が認められる資格者が異なることによる不都合が問題視されている。欧州における通信秘密の取扱いは国によって異なるが、欧州特許庁(European Patent Office)の行政手続では出願代理を行う全ての専門家(professional representative)との関係で秘匿特権を認めている⁴⁶。W I P Oや特許制度調和に関する先進国会合の枠組みにおいて弁理士についての秘匿特権の導入が検討課題とされている。2014年11月6日、W I P Oの特許法常設委員会において、今後国際的な合意が形成され、弁理士

⁴⁶ <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2013/e/r153.html>

法においてその手当てがなされることとなれば、弁護士に先んじて弁理士にL P Pが認められるという事態が生じる可能性があり、注意が必要である。

5 制度論

(1) 立法事実

我が国に本制度を導入すべき理由を、制度趣旨に即して検討する。本制度は、依頼者が安心して弁護士に相談できることを保障するものである。依頼者が安心して弁護士に相談できる制度がなぜ必要か。本制度の趣旨として、依頼者の防御権、社会における法令遵守の実現の2つの視点から説明されている。

第1に、我が国において、本制度が存在しないことにより、依頼者の防御権が損なわれている。

独占禁止法の分野においては、弁護士の助言を書面で得るとかえって当局に利用されてしまう懸念から、口頭での助言に留めるという実務が存在している⁴⁷。本来適切な弁護士の助言を書面で得ることは、被疑事件における防御権の行使のためには必要であるにもかかわらず、それが妨げられている。同様の懸念は行政調査手続全般について言える。金融証券法の分野では、当局の許可を得なければ弁護士に相談することもできないため、防御権が認められていない。

刑事法の分野では、刑事訴訟法第39条第1項があるために、本制度が存在しないことの不都合さは明確には認識されていない。しかしながら、捜査機関が弁護人と被疑者との接見内容について聴取したことや被疑者の辩护人宛ての手紙が押収されたことなどについて、国賠法等の訴訟が提起されていたり、被疑者取調べノートが捜査機関によって無断で事実上コピーされているという報告があることからすると、本制度が欠けていることにより被疑者・被告人の防御権が侵害され、あるいは、公正な裁判の実現が害されているとの評価も可能である。さらには、刑事訴訟法第39条第1項が適用されない在宅事件における弁護士と被疑者間の通信に秘密の確保も必要である

⁴⁷ 2014年7月に内閣府懇談会が行った意見照会に対して、競争法フォーラムは以下のように指摘する。

「実際に、秘匿特権が存在しないという、先進国の中では極めて異例な日本の現状に照らし、案件によっては、敢えて書面形式のアドバイスを回避したり、アドバイスが企業側の手元に残らないようにするなど、弁護士がアドバイスを提供するに際して企業側に不当な負担、不利益を強いる状況が生じている。」

(第2 4 (2)③に述べたとおり、国際人権法上、弁護士との通信の秘密の保障に関し、在宅事件と身体拘束事件の間で区別はないと解される)。被疑者国選の拡充など、被疑者弁護活動は近時急速に広がり、その重要性が認識されており、刑事法の分野における本制度の必要性が高まっていると言える。

カナダでは、本制度は、司法制度の根幹をなす、または基本的人権に根拠を有する制度と位置付けられている。EUは、フランスの国内法と英国の秘匿特権の中間的な法理として本制度を採用した。特定の国や法系の概念・法制には直接依拠しない構成により、本制度は普遍的な原則となった。また、EUにおいて本制度が根拠とする欧州人権条約の人権条項は、日本国憲法と同じく、人類に共通する普遍的原理である。法の支配を標榜しながら本制度を欠いては、司法制度又は基本的人権の保障が脆弱との評価を免れないであろう。

第2に、本制度は、社会に法令遵守を行き届かせるための制度的基盤となる。

司法制度改革審議会意見書は、「法の支配がこの国の血となり肉となる」と高らかに理念を謳い、法曹人口の増加などの施策を提言した。事前規制・調整型社会において国家の権力作用を効率的に実現するために本制度は障害となった。事後監視・救済型社会において「統治主体・権利主体である国民は、司法の運営に主体的・有意的に参加し、プロフェッションたる法曹との豊かなコミュニケーションの場を形成・維持するように努め」なければならない。ところが、同意見書は、国民と法曹とのコミュニケーションを可能とするための方策に踏み込まなかった。その結果、国民が安心して弁護士に相談できる社会的基盤を欠いたまま法曹が増え続けている。

本制度を有する国では、本制度がコンプライアンスを確立する役割を果たしている。例えば、米国司法省反トラスト局では、本制度（米国における秘匿特権）は、企業のコンプライアンスと効果的な内部調査（問題の早期発見と自主通報につながり得る）の促進にあたり必要不可欠な役割を果たしていると認識されており、これを尊重する実務を長年にわたり定着させてきた⁴⁸。他方、我が国では、上述の独占禁止法に関して見られるように、弁護士の助言を書面で得るとかえって当局に利用されてしまう懸念から、口頭での助言に留めるという実務が存在する。依頼者側も、弁護士の助言に基づき自らメモを作成することもできず、弁護士にありのままを包み隠さず打ち明けて相談す

⁴⁸ 前掲注 44, Hammond, pg 123-125.

ることを躊躇する。そのため、企業組織的なコンプライアンスの確保が妨げられる場面が生じる例もある⁴⁹。実際に、当局は、上記事件において、弁護士に相談した内容を競争者排除意思（独占禁止法違反の故意）認定の証拠として提出した。弁護士に相談した事実をもって違法性を認識していたと主張されるようでは、安心して弁護士の法的助言を求めることなどできない。

(2) 制度設計

① 名称、憲法上の位置づけ及び枠組み

本制度を実現するためにまず、本制度の名称が検討課題となる。英米型の Legal Professional Privilege 又は Attorney-Client Privilege は弁護士秘匿特権と翻訳される。弁護士が何かを秘匿する特権と誤解され、ネガティブな印象を与えるおそれがある。広く会員や一般市民の支持を得られるネーミングを検討する必要がある。このような問題意識から、当WGの名称自体も「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するWG」となっており、当WGは、本制度の暫定的なネーミングとしてこれを「通信秘密保護制度」と呼んで検討してきた。しかしながら、本制度に関する照会に対する弁護士会や当連合会委員会の回答には、憲法・法律上の既存の用例との区別という観点から「通信」の語を避けるべきとの意見があり、また、依頼者の権利としての本制度の位置づけを明確にするという観点も踏まえ⁵⁰、今後の取組においては「弁護士との相談内容を秘密にする依頼者の権利」⁵¹という名称を用いることも検討に値する。

次に、我が国憲法上の位置づけについて、検討を深める必要がある。カ

⁴⁹ 2014年7月に内閣府懇談会が行った意見照会に対して競争法フォーラムは以下のように指摘する。

「日本企業がグローバルなコンプライアンスを改善しようとする過程において、我が国における秘匿特権の欠如が、大きな足かせになっている……。特に社内トレーニングに伴い明るみに出た懸念事項の検討、カルテル発見のための大掛かりな社内監査をグローバルに行おうとする中で、秘匿特権がないことを理由に日本国内のコンプライアンス整備作業を躊躇する、あるいはできるだけ口頭で行なおうとするために実効性に限界がある例が現実に生じている。他の先進国では、全て弁護士の秘匿特権の中で組織的な監査や改善作業ができるため、企業の自主的な努力でカルテルのリスクが実際に除去できる例がかなりある……。」

⁵⁰ なお、当連合会の2012年（平成24年）2月16日付「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱試案」では、「協議・交信の秘密」という用語を用いており、また、前述のとおり、当連合会の基本政策集においては「弁護士・依頼者間の秘密保護制度の導入」としたうえで「弁護士との交信記録等が押収されない権利、誰からの干渉もなく弁護士に相談できる権利を、依頼者の権利として早急に実現すべきです。」と述べている。

⁵¹ 上記第2-2(1)で述べたように、カナダでは証拠法のルールから、憲法上の権利類似の権利になりつつあり、秘密のうちに弁護士と通信する権利と位置付けるべきと指摘されている (Adam Dodek)。

ナダの憲法論や、自由権規約・欧州人権条約に関する議論において本制度の根拠とされている条文等をも参考に、憲法第13条、第21条2項、第31条、第32条等に照らし、「弁護士との相談内容を秘密にする依頼者の権利」を憲法に由来する権利とし、あるいは本制度は弁護士の援助を受ける機会を保障する憲法上望ましい制度と位置づけるべきではないかとの議論があり得る⁵²。

本制度を我が国で導入するため、以下の枠組みにより、法改正を実現すべきである。

第1に、民事・刑事訴訟手続であるかそれ以外の手続であるかを問わず、情報の開示が法律上または事実上強制される状況において、依頼者及び弁護士の双方に、法律上の開示拒絶権を認めるべきである。

依頼者と弁護士間の通信は、第23(1)で検討したように、現行民事訴訟法及び刑事訴訟法において、かなりの程度秘密が保護されている。民事訴訟及び刑事訴訟については、これらの既存の法体系の延長線上に、依頼者と弁護士間の通信の秘密をより十全なものとする法改正を目指すべきである。

行政手続については現行の法体系において依頼者と弁護士間の通信の秘密を保護する枠組みが存在しない。質問、審尋、報告又は物件若しくは資料の提出命令、物件の検査といった行政調査の局面で、情報の開示が法律上または事実上強制される。行政調査には強制調査と任意調査があるが、任意調査といっても検査への協力を罰則で担保するため、実態は間接強制調査となっている。以上を踏まえると、行政調査に共通するルールとして、開示拒絶権を立法により確立すべきである。具体的には、行政手続法に行政調査に関する規律を新設し、その中で本制度を明記する方法が考えられる。⁵³

⁵² 行政手続における防御権との関係で、憲法第31条に根拠を求め得ることについて、最高裁大法廷平成4年7月1日判決（成田新法事件）参照。

なお、刑事手続に関する弁護人との通信の秘密は、本文に記載した全分野に共通する理論的検討を待つまでもなく、被疑者・被告人の黙秘権や弁護人依頼権などの防御権を根拠とするものとして、憲法により保障され、独自の歴史を持つものであることに留意する必要がある。

⁵³ 現行行政手続法にはそもそも行政調査に関する通則が存在しない。憲法上刑事手続において認められる手続保障を行政調査において尊重することは、行政手続法の課題である。韓国の「行政調査基本法」では、基本原則として、調査範囲の最小化及び濫用禁止の原則、実施の目的の適合性原則、予防重視の原則、重複調査の制限原則、内容の公表及び秘密漏洩の禁止原則、調査結果の目的外利用の禁止原則を定め、また、手続的規定として、事前通知、意見提出機会の付与、選定基準の閲覧申請権、調査の延期申請権、調査員の交換申請権、調査結果の通知、録音及び録画の権利の保障、

このほか、法律上または事実上情報の開示が強制される状況として、情報公開法または条例により情報の公開が義務付けられる場合、弁護士法第23条の2により弁護士会より必要な事項の報告を求められる場合などがある。このうち、情報公開法・情報公開条例の場合（すなわち、弁護士の依頼者が国・地方自治体の場合）をどのように考えるべきかについては、一方で、弁護士が違法であるとの意見を述べた上で国や自治体に当該状況の改善を求めるプロセスが情報公開の対象となることは、弁護士への相談自体を回避する結果を招きかねず問題是正の機会を失わせるから、依頼者が国・自治体の場合にも本制度を認めるべきであるとの意見があり、他方で、権力機関である国・地方自治体に本制度を認めれば、国民の知る権利を制約する方向で制度改正・運用がなされる懸念があり（事務・事業の適正な遂行に支障を及ぼす「おそれ」[行政機関情報公開法第5条第6号参照]がなくても開示する必要がないことになるのか、現行以上に法人情報が非開示となる可能性があるのか等）、当該事務・事業に関する意思形成過程における法的検討を国民・住民が知ることができない可能性が生じ、情報公開の理念に逆行してしまうので、本制度を認めるべきか、認める場合の範囲や期間は私人の場合と同じでよいのか、といった点を慎重に検討すべきとの意見があり、今後の検討課題である。

第2に、身体の拘束を受けている者であって、他人との面会や信書の発受が制限される者について、弁護士から法的助言を受けるために立会人なく面会をすること、または信書の検査を受けないことを立法で保障すべきである。

以上の枠組みを前提として、実体法上の要件、効果、手続に分けて、具体的な制度を検討する。

② 実体法上の要件

本制度による開示拒絶権の対象として、大要以下のような要件を定立すべきである。

「弁護士等の法的助言を得ることを目的とした弁護士等と依頼者の間の協議又は交信にかかる事項であって、秘密として保持されているもの」

この構成要件について今後検討をすすめるべき論点を適示する。

ア 弁護士等（対象となる者の範囲）

専門家の立会い権の保障、第三者の補充調査の際の本調査対象者に対する通知及び意見提出の機会の付与、といった項目が置かれている（藤原静雄「行政調査論の現状と課題」184~186頁、http://www.lawschool.tsukuba.ac.jp/pdf_kiyou/tlj-05/tlj-05-fujiwara.pdf）

弁護士，外国法事務弁護士のほか，外国弁護士相当職⁵⁴も含めるべきである。

企業内弁護士の業務には，経営など法律事務以外の業務が含まれることがある。しかし，法律事務を取り扱う限度では弁護士法上の守秘義務を負い，弁護士職務基本規程の適用を受けるのであるから，企業内弁護士との間の通信も保護の対象とすべきである⁵⁵。

弁理士（知的財産権に関する手続・訴訟に関して，一定の範囲で共同訴訟代理・補佐人・単独代理や相談ができる），司法書士（140万円の範囲内で代理・相談については弁護士同様のことができる），税理士（国税不服審判申立て等），社会保険労務士（一定額までの個別労働紛争ADR代理），土地家屋調査士（境界問題のADR，筆界特定代理），行政書士（行政不服審査代理）などの隣接士業については，一定限度で法律事務を行うことを認められているが，秘密漏示罪による守秘義務の担保はないこと，これら職種の倫理的規律とその制度的保障（自治権がなく行政から監督指導を受けること，倫理規律の実効性を含む）を考慮すると，現時点でこれら職種を本制度の対象とすることに慎重な検討を要する。

仲裁人・調停人等ADR手続実施者については，それらが弁護士である場合は弁護士の開示拒絶権を援用できるが，弁護士ではない手続実施者については別途検討を要する⁵⁶。

イ 対象となる通信の範囲

依頼者と弁護士の間で法的助言を得る目的で行われた通信は，口頭か書面かの媒体を問わず，保護される。また，依頼者と弁護士との通信・協議に該当する限り，弁護士の意見書や訴訟準備ために作成した資料など弁護士の職務活動の成果も含まなければならない⁵⁷。本制度によりコンプライアンスを確保する効果もあるので，法的助言を得るのが

⁵⁴ 外弁法第2条第2号「法律事務を行うことを職務とするもので弁護士に相当するもの」参照。

⁵⁵ なお，捜査当局は，企業内弁護士の資料を押収している。刑事訴訟法第105条の押収拒絶権は企業内弁護士に及ばないという立場だと思われる。

⁵⁶ 裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律（ADR法）により，弁護士ではない者も一定の条件で調停・和解仲介等の手続実施者となる道が広がった。ADR法施行5年後見直しを検討した法務省のADR法に関する検討会でもこの点が議論されたが，見送りとなった（2014年3月17日付同検討会報告書）。

⁵⁷ 米国においてワーク・プロダクト（弁護士職務活動の成果）の法理は秘匿特権と異なるルールに服する。また，英国，カナダ又はオーストラリアにおけるLitigation Privilegeの範囲はAdvice Privilegeの範囲とは別に議論されている。我が国に導入する制度でどこまで要件に踏み込むかは将来の検討課題である。

目的であれば、訴訟等の法的手続や紛争を予見していることを要件とすべきではない。

秘密として保護されるのは通信であって、弁護士に相談する前から存在する事実ではない。弁護士に相談する前から存在する文書は、それを弁護士に提示して相談したとしても、保護の対象にならない。依頼者が弁護士に不利益事実を開示して相談したからといって、当該事実が保護の対象となる訳ではない。弁護士に相談したという事実、その内容を秘密にしたからといって、相談の前から存在する事実の開示は妨げられないので、通信秘密保護制度によって真実解明が妨げられることはない。

ウ 秘密として保持されているもの

弁護士の証言拒絶権を定める民事訴訟法第197条第1項第2号における「職務上知り得た事実で黙秘すべきもの」とは、客観的に保護に値するものと解釈されている（最2小決平成16・11・26）。しかし、刑事事件の捜査や行政調査において指針として機能するためには、本制度で保護される範囲は外形的に判断できなければならない。法的助言を得ることを目的とした弁護士等と依頼者の間の協議又は交信にかかる事実は、それが客観的に保護に値する秘密かどうかを判断するまでもなく、秘密として保持されているものとして、開示拒絶権の対象とすべきである。本制度における保護の要件としての「秘密」性をこのように解すると、弁護士の秘密保持義務（弁護士法第23条、刑法第134条、弁護士職務基本規程第23条）等における「秘密」の意義と必ずしも一致しないこととなる。⁵⁸ 本制度の「秘密」の解釈が、弁護士法等の秘密保持義務には影響を与えないものと考えらるべきである。

本制度は依頼者の権利を保護するものであるから、依頼者が権利を放棄することはできる。何らかの理由で秘密性が失われたときは保護は及ばない。法律上守秘義務を負う第三者（契約で守秘義務を課しただけでどうかは問題）に対して合理的に必要な最小限の開示をしたような場合を除き、第三者に開示すれば秘密性がなくなり、保護が及ばない。

秘密性の要件に関して、以下のような論点が検討課題として考えられる。

⁵⁸ 本制度における「秘密」は、依頼者の秘密に限られるなど、場面によっては弁護士法における「秘密」よりもその範囲は狭くなり得る。

第1に、依頼者が捜査当局または行政当局に対して権利を放棄する際に、どのようにして任意性を確保するか。被疑者の立場にある者に対して公的機関が圧力をかければ容易に放棄がなされ得ることも想定され、そうすると本制度導入の実効性が大きく減殺される。米国においてすら、公的機関が調査等にあたり一般的に放棄を求める実務が一時広まり、問題化した経緯がある⁵⁹。そこで、放棄については少なくとも書面を要求するなど、一定の歯止め要件を検討すべき余地がある。改正刑訴法案のいわゆる捜査・公判協力型協議・合意制度では、①協議は、原則として検察官と被疑者又は被告人及び弁護人との間で行い（改正刑訴法第350条の4）、②合意は、被疑者又は被告人が検察官との間で合意をするものの（改正刑訴法第350条の2）、弁護人の同意がなければならず、合意の内容は、検察官、被疑者又は被告人及び弁護人が連署した書面によって明らかにするものとされている（改正刑訴法第350条の3）。

第2に、検察官には開示するが、民事訴訟との関係では秘密にしたいといった相手方による選択的な放棄は認められるべきか。

第3に、現行法の下で守秘義務が解除される場合には、本制度の保護対象からも除外されるべき場合もあるのではないかと⁶⁰。

第4に、以下の場合には通信秘密保護の例外とすべきではないか。

(ア) 弁護士報酬請求紛争や弁護過誤紛争の場合

(イ) 弁護士が犯罪行為を行っている又はその一部として使用されている場合

エ 依頼者

ここでの依頼者とは、当該弁護士が、誰の権利・利益のために受任したのかによって定まる。例えば、受任契約の契約当事者や報酬の支払者が、未成年の親である場合であっても、当該受任関係が未成年者のためである場合には、本制度の適用における依頼者は、当該未成年者であると解することになる。

法人を依頼者とする場合、法人に属するどの自然人との通信を保護す

⁵⁹ ただし、米国司法省反トラスト局では、企業コンプライアンス促進等の観点から、一貫して秘匿特権を尊重する実務を変えなかった。前掲注44, Hammond, pg.123-125.

⁶⁰ 我が国の現行法上、弁護士の守秘義務が解除される場合として、例えば、児童虐待に関する通告義務について、児童福祉法第25条、児童虐待の防止等に関する法律第5条、同第6条第1項・第3項）があり、本制度の保護対象からも外れるものとすべきである。

べきか、海外でもルールが確立している訳ではない。米国最高裁は、Upjohn 事件において、以下のように依頼者の範囲を広く解釈した。(ア) 従業員と弁護士のやり取りが法的助言を受けるため会社の上位の者の指示によってなされており、(イ) 弁護士が法的助言をする上で会社上層部からの情報だけでは不十分であり、(ウ) 従業員と弁護士のやり取りが従業員の業務の範囲内であり、(エ) 法的助言が会社のためのものであることを従業員が十分に認識している場合には、当該従業員とのやり取りは保護の対象となる。英国の裁判所は Three Rivers No. 5 (Three Rivers District Council and others v Governor and Company of the Bank of England (No 5) [2003] EWCA Civ 474) において、会社に関係するか影響を及ぼす事件が調査ないし検討の対象とされ、その事件に関する事実について情報を集めるために弁護士が用いられている場合には、「依頼人」の定義は、会社や団体内において、内部調査の実施・監督のために選任された少人数の者に限定すべきだと判示した。

法人を依頼者とする事件では、法人の行為に関与した従業員が依頼者（本制度の権利主体）となる訳ではない。企業が弁護士にある案件の助言を依頼し、その助言をするために、企業内の一部従業員に対する事実確認のための通信を当該従業員との間でする場合、当該通信秘密は、依頼者たる企業の秘密となり、弁護士の守秘義務は企業との間で発生し、当該従業員の秘密として保護されるのではない。米国の実務では、当該従業員との通信の際にこのことを明確にする。また、このために、別途、従業員の権利保障が必要であることも明確になっており、（被疑者の立場に立つ可能性のある）従業員に対しては、弁護士選任権を告知することが必要とされている（法人の弁護士とは別の弁護士を従業員に付けることを法人が援助することも通例である）。従業員を依頼者とする弁護士と当該従業員との間で、その通信の秘密が（企業・当局、いずれとの関係でも）保護されることは当然である。

オ 補足

問題となる手続の違い（刑事、民事、行政の別、あるいは行政手続の中でも各種の手続がある）によって、上記要件を別に定める必要があるか否かが問題となり得るが、本制度が必要となる根拠は各手続で共通しており、従って、実体的要件としても、諸外国の制度と同様に区別する必要はないと思われる（認定手続については後述）。

③ 効果等

対象となる弁護士との通信の存在・内容について、それを示す文書等の開示・提出及び証言・供述を拒否できる。これに反して差押え等がなされた証拠については、還付の対象とすべきである。これらに違反する公務員の行為については国賠訴訟上の違法行為となる。

本制度に反して得られた証拠の証拠能力も検討課題である。違法な捜査または行政調査を抑制・牽制するためには証拠能力を否定するのが望ましい。他方、現状では民事訴訟における証拠能力の制限はきわめて限定的であり、行政手続では証拠制限に関する定めが置かれる例が見られないため、これらの分野で証拠能力の問題として扱い得るかなどさらに検討を要する。

④ 手続

我が国において、刑事手続であれ行政手続であれ、文書の押収等の適法性を争う手続は存在するものの、当局が文書等を占有した時点で、当該文書の閲覧等が可能になる。閲覧を防いだ状態で適法性を争う仕組みは存在しない。

他方、米国及びEUにおいては、(ア)押収等の現場で当事者は文書等が弁護士との通信であることを主張する、(イ)当局担当者は封印された形で当該文書等を押収する、(ウ)当事者は弁護士通信保護対象である具体的な根拠を主張する、(エ)当該担当者以外の者で、保護対象であるか否かの点のみを判断する当局の部署の者が当事者主張の当否を判断する、(オ)その判断に不服な場合は、当事者は裁判所の判断を求めることができる(この時点でも当該文書は封印されたままで捜査・調査は並行して進行している)、という流れの手続が存在している(ただし(イ)と(ウ)は、米国とEUとで順番が逆になるなど、一部に差異はある。第2-2(1)及び注4、同(3)④及び注19参照)。

以上を踏まえると、我が国の刑事及び行政手続において、弁護士通信保護制度を導入した場合には、実体的要件の有無(濫用の存否を含む)を判断する手続として、以下の2点について、導入することが検討されなければならない。

ア 押収等に当たり本制度の要件該当性に関して争いのある文書等の占有が刑事・行政当局に移っても、押収等の現場での当事者の主張に応じて、封印等により閲覧を防ぐ制度上ないし実務上の手当て

なお、当事者が本制度上の権利を行使する機会を確保するため、弁護士立会権または本制度の権利の告知などをあわせて検討すべきである。

他方、当事者が本制度を濫用することを防止する観点から、部分開示、マスキングまたは物件リストを提出させ、物件の存否に関する情報は開示させるなどの方法も検討すべきである。

イ 手続全般については進行させつつ、争いのある文書等に限っては閲覧を防いだまま、当該調査・捜査担当者以外の者が適否を判断し、最終的には裁判所の審査を可能とする制度上の手当て

当該担当者以外の者が秘密の範囲を判断する仕組みとして、以下のような選択肢が考えられる。

第1は、当局側の内部手続で判断する仕組みである。

行政調査において行政庁内部の手続によって審査をすれば迅速な解決を図ることができる⁶¹。例えば、公正取引委員会の審査に関する規則第22条は、審査官による強制処分に対する異議申立てを定める。異議の申立先は上級庁である委員会である。ただし、閲覧拒否処分などの中間的付随処分に対し当事者が取消訴訟を提起することはできないと解されている。⁶²

第2に、司法の審査を受ける仕組みが考えられる。

例えば、刑事訴訟法第430条によると、検察官等のした接見指定・押収等に対して不服のある者は、裁判所に対して準抗告を申立てることができる。準抗告裁判所は、起訴後の審理を担当する裁判所とは原則として別であり、独立の第三者である裁判所によるチェックが期待できる。つまり、封印等により捜査当局の閲覧を防ぐ制度上の手当てさえなされればよく、捜査手続全体を止めない制度は存在している。他方、行政調査の中間的付随処分についてその都度司法の審査を受けるものとする、煩瑣に過ぎる可能性がある。

第3に、これらを折衷して、当局内部手続を前置させつつ中間的付随処分についても司法チェックを可能とする仕組みが考えられる。迅

⁶¹ なお、情報公開・個人情報保護審査会による不服申立て審査では、インカメラ審査が可能とされている（情報公開・個人情報保護審査会設置法第9条第1項）。

⁶² 公正取引委員会は、任意処分について苦情申立制度の導入を検討している。公取委報道発表2015年6月30日「独占禁止法審査手続に関する指針」（案）に対する意見募集について」。該当部分は以下のとおり。「任意の供述聴取については、聴取対象者等が、聴取において本指針「第2-2 供述聴取」に反する審査官等の言動等があったとする場合には、当該聴取を受けた日から1週間以内に、書面により、公正取引委員会に苦情を申し立てることができる。」「審査官等は、常に適正な手続に基づいてその権限を行使すべきであり、異議や苦情を申し立てられるような対応を行わないことが求められるが、仮に異議や苦情を申し立てられた場合には、当該申立てに係る調査に、誠実に対応するものとする。」

速性と権利保障とのバランスから行政調査等における一つの望ましい方向性と考えられるが、これを認め、また、その判定のために民事・行政訴訟の裁判手続でインカメラ審理を行うには法律で明文の規定が必要となる。なお、現行法では、民事訴訟法第 223 条 6 項及び第 232 条第 1 項が文書提出義務または検証物提示義務の存否を判断するためのインカメラ手続を定める。

第 3 制度導入に当たっての課題

本制度は、民事・刑事訴訟及び行政手続で認められるべき情報・証拠開示の例外を認めるものであるから、真実発見との関係が問題となり得る。内閣府懇談会は「公正取引委員会の実態解明機能の確保」とのバランスに留意しつつ調査を受ける者の防御権の確保を検討すると着眼点を設定したうえで議論を進めた。この問題の設定の仕方は、通信秘密保護制度と実態解明がトレードオフの関係にあることを前提とする。実際に、懇談会は真実発見を妨げる懸念が払拭できないという理由で通信秘密保護制度の導入を見送った。本制度に対して考えられる反論を以下検討する。

- 1 海外では、被告人の無罪を証明する事実が、共犯者と弁護士との通信であることを理由として証拠にしないことの当否が問題になった事例がある。しかし、第 2 5 (2)②イで検討したように、秘密として保護されるのは通信であって、弁護士に相談する前から存在する事実ではない。弁護士に相談したという事実、その内容を秘密にしたからといって、法律違反の被疑事実の開示は妨げられない。少なくとも独占禁止法の審査手続との関係では、通信秘密保護制度が真実解明の妨げになることは考えられない。

上記 JASRAC 事件は、原告のいわゆる「包括契約」方式が独占禁止法に違反するか否かが問題となった事案であるところ、事業の許可制から登録制への移行により新規事業者が参入するという制度変更の際に、原告が弁護士を含めて研究・検討を行った際の会議議事録や弁護士作成の意見書が、審査官から法違反の主観的認識に関する証拠として提出された事例である。しかしながら、JASRAC 事件において問題となった一定の契約方式が同法に違反するかどうかの判断において、弁護士意見の内容や弁護士の意見を得たという事実が必要な事実であるとは考えられず、また間接事実としてもどれくらい関連性があるかは疑問である⁶³。すなわち、独占禁止法の違反認定のためには、一般に主観的

⁶³ 一般的にも、弁護士に相談等をする以前に存在した事実とは別に、弁護士意見を得たこと又

認識について特段の立証は不要であり、同法上、主観的認識・目的等が考慮されることがあるのは、行為に正当な目的があることが法違反の認定を妨げ得る局面に過ぎないと考えられており⁶⁴、弁護士の意見を得たこと又は弁護士意見の内容が、違法認定に有用なわけではない。なお、上記内閣府懇談会 14 頁においても、「公正取引委員会によれば、秘匿特権の対象となる文書は立証のための決定的な証拠となった事例はない」とされている⁶⁵。一般論としても、違反行為を行い、その行為を行った認識があれば、故意は成立するとされ、それに加えて違法性の認識等は不要であるとされており、また、目的等の追加的主観的要件が必要な類型の犯罪（例えば、背任における「図利加害目的」）においても、弁護士に相談したこと又は弁護士意見の内容が、そのような主観的要件の認定に有用であるか疑問である。「目的」等は、対象行為の性質や生じ得た結果などから認定することが多いであろう。

2 なお、捜査・行政当局側に証拠収集権限がある刑事・行政事件とは別に、民事訴訟の文脈で、弁護士と事業者との通信は、関係事実の存在を（消費者等の反対当事者が）知り得るわずかな機会となりうる、との指摘がなされることがあるが、ここで指摘されているのは、「端緒」としての可能性に過ぎない。そうであれば、当該事実の存在を直接に示す証拠・情報を収集する手段を活用するのが本来であり⁶⁶、現行制度上この点に問題があることに対しては、証拠収集の直接的手段を拡充するのが解決策となろう（第 2 4 (1)⁶⁷、第 2 5 (2) ①）。

3 以上のとおり、通信秘密保護制度が真実解明の妨げになるという内閣府懇談会の前提が正当なものとは言い難いとしても、懇談会が誤った前提に依拠して議論を進め、これが制度に反対する論拠となったことは事実である。有識者が真実解明の妨げになると考えた理由は、以下のように分析することができる。

① 第 1 に、制度の誤解に基づく議論がある。違反行為の内容を弁護士に話したらその事実が秘密になるのはおかしいという。犯罪の直接証拠を法律事務

は弁護士意見の内容そのものが、直接法違反事実を構成する法違反類型は、弁護士自身の犯罪・法違反行為の事件を別とすれば、想定し難い。なお、弁護士自身の犯罪・法違反行為の事件においては、これらに本制度の保護が及ばないことは当然である。

⁶⁴ 塚田益徳「独占禁止法違反行為における行為の意図・目的についての試論」

http://www.tohoku-gakuin.ac.jp/research/journal/bk2014/pdf/no05_07.pdf

なお、塚田氏は、公正取引委員会事務総局東北事務所長である。

⁶⁵ 前掲注 42.

⁶⁶ 米国ではディスカバリー制度、デポジション制度によりそのような証拠の提出も強制される。

⁶⁷ 前掲脚注 30 も参照。

所で預かってもらえば押収を避けることができるという誤解と類似している。秘密にしたい一定の事実の存在が、ある文書の記載から他に探知される虞がある場合、例えば社内での報告文書を作成するに際し、弁護士を名宛人として相談をするかのような体裁で作成しておけば、その文書は（民事訴訟等の）提出命令から除外されるのではないかと、という指摘も同様の誤解である。秘密として保護される範囲は通信なのであって、相談の前から存在する事実ではないことを正しく理解してもらう必要がある。

- ② 第2に、通信秘密保護制度そのものが真実解明の妨げにならないとしても、弁護士は同制度を濫用するおそれがあるという。弁護士に相談したら真実をどうやって隠すか助言してもらえると理解している。本来秘密保護の範囲内ではないのに秘密保護の範囲内であると主張して開示・留置を拒絶する懸念も指摘されている⁶⁸。

しかし、これらの濫用論は、制度に内在する問題ではなく、証拠隠滅をはかるような弁護士に対する監督・制裁の問題であるか、保護範囲の明確化や保護範囲について紛争がある場合の判定方法等制度設計及び制度の運用の問題である⁶⁹。上記①で触れた「弁護士を名宛人とする」といった体裁だけを

⁶⁸ オーストラリアでは、AWB社（民営化前のオーストラリア小麦理事会）に対して行った王立委員会の捜査を契機として、LPPが連邦捜査の妨げになるか否か、LPPは王立委員会の捜査手続において制限されるべきか否かが議論された（AWB王立委員会事件）。

AWB王立委員会事件では、イラクに対して国際連合が行った石油食料交換プログラムに関連して、AWB社が行った取引の資金がフセイン政権に流れているかの疑惑が調査されたが、王立委員会が行った調査手続の中で、AWB社が900以上の書類についてLPPを主張したことから、①それらの書類がLPPの対象になるか否か、②AWB社は調査手続の中で関連書類の内容又はその要点を開示していることからLPPを放棄しているのではないかと、③不正取引に関連する依頼者との通信であるとして、LPPは認められないのではないかと、が論点となった。判事は、事実関係や文脈、書類の性質や内容等を仔細に検討し、25の書類につきLPPの立証が不十分であること、約300の書類につきLPPが放棄されたこと、約10の書類が不正取引に関連しLPPが認められないことを認定した。

AWB王立委員会事件を受けて、オーストラリア法律改革委員会（The Australian Law Reform Commission（ALRC））は、LPPが連邦捜査において認められるべき範囲について検討したが、2008年に公表の「依頼者秘匿特権と連邦捜査機関」と題する報告書において、特権には法律の遵守を促進する重要な役割があり、それを制限することにより得られる規制当局が得る便益を上回ると判断した。また、ALRCは、特権により連邦捜査に問題が生じるとしても、それは主に特権の運用と手続の問題であると述べ、特権を主張する手続の明確化や特権に関する紛争を解決するモデル手続の導入、特権が濫用される場合に備えた弁護士懲戒制度や弁護士倫理教育の強化等、特権の主張及び扱いについての法令及び制度改正の提言を行っている。

⁶⁹ 前掲2014年7月17日付日弁連意見書は、以下のように指摘する。

「本来秘密保護の権利がないのに開示・留置を拒絶したことが後に発覚した場合の制裁としては、課徴金割増算定率（独占禁止法第7条の2第8項）適用事由とすること、課徴金減免申請の欠格事由とすることが考えられるほか、過料による制裁の対象に加えたり（独占禁止法第97条）、審査妨害罪（独占禁止法第94条）の対象としたりすることも考え得る。弁護士が関与した場合には弁護士法上の懲戒制度もある。」

整えるような行為も、まさに濫用行為であって、最終的には裁判所の判断により、そのような濫用の有無も含めて審査する制度上の手当てが必要となる。

- ③ 第3に、上記のように弁護士濫用論は制度を否定する理由にならないが、それが通信秘密保護制度に反対する理由となったのは、弁護士が社会で果たす役割に対する消極的な評価に由来すると思われる。「法律に違反した者に弁護士をつけて守る必要はない」「そもそも法律に違反しなければ弁護士はいらない」といった発言が反対の実質的な根拠となっている。当連合会は、弁護士の役割に対する正しい社会的認識・評価が得られるよう一層の努力をする必要があり、また、本制度の導入を推進するための努力も、そのような取組の一環であると位置付けて、実現のための取組を強化すべきである。

以 上

弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するワーキンググループ 委員名簿

2016年（平成28年）2月現在

【座長】

片山 達（第二東京）

【副座長】

市川 充（東京）

出井 直樹（第二東京）

大貫 裕仁（第二東京）

苗村 博子（大阪）

【事務局長】

山本 晋平（第二東京）

【事務局次長】

本多 広高（東京）

廣岡 健司（第二東京）

【委員】

矢吹 公敏（東京）

濱田 広道（東京）

沖 隆一（東京）

永島 賢也（東京）

辻本 雄一（東京）

大橋 君平（東京）

山口 雄（東京）

手塚 裕之（第一東京）

矢部 耕三（第一東京）

高取 芳宏（第一東京）

城山 康文（第一東京）

幣原 廣（第二東京）

古田 啓昌（第二東京）

関戸 麦（第二東京）

片山 有里子（第二東京）

平山 賢太郎（第二東京）

生田 美弥子（第二東京）

本田 正男（横浜）

藏富 恒彦（愛知県）

成瀬 裕（福岡県）

【幹事】

池田 綾子（第二東京）

<担当副会長>

高中 正彦（東京）※2014年度

伊藤 茂昭（東京）※2015年度

<担当事務次長>

谷 英樹（大阪）※2014年度～2015年度（2016年1月）

二川 裕之（横浜）※2015年度（2016年2月～）

会議開催日程

2016年（平成28年）2月現在

- 第1回 2014年4月25日（金）
- 第2回 2014年6月4日（水）
- 第3回 2014年7月17日（木）
- 第4回 2014年9月11日（木）
- 第5回 2014年10月8日（水）
- 第6回 2014年11月20日（木）
- 第7回 2014年12月11日（木）
- 第8回 2015年1月15日（木）
- 第9回 2015年2月13日（金）

<ワーキンググループ中間報告>

- 第10回 2015年3月13日（金）
- 第11回 2015年4月16日（木）
- 第12回 2015年5月20日（水）
- 第13回 2015年6月12日（金）
- 第14回 2015年7月16日（木）
- 第15回 2015年9月8日（火）
- 第16回 2015年10月13日（火）
- 第17回 2015年11月9日（月）
- 第18回 2015年12月10日（木）
- 第19回 2016年1月13日（水）

<ワーキンググループ最終報告>