

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

2009年（平成21年）12月17日

日本弁護士連合会

第1 意見の趣旨

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。

第2 意見の理由

1 金融庁の行う金融検査について

金融庁は、2005年7月1日付けで「金融検査に関する基本指針」（以下「金融検査指針」という。）を策定し、銀行・保険などの金融機関に対する検査（以下「金融検査」という。）の実務的な運用を規定しているところ、金融検査指針では被検査先が弁護士に検査に関係する問題を相談する際に検査官への事前報告・許可を求めている。

この制定に至る経緯は以下のとおりである。

金融庁は、検査における受検義務の範囲や検査の実施手続等に関する判断の目安を示すことにより、円滑かつ効果的な検査の実施に向け検査官と被検査金融機関の双方の理解を深めることを目的に、検査等の実施手続を定めた金融検査指針を策定し公表している。

金融検査指針には、その - 4 情報管理の項目に、以下の条項が含まれている。

(4) 検査関係情報及び検査結果通知書の内容の取扱い

検査関係情報(注1)及び検査結果通知書の内容は、「検査部局の判断」等を含むものであり、検査の実効性の確保等の観点から守秘義務の対象となる情報として、検査部局の責任でこれらの管理を行う必要がある。このため主任検査官は、立入前に（無予告の場合は、立入開始後、速やかに）、被検査金融機関に対して、検査関係情報及び検査結果通知書の内容について、立入終了前であれば主任検査

官，立入終了後であれば検査局審査課長（財務局においては，審査担当課長）の事前の承諾なく，検査・監督部局又は被検査金融機関以外の第三者（注2）に開示してはならない旨を説明し，立入初日までに（無予告の場合は，立入開始後，速やかに），この旨の承諾を得る。」

（注1）ここでいう「検査関係情報」とは，検査中の，検査官からの質問，指摘，要請その他検査官と被検査金融機関の役職員等との間のやりとりの内容をいう。

（注2）ここでいう「第三者」には，被検査金融機関の経営全般を管理する立場にある持株会社（銀行法第2条に規定する銀行持株会社及び保険業法第2条に規定する保険持株会社）及び海外本店等（外資系金融機関の場合）のうち，所定の様式の承諾書を事前に検査局に提出している者は，原則として含まれない。

この指針の策定に関するパブリック・コメントでは，金融検査の過程で，被検査金融機関が，専門知識を持つ外部の第三者に対し現状を説明しその助言を受けるとは，被検査金融機関の正当な権利である等として，弁護士やアドバイザーを第三者から除外することを求める意見もあった。しかし，金融庁は，弁護士の役割に一定の理解を示したものの，次のような理由で原案を採択した。

検査部局は，検査関係情報等について，国家公務員法上の守秘義務を負っており，検査部局の責任でこれらの情報を管理する必要があるところです。守秘義務契約を締結している弁護士やアドバイザーに対する検査関係情報の開示であっても，事前の承諾を要することとしたのは，このような検査部局の責任を全うするためであることを御理解下さい。

なお，承諾をするか否かに当たっては，個別事例に応じて，開示の要請（開示の目的，方法，対象者等）と検査関係情報の秘匿の要請を比較衡量して判断することになります。一般論として申し上げれば，例えば，検査の結果を業務の改善等に反映させる目的で，同目的の達成に必要な範囲に限り閲覧させるなど情報流出のリスクに十分配慮した方法により，専門職業人など厳格な守秘義務が課せられている者に開示するような場合であれば開示を認める方向で考えることになります。

2 証券取引等監視委員会が行う証券検査について

本年6月26日付けで，証券取引等監視委員会（以下「委員会」という。）が「証券検査の基本指針」（以下「証券検査基本指針」という。金融検査基本指針と併せて以下「検査指針」という。）を改正し，検査対象者が弁護士に相

談する際に検査官への事前報告・許可を求めることとした。

この改正に至る経緯は、以下のとおりである。

委員会は、透明性の高い効率的かつ効果的な検査を実施するとの観点から、検査の基本事項や検査実施の手續等を定めた証券検査基本指針を策定し、公表している。委員会では昨年9月から効率的・効果的な証券検査を実現するために検査の手續面を中心に点検を行い、その結果を踏まえて、本年4月24日に証券検査基本指針の改正案を公表し、パブリック・コメントに付した。改正案には、以下の条項が含まれていた。

(4) 情報の管理

検査関係情報(注)及び検査結果通知書には、検査対象先の経営実態又はその顧客、取引先等に係る保秘性の高い情報、さらには検査の具体的な手法等に関わる情報が含まれていることから、その取扱いに慎重を期す観点から、以下のとおり取扱うこととする。

主任検査官は臨店検査着手時(予告の場合は臨店検査着手前)に検査対象先に対して、臨店検査終了前であれば主任検査官、臨店検査終了後であれば証券検査課長(財務局等にあつては証券取引等監視官)の事前の承諾なく、検査・監督部局及び自主規制機関以外の第三者に開示してはならない旨説明し、この旨記載した承諾書に検査対象先の責任者から記名押印を受け取るものとする。ただし、検査対象先が臨店検査中に弁護士、公認会計士、不動産鑑定士と相談する場合(今回検査に係る事項についての相談に限る。)は、主任検査官は事前の報告を求めたうえで、検査の実効性確保に支障がないと認められる場合は当該報告で足りるものとする。

検査対象先において第三者への開示が必要な場合(下記のような事例が想定される。)には、書面による申請を求めるものとし、主任検査官又は証券検査課長(財務局等にあつては証券取引等監視官)は、開示の必要性、開示対象者における保秘義務の状況(守秘義務契約の締結等)、検査の実効性への影響、等を総合的に勘案して承諾の可否を判断するものとする。(検査対象先から申請が行われることが想定される事例)

- ・持株会社等検査対象先の経営管理会社への開示
- ・検査対象先の適切な業務運営に資するとの観点から行われる弁護士、外部監査人、業務委託先等への開示
- ・検査対象先に係るデュー・ディリジェンスの目的で行われる企業結合等の当事者への開示

・検査対象先に係る破産や民事再生手続きが開始された場合における管財人、監督委員への開示

(注)検査関係情報とは、検査中の、検査官からの質問、指摘、要請その他検査官と検査対象先の役職員等とのやりとりの内容をいう。

この指針の策定に関するパブリック・コメントでは、弁護士への相談を規制することに疑問を呈する見解もあったが、委員会は、以下のように弁護士の役割について一定の理解を示したものの、原案どおり採択した。

検査の基本的な考え方として、検査は金商業者等を相手方として、その業務実態の把握を行うものであり、弁護士等の第三者は、金商業者から法令適用等に関する相談を受ける等、あくまで補助的な立場にあると考えられます。

したがって、本来、第三者の意見を求める必要性がないと考えられること(検査対象先の業務の実態等検査対象先自身が認識している事実そのものについての回答等)についてまで専門家と相談する必要があるとする場合は、検査の実効性確保に支障を及ぼすケースと考えられる場合があります。

いずれにしても、具体的な判断にあたってはケース・バイ・ケースで行うこととなりますが、今回の改正は、法令適用や事実に対する客観的評価について専門家に相談するようなケースについてまで制限する趣旨ではないことをご理解願います。

3 検査指針の問題点

刑事訴訟法39条の接見交通権が憲法34条前段の弁護人依頼権に由来することは、最高裁判例で確認されている(最大判平成11年3月24日)。さらに、接見交通が秘密に行われることも憲法上の要請であることが、下級審判例で指摘されている*1。

もっとも、憲法34条前段、37条3項を行政調査に適用するという判例は

*1 大阪地判平12.5.25判時1754号102頁、判タ1061号98頁は、最大判平11.3.24を引用した上で、「接見についての秘密交通権は、それ自体が憲法の規定によって直接に具体的な内容として保障されたものであるとまではいえないが…憲法で保障された弁護人を依頼する権利の保障に由来する極めて重要なものであることは明らかである。」と判示し、秘密交通権が憲法上の要請であることを明確にしている。

存在しない *2。

しかしながら、弁護士は、訴訟事件、非訟事件のみならず、行政庁に対する不服申立事件を含む一般の法律事務を行うことを職務とする（弁護士法第3条）。弁護士がその職務を遂行し、基本的人権の擁護、社会正義の実現という使命（弁護士法第1条）を全うするために、行政調査においても弁護士に相談する権利が認められなければならない。そもそも、法の支配の原則という近代法の理念を共有する欧米諸国では、民事、刑事、行政手続を問わず、国民が弁護士に相談する権利及び相談内容を秘密にする権利が、司法制度の前提として認められている。行政調査の対象となった国民が弁護士に相談することが、直ちに憲法によって保障された権利とはいえないとしても、行政調査の一方当事者である行政官庁が弁護士への相談を規制するのは、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ことは明らかである。ひるがえって、金融庁及び委員会が規制の根拠とする事情を検討するに、いずれも弁護士への相談を制限する理由にはなりえない。

第1に、「検査部局は、検査関係情報について、国家公務員法上の守秘義務を負っており、検査部局の責任でこれらの情報を管理する必要があること」（金融庁）及び「検査対象先の経営実態又はその顧客、取引先等に係る保秘性の高い情報、さらには検査の具体的な手法等に関わる情報が含まれている」（委員会）というが、弁護士は法律上守秘義務を負い、守秘義務が刑事罰で担保されているのであるから、被検査先が弁護士に対して開示することを制限する理由にはならない。

第2に、弁護士は「法令適用等に関する相談を受ける等、あくまで補助的な立場にある」（委員会）という表現がある。背景には、証券検査の大半が事実認定の手續であるところ、事実認定は被検査者と検査官の二者間で行うことができ、第三者が関与する余地はないという発想が伺われる。法令適用の前提として事実認定があり、事実認定は弁護士が取り扱う法律事務であることの認識を欠き、著しい不見識と言わざるを得ない。

金融庁の実施する金融検査の対象業者数は、主な対象業者では750業者であ

*2 税務調査における税理士の税務代理権に関して、納税者が税理士に対して委任契約上の義務の履行を求める権利を税務職員が侵害することが債権侵害として違法となりうる、と判示した例がある（大阪高判平16（ネ）1049 平17.3.29判決）。

り、最近1年間で585業者に検査が実行されている*3。また委員会の実施する証券検査の対象業者数は8,787業者であり、1年間に220業者に検査が実行されている。検査に基づき行政処分などが行われるが、証券検査については、委員会は行政処分を求める勧告を18業者に対して行い、勧告に応じて金融庁は業務停止命令など重大な不利益を伴う行政処分を行っている*4。このように、検査を受ける業者数は多数に上り、かつ検査の結果は重大な処分に至りうるものであるから、検査指針が国民の権利義務に与える影響は大きい。

なお、金融行政については、司法制度への基本的な理解を欠いていることを疑わせる事例があった。2006年改正証券取引法26条は、有価証券報告書等の提出者その他の関係者もしくは参考人に報告義務・資料提出義務等を罰則付きで課すこととした。新聞報道によれば、行政当局は「弁護士の助言の中身を把握可能」にすると改正の意図を説明したとされている。当連合会では、金融庁に対して弁護士に報告・資料提供を義務付けるような運用を行わないよう申し入れた*5。

当連合会は、国民が弁護士に依頼する権利を擁護するとの観点から、マネー・ロンダリング立法に際して弁護士をゲートキーパーとする規制の導入に反対した。本意見書の対象となる検査指針は、行政法規の一部のみに適用されるものであるが、国民が弁護士に相談する権利、ひいては法の支配の原則にかかわる可能性があり、看過することができない問題である。

4 まとめ

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、何ら合理的な根拠がなく、国民が弁護士に相談する権利や近代法の理念である法の支配の実現を阻害するものである。よって、当連合会は、金融庁及び委員会に対して、検査指針を撤廃することを求める。

以上

*3 主な検査対象機関につき金融庁「金融庁の1年」(平成20事務年度版)資料編18-1-20参照。

検査終了業者数につき同書本文177頁参照。

*4 証券取引等監視委員会「証券取引等監視委員会の活動状況平成21年(2009年)」162頁参照。

*5 自由と正義2007年9月号24頁参照。