

(Translation June 30, 2017)

会長より

〒100-8987 東京都千代田区霞が関 1-1-1
公正取引委員会事務総局
経済取引局総務課企画室
課徴金制度見直し担当

2017年6月29日

関係者各位

課徴金制度見直しに係る意見

日本の首相官邸による専門家グループが、弁護士依頼者間の秘匿特権（ACP）、つまりイングランド、ウェールズにおいては法律職務特権（LPP）と呼ばれているものですが、を含む競争法の調査に関するデュープロセスについて検討してこられた成果についてコメントする機会をいただき、感謝申し上げます。

日本では、クライアントには、日本で活動する外国の弁護士を含めて弁護士との間で、秘密を守られた状態で情報伝達する権利がないとのことで理解しております。また、文書開示命令からはリーガルアドバイスは排除されないということですし、当局は違法を立証する証拠としてリーガルアドバイスの内容を利用することがあるとも伺っています。公正取引委員会はこれまでACPは事実発見を妨げると主張してきました。我々は懇談会が、日本には社会全体の利益に個人の利益を優先する歴史文化がないとした見解を評価します。そうすると、LPPの導入への動向に対し抵抗があることも理解できます。しかし、これは克服され、LPPが、法制度を全体として、そして社会全体のための無限の価値として底上げとなることが理解されるのです。

我々は、CCBEが内閣府に提出したEU裁判所とEU人権裁判所の関係裁判例が余さず列挙された2014年7月8日付書簡も拝見しております。

ローソサイエティは、イングランドとウェールズのソリシターの団体であり、17万人を超える会員を擁しています。イングランドとウェールズには複数の法的職業の枝葉がありま

すが、LPP に関する地位については全弁護士共通です。ただし我々のガイダンスはソリシターのみを対象としています。

ローソサイエティは、「実務ノート LPP」を通じて、LPP に関するガイダンスを発行しており、本書は、その多くをオンラインでもご覧になれる実務ノートから引いております。

<https://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/legal-professionnal-privilege/>

その他の実務ノートで関連するものは、以下の通りです。

1. 財政犯捜査への対応

<http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/financial-crime-investigations>

2. 重大不正のクライアントを代理する オフィスインタビュー

<http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/representing-clients-at-section-2-cja-interviews/>

以下ご質問にご回答します。

1. 貴法域では ACP は尊重されているか、尊重されている場合 ACP の裏にある目的は？ ACP が認められない場合にクライアントへの不都合は？

矢吹公敏の *Competition Law International* 2015 年 10 月 11 巻 2 号の記事「日本の弁護士依頼者間特権の場合」（コピー添付）は日本の特権に関する興味深い全体像を提供している。

この記事によれば APC について、

- リーガルアドバイスを求めるクライアントは、そこでのコミュニケーションが同意なく開示されるようなことがないという保証のもとに、オープンに、かつ忌憚なく自分の弁護士と話すことができるべきである。それにより、完全で詳しい情報に基づくリーガルアドバイスが可能となり、ひいてはより高度な法令遵守がもたらされるのである。
- ACP はむしろ調査全体や不正の特定を容易にし、自己申告を促進する。
- 当局間の国際協力が活発化する中、日本での特権保護を否定することは、特権が

認められている他の法域での特権保護を失わせしめる。このことは日本の当局に自ら申告しようとする会社を消極的にしかねない。

同じくスコット・ハモンドの同じ出版物の「Dispelling the Perception that Legal Privilege impedes Antitrust Enforcement」(コピー添付)についても議論を深めるものとして参照されたい。

LPP は、クライアントが享受すべき基本的人権として尊重され、認められ、イングランドとウェールズの司法制度を支えている。ブログラム卿 (Lord Brougham) は *Greenough v Gaskell (1833)* という事件の中で、以下のように述べている。「このルールの根拠を見つけることは難しくない。…それは、支持され得ない法益や、判例に精通した者の助力なしに進行しない司法制度、裁判所実務、司法手続の主題を構成する権利義務に影響する事柄の中にある。特権がなかったならば、専門家の助力が得られず自分だけの法的情報源に頼らざるを得ない、スキルある者に問い合わせるような冒険をする人はいなくなり、顧問先に対しても事件の半分しか話さなくなってしまうだろう。特権が、係属した、意図された、企図された、感知された訴訟に関連するコミュニケーションに限定されてしまったら、手続を成功裏に行うための準備を安全に行うことができなくなってしまうか、すべての手続が表面的なものになってしまうかである。」つまり、LPP がないと、訴訟当事者に法制度を円滑に使ってもらおうということなど望めないのだ。

特権はクライアントのものであり、弁護士のものではない (*R v Derby Magistrates' Court, ex p B*)

LPP の保護なしには、人々も企業も、リーガルアドバイスや司法へのアクセスを阻害されてしまいかねない。

コモンロー上イングランド法が LPP を認めたのは、*Pearse v Pearse (1846) 1 De G & Sm 12* までさかのぼる。裁判所を除いて、LPP は、不明瞭性のない成文法によらずに制限することができない。

コモンローに加えて、LPP の定義は特別法の中にも見られる (例えば、1984 年警察刑事証拠法 10 条、2002 年犯罪収益法 330(10) 条、2000 年金融サービス市場法 413 条)。

弁護士は、イングランドや他の EU 諸国の資格者でなくても、イングランド法上特権が認められる (*IBM Corp v Phoenix International (Computers) Ltd ([1995] 1 All ER*

413))。

守秘性は特権の核であり、書面が公になってしまうと守秘性が失われるような場合、特権が付されることになる。

クライアントは、明示にも黙示にも特権を放棄することができる。

リーガルアドバイス特権

リーガルアドバイス特権は、リーガルアドバイスを付与し受領する場合や、コミュニケーションがクライアントと弁護士が情報共有するつながりの一環となっており必要なアドバイスがなされるという場合に登場する。

Three Rivers (No.6) [2005] 1 AC 610 事件において、カースウェル卿 (Lord Carswell) は[111]、

「…リーガルアドバイスを受ける目的でソリシターが入っている取引に関するソリシターとそのクライアントとの間のコミュニケーションは、法や解釈に関するアドバイスでなかったとしても、ソリシターが、クライアントのリーガルアドバイザーとしての専門家責任の履行に直接関係する限り、特権の対象となる。」

弁護士とクライアントの秘密の通信、通信の一部を構成する物 (Balabel v Air India [1988] 1 Ch 317) は、公的私的な権利、責任、債務、救済その他の「関係する法的内容」のものはリーガルアドバイス特権の対象となる (Three Rivers (No 6))。

リーガルアドバイス特権は、リーガルアドバイスを直接求め与える場合の通信に限られず、クライアントと弁護士の、アドバイスを与え求めるために相互に情報交換が必要な裁判所が呼ぶところの「コミュニケーションのつながり (continuum of communication)」の範囲の通信にも適用される。

Property Alliance Group Limited v The Royal Bank of Scotland PLC [2015] EWHC 3187 (Ch) 事件で、スノーデン (Snowden) 判事は、弁護士は関係情報を調査する仕事を任せられ、通信 (及びその記録やその結果としての決定) がクライアントの同意なしに開示されないという保証を得て、忌憚ない事実をクライアントに告げることができなければならない、と記した。

訴訟特権

訴訟特権は、糾問的よりは対審的な係属中の係争、または合理的に紛争理由がある係争だけ、またはこれを主たる目的とする、リーガルアドバイザーかクライアントと、第三者間の通信秘密に適用されるものである（各用語は裁判所によってテストされた意味を有する）。

訴訟は対審的な刑事手続や行政手続、競争法的手続を含む (Tesco Stores Ltd v Office of Fair Trading [2012] CAT 6)。

LPP の限界 不正例外

「不正例外」は、弁護士の助力が、犯罪や不正その他これに相当する公序良俗違反や法益侵害のために求められたような場合には、LPP を主張できない、というものである (Willians v Quebrada [1895] 2 Ch 751, 755; Crescent Farm (Sidcup) Sports Ltd v Sterling Offices Ltd [1972] Ch 554, 565; Barclays Bank v Eustice [199] LPP が使えないのは、クライアントと弁護士間の通信が犯罪や不正であり弁護士はいかなる不正を手助けする事業にも関わることはできないためである。そういうことを実施するのは弁護士固有の権限の範囲に入らない。R v Cox and Railton (1884)参照。

5] 1 WLR 1238, 1249; and BBGP v Babcock & Brown [2011] Ch 296 at [62])。

弁護士が隠れたクライアントの意図を知らなかったり、気づかなくても関係ない。不正例外は、弁護士が刑事責任についてクライアントを防御するような、事件の通常運営に対しては適用されない。クライアントが、知っていることを事前に弁護士に告げて、弁護士を使うに過ぎない場合には弁護士は、その固有の職業上の役割を果たすに過ぎず、該当しないケースである (Ablyazov at [93])。

クライアントの犯罪遂行やクライアントが提案する行為が犯罪の遂行に当たる可能性があつて弁護士がそれを止めさせるような場合の、クライアントが求めるリーガルアドバイスには、不正例外は適用されない。(Bullivant v Attorney General of Victoria [1901] AC 196; Butler v Board of Trade [1971] Ch 680)

LPP の限界 会社と内部調査

法人及び自然人がリーガルアドバイス特権を求める場合に、LPP が法人に対して制限される場合がある。まず、会社従業員はLPP 目的では「クライアント」に該当しない。

(Three Rivers District Council v The Governor and Company of the Bank of England (No 5) [2003] EWCA Civ 474) 以前は会社法人そのものがクライアントで従業員はそのエージェントと考えられていた。

イングランドの有資格のインハウス弁護士にも外部の弁護士（バリスター、ソリシター共）にも、特権は適用されるが、経営やコンプライアンス上の役割ではなく、弁護士としての活動に限られる。

法人クライアントとインハウス弁護士の通信は、EU機関の行う調査に関しては、Akzo Nobel Chemicals Ltd v European Commission [2010] 5 CMLR 19により、特権の対象外である（CCBE のレターでの説明通り）。

会社による内部調査に関してなされる通信への LPP の適用の範囲や、内部調査の中で生まれたと考えられる情報や資料に対して適用される LPP の範囲については、外部調査が執行機関や行政庁によって行われている場合に問題となる。

この問題は The Director of the Serious Fraud Office and Eurasian Natural Resources Corporation Ltd <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2017/1017.html> で取り上げられた。

この事件で、裁判所はリーガルアドバイス特権について狭い考え方を取った。SFO（訳注：Serious Fraud Office 重大不正捜査局）がこの事件で成功した明らかに不条理な結果は、今後は会社は SFO の自主的報告制度に非協力的になるだろうということだ。なぜなら、狭い LPP は、当局に知られてしまうかもしれないために弁護士との通信に懸念を持つことで、会社クライアントを、リーガルアドバイスの取得から遠ざけてしまうからだ。また、自主的な報告が勧められるのかどうかについて弁護士に相談するのが怖いということも、自主報告をする会社を減らす危険となる。

控訴許可が求められており、ローソサイエティもこの控訴への参加を検討している。なぜならこのままでは LPP を弱体化させる懸念があるからだ。このような懸念を抱いている法律事務所や機関は英国その他に多く存在している。

特権と競争法

英国競争法では、競争市場当局（CMA）が執行当局である。CMA は英国での侵害調査に関する権限、（少なくとも Brexit までは）EU 競争法についても広い権限を有している。CMA は書面提出を請求する権限を有しているが CMA の調査を遂行する職員は LPP で保護されている文書を見る権利を有しない（1988 年競争法 30 条 65A と 65J）。

同様に、CMA は刑事捜査を行う場合に、LPP の対象情報や書面を調査できない（2002 年企業法 196）。

上記の通り、イングランド法では、インハウス弁護士との通信は特権の対象（CCBEのレターに書かれた通り、EUとは異なる）であり、CMAは調査を行う場合、EU・UKの競争法に関する調査であっても、イングランドの特権ルールを適用する。

2013年、CMAの前身であるOFTがカルテル事件に関するリニエンスーとノーアクションに関するガイダンスを出版したが、そこにはLPP特権放棄についてのポリシーが含まれていた。このガイダンスはCMAが採用するところとなっている。

<https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>

参考までにガイダンス抜粋を本書の別紙Aに添付する。

ガイダンスによれば、CMAはリニエンスーの条件として特権を放棄するよう要求することはできないが、LPPを放棄するよう持ちかけることはできる。放棄を断られてもリニエンスーを不利に扱うことはできない。LPPは基本的人権だからである。

OFTガイダンスは、リニエンスー当事者のLPP要求を受けるかどうかについて決めるため、独立カウンセラー(IC)を利用する手続について紹介している。CMAとしては、一方で、書類は特権の対象だと主張するリニエンスー申請者の根拠ない特権請求を受けざるを得ない立場には立ちたくない。他方で、CMAが自己の利益のために決めることも不十分である。ICはCMAから独立の意見を求められ、問題の情報がLPPの対象かどうかを判断するのである。

ICに関係情報を提供することに失敗したり拒絶すると、非協力を根拠にリニエンスー合意が撤回されてしまうこともある。

ICが、情報の全部（または一部）が特権対象外であるとアドバイスすると、CMAはリニエンスー申請者に情報提供（またはICによる承認つきで関係部分だけ）を提供するよう求めることになる。

別紙に記載されている通り、CMAは、LPPの要求が根拠あるものか、CMA調査の進行阻止や妨害しようとするのものなのかを検討することができる。

2. 通信が防御権として保証または認識されておらず、「考慮されている」に過ぎない場合、

つまり当局の裁量に服するかもしれないという場合、ACP の目的は達成されるか？提案された通り、新リニエンシープログラムについて諮問する関係でだけ、そして公取の事実発見能力が阻害されない範囲で、通信が保護されることは保護として意味があることか？)

英国法執行機関・取締官は、LPP 請求が適法になされているかどうか、LPP 請求に十分根拠があり弁護士にとって法執行機関・取締官を満足させられるものかどうかについて、自ら判断する権限を有さない。成文法で、LPP を守る特別な義務を課すべく、情報入手権限が規定されていることはよくあることである。法によっては、LPP 請求が紛争化した状況を解決する救済手続についても定めを置いている。例えば、the Information Notice: 2011 年金融法 86 条の下に制定された Resolution of Disputes as to Privileged Communications Regulations 2009 (SI 2009/2009/1916)。

1994 年刑事司法と公序法 34 条（は、被告が質問に対し黙秘した場合に不利な結果を導くことを認めている。）かそれ以外かに拘わらず、特権請求や特権放棄拒否から不利な結果を導くことは許されない (Wentworth v Lloyd [1864] 10 H.L.C. 589)。

適法な LPP 請求は、絶対である。LPP 請求が適法に申し立てられたら、議会がこれを廃止しない限り、私的公的利益のための開示によってこれを覆すことはできない。ローソサイエティは、クライアントに対する LPP 放棄へのいかなる圧力も、保護の本質を弱体化させるものと考えている。

裁判所は、何度か、緩やかな対応と引き換えに、または特定の執行対応措置への適格性を認める条件として、検察官が被疑者に LPP の放棄を要求するという実務を看過してきた経緯がある。(R v George, Crawley, Burnett and Burns (未搭載)、2009 年 12 月 7 日付、R v Daniels [2010] EWCA Crim 2740 参照)

しかしローソサイエティは、法執行機関や取締官がその調査事務を全うするために特権資料を常に要求することが一般的に支持されたとは認識していない。これは、LPP 請求が適法になされた場合には、刑事手続において彼らが負う開示義務の一部として彼ら自身で満足すべき必要の延長であろう。(R v George, Crawley, Burnett and Burns 参照、これには、調査担当者の義務として、関係第三者の資料を、2005 年法務官用開示ガイドライン (Attorney General's Guidelines on Disclosure (2005)) に則って適切な段階を踏んで入手する必要について示唆しており、LPP 請求が適法になされた場合や場合によってはリニエンシー/免罪の条件として放棄を求める際には、適切な手続対応をすべきことが含まれている。)

イングランド法の下では、LPP 放棄拒否によってクライアントが不利な取扱いを受け得ないことが明らかであるため、取締役官も調査担当者も、クライアントに LPP を放棄させる圧力をかける権利を有さず、そういう場合には、取締役官や調査担当者の方が、クライアントがそうする決断をしたときに、何らかの方法でクライアントを評価すべきかどうかを判断することになる。同じく、クライアントが LPP 主張をすると決めた場合に、批判されたり、それだけで不利に取り扱われたりされてはならず、むしろ、放棄してもらうことが取締役官や調査担当者にとって助かることになるのである。LPP 主張によって関係情報が出てこないこともあることは、イングランド法下で既に長いこと認められてきたことであり、そういう場合取締役官は、裁判所と同じく、この長く認められてきた権利行使の結果を受け入れるべきである。

LPP 請求が適法になされた場合は、これを主張する弁護士を訴えることはできないし、法執行機関や取締役官が放棄を求めたそのクライアントを訴えることもできない。

3. 貴法域では、尋問（調査質問）手続中の弁護士立ち会い、録音録画、メモ取りが認められているか？認められている場合、その根拠と、実務における実施方法は？メモ取り休憩や弁護士への相談が許されれば、クライアントの防御権が十分に保護されることがわかってきているが、このことについてどう思うか？

司法アクセス、被疑者の黙秘権、リーガルアドバイスを受け代理してもらう権利の重要性は、我が法域ではよく認められており、弁護士は調査質問中にメモをとることができる。また、これは絶対的な権利というわけではないが、弁護士が各種場所での調査手続に出席することも認められている。

例えば、1984 年警察刑事証拠法による保釈中の尋問では、被疑者は、質問され、搜索され、その財産を没収される状況下での尋問について、特別な規定に服することが予定されている。ほかにもリーガルアドバイスや代理人へのアクセスを規定した条項がある。多くは 1884 年（訳注：ママ）警察刑事証拠法 66 条のもと Codes of Practice に定められている。Code C の 6.1 条によれば、

「別紙 B が適用される場合を除き、身柄を拘束されている者は皆いつでも他人の立ち会いなく（訳注：プライベートに）ソリシターに、対面で、書面で、または電話で相談し、連絡を取ることができることを、通知されなければならない。そして無料かつ独立のリーガルアドバイスを受けることができる。」

(別紙 B はリーガルサービスへのアクセスを認めることを遅らせることが、最初の 36 時間を上限として、許容される状況について言及している。広くは、その段階のリーガルサービスへのアクセスが他人を危険にさらす、証拠が妨害・隠滅される、犯罪収益の没収につながると上位ランクのオフィサーが合理的に判断する場合にのみ、遅延が許容される。)

弁護士へのアクセスについても、シニアオフィサーが、弁護士が調査や証拠を害する情報を (うっかり、またはそれ以外の場合でも) 渡してしまいかねない、他人を害する結果が生じると合理的に考える場合には、遅延することが許容される。しかしながら、別紙 B は他の箇所で、身柄を拘束されている者は、すべての公判廷の前に、相当程度の時間をとって、ソリシターに相談することを、「必ず」認められなければならないことも明らかにしている。

重大不正捜査局 (「SFO」) の調査の場合には状況は少し異なる。SFO はもっとも複雑かつ重大な不正を取り扱う。1987 年刑事司法法 2 条により、被疑者は SFO の質問に対して回答する義務を負い、情報請求に応じなければならない。これを順守しないと、合理的な不順守の根拠がない限り、刑事法違反となる。それでも、弁護士へのアクセスと LPP はここでも認められ、保護されているのである。

1987 年刑事司法法 2 条 (9) により、何人も高等法院 (訳注 : High Court) で、LPP を根拠として開示拒否または提出拒否し得る情報について、開示提出を要求され得ない。

弁護士は SFO の家宅捜索や被疑者尋問の間、立ち会うことができるが、これは今では、*R v on the application of Lord and others) v Director of the SFO [2015] 865* 以来、自動的な権限ではなくなっている。この件で高等法院 (訳注 : High Court) は、SFO は調査対象企業の弁護士に対して、弁護士の立ち合いが調査を阻害しえとの理由で、不正と賄賂に関する各種申立てに関する調査の一環としての尋問の間の立ち会い拒絶を認める判決を下した。

裁判所は、2 条に定められた権限は調査拡大 (訳注 : *furthering investigations*) という法的に適正な目的を円滑化すべく制定されたものであるけれども、そこで得られた情報を証拠に後日尋問を受けた個人に対して使うことはできないから、自己負罪のリスクは通常は生じないと判じている。これは、被疑者が尋問中弁護士のアクセスがない状態で情報を提供しなければならなかった場合でも保護されることを意味しており、重要である。

判決の結果、SFO は運用ハンドブックの中で新ガイドラインを発行し、弁護士の尋問の際の立ち合いに関し、SFO のアプローチを説明している。弁護士は尋問の際に許容されるが、尋問を主導するオフィサー（「ケースコントローラー」）が（例えば情報入手のために）尋問目的の補助になる場合である、または尋問を受ける人の主要な補助となるか心情的後見的サポートとなる場合であると判断した場合に限られる。ガイドランスではメモ取りはケースコントローラーの裁量とされている。

SFO の運用ガイドラインは、弁護士の立ち合いは、弁護士がいくつかのパラメーターを破った場合には予告なしに排斥され得ることにつき弁護士の同意が得られていること（訳注：agreement）を条件としている。

パラメーターの中には、尋問中に筆記メモ取りしてもよいが、被尋問者に代わっての録音録画は認められないということも含まれている。

被疑者の権利保護は、我が法域では、刑事捜査の尋問中に休息を認めることで適切に保護される。

PACE Codes は「快適休憩」（例えば、被疑者が疲れている場合など）及び他人の立ち会いなく（訳注：プライベートに）弁護士に相談するための休憩について規定を置いている。休憩は、しばしば弁護士の方から、弁護士がクライアントに有益と判断した際に申し出られる。一点問題となるのは、この休憩の間に、もし通訳その他の人が被疑者のために居る場合に LPP が利用できなくなる危険があることである。なぜなら LPP が適用される通信は、弁護士とクライアントの間の二者の秘密の通信でなければならないからである。予め決められた休憩については、個人の特定の理由による休憩要請を勘案していないため、立ち合いは制限される。

これらの調整は完璧とは言えないが、我々は、LPP 利用や弁護士へのアクセス権を大幅に弱めてしまうことなく、当局の調査権限の適切な要請とのバランスを取って、基本的レベルのクライアント保護は達成できていると考えている。したがって、司法アクセス権は受け入れがたいほどには弱められていない。

敬具

Robert Bourns
会長