

弁護士・依頼者間秘匿特権（事業者と弁護士との間のやり取りに関する秘密の保護）について

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例	
趣旨・目的・意図	<p>○指摘されている意図・目的</p> <ul style="list-style-type: none"> ・独占禁止法違反行為の有無を確認するために弁護士による社内調査を行う際に正確な情報を把握する必要があること ・弁護士による社内調査や相談を適切に行えるようにすることによりコンプライアンスを高めること ・提出命令を受けて提出することが海外で秘匿特権を放棄したとみなされる懸念を回避すること <p>○考慮事項</p> <ul style="list-style-type: none"> ・意図・目的と、①保護の対象、②秘匿特権を主張できる通信の時期、③対象となる依頼者・弁護士の範囲等はどのような関係にあるか 	米 国	<ul style="list-style-type: none"> ・弁護士とその依頼者の間での完全かつ率直な交信を促し、もって法と司法行政の遵守という点においてより広範な公共の利益を促進すること（Upjohn Co. v. United States 連邦最高裁判所判決（1981年1月13日）〔以下「Upjohn 判決」という。〕）
		E U	<ul style="list-style-type: none"> ・何人も、制約を受けることなく、必要とする全ての者に対して独立した法的助言を与えることを職業とする弁護士に相談することができなければならない、という要請に応えるもの（AM & S Europe Ltd. v. Commission 欧州司法裁判所判決（1982年5月18日）〔以下「AM&S 判決」という。〕）
		そ の 他	<ul style="list-style-type: none"> ・弁護士は、依頼者が他の者には話せないことを話してもらう必要がある。また、弁護士は秘密を信頼して情報を受け取ることができる。弁護士が秘密を守ることは、依頼者の利益を守るだけでなく、正義の実現に寄与する（「論点整理」に対するフランス全国弁護士会の意見より）【仏】
根拠	<p>○我が国の現状</p> <ul style="list-style-type: none"> ・秘匿特権を認める明文上の規定はない（競争法以外の分野でもこれを認める明文上の規定はない） ・秘匿特権が判例上認められた例はない（競争法以外の分野でも判例上認められた例はない） 	米 国	<ul style="list-style-type: none"> ・判例により形成（競争法以外の分野でも認められている） ・連邦証拠規則第 502 条に關係規定あり
		E U	<ul style="list-style-type: none"> ・判例により形成（競争法以外の分野でも認められている）
		そ の 他	<ul style="list-style-type: none"> ・判例により形成（競争法以外の分野でも認められている）【英】 ・1998 年競争法第 30 条及び 2002 年企業法第 196 条に關係規定あり【英】 ・司法制度及び法律家の改革に関する 1971 年 12 月 31 日法律第 71-1130 号第 66-5 条に關係規定あり【仏】
要件	<p>○要件の定め方</p> <ul style="list-style-type: none"> ・趣旨・目的を踏まえた抽象的な要件か、具体的な文書を特定する形の要件か（抽象的な要件により範囲を画定できるか、具体的な要件で様々なケースに対応できるか） 	米 国	<ul style="list-style-type: none"> ・①資格を有する法律専門家からの②法的助言が求められている場合において、③この目的に関する communication が、④依頼者により⑤秘密裏に行われたものであって、⑥依頼者又は当該法律専門家による開示から⑦永久に保護されるべきとの依頼者の要請があり、かつ、⑧当該保護が放棄されていないこと（8 John H. Wigmore, Evidence §

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例	
	<ul style="list-style-type: none"> ・どのような要素によって対象範囲を特定するか（文書の作成目的、文書の使用目的、作成時点、文書のやり取りの当事者、秘密性、特権の放棄の有無等） 		<p>2292, at 554 (McNaughton Rev. 1961 & Supp. 1991)、米国で一般的に引用される解説書より)</p>
		E U	<ul style="list-style-type: none"> ・弁護士と依頼者の間の書面による communication の秘匿については、①その communication が依頼者の防御権の観点からなされたものであり、②独立した弁護士、すなわち依頼者と雇用関係によってつながれていない弁護士からなされたものである場合には保護される (AM&S 判決、パラ 21)
		そ の 他	<ul style="list-style-type: none"> ・法的助言か防御かを問わず、有体物か無体物か（紙、ファックス、電子データなど）を問わない（「論点整理」に対するフランス全国弁護士会の意見より）【仏】
具体的な保護の対象	<p>○弁護士が関与し得る文書の例</p> <ol style="list-style-type: none"> ① 弁護士が作成に助言を与えた文書（アンケート票、社内調査報告書、弁護士の指示の下で行う従業員へのヒアリングの記録等） ② 弁護士との通信（通信手段〔文書、メール、口頭等〕、本文、添付文書、記載内容〔通信前から存在する事実（社内調査で明らかになった事実等）の記載等〕） ③ 弁護士との通信の記録（弁護士と法務担当者の打合せの記録、弁護士による従業員からのヒアリングの記録、弁護士からの説明・アドバイスの内容等（弁護士が作成した場合と弁護士以外が作成した場合の取扱いの異同等）） ④ 弁護士が出席した会議に係る文書（会議に提出された文書、会議録） ⑤ 弁護士に供覧した文書（アンケートや内部通報の宛先が弁護士の場合、打合せで弁護士に提示した資料、CC で弁護士に送付したメール等） ⑥ 弁護士に管理を委託した文書（弁護士との通信の前から存在する文書？） 	米 国	<ul style="list-style-type: none"> ・法的助言に関係しないコミュニケーション（ビジネス上の助言等）については保護の対象とならない (Motley v. Marathon Oil Co., 71F.3d 1547, 1550-51(10th Cir.1995)) ・単に弁護士に CC を入れてメールや FAX を送付するだけのものや、多くの送付先リストの中に弁護士が入っていたというだけでは、保護の対象とならない (Zelaya v. UNICCO Serv. Co., 682 F. Supp. 2d 28(D. D. C. 2010) 他) ・（不正が疑われる支出に関して弁護士が全ての外国人マネージャーに対し詳細な情報を求めた質問票及び質問票の受領者に実施したインタビューのメモについての保護が争われた事案において）①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、②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、③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、④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 (Upjohn 判決) ・弁護士に相談する前に作成された文書であっても、潜在的な訴訟に備えて作成されたものであれば、保護の対象となる (Clark v. Buffalo Wire Works Co., 190 F. R. D. 93, 95-96 (W. D. N. Y. 1999)) ・口頭での通信も保護の対象となる (In re Sealed Case, 737 F. 2d 94

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例
	<p>⑦ 弁護士が依頼者の依頼を受けて作成した文書（社内調査結果の取りまとめ文書、法的意見書等）</p> <p>⑧ 弁護士の発言記録（講演の記録、打合せメモ、助言の結果を引用した従業員同士の通信文書・社内資料等）</p> <p>⑨ 弁護士との相談の事実そのものを示す文書</p> <p>⑩ 社内存在するこれらの文書の写し（社内で転送されたメール、関係部署に配布された文書等）</p>	<p>(D. D. C 1984))</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 弁護士が出席して法的問題点の検討を行った会議における議事録も保護の対象となる (In re Ford Motor Co., 110 F. 3d 954, 964-66 (3d Cir. 1997)) ・ 保護の対象となるのは communication of information であって information ではない (US v. O' Malley, 786 F. 2d 786, 794 (7th Cir. 1986)) ・ 内容を知る必要がある者又は会社のために発言若しくは行動する権限を有する従業員に対して配布されたかどうか秘匿性の判断基準となる (本件において当該文書が配布されたのは、特定の従業員と契約社員 [その大部分は弁護士又はマネジャー] のみであり、全員が法務部門に助言を行うか弁護士が策定した法的助言及び戦略を受け取る者で、いずれも社則に拘束されるか個別の合意により守秘義務を負っていた。) (FTC v. GlaxoSmithKline, 294 F. 3d 141, 147 (D. C. Cir. 2002)) <p>E U</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 特定の事案に関連しない一般的な法的助言は、防御権の観点からなされたものではないため保護の対象とならない (AM&S 判決から導かれる解釈) ・ 内部メモについては、社外弁護士から受け取った法的助言の内容を (社内弁護士や他の従業員により修正されることなく、また、これらの者の意見が付されることなく) 社内の管理的スタッフに報告するものであれば、保護の対象となり得る (Order in Case T-30/89 Hilti v Commission (1990)) ・ 社内の準備文書については、防御権を行使するため社外弁護士から法的助言を得ることのみを目的として作成された場合には、当該弁護士とやり取りをしていなくとも、保護の対象となり得る (Joined Cases T-125/03 and T-253/03 Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission (2007)) <p>その</p> <ul style="list-style-type: none"> ・

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例	
		他	
秘匿特権を主張できる通信の時期	○立入検査前後での取扱いの差異	米 国	・
		E U	・秘匿性の保護は、行政手続（注：「欧州連合の機能に関する条約第101条及び第102条の反トラスト手続の実施に関するベストプラクティス」〔以下「ベストプラクティス」という。〕パラ24によれば、カルテル事件では、手続の開始は、通常、異議告知書の採択と同時に行われるが、それより早く開始することもある。）開始後のやり取りに及ぶが、当該手続の対象と関連性を有する、それ以前のやり取りにも及び得る（AM&S判決、パラ23）
		そ の 他	・弁護士と依頼者との間の秘密は、関係者に対して調査が開始された後に初めて保護される（LG Bonn Beschluss vom 28. September 2005 Az. 37 Qs 27/05）【独】
対象となる依頼者の範囲	○「依頼者」への該当性 ・事業者 ・事業者の役員や従業員 ・事業者の法務部門以外の従業員 ・事業者の元従業員 ・依頼者たる事業者の関連会社	米 国	<ul style="list-style-type: none"> ・【再掲】①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、②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、③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、④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（Upjohn判決） ・同一の弁護士を活用し、法律問題も近接関連している親会社とその子会社及び関連会社については、単一の「依頼者」となり得る（United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357 (1950)） ・事業者の元従業員とのやり取りも保護の対象となる（In re Allen, 106 F.3d 582, 605-606 (4th Cir. 1997)）
		E U	・
		そ の 他	・

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例	
対象となる弁護士の範囲	○「弁護士」への該当性 ・ 弁護士資格（国内・域内の別、外国弁護士も対象とするかなど） ・ 社内弁護士 ・ 社外弁護士（どのような場合に社外弁護士とされるか） ・ 弁護士の部下（例：補助事務員）	米 国	<ul style="list-style-type: none"> ・ 外国において弁護士資格を有する弁護士も対象となるが、当該弁護士が米国の弁護士と実質的に同等の機能を行っており、また、当該外国法の下で特権が認められている場合に限る（McCook Metals LLC v. Alcoa Inc., 192 F.R.D. 242, 256 (N.D. Ill. 2000)） ・ 社内弁護士と社外弁護士で区別されない（Zenith Radio Corp. v. Radio Corp. of America, 121 F. Supp. 792, 794 (D. Del. 1954)） ・ 弁護士に雇用されている第三者とのやり取りも対象となるかについては、第三者との communication が必要で少なくとも非常に有益であること、第三者の関与が情報の伝達に資するものであること、当該 communication が法的助言を目的とするものであること、の3つの条件を満たさなければ認められない（Dahl v. Bain Capital Partners, 714 F. Supp.2d 225, 230 (D. Mass. 2010)）
		E U	<ul style="list-style-type: none"> ・ 欧州経済領域（EEA）内のいずれかの国で法曹資格を有する弁護士に限られる（AM&S 判決、「論点整理」に対する欧州弁護士会評議会の意見より） ・ communication が、独立した弁護士、すなわち依頼者と雇用関係によってつながれていない弁護士からなされたものであることが要件とされており（Case C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission (2010)）、このことから、社外弁護士との communication のみが保護の対象とされている ・ 弁理士、公認会計士等の他の専門職には拡大されない（AM&S 判決）
		そ の 他	<ul style="list-style-type: none"> ・ 弁護士会に登録し法律業務を行う弁護士が対象（「論点整理」に対するフランス全国弁護士会の意見より）【仏】 ・ 社内弁護士と社外弁護士で区別されない【英】 ・ 社外弁護士とのやり取りのみが対象【仏、独】
特権の放棄とみなされる場合	○どのような場合に放棄とみなされるか ・ 相手方による選択的な放棄は可能か ・ 文書の内容を口頭で第三者に話すことは放棄とみなされるか	米 国	<ul style="list-style-type: none"> ・ 任意に開示された場合（例：委任関係にない第三者と共有した場合。Dalen v. Ozite Corp., 230 Ill. App. 3d 18, 29 (Ill. App. Ct. 2d Dist. 1992)） ・ 不注意により開示した場合（例：開示文書に誤って混入した場合）において、開示を回避するために合理的かつ迅速な措置を講じず、

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例
		<p>かつ、その誤りを是正するために合理的かつ迅速な措置を講じなかったとき（連邦証拠規則第 502 条 (b)）</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 米国において秘匿特権下にある書類を米国外の当局等に開示した場合に、当該書類について米国での秘匿特権が放棄されていないとみなすためには、裁判所の命令、召喚状、罰則により担保された当局の要求に基づく開示がなされることが必要（スペシャルマスターによる判断。In re Vitamin Antitrust Litigation, 2002 U.S. Dist. LEXIS 26490 (D.D.C. Jan. 23, 2002)） ・ 放棄の効果は、原則として開示された communication についてのみ及び、例外的に、放棄が意図的なものであって、同一の事象 (subject matter) に関するものであり、同一の取扱いとすることが公平であると認められる場合に限り、それ以外の communication にも及ぶ（連邦証拠規則第 502 条 (a)） ・ 裁判外での開示については、必ずしも同一の事象に関する communication 全てを放棄したことにはならない（In re Keeper of Records (XYZ Corp.), 348 F.3d 16, 24 (1st Cir. 2003)） ・ 相手方に応じて選択的に放棄することができるかについて、政府機関に情報を開示する際、訴訟当事者が、他の手続において秘匿特権を主張するという権利を明示的に留保した場合に限り、限定的な放棄が認められる（Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Shamrock Broad. Co., 521 F. Supp. 638, 645-46 (S.D.N.Y. 1981)） ・ 共同防御特権は、ある者と別の者の弁護士との間のやり取りが共通する防御戦略を構築するための継続した共通の取組の一環として行われる場合に、これを保護するものである（特権の放棄には該当しない）（In re Grand Jury Subpoena, No. 01-1975 (1st Cir. Nov. 8, 2001)）
		<p>E U</p> <ul style="list-style-type: none"> ・

考慮事項・検討事項等		諸外国の例	
		その他	・
特権の例外事由	○どのような場合が例外事由に該当するか	米国	<ul style="list-style-type: none"> ・ 現在進行中又は将来行う予定の違法行為に関するものには秘匿特権は適用されない（犯罪又は詐欺に関する例外）（U.S. v. Zolin, 491 U.S. 554, 563 (1989)） ・ 係争事案に関して、弁護士から得た意見（助言）を抗弁として主張した場合には、秘匿特権を失う（Trans World Airlines, Inc., v. Hughes, 332 F.2d 602, 615 (2d Cir. 1964), cert. dismissed, 380 U.S. 248, 249 (1965)）
		EU	・
		その他	・
該当性に争いがある場合の実務上の対応、濫用防止措置等	<p>○該当性に争いがある場合の処理手続</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 調査対象事業者による秘匿対象物件一覧表の作成の要否 ・ 審査担当官による一瞥の可否 ・ 留置の可否 ・ 留置する場合の方法（封筒に入れて持ち帰るなど） ・ 該当性の確認主体（審査官か、審査に関与していない当局職員かなど） ・ 立証責任（調査対象事業者が該当性を主張する必要があるとするか） ・ 認められなかった場合の救済手段（当局への異議申立て、裁判所の司法審査等） ・ 異議申立て・司法審査等期間中における証拠としての利用可能性 	米国	<ul style="list-style-type: none"> ・ 秘匿特権を理由に communication 等の開示を拒否する者は、明示的に申し立て、他の関係者が当該申し立ての適否を判断できる程度に当該 communication 等の性質を説明する必要がある（連邦民事訴訟規則第 26 条 (b) (5) (A)） ・ プリビレッジ・ログと呼ばれる秘匿対象物件一覧表を作成・提出する方法がある。具体的には、①関係する弁護士名及び依頼者名、②文書の性質（手紙、覚書等）、③当該文書を受領し又は送付されたことが示されている全ての関係者名、④当該文書を提供し、又はその実質的な内容を知らせたことが知られている全ての関係者名、及び⑤文書の作成日等、を特定すればよい（Dole v. Milonas, 889 F.2d 885 (9th Cir. 1989)） ・ 秘匿特権が主張された場合、捜査官が当該主張のとおりと判断すれば押収せず。争いがある場合は、封筒に入れて封印して持ち帰る。その後、捜査に関与していない専門部署が判断する。更に争う場合は裁判官が判断する（米国検察官マニュアル 9-13. 420 ほか）

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例
	<ul style="list-style-type: none"> ・どのような場合が濫用に当たるか ・濫用に対する制裁等（対象者〔調査対象事業者か、弁護士かなど〕、方法〔制裁金の賦課、弁護士懲戒等〕） ・実務においてどの程度特権対象性をめぐる紛争が発生しているか（当局との間か民事訴訟の原告との間かで違いがあるか）、その紛争の解決にどの程度の時間を要しているか 	<p style="text-align: center;">EU</p> <ul style="list-style-type: none"> ・事業者が、欧州委員会に対して適切な正当化理由及びその理由を根拠づけるだけの関連資料を提出（「ベストプラクティス」52パラ） ・欧州委員会がそのような関連資料が提出されなかったと判断した場合は、問題となった文書の提出を命じ、必要な場合には、追加的に必要な証拠の提出又は問題となっている文書の提出の拒否について、事業者に対し制裁金又は履行強制金を課することができる（「ベストプラクティス」52パラ） ・欧州委員会の職員が秘匿特権の主張に対し理由がないと考える場合であって、特に、事業者が当該職員に対し文書について大まかに目通しすることを拒んだが、当該文書が秘匿特権により保護され得るものであることを排除できない場合、当該職員は、当該争いの今後の解決を目的として、対象となった文書のコピー（事業者側が行うと思われる）を封筒に入れ封印し、欧州委員会の庁舎に持ち帰ることができる（「ベストプラクティス」54パラ） ・事業者が聴聞官（The hearing officer）による調査に同意すれば、かかる問題を聴聞官に付託することができる。聴聞官は、相互に受け入れ可能な解決を促すための適切な手段を講じることができる（「ベストプラクティス」55パラ） ・問題が聴聞官によって解決されない場合、欧州委員会は更に当該問題を審査し、自らの判断を適切と考える場合は、事業者の要求を却下する決定を採択することになる。事業者は、当該決定について欧州司法裁判所に提訴することができる（「ベストプラクティス」56～57パラ） ・例えば、単なる審査の引き延ばし戦術のために、また客観的な理由がないのに、単に立入検査中に欧州委員会職員が文書に大まかな見通し（一瞥）を行うことを拒否するような事業者は、検査妨害に係る制裁金の対象となるとともに、競争法違反に係る制裁金を算定する際に、制裁金を増額させる事情として考慮される（「ベストプラクティス」58パラ） ・Akzo/Ackros 社の秘匿特権に係る訴訟手続により、4年以上の間、

	考慮事項・検討事項等	諸外国の例	
			<p>一を通じて入手した関連事実に関する情報と同一の情報が他では提供されない場合には、このような情報を含む。)を提出する必要があり、検察官も当該情報の提出を求めることができる(1999年6月、2003年1月、2005年10月、2006年12月及び2008年8月の司法次官メモランダムとその添付資料及び米国検察官マニュアル9-28. 710, 720)</p>
		EU	<p>・(当局の文書提出命令に記載されている対象文書の中に、事業者が秘匿特権を主張し当局と争いになっている文書と、事業者が自らの意思で既に当局に提出した文書が含まれていたことに関して、) (事業者と弁護士との間のやり取りに関する) 秘密の原則は、依頼者が、弁護士と依頼者の間の書面による communication を開示することが依頼者の利益となると判断した場合に、依頼者が当該 communication を開示することを妨げるものではない (AM&S 判決)</p>
		その他	<p>・ドイツ連邦カルテル庁が押収した文書が秘匿特権により保護されるものであった場合、(当該事件の) 手続の過程において、当該事業者に対する証拠として使用することが禁止される (Competition Law Enforcement in Germany, "ABA Handbook on Competition Law Investigation") 【独】</p>

(「諸外国の例」欄については、各種文献・裁判例等を参考にして、内閣府大臣官房独占禁止法審査手続検討室において作成)