

平成 26 年 8 月 28 日

独占禁止法審査手続についての懇談会
委員各位

同懇談会委員 矢吹 公敏

弁護士依頼者間秘匿特権について概要をまとめてみましたので、ご笑覧下さい。

1 緒論

当職は、本項において、弁護士依頼者間秘匿特権の意義、要件及び目的について説明を加え、それが憲法 21 条 2 項後段（通信の秘密の保障）、憲法 32 条（裁判を受ける権利）、憲法 34 条及び憲法 37 条 3 項（弁護人依頼権の保障）、憲法 35 条（不当な搜索押収の禁止）等による保障の前提を成す基本的原理であり、一般的には憲法 31 条（適正手続の保障）による保障に含まれること、並びに憲法 31 条による保障は本件審査手続及び本件審判手続のような行政手続に適用があることを論じる。

2 弁護士依頼者間秘匿特権について

(1) 弁護士依頼者間秘匿特権の意義

アメリカ合衆国における弁護士依頼者間秘匿特権は、英国の判例法で発展してきた法理を受け継いだものであり、コモン・ローを根拠とする伝統的な法理として位置付けられている。

実務的には、証拠開示手続（discovery）における開示義務の例外として議論されている。アメリカ合衆国における証拠開示手続は、訴訟における両当事者の攻撃防御方法の基礎として当事者が援用できる証拠を共通にして当事者間の公平を図り、あわせて裁判所の判断を公正かつ適正に行わせることを目的とするものであるところ、この証拠開示手続における開示原則の例外の一つとして、弁護士依頼者間秘匿特権が位置付けられている。

弁護士依頼者間秘匿特権は、依頼者が弁護士の法的サービスを将来的に犯罪や詐欺に利用しようとしているものでない限り（過去の犯罪、詐欺を告白されたということだけでは例外に該当しない。）、代理人である弁護士と依頼者との間のコミュニケーションを、依頼者にとっての有利・不利を問わず、絶対的に保護することを目的とするものであり（英国の最上級裁判所である貴族院は、すべての証拠が刑事被告人に利用可能となる利益にすら優越するものであり、衡量の余地のない絶対的な権利であるとして

いる。))、この特権によって保護される情報は、文書であると口頭である
とを問わない。したがって、弁護士依頼者間秘匿特権によって保護される
情報は、文書提出 (Production of Documents) であれ証言 (Deposition)
であれ、証拠開示手続においては、すべて開示対象外となる。

以上の意義を有する弁護士依頼者間秘匿特権は、後述のとおり、その目
的が弁護士という職業の存在理由に直結するものであり、法文化の相違を
超えた根源的かつ普遍的価値を有するものであることから、弁護士と協議
した事項に関する依頼者の権利という観点から説明するか、専門家として
の実務の中で交信された秘密の保持に関する弁護士の権利・義務という観
点から説明するかという技術的な違いは存するものの、英米法系、大陸法
系を問わず、立憲的な法システムを承認する諸国において、広く例外なく
承認されている原理である (以前の独占禁止法基本問題懇談会におい
ても、ヨーロッパでは弁護士依頼者間秘匿特権がヨーロッパ人権規約6条と
の関連で議論され、これがクライアントの利益であると同時に弁護士の利
益でもあると一般的に理解されていること、フランスにおいては、弁護士
依頼者間秘匿特権を、判例に従い、out-house lawyerとの関係で認めてい
ることが調査員によって報告されている。)

アメリカ合衆国における弁護士依頼者間秘匿特権は、上記のとおり、英
国の判例法で発展してきたものを当初から受け継いだものであり、著名な
ウィグモアの証拠法では、コモン・ローから生じた通信の秘密の特権の最
古のものと紹介され、剥奪することのできない根本的権利であるというコ
ンセンサスがあった。このため、弁護士依頼者間秘匿特権は、自己負罪拒
否特権の保障 (修正5条) のように憲法上明文化されてはいないが、根本
的原理として広く承認されており、多くの判例は、アメリカ合衆国憲法修
正4条の不合理的な搜索押収の禁止、修正5条の自己負罪拒否特権、修正6
条の弁護人依頼権、さらには、これらの権利の一般条項である修正5条及
び修正14条の適正手続の保障に基づくものであることを肯定している。

(2) 弁護士依頼者間秘匿特権の要件

アメリカ合衆国において、弁護士依頼者間秘匿特権の要件は、下記のと
おり整理されており、これらの要件を満たすものについては、弁護士依頼
者間秘匿特権の対象として、その記載された内容にかかわらず、民事・刑
事及び行政手続において、第三者に開示されることは一切ない。ただし、
依頼者によって保護が放棄されている場合、将来的に犯罪等に利用する目
的で弁護士に知らされた事実に関する場合には、この限りではないとされ
ている。なお、弁護士依頼者間秘匿特権は、弁護士と依頼者との間のコミ
ュニケーションをそれ故に絶対的に保護することを目的とするものであ

ることから、我が国においても、保護要件についてあえて異なる解釈をする必要はなく、下記の要件と同一に考えるべきである。

記

- ア 弁護士依頼者間秘匿特権を有すると主張する者が依頼者であること。
- イ 弁護士に法的専門家の能力に基づく助言を求めたものであること。
- ウ イの目的に関連する弁護士と依頼者のコミュニケーションであること。
- エ 機密性のあること。

(3) 弁護士依頼者間秘匿特権の目的

弁護士依頼者間のコミュニケーションを絶対的に保護しなければならないという弁護士依頼者間秘匿特権の目的は、弁護士という職業の存在理由に直結している。すなわち、弁護士は、依頼者である個人や企業の権利利益を保護するため、法律相談に応じ依頼者が採るべき手段について助言する。その際、依頼者は、弁護士に話した情報が外部に漏洩することはないという前提や確信があるからこそ、すべての事実を包み隠さずに打ち明けることができる。依頼者と弁護士との間のコミュニケーションが外部に漏洩する可能性があるのであれば、依頼者と弁護士との間の必要な情報の流通が阻害され、的確で正当な法的助言を行うことができなくなる。依頼者は、法律問題を抱えているからこそ、弁護士に法的助言を求める。法律問題の中には、内容が適法か違法か、違法であればそれを解消するためにどのような方策があるかということも当然に含まれる。この場合に、弁護士が外部に報告したり、公権力が強制的にその内容を入手したりする可能性があるという前提をとると、依頼者は、重要な情報を隠して相談するか、又は弁護士に相談することを回避することになり、いずれにしても、自己の権利を擁護するために正当な法的助言を求める機会が失われる結果となる。弁護士依頼者間秘匿特権を認めないことで、重要な情報が相互に流通しないことになれば、弁護士が事案の本質を把握できず、合法性を担保するための法的助言を行うこともできなくなり、その結果、法秩序全体にとって悪影響がもたらされることにもなる。このように、弁護士依頼者間秘匿特権は、弁護士という職業が成立するための前提条件であって、弁護士制度の根幹を成すものであるとともに、市民社会に「法の支配」を貫徹するための有力な手段なのである（弁護士法も秘密保持義務を弁護士の最も重要な義務として明定していることについては、項を改めて後述す

る。) 。

この点につき、アメリカ合衆国連邦最高裁判所のレンキスト裁判官（1986年9月26日から同裁判所長官）は、*Upjohn. co. v. United States* 事件（449 U. S. 383 [1981]）の法廷意見において、「弁護士依頼者間秘匿特権は、コモン・ロー上の最も古い秘密交信についての特権である。その目的は、弁護士と依頼者の間の余すところのない率直な情報伝達を助長することにより法の遵守と正義の執行というより広範な公共の利益を促進することにある。この特権は、弁護士が依頼者からすべての事柄を告げられていることに依拠する健全な法的助言又は主張が、公共目的に役立つことを認識している。」と判示している。

3 弁護士依頼者間秘匿特権が憲法31条の適正手続の保障に含まれること

(1) 憲法の諸規定と弁護士依頼者間秘匿特権との関係

弁護士依頼者間秘匿特権は、前記2(1)のとおり、英米法系、大陸法系を問わず、立憲的な法システムを承認する諸国において、広く例外なく承認されている普遍的な原理であり、日本国憲法においても、憲法21条2項後段（通信の秘密の保障）、憲法32条（裁判を受ける権利）、憲法34条及び憲法37条3項（弁護人依頼権の保障）、憲法35条（不当な搜索押収の禁止）等による保障の前提を成す基本的原理であり、一般的には手続的適正を要求する憲法31条による保障の内容に含まれると解すべきである。

憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定している。この「法律の定める手続」の意味については、人権制約の手続のみならず、実体要件についても、内容が適正であることを要求するものであると解されている（伊藤正己・憲法（新版）326頁以下、佐藤幸治・憲法（新版）512頁以下）。そして、制定法上の根拠規定がなくても、手続的適正の内容として告知聴聞の機会の保障が、実体的適正の内容として罪刑法定主義、犯罪構成要件の明確性等が含まれることに異論はない。

憲法21条2項後段は、通信の秘密を保障しているが、これは人間のコミュニケーション過程の保護に関わるものであり、表現の自由の保障と密接な関わりがあり、表現の自由が外的コミュニケーション過程を保護しようとするのに対し、通信の秘密は、内的コミュニケーション過程の保護を通じて個人間の私的接触を可能にしようとするところに本来の意義を有するとされ、実質的には、個別的通信の内容及び通信の存在に関し公権力による調査の対象とはされないこと（公権力による積極的知得行為の禁止）をいうとされている（佐藤幸治著「日本国憲法論」321頁）。弁護

士依頼者間秘匿特権が弁護士と依頼者との間の双方向のコミュニケーションを絶対的に保護することを内容とするものであることは前記のとおりであり、通信の秘密の保障と趣旨・目的を共通にしていることは明らかである。

憲法32条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定する。この規定は、何人も、憲法により司法権を行使すべきものとされる裁判所によって公正な裁判を受ける権利を有することを定めるとともに、このような裁判所による裁判によることなく、刑罰その他の不利益処分を課されることはないことを保障するものである。弁護士依頼者間秘匿特権を前提とする効果的な弁護士の活動は、民事・行政事件及び刑事事件において公正な裁判を実施するための不可欠な前提であり、これを阻害することは民主的な司法の存立を妨げるものとして許されないというべきである。このように、弁護士依頼者間秘匿特権は、憲法32条が保障する裁判を受ける権利と密接に関連し、その不可欠な内容となっている。

憲法34条は、「抑留又は拘禁」するに当たり、「弁護人に依頼する権利」を与えることを要求している。また、憲法37条3項は、刑事被告人の辩护人依頼権を保障している。これらの規定は、後述のとおり、形式的な依頼権のみを保障しているのではなく、辩护人から援助を受ける機会を実質的に保障することを内容とするものであるが、そのためには、弁護士依頼者間秘匿特権を承認することが当然の前提となる。アメリカ合衆国においても、United States v. Danielson事件において、訴追に係る被告人の「防御戦略」が検察側に伝達されたことに関し、弁護士依頼者間秘匿特権の侵害であると論じ、それが被告人の辩护人依頼権という憲法上の権利（修正6条）を侵害すると判示している。

憲法35条は、アメリカ合衆国憲法修正4条の「不合理な搜索・押収の禁止」に由来する。アメリカ合衆国修正4条は、「不合理な搜索及び押収から、身体、住居、書類及び所持品が守られるという国民の権利は侵されない。そして、相当な理由に基づき、宣誓と確信で支えられ、かつ、搜索する場所や押収すべき身体又は物を限定して記述している場合を除いて令状を発してはならない。」と規定し、国民に官憲を含む他者による搜索・押収を受けない領域（憲法上保護された領域）を保障している。このように、修正4条は、プライバシーの権利を公権力による専制的侵害から保護するための規定であり、アメリカ合衆国では、1974年のプライバシー・アクトに先行する最初のプライバシー保護規定が修正4条であるといわれている。このため、本条による保護は、刑事捜査に限られず、条文上

も判例上も、政府機関による行為一般に及んでいる。我が国においても、いわゆる川崎民商事件において、「当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。」と述べて行政手続にも憲法35条の適用があることを認めている（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁）。弁護士依頼者間秘匿特権も、弁護士と依頼者との間のコミュニケーションを公権力の行使から保護される領域であるとするものであり、アメリカ合衆国憲法修正4条及びこれに由来する憲法35条と共通の思想に基づいている。

このように、弁護士依頼者間秘匿特権は、日本国憲法においても、憲法21条2項後段（通信の秘密の保障）、憲法32条（裁判を受ける権利）、憲法34条及び憲法37条3項（弁護人依頼権の保障）、憲法35条（不当な搜索押収の禁止）等による保障の前提を成す基本的原理であり（弁護士依頼者間秘匿特権を認めるという前提がなければ、これらの保障はすべて画餅に帰すことになる。）、直接的には、手続的適正を要求する一般規定である憲法31条によって保障されていると解するべきである。

アメリカ合衆国における多くの判例が、アメリカ合衆国憲法修正4条の不合理な搜索押収の禁止、修正5条の自己負罪拒否特権、修正6条の弁護人依頼権、さらには、これらの権利の一般条項である修正5条及び修正14条の適正手続の保障との関係を肯定していることは前記のとおりであり、日本国憲法がアメリカ合衆国憲法の強い影響の下に制定されたという経緯に照らしても、弁護士依頼者間秘匿特権は、日本国憲法31条による保障の内容に含まれるものというべきである。

(2) 憲法上の保障と刑事手続

これを更に具体的に検討するに、弁護士依頼者間秘匿特権に違反して入手した証拠を刑事手続において有罪立証に使用することが適正手続の保障に違反することに異論はないものと考えられる。最高裁は、いわゆる安藤・斎藤事件判決において、憲法34条前段に基づく被拘束者への弁護人依頼権の保障が、「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。」としており、また、「刑訴法39条1項が身体の拘束を受けている被疑者と弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見交通権を規定しているのは、憲法34条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護士等と相談し、その助

言を受けるなど弁護士等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑事訴訟法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということができる。」と明言しているところである（最大判平成11・3・24民集53巻3号514頁）。

憲法34条は、直接的には、身柄を拘束された被疑者の弁護士依頼権に関するものではあるが、判例のいう「弁護士に相談し、その助言を受けるなど弁護士から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障」すべきは、身柄を拘束された被疑者に限定されるものでなく、刑事手続全般について妥当するものである（憲法37条3項参照）。そして、弁護士から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障するためには、弁護士依頼者間秘匿特権の存在が当然の前提になるから、刑事手続全般における弁護士依頼者間秘匿特権は、憲法34条、憲法37条3項及び一般規定である憲法31条によって保障されているというべきである。

(3) 憲法上の保障と行政手続

そこで、次に検討すべきは、刑事手続において適正手続保障（憲法31条）の内容となる弁護士依頼者間秘匿特権が、本件のような行政手続においても保障されるかどうかである。

最高裁は、いわゆる成田新法事件判決（最大判平成4・7・1民集46巻5号437頁）において、典型的な行政手続と憲法31条との関係を初めて正面から問題にした。この事案は、「新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法」に定める工作物使用禁止命令に関するものであるが、最高裁は、同命令の発出に当たり、工作物の所有者等に告知、弁解、防御の機会を与える必要があるかどうかにつき、憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではないとした上で（この言い回しは前掲川崎民商事件と同様である。）、同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、一般に行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の手続に事前に告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制裁を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと判示し、使用禁止命令に当たり、事前に告知、弁解、防御の機会を与える旨の規定がなくても、同条項が憲法31条の法意に反する

ものということとはできないとした（なお、本判決には、園部裁判官と可部裁判官の個別意見が付されている。）。

このように、判例（法廷意見）は、行政手続にも憲法31条による保障が及ぶ場合の存することを認めており（個別意見は、憲法31条ないし事前の適正手続の保障が行政手続に原則として適用されることを前提にした立論を展開している。）、これを受けて、同判例の判例解説では、法廷意見を前提にすると、行政手続を、①憲法31条の適用をそのまま認めるもの（刑罰に酷似するようなものであればこれに当たる可能性がなくはないとしている。）、②行政手続の内容、性質に応じて憲法31条の規定を修正ないし変容させた上でその適用を認めるもの（侵害処分、不利益処分等の中には、これに当たるものがあり得るであろうとしている。）、③憲法31条の適用が問題となる余地のないものという三つに分類できると整理している（千葉勝美・最高裁判所判例解説民事篇平成4年度255頁）。

(4) 排除措置命令と適正手続の保障

独占禁止法上の排除措置命令の法的性質は行政処分であり、また、同命令に係る独占禁止法違反行為を認定するための審査手続及び同命令の妥当性の判断である審決を下すための審判手続も、その性質は行政手続である。

しかしながら、排除措置命令は、公正取引委員会が公権力に基づきその認定した違反行為を排除し競争を回復させるために必要な措置をとることを一方的に命ずる重大な不利益処分である。カルテル、入札談合などの不当な取引制限のほか、私的独占、不公正な取引方法の一部については、排除措置命令とともに、課徴金納付命令が出される場合がある。不当な取引制限や私的独占については、違反行為に対して刑事罰が定められており、違反を行った者（個人）は、5年以下の懲役又は500万円以下の罰金が、法人については、両罰規定が適用され5億円以下の罰金が科されることになっている（独占禁止法89条、95条）。また、公正取引委員会による審査手続では、物件の提出命令や立入検査等の調査のための強制処分が定められ（独占禁止法47条）、これらの調査処分違反には、1年以下の懲役又は300万円以下の罰金という刑罰による制裁も規定されている（独占禁止法94条）。さらに、審判手続は、公正取引委員会から指定された審判官が指揮し、事件を審査した審査官が立ち会い、違反行為をしたとされる被審人が原処分である排除措置命令等が不当であるとして争うもので、裁判手続に類似した準司法的手続とされている。このように、不当な取引制限や私的独占行為を認定するための審査手続及びこれに基

づく排除措置命令の妥当性を判断するための審判手続は、行政手続といっても、刑事手続との差異はほとんどないといってよいものである。

上記判例の見解に基づき、行政処分により制裁を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量すると、独占禁止法の排除措置命令に関して適正手続の保障を与えるかどうかにつき、これを制限的に解すべき理由はなく、上記分類に従えば、①又は②に該当するものとして、憲法31条の適用又は類推適用が認められるべきものである（なお、以前の独占禁止法基本問題懇談会でも、フランスの審査手続における対象者の権利保障として、「刑罰賦課のための手続ではないが、刑事手続に認められた諸権利が、ほぼ遵守されている。」ことが報告されている。）。

以上