

# 弁護士の職務上の秘匿特権と 通信秘密をめぐる比較法的考察

田村陽子

## 第1章 はじめに

### I 「秘匿特権」と「守秘義務」

### II 証拠収集手続および証拠開示手続原則と秘匿特権・守秘義務との関係

### III 小括

## 第2章 ドイツの弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

### I ドイツの職務上の秘匿特権の主体

### II 職務上の秘匿特権の客体

### III 秘匿特権の適用時期の範囲

## 第3章 アメリカの弁護士の守秘義務および弁護士依頼者間秘匿特権

### I 弁護士依頼者間秘匿特権の意義

### II 弁護士依頼者間秘匿特権の主体

### III 弁護士依頼者間の秘匿特権の客体

## 第4章 日本の弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

### I 日本における弁護士等の職務上の秘匿特権の趣旨

### II 職務上の秘匿特権の主体

### III 秘匿特権の客体

## 第5章 弁護士依頼者間の通信秘密の比較法的視座

### I 日本、アメリカ、ドイツにおける情報開示制度の基本的差異

### II 日本の民事手続における弁護士依頼者間の通信秘匿特権の規定の必要性

### III 日本の刑事手続・行政手続における通信等の秘匿特権規定の必要性

## 第6章 おわりに

## 第1章 はじめに

弁護士は、職務上、依頼者の代理人として様々な法律活動を行う。依頼者に代わって、依頼者本人が行為するよりも、法律上間違いのない、より良い結果を出せるよう業務を遂行するのが法の専門家たる弁護士の責務であるところ、

依頼者本人以上に本人の状態や本人をとりまく状況や事件の内容につき、客観的かつ正確に理解していることは重要なことである。そのためには、依頼者本人から、本人にとって都合の良いことのみならず悪いことも含めて、弁護士が業務の遂行もしくは対処あるいは判断に必要なことは、基本的にはすべて聞いて知っておく必要があるだろう。

弁護士の第一の責務としての依頼者のあるべき権利義務の実現のため、依頼者から信頼を得、率直かつ十分に話を聞けるよう、弁護士に依頼者の秘密保持の義務の一環として、職務上の秘匿特権が認められている（弁護士法23条）。弁護士は依頼者に関する情報を他には漏らさないという守秘義務を依頼者に対して一般的に負い、それを裁判上の手続においては、職務上の秘匿特権として行使する制度になっている（民事訴訟法197条1項2号、同220条4号ハ・ニ、刑事訴訟法149条）。弁護士が依頼者の信頼を得ること、これを裁判手続上で具体的な制度にしたものが、日本では、弁護士の職務上の秘匿特権である。

他方で、弁護士には、依頼者の基本的人権の保護のみならず、社会正義の実現（弁護士法1条1項）のため、社会秩序の維持および法律制度の改善に努力しなければならないという公益的義務（同条2項）もあるところ、依頼者に関して、法的に問題がある内容を知ったときに、どのような態度をとるべきか。裁判での真実発見および当事者側としての訴訟上の信義誠実遂行義務（民事訴訟法2条）およびそこから派生して生ずるとされる一般的な真実義務との兼ね合いは、法律上および倫理上、判断が難しいところであろう。

今日の法律業務や訴訟が国境を越える時代においては、他国での状況をも検討し、将来の潜在的な訴訟に備えておくことは重要である。とはいえ、通常の裁判制度の差異以上に、弁護士制度の意義・役割・内容といったものは、歴史的沿革や文化的背景によるところも大きいため、各国の制度理解は慎重にする必要があるだろう。

大陸法と英米法という異なる法体系における弁護士制度の差異については、裁判制度との相乗効果を含め、まだまだその制度のあり方については、比較検討が遅れている分野であるように思われる。弁護士の秘密保持の権利に関する

分野もまたしかりである。大陸法系でいう「弁護士の守秘義務 (duty of confidence)」もしくは「職務上の秘匿特権 (証言拒絶権およびそれに基づく文書提出義務の除外書面)」は、英米法で言う「弁護士依頼者間 (通信) 秘匿特権 (attorney-client privilege)」もしくは「ワーク・プロダクト (work product)」とは、同じ概念なのか、あるいは異なる概念なのか、はたまた重なり合うところはあるが意義や範囲は異なるのか、については、実は厳密に検討されずに、同種のものとして民事訴訟法上は議論されてきた経緯がある。

今般、日本の独占禁止法の分野の議論では、日本の民事訴訟上の弁護士の職務上の秘匿特権とは異なるものとして、アメリカ法型の弁護士依頼者間の通信の秘匿特権<sup>1)</sup>というものが扱われ、日本法にはなかった概念<sup>2)</sup>としてこれが課徴金納付命令手続において認められるかが議論されたようである<sup>3)</sup>。

本稿は、弁護士の秘密保持の権利という形での比較法的考察は詳細になされてこなかった、弁護士の秘密保持の権利もしくは秘匿特権につき、英米法の代

- 1) 日本弁護士連合会では、「真実の秘密 (秘匿)」と誤解のないよう、「依頼者と弁護士間の通信の秘密」という用語を使用してアメリカ法型の特権の範囲の議論をするよう提唱しているようである。片山達「独占禁止法審査手続における適正手続の保障」法律時報 89 卷 1 号 (2016 年) 30 頁参照。http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2016/160219\_2.html。なお、日本では「独占禁止法」という呼称だが、他国では、「競争法」、「不正競争防止法」あるいは「反トラスト法」などさまざまな呼称があるが、比較対象を判りやすくするため、外国法についても、本稿では「独占禁止法」という呼び方を使うことにするが、直訳等とは異なる点に留意されたい。
- 2) 「弁護士・依頼者間秘匿特権は、米国、欧州、その他の地域の法制度にとって神聖な基礎となる制度であるが、それは日本では認知されていない。さらに悪いことに、日本の公取委員会 (以下、「公取委」という) は、立入調査を行う際に、企業の法務部門や弁護士・依頼者間の機密のコミュニケーションを対象とし、審判では、その機密のコミュニケーションを違反立証の証拠として使用することがある。」と、国際的に認識されている。スコット・D・ハモンド=矢吹公敏「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入 (上)」NBL1067 号 (2016 年) 5 頁 [矢吹公敏] 参照。
- 3) 独占禁止法 (以下、本文では「独禁法」という。) の改正の議論状況などについては、出井直樹「依頼者・弁護士通信秘密保護制度 (いわゆる「秘匿特権」) の論題」NBL1127 号 (2018 年) 38 頁以下がまとまっている。

表としてアメリカ法を、大陸法の国としてドイツ法および日本法を対象に裁判制度との関係という大きなところから概括的に比較検討することで、基本的違いを理解し、日本の制度での状況について考察を試みるものである。

## I 「秘匿特権」と「守秘義務」

### 1 アメリカ法の弁護士依頼者間秘匿特権とコモン・ロー諸国の同種の権利

アメリカ法では、依頼者の信頼を具体的に訴訟上保護する形は、連邦証拠規則上、「弁護士依頼者間秘匿特権」と言われるものになる。弁護士依頼者間秘匿特権は、法律上の助言を求めている間に依頼者から弁護士に与えられたもしくは弁護士から依頼者が受け取った情報のやり取り、すなわち「通信（コミュニケーション）」(弁護士が聞いた内容に関する具体的な事実や証拠の処遇とは、対象範囲および次元が異なる)を保護できる特権である<sup>4)</sup>。

アメリカでも、ABAの弁護士の職業行為模範規則 (Model Rules of Professional Conduct) 上、弁護士には一般的な「守秘義務」があるが、その裁判上の現れとして、連邦民訴規則 (FRCP) 上および連邦証拠規則 (FRE) 上、裁判での証拠開示の例外として、弁護士依頼者間の秘匿特権が認められている。

弁護士依頼者間秘匿特権は、一般に、4つの要件の下で、すなわち、①依頼者が弁護士に法的助言を求める目的で、②依頼者と弁護士の間で交換された情

---

4) See *Securities Exchange Council v. Gulf & Western Industries, Inc.* 518 F. Supp. 675, 683 (D.C. Dist. 1981). この判決では、秘匿特権の範囲は法律上の助言に限られると判断された。法律上の助言とは、法律に基づく助言 (advice regarding compliance with the law) のことと定義されている。純粋なビジネス上の助言や個人的な事柄への助言は、法律上の助言として保護されないのである。

アメリカ民事訴訟の弁護士依頼者間秘匿特権に関する日本での一般的な紹介としては、例えば、大村雅彦『アメリカ民事訴訟法の理論』(商事法務、2006年) 61-87頁、浅香吉幹『アメリカ民事手続法【第2版】』(弘文堂、2008年) 80頁以下、田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』(レクシスネクシス・ジャパン、2012年) 88-97頁、溜箭将之『英米民事訴訟法』(東京大学出版会、2016年) 174頁以下がある。アメリカの秘匿特権一般の歴史的展開の概観については、田邊誠「〈研究ノート〉アメリカ民事訴訟における秘匿特権 (privilege) について——その歴史的展開の概観——」*広島法学* 15巻4号 (1992年) 497頁以下もある。

報（コミュニケーション内容）であって、③両者の間の秘密とされたものについては、④依頼者がその保護を放棄していない限りで、依頼者も弁護士もその開示を強制されないという、依頼当事者および弁護士の通信内容の秘密保持に関する権利である<sup>5)</sup>。

この特権は、英米法圏に幅広く存在するが、イギリスでは「法的助言秘匿特権 (legal advice privilege)」、オーストラリアでは「助言秘匿特権 (advice privilege)」、カナダでは「ソリシタ依頼者間秘匿特権 (solicitor-client privilege)」と呼ばれている。16世紀イギリスのコモン・ロー上の秘密のコミュニケーションにおける秘匿特権 (communication confidentiality privileges) の1つから発祥し<sup>6)</sup>、アメリカで最初にこの特権が行使されたのは1888年のことと言われている<sup>7)</sup>。ただし、英米法諸国間でも、例えばイギリスとアメリカでは、現在までそれぞれ独自の発展が見られ、当該弁護士依頼者間の通信秘密の秘匿特権の呼称や意義・内容を若干異にするので、注意が必要である<sup>8)</sup>。

## 2 ヨーロッパ大陸法圏での弁護士の職務上の秘匿特権

ヨーロッパ大陸法の国では、広く弁護士の守秘義務というものが、弁護士の職務上の義務として、意識されている。アメリカの弁護士依頼者間の通信秘匿特権と同種で、かつこれを包含したような裁判上の弁護士の権利義務に該当するものが、ヨーロッパ大陸法で言われる「弁護士の職務上の秘匿特権」である。

5) 4つの要件の邦訳については、長谷部由起子「弁護士依頼者間秘匿特権に関する覚書——民事手続法からのアプローチ」法曹時報71巻1号（2019年）24頁を参考にした。

6) イギリスの秘匿特権についての日本での紹介としては、例えば、我妻学「イギリスにおける法律専門職に対する秘匿特権と証拠の開示」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』（信山社、2014年）541頁以下、川島隆憲「イギリス民事訴訟法における法律専門職秘匿特権——法的助言秘匿特権と訴訟秘匿特権」同書571頁以下がある。

7) Hunt v. Blackburn, 128 U.S. 464, 170 (1888).

8) 手賀寛「弁護士の守秘義務と証言拒絶権(1)～(3・完)」都法49巻1号（2008年）295頁以下、同巻2号（2009年）243頁以下、同50巻2号（2010年）227頁以下は、弁護士の秘密保持に関する権利につき、アメリカ法およびイギリス法と、日本法とを沿革にさかのぼって比較検討しており、各法の差異に詳しい。

詳しい範囲の内容については以下で論じる。

### 3 アメリカ法の「弁護士依頼者間秘匿特権」と大陸法の「職務上の秘匿特権」

昨今では、EU加盟国内でも英米法型の弁護士依頼者間の通信の秘密に特化した秘匿特権に関する議論が、比較法的になされている。英米法圏の弁護士依頼者間の具体的なやりとり（コミュニケーション）に関する通信秘匿特権とは、従来から日本で認められている一般的な弁護士の守秘義務の裁判上の現れたる「職務上の秘匿特権」（証言拒絶権（民事訴訟法197条1項2号）およびそれに該当する事項が書かれて文書提出命令の除外となる書面（同220条4号ハ）よりも、通信内容に限定する点で「狭い」範囲の権利であるが、英米法の概念との比較においては、ヨーロッパの大陸法諸国でも、「弁護士依頼者間（通信）秘匿特権」という用語を、一般に使うようになってきている。この場合には、弁護士依頼者間の直接のやりとり（コミュニケーション<sup>9)</sup>）の内容を「通信」と呼び、その「秘密の保持」という表現で、比較検討がなされている。

本稿は、弁護士の守秘義務の一場面としてアメリカ型の弁護士依頼者間の通信秘密の保護に関する秘匿特権を比較法的に扱うものである<sup>10)</sup>。

## II 証拠収集手続および証拠開示手続原則と秘匿特権・守秘義務との関係

弁護士の秘密保持の義務もしくは裁判上の秘匿特権について検討するにあたって、注意しなければならないことがある。民事裁判における秘密保持制度

---

9) 伊藤真「実態解明と秘匿特権との調和を求めて（En quête de l'harmonie）——課徴金賦課手続における実質的手続保障の必要性」判例時報2367号（2018年）128頁以下で、伊藤教授は「情報交換」という用語と比較検討し、「コミュニケーション」という用語を用いられる（同136頁）。

10) なお、一般的・沿革的な裁判制度や弁護士の意義・役割の違いから比較法的考察を行うため、当該国における伝統的・一般的な表現である「秘匿特権」もしくは「守秘義務」という用語は、そのまま使うことがある。また、英米法的な裁判上の秘密の保持の権利を日本法において比較考察するときには、基本的に、弁護士依頼者間の「通信」の「秘密の保護」もしくは「秘密の保持」という言葉も使用することにする。

の必要性の前提としての証拠調べ制度一般として、もとより、当事者がそれぞれ保持している事件の関連情報や関連証拠について、強制的に「すべて開示することが基本」の上で、ごく限られた「例外」として「秘密保持の権限」が認められているということなのか、それとも、基本的には当事者がそれぞれ保持している事件に関連する情報や証拠（「一次資料」<sup>11)</sup>という）を提出する・しないは、当事者が任意で決めることができ、「秘密として保持したい情報や証拠は出さなくてもよいのが大原則」という任意提出制度（日本では、当事者の弁論主義が該当）において、相手方から特に裁判所等を通じて非開示だった情報や証拠の提出の要請があったときに、なお提出を免れるための「例外的例外」としての手段として存在するのか、といった根本的な違いが、英米法の国と大陸法の国とでは存在することである。

すなわち、アメリカでは、ディスカヴァリー<sup>12)</sup>という広汎な証拠強制開示手続が存在し、イギリスでもディスクロージャー<sup>13)</sup>という一定の証拠の強制開示手続が存在する中で、基本的に、事件の関連情報や関連証拠などの一次資料は、裁判所に提出する前の、すなわち公開審理手続たるトライアルの前の準備段階のプレトライアルで、訴訟の相手方に強制的に開示するのが原則となっており、強制開示に対する限られた例外事項として、弁護士依頼者間の通信に関する秘匿特権が、弁護士の訴訟等準備資料（ワーク・プロダクト）とい

11) 独禁法違反被疑行為に関して事業者が保有する資料において、「一次資料」とは「当該行為に関して事業者自身が作成または取得した情報を内容とする文書等」であり、二次資料とは、「当該行為の違法性や課徴金減免申請にかかる弁護士とのコミュニケーションを内容とする文書等であり、当該行為についてどのような対処をすべきかの判断資料として作成された文書または判断そのものを記載した文書等」とも言われ、日本の民事訴訟法の概念では、自己専利用文書（民事訴訟法220条4号二）に近いとされている（伊藤眞・前掲注（9）133頁参照）。

12) アメリカのディスカヴァリーについては、すでに日本語での紹介も多くあるが、例えば、注（4）の文献参照。

13) イギリスのディスクロージャーについての日本語での紹介は、例えば、溜箭・前掲注（4）149頁以下は、アメリカ法との比較も詳しい。そのほか、ニール・アンドリュース（溜箭将之・山崎昇訳）『イギリス民事手続法則』（法律文化社、2012年）78頁以下など。

た二次資料と共に認められている。これに対し、大陸法のドイツ、フランスや日本などでは、当事者が任意に、手持ちの情報の中で、どの関連証拠または事実といった一次資料を裁判所での弁論手続に提出するか否かを選べるシステム（事前に相手方に直接関連情報や事実すべてを開示する義務がない上、裁判所手続においても関連情報や事実すべてを開示する義務はない、任意的証拠開示制度）において、当事者は基本的に自己が提出したいと思った事実や証拠の一次資料だけを提出すれば足りる。そのような中、数少ない開示が強制される例外として、例えば相手方の申立てにより裁判所による文書提出命令が出されたときなどに、初めて事件に関する特定の事実もしくは証拠といった一次資料の開示が強制され、しかもその開示が命令などで強制されるような場合においても、なお開示の免除事由の1つとして、守秘義務の存在もしくは秘匿特権を主張することが許されており、例外の中の例外という形で弁護士が職務上知りえた依頼者の秘密を保護するという秘匿特権が存在するのでは、端的に秘匿特権もしくは守秘義務の重要性および意義・範囲は異なるということである。

弁護士依頼者間の通信の秘密保持の権利の存在意義もしくは重要性は、とりわけアメリカのような公開審理手続の前の準備段階で、裁判所の監視がない裁判外で、好むと好まざるとに関わらず、裁判での相手方たる国家当局もしくは相手方当事者に対して、自己が保有する事件の関連証拠や関連情報といった一次資料の一切を開示することを強制される手続（ディスカヴァリーおよびデイクロージャー）の下に存在する。このような強制開示手続においては、一次資料は開示しなければならないが、開示を求められる側の例外的な開示の免除権もしくは防御権として、二次資料たる弁護士依頼者間通信秘匿特権あるいは弁護士の訴訟準備資料（ワーク・プロダクト）が非常に重要となるのである。

【アメリカの証拠開示制度と弁護士依頼者間秘匿特権の概観】

	当事者（依頼者）	弁護士
一次資料（生の事実や証拠などの情報）	原則、ディスカヴァリー証拠開示制度の下、開示対象。ただし、当事者の営業秘密、自己負罪秘匿事実などは除外。	同左
二次資料のうち、法的助言に関するコミュニケーション（通信）	当事者および弁護士とも、原則、弁護士依頼者間秘匿特権で保護される。将来の犯罪・詐欺防止のための例外などはある。	同左
二次資料のうち、弁護士の記録や訴訟準備の資料等）	同右	原則、保護される。文書は、「ワーク・プロダクト <sup>14)</sup> 」と呼ばれる。

\*ただし、依頼者本人による放棄は可能とされている。

これに対し、大陸法のドイツあるいは日本の民事訴訟手続における弁論主義の下では、事件に関連する情報の開示の範囲は、基本的に提出する当事者の任意で選べ、かつ裁判所の関与の下で裁判手続の中において提出すればよい（各当事者は、それぞれ自己に有利な事実や証拠といった事件に関する情報たる一次資料のみ選んで裁判に提出すれば、基本的に真実発見のための当事者の義務として足りる）のが大原則であるところ、相手方が証拠調べのためにことさらに申立てをしてきて、例えば裁判所から文書提出命令が自己に発令されて初めて、相手方に自己の有する文書を提出しなければならない事態が生じるという制度においては、弁護士と依頼者間の通信内容もしくは弁護士の訴訟準備資料といった二次資料は、元来当然に開示対象の外にある。すなわち、当事者任意提出の弁論主義の下では、各当事者は、相手方に対しその所持する事実や証拠といった一次資料すら強制的に裁判に出させることすら大変であるところ、相手方が弁護士と交わした秘密のやり取りもしくは弁護士が訴訟準備のために作成した書面などを開示せよという申立てをしてくることは、ほとんど考

14) 「ワーク・プロダクト」とは、「弁護士が訴訟に備えてまたは予期して準備した面談、書類、メモ、通信、報告、心理的な印象、個人的な信念、その他弁護士による成果を反映した無数のもの」で、「一定のプライバシーとして、相手方当事者やその弁護士による不必要な干渉から自由になる」に値するものと解されている。See *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 510-511 (1947).

えもしてこなかったところである。

このように、証拠開示および情報開示の範囲がもともと非常に狭い大陸法の民事手続においては、例外的に相手方に開示しなければならない証拠についてなお開示除外事由として提出を免れるために認められる、例外の例外としての職務上の秘匿特権の必要性はかなり小さいうえ、実際の出番も少なかったのである。

したがって、日本などの任意の証拠や事実の提出手続段階で、弁護士一般的な守秘義務の遵守として、弁護士と依頼者間の通信内容について、相手方にも裁判所にも開示する必要がないことは言うまでもなく、事件に直接関係する依頼者に不利な事実や証拠たる一次資料についても基本的に強制的には提出しなくてよいため、アメリカ法のように、事件に関連する事実や証拠を訴訟の早い段階で相手方にも強制的に開示することを前提に、その強制的な証拠開示を免れる例外的な防御的範囲の権利として、弁護士と依頼者の間の通信内容や弁護士の訴訟準備書面などの二次資料については開示しなくてよいように特権を与えるという形では、取り立てて考える必要がなかったのである。

**【日本の民事訴訟における弁論主義と職務上の秘匿特権の概観】**

	当事者（依頼者）	弁護士
一次資料（生 の事実や証拠 などの情報）	原則、当事者訴訟資料提出主義・弁論主義の下、当事者は任意で開示するか否かを決められる。ただし、営業秘密、自己負罪秘匿事実、自己専利用文書などは、文書提出命令などが出されても、本来非開示にできる。	同左。原則、当事者訴訟資料提出主義・弁論主義の下、当事者の意思に従い、任意で開示する。ただし、職務上知り得た当事者の秘密は、依頼当事者が放棄しない限り、本来、秘匿特権による非開示事項。
二次資料のうち、法的助言に関するコミュニケーション（通信）	本来、非開示対象。大陸法国では、文書提出命令などの強制開示対象は、基本的に一次資料のみを考えていたのであり、依頼者弁護士間の通信内容の開示を申請し合うことは想定されていなかった。ただし、今般の行政調査手続や刑事捜査手続において、改めてこの保護が問題になっている。なお、アメリカ法の分類に合わせて、この秘匿特権の部分を弁護士依頼者間（通信）秘匿特権と呼ぶことが多い。	
二次資料のうち、弁護士の事件記録や訴訟準備の資料等	同上。本来、当然に非開示対象。訴訟戦略に関わる弁護士の専門家としてのノウハウが端的に表れている文書等を、当事者間で開示請求し合うことは想定されていなかった。ただし、近時、行政調査手続や刑事捜査手続において、この保護も問題になっている。訴訟等準備資料 <sup>15)</sup> と呼ばれる。	

\*ただし、秘匿事項でも、依頼者本人の意思による放棄は可能。

これに対し、日本でも、刑事捜査手続もしくは行政調査手続など、裁判での審理手続の前に関係当局による捜査や調査の段階がある手続においては、他の大陸法域と異なり、裁判手続後に任意開示の中でさらに留意されている秘匿事実資料について、調査や捜査段階では今まで一次資料と二次資料とをほぼ区別することなく、かつ裁判手続上認められている秘匿特権について配慮することなく、強制的あるいは任意と言いつつ実質は半ば強制的に、調査対象先にある資料を、実態解明に必要であるとしてすべてそのまま回収する実務がなされがちであったようである<sup>16)</sup>。

日本のこうした実務では、依頼者および弁護士が有する依頼者との間のやりとりや弁護士が自ら訴訟のために準備していた二次資料は、生の事実や証拠の一次資料に近づくための重要な手掛かりとして重宝され、むしろ積極的に回収対象とされてきたきらいすらあると言われている<sup>17)</sup>。

本来であれば、アメリカのディスヴァリーのように、相手方たりうる関係当局などから直接に、生の事実や証拠といった一次資料を主とする事件資料の開示が強制的に求められるとしてもなお、これに対抗しうる例外的な依頼者側の防御的権利として、弁護士と依頼者の間の通信内容や弁護士が作成した二次資料などは、非開示対象として認められるべきものである<sup>18)</sup>。

日本でも、事件に直接関連する事実や証拠といった一次資料の強制開示が求められる場面においては、開示の例外として、弁護士依頼者間の通信内容の保

15) ワーク・プロダクトに対応する日本の用語として、「訴訟等準備資料」という呼び方を提唱されたのは、伊藤眞教授である。「訴訟等準備資料」とは、「当事者本人が作成したか、本人からの依頼を受けて弁護士などの第三者が作成したかを問わず、当事者が訴訟進行のために準備し、現に所持する一切の文書であって、裁判所に提出されるなどの原因によってその秘密性を失っていないもの」と定義されておられる（伊藤眞「自己使用文書としての訴訟等準備文書と文書提出義務」佐々木吉男先生追悼『民事紛争の解決と手続』（信山社、2000年）426頁以下など参照）。

16) 片山・前掲注（1）30頁以下に、国際社会における日本の遅れた議論状況について詳しい。

17) 従前の独禁法の審査手続における調査段階の状況については、秋葉健志「平成27年独禁法審査手続指針の検証」刑事法ジャーナル49号（2016年）24頁以下に詳しい。

護に関する秘匿特権の存在意義は大きくなり、かつまたその範囲を確定することが非常に重要になるはずである。

しかしながら、これまで日本では、刑事手続の捜査段階のみならずとりわけ行政手続の調査段階における秘匿特権の保護についてあまり論じられてこなかったのは、依頼者および弁護士側の訴訟の防御に関わる書面等が弁護士から被疑者・被告人にわたるという場面がほとんど想定されていなかったからである。しかし、独禁法違反を含め、企業犯罪に属する領域では、弁護士が作成した書面や弁護士とのやりとりの書面が依頼者側の企業に存在し、それが回収対象となる場面が出てくるため、秘匿特権が防御権の保障という観点から、一定の意義を持つことになったと言われている<sup>19)</sup>。

とりわけ日本では、今まで詳細な議論および検証があまりなされてこなかった中で、実態解明という名の下に独禁法関連での半強制的に資料を回収する行政手続調査がなされる状況が生じ、それに対する当事者国民およびその代理人弁護士の秘密保持の防御的な権利として、改めて弁護士依頼者間の通信秘密保持の権利として弁護士依頼者間秘匿特権が、問題となったのである<sup>20)</sup>。

その際、アメリカ法などでの本来の理論的順序に従えば、証拠や資料の強制的な開示手続においてすら、生の実事や証拠といった一次資料とは異なり、資料回収を控えるべき弁護士依頼者間の通信内容といった秘匿特権対象の二次資料につき、従来の日本の実務が、一次資料たる事実や証拠へのむしろ重要な手掛かりとして、ややもすると積極的に回収してきたという状況があったために、この特権を認めると実態解明を阻害するという一方で、弁護士依頼者間の通信の秘匿特権を認めることには非常に強い反対の議論があったようである<sup>21)</sup>。

---

18) 弁護士依頼者間の法的助言を得るための通信内容の秘密の特権は、刑事捜査手続や行政調査手続においては、差押えや提出命令を拒否することができる権利や刑事の接見交通権として現れてくることになる（刑事訴訟法105条・39条1項、通信傍受法16条等参照）。川出敏裕「弁護士・依頼者間秘匿特権を巡る現状と課題」刑事法ジャーナル49号（2016年）38頁以下が詳しい。

19) 川出・前掲44頁参照。

日本では、行政調査手続などにおける当局の資料確保のためという実務的必要性の声が、証拠の強制開示制度における当事者の防御権としての正当性を論じる声よりも強かったと言えよう。

### Ⅲ 小括

日本の弁護士の秘匿特権をめぐる法社会状況は、以上のように、独自の解釈および運用がなされてきたきらいがあることが判った。

すなわち、日本法における弁護士の職務上の秘匿特権の範囲には、依頼者が提出を望まない一次資料を含み、また、英米法の弁護士依頼者間の通信内容および弁護士の訴訟等準備資料を当然に含む広い範囲の概念であることがあまり理解されておらず、日本には、弁護士依頼者間の通信秘匿特権は認められていないかのように解されている向きがある<sup>22)</sup>。この特権については、民事訴訟法および刑事訴訟法の明文が、基本的には裁判手続開始後の証拠調べにおける秘匿の権利として定めているため、裁判手続前の行政調査段階や刑事捜査手続でも認められるかについては不透明な部分がたしかに残っていたことにも原因がないわけではない。

また、証拠収集手続における情報開示が強制的であるのが原則の英米法下で

---

20) 従来、日本の独占禁止法の手続では、とりわけ裁判手続に至る前の立入調査段階において、裁判手続開始後の弁論主義制度と異なり、事件に関する事実や証拠が提出対象となっていただけでなく、弁護士依頼者間の通信内容についても例外なく提出対象とされる運用が一般的になされていたところ、2019年6月19日改正独占禁止法が成立し、その関連規範の中で、行政調査手続において、事実や証拠などの提出が求められたとしても、弁護士依頼者間の通信内容および弁護士の訴訟等準備資料（ワーク・プロダクト）については、公布の日から起算して1年6か月を超えない範囲内において政令で定める日とされている改正法の施行の日までに、弁護士依頼者間秘匿特権に留意する取扱い制度（審査官がその文書等にアクセスしないで、封を施し、審査官とは別の判別官が、当該物件が開示対象物件としての条件を満たすか確認する手続）が整備されることとなった。松本博明＝萩原泰斗「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律』（令和元年改正）等について」NBL1154号（2019年）27頁以下、33頁以下参照。

21) 日本の議論状況につき、例えば、片山・前掲注（1）31頁以下など参照。

の議論と、任意的であるのが原則の大陸法下での議論では、弁護士の職務上の秘匿特権の必要性・重要性の意義に差があり、日本などでは、そもそも一次資料から任意提出原則であるゆえに、とりたてて依頼者と弁護士間の通信内容などを提出させられることもなく、これらを保護することについて、関心および必要性が低かった。それゆえ、日本の弁護士の職務上の秘匿特権が、英米法上の弁護士依頼者間の通信に限った秘匿特権と、どのように対応するかについては精査されてこなかったように思われる。

以下では、前述した2つの点について留意した上で、日本の民事訴訟手続一般における弁護士の秘密保持の権利もしくは義務について、秘密保持の権利もしくは義務の主体は誰か、内容および範囲はどのようなものか、秘密保持の権利および義務の内容または範囲もしくは限界は異なるのか、秘密保持の権利の現代的な意義などにつき、改めて検討することにする。

## 第2章 ドイツの弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

もともと、一般的に認められてきた弁護士の守秘義務もしくは職務上の秘匿特権は、弁護士の職務上の特権として認められるものなのか、それとも、依頼者の権利のために認められるものか。

現在、大陸法国のドイツおよび日本、または英米法国のアメリカおよびイギリスなどでは、依頼者のための権利と考えられている。すなわち、秘匿特権の権利帰属主体は、依頼者個人であるが、秘匿特権の行使主体は、職業的身分を有する者（profession）にあるとして、権利帰属主体と権利行使主体とに分け

---

22) JASRAC 事件では、東京地裁および東京高裁は、行政審判手続については、現在日本に弁護士・依頼者間秘匿特権に関する規定が存在しないし、慣習法としても社会の法的確信などによって具体的権利として認められるには至っていないとし、公取委は、弁護士と依頼者間のコミュニケーションについて留置し、それを公取委の審判手続で証拠として使用することは禁止されていないと判示した（東京地判平成25年1月31日訟月60巻3号546頁、東京高判平成25年9月12日訟月60巻3号613頁。なお、事件は最高裁まで上がっている（最三決平成27年4月28日民集69巻3号518頁））。ただし、立法論の余地は残されていたところである（伊藤・前掲注（9）135頁）。

て考えられている。他方、大陸法国の中でも、職業 (profession) という専門家の地位を中心に考えるフランスやイタリアなどでは、従来、職務上の秘匿特権について、権利行使主体と権利帰属主体を一体として考え、権利帰属主体も職務上の身分を持つ弁護士であるとしてきた経緯があり、依頼者は弁護士の秘匿特権を放棄できないとされてきた<sup>23)</sup>。

職務上の秘匿特権の権利帰属主体に関する歴史的沿革や意義については、英米法圏もしくは大陸法圏の各国においても、さまざまな議論があるが、本稿では、職務上の秘匿特権の権利帰属主体は依頼者個人とする、ドイツとアメリカを代表的な例として確認しておく。

## I ドイツの職務上の秘匿特権の主体

### 1 職務上の秘匿特権の権利帰属主体

ドイツでは、一般的な弁護士の守秘義務は、連邦弁護士法 (BRAO = Bundesrechtsanwaltsordnung) 43条 a2項、ドイツ刑法典 203条および連邦弁護士会規約委員会が制定する規約 (Satzung) である弁護士職業規則 (BORA = Berufsordnung des Rechtsanwalts) 2条により、定められている。弁護士の守秘義務は、ドイツの民事訴訟手続上では、国民が一般に情報提供の義務を負う場合であっても、国家当局に対し、委任に関連する情報の開示を守秘する弁護士の特権として現れる。それが、ドイツ民事訴訟法 (ZPO = Zivilprozessordnung) における職務上の理由に基づく秘匿特権 (ドイツ民事訴訟法 383条 1項 6号) である<sup>24)</sup>。

この特権はまた、ドイツ基本法 12条 1項 1文の憲法上の職業遂行の自由から

---

23) マティアス・キリアン (應本昌樹訳)「弁護士の職業秘密——ドイツ弁護士法における展開とその方向——」森勇編『弁護士の基本的義務——弁護士職業像のコアバリュー』(中央大学出版部、2018年) 496頁など参照。英米法国および大陸法のドイツ・フランス・スイスに関して横断的な比較考察をした最近の日本での紹介については、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』(2016年) 4頁以下がある。

守られている<sup>25)</sup>。ドイツでは、連邦弁護士法1条および3条により、弁護士は、司法機関であり、依頼者の利益の擁護をもって国家の権力行使の統制を果たすとされている。依頼者の利益の擁護のためには、人的信頼関係が必要であり、その基礎が弁護士の職業秘密にあるとするのである<sup>26)</sup>。

依頼者自身もまた、ドイツ基本法1条1項・2条1項に基づき情報の自己決定権が認められ、個人情報を開示するか否かの自由を有している。

ドイツの職務上の秘匿特権の権利帰属主体は、専門職がその性質上秘密を開示しないという信頼によって個人の秘密を告白した者、すなわち患者や依頼者、信徒などである。弁護士を含む特定の専門職に職務上の秘匿特権の行使が認められている趣旨は、秘密の権利帰属主体から専門職に対する依頼者の「信頼」（秘密を守るだろうという信頼）を保護するところにある<sup>27)</sup>。

したがって、秘密の権利帰属主体たる患者や依頼者、信徒らが秘密の保持を放棄した場合（専門職者が守秘義務を免除された場合）、医者や弁護士や司祭といった専門職者はもはや秘匿特権を行使することができないことになる（ド

---

24) ドイツの弁護士の守秘義務に関する日本での近時の紹介としては、スザンネ・オファーマン-ブリュッハルト（森勇訳）「弁護士の守秘義務——弁護士職業規則2条の改正に寄せて——」森勇編『弁護士の基本的義務——弁護士職業像のコアバリュー』（中央大学出版部、2018年）447頁以下（比較法雑誌49巻4号（2016年）95頁以下初出）、キリアン・同書前掲471頁以下がある。弁護士は、依頼者のために守秘の義務を負うが、訴訟において、依頼者にとって不利なことにつき口を閉ざす権利としても認められていると言われている（同96頁）。また、守秘義務に対応する権利として、民事訴訟における証言拒絶権のみならず、裁判所の文書提出命令に服さない権利（ドイツ民事訴訟法142条）、ドイツ刑事訴訟法（StPO = Strafprozessordnung）における証言拒絶権（ドイツ刑事訴訟法53条1項3文）、同法97条1項ないし3項に基づく押収拒絶権、同法100条cに基づく盗聴・録音の禁止、捜査処置の禁止（刑事訴訟法160条a）が挙げられている（オファーマン-ブリュッハルト・前掲465頁）。

25) BVerfGE 110, 251f. = NJW 2004, 1305.

26) キリアン・前掲注（23）471頁以下。

27) 例えば、Thomas/Putzo, ZPO, 39.Aufl. 2018, § 383 Bem. 3. 日本での紹介としては、坂田宏「ドイツ民事訴訟における職権による文書開示制度を手がかりとして」『民事手続法の現代的機能』（信山社、2014年）59頁以下など参照。

イツ民事訴訟法385条2項)。秘匿特権の放棄の主体は、弁護士ではなく依頼者なのである。

## 2 職務上の秘匿特権の権利行使主体

### (1) 秘匿特権の条文上の根拠

ドイツにおける職務上の理由に基づく秘匿特権の具体的な権利行使主体として、ドイツ民事訴訟法383条1項4号では「司祭および牧師職の行使の際に告白された事項に関して司祭および牧師 (Geistliche)」、同5号では「論文 (Beiträge) および資料 (Unterlage) の執筆者、投書者 (Eisender) または情報提供者 (Gewährsmann) に関し、また編集の1部のための論文、資料または通知に関するものである限り、それらの者の仕事に関してなされた通知に関しては、定期刊行物 (periodische Druckwerken) もしくは放送についての準備、制作もしくは頒布 (Verbreitung) に際して職業として関与し (mitwirken)、または関与した者」、同6号では「守秘義務が及ぶ事実に関して、その官職 (Amt)、地位 (Stand) または職業 (Gewerbe) からみて事実を打ち明けられる立場にある者であって、秘密を保持することがその性質または法規によって要請されている者」が列挙されている<sup>28)</sup>。

条文の文言を見てみると、ドイツ民事訴訟法383条1項6号は、同条1項4号の宗教職ないし5号の報道関係者と異なり、具体的な職業を条文上列挙していないことが明らかである。ドイツ民事訴訟法383条1項6号は、単に「官職、地位または職業から」秘密保持が要請される者とのみ規定しており、どのよう

---

28) ここで特筆すべきなのは、宗教職については、ドイツ民事訴訟法では（日本の民事訴訟法と異なり）、同383条4号において同6号の専門職とは別に規定されていることである。すなわち、「僧侶 (Geistliche) は教導執行の際に告白された事項に関して」「証言を拒絶する権利あり」とされている（条文の訳については、ロタール・ゾイフェルト原著（石渡敏1ほか訳）『1877年1月30日独逸帝国民事訴訟法同施行條例註釈』（法曹会出版、1900年）50頁および法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典——2011年11月22日現在——』（法曹会、2012年）131頁以下参照）。また、メディア関係者については、1975年改正でドイツ民事訴訟法383条5号が新設されて、秘匿特権が認められていることである。

な専門職がこれに該当するののかについては、具体的に規定していない。また、「法規によって」守秘義務が定められている者のみならず、「性質上」黙秘義務が要請されているような者にも秘匿特権が存すると定めている。そこで、具体的にどのような専門職が、このドイツ民事訴訟法383条1項6号の「官職、地位または職業」に含まれるのかにつき、解釈上の争いが生じうるものの、弁護士が6号の職業に含まれることに争いはない。

弁護士の範囲については、フランスでは今なお「弁護士」の範囲には、組織内弁護士は含まれないし、EU加盟国以外の第三国たる日米などの外国弁護士も含まれないとしている<sup>29)</sup>。これに対し、ドイツでは、2016年1月1日に施行された「組織内弁護士（Syndikusanwalt）の権利の新たな規律に関する法律」に基づく連邦弁護士法46条改正により、組織内弁護士もドイツの弁護士としての権利が認められるようになり、これらの者にも、原則的には、職業上の秘密保持の権利が認められた<sup>30)</sup>。ただし、組織内弁護士には、刑事手続上および行政手続上の秘密保持の権利は、限定的にしか認められていない<sup>31)</sup>。

他方でEU加盟国以外の第三国の外国弁護士については、ドイツの連邦憲法裁判所は、アメリカの弁護士事務所に対し、ドイツの弁護士としての権利を認めていない。アメリカの弁護士事務所（Jones Day）がドイツ法人（Audi）の代理人であった事件で、アメリカの弁護士事務所はドイツの弁護士には該当しないとして、ドイツ法人としての基本的人権が認められず、それゆえ、アメリカの弁護士事務所には、刑事捜査手続において文書提出を拒絶する秘匿特権（ド

---

29) EUにおける秘匿特権の議論状況や加盟国の状況および経緯については、今井猛嘉「ヨーロッパにおける弁護士・依頼者間秘匿特権」刑事法ジャーナル49号（2016年）56頁以下参照。

30) 組織内弁護士がドイツでは弁護士としての権利を認められてこなかった経緯については、マルティン・ヘンスラー（森勇訳）「ドイツにおける弁護士マーケットの展開——日本の法律相談市場にとって一つのモデルとなりうるのか？——」森勇＝米津孝司編『ドイツ弁護士法と労働法の現在』（中央大学出版部、2014年）53頁以下参照。

31) 押収拒絶権、盗聴・記録禁止、捜査禁止は適用されず、また、ヨーロッパの独占禁止法関連の手続では、証言拒絶権もない（キリアン・前掲注（23）489頁参照）。

イツ刑事訴訟法 160a 条 1 項 1 文) も認められないとしたのである<sup>32)</sup>。ドイツの弁護士依頼者間秘匿特権は、ドイツ国民とドイツの弁護士（もしくは EU 加盟国所属の弁護士）の間で認められるものと狭く解されている。

## (2) 刑法における秘密漏示罪<sup>33)</sup>と民事訴訟法における秘匿特権との関係

ドイツの民事訴訟法上の秘匿特権に関する注釈書では、ドイツ刑法に定められている秘密漏示罪の行為主体との関係が説明されているので、理解のため、以下に簡潔に紹介したい。

現行ドイツ刑法 203 条<sup>34)</sup>は、特定の者を処罰対象にして、個人の秘密を侵害する秘密漏示罪を定めている。この処罰対象となる特定の者は、前提として個人の秘密の守秘義務を負っている者が該当することになるが、ここで列挙されているのは、他人の秘密、特に個人の生活領域に属する秘密または経営上もしくは商売上の秘密を守るべき者である。

すなわち、ドイツ刑法 203 条 1 項 1 号では「医師、歯科医、獣医、薬剤師…その他の治療の職業に属する者」、同 2 号では「公認の職業としての心理学者 (Berufspychologen)」、同 3 号では「弁護士…弁理士、公証人、弁護人、会計士、

32) BVerfG AnwBl 2017, 999.

33) ドイツ刑法 203 条の秘密漏示罪とドイツ刑事訴訟法 53 条以下の秘匿特権との関係については、邦文ものでは、ゲラルト・グリェンヴァルト『ドイツ刑事証拠法』(福井厚監訳) (成文堂、1999 年) 20 頁以下が詳しい。そこでは、刑法 203 条が刑事訴訟法 53 条に優先するのか、すなわち刑法 203 条で守秘義務を負う者に対してはそもそも尋問が禁止されるのか、という優劣関係が問題となっている。グリェンヴァルトは、刑事訴訟法の 53 条に該当する主体には証言拒絶権があり、刑法 203 条の主体にもなっている場合 (弁護人、弁護士、医師など) は、被告人の秘密に関わる限りで尋問が禁止されると解するべきだと主張している。これに対し、刑法 203 条にのみ該当する者 (職業的な心理学者など) は、刑事訴訟法 53 条の秘匿特権が認められていないので証言義務があり、刑法 203 条の秘密漏示罪の成否については、構成要件に該当するが、この証言義務により正当化されると説明される。

34) 1974 年の改正により、旧 300 条は現行 203 条に変更されている。法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典』(法曹会、1982 年) 147 頁参照。ドイツ刑法の条文の邦訳については、以下これを参照した。

帳簿会計人（Buchprüfer）、税理士、税理代理人（Steuerbevollmächtigten）、または弁護士団体、弁理士団体、会計士団体、帳簿会計人団体、もしくは税理士団体の機関もしくは構成員」、同4号では「官庁または公法上の団体、施設もしくは財団により承認された相談所における結婚相談員、家庭相談員、教育相談員または青少年相談員、および中毒問題に対する相談員」、同5号では妊娠紛争法の3条から8条に基づく「公認の相談所の構成員または受託者」、同6号では「公認のソーシャル・ワーカー（Sozialarbeiter）または社会教育家（Sozialpädagogen）」、同7号では「疾病、災害もしくは生命の保険業または開業医、税理士業もしくは弁護士業に従事する者<sup>35)</sup>」が、自己に打ち明けられまたはその他知るところとなった秘密を権限なく漏示した者は、1年以下の自由刑または罰金に処すると定められている<sup>36)</sup>。また、これらの者の補助者についても、ドイツ刑法203条3項では守秘義務が定められ、それに反してなされた秘密漏示行為を処罰している<sup>37)</sup>。

ドイツ刑法203条1項の秘密漏示罪の処罰対象者と、ドイツ民事訴訟法383条1項6号の秘匿特権の行使主体とは一致するのか、という問題については、ドイツ民事訴訟法の註釈書は、ドイツ刑法203条1項で列挙されるこれらの者すべてが、ドイツ民事訴訟法上の秘匿特権を負う守秘義務者となるわけではない旨を説明している<sup>38)</sup>。原則的には、ドイツ刑法203条1項の秘密漏示罪に列挙される行為者は、ドイツ民事訴訟法383条1項6号の職務上守秘義務を負い、

---

35) StGB § 203 I Nr.7, „Angehören eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen, steuerberaterlichen oder anwaltlichen Verrechnungsstelle.“

36) Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203.

37) ドイツ刑法203条3項では、「職業的に勤務する、第1項および第2項に掲げた者の助手、および同項に掲げた者の所でその職業の準備のために勤務する者は、第1項および第2項に掲げた者と同等とする。さらに、秘密を守る義務を負う者の死後においては、死亡した者からまたはその者の遺品から秘密を知り得た者も、第1項および第2項に掲げた者と同等とする。」

38) 例えば、Zöller/Stephan, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 383 Rn. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 120 Rn. 20.

秘匿特権を有する者とされるが、この中で例えば同条項2号の「社会教育家」は、ドイツ民事訴訟法383条1項6号の秘匿特権を有する者にあたらない<sup>39)</sup>とされている。その理由としては、秘匿特権の正当化根拠は、第三者に対して、官職、地位、または職業に基づき、心おきなく助言や行為を求められるようにするべく、個人の利益について秘密を守るべき者で、その情報提供者たる第三者の同意なしに証言することが許されないことにあるところ、社会教育家などはこのような職業的役割を負っていないからであると解されている<sup>40)</sup>。

## II 職務上の秘匿特権の客体

職務上の秘匿特権の客体は、広く「職業上の知り得た秘密で守秘義務を負うもの」である（ドイツ民事訴訟法383条1項）。職業上知り得た秘密で守秘義務を負う範囲は、第一次的には法規、第二次的には事柄の性質に基づくとされている。そして、どのような事柄が守秘義務を負うかの判断基準については、とりわけ取引慣行と信頼する依頼者の正当な期待によると解するのが通説的である<sup>41)</sup>。

守秘義務を負う事項とは、弁護士がその職務の執行において知ったすべてに及ぶ。弁護士が第三者の側から知り、あるいは自己の調査に基づき確認したことや、委任にとって重要なこともこれにあるとされている。依頼者の利益に関われば、偶然知ったこともこれに含まれる。秘密保持を要しないのは、顕著であるかまたは意味のない事実のみとされている<sup>42)</sup>。

ドイツでは、電子メール、電話等のファックスなどの電子的媒体による弁護士依頼者間の通信については、依頼者の同意があった場合にのみこれを行うことができる<sup>43)</sup>とされている。弁護士は、基本的にセキュリティ対策を採ることが一般に必要とされているのである。ただし、暗号化されていないコミュニケー

39) Blau NJW 73, 2234.

40) BVerfG NJW 72, 2214.

41) Thomas/Putzo, a.a.O. (Anm.27), § 383 Bem. 7.

42) キリアン・前掲注 (23) 473頁。

シヨンのための電子メールアドレスが提供されているときには、すでに黙示の同意があったものとされている<sup>43)</sup>。

通信内容を含めた依頼者に関するデータの保護も重要となってきた。弁護士がコンピューターを使って処理したデータやeメールを使って連絡を取り合ったりしたデータなどが対象となるが、弁護士のこれらのデータの取扱いに関し、EUのデータ保護法(DSGVO=Datenschutz-Grundverordnung、英語ではGDPR=General Data Protection Regulation)の下で、ドイツ国内法(BDSG=Bundesdatenschutzgesetz)が今後は関わることになる<sup>44)</sup>。

なお、近時は、マネーロンダリング防止法(GwG=Das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten)2条1項7号に基づき、弁護士、弁護士会所属弁護人(Kammertechtsbeistand)、弁理士等が、例えば不動産、金銭等の財産管理、社団の設立などの取引の計画または実行に関与する場合、マネーロンダリングまたはテロリスト組織への資金提供のためのものであるとの疑いがあるときには、同11条1項・4項により、連邦弁護士会にその依頼者を通報しなくてはならないという、秘匿特権の例外的通報義務が特別法で定められている<sup>45)</sup>。

### Ⅲ 秘匿特権の適用時期の範囲

ドイツの民事訴訟においては、事実や証拠の提出が本来任意的であり、刑事訴訟などと異なり、裁判手続に入る前の捜査段階などがないため、相手方や裁判所に対し事実や証拠の提出を包括的に強制されることがなく、秘匿特権で防御すべき状況がそもそも生じない。

それゆえ、秘匿特権の適用時期の範囲についても、ドイツの民事手続におい

---

43) キリアン・前掲注(23)484頁以下。

44) 日本での紹介は、<https://www.jetro.go.jp/world/europe/eu/gdpr/>。ドイツのガイドラインは、<https://www.bitkom.org/Themen/Datenschutz-Sicherheit/Datenschutz/Inhaltsseite-2.html>。

45) オフターマン-ブリュッハルト・前掲注(24)459頁以下参照。

ては、問題が特段生じてこなかった。依頼者に関する事実については、時期を問わず、委任関係の開始前および終了後においても、守秘義務の対象となっている。裁判などの法的助言を得る目的で行った弁護士依頼者間の通信の秘匿の権利についても、裁判手続の開始後に限られず、開始前の通信についても、基本的にその範囲として捉えられてきた。守秘の権利は、質問に対して情報提供を拒否できる権利として理解されるだけではなく、かえって、国家の側からも、守秘の権利を空洞化するような、弁護士やその事務所に対する措置は、厳格な要件の下でのみ許されるという趣旨で尊重されなければならないとされている<sup>46)</sup>。

民事手続と異なり、刑事手続や行政手続においては、秘匿特権の適用時期が手続のどの程度の開始前までさかのぼれるのかは、重要な問題となる。刑事事件では、捜査手続において、被疑者の身柄拘束の可能性が高かったり、行政事件でも、強力な調査権限を有する行政庁による処分が予想されたりするため、秘匿特権の適用時期を早期の範囲について確認する必要がある<sup>47)</sup>。

刑事手続においては、捜査開始前であっても、被疑者と弁護士との間で作成された書面も秘匿特権の対象として認められている例がある一方で、独占禁止法違反事案の判例によると、依頼者に対する調査手続が開始された後においてしか主張できないとされているようである<sup>48)</sup>。また、前述のマネーロンダリング防止法11条1項1文によれば、弁護士は、マネーロンダリング罪（ドイツ刑法261条）の違法な金融取引を暴露するため、こうした取引を見つけた際には、「嫌疑（verdachtsabhängige）の段階」<sup>49)</sup>でも通報義務を負わされている。

これらは、弁護士の職業秘密の権利を脅かすもので批判もあるものの、違法

46) キリアン・前掲注(23) 473頁。

47) 今井猛嘉「弁護士・依頼者間秘匿特権：その基礎的検討」法曹時報67巻8号（2015年）14頁以下。

48) 今井・前掲15頁。

49) 訴追可能な犯罪が行われたことが犯罪捜査学的経験上推認され、疑いを生じさせる契機となるものが、ドイツ刑法261条の定める行為を推定させ、証拠方法の発見のためや、捜査がなされることで足りるとされている。キリアン・前掲注(23) 479頁以下参照。

取引を計画する者が弁護士の守秘義務を利用する意図で弁護士に委任することがあってはならないことが理由として言われている<sup>50)</sup>。

### 第3章 アメリカの弁護士の守秘義務および弁護士依頼者間秘匿特権

アメリカの民事訴訟において、弁護士依頼者間秘匿特権は、審理（トライアル）における証拠提出もしくは証言拒絶権としての意義よりも、その前段階にあたる証拠開示手続（ディスカヴァリー）における証拠提出拒絶権として、重要な意義を持っている。これは、裁判所外にて当事者のみで、証拠の相互開示・証人の相互尋問などの証拠調べが、審理の前に任意に行われるという訴訟手続構造を取るアメリカにおいての大きな特徴であろう。

証拠開示原則（アメリカ連邦民訴規則26条(b)(1)）とは、一方当事者の請求または抗弁に関連するすべての事項につき、秘匿特権が認められない限り、開示義務があること、また裁判所が正当理由ありとした係属中の訴訟をめぐる主たる判断事項に関連するその他の事項の開示義務があることを意味する。また、審理で証拠採用されない伝聞証拠や意見情報も、開示で得られた情報を基に、トライアルで採用される証拠に到達できる合理的可能性さえあれば、証言録取（deposition）や尋問調書（interrogatories）で収集でき、範囲が広い。

この広汎な証拠開示原則の貴重な例外の1つが弁護士依頼者間の通信（コミュニケーション）秘匿特権<sup>51)</sup>になる。

アメリカにおける通信秘匿特権の種類については、ドイツと同様、人的（主體的）理由に基づくものと、物的（客體的）理由に基づくものがある<sup>52)</sup>。すなわち、人的理由に基づくものとしては、夫婦間の秘匿特権（marital privilege）<sup>53)</sup>、医者患者間の秘匿特権（physician-patient privilege）、および聖職者懺悔者間の秘匿特権（clergy-penitent privilege）が、争いなく認められている。また、会

---

50) キリアン・前掲注（23）480頁以下参照。

51) 浅香・前掲注（4）80頁以下。

52) 以下の説明は、モリソン・フォースター法律事務所『アメリカの民事訴訟』（有斐閣、1995年）84頁以下参照。

計士依頼者間の秘匿特権 (accountant-client privilege) についても、約30%の州で、法令により認められている。他方、物的理由に基づくものとしては、州により異なるが、企業秘密の秘匿特権 (trade secret privilege) や新聞記者などの報道関係者の秘匿特権などが認められる場合がある。

アメリカにおいては、このような秘匿特権の中でも、人的理由に基づく秘匿特権、とりわけ弁護士依頼者間の秘匿特権が、弁護士のワーク・プロダクト (訴訟等準備資料) と相まって、訴訟上重要な意義を有している。

## I 弁護士依頼者間秘匿特権の意義

弁護士依頼者間の秘匿特権とは、法律上の助言を求めている間に弁護士に与えられた、もしくは弁護士から受け取った情報を保護するという特権である<sup>54)</sup>。アメリカの秘匿特権の起源は、イギリスのコモン・ローに遡るが、もとはコモン・ロー上の秘密のコミュニケーションにおける秘匿特権 (communication confidentiality privileges) の1つである<sup>55)</sup>。アメリカで最初に秘匿特権が行使されたのは1888年のことである<sup>56)</sup>。現在では、連邦民事証拠規則501条が、証人にコモン・ロー上のすべての秘匿特権を認めている<sup>57)</sup>。そのうち弁護士依頼者間の秘匿特権は、職業行為模範規則によりすべての州で要請されており、弁護士は依頼者との間

53) 多くの州では、夫婦間の秘匿特権には2種類のあるとされる。第一に、婚姻状態にある配偶者は、訴訟手続で他の配偶者に不利となる証言を強要されないという特権である。第二に、配偶者は婚姻中に夫婦間でなされた交信を明らかにすることを拒むことができるという特権である。McCormick, Evidence, vol.1 § 66, 78 (7th ed. 2013)。

54) See Securities Exchange Council v. Gulf & Western Industries, Inc. 518 F. Supp. 675, 683 (D.C. Dist. 1981)。この判決では、秘匿特権の範囲は法律上の助言に限られると判断された。法律上の助言とは、法律に基づく助言 (advice regarding compliance with the law) のことと定義された。純粋なビジネス上の助言や個人的な事柄への助言は、法律上の助言として保護されないのである。

55) See e.g., Gregg F. LoCascio, *Reassessing Attorney-Client Privileged Legal Advice in Patent Litigation*, 69 Notre Dame L. Rev. 1203, 1204-05 (1994)。

56) See Hunt v. Blackburn, 128 U.S. 464, 170 (1888)。

57) See Fed. R. Evid. 501。

の通信内容を原則秘匿しなければならないとされている<sup>58)</sup>。

弁護士依頼者間秘匿特権の正当化根拠は、現在、主に2つあるとされている<sup>59)</sup>。第1に、弁護士と依頼者間で物事を包み隠さず交流できるように推奨し、もって法律上の広汎な考察が促進されるようにすること<sup>60)</sup>、第2に、依頼者が自分の秘匿情報にアクセスし得るかを自ら支配できるようにすることである<sup>61)</sup>。ただし、依頼者の秘密保持の自由は、法令遵守の範囲でということになる。

## II 弁護士依頼者間秘匿特権の主体

### 1 沿革および秘匿特権の意義と権利主体

沿革的にみると、英米法圏での弁護士依頼者間秘匿特権が発祥した16世紀のイギリスでは、弁護士依頼者間の通信の秘密保護としての秘匿特権は、弁護士の紳士の身分に基づく美德・高潔（probity）として捉えられていた。紳士は、高潔であるがゆえに、人の秘密についてむやみ勝手に人に話すものではないという道徳的価値に基づいていたのである<sup>62)</sup>。

---

58) See Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6 (2018). Rule 1.6(a) states confidentiality of information, “A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent...” 依頼者が、インフォームド・コンセントしていない限り、弁護士は依頼者の代理に関する情報を開示してはならない。ただし、秘匿の例外事項として、すべての州で、当該規則とおおむね同様の規定が置かれている。秘匿特権の例外は、現在7つに増えてきており（Rule 1.6(b)(1)-(7)）例えば、依頼人がこれから人の生命身体に対して重大な侵害や人の経済的な利益に重大な損害を及ぼす詐欺を犯す予定である場合や、虚偽の証拠を法廷に提出しようとする場合などが挙げられる。

59) See H. Lowell Brown, “The Dilemma of Corporate Counsel Faced with Client Misconduct: Disclosure of Client Confidences or Constructive Discharge”, 44 Buffalo L. Rev. 777, 782 (1996).

60) See *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

61) See *Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co.*, 98 F.R.D. 442, 444 n.5 (Del.1982). 弁護士依頼者間のコミュニケーションは、「情報の送り手が受け手にそれを他の第三者に漏らさないことを期待していたか否かが、保護されるか否かの基準となる」と述べている。

したがって、この秘匿特権は、「弁護士」を権利帰属主体とするものであった。

ところが、19世紀頃のアメリカでは、秘匿特権の権利帰属主体の地位は、弁護士ではなく、依頼者が法を知るための権利となった。すなわち、本人が自分の事件では証人になれないという当時のルールの下、弁護士が尋問対象になり、その際、依頼者との間の会話を秘密にできると解されたのであった。

20世紀になり、依頼者のための権利であることは確定したものの、秘匿特権の意義内容は変容し、アメリカの裁判所は、弁護士に話したことが裁判でも話されてしまうことを恐れて、弁護士に話すのをためらうという依頼者の主観により着目するようになった<sup>63)</sup>。

ところで、依頼者が組織や企業であるときには、組織は自己負罪拒否特権を主張することができない（組織例外法理（collective entity rule）<sup>64)</sup>）。アメリカでは、自己負罪拒否特権は、純粹に肉体のある痛みを感じる自然人に認められる法的利益であり、人工的・擬制的な法主体には保障されていない。組織に所属する個人も、自己負罪拒否特権を放棄したものとして扱われ、組織と同一視される結果、組織の文書に関して自己負罪拒否特権を主張することができないとされている<sup>65)</sup>。それゆえ、企業犯罪の弁護活動において、通信内容における弁護士依頼者間秘匿特権が、企業にとっては最後の砦としての重要な役割を果たしている<sup>66)</sup>。

このような状況において、Upjohn 判決<sup>67)</sup>以降現在まで、少なくとも24の州

62) Norman W. Spaulding, "The Privilege of Probity: Forgotten Foundations of the Attorney-Client Privilege", 26 Geo. J. Legal Ethics 301 (2013).

63) Norman Spaulding, "Compliance, Creative Deviance, and Resistance to Law: A Theory of the Attorney-Client Privilege", 2013 ABA J. Prof. Lawyer 135.

64) 個人は、検察官や行政機関から文書の提出を要求された場合、自己負罪拒否特権を主張して文書の提出を拒みうるとされている。酒巻匡「アメリカにおける自己負罪拒否特権の一断面——文書提出命令との関係について——」廣瀬健二=多田辰也編『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社、2003年）447頁。

65) 安井哲章「自己負罪拒否特権と文書提出命令(1)~(4・完)」法学新報111巻1=2号（2004年）299頁、同3=4号（2004年）331頁、同5=6号（2005年）315頁、同11=12号（2005年）231頁。

で、秘匿特権は依頼者のための権利とされている。ただし、権利帰属主体は依頼者であるとしても、その意義は、法令遵守理論（law compliance theory）に基づくと解されるようになった。すなわち、依頼者は、法令遵守のために弁護士に相談するのであって、その際、違法な行為をしている可能性もあるが、それについては秘密にしてもらい、将来に向かって法令遵守のための法的助言を得るところに意義があるとするものである。そのため、将来の犯罪または詐欺のおそれがある内容については、職業行為模範規則や特別法などで、弁護士依頼者間秘匿特権の例外が、明確に規定されるようになってきている<sup>68)</sup>。

## 2 弁護士依頼者間秘匿特権の権利帰属主体

アメリカでは、現在、身分法的な発想が解かれ、むしろ依頼者が自由に専門家にアクセスし助言を得られるようにするためのものとして、「依頼者」が権利帰属主体であると考えられている。それゆえ、依頼者が、秘匿特権の意義につき弁護士から説明を受け理解した上でインフォームド・コンセントすれば、放棄することができる。弁護士は依頼者の同意なくして依頼者の秘密を開示することはできない。また、弁護士は、職務上の義務として、依頼者に対し秘匿特権の存在を知らしめ、依頼者のために秘匿特権を行使しなければならない<sup>69)</sup>。

他方で、刑事責任を問われる可能性のない（すでに有罪か無罪判決を受けている）場合や、当該証言を刑事事件での証拠としないかそもそも訴追免責のときは、自己負罪許否特権はないし、一度自己負罪の証言をし始めると、関連尋問でも特権放棄になる。

なお、当事者側がうっかり開示した場合にどこまで「放棄」にあたるかは判

---

66) 安井哲章「アメリカにおける弁護士・依頼者間秘匿特権」刑事法ジャーナル49号（2016年）52頁以下。

67) Upjohn, *supra* note 60, at 383.

68) Spaulding, *supra* note 63, at 136-39.

69) 以上の説明につき、小林秀之編『日米知的財産訴訟』（弘文堂、1994年）107頁以下〔尾崎英男〕。

例法によっていたが、一般的に開示防止措置がかけられ、また開示後にすみやかに合理的な回復措置を執ったときは「放棄」にならない旨が、2008年改正連邦証拠規則502条(b)で規定された。

弁護士依頼者間秘匿特権の権利帰属主体の範囲であるが、かつては、会社が依頼者である場合、弁護士の法律的意见を求めるのは「会社」であるから、その「会社をコントロールし、その問題につき相当の決定権限を有する者」(経営陣)でなければ秘匿特権の対象にならないとの見方(control group test)もあった。すなわち、依頼者の範囲には、法人が入るものの、一般の従業員は含まれないというものであった。

しかしながら、Upjohn 判決<sup>70)</sup>以来、その会社の社員が会社の業務に関しているならば、社内での役職や地位を問わず、秘匿特権の保護を受ける依頼者の範囲とし得ると考えられている。これは、弁護士が客観的に正しいアドバイスを与えるためには、会社の経営陣からだけでなく、むしろ事実をよく知っている現場の担当者(non-control group members)からも事情を聴取する必要があり、担当者からの情報が、秘匿特権の保護を受けないのは不都合であることが理由とされている<sup>71)</sup>。ただし、すべての情報が秘匿特権の保護の対象になるわけではなく、社内でも秘密扱いられていること(confidentiality)は必要である。また、担当者にとって不都合なことであっても、会社のためになるのであれば、会社に帰属する特権であるため、担当者に不利な事態が生じうる。

そのため、企業顧問弁護士は、話を聞く前に、当該担当者に、自分は会社の弁護士であって担当者個人の代理人ではないことを告げて、その者に対し警告(「Upjohn warning (Upjohn 警告)」と呼ばれる)をしなければならないとされている。

なお、現在アメリカの司法省では、企業の違法行為に関して、個人の責任追

70) Upjohn, *supra* note 60, at 383. この判決については、小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』(弘文堂、1996年)93頁以下などが詳しい。

71) 藤田泰弘「本司法務部の部長は米国の In-House Counsel と同じ Attorney-Client Privilege を主張できるか」国際商事法務21巻4号(1993年)412頁以下。

及を強化する方針を取っており、企業に対する刑事捜査および行政調査については、その開始時より個人に焦点を当てて実施し、また捜査協力を自主的に個人に呼びかける代わりに、何らかの減免措置を与えるという司法取引の余地を拡大してきているようであり<sup>72)</sup>、最近の日本の独禁法の審査手続法制にも、影響を与えており、日本でも、秘匿特権の有無の問題から、秘匿特権があっても司法に協力するインセンティブを別途与えることで、権利帰属主体の自主的な放棄を促し、実態解明を促す機能および運用に注目が集まっている<sup>73)</sup>。

### 3 弁護士依頼者間秘匿特権の権利行使主体

弁護士依頼者間の秘匿特権の行使主体は、当然かもしれないが「弁護士」である。ただし、アメリカで言う「弁護士 (attorney-at-law)」には、外国弁護士やin-houseや公務員弁護士などを広く含む。また、租税関係を専門に扱う「tax lawyer」、特許関係を専門に扱う「patent lawyer」も含まれる（資格は州ごとに統一の司法試験 (bar exam) による）。

アメリカの弁護士資格を有する企業内弁護士 (in-house counsel) にも、雇用主たる会社との間に弁護士依頼者間秘匿特権が一般に認められているが、判

---

72) 安井・前掲注(66) 52頁以下に、アメリカの連邦訴追指針の移行状況について詳しい。本稿では、この点については、これ以上立ち入らないが、アメリカでは、秘匿特権の正当化根拠につき、法令順守理論およびUpjohn判決の下、いったん秘匿特権を依頼者に認めつつ、会社などの組織法人には任意の放棄を促すことで、「情報に基づく選択権 (informed choice)」を与えるところに、法制度の現状が移ってきているとも言えそうである。法令順守理論に従うと、当局および弁護士は基本的に公益を優先し、方向性を1つにすべきであり、依頼者には、法への逸脱の余地を検討する自由すなわちインフォームド・チョイス権がないということになりそうであるが、これを依頼者に認めるべきであるとの見解 (Spaulding, *supra* note 63の論文など) が最近提唱されており、その方向性にこのような制度は親和性があるように思われる。

73) 現在のアメリカの弁護士依頼者間秘匿特権は、弁護士と依頼者間の「人的関係性」よりも、遵法と正義を効率的に実現するという動的な「社会的機能性」を促進する制度へと変容し、その中で、依頼者が、弁護士だけには何の躊躇もなく自由に相談できるという基本的権利として確立しているとの分析もある。佐成実「米国『弁護士・依頼者秘匿特権』の基本構造と企業実務——人的関係性から社会的機能性へ」NBL1142号(2019年)4頁以下。

例上、企業内弁護士に認められる秘匿特権の範囲については争いがあり、企業内弁護士については、秘匿特権を制限的にのみ認める州もある<sup>74)</sup>。それらの州では、企業内弁護士に対する秘匿特権の適用は、3つの側面で制限されている。すなわち、①法律上の助言に限られ、ビジネス上の助言は保護されず、②不要な第三者の介入した会話の内容も保護されず、③以前に会社の防御のために使われたことがある情報も保護されない。

その上、アメリカの裁判所は、弁護士の下で働く事務員 (legal clerk) や秘書 (secretary)、アメリカおよびアメリカ以外の特許代理人 (patent agent)<sup>75)</sup>、さらにはアメリカの弁護士の補助機関として働く者にも、秘匿特権を拡張することを認めている<sup>76)</sup>。例えば、アメリカの裁判所は、アメリカの弁護士の通訳

74) See *United Jersey Bank v. Wolosoff*, 196 N.J. Super, 553 (App. Div. 1984). 企業内弁護士の場合、開示要求されている事実が、事件に関連性があり、重要で、かつ他の侵害的でない情報源が確保できないときは、開示対象になるとした。ただし、イン・カメラ手続でその開示の必要性を審査した点に留意が必要である。

75) アメリカにおいて、特許法律関係の実務家としては、特許弁護士 (patent attorney) と特許代理人 (patent agent) の2種類が存在する。特許弁護士とは、一般的な法律実務の資格を有している法律家 (lawyer) であるが、特許法を専門にしている者である。特許代理人とは、法曹 (bar) の一員ではなく、その事務は特許申込みに限られるが、発明家を代理し得る者である。両者とも実務を行うためには、USPTO 主催の特許の司法試験を受けなければならない。詳しい内容等については、Daisuke Yoshida, "Note, The Applicability of the Attorney-Client Privilege to Communications with Foreign Legal Professionals", 66 *Fordham L.Rev.* 209, at 217-18. ただし、アメリカの判例上、日本の弁理士には、アメリカでの秘匿特権の保護は認められていない。See e.g., *Bayer AG v. Barr Labs., Inc.*, 33 U.S.P.Q.2d (BNA) 1655, 1660 (S.D.N.Y. 1994); *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Labs., Inc.*, 143 F.R.D. 611, 623-24 (E.D.N.C. 1992); *Alpex*, 1992 U.S. Dist. LEXIS 3129, at \*6-\*7; *Detection Sys., Inc. v. Pittway Corp.*, 96 F.R.D. 152, 156 (W.D.N.Y. 1982). しかし、他方で、アメリカの裁判所は、ドイツやフランスの特許代理人の秘匿特権を認めている。See, e.g., *Golden Trade, S.r.L. v. Lee Apparel Co.*, 143 F.R.D. 514, 522-24 (S.D.N.Y. 1992) (Germany); *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146, 1170 (D.S.C. 1974) (France). アメリカの裁判所におけるこのような日本の場合とドイツおよびフランスの場合との取扱いの差異があるのは不当ではないかとも思われる。Yoshida, *Id.*, at 221.

76) See *Sandtrade, Ltd. v. General Elec. Co.*, 150 F.R.D. 593 (1993); *United Shoe*, 89 F.Supp., at 360; *Burroughs Wellcome*, 143 F.R.D., at 617.

や仲介人として関与する者にも、弁護士依頼者間の秘匿特権を認めている<sup>77)</sup>。

### Ⅲ 弁護士依頼者間の秘匿特権の客体

#### 1 秘匿特権が認められる対象

この秘匿特権の客観的範囲（客体）については、法律上の助言に限られる（ビジネス上の助言は含まない）というのが、通説である。また、依頼者から弁護士へのコミュニケーションのみならず、弁護士から依頼者に対してなされたコミュニケーションをも含む、双方向のコミュニケーションを意味すると解するのが、通説である<sup>78)</sup>。秘匿特権が認められるためには、以下の4つの要件を充たすことが必要とされている<sup>79)</sup>。対象が①コミュニケーション（秘密事項や事実そのものではない。）であること、②弁護士と依頼者間のみ（第三者が入る場合は除く。）であること、③秘密でのコミュニケーション（口頭でも書面でもよい）であること、④法的助言を得る目的だったこと（ビジネス面・技術面のアドバイスは含まれない）である。別の表現としては、①秘匿特権を主張する者が、依頼者であるもしくは依頼者になろうとする者であること、②コミュニケーションの相手方が、(i)弁護士の資格を有する者またはその指揮下にある者で、(ii)当該コミュニケーションに関して弁護士と行動していること、③コミュニケーションは、弁護士が(i)依頼者により、(ii)第三者の存在しないところで、(iii)主として、(a)法律に関する意見（an opinion on law）、(b)法律上の助言（legal services）、または(c)法律手続における援助（assistance in some legal proceeding）のいずれかを確保する目的でなされ、かつ(iv)犯罪および重大な経済的利益に関わる詐欺もしくは重大な生命身体に関わる不法行為を行う目的でなされたものではないこと、④その秘匿特権が依頼者により(i)主張され、(ii)放

---

77) United States v. Kovel, 296 F.2d 918, 921 (2nd Cir. 1961). 会計士も、弁護士の「通訳」として関与した場合には、弁護士依頼者間の秘匿特権が認められている。その他、精神科医などの例もある。

78) 小林編・前掲注(69)109頁[尾崎]。

79) United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F.Supp. 357, 358-59 (D.Mass. 1950).

棄されていないこと、とも言われている。

なお、2006年の連邦民事訴訟規則において、コミュニケーションがeメールである場合についても保障対象になったが、不注意な開示が秘匿特権の放棄になるのかという新しい問題が生じているが、詳しいことは他稿に譲る<sup>80)</sup>。

## 2 秘匿特権が認められる範囲

特権の保護対象の範囲について注意すべきは、要件に挙げたように、コミュニケーションのやりとりで何を話したかであって、そこで出てきた秘密事項や事実そのものではないということである。あくまで、安心して相談できる環境づくりのための秘匿特権であり、依頼者は、弁護士に話しさえすれば秘密事項としてどのような事実も裁判で提出しなくてよくなるわけではない。裁判での提出義務があるかは、裁判での請求または抗弁との関連性によるのであって、後は、営業秘密や自己負罪に関わること等でなければ、プライバシーに関することでも、裁判の事実認定に関し必要であれば基本的に提出することになる。

すなわち、弁護士依頼者間秘匿特権を論じるときに忘れがちなのが、第1に、当事者自身に、真実義務から派生する形で、もともと情報や証拠の開示義務が広くあるという点である。その上で、第2に、弁護士の秘匿特権は、当事者が開示すべき一次資料ではなく、あくまで通信内容（コミュニケーション）およびその後の訴訟準備などのための二次資料（ワーク・プロダクト）を対象としている点である。

なお、原則的証拠開示の2つ目の例外的手段は、ワーク・プロダクト（当事者や弁護士などによる訴訟等準備資料）である（連邦民訴規則26条(b)(3)）。この趣旨は、相手方の訴訟準備へのただ乗りの防止にある。しかしながら、例外

---

80) 拙稿「《海外文献紹介》Richard L. Marcus, *E-Discovery & Beyond : Toward Brave New World or 1984?*, 25 Rev. Litig. 633 (2006)」民訴雑誌53号(2007年)197-207頁、竹部晴美「弁護士・依頼者間の秘匿特権の現状に関する一考察」法と政治70巻1号(2019年)441頁以下など。竹部論文は、e-mailにおける不注意な開示が、秘匿特権の放棄になるか否かにつき、アメリカの議論状況について詳しい。

の例外としての開示が要請される場合がなお存在する。それは、請求者にも訴訟準備にこの情報の必要性が高く、収集が困難なときである。例えば、保険会社の事故調査報告書であっても、具体的に訴訟を予期していたわけではない限り、一般的には開示対象となる。通常は、このような事件では、和解になることが多いためである<sup>81)</sup>。

原則的証拠開示の例外の3つ目が、秘密保護命令（protective order）である。当該裁判での証拠としての必要性から裁判での証拠開示の必要性が高いが、なお相手方に営業秘密などを見せたくない場合に有効な制度である。裁判所への証拠提出義務は消えないが、当事者同士でも開示されると営業秘密などの情報漏洩の影響がビジネスや社会上大きいときに、相手方当事者には開示しないですむので、営業秘密を保持するのに有益である。

例えば、特許侵害訴訟において、被告側は、①イ号製品の機能を示す書面、財務情報を示す書面（損害論関係）、②マーケティング資料（イ号製品の価値関係）、③特許権者またはイ号製品に言及する内部文書（故意侵害関係）などの開示を要求される。ただし、これらは、事業秘密情報（confidential）であるので、別個に開示除外事由となっているため、相手方の代理人弁護士にのみ開示すれば足りる（連邦民訴規則26条(c)(7)）。

原則として、アメリカでは開示対象が広いので、弁護士依頼者間の通信の秘匿特権や訴訟等準備資料たるワーク・プロダクトの保護の必要性が高い。日本の企業や事業者も、アメリカの企業や事業者と取引などで関連が深い場合、アメリカで訴訟になった場合に備えて、秘匿すべき資料に関する取扱いの体制を整えておくことが重要である。近時、日本の企業や事業者も、さまざまに体制を整えるなど注意をしているところとは思われる<sup>82)</sup>。

---

81) 浅香・前掲注(4) 84頁。

82) 例えば、トーマス・B・メイキンほか「弁護士依頼者秘匿特権：日本の法曹資格を有しない者とのコミュニケーションを巡る諸問題」国際商事法務44巻6号（2016年）843頁以下など。

## 第4章 日本の弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

### I 日本における弁護士等の職務上の秘匿特権の趣旨

日本の民事訴訟法220条4号ハは、同197条1項2号の職業上証言拒絶権を有する者が職務上知り得たもので守秘義務を負う事実を含む文書を、一般的な文書提出義務の除外事由として定めている<sup>83)</sup>。そして、197条1項2号は、職務上の理由に基づく秘匿特権が認められる具体的な職業を列挙している。すなわち、「医師、歯科医師、薬剤師、医療品販売業者、助産婦、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、弁護人、公証人、宗教、祈とうもしくは祭祀の職にある者またはこれらの職にあった者」は、職務上知り得た事実で黙秘すべき事項<sup>84)</sup>につき証言拒絶権を有するとしている。

民事訴訟法197条1項2号もしくは同220条4号ハおよび弁護士法23条の提出拒絶権の趣旨は、医療関係の職、弁護士などの法律関係の職や宗教関係の職などにある者またはあった者が、職務上知った事実で黙秘すべき事項に関して証言や文書の提出を拒絶することができるのは、その患者、顧客、依頼者、信徒が有する「自分の私生活の内容を不当に暴露されない利益」を守るべき守秘

83) 日本の弁護士法23条では、弁護士に対し、職務上知り得た秘密を保持する権利と義務があることを規定する。すなわち、「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。但し、法律に別段の定めがある場合は、この限りでない。」と定めている。弁護士職務基本規程23条もまた、「弁護士は、正当な理由なく、依頼者について職務上知り得た秘密を他に漏らし、又は利用してはならない。」と規定する。なお、弁理士法30条でも、「弁理士又は弁理士であった者は、正当な理由がなく、その業務上取り扱ったことについて知り得た秘密を漏らし、又は盗用してはならない。」と規定する。

84) 弁護士の証言拒絶権はどのような事項にまで及ぶかという問題があるが、証言拒絶権の範囲は「職務上知り得た事実」のすべてに及ぶものではなく、保護に値するような社会的・経済的利益が認められるもの（実質秘）であることが必要であると解されてきた。齋藤秀夫はか編『注解民事訴訟法(7)【第2版】』（第一法規、1993年）437頁〔齋藤秀夫＝東孝行〕、堀野出「81 証言拒絶権」『民事訴訟法の争点』（有斐閣、2009年）208頁以下。近時の判例も、「黙秘すべきもの」とは、秘匿の主観的利益だけでなく、客観的にみて保護に値するような利益を有する必要があるとしている（最決平成16年11月26日民集58巻8号2393頁）。

義務を、これらの専門職が負っているところにある。

すなわち、医療や法律関係などの専門職（いわゆる profession）を信頼して、個人の秘密を開示した者の信頼を保護するものである（専門職の職業自体を保護する趣旨ではない）<sup>85)</sup>。人（依頼者、患者、信徒）は、自らに関する私的情報をコントロールする権利を持ち、知られたくない情報がみだりに公開されることを阻止する権利を有する。私生活の平穩のためには、訴訟の場面でも、私的情報を公にすることから保護される必要がある。たしかに、訴訟になった以上、司法的判断に必要な限り私的情報を含む文書等が公開されてもやむを得ない、との価値判断もありうるが、民事訴訟法は、依頼者、患者および信徒の情報プライバシー権を訴訟においても保護するべく、秘匿特権を認めているのである<sup>86)</sup>。

また、アメリカ法の法令遵守理論で言われているように、依頼者と専門職の間の率直なコミュニケーションを促すことが法的サービスの質を向上させ、依頼者の権利利益の保護のみならず、司法制度それ自体にとっても利益を生み出すとの見解も有力になってきている<sup>87)</sup>。

## II 職務上の秘匿特権の主体

### 1 秘匿特権の利益帰属主体

秘匿特権の利益帰属主体は、上述の秘匿特権の趣旨からも明らかなように、専門職を信頼して秘密を明かした依頼者、患者、信徒である<sup>88)</sup>。ただし、これらの秘匿特権の利益帰属主体が、具体的事件において当事者ないしそれに近い第三者なのかによって、秘匿特権の放棄が認められやすくなったり認められに

---

85) 谷口安平＝福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』(有斐閣、1995年) 314頁 [坂田宏]。

86) 情報プライバシー権については、坂田宏「民事訴訟における情報秘匿の自由と限界——民事訴訟における自己決定権とその制約に関する基礎的考察」早稲田法学75巻1号(2009年) 339頁以下が詳しい。

87) 手賀・前掲注(8)の文献の(3・完) 238頁などをはじめとする。

88) 谷口＝福永編・前掲注(85) 315頁 [坂田]。

くくなったりすることは、指摘されている<sup>89)</sup>。当事者やそれに近い第三者が秘密の利益享受主体の場合には、真実発見ないし裁判の公正の要請がより強まる面があるのに対して、純粋な第三者が秘密の利益享受主体である場合には、秘密の保護の要請がより強まる面があることは否定できないと言われている<sup>90)</sup>。

## 2 秘匿特権の権利行使主体

秘匿特権の行使主体については、わが国の民事訴訟法の条文上に、具体的な専門職名が列挙されている。

条文に列挙されたこれらの専門職の者に秘匿特権が認められることに争いはない。問題は、条文上列挙されていない専門職業の者にも秘匿特権が認められる余地はないかである。そこで、以下、順に分けて論ずる。

### (1) 明文上秘匿特権が認められる者

秘匿特権の行使主体として争いのない者としては、民事訴訟法197条1項2号で明示されている者が挙げられよう。すなわち、医療関係の専門職として医師<sup>91)</sup>、歯科医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産婦が、法律関係の専門職として弁護士（外国法事務弁護士を含む）、弁理士、弁護人<sup>92)</sup>、公証人が、宗教関係の専門職として宗教・祈とうもしくは祭祀の職にある者またはこれらの職にあった者が、秘匿特権を行使しうる。注意すべきなのは、これらの者は秘匿特権の「行使」主体であって、「利益帰属」主体ではないという点である（秘匿特権の利益帰属主体は患者、依頼者、信徒等である）。そのため、秘匿特権の利益帰属主体たる患者、依頼者、信徒らが、自らの利益を「明示もしくは黙示に」<sup>93)</sup>放棄（証人となっている専門職者に対して黙秘義務を免除）した場合

89) 小林秀之「証言拒絶権・秘匿特権」民商90巻4号（1984年）536頁参照。

90) 柏木邦良「企業秘密と証言拒絶」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座2』（日本評論社、1981年）138頁。

91) 心理療法師などの各種の療法師も、医師に準じて取り扱うのが妥当であると解されている。谷口＝福永編・前掲注（85）315頁 [坂田]。

92) 弁護人とは、弁護士でない者で弁護人となる者、いわゆる刑事訴訟上の特別代理人（刑事訴訟法31条2項）をいう。谷口＝福永編・前掲注（85）315頁 [坂田]。

には、秘匿特権の行使主体たるこれらの専門職者は、証言拒絶権を行使できないことになる（民事訴訟法197条2項）。

(2) 他の法令上秘匿特権が認められる者

民事訴訟法197条1項2号で列挙された者以外の者に、秘匿特権の行使主体として秘匿特権が認められるか、という争点をめぐり、いくつかの問題が生じる。条文は限定列挙であるとして、条文で列挙されていなければ、その他の専門職の者には当然に秘匿特権は認められないということで、平成8年の改正でも見直しの議論はあったものの、マス・メディアなどについては、結局認められなかった。

しかし、新たな法律職の出現、国際訴訟社会の到来、マス・メディアの発達などの現代社会の要請に鑑みて、法律上刑事罰を伴う守秘義務が課される者への拡大は、一般に認められると解されるようになってきている<sup>94)</sup>。

民事訴訟法197条1項2号の立法趣旨は、本来、依頼者との信頼関係の必要な「専門職」の守秘義務を定めたところにあるのである。依頼者等の秘密保護の必要な専門職で特別法の規定により守秘義務が定められている者については、法の明確性の要請からみても（他の特別法から明確性が補充的ながら充たされうるのであるから）、少なくとも民事訴訟上の秘匿特権が認められてしかるべきであるという考えが現在では主流になっているようである<sup>95)</sup>。しかも、明治の民事訴訟法成立時に、例えば公認会計士や税理士が存在していなかった<sup>96)</sup>以上、これらの者を列挙しようがなかったことを考えれば、時代の要請を無視し得ないだろう。

---

93) 齋藤ほか編・前掲注(84)438頁[齋藤=東]。

94) 筆者は、すでに拙稿「職業上の理由に基づく証拠の秘匿特権——法律業務の秘匿特権を中心として」山形大学法政論叢24=25合併号(2002年)1-52頁]で、その検討を行っている。公認会計士法27条、民事調停法38条、家事手続法292条から、公認会計士や調停委員などにも秘匿特権が認められると言われている(笠井正俊=越山和広『新・コンメンタール民事訴訟法【第2版】』(日本評論社、2013年)802頁[山田文])。

95) 谷口=福永編・前掲注(85)315頁[坂田]なども、従前より、特別法で守秘義務の定めのある者については、秘匿特権を認めてよいと解している。

少なくとも、特別法の規定により守秘義務が定められている者については、民事訴訟法197条1項2号の秘匿特権を直接もしくは類推適用によって認められよう<sup>97)</sup>。

### Ⅲ 秘匿特権の客体

#### 1 秘匿特権の対象となる事実

秘匿特権が認められる事実とは、職務上知り得た事実で、それにつき職業上守秘義務を負うものでなければならない(民事訴訟法197条1項2号参照)。黙秘すべきものとは、一般的に知られていないいわゆる秘密事項であって、それを隠すことによって、本人が一定の利益を持ち、逆にそれを公表すれば、その名誉・信用その他社会経済的に不利な影響を及ぼすもの(実質秘)をいう<sup>98)</sup>。

黙秘すべき「秘密」とは、「一般には未知の事実であり、本人自身が特に秘匿しておきたいと思う性質のものであり(主観的要件)、かつ他の一般人であっても同様に秘匿しておきたいと思う事実(客観的要件)をいうもの(折衷説)」と解されるのが通常である。例えば、犯罪の前科事実、経済的困窮状態、身体的または精神的疾患などの消極的評価事実や、新発明や特許、実用新案に関する事項や企業秘密に属する事実などの積極的評価事実が挙げられる<sup>99)</sup>。職務上知り得た事実で「黙秘すべきもの」の要件とその判断については、「本人の性別、地位、境遇などを参酌し社会一般に通用する常識(いわゆる社会通念)によっ

---

96) 税理士は、沿革的にみると、日清戦争、日露戦争の頃に増税がなされるようになり、元税務管理であった者などに税務相談を依頼する納税者が増え、これを独立の業とする新たな職業が事実的に発生したものであるが、法制度として確立されたのは、しばらく後の第2次世界大戦中の昭和17年の「税務代理士法」においてであって、その後戦後の昭和26年に「税理士法」が成立し、その後若干の修正を経て、今日に至っている。北野弘久『税理士制度の研究【増補版】』(税務経理協会、1997年)27頁以下参照。

97) 坂田宏「証言拒絶権の要件」『民事訴訟法の争点【第3版】』(有斐閣、2008年)225頁、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(4)』(有斐閣、2017年)241頁[杉山悦子]。

98) 最決昭和52年12月19日刑集31巻7号1053頁。

99) 兼子一ほか『条解民事訴訟法』(弘文堂、1986年)999頁[松浦馨]。

て判断しなければならない」とされている<sup>100)</sup>。

専門職が職務上知りえた事実は多種多様であることから、高度の公益性や必要性等の事情がある場合に限り、利益考量が許されるべきであるとの考えもある<sup>101)</sup>。これに対しては、秘密帰属主体の秘密保護の予測可能性を失わせるので、職業の秘密それ自体として保護を受けるべきであるとの批判もあるが、利益考量の要件として、①証言または文書の記載から要証事実の存否の判断に必要な資料が得られ、かつ、②代替証拠がないために証拠調べの必要性が高いこと、を要求すれば問題がないとの反論がある<sup>102)</sup>。

日本の狭い範囲の証拠収集制度の下では、真実解明のために役立ちそうなものを証拠調べに利用したいという必要性が高い場合はありうるところであり、

---

100) 「黙秘すべきもの」という要件をめぐる判例については、公証人の守秘義務を理由とする証言拒絶に関する東京高決平成4年6月19日判タ856号257頁があり、これについては、竹下守夫代表編『講座新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂、1999年）137頁以下〔春日偉知郎〕が、ドイツの医師の証言拒絶権に関する判例と比較して、わが国の判決が、「最良証拠や代替証拠の有無をファクターとする利益衡量によって証言拒絶を否定したのに対し」、ドイツの判例は、「遺言者が医師に対して遺言無能力の秘匿という意味を黙示的であっても示していたかどうかということや、当該秘密の客観的性質を中心に判断している」と紹介している。その上で、「黙秘すべきもの」という要件の判断基準としては、わが国の判決のような最良証拠や代替証拠の有無などの公益も考慮した「総合的な利益衡量」を枠組みとする説と「技術または職業の秘密の重大性」という客観的な性質を考慮すれば足りるとする説（伊藤眞説）の対立があるが、一方で、「秘密として保護されるべき価値と裁判における真実の発見・裁判の公正とが鋭く拮抗」している場面であること、また相手方の事案解明の利益も視野に入れる必要があることから総合考慮説が妥当にみえるが、他方で、証拠収集手段を拡充すれば、相手方の証拠の窮乏は救われるので、客観的性質説にも一理あるとして結論を留保している（伊藤眞説につき、伊藤眞「文書提出義務と自己使用文書の意義」法協114巻12号（1997年）1453頁以下参照）。

101) 高田ほか編・前掲注（97）27頁以下〔三木浩一〕。

102) 批判するのは、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法【第8版】』（弘文堂、2015年）486頁以下〔松本博之〕。これに対し、長谷部・前掲注（5）20頁以下などは、利益考量を認めるべきとする。ただし、加藤新太郎「証言拒絶事由としての職業上の秘密」NBL125号（2018年）98頁は、これらの見解の対立は、利益考量における判断基準を原理的にとらえる立場と論証方法における見方の違いとする。

利益考量により秘匿特権の例外を認める重要性は否めないように思われるが、特許関連と同様に、イン・カメラ手続を証拠調べ自体に活用し、秘密保持命令の発令も認めるなどして、真実解明と秘密保護を図る制度設計も、通常の民事訴訟制度においても考えるべきではあろう（例えば、特許法105条4ないし7、不正競争防止法6条の4ないし7など）。

ドイツ民事訴訟法の解釈のように、秘匿事実の範囲に関しては、偶然知ったことも依頼者の利益に関われば、これに含まれて良さそうであるが、日本では、一般に職務とは無関係に、職務外で偶然知った事実については、対象外とされているようである<sup>103)</sup>。

## 2 秘匿特権の対象となる文書の範囲

秘匿特権の対象となる文書としては、第1に、依頼者と弁護士との間の訴訟の打ち合わせやその連絡内容（依頼者・弁護士間のコミュニケーション）を記載した文書（「記録文書」）が挙げられる<sup>104)</sup>。これらの弁護士が依頼者との間におけるコミュニケーションにおいて取得した内容についての書面は、依頼者のその後の訴訟戦略に関わる個人の秘密に該当するのであるから、このような依頼者の秘密についての記録文書は、当該弁護士が黙秘義務を免除されない限り、弁護士の秘匿特権が認められ、文書提出義務の除外事由（220条4号ハ・197条1項2号・3号）に該当することになる。

第2に、弁護士が依頼者の訴訟追行の準備として用意した書面（「訴訟等準

103) 東京高決昭和59年7月3日高民集37巻2号136頁は、ドイツ法の解釈と異なり、偶然に知った事項でも、弁護士と依頼者間の訴訟委任契約の着手金や報酬額については秘匿特権（証言拒絶権など）の対象外であるとした。ただし、これは、197条1項2号で保護されなくても、同3号によって保護が認められる可能性はあると言われている（高田ほか編・前掲注（97）244頁〔杉山〕）。

結局、代理人としての弁護士の立場からすれば、秘密主体たる依頼人の客観的利益に関わる事柄すなわち一般に人が秘匿しておきたいと考える「実質秘」に当たるのであれば、依頼者に関する情報を得たのが職務の過程でなくまったくの偶然であったとしても、職務でその情報を扱うに際しては、依頼者の不利益にならないよう、秘匿特権が認められるべきではないかと思われる。

104) 伊藤真・前掲注（15）426頁参照。

備資料」、アメリカで言うところのワーク・プロダクト）も、記載内容から法律関係文書としてまたは一般義務文書として<sup>105)</sup>文書提出義務が成立しうること

を前提に、文書提出義務の除外事由に該当することになろう<sup>106)</sup>。

第3に、弁護士が単に所有する依頼者の個人的秘密に関する書類も、弁護士が黙秘すべき内容である限り、弁護士の秘匿特権が認められ、文書提出命令の対象外となる。他方、弁護士が作成したものであっても、依頼者が所有している場合や依頼者の承諾がある場合には、提出拒絶権の対象とはならない<sup>107)</sup>。

## 第5章 弁護士依頼者間の通信秘密の比較法的視座

### I 日本、アメリカ、ドイツにおける情報開示制度の基本的差異

大陸法国のドイツおよび日本における職務上の秘匿特権と、英米法国の一つアメリカの弁護士依頼者間の通信の秘匿特権や訴訟等準備資料との比較検討において、注意が必要な重要な大前提の一つは、アメリカの場合、情報の種類を、

---

105) 訴訟等準備資料の中にもいろいろな文書が考えられるが、法律関係文書もしくは一般義務文書にあたるとして文書提出義務が原則生じることを前提に、4号以下の除外事由が認められるか否かを検討すれば足りると思われる（伊藤・前掲注（15）418頁）。もともと民事訴訟法220条1項1号ないし3号と、4号の除外事由との関連については、これらの条文が平成8年改正時における混乱した議論の中、折衷案的に成立したものであり、理論的に素直に理解しにくいものになってしまっているため（小林秀之編『新民事訴訟法の解説』（新日本法規、1997年）223頁以下参照（山本浩美＝小田敬美））、解釈に争いが生じているが、4号で一般的な文書提出義務を認めたものと解すれば、1号ないし3号文書は、歴史的に認められてきた文書の例示列挙事由と考えるのが、もはや素直であろう。

106) この点、伊藤教授は、弁護士法23条や現弁護士職務基本規程23条の守秘義務を媒介として、文書提出義務の除外事由（民事訴訟法220条4号ハ・197条1項2号・3号）が認められるとしておられる（伊藤・前掲注（15）417頁）が、弁護士法や弁護士職務基本規程を媒介にしなくても、民事訴訟法197条1項2号・3号から直接に秘匿特権が認められると解してもよいのではないか。依頼者本人の同意がある場合には、もはや弁護士法23条においても、弁護士は証拠提出を拒むことができないからである（弁護士法23条但し書が付加された経緯については、日本弁護士連合会調査室編著『条解弁護士法【第4版】』（弘文堂、2007年）156頁以下参照）。

107) 谷口＝福永編・前掲注（85）317頁 [坂田]。

生の事実や証拠といった一次資料と、弁護士依頼者間の法的助言に関するやりとり（通信）および訴訟に備えて弁護士等が準備した訴訟戦略的資料（ワーク・プロダクト）とについて明確に分けているということである。

すなわち、事件に直接関連し重要な生の事実や証拠といった一次資料を強制開示の対象にするアメリカのディスカヴァリー手続において、強制開示事項の例外として、訴訟戦略に関わる二次資料およびその前提としての専門家弁護士と依頼者間の法的助言に関するやりとりに関しては、法の専門家たる弁護士が専門技術を発揮する訴訟戦略にあたるものであり、これらについては当事者主義制度（adversary system）の下、当事者は互いに相手に手の内を見せない（相手方当事者は一方当事者に開示を請求できない、ただ乗り防止）というルールとなっていることである。

事件に直接関連する一次資料をお互いに強制的に相手方に見せなければならないアメリカの裁判制度においては、本来、生の事実や証拠といった一次資料を強制開示し合うことで実態的真実の解明には原則十分であり、それ以上に互いの訴訟戦略に関わる部分を見せる必要はないという制度の建付けになっているのである。

もちろん、アメリカでも、弁護士を介在させることにより、本来なら一次資料として強制開示対象になるべき資料を秘匿資料にするという濫用的取扱い（特に企業による弁護士を利用した情報隠しは、「情報ロンダリング」とも言われ、また、弁護士が「ブラック・ホール」になり情報が絶対出てこないと批判される）<sup>108)</sup>が問題になっていないわけではない。ただし、これは秘匿特権制度の病理現象であって、根本的な理念を忘れてはならないだろう。アメリカでは、弁護士の法的サービスを利用した秘匿特権の濫用をしかねない当事者とりわけ大企業の取扱いにつき、社会に重大な影響を及ぼしかねない事件類型、例

---

108) David Luban, “The Moral Basis of Confidentiality”, 弁護士および弁護士会の専門職倫理的当為研究会／愛知法曹倫理研究会『法曹倫理国際シンポジウム東京2019「秘密の保持——その理論と実践」[予稿集]』(2019) 13頁以下参照（石田京子＝手賀寛訳「秘密保持の道徳的基礎」同30頁以下も参照）。

えば資金洗浄（マネー・ロンダリング）や不正競争に関わる分野などでは、特別法で、対象企業に重要証拠を他の企業等よりも早く提出させる代わりに罰則を軽減するような司法取引制度（Leniency program（課徴金減免制度））などを用意して、別途、秘匿特権の病理現象に対処してきている<sup>109)</sup>。

また、アメリカでも、独禁法関連といった行政調査段階での弁護士の出合権や弁護士依頼者間秘匿特権の保護が格別になされているわけではない。将来の犯罪または重大な詐欺あるいは重大な不法行為に関わる場合もしくは政府・国家に関わる場合などで、現在進行中（adverse case）もしくは将来の違法行為に関わることについては、犯罪・詐欺の例外もしくは国家的（統制的）問題の例外として、弁護士も司法の一翼として Gate-keeping（法の門番）としての役割を果たすべく、秘匿特権が認められないどころか、弁護士に当局への依頼者の違法行為に関する事項の通報義務まで課されてもいる<sup>110)</sup>。ただし、秘匿特権が認められる事項か否かにつき争いがあるケースでは、国家当局は、捜査や調査の段階では、いったん封筒に入れて封印して中を見られない状態で回収し、その後、捜査や調査に関与していない別の専門部署が判断し、さらに争う場合は、裁判官が判断することになっているのである<sup>111)</sup>。

これらの事情を踏まえたうえで、日本法における秘密保持に関する制度と、アメリカ法における秘密保持に関する制度との比較法的考察を行うべきであろう。

## II 日本の民事手続における弁護士依頼者間の通信秘匿特権の規定の必要性

日本において、今般、現行民事訴訟法の証拠収集制度（相手方の要請による開示は、当事者照会や弁護士会照会程度であり、後は文書提出命令の場合に限

---

109) ハモンド＝矢吹・前掲注（2）12頁以下〔ハモンド〕など参照。

110) 例えば、アメリカでは、SOX法1.13条(c)や職業行為模範規則1.6条(a)・(b)(2)(3)、1.8条(b)参照。

111) スコット・D・ハモンド＝矢吹公敏「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入（下）」NBL1068号（2016年）35頁以下〔スコット・D・ハモンド〕。

られる制度)を改正して、アメリカ型の強制情報開示原則を前提としたうえで、極めて限定された提出除外事由としての弁護士依頼者間の通信秘匿特権や訴訟等準備資料(ワーク・プロダクト)を格別に規定する必要性がどこまであるか。日本の民事訴訟制度上では、今のところ基本的にはその必要性はあまりないようには思われる。

アメリカで特に秘匿特権として保護されるのは、ドイツや日本といった大陸法の国では、秘密事項かどうかにつき議論されることもなく、相手方からの証拠収集手続での開示対象にはそもそも想定されてこなかった、弁護士と依頼者間のやり取りや弁護士の訴訟準備関連書面である。アメリカでは、なおディスカヴァリーでの包括的な開示対象となる可能性があるため、連邦民訴規則で明示して例外であることを掲げておくことが必要であったのであろうが、ドイツや日本では、そもそも当事者が自ら自己に有利な情報のみ提出することを選択できる任意提出主義の制度であるところ、その前提状況に欠けていたのである。

なお、今日の国境を越える紛争が増えている中でとりわけアメリカでの民事訴訟に備えるのであれば、日本法に規定はなくとも、弁護士依頼者間の通信の秘密内容について、通常業務では、それと判るように分けておく必要があろう。アメリカ関連の訴訟で、アメリカの訴訟手続による場合に備えて、通常の職務の中で、弁護士依頼者間の通信コミュニケーションである書類を、通常の書類とは区別しておく意義はあろう。アメリカの手続では、明確に分けておかないと、当該書類も開示させられる可能性があるからである。弁護士の訴訟等準備資料もしかりであろう。

### Ⅲ 日本の刑事手続・行政手続における通信等の秘匿特権規定の必要性

民事手続と異なり、刑事手続もしくは独禁法などの行政手続では、日本でも、弁護士依頼者間通信秘匿特権に関する規定を特に設ける必要があるかは、別異に考える必要があろう。

刑事訴訟手続や独禁法等の行政手続においては、対等な当事者間の手続たる民事手続と異なり、裁判手続の前に、関係当局という国家権力による一方的な

捜査もしくは調査の手続段階がある。これらの手続においては、実態解明の必要性の見地から、関係当局による広い証拠収集が重要視される議論がなされている。そのため、日本でも、このような場面では、アメリカのディスカヴァリーの手続と同様に、広範な開示強制に対する当事者側の防御のための例外的権利として、弁護士依頼者間の通信の秘密をいったんは保護すべきであるとの議論がなされてきたところである<sup>112)</sup>。弁護士依頼者間の通信の秘匿特権をいったん認めたとえ、秘匿特権事実を司法取引に使ったり、特別法で通報義務の対象となる場合を別途定めたりするのは、次の問題として考えればよいはずである。日本でも、各種規定を整備して、裁判上での除外事由のすべてを捜査段階や調査段階では認めることは無理でも、二次資料にあたる弁護士依頼者間の通信秘密は保護すべきではないかと思われる。

捜査段階や調査段階において一次資料を原則的に開示しなければならなくなる（回収対象になる）のであれば、他方で当事者の防御権の砦として、司法国家としての手続保障の見地からも、弁護士依頼者間の秘匿特権は認められる必要がある。そうであるとしても、会社などは、通常業務のときから弁護士の関与を明確にし、秘匿特権に該当しそうな通信内容を秘匿特権情報であるとして分けておく、また、事業秘密や訴訟等準備資料なども、格別に通常業務のものとは分けておかないと、関係当局により区別なく収集された上、後の裁判で当時すでに放棄の意思があったものと解されたりする可能性が高くなってしまふ。したがって、捜査や調査の段階で、裁判での秘匿特権の行使可能性について留保して封印するなりして渡し、別の者に判断してもらうなどのやり方も検討する必要があるので、今般とりわけ独禁法の調査手続においてこれらの秘密情報の取扱いが、立法課題となったのである。

日本でも、独禁法関連訴訟における調査段階での通信秘密に関する特別な保護については、刑事訴訟手続類似の保護が必要とされることがありうると解さ

---

112) 例えば、伊藤・前掲注（9）128頁以下、手賀寛「守秘義務」ジュリスト1529号（2019年）64頁以下など参照。

れている。民事手続では、当局による一方的な情報収集手段としての捜査段階がないために、この手続段階での守秘義務あるいは秘匿特権の必要性はほとんどないが、行政手続については、ドイツやフランスでは、刑事手続法に倣い、行政手続の調査段階での当事者や弁護人に特権的保護を与えているようである。

日本でも、ドイツやフランスと同様、網羅的に情報や証拠が当局に渡されるような行政手続の調査においては、刑事の捜査手続に類すると考えて、当事者や弁護人の通信の秘密に関する秘密保持の特権的保護を考えるとよいように思われる。アメリカの秘匿特権は基本的に裁判開始前から認められるが、大陸法の国では、訴訟上の秘匿特権として証言拒絶権や文章提出拒絶権として定められているため、訴訟前の段階での秘匿特権は、このままでは認められにくい状況にある。

それゆえ、日本では、独占禁止法などの行政手続については、一次資料を原則的に回収対象としても、例外的かつ具体的な通信秘密保護の特権として要件や限界も検討したうえで、裁判前の秘密の保持制度のあり方につき、明確な形での立法化が望まれよう<sup>113)</sup>。

例えばその内容は、基本的には、裁判手続での秘匿特権を前提にして、手続前にさかのぼって認められるとしても、調査手続や捜査手続が開始された後に限られるのが、問題になる<sup>114)</sup>。しかしながら、それが予想された段階で相談した内容も保護しなければ秘匿特権の趣旨は貫徹されないのであるから、自己に対する不利益な制裁に係る処分の開始が客観的に予想される時点以降に、秘匿特権の適用を認めないと意味がないように思われる<sup>115)</sup>。

ただし、刑事手続に比べ、独占禁止法違反などの行政手続では、制裁の程度

---

113) アメリカで米国司法省反トラスト局執行部門のトップとしてカルテル執行プログラムを率いた経験のあるアメリカ人弁護士スコット・D・ハモンド氏は、弁護士依頼者間の秘匿特権等が、実態解明を損なうものではないと説明している(ハモンド=矢吹・前掲注(111)31頁以下[ハモンド]、同・前掲注(2)(上)8頁以下[ハモンド])。

114) 今井・前掲注(47)15頁以下、25頁。

が刑事事件の場合と比べて相対的に小さいことが多いとして、公正取引委員会が調査手続を開始した後の弁護士依頼者間の通信のみを対象とすべきとの考えも見られたところである<sup>116)</sup>。

また、捜査や調査の現場では直ちに判別しにくい資料については、封印した形でとりあえず渡し、捜査や調査に携わった者と別の者が、当該資料内容が秘匿特権対象か否かを判断するという方式を認めることは、不当な開示から本来守秘すべきものを守るため、重要であろう<sup>117)</sup>。

## 第6章 おわりに

比較法の難しさにも関わるが、大陸法国のドイツや日本でいう職務上の秘匿特権関連と、英米法国のアメリカでいう弁護士と依頼者間の通信の秘匿特権および訴訟準備のためのワーク・プロダクト理論とは、弁護士の秘密の保持に関する権利として重なるところもあるものの、証拠収集が裁判外を含め強制的に行われるか裁判内で任意的に行われるかにより、大きくその必要性や意義が違っていたことを、日本では、十分意識して論じてこなかったゆえの齟齬が生じていたことが判った。

どのような証拠や事実を開示するかが、元来当事者の任意に任せられており、一次資料の秘匿の必要性が本来的に低かった大陸法国では、その秘匿対象たる資料が一次資料か二次資料かといった分類に関心がなく、資料や証言内容の種

---

115) 宇賀克也「『独占禁止法審査手続についての懇談会報告書』について」ジュリスト1478号（2015年）20頁、川出敏裕「独占法審査手続の論点——刑事法からの分析」ジュリスト1478号（2015年）36頁参照。

116) 今井・前掲注（47）26頁。

117) アメリカでは、文書提出命令に関連する文書を押収して、カルテル調査を開始する際、捜索令状を取得して行うのではなく、むしろ連邦大陪審のサピーナ（文書提出令状）を企業に出して、調査を公然にして行い、他方で、文書提出から除外されると主張する企業は、どの文書が秘匿特権対象文書かを特定した「Privileges Logs」の作成をし、文書の種類、関連する主題、日付、作成者と受領者ならびにその他文書および特権の根拠を判別するのに必要な情報を特定するのが通常のものである。ハモンド=矢吹・前掲注（111）35頁以下 [ハモンド] 参照。

類について厳密な分類をせずに包括的に議論をしてきたきらいがあるため、アメリカ法で秘匿特権が認められる二次資料の通信秘密や訴訟等準備資料については、日本法では秘匿特権が認められないかのような判例の取扱いもあった。

また、秘匿特権がカバーする時期についても、ドイツや日本では、基本的に裁判上の証拠調べの中でのものとして議論をしてきたので、裁判前の捜査や調査段階での強制的な証拠開示の手続における手続保障や防御権の保障の必要性にもまた従来関心が薄く、ややもすると真実発見や実態解明の意識ばかりが先行し、秘匿特権の保障が裁判手続に連続して重要なものであるとの認識も低かったところである。裁判開始後の手続においていくら証言拒絶ができたり、文書の提出を拒絶できたりしても、裁判開始前の捜査段階や調査段階で、何の限定もされずに個人や会社が有する資料を包括的に収集されてしまうのであれば、裁判後の秘匿の権利は、絵に描いた餅になってしまう。

近時日本でも弁護士の職務上の秘匿特権にはじまる秘密保持の権利をめぐることは、英米法国との理念の違いもあり、制度上の保護に関する議論が改めて行政法の領域などでなされるようになったが、このように前提の背景事情が異なる中で、比較法的な見地からの議論が混迷し、日本での秘匿特権の解釈において誤解を招いていたところがあった。

ただし、最近の実務家や学者等の見解においても、アメリカ法型の強制開示手続を前提にした資料の分類による弁護士依頼者間通信秘匿特権や訴訟等準備資料の非開示の権利について、日本でも強制開示に関わる手続に関しては、これらの権利を明確に条文等で定める意義が高いことが認識され、主張されてくるようになった。

他方で、このような特権を認めると、実態解明および真実発見を阻害するとの懸念や批判も挙げられてきた。しかしながら、各種制度を詳細に検討したところ、弁護士や当事者に二次資料たる通信内容の秘匿特権を認めることが直ちに実態解明や真実発見を阻害するわけではないことが、とりわけアメリカ法の状況により明らかになった。なお、特権の濫用を防止する策が必要であることは、別の問題である。

今後日本でも、各種法領域で、弁護士の依頼者との通信に関連する各種特権（立会権や接見交通権といったものも含む）の是非を個々に議論するのではなく、依頼者の人権保障や防御権といった手続保障の観念の下、いったん通信秘密や訴訟等準備資料の保護に加え、弁護士の立会権・交流権などの実質的な手続保障に関する権利を裁判手続と連続した形で認め、かつ各種手続に関し立法で明確に定めることを議論するべきではないかと思われる<sup>118)</sup>。

その上で、それらの秘匿の権利の例外を広く解して実質的に保護を阻害することのないよう、証拠としての必要性などを慎重に個別に利益考量するなどにより限定的に例外を解する、できれば例外事項を予め精査し規定するなど、秘匿特権資料の提出を強制するようなことはなるべくやむを得ない次善策とすべきであろう。

また、特権の濫用の防止策一般としては、証拠調べに自主的に協力させるようなインセンティブを促す司法取引に関する制度を置いたり、弁護士の懲戒制度を活用したりする<sup>119)</sup>ことを考えていくのが、積極的な実態解明および真実発見にもむしろかなうものと思われるのである。

国際的な事件が増える中で、例えば独禁法違反のおそれがある企業が、他の国では防御権として秘匿特権が認められるのに、日本ではそれが認められないということになると、国際世論の批判のそしりも免れないし、日本の企業との取引に慎重になる外国企業も出てくるのが危惧される。

日本の現在の独禁法の議論状況では、秘匿特権の保護を認める方向で一応議論はなされており、不当な取引制限（カルテル・談合）にかかる行政調査手続については、秘匿特権の主張がなされたときの判別手続を含めて検討中であ

---

118) 村岡啓一「最近の判例から『秘密の保護』を考える」刑事弁護85号（2016年）124頁以下も、憲法上の権利である「弁護人の援助を受ける権利」と刑法39条1項の被疑者および弁護人の接見交通権の関係を統一的に検討すべきとしている。

119) 長谷部・前掲注（5）38頁以下は、オーストラリアの弁護士懲戒手続についても紹介し、結局は、実態解明あるいは真実発見と、弁護士と依頼者間の率直なコミュニケーションの促進の調整をいかにして図るかを検討する必要性を述べておられ、さらには、人事訴訟や家事審判手続に敷衍していく可能性も示唆しておられる。

る<sup>120)</sup>。

これに対し、不当な取引制限以外の違反行為類型にかかる行政調査手続、犯則調査手続は対象外のようなものである。海外の独禁法関連の制度と比較しても日本の制度は独特であると言われており、弁護士依頼者間の秘匿特権が重要な人権に関わるものであることから、取引制限以外の行為類型、例えば企業結合審査にも秘匿特権の保護が認められるような早期の拡大なども期待されているところである<sup>121)</sup>。

とはいえ、国際的に横並びに秘匿特権の規制内容および取扱いを統一化する

120) 松本=萩原・前掲注(20) 33頁以下参照。

121) 例えば、伊藤・前掲注(9) 128頁以下。当事者の実質的手続保障の見地より、行政手続といっても、課徴金納付命令の発令に至る手続は、のちに取消訴訟の余地は残されているものの、事業者には重大な不利益を課す処分であり、意見聴取手続が必須とされていることから、違反行為の存在を前提として課徴金減免措置の申請をすることがどうかにつき、事業者には、関連する資料を収集し、弁護士からの助言などを求めて、自らの判断を形成する機会が保障されるべきであるとする。また、手賀・前掲注(112) 64頁以下も、依頼者の防御権保障のためには、適切な限界を踏まえながら、最終的には日本の法制度全体で、一般的に弁護士依頼者間の通信の秘密保護を制度化していくことが望ましいとする。片山・前掲注(1) 31頁以下、出井・前掲注(3) 47頁以下、川出・前掲注(18) 44頁以下、亀岡悦子「EU競争法審査における秘匿特権～日本の秘匿特権導入の示唆～」国際商事法務47巻7号(2019年) 811頁、814頁なども参照。

ただし、EUの独禁法での秘匿特権の保護の範囲は、特に広いわけではない。他方で、秘匿特権への配慮としての手続は整備され、立入検査の際に、企業側が特権を主張し理由を明示したうえで、開示を拒否できる。例えば、legal privilegeの記載が書類のタイトルにあれば、それを機械的に除外することも可能なようである。また、欧州委員会と依頼者の見解が異なるときには、書類、ハードドライブ・DVD等を封筒に入れて封印し、欧州委員会内で保管する方法がとられ、その後、依頼者弁護士が欧州委員会担当者と協議し、秘匿特権保護の理由を述べて主張を維持するか、あるいは主張を取り下げるかを決め、それでも解決しなければ、独立した地位にある聴聞官が介入し、口頭聴聞し、調停人としての役割を円滑にするようになっている。それで欧州委員会と依頼者間で合意に至らなければ、担当の欧州委員に勧告をし、欧州委員会は秘匿特権を拒否するならばその旨の決定を出し、依頼者はその決定に不服があれば、取消訴訟を欧州裁判所に提起するような流れになっているようである。なお、不当な秘匿特権の主張などに対する制裁としては、前事業年度の総売上高の1%を超えない限度での制裁金が課されることがありうる。亀岡・同812頁参照。

ことは難しく、秘匿特権をそもそも認めていない中国から、狭い範囲で認めるEU<sup>122)</sup>、比較的広い範囲で認めるアメリカなど、複数国に対し秘匿特権を主張することは、依頼者側の弁護士を悩ませることとなっている。いったんある国で当局に対し秘匿特権を放棄すると他の国の当局に対しても主張できなくなる可能性もある。EU域内では、欧州委員会とEU加盟国当局が、ネットワークを組織してそれを通じて情報交換・審査協力を活発に行っているようである<sup>123)</sup>。

今後は、日本の国際証拠共助のあり方を含め、国際的な案件をも念頭においた上で、日本での秘匿特権関連の各種法整備を進める必要があるだろう。

（たむら・ようこ 筑波大学法科大学院教授）

---

122) ドイツでの独禁法の調査段階での秘匿特権の保護状況については、ボリス・ウプホフほか「ドイツの反トラスト法における訴訟提起前の情報開示義務の導入」国際商事法務46巻1号（2018年）28頁など参照。

123) 亀岡・前掲注（121）813頁。