

2021年3月号 (Vol.16)

秘匿特権と危機管理実務

I. はじめに	森・濱田松本法律事務所
II. 弁護士・依頼者間秘匿特権の概要等	弁護士 梅津 英明 TEL. 03 6212 8347 hideaki.umetsu@mhm-global.com
III. 危機管理業務における 秘匿特権をめぐる実務上の留意点	弁護士 大野 志保 TEL. 03 6266 8539 shiho.ono@mhm-global.com
IV. おわりに	弁護士 山内 洋嗣 TEL. 03 6266 8579 hiroshi.yamauchi@mhm-global.com 弁護士 宮田 俊 TEL. 03 6266 8732 suguru.miyata@mhm-global.com 弁護士 金山 貴昭 TEL. 03 6266 8930 takaaki.kanayama@mhm-global.com

I. はじめに

企業の不祥事が発覚した場合、社内調査等の実施に加え、ステークホルダーからの損害賠償等の請求への対応が、企業にとって重要な危機管理対応の一つとなる。そして、不正行為の対象となった製品が海外で流通している場合や企業の発行する株式等が海外で取引されている場合、日本のみならず海外の消費者・投資家もステークホルダーとなり、クラスアクションによる多額の損害賠償請求や海外当局によるサンクションの対象となる恐れがある。そのため、危機管理対応においては海外訴訟における証拠開示手続（ディスカバリー）及び海外当局による文書提出命令も見据えた対応が必須となる。

本ニュースレターでは、このうち、米国法を中心とする弁護士・依頼者間秘匿特権（attorney-client privilege）に焦点を当てて、わが国における危機管理対応における実務上の留意点について見ていきたい。

II. 弁護士・依頼者間秘匿特権の概要等

1. 弁護士・依頼者間秘匿特権の概要

各国の訴訟をめぐる権利や制度は日本とは様々な面で異なるが、欧米諸国における法制度が日本と異なる点の一つとして、秘匿特権¹を挙げることができる。秘匿特権の

¹ 海外における秘匿特権には、弁護士と依頼者間のやり取りのほかに、夫婦間のやり取りや自己負罪拒否特権も含まれるが、本稿では弁護士と依頼者間のやり取りに関する秘匿特権のみを対象とし、弁護士・依頼者間秘匿特権を単に秘匿特権と呼んでいる。

CRISIS MANAGEMENT NEWSLETTER

内容は、各国において異なるが、大要、弁護士と依頼者との間のやり取りについて裁判所等に対して開示を拒否することができる権利といえる。この秘匿特権は、弁護士と依頼者の間における率直なコミュニケーションを促進することにより、法令の遵守や司法による正義の実現を図ることを目的とする制度として認められてきたものである。

特に米国では、ディスカバリー制度により民事訴訟において大量の証拠資料の提出が強制されるため、この秘匿特権は訴訟戦略上極めて重要な要素である。秘匿特権の内容は、欧州各国、米国で異なっており、また、米国においても、連邦と州においても、その内容が異なっているため、秘匿特権に関しては各国の成文法・判例のみならず、州法におけるルールにも留意しなければならない。なお、日本においては、独禁法で近時新たに設けられた「判別手続²」は秘匿特権類似の制度ともいえるが、刑事・民事手続に広く適用される一般的な秘匿特権は認められていないため、例えば、事業者が、捜査機関、行政機関、裁判所から法的権限に基づいて弁護士と当該事業者間の電子メールデータを提出するように要請された場合において、秘匿特権を理由に提出を拒むことはできない。

2. 秘匿特権の要件

秘匿特権の成立要件については、各国により異なるが、米国の連邦法においてはおよそ下記の要件が全て充足される場合に秘匿特権が成立するとされている。

- ① 依頼者と弁護士間のコミュニケーションであること
- ② 弁護士としての法的サービスに関するものであること
- ③ 依頼者と弁護士間の秘密のコミュニケーションであり、第三者に対して開示されていないこと
- ④ 犯罪又は不正行為を目的としたものではないこと
- ⑤ 秘匿特権が適切に主張され、放棄されていないこと

なお、①の要件との関係では、企業と当該企業内の弁護士（インハウス弁護士）間のコミュニケーションにも秘匿特権は成立し得るが、インハウス弁護士は法的サービス以外にビジネス上のコミュニケーションを行うことも多く、秘匿特権の成否については外部の弁護士とのコミュニケーションよりも慎重に検討される傾向があるため、留意が必要である。加えて、日本法の弁護士との関係でも秘匿特権が成立するかは一つの論点ではあるが、米国の裁判例を踏まえれば、日本法弁護士との間にも秘匿特権が成立すると理解されている。³

² 判別手続とは、カルテル事案に係る公正取引委員会の調査において、事業者と弁護士との間で秘密に行われた法的意見に係る通信（「特定通信」）のうち表示・保管等に係る一定の要件を満たしたものについては、公正取引委員会において調査を担当する審査官が閲覧をできないようにすることができる制度である。

³ この点については、関戸 麦、高宮 雄介『わかりやすい米国民事訴訟の実務』（商事法務 2018年）、33ページ参照。

CRISIS MANAGEMENT NEWSLETTER

Ⅲ. 危機管理業務における秘匿特権をめぐる実務上の留意点

1. 不正調査時の留意点

不正調査を行う際に秘匿特権の観点から留意すべき点はいくつかある。

(1) ヒアリングにおける録音の適否

事実調査の過程において従業員等へヒアリングを実施する際、かかるヒアリングの録音をするべきか否か、しばしば問題となる。この点、こと国境を越えた不正調査のヒアリングで録音を行うか否かについては、秘匿特権の観点からも慎重な考慮を要する。

録音について議論する前提として、ヒアリングで明らかになる事実そのものは、上記②との関係でそもそも秘匿特権の対象とならない。そして、録音データは、弁護士と従業員の生のやり取りであり、どのようなやり取りがなされるかをコントロールすることも難しいことが多く、その内容によっては、やり取りそのものには弁護士の意見・評価を含まないという指摘を受ける可能性等もあり、秘匿特権の観点からは問題となる可能性もある。

従って、少なくとも国境を超える不正調査におけるヒアリングで録音を行うことには、秘匿特権の観点からはリスクが伴う。その上、危機管理の現場では、ヒアリング対象者が、自己の権利を防衛するために録音することを求めてきたらどうするか、メモを取ることを求めてきたらどうするか、TV会議の動画を録画していたらどうするか（コロナ禍の不正調査では生じがちである。）等応用問題が続出し、ケースバイケースで臨機応変に対応している。

(2) Upjohn 警告

弁護士が会社を代理して不正調査を行う中で、従業員に対するヒアリングを実施する場合、立場を明確にし、あとから「弁護士だとは知らなかった」、「従業員と誤解した」等というトラブルを防ぐためにも、会社の代理人であることや弁護士名等が述べられることが多い。

この点、特に国境を越えた不正調査においては、弁護士と当該従業員との間のコミュニケーションが秘匿特権の対象となることを確保するためにも、弁護士はあくまで企業の代理人としてヒアリングを行っていること等の説明（いわゆる Upjohn 警告）を行う必要がある。弁護士が会社の代理人として従業員等に対してヒアリングを行う場合に、会社の意思決定を行うような地位にある役員や幹部クラスの従業員のみならず、より広い範囲の従業員と弁護士との間のコミュニケーションについても会社の秘匿特権の対象とするためには、当該コミュニケーションは、会社の指示に基づいた従業員と会社を代理して行動している弁護士との間で、会社が法的助言を受ける目的で行われていること等の要件を充たす必要があるとの考え方が示された

CRISIS MANAGEMENT NEWSLETTER

米国の判例があり（いわゆる Upjohn 判決⁴）、この判例を踏まえた説明を行う必要があると考えられているからである⁵。また、ヒアリング対象となった従業員が、秘匿特権は、会社のみならず自らにも帰属する等として、会社が当局の調査に協力するために調査結果等の情報を当局に開示することを拒否するおそれもあることから、秘匿特権は会社のみにも帰属することを明確化する必要もある。

さらに、会社と従業員との間で、利益相反が生じる懸念もあるところ、従業員が弁護士を自分の味方であると誤解して、あとでトラブルとなることを避けるために、弁護士倫理の観点からも、従業員の代理人ではないことを明示的に説明する必要がある。

2. 調査報告書の公表

(1) 秘匿特権放棄の概要

上記Ⅱ.2.の要件③のとおり、秘匿特権は依頼者と弁護士間の秘密のコミュニケーションでなければならず、また、要件⑤に関して、もし仮に秘匿特権の成立後、秘匿特権の対象となったコミュニケーションが依頼者と弁護士以外の第三者に開示された場合には、秘匿特権は放棄されたとみなされ、秘匿特権は認められなくなる。この場合、例えば米国の裁判所や関係当局からの書類の提出要請に対して、秘匿特権を理由として拒絶することができないこととなる。

一方で、この「第三者に開示」されたか否かを判断することは必ずしも容易ではなく、不正調査のために設立された調査委員会が作成した調査報告書に関して、以下で紹介するような実務上よく遭遇するケースにおいても、秘匿特権の放棄とみなされるかについては明確ではない。

(2) 調査報告書の開示における留意点

不正調査の調査委員会が作成した調査報告書と一口にいても、その中には様々なタイプのものであり、そもそも秘匿特権が成立しないものもあるが、以下においては、米国法上の秘匿特権の対象となっていることを前提にそれが放棄されたとみなされかねない局面について論じる。

① 調査報告書の公表

上場会社において、深刻な不適切会計やデータ偽装等の不祥事が発生した場合、調査委員会を設立し、当該調査委員会が調査を行って、事実関係や原因究明・再発防止策の提案等をする実務がほぼ定着しているといえる。そして、その調査終了時には、一定調査結果の開示がなされるのが通常である。その背景としては、株主、投資家をはじめ、取引先、従業員を含むステークホルダーに対する説明責任の観点か

⁴ Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981)

⁵ Upjohn 警告の具体的な内容については藤津 康彦、梅津 英明、山内 洋嗣、新井 朗司ら『すぐに使える！企業の危機管理書式集』（中央経済社 2019年）、29 ページ参照。

CRISIS MANAGEMENT NEWSLETTER

らの要請があり、また、上場規則や取引所からの要請の存在もある。

しかし、こうした調査結果の開示として、秘匿特権の対象が含まれていればその放棄と評価される。こうした秘匿特権の放棄と解釈されないようにするために、まず、①調査委員会の弁護士と調査対象会社の間で秘匿特権が成立するように、委嘱業務の内容や委嘱契約の建付けを注意深く練り上げなければならない。委員の独立性を強調しすぎると、依頼者と弁護士という関係ではないと認定され、秘匿特権がそもそも成立しないおそれもある。

次に、②公表する内容や名義にも注意を要する。秘匿特権の対象とならない情報の開示にとどめなければならない。また、調査委員会に所属する弁護士名義ではなく、報告書を受領した調査対象会社名義で開示することも検討すべきである。調査対象会社名義で調査結果を公表する場合、調査委員会から受領した内容が歪曲されることなく開示されるか等、調査報告書の客観性を担保する手立てが必要となる。こうした手立てとしては、外部の弁護士によるレビューや独立社外役員の意見表明等が考え得るところである。

② 当局への開示

日本の刑事、行政当局から、調査報告書（※公表はされておらず、秘匿特権が維持されていることを前提とする。）の提出要請を受けるというケースも少なくない。例えば、税務当局や金融当局からの調査や検査を受けて、社内調査報告書を提出するというケースがある。日本の刑事捜査、行政調査においては、刑事、行政当局が法的な強制力や制裁を伴わない形で提出を求めている場合と、一定の強制力や制裁を背景として提出を求めている場合がある。

この点、こうした要請の中でも、刑事、行政当局の要請が強制力や制裁を伴わない形で提出を求めているに過ぎない場合には、調査報告書を提出した場合には秘匿特権が放棄されたとみなされるおそれがある。仮に、強制力や制裁を背景として提出を求める場合にも、例えば行政不服審査法に基づく審査請求や行政事件訴訟法に基づく取消訴訟等の手段まで採る必要があるのか等慎重に検討する必要がある。

IV. おわりに

秘匿特権は海外における訴訟や海外当局からの要請に至った段階に初めて活用される防御手段の一つではあるが、この防御手段がいざという時に使えるためには、紛争が顕在化する前の段階、すなわち平時又は不正調査の段階から、秘匿特権を意識・理解して、秘匿特権を放棄したとみなされないように対応していくことが重要である。

CRISIS MANAGEMENT NEWSLETTER

セミナー情報

- セミナー 『[「ビジネスと人権」の基礎と2021年に企業に求められる対応～潮流が変わり始めた2020年の最新動向を踏まえ、2021年に求められる対応を解説～](#)』

視聴期間 2021年1月14日（木）～2021年4月13日（火）

講師 梅津 英明

主催 森・濱田松本法律事務所

文献情報

- 論文 「実務に役立つ法律基礎講座（67）裁量労働制」

掲載誌 労政時報 4007号

著者 上田 雅大、宇賀神 崇、岡野 貴明、安部 慶彦、川井 悠暉、芝村 佳奈、齋藤 慎也、澤 和樹、原田 昂、平岡 優、湯浅 哲、稲津 康太、西村 良、渡邊 悠介、小坂 翔子、西本 良輔
- 論文 「不正・不祥事案の再発防止策の類型化と分析 第7回 予算・ノルマ・インセンティブ」

掲載誌 資料版商事法務 442号

著者 新井 朗司、平岡 優
- 論文 「ケーススタディで考える不正競争防止法リスク（上）（下）—外国公務員贈賄罪／品質・データ偽装」

掲載誌 ビジネス法務 2021年4月号、5月号

著書 御代田 有恒
- 論文 「不正・不祥事案の再発防止策の類型化と分析 第8回 グローバルガバナンス」

掲載誌 資料版商事法務 443号

著者 山内 洋嗣、速水 悠

NEWS

- The Legal 500 Asia Pacific 2021にて高い評価を得ました

The Legal 500 Asia Pacific 2021にて、当事務所は日本における16の分野で上位グループにランキングされ、Risk management and investigations分野では、当事務所がTier 1に選ばれるとともに、個人では、梅津 英明、藤津 康彦がLeading individualsに、山内 洋嗣がNext Generation Partnersに選ばれました。当事務所のバンコクオフィス及びヤンゴンオフィスにおいても複数分野で上位グループにランキングされ、各オフィスに所属する弁護士が各分野で高い評価を得ております。

CRISIS MANAGEMENT NEWSLETTER

詳細は Legal 500 のウェブサイトに掲載されております。

➤ パートナー及びカウンセル就任のお知らせ

本年1月1日付にて、下記の10名の弁護士がパートナーに就任いたしました。

【パートナー】

岸 寛樹、佐藤 典仁、片桐 大、木山 二郎、西尾 賢司、石橋 誠之、今仲 翔、
小林 雄介、白川 佳、松田 悠希

また、同日付で7名の弁護士がカウンセルに就任いたしました。

【カウンセル】

倉持 喜史、天野 園子、増田 雅史、宮岡 邦生、繁多 行成、細川 怜嗣、田中
亜樹

今後ともクライアントの皆様により良いリーガル・サービスを提供するため、
日々研鑽に努めて参ります。引き続きご指導、ご鞭撻のほど宜しくお願いいた
します。

➤ 新人弁護士（35名）が入所しました

（当事務所に関するお問い合わせ）
森・濱田松本法律事務所 広報担当
mhm_info@mhm-global.com
03-6212-8330
www.mhmjapan.com