

## Client Alert

15 November 2022

本アラートに  
関するお問い合わせ先:



井上 朗  
パートナー  
03 6271 9463  
[akira.inoue@bakermckenzie.com](mailto:akira.inoue@bakermckenzie.com)



増本 充香  
カウンセラー  
03 6271 9534  
[mika.masumoto@bakermckenzie.com](mailto:mika.masumoto@bakermckenzie.com)



佃 浩介  
アソシエイト  
03 6271 9510  
[kosuke.tsukuda@bakermckenzie.com](mailto:kosuke.tsukuda@bakermckenzie.com)

## Dual-Purpose Communications における 弁護士依頼者間秘匿特権に関する昨今の動向

日本企業が米国訴訟に巻き込まれた場合に最も時間と労力を費やすこととなるのがディスカバリー手続である。ディスカバリー手続では、相手方から広範囲の文書の開示が求められ、センシティブな情報や秘密情報を含む文書も開示の対象とされ得る。このようなディスカバリー手続において、相手方からの文書開示を拒むことができる場合があり、その主なものが弁護士依頼者間秘匿特権 (attorney-client privilege) である。

弁護士依頼者間秘匿特権は、依頼者と弁護士間の法的助言に関するコミュニケーションを保護するものであるが、弁護士の依頼者への関わり方が多様となっている昨今においては、依頼者と弁護士間のコミュニケーションの目的が、法的助言に関するものにとどまらず、ビジネスに関する助言等、別の目的も併存している場合があり得る。では、このような dual-purpose communications は、弁護士依頼者間秘匿特権として保護されるのだろうか。

Dual-purpose communications が弁護士依頼者間秘匿特権として保護されるかという点に関して、これまで連邦地方・連邦控訴裁判所で判断が分かっていたが、先般、連邦最高裁判所は dual-purpose communications が争点となった第9巡回区連邦控訴裁判所の判断について上訴を受理した。これにより、この問題について初めて連邦最高裁判所の判断が下される可能性がある。

本アラートでは、当該第9巡回区連邦控訴裁判所の事案を基に、dual-purpose communications に関する弁護士依頼者間秘匿特権の議論について紹介したい。

### 1. 弁護士依頼者間秘匿特権

弁護士依頼者間秘匿特権とは、弁護士と依頼者間における法的助言に関するコミュニケーションについては文書開示から保護するというものであり、弁護士と依頼者間の完全かつ率直なコミュニケーションを促すことにより、法の遵守と正義の実現におけるより広い公共の利益を促進することを目的としている。


### 2. 第9巡回区連邦控訴裁判所の事案<sup>1</sup>

#### (1) 事案の概要

本事案は、米国司法省による犯罪調査の一環として、当該犯罪調査に係する文書等の提出を要求する grand jury の召喚状 (subpoena) を受領した国際税務を専門とする弁護士事務所等が、一定の文書について、弁護士依頼者間秘匿特権等を主張して提出を拒んだというものである。

---

<sup>1</sup> *In re Grand Jury*, 23 F. 4th 1088 (9th Cir. 2022)



カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所は、一部の文書については弁護士依頼者間秘匿特権を認めたものの、その他の文書については、その主要な目的 (primary purpose) は、税務に関する助言を得ることであり、法的助言を得ることではないとして、当該文書は弁護士依頼者間秘匿特権によって保護されない等と判断し、更に提出を拒む弁護士事務所等に対して法廷侮辱罪を認めたことから、当該弁護士事務所等が第 9 巡回区連邦控訴裁判所に上訴した。

## (2) 第 9 巡回区連邦控訴裁判所の判断

本連邦控訴裁判所は、まず、弁護士依頼者間秘匿特権は、弁護士と依頼者との間の法的助言を得ることを目的となされた秘密のコミュニケーションを保護するものであり、弁護士による税務申告の準備に関するコミュニケーションは、一般的に弁護士依頼者間秘匿特権として保護されないものの、依頼者が、税務申告において何を主張すべきかについて弁護士の法的助言を求める場合には、当該助言は弁護士依頼者間秘匿特権として保護される場合があるとした。また、弁護士と依頼者間のコミュニケーションでは、特に税法の文脈において、弁護士の助言が法的分析と非法的分析を含み、法的目的と非法的目的の両方が存在する場合があるとした。そして、このような dual-purpose communications の場合に、当該コミュニケーションが弁護士依頼者間秘匿特権として保護されるためには、当該コミュニケーションの主要な目的が法的助言の取得及び提供を目的としたものである必要があるとした (primary purpose テスト)<sup>2</sup>。

この点、控訴人であった弁護士事務所等は、ワークプロダクト法理<sup>3</sup>の場合と同様に、状況全体を考慮し、その文書が予想される訴訟のために作成され、当該訴訟の見込みがなければ実質的に同様の形式で作成されなかったと公正に言える場合に、開示の対象から保護されるという考え方 (because of テスト) を採るべきであると主張した。連邦控訴裁判所は、because of テストは、主要な理由であることを要しないため primary purpose テストよりも保護範囲が広くなり、また、弁護士依頼者間秘匿特権の文脈では、問題となる dual-purpose communication が法的助言を提供又は取得する必要性のために (because of) なされたかについて問われることとなるとした。そして、because of テストは通常ワークプロダクト法理の文脈で用いられる基準であり、ワークプロダクト法理は、ディスカバリーによって相手方に訴訟弁護士の思考を詮索させたり、ただ乗りをさせることなく、訴訟弁護士に法理論や戦略を創造的に発展させることで、対立的プロセスの公平性を支持するものであるため、より広い because of テストを用いることは理に適うが、弁護士依頼者間秘匿特権は、弁護士と依頼者との間の完全で率直なコミュニケーションを促すことにより、法の遵守と正義の実現におけるより広い公共の利益を促進することを目的としており、対立的プロセスと必ずしも関連せず、訴訟の公平性にもそれほど関係しないとした。そして、それぞれは異なる目的

<sup>2</sup> なお、政府は、税務アドバイスの文脈での dual-purpose communications は、弁護士依頼者間秘匿特権として保護されることはない旨主張したが、本連邦控訴裁判所は当該主張を受け入れなかった。なお、第 7 巡回区連邦控訴裁判所は、*United States v. Frederick*, 182 F.3d 496 (7th Cir. 1999)において、税務申告の準備に使用するためと訴訟に使用するための二つの目的を有する文書に関し、弁護士依頼者間秘匿特権は適用されないと判断した。

<sup>3</sup> ワークプロダクト法理とは、訴訟を見込んで準備のために作成した文書等は、相手方に対する文書開示から保護するという法理である。対立構造による訴訟において、弁護士の思考プロセス等を相手方への開示から保護し、また、より勤勉な当事者側から不当に情報等を取ってしまった乗りをすることを防止することで、公平で十分な訴訟準備活動を行うことができるようにすることが真実発見につながるの考え方によるものである。



を有しているとして、適用にあたっては別のテストを用いることも理に適用とした。

また、弁護士事務所等は、primary purpose テストを適用するとしても、「the primary」purpose テストではなく「a primary」purpose テストを用いるべきであると主張した。つまり、コロンビア特別区巡回区連邦控訴裁判所 Kellogg 事件<sup>4</sup>では、同連邦控訴裁判所は、目的が A と B であったときに、一つの主要な目的が A か B かを決めようとするのは、有益ではなく実現可能でもなく、例えば法的目的とビジネス目的といった二つの目的からなされたコミュニケーションについて、一つの主要な目的を見つけることは本質的に不可能な作業であるとして、取得又は提供した法的助言はコミュニケーションの主要な目的の一つ（「a primary」）であったか、つまり、コミュニケーションの重要な（significant）目的の一つであったかを検討すべきであると主張した（Kellogg テスト）。弁護士事務所等は、当該基準によるべきであると主張した。

当該主張に対し、本連邦控訴裁判所は、コミュニケーションの主要又は支配的な目的（the primary or predominant purpose）を分離することは、理論的には容易に聞こえるが、実務的には厄介であるとして、Kellogg 事件の連邦控訴裁判所の論拠に価値を認めつつも、Kellogg 事件は、企業の社内調査という特定の文脈であり、当該論拠は税務の文脈において同じようには適用されず、Kellogg テストは、法的目的と非法的目的が等しく重要であるというような場合に秘匿特権の分析結果に違いが生じるだけであり、本案で問題となったコミュニケーションの支配的な目的は法的助言を得ることではないとの連邦地方裁判所の判断が明らかに誤りであるとはいえないため、Kellogg テストにより秘匿特権の分析結果に違いが生じるものではなく、また他の連邦控訴裁判所も未だ Kellogg テストを採用していないとして、本案に Kellogg テストを採用又は適用する必要はないと判断した。

### 3. 連邦最高裁判所への上訴

弁護士事務所は、連邦最高裁判所に対し、Kellogg テストを採用すべきであるとの主張を前提に「法的及び非法的助言を含むコミュニケーションは、法的助言を取得又は提供することが当該コミュニケーションの重要な

（significant）目的の一つである場合、弁護士依頼者間秘匿特権により保護されるか」との質問を提起して上訴をし、連邦最高裁判所は、2022年10月3日、当該上訴を受理した。

### 4. まとめ

連邦最高裁判所が第9巡回区連邦控訴裁判所の判断を支持した場合、裁判所が事後的に、弁護士依頼者間のコミュニケーションの主要な目的が何であったのかについて評価し判断することとなり、結果の予測困難性から、弁護士と依頼者との間の自由なコミュニケーションに萎縮的効果をもたらす可能性がある。一方で、Kellogg テストが採用された場合には、弁護士依頼者間秘匿特権の対象として保護されるコミュニケーションの範囲に一定の明確性を与えることとなり、弁護士と依頼者との間の自由なコミュニケーションが促進されると思われる。

<sup>4</sup> *In re Kellogg Brown & Root, Inc.*, 756 F.3d 754 (D.C. Cir. 2014). なお、同事件の担当裁判官は、現在連邦最高裁判所判事である Brett M. Kavanaugh 判事である。



連邦最高裁判所の判断は、米国訴訟実務や弁護士依頼者間の日々のコミュニケーションに大きな影響を与えることが予想されるため、今後の展開を注視していく必要がある。