

サルベインズ・オックスリィ法、ゲートキーパー行動計画、その他の分かれ道 米国弁護士の法と倫理、最新事情

リア・ウォーサム、エリック・L・ヒルシュホーン・著

森際 康友・訳

2005年6月

依頼者・弁護士間の守秘に係るアメリカ法

米国の弁護士の守秘義務に関しては3種の互いに関連した法がある。弁護士依頼者間特権の法、作業成果物の法理、および弁護士倫理としての守秘義務の3つである。米国の弁護士に対する依頼者の特権は、依頼者に「属する」ものとされる。守秘の倫理的義務は、弁護士の依頼者に対する責務の一部と観念されているからである。これは、守秘義務が絶対のものであり、依頼者の同意によっても解除されないとする、大陸法系の多くの国における職業倫理としての守秘義務の概念と際だった対照をなすと思う。

まず、依頼者が弁護士に対してもつこの特権は、証拠法の世界で生まれたものであり、合法的なディスカバリーの過程で求められた場合であっても、弁護士は依頼者との間の相互伝達行為について開示してはならない、とするものである。この特権は、弁護士と依頼者との間の会話等に、しかもそのみに適用される。依頼者は、弁護士に与えた情報内容を開示するように法的手続に従って求められた場合には、それに応ずる義務がある。が、自分が弁護士に述べたことや弁護士が依頼者に述べたことを開示する義務はない。

この特権が適用されるためにはいくつかの条件が満たされねばならない。たとえば、当該伝達行為は、(1)内密のこととして、(2)弁護士または依頼者の代理人を除けば、第三者がいなくて、(3)法的助言を得たり、与えたりする目的のために、行われねばならない。また、この特権には、いくつかの除外事項がある。本日の話題との関係では、依頼者が犯罪ないし詐欺的不正行為を遂行する目的で行った弁護士との伝達行為は、この特権の保護を受けない。

次に、作業成果物の法理は、訴訟になることを予測して行われた弁護士の作業を保護するものである。作業成果物の保護に関する法的規準は、もともと連邦最高裁によって「ヒックマン対テイラー事件」¹において明確にされた。それはある程度まで、連邦民事訴訟法および連邦刑事訴訟法において条文化されている。証言内容を含む「通常の」作業成果物は、次の条件を満たした場合には、ディスカバリーにおいて開示しなければならない。すなわち、聴問者が訴訟準備にそれを必要とする実質的な理由があり、かつ、理由のない困難を引き受けなければその実質的代替物を入手できない場合、である。これに対し、弁護士の心証に係る「意見等の作業成果物」は、ディスカバリーの対象とはならない。

¹ *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947)

第3の、守秘の倫理的義務は、ABA模範規則1.6によれば、依頼者の「代理に係る」すべての資料について秘密を守ることを要求する。ただし、規則1.6にあげられた開示に係る除外例に当たる場合、あるいは開示を要求する規則の適用がある場合は別である。²模範規則1.6にあげられている開示に関わる事項はすべて、開示を要求するのではなく、許すに過ぎないものである。が、この規則が州レベルで実定化されたものの中には、開示を要求する場合を挙げるものがある。また、模範規則1.6に当たる事例で、規則3.3または4.1の適用もある時には、開示が必要となる場合がある。というのは、規則3.3は、依頼者が法廷で詐欺的不正行為を働こうとする場合、弁護士が「相当な回復措置」をとることを要求するからである。この措置には、依頼者の偽証の開示が含まれる。また、規則4.1は、もし弁護士が依頼者の犯罪ないし詐欺的不正行為を幫助することになるのを回避するのに開示が必要な場合には、第三者に対する開示を求めている。

守秘義務に関するワシントンD・C 専門職行動規則への改正提案

今月、すなわち2005年6月に、ワシントンD・C 弁護士会理事会(BOG)は、ワシントンD・C 弁護士会の専門職行動規則検討(DCRPC)委員会の提言を受けて、以下の規則改訂提案を(控訴裁判所に)行った。この提案の特徴は、依頼者の犯罪および詐欺的不正行為に関する米国法曹協会(ABA)模範規則1.6(b)(2)および(3)ならびに模範規則1.13の「上向き報告」に係る規定の実質を実定化する一方、模範規則1.13で選択可能とされた「外向き報告」は採用しない点にある。[1.6の「実質」の中身だが]DCRPC委員会は、ABA規則1.6で選択しうるとされた、開示してもよい場合について、それを規則に採用することを勧告した。その場合とは、弁護士の活動が犯罪ないし詐欺的不正行為を助長するのに用いられ、かつ、開示が第三者の金銭上の利害または財産に対する、ほぼ確実に起こるであろう実質的な損害を、防止または低減、是正するのに必要である場合である。

もしこれらの変更が採用されたならば、ワシントンD・Cの弁護士は、サルベインズ・オックスリィ法における弁護士に関わる規定に一点を除いて完全に遵守しうることになる。その除外された事態というのは、株式が上場されている企業の代理人である弁護士が、企業内のより高い権限を持つ者に対して順に上向き報告をしていたが、最高の内的権限保有者が問題に対して行動をとらなかったと弁護士が判断した場合である。その場合には、模範規則1.13(c)は、たとえその弁護士の活動が問題となる犯罪ないし詐欺的不正行為に利用されなかった場合でも、弁護士が「外向き報告」を行うことを許す。

DCRPC委員会は、次のように結論づけた。当委員会の、弁護士の活動を利用した依頼者による犯罪ないし詐欺的不正行為に関するワシントンD・C規則1.6改正提案は、開示に

² 全米法律家協会は強制加入団体ではない。<模範規則>には法的拘束力はない。それは諸州のための「モデル」にすぎない。法的拘束力を有するのは、弁護士が登録を認められた管轄における規程である。

関して十分な対応を行った。従って、模範規則におけるこの規定の採用を勧めはしないと。

ゲートキーパー行動計画

金融行動作業部会（FATF）による「ゲートキーパー行動計画」について日弁連が深い憂慮を抱いていることを著者は知っている。米国でも、連邦政府の省庁横断的作業グループが法曹に対する政策形成を担当しているが、現在のところ連邦政府はこれに関わる法案を立法化してもいなければ、規制案を策定してもいない。³この問題に関しては、2003年に財務省の金融犯罪取締ネットワーク(FinCEN)が発した<規則策定提案に関する事前告知>があり、それは「将来宣布されうる反・資金洗浄に関する取り決めには、不審な取引・金融活動を報告する義務が含まれない旨を明確にした」。⁴この2003年の事前告知以来、財務省は公式の規則策定手続を踏んではいない。<資金洗浄ならびに専門職責任のためのABA作業部会>は、財務省と積極的に接触している。

新専門職活動規則の守秘義務規定に関するワシントン D・C 弁護士会の審議内容、ならびに、ABA において問題とされている主要なことから

ワシントン D・C 規則検討 (DCRPC) 委員会委員においても、同理事会 (BOG) のメンバーにおいても、サルベインズ・オックスリィ法へのコンプライアンス (遵守) に関わる問題が、守秘義務規定改訂の際の主要な問題意識であった。上記委員会には、ABA 臨時作業部会のメンバーを兼ねている者がおり、また、ゲートキーパー行動計画の委員長は同委員会副委員長と同じ事務所のパートナーであったにも関わらず、である。

2004年9月には、ABAは弁護士・依頼者間特権に関する作業部会を立ち上げた。その任務は、この特権ならびに作業成果物法理に関する政策提案を行うことであった。その中間報告は、2005年5月18日にABAに提出された。その主たる関心は、嫌疑を受けた企業の依頼者に対して検察官が加える圧力の問題にあった。それは、量刑において寛大な措置を受けるために弁護士依頼者間特権を放棄するように、との圧力である。この問題に関する憂慮は、検察行動原則に関して司法省が出した二つのメモによって昂進した。⁵この作業部

³ ABA 国際法部、資金洗浄および専門職責任に関する臨時タスクフォース、弁護士依頼者間特権に関する ABA タスクフォースへのコメント、2005年5月5日、4頁。下記に掲載。

<http://www.abanet.org/buslaw/attorneyclient/publichearing20050421/testimony/laundrying3.pdf>.

⁴ *Id.* at p. 5 ; see 68 Fed. Reg. 17569, 17570-71 (Apr. 10, 2003).

⁵ 司法副長官ラリー・トンプソン(Larry Thompson)から各部署の長および連邦弁護士へのメモ、Principles of Federal Prosecution of Business Organizations (Jan. 20, 2003) (下記に掲載 http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm). このトムソンメモは、前司法副長官エリック・ホルダー(Eric Holder)が起草したメモによって確立した、それまでの司法省の政策を拡張、改訂するもので

会の報告によれば、SEC も同様の政策を実施している。2005年5月に出されたこの報告が取り上げた第二の問題は、弁護士と公認会計士に対する開示についての、公認会計士とその規制団体である「上場企業会計監督理事会」に関わることがらである。問題は、既にいくつかの裁判例が、企業外の公認会計士に対して特権で保護された文書を開示すると、その後はこの特権を援用できない、としたことにある。⁶

アメリカ法における弁護士に係る関係諸原則

[この間、テロルその他に対応すべく]連邦政府が努力を傾注しているが、これには守秘義務の緩和を余儀なくさせる虞があるとされる。この点について考察する場合には、弁護士に関する法に関わる次の諸点を念頭に置くべきである。

1. 守秘に関する権利は依頼者に属する。

倫理規則における秘密保護の規定や上記特権は、依頼者に「属する」。依頼者が企業である場合の守秘に関する政策は、通常、次のように表現される。依頼者の法遵守を弁護士が補助できるためには、十全かつ自由な相互伝達行為が必要だ（が、このような十全性と自由の確保には、それに必要な限りでの守秘の権利と義務が認められねばならない）と。したがって、守秘に関する特権や倫理的義務が、依頼者が犯罪や詐欺的不正行為を助長するために弁護士の活動を利用するような行為を保護しないことは理の当然である。

2. アメリカ法は、依頼者の過去の行動と現在進行中ないし未来の行動とを区別する。また、依頼者の犯罪ないし詐欺的不正行為の補助を禁止する。

倫理規則の最も基本的な原則（それは模範規則 1.2(d) に規定されている）は、弁護士は故意に犯罪ないし詐欺的不正行為を補助ないし助言してはならない、というものである。弁護士に関する法は、弁護士の役割に関して、依頼者の過去の行動と現在進行中ないし未来の行動とを区別する。弁護士には、依頼者の過去の行動に関する秘密を守る倫理的義務がある。弁護士依頼者間特権はそのような行動に関する伝達行為の秘密を保護する。もし弁護士の活動が犯罪や詐欺的不正行為を助長するのに用いられなかった場合、この特権に関する例外規定は適用されず、関連する規則 1.6 の例外規定も適用されない。したがって、刑事弁護を行う弁護士は、クロの依頼者の秘密を守ることが義務づけられる。した

あった。

司法副長官エリック・ホルダーから各部署の長および連邦弁護士へのメモ、Bringing Criminal Charges Against Corporations (June 16, 1999) reprinted in Justice Department Guidance on Prosecution of Corporations, in CRIM. L. REP. (BNA) (1999) (下記に掲載)

http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/policy/Charging_corps.html cited in ABA Task Force on Attorney-Client Privilege Report to ABA House of Delegates, May 18, 2005, n.68 下記に掲載

<http://www.abanet.org/buslaw/attorneyclient/materials/hod/report.pdf>.

⁶ *In re Pfizer, Inc. v. Securities Litig.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 18215, *22 (S.D.N.Y. December 23, 1993) (90 Civ. 1260).

がって、弁護士が、この場合でも、検察が依頼者の有罪を合理的な疑いを入れない程度まで立証することを要求するのは、倫理的な行動であるということになる。また、弁護士が、自己が関わっていない行動について内偵を行うよう求められた場合、知り得た結果については、依頼者が秘密保護の権利を放棄しない限りは、秘密を守らねばならない。⁷このような内偵が行われた場合に、検察側が依頼者に秘密保持特権を放棄するよう圧力をかけることこそ、上記 ABA 特権作業部会が主要に問題にしたことである。

弁護士が刑事ないし民事事件で依頼者を弁護する場合や、弁護士が内偵を行う場合は、弁護士が依頼者の現在や未来の計画について助言したりその計画を実現するのを補助したりする場合とは状況が異なる。もし弁護士が、将来の犯罪や詐欺的不正行為に関わらないように依頼者を説得することができない場合、なお代理を続けたならばその計画を弁護士が補助したことになる、その他、法または倫理規則に違反するように依頼者がし向けるのであれば、弁護士は辞任しなければならない。必要な場合には、弁護士は「けたたましい辞任(noisy withdrawal)」を行うことができる。すなわち、依頼者を代理して弁護士が提出した資料のすべてを取り下げるのである。新しい模範規則 1.6(b)(2)(3)によれば、弁護士はさらに一歩進めて、犯罪や詐欺的不正行為の準備に弁護士の活動が利用された場合には、秘密情報を、第 3 者の金銭上または財産上の利害の実質的損害を防止するのに必要と思われる限りで開示することができる。模範規則 1.6 および 4.1 に対するコメントによれば「必要と思われる限りで」とは、弁護士は目的を実現するのに最も穏便な方法をとるべきだということの意味する。

3. 模範規則 1.6 と 1.13 とは異なった政策前提に基づいていること

模範規則 1.6 の犯罪や詐欺的不正行為についての開示規定は、弁護士の活動を依頼者が濫用することによって発動されるものである。一方、模範規則 1.13 の出発点は、組織の代理人である弁護士は組織全体の利益を代理するのであり、組織を構成する社長や法務部長など、一個人の利害を代理するものではない、ということにある。1.13 の弁護士が「上向き報告」するように定めた義務は、その組織の最高レベルの者たちが組織に害を与える活動をしている利己的な構成員から組織を守るために適切に行動するであろうことを想定している。模範規則 1.13 の「外向け報告」の選択肢は、たとえ組織の最高権威がその組織を裏切った場合でも、(たとえば株主の利益など)組織全体(の利益)を守るために弁護士は行動すべきだとの考え方によって正当化される。

4. 弁護士に対する州の規制

米国における弁護士を規制する法的権威は、通常、弁護士が加入を認められた[州]法体系

⁷ 弁護士は、通常は、自ら属する法律事務所が関わるかもしれない問題について捜査するための着手金を受け取るべきではない。利益相反に陥る蓋然性が高いからである。エンロン社における内偵の一部はヴィンソン・エルキンス(Vinson & Elkins)法律事務所が行った。エンロンおよびこの法律事務所の行動が批判された理由の一つはここにある。

の最高裁判所に託されている。⁸米国において登録弁護士になるためには、人は少なくとも一つの州の弁護士会に加入を認められねばならない。連邦裁判所および他の連邦機関⁹で執務する権限は、州弁護士会への加入をもとに授与される。

弁護士の規制は、加入承認手続、行動準則の周知徹底および懲戒を通して実施される。これらの手続の実務のほとんどは有給のスタッフおよびボランティアの弁護士会員によって行われるが、その手続に法的権威を与えるのは州の最高裁である。

たとえば、ワシントン D・C の約八万人からなる弁護士会員が支払う弁護士会費が、ワシントン D・C の弁護士懲戒制度の財源となっている。ワシントン D・C では懲戒事件は三名からなる調査委員会で審議される。その調査委員会はボランティア、すなわち弁護士二名と一名の弁護士でない者からなる。それは、事実認定と法の適用および制裁提案からなる報告書を取りまとめる。その報告書は五名の無給のボランティアからなる〈専門職責任理事会〉(BPR)で審査される。重大な制裁については〈ワシントン D・C 控訴裁判所〉(DCCA)によって直接宣告される。またすべての制裁宣告は DCCA に控訴しうる。有給のスタッフがこの手続を管理し、ボランティアの補助を行い、DCCA にあげられる事項に関して BPR を代理する。

弁護士会費は〈専門職行動規則検討委員会〉や〈法曹倫理委員会〉などの委員会活動その他のワシントン D・C 弁護士会活動を支える財源ともなる。DCRPC 委員会の規則変更に関する提案は、ワシントン D・C 弁護士会の理事会にあげられる。その理事会は、審議の上、この案を DCCA にあげる。法曹倫理委員会はワシントン D・C 規則の解釈をめぐる非公式の意見を述べる。その意見には(DCCA がその解釈を裁判所の意見として承認しない限り)法的拘束力はない。理事会の構成員は毎年ワシントン D・C 弁護士会員全員による郵送および電子的投票によって選ばれる。

弁護士会加入申請者による申請料が加入承認制度の財源である。〈司法試験委員全国会議〉(NCBE)は、すべての州で二月および十一月に行われる司法試験の問題を幾通りか用意する。各州およびワシントン D・C は、それぞれ自ら施行する司法試験のどの部分を NCBE と契約して任せるか、そして自州の法律に基づく問題を自ら作成するかどうかを決定する。このほか 47 の州およびワシントン D・C は、NCBE が独自に主催する、二時間の〈複数州専門職責任試験〉(MPRE)に合格することを要求する。この試験は、三月、八月および十一月に行われる。

連邦裁判所には、これらとはまた別の登録手続があり、同裁判所は倫理規則を策定し、自ら懲戒を行うことができる。実際は、ほとんどの点で連邦裁判所の所在する州の規則に準じてこれらを行う。〈証券取引委員会〉(SEC)にはこの委員会で弁護活動を行う弁護士に関する規則を定める権限を持つ。同委員会はまた、連邦議会がサルベインズ・オック

⁸ 多くの弁護士は複数登録している。すなわち、複数の州で、そして連邦の裁判所で執務する権限を持つ。

⁹ 一般に、一つの州弁護士会で加入が認められれば、すべての連邦控訴裁判所の弁護士会への加入が認められる。それに対し、大半の連邦地区裁判所で訴訟代理するためには、その裁判所の所在地である州の弁護士会への加入が必要である。

スリイ法 307 条で規定した弁護士の義務に違反した弁護士を懲戒する権限も持つ。

これは 1980 年代前半に大いに論議された点であるが、当時、司法長官であったリチャード・ソーンボロ (Richard Thornburgh) が、(模範規則 4.2 が明確にこれを禁止しているにも関わらず) 弁護人を持つ刑事被告人に直接接触することつき、州の倫理規則に「優先させ」て連邦検察官に異なった基準を適用する権限が司法省にはある、と主張した。

この主張は、アメリカの民主制ができれば避けたがる連邦制および権力分立制に関わる深刻な問題を投げかける。<マクデイド (McDade) 改正> を通すことによって、連邦議会は連邦政府の法曹が自ら登録している州の専門職責任規則を守るように義務づけた。これは、弁護人を持つ刑事被告人に対する接触に関しても適用がある(ので、この問題は立法的に解決された)。この問題はサルベインズ・オックスリイ法に関連して再度登場している。そして、もし、連邦政府が州の倫理規則と矛盾するゲートキーパー規制を行った場合にも、発生する。

SEC がもともと提案した(サルベインズ・オックスリイ法における) 弁護士に関する規定は、弁護士が株式上場企業を代理することを「専門職としての配慮」に基づいて辞任した場合、あるいは、「けたたましい辞任」によって既に提出した資料を取り下げた場合には、SEC にその旨を通告することを義務づけていた。これに対して、ABA やその他の弁護士会などが、政府の目的を達成するには開示を義務づけるのではなく、それを許すとした方が、その目的をよりよく達成できると強く主張した。その結果、提案のこの部分は実現しなかった(それは今なお SEC で検討中である)。現行の SEC 規則は、開示に関する選択としては許可しかとりあげて(おらず、義務づけについて規定して)いない。ABA 企業責任作業部会による提案は、ABA 模範規則 1.6 および 1.13 の改正をもたらしたのであるが、それは弁護士がサルベインズ・オックスリイ法での許される開示すべてを行うことを認めるものである。

いくつかの州は、すでにこのような遵守を認める倫理規則、あるいは、それよりもさらに守秘義務を緩和した倫理規則を実施していた。一方、州の中にはサルベインズ・オックスリイ法の遵守を可能にするような改正を行っていないところもある。もし、州の規則がサルベインズ・オックスリイ法の規定があげようような許される開示を認めないならば、理論的には、SEC はその弁護士が SEC の前で弁護活動を行う権利を剥奪しうる。逆に、少なくとも理論的には、もし、州の規則がこういった開示を許していないとき、SEC の規定にしたがって開示を行った場合には、その弁護士は所属州弁護士会による懲戒を受けることがある。

米国の大規模法律事務所で注目される倫理問題

実は、守秘義務問題は、大規模事務所では、倫理問題についての日常的な相談事項としてはめったに持ち込まれない。大規模事務所における主要な問題は、時間の点でも、注目

の度合いでも、利益相反の問題、および「受任に値しない」依頼者の事件を受任することによって発生するリスクの問題である。利益相反問題は、訴訟の文脈だけでなく、交渉や立法の場面でも発生する。たとえば、交渉の相手方も事務所の依頼者である場合、(この事案に関しては当該弁護士が代理人となっていない場合)自らの依頼者を代理して交渉してよいのであろうか。利益相反は、ときには同一企業系列の中で生じる。たとえば、ある企業の子会社を代理する法律事務所は、同時に、他の事件において、その企業の別の子会社を相手方にしてよいのであろうか。利益相反に関する規則は、相手方が(過去ではなく)現在の依頼者である場合、より厳しいので、現在、過去のどちらであるかということがしばしば争われる。

不注意、あるいは無知な弁護士は、依頼者の詐欺的不正行為その他の不正行為に、責任がある形で巻き込まれることもあるので、「受任に値しない」依頼者の問題も大規模法律事務所にとって重要なことがらである。なぜそうかという、問題のある依頼者はしばしば被害者に補償するだけの資産を持たないからである。こうなると、原告とその弁護士たちは、自らの、あるいは、自らの依頼者の補償を行うための「お金持ち(deep pocket)」として、問題のある依頼者を「補助し教唆する(aiding and abetting)」法律事務所や公認会計士に目を向けるようになるものである。