

弁護士・依頼者間の秘匿特権の現状に 関する一考察

論
説

竹 部 晴 美

目次

はじめに

第1章 Eディスカバリーの問題点

- 1 Eディスカバリーの特徴
- 2 Eディスカバリーと Zubulake 判決

第2章 弁護士・依頼者間の秘匿特権とEディスカバリー

- 1 弁護士・依頼者間の秘匿特権の概観
- 2 Eディスカバリー下での弁護士・依頼者間の秘匿特権に関する諸問題
- 3 弁護士・依頼者間の秘匿特権の不注意による放棄を避けるための方法

第3章 弁護士・依頼者間の秘匿特権における第三者の取扱い

- 1 第三者たるコンサルタントへの弁護士・依頼者間の秘匿特権の適用に関する一般的な考え方
- 2 様々なコンサルタントへの弁護士・依頼者間の秘匿特権適用拡大の可能性

おわりに

は じ め に

2006年12月に改正された連邦民事訴訟規則において、単なる紙ベースのディスカバリーから電子的に保存された情報（ESI）データのディスカバリー（以下、Eディスカバリーとする）へと、その開示の対象が広げられたのは知られているところである。現在、アメリカのみならず、世界中すべての企業及び政府の情報のほとんどは、電子的情報の形式で作成され保存されている。そのため自ずと ESI が訴訟での証拠の主要情報源とな

らざるを得ず、開示対象が紙ベースの情報の時ほど、ディスカバリーに至る開示手続は容易ではない。その理由の一つは、電子文書を不注意によって開示した場合、弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄したものとみなされる可能性があるからである。

Eディスカバリーでは、訴訟当事者が特権化された情報を不注意に開示しないよう注意を促すため、弁護士による対応を必要とする。さらに、ディスカバリー手続で弁護士たちが読まなければならない情報が莫大な量であるために、弁護士が情報開示について監督していたとしても、相手方弁護士に情報を誤って送信する確率は低くない。

本稿は紙ベースのディスカバリーからEディスカバリー手続への変化に伴い、守秘的なやりとり（コミュニケーション・communications）に関して認められている最も古い特権の一つである弁護士・依頼者間の秘匿特権がどのように変化し、どのような問題が生じているのか、Adjoa Linzyの⁽¹⁾論考と近時の興味深い判例をもとに考察を行うものである。

1990年代の急速な電子化によりとりわけ米国の訴訟風景は一変した。ディスカバリー手続において特に重要な弁護士・依頼者間の秘匿特権は、特権を放棄することが可能な特定の行為あるいは非行為が存在し、この特権が絶対的ではないため、実務上も問題が多かったわけであるが、Eディスカバリーの出現によってそれはさらに複雑化したといえる。Eディスカバリー手続は弁護士業務をより効率的にする一方で、ディスカバリー要求に応じる過程で、弁護士・依頼者間の秘匿特権を誤って放棄するという事態が生じやすくなった。

さらにEディスカバリー手続では膨大な量のEメールの処理が弁護士に

(1) Adjoa Linzy, *The Attorney-Client Privilege and Discovery of Electronically Stored Information*, 2011 DUKE L. & TECH. REV. 1 (2011).

重い負担として課せられていることから、一層複雑な事態が、ディスカバリー可能なEメールが主となるEメールサーバーによって自動的に削除されていた場合に生じている。つまり削除されたとするデータが必ずしも完全には削除された訳ではなく、削除されたはずのデータがまだ存在し、それらを再現することが可能だからである。これがEディスカバリー手続の費用高騰を引き起こしている原因であるとも言われている。

そこで本稿では、このような様々な問題をはらむEディスカバリー手続における弁護士・依頼者間の秘匿特権について考察したいと思う。そこで、まずはじめに、においてEディスカバリーの出現に伴う弁護士・依頼者間の秘匿特権が直面する問題点を概観する。続いて第1章ではEディスカバリー下で生じた問題点に関する Zubulake 判決を分析し、第2章では、弁護士・依頼者間の秘匿特権の概要を説明するとともにEディスカバリー中に生じる可能性のある弁護士・依頼者間の秘匿特権の放棄の問題について分析する。そのうえで、第3章では、弁護士・依頼者間の秘匿特権の適用範囲の拡大に関する判例を紹介し、おわりに、では、検討内容を整理するとともに残された問題について述べたいと思う。

第1章 Eディスカバリーの問題点⁽²⁾

1 Eディスカバリーの特徴

従来のディスカバリーとEディスカバリー間で決定的で、また最も重要な違いは、費用である。Eディスカバリーで、メタデータの存在が高費用⁽³⁾

(2) Eディスカバリーに関しては、竹部晴美「Eディスカバリーにおける保護命令：電子情報の非開示が認められる場合について」法と政治61巻4号115-162頁（2011年）でより詳細に説明している。

(3) メタデータは、電子的文書の履歴、追跡、または管理を記述する情報のことである。後に文書を検索する際、コンピューターを手助けするために、利用者のコンピューターに保存されている文書に関係する情報である。

負担を招いていると言われている。メタデータは、作者や作成日時などを
 含むそのファイルに関してEファイルに埋め込まれた情報である。弁護士
 にとってはディスカバリーにおいてメタデータ情報を要求することはま
 ます一般的なことである。このために弁護士は、Eディスカバリーの専門
 業者（一般的にベンダー・Vendorと言われている）を雇う。Eディス
 カバリー時代に突入し、大きく成長を遂げたのはこのベンダー会社の存在
 である。いまやEディスカバリーの多くの作業はベンダー会社によって担
 われている。一般的なベンダー会社を例にとってみると、その会社は、ま
 ず情報管理（Information management）から始め、検証（Identification）、
 保存（Preservation）、収集（Collection）をし、処理手続（Processing）
 のあと再検討（Review）と分析（Analysis）を行う。そして最終的に提出
 （Production）をして、提示（Presentation）に至る。初期の情報管理の段
 階では、情報量（Volume）は非常に多いため未だ当該事件との関連性
 （Relevance）は弱い、しかし最終的な提示段階にいくと、情報量は少なく
 なり、当該事件との関連性が非常に強い情報に絞り込むという作業をベン
 ダー会社が担っている。現在では、その絞り込みの作業や大量の情報から
 検索用語を取り出したり、重要な頻出用語を抽出する作業は人工知能の力
 を借りている。また日本のベンダー会社では、英語のように単語と単語の
 間に半角の空欄が空かない日本語や中国語であっても検索用語の抽出がで
 きるように人工知能を教育しているため、その作業効率が格段に速く、正
 確⁽⁴⁾になってきている。またEディスカバリーに携わる弁護士は、破棄され

メタデータはたいていコンピュータのユーザーによって隠され、見えない
 ようにされ、通常はアクセスできないようにされている。メタデータの例
 は、コメント、編集の日付と履歴、原作者、送信し、受領した日付などを
 含む。メタデータは単純に言うならば、データについてのデータである。

(4) 竹部晴美「特許侵害訴訟における証拠開示と営業機密不開示を求める
 保護命令：特にEディスカバリー時代の対応について」平成27年度産業財

た電子的文書がないかを調べるため、犯罪科学のコンピューターの専門家
を雇うこともある。⁽⁵⁾したがってEディスカバリーに伴う訴訟費用は相当増
加しており、訴訟当事者間で、これらの費用負担の問題が最も重要な訴訟
上の問題となった。このEディスカバリーにおける費用負担の問題に関し
て重要な判例が Zubulake 事件に関する合衆国地裁判決⁽⁶⁾である。

2 Eディスカバリーと Zubulake 判決⁽⁷⁾

Zubulake 判決はディスカバリーの費用を負担すべき当事者を決定する
ために3つの考慮事項を確立した。当事者間の(1)当該電子文書へのア
クセスの可能性、次に(2)開示要求された情報をより低コストで取得す
る手段の有無、そして(3)事件事実に基づいた費用便益分析である。他
の事例とも相まって Zubulake 事件は、連邦民事訴訟規則の2006年改正⁽⁸⁾
を促した。2006年改正以前の連邦民事訴訟規則上のルールのもとでは、デ
ィスカバリー要求に応じる費用はディスカバリーに応じる応答当事者によ
って負担されるものと推定されていた。しかし、Zubulake 事件判決を受け
た後の改正連邦民事訴訟規則⁽⁹⁾の下では、「当事者が過度の負担や費用から
合理的なアクセスが可能ではない場合は、当事者は当該全情報から電子的
に保存された情報についてディスカバリーをする必要がない」とされた。

産権研究推進事業報告書、知的財研究教育財団知的財産研究所(2017)

(5) Lerner David Littenberg Krumholz & Mentlik LLP の Keith J. McWha
弁護士へのインタビュー調査(2015年4月30日実施)によって聴取した。

(6) Zubulake v. UBS Warburg, 216 F.R.D. 280 (S.D.N.Y. 2003).

(7) Zubulake 判決については、竹部晴美「Eディスカバリーにおける費
用分担の問題—Zubulake I, II, III判決を中心に—」法と政治64巻1号
53-86頁(2013年)で詳しく述べている。

(8) 2006年改正で特に重要な改正点だと言われたのは、FED.R.CIV.P. 34(b),
26(b)(2)(B), 26(f), 37(f)である。

(9) FED.R.CIV.P. 26(b)(2)(B).

しかしながらその場合でも、裁判所は、正当事由を提示した上でディスカバリーを命ずることが可能である。

上記、はじめにで触れたように、Eディスカバリーは単なるデータのコピーや保存という概念を超えており、Eディスカバリーの要求を受ける当事者は、まずデータを調査し、関連ある情報と非特権情報のみが相手方弁護士に送られているかどうか（秘匿特権のある情報が保護されているか）を常に確認しなければならない。すべての電子的データを分類し調査することは、非常に煩雑な作業であるため、やはりEディスカバリーを専門とするベンダーにこの作業を外部委託せざるを得ない。さらにこの作業をベンダーに委託することで、ベンダーが秘匿特権のある情報を相手方当事者に誤送信することも考えられる。しかしこの点については、秘匿特権化されている情報を誤って相手方当事者に送信しないようにするという本来担当弁護士が担うべき責任をいまやベンダーが担っていると考えられている。

第2章 弁護士・依頼者間の秘匿特権とEディスカバリー

1 弁護士・依頼者間の秘匿特権の概観

合衆国のほとんどの州では、この特権を法律または規則で成文化しているが、それ以外の州ではまだコモン・ローに依拠して個別に判断している。これまで裁判所は、この特権に関する法的要素についてさまざまな表現方法で言及してきた。その集積に基づいて以下のように一様の整理が行われている。

弁護士・依頼者間の秘匿特権は、以下の場合に適用される。すなわち、
 (1) 特権の主張する者は依頼者または依頼者になる予定である者で、
 (2) やりとりがなされた者は (a) 資格を有している弁護士またはその部下であり、かつ (b) このやりとりに関して弁護士として活動に関係している

446(446) 法と政治 70巻1号 (2019年5月)

者で、(a) 彼（その弁護士）の依頼人によって、(b) 見知らぬ人がいない状況で、(c) 主に (i) 法律に関する意見、(ii) 法の実務サービス、(iii) 何らかの訴訟手続における援助、のいずれかを保護する目的で (d) 犯罪または不法行為で委任することを目的しない (3) 事実に関連して弁護士に提供されたやりとりであり、そして (4) 特権が (a) 主張され、かつ (b) 依頼者によって放棄されていない場合のみである。⁽¹⁰⁾

この特権が存在する目的は、「弁護士とその依頼者との間の完全で率直なやりとりを奨励し、それによって法の遵守および司法の執行におけるより幅広い公益を促進すること」⁽¹¹⁾である。他方で特権は、絶対的なものではなく、真実発見のための完全で自由なディスカバリーを妨げることになるため、狭く解釈されなければならない。この点について合衆国最高裁は、秘匿特権に基づく証言排除ルールが「公 (public) は全ての人の証拠を得る権利を有する」⁽¹²⁾という基本原則に反すると指摘する。つまり、秘匿特権は厳密に解釈され、「証言拒絶を許すこと、または関連する証拠を排除することは、真実を突き止めるためにすべての合理的な手段を利用するという一般的に支配的な原則を超越する公共の利益が存在する場合という非常に限られた範囲内でのみ」⁽¹³⁾受け入れられなければならないとした。

このように弁護士・依頼者間の秘匿特権の適用は非常に単純なルールではあるが、合衆国裁判所間ではこの秘匿特権について一律の見解に達していない。合衆国控訴裁判所ごとにさまざまな要因を用いて特権に関する分析を行なっているというのが現状である。このように弁護士・依頼者間の

(10) See Linzy, *supra* note 1, at 4.

(11) *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

(12) *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40, 51 (1980).

(13) *Id.*

秘匿特権に関する分析は、特に ESI が関係する場合において、すでに解
 釈されてきた法律の範囲からはほど遠いものになっている。⁽¹⁴⁾

2 Eディスカバリー下での弁護士・依頼者間の秘匿特権に関する諸問題

弁護士・依頼者間の秘匿特権は依頼者にのみ帰属するが、弁護士には依頼者の代理人としてその権利を主張する倫理的義務がある。したがって弁護士は依頼者のために特権を適切に主張し、それをうかつに放棄しないように注意しなければならない。しかしながら、Eディスカバリーの導入を契機に、テクノロジーを用いることでディスカバリー要求への応答がより容易になり、逆に、意図せずに弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄することも容易になってしまった。不注意による開示が自動的に特権の放棄をもたらすことについては、合衆国控訴裁判所間での明確なルール上のコンセンサスが存在しないこともあって、この種の過誤が特に一般的になっている。⁽¹⁵⁾

(1) 不注意による開示の問題へのさまざまなアプローチ

不注意による ESI の開示が、弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄するかどうかについて、3つの異なる考え方が出されている。1つ目は、不注意による開示を自動的な権利放棄として見なす見解で、2つ目は、不注意による開示が自動的な権利放棄になることは決してないという見解で、3つ目はそれらの中間的な考え方であり、特権が放棄されているかどうかを判断するために多因子テスト (a multifactor test) を用いるというものである。

(14) See Linzy, *supra* note 1, at 8.

(15) *Id.* at 19.

ここで問題となる弁護士の過失に関しては、その程度に応じて検討すべきであるとされている。過失の程度が低い例として挙げられるのは、弁護士が秘匿特権の付随した情報を相手方に誤送信してしまったという場合である。さらに過失の程度が高い例としては、秘匿特権のある文書かどうかの確認を弁護士が怠っていたため、当該文書が相手方当事者の手元に渡ってしまったという場合を挙げることができる。以下、弁護士の過失の有無の程度について検討をしておきたい。

(a) 不注意による開示が弁護士と依頼人の特権を自動的に放棄するという見解

不注意による開示は自動的に弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄するのだという1つ目の考え方に同意する裁判所は、意図しない開示について客観的な見方をし、開示されている文書の量にかかわらず秘匿特権を放棄したものと考える。例えば、*In re Sealed* 事件⁽¹⁶⁾で、コロンビア特別区合衆国控訴裁は、その開示は不注意ではあるが自動的に弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄したものと判断した。ここで同控訴裁判所は、弁護士・依頼者間の秘匿特権は伝統ある考え方であり、重要性が増しているが、特権によって保護されるやりとりの守秘性は、権利の放棄が許されない限り、秘匿特権の保持者によって注意深く保護されなければならないが、秘匿特権を主張する者には、自らの予防によって保障される保護以上のものを与えるものではない。したがって「開示が不注意」であったとしてもそれにより特権が失われると判断した下級審裁判所の判断に同意するとした⁽¹⁷⁾。

一般的に、この見解に従う裁判所は、秘匿特権が放棄されたと見なされ

(16) *In re Sealed Case*, 877 F.2D 976 (D.C. Cir. 1989).

(17) *Id.* at 980.

た場合の文書の量やその過失を修正するために緊急の措置が取られたかどうかについては考慮しない。いったん文書が誤って引き渡されたなら、弁護士・依頼者間の秘匿特権は放棄されたとみなしている。この見解を採用する場合、「緊急の措置が不注意による開示つまり過失を修正するために取られた」場合でさえ、秘匿特権は放棄されたことになる。⁽¹⁸⁾

この裁判所の見解からすると、提出文書がいったん相手方当事者によって確認されていた（見られていた）ならば、秘匿特権は放棄されたとみなされることになる。したがって、このように自動的に秘匿特権を放棄するルールに従うコロンビア特別区控訴合衆国裁のような裁判所を管轄地として扱う場合には、このような過失あるいは不注意による開示を妨げるために細心の注意を払う必要がある。

(b) 不注意による開示が弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄しない見解

上記 (a) で述べたように、合衆国内の裁判所は、弁護士・依頼者間の秘匿特権の放棄を認めることに一貫した判断（統一した見解）を持っている

(18) この点具体的に *Wichita Land & Cattle Co. v. Am. Fed. Bank, F.S.B.*, 148 F.R.D. 456, 461-62 (D.D.C. 1992) で、「このような状況で秘匿特権の放棄の判断を下すことは厳しい結果に見えるかもしれない...関連するすべての証拠への自由な司法アクセスと証拠に基づいた特権を与える方針の間には葛藤がある。それは当事者主義に不可欠である徹底した事件準備と同様に、弁護士と依頼人間に全面的な率直さを促す。権利放棄を寛容に適用すれば、広範な資料に「特権あり」と分類しないことを企業や団体に推奨することになる。そのように分類されている複数の文書は、関連するすべての通信に対してディスカバリーを可能にする結果、不慮の開示の可能性を高める。『依頼人が秘匿特権を維持したいならば、弁護士と依頼人間のやりとりについての守秘義務を宝石のように扱わなければならない、王冠にはめられた宝石ではないとしても。』と判示された。

ない。いくつかの裁判所（その代表例がコロンビア特別区合衆国控訴裁である）は自動的な放棄を認めながら、他方で放棄しないという見方を支持する裁判所も存在する。後者のような見解に立つ裁判所では、Eディスカバリーにおいて特権化された文書の不注意による開示が行われても、直ちに弁護士・依頼者間の秘匿特権が放棄されることにはならないと判示している。その理由として、弁護士・依頼者間の秘匿特権は依頼人に帰属し、それを放棄することができるのは、依頼人のみであるため、ディスカバリー手続での弁護人の過失が弁護士・依頼者間の秘匿特権の権利放棄を構成することはできないという理由を示している。弁護士の過失の程度についてこの見解が採用される場合には、たとえ弁護士の過失の程度が高い場合であっても、秘匿特権を放棄したことにはならないと判断する場合が多い。

例えば、Mendenhall v. Barber-Greene Co. 事件⁽¹⁹⁾において、イリノイ州北部地区合衆国地裁は、特許権侵害訴訟において、秘匿特権で保護されるべき手紙に関して、弁護士の不注意による提出（開示とも言える）は、弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄するものではないと判示した⁽²⁰⁾。さらに「弁護士はロースクールの1年次から、権利放棄は『保護される権利の意図的な放棄』を意味すると習う⁽²¹⁾」と述べ、「不注意による提出は、この考え方（意図的な放棄に関してのみ権利放棄とする考え方）のアンチテーゼである⁽²²⁾。」との理由を付した。つまり同裁判所は、弁護士が提出前に手紙を調査しなかったことには、過失が存在したかもしれないが、秘匿特権を放棄したと認めるためには、弁護士の単なる過失以上の何か（故意）を要求すべきであるとし、秘匿特権の放棄を認めなかった。したがって、この

(19) Mendenhall v. Barber-Greene Co., 531 F. Supp. 951 (N.D.Ill. 1982).

(20) *Id.* at 955.

(21) *Id.*

(22) *Id.*

ような見解を採る裁判管轄地でEディスカバリーを行う場合には、過失による権利放棄が弁護士またはその復代理人（通常はベンダー会社を指すことになるであろう）によるものである限り、不注意による開示をもたらした過失が直ちに秘匿特権の放棄と認識されるわけではないため、コロンビア特別区合衆国控訴裁のような権利放棄に厳格な見解を採用する裁判地に比較すれば、Eディスカバリーに関する弁護活動については特に神経質になることはないとも言える。しかしディスカバリー手続で相手方当事者に文書を中心とする情報を引き渡す前に、その情報に秘匿特権を課すべきかの調査を怠った場合、依頼者から弁護士の職務遂行上の倫理違反で訴えられることもあるだろう。⁽²³⁾

(c) 弁護士・依頼者間の秘匿特権が不注意による開示により放棄されたかどうかを判断するために他因子テストを用いる見解

この見解は、上記の (a) と (b) との中間的な考え方になっており、Lois Sportswear 事件⁽²⁴⁾で確立した考え方として知られている。つまり秘匿特権が存在するのかどうかを決定するために、事件事実に関して徹底した分析を行う。この場合、情報の不注意による開示が権利放棄を構成しているかどうかについて、事件事実を分析する手法を採るわけであるが、その分析を評価する際に考慮される要因は、(1) 不注意による開示を防ぐために合理性な予防措置を講じていたか、(2) その誤りを修正するのにかかった時間、(3) ディスカバリー手続の範囲、(4) 開示の及ぶ程度、および

(23) しかしながら弁護士がイリノイ州北部地区連邦地裁のような見解を採用する裁判地で実務をおこなうため、その仕事がより楽になると言い切る事にはならないだろう。

(24) Lois Sportswear, U.S.A., Inc. v. Levi Stauss & Co., 104 F.R.D. 103, 105 (S.D.N.Y. 1985).

(5) 最も重要な要素とされる公平性の問題，である。これらが総合的に考慮される訳だがヴァージニア州東部地区連邦地裁は「おそらく最も重要な要因は，ディスカバリーに関係する文書の量である。ディスカバリー手続では，扱う文書の量が膨大であるため，不注意による開示を回避するためにどのような策を講じたのか，その回避策のレベルを努力して高めなければならない⁽²⁵⁾」としている。

第四巡回区合衆国控訴裁はこの中間的な見解に賛同している⁽²⁶⁾。さらにFDIC v. Marine Midland Realty Credit Corp. 事件において，ヴァージニア州合衆国地裁は，秘匿特権を自動的に放棄するという見解と自動的に放棄しないという見解はあまりにも両極端すぎると判示し，要因に基づく(factor-based) テストを選択した。判旨の中で，「不注意による開示は，放棄の一種であり，そのような認識の上で分析しなければならない。放棄とは，典型的には，意図的もしくはそれが意図的だと知っている行為でなければならない。不注意による開示は，一般的な定義によると，意図しない行為を示すものであるが，その開示行為が意図的であると判断する根拠として，重大な過失の状況下で起こるものである。言い換えると，もし依頼人がそのような重過失の状況下で秘匿特権の維持を望むならば，依頼者は秘密性を保持するために，いくつもの積極的行動を取らなければならないと主張することは言い過ぎではない。予防策を講じたこと，または予防策を講じなかったことは，意図的であったかどうかに関係するのだとみなされるかもしれない⁽²⁷⁾。」と述べた。

同裁判所は，その事件の事実がどのように上記の5つの要因へ影響を与

(25) FDIC v. Marine Midland Realty Credit Corp., 138 F.R.D. 479, 483 (E.D.Va 1991).

(26) *Id.* at 482.

(27) *Id.*

えたのかについて、どちらかというとな徹底的な要因分析（fact-intensive analysis）をすることを選択した。

Scott v. Glickman 事件⁽²⁸⁾において、ノースキャロライナ州東部地区合衆国地裁は、当事者が不注意による開示を防ぐために適切な方策を講じなかったことに基づき弁護士・依頼者間の秘匿特権は放棄されたものであるとし⁽²⁹⁾た。同裁判所は、いくつかの事実を分析してその結論を出している。つまりそれは文書提出の負担が大きくなかったか、文書の提出に影響を及ぼす時間的制約がなかったか、弁護士が特権化された資料の不注意な提出を避けるために甚大な時間を費やしたのか、そして守秘性を確保するために特別な取り組みをなしたのか⁽³⁰⁾である。

またノースキャロライナ州中部地区合衆国地裁はParkway Gallery Furniture v. Kittinger Pennsylvania House Group, Inc. 事件⁽³¹⁾で、被告が開示を妨げるための予防策を講じなかったために弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄したものと判示した。同裁判所は、「ほんのわずかな場合を除いて、不注意によって開示された文書の多くは、その予防策が手薄で、油断したもので、不適切なものである」との理由を述べた⁽³²⁾。しかしながら本判決において、「開示が特定のやり取りに関してだけでなく、その他のやり取りについてもまた放棄したものとするという一般的ルールは、不注意による開示の場合には適切ではない。不注意の開示による権利放棄というのはその問題の中の特定の文書、つまり不注意によって開示された文書、に関してのみ取り扱われるべきである。この考え方は、ディスクバリーが問

(28) Scott v. Glickman, 199 F.R.D. 174 (E.D.N.C. 2001).

(29) *Id.*

(30) *Id.*

(31) Parkway Gallery Furniture v. Kittinger Pennsylvania House Group, Inc., 116 F.R.D. 46 (M.D.N.C. 1987).

(32) *Id.* at 51.

題となる主要な事件において当事者に対するリスクを制限するものである」
として、秘匿特権の範囲を限定し、文書の不注意による開示は、同じ対象
に関する他の特権化された文書の追加的な開示を要求するものではないと
判示した。⁽³³⁾

このような中間的アプローチは、かなり合理的かつ魅力的な分析である
ように思われる。⁽³⁴⁾この点について合衆国最高裁は、繰り返し、秘匿特権に
関する問題はその事件ごとに個別的基準で（つまり判例法で）解決される
べきであると判示している。⁽³⁵⁾たとえば、最高裁は、Upjohn Co. v. United
States 事件で「そのような個別的基準を採用することは、弁護士・依頼者
間の秘匿特権の範囲内で、ある意味で望ましいと思われるであろう確実性
をある程度損なう可能性がある。しかしそれは規則（the Rules）の主旨
に従っているのである」⁽³⁶⁾と述べた。そして弁護士・依頼者間の秘匿特権の
問題は様々な形で提示（露呈）されるため、要因分析テストは、結局、
「弁護士と依頼者間の率直なやり取りを促すことになる」というルールを
維持することになる。⁽³⁷⁾

いくつかの州においては、Eディスカバリーに関する判例から導き出さ
れる考え方や一般的ルールが一貫していないと受け止められている。その
ため、全米裁判官会議（Conference of Chief Justices）は、裁判所がEディ
スカバリーに関連する不注意による秘匿特権問題を考える際のガイドライ
ンを公開している。⁽³⁸⁾このガイドラインによると、不注意による開示がなさ

(33) *Id.* at 52.

(34) *See* Linzy, *supra* note 1, at 31.

(35) Tremmel, 445 U.S. at 47.

(36) Upjohn Co., 449 U.S. at 396-97.

(37) *Id.*

(38) Richard Van Duizend, *Guidelines for State Trial Courts regarding Discovery of Electronically-Stored Information*, <https://cdm16501.contentdm.oclc.org/digi->

れた場合に、裁判官が考慮すべき要因は、

- A. 応答当事者によって提出された情報の総容量
- B. 開示された特権情報の量
- C. 秘匿特権情報の不注意な開示を防ぐために採った予防策の合理性
- D. 受領当事者に通知する、もしそうでなければ失策を改善するために
とった行為の即応性、そして
- E. 弁護士に対する合理的な期待と合意である。⁽³⁹⁾

上記AからEまでの要因は、Lois Sportswearの要因分析テストを反映していると考えられており、それらの目的は同一で、個別的基準に関して弁護士・依頼者間の秘匿特権の放棄を決定するということであると考えられる。

(2) メタデータの不注意による開示

メタデータがEディスカバリーにおける開示請求の主たる対象になってきていることは、上記1のところで述べた通りである。メタデータというのは、コンピュータでの文書検索を手助けするためにユーザーのコンピュータによって記録される文書に関する情報である。

Eディスカバリー時代になってからは、このメタデータが訴訟の争点となる事件が増加している。例えば、市当局に対する市警察官の雇用差別訴訟に関する事件で、アリゾナ州最高裁は、メタデータも含む電子的記録全体が含まれた電子的にフォーマットされた警察官の公的記録を開示するように判示した。この事件において、警察官である当事者が要求した上司の

tal/collection/civil/id/56 (visited March 8, 2019)

(39) *Id.*

(40) FED.R.CIV.P. 26(f).

(41) *Lake v. City of Phoenix*, 218 P.3d 1004, 1008 (Ariz. 2009).

記録には、原告の仕事の履行（performance）が記されていた。

本件で、当事者である警察官は、紙媒体の文書を検討した後にメタデータを要求した。なぜなら彼は、受け取った文書が実際よりも前の日付にされていると疑ったからである。しかし被告のフェニックス市は開示を拒否した。アリゾナ州最高裁は、電子的形式で公的記録を保持する公的団体は、組み込まれたメタデータを含む公的記録の要求に関して、すべての情報を開示しなければならないと判示した。⁽⁴²⁾

しかし、この判決は、メタデータが弁護士・依頼者間の秘匿特権の文脈で通常のデータと同じように扱われるべきであることを意味することになるのか、という点や、もしディスカバリー要求で反対当事者に不注意にメタデータが送付されたならば、弁護士・依頼者間の秘匿特権が放棄されたことになるのかという点については明らかではない。メタデータにおける秘匿特権については、「倫理および職業的責任に関する ABA 常任委員会（The ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility）」⁽⁴³⁾は、以下のように判断している。まず、弁護士はディスカバリー要求に応じて、パソコンに内蔵されたメタデータを取り出す可能性がある。そして不注意による開示としての判断を制限する代わりに「詐欺的な、騙そうして、またはさもなくば不適切」な方法で得られたものでないメタデータにその判断の範囲を制限すべきであるとした。つまり不注意によって開示された場合は、特権化されたメタデータであっても開示されたものとして扱うと委員会は述べた。⁽⁴⁴⁾その結果、特権化された電子文書に組み込まれたメタデータを不注意に受け取った弁護士は、特権が放棄されていると主張

(42) *Id.* at 1004.

(43) ABA Comm. On Ethics & Prof'l Responsibility, Formal Op. 06-422 (2006).

(44) *Id.*

することが可能となった。

しかし、この ABA 常任委員会の決定に反して、いくつかの州の弁護士会は相手方弁護士に誤って送信された特権化されたメタデータを返還することを要求している⁽⁴⁵⁾。これらの州では、そもそも2006年改正連邦民事訴訟規則を自州のルールの基準として用いている。この点、規則26(b)(5)(b)は以下のように規定している。

「もしディスクバリーで提出された情報が、訴訟準備の資料として秘匿特権もしくは保護の主張をするならば、主張をする当事者は他方当事者にその主張とそれに対する根拠について、情報を受け取った事を通知することが可能である。通知された後、当事者は速やかに指定された情報とそのいかなるコピーをも返却、差押えまたは破棄しなければならない。そしてその申立てが解決されるまで情報を用いたり開示してはいけない。⁽⁴⁶⁾」

コロンビア特別区は、上で示した ABA 常任委員会の決定に従わない裁判地の一つであるが、もし弁護士が誤ってデータが送信されたことを実際に認知している場合には、弁護士がメタデータに関して取り出せない場合がある。さらに一段階先に進んでいるニューヨーク州では、実際に弁護士が知っていたかどうかということが必要とせず、単なる不注意による提出の場合に、特権化されたメタデータについての相手方弁護士の使用を禁止する。このように各州で、ABA 常任委員会の基準に従うのか従わないのか、また従わない場合にはそれぞれの州の基準を設けて対応している。

(45) See Linzy, *supra* note 1, at 37.

(46) FED.R.CIV.P.26(b)(5).

3 弁護士・依頼者間の秘匿特権の不注意による放棄を避けるための方法
Linzy 教授によると、弁護士・依頼者間の秘匿特権が放棄されることを防ぐため、以下のような5つの対策の可能性を挙げ、紹介している。

(1) 弁護士が、Eディスカバリーの開始前にクローバック (Claw-Back) 条項もしくはクイックピーク (Quick Peek) 合意を締結すること

当事者間でのクローバック合意は、特権化された情報の不注意な開示によって弁護士・依頼者間の秘匿特権が放棄されることを避ける有効な手段として提案されている。さらに言えば、クローバック合意を締結していた場合、情報を受領した当事者は相手方 (応答) 当事者へ特権化された情報を速やかに返却しなければならない⁽⁴⁷⁾。他方、クイックピーク合意とは、提出前に当事者がそれぞれの全データを見ることを弁護士に許可するものである。この合意を締結する際に、弁護士はディスカバリー要求に応じるアイテムや特権化されたアイテムを指定しておく。このクイックピーク合意を締結する場合に、弁護士は全データの中にメタデータが含まれることにも注意しなければならない⁽⁴⁸⁾。クローバック条項とクイックピーク合意は、必ずしも情報の放棄に対する保護を保証するものではない。例えば、相手方弁護士はクローバック条項を破棄し、すでに文書を閲覧しているため秘匿特権は放棄されたものと主張することもおこる⁽⁴⁹⁾。

一般的に弁護士たちは、ほとんどの裁判所がクローバック合意やクイックピーク合意があれば、それを支持することを知っているため、通常これらの合意を取り入れているし、そうするべきと考えられている。ただし相手方弁護士がすでに機密情報に目を通していているような場合は、これらの合

(47) See Linzy, *supra* note 1, at 39.

(48) *Id.* at 40.

(49) *Id.* at 41.

意を取り入れても意味がなくなることは言うまでもない。また弁護士のなかには、クローバック合意自体が、基本的な前提である依頼人の代理を熱心に行うという弁護士の責務に違反するのではないかと疑問を呈示する者もいる。なぜなら、自主的にそのような合意を締結することにより、弁護士はいわばその手を結ばれた状態になり、ディスカバリーの本来の目的を達成することが困難になるからである⁽⁵⁰⁾。

(2) ディスカバリー・ヒアリングもしくはプリトリアル・カンファレンス

連邦民事訴訟規則26 (f) は、当事者にディスカバリー計画の策定を試みる際に、訴訟の早期段階で協議することを求めている。弁護士はEディスカバリーを通して、潜在的な紛争に対処するために、このようなプリトリアル・カンファレンスを活用すべきであり、ESIの開示、開示の方法、そしてそのスケジュールを決定するためにも自発的にプリトリアル・カンファレンスを提案すべきだと言われている⁽⁵¹⁾。

プリトリアル・カンファレンスは、弁護士が相手方弁護士と自主的に契約を締結するクローバック条項とは異なり、裁判官の面前で行われる、より公的な手続である。そのためプリトリアル・カンファレンスへの裁判官の関与が、その有効性に関して紛争が生じた場合に、当事者間の合意に正当性をもたらすことができる⁽⁵²⁾。

プリトリアル・カンファレンスに参加する前に、弁護士は、データ保存に関して依頼者（とりわけ依頼者の会社の技術部門）に相談するべきであるといわれている。というのも、データを回復するために必要とされて

(50) *Id.* at 41-42.

(51) *Id.* at 43.

(52) *Id.* at 44.

いる時間と資金がどのくらい必要なのか、技術部門とくに、IT 部門の担当者に調査しておくべきである。この情報を得ることで、費用配分の問題がプリトリアル・カンファレンスの間に生じた際に、弁護士により良い議論⁽⁵³⁾に導く準備をさせることになるからである。

プリトリアル・カンファレンスに参加する弁護士は、ESI 情報の提出方法について議論するために準備する必要がある。例えば、当事者は、データがディスクにコピーされているかどうかの問題を提示するかもしれない。これは ESI が過失によって破壊されていないことの確認をとる手順であり、その手順によって、結果的に ESI の不注意による開示の回避につながる。さらに当事者がそれぞれのコンピュータシステムについて最も知識のある人のリスト、費用配分、およびその他の関連する情報を準備しておくことは、ディスクバリー対応について議論される際に重要な影響を及ぼし⁽⁵⁴⁾うる。

最後に、弁護士は特権文書とそれ以外の文書の簡単な説明を特権ログ (privilege logs) に保存し続けておく必要がある。特権ログに保存し続けることは、弁護士に特権化された情報の不注意な開示に対処するための準備をさせることになる。弁護士はディスクバリー手続の早期段階に、裁判の最中に情報を得るよりも、プリトリアル・カンファレンス中に、不注意による開示について議論する準備しておく方がよい。⁽⁵⁵⁾

(3) ベンダーによる開示情報の保護

第 1 章の 1 で述べたように、弁護士は、ベンダー会社へデータ検索を委託することが多い。その場合、ベンダー会社のスタッフが意図せずにデー

(53) *Id.* at 45.

(54) *Id.* at 46.

(55) *Id.* at 47.

タの中に特権化された情報を含むデータを請求当事者に送ってしまう可能性がありうる。そのような事態に備えるために、当事者は、特に第三者（多くの場合ベンダー会社になる）が ESI の調査を行っている場合に、人的エラーによって不注意な開示がなされても、弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄していないという点について合意をとっておくことが必要となる。⁽⁵⁶⁾

（４）その他の方法

上記（１）から（３）以外に、弁護士が予期せぬ特権的情報の開示を減らす方法として、例えばメタデータ・アシスタント（Metadata Assistant）⁽⁵⁷⁾と呼ばれるソフトを使い、弁護士がEメールを保管する前に、メタデータを削除することが推奨されている。⁽⁵⁸⁾

しかし、不注意による開示を防止するための最も効果的な方法は、弁護士が相手方当事者に情報を送る前にすべての ESI を調べ、秘匿特権のあるものかどうかの調査を徹底することであろう。ただし、当然のことながら、ESI のデータの量は驚異的なものであり、弁護士が細かくチェックするというのは相当な困難を伴うところでもある。しかしながら裁判所は、秘匿特権が放棄されたか否かを決定する際の考慮要因の一つとして、不注意による開示を防ぐためにどのような予防策を弁護士が講じたかを考慮しており、その予防措置が十分に採られていたのであれば、不注意による開示があったとしてもそれが秘匿特権の放棄とまでは言えなくなる可能性が高い。結局のところ、この予防策を十分に講じたかどうかの判断は、弁護

(56) *Id.* at 48.

(57) このソフトに関する詳しい内容は <https://new.thepaynegroup.com/metadata-assistant> (visited March 8, 2019) を参照。

(58) *Id.* at 49. See Linzy, *supra* note 1, at 49.

士が調査に費やした時間と労力に依拠することになり、その点からも弁護士⁽⁵⁹⁾の情報開示についての慎重で真摯な対応がより重要になってきている。

第3章 弁護士・依頼者間の秘匿特権における第三者の取扱い

ここまで弁護士・依頼者間の秘匿特権を概括し、書面によるディスカバリーからEディスカバリー手続への変更を機に、弁護士による不注意な開示が問題となることに触れた。裁判地によっては、その不注意な開示が原因となって弁護士・依頼者間の秘匿特権を全て放棄することにもなりうる。そこで、不注意な開示を行わないために、一定の対策が必要であり、その対策の一つとして、クローバック合意を紹介し、また他の対応策を挙げた。他方で、ディスカバリーの範囲が拡大したことにより、もはや弁護士だけでは対応しきれなくなり、ベンダー等の第三者に開示作業を委託する場合も増えてきた。したがって、弁護士・依頼者間の秘匿特権を考える上での現状の問題点は、ディスカバリー手続に関わる第三者をどの範囲まで秘匿特権の対象とし、ディスカバリーの対象とするかという点になる。

この章では、ディスカバリー手続に関わる第三者、とりわけ様々な種類のコンサルタントに焦点を当て、弁護士・依頼者間の秘匿特権の適用範囲⁽⁶⁰⁾の現状を考察する。

(59) *Id.* at 51.

(60) 本章はRobert D. Argen, Jason Canales, and Devika Kewalramani, *Preserving Privilege and Maintaining Client Confidences When Dealing With Third-Party Consultants During a Crisis*, NYSBA NYLitigator Vol. 21 No. 2, 4-8 (2016) を中心に考察を行う。ディスカバリー手続に関わる第三者としてPRコンサルタントが問題となった判例である *BouSamra v. Excelsa Health*, 167A. 3d 728 (Pa. Super. Ct. 2017) がある。この事件が本稿でコンサルタントの取扱いについて考える契機となった。しかしながら、本稿では *Excelsa Health* 事件を扱えなかったため、それは次の課題としたい。

1 第三者たるコンサルタントへの弁護士・依頼者間の秘匿特権の適用に関する一般的な考え方

(1) コーベル理論 (Kovel doctrine) について

依頼人や弁護士が、第三者のコンサルタントとやりとりをするとき、そのようなやりとりは秘匿特権により保護されるのだろうか。一般的に、弁護士・依頼者間の秘匿特権は、特権の情報が第三者に開示されたときに放棄されたということになる。しかしながら、第三者であるコンサルタントが「専門的な、つまり法的サービスの提供において弁護士を支援している」⁽⁶¹⁾場合、権利放棄に対する「代理関係の例外 (agency exception)」⁽⁶²⁾が適用される場合がある。この一般的な権利放棄の規則に対する例外は、⁽⁶³⁾United States v. Kovel 事件において第二巡回区合衆国控訴裁判所が提示したものである。本件では、依頼人の弁護士によって雇われた会計士が、弁護士が「依頼人との話」を理解する手助けをした外国語の翻訳者と機能的に同等であるため、その会計士と依頼人とのやりとりは秘匿特権が認められると判断された。これが「コーベル理論」と呼ばれているものであ⁽⁶⁴⁾る。つまりコーベル理論では、「第三者の参加の目的が、弁護士と依頼人とのコミュニケーションの理解を向上させることであれば、弁護士と依頼人のコミュニケーションに第三者を含めることは秘匿特権を破棄したこ⁽⁶⁵⁾とにならない」と考えられている。

弁護士と第三者のコンサルタントの間のやりとりに対するコーベル理論

(61) Joseph M. McLaughlin, 3 WEINSTEIN'S FEDERAL EVIDENCE § 503.01 (LexisNexis, 2d ed. 2003).

(62) Egiazaryan v. Zalmayev, 290 F.R.D. 421, 431 (S.D.N.Y. 2013).

(63) United States v. Kovel, 296 F.2d 918, 918 (2d Cir. 1961).

(64) See Kovel, 296 F.2d at 921.

(65) Scott v. Chipotle Mexican Grill, Inc., 94 F. Supp. 3d 585, 592 (S.D.N.Y. 2015)

は自動的に適用されるわけではない。例えば、*Fine v. ESPN* 事件⁽⁶⁶⁾では、ニューヨーク州北部地区合衆国地裁は、名誉毀損に関する訴訟で、被告とその弁護士および被告のPR会社との間のやりとりに対し、このコーベル理論の適用を否定した。同地裁は、PRコンサルタントが弁護士の助言をプレスリリースに盛り込んで公表してしまった場合に、第三者であるコンサルタントの仕事は法的アドバイスの提供を受けたものではなかったと判示した。

同様に、*Scott v. Chipotle Mexican Grill, Inc.* 事件⁽⁶⁷⁾では、ニューヨーク州南部地区合衆国地裁は、雇用関連の集団訴訟において、コーベル理論は対人関係コンサルタントとのやりとりには適用されないと判断している。

(2) 弁護士・依頼者間の秘匿特権と権利放棄に対する「代理関係の例外 (agency exception)」

コーベル理論は連邦コモン・ローの原則 (a federal common law doctrine) に基づくものである。そのため、州の秘匿特権に関する手続法が紛争解決に適用される場合に、州法による主張または抗弁に判断を下すため、この理論は連邦裁判所で適用される。

弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄する一般的な原則に対する「代理関係の例外」についてはより厳格な立場をとるニューヨーク州の考え方によると、代理関係における秘匿特権を主張する当事者は以下のことを証明しなければならないとしている。

- (a) その状況下での秘密保持への合理的な期待があったこと、
- (b) 依頼人が情報に基づく法的アドバイスを得るために第三者への開示

(66) *Fine v. ESPN, Inc.*, No. 5:12-CV-0836 LEK/DEP, 2015 WL 3447690 (N.D.N.Y. May 28, 2015).

(67) *See Scott*, 94 F. Supp. 3d at 585.

が必要であったこと、である。

これらの必要性を満たすためには、第三者の関与は「ほぼ不可欠であるか、または弁護士と依頼人とのコミュニケーションを円滑にするための何らかの特別な目的にかなう」必要があることになる。⁽⁶⁸⁾したがってニューヨーク州法の下では、連邦コモン・ローの下でよりも、秘匿特権を維持することはより困難であると言える。

2 様々なコンサルタントへの弁護士・依頼者間の秘匿特権適用拡大の可能性

コーベル理論の適用もしくは不適用のための代理関係の例外について、どのような場合に弁護士・依頼者間の秘匿特権が拡張されるか、そしてどんな状況がその拡張を妨げるか。以下で様々な第三者コンサルタントについて具体的にみていくことにする。

(1) 会計士

Kovel 事件で確立されたように、弁護士・依頼者間の秘匿特権は、会計士とのやりとりに拡張された。第二巡回区合衆国控訴裁判所は引き続きコーベル理論に依拠していたが、弁護士・依頼者間の秘匿特権は「弁護士の特定の法的サービスの提供を支援するために雇われた会計士を含むやりとりをカバーするために保持される」⁽⁶⁹⁾と、単に会計士であるという身分でなく、会計士の仕事の内容について制限した。それでもなお、United States v. Adlman⁽⁷⁰⁾ 事件では、第二巡回区合衆国控訴裁判所は、会計士が法的能力をもって活動しているという視点を支えるために「実質的に同時期の証拠書

(68) See Argen, *supra* note 60, at 5.

(69) *Id.*

(70) United States v. Adlman, 68 F.3d 1495 (2d Cir. 1995).

類はない」という理由で、会計事務所とのやりとりには特権を与えられていないと判断した。これについては、コーベル理論より「助言を求めるのが弁護士ではなく会計士であるなら、特権は存在しない。これはコンサルタントの種類⁽⁷¹⁾に関係なく成り立つ」との説明もある。

(2) 広報 (PR) コンサルタント

訴訟の対応の一環として、広報コンサルタントと弁護士委任契約を結ぶことがおこなわれている。この場合の広報コンサルタントへの弁護士・依頼者間の秘匿特権について問題となる。2003年のマーサ・スチュアート (Martha Stewart) に対する売買取引訴訟に関する判決⁽⁷²⁾は、コーベル理論の非常に広範な適用を示す結果となった。それはマーサ・スチュワートの弁護士がスチュワート氏の刑事訴追を要求したメディアの攻撃をかわすために雇ったPR会社に対して秘匿特権の拡大を認めたからである。

ニューヨーク州南部地区合衆国地裁は、広報コンサルタントとのやりとりが (1) 秘密のやりとりで、(2) 弁護士とPRコンサルタントの間の、(3) メディアを扱う際に弁護士らを支援するために彼らによって雇われ、(4) 助言を与えるか又は受けることを目的のためになされたもので、(5) 依頼者の法的問題の処理を指示する場合は、弁護士・依頼者間の秘匿特権によって保護されると判示した。しかしながら、このスチュワート氏の判決以降、裁判所は、広報コンサルタントとのやりとりに秘匿特権を拡大することを拒否した。つまりこのマーサ・スチュアート事件は本来の考えから外れたものとみなされ、この判決結果は非常に限定的に取り扱われてき

(71) See Argen, *supra* note 60, at 5.

(72) See *In re Grand Jury Subpoenas*, Dated Mar. 24, 2003 Directed to (A) Grand Jury Witness Firm & (B) Grand Jury Witness, 265 F. Supp. 2d 321, 322 (S.D.N.Y. 2003) [hereinafter *Martha Stewart Litigation*].

た。

第二巡回区合衆国控訴裁は、連邦コモン・ローを適用したマーサ・スチュアート事件の判断から距離を置き、広報コンサルタントの仕事が法的アドバイスの提供に「必要」といえない限り、ニューヨーク州の秘匿特権に関する法は、代理関係の例外の考え方を適用しないと強調している。

さらに Egiazaryan v. Zalmayev 事件⁽⁷³⁾は名誉毀損訴訟であるが、ニューヨーク州南部地区合衆国地裁は、ニューヨーク州法を適用しながら、メディアキャンペーンの調整は「法律上の助言」ではないため、広報コンサルタントとのやりとりは特権的ではないと判示した。さらに、同裁判所は、広報コンサルタントの関与が依頼人と弁護士との間の「コミュニケーションを円滑にするために必要である」ことを示しているとは認めなかった。同裁判所は、広報コンサルタントとのやりとりに特権を拡大したマーサ・スチュワート事件と本件との区別を図ったと考えられる。

Egiazaryan v. Zalmayev 事件とはまた別の名誉毀損訴訟であり、前述した Fine v. ESPN, Inc. 事件においても、ニューヨーク州北部地区合衆国地裁は広報会社とのやりとりに秘匿特権は認められないと判断した。原告は、従業員による性的虐待の申し立てに対し、大学の内部調査に関連する文書のディスカバリーを請求した。調査中に、大学は広報会社にプレスリリースの執筆とメディアの管理を依頼していた。大学は広報会社とのやりとりは特権的であると主張した。しかし同裁判所は、大学の弁護士の助言をプレスリリースやその他の文書に取り入れているにもかかわらず、そのような主張を退け、法的アドバイスの提供を支援するための広報会社とのやりとりは開示されていないと判示した。結局、大学はニューヨーク州法の下で弁護士・依頼者間の秘匿特権を放棄する一般的な原則に対する代理

(73) Egiazaryan v. Zalmayev, 290 F.R.D. 421, 421 (S.D.N.Y. 2013).

関係の例外のための厳格な基準を満たさないとされた。

(3) 経営コンサルタント

経営コンサルタントとのやりとりに対する秘匿特権の拡大は、コンサルタントが法的アドバイスの提供において弁護士を明示的に支援する技術的専門知識を有する場合にのみ適用される。その有益な事例は、Scott v. Chipotle Mexican Grill, Inc.,⁽⁷⁴⁾ 事件であり、チポレ・レストランで働く「実習生」という地位の雇用分類に反抗した集団訴訟である。チポレ・レストランは、人事管理コンサルタントを雇って「職務分析」を実施していたことから、このコンサルタントの報告は特権的であると主張した。それに対しニューヨーク州南部地区合衆国地裁は、コンサルタントの報告書は、弁護士が自分自身で得ることができなかつたであろう「専門的な知識」を提供したものでなかつたためコーベル理論は適用されないと判示した。さらに「賃金と時間に関する法律を評価する弁護士が、従業員と話をしたり、自分で法律を解釈したりすることが不可能であると想定することには信憑性がない」と述べた。⁽⁷⁵⁾

経営コンサルタントは危機対応チームへの貴重な戦力になり得るが、Scott 事件では、コンサルタントが弁護士の仕事を容易にするという理由だけで特権が保持される訳ではないことが明らかにされ、他方で経営コンサルタントは、弁護士から十分に情報を得た上で、法的助言に寄与する役立つ独自のサービスまたは専門知識を提供しなければならないことが明らかになった。

(74) Scott v. Chipotle Mexican Grill, Inc., 103 F. Supp. 3d 585, 585 (S.D.N.Y. 2015).

(75) *Id.* at 595.

(4) 金融コンサルタント

企業危機の性質によっては、金融コンサルタントが法的対応の危機管理チームの重要なメンバーになることがある。この場合、評価の専門家や投資銀行家などの金融コンサルタントとのコミュニケーションが弁護士・依頼者間の秘匿特権下にあるかどうかを判断する際に、裁判所のとる厳格なアプローチに留意する必要がある。例えば、Sieger v. Zak 事件では、第二巡回区合衆国控訴裁は、少数株主の買収に関連して、過半数保有株主の CEO 及び最高経営責任者によって雇われた金融コンサルタントは、株式購入契約に関連するやりとりを特権的とすることを目的とした会社の「代理人 (agent)」ではなかったとした。その結果、秘匿権限の一般的な放棄の規則に対する代理人の例外ルールは適用されなかった。つまり被告企業は、CEO、顧問弁護士、および財務コンサルタントとの間の潜在的に有害なやりとりを開示することを要求されている場合に、当事者が少数株主の買収時に買収価格を下げるために企業を過小評価する点について合意の上、協力して行動したことを明らかにする必要性があるとした。⁽⁷⁶⁾

同様に、United States v. Ackert 事件では、第二巡回区合衆国控訴裁は、IRS (Internal Revenue Service・国税庁) が異議を申し立てた戦略的取引の税務上の影響について、顧問弁護士と投資銀行家との間のやりとりは特権的ではないと判示した。なぜなら、コーベル理論の場合とは異なり、弁護士は情報の「翻訳 (translate)」や事実の理解を深めるために投資銀行家に依拠した訳ではなかったからである。むしろ弁護士は取引に関する追加情報を銀行家に求めたことにより、弁護士・依頼者間の秘匿特権は適用されないとされた。⁽⁷⁷⁾

(76) Sieger v. Zak, 874 N.Y.S.2d 535, 535 (N.Y. App. Div. 2009).

(77) *Id.* at 538.

(78) United States v. Ackert, 169 F.3d 136, 136 (2d Cir. 1999).

お わ り に

本稿では、Eディスカバリー手続下での弁護士・依頼者間の秘匿特権に関して、その問題点と適用範囲の拡大について検討してきた。いわゆる書面である紙ベースの情報開示から ESI、つまり電子書類やデータの開示へとディスカバリー手続が大きく変容するなかでの注意点は、「不注意による開示」である。膨大な ESI データ処理のなかで、弁護士がディスカバリー作業において相手方当事者に開示する情報を隅々まで確認し、秘匿特権のあるものの精査を行うべきであるが、それが増々困難になっている。本来であれば秘匿特権があつて保護されるべき情報が「不注意による開示」で相手方当事者の手にわたることが懸念され、その対応策としてクローバック合意などが注目されてきた。

「不注意による開示」から依頼者の情報を守るために、このクローバック合意は有効であることは間違いない。しかしながらクローバック合意が頻繁に行われることで、ディスカバリー手続を経て得ることのできる情報への期待感、つまるところ、これが当事者間での対等に情報を得られるというディスカバリーの本来の法的公平性、公正性の担保が損なわれてしまうのではないかという面もある。

そこで本稿ではクローバック合意などの手段が依頼者の情報を保護する有効性を認めながらも、根本的な問題として、弁護士・依頼者間の秘匿特権が適用される範囲の拡大が望めないか、判例や論稿からその点についての整理を試み、また「コーベル理論 (Kovel doctrine)」と権利放棄に対する「代理関係の例外 (agency exception)」という弁護士・依頼者間の秘匿特権の適用拡大についての判例理論の紹介をおこなった。ここまでに繰り返

(79) *Id.* at 139-40.

返し述べてきたように、弁護士・依頼者間の秘匿特権は、秘匿特権のあるやりとりが第三者に開示されたときに、その秘匿特権が放棄されたということになる。しかしながら、第三者であるコンサルタントが「専門的な、つまり法的サービスの提供において弁護士を支援する」場合、権利放棄に対する代理関係の例外が適用されている。これが一般的な権利放棄の規則に対する例外として、一般的にコーベル理論と呼ばれている。そして代理関係の例外はといったどのような第三者にまで適用できるのかが、今後判例の集積を待ち、検討される課題になっている。今後もこれらの判例が積み重ねられることによって、どのような第三者までであれば、弁護士・依頼者間の秘匿特権の適用が望めるのか、一定の指針を示すことが可能になるであろう。それは今後の課題としたい。

(追記)

筆者は、学生時代より丸田隆先生からは言葉では言い尽くせないほどのたくさんのご指導を仰いできた。本稿は拙い論考ではあるが、このような記念すべき論集に寄稿できる機会を与えられたのも、いままで丸田先生からご指導を賜ってきたお陰である。今後も丸田先生の背中を追って、研究活動に勤しんでいきたいと思う。

*本稿は、平成27年度一般財団法人司法協会研究助成「Eディスカバリー手続における弁護士・依頼人秘匿特権について」の研究成果の一部である。

A Consideration on the Present Situation of Attorney-Client Privilege in the Era of E-Discovery

Harumi TAKEBE

The scope of discovery system has been expanded from the traditional paper-based discovery to the ESI (Electrically Stored Information) data discovery (E-discovery) after the Federal Rule of Civil Procedure revision in December 2006. Currently, most of the corporate and government information in the United States as well as other countries is stored in the form of ESI data. As a result, ESI has been a primary source of evidence for litigation and the discovery process is not as easy as when the subject matter was paper-based discovery. One of the difficulties to handle ESI is the case that the electronic document is disclosed carelessly to the opposing party, because it may be considered as the waiver of the attorney-client privilege.

In E-discovery era, lawyers need to respond in order to pay more attention to the discovery response so that they do not and would not disclose inadvertently privileged information. In addition, due to the amount of information that lawyers must read and check during discovery, it is quite likely erroneously to transmit the should-be-protected information to the opposing party, even though they can oversee the whole discovery process.

This paper, along with the consideration changes from the paper-based discovery to the E-discovery procedure, discusses how to protect the attorney-client privilege which is one of the oldest privileges granted for confidential communications. On this point I focus on the article of Professor Adjoa Linzy and recent related cases. With the rapid computerization in the 1990s, the embodiment of pre-trial discovery in the United States has been drastically changed in a sense of more digitalized use of legal documents in particular. Traditional attorney-client privilege faced to the critical stage as the privilege is not legally absolute and there is also a specific act or non-act that can be waived. The problems are further complicated by E-Discovery.

In other words, while utilizing E-Discovery procedures is more efficient and convenient for lawyers, which makes it likely that the attorney-client privilege will be accidentally waived in the process of responding to discovery requests. E-discovery procedure usually imposes heavy burden on lawyers to check large volumes of emails and sometimes the incident that discoverable emails are automatically deleted by the email server which makes the process more complexed. Basically, even the data that has been thought to be deleted tangled can be recoverable. It also causes high cost of E-discovery procedure.

There is no doubt that the claw-back agreement is an effective means to protect the client's confidential information from the "unintentional disclosure". However, frequent claw-back agreement occasionally lose the "sense of fairness", which is the true meaning of the discovery process. Therefore, in this paper, while confirming the effectiveness of the claw-back agreement, as a fundamental problem, I have examined whether it could be expanded to the range of the attorney-client privilege based on cases and articles. I have likewise introduced the keywords such as for "*Kovel* doctrine" and "agency exception" as an examining criteria. As repeatedly mentioned in this paper, the attorney-client privilege means that the confidentiality privilege has been also regarded as waived when the privileged communication is disclosed to the third party. However, when a third-party is a consultant in its entity nature that "supports a lawyer in providing professional or legal services," the exception of proxy relationship for waiver applies and this is an exception to the general waiver rule: this is called as *Kovel* doctrine. And the exception of proxy relations is an issue to be considered on a case by case basis: to what kind of third party it can be applied.

Accordingly, in this paper, as an Introduction, I will give an overview of the E-discovery system. In Chapter 1, I will deal with the problems under E-Discovery, and in Chapter 2, I will overview the attorney-client privilege and analyze the issue of waiver of the privileges that may occur during E-discovery. In Chapter 3, based upon my analysis in the previous Chapters, I will introduce the extension of the scope of application of the privileges, and

as a Conclusion I would like to summarize the contents of this paper so far and future issues.

論

Content

Introduction

Chapter 1. Problems with E-Discovery

説

1 Features of E-Discovery

2 E-Discovery in Zubulake Case

Chapter 2. Attorney-Client Privilege and E-discovery

1 Overview of Attorney-Client Privilege

2 Problems Concerning Attorney-Client Privilege under E-Discovery

3 How to Avoid Accidental Abandonment of Attorney-Client Privilege

Ways to Waive the Abandonment Due to the Caretaker's Secret Privilege Inadvertently

Chapter 3. Application of Attorney-Client Privilege to the Third Party

1 General Idea of Application of Attorney-Client Privilege to the Third Party Consultant

2 Possibility of Expanding Attorney-Client Privilege to the Various Consultants

Conclusion