

令和 5 年 6 月 20 日現在

機関番号：32612

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2016～2022

課題番号：16K03372

研究課題名（和文）弁護士・依頼者間秘匿特権の研究

研究課題名（英文）Attorney-Client Privilege

研究代表者

笹倉 宏紀（SASAKURA, Hiroki）

慶應義塾大学・法務研究科（三田）・教授

研究者番号：00313057

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,300,000円

研究成果の概要（和文）：我が国における「弁護士・依頼者間秘匿特権」の保障の在り方について、比較法的小および政策論・制度論的検討を行い、その基礎にあるべき思考を探究した。

研究期間前半では、比較法に重点を置き、我が国の現行法制の基礎にある発想を言語化して顕在化させることに努めた。その成果は、国際学会における共同研究として発表した。

研究期間後半は、政策論的・制度論的見地からする検討に重点を移して検討を進めた。本研究課題の主題それ自体を直接の論究主題とする業績は研究期間内に公表するに至らなかったが、その副産物として、手続上生起する様々な問題について政策論ないし制度論的見地から検討を加えた論文を複数発表することができた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

「弁護士・依頼者間秘匿特権」は、現時点では、我が国では権利として承認されるに至っていない。なぜそうであるのかを明らかにすることを通じて、将来に向けたその導入の実現の手掛かりを得ることができる。その際には、憲法上の権利保障や憲法上の理念に依拠した実定法学（法教義学）の作法に基づく議論とともに、法学の言説から一步外に出て実益に着目した政策論的・制度論的な議論も必要である。本研究は不十分ながらもこの二兎を追うことを目指したものである。もとより研究は道半ばであり、今後さらに検討を深めたい。

研究成果の概要（英文）：This study examines whether and how the attorney-client privilege should be implemented in Japan, in addition to the existing protection of attorneys' professional secrecy. It employs a comparative legal analysis and explores policy and institutional considerations with the aim of delving into the principles underpinning the privilege.

During the initial phase, the emphasis was placed on comparative perspectives, with an effort to articulate and manifest the conceptual foundations underlying Japan's current law. The results were subsequently presented at the XXth International Congress of Comparative Law in Fukuoka, 2018.

In the later phase, shifting the focus, I critically examined the subject from policy and institutional perspectives. Although no publications directly addressing the study's main theme were completed within the timeframe, multiple papers emerged as byproducts of the project, exploring various procedural issues from a policy or institutional standpoint.

研究分野：刑事訴訟法

キーワード：弁護士・依頼者間秘匿特権 証拠法

1. 研究開始当初の背景

本研究開始時点(2016年度)までに、競争法の領域で、弁護士・依頼者間秘匿特権(以下単に「秘匿特権」と呼ぶ)の導入の要否・当否をめぐる政府部内での検討が重ねられていたが、当局はなお消極的な姿勢を維持していた。また、控訴審の判例も、秘匿特権が「我が国の現行法の法制度の下で具体的な権利又は利益として保障されていると解すべき理由は見出し難い」と断じていた(東京高判平成25・9・12 LLI/DB L06820785〔JASRAC事件〕)。その一方で、主に渉外法務・企業法務の実務家により、海外における保障を援用して秘匿特権導入に向けた主張が展開されていたほか、日本弁護士連合会のワーキンググループが、競争法の域を超えた一般的な問題として、具体的な制度設計に踏み込んだ提言をしていた(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2月〕)。しかし、刑事法学説における関心は薄く、理論面での検討は十分ではなかった。

2. 研究の目的

本研究課題は、前出1.で述べたような背景事情を踏まえ、英米法系のほか、これと類似する大陸法系における保護、さらに両者をまたぐヨーロッパ法における、弁護士と依頼者間のコミュニケーションの保護の実態を参照しつつ、これを我が国の民事手続、刑事手続および行政手続に導入する可能性と、導入するとした場合の具体的な保護のあり方について包括的な検討を加え、具体的な制度設計を提言することを目的として開始した。

しかし、研究期間中に、公取委は、権利性を認めることにはなお消極的な姿勢を維持しつつ、しかも適用対象を限定しつつ、秘匿特権を事実上一部承認する規則を制定し、制度設計の例が現れるに至った(経緯と概要について、松本博明・萩原泰斗「いわゆる『弁護士・依頼者間秘匿特権』を巡る議論と公正取引委員会の取組」法律時報92巻3号66頁〔2020年〕、同「事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容が記録されている物件の取扱い(判別手続)について」NBL1174号4頁〔2020年〕参照)。その上、刑事手続領域における弁護人と被疑者・被告人間のコミュニケーションの保護についての優れた包括的研究が現れるに至った(神田雅憲「刑事弁護における秘密の保護」法学協会雑誌138巻9号1617頁〔2021年〕以下連載中)。

このような状況の変化に呼応して、研究者自身の問題関心・問題意識にも変化が生じた。実定法規が成立するに至った以上、その運用を支え、あるいは方向づける基礎的思考を見出すことにこそより大きな意義があると考えに至ったのである。そこで、研究期間の後半ではそのことを目的とした。

3. 研究の方法

本研究の方法は、実定法学の基本的作法に則ったものである。ただし、研究期間後半における

それは、問題関心の変化に応じて、むしろ、基礎法学の色合いを相対的に強め、法教義学の作法から少し抜け出て、政策論・制度論からする検討にシフトした。もっとも、本研究の本籍が実定法学にあることに変わりはない。また、研究期間を通じて、企業法務の実務家や関連諸法域の研究者との研究会、裁判実務家と研究者の研究会に頻繁に出席し、企業法務の実情や訴訟手続における事実認定のあり方についての知見を摂取し、それを本研究に取り入れることに努めた。

4. 研究成果

現時点までに形を成した本研究課題の最大の成果は、研究期間前半に実施した、刑事手続領域における秘匿特権保障のあり方についての国際共同研究である。そこでは、日本法の現状を単に素描するにとどまらず、その基礎にある発想を対外的に言語化して説明することが求められた。それはすなわち、秘匿特権の在り方をめぐる我が国の状況を理論の問題として意識の俎上に載せることにほかならない。しかも、準備の過程及びその後の共同発表者とのやりとりを通じて、諸外国の法制に関する信頼性の高い情報を得ることができ、それに基づく比較を行うこともできた。その概要は、第20回比較法国際アカデミー国際会議のセッションで報告された後、内容を拡充した上で、総括報告者のレポート、および他の法域のナショナルレポートと併せて、英文の書籍として公刊された(Lorena Bachmaier Winter et al. eds., *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: A Comparative View* (Cham, Switzerland: Springer Nature, 2020))。

一方、正にこの作業の前後に、公取委の規則制定という事態の展開が生じるなどしたことから、前出3で述べたように、その後は、問題意識が政策的・制度論的見地にシフトした。そうしたところ、研究者は、たまたま、刑事手続における情報通信技術の導入に関する政府部内での議論に参画する機会を得た(法務省刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会〔2021年3月～2022年3月〕)。そこでは、リアル空間・対面で進行することを所与の前提として組み立てられてきた訴訟手続・捜査手続をオンライン・非対面に移行することの可否・限界という今までにない視覚から、手続の適正さや防御権の意義について考えることを迫られたが、それもまた、本研究課題遂行の糧となった。

以上の経緯を経て、研究期間後半には、おおむね次のような理解を得るに至った。

(1) 秘匿特権の理論的根拠をめぐっては、(ア)法の支配・当事者対等・防御権保障等、憲法的な(憲法の直接保障するところであるか、それとも、憲法に裏付けられた価値観の表出であるか)についてここでは立ち入らない)「理念」に基づく「本質」論と、(イ)それが社会にもたらす実際上の便益に依拠する「実益」論が併存する。そして、両者はしばしば混然一体として論じられる。

しかし、この2つの根拠づけには、それぞれに利点・難点がある上、両者は時に相互に牽制し合う関係にもある。そこで、両者の分別と総合という思考が本来不可欠である。より具体的に述べるならば、次のとおりである。

(ア)は、当の理念それ自体は誰もが疑い得ないものであるがゆえに、強力な論拠となり得る。しかし、これらの理念は概して抽象的であるため、それ自体が特定の結論を直ちに指示するもの

ではなく、かえって、複数の結論を許容する。そのため、理念に依拠した議論は、それぞれの立場が自らの主張に沿うものとして同じ理念を援用しがちであり、それがために、具体論をめぐる建設的な議論に資さない嫌いがある。これは、理論刑訴法学が長年にわたって苦しんできた問題にほかならない。その再来は避けなければならない。

また、憲法論はいわば両刃の剣である点にも留意しなければならない。秘匿特権が憲法上の存在であるならば、その保障を欠いていた過去の手続は違憲であったことになる。そのため、秘匿特権の承認が過去の手続の正当性を失わせるという遡及効の問題を無視し得ない。憲法上の意義を強調すればするほど、過去においてその侵害があった場合に、関係者が渋々ながらもその帰結を受け入れ、あるいはもはや異論を唱えないからといって、そのことを無視してよいと割り切ることは難しくなる。そして、秘匿特権の憲法上の地位を承認することがそのような甚大な効果を持つならば、そのことがかえって、秘匿特権を実務上承認する際の障害となってしまうかねない。

この相克を乗り越える方法の一つは、動態的な適正手続観への転換、すなわち、適正手続の内容は不変のものではなく、時とともに変化するものであり、かつ、我々の知的営為と実践を通じてそれを作り上げていくものだという見方を採ることである。

このような動態的な見方下では、当初、憲法の下位法令のレベル、あるいは運用上の配慮として保護を与えるところから始めつつ、将来に向かって憲法化を図ることも可能である。下位法令ないし運用レベルでの保護が定着し、誰にとっても手続の当然の構成要素だと受け止められ、その存在を前提に手続が運用されるようになれば、やがては、憲法上の適正手続の内容として昇格することがあり得るからである。このような理論構成は、2013年の時点において、秘匿特権が「具体的な権利ないし利益」として「存在するという観念が社会の法的確信によって支持される程度にまで達しているということではできない」とした前出のJASRAC事件における第1審裁判所の指摘（東京地判平成25・1・31 LLI/DB L06830474）に応えるものともなる。

(2)は、「理念」「本質」に関する対立をひとまず捨象した合意点の探求を可能にする上、実際の制度設計上は無視できない観点でもある。しかし、「実益」の評価は、各法域の社会・経済・文化慣行を前提とする人々の意識に左右されるから、海外における検討の結果をそのまま輸入することはできず、日本の実情に即した実益の評価と把握が求められる。

ところが、「秘密」が「秘密」として維持されている限り、第三者はその存在を知り得ないから、それがもたらしている便益を把握し評価することは容易ではない。かえって、「秘密」の侵害、あるいはそのおそれが現に生じて初めて問題が顕在化し、第三者による吟味検討が可能となるという関係にある。しかるに、諸外国に比して、日本では実例（が存在しないわけではないものの、その）の集積が乏しく、系統的・網羅的な検討が難しかった。そのため、研究期間のうちに個別事例を超えた実益の評価に踏み込むことは困難であった。

そこで、外国法に拠りつつせめて分析の道具立てを整備しようと試みたが、分析対象の把握と分析手法の整備とは視線を往復させつつ二つながらに達成されるべきものであり、一方を欠いては他方の達成も難しいことが痛感された。(2)に関する作業は現時点では道半ばと言わざるを得ない。(2)との関係で研究期間内に公表することができた業績は、いずれも本研究の副産物に

とどまる。

情報の秘匿が手続上の事実解明の制約要因として作用する例は、本研究課題が対象とした秘匿特権にとどまるものではない。本報告書に掲げた業績の多くは、政策論ないし制度論的手法を取り入れつつ、情報の秘匿の意義やその秘匿を解除する場合の要件等について論じた本研究の副産物あるが、手法の点でなお不十分なものであることは深く自覚するところである。

かくして、(2)の完遂および(2)と(1)の総合が今後の課題であるが、それは本研究課題の域を超えて刑事訴訟法学全般にわたるものであり、今後の研究生生活を賭して取り組むべきものだと考えている。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計11件（うち査読付論文 3件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 笹倉宏紀	4. 巻 869号
2. 論文標題 強制処分の「打率」あるいは「関連性」要件をめぐって	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 研修	6. 最初と最後の頁 3-24
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 笹倉宏紀	4. 巻 91巻4号
2. 論文標題 人工知能の法規制における行政手続と刑事手続：「餅は餅屋」は実現するか	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 40-47
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 笹倉宏紀	4. 巻 446号
2. 論文標題 サイバー空間の捜査	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 31-40頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 笹倉 宏紀、山本 龍彦、山田 哲史、緑 大輔、稲谷 龍彦	4. 巻 90巻1号
2. 論文標題 強制・任意・プライバシー（続） GPS捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 54-83頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 上西 左大信、佐藤 英明、笹倉 宏紀	4. 巻 193号
2. 論文標題 国税犯則取締法改正	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 税研	6. 最初と最後の頁 1-23頁
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 笹倉宏紀	4. 巻 253号
2. 論文標題 質問検査で取得収集した証拠資料の犯則事件での利用	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 別冊ジュリスト (租税判例百選第7版)	6. 最初と最後の頁 242-245頁
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 笹倉宏紀	4. 巻 258号
2. 論文標題 医師の採尿検査と警察への通報	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 別冊ジュリスト (医事法判例百選第3版)	6. 最初と最後の頁 50-51頁
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計5件 (うち招待講演 4件 / うち国際学会 4件)

1. 発表者名 Hi roki Sasakura
2. 発表標題 Pre-trial Agreements in the US, Germany and Japan: Developments in Japan so far
3. 学会等名 White Collar Crime Workshop 2020 (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2020年

1. 発表者名 Robert Silvers, Hiroki Sasakura, Tatsuhiko Inatani, Kentaro Asai
2. 発表標題 AI and Corporate Liability
3. 学会等名 White Collar Crime Workshop in Washington DC (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 Hiroki Sasakura
2. 発表標題 The Continuing Evolution of Right to Counsel and Confidentiality of Lawyer-Client Communications in Japan
3. 学会等名 XXth International Congress of Comparative Law (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2018年

1. 発表者名 笹倉宏紀
2. 発表標題 弁護士・依頼者間秘匿特権 (attorney-client privilege)
3. 学会等名 刑事訴訟法研究会
4. 発表年 2016年

1. 発表者名 穴戸常寿、稲谷龍彦、笹倉宏紀、深水大輔
2. 発表標題 企業制裁制度のデザイン：企業を動かすインセンティブ設計
3. 学会等名 アジャイル・ガバナンスシンポジウム (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2022年

〔図書〕 計8件

1. 著者名 Lorena Bachmaier Winter, Stephen C. Thaman, Veronica Lynn, Changyong Sun, Bettina Weisser, Hiroki Sasakura et al.	4. 発行年 2020年
2. 出版社 Springer	5. 総ページ数 446
3. 書名 The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: A Comparative View	
1. 著者名 穴戸 常寿, 石川 博康, 内海 博俊, 興津 征雄, 齋藤 哲志, 笹倉 宏紀, 松元 暢子	4. 発行年 2021年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 272
3. 書名 法学入門	
1. 著者名 Ichiro Kitamura, Kichimoto Asaka, Hitoshi Aoki, Masamichi Nozawa, Etsuko Sugiyama, Hiroo Sono, Tomotaka Fujita, Takahito Kato, Takashi Araki, Itsuko Yamaguchi, Naoya Yamaguchi, Hiroki Sasakura, Taro Komukai, Akio Yamanome, Masahiko Ohta, Akiko Ejima et al.	4. 発行年 2019年
2. 出版社 International Center for Comparative Law and Politics, Graduate School of Law and Politics, University of Tokyo	5. 総ページ数 309
3. 書名 Japanese Reports for the XXth International Congress of Comparative Law (Fukuoka, 22-28 July 2018)	
1. 著者名 芝原 邦爾、古田 佑紀、佐伯 仁志（編）笹倉 宏紀ほか著	4. 発行年 2017年
2. 出版社 商事法務	5. 総ページ数 696
3. 書名 経済刑法 実務と理論	

1. 著者名 井上 正仁、酒巻 匡、大澤 裕、川出 敏裕、堀江 慎司、池田公博、笹倉宏紀	4. 発行年 2018年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 728
3. 書名 ケースブック刑事訴訟法〔第5版〕	

1. 著者名 弥永 真生、穴戸 常寿（編）笹倉宏紀ほか著	4. 発行年 2018年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 328
3. 書名 ロボット・AIと法	

1. 著者名 池田 公博、笹倉 宏紀	4. 発行年 2022年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 306
3. 書名 刑事訴訟法	

〔産業財産権〕

〔その他〕

<p>法務省刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会 https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji07_00011.html</p>

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
--	---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関			
スペイン	マドリード・コンプルテンセ大学			
米国	セントルイス大学			
スイス	バーゼル大学			
中国	西南政法大学			
ドイツ	ケルン大学			
ギリシャ	アテネ大学			
トルコ	イスタンブール・ビルギ大学			
イタリア	ボッコーニ大学			
オランダ	エラスムス・ロッテルダム大学			
ポルトガル	リスボン大学			
フランス	ルーアン・ノルマンディー大学			
英国	リンカーン大学			
ポーランド	ワルシャワ大学			
クロアチア	リエカ大学			
フィンランド	ヘルシンキ大学			
ブラジル	リオデジャネイロ州立大学			