

## ペットスマート事件の教訓：秘匿特権についてもっとスマートに

–*Argos Holdings Inc. and PetSmart Inc. v. Wilmington Trust N.A.*事件を受けて、弁護士・依頼者間秘匿特権を脅かすリスクを抑える手段を考える

アリ・M・バーマン、コリン・デイビス

- 企業は訴訟手続やビジネス上の取引関係で弁護士・依頼者秘匿特権をめぐる様々な困難に直面しますが、トレーニングや組織内外の関係者の立場・関係をよく考えて工夫すれば問題を最小限に抑えることが可能です。
- ペットスマート事件によって、各社とも弁護士・依頼者秘匿特権の取扱いをめぐる問題については取締役会のメンバーとの関係も含めてよく注意しておかないといけないことが改めて明確になりました。
- 各社とも弁護士・依頼者秘匿特権を損なうことのないよう、ガイドラインを用意しておきましょう。また、相談している外部の弁護士が、秘匿特権をめぐる最近の動向を把握しているか確認しておきましょう。

たまにお気に入りのペットが変な時間に鳴いたせいで起こされることがありますが、こと弁護士・依頼者秘匿特権については間違ってもスヌーズボタン（目覚ましがついた後数分後にまた鳴るように設定される機能）を押して問題を先送りにするようなことがあってはならないという注意喚起をした決定が最近、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所で行われました。2019年3月28日、同連邦地方裁判所は、*Argos Holdings Inc. and PetSmart Inc. v. Wilmington Trust N.A.*事件（本稿では当事者の名前を取って「ペットスマート事件」または「アルゴス事件」と呼びます）において、原告に対し、原告が秘匿特権を主張した文書を開示するよう命じる内容の被告にかなり有利な決定を下しました。問題となった文書は、ペットスマート社とそのオーナーを代理していた法律事務所から同社の主要株主のうちの一社であったプライベートエクイティ会社のパートナーである3人の個人に直接送られていました。後ほど、なぜこの事件に注目するのか、他の弁護士・依頼者秘匿特権関係の注意点や実務上のヒントと合わせて詳しく説明します。

なお、ここで日本ではどうなっているかについて簡単に触れておくと、日本法では弁護士と依頼者との間のやり取りについて、米国法のもとで認められているような秘匿特権による保護の制度は特に設けられていません。日本の企業でも、米国絡みの紛争に直面した段階では、米国の弁護士・依頼者秘匿特権の制度に気を付けなければいけないということは知られていますが、その段階だけでなく、もっと前の取引の交渉の時点においても、その取引が後に紛争に発展してしまった場合

に思わぬ落とし穴にはまることのないよう、日本の企業の方々におかれては秘匿特権のルールについて注意が必要です。

### 弁護士・依頼者秘匿特権とは 一簡単なおさらい

弁護士・依頼者秘匿特権とはコモン・ロー<sup>1</sup>上の証拠に関する秘匿特権の中でも最古の秘匿特権の1つであり、依頼者が法的なアドバイスを得るあるいは弁護士がアドバイスをする目的で依頼者と弁護士との間で交わされた、他人に知られたくない内容のやり取りが保護される仕組みをいいます。訴訟の中で開示しなくてよいという取扱いを認めることで、弁護士と依頼者との間で、何も包み隠さず、腹を割った話ができるようにしようというのが秘匿特権の狙いです (*Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389, 101 S. Ct. 677, 682, 66 L. Ed. 2d 584 (1981))。1点ご留意いただきたい重要な点として、弁護士・依頼者秘匿特権に対する裁判所の考え方は州によって異なっており、その違いは時として非常に大きく、かつ全く違う帰結となりうる点があります。そのため、ここでは、秘匿特権の基本原則を一般論として俯瞰することにとどめています。

秘匿特権の対象となるためには、原則としてそのやり取りは、主に、あるいは大部分が、法的な(すなわちビジネス上のものではない)性質のものでなければなりません。決め手となるのは、そのやり取りがその依頼者に対して法的なアドバイスまたはサービスを提供するためになされたものかどうかです (*Spectrum Sys. Int'l Corp. v. Chem. Bank*, 78 N.Y.2d 371, 377, 581 N.E.2d 1055, 1059 (1991))。裁判所は通常、外部の弁護士とのやり取りよりも、インハウスの弁護士との間のやり取りを厳しく審査する傾向にあります。これは、本来ディスカバリーによって相手方に開示されたはずの情報の隠れ蓑にするために秘匿特権があるわけではないという原則論に基づくものです。この背景には、インハウスの弁護士にはしばしば法務としての役割とビジネスサイドの役割が混在しており、会社の役職員としての顔をはじめ、様々な顔を持っているという実情が多分に関わっています。日々、会社の内外とやり取りをしていく中で、インハウスの弁護士は会社内の様々な事柄について法務と法務でないものとの間の境界線があいまいになりがちです。裁判所も、単にインハウスの弁護士があるやり取りに加わっているからといって、当然にそのやり取りが証拠開示の対象から外れることにはならないという旨を注意喚起しています (*Rossi v. Blue Cross & Blue Shield of Greater N.Y.*, 73 N.Y.2d 588, 594, 540 N.E.2d 703, 705-706 (1989))。

### インハウスの弁護士が直面する秘匿特権をめぐる問題

弁護士・依頼者秘匿特権に関する問題は様々な場面で生じますが、中でも(1)ある従業員が複数の役割を果たしている、(2)ある1人の弁護士または1つの法律事務所が2人の依頼者を代理している、(3)依頼者らの間に共通する何らかの法的な利益がある、あるいは(4)子会社の売却、といった場合に問題となることがあります。日本のインハウスの場合、弁護士の資格を有していないことも多いので、問題がもっとややこしくなることもあります。いずれにせよ、弁護士・依頼者秘匿特権の原則論に従って行動すれば、一定のやり取りについては証拠開示の対象から除外できる可能性がぐっと高くなります。

### 「共同の依頼者」の理論

1人の弁護士が同じ事案について複数の者の利益を代弁しているという場合に joint-client theory または co-client theory (「共同の依頼者」の理論) が適用されることがあります。親会社と子会社が、

<sup>1</sup> コモン・ローとは、専ら英米法圏に普及した判例法を中心とする法体系で、ヨーロッパ諸国や日本などが属する制定法中心の大陸法(シビル・ロー)の体系としばしば対比される概念です。

両社に共通する法律問題について同じ弁護士に相談するという場合などがあります(例えば *Bass Pub. Ltd. Co. v. Promus Cos. Inc.*, 868 F. Supp. 615 (S.D.N.Y. 1994)などを参照)。このような共同の依頼者の各々がその共通の弁護士との間で行うやり取りはいずれも弁護士・依頼者秘匿特権によって守られ、かつ仮に片方が弁護士との間のやり取りをもう片方の依頼者に教えたとしても、秘匿特権は依然守られることとなります<sup>2</sup>。「共同の依頼者」と認められるか否かは、主に、弁護士への委任事項の詳細や各依頼者と弁護士との間及び依頼者相互のやり取りの状況などの諸事情に照らし、当事者や弁護士がどのような理解でいたか、によります(*In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F.3d 345, 363 (3d Cir. 2007), as amended (Oct. 12, 2007)) (citing *Sky Valley Ltd. P 'ship v. ATX Sky Valley Ltd.*, 150 F.R.D. 648, 652-53 (N.D. Cal. 1993))。

### 「共通の利益」の例外

問題となっているやり取りの場に第三者がいた場合、秘匿特権の主張ができなくなるという一般的なルールがありますが、更にこれには「共通の利益」という例外があります。複数の依頼者がそれぞれ個別に自分の弁護士を雇っているもののアドバイスを依頼している事項が共通の法的な利害に係るものである場合、「共通の利益」の例外によって、一定の弁護士・依頼者間のやり取りについてはある依頼者が他の依頼者にその内容を開示したとしても、共通の法的な利益を促進するとの目的でなされたのであればなお証拠開示の対象とならないようにすることができます。この例外は従来、企業合併の文脈で用いられてきました。例えば、合併の両当事者がそれぞれ別の弁護士に依頼しているが、当事者間の契約に基づきクロージングの前の法的な問題点に関して秘匿特権の対象となる情報を共有する必要があるというような場合には、裁判所も通常、そのような情報の共有をしたとしても秘匿特権を放棄したことにはならないと判示しています。その理由は、合併当事者間に共通する法的な利害があり、かかるやり取りはその利益を促進することを意図してのものであるから、とされています。しかしながら他方で、*Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans Inc.* 事件において、ニューヨーク州控訴裁判所は、このような情報開示が係属中の訴訟あるいは今後起きることが十分に予想される訴訟に関してなされたというような場合でない限り、上記のような事実関係のもとでの情報開示を行うと、むしろ弁護士・依頼者秘匿特権を放棄したことになる旨判示しました。更に難解なこと、そういった「訴訟」要件を必要とする州の中でも、訴訟が既に係属中でなければならぬということもあれば、訴訟が十分に予想されるという程度でも良いということもあるなど判断が一様ではありません。したがって、インハウス弁護士としては、これらのタイプのやり取りについては(特に、最近合併関係の訴訟が増加していることを考えると)、「共通の利益」の例外は適用されないかもしれないことを肝に銘じておく必要があります。

### 子会社や投資対象会社の売却

売却、合併、企業買収あるいは通常の事業承継など方法の如何にかかわらず、ある会社の支配権が新たな経営陣に移る場合、その会社の弁護士・依頼者秘匿特権を主張したり放棄したりする権限も新たな経営陣に移ります(*Bass Pub. Ltd.*, 868 F. Supp. at 619 (citing *Commodity Futures Trading Comm'n v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 349, 105 S. Ct. 1986, 1991, 85 L.Ed.2d 372 (1985))). 具体例としては、ある会社 A が、会社 B からその子会社を買取り、更にその後会社 B を訴えた場

<sup>2</sup>通常、依頼者が共同する場合に秘匿特権を放棄するためには、全ての依頼者がこれに同意する必要があります。一方の依頼者が単独で弁護士とのやり取りのうち自らの分についてのみ放棄することもありえますが、対象となるやり取りがその放棄しようとしている依頼者だけに限られている場合に限られます。他の依頼者が行ったやり取りや、自己のやり取りであっても他の依頼者にかかわるやり取りについては、これを一方的に放棄することはできません(*In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F.3d 345, 363 (3d Cir. 2007), as amended (Oct. 12, 2007))。

合、会社 A(買収会社)は、その子会社内にある、会社 B と買収対象子会社がかつて親子関係にあった時点で共同で受けた法的アドバイスにアクセスしてこれを使うことができってしまう場合があります。秘匿特権で守られていたはずの情報が新たな経営陣に移ってしまうのをなるべく防ぐための方策として、今後予定される企業買収については親子で別個の弁護士を起用するかどうかの検討も必要です。

### 専門職が取締役会の構成員となっている場合に負うことになる様々な役割

投資会社(例えばプライベートエクイティ会社など)は通常、自社の従業員を投資対象会社の取締役会のメンバーに任命します。このような任命を受けた人は、投資会社の従業員としての面と、投資対象会社の取締役会のメンバーとしての面の、2つの異なった顔を持つこととなります。投資対象会社が秘匿特権の対象となる情報(例えば、投資対象会社の外部弁護士やインハウス弁護士から得たアドバイスなど)をその人に教える場合、同社の取締役としてのその人に教えているということであれば、弁護士・依頼者秘匿特権は保たれるはずですが、しかしながら、その人が投資対象会社の取締役という立場で情報を受け取ったわけではない場合や、その人が情報を受け取った後更にその情報を投資会社の従業員としての立場で投資会社の同僚に教えたというような場合には、弁護士・依頼者秘匿特権が放棄されたものと取り扱われてしまうリスクがあります(一般に、依頼者が第三者に秘匿特権の対象となる情報を教えた場合、弁護士・依頼者秘匿特権は放棄されたものと取り扱われます)。アルゴス事件での判示からも分かりますとおり、このようにして投資対象会社の取締役に任命される従業員については、投資対象会社に対して負う取締役の善管注意義務についてのトレーニングだけではなく、投資対象会社の秘匿特権をいかにして守るかについても理解する必要があります。

アルゴス事件では、プライベートエクイティ会社がアルゴス・ホールディングス社に投資し、自社の従業員のうち3名をアルゴス社の取締役に任命しました(アルゴス社には合計で7名の取締役がいました)(*Argos Holdings Inc. v. Wilmington Trust Nat'l Ass'n*, No. 18cv5773 (DLC), 2019 WL 197150, at \*1 (S.D.N.Y. Mar. 28, 2019))。アルゴス社はその子会社を通じて、ペットスマート社(オンラインでペットを販売する小売店)の買収のために外部の弁護士を雇っていたところ、買収の過程で被告(Wilmington Trust)とのいざこざが起きました。結果、被告がペットスマートのクレジット契約のもとで買収対象会社の資産について有していた担保権を抹消するのを拒否したことから、訴訟となりました。ディスカバリーの段階になり13件の文書についてアルゴス社が開示の対象とならないように保護命令の申立てを行いました、うち10件については秘匿特権の対象とならないと裁判所は判示しました(同判決 at \*2 参照)。

裁判所がかかる決定を下すにあたって根拠とした事実関係は次の主要な3点のみです。まず、裁判所は、当の10件の文書が外部の弁護士からアルゴスの取締役会のメンバーのうち、プライベートエクイティ会社から派遣された3人の取締役に対してのみ送付され、残りのアルゴスの取締役へは送付されていない事実を認定しました(同判決 at \*4 参照)。第2に、アルゴスの従業員や役員と弁護士との間の秘匿特権の対象となるやり取りがプライベートエクイティ会社に漏れるのを防ぐための措置として何か対策が講じられていたかという問題について、アルゴスの側から何ら説明がされなかったという経緯がありました(同判決 at \*5 参照)。第3に、当の3人のプライベートエクイティ会社出身の取締役らはアルゴスでの電子メールアドレスも持っていたにもかかわらず、問題となった文書はプライベートエクイティ会社の方の電子メールアドレスに送付されたため、プライベートエクイティ会社の電子メールサーバーに保存されました(同上参照)。当の3人の取締役らがこれらのやり取りをアルゴスの取締役としての立場で行ったことをアルゴスの側で示すことができなかったことから、裁判所は弁護士・依頼者秘匿特権が放棄されたものと判示したのです(同上参照)。

## 実務上のヒントと教訓

アルゴス事件の判示内容は投資会社あるいはそれ以外の会社についても、弁護士・依頼者秘匿特権を損なわないための(少なくともニューヨーク州での)ロードマップのようなものを示しているといえます。訴訟になるまでは実際に秘匿特権の対象となるかどうかを巡って争いになることはあまりありませんが、重要なのは、ベストプラクティスに従っておくことで会社やそこへの投資会社が弁護士とのやり取りについて秘匿特権を主張できる状態を強固に保っておくことです。投資対象会社やその投資元が弁護士との間で行うやり取りについて秘匿特権がどの程度及び、あるいは及ばないのか、是非一度検討してみることをお勧めいたします。

- **白黒ハッキリと答えの出る判断基準は無い**

アルゴス事件の判示で連邦地裁が述べたとおり、問題となった情報を受け取った者が複数の役割を負っていた場合に、どの立場でその者が情報を受け取ったことになるかを定める際の判断基準はまだ確立していません。しかしながら、裁判所はこの手のやり取りが訴訟の場で開示されるのを防止するための手引きは示してくれています。例えば、投資対象会社の取締役会から依頼を受けている弁護士とその取締役らとの間のやり取りについて、取締役がこれを誰かに開示できるのはどのような場合か、またその場合の手続き等について定めたルールを確立しておくことなどが挙げられます。

- **「共同の依頼者」の場合はその旨を弁護士委任契約書の中で明記**

ある投資対象会社が上記の「共同の依頼者」の理論に依拠して、「投資会社との間で秘匿特権の情報を共有しても秘匿特権を放棄したことにはならない」と主張するつもりである場合には、弁護士事務所への委任契約書の中で「共同」の依頼となる範囲を明記して、「共同の依頼者」たる前提をきちんと書き記しておくべきです。更に、投資会社と投資対象会社との間の契約において、共同の依頼者としての両者間で秘匿特権の対象たる情報が共有されること、両者とも当該情報の秘密を保持すること、及びいかなる第三者にもこれを開示しないこと、を規定しておくべきです。

- **複数の役割を負っている者については常にリスクを意識させること**

投資会社から投資対象会社の取締役に派遣されてくる者に対しては、その者が得た投資対象会社の秘匿特権対象情報を投資会社の者に漏らすとどのようなリスクが生じるかについて、しっかり理解してもらうこと。もしそのような「2つの顔を持つ」者が投資会社と投資対象会社の両方の電子メールアドレスを持っている場合、その者が投資対象会社の外部弁護士とやり取りをする際には投資会社の方ではなく、投資対象会社のメールアドレスを使って連絡を取るよう注意喚起しましょう。

- **秘密保持のためのガイドラインを確立する**

投資対象会社においては、取締役が自分たちの間あるいは外部弁護士との間のやり取りを他人に開示することを禁止するガイドラインを確立しておくべきです。例えば、プライベートエクイティファンドから派遣された取締役は、ファンドがその投資対象会社への投資にかかわる情報を十分に把握できるようそのファンドに対して情報を開示する義務を負っていることがあり、その場合、情報の機密保持を図る手順をめぐってさまざまな問題が生じます。

- **外部の弁護士にもリスクに気付いてもらう**

何か情報を開示してその結果意図せず秘匿特権を放棄してしまうことのないよう、外部弁護士にも自社に上記の投資会社の例のような会社と取締役の立場をめぐる問題があることを知らせるようすべきです。

- **秘匿特権が保たれるよう段取りを付ける**

可能であれば、秘匿特権の対象となる情報は「知る必要がある」人だけ(すなわち、そのやり取りの内容を知っておかないと、自分の仕事が十分に遂行できないとか、問題となっている事柄について法的アドバイスに関する情報を得た上でなければ適切な判断ができないといった場合)に限定して渡すようにしましょう。秘匿特権の対象となる情報にアクセスできる人に対しては、第三者にかかる情報をむやみに漏らさないように指示しておく必要もあります。

- **ビジネスサイドとリーガルサイドをしっかりと分ける**

可能な限り、インハウスの弁護士はリーガルの業務のファイルとビジネスの業務のファイルを別々に分けて管理し、「極秘」等の指定をしておくことによって、単なる純粋なビジネス上のアドバイスなのか、法務のアドバイスなのかの違いがはっきり分かるようにしておきましょう。ただし、そのような極秘等のレッテルの過度の使用には注意が必要です。「privileged and confidential」(「秘匿特権対象・極秘」)との表示がされている文書であっても、実は法務のアドバイスを求めるやり取りは特になんかということであれば、秘匿特権の対象と認められることはないですし、かえって他に秘匿特権の対象となるはずのものまで本当に対象となるのか怪しまれてしまう可能性があります。

- **投資対象会社への調査権の範囲を適切に調整する**

親会社である投資会社と投資対象会社との間に共同依頼者の関係やその他秘匿特権が共通して適用されるような状況が無い場合には、投資対象会社の側で投資会社への秘匿特権の対象情報の開示を抑えることができるように、投資会社から投資対象会社への調査の権限を設定する場合でもその範囲を適切に調整する必要があるかの検討が必要です。

- **M&Aにおいて買収後に売主買主間の紛争が見込まれる場合、別の弁護士を雇う**

買収後に買主との間で訴訟になる可能性がある場合、売主としては後に買主へ秘匿特権の対象となる情報を開示しなければならなくなる事態を避ける観点から、上記で説明した「共同の依頼者」の理論に過度に依存することには慎重になるべきです。売主として買主に知られたくない問題については別の弁護士に相談するとか、同じ弁護士に相談するとしても、自社だけのリーガルアドバイスを受けていることを明確にするために、その弁護士に対して別件の依頼者という形で別個に連絡を取るという対応が必要です。より確実に秘匿特権を守る観点からは、秘匿特権の対象となるやり取りが「誰のもの」となるのかを明確にするような規定を売買・合併契約において定めておくことも考えられます。

- **「共通の利益」を定める契約を締結しておく**

ここで述べた多くの問題を一度に避ける方法として、当事者間で「共通の利益」を定める契約を締結しておくという方法が考えられます。アルゴス事件において示されたとおり、仮に投資対象会社と

プライベートエクイティ会社において両社が問題となった事項について「共通の利益」を有しているということを確認・合意する契約を、内容をきちんと調整したうえで締結していたならば、連邦地裁としても、どのやり取りが投資対象会社の取締役としての立場を超えてプライベートエクイティ会社の方に漏れたことになるのか、といった問題を気にしないで済んだと考えられます。

アルゴス事件が示すとおり、秘匿特権の対象となる情報を適確に見極めつつ、かつ情報の取扱いに関するポリシーや手続きをよく考えて運用していくことによって、各企業とも秘匿特権の放棄となるリスクを最小限に抑えつつ、ビジネス面では様々な投資を効率的に回していくことができるようになるのです。

本稿は、プライベートエクイティ会社の観点で本稿と同じ問題を記載していた当事務所のクライアントアラートを元に、内容をより広く一般化して記載しています。元の記事をお読みになりたい場合は[こちら](#)を参照ください。

## Legal Wire

ペットスマート事件の教訓: 秘匿特権についてもっとスマートに

---

### 本稿の内容に関する連絡先

**奈良房永** (日本語版監修)

31 West 52nd Street

New York, NY 10019

+1.212.858.1187

[fusae.nara@pillsburylaw.com](mailto:fusae.nara@pillsburylaw.com)

**Ari M. Berman**

31 West 52nd Street

New York, NY 10019

+1.212.858.1264

[ari.berman@pillsburylaw.com](mailto:ari.berman@pillsburylaw.com)

**池辺健太** (日本語版作成協力)

**Colin Davis**

31 West 52nd Street

New York, NY 10019

+1.212.858.1281

[colin.davis@pillsburylaw.com](mailto:colin.davis@pillsburylaw.com)

### Legal Wire 配信に関するお問い合わせ

**田中里美**

[satomi.tanaka@pillsburylaw.com](mailto:satomi.tanaka@pillsburylaw.com)

This publication is issued periodically to keep Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP clients and other interested parties informed of current legal developments that may affect or otherwise be of interest to them. The comments contained herein do not constitute legal opinion and should not be regarded as a substitute for legal advice.

© 2019 Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP. All Rights Reserved.