



- I. 米国における弁護士・依頼者間秘匿特権等と第三者委員会報告書公表の留意点
- II. 米国の企業結合規制届出基準の改訂

2019年
3月号

I. 米国における弁護士・依頼者間秘匿特権等と第三者委員会報告書公表の留意点

執筆者: 山口 勝之、平尾 覚、梅田 賢

1. はじめに

日本企業、特に上場会社において粉飾決算やデータ改ざん等の企業不祥事が発覚した場合、事実関係・原因の調査や再発防止策の構築等の提言のため、外部の独立した専門家からなる第三者委員会が設置されることはもはや珍しいものではなくなっています。

企業不祥事の発覚に際して、第三者委員会が設置される場合、当該第三者委員会による調査結果は公表されることが通常であり、日本弁護士連合会の2010年7月15日付(同年12月17日改訂)「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」においても、その基本原則として、「第三者委員会は、すべてのステークホルダーのために調査を実施し、その結果をステークホルダーに公表することで、最終的には企業等の信頼と持続可能性を回復することを目的とする」と定め、公表を前提とした記載がされています。また、日本取引所自主規制法人の「上場会社における不祥事対応のプリンシプル」(2016年2月24日)においても、「不祥事に関する情報開示は、その必要に即し、把握の段階から再発防止策実施の段階に至るまで迅速かつ確に行う。この際、経緯や事案の内容、会社の見解等を丁寧に説明するなど、透明性の確保に努める」とされており、公表内容についても、詳細なものが求められています。

かかる中、これまでと異なり、第三者委員会による調査結果について、報告書の公表を前提とした不祥事対応の見直しを考へる企業が増えているとも報道されており、その背景には、米国における弁護士・依頼者間の秘匿特権(attorney-client privilege)(以下、「秘匿特権」といいます。)の存在があると考えられます。

さらに、今国会に提出予定の独占禁止法改正案と併せて、公正取引委員会規則又は指針の改正により一定の秘匿特権が制度化される可能性が報じられており、今後は、日本法下においても米国と同様の懸念は生じ得ます。そこで、本稿では第三者委員会報告書の公表に際しての米国法上の秘匿特権に関連する留意点等について、その概要を紹介します。

本ニューズレターは法的助言を目的とするものではなく、個別の案件については当該案件の個別の状況に応じ、日本法または現地法弁護士の適切な助言を求めて頂く必要があります。また、本稿に記載の見解は執筆担当者の個人的見解であり、当事務所または当事務所のクライアントの見解ではありません。

本ニューズレターに関する一般的なお問い合わせは、下記までご連絡ください。

西村あさひ法律事務所 広報室 (Tel: 03-6250-6201 E-mail: newsletter@jurists.co.jp)

2. 秘匿特権に関する留意点

(1) 弁護士・依頼者間の秘匿特権(attorney-client privilege)

① 秘匿特権の範囲

まず、米国法上、証拠開示に関するディスカバリー(Discovery)の範囲が日本に比して広範であり、米国における訴訟に際しては多くの証拠の開示が求められることで知られています。しかし、秘匿特権に保護された弁護士と依頼者との間の一定のコミュニケーションについては、当該ディスカバリーの対象外とされて開示が不要となることから、証拠となり得る資料が秘匿特権の範囲内か否かは、米国の訴訟において重要な意義を有します。

米国における秘匿特権は判例法上認められてきたものであるところ¹、ある特定のコミュニケーションについて秘匿特権が認められるためには、概要、以下の要件を充足することが必要となります。

- a. 依頼者と有資格者である弁護士との間のコミュニケーションであること(なお、企業が依頼者の場合、一定の要件を満たす役員・従業員等も依頼者の範囲に含まれる)
- b. 当該コミュニケーションは、依頼者が、弁護士から法的な助言を受ける目的でなされたものであること
- c. 依頼者が、当該コミュニケーションについて秘密性を維持する意図を有しており、第三者の前でなされたコミュニケーションではないこと(秘密性)
- d. 犯罪目的でなされたコミュニケーションではないこと
- e. 当該特権が主張され、放棄されていないこと

かかる秘匿特権の存在により、依頼者は、弁護士との間で自由かつ率直なコミュニケーションを取ることが可能となることから、米国において、秘匿特権は依頼者の防御権を確保するために非常に重要な権利として捉えられています。

② 第三者委員会による報告書の公表が及ぼし得る影響

第三者委員会は、「企業等から独立した立場で、企業等のステークホルダーのために、中立・公正で客観的な調査を行う」ものとされており²、企業にとって中立な立場で調査を行うため、第三者委員会は、直接的には、企業の立場に立って企業の利益を守り、法的助言を与えるものではないとも考えられます。したがって、第三者委員会が弁護士によって構成されているとしても、上記①a.の要件との関係で、企業は、当該弁護士の「依頼者」に該当しないとされる可能性があり、また、上記①b.の要件との関係で、第三者委員会が調査のために作成したヒアリング録等の資料については、「依頼者が弁護士に法的助言を求めることを目的としたものではない」として、秘匿特権の保護を受けることができない可能性があります³。

また、ヒアリングに際して弁護士でない第三者を同席させる場合や、その内容について公表をする場合、第三者の同席により、上記①c.の秘密性が失われないか、また、公表を前提としたヒアリングについても、従業員が秘密性を維持する意図を有していたといえるのかについて検討が必要となるものと考えられます。

さらに、第三者委員会とのコミュニケーションやヒアリング録等が秘匿特権の対象となる場合であっても、上記①e.に関連して、報告書の公表により、秘匿特権を放棄したとみなされることがないよう、公表方法やその範囲について検討をすることも必要となります。

(2) Upjohn warning(アップジョン警告)

上記の秘匿特権に関連して、米国の実務上、Upjohn warning(以下、「アップジョン警告」といいます。)と言われる告知が定着しており、米国での内部調査に際して、ヒアリング録にアップジョン警告に関する記載がされていることが多くみられます。

上記(1)①a.のとおり、秘匿特権が認められるためには、依頼者と弁護士とのコミュニケーションであることが必要となりますが、

¹ United States v. United Shoe Machinery Corporation, 89 F. Supp.357 (D.Mass.1950).

² 2010年7月15日付(同年12月17日改訂)「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」2頁。

³ 木目田裕監修 西村あさひ法律事務所・危機管理グループ編『危機管理法大全』(木目田裕)15頁(株式会社商事法務、2016年)。

弁護士が企業を代理して社内調査を行う場合、直接の依頼人は当該企業になります。そして、社内調査の過程で、弁護士が当該企業の役員・従業員にインタビューを行う場合、どの範囲の役員・従業員と弁護士との間のコミュニケーションまでが企業の秘匿特権の対象となるのかが、過去に争点となりました。これを判断したのが、アップジョン警告の由来となった *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981)判決です(以下、「アップジョン判決」といいます。)

アップジョン判決では、企業を依頼者として弁護士が役員・従業員に対してインタビューを行う場合、弁護士による法的助言に従って企業の意思決定等を行う立場にあるような役員・従業員等(コントロールグループ)のみに限定して秘匿特権が認められるという原審の考え方を否定し、(判断基準そのものは明示していないものの)以下の事実を適示の上、コントロールグループよりも広い範囲の従業員についても企業の秘匿特権が認められる旨を判示しました。

- ① 弁護士と従業員間のコミュニケーションが、上司の指示に基づいた従業員により、企業の弁護士として行動している弁護士に対して、企業が法的助言を受ける目的で行われたこと
- ② 企業が法的助言を受けるためには、当該企業の上層部からは入手できない情報が必要とされていたこと
- ③ コミュニケーションは、従業員の職務上の義務の範囲内であったこと
- ④ 従業員は、調査の目的は自分ではなく企業が法的助言を受けることであることを十分に認識していたこと
- ⑤ コミュニケーションは秘密のものとされており、企業によって秘密が保持されたこと

つまり、一定の要件を満たせば、社内調査におけるコミュニケーションにおいて、コントロールグループの役員・従業員等よりも広い範囲の従業員とのコミュニケーションについて、企業は秘匿特権で保護されることが、アップジョン判決によって明らかとなりました。

したがって、従業員に対してインタビューを行う場合、当該従業員と弁護士との間のコミュニケーションが企業の秘匿特権の保護の対象となるように、上記のアップジョン判決を踏まえた対応が必要となります。

また、企業が秘匿特権を放棄した方が有利と判断した場合、たとえそれが従業員個人にとっては不利益であっても、インタビューの内容を当局等に開示する事態も想定されるところ、その場合、企業と従業員との間で一定の利益相反が生じる可能性があります。そのため、米国における法曹倫理の観点から、インタビューの対象となる従業員において、企業を代理する弁護士に、当該従業員も代理されるという誤解が生じることを避けることも必要となります。

そこで、米国法曹協会(American Bar Association)は、アップジョン判決の適用を受けるとともに利益相反の問題に対処するため、次のようなアップジョン警告のベストプラクティスを推奨しています⁴。

弁護士が企業を代理して従業員に対してインタビューを行う場合、当該インタビューに先立ち、以下の事項等について、口頭で告知をし、記録すること。

- ① 当該弁護士が、企業のみを代理しており、従業員を代理しているものではないこと
- ② 当該弁護士は、企業に対して法的助言を行うためにインタビューを行っており、インタビューは企業に助言することを目的とした調査の一部であること
- ③ 当該弁護士と従業員間のコミュニケーションは秘匿特権により保護されるが、当該秘匿特権は従業員ではなく、企業に属するものであり、企業が秘匿特権を放棄して、そのコミュニケーションの内容を第三者に開示することができること
- ④ 従業員が議論の内容を第三者へ開示をしてはならないこと

第三者委員会による調査の過程においては、企業不祥事に関与した社内の従業員等へのヒアリングが重要な要素となります。そこで、日本において第三者委員会による調査を行う場合にも、将来、万が一、米国において訴訟を提起された場合であっても、ヒアリングの対象となった従業員等と弁護士のコミュニケーションについて企業が秘匿特権を主張できるようにするために、調査を担当する弁護士が当該ヒアリングに際して、アップジョン警告をするべきか否かを検討することが望ましいといえます。

⁴ Upjohn Warnings: Recommended Best Practices When Corporate Counsel Interacts with Corporate Employees, ABA WCCC Working Group (July 17, 2009), <https://www.crowell.com/PDF/ABAUjohnTaskForceReport.pdf>.

3. クラスアクションとの関係

さらに、企業が不祥事に起因して、第三者委員会の報告書を公表することとなった場合、当該公表が将来の訴訟にどのような影響を与えるかにも配慮が必要となります。たとえば米国におけるクラスアクションにおいて、消費者等が原告となり、企業に対して訴訟を提起することを検討する場合、いかにして情報及び証拠を収集していくかという点は原告側の訴訟戦略上、重要な検討事項となります。その際に、原告側が問題視している事象について第三者委員会の報告書が公表されていると、報告書の内容が原告側に有利に、また、企業側に不利に利用されてしまうデメリットが生じる可能性があります⁵。

そのため、企業が不祥事に関連して米国の訴訟で被告となる可能性がある場合、特にクラスアクションが提起されるおそれのある場合には、第三者委員会の報告書を公表する範囲や方法について慎重な検討が必要と考えられます。

4. おわりに

以上のとおり、グローバル化が進んでいる日本の企業において不祥事が発生した場合、米国所在の子会社の有無や、そのビジネスの内容によっては、米国法上の秘匿特権の範囲や、クラスアクションの可能性なども考慮して第三者委員会の報告書の公表方法やその範囲を検討することが必要となります。有事においては、上記の米国法上の論点も踏まえて、専門家と相談することは必須となりますが、平時においても、いざという場合に備えてあらかじめ本稿の記載内容について検討しておくことが肝要と思われれます。

以上



やまぐち かつゆき
山口 勝之

西村あさひ法律事務所 ニューヨーク事務所 執行パートナー弁護士
k.yamaguchi@jurists.co.jp

1991年弁護士会登録。1997年ニューヨーク州弁護士登録。1997-1998年 Debevoise & Plimpton LLP(ニューヨーク、パリ)、1999年 Simeon & Associates(パリ)。2000年より当事務所パートナー。2018年より西村あさひ法律事務所ニューヨーク事務所の執行パートナーに就任。M&A/企業法務全般にわたり、多くの国内外の上場会社・非上場会社に対して幅広いアドバイスを提供する。近時は、日本企業による米国・欧州・アジアにおける企業買収や、中南米・アフリカ等の新興国を含む海外進出と進出後の現地支援業務を多く手掛ける。世界各地の現地法律事務所とのネットワークを駆使し、複数国にまたがる複雑な案件の処理を得意とする。



ひらお かく
平尾 覚

西村あさひ法律事務所 パートナー弁護士
k.hirao@jurists.co.jp

1998-2011年検事。2001年イリノイ大学ロースクール卒業(LL.M.)。2011年弁護士登録。公正取引委員会、証券取引等監視委員会をはじめとする国内当局対応、行政機関との紛争対応、企業不祥事対応、訴訟対応のほか、国際カルテルやFCPA事案等への対応その他海外当局による捜査/調査対応等を手掛ける。



うめだ まさる
梅田 賢

西村あさひ法律事務所 ニューヨーク事務所 弁護士
m.umed@jurists.co.jp

2007年弁護士登録。2016年ニューヨーク州弁護士登録。2015-2016年 Debevoise & Plimpton LLP(ニューヨーク)、2016-2018年メキシコの法律事務所である Basham, Ringe Y Correa, S.C.(メキシコシティ・ケレタロ) 出向。国内外のM&A、一般企業法務、株主総会対応、商事紛争等の業務に従事すると共に、メキシコを中心とした中南米各国における日本企業の法務案件を担当。2019年2月よりニューヨーク事務所所属。

⁵ 前掲木目田 15 頁。

Ⅱ. 米国の企業結合規制届出基準の改訂

執筆者: 辰巳 郁、田中 伸祐

1. はじめに

日本の公正取引委員会による企業結合審査と同様に、米国にも HSR ファイリング⁶と呼ばれる企業結合規制が存在しており、日本企業同士の M&A であっても、所定の要件を満たす場合は、クロージング前に米国司法省(DOJ)又は米国公正取引委員会(FTC)への事前届出が必要となります。2019 年 2 月 15 日、この HSR ファイリングの届出基準の改訂(以下「本改訂」といいます。)が公表され、同年 3 月 4 日付で連邦官報にも掲載されました⁷。本ニューズレターでは、本改訂の概要についてご紹介します。

2. HSR ファイリング届出基準の概要

米国での企業結合規制の下では、企業結合を行う当事者及びその取引が、以下の 4 要件をいずれも満たす場合に、米国司法省又は米国公正取引委員会への事前届出が必要となります。

- (1) 通商要件(The Commerce Test)
- (2) 取引規模要件(The Size of Transaction Test)
- (3) 当事者規模要件(The Size of Person Test)
- (4) 適用除外規定に該当しないこと

(1) 通商要件

企業結合に関する一方当事者が通商に従事しているか、又は通商に影響を及ぼす事業活動に従事しているのであれば、本要件を満たすとされています。

(2) 取引規模要件

取引規模要件に関しては、元々の HSR 法の規定では、取引規模(取得する株式の市場価格や取得価格等)が「5,000 万米ドル」超であることが要件とされていました。この「5,000 万米ドル」という当初の基準は、HSR 法の規定に基づき、米国の国民総生産(GNP)の推移に沿って毎年変更が行われ、2018 年には 8,440 万米ドルとされていましたが、本改訂により 2019 年は 9,000 万米ドルとされることになりました。

したがって、取引規模が 9,000 万米ドル以下 の場合には、今後 HSR ファイリングは不要となります。

元々の法令上の基準	2018 年の基準	2019 年の基準
5,000 万米ドル	8,440 万米ドル	9,000 万米ドル

(3) 当事者規模要件

当事者規模要件は、元々の HSR 法の規定では、①取引規模が「5,000 万米ドル」超で、かつ、「2 億米ドル」以下の場合にのみ充足することが求められる要件となります。具体的には、元々の HSR 法上は、原則として、②一方当事者の年間売上高又は総資

⁶ なお、「HSR」とは、現在の米国における独占禁止法の基礎となった Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (以下「HSR 法」といいます。)という改正法の名称に冠された Hart、Scott 両上院議員と Rodino 下院議員のそれぞれの頭文字を取った略称です。

⁷ Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7A of the Clayton Act, 84 Fed. Reg. 7369 (Mar. 4, 2019), available at <https://federalregister.gov/d/2019-03395>.

産額が「1 億米ドル以上」であり、かつ、他方当事者の年間売上高又は総資産額が「1,000 万米ドル」以上であることが要件とされてきました。

上記基準についても、米国の国民総生産の推移に沿って毎年変更が行われています。本改訂では、①については、2019 年は、取引規模が 9,000 万米ドル超 3 億 5,990 万米ドル以下 の場合に当事者規模要件が求められることとなり、②については、一方当事者の年間売上高又は総資産額が 1 億 8,000 万米ドル以上 であり、かつ、他方当事者の年間売上高又は総資産額が 1,800 万米ドル以上 であることが要件とされました。いずれの基準も、2018 年よりも数値を大きくする方向での改訂となります。

なお、当事者規模要件については、上記のとおり、取引規模が元の HSR 法でいう「2 億米ドル」超の場合は必要とされない要件となります。すなわち、2019 年には、取引規模が 3 億 5,990 万米ドル超 の場合には、当事者の規模にかかわらず、HSR ファイリングが必要になり得ます。

	元々の法令上の基準	2018 年の基準	2019 年の基準
①	5,000 万米ドル	8,440 万米ドル	9,000 万米ドル
	2 億米ドル	3 億 3,760 万米ドル	3 億 5,990 万米ドル
②	1 億米ドル	1 億 6,880 万米ドル	1 億 8,000 万米ドル
	1,000 万米ドル	1,690 万米ドル	1,800 万米ドル

(4) 適用除外規定

上記(1)から(3)の要件を満たす場合であっても、適用除外規定に該当する場合には、HSR ファイリングは不要となります。日本の企業結合規制にはないようなものも含めて、様々な適用除外規定が設けられています。例えば、日本企業同士の取引では、外国企業の議決権付き株式の取得に関する適用除外規定に該当するかが問題となることが多くあります。この適用除外規定の関係では、元々の HSR 法上、外国企業である買収者及び被買収者の直近事業年度における米国売上高の合計額及び米国における資産額の合計額がそれぞれ「1 億 1,000 万米ドル」未満であることが要件の一つとされてきましたが、本改訂により、この基準は、2019 年は 1 億 9,800 万米ドル未満 とされることになりました。

元々の法令上の基準	2018 年の基準	2019 年の基準
1 億 1,000 万米ドル	1 億 8,570 万米ドル	1 億 9,800 万米ドル

(5) ファイリングフィー

日本と異なり、HSR ファイリングを行う場合は、当事者が当局に対してファイリングフィーの支払を行う必要がありますが、本改訂により、ファイリングフィーの金額が切り替わる基準についても変更が行われています。変更後の具体的な基準は下記のとおりです。

2019 年の改訂後の基準	ファイリングフィー
取引規模が 9,000 万米ドル超かつ 1 億 8,000 万米ドル未満	45,000 米ドル
取引規模が 1 億 8,000 万米ドル以上かつ 8 億 9,980 万米ドル未満の場合	125,000 米ドル
取引規模が 8 億 9,980 万米ドル以上の場合	280,000 米ドル

なお、ファイリングフィーの金額(上記表の右側の列)自体については、2018 年から変更はありません。

(6) 施行日

本改訂による新しい基準は、2019 年 3 月 4 日から 30 日後の日である同年 4 月 3 日以降にクロージングを迎える取引に適用されることとなります。

3. おわりに

以上のとおり、HSR ファイリングの届出基準は、米国の国民総生産の推移に対応して、毎年基準額が変更となります。米国での企業結合審査の要否を確認する場合は、実際に適用となる最新の基準を確認の上、適用除外規定への該当の有無を含めて、慎重に確認する必要があります。

以上



たつみ かおる
辰巳 郁

西村あさひ法律事務所 ニューヨーク事務所 弁護士
k.tatsumi@jurists.co.jp

2005 年弁護士登録。2013 年ニューヨーク州弁護士登録。2012-2013 年 Kirkland & Ellis LLP(シカゴ)出向。2013-2015 年法務省民事局(会社法担当、商事課併任)出向。国内外の M&A、組織再編等に多数関与。株主総会、コーポレート・ガバナンス、危機管理等を含む一般企業法務にも幅広く従事。会社法、金商法を中心とする法制度や実務運用の在るべき形についても積極的に発言。2018 年 10 月よりニューヨーク事務所所属。



たなか のぶひろ
田中 伸拓

西村あさひ法律事務所 ニューヨーク事務所 弁護士 トレーニー
n.tanaka@jurists.co.jp

2010 年弁護士登録。2017 年スタンフォード大学ロースクール卒業(LL.M. in International Economic Law, Business & Policy)。2018 年ニューヨーク州弁護士登録。2017-2018 年 Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP(ニューヨーク)の Litigation Department 出向。国内外の独占禁止法、訴訟・紛争、通商法等の業務を中心として、クロスボーダー案件を多く担当。2018 年 10 月よりニューヨーク事務所所属。

西村あさひ法律事務所では、M&A・金融・事業再生・危機管理・ビジネスタックスロー・アジア・中国・中南米・資源/エネルギー等のテーマで弁護士等が時宜にかなったトピックを解説したニュースレターを執筆し、随時発行しております。

バックナンバーは<<https://www.jurists.co.jp/ja/newsletters>>に掲載しておりますので、併せてご覧ください。

(当事務所の連絡先) 東京都千代田区大手町 1-1-2 大手門タワー 〒100-8124
Tel: 03-6250-6200 (代) Fax: 03-6250-7200
E-mail: info@jurists.co.jp URL: <https://www.jurists.co.jp>