



グローバル組織の法務活動における文化的、倫理的、法的課題 : ゼネラル・カウンセルの役割

Daly, Mary C.
本間, 正浩

(Citation)

神戸法学年報, 32:91-168

(Issue Date)

2018

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81011177>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81011177>



グローバル組織の法務活動における文化的、倫理的、法的課題： ゼネラル・カウンセルの役割

Mary C. Daly*

監訳：本 間 正 浩**

目次

序論

I. 文化的課題

- A. 企業内法務サービスの提供におけるプロアクティブ・モデルの影響
- B. 外国の法務サービスに関する「調達責任者」という機能
- C. 予見的／予防的機能

* Professor of Law, Fordham University School of Law; J.D., 1972, Fordham University School of Law; LL.M., 1978, New York University School of Law. Daly 教授は、Fordham University School of Law の Stein Institute of Law and Ethics のディレクター。著者は Fordham Law School 学内研究会のメンバーに感謝を表したい。彼らの提言と批評により、この論文における思考の発展が極めて豊かなものになった。また、Pennsylvania State University, Dickinson College of Law の Laurel Terry 教授と Emory University School of Law の Timothy Terrell 教授には初期段階の草稿を読み、コメントをいただいたことに感謝する。1997 年の Randolph W. Thrower Symposium にて本論文の一部が発表された際に応答いただいた Carl D. Liggio, Esq. および David C. Kohler, Esq. にもお礼申し上げる。

** 日清食品ホールディングス（株）・執行役員・CLO／ジェネラル・カウンセル、日本組織内弁護士協会（JILA）理事。翻訳は、本間のほか、高畑正子（株式会社ユースエナジーホールディングス・ジェネラル・カウンセル、JILA 副理事長）、百々ミチル（和田・渡辺法律事務所・弁護士）、岡本茂久（ニッセイ・ウェルス生命保険株式会社・法務部マネージャー）、明石幸大（株式会社ヤマダ電機・法務室課長）、堀籠雄（ウルトラファブリックス・ホールディングス株式会社・法務部部长）、川原啓真（水ing 株式会社）、加藤芽那（第一生命保険株式会社法務部課長補佐）が担当した。

II. 倫理的課題

A. 利益相反

B. 兼業禁止の法理

III. 法的課題

A. 企業内弁護士と弁護士秘匿特権

1. 米国外での法教育

2. 米国外における弁護士資格の取得の実務

結語

この翻訳は、神戸大学大学院法学研究科と日本組織内弁護士協会（JILA）が共同で設立した「神戸大学・JILA 企業内法務研究会」の成果である。同研究会は、日本の企業内法務が直面する問題の理論的研究を行う場として、2015 年 1 月に双方が設置を内諾し、本翻訳の下訳の完成を待って、2018 年 10 月に正式設置された（共同代表＝中川丈久〔神戸大学教授〕・本間正浩〔JILA 理事〕）。

本稿は、Mary C. Daly, *The Cultural, Ethical and Legal Challenges in Lawyering for a Global Organization: The Role of the General Counsel*, 46 EMORY L. J. 1057 (1997) の全訳である。著者の逝去に伴い、本論文の著作権を管理する Emory Law Journal から、翻訳と公表方法について許諾を頂いたことにお礼申し上げる。

序論

本稿では、ここ 30 年間の米国での企業法務実務における最も顕著な 2 つの変化、すなわち企業内弁護士（in-house counsel⁽¹⁾）の数、権威および力の増大

(1) 本稿では、“in-house counsel”、“corporate counsel”、“salaried lawyer”という用語は、組織への法的サービスの提供を目的として専属的な雇用関係を組織との間で結んだ弁護士を指す、互換性のある用語として用いている。米国や他のコモンロー諸国では、こうした弁護士たちは一般的に、弁護士秘匿特権を主張することが可能で

と、ビジネスと資本市場のグローバル化⁽²⁾の関連性について取り扱う。これら

あることを背景に、雇用主との間でプロフェッショナルな関係を保持している。多くの大陸法諸国では、この弁護士秘匿特権は利用可能ではない。*infra* notes 202-06 とこれに付随する文章を参照のこと。

“Salaried lawyer”の用語は、米国以外で最も頻繁に用いられる。“Corporate counsel”は現在米国でよく好んで使われる用語である。“Corporate counsel”の人気は、“in-house counsel”に比べてより専門的で、より洗練された実務の基礎があるようなイメージを喚起させるという事実と関連していることは明白である。Abram Chayes & Antonia Chayes, *Corporate Counsel and the Elite Law Firm*, 37 STAN.L.REV.277 (1985); Robert Eli Rosen, *The Inside Counsel Movement, Professional Judgement and Organizational Representation*, 64 IND. L.J. 479, 479 n.1 (1989).

* (訳注) 上記の通り、互換性のある語として用いられていることにかんがみ、本翻訳では、原語に関わらず、「企業内弁護士」の語を用いるものとする。

(2) いわゆる「グローバル化 (Globalization)」は多次元的、金融的、社会的、そして文化的な現象である。その端緒は、主に共産主義・社会主義政権が民主主義的な制度を持つ政府と資本主義政策に取って代わられるという政治的な大変革が起きたことはもちろん、通信技術、運輸、情報検索システムに関する前例のない発展が短期間で生じたことにある。グローバル化の原因と結果について語ることは、本稿の目的を超えている。この点についての概説については、*Global Investing*, WALL ST. J., June 26, 1997, at R1-14 (米国外に対する投資の利益とリスクについて分析した増補); *World Business*, WALL ST. J., Sept. 26, 1996, at R1-28 (世界的な貿易と生産を成功させる戦略を検討する Special Supplement) を参照のこと。Alan Cowell, *Cultural Intrusion Is a Blockbuster Best Seller*, N. Y. TIMES, May 11, 1997, 34 (Week in Review) at 2; *U.S. as Prime Market*, WALL ST. J., Feb. 3, 1997, at A1 を参照のこと。また、概説として、PETER DICKEN, *GLOBAL SHIFT: INDUSTRIAL CHANGE IN A TURBULENT WORLD* (1986); WILLIAM GREIDER, *ONE WORLD, READY OR NOT: THE MANIC LOGIC OF GLOBAL CAPITALISM* (1997); Dani Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?*, INSTITUTE FOR ECONOMICS (1997); George Soros, *The Capitalist Threat*, ATLANTIC MONTHLY, Feb. 1997, at 45 を参照のこと。TERENCE C. HALLIDAY, *LAWYERS AS INSTITUTIONAL CONTRACTORS: CONSTRUCTING MARKETS, STATES, CIVIL SOCIETY, AND COMMUNITY* (American Bar Foundation Working Paper No. 9519, 1995) も併せて参照のこと。グローバル化と、それが法曹に及ぼした効果についてのより詳細な説明については、John Flood, 23 INT'L LAW, 509 (1995) を参照のこと。より詳細な説明については、Richard L. Abel, *Transnational Law Practice*, 44 CASE W. RES. L. REV. 737 (1994); Peter Roorda, *The Internationalization of the Practice of Law*, 28 WAKE FOREST L. REV. 141 (1993); Kenneth S. Kilimnik, *Lawyers Abroad: New Rules for Practice in a Global Economy*, 12 DICK. J. INT'L L. 269

の2つの変化の相乗効果により、グローバルな組織におけるゼネラル・カウンセルにとって、固有の文化的、倫理的そして法的な課題が生じている。本稿では、序論において、これらの変化を生み出した要因について簡単に概観した後、第1章から第3章にかけて、課題の内容につき詳細に分析していくこととする。「結論」においては、これらの課題に対応するため、ゼネラル・カウンセル⁽³⁾は、グローバルな組織を代表する企業内弁護士のために新たなアイデンティティを生み育て、また依頼人への法的サービスの提供を管理監督するための新たな技術を構築する必要に迫られることを述べる。加えて、これらの変化が、極めて強力な多国籍企業体を代表しつつも、法の支配と結びついたプロフェッショナルとしてのアイデンティティ意識を欠いた新たなエリート企業内弁護士集団の

(1994); David M.Trubek et al, *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas*, 44 CASE W. RES. L. REV. 407 (1994); Lucinda A. Low, *Virtually All Areas of Law Profession Face Globalization*, NAT'L L. J., Aug. 5, 1996, at C9を参照のこと。

- (3) 本稿では、特にことわりのない限り、「ゼネラル・カウンセル (general counsel)」の用語は、米国において執務する法曹資格を有する弁護士で、米国州法を設立準拠法とし、相当程度の収益を米国国外での業務から得ている会社における法務担当役員のことを意味するものとする。ゼネラル・カウンセル general council は一般的には米国籍を持つ。

他国における企業内弁護士の日常的な活動は、あまり知られていない。しかしながら、こうした情報の欠落している状況は間もなく終わるであろう。1994年、あるイングランドのソリシターが実務について社会学に基づく5年間にわたる調査を開始した。*Lawyer to Explain In-House 'Mystique'*, LAW., Aug. 30, 1994, at 7。同じ年に、米国の the American Corporate Counsel Association はヨーロッパ支部を開設した。Diana Bentley, *A Network of Expertise*, FIN. TIMES (London), Sept. 3, 1996, at 12を参照のこと。PLC Magazine は *European Counsel Direct* という、ヨーロッパの主要企業1500社の法務部を紹介する年次出版の企画を発表した。*European Counsel Direct* は、業務管理、財務そして業務遂行の発展についての記事を掲載する予定である。*Put Your In-House in Order*, LAW, Feb. 14, 1995, at 44。ロンドンで新たに発行された3つの法律雑誌、*Legal Business*、*The In-House Lawyer* および *European Counsel* も、英国とヨーロッパにおける企業内弁護士の数、権力および権威の拡大について光を当てる。取り上げ方はそれほど強烈ではないものの、これらの雑誌の論調には *The American Lawyer* のスタイルの名残がある。infra note 40も参照のこと。

出現を促してしまうのではとの懸念についても述べる⁽⁴⁾。

企業内で業務を行う弁護士の数、1970年から1980年にかけて40%増加し、1980年から1991年にかけて、33%増加した⁽⁵⁾。1962年から1982年にかけて、企業内弁護士数は、4倍となった⁽⁶⁾。

しかし、人数の増加割合よりも重要なのは、それに伴って、実権が外部法律事務所からゼネラル・カウンセルへと移ったことである⁽⁷⁾。ゼネラル・カウンセルは、近年の歴史において相当な期間にわたり、主に企業とその外部法律事務所との橋渡しの機能を果たしてきた。このようなゼネラル・カウンセルの位

(4) 本稿の主題を視覚化するもう一つの方法は、2つの円の一部分が重なり合っているベン図を想像することである。1つの円はゼネラル・カウンセルの数、権威、力の変化を示している。もう1つの円は産業と資本主義市場のグローバル化を示している。2つの円の重なり合うところが、分析の対象となる事項を示している。

(5) BARBARA A. CURRAN ET AL., THE LAWYER STATISTICAL REPORT; A STATISTICAL PROFILE OF THE U.S. LEGAL PROFESSION IN THE 1980s 19 (1985); BARBARA A. CURRAN ET AL., THE LAWYER STATISTICAL REPORT: THE U.S. LEGAL PROFESSION IN THE 1990s 7 (1994). Professor Rosen は、これらまたはこれらに類似した分析に異議を唱え、絶対数と割合において、弁護士の人口が非常に増加したことに注目するべきであると主張する。Rosen の *supra* note 1, at 482, n.7 を参照のこと。

(6) J. Randolph Ayre, *In House - Better Than Ever*, NAT'L. L. J., Feb. 15, 1982, at 11. ハーバード・ロースクールの調査によれば、現役の弁護士数は1973年から83年の間で2倍になっていると結論づけている。Michell Lynch, *Moving the Law Inside at Mass Mutual*, 70 A.B.A J., Feb. 1984, at 45. 仮に内製化が会社のコスト削減について相当程度の効果を生じていないとしても、企業はなお、組織内の弁護士には外部の弁護士よりも当該企業自体やその企業文化やニーズについてより詳しく知る機会があることの結果として得られる“質的によりよい助言”による利益を得ているのだと、ゼネラル・カウンセルたちは主張する。Frederick J Krebs, *The Inherent Advantage Is In Knowing The Client: The Relationship In-House Counsel Has with the Company Provides the Edge over Outside Counsel*, NAT'L L.J., Oct. 17, 1994, at C6; Ted Schneyer, *Professionalism and Public Policy: The Case of House Counsel*, 2 GEO. J. LEGAL ETHICS 449, 481 (1988)。

(7) Carl D Liggio, *Clients in Control*, LITIG., Fall 1993, at 20; Dominic Bencivenga, *Serving the Client: In-House Counsel Redefine Their Corporate Role*, N.Y. L.J., June 6, 1996, at 5; Barbara Lyne, *The Pressure is on*, NAT'L L. J., Sept. 9, 1991, at S1. を参照のこと。

置づけは、中間管理職のようなものであった⁽⁸⁾。質と量の両面において、企業内弁護士によって行われる業務は、ほとんどなかった⁽⁹⁾。Chayes教授が観察する通り、「伝統的な企業内弁護士は、経営陣としても比較的重要ではない立場でであった。ステレオタイプとしては、企業にとって主要な外部法律事務所において、パートナーになれるほどの成功をおさめなかった弁護士である。ゼネラル（コーポレート）・カウンセルの職責は、会社法上の手続事項やその他のルーチ的な事務に限られていたのである⁽¹⁰⁾。（略）」

ゼネラル・カウンセルの責任の範囲は、外部法律事務所による法的サービスにかかる費用の増加の影響を受け、1970年代において大幅に拡大した。企業は、消費者への信用供与や商業融資といった予測可能な定型的な事務を外部弁護士から自らの企業内弁護士へ移すよう軌道修正するため、法務部の規模を拡大した⁽¹¹⁾。

やがて、企業法務法律事務所の実務を捨て、企業内弁護士のポジションを求

-
- (8) Margaret Cronin Fisk, *General Counsel Expanding Beyond Traditional Roles*, NAT'L L.J., June 21, 1993, at 19, 28. 最初期の企業内弁護士による法務部門に関する、興味深い、簡潔な概観については、Lawrence M Friedman, *A History of American Law*, 641 (2d ed. 1985) を参照のこと（訳注）該当箇所は見当たらなかった。
- (9) この点についての概説として、I Robert T Swaine, *THE CRAVATH FIRM AND ITS PREDECESSORS 1819 - 1947* (1948) を参照のこと。
- (10) Chayes & Chayes, *supra* note 1, at 277; Walker B. Davis, *Reflections of a Kept Lawyer*, 53 A. B. A. J 349 (1967) ; Jeffrey S Slovak, *The Ethics of Corporate Lawyers: A Sociological Approach*, 1981 AM. B. FOUND. RES. J 753, 772; Jeffrey S Slovak, *Giving and Getting Respect: Prestige and Stratification in a Legal Elite*, 1980 AM. B. FOUND. RES. J. 31。
- (11) JOHN P HEINZ&EDWARD O.LAUMANN, *CHICAGO LAWYERS: THE SOCIAL STRUCTURE OF THE BAR* 366 (1982) ; Timothy S. Robinson & Nance Confer, *Soaring Fees Spur Dramatic In-House Growth*, NAT'L L.J., Mar. 30, 1981, at 1; Amy Dockser, *Companies Rein in Outside Legal Bills*, WALL ST. J., Nov.9 1988, at B1. を参照のこと。この点についての概説については、Marc Galanter & Thomas Palay, *The Transformation of the Big Law Firms*, in *LAWYERS' IDEALS/ LAWYERS' PRACTICES: TRANSFORMATIONS IN THE AMERICAN LEGAL PROFESSION* 31, 48-49, 1992) ("LAWYERS' IDEALS") 。

める優秀な弁護士たちの数がますます増加するようになった。法律事務所から請求される弁護士費用の額が増加するにつれて、企業の財務担当役員もゼネラル・カウンセルも、企業内弁護士に、ルーチン的ではない複雑な法的サービス—特に取引関連業務—を担当させることが、費用の観点からも専門性の観点からも賢明であるということに気が付き始めた⁽¹²⁾。彼らは、ビジネスに関して特別な知識を有することで、企業に対して付加価値を提供している⁽¹³⁾。企業は、ゼネラル・カウンセルに、「重要な戦略的問題について、組織の中核において対応する」こと⁽¹⁴⁾、そして、「経営執行部がどのような意向を持っているかをよく把握している」ことを求めるようになった⁽¹⁵⁾。

-
- (12) 例えば、1989年のErnst & Youngの調査では、調査対象の13%の企業が企業内において対応能力を有しているために、法律事務所からの請求額が減額できたり、請求額増加をインフレ率の範囲内に抑制できたと回答している。Ellen Joan Pollock & Mills Geyelin, *Bringing Legal Work In-House Cuts Costs*, WALL ST. J., Dec.6, 1989, at B1. 訴訟対応は、業務の内製化を進める中で、最後まで悩ましいものとして残る。ある調査では、法務部が訴訟に関係する法律業務のうちおよそ67%を、外部の弁護士に委託していることが示されている。Jonathan P. Bellis & Rees W. Morrison, *As Cost Rise, Companies Focus Inward*, NAT'L L.J., Nov 5, 1990, at S9. しかしながら、複数の論者は、時間的にも・人員的にも予測できない過重な負担を強いるものとして悪名高い訴訟についてさえも、適切な計画を立てれば、企業の法務部が効果的な訴訟業務を低コストで行うことができるだろうと主張している。一例として、Hans U. Stucki, *Bringing Litigation Inside Can Help Curb Costs*, NAT'L J., Mar. 16, 1992, at S15.
- (13) *Constructing a Legal Department*, CORP. LEG. TIMES, Nov. 1994, at 1 (企業内弁護士発展の活動の指導者達による座談会)
- (14) Fisk, *supra* note 8, at 28 参照。あるコメンテーターが説明しているとおり、「迅速で能率的な意思決定と取引の遂行をできる組織が激化した競争の中で優位に立った。企業内弁護士は、彼らのクライアント—経営者や事業そのもの—に精通した知識のみならず、その専門性と利用のしやすさによって、彼らの所属する組織に競争優位性を与えた。」Michael E. Neben, *And Here's to You Inside Counsel for Your Competitive Edge*, CHI. DAILY BULL., June 17, at 5.
- (15) Deborah Graham, *Counsel Blaze Trails as They Build In-House Role*, LEGAL TIMES, Aug. 13, 1984, at 10. Mike France, *Reengineering in Reverse*, 13 ACCA DOCKET 8, 16 (1995) も共に参照のこと。In-house lawyeringの支配的なモデルは、法的リスクの分析よりも意思決定にあたってのコンサルティングに近づいている。*infra* notes 91-94 とそれに付随する文章を参照のこと。また、LAWYERS' IDEALS

政府による規制が、連邦、州、地方全てのレベルにおいて、急激に増加するにつれて、企業は、自らの事業の内容をあらゆる角度から熟知しており、それゆえコンプライアンスの問題について日常的に法的助言を提供してくれる弁護士に対する需要を拡大させた⁽¹⁶⁾。

効率的に予防法務機能を果たすためには、企業の事業活動に関して多岐にわたる、詳細な知識が必要である。そして、即時に対応することや、日々の綿密なやりとりを継続していることや、現場での存在感も必要である。この新しい予防法務機能が、必然的に企業内弁護士のポジションを劇的に増加させたと言わざるを得ない⁽¹⁷⁾。

企業は、企業内弁護士が、外部弁護士よりも効果的に、そして大幅に安いコストでこれらの要求に応えてくれるものだと確信した⁽¹⁸⁾。

要するに、1980年代初頭には、ゼネラル・カウンセルは、一般的に以下の4つの異なる機能を果たしていた。第一に、彼らは、外部弁護士から企業に対し提供される法的サービスを管理し、監督した。第二に、彼らは定型的な法的サービスを提供し、ときには、複雑な取引案件や訴訟までも直接対応した。第三

の *supra* note 11 ,at 209, 252-53 も参照のこと。

(16) 企業のコンプライアンス機能がいかに重要であるかの理解のために、Richard S. Gruner, *General Counsel in an Era of Compliance Programs and Corporate Self-Policing*, 46 EMORY L.J. 1113 (1997) ; Carole Basri & Julia Rosen, *Effective Corporate Compliance Programs: An Owner's Guide*, 13 ACCA DOCKET 58 (1995)。この点についての概説として、Dan K. Webb et al., *Understanding and Avoiding Corporate and Executive Criminal Liability*, 49 BUS. LAW. 617 (1994); Dan K. Webb & Steven F. Molo, *Some Practical Considerations in Developing Effective Compliance Programs: A Framework for Meeting the Requirements of the Sentencing Guidelines*, 71 WASH. U. L.Q. 375 (1993)。

(17) *Corporate Legal Practice in the 1990s: Directions and Challenges*, 37 BUS. LAW. 683, 693 (1982) (“*Directions and Challenges*”)。

(18) Neben, *supra* note 14, at5。

に、彼らは、企業とその構成員に対して法規制に関する相談を行った。第四に、彼らは⁽¹⁹⁾ コンプライアンス・プログラムを策定した。ゼネラル・カウンセルがこれらの機能を引き受け、拡張したことにより、漸次、外部の法律事務所から社内の法務部へ力が移行することとなった。力がまた外部の法律事務所へ顕著に戻るようなことは、特に法規制に関する相談機能の重要性を考慮すれば⁽²⁰⁾ 起こりそうにない。加えて、企業内弁護士のこの新しい世代は、しばしば、法的助言と同様にビジネスに関する助言をも提供し、彼らの役割は社内に対して純粹に法的な問題についてのみ助言することに限定されるという意見をきっぱりと否定する。彼らの業務スタイルを特徴づけるのは、いわゆる「こうすればで

(19) The National Law Journal は、毎週、大企業のゼネラル・カウンセルの経歴を掲載している。この記事は企業内法律業務の専門業務としての権威の強力な宣言であり、また企業内弁護士がこれら4つの仕事を担っていることについて、直接的な実証的証拠となるものである。一例として、*In-House Counsel*, NAT'L L.J., July 21, 1997 at B1 (Hershey Food Corp のゼネラル・カウンセルである Robert M. Resse を取り上げる) ; Graham, *supra* note 15; *Directions and Challenges*, *supra* note 17 も併せて参照のこと。法務部の提供する法的サービスが洗練されていることの例として、*Audrey Duff, Chiquita Flies Solo in Stock Sale*, AM LAW., Mar. 1991, at 46; Allison Frankel, *J.C. Penney's Inside Out Litigation*, AM LAW., Sept. 1992, at 42, 43; Gary Taylor, *Coastal's Crusaders*, NAT'L L. J., May 4, 1992, at 1, 34. を参照のこと。

(20) 個々の事象としては、近年この力関係に関する再調整が行われている。有名な法律雑誌は、いくつかの状況において、企業が法務部を縮小したり、全く無くしてしまう事例を記述している。一例として、Dominic Bencivenga, *Justifying Costs: Budget Ax Falls on In-House Legal Department*, N.Y. L.J., Apr. 25, 1996, at 5 (240人の弁護士のいる法務部の半数を11の外部法律事務所に置き換えた Monsanto 社の意思決定について分析する) ; Allison Frankel, *Continental Bank's Ten Million Dollar Solution*, AM LAW., Apr. 1991, at 40 (全ての法的業務を外法律事務所に移行した銀行の決定について述べる) ; Larry Smith, *Survey Shows In-House Numbers Steady Amid Ongoing Productivity Measures*, 13 OF COUNT., Sept. 19, 1994, at 1 (1993年において、新規採用が1.3%減少したことの説明) ; Larry Smith, *In-House Lawyer Number Down, Reversing Earlier Trends at Major Corporations*, 12 OF COUNS., June 21, 1993, at 1 (新規採用について、1990年に1.2%、1991年に2.0%増加したこととの対比において、1992年に1%減少したことの説明) これらの減少は、地殻変動というより、レーダースクリーン上の輝点のような小さな変化にすぎない。Jeff Barge, *For In-House Counsel, Safety In Numbers*, 81 A.B.A.J., Jan 1995, at 28 (「全体的な人員削減といったような傾向はない。」と結論付けている。)

きる (“can do”)] という姿勢である⁽²¹⁾。

ビジネスの世界は、5 年前に比べて、ずっと複雑である。良質な法的サービスの観点からすれば、企業が望んでいないのは、特定の状況または企画を見て、「あなたは、それをやるべきではない、なぜなら違法だから。以上。」という弁護士である。我々が欲しいのは、「もしかしたら」と言うところから初めて、「他の方法は検討しましたか」と続ける弁護士である。あなたと一緒に考え、あなたの側で描いている最終的な結論に達することのできるように代替案を提案する弁護士は、良質な法的サービスを提供することができる者である⁽²²⁾。

かかる変化が目に見えるほど顕著なものであること、そして力関係のバランスの変化が象徴するものは、伝統的に企業内弁護士に押されてきた二流であるとの烙印を積極的に拒絶し、企業内法律業務が、挑戦するに値し、かつ、やりがいのあるキャリアの選択であることを擁護する、プロフェッショナルとしてのアイデンティティの確立である。企業内弁護士は、ABA による取扱いに納

(21) J.P. Morgan がかつて報じたところによれば、「私は、私ができないことを教えてくれるのではなく、どのようにしたらできるのか教えてくれる弁護士が欲しい」と述べたという。Tom Alberg, *Cost, Quality: Concerns of In-House Counsel*, NAT'L L.J., Dec. 12, 1998, at 15. 最近では、Wall Street Journal がある強力な CEO と企業内弁護士の次のようなやり取りを報道した。

ConAgra の会長である Mr. Fletcher は、彼が 1982 年に Rohde 氏とはじめて仕事をした時、彼は、難しい商売上の問題を抱えていた。Rohde 氏は、Fletcher 氏がこれまで出会った弁護士のように「あなたはこれできないし、あれもできない」とは言わなかった。代わりに、Rohde 氏は尋ねた。あなたがやろうとしていることは何ですか。私はそれをどのようにしてやるかを示しましょう」と。Rohde 氏は、「それ以来、私たちは素晴らしい関係を築いている」と述べた。

Ellen Joan Pollock, *Order in the Boardroom, Lawyers Rise to CEO*, WALL ST.J., Sept. 11, 1996 at B1.

(22) *Management Wants Alternatives from Its Attorneys*, Corp. Legal TIMES, July 1992, at 23 (“Management Wants”)

得せず、1982年、彼ら自身の専門的な組織、the American Corporate Counsel Association (ACCA) を設立した⁽²³⁾。本組織の創設者たち、Ernst & Young の Carl Liggio、Xerox Corporation の Robert Banks、および Hewlett-Packard の S. T. Jack Brigham III は、所属企業の経営陣、彼らが依頼した外部法律事務所および弁護士会から高く評価されていた。彼らは、企業の法務部と法律事務所の間において長く認識されてきた力関係の不適切な配分—すなわち、自分たちが依頼しているにも関わらず、自分が法律事務所に対して監督や管理がほとんどできないこと—を修正しようと決意していた⁽²⁴⁾。ACCA の創設メンバーは少数であったが、会員数は、4,500 の民間組織において 10,000 人を超えるまでに増加した⁽²⁵⁾。ACCA は、企業内弁護士にとって関心の高い幅広いテーマについて、各地域のみならず全米レベルにおいても会議を後援している。そればかりでなく、その影響力は、有料会員内部にとどまらず、それをはるかに超えている。企業内弁護士界の専門的な意見として、ACCA は、常時重要な問題について、その意見を公にしている。それは法律事務所に対する請求実務から、秘匿特権を企業内弁護士と社内関係者との間のコミュニケーションに適用するにあたっての州法上の資格要件の問題まで及ぶ⁽²⁶⁾。ABA、連邦および州の司法当局や資格審査当局といった、司法制度に関わる種々の強力な機関は ACCA の意見表明に注意して耳を傾ける。もっとも、それを常に採用するわけではないが。

(23) Martha Middleton, *Corporate Counsel Form Own Association*, 68 A.B.A.J408 (1982). For a first-hand narrative recounting the founding of ACCA, see Carl Liggio, *The History of ACCA* (1996) (著者自身によるメモ)。

(24) Larry Smith, *As the Stature of Corporate Counsel Grows, So Do the Risks*, 15 OF COUN., Feb. 5, 1996 at 2, 3 (1996)。

(25) Krabs, *supra* note 6。ACCA の会員像については、Fredrick J. Krebs, *Taking the Measure of In-house Counsel: An American Corporate Counsel Association Survey Is Analyzed*, NAT'L L.J., Nov. 15, 1993, at S14。

(26) Barbara Franklin, *A Call for Equal Access*. N.Y., Sept. 6, 1990. At 5; William W. Home, *Equal Rights for In-house Counsel*, AM. LAW., Sept. 1991, at 52; Carl D. Liggio, *Equal Access to Trial Material Is Sought*, NAT'L L.J., Nov. 5, 1990, at S11。

しかしながら、本稿の目的に鑑みて、ACCAの第一義的な重要性は、正当なキャリアの選択肢として一もはや法的あるいは対人関係スキルに劣っていることとは結びつけられないものとして一、企業内法律業務の正統化の象徴となったことである。Chayes教授の言葉を借りると、ACCAは、「企業内弁護士の権威が向上したことを示すもの」である⁽²⁷⁾。ACCAの創設と継続的な発展は、企業内弁護士が法律事務所の同僚に対して敬意を払うように執拗に要求してきたことを反映したものであり、そして、その要求が成功したことを明らかにするものである。

社会学的見地からACCAを見ると、Rosen教授は、Chayes教授の結論に疑問を投げかける。「むしろ、私は、ACCAの成長を、一つのプロフェッショナルとして結集していこうという傾向の指標であると解釈する。ACCAは、ビジネス界と弁護士界の双方の中において、企業内弁護士の利益を統合し、拡張させるための政治的な運動の一部である」⁽²⁸⁾と。Rosen教授が正しいとしても、彼の視点は、本稿がACCAの創設と成長の重要性に言及することの重要性に変更を加えるものではない。ACCAが、「政治的な運動」であるか、プロフェッショナルとしての正統性の象徴であるかは、顧客である企業と、伝統的に法的サービスを提供してきた大規模法律事務所との間の力関係が、根本的かつ後戻り出来ないようにシフトしているという現象に比べれば、小さな問題である。法律事務所のパートナーではなく、ゼネラル・カウンセルが、今や、CEOに対して自信を持って、法的アドバイスとともにビジネス・アドバイスを提供する「ステーツマン (“statesmen”）」*である⁽²⁹⁾。

全米の法務部において成長、権威、権力に関するこれらの変化が起こっていた一方、それらの変化と並行してビジネスと資本市場にも大きな転換が起こっ

(27) Chayes & Chayes, *supra* note 1, at 277 n.1.

(28) Rosen, *supra* note 1, at 498.

* (訳者注) ステーツマンとは、国家（ここでは企業）のことを真摯に考え、かつ、影響力をもつ人々のことを指している。

(29) *supra* notes 21-22 とそれに付随する記述を参照のこと。

ていた。ビジネスは、国境を超えて、製品やサービスを、個人消費者や政府に
対し、地球村のあらゆる地域で提供し始めた。世界規模のマーケティング、営
業そして購買は、事業上の死活問題になった⁽³⁰⁾。この転換は、企業内弁護士業
務に、新しい局面（と負荷）を付け加えた⁽³¹⁾。突然、企業にとっては、そのゼ
ネラル・カウンセルが、他国の法律に関して実体的にそして手続的に精通して
いることや、外国の企業内弁護士や、世界中の法律事務所の仕事を実効的に管
理することが、必要になった⁽³²⁾。

(30) Global Investing, *supra* note 2; World Business, *supra* note 2 を参照のこと。

(31) グローバル化は、法律事務所、特に大規模な事務所に、さらに顕著な影響を与え
ている。

「米国の証券専門の弁護士は、今や、証券がロンドン、東京、香港そして多国籍な
ユーロ市場で流通しているかについて精通していなければならない。米国の弁護士は、
多様な法域における証券の規制当局だけでなく、米国以外の弁護士と仕事をするこ
とができなければならない。

海外事務所との組織的ネットワークがある米国の大規模な法律事務所は、もはや特
別でなく、標準的なものである。これらの事務所は、ますます大きく、そして、事
務所の実務の中心的なものになってきている。

外国語の能力は、今や、新規の弁護士の雇用において、より大きな比重を集め、そ
して、海外事務所での業務はもはや二次的な任務としてみなされない。おそらく最
も重要なことに、海外事務所の弁護士は、当該事務所がある国や大陸における米国
および米国以外の企業のために『現地での』サービスを提供することを期待されて
いる。」Richard I. Beattie, *Business and lawyers Go Global: International Markets
Offer Increased Scope*, NAT'L L.J., Nov. 29, 1993, at 22. Timothy Harper, *Going
Global: Big Law Firms Expand Overseas*, A.B.A.J., Sept. 1989, at 68; Trubek, *supra*
note 2 を参照のこと。

グローバル化の影響から免れた法律家を想像することは困難である。例えば、裁判
官の国境を越えた交流はますます一般的である。American Inns of Court のプログ
ラムは、この分野に特に積極的だ。*The First Worldwide Common Law Jurists
Conference*, BENCHER, July/Aug. 1995, at 6; *AIC Plays Host to International
Guests*, BENCHER, May/June 1995, at 9 参照。他に、*Pegasus Scholars Begin U.S.
Visit*, BENCHER, Sept./Oct. 1996, at 8 (ロンドンの Inner Temple と米国の
American Inns of Court Foundation が共同で運営するイングランドのバリスターの
ための奨学制度を説明している。); *infra* note 32 を参照のこと。

(32) Killimnik, *supra* note 2 at 273 参照。負荷の中の一つは、十分な知識の基礎力を
持った若手の企業内弁護士を補充することである。ほとんどの法科大学院は、広範

企業内弁護士の人数、権威、権力の増大、および、ビジネスと資本市場のグローバル化は、相乗的に作用して、ゼネラル・カウンセルにユニークな課題を課している。彼らは、外国における法的サービスの提供を監督し、異なる法体系の弁護士を単一の専門家集団へと統合し、そして、企業内弁護士のビジネス活動への潜在的な貢献を評価するように企業の米国以外の専門職や管理職の者を教育するための、新しい管理構造を考え出さねばならない。ゼネラル・カウンセルは、会社の法的ニーズを、異なる言語へ翻訳しなければならないだけでなく、異なる概念へも翻訳しなければならず、それは「二重の翻訳問題」と呼

囲の国際ビジネス法コースを提供したり、従来のビジネス法のコースに国際私法を組み込んだりしていない。グローバル化現象が引き起こしている弁護士実務における重大な変化に応じて、法律教育者のための学識経験者の団体である the Association of American Law Schools、は、その会員であるロースクールに対し、「情報技術がますます政治的な境界線を時代遅れとする」世界における仕事に学生が就くための有意義な方策を採用するよう、厳しく求めてきた。Judith W. Wegner, *The Association of American Law Schools Role as an International Learning Society*, AALS NEWSL., Aug. 1995, at 1,2 参照。The American Bar Association of the Section of Legal Education and Admissions to the Bar は、同様の提唱をしてきた。その指導の下、ロースクールは、東欧および中欧のロースクールと、重要な継続的関係性を結んできた。概説として、James P. White, *Law Schools Build Relationships Through CEELI Programs*, SYLLABUS, Summer 1995, at 2 を参照のこと。また同局は、ABA が承認したロースクールをアフリカやラテン・アメリカの法学部とつなげる「姉妹ロースクールプログラム」の設立を援助してきた。概説として、Robert Fullerton, *Update on African Law Initiative Project*, SYLLABUS, Summer 1995, at 4 を参照のこと。

グローバル化は、単にビジネス法の課程に影響しているのではない。法科大学院の臨床課程は、外国に拡大し、この論考が取り組んでいるものと極めて類似する文化的、倫理的そして法的課題を提起している。概説として、*Clinical Conference Will Be Held in Miami in May*, AALS NEWSL., Nov. 1995, at 18 を参照のこと。

筆者の考えでは、これらの交流と、従来の法科大学院のカリキュラムに国際的および比較法的な視点を組み込むというカリキュラムの再構築は、必然的に米国のロースクールとその海外の同種機関との公式な関係の構築を導き、また、これらの学校で学ぶ学生にとって、法教育の正規の課程の一部として、海外で学ぶ機会を大いに拡大するであろう。Mary C. Daly, *Thinking Globally: Will National Borders Matter to Lawyers a Century from Now?*, 1 J. INST. STUDY LEG. ETHICS 297 (1996) を参照のこと。

ばれる⁽³³⁾。これらの課題の重要性は非常に大きい。Price Waterhouse の 1996 年法務部支出調査によれば、米国の主要企業 240 社のゼネラル・カウンセルは、国際的な法律に関する専門知識についての会社の需要は、他の法分野についての需要よりも早く増大するだろう、と予測した⁽³⁴⁾。

本稿は、国際的な組織のための弁護士業務における文化的、倫理的そして法的な課題を分析する⁽³⁵⁾。留意すべき点が二点ある。第一に、これらの分類は、明確に区別することができない。Hall 教授が賢明にも意見を述べたように、「法文化は、それによって法の実務と観念を形作ってきた価値観、姿勢、および前提認識の混合物なのである」⁽³⁶⁾。それは「イデオロギーの現れであり、…そして、個人的および集団的利害に対応して発展してきた」⁽³⁷⁾。弁護士の役割を文化として理解することは、弁護士の行為を規律している倫理的・法的規範の基礎である。弁護士がこれらの規範を適用する実務環境が、文化的理解を形成する。したがって、本稿において議論される文化的、倫理的、法的課題の相互関係は、動的で、たえず発展している。読者は、本稿の三部からなる構造と分析において、この基本的な理解を軽視してはならない。

第二に、学術的な論文では通常ない程に、本稿の分析は、法律関連の新聞記事や法務雑誌に掲載された情報や逸話に依拠している。残念ながら、研究者の著作は、企業内弁護士の数、権威、権力の増大と、ビジネスと資本市場のグローバル化の組み合わせによる影響に、ほとんど注意を払ってこなかった。これらについてコメントするのは、ほぼ法律記事や法務雑誌に限られている。そし

(33) Thomas J. Klitgaard, *Counselling A Multinational: The Problems of Communication, Document Control, and Antitrust Compliance*, 25 ANNUAL ANTITRUST SEMINAR: ANTITRUST LAWS AND INTERNATIONAL TRADE, at 433, 436 (502 PLI/Corp. 1985) を参照のこと。

(34) Edward A. Adams, *International Law Tops In-house List of Growth Areas*, N.Y. L.J., Dec. 9, 1996 at 1. *Management Wants*, *supra* note 22 も参照のこと。

(35) 前述のとおり、本稿は、ほとんどの部分において、国際的組織のアメリカのゼネラル・カウンセルの視点から、これらの論点を考察する。*supra* note 3 を参照のこと。

(36) KERMIT L. HALL, *THE MAGIC MIRROR* 6 (1989)。

(37) *Id.*

て、それらは総じてこの 2 つの現象を別々に論じている。10 年以上前、とある鋭い論者は「逸話に対する、信頼性あるデータの割合は依然として低いままだ」と繰り返し不満を述べていた⁽³⁸⁾。Nelson 教授と Trubek 教授も、同様に嘆いていた。「企業内弁護士のプロフェッショナルとしてのイデオロギーと仕事について、理解をより深めるには、もっとたくさんの調査が必要なことは明らかだ」と⁽³⁹⁾。これは、より一層強く実証的調査と学術的な分析を必要としている重要課題なのである⁽⁴⁰⁾。

(38) Philip R. Lochner, Jr., Comment, 37 STAN. L. REV. 305 (1985) (Chayes & Chayes, *supra* note 1 に対するコメント)。

(39) Robert L. Nelson & David M. Trubek, *Arenas of Professionalism: The Professional Ideologies of Lawyers in Context*, in LAWYERS' IDEALS, *supra* note 11, at 209-10.

(40) 法と経済学を学んだ社会学者や研究者たちは、近年、法律専門職について極めて貴重な洞察を示しているが、彼らは、プライベート・プラクティス分野における大型法律事務所の行動や構造に、主としてその研究の主眼を置いている。例えば、MARC GALANTER, TOURNAMENT OF LAWYERS: THE TRANSFORMATION OF THE BIG LAW FIRM (1991) ; ROBERT NELSON, PARTNERS WITH POWER: THE SOCIAL TRANSFORMATION OF THE LARGE LAW FIRM (1987). LAWYERS' IDEALS, *supra* note 11 も参照。
企業内弁護士の役割とイデオロギーについての最近のごくわずかな研究のひとつは、Sally Gunz によるものである。SALLY GUNZ, THE NEW CORPORATE COUNSEL (1992) 参照。残念なことに、Gunz 教授の研究対象はカナダの企業内弁護士に限られているが、彼女の見解では、その研究結果は、米国の企業内弁護士についても概ねあてはまるということである。Id. at xviii. 概説として、Susan S. Samuelson, *New Topic for Research in Legal Studies: The Role of Corporate Counsel*, *The New Corporate Counsel*, Sally Gunz, 30 AM. BUS. L.J. 335 (1992) (書評) を参照。より初期の議論については、KARL J. MACKIE, LAWYERS IN BUSINESS: AND THE LAW BUSINESS 15-16 n.2 (1989) を参照のこと。Mackie 教授の書籍では、企業内弁護士の役割と機能について優れた社会学的分析が行われているが、焦点を合わせているのは、英国と英連邦国の弁護士である。

I. 文化的課題

A. 企業内法務サービスの提供におけるプロアクティブ・モデル (Proactive Model) の影響⁽⁴¹⁾

弁護士活動に関するプロアクティブ・モデルは、米国の弁護士に特有と思われる個人的かつ専門的な特徴から生まれたものである。それは、問題を解決することに重きを置き、その間の境界にほとんどとらわれることなく、ビジネス・コンサルティングと法的コンサルティングの双方を混ぜ合わせた、「こうすればできる (“can do”)」という姿勢により特徴付けられる。これは、「弁護士起業家精神 (legal entrepreneurialism)」として知られる、米国における弁護士活動の、別の特徴的な現象と、密接に関連している⁽⁴²⁾。

このプロアクティブ・モデルは、アレクシス・ド・トクヴィルが米国を訪問

(41) 「米国弁護士の特徴といえば、彼らの変幻自在の起業家精神である…彼らは、変化する社会情勢にあわせるためのメカニズムとして、特徴的な道具主義的な法の概念を促進し…地方政治でも国政でも通常、活動的であり、…そして、一部の例外的な人々を除けば、貧しい人のための公的なリーガル・サービスを拡大することを、支持し、擁護さえもした。

おそらく、米国弁護士の最大の特徴は、リーガル・サービス市場における特定の分野を獲得するための、あるいは、特定の法律問題によって生じたビジネスチャンスを活かしてゆくために、新しい組織形態を発展させる、その情熱である。」LAWYERS' IDEALS, *supra* note 11, at 1.6. 大規模な不法行為クラス・アクションのための弁護士による経済的支援は、法律起業家主義の最たる例である。例えば、*In re “Agent Orange” Product Liability Litigation*, 818 F.2d 216 (2d Cir, 1987), *cert. denied*, 484 U.S. 926 (1986) を参照のこと。概説としては、PETER H. SCHUCK, AGENT ORANGE ON TRIAL: MASS TOXIC DISASTERS IN THE COURTS (1986) ; Vincent Robert Johnson, *Ethical Limitations on Creative Financing of Mass Tort Class Actions*, 54 BROOK. L. REV. 539 (1989) ; Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendation for Reform*, 51 U. CHI. L. REV. 1 (1991) ; Jack B. Weinstein, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigations*, 88 NW. U. L. REV. 469 (1994) を参照のこと。

(42) *infra* notes 50-72 とそれに付随する記述を参照のこと。

した1831年には早くも、その存在が暗示されている⁽⁴³⁾。トクヴィルは、米国弁護士は「当然、多くの公職に就任を要請され(中略)立法府に溢れ…行政機関の指導的地位に立ち(中略)だから法の作成にも執行にも、[そ]の影響は大きい」、「米国の貴族階級」であるという位置づけを与えた⁽⁴⁴⁾。合衆国建国の時から現在に至るまで、弁護士は、その数と個人的な富をはるかに超えて、連邦、州、および地方レベルでの指導的地位を保持してきた。彼らの同胞である米国市民は、たとえ一方で一般的には法律専門職を軽んじていても、重責を担う地位に弁護士を選任することには躊躇しなかった。米国弁護士は、国家の歴史を通して、権力と影響力のある地位を貪欲に追い求めつつ、脚光を浴びることを避けなかった。もしも、トクヴィルが、今日の米国における弁護士の地位を評価するとしたら、彼の元々の所見はその価値を減じたのではなく、むしろ高くなったと考えるだろう。彼は、間違いなく、Hurst教授の意見に熱心に賛成するであろう。「Elihu RootやLouis D. Brandeisのような人物にみるように、米国弁護士社会は、特殊なタイプのリーダーを発展させた。それらの人々は、バリスター、ソリシター、ビジネス・アドバイザー、ステーツマンの役割を併せ持ったのである」⁽⁴⁵⁾。現代の「米国貴族階級」に属する者たちは、議事堂を闊歩

(43) トクヴィルの観察とそれが時を超えて妥当することについての、簡潔かつ洞察に満ちた分析として、Geoffrey C. Hazard, Jr., *The Future of Legal Ethics*, 100 YALE L.J. 1239 (1991) を参照のこと。

(44) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, 1 DEMOCRACY IN AMERICA 357 (Henry Reeve trans, 1862) (“DEMOCRACY IN AMERICA”).

* 訳注：トクヴィルの著書の翻訳は、原文（フランス語）からの邦訳である、松本礼二「アメリカのデモクラシー」（2005年、岩波文庫）第1巻（下）180頁に拠った。

(45) JAMES WILLARD HURST, THE GROWTH OF AMERICAN LAW: THE LAW MAKERS 310-11 (1950).「弁護士・ステーツマン」モデルが、現在でも有効であるかは問題なしとしない。MARY ANN GLENDON, A NATION UNDER LAWYERS: HOW THE LEGAL PROFESSION IS TRANSFORMING AMERICAN SOCIETY (1994); ANTHONY T. KRONMAN, THE LOST LAWYER: FAILING IDEALS OF THE LEGAL PROFESSION (1993); SOL M. LINOWITZ, THE BETRAYED PROFESSION: LAWYERING AT THE END OF THE TWENTIETH CENTURY (1994) を参照のこと。

するだけでなく、何十億ドルもの資金を手中にし、世界中の施設において何万人もの人が働く強力な多州籍・多国籍企業を日常的に代表して、ビジネスの世界を闊歩している。

トクヴィルは、米国市民の「起業家精神」についても論評し、以下のように結論付けた。「合衆国で私がもっとも驚くのは、いくつかの並外れて大規模な産業開発ではなく、数えきれないほどある小規模な事業である。(中略) アメリカ人は産業を大きく進歩させるが、それはかれらの誰もが産業に従事するからである」⁽⁴⁶⁾。その起業家精神は、続く 166 年間にわたり、「製造業」と同様に、弁護士業においても開花した。個人に関する弁護士業務部門において、個人のクライアントのために働く、弁護士事務所において「主流」をなす弁護士⁽⁴⁷⁾は、しばしば他の収入源を持っている。これらの弁護士たちが、個人向け保険や、所有権保険のあっせん、不動産ブローカー、フィナンシャル・プランニングや会計など、クライアント向けおよび第三者向けのビジネス・サービスを提供することは珍しいことではない⁽⁴⁸⁾。企業法務において、大規模な法人クライアントのために働く「ウォール・ストリート」弁護士たちは、ヘルスケア、不動産、商取引といった分野の、知識をもった法人の依頼者に対して、洗練された非法律サービスを提供するために、法律家でないパートナーと共に、周延的なビジネスに参入する権利を求めて、精力的に奮闘してきた⁽⁴⁹⁾。

(46) 2 DEMOCRACY IN AMERICA, *supra* note 44, at 191-92. (邦訳前掲訳注第 2 巻 (上) 267 および 268 頁)

(47) *supra* note 41 とそれに付随する記述を参照のこと。弁護士実務における個人部門と法人部門の区別は、弁護士業の社会学の基本原則である。HEINZ & LAUMANN, *supra* note 11 も参照のこと。

(48) これらのサービスの提供により、一連の倫理的・財務的ジレンマが生じる。Carroll Seron, Managing Entrepreneurial Legal Services : The Transformation of Small-Firm Practice, in LAWYERS' IDEALS, *supra* note 11, at 63, 68-79 参 照。しかしながら、これらの困難にもかかわらず、弁護士事務所の弁護士に、法律と無関係の起業活動に従事することを禁止する身もふたもない規制は、米国のどこにも存在しない。

(49) これらの非法律的ビジネスの説明について、*Ancillary Business of the Nation's*

この法的起業家精神を明らかに示しているのは、法律家としての活動のプロアクティブ・モデル、あるいは Rosen 教授が「リーガル・リスク分析」と呼んだものである⁽⁵⁰⁾。リーガル・リスク分析を実施する際、企業内弁護士は、「企業の文化や方針に埋め込まれた、その企業の企業理念に基づく」ことにより、法的助言とビジネス上の助言とを混ぜ合わせる⁽⁵¹⁾。リーガル・リスク分析は、提案された施策の法的影響を評価するものの、企業内弁護士が決定権者に対し影響を及ぼそうとすることはない、弁護士業務のより消極的な形式である「決定コンサルティング」とは、極めて対称的なものである。Rosen 教授によれば、優れたリーガル・リスク分析は、その実践者が、企業において多大な影響を及ぼすことを可能にする⁽⁵²⁾。よく知られた法律の出版物に掲載される論考は、Rosen 教授の主張を強く支持している⁽⁵³⁾。

企業内で法務アドバイスを提供するか、法律事務所で提供するかにかかわらず、ほとんどのビジネスローヤーは、取引のビジネス・法的両面でアドバイスすることで、クライアントの取引における中核をなすチームに対して価値を提供している一員であることに、誇りを持っている。つまり、弁護士業務のプロ

250 Largest Firms, NAT'L L.J., Dec. 21, 1992, at 32; Thom Weidlich, *Ancillary Businesses Prospering Quietly: The Most Successful Subsidiaries Are Those That Play on Their Firms Strengths*, Expert Say, NAT'L L.J., Dec.21,1992, at 1. 概説として、L.Harold Levinson, *Independent Law Firms that Practice Law Only: Society's Need, the Legal Profession's Responsibilities*, 51 OHIO ST. L.J. 229, 240-55 (1990); Ted Schneyer, *Policymaking and the Perils of Professionalism: The ABA's Ancillary Business Debate as a Case Study*, 35 ARIZ. L. REV. 363 (1993) ; Randall Samborn, Dues, *Ancillaries Debated*, NAT'L L.J., Feb. 21, 1994, at 3; Randall Samborn, *ABA Ethics Rule Proposal Ancillary Business Debate Returns*, NAT'L L.J., Nov. 29, 1993, at 3.

(50) Robert Rosen, *Lawyers in Corporate Decision Making* (1984) (非公刊の博士論文 University of California, Berkeley) LAWYERS' IDEALS, *supra* note11, at 208-10, 252-53 も参照のこと。

(51) LAWYERS' IDEALS, *supra* note 11, at 257-58.

(52) *Id.*

(53) 例えば、*supra* notes 12-15, 19-21 とそれに付随する記述を参照のこと。; *infra* notes 59-71 とそれに付随する記述を参照のこと。

アクティブ・モデルは、マクロ・ミクロ双方のレベルにおいてビジネス・財務・経営概念の詳細な理解と、この理解をクライアントのコンサルティングに統合させていくことへのコミットメントを要求するという、重い課題を課しているのである。企業法務のスーパースター⁽⁵⁴⁾は、Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom⁽⁵⁵⁾の Joseph Flom、Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison⁽⁵⁶⁾の故 Arthur Liman、Wachtell, Lipton, Rosen, & Katz⁽⁵⁷⁾の Martin Lipton といった大

-
- (54) 法律雑誌が、プロアクティブ・モデルの促進に果たした役割を考察することは興味深い。大規模法律事務所の「スーパースター」パートナー弁護士を紹介する書籍や記事は、彼らのビジネス的な勘や、法人クライアントの CEO との親密さを強調する。他方、このような広報は、他の弁護士たちが目指す、プロフェッショナルとしての先駆者像が形作られることに寄与する。一般的には以下を参照。GEORGE ANDERS, *THE MERCHANTS OF DEBT: KKR AND THE MORTGAGING OF AMERICAN BUSINESS* (1992) ; CONNY BRUCK, *THE PREDATORS' BALL: THE INSIDE STORY OF DREXEL, BURNHAM AND THE RISE OF THE JUNK BOND RAIDERS* (1989) ; BRYAN BURROUGH & JOHN HELYAR, *BARBARIANS AT THE GATE: THE FALL OF RJR NABISCO* (1990) ; ELLEN JOAN POLLOCK, *TURKS AND BRAHMINS: UPHEAVAL AT MILBANK, TWEED - WALL STREET'S GENTLEMAN TAKE OFF THEIR GLOVES* (1990).
- (55) 例えば、Steven Brill, *Joseph Flom*, AM. LAW., Mar. 1989, at 66; Karen Dillon, *Why The Recession Was Good For Skadden*, AM. LAW., Nov. 1996, at 7. LINCOLN CAPLAN, *SKADDEN :POWER, MONEY,AND THE RISE OF A LEGAL EMPIRE* (1993) も参照のこと。
- (56) *Who's Who in Defense Among Nation's Top White-Collar Experts*, NAT'L L.J., Dec. 2, 1991, at 45; Margaret Cronin Fisk, *The 100 Most Influential Lawyers in America*, NAT'L L.J., Mar. 25,1991, at S2 ("100 Most Influential") ; *Some Prominent Lawyers and How They Bill*, NAT'L L.J.,19,1990,at S1; Sherry R. Sontag, *Milken Show Hasn't Yet Lived Up to Its Billing*, NAT'L L.J.,Oct.29, 1990, at 8; *Winning: Successful Strategies from 10 of the Nation's Top Litigators*, NAT'L L.J., Feb. 12, 1990, at 51.
- (57) *The 100 Most Influential Lawyers, Litigators, Dealmakers, Power Brokers, Masters of High Tech*, NAT'L L.J.,Apr.28, 1997, at C4; Margaret Cronin Fisk, *How Reputations Rise and Fall: The Most Powerful Lawyers Haven't Left the Law Behind*, NAT'L L.J., Apr. 28,1997,at C3; Margaret Cronin Fisk, *Leading Lawyers Who Practice Power: The Lawyers Other Attorneys Look to for Inspiration*, NAT'L L.J., Apr. 4, 1994, at C2; *100 Most Influential*, *infra* note 56 を参照のこと。

規模法律事務所のパートナーである。彼らのクライアントは、取引が交渉されるはるか前に、しばしば潜在的な取引の相手方にアプローチするよりも前に、戦略的ビジネス計画の策定に彼らを参加させる⁽⁵⁸⁾。

プロアクティブ・モデルはいまや企業内弁護士の活動において確立された特徴となっている。Joe FlomにはBenjamin Heinemanが⁽⁵⁹⁾。Arthur LimanにはRobert Banksが⁽⁶⁰⁾、そしてMarty LiptonにはCarl Liggioがいる⁽⁶¹⁾。さらに、プロアクティブ・モデルは、ゼネラル・カウンセルから入社したばかりの弁護士に至るまで、法務部全体を動かしている。経営陣もまたそのモデルを採用している。「問題が起こってから弁護士に解決を求めるのではなく、会社は『それよりも前に、ビジネスのプロセスの中で、法務部の適切な役割は何かを考えている。…企業内弁護士にとっての問題は、もし彼らが価値を付与できなければ、彼らはそこに存在する意義がないということである』」⁽⁶²⁾。

自らの職責を説明するに際し、ゼネラル・カウンセルはしばしば次のようにコメントする。「ゼネラル・カウンセルは、経営レベルの存在と考えられている。私たちは、あらゆる新規事業に対しても最初から関与しているが、そう

(58) *supra* notes 12-15, 19, 21-22 とそれに付随する記述を参照のこと。

(59) Anthony Borden, *Ben Heineman's In-House Revolution*, AMLAW., Sep. 1989, at 100; Mike France, *GE Shines As In-House Innovator*, NAT'L L.J., Apr.17, 1995, at C1; Smith, *supra* note 20; *A Global General: GE's Benjamin W. Heineman, Jr.*, METROPOLITAN CORP. COUN., Oct.1995, at 15

(60) Michael Orey, *Robert Banks*, AM. LAW, Mar. 1989, at 152 を参照のこと。

(61) Alison Frankel, *Liggio Says Yes to Dickinson, No to Ernst & Young*, AM. LAW., Sept. 1995, at 18; Bruce Rubenstein, *Ernst & Young's Carl D. Liggio Joins Dickinson, Wright*, CORP. LEG. TIMES, Sept.1995, at 5; Nicholas Varchaver, *The Last Emperor*, AM. LAW., Dec. 1994, at 52; Miriam Rosen, *Gladiator Among the Green Shades*, AM. LAW., May 1991, at 40 を参照のこと。

(62) Bencivenga, *supra* note 3, at 5 を参照のこと。このコメントをしたのは、ACCAのGreater New York 支部の支部長であり、Deloitte & Touche LLPのコンサルタントでもあるCarole Basri氏である。Basri氏は、企業内弁護士の動向に関する優れた評論家であり、したがって彼女の所見は重んじられるべきである。*New Role for In-House Counsel*, N.J.L.J., Nov.22,1990, at 27 も参照のこと。

することで、私たちは、意思決定において効果的な役割を果たすことができる。[中略] 私は、しばしば、法的アドバイスではない、ビジネス一般のアドバイスを行う。それは会社の費用を大幅に削減できる役割である。企業内弁護士は、単に文書を作成し、法的アドバイスを提供するだけの存在ではない。[中略] 彼らは、個々のプロジェクトについて、最初からその戦略的ビジネスチームの一員となっている。彼らは、その取引の法的側面だけでなく、会社全体に与える戦略的な影響についても意見を述べる。経営陣も、私たちがこうした活動的な役割を果たすことを期待している」⁽⁶³⁾。

企業内弁護士の中には、法務部の位置づけを、法務以外の業務、会社の業務運営、財務に関する重要な職責を伴うものとして、人事、規制関連業務、渉外業務まで多岐にわたる領域を職責に入れることを意識的に図る者がいる⁽⁶⁴⁾。他方、ビジネス上のアドバイスと法的アドバイスとが密接に絡み合った状況に身を置くことで、より個人的・専門家的な充足感を得る企業内弁護士もいる⁽⁶⁵⁾。企業内弁護士に転職した理由を説明する際、企業内弁護士はしばしば、新しいポジ

(63) Guy Fitmaurice, *Getting In With the In-Crowd*, LAW., Dec. 17, 1996 at 15. ACCAの会長はこう述べている： 企業内弁護士は、経営陣と密接な業務上の関係を築くことが可能であり、ビジネス・プロジェクトの初期段階から関与することによって、法的責任の回避に役立つという点で、「固有の利点」を持っている。Dominic Bencivenga, *Justifying Costs: Budget Ax Falls on In-House Legal Departments*, N.Y. L.J., Apr. 25, 1996, at 5. Chayes & Chayes, *supra* note 1, at 281. L. Edmund Rast, *What the Chief Executive Looks for in His Corporate Law Department*, 33 BUS. LAW. 811 (1978) も参照のこと。

(64) Fisk, *supra* note 8, at 19 参照、*New Role for In-House Counsel* *supra* note 62, at 27.

(65) Diana Bentley, *Life at the Cutting Edge*, FIN. TIMES (London), Oct. 29, 1996, at 14 (Levi Strauss & Co. のゼネラル・カウンセル兼セクレタリーであった Albert Mareno を紹介するもの) を参照。ある調査によれば、ゼネラル・カウンセルの52%が経営陣として非法務的な性質の職責を有している；加えて、53%はコーポレート・セクレタリーの職責を果たしているとされる。John H. Ogden, *Legal and Business Functions: Corporate Counsel Juggling Multiple Roles*, 10 ACCA Docket 22 (1992).

ションのビジネス的側面から得られる達成感を口にする⁽⁶⁶⁾。ついには、自分の職務のビジネス的側面による満足感が大きいあまり、完全に法務部門から離れて、経営層に加わる者もある⁽⁶⁷⁾。1995 年に行われたある調査によれば、それ以前の 6 年間における、法律の学位を有する CEO の数の増加率は 100%であったとされる⁽⁶⁸⁾。別の調査によれば、米国の最大規模の公開会社の CEO 800 人のうち、73 人が法学博士 (J.D.) であった。⁽⁶⁹⁾ ウォール・ストリート・ジャーナルによれば、「近年の法務部門からの転向者について注目に値するのは、転向する者の全体数と、彼らがトップのポストを得ていることである」⁽⁷⁰⁾。特に頻繁に挙げられる例は、Bethlehem Steele 社の Curtis Barnette、RJR Nabisco 社の Steven F. Goldstone、ConAgra 社の Bruce Rohde である⁽⁷¹⁾。

企業内弁護士であれ外部の弁護士であれ、米国の企業法務系の弁護士が弁護

(66) 例えば、CLIFFORD R. ENNICO, A PRIMER FOR NEW CORPORATE LAWYERS 9-32 (1990) ; Peter Carbonara, *Slashing and Building at EDS*, AM. LAW., June 1991, at 40, 49.

(67) Pollock, *supra* note 21. 伝統的なキャリアの構造が、法務から非法務ポジションへの異動という決断の一因かもしれない。Nelson 教授と Trunbek 教授は以下のように述べる：

「会社内の序列システムによって、従業員である弁護士は、或る天井に到達するまでは、一定の期間ごとに昇進する。そこまでいくと、組織内でより上位に上がる方法は、法務部門の管理職という限られた数のポジションに進むか、法務部門から出てビジネス部門の幹部ポジションに進むかの、いずれかしかない。」

Nelson & Trubek, *supra* note 39, at 208.

(68) Pollock. 前掲注 21

(69) Mike France, J.D. —*New Way to Join the CEO Club: Corporate Governance and Regulatory Work Are Putting Lawyers on Executive Track*, NAT'L L.J., Apr. 15, 1996, at A1, A29. 1993 年の Business Week 誌の調査によれば、最も価値の高い米国公開会社 1000 社の CEO の 10% が、法学位を有していた。The Corporate Elite, BUS. WK., Oct. 11, 1993, at 66-106 参照。

(70) Pollock. *supra* note 21

(71) *Id.* Salomon Chooses Lawyer for Chairman, LEGAL BUS., July/Aug., 1992, at 60. 弁護士が会社のトップのポジションを得ていくという流れは、新しいものではない。Friedman 教授によれば、同様の現象は、1845 年から 1890 年までの鉄道産業において、ごく普通のことであった。FRIEDMAN, *supra* note 8 at 643-44.

士業務におけるプロアクティブ・モデルを信奉する熱意は、他の法制度においてそうした熱意が欠けていることとは著しく異なっている⁽⁷²⁾。こうした違いをもたらした社会学的、文化的、法的パラダイムの違いを探究することは本論文の射程を超えるが、これらを若干説明することで、米国においてプロアクティブ・モデルが職業的イデオロギーに組み込まれてきたことを明らかにすることができる。

まず、合衆国建国から今日に至るまで、米国の弁護士は、政治分野においてリーダーシップを取るポジションを引き受けてきた⁽⁷³⁾。市民は、弁護士が国、州、地方レベルの公的機関においてリーダーシップをとることに慣れており、そのため、民間のビジネス部門における弁護士のリーダーシップについては、さらに受け入れやすい。米国における法学教育は、人前で話すことや有利な地位を得ようと画策することに慣れた卒業生を送り出すように作られている⁽⁷⁴⁾。ソクラテスメソッド、臨床コースやゼミを通じた、教室内での教授や他の学生との双方向のやり取り、また、論稿の出版、模擬裁判大会、公益活動等の教室外でのやり取りによって、大陸法国における法学教育とはおよそ異質な混沌とした空気ももたらされるのである⁽⁷⁵⁾。「私的法務総裁 (private attorney general)」

(72) *infra* notes 88-94 を参照のこと。

(73) 概説として、RICHARD L. ABEL, *AMERICAN LAWYER* (1989); *THE LEGAL PROFESSION: MAJOR HISTORICAL INTERPRETATIONS* (Kermit L. Hall ed., 1987); Robert W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 B.U. L. REV. 1 (1988); David C. Hardesty, Jr., *Leading Lawyers: An Essay on Why Lawyers Lead in America*, 10-APR W. VA. L. REV. 26 (1997). を参照のこと。

(74) 概説として、ROBERT STEVENS, *LAW SCHOOL: LEGAL EDUCATION IN AMERICA FROM THE 1850s TO THE 1980s* (1983). を参照のこと。ロースクールにおけるスキル訓練の立ち位置に関する昨今の激しい議論は、米国の弁護士、判事、学会が、口頭およびそれと関連するリーダーシップの能力に高い価値を見いだしていることを反映している。米国におけるスキル訓練に関する優れた文献目録として、Nancy M. Maurer & Linda Fitts Mischler, *Introduction to Lawyering: Teaching First-Year Students to Think Like Professionals*, 44 J. LEGAL EDUC. 96-98 nn.1-8 (1994) を参照のこと。

(75) 例えば、大陸法の国では、教授は、通常、その課目における主題を体系的に講義

という概念は、我々の専門家としての意識に深く根付いている⁽⁷⁶⁾。米国の法制度は、憲法上の保障、市民の自由、および市民的、経済的権利の実効性を確保することについて、他国では例を見ないほど、私的な当事者に依存している⁽⁷⁷⁾。多くの法域においては、民間部門による執行は、公的な部門による執行に一優

して取り扱うが、実務的な問題やその時点での社会的問題については全く関心を払わない。Damaska 教授が定評のある法律評論の論稿で論じるように、講義形式は、「精密に相互に関連する概念、一般原則、分類のための概念」からなる大陸法の作法を聴講者に紹介するのに役立つ。Mirjan Damaska, *A Continental Layer in an American Law School: Trials and Tribulations of Adjustment*, 116 U. PA. L. REV. 1363, 1366 (1968). 大陸法の教室の教授法は、米国の教室におけるソクラテス・メソッドの最も緩やかな形態と同程度の厳しさすら持ち合わせない。2 LAWYEARS IN SOCIETY: THE CIVIL LAW WORLD 999-1000 (Richard L. Abel & Philip S. C. Lewis eds., 1988) を参照のこと。概説として、Barry B. Boyer & Roger C. Cramton, *American Legal Education: An Agenda for Research and Reform*, 59 CORNELL L. REV. 221 (1974) ; Grant Gilmore, *What Is a Law School?*, 15 CONN. L. REV. 1 (1983). を参照のこと。講義形式が主流であることやその目的に照らせば、大陸法のロースクールでは数百名の学生が登録するコースが珍しくない理由が分かる。MARY ANN GLENDON ET AL., *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS* 133 (2d ed. 1994) ; Jutta Brunnee, *The Reform of Legal Education in Germany: The Never-Ending Story and European Integration*, 42 J. LEGAL EDUC. 399, 400-26 (1992) ; Juergen R. Ostertag, *Legal Education in Germany and the United States—A Structural Comparison*, 26 VAND. J. TRANSNAT'L L. 301 (1993). を参照のこと。infra notes 156, 197 も参照のこと。概論として John Henry Merryman, *Legal Education There and Here: A Comparison*, 27 STAN. L. REV. 859 (1975) を参照のこと。

(76) 議会と大統領は、勝訴当事者が弁護士費用を回収することを認める法案を可決し、それに署名することによって、私的な団体が公民権に関する法律の執行に重要な役割を果たすことを認めている。Pub.L.No94-559,90Stat.2641 (1976) (codified as amended at 42 U.S.C 1988 (1982)) を参照のこと。また、SENATE COMM.ON THE JUDICIARY,CIVIL RIGHTS ATTORNY'S FEES AWARD ACT,S.REP No.94-1011 ,2d Sess.at2 (1976) も参照のこと。([1966 年以降に議会が成立させた] 全ての公民権法は、私的な執行に大きく依存している。また、一般市民がこれらの法律に含まれる議会の重要な政策を支持する機会を十分に得ようとすれば、弁護士費用の補償は必要不可欠な救済であることが明らかである。「民間司法長官 (private attorney general)」という概念と弁護士費用の転嫁は、法律における起業家精神を表す明白な兆候である。supra note 41 を参照のこと。

(77) Robert A. Kagan, 19 L.&SOC. INQUIRY 18 (1994) を参照のこと。

るとは言わないが一、それと同程度に法の支配に貢献している。私人である原告と被告は、無限に存在するように思える連邦および州の憲法ならびに連邦、州および地方の法律による保護を求めることができる⁽⁷⁸⁾。

マクロレベルで見ると、米国では、紛争解決のためにどの国よりも多く訴訟が利用されている⁽⁷⁹⁾。時代精神 (*zeitgeist*) が全く異なるのである。米国では弁護士が訴訟手続を主導する。大陸法の国々では、主導するのは裁判官である⁽⁸⁰⁾。さらに、米国では弁護士は「法と事実によって戦う者」であるが、大陸

(78) 例えば、Steven W.Bender, *Oregon Consumer Protection: Outfitting Private Attorneys' General for the Lean Years Ahead*, 73 ORL.REV.639 (1994); James Hecker, *The Citizen's Role in Environmental Enforcement: Private Attorney General, Private Citizen, or Both?*, 8 NAT.RESOURCES & ENV'T 31 (1994); Robert C. Marshall et al., *The Private Attorney General Meets Public Contract Law: Procurement Oversight by Protest*, 20 HOFSTRA L.REV.1 (1991); David Shub, Note, *Private Attorneys General, Prevailing Parties, and Public Benefit: Attorney's Fees Awards for Civil Rights Plaintiffs*, 42 DUKE L.J.706 (1992) を参照のこと。

(79) 概論として、David Margolick, *Address by Dan Quayle on Justice Proposals Irks Bar Association*, N.Y.TIMES, Aug14, 1991 at A1; Dan Quayle, *Too Much Litigation: True Last Year, True Now*, NAT'LLJ., Aug.1, 1992, at 17; Penelope Eileen Bryan, *Toward Deconstructing the Deconstruction of Law and Lawyers*, 71 DENV. U.L.REV.161 (1993); Marc Galanter, *Predators and Parasites: Lawyer-Bashing and Civil Justice*, 28 GA.L.REV.633 (1994); Marc Galanter, *News from Nowhere: The Debased on Civil Justice*, 71 DENV.U.L.REV.1 (1993) を参照のこと。

(80) 例えば、John H.Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U.CHI. L.REV.823 (1985); GLENDON ET.AL., *supra* note 75, at 166, を参照のこと。しかし John Reitz, *Why We Cannot Adopt the Advantage of Civil Procedure*, 75 IOWA L.REV.987 (1990). を参照のこと。概説として RENE DAVID & JOHN E.C.BRIERLY, *MAJOR LEGAL SYSTEMS IN THE WORLD TODAY* (3d ed.1985); RUDOLPH B.SCHLESTINGER ET AL., *COMPARATIVE LAW* (5ed. 1988); I KONRAD ZWIEGERT & HAINZ KOTZ, *INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW* (Tony Weir trans, 2d ed 1987) を参照のこと。また、有益であるが幾分古くなってしまったものとして、JOHN HENRY MERRYMAN & DAVID S.CLARK, *COMPARATIVE LAW; WESTERN EUROPEAN AND LATIN AMERICAN LEGAL SYSTEMS* (1978); JOHN HENRY MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION* (1969)。

法の国々では弁護士は「法によって戦う者」である⁽⁸¹⁾。他国には「米国におけるトライアル前の証拠開示手続（ディスカバリー）および種々の申立て手続に相当するものは存在しないし、…最高潮に達するイベントという米国的な意味での真のトライアルは存在しない」⁽⁸²⁾。米国は、他のコモンローの国々との間にすら顕著な違いが存在する⁽⁸³⁾。これらの不一致を助長しているのは、米国と他

(81) Langbein, *supra* note 80 at 824 を参照のこと。これらの違いは訴訟以外の場面においても見られる。Vagts 教授は国際仲裁における仲裁廷の構成メンバーが、手続の遂行に直に影響を与えることを指摘している。「仲裁廷の手続は英米式の対審構造に似てくる場合もあれば、大陸法的な様式に似てくる場合もある。」Detlev F. Vagts, *The International Legal Profession : A Need for More Governance ?*, 90 AM.J.INT'LL.250,260 (1996). を参照のこと。Vagts 教授は弁護士業務の流儀が国ごとに大きく異なることについても述べている。

「英国または日本の仲裁人または裁判所にとって、一部の米国の訴訟代理人が取る手法が衝撃的であることは想像に難くない。彼らはフランスの法曹のルールが「心遣い」「礼儀」「機転」を弁護士の職業規範にすると主張していることを賞賛するかもしれない。」*Id.*

これらの単語を米国の法曹にとって馴染みのある表現に翻訳することや、「法曹倫理規範 (Model Code of Professional Responsibility)」や「法曹行動規範 (Model Rules of Professional Conduct)」において同様の概念を発見することはほぼ不可能である。THE LEGAL PROFESSION IN THE NEW EUROPE: A HAND BOOK FOR PRACTITIONERS 85 (Alan Tyrrell & Zahd Yaqub eds., 2d ed. 1996) (“THE LEGAL PROFESSIONS IN THE NEW EUROPE”) ; Oliver d’Ormesson, *French Perspectives on the Duty of Loyalty: Comparisons with the American View in RIGHTS, LIABILITY, AND ETHICS IN INTERNATIONAL LEGAL PRACTICE* 29 (Mary C. Daly & Roger J. Goebel eds., 1995) (“RIGHTS, LIBERTY AND ETHICS”). を参照のこと。米国式の弁護士業務による国際的な影響に関する興味深い調査として、YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, *DEALING IN VIRTUE: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND THE CONSTRUCTION OF A TRANSNATIONAL LEGAL ORDER* (1996). を参照のこと。

(82) GLENDON ET AL., *supra* note 75, at 166.

(83) 次のエピソードはこれらの違いを完全に捉えている。

最近旧ユーゴスラビアに関する国際刑事裁判に出席したところ、筆者が出会ったスタッフ弁護士の一人が、審理における反対尋問のための証人の準備について議論した際に、異なる国から来た何人かの法律家がそこに含まれている倫理的問題に関して正反対の見方を示した、ということ話をしてくれた。オーストラリアの弁護士は、証人に準備をさせるのは自分の考え方からすると倫理的でないと感じ、カナダの弁

の国では、政府による規制に対するアプローチが全く異なることである。規制当局の考え方と執行の方法は国ごとに劇的に異なっているが、ビジネス界と法曹界の規制当局に対する姿勢も、それと同様に異なっている。個人主義と自由な企業活動を重視する米国においては、いかなる形態においても政府による市場への介入、特に、過剰な記録保管や報告義務を課す介入、また、資本移転、投資、雇用、労働安全、消費者保護から税務に至るまで幅広い分野において、意思決定の指針となる細かく複雑なルールを定めるような介入については、これを歓迎する企業はほとんどない⁽⁸⁴⁾。そのお返しに、規制当局も、その監督下にある民間部門の意思決定権者の動機に不信を募らせている。このような相互不信により、弁護士による法的サービスがいつそう求められることになり、また、規制当局と企業側の弁護士との間に対立的な姿勢が生じることになる⁽⁸⁵⁾。

護士は違法だと言い、米国の弁護士の見解は、証人と準備を行わないのは弁護過誤であるというものであった。

Karen L.KMiller, „Zip to Nil?: A Comparison of American and English Lawyers' Standards of Professional a Conduct,CA32 ALL-ABA 199,2041 (1995)。

刑事裁判における行動について書かれたものであるが、バリスターの倫理的責任に関する伝統的な記述によると、次のとおりである：

一般的に、イギリスにおいて被告人を代理するバリスターは、(中略)自分の役割は検察側が失敗するという期待のもとで当該裁判に適用されうる全てのルールを駆使して無罪判決を得ることであるとは考えずに手続を進める。また、被告人を弁護するバリスターは、陪審を混乱させるために無関係な事柄を裁判に持ち込んだり、争いのない事実を証言するだけの証人の喚問を要求したり、被告人に不利な証言の流れを中断させるために異議を申し立てたり、明らかな証拠がないのに裁判を告訴人や警察への非難の場に変えたり、被告人ではなく検察官や判事や社会を裁くよう陪審を説得したりすることを、適切であるとは考えない。

P.SATIYAH & ROBERT.S.SUMMERS,FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW:A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL REASONING LEGAL THEORY,AND LEGAL INSTITUTIONS 368 (1987) (MICHAEL H. GRAHAM,TIGHTENING THE REINS OF JUSTICE IN AMERICA236 (1983)を引用。)

(84) FRANCIS FUKUYAMA,TRUST:THE SOCIAL VITUES AND THE CREATION OF PROSPERITY (1995)を参照のこと。

(85) 貯蓄貸付組合の危機のとき、あれほど多くの弁護士が道を誤ったのは、まさにこの種の敵対関係によるものである。AMERICAN BAR ASSORCIATION

対照的に、多くの国々では、規制の数は少なく、最小限の文言にとどまり規制当局の執行方針は相対的にみて緩やかなものである。さらに重要なことには、規制当局と会社との関係は、米国におけるそれとはまさに正反対の関係である⁽⁸⁶⁾。その関係は、協力的で隠し立てのないものであることが通常であり、これは、規制される側と規制する側が、同様または少なくとも両立する目標を持っているという明示または黙示の理解に促されているものである⁽⁸⁷⁾。それらの目標には、しばしば、業界の財務上の安定性の維持、株主に対する合理的な収益還元の見込み、消費者が購入可能な価格の維持が含まれる。

英国においてさえ、プロアクティブな弁護士活動はそれほど一般的ではない。「米国の弁護士は英国の弁護士よりもビジネス志向が強いとされており、そのことは社内の法務アドバイザーの役割において最も顕著に現れる」⁽⁸⁸⁾。この所見は、オーストラリアにも同じく当てはまる。外国の法制度のほとんど（特に大陸法の制度の国々）では、企業法務系の弁護士とそのクライアントとの関係は、米国における関係と比べて、公式的で型にはまったものである⁽⁸⁹⁾。一般的に言

WORKING GROUP ON LAWYERS' REPRESENTATION OF REGULATED CLIENTS, LABORERS IN DIFFERENT VINEYARDS?: THE BANKING REGULATORS AND THE LEGAL PROFESSION (DISCUSSION Draft 1993)

(86) 例えば、MACKIE, *supra* note 40, 173-75; RETHINKING BUSINESS-GOVERNMENT RELATIONS (Alan A. Webbered. 1986); RONALD BRICKMAN, CONTROLLING CHEMICALS: THE POLITICS OF REGULATION IN EUROPE AND THE UNITED STATES (1985) を参照のこと。これらの点に関する米国と日本との間の違いは、良く知られている。例えば、HERBERT JACOB ET AL., COURTS, LAW, AND POLITICS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 365-75 (1996); Robert L. Cutts, *Capitalism in Japan: Cartels and Keiretsu*, HARV. BUS. REV., July/Aug. 1992 at 48; Glen S. Fukushima, *Kisei Kanwa Is Not Deregulation*, TOKYO BUS. TODAY, June 1995, at 48; Lawrence Hsieh, *Japan Sees the Firm as Family*, NAT'L L.J., Apr. 13, 1992, at 27 を参照のこと。

(87) 概説として V. LEE HAMILTON & JOSEPH SANDERS, EVERYDAY JUSTICE: RESPONSIBILITY AND THE INDIVIDUAL IN JAPAN AND THE UNITED STATES (1992) を参照のこと。

(88) Fitzmaurice, *supra* note 63 at 15.

(89) コモンローと大陸法が、企業法務分野の弁護士業務に関するこれら2つの別個な

って、外国の弁護士は、Rosen 教授の二分法によると、意思決定に関するコンサルティングを行うのであって、法的リスクの分析を行うのではない⁽⁹⁰⁾。外国の弁護士は、プロアクティブな弁護士活動という概念に対して違和感をはっきりと感じている。

アメリカの弁護士は、外国の弁護士と比べて、問題解決のためにより広い視点を用いる。我々は、関係する経営環境および法務環境を視野に入れて法務の問題を検討することをより普通のこととして行っているように思われる。多くのヨーロッパの弁護士は、より狭く、問題の法的な側面のみに視点を置いているように思われる⁽⁹¹⁾。

この所見は、メキシコや日本などの他の国の弁護士についても当てはまる⁽⁹²⁾。

様式を成長させることに対してそれぞれどのような役割を演じているか熟考することは興味深い。学者や実務家は、しばしば、米国の弁護士が作成した契約書における条項は冗長であり、大陸法で訓練を受けた弁護士が作成した契約書における条項が簡潔であることについて、論評している。Roger G. Goebel, *Professional Qualification and Educational Requirements for Practice in a Foreign Country: Bridging the Cultural Gap*, 63 TUL. L. REV. 443, 449 nn.14-15, 450 n.16 (1989) を参照のこと。Elliott Pinsley, *Japan Law Firms Still a World Apart*, NAT'L L.J., Jan. 27, 1992, at 17 も参照のこと（日本の弁護士の「その役割を最小限にとどめようとする姿勢 (minimalist role)」, 「より簡潔な、煩悶することのより少ない契約交渉経過」と、米国の弁護士によって作り上げられる「精巧な詳細さ」とを対比している。）。当然ながら、ヨーロッパ大陸の大陸法の法域では、これらの論点〔価格決定、引渡しと品質の条件、期間、および解除等〕の多くは法令によってカバーされており、契約書における文言は、米国における契約書の文言ほど広範である必要がない。William S. Lipsman, *American Corporate Counsel Can Be Effective In-House Advisers Overseas*, 9 No 2 ACCA Docket 18. 22 (1991).

(90) *supra* notes 50, 51 および付随する記述を参照のこと。

(91) Lipsman, *supra* note 89 at 20.

(92) 国境を超えて活動する傑出した或る弁護士は次のように述べている。「米国の弁護士は、ビジネスに関する相談や助言に対して遥かに積極的に従事する米国の弁護士とは対照的である、メキシコの弁護士の役割における違いに敏感でなければならない。」Rona R. Mears, *Ethics and Due Diligence: A Lawyer's Perspective on Doing*

或るアメリカ企業の外国子会社に対する法務サービス提供の監督に関して優れた経験を有する或る弁護士によれば、その違いは、ある程度のところ、「過度に法化されたアメリカ社会において、弁護士は、企業の法務機能を管理することについて、他の法域の弁護士と比べて、より多くの経験を得ることになる」という事実に起因するという⁽⁹³⁾。

アメリカにおける法律家の活動の特徴づけるプロアクティブ・モデルは、国際的な組織のゼネラル・カウンセルに対して、二つの難題を作り出している。一つ目に、そのモデルは、ゼネラル・カウンセルが、当該組織の外部弁護士としてサービスを提供する外国の法律事務所に対して、当該組織の期待値について教育し、それによって、当該法律事務所が新たな拡大した役割を担うように促すことを、要求する。

代書屋や法務の下働きという普段の役割から外に出て、創造的なカウンセラーという高い水準に移行することを望む外国の弁護士を探し出すことができた国際的な弁護士は、実に幸運である。いったん見つかれば、そのような外国弁護士は、共に働くことが喜びとなる存在となり、常に慣行の一步先を行き、顧客がアメリカの弁護士に求めるが外国の弁護士には見いだせないのが通常である、「こうすればできる(“can do”)」という取り組み方を提供してくれる。ビジネス判断には、或る法的な道筋を追っていくと財務的な結果はこうなるということを見通す経験と意欲が含まれる。独立した思考は、公平で、中立の、独自に到達した質問への回答や提案をもたらし、取引に対して持続的に独立評価を提供する。このような資質が外国弁護士に備わっていないのであれば、米国の弁護士が顧客に提供できる法的アドバイスはひと

Business With Mexico, 22 ST. MARY'S L.J. 605, 647 (1991). Jim Gibson, *In Japan, Lawyers Are Elite Professionals*, NAT'L L.J., Mar. 16, 1992, at 16 も参照。Pinsley, *supra* note 89 at 17 を参照のこと。

(93) Lipsman, *supra* note 89 at 19.

く制限されたものになってしまうかもしれない⁽⁹⁴⁾。

このような教育という課題には、決断力だけではなく外交術が要求される。というのは、ここでの教育は、外国の弁護士に対して、企業顧客の相談における弁護士の役割に関して自身の文化に深く根差した理解を捨てることを求めることを本質的に含むからである⁽⁹⁵⁾。それは、委任契約書の条項を通じて実現することはできないし、定期的な対面の会議を通じてでさえも実現できない。ゼネラル・カウンセルは、外国の外部法律事務所が弁護士業務に関するプロアクティブ・モデルを理解し取り入れることを推進する教育戦略を、特別に意識して、かつ継続的に実施しなければならないのである⁽⁹⁶⁾。

二つ目に、アメリカにおける弁護士業務に関するプロアクティブ・モデルは、

(94) Mears, *supra* note 92 at 637.

(95) ここでの教育の過程における一つの重要な面は、外国の弁護士に対して、「悪い」知らせは「良い」知らせであるということを納得させることである。一人の傑出した外国の弁護士は、国際的な組織のために働く米国の弁護士達に次のように強く勧めている。「とても困難な質問をせよ。その後に、真実かつ現実的な回答をするように強く求めよ、たとえ、そういう回答が不快であるまたは受けの悪いものであるとしても。しばしば、外国の弁護士は、喜ばせようとし過ぎるということがあり、提案やある特定の法的論点に関して悪い知らせを告げることが奨励されなければならない。」*Id.* at 640 ゼネラル・カウンセルは、外国の弁護士をして「彼ら彼女らは会社を代表しているのであって、ただの一人一人の構成員を代表しているわけではなく、一部の組織を代表しているのでもない。」ということに納得させるために、時間と努力をつぎ込まなければならない。William Horne, *Bank of Boston's Overseas Operator*, AM. LAW., Feb. 1991, at 52, 53-54 を参照のこと。そのような努力を妨げることは、Model Rule 1.13 が規定するものと同様の水準の専門家水準を欠くということである。*infra* notes 145-62 およびこれに付随する記述を参照のこと。MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT Rule 1.13 (公開草案 1983)

(96) この課題の困難さがどれほど膨大なものとなるかは、国ごとに著しく異なる。英米の伝統が法律専門職を形成している国々においては比較的容易である。一般的に大陸法の国々においては相対的に困難である。現在または近い過去の政治体制が法律専門職の独立性を限定して、当該国での事業や資本インフラを厳しく統制していた大陸法の国々においては特に困難である。*infra* note 155 および付随する記述を参照のこと。

国際的な組織のゼネラル・カウンセルが、外国の企業内弁護士に対して新たな馴染みのない役割を引き受けるよう教育することを要求する。IBMのヨーロッパ・中東・アフリカ事業部門のヴァイス・プレジデント兼ゼネラル・カウンセルは、この目標を簡潔に述べている。

我々は、法務部門とは、会社の中心に鎮座して他の部門の人々が自部門の扉を叩くのを待っているような現場から離れた学究的な集団ではないと、非常に強く信じている。我々は、自部門の弁護士達に対して、会社の同僚達とのチームの一員であり、そのビジネスを理解し、同じ言葉で話すことを求めている。問題が問題になる前に社内の弁護士達から教えてもらうことができるようにすることで、会社の人間はより良いサービスを受けることができるのである⁽⁹⁷⁾。

この目標を達するために、ゼネラル・カウンセルは、当該組織の外国の従業員、特に米国の外で管理職の地位にある者に対しても、米国の弁護士によるプロアクティブな活動を受け入れるように教育しなければならない⁽⁹⁸⁾。外国の弁

(97) Karen Dillon, *Cultivating an International Sensibility at IBM*, AM. LAW., Nov. 1990 (Supplement), at 16, 25. IBMは模範となるグローバル組織である。同社は、国籍のない国際的な企業の印象を意図的に構築している。375人の企業内弁護士を雇っているが、そのうち165人は米国籍ではない。Id. at 18. IBMの法務部門の規模および同社が社会に与えたいと欲している印象を維持するために、法務部門は、外国の事業所から他の事業所への異動も可能な、企業内弁護士のための特訓プログラムを構築している。Id. At 18-20

(98) この手法を誇る数少ない外国企業の一つがElf Aquitaineという石油および石油化学のフランス国有企業である。そのゼネラル・カウンセルは、次のように述べている。

経営者層は、今や何かをする前に法務のアドバイスを得ることが重要であると考えている。10年前は重要な内部会議に弁護士が出席していないことが通常であったが、今はちょうどその反対である。重要な会議が弁護士不在で開かれることはない。*Keeping It in the Family*, INTL CORP. LAW., Oct. 1993, at 19, 20. しかしながら、彼は「我々は、この点に関するアメリカの状況からは未だ遠いところにある。」と

護士が企業の取引のストラクチャリング、交渉やドラフトにおいて限定的な事前の役割しか受け入れないように、外国の管理職はそれに対応した態度を示す。外国の管理職は、企業内の弁護士に対して、ビジネス側が決定したことを法的に実施可能な契約書に翻訳する代書人のように振る舞うことを期待する。これらの管理職は、伝統的に弁護士のビジネスについての理解力を尊重していない。そして、結果として、合意に至る交渉に弁護士が積極的に参加することを一般的に排除している。交渉は、企業のビジネス側が進行させるものであり、ビジネス側の直接的な支配下にある。ビジネス側の一握りの人々のみが、鍵となるビジネス上の決定に先立つ戦略的な計画の過程において、弁護士に意見を言わせてみることを思いつくことができる⁽⁹⁹⁾。企業法務に携わる弁護士の役割に関するこの認識を最もはっきりと宣明しているのは、弁護士でない者が法務部門員として働くことを許容する、あるいは、法務部門員として給与をもらう被傭者となるために弁護士が弁護士であることを辞することを必要とする、外国の法制度である⁽¹⁰⁰⁾。例えば、日本では、ビジネス上の事柄に関する弁護士の関与は、外国とのまたは国際的な法的側面がある取引の場合を除き、非常に少ない⁽¹⁰¹⁾。ごく最近まで、弁護士ではない者が企業における法務の大部分を担って

慎重な態度を崩していない。

(99) 次のように述べた人がいる。

ヨーロッパの企業経営者は、自社の法務部の弁護士が協議に気付きさえしない間に相手方と面と向かっての取引交渉を行う傾向がより強い。ときには、弁護士は、当該取引についての最初の説明として、署名済みの基本合意書を示されることもある。このことに注意して、米国の弁護士は、弁護士の能力をよりよく使う方法や企業の中に弁護士自身を位置づける方法について、顧客に対して教育を行わなければならない。

Lipsman, *supra* note 89 at 20. (特に、オランダでは「企業内弁護士は、事業組織の中では同様のあり方や重要性を有しない」と述べる) W. KOLVENBACK, THE COMPANY LEGAL DEPARTMENT: ITS ROLE, FUNCTION AND ORGANISATION (1979) を参照。

(100) *Infra* Part III.A.2. を参照。

(101) 弁護士が関与する国際的な取引においてさえ、米国の弁護士は異なった形で振る舞わなければならない。例えば、「顧客との関係に関する振る舞いは、日本の文

いた*。これらの弁護士でない者は、法学部の学位を取得しているが、弁護士登録をしている、基本的に訴訟の専門家である「弁護士 (bengoshi)」と同じ地位を有していない⁽¹⁰²⁾。インドでは、弁護士が企業内で働くポジションを受ける場合には、当該弁護士は地元弁護士会に雇用状況を変更したことを伝えて、企業内のポジションを辞するまでの間は、弁護士としての活動を行ってはならない⁽¹⁰³⁾。イタリアでは、企業内で働くポジションを受ける弁護士は、弁護士登録の抹消を強制される可能性がある⁽¹⁰⁴⁾。フランスには、類似する規制が存在する⁽¹⁰⁵⁾。シンガポールにおいては、私企業で働く弁護士には弁護士業務登録 (practicing certificates) をすることが許されていない⁽¹⁰⁶⁾。

加えて、内在する「文化的な衝突」にどのように対処するかという問題がある。グローバル組織のゼネラル・カウンセルは、組織の起用する外国の法律事務所や企業内弁護士として雇用する外国の弁護士が当該組織の倫理規程を受容

化的・ビジネス上の姿勢およびその交渉実務を反映して、修正されなければならない。」Tom Alberg, *Concerns of In-House Counsel: Cost, Quality*, NAT'L L.J., Dec. 12, 1988, at 15.

* (訳注) 現在もそうである。

- (102) Kunio Hamada, Japan, in LAW WITHOUT FRONTIERS: A COMPARATIVE OF THE RULES OF PROFESSIONAL ETHICS APPLICABLE TO THE CROSS-BORDER PRACTICE OF LAW 218-19 (Edwin Godfrey ed. 1995) ("LAW WITHOUT FRONTIERS") ; Michiko Ito Crampe, *A Lawyer in Japanese Society*, 2 N.Y. ST. B. ASS'N 745, 748 (1995) (on file with author). Jim Gibson, *In Japan, Lawyers Are Elite Professionals*, NAT'L L.J., Mar. 16, Pinsley *supra* note 89 参照。
- (103) Bela Maheshwari, *Professional Responsibility*, 2 N.Y. ST. B. ASS'N 753, 759-60 (1995) (on file with author); Ralph C. Ferrara & Thomas Carroll, *Different Customs from the Same Tradition: U.K. Lawyers Penetrating the U.S. Legal System*, PLI/Corp. 9 (1987).
- (104) Majda Barazzutti, Italy, in LAW WITHOUT FRONTIERS, *supra* note 102, at 96; MAURO CAPPELLETTI & JOSEPH M. PERILLO, CIVIL PROCEDURE IN ITALY 60 (Hans Smit ed Martinus Nijhoff 1965); MAURO CAPPELLETTI ほか THE ITALIAN LEGAL SYSTEM 93 (1967).
- (105) Kilimnik, *supra* note 2, at 308.
- (106) Ramesh Divyanathan, *Bigger Role for In-House Lawyers*, BUS. TIMES, Sept. 2, 1992, at 17.

し、彼らが、現地経営陣がその倫理規程を遵守していることについて能動的に監視することを、確保していなければならない。この仕事は、当該倫理規程が業界で受け入れられている実務とは一致しない場合や現地の経営陣に対して競争上の不利益を課してしまう場合、特に慎重な取り扱いを要する。外国公務員に対する支払い、大部分のグローバル組織のゼネラル・カウンセルにとって、法的な地雷原である。多くの国では、契約獲得のための外国公務員に対する賄賂は、犯罪とならない⁽¹⁰⁷⁾。もちろん、米国議会は異なる考え方とっており、海外腐敗行為防止法において、米国企業およびその国内または外国の子会社による賄賂を禁止している⁽¹⁰⁸⁾。

この論稿では、海外腐敗行為防止法の詳細は取り上げない。なぜなら、海外腐敗行為防止法の適用について分析し、また当該法の経済合理性に疑問を投げかける膨大な数の文献が既に存在するからである⁽¹⁰⁹⁾。ここでは、米国の経営者

(107) Robert S. Leiken, *An End to Corruption*, WASH. POST, Apr. 16, 1996, at A15. 商業上の賄賂やリベートを国内法を通じて禁止することについての国際的な圧力が高まっており、国際的な金融機関による監視が強化されている。例えば、John Zarocostas, *WTO Urged to Take on Battle Against Corruption*, J. COM., Feb. 6, 1996, at 1A, Catherine Yannaca-Small, *Battling International Bribery*, OECD OBSERVER, Feb. 1995, at 16.

(108) Foreign Corrupt Practices Act, Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494 (1977), as amended, Pub. L. No. 105-15, 102 Stat. 1415 (1988) (codified at 15 U.S.C.A. § 78dd-1 & 78dd-2 (1997)).

(109) Don Zarin, *Doing Business Under the Foreign Corrupt Practices Act: Compliance Programs*, in COPPORATE LAW & PRACTICE HANDBOOK 943 (PLI/Corp. 525 1996); Jeffrey P. Bialos & Gregory Husisian, *The Foreign Corrupt Practices Act: Coping with Corruption in Russia and Other Transitional Economies*, in COPPORATE LAW & PRACTICE HANDBOOK 726 (PLI/Comm. 735 1995); Delia Poon, *Note, Exposure to the Foreign Corrupt Practices Act: A Guide for U.S. Companies with Activities in the People's Republic of China to Minimize Liability*, 19 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 327 (1996); S. Gregory Joy, *Application of Selected American Laws to United States Companies Transacting Business in Kuwait: Foreign Corrupt Practices Act and Antiboycott Legislation*, 43 MERCER L. REV. 691 (1992); Wendy C. Schmidt & Jonny J. Frank, *FCPA Demands Due Diligence in Global Dealings with Antibribery*

らとそのプロアクティブな弁護士らによる「こうすればできる (“can do”)」取り組み方が、意図せずまた望まない結果のきっかけになっているかもしれないことを記すことで十分であろう。

米国の顧客（およびその弁護士）は結果を追求すると一般的に認識されている。かかる認識が一部の（外国の）弁護士に倫理的に問題がある振る舞いをさせている。しかし、このことは一方で迅速で決定的な結果をも導いている。依頼の最初の段階において、（外国の）弁護士には、結果を出すことが非常に望ましいことかもしれないが、そのために倫理上の問題を回避することは許されないということを伝えなければならない⁽¹¹⁰⁾。

より微妙な文化的衝突がまた次々とゼネラル・カウンセルの関心を引こうとして止まない。国際取引の分野で傑出した弁護士の以下のコメントと疑問は、そのような衝突が誘発しうる違和感を端的に捉えている。

例えば、労務、差別や環境問題などは、我々にとっては自明のことのように思われるが、国境を超えたところにいる経営者はそれらを非常に異なった見方で見ている。（中略）多くの現地の慣習は我々の個人的な感覚からすれば誤ったことのように感じられる。このような場合、我々は、自らの基準に基づいて正しいと個人的に信じるものによって自らの行為を判断すべきなのか、それとも、当該行為が行われる、もしくは取引が履行される国の倫理によって我々が用いるべき基準を

Enforcement on the Rise, U.S. Firms Are Wise to Devise Due Diligence Plans, NAT'L L.J., March 3, 1997, at B16; Marianne Lavelle, *Nations Try to Match U.S. On Biz Bribe Law But Lawyers Still Argue Over the Meaning of the FCPA*, NAT'L L.J., Jan. 20, 1997, at B1 参照。

(110) Mears, *supra* note 92 at 645.

設定し、顧客から依頼された弁護士である我々のせいで顧客が不利にならないようにすべきなのだろうか⁽¹¹¹⁾。

外国のビジネスと法の文化がアメリカの弁護士に示す課題を軽んじることはできない。大和銀行事件は、グローバル企業のゼネラル・カウンセルが直面する機会が増えてくるであろうぞっとさせるような問題の一例である⁽¹¹²⁾。1995年7月、大和銀行のニューヨーク支店の日本人トレーダーが、大阪にいる経営陣に一通の手紙を書いた。その手紙で、彼は10億ドル以上の取引損失を隠蔽していたことを認めた。その告白の内容が事実であることが確認された後、大和銀行の経営陣は、連邦準備制度理事会に対するその隠蔽の事実の報告を遅らせた。彼らはまず日本の大蔵省に相談した。その後、彼らは有名な日本の法律事務所に相談した。その事務所の弁護士は、従前の交流を通して、彼らが非常に尊敬していたニューヨークの高名な法律事務所のパートナー弁護士に連絡をとった。そのパートナー弁護士は、大和銀行に対して、取引損失とその隠蔽から生じる法的義務について助言する責任を引き受けた。

大和銀行が隠蔽の事実を知ってから、アメリカの規則当局に対して違反を開示するまでに、50日以上が経過していた。加えて、大和銀行は、日本の法律事務所に相談し、かつ、米国の弁護士にも依頼をしていたにもかかわらず、そのニューヨークの弁護士—米国で最高の法律事務所の一つの弁護士であって、その非常に難しい状況に関して、助言をするにふさわしいことを誰もが認める

(111) John Skogland, *Does Your Client Need Foreign Counsel?: Ethical Considerations for U.S. Lawyers Acting Abroad*, 24 A.B.A. INT'L NEWS, Fall 1995, at 1, 6-7. これらの同様の倫理的ジレンマはアメリカの企業を悩ませている。THOMAS DONALDSON, *THE ETHICS OF INTERNATIONAL BUSINESS* 65-109 (1989) を参照。

(112) Karen Donovan, *Was Culture a Player in Daiwa's Illegal Cover-Up? Japanese Bank's In-House Probe Carries No Weight with Prosecutor. Are American Businesses Treated the Same?*, NAT'L L.J., Mar. 11, 1996, at B1; Norihiko Shirouzu & Timothy L. O'Brien, *Japan Agency Let Daiwa Delay Report*, WALL ST. J., Oct. 10, 1995, at A17 参照。

弁護士一を完全に無視した。最終的に、大和銀行は、16 の重罪を認め、3.4 億ドルの罰金を支払った。アメリカの司法省は、この有罪は、「迅速に全てを開示すること」の必要性に関する「非常に明確なメッセージ」であると称揚した⁽¹¹³⁾。

グローバル企業のゼネラル・カウンスルの視点から見ると、この事件でとりわけ問題なのは以下の 2 つの側面である。第一に、大和銀行の経営陣が、直ちに米国の顧問弁護士に相談せず、「母国」に問題を持ち帰り、大蔵省や日本の弁護士に対応策を求めるという判断をした点である。ゼネラル・カウンスルは、現地の経営陣が持つ、弁護士への相談に対する躊躇を撥ね退けるべく常に戦わなければならない⁽¹¹⁴⁾。経営陣は、弁護士のところに駆け込む前に、その問題を「よく考え抜く」ことを望むことがあるだろうし、別の場面では、弁護士を全くかかわらせずに問題を「解決」することを望むであろう。これらの戦略は当該企業を大きなリスクに巻き込むことになる。

大和銀行事件においては、弁護士へ早期に相談することについて 2 つの文化的障壁が露わになった。日本の経営陣は、弁護士の関与なく、自分たちだけで紛争を解決することを強く好むことは明らかである。上述したとおり、日本の弁護士は、とりわけ、取引に関する業務において、アメリカの弁護士よりはるかに限定的な役割しか担っていない。そして、訴訟は紛争解決の最後の手段とされている⁽¹¹⁵⁾。さらに、一般的に、日本の経営陣は、その者が個人的な人間関係のレベルで安心であると信じられない限り、情報、とりわけ潜在的に企業に不利益が生じうような情報を打ち明けることを躊躇する。同様な文化的障壁に直面したグローバル企業のゼネラル・カウンスルは、現地の経営陣に対して、直ちに法的助言を受けること、および、現地の経営陣が企業内弁護士に格別の安心感を持つような環境を整えることが自分たちにとって利益になると

(113) *supra* note 112 参照。

(114) Laurie P. Cohen, *Daiwa Bank Reportedly Hid News of Trading Losses From Its Lawyers*, WALL ST. J., Oct. 26, 1996, at B11 参照。

(115) Gibson *supra* note 92, Pinsley *supra* note 89 参照。

教育するという困難な任務を引き受けなければならない⁽¹¹⁶⁾。

大和銀行事件の第二の問題点は、大和銀行の経営陣の大蔵省に対する姿勢である。経営陣は、日本の政府の官庁に指導および援助をしてもらえるものと当てにしていた⁽¹¹⁷⁾。彼らは、規制される対象である銀行と規制する側である大蔵省との間の対立関係を意識せず、恐れてもいなかった。この姿勢はアメリカのゼネラル・カウンセルにとって全く理解できないものである。彼らは、政府の官庁を、企業や企業が製品を製造し、サービスを提供する産業の財務上、事業上の繁栄に興味を抱く、穏やかなバイアサンとみなすことは減多にない⁽¹¹⁸⁾。グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、世界中のさまざまな産業における多くの規制当局に対して存在する姿勢の違いに敏感にならなければならない⁽¹¹⁹⁾。

B. 外国の法務サービスに関する「調達責任者 (Purchasing Agent)」という機能

Gilson 教授その他法と経済学の研究者は、ゼネラル・カウンセルは企業のために「調達責任者 (Purchasing Agent)」という機能を果たすものだと論じて

(116) *Business Ethics: Establishing a Corporate Code of Conduct*, 10 ACCA Docket 52, 59 (1992) (IBM は、倫理的問題を生じさせるような経営判断をしなければならないとき、従業員に対して、「現地の IBM の弁護士に話すこと」を推奨している。)

(117) Hsieh, *supra* note 86 参照。

(118) JACOB ET AL., *supra* note 86 at 365-75 参照、また、*supra* notes 84-85 および関連する記述参照。

(119) 本稿は、Emory ロースクールでの Randolph W. Thrower のシンポジウムにおいてスピーチの一部として提供されたものであるが、同シンポジウムにおいて、Ernst & Young の元ゼネラル・カウンセルである Carl D. Liggio 氏は、彼の勤務先の企業が、アメリカの外で生じた微妙で危険な法的問題に遭遇したときのことを述べた。彼は、外国のトップレベルの弁護士との特別な打合せを開催した。Liggio 氏は、その問題の複雑さと扱いにくさを認識している弁護士にその問題を説明した。弁護士の助言はシンプルで直截であった。「規制当局に電話をし、助言を求めなさい！」

きた⁽¹²⁰⁾。多くの非弁護士が法務サービスを提供していること、また、多くの国において法律専門業種が細分化されていることは、この機能を果たすことを非常に複雑にしている。「多くの法域において、公証人、会計士、信託会社、または同等の専門家が相談するのに適切なアドバイザーになるかもしれないし、また彼らの方がより費用効率がよいかもしれない」⁽¹²¹⁾。会計事務所による税務に関するアドバイスを除いて、組織としての弁護士会は、米国における法務サービスの市場をコントロールするのに成功してきた⁽¹²²⁾。各州の弁護士会は、許されざる法律業務や、非弁護士による法律業務を支援することを禁ずる弁護士の行動規範を積極的に発動することにより、ファイナンシャルアドバイザーや

(120) Ronald J. Gilson & Robert H. Mnookin, *Sharing Among the Human Capitalists: An Economic Inquiry into the Corporate Law Firm and How Partners Split Profits*, 37 STAN. L. REV. 313, 383 (1985)、Rosen, *supra* note 1 at 484, 504-05, 510, 552-53. 1980年代、Gilson教授は、ゼネラル・カウンセルに対して、彼らには「購入することを選択した法務サービスを適切に選択・監視することのできる熟練した調達責任者」という機能があることを説得するために、法と経済学の分析手法を用いた。Jonathan R. Maslow, *The Rise of In-house Counsel*, CAL. LAW., Sept. 1981, at 31, 73. 調達責任者という修辞に関する短いポイントを突いた批評としては、Lawrence J. Fox, *File on the Purchasing Agents*, 432 PLI/LIT. 733 (1992) を参照。

ゼネラル・カウンセルが海外の外部弁護士を特定して依頼するという選択のプロセスは、調達責任者としての機能に深く関係している。既に重要で啓発的な論文が存在するので、本稿ではそのようなプロセスの細部までは立ち入らない。例えば、Robert W. Hillman, *Providing Effective Legal Representation in International Business Transactions*, 19 INT'L LAW. 3, 11-17 (1985)、M. W. Janis, *The Lawyer's Responsibility for Foreign Law and Foreign Lawyers*, 16 INT'L LAW. 693, 698-704 (1982)。また、Robert E. Lutz, *American Perspective on the Duty of Competence: Special Problems and Risks In Advising on Foreign Law*, in RIGHTS, LIABILITY, AND ETHICS, *supra* note 81 at 81。

(121) Mears, *supra* note 92 at 631

(122) 概説として、Thomas R. Andrew, *Nonlawyers in the Business of Law; Does the One Who Has the Gold Really Make the Rules?*, 40 HASTING L. J. 577 (1989)。ただし、六大会計事務所は彼らのコンサルティング業務の範囲を拡大してきたので、この考察は正確性に欠けることがあるかもしれない。

銀行、保険会社など、企業が市場に大規模に参入することを防いできた⁽¹²³⁾。

しかしながら、アメリカ以外の国では、これらの競合相手が大企業の法律業務の獲得をめぐる法律事務所と日常的に闘っている。アメリカの法律事務所が市場のかかる違いを十分に理解していなかったことは、彼らが諸外国において支店を利益をもたらすものとして設立・維持しようとして、深刻な経営不振に直面してきた理由の一つである⁽¹²⁴⁾。彼らは、市場を誤解しており、その競合相手が誰であるかを誤認していた⁽¹²⁵⁾。米国外において最も強力な競合サービスの提供者は、六大会計事務所である⁽¹²⁶⁾。その会計事務所の特性は、彼らを極めて手強いライバルにしている。六大会計事務所は、大規模な法人顧客基盤を持ち、ブランドとして認知されている。また、世界中で何千人もの専門家と補助スタッフを擁している。競争において高い優位性を有している。その規模と利益性により、法律事務所に比べてより資金力がある。専門的なサービスを提供するためにテクノロジーを使用した経験をはるかに多く有しており、それによって依頼者のために彼らがかかるコストを減らすことができる。品質管理や機構改革といった事項に、毎年多額の研究・開発費用を投じている。最後に、国際的なネットワークを有している⁽¹²⁷⁾。六大会計事務所の「ワンストップ・サービス」を提供できる能力は、グローバル企業のゼネラル・カウンセルにとって

(123) *Id.*

(124) 加えて、Sherry R. Sontag, *Opening Offices Overseas: Does the Payoff Warrant the Huge Expense?*, NAT'L L.J., Feb. 12, 1990,

(125) 例えば、Ward Bower, *Multidisciplinary Partnerships and Other Non-Traditional Legal Service Providers*, INT'L B. ASS'N (1996) (ベルリン国際弁護士会の第26回隔年会議で発表された論文) (著者所蔵); Wade Lambert, *Overseas, Lawyers Face Surprising Competitor: Big Six Accounting Firms*, WALL ST. J., Apr. 17, 1995, at B8.

(126) Lambert, *supra* note 125

(127) Chris Klein, Gold Rush, Thin Stakes: *U.S. Branches Face Fierce Competition from U.K. Solicitors, Accountants*, NAT'L L.J., Aug. 12, 1996, at A1; Larry Smith, *New Adversaries: Big-6 Accounting Firms Encroach Foreign Legal Turf*, 14 OF COUNS., Mar. 6, 1995, at 1; Karen Dillon & Catrin Griffiths, *KPMG Fidal the Largest Law Firm on the Continent*, LEGAL BUS., July/Aug. 1991, at 26.

は大きな魅力である⁽¹²⁸⁾。

米国と同様、他の国でも、弁護士と依頼者間の秘匿特権や、弁護士と組織との間での「職業上の秘密」の存在は認められており⁽¹²⁹⁾、いくつかの国においては、類似の保護は会計士と依頼者との関係にも拡張されている⁽¹³⁰⁾。このように、購買担当者としての役割を担うゼネラル・カウンセルは、多くの場面において、外国の法律事務所を使う場合と会計事務所を起用する場合、または自社内の人材を使う場合との法的な価値とコストを比較検討しなければならない。秘匿特権の維持が常に他を圧する検討要素とはならない。3つの取引形態を想定してみよう。第1に交渉が友好的で率直であり、将来訴訟はほとんど起こりそうもない場合、第2に交渉が時々対立的になり、将来の訴訟を予見できる場合、第3に交渉が敵対的で訴訟がかなり高い確率で起こりそうな場合である。弁護士・依頼者間の秘匿特権の維持の必要が明白に深刻なのは、第3の事例のみである。効率の考慮および費用の観点から、グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、

(128) Bower, *supra* note 125, at 4-5; John Flood, *The Cultures of Globalization: Professional Restructuring for the International Market*, in PROFESSIONAL COMPETITION AND PROFESSIONAL POWER: LAWYERS, ACCOUNTANTS AND THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MARKET 139 (Yves Dezalay & David Sugerman eds., 1994)

(129) 概論として、Upjohn, Inc. v. United States, 449 U.S. 383 (1981)。弁護士と依頼者間の秘匿特権を含め、海外の秘匿特権に関する優れた紹介として、Kurt Riechenberg, *The Recognition of Foreign Privileges in United States Discovery Proceedings*, 9 NW. J. INT'L L. & BUS. 80 (1988); Walter B. Stahr, *Discovery Under 28 U.S.C. § 1782 for Foreign and International Proceedings*, 30 VA. J. INT'L L. 597 (1990)

(130) Bernard L. Greer, Jr., *Professional Services in the Global Economy: The Implications of "One-Stop Shopping"* INT'L BUS. LAW, Mar. 1996, at 132。いくつかの国、例えばドイツにおいては、依頼者と「依頼者との間において秘密を守る立場にある独立した専門家」—会計士、銀行、保険代理店、投資および税務アドバイザーを含む—との間における一般的な秘匿特権が認められている。Riechenberg, *supra* note 129, at 111。他の国々、例えばオランダでは会計士に秘匿特権を認めない。THE LEGAL PROFESSIONS IN THE EUROPE, *supra* note 81, at 255。米国連邦法では会計士と依頼者の間における秘匿特権を認めない。United States v. Arthur Young & Co., 465 U.S. 805 (1984)

第1・第2の類型の取引を成立させるにあたり、他国においては会計事務所から法的サービスを受けることを決めることは十分ありうることであろう。

この決定にさらに影響を与えるのは、他国の法域における専門家秘匿特権の内容、および当該国における以前の法制度・運用がどの程度に明確で安定性があるか、それによってどのような保護を享受できるかということに対するゼネラル・カウンセルの評価であろう。法解釈の範囲と不明確さが限定されていることは法律事務所を退け、会計事務所を選択する要素となるであろう。特に、会計事務所の報酬が著しく低い場合においては⁽¹³¹⁾。

最後に、法律事務所と会計事務所のどちらを選ぶかというジレンマからは離れて、多くの法域において、ゼネラル・カウンセルはリーガル・サービスを単一の供給業者から受けるという選択を行うことはできない。米国の弁護士資格を得ることによって、弁護士は法廷における訴訟活動や取引交渉、個人の不動産取引といった多様なサービスを提供することが可能となる。これらの機能は他国においてしばしば異なる業種に分離している⁽¹³²⁾。このような職業の分離に関する伝統的で最も馴染みのある実例は、英国におけるバリスターとソリシター—裁判所での弁論を行う弁護士と依頼者へ助言を行う弁護士—の区別である⁽¹³³⁾。

(131) Riechenberg, *supra* note 129, Roger M. Oselen, *Discovery in Federal Criminal Investigations*, 16 N.Y.U. J. INT'L. & POL. 999 (1984), Ralph C. Ferrara & David S. Darland, *Legal Representation in the International Securities Market: Representing a Party or Witness in an SEC or SRO Proceeding*, 743 PLI/Corp. 421 (1991), Joseph P. Griffin, *Counselling the Foreign Client Involved in an SEC Enforcement Proceeding*, 683 PLI/Corp. 197 (1990).
参照。

(132) 概説として、Ronald P. Sokol, *Reforming the French Legal Profession*, 26 INT'L LAW. 1025 (1992)。比較法学者はこの違いを非常に強調する。概説として、GLENDON ET AL, *supra* note 75, SCHLESINGER ET AL, *supra*, note 80。彼らは米国における法制度の専門家がその専門知識に基づくこと、大陸法国ではそれが機能に基づくことを強調する。Patrick Glenn, *Professional Structures and Professional Ethics*, 35 MCGILL L.J., 424, 429 (1990)。

(133) 最近の改革でソリシターに大多数の法廷で業務を行う権限が与えられ、パリス

これらの区別は、米国では弁護士に資格を与えられている多様な機能が複数の職業に分配されている可能性のある大陸法系の国々において、より顕著である。欧州連合においては34種類の法律専門職が存在している⁽¹³⁴⁾。その中でも最も顕著な専門職は、不動産・動産取引を管理する公証人である⁽¹³⁵⁾。日本では、非弁護士である「司法書士 (judicial scriveners)」が定型的な法的書類を作成する⁽¹³⁶⁾。要約すると、サービス供給業者の多様性により、グローバル企業のゼネラル・カウンセルが調達責任者として行う決定は、より複雑になる。ゼネラル・カウンセルはあらゆる資格を有する弁護士を選択するか、取引を成立させるために、会計事務所、会計士などの弁護士でない供給者を選択するか、時には特定の資格を有する専門家を複数選択するかを決しなければならない。

C. 予見的／予防的機能

Gruner 教授がゼネラル・カウンセルの果たす予見的／予防的機能に関する包括的な分析をされているので、本稿は当該機能の国際的な側面に簡潔に触れるにとどめることにする⁽¹³⁷⁾。米国規制当局は、予算的制約、人員的限界、そして時には憲法やその他の法令に基づく制約により、民間の動きを監視する彼らの能力が長年阻害されてきたことを認識している。当局はこれらのハンデを埋めるために、組織外および組織内弁護士を“代理人に任命する”という戦略を選択し、弁護士達に彼らが資格を失うリスクや専門家としての評判を傷つけら

ターとの差異は小さくなった。

(134) THE LEGAL PROFESSIONS IN THE NEW EUROPE, *note* 81, LAWYERS IN SOCIETY: THE CIVIL LAW WORLD, *supra* note 75, at 4-9.

(135) Pedro A. Malavet, *Counsel for the Situation: The Latin Notary*, A Historical and Comparative Model, 19 HASTING INT'L & COMP. L. REV. 389 (1996), Stewart Baker & Theodore Barassi, *The International Notarial Practitioner*, 24 A.B.A. INT'L L. NEWS, Fall 1995, at 1.

(136) Crampe, *supra* note 102, at 748. 弁護士でない者（弁理士）が全ての特許関連の問題を処理し、また他の弁護士でない者（税理士）が税法上のアドバイスを職責とする *Id.*

(137) Gruner, *supra* note 16.

れるリスクを負わせながら、依頼人の法令遵守状況を監視するよう強いてきた⁽¹³⁸⁾。

規制の構造や取組みは国によって多様であるが、本稿では、これらの差異の詳細にわたる説明や、差異が生じることに影響をもたらした政治的、歴史的、そして経済的な影響の分析は行わない⁽¹³⁹⁾。他国の規制当局は、米国当局と同様の水準では弁護士の予見的／予防的機能を利用しようとはしてこなかった⁽¹⁴⁰⁾。彼らの不活発さは、法律専門職の構造や法律相談における役割の違い（すなわち、法的リスク分析か、決定に対する助言か、という違い）に加えて、規制構造や取組みの違いに起因するものである⁽¹⁴¹⁾。EU および競争法を担当する IBM の上級の弁護士である Carl Bedding を取り上げた記事において、以下のような意見が示されている。

ヨーロッパが企業内弁護士の競争法の遵守を実現する能力をいまだ十分に利用していないのは皮肉なことである。企業内弁護士は組織および事実関係を最もよく知っており、かつ、アドバイスを能動的に行うことにより、会社の行動に影響を与え得るなかなか他に見られない立場にあるがゆえに、間違いなく最も有効な執行者である⁽¹⁴²⁾。

(138) 例えば、SEC v. Nat'l Student Mktg. Corp., 457 F. Supp. 682 (D.D.C. 1978)、In re Carter & Johnson, Exchange Act Release No. 17,597 (Feb.28, 1981)、In re Kern (Allied Store Corp.) [1988-89 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep (CCH) 84342, at 89,580 (Nov. 14, 1988)。Robert L.Nelson, *The Futures of American Lawyers: A Demographic Profile of a Changing Society*, 44 CASE W. RES. L. REV. 345, 349-54 (1994)。本稿では意識的に「監視する (monitor)」という単語を用いている。監視が内部告発を含むかどうか、含むとしていかなる範囲で含むかということは、かなりの論争を招く問題であり、ここでは議論しない。

(139) *supra* notes 84-87 および付随する記述参照。

(140) *supra* notes 73-87 および付随する記述参照。

(141) *supra* notes 88-91 および付随する記述参照。

(142) Diana Bentley, *Counsel of Europe*, LAW. Nov. 19, 1996, at 9。組織内弁護士を“最も有効な執行者”とする Bedding 氏の意見は、間違いなく彼のアメリカにおける職務経験を反映している。IBM はその全ての企業内弁護士達が単一でかつ全世界

このような規制当局の無関心さは、すぐに変化するかもしれない。金融と資本市場のグローバリゼーションは確実に進行しているので、米国当局と他国当局の協力関係は高まっている。その帰結として、規制構造と取組み方に関するアイデアが相互的に胎動を始める蓋然性が高い。Bedding 氏のように、米国で仕事をする外国の弁護士が増えるとき、彼らもまた予見的／予防的機能を果たすことの価値を認識するであろう⁽¹⁴³⁾。米国外における組織内弁護士の利益を代表する専門家組織は、そのメンバーのために、この新たな役割の認識を支持し始めている。ACCA はヨーロッパ支部を創設した⁽¹⁴⁴⁾。他国の規制当局やグローバル企業の子会社および関連会社の経営者が、企業内弁護士を“最も有効な執行者”であると認識するのは時間の問題である。

II 倫理的課題

グローバル企業のゼネラル・カウンセルが直面する倫理的な挑戦は、ここまで論じてきた文化的な挑戦と不可分に結合している。しばしば、他国における弁護士の行動規範は、米国の行動規範と同等の法的地位を有しておらず、プロフェッショナルとしての行動の裏付けにもなっていない⁽¹⁴⁵⁾。1972 年以来、ABA はロースクールの学生に向けた専門家責任に関する指導を義務付けてい

的なアイデンティティを抱くように、多大なエネルギーと経営資源を投入している。このアイデンティティには、法律実務におけるプロアクティブ・モデルが含まれている。*Infra* notes 42-63 参照。

- (143) 予見的／予防的機能が受け容れられるために主要な障害となるのは、EU や多くの大陸法系の国々において企業内弁護士と当企業間の弁護士・依頼者秘匿特権が否定されていることである。*Infra* notes 204-224 および付随する記述参照。

- (144) Bentley, *supra* note 142, ; *In-House Conference Hits Paris*, LAW., Nov. 23, 1994 at 5.

- (145) 米国のロースクールにおいて専門家の責任が重要視されていることを指摘するものとして、Edmond B.Soaeth, Jr. et al., *Teaching Legal Ethics: Exploring the Continuum*, 58 LAW & CONTEMP.PROBS.153 (1995)。

る⁽¹⁴⁶⁾。95%以上のロースクールが2または3単位の一つの科目を提供することによって、この要求に答えている。残りのロースクールはそれぞれの課目において関連する倫理問題を取り上げる、課目横断的な方法を採用している⁽¹⁴⁷⁾。ほとんどの生徒は、弁護士資格取得の条件として、複数の州に共通する専門家としての責務に関する試験（Multistate Professional Responsibility Examination）にも合格する必要がある⁽¹⁴⁸⁾。かくして、米国の法律専門職に対する3つの組織的な監督者、すなわち教育機関、弁護士会、そして裁判所は以下のことに同意している。すなわち、弁護士の行動規範に精通していること、および専門家責任に対する一般的な理解をしていることは、弁護士資格取得の必須条件（*sine qua non*）である。これらに対応するような公的要件や、教育課程、試験は、英国⁽¹⁴⁹⁾や大陸法系の国には存在しない⁽¹⁵⁰⁾。彼らがこれらの必須

(146) APPROVAL OF LAW SCHOOLS: AMERICAN BAR ASSOCIATION STANDARDS AND RULES OF PROCEDURE, Standard 302 (a) (iii) (1974).

(147) ABA CENTER FOR PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, A SURVEY ON THE TEACHING OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY 3 (1986).

(148) NATIONAL CONFERENCE OF BAR EXAMINERS, MULTISTATE PROFESSIONAL RESPONSIBILITY EXAMINATION: 1997 INFORMATION BULLETIN (1996).

(149) 以下のコメントは米国と英国の相違を強調するものである：

米国における実務家とロースクールの学生の多くは、倫理的な議題が持ち上がってきたとき“苦痛のあまりうめき声を発する”。英国ではうめき声が起ることはないが、これは一つの主要な理由、すなわち法曹倫理の問題がほとんど議論されないということによる。米国の法律家や学者は法曹倫理について広範囲に書き、読み、学びそして議論するが、これに対して英国では法曹倫理について書かれた専門的または学術的な論文はほぼ存在しない。英国の大学で筆者が発見できた倫理に関する課程は1つだけで、これは米国の法曹倫理が主題であった。この論文を書くにあたり、調査のために筆者はロンドンの全ての主要な法律専門書を置く書店や図書館を訪れたが、書棚は空であった。

Miller, *supra* note 83, at 208.

(150) いくつかの大陸法系の国々では、学部レベルにおける法律の講義の一環として、学生は義務論（deontology）を受講することを義務付けられ、あるいは選択科目として受講することができることがある。義務論は倫理教育の理論あるいは研究で

条件を欠いていることによって、米国のゼネラル・カウンセルと他国の弁護士との間の弁護士の行動規範に関するコミュニケーションに重大な不協和音が生じる。

加えて、ある国際的に著名な論者が論じているように、「職業的な行動規範は、ある種の『口伝』のように世代から世代へと受け継がれ、成文化されず、そして最もあたりまえの利益相反の禁止にとどまっている国が多数存在する⁽¹⁵¹⁾。」例えばメキシコでは、メキシコで業務遂行を認められた全ての弁護士の行動を規律する規範は存在しない。メキシコ弁護士会は職業倫理に関する規則を採択したが、当該規則は弁護士会に任意に参加した弁護士らの行為に適用されるのみであり、法的拘束力を持たない⁽¹⁵²⁾。

成文化された包括的な行動規範および実効性のある懲戒制度の存在は、必ずしもグローバル企業のゼネラル・カウンセルが経験する倫理的な苦悩を和らげるとは限らない。包括的な行動規範と懲戒制度が存在するとしても、法律専門職間での社会的な圧力の方がより高い影響力を有するかもしれない。Hazard教授はこの影響力の動態を正確に捉えている。「英国のバリスターは米国弁護士が規律のために法的規範が必要と感じることを風変わり面白く感じるであろうが、彼らは米国人が全てのことに法的規範を求めることを思い起こすだろう」⁽¹⁵³⁾。成文規則に表現されているにも関わらず、「英国弁護士の倫理はその全

あるが、米国のロースクールで教えられる職業的責任との類似点は全くない。

(151) IVO CAYTAS, TRANSITIONAL LEGAL PRACTICE: CONFLICTS IN PROFESSIONAL RESPONSIBILITY 19 (1992).

(152) Mears, *supra* note 92, at 611

(153) Geoffrey C Hazard, Ethics, NAT'L L.J., Mar 30, 1992, at 13, H Patrick Glenn, *Professional Structures and Professional Ethics*, 35 MCGILL L.J. 424, 428 (1990) (英国のバリスターは「ルールは他の誰か、つまり、何をしなければならないかを他人に細かく尋ねなければならないことが常識的に想定されるような人々のためにある」と信じており、明文化された倫理規範という概念を極めて軽蔑している)。カナダ人の見地から、PAUL M. PERRELL, CONFLICTS OF INTEREST IN THE LEGAL PROFESSION (1995)、Lois Moore, *English Perspectives on the Duty of Loyalty: Comparison with the American View*, in RIGHTS, LIABILITY,

般にわたって明確性に欠けた記述となっており、規則 (rules) というよりもむしろ基準 (standards) と呼ぶべきものであり、さらに基準としてですら、しかるべき形式を踏まえた表現になっているとはいいいにくい⁽¹⁵⁴⁾。このような観察が英国のみに当てはまると想定すべき理由はなく、逸話を取り上げた論評はむしろ反対の事実を示している。他国において基準が一般的に不明確である可能性は、ゼネラル・カウンセルによるグローバル企業の法務部門の統制を非常に複雑なものとしている。このことは、グローバル企業と他国の法律事務所または企業内弁護士との関係に、不確実さと曖昧さという追加的要素を注入するものである。

グローバル企業が、かつて「鉄のカーテン」の向こう側にあった地域のサービス提供者からリーガル・サービスを受ける必要が生じた際には、また異なった困難が生じる⁽¹⁵⁵⁾。東ヨーロッパの各国は、自国において真に独立した法曹を

AND ETHICS, *supra* note 81, at 81, Ralph C Ferrara & Thomas Carroll, *Different Customs from the Same Tradition: U.K Lawyers Penetrating the U.S. Legal System*, PLI/Corp.9 (1987), Alice Woolley, *Integrity in Zealousness: Comparing the Standard Conceptions of the Canadian and American Lawyer*, 9 CANADIAN J.L & JUR 61 (1996)。

- (154) Miller, *supra* note 83, at 217. このように感覚が異なる1つの理由は、バリスターの社会的階級の同質性と活動範囲の法学院 (Inn) への地理的な集中が、極めて効果的な、非公式な統制メカニズムとなっていることである。Id. at 215。
- (155) 例えば、Lisa A. Granik, *Legal Education in Post-Soviet Russia and Ukraine*, 72 OR. L. REV. 963 (1993), William D. Meyer, *Facing the Post-Communist Reality: Lawyers in Private Practice In Central and Eastern Europe and the Republics of the Former Soviet Union*, 26 LAW & POL'Y INT'L BUS. 1019 (1995), Andras Sajo, *The Role of lawyers in Social Change: Hungary*, 25 CASE W. RES. J. INT'L L. 137 (1993)。この論稿では、中国または環太平洋諸国において現地のサービス提供者からリーガル・サービスを受けることに関する、外部の法律事務所への依頼や企業内弁護士の雇用に伴う諸問題については論じていない。幅広く議論をするには、課題として複雑すぎており、また、データが不充足過ぎている。中国に関して特に懸念されるのは、弁護士の国家からの独立性についての疑問である。中国の1980年の弁護士規則では、弁護士を、「国家の法律職員」と定義し、弁護士になろうとする者に中国を「心から敬愛」する国民であることおよび社会主義体制を支援することを要求している。ある大手法律事務所の設立パートナーは、

確立しようと、それぞれ独自に苦闘している。弁護士の行動規範の起草はその奮闘の重要な一部である。ただし、当該規範の新しさ、および、その背後にあり現状を変革しようとしているイデオロギーは、それらがまだ現地の法文化に融けこんでいないことを意味している⁽¹⁵⁶⁾。例えば、ルーマニアのロースクールでは、「倫理についてはほとんど議論されず、法の変化の担い手としての法律家の役割についてはほとんど理解されていない」⁽¹⁵⁷⁾。東ヨーロッパにおいて法律事務所に依頼し、企業内弁護士を雇う場合、グローバル企業のゼネラル・カウンスルは、法曹としてアイデンティティが萌芽的な段階にあることを認識しておかなければならない。ゼネラル・カウンスルは、米国、英国、または西ヨーロッパという、国家と依頼者双方からの弁護士の独立の伝統を有し、弁護士と依頼者の関係についての考え方が確立された地域では一般的に必要な責

その法律事務所が「4つの基本的原理」、すなわち、「中国共産党のリーダーシップ、マルクス・レーニン・毛沢東思想、人民民主主義の独裁、および社会主義の道」にコミットしている旨を豪語している。Timothy A. Gelatt, *Lawyers in China: The Past Decade and Beyond*, 23 N.Y.U.J. INT'L L. & POL. 751, 756, 791-92 n.132 (1991)、SYDNEY M. CONE, *THE REGULATION OFFOREIGN LAWYERS* 59 (3d ed. 1984)、Wu Jianfan, *Building New China 's Legal System*, 22 COLUM. J. TRANSNAT'L L. I, 38 (1983)。中国が、1980年弁護士規則を廃止し、新しい規則を採用したのは最近になってからである。新しい法規には旧規則の文言に表れていたような社会主義的な美辞麗句は記載されていないが、中国がコモン・ローや大陸法の伝統が非常に尊重する、独立性のあるプロフェッショナルな判断を重んじるイデオロギーを本当に受け入れたとは考え難い。それよりも、中国が新しい法規を発令したのは、中国が法の支配を行うという約束に関して神経質な西側諸国の投資家を安心させるためであったという方がはるかにありそうなことである。Tung-Pi Chen, *The Chinese Notariat: An Overlooked Cornerstone of the Legal System of the People's Republic of China*, 35 INT'L & COMP. L.Q. 63 (1986) 参照。

(156) このような規範を起草することについての非常に興味深い説明として、Ronald D. Rotunda, *Legal Ethics, The Czech Republic and the Rule of Law*, 7 PROF. LAW., Aug. 1996, at 1。また、George A. Critchlow, *Teaching Law in Transylvania: Notes on Romanian Legal Education*, 44 J. LEGAL EDUC. 157 (1994)、Michael Burrage, *Advokatura: In Search of Professionalism and Pluralism in Moscow and Leningrad*, 15 L. & SOC. INQUIRY 433 (1990)。

(157) Critchlow, *supra* note 156。

任を担わなければならない。この責任を遂行するには、文化面について、およびプロフェッショナルとしての感受性が必要とされる。ゼネラル・カウンセルは、成文化され明確な倫理的義務を受容するという、プロフェッショナルとしての新しいアイデンティティの構築を助長するよう設計された方針や計画を実施しなければならない。

要するに、グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、その内容、法規範としての受け容れられ方および執行が米国におけるそれとはまったく異なるであろう、多様かつ発展途上な弁護士の実行規範を考慮に入れなければならないのである。大陸法系の国では、利益相反の規制と、兼業禁止の法理（doctrine of incompatible professions）という、二つの問題が特に顕著である。

A. 利益相反

大陸法系のほとんどの国では、「利益相反は〔個人的な〕倫理の問題であって、法の問題ではない。利益相反は依頼者との関係の問題である」⁽¹⁵⁸⁾。これに対して、米国では、利益相反は非常に多くの場合、法的問題である。利益相反に関する法理は、広範囲で複雑であり、また、州と連邦の裁判制度が分離しており、州と連邦の倫理規則が統一されていない結果、しばしば整合性のないものになっている⁽¹⁵⁹⁾。このような厄介な判例法は、他の制度上の要因、例えば、本訴に関連する、他の裁判所または他の当事者間で行われる関連訴訟（satellite litigation）を許す対審構造や、訴訟を遅延させ相手方当事者に更なる費用を負

(158) Justin Castillo, *International Law Practice in the 1990s: Issues of Law, Policy, and Professional Ethics*, 86 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 272, 233 (1992)。筆者は特にヨーロッパの弁護士の利益相反の捉え方について言及しているが、この所見は、大陸法諸国一般にも広く当てはまる。

(159) CHARLES W. WOLFRAM, MODERN LEGAL ETHICS 242, 312-494 (1986) ; Bruce A. Green, *Conflicts of Interest in Litigation: The Judicial Role*, 63 FORDHAM L. REV. 71 (1996); Susan R. Martyn, *Developing the Judicial Role in Controlling Litigation Conflicts: Response to Green*, 65 FORDHAM L. REV. 131 (1996)。

わせるといふ不当な目的のために訴え却下の申し立て (disqualification motion)」が多用されること、および過重負担を負った懲戒当局にとって利益相反の懲戒決議よりも、司法判断が好まれること等にも起因している⁽¹⁶⁰⁾。

関連する英語文献の調査によれば、成文化された弁護士規範の全てが利益相反の禁止を含んでいる⁽¹⁶¹⁾。もっとも、先ほど言及したとおり、その実質的な内容を把握することはしばしば困難である。Terry 教授が「欧州共同体における弁護士の行動規範 (Code of Conduct for Lawyers in the European Community (「CCBE Code」)) の利益相反条項の議論において鋭く指摘したとおり、アプローチの違いは、おそらく制度的な関心が異なることを反映したものと考えられる。

CCBE Code は、弁護士に対して、誘惑される状況に直面した際のように振る舞うべきか示す過度に大量のルールは設けてはいない。(中略) CCBE Code が何も規定していないのは、弁護士の判断力と、弁護士の誘惑に抗う能力をより信頼していることを表すものである。ABA の懸念とは対照的に、CCBE Code が心配している利益相反というのは、弁護士が直面しうる特定の誘惑ではなく、弁護士の依頼者に対する独立性や依頼者との距離の置き方が損なわれる状況なのである⁽¹⁶²⁾。

(160) WOLFRAM, *supra* note 159, at 336, Samuel R. Miller et al., *Conflicts of Interest in Corporate Litigation*, 48 Bus. LAW. 141 (1992)。

(161) 国際法曹協会 (International Bar Association) は、最近、一部のヨーロッパ諸国、EU、日本、カナダおよびオーストラリアにおける倫理制度の詳細な概要を出版するという、非常に有益な活動を行った。LAW WITHOUT FRONTIERS, *supra* note 102。この書籍では検討対象とする行動規範や法令の原文をそのまま掲載はしていないが、各国についての解説は利益相反に関する規範の存在を捉えている。THE LEGAL PROFESSIONS IN THE NEW EUROPE, *supra* note 81 も参照のこと。

(162) Laurel S. Terry, *An Introduction to the European Community's Legal Ethics Code Part I: An Analysis of the CCBE Code of Conduct*, 7 GEO. J. LEGAL

この観察は西ヨーロッパの大陸法系の国における倫理規範に対しても等しく当てはまる⁽¹⁶³⁾。さらに、その執行をめぐる問題も山積している。大陸法系の国の裁判官は、自らの権限が弁護士の行動規範の強制に及ぶとは考えていない。もし、そのような国の訴訟に関与したグローバル企業のゼネラル・カウンセルが、特定の弁護士が相手方当事者を代理することが、禁止された利益相反性のある代理に該当すると考える場合、そのゼネラル・カウンセルの取り得る唯一の手段は、現地の弁護士会への苦情ということになる⁽¹⁶⁴⁾。一般的に、そのような苦情は弁護士会の会長に対して直接行われる。誠実さ（integrity）と正直さ（honesty）において傑出し大変尊敬される弁護士である会長は、法律家の共同体において独特の道徳的権威を有しており、その会長による弁護士規範に関する判断はほとんど常に係争者に受け入れられる⁽¹⁶⁵⁾。もしも会長が利益相反を認めた場合にはその弁護士は当該案件を辞任し、利益相反が認められなければその弁護士は訴訟に残り、苦情を申し立てた当事者はそれ以上の利益相反の主張は行わない。会長の判断について裁判所に不服申立てがなされる非常に稀な場合を除いて、会長の判断や利益相反の申立ての原因となった事実について、公

ETHICS 1, 55 (1993)。CCBE Code は「クロスボーダーな活動に関して（中略）…すべての弁護士に適用される共通のルールを表したものである。COUNCIL OF THE BARS AND LAW SOCIETIES OF THE EUROPEAN UNION, CCBE CODE OF CONDUCT FOR LAWYERS IN THE EUROPEAN UNION, art. 1.3.1, RIGHTS, LIABILITY, AND ETHICS, *supra* note 81, at 380 に再掲。もっとも CCBE CODE は、アメリカの弁護士の行為を規律しない。*Infra* note 218 および付随する関連する記述を参照。Laurel S. Terry, *An Introduction to the European Community's Legal Ethics Code Part II: Applying the CCBE Code of Conduct*, 7 GEO. J. LEGAL ETHICS 345 (1993)。

(163) *Infra* note 213 および付随する記述を参照。概説として、John Toulmin, *A Worldwide Common Code of Professional Ethics?*, in RIGHTS, LIABILITY, AND ETHICS, *supra* note 82, at 207-218。

(164) 概説として、THE LEGAL PROFESSIONS IN THE NEW EUROPE. *supra* note 81, at 125, 256-57。

(165) *Id.* at 74, 119, 125, 127. 356-357, Christian Raoult, *The French System*. in RIGHTS, LIABILITY, AND ETHICS, *supra* note 81, at 55-56, Geoffrey Hazard, *Taking French Lessons*, NAT'L L.J., Apr. 17, 1995. at A21。

的な記録は存在しない⁽¹⁶⁶⁾。

利益相反に関して確立された法理が存在しないことは、グローバル企業のゼネラル・カウンセルにとって、多くの点で妨げになる。第一に、適時に利益相反の問題を発見することがはるかにもっと困難になる。利益相反の問題が発見されないことによる結果が深刻となり得ることから、米国の法律事務所は、極めて洗練されたコンフリクト・チェックシステムを導入している。これらのシステムは、依頼された案件のかなり初期の段階において潜在的または現実の利益相反を特定し、もし法律事務所が必要であると結論づけた場合には、適時に利益相反業務の承認依頼の引き金を引くように設計されている⁽¹⁶⁷⁾。利益相反に関する法理が未発展が存在しない国では、ゼネラル・カウンセルは、案件対応におけるはるかに後の時点において利益相反の問題を覚知するかもしれない、そのことにより、利益相反の問題の深刻さについて当該外国の法律事務所を納得させたり、新たな弁護士を起用することが現実的に不可能になる。第二に、ゼネラル・カウンセルは、利益相反の問題を一切覚知しないかもしれない。米国における同様の状況下では自明であっても、外国の法律事務所は全く利益相反の問題を認識しないかもしれない。第三に、利益相反の問題の無い代理という依頼者の権利を保護するための裁判所による救済または懲戒上の制裁が、利用できないか、非常に長い手続を経た後にやっと利用できるかもしれない。第四に、現地の法律事務所に対するグローバル企業の不服申し立てが重大な政治的影響を生む可能性がある。多くの国では、一握りの現地の法律事務所だけが、複雑なクロスボーダー取引においてグローバル企業を代理するために必要なスキル、知識と技術を有している⁽¹⁶⁸⁾。ある法律事務所について裁判所または懲戒権者に対して不服を申し立てることは、他の事務所が案件受任の依頼を断

(166) d'Ormesson, *supra* note 81, at 31.

(167) Wendy R. Leibowitz, *Conflict of Software: No panacea*, NAT'L L.J., July 21, 197, at A1. 他に、Geoffrey C. Hazard, Jr., *Erecting a Wall to Prevent Conflicts of Interests*, NAT'L L.J., July 21, 1997, at A19.

(168) Mears, *supra* note 92, at 614.

ることにより、そのグローバル企業をボイコットすることを促すかもしれない。グローバル企業にとって、法的サービスへのアクセス拒否は、利益相反に汚染された代理活動よりも大きな損害をもたらすであろう。最後に、たとえ不服が申し立てられたとしても、政治的考慮により、意味のある救済または制裁がなされる可能性が限定的なものとなり得る。多くの場合において、ゼネラル・カウンセルにとって現実的に利用可能な救済は、問題のある法律事務所との更なるビジネスを取り止めることだけである。しかし、他の現地法律事務所の資質によっては、そのような対応は、実行可能な代替策にならないかもしれない。

このように、利益相反に関する法理が未発展あるいは存在しないことにより、グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、自身が深刻であると考えた利益相反の諸問題に関して、外国の法律事務所を教育することを強いられる。

外国の弁護士に対しては、利益相反の最終的な承認のための基準、必要なコンフリクト・チェックを慎重に行うことの重要性、潜在的な利益相反の可能性を、詳細に説明すべきである。メキシコのように、とりわけ商取引において利益相反という概念が余り発展していない法域では、潜在的な利益相反についての徹底的な議論がより重要である⁽¹⁶⁹⁾。

利益相反は、一般的に、二つのカテゴリーに分類される。第一のカテゴリーは、弁護士の個人的な利益相反か、他の依頼者からの案件受任の依頼または実際の受任により生じる利益相反であり、第二のカテゴリーはビジネス上の懸念から生じる利益相反である。第一のカテゴリーは基本的に、「プロフェッショナルとしての責任に関する模範規則 (Model Code of Professional Responsibility)」と「プロフェッショナルとしての行動規範に関する模範規則 (Model Rules of Professional Conduct)」に含まれる訓戒と禁止から構成され

(169) *Id.* at 636 (脚注省略)。

る⁽¹⁷⁰⁾。これらの訓戒と禁止を外国の法律事務所に教育することは常に容易であるとは限らない。英米のコモン・ローにおける代理法理に由来する忠実義務と秘密保持義務に関する理解が、これらの訓戒と禁止の核心にある⁽¹⁷¹⁾。これらと同様の義務は大陸法においても存在するが、その依頼者と弁護士間の関係への適用は、コモン・ローとはかなり異なりうる。本稿で既に述べた通り⁽¹⁷²⁾、米国以外の法曹は機能的に断片化されている。ごく最近まで、多くの国では、法曹資格を得ることによって、弁護士は、法的サービス—特に訴訟に関連するものについて—を、例えばパリ市、ハンブルク州といった比較的限定された法域内でのみ提供することが許可されていた⁽¹⁷³⁾。これらのサービスは、しばしば単一の裁判所（例えば、事実審や上級審）に限定されていた。これらの制限が原因となり、弁護士がサービスを提供する依頼者の数と種類は非常に限定されていた。こうした環境においては、利益相反に関する広範な基準の形成や受容を促すことは困難であった。

更にいえば、多くの外国の法域では、弁護士は正直さ (honesty) と誠実さ (integrity) の人であり、非常に高い徳性を有するという、文化的理解が広く浸透している。したがって、ある業務を行うのに利益相反はないという弁護士の言葉は尊重され、それに服してしかるべきものとされる。その弁護士が認識していない場合に利益相反があると言い張ることは、その誠実さ (integrity) を傷付けることになる。それは、プロフェッショナルに対する振る舞いとしては、暴力を振るうに等しい。

たとえこの文化的なハードルを乗り越えたとしても、グローバルな組織のゼネラル・カウンセルは、外国の法律事務所が依頼者のビジネス上の競争者を代

(170) 例えば、Model Rules of Professional Conduct Rules 1.7-1.10 (1989)、Model Rules of Professional Responsibility DR 5-101~5-107 (1969)

(171) Wolfarm, *supra* note 159 at 299-300, 313.

(172) *Supra* notes 132-136 およびこれに付随する記述を参照。

(173) LAWYERS IN SOCIETY: THE CIVIL LAW WORLD, *supra* note 75, at 25., THE LEGAL PROFESSIONS IN THE NEW EUROPE, *supra* note 81 at 3, 124

理していないことを要求するべきか否か、どの程度まで要求するかにつき、なお決断をしなければならない。米国では、プロフェッショナルとしての行動規範はこの点について何も述べていない⁽¹⁷⁴⁾。これは、既存のクライアントの機密情報に対する脅威がない場合には、まったくのビジネス判断である⁽¹⁷⁵⁾。同じ事は、外国の法制度にも言える。このため、依頼者が、その依頼している外国の法律事務所が競争者を代理しないことを期待する場合は、ゼネラル・カウンセルには、依頼の初めに、この禁止の例外について伝える責任がある。

B. 兼業禁止の法理 (The Doctrine of Incompatible Professions)

前記のように、プロアクティブで起業家的な法律実務のモデルが、米国における企業法務を特徴付けている⁽¹⁷⁶⁾。米国の弁護士が引き受ける法務／ビジネス活動のうち、最も微妙で、論議を呼ぶのが依頼者企業の取締役现就くことである⁽¹⁷⁷⁾。取締役であることは、弁護士・依頼者秘匿特権を失わせるおそれがあり、弁護士の独立したプロフェッショナルな判断を害する可能性がある⁽¹⁷⁸⁾。専門家責任に関する論者が一般的にそのような活動を非難する一方で、取締役となることは、大規模法律事務所と中小法律事務所の両方において受け容れられている。大事務所の経営会議は、それを事務所と主要なクライアントの関係を強化するための、優れたツールと考えている。より小規模の事務所の弁護士は、ク

(174) MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT Rule 1.7 cmt. (1987)、ABA Comm. On Ethics and Professional Responsibility, Formal Op.93-377 (1993)

(175) 概説として、Maritrans GP, Inc. v. Pepper, Hamilton & Scheetz, 602, A.2d 1277 (Pa. 1992)。また、John S. Dzienkowski, *Positional Conflicts of Interest*, 71 TEX. L.REV.457 (1993) も参照。

(176) *Supra* notes 41-63 および付随する記述参照。

(177) WOLFRAM, *infra* note 159, at 738-740; James J. Cheek, III & Howard H. Lamar, III, *Lawyers as Directors of Clients: Conflicts of Interest, Potential Liability and Other Pitfalls*, 712 PLI/Corp. 461 (1990)。

(178) SEC v. Gulf & Western Industries, Inc., 518 F. Supp. 675 (D.D.C. 1981)、Deutsch v. Cogan, 580 A.2d 100 (Del. Ch. 1990)。概説として、Cheek & Lamar, *supra* note 177。

ライアントの関連会社の取締役会メンバーを務めることに、しばしばクライアントとの付き合いとして同意している。ついには、大企業は、しばしば企業内弁護士を子会社の取締役会メンバーとして送り込むことになるだろう。これは、一般的には取締役会の規模に関する法令上の形式的な管理上の要件を満たすために、なされるのである。

グローバルな組織のゼネラル・カウンセルは、外部弁護士事務所または自社の法務部の現地弁護士が、外国子会社の取締役となることを、2つの理由から、欲するであろう。一つ目の理由は、子会社の行動が、その会社が活動している産業における法的および慣習的な要求にあらゆる面で適合する可能性を最大化するためである。二つ目は、子会社が意図的に留保するかもしれない情報を親会社に伝達するため、子会社の活動を注視する眼を用意するためである⁽¹⁷⁹⁾。この2つ目の理由は、子会社が、外国のパートナー（それが公共セクターであれ、民間であれ）と共同出資である場合に、よく役に立つ。仮に親会社が、民間パートナーを疑っていたり、あるいは、例えば、子会社が、所得を低く申告したり、その国の通貨規制に違反したりすることを懸念している場合、親会社は、取締役であることが、現地弁護士をして、危機的な段階になる前に、不正行為を調査、報告することを可能にすると期待するだろう。

現地弁護士による監督がビジネス上有用であるとしても、兼業禁止の法理により、その監督がなし得ないことがある⁽¹⁸⁰⁾。その名称が示唆するように、兼業

(179) 依頼者である会社の取締役に就任する米国の弁護士に関して、本稿で論ずる問題を回避するために、弁護士は、予期しない法的な問題を取締役に警告するために、定例の取締役会に単に出席することだけを求められることもあろう。この解決策は外国子会社の場合には、あまり役に立たない。取締役に就任することは、弁護士が経営にアクセスするのを容易にし、より開かれたコミュニケーションを涵養し、利用出来る情報ネットワークを拡張するものである。正式な取締役の地位を持たずに取締役会に出席することは、これらの目的を、効果的に、あるいは効率的に達成するものではない。

(180) 現地弁護士が乗り気でないのは、失敗した企業の取締役に潜在的に重大な責任を課する、当該法域の法律によっても説明されうる。Mears, *supra* note 92, at 647 参照。

禁止の法理は、弁護士が、法律実務以外の職業やビジネスに関わるのを禁ずる⁽¹⁸¹⁾。実際に、外国の弁護士会は、法実務を「ビジネス活動」に分類することにすら反対するだろう。この原理の背後にある公益的理由は、弁護士の独立した専門的判断を確保することにある。法実務と無関係な雇用関係が、その独立性を掘り崩すことが恐れられているのである。子会社が設立された法域が、この原理を認めていれば、現地弁護士が取締役を務めることが許されることは、とてもありそうもない。例えば、イタリアの行動規範は、弁護士に、「ビジネス活動」を行う⁽¹⁸²⁾ 権利や、非法律的事業において「常勤または非常勤で雇用を受ける」⁽¹⁸³⁾ 権利を否定している。ごく最近まで、日本の弁護士は、非弁護士に雇用されることを禁止されており、これにより企業内のポジションを受けることを妨げられていた。この禁止は撤廃されたが、弁護士はまず、弁護士会の許可を受けなければならない⁽¹⁸⁴⁾ *。インドでは、職業的行為規範は、イタリアや日本よりも注意深く定められている。それは、弁護士が企業の事業における能動的なパートナーになることを禁ずるが、地元の弁護士会が、当該事業が「プロフェッションとしての尊厳と調和しないものでない」と判断するなら、「消極的な」(sleeping) パートナーとなることはできるのである⁽¹⁸⁵⁾。このルールは、明確に、弁護士が、取締役や取締役会会長となることを認めているが、

(181) この禁止の範囲と実質は、法域によって異なる。Roger G. Goebel, *Lawyers in the European Community: Progress Towards Community-Wide Rights of Practice*, In RIGHTS, LIABILITIES, AND ETHICS, *supra* note 81, at 297 n.173, 300-301, THE LEGAL PROGRESSIONS IN THE NEW EUROPE, *supra* note 81, at 74,123 (フランス), 163-164 (ギリシャ), 199-200 (イタリア), 220 (ルクセンブルグ), 309 (英国)。

(182) Barazzutti, *supra* note 104, at 96, CAPPERLETTI ET AL., *supra* note 104, at 93, Ottavio Campanella, *The Italian Legal Profession*, 19 J.LEG. PROF.59 (1994-95)。

(183) CAPPERLETTI ET AL., *supra* note 104, at 93

* (訳注) 2000 年代初めまで許可制とされており、「禁止」は誤解を招く表現である。

(184) Crampe, *supra* note 102, at 748, Hamada, *supra* note 102, at 220.

(185) Maheshwari, *supra* note 103, at 759

弁護士は業務執行的な性質をもつ任務を遂行することはできない⁽¹⁸⁶⁾。

Ⅲ 法的課題

A. 企業内弁護士と弁護士秘匿特権 (Attorney-Client Privilege)

米国以外の多くの国では、組織がもつ弁護士・依頼者秘匿特権を発動する権利と、法律プロフェッションの独立した専門的判断の概念のあいだには、非常に強く、しかし、極めて微妙な関連性がある。英米法と大陸法のいずれの弁護士の行動規範も、弁護士の独立した専門的判断が、弁護士の個人的・経済的な利害によって、あるいは他の依頼者の利害によって、毀損されることを防止するよう特に意識して設計された禁止事項や訓戒を含んでいる⁽¹⁸⁷⁾。企業内弁護士が、求められる水準の独立性を実践することができるか否かは、普遍的に、法律プロフェッションを悩ませてきた問題である⁽¹⁸⁸⁾。例えば、企業の被用者など、単一の依頼者に生計を依存する弁護士は、単一のクライアントとの経済的紐帯がずっと弱いと想定される外部弁護士と同じ品質の独立したアドバイスや判断は提供できないという批判がある⁽¹⁸⁹⁾。このような批判は、未だに、米国においてプロフェッションとしての責任を論ずる人々のあいだでは残留しているかもしれないが、弁護士会の倫理委員会および弁護士の規制当局としての裁判所は、

(186) *Id.*

(187) MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY DRs 5-103 (1969) MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT Rules 1.7 から 1.9 (1989) と、CCBE CODE OF CONDUCT FOR LAWYERS IN THE EUROPEAN COMMUNITY arts. 2.1.1, 2.7, 3.2.1-3.2.3 (1988) reprinted in RIGHTS, LIABILITY, AND ETHICS, *supra* note 81, at 379 を比較せよ。また、Toulmin, *supra* note 163, Sydney M. Cone, III, *The Common Code of Conduct from a American Perspective*, reprinted in *id.* at 219-32 も参照のこと。

(188) WOLFRAM, *supra* note 159, at 737; Jeffrey S. Slovak, *Giving and Getting Respect: Prestige and Stratification in a Legal Elite*, 1990 AM. B. FOUND, RES J.31 (1980)

(189) *supra* notes 1, 7-10 およびこれに付随する記述を参照のこと。

健全にも、この見解を斥けた⁽¹⁹⁰⁾。

しかしながら、これは米国以外の国では当てはまらない。そこでは、企業内弁護士に対する文化的、構造的な偏見が、依然として広く浸透している。英国ですら、「企業内弁護士は、法律プロフェッションから捨てられた人々である」という見方をする人々が、依然として存在する。『一部では、企業内弁護士は、単にパートナーになれなかった敗者から成り立っているという偏見がまかり通っている』⁽¹⁹¹⁾。今日、ほとんどの大陸法国のプロフェッション像に関するイデオロギーに影響を及ぼしている文化的バイアスは、企業内弁護士は、法律事務所業務に必要な独立性やスキルを欠いているのだという認識にまで達する。法教育における構造的バイアスと弁護士資格付与の実務が、特にこの認識の一因となっている。

1. 米国以外での法教育

米国以外での企業内弁護士の貶められた地位は、法学教育および専門的訓練における違いと、ほどこしく攪り合わされている。法学は、米国を除く世界中のほとんど全ての国では、学部レベルの科目となっている⁽¹⁹²⁾。

(190) WOLFRAM, *supra* note 159, at 737, *supra* notes 12-29 とこれに付随する記述を参照のこと。

(191) Fitzmaurice, *supra* note 63, at 15 例えば、ロンドンでアメリカン・エクスプレスの法務部門の責任者を務めるソリシターは、こう報告している。「彼は、上場会社の会長から、英国の会社に弁護士として入社するべきではないとアドバイスされた。『遺産を当てにして、親が死ぬのをいつまでもじっと待っているようなものだ。君は意思決定に加わることは決して無いのだ。米国の会社に入りたまえ、彼らは企業内弁護士をどう使うべきかを知っている』」。Id.

(192) Jutta Brunnee, *The Reform of Legal Education in Germany: The Never-Ending Story and European Integration*, 42 J. LEGAL EDUC. 399, 401 (1992); Critchlow, *supra* note 156, at 167; Francis A. Gabor, *Legal Education in Hungary*, 72 OR.L.Rev. 957, 957 (1993); Zbigniew Gostynski & Alan Garfield, *Taking the Other Road: Polish Legal Education During the Past Thirty Years*, 7 TEMP. INT'L & COMP. L.I. 243, 255 (1993); Francis H. Helter & John C. Peck, *American Law Teachers in an Australian University: Some Observations Gleaned from a*

「卒業により、学生は『法の文法』と法の最重要分野について基本原則の知識を獲得するであろうが、法律調査の能力は限定的で、法の実践的側面についての習熟精通はそこそこの程度である。(中略)大陸法の学部卒業生が法律プロフェッションの世界に入りたいと思うなら、さらに実践的な訓練が必要である」⁽¹⁹³⁾。

法学の学位を取ろうとする、ほとんどの学部生は、法律実務家になろうとは思わない⁽¹⁹⁴⁾。そのうえ、いくつかの国では、法律の学習は、ほとんどの将来有望な学生を惹き付けない⁽¹⁹⁵⁾。学部の法学課程の内容は、理論に偏重しており、実践に結びついた観点は見られない。法の実事への適用を理解する事には、ほとんど、またはまったく力を入れていない⁽¹⁹⁶⁾。

Decade of the Kansas-Vienna Exchange Program, 42 U. KAN. L.REV. 507, 512 (1994); Juergen R.Ostertag, *Legal Education in Germany and the United States—A Structural Comparison*, 26 VAND. J. TRANSNAT'L L. 301, 305 (1993)

(193) Grendon ETAL., L. 301, 305 (1993)

(194) 概説として、Brunner, *supra* note 192, at 152; Solkol, *supra* note 132

(195) Brunne, *supra* note 192, at 400-26; Sokol, *supra* note 132

(196) Klitgaard, *supra* note 33, at 437. 筆者は、1972年から1973年にかけての1年間を、パリ大学法学部において研究に費やしたので、個人的にこの観察を検証することができる。教育スタイルや主題の違いを記述するために筆者が用い得るものとしてもっとも近いものは、ロースクールでの憲法の授業と、学部での憲法の授業の違い、あるいは、歴史の教授により教えられる最高裁の歴史と、政治学の教授によるそれとの違いとのアナロジーである。Glendon教授、Gordon教授、Osakwe教授は、この違いについて以下のようにコメントしている：

「大陸法の法教育に関して真に特徴的な点は、その方法論に現れる。ちょうどわれわれのケースメソッドが、裁判官が法を形成するという英米法の伝統を維持することから発生し、かつそれに貢献するのと同じように、その方法論は、学者が法を形成するという伝統を永続させるのである。(中略) 英米法体系と大陸法体系の法教育の最も大きな違いのひとつが、学生が法学を授けられる仕方に現れているのは、驚くべきことではない。大陸法の学生は、全法体系の枠組みの体系的な概観から教えられるのである。」(中略)「大陸法の初心者、事実から距離をとり、構造、方法、体系の原則の既成品から始めるのである。」

GLENDON ET AL., *supra* note 75, at 130-33. また、Critchlow, *supra* note 155, William D. Meyer, *Remnants of Eastern Europe's Totalitarian Past: The Example*

法律実務家を志望する法学部の学生は、学部教育を修了の後に、続いて専門的訓練へ進むという国もある。また、2年かそれ以上の学部教育を受けた後、特化した一連の訓練課程へと移行するという国もある⁽¹⁹⁷⁾。弁護士資格を取得するためには、訓練課程の修了、ひとつまたはいくつかの資格試験の合格、そして、通常は、一定期間の指導のもとでの実務研修が要件とされる。弁護士資格の取得は、その者に、依頼者から相談を受けることを認めるだけでなく、それよりも重要なこととして、多くの国においてみられるが、「弁論権」として知られる、訴訟または行政手続において依頼者を代理する資格が認められる。

専門的訓練と正式な弁護士資格の取得を目指さない者の一部には、法学士の学位をもって、最終的には事業体や企業において法律関係の地位に就職する者がある⁽¹⁹⁸⁾。この地位において、彼らは契約の交渉および解釈を行い、ならびに、規制および法的責任に係る問題につき助言する⁽¹⁹⁹⁾。しかしながら、これらの法学部出身者は、弁論権を欠くことに起因して、法曹界において認知された地位を保持していない。この者たちの仕事の多くは法的な判断を求められるにもかかわらず、かかるサービスの提供は、禁止されている法律業務への従事とは捉えられていない。

2. 米国外における弁護士資格の取得の実務

多くの大陸法諸国における弁護士会は、単一の雇用者への経済的な依存関係が、その倫理的な自律を失わせることを理由に、企業内弁護士のプロフェッションとしての独立性に疑いを持ち続けている。これらの国々において弁護士は、

of Legal Education in Bulgaria, 43 J. LEGAL EDUC. 227 (1993).

(197) 概説として、LAWYERS IN SOCIETY: THE CIVIL LAW WORLD, *supra* note 75

(198) *Lawyers in Society: An Overview* 134, 165 n. 25, 299-303 (Richard L. Abel & Philip S. C. Lewis eds., 1995)

(199) *Lawyers in Society: The Civil Law World*, *supra* note 75, Geoffrey C. Hazard, Jr., *Considering Law Practice in Japan? Good Luck*, Nat'l L.J., June 30, 1997 at A15, *supra* note 100-06 およびこれに付随する記述を参照のこと。

雇用期間中、弁護士資格を抹消するか、弁護士業務を行っていない者の名簿へ登載される⁽²⁰⁰⁾。かかる規則は、当然ながら、企業内弁護士となることを正統なキャリアパスとして選択するうえで、象徴的な不利益、かつ、実際上の障害を作り出している。このルールが象徴していることは明白である。—企業内弁護士は、全くもって、弁護士ではないということなのだ。かかる規則の適用を受ける米国企業の子会社における外国のゼネラル・カウンセルが、米国においてゼネラル・カウンセルが通常果たす四つの機能をどのようにして効果的に果たすのか、想像することは容易ではない。かかる四つの機能とは、すなわち、自らの所属する企業が外部弁護士から提供される法的サービスを管理監督する機能、日常的な法的サービスを提供し、かつ、状況次第では複雑な取引や訴訟案件でさえも自ら直接取り扱うという機能、規制法上の要請について企業およびその構成員に対して助言する機能、そして、コンプライアンス・プログラムを策定する機能である⁽²⁰¹⁾。弁護士資格というかたちでのプロフェッショナルとしての正統性がないと、外国のゼネラル・カウンセルは、これらの職務を全うするうえで必要な組織内での威信を欠くことになるのである。

実務上の問題としては、そのような規制は、依頼者から弁護士・依頼者秘匿特権による保護を奪うことにより、企業内弁護士の中核的な助言機能を完全に弱体化させる⁽²⁰²⁾。IBM Europe のゼネラル・カウンセルが指摘するように、

(200) *Supra* note 103-106 およびこれに付随する記述を参照のこと。

(201) *Supra* notes 12-20 およびこれに付随する記述を参照のこと。

(202) 本稿で用いられているように、この論文では「弁護士・依頼者秘匿特権」は、「訴訟において、相手方当事者が、依頼者または弁護士に対して、一方が秘密裡に伝達したものの開示を求めることを妨げる証拠規則」を意味する。Wolfram, *supra* note 158, at 242. この定義は、米国および英国の法制度と緊密に結びついている国において通常用いられている。米国企業における弁護士・依頼者秘匿特権の概要について、*Id.*, at 283-292 を参照。また、Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981)、Helena M. Tavares, *The United States Perspective on Travelling with the Attorney Client Privilege: Checked or Carry-On Baggage?*, 7 Int'l L. Practicum 9 (1994)。一般論としては、英国において企業内弁護士とその企業との間のコミュニケーションは秘匿特権の対象となる。Aubrey Roberts, *Legal Professional Privilege*

事実とリスクを徹底的に分析する仕事をする弁護士は、所属企業に
対してより良いアドバイスを提供できるのであるが、それは、その仕
事がその企業を攻撃するために用いられるリスクの上に成り立ってい
るということでもある。現在の政策は、弁護士のプロフェッショナル
としての根本的義務であるところの、依頼者に法令を遵守させるため
の相談に対応することを妨げるのである⁽²⁰³⁾。

国内法について言えば、欧州連合（European Union、「EU」）の加盟国 15 か
国のうち 7 か国は、企業内弁護士とその企業との間のコミュニケーションに秘
匿特権を認めていない。その 7 か国とは、オーストリア、ベルギー、フランス、

in the United Kingdom, 7 Int'l L. Practicum 15 (1994)。ほかに、例えば、*Ethics Forum and Debate, Rules of Conduct for Counsel and Judges: A Panel Discussion on English and American Practices*, 7 Geo. J. Legal Ethics 865 (1994)、さらに、*The Legal Professions in the New Europe*, *supra* note 81, at 327-38、Miller, *supra* note 81、Gordon Van Kessel, *The Suspect as a Source of Testimonial Evidence: A Comparison of the English and American Approaches*, 38 Hastings L.J. 1 (1986)、D.F. Partlett, *Attorney-Client Privilege, Professions and the Common Law Tradition*, 10 J. Legal Prof. 9 (1985)、Ralph C. Ferrara & Thomas Carroll, *Different Customs from the Same Tradition: U.K. Lawyers Penetrating the U.S. System*, PLI/Corp. 9 (1987)。

大陸法諸国では弁護士と依頼者との間のコミュニケーションに付与される保護は「法的秘匿特権」または「専門家としての守秘義務」として知られている。概説として、Serge-Pierre Laguerre, *Lawyers in the European Community* 139-51 (1987)。グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、また、各国における秘匿特権の範囲およびその運用が実質的に異なることに留意しなければならない。*The Legal Professions in the New Europe*, *supra* note 81, at 3、Carsten R. Eggers & Tobias Trautner, *An Exploration of the Difference Between the American Notion of "Attorney-Client Privilege" and the Obligations of "Professional Secrecy" in Germany*, 7 Int'l L. Practicum 23 (1994)、Lois Lafili & Nicole van Crombrughe, *Professional Secrecy of Lawyers in Belgium*, 7 Int'l L. Practicum 18 (1994)、Mears, *supra* note 92, at 617。

(203) *Are Your Internal Communications Protected?*, 1 Eur. Couns., Sept. 1996, at 27 (IBM ヨーロッパの企業内弁護士である Carl Bleding の発言を引用)。

イタリア、ルクセンブルク、オランダおよびスウェーデンである⁽²⁰⁴⁾。また、秘匿特権の有無またはその正確な適用範囲が不明確な国が5か国あり、それは、デンマーク、フィンランド、ドイツ、スペインおよびスイスである⁽²⁰⁵⁾。その他の大陸法諸国における国内法につき、組織内でのコミュニケーションと弁護士・依頼者秘匿特権について扱った英語の文献を見つけるのは難しい。しかしながら、それを認めないことが標準であることには、疑いを差し挟む余地はない。

秘匿特権について、根深い敵意の最も露骨な表現は、Australian Mining & Smelting Europe Ltd. (「AM&S」) v. Commission における欧州司法裁判所 (Court of Justice of the European Community) による、後世に影響を及ぼす決定に見ることができる⁽²⁰⁶⁾。この事件は、欧州経済共同体委員会 (EEC

(204) *Id.* at 30-31.

(205) *Id.* 大きな制限なく秘匿特権を認めるのは、アイルランド、ノルウェーおよび英国の3加盟国のみである。*Id.* 大きな額の資本を、電子的に国境を越えて比較的容易に移動できるようになったことは、規制当局による国際的な資金移動に対する以前に比してより緊密な監視を促進した。刑事捜査に関連した召喚状の遵守はグローバル企業のゼネラル・カウンセルにとって深刻さを増している問題である。秘匿特権に係る問題、特に、弁護士・依頼者秘匿特権に関する問題は、しばしば大きな問題となる。*supra* notes 129-130 および付随する記述を参照。

(206) Case 155/79, [1982] 2 C.M.L.R. 264. この事件の解説については、概説として、John Boyd, *Protecting the Lawyer-Client Privilege in EC Transactions: Current Perspectives on Client Communications with Foreign and In-House Lawyers, in* Rights, Liability, and Ethics, *supra* note 82, at 175。ほかに、Peter H. Burkard, *Attorney-Client Privilege in the EEC: The Perspectives of Multinational Corporate Counsel*, 20 Int'l Law. 677 (1986)、Richard Wainright, *Protecting the Lawyer-Client Privilege in EC Transactions: Future Perspectives on Client Communications with Foreign and In-House Lawyers, in* Rights, Liability, and Ethics, *supra* note 81, at 179。

企業内弁護士と所属企業との間のコミュニケーションへの保護の欠如は、コン・ロー諸国でも問題となっている。例えば、オーストラリアの税務当局が、弁護士の事務所の調査に従事する職員向けに発出した監督指針では、企業の中で企業内弁護士とそれ以外の従業員との取扱いを区別していないところ、一部の論者は、これを理由に秘匿特権が存在しないと理解している。Diana Bentley, *Australia: An Upturn Down Under for In-House Counsel*, Int'l Corp. L., April 1993, at 37. オーストラリア企業内弁護士協会 (Australian Corporate Counsel Association) は、

Commission、「EEC 委員会」)による亜鉛市場でのカルテルに係る調査に関するものである⁽²⁰⁷⁾。EEC 委員会は、AM&S と、外部の英国弁護士、企業内の英国弁護士および欧州共同体の加盟国ではない国の資格を有する弁護士、の各々のコミュニケーションを含む書類の開示を要求していた⁽²⁰⁸⁾。AM&S は、かかるコミュニケーションの開示を拒絶し⁽²⁰⁹⁾、EEC 委員会はその拒絶を理由として、同社に罰金を課した⁽²¹⁰⁾。その後、AM&S は、欧州司法裁判所に対し、罰金処分に関して上訴した⁽²¹¹⁾。EEC 委員会の調査に係る行動を規律する手続規則には、弁護士・依頼者秘匿特権への言及はなかった。その為、欧州司法裁判所は、各加盟国の国内法を検討し、すべての加盟国に共通する「原理および理念」から導き出される基本的な権利として、秘匿特権が存在すると結論づけた⁽²¹²⁾。しかし、欧州司法裁判所は、かかる秘匿特権の適用を、「弁護士の役割が、裁判所による司法の運営に協力し、かつ、依頼者が必要とする法的支援を完全な独立性をもって、最優先の目的のために提供することが要請されているという発想に基づき」、「独立した弁護士」からのコミュニケーションに限定した⁽²¹³⁾。欧州

その監督指針を変更するよう努力している。*Id.* 彼らの活動は、もちろん、プロフェッショナルとしてのアイデンティティが芽生えていることを反映するものであり、オーストラリア法曹界における、彼らの名声および地位の獲得において一つの前進を示すものである。*Supra* notes 23-29 および付随する記述を参照。

(207) AM&S, [1982] E.C.R. at 1579-80, [1982] 2 C.M.L.R. at 267.

(208) *Id.*, [1982] 2 C.M.L.R. at 277.

(209) *Id.*

(210) *Id.*, [1982] 2 C.M.L.R. at 280.

(211) *Id.*

(212) *Id.*, at 1610, [1982] 2 C.M.L.R. at 322-323.

(213) *Id.*, at 1611-1612, [1982] 2 C.M.L.R. at 324. 米国の裁判所は機能的な考え方を採用するようである。すなわち、個人が、弁論権を有せず、正式に外国の弁護士会の会員ではないにもかかわらず、秘匿特権を受け容れた。*Renfiled Corp. v. E. Remy Martin & Co.*, 98 F.R.D. 442 (D. Del. 1982) (フランス法は秘匿特権を認めないにもかかわらず、フランスの親会社の企業内弁護士とその米国子会社との間のコミュニケーションを保護した。)。この問題は特に特許弁護士を苛立たせている。*Mitts & Merrill, Inc. v. Shred Pax Corp.*, 112 F.R.D. 349 (N.D. Ill. 1986) (ドイツの弁理士との間のコミュニケーションを保護した)、*Mendenhall v. Barber-Greene*

司法裁判所の観点からすると、企業内弁護士は、秘匿特権付与に必要な独立性を具備しておらず、従って、企業内弁護士の依頼者とのコミュニケーションは保護されないのである⁽²¹⁴⁾。また、欧州司法裁判所の判断に影響を与えたのは、企業内弁護士に弁護士資格を認めない国々において、これらの者に対する倫理規範および懲戒制度が存在しないことであった⁽²¹⁵⁾。

欧州司法裁判所のこの決定は、各国における弁護士会での会員資格にかかわらず、すべての企業内弁護士に適用される。そして、この決定は、形態を問わず、すべてのコミュニケーションに適用される。書簡、メモランダムおよび手控えはいずれも保護されない。単に外部弁護士からの助言—そのままであれば保護されるもの—を言い換えた内容のコミュニケーションであっても、開示しなければならないのである⁽²¹⁶⁾。さらに、裁判所の決定は欧州共同体加盟国を資格国としない全ての弁護士にも適用される⁽²¹⁷⁾。従って、米国弁護士からのコミュニケーションはその発信元にかかわらず、開示対象となる。事業部門、子会社および合弁会社が世界中に存在する、グローバル企業のゼネラル・カウンスルの困惑と不満を想像して欲しい。組織と企業内弁護士との間のコミュニケーションを保護する最善の方法を決めるにあたって、そのゼネラル・カウンスルは、最低でも、3つの整合しない秘匿特権に関するルールと格闘しなければならないのである。

1. 各国弁護士会において実務に従事する会員であることを条件として、すべてのコミュニケーションは保護の対象となる。企業が当該弁護士をその法務部で雇用しているか、外部の弁護士として依頼しているかは関係がない。当

Co., 531 F. Supp. 951 (N.D. Ill. 1982) (米国、英国およびカナダの弁理士の間のコミュニケーションを保護した)。リステイトメントの草案は外国弁護士とのコミュニケーションを保護する立場を支持する。Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers §122 (Tentative Draft No. 2, 1989)。

(214) AM&S, [1982] 2 C.M.L.R. at 279-280.

(215) *Id.*, [1982] 2 C.M.L.R. at 324.

(216) Wolfram, *supra* note 159, at 738-740, Check & Lamar, *supra* note 177.

(217) Wainright, *supra* note 206, at 180.

該弁護士の本資格国がどこであるかは、結論に影響を与えない。

2. 外部法律事務所の弁護士からのコミュニケーションのみ保護の対象となる。

企業内弁護士が弁護士会の実務に従事している会員である事実は、結論に影響を与えない。当該弁護士の本資格国がどこであるかは、結論に影響を与えない。

3. 欧州共同体内の国境を跨ぐ活動に係る依頼者のためにする業務については、外部法律事務所の弁護士からのコミュニケーションのみが保護の対象となるが、当該弁護士は、欧州共同体の加盟国において弁護士資格を保有していなければならない。

これらの可能性に対応するにあたり、整合性をもち、かつ、容易に管理可能な指針および手続を策定することを試みるのは不可能に近い。例えば、ゼネラル・カウンセルからのメモランダムで、その所在地における法域では保護の対象となるコミュニケーションであっても、かかるメモランダムをそのコミュニケーションを保護の対象としない法域に所在する地域の企業内弁護士に送付した場合には、開示の対象となる可能性がある。逆に、その企業内弁護士が返信した場合、そのコミュニケーションは発信した法域では開示の対象となるが、受信した法域では開示の対象とならないことになる。ゼネラル・カウンセルの置かれた困難な状況は、ゼネラル・カウンセルが整合性を欠く特権に関する規則を有する法域とやりとりをしなければならない場合や、各国の弁護士の間での相互のコミュニケーションが必要な場合に、一層、悪化する。最後に、特に、欧州共同体の加盟国の場合については、ゼネラル・カウンセルが外部弁護士から助言を受けようとする場合は、それらのコミュニケーションが保護の対象となることの確証が必要になるのである⁽²¹⁸⁾。

(218) このうえ更に事態を複雑にしているのは、外国のコミュニケーションおよび書類が米国で係属する訴訟において開示を求められる可能性があるという事実である。グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、これにより外国の秘匿特権の米国における承認の問題と格闘しなければならない。Reichenberg, *supra*, note 129. 欧州連合の加盟国における依頼者情報の開示に関する倫理および証拠法上の規則の

AM & S 事件における欧州司法裁判所の決定の過酷さ、当該決定がゼネラル・カウンセルに与えた課題は、それに続く欧州委員会の John Deere 事件の決定においてより誇張されて説明された⁽²¹⁹⁾。本事件もまた、欧州委員会による反トラスト捜査に関連するものであった。争点は、当該会社が自社製品の販売業者との間の契約に定めた、輸出に関するある制限の有効性であった。当該制限を検証する中で、企業内弁護士はその適法性について相当な疑問を呈していた。欧州委員会は、当該見解を意図的な行為の認定の根拠として用いた。その企業内弁護士の書面による見解を、責任と制裁の両方に関する、委員会の主張を補強するものとして引用した。その認定は、欧州委員会が、かかる認定のない場合に許されるものと比較してより厳しい制裁を科すことを可能とした⁽²²⁰⁾。

優れた概要として、The Legal Professions in the New Europe, *supra* note 81。また、Laguet, *supra* note 202, Eggers & Trautner, *supra* note 202, Lafili & van Crombrughe 前掲注 202。加えて、Tavares, *supra* note 202。大陸法諸国の弁護士制度が統一されていないことは「職業上の秘密」の概念を研究する試みを更に複雑なものにする。Malavet, *supra* note 135, at 486 nn. 457-62。職業上の秘密が主張されることにより、特に刑事捜査において、証拠開示手続に重大な遅延を生じさせる可能性がある。Olsen, *supra* note 131, at 1003-1005 参照。

いまひとつ、ゼネラル・カウンセルの解決困難な状況をさらに一層混乱させていることを想像するための方法がある。このジレンマを解決するための方法として、国際（州際）私法（conflict of laws）の原則を適用することを考えていただきたい。筆者が他のどこかの場面で個々の米国内州法における倫理基準の非統一に関して述べたとおり、国際（州際）私法の原則は、プロフェッショナルとしての責任に関して、彼らが喫緊に対応を迫られる問題を解決する支援として発動されるに足りるものとしては、はるかに未発達なものである。Mary Co. Daly, *Resolving Ethical Conflicts in Multi-Jurisdictional Practice - Is Model Rule 8.5 The Answer, An Answer, or No Answer at All?*, 36 EX. L. REV. 715 (1995)。特に、国際間における国際私法の原則は助けにはならない。Societe Internatoinale, Ets. v. Rogers, 357 U.S. 197 (1958)、Riechenberg, *supra* note 129、Reese & Lemount, *Testimonial Privileges and Conflict of Laws*, 41 LAW & CONT. PROBS. 85 (Spring 1977)、Stewart E. Stark, *Testimonial Privileges: An Analysis of Horizontal Choice of Law Problems*, 61 MINN. L. REV. 461 (1977)。また、RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 437, comts. c-d (1987)

(219) John Deere, Com'n Dec. of 14 Dec. 1984, 8 5/79

(220) Burkard, *supra* note 206, at 677-81

企業内弁護士の発信した有害なコミュニケーションの開示により、Sabena 事件においても、欧州委員会がより高額な罰金を科すことを可能とした⁽²²¹⁾。

これらの決定を受けて、欧州委員会が EU 域内において、企業内弁護士のファイルの提出命令を乱発したと想像する向きもあるかも知れない。全く正反対に、欧州委員会は極めて抑制的な態度を取ってきている⁽²²²⁾。疑いなく、この対応は、規則執行の枠組みにおいて企業内弁護士が不可欠な役割を担っているという認識を反映するものである。企業内弁護士の自社の業務を熟知、日常的な経営層との接触、そして往々にして曖昧でわかりにくい EU 法や指令の理解により、彼らは、欧州委員会の法の支配の遵守とその尊重を追求する長い旅路においての貴重な補佐役となっている。それに加え、欧州委員会の自制的な態度は、通常アメリカの社内弁護士に結び付けられている予期的ないし予防的機能を受け容れる機運の高まりを反映したものである⁽²²³⁾。

無論、欧州委員会のこの抑制的な態度は、グローバル企業のゼネラル・カウンセルに対して、永続的な安心感を与えるものではない。ゼネラル・カウンセルは、企業内における依頼者と企業内弁護士とのコミュニケーションを守るための法的強制力のある規則を必要としている。欧州委員会の一般的な自制は恩恵の問題であり、権利のそれではない。通常、最も推奨される対応は、企業内弁護士からの組織の行為に対する批判的なコミュニケーションを、口頭によるものに制限することである⁽²²⁴⁾。しかしながら、かかる推奨対応に固執することは、専門家としては満足のものではなく、また、状況によっては、弁護過誤の際に立つことにもなりうる。その実務上の帰結は、弁護士費用が増大し、かつ、非効率性を助長するということになる。弁護士・依頼者秘匿特権は、企

(221) Commission v. Sabena, 1988 OJ No. L317/47, 53 (1988)

(222) 欧州委員会の対応反応に関する正確な歴史と AM & S 事件における欧州司法裁判所の決定を覆そうとする努力の現状について、Burkard, *supra* note 206, at 683-85; Wainwright, *supra* note 206, at 197-180

(223) *Supra* notes 137-44 および付随する記述参照。

(224) Boyd, *supra* note 206, at 177

業と、欧州共同体加盟国において業務を行う資格を持つ外部弁護士との間のコミュニケーションを保護する。その秘匿性を確実にするために、グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、資格ある外部弁護士に依頼しなければならず、それにより不必要で高額な法律業務を発生させ、法務部を非効率的に運営する結果となる。理論的には、これらの好ましくない結果は、最も微妙な案件に関してのみ外部弁護士を雇うことにより、限定することも可能かも知れない。しかしながら、最も経験あるゼネラル・カウンセルが知りすぎるほど知っていることは、どの案件が最終的に微妙であると立証されるかを予測することは、科学というよりも職人芸の問題ということである。

企業と企業内弁護士は、現状に甘んじてはいない。ACCA のヨーロッパ支部は秘匿特権が企業内弁護士にも拡大されるようロビー活動を精力的に行っている⁽²²⁵⁾。欧州弁護士会評議会もまた秘匿特権が完全に承認されることを支持している⁽²²⁶⁾。

結語

本稿は、大企業の企業内弁護士の数、権威および力が過去 20 年間にわたり劇的に増大したことを前提としたところから始まった。とりわけ重要なのは、法的リスク分析がその際立った特徴となる、「こうすればできる (“can-do”)」アプローチにより、弁護士業務に関するプロアクティブ・モデル (proactive model) が受け容れられたことである⁽²²⁷⁾。そして、本稿は、いかにビジネスと資本市場のグローバル化が、雇用者である企業に対する法律業務の提供として米国において伝統的に結び付けられていたものとは異なる新たな責任を、ゼネラル・カウンセルが引き受けることに影響を与えてきたかの検討に進んだ。今

(225) Bentley, *supra* note 3

(226) *In-house Lawyers Score in Full-Recognition Battle*, Law. INT'L, Dec. 1995. 3

(227) *Supra* notes 21-22, 42-63 および付随する記述参照。

日、そして今後、グローバル化の圧力がさらに強まるにつれ、グローバル企業のゼネラル・カウンセルは、不慣れな文化的、倫理的、そして法的な課題と格闘しなければならない。

ゼネラル・カウンセルが直面する最も差し迫った問題は、管理と統一の問題である⁽²²⁸⁾。米国において、ゼネラル・カウンセルの新たな力と権威は、購買担当者 (purchasing agent) 機能の行使と緊密に結びついている。ゼネラル・カウンセルは、どの業務を社内で行うか、そして、残りの部分を依頼するのにどの外部弁護士を選定するかを決定することにより、強大なコントロールを行っている。購買担当者としての機能は、組織の活動が世界中に広がると、非常に困難となる。この責任の委任は難しい。概して、外国の弁護士は管理機能について不慣れである⁽²²⁹⁾。したがって、ゼネラル・カウンセルの最重要課題の一つは、外国の企業内弁護士が管理機能を果たすよう教育することであり、かかる管理機能に伴うところの監督を外部弁護士が受け入れるよう説得することである。

(228) グローバル企業における法務部の管理について議論する論考においては、組織論の研究者やビジネススクールの講師陣によって書かれた、そのような企業のビジネス部門の組織や管理に関する同様の問題に関する文献が参照されないことはほとんどない。多国籍組織は本稿で議論しているものと酷似した文化的、倫理的課題への対応に苦労して取り組んできた。例えば、Robert Frank & Thomas M. Burton, *Side Effects: Cross-Border Merger Results in Headaches for a Drug Company; Pharmacia & Upjohn Face Culture Clash; Europeans Chafe Under U.S. Rules*, Wall ST. J., Feb. 4, 1997, at A1. グローバル企業のゼネラル・カウンセルはこの文献から非常な恩恵を受けることができる。例えば、FONS TROMPENAARS, *RIDIG THE WAVES OF CULTURE; UNDERSTANDING DIVERSITY IN GLOBAL BUSINESS* (1994); G. HOFSTEDE, *CULTURE AND ORGANIZATIONS; THE SOFTWARE OF THE MIND* (1991); G. HOFSTEDE, *CULTURE'S CONSEQUENCES- INTERNATIONAL DIFFERENCES IN WORK-RELATED VALUES* (1980); Marlene G. Fine, *Cultural Diversity in the Workplace: The State of the Field*, 33 J.BUS. COMM, 485 (1996); Charlene Marmer Solomon, *Learning to Manage Host-Country Nationals*, 74 PERSONNEL J., Mar. 1995, at 60.

(229) Lipsman, *supra* note 89, at 18

管理と統一の問題と極めて複雑に絡み合った問題は、外部弁護士から受けようとする法律サービスの性質である。米国の依頼者はプロアクティブな弁護士業務を期待している。このモデルは、他の法域においても、関連する現象の融合の結果として受け入れられようとしている⁽²³⁰⁾。より多くの外国の弁護士が米国で学んでおり、米国の法律事務所や企業に入り、そのキャリアの一部として、グローバル企業の在米拠点に転勤したりしている⁽²³¹⁾。彼らは、いかにプロアクティブな弁護士になるかを学んでいる。そのプロフェッショナルとしての正統性と業績に裏付けられた経緯を擁護する、組織内におけるその露出度が向上していることに裏付けられているとおり、企業に雇用されることは、新たな尊敬されるべき価値を勝ち得つつある。ACCA の欧州支部の創設は、「In-House Lawyer」⁽²³²⁾ の発刊と同様、非常に象徴的な出来事であった。企業内弁護士の組織は相当の期間英国や大陸法系の国々に存在しているものの、それらの組織は、企業内弁護士のプロフェッショナルとしての印象を向上させ、企業内弁護士が二流であるということについて非常に積極的に異議を述べることを明確に意図している ACCA の支部ほどには攻撃的ではなかった。さらに、

(230) 本稿はプロアクティブな弁護士業務が肯定的に受け止められる現象であることを暗黙の前提にしている。それは事実ではないかもしれない。外国の法制度において過度に言葉数が増える現象、微細にわたる適正手続に関する基準が厚い皮のようにものごとを覆い隠してしまうこと、或いは広範で、費用がかさむ米国流の開示手続をもたらすかもしれないという限度において、プロアクティブな弁護士業務は極めて望ましくないということになるかもしれない。DEZALAY & GARTH, *supra* note 81 (アメリカの弁護士が国際商事仲裁の手続と運営におよぼす必ずしも好ましくない影響について分析している)

(231) 一流の国際ビジネスおよび法律関係の出版物で常時取り上げられる、EU を拠点とするグローバル企業のゼネラル・カウンセルのうち、何人が米国で学習をし、或いは米国の法律事務所または企業で弁護士として仕事をしたことがあるかについて思い起こすことは非常に興味深いことである。Fitzmaurice, *supra* note 63。米国における公式な研究以外に、外国の弁護士がプロアクティブな弁護士業務に通常結び付けられている技量を学ぶ機会が増加している。例えば、National Institute of Trial Advocacy (NITA) は、英国の弁護士のために裁判研修を行う研修所を設立するため、英国の Nottingham Law School との共同事業を始めた。

(232) *Supra* note 3。

ACCAの支部で発展させることを企図していた弁護士業務のモデルは、決定的にプロアクティブなものとしてのそれである。

より多くの外国のビジネスマンが米国で学び、仕事をし、そしてプロアクティブな弁護士業務が法律業務の提供の模範たることの受容度が増大している。このような期待の変化に寄与しているのは、法に関する基準の収斂⁽²³³⁾であり、また、英国と大陸法系の国々における法律プロフェッションの統合へと向かう傾向が認識可能なものとして現れてきたことである⁽²³⁴⁾。政府規制当局や経営層が企業内弁護士の果たしうる予防的・予期的役割を価値あるものとして認識するようになるにつれ、企業内弁護士と企業との間のコミュニケーションに弁護士・依頼者秘匿特権を及ぼそうとする圧力が生まれ、最終的には、アメリカや英国にあるものに類似した証拠に関する規則の受入れにつながるようになるだろう。

企業内弁護士による管理、統一、貶められた地位に関する問題は、適切な水準の資質と勤勉さと忍耐をもって臨めば、解決可能なものである。しかしながら、別のより微妙で悩ましい問題が、企業内弁護士の数、権威、そして力の増大と、ビジネスと資本市場のグローバル化の交錯点に潜んでいる。グローバル企業の本質的な特徴は、国民国家とは切り離された市場をもっていることである。国境は、資本、商品およびサービスの動きとほとんど関係がない。CEOは、

(233) 筆者は、どの程度の収斂が現実に関起しているかに関する議論があることは認識している。本稿に関する限り、筆者はその支持者の立場にある。GLENDON ET AL., *supra* note 75, at 131; Mary Ann Glendon, *The Sources of the Law in a Changing Legal Order*, 17 CREIGHTON L. REV. 663 (1984); Lisa Stansky, *Changing of the Guard*, A.B.A. J., June 1996, at 72.

(234) 概説として、LAWYERS IN SOCIETY; THE CIVIL LAW WORLD, *supra* note 75, at 31-49. 収斂を奨励することは、外国の法域において弁護士が法曹資格を得ることをより容易にする。例えば、Goebel, *supra* note 89, at 239-312。Braboeuf Manor, St. Catherines, in Surrey, England に所在する The College of Law. は、現在ニューヨークで、受講者が、それに合格することにより、イングランドおよびウェールズのソリシターの資格を得ることができる Qualified Lawyers Transfer Test の準備ができる講義プログラムを提供している。Exams for Solicitors Opened to Americans, N.Y. L.J., Mar. 10, 1995, at 2.

自分の会社を第一に世界市民であると考え、第二に国民国家の市民であると考えている。グローバル企業の企業内弁護士が、これらの認識の変遷—特に経営上層部におけるそれ—の影響を受けないであろうと想定する理由はない。これらの二つの現象の交錯点に潜む、より微妙で悩ましい問題は、「グローバルな弁護士」という概念それ自体である⁽²³⁵⁾。この概念はビジネスの視点からは適切なものである一方、プロフェッションとして寄る辺なき者となる危険をはらむ。その危険の一つが、専門家としての弁護士が時間を経るにつれて弁護士の独立性等の法律プロフェッションとしての根源的な価値から徐々に乖離していくということである。Terrell 教授が関連する文脈で非常に賢明に観察したとおり、「弁護士としての特別な誓約は、法制度をしてその意識の中核として位置し続けること、そして、社会の結束と安定のための重要な仕組みとして、我々の文化の中で機能し続けることを手助けするというものである」⁽²³⁶⁾。彼は、特にアメリカの法律プロフェッションに向けて見解を述べたものであったが、これらの見解は、英国や多くの大陸法系の国々における弁護士にも共有されている、民主主義社会における弁護士の役割についての理解を反映している。グローバル企業における弁護士業務は、新たな法曹エリートを作り出すものであるが、彼らは、かかる理解のために貢献しようとするであろうが、最善の場合でもその貢献の程度がわずかであったり、最悪の場合全くないかもしれないという危険も伴っている。要するに、この交錯点では多くのことが起きており、それらのいくつかに注視していかなければならない。

(235) 例えば、IBM は「国際感覚を養うため」の異動プログラムを企画した。Supra note 97. 世界で最も大きなブランドを有する衣料品製造業者である Levi Strauss のゼネラル・カウンセルは、特定の問題について協働する、異なる法制度出身の弁護士からなる国際的なチームを立ち上げた。Bentley, *supra* note 65 (Levi Strauss & Co のゼネラル・カウンセル兼セクレタリーの Albert Moreno を取り上げている)

(236) Timothy P. Terrell & James H. Wildman, *Rethinking "Professionalism,"* 41 RY L.J., 403, 423 (1992).