



## 改正独禁法における事業者・弁護士間の秘密通信物件の取扱いについて — 判別手続の導入に向けた公取委規則改正案及び指針案の公表 執筆者: 勝部 純、沼田 知之

### 1 本稿の目的

2019年6月に「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律」が成立・公布されました。改正独禁法では、事業者の調査協力の程度に応じて課徴金の減算率を決定する調査協力減算制度<sup>1</sup>が導入されるほか、課徴金対象期間の延長(3年間から最大10年間)・算定基礎の追加、検査妨害等の罪に係る罰金上限の引上げ等がなされることになりました。また、改正に伴って、いわゆる「弁護士・依頼者間秘匿特権」に類似した機能を果たすものとして、事業者・弁護士間の通信内容を記載した文書等に審査官がアクセスしないこと等を内容とする手続(判別手続)が設けられることとなっています。

改正独禁法は、2020年末までに施行されることとなっているところ、2020年4月2日付で、上記改正に伴う公取委規則の改正案等と共に、判別手続の新設に向けた公取委審査規則の改正案及び「事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容が記録されている物件の取扱指針」(判別手続指針)案が公表されました。本稿では、判別手続の導入に伴う規則改正案及び指針案につき、英米法圏における「弁護士・依頼者間秘匿特権」との異同や実務上の留意点にも言及しながら紹介致します<sup>2</sup>。

### 2 導入に至る経緯

弁護士・依頼者間秘匿特権<sup>3</sup>とは、依頼者と弁護士との一定のコミュニケーションについて、民事及び刑事訴訟の手続や、当局による調査手続において開示を拒むことができるというものです。これは、判例の集積や歴史的経緯により各国ごとに射程や効

<sup>1</sup> 調査協力減算制度等については、今後の本ニューズレターにおいて紹介予定です。

<sup>2</sup> 判別手続指針案公表前の論稿ですが、カルテル調査における上記「弁護士・依頼者間秘匿特権」類似の制度への実務対応上の留意点につき、西村あさひ法律事務所危機管理ニューズレター2019年10月31日号もご参照下さい。  
[https://www.jurists.co.jp/sites/default/files/newsletter\\_pdf/ja/newsletter\\_20191031\\_corporate-crisis-management.pdf](https://www.jurists.co.jp/sites/default/files/newsletter_pdf/ja/newsletter_20191031_corporate-crisis-management.pdf)

<sup>3</sup> 米国では attorney-client privilege、英国では legal professional privilege などと呼称されます。以下、単に「秘匿特権」ということがあります。

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

本ニューズレターに関する一般的なお問い合わせは、下記までご連絡ください。

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

果に差異があるものの、英米法圏を中心に広く認められてきたコンセプトであるといえます。その背景には、秘匿特権を認めることにより、依頼者が将来第三者に開示せざるを得なくなるリスクを恐れずに、弁護士に対して包み隠さずに事実を話すことができ、弁護士が正確な事実を把握した上で適切な助言を受けられるようにすべきである、との考え方があるとされています。

日本では、訴訟手続における弁護士の証言拒絶権(民事訴訟法 197 条 1 項 2 号、刑事訴訟法 149 条)や、弁護士が業務上委託を受けて保管・所持する物についての押収拒絶権(刑事訴訟法 105 条)等が認められているものの、依頼者側において弁護士との相談内容が記載されていることを理由に開示を拒むことのできる法制度は設けられておらず、これまでに、判例・実務上も認められてきませんでした<sup>4</sup>。もっとも、独禁法分野においては、従来から、特に国際カルテル案件等において日本において秘匿特権が認められていないことによる弊害等が指摘されてきたところであり、ここ数年は、「独占禁止法審査手続についての懇談会」(2014 年)や、「独占禁止法研究会」(2016 年～2017 年)等、政府の懇談会・研究会でも導入の可否について議論がなされました。そして、2017 年 4 月に公表された独占禁止法研究会報告書では、新たな課徴金減免制度の利用に係る弁護士と事業者との間のコミュニケーションに限定して、公取委が運用により秘匿特権に配慮することが適当であるとの提言がされています。

これらの議論を踏まえ、今般の独禁法改正により、調査協力減算制度の導入に伴って、弁護士・事業者間のコミュニケーションにつき公取委が運用上秘密保護に配慮する取扱い(以下「本取扱い」)が導入されることとなりました。本取扱いの概要については、改正法の成立と同時に公表された 2019 年 6 月 19 日付「事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の取扱いについて」(以下「3 枚紙」)にその概要が示されていたところ、今般、その内容を具体化するため、公取委規則の改正案と判別手続指針案が公表され、パブコメに付されたものです。

### 3 制度の位置づけ

上記 2 記載のとおり、英米法圏における秘匿特権は、弁護士に相談しようとする依頼者の特権(privilege)として判例・慣習法上古くから認められてきたものであり、その適用対象は、独禁法・競争法に留まらず広く民事・刑事訴訟、行政手続、裁判外紛争に及ぶものです。これに対し、改正独禁法と共に導入されることとなった本取扱いは、あくまでも公取委の運用により、弁護士・依頼者間の秘密を保護しようとするものであり、その対象も、カルテル・入札談合等の不当な取引制限に係る被疑事件について公取委が実施する行政調査に限定されています。民事・刑事の訴訟手続や、公取委以外の当局が行う調査手続はもちろん、公取委が行う調査であっても、例えば、優越的地位の濫用や不当廉売といった不当な取引制限以外の違反被疑事件は対象になりませんし、犯則調査手続も対象外です。但し、不当な取引制限が疑われている行政調査事件であれば、課徴金減免申請を行わない事業者であっても、本取扱いの対象となります。

また、英米法圏における秘匿特権は、弁護士・依頼者間の「コミュニケーション」を対象とするため、意見書や電子メール等の文書に加え、口頭のものも対象に含まれるとされていますが、本取扱いにおいては、通信内容が記録された「物件」に対象が限定されます。但し、本取扱いの結果、審査官の手に渡らず、事業者に還付されることになった物件について、事情聴取で詳細に聞き出すことになれば、弁護士・依頼者間の秘密保護という目的にそぐわないことになるため、還付対象物件に記載された通信内容については、事情聴取の際にも原則として質問しないこととされています<sup>5</sup>。

### 4 規則・指針案から想定される本取扱いの概要

本取扱いは、公取委が行政調査手続として立入検査を行った際に<sup>6</sup>、事業者と弁護士との間のやり取りの内容が記載された文書について、事業者が申し出ることにより、審査官がその内容に接することなく、当該事件の調査に従事しない公取委職員(判別官)による判別手続に移行させるというものです。判別手続において、事業者・弁護士間で秘密に行われた法的意見に関する通信が記録されていること、適切な保管がされていたこと、概要文書(ログ)や対象外文書の写しが提出されたことなど、一定の要件が確認された場合には、対象文書は事業者に還付され、当該事件の調査には利用されないこととなります。

2020 年 4 月 2 日付の規則改正案・判別手続指針案から想定される本取扱いの概要は、以下のとおりです。

<sup>4</sup> 例えば、東京高判平成 25 年 9 月 12 日訟務月報 60 巻 3 号 613 頁は、秘匿特権について原判決の「今後、実務法曹や研究者等の間における議論が更に深まることにより、…具体的な権利ないし利益としての『弁護士・依頼者秘匿特権』…の概念が我が国においても成熟し、実定法上に定められるに至ることは十分にあり得ることである」との判示を引用しつつも、「我が国の現行法の法制度の下で具体的な権利又は利益として保障されていると解すべき理由は見出し難い」としています。

<sup>5</sup> 判別手続指針第 8。

<sup>6</sup> 犯則調査手続における立入調査については、本取扱いの対象外となります。

## (1) 対象となる事件

本取扱いの対象となるのは、「課徴金減免対象被疑行為」に関する法的意見について、事業者と弁護士間で秘密に行われた通信(特定通信)の内容を記録した物件です。課徴金減免対象被疑行為とは、今回の独禁法改正によって調査協力減算制度の対象となる、カルテル・入札談合・受注調整等の不当な取引制限<sup>7</sup>に該当することが疑われる行為を指します。したがって、私的独占や不公正な取引方法が疑われる事案に関する調査は、本取扱いの対象となりません。3枚紙においては、本取扱いの対象範囲の拡大について早急に検討するとされているものの、「中小企業に不当に不利益を与えることのないよう、また、他法令への影響がないよう」にする旨の留保が付されていることからすると、他の違反類型への拡大にはそれなりに期間を要するのではないかと推測されます。

## (2) 対象となる通信の当事者

特定通信に該当するためには、事業者側において、「当該事業者を代表して弁護士に相談する職責にあった者」が行ったやり取り、又はそのような職責の者を介して行われたやり取りであることが必要とされています。通常、法務部門・コンプライアンス部門の責任者・担当者がこれに該当すると思われませんが、監査部門が主導して社内調査や弁護士への相談を行っている場合には、監査部門も対象に含まれるものと考えられます。他方、違反被疑行為に関与した営業部門の担当者・責任者は、「事業者を代表して弁護士に相談する職責」にあるとは言い難い場合もあると思われしますので、そのようなケースでは、法務・コンプライアンス部門を介して弁護士とのコミュニケーションを取ることが慎重な対応であると考えられます。なお、本取扱いの対象とされるためには、通信の内容を知る者の範囲が必要な範囲に限定されていることが求められますが、営業部門の担当者・責任者が法務・コンプライアンス部門の担当者を通じて弁護士に相談していた場合、そのような営業部門担当者に通信内容が開示されても、本取扱いとの関係では適格を失わないものと考えられます<sup>8</sup>。

弁護士側について、本取扱いでは、社内弁護士や外国弁護士との通信は原則として対象外とされています。英米法圏においても、秘匿特権の対象とされる通信の相手方の範囲は国によって異なっており、米国では社外弁護士に加え企業内弁護士との通信が含まれ得るとされており、州によっては米国以外の弁護士資格を有する者であっても対象とされている一方、EUでは、秘匿特権による保護を受けるためには、EU域内の法曹資格を有する社外弁護士のみが対象とされています。この点、本取扱いでは、社内弁護士であっても、「被疑行為の発覚を契機として、当該事業者からの文書による指示により、当該事業者の指揮命令下になく、独立して法律事務を行っていることが明らかな場合」には、対象となり得るとされています<sup>9</sup>が、どのような場合に「事業者から独立して」法律事務を行っているか評価されるのかは指針上明らかでないため、事業者としては社外弁護士とのやり取りのみが保護の対象となると理解しておく方が安全だと思われます。また、外国弁護士との通信は本取扱いそのものの対象とはなりません。国際カルテル等の事案においては、外国競争法への対応に関する法的意見に関して事業者と外国弁護士間で行われたやり取りにつき、一次資料や事実調査資料といった対象外物件が含まれているような場合を除き、提出命令の対象としないとされており、事実上、保護の対象となり得るものと考えられます<sup>10</sup>。

## (3) 対象物件

本取扱いの対象となるのは、対象事件について、弁護士と事業者の間でなされた法的意見についての相談及びそれに対する回答が記録された物件(特定物件)であり、典型的には弁護士への相談文書、弁護士からの回答文書、弁護士が実施した社内調査に基づく法的意見が記載された報告書、弁護士が出席する社内会議での法的意見についてのやり取りが記載された会議メモ等がこれに該当するとされています。他方、従業員の手帳・ノート、決裁文書等の一次資料や、事実調査資料は対象外となります。例えば、事業者が弁護士に相談するために実施した社内調査結果、弁護士が行ったヒアリング録、従業員へのアンケート結果等、「事実を主たる内容とする文書等」は対象に含まれないとされています。

<sup>7</sup> 事業者団体による行為を含みます。

<sup>8</sup> 判別手続指針案・第2の2(注8)。

<sup>9</sup> 判別手続指針案・第2(注5)。

<sup>10</sup> 判別手続指針案・第2の4。

この点、米国では、Upjohn 事件<sup>11</sup>以降、一定の要件を満たせば従業員とのコミュニケーション(インタビュー)も秘匿特権の対象とされてきています<sup>12</sup>。判別手続指針によれば、ヒアリング録に弁護士の分析が含まれていても、主たる内容が事実の記載だと評価された場合には、本取扱いの対象にならない可能性があります。Upjohn 事件判決が指摘するとおり、弁護士が法的助言を行うためには従業員から適切な情報が提供されることが必要であり、法的助言に関連する情報について弁護士・従業員間のコミュニケーションが阻害された場合には、本取扱いの趣旨が没却されることとなります。この意味で、実務上は、ヒアリング録について特定物件として保護の対象とすべき必要性が高いと思われませんが、一定の法的分析を伴ったヒアリング録が保護の対象となるのかについては、判別手続の実務運用を注視する必要があると考えられます。弁護士及び事業者としては、当面の間、個別のヒアリング録については事業者に文書で交付せず、ヒアリングを踏まえた法的分析の報告書として提供するという対応を検討する必要のあるものと考えられます。

また、本取扱いの対象とするためには、特定物件について、他の物件と分別管理をした上で、特定通信の記録である旨の識別表示を行う必要があるとされています。例えば、被疑事案に係る弁護士とのやり取りが記録された文書については、表紙やヘッダーに特定通信に係る文書であることを明示し、他の関連資料とは別のファイルにまとめた上でファイルに「公取委審査規則特定通信」といった記載をすることが考えられます。電子データの場合には、ファイル名・電子メールの件名に特定通信であることを明示すると共に、保管するフォルダ等も分けておくべきこととされています<sup>13</sup>。このような分別管理・識別表示は、英米法圏において秘匿特権の要件そのものとはされていない<sup>14</sup>ものであり、形式要件を厳密に求める運用がなされた場合、管理に相当の注意と時間的コストを払わざるを得ないこととなります。事業者においては、平時から、弁護士に対して独禁法事案に関連する可能性がある相談を行う際には、弁護士とのメール、相談文書等について、分別管理を行うと共に、後述のログの提出をスムーズに行えるよう、記録・保管ルールを定めておくことが望ましいと思われれます。

なお、英米法圏では、秘匿特権の対象となる物件について、第三者に開示された場合、秘匿特権の放棄(Waiver)がなされたのではないかが問題になることがあります。この点、判別手続指針は、特定物件が他の行政機関等の調査等のために提出されたとしても、本取扱いに影響を及ぼすものではないとしています<sup>15</sup>。行政調査への対応に加え、例えば、第三者委員会による調査のために提出することがこれに含まれるかについては、指針上は明らかではありませんが、本取扱いの趣旨や日本においては第三者委員会による調査が社会的に要請されるケースがままあることを踏まえると、行政機関等の調査等に含まれるものとして運用することが望まれます。

#### (4) 本取扱いの申出及び判別手続

本取扱いを求める場合、立入検査の際に提出命令を受けるにあたって、審査官に申出書を提出することとされています。その上で、原則として提出命令から2週間以内に、特定物件について概要文書(ログ)を提出する必要があります。ログには、文書の表題、作成・取得日、やり取りを行った当事者等に加え、文書の共有範囲や作成・取得経緯を記載するため、事業者は、弁護士とのやり取りに係る文書や電子データについて、共有範囲や作成経緯等の記録・保管ルールを定めておくことが望ましいと考えられます。

申出書が提出された場合、審査官は、申請のあった物件について識別表示・分別管理がされていることを確認した上で、封をした状態で提出命令を行い、当該物件を事件調査に関与しない判別官に引き継ぎます。そして、判別官は、提出命令から原則として2週間以内に、第一次判別手続として、申出書の記載内容、ログが提出されていること、物件の保管状況等の形式的要件が具備されていることを確認し、これらの要件を満たしている物件について、第一次手続終了後6週間以内に、第二次判別手続を行います。第二次判別手続においては、特定通信が記録されていることや、対象外文書の確認等が行われます。判別手続の結果、本取扱いの対象となることが確認された特定物件については、所持者に対し速やかに還付されます。他方、要件を満たさない物件については、審査官の管理下に移し、その旨を特定行為者に通知することとされています。

<sup>11</sup> Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981)。

<sup>12</sup> なお、米国においては、弁護士のインタビュー録はワークプロダクトの法理(弁護士等の職務活動の成果について、原則としてディスカバリ手続の対象とすることができないとするもので、秘匿特権類似の機能を果たすもの)によっても、保護の対象とされています。

<sup>13</sup> 判別手続指針第7の1。

<sup>14</sup> 但し、実務上は、秘匿特権の対象となる文書のヘッダーや電子メールの表題に「Attorney-Client Privilege」といった文言を記載することが幅広く行われています。

<sup>15</sup> 判別手続指針第2の4(2)。

## (5) 不服申立等

3枚紙においては「判別官の判断には処分性はなく、それ自体は訴訟・異議申立ての対象とならない」が、公取委による処分に対しては、審査規則上の異議申立てや取消訴訟の提起が可能であると説明されていました。この点、判別手続指針では、本取扱いの要件を満たさないものとして審査官に物件が引き継がれた場合、特定行為者は当該物件について還付請求を行うことができ、還付請求が却下された場合には当該却下処分に対して不服申立てが可能であるとされています<sup>16</sup>。対象物件が審査官に引き継がれた後は、審査官が当該物件を事件調査に用いることが可能となることから、判別の結果について不服のある事業者としては、できる限り速やかに還付請求を行うべきものと考えられます。

また、判別手続中の物件に係る閲覧・謄写については、判別官の確認に支障を生じない範囲で、判別官らの立ち会いの下で閲覧又は謄写を認めるとされています。

以上



かつべ じゅん  
**勝部 純**

西村あさひ法律事務所 パートナー弁護士  
[j.katsube@jurists.co.jp](mailto:j.katsube@jurists.co.jp)

2006年弁護士登録、2013年南カリフォルニア大学ロースクール卒業(LL.M.)、2014年ニューヨーク州弁護士登録、2017年カリフォルニア州弁護士登録。2014-2016年三井物産株式会社法務部アジア・大洋州法務室出向。会計不正、競争法違反、品質不正事案のクロスボーダーの危機対応案件等を中心に手掛ける。近時のセミナーに「社内調査において秘匿特権(プリビレッジ)を維持するための実務対応」等。



ぬまた ともゆき  
**沼田 知之**

西村あさひ法律事務所 パートナー弁護士  
[t.numata@jurists.co.jp](mailto:t.numata@jurists.co.jp)

2007年弁護士登録。主たる業務分野は企業の危機管理、独禁法(企業結合・業務提携等を含む)。危機管理分野では、海外公務員贈賄、国際カルテルを含む独禁法違反、製造業の品質問題等の案件に従事するほか、贈収賄防止体制、競争法管理体制、従業員のメールモニタリング等、法令遵守の仕組み作りへの助言を行っている。

<sup>16</sup> 判別手続指針第5の3(3)。

当事務所危機管理プラクティスグループは、経営責任追及が想定される重大な紛争・不祥事等の危機発生時の対応についてリーガルサービスを提供しています。具体的には、(1)関係当局による調査・捜査への対応、(2)適時開示を含めた証券取引所対応、(3)監督官庁等の官公庁対応、(4)マスコミ対応、に関する助言をするほか、国際的な案件では、外国法律事務所等との連携のもとに対応策を助言します。また、紛争・不祥事発生の原因となった事実関係の調査をするとともに、対応策の一環として再発防止策の策定等を行います。これらの業務を遂行するに当たっては関係当局での勤務経験を有する弁護士が関与することにより、実践的な対応を心がけています。危機予防的観点から、コンプライアンス・リスクマネジメント・内部統制に係る体制整備についての助言も行います。

本ニューズレターは、クライアントの皆様のニーズに即応すべく、危機管理分野に関する最新の情報を発信することを目的として発行しているものです。