

### 独禁法上の判別手続に関する留意点

執筆者: 木目田 裕、平尾 覚、八木 浩史

2020年12月25日、公取委による判別手続の運用が開始される。

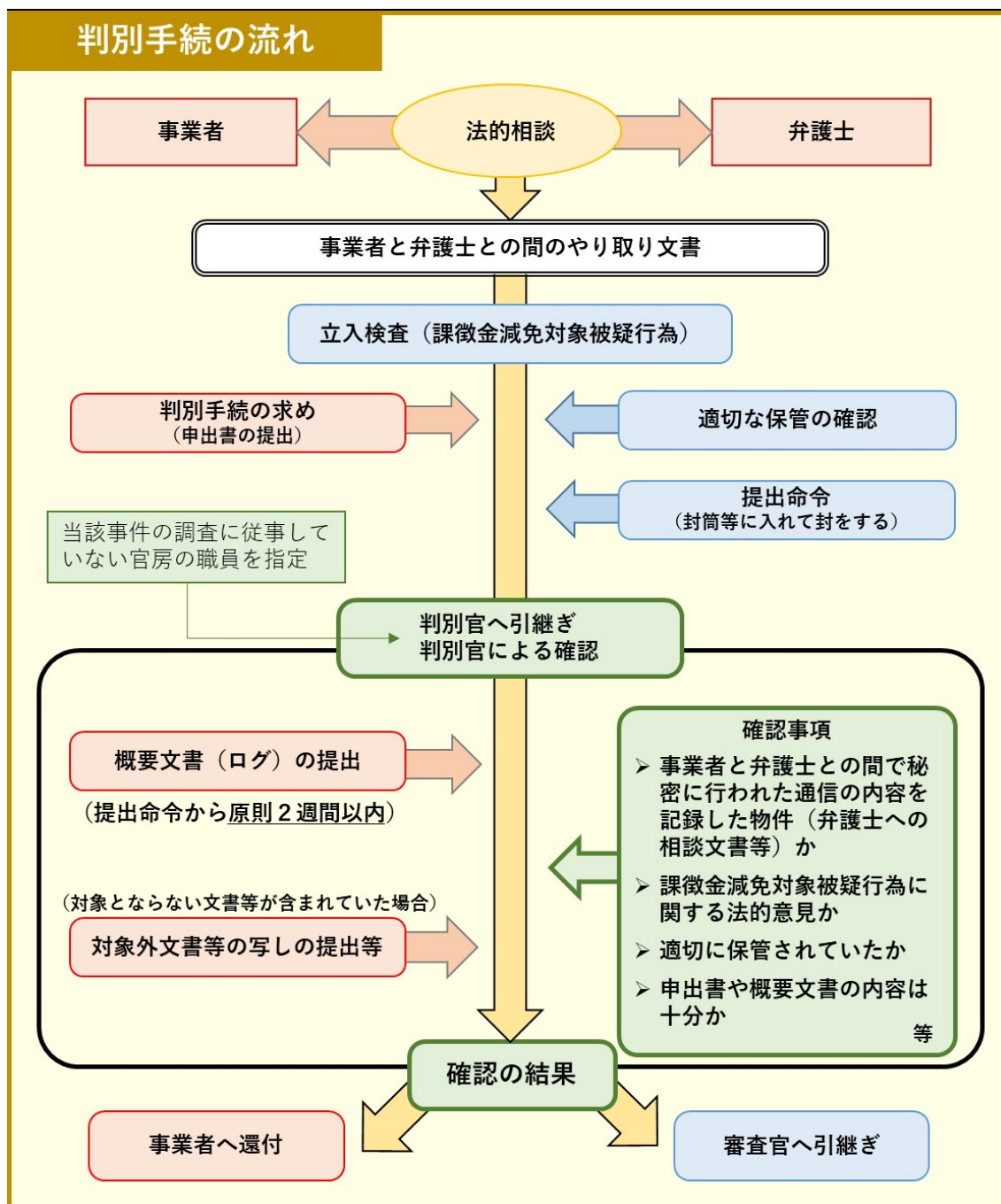
判別手続は、いわゆる弁護士依頼者間秘匿特権を一部認めたものとして捉えられる向きもあるが、その実態は大きく異なる。弁護士依頼者間秘匿特権の導入は、経済界を中心として強く望まれてきたところであり、公取委もかかる強い要望を踏まえて判別手続を導入したものであるが、他方で、弁護士依頼者間秘匿特権を導入することは、検察や警察等の捜査当局、さらには証券取引等監視委員会等の調査当局の捜査・調査実務にも多大な影響を与えかねない。そのような中、公取委が主導して、一部とはいえ弁護士依頼者間秘匿特権を正面から認めるという選択肢は取りにくいと思われる。そのためか、公取委は、判別手続を弁護士依頼者間秘匿特権と同質のものとは説明しておらず、課徴金減免制度という独禁法特有の制度の実効性・適切性をより高めるための制度として位置づけている。

このような位置付けの善し悪しはおくとしても、判別手続に対する対応を考える上では、判別手続が弁護士依頼者間秘匿特権とは似て非なるものとして設計されたことを念頭に置く必要がある。

#### 1 判別手続とは何か

判別手続とは、課徴金減免対象被疑行為(独禁法7条の2第1項(独禁法8条の3で読み替えられる場合も含む)に規定する不当な取引制限等の違反行為。いわゆるカルテルや談合がこれに当たる。)に関する法的意見について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信(以下「特定通信」という。)の内容を記録した文書等(電子データを含む。)で、適切な保管がされていること等の要件を満たすことが確認されたものは、公取委の行政調査で提出を命じられたとしても、審査官がその内容にアクセスすることなく速やかに事業者へ還付するという手続である。そして、事業者は、公取委が立入検査に入り、独禁法47条1項3号の提出命令を行おうとした場合において、当該提出命令の対象となる文書等の中に特定通信の内容が記録した文書等が含まれると考えるときには、判別手続を経ることで、審査官その他特定被疑事件の調査に従事する職員がその内容に接することなく、また特定被疑事件の終結を待つことなく当該物件を事業者へ還付すること(以下「本取扱い」という。)を求めることができる。

下図は、公取委の HP において公表されている手続の流れに関する概要図である。



※ <https://www.jftc.go.jp/dk/seido/hanbetsu/hanbetsu.html> から引用

公取委がカルテルや談合の疑いで立入検査に入り、独禁法 47 条 1 項 3 号の提出命令を行うに際し、事業者は、判別手続を求める旨を審査官に口頭で申し出る。審査官は、特定通信の内容を記録した文書等が、適切に保管されていることを確認の上、事業者に判別手続を求める申出書を提出させる<sup>1</sup>。

その後、特定通信について公取委から提出命令が発出されるが、特定通信の内容を記録した文書等は、封筒等に入れて封をした上で公取委の判別官に引き継がれる。

事業者は、提出命令を受けた日から 2 週間以内に、特定通信ごとに必要な事項を記載した概要文書を公取委に提出しなけれ

<sup>1</sup> 公取委の HP で公表されている判別手続に関する Q&A(以下「Q&A」という。)問 4 及び問 8 参照。

ばならない。

公取委の判別官は、概要文書の内容も踏まえ、問題となっている文書等が特定通信の要件を満たすものであるかの確認を行い、特定通信と認められた場合には、当該特定通信の内容を記録した文書等は事業者に還付される(なお、文書等の中に特定通信と認められない文書等が含まれている場合には、事業者が当該特定通信と認められない文書等の写しを公取委に提出すれば、当該文書等の還付を受けることができる。)

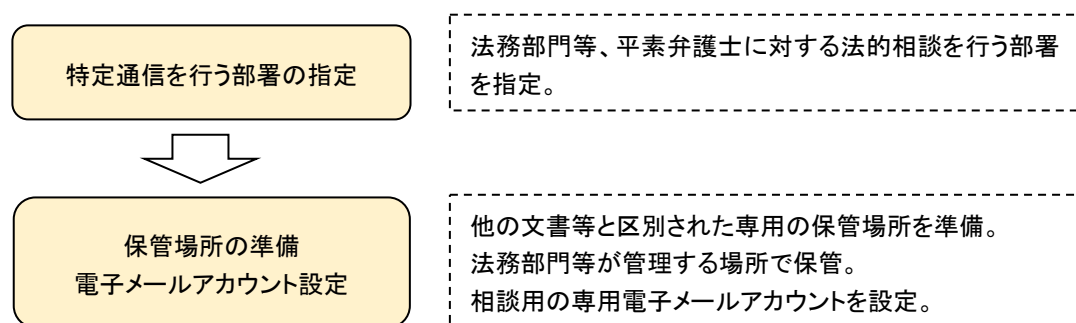
特定通信の内容を記録したものと認められなかった文書等は、審査官に引き継がれ、行政手続において証拠として利用される。

注意すべきなのは、判別手続の対象となるのは、あくまで行政調査手続であり、刑事告発を目的とした犯則事件の調査手続は対象としていないという点である<sup>2</sup>。

## 2 平時において準備しておくべきこと

文書等が特定通信として保護の対象となるためには、①当該文書等が、カルテルや談合に関する法的意見について、事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記録したものであり、かつ②当該文書等が適切に保管されている必要がある。

平時において準備しておくべきことの概要は下図のとおりである。



### (1) 特定通信を行う部署の指定

文書等が特定通信として保護の対象となるためには、後述するように、弁護士に相談することを事務として取り扱う部署又は役員が管理する場所において適切に管理されている必要がある。

そのため、特定通信を行い、その内容が記録された文書等を保管管理する部署を予め指定しておく必要がある。公取委に対する説明の便宜を考慮するならば、当該指定は、分掌規程等の文書に記載しておくことが望ましい。

特定通信を行う部署は、法務部門があれば当該部門とするのが相当であり、法務部門がない場合には、企業において、平素、弁護士に対する法的相談を行う部署(総務部など)を指定することとなる。

### (2) 特定通信の内容を記録した文書等の保管場所の準備

文書等が特定通信として保護の対象とされるためには、「適切に保管」されていることが必要である。

公取委の「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」(令和2年7月7日。以下「取扱指針」という。)によれば、「適切に保管」されているといえるためには、①文書等に特定通信の内容を記録したものである旨の表示がなされていること、②特定通信の内容を記録した文書等が特定の保管場所で保管され、特定通信以外の内容を記録した文書等の保管場所と外観上区分されていること、③特定通信の内容を記録した文書等にアクセスできる者が、それを知るべき

<sup>2</sup> Q&A 問3。もっとも、犯則調査手続でカルテルや談合が刑事告発された後は、課徴金納付命令等を目的とした行政調査が行われるのが常であり、犯則調査手続で収集された証拠を行政調査に用いることも可能であり、実際にも用いられているのが実情と思われる。そうであれば、犯則調査手続では判別手続は利用できないとするのは、合理的な結論とは思われない。犯則調査手続において判別手続を導入した場合、刑事告発に引き続く検察による刑事事件捜査の在り方に影響を与えることは不可避であることから、あえて犯則調査手続では判別手続を導入しないこととしたものと推測される。



者に限定されていることが必要である。

したがって、まず、特定通信の特定通信の内容を記録した文書等の保管場所を準備する必要がある。

## ア 紙媒体の保管場所等について

取扱指針は、特定通信の内容が記録された文書等を保管する場所は、弁護士に相談することを事務として取り扱う部署又は役員等が管理する場所となければならないとしている。したがって、まず、法務部門等の管理する場所を保管場所とする必要がある。なお、外部倉庫等、法務部門から物理的に離れた場所であっても、施錠管理等の方法により、法務部門が管理しているといえる場合には、保管場所として許容される<sup>3</sup>。

また、取扱指針は、「特定通信の内容を記録した文書等が特定の保管場所で保管され、特定通信以外の内容を記録した文書等の保管場所と外観上区分されていること」の具体例として、「特定通信の内容を記録した物件が保管されていることを表示した、法務部門が管理する書架に保管され、当該箇所に特定通信の内容を記録した物件以外の物件が保管されていない」ことを挙げる(取扱指針第2の2(2))。

この点、特定の保管場所に特定通信以外の内容が記録された文書等が多少混在していたとしても、外形上区別して保管されている場合には、適切に保管されたと認定される可能性があると考えられるが、特定の保管場所に特定通信の内容が記録された文書等以外のものが一切存在しないような、厳密に分離された保管が望ましい<sup>4</sup>。

そのため、紙媒体の保管場所としては、特定通信の内容が記録された文書等のための専用のキャビネットや書架を準備することが望ましい。仮に専用のキャビネットや書架を準備することができなかったとしても、例えば、書架の特定の段を特定通信の内容を記録した文書等のための専用の保管場所として指定するといった対応をすることが考えられる。

また、保管場所に特定通信の内容を記録した文書等が保管されている旨の表示を行うことが望ましい<sup>5</sup>。

## イ 電子データの保管場所等について

取扱指針は、特定通信の内容が記録された電子データは、法務部門等が管理する特定の保存箇所において保存すること及びフォルダの名称等によって特定通信の内容が記録された電子データの保管場所とそれ以外のデータの保管場所が区別されていることを求めている。

また、特定通信として保護の対象となるためには、特定通信の内容を記録した文書等にアクセスできる者が、それを知るべき者に限定されていることが必要である。したがって、特定通信の内容が記録された電子データに法務部門の役職員以外の者がアクセスできないよう、パスワードによる管理又はフォルダへのアクセス制御を行う必要がある。

取扱指針は、法務部門を介して弁護士に相談した課徴金減免対象被疑行為に関係する役職員も「知るべき者」に含むとしており(取扱指針第2の2(注8)、第7の1(注10))、事業部門の役職員も「知るべき者」に含まれる場合があり得る。この場合には、当該事業部門の役職員に個別にアクセス権限を付与することで対応をすることが望ましい<sup>6</sup>。

特定通信の内容が記録された電子データには、法務部門の役職員と弁護士との間の電子メールも含まれるが、電子メールの場合は、特定のメールアカウントで管理されることを求めている。

したがって、課徴金減免対象被疑行為に関する法的相談を弁護士に行うための専用のメールアカウントを設定する必要がある<sup>7</sup>。なお、専用のメールアカウントで受信した弁護士からの法的助言(特定通信)を社内のしかるべき関係者(知るべき者に該当する関係者)との間で共有する場合にも注意が必要であり、電子メールを転送する形で共有する場合には、転送を受ける関係者も課

<sup>3</sup> 「公正取引委員会の審査に関する規則」の一部改正(案)等に関するパブリックコメント(以下「パブリックコメント」という。)77番に対する回答。

<sup>4</sup> パブリックコメント75、76番に対する回答。

<sup>5</sup> Q&A問20は、保管場所に特定通信の内容を記録した文書等が保管されている旨の表示を行うことまでは要求されていないものの、保管場所である旨の表示があれば、区分して保管されていることが明確となるとして、保管場所の表示を行うことを求めていることから、その旨の表示を行うのが相当であるとしている。

<sup>6</sup> パブリックコメント87番に対する回答。

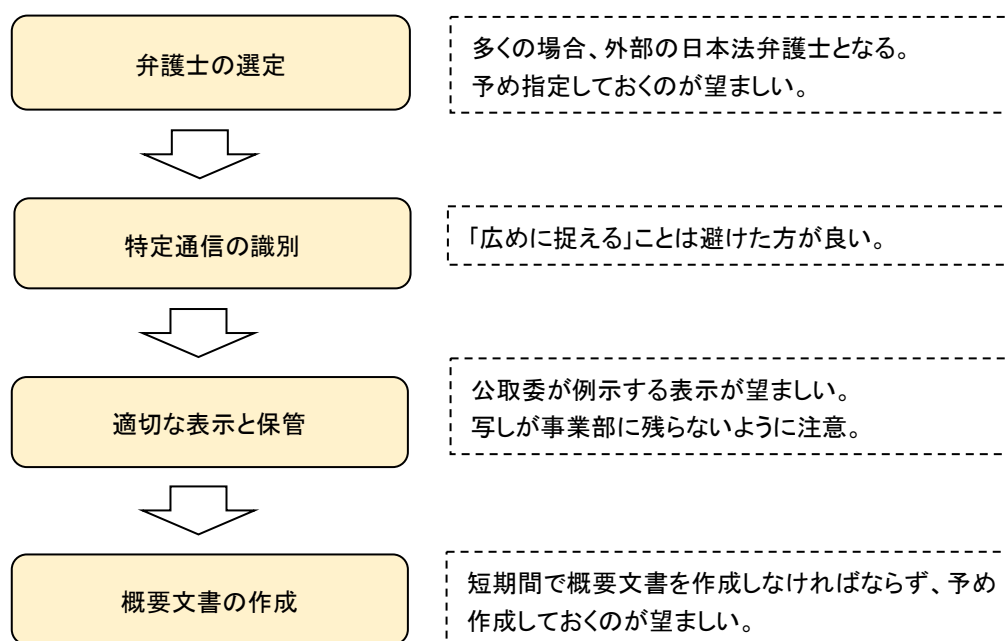
<sup>7</sup> パブリックコメントでは、専用のアカウントで発受信した電子メールのみを対象とするのは厳格に過ぎるといった意見が出たが(167番～170番)、公取委は、対象とならない電子メールとの区別を明確にするとの観点から、専用のアカウントの設定を要求している。

徴金減免対象被疑行為に関する法的相談を弁護士に行うための専用のメールアドレスで受信する必要がある<sup>8</sup>。法務部門関係者については、平時から専用のメールアドレスを設定することが考えられるが、事業部門関係者については、平時から専用のメールアドレスを設定することは現実的であると思われる。したがって、必要が生じる都度、専用のメールアドレスを付与するという対応を取るか、専用アカウントで受信した弁護士からの電子メールをエクスポートするなどして別個の電子ファイルにした上で特定通信専用のフォルダに保存し、アクセス権限を持つ事業部門関係者は、当該フォルダにアクセスすることで情報の共有を受けるといった対応をとることになると思われる<sup>9</sup>。

### 3 課徴金減免対象被疑行為の疑いが生じた際の対応(特定通信を行う際の留意事項)

内部監査を契機として、ある事業部門が同業他社とカルテルをした疑いが生じたケースを例にとり、特定通信を行う際の留意事項について説明する。

特定通信を行うに際しての段取りの概要は下図のとおりである。



#### (1) 相談する弁護士の決定

特定通信は、課徴金減免対象被疑行為について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信を指す。ここでいう弁護士とは、弁護士法の規定による弁護士であって、事業者から独立して法律事務を行う弁護士であることが条件であるとされており<sup>10</sup>、社外の日本の資格を有する弁護士との間の通信は、特定通信に該当する。

外国弁護士等<sup>11</sup>及び組織内弁護士については、原則として特定通信の相手方となる弁護士ではない<sup>12</sup>。ただし、組織内弁護士が、事業者の指揮命令監督下になく、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、当該指示があった後は、当該事業者から独立して法律事務を行う場合に該当するとされている。Q&Aにおいては、具体例として、組織内弁護士が、カルテルに関

<sup>8</sup> Q&A 問 35。

<sup>9</sup> パブリックコメント 172 番に対する回答。

<sup>10</sup> Q&A 問 11。

<sup>11</sup> 外国弁護士等とは、外国弁護士による法律事務の取扱いに関する特別措置法に規定する外国弁護士及び外国法事務弁護士のことを指す。

<sup>12</sup> なお、日本の弁護士が外国弁護士等の助言を踏まえ、更に自らの法的意見を記載している場合には、全体として特定通信と認められ得る(パブリックコメント 52 番に対する回答。)

する内部通報を契機として、法令遵守のために中立の立場で社内監査を行うべき旨の業務命令書を受け取り、社外監査役の直下に配置され、その他の業務から離れたような場合が例示されている。

組織内弁護士に中心的に対応してもらった必要がある場合には、Q&Aに記載されているような措置を取ることも考えられるが、組織内弁護士は、複数の案件も並行して抱えている場合がほとんどであることを踏まえると、現実的でない場合も少なくないと思われる。社外の日本法弁護士に法的意見を求めるのであれば、組織内弁護士について、特定通信の起点になるように独立の立場に置くことにするか、それとも事業者の法務部スタッフとして位置づけることでよいかは、検討が必要である。

国際カルテルにおいては、外国弁護士等と日本の弁護士が協同して対応することが多い。上記のとおり、外国弁護士等は原則として特定通信の相手方となる弁護士とはならない。公取委は、外国競争法に関する法律意見書については提出命令の対象としないとしているが、当該意見書に課徴金減免対象被疑行為に関連する一次資料や事実調査資料が含まれているなど事件調査に必要と認められる場合には、当該意見書は提出命令の対象となり、日本の弁護士が当該意見書を自らの法的意見に反映した場合等を除き、本取扱いの対象にもならない(取扱指針第2の4(1))。この点につき、これでは事実調査資料も秘匿特権の対象として保護される法域に属する外国弁護士等が、公取委調査への影響を懸念して事業者に法律意見書を提供すること自体を躊躇するおそれがある等との指摘がなされており<sup>13</sup>、今後、外国弁護士等の法律意見書や事実調査資料等の取扱いに関する運用の明確化が必要である。

なお、課徴金減免対象被疑行為について相談をする弁護士は、予め決めておき、当該弁護士に対して、特定通信に用いる電子メールアドレス等を予め教示しておくことが望ましい。

特定通信に用いる電子メールアドレスは、通常法律相談に用いる電子メールアドレスとは異なることから、受け手の弁護士において、不審な電子メールであると警戒し、開封を躊躇う場合も想定される上、弁護士から事業者に対して行う返信についても、特定通信であることを示す表示を行う必要がある場合も少なくないため、予め相談する弁護士を決めた上で、特定通信を行う際の段取り等について相談して置いた方がスムーズに相談が進むと思われるためである(特に、公取委の立入調査直後の相談など、一刻を争う相談もあり得る。)

## (2) 特定通信の識別

特定通信の内容が記録された文書等が保護の対象となるためには、上記のとおり適切な管理がなされている必要がある。適切な管理を行う前提として、何が特定通信に該当するかを的確に識別する必要がある。

この点で、幅広く特定通信を捉えるという対応は避けた方が良いと考えられる。公取委は、特定通信の内容が記録された文書等とそれ以外の文書等が厳格に区別されて管理されていることを保護の要件として求めており、例えば、特定通信用のフォルダに、特定通信とは認められない電子データが多数保存されている場合には、そもそも特定通信の内容が記録された文書等が適切に管理されていないと判断されるリスクがある。

取扱指針は、特定通信の内容が記録された文書等の具体例として、以下の文書等を掲げている(取扱指針第2の1)。

- ・ 事業者から弁護士への相談文書
- ・ 弁護士から事業者への回答文書
- ・ 弁護士が行っ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当該弁護士との間で行われた法的意見についてのやり取りが記載された社内会議メモ

社外の弁護士へ相談する場合の典型的なフローは、①社外の弁護士に対する電子メールによる相談、②社外の弁護士との会議、③社外の弁護士との会議を踏まえた社内での検討、④社外の弁護士からの報告書の受領、⑤弁護士作成の報告書を踏まえた社内での検討といったものであると思われるが、①の電子メール及び②の会議の議事録は、特定通信の内容が記録された文書等とされる可能性が高く、④弁護士からの報告書についても法的意見と評価できる場合には特定通信の内容が記録された文書等とされる可能性が高い。①の電子メールや④の弁護士作成の報告書は、事実に関する記載が含まれていることがほとんどであると思われるが、事実に関する記載がなされているとはいえ、全体として課徴金減免対象被疑行為に関する相談や回答とい

<sup>13</sup> 多田敏明「依頼者秘匿特権」ジュリスト 1550号 40頁

える場合には、特定通信として保護の対象となる<sup>14</sup>。

他方で、③社外の弁護士との会議を踏まえた社内での検討状況を記録した文書等や⑤弁護士作成の報告書を踏まえた社内での検討状況を記録した文書等は、特定通信として保護されない。また、弁護士が作成した文書等であっても、関係者の供述を録取したヒアリング記録や調査の結果判明した事実を報告する文書などは、特定通信とは認められない点には注意が必要である(取扱指針第2の1(注7))。

### (3) 表示及び保管

特定通信として保護の対象となるためには、①文書等に特定通信の内容を記録したものである旨の表示がなされていること、②特定通信の内容を記録した文書等が特定の保管場所で保管され、特定通信以外の内容を記録した文書等の保管場所と外観上区分されていること、③特定通信の内容を記録した文書等にアクセスできる者が、それを知るべき者に限定されていることが必要である。

したがって、特定通信を行う場合には、まず対象となる文書等にその旨の表示を行う必要がある。

#### 【紙媒体の文書等】

- ・ 特定通信の内容を記録した文書等のヘッダー等に「公取審査規則特定通信」又は「公取審査規則第23条の2第1項該当」といった記載を行う<sup>15</sup>。
- ・ 特定通信の内容を記録した文書等が綴られているファイルの背表紙に「公取審査規則特定通信」又は「公取審査規則第23条の2第1項該当」といった記載を行う。

特定通信の内容が記録された文書等は、法務部門が管理する書架等、他と区別された場所に保管する必要がある<sup>16</sup>。

この点、知る者の範囲は、それを知るべき者に制限されている必要があるが、取扱指針は、法務部門を介して弁護士に相談した課徴金減免対象被疑行為に関係する事業部門等の役職員も「知るべき者」に含むとしており(取扱指針第2の2(注8)、第7の1(注10))、特定通信の内容が記録された文書等をこれら事業部門等の役職員が閲覧することも許容される。ここで問題となり得るのは、当該事業部門等の役職員が当該文書等を保管することの是非であるが、適切に管理されていないと捉えられる可能性が高く、避けるべきであると考えられる。したがって、事業部門等の役職員が当該文書等を閲覧した後は、必ずこれを回収する必要がある。

#### 【電子データ】

- ・ 特定通信の内容を記録した電子データのファイル名に「公取審査規則特定通信」又は「公取審査規則第23条の2第1項該当」といった記載を行う(電子データを紙に出力して特定通信として管理する場合も考えられるため、ファイルにもヘッダに同様の記載を行うことが望ましい)。
- ・ 特定通信の内容を記録した電子メールの件名に「公取審査規則特定通信」又は「公取審査規則第23条の2第1項該当」と

<sup>14</sup> Q&A 問13は、「文書に相談の前提となる事実が記載されていたとしても、全体として課徴金減免対象被疑行為に関する法的意見についての弁護士との相談文書といえる場合には、特定通信の内容を記録した物件に該当します。」としている。パブリックコメント37～39番に対する回答も「本取扱の対象となるか否かは、事実に関する記載が含まれているか、事実に関する記載が法的意見に関する記載の分量より多いかといった形式的なことのみによって判断するものではなく、全体として課徴金減免対象被疑行為に関する法的意見についての弁護士との相談文書・回答文書といえるかどうかによって判断する」としている。

<sup>15</sup> これらは、取扱指針が例示する表示方法である。公取委のHPで公表されているQ&A 問17は、「文言については、このほかの表示であっても、特定通信の内容を記録したものである旨が識別できるように表示されていれば認められますが、判別手続の円滑な運用・利用の観点から、まずは、例示の表示をしてください。」としており、無用の議論を避けるためにも、公取委が例示した表記を行っておくことが望ましい。「Privileged and Confidential」、「秘匿特権」といった表示については、パブリックコメント68番への回答において、「本取扱の対象となる文書以外にも付されることが一般的にあり得る表示であることから…適切でないと考えます。」とされており、避けた方が望ましい。なお、「公取審査規則特定通信」又は「公取審査規則第23条の2第1項該当」といった表記に加えて、「Privileged and Confidential」といった表記を行うことに問題はない。

<sup>16</sup> 本取扱い開始前に作成された特定通信の内容が記載された文書等についても、改めて特定通信であることを示す表示をした上で、適切に保管をしていれば、特定通信として保護の対象となると考えられる(パブリックコメント171番に対する回答)。



いった記載を行う(添付ファイルのファイル名にも同様の記載を行う。)<sup>17</sup>。

既に述べたとおり、特定通信の内容を記録した電子データは、法務部門等が管理する特定のフォルダに保存される必要があり、また、特定通信の内容が記録された電子データに法務部門の役職員以外の者がアクセスできないよう、アクセス制御を行うことが望ましい(事業部門等の役職員が知るべき者に該当する場合には、個別にアクセス権限を与えることで対応する。)

また、電子メールについては、特定通信専用のメールアドレスによるやり取りが要求される点にも注意が必要であり、専用のメールアドレスで受信した弁護士からの電子メールを社内に展開する際に、専用のメールアドレス以外のメールアドレスに転送することのないよう注意が必要である。

この点、注意しなければならないのは、いわゆるメーリングリストである。メーリングリストが受信した電子メールは、メーリングリストのメンバーのメールアドレスに自動的に配信されることとなる。そのため、特定通信専用のメーリングリストを作成しても、配信されるメンバーのメールアドレスが特定通信専用のアカウントでなければ、結局、特定通信につき専用のメールアドレスでの管理がなされていないと判断されるおそれがある。したがって、メーリングリストの配信先となるメールアドレスは、通常業務で使用するメールアドレスではなく、特定通信専用のメールアドレスとする方が良い。

#### (4) 概要文書の作成

既に述べたとおり、特定通信の内容が記録された文書等につき判別手続を求めた場合、事業者は提出命令の日から 2 週間以内に当該文書等の概要を記した概要文書を公取委に提出する必要がある。

2 週間という限られた期間で提出しなければならないため、平素から特定通信の内容が記録された文書等を保管する都度、概要文書を随時作成し、法務部門において保管しておくことが望ましい<sup>18</sup>。

取扱指針によれば、概要文書には、判別手続の適用を求める物件・データについて、特定通信ごとに以下の事項を記載する必要がある(取扱指針第 2 の 3(2)、第 7 の 2(2))。概要文書の詳細は後記 4(2)参照。

- ・ 物件の標題・データのファイル名(電子メールの場合は件名)
- ・ 物件・データの作成又は取得の日(電子メールの場合は送信又は受信の日)
- ・ 特定通信をした者の氏名、特定通信をした時に所属していた組織及び部署の名称並びに役職名(電子メールの場合は送信者及び受信者の氏名等)
- ・ 物件・データを共有した者の氏名、特定物件を共有した時に所属していた組織及び部署の名称並びに役職名(電子メールの場合は送信者及び受信者並びに同報者の氏名等)
- ・ 物件の保管場所・データの保存箇所
- ・ 物件・データの概要(作成又は取得経緯等)

## 4 立入検査時の対応

公取委が立入検査に入り、独禁法 47 条 1 項 3 号の提出命令を行おうとした場合、事業者は当該提出命令の対象となる文書等の中に特定通信の内容が記録した文書等が含まれると考えるときには、判別手続を経ることで、審査官その他特定被疑事件の調査に従事する職員がその内容に接することなく、また特定被疑事件の終結を待つことなく当該物件を事業者に戻付すること(本取扱い)を求めることができる。

### (1) 申出書の提出

事業者は、審査官から提出命令を受けるに際し、本取扱いを求める旨の文書(以下「申出書」という。)を審査官に対して提出する

<sup>17</sup> 電子メールは、後に件名を変更することができないため、判別制度の取扱開始前に送受信された電子メールの取扱が問題となり得るが、公取委は、「運用開始前の電子メールは、エクスポートするなどして別個の電子ファイルにし、①当該電子ファイルのファイル名に「公取審査規則特定通信」等の表示を行うと共に、②事業者として管理する特定の保存箇所に保存した上で、提出命令の際にその旨の申出等があった場合には、元の電子メールも含めて、本取扱いの対象となり得」との見解を示している(パブリックコメント 171 番に対する回答)。

<sup>18</sup> 判別手続により留置された物件は閲覧・謄写することができるが、2 週間の起算点は、あくまで提出命令の日とされており、留置物件の件数によっては、閲覧・謄写してから準備するのでは、期限を徒過するリスクがある。



ものとされている(取扱指針第2の3)。

一般に提出命令は立入検査時に行われ、提出命令の対象となる資料収集もその際行われるところ、事業者は提出命令の前提となる物件目録が作成されるまでに申出書を作成し、審査官に提出する必要がある<sup>19</sup>。Q&Aでは、申出書の提出に先立って、まずは口頭で、できる限り具体的に、判別手続の対象とすべき物件の範囲を指定して、判別手続を利用したい旨を審査官に伝達することが望ましいとされている<sup>20</sup>。

審査官は、提出命令に際し、本取扱いの求めを受けたときは、当該求めのあった文書等について、表示及び保管の状況を確認する。そして、審査官が外観上、適切な表示及び保管がなされていると認める場合には、当該文書等について申出書の提出を受け、当該文書等を封筒等に入れて封をした上で、提出命令を行う<sup>21</sup>。

申出書の様式及び記載例については、公取委のHPにおいて公表されている<sup>22</sup>。

## (2) 概要文書の提出(第一次判別手続への対応)

事業者は提出命令から原則として2週間以内に、本取扱いを求めた文書等について、上記3(4)記載の事項を特定通信ごとに記載した概要文書を公取委に提出する必要がある<sup>23</sup>。概要文書の作成要領、様式及び記載例については、公取委のHPにおいて公表されている<sup>24</sup>。また、概要文書の作成に当たって必要があれば、提出命令の翌日以降に公取委に保管されている文書等の閲覧謄写を行うこともできるが(審査規則23条の5)、閲覧謄写の実施に時間を要したこと等は概要文書の提出期限を延長させる理由とはならないものとされている点に留意が必要である<sup>25</sup>。かかる観点からも判別手続の利用を考える特定通信を行っているのであれば、平時より概要文書を作成し、定期的にアップデートをしておくことが望ましい。

判別官は、(概要文書の提出日からではなく)提出命令から原則として2週間以内に、①申出書の記載内容に誤りがないこと、②概要文書が公取委(判別官及び審査官)に提出されていること、③本取扱いの求めがあった文書等が適切な保管をされていたことをそれぞれ確認することとされている(取扱指針第4の2(1))。

## (3) 第二次判別手続への対応

判別官は、上記の第一次判別手続の確認ができた文書等について、第一次判別手続が終わった日から原則として6週間以内に、当該文書等について、①特定通信の内容が記録されたものであること、②特定通信に当たらない内容が記録された文書等<sup>26</sup>が含まれていないこと又はそのような文書等が含まれている場合には事業者から公取委(判別官)に対して当該文書等の写しが提出されたこと<sup>27</sup>、③検査を妨害すること等に関するものでないこと、④適切な保管がなされていたこと、⑤概要文書の記載内容に誤りがないことが確認できた場合には、封筒等に入れて封をした状態で事業者へ還付する(取扱指針第4の2(2)、第5等)。

<sup>19</sup> 多田敏明「依頼者秘匿特権」ジュリスト1550号41頁

<sup>20</sup> Q&A問4及び問8

<sup>21</sup> なお、審査官の提出命令については、通常の手続による提出命令であるか、本取扱いに係る提出命令であるかを明らかにする観点から、本取扱い向けの提出命令の様式を用いることとされている(パブリックコメント118番に対する回答)。

<sup>22</sup> <https://www.jftc.go.jp/dk/seido/hanbetsu/mousidesyo-gaiyoubunshyo.html>

<sup>23</sup> 上記のとおり、平時より概要文書を作成しておくことが望ましい。

<sup>24</sup> <https://www.jftc.go.jp/dk/seido/hanbetsu/mousidesyo-gaiyoubunshyo.html>

<sup>25</sup> 公取委は「日頃から適切な管理が行われていることを前提として」いる等として、当該文書等の閲覧謄写の実施日が遅くなったことその他、本取扱いを求めた文書等の量が多いこと等を理由とする期限延長に否定的な意見を述べている(パブリックコメント91～93番に対する回答)。公取委は期限延長が認められる場合につき、「災害等により期限内に概要文書の提出ができないことについて特別の事情がある場合」としている(取扱指針第3の3(2)等)。

<sup>26</sup> 具体的には、①事業者の役職員等の手帳やノート、会合の内容が記載されたメモ、出張決裁文書等の一次資料、②事業者の役職員に対して行ったヒアリング記録、社内アンケート調査結果等の事実調査資料、③独占禁止法以外の法令の規定又は独占禁止法の特定期間以外の特定期間に関する法的意見の内容を記載した文書のこととされている(取扱指針第4の2(2)イ)。

<sup>27</sup> 事業者から定通信に当たらない内容が記録された文書等の写しが提出された場合、公取委は本取扱いを求めた文書等全体を還付の対象として取り扱うこととされている(パブリックコメント124番に対する回答)。

第二次判別手続の期間内において、判別官が上記確認事項を検討するにあたって、不明点があれば、その旨を事業者に対して連絡し、確認を行う(取扱指針第4の3)。また、確認対象がデータの場合、判別官が判別手続を行うために必要があると認めるときは、事業者に対し、当該データを閲覧可能にしたものの提出や、当該データを特定するための情報(ハッシュ値、電子メールにおけるメッセージID、データの容量等)の提出を求めることもある(取扱指針第7の4)。

事業者としては、申出書を提出した後、判別官から問われるであろう事項等をあらかじめ検討しておき、判別官からの連絡に対し速やかに回答できるように準備しておくことが望ましい。また、本取扱いを求めた文書等に特定通信に当たらない内容が記録された文書等が含まれている場合は、事業者は第二次判別手続の期間内にその文書等の写しを提出する必要があるため、平時より当該文書等を特定通信の文書等を含めない工夫をしておくか、含まれる場合にはその文書等の内容を別途記録しておき、速やかに当該文書等の写しを提出できる準備しておくことが望ましい。

#### (4) 判別官が本取扱いを認めなかった文書等について

判別官は、上記(3)の第一次及び第二次判別手続の結果、本取扱いを認めるための要件の充足を確認できなかった文書等について、審査官に引き継ぎ、事業者に対しその旨及び理由を遅滞なく通知する(取扱指針第5の2)。

事業者は、審査官に引き継がれた文書等について、還付を求めることができる。審査官は留置の必要について検討の上、留置の必要がなくなったものについては、速やかに事業者へ還付し、留置の必要があるものについては事業者の還付請求を却下する旨を遅滞なく、事業者に対し文書により通知する(取扱指針第5の3)。

判別官による判断については処罰性は認められないことから、還付請求の却下について異議申立て(審査規則22条1項)又は行政事件訴訟法により取消訴訟の提起をして不服申立てを行うことになる<sup>28</sup>。

以上



きめだ ひろし  
**木目田 裕**

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

主たる業務分野は、企業の危機管理・争訟。危機管理の観点からは、決算訂正問題やインサイダー取引事案、役員不祥事、情報漏洩案件、海外公務員贈賄案件、独禁法違反案件の対応等について種々の案件でアドバイスしている。争訟の観点からは、税務争訟や証券訴訟、会社争訟(責任追及訴訟、敵対的買収防衛)、独禁法関係争訟等を手掛けている。なお、法令案・政策案の立案案件にも従事。



ひらお ひろし  
**平尾 覚**

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

公正取引委員会、証券取引等監視委員会をはじめとする国内当局対応、行政機関との紛争対応、企業不祥事対応、訴訟対応のほか、国際カルテルやFCPA事案等への対応その他海外当局による捜査/調査対応等を手掛ける。



やぎ ひろし  
**八木 浩史**

西村あさひ法律事務所 弁護士  
[h.yagi@jurists.co.jp](mailto:h.yagi@jurists.co.jp)

2007年弁護士登録、2016年フォーダム大学ロースクール(LL.M. in Corporate Compliance)、2017年ニューヨーク州弁護士登録。2016-2017年ジェナー・アンド・ブロック法律事務所、2017-2019年丸紅株式会社コンプライアンス統括部、法務部出向。企業不祥事等の危機管理案件、平時におけるコンプライアンス体制構築等に関する助言、訴訟その他一般企業法務に従事。

<sup>28</sup> パブリックコメント130番に対する回答、多田敏明「依頼者秘匿特権」ジュリスト1550号41~42頁

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。

本ニュースレターは、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。