

判別手続(日本版弁護士・依頼者間秘匿特権)の導入について

弁護士 坂野吉弘

1. はじめに

2020年(令和2年)12月25日から判別手続が導入されます¹。判別手続とは、公正取引委員会による行政調査手続で提出命令が出された物件のうち、判別官によって一定の条件を満たすことが確認されたものは、審査官による調査対象とならずに、事業者へ還付される手続です。言い換えれば、日本版の「弁護士・依頼者秘匿特権」となります。

2. 弁護士・依頼者間秘匿特権

弁護士・依頼者間秘匿特権は、一般的には、弁護士と依頼者との遣り取りを秘密にするというものです。両者間で制約なく話し合う必要があるために、欧米を中心に判例により形成され、法令に関係規定が設けられていることもあります。秘匿特権が認められるのは競争法に限られないことが多いですが、弁護士に社内弁護士を含むか、秘匿特権の対象となる遣り取りが調査開始後に限定されるか、調査開始前の遣り取りも対象に含まれるか等は、国・地域によって異なります。

判別手続は、一般的な弁護士・依頼者間秘匿特権よりも限定的なものとなっています。

3. 判別手続の対象

判別手続の対象となるのは、事業者²と①独立した弁護士との間で、②不当な取引制限に該当する行為または事業者団体による一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為で、課徴金納付命令の対象となる違反行為(例:カルテルや談合)の疑いのある行為(以下「課徴金減免対象被疑行為」といいます。)に関する③法的意見について秘密に行われた通信(以下「特定通信」といいます。)の内容が記録され、④行政調査手続で提出命令が出された物件(データを含みます。)(以下「特定物件」といいます。)で、⑤一定の条件を

満たすことが確認されたものです。

(1) どの弁護士との遣り取りが対象か(①)

判別手続の対象となる遣り取りを行う独立した弁護士とは、課徴金減免対象被疑行為をした事業者から委任を受けて法律事務を行う弁護士法の規定による弁護士(弁護士法人を含みます。)とされます。そのため、外国弁護士のみとの間で行われた通信は、判別手続の対象となりません³。また、当該事業者と雇用関係にある社内弁護士は、原則として独立した弁護士には該当しませんが、課徴金減免対象被疑行為(が疑われる事実)の発覚等があったために、当該事業者から文書による指示が出されて⁴、独立して法律事務を行っていることが明らかな場合は、当該文書による指示が出された後は独立した弁護士に該当し得ることになります。

(2) どの案件に関する遣り取りが対象か(②)

独占禁止法の違反行為のうち、課徴金減免制度の対象になっている不当な取引制限・競争を実質的に制限する行為についての違反被疑行為だけが課徴金減免対象被疑行為に該当し、私的独占や不公正な取引方法についての違反被疑行為は該当しません。

(3) どのような遣り取りが対象か(③)

判別手続の対象となる遣り取り(特定通信)は、課徴金減免対象被疑行為に関する法的意見について、係る行為をした事業者が独立

¹ 「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」(公正取引委員会)に基づくものとなります。

² 事業者団体と弁護士との遣り取りは対象外となります。

³ 特定通信が外国弁護士等と共有されている場合、共有の必要性が認められ、特定通信の内容の秘密を保持するための措置が講じられていると認められるときは、判別手続の対象となり得ます。

⁴ 文書には、(a)事業者の指揮命令下でない旨、(b)文書の発出元、(c)文書の発出先、(d)日時(期間)、(e)業務の内容が明確に記載されている必要があります。

した弁護士に対して秘密に行った相談と、当該弁護士が秘密に行った回答とされます。事業者が法人の場合は、通信の時点で当該事業者を代表して弁護士に相談する職責にある者(例:法務部門の役員・従業員)と弁護士との間で秘密に行われた通信に限定されます。従って、事業部門の人と弁護士との間で、直接電子メールで遣り取りされ、CC に法務担当者が含まれていても、特定通信に該当しないと判断される可能性があります。

特定通信の内容が記録されたものとしては、事業者または相談を受けた弁護士が、特定通信が行われた日以降に作成もしくは取得した文書等があります。具体的には、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遣り取りが記載された社内会議メモといったものが挙げられます。

役員・従業員等へのヒアリング記録等の事実を主たる内容とする文書等は、特定通信の内容が記録されたものに該当しません。しかし、弁護士への相談に前提となる事実が含まれている場合は、特定通信の内容を記録したものに該当すると解されます。なお、特定通信の内容を記載したものに特定通信に該当しない内容が記載されたものが含まれる場合、判別手続で還付を受けるためには、当該特定通信に該当しない内容が記載されたものの写しの提出等が必要になります。

(4) 一定の条件とは何か(⑤)

一定の条件として、特定物件が適切に保管されていることが必要とされ、表示、保管場所、内容を知る者の範囲の要件のすべてについて、次の内容を満たすことが求められます。

表示については、特定物件の見やすい箇所に特定通信の内容を記録したものである旨を表示する必要があります。この表示は、審査官がアクセスしない特定物件であることが識別できれば足りるとされますが、一般的に用いられ得る「弁護士相談」や「厳秘」と表示されるだけでは不十分と判断される可能性があります。こ

の点、公正取引委員会は、特定物件であることが識別できる表示として「公取審査規則特定通信」や「公取審査規則第23条の2第1項該当」を例示しています。実務上は、社内規程に基づく表示と併せて特定物件であることが識別できる表示をすることになると思います。

保管場所については、弁護士に相談することを事務として取り扱う部署または役員等が管理する場所で保管され、特定物件を保管する場所と特定物件以外の物件を保管する場所が外観上区分されている必要があります。公正取引委員会は、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⁵、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例示しています。

内容を知る者の範囲については、特定物件の内容を知っているのが事業者を代表して弁護士に相談する職責にある者またはその職責にあった者、それらの者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当該事業者の役員等⁶に制限されている必要があります。実務上は、保管場所と内容を知る者の範囲を満たすために、特定物件が書類等の場合は法務部門のキャビネット等に他の書類等と区分して保管し、データの場合は法務部門が管理するサーバ等のアクセス制限付きフォルダ内に保管し、特定物件にアクセスできる人を限定することになると思われます。なお、課徴金減免対象被疑行為を行った事業部門の営業担当者等が特定物件の内容を知るべき者に該当する場合は、その者に対して法務部門が管理する特定物件へのアクセス権を付与することになります⁷。

4. 判別手続のための手続

課徴金減免対象被疑行為について立入検査を受けた事業者が保有する特定物件は、当然に判別手続が採られるのではなく、判別手続が採られることの要求等を行うことが必要になります。

(1) 提出命令(立入検査当日)

通常、立入検査当日に、審査官が物件の提

⁵ 公正取引委員会は、特定物件の保管場所である旨の表示がない場合であっても、適切な保管がなされていることの確認は行い得るとしています。ただ、表示がなされていない場合、審査官が誤って特定物件にアクセスする可能性があるため、適切な対応が必要になります。

⁶ グループ会社の役員等は、特定物件の内容を知るべき者に該当します。実際に特定物件の内容を知るべき者に該当するかは、グループ会社との関係性等から判断されます。

⁷ 公正取引委員会の見解に基づく、事業部門の営業担当者等がアクセスした特定物件のコピー等を保有できないようにする必要があります。

出命令を行います。提出命令の対象に特定物件が含まれている場合、提出命令を受けた事業者⁸は、特定物件が判別手続の対象となるものであり、判別手続を利用したい旨を審査官に(口頭で)伝え、その旨を記載した申出書(書面)を審査官に提出します。

判別手続の利用の申出があると、審査官は、表示と保管場所の要件を満たす特定物件を封筒等に入れて封をし、判別官に引き継ぎます。

(2) 提出命令から原則 2 週間以内

判別手続の利用を申し出た事業者は、提出命令から原則 2 週間以内に、特定物件について、(ア)特定物件の標題、(イ)特定物件の作成または取得の日、(ウ)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および部署の名称ならびに役職名、(エ)特定物件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および部署の名称ならびに役職名、(オ)特定物件の保管場所、ならびに(カ)特定物件の概要(作成または取得経緯等)を特定通信毎に記載した文書(概要文書)を判別官および審査官に対して提出します。

(3) 提出命令から原則 8 週間以内

判別官は、提出命令から原則 2 週間以内に、申出書の記載内容と形式的な事項を確認します(第一次判別手続)。そして、第一次判別手続でこれらの確認ができた場合、判別官は、第一次判別手続終了日から原則 6 週間以内に、特定物件が条件を満たすことを確認します(第二次判別手続)。

特定通信の内容が記載されたもの以外の文書等が含まれている場合、判別官は、事業者に対して、係る文書等の写しの提出等を求めます。そして、事業者による係る文書等の写しの提出が確認されると判別手続が終了します。

第二次判別手続が終了すると、判別官から事業者に対して、条件を満たすことが確認された特定物件が速やかに還付されます。条件を

満たすことが確認されなかった特定物件は、判別官から審査官に引き継がれます。

5. 具体的な対応

課徴金減免対象被疑行為の存在が発覚した場合は、外部の独立した弁護士に委任すると同時に、当該弁護士と遣り取りするメールアドレスを設定する必要があります。

その上で、特定物件を適切に保管することになります(事前準備)。事前準備は、公正取引委員会による立入調査開始前に行う必要があります。

判別手続の運用開始前に作成していた電子メール等は、①電子メールをエクスポートして別の電子ファイルを作成し、②ファイル名を特定物件であることが識別できる表示にした上で、③特定物件を保管する場所に保存し、④口頭及び文書で申し出るとともに概要文書で説明することで、適切な保管の要件を満たすことになります。

6. まとめ

判別手続は限定的なものであり、特定物件の要件を満たすと認められるかは個別具体的な事情によって異なります。しかし、特定の課徴金減免対象被疑行為が発覚した場合、判別手続の利用を考慮する価値はあると思われる。

ただ、日本の弁護士との遣り取りが前提となること、法務部門の責任者・従業員が弁護士と遣り取りする必要があること、報告書の公開を前提とする第三者委員会による調査では秘密性が失われる可能性があること等の問題があります。そのため、課徴金減免対象被疑行為が発覚した場合は、秘密性をもって調査し、独占禁止法に基づく法的見解を示すことができる弁護士に、早急にご相談頂くのが重要であると考えます。

[坂野 吉弘](#) シティユワ法律事務所 パートナー弁護士
yoshihiro.sakano@city-yuwa.com

2004 年弁護士登録。1997 年～2003 年株式会社東芝法務部勤務。2013 年ロンドン大学修士課程修了(LL.M. in Competition Law)、2013 年 Noerr LLP ミュンヘンオフィス研修、2020 年神戸大学大学院法学研究科博士課程後期課程法学政治学専攻(競争法)修了(博士(法学))。国際競争ネットワーク(ICN)公取委推薦非政府アドバイザー。企業法務全般、独禁法・競争法、コンプライアンス対応等担当。



⁸ 役員等が提出命令を受ける場合も、事業者は判別手続の利用を申し出ることができます。