



## 「改正独禁法の内容と実務上の問題」

～第2回 ACPF フォーラムから～ (3)

弁護士 幕田 英雄

ACPF メルマガ第4号からのつづきです

### 5 本改正のポイント3（運用） 弁護士・依頼者間秘匿特権に配慮した証拠物件の取扱い

#### （1）新しい減免制度の下で、事業者が弁護士に相談し助言を受けるニーズが高まること

スライド5

##### 弁護士依頼者秘匿特権(1)

会社側が弁護士と相談をする場面

内部通報 法務部等が調査方針等について相談

内部調査の結果を踏まえ 法務部等が対応方針等について相談

独禁法違反の疑いある場合 経営陣が減免申請の要否について相談  
(新しい課徴金減免制度)  
・違反でないといえる場合以外は、減免枠が存在するので、減免申請するのが得策といえる場合が多い。  
・違反でないこと明白なときは、減免申請しなくても、善管注意義務違反とされるリスクはないが、違反でない判断するには慎重な検討が必要。

減免申請後 公取委対応について相談

・有利な減免率の合意が得られるよう公取委と協議・交渉 するため

・有利な評価後減算が得られるよう、合意後、協力行為を実施し、公取委と交渉 のためにするた

め公取委担当官との協議交渉が一層重要。

11

新しい減免制度の下では、内部通報があった場合に、内部調査の進め方等についてアドバイスを受け、経営陣が減免申請をすべきかどうかの判断をする場合に、自社の行為がカルテル・談合に該当するかどうかについてアドバイスを受けるなど、弁護士から専門的助言を受けるニーズがこれまで以上に高まると考えられます。

このほか、この表にあげたように、減免申請後においても、特定割合の合意をする場合の特定割合の具体的な数値についての協議、上限及び下限についての合意をする場合の上限・下限の具体的な数値についての協議、合意後において提出した事実・資料等の実態解明への寄与度を踏まえた評価後割合の具体的な数値についての協議など、公取委との協議等への対応に関しても、弁護士からの専門的助言を求めるニーズは格段に高まると考えられます。

## (2) 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載されている物件の取扱い

公取委は、このようなニーズに対応し、新しい課徴金減免制度をより機能させるなどの観点から、新しい課徴金減免制度の施行に合わせ、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載されている物件につき、運用上の特別の取扱いをすることにしました（以下、この取扱いを「本取扱い」ということもあります）。

「運用上」の取扱いであるという意味は、本取扱いが、独禁法そのもので規定されているのではなく、独禁法に基づく公取委規則、ガイドライン（取扱指針）によって定められているということです。

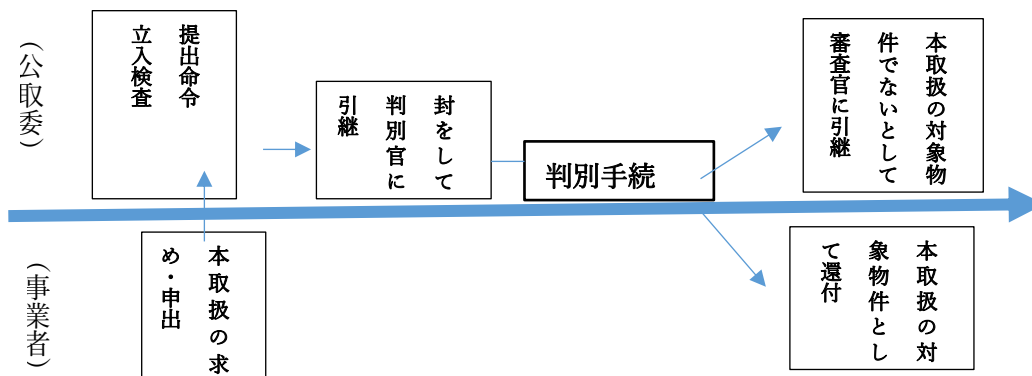
本取扱いの内容は、次のとおりです。

（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載されている物件の取扱い）

課徴金減免対象違反行為の疑いのある行為（「課徴金減免対象被疑行為」）に関する法的意見について、同行為をした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物件については、法47条第2項の提出命令を受けたときであっても、同通信の内容を記録した物件であって適切に保管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、審査官等がその内容に接することなく、留置の必要がなくなったものとして速やかに還付するという取扱いをする（審査規則23条の3第1項）

※「課徴金減免対象被疑行為」に関する法的意見について同行為をした事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信は、「特定通信」と定義される（審査規則23条の2第1項）。

## (3) 本取扱いのイメージ（図2）



公取委事務総局審査部門に所属する審査官が、不当な取引制限違反の疑いで、事業者方に立入検査を行い、証拠物件に対して提出命令を発したとき、事業者から本取扱いの求めがあった物件（文書）については、審査官は、事業者において適切な保管がなされているかなど一定の形式的確認をした上で、提出命令はかけるものの、当該物件の

中身を見ることなく封をした状態で、公取委事務総局の審査部門以外の部門に所属する判別官に渡され、判別手続に付されます。

判別手続では、判別官が、それらの物件が本取扱いの対象であるかどうかを確認し、本取扱いの対象であれば、速やかに還付します。本取扱いの対象外であれば、審査官の管理下に戻され、通常の証拠物件と同様の取扱いを受けることになります。

本取扱いによって、不当な取引制限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載した物件（文書）については、審査官がその物件（文書）の内容にアクセスしないこととなります。

#### （４）本取扱いの対象となる物件、ならない物件

これについては、いろいろ議論がりましたが、パブコメなどを経て 2020 年 6 月 25 日までに整理され、改正審査規則及びガイドライン（「取扱指針」）が確定し公表されました。整理されたところから従って、円滑に対応する必要があります。

本取扱いの対象となる物件として、ガイドラインに具体例として明記されたもの（取扱指針第 1 の 1）は次の物件です。

- |   |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"><li>① 事業者から弁護士への相談文書</li><li>② 弁護士から事業者への回答文書</li><li>③ 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</li><li>④ 弁護士が出席する社内会議でその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等</li></ul> |
|---|

他方、対象外文書等（不当な取引制限に関する法的意見について事業者と弁護士の間で秘密に行われた通信（特定通信）に当たらない内容が記録された文書等）として、ガイドラインに具体例として明記されている（取扱指針第 2 の 1（注 7）、第 4 の 2）のは、次の物件です。

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>①一次資料<br/>役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。</li><li>②事実調査資料<br/>課徴金減免対象被疑行為についての社内アンケート調査結果や， 役員等へのヒアリング記録等， 事実を主たる内容とする文書等</li><li>③他法令等に関する法的意見の内容を記載した文書等<br/>例えば、独禁法以外の法令の規定又は独禁法の課徴金減免対象被疑行為以外の規定に関する法的意見について， 事業者が弁護士に対して行った相談又はそれに対する当該弁護士が行った回答を記載したもの</li></ul> |
|--|

一次資料は、弁護士への相談前から存在する資料であり、これらは、本来的に、当局の調査において証拠とされるべきものと考えられており、本取扱いの対象になりません。

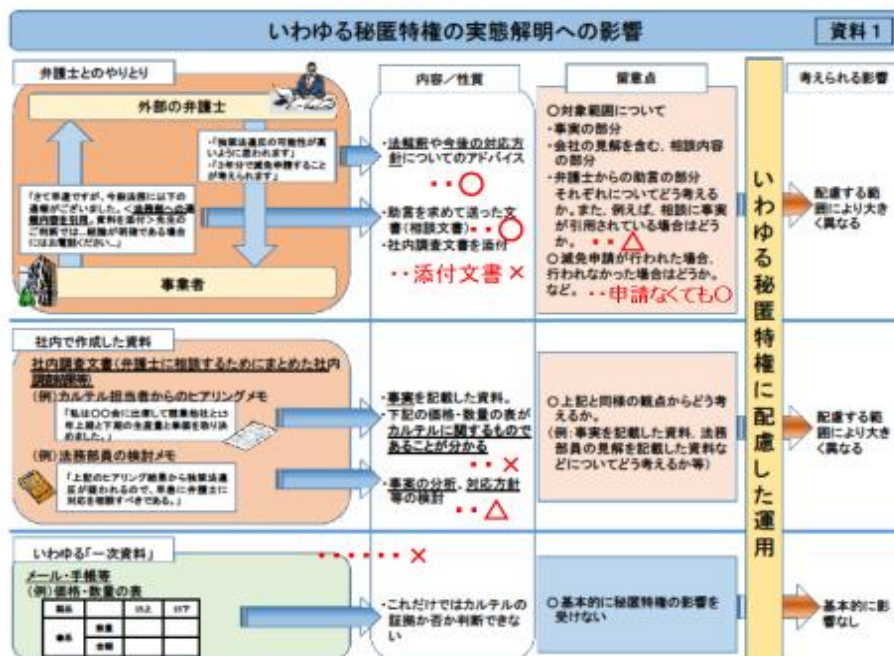
事実調査資料は、事実の報告を記載しているものであり、法的意見についての事業者と弁護士との間の通信の内容を記載したものには該当しないので本取扱いの対象とはなりません。本取扱いの制度設計を議論した段階では、事実調査資料のうち、弁護士相談の前提として行うものは対象にすべきではないかとの意見もありましたが、今回の制度設計としては、法的意見についての事業者と弁護士との間の秘密の通信の内容が記載された物件（文書等）に絞って対象にするものと整理されたものです。

ですから、事業者が弁護士に対して相談を行うために実施した社内アンケート調査結果や、弁護士が当該事業者に対して回答を行うために、弁護士の指導の下、事業者が実施した役員等へのヒアリング記録等であっても、本取扱いの対象にはなりません。

なお、物件に記載された内容が「特定通信」であり、本取扱いの対象となる物件であったとしても、当該物件が、課徴金減免対象違反行為を行うこと、これを行うことを容易にすること、又は検査を妨害することその他違法な行為を行うことに関する内容を記録したものであれば、本取扱いの適用はありません（審査規則 23 条の 3 第 1 項 3 号）。例えば、事業者が弁護士に、事業者の行為が不当な取引制限に該当するかどうかについて法的意見を求める相談メモを送付したという場合ですが、その相談メモに、公取委に発覚しないような証拠隠滅の方法について問う記載もあったような場合には、これに該当するリスクがあります。

スライド 6

独占禁止法研究会第14回配布資料(事務局作成)



このポンチ絵は、2017年3月の公取委で行われた独占禁止法研究会において、本取扱いについて議論された際に、事務局から配布されたものです。本講演で、私が、これに、赤字で書き加えたものをスライドにして、本取扱いの対象になるか問題になりそうな物件の取扱いについて説明しました。ガイドライン等では、私の講演での説明どおりに議論が整理されました。再確認してみましょう。なお、○は、本取扱いがされる場合、×は、本取扱いがされない場合という意味です。

まず、

- 弁護士から事業者への法解釈や今後の対応方針についてのアドバイスを記載した回答文書は○です。
- 事業者から弁護士に助言を求めて送付した相談文書内容を記載した相談文書も○です。
- しかし、相談前から存在し、違反を裏付ける証拠となるべき、いわゆる「一次資料」（違反当時における関係者間のメール、関係者の手帳の記載など）は、本取扱いの対象にはなりません（×です）。これが、弁護士との相談文書に含まれていても、一次資料部分は×となります。

これらは、講演当時でも答えは明白だったものです。

次に、

- 弁護士に相談するためにまとめた、カルテル担当者からのヒアリングメモは、事実の報告を記載したものであり、特定通信の内容を記録したものではないので対象にはなりません（×です）。これは、ガイドラインで整理されたものです。
- ヒアリングメモが、相談文書や回答文書に、添付されていたり、そのまま引用されている場合も×です。
- 弁護士に相談するためにとりまとめた検討メモはどうでしょうか。例えば、法務部員が、事案の分析、対応方針等の検討結果として、「ヒアリング結果から、独禁法違反が疑われるので早急に弁護士に対応を相談すべきである。」と記載した検討メモですが、相談文書と一体として弁護士に送付されるものであれば、「特定通信」（弁護士への相談）の内容を記載した文書として、本取扱いの対象になると考えられます（○です。）  
ただし、ヒアリング結果を添付してあったり、それを丸ごと引用している場合には、その添付・引用部分は対象外となります。
- 相談文書や回答文書に、弁護士からの法的意見についての回答、事業者からの相談の記載と一体不可分に事実報告の記載がされている場合。

このような場合について、公取委は、「本取扱い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も多いかといった形式的なことのみによって判断するのではなく、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」（2020年6月25日公表公取委「原案に対する意見の概要及びそれに対する考え方」意見 No.37～39 についての「考え方」とコメントしています。事例がある程度集積されれば、もっと明確な結論が示されるものと思います。

なお、本取扱いの対象になるかどうかの判断において、事業者が、結果的に課徴金減免申請をしたかどうかは無関係です。

#### (5) 物件についての適切保管要件

提出命令を受けた物件が、本取扱いを受けるためには、当該物件が、次のアないしウの要件をどれも満たしていることが必要です。適切な保管がなされていたことを要件としているわけです。

特にア又はイの要件が備わっていないときは、審査官から提出命令を受けた物件について、本取扱いを求めても、そもそも判別手続きにさえ回してもらえず、一般の証拠物件として取扱われ、物件の内容を知られてしまうこととなります。日ごろから、特定通信の内容を記載した物件が適切に保管されるよう十分に配慮しておくことが望まれます。

#### ア 表示に関する要件

物件の表面その他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の表示がされていることが必要です。例えば、①特定通信の内容を記録した文書等がまとめられて綴られたファイルの背表紙に「公取審査規則特定通信」と記載されている場合、②特定通信の内容を記録した文書の表紙に「公取審査規則第23条の2 第1項該当」と記載がある場合が、これに該当します（取扱指針第2の2）。

#### イ 保管場所に関する要件

物件が事業者として管理する特定の保管場所（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に限る）において保管され、当該物件を保管していた場所とそれ以外の物件を保管していた場所とが外観上区分されていたことが必要です。

例えば、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、また、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場合がこれに該当するとされています（取扱指針第2の2）。

特定通信を記載した文書が、経営上の必要から、経営陣に共有されている場合、法務部の専用キャビネットなどに保管されている当該文書は本取扱いの対象になっても、経営陣の机内に保管されている同文書については、本取扱いの対象にならず、一般の証拠物件として取り扱われるリスクがあります。

#### ウ 内容を知る者の範囲に関する要件

特定通信は、秘密に行われた通信を意味しますから、本取扱いを受けるには、物件の記載内容を知る者の範囲が、それを知るべき者（事業者を代表して弁護士に相談する職責にある者又はその職責にあった者等）に制限されていたことが必要となります。

例えば、特定通信の内容を記録した物件の内容を知る者の範囲が法務部門の役員

等に制限されていた場合は、この要件に該当します（取扱指針第2の2）。

弁護士との相談のための社内会議への社内出席者を制限し、同会議の会議録も紙で配布せず、法務部の専用ホルダーに保管することにしていても、同ホルダーのファイルを開覧できる者の範囲が、不必要に広い場合には、この「内容を知る者の範囲」の要件を満たさなくなるリスクがあります。

## （2）判別手続までに求められる対応

事業者が本取扱いを求めたことによって、審査官が袋に入れて封をして提出命令を行った（留め置き）物件（特定物件）については、本取扱いを求めた事業者は、原則として、提出命令を受けた日から2週間以内に、一定の事項を特定通信ごとに記載した文書（概要文書）を公取委（判別官及び審査官）に対して提出することとされました（審査規則第23条の2第2項、取扱指針第2の3（2））。

概要文書に記載すべき一定の事項とは、「ア 標題 イ 作成又は取得の日 ウ 特定通信をした者の氏名、所属していた組織・部署名、役職名 エ 共有した者の氏名、所属していた組織・部署名、役職名 オ 保管場所 カ 概要その他必要な事項（作成・取得の経緯、手紙、覚書、社内調査報告書、社内会議メモ等の特定物件の属性など）」とされています。

概要文書は、いわゆるログであり、判別手続においては、同ログの記載と、事業者が本取扱いによることを求め留め置かれた物件（特定物件）とを照らし合わせて、本取扱いを行う要件が満たされているかの確認を行うことが予定されています。例えば、本取扱いを求める必要がある物件の記載が、概要文書から漏れていれる場合ですが、概要文書の記載と留め置かれた物件とを照らし合わせ、概要文書の記載から漏れた物件は、本取扱いを受けられないことが想定されます。

事業者においては、早急に、適切な内容の概要文書を作成して提出することが必要です。

特定通信の内容を記録した物件については、いざというときにログを速やかに作成できるよう、例えば、平時から、概要文書に記載すべき一定の事項については、全対象物件に関して、もれなくリスト化し、アップデートしておくなど、その管理について工夫をすべきと思われます。

（了）

### 幕田英雄氏 略歴

1978－2012年 検事として34年間勤務  
新潟地検・宇都宮地検・千葉地検の検事正、  
最高検察庁刑事部長を歴任  
2012－2017年 公正取引委員会委員  
2017年～ 長島・大野・常松法律事務所顧問