

独占禁止法審査手続と「秘匿特権」

(Privilege In The Antimonopoly Enforcement)

加藤 正太

第1 公取委による秘匿特権認容の動き

平成30年9月3日付けの産経新聞において、公取委が弁護士と依頼者との間のやり取りの秘密を守る、いわゆる「秘匿特権」を規則に盛り込む形で認める方針であるとの報道がなされた。

本論考では、上記報道を理解する前提として、①秘匿特権についてこれまでどのような検討がなされてきたか、②なぜ独占禁止法(以下「独禁法」という。)審査手続の議論において秘匿特権が問題となったのか、③米国司法省(Department of Justice、以下「DOJ」という。)反トラスト局による捜査と秘匿特権の取扱い、④公取委が導入を検討している制度の内容と問題点について考察し、我が国における秘匿特権のこれからについて考える。

なお、以下では、便宜的に、米国における弁護士依頼者間秘匿特権(Attorney-Client Privilege)とワークプロダクト(Work Product)を合わせた広い概念を「秘匿特権」と呼ぶこととする。

第2 秘匿特権についてこれまでどのような検討がなされてきたか

1 内閣府における検討

審判手続が廃止された平成25年独禁法改正において、附則16条で「政府は、公正取引委員会が事件について必要な調査を行う手続について、我が国における他の行政手続との整合性を確保しつつ、事件関係人が十分な防御を行うことを確保する観点から検討を行い、この法律の公布後1年を目途に結論を得て、必要があると認めるときは、所要の

措置を講ずるものとする。」と規定され、これを受けて平成26年2月、内閣府に「独占禁止法審査手続についての懇談会」(以下「懇談会」という。)が設置され、秘匿特権を含めた独禁法の審査手続についての検討がなされた。

懇談会は、同年12月に「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」(以下「懇談会報告書」という。)を取りまとめ、秘匿特権について、「秘匿特権を導入することにより実態解明機能を阻害する懸念が払拭されたとはいえ」ないなどとして、「现阶段で秘匿特権を導入することは適当ではない」と結論付けた¹。

2 日本弁護士連合会における検討

また、日本弁護士連合会(以下「日弁連」という。)においても、平成26年1月に「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するワーキンググループ」が設置され、秘匿特権を含めた議論がなされた。

同ワーキンググループは平成28年12月に「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告」(以下「最終報告」という。)において、我が国に秘匿特権の制度が無いことにより、国際カルテルなど国際的な競争法執行の場面で、公取委に留置された弁護士と依頼者との秘密通信資料が米国や欧州委員会の執行当局に対して秘匿特権に基づく開示拒絶権を行使できなくなるといった懸念の解消や、リーニエンシー促進のためには、むしろ早期に弁護士に相談できる基盤として秘匿特権を付与することが望ましいとの意見を取りまとめ、この最終報告を受けて、日弁連は「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度の確立に関する基本提言」において、弁護

士と依頼者の間の通信について開示拒絶権等を認めるべきとする提言を行った。

3 公取委における検討

公取委は、平成28年2月から同29年3月まで、課徴金制度の在り方等について研究する「独占禁止法研究会」（以下「研究会」という。）を開催し、この研究会の中で、秘匿特権の導入が議論された。

研究会は、平成29年4月に「独占禁止法研究会報告書」（以下「研究会報告書」という。）を公表し、秘匿特権について、「我が国の現行法体系上秘匿特権を認める規定はなく、判例上もこれを認めたものがないため、秘匿特権を公正取引委員会の行政調査権限の行使に対抗するための事業者の防御権として位置づけて独占禁止法においてのみ法定することは、民事訴訟を含む他の法分野に与える影響が大きいことから、現時点では適当でない」として、現時点での法制化には慎重な態度を示し、「公正取引委員会は、前述したような独占禁止法違反被疑事件調査の特殊性に鑑み、運用において、新たな課徴金減免制度の利用に係る弁護士とその依頼者（事業者）との間のコミュニケーションに限定して、実態解明機能を損なわない範囲において、秘匿特権に配慮することが適当」として、調査手続きの運用において、課徴金減免制度の利用に係る通信秘密に限定して事実上秘匿特権に配慮する旨述べるに留まった。

これに対し、日弁連は「公正取引委員会「独占禁止法研究会報告書」のうち、「第3-14（新制度の下での手続き保障）」に対する意見書」（以下「意見書」という。）の中で、「事業者には、自らが相談する内容が法律に抵触するか否か分からない段階で（あるいは分からないからこそ）相談する必要性があり、また、仮に独占禁止法に関係がある相談内容であると認識したとしても、それが課徴金減免制度の対象であるか否か分からない段階で（あるいは分からないからこそ）相談する場面が十分にあり得る。法令遵守促進のための制度設計としては、そのような段階こそ弁護

士との相談を促すのが望ましいはずであるが、本報告書のように秘匿特権に限定を付けることによって、相談内容が将来保護されるか否かが分からないならば、安心して弁護士に相談することができず、相談を躊躇する事態が生じることが懸念される。さらに、課徴金減免制度の対象外の問題であると事業者が自ら判断してしまった場合にも、弁護士への相談を回避することを促す効果を持ちかねない。このような制度設計は、結局、法令遵守の機会を失わせることとなりかねない。」と批判している。

第3 なぜ独禁法審査手続の議論において秘匿特権が問題となったのか

1 行政調査による証拠収集

米国のディスカバリ制度のような証拠開示制度が存在しない我が国においては、通常の民事事件や刑事事件において、秘匿特権が問題となる場面はほとんどない。しかし、公取委による行政調査では、立入検査の際に広範な証拠収集が行われるため、弁護士と依頼者との間の秘密通信に関する文書を提出させられるリスクがある。このような場合に提出を拒否することができなければ、依頼者である企業が弁護士に対して全てを明らかにして開かれた相談をすることは難しいであろう。

この点について、現実に問題が発生した事例がある。公取委が審判に係る事件（JASAC事件）の事件記録の第三者による閲覧謄写を許可したことについて、JASACが同許可処分を求めた事件²では、一審である東京地裁は、弁護士が参加した会議の議事録及び弁護士作成のメモランダムについて、「弁護士・依頼者秘匿特権が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証されていると解すべき理由は見出し難い。」として弁護士依頼者間秘匿特権を否定し、公取委が独禁法70条の15第1項の文書開示を拒絶することに「正当な理由」が

ないとした判断は裁量権の逸脱・濫用には当たらないとして請求を棄却し、控訴審もこれを維持した。

このような事態が現実に発生している以上、弁護士と依頼者との開かれたコミュニケーションは困難であると言わざるを得ない。

2 海外当局による調査・摘発

近年、自動車部品や電子部品に関する国際カルテル事件で、DOJ や欧州委員会等海外当局によって日本企業が巨額の制裁金を課されたり、幹部が訴追されるケースが相次ぎ、大きなリスクとして認識され始めている。後述するように、米国等における弁護士依頼者間秘匿特権 (Attorney-Client Privilege) は、開示されると特権を放棄したものとして扱われる可能性がある。したがって、公取委の行政調査の際に弁護士と依頼者との秘密通信文書が提出されると、海外当局において、秘匿特権を放棄したものとして取り扱われ、開示を拒むことができなくなる可能性がある³。

第4 DOJによる捜査手続きと秘匿特権

1 DOJによる捜査

米国において、カルテルはシャーマン法1条で規制されており、同法の執行機関がDOJである。DOJによるカルテル調査は刑事手続として行われる。

DOJによる捜査においては、通常「サピーナ (subpoena)」という文書提出を命じる書面が被疑者等に対して送達される。サピーナを受けた会社は、提出する文書の範囲等についてDOJと交渉し、交渉の結果に基づき、弁護士による事件との関連性等についてのレビューを経た上で文書等を提出する(刑事手続におけるディスカバリ)。このレビューの際に、秘匿特権の対象となる文書については提出対象から外す。秘匿特権の対象と判断した文書については、送信者・受信者、送信日時、秘匿特権に該当する理由等を記載したプライバシーログ (privilege log) という一

覧を提出する。

また、DOJによる捜査が開始されると、通常、被疑会社はDOJと司法取引の交渉を開始する。司法取引がなされる場合には、通常、訴答合意書 (plea agreement) において文書等の提出義務が課される。この場合にも、秘匿特権の対象となる文書については、提出は求められないのが一般的である⁴。

2 米国における秘匿特権の対象と要件⁵

(1) 弁護士依頼者間秘匿特権 (Attorney-Client Privilege)

ア 目的

米国における弁護士依頼者間秘匿特権はコモンローを根拠とする。弁護士依頼者間秘匿特権の趣旨は、弁護士・依頼者間の通信を保護することによって、弁護士と依頼者が率直で開かれた話し合いをできるようにし、もって最も合理的な訴訟代理がなされることを促進することにある。

イ 要件

弁護士依頼者間秘匿特権が成立するには、以下の要件を満たすことが必要であるとされている。

- ① コミュニケーションであること (communication)
- ② 弁護士と依頼者の関係があること (between privileged person)
- ③ 秘密であること (in confidence)
- ④ 法的助言を求める目的であること (for the purpose of seeking, obtaining, or providing legal assistance)

(ア) コミュニケーションであること

弁護士依頼者間秘匿特権の保護の対象はコミュニケーションであり、弁護士自身が作成した、コミュニケーションを前提としない備忘や分析のためのメモなどは保護の対象とならない(もつとも、それが当該訴訟を予期してあるいは当該訴訟のために

作成されたものであるときは、後述するワークプロダクトとして保護される。)

(イ) 弁護士と依頼者の関係にあること

- a. 弁護士依頼者間秘匿特権は、弁護士だけでなく、弁護士の意思伝達者や弁護士の補助者とのコミュニケーションも保護の対象とする。社内弁護士も「弁護士」に該当するが、制度の異なる外国の法律専門職については判例の立場は明確でなく、日本の弁理士について弁護士依頼者間秘匿特権の適用を認めた判例がある⁶一方、フランスのпатентエージェントについて適用を否定した判例がある⁷。
- b. また、形式的に弁護士が関与しているだけで、そのコミュニケーションが弁護士依頼者間秘匿特権の対象となるわけではなく、EメールのCCに弁護士を加えただけでは弁護士依頼者間秘匿特権の対象となるとは限らないとした判例がある⁸。
- c. 依頼者が法人の場合には、役員や従業員等、どこまでが「依頼者」かが問題となる。この点、Upjohn 事件判決⁹は、企業の意思決定を行う権限を有する者のコミュニケーションか否かを基準とする「コントロール・グループ・テスト」を否定し、①弁護士とのコミュニケーションであったこと、②上司の指示に基づいたコミュニケーションであったこと、③法的助言に関するコミュニケーションであったこと、④従業員の業務の範囲内にある事項に関するコミュニケーションであったこと、⑤法的助言に関するコミュニケーションであることを従業員自身が認識していたこと等の事実を認定して、従業員による弁護士とのコミュニケーションが弁護士

依頼者間秘匿特権の対象となり得ることを示した。

(ウ) 秘密であること

弁護士依頼者間秘匿特権は、秘匿性に対する期待を保護するものであるから、秘密のコミュニケーションであることが必要である。この秘密性は、コミュニケーションがなされた時点で秘密であるだけでなく、当該コミュニケーションが将来も秘密であることを期待されていることが必要である。弁護士と依頼者の1対1のコミュニケーションではなく、共同依頼者とのコミュニケーションであっても、秘密性要件は満たされていると解されている。また、グループ会社間で、弁護士とのコミュニケーションの内容を共有する場合でも、当該グループ会社間で「共通利益 (common interest)」を有するのであれば、秘密性要件は満たされる。

(エ) 法的助言を求める目的であること

弁護士依頼者間秘匿特権の対象は、弁護士に対する法的助言を求める目的でなされたコミュニケーションであるので、単にビジネス上の助言を求めるものは対象とならない。社内規則、小切手、会社設立関係文書などの作成は、ビジネス上のものであり、法的助言を求めるものではないとして、弁護士依頼者間秘匿特権の対象とならないとした判例がある^{10 11}。

(2) ワークプロダクトの法理 (Work product doctrine)

弁護士依頼者間秘匿特権とは異なるが、開示を拒絶できるものとして、弁護士が当該訴訟を予期して、あるいは訴訟のために作成した文書 (ワークプロダクト) がある。ワークプロダクトの法理は、弁護士の訴訟準備活動を保護することを目的としたものであるから、当該訴訟と無関係なものは保護の対象

とはならない。

3 秘匿特権の放棄

(1) 弁護士依頼者間秘匿特権の放棄

弁護士依頼者間秘匿特権は依頼者の権利であるので、依頼者はこれを放棄することができる。そして、一般に、弁護士依頼者間秘匿特権が及ぶ者の範囲を超えて情報を開示した場合には、弁護士依頼者間秘匿特権を放棄したものとみなされる。これは、意図的に開示した場合のみでなく、意図せず不用意に開示した場合も含まれ得る。

意図せず開示してしまった場合でも、①不注意による開示であって、②秘匿特権を有する者がかかる開示を防ぐために合理的な措置を取っており、③その者がかかる開示の誤りを是正するために合理的な措置を迅速に取った場合には、弁護士依頼者間の放棄には該当しない (FRE¹²502 (b))。

弁護士依頼者間秘匿特権の放棄の効果は、原則として開示された当該コミュニケーションについてのみ及ぶとされるが、例外的に①意図的な放棄であって、②「同一の主題」に関するものであり、③「公平性」が認められる場合に限ってそれ以外のコミュニケーションにも及ぶとされる (FRE50 (a))。

(2) ワークプロダクトの放棄

ワークプロダクトは、弁護士と依頼者のいずれも放棄することができる。ワークプロダクトはもともと秘密性の要件がないので、第三者に開示しただけでは放棄とはみなされない。ワークプロダクトの放棄といえるためには、一般に、ワークプロダクトの開示が「対立当事者による情報収集の機会を実質的に増加させるもの」でなければならない。

第5 公取委が検討している制度の内容と問題点

1 制度の内容

公取委が導入を検討していると報道された制度は、立入検査の際に企業側が秘匿特権の対象であると主張した文書については、審

査官は当該文書をその場で封印して持ち帰り、審査に無関係な公取委職員が当該文書の秘匿特権該当性を判断するというものである。これは、前述の懇談会において榊原美紀弁護士と矢吹公敏弁護士から提案された内容に沿ったものであると思われる¹³。

2 制度の問題点

上記のような方法によってもある程度弁護士と依頼者との通信秘密の保護は図れると思われるが、以下の問題点がある。

第一に、秘匿特権の対象に該当するか否かの判断が公取委によって行われる点である。米国においては、DOJによる文書の差押えも無いではないが、前述のようにサピーナによる文書提出命令が一般的であり、被疑会社側がまず文書を精査して秘匿特権該当性を判断する。また、米国においては司法取引が一般化しており、多くの事件が司法取引によって終結しており、必ずしも実態解明ということに重きを置いていないように思われる。

これに対して、我が国においては、前述の懇談会報告書及び研究会報告書においても、「実態解明機能の阻害」の懸念が何度も言及されており、公取委内部において実態解明が強く意識されているものと思われる。このような現状において、調査と直接関係しない者が判断するとはいえ、公取委職員による秘匿特権該当性判断が適正なものとなるかは疑問が残る。また、審判制度を廃止した平成25年改正の趣旨にも反するもののように思われる。

第二に、人的リソースの問題がある。前述のとおり、米国では、司法取引によってDOJに対して電子メール等を提出する際、DOJとの間で交渉を行い、交渉によって決められたキーワードを当てて文書を検索し、法律事務所等が関連性及び秘匿特権該当性等をレビューして提出するが、このプロセスにおいて、大量の人員と費用を要する。秘匿特権は、弁護士との直接のコミュニケーションだけでなく、弁護士からの助言を社内の一部の者の間で共有した場合であっても、保護の対象と

なり得るものであり、受信者・発信者だけで判断できるものではない。秘匿特権に該当する文書を他の文書と明確に区別して保存している会社はほとんど無いであろうから、被疑会社としては立入調査の際にはほとんどの物件について秘匿特権該当性があると主張することになる可能性がある。公取委が導入を検討している制度が、紙媒体の文書のみでなく電子メール等の電子データも対象としているとすると、その量は膨大なものとなる。また、秘匿特権を判断するチームは事件の調査には関わっていない職員であるから、当該文書等が事件に関連性のあるものか否かについて判断することができず、ある程度あたりを付けた上で証拠となる可能性のあるものだけを精査するということができない。その結果、すべての文書等について秘匿特権の対象となるか否かを判断しなければならず、膨大な作業量となる。現在の公取委の人員でこの作業に対応するのは困難であると思われる。

第三に、公取委の秘匿特権該当性の判断について不服がある場合の不服申立制度をどのように設計するかが問題となる。公取委の判断に対して不服申立てをすることができないのであれば、制度の公正性への信頼を保つことはできない。第三者機関による不服審査制度は不可欠であろう。もっとも、不服申立てが認められたとしても、それ以前に事件を担当する審査官等に秘匿特権対象文書等が開示されてしまうと、不服申立ての意味がなくなってしまう。したがって、不服申立ての前提として、審査官等が開示する前に被疑会社に対して秘匿特権該当性の判断結果を開示する必要がある。そして、被疑会社側はその判断結果が相当か否かを判断した上、不服申立てをするか否かを判断することとなるであろう。このように、不服申立てまでを見据えた場合には、公取委、被疑会社ともに膨大な作業を要することになるものと思われる。

第6 我が国における秘匿特権のこれから

前述のとおり、米国においては、秘匿特権が司法取引やディスカバリと結びついて制度の中に組み込まれ、合理化・効率化されてきている。我が国においても日本版司法取引と呼ばれる協議・合意制度（刑事訴訟法 350 条の 2～350 条の 15）が導入されたが、独禁法違反事件に対する調査・処分は行政手続として行われており、刑事事件になるのは公取委による告発があった場合であるから、同制度の導入が独禁法違反事件に与える影響は現時点では大きくないと思われる。また、近い将来に我が国においてディスカバリ制度が導入されることは考え難い。このような状況下で米国や欧州における秘匿特権保障の制度のうちの一部を輸入することは、前述した問題以外にも予期せぬ問題を引き起こす可能性がある。

また、米国や欧州における巨額の制裁金や厳しい刑事罰に比べ、我が国における課徴金は原則としてカルテル行為実行期間の売上の 10% であり、刑事罰についても、これまで実刑を受けた者はいない。このように、我が国においては、独禁法違反に対するサンクションが必ずしも大きいとはいえず、そのような状況下で秘匿特権該当性判断のために被疑会社に過大な負担がかかることとなると、被疑会社の側に秘匿特権の放棄や司法取引のインセンティブを高め、結局秘匿特権が形骸化したり、実態解明から遠ざかる可能性がある。

とはいえ、我が国において秘匿特権が認められていないことにより、外国において秘匿特権を放棄したこととみなされる危険や、JASAC 事件のように秘匿特権の対象となり得る文書が開示されてしまう事案が発生していることも事実であり、秘匿特権の導入は急務であるといえる。

公取委が導入を検討している制度は、前述のとおり問題点を抱えているが、我が国の法制度の中に、大幅な法改正を経ずに秘匿特権を組み込むためにはやむを得ない手段であると思わ

れる。筆者は、同制度の導入に反対するものではないが、これをきっかけとして、秘匿特権の保障及びこれに伴う手続き等について、段階的

に大幅な法制度の改正を行う必要があると考
える。

¹ 審査手続見直しの動きについては、榊原美紀他『詳説 独占禁止法審査手続』3頁から8頁（弘文堂、2016年）が詳しい。

² 東京高判平成25年9月12日審決集60・2・167及び東京地判平成25年1月31日審決集60・2・170

³ 前掲榊原他、264頁～265頁。

⁴ DOJによる捜査手続については、植村幸也『米国反トラスト法実務講座』68頁～101頁（公正取引協会、2017年）が詳しい。

⁵ 米国における秘匿特権の内容について、土井悦生・田邊政裕『米国ディスカバリの法と実務』15頁～45頁（発明推進協会、2013年）が詳しい。

⁶ *Eisai Ltd. V. Dr.Reddy's Labs., Inc.*, 406F. Supp. 2d 341(S. D. N. Y. 2005).

⁷ *Bristol-Myers Squibb Co. v. Rhone-Poulenc Rore, Inc.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS. 4213(S. D. N. Y. 1998); 1999 U.S. Dist. LEXIS 5950(S. D. N. Y. 1999).

⁸ *Willnerd v. Sybase, Inc.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 135781, at 14 (D. Idaho Dec. 22, 2010)など。

⁹ *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383(1981).

¹⁰ 前掲植村131頁。

¹¹ *Montgomery v. Leftwich, Moore & Douglas*, 161 F. R. D, 224, 227 (D. D. C. 1995).

¹² Federal Rules of Evidence

¹³ 前掲榊原他 291頁。懇談会第11回（平成26年10月15日）資料2、資料2（1）、資料2（2）および資料3-2。