

課徴金制度の見直し等に係る意見募集に対して寄せられた意見

-目次-

第1	はじめに	2	10	賦課方式	85
第2	課徴金制度の見直し（総論）	11	(1)	義務的課徴金賦課制度	85
	1 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）	11	(2)	裾切り額	86
	(1) 硬直的な算定・賦課方式	11	11	行為類型による相違	86
	(2) 調査協力インセンティブの欠如	13	(1)	課徴金制度の対象となる違反行為	87
	(3) 国際標準制度からの乖離	15	(2)	私的独占	87
	2 課徴金制度の見直しの方向性（問題点を踏まえた対応策）	16	(3)	不公正な取引方法	88
第3	具体的な制度設計（各論）	28	12	課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係	90
	1 現行課徴金制度の法的位置づけ	28	(1)	課徴金と刑事罰との関係	90
	2 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲	31	(2)	課徴金と民事損害賠償金等との関係	91
	3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間	42	13	調査妨害行為に対するペナルティー	93
	(1) 算定期間の上限の見直しの必要性及び方向性	42	(1)	検査妨害等の罪（独占禁止法第94条及び第95条）	93
	(2) 算定期間の始期及び終期の見直しの必要性及び方向性	49	(2)	その他調査妨害行為の抑止に実効性のある制度	94
	4 課徴金の基本算定率	50	14	新制度の下での手続保障	95
	5 業種別算定率	52	(1)	総論	95
	6 中小企業算定率	55	(2)	事前手続	104
	7 課徴金の加減算	58	(3)	弁護士・依頼者間秘匿特権	107
	8 調査協力インセンティブを高める制度	61	(4)	供述聴取手続における防御権	159
	(1) 総論	61	15	制度全体でみた場合の体系的な検証	172
	(2) 調査協力インセンティブを高める制度の必要性及び方向性	64	(1)	課徴金額の水準の適正化	172
	(3) 調査妨害ディスインセンティブを高める制度の必要性及び方向性	79	(2)	課徴金制度の透明性・機動性の確保	174
	(4) 法運用の透明性・実効性及び予見可能性の確保の必要性及び方向性	81	(3)	全体検証の結果	175
9	和解制度	83			

※原則として、提出された各意見について独占禁止法研究会報告書の項目ごとに、原文のまま該当部分を抜粋し、提出者について五十音順に掲載。
 ※各意見・情報の末尾に提出者名を【 】で記載。

独占禁止法研究会 報告書の項目	寄せられた意見
第1 はじめに（第1に対する意見等のほか、総論、要旨等も記載）	
	<p>1. 課徴金制度見直しの全体の方向性に賛成する【青柳由香（横浜国立大学大学院国際社会科学研究院 准教授）】</p> <p>第1 「はじめに」</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 第1「はじめに」では、約40年における課徴金制度の運用において、近年適正に対応できていない場面も生じているため、制度の在り方について検討する必要があると述べられていますが、数次の改正による課徴金額の引上げと、とりわけ2005年の課徴金減免制度の導入及びその後の改正により、全体として、課徴金制度は適切に運用され、競争法上の問題解消、予防に大きな効果を上げています。そして、事業者から見れば違反行為の抑止効果も飛躍的に強大化し、違反行為に関与が疑われる場合の調査や減免申請といった実態解明の行動も飛躍的に向上しています。限界事例に対して現行法で対処できない不備があることは否定しませんが、その点に目を奪われて、これまで良好な効果を上げてきた課徴金制度の根幹を見直すことには慎重な検討が必要です。本研究会の議論には敬意を表する一方、（特に裁量型課徴金制度の導入による）公正取引委員会の摘発の増加に特化した議論が、全体として競争の促進に役に立つのかどうかという議論が十分になされているとは思われません。 ● 「はじめに」では、「事業者と公正取引委員会が協力して実態解明・事件処理を行う領域を拡大するものであり、事業者による自主的な内部調査を含めたコンプライアンスの推進にも資する」とあります。そのような協力関係による実態解明と問題の解消・予防が妥当する場面がありますが、一方で、公正取引委員会と事業者の見方が異なる事案もあり、その場合には利害関係が対立する場面もあります。研究会の会合の議論においては、世に存在する極端な場面（とりわけ違反行為を行っていることが明白であるにもかかわらず、それを不当に隠匿し、公正取引委員会の調査を妨害するような場面）に有効と考えられるような諸施策を、およそあらゆる事案に一般的に適用する議論がなされています。しかし、特殊な事案に有効な施策は、特殊でない事案において副作用（負の効果）を生じさせるリスクが高いです。それにもかかわらず、本研究会においては、そのようなより多くの特殊でない事案に対する負の効果について十分な議論がなされているとはいえません。したがって、一方では本報告書の問題意識や研究会の議論が問題点を詳らかにした功績については高く評価するものの、他方で、報告書の内容をそのまま立法化することには慎重であるべきと考えます。 ● このような問題意識は、論点整理における多くのパブリックコメントにおいても、研究会の議論においても、①現行制度の問題点を認識しつつも、それに直接対応する解決策を講じた上で、なお修正できない問題を明らかにした上で、裁量的課徴金が必須かどうかを検討すべきという意見や、②現行制度の問題点は裁量的課徴金によって解決されないという意見、③裁量的課徴金を導入するには同時に防御権の保障や濫用の防止について更なる対策を同時に施すべきであるという意見が多く出されていることから、多数の関係者に共有されているものです。 ● 「はじめに」で言及される協力関係による実態解明と問題の解消に関しては、公正取引委員会と事業者・代理人の信頼関係の構築が必須です。しかし、報告書の内容をつぶさに読めば、その目指すところは、公正取引委員会に対する信頼を基礎としない事業者の「服従」であり、これにより個別事案の審査において早期の開放と課徴金の減少を求めた「服従」は起こりえるものの、それと同等かそれ以上の「反発」と「不満」が予想されます。そのため、本報告書の内容が立法化された際にも、性質上必ず生じうるであろう不明確な領域、解釈を要する領域、法令・規則

でカバーされない領域において、相手を信頼して「自ら望んで行う真の協力」、違反行為について「真摯に検討・反省する動機付け」、「将来の違反行為の抑制」は実現しにくいと考えられます。

- 裁量や協力が実効性を持って機能するためには、公正取引委員会（実際にはその担当職員）と事業者及び代理人の信頼関係が不可欠です。然るに、本報告書は、特に各論において、事業者や代理人の不当性を一方的に強調しています。代理人による虚偽の供述の教唆等の不当な助言はもとより非難されるべきですが、一方で過度の供述偏重主義、自白偏重主義の実務の下で、審査官における威嚇や事実上の拘束といった行為が行われ、事業者や代理人からの不信感が醸成されてきたこともまた事実であり、裁量型の各種ペナルティが導入される場合には、例え従業員の供述を課徴金加重の要素としない場合にも、その懸念と不信感が一層増大します（苦情制度の利用が4件であったことが、担当職員の不当な行為がない、あるいは少ないことを意味するものではありません）。したがって、仮に裁量の下に課徴金額や協力・非協力の判断が左右される制度を導入する場合には、公正取引委員会の職員が裁量の名の下に本来許されざる行為を行わないために、担当職員の人員配置における考慮、担当職員への研修が徹底されることはもちろん、例えば万一許されざる行為を行った場合にはペナルティが課され、その事実を公表する等、公正取引委員会及びその担当職員、並びに事業者及び代理人のすべてが不当な行為を行わずに緊張感を持って事案の処理に当たり、真の信頼関係を形成できる環境を同時に整えることが不可欠だと考えます。
- 信頼関係の形成に関し、本研究会のヒアリングにおいても、会合における委員の意見においても、論点整理の際のパブリックコメントにおいても、研究会の当初の問題意識について、裁量型課徴金の制度の不存在から生じる問題ではないこと、現行法の枠組み（あるいはその微修正）の中でも対処できること、まずできることから対処し、真に不備がある問題をあぶり出した上で、それに対して必要な制度は何かを検討することが必要であること、の指摘がなされています。それにもかかわらず、本研究会の議論はそれらの指摘をほとんど検討しておらず、本報告書は、その点の緻密な分析なく、一足飛びに問題点から裁量型課徴金が必要との結論に至っています。上記のような建設的かつ合理的と思われる意見を言わば無視して、結論ありきの報告に持つて行く本研究会の姿勢に対し、研究会の会員である事業者・代理人のみならず、その議論や報告書を見た事業者・代理人のみが不信感を頂いていることを踏まえ、更なる慎重かつ緻密な議論を期待します。
- 事業者も代理人も、実態解明や事業者の行為と客観的に均衡の取れた適切なペナルティの賦課に対して異議を唱えているわけではありません。事業者・代理人が不満を覚えるのは、公正取引委員会が適切であると主張することについての納得感の欠如です。具体的には、客観的に適正なレベルのペナルティを超えるペナルティを賦課されること、重いペナルティのリスクを人質にとられた執拗な供述や報告、証拠提出その他の行為や迎合を迫られること（公正取引委員会の描くシナリオを肯定することを協力と取り扱われることを含みます）、可視性の無い裁量の名の下に、他の事業者や他の事例との公平感・納得感のない処分を受けることによる不信感を懸念しているのですから、裁量型課徴金や協力に対するインセンティブ・非協力に対するディスインセンティブを増加させる際には、そのような納得感を得られるための制度を「同時に」用意することが不可欠です。
- 翻って「裁量型」という文言の響きが公正取引委員会又は担当職員の主観による差異を生じさせるか、あるいはそれが許されるかのような印象を与える負の側面もあります。事前に基準を決めた運用を前提にする限り、高度の羈束裁量であるべきことを自戒を持って認識するために固定・変動の用語に倣って「変動型」あるいは「変動性」の課徴金と呼ぶことも検討に値するのではないかと思います。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

第1 意見の骨子

当会は、独占禁止法違反被疑事件における調査手続に関し、事前手続の拡充、依頼者と弁護士間の通信秘密保護制度、供述聴取制度の適正化などの適正手続の保障をしないまま、本報告書の提言する裁量型課徴金制度を導入することには問題があると考えます。また、これらの適正手続に関しては、公正取引委員会による運用によるのではなく、立法によって手続保障が整備されることを求める。【大阪弁護士会】

概要を見ただけなのであるが、よいのではないかと思われた。

特に調査妨害行為に対するペナルティーは望ましい制度であると思われた。【片峰建太郎】

独占禁止法は、資本主義の市場経済が健全で公正な競争状態を維持するために、独占的、協動的、あるいは競争方法として不公正な行動を防ぐことを目的とする大変重要な法律と認識しています。

独占禁止法違反行為によって生じる価格の引上げやサービスの低下等によって被害を受け、利益を侵害されるのは消費者です。また独占禁止法が強化され、公正取引委員会の執行機能が強化されることは、消費者にとっては品質や機能が良好な商品を適切な価格で多くの選択肢の中から購入できる市場環境が拡大することになります。このことは市場経済の健全な発展のために大変重要な点です。

その事を踏まえ、3点について意見を述べます。【神奈川県消費者団体連絡会】

全般に対して

現行制度は機械的な適用を重視したあまり硬直的なものとなっているという問題点の把握は至極もつともなものと思われる。四十年前の制度導入時期の初期設定のせいでその後の変化に対応できなくなった部分や、国際標準から乖離しているため国外事業者への執行力の点で問題が生じていることは報告書の指摘通りである。これらは、諸外国がグローバルな執行強化を進める中、我が国の競争政策を停滞させかねず、報告書の提言には早急に取り組むべき課題が多いと考える。【川濱昇（京都大学大学院法学研究科 教授）】

第1 はじめに

競争法フォーラムでは、公正取引委員会（以下「公取委」という。）において現行の課徴金制度の見直しの検討が開始され、とりわけ裁量型課徴金の導入を含む課徴金制度の在り方について研究する「独占禁止法研究会」が発足したことを受け、フォーラム内部に「裁量型課徴金制度研究会」を設け、平成28年5月31日から既に数回にわたり研究会を行い、平成28年8月31日には、独占禁止法研究会の同年7月13日付け「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見等の募集がなされたのに対応して、『課徴金制度の在り方に関する論点整理』に対する意見を公表した。

競争法フォーラムでは、その後、優越的地位の濫用に関する課徴金制度、単独行為に対する課徴金制度などについても研究の対象に含めるべく、「裁量型課徴金制度・確約制度に関する研究会」を設け、平成29年3月13日以降数回にわたり、国内外の競争法の実務経験を多数有する実務家の参加のもと、研究を続けてきたが、本年4月25日に「独占禁止法研究会報告書」（以下「報告書」という）が発表され、意見等の募集がなされたことから、同報告書の内容について検討し、今般これに対する意見を集約し、公表することとした。

本意見書においては、基本的に報告書の内容に沿って、その内容を分析して、重要と思われる点について意見を述べる形とした。

裁量制の導入の可否を含む課徴金制度の改正は、公取委の独占禁止法執行の目的、プライオリティーなど、独占禁止法執行の根幹にも関わる重大な問題であり、その具体的改正内容の如何によって、企業側が影響を受けるというだけでなく、独占禁止法執行の公平性、透明性、合理性に大きな変化をもたらし、今後の競争のあり方にも多大な影響を与えることが予想されることから、合理的かつ妥当な制度となるよう、本意見書の内容が来たるべき独占禁止法の改正に当たって十分に反映されることを強く望むものである。

（中略）

このように、報告書には、それ自体不十分・不適切である箇所や、今後の具体的な制度設計において不十分・不適切な理解に基づく作業を許容してしまいかねない部分が少なからず見受けられており、今後の議論において修正改善が強く求められる。【競争法フォーラム】

1. はじめに

経営法友会では、会員企業からメンバーを募り、平成28年3月23日に「独占禁止法研究会」を組成して、独占禁止法違反行為へのエンフォースメント体系の在り方について検討を行ってきた。当会「独占禁止法研究会」の目的は、我が国独占禁止法のあるべき姿を模索しつつ、平成28年2月23日から開催されてきた公正取引委員会「独占禁止法研究会」の検討内容について精密に検討し、必要な提言を行うことであった。その

過程で、学者、弁護士、マスコミ等の専門家との意見交換も重ねてきた。

その結果として得られた当会「独占禁止法研究会」の考え方にに基づき、当会は、平成29年4月25日に公表された公正取引委員会「独占禁止法研究会」の同日付「独占禁止法研究会報告書」（以下「報告書」という。）の内容について、後記のとおり、意見をとりまとめた。

当会の目指すところは、上記のとおり我が国独占禁止法のあるべき姿であり、報告書に対するコメントだけではない。そのことから、意見のとりまとめにあたっては、近時に想定される法改正には織り込まれないであろう論点も含め、将来のあるべき方向性を述べ、そのうえで今後の具体的な法改正に関わる意見も述べるよう努めた。

当会の意見が少しでも立法過程及びそれに伴う制度実現過程で参考とされれば、当会にとっては望外の喜びである。

2. 検討の方向性

なぜこの時期に公正取引委員会がエンフォースメント体系の見直しを企図したか不明であるが、恐らく、その背景として、国際カルテルに関して、「日本は、リエンシーの実施先として、優先順位が低い国である。」との認識が各国の事業者に広まりつつあることを懸念しているものと思われる。その認識は実情を踏まえた一定程度正しい認識であるとも考えられ、公正取引委員会としても対応が必要となろう。

そもそも、我が国独占禁止法は世界でもかなり早い時期に制定されたが、そのことの裏返しとして、時の経過とともに体系自体の整理が必要な時期に来ている。「不公正な取引方法」の整理等の課題もあるが、我が国独占禁止法のエンフォースメント体系についての課題は次の諸点であり、我が国独占禁止法は諸外国との比較においても明らかに問題のある法制度である。

- ① 刑事罰と課徴金とが両立している基本構造のゆがみ
- ② (①の結果として) 様々な調査手続等が乱立・錯綜していることによる複雑さ
- ③ 調査の実施における適正手続の未成熟、及び人権への配慮不足
- ④ 弁護士秘匿特権の不存在による国際競争上の日本企業の劣位性

課徴金額は政策的に決めるべきことであり、特に外国企業が日本の課徴金額が低いことを理由に日本でカルテルを行っているような事例が多く発生した場合、課徴金額の見直しは必要に応じて行えばよいことである。しかしながら、上記①～④の課題については、早期に解決しておかねば、法制度として不完全であるが故の様々な不都合が解決できない。特に③及び④は国会等において課題とされ、行政庁に対し検討が要請された事項であり、公正取引委員会「独占禁止法研究会」における検討・解決が期待された。

結論として、公正取引委員会「独占禁止法研究会」における検討の結果である今般の報告書は、

- ①：未着手
- ②：ほぼ未着手
- ③：ほぼ未着手
- ④：ほぼ未着手

という大変残念な内容であり、抜本的な再検討を求めたいところである。

しかしながら、今後、報告書を参照し、立法活動・制度実現活動が行われていくことも想定されることから、せめてどのような具体的対応を行えば望ましい独占禁止法エンフォースメント体系に近づくことができるか、ということを具体的に述べることとする。【経営法友会】

はじめに

公正取引委員会は、2016年7月13日、「課徴金制度の在り方に関する論点整理」を公表したが、これに対し、経済同友会は、同年8月31日に「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見（パブリック・コメント）を公正取引委員会に提出した。

本意見は、公正取引委員会が上記論点整理を経て本年4月25日に公表した「独占禁止法研究会報告書」（以下「報告書」という。）に対する意見（パブリック・コメント）である。

独占禁止法に対する経済同友会の考えは、企業は公正なルールを遵守しながら事業活動を行い、市場における自由で健全な競争の促進を目指すというものである。したがって、まずは企業自身が価格カルテル等の独占禁止法違反行為をしないように実効性のあるコンプライアンス態勢を整備することが前提となる。

こうした認識のもと、上記論点整理や報告書で示されている裁量型課徴金制度¹等について検討した結果、その導入の必要性が明確ではないことも含めて問題点が散見されるため、以下のとおり意見を表明する。

なお、本意見は、前述の「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見（パブリック・コメント）を踏襲している。

<脚注>

1 報告書では「一層進展する事業者の経済活動や企業形態のグローバル化・多様化・複雑化や、経済・社会環境の不断の変化に対応するためには、また、事業者調査協力インセンティブを与えるためには、法定された客観的な算定・賦課方式に従って一律かつ画一的に課徴金を算定・賦課する硬直的な課徴金制度を見直し、課徴金制度に一定の柔軟性を認めることが適当である。」（4頁）と述べられており、「一定の範囲で公正取引委員会がその専門的知見により事案に応じて個別に課徴金の算定・賦課の内容を決定する裁量を認める制度」（同頁）、いわゆる裁量型課徴金制度の導入が検討されている。

【公益社団法人 経済同友会】

2. 本意見の要旨

本意見は、世界中の主要な法域での経験とベストプラクティスを念頭において、本報告書の特定の段落又は項目に対し、コメント又は提言するものである。特に、当部会は、公取委が課徴金制度の透明性と法的安定性並びに調査の過程における防御権を高めることを目的として、下記コメントをご検討いただきたいと考えている。

当部会は、本報告書において提案されている変更のほとんどが、2016年8月に提出した「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する当部会の意見に沿うものであり、歓迎すべきものと考えている。中でも、リニエンス申請者数の限定を撤廃、当局への協力の見返りとしての課徴金減額及び課徴金算定期間の延長は、我々の主要な提言であった。本報告書は、これらの当部会の提言を取り入れたものであり、感謝の意を表す。

しかしながら、競争当局は、エンフォースメントの実効性と適正手続保障のための当事者の十分な防御権とのバランスを適切に取る必要がある。提案されている変更は、公取委の調査権限を非常に高めるものである。当部会は、公取委は、米国やEUといった主要法域で認められている弁護士と依頼者間の秘匿特権（以下、秘匿特権という。）を高く評価すべきであると考えている。日本国外での我々の経験上、当部会としては、米国とEUにおける秘匿特権は、競争当局の調査権限を妨害しているとは思わない。なぜならば、競争当局は、法的アドバイスに適用される秘匿特権に関わらず、事案の背景事実に基づく証拠に接することは可能であるからである。反対に、秘匿特権は、弁護士と当事者間の率直で正直なコミュニケーションを可能にし、調査の過程における関連当事者の協力を促すものである。

さらに、当部会は、公取委は、関連当事者が課徴金を支払うことができない場合の課徴金の減額を認めることや、弁護士の同席といった防御権に配慮すべきであると考えている。繰り返しになるが、公取委の調査権限が増強されるのであれば、その分防御権も手厚くすべきである。そもそも、十分な法定の適正手続がなければ、当事者は、当局への協力を思いとどまることになるであろう。当部会は、本意見における我々の提言が、公取

委の調査能力を全体的に高める結果になると信じている。**【国際法曹協会独占禁止法委員会】**

独占禁止法における課徴金制度の実効性強化を求めます

消費者利益の確保を目的に掲げる独占禁止法は、消費者問題において最も基本となる重要な法律です。主婦連合会はその活動の歴史の中で折に触れて独占禁止法の強化を訴えてきました。

独占禁止法違反行為を抑止するための課徴金制度が、社会の変化、多様化、複雑化に対応できず、違反行為に対して適正な課徴金額を算定・賦課できない現状は、消費者にとって看過できない深刻な事態です。

公正で健全な市場による消費者利益の確保を求める観点から、「課徴金制度の在り方をまとめた独占禁止法研究会報告書」について、以下のとおり意見を述べます。**【主婦連合会】**

【基本的考え方】

- 本報告書で示されている新たな課徴金制度は、現行課徴金制度の趣旨・性格を変えるものではないとされているが、全体的に課徴金額の水準を引き上げるものであり、加えて、課徴金の算定期間の上限を撤廃すること等により、その上限額はこれまでに比べて大幅に高くなるものと考えられる。
- したがって、報告書の中でも指摘されているように、新たな課徴金制度は、行政の恣意が実体要件と手続により排除されること等の原則を十分に満たす必要がある。
- 新たな課徴金制度では、可能な限り法令等の規定により要件等の明確化を図り、公正取引委員会の裁量を限定する方針であると理解するが、それでも現行制度に比べれば大幅に行政の裁量権を拡大するものであり、裁量権の濫用のおそれ、事業者への予見可能性減少のおそれの観点から、大きな問題を内包し得るものである。**【一般社団法人 新経済連盟】**

独占禁止法は、市場における公正で自由な競争を促進することにより、一般消費者の利益の確保と経済の健全な発達を促進する重要な法律です。独占禁止法違反行為によって生じる価格の引上げやサービスの低下等によって被害を受けるのは消費者・国民です。独占禁止法違反行為は、消費者・国民の利益を侵害するものであり、消費者に知られないまま、消費者の財産や税金が不当に支出させられることとなります。

他方、独占禁止法が強化され、公正取引委員会の執行機能が強化されれば、消費者が高品質・高機能の良い商品を、より安い価格で、より多くの選択肢の中から買うことができる市場環境が拡大します。独占禁止法改正を進めるに当たり、消費者の利益の確保と経済の健全な発達を求める立場から、以下の意見を申し述べます。**【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】**

本協会は、全国の自治体等の消費生活相談窓口で消費生活相談業務等に従事する消費生活相談員を主な構成員とする公益社団法人です。本協会は、消費者の利益を守り経済の健全な発達を促進することを目的とする独占禁止法の制度見直しに関して、法を所管する公正取引委員会の執行機能を強化することに基本的に賛同し、以下のように意見を申し述べます。**【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】**

1. 課徴金制度の見直し（総論）

事業者と公正取引委員会とが互いに協力して事件処理を進めていく方向性については、供述聴取への依存を極力減らしていくことが望ましい。課徴金減免制度の見直しによって、事業者と公正取引委員会とが協調的に実態解明を行う手続となることを強く期待する。他方、このたびの課徴金制度の見直しは、中小企業にとって費用負担を増大させることが推測される。事業者と公正取引委員会との協調は、事業者が自主的に提出した書面による証拠が中心となる。人手不足が深刻化し、社会保障費を含めた人件費が上昇する中、新たな部署の整備や社内コンプライアンス体制の構築が必要となってくる。中小企業は一般に、文書による管理能力に乏しい場合が多く、提出が遅れがちとなる小規模事業者には、減免制度の円滑な利用に支障が生じることも考えられる。同制度が、調査に協力するとの意思を有しながらも、実質的に機能しない、又は却って大企業に比較して不利に働き、格差拡大を助長するようなことになってはならない。法改正はもとより、調査協力行為・調査妨害行為の範囲及び減算率の決定方法を明らかにするガイドライン等の策定に当たっては、経営資源に乏しい中小企業者の実態に応じた制度設計を強く求める。**【全国中小企業団体中央会】**

I. はじめに

全米法曹協会の反トラスト法部会及び国際法部会（以下、併せて「両部会」という）は、2017年4月25日に公正取引委員会（以下「公取委」という）によって公表された、独占禁止法（以下「独禁法」という）に基づく課徴金制度に考えられる見直し事項の概要を示した独占禁止法研究会報告書（概要）（以下「報告概要」という）の英訳版¹に基づいて以下のコメントを提出する。

両部会は、公取委が、独禁法違反に対する課徴金制度について、改善案や修正案を継続的に検討していることに関し、敬意を表する。両部会は、過去に課徴金制度の改定案についてコメントしており²、提案のいくつかが報告概要に反映されていることに感謝する。我々は、本コメントが、公取委による、独禁法違反、とりわけ価格合意及び入札談合に対する、透明、公正かつ効果的な課徴金の賦課という重要な目標を実現することに資することを願って、ここに追加的なコメントを提出する。両部会及びその構成員は、課徴金ないし罰金に関する手続き及びその賦課について、米国及び各国において、十分な実務経験を有しており、公取委との間で我々の経験及び見方を共有することができることに感謝している。

II. エグゼクティブサマリー

両部会は、課徴金制度の改定が必要であると認識されていることを評価し、公取委に課徴金を課すに際しての裁量を与えること、及び課徴金の軽減のための門戸を広げることを支持していることを再度表明する。両部会は、研究会がガイドラインの策定を奨励していることを評価するとともに、当該ガイドラインは明確であるべきであると勧告する。両部会は、どの程度の協力により課徴金の減額を正当化されるのかについて明確なガイドラインが設けられるべきであることをここに謹んで要請する。

両部会は、課徴金制度が、犯罪者の不正行為が見出され、処罰される確率を考慮し、不当利得の金額よりも大きな金銭的処罰を科すことによって抑止力を達成するように設計されるべきであるという原則が採択されたことを評価している。しかし、両部会は課徴金がハードコアカルテル行為（例えば、価格固定、市場分割、入札談合）のみに対して適切であり、独禁法の他の違反類型には不適切である可能性があることと謹んで申し述べる。カルテル以外の違反に対して課徴金が課される場合、そのような課徴金は、違反の競争効果に関する徹底的な分析と、その違反が引き起こした競争上の現実の弊害の定量化に基づいて行われるべきである。

両部会は、業種別の算定率を廃止するという提案に賛意を示し、中小企業算定率も廃止すべきことを勧告する。また、繰り返し違反者及び主導的役割を果たした者に対して高い課徴金を課するという提案を評価する。両部会は、コンプライアンス制度の整備と支払能力を軽減事由として考慮することをここに謹んで提案する。両部会は、「小規模」カルテルを課徴金の対象から除外するための競争法上の理論的な根拠に関する認識を有しない。

両部会は、追加的な課徴金がどのような状況において課されるかに関して明確なガイドラインがあり、司法審査が認められている場合に限り、公取委に対し、調査対象による妨害行為について、既存の罰則を超えた制裁を課す権限を与えるという考え方を支持する。

両部会は、手続上の保障措置は、当局の「事実発見能力」について、これを損なうのではなく、受け入れるにせよ拒絶するにせよ、公取委が、当事者によって提示される意見を考慮することを可能にすることで、これを拡張することになると、引き続き強く主張する。両部会は、独禁法の執行にかかる仕組みの各側面において、世界各国における競争法の執行制度において広く受け入れられているベストプラクティスを組み込むことを通じ、公取委の調査の対象となる当事者に対する手続上の保障措置を組み込むべきであることをここに謹んで勧告する。さらに、両部会は、適切な手続上の保障措置が確保されている場合にのみ効果的な執行が実現されることをここに謹んで申し述べる。

両部会は、引続き、弁護士依頼者間秘匿特権を採用するよう、ここに謹んで要請する。両部会は、弁護士依頼者間秘匿特権は現実には執行機関による事実面での調査を実質的に妨げることはないと考えている。両部会は、弁護士依頼者間コミュニケーションの範囲に関する問題については、

すべからず、公取委ではなく、裁判所のような第三者によって判断されるべきであるとここに謹んで申し述べる。両部会は、引き続き、公平性の問題として、公取委に対する完全で正確な情報の提供を可能にするために、そして国際的な適正手続の基準に合致するために、弁護士が尋問または面接の際に立ち入ることができるようにすべきである旨をここに謹んで申し上げる。調査の対象となっている法人や個人の適正手続に関する保障が十分認識されているのであれば、迅速で効率的で公正な仕組みは、妨げられるのではなく、むしろ強化されるのである。

以下では、レビューの便宜のため、報告概要のトピック見出しに対応するように本コメントを整理している。

<脚注>

- 1 両部会は、2017年6月初旬に公表されたと推測される独占禁止法研究会報告書（以下「報告書」という）自体の英訳も入手した。しかし、報告概要が報告書の主要な部分に触れていること、及び時間的な制約より、両部会は、報告書のすべての面についてコメントを示すに至っていない。本コメントは、個別に報告書の該当箇所を示す場合を除き、報告概要を引用している。
- 2 両部会は2016年にパブリックコメントに付された、独占禁止法研究会（以下「研究会」という）が発表した「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に関するコメント（以下「2016年コメント」という）を提出した。2016年コメントは「競争法事案における課徴金の利用についての一般原則」についての議論、「弁護士依頼者秘匿特権及び供述録取における弁護士の同席」を含む「適正手続」についての議論も含まれた。また、両部会は2014年に内閣府が発行した「独占禁止法審査手続に関する論点整理」において公取委から提起された論点に関し、弁護士依頼者秘匿特権に関するコメント（以下「2014年コメント」という）も提出している。2016年コメントと2014年コメントについては、いずれも参照の便宜のために本コメントに添付する。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

総論

現行の硬直的な課徴金制度をより柔軟なものに改めるとの基本趣旨には賛成する。【滝川敏明（関西大学法学部 教授）】

独占禁止法は公正で自由な競争を促進し、健全な市場経済には欠かせない重要な法律です。特に独占禁止法により消費者は高品質・高機能の良い商品、より安い価格で、より多くの選択肢の中から買うことができます。消費者の利益の確保と経済の健全な発達を求める立場から、以下の意見を申し述べます。【土田あつ子】

1. 報告書全般について

研究会においては詳細かつ充実した議論が行われ、その結果全体として適切な内容となったと考える。以下個別の論点について述べる。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

1 課徴金制度の見直しについて

(1) 総論

今回の課徴金制度の見直しにあたって最も重要なのは、法執行・運用に関する予見可能性、透明性、公平性等の確保である。とりわけ、公正取引委員会（以下、公取委）の裁量を限定的に認める部分については、事前に具体的かつ明確な運用基準を策定・公表することが必須である。

今回、課徴金減免制度の見直しにより事業者の調査協力インセンティブを高め、事業者と公取委とが協力して事件処理を行う領域の拡大を目指すことについては、評価したい。企業においては、日々独占禁止法コンプライアンスの推進・徹底に取り組んでいるところである。万一、違反行為の疑いがある行為を発見した場合には、自主的に社内調査を進め、公取委と協力して効率的・効果的に実態解明がなされることが求められる。これを後押しし、違反行為の早期発見・是正による公正かつ自由な競争環境の維持に資するよう、手続保障も含め制度全体を設計・運用すべきである。

また、公取委による国内の違反企業への執行と海外の違反企業への執行間において不均衡が生じていた国際市場分割カルテルについて、制度的な手当てを行う方向性が明示されたことについても、評価したい。今後、わが国市場に反競争的な影響を与えた海外の違反事業者に対しても、適切な執行が行われることを期待する。【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争部会】

公正で自由な競争が促進され、市場メカニズムが正しく機能することは経済成長の大前提であり、カルテル、私的独占、不公正な取引方法は厳

しく排除されなければならない。規制緩和が進む中、競争政策はさらに重要性を増しており、独占禁止法の的確な執行を望む一方、企業経営の影響を予見できる調査プロセスの透明性も高めるべきと考える。

このような中、談合やカルテル、優越的地位の濫用などの行為は、中小企業をはじめとする取引先に不当な損害を与えることになるため、厳格に処分されなければならないことは当然である。

また、制度の改正にあたっては、企業によるコンプライアンスの遵守や企業統治の一層の推進など、違反の未然防止を促す観点も重要である。企業自身も、社内体制の整備、専門家との相談、わが国や諸外国の競争政策に関する従業員教育などの努力が求められるが、これらの取り組みには人材の確保・育成などにコスト負担が発生することから、二の足を踏む企業も少なくない。このため、企業の自主的な取り組みを後押しする支援策の更なる充実が望まれる。

課徴金制度の在り方については、すでに平成16年6月25日付の日本商工会議所「『独占禁止法改正(案)の概要』に対する意見」において、「刑事罰併科制度を維持するのであれば、違反事業者の個々の不当利得を算定し、その範囲内で、違反行為の悪質性、重大性、有責性等、個別具体的な事情を考慮して裁量によって課徴金を決定すべきである。」と表明した経緯があるが、現在も基本的な認識は概ね変わっていない。

最近の国際的な潮流等を踏まえつつも、わが国の競争政策が、個別案件の調査も含め公正取引委員会の行政権限により実施されている一方で、米国の反トラスト法、EUの競争法などでは、司法による捜査・調査が行われる点などにおいて根本的な違いがあり、単純な比較が難しいことは踏まえる必要がある。その上で、課徴金制度の在り方の検討にあたり、以下の点について意見を申し述べる。**【日本商工会議所、東京商工会議所】**

第1 意見の趣旨

本報告書は、裁量型課徴金制度下での手続保障について、①事前手続については、現行の意見聴取手続を見直す必要はないとし、②弁護士と依頼者の間のコミュニケーションについて依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができるいわゆる「秘匿特権」については、新たな課徴金減免制度の利用に係るものに限定して、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、運用において秘匿特権に配慮することが適当であるとするとともに、③供述録取手続における防御権については、拡充の必要がないとするが、以下のとおり、いずれも不適切・不十分である。

- 1 事前手続については、証拠・供述調書の閲覧・謄写の範囲の拡大、意見聴取官の報告書の作成義務付け、全陳述記載の義務付け等見直しを行うべきである。
- 2 秘匿特権（依頼者と弁護士との間の通信秘密保護制度）については、単に運用において配慮するだけでは不十分であり、開示拒絶権の範囲に入るかどうかの判断手続を併せて導入することを前提とし、新制度の利用に係るものに限定せず、独占禁止法調査手続全般について法的根拠に基づく制度によって明確化すべきである。
- 3 供述録取手続については、弁護士の立会権を明確化すべきである。

本報告書を出発点とした新制度の制度設計に当たっては、これらを踏まえた手続保障整備を併せて検討し、新制度とともに実現することを求める。**【日本弁護士連合会】**

「独禁法研究会」報告書（以下、「研究会報告書」という。）の提言内容に基本的に賛成である。**【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】**

1. 目的・基本的方向

独占禁止法研究会報告書（以下、「報告書」と略記）において提案されている、調査協力のインセンティブを確保すること等を目的として、事業者の調査協力の度合いに応じた課徴金を減算する等の、裁量型課徴金制度の導入に賛成する。

現行法における、一律かつ画一的な現行課徴金制度の問題点は、以前から多くの学説が指摘してきたことであり、より柔軟な算定方式に変え、より合理的な制度設計が求められていると考えられる。すなわち、より公平な制裁、違反の実態に見合った課徴金、証拠が出にくいことが理由で違反と難しい行為も、事業者・従業員等の協力を得て違反とすることを可能にすること、を目的とすべきである。**【舟田正之（立教大学 名誉教授）、土田和博（早稲田大学法学学術院 教授）、山部俊文（一橋大学法学研究科 教授）、金井貴嗣（中央大学法科大学院 教授）】**

当事務所は、EU競争法の実務に精通した立場から、これまで貴委員会にパブリック・コメントを提出してきたが、今回公表された独占禁止法

研究会報告書（以下「報告書」という。）の提言に関しては、EU競争法の運用に照らしいくつかコメントはあるものの、基本的には妥当な内容と考えており、この提言に沿って独禁法改正を行うことを支持する。

本意見書では、報告書に沿って、独禁法を改正する際に提起され得る法律論を中心に、かつ、法改正に当たりEU競争法の運用経験に照らして考慮すべき点につき、意見を述べる。【フレッシュフィールドズブルックハウスデリンガー法律事務所】

第2 課徴金制度の見直し（総論）

1 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）

（1）硬直的な算定・賦課方式

2 「1 硬直的な算定・賦課方式」（2頁）において、「違反行為の抑止という課徴金制度に照らして適正な課徴金の額を事案に応じて算定・賦課することができない欠陥がある。」としている。

「欠陥」というと課徴金制度導入時において課徴金制度それ自体に「欠陥」があったと理解される。そうではなく、長い時を経て、経済・社会状況の変転、課徴金を賦課する違反行為の範囲の拡大等により、現行制度が適切に対応できなくなった事案がみられるので、課徴金の賦課の在り方を検討するというような表現に改めるべきである。

同様の表現は13頁下から2行目でも見られる。

3 2頁12行目以下に本報告書における課徴金制度のいわゆる「欠陥」を備えている事案が摘示されているが、そのうち、実際の運用例と想定例(②, ⑤)があるのでないか。それを区別されたい。立法事実としてのウエイトが異なる。【厚谷襄児（北海道大学 名誉教授, 日比谷総合法律事務所 弁護士）】

第2, 1 (1) 硬直的な算定・賦課方式

● 論点整理における多くのコメントにもあるとおり、列挙された問題は硬直的な算定・賦課方式によるものではなく、現行法の下でも対処できるものがほとんどであって、見直しの根拠として説得力に欠けます。この点に対して、本研究会、報告書は明確な回答を提供しているようには思われません。しかも、列挙された事例は極めて例外的な事案であり、そのために制度を直せば、現行法で問題なく対処できている事案に対して不要の問題を生じさせることとなります。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

2. 現行課徴金制度の問題点・見直しの留意点・手順について（報告書第2, 1「課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）」）

（1）裁量型課徴金制度の導入の必要性や立法事実を明確に

報告書では、現行の課徴金制度の問題点として「硬直的な算定・賦課方式」であることを指摘し、「適正な課徴金の額を事案に応じて算定・賦課することができないという欠陥がある」（2頁）として、いくつかの事案を列挙し、現行課徴金制度の見直しおよび裁量型課徴金制度の導入を検討している。

しかし、後述する手続保障が不十分であることや、当局の運用に対する懸念を解消せずに、なぜ裁量型課徴金制度の導入が必要なのかという本質的な理由が依然として明確でない。したがって、経済的な分析を推進している公正取引委員会は、このような裁量型課徴金制度の導入の根拠となる「経済分析・数理的分析」をふまえて目的と手段の合理性に対する立法事実を示すべきである。【公益社団法人 経済同友会】

第2 報告書「第2 課徴金制度の見直し（総論）」について

1 「1 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）」（報告書2p）について

(1) 硬直的な算定・賦課方式（1（1））について

現行の課徴金制度を見直すこと自体については、その必要性について十分な吟味がなされ、かつ、見直し後の制度において、課徴金を課された事業者がその内容に不服がある場合に争うことが可能とされるのであれば、合理性を有すると考える。

しかし、報告書が、課徴金納付命令の内容に不合理・不平等な結果が生じている具体的な事案として挙げている①～⑤については、以下のとおり、いずれも、法律の整備により対処すべきものであって、裁量型課徴金の導入が必要であることの論拠となるものではない。

ア 「①」について

「課徴金を課すことができない」とされる事案について、課徴金を課す必要があるとするならば、課徴金を課す要件とその算定方法を原則として法律で明確に定めて、課徴金を課すようにすべきであって、課徴金を課すか課さないか、またその算定を公取委の裁量に委ねるべきものではない。

イ 「②」について

外国で制裁金等を課せられた場合における減額に当たっては、減額する要件やその計算方法を原則として法律で明確に定めて、課徴金を減額すべきであって、課徴金を減額するかしないか、また減額額の算定を公取委の裁量に委ねるべきものではない。

ウ 「③」について

中小企業又は卸売業者として軽減算定率を適用することが不合理な事案があるというのであれば、中小企業又は卸売業者に該当するかの基準を変更することによって対応すべきであって、この要件や判断は、原則として法律で明確に定めるようにすべきで、その適用を公取委の裁量に委ねるべきものではない。

エ 「④」について

早期離脱の軽減算定率については、制度趣旨を明確にし、制度趣旨に該当するものだけが軽減算定率の対象になるよう、原則として制度趣旨及び軽減算定の対象になるものの判断の方法を法律で明確に定め、制度を維持すべきある。

オ 「⑤」について

義務的に課徴金を賦課することが不合理な場合についても、その要件を原則として法律で明確に定めるようにすべきであり、その適用を公取委の裁量に委ねるべきものではない。【競争法フォーラム】

III. 個別のコメント

1. 課徴金制度の見直し（総論）

(1) 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）

報告概要は、現在採用されている課徴金の賦課に関する義務的な方法は、公取委に、違反の性質などの関連する要因を考慮して、事案ごとに適切な課徴金額を計算し、賦課することを可能にしていけないと指摘する。さらに、柔軟性が欠如していることから、公取委は十分な協力を引き出すことができず、非協力を抑止することもできていないとする。両部会は、課徴金を課すに際して公取委に裁量権を付与すること、及び課徴金の軽減の範囲の拡大を支持するものであることをここに再度表明する³。

<脚注>

3 2016年コメント3頁，10-11頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(2) 調査協力インセンティブの欠如

第2, 1 (1) 硬直的な算定・賦課方式
(中略)

同 (2) 調査協力インセンティブの欠如

- 課徴金減免減免申請者が、一定の要件を満たせば一律の減免が得られるため、一定以上の協力を行うインセンティブは生じないとありますが、法により求められた一定の協力を行えば、減免が認められるのは当然であり、そのことから、法により求められた一定以上の協力が無いことを批判することは合理的ではないように思われます。
- 問題点の①として、「事業者は、本来、自主的・積極的に違反行為を発見・調査して是正したり、そのための実効性あるコンプライアンス体制を整備したりする社会的責任があるが、そうした取組をより実効あるものとして促進するメリットに欠けるところがある」とありますが、だから減免申請をしなければならない、あるいは減免申請をした上で何から何まで公正取引委員会主導で行わなければならないという論理関係にはありません。減免申請の有無に関わらず、事業者が自主的に違反行為が「疑われる」自体が生じた段階からそれを調査し、是正するのであれば、それは競争の維持・促進にとって望ましいことです。実際、これまでの課徴金制度の発展に合わせ、多くの企業はそれを行っているのですから、減免申請による公正取引委員会の取扱事件数の増加に寄与しないことを指して、競争環境の回復に悪影響を与えているという評価をすることは妥当ではありません。
- 問題点の②として、「公正取引委員会と事業者が対立した関係で独占禁止法違反被疑事件調査が行われているとの指摘もあり、効率的・効果的な実態解明・事件処理が困難となり、これにより摘発率が低下し、違反行為に対する抑止力の低下につながるおそれがある」とありますが、公正取引委員会と事業者が対立するのは、利害が反する以上当然です。また、対立当事者という立場とは別の理由で事件処理が円滑に進まないとすれば、それは調査協力インセンティブの欠如というよりも不信感に基づくと考えられます。また、摘発率とは、実際の違反行為数に占める摘発事案数のことと思料しますが、摘発されない実際の違反行為数や摘発率のデータがあるとは思われず、「摘発率が低下し、違反行為に対する抑止力が低下する」との懸念を裏付ける事実は見られません。減免の申請数は平成25年を底として、ここ2年連続して増加しており、平成27年は史上3位であった平成24年と同数の102件です。このような減免申請数の増加にもかかわらず、仮に減免の「調査協力インセンティブの欠如」があるとして、それがどうして「摘発率の低下」や「抑止力の低下」につながるのかについて説得力ある説明はありません。【雨宮慶 (伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士)】

第2 報告書「第2 課徴金制度の見直し(総論)」について

1 「1 課徴金制度の見直しの必要性(現行課徴金制度の問題点)」(報告書2p)について
(中略)

(2) 調査協力インセンティブの欠如(1(2))について

ア 調査が対立構造にあるとする点(同②)について

事業者と公取委との間で、事実や法的評価の認識違いがある場合に、違反認定をするために調査を行う公取委が、事業者の主張や考え方に理解を示すことがない現状では、対立関係になるのは当然のことである。

また、現行のリニエンシー制度においては、事業者は独占禁止法違反行為を構成する事実を認めること(現実には、違反行為の存在を認めることに等しい)が減免申請の要件とされているため、事業者は申告する範囲で事実関係と違反行為を認めることが必要であり、その範囲では、事実関係も法的評価についても争う権利を放棄することになる。したがって、公取委の認定しようとしている事実及び法的評価がリニエンシーの申請の範囲内であれば、申告者には、これを争うメリットはなく、むしろ他社を同じく違反者とする方向で公取委に協力す

るインセンティブが働くし、対立関係とはならない。そして、申告した範囲についても必要な協力をしないことに特段のメリットがなく、しかも、減免申請が認められない又は取り消されることとなれば、弁護士過誤として責任追及されるリスクがあるにもかかわらず、事業者に対し、協力をしないよう働きかける弁護士がいるとすれば、それは例外であり、そのような事例には減免申請を認めないという対応をすべきである。

もちろん、減免申請をした場合であっても、公取委が、事業者自身が申告した内容や範囲と異なる事実関係の認定や、もしくは異なる法的評価を行おうとしているとする場合には、その範囲では、公取委と会社とは対立構造になるのであって、これは当然のことである。

イ 国際カルテルにおいて協力が軽視されるとする点（同③）について

国際カルテルで、どの国への調査を優先するかについては、刑事罰、市場規模、制裁などを総合的に考えることはあっても、日本への協力を軽視することはない。事業者が各法域の当局に対してリニエンシー申請をする順番が、米国1番、EU2番となるのは、刑事罰、市場規模からいって当然のことである。なお、我が国の場合、立入調査から20日以内という制限があるので、それよりは遅くならない。

近年の現実の国際カルテルの執行を見れば、公取委は、欧州及び米国その他各国と共同して同時立入調査を実行できており、申告や協力の日時に多少の差があったとしても、調査に支障を来すようなものとは考えられない。さらに、国際カルテル事件において、日米欧その他の競争当局が一斉に調査を開始した事件を見れば、他の競争当局に比して公取委が圧倒的に早く排除措置命令、課徴金納付命令などの行政処分を行っているというのが事実である。したがって、公取委に対する協力が他の競争当局に対して劣後しているとの指摘があるとすれば、それは、あくまでも前後に順番をつければどうなるかという問題であり、実際に調査に支障をきたすようなものとは考えられない。【競争法フォーラム】

3. 調査協力インセンティブについて（報告書第2，1（2）「調査協力インセンティブの欠如」、第3，7「課徴金の加減算」、8「調査協力インセンティブを高める制度」、13「調査妨害行為に対するペナルティー」）

（1）裁量型課徴金制度の導入の必要性を明確に

わが国には、平成17年に調査協力のインセンティブを高めるために課徴金減免制度（リニエンシー）が導入され、一定の効果を上げていると思われる⁴。

一方、報告書では、調査協力のインセンティブを高める制度として、事業者の調査協力度合いに応じて当局が裁量的に課徴金を加減算する制度の導入を検討している。

しかし、なぜ現行の課徴金減免制度では調査協力のインセンティブを確保する仕組みとして不十分なのか。報告書にある「課徴金減免制度の拡充」（32頁）の中に「第2位以下の減免申請者に対しては、減算率に一定程度の幅をもたせ、当該幅の範囲内で、調査協力度合いに応じて公正取引委員会が具体的な減算率を決定する制度」とあるが、減算率は具体的にはどのように決定されるのか。そもそも、なぜ調査協力のインセンティブを高める制度として裁量型課徴金制度の導入が検討されるのか、当該制度導入の必要性が明確とは言えない。

<脚注>

4 2016年7月13日に公正取引委員会が公表した「課徴金制度の在り方に関する論点整理」添付の課徴金制度の概要と見直しの視点（資料編）（平成28年2月23日）2頁「現行の課徴金制度の枠組み（課徴金減免制度）」によれば、同制度に基づき、事業者により自らの違反行為に係る事実の報告および資料の提出が行われた件数について、同制度が導入された平成18年1月4日から平成27年3月末までの件数の累計は836件となっている。

【公益社団法人 経済同友会】

Ⅲ. 個別のコメント

1. 課徴金制度の見直し（総論）

(1) 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）

報告概要は、現在採用されている課徴金の賦課に関する義務的な方法は、公取委に、違反の性質などの関連する要因を考慮して、事案ごとに適切な課徴金額を計算し、賦課することを可能にしていなと指摘する。さらに、柔軟性が欠如していることから、公取委は十分な協力を引き出すことができておらず、非協力を抑止することもできていないとする。両部会は、課徴金を課すに際して公取委に裁量権を付与すること、及び課徴金の軽減の範囲の拡大を支持するものであることをここに再度表明する³。

<脚注>

3 2016年コメント3頁，10-11頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(3) 国際標準制度からの乖離

第2，1（1）硬直的な算定・賦課方式

（中略）

同（2）調査協力インセンティブの欠如

（中略）

● 問題点の③として、「同一の違反行為であっても、日本では課徴金が課されなかったり、日本での課徴金額が諸外国と比して著しく低い状況にあったりすれば、違反行為が日本に集中し得る」というのは、現実の事業者の感覚からかけ離れており、説得力がありません。事業者は課徴金が低いから違反行為をするわけではなく、まして同一の違反行為のうち課徴金が低い国のみで行うという思考はしていません。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

第2 報告書「第2 課徴金制度の見直し（総論）」について

1 「1 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）」（報告書2 p）について

（中略）

(3) 国際標準制度からの乖離(1 (3))について

ア グローバル企業間で不合理・不平等が生ずるとする点（同①）について

報告書の述べる不合理・不平等は、各競争当局が独自の考え方にに基づき制裁を決めているため二重制裁の状況が生ずるから起こる問題であり、日本における売上のない海外企業に課徴金を課したからといって、このような不合理な状況が解決するものではなく、単に、海外企業にも二重制裁をかけられるようにして悪平等を実現しようとするものに過ぎない。

イ 国毎にコンプライアンスが異なってしまうとする点（同②）について

国毎のコンプライアンスを考える場合に、事業者はリスクを基準にして優先順位を定めることが一般的であるが、我が国の企業や、我が国でのプレゼンスの高い企業は、リピュテーションも含め、日本でのコンプライアンスを軽視するとは考えられない。

また、グローバル企業にあつては、日本国内における行為であってもそれが海外の市場に影響があれば、当該地域の競争法の適用を受けることは十分認識しており、コンプライアンスについてダブルスタンダードをとることが極めて危険なことは理解しており、日本国内外で異なるコンプライアンス基準を持つと考えるのは現実的ではない。

ウ 日本市場への信認が失われるとする点（同③）について

現行の課徴金制度ゆえに、日本の市場への信認が失われるとは考えられない。きちんとした競争法の執行、透明性が市場の信認において

は重要であって、制度の違いや課徴金の大小によって市場への信認が決まるものではない。このことは、課徴金額が大きいブラジルやインドの市場が日本より信認できるという評価を受けているかを考えれば容易に分かることである。【競争法フォーラム】

2. 現行課徴金制度の問題点・見直しの留意点・手順について（報告書第2，1「課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）」（中略）

(2) わが国特有の法体系の見直しまでも視野に入れた国際的なハーモナイゼーションを

報告書では、「我が国の課徴金制度と諸外国の標準的な制度との整合を図る必要がある」（4頁）という視点を挙げて、裁量型課徴金制度の導入を検討している。

しかし、前述のとおり、わが国の法体系では行政上の措置である課徴金と刑事罰が併存しており、米国やEUとは異なる。それゆえ、諸外国の制度を「木に竹を接ぐ」ように取り入れるのではなく、わが国特有の法体系全体の見直しまでも視野に入れながら、国際的なハーモナイゼーションを進めるべきである。【公益社団法人 経済同友会】

2. 報告書「第2 課徴金制度の見直し（総論）」について

(1) 「1 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）」については賛成である。

独禁法違反被疑事件においては、欧米の制裁金が我が国の課徴金制度よりも厳しいことから、我が国の課徴金減免制度よりも欧米のリニエンス制度等を優先して検討する傾向があるようであり、これでは我が国の独禁法が定める課徴金減免制度が十分機能しない。我が国の課徴金制度を合理的な範囲で厳格化し、あわせて調査協力を促進し、調査妨害を排除する制度を充実させることが必要である。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

4. 国際的な課徴金制度との整合化

- 日本企業の海外ビジネス展開はますます進んでおり、国際展開を行う場合に海外の競争法規定の適用を受ける機会も多い。従って国際的な制度との整合化は理解できるものの、複数国にまたがった事案では、国際カルテルといった行為に対して複数国の競争当局から課徴金を課される可能性もあり、関係国間での課徴金の算定に関する調整が必要と考える。
- 一方で、国際カルテルといった違反行為により、被害企業となる可能性もあることから、関係国間での課徴金の算定に関する調整にあたっては、被害企業から見ても納得感を得られる制度となるよう配慮されたい。【日本商工会議所，東京商工会議所】

2 課徴金制度の見直しの方向性（問題点を踏まえた対応策）

第2，2 課徴金制度の見直しの方向性（問題点を踏まえた対応策）

- 【本研究会としての考え方】において、また本報告書全体を通じて「公正取引委員会がその専門的知見により」という文言が極めて多用されています。しかし、研究会の議論でも本報告書でも「公正取引委員会がその専門的知見」とは何か明らかにされておらず、ブラックボックスのままです。
- 「公正取引委員会がその専門的知見により」収集・分析した問題点を基礎付ける事実には、例えば以下のような問題があり、「その専門的知見」が同様の恣意的な運用に流れていくことが懸念されます。

(1) 資料17の繰り返し違反に対する割り増し算定率の事例のうち、いくつかの事例は最初の措置の時点で既に二度目の措置の対象となる違反行為は始まっていたものであって、最初の措置を受けたにもかかわらず新たな違反行為に着手したものではありません、したがってそのような事例は現行制度の制裁の感銘力が過小であることを根拠付ける関係にありません。他の事例も二度目の措置の対象となる違反行為が最初の措置の時点で既に始まっていたのではない、という点は明示されていません（この点、課徴金が遡り3年を上限として算出されるので、二度目の措置の対象となる違反行為の始期は、当該違反行為の措置において、実際の始期と一致するまで遡って認定するわけではないことに留意されるべきです）。

(2) 違反行為による不当利得の算出は、経済学者たる会員からも極めて複雑で不可能に近いとの意見が出されていることからすれば、資料16の不当利得率の算出は利用可能な数字から極めて簡易な方法により算出した参考値以上のものではありません。しかし、本研究会では、それがあたかも精緻な検討を経たデータのごとく金科玉条にされてペナルティの増加が議論されています。

- 前回課徴金算定率の増額変更を行った2005年改正時には、一部の事業者の強い反対を押し切って、他の法制度には無い課徴金減免制度及び原則10%の課徴金算定率を導入し、「公正取引委員会に与えられる実態解明のための調査権限や違反行為に対する処分内容」(本報告書47頁)は劇的に強化されました。また、判例も公正取引委員会の効率的な法運用、悪く言えば「大雑把な」認定を支持しています。そして、減免申請の増加、減免申請以外の諸制度(例えば代表訴訟、損害賠償制度など)による事業者のコンプライアンス意識の向上や役員に対する心理的抑止力も合わせ、2005年以降違反行為に対する抑止力は飛躍的に向上し、現行法の抑止効果は着実に成果を上げています。このような状況認識の下では、報告書の「問題点を踏まえた対応策」の必要性が説得力を持って十分に説明されているとはいえません。**【雨宮慶(伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士)】**

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2、第3の2、第3の8、第3の10などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成。
(中略)

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

不利益処分について裁量を認めるのには慎重であるべきであるが、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものである。

独禁法違反行為の被害者は国民全体であり、厳正かつ合理的な執行を確保するため、公取委に裁量を認める報告書に賛成する。**【石戸谷豊(港共同法律事務所 弁護士)】**

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2(課徴金制度の見直しの方向性)、第3の2(課徴金の算定基礎とする売上額の範囲)、第3の8(調査協カインセンティブを高める制度)、第3の10(賦課方式)などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

(中略)

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

(1) 一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。

(2) しかしながら、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており(たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する(17頁)など)、この点でも妥当である。**【今井孝直(今井孝直法律事務所 弁護士)】**

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2(課徴金制度の見直しの方向性)、第3の2(課徴金の算定基礎とする売上額の範囲)、第3の8(調査協力インセンティブを高める制度)、第3の10(賦課方式)などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。
(中略)

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思われる。

独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体である。そのため、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。**【大迫恵美子(弁護士)】**

報告書第2の2(課徴金制度の見直しの方向性)、第3の2(課徴金の算定基礎とする売上額の範囲)、第3の8(調査協力インセンティブを高める制度)、第3の10(賦課方式)などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては反対である。

課徴金賦課に関して裁量を認めるのであれば、公取委ではなく、裁判所が判断する制度とすべきであり、また、手続的にも、厳格な証拠法則や被告人の防御権が定められた刑事訴訟手続において行うべきである。**【大森景一(弁護士法人 中村国際刑事法律事務所 弁護士)】**

4 課徴金裁量化の方向性

課徴金の裁量化においては、最初の通報者以外は、通報の順番を絶対視すべきでなく、協力の質、協力の結果得られた証拠の質を重視すべきである。すなわち、減額率に幅を設け、公正取引委員会が証拠価値・証拠の質に応じて具体的な減額率を決定できるようにすべきである。減額率を独禁法に規定し、裁量を抑制することは、協力のインセンティブを確保することができなくなるので、今回の改正の趣旨に反する結果となる。

また、立ち入り後については、順番を要素としてはならない。そのようにすることは、むしろ、誠実に証拠収集している事業者が損をすることになる。基本的には、立ち入り後の減算は、キーパーソンの事情聴取に速やかに応じ、キーパーソンから網羅的な情報が得られた場合、立ち入りで得られなかった客観証拠を入手できる場合に限定すべきである。公取委の事情聴取で情報を出さず、自らの内部調査で情報を開示した場合は、公取委の事情聴取に協力した事業者よりも協力の度合いは、低いと考えること、すなわち、公取委の調査に協力するのが優先であり、内部調査の優先は、協力としては、劣後することをガイドラインにおいて明らかにすべきである。

加減算要素を7条の2に列挙することが求められた場合には、「その他これと同等な事由」という要因を入れ、限定列挙でないことを明らかにすべきである。

第1通報者については、他の事業者の違反行為を基礎づける証拠を出すから免除されるのであり、他社の違反行為を基礎づける証拠があったのに出さないなど、第1通報者が、十分な協力をしなかったときは、第1通報者としての地位を失い、第1通報したことをもって、減額要因とされるような立て付けにすることにより、第1通報者が、あとで他社の摘発に協力しないにもかかわらず、免除されるという不正義が生じないようにすべきである。

5 課徴金の裁量化と司法による課徴金の金額への介入を規定することによる濫用の抑制の必要性

課徴金の裁量化に関しては、反対論も予想され、法案審議において懐疑的な見方が生じることが予想されるが、課徴金を裁量化することは、協力のインセンティブを高めるためにも必須であり、そのような要素は、刑事においてさえも考慮されるようになってきている(司法取引が認められるようになってきている)ことを忘れてはならない。加算要素、減算要素を法定し、機械的にそれに当てはめるだけで、現実的な協力の度合いを反映せ

ずに、裁量金額を決めることは、不公平感を強め、協力のインセンティブを高めるという制度趣旨に反する法運用となる危険がある。

公取委の濫用の危険に関しては、司法審査の強化により対応すべき問題である。すなわち、裁量金額については、司法が加減算できることを行訴法30条但し書きにおいて明記する(例えば、「裁量的に賦課される金銭的不利益については、裁判所は、その金額を増減する権限を有する」との規定を置く)ことで対応すべきである。いたずらに公取委の手足を縛るという発想では、執行において不正義・不公平感が増大するだけである。これまでの課徴金制度の問題は、その硬直性にあるのであり、それを是正するには、行政庁の濫用の問題は、司法が課徴金額の変更できる権限を付与することによって対応すべきである。この点は、課徴金の裁量化と対になるべき重要な問題であり、独禁研で議論され、報告書で指摘されるべきであった(この点は、拙稿「行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則」国際商事法務37巻3号297頁, 310頁(2009)において、課徴金を裁量化する場合には、司法が、その金額を加減算できる必要があり、EUではそのような運用となっていることを指摘している)。**【越知保見(明治大学 教授, 弁護士)】**

2 具体的制度設計(各論)

(中略)

(7) 課徴金の加減算

諸外国の標準的な加減算のように、事業者の調査協力度合い、違反行為への関与の度合い等を考慮して、制裁金等の額を競争当局の裁量により加減算することが出来るようにすべきである。但し、違反行為が行われた以上、コンプライアンス体制の整備状況を考慮する必要はない。

【小原喜雄(神戸大学法学部 名誉教授)】

各論(第三)に対して

2, 4~6は、現行制度が「カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものでありながら(最判平成17年9月13日, 民集59巻7号1950頁), 上記硬直性のため機動的な発動を妨げている問題点への対応であり重要である。また, 3で指摘されている算定期間も限定も十分な根拠なく抑止力を低下させるものといえるだけでなく, 長期に及ぶカルテルはとりわけ悪質かつ再発危険性の高いものといえるだけに, それらに対する抑止力を低下させているのは不公正かつ不当であり, 最低限提案程度の期間延長が望まれる。7~8も算定の容易さを維持しつつ抑止効果が十分でない事情に対応したものであり, いずれも早期に実現されるべきであると考えられる。**【川濱昇(京都大学大学院法学研究科 教授)】**

第2 報告書「第2 課徴金制度の見直し(総論)」について

(中略)

2 「2 課徴金制度の見直しの方向性(問題点を踏まえた対応策)」(報告書4p)について

課徴金制度は不当利得の剥奪だけを目的としたものではなく, 将来の違反行為の抑止という目的を持っていることについては, 特に異議はない。

しかし, どのような言葉を用いて説明しようが, 課徴金が制裁(しかも, 他に類を見ないほど重い制裁)であること, 少なくとも制裁としての側面を持っていることは否定のしようのない厳然たる事実である。

したがって, 課徴金制度は公平性, 透明性を有するものでなければならないことは当然のことであり, 同時に不利益処分を受ける当事者が, きちんとその処分の正当性を争えることは最低限必要である。

その意味で, 課徴金制度の改正に当たっては, 「当局の広範な裁量に問題の解消を委ねる方法ではなく, 可能な限り問題を解消するための対処規定を個別に設け, 公正取引委員会がその専門的知見により事案に応じて個別に課徴金の算定・賦課の内容を決定する裁量は, それによらなければ解消できない範囲に限定して認める方法を採用」(報告書4~5p)べきことは, 当然のことといわなければならない(二重処罰の問題とは別問題である)。

具体的な制度設計においても、この原則をしっかりと守るべきであって、その意味で、報告書10p(11)における、
「①公正取引委員会による適正な運用が確保される制度とする必要があること(例えば、公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねる裁量の範囲の限定、比例原則・平等原則・透明性・予見可能性等の行政上の一般原則、処分の性質・内容に応じた適正手続、審査手続における実態解明の確保に留意する必要がある。)
②我が国における憲法上の要請や法体系・法理論を踏まえた制度とする必要があること(例えば、課徴金と刑事罰の併科による二重処罰の問題、現行課徴金制度の趣旨・性格や他法令の制度との整合性に留意する必要がある。)」
との指摘は、正しい方向を示していると考える。

他方、課徴金制度の機動的・効率的運用を必要以上に強調して、上記①、②の原則が損なわれることのないように、十分な注意が必要である。

例えば、「違反被疑事業者の従業員等が供述聴取に応じる負担を軽減する」(報告書10p)ことは、供述聴取の方法の改善によるべきものであって、課徴金賦課の要件や立証負担の見直し、軽減といった課徴金による不利益を受ける被疑事業者の不利益によって解決すべきものではない。

そもそも、我が国の独占禁止法執行を海外当局の執行の状況と比較すれば、排除措置命令、課徴金納付命令のいずれにおいても、欧州及び米国(平均4～5年)に比べて格段に早く結論が出されており、これは国際カルテルをみても同様である。その意味で、課徴金制度を含め我が国の独占禁止法の執行が機動的でないとか効率的な運用ができていないという実態にないことは明らかであり、課徴金制度の機動的・効率的運用をことさら問題視しなければいけないという状況はなく、ましてや課徴金という事業者にとって不利益となるような改正を行ってまで、機動性、効率性を高めなければいけないという実態が存在しないことは明確である。**【競争法フォーラム】**

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2(課徴金制度の見直しの方向性)、第3の2(課徴金の算定基礎とする売上額の範囲)、第3の8(調査協力インセンティブを高める制度)、第3の10(賦課方式)などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

(中略)

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

- (1) 一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。
- (2) しかしながら、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており(たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する(17頁)など)、この点でも妥当である。**【榎田博之(弁護士)】**

2. 現行課徴金制度の問題点・見直しの留意点・手順について（報告書第2, 1「課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）」）

(1) 裁量型課徴金制度の導入の必要性や立法事実を明確に

報告書では、現行の課徴金制度の問題点として「硬直的な算定・賦課方式」であることを指摘し、「適正な課徴金の額を事案に応じて算定・賦課することができないという欠陥がある」（2頁）として、いくつかの事案を列挙し、現行課徴金制度の見直しおよび裁量型課徴金制度の導入を検討している。

しかし、後述する手続保障が不十分であることや、当局の運用に対する懸念を解消せずに、なぜ裁量型課徴金制度の導入が必要なのかという本質的な理由が依然として明確でない。したがって、経済的な分析を推進している公正取引委員会は、このような裁量型課徴金制度の導入の根拠となる「経済分析・数理的分析」をふまえて目的と手段の合理性に対する立法事実を示すべきである。**【公益社団法人 経済同友会】**

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2（課徴金制度の見直しの方向性）、第3の2（課徴金の算定基礎とする売上額の範囲）、第3の8（調査協力インセンティブを高める制度）、第3の10（賦課方式）などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

（中略）

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

(1) 一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。

(2) しかしながら、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており（たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する（17頁）など）、この点でも妥当である。**【向來俊彦（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】**

1 課徴金賦課に関する公取委の裁量

報告書第2の2（課徴金制度の見直しの方向性）、第3の2（課徴金の算定基礎とする売上額の範囲）、第3の8（調査協力インセンティブを高める制度）、第3の10（賦課方式）などにおいて、を認めることについて、賛成。その理由は、以下の通りである。

本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。

独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。**【国府泰道（太平洋法律事務所 弁護士）】**

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2(課徴金制度の見直しの方向性), 第3の2(課徴金の算定基礎とする売上額の範囲), 第3の8((調査協力インセンティブを高める制度)第3の10(賦課方式)などにおいて, 課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

(中略)

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

- (1) 一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。
- (2) しかしながら, 本報告書が公取委に認めようとしている裁量については, ①独占禁止法違反行為を是正し, 同法を適切に執行するためには, 課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり, かつ, ②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており, ③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから, ④比例原則, 平等原則, 透明性, 予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。
- (3) これを認めなければ, 課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し, 一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており, 独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから, 独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある, かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。
- (4) なお報告書によると, 課徴金賦課に関する公取委の裁量は, 課徴金を増大させる方向だけではなく, 減少させる方向でも合理的な範囲で認められており(たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する(17頁)など), この点でも妥当である。**【斎藤英樹(弁護士)】**

Ⅲ. 個別のコメント

1. 課徴金制度の見直し(総論)

(中略)

(2) 課徴金制度の見直しの方向性(問題点を踏まえた対応策)

報告書概要は, 課徴金制度の変更には次のものが含まれべきであると記している: 「(i) 一定の要件を政令等に委任する制度, 又は, (ii) 要件等は法定するが, 当該要件への該当性や各要件に該当した場合に適用する具体的な算定率等について, 公正取引委員会がその専門的知見により事案に応じて個別に判断することを認める制度」⁴

両部会は, 公取委に対して一定の裁量を与える方針を支持することをここに改めて表明する。基本原則は次のとおりである: (1) 公取委は協力を促す裁量権を有するべきである, (2) 裁量権は一定の範囲内でなければならない, (3) 公取委は, 当該裁量の範囲及びどのようにそれが適用されているかについて透明性を確保しなければならない。どの程度の協力により課徴金の減額を正当化されるかについて明確なガイドラインが定められるべきである。そのようなガイドラインは, 以下の二つの重要な基準を持つ必要がある: (a) 適時性と (b) 協力することが調査にもたらす価値。両部会は, 特定の減額率の妥当性については特定の立場を取らないが, 公取委に一定の範囲内の減額を与える裁量を持たせることを勧告する⁵。

<脚注>

4 報告概要1頁。

5 2016年コメント11-12頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

● 課徴金制度に一定の裁量を導入することとその制度設計について

基本的に, 報告書4頁に示された課徴金制度の見直しの方向性に係る結論は適切であると考えます。

現行の課徴金制度が非裁量的かつ客観的な方式で課されていることにより、事業者の予測可能性を確保し、行政の公平性を確保してきたことが、独禁法の課徴金制度、ひいては公取委の信頼を担保し、その発展的活用を後押ししてきた側面があることは否めない。また、見直しの必要性として報告書16-18頁に挙げられているいくつかのケースについては、現行制度の部分的な修正によっても対応しうる内容であり、必ずしも裁量の導入を伴う抜本的な見直しを支持するものとはいえない。しかし、報告書16頁が指摘するように、日本所在需要者に対して売上額のない違反者に対して課徴金を課さない現状が、売上額があって課徴金の課される違反者との関係で公平性を欠いているおそれは否定できず、違反行為を抑制するという観点からしても過少規制に陥っている可能性がある。また、報告書29頁以下で指摘されているように、調査協力の程度をすべて事前の客観的基準で測ることは困難でありかつ妥当でもなく、事後的な評価を織り込むことが必要な場合もあろう。報告書7頁にまとめられている通り、研究会における検討の過程で、裁量を認めることに法理論上障害がないことが明確となった以上、従来の課徴金制度の長所たる事前の予測可能性の確保や客観的算定可能性の明示といった要素をできる限り尊重しつつ、一定の範囲で裁量を導入しようとする報告書の結論は適切であると考えられる。なお、刑事罰との関係が指摘されるが、報告書7-9頁が指摘するように、二重処罰や罪刑均衡の問題がクリアされれば、刑事罰の存在を過度に課徴金の制度設計において意識する必要はないと考える。そもそも刑事罰が課されるのは違反行為全体からみてごく一部に限られるのであり、この点に拘泥するとかえって実効的な課徴金制度を設計できなくなるおそれがあるように思われる。【滝澤紗矢子（東北大学大学院法学研究科 准教授）】

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2（課徴金制度の見直しの方向性）、第3の2（課徴金の算定基礎とする売上額の範囲）、第3の8（調査協力インセンティブを高める制度）、第3の10（賦課方式）などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

（中略）

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

（1）一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重である。

（2）しかし、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思われる。これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており（たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する（17頁）など）、この点でも妥当である。【千葉晃平（弁護士）】

2. 報告書「第2 課徴金制度の見直し（総論）」について

（中略）

（2）「2 課徴金制度の見直しの方向性（問題点を踏まえた対応策）」について賛成である。

現行制度が硬直であるため、一定の場合に課徴金を課することができないなどの不合理・不平等な事案が生じていることは報告書のとおりであり、これらを是正するためには公取委に課徴金賦課に関する一定の裁量を認めることが必要である。

一般に公権力が国民や法人等に不利益処分を行うにつき裁量をもつ制度を設計する場合には、その濫用や逸脱が行われないよう注意しなければならないが、前記のとおり必要性が認められ、かつ、公取委の裁量は法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されるこ

とが予定されており、課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。

独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており（たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する（17頁）など）、この点でも不合理・不平等な結果を回避するための制度設計として妥当である。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2（課徴金制度の見直しの方向性）、第3の2（課徴金の算定基礎とする売上額の範囲）、第3の8（調査協力インセンティブを高める制度）、第3の10（賦課方式）などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

（中略）

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

（1）一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。

（2）しかしながら、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており（たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する（17頁）など）、この点でも妥当である。【中村昌典（中村法律事務所 弁護士）】

1. 裁量型課徴金制度の導入について（総論）

● 裁量型課徴金制度の主な導入目的が、現在の画一的・硬直的な課徴金制度により、市場競争のルールを遵守せず賦課を免れている企業に対する適用強化と考えられることから、裁量型課徴金制度の導入については、基本的には理解することができるが、「現行制度で裁量型の課徴金制度を導入していないことから、公正取引委員会が違反行為の十分な抑止、および取り締まりができておらず、本制度の導入が不可欠である。」との立法事実の立証や、詳細な制度設計については、更に十分な議論を尽くしていく必要がある。

● 特に、仮に新制度が、賦課基準の明示や説明がないままに、行政の裁量で課徴金が決定される仕組みとなる場合、企業側から見た課徴金制度は、賦課されるか否か、およびその金額等がすべてブラックボックスとなるため、企業経営における予見可能性や企業間での公平性が著しく毀損される恐れがある。

● そこで、新制度の導入にあたっては、課徴金額を決定する基準（基本的な算定率の範囲、算定率を増減させる要素とその増減率の範囲、減免要素とその減免率の範囲等）を明確にし、定性的ではないわかりやすい指針や業務取扱要領等を公表すべきである。【日本商工会議所、東京商工会議所】

1. 課徴金制度見直しの方向性について（第2. 2）

報告書が指摘する適正な課徴金の額を算定・賦課することができずに不合理・不平等な結果を招いている事例や、経済活動のグローバル化・多様化・複雑化への対応については、課徴金の加算・減算の範囲の問題ではなく、基本的な金額の算定部分に関わるものであるところ、実際の運用において、いわば罪刑法定主義に反した事後的な解釈運用がされるのではないかとの懸念が拭い切れない。刑事であるか否かの解釈にかかわらず、課徴金は企業にとってサンクションであり、行政の恣意や事後的なルールの設定により判断されることなく、事前の基準の明確化によって厳格な運用が行われるよう今後の制度具体化において留意していただきたい。

また、報告書は、違反抑止のため「必要十分な課徴金」の必要性について指摘し、独占禁止法研究会のヒアリング結果でも、裁量的課徴金制度の抑止効果について言及している。しかし、それも企業にとって予測不能であれば抑止効果はなく、あるいは規制を恐れるあまり新しいビジネスに尻込みするという効果を生むことになり兼ねない。まさに目的適合性とコンプライアンスの観点から、違反抑止のためには予測可能性が重要であるため、裁量的課徴金制度の導入については、その点を踏まえて慎重に検討していただきたい。【日本チェーンストア協会】

1. 課徴金制度に一定の柔軟性を認めるという点について

本報告書において、課徴金制度を「法定された客観的な算定・賦課方式に従って一律かつ画一的に課徴金を算定・賦課する硬直的な課徴金制度を見直し、課徴金制度に一定の柔軟性を認めることが適当である。」とされている。

これについては、所定の計算を行った後に、一定の範囲で加算・減算要素を加味することについて、必ずしも否定するものではないが、課徴金は企業にとってサンクションである以上、その内容が予測不能であれば、抑止効果よりも、規制を恐れるあまり新しいビジネスに尻込みするという弊害の方が問題になるおそれがある。

従って、公正取引委員会の裁量の範囲が事前の基準の明確化等により、行政の恣意や事後的なルール設定により判断がされることがないような制度になるよう、留意されたい。【一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会】

一方、実体法違反行為に対する広範な裁量性を認める課徴金制度は、日本では、基本的に他の行政規制に係る法分野を通じて存在しておらず、その許容性に十分な理解が得られていないことから、現段階において、このような課徴金制度を導入することは、適切ではなく、将来の検討課題とせざるを得ない。また、公取委の実態解明機能を確保するためには、調査妨害行為という手続法違反それ自体に対して、機動的かつ裁量的に発動できる課徴金制度の導入が不可欠であるが、このような制度も、日本では、基本的に、他の行政規制に係る法分野を通じて存在しておらず、その許容性に十分な理解が得られていないことから、現段階では、将来の検討課題とせざるを得ない。このような意味において、このような課徴金制度の導入を提言しなかった研究会報告書の内容は、現段階では、やむを得ないものとする。【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2（課徴金制度の見直しの方向性）、第3の2（課徴金の算定基礎とする売上額の範囲）、第3の8（調査協力インセンティブを高める制度）、第3の10（賦課方式）などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

（中略）

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

（1）一般に国民に不利益処分を課することについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。

（2）しかしながら、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公

取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており（たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する（17頁）など）、この点でも妥当である。【日高清司（弁護士）】

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2（課徴金制度の見直しの方向性）、第3の2（課徴金の算定基礎とする売上額の範囲）、第3の8（調査協力インセンティブを高める制度）、第3の10（賦課方式）などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。
（中略）

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

- (1) 一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。
- (2) しかしながら、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており（たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する（17頁）など）、この点でも妥当である。【船江莉佳（ホクレア法律事務所 弁護士）】

1. 目的・基本的方向

独占禁止法研究会報告書（以下、「報告書」と略記）において提案されている、調査協力のインセンティブを確保すること等を目的として、事業者の調査協力の度合いに応じた課徴金を減算する等の、裁量型課徴金制度の導入に賛成する。

現行法における、一律かつ画一的な現行課徴金制度の問題点は、以前から多くの学説が指摘してきたことであり、より柔軟な算定方式に変え、より合理的な制度設計が求められていると考えられる。すなわち、より公平な制裁、違反の実態に見合った課徴金、証拠が出にくいことが理由で違反とし難い行為も、事業者・従業員等の協力を得て違反とすることを可能にすること、を目的とすべきである。

2. 課徴金の法的位置づけ

- (1) 課徴金制度は、独禁法違反行為によって得た不当な利得をカルテル参加事業者から国が剥奪することにより、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するためにとられる行政上の措置である（根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説』（有斐閣、第5版、2015年）320頁、金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編『独占禁止法』（弘文堂、第5版、2015年）499頁以下、土田和博＝栗田誠＝東條吉純＝武田邦宣『条文から学ぶ独占禁止法』（有斐閣、2014年）94頁以下等を参照）。

ただし、課徴金の具体的算定において、不当利得剥奪という趣旨を直接的に反映させる必要はなく、違反行為の抑止という観点から、課徴金金額の水準、各種の算定方法を考慮すべきである。

機械保険連盟料率カルテル課徴金事件＝最判平成17年9月13日（民集59巻7号1950頁）も、「課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではない」と判示しているところである。

(2) また、報告書は、現行法における一律かつ画一的な算定方式の欠陥ないし問題に対処するために、新たに公正取引委員会（以下、「公取委」と略記）に対し、一定範囲における課徴金算定に関する裁量を与える提案を行っている。独禁法上の課徴金と憲法上の二重処罰の禁止（憲法39条）との関係については、既に判例・学説が数多く展開されており、課徴金が刑事罰と実質的に同一・同質なものであること、また、刑事罰との併科により全体として罪刑均衡原則又は比例原則に反することとならないことが、制度上確保されている限り、違憲の問題は生じないと考えられている（報告書、第3、1、(2)ウ参照）。公取委に対し一定の裁量を認めるとしても、上記の2点に関し制度上明確に限定されていけば、二重処罰等の憲法上の疑義は生じないと考えられる。

より広く、適正手続の観点（憲法31条）、また国民の財産権に対する不当な侵害とならないかという観点（憲法29条）については、憲法学者の意見にあるように、公取委が課徴金納付命令の発出に際し、どのような考慮要素について、どのように考え、それがどの程度金額に反映されるかといった判断過程を法令やガイドライン等で明らかにし、裁判所が公取委の判断過程をトレースできるようにし、それを外れた場合の裁量権の逸脱・濫用がないか審査することができるようにすることが重要であり、この観点から、課徴金額の水準、課徴金の算定に係る考慮要素、公取委の裁量の範囲等を適正に制度化することが求められる。**【舟田正之（立教大学 名誉教授）、土田和博（早稲田大学法文学術院 教授）、山部俊文（一橋大学法学研究科 教授）、金井貴嗣（中央大学法科大学院 教授）】**

第1 意見の趣旨

1. 報告書第2の2（課徴金制度の見直しの方向性）、第3の2（課徴金の算定基礎とする売上額の範囲）、第3の8（調査協力インセンティブを高める制度）、第3の10（賦課方式）などにおいて、課徴金賦課に関し公取委に裁量を認めることについては賛成である。

（中略）

第2 意見の理由

1. 意見の趣旨1について

(1) 一般に国民に不利益処分を課するについて国家機関に裁量を認める場合には慎重であるべきことはいうまでもない。

(2) しかしながら、本報告書が公取委に認めようとしている裁量については、①独占禁止法違反行為を是正し、同法を適切に執行するためには、課徴金賦課に関して公取委に一定の裁量を認める必要性があり、かつ、②公取委の裁量にも法令・ガイドライン・運用基準等によって明確な基準が示されることが予定されており、③課徴金の上限・下限も合理的に画することとされているから、④比例原則、平等原則、透明性、予見可能性等の観点から見ても十分な合理性と許容性をもつものであると思料する。

これを認めなければ、課徴金賦課について硬直かつ不合理な事案が生じてしまうことは報告書において指摘されているとおりである。独禁法は公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益の確保と国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的としており、独禁法違反行為の被害者は国民全体であるといえるから、独禁法の厳正かつ合理的な執行を確保する必要がある、かかる観点から課徴金賦課に関して公取委に裁量を認める報告書に賛成する。

なお報告書によると、課徴金賦課に関する公取委の裁量は、課徴金を増大させる方向だけではなく、減少させる方向でも合理的な範囲で認められており（たとえば現行法によると違反行為者にとって過大となる場合に基礎売上額から一定額を控除する（17頁）など）、この点でも妥当である。**【松井良太（松井総合法律事務所 弁護士）】**

● 法定された算定・賦課方式に従って一律かつ画一的に課徴金を算定し賦課する硬直的な課徴金制度を見直し、課徴金制度に一定の柔軟性を持たせることとすること、なかでも違反被疑事業者が自主的に提出した証拠の価値に応じて課徴金を減算する制度を設け、調査への協力義務を負うことを明らかにするとともに、調査妨害行為に対してより効果的な措置等をとることができるようにすることについて、賛成する。現行の課徴金制度、なかでも課徴金の減額にかかる現行法及び運用は、独禁法違反行為の探知・解明・立証に資したかどうかを十分に問うことも、報告から措置が取られるまでの間に自発的かつ積極的に十分な協力を行ったかどうかを問うことなく、報告順序によりほぼ機械的・画一的に減額を認めるものとなっており、このような現状では違反行為を早期かつ効率的に発見・解明して適切な措置をとることを可能とするという課徴金減

免制度の目的が果たされているとは到底いえない。客観的・主観的に違反行為の終了に資する行為を行っていないにもかかわらず、本来国庫に納めるべき課徴金について減額を受けることは、不公正でもある。さらには、現在のように報告その他調査への協力から得られる法的帰結及び経済的利益について事業者が容易に予測ができる状況を放置すると、報告その他調査への協力に関して事業者間の協調的行動を助長することになるおそれもないではない。ルール・基準等が予め明らかにされており、事後的に行われる司法審査その他により法運用の客観性及び公平性が担保されていることは当然の要請であるが、これらの要請は、公取委が独禁法の趣旨・目的及びその効果的な執行を妨げ又はこれらに反する行為を放置することを許すべき理由とはならないし、証拠の質を考慮することをはじめとする一連の制度改正を報告書内で述べられた措置を講じつつ実施することを妨げる理由ともなるべきものでもない。【和久井理子（大阪市立大学大学院法学研究科特任教授）】

第3 具体的な制度設計（各論）

1 現行課徴金制度の法的位置づけ

1. 第3・1について

本報告書第2に記載されているように、課徴金制度は違反行為を抑止するために行政庁が違反行為者に対して金銭的不利益を課すものである。導入時には「不当利得相当額」の金銭的不利益を課すものとされたが、それでは抑止のために十分ではないため、平成17年改正で「不当利得相当額以上」の金銭を徴収するものとされた。また、「不当利得相当額」については、実際に発生した不当利得の額を算定することは困難であることや事案処理の迅速性・効率性という観点から、違反期間中の違反行為対象商品・役務の売上額の一定率を「不当利得相当額」と擬制し、その額（確定額）を徴収することとしている。

しかし、このような方法では、課徴金が違反行為の抑止のために必要十分な額となる保証は全くない。過少となり抑止の機能を果たせない場合も、抑止のために必要な額を超えて過大となる場合も発生しうる。

本報告書第2・1（1）にも記載されているように、抑止のために必要十分な額は、事案ごとに異なるので、課徴金の額を確定額として一切裁量を認めない現在の制度は適当ではない。課徴金の額を違反行為の抑止のために必要十分な額とする方法としては、EUの制裁金のように、裁判所に最終的な判断権を与えた上で執行当局に大きな裁量権を認める方法が考えられる。だが、EUのように行政当局に大きな裁量権を与えることは、日本の現行法の体系の下では難しいかもしれない。

一方、本報告書第2・2（5）に書かれているように、課徴金の賦課に際して行政権に裁量を認めること自体には法理論上の障害はないと考えられる。したがって、裁量が適切に行使されることを確保するために、課徴金算定の骨格を法律で定め、専門機関である公正取引委員会がガイドラインで裁量権行使の基準を定めて、その範囲内で裁量権を行使するといった方法をとることによって、個々の案に応じ、抑止のためにより適切な課徴金を課すことができるようにする必要があると考える。

2. 第3・2～7及び10～12について

本報告書に書かれていることに対し、概ね賛成である。【小畑徳彦（流通科学大学商学部 教授）】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

1 「1 現行課徴金制度の法的位置づけ」（報告書10p）について

課徴金制度は不当利得の剥奪だけを目的としたものではなく、将来の違反行為の抑止という目的を持っていることについては、特に異議はない。

特に、課徴金の導入当時と異なり、カルテルに対する損害賠償が一般化している（公共工事については、違約金制度が存在し、一般のカルテルでも、損害の賠償がなされている）状況にあり、しかも、課徴金が税法上損金算入されないこと、さらに、指名停止、営業停止その他の企業

の受ける制裁，不利益等も合わせ考えれば，カルテルに対する制裁による企業の金銭的な負担は，明らかに，単純な不当利得の額を相当程度超えており，このことから，現行の課徴金は単純な不当利得の剥奪だけでは説明がつかなくなっている。

しかし，課徴金制度は，将来の違反行為の抑止のために，もともと排除措置命令が存在しているところ，これを補完する目的で，いわゆる「やり得」を防止するために，違反事業者に金銭的な負担をさせ，カルテルは割に合わないという認識を持たせ，違反を防止するためのものとして作られたという基本的な性格自体は今も同様と考えられる。

課徴金は制裁としての実態と意味を持っていることは間違いなく，課徴金制度は「将来の違反行為の抑止」を目的としているという理由で，企業にどのような金銭的な不利益を課しても良いということにはならず，違反者が受ける不利益と違反行為の抑止という目的との均衡性が存在していなければならないはずである。

この点では，刑法等における刑罰も，単に過去に行われた犯罪を罰することに止まらず，将来の犯罪を抑止するという目的を持っていることは争いのないところであるが，そこでも罪と法定刑の均衡性は当然のこととされていることと同様である。

そして，課徴金の制裁としての公平性，均衡性の有無を判断する基準としては，不当利得以外に合理的なものはないと考える。

したがって，課徴金の算定に当たっては，不当利得を基準にするという原則を崩すべきではなく，課徴金制度は，「将来の違反行為の抑止」を目的としているという説明だけで，課徴金の算定と不当利得とを切り離すことは許されないと考える。ここで，不当利得を基準とすべきということは，不当利得を超えてはいけないということの意味するのではないが，不当利得と関連を断ち切って良いということにはならないということである。

もちろん，厳密に不当利得を計算することは不可能であるし，厳密にすればするほど手続が煩雑になることは事実であり，一定の合理的な範囲でこれを簡素化し，本当に必要があれば不当利得を擬制することもあり得ると考えるが，あくまでもそれは，必要最小限度の範囲にとどめるべきであって，安易に「専門的知見」の名の下に執行側の裁量に委ねるべきものではない。

また，独占禁止法の執行においては，競争秩序の回復を行うことが最も重要な機能であり，課徴金はこれを多く賦課することを目的としているわけではなく，制度の異なる欧州，米国その他の国や地域に比べて制裁金が多い少ないという議論は意味がない。**【競争法フォーラム】**

1. 課徴金制度の法的位置づけについて（報告書第2，2「課徴金制度の見直しの方向性（問題点を踏まえた対応策）」，第3，1「現行課徴金制度の法的位置づけ」，12「課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係」）

課徴金制度は，価格カルテル等による不当な経済的利得を擬制的に徴収することにより，価格カルテル等の独占禁止法違反行為を抑止する行政上の措置として昭和52年に導入された。しかし，価格カルテル等はその後を絶たなかったことから，平成17年独占禁止法改正によって，不当利得を上回る金銭を徴収する仕組みとして違反行為に対する抑止機能を高めた。そして，今般の報告書では，裁量型課徴金制度の導入が検討されている。

しかしながら，裁量型課徴金制度の導入によって，課徴金の法的性格が実質的に違反行為に対する制裁へと変容していくという懸念がある。したがって，現行の課徴金制度とその制定経緯および今般の裁量型課徴金制度の位置づけや法的性格については，さらに慎重に検討しなければならない。

そもそも，わが国には，価格カルテル等の独占禁止法違反行為に対する措置として，行政上の措置である課徴金と刑事罰の両方が存在する²上，民事上の損害賠償請求訴訟も提起される³。従来から議論されている³，課徴金と刑事罰の併存が二重処罰の禁止（憲法第39条）に抵触しない

か、という根本的な問題を含め、なぜこうした二重、三重の抑止力が必要なのか、わが国特有の法体系をふまえて、さらには法体系そのものの見直しをも視野に入れて、課徴金の在り方を検討する必要がある。

<脚注>

- 2 米国は刑事罰のみ（なお、クラスアクションによる3倍額損害賠償請求訴訟が提起されやすい）、EUは行政上の措置としての制裁金のみである。
- 3 参考資料集別紙4「課徴金制度の性格等に関する国会答弁」参照。

【公益社団法人 経済同友会】

1 課徴金納付命令の法的位置づけについて

課徴金と刑事罰の関係をめぐって、課徴金の賦課が単なる利益剥奪処分を超えて、裁量的な行政処分となると、二重処罰の禁止に抵触するという指摘がある。そこで、刑罰と行政処分における裁量性の意義を考える必要がある。

まず、裁量性は刑罰に固有の性質であろうか。刑罰とは「応報の枠内での予防」とされるため、いかに当罰性の高い行為であっても、当該行為が惹起した違法性の質量を超えて、将来の抑止に向けた予防刑を科すことはできない。なるほど、矯正処遇の現場では、改善刑ないし再犯予防の見地から、一定の裁量的処分が行われるであろうが、そもそも刑罰は、広義における行政の一部である。

つぎに、実際の科刑では、量刑水準という言葉があるように、過去の先例にもとづく量刑相場が存在する。裁判官は、それに従って科刑するため、決して各人の自由裁量によるわけではない。それどころか、マスメディアでは「裁判員判決を阻む二審の壁」といわれるように、過去の先例に拘束される結果として、しばしば、一般国民の量刑判断が覆されてきた。

かようにして、刑罰の本質として裁量性を掲げるのは正確ではない。むしろ、行政裁量という言葉に示されるように、およそ裁量性は、刑罰に対置される行政処分の特徴とみるべきである。その意味で、裁量的な課徴金制度を導入するとき、ただちに刑罰に接近するとして、二重処罰の禁止に抵触するという批判は、妥当でないと考えられる。むしろ、法令遵守のインセンティブを高めるべく、手続上の透明性を高めつつ、将来の予防に向けた努力を考量して課徴金を減額することも許されるのではないかと。**【佐久間修（名古屋学院大学法学部 教授）】**

2. 具体的な制度設計（各論）

(1) 現行課徴金制度の法的位置づけ

違反行為の抑止に不十分と認められるような事態が生じた場合は、部分的に法制度を見直すことに止まらず、民事訴訟法等関係法令との体系的な観点からの検討も積極的に行うべきである。**【全国中小企業団体中央会】**

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計（各論）

(1) 現行課徴金制度の法的位置づけ

報告概要は、不当利得の金額を上回る金銭的罰金を科すことによって抑止が達成されるように、課徴金制度を設計すべきであると適切に述べている。しかし、両部会は、処罰が単に違反者が違法な利益を吐き出すことだけを求めるべきではないと考えている。両部会は、制裁措置が（1）独禁法違反によって生じる定量化可能な社会的コストの全額と（2）違反者の違法行為が発見され、処分される確率、の両方を考慮に入れるべきであると思慮する⁶。特に、カルテルは、一般に、秘密裏になされ、発覚しない可能性のある合意であるため、制裁は、課される罰則が違反者に対して特定の抑止力となり、また潜在的な違反者が、発覚しないままとなる可能性を計算に入れることを考慮し、一般的な抑止力として機能するのに十分なだけのものでなければならない。

<脚注>

- 6 2016年コメント6頁。制裁は、刑事罰金と行政的な課徴金のほか、民事上の損害賠償の形をとることもありうる。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

2. 課徴金の法的位置づけ

(1) 課徴金制度は、独禁法違反行為によって得た不当な利得をカルテル参加事業者から国が剥奪することにより、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するためにとられる行政上の措置である(根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説』(有斐閣, 第5版, 2015年)320頁, 金井貴嗣=川濱昇=泉水文雄編『独占禁止法』(弘文堂, 第5版, 2015年)499頁以下, 土田和博=栗田誠=東條吉純=武田邦宣『条文から学ぶ独占禁止法』(有斐閣, 2014年)94頁以下等を参照)。

ただし、課徴金の具体的算定において、不当利得剥奪という趣旨を直接的に反映させる必要はなく、違反行為の抑止という観点から、課徴金額の水準、各種の算定方法を考慮すべきである。

機械保険連盟料率カルテル課徴金事件=最判平成17年9月13日(民集59巻7号1950頁)も、「課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではない」と判示しているところである。

(2) また、報告書は、現行法における一律かつ画一的な算定方式の欠陥ないし問題に対処するために、新たに公正取引委員会(以下、「公取委」と略記)に対し、一定範囲における課徴金算定に関する裁量を与える提案を行っている。独禁法上の課徴金と憲法上の二重処罰の禁止(憲法39条)との関係については、既に判例・学説が数多く展開されており、課徴金が刑事罰と実質的に同一・同質なものではないこと、また、刑事罰との併科により全体として罪刑均衡原則又は比例原則に反することとならないことが、制度上確保されている限り、違憲の問題は生じないと考えられている(報告書, 第3, 1, (2)ウ参照)。公取委に対し一定の裁量を認めるとしても、上記の2点に関し制度上明確に限定されていれば、二重処罰等の憲法上の疑義は生じないと考えられる。

より広く、適正手続の観点(憲法31条)、また国民の財産権に対する不当な侵害とならないかという観点(憲法29条)については、憲法学者の意見にあるように、公取委が課徴金納付命令の発出に際し、どのような考慮要素について、どのように考え、それがどの程度金額に反映されるかといった判断過程を法令やガイドライン等で明らかにし、裁判所が公取委の判断過程をトレースできるようにし、それを外れた場合の裁量権の逸脱・濫用がないか審査することができるようにすることが重要であり、この観点から、課徴金額の水準、課徴金の算定に係る考慮要素、公取委の裁量の範囲等を適正に制度化することが求められる。**【舟田正之(立教大学 名誉教授), 土田和博(早稲田大学法学学術院 教授), 山部俊文(一橋大学法学研究科 教授), 金井貴嗣(中央大学法科大学院 教授)】**

2 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲

2. 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲の見直しに賛成する。

現在の課徴金の算定基礎とする売上額の範囲は、技術的に過ぎるように思われる。算定にあたっての行政負担も軽くはなさそうであり、またこの点に関する訴訟もみられることから、この範囲の算出方法を報告書にみられるようにあらかじめ明らかにすることによって、行政措置の機動性・効率性を確保することは望ましいと思われる。

売上高が無い場合の取扱いについて、課徴金を課す必要があるという報告書の立場に賛成する。**【青柳由香(横浜国立大学大学院国際社会科学研究院 准教授)】**

4 「課徴金の算定基礎とする売上額の範囲」(13頁)についての[本研究会としての結論]として、「課徴金の算定基礎は、原則として、その範囲があらかじめ明らかとなるよう法定する」、「課徴金の算定基礎となる売上額について、機動的・効率的運用という課徴金制度本来の在り方を踏まえ、売上額ごとに相互拘束や具体的な競争制限効果の有無についての検証を要する現行の『当該商品の役務』の規定を見直し、違反行為の対象商品の売上額の全て(以下「基礎売上額」という。)を課徴金の算定基礎とするよう、所要の改正を行う。」としている。

次いで、「(1) 課徴金の算定の基礎についての基本的な考え方」として、「ア 現行制度では、課徴金の算定基礎は『当該商品又は役務』の売上額と規定されており、従来、一般的な価格カルテル事案では、①違反行為の対象商品又は役務の範ちゅうに属する商品又は役務であって、②違反行為による相互拘束を受けたものと解されている。一般的な入札談合事案では、①基本合意の対象とされた商品又は役務であって、②具体的な競争制限効果が発生するに至ったものと解され、運用されている。

上記の記述は、カルテルつまり不当な取引制限に係るものであるが、以下の課徴金問題を提起するのは不当な取引制限に係るものに限定していると考えてよいのか。本意見書は、不当な取引制限に限定して意見を申し述べる。

本報告書は、「イ・・・しかし、その(アの・注)ような解釈・運用には、あらゆる業種や地域等において多種多様な形態や態様により生じる独占禁止法違反行為(不当な取引制限以外も含まれるのか・注)に柔軟に対応し、課徴金制度の目的に照らして適正な課徴金の額を事案に応じて算定・賦課できないという欠陥があり、昨今では、第2の1(1)①及び②のような問題が顕在化して来ている」とする。

上記の摘示のうち、「欠陥」の具体的内容は、「第2の1(1)①及び②のような問題」以外は明確でない。そこで、「独占禁止法違反行為(不当な取引制限のみ・注)に柔軟に対応し、課徴金制度の目的に照らして適正な課徴金の額を事案に応じて算定・賦課できないという欠陥」を「第2の1(1)①及び②のような問題」であるとして検討する。

第2の1(1)(2頁・注)に提示されている①は課徴金を課すことのできない場合である。

これらの事案に課徴金を課すことができないのは「売上額」がないからであるが、それは、現行制度では、課徴金の算定基礎を「当該商品又は役務」の「売上額」と規定しているからであって、「上記アのような解釈・運用」とは関連がない。また、本報告書で問題としている事案のうち、①の4番目及び②は想定事案である。想定事案について、「問題が顕在化してきている」という評価はできない。

さらに、①のうち、2番目の事案は、企業グループ単位で違反行為対象事業を行っている際にカルテル等の対象商品または役務の売上額のない持株会社等のみが違反行為に参加する場合は、傘下の事業会社に事実上の『売上金額』は存在するが、それを当該持株会社または傘下の事業会社のいずれの「売上額」として、課徴金を賦課するかという責任の問題であると理解してよいのか。①の3番目の事案も違反行為者には事実としての『売上金額』は存在するが、それを当該違反行為者の「売上額」とするには、どのような法的操作を要するかという問題であると理解してよいのか。そうであるなら、いずれも本報告書でいう課徴金算定基礎の解釈・運用如何によって左右される問題ではない。

上記のとおりであるなら、本報告書でいう具体的事案を通じての「売上額」がないことによる「欠陥」は、事例の①の1番目の事案に限られるのでないか。この事案は国際カルテルの事案であり、このような事案の発生は過去においては極めて限られている。

- 5 「・・・、上記ア②の要件は、現実の不当利益に対応した額を課徴金の額としようとする考え方に基づくものと考えられるところ、当該要件を満たさないとする事業者の主張により当該商品又は役務から除外された例はほとんどない(別紙8参照)にもかかわらず、これを争点として多くの審判又は審決取消訴訟が提起され、子細な審理が行われており、課徴金制度の機動的・効率的運用が損なわれている状況にあると考えられる」(14頁1行目以下)。

これは、課徴金の「売上額」がある事案について、「現実の不当利益に対応した額を課徴金の額としようとする考え方に基づくもの」というのは、課徴金算定基礎を価格カルテル事案では相互拘束あるいは入札談合事案では具体的な競争制限効果の発生を要件とすることである。そこで、審判・審決取消訴訟ではこれを争点として提起され、子細な審理がなされるが、原告が勝訴となった事例はほとんどない。その反面、課徴金制度運用の機動的・効率的運用が損なわれる」という。

現行制度では審判制度が廃止されているので、この考え方は存在しない。審決取消訴訟については、被告がほとんど勝訴しているというのであるから、審決取消訴訟が提起されたからといって制度を改める必要性は認められない。そこで、本報告書で提起している論点は、審決取消訴訟が提起されることにより、「・・・課徴金制度運用の機動的・効率的運用が損なわれる」ということになる。しかし、審決取消訴訟の提起ということは、原告事業者が憲法上の裁判を受ける権利(32条)の行使ということである。行政機関の課徴金運用業務の機動的・効率的運用が損なわれるとあって、課徴金の売上額の算定の要件を争点とする訴訟の提起を回避するように制度を改めることを行政機関が提示することは適切性を欠く。

上記のようにみえてくるなら、[本研究会としての結論]でいう「売上額ごとに相互拘束や具体的な競争制限効果の有無についての検証を要する現行の『当該商品の役務』の規定を見直し、違反行為の対象商品の売上額の全て(以下「基礎売上額」という。)を課徴金の算定基礎とするよう、所要の改正を行う」(13頁)ことの論拠をこれまでの事案を通じて導くことは極めて弱いものといわざるを得ない。

6 [本研究会としての結論] (13頁)「基礎売上額がない場合は、違反行為により得られる又は期待される経済的利得が一般的・抽象的に想定できる類型について、課徴金の算定基礎とする金額(以下「基礎利得額」という。)を典型的に法定した上で、事前に想定し切れない類型に対応できるよう、当該法定した類型に該当しない行為について、当該法定した類型に準ずる類型及びその基礎利得額を一般的に定めた規定や、当該法定した類型に準ずる類型及びその基礎類型額を政令で追加できる規定を法定する」とある。

上記の結論を受けて、「(2) 課徴金の算定基礎の範囲の見直しの必要性及び方向性」(14頁)では、「・前記(1)ア②の要件は、現実の不当利得に対応した額を課徴金の額としようとする考え方にに基づき、違反行為が及ぼした現実の結果に着目して課徴金の算定基礎を限定しようとする趣旨によるものと考えられ、審査段階における子細は事実認定のみならず、審判又は訴訟における子細な審理を伴うものとなっていることも踏まえると、前記1(1)で述べた課徴金制度の趣旨・目的に必ずしも合致するとはいえないと考えられる。」(14頁下から5行目～15頁1行目)という。

上記の論点は、具体的には審決取消訴訟に係ることに由来するのであり、その不適切性は指摘したところである。

7 課徴金の算定基礎の見直しの方向性として、算定基礎を「違反行為者が一般的に期待し得る利得を徴収する観点から、また、課徴金制度の機動的・効率的運用を確保する観点から・違反行為の対象とされた商品又は役務の売上額については、一律に課徴金算定の基礎とすることが適当と考えられる」(15頁)とし、それは「違反行為に係る一定の取引分野において違反事業者が供給したすべての商品又は役務を課徴金の対象とすることが考えられる」とする。

算定基礎を「違反行為者が一般的に期待し得る利得」とすると、次の諸点が明らかでない。

① 「違反行為者が一般的に期待し得る利得」(「一般的期待利得」という概念の性格

「違反行為の抑止という課徴金制度の目的をより効果的に達成するためには、現実には得られた利得を剥奪するという観点よりも、違反行為者が一般的に期待し得る利得を徴収するという観点」(15頁11行目以下)というが、一般的期待利得の性格、実体に触れていない。これでは、多額の金額を課す課徴金の基準としては、不適切である。

② 一般的期待利得という抽象的概念で課徴金という事業者の違反行為の制裁の根拠とする妥当性が「課徴金制度の目的をより効果的に達成するため」というが「効果的」の意味が不明。「効果的」というのは、「機動的・効率的」という技術的なことと同義か。

③ 一般的期待利得を剥奪することが一定の取引分野における売上額とどうして論理的に関連するのが不明。

8 「(3) 基礎売上額がない場合に対処する必要性及び方向性」(16頁)において、違反行為の対象とされる商品役務の売上額がない違反行為者に対しても、「違反行為に参加することにより、何らかの経済的利得を得ていると考えられることから、・課徴金を課す必要性は高いと考えられる。・違反抑止の目的をより効果的に達成するためには、・違反行為の実施時において違反行為者が一般的に期待し得る利得に着目した制度設計がより適当と考えられる」。(16頁)

上記のように制度設計すると次の点が明らかにされなければならない。

① 売上額がない場合の違反行為者は、現行課徴金の算定基礎の「売上額」がないのであるから、売上額がある事案の「一般的期待利得」とは、異なる概念でないのか。とするなら、売上額がある事案とそれが無い事案の「一般的期待利得」の概念の性格・内容が異なるのでないのか。そうであるなら、課徴金の性格も売上額のある事案の課徴金は「課徴金 α 」、売上額のない事案の課徴金は「課徴金 β 」というように2種類の課徴金ということになるのでないか。

② 課徴金制度は、「不当利得相当額以上の金銭的不利益を課すもの」(10頁)というのであるなら、まず、売上額のない違反行為者の不当利得相当額という概念が明らかにされなければならないが、それが不明である。そうであるなら、「一般的期待利得」から導かれる課徴金の額が不当利得相当額より多いということ判断できないのでないか。

③ 算定基礎を「一定の取引分野」における売上額としても、その場での売上額がないのであるから、算定基礎の算出の基準を何に求めるのか。それは売上額と性格は同じか、異質か。

④ 現行制度において売上額のない違反行為者に課徴金を賦課できない5事案が摘示されている(16頁)が、そのうち、事案④は、違反行為者には現行制度上の「売上額」は存在しないが、企業グループ内の他の事業者に事実上の「売上金額」があるので、これを何人かの「売上額」として帰属させることができるかということと理解してよろしいか。事案⑤は、違反行為の終了後に発生する事実上の「売上金額」を違反行為者の「売上額」として法的に処理することができるかということと理解してよろしいか。

⑤ 売上額のない場合の事案(16頁)のうち、②及び③の事案を入札談合の事案として、それぞれ異なる類型であると仮定する。その類型化は、②事案では「順番が回って来なかったこと」、③事案では「落札予定者から見返りの金銭を得たこと」または「下請受注を約されたこと」をメルクマールとした3類型とする。これらの類型における「一般的期待利得」はどのようなものであるのか。算定基礎の算出の基準は異なるのか、同じであるのか。同じであるなら、それぞれを類型化することなく入札談合型となるのでないか。いずれにしても、算定基礎の算出に広い裁量を要することにならないか。

⑥ 売上額のない事案については、「過去の事例等か類型化できるものは可能な限り個別具体的に法定した上で、それぞれの類型ごとにいずれの金額を課徴金の算定基礎とするかを明確化することが適当と考えられる。法定する類型及び基礎利得額は、立法化の過程において、一般的・抽象的に想定される経済的利得の内容や大きさ等に応じて慎重に検討する必要があると考えられる。

カ ただし、今後生じ得る経済・社会環境の変化を想定するなどして、すべての類型を個別具体的に法律に規定し尽くすことは不可能である。このため、事前に想定し切れない類型に対応できるよう、上記オにより法定した類型に該当しない行為について、上記オにより法定した類型及びその基礎利得額を政令等で追加できる規定を設けることが適当と考えられる」(17頁)。

(a) 類型の分別と基礎利得額の設定は、異なる性格である。類型化は、事実に基づく判断作業である。この場合の課題は、類型化するメルクマールを何に求めるかである。この点を明確にすることが必要であるが、本報告書では何ら触れていない。

基礎利得額の設定は、「一般的期待利得」から導き出す作業である。しかるに「一般的期待利得」概念自体抽象的であり、しかも類型毎に異なった基準を要するのでないか。果たして、「一般的期待利得」を類型毎に適切に導き出すことができるのか疑問である。

(b) 個々の類型を限定的に定めると、いずれの類型にも当て嵌まらない事案が生ずるであろう。それには、課徴金を賦課できないし、このことは不公平である。そのような事案に対処してバスケット・クローズを定めるとなると、多様な事案に当て嵌まる「一般的期待利得」を想定しなければならないのでないか。それは概括的「一般的期待利得」であり、それは広い裁量を定めることとなり不適切である。

(c) 政令に委任する場合もあるというが、類型及び基礎利得額の設定を政令に委任することは、基本的な問題を孕むものと思料する。

政令は内閣が定めるものである。独立して職権を行使する委員長・委員によって構成されている公正取引委員会の業務を政令に委任することは、独立性の趣旨に反するおそれがあり、しかも、その立案過程で各省折衝を要するので、公正取引委員会の意向が歪められるおそれがあり、政令への委任は基本的に好ましくない。

独禁法70条の10で「この法律に定めるものを除く外、公正取引委員会の調査に関する手続その他事件の処理及び第70条の5第1項の供託に関し必要な事項は、政令で定める」と規定している。この規定は、公正取引委員会の政令事項を限定している。

類型と基礎利得額の設定を政令に委任することは、実体規定の設定を委任することであり、独占禁止法の運用の在り方として疑問である。

課徴金賦課の仕組みを政令に委任している事例として金融商品取引法の例を摘示しているが、同法の事例は、極めて軽微な事項についてであり、所管が金融庁という通常の行政機関に係ることであるから、それを公正取引委員会の所管事項の政令への委任の先例とするのは適当でない。公正取引委員会として、過去に参考となるものがあるとしたら、原始独禁法2条6項7号の規定による「指定」があるが、この制度は昭和28年改正で改められており、また、現行の不公正な取引方法の「指定」制度の在り方からみて、今日通用するかは不明である。

9 「(4)一定の基礎売上額を控除する必要性及び方向性」(17頁)において、課徴金の趣旨・性格に照らして必要な範囲を超える場合の事案として、「④違反行為者が企業グループ単位で違反對象事業を行っているときにグループ会社間で違反對象商品または役務の取引が行われている場合」が摘示されている。

公正取引委員会はこれまで、違反行為者と株式100%所有の子会社の取扱いについて一貫していなかった。

レンゴー（株）事件審判審決（昭59・2・2，審決集56巻56頁）では、「100%子会社について、本件のごとき事情の下にある全額出資の子会社に対する売上げは、経理上の売上としているものの、同一企業内における加工部門への物資の移動と同視し得るから」として課徴金の賦課から外した。しかし、出光興産（株）事件（平22・2・24，審決集56巻分冊577頁）では100%子会社への販売に対しても課徴金を賦課している。また、100%未満の子会社との取引がある場合には課徴金を賦課していた（レンゴー事件審判審決）。

企業グループ単位で課徴金を賦課するということは、上記のようなこれまでの取扱いを変えることになるのでないか。どのような法律構成をするのか明らかにされたい。

（中略）

12 企業グループ

本報告書は、例えば売上額のない違反行為者に対する課徴金の賦課を企業グループ単位で課徴金の納付命令の受命者を決めると理解する（16頁）。この場合の企業グループの性格、構成範囲等が明らかにされていない。企業グループ内で排除措置命令の受命者と納付命令の受命者が異なり、課徴金納付という行政責任を転嫁する仕組みであると想定される。

そうであるなら、少なくとも、企業グループの骨組、性格、課徴金転嫁の法理論を明らかにすべきである。取り分け、課徴金転嫁の法理論が不明のまま立法するなら、訴訟が提起されるであろう。それは、課徴金業務の機動的・効率的運用を妨げないか。【厚谷襄児（北海道大学 名誉教授、日比谷総合法律事務所 弁護士）】

第3，2 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲

- 【本研究会としての結論】に、「基礎売上額が課徴金制度の趣旨・性格に照らして必要な範囲を超えると認められる場合、公正取引委員会の判断により必要と認める範囲で一定の基礎売上額を控除できる規定を法定する。」とありますが、必要な範囲を超える（客観的に必要な範囲を超える）のであれば、本来課徴金を賦課してはならないのであり、「公正取引委員会の判断により必要と認める範囲で」一定の基礎売上額を控除できるとするのは矛盾するように思います。
- 同（1）イに「上記アのような解釈・運用は、昭和52年の課徴金制度導入以降、単一の事業者が単一の商品又は役務を共通する需要者に供給している場合など比較的単純なカルテル・入札談合を前提として確立してきたものと考えられる。しかし、そのような解釈・運用には、あらゆる業種や地域等において多種多様な形態や態様により生じる独占禁止法違反行為に柔軟に対応し、又は、経済活動のグローバル化・多様化・複雑化の進展に機動的に対応し、課徴金制度の目的に照らして適正な課徴金の額を事案に応じて算定・賦課できないという欠陥があり、昨今では、前記第2の1（1）①及び②のような問題が顕在化してきている。」とありますが、「前記第2の1（1）①及び②」として挙げられているのは、商品範囲と基礎売上額の計算の方法から生じる問題ではないので、この点において論理に整合性が無いように思います。
- また、「上記ア②の要件は、現実の不当利得に対応した額を課徴金の額としようとする考え方に基づくものと考えられるところ、当該要件を満たさないとする事業者の主張により当該商品又は役務から除外された例はほとんどない（別紙8参照）にもかかわらず、これを争点として多くの審判又は審決取消訴訟が提起され、子細な審理が行われており、課徴金制度の機動的・効率的な運用が損なわれている状況にある」とありますが、これをもって課徴金制度の機動的・効率的な運用が損なわれている状況というのは前提に誤りがあるのみならず、無罪になる例は少ないので裁判が不要であるというに等しく、適正手続きや事業者の権利保護を無視した一方的な価値判断であって支持できません。
- すなわち、まず第一に審判・訴訟で争われるのは、審判・訴訟にならない事件も含む多くの課徴金の賦課されない事案や物件との整合性を問うためであり、審判・訴訟になってから除外された例が少ないことは、その機会を奪うことを正当化しません。第二に、機動的・効率的な運用が損なわれていることについて、高光建設事件（岩手談合）でも、談合の参加者が受注予定者よりも低い価格で入札している場合には公正取引委員会自らが課徴金を賦課しないと判断しており、裁判所に行く以前の段階で、個別の事案で実際上機動的・効率的な運用がなされています。

- 第三に、上記アのような解釈・運用は、公正取引委員会の事案処理、審決、多くの高裁、最高裁判例により蓄積され、かつ確立した法理とされているものであって、これを変更することは、本報告書が強調する第2、2(9)の「昭和52年に導入され、約40年間にわたって運用されてきた課徴金制度の安定性・一貫性を確保する観点」と矛盾するのみならず、実質的にも変更する要を認めません。
- 前述したとおり、判例も、これまで公正取引委員会の効率的な法運用、悪く言えば「大雑把な」認定を是認しています。この傾向は、言わば前半戦である一定の取引分野の認定がある程度大雑把でも、言わば後半戦である課徴金に関する個別の物件に取扱いである程度調整がなされていることに基づいてなされているものと思われまます。ところが、審判決例の蓄積のある個別物件での審理（いわば後半戦の審理）を避けるために制度を変更すれば、今度は、言わば前半戦である一定の取引分野の認定において相当程度の審理がなされる事案が増加すると予想されるため、かえって混乱とコストの増加を招くと思料します（白石忠志「独占禁止法」第3版254頁参照）。
- 同(2)アには、「前記(1)ア②の要件は、現実の不当利得に対応した額を課徴金の額としようとする考え方にに基づき、違反行為が及ぼした現実の結果に着目して課徴金の算定基礎を限定しようとする趣旨によるものと考えられ…前記1(1)で述べた課徴金制度の趣旨・目的に必ずしも合致するとはいえない」とあります。しかし、本研究会でも議論され、本報告書別紙にもあるとおり、前記(1)ア②の要件を認めた最高裁自身（多摩談合（大石組）事件判決）がそもそも不当利得に対応した額を課徴金の額としようとする立場でないのですから（機械保険連盟事件判決（本報告書別紙6(1)）、かかる整理には説得力がありません。むしろ、最高裁は個別物件における控除を通じて、課徴金額が制裁として客観的に妥当かつ違法行為と均衡した金額に近づくように努力しているのであって、一定の取引分野の認定どおりに例外なく課徴金を賦課することに批判的な見解と考えられます。【**雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務所 弁護士）**】

2 具体的制度設計（各論）

(1) 現行課徴金制度の法的位置づけ

現行制度では、違反行為による相互拘束の対象となった商品又は役務の売上額のみを課徴金の算定基礎とするため、国際市場分割カルテルにより日本市場に参入できず、我が国に売上額がない外国事業者に対して排除命令を出すことが出来るけれども、課徴金納付命令を発することが出来ないというアンバランスな事態がマリンホース事件で生じた。このようなアンバランスな事態を解消するためには、EU・米国のように制裁金等の算定基礎が柔軟に算定される必要がある。また入札談合により落札予定者に指名され、落札に成功した事業者のみが売上額に基づいて課徴金納付を命じられるのに反して、落札予定者の落札を成功させるために同者よりも高額の入札をした結果落札出来なかった入札談合参加者は売上額がないので課徴金を賦課されない。韓国公取委の Announcement on Detailed Standards, Etc. for the Imposition of Surcharges（課徴金賦課細部基準等に関する告示、2010年10月20日）は、成功した落札者（正犯者）に売上額の10%の課徴金を、落札出来なかった入札談合参加者（従犯者）に対しても上記金額を50%まで減額した課徴金を賦課出来ると定めている。入札談合参加者は輪番で落札の機会がいずれ廻って来ると期待しているかもしれないが、入札談合を厳しく規制するためには、韓国のような制度の導入を検討する必要がある。【**小原喜雄（神戸大学法学部 名誉教授）**】

1. 独占禁止法に違反する行為を行った企業については相応の課徴金を支払うという形で、違反行為で得た利得を剥奪できる制度であるべきです。独占禁止法の違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業はもれなく相応の課徴金を支払わされる制度であるべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得を剥奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。違反行為で得た利得を剥奪するために、以下の点の見直しを求めます。

(1) 対象企業の範囲の拡大

現行制度では、日本に売上額のない海外企業については、独占禁止法違反行為に対して課徴金を課することができません。国民が独占禁止法違反行為によって生じた価格の引上げやサービスの低下等の被害を受け、利益を侵害されても、「日本に売上額のない海外企業による」という理由で、その企業が課徴金の対象とはならないという事は納得できません。【**神奈川県消費者団体連絡会**】

第1 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲について

1 「課徴金の算定基礎となる売上額について、機動的・効率的運用という課徴金制度本来の在り方を踏まえ、売上額ごとに相互拘束や具体的な競争制限効果の有無についての検証を要する現行の「当該商品又は役務」の規定を見直し、違反行為の対象商品の売上額の全て（以下「基礎売上額」という。）を課徴金の算定基礎とするよう、所要の改正を行う。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由

カルテルや談合といった独占禁止法違反行為によって得られた利益を剥奪するという課徴金制度の目的を果たすためには、課徴金制度の適用される要件が明確である必要がある。仮にこれが明確でなければ、課徴金制度が独占禁止法違反行為への誘因を断ち切る契機にはなり難いからである。したがって、上記改正方針は、課徴金制度の適用要件を明確にするものであるといえることから、これに賛成である。

また、売上額ごとに相互拘束や具体的な競争制限効果の有無を検証した上で課徴金額を算定する現行法では、その検証作業に膨大な時間及び労力を要することとなり、課徴金制度の適用に至るまでに相当な時間を要することとなる。かかる状況では、実務上、課徴金制度の適用に至る事案が限られてしまい、一部の独占禁止法違反事例が「逃げ得」となる可能性も否定できない。

よって、かかる観点からも、上記改正方針は、課徴金制度をより実効的にするために有効であるといえることから、賛成である。

2 「基礎売上額がない場合は、違反行為により得られる又は期待される経済的利得が一般的・抽象的に想定できる類型について、課徴金の算定基礎とする金額（以下「基礎利得額」という。）を類型別に法定した上で、事前に想定し切れない類型に対応できるよう、当該法定した類型に該当しない行為について、当該法定した類型に準ずる類型及びその基礎利得額を一般的に定めた規定や、当該法定した類型に準ずる類型及びその基礎利得額を政令等で追加できる規定を法定する。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由

基礎売上額がない場合、課徴金額の算定ができず、課徴金制度の適用がないという事態になる。しかも、基礎売上額の有無は、独占禁止法違反行為の時期や市場等、偶然の事情によって決まる場合もある。こういった対象事業者の行為によってではなく偶然の事情によって課徴金制度の適用の有無がきまることになれば、課徴金制度が独占禁止法違反手続への誘因を断ち切る契機になりえない。

したがって、かかる偶然の事情によって課徴金制度の適用がないという事態を防止する観点から、上記改正方針には賛成である。

3 「基礎売上額が課徴金制度の趣旨・性格に照らして必要な範囲を超えると認められる場合、公正取引委員会の判断により必要と認める範囲で一定の基礎売上額を控除できる規定を法定する。」との部分及び「課徴金の算定基礎の範囲を可能な限り明らかにするため、基礎売上額がない場合や一定の基礎売上額を控除する場合について、必要な運用基準を策定・公表する。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由

基礎売上額が課徴金制度の趣旨・性格に照らして必要な範囲を超えると認められる場合に、基礎売上額を基準として課徴金を算定すると、対象事業者に過大な負担を生じさせることとなり、ひいては事業活動そのものに対する萎縮を生じさせかねない。また、課徴金制度そのものに対する国民的信頼を失う可能性もある。したがって、適切な範囲において、一定の基礎売上額を控除する規定を法定することには賛成である。

ただし、控除される要件や基礎売上額について、公正取引委員会による恣意的運用がなされれば、やはり課徴金制度に対する国民的信頼を

失う可能性がある。そこで、控除がされる場合の要件や基礎売上額について、予め定めた上で公表されるべきである。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

2 「2 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲」（報告書13p）について

（1）課徴金の算定基礎についての基本的な考え方（2（1））について

課徴金の算定基礎とする売上額をどのように捉えるかは極めて重要な問題である。この点、報告書14pでは、「諸外国でも、違反行為に関連する又は影響を受ける売上額を制裁金等の算定基礎とすることが一般的である」、「諸外国でも、制裁金などの算定基礎とする売上額の範囲は事案に応じて当局が柔軟に認定できる制度が一般的である」とするが、欧州及び米国においても、何が、違反行為に関連するまたは影響を受ける売上に含まれるかについては、極めて慎重に検討され、被疑事業者との協議の対象にもなるし、争いがあれば裁判の対象にもなる。

これに対し、報告書14pでは、課徴金の対象となる売上に含まれるか否かを争った審判及び審決取消訴訟において、被審人側が勝ったことはほとんどなく、課徴金制度の機動的・効率的な運用が損なわれているとして、争わせることが無駄であるかのような趣旨の記載がある。さらには、これを避けるために、争われるような規定を変えてしまっ、争えないように改正しようとするものと理解されるが、これは著しく不合理と言わざるを得ない。

前回の独占禁止法の改正において、審判制度を廃止し、裁判所で争えるようにしたのは、審判では公平性が保てないからという理由からであったはずで、どのような場合に、何を不当利得算定のための売上に含めるべきなのかは、それこそ米国や欧州と同じように裁判所で判断し、それを蓄積していくのが本筋であって、それを、規定の改正や、「裁量」という争うことの出来ない権限を与えることによって、裁判所の判断から免れるというのは、審判制度廃止の目的とも逆行する。

また、企業や従業員の事情聴取の負担の軽減というが、これは事情聴取のやり方で解決すべき問題であり、企業の不利益を持って解決すべき問題ではない。

（2）課徴金の算定基礎の範囲の見直しの必要性及び方向性（2（2））について

課徴金が違反行為の抑止という目的を有しているとしても、不当利得と切り離して考えることは誤りであることは既に述べたとおりである。

報告書15pは、「違反行為の実施時において違反行為者が一般的に期待し得る利得を徴収する観点から、また、課徴金制度の機動的・効率的な運用を確保する観点から、前記（1）ア②の要件を撤廃し、現実に相互拘束が及んだか又は具体的な競争制限効果が発生したかといった結果にかかわらず、違反行為の対象とされた商品又は役務の売上額については、一律に課徴金の算定基礎とすることが適当」とするが、この考え方は、合意の対象として相互拘束を受けなかった売上までを課徴金算定の基礎となる売上に含めようとするものであり、明らかに課徴金と不当利得とを切り離すものである。

明確に対象商品・役務の範囲を限定（合意の対象外とする範囲の明確化を含む）した拘束力の強いカルテルや談合の場合には、対象商品・役務のすべてを対象にしてカルテルが行われるため、現実の不当利得が大きくなりやすいが、対象商品・役務の範囲が明確でなく、拘束力の弱いカルテルや談合では、対象商品・役務に係るすべての取引にはカルテルの拘束力が及ばないため、実効性が低く、不当利得も小さくなりやすい。しかるに、報告書の考え方によれば、前者よりも後者の場合の方が課徴金が大きくなってしまふ。

「基礎売上額」といった不明確、抽象的な概念を持ちだして、算定の基礎としなければならない理由はどこにもないし、このような概念を課徴金算定の基礎にした場合には、公取委には、当該違反行為がどのような範囲の商品・役務を対象にしているかという点を含め、どのような違反行為であるのかを正確に認定するインセンティブに欠けることになる。結局、公取委が、極めておおざっぱな認定をすればするほど、課徴金の額は大きくなるという不均衡が生じてしまう。

特に、今後も減免申請事業者の情報に依拠して、情報交換によるカルテルを認定する事案が増えてくれば、当該減免申請事業者の提供する一面的な情報に基づき、本来課徴金の対象とすべきでない売上まで含めて抽象的に認定がなされる危険性がますます大きくなる。

欧州及び米国においても、何が違反行為の対象の売上となるのかは、厳密に認定されている。米国においても、何をVOCに含めるかについては、反証可能な推定にすぎず、裁判所で争うことが可能とされているし、EUにおいても、当然に裁判の対象になる。

また、欧州の自動車部品事件における認定を見ても明らかなように、品種毎に違反行為の対象となった自動車メーカーや、違反行為の対象となったRFQを個別に認定し、対象となるべき売上の算定を行っている。

(3) 基礎売上額がない場合に対処する必要性及び方向性（2（3））について

売上がない場合に課徴金を課すのであれば、課徴金を課す場合と計算方法を法律で明確にすべきで、基本的に公取委の裁量に委ねるべきではない。

名目的な課徴金では抑止効果はないだろうし、多額の課徴金を賦課するのであれば、事業者が争う可能性も高くなる。

したがって、売上がない場合に課徴金を課すことにどの程度の合理性があるのかを良く吟味すべきである（たとえば、入札談合であれば、受注しておらず課徴金は課せられないとしても、排除措置命令を受ければ指名停止になるのであって、課徴金がないから抑止力がないといえるのか疑問である）

いずれにせよ、基礎売上額がない場合において、課徴金を賦課したり賦課しなかったりという状況は不公平というほかない。**【競争法フォーラム】**

1. 独占禁止法違反行為を行った企業に対して、違反行為に相応した額の課徴金が課せられることが担保されるよう、制度改善してください。

(1) 違反企業に確実に課徴金が賦課されるよう対象とする企業範囲の拡大に賛成です

現行の硬直的な課徴金制度のもとでは、国際市場分割カルテルにおける外国事業者等日本に売上額のない海外企業に課徴金を課すことができない等、課徴金の賦課において不公平な状態が生まれています。課徴金を課されるべき企業に確実に相応の課徴金が賦課されるよう、制度を見直してください。**【主婦連合会】**

【具体的内容・考え方の明確化を図る等すべき点について】

- 新たな課徴金制度の具体的内容に関し、特に以下の点について内容・考え方の明確化を図る等すべきである。
 - ・基礎売上額がない場合には、違反行為により得られる又は期待される経済的利得が一般的・抽象的に想定できる類型について、課徴金の算定基礎とする金額を類型別に法定するとしている。また、法定した類型に該当しない行為について、法定した類型に準ずる類型・基礎利得額を一般的に定めた規定等を法定するとしている。しかしながら、ここでいう「経済的利得」の範囲やその考え方が明確にされていないことから、これらの点を整理・明確化すべきである（なお、これらの点については必要な運用基準を策定・公表するとの理解であるが、運用基準の策定以前に、一定の考え方等を法定の規定で明確化すべきと考えられる）。**【一般社団法人 新経済連盟】**

1. 違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです

独占禁止法違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得をしっかりと奪取できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。そのために、以下のような点について制度見直しを求めます。

(1) 対象とする企業の範囲の拡大

現行制度では、日本に売上額のない海外企業に課徴金を課することができない等、本来課徴金を課すべきものに課徴金を課することができない場合があるなど、理不尽な結果が生じており、これを改善する必要があると考えます。**【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】**

1. 硬直的な課徴金制度の見直しが必要

企業が独占禁止法に違反する行為を行わないようにするためには、違反行為を行った企業がその違反行為によって不当な利益を得ることが決して無い状況とする課徴金制度を実現しなければなりません。そのためには以下の改善策が必要と考えます。

(中略)

③ 現行制度上、日本に売上額のない海外企業には課徴金を課せないなどの不公平な制度を改善し、企業の対象範囲の拡大を行うべきです。**【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】**

2. 具体的な制度設計（各論）

(中略)

(2) 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲

裁量性を認めることにより、これまでのような客観的な算定方式に従って一律かつ画一的に課徴金が算出されることはなくなるため、事業者において課徴金の賦課金額に関する予測可能性が損なわれるおそれがある。課徴金は行政上の措置であり、明確な算定基準であることが望ましい。裁量性を認めたとしても、抽象的な算定式は明確に定めることはもちろん、裁量により加減算を行う際の重要な要素（例えば、当該企業の役割が主要であったか否か、違反行為が行われていた期間の長短）を明示し、予測可能性を高める必要がある。また、課徴金納付命令の対象事業者に対しては、意見聴取手続において、課徴金の計算の基礎に関する説明を尽くすことが重要であり、ガイドライン等に明記していくべきである。また、過去の事案においていかなる金額の課徴金がどのような理由により賦課されたのかを明らかにすることで、対象事業者にとっての予測可能性を高める。しかし、過去の事案において課徴金の計算の基礎が不明であれば、事案が集積しても予測可能性を高めることにはつながらない。したがって、課徴金策定の透明性を確保し、前例を積み重ねることによって、適切な調査協力のあり方が分かるようにするとともに算定根拠を示すのに必要となる事案が公表されることが望まれる。**【全国中小企業団体中央会】**

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計（各論）

(中略)

(2) 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲

報告概要では、「違反行為の対象商品の売上額の全てを課徴金の算定基礎とするよう」、課徴金の計算の基礎を変更することを提案している⁷。このアプローチは、米国連邦裁判所で連邦法違反の罰金を計算する枠組みを提供している米国量刑ガイドラインと一致している。米国量刑ガイドラインにおいて、ほとんどすべてのカルテル事案における罰金は、以下の方法を用いて算定される。まず、「基礎罰金」として、「違反行為によって影響を受けた商品又は役務のうち… 個々の共謀参加者に帰属する通商量 (volume of commerce)」の20%を算定する⁸。

しかし、これらの計算及び代数は、一切補完的な競争促進的な利益がないという点が普遍的に合意されているハードコアカルテルの行動（例えば、価格固定、市場分割、入札談合）のみに適切である。実際に、米国では、刑事罰は、ハードコアカルテルを含む事件のみに課される⁹。以下にさらに説明するように両部会は、独禁法の他の侵害類型に対しては課徴金を賦課することは不適切であると考えている。そうした状況では、差止命令による救済などの他の救済策のほうがより適切な可能性がある¹⁰。

<脚注>

7 報告概要2頁。

8 米国量刑ガイドライン § 2R1.1。「影響を受けた通商量」という言葉には多少の不正確さがあるが、カルテル行為の対象となった商品の個々の販売が合意の影響を受けていることと、もしそうであれば、どの程度の影響を受けているかについて、政府が立証する必要はないという実務が確立されている。影響を受けた通商量が決定されると、罰金の計算を開始するために20%という代数が使用される。この数字は、違反が行われた組織の規模、組織の上層部の役職員が違反行為に参加し、違反行為を見逃したり、見て見ぬ振りをしたか否か、当該組織が過去に違反行為を行ったか否か、当該組織が捜査を妨害したか否か、などの要素に基づいて決定される有責性スコアによって調整される。有責性スコアは、基礎罰金額に適用される掛け率の最小及び最大に置き換えられる。例えば、基礎罰金額が1000万ドルであり、有責性スコアが6の場合、最小及び最大の掛け率がそれぞれ1.2と2.4となり、罰金額の範囲が1200万ドル(1000万ドル×1.2)から2400万ドル(1000万ドル×2.4)となる。)。2016年コメント13-14頁。米国量刑ガイドライン §§ 8C2.5, 8C2.6。

9 量刑ガイドライン § 2R1.1 (Background) (2015), <http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-2-1-x#NaN>にて閲覧可能。米国量刑ガイドラインにおける、どのような競争法違反が刑事訴追されることになるかについての記述は、経済協力開発機構(OECD)と国際競争ネットワーク(ICN)の双方において採択されたハードコアカルテル行為の定義と一致している。OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, OECD Document No. C(98)35/Final (May 14, 1998) 2(a), <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>にて閲覧可能; ICN, Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties, (June 2005) (以下「ICN Defining Hard Core Cartel Conduct」という) 12頁 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>.にて閲覧可能。

10 2016年コメント9頁, 2008年3月の両部会による独禁法改正案に関するコメント(以下「2008年コメント」という) 2-3頁。
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_japan.authcheckdam.pdfにて閲覧可能。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

● 課徴金制度に一定の裁量を導入することとその制度設計について

報告書13頁は、機動的に適正な課徴金額を算定・賦課できないことを理由に、売上額ごとの相互拘束や具体的な競争制限効果の有無についての検証を要する現行の「当該商品又は役務」の規定を見直すとしている。しかし、当該規定は、特に長期間違反行為が行われた場合などにおいて、その一部につき実質的に違反要件を満たさないような場合についても、現行ではさしあたり全体を違反とした上で、課徴金の賦課の場面で課徴金を課さないという形で調整を行う機能を担っている。したがって、適正な課徴金額の算定という観点からすれば、「当該商品又は役務」の規定を通じて適正な算定が可能になっている側面もあるように思われる。結論で提示されているような見直しが行われれば、これを違反行為の段階で加味しなければ適正とはいえない場面が出てくると推測される。【滝澤紗矢子(東北大学大学院法学研究科 准教授)】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計(各論)」について

(1) 「2 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲」について

課徴金の算定基礎につき、相互拘束を受けたもの(カルテルの場合)、あるいは具体的な競争制限効果が発生するに至ったもの(談合の場合)という要件をはずし、違反行為の対象商品の売上額の全てを算定基礎とすることについて賛成である。過度な立証負担は課徴金制度の効率性を阻害するし、理論的にも課徴金制度が現実にも得られた利得を剥奪する趣旨からそれにとどまらない複合的な趣旨(特に違反行為抑止という政策目的)を持つに至ったことから妥当であるとする報告書に賛成する。

違反行為と関連性のある売上額の範囲の認定について公取委に一定の裁量を与える点についても妥当であると考えているが、報告書14頁にも指摘されているとおり、裁量が認められる範囲を最小限にすべきであるし、それにとどまらず、事業者に予測可能性を与えるよう裁量権行使の基準を示すべきであると考えている。

基礎売上額がない場合の対処や、一定の基礎売上額を控除することについても賛成である。【中嶋弘(アンカー北浜法律事務所 弁護士)】

1 課徴金制度の見直しについて
(中略)

(2) 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲

課徴金の算定基礎とする売上額は、原則として、違反行為の対象商品・役務に係る日本国内で実際に生じた売上額(以下、基礎売上額)とすべきである。

そのうえで、基礎売上額がない場合であっても、違反行為により何らかの経済的利得が現に生じている場合には、課徴金の算定基礎とする金額として「基礎利得額」を類型別に法定し、課徴金の対象とすべきである。

たとえば、国際市場分割カルテルに参加した海外の違反事業者は、日本以外の市場において違反行為による経済的利得を現に得ており、適切な金額を基礎利得額として法定し、課徴金の対象とすべきである。

一方で、違反行為に関連して、結果として何らの経済的利得も得ていない場合については、課徴金を課すべきではない。こうした事案について、課徴金を課さないとしても、抑止効果としては十分であり、課徴金の在り方に関する従来の謙抑的な姿勢を堅持すべきである。【**一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会**】

4. 国際的な課徴金制度との整合化

● 日本企業の海外ビジネス展開はますます進んでおり、国際展開を行う場合に海外の競争法規定の適用を受ける機会も多い。従って国際的な制度との整合化は理解できるものの、複数国にまたがった事案では、国際カルテルといった行為に対して複数国の競争当局から課徴金を課される可能性もあり、関係国間での課徴金の算定に関する調整が必要と考える。

● 一方で、国際カルテルといった違反行為により、被害企業となる可能性もあることから、関係国間での課徴金の算定に関する調整にあたっては、被害企業から見ても納得感を得られる制度となるよう配慮されたい。【**日本商工会議所、東京商工会議所**】

実態解明機能を確保するという観点から、違反行為の抑止のために行政上の金銭的な不利益を賦課するという課徴金制度の趣旨・目的に照らして、①課徴金の賦課要件の簡明性を確保するべく、違反行為の対象商品の売上額の全てを課徴金の算定基礎とすること、及び業種別算定率を廃止すること、②元来、合理性の乏しかった3年間という課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間の上限を撤廃すること、という研究会報告書の内容は、グローバルスタンダードの制裁水準に比してなお大きな開きがあるが、現段階においては、基本的に適切なものとする。【**根岸哲(神戸大学 特命教授(社会システムイノベーションセンター))**】

● 課徴金の算定基礎の見直し、なかでも基礎売上額がない場合にも課徴金を賦課することができるようにする制度とすることについて、賛成する。とりわけ、日本を含む世界を対象とする市場分割カルテルに参加しながら日本の需要者向け売上額がないために課徴金が課されなかったり、グループ会社のうちカルテルに参加したのは売上がない親会社であることのために課徴金を課しえなかったりするという現行制度の運用には合理性がなく、法令・運用上の不備を是正すべきである。

なお、報告書では、「違反行為に係る一定の取引分野において違反行為者が供給した全ての商品又は役務」を基礎として算定をするという案が示されているところであるが、このように課徴金算定上「一定の取引分野」概念を用いることについては、これが違反行為の存否及び排除措置命令を出すかどうかについての判断の機動性を損なわないものとならないかどうかの観点からの検討が必要であるように思われる。排除型私的独占の場合と異なり、カルテル・入札談合については「一定の取引分野」(市場)を取決めの対象とそれにより影響を受ける範囲に基づいて迅速、機動的ないし柔軟に画定した上で違反行為があるとして排除措置命令を出すことが可能とされてきており、課徴金の算定基準にかかる規定によりこのような対応が将来不可能にならないようにする必要があると考えられる。【**和久井理子(大阪市立大学大学院法学研究科特任教授)**】

3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

(1) 算定期間の上限の見直しの必要性及び方向性

第3, 3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

● (1) ウ①において、「商法や会社法等により商人や株式会社等には帳簿書類を10年間保存する義務が課されていること」を根拠として、「調査開始日から遡って10年までの売上額等を課徴金の算定基礎とする規定を法定する」とか、「①については、一部の会員から、税法上の帳

簿書類保存義務規定に倣って調査開始日から遡って7年までに限定すべきという意見も出されたが、①不当利得すら徴収できなければ十分な抑止効果が得られないこと、②他法令で帳簿書類の保存が義務付けられている期間であれば売上額の計算は可能であることから、違反行為によって経済的利得を得る違反行為者の負担に過度に配慮して、当該期間を更に限定すべきではないとの意見が多数を占めた。」とあります。しかし、本研究会では、商法や会社法の保存義務のある「帳簿」、税法上保存義務のある「帳簿」、その他の立証に不可欠あるいは極めて有力な証拠だが保存義務の無い「書類」等、何をもって何を立証することにより、売上額や課徴金の対象とならない金額を確定するのかを検討がなされた形跡がなく、その直前の2(4)で控除を提案する各種売上高の性質を立証する証拠書類の種類や保存年限も検討していませんので、このまま立法化された場合の実務上の不都合が懸念されます。とりわけ、公正取引委員会が直近1年の金額(具体的な控除事由を見る前のいわゆるグロスの金額)に年数を乗じて課徴金を算出すれば、あとは事業者において過去に遡って細かい記録を集めて反論し、それに失敗した場合にはグロスの金額に基づいて課徴金を賦課するという制度が採用された場合には、事業者にとって負担が極めて大きいことに留意する必要があります。**【雨宮慶(伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士)】**

2 具体的制度設計(各論)

(中略)

(3) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

算定期間を3年間に限定する合理性はない。帳簿書類の保存期間が税法上7年間であるので、算定期間を最短でも7年間とすべきである。カルテル期間が7年以上であり、売上額に関する帳簿書類が保存されており十分な証拠となり得る場合には、カルテルの全期間を課徴金の算定基礎とすべきであろう。**【小原喜雄(神戸大学法学部 名誉教授)】**

1. 独占禁止法に違反する行為を行った企業については相応の課徴金を支払うという形で、違反行為で得た利得を剥奪できる制度であるべきです。独占禁止法の違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業はもれなく相応の課徴金を支払わされる制度であるべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得を剥奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。違反行為で得た利得を剥奪するために、以下の点の見直しを求めます。

(中略)

(2) 課徴金の算定期間の延長

現行制度では、課徴金の算定期間は上限が3年となっています。露見しても3年を超える長期間の違反行為が続けられれば不当利得が残るという仕組みです。長く違反行為を行い、3年を超えさえすれば違反企業にとって露見しても「やり得」という状態の放置は納得できません。

【神奈川県消費者団体連絡会】

第2 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間について

1 『「3年間」という課徴金の算定期間の上限を撤廃し、例えば『調査開始日から遡って10年』までの売上額を課徴金の算定基礎とする規定を法定する。』との部分について

(1) 意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

課徴金制度の趣旨は、カルテルや談合による不当な利得を剥脱し、それとともにカルテルを行う経済的誘引を小さくして予防効果をもたらすことを目的としている。現在、課徴金の算定期間は3年に限定されているが、長期間にわたる違反行為では不当利得すら徴収できずに「やり得」を許すことになり、しかも違反行為を長期間にわたって継続すればするほど「やり得」が増加するという不合理な結果となる。そのため、現行法の3年の上限は撤廃するべきである。

また、もともと昭和52年に課徴金制度導入時には算定期間の上限は定められていなかったこと、諸外国でも制裁金等の算定に上限を設けている例はほとんど見られないこと、不当な利得(やり得)を剥脱するためにはむしろ上限を撤廃することが相当であることから、課徴金の算定期間の上限は一切撤廃するのが相当である。**【株主の権利弁護団】**

各論（第三）に対して

2, 4～6は、現行制度が「カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものであり」ながら（最判平成17年9月13日，民集59巻7号1950頁），上記硬直性のため機動的な発動を妨げている問題点への対応であり重要である。また，3で指摘されている算定期間も限定も十分な根拠なく抑止力を低下させるものといえるだけでなく，長期に及ぶカルテルはとりわけ悪質かつ再発危険性の高いものといえるだけに，それらに対する抑止力を低下させているのは不公正かつ不当であり，最低限提案程度の期間延長が望まれる。7～8も算定の容易さを維持しつつ抑止効果が十分でない事情に対応したものであり，いずれも早期に実現されるべきであると考えられる。【川濱昇（京都大学大学院法学研究科 教授）】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

3 「3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間（報告書18p）について

（1）算定期間の上限の見直しの必要性及び方向性（3（1））について

もし、課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間を10年とするのであれば、違反行為の始期の認定が極めて重要になる。現在は3年という限定があるから、3年を超えるものであっても「遅くとも・・・から」という認定で争わないが、10年を超えない限り、違反行為期間中であれば全て課徴金の対象とするというのであれば、当然、始期について明確な証拠をもって認定されなければならないであろうし、争う例も増えてくる。

この考え方を採る以上、明確に始期を認定して違反期間中の売上について課徴金を賦課しなければいけないはずで、「遅くとも」式認定は許されないし、極めて不公平な結果になってしまう。例えば、同じく8年前から行われていたカルテル事案において、一方の案件においては8年前の始期を認定して8年分課徴金を賦課し、他方の事案においては始期の立証が難しいとの理由で遅くとも5年前からと認定し、課徴金の算定期間が短くなるのでは、それこそ不公正であるし、不透明である。

しかも、この問題は、単に課徴金の額の算定の問題に止まるものではない。すなわち、公取委が課徴金を賦課するには、始期だけでなく、違法行為が課徴金を課そうとする期間継続して存在したことを立証しなければならないが、疑いを持たれた事業者には、古くなればなるほど書類の残っている量は少なくなるから、結局、事実関係の立証は供述などに頼らざるを得なくなる。そして、ここでの事業者やその従業員、さらには退職した従業員の負担は、報告書が課徴金の算定範囲の見直しで述べている（（2）ア（報告書15p））従業員や企業の負担に比して遙かに大きいものであって、報告書が随所において強調する課徴金の機動化・効率化に文字どおり逆行するものである。

さらに、疑われた企業としては、反論、反証を行うためには、10年を超える関係資料を保管しておかなければならないことになる。課徴金の期間を延ばすことの可否・当否は、単に会計書類の保存期間との兼ね合いでのみ検討すればよい問題ではない。

例えば次項の課徴金算定期間の始期終期の問題などのように、課徴金を課せられる側にとって有利と考えられる事項について公取委として立証の必要なものについては、従業員等の負担を強調してこれを不必要とし、企業にとって不利益に働く課徴金期間の延長については、立証のための従業員、企業側の大幅な負担増を全く顧みないのは、著しく不合理といわざるを得ない。

現に、現行制度の下に行われる調査において過去10年にわたっての膨大な資料の提出を求められるような事例があるが、企業の負担は非常に重い。

さらに、報告書が別紙12で挙げる内容を精査すれば、3年を大幅に超える違反行為は、ほとんど全てが自動車用部品に関する事件である

ところ、これは自動車メーカーと部品メーカーの継続的な取引という特殊の関係の中で存在したもので、従来あまり違法性が認識されてこなかった民間事業者が行う見積り合わせに関するものであって、特殊性を有するものであり、一般的に3年を超えるカルテルが常態化しているような状況にあるとの証拠はない。

除斥期間との関係で、企業は違反行為のなかったことを示すために5年間程度は関係書類を保管するようにしているところであり、課徴金の期間を延長するのであれば、5年を限度にすべきであり、これによってほとんど全ての事案が違反期間内に収まることになる。

報告書が随所において強調している課徴金制度の機動的・効率的な運用を目指すのであるなら、課徴金を3年に限定する方が合理的であり、せいぜい5年を限度とすべきと考える。

違反行為がなくなってから相当時間が経つ事件であれば、始期の認定は、立証する方も反証する方も大変であるが、それを認定することにどれだけの意味があるのか、課徴金を多く賦課するためだけに遡って認定することにどれだけの意味があるのかを十分考える必要があると考える。【競争法フォーラム】

3. 個別テーマに関する意見

■テーマ1：課徴金の算定基礎

(報告書該当箇所：第3の2 3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間関連 (13～20頁))

(中略)

<意見>

「算定期間」については、これを現行の3年から延長するにあたっては、課徴金額の上限を定めるべきである。

<理由>

課徴金の算定期間を3年間から、例えば10年間に延長した場合、実際に課せられる課徴金の額は多額になることが予想される。課徴金の算定基礎となる売上の範囲の拡大も、課徴金の額の増加につながるものである。これを単一の商品や役務への依存度が高い中小企業に適用した場合、直ちに倒産という事態を迎えかねない。

そこで、EUの場合と同様に、例えば「対象企業の最近売上高の10%」というような金額自体の上限額を法定することが大切と考える。

報告書では、課徴金の法的性格を、「不当利得の剥奪」ではなく、「違反行為を抑止するために行政庁が違反行為者等に対して不当利得相当額以上の金銭的不利益を課すもの」と位置づけている。その場合であっても、課徴金の額が会社の存続を許さない規模まで増加するのは不適切で、あくまでも違反行為を抑止する効果を生じさせるに十分な金額規模とすべきである。その観点では、命令が発せられる時点の売上規模の一定比率を上限にすればよく、ほぼ全ての企業を赤字決算に転落させるに足りる比率を上限として定めれば十分である。

報告書では、主に中小企業において課徴金支払いにより倒産する場合が想定されることについて、「支払能力に応じた課徴金の減算は、一律かつ画一的な基準を設けることは困難と考えられる一方、公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねるほどの必要性が直ちに認められないことから、今回の見直しでは手当てをせず、今後の検討課題とすることが適当と考えられる」との立場をとっている。しかしながら、この問題を、「支払能力による課徴金額の減額」という方法で解決することは、基準を設けることが困難であるだけでなく、運用上も問題がある。すなわち、調査が開始された時点で内部留保を配当することにより、課徴金納付命令が発せられる時点で資金不足となるようなケースでは、そもそも資金不足となる可能性がある配当を差し止められなければならないが、公正取引委員会の権限で配当を差し止めるというのも非現実的である。この問題についても、やはり直近の売上高をベースに適切なレベルのキャップを設けることにより解決することが望ましい。

上記にかかわらず、なおも課徴金算定期間の延長による課徴金額の大幅な引き上げが行われる場合には、独占禁止法制全体の観点から、抑止効果を行政措置である課徴金制度単独で実現しようとするのか、刑罰や損害賠償制度と合わせて実現しようとするのかについても検討されるべきで

ある。

なお、違反行為を行った会社を与える「ペナルティ（ここでは課徴金を意味する）」が刑罰と同視しうるほどの大きさになった場合には、二重処罰の観点から憲法違反の問題になりうる。現行法は繰り返し等の加算がない場合、最大で売上の30%というキャップがあるが、売上の大部分を占める製品・役務で違反行為を行った会社については、今後の改正により課徴金の額が直近の売上の100%又はこれを超えるレベルに達することも予想される。このような刑事罰と同視しうる過大な行政罰については、二重処罰禁止の観点からも憲法違反の懸念が払しょくできない。例えば、「行政制裁かどうかは実質に則して判断すべきであり、形式的には行政制裁の形をとっていても、実質は刑罰と同性質であるとか、あるいは、刑事手続と同程度の負担を強いるものであるような場合には、実質は刑罰の併科と評価すべき（注：よって憲法違反となる）であろう。独禁法における課徴金と罰金の併科についても、同様の観点から判断すべきものと思われる。」（高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』（有斐閣、2010）268頁）との見解もある。仮に課徴金の額にキャップを設けることなく、今般の報告書に従って売上高算定方法と算定期間の見直しが行われた場合、そのことにより憲法違反の疑いを再び惹起され、せっかく海外企業も含め、世界的にリスペクトされる独占禁止法のエンフォースメント体系の構築を目指す今般の法改正の目的を阻害しかねないと考えられる。

（参 考）

2016年度決算における当期利益率

トヨタ自動車(株)

連結売上高 275,971億円
当期利益 19,269億円（売上高の6.9%）

(株)日立製作所

連結売上高 91,622億円
当期利益 3,380億円（売上高の3.6%）

パナソニック(株)

連結売上高 73,437億円
当期利益 1,724億円（売上高の2.3%）

【経営法友会】

1. 独占禁止法違反行為を行った企業に対して、違反行為に相応した額の課徴金が課せられることが担保されるよう、制度改善してください。

（中略）

（2）課徴金の算定期間の上限の撤廃又は延長に賛成です

現行制度では、算定期間に3年の上限が設けられているので、長期間違反行為を続けた企業ほど不当利得を得られる「やり得」を許す制度となっています。違反の抑止および不当利得の剥奪の観点から、違反行為に相応する課徴金を課せるよう制度を見直してください。【主婦連合会】

1. 違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです

独占禁止法違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得をしっかりと奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。そのために、以下のような点について制度見直しを求めます。

（中略）

（2）課徴金の算定期間の延長

現行制度では、課徴金の算定期間に3年という上限が設けられているので、長期間違反行為を続けた企業ほど不当利得を得られるしくみに

なっています。長く違反行為を行った企業にとってやり得の制度になっており、これを改善する必要があると考えます。【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】

1. 硬直的な課徴金制度の見直しが必要

企業が独占禁止法に違反する行為を行わないようにするためには、違反行為を行った企業がその違反行為によって不当な利益を得ることが決して無い状況とする課徴金制度を実現しなければなりません。そのためには以下の改善策が必要と考えます。

(中略)

② 課徴金の算定期間は現行の3年では長期間の違反行為に対応できないため、算定期間の延長を行うべきです。【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(3) 課徴金の算定基礎となる売上額の算定期間

課徴金算定期間の上限3年を廃止し、例えば「調査開始日からさかのぼって10年」までの売上額を算定基礎とすることについて、改正民法は、消滅時効の期間を権利行使し得ることを知ってから5年として、現行の10年の消滅時効期間を短縮している。この改正は、フランス、ドイツ民法で消滅時効が短縮されたことに追随したものと説明されており、世界的に消滅時効期間は短縮されているとみられるが、これは、文書管理期間の短縮、紛争の長期化を防ぐ、権利関係の早期安定化を目指したものと考えられる。

その中で、「調査開始日からさかのぼって10年」までの売上額を算定基礎とすることは、過去3年だった期間を過去10年とすることになり、文書管理期間の短縮、紛争の長期化を防ぐ、権利関係の早期安定化という今通常国会で成立した民法改正における基本的な考え方と方向が整合していない。10年間とすることには反対である。【全国中小企業団体中央会】

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(3) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

報告概要では、課徴金の計算のための基礎とする売上額にかかる現行の計算期間を廃止することを提案している。報告概要によれば、新たな「算定期間は、事業者が違反行為をした日から、事業者が違反行為を終了した日までとされるべき¹¹⁾」とのことである。計算期間は、現行の3年間から、「公取委が調査を開始した日より遡って10年間」に拡大することになる。

両部会は、計算期間にかかる現在の3年間という上限がカルテル行為を抑止するのに十分でない可能性があることに賛成し、反トラスト法における公訴時効が5年間であることを踏まえ、5年間という上限を設けることを提案する。

(4) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

報告概要では、現在の課徴金の水準が違反行為を抑止するのに不十分であることから、たとえば課徴金の算定の基礎となる売上高の計算期間の上限を延長することまたは廃止することにより、課徴金の水準を引き上げることが提案している。両部会は、現行の課徴金の水準がカルテル行為を抑止するのに不十分であること、課徴金の水準は引き上げられるべきとの考え方に賛同する。検討されている改正は、制裁の公平性を保ちつつ、抑止目的を果たすためにより大きな額の課徴金を課す余地を認めるべきである。

<脚注>

11 報告概要3頁。

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

(2) 「3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間」について

3年に限定する理由はないから、賛成である。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

1 課徴金制度の見直しについて

(中略)

(3) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間、基本算定率

現行制度のもとで違反行為の抑止力が不十分かどうかは十分に検証すべきではあるものの、違反行為の期間が現行の売上額の算定期間である3年間を超える事案が存在することを踏まえ、算定期間の延長を検討することは理解できる。もっとも、延長するとしても、過去に遡って売上額を把握する事業者の負担への配慮、さらには公取委による円滑な法執行の確保という観点から、最大でも、商法や会社法等における帳簿書類の保存期間である10年までとすべきである。

売上額の算定期間を見直せば、課徴金の水準、抑止効果が上昇する場合が想定されることもあり、基本算定率については現行の10%を維持すべきである。仮に将来、基本算定率の見直しを検討することとなった場合には、今回の見直し全体の効果を十分検証するとともに、違反行為の抑止、さらにはこれに必要な水準についての基本的な考え方を整理したうえで、刑事罰や民事損害賠償金等のあり方も含む抜本的な検討が不可欠である。

今回の見直しによって、課徴金額が年間売上額に相当する金額に達する場合も考えられることを踏まえ、必要に応じて分割払いを認めるなどの運用面での柔軟な対応を行うとともに、課徴金額の上限を設けるといった制度的な手当てを検討すべきである。【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】

2. 課徴金の算定期間の上限の撤廃について

本報告書において、「3年間」という課徴金の算定期間の上限を撤廃し、例えば「調査開始日から遡って10年」までの売上額を課徴金の算定基礎とする規定を法定する。」とされている。

これについては、少なくとも不公正な取引方法、例えば優越的地位の濫用については、課徴金を賦課することとした法改正からさほど時間を経ておらず、現時点において改正する必要性に乏しいというべきである。

実質的に考えても、不公正な取引方法は、カルテルのように企業間の共同行為として行われるわけではなく、個々の担当部署の行為であることが少なくないが、その場合、違反行為に関する売上を正確に示す帳票類自体が存在しないことにより、売上の把握が困難になることが考えられる。これに上記のような公正取引委員会の裁量が加わると、ますます実態と乖離した売上が認定されるおそれがある。

また、対象となる優越的地位の濫用行為は、概ね下請法と平行になっているところ、下請法上の5条書類の保管期間が2年間であることとも均衡を欠いているといわざるを得ない。

更に下請法については、公正取引委員会および中小企業庁により毎年大々的な調査・報告徴収が行われており、違反行為が10年放置されるということはほとんど考えられないことから、10年の算定期間にすべき理由も認められないというべきである。

従って、不公正な取引方法、特に優越的地位の濫用については、課徴金の算定期間の上限を3年に留めるべきである。【一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会】

実態解明機能を確保するという観点から、違反行為の抑止のために行政上の金銭的な不利益を賦課するという課徴金制度の趣旨・目的に照らして、①課徴金の賦課要件の簡明性を確保するべく、違反行為の対象商品の売上額の全てを課徴金の算定基礎とすること、及び業種別算定率を廃止すること、②元来、合理性の乏しかった3年間という課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間の上限を撤廃すること、という研究会報告書の内容は、グローバルスタンダードの制裁水準に比してなお大きな開きがあるが、現段階においては、基本的に適切なものとする。【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】

(2) 算定期間の始期及び終期の見直しの必要性及び方向性

第3, 3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

(中略)

- (2) アにおいて、不当な取引制限及び支配型私的独占に対する課徴金の算定期間は「他の行為類型と同様、違反行為をした日から違反行為がなくなる日までの期間に改正することが適当と考えられる。」とありますが、実行期間の概念を廃止すると、カルテル事案において典型的な将来の日を実施日とするもの(●月●日出荷分より値上げ)実施日以前に中止することのメリットを奪うことになるし、「昭和52年に導入され、約40年間にわたって運用されてきた課徴金制度の安定性・一貫性を確保する観点」とも矛盾します。しかるに、それについて具体的な変更の必要性については、これまで一件も適用事例の無い排除型私的独占や不公正な取引方法との整合性以外に理由が挙げられておらず、説得力を欠くように思います。
- また、「カルテル事案については「違反行為をした日の属する月の翌月」から「違反行為がなくなる日の属する月の前月」までの期間を課徴金の算定期間とするなど、現行の1日単位ではなく、1か月単位で課徴金の算定基礎を計算するといった規定を設けることが適当」とありますが、そのよう制度を変更しても違反行為をした日を認定しなければ、その翌月は特定できず、違反行為がなくなる日を認定しなければ、その日の属する月の前月が特定できないので、実務上の負担はあまり変わらないように思います。【雨宮慶(伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士)】

第2 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間について

(中略)

- 2 「算定期間に係る実行としての事業活動の規定を廃止し、他の行為類型と同様に、違反行為をした日から違反行為がなくなる日を算定期間とする。」との部分について
- (1) 意見の趣旨
賛成である。
 - (2) 意見の理由
現行制度では、排除型私的独占や不公正な取引方法については違反行為をした日から違反行為がなくなる日まで、不当な取引制限及び支配型私的独占については違反行為の実行としての事業活動がなくなるまでの期間(実行期間)が算定期間とされているが、このような区別をする合理性が低いので、「違反行為をした日から違反行為がなくなる日まで」と統一してもかまわないと考える。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計(各論)」について

(中略)

3 「3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間(報告書18p)について

(中略)

(2) 算定期間の始期及び終期の見直しの必要性及び方向性(3(2))について

原則として違反の対象となった売上を基準とする考え方からすれば、違反行為の実行としての事業活動を行った日から違反行為がなくなる日までの売上を基準とすべきことは当然であり、「違反行為をした日から」とすることに合理性はない。たとえば、3ヶ月後から価格値上げをするという合意をした場合に、違反行為時を起算点とすれば、値上げをしていない正当な取引の時期の売上も課徴金の対象となってしまう。

前述のとおり、米国においても、何をVOCに含めるかについては、反証可能な推定にすぎず、裁判所で争うことが可能とされているし、EUにおいても、当然に裁判の対象になる。また、欧州の自動車部品事件における認定を見ても明らかのように、品種毎に違反行為の対象となった自動車メーカーや、違反行為の対象となったRFQを個別に認定し、対象となるべき売上の算定を行っており、我が国においてだけお

おごっぱな認定をして良いという合理性はない。

課徴金と不当利得との関係で考えるならば、実行としての事業活動を行った日を基準とすべきだし、そうすることが、原則を変えなければいけないほどの大きな障害となるとは考えられない。【競争法フォーラム】

4 課徴金の基本算定率

4 課徴金の基本算定率【本研究会としての結論】

- 課徴金の金額やそれを算出するための基本算定率は、現行の算定率が違反行為の抑止に不十分であることの実証が十分なされているのであれば、違反行為の抑止に必要なレベルまで引き上げることに異議はありません。しかし、本研究会では違反行為による不当利得の算出は、経済学者たる会員からも不可能に近いとの意見が出されており、事務局提出の不当利得率の算出も、資料16ににあるとおり利用可能な数字から極めて簡易な方法により算出した参考値であり、精緻なものではありません。したがって、この不当利得の数値や率を金科玉条にして課徴金の算定率を定めることには疑問があります。
- 繰り返しの違反行為の抑止については、繰り返し違反の際の課徴金の増加率が大きく影響するので、初犯の際の課徴金の算定率を決めるのに、繰り返しの違反行為があることを考慮に入れることの適否について十分な検討が必要です。また、前述したように、そもそも資料17に列挙された繰り返し違反行為の事案を、課徴金算定率や繰り返し違反の増加率を知りつつ、その損得を考えた上であえて繰り返しの違反行為に及んだ事例と理解することには疑問があります。
- 仮に何らかの方法で算出した不当利得（または不当利得以上の金額）の徴収を目指すのであれば、その趣旨がいわゆる「やり得」の防止にあることに鑑み、課徴金の徴収額のみによるのではなく、少なくとも指名停止、損害賠償などの課徴金以外の金銭的不利益も総合的に勘案した上で、「やり得」の防止になっているかどうかを検証すべきです。競争の促進、やり得の防止と、公正取引委員会が徴収する金額が多くすることを同視・混同するべきではないと考えます。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

1. 独占禁止法に違反する行為を行った企業については相応の課徴金を支払うという形で、違反行為で得た利得を剥奪できる制度であるべきです。独占禁止法の違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業はもれなく相応の課徴金を支払わされる制度であるべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得を剥奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。違反行為で得た利得を剥奪するために、以下の点の見直しを求めます。

（中略）

（3）課徴金額の引き上げ

データによれば、現行制度の課徴金額は違反企業が違反行為によって得た利益の平均額すら課せてはならず、抑止効果を発揮することができていません。課徴金の水準を引き上げるべきです。【神奈川県消費者団体連絡会】

第3 課徴金の基本算定率について

「現行の基本算定率や算定期間の上限が設定されている下では平均的な不当利得も徴収できていないこと、現行の基本算定率が適用されて以降も繰り返し違反がみられること、諸外国においては高額な制裁金等の賦課など競争法の厳正な執行が推進される傾向にあること等に鑑みると、現行の課徴金額の水準は、違反抑止に必要な十分とはいえない。」「課徴金の算定基礎となる売上額の算定期間の上限の撤廃又は延長など課徴金制度全体としての課徴金額の水準を引き上げることとし、その中で必要に応じて基本算定率を見直す。」との部分について

（1）意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

違反行為抑止という行政目的を達成するためには基本算定率の引き上げにより課徴金額の水準を引き上げる方向で検討されるべきである。

【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

4 「4 課徴金の基本算定率」(報告書20p)について

報告書別紙16の結論の正確性については、検証のしようがないが、先に述べた(6頁 第3の1)とおおり、既に、カルテル認定によって企業の受ける経済的負担が不当利得の金額を超えていることは明らかであり、課徴金だけを捉えて不当利得の剥奪さえ出来ていないというのは誤りと考える。

繰り返し違反行為があった例として、別紙17が提出されているが、同別紙には、事件の処理日が記載されているだけで、いつの違反行為であるのかが不明であり、違反として摘発された後にも同様の行為を摘発されているのかが重要であるにもかかわらずこの点が明らかにされておらず、別紙として不完全であり、立法事実を裏付けるものとはいえない。

次に、国際的な比較でいうなら、米国司法省は個人に対する刑事罰こそが抑止力の最も重要なものと述べているように、米国での抑止力は個人への刑事罰が最大のものであり、また、欧州では、日本とは比べものにならないほどの制裁金を課しているが、欧州企業によるカルテルの摘発は続いており、制裁金が高ければ高いほど抑止力が高いとは一概にはいえず、制裁金の多寡だけで執行力の強弱を論ずることは合理性を欠く。

また、事件数の減少が、意見聴取手続による事件処理期間の長期化が原因であるとするのなら、具体的にどの程度、事件処理期間が長期化したのかを明らかにすべきであるし、そもそも処分前手続が導入された直後に同手続導入の影響が出たというのであればともかく、手続導入から既に3年以上を経過していることを考えれば、事件数が減少していることを処分前手続の導入によるものとするに合理性はない。

また、摘発された事件には、摘発の相当程度前に既に違反行為が終了している例も多く含まれており、現行の課徴金が抑止力として不十分とする根拠には乏しい。

もちろん、摘発後も同じ行為を繰り返すという悪質な事業者がいることは否定できない。このような悪質な事業者に対しては、再犯加重の要件を見直して明確に定め、再犯加重率を50%ではなく、100%つまり課徴金を2倍にする方が分かり易く、抑止力もあり、再犯の防止に直結すると考える。**【競争法フォーラム】**

1 課徴金制度の見直しについて

(中略)

(3) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間、基本算定率

現行制度のもとで違反行為の抑止力が不十分かどうかは十分に検証すべきではあるものの、違反行為の期間が現行の売上額の算定期間である3年間を超える事案が存在することを踏まえ、算定期間の延長を検討することは理解できる。もっとも、延長するとしても、過去に遡って売上額を把握する事業者の負担への配慮、さらには公取委による円滑な法執行の確保という観点から、最大でも、商法や会社法等における帳簿書類の保存期間である10年までとすべきである。

売上額の算定期間を見直せば、課徴金の水準、抑止効果が上昇する場合が想定されることもあり、基本算定率については現行の10%を維持すべきである。仮に将来、基本算定率の見直しを検討することとなった場合には、今回の見直し全体の効果を十分検証するとともに、違反

行為の抑止、さらにはこれに必要な水準についての基本的な考え方を整理したうえで、刑事罰や民事損害賠償金等のあり方も含む抜本的な検討が不可欠である。

今回の見直しによって、課徴金額が年間売上額に相当する金額に達する場合も考えられることを踏まえ、必要に応じて分割払いを認めるなどの運用面での柔軟な対応を行うとともに、課徴金額の上限を設けるといった制度的な手当てを検討すべきである。【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】

1. 独占禁止法違反行為を行った企業に対して、違反行為に相応した額の課徴金が課せられることが担保されるよう、制度改善してください。
(中略)

(3) 課徴金額の水準の引き上げおよび基本算定率の引き上げに賛成です

現行では、平均的な不当利得も徴収できていないことや、課徴金が課された後も繰り返し違反行為を行う企業があるとの報告に鑑み、課徴金額の水準および基本算定率引き上げの方向で制度を見直してください。【主婦連合会】

1. 硬直的な課徴金制度の見直しが必要

企業が独占禁止法に違反する行為を行わないようにするためには、違反行為を行った企業がその違反行為によって不当な利益を得ることが決して無い状況とする課徴金制度を実現しなければなりません。そのためには以下の改善策が必要と考えます。

① そもそも違反行為を行った企業が、それによって少しでも利益を得ることがあっては課徴金制度の本来の趣旨にあっておらず、違反行為の抑止にもつながりません。課徴金の水準は、企業に不当な利益が生じないレベルに厳格・適切に見直しする必要があります。【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】

1. 違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです

独占禁止法違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得をしっかりと奪取できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。そのために、以下のような点について制度見直しを求めます。

(中略)

(3) 課徴金額の引き上げ

過去の事件データによれば、現行制度の課徴金額は、違反行為者が違反行為によって得た利益の平均額すら課すことができていません。これでは違反行為の抑止効果を発揮することはできません。課徴金の水準を引き上げることによって、改善する必要があると考えます。【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】

(1) 課徴金の基本算定率の見直しを求めます。

基本算定率が適用された以降も繰り返し違反がある現状は諸外国の競争法の厳正な執行と比べ、違反抑止に充分効果があるとは言えません。そのため課徴金の基本算定率の見直しはすべきです。【土田あつ子】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計(各論)」について

(中略)

(3) 「4 課徴金の基本算定率」について

報告書では、基本算定率の引き上げについて「水準を引き上げる方向」とやや慎重な書きぶりがなされているが、我が国の課徴金は欧米に比較して甘いことから、基本算定率自体を引き上げるべきである。【中嶋弘(アンカー北浜法律事務所 弁護士)】

5 業種別算定率

13 現行課徴金賦課の算定率は、小売業、卸売業及び製造業その他と業種により異なっている。これは、小売業、卸売業の利益率の低さによるものである。

「業種別算定率の見直しの方向性」(24頁)において、「結局、業種の認定コストがかえって上昇し、課徴金制度の機動的・効率的な運用が

妨げられたり、企業グループの再編等によって命じられる課徴金を引き下げるといった脱法的な行為を助長」することを懸念する（25頁）。
小売業、卸売業の利益率の実態、取り分け例えば酒類等の食品卸売業の利益率は低い。その実態にも拘らず課徴金業務の運用、例外的にしか生じない脱法を重視することは、独禁法の立法方針として疑問である。**【厚谷襄児（北海道大学 名誉教授、日比谷総合法律事務所 弁護士）】**

1. 独占禁止法に違反する行為を行った企業については相応の課徴金を支払うという形で、違反行為で得た利得を剥奪できる制度であるべきです。独占禁止法の違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業はもれなく相応の課徴金を支払わされる制度であるべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得を剥奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。違反行為で得た利得を剥奪するために、以下の点の見直しを求めます。

（中略）

（4）企業グループ内での違反行為の摘発と対策

現行制度では、「企業グループにおいてグループ内子会社を違反行為に関与させて、中小企業又は業種に応じて軽減された算定率の適用を受ける」という事を防げません。**【神奈川県消費者団体連絡会】**

第4 業種別算定率について

「業種別算定率は、過去の事件における適用実績や、昨今の経済実態を踏まえると、その必要性は認められないことから廃止する。」「仮に、業種別算定率を維持するとしても、一律かつ画一的な要件に基づく業種別算定率の適用と制度趣旨に合致した適用との両立を可能とする制度設計は困難と考えられるため、現行制度と同様の問題やその他の問題が生じないように、各業種への該当要件、各業種の算定率等について、慎重かつ本能的に見直す必要がある。」との部分について

（1）意見の趣旨

賛成である。

（2）意見の理由

「事業活動の多様化により業種認定の困難さが増していることや例えば企業グループとして一体的に事業活動を行っている場合、製造の機能を有しない企業グループ内の販売子会社をカルテルに参加させることによって、容易に基本算定率（10%）の適用を免れ、命じられる課徴金額を引き下げる（2%）ことができる制度となっている。」との改正理由は合理性を認めることができる。そのため、制度改正の方向性自体は賛成である。**【株主の権利弁護団】**

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

5 「5 業種別算定率」（報告書22p）について

業種別算定率は、売上を課徴金の対象とすることから生ずる、業種による不当利得の違いに着目したものであり、基本的な考え方は維持すべきであり、これを全面的に廃止することは、かえって不公平感を招く。報告書において問題ありとしている事例は、業種の定義が本来の業種別算定率制定の趣旨に符合するように定まっていないから起こる問題であり、これを法令で整備することで、ほとんどの問題は解決するはずであり、それでも争いのある事例は裁判所で判断をし、事例を積み重ねれば良いだけであって、業種別算定率を必要なしとする合理性はない。

同じような問題について、中小企業については法令整備で解決できるとしているのだから、業種別も出来るはずである。**【競争法フォーラム】**

1. 独占禁止法違反行為を行った企業に対して、違反行為に相応した額の課徴金が課せられることが担保されるよう、制度改善してください。

（中略）

（4）中小企業算定率を適用する事業者を制度の趣旨・目的に合致する範囲に限定することに賛成です

現行の制度では、「巨大な企業グループにおいて一部の販売子会社のみを違反行為に関与させて、中小企業又は業種に応じて軽減された算定率の適用を受ける」ということが防げないため、軽減された算定率を採用する範囲限定するよう制度の見直しをしてください。**【主婦連合】**

会】

1. 違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです

独占禁止法違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得をしっかりと奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。そのために、以下のような点について制度見直しを求めます。

(中略)

(4) 企業グループ内での違反行為の摘発と対策

現行の制度では、「巨大な企業グループにおいて一部の販売子会社のみを違反行為に関与させて、中小企業又は業種に応じて軽減された算定率の適用を受ける」ということが防げないため、これを改善する必要があると考えます。【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】

1. 硬直的な課徴金制度の見直しが必要

企業が独占禁止法に違反する行為を行わないようにするためには、違反行為を行った企業がその違反行為によって不当な利益を得ることが決して無い状況とする課徴金制度を実現しなければなりません。そのためには以下の改善策が必要と考えます。

(中略)

④ 企業が、企業グループ内の中小企業に違反行為に関与させ、規模・業種による軽減算定率の適用により課徴金逃れを行うことを防止するために、これを改善する必要があります。【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(4) 業種別算定率

卸、小売、その他の業種により利益率が異なることで、算定率に差が設けられているが、法人単位で業種の正しい判断がしづらくなってきているという実態はあるが、業種別算定率は、当該対象企業の売上額を算定基礎にして、そこから、課徴金の金額を不当利得相当額以上の金額とするために、利益率を適正に反映させた算定となるような係数として設定されているものであると考えられる。業種による差は不要とするのであれば、当該対象企業の利益率を適切に反映させるようにする代替手段の検討も必要である。当該対象企業の財務諸表により算出した、当該企業自体の利益率を使用することにより、当該対象企業の売上額に、当該対象企業の税引き後の利益率を乗じ、これを、当該企業の違法行為により得た不当利得額を推測させる参考価額とすることが考えられる。

例えば、課徴金は、当該企業の営業に係る事業活動の結果に対する行政上の措置であると考えられるから、営業利益を基準とし、その平均を算出し、課徴金の算定率と一定程度の乖離があれば、当該乖離分を算定率で増減させるなどの方法も考えられるのではないかと。具体的には、今回の改正により課徴金算定率が一律で10%とされた場合、当該企業の課徴金の算定基礎となる営業利益率が、上記算定率を基準として5%を超える乖離が認められるときには、超過乖離分の算定率を増減させると定めるなどの方法である。この方法によれば、当該企業の課徴金の算定基礎となる営業利益率が3%にすぎない場合、算定率10%に比して7%の差があるため、5%を超える乖離が認められる。そのため、5%を超える乖離分である2%を算定率から減じ、課徴金算定率を8%とすることになる。このような方法を用いれば、原則として基本となる算定率により課徴金を算定することができる一方、実体とかけ離れた利益率となる対象企業について、画一的に算定率の修正を行うことができ、かつ、利益率を適切に反映させて課徴金を課することができるようになると考えられる。

一律に基本算定率を用いるとすることは、当該対象企業の売上額を算定基礎にして課徴金の金額を定めるときに、實際上、妥当ではない課徴金の算定方法となるおそれがあり、そのための対応は必要である。【全国中小企業団体中央会】

Ⅲ. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(5) 業種別算定率

両部会は、報告概要が、業種別算定率を廃止することを提案していることを評価する。課徴金を課すに際して業種ごとに区別を設けることには合理的な理由は存在しない¹²。

<脚注>

12 2016年コメント14頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

(4) 「5 業種別算定率の見直しの方向性」について

業種別算定率を廃止する方向であるとした点についてはやむを得ないが、業種によって利益率が異なり、賦課される課徴金が経営に与える影響度合いが異なる可能性がある。違反企業といえども課徴金によって倒産することになっては元も子もない。そこで(6)の後段で述べる支払い能力の欠如の考慮（違反事業者の倒産の回避）について一定の配慮をすることが望まれる。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

1 課徴金制度の見直しについて

(中略)

(3) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間、基本算定率

(中略)

なお、業種別算定率の在り方については、関係業界の意見も踏まえ、具体的な制度設計を検討すべきである。【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】

6 中小企業算定率

1. 独占禁止法に違反する行為を行った企業については相応の課徴金を支払うという形で、違反行為で得た利得を剥奪できる制度であるべきです。独占禁止法の違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業はもれなく相応の課徴金を支払わされる制度であるべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得を剥奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。違反行為で得た利得を剥奪するために、以下の点の見直しを求めます。

(中略)

(4) 企業グループ内での違反行為の摘発と対策

現行制度では、「企業グループにおいてグループ内子会社を違反行為に関与させて、中小企業又は業種に応じて軽減された算定率の適用を受ける」という事を防げません。【神奈川県消費者団体連絡会】

第5 中小企業算定率について

「中小企業算定率は、過去の事件における適用実績や、昨今の経済実態を踏まえると、必ずしも必要とはいえないものの、課徴金納付命令の対象となった事業者の総売上高に占める課徴金額の割合は、大企業に比べて中小企業の方が高くなっているため、軽減された中小企業算定率による課徴金であっても、中小企業に対する違反抑止効果は相対的にみて十分働いているといえると考えられること、中小企業を取り巻く厳しい経済環境に配慮すべきであるとの意見があること等を踏まえて維持する。」「他方で、大企業の子会社など、実質的に中小企業とはいえない事業者にまで中小企業算定率が適用される現状は、課徴金制度の趣旨・目的を損なうため、中小企業算定率を適用する事業者を制度の趣旨・目的に合致する範囲に限定する規定を法定する。」との部分について

(1) 意見の趣旨

<p>賛成である。</p> <p>(2) 意見の理由</p> <p>「①中小企業算定率が適用される現行制度下であっても、課徴金納付命令の対象となった事業者の総売上高に占める課徴金額の割合は、大企業に比べて中小企業の方が高くなっていることから、軽減された中小企業算定率による課徴金であっても、中小企業に対する違反抑止効果は相対的にみて十分働いているといえると考えられること、②中小企業を取り巻く経済環境は依然として厳しい状態にあるため、中小企業に対する課徴金は特に配慮すべき」との意見には合理性が認められる。</p> <p>その一方において大企業の子会社など、実質的に中小企業とはいえない事業者にまで上記配慮は不要であると考えられることからすれば、かかる中小企業を中小企業算定率の適用対象から除外するとの方向性には賛成できる。【株主の権利弁護団】</p>
<p>第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について</p> <p>(中略)</p> <p>6 「6 中小企業算定率」（報告書25p）について</p> <p>法令を本来の趣旨に符合するように法令で整備し、存続すべきことに異論はない。【競争法フォーラム】</p>
<p>1. 独占禁止法違反行為を行った企業に対して、違反行為に相応した額の課徴金が課せられることが担保されるよう、制度改善してください。</p> <p>(中略)</p> <p>(4) 中小企業算定率を適用する事業者を制度の趣旨・目的に合致する範囲に限定することに賛成です</p> <p>現行の制度では、「巨大な企業グループにおいて一部の販売子会社のみを違反行為に関与させて、中小企業又は業種に応じて軽減された算定率の適用を受ける」ということが防げないため、軽減された算定率を採用する範囲限定するよう制度の見直しをしてください。【主婦連合会】</p>
<p>1. 違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです</p> <p>独占禁止法違反行為を防ぐためには、違反行為を行った企業が、必ず相応の課徴金を支払う制度とすべきです。違反行為を行ったにもかかわらず、その違反行為で得た利得をしっかりとはく奪できなければ、違反行為の抑止にはつながりません。そのために、以下のような点について制度見直しを求めます。</p> <p>(中略)</p> <p>(4) 企業グループ内での違反行為の摘発と対策</p> <p>現行の制度では、「巨大な企業グループにおいて一部の販売子会社のみを違反行為に関与させて、中小企業又は業種に応じて軽減された算定率の適用を受ける」ということが防げないため、これを改善する必要があると考えます。【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】</p>
<p>1. 硬直的な課徴金制度の見直しが必要</p> <p>企業が独占禁止法に違反する行為を行わないようにするためには、違反行為を行った企業がその違反行為によって不当な利益を得ることが決して無い状況とする課徴金制度を実現しなければなりません。そのためには以下の改善策が必要と考えます。</p> <p>(中略)</p> <p>④ 企業が、企業グループ内の中小企業に違反行為に関与させ、規模・業種による軽減算定率の適用により課徴金逃れを行うことを防止するために、これを改善する必要があります。【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】</p>
<p>2. 具体的な制度設計（各論）</p> <p>(中略)</p> <p>(5) 中小企業算定率</p> <p>不当な取引制限において設けられている中小企業の低い算定率は、大企業と比べた交渉力等の差異を考慮したものとされており、内部留保の蓄積による経済的負担を命ぜられることによる打撃に堪えうるような体力はない。今日においてもなお、企業の規模による格差が端的に表れることが多く、また、現実的な課徴金支払能力にも差異があると認められる。中小企業算定率を維持することは当然である。大企業の子会</p>

社等、実質的に中小企業とはいえない事業者にまで中小企業算定率が適用されることは妥当でないが、この問題は、中小企業を認定する上で、その認定基準を精緻なものにするか、公正取引委員会の専門的知見に立った裁量性をもたせるかなどが考えられるが、大企業の子会社（中小企業算定率から除外）に該当する要件を定めて、客観的に判断することが望ましい。一部の企業を補足するために、中小企業算定率を廃止し、多くの中小企業に不利益を課すことは容認できない。中小企業算定率を維持した上で、中小企業算定率を適用する事業者につき、制度の趣旨・目的に合致する範囲を限定することは、望ましい方向であるとする。

また、報告書（26頁）は、中小企業算定率の見直しの必要性の箇所において、「中小企業算定率を存続させる意義は相当程度薄れており、現行制度における中小企業の定義の下では、違反行為の抑止効果が十分に発揮されず、現実の不当利得を課徴金額に反映させようとする制度導入当初の趣旨にも反する結果が生じていると考えられる。」というが、これは大企業の子会社等、中小企業算定率の本来の趣旨が必ずしも妥当しないと考えられるものを主に取り上げて結論付けているきらいがあると思われる。中小企業算定率を存続させる意義が相当程度薄れているというのではなく、中小企業の定義をどのように捉えるか、中小企業算定率の趣旨が妥当しないものを外していくことの検討の問題として捉えるべきである。**【全国中小企業団体中央会】**

III. 個別のコメント

（中略）

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

(6) 中小規模算定率

他方で、報告書は、中小規模の事業者に対する算定率は維持することを提案している。両部会は、課徴金を課すに際し、（後述する支払能力に関する考慮及び立件するか否かの裁量は考慮したうえで、）中小規模の事業者と大規模な事業者との間で取り扱いを異にすることにも合理的な理由がないことを、ここに謹んで申し上げる。こうした取扱いは、平等原則に合致しないし、実務上、違反事業者の有責性を踏まえることにも失敗しかねない¹³。さらに、報告書が触れているように、業種によってはこうした区別を行うことは困難であることがある¹⁴。こうした決定を求めることは、事件の複雑さを増加させ、正当な目的を有しない区別に基づく過ちの可能性を増やす。課徴金の算定の基礎とする売上の決定は、適切な方法、すなわち、違法な合意によって影響を受けた通商量によって効果的に区別される。（どのように定められたとしても）小規模な事業者であるカルテル参加者が大規模な事業者であるカルテル参加者よりも取引により大きな影響を与えたのであれば、当該小規模事業者に対する課徴金は、公平の観点からも抑止の観点からも、より大きいものとなるべきである。

<脚注>

13 2016年コメント14頁。

14 報告書3頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

(5) 「6 中小企業算定率」について

これを維持することに賛成である。**【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】**

2. 中小企業に関する算定率について

● 企業の収益力を表す売上高営業利益率は、企業規模が小さくなるほど低い傾向を示すことなどから、中小企業に対する課徴金算定率を軽減している現行制度の趣旨は、今日においても引き続き非常に重要であると考えられる。したがって、裁量型課徴金制度が導入された場合であっても、中小企業に対して課徴金を軽減する制度は維持すべきである。具体的には、大企業に対する中小企業の算定率の軽減割合を維持した上で調査協力の程度等により加減算を行う方法、あるいは計算された課徴金の金額全体に対して中小企業に対する上限を設定する方法などが考えられ

る。

- ただし、中小企業に対する課徴金の軽減を行う制度趣旨から乖離している場合（例えば、資本金や従業員数が形式的に中小企業に該当する大企業の連結子会社等）については、上記の限りではない。【日本商工会議所、東京商工会議所】

7 課徴金の加減算

7 課徴金の加減算【本研究会としての結論】

- 本報告書では、「違反行為に着手した者であっても短期間でやめるインセンティブを高める趣旨で導入された」早期離脱に対する軽減算定率を、課徴金減免制度とともに利用して最大で課徴金の60%減の恩恵を受けているとか、適用実績は自発的に違反行為を止めた者ではない事業者に対する適用例がほとんどであることなどを理由として廃止を提案しています。しかし、前者について最大で課徴金の60%減となりうることは制度設計時点から予想できたことであり、今取り立てて問題視する理由はありません。後者について、公正取引委員会が摘発されない事案について、この規定があることにより、早期離脱している者があるかどうか、実際に適用された事例が仮に別紙27のようなものであったとして、それが別事案での早期離脱の障害となっているのか、といった早期離脱に対する軽減算定率の効果についての検討はありません。さらには、自発的に違反行為を止めた者ではなくても、早期離脱をすれば競争に対する悪影響は減少しているのであり、その点に鑑みて恩典を付与することが不合理とは思いません。実際に摘発された事例における限られた傾向のみにとらわれず、競争促進に効果があるのかどうかという視点で十分に精査すべきです。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

第6 課徴金の加減算について

「一定の場合に、企業グループ単位で繰り返し違反の割増算定率を適用する規定を導入することを検討する。」との部分について

- (1) 意見の趣旨
賛成である。
- (2) 意見の理由

グループ会社を利用した割増算定率の適用潜脱防止に資するといえることから賛成である。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

7 「7 課徴金の加減算」（報告書27p）について

(1) 早期離脱

違反行為から早期に離脱させることは、独占禁止法の本来の目的の競争秩序の回復という点から考えれば極めて重要なことであり、早期離脱による減額の考え方は基本的に維持すべきものであり、法令を本来の趣旨に適合するように法を整備すればよいだけのことと考える。

最大60%の減額があり得ることは当初から予測されたことである。本来の趣旨に沿う早期離脱と正当な減免申請の場合に、60%の課徴金減額は多すぎるとする根拠が明らかではない。

(2) 繰り返し違反

繰り返し違反の加重については、現行の制度では、調査開始時まで同一企業が複数の事件に関与しており、刑法でいえば併合罪のような事案であっても、公取委の処分時期、調査開始時期によって繰り返し加算がなされるという取り扱いになってしまう。

繰り返し違反は、一旦摘発されたにもかかわらず、再度同様の行為を繰り返すという本来の再犯に限定するように法の内容を変更すべきである。この場合に、単純に同一企業が再度の違反をした場合には、現行と同じく50%増とし、当該企業が既に排除措置命令を受けたのと同様の行為を繰り返した場合には、100%の増額を行うとする制度とすれば、摘発を受けた企業にとって再犯を抑止する直接的な抑止力とな

りうる。ここで、全ての再犯の場合を100%増額としないのは、部門が沢山ある企業にとってはコンプライアンスを一律に行うことは、現実的に困難であり、違反認定を受けた範囲もしくはそれに関連する範囲についてのコンプライアンスについては、厳重に行わせるという意味がある。**【競争法フォーラム】**

3.4 罰金に関する保護の必要性

報告書は、会社がリエンシーを申請しかつ公取委に協力しない限り、10%固定の課徴金算定率を維持すべきであると提案している。当部会は、違反期間全体を基礎に課徴金を算出することを伴う、かかる課徴金制度の改正を高く評価する。しかし、企業が課徴金を支払うことができない場合の上限設定や減額を設けることなく課徴金の対象期間を10年に延長することは、新たな問題を惹起する。当部会は、公取委が課徴金の上限（違反者の経済的規模を反映したもの）及び（課徴金の上限が守られる場合であっても）もし違反行為者が真に支払い不能である場合には課徴金を減額することができる制度の導入を検討すべきことを、謹んで提言する。

3.4.1 一般的な背景

罰則はその罪に応じたものであるべきことは、制裁を科す際に適用される一般原則である²。独禁法の執行という文脈においては、この原則は、課徴金その他の制裁が違反の重大性及び行為期間の長さに基づいているという点で反映されている。多くの制度は、事案の個別の状況に応じてベースとなる罰金を上下に調整することにより、制裁をより事案に適したのものとすることを認めている。ベースとなる課徴金は、それを縮減・低減させるべき事情に照らして頻繁に調整される。

また、これらの原則に則った罰金及びその他の制裁は、違反行為者の規模及び経済的な安定性に応じたものとなっていることが重要である。したがって、多くの制度は、個別の企業及び個人に対して課される一般的な罰金の上限を設けている。かかる上限は絶対的なもの（罰金は一定の水準を超えることはない）又は相対的なもの（罰金は違反行為者の利益、売上高又は株式時価総額に対する一定のシェア又は割合を超えることがない）という形で表されうる。今日では、課徴金の上限を表す基礎として、しばしば売上高に占める割合が用いられる（例えば年間売上高の10%）。また、多くの制度においては、（たとえ課徴金の上限を下回ったとしても）独禁法に違反したことによる罰金が、競争の減少をもたらす一社以上の企業の倒産等の望まざる効果を生むことがないよう、保護の制度が設けられている。

3.4.2 罰金の上限の設定

多くの法域では、罰金によって企業の経済的な持続可能性が危険にさらされないことを担保するために、企業に対する罰金に上限額が設けられている。多くの国では、有罪とされた企業の年間総売上高（通常、年間世界売上高）が、罰金額の上限のパラメータとして用いられている。年間売上高がパラメータとして用いられる場合、各国の競争当局は、通常、直近事業年度のみを考慮するか、又は一定期間の平均売上高を計算する。いくつかの法域では、罰金の上限は絶対的な面及び相対的な面の双方から計算される（例えばフランスでは、750000ユーロという上限額と代替的な上限額である当該企業の直近事業年度における世界売上高の10%という上限額が相まって計算される。）。英国では、最終的な制裁の額は、直近事業年度における世界売上高の10%を超えてはならないこととされている。

3.4.3 支払不能による調整

例外的なケースとして、違反行為者が罰金によってその経済的な持続可能性を阻害されることについて十分に明確かつ客観的な証拠を提出した場合には、ベースとなる課徴金を調整することが正当化されてもよい。かかる減額の目的は、当該罰金が、経済的に逼迫しているものの競争的な企業を市場から追い出し、社会的経済的に不利益な結果をもたらすという事態を避けることである。単に当該企業が解散に至るリスクがあることだけでは、かかる観点に基づいて罰金を減額することを正当化する懸念として十分とはいえない。いくつかの法域では、解散した法人の資産が引き続き経済的に利用される可能性があるという事実を含め、追加の基準が考慮される場合もある。一般的な罰金に関する規則のフレームワークに基づいて計算された罰金を支払うことができない企業に科される罰金を制限すべきか否かを考慮するにあたって、追加の社会的考慮（例えば、違反行為者の倒産が、社会的結果として解雇及び雇用回避の増加をもたらすか否か）が一定の役割を果たす場合もある。

3.4.4 提案

上記の考慮から、当部会は、提案を検討するに当たっては、一定の上限額（例えば年間売上高の10%等）を設けること、及び、罰金を支払うことができない場合に企業がその罰金を首尾よく減額できるようにするための一般的なルールの設定が検討されるべきであることを、謹んで提言する。

<脚注>

2 独禁法の文脈では、H. Houba, E. Motchenkova and Q. Wen (2013), 'Legal Principles in Antitrust Enforcement', Tinbergen Institute Discussion Paper 178 (2) を参照されたい。

【国際法曹協会独占禁止法委員会】

【具体的内容・考え方の明確化を図る等すべき点について】

● 新たな課徴金制度の具体的内容に関し、特に以下の点について内容・考え方の明確化を図る等すべきである。

(中略)

- ・一定の場合に企業グループ単位で繰り返し違反の割増算定率を適用する規定を導入することを検討するとしているが、「一定の場合」の具体的な内容や「企業グループ単位」の範囲確定の考え方が明確化されていないことから、これらの点について明確化すべきである。【一般社団法人 新経済連盟】

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(7) 課徴金の加減算

報告概要は、「繰り返し違反及び主導的役割に対する割増算定率は、現行どおり、不当利得が通常の事件よりも5割程度高いことも踏まえ、違反行為をより実効的に抑止する観点から、基本算定率に1.5を乗じた一律の算定率とする」¹⁵としている。こうした類型の違反行為を抑止するために、一般的な違反における課徴金は明らかに不十分であることから、両部会は、再度の違反行為者は、より重い課徴金を課せられるべきとの考え方に賛同する。両部会はまた、違反行為において主導的な役割を果たした事業者は、重要でない役割を果たしたものと比べてより高い課徴金を課せられるべきという考え方にも賛同するが、再度の違反者や主導的な役割を果たした事業者は、そうでない事業者よりも50%多い不当な利益を得ているかどうか、及びこのことから基礎的な算定率は1.5倍にされるべきかどうかは明らかではない¹⁶。

報告概要はまた、コンプライアンス体制にかかる事情も支払能力が不足していることも、軽減事由とはしない旨を述べている。両部会は、コンプライアンスプログラムが単に存在するのみでは、軽減事由とはならないことに賛同する。しかし、事業者が、コンプライアンスプログラムが合理的に設計され、施行され、機能していることを示し¹⁷、当該プログラムの有効性を改善すること及び将来の違反を防止することについて、積極的な手順がとられるのであれば、適切なクレジットが与えられるべきである。このことは、より多くの事業者がしっかりとしたコンプライアンスプログラムを採用し、継続的に有効性を維持できるように改良し続けていくための動機となる。

同様に、両部会は、一般的に言って、制裁が非常に重いことにより事業者が当該事業から退出してしまうのであれば、それは競争に良い影響を与えるものではないと考えている¹⁸。加えて、もし中小規模の事業者が多額の課徴金を支払う能力があるかどうかを懸念する観点に基づいてこうした事業者に対する特別な算定率を維持するのであれば¹⁹、両部会としては、支払能力を直接軽減事由として考慮するほうが、こうした懸念への対応策としては、より効果的であることをここに謹んで申し述べる。

<脚注>

15 報告概要4頁。

16 両部会は、研究会による「繰り返し違反がみられる事件の不当利得の平均値は約16.5%、主導的役割がみられる事件の不当利得の平均値は約15.9%とそれぞれ推計された」(報告書29頁)という記載に関心を抱いている。

17 2016年コメント12頁。

18 2016年コメント15頁, ICN Defining Hard Core Cartel Conduct 63頁参照。米国量刑ガイドラインの§§ 8C3.3(a)及び8C3.3(b)は、名宛人の「被害者への補償能力」及び「組織の持続能力」を罰金額を決定する上での考慮要素としている。米国は事業者の競争事業者としての持続性を窮地に陥れることがないよう競争法違反の罰金を削減してきた。Seth C. Farber, Jeff Litvak, Lauren E. Duxstad, 及びGeoffrey Ihnow, “Criminal Antitrust Fines and Penalties: Reductions Based on Ability to Pay,” Antitrust (Spring 2017), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/anti_spring2017_farber_authcheckdam.pdf.にて閲覧可能。

19 研究会報告23-25頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計(各論)」について

(中略)

(6)「7 課徴金の加減算」について

早期離脱に対する軽減算定率を廃止すること、繰り返し違反・主導的役割に対する割り増し算定率5割加算を維持すること、企業グループ単位で繰り返し違反の割り増し算定率を適用する規定を導入することについては賛成である。

ただし支払い能力欠如については減算を導入しないとされているが、市場から競争事業者が減少することは競争にとってマイナスである。違反事業者といえども倒産して市場から退場するよりは、健全化させて存続させる方が市場にとって望ましい場合がある。そこで、一定の条件(主導性がない、付和雷同的立場であり利益を得ていない、コンプライアンス体制を構築し再犯の危険が認められない、支払能力がなく倒産の危険があるなど)のもとで減算する制度を検討すべきである。**【中嶋弘(アンカー北浜法律事務所 弁護士)】**

1 課徴金制度の見直しについて

(中略)

(4) 企業グループ単位での繰り返し違反の割増算定率の適用

企業グループ単位での繰り返し違反の割増算定率の適用については、導入の是非も含め、慎重に検討すべきである。同じ企業グループ内であっても、独立性の高い上場子会社も含まれ得るなど企業同士の関係性はさまざまであり、他の法人の行為を根拠に課徴金の加算を行うことは、極めて限定的な場面に限られるべきと考える。

仮に導入を検討する場合でも、例えば、割増算定率の適用を免れるために分社化を行ったというような脱法的な場合に限るなど、対象範囲を適切に絞り込む必要がある。**【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】**

8 調査協力インセンティブを高める制度

(1) 総論

2. 課徴金減免制度の拡充に賛成する。

独禁法違反行為の実態解明に対して事業者が協力を行うインセンティブを、現在の制度より一層高めるものと思われる。固定した減算率を用いる場合には一定水準の証拠提出等の協力をすれば足りると事業者が考えかねない一方、減算率に一定の幅を持たせることにより、事業者が調査のためにより有用な価値を有する証拠を提出しようとするのが期待される。課徴金減免制度の導入以降、事業者からの申請が多くみられることに照らせば、課徴金額を減ずる制度を通じた事業者への調査協力へのインセンティブ付けは、高い効果が期待されるのではないかと。**【青柳由香(横**

8 調査協力インセンティブを高める制度【本研究会としての結論】

- 課徴金減免制度における事案の解明とそれによる競争促進に一層資するため、例えば継続協力義務を定め、それに対する恩典を付与するという方向性それ自体に異議はありません。
- しかしながら、本報告書には、一方で「事業者から円滑な調査協力が得られない事例が多数存在する（別紙29参照）」とありますが、別紙29の事例には減免申請した事例とは思われないもの多く含まれています。仮に減免申請した事例であったとしても列挙された事例が多数を占める一般的なものとは思われません。これらの事例から減免における継続協力義務の必要性が導き出されるとは思われません。
- また、例えば別紙29における「供述聴取拒否事例」として記載されている事例は、任意である以上問題視される行為ではないし、公正取引委員会には法47条の権限も与えられています。それにもかかわらず、供述者の任意の行動が審査官の思い通りにならないことに否定的評価をすることは出発点として誤りと考えます。
- 他方で、本研究会の結論は、「調査への継続的な協力インセンティブを確保するため」に継続協力義務を法定し、「義務違反があった場合は減免を受ける資格を失うこととする」とされており、現行法に無い義務を定め、義務違反のペナルティを定めることを提案しています。つまり、継続協力に対する恩典ではなく、協力しないことの不利益によりそれを実現しようとしているわけです。先に述べたとおり、公正取引委員会への服従ではなく、公正取引委員会と事業者・代理人の信頼関係を基礎とする真の意味での協力を実現するためには、協力の内容が明確に定義され、定義された内容が適正であることはもちろんのこと、協力による利益を付与する制度とすること、その利益について予測可能性があること、利益の付与の取扱が公平であることが必要です。「従わない者にはペナルティを」といった方向性には違和感があるのみならず、現行法でも既に用意されている手段やペナルティすら利用しない段階で議論されるべきものではないと考えます。
- 一般的な用語の意味としての調査に対する「妨害」にペナルティが課されることは方向性として異議はないものの、公正取引委員会の仮説にそぐわない証拠の提出や供述を妨害としたり、仮説に沿う証拠提出や供述を行うまで長期に渡り、あるいは繰り返し事業者や従業員に各種の行動を求め、それに応じないことが妨害とされることがあってはならないと考えます。
- 別紙31に記載された有形力の行使の事例は、仮に事実だとすれば、検査妨害罪のみならず公務執行妨害罪にも該当しうる行為ですし、その他の証拠の破棄・隠匿も仮に事実だとすれば虚偽報告等にも該当しうる行為であるから、現行法でも抑止力は存在しています。それにもかかわらず、その規範を乗り越えてあえて行われている以上、減免申請における継続協力義務を新設しても防げるものではありません。このような極端な事例に対処するために、圧倒的多数の極端でない事例に一般的に適用される制度を変更することには慎重であるべきで、その弊害についての十分な議論を行わないまま、制度の新設、変更はなされるべきではありません。
- (1)エ(報告書31頁)には、公正取引委員会の「調査に積極的に協力するということは、違反行為が発生した場合の社内調査や違反行為の発生を防止するためのコンプライアンス体制が機能していることの現れといえ、繰り返し独占禁止法違反行為を行う可能性がより低いと考えられる。これに対し、調査に非協力的な対応を採るといことは、そのような体制が整っていないことの現れといえ、繰り返し独占禁止法違反行為を行う可能性がより高いと考えられるため、そのような事業者については独占禁止法違反行為の抑止がより困難になると考えられることから、効果的な抑止を図るためには、課徴金を加算する必要があると考えられる。」とありますが、論理がおかしいと考えられます。
- そもそも、違反行為が発生したかどうか分からないから社内調査を行うのですから、社内調査を適切に行うコンプライアンス体制の充実と

公正取引委員会の調査に積極的に協力することはイコールではありません。「これに対し、調査に非協力的な対応を採る」というのが、どの様な場面を指しているのか判然としませんが、社内調査の結果、違反行為なしとか、違反かどうかは明らかでないので、減免申請をしないし、公正取引委員会に調査された場合には争うという結論を出す企業は、公正取引委員会からみて、違反行為が明らかである場合に違反行為者であればとるべきと考える行動を取らないのはむしろ当然です。のみならず、これをもってコンプライアンス体制が機能していないということにはなりません。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

4 課徴金裁量化の方向性

課徴金の裁量化においては、最初の通報者以外は、通報の順番を絶対視すべきでなく、協力の質、協力の結果得られた証拠の質を重視すべきである。すなわち、減額率に幅を設け、公正取引委員会が証拠価値・証拠の質に応じて具体的な減額率を決定できるようにすべきである。減額率を独禁法に規定し、裁量を抑制することは、協力のインセンティブを確保することができなくなるので、今回の改正の趣旨に反する結果となる。

また、立ち入り後については、順番を要素としてはならない。そのようにすることは、むしろ、誠実に証拠収集している事業者が損をすることになる。基本的には、立ち入り後の減算は、キーパーソンの事情聴取に速やかに応じ、キーパーソンから網羅的な情報が得られた場合、立ち入りで得られなかった客観証拠を入手できる場合に限定すべきである。公取委の事情聴取で情報を出さず、自らの内部調査で情報を開示した場合は、公取委の事情聴取に協力した事業者よりも協力の度合いは、低いと考えること、すなわち、公取委の調査に協力するのが優先であり、内部調査の優先は、協力としては、劣後することをガイドラインにおいて明らかにすべきである。

加減算要素を7条の2に列挙することが求められた場合には、「その他これと同等な事由」という要因を入れ、限定列挙でないことを明らかにすべきである。

第1通報者については、他の事業者の違反行為を基礎づける証拠を出すから免除されるのであり、他社の違反行為を基礎づける証拠があったのに出さないなど、第1通報者が、十分な協力をしなかったときは、第1通報者としての地位を失い、第1通報したことをもって、減額要因とされるような立て付けにすることにより、第1通報者が、あとで他社の摘発に協力しないにもかかわらず、免除されるという不正義が生じないようにすべきである。

5 課徴金の裁量化と司法による課徴金の金額への介入を規定することによる濫用の抑制の必要性

課徴金の裁量化に関しては、反対論も予想され、法案審議において懐疑的な見方が生じることが予想されるが、課徴金を裁量化することは、協力のインセンティブを高めるためにも必須であり、そのような要素は、刑事においてさえも考慮されるようになってきている(司法取引が認められるようになってきている)ことを忘れてはならない。加算要素、減算要素を法定し、機械的にそれに当てはめるだけで、現実的な協力の度合いを反映せずに、裁量金額を決めることは、不公平感を強め、協力のインセンティブを高めるという制度趣旨に反する法運用となる危険がある。

公取委の濫用の危険に関しては、司法審査の強化により対応すべき問題である。すなわち、裁量金額については、司法が加減算できることを行訴法30条但し書きにおいて明記する(例えば、「裁量的に賦課される金銭的不利益については、裁判所は、その金額を増減する権限を有する」との規定を置く)ことで対応すべきである。いたずらに公取委の手足を縛るという発想では、執行において不正義・不公平感が増大するだけである。これまでの課徴金制度の問題は、その硬直性にあるのであり、それを是正するには、行政庁の濫用の問題は、司法が課徴金額の変更できる権限を付与することによって対応すべきである。この点は、課徴金の裁量化と対になるべき重要な問題であり、独禁研で議論され、報告書で指摘されるべきであった(この点は、拙稿「行政裁量と明白の原則・実質的証拠法則」国際商事法務37巻3号297頁、310頁(2009)において、課徴金を裁量化する場合には、司法が、その金額を加減算できる必要があり、EUではそのような運用となっていることを指摘している)。【越知 保見(明治大学 教授, 弁護士)】

3. 第3・8について

私は、現在行われている供述調書中心の事件調査方法には種々の問題があると考えている。そして、本報告書第3・15(2)の末尾にも書いてあるように、独占禁止法違反事件の調査方法を供述調書中心で公正取引委員会と調査対象事業者が対立する型から、客観的証拠を中心として公正取引委員会と調査対象者が協力して事実解明を行う型に変えていくことが必要であると考えている。

そのためには、ここに書かれている調査協力インセンティブを高める制度の導入が必要不可欠である。【小畑徳彦（流通科学大学商学部 教授）】

1 調査協力インセンティブを高める制度の導入に際しての中小企業者への配慮について

より調査に協力した事業者がより高い課徴金減算率を得られるようにするなどにより、事業者と公正取引委員会が協力して効率的・効果的な実態解明、事件処理を行う領域を拡大することには賛成である。

ただし、調査に協力したいとの意思を有しながらも、人員等の制約により、法務室等の部署の設置や社内コンプライアンス体制の構築あるいは弁護士雇用の余裕がない中小企業者にとって、同制度が実質的に機能しないような、又は却って大企業に比較して不利に働くようなことにならないよう、調査協力行為、調査妨害行為の範囲及び減算率の決定方法を明らかにする運用基準の策定に当たっては、十分、中小企業者に配慮したものとすべきである。【全国石油商業組合連合会】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

(7) 「8 調査協力インセンティブを高める制度」について

課徴金減免制度適用事業者の数を無限定とすること、申請期限を延長すること、減算率に一定の幅をもたせ、減免申請者が提出した証拠の価値等に応じて公取委が減算率を決定する制度とすることに賛成である。

継続協力義務を可視義務違反があれば減免資格を失うとすること、調査妨害行為に対して課徴金を加算する制度とすることに賛成である。

ここでも公取委に一定の裁量を認めることになるが、前記2（2）記載の通り明確な基準を設けることを前提にすれば合理的であり妥当であると考えられる。公取委の方針に迎合する可能性を考慮して、供述調書は減算率決定の際の評価対象としないとしていることも妥当であると考えられる。この場合、証拠書類を所持せず、詳細かつ具体的に供述することによってしか協力することができない事業者であっても、調査協力によって減算されることを希望する場合があります。このような場合に供述調書を考慮した減算を認めるべきではないかとも考えられるが、証拠書類を所持しないということは行為当時から証拠を残さないように気をつけて行動していたからに他ならないから、そのような事業者が減算を受けられないとしてもやむを得ない。

調査妨害に対して課徴金を加算する場合、妨害行為者は当該事業者、役員のみならず従業員や代理人まで含まれるとされている。そうすると、たとえば事業者の意思とは無関係に、末端の従業員が証拠を破棄した場合や、代理人が勇み足で供述を拒否するよう助言しそれが妨害行為と評価される場合などであっても、事業者の不利益を重くすることになるから、これがやむを得ないといえるだけの事情が存在することが必要である。そのためには、事業者が従業員に周知徹底し、代理人（多くは弁護士であろう）が職務を行う際の行動基準を正確に把握できるよう、本制度について基準を明確にし、かつ、周知期間を十分にとるべきである。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

（中略）また、同様の観点から、課徴金減免制度が、違反行為の発見・発覚を容易にするという趣旨・目的をより高めるために、適用事業者数の限定を撤廃するとともに、違反被疑事業者が自主的に提出した証拠の価値等に応じて課徴金を減算するというメリットを用意し、同時に、調査妨害行為に対して実体法違反行為に対する課徴金を加算する、ことを骨子とする調査協力インセンティブを高める制度を、法運用の透明性と予測可能性を確保するために必要な運用基準を公表した上で、導入するという研究会報告書の内容も、基本的に適切なものである。【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】

(2) 調査協力インセンティブを高める制度の必要性及び方向性

8 調査協力インセンティブを高める制度【本研究会としての結論】

（中略）

● (2) ア (ア) 課徴金減免制度の拡充に関し、課徴金減免制度における事案の解明とそれによる競争促進に一層資するため、現行法に不備がある部分を改善することについて異議はありません。

● しかしながら、公正取引委員会に対する協力度合いに応じて恩典に差異を設ける場合には、それが公正取引委員会の仮説に沿うか否かや公正

取引委員会に対する服従の有無によって差異が生じるのではなく、客観的に事案の解明（必ずしも公正取引委員会の欲する事実でなかったとしても客観的な真実の解明）に資するか否か、競争促進（公正取引委員会による摘発数の増加や課徴金額の増加をもたらさなくても競争にとって望ましい結論）に資するか否かによって差異が生じるような制度設計を切に希望します。

- 証拠の付加価値や調査協力度合いに応じて取扱いの差異を設けるということは、意図して行う恣意的な取扱いの危険を同時に生じさせるのはもちろんのこと、過失や能力不足によって誤って運用されれば極めて重大な害悪を生じさせる危険を内包する道具を手に入れるということでもあります。したがって、本報告書の目指す制度が導入されれば、それを判断して運用する者にとって高度の知識と判断能力はもちろん、それを慎重に取り扱う倫理観と責任が生じるものです。とりわけ、運用者である公正取引委員会の「手柄」のために、公正取引委員会は主観的に正当と確信するが客観的には不当な運用がなされないように、公正取引委員会にとって常に自戒が求められるとともに、それを監視し、牽制するメカニズムが不可欠である。この観点から、制度の運用に関与する担当職員の人員配置における考慮、法律知識・運用のみならず責任と倫理についての担当職員への研修が徹底されることはもちろん、例えば、万一許されざる行為を行った場合にはペナルティが課され、その事実を公表する等、公正取引委員会及びその担当職員、並びに事業者及び代理人のすべてが不当な行為を行わずに緊張感を持って事案の処理に当たり、真の信頼関係を形成できる環境を同時に整えることが不可欠であると考えます。
- 同（イ）b（本報告書33頁）に、付加価値の度合いについて「意見聴取の通知に含まれる『公正取引委員会の認定した事実』（独占禁止法第50条第1項第2号）及び『課徴金の計算の基礎及び課徴金に係る違反行為』（独占禁止法第62条第4項）を立証するためにどれだけの付加価値があったかに応じて減算率を決定することが適当と考えられる。」とある一方で「証拠の提出時期も考慮しつつ、減算率を決定することが適当と考えられる。」とあります。最終的な事実の立証に貢献する度合いは、当該事実の直接証拠、間接証拠となりうる度合いのみならず、減免申請者によって提出された証拠によって、他の違反行為者やより決定的な証拠の発見につながる利益もあり、それにタイミングを考慮すれば、それだけでも付加価値の判断は相当程度複雑ですし、透明性を確保して対象事業者の納得のいく結論を導くための制度設計も運用も難しいのみならず、後から付加価値の判断に対して異議を述べても水掛け論に終始する可能性が極めて高いです。この観点から、「公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねることが適当」とブラックボックス化するのではなく、各方面からの意見を聞きつつ時間をかけた議論を行うことが望まれます。
- 同cに、「また、違反行為の不存在や当初の違反被疑事実を縮小させる証拠について・・・飽くまで、自ら不利益となる違反行為の立証に資する証拠が提出された場合を減算対象とすることが適当と考えられる。」とありますが、賛成できません。最終的な事実認定を基準とすると仮定して、その最終的な事実認定に対して貢献がある限り考慮されるべきです。そうでなければ、公正取引委員会が当初の違反被疑事実を必要以上に広く設定することにより、当該制度の利用の道を閉ざすことが可能であるからです。
- イ 継続協力義務及び減免失格事由の（ウ）に、「審査官が同義務を利用して事実を反する供述調書に署名押印するまで従業員等を呼び出し続け、これを拒否した場合に義務違反として減免失格にされるといった弊害が生じる懸念がある」との意見に対する反論が列挙されています。この問題は、結局のところは④に記載されたような、担当職員と事業者・代理人の信頼関係に基づく協議によって解決せざるを得ないように思われます。そのためには、公正取引委員会への服従ではなく、信頼関係を基礎とする真の意味での協力を実現することが重要です。仮に①のような他の証拠との整合性に疑問がある報告があれば、その確認のための供述聴取にある程度の必要性は認められるものの、そうであっても当該供述者の供述が確固たるものであれば、公正取引委員会の求めるストーリーについて供述者の自認を執拗に求めるのではなく、そのストーリーとは異なる供述を受容れた上で他の証拠もすべて総合判断して事実を認定するスキルを磨くべきだと考えます。そのスキルこそが、本報告書が繰り返し強調する公正取引委員会の専門的知見です。このような、（現在実施されていませんが）合理的な範囲・程度の確認、必要以上に執拗な追い込みをしないこと、総合的な判断の合理性といったプラクティスが、服従ではなく、信頼関係を基礎とする真の意味での協力を実現すると

考えます。

- なお、「② 同義務は、飽くまで公正取引委員会の調査に必要な供述聴取に応じるよう従業員等に命じることであり、当該従業員等の供述内容を問うものではないこと」という理由は説得力がないように思います。何となれば、供述者が公正取引委員会の求めるストーリーを自認しない以上、執拗に呼び出された場合に、結局事業者は供述者たる当該従業員に呼び出しに応じることを命じ続けなければならないからです。【**雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）**】

2 具体的制度設計（各論）

（中略）

（8）調査協力インセンティブを高める制度

諸外国の標準的なリエンシー制度のように、事業者が提出した証拠の価値や提出時期等に応じて競争当局の裁量により減額率を定めることができるようにすべきである。【**小原喜雄（神戸大学法学部 名誉教授）**】

2. 独占禁止法に違反する行為を行った企業を、違反行為の調査に積極的に協力させる制度とすべきです。

独占禁止法違反行為という日本経済・市場に悪影響を与え、消費者の利益を損なう行為をした企業が摘発をされた場合、企業の社会的責任を果たさせるためには、まず公正取引委員会の調査に積極的に協力をさせるべきです。違反企業が公正取引委員会の調査へ積極的な協力する態度となるように制度を検討すべきです。

（中略）

（2）調査協力インセンティブを高める制度の導入

調査に協力した企業ほど課徴金が減額されるような仕組みとすることで、事業者に一層調査に協力させることが可能となります。調査協力度合いに応じて課徴金を計算する仕組みを設ける必要があると考えます。【**神奈川県消費者団体連絡会**】

第7 調査協力インセンティブを高める制度について

1 「調査協力インセンティブを高める制度として、違反被疑事業者が自主的に提出した証拠の価値等に応じて、課徴金を減算する制度を設ける。」
「具体的な方法としては、現行の課徴金減免制度の適用事業者数の限定(最大5社)を撤廃するとともに、申請期限(調査開始日から20営業日を経過するまで)を延長した上、減算率に一定程度の幅を持たせ、減免申請者が自主的に提出した証拠の価値等に応じて、公正取引委員会が具体的な減算率を決定する制度に改正する。」との部分について

（1）意見の趣旨

賛成である

（2）意見の理由

重要な証拠が提出される可能性が高まり、真相究明に資することから賛成である。

2 「減免申請者による公正取引委員会の調査への継続的な協力インセンティブを確保するため、減免申請者には、申請時点から行政調査終了時まで継続して調査に協力する義務を法定し、義務違反があった場合は減免を受ける資格を失うこととする。」との部分について

（1）意見の趣旨

賛成である。

（2）意見の理由

継続かつ真摯な協力を期待でき、真相究明に資するといえることから賛成である。【**株主の権利弁護団**】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

8 「8 調査協力インセンティブを高める制度」（報告書29p）について

(1) 課徴金減免制度の拡充 ((2) ア (ア)) について

我が国の課徴金減免制度は、要件が明確であることが特徴であるが、減額申請してもそれが認められるかすら不明であり、認められてもどの程度の減額なのか最後まで判らないような状況となれば、調査協力をすることのインセンティブを欠くことにならないのかという疑問がある。

現実の課徴金減免申請をみると、平成25年から2年間、課徴金の減免申請数が大幅に少なくなっていたものが、平成27年から100件を超えるようになってきているというデータが示されている。なぜ再び減免申請数が増えたのか、全く分析結果は明らかにされていないが、このデータからみれば、現行のままでも課徴金減免制度は順調に機能しているといえるわけで、これは、現行の課徴金減免制度が合理性を有していることを示しているものと考ええる。

また、事件の数が減少していることは、課徴金の引き上げ及び課徴金減免制度の改正の効果がそれなりに出ていると考えるのが極めて自然と考える。

特に、課徴金減免申請は、違反行為を基礎づける事実を認めることが前提であり、現行法では、減額を受けられるメリットと争えないことのデメリットを比較することが可能であるが、裁量制が取り入れられるとどれだけ減免を受けられるかが不確実になりそれが出来なくなる。

従って、現状の順位による一定率の課徴金減額という制度を維持しつつ、加えて、調査協力を証拠物の提出に限定し、証拠の付加価値に応じて個別に減額加算する方式とするのであれば、合理性があると考ええる。その場合にも、減算加算は、不公平感を生じず、かつ過大とならない一定率を上限とし、要件を法令により明示すると共に、減額に関係する証拠の開示と減額の合理性についての説明をすべきである。

また、協力に対して追加の減額が認められなかった企業は、その正当性について争える制度とすることが必要である。

(2) 調査協力度合いの判断基準、考慮事項 ((2) ア (イ)) について

協力の範囲に供述を含めないことは当然と考えられる。

次に、報告書34pでは、「調査協力度合いに応じた課徴金の減算制度を導入する趣旨は、自己に不利益となる事実を自ら進んで当局に報告するインセンティブを与えるところにある」とし、自ら不利益となる違反行為の立証に資する証拠が提出された場合のみを減算対象とすることが適当とするが、この点には合理性がないと考える。

公取委の調査は、真相解明にあるはずで、誤った事実を認定しようとしている場合もあり得るわけであり、その場合に事業者が正しい事実を示す物的証拠を提出したとすれば、公取委の調査にとっては極めて有益であることは間違いがないはずである。そして、有利不利を問わず事実の解明に役に立ったか否かは、最終的な公取委の認定に当たってどの程度有益であったかという観点から客観的に判断が可能はずで、そこに、自社に有利か否かという判断基準を持ち込む必要はない。

自社に不利益となる証拠でなければ価値を認めないというには、審査の考える事実認定＝ストーリーに符合するものは認めるが、そうでないものは認めないという考え方につながる。また、事業者にとっても、事実認定にとって重要な事実であっても、自社に不利益とは認められないと判断した証拠については、これを審査段階で提出するインセンティブがなく、結局、後に裁判などの場で提出されることになり、機動的、効率的な運用という考え方とも明らかに矛盾する。

したがって、提出者に有利か不利かを問わず、客観的に事実認定にとって重要な証拠の提出であったかどうかを協力度合いの判断基準とすべきである。

(3) 継続協力義務及び減免失格事由 ((2) イ) について

減免申請をしている以上、一定の調査協力義務を課すことは良い。ただし、個人の協力を協力義務に含めるべきではないことを明示すべきである。

また、調査協力義務はあくまでも課徴金の減免申請をし、違反を認めた事実の範囲に限られるべきものであって、これを超える部分についての協力義務のないこと、減免失格事由にならないことが明らかにされるべきである。

特に、現在、公取委は、欧州及び米国でも存在しない、被疑事実との関連性が必ずしも明らかでないような広範な事実について報告や資料の提出を求める報告命令を出すといった運用を行っているが、もし、このような運用がなされ、これに従わない場合には協力義務違反であるとか、減免失格であるというような処分がなされとすれば、著しく不当であり、このようなことがないように、協力義務が申告内容に含まれる被疑事実に関連する範囲に限られることを明示し、不当に協力義務の範囲が広がらないようにすべきである。

むしろ、会社に対し、報告命令によらず、ある程度特定して資料の提出を求め、それに応ずる義務を負わせるなど協力義務の内容を明示し、協力を求めるといった運用をし、協力義務そのものが合理的な範囲のものであることが後に明らかになるような運用をすべきと考える。【競争法フォーラム】

3. 個別テーマに関する意見

(中略)

■テーマ2：証拠の評価

(報告書該当箇所：第3の8 調査協力インセンティブを高める制度 (2) 調査協力インセンティブを高める制度の必要性及び見直しの方向性
ア 調査協力度合いに応じた課徴金の減額関連 (29～32頁))

(中略)

<意見>

(中略)

(2) 事業者が提出した証拠が、それが提出された時点で当局が有していた全証拠に照らし調査対象期間や対象製品の範囲を拡大するものであった場合、その拡大された範囲については、その証拠提出事業者に対し、課徴金の免除 (Partial Immunity) が与えられるべきである。

<理由>

(中略)

(2) 調査範囲拡大による Partial Immunity について

調査開始後に課徴金減免申請を行う場合、立入検査時に交付される告知書における事件の内容は、ある程度広い範囲で記載されていると想定している。例えば、ある完成品 (甲製品) の部品に関するカルテルで、当局としては部品Aに関する違反情報に基づいて立入検査を行ったとしても、立入検査時に交付される告知書では「甲製品の部品に関するカルテル」と記載されることがありえるのではないだろうか (あるいは、告知書上はX製品とのみ記載されているが、実は、X製品にはAタイプとBタイプがあり、公正取引委員会はAタイプに関するカルテルのみを想定していたが、実際にはBタイプにおいてもカルテルが行われていたといった事案がありえるのではないだろうか)。このような場

合に、社内調査で発見された部品B（後者の例だとBタイプ）に関する違反行為に関する証拠も、事業者としては、当然、公正取引委員会に提出することになるであろう。

また、社内調査により、立入検査時に交付された告知書に記載された事業内容に含まれるか、又は隣接している分野での違反行為が発見された場合、事業者には調査協力義務を課し、これに反した場合には減免失格とする制度が導入されていたとすると、事業者としては、このような証拠についても、減免失格を避けるため、とりあえず提出することとなるであろう。

これらのようなことが行われた場合、結果として、公正取引委員会による調査の対象期間や対象製品の範囲が、新たに提出された証拠によって調査開始時に公正取引委員会が所持していた証拠から合理的に推定できる範囲（商品・サービスの分野や行為期間）を超えて拡大されることとなる可能性があるが、当該拡大された範囲については、新たな証拠を提出した事業者は課徴金を免除することとすべきである。これは、調査開始前に第1位で申請した者との均衡上も適当であり、また、事業者側の調査協力インセンティブを大幅に高めることにも資するものと考えられる。

■テーマ3：継続協力義務のあり方

（報告書該当箇所：第3の8 調査協力インセンティブを高める制度 （2）調査協力インセンティブを高める制度の必要性及び見直しの方向性
イ 継続協力義務及び減免失格事由関連（34・35頁））

（中略）

<意見>

（1）情報提供義務（上記①・②の義務をいう。以下同じ。）の対象となる情報は、現行の物件提出義務の範囲内とすべきである。また、仮に、その範囲について改正するとしても、「公正取引委員会に対して、速やかに、違反行為に合理的に関係する全ての保有する情報及び入手可能な情報を提供すること」（上記①に下線部の文言を追記）及び「公正取引委員会が行政処分を行うために必要な事実の立証に関して合理的に必要な情報提供依頼（独占禁止法第47条に基づくものか否かを問わない）に対して迅速に回答すること」（上記②に下線部の文言を追記）とし、「合理的に」の範囲については、法令又はガイドラインにより明確化されるべきである。

（2）秘匿義務（上記④の義務をいう。以下同じ。）の内容について、事業者が「調査開始日時点において、当該事業者又はその子会社に在籍する役員又は従業員」に対して、減免申請した事実及びその内容を第三者に明らかにしないことを義務付ければ、秘匿義務が遵守されたこととなるように、措置を講じるべきである。

（3）秘匿義務における「第三者」の定義から親子関係、関連会社関係にある者を除く等、「第三者」の範囲は限定されるべきであるし、法令又はガイドラインにより明確化されるべきである。

（4）継続協力義務（上記⑤の義務をいう。以下同じ。）のうち、秘匿義務に係るものの存続期間について、公正取引委員会による調査開始日までであることが明確になるように、措置を講じるべきである。また、調査を開始しないと決めた場合には、事業者への通知を行うこととすべきである。

（5）その他の継続協力義務の存続期間の終期を、「行政調査終了時」ではなく、「減免申請から1年経過した時」といった、減免申請を起点とした事業者にとって予見可能な客観的な時点とすべきである。その期間は、事件解明に合理的に必要な範囲内で、なるべく短くすべきである。

（6）事件解明に必要な情報を早期に出し尽くした事業者の求めに応じて、継続協力義務の存続期間を調査終了前に終了させるための、認定制度を設けるべきである。

<理 由>

(1) 情報提供義務について

現行の物件提出義務（独占禁止法第47条第1項第3号）の範囲は「審査官が事件調査に必要であると合理的に判断した範囲」となっており（独占禁止法審査手続に関する指針第2・1（4）ア）、その範囲は広い。報告書では、情報提供義務の範囲について「独占禁止法第47条に基づくものか否かを問わない」とあるが、すでに範囲が広く設定されているものをさらに広くすることが想定されており、それを継続的に遵守するというのは事業者にとって酷である。情報提供義務の範囲は、現行通りとするべきである。

また、情報提供義務の範囲については、調査に協力する時点において客観的に判断できる内容である必要があると考える。この点、報告書では「違反行為に関係する全ての保有する情報及び入手可能な情報を提供すること」・「公正取引委員会が行政処分を行うために必要な事実の立証に必要な情報提供依頼（独占禁止法第47条に基づくものか否かを問わない）に対して迅速に回答すること」を求めているが、その範囲が「関係する全ての」・「立証に必要な」というのではあまりに広く、ある程度の限定が必要であると考え。よって、仮に、情報提供義務の範囲について改正するとしても、事業者の予測可能性を確保するため、「合理的に」といった文言による限定がされるべきであり、法令・ガイドラインにより、その範囲が具体的に示されるべきである。

(2) 秘匿義務について

課徴金減免申請のための自主調査の過程では、事業者は、現役の役員・従業員はもちろんのこと、元役員・元従業員や、資本関係のない特約店・販社の役員・従業員等に接触することとなる可能性がある。当該調査において、これらの関係者から、迅速に必要なかつ十分な情報を収集するためには、当該調査の目的を説明することは必要不可欠である。これらの関係者には、自己に不利益な情報の提供をお願いすることになる場合もあり、ただでさえ協力を仰ぎにくいところ、調査の目的を告げなければ、ますます協力を仰ぐのは難しくなるであろう。

そのため、自主調査の過程では、多くの関係者が課徴金減免申請の準備を行っている事実及びその内容を知ることになる。報告書では、秘匿義務の対象について「減免申請した事実及びその内容」と記載されているが、実際に課徴金減免申請を実施したかどうかは知らなかったとしても、①減免申請の利用は、コンプライアンスへの取り組みに力を入れている事業者においては必須のことになっているから、『減免申請の準備を行っている事実』イコール『減免申請した事実』とも言えること、及び②自主調査時の上記関係者とのやりとりは、当然減免申請の内容に反映されることから、課徴金減免申請を行った事業者に係る上記関係者は「減免申請した事実及びその内容」を知っているといつて差し支えないであろう。

また、「減免申請した事実及びその内容」は、不正競争防止法上の営業秘密の3要件を必ずしも満たすものとは言えない（秘密管理性要件の徹底を図れば、その分、自主調査の迅速性・網羅性に影響が生じるおそれがある）。

よって、事業者が秘匿義務を遵守するためには、自主調査の過程で接触した全ての上記関係者に対して秘密保持義務を課さなければならなくなるが、これは、以下のとおり事業者にとって困難な対応である。

第1に、秘密保持義務を課すタイミングは当該関係者からの情報収集開始前となるであろう（当該関係者に秘密保持義務を課さずに情報収集を開始したが、結果的に秘密保持義務を課すことに失敗した場合、秘密保持義務を負わない当該関係者が第三者に口外すると、事業者は秘匿義務違反になる可能性がある）。よって、当該関係者に秘密保持義務を課すのが遅れば、その分、情報収集も遅れることになるから、迅速な課徴金減免申請に支障が生じる。第2に、元役員・元従業員や、資本関係のない特約店・販社の役員・従業員等に対して秘密保持義務を課すのは事実上困難であろう（本来負わない私法上の責任をわざわざ負ってまで、自己に不利益な情報提供を行う者は少ないように思われる）。

従って、「調査開始日時点において、当該事業者及びその子会社に在籍する役員又は従業員」に対して、当該事実・内容を第三者に明らかにしないことを義務付ければ、秘匿義務が遵守されたこととなるように措置を講じるべきである。

(3) 秘匿義務における「第三者」の範囲について

上記(2)のとおり、自主調査の過程で子会社や関連会社の役員又は従業員等に対して情報提供を依頼する可能性や、子会社や関連会社において減免申請する場合に親会社に情報共有を求める可能性があることから、「第三者」の定義から親子関係、関連会社関係にある者を除く等、「第三者」の範囲の限定及び明確化が必要である。

(4) 秘匿義務の存続期間について

事業者が秘匿義務を負う理由は、「課徴金減免申請を受けて公正取引委員会が調査を開始する前に、ある事業者が課徴金減免申請を行ったことが明らかになれば、他の事業者が証拠隠滅や口裏合わせ等を行うことが懸念されるため」(菅久修一編著、品川武=伊永大輔=原田郁著『独占禁止法〔第2版〕』(商事法務、2015)239頁)であるから、秘匿義務の存続期間は公正取引委員会による調査開始日までとすべきである。

また、公正取引委員会は、独占禁止法事件の端緒を「申告」により収集する場合は、当該事件に対する措置を講じるか否かを当該申告者に対して告知する(独占禁止法第45条第3項)。他方、公正取引委員会は、独占禁止法事件の端緒を「課徴金減免申請」により収集する場合は、減免申請者に対して調査を開始するかどうかを告知する必要はない。そのため、減免申請者は、「申請から相当期間経過後にまだ調査が開始されていないような状況においても、後に調査が開始される可能性を排除しえないという不安定な立場におかれることとな」(榊原美紀=篠浦雅幸=多田敏明=長澤哲也=宮川裕光=矢吹公敏『詳説独占禁止法審査手続』(弘文堂、2016)190頁)ることから、予見可能性が確保されるべきである(秘匿義務の存続期間は調査開始日まで、となったとしても、調査するか否か不明なまま長期間放置されるのでは、事業者は不安定な立場に置かれることとなる。公正取引委員会としては、調査開始日を事業者に伝えることは難しいであろうが、調査しないことを決定したら、事業者にその旨を早く伝えるべきである。)

(5) 秘匿義務以外の継続協力義務の存続期間について

「いつ調査終了となるのか」は事業者にとっては把握しづらく、予見可能性の観点から問題である。調査終了までに長期間を要する場合、その要因の一部は公正取引委員会の事情である、ということもありえる。秘匿義務以外の継続協力義務の存続期間の終期を「行政調査終了時」とすると、公正取引委員会は、調査終了とならない限りいつまでも、事業者に対して情報提供を求めることができることとなるから、早期に事件処理をするインセンティブが失われてしまう。また、上記(1)のとおり継続協力義務は事業者にとって負担が大きいため、継続協力義務の存続期間は事件解明に合理的に必要な範囲でなるべく短くすべきである。

(6) 継続協力義務の終了認定について

事件解明に必要な情報を早期に出し尽くした事業者であっても、調査終了まで継続協力義務を負うという不安定な立場に置かれるのは不当であり、それを解消する措置が必要である(他の非協力的な事業者の影響を受けて、継続協力義務を負い続けるというのはおかしい。)

■テーマ4：供述聴取への出頭

(報告書該当箇所：第3の8 調査協力インセンティブを高める制度 (2) 調査協力インセンティブを高める制度の必要性及び見直しの方向性
イ 継続協力義務及び減免失格事由関連 (34・35頁))

(中略)

<意見>

(1) 上記③記載の「従業員等」の範囲を、「減免申請申告時点又は調査開始日時点のいずれか早い時点において、当該事業者又はその子会社に在籍する役員又は従業員」に限定すべきである。

(2) 供述聴取に応じるよう従業員等に「命じる」を、従業員等を供述聴取に応じさせるための「合理的な努力を行う」こととすべきである。

<理 由>

(1) 「従業員等」の範囲について

報告書では特段の定義・注釈なく「従業員等」(※)という用語が使われている一方で、同35頁では「事業者、その役員、従業員、代理人等が検査妨害罪の対象行為やそれに準ずるような一定の調査妨害行為を行った場合には、(中略)課徴金を一定率で加算する」との記載もあることを勘案すると、「従業員等」が広く解釈される可能性がある。

※ 平成27年12月25日付「独占禁止法審査手続に関する指針(「審査手続ガイドライン」)」でも「従業員等」との用語は使われていない。

具体的には「従業員等」に元役員、元従業員等が含まれる可能性がある。今後、より一層の人材流動化が進むことを勘案すると、「調査開始日から遡って10年間」という長期間に在籍した元役員・元従業員にコンタクトすること自体が困難である場合も当然に考えられる。

加えて、当該事業者の役員・従業員のみならず、その子会社さらには資本関係のない法人(例えば、事業者の販売代理店等)の役員・従業員にまで対象が広がる懸念もある。子会社の役員・従業員はまでも、資本関係のない販売代理店等の役員・従業員まで含まれることとなると、事業者に過度の負担を強いることになる。これらの懸念を払しょくするため、「従業員等」の範囲は、減免申請時点又は調査開始日時点のいずれか早い時点において、当該事業者又はその子会社に在籍する役員又は従業員に限定するのが合理的と考える。

(2) 「命じる」について

現在の公正取引委員会の調査実務においては、独占禁止法第47条に基づく審尋ではなく、任意の供述聴取が通常であるため、その前提で意見を述べる。

報告書では、継続協力義務の内容として「供述聴取に……応じるよう従業員等に命じる」と記載されており、また補足的に「同義務は、飽くまで公正取引委員会の調査に必要な供述聴取に応じるよう従業員等に命じることであり、当該従業員等の供述内容を問うものではない」とも記載されている(35頁(ウ)②)。したがって、事業者(減免申請者)が命じさえすれば、当該従業員等の供述内容の如何にかかわらず、事業者の協力義務違反が問われることにはならない。すなわち、事業者のとした「プロセス」そのものが評価対象となるものと解される。報告書原案では「供述聴取に従業員等を応じさせる」と記載されていたが、従業員等が聴取に応じたか否かという、事業者がコントロールできない「結果」を評価対象とするかのような記載と比べて、合理的な方向への修正と考える。

しかしながら、実務上の観点からは、どこまでの行為をすれば「命じ」たことになるのか不透明であり、かつ、それが、事業者から従業員等への要請・説得の範囲を超えて、業務命令を意味するのであれば、供述聴取の任意性という大前提との矛盾、さらには、労働法との整合性が図れるのかとの懸念が残る。すなわち、任意の供述聴取は、本来は聴取対象者(従業員)の任意の協力に基づいて行われるものであり、聴取対象者がその判断で協力するか否か、協力するとしてどの程度協力するかを選択できる自由がある。にもかかわらず、継続協力義務の名の下に業務命令を発することを事業者に半ば強い、その結果従業員が供述聴取に応じることを強制されることは、事業者を介した間接的な強制であるともいえ、任意の供述聴取制度の大前提と矛盾する。

加えて、従業員が供述した内容が本人の人事上の処分に際し考慮される場合を含め、事業者と従業員との間には潜在的にせよ一定の利益相反関係が存在するにもかかわらず業務命令を発すること、さらには、業務命令に従わなかった従業員に懲戒処分を行うことは労働法上許容されるのかといった懸念もある。(仮に労働法上許容されない、あるいは許容されないリスクがある場合には、法に違背する行為を事業者に強いることになる。)

以上の懸念等を踏まえ、業務命令ではなく、例えば、事業者が当該従業員に対して可能な範囲で説得を行った場合や、事業者が当該従業員にインタビューして自ら作成した陳述書を提出した場合など、事業者が従業員を供述聴取に応じさせるために一定の「合理的な努力を行った」場合には、継続協力義務を満たすこととすべきである。【経営法友会】

2. 課徴金制度の実効性をあげるためには、違反行為の実態解明が大変重要です。企業に公正取引委員会の調査への協力を促進させる仕組みの構

案に賛成です。

(中略)

(2) 調査協力インセンティブを高める制度の導入に賛成です

しっかりと調査に協力した企業ほど課徴金が減額されるような仕組みを作ることで、調査協力が促進され、より確かな実態解明につながります。現在は調査協力による課徴金減免制度がないため、調査協力インセンティブが不十分です。調査協力度合いに応じて課徴金を減免する制度を導入してください。【主婦連合会】

2. 違反行為を行った企業が、独占禁止法違反行為の調査に協力する制度にすべきです

企業は、独占禁止法違反行為という日本の経済・市場に悪影響を与え、消費者の利益を損なう行為をしたのであれば、実態解明につながる公正取引委員会の調査に協力することこそが企業の社会的責任と考えられます。したがって、企業に公正取引委員会の調査への協力を促進させる仕組みを構築すべきです。

(中略)

(2) 調査協力インセンティブを高める制度の導入

しっかりと調査に協力した企業ほど課徴金が減額されるような仕組みを作ることで、事業者に一層調査に協力させることが可能となります。現在は調査協力の度合いが全く課徴金の額に反映されないため、調査協力インセンティブが不十分です。調査協力度合いに応じて課徴金を計算する仕組みを設ける必要があると考えます。【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】

2. 違反行為を行った企業に調査協力を促進させる制度が必要

違反行為を行った企業には、公正取引委員会の調査に協力する社会的責務があり、そのインセンティブを高める制度の導入により、公正取引委員会による違反の全容解明が促進すると考えます。そのためには以下の改善策が必要です。

(中略)

② 違反企業ではあっても、調査に協力した企業ほど課徴金が減額される制度とし、全容解明に資する制度とすべきです。【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(6) 調査協力インセンティブを高める制度

調査協力インセンティブを高める裁量制、調査協力、報告命令等は、中小企業にとっては書類提出等の負担増を招くこととなる。調査協力、報告命令等は、公正取引委員会に対する協力業務を広範囲の企業に行わせることとなる可能性が高く、このような協力業務を行う必要が生じた中小企業に対して、相当の業務対応をすることと、そのことによる書類作成等の負担を増加させる。しかしながら、中小企業においては、このような業務に対応するための人員を基本的には有していない。中小企業でも負担がなく、積極的に活用できる制度設計が必要である。

中小企業における対応力や負担の差を考慮し、調査協力等を認定するに当たっては、公正取引委員会において、定型的に求めることが多い調査及び報告事項は、書類の定式化を図り、あるいは、一般的に報告すべき事項を列挙した書面を交付するなどして企業の負担を低減させるといった工夫が検討されるべきである。また、調査協力等を認定するに際し、中小企業と大企業では、調査協力への対応力に歴然たる差があることを踏まえ、企業の規模に応じて柔軟な運用をし、調査協力や報告命令等に伴い提出された書類の量及び質につき、大企業が行う調査協力のそれと差異があったとしても、調査協力があつたことを積極的に認定することが望ましい。

報告書には、「供述調書は減算率を決定する際の評価対象にはしないことが適当」「事業者が社内調査を実施して違反事実の立証に寄与する証拠を公正取引委員会に提出することを評価対象とすることが考えられる」としているが、中小企業の調査協力の対応能力からは、事業者が社内調査を実施して違反事実の立証に寄与する証拠を作成提出することのみを評価の対象にすべきではない。

また、継続協力義務及び減免失格事由を定めることは、調査協力企業を、公正取引委員会の意向に従わざるを得ない、意思が拘束された状態に誘導するおそれがあるため、規定すべきではない。

(中略)

(8) 新制度の下での手続保障

(中略)

イ 事前手続

減免申請者が自主的に提出した証拠の価値等に応じて減算率を決定することについては、調査協力のインセンティブを高めるものとして有用である一方、どのような調査協力が減算率に影響があるのかについて一義的に明らかになるわけではないため、恣意的な運用を排する必要がある。したがって、調査協力の度合いの判断基準を明示することに加え、具体的な例示を行い、明確な運用をすることが必要である。また、調査協力に応じた資料提供者からすれば、どのような事実がいかなる認定に使用され、どの程度役立つのか見極めることは困難である。したがって、実際に立証等に役立つ資料（違反をしていない事実を証明する資料は含まない）に限定すると、調査協力したにも拘らず課徴金が減算されないという事態が生じるおそれがある。そのため、減算率に反映する調査協力は、広く事実認定に有用な資料（違反をしていない事実を証明する資料を含む）とし、その有用性に応じて減算率に多少の高低をつけることが望ましい。立証に役立つ資料として、例えば、独禁法違反の行為を直接的に示す書面やメール、会話記録等が考えられる。しかし、独禁法違反行為は、明示的に行われる場合は多くなく、間接的な証拠を積み重ねることで違反行為を認定する場合も多いと思われる。そこで、違反行為を窺わせる書面やメール等を多く収集する必要があるが、そのような間接的な証拠を発見するきっかけとなる再間接証拠ともいべき書面やメール等（例えば、「○月○日の打合せのとおりで。」などのメールから、同日の打合せ内容について複数の関係者から供述を得たところ、違反行為のきっかけが得られた場合等。）の重要性が高いことが考えられ、当該資料が立証に役立つ資料と評価できない場合があっても、このような資料を積極的に調査協力として提出した対象企業につき、事実認定に有用な資料を提出したものとして、減算率の評価の対象とすべきである。

他方、立証に役立つ資料とは、違反をしている事実を明らかにすることを意味しており、事実認定に有用な資料とは、違反をしていない事実を明らかにすることを意味するものであるが、違反をしていない事実を明らかにすることを減算の理由にすることを認めさせることは難しいと思われる。

なお、減免申請者の提出した証拠の価値等に応じて減算率を決定するとすると、証拠の実質が重要視されることになることから、適用事業者が公正取引委員会の調査に迎合する可能性は否定できない。そのため、迎合する供述がなされる可能性が高い供述調書について、減算の対象から外すことには賛成する。**【全国中小企業団体中央会】**

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計（各論）

(中略)

(8) 調査協力インセンティブを高める制度

報告概要は、協力に対するインセンティブを増加させるために、「違反被疑者が自主的に提出した証拠の価値等に応じて、課徴金を減算する制度を設ける」としている²⁰。個別の勧告内容の例としては、以下のようなものがある。

- ・ 調査の中で認められる減免申請の上限数を廃止し、協力の度合いに応じた柔軟な減額率を設ける
- ・ 協力は継続的なものでなければならない
- ・ 実態的な条項の違反に関連した課徴金額に加え、調査妨害の場合には法定の割合が加えられるべきである

両部会は、このような仕組みによって、調査における協力へのインセンティブが増加するという見方に賛同する。調査に協力しようとする事業者は、協力することにより、制裁の軽減や調査の早期の終了といった形で見返りを得ることができることを知っていれば、協力すると考えられる。このため、公取委はより迅速に調査を完了させることができる²¹。改めて、両部会は、柔軟さを確保する必要があることも理解しつつ、課徴金の減額に際して必要となる協力の水準に関して、明確な指針を示すべきことをここに謹んで勧告する²²。

一方で両部会は、調査への協力は課徴金の減額に値する継続的なものでなければならない旨に賛同する。ICNは「最も効果的に機能させるためには、和解に含まれる協力要件は継続的な義務とし、政府は、宣告や制裁が課された後であっても、協力義務への違反を理由に和解を取り消すことができるようにすべきである」²³と述べている。米国司法省は、カルテル事件において、協力の見返りに罰金の減額を受けた企業に対し、調査の係属中は一貫して協力する義務を課している。もし調査終了前に企業が協力をやめてしまえば、協力に対する評価は減殺され、おそらく零となる。

<脚注>

20 報告概要4頁。

21 2016年コメント10頁。提案されている環太平洋戦略的経済連携協定は、公取委に、調査対象企業に対し、調査に協力すること、及び違反認定を回避するための解消手段を提案することについてのインセンティブを設けるために、カルテル以外の行為について確約手続きを導入することを求めている。報告書37頁。

22 2016年コメント11頁。

23 ICN Cartel Settlements23頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(3) 調査協力インセンティブを高める制度の速やかな導入を求めます。

公正取引委員会の調査に協力する事業者に対し、積極的に評価する仕組みは必要です。公正取引委員会の調査に非協力・妨害行為を罰することも必要ですが、積極的に協力する企業にインセンティブを与える案も導入すべきです。**【土田あつ子】**

1 課徴金制度の見直しについて

(中略)

(5) 課徴金減免制度の見直し

具体的な減算率の決定方法については、減免申請を行う事業者の予測可能性を確保するとともに、早期の減免申請とこれによる公取委への端緒や重要な情報の提供を促す観点から、現行制度と同じく、まず、課徴金減免申請の順位が高い順に、高い減算率を割り振る方式とすべきである。この減算率には、それぞれ一定の幅を設け、証拠の提出時期・内容に応じ、この幅の中で具体的な減算率を決定する仕組みとすることにより、調査協力インセンティブを高めることが望ましい。

公取委の裁量を認めることとされている減算率の決定に関しては、具体的かつ明確な運用基準を策定することが必須である。

また、減免申請者の継続協力義務を法定する場合には、その内容について、合理的かつ明確なものとする観点から、十分かつ丁寧な検討を求める。たとえば、報告書34頁例示①の「違反行為に関係する全ての保有する情報」は、事業者が調査に協力する時点において違反行為に関係すると「合理的に」判断できる情報に限るべきであるし、④の「第三者」については、人的交流や事業においてつながりのある子会社や関連会社に対して情報提供を依頼したりする可能性があることから、親子関係、関連会社関係にある会社を除くことなどが考えられる。

具体的な協力義務の内容、義務違反となる場合等については、詳細な運用基準を策定すべきである。**【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】**

第2 意見の理由

(中略)

5 その他

第3-14 (新制度の下での手続保障) 以外にも手続保障の観点から問題のある提言がなされている。

【報告書29ページ・第3-8 (調査協力インセンティブを高める制度) イ(ア)】

③ 公正取引委員会による供述聴取(独占禁止法第47条に基づくものか否かを問わない)に応じるよう従業員等に命じること

調査協力インセンティブを高める制度として、減免申請者に継続協力義務を課すこととし、イ（継続協力義務及び減免失格事由）において、継続協力義務の例として掲げられたものである。

事業者は課徴金減免を得るインセンティブを有し、そのために従業員等に不利益な供述をするよう命令する局面では、事業者と従業員等の利益が相反する。審査官が上記義務を利用して、事実と反する供述調書に署名押印するまで従業員等呼び出し続けることが懸念される。報告書は、苦情申立制度の利用などにより、減免失格にされるといった弊害を回避できると説明する（イ（ウ））。これらは事業者にとっての弊害を回避する手段を説明しているにすぎず、事業者と利益が反する従業員等にとっての適正手続の視点を欠いている。とりわけ、本意見書22ページで指摘したように供述聴取が適正に行われていない現状では、従業員等が誰からも支援を得られずシナリオ調書に署名押印するよう迫られるといった過酷な事態が想定される。従業員等に供述に応じるよう事業者を動機付ける制度は、供述聴取過程の弊害を拡大するものであり、そのような職務命令を継続協力義務とすべきでない。

また、いずれにしても、事業者にとっての手続保障だけでなく、従業員等の観点からの適正手続の保障（弁護士の立会い、録音・録画、メモ取りなど）も必要不可欠である。**【日本弁護士連合会】**

1. 審査協力インセンティブを付与する方策として、現行リニエンシー制度を拡充する方法を採用することは、現実的な方法として支持できること

EUの審査協力減額制度は、制裁金制度自体に組み込まれており、したがって、全ての違反行為に適用されるものである。そして、カルテルの場合には、企業の自発的な申請インセンティブを高める必要があるとして、免除を含めた大幅な減額を可能とするとともに、その予測可能性を高めるために、リニエンシー制度を新たに導入したものである。これは、カルテル以外の違反行為においても、審査協力減額制度が有効であることを意味する。

しかし、EUにおいても、リニエンシー制度を利用可能な者の数が限定されていないことから、カルテルに関しては専らリニエンシー制度が利用されており、それで十分に機能しているといえる。したがって、わが国において、喫緊の課題であるカルテルに関して、現行リニエンシー制度を拡充するという方法により審査協力減額制度を導入することは、現実的な方法として支持できる。

2. 審査協力減額制度を効果的なものとするためには、審査協力により自主的に提供される情報の内容を考慮し、その内容に応じて減額できるよう、減額される率又は額に幅を設けることが有益であるが、かかる仕組みを採用することとしても、わが国の憲法上・法制上特段の問題を生ずるものではないこと

(1) 審査協力の程度を考慮する必要性

現行リニエンシー制度は、申請の順番に応じて減額される率を法律で一律に定め、これを該当する申請者に対して無差別に適用するものであるが、審査協力を促す制度として活用する場合、申請の順番だけで減額される率を決めるべきでないことは、報告書が指摘するとおりであるし、そのような仕組みが必要不可欠であることは、EUの経験が示しているといえる。

EUが2番目の申請者に対する減額率を30%から50%と規定し、3番目は20%から30%と規定しているのは、早期申請のインセンティブの付与と提供される情報の付加価値のバランスを採るためである。すなわち、2番目の申請のインセンティブを高めることは重要であるが、その提供する情報の価値が3番目の申請者に比して高いとは限らない。そこで、EUの場合、付加価値が高くない2番目の申請者と付加価値の高い3番目の申請者が、同じ減額率を受けることが可能となるよう、このような幅が設けられている。これが、申請の順番と提供される情報の付加価値をバランスさせる必要があるという意味である。

3番目の申請者以降につき、提供される情報の付加価値に応じて減額率を決めるようにしているのは、3番目以降については、申請の順番の重要性がほとんど失われるからである。

もちろん、EUのように、提供される情報の付加価値と申請の順番を考慮できるよう減額率に幅を設ける方法によらずとも、提供される情報の付加価値と申請の順番が減額に反映される仕組みにすることは法律上可能である。つまり、減額される率を、提供される情報の付加価値と申請の順番に応じて複数定める（例えば、2番目の申請者につき、50%、40%、30%の3つとすること）という方法はあるが、条文が必要以上に複雑となるので、推奨できない。

(2) 減額に幅を設けることは、現在の非裁量型と称される課徴金制度と矛盾しないこと

現行の課徴金制度は算定率を法定しており、算定率には幅、つまり、公取委の裁量の余地のないものとされている。算定率をこのように法定することは、同じ行為に対して刑事罰も適用されるために、二重処罰のおそれを回避するためと説明されており、行為の悪性を考慮して裁量的に決められる刑事罰との性格の相違を明確にする趣旨で1977年の導入時に考案されたとされる。

このため、中小企業や中途離脱者に対する減算された算定率、累犯や主導者に対する加算された算定率も、実質的には通常の算定率から加算、減算して設定されるものではあるが、算定率自体は法律で決められている。つまり、現行課徴金制度の下では、算定率は業種により3つ法定されており、さらに一般の場合と中小企業者の場合があり、それぞれにつき、通常の場合、中途離脱者、累犯者、主導者、そして累犯者兼主導者の5つの場合があり、それぞれにつき算定率を定めているので、わが国では算定率が30種類設けられていることになる。

しかし、リニエンシー申請した者に対しては、別の算定率を定めるのではなく、算定された金額からの減額という方法が採られている。つまり、リニエンシー申請した者に対しては、最初に申請した者には課徴金の納付を命じないとする一方で、審査開始前の2番目の申請者には50%、それ以外の申請者には30%という、法律で決められた「率を乗じて得た額」を減額するものであり、減額された算定率を法律で規定するものではない。

課徴金の算定率を法定している理由は、課徴金は刑事罰とは別の性格のもの、つまり、違反行為を抑止するための行政上の措置と位置づけるために、法律で決められた算定率を一律に適用することで刑事罰とはその性格が異なるといえるようにし、したがって、課徴金と刑事罰の双方が科される事案があるとしても、二重処罰には当たらない（憲法上の問題はない）とする考え方によるものである。

また、罰金の確定裁判があるときは、課徴金の「額から当該罰金額の二分の一に相当する金額を控除した額を課徴金の額とする」（7条の2第19項）のも、同様に別の算定率を規定するのではなく、本来の課徴金額から減額するものである。63条において、「納付命令に係る課徴金の額を、その額から当該裁判において命じられた罰金額の二分の一に相当する金額を控除した額に変更しなければならない」と規定するのも、同様の考え方によるものである。

いずれにせよ、二重処罰のおそれを回避するという意味で、法律で決められた算定率を一律に適用するとしたものであるが、そもそも減額する場合については、二重処罰という憲法問題を考慮する必要がないことは明らかである。つまり、現行のリニエンシー制度は、既に本来課すべき課徴金額からの減額制度を設けているのであり、減額制度においては、法律で決めた算定率を一律に規定するという、二重処罰を回避する観点からの配慮は必要ないのである。したがって、減額の比率を法律で決めて一律に適用するか、EUのように幅のある数値で規定するかは立法問題であり、そこに憲法問題は起こりようがないのである。

また、現行制度のように、法律で規定する場合につきそれぞれの算定率を法律で定める方式とするか、それとも、基本的算定率で算定した金額に、法律で定める率又は額を加算、減算する方式にするかも、立法の方法論でしかない。報告書では、加算する場合につき、割増算定率

を法律で定めるという現行方式を提言しているが、これは加算する場合なので、二重処罰という観点に配慮する必要性が理解できないわけではないが、減算する場合には、二重処罰という観点に配慮する必要性が全くないことは、上記のとおりである。

(3) 算定率に幅を設けた場合の運用

算定率に幅を設けるべき理由は、先に述べたとおり、審査に協力して自主的に提供される情報の付加価値には、申請者間で大きな相違があり得るためであるが、EUにおいても、算定率が幅で規定されているからといって、減額される率を1%刻みできめ細かく運用しているわけではない。実際には、EUでも減額制度はかなり大まかに運用されており、10%刻み程度で固定的な減額率として運用するとしても、審査協力のインセンティブが働くものにする上では問題ないといえる。

例えば、2番目に、かつ、決定的証拠を自主的に提供した者には、50%の減額、2番目に、かつ、有益な証拠を自主的に提供した者には、40%の減額、その他の2番目に申請した者には、30%の減額と規定することによっても、同様の目的を達成することは可能である。これも、EUの運用により示唆される点である。ただし、条文の複雑さを回避するため、幅で規定する方式が望ましいと考えることは、前述のとおりである。

(中略)

4. リニエンシー申請者の従業員からの任意の供述聴取について

報告書は、供述聴取から得た情報は審査協力減額制度の運用上考慮しないことを提言している。この点、EUにおける実務においては、任意の供述聴取（インタビュー）という方法は実際には利用されておらず、リニエンシー申請者が従業員の供述から得た情報をコーポレート・ステートメントを通じて当局に自主的に提供するという方法が採られており、これが提供する情報の付加価値を高める重要な方法となっている。

この点、従業員の供述聴取から得た情報は減額に当たり考慮しないとすると、企業が従業員の供述を通じて得た情報を当局に提供する場合も減額に当たり考慮できないという結論になりかねないが、これでは、リニエンシー申請者が提供する情報の付加価値を高める方法が、事実上極めて限定されることになりかねない。

他方で、供述聴取は任意の協力により行えるものである以上、リニエンシー申請者といえども、従業員がそれに応ずるよう命ずることを義務付けられるべきものではない（この点、報告書には、リニエンシー申請のあり方に関する誤解があるのではないだろうか。この点での協力が不十分と認定された申請者は、減額されないかその額が低くなるという不利益を被るに過ぎない）。

また、仮にリニエンシー申請者が、審査に任意に協力するとの意図の下に従業員に供述聴取に応ずるよう命じる意思があるとしても、そこで従業員が供述したことがその減額において考慮されないということであれば、申請者がそのように協力する意味はなく、その場合、公取委は企業の誤認を利用して審査したと批判されても、やむを得ないであろう。

そもそもの審査の手法について、改革の余地があるとも考えている。リニエンシー申請においては、企業が自主的に提供する情報の内容を検討し、その付加価値が大きくなければ減額幅を小さくするというのが、EUの実務である。このため、リニエンシー申請者による情報提供は、あくまでも企業が自主的に提供するものに限定すべきであり、任意のものを含め、供述聴取の活用は差し控えるべきことがEUの実務の教えるところである。

少なくとも、リニエンシー申請者に対し、その従業員に対し公取委による任意の供述聴取に応ずるよう命ずる義務を課しつつ、その内容は減額において考慮しないというのであれば、欧米企業は非常に不合理的な審査手法だと受け止める、あるいは一切供述聴取に応じない対応を取ること

は必至であると予想する。【フレッシュフィールドズブルックハウスデリンガー法律事務所】

(3) 調査妨害ディスインセンティブを高める制度の必要性及び方向性

2. 独占禁止法に違反する行為を行った企業を、違反行為の調査に積極的に協力させる制度とすべきです

独占禁止法違反行為という日本経済・市場に悪影響を与え、消費者の利益を損なう行為をした企業が摘発をされた場合、企業の社会的責任を果たさせるためには、まず公正取引委員会の調査に積極的に協力をさせるべきです。違反企業が公正取引委員会の調査へ積極的な協力する態度となるように制度を検討すべきです。

(1) 調査妨害行為に対する有効なペナルティーの導入

独占禁止法違反認定を受けている企業が、証拠隠滅等の真相妨害行為を行わず、積極的に調査協力する態度となるように、効果的なペナルティーの導入が必要と考えます。【神奈川県消費者団体連絡会】

第7 調査協カインセンティブを高める制度について

(中略)

3 「事業者、その役員、従業員、代理人等が、検査妨害罪と同様の行為その他の調査妨害行為を行った場合には、当該事業者の実体規定違反行為に関して算定する課徴金を一定率で加算する制度を導入する。加算の対象とする調査妨害行為はできる限り法定した上で、あらかじめ想定することが困難な調査妨害行為に対応するために、法定する行為に準ずるものを政令で定めることができる制度を法定する。」との部分について

(1) 意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

実効性ある調査が期待でき、真相究明に資するといえることから賛成である。【株主の権利弁護団】

2. 課徴金制度の実効性をあげるためには、違反行為の実態説明が大変重要です。企業に公正取引委員会の調査への協力を促進させる仕組みの構築に賛成です。

(1) 調査妨害行為に対する有効なペナルティーの導入に賛成です。

独占禁止法違反認定を受けている企業による証拠隠し等の真相説明を妨害する行為を防止するため、有効なペナルティーを制度的に導入してください。【主婦連合会】

2. 違反行為を行った企業が、独占禁止法違反行為の調査に協力する制度にすべきです

企業は、独占禁止法違反行為という日本の経済・市場に悪影響を与え、消費者の利益を損なう行為をしたのであれば、実態説明につながる公正取引委員会の調査に協力することこそが企業の社会的責任と考えられます。したがって、企業に公正取引委員会の調査への協力を促進させる仕組みを構築すべきです。

(1) 調査妨害行為に対する有効なペナルティーの導入

独占禁止法違反認定を受けている企業に対して、証拠隠し等の真相説明を妨害する行為を行わせないようにするためには、効果的なペナルティーが必要です。現行制度を改善し、妨害行為が発生しないようなペナルティー規定が必要であると考えます。【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】

2. 違反行為を行った企業に調査協力を促進させる制度が必要

違反行為を行った企業には、公正取引委員会の調査に協力する社会的責務があり、そのインセンティブを高める制度の導入により、公正取引委員会による違反の全容説明が促進すると考えます。そのためには以下の改善策が必要です。

① 調査に対して妨害行為を行う企業についてはペナルティーを実施する制度とし、調査協力が企業の利益となるような制度とすべきです。【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】

(2) 調査妨害行為に対する有効なペナルティーの導入を求めます。

独占禁止法違反の疑いで調査を受けている企業に対し、証拠隠し等の真相解明を妨害する行為を行わせないためにも現行制度を改善し、妨害行為に対して厳正なペナルティー規定が必要であると考えます。特に減免措置申請後に公正取引委員会の調査非協力や調査妨害など企業として恥ずべき行為です。減免申請後は申請時から行政調査終了時まで調査協力は義務化すべきで、違反者には減免資格を失うようにすべきです。また調査妨害行為があった時には課徴金を加算するのは当然です。【土田あつ子】

3. 調査協力へのインセンティブ、非協力・妨害へのディスインセンティブについて

(中略)

● 一方で、価格カルテルや優越的地位の濫用などの行為により、被害企業となる可能性もあることから、調査協力へのインセンティブの導入にあたっては、被害企業から見ても納得感を得られる制度となるよう配慮されたい。【日本商工会議所、東京商工会議所】

3. 調査妨害に対する制裁の強化

報告書は、調査協力インセンティブを高める制度とともに、調査を妨害するディスインセンティブを確保する仕組みを、次のように提案している。

①調査妨害に対する課徴金の加算制度

②検査妨害等の罪に関する罰金額の引き上げ

③調査妨害行為に対する行政制裁金の新設

このうち、②検査妨害等の罪は、これまで要件が狭く解されてきたこともあって機能していない。そこで、上記の①、③についても積極的に検討すべきであろう。【舟田正之（立教大学 名誉教授）、土田和博（早稲田大学法学学術院 教授）、山部俊文（一橋大学法学研究科 教授）、金井貴嗣（中央大学法科大学院 教授）】

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の13（調査妨害行為に対するペナルティー）について、「調査妨害行為自体に対する行政上の金銭的不利益処分を導入することについて、新制度の運用状況等を踏まえつつ、引き続き検討を進める」とあるが、その検討にあたっては、基準の明確化の観点から、課徴金加算の対象となる行為を明確かつ具体的に示すことに十分留意されたい。

(中略)

第2 意見の理由

(中略)

2. 意見の趣旨2について

(1) 調査妨害行為について課徴金加算制度を導入することについて、真実解明の観点や違反行為の抑止の観点から、方向性としては好ましいものと考えられる。

(2) しかし、その導入にあたって、対象となる行為を厳密に明確にしておかないと、行為者が何をしたいのか悪いのか判断基準が曖昧となるのみならず、アドバイスをする弁護士側の側にしても、結果として課徴金が加算された場合に、行政庁や依頼者からの請求により不当に懲戒処分を受ける危険性に晒されるおそれがある。かかる懸念は、報告書の別紙44の「非協力的なアドバイス」の中には、必ずしも課徴金加算の対象とすることが妥当ではないものも挙げられていたからである。

(3) したがって、行為者のみならず、アドバイスを行う弁護士の観点からも、要件の明確化には十分留意して検討する必要があると考える。【松井良太（松井総合法律事務所 弁護士）】

(4) 法運用の透明性・実効性及び予見可能性の確保の必要性及び方向性

第7 調査協カインセンティブを高める制度について

(中略)

4 「課徴金の加減算対象となる調査協力行為・調査妨害行為の範囲及び減算率の決定方法を明らかにするため、必要な運用基準を策定・公表する。」との部分について

(1) 意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

実効性ある調査が期待でき、真相究明に資するといえることから賛成である。【株主の権利弁護団】

3. 個別テーマに関する意見

■テーマ2：証拠の評価

(報告書該当箇所：第3の8 調査協カインセンティブを高める制度 (2) 調査協カインセンティブを高める制度の必要性及び見直しの方向性
ア 調査協カ度合いに応じた課徴金の減額関連 (29～32頁))

(中略)

<意見>

(1) 証拠の付加価値度合いの評価については、公正取引委員会の専門的知見に判断に委ねざるを得ない部分が多いとしても、基本となる原則はガイドライン等で明確化すべきである。

(例：違法行為時に作成された証拠と事後的に作成された証拠、陳述書の証拠能力と陳述書を裏付ける証拠の有無の関係といった視点で)

(中略)

<理由>

(1) 証拠の付加価値評価のガイドラインについて

事件によってカルテルのあり方(例：カルテル合意の詳細さの度合)や、当局が(事業者からの提供に依らず)有する証拠も異なることから、証拠の付加価値度合いの評価について詳細なルールを定めるのは困難であり、公正取引委員会の専門的知見に委ねざるを得ないという報告書の意見には同意する。

しかしながら、公正取引委員会の専門的知見による付加価値度合いの認定の妨げにならない範囲で、付加価値度合いの認定に関する考え方をガイドライン等で示すことは可能であり、透明性のある効率的な審査手続にも資すると思われる。

例えば、カルテル会合出席時に作成した会合のメモの証拠としての付加価値は、事後的に作成された陳述書の証拠としての付加価値よりも高いといったいくつかの基本的な考え方を例示することはEU委員会の例を見ても可能と思われる。

また、証拠の付加価値度合いの評価は、意見聴取手続段階で認定を予定している違反事実に照らし、証拠提出時点で当局が有していた証拠に基づいて判断されることや、その証拠が提出時期も付加価値度合いの評価の一項目とされることなどを記載することは可能ではないか。

(中略)

■テーマ5：証拠へのフルアクセスの実現

(報告書該当箇所：第3の8 調査協カインセンティブを高める制度 (4) 法運用の透明性・実効性及び予見可能性の確保の必要性及び見直しの方向性関連 (36頁))

(中略)

<意見>

公正取引委員会が課徴金額の減算を認めるに至った証拠は、それを提出した減免申請者が誰であるにかかわらず、開示することを公正取引委員

会に義務付けるべきである。

<理 由>

調査協力インセンティブとしての課徴金額の減算を、減免申請者が提出した証拠の付加価値に基づいて決定するにあたり、報告書では、公正取引委員会の法運用の透明性・実効性を確保するとともに、事業者の予見可能性を高めるため、運用基準を事前に策定・公表することとしている。しかし、真に公正取引委員会の法運用が適切に行われていることを確認するためには、運用基準を策定・公表するだけでは十分とはいえ、各減免申請者がどのような証拠を、いつ提出したのかを明らかにすることが必要である。その際は、課徴金額の減算につながった証拠の「表題」だけを開示するのではなく、減免申請者が提出した証拠そのものが開示されることが望ましい。これにより、公正取引委員会による課徴金額の減算という判断が適正に行われたかどうかの検証が可能になる。ただし、減免申請者が提出した証拠そのものを開示することとした場合、それを広く国民にまで知らせることは適当でないため、開示対象は各減免申請者でよいと考える。また、現状、各減免申請者には、意見聴取手続の中で課徴金額について公正取引委員会の見解（又は案）が示されることとなっているので、この妥当性を検証するため、遅くとも意見聴取手続の前までにそれらの証拠が示されることとすべきである。現在の意見聴取手続においても、公正取引委員会が証拠として採用した証拠（課徴金額の減算につながった証拠は当然含まれると考える）は、他の違反当事者から開示されたものであろうと開示されていることを考えると、このような取扱にすることに不都合はないであろう。

※現在、他事業者から提出された証拠については閲覧のみとされているが、他事業者から提出された証拠の付加価値を正しく検証するには閲覧のみでは足りないことは自明である。課徴金額の裁量的運用をゆるす以上、関係者によるタイムリーな検証のメカニズムの同時設置は当然の措置であり、自社が提出した証拠と同様に、CD-R、DVD等に記録して提供せねばならないよう法定化すべきである。

このような取扱とした場合、意見聴取手続において、減免申請者から自社が提出した証拠のほうが付加価値があったとして、それに応じた減算を求める意見が出されることが予想される。公正取引委員会には、そのような意見に耳を傾け、柔軟に対応していただくこと（具体的には、そのような減免申請者から申し出のあった証拠について付加価値があったかどうかを検証し、付加価値があったと認める場合には課徴金額の減額を認めること）をお願いしたい。また、意見聴取手続において減算対象とならなかった減免申請者からこのような主張があった場合には、当初、課徴金額の減算につながったと考えていた証拠の付加価値が相対的に減少することも考えられるが、そのような場合であっても、一旦、課徴金額（案）を減免申請者に伝えている以上、手続の適正さを維持するため、減算幅を縮小するようなことは行わないほうがよいと考える。課徴金額の減算幅を縮小する場合、改めて対象の減免申請者について意見聴取手続を行うべきか否かが問題となるが、意見聴取手続を徒に長引かせない（事案の調査を速やかに終了する）ようにするため、かかる問題は生じさせないような措置を講じるべきと考える。【経営法友会】

3. 調査協力インセンティブについて（報告書第2，1（2）「調査協力インセンティブの欠如」、第3，7「課徴金の加減算」、8「調査協力インセンティブを高める制度」、13「調査妨害行為に対するペナルティー」）

（中略）

（2）課徴金の加減算の対象となる「調査協力行為」「調査妨害行為」とは何かを明確に

また、報告書で検討されている裁量型課徴金制度によれば、事業者が当局の調査に協力すれば課徴金額が減算され、調査を妨害すれば加算されることになる。しかしながら、具体的に「調査協力行為」「調査妨害行為」とは何を示すのかが明確ではない。

なお、わが国の調査方式は、関係者の供述録取が中心であるため、「調査協力」とは当局の調査方針に迎合した「供述協力」になるのではないかという懸念がある⁵。この点、報告書では、「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念に対処するため、従業員等から録取る供述調書は課徴金減免制度における減算率を決定する際の評価対象とはしない。」とするとともに、供述聴取手続における防御権について「今回の見直しに併せて拡充する必要はない。」としている（53頁）。しかし、前述のような懸念がなお払拭できない以上、後述の弁護士依頼者間秘匿特権や供述録取時の弁護士の立会いなどの手続保障の導入が必須である。

(3) 検査妨害等の罪（独占禁止法第 94 条）等の活用の検討を
調査妨害行為には検査妨害等の罪（独占禁止法第 94 条）やリニエンシーの取り消し（独占禁止法 第7 条の 2 第 17 項 2 号）が適用できるはずである。これらの措置の問題点の検証や活用をさらに検討すべきである。

<脚注>

5 独占禁止法研究会第4回会合における多田敏明弁護士提出資料1「裁量型課徴金制度導入の論点と課題」12 頁など参照。

【公益社団法人 経済同友会】

3. 調査協力へのインセンティブ、非協力・妨害へのディスインセンティブについて

● 違反行為を抑止し、効率的に取り締まる目的での制度の適正化・運用強化に対しては特に反対しない。ただし、どのような場合に『非協力』とみなされ課徴金が増額されるのかについて、予見可能性を確保するためにも、該当要件等を指針や業務取扱要領等を公表すべきである。【日本商工会議所，東京商工会議所】

9 和解制度

4. 第3・9について

EUで和解制度が導入されたのは、制裁金に関する争いが多く、そちらに多大な資源をとられていることから、事件調査により多くの資源を振り向けるため、争わないことを条件に制裁金を減額することとして争いを減らそうとしたものであると承知している。わが国には現在のところそのような事情はないので、今回導入を見送ることは適当である。【小畑徳彦（流通科学大学商学部 教授）】

第8 和解制度について

1 「今回の見直しではEU型和解制度の導入は見送り、新制度の運用状況を踏まえて、今後の検討課題とする。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由

ア EUの制度について

EUでは、カルテル事件について、競争法の執行機関である欧州委員会が和解に適する事案であるかの判断をしたうえで協議を開始し、事業者が違反行為に係る事実認定及び処分内容を争わないことを申し出て、当局が合意した場合には、行政処分に係る手続を簡略化するとともに、制裁金の減額が行われる制度が2008年に導入され、運用されている。

当該和解制度は、処分前手続を簡略化することで、手続の効率化を図り、欧州委員会のリソースを他の事件に投入することで、摘発率を増大させ、欧州委員会の競争法執行全体の効率性を高めようとするものである。欧州委員会では、カルテル事件における通常の手続の場合、処分案の送付から処分時までの期間は平均21ヶ月程度を要しているが、和解制度が適用された場合、当該期間は平均2.3ヶ月に短縮されている。

和解制度には、①違反行為を認定したうえで、制裁金を10%減額する②異議告知書及び最終決定に和解の提案の内容が反映されている場合、事業者は、通常処分前手続で行われる事件記録の開示及び意見聴取を要請することができない③異議告知書及び最終決定文の記載が簡略化されるという効果がある。

欧州委員会にとってのメリットとしては、上記手続の効率化によるリソースの節約、リソースを他の事件に投入することによる抑止力の向上と法執行全体の効率化及び訴訟回避が挙げられる。一方、事業者側のメリットとしては、制裁金の10%減額、手続迅速化によるリソースの節約及び最終決定文の情報量減少による私訴リスクの軽減が挙げられている。

イ 和解制度と課徴金減免制度との関係

和解手続は、当該手続を利用した関係人が等しく制裁金の減額を受けられる手続であり、事件発掘や証拠収集を目的とし、制裁金の減額

率に差異を設ける課徴金減免制度とは性格が異なるとされている。

ウ 日本の現状と和解制度を取り入れる必要性

日本の場合、独占禁止法違反事件に係る事前手続（意見聴取手続）は通常2ヶ月程度で行うこととされており、国際的に見て迅速な事件処理が行われているということができ、これを更に迅速化させることを目的として新しい制度を導入する喫緊の必要性があるとはいえない。

また、独占禁止法改正により調査協力インセンティブを高める制度が導入されれば、事業者からの自主的な協力が得られることにより、公正取引委員会の実態解明・事件処理の効率化・迅速化が図られると考えられる。

このため、和解制度については、今後、調査協力インセンティブを高める制度が実際に導入された場合に、その運用状況を踏まえて必要に応じて今後の検討課題とするべきである。

エ 結論

上記制度において問題となるのは、和解手続をとることによって調査手続等が簡略化されるため、公正取引委員会が保持する調査資料が減少することである。これは、後の私訴を極めて制限する可能性を秘めており、場合によっては、課徴金減免制度を利用せずに和解手続だけを利用することが経営判断として合理的とされかねない。手続の迅速化というメリットも、現在の日本の運用の中では、特に大きなものではなく、導入すべきではない制度である。今回の独占禁止法改正で導入が見送られたことは評価できる。**【株主の権利弁護団】**

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

9 「9 和解制度」（報告書36p）について

特にコメントすべきことはない。**【競争法フォーラム】**

4. 和解制度について（報告書第3, 9「和解制度」）

報告書では、「今回の見直しではEU型和解制度（注）の導入は見送り、新制度の運用状況を踏まえて、今後の検討課題とする。」（36頁）としている。

今後、和解制度の在り方を検討するにあたっては、前述のような、行政上の措置である課徴金と刑事罰が併存するわが国特有の法体系や、民事上の損害賠償責任をも視野に入れながら、和解制度の位置づけや法的性格、具体的な制度内容を検討すべきである。**【公益社団法人 経済同友会】**

III. 個別のコメント

（中略）

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

（9）和解制度

両部会は、欧州委員会が2008年に導入した直接的な和解の仕組みについては、一旦棚上げとし、新制度の運用状況を踏まえて、今後の検討課題とするという報告概要の結論に対して意見はない。**【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】**

なお、懇談会報告書は、「いわゆるEUの和解手続・確約手続のような仕組みについては、必ずしも実態解明プロセスにおける調査に協力するインセンティブをもたらすとはいえないかもしれないが、競争上の懸念を効率的かつ効果的に解消することが可能となる仕組みであることから、このような仕組みの導入についても検討を進めていくことが適当であるとの結論に至った。」と述べていた。

このうち、確約手続については、TPP協定整備法の発効により導入されることとして具体的内容が固まっており、TPP協定整備法の発効の有無にかかわらず、導入することが必要かつ適切であると考えられる。とくに、義務的かつ簡明性を欠く課徴金制度の対象となっていることから、その執行が困難になっているとみられる私的独占や不公正な取引方法とくに優越的地位の濫用の柔軟かつ効果的な執行に大きく寄与するものと考えられるからである。一方、和解手続は、被疑事業者による違反行為の自認を前提に課徴金を減額することにより執行手続の簡略化・迅速化を図る制度であるが、日本においてはEUと比べて執行手続の簡略化・迅速化を図る必要性は必ずしも大きくなく、また、法律による行政の原理に

反しないか、事業者の手續保障の機会を事実上奪うおそれがないかなどの問題も指摘されており、今後の検討課題とする、という研究会報告書の内容は適切であると考えられる。【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】

10 賦課方式

(1) 義務的課徴金賦課制度

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について
(中略)

10 「10 賦課方式」(報告書37p)について

課徴金は、重大な不利益処分であるから、比例原則、透明性、平等原則、予見可能性に照らして、基本的に全て法定化すべきである。

経済・社会環境の不断の変化を理由として課徴金の算定方式を政令や規則等に委ねる制度を設ける必要性や許容性は認められない。

課徴金を義務的に課す必要はないが、不利益処分を課すか課さないかの基準は法的に明確にすべきであり、専門的知見といった裁量に委ねるべきではない。

もし、法制化することが本当に難しい事項であれば、裁量の幅を極めて限定し、要件を可能な限り明示し、事後に裁量にかかる関係書類を開示し、その裁量の合理性について争うことの出来るようにすべきである。【競争法フォーラム】

【具体的内容・考え方の明確化を図る等すべき点について】

- 新たな課徴金制度の具体的内容に関し、特に以下の点について内容・考え方の明確化を図る等すべきである。

(中略)

- ・私的独占や不公正な取引方法に係る課徴金の減算制度については、確約制度の導入後の運用状況を踏まえ、見直しの必要性を検討することとされているが、私的独占等についても調査協力インセンティブを高めるためには、積極的に減算制度の導入を検討すべきである。【一般社団法人 新経済連盟】

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計（各論）

(中略)

(10) 賦課方式

報告概要は、(a) 内閣または公取委に対して上限の範囲内で委任すること、(b) 新たな仕組みに関する一定の運用ができるまで、私的独占の事案に対しては課徴金を賦課しないこととする規定は先送りにすること、(c) 小規模な事案（100万円未満）に関する裾切りを維持することを提案している。

前述のとおり、裁量が与えられることによって、公取委は、早期の協力に対して上限額を確保することを通して、調査における効率性を確保することができる。また、両部会は、私的独占、及びカルテル行為以外の違反行為は課徴金の対象となるべきでないと考えている。両部会は、「小規模な」カルテルを課徴金の対象から除くこと、及び「小規模な」カルテルがより大規模なカルテルと比べてより懸念するに値しないことを基礎付ける競争法上の理論的な根拠を有していない。また、両部会は、「小規模な」カルテルが価格を上昇させる度合いについて、より大きなカルテルと比べて小規模であるという考えを基礎付ける事情を認識していない。関連市場が小さければ、それに比例して、「小規模な」

カルテルは、ずっと大きな関連市場におけるより規模の大きなカルテルにおけるよりも、価格を引き上げる力が強いことがありうる²⁴。

<脚注>

24 繰り返しとなるが、「小規模な」カルテルについて、適用除外を設ける理由が、中小規模の事業者に対する懸念である（報告書36頁）のであれば、両部会は、支払能力を軽減事由に含めることのほうが、当該懸念に対応する、より効果的な方法であると思料する。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

2. 課徴金算定基準の柔軟化

研究会報告書は、現行の硬直的課徴金制度（機械的な算定式による課徴金額算出）の枠組みを維持した上で、金額の増減について、現行の増減制度を幾分拡大する内容にとどまっている。しかし、違反行為の悪質性に応じた課徴金額を導くためには、EUでのいわゆる「裁量型課徴金」を日本でも採用する必要がある（これに伴い、課徴金の「義務的賦課制度」は廃止する）。ただし、単なる裁量ではなく、公取委規則による細部にわたる課徴金額算出基準を定めることによる、「ルールによる課徴金額」とする必要がある。

この課徴金算出制度の内容については、EUの制裁金に関する規則が参考となるとともに、韓国が最近に改正した課徴金制度が参考となる——21世紀政策研究所『韓国の競争法審査手続に関する実態調査報告』（2016年3月）<http://www.21ppi.org/pdf/thesis/160315.pdf>, 139頁「資料7 課徴金賦課の細部基準等に関する告示（邦訳）」。**【滝川敏明（関西大学法学部 教授）】**

(2) 裾切り額

Ⅲ. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計（各論）

(中略)

(10) 賦課方式

報告概要は、(a) 内閣または公取委に対して上限の範囲内で委任すること、(b) 新たな仕組みに関する一定の運用ができるまで、私的独占の事案に対しては課徴金を賦課しないこととする規定は先送りにすること、(c) 小規模な事案（100万円未満）に関する裾切りを維持することを提案している。

前述のとおり、裁量が与えられることによって、公取委は、早期の協力に対して上限額を確保することを通して、調査における効率性を確保することができる。また、両部会は、私的独占、及びカルテル行為以外の違反行為は課徴金の対象となるべきでないと考えている。両部会は、「小規模な」カルテルを課徴金の対象から除くこと、及び「小規模な」カルテルがより大規模なカルテルと比べてより懸念するに値しないことを基礎付ける競争法上の理論的な根拠を有していない。また、両部会は、「小規模な」カルテルが価格を上昇させる度合いについて、より大きなカルテルと比べて小規模であるという考えを基礎付ける事情を認識していない。関連市場が小さければ、それに比例して、「小規模な」カルテルは、ずっと大きな関連市場におけるより規模の大きなカルテルにおけるよりも、価格を引き上げる力が強いことがありうる²⁴。

<脚注>

24 繰り返しとなるが、「小規模な」カルテルについて、適用除外を設ける理由が、中小規模の事業者に対する懸念である（報告書36頁）のであれば、両部会は、支払能力を軽減事由に含めることのほうが、当該懸念に対応する、より効果的な方法であると思料する。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

1.1 行為類型による相違

(1) 課徴金制度の対象となる違反行為

第9 行為類型による相違について

1 「現行の課徴金制度の対象となっていない行為類型（対価性のない不当な取引制限及び不公正な取引方法の一部等）は、従来と同様、課徴金の対象とするための立法事実がないことから、課徴金制度の対象としない。」との部分について

(1) 意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

我が国の課徴金制度の制度趣旨として、違反者が得た不当利得の剥奪及び違反行為を抑止する点がある。現行の課徴金制度の対象となっていない行為類型（対価性のない不当な取引制限及び不公正な取引方法の一部等）に対し、課徴金を課すことは、不当利得の剥奪という課徴金制度の制度趣旨になじまない。**【株主の権利弁護団】**

1. 課徴金制度の対象とする違反行為範囲の縮小

今回の制度改正を機会として、課徴金制度の対象となる独禁法違反行為を見直すべき。具体的には、私的独占行為の中で「競争者排除型」（つまり「支配」型を除く）には課徴金を課さないこととすべき。同じく、不公正な取引方法の中で①不当廉売および差別的対価（2条9項2号及び3号）、そして②優越的地位の濫用（2条9項5号）は、課徴金の対象から外すべき。

[理由] いずれも、違法性が明白な行為類型ではないので、制裁（課徴金を含む）の対象とするにはふさわしくない。違反行為に対しては、公取委が排除措置を命令するだけで十分な対策となる。さらに、競争者排除型私的独占、そして、不当廉売・差別対価については、過剰規制が競争を緩めて、消費者利益を害するリスクが高いことも、課徴金対象から外すべき理由となる。**【滝川敏明（関西大学法学部 教授）】**

(2) 私的独占

第9 行為類型による相違について

(中略)

3 「現行制度の下で課徴金減免制度の対象とされていない行為類型に対する調査協力度合いに応じた課徴金の減算は、確約制度の運用状況を踏まえ、見直しの必要性を検討する。」との部分について

(1) 意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

現行制度の下で、課徴金減免制度の対象とされていない行為類型についても、確約制度が導入後、その運用実績をみて、調査協力インセンティブを高めるために課徴金の減免を認めるべきか検討すべきである。**【株主の権利弁護団】**

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計（各論）

(中略)

(11) 行為類型による相違

両部会は、報告概要が、現行では課徴金制度の対象となっていない異なる種類の違反行為について、異なる課徴金の規定を設けることを検討すべきであるという提案を行っていることを評価する²⁵。実際に、報告概要において示されている²⁶ 手続上の困難さ以外にも、優越的地位の濫用に関する課徴金の算定にあたり、カルテルに対する算定方法と同じものを適用することは理論的な基礎に欠けるという事情があるように思われる²⁷。前述のとおり、両部会は、カルテル行為のみが、こうした課徴金制度の対象とされるべきと思料している²⁸。カルテル以外の

違反に対して課徴金が課される場合、そのような課徴金は、違反の競争効果の徹底的な分析と、その違反が引き起こした競争上の現実の弊害の定量化に基づいて行われるべきである²⁹。

<脚注>

25 さらに、報告書は、「カルテル及び入札談合以外の行為については、2016年12月9日に成立したTPP協定整備法において規定された確約制度に委ねられるべきであり」、「カルテル及び入札談合以外の行為については、これらに対する効率的かつ有効な改善策は、当該新たな仕組みを通じて見出されることが期待される」としている。報告書38頁。こうした状況下では、カルテル以外の違反行為に対する課徴金を検討する理由はより弱い。

26 報告概要5頁。

27 2016年コメント8-9頁。2008年コメント5頁において、両部会は、「優越的地位の濫用を適切に取り上げることは非常に難しく」、「課徴金のリスクを上昇させ、…最終的には消費者に利益をもたらす競争促進的な取引を意図せずして抑止してしまうことになりかねない」としていた。Organisation for Economic Cooperation and Development, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (2006) 41頁, <http://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>にて閲覧可能。

加えて、優越的地位の濫用に関する改正にかかる検討を延期する理由のひとつは、「優越的地位の濫用に関しては係属中の審判事件が多数あり」、「現行課徴金制度の運用・解釈をめぐって多大な審査・争訟コストが費やされているため、優越的地位の濫用行為をより迅速に排除できるよう、多様な解決策を整備する必要がある」ことであるようである。報告概要5頁、報告書41頁。両部会は、こうした積み残しが近い将来解消されるのでない限り、こうした積み残しが存在することは、積み残しが解消されるまで改正の検討を遅らせるのではなく、直ちに改正を行うべきことの理由になるとここに謹んで申し述べる。

28 2016年コメント9頁。

29 同上。2008年コメントにおいて、両部会は、もし公取委が単独行為も対象とする課徴金を導入することにするのであれば、当該仕組みは、「市場における激しいが有益な競争を不当に抑止することを避けるものとしなければならない」と提言した。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(3) 不公正な取引方法

第9 行為類型による相違について

(中略)

2 「優越的地位の濫用については多くの事案が審判係属中であること、他の不公正な取引方法（4類型）及び私的独占については課徴金納付命令の実績もないことから、原則として不当な取引制限の見直しに合わせて所要の改正を行うほかは、現行制度を維持する。」「ただし、優越的地位の濫用については、現行課徴金制度の運用・解釈を巡って多大な審査・争訟コストが費やされているため、優越的地位の濫用行為をより迅速に排除できるよう、多様な解決策を整備する必要があるとも考えられることから、今後、審判・裁判の結果や、確約制度の導入後の運用状況を踏まえ、見直しの必要性を検討する。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由

確約制度は、独占禁止法違反について、公取委が法的な問題点を指摘し、それに対して企業が自ら解決案を提示するなど自主的に解決することを約束した場合に公取委が本格的な調査に入らず、また違反認定も行わない制度であるが、確約制度が導入されれば、優越的地位の濫用行為について、課徴金が課される事例が大幅に減少される可能性もあり、その運用実績をみて、優越的地位の濫用に対する課徴金についても検討すべきである。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

11 「1.1 行為類型による相違」（報告書39p）について

優越的地位の濫用については、現行の課徴金制度では、違反行為の認定の仕方により、行為内容に比して、課徴金額が膨大になるという制度上の問題があると考えられる。もし、現行のまま課徴金の算定期間を10年に延長した場合には、制度上の問題がより大きくなってしまふと考えられるので、優越的地位の濫用に関する課徴金については、期間は現行のまま3年間とし、同課徴金制度の見直しに併せて期間についての検討を行うべきである。【競争法フォーラム】

2 優越的地位の濫用等の行為類型の相違について

今回の課徴金制度の見直しに際し、直接の対象としていない優越的地位の濫用、不当廉売等の行為の法的措置が少ないと考えられるところ、これらの行為についての法的措置を迅速に行い得るように、これらの行為に係る課徴金制度についても更なる検討をすべきである。【全国石油商業組合連合会】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

(8) 「1.1 行為類型による相違」「1.2 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係」について

課徴金が民事損害賠償と異なる制度であることは承知しているが、優越的地位の濫用については、被害者が存在し、被害者は違反事業者に対して損害賠償請求訴訟を提起するなどして損害の回復を図ることは事実上容易ではない。そこで、違反事業者が自主的に被害者に損害賠償をした場合には、課徴金額を減額するなど、被害者に損害賠償をすることのインセンティブを与える制度を検討すべきである（類似の制度として景表法10条参照）。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

2. 不公正な取引方法について（第3. 1.1 (3)）

本報告書は、独占禁止法研究会による検討結果として、カルテル等を典型事例として取りまとめているが、以下、小売業にとって関わりの大きい「不公正な取引方法」に関し、主に改正が示唆される3点について要望するものである。

(1) 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲（第3. 2）

不公正な取引方法については法改正から時間が経っていないため、確定方法が確立したとは言えず、カルテル等とは事象もかなり異なることから、現時点において売上額の範囲について改正をすべきではないと考えられる。

第3. 1.1 (3)の記載においても、特段改正すべき必要性は認められず、基本的には現行制度を維持することが妥当と示されているが、「不公正な取引方法」における売上額の範囲については改正しないことを明確にしていきたい。

(2) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間（第3. 3）

不公正な取引方法、例えば優越的地位の濫用についても同様に改正から時間を経たおらず、現時点において改正することに合理性はないと考えられる。

これらの行為は、カルテル等のように企業間の共同行為として行われるわけではなく、個々の担当部署の行為であることが少なくない。したがって、10年間遡って算定することは実態とかけ離れており、行為に関わる売上の把握も会計帳簿の保管で足りるものではないことから、対象となる売上の把握も困難である。

また、優越的地位の濫用行為は、概ね下請法とパラレルになっているところ、下請法の対象期間が2年間であるところからもアンバランスである。さらに、カルテルとは異なり、公正取引委員会及び中小企業庁により毎年違反発見のため大々的な調査が行われていることから、昨今において違反行為が10年放置されるということは、ほとんど考えられない。したがって、特に優越的地位の濫用について算定期間の上限は現行の3年に留めていただきたい。

(3) 業種別算定率（第3. 5）

業種別算定率は、小売・卸売業の利益率が他業種に比べて低くなること等を踏まえて導入された制度であるが、従来型の小売業において、

その事実は今日においても何ら変わりはなく、むしろ昨今では一層の競争激化により、一定の利益水準に達しえず閉店に追い込まれる店舗も少なくない。

したがって、新しいビジネスモデルをどう評価するかはともかく、従来型の店舗運営による小売業に対して、いきなり算定率を引き上げることに理由はなく、よって、業種別算定率については現行制度を維持していただきたい。

(4) その他

優越的地位の濫用については、報告書が示すとおり適用事例の多くが審判手続中であり、課徴金算定の運用・解釈が十分に確立・定着していないことに加え、平成28年12月9日に成立したT P P協定整備法において定められている確約制度の対象となることも想定されている。

このような状況にあつて、企業が制度の運用実績等から予見し、違反行為の未然防止に努めるには、まだ不確定な要素が少なくない。今後、審判や裁判の結果、又は、確約制度の運用状況を踏まえ、優越的地位の濫用についての見直しの必要性を検討するに当たり、事業者等にとって分かりやすい制度設計とガイドラインを含めた明確な基準の提示についてもあわせて検討していただきたい。【日本チェーンストア協会】

2. 課徴金の算定期間の上限の撤廃について

本報告書において、「3年間」という課徴金の算定期間の上限を撤廃し、例えば「調査開始日から遡って10年」までの売上額を課徴金の算定基礎とする規定を法定する。」とされている。

これについては、少なくとも不公正な取引方法、例えば優越的地位の濫用については、課徴金を賦課することとした法改正からさほど時間を経たおらず、現時点において改正する必要性に乏しいというべきである。

実質的に考えても、不公正な取引方法は、カルテルのように企業間の共同行為として行われるわけではなく、個々の担当部署の行為であることが少なくないが、その場合、違反行為に関する売上を正確に示す帳票類自体が存在しないことにより、売上の把握が困難になることが考えられる。これに上記のような公正取引委員会の裁量加わると、ますます実態と乖離した売上が認定されるおそれがある。

また、対象となる優越的地位の濫用行為は、概ね下請法とパラレルになっているところ、下請法上の5条書類の保管期間が2年間であることとも均衡を欠いているといわざるを得ない。

更に下請法については、公正取引委員会および中小企業庁により毎年大々的な調査・報告徴収が行われており、違反行為が10年放置されるということはほとんど考えられないことから、10年の算定期間にすべき理由も認められないというべきである。

従って、不公正な取引方法、特に優越的地位の濫用については、課徴金の算定期間の上限を3年に留めるべきである。【一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会】

1 2 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係

(1) 課徴金と刑事罰との関係

10 課徴金と刑事罰との関係(42頁)について、本報告書は、主に課徴金と刑事罰との制度間の性格の違い(7頁)、課徴金と二重の処罰という憲法上の論点(9頁)が採り上げられている。その上で「課徴金と刑事罰が併存する現行制度の枠組みは維持することが適当と考えられる」(43頁)とし「なお、現行制度の下では、課徴金と罰金は違反行為を抑止するという機能面で共通する部分がある・・」という。

課徴金と刑事罰との関係を制度としてみると、アメリカには課徴金がなく、EUには刑事罰がない。課徴金と刑事罰を有するわが国は、この点では特異である。本報告書は、国際標準の観点からわが国の課徴金制度を評価して論じているが、刑事罰という強力な抑止力を有する制度と課徴金制度との組合せによるエンフォースメントという観点から、機能面で両者を組合せることによる違反の抑止力を積極的に検討するべきではないか。この点で本報告書は、不十分である。刑事罰という強力な抑止力を視野に入れるなら、課徴金額が国際標準より低くても独禁法違反抑止力は十分に機能するといえる。このようなわが国の特異性を強調してもよいのではないか。【厚谷襄児(北海道大学 名誉教授, 日比谷裕

合法律事務所 弁護士】

第10 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係について

1 「新制度は現行課徴金制度の趣旨・性格の範囲内で制度設計することとし、両罰規定、自然人に対する刑事罰など現行の刑事罰に係る制度は改正しない。」との部分について

(1) 意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

我が国の課徴金制度において、違反行為の被害者が損害賠償請求が可能であるにも関わらず、違反者が得た利益を課徴金として、納付させていることから、課徴金が制裁手段としての法的な性格を有することも否定できない。このような、課徴金の法的な性格からすれば、制裁手段としての性格が強い新制度を設計するとすれば、二重処罰禁止の憲法上の問題が生じる。

また、課徴金制度の制度趣旨として、違反者が得た不当利得の剥奪及び違反行為を抑止する点にある以上、従業員に対し、別個の刑事処罰を科する必要性はない。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

12 「12 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係」（報告書42p）について

特に、現段階でコメントすべきことはない。【競争法フォーラム】

(2) 課徴金と民事損害賠償金等との関係

第10 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係について

(中略)

2 「課徴金と民事損害賠償金等を調整する規定は設けない。」との部分について

(1) 意見の趣旨

賛成である。

(2) 意見の理由

前述のとおり、課徴金には、制裁的な性格を有することから、課徴金の額を違反行為により実際に得られた利益の額に調整することは必要とは考えられない。

なお、判例においても次のとおり、考えており、従来の判例の考えに賛成である。「独占禁止法の定める課徴金の制度は、昭和52年法律第63号による独占禁止法改正において、カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め（独占禁止法89条）やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度（独占禁止法25条）に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである。また、課徴金の額の算定方式は、実行期間のカルテル対象商品又は役務の売上額に一定率を乗ずる方式を採っているが、これは、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確なものであることが望ましく、また、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるからであって、個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切ではないとして、そのような算定方式が採用され、維持されているものと解される。そうすると、課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではないというべきである。」（最高裁平成17年9月13日判決）。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

12 「12 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係」（報告書42p）について

特に、現段階でコメントすべきことはない。【競争法フォーラム】

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

(7) 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償等との関係

報告書44頁には、課徴金と民事損害賠償金等との調整を行う憲法上の要請もなく、政策的にも調整の必要性はないとあるが、課徴金とは別に、違反行為者等に対して不当利得相当額に相当する被害者への損害賠償請求権の存在をはっきり認めていることから、関係法令との一体的かつ体系的な検討を積極的に行う場を設けるべきである。

例えば、独禁法25条に基づく請求を行う場合に、課徴金金額との調整規定を置くことが考えられる。独禁法25条は、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）や不当利得返還請求（民法703条）とは異なり、無過失責任との定めがあるほか、排除措置命令の確定することにより初めて請求が可能としており（独禁法26条）、独禁法上の処分に基づき請求権とされている。他方で、独禁法25条に基づく請求を行う場合であっても、その因果関係及び損害額の立証責任は依然として請求権者に課されている。そこで、独禁法25条に基づく請求を行う場合、同請求権が依拠する独禁法上の課徴金において実際の不当利得金額よりも大きい課徴金が賦課される可能性を考慮し、損害が想定される事件においては課徴金額の何割かを賠償額として推定するといった規定を設けることが考えられる。この定めによれば、課徴金の範囲内の金額の調整が可能となり、推定を覆すような事実が認められれば推定金額よりも実態に合った金額を認定する途も残されている。他方、請求権者にとっても因果関係及び損害額の立証責任が緩和されるという利益を得られるものであって、調整規定として妥当な結果を導くことができる。【全国中小企業団体中央会】

III. 個別のコメント

（中略）

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

(12) 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係

報告書概要は、「新制度は現行課徴金制度の趣旨・性格の範囲内で制度設計することとし、両罰規定、自然人に対する刑事罰などの現行の刑事罰に係る制度は改正しない」³⁰としている。また、「課徴金と民事損害賠償金とを調整する規定は設けない」³¹ともしている。両部会は、米国の独禁法当局が、独禁法違反に対する、たとえば不当利得の吐き出しといった一部の類型の問題解消措置を課すにあたり、民事上の損害賠償金の可能性及びその額を考慮している旨をここに申し述べる³²。

<脚注>

30 報告書概要5頁。

31 同上。

32 United States v. Keyspan Corp., 763 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y. 2011); FTC v. Endo Pharm., No. 2:16-cv-1440, 2016 WL 1253815 (E.D. Pa. 2016)等参照。米国は、罰金の支払能力を決定するに際し、被害者への補償金の支払をも考慮している。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

(8) 「1.1 行為類型による相違」「1.2 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係」について

課徴金が民事損害賠償と異なる制度であることは承知しているが、優越的地位の濫用については、被害者が存在し、被害者は違反事業者に対して損害賠償請求訴訟を提起するなどして損害の回復を図ることは事実上容易ではない。そこで、違反事業者が自主的に被害者に損害賠償をした場合には、課徴金額を減額するなど、被害者に損害賠償をすることのインセンティブを与える制度を検討すべきである（類似の制度と

して景表法10条参照)。**【中嶋弘(アンカー北浜法律事務所 弁護士)】**

1.3 調査妨害行為に対するペナルティー

(1) 検査妨害等の罪(独占禁止法第94条及び第95条)

5. 第3・13~15について (中略)

私は、前述のとおり、供述調書中心の現在の調査方法を客観的証拠中心の調査方法に改めていくべきだと考えており、それと並行して手続保障も欧米に近づけていくことが適当だと考えている。そして、そのためには、本報告書第3・8に書かれている調査協力インセンティブを高める制度の導入とともに、本報告書第3・13に書かれている調査妨害に対する実効的なペナルティーの導入が不可欠であると考えている。欧米では手続妨害に対し、実体法違反と同様又はそれ以上の厳しいペナルティーが設けられており、また実際に課されているのであり、このような担保の下で証拠を収集することにより、客観的証拠を中心とした調査方法が可能になっているのである。一方、わが国では、現在、調査妨害に対し刑事罰しかなく、それも1年以下の懲役又は300万円以下の罰金と非常に軽く(94条)また実際の適用例もないことから、調査妨害を抑止する機能を果たすことはできていない。行政調査の実効性を確保し客観的証拠中心の調査方法に改めていくためには、本報告書第3・13末尾に書かれている調査妨害行為自体に対する行政上の金銭的不利益処分(課徴金)の導入が必要であり、その額も実体法違反に匹敵する額とする必要がある。

【小畑徳彦(流通科学大学商学部 教授)】

第1.1 調査妨害行為に対するペナルティー

1 「検査妨害罪については、法人に対する罰金刑が他の経済法令に比して著しく低い水準にとどまっており、調査権の実効性を担保するために不十分と考えられること等を踏まえ、法人に対する罰金刑を他の経済法令と同水準まで引き上げる。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由
調査権の実効性を担保するために、他の経済法令の水準まで引き上げる必要があると考えるため賛成である。

2 「公正取引委員会において、検査妨害罪を積極的に活用することを検討する。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由
調査権の実効性を担保するために、積極的に刑事告発を行うべきである。**【株主の権利弁護団】**

3. 調査協力インセンティブについて(報告書第2, 1(2)「調査協力インセンティブの欠如」, 第3, 7「課徴金の加減算」, 8「調査協力インセンティブを高める制度」, 13「調査妨害行為に対するペナルティー」)

(中略)

(3) 検査妨害等の罪(独占禁止法第94条)等の活用の検討を

調査妨害行為には検査妨害等の罪(独占禁止法第94条)やリニエンシーの取り消し(独占禁止法第7条の2第17項2号)が適用できるはずである。これらの措置の問題点の検証や活用をさらに検討すべきである。**【公益社団法人 経済同友会】**

3. 調査妨害に対する制裁の強化

報告書は、調査協力インセンティブを高める制度とともに、調査を妨害するディスインセンティブを確保する仕組みを、次のように提案してい

る。

- ①調査妨害に対する課徴金の加算制度
- ②検査妨害等の罪に関する罰金額の引き上げ
- ③調査妨害行為に対する行政制裁金の新設

このうち、②検査妨害等の罪は、これまで要件が狭く解されてきたこともあって機能していない。そこで、上記の①、③についても積極的に検討すべきであろう。【舟田正之（立教大学 名誉教授）、土田和博（早稲田大学法学学術院 教授）、山部俊文（一橋大学法学研究科 教授）、金井貴嗣（中央大学法科大学院 教授）】

(2) その他調査妨害行為の抑止に実効性のある制度

5. 第3・13～15について

(中略)

私は、前述のとおり、供述調書中心の現在の調査方法を客観的証拠中心の調査方法に改めていくべきだと考えており、それと並行して手続保障も欧米に近づけていくことが適当だと考えている。そして、そのためには、本報告書第3・8に書かれている調査協力インセンティブを高める制度の導入とともに、本報告書第3・13に書かれている調査妨害に対する実効的なペナルティーの導入が不可欠であると考えている。欧米では手続妨害に対し、実態法違反と同様又はそれ以上の厳しいペナルティーが設けられており、また実際に課されているのであり、このような担保の下で証拠を収集することにより、客観的証拠を中心とした調査方法が可能になっているのである。一方、わが国では、現在、調査妨害に対し刑事罰しかなく、それも1年以下の懲役又は300万円以下の罰金と非常に軽く(94条)また実際の適用例もないことから、調査妨害を抑止する機能を果たすことはできていない。行政調査の実効性を確保し客観的証拠中心の調査方法に改めていくためには、本報告書第3・13末尾に書かれている調査妨害行為自体に対する行政上の金銭的不利益処分(課徴金)の導入が必要であり、その額も実体法違反に匹敵する額とする必要がある。

【小畑徳彦(流通科学大学商学部 教授)】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計(各論)」について

(中略)

13 「13 調査妨害行為に対するペナルティー」(報告書44p)について

調査妨害行為自体に対する行政上の金銭的不利益処分を導入することについては反対である。【競争法フォーラム】

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計(各論)

(中略)

(13) 調査妨害行為に対するペナルティー

報告概要は、「調査妨害行為自体に対する行政上の金銭的不利益処分を導入することについて、新制度の運用状況等を踏まえつつ、引き続き検討を進める」ことに触れている。両部会は、かかる追加的な制裁金が賦課される条件についての明確な指針が示され、かつ、司法的な審査が利用可能であるという条件が満たされる場合に限って、調査対象者による妨害行為に現存する罰則を超える制裁を課す権能を公取委に付与するという考えに賛同する³³。

<脚注>

33 2016年コメント12-13頁参照。審査を行って行政上の不利益な手段を講ずる際には適正手続(デュープロセス)に沿ったものであることが重要である。たとえば、いかなる金銭的不利益の賦課もその根拠は明確に定義されるべきである。賦課される金銭的不利益は妨害の程度に比例的でなければならない。加えて、たとえば厳格な証拠に関するルールや代理人を付ける権利、中立的な判断権者の判断を得られる等の手続的なセーフガードが確保されなければならない。両部会は、現在の独禁法94条・95条がそのようなセー

フガードと整合的なものであると理解している。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

3. 公取委による調査を妨害する企業に対する課徴金適用

EUの制裁金制度にならって、公取委による調査を妨害する違法行為（企業によるもの）を課徴金の対象とすべき。研究会報告書は、これについて、現行の刑事罰（科料）制度（独禁法94条及び95条）を維持しているが、調査妨害にたいする刑事罰制度は有効に機能しないことが、これまでの公取委の経験から明白である。【滝川敏明（関西大学法学部 教授）】

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

（9）「13 調査妨害行為に対するペナルティー」について

調査妨害行為自体に対する不利益処分を導入することは賛成である。ただし、何が調査妨害行為であるかの基準を明確にし、正当な対抗措置や防御権行使が調査妨害とされることのないようにすべきである。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

1.4 新制度の下での手続保障

（1）総論

3. 手続き保障について

手続き保障に関連する改正には、現時点では反対である。今回報告書で検討された事項の中には、今後見直しを検討することが望ましいかもしれないと思われるものもあった。しかし、いずれの事項においても通じて欠けていると思われるのは、従業員の利益のための手続きの保障の観点である。独禁法違反行為において従業員と事業者が利益相反関係にある可能性が想定される。仮に手続き保障の改正をする際には、そのような観点をとりいれて、事業者だけでなく従業員もふくめた利益のバランスに配慮した手続きとなるようデザインをする必要がある。これに関連して、独禁法の制度外のこととなるが、事業者の弁護士とは別に、従業員は自らの利益のために弁護士を立てることがふさわしいと思われるが、現状では従業員が自らの弁護士をたてるということがなされているかは疑問である。そのような状況も踏まえた上で制度設計をはかられたい。

また仮に、供述聴取への弁護士の立会、供述聴取の録音・録画、供述聴取時におけるメモ取り等が手続き保障の見直しの一部として今後検討される場合、雇用主である事業者との関係をおもんばかって、従業員が完全な情報の提供を行わないなどして、実態解明が害されることがありうることに留意されたい。また、前出の事業者と従業員の利益のバランスに関連していえば、従業員の供述聴取に立ち会うべきは従業員の弁護士となる。以上の点に関しては、たとえば英国の競争市場当局（Competition and Market Authority）が、事業者のみを代理する弁護士が従業員へのインタビューに同席することは一般的に不適切だと考えていることなどが参照される。

また、全体の設計において、必要性を超える手続保障によって法執行の実効性が損なわれることがないようにすべきである。最後に、上に供述聴取への弁護士の立会、供述聴取の録音・録画、供述聴取時におけるメモ取り等に言及したことはこれを導入すべきとの立場を示すことを意図したものではないことを付言する。【青柳由香（横浜国立大学大学院国際社会科学研究院 准教授）】

1.4 新制度の下での手続保障

（1）総論【本研究会としての結論】

● 全体として、ペナルティは増加、公正取引委員会への服従を強化、手続き保障は現行制度でも十分といった方向性になっていますが、特に本報告書は、違反行為を行った者が違反行為を認定させないための手続き保障は不要と言っているようにも読めます。手続き保障は、違反行為を行った者の納得や公平感のためにももちろん必要ですが、違反行為を行っていない者がそれを主張する、あるいは公正取引委員会の認定する違反行為よりも小さい範囲での違反行為しか行っていない者にとって、客観的な違反行為の範囲を主張し、それ以上の違反行為がないことを主張するためにも不可欠です。本報告書はその点に関する認識や検討が不十分であり、そのような広い視点での十分な検討なくして、違反行為を行った者のペナルティの増加や裁量型課徴金の導入のみが立法されるべきではないと考えます。

- 特に、本報告書のあらゆるところで、当局に与えられる調査権限や処分内容等と、調査・処分を受ける相手方の防御権との間の相互のバランスが強調されています。課徴金の金額は現行法の下でも100億円単位になりうるものであり（公正取引委員会の公表情報では1社に対する最高額は約130億円、1事件では約270億円）、金額だけ見れば刑事罰をはるかに凌駕し、排除措置命令の執行によりさらに事業者にとっては億単位の金額が必要ですし、レピュテーションリスク、株価への影響等を見れば、公正取引委員会は、企業が一瞬にして丸ごと消滅するだけの処分権限を有しています。さらに実務では、任意の名の下に、従業員を刑事事件における身柄拘束期間の限度以上の時間にわたって事実上拘束して取調べを行っているという現実があります。このような公正取引委員会に与えられた法律上の権限、事実上のプラクティスを十分考慮した手続保障の制度設計を望みます。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

第2 意見の内容

1 本報告書第3, 14(1)の総論に対して

(1) 結論の一つめについて

ア 本報告書は、「独占禁止法違反被疑事件調査手続において、調査・処分の相手方の手続保障が確保され、権利利益の保護を図ることが重要であることはいうまでもないが、同時に、独占禁止法の厳正な執行が確保されることが重要であり、必要性を超える手続保障によって法執行の実効性が損なわれることとなれば、最終的には一般消費者の利益を損なうことになるため、公正取引委員会に与えられる実態解明のための調査権限や違反行為に対する処分内容等と、調査・処分を受ける事業者の手続保障の確保は、相互にバランスが取れたものである必要がある。」との総論における一つめの結論を述べる。

イ 一見するとともに意見に見えるが、この総論における調査権限や違反行為に対する処分内容と事業者の手続保障確保のバランスを取るといふ考え方は、本報告書の具体的な個々の手続保障に関する意見としてその問題点を覗かせる。

すなわち、公正取引委員会の調査を受ける事業者やその従業員に適正手続が保障されることは、行政機関である公正取引委員会に強大な調査権限を付与する前提になるものというべきであり、厳正な執行のためには適正手続が後退してよいとの考えともなり得るバランス論で論じてよいものでないこと¹をまず述べておく。

(2) 結論の二つめについて

ア 次に本報告書は、「新制度の下での手続保障は、そのための各種防御権の必要性、諸外国の制度全体との比較、実態解明機能に与える影響、我が国における他法令の手続等を勘案しつつ、各種防御権の濫用防止措置を併せて整備することを前提として、必要な範囲で見直すことが適当である。」と総論の結論を締めくくる。

イ ここで、わが国における他法令の手続等の勘案が述べられているが、独占禁止法は、課徴金減免制度という他の法令に見られない制度を持つものであって、また、行政罰を持つ行政法令はそれぞれ別個の目的を持ち、それぞれの歴史的過程を経て制度化されてきたものであって、他の法令の手続との整合性に拘泥する必要はない²。

ウ 加えて、その理由部分において、「EUでは、巨額な制裁金と当局の広範な裁量を前提に、当局の調査に非協力であると制裁金が加算されるという『リスクを人質に取られ、夥しい回数的情報提出を余儀なくされることがある』ところ、弁護士・依頼者間秘匿特権等の防御権は、こうした『過度の“協力義務”に歯止めを掛ける権利』である」との意見を紹介している。

しかし、弁護士・依頼者間秘匿特権（以下、日本弁護士連合会の提唱する「依頼者と弁護士との通信秘密保護制度」³または単に「通信秘密保護制度」という。）は、これが古くから認められていた英米法では、反トラスト法や競争法に特有の概念ではなく、刑事手続、行政手続及び民事手続のいずれにおいても弁護士との間の通信が秘密であることを保障することにより、依頼者が弁護士に対し懸念なくすべての事情を伝えて十分な法的アドバイスを得ることができるようにとの観点から認められてきたものであり、調査機関の権限の強大さに対抗する為のものではない。この点の誤解により、本報告書が述べる通信秘密保護制度が本来の制度趣旨に沿わないものとなっていることを指摘しておきたい⁴。

<脚注>

- 1 特に依頼者と弁護士間の通信についてこの点を明確にしているものとして、神戸大学中川丈久教授「独禁法審査手続（行政調査）の論点」Jurist 1478号25頁がある。
- 2 この点、1993年に制定された行政手続法は、憲法上求められる最低限の手続保障を定めるもので、例えば、道路交通法などそれ以上の保護手続が認められている例も存するとの神戸大学中川丈久教授の見解（2017年3月2日開催の日本弁護士連合会シンポジウム「グローバル化時代の独占禁止法審査手続」のレジュメ）がある。
- 3 この権利は、依頼者の権利であって、弁護士の特権ではないため、誤解を防ぐため、このような名称が提唱されている。
- 4 この考え方は強大なディスカバリに対抗するための弁護士のワークプロダクトの論理に若干似ており、通信秘密保護制度とワークプロダクトの論理とを混同している可能性がある。

【大阪弁護士会】

5. 第3・13～15について

独占禁止法違反事件の調査方法と手続保障は密接に関連している。欧米の手続保障は、欧米における違反行為の調査方法を前提に行われているものであり、調査方法が異なっている日本にそのまま導入するのは適当でない。現在、わが国では調査対象事業者の従業員等からの供述調書を中心として調査が行われ、事件が解明されている。このような状況の下で、例えば会社の弁護士が供述に立ち会うことを認めれば、会社の不利となる事実について従業員の供述が得られなくなることが懸念される。したがって、たとえ欧米で行われている手続保障であっても、そのまま導入することにより、現在我が国でとられている調査方法による事実解明を困難にすることは避けなければならない。

（中略）

以上述べたとおり、事件調査対象者の防御権の強化は、公正取引委員会の事件調査方法の改革とともに行う必要があり、公正取引委員会の事件調査方法を改革するためには、本報告書第3・8に書かれている調査協力インセンティブを高める制度の導入及び本報告書第3・13に書かれている調査妨害に対する実効的なペナルティーの導入が不可欠である。【小畑徳彦（流通科学大学商学部 教授）】

1 手続的保障と司法妨害の排除の一体的改革が必要であること

手続的保障は、司法妨害に対する厳格な執行なくしては、機能しないものであるが、わが国では、実体問題を重視し、過程において司法妨害がとられていても甘い対応がとられる傾向があるが、そのような傾向の下では、手続的保障の充実、証拠隠滅などの司法妨害行為の温床になる恐れがあり、手続的保障を充実させるには、司法妨害に対する執行の強化が不可欠であり、両者の一体的改革が必要である。

かかる観点からは、本報告書が、手続的保障と司法妨害の問題に切り込み、その関係で、検査妨害の実態を具体的に指摘し、弁護士懲戒制度の運用の問題を指摘したことは、ようやく問題の本質に迫ったものと評価できる。しかしながら、司法妨害の問題は、独禁研報告書に指摘されているよりも問題ははるかに根深いものがあり、報告書の指摘は、実は、氷山の一角に過ぎない。【越知保見（明治大学 教授、弁護士）】

3. 防御権の法定化には、独占禁止法の厳正な執行を妨げるおそれがあります。

「企業の防御権を強化」は、実態解明が遅れたりできなくなるおそれが大きく、公正な市場の回復が遅れることで消費者の利益が侵害されることとなります。調査権限の強さとのバランスを考慮せずに、違反企業の手続保障を強化すれば、重要な証拠が隠されることで、行政機関はしっかりと調査が行えなくなる可能性があります。【神奈川県消費者団体連絡会】

在日米商工会議所（ACCJ）としましては、従前から、公正取引委員会の調査において、弁護士・依頼者間秘匿特権の原則を導入するよう、意見を述べてまいりました。また、受け得る制裁が行政、民事ないし刑事にかかわらず、法の支配の原則の下では、行政調査における事情聴取や取り調べの際に弁護士を同席させる権利を認めるべきとも、主張してきました。

ACCJは、法律実務家および日本において事業を行う外資系企業の観点から、以下の意見を申し上げます。

最初に、ACCJとしては、特に事業者やその役職員に対する適正手続が保障されていない現状において、公正取引委員会に対して課徴金制裁についての裁量を付与ないし拡大することは賛成できません。海外の競争法専門家の多くは、公正取引委員会は、他のG7の国々に合わせて手続

保障を確保すべきと考えています。それにも拘わらず、公正取引委員会は、制裁を付与するという強力な権限を自身に与えることのみを提案しています。これでは、日本の独禁法を巡る環境を改善することにはならず、「グローバリゼーション」や国際的なベストプラクティスにも合致しないと言わざるを得ません。

ACCJが懸念するのは、公正取引委員会が外資系企業をターゲットとし、日本国内における売上より広範囲の売上を対象とした課徴金を賦課することです。国内企業が対象となる場合よりも、外資系企業が対象となった場合のほうが、公正取引委員会の裁量の濫用によるリスクが極めて高くなります。

公正取引委員会の調査における適正手続の欠缺のために、過去に、日本にある国内及び外資系企業とその役職員が、海外における民事ないし刑事手続において様々な影響を受けうることも、改めて付言いたします。**【在日米国商工会議所】**

3. 課徴金制度の実効性確保の観点から「防御権」の法定化には反対です

事業者団体等から「企業の防御権を強化すべき」との主張がありますが、これによって実態解明に支障が出るのが強く懸念されます。調査権限の強さとのバランスを考慮せずに、違反企業の手続保障を強化すれば、行政機関はしっかりと調査を行えなくなる可能性があり、そのことにより市場の回復が遅れたり不十分であることは消費者利益の侵害です。「防御権」のような制度の導入には慎重であるべきであり、法定化することに反対です。**【主婦連合会】**

【違反被疑事業者に対する適正手続の確保について】

● 本報告書においては、「必要性を超える手続保障によって法執行の実効性が損なわれることとなれば、最終的には一般消費者の利益を損なう」と指摘している。しかしながら、他方で、新たな課徴金制度で行政の裁量範囲が拡大し、全体的に課徴金額が引き上げられることを考慮すると、調査・処分の手続の相手方の権利利益を不当に侵害することがないよう、十分な手続的保護がなされるべきである。**【一般社団法人 新経済連盟】**

3. 「独占禁止法」の厳正な執行を妨げないことが重要であり、「防御権」の法定化に反対します

事業者団体等から「企業の防御権を強化すべき」との主張がありますが、これによって実態解明が遅れる、またはできなくなる恐れが大きく、市場の回復が遅れることで消費者の利益が侵害されることとなります。そもそも企業は違反行為をしなければよいのであり、調査権限の強さとのバランスを考慮せずに、違反をした企業に対して過度な防御権の保障を与えることには反対です。

例えば、同じように消費者の利益を守る法律には、景品表示法、特定商取引法、消費者安全法などがありますが、調査権限の強さとのバランスを考慮せずに、違反企業の手続保障を強化すれば、重要な証拠が隠されることで、行政機関はしっかりと調査を行えなくなる可能性があります。このような制度の導入には慎重であるべきであり、法定化することに反対します。**【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】**

3. 「防御権」の法定化に反対します

事業者団体等から「企業の防御権強化」の主張が行われていますが、それにより、公正取引委員会の調査による実態解明ができなくなる、または遅くなるなど、消費者の利益が著しく損なわれるおそれがあります。

そもそも企業は違反行為をするべきではなく、調査権限とのバランスを考慮せずに、違反した企業に過度の防御権を与えることには反対です。景品表示法、特定商取引法、消費者安全法などは、同じように消費者の利益を守る法律ですが、調査権限とのバランスを考慮せずに違反企業の手続保障を強化すれば、重要な証拠が隠されることで、行政機関は実態解明調査を行えなくなる可能性があります。消費者の利益を守る立場から、このような制度の導入には反対します。「防御権」には以下のような弊害が考えられます。**【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】**

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

（8）新制度の下での手続保障

ア 総論

課徴金減免制度においても、法運用の透明性・実効性を担保し、予測可能性を確保することは重要である。現在は、課徴金減免制度の適用事業者一覧が公表されているにすぎないが、今後は、どのように減算率が算定されたかという算定根拠についても高い関心が集まると思われる。課徴金の算定の基礎と同様、減算率についても、適用事業者に対する意見聴取手続で十分な説明を行うとともに、事後的に運用実績を広く明らかにすることは極めて重要であり、これらの方策についてガイドライン等で示すことが望ましい。課徴金減免制度を事業規模に関わらず、より利用しやすいものとするための工夫が検討されるべきである。中小企業は、調査協力への対応経験に乏しく、十分な対応が取れず、大きな負担が伴うこととなる。大企業との対応力や負担の差を踏まえ、公正取引委員会において提出すべき証拠等について適切な説明を行うなどの配慮をするとともに、定型的に求めることが多い調査及び報告事項は、書類の定式化を図るなどして企業の負担を低減させるなどの工夫を行うことが必要である。また、調査協力による減算率を認定するに際し、調査協力等に伴い提出された書類の量及び質に関して、企業の規模や対応力を踏まえ、協力評価に当たっては、「中小企業減算率」等を設けるべきである。例えば、様式第2号による書面の提出期限を原則2週間とする運用は、このような短期間に提出を求める実質的根拠は乏しいように思われる一方で、中小企業に大きな負担を課すことになりかねない。上記期間を延ばすなどの運用を行い、対象事業者に過度の負担を課すことのない制度を目指すことで、より調査協力のインセンティブを高めることも重要と考える。【全国中小企業団体中央会】

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(14) 新制度の下での手続保障

(i) 総論

報告概要は「必要性を超える手続保障によって法執行の実効性が損なわれることとなれば、最終的には一般消費者の利益を損なうことになる」と考察している³⁴。両部会は、手続保障が当局の事実解明能力を損なうことにはならず、むしろ当事者の提示する見解を考慮、すなわち取り入れ又は排斥することを通じて事実解明能力を向上させることにつながる旨をここに改めて強く主張する³⁵。

課徴金の水準を決定する権能を公取委に与えるいかなる案も、その成功は、一貫し、予測可能性があり、透明性がある裁量権の行使ができるかどうかにかかっている。実際に、裁量的な課徴金制度は当事者にとって審査に協力する相当程度のインセンティブを生み出すため、全ての当事者に対するデュープロセスによる保護は、公取委にとって、協力のインセンティブの利益を全面的に受けることを可能にする一方で、過剰な協力を予防することになる³⁶。

不偏性、効率性、正確性を向上させるデュープロセスの権利と手続は、競争法の目的を達成させる助けとなる。米国最高裁が述べるように、「これらのデュープロセスの仕組みこそが、反対する見解や矛盾するデータに立ち向かうことから真実が浮き彫りとなる可能性を高める。「科学にとっての「科学的方法」が法律にとっての手続なのである」³⁷。両部会は、独禁法のいかなる修正も、世界の競争法執行のレジームが広く承認しているベストプラクティスを取り入れることを含め、手続的なセーフガードが公取委の調査に服するあらゆる当事者に確保されるようここに謹んで要請する。両部会は、十分な手続的なセーフガードが保障されてはじめて、効率的な執行が達成されるのだということをここに謹んで申し述べる³⁸。

<脚注>

34 報告概要6頁。

35 Abbott B. Lipsky, Jr. and Randolph Tritell, “Best Practices for Antitrust Procedure: The Section of Antitrust Law Offers Its Model”, 本コメントの添付資料の Antitrust Source (December 2015) (“Antitrust Section Best Practices”)

(http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec15_lipsky_tritell_12_11f.auth_checkdam.pdf.) 4-10頁

36 たとえば、報告概要 4頁、「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念」) 報告書 53-54頁。

37 Application of Gault, 387 U.S. 1, 21 (1967), Foster, Social Work, the Law, and Social Action, Social Casework, July 1964, pp. 383, 386を引用。

38 2016年コメント3-5頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(4)「独占禁止法」の厳正な執行を妨げないことこそ重要で事業者の「防御権」の法定化に反対します。

事業者団体等から「企業の防御権を強化すべき」との主張がありますが、これによって独占禁止法違反の実態解明ができない、解明が遅れる等の恐れがあります。そのため公正な市場の回復が遅れ消費者の利益が侵害されることとなります。そもそも企業は違反行為をしなければよいのであり、調査権限の強さとのバランスを考慮せずに、違反をした企業に対して過度な防御権の保障を与えることには反対です。

過度な事業者の防御権を認めることは、様々な業法に多大な影響を及ぼすこととなります。事業者に防御権を与えることにより重要な証拠が隠され、行政機関はしっかりと調査を行えなくなる可能性があります。このような制度の導入と法定化することに反対します。**【土田あつ子】**

3. 報告書「第3 具体的な制度設計(各論)」について

(中略)

(10)「14 新制度の下での手続保障」(46頁以下)について

ア. 総論(46頁)について

(1) 結論

報告書が、①独占禁止法違反被疑事件の調査手続における、調査・処分の相手方の手続保障に関して、独占禁止法の厳正な執行が確保されることが重要であり、公取委に与えられる調査権限や違反行為に対する処分内容等とのバランスを考慮すべきであるとしている点、②防御権の必要性、諸外国の制度全体との比較、実態解明機能に与える影響、我が国における他法令の手続等を勘案しつつ、各種防御権の濫用防止措置をあわせて整備することを前提に、必要な範囲でのみ見直すことが適切であるとした点については、いずれも賛成である。

(2) 理由

第一に手続保障の趣旨について争いがあるが、たとえば秘匿特権がコンプライアンスを促進するということは、そのような機能ないし効果がある場合もあるであろうが、秘匿特権がコンプライアンスの促進と直ちに結びつくものであるという根拠は提示されておらず、考え方の域を出ない。手続保障は、不利益処分を受ける者の防御権の一環として捉えるべきである。

第二に、手続保障で守られるべき利益を具体的にイメージして議論すべきである。手続保障でまもられるべき利益の中には、コアの部分として、たとえば①暴行や脅迫などによって供述を強制されない利益、②薬物等によって供述を強制されない利益のように、人格権に直結する利益であって、実態解明の要請と無関係に絶対的に守られるべき利益があり、これについては例外なく保護されるべきである。他方、コアの周辺には、守られるべき利益であっても手続上の利益にとどまる利益があるから、これについては実態解明の要請とのバランスを考慮して保護の有無・程度・あり方を定めるべき利益がある。報告書はコアの周辺に位置する利益について述べるものであり、適切である。**【中嶋弘(アンカー北浜法律事務所 弁護士)】**

5. 審査の手続保障(適正化、透明化、明確化)、事業者の防御権

● 2015年12月に「独占禁止法審査手続に関する指針」が策定・公表されたことについて、審査手続がこれまでよりも適正化されるものであると評価している。

● 課徴金制度は、当局による違反行為の察知、立入検査、供述聴取、違反事実の認定、課徴金賦課金額の決定、支払いという一連の手続きにより執行されるものである。企業に対する審査手続、および企業への手続保障も、課徴金制度の一部を構成するため、同時に議論すべきである。

● 今回検討されている裁量型課徴金制度が導入される場合、強化される行政権限と企業の適正な防御権との均衡を考慮する必要がある。

裁量型課徴金制度や、調査協力へのインセンティブ・非協力へのディスインセンティブ導入を検討するのであれば、それらの制度と深く関係する論点について、カルテル等の独占禁止法における違反行為によって侵害される中小企業等の利益保護のために、審査の強化がなされる一方、審査を受ける側の権利も保障されるよう、検討すべきである。【日本商工会議所、東京商工会議所】

第2 意見の理由

1 総論

(1) 独占禁止法審査手続における適正手続保障の意義

改めて述べるまでもなく、独占禁止法は、公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益を確保し、国民経済の健全な発展を促進することを目的とするものであり、同法に違反する事業者の不正な経済活動を規制する公正取引委員会の役割は極めて重要である。したがって、独占禁止法違反に関する実態解明は重要であり、また、違反事実が認められる場合に、当該違反事業者に対して課徴金等の適切な処分がなされるべきこと、その処分の内容・程度が法の適正な執行という観点から十分に効果的なものとなるべきことにも異論はない。

しかしながら、真実は適正手続の中でこそ明らかにされるものである。違反事業者に対する処分は、違反事実の有無・内容・程度が、適正な手続に則って適切に確定されることを必要不可欠の前提とする。とりわけ、近時、同委員会の執行力は格段に強化され、課徴金が百億円を上回る事案や、中小企業が倒産等に至った事例も見られるなど、その結果が重大である以上、処分を受ける可能性のある被疑事業者が、その調査手続の過程において、事実認定及び法解釈・適用の両面から、十分な防御の機会を与えられることは必須の要請と言わなければならない。弁護士は、かかる被疑事業者を代理する場合には、独立した専門職の立場で法違反の有無等を十分に吟味し、同委員会の法解釈や事実認定に疑義がある場合等においては、法に則ってこれを被疑事業者の正当な利益の観点から指摘し防御すべき立場にある。これは弁護士の本来的な役割の一つである（国連・弁護士の役割に関する基本原則¹、弁護士職務基本規程第2条、第5条、第7条、第14条、第20～第22条等）。そのような防御権が保障された手続が確保されることによって、同委員会の処分の正当性もまた確保されることとなる。

したがって、独占禁止法調査手続における手続保障は、被疑事業者が弁護士に依頼し適切な防御を行う権利も含めて、本報告書が検討する課徴金制度改正の如何にかかわらず、確保されなければならない。

(2) 適正手続の保障に係る検討の経緯

独占禁止法審査手続における適正手続の保障は積年の課題である。当連合会は、2006年9月5日以降、繰り返し、依頼者と弁護士との間の通信秘密保護制度（以下「通信秘密保護制度」という。）、供述録取過程の適正化などの必要性を指摘してきた。

本報告書では、「独占禁止法は我が国の法体系に照らして手続保障に十分配慮した制度が設計されており、公正取引委員会も独占禁止法の運用に当たり手続保障に十分配慮している」などとして、現在の手続保障に問題がないかのように述べている。しかしながら、国会は、2005年独占禁止法改正附則第13条、2009年改正法衆参両院附帯決議、2013年独占禁止法改正法附則第16条、同衆議院経済産業委員会附帯決議などを通じて、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調査手続を見直すことを求めてきた。立法府は、事件関係人の防御権が不十分であると認識してきたのである。また、2007年6月26日に公表された「独占禁止法基本問題懇談会報告書」は、立法府が求める手続保障は我が国の刑事手続や他の行政手続においても認められていないことを理由とし、2014年12月24日に公表された「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」は、これらの手続保障により公正取引委員会の実態解明機能を阻害することが懸念されるという理由で、いずれも手続保障の導入を先送りにしたが、それら過去の政府報告書においても、さすがに既に手続保障が十分になされているなどという前提はなかったものである。

本報告書は、現行法上の手続保障が十分であるという前提に立ち、全体として、手続保障については新たな課徴金減免制度導入に当たり必要な範囲で検討すれば足りるという枠組みを出ていないが、そのような前提自体に問題がある。

(3) 国際標準からみた我が国の手続保障

我が国が10年以上にわたって手続保障の導入を先送りにする間に独占禁止法の執行はグローバル化が進んだ。その結果、我が国の適正手続の保障は、国際標準から著しく立ち遅れる結果となった。国際比較について、本報告書は以下のように反論する。

【報告書47ページ・14(1)ウ総論】

諸外国では、制裁金等の額の水準が我が国と比べて高額な中で、制裁金等の算定・賦課が当局の広範な裁量に委ねられていたり、司法取引が認められていたり、調査妨害に対する強力かつ実効性あるペナルティーが存在（別紙40参照）したりするため、そのような制度全体の相違を考慮せず、手続保障の内容を単純に又は形式的に比較して国際基準に配慮した内容とすることは適当でない。

独占禁止法執行の手法に違いがあるのは指摘のとおりであるが、手続保障の基本的な考え方は共通している。明治以来我が国の法体系のモデルとなった西洋諸国だけでなく、我が国よりも遅れて独占禁止法の執行を始めた新興国にも共通する潮流である。先進国では英米法系、大陸法系、判例法国、成文法国を問わず共通の法理である。最近の調査結果において、我が国の手続保障が遅れていることが明らかになっている。

例えば、新興国を中心として、我が国の企業が競争法の規制に遭遇する頻度・可能性が高いと思われる13の法域（中国・韓国・台湾・シンガポール・マレーシア・タイ・インドネシア・ベトナム・フィリピン・インド・ブラジル・メキシコ・南アフリカ）における競争法の執行状況を調査した結果によると、弁護士秘匿特権（通信秘密保護制度）は13法域のうち9法域²で導入されている。

また、競争法執行の手続面及び実体面の取れんを促進することを目的として2001年10月に発足した各国・地域の競争当局を中心とした国際競争ネットワークは、2016年4月現在、120か国・地域から我が国の公正取引委員会を含む133の当局が参加しているが、同ネットワークは競争政策を適切に実施するためベスト・プラクティスやガイダンスを定めている。そのうち独占禁止法調査手続に関するガイダンスにつき、米国商工会議所が14カ国（オーストラリア、ブラジル、カナダ、EU、フランス、ドイツ、インド、日本、韓国、メキシコ、南アフリカ、台湾、英国、米国）の遵守状況を調査した結果によると、日本は、調査手続における防御権(Engagement During An Investigation)に関する調査項目で13位、通信秘密保護制度に関する調査項目で14位と評価されている³。

独占禁止法を日本企業等の外国企業に対して積極的に適用している諸外国に共通する手続保障を、我が国だけが採用できない理由はない。

<脚注>

1 1990年第9回国連犯罪防止・刑事司法会議（コンGRESS）において採択された規範である。この原則は、それを採択した決議において、国連加盟国が国内法に実施していくことが要請されている。次回（第14回）コンGRESSは2020年に我が国で開催される。

2 2017年4月経済産業省「新興国における競争当局の執行状況に関する調査報告書」<http://www.meti.go.jp/press/2017/04/20170410001/20170410001.html>

3 2017年5月米国商工会議所「Adherence to ICN Guidance on Investigative Process:A Practitioner Survey」<https://www.uschamber.com/report/adherence-icn-guidance-investigative-process-practitioner-survey>

（中略）

6 まとめ

以上のとおり、本報告書は、当連合会が指摘してきた手続保障の意義・必要性、被疑事業者の防御権と弁護士の役割に関する十分な理解を示すことなく、事前手続、通信秘密保護制度、供述録取手続における防御権のいずれについても、不適切・不十分な結論に至ったものと言わざるを得ない。

今後の新制度の制度設計にあたっては、手続保障の整備を併せて検討し、①事前手続における手続保障、②課徴金減免限定型ではなく独禁法調査手続全般に関する通信秘密保護制度の法的根拠に基づく制度による明確化（保護対象通信であるか否かの判断手続を併せて導入することを前提とする）、及び③供述聴取手続における弁護士の立会権の明確化を、新制度とともに実現することを求める。**【日本弁護士連合会】**

今回、公取委に設置された研究会は、数年前に内閣府に設置された「独禁法審査手続についての懇談会」の報告書（平成26年12月24日）（以下、「懇談会報告書」という。）を受けて設置されたものである。懇談会報告書は、「本懇談会においては、秘匿特権や供述聴取時の弁護士立会などの防御権について、公取委の実態解明機能への影響が懸念されることを主な理由として、これらを認めるべきとの結論には至らなかった。しかしながら、裁量型課徴金制度等により、事業者が公取委の調査に協力するインセンティブや、非協力・妨害へのディスインセンティブを確保する仕組みが導入された場合には、事業者による協力が促進されることにより、現状の仕組みの下で懸念されるような実態解明機能が損なわれる事態は生じにくくなると考えられる。このため、今後、本懇談会において現状の仕組みの下で実施すべきとしているもの以外の防御権の強化を検

討するのであれば、このような仕組みの導入について併せて検討を進めていくことが適当であるとの結論に至った。」と述べていたのであり、今回の研究会報告書は、基本的にこの結論を受けこれを踏まえた内容となっている。

公取委の審査手続における対象事業者（事業者団体を含む。）の防御権の強化を図ることは、それ自体、一般論としては望ましいものである。しかし、防御権の強化は、基本的に公取委の実態解明機能の確保とのバランスの上に図られるべきものでなければならない。

防御権の強化の主張は、基本的にグローバルスタンダード論ないし国際標準論（以下、「グローバルスタンダード論」という。）に基づいている。しかし、グローバルスタンダード論の主張については、少なくとも2つのことに留意することが必要である。1つは、グローバルスタンダードにおいても、防御権の強化は、基本的に競争当局の実態解明機能の確保とのバランスの上に構築されているということであり、防御権の強化のみのつまみ食いの主張は許されないということである。もう1つは、各国・地域によって、司法制度、行政制度、企業文化、雇用慣行などに大きな違いが存在するのであり、このような違いを無視してグローバルスタンダード論を主張しても机上の空論になりかねないということである。

グローバルスタンダードといわれる米国反トラスト法とEU競争法において、競争当局の実態解明機能の確保に大きく寄与しているのは、実体法違反の制裁水準、手続法違反の制裁水準ともに極めて高水準であり、その峻厳性（広範な裁量性が峻厳性の中にビルト・インされている。）が著しいことであり、日本の独禁法のそれが遙かに及ばないことは顕著な事実である。したがって、グローバルスタンダード論からは、独禁法においては、より一層実態解明機能の確保に向けた方策の検討に努めなければならないという結論が導かれるはずである。**【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】**

5. 新制度の下での手続保障

調査・処分相手方の手続保障について、報告書が述べている総論（14(1)）、事前手続（14(2)）、供述聴取手続における防御権（14(4)）については、いずれも賛成である。

特に、供述聴取手続に関しては、前記の審査手続懇談会の成果として、次の2点が挙げられる。

1. 供述聴取についての苦情申立の制度を創設
2. 「独占禁止法審査手続に関する指針」の策定・実施

これらが措置されて1年半が経過し、この間、抑圧的ないし不当な供述聴取が行われたことはないようであり、供述聴取手続における防御権は十分措置されたと考えられる。**【舟田正之（立教大学 名誉教授）、土田和博（早稲田大学法学学術院 教授）、山部俊文（一橋大学法学研究科 教授）、金井貴嗣（中央大学法科大学院 教授）】**

● 手続保障については、実態解明機能が現在どのように機能しているか、公取委の実態解明の能力が現時点においてどのようなものであり、この機能が十分に作用しないとすればその原因はどこにあるのか、実態解明上必要な人員、予算等に不足があったり、法令上公取委が有する調査権限の謙抑的な行使に原因があったりしないのかなどについて、報告書その他公表文書からは分からないところが多いこともあり、考察を十分に行うことができなかつたため、基本的にはコメントを差し控えたい。ただ、公正取引委員会の措置は既に重大な不利益を課すものといえるものになっている上に、行政手続一般において手続保障を充実させる必要があると考えられることからすると、手続保障のあり方については、新制度を導入するかどうかの議論とは切り離して（も）議論が必要であるように思われる。報告書の手続保障以外にかかる課徴金制度改正提案は、若干の柔軟性を持たせつつも依然として予め定められた客観的基準等により算定を行うこととしており、例えば重要な付加価値をもつ証拠を出さない限り減額を認めないとする等日本以外の主要国で採用されている課徴金減免制度と比較すると内容的に限定的なものであるといえそうであり、報告書の提案する改正により現行の課徴金制度から手続保障の必要性の程度が質的に異なるものになるのかどうか疑問であることからすると、なおさらである。他方で、弁護士・依頼者間秘匿特権についての検討中で触れられている実態解明機能を妨げる弁護士の行動例については、現行の課徴金制度が価値ある証拠の提出及び十分かつ積極的な協力を行うことを促すような制度ではおおよそなく、これらを寧ろ行わないことが事業者の利益になるような制度になっていることから自然に生じているものであるように思われ、報告書の提案する改正が行われれば弁護士・依頼者と公取委ないしその実態解明機能との関係は自ずから違ったものになるのではないかと考えられる。制度改正と結びつけながらも、従来の弁護士の行動例を参照しながら改正後の手続保障のあり方について検討するというのではなく別途包括的・総合的また制度的に検討を行うのがより適切ではないか、さらに検討の上必要性が認められれば公取委が留意ないし配慮するというにとどめず法令上で規定を設け

ていくべきではないかと考えている。【和久井理子（大阪市立大学大学院法学研究科特任教授）】

(2) 事前手続

第2 意見の内容

(中略)

2 事前手続について

本報告書は、「調査協ラインセンティブを高める制度を導入したとしても、現行の意見聴取手続は、基本的には、当事者の権利保護を図る観点から必要十分な制度であり、見直しを行う必要性が認められないことから、現行の意見聴取手続を見直す必要はない」とする（本報告書第3，14（2））。

この結論については、反対である。

日本弁護士連合会からは、この事前手続の見直し、すなわち、証拠の閲覧・謄写の範囲の拡大、謄写申請した事業者以外の従業員の供述調書等の謄写、調書及び指定職員の報告書の謄写、意見聴取期日における意見聴聞官の意見を記載した報告書の作成、意見聴取期日調書に原則として当事者の陳述全てを記載すべきことなどがかねてより求められてきた。しかしながら、本報告書は、事前手続の運用の相当性、妥当性を検証することなく、現状を追認してしまっているが、これは実態を誤認しているものでありさらなる検証が望まれる。

加えて、証拠開示の範囲の拡充は、課徴金減免申請者に義務付けられることとなる継続協力義務との関係においても、不可欠のものである。すなわち、本報告書では、減免申請者に対し、「① 公正取引委員会に対して速やかに違反行為に関係する全ての保有する情報及び入手可能な情報を提供すること」等を義務付けるものとされている（本報告書第3の8（2）イ（ア））。これは、減免申請者に手持ち証拠の広範な開示義務を課すものであり、これまでの我が国の法制度において見られなかった制度である。このようなある種のディスカバリ制度を減免申請者側のみに設けるのは、法制度としてバランスを失するものである。減免申請した事業者側にこのような証拠開示義務を設けるのであれば、対する公正取引委員会側にも広範な手持ち証拠の開示が義務付けられなければならないものと思料される。【大阪弁護士会】

第12 新制度の下での手続保障について

1 事前手続（「調査協ラインセンティブを高める制度を導入したとしても、現行の意見聴取手続は、基本的には、当事者の権利保護を図る観点から必要十分な制度であり、見直しを行う必要性が認められないことから、現行の意見聴取手続を見直す必要はない。」との部分について

(1) 意見の趣旨
賛成である。

(2) 意見の理由

行政手続法の聴聞等と比較して、より手厚い手続保障である。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

14 「14 新制度の下での手続保障」（報告書46p）について

(1) 事前手続及び供述聴取手続における防御権（(2)及び(4)）について

競争法フォーラムは、従前より、公取委による事件調査手続に関して整備されるべき手続保障についての提言を行ってきた¹。

しかしながら、報告書は、例えば事前手続に関し「調査協ラインセンティブを高める制度を導入したとしても、現行の意見聴取手続は、基本的には、当事者の権利保護を図る観点から必要十分な制度であり、見直しを行う必要性が認められないことから、現行の意見聴取手続を見直す必要はない。」とし、また「供述聴取手続における防御権については、供述聴取の休憩時間内に、弁護士と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることは可能であることが明らかにされているなど、現行制度において十分保障されており、これ以上の拡充は必要性を超える防御権となって実態解明機能を損ねるおそれがあるため、今回の見直しに併せて拡充する必要はない。」とするなど、何らの改善も不要として

いる。これは、手続保障の意義を何ら理解せず、ことさらに「実態解明機能に与える影響、我が国における他法令の手続等」（同報告書第314（1）総論参照）ばかりを強調して安易に結論を導くものであり、誠に遺憾である。なお同書では、「各種防御権の濫用防止措置を併せて整備することを前提として、必要な範囲で見直す」とも述べつつ、結局のところ上記の事前手続等については濫用防止措置どころか懸念される濫用自体についてさえ十分な検討もないままに、何らの見直しも行わないとしているのであって、要するに総論部分で述べている内容すら、各論において踏まえられていないという不備がある。

競争法フォーラムとしては、事前手続について、課徴金制度の改正を待つまでもなく、審判制度が廃止されている現時点において既に、「違反被疑事実の説明（告知）後、調査対象事業者からの意見（反論）に対する公正取引委員会としての見解（再反論）が示され、上記『処分前手続の充実化・透明化』の趣旨に従って、聴聞手続が行われるようにすべきである」ことを意見表明してきた²。今回の課徴金制度の見直しにより、公取委による事実認定とそれに基づく行政処分権限の行使のいずれもが公正適正であることの必要性はより一層高まるのであり、そのためにも意見聴取手続の充実化と透明化が不可欠である。

また、処分前の関係証拠の閲覧謄写の範囲についても、競争法フォーラムは、審判制度の廃止を受け、「公正取引委員会が事実を認定するために関連する証拠」とされるべきであること、その理由として「そもそも公正取引委員会は、専門的知見を有する機関として、ある事実を認定する際に、違反事実の存在を直接裏付ける証拠だけでなく、それを否定する（かの如く見える）証拠についても、十分に参酌し、両者を総合的に評価することによって事実認定を行う必要がある。そして、事前手続における関係証拠の開示の範囲についても、それらのいわゆる消極証拠、反対証拠まで含めて開示の対象とされることにより、初めて、聴聞手続が充実し、またこれを踏まえて取消訴訟の審理がなされることにより、初めて、裁判所における専門的知見の蓄積が図られうる（ひいては、公正取引委員会としての専門的知見についても、更なる向上が図られうる）。行政手続法における閲覧対象文書（同法18条）についてさえ、『当該事案についてした調査の結果に係る調書その他の当該不利益処分の原因となる事実を証する資料』との文言により、立法の過程で『当事者等にとって有利となるような資料』も閲覧対象に含まれる余地が残されたとの説明がなされている。複雑な市場における経済事象を取り扱う独占禁止法の分野においては特にこの点が留意されなければならない。」ことを主張してきた³。

この点、独占禁止法研究会の論点整理の時点で示されていた『事前手続についても、国内制度との整合性のほか、諸外国の制度との整合性にも留意すべきではないか（例えば、証拠への完全アクセスの必要性等）。』というポイントは、課徴金制度の見直しの際に考慮されるべき事項についての指摘として極めて正当⁴であったにもかかわらず⁴、同報告書作成の場面でこれが全く生かされなかったことは、極めて遺憾である。

<脚注>

- 1 競争法フォーラム『課徴金制度の在り方に関する論点整理』に対する意見（平成28年8月31日）、同『独占禁止法審査手続に関する指針』（案）に対するコメント（平成27年7月29日）、同『独占禁止法審査手続についての懇談会報告書』についての意見（平成27年3月24日）、同『独占禁止法審査手続に関する論点整理』に対する意見書（平成26年7月11日）、同『審判制度に関する意見』（平成22年1月28日）、同『審査手続の在り方に関する提言書』（平成21年11月10日）。
- 2 審判制度に関する意見 1頁。
- 3 審判制度に関する意見 2頁。
- 4 「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見 33頁。

【競争法フォーラム】

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

（8）新制度の下での手続保障

(中略)

イ 事前手続

減免申請者が自主的に提出した証拠の価値等に応じて減算率を決定することについては、調査協力のインセンティブを高めるものとして有用である一方、どのような調査協力が減算率に影響があるのかについて一義的に明らかになるわけではないため、恣意的な運用を排する必要がある。したがって、調査協力の度合いの判断基準を明示することに加え、具体的な例示を行い、明確な運用をすることが必要である。また、調査協力に応じた資料提供者からすれば、どのような事実がいかなる認定に使用され、どの程度役立つのか見極めることは困難である。したがって、実際に立証等に役立つ資料（違反をしていない事実を証明する資料は含まない）に限定すると、調査協力したにも拘らず課徴金が減算されないという事態が生じるおそれがある。そのため、減算率に反映する調査協力は、広く事実認定に有用な資料（違反をしていない事実を証明する資料を含む）とし、その有用性に応じて減算率に多少の高低をつけることが望ましい。立証に役立つ資料として、例えば、独禁法違反の行為を直接的に示す書面やメール、会話記録等が考えられる。しかし、独禁法違反行為は、明示的に行われる場合は多くなく、間接的な証拠を積み重ねることで違反行為を認定する場合も多いと思われる。そこで、違反行為を窺わせる書面やメール等を多く収集する必要があるが、そのような間接的な証拠を発見するきっかけとなる再間接証拠ともいべき書面やメール等（例えば、「〇月〇日の打合せのとおりで。」などのメールから、同日の打合せ内容について複数の関係者から供述を得たところ、違反行為のきっかけが得られた場合等。）の重要性が高いことが考えられ、当該資料が立証に役立つ資料と評価できない場合があっても、このような資料を積極的に調査協力として提出した対象企業につき、事実認定に有用な資料を提出したものとして、減算率の評価の対象とすべきである。

他方、立証に役立つ資料とは、違反をしている事実を明らかにすることを意味しており、事実認定に有用な資料とは、違反をしていない事実を明らかにすることを意味するものであるが、違反をしていない事実を明らかにすることを減算の理由にすることを認めさせることは難しいと思われる。

なお、減免申請者の提出した証拠の価値等に応じて減算率を決定するとすると、証拠の実質が重要視されることになることから、適用事業者が公正取引委員会の調査に迎合する可能性は否定できない。そのため、迎合する供述がなされる可能性が高い供述調書について、減算の対象から外すことには賛成する。**【全国中小企業団体中央会】**

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(14) 新制度の下での手続保障

(中略)

(ii) 事前手続

報告概要は、現在の独禁法49条の下での意見聴取手続は、協力のインセンティブを高めるシステムが導入されたとしても十分であり、いかなる修正も必要とは思われないと述べている。この点、両部会としては、上述したコメントのとおりである。**【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】**

3. 報告書「第3 具体的な制度設計 (各論)」について

(中略)

(10) 「14 新制度の下での手続保障」(46頁以下)について

(中略)

イ. 「(2) 事前手続」

賛成である。証拠の謄写を広く認めるべきであるという意見があり、被疑事業者側の意見としては理解できるが、優越的地位の濫用事案など被害者の立場の者の供述調書が被疑事業者の手に渡るとさまざまな圧力を受けることが予想されるから、限定されることもやむを得な

い。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

2 手続保障の見直しについて

(1) 事前手続

新しい課徴金減免制度を利用した企業が、自己に適用される具体的な減算率が適正に決定されたかどうかを確かめるためには、減算率の決定方法に関する具体的かつ明確な運用基準の策定・公表とあわせ、減算率の決定にあたって比較対象となった他社証拠の内容を踏まえて十分に検証できるようにすることが欠かせない。この観点から、今回の見直しにおいては、新しい課徴金減免制度の導入とセットで、事前手続における他社証拠の「謄写」を認める必要がある。現行制度においても「閲覧」は認められるが、他社証拠が膨大である可能性もある中、これらを全て逐一書き写すことは現実的ではなく、事業者においては他社証拠の「謄写」を認めることに対する強いニーズがある。

なお、一部の国際カルテル事案については、自社が口頭申請した内容を公取委において文書化したものなどが他社に謄写され、これが米国においてディスカバリーを通して流出し、自己に対する損害賠償請求訴訟で用いられることとなれば、課徴金減免申請の利用に対するディスインセンティブが生じかねないとの懸念があるが、このような懸念を踏まえ、例えば、謄写した証拠にかかる目的外利用を制限する規定を設けること¹や、国際カルテル事案においては、一部の他社証拠について例外的に謄写を制限することなどをあわせて検討すべきである。

<脚注>

1 審判手続開始後の事件記録の閲覧謄写にかかる平成25年改正前独占禁止法70条の15第2項は、「公正取引委員会は、前項の規定により謄写をさせる場合において、謄写した事件記録の使用目的を制限し、その他適当と認める条件を付することができる。」と規定していた。

【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】

第2 意見の理由

(中略)

2 事前手続

当連合会は、事前手続に関して、証拠の閲覧・謄写の範囲の拡大、謄写申請した事業者以外の従業員の供述調書等の謄写、調書及び指定職員の報告書の謄写、意見聴取期日における意見聴聞官の意見を記載した報告書の作成、意見聴取期日調書に原則として当事者の陳述全てを記載すべきことなどをかねてから求めてきた。

しかしながら、報告書は、事前手続に関する検討においても、現行法上は手続保障に十分配慮されているとの前提に立ち、新制度との「見合い」（新制度導入との引き換えにそれとのバランス上手当てするという意味）という観点でのみ手続保障を検討するという姿勢に終始し、事前手続を見直す必要はないとした。適正な手続の実現のために本来必要な制度はどうあるべきかという観点からの検討がなされず、その結果、当連合会が求めた手続保障を欠くことによってどのような不都合が生じているかについても十分な検討がなされた形跡が見られない。【日本弁護士連合会】

(3) 弁護士・依頼者間秘匿特権

14 新制度の下での手続保障

(中略)

(3) 弁護士・依頼者間秘匿特権

● 【本研究会としての結論】「弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という。）が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった。」とありますが、事業者に現実に不利益な事実が発生していることは公知の事実であり、本研究会の認識には誤りがあります。

● ここでも、違反行為を行ったことが明らかである場合に、公正取引委員会がその違反行為を基礎付ける証拠を入手できないのはおかしいとい

う議論がなされています。しかし、弁護士からの助言は、違反行為が行われたかどうか分からない段階から行われるのであって、調査の結果、あるいは調査をしない場合であっても日常の助言の結果、違反行為なしとか、違反かどうかは明らかでないという場合も非常に多くあります。本報告書が微視的に問題とする極端な事例をことさらに強調して実態解明機能を損ねると結論付けることは、日々実務に携わるものとして大きな違和感を覚えざるを得ません。さらに「社内調査の結果、違反なしと判断したのであれば、当該社内調査結果等を秘匿する実益はない」という意見にいたっては、企業活動の実態や社内情報の保持に関する配慮、弁護士の役割に対する理解の欠如との批判を免れないものと思われます。

- 第14回会合においても、村上会員からも「弁護士をやっている人間にとってみれば、ほぼ自明の話なので、自分が聞かれてクライアントにこうやって、本音ベースでどうだと、相談を受けて答えたこと、それを後から当局に押収された場合には、非常に職務としてはやりづらいというのは、これは割と、全世界で認められているというのは、自明の話かなという気はいたします」、「アメリカでもヨーロッパでも、全部秘匿特権というのは100%権利として認めていても、一切実態解明機能は損なわれてはいないし、立証できているというのが、現実ではあります」、「だから、それを広く入れるべきだ」という指摘がありますが、これは弁護士の実感です。
- このほか秘匿特権に賛成する多くの会員の意見にも関わらず、「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の意見でおおむね一致した。」との本報告書のまとめ方は、会合での議論を正確に反映するものとはいえないのみならず、「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」における「調査権限の強化の問題と並行して、当該懇談会で示された懸念や疑問点を解決できるよう、一層議論が深められることが望まれる」との記述とも整合しません。
- 実態解明に名を借りた服従でなく、信頼関係を基礎とする真の意味での協力を実現するためには、いたずらに極端な弁護活動をあげつらって弁護士全体を非難したり、懲戒制度の利用を強調したりするのではなく、弁護士秘匿特権を認めた上で、公正取引委員会及びその担当職員、並びに事業者及び代理人のすべてが不当な行為を行わずに緊張感を持って事案の処理に当たり、真の信頼関係を形成できる環境を同時に整えることが不可欠と考えます。
- まずは運用による導入を提案するため、「秘匿特権に配慮することが適当である。」との文言が入れられたことは評価します。一方で、「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」というのは、実質的には「弁護士が公正取引委員会の一次的情報収集者となって企業に接する場合に限り」と述べているに等しく、真の信頼関係を形成できる環境を整えるものとは言えません。
- また、「証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備する」とありますが、本来秘匿特権は証拠隠滅と直接つながるものではなく、秘匿特権を認める条件として入れるのは不適切です。代理人による虚偽の供述の教唆等の不当な助言はもとより非難されるべきですが、秘匿特権を利用した証拠隠滅が行われているという事実や秘匿特権が認められた海外において実態解明に障害が生じている事情は寡聞にして存じ上げません。第14回会合における村上会員の発言もその認識に沿うものです。秘匿特権の行使において事業者にも弁護士にも責任が生じるのであり、弁護士会の懲戒制度以上の担保は不要です。
- なお、本研究会では秘匿特権に関し、減免申請前の社内調査に焦点を当てた議論がなされていますが、例えば次項の供述聴取時のメモも弁護士の相談するための資料であり、これについての秘匿特権もなく、配慮もされずに、強制的な提出の対象になるのであれば、メモを取ることに伴う萎縮効果は計り知れません。この一事をもってしても、秘匿特権は減免申請前の社内調査に限って検討されるべきものではなく、幅広い視点から秘匿特権が無いことの不利益を検討をすべきです。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法

【事務弁護士事務所 弁護士】

第1 弁護士・依頼者間秘匿特権に関する意見・提言

少なくとも、依頼者と弁護士が秘密裡に交通・通信（コミュニケーション、以下同様）し、相談し得る権利を、法律上明文をもって定め、かつ、それらの権利を実質的に保障・担保するため、①依頼者と弁護士との交通・通信・相談の内容、過程を示す一切のメモ・議事録等の書面的記録、音声的記録、電磁的記録、更には②依頼者と弁護士との交通・通信・相談の内容・結果に由来し又はそれが反映した文書等の成果物（自発的に公表されたものは除く）について、立ち入り・臨検・搜索差押等において、検査、提出、領置、搜索差押等の対象とならないことを、法律上、明文をもって定めるべきである。

第2 理由

1 弁護士の秘密交通権・弁護士秘匿特権の意義、重要性においては、すでに多くの実務家、学者、碩学・識者、海外の諸団体・機関によって指摘されているところであり、それらについてはここでは繰り返さない。

ここでは、研究会報告書が

「しかし、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」（報告書52頁）

と述べ、それを理由に法定を避けるという結論を導いているので、その点に関し、決して、弁護士と依頼者との間の秘密交通権、弁護士秘匿特権の保障が、我が国の実定法上、根拠を欠くものではない、ことを指摘し、再考を促す一助になればと思料し、意見を申し上げる次第である。

2 刑事訴訟法39条1項は、刑事手続上身体の拘束を受けている被疑者・被告人と弁護人・弁護人となろうとするもの者との間の秘密交通権として（下線は当職）、

第三十九条 身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。（刑訴39条1項）

と定めている。

これは、弁護士と依頼者との間の秘密交通権の一局面として、犯罪の嫌疑が認められ、罪証隠滅のおそれさえ認められるような（刑訴199条、60条1項2号）、刑事手続上身体の拘束を受けている被疑者・被告人との場合でさえ、「立会人なくして接見」し秘密裡に弁護士と相談する（コミュニケーションを図る）ことが保障される、ということを明らかにしている。

しかも、かかる権利の保障は、最高裁判例が

「刑訴法三九条一項が、…、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法三四条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということが出来る」（最判平成11・3・24 最高裁HP掲載）

と判示する通り、憲法の定める基本的な権利保障に由来するものである。

3 かかる権利の保障内容としては、何も、弁護人との接見に立会人を置いたり接見室に機器を設置して接見中の会話を傍受したりすることが許されない、というばかりではない。

捜査機関が事後に被疑者から接見内容を聴取することも原則として許されない、という内容をも含むものである（鹿児島地判平成20・3・24判時2008号3頁、京都地判平成22・3・24判時2078号7頁、福岡高判平成23・7・1判時2127号9頁 それらの判例の概要は後記の通り。）。

4 勿論これらの議論は、「身体の拘束を受けている被疑者・被告人の権利」としてのものであるが、それは「身柄拘束されていない場合には、被

疑者・被告人と弁護人が自由かつ秘密にやり取りができるのは当然であるため、あえて条文には書かれていないだけのことであり、その意味で、秘密交通権は、一般的に保障されているものであり」(川出敏裕「独禁法審査手続の論点」ジュリスト2015年4月号35頁)、何も身体拘束された被疑者、被告人に特有な権利というわけではないのである。

むしろこれらの権利は、犯罪の嫌疑が認められ、罪証隠滅のおそれさえ認められ、裁判官の発する令状により身体の拘束を受けている被疑者・被告人の場合ですら、侵害されてはならない基本的な権利として保障される、という性格・趣旨のものであるから、身柄拘束中でも被疑者・被告人ですらない依頼者と弁護士との間において、そうした秘密交通権が認められるのは当然のことであり、いわば「言わずもがなのこと」というべきである。

5 そうだとすると、前記の法令や判例によって身柄拘束中の被疑者・被告人について認められた秘密交通権の保障内容については、当然のことながら、弁護士と依頼者との間の一般的な秘密交通権(秘匿特権)の内容として認められるべきであり、それらの権利保障は、前記の法令や判例の存在を通じて、まさしく「我が国の現行法体系上」も十分に根拠を有する、ということができる。

したがって、一般的な弁護士と依頼者との間の秘密交通権(秘匿特権)について直接定める法令や判例が存在しないからといって、それをもってそれらについて独占禁止法上定めることに躊躇をする必要は全くないものというべきである。

そして、それらの権利保障を明文をもって定める場合には、その保障内容として、弁護士と依頼者との秘密裡に交通・通信・相談することができる権利が実質的に保障され担保されるために、冒頭に掲げた提言内容を明文をもって定めるのが相当と思料する。

第3 参考

参考までに、捜査機関が事後に被疑者から接見内容を聴取することも原則として許されない、とした最近の判例を挙げると、次のようなものがある。

番号	裁判所, 判決日(出典)	事案の概要及び裁判所の判断	備考
1	福岡高判 平成23・7・1 (判例時報2127号15, 17頁) 〔国賠請求事件, 請求額を減額して請求認容〕	弁護人が被疑者の接見時の供述の一部を報道機関に対し公表していた事例(検察官の被疑者に対する聴取行為が問題となった。) 裁判所は、上記の公表により秘密性が消失したもの以外について、被疑者と弁護人との情報交換内容を尋ねるのは、刑訴法39条1項の趣旨を損なうような聴取を控えるべき注意義務に違反し、国賠法上違法と判断した。	
2	京都地判平成22・3・24 (判例時報2078号86頁) 〔国賠法1条1項に基づく京都府に対する損害賠償請求事件, 請求棄却〕	(京都府警の担当官による取調べに関して問題となった。) 裁判所は、刑訴法39条1項の定めがあり、捜査機関が接見の場に立ち会うことが許されないのはもちろん、被疑者から事後的に接見内容を聴取することも…実質的に接見交通権を侵害するものとして原則的に許されない、とした上で、本件においては被疑者が自発的に話したものであり侵害とはいえない、と判断した。	
3	鹿児島地判平成20・3・24 (判例時報2008号27, 28頁) 〔国賠法1条1項に基づく国, 鹿児島県に対する損害賠償請求事件, 請求額を減額の上請求認容〕	いわゆる志布志「接見交通権」侵害国賠訴訟事件 裁判所は、刑訴法39条1項の「立会人なくして」とは、接見に際して捜査機関が立ち会わなければ足りる、とするにとどまらず、およそ接見内容について捜査機関は知りえないという接見内容の秘密を保障したものと見え、原則的には接見後その内容を捜査機関に報告させることも許されないといえりと判示した。	

【池田幸司(池田幸司法律事務所 弁護士)】

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の14項(3)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成。ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の

行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対。

第2 意見の理由

(中略)

2. 意見の趣旨2について

- (1) 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。しかし、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのかが否かが判然としない。また、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見があるが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説明が十分でない。
- (2) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。
- (3) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。しかも、秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。
- (4) 以上のとおりであるから、課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をすることと定めるとの報告書に賛成する。**【石戸谷豊(港共同法律事務所 弁護士)】**

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)は、実態解明機能を損なわない範囲に限定して制度設計すべきである。

第2 意見の理由

1. 依頼者の弁護士を依頼する権利を確保するため、秘匿特権は積極的な意義を有する。
2. しかしながら、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合があります。実態解明の要請と緊張関係にあることは明らかである。独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することは極めて重要である。したがって、秘匿特権の導入にあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮すべきである。
3. かかる観点から、秘匿特権の導入にあたっては、その必要性、根拠を明確にするとともに、範囲(時間的、物的)について適切な限定を行い、インカメラ手続きなど実態解明機能を阻害しない判定手続、濫用防止措置など適切な整備を行うべきである。
4. なお、秘匿特権が行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であることに鑑みると、これを一般的な制度として導入することには、慎重であるべきである。**【今井一成(崎陽合同法律事務所 弁護士)】**

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

(中略)

2. 意見の趣旨2について

(1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

(2) 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

(3) しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのかが否かが判然としない。

また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

(4) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合は明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

(5) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

(6) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

(7) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。**【今井孝直(今井孝直法律事務所 弁護士)】**

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項(3)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という。)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

秘匿特権は、依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのかが判然としない。

とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執

行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

秘匿特権については、多くの点で見解の対立があり、現時点でこれを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとはいえない。秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をすることとめるとの報告書に賛成である。**【江口文子（弁護士）】**

2014年7月8日、CCBEは、日本国政府内閣府に対して、日本における弁護士依頼者間の秘匿特権に関する意見書を提出し、以下の結論を述べました。

“弁護士と依頼者間の通信の秘密は、欧州の裁判所と関連する欧州の機関から特別に高い注意が払われている。秘密は、弁護士の義務であるばかりでなく、依頼者の基本的な人権である。秘密が確かに守られることが無ければ、司法の運営と法の支配が適切に機能していくうえで鍵となる信頼ということもあり得ない。”

日本弁護士連合会は、CCBEに対して、独占禁止法にもとづく課徴金制度の見直しを内容とする独占禁止法研究会報告書について注意を喚起しました。日本国政府が依頼者と弁護士の間の通信秘密を守る制度を未だに導入しておらず、これを権利として認めていないことを知り、期待を裏切られた思いです。2014年7月8日に提出した意見は現在も変わりません。**【欧州弁護士会評議会】**

第2 意見の内容

(中略)

3 本報告書第3, 14(3)の弁護士・依頼者間秘匿特権について

(1) 結論の一つめについて

ア 本報告書は、「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができるという、いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権（以下『秘匿特権』という。）が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった」とする。

イ この結論については、反対である。

この意見は、現状についての調査を怠っていることによるものとしか考えられない。そもそも同意見の理由中に述べる東京高裁平成25年9月12日判決（以下、「JASRAC事件高裁判決」という。）（本報告書第3, 14(3)ア）における事案は、JASRACから、その行為について独禁法上の問題点がないかについて調査を求められた弁護士がJASRACに提出した意見書について、公正取引委員会がこれを押収し、その意見書を、JASRACの担当者等の故意の認定に用いたというものである。

弁護士の意見書は、法的な問題点を解決する拠り所となる資料であり、行為者の主観をその弁護士の意見から認定するとの手法自体に、そもその問題があるところである⁵。

ウ また、国際カルテル等の事案においては、海外の弁護士は、日本では通信秘密保護制度がないとされることを想定し、後の民事賠償訴訟等でのディスカバリの対象となることを懸念して、日本の裁判管轄下にある事業者には意見書を提出しないことがあり、この実務はこのような案件を担当した多くの日本の弁護士が経験しているところである⁶。そのような中で、日本の事業者は、弁護士からの書面による法的見解を精査することなく、方針を立てなければならないという状況に陥っており、現実に不利益を被っている。

なお、これまで、米国のいくつかの裁判所において、日本にも通信秘密保護制度があることを前提に国際礼讓の観点から、依頼者と弁護士との通信についてディスカバリの対象としないとの判断が示されてきているが⁷、他方、当該国で通信秘密の保護がないと考えられた場合には、米国の裁判所において、ディスカバリの対象から除外しないという判断もなされている⁸。JASRAC事件高裁判決は、通信秘

密保護制度は、現行法下では、具体的な権利として認められていないと判示したため、通信秘密保護制度が、独占禁止法で具体的な事業者の権利として認められなければ、今後、米国の裁判所においても、日本における弁護士との通信については、ディスカバリの対象とされる懸念が具体化することになる。

エ また、本報告書は、「①秘匿特権を認めた場合に公正取引委員会の実態解明機能が損なわれることは明白であり、実態解明機能を阻害してまで秘匿を認めるべき必要性や合理性は認められないのではないか」との意見があったとする（本報告書第3，14(3)カ）。

しかし、この実態解明機能を損ねるとする意見は通信秘密保護制度に対する誤解があるのではないかと思料される。通信秘密保護制度で保護されるのは、依頼者と弁護士との間の通信だけであって、その通信に用いられた過去の資料などは通信秘密保護の対象とはならない。たとえば、弁護士に、事業者の従業員のカルテル行為に関するとおぼしきメールなどの過去の資料を添付したメールなどを送付して弁護士に意見を求めても、この添付された従業員のメールや過去の資料が通信秘密保護の対象となるわけではない。カルテル行為の認定に証拠として用いられるのは、このような過去の資料であるから、通信秘密保護制度を認めても実態解明機能を損ねることにはならない。

ましてや、申告者に申告後も資料の提出等、公正取引委員会の調査への協力を求める課徴金減免制度の下では、通信秘密保護制度を具体的に認めることによって、むしろ実態解明はより進むものであることは米国の例をみれば明らかである⁹。なぜなら、JASRAC事件高裁判決事案のような、弁護士から得た意見書が公正取引委員会によって押収され、事業者に不利な証拠として用いられてしまうといった懸念が払拭されることとなり、事業者が早期に弁護士に意見を求め、また弁護士において違法行為が認められるという考えに至れば、課徴金減免制度の適用事案であれば、事業者がこの制度の利用を勧めるはずであり、弁護士の調査結果も公正取引委員会に資料提出されることになると思われるからである。

オ つづいて、本報告書は「②『秘匿特権』があろうとなかろうと、事業者には、違反を発見し、然るべき当局に報告し、是正していく社会的な責任があるにもかかわらず、弁護士に相談さえすれば、課徴金減免申請を通じて公正取引委員会に報告をしなくとも、違反に関する社内調査の結果などを秘匿できるとすれば、公正取引委員会の調査を困難にさせ、実態解明を損なう危険性があるのではないか」との意見や、「④仮に違反に関する社内調査の結果等を秘匿できなければ安心して事実解明が行えないとしても、そのような安心は配慮に値しないのではないか」との意見を紹介する（本報告書第3，14(3)カ）。

まず、弁護士に相談さえすれば、社内調査の結果などを秘匿できるとする点においてこの②の意見も上述の①の意見と同様の誤解があると思料される。社内調査で明らかになった過去の資料は通信秘密保護制度によって秘密にできるものではない。むしろ、早期から弁護士に社内調査の主導を委任することにより、これを担当した弁護士は、その結果、違法行為があると考え、また課徴金減免制度の適用事案だと考えた場合には、この制度について依頼者である事業者の説明することが可能となり、実態解明に資することとなると考えられる。

独占禁止法違反事件にあつては、課徴金減免申請の対象行為であれば、事業者は、弁護士に相談することにより、弁護士からこの制度の紹介とメリットについて説明を受けることができ、これを利用すべきとの判断がなされる可能性が高くなる。むしろ、通信秘密保護制度を認めることにより、公正取引委員会においては事件の端緒を知る機会が増えることにもなると考えられる。

カ また、本報告書は、「③現行制度の下で、秘匿特権が認められていないことを理由として事業者が社内調査や弁護士への相談を躊躇している実態は認められないので、秘匿特権の必要性自体に根拠がないのではないか」（本報告書第3，14(3)カ）との意見も挙げている。

まず、この意見については、実態について誤認があるのではないかと思料される。また、通信秘密保護制度を認めるべきことと、事業者が弁護士への相談を躊躇するか否かとは何らの関連性もない。事業者は、通信秘密保護制度がなくても、必要であれば弁護士に相談をして、アドバイスを得なければならないと認識しているはずである。但し、その相談による成果の受け取り方には通信秘密保護制度があるか否かで大きな差が出る。JASRAC事件高裁判決が出されてからは、以前にもまして、弁護士が意見書を依頼者である事業者に渡すことによって依頼者に不利益を与える危険性が具体化したのであるから、弁護士は、仮に求められても意見書を渡すことを躊躇することになると考えられる。通信秘密保護制度の必要性はJASRAC事件高裁判決によってまさに顕在化しているのである。

キ さらに本報告書は、「⑤弁護士との相談記録のみならず、違反に関する社内調査の結果等まで秘匿の対象とするのは広過ぎるのではないか」との意見を掲載している（本報告書第3，14(3)カ）。

しかし、社内調査の結果については、弁護士が社内従業員に対し、自らの法的意見を構築する上で必要な質問を行い、それに対する応答を録取したものは、通信秘密保護制度の対象となり得るが、過去の資料及びこのような資料に記載された事実自体は通信秘密保護制度の対象とはなり得ない。従って、広過ぎるとの意見も通信秘密保護制度の誤解から生じているものと思料される。

ク その上、本報告書は、「⑥社内調査の結果、違反なしと判断したのであれば、当該社内調査結果等を秘匿する実益はないのではないか」といった意見が出されたとする（本報告書第3、14(3)カ）。

しかし、社内調査の結果、違反なしとの判断に至った後、その開示を求められる理由はないはずであり、この場合も結果についての秘密が守られるべき要請は違法性の可能性が指摘された場合と何ら変わらない。

ケ これに加え、本報告書は、「過去の事案で、『調書を作成させない方法＝メモをとること』、『きよぎの証言に対する制裁はない』、『メモを捨てる（書類整理）』、『書類整理とは、連続もの（平成〇〇年度）についてH12の半分かくしたら言われる、かくなら全部かくす』といった指導をしている事例が存在する（別紙44）ところ、こうした指導内容や、弁護士による社内調査により違反行為の存在が発見されたにもかかわらず課徴金減免申請はしなくてよい、又は、発見された違反行為を矮小化して課徴金減免申請すべきといった指導内容についてまで、防御のために秘匿することが許されるべきではないという意見が多数を占めた。」ことも紹介している（本報告書第3、14(3)カ）。

まず、本報告書が挙げるこれらの例は、通信秘密保護制度の導入とは何ら関連性を有するものではない。このような例を挙げる背景には、弁護士によるこれらのアドバイスが不適切であり、このような不適切なアドバイスを行う「弁護士」に秘匿特権を与えることは問題であるとの考えがあるように思われる。しかしながら、通信秘密保護制度は、「依頼者」の権利、すなわち依頼者の防御権、遵法精神の涵養のための権利であって、弁護士に何らかの権利を新たに付与するものではない。したがって、通信秘密保護制度が認められたからといって、弁護士の不適切なアドバイスが増大するというようなことにはならないのであり、通信秘密保護制度と上記のような不適切指導等とは全く関係がないものである。

加えて、本報告書が挙げる事例は、文脈が明らかにされておらず、すべてが違法となるものか否かはこの例だけからは明らかでない。但し、弁護士の意見が、弁護士職務基本規程に違反するようなものであれば、このような意見を述べた弁護士自身、懲戒の対象ともなりうるものであり、日本弁護士連合会が2016年11月15日付「課徴金制度の在り方に関する論点整理」についての意見書の中で述べたとおり、公正取引委員会からの弁護士が所属する弁護士会への情報提供により懲戒請求を求めることも考えられる。その前提として、文書の通信秘密保護の対象性については、これを第三者的立場から、審査する制度を設けることに当ても反対するものではなく¹⁰、その中で、弁護士の意見は開示され、通信秘密保護の対象とならないと判断されれば、公正取引委員会がその意見内容を知ることは可能である。従って、上記のような例が通信秘密保護制度を否定する理由にはならない。

(2) 結論の二つめについて

ア 本報告書は「一方、今回の見直しにより、課徴金減免制度が拡充された場合には、課徴金減免申請を行うために弁護士に相談するニーズがより高まると考えられるため、新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から、公正取引委員会は、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、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である」としている。

イ まず、この結論のうち、「新たな課徴金減免制度の利用にかか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、・・・秘匿特権に配慮する」との点については、その意図するところが不明であり、課徴金減免制度の適用がある類型に限られていること、またその中でも課徴金減免制度を利用すると決めた場合に、事業者と弁護士との間でなされる通信に限定していると解釈されうる点が問題である。

上述のとおり、依頼者と弁護士間の通信を秘密にすべきという保護制度は、この秘密が保障されることにより、依頼者が包み隠さず、事実を弁護士に伝えることができ、弁護士からその事実に見合った法的アドバイスを受けられるようにするものである。通信秘密保護制度は、依頼者の防御権の一種として認められるべきものであり、またこれが認められることにより、依頼者が十分に弁護士に相談ができ、結

果、依頼者の遵法意識が高まるという機能を有するものである。依頼者（ここでは事業者）は、独占禁止法に抵触しないだろうかという懸念を持って弁護士に相談する際に、その懸念される事実が、課徴金減免制度の対象となるかどうかを予め判断した上で相談するわけではない。制度の対象の如何や制度の利用の有無にかかわらず、通信の秘密が保護されるのでなければ、通信秘密保護制度の趣旨は没却されてしまうのであり、本報告書が配慮すべきという秘匿特権は、元来の意味での通信秘密保護の制度とは全く異なるものである。このような特殊な秘匿特権があっても、依頼者（事業者）は、安心して弁護士に相談することはできず、自らの防御が十分に行えず、また結果として遵法意識を高めることもできない。従来より、事業者の防御権の確保の重要性が指摘されてきたにも関わらず、本報告書は、結局、防御権の重要な一部である通信秘密保護制度を全く認めていないに等しいもので、賛成できない¹¹。

本報告書は、「今回の見直しにより、課徴金減免制度が拡充された場合には・・・秘匿特権に配慮することが適当である。」とするが、通信秘密保護制度は、今回の課徴金制度の裁量制導入により、公正取引委員会が恣意的な運用をすることを可能にする指針等で認めるとすべきものではなく、現行の法制度において、法律として、課徴金減免制度とは関係なく認められるべきものである。このような限定を付している点、本報告書は、通信秘密保護制度の本質を理解していないものといわざるを得ない。

ウ また、本報告書はこの結論に対する理由中に、「証拠隠滅等の弊害を防止するため、①秘匿特権に配慮すべき文書であるか否かを適正に判別することができる手続を設けること、②調査妨害行為に対する課徴金の加算制度の導入及び検査妨害罪に対する罰則の強化を行うことが不可欠である」と述べている（本報告書第3、14(3)キ）。

上述のとおり、文書等が通信秘密保護対象となるか否かについては、当事者間では見解が分かれることも予想され、その場合に第三者的立場から審査する手続が必要なことは理解されるところであり、本来の意味で通信秘密保護制度が導入された場合にこのような審査手続が導入されることに反対するものではない。

エ これに加えて、本報告書は、「別紙44で挙げた事例のような証拠隠滅等の非協力的なアドバイスを行う弁護士が認められた場合には、公正取引委員会は、当該弁護士が所属する弁護士会に対して、懲戒請求を積極的に行うことが必要である。また、公正取引委員会が秘匿特権に配慮した運用を行う際には、その運用に対応し、弁護士の懲戒制度をより実効性あるものとして機能させるための方策が日本弁護士連合会において講じられることが期待される」としている（本報告書第3、14(3)キ）。

まず、この部分は、非協力的なアドバイスそれ自体が、直ちに懲戒請求の対象となるかのような表現となっており、弁護士の正当な弁護活動についてまで問題があるかのような誤解を招くという点で、不適切であるといわざるを得ない。また、弁護士会の懲戒制度自体は現在も実効性あるものとして機能している。懲戒対象となるような行為を覚知したのであれば、公正取引委員会が懲戒請求を行えば、各弁護士会は、これに適切に対処するものであって、この点についての指摘は首肯できるところである。

<脚注>

5 JASRAC事件高裁判決の原審判決（東京地裁平成25年1月31日）は、その理由中で、「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、上記のような具体的権利ないし利益としての『弁護士・依頼者間秘匿特権』や『職務活動の成果』の法理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考えられる。」と述べ、依頼者と弁護士の通信秘密保護制度の重要性を指摘している。

6 矢吹公敏・Scott D Hammond「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入（上）」NBL1067号8頁参照。

7 2000年マサチューセッツ州地方裁判所による日本の弁理士と依頼者の間の通信の秘密を認めた VLT Corp. and Vicor Corp. v. Unitrode Corp. 194 F.R.D. 8, LEXIS 8987 (D. Mass. 2000) など。

8 中国では、通信秘密保護を国内法で認めていないとしてディスカバリでの開示を命じられた Wultz v Bank of China Ltd. No. 11-cv-1266 (S.D.N.Y. Oct. 25, 2013)がある。

9 前掲注6・論稿4頁以下、同（下）NBL1068号31頁以下。

10 通信秘密保護の対象となるには、米国の連邦法においても、①文書が依頼者と弁護士間の通信であるか、②秘密の通信であるか、③弁護士に法的助言を求めらるためになされた通信か、④犯罪行為や詐欺行為の実行のためのものでないか、⑤依頼者によって放棄されていないかなどの要件を満たす必要があるとされ、証拠等が押収された際にもまずは弁護士が

通信秘密対象文書目録を作成し、これに対して、捜査に携わらない職員による検討がなされるという運用がなされている。

- 11 本報告書も第3、14(3)イで述べるとおり、平成26年12月24日に公表された「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」では、通信秘密保護制度は十分に検討するに値する制度として紹介されている。また2005年独占禁止法改正附則第13条、2009年改正法衆参両院附帯決議、2013年独占禁止法改正附則第16条などが、防御権確保のための調査手続の見直しを求めてきている。

【大阪弁護士会】

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

(中略)

2. 意見の趣旨2について

- (1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。
- (2) 秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。
- (3) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。
- (4) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。
- (5) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。【大迫恵美子(弁護士)】

2. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、反対である。

弁護士・依頼者間秘匿特権は、依頼者の防御のために必要不可欠であり、課徴金制度を刑事罰に類似したものに変更するのであれば、弁護士・依頼者秘匿特権も制度として認めることが必要不可欠である。【大森景一(弁護士法人 中村国際刑事法律事務所 弁護士)】

2 弁護士懲戒制度に関する日弁連の主張は、懲戒制度の運用の実態とかけ離れていること

弁護士懲戒制度の運用に関する日弁連の選出委員とみられる委員の意見は、多くの点で懲戒制度の運用実態とかけ離れている。

別紙44の検査妨害が審決で指摘された弁護士に対する懲戒請求は、行われていないから懲戒されていないのであり、公取委が懲戒請求していれば、懲戒されていたかのような前提に立っているが、懲戒請求は、第三者からされており、時効を理由に棄却されている。しかも、懲戒請求した弁護士が、逆に、綱紀委員会懲戒相当の議決を受けており、同弁護士に対する懲戒請求への意趣返し、通報妨害が疑われる運用となっている。

この検査妨害を行った弁護士は綱紀委員会の部会長を務めているという驚くべき実態がある。司法妨害を行った者が、弁護士倫理を監督する責任者であるという事実は、懲戒制度が適正に運用されているかを疑わせるものであり、報告書で、具体的に指摘されるべきであったと思われる。

日弁連意見書は、公的機関による懲戒請求が行われれば懲戒が行われるかのような意見を提出しているが、全く運用の実態を反映していない。公的機関の懲戒請求で、懲戒が行われた例を当職は知らない。当然に懲戒されるべき懲戒請求も棄却されているのが実態である。例えば、麻原彰晃の弁護士が期限内に控訴趣意書を提出しなかったことに対する東京高裁の懲戒請求、取調べを可視化したビデオの公開について、守秘義務違反を理由とした検察庁の懲戒請求はいずれも棄却されている。公取委が懲戒請求しても無駄だと考えたことには根拠がある。

また、日弁連選出委員とみられる者が、懲戒手続について「基本的には懲戒事由を疑わせるような事実関係の存在を示す資料を提供いただければよい。不足している情報があれば、弁護士会が情報提供者にヒアリングを実施する等の補足調査を適宜行うはずである。」と主張していることも、懲戒手続の運用とかけ離れた主張である。別紙44の検査妨害が審決で指摘された弁護士に対する懲戒請求については、懲戒請求者への事情聴取も公取委からの事情聴取も行うことなく、請求を棄却している。弁護士会による懲戒制度は、判例上、公の権能の行使とされ、その処分が行政処分とされ、弁護士法では、「必要ときは調査を行う」とされているにもかかわらず、実務上は、懲戒請求がなければ、調査は行われず、その調査も懲戒請求者と請求対象弁護士が提出した証拠に依存して行われ、懲戒請求者への事情聴取すら行わないことがある。懲戒請求は、一種の公益通報であり、その公益通報に関し、通報者に調査・立証義務を課すような運用は、行政庁の権限行使の在り方としては著しく妥当性を欠くが、そのように運用されているのである。

さらに、懲戒請求がなされた事案を掲載するデータベースは存在せず、懲戒事例集には懲戒制度の運用上不都合な事件は掲載されないのではと疑われる取捨選択が行われている。したがって、外部から懲戒制度が有効に機能しているか、適正な運用が行われているかを検証する術はなく、透明性の観点からも問題がある。

したがって、懲戒手続の適正化を求めた報告書の指摘は、問題の核心に迫るものである。

3 秘匿特権は、まず弁護士会が自らの職務規程の運用において実現することが可能であり、またそうすべき問題であること

秘匿特権をスムーズに導入するには、弁護士会が秘匿特権文書を証拠として用いるような弁護活動を懲戒対象にすることが、最も手っ取り早く、また、その保護範囲を適切に確定する意味でも、有効である。

秘匿特権というのは、行政庁との関係でだけ問題となるものではなく、民事事件でも、使用者が労働者のメールを閲覧し、弁護士と依頼人との間の通信文書を証拠として用いるという形でも顕在化する。このような民事事件における秘匿特権文書の使用については、これを使用した者の代理人に対する懲戒請求がなされている例が2016年度でも2件みられるが、弁護士会は懲戒しておらず、民事事件での秘匿特権文書を証拠として用いることを容認している。行政庁に秘匿特権文書の保護を要請する前に、まず、民事事件での利用を抑制するように弁護士倫理・職務規程を運用すべきではないのか。

この懲戒請求事例で、日弁連の懲戒委員会は、懲戒しない理由として、法的に秘匿特権が保護されていないことを挙げているが、法的に違反とされていないことでも、弁護士会は、品位条項で懲戒事由ありとして懲戒することができ、実際に、内容証明や訴状・懲戒請求書の攻撃的な表現をとらえて品位条項によって懲戒する例はきわめて多い。これらは、弁護士の業務活動を制限する意味で、独禁法に違反する疑いが強いが、そのような過剰なまでの介入をするのであれば、この問題で介入できないものではない。秘匿特権文書を使うことは、それ以上に品位を害するものであるから職務規程の運用から秘匿特権の保護を始めることは、弁護士会が自らの職務規程の運用によって可能なのである。その運用実績をもとに、国との関係で行政庁が秘匿特権に配慮すべきであると主張するのが順序だった対応であるといえる。国、行政庁との関係だけ保護せよというから、司法妨害的な使用が懸念されるのであり、弁護士会が職務規程によって、秘匿特権を保護することから始めることが最も適切であり、説得力がある。事業者・弁護士会から、弁護士が実質的に助言していなくても、弁護士が立ち会っていさえすれば、保護されるかのような主張も見られるが、職務規程で運用するようにガイドラインを自ら策定し、過剰の保護範囲を設定すれば、上記のように保護範囲を設定することは弁護士の業務活動が制限されることも明らかになり、過剰な保護範囲を要求することもなくなってくるであろう。その意味でも、まず職務規程を通じた保護から始めることが適当である。**【越知保見（明治大学 教授、弁護士）】**

5. 第3・13～15について

(中略)

弁護士・依頼者間秘匿特権は、本報告書第3・14(3)に記載されているように、現在行われている事件調査方法の下で実態解明機能を損なわない範囲であれば、導入は可能であろう。しかし、それ以上のものを導入しようとするなら、上記のように事件調査方法の改革と併せて行うことが必要である。【小畑徳彦(流通科学大学商学部 教授)】

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

1. 秘匿特権は、「依頼者と弁護士の間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

2. 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

3. しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのかが否かが判然としない。

また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

4. 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

5. 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

6. 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

7. したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。【片岡利雄(片岡利雄法律事務所 弁護士)】

3. 防御権の法定化には、独占禁止法の厳正な執行を妨げるおそれがあります。

(中略)

(1) 秘匿特権の導入の問題

秘匿特権の導入は、独占禁止法研究会においても、その必要性が認められませんでした。企業が秘匿特権により、弁護士・依頼者間の通信内容を示した証拠の提出を忌避できることとなれば、公正取引委員会は調査対象企業から、証拠が得られる可能性が減少し、十分な調査が行えなくなるおそれがあります。【神奈川県消費者団体連絡会】

特定の質問に対する回答

意見を要請する貴職の書簡において、貴職は前記報告書の中の2つの点について意見を求めています。一つは、弁護士依頼者秘匿特権に関するものであり、もう一つは適正手続に関するものです。以下の意見は、このうち秘匿特権だけを扱うものです。

日本における弁護士依頼者秘匿特権に関する問題について意見を求める要請に応じて我々がお送りした2014年7月4日の書簡に示したとおり、カナダにおいて、ソリシター依頼者間秘匿特権は、「権利と自由のカナダ憲章」第7条の下で保護される基本的正義の原則として認識されています。我が国の最高裁判所は、秘匿特権はカナダの司法制度が適切に機能するために不可欠のものであり、できる限り絶対的なものに近いままにしなければならない旨、繰り返し判示しています。

最高裁判所がソリシター依頼者間秘密特権をこのように取扱う基礎となっているのは、助言を求める依頼者が、彼らのコミュニケーション（通信）は、明確に定義された例外の場合を除き、彼ら依頼者の同意があった場合にのみ開示され得る、ということを知りながら、自らの弁護士に対して率直に話すことができることが不可欠である、という信念です。このような自由で率直なコミュニケーションは、依頼者が可能な限りの最善の法的助言を得るために必要なものと考えられています。同裁判所は、依頼者とその弁護士（法律顧問）との間の率直なコミュニケーションは、我々の司法制度の不可欠の要素であると認識してきました。

我々は、前記報告書が、「いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった。」と結論付けていることに注意を向けます。カナダにおいてソリシター依頼者間秘匿特権を保護する理由は、我が国の司法制度が機能するためには依頼者とその弁護士との秘密保持が重要であること、及び市民の法的権利の保護に基づいています。秘匿特権の保護は、依頼者に対する現実の不利益が生じるであろうことが示されることに依拠するものではありません。しかしながら、我々の見解では、もし依頼者（今回の場合は事業者）の弁護士に対するコミュニケーションが、まさに事業者を調査する当局に対して開示される可能性があるならば、事業者に対する不利益が生ずることは不可避です。依頼者とその弁護士との間のコミュニケーションに対する保護の欠如は、自らの弁護士に対して全ての関係事実を完全に開示することに基づき明確な法的助言を得るという市民の能力を弱体化させるでしょうから、司法制度が適切に機能することも、阻害されることとなるでしょう。

我々は、「公正取引委員会の実態解明機能を損なわない範囲において」依頼者とその弁護士との間のコミュニケーションを保護するという裁量を公正取引委員会に与えれば弁護士依頼者秘匿特権を認めないことによる懸念は解消されるだろうという提言に、丁重に反対致します。我々の見解では、法的な手続においてこれらの基本的な権利が保障されず、むしろ当該手続を実施しあるいは主宰する人々の判断に委ねられるならば、そのような法的手続は対立の危険性と濫用の可能性に満ちたものとなります。

当連合会は、弁護士とその依頼者との間のコミュニケーションの保護は、「法の支配」の重要な要素であると考えます。依頼者とその法的助言者との間の率直さを促進することにより依頼者が行う意思決定が完全に状況を理解したものとなり、そのことで司法制度における効率性と公平性に寄与できるのです。

結論

我々は、以上の意見が、独占禁止法調査における課徴金制度の見直しに対して、役に立つことを望みます。もし追加の質問がある場合には遠慮なくご連絡ください。**【カナダ・ローソサエティ連合会】**

第12 新制度の下での手続保障について
(中略)

2 弁護士・依頼者間秘匿特権（「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができるという、いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という。）が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった。」「一方、今回の見直しにより、課徴金減免制度が拡充された場合には、課徴金減免申請を行うために弁護士に相談するニーズがより高まると考えられるため、新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から、公正取引委員会は、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、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である。」「その場合でも、我が国の現行法体系上秘匿特権が認められていないこと等に十分留意する必要がある。」との部分について

(1) 意見の趣旨

弁護士・依頼者間秘匿特権は認めるべきである。

(2) 意見の理由

依頼者と弁護士との自由闊達な相談等が阻害される、外国でディスカバリーの対象になる可能性がある、証拠隠滅等の行為をする弁護士については、告発及び懲戒請求等によって対処すれば足りると考えることから弁護士・依頼者間秘匿特権は認めるべきである。**【株主の権利弁護団】**

各論（第三）に対して

（中略）

14(3) 弁護士秘匿特権について、多くの法域で競争法分野に限らず認められており、弁護士と依頼者の率直なコミュニケーションを促す等の好ましい機能は期待できるものの、我が国ではいずれの法分野でも認めていない。また、独禁法分野でのみこれが必要となる事情は明らかではない。このような状況下で、独禁法分野でのみ秘匿特権を認めることは、実態解明機能を損なう等の弊害の方が大きいと考えられる。

それゆえ、秘匿特権の導入には慎重な対応が求められる。**【川濱昇（京都大学大学院法学研究科 教授）】**

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

14 「14 新制度の下での手続保障」（報告書46p）について

（中略）

(2) 弁護士・依頼者間秘匿特権（(3)）について

報告書は、弁護士・依頼者間秘匿特権に関する検討の結論として、以下の3点を述べている。

- ① 弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができるという、いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という。）が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった。
- ② 一方、今回の見直しにより、課徴金減免制度が拡充された場合には、課徴金減免申請を行うために弁護士に相談するニーズがより高まると考えられるため、新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から、公正取引委員会は、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、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である。
- ③ その場合でも、我が国の現行法体系上秘匿特権が認められていないこと等に十分留意する必要がある。

競争法フォーラムは、「(1) 依頼者と代理人弁護士の間で懸念事項について自由闊達な相談・交信がなされるようにすることが、事業者の自主努力によりコンプライアンスを確立し改善していくことにとって極めて重要であること、(2) 懸念としてあげられているような証拠の隠匿等は、本来その保護の対象とされ得るものではなく、それ自体、検査妨害として、あるいは弁護士法上の懲戒制度により、制裁処分の対象となり得ること、(3) 本来秘匿が保障されるべき文書を公取委に提出せざるを得ないこととなることで事業者が負担する不利益は、公

取委の守秘義務の運用によって回避されうるものではないこと、(4) この保障の不存在は、国際社会における日本の法制度の信頼性を害し、特に国際カルテル事件に関して、公取委への情報提供（それによる法執行）にも、重大な支障となり得ること、などを理由に、秘匿特権の導入が喫緊の課題である」ことを主張してきた⁷。

しかるに、上記の①や③はいずれも、その事実認識自体が極めて不十分・不適切であるといわざるを得ない。

実際に、①については、海外の弁護士から日本では弁護士・依頼者間秘匿特権が認められていないため相互主義の観点から自国の裁判所が弁護士・依頼者間秘匿特権を認めないと解されるため、当該弁護士から当該国で確認された事実関係に関する情報共有が拒否されるということが発生している。また、公取委が問題のないことの前提としたと思われる米国の判例についても、米国司法省の元高官によれば、日本で弁護士・依頼者間秘匿特権が認められていないことが主張された場合に裁判官によって対象となる情報について弁護士・依頼者間秘匿特権が否定される可能性が存在すると示唆される状況にある⁸。このように、日本の独占禁止法違反行為に関する情報を日本の弁護士が確認することができない可能性のある事態は何時起きてもおかしくないのである。

また②についても、様々な限定や留保をつけつつ結論として「運用において・・・配慮」とするにとどまっており、未だ弁護士・依頼者間秘匿特権の意義を理解しようとしなないものとなっていることは、甚だ遺憾である。本来その意義を正しく理解して導入するためには、独占禁止法研究会報告書自体が上記①でもその定義として示しているように少なくとも、「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる」ことについて、特段の限定や留保のない形で確保が必要である（濫用や弊害への対処は、例えば上記の競争法フォーラムの指摘(2)のように、その保障のための制度の外に置かれることで十分である）。この点については、既に「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」（平成26年12月24日）において、秘匿特権に関する同様の定義を踏まえつつ、「秘匿特権を全面的に否定するものではなく、十分検討に値する制度であることから、今後の検討課題として、調査権限の強化の問題と並行して、本懇談会で示された懸念や疑問点を解決できるよう、一層議論が深められることが望まれる。」との見解が取りまとめられていたことから、容易に理解されるべきことである（すなわちそこでは、「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、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に」などといった限定や留保はつけられていない）。

この点特に、「新たな課徴金減免制度の利用に係る」という限定については、仮にそれが「新たな課徴金減免制度を利用した申請者についてのみ」といった趣旨と理解されるようなことになれば、弁護士・依頼者間秘匿特権を「運用（により）配慮」という趣旨すら、完全に没却されてしまうことが、明確に理解されなければならない。この秘匿特権は上記のとおり、依頼者と代理人弁護士の間で懸念事項について自由闊達な相談・交信がなされうるようにするためのものであり、その相談・交信を行う時点では未だ課徴金減免制度を利用すべきか否かは分かっていないのであるから、「制度を利用した申請者についてのみ」というような、その後の展開次第で「配慮」の有無が変わるのであれば、そのような「配慮」（すら）受けられないことを想定して行動せざるを得なくなるからである。

<脚注>

7 「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」についての意見 3頁。

8 スコット・D・ハモンド、矢吹公敏「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入（上）」NBL1067号13頁。

【競争法フォーラム】

3. 個別テーマに関する意見

■テーマ7-1：秘匿特権——必要性の観点から

(報告書該当箇所：第3の14 新制度の下での手続保障 (3) 弁護士・依頼者間秘匿特権関連 (49～53頁))

(中略)

<意見>

- (1) 報告書では、秘匿特権について、それが「認められていないことにより、事業者に現実には不利益が発生しているという具体的事実の確認はできなかった」とし、秘匿特権の必要性について十分な共通認識が得られなかったとするが、事業者が自主的・積極的に違反行為を発見・調査して、課徴金減免申請の要否を検討し、また、これを是正していくことを促進するためには、法律により秘匿特権を認めるべきである。
- (2) 報告書では、秘匿特権の導入によって公正取引委員会の実態解明機能が阻害されるおそれがあるとの懸念が払拭されていない、又は濫用される危険があるとの懸念点が示されているが、いずれも秘匿特権の導入を否定する理由とはなりえない。

<理由>

(1) 秘匿特権の必要性について

事業者が独占禁止法関連で疑わしい行為を社内で認知した場合、通常、専門家である弁護士に直ちに相談し、詳細な事実関係の調査・分析を行うことになる。その結果、違反行為が存在することが明らかになった場合、迅速に課徴金減免申請を行う必要があるからである。現在、検討されているように、課徴金の水準が従来よりも上がることにより各事業者の経営に与えるインパクトが大きくなり、さらに減免申請者が自主的に提出した証拠の価値に応じて減算率が決定されることとなった場合、課徴金減免申請の重要性はますます高まり、専門的知見を有する弁護士への相談の必要性もより高まることになる。

事業者の依頼を受けた弁護士は、社内で認知した疑わしい行為について、資料を確認し、関係者にヒアリングを行う等して独占禁止法違反といえるかどうかの分析・評価を行い、違反行為が明らかになった場合には当該事業者に対して課徴金減免申請の提案を行うことになる。しかしながら、現実には、違反行為の有無や対象商品、違反期間等の判断が難しく、課徴金減免申請を行うまでには至らないという法的評価を下す場面も存在する。

事業者の立場からは、このような法的評価を行った結果の資料が公正取引委員会に開示されることには大きな現実の不利益が生じる。非常に抵抗がある。調査・分析・評価によって最終的には課徴金減免申請は行わないと判断したとしても、認識できた事実の中に法的に「グレー」と思われる部分が存在することも多く、弁護士との間の相談資料には、対象となる事実が法的にグレーであることの悩みについても記載されている場面もあるからである。弁護士との協議を踏まえ、厳格な法的検証を行った後、確信をもって法違反がないと判断した場合であっても、そのために収集した証言や法的検討内容を公正取引委員会に提出せねばならなかった場合、後に訴訟などで争いを経て正当に適法との判決を得ることができるとしても、その過程で多大な法的実務を経なければならぬ可能性があるからである。また、会社関係者に真実を報告し、法的検証を行うと要請した場合、仮に法的に問題ないと会社及び会社の起用する弁護士が判断した場合であっても証言内容等が全て公正取引委員会に提出される可能性があるとなった場合、関係者の証言を得ることに障害が生じる。このことにより、今回の検討の目的の一つである、事業者が自主的・積極的に違反行為を発見・調査して是正することが実現できなくなるのではないかとこの重大な懸念が存在する。

なお、報告書は、「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の意見でおおむね一致した。」としているが、秘匿特権が認められる場合（あるいは運用上配慮される場合）、それが課徴金減免制度が実際に利用される場合に限定されてしまっただけでは意味がない。上述のとおり、誠実に社内検討を行ったところ、課徴金減免制度を利用しないと結論に至った場合にこそ、秘匿特権は必要となるからである。

また、上記「コミュニケーション」という文言は、秘匿特権の対象は弁護士の法的見解部分に限定されるべきとの考え方と解釈する余地もある。しかしながら、弁護士の法的見解を求めるにあたり、その目的のために行ったインタビュー内容を含めなければ、秘匿特権本来の意味は大きく減殺される。すなわち、会社及び会社の弁護士が徹底的に法的検証を行い、違反なしとされた場合は公正取引委員会に証言内容が会社から提出されないという状況の下、初めて関係者は安心して全ての事情を会社及び会社の起用する弁護士に対し証言できるのである。仮に

問題なしとされた事情であっても公正取引委員会に提出された場合、違法と一旦判断され、法的紛争になる場合もありえる。仮に訴訟を行い、最終的に違反なしとの判断を得ることができたとしても、1個人がそれらの負担に耐えることが大きな負担である。そのことから、証言内容自体を対象に含めなければ、会社による事実発見に大きく期待する今般の法改正の趣旨を大きく損なうおそれがあるのである。なお、昨今社内に弁護士資格者が増加していることから、米国のように社内弁護士についても秘匿特権を認める制度とされた場合には、会社にとって有用性が増すことが期待できることも付言しておく。

(2) 秘匿義務を認めることへの懸念について

報告書では、秘匿特権の導入によって公正取引委員会の実態解明機能が阻害されるおそれがあるとの懸念が挙げられている。しかしながら、秘匿特権の保護の対象はあくまで弁護士との通信に限定されるものと考えられるところ、事実関係に係る資料そのもの（一次資料）は保護の対象外である。とすれば、公正取引委員会の実態解明機能が阻害されることはないものと考えられる。また、報告書では、弁護士が社内調査により違反行為の存在を発見したにもかかわらず課徴金減免申請を行わずに、又は違反行為を矮小化して申請することを指導したような場合にその指導内容についてまで秘匿特権の対象とすることについて問題提起されている。確かに、このような濫用行為への対応については検討する必要があるが、今回の検討においては、かかる調査妨害行為に対するペナルティの強化も議論されている。濫用の可能性があることから秘匿特権を認めないのではなく、かかる行為は調査妨害行為にあたるものとして防止を図るべきと考える。

■テーマ7-2：秘匿特権——国際的イコールフィッティングの観点から

(報告書該当箇所：第3の14 新制度の下での手続保障 (3) 弁護士・依頼者間秘匿特権関連 (49～53頁))

(中略)

<意見>

報告書は、秘匿特権について、それが「認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実の確認はできなかった」としているが、国際カルテル事件では、日本において秘匿特権が認められていないことにより、現実に不利益が発生している状況である。かかる観点からも、秘匿特権は認められるべきである。

<理由>

昨今、海外競争法当局と日本の公正取引委員会とが連携調査手続を進める国際事案が増加している。このような事案では、競争法当局間で、随時、公式・非公式の情報コミュニケーションが実施されているところ、これらは、行政当局外にその存在及び内容（時期、コミュニケーション内容等）が明らかにされることのない性格のものである。

しかし、各国の競争法運用は、それぞれの法制度下で行われており、各国制度全体の中で妥当な結論が得られるように設計、規定されているものである。日本では、刑事法制の一部で弁護士と身柄拘束中の被疑者間における接見交通権（秘密交通権）が認められている（刑訴第39条）が、行政手続についてこれを明示するものはないとされている。

秘匿特権をはじめとする事業者の手続保障に関しては、審判制度を廃止する独占禁止法改正法を可決した第185回国会閣法第72号の衆議院附帯決議において、「公正取引委員会が行う審尋や任意の事情聴取等において、事業者側の十分な防御権の行使を可能とするため、諸外国の事例を参考にしつつ、代理人の立会いや供述調書の写しの交付等の実施について、我が国における刑事手続や他の行政手続との整合性を確保しつつ前向きに検討すること」を、本（改正）法の施行に当たり、「格段の配慮」をすべきものとされていた。これは、国際的な事業活動を行っている事業者が、日本法の運用により海外で不利益を被ることがないように、また日本国内における情報の取扱が海外事業者と比較して不利益とならないよう、配慮すべきことを考慮したものであった。

欧米の調査手続においては、各国の弁護士からの法律意見の内容（証拠評価等、調査手続の進捗に関する見通し等）について競争法当局の眼に触れさせることを拒絶することができる弁護士秘匿特権が認められている。これを前提に、司法取引（刑事手続）、リニエンシー（行政・刑事手

続)が運営されており、仮に日本のみで秘匿特権が容認されず、運用状況が曖昧(不透明)な行政当局間の連携において、日本の当局が調査過程で収集した情報が、欧米であれば秘匿特権により保護されるにもかかわらず、日本から欧米競争法当局に流出してしまった場合には、日本の事業者のみが回復不能な著しい損害を被るおそれがあるといわざるを得ない。

実際にはそのような例がない(公表事例からは確認できない)としても、競争法当局間の情報コミュニケーションの存在及び内容が開示されない以上、どのような情報が当局間で共有されているかが不透明であり、事業者及び事業者の代理人となる弁護士としては、欧米における国内事業者と海外競争法当局との協議において不利益を受けるおそれを感じているのは事実である。

現実には、このようなことの発生を危惧して、欧米の弁護士の中には、日本の事業者に欧米弁護士の秘匿特権対象文書を交付せず、事務所の中でのみ提供し、閲覧させるという運用を推奨する者も現実におり、弁護士、国内事業者の情報共有が妨げられていることから、国内事業者の防御活動に不利益が発生していることを看過するべきではない。このような事実が存在することを、論文の有無等の机上の空論ともいうべき議論によって、「事業者に現実には不利益が発生しているという具体的事実の確認はできなかった」と論じる報告書については、大いに不満を感じるどころである。

なお、国内における他の法制において弁護士秘匿特権が容認されていないことを機に私法分野における秘匿特権導入反対の強力な根拠であるように主張する意見がみられる。しかし、独占禁止法は

- ① そもそも我が国で最初に課徴金が法律により導入されたこと
- ② 我が国で最初にリネンシー制度が法律により導入されたこと
- ③ 今般、我が国で最初に裁量型課徴金制度が導入されようとしていること

の3点において他の法制度に先駆けて様々な制度が導入されてきている。そのことは恐らくカルテル事件が多くは国際カルテルの形をとりうること、また、行為地が日本でなくとも成立する違反行為であること等から、国際的調和がそもそも意識されてきたことによると思われる。そのことに照らすと、秘匿特権においてのみ我が国の他の法体系との調和を過大に考慮することは理由のないことと評価できる。公正取引委員会は法制化に際しての省庁間調整を厭わず、効率的法執行と日本企業のイコールフィッティングのため、正々堂々他の法制度に先駆け、独占禁止法における秘匿特権の法制化に取り組むべきである。

また、報告書は、「公正取引委員会は、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、証拠隠し等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である」として、秘匿特権についてはあくまで「運用」による配慮とし、法制化は当面行わない方向性を示している。しかしながら、「法律」による秘匿特権でなければ、海外の裁判所はこれを尊重せず、放棄されたものと看做されてしまうおそれが考えられる。これでは上述した問題点は全く払拭できないため、「法律」による対処が必要と考える。

なお、本件に関する立法事実は、「米国やEUの弁護士が同国での秘匿特権の Waive と見做されることをおそれて日本国内での情報開示を拒んでいるという実態の存在」である。公正取引委員会は、米国法廷で現実の Waive 認定がないことをもって立法事実がないと立論しているが、視点が誤っている。日本国での法整備の遅れにより、明らかな日本企業の不利益が生じている事実を踏まえ、立法による解決を目指すべきである。

当会としては法律による制度化を要請するものであるが、公正取引委員会が一ガイドラインでの実現でも海外企業に比して日本企業に不利益が生じることはないとの立場をとるのであれば、最低限ガイドライン上は公正取引委員会の裁量を許さず、適用を義務付ける旨明記すべきことは言うまでもないが、当該ガイドラインの内容を尊重し、日本の公正取引委員会に提出された弁護士・依頼者間の通信に係る証拠が秘匿特権の放棄と看做されることがないとの諸外国の裁判所、競争当局、有力弁護士等からの確約を得る義務を公正取引委員会は引き受ける必要がある。**【経営法友会】**

5. 新制度の下での手続保障について(報告書第3, 14「新制度の下での手続保障」)

本会は、これまで、弁護士依頼者間秘匿特権や供述録取時における弁護士の立会いなどの導入を強く求めてきた⁶。「独占禁止法審査手続についての懇談会」では、当局の実態解明機能への影響が懸念されることを主な理由として、弁護士依頼者間秘匿特権や供述聴取時の弁護士の立会いなどの防御権の導入が見送られた⁷。

今回の課徴金制度の在り方を検討する場面に限らず、独占禁止法のグローバル化が進み、国際的な整合性を確保する必要性が高まっているという現状を強く認識しながら、国際的なハーモナイゼーションの観点から、引き続き防御権などの手続保障の在り方を広く考えるべきである。

その際は、当局の調査といえども無謬ではなく、事業者が効果的に防御権を行使できるようにすることが真の実態解明機能を促進するという視点を持つべきであり、関係者間の更なる議論が望まれる。

<脚注>

6 2014年7月11日経済同友会「独占禁止法審査手続に関する論点整理」に対する意見（パブリック・コメント）参照。

7 平成26年12月24日「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」39頁参照。

【公益社団法人 経済同友会】

第1 意見の趣旨

（中略）

2. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

（中略）

2. 意見の趣旨2について

(1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士の間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

(2) 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

(3) しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのか否かが判然としない。また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

(4) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合は明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

(5) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

(6) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、

慎重な検討が望まれる。

(7) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をすることと定めるとの報告書に賛成である。**【榑田博之（弁護士）】**

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の14項(3)((49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

(中略)

2 意見の趣旨2について

(1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

(2) 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

(3) しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのか否かが判然としない。また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

(4) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合は明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

(5) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

(6) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

(7) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をすることと定めるとの報告書に賛成である。**【向來俊彦（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】**

2 弁護士・依頼者間秘匿特権

報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点について賛成。ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

その理由は、以下の通り。

- (1) 独禁法違反事件において、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。
- (2) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。
- (3) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。【国府泰道（太平洋法律事務所 弁護士）】

3. 公取委の論点の概要に対する意見

当部会は、報告書に対するコメントを以下のとおり述べる¹。

3.1 日本国内における弁護士・依頼者間秘匿特権

3.1.1 日本国内の案件であっても弁護士・依頼者間の秘匿特権が必要である理由について

弁護士・依頼者間の秘匿特権は、様々な形をとるが、あらゆる場面において、依頼者と弁護士との間のコミュニケーションの情報や文書を保護し、依頼者の同意なしに、これらは開示されないとする特権を与えるものである。

弁護士・依頼者間の秘匿特権は、リーガルアドバイザーに対し心から率直になり、恐れを抱くことなく自己に不利益な告白をすることを可能にする。

弁護士・依頼者間の秘匿特権は、基本的な権利であり法制度上の基本理念として認められている。

弁護士・依頼者間の秘匿特権の重要性は、独占禁止法案件において、良く認識されている。特に、カルテルの違反行為は、複雑であり、事例自体が難しい場合や、当該事例が先例や当局の指針の下でどのように評価されるのかについての法的な分析が関わる場合がある。自身の行為が恐らくカルテルを含む国内の独占禁止法令に違反しているのではないかと考える依頼者にとって、当該行為の考えられる法的な意味合いについて、自由に弁護士等と協議できることは極めて重要である。この種の自由な議論は、なぜ行為が法令に違反するのかを頻繁に考えることが、将来の違反行為を避ける十分な防衛につながりうることから、依頼者が将来のコンプライアンスについて適切な判断をするうえで重要である。弁護士等との自由で率直な議論は、自己申告をしてリニエンス申請をすべきか否かの判断をするうえでも極めて重要である。当該決断は、対象行為がカルテルと評価されるかや、当局の調査の可能性や考えられる制裁に左右されるからである。さらに、独占禁止法の案件において弁護士・依頼者間の秘匿特権を認めることが、当該特権にかかる主張の増大や当該手続の濫用につながるわけではない。弁護士・依頼者間秘匿特権は、必要に応じかたちを変え得るし、その対象を広くも狭くもすることができる。

以下では、米国、イギリス及びEUの例について説明する。

米国においては、弁護士・依頼者間の秘匿特権は、弁護士と依頼者との間の書面又は口頭でのコミュニケーションが、委任を受けている事項に関する法的イシューに関するものであり、助言を保護することが意図される限り、保護される。一方で、弁護士の制作物の保護（attorney work product protection）は、訴訟の見通しを立てるためであるとか、政府の調査のために弁護士の準備の成果が反映された弁護士の「インタビュー、陳述書、メモランダム、通信、申立書、心情の発露、個人的な信念、その他数えきれないもの」を保護している。当該弁護士の制作物の保護は、弁護士・依頼者間秘匿特権より広い範囲の文書やコミュニケーションを包含するものであるが、弁護士・依頼者間秘匿特権とは異なり、対立する一方当事者が、当該案件の準備のための資料にとって必要性が高く、他の方法によっては不当な負担なしに実質的に同等のものを得ることができないとする場合、弁護士の制作物には保護される資格が認められる。

カナダにおいても米国と同様で、法的アドバイスの授受を目的とする弁護士と依頼者間のコミュニケーションは、事務弁護士（solicitor）及び

依頼者間の秘匿特権により保護される。訴訟秘匿特権 (litigation privilege) は、対象文書の最たる作成目的が訴訟のためである限り、広範囲の文書を開示から保護するものである。事務弁護士・依頼者間秘匿特権とは異なり、訴訟秘匿特権は、第三者が作成した文書にまで及ぶが、保護期間の制限があり、当該訴訟が終了すると、直ぐに終了する。社内弁護士 (又は外部の弁護士でさえ) による関与は秘匿特権の適用に決定的な事情を与えるわけではなく、いずれの特権も社内弁護士にも適用される。むしろ、コミュニケーションの性質 (すなわち、法的助言の授受を目的にしているか) あるいは作成された文書 (すなわち、最たる作成目的が訴訟である場合) が特権を決める。

イギリスにおいては、弁護士・依頼者間の秘匿特権は比較的広く認められている。それは、「法的アドバイス」、即ち書面又は口頭での、法的アドバイスの授受を目的とした守秘性のある弁護士・依頼者間のコミュニケーションと当該コミュニケーションが反映された文書も含まれている。さらに、依頼者と弁護士及び第三者との書面又は口頭での守秘性のあるコミュニケーションや、依頼者を代理して又はその弁護士により作成されたその他の文書を保護する訴訟特権 (litigation privilege) が存在し、訴訟が検討され又は開始された後、最たる目的が訴訟における利用にある場合に保護される。この訴訟秘匿特権は、独占禁止法上の調査にはあまり関係がないが、潜在的なフォローオン訴訟に関係する。イギリスにおける弁護士・依頼者間秘匿特権の保護の対象は、このように、外部のリーガルアドバイザーも社内のリーガルアドバイザーのいずれも含まれる。

EUの法律の下では、弁護士・依頼者間の秘匿特権はより狭く、会社と独立した外部の弁護士との間で交わされたコミュニケーションと外部弁護士から提供された法的アドバイスの内容を反映した社内で回付された社内文書等が対象とされている。また、秘匿特権は、専ら、独立した外部の弁護士にアドバイスを仰ぐ目的で作成されたある種の準備のための文書も保護している。秘匿特権が適用されるためには、その対象となるコミュニケーションは、防御権の行使の目的や観点からなされるものである必要がある。

3.1.2 秘匿特権は公取委の調査権限を混乱させたり妨げたりするわけではない

秘匿特権は、守秘性のあるコミュニケーションを保護し、日本企業が完全で十分な代理を受けることを確実にするものである。企業と弁護士間の関係を深く継続的なものにしやすくすることで、十分な代理は、よりコンプライアンスを手厚いものにする。コンプライアンスに加え、秘匿特権は、企業により多くの実効性のある国際的な調査を実施することを促すものである。これらの内部調査は、カルテル行為の早期の発見及び自己申告を促すことにより、公取委の目標とするものを支えることを意味する。公取委は、事実発見能力を妨げることなく調査における秘匿特権の正当な行使を尊重することができる。

公取委は、以前、以下の懸念を表明していた。すなわち、(1)文書が違反行為を証明する上で唯一の重要な事実の証拠の源であろうから、弁護士と依頼者間の秘匿特権の対象になるコミュニケーションへのアクセスの制限は、法令の執行を阻害するだろうという点と、(2)秘匿特権の対象になるコミュニケーションが違反行為を証明する上で重要な事実を含むか否かを決定することは、難しく、そのことは訴訟提起につながりやすくなる。いずれの懸念も、公取委は秘匿特権の対象になるコミュニケーションは、公取委の違反行為を証明する能力にとって重要な唯一の事実に関する情報源となりやすいという推測に基づくものである。

秘匿特権は、調査において重要であり基礎になる既存の証拠が発見されることを防ぐものではないため、秘匿特権を認め従うことは、法令の執行を阻害するものではない。むしろ、秘匿特権は、弁護士と依頼者との間のコミュニケーションや基礎にある証拠を分析する弁護士の制作物だけを保護する。証拠は、弁護士によって協議され評価される前に、まずは文書や目撃証言或いは他の形で存在する。既存の文書や他の証拠を、弁護士に送付することによって、それらが遡及的に秘匿特権の対象になるわけではない。基礎になる証拠は、ほとんどいつも、秘匿特権の対象になるコミュニケーションに含まれるものと同じ事実に関する情報をとらえた、既存の秘匿特権の対象にならない文書、証言あるいは証言と文書の組み合わせの形によって存在している。

カルテル調査における関連事実の情報を含む秘匿特権の対象になるコミュニケーションは、典型的にはカルテル行為の発見後になされるものであり、かかる行為への対処について依頼者に助言をする目的でなされるものである。他の法域では、継続する調査において対象者を代理する弁護士は、通常、依頼者にとって不利な文書や目撃者の証言を要約する内部調査報告書を作成する。これらの報告書は、調査官には当該段階では知られていなかった目撃者や文書を特定することになる場合がある。しかしながら、弁護士の制作物は、たいてい既存の秘匿特権の対象とならない文書や公取委によって供述を録取された目撃者の陳述を基に作成されるものであるから、それが唯一の情報源となることは、ほとんどないであろう。

3.2 国際的な文脈における弁護士・依頼者間秘匿特権

3.2.1 秘匿特権の保護が無い日本における現行の制度が、被告人や弁護士の国際的な調査案件の対応を難しくしていること

日本における現行の制度は、日本の調査を妨げているだけではない。多くのカルテル行為は国際的な性質を有するため、多くの調査官が国境を越えている。異なる秘匿特権の制度、特に、日本における秘匿特権の保護の欠如は、弁護士と特定の（全てではないものの）情報源との間に防壁を築くことになり、クロスボーダーの国際調査を妨げる要因になっている。内部調査においても、日本に所在する重要な証拠や目撃者は弁護士にとって利用できないため、不利益を被っている。確かに、不完全であり不十分な事実の描写は、会社が、他国での法令執行の要件を充足させる上で妨げとなりうる。

（公取委により課された障害にもかかわらず）内部調査をする場合、当局にとって、会社の弁護士が実施する調査に便乗することは魅力的なことであろう。しかしながら、このような近道は法外なコストがかかることになりうる。これは、会社が弁護士を使って効果的な内部調査を実施しようとするインセンティブや能力を害することとなり、同様に、違法行為が発見されずに、会社は法的アドバイスを受けることなく、自己申告をせず、究極的には単に日本のみならず世界においても執行されることなく終わるという望ましくない事態が生じうる。会社が自主申告をし、リニエンシーを求めることを選択した場合、弁護士の調査結果は、当局に開示されてしまう。

3.2.2 外国の裁判所が原告に対し公取委へ提出した文書についてディスカバリーの要請をする潜在的なリスクがあること

秘密性は、秘匿特権を主張する上で欠くことのできない要素の一つである。文書が弁護士と依頼者の内密な領域から出てしまうと、もはや秘匿特権の対象からは外れ二度とその対象ではなくなる。それゆえに、依頼者ではないものへの開示は、政府の執行機関のみならず数えきれない他者からの調査を招くことになる。

秘匿特権の保護を失うことは、日本における独占禁止法違反行為の自己申告をすることに対する会社のインセンティブを減らすことにつながる。秘匿特権の対象となる文書が公取委へ開示される場合、世界において当該文書の秘匿性は失われるであろう。米国では、後続する私訴において協力企業は、同じ文書やコミュニケーションに対する秘匿特権を主張することはできなくなり、原告は3倍賠償を回復しえ、民事での開示は、行政制裁金や刑事の罰金額に影を落とす。秘匿特権の対象文書が、調査執行当局を含む第三者に開示されると、当該権利は放棄されたとみなされ秘匿特権の保有者は、原告に対し、当該文書を提出しなければならず、潜在的には同じ内容に関し記載されている他のすべての秘匿特権の対象文書も同様の扱いとなり得る、高いリスクが存在することになる。

米国と日本の市場に影響がありうるカルテル行為への関与を発見した会社は、両法域において、同時に当該行為を報告し免除を求めるインセンティブを有する。しかしながら、米国の競争当局と公取委のリニエンシープログラムはいずれも最初に自己申告をした会社に制裁金の全額免除を認めているものの、秘匿特権に関し対応が異なるため、米国において3倍賠償の訴訟に直面しており、又直面する可能性がある会社にとって、日本における自己申告については潜在的にインセンティブが欠如する可能性がある。最近のカルテルの執行事例記録を見る限り、米国におけるクラスアクションはほぼ確実に起こることが示されている。結果として、調査の対象となっている会社は、通常、米国より日本における自主申告をせずに済ませるかたちで、戦略的に対応せざるを得ない。これは、公取委にとっては、独占禁止法違反の行為の取り締まりに関し、他の執行当局に後れを取ることを意味する。

上述と同様のことが欧州に関しても当てはまる。会社は守秘情報を限定的なウェイバーと併せ、他者に対しては秘匿特権は維持するよう求めるかたちで提出することができるが、かかる運用は、秘匿特権の認識が無い日本のような法域との関係では不明瞭になると考えられる。加えて、調査における公取委による情報開示は、当該情報が公になることから、かかる情報の秘匿特権は失われることになる。

<脚注>

1 本意見において記載された見解は、国際法曹協会競争法委員会カルテル部会のものであり、「IBA」としての言及についての文責も前記部会にある。

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

(中略)

2. 意見の趣旨2について

(1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

依頼者の弁護士を依頼する権利の重要性に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

(2) しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのか否かが判然としない。

また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

(3) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合は明らかである。秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。

とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。

独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には、公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

(4) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえない。このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

また、秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

(5) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。**【斎藤英樹(弁護士)】**

「弁護士・依頼者間秘匿特権」(報告書49頁以下)

「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができるという、いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という。)が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった。」

ACCJは、上記の秘匿特権が認められていないことにより「事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は認識できなかった」とする点に異議がございます。弁護士・依頼者間秘匿特権が法定されていないことは、役職員が、専門的知識を有し信頼のできる内部ないし

外部の弁護士に対し、業務が合法的なものであるかの相談をすることを妨げることとなります。かかる秘匿特権が存在しない状況下では、コンプライアンスを目的とする相談が文書とされる場合に、その内容が第三者に提供されることにより、役職員や企業にとって不利となる証拠として使用されることもあります。公正取引委員会が秘匿特権の対象外として扱うコミュニケーションは、それによって、海外の民事ないし刑事手続において秘匿特権の対象外となってしまうことになりかねません。公正取引委員会の解釈による法の支配の解釈が相手国の解釈よりも狭いことにより、弁護士・依頼者間秘匿特権の知識がなく、またそれを正式に尊重せず、海外で、国内及び外資系企業が重大な民事ないし刑事罰を受け、数百万ドルの損害賠償請求を受けたことがあります。たとえば、2002年のVitamin反トラスト法案件において、ワシントンDC地区の米国連邦地区裁判所は、公正取引委員会に対する開示は任意になされたものであったから、秘匿特権は放棄されたとの判断を行いました。実務的な観点からしますと、公正取引委員会の調査の過程でなされた開示は「任意」でなされたものではなく、秘匿特権が認められていない中で、従前から、公正取引委員会は開示を要求し、また今後も要求することになるものと思われる。報告書は、現実の世界で、秘匿特権の不存在により生じる影響を十分に検討していないと見受けられます。

独禁法において、明確に秘匿特権の保障が規定されるべきです。かかる権利は非常に重要なものであり、指針等で規定すべきものではなく、また公正取引委員会の各職員の裁量によるべきものでもありません。

「一方、今回の見直しにより、課徴金減免制度が拡充された場合には、課徴金減免申請を行うために弁護士に相談するニーズがより高まると考えられるため、新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から、公正取引委員会は、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、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である。」

認めるか否かの裁量の余地があるものは、もはや秘匿特権ではありません。弁護士・依頼者間秘匿特権は、法律の規定で定められるべきものであり、全ての、内部ないし外部の弁護士と依頼者の関係するコミュニケーションが保護されるべきものです。かかる権利は、公正取引委員会の職員が「実態解明機能を損なわない範囲」においてのみ認めるというようなものであってはなりません。

また、ACCJは、秘匿特権を課徴金減免申請に紐づけて適用することは、合理的ではなく、妥当ではないと考えています。そのようにすることは、当局に協力する者のみ秘匿特権を有するということになりかねず、法の支配の原則や他の法域の運用と相反するものです。

さらに、課徴金減免申請をする事業者は、既に責任を認めています。つまり、かかる事業者にとっては、もはや機密情報や、ある業務が合法か否かなどに関する内部でのやり取りを保護する必要がなくなっているのです。**【在日米国商工会議所】**

2 弁護士・依頼者間の秘匿特権について

アメリカ合衆国では、独禁法違反を含むホワイトカラー犯罪の証拠獲得手段として、しばしば文書提出命令が出される。連邦法の運用においても、検察官が主導して文書提出命令を出すなど、主要な役割を果たしてきたとされる（例えば、安井哲章「自己負罪拒否特権と文書提出命令（一）～（四・完）」法学新報111巻1・2号299頁以下、3・4号331頁以下、5・6号315頁以下、111巻11・12号231頁以下など参照）。当該文書の中には組織構成員にかかる証拠も含まれるので、文書提出命令と合衆国憲法第5修正の自己負罪拒否特権との関係が問題となりうるが、その際にも、アメリカ合衆国最高裁判決は、会社の文書を所持する者が文書提出命令を受けたとき、第5修正の自己負罪拒否特権を主張して提出を拒むことができないとする。また、いかなる種類の文書であるかを問わず、その内容について、合衆国憲法第5修正の自己負罪拒否特権による保護は及ばないという。さらに、企業犯罪を含むホワイトカラー犯罪を解明するための文書提出命令では、アメリカ合衆国憲法第4修正の捜索・押収に伴う特定性や相当理由の要件も不要とされる。なぜならば、自己負罪拒否特権は一身専属的なものであること、また、自己負罪拒否特権は純粹に人的な法的利益であるため、会社には主張できないとされる。

かような事情からみても、企業犯罪では、刑事手続においてさえ、個人に付与されてきた防御権を、そのまま独禁法違反などの企業犯罪にも援用する根拠に乏しい。なるほど、弁護士・依頼者間の秘匿特権と自己負罪拒否特権は異なる概念であるが、ともに防御権の一つとして共通する要素がある以上、独禁法の課徴金賦課においてのみ、弁護士・依頼者間の秘匿特権を認める根拠は見出しがたい。

そもそも、今回の動きに便乗した日弁連が、一般的な弁護士・依頼者間の秘匿特権を明確化するように求めているが、実態の解明または真実の探求と、弁護士との通信にかかる秘匿特権の拡大は、明らかに相反する。当事者主義の見地から、適正手続の中で真実の発見に努めるとしても、実際には、黙秘権などによって真実の発見が妨げられるのは否めない。また、公取委による十分な実態解明がなくても処分可能とする姿勢は、実態の解明をなおざりにしている点で、行政処分の厳格性を軽んじている。そのほか、会計書類などの証拠収集を、ただちに依頼者と弁護士の通信の秘密に結びつけて論じるのもおかしい。結局のところ、事実認定は曖昧なままでよいから、広く秘匿特権を認めよとの主張は、単に弁護士の秘匿特権を拡大したいという主張が透けて見える。**【佐久間修（名古屋学院大学法学部 教授）】**

意見の趣旨

弁護士・依頼者間の秘匿特権については、認めるとしても、それが、実態解明の妨げにならないような制度とすべきです。

意見の理由

1. 依頼者が、弁護士に自由に相談できることは極めて重要であり（それ故、弁護士には守秘義務が課せられている）、依頼者が弁護士に相談できるという権利を確保するため、秘匿特権には、それなりの意義がある。
2. 反面、秘匿特権が実態解明を阻害する場合が考えられ、依頼者が弁護士に隠さず相談できる権利と実態解明（真実発見）の要請とは、相反する関係が生じうる。
3. 独禁法違反行為は公正で自由な競争を阻害する行為であり、その被害者は国民・消費者であることを考えれば、実態解明により、独禁法の厳正な執行を確保することが重要であり、秘匿特権を導入するにしても、実態解明を阻害しないように配慮されるべきである。
4. なお、秘匿特権については、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、これを一般的な制度として導入することには、厳に慎重であるべきである。**【瀬戸和宏（和の森法律事務所 弁護士）】**

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)は、実態解明機能を損なわない範囲に限定して制度設計すべきである。

第2 意見の理由

1. 依頼者の弁護士を依頼する権利を確保するため、秘匿特権は積極的な意義を有する。
2. しかしながら、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合があります。実態解明の要請と緊張関係にあることは明らかである。独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することは極めて重要である。したがって、秘匿特権の導入にあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮すべきである。
3. かかる観点から、秘匿特権の導入にあたっては、その必要性、根拠を明確にするとともに、範囲(時間的、物的)について適切な限定を行い、インカメラ手続きなど実態解明機能を阻害しない判定手続、濫用防止措置など適切な整備を行うべきである。
4. なお、秘匿特権が、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であることに鑑みると、これを一般的な制度として導入することには、慎重であるべきである。**【坂勇一郎・東京合同法律事務所 弁護士】**

3. 課徴金制度の実効性確保の観点から「防御権」の法定化には反対です

(中略)

事業者団体等が主張する「防御権」がもたらすと考えられる弊害は以下のとおりです。

■秘匿特権について

企業が秘匿特権により弁護士・依頼者間の通信内容を示した証拠の提出を忌避できることとなれば、調査に必要な証拠が得られなくなる可能性があり、実態解明に支障が出るおそれがあります。【主婦連合会】

【違反被疑事業者に対する適正手続の確保について】

(中略)

● 具体的には、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、弁護士・依頼者間秘匿特権に配慮することとしているが、課徴金減免制度の利用に関するもの以外についても、弁護士・依頼者間秘匿特権が認められなければ独占禁止法のコンプライアンスに関する事業者から弁護士に対する相談を委縮させるおそれがあること、新たな課徴金制度で行政の裁量範囲が拡大し、全体的に課徴金額が引き上げられることからすると、当該限定は付さないこととすべきである。【一般社団法人 新経済連盟】

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

1. 秘匿特権は、「依頼者と弁護士間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

2. 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

3. しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのか否かが判然としない。

また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

4. 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合は明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

5. 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

6. 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

7. したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。**【菅原謙太郎（菅原総合法律事務所 弁護士）】**

3. 「独占禁止法」の厳正な執行を妨げないことが重要であり、「防御権」の法定化に反対します

(中略)

事業者団体等が主張する「防御権」には、以下のような弊害があると考えます。

(1) 秘匿特権の導入

秘匿特権の導入は、独占禁止法研究会においても、その必要性が認められませんでした。企業が秘匿特権により弁護士・依頼者間の通信内容を示した証拠の提出を忌避できることとなれば、公正取引委員会は調査対象企業から、証拠が得られる可能性が減少し、十分な調査が行えなくなるおそれがあります。**【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】**

3. 「防御権」の法定化に反対します

(中略)

① 秘匿特権の導入

秘匿特権の導入は独占禁止法研究会においても、必要性が認められませんでした。企業が秘匿特権により弁護士・依頼者間の通信内容を示した証拠の提出を回避できることとなれば、公正取引委員会は調査対象企業から証拠が得られる可能性が減少し、十分な調査が行えなくなるおそれがあります。**【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】**

2. 具体的な制度設計（各論）

(中略)

(8) 新制度の下での手続保障

(中略)

ウ 弁護士・依頼者間秘匿特権

独占禁止法という専門性の高い分野においては、事業者が弁護士に対して相談し、法的見地からの意見を求める必要性がそもそも高い。これに加えて、課徴金に裁量性を認め、課徴金減免制度においても調査協力の度合いに応じて減算率を決するという制度を導入することになれば、事業者が弁護士から法的助言を受ける必要性はさらに増すことになる。この状況に鑑み、報告書において、弁護士秘匿特権に配慮することが適当とされたこと自体は、一步踏み出したものとして評価できる。他方で、今回の課徴金制度の見直しに伴い、弁護士秘匿特権の必要性がより高まったものであるから、本来であれば、同秘匿特権を同時に導入すべきものである。特に、独占禁止法の分野では、国際的整合性が求められており、課徴金減免制度のように、競争法独自の制度を採り入れてきたのであるから、他の分野と必要以上に比較することは適当でない。日本においても、他国で採り入れられている手続的権利をむしろ積極的に採用すべきである。また、今回の課徴金制度の見直しにより、弁護士秘匿特権の必要性が飛躍的に高まったと考えられ、万が一、これまで事業者に現実の不利益が生じていなかったとしても、今後弁護士秘匿特権を導入することを否定する理由にはならない。

独占禁止法の手続に和解的な手続が持ち込まれているとも言われており、独占禁止法の手続は、独禁当局と事業者との間の交渉の要素が強くなる。弁護士が、その依頼者との間でコミュニケーションを行うのは、独禁当局と事業者との間の交渉の、一方当事者として打ち合わせを行っているのであり、弁護士とその依頼者との間におけるコミュニケーションについて、調査当局に対する開示を強要されることは、交渉の一方当事者として打ち合わせの内容を、交渉の相手方当事者に情報開示させられることを意味し、独禁当局と事業者との間の交渉を成り立たせなくするおそれがある。

したがって、弁護士秘匿特権の導入に関し、今回の課徴金制度の見直しとともに弁護士とその依頼者との間におけるコミュニケーションを図る弁護士・依頼者間秘匿特権が早期に認められる必要がある。**【全国中小企業団体中央会】**

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(14) 新制度の下での手続保障

(中略)

(iii) 弁護士依頼者秘匿特権

報告書は、新しい課徴金規定の下でも弁護士依頼者秘匿特権の取扱いを変更すべきではなく、その理由として、企業が「いわゆる」弁護士依頼者秘匿特権がないことで被害をこうむっていると認める具体例がなかったとしている。両部会は、弁護士とのやりとりが秘匿特権の対象とならないため、完全かつ率直に弁護士に相談して法的意見を求めることができなくなっている点で、企業が被害をこうむっているということをここに謹んで申し述べる。

両部会は、引き続き弁護士依頼者秘匿特権の導入を謹んで強く要請する³⁹。弁護士秘匿特権は、日本の競争法の執行の仕組みにおける法の支配に以下の理由により寄与するものである：①弁護士と依頼者の関係を強化する、②依頼者が率直であることを促す、③自主的な法的コンプライアンスを促進する、④リーガルシステムの効率性を促進する、⑤弁護士の効果的な助力を得る権利を高める⁴⁰。

両部会は、弁護士依頼者秘匿特権が実際に執行機関の事実発見機能を実質的に損なうものではないと確信している⁴¹。まず、秘匿特権は、法的助言を得る目的での依頼者と代理人の機密のコミュニケーションのみを守るということで範囲が絞られている。秘匿特権はたとえ代理人に伝えられたものであっても、その基礎となる事実や秘匿特権の範囲に含まれないその他の種類のコミュニケーションを、発見し、訴追に用いることに保護を与えるものではない。そのようなコミュニケーションの例としては、違法行為又はビジネス上の目的を推し進めるために行われたコミュニケーションを含む、法的助言を得るために行われたのではないコミュニケーションや、機密に行われたのではないコミュニケーションが含まれる⁴²。

さらに、秘匿特権を認めることは、企業がありうる不正行為を内部調査して是正することを奨励することにより法令遵守と正義の実現を実際に向上させる。弁護士依頼者秘匿特権の目的は、「弁護士と依頼者の間での完全かつ率直なコミュニケーションを奨励すること」であり、これは司法システム全体に広範囲の恩恵的效果を有する⁴³。真実かつありのままのコミュニケーションを引き出す最も効果的な方法は、依頼者が自らの弁護士を信頼していかなる抑制や不安を感じることなく機密性が確保された環境でコミュニケーションを行うことである。依頼者は、機密性が保護されておらず、対立当事者や司法機関を含む他の当事者に機密が共有される可能性がある場合には、弁護士に対して完全な信頼を寄せることは難しい。弁護士があらゆる事実を聞き取ることを、秘匿特権の保護により促進することで、弁護士は事実と状況の全体に即して、効果的な法的戦略を立案し、妥当な法的助言を提供することが可能となる⁴⁴。

報告概要は、「新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から、公正取引委員会は、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、証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である」と結論付ける⁴⁵。両部会は、弁護士依頼者間のコミュニケーションの範囲の適切性に関するいかなる問題も、公取委ではなく裁判所のような第三者により判断されるべきであり、それにより当該コミュニケーションの公取委の事実認定にとっての重要性と特定の状況における証拠の隠滅のおそれを客観的に評価することが可能となると考えている旨、ここに謹んで申し述べる⁴⁶。

<脚注>

- 39 両部会は、弁護士依頼者「秘匿特権は現在の日本の法システム及び法理論において承認されていない」（報告概要7頁）ということは認識しているが、秘匿特権が日本において一度に普遍的に導入されることが理想的ではあるもののそのような普遍的な導入が近い将来において難しいとみられる中では、秘匿特権を拒否し続けるよりも、ステップ・バイ・ステップで導入していくことがより望ましい。加えて、両部会は、民事訴訟法197条1項、220条、刑事訴訟法105条、149条が弁護士依頼者の信頼関係を促進し、代理人から効果的な助力を受ける権利を確保するとの目的で弁護士依頼者間のコミュニケーションに一定の機密性が与えられていることを認識しており、弁護士依頼者秘匿特権は、これらの目的をさらに推し進めるために現在の保障を適切に伸長させるものであることをここに謹んで申し述べる。
- 40 2016年コメント5頁、2014年コメント3頁、独占禁止法審査手続についての懇談会報告書17頁 <http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/finalreport/body-english.pdf>にて参照可能。
- 41 研究会は、「これまでの独占禁止法違反被疑事件調査において、弁護士が、①調書を作成させない方法＝メモを取ることで、②とにかく公正取引委員会の玄関を跨いだら、「全て覚えていない」「分からない」という態度で臨むこと、③人格を変えてくれ・まじめに答えるな・知りません・わかりません・忘れてしまていく、④徹底抗戦してこい・何もしゃべるといった指導をしている事例が少なからず存在する」ことを懸念しているようである（報告書53-54頁）。どのような秘匿特権でも濫用は生じるが、米国では、専門家の行動規律や証拠規則の中にある基準や手続の豊富な中身を発展させてきており、両部会としては、これらによりデュープロセスと執行の適切なバランスが実現されていると考えている。また、研究会は「非協力的なアドバイスを行う弁護士が認められた場合には、公正取引委員会は、当該弁護士が所属する弁護士会に対して懲戒請求を積極的に行うことが必要である。また、公正取引委員会が秘匿特権に配慮した運用を行う際には、その運用に対応し、弁護士の懲戒制度をより実効性あるものとして機能させるための方策が日本弁護士連合会において講じられることが期待される」としている（報告書53頁）。両部会は、デュープロセスと執行の適切なバランスをとることは、過度な協力の懸念のために、課徴金の減額計算から従業員の供述を考慮することを排除するよりも望ましいアプローチであると謹んで申し述べる。報告概要7頁、報告書53-55頁。
- 42 *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 395-96 (1981)。2014年コメント2-4頁も参照されたい。
- 43 *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. at 389。
- 44 2014年コメント5頁。
- 45 報告概要6-7頁。
- 46 たとえば *United States v. Osborn*, 561 F.2d 1334 (9th Cir. 1977); *In re Bonanno*, 344 F.2d 830, 833 (2d Cir. 1965)を参照されたい。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

4. 弁護士・依頼者間秘匿特権

この秘匿特権は、米国とEUにおいて、競争法審査の「適正手続」上の必須の要素となっている。さらに、韓国でも秘匿特権の基本を尊重する方向での独禁法審査手続が実施されている（21世紀政策研究所『韓国の競争法審査手続に関する実態調査報告』（2016年3月）<<http://www.21ppi.org/pdf/thesis/160315.pdf>>）。

先進国での独禁法審査の適正手続を確保するための不可欠の要素となっている秘匿特権制度を日本も採用すべきである。研究会報告書では「秘匿特権に配慮[する]」とされているが、配慮だけでは公取委の裁量性が大きすぎる。公取委ガイドラインにより、秘匿特権の内容をEUを参考として記載すべき。

なお、研究会報告書は「我が国の現行法体系上秘匿特権が認められていないこと等に十分留意する必要がある」（50頁）としている。しかし、現行法の体系をより現代的にしていくための一方策として、独禁法上の制度を現代化することはむしろ望ましい。現行の日本の法体系が秘匿特権を認めていないことは、独禁法手続において秘匿特権の採用を否定することの理由とはならない。【滝川敏明（関西大学法学部 教授）】

● 防御権、とりわけ弁護士・依頼者秘匿特権について

防御権の問題については、報告書46-47頁で指摘されている通り、「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」（平成26年12月24日）により一旦結論が出されていたものであるが、今回、新たな課徴金減免制度の導入に伴い、運用により、一定の場合に弁護士・依頼者間秘匿特権に配慮するとの結論が提示されており（報告書50頁）、制度の変化に対応する積極的な姿勢は評価できる。一方、この問題は、刑事手続や他の行政調査と平仄を併せて、日本の法制度全体で導入の是非を検討すべきであると考え。そもそも現実には不利益が発生していないという報告書51-52頁の事実認識が正しいのであれば、独禁法にのみ新たに法定して導入するのは拙速になりかねず、報告書の結論は妥当であろう。【滝澤紗矢子（東北大学大学院法学研究科 准教授）】

第1 意見の趣旨

「(平成29年4月25日)独禁法研究会報告書」(以下「報告書」という。)のうち、第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)に関し、課徴金減免制度の利用促進のために導入を検討されている秘匿特権は、実態解明機能を損なわない範囲において制度設計すべきである。

第2 意見の理由

1 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権には積極的意義があると思料され、一般論としては十分に検討に値する制度である。但し、秘密特権の中身については様々な見解があるところであるから、その必要性、根拠、範囲(時間的、物的)、判定手続、濫用防止措置等について十分に議論されるべきである。

以下では、報告書に記載されている課徴金減免制度の利用促進のための秘匿特権について意見する。

なお、秘匿特権が、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であることに鑑みると、これを一般的な制度として導入することは、別途検討すべきである。

- 2 まず報告書では、秘密特権について新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から秘密特権に配慮することが必要としており、秘密特権に積極的意義があることを認めている点で評価できる。
- 3 他方、独禁法違反事件に限ると、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは否定できない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であるため独禁法の執行力の強化を図ることは必要と思料される。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、その執行力強化との関係で、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮する必要があると思料する。
- 4 かかる観点から、秘匿特権の導入にあたっては、その必要性、根拠を明確にするとともに、範囲(時間的、物的)も明確にし、またインカメラ手続など実態解明機能を阻害しない判定手続、濫用防止措置など適切な整備を行うべきであると思料される。
- 5 秘匿特権について様々な議論されている途上における現時点においては、第1記載の通り、課徴金減免制度の利用促進のための秘匿特権は実態解明機能を損なわない範囲において制度設計すべきと思料される。【田島啓己(ゆあ法律事務所 弁護士)】

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

(中略)

2. 意見の趣旨2について

(1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされ

ている。

- (2) 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。
- (3) しかし、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのかがはっきりしない。また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。
- (4) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。
- (5) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。
- (6) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。
- (7) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。**【千葉晃平（弁護士）】**

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

（中略）

（10）「14 新制度の下での手続保障」（46頁以下）について

（中略）

ウ. 「(3) 弁護士・依頼者秘匿特権」（以下単に「秘匿特権」という。）

秘匿特権を独禁法上の（法律上の）制度として認めなかったこと、課徴金減免制度を有効に機能させるための運用として配慮することについては賛成である。

ただし、秘匿特権が上記限度を超えて、その適用範囲が広く認められることのないよう留意されたい。また秘匿特権については、その趣旨・対象の範囲（時間的範囲、物的範囲）、判断手続、濫用防止措置などの論点が多数存在し、他の行政手続や民事裁判制度全般とも関係することから、慎重な議論が必要である。

秘匿特権については、一定の限度で認められるべきものであると思料するが、これまで秘匿特権導入に賛成する見解は欧米の議論をそのまま日本に持ち込もうとする傾向がみられる。しかしながら、日本においては公取委の実態解明機能が十分に制度上担保されていない。民事訴訟においてはディスカバリーのような強力な証拠収集方法が存在しない。このような違いを無視して秘匿特権だけを導入したのでは、適正な独禁法の執行が実現しなくなるし、民事裁判において真実発見は遠のいてしまい、結局弱者が救済されないことになるおそれがある。独禁法に限定して論じて、一次資料は存在しない場合もあるし、破棄される場合もあるから二次資料が実態解明に重要であることはいうまでもない。依頼者

と弁護士とのやりとりであっても、これが無条件に提出を免れるとすれば、あらゆる文書を依頼者と弁護士との間の通信に入れ込むことによって開示を拒絶することができるようになるから、依頼者と弁護士とのやりとりであっても、真に特定の法的紛争について相談することのみを目的としてなされた相談とそれに対する回答・助言に限定し、添付した資料は秘匿対象から除外するなど慎重に範囲を画した上、濫用を防止する制度を構築する必要がある。秘匿特権を制度として認めるのであれば、十分に慎重な議論を経る必要がある。

なお濫用防止措置として、弁護士懲戒制度が議論されているが、一般に弁護士懲戒制度は十分に機能しているものの、秘匿特権との関係では、仮に濫用が行われた場合であっても、弁護士が依頼者に利用されたにすぎない場合（弁護士は善意であった場合）などでは懲戒処分はできないことがあり得ると思われるから、濫用防止は秘匿特権の対象の実体要件と判断手続きを厳格にすることによって実現することが望ましいと考える。**【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】**

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項(3)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権について、課徴金減免制度の利用促進の目的に限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成する。ただし、この秘匿特権を、上記以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対する。

第2 意見の理由

秘匿特権は、「依頼者と弁護士との間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」とか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされており、依頼者の弁護士を依頼する権利の保障の観点からみても重要な権利です。しかし、秘匿特権が保障されていなければ具体的にどのような不利益が生じているのか、また、その不利益を生じさせないことが保護に値するの否かは判然としません。また、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見に関しては、違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めることがコンプライアンス促進につながるという説明にそもそも矛盾があるように感じられます。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれます。秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえませんから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当ではないと考えます。秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれます。したがって、課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をすることとせると意味で報告書に賛成します。**【中村新造（東京芝法律事務所 弁護士）】**

第1 意見の趣旨

(中略)

2. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という）について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

(中略)

2. 意見の趣旨2について

(1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」とあるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされ

ている。

- (2) 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。
- (3) しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのかが判然としない。また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。
- (4) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。
- (5) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。
- (6) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。
- (7) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。**【中村昌典（中村法律事務所 弁護士）】**

2 手続保障の見直しについて

(中略)

(2) 弁護士・依頼者間秘匿特権

弁護士・依頼者間秘匿特権は依頼者に認められる基本的な権利であり、独占禁止法において制度的に担保すべきである。

秘匿特権を導入するにあたり、新しい課徴金減免制度をより機能させる観点から、その具体的な制度設計について、特に次の3点を強く要望する。

1 点目として、結果的に課徴金減免申請を行った場合のみならず、課徴金減免申請を行わなかった場合についても、秘匿特権を認めるべきである。事業者が対応の当初に弁護士に相談する段階では、将来、課徴金減免申請を行うかどうかはわからない。この時点において、弁護士との相談内容について秘匿特権が認められるかどうかの予測可能性がなければ、秘匿特権は認められていない前提で対応せざるを得ず、結局は安心して弁護士に相談できない。

2 点目として、弁護士とのコミュニケーションのみならず、弁護士に相談するために社内調査を行い、これをまとめた社内調査文書についても、保護の対象とすることを求める。自主的な社内調査、これに続く証拠の提出を促すためにも、安心して社内調査を行える環境を整えるべきである。

3 点目は、今回、秘匿特権で保護されるものが米国の民事訴訟におけるディスカバリーの対象とならないことを確保するため、わが国において秘匿特権が認められていることを、その内容を含め、明確かつ具体的な形で、対外的に明らかにすることである。米国の民事訴訟においては、海外企業が秘匿特権該当性を主張する文書について、権利放棄(waiver)されているかどうかにかかわらず、その企業の母国において秘匿特権が保障されていない場合には、秘匿特権を認めないとの判断がなされる傾向にあるとの指摘がある。弁護士に相談した内容が米国の民事訴訟においてディスカバリーの対象となり得る懸念があれば、事業者は安心して弁護士に相談できず、わが国における新しい課徴金減免制度の利用を検討するにあたって障害となる。このような懸念に対処する必要がある。**【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】**

第2 意見の理由

(中略)

3 弁護士・依頼者間秘匿特権

(1) 調査インセンティブの関係

本報告書は、弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる制度を「秘匿特権」と定義し、「新たな課徴金減免制度をより機能させる観点から、公正取引委員会は、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）との間とのコミュニケーションに限定して・・・証拠隠滅等の弊害防止措置を併せて整備することを前提に、秘匿特権に配慮することが適当である。」（報告書50ページ）と結論づけた。

しかしながら、弁護士・依頼者間秘匿特権（通信秘密保護制度）の導入は、本来、調査インセンティブを高める制度とは関係がない。国会も2005年以来、調査インセンティブの問題が議論される前から、独占禁止法に関する附帯決議や改正法附則を通じて、行政に対して繰り返し、本制度の導入を前向きに検討するよう求めてきている。

(2) 依頼者と弁護士の通信秘密保護制度とは何か

当連合会が確立を求めている通信秘密保護制度は、依頼者が弁護士に相談した内容の秘密を保護する制度である（2016年2月19日当連合会「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」及び2016年2月「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告」、2016年11月15日当連合会「課徴金制度の在り方に関する論点整理」についての意見書など）。この制度趣旨は、①依頼者の正当な権利を守るために弁護士の援助が必要であること、②依頼者が弁護士に対して有利なことも不利なことも包み隠さず打ち明けて相談することにより、弁護士が適切な法的助言を行うことができるようになり、その結果、社会における法令遵守がもたらされることにある。秘密とされるのは通信内容（すなわち依頼者が弁護士に何を言ったか、弁護士が依頼者に何を言ったか）であり、当該通信の前に存在した事実については開示拒絶することはできない。通信秘密保護制度の具体的な内容には、弁護士の法的助言を得ることを目的とした依頼者と弁護士の間の通信について審査担当官に対する開示拒絶を認め、要件に照らし正当な開示拒絶権の対象であるか否かに関する適切な判定の仕組みが含まれる。すなわち、通信秘密保護制度の下では、当該通信の存在自体を秘匿できるわけではなく、当該通信が保護対象であるか否かについて事業者と審査担当官の間で見解が一致しない場合には、審査担当官とは別の独立判定官が判定を行うこととなる。独立判定官が通信の内容を確認した結果、例えば、ビジネス上の助言を目的とする通信や、万が一証拠隠滅等の違法行為のための通信であった場合には、それらは「法的助言を得ることを目的」としたものとは言えないため、保護の対象外と判定されることとなる。

この制度は、欧米諸国に共通する司法制度の原則として確立しているばかりでなく、新興国でも導入することが潮流となっている。

(3) 報告書が提言する課徴金減免限定秘匿特権の問題点

これに対して、本報告書が提言する「秘匿特権」は、「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」という限定された通信の秘密性を、一定の条件の下で、運用上の配慮により保護するものである。これは、これまでの公正取引委員会が公に認めたことがなかった考え方⁴を示すものとも言える。

しかしながら、このような限定を付した秘匿特権は、当連合会が提唱する通信秘密保護制度と同じものとは言いがたいため、本報告書が提言する「秘匿特権」を「課徴金減免限定秘匿特権」と称し、通信秘密保護制度と区別する。

課徴金減免限定秘匿特権は、通信秘密保護制度本来の制度趣旨には合致しないものである。依頼者が弁護士に安心して相談するためには、相談内容が秘密であることが相談時点で制度的に確保されている必要がある。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。

したがって、少なくとも公正取引委員会との関係では、その所管する独占禁止法全般の法的問題に関する通信の開示を拒否できるのでなければ、制度趣旨にかなった制度とはならない。また、制度趣旨に照らし、正当な保護対象の通信に関する保護が通信時に予測可能なこと、すなわち保護が制度的に担保されている必要があるため、単に運用において配慮するだけでは不十分であり、法的根拠に基づく制度として明確化すべきである。

(4) 本報告書の提言の曖昧さに起因する問題

本報告書の課徴金減免限定秘匿特権は、依頼者・弁護士間の通信のうち、「新たな課徴金減免制度の利用に係る」ものに限定して秘匿を認めようとするが、この表現は、改正後の課徴金減免制度の利用に係る限りは広く保護を認めるという解釈が可能である一方⁵、調査協力インセンティブを高める裁量型課徴金制度（調査協力による課徴金減額）の利用が、相談内容の秘密との交換条件であるかのように読む余地も残している。しかし、後者のように減免申請を交換条件とするようなことになれば、制度趣旨に完全に反することになるのであり、そのような解釈は採用されるべきではない。そのような制度設計を採用すれば、課徴金減免を申請すべきか否かを判断する前の、弁護士に相談する時点では、保護対象であるか否かが確定されないからである。また、事業者が弁護士の助言等に基づいて検討した結果、違反事実がないとの判断に至れば課徴金減免制度を利用しないこととなる理由はないが、当局が調査を開始した場合にもその疑いに根拠がないと判断すればこれを争うことは、正当な防御権の行使であるにもかかわらず、相談内容を秘匿できないことになる。このような事業者や弁護士の懸念を利用して、公正取引委員会に対する調査協力を誘導する制度設計となり、被疑事業者の防御権を否定しかねないからである。上述したとおり、弁護士は独立の専門職として助言し、依頼者の正当な利益を実現することを職務とする。弁護士が課徴金減免の申請を助言するのは、それが依頼者の正当な利益に合致するからである。仮にも課徴金減免限定秘匿特権が、調査協力を交換条件とすることを意味するならば、弁護士に対し、法と事実の客観的な評価を犠牲にしてでも当局の調査に協力するという弁護士の職務に反する任務を担わせることにつながり、調査協力インセンティブ制度を有する海外でも例を見ない、およそ通信秘密保護制度とはかけ離れた制度となることを意味する。万が一にもそのような考え方を導入すべきではない。

(5) 本報告書の記載に対する疑問

本報告書が、課徴金減免限定秘匿特権を提言するに至った理由には、疑問を指摘せざるを得ないものが少なくない。以下、本報告書の記載に即して、検討する。

【報告書49ページ・14(3)弁護士・依頼者間秘密特権】

弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて、当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができるという、いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という。）が認められていないことにより、事業者に現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった。

本報告書51ページには、本研究会の研究会員が「日本企業が外国における調査や訴訟に対応するために外国競争法に関する助言を外国弁護士に求める際、外国弁護士から、我が国で秘匿特権が認められていないためディスカバリーの対象となることを懸念し、書面を通じた法的助言を拒まれる実例が存在」と述べたことが記載されている。弁護士に法的助言を求めたにもかかわらず、書面で助言をもらえないことは現実の不利益である。書面で助言を拒むことは海外の弁護士に限らず、後述するとおり日本の弁護士が従前から行っていることである。したがって、助言が第三者に知られた結果不利益が発生したという事例が生じるに至っていないとすれば、そのような事態を避けるために、弁護士が書面による助言を避けるためであると考えられる。事業者は、組織内で弁護士の助言を正確に理解し共有してコンプライアンスを徹底し、経営判断に法的助言を反映させなければならないが、書面がないため法的助言を徹底することが困難となる。このような具体的な不利益が顕出されているにもかかわらず「現実に不利益が発生しているという具体的事実は確認できなかった」と断定するのは、弁護士の役割に対する理解が欠き、何をもって不利益事実とするかについての評価を誤ったものと考えられる。

通信秘密保護制度が認められないことによる不利益発生の実情は、繰り返し指摘されてきた。例えば、競争法フォーラムは、独占禁止法を専門とする弁護士・研究者等を会員・賛助会員とする任意団体であるが、2014年6月に内閣府懇談会が行った「独占禁止法審

査手続に関する論点整理」に係る意見照会に対して、以下のように指摘した。

「実際に、秘匿特権が存在しないという、先進国の中では極めて異例な日本の現状に照らし、案件によっては、敢えて書面形式のアドバイスを回避したり、アドバイスが企業側の手元に残らないようにするなど、弁護士がアドバイスを提供するに際して企業側に不当な負担、不利益を強いる状況が生じている。」

これまで通信秘密保護制度を必要とする立法事実として、弁護士の助言が将来当局に閲覧される可能性があるため弁護士への相談を躊躇することになること、また、弁護士は当局に閲覧されることを避けるため、助言内容を書面化せず口頭での説明としてしまうため、助言内容が正確に理解されない可能性があることが指摘されてきたが、2013年(平成25年)9月12日東京高裁判決において、弁護士作成の意見書等に関し、現行法下では通信秘密保護制度が具体的な権利としては保障されていると解せない旨判決中で述べられ、同判決が確定した(JASRAC事件)。同判決の結論の是非はともかくとして、このような確定判決があるため、上記の懸念は現実化している。

【報告書51ページ・14(3)弁護士・依頼者間秘密特権 オ】

日本企業が外国における調査や訴訟に対応するために外国競争法に関する助言を外国弁護士に求める際、外国弁護士から、我が国で秘匿特権が認められていないためディスカバリーの対象となることを懸念し、書面を通じた法的助言を拒まれる実例が存在し、その結果として、日本の事業者が他国の事業者に比して当該外国における調査や訴訟において不利な立場に置かれる懸念があるとの意見が出された。しかしながら、こうした懸念については、米国の裁判所等でそのような判断がなされた具体的な事実は本研究会では確認できなかった。また、①少なくとも米国においては、一部の裁判所において、当局の命令を受けて提出する場合には秘匿特権は失われることはないとの判断が示されていること、②公正取引委員会は、減免申請を受けた国内の事業者に対して当該事業者が保有する文書についてディスカバリー要求がなされた際に、米国の裁判所に意見書を提出して当該要求に反対する姿勢を表明していること、③公正取引委員会が、当該コミュニケーションに係る記録に該当する文書を始め、その調査権限に基づいて収集した証拠物件を海外当局に提供した事実も認められないこと(別紙43参照)、④本研究会では、我が国で秘匿特権が認められていないがために外国の裁判所に対して当該コミュニケーションを開示せざるを得なかったといった具体的な実例も認められなかったこと等から、当該懸念が秘匿特権を導入すべき根拠となるかについて、本研究会で共通の認識を得るには至らなかった。

過去に、米国の裁判所等で、事業者と我が国の弁護士との通信がディスカバリーの対象になるとの判断が示された事例が確認できなかったことをもって、事業者の現実の懸念を否定するかのような上記の論旨は適切とは言いがたい。

我が国で通信秘密保護制度が認められないことにより、我が国に拠点を置く企業が弁護士から適切な助言を得ることができない不利益が発生していることは上記のとおりであるが、その結果、我が国の企業は、通信秘密保護制度が保障されている国の企業と比べて、競争上不利な立場に立たされている。

米国の裁判所における、通信秘密保護制度の対象となるか否かをタッチ・ベース(touch base)アプローチにより判断する考え方は、通信の秘密性という争点について最も利害を有する国の法律によって判断するという考え方である。中国など、通信秘密保護制度を国内法で認めていない国の弁護士との通信は保護する必要がないと判断され、開示を命じられている(例:Wultz v Bank of China Ltd. No. 11-cv-1266 (S.D.N.Y. Oct. 25, 2013))。

依頼者である企業と日本の弁護士との通信について、米国の裁判所は国際礼讓(international comity)を根拠に秘密性を認めてきた。しかし、国際礼讓とは、裁判所の裁量で秘密を認めることを意味し、秘密性を制度的に保障するものではない。米国の民事裁判は、とりわけ陪審裁判において結果を予測することが困難である上、裁判の結果次第で極めて高額な損害賠償を命じられることから、企業経営にとってリスクが高い。通信秘密保護制度の対象となるべき文書が秘密かどうか裁判で争うまで分からない状況では、企業経営者は万一秘密情報が開示される場合に備えてリスクを回避する必要がある。そのため、紛争発生後の対応において、弁護士の書面による助言を得られない事態が生じ、合理的な意思決定が妨げられ、また紛争が発生する前の日常業務においても弁護士の助言を受けることを躊躇させる原因となっている。米国裁判所等の実際の判断事例が確認できないのは、弊害が存しないからではなく、リスクが余りにも大きいため弁護士との通信を文書にすることを避けるからであると考えられる。これらの弊害は、弁護士との通信を保護する国の企業と比べて、日本企業を競争上不利な立場に置くもの

である。

米国の裁判所が国際礼讓を理由にして依頼者である企業と日本の弁護士との通信の秘密をこれまで認めてきた前提は、米国における弁護士・依頼者秘匿特権と同様の秘密性が日本の国内法において保護されるという米国裁判所の判断にある（日本弁護士との通信の秘密を認めたVLT事件の判決理由）。ところが、2013年（平成25年）9月12日東京高裁判決において、弁護士作成の意見書等について現行法下では通信秘密保護制度が具体的な権利としては保障されていると解せない旨判決中で述べられ、同判決が確定した（JASRAC事件）。同判決の結論の是非はともかくとして、そのような確定判決があるため、今後米国の裁判所において我が国の弁護士との通信の秘密性が争点になったときは、中国の弁護士と同様に、国内法において秘密でないことを理由として開示を命じられる可能性がある。

ところで、本報告書は、かかる懸念が通信秘密保護制度導入の根拠となることに対する消極事情という趣旨で「②公正取引委員会は、減免申請を受けた国内の事業者に対して当該事業者が保有する文書についてディスカバリー要求がなされた際に、米国の裁判所に意見書を提出して当該要求に反対する姿勢を表明していること」を挙げるようであるが、疑問である。いわゆる裁判所の友（Amicus Curiae）としての公正取引委員会の意見書は、米国裁判所の判断を拘束するものではない。また、公正取引委員会の上記意見書は、執行当局に提出した全ての書類を開示せよとする民事訴訟の相手方からの文書開示要求に対し、これを米国裁判所が認めると公正取引委員会の調査・課徴金減免申請制度の円滑な執行が妨げられるという公正取引委員会自身の執行の観点からの意見であり、米国裁判所に対して通信秘密保護制度による保護を求める意見ではない。

さらに、本報告書は「③公正取引委員会が、当該コミュニケーションに係る記録に該当する文書を始め、その調査権限に基づいて収集した証拠物件を海外当局に提供した事実も認められないこと」を挙げているが、公正取引委員会と海外当局との証拠共有については、2015年4月29日、オーストラリア競争当局との間で、「審査過程において違反被疑事業者等から入手した情報の共有を検討」するとの取決めを締結しているほか⁶、平成29年5月11日にはカナダ競争当局との間で「情報源の同意を得ることなく、・・・情報（執行活動を通じて違反事業者等から入手した情報を含む。）を相互に伝達（ただし、リニエンシー申請等に基づいて得た情報やその情報に関する見解は、当該申請者の同意なく共有又は伝達されることはない）」との協力の取決めを締結しており⁷、さらに欧州委員会との間でも証拠共有に関する協議が進んでいるという情報があり（『公正取引』No. 795（平成29年1月号）19頁）、従前の取扱いのみを前提に検討することの適切性に疑問の余地がある。なお、我が国に通信秘密保護制度がないために、訴訟当事者が保有する通信を海外の訴訟において開示要求されることが問題となる場面では、公正取引委員会が外国当局へ関係文書を開示したか否かは基本的には関係がない。

【報告書52頁・14(3)弁護士・依頼者間秘密特権 カ】

本研究会では、①秘匿を認めた場合に公正取引委員会の実態解明機能が損なわれることは明白であり、実態解明機能を阻害してまで秘匿を認めるべき必要性や合理性は認められないのではないか、②「秘匿特権」があろうとなかろうと、事業者には、違反を発見し、然るべき当局に報告し、是正していく社会的な責任があるにもかかわらず、弁護士に相談さえすれば、課徴金減免申請を通じて公正取引委員会に報告をしなくとも、違反に関する社内調査の結果などを秘匿できるとすれば、公正取引委員会の調査を困難にさせ、実態解明を損なう危険性があるのではないか、③現行制度の下で、秘匿特権が認められていないことを理由として事業者が社内調査や弁護士への相談を躊躇している実態は認められないので、秘匿特権の必要性自体に根拠がないのではないか、④仮に違反に関する社内調査の結果等を秘匿できなければ安心して事実解明が行えないとしても、そのような安心は配慮に値しないのではないか、⑤弁護士との相談記録のみならず、違反に関する社内調査の結果等まで秘匿の対象とするのは広過ぎるのではないか、⑥社内調査の結果、違反なしと判断したのであれば、当該社内調査結果等を秘匿する実益はないのではないかといった意見が出された。

上記のような意見の要約は、以下に述べるとおりバランスを欠いたもので、適切とは言い難いものが含まれる。

- ① 2017年3月1日の研究会において、通信秘密保護制度を導入すると公正取引委員会の実態解明機能が損なわれるかどうか議論された。諸外国の独占禁止法実務に精通した研究会員が外国の経験則に基づき、また、国内の実務に精通する実務家は自己の実務経験に照らし、実態解明機能は妨げられないと報告した。他方、研究会員から実態解明機能が損なわれる可能性は否定できないとの指摘があっ

た。このように会員の中で実態解明機能への影響について見解が分かれているのであるが、前者は、実務経験に基づくものであるのに対して、議事録に照らすと、後者は理論的な可能性を指摘するものと考えられる。

そもそも、独占禁止法の違反行為は、違反行為があった時点で存在した証拠（一次資料）によって基本的に立証可能であるはずである。公正取引委員会は、それらの証拠の提出を求めることができ、事業者が任意に提出しない場合には独占禁止法第47条の調査権等に基づく提出命令や供述聴取等を行うことができる。過去の事実に関して弁護士に何を相談したか、それに対して弁護士がどのように助言をしたか（弁護士とのやり取り）にかかわらず、相談以前に存在する一次資料に基づく実態解明を進めることができる。弁護士とのやり取りを秘密にしたからといって、それは弁護士とのやり取りが存在しない状況と同じであって、一次資料による実態解明機能に変化はない。2014年12月24日「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」（14頁）においても「公正取引委員会によれば、秘匿特権の対象となる文書は立証のための決定的な証拠となった事例はないとのことであるから」と紹介されており⁸、また、米国司法省反トラスト局における経験上もそのような機能阻害は否定されている⁹。

また、具体的な独占禁止法の運用の場面では、通信秘密保護制度には実態解明が促進される機能（公正取引委員会への課徴金減免制度を利用するか否かを判断するために適切な社内調査をすることを促す機能を含む。）があることも、同研究会において複数の研究会員から指摘された。ここで、同制度の存在により現実の事件処理上の機能阻害がどれほど生じるのか、通信秘密保護制度を保障することによって実態解明が促進されることもあるという積極面との関係をどう評価するかは、理論的な検討のみでは直ちに断定できないはずの問題であるところ、本研究会上、実務経験に基づく報告では、そのような意味での実態解明機能の阻害は実務上認められないと述べられたのである。ところが、本報告書は、実務経験に基づいて通信秘密保護制度がないことによる弊害を述べる意見に対しては「抽象的な懸念」という評価を下す一方で、実態解明機能阻害の理論的可能性を指摘する意見については「実態解明機能が損なわれることは明白」などという形で記載しており（本報告書51～52頁）、実務に基づく意見に対する評価があまりに低く、バランスを欠いている。

- ② 本報告書では、実態解明機能阻害という観点からの意見要旨を上記報告書②～⑥で詳しく紹介しているが、研究会の議事録によれば、違反行為時から存在する原資料である「一次資料」、社内調査の過程で作成された「二次資料」、そして「弁護士とのやり取り」の3つを区別して論じており、このうち、「二次資料」の実態解明機能を指摘する複数の意見が出る一方、「弁護士とのやり取り」のそれを述べる意見は見当たらない。にもかかわらず、本報告書では「二次資料」に関する意見を、上記報告書②～⑥においては通信秘密保護制度そのものに対する消極意見として扱っていると見られ、適切ではない。

なお、二次資料を公正取引委員会が利用できない場合の実態解明阻害に関する研究会の議論は、個別の二次資料の資料としての有用性という局所的な議論に終始している印象が否めない。通信秘密保護制度の下において、二次資料を制度の対象とするか否かの検討が必要であることに異論はないが、そもそも課徴金減免制度は、調査協力インセンティブを設けることによって、事業者の社内調査実施（その過程で事実に関する二次資料を作成することを含む）を促すことを期待しているはずであり、今般の本報告書における課徴金減免制度の改正の検討は、そうした調査協力インセンティブを強化することを目指すものである。それは、公正取引委員会による直接的な調査権限によらない実態解明・執行促進の途を広げるという考え方に依拠するはずである。ところが、調査協力の必要性の把握・検討のために作成された二次資料について、最終的に独占禁止法第47条の調査権の対象としてしまうのは、そもそも調査協力インセンティブの趣旨に合致するのか、インセンティブ制度全体としての効果的実現という観点からの検討が十分になされたのか、本報告書においてはそうした観点から総合的評価・検討が不足しバランスを欠いているのではないかと、との疑問があるので指摘しておく。

- ③ 上記報告書②に関し、社会的責任と、弁護士に相談し防御する権利とは何ら矛盾しない。なお、「弁護士に相談さえすれば、課徴金減免申請を通じて公正取引委員会に報告をしなくとも、違反に関する社内調査の結果などを秘匿できる」との意見に関して、既に述べたとおり、通信秘密保護制度は、保護対象の通信であるか否かの判断手続の導入を伴うべきところ、公正取引委員会の審査担当者以外の者（独立判定官）が行う当該審査の中では、弁護士とのいかなる通信も秘匿は許容されない（本意見書6頁及び15頁以下）。

- ④ 上記報告書③では、「現行制度の下で、秘匿特権が認められていないことを理由として事業者が社内調査や弁護士への相談を躊躇している実態は認められないので」とされているが、上述のとおり、通信秘密保護制度がないことにより、弁護士への相談の仕方、弁護士の

助言の仕方実際に悪影響が生じている。また、「④仮に違反に関する社内調査の結果等を秘匿できなければ安心して事実解明が行えないとしても、そのような安心は配慮に値しない」とされているが、社内調査の結果が出るまで秘密かどうか判らないというのでは、弁護士の助言に基づき独占禁止法の観点から社内調査を行うという当初の意思決定を阻害しかねない。そのような仕組みは通信秘密保護制度の制度趣旨に適合しない。

【報告書52ページ・14(3)弁護士・依頼者間秘密特権 カ】

過去の事案で、「調書を作成させない方法＝メモを取る事」、「きよぎの証言に対する制裁はない」、「メモを捨てる（書類整理）」、「書類整理とは、連続もの（平成〇〇年度）について、H12の半分かくしたら言われる、かくなら全部かくす」といった指導をしている事例が存在する（別紙44参照）ところ、こうした指導内容や、弁護士による社内調査により違反行為の存在が発見されたにもかかわらず課徴金減免申請はしなくてよい、又は、発見された違反行為を矮小化して課徴金減免申請すべきといった指導内容についてまで、防御のために秘匿することが許されるべきではないという意見が多数を占めた。

通信秘密保護制度は、既に述べたとおり、保護対象の通信であるか否かの判断手続の導入を伴うべきところ、調査担当者以外の者が行う当該判断手続の中では、弁護士とのいかなる通信も判定官に開示される。保護対象となる法的助言のための通信でないとは判別された場合には、調査を担当する審査官が事実認定のための証拠としても利用可能となる。

以上を踏まえると、報告書第3の14(3)弁護士・依頼者間秘密特権カ(52頁)に記載されている意見は、二次資料の実態解明機能について述べる意見か、判断手続を設けることで解決される事柄の指摘でほぼ占められており、少なくとも「弁護士とのやり取り」の保護を正面から否定する議論であると窺われぬ。本研究会における議論を前提とした本報告書における取りまとめとしても、少なくとも「弁護士とのやり取り」の保護については、より積極的な評価をするのが適切であったと考えられる。

念のため付け加えるが、仮に弁護士が証拠破棄等の違法行為を助長したり（弁護士職務基本規程第14条）、虚偽供述をそそのかした（同規程第14条、第75条）場合、判断手続を通じた選別に加えて、弁護士に対する懲戒制度の発動が考えられる。当連合会は、2016年1月15日付け『「課徴金制度の在り方に関する論点整理」についての意見書』において、弁護士に懲戒対象となりうる行為があった場合には、「公正取引委員会が所属の弁護士会に情報提供することにより懲戒請求を求めること等が考えられる。」とも述べている。違法又は不当な弁護活動に対しては弁護士に制裁を課すことで対応すべきであり、いずれにしても依頼者の手続保障を否定する理由にはならない。

なお、別紙44は看過できない問題を含んでいるが、後述する。

【報告書52ページ・14(3)弁護士・依頼者間秘密特権 キ】

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、現時点では適当ではないとの意見が多数を占めた。

「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」との記述があるが、弁護士には依頼者との通信の秘密を守る義務があり（弁護士法第23条、刑法第134条、弁護士職務基本規程第23条等）、民事・刑事訴訟法上は弁護士に証言拒絶等の権利がある（民事訴訟法第197条第1項第2号、第220条第4号ハ、刑事訴訟法第105条、第149条）。刑事分野では刑事訴訟法第39条第1項が秘密交通権を定めている。近時の下級審判例は、これを接見時に限らず、被疑者・被告人と弁護人との相談内容の秘密を保護する趣旨の制度として実質的に解釈している。犯罪捜査のための通信傍受に関する法律第15条は弁護士等との通信について傍受を認めない¹⁰。民事訴訟法第220条第4号ハは文書提出拒絶権を定めるところ、依頼者が弁護士に相談した内容の秘密を保護する趣旨の規定と解釈するのが有力な学説である。このように、通信秘密保護の考え方は現行法体系に存在する。

報告書は、独占禁止法においてのみ法定することが他の法分野にどのような影響があるかの分析も示していない¹¹。

調査協力インセンティブについて他の法令との整合性を斟酌した形跡が見当たらないにもかかわらず、防御権について他の法令との整合性

を問題にして「適当でない」とする意見は、通信秘密保護制度を導入しないという結論を先取りするにすぎない。独禁法はグローバルな企業活動に適用される点において他の法令に見られない立法事実が存する上、課徴金減免制度（リーニエンシー）への対応や抽象的な構成要件のあてはめなど法律専門家の助言を受ける必要性が高いことから、独禁法固有の必要性に即した手続を構築したからと言って、他の手続との整合性を欠くことにはならない。

【報告書53ページ・14(3)弁護士・依頼者間秘密特権 キ】

また、秘匿特権に配慮した運用の下では、上記カで挙げたような指導内容も含めて事業者が配慮を要請するといった弊害が生じ得ることから、公正取引委員会が秘匿特権に配慮した運用を行う前提として、証拠隠滅等の弊害を防止するため、①秘匿特権に配慮すべき文書であるか否かを適切に判別することができる手続を設けること並びに②調査妨害行為に対する課徴金の加算制度の導入及び検査妨害罪に対する罰則の強化を行うことが必要不可欠であるとともに、別紙44で挙げた事例のような証拠隠滅等の非協力的なアドバイスを行う弁護士が認められた場合には、公正取引委員会は、当該弁護士が所属する弁護士会に対して懲戒請求を積極的に行うことが必要である。

弁護士は、良心に従い、依頼者の権利及び正当な利益を実現するように努めなければならない。違法行為を自ら行いあるいはこれを助長するような弁護活動は正当な利益のためのものではなく、許容されないのは当然である（弁護士職務基本規程第5条、第14条、第21条等）。

しかしながら、弁護士からアドバイスを受けた従業員のメモに記載された発言を集めた別紙44については、フェアなものとは言えず、容認できない。

本報告書は、課徴金減免限定型秘匿特権を認めた場合に懸念される弊害として、違法行為の助長を懸念しその材料として別紙44を作成・添付したものと考えられるが、一般に、弁護士から事業者に対する助言内容としては、違法行為の有無を社内調査すべきこと、違反行為が明白又はその疑いが強い場合には当該行為を即時停止するとともに、過去の行為について課徴金減免制度の利用を早急に検討すべきこと等を述べるのが通常であって、公正取引委員会が過去に留置した弁護士の助言に関するメモ等にもそのようなものが相当数あると考えるのが自然である。

なお、別紙44は、弁護士からアドバイスを受けた従業員のメモ等に記載されていた事例であり、いずれも伝聞または伝聞の伝聞である¹²。従業員がアドバイスを正確に理解したか、別紙をとりまとめた公正取引委員会事務局がメモの趣旨を正確に理解したか、いずれも確認できない。これらを全て事実であるという前提で行政文書に記載し、弁護士が法の執行を妨げるかのような印象を与えたことは遺憾である。

また、記載された事例が違法または不当か否かは、アドバイスの文脈や経緯まで踏みこまなければ正しく評価することはできない。調査に非協力的であるからといって直ちに違法又は不当な弁護活動になる訳ではない。証拠隠滅を示唆することは違法と評価されるが、それ以外の事例には正当な弁護活動と考えられるものが含まれ得る。これらを区別することなく、文脈や経緯と切り離して「非協力的」とするのは到底容認できない。

本報告書がいう「上記カで挙げたような指導内容」について、本報告書は、課徴金減免限定型秘匿特権を認めた場合には、そのようなものまで保護（配慮）を求める弊害が生じ得るとして、判別手続だけでなく、調査妨害行為に対する課徴金の加算制度の導入及び検査妨害罪に対する罰則の強化を行うことが必要不可欠とする。調査妨害行為に対する加算制度や検査妨害罪に対する罰則強化に反対するものではないが、通信秘密保護制度ないし課徴金減免限定型秘匿特権を認めた場合に違法・不当な指導が生じ易くなるという根拠は本報告書のどこにも示されていない。判断手続を設けて判別すれば解決する問題について、さらに調査妨害に対する課徴金加算制度や検査妨害罪の罰則強化を「必要不可欠」とまで結論づける論理はあまりに強引である。通信秘密保護制度の導入は、こうした条件を付けるまでもなく可能というべきである。

上記のとおり、違法行為を自ら行いあるいはこれを助長するような弁護活動に対しては、然るべき懲戒処分がなされるべきことは、当然である。他方、報告書は、非協力的なアドバイスを行う弁護士に対して、公正取引委員会が積極的に懲戒請求を行うことを求めているが、調査協力インセンティブの問題と、懲戒事由相当性の問題を混同している。仮に、正当な弁護活動に対してまで懲戒請求を行う又はこれを示唆する等により妨害しようとする事態が生じるならば、当連合会としてもこれを容認できないことを付言する。

【報告書53ページ・14(3)弁護士・依頼者間秘密特権 キ】

公正取引委員会が秘匿特権に配慮した運用を行う際には、その運用に対応し、弁護士の懲戒制度をより実効性あるものとして機能させるための方策が日本弁護士連合会において講じられることが期待される。

弁護士の懲戒制度が実効性を欠くことを前提とした記述だとすれば、そのような前提は誤りである。2017年3月1日開催の研究会議事概要によると、以下のような議論がなされている。

「○ 弁護士の懲戒制度について、他の行政機関では同制度を利用しているにもかかわらず、公正取引委員会が同制度を利用したことはない。」

他の行政機関は懲戒制度を利用しているにもかかわらず、公正取引委員会が利用したことがないのは事実である。2013年から2016年までに公告された懲戒事例全件を精査したところ、違法行為を自ら行いあるいはこれを助長するような、然るべき懲戒処分がなされるべき弁護活動について、接見時の捜査妨害を理由とする事案が3件、証人威迫の幫助的行為の事案が1件、虚偽証拠提出の事案が1件ある。弁護士会による懲戒制度は現在も有効に機能しており、証拠破棄等の違法・濫用事案に関与する弁護士があれば、弁護士会が現行制度を運用することによって充分に対処することができる。

<脚注>

- 4 例えば、平成27年12月25日「独占禁止法審査手続に関する指針」においても、弁護士との通信を例外扱いにするような考え方は示されていない。
- 5 この考え方は、「新たな課徴金減免制度の利用」の可能性のある事業者にとっての防御権及びコンプライアンス遵守の促進に、より整合的である。事業者はより大きな課徴金減免を得るために積極的に協力すべきか否かのみを検討すれば済むのではなく、当該制度を含む課徴金制度の内容、違反行為の有無・内容・範囲等を把握・検討する必要があるからである。
- 6 公正取引委員会「オーストラリア競争・消費者委員会との協力に関する取り決めの締結について」 <http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/apr/150430.html>
- 7 公正取引委員会「カナダ競争局との執行活動の情報伝達に関する協力取り決めの締結について」 http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h29/may/170512_2.html
- 8 同内閣府懇談会第6回の松尾勝公正取引員会経済取引局長発言参照。
- 9 スコット・D・ハモンド、矢吹敏敏「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入(上)」NBL1067号11～12頁では、以下のように述べられている。「法的特権によって、競争当局が違反を証明するために必要不可欠な情報を奪われることで執行が害される可能性が高いという結論は、反トラスト局の経験とも矛盾している。私が反トラスト局のカルテル執行プログラムを監督している間、特権対象のコミュニケーションの内容が、カルテル行為の存在を立証するため反トラスト局にとって必要不可欠とされた事例はなかったと認識している。法的特権は、元々ある証拠をディスカバリー手続から保護するわけではない。それは、元々ある証拠を分析する弁護士のコミュニケーションやワークプロダクトを、ディスカバリー手続から保護するだけである。一般的に、企業および(または)反トラスト局は、非特権文書、証人または特権対象のコミュニケーションに含まれるのと同じの情報に有する文書と証人の組合せにより、基礎となる証拠に直接アクセスできる。」
- 10 「医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士(外国法事務弁護士を含む。)、弁理士、公証人又は宗教の職にある者(傍受令状に被疑者として記載されている者を除く。)との間の通信については、他人の依頼を受けて行うその業務に関するものと認められるときは、傍受をしてはならない。」
- 11 そもそも現行民事訴訟法は、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」を文書提出命令の例外としており(第220条ニ)、当事者と弁護士間の相談内容に関する文書も含めて、基本的に提出対象となることなく審理が行われている。なお、当連合会は、民事訴訟法に関して、文書提出命令の対象を拡充するため、かかる例外規定については改正すべきとの意見を表明し、あわせて通信秘密保護(秘匿特権)制度の明確化を求めている。
- 12 なお、こうしたメモ等は、通信秘密保護制度に伴って導入されるべき審査制度(保護対象の通信であるか否かを調査担当者以外の者が審査・判断する)の下では当該審査の対象となるべきものであって、当該審査上もその存在が秘匿できるわけではない(本意見書14頁③)。

【日本弁護士連合会】

防御権の強化としての弁護士・依頼者間秘匿特権は、一般的には望ましい制度であると考えられるが、従来から日本では他の法分野を含めて全く認められておらず、独禁法の分野にのみ法定化することに十分な理解が得られていないことから、公取委の運用において、課徴金減免制度の利

用に係る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配慮することが適当である、という研究会報告書の内容は、現段階では、適切なものであると考える。この運用経験を踏まえた上で、どのような要件・範囲の下に法定化するか否かを含めてさらに検討して行くことが適切であると考え。【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】

第1 意見の趣旨

（中略）

2. 報告書第3の14項（3）（49～53頁）記載の弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という）について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

（中略）

2. 意見の趣旨2について

（1）秘匿特権は、「依頼者と弁護士との通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

（2）依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

（3）しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのか否かが判然としない。

また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

（4）独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する場合は明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

（5）秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

（6）秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

（7）したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。【日高清司（弁護士）】

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項（3）（49～53頁）記載

弁護士・依頼者間秘匿特権（「秘匿特権」）について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。

課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

秘匿特権は、依頼者の弁護士を依頼する権利の面から重要である。

しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じ、保護の必要性があるかは判然としない。

秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意味も不明である。

独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであり、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮すべきである。特に、独禁法違反行為の被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは言えないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。【平澤慎一（アクト法律事務所 弁護士）】

第1 意見の趣旨

（中略）

2. 報告書第3の14項（3）（49～53頁）記載の弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という）について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

（中略）

2. 意見の趣旨2について

（1）秘匿特権は、「依頼者と弁護士との間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。

（2）依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。

（3）しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのかが否かが判然としない。

また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。

（4）独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委

の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。

(5) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

(6) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。

(7) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。**【船江莉佳（ホクレア法律事務所 弁護士）】**

4. 弁護士依頼者間秘匿特権

弁護士依頼者間秘匿特権に関しては、独占禁止法に限らず法制度全般について、一般論としては、積極的にその導入を検討すべきであると考えられる。

しかし、報告書に述べられている諸要素、特に、公取委の実態解明機能を阻害するという点は重要である。また、これまで弁護士が事業者に対し違反行為を隠すように指導した例があり、秘匿特権が認められた場合、これを濫用するおそれがあると思われる。日本においては、弁護士倫理に反する行為を行った弁護士に対する制裁のシステムが十分整備され機能していないと考えられ、まずこの点を是正する試みが具体的に検討されるべきである。

上の点は、さきの内閣府「独占禁止法審査手続についての懇談会」報告書（2014年）でも指摘されており、そこで示された「懸念や疑問点」が依然として残されていると考えられる。

これに対し、手続保障のみ切り出して、抽象的な秘匿特権の認知により国際的なハーモナイゼーションを図るべきとの考えが見られる。しかし、手続保障の必要性の前提となる日本の独禁法違反事件審査の過程における事業者側の審査に対する対応、および、公取委と事業者の関係の具体的実態について、調査妨害に対する制裁が弱い等の例が端的に示しているように、公取委の実態解明機能を十分発揮できるような実態にはなっていないと考えられる。秘匿特権の主張は、こうした日本の現実の制度および実態とのバランスを欠くものであり、前述の「懸念や疑問点」を含め、日本の法制度全体として検討すべきと考えられる。**【舟田正之（立教大学 名誉教授）、土田和博（早稲田大学法学学術院 教授）、山部俊文（一橋大学法学研究科 教授）、金井貴嗣（中央大学法科大学院 教授）】**

私の専任者である、バートランド・デモスク（Bertrand Debosque）がしたように、私たちが、とりわけ弁護士と依頼者の間に秘密保持ということがあることに関してフランスの法制度についてのコメントと例を以下に述べているのをごらんください。

1 日本弁護士連合会（JFBA）からの質問：

貴国では弁護士・依頼者間秘匿特権が認められますか？それは何故ですか？弁護士・依頼者間秘匿特権が認められない場合、どのような不利益が発生しますか？

フランス全国弁護士会（CNB）からの回答：

フランス法では職業専門家の秘密とは、公の秩序に関する原則であり、刑法に規定されています。この原則によると、聖職者、弁護士、医師などの専門職業家は、信者、依頼者または患者から秘密のうちに情報を得ることができます。これは専門職としての業務を遂行するために必要になるものです。その代わり、法は専門職業家に対してこれらの秘密を無条件・無限定で保持することを義務付けます。刑法 226条の13によると、専門的地位もしくは職業または一時的な役割もしくは使命を果たすため、付託を受けた秘密を開示した者は、1年の懲役及び15000ユーロの罰金に処されます。

弁護士の職業専門家としての秘密は一般的、絶対的で、期限がありません。他の多くの国とは異なり、フランスではこの原則に例外はありません。弁護士は、付託を受けた秘密を、依頼者であろうと、公的機関であろうと、より一般化すれば他の誰に対してであろうと、漏らすことは

できません。依頼者が弁護士に伝達した情報だけでなく、相手方当事者もしくはその弁護士または第三者が伝達した情報であっても、それが秘密であって、秘密であることを前提に付託したものである場合は、秘密保持義務の対象となります。

弁護士が義務を負う反面、これに対応する権利が認められます。職業専門家の秘密に属する事項について、証拠の提出を拒絶することができます。職業専門家の秘密に属する情報を含む文書は、警察または司法機関の捜索差押から除外されます。

これらの原則は、いくつかの法律、規則、職務規定に反映されています。

司法制度及び法律の改革に関する1971年12月31日法71-1130第66条-5:

法的助言であろうと防御であろうと、すべての分野において、弁護士が依頼者に送付し、もしくは依頼者のために作成した書面による意見、依頼者と弁護士との間の通信、弁護士間の通信("official"とされる一定の例外を除く)、会議録及び事件記録に編綴されたすべての書類は、職業専門家の秘密に属する。

刑事訴訟法第109条第1項:

弁護士が証人として召喚されたときは、宣誓のうえ、職業専門家の秘密を侵害しないで回答できるすべての質問に答えなければならない。

2005年7月19日命令2005-790:

- 第4条 裁判所において自分を弁護する必要がある場合、法律上開示が認められた場合を除き、弁護士は、いかなる方法でも、職業専門家の秘密を侵害する開示を行ってはならない。
- 第5条 弁護士は、刑事手続における尋問や調査の秘密性を尊重し、自己を弁護する場合を除き、尋問や調査に関連して事件記録から得た情報を伝達し、または文書、書簡を公表してはならない。

欧州共同体弁護士行為規範(原則):

弁護士と依頼者との間の秘密は弁護士の役割の基本的要素である。弁護士は、依頼者が他の者には話せないことを話してもらう必要がある。また、弁護士は秘密を信頼して情報を受け取ることがある。弁護士が秘密を守ることは、依頼者の利益を守るだけでなく、正義の実現に寄与する。

- 上述したように弁護士間の通信は、その性質上秘密であり、証拠として提出することができません(全国国内規則第3.1条)。しかし、形式的手続に関する通信や、秘密を含む文書、発言や関連資料に言及しない通信は"official"とみなされ、職業専門家の秘密の対象となりません(全国国内規則第3.2条)。証拠となることができるのは、"official"とされる通信のみです。
- フランスでは、弁護士の職業上の秘密は、依頼者によっても、他の誰によっても免除されず、いかなる機関もそれを免除する権限をもちません。職業上の秘密が停止するのは、弁護士が自己に対する嫌疑その他のクレームに対して弁護する必要があるときのみです。破棄院(日本の最高裁判所に相当)刑事部は、以下のように述べます。「依頼者が弁護士との間の通信を開示したことによる嫌疑に対して弁護するときは、弁護士は職業専門家の秘密から免れる。」全国国内規則第2.1条、2005年7月12日命令第4項は、厳格に必要な場合のみに開示を認めます。
- 弁護士と依頼者との間の通信を押収することは、その資料が弁護士が違法行為に関与していることの証拠となる場合にのみ命じることができます(控訴院刑事部1992年12月3日)。

刑法第226条・14によると、職業上の秘密は、年少者や自分を守ることができない者への身体的または性的な虐待に関して、司法、医療または行政機関に対して開示することが許されます。

2 日本弁護士連合会(JFBA)からの質問:

通信秘密が保障されなくてあるいは認められなくても単に「配慮」されることにより、つまり行政の裁量に服するという意味のものであっても、弁護士・依頼者間秘匿特権の制度趣旨は達成できますか？現在提案されているように、新しい課徴金減免制度の利用に係るコミュニケーションに限定してかつ公正取引委員会の事実認定機能が阻害されない程度においてコミュニケーションが保護されるのであっても意味があるのでしょうか？

フランス全国弁護士会（CNB）からの回答：

法曹職業の倫理ルールに従うために通信とコミュニケーションの秘密保持は必要不可欠です。
その根拠は、私たちの職業の全国国内規則（R I N）に見つかります。

全国国内規則第2条：

職業専門家の秘密は、法的助言か防御かを問わず、有体物か無体物か（紙、ファクス、電子データなど）を問わず、すべての分野を包含する。

全国国内規則第3.1条：

弁護士間の通信は、口頭か、文書（紙、ファクス、電子データなど）かを問わず、性質上秘密である。弁護士間の通信は、形式の如何を問わず、どのような状況でも、証拠として提出されてはならず、秘密を撤回する命令の対象とされてはならない。

（中略）

フランス全国弁護士会は、日本政府に対して、弁護士と依頼者との間の通信の秘密を保護する必要性について、注意を促します。国家は、権利と自由を実現するために弁護士の助言と支援を必要とするすべての人を保護し、公平で正しい司法の運営（公平な裁判を受ける権利、プライバシーの権利、自己負罪拒否特権）を確保する義務があります。これらは、弁護士と依頼者との関係の秘密が保たなければ実現することができません。秘密が保護されなければ、依頼者はコンプライアンスを確実にするために必要な法的助言を求めることを躊躇するでしょう。【**フランス全国弁護士会**】

3. 秘匿特権について

報告書は、秘匿特権につき、「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妥当、とした。この点、秘匿特権の導入は、立法によるべきとの意見もあるようなので、この点につき触れる。

（1）秘匿特権は、必ずしも法律で規定する必要のない法理であり、法律で規定している主要国はむしろ少数派であること

米国の秘匿特権は、英国の判例法で発展してきた法理を受け継いだものであり、コモン・ローを根拠とする（21世紀政策研究所「独占禁止法審査手続の適正化に向けた課題」第2章2（2016年12月））。そして、この法理は、証拠開示手続における開示義務の例外を規定するものであり、このため、依頼者が対象文書の開示を拒否できる権利として位置づけられている。弁護士・依頼者秘匿特権と形容されるのは、そのためである。しかし、その本質は、当局が開示命令できる文書の範囲に例外を設けるところにある。

EUにおいても、法律レベルでの規定はなく、競争法の運用に関する告示の中で秘匿特権で保護されると規定することで、運用上、秘匿特権対象文書は当局による開示の対象文書（立入検査における写しの持帰り及び情報提供要請の対象となる文書）から除外されている。フランスでは、弁護士の守秘義務として、一定の文書が開示から保護されている。

要するに、秘匿特権については、対象文書であれば事業者が開示を強制されないことに意味があり、このため、秘匿特権の保護の方策には、企業が当局や裁判所から開示を命じられても拒否できると規定する方法（事業者の権利として規定する方法）と、当局が、対象文書については開示を命じることができない（調査権限の制限）と規定する方法の、両方がある。

わが国の実務では、実際に秘匿特権が問題になるのは、立入検査においてその対象となる物件が発見された場合に、47条によりその提出を命ずる（留置する）という場面に限られており、47条の報告命令を活用して対象文書の提出を命じることが、想定されていない。このため、この場合に、公取委が一定の文書については提出命令の権限を行使しないとの方針を対外的に示せば、事実上問題は解決されるのである（リニエンシー申請者との関係では、およそこのような形で利用されることは想定できないことは、後述する）。

わが国において秘匿特権を付与する必要性については強く賛成するものであるが、法律で規定しようとする、まず、秘匿特権の定義規定を置かなければならず、例外となる場合をどう規定するかなど、法案の作成には困難と時間がかかると予想される。実際、国際的には秘匿特権の適用につきどこで線を引くかは日々個別の案件で大きく争われるところであり、これら複雑な海外の議論も踏まえて、日本だけが逆に「ガラパゴス」にならないような、十分に意味のある法律を規定しようとした場合、短時間で達成できるような簡単な作業ではないと考えている。他方で、秘匿特権対象文書を提出命令の対象外とすることは喫緊の課題であり、速やかに導入する観点から、事実上保護される方策の導入を急ぐべきと考える。

(2) 報告書は、リニエンシー制度の枠内で審査協力減額制度を導入するよう提言するが、その場合、リニエンシー申請者は秘匿特権により対象文書の開示を拒否することができるとしても、そこに含まれる情報は自主的に当局に提出するので、秘匿特権に配慮するといってもほとんど意味のないものになること

リニエンシー申請する者は、自己に不利な情報を自主的に当局に提出する者であり、これは、事業者が自己負罪となる情報をあえて当局に提出する行為であることに、その本質がある。しかし、これは当局との関係での行為であり、民事上の損害賠償責任まですべて自主的に受け入れるものではない。このため、企業の自己負罪となる情報が、当局による違反認定のための使用にとどめられることが強く要請され、特に被害者には開示されないことが強く求められることとなる。この点は、企業がリニエンシー申請をするか否かを大きく左右する要因となることは、EUの経験に照らし明らかである。

欧米において、リニエンシー申請の際にコーポレート・ステートメントが利用されるのはこのためであり、これが弁護士により口頭で行われる理由は、その記録は当局作成文書であり、一定の範囲で外部への開示から保護されること、その準備の目的で弁護士が作成した文書は、企業がこれを保持するとしても、秘匿特権で保護されることにある。

この場合、公取委は、申請者から自己負罪となる情報を自主的に提供されるし、減額を大きくするにはその付加価値を大きくすることが求められるので、申請者本人から提供される以上の情報を公取委が審査権限を用いて収集する必要性は、希薄である。この場合に求められるのは、当局の守秘義務であり、証拠としての利用上の配慮であって、企業を開示から保護するという意味での秘匿特権の重要性は自ずと低くなる。

この点、報告書の考え方によればリニエンシー申請に至る過程での弁護士とのコミュニケーションは保護されることになろうが、申請者がコーポレート・ステートメントを利用している場合、当局がそのようなコミュニケーションの開示を命ずる必要性は、ほとんど想定できない。リニエンシー申請をしない会社に対しても秘匿特権の保護を与えなければ、意味がないと考える。

企業にとってのより大きな関心事は、リニエンシー申請で当局に提供される情報が、他の企業の法違反の証拠として利用されること（開示されること）であり、仮にその写しが公取委から第三者に開示されたり、その写しの提出が裁判所により命じられることがあれば、リニエンシー申請のインセンティブを著しく減退させることになる。これは、秘匿特権の問題ではなく、当局の守秘義務の問題である。

したがって、わが国でリエンシー制度との関係で求められるのは、秘匿特権というよりは守秘義務の徹底であり、すでに法律に規定されている公取委の守秘義務で足りるはずである（秘匿特権で保護されれば当局はその文書を手に入れないので、その守秘義務も問題となり得ないという関係になる）。

そうすると、リエンシー制度を拡充することで審査協力減額を可能にするという提言と、それに必要な範囲において秘匿特権に配慮するという提言には大きなずれがあり、報告書の秘匿特権に触れた部分はほとんど意味のないものになっていると言わざるを得ない。むしろわが国で喫緊に必要とされるのは、リエンシー制度で提供された情報につき当局が守秘義務をしっかりと保障することと、その運用方針を対外的に示すことにより企業に安心感を与えることであると考えられる。**【フレッシュフィールドズブルックハウスデリンガー法律事務所】**

1. 弁護士・依頼者間秘匿特権について

（独占禁止法研究会報告書 平成29年4月（独占禁止法研究会）（以下、「報告書」とする）49頁）

日本弁護士連合会会長（中本和洋）の、2017年4月25日付の会長声明（平成29年4月付「独占禁止法研究会報告書」に対する会長声明）によると、弁護士・依頼者間秘匿特権の保障が「国際標準」とされており、さらに、知人を通じて入手した、「独占禁止法審査手続の在り方に関する提言」（座長：磯崎仁彦）（以下、「提言」とする）の6頁（別紙2 防御権に関する国際比較）においても諸国との比較を通じてこの点が強調されている。このような、弁護士・依頼者間秘匿特権の認定のためには、弁護士倫理の担保が大きな前提となる。これに関し、現在、日本において大きなウェイトを占めているのは、日本弁護士連合会による懲戒である。

しかし、同懲戒の過程はまだ必ずしも明らかではない場合も多々あり、そのうえ、懲戒の詳細な内容や理由は、同連合会のHP及び自由と正義の両方において具体性が欠けているように見える。

さらに、報告書52頁に述べられているように、これまでの日本の独禁法違反被疑事件調査においては弁護士が必ずしも弁護士倫理に沿った指導をしていたようには到底思えない事例があったとされているにも拘わらず、これに対して日本弁護士連合会がそれに見合う懲戒を下したというのはあまり見当たらない。

このような状況の中で弁護士・依頼者間秘匿特権が「国際標準」であることが独り歩きすることが果たして妥当か、また、仮に同特権を認めることが公取委と弁護士・依頼者の双方にとって公平なルールになるのかについては疑問がある。

最後に、上記の提言においては、韓国で弁護士・依頼者間秘匿特権が「△」となっているが、これは間違いである。韓国においては、どの法領域においても弁護士・依頼者間秘匿特権が認められていない。そのため、全経連（日本の経団連にあたる）などはこれまでずっと同特権の認定を求めているが（例えば2015年12月4日提案）、いまだに実現されていない。例えば、独禁法事例ではないが、昨年8月のロッテグループの後継者をめぐる一連の訴訟では、韓国検察は裁判所から捜索令状をもらい、一切の証拠を任意提出の形で没収している。敢えて△をつけた理由を正当化できるとすれば、韓国独禁法違反事例において、事業者の方から、韓国公取委に対し、「非公式的」に、ビジネスへの重大な影響があることから「非公開」を要請することがあり、韓国公取委が認める場合もあるようだが、それはあくまで「非公式的」なものであり、韓国の裁判所で抗弁の手段として同特権を主張することはできない（また、実際に韓国最高裁は判例において同特権の存在を否定している（2012年5月17日））。

韓国において弁護士・依頼者間秘匿特権が認められていない理由は、いろいろあると思われるが、大きな理由の一つとして、弁護士倫理に反する行為への懸念及びそれに対する韓国弁護士会への不信感（懲戒の甘さなど）がある。そのため、2012年からは、「大韓弁護士会」のHPより、懲戒を受けた弁護士の検索が可能となり、また、基本的には名前、生年月日、所属弁護士会、事務所の場所、懲戒内容と理由、懲戒処分発生日を明記することとなった。懲戒理由は、日本に比べると具体的であり、一般的に懲戒へのハードルは低くなりつつあると言われている（対象者の増加）。

上記のような状況にある韓国においてもまだ弁護士・依頼者間秘匿特権は認められていないことに鑑みると、単に同特権を認めている国及び地域と歩調を揃えるのが重要なのではなく、それが正しく働くような状況づくりが先ではないかと思われる。**【洪淳康（ホンスンガン）（金城学院大学生生活環境学部 准教授）】**

第1 意見の趣旨

報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を拡げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

1. 依頼者の「弁護士を依頼する権利、相談する権利」に照らすと、秘匿特権は検討課題のテーマという側面はある。しかし、現状、具体的な議論が熟しているとは到底言えない。
2. たとえば、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのか否かが、判然としない。また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。
3. 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。
4. 秘匿特権については、その必要性の有無・程度、根拠、対象範囲(時間的、物的)、判定手続(どの機関がどのようにして秘匿特権の適用の有無や適用範囲を判定するのか等)、濫用防止措置、手続の種類(行政や民事の違いのみならず、それらの中でも様々な手続と手続ごとの個性がある)や場面・段階等による違いをどう考えるか、証拠収集手続の不十分さとの対応関係をどう考えるか、想定される効果と副作用をどう考えるか、等々、多くの点で見解の対立がある。
つまり、現時点では、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、妥当でない。
5. 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が必要である。
6. したがって、課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した「運用」としてのみ認める、との報告書に賛成である。

(「第1 意見の趣旨」で述べたように、上記限定を超えて特権を拡げることには反対であることを、再度付言する。)。【正木みどり(弁護士)】

第1 意見の趣旨

(中略)

3. 報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権(以下「秘匿特権」という)について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認める点については、賛成である。

ただし、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう留意されたい。

第2 意見の理由

(中略)

3. 意見の趣旨3について

- (1) 秘匿特権は、「依頼者と弁護士との間の通信を行政手続等において行政機関等に開示することを拒絶することができる権利」であるとか「弁護士とその依頼者との間における一定のコミュニケーションについて当該依頼者が調査当局に対する開示を拒むこと等ができる権利」とされている。
- (2) 依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと、秘匿特権が検討に値する制度であることは否定できない。
- (3) しかしながら、秘匿特権が保障されていないために、具体的にどのような不利益が生じているのか、それが保護に値するのか否かが判然としない。
また時折、秘匿特権がコンプライアンスを促進するという意見を耳にするが、なぜ違反行為に関するコミュニケーションを秘匿することを認めたらコンプライアンスが促進されるのか、説得力のある説明はなされていない。
- (4) 独禁法違反事件に限っても、秘匿特権が実態解明機能と抵触する可能性があることは明らかであるから、秘匿特権の導入の可否を検討するにあたっては、実態解明機能とのバランスを考慮し、実態解明機能を阻害しないように配慮しなければならない。とりわけ、独禁法違反行為が公正で自由な競争を阻害する行為であってその被害者が国民・消費者であることを考慮すれば、独禁法の厳正な執行を確保することが重要である。独禁法違反行為が秘密裏に行われ違反行為の立証が困難な場合があることを考慮すれば、秘匿特権の導入の可否を決する際には公取委の実態解明機能を阻害しないよう慎重な態度が望まれる。
- (5) 秘匿特権については、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの点で見解の対立があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえないから、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。
- (6) 秘匿特権は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題であるから、慎重な検討が望まれる。
- (7) したがって課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとどめるとの報告書に賛成である。【松井良太（松井総合法律事務所 弁護士）】

【意見】

報告書第3の14項(3)(49～53頁)記載の弁護士・依頼者間秘匿特権について、課徴金減免制度の利用促進のために限定した秘匿特権を、同制度の運用としてのみ認めることには、賛成であるが、同特権を、課徴金減免制度の利用促進以外の目的で認めたり、他の行政手続や民事裁判手続にまで拡大したりすることには反対である。課徴金減免制度の利用促進のためという目的を超えて特権を広げることのないよう特に留意していただきたい。

【理由】

秘匿特権制度は、依頼者の弁護士を依頼する権利に照らすと検討に値する制度であることは否定できない。公正取引委員会の実態解明機能を阻害しないよう慎重な制度設計が必要であり、その必要性、根拠、範囲（時間的、物的）、判定手続、濫用防止措置など多くの論点があり、これを権利として認めるに足るほどに議論が熟しているとは到底いえない状況にある。秘匿特権制度は、行政調査はもとより民事訴訟にも大きな影響を与えるものであって、行政手続、裁判手続全体に関わる重大な問題でもある。従って、このような制度を法的権利として認めたり、課徴金減免制度の利用促進という政策目的を超えて一般化したりすることは、現時点では妥当でない。

よって、課徴金減免制度の利用促進のために限定し、かつ、実態解明機能を損なわない範囲に限定して、秘匿特権に配慮した運用をするにとど

めるとの報告書に賛成である。【葉袋真司（葉袋法律事務所 弁護士）】

(4) 供述聴取手続における防御権

14 新制度の下での手続保障

(中略)

(4) 供述聴取手続における防御権【本研究会としての結論】

● 独占禁止法違反事件の性質上、供述（供述「調書」ではありません）の重要性は否定しませんが、そのことが、聴取中のメモの作成を否定する理由にはなりません。メモの作成や弁護士の助言を含む「供述聴取手続における防御権については、・・・現行制度において十分保障されているのであれば、会合における議論においても論点整理におけるコメントにおいてもこれだけの批判がなされるはずがありません。これに対して、本報告書は極端な弁護活動①から④を挙げて「防御権の強化により、実態解明機能が損なわれるおそれは極めて高い」と述べていますが、仮にそのような極端な弁護活動があったとしても、多くの事案に当てはまるものではなく、極端な事例を前提にした一般化、制度全体の妥当性の検証にはほとんど意義が見出せません。実際、それらの弁護活動は本報告書が挙げる防御権の例である①ないし③があることによりなされるものでもないし、増加するものではないので（なお実務上調書の文案作成自体は事情聴取時には行われておらず、メモによる妨害も不可能です）、本報告書の論理には無理があります。

● 極端な弁護活動に対して、本報告書は「独占禁止法違反行為は、その性質からして基本的に密室において行われる行為であるため、証拠も残りにくく、発見・解明が困難である。」とか、「供述調書は実態解明に欠かせない審査手法となっている。」といった愁訴が列記されていますが、課徴金減免制度の導入以降、証拠は公正取引委員会が集めるのではなく、違反行為者から公正取引委員会に提供される方向にシフトしていることは確実です。その上で、任意の名の下に従業員を繰り返し呼び出しても公正取引委員会のストーリーに沿う供述が入手できないとすれば、公取委のストーリーが誤りであることや、事業者または従業員の疲弊による観念・あきらめに過剰に依拠する無理強いが疑われます。これまでの改正において公正取引委員会が入手してきた武器と、公取委の専門的知見の名の下に神聖視されてきた公正取引委員会の手法、事業者の負担・不利益を十分に考慮することが期待されます。【雨宮慶（伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士）】

第2 意見の内容

(中略)

4 本報告書第3, 14(4)の供述聴取手続における防御権に対して

(1) 結論の一つめについて

本報告書は、「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念に対処するため、従業員等から録取する供述調書は課徴金減免制度における減算率を決定する際の評価対象とはしない」とする。

この点については、本報告書が検討するいわゆる裁量型課徴金制度の内包する懸念に対処するものとして首肯されることである。

(2) 結論の二つめについて

ア 本報告書は、「供述聴取手続における防御権については、供述聴取の休憩時間内に、弁護士と連絡をとることや記憶に基づいてメモを取ることが可能であることが明らかにされているなど、現行制度において十分保障されており、これ以上の拡充は必要性を超える防御権となって実態解明機能を損ねるおそれがあるため、今回の見直しに併せて拡充する必要はない」としている。

この結論には、反対である。

本報告書が、この結論に至る前に検討した防御権は、①供述聴取への弁護士の立会、②供述聴取の録音・録画、③供述聴取時における聴取対象者によるメモ取りなどだという（本報告書第3, 14(4)ア）。そして、供述調書の作成は、「欧米に比して違反行為の構成要件や立

証基準が異なり（別紙4 5参照）、状況証拠から共同行為を推定することが容易ではなく、・・・限定的・断片的な物証をつなぐ供述調書が重要・不可欠である」と述べている（本報告書第3，14（4）イ）。

しかしながら、当局の意向に沿った供述調書の作成による立証方法自体が問題なのであり、見直しの対象とされるべきであって、供述調書に頼らない過去の資料等に基づく、客観的な状況証拠からの立証にその方法を転換する必要がある。本報告書は、これまでの調査、立証手法の妥当性に対する検証を怠り、安易に現状を追認するものであって、到底容認できるものではない。

イ そして、本報告書は、「一方、これまでの独占禁止法違反被疑事件調査において、弁護士が、①調書を作成させない方法＝メモをとること、②とにかく公正取引委員会の玄関を跨いだら、『全て覚えていない』『分からない』という態度で臨むこと、③人格を変えてくれ・まじめに答えるな・知りません・わかりません・忘れましていく、④徹底抗戦してこい・何もしゃべるなどといった指導をしている事例が少なからず存在する（別紙4 4参照）。このような実態を踏まえると、供述聴取手続における防御権の強化により、実態解明機能が損なわれる恐れは極めて高い」とする（本報告書第3，14（4）ウ）。

この意見にも反対である。

別紙4 4は、これまでの独占禁止法違反被疑事件調査における、供述者の供述や弁護士との間の供述者のメモからの記載であるとのことであり、実際にこのようなアドバイスがなされたか否かは不明であって、また、全体の文脈をとらえたものではない。全体を総合して勘案すれば、正当な弁護活動によるアドバイスであったり、必ずしも違法とはいえないものも存在すると考えられる。実態解明機能の名の下に、事実かどうか不明、または正当な弁護活動まで制限する可能性のあるものを安易に資料化していることには賛成できない。仮に弁護士による不適切な指導の事例が過去にあったとしても、これらの例を殊更指摘して、弁護士の活動一般が問題であるかのような考え方は、正当な弁護活動の否定にもつながりかねず、到底賛成できない。

ウ また、本報告書は、「当該指針¹²に反する審査官等の言動等があった場合の苦情申立制度を導入している。公正取引委員会の報告によれば、苦情申立制度の導入以降、約2,000件の供述聴取が行われているが、これに対する苦情申立の件数は4件にとどまり、かつ調査の結果、いずれについても問題は認められなかった」として、現状の聴取手続に問題はないとしている（本報告書第3，14（4）オ）。

しかしながら、この件数を少ないと見てよいか、また少ないと解される場合であってもその理由が、苦情申立をすべき事案がないからか、苦情申立制度の利用の困難さにあるのかや、審査中に苦情を申し立てるなど他の問題提起の方法を選択したかについての検証がなされておらず、この数字を以て現状に問題がないということにはならない。

公正取引委員会の担当者が威圧的な聴取を行ったとして事業者側の弁護士が抗議をした事例、130回以上にわたり同一人への事情聴取がなされた事例、公正取引委員会及び検察庁を合わせると200回を超える事情聴取がなされた事例なども新聞報道で報告されており、実態は、任意聴取に名を借りた過酷な取調べが行われているといわざるを得ない。

本報告書が挙げた、①弁護士の立会、②供述聴取の録音・録画、③被聴取者によるメモ取りのいずれも真摯に検討されるべきであり、本報告書の結論には賛成できない。

<脚注>

12 「独占禁止法審査手続に関する指針」（平成27年12月25日公表）を指している。

【大阪弁護士会】

5. 第3・13～15について

（中略）

供述聴取における防御権については、主として供述調書によって実態解明がなされているという現状を前提とすると、円滑な供述聴取と防御権のバランスを図る必要があり、現在行われている方法が適当であろう。

（中略）

なお、本報告書には供述聴取の録音・録画について記載がないが、供述聴取を録音・録画することは、供述聴取の適正さを担保する手段として

有効であり、また、既に刑事手続において導入されており支障は生じていないことから、導入を検討すべきであろう。【小畑徳彦（流通科学大学商学部 教授）】

3. 防御権の法定化には、独占禁止法の厳正な執行を妨げるおそれがあります。

(中略)

(2) 供述聴取時の弁護士立会い、供述聴取時の録音の問題

供述人は供述聴取時に、経験したありのままの事実を供述すればよく、弁護士による法的助言は必要ないこと等を踏まえると、弁護士の立会いを認める必要などありません。万が一、弁護士の立会い・録音等を認めた場合、供述内容が企業に伝わることで、従業員たる供述人が付度したり、組織からの報復を考えて供述内容がありのままとはならない等が考えられます。【神奈川県消費者団体連絡会】

第12 新制度の下での手続保障について

(中略)

3 供述聴取手続における防御権（「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念に対処するため、従業員等から録取する供述調書は課徴金減免制度における減算率を決定する際の評価対象とはしない。」「供述聴取手続における防御権については、供述聴取の休憩時間内に、弁護士と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることは可能であることが明らかにされているなど、現行制度において十分保障されており、これ以上の拡充は必要性を超える防御権となって実態解明機能を損ねるおそれがあるため、今回の見直しに併せて拡充する必要はない。」との部分について）

(1) 意見の趣旨

反対である。

(2) 意見の理由

公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念には、①供述聴取への弁護士の立会い、②供述聴取の録音・録画及び③供述聴取時における聴取対象者によるメモ取り等を認めるなど、防御権の強化により対処すべきである。

また、供述を録取するための手続が適正に行われることを確保するためには、現行制度では不十分であり、上記①～③を認めるべきである。【株主の権利弁護団】

第3 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

14 「1.4 新制度の下での手続保障」（報告書46p）について

(1) 事前手続及び供述聴取手続における防御権（(2)及び(4)）について

(中略)

さらに、供述聴取手続における防御権についても、競争法フォーラムは、「供述を録取するための手続が適正に行われることを確保する観点から、供述聴取時の弁護士の立会いが認められるべきであり、その前提として、供述聴取開始時に供述人に対して弁護士の選任権が告知されるべきである。また、仮に、被疑事業者の弁護士が供述録取に立ち会うことについて被疑事業者と供述人との間に利益相反等の支障がある場合には、供述人個人の弁護士の立会いが認められるべきである」ことを主張してきた⁵。

この点、報告書には、「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念に対処するため、従業員等から録取する供述調書は課徴金減免制度における減算率を決定する際の評価対象とはしない。」との検討結果が示されているところ、あたかもそれが、今般特段の見直しが必要とはならないことの理由になるかの如くである。

しかし、当然のことながら、供述聴取手続において防御権の保障が必要とされる理由は、上記のような「審査方針への迎合」といった懸念への対処には止まらない。これは、競争法フォーラムとしても従前より、その一例として、「弁護士・依頼者間秘匿特権（後述）が不適切な供

述聴取により侵害されることのないようにするためにも、この供述聴取時の弁護士の立会いが確保されるべきこと、そしてその意味で、供述聴取時の弁護士の立会いが確保されることも、弁護士・依頼者間秘匿特権と同様に、実態解明機能とのバランスにおいて不可欠のものと言わざるを得ないことが、留意されなければならない旨を述べてきている⁶ことから、明らかである。そしてこれは、供述聴取過程の検証可能性の確保（録音・録画等の記録化）、適切な主張反論のための情報の開示（供述調書作成時における供述人への供述調書の写しの交付、及び供述聴取時における供述人による供述内容のメモの録取）について同様に妥当するのである。

<脚注>

5 「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」についての意見 5 頁。

6 「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に対する意見 37 頁。

【競争法フォーラム】

3. 個別テーマに関する意見

（中略）

■テーマ8：任意の供述聴取と審尋の区別

（報告書該当箇所：第3の14 新制度の下での手続保障 （4）供述聴取手続における防御権関連（53～55頁））

（中略）

<意見>

- （1）報告書では、供述聴取における防御権について、任意の供述聴取と強制手続である審尋による供述聴取との区別を明確にしていなかったが、供述聴取における聴取対象者の権利は、任意の供述聴取と審尋による供述聴取で異なるはずであるため、任意か審尋かを明確に区別して記載すべきである。
- （2）公正取引委員会は、現行の「独占禁止法審査手続に関する指針」においても、供述聴取における聴取対象者の防御権等について、任意か審尋かを区別することなく記載しているが、このような記載は上記（1）の観点からも早急に修正されるべきであり、任意手続は任意であるが故に当然弁護士立会いを求めること等が禁じられておらず、そのことを（制度に通じていない被聴取者も容易に認識できるよう）ガイドラインに明記することは当然として、毎回の聴取時に任意、審尋の別、黙秘権の有無を告げた上で聴取に入る旨もガイドラインに明記すべきである。

<理由>

（1）任意手続と強制手続との違いについて

任意の供述聴取では、強制力を伴わないため、聴取対象者には、供述聴取に応じる自由や拒む自由があるはずである。そのため、公正取引委員会が、①弁護士の立会いや、②録音・録画、③メモ取りを認めないのであれば、聴取対象者は、その条件では聴取に応じられないとして聴取自体を拒否できるはずであり、これらの防御権は必要ないと論じることは、任意の供述聴取については的を射ていない。

聴取対象者が上記の条件での任意の供述聴取を拒否した場合、それでも公正取引委員会が聴取をしたいということであれば、審尋手続によるか、あるいは、聴取者と交渉のうえ、折り合った条件によって聴取をするしかないと思われる。

報告書ではこれらの前提を無視して、供述聴取の全てについて一律に防御権を認めないこととしているが、このような態度に基づいて行われる供述聴取は、たとえ任意手続によって行われているとしても実質的に任意ではなくなっている。

（2）独占禁止法審査手続に関する指針について

現行の「独占禁止法審査手続に関する指針」においては、「供述聴取時の弁護士を含む第三者の立会い（中略）、供述聴取過程の録音・録画、調書作成時における聴取対象者への調書の写しの交付及び供述聴取時における聴取対象者によるメモ（中略）の録取については、事案の実態

解明の妨げになることが懸念されることなどから、これらを認めない」との記載があるが、これが任意の供述聴取についても適用されるかのごとく記載されている。しかし、任意の供述聴取については、上記（１）記載のとおり、聴取対象者との交渉のうえで合意した条件で聴取を行うべきであるから、任意の供述聴取については適用されない旨を明記すべきである。

また、「供述聴取は、１日につき８時間（休憩時間を除く。）までを原則とし、聴取時間が１日につき８時間を超える場合には、聴取対象者の同意を得るものとする」との記載もあるが、任意であれば、そもそも聴取対象者は、帰りたいときに帰ることができるはずである。この記載では、あたかも８時間を超えない場合は聴取対象者の同意は不要とするかのように解釈できるため、これについても、任意の供述聴取については適用されない旨を明記すべきである。

このほかにも、休憩時間に審査官等が付き添うことがある旨の記載など、任意の供述聴取にはおよそ適用できない定めについては、上記と同様に、早急に修正されるべきである。【経営法友会】

3. 調査協力インセンティブについて（報告書第２，１（２）「調査協力インセンティブの欠如」，第３，７「課徴金の加減算」，８「調査協力インセンティブを高める制度」，１３「調査妨害行為に対するペナルティー」）

（中略）

（２）課徴金の加減算の対象となる「調査協力行為」「調査妨害行為」とは何かを明確に

また、報告書で検討されている裁量型課徴金制度によれば、事業者が当局の調査に協力すれば課徴金額が減算され、調査を妨害すれば加算されることになる。しかしながら、具体的に「調査協力行為」「調査妨害行為」とは何を示すのが明確ではない。

なお、わが国の調査方式は、関係者の供述録取が中心であるため、「調査協力」とは当局の調査方針に迎合した「供述協力」になるのではないかという懸念がある⁵。この点、報告書では、「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念に対処するため、従業員等から録取する供述調書は課徴金減免制度における減算率を決定する際の評価対象とはしない。」とするとともに、供述聴取手続における防御権について「今回の見直しに併せて拡充する必要はない。」としている（５３頁）。しかし、前述のような懸念がなお払拭できない以上、後述の弁護士依頼者間秘匿特権や供述録取時の弁護士の立会いなどの手続保障の導入が必須である。

<脚注>

5 独占禁止法研究会第４回会合における多田敏明弁護士提出資料１「裁量型課徴金制度導入の論点と課題」１２頁など参照。

【公益社団法人 経済同友会】

3.3 その他の防御権の必要性

当部会は、貴委員会が、協力企業の弁護士が従業員に対するインタビューに同席することを認めるよう、その規則を改正することを、謹んで提言する。

その効果を発揮するに当たって、リニエンシー制度は、訴追の免除又は制裁の著しい軽減という多大な恩恵と引き換えに、率直、適時かつ完全な協力を求めている。協力企業は、当該協力プロセスを通じて、当該企業の弁護士の指導に大きく依存することになる。他方、当局は、第一義的には、当該弁護士を通じて協力企業と関わることになる。協力企業がその協力義務を全うするためには、当該企業の弁護士が、協力企業が当局に対して提供する情報（当該情報が proffer を通じて弁護士が提供するものか、既存のビジネス文書によるものか、それとも従業員の証言によるものかを問わない）を完全に理解していなければならない。

従業員に対するインタビューから協力企業の弁護士を排除することは、協力企業が協力義務を全うする能力を毀損することになる。多くのリニエンシー制度は、協力企業に対し、追加の情報を提供したり、新たな事実が判明した際に情報収集を行うことを期待している。従業員に対するインタビューから協力企業の弁護士が排除されれば、協力企業は上記の義務を全うできなくなってしまう。例えば、従業員は、協力企業が提出した情報を否認するかもしれない。もしかかる事態が生じた場合には、協力企業の弁護士は、かかる一見矛盾した状況が生じた理由を特定

しなければならない。すなわち、当該企業の従業員の記憶が減退していないか、当該従業員のストーリーを指示するその他の文書はないか、起こったことについて他の従業員は異なるストーリーを述べていないか等である。また、従業員が、協力企業が認識している以上の情報を開示することもある。かかる場合には、会社の弁護士は、文書であれ証言であれ、かかる情報を裏付ける証拠の有無を判断するために調査を行わなければならない。会社の弁護士がインタビューにおいて何が共有されたのか（問題となっている開示が行われた正確な文脈を含む。）を認識、理解し、そしてそれにより会社による協力義務の遵守を促進するためには、従業員に対するインタビューへの同席が、極めて信頼でき、かつ効果的な方法なのである。

効果的な執行は、率直、適時かつ完全な協力義務を人工的かつ不必要に妨げる障壁によって、少なくとも2つの主要な観点から毀損されることになる。第一に、当局は、従業員に対するインタビューに弁護士が同席していたのであれば当事会社が提供できていたであろう追加の協力を得る利益を失うことになる。第二に、当事会社の弁護士を協力プロセスの重要な局面から排除することによって、当事会社の自主的な報告の意欲を減退させることになる。協力企業は、従業員がどのような情報を提供するかをコントロールすることはできないことは承知しているが、一旦かかる情報が提供されたならば、当該情報を知りたいと考えている。結局のところ、かかる情報は、従業員をインタビューに応じさせることによって、当該協力企業が当局に提供しているものといえるからである。

協力企業の弁護士を従業員に対するインタビューに同席させれば、当局による事実認定の任務を毀損することになると信じる理由は存在しない。国際的な独占禁止法の執行者（例えば、米国司法省反トラスト局及びカナダ競争政策局）は、会社の弁護士が従業員に対するインタビューに同席することを認めている。協力企業の弁護士による同席によって、これらの当局による調査が妨害され、又は当該従業員の証拠が毀損されたことはない。もし会社の弁護士が当局の調査を妨害したとすれば、当事会社は、自身のアムネ스티／免除を受ける地位を失うリスクを負うことになる。もし当該企業がアムネスティ候補者でない場合であっても、当該企業はその協力及び有罪答弁と引換えに得られると期待するであろう、ありうる罰金の減額を失うリスクを負うことになる。極端な場合には、会社及びその弁護士は、司法妨害の責任に直面するかもしれない。

EUでは、インタビューは競争総局（DG Comp）によって任意ベースで行われ、個人は弁護士の同席を求める権利を有する。同様に、英国では、任意ベースにせよ（正式な通知による）強制ベースにせよインタビューが行われる場合には、インタビュー対象者は弁護士の同席を求めることができる。英国では、競争・市場庁（CMA）は、企業のためにのみ行動するリーガルアドバイザーがインタビューに同席することは、一般的には不適切であるという考え方を出発点としている。また、競争・市場庁（CMA）は、一定の場合には、事業者のためにのみ行動するリーガルアドバイザーがインタビューに同席すれば、（例えばその存在が、個人が虚心坦懐に質問を受け、正直に説明するインセンティブを削ぐことになる等）、調査に先入観を与えるリスクがあるかもしれないとも考えている。その結果、一般的には、個人が自身のために別の弁護士を利用すること可能にすることが推奨されている。【国際法曹協会独占禁止法委員会】

「供述聴取手続における防御権」（報告書53頁以下）

「供述聴取手続における防御権については、供述聴取の休憩時間内に、弁護士と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることは可能であることが明らかにされているなど、現行制度において十分保障されており、これ以上の拡充は必要性を超える防御権となって実態解明機能を損ねるおそれがあるため、今回の見直しに併せて拡充する必要はない。」

ACCJは、上記の内容に強く異議を述べます。事情聴取中に弁護士が同席することと、供述調書が取られた後に弁護士と相談することは、全く違います（供述調書が取られてしまうと、その内容を撤回できません）。

防御権を意味あるものとするためには、事情聴取中に弁護士同席の権利を認めるべきです。事業者の役職員が、その知識以上の供述を求められたり、また脅しのような強引な方法により供述をさせられたりすることはままあることです。

事業者の役職員は、弁護士が同席していない場では、不正確な供述でも行うべき、また自分の知識以上の供述でも行うべきとのプレッシャーを感じる傾向にあります。弁護士が同席することにより、提供される情報の正確性を確保することができます。民事ないし刑事調査における弁護士

<p>同席を求める権利は、G7締結国の人権の基本的な考え方ともされているのです。【在日米国商工会議所】</p> <p>3. 課徴金制度の実効性確保の観点から「防御権」の法定化には反対です (中略) 事業者団体等が主張する「防御権」がもたらすと考えられる弊害は以下のとおりです。 (中略) ■ 供述聴取時の弁護士立会い、供述聴取時の録音 供述聴取においては、供述人が経験したありのままの事実を供述すればよく、弁護士による法的助言は必要ないこと等を踏まえると、弁護士の立会いを認める必要性は認められず、むしろ弁護士の立会い・録音等を認めた場合、供述内容が企業に伝わることなどにより、供述人が萎縮して実態解明に支障が出るなどの弊害が考えられます。 ■ 供述聴取時のメモの録取 供述人が経験した事実を記憶通りに供述する上でメモを取る必要性はなく、むしろ供述聴取時に聞かれたことを会社へ報告し、供述内容を相談することで、違反行為を認定されないように口裏を合わせることに使われるおそれがあるなどの弊害が考えられます。【主婦連合会】</p> <p>【違反被疑事業者に対する適正手続の確保について】 (中略) ● また、供述聴取における録音・録画、供述聴取における弁護士立会いを認めることも必要である。【一般社団法人 新経済連盟】</p> <p>3. 「独占禁止法」の厳正な執行を妨げないことが重要であり、「防御権」の法定化に反対します (中略) 事業者団体等が主張する「防御権」には、以下のような弊害があると考えます。 (中略) (2) 供述聴取時の弁護士立会い、供述聴取時の録音 供述聴取時の弁護士立会い、供述聴取時の録音は、供述聴取時において、供述人が経験したありのままの事実を供述すればよく、弁護士による法的助言は必要ないこと等を踏まえると、弁護士の立会いを認める必要がないこと、また、弁護士の立会い・録音等を認めた場合、供述内容が企業に伝わることなどにより、従業員たる供述人が萎縮するおそれがあることなどの弊害が考えられます。 (3) 供述聴取時のメモの録取 供述聴取時のメモの録取は、供述人が経験した事実を記憶通りに供述する上でメモを取る必要はないと考えられますし、また、供述聴取時に聞かれたことを会社へ報告するということは、供述内容を相談し、違反行為を認定されないように口裏合わせするために行っているものと考えられることから、認める必要はないと考えられます。【一般社団法人 全国消費者団体連絡会】</p> <p>3. 「防御権」の法定化に反対します (中略) ② 供述聴取時の弁護士立会い、供述聴取時の録音 供述聴取時において供述人は経験したありのままの事実を供述すればよく、弁護士による法的助言は必要ないこと等を踏まえると、弁護士の立会いを認める必要はありません。また弁護士の立会い、供述聴取時の録音を認めた場合、供述内容が企業に伝わるなどにより、従業員たる供述人が萎縮するおそれがあります。 ③ 供述聴取時のメモの録取 供述聴取時のメモの録取は、供述人が経験した事実を記憶通りに供述するうえでメモを取る必要はないと考えられます。また供述聴取時に聞かれたことを会社に報告するということは、供述内容を相談し、違反行為を認定されないように口裏合わせするために行っていると考えられることから、認める必要はないと考えられます。【公益社団法人 全国消費生活相談員協会】</p> <p>2. 具体的な制度設計（各論）</p>

(中略)

(8) 新制度の下での手続保障

(中略)

エ 供述聴取手続における防御権

供述中のメモについて、独占禁止法の手続は、独禁当局と事業者との間の交渉の要素が強くある。弁護士が、その依頼者との間でコミュニケーションを行うためには、供述中のメモをとることにより、独禁当局とのやり取りを把握することが必要なことから、供述中のメモについて認めるべきである。

中小企業にとって、自身の日々の事業活動が独占禁止法に適合しているか否かであるとか、同法違反の嫌疑をかけられている場合に自身の権利利益を保護するためには、メモを基に弁護士に自由に相談してその助言を得ることが何より重要である。課徴金減免申請にかからしめることなく、秘匿特権に配慮すべきである。また、供述聴取に関するメモ取り等については、①メモを取ることにより、事後に自らの供述を正確に検証することができ、それに基づき弁護士へ適宜相談し、助言を受けることができる、②被疑事業者は、供述人から正確な供述内容を知ることができ、適宜その防御権の行使に役立てることができる、③供述聴取手続の透明さ、適正さ、及び供述内容の変遷を検証することができる、④供述調書が作成されない場合にも、メモをとることにより供述聴取を記録化することができる、との利点がある

(日本弁護士連合会「独占禁止法審査手続に関する論点整理」に対する意見書、2014)。休憩時間であれば、供述人がその記憶に基づいてメモを取るとは妨げられないというが、長時間の聴取で疲労困憊しているような状況下で、新鮮な記憶に従って正確なメモを作成することは必ずしも容易ではない。被疑事業者は、メモに基づき弁護士へ相談し、供述内容の適正さ、法律の意味等について助言を受け、防御権の行使をする必要がある。メモは、事業者の防御権の行使に資するものとなる。人間が短期的に記憶できる情報量は限られており、供述者が、聴取内容や供述聴取での疑問点等を全て記憶することは困難である。例えば、1～2時間後に、供述者が聴取中に感じた疑問点等をメモに全て書き出すことは極めて困難である。供述聴取の内容を知る上で、供述聴取中に随時メモをとる必要性は高い。他方で、供述聴取中にメモをとったとしても、供述聴取に支障を来す具体的な状況は想定し難い。万が一、支障を来すようなことがあれば、そのような状況に応じて必要な措置を採ることによって十分解決できる。任意の聴取なのであるから、メモをとるという記憶保持のための基本的作業を制限する根拠にも乏しい。メモをとることを一般的に規制する必要性は存在せず、供述聴取中にメモをとることは認められるべきである。

また、他社証拠については、課徴金減免申請を行った事業者が、自己の減算率について他社証拠の内容を踏まえて検証できるようにするため、他社証拠の閲覧及び謄写も認められるべきである。供述調書は、供述者の供述を聴取した審査官等が作成するものであり、供述者と作成者が同一でないことから、供述者の供述と供述調書の内容に齟齬が生じる可能性がある。当該齟齬が生じていると、事業者にとって不利益な事実が認定されかねないため、齟齬の有無を注意深く確認する必要がある。このことは真実の解明と事業者の防御権の双方に資するものといえる。齟齬を確認するためには、供述調書の写しを交付することが有用である。供述調書の写しが交付されることによって、供述者及び被疑事業者は、どのような供述をしたか、供述したとおりの調書となっているかを検証することができ、この検証を経て、正確な調書の作成が行われているかを確認できる。公正取引委員会に対して、正確な実態解明が行われているか、事実を誤認していないかなどの点に関して具体的な指摘をすることも可能となる。したがって、供述調書の交付は、必要な防御権として認められるべきである。さらに、供述の聴取は長時間に及ぶことも往々にしてあり、任意の聴取であり、休憩を挟んだとしても、まとまった時間の聴取に応じざるを得ないのが現実である。独占禁止法審査手続に関する指針(平成27年12月25日)では、供述聴取の留意事項が示されているものの、供述聴取は、「1日につき8時間(休憩時間を除く。)までを原則とするほか、聴取時間が1日につき8時間を超える場合には、聴取対象者の同意を得て行う」とされているなど、供述聴取が長時間に及ぶことが想定されている。このような状況の中で、供述者は、事後的に供述の正確性に検証し、供述に誤りがあれば、自己訂正が可能となる。【全国中小企業団体中央会】

III. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計(各論)

(中略)

(14) 新制度の下での手続保障

(中略)

(iv) 供述聴取手続における防御権

報告概要はまた、供述聴取手続における防御権については、公取委の事実解明機能を損なうおそれがあるため拡張するべきでないとしている。

両部会は、公取委に対して完全かつ正確な情報を提供することを促進し、国際的なデュープロセスの基準に合致するためにも、公平性の問題として弁護士を事情聴取手続に立ち合わせるべきであることをここに引き続き謹んで申し述べる⁴⁷。この点、ICNの審査手続のガイダンス（ICN調査手続ガイダンス）⁴⁸は、「審査の過程を通じて、当事者は自らが選定した代理人によって代理されることが許されなければならない」としている⁴⁹。

さらに、供述聴取手続においてメモを取ることを許すことが、どうして公取委の事実解明機能を些かなりとも損なうのかについては理解が困難である。むしろ、正確な記録は、事情聴取が適正に執り行われたことを確認する助けとなるべきであって、休憩中に記憶に頼って正確なメモをとることは非常に難しい⁵⁰。

<脚注>

47 2016年コメント5頁。たとえば、弁護士は、事情聴取の間、自己負罪拒否特権のような供述者の権利を確保するように努める。

48 ICN調査手続ガイダンス <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf> にて閲覧可能。

49 ICN調査手続ガイダンス6.2、アドバイザーパネルレポート24頁参照。前掲Antitrust Section Best Practicesのn.35（4-10頁）も合わせて参照されたい。

50 実際には、事情聴取における供述が証拠として用いられる限り、デュープロセスに適合するためには、その使用における正確性を担保するため、供述は録音されるか、録取されるべきである。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(5) 供述聴取時の弁護士立会いは供述人の委縮を招き反対です。

公益通報者保護制度に関する実態調査（平成25年3月消費者庁発表）によると、事業者の不祥事の発覚は従業員の告発によるものが多いことがわかります。しかし、内部からの通報であっても従業員は実名ではなく匿名を望んでいます（実名・匿名のいずれで通報を行うかを労働者に尋ねたところ、「匿名」を選択した者は約7割です）。匿名通報理由は「実名による通報には不安」「不利益な取扱いを受けるおそれがある」というものです。

このような結果からも弁護士の立会いを認めた場合、供述内容が企：事業者に伝わり「不利益扱い」の恐れから供述人が萎縮する弊害が考えられます。日本の労働者の置かれている現状を考慮することなく弁護士立会いには反対します。

(6) 供述聴取時のメモの録取は供述人を委縮させ反対です。

供述聴取時のメモの録取は、前掲の公益津法者保護法調査結果からも供述聴取時に聞かれたことを会社へ報告され「不利益扱い」される恐れから供述人を委縮させます。更に供述内容を相談し、違反行為を認定されないように口裏合わせすることも予想され認める必要はないと考えます。**【土田あつ子】**

3. 報告書「第3 具体的な制度設計（各論）」について

(中略)

(10) 「14 新制度の下での手続保障」（46頁以下）について

(中略)

エ. 「(4) 供述聴取手続における防御権」

報告書が防御権について、拡充しないとしたことには賛成である。

平成26年12月の独占禁止法審査手続についての懇談会報告書をうけて、平成27年12月に公表された独占禁止法審査手続に関する指針により、供述聴取における防御権については一定の配慮がなされている。内閣府カルテル・談合事件においては供述が重要な証拠となることは否定できない。一部には弁護士を立てるべきであるという意見があると聞いているが、そもそも事情聴取を受ける従業員は行政処分を受ける者ではなく、従業員に弁護人をつける必要性は相対的に乏しい。従業員の事情聴取に事業者の弁護士が立ち会うとかえって正直な供述をしにくくなる。したがって立会権を認めることは妥当でない。

供述調書の写しの交付や従業員によるメモについても、円滑な事情聴取を妨げるおそれがあることから、これを制度ないし権利として認めることは妥当でない。ただし、従業員が正確に記憶通り供述したかどうかを後日確認する必要があるとはいえないから、事案によっては公取委側が認めることが適切な場合もあり得るであろう。【中嶋弘（アンカー北浜法律事務所 弁護士）】

2 手続保障の見直しについて

(中略)

(3) 供述聴取手続における防御権

新しい課徴金減免制度においては、従業員の供述調書は調査協力の評価対象としない方向性が示されており、冤罪の防止を図るとともに、事業者による自主的な証拠の提出による協力型の事件処理体制の構築を後押しするものとして評価する。

もっとも、密室による供述聴取がなくなるわけではなく、引き続き適正化に向けた取り組みを行うべきである。

基本的には、供述聴取には任意のものと間接強制による審尋の二種類があることを踏まえつつ、供述聴取時の弁護士の立会い、供述聴取過程の録音・録画といった抜本的な改革を行うべきである。今回の見直しで調査協力インセンティブは大きく高まり、防御権の拡充により実態解明機能が損なわれるおそれは従前より低下する。また、事業者と公取委とが協力して事件処理を行う手続へと移行することにより、供述聴取の役割は、事業者が提出した証拠についての確認など、従前から大きく変わることが想定される。こういった点も踏まえ、導入に向けた検討を求める。

仮に、ただちに以上のような抜本的な改革を行うことが困難であるとしても、供述聴取時のメモ取りなど、運用面における何らかの見直しをすぐにでも行うべきである。そもそも任意の供述聴取においてメモ取りすら認めないことには極めて大きな違和感があり、早急な改善を強く求める。仮に、濫用的なメモ取りなどを制約する必要があるとしても、メモの分量を限定する、審査官が2度注意してもやめなかった場合にはそれ以降メモ取りを認めないこととするなど工夫することにより、対処可能である。

任意の供述聴取については、苦情申立制度が導入されているところであるが、同制度を利用するにしても、不適切な取調べの有無を立証する手段がなく、その効果には疑問がある。同制度のあり方を引き続き検討するとともに、これを有効に機能させる観点から、ICレコーダーの持ち込み、あるいは一問一答式の調書の作成といった、客観的な検証可能性を担保するための改革も急がれる。【一般社団法人 日本経済団体連合会 経済法規委員会 競争法部会】

第2 意見の理由

(中略)

4 供述聴取手続における防御権

本報告書は「供述聴取の休憩時間内に、弁護士と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることは可能であることが明らかにされているなど、現行制度において十分保障されており、これ以上の拡充は必要性を超える防御権となって実態解明機能を損ねるおそれがある」として、供述聴取手続における防御権の拡充の必要がないと結論づけた（報告書53ページ・14(4)供述聴取手続における防御権）。

しかしながら、防御権の拡充による実態解明機能への影響の懸念に対しては、ルールの明確化によって対応可能であると思われ、本研究会の議事録によれば、研究会員からも防止策が提案されているのに（例えば、弁護士立会いについて、立会い弁護士が濫用的行動をとった場合は、検査妨害罪等のディスインセンティブや弁護士懲戒制度による対応）、本報告書は、そうした防止策について評価する姿勢を欠いている。また、

本報告書では、録音・録画について全く触れられていない（なお、研究会の議事録によれば、録音・録画による弊害として、被聴取者の萎縮などが挙げられているようであるが、そのような懸念は抽象的な懸念に過ぎない可能性がある。）。このように、本報告書は、弊害懸念への対処・対策が可能であることを評価・検討しないまま、一部に生じ得る弊害を理由として、防御権拡充の必要性を全体として認めないという結論に至っており、フェアで合理的な取りまとめとは言い難い。また、研究会の議論の中では、防御権として提案されている各項目（立会い、録音・録画、メモ取り）によって、実態解明促進・調査プロセスの円滑化が見込まれる、という利点があることも指摘されていたのに、本報告書は、弊害のみを取り上げ、利点を総合考慮する姿勢を欠いている。

立会いに関して言えば、我が国以外の競争当局が行う供述聴取においては弁護士が立会うのが一般的であるため、我が国の弁護士は海外で立会いの経験を積んでいる。これらの経験によると、独占禁止法の構成要件は抽象的であるため、例えば、供述者が審査官の質問の意味を理解しないまま回答することがある。このような場合に弁護士の立会いがなければ、休憩時間内に弁護士と連絡をとっても弁護士に質疑応答を正確に伝えることもできないため、適切な助言を受けることができない。そもそも実際の供述聴取の時間に比して休憩時間はきわめて短く、短時間の連絡のみによって弁護士に供述聴取過程を正確に伝えることは不可能であり、弁護士の立会いは、休憩時間における相談では代替できない意義がある。さらに、気が動転して嘘をついてしまうこともあり得る従業員に、置かれた地位（嘘をついた場合の審査妨害罪や社内懲戒処分など）を説明し、冷静に供述できるよう従業員の横にいることに意義がある。弁護士の立会いによって実態解明に寄与する側面があることは、我が国の弁護士が海外当局の調査の中で実務上経験していることである。

また、今般の刑事訴訟法等改正（2016年（平成28年）法律第54）において導入された捜査・公判協力型協議・合意制度においては独占禁止法も対象犯罪となっていることから、独占禁止法の供述聴取手続に関しても同制度が参考とされるべきであり、むしろ実態解明に重要・不可欠な従業員等の供述を減算率の決定において評価する一方で、虚偽供述抑止の観点から、上記制度と同様、弁護士の立会いを必要とすべきである。

加えて、刑事事件においては、一定の種類の事件について身体拘束中の取調べ全過程の録音・録画が法制化され、また、参考人の事情聴取についても録音・録画をする例が見られる。刑事事件では、録音・録画によって不当な取調べが減少し、捜査機関にとっても無用な争いが少なくなったと言われており、広く国民からも支持されているところである。公正取引委員会の供述聴取においても、録音・録画の試行を開始すべきである。

【報告書53ページ・14(4)供述聴取手続における防御権 ウ】

一方、これまでの独占禁止法違反被疑事件調査において、弁護士が、①調書を作成させない方法＝メモを取ること、②とにかく公正取引委員会の玄関を跨いだら、「全て覚えていない」「分からない」という態度で臨むこと、③人格を変えてくれ・まじめに答えるな・知りません・わかりません・忘れましていく、④徹底抗戦してこい・何もしゃべるなどといった指導をしている事例が少なからず存在する（別紙44参照）。このような実態を踏まえると、供述聴取手続における防御権の強化により、実態解明機能が損なわれるおそれは極めて高い。

別紙44は、弁護士からアドバイスを受けた従業員のメモに記載された発言を集めたものであるが、本意見書18頁以下で述べた理由で容認できない。

【報告書54ページ・14(4)供述聴取手続における防御権 オ】

公正取引委員会が行う供述聴取は、身柄を拘束して行うものではなく、抑圧的な調査は行われておらず、これまでの判決・審決において審査官の不当な取調べを理由として供述調書の任意性・信用性が否定された事例はなく、無関係の者を巻き込むいわゆるえん罪が認定されたこともない。また、供述人は、供述聴取の休憩時間内に、弁護士と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることが可能であり、供述聴取中は適宜適切に休憩時間を確保することとされている。さらに、供述聴取中であっても、審査官等が供述聴取の適正円滑な実施の観点から認めた聴取対象者による書き取りは可能であり、それらについては、「独占禁止法審査手続に関する指針」（平成27年12月25日公表）にも明記されている。供述聴取を受けた従業員等が経験した事実を記憶どおりに供述する限り、休憩時間内に記憶に基づいてメモを取れば十分であり、供述聴取中にメモを取る

必要はないと考えられる。また、公正取引委員会は、同日、当該指針に反する審査官等の言動等があった場合の苦情申立制度を導入している。公正取引委員会の報告によれば、苦情申立制度の導入以降、約2,000件の供述聴取が行われているが、これに対する苦情申立の件数は4件にとどまり、かつ、調査の結果、いずれについても問題は認められなかった。

独占禁止法審査手続に関する指針が導入された後も、以下のような事例が報告されている（ただし、同指針はいわゆる犯則事件を対象外としているところ、以下の事例は犯則事件にかかるものである。）。

東日本大震災で被災した高速道路の復旧工事をめぐる談合事件で、公正取引委員会の担当者が2015年、「A社」（東京）など舗装会社3社の社員を威圧するなど不適切な事情聴取をしたとして、企業側の弁護士事務所が相次いで抗議していた。報道によると、A社社員への聴取では、公正取引委員会の担当者が、虚偽の説明をしていたことを認めないと聴取が終わらないと声を荒らげたり、足で壁などを蹴ったりしたとして抗議を受けた。B社の社員には告発をちらつかせて供述を迫ったとして是正を求められた。A社側は、聴取が原因で社員が精神的な不調を訴えたとして、適正な対応を求めたという（河北新報2016年3月5日報道）。同事件の刑事裁判における被告人質問の回答によると、公正取引委員会からの事情聴取の回数が137回、検察から24回という被告人は、月曜から金曜まで毎日事情聴取があったが『私の体調が悪く、胃潰瘍と診断された。公正取引委員会に話したら、週4日にしてもらえた』という。『期間として1年10か月、回数では150回を超えたと思う』という被告人もあった。他の被告人は、公正取引委員会、検察庁から取調べの出頭日数は丁度200回であった。これらの事例は、上記運用状況には反映されていない。上記事例が例外的なものとは考えにくいから、暗数は相当数にのぼると考えられる。いまだ供述聴取が適正に行われているとはいえ、弁護士立会及び録音録画による可視化のニーズが認められる。

5 その他

第3-14（新制度の下での手続保障）以外にも手続保障の観点から問題のある提言がなされている。

【報告書29ページ・第3-8（調査協力インセンティブを高める制度）イ(ア)】

③ 公正取引委員会による供述聴取（独占禁止法第47条に基づくものか否かを問わない）に応じるよう従業員等に命じること

調査協力インセンティブを高める制度として、減免申請者に継続協力義務を課すこととし、イ（継続協力義務及び減免失格事由）において、継続協力義務の例として掲げられたものである。

事業者は課徴金減免を得るインセンティブを有し、そのために従業員等に不利益な供述をするよう命令する局面では、事業者と従業員等の利益が相反する。審査官が上記義務を利用して、事実と反する供述調書に署名押印するまで従業員等と呼び出し続けることが懸念される。報告書は、苦情申立制度の利用などにより、減免失格にされるといった弊害を回避できると説明する（イ(ウ)）。これらは事業者にとっての弊害を回避する手段を説明しているにすぎず、事業者と利益が反する従業員等にとっての適正手続の視点を欠いている。とりわけ、本意見書22ページで指摘したように供述聴取が適正に行われていない現状では、従業員等が誰からも支援を得られずシナリオ調書に署名押印するよう迫られるといった過酷な事態が想定される。従業員等に供述に応じるよう事業者を動機付ける制度は、供述聴取過程の弊害を拡大するものであり、そのような職務命令を継続協力義務とすべきでない。

また、いずれにしても、事業者にとっての手続保障だけでなく、従業員等の観点からの適正手続の保障（弁護士の立会い、録音・録画、メモ取りなど）も必要不可欠である。【日本弁護士連合会】

防御権の強化としての供述聴取手続における弁護士立会については、日本における事業者と従業員との関係に照らして検討する必要があるが、事業者の防御権の強化策としてのみ検討するのでは不十分である。日本では、従業員が事業者とは別に自らの負担で弁護士を選任するなど、従業員が事業者と真に独立して供述できる環境を設定することが極めて困難な状況にある。その意味において、供述聴取の休憩時間内に事業者の弁護士と連絡を取ることや記憶に基づきメモを取ることを可能とする現行制度で当面十分である、とする研究会報告書の内容は、基本的に適切であると考えられる。また、適正手続の保障の観点から、公取委の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念に対処するため、従業員から録取する供述

調書を課徴金減免制度における減算率決定の評価対象から除外する、という研究会報告書の内容も適切なものであると考える。【根岸哲（神戸大学 特命教授（社会システムイノベーションセンター））】

3 日本弁護士連合会（JFBA）からの質問：

貴国では供述聴取手続において弁護士の立会、録音録画またはメモ取りを認めていますか。もしそうであれば、その理由は何でしょうか、またそれは実務においてどのようになされていますか。もしクライアントが休憩を利用してノートを取り弁護士に相談することを許可されれば防衛の権利は十分に保護されると研究グループは述べています。そのような見方についてあなたのコメントは？

フランス全国弁護士会（CNB）からの回答：

刑事手続法によれば、

63-4条：身柄拘束期間の最初において、人は弁護人の請求をできる。彼が誰かを選任していないとき、あるいは、選任した弁護士と連絡できないときには、弁護士会の会長によって公的に彼に弁護士を選任するように請求できる。

選任された弁護士は警察に身柄拘束されているものと通信の秘密を保障されてコミュニケーションできる。彼は、司法警察官吏または官吏の監督のもとに司法警察代理人によって捜査されている被疑事実の種別と日付について知らされる。

30分を超えない範囲での会話のうち、弁護士は、もしそうする機会があれば、手続きに添付される書面での所見を提示することができる (...)

しかしながら、捜索においては、弁護士の同席は強制的ではない。フランス最高裁判所2003年の判決においてこれは示されている。(Crim. 3avr. 2013, F-P+b, no 12-88.428. 「欧州人権条約第6条3項は、彼が行為（本件では、捜索）のときに現在していて、そのさい彼が自由を奪われていなくてかつ彼に対して主張されている事実について審問されていないときには、彼または彼女がある犯罪を犯したと疑われていることを公的に通知されている者が弁護士の援助を受けることは必要とはしない。」

他方で、捜索においては、彼/彼女に対して主張されている事実についてその者は審問されるものであり、弁護士の存在が必要とされる。

フランス最高裁判所、刑事部、2015年3月10日、14-86.650、未発表

Nacer X氏の住居でなされた捜索は、その間に彼が警察に聞かれていたであろう所のものであって、即時に実施されたために、弁護士の援助を受けることが妨げられたことゆえに無効ではないかを判断するときには、判決は、弁護士の援助は、捜索のときではなく、審問と弁護のときのみ法的に提供されたと述べている。

しかしながら、そのように決めるあたり、それ以上説明はなく、なすように問われていたように、刑事手続法63条4-2項により審問を構成する捜索調書に含まれる発言の内容については、捜査裁判官室は正当化しない。【フランス全国弁護士会】

2. 供述聴取手続における防御権について（報告書53頁）

日本弁護士連合会会長（中本和洋）の、2017年4月25日付の会長声明（平成29年4月付「独占禁止法研究会報告書」に対する会長声明）によると、供述聴取への弁護士の立会い、供述聴取の録音・録画などについても手続の適正化を担保するものとして必要であり、実態解明にも資するものであるとされている。さらに、提言の6頁（別紙2 防御権に関する国際比較）においても任意事情聴取への弁護士立会について国際比較が行われている。

結論から言えば、このような手続及び比較は、単に独禁法（競争法）だけを切り取ってみるべきではなく、その国の手続システム（特に刑事と関連する）全体がどのようになっているかのなかで判断すべきものと思われる。

すなわち、例えば、提言の6頁（別紙2 防御権に関する国際比較）においては、韓国において任意事情聴取への弁護士立会が認められているが、日本においては同聴取が認められていないとされている。しかし、韓国においては、そもそも刑事訴訟法243条の2において、一般刑事事件の供述聴取への弁護士立会が認められており、韓国競争法もそれと歩調を合わせているに過ぎず、なにも韓国競争法だけ飛び出して認めているわけではない。また、同立会を認めているとされている韓国においても、韓国独禁法事件で同立会を認めることによる弊害の大きさを指摘する声が多いことから、「法律」ではなく、韓国公取委の「規則」の中で認められているのに過ぎない（韓国公取委調査手続に関する規則（2016年2月4日制定、韓国公取委告示2016-1号、第13条））。

したがって、いわゆる「手続の適正化」は、当該国または地域の法システム全体の中でのバランスをもって判断すべきであり、一般刑事事件の供述聴取への弁護士立会が認められていない日本において特に独禁法だけこれを認める理由は見当たらない。また、上記の1とも重複するが、弁護士倫理に沿った指導をしていたようには到底思えない事例がいくつもあったとされているにも拘わらず、日本弁護士連合会がそれに見合う懲戒を下したというのはあまり見当たらない日本において、果たして同立会を認めることが「実態解明にも資する」ことになるのかは疑問である。

なお、提言の6頁（別紙2 防御権に関する国際比較）においては、中国においても、外国企業審査において事情聴取弁護士立会を導入したとされている。しかし、伝聞ではあるが、中国発展改革委員会の場合、弁護士立会があるならば、もっと厳しい処分になるおそれがあることを事前に告げることが多々あるらしく、実際にどれほど効果的な制度になっているかは疑わしい面がある。**【洪淳康（ホンスンガン）（金城学院大学生生活環境学部 准教授）】**

15 制度全体でみた場合の体系的な検証

(1) 課徴金額の水準の適正化

3. 個別テーマに関する意見

■テーマ1：課徴金の算定基礎

（報告書該当箇所：第3の2 3 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間関連（13～20頁））

（中略）

<意見>

「算定期間」については、これを現行の3年から延長するにあたっては、課徴金額の上限を定めるべきである。

<理由>

課徴金の算定期間を3年間から、例えば10年間に延長した場合、実際に科せられる課徴金の額は多額になることが予想される。課徴金の算定基礎となる売上の範囲の拡大も、課徴金の額の増加につながるものである。これを単一の商品や役務への依存度が高い中小企業に適用した場合、直ちに倒産という事態を迎えかねない。

そこで、EUの場合と同様に、例えば「対象企業の最近売上高の10%」というような金額自体の上限額を法定することが大切と考える。

報告書では、課徴金の法的性格を、「不当利得の剥奪」ではなく、「違反行為を抑止するために行政庁が違反行為者等に対して不当利得相当額以上の金銭的不利益を課すもの」と位置づけている。その場合であっても、課徴金の額が会社の存続を許さない規模まで増加するのは不適切で、あくまでも違反行為を抑止する効果を生じさせるに十分な金額規模とすべきである。その観点では、命令が発せられる時点の売上規模の一定比率を上限にすればよく、ほぼ全ての企業を赤字決算に転落させるに足る比率を上限として定めれば十分である。

報告書では、主に中小企業において課徴金支払いにより倒産する場合が想定されることについて、「支払能力に応じた課徴金の減算は、一律かつ画一的な基準を設けることは困難と考えられる一方、公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねるほどの必要性が直ちに認められないことから、今回の見直しでは手当てをせず、今後の検討課題とすることが適切と考えられる」との立場をとっている。しかしながら、この問題を、「支払能力による課徴金額の減額」という方法で解決することは、基準を設けることが困難であるだけでなく、運用上も問題がある。すなわち、調査が開始された時点で内部留保を配当することにより、課徴金納付命令が発せられる時点で資金不足となるようなケースでは、そもそも資金不足となる可能性がある配当を差し止められなければならないが、公正取引委員会の権限で配当を差し止めるというのも非現実的である。この問題についても、やはり直近の売上高をベースに適切なレベルのキャップを設けることにより解決することが望ましい。

上記にかかわらず、なおも課徴金算定期間の延長による課徴金額の大幅な引き上げが行われる場合には、独占禁止法制全体の観点から、抑止効果を行政措置である課徴金制度単独で実現しようとするのか、刑罰や損害賠償制度と合わせて実現しようとするのかについても検討されるべきである。

なお、違反行為を行った会社に与える「ペナルティ（ここでは課徴金を意味する）」が刑罰と同視しうるほどの大きさになった場合には、二重処罰の観点から憲法違反の問題になりうる。現行法は繰り返し等の加算がない場合、最大で売上の30%というキャップがあるが、売上の大部分を占める製品・役務で違反行為を行った会社については、今後の改正により課徴金の額が直近の売上の100%又はこれを超えるレベルに達することも予想される。このような刑事罰と同視しうる過大な行政罰については、二重処罰禁止の観点からも憲法違反の懸念が払しょくできない。例えば、「行政制裁かどうかは実質に則して判断すべきであり、形式的には行政制裁の形をとっていても、実質は刑罰と同性質であるとか、あるいは、刑事手続と同程度の負担を強いるものであるような場合には、実質は刑罰の併科と評価すべき（注：よって憲法違反となる）であろう。独禁法における課徴金と罰金の併科についても、同様の観点から判断すべきものと思われる。」（高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』（有斐閣、2010）268頁）との見解もある。仮に課徴金の額にキャップを設けることなく、今般の報告書に従って売上高算定方法と算定期間の見直しが行われた場合、そのことにより憲法違反の疑いを再び惹起され、せっかく海外企業も含め、世界的にリスペクトされる独占禁止法のエンフォースメント体系の構築を目指す今般の法改正の目的を阻害しかねないと考えられる。

(参 考)

2016年度決算における当期利益率

トヨタ自動車(株)

連結売上高	275,971億円
当期利益	19,269億円 (売上高の6.9%)

(株)日立製作所

連結売上高	91,622億円
当期利益	3,380億円 (売上高の3.6%)

パナソニック(株)

連結売上高	73,437億円
-------	----------

当期利益 1,724億円(売上高の2.3%)

【経営法友会】

Ⅲ. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計(各論)

(中略)

(15) 制度全体でみた場合の体系的な検証

報告概要の最後の項目では、「現状の課徴金の法的性格を維持し、課徴金額の水準は依然として謙抑的に試算した不当利得相当額を基準としており、かつ、他法令の上乗せ水準を超えない」ことを理由として、損益計算書を基礎として課徴金に上限額を設けるシステムを拒絶している⁵¹。両部会としては、課徴金の水準が、現在の計算方法を基礎とした上限を実態として下回っていると言える限り、課徴金の上限を定めるための特別な方式を創設する必要があまりないという点には同意する。

<脚注>

51 報告概要7頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(2) 課徴金制度の透明性・機動性の確保

15 制度全体でみた場合の体系的な検証【本研究会としての結論】

● エに「事業者と公正取引委員会が協力して効率的・効果的な実態解明・事件処理を行うためには、事業者から必要十分な協力が迅速に得られることが肝要であり、さもなくば、審査期間の長期化につながるおそれもある点に留意する必要があると考えられる。」とありますが、そのためには、公正取引委員会及びその担当職員、並びに事業者及び代理人のすべてが真の信頼関係を形成できる環境を同時に整えることが不可欠であることはすでに述べたとおりです。

● その直後には、「事業者や代理人弁護士においても、違反行為の疑いがあれば直ちに真摯かつ厳格な社内調査を実施し、当該違反行為に係る全ての事実関係を隠したり矮小化したりすることなく公正取引委員会に速やかに報告し、秘匿特権に配慮した運用に乗じた証拠隠滅等の調査妨害行為は厳に慎むなど、公正取引委員会の行政調査に迅速かつ真摯に協力するよう努めるべきである。」とありますが、一方的に服従を求めるような記載をしたり、いたずらに弁護士を挑発するような記載をせず、公正取引委員会及びその担当職員、並びに事業者及び代理人のすべてが不当な行為を行わずに緊張感を持って事案の処理に当たり、真の信頼関係を形成できる環境を同時に整えることができるよう、公正取引委員会及びその職員にとっても改善すべきところは改善し、事業者・代理人にとっても、競争促進のために何が重要かを考えて、関係者全員が緊張感と責任を自覚して事案の処理にあたる環境を整備すべきであると考えます。【雨宮慶(伊藤見富法律事務所 外国法共同事業モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所 弁護士)】

1. 具体的な制度改正案等の検討過程を透明化すべき

審査手続における適正手続の確保や課徴金制度の在り方は、わが国の独占禁止法の執行の公平性・信頼性の確保、企業による自主的なコンプライアンスの推進に向けて、極めて重要な課題である。

また、本報告書では、「制度改正が行われる場合には、新制度の円滑な実施を図るため、制度の適用を受ける事業者(特に中小企業)や弁護士をはじめとする関係各方面及び国民に対し、新制度の趣旨及び内容が十分理解されるよう周知徹底を図られることを期待する」とされている。

したがって、今後の具体的な制度改正案等の検討作業にあたっては、適宜、改正案等を公開するとともに、意見等募集の機会を設け、学識者や中央の団体のみならず、地方の経済界からも幅広く意見・要望を汲み取るようにすることにより、検討過程を透明化すべきである。【公益社団法人】

人 関西経済連合会】

Ⅲ. 個別のコメント

(中略)

2. 具体的な制度設計 (各論)

(中略)

(15) 制度全体でみた場合の体系的な検証

(中略)

報告概要は、「公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねる範囲は必要な範囲に限定され、また、その範囲についても、運用基準の策定・公表により透明性・予見可能性は確保される」とする⁵²。両部会は、研究会がガイドラインを肯定していることを評価し、それらのガイドラインは明確であるべきことをここに申し述べる⁵³。

報告概要は、課徴金の算定に当たって追加的な要素を考慮することはシステムのコストを増し、売上高に注目して計算を簡略化することはコストを削減すると述べる。加えて、協力の度合いにより課徴金が増減することによって現在のシステム下におけるよりも企業が協力により熱心になるのであれば、迅速かつ実効的なシステムの運営は妨げられない。しかしながら、両部会は、弁護士依頼者秘匿特権を含む審査の対象となる当事者のデュープロセスの権利をより広く認めることにより、迅速、効果的かつ公平なシステムの運用は、妨害されるのではなく、むしろ向上すると認識している。システムが企業に協力するインセンティブを与えると、その弁護士にも協力するインセンティブが与えられることになる。これら弁護士は、公取委が全面的な協力を受けることを確実にするのに最も適した立場にある。さらに、弁護士は企業の全面的な協力を妨げるのではないかと公取委が思料している状況においては、公取委に与えられた裁量権がかかる妨害をなくすことに寄与する。特定の個別事件において執行当局は弁護士が妨害のために行動しているのではないかと感じるかもしれないものの、調査されている企業を代理して弁護士が審査へ関与すること、及び弁護士依頼者秘匿特権が国際的な執行のコミュニティにおいて広く受容されていることは、企業側弁護士の役割が全体としてみれば真実発見プロセスの効率性や正確性を高めていることを如実に示している。加えて、デュープロセスの尊重は、競争当局への敬意を高め、潜在的な協力者が仮に協力した場合に公平に扱われることでより協力しやすくする効果をもたらす。

<脚注>

52 報告概要7頁。

53 本コメント2-3頁ほか、2016年コメント11頁。

【全米法曹協会 反トラスト法部会・国際法部会】

(3) 全体検証の結果

おわりに

裁量型課徴金制度の導入は、前述のとおり課徴金制度の法的位置づけや法的性格を変容させる可能性があり、手続の不透明さも払拭できていない。こうした中で、当局への調査協力度合いによる課徴金額の加減算が実現すれば、事業者は、「調査協力行為」や「調査妨害行為」とは何かを具体的に示されないままに経営判断や調査対応を求められる。企業の対応如何では、当局の判断により課徴金の多寡が決せられることから、企業のマネジメントや株主代表訴訟などにも多大な影響を及ぼす可能性がある。

課徴金制度の在り方に関する今後の検討にあたっては、独占禁止法の目的である「公正且つ自由な競争を促進」という競争政策上の問題であることをさらに強く認識して、事業者をはじめとする関係者の意見を広く聴取しながら進めていくことをより望みたい。**【公益社団法人 経済同友会】**

4 結語

当部会は、公取委の課徴金制度の改正及び改善を支持し、上記「研究会報告書」に対する意見を考慮するその寛大さを賞賛するものである。当部会は、公取委が本提言を十分に考慮に入れること、また公取委が、世界における経験及びベストプラクティスに沿った日本の課徴金制度及び秘匿特権をもたらす改正を完成させるにあたって、本提言が役立つことを願っている。当部会は、公取委の要望に応じて、これらのコメントに関していつでも協議を行う用意がある。**【国際法曹協会独占禁止法委員会】**

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

（9）確約制度

今回の検討と並行して、確約制度の制度設計が行われているが、独占禁止法の迅速な執行を図るには、確約制度が極めて重要である。排除措置計画の策定には、公正取引委員会との交渉や、妥当な排除措置計画の策定に要する法的能力が必要となる。交渉能力や法的能力が十分でない中小企業が、適切な排除措置計画を策定することが難しく、制度設計に当たっては、中小企業の確約制度の利用件数が少ない状況が続くなど法の活用において公平性を欠くようなことにならないよう強く求める。併せて、中小企業の法令遵守に向けたきめ細かな支援策の拡充・強化を求める。**【全国中小企業団体中央会】**

5. おわりに

海外の競争当局が、新興国の新しい当局も含めて、益々活発に運用を進める中、現在の独禁法の枠組みが国際的に見ても極めてまれな建てつけになっていることは疑いない。それを象徴するのが、企業の協力の見返りとしての当局の裁量制と、実質的な秘匿特権の保護である。

今回の報告書は、専門家の意見が様々に分かれる中で、可能な限りの落としどころを探った内容として、評価すべきものである。もちろん、上記2点の改革を達成するための方法論における意見の相違が引き続き存在することは避けられないし、またその議論の中でより良い運用が作られていくべきではあるが、凝固まった方法論の意見の相違、最初からより大きな改革を実現しようとし過ぎたゆえに、そもそもの改革そのものが前に進まなくなってしまう、裁量制も、秘匿特権も、全く導入がされない現状が続く結末になってしまうことを強く懸念する。**【フレッシュフィールズブルックハウスデリンガー法律事務所】**

どこにも分類されないもの

1 本報告書において「課徴金」という用語の意味する範囲が記述されている箇所により異なっているので、その範囲が明確になるように整理されたい。

<例>

10頁「1 現行課徴金制度の法的位置付け[本研究会としての考え方]」での「課徴金制度とは」の「課徴金」は、独占禁止法における不当な取引制限、私的独占及び不公正な取引方法の全ての課徴金をいうのか、そのうちの一部なのか、あるいは他の法律の課徴金を含めているのか。

13頁「2 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲」において記述されている課徴金は、不当な取引制限に係る課徴金を例示として記述しているのか、不当な取引制限のみの課徴金について論じているのか、明らかでない。

（中略）

11 不服申立て

課徴金納付命令は、独立の行政処分として、審判手続が存続していたときは、課徴金の妥当性に不服があるときは、50条4項の規定に基づき審判の請求ができた。現行では、行政事件訴訟法3条1項の規定による抗告訴訟を提起することになるが、この訴訟では「違法性」による不服申立てしかできない。また、70条の12行政不服審査法の適用が除外されている。課徴金の賦課に裁量制が採り容れられるなら、納付命令の「不当性」を理由とする不服申立てがあるものと思料するが、その手法に欠ける。これは適切でないので、手当をする必要があろう。**【厚谷襄児（北海道大学 名誉教授、日比谷総合法律事務所 弁護士）】**

2. 具体的な制度設計（各論）

（中略）

(10) 優越的地位の濫用

日々の商取引において中小企業が不利益を受けることが多い代表的な行為類型であるため、このような行為類型における課徴金制度をこれまで以上に積極的に適用できるルール策定が必要である。得意先による売掛金の支払遅延や取引終了後の値引要請といった濫用行為は日常的に行われているにもかかわらず、次の仕事を受注したいがために、多くの中小企業が泣き寝入りせざるを得ないのが実情である。このたびの報告書では、確約制度との関係で改善が見送られたが、表に出てこないケースが山積しており、事案の集積数及び告発数が不十分であると言わざるを得ない。課徴金の適用数が少ないまま推移しているため、優越的地位の濫用を是正するには、法令改正の中で積極的な対応を行うべきである。【全国中小企業団体中央会】