

独占禁止法研究会第 10 回会合用資料  
新制度下において保障されるべき事前手続・防御権について

平成 28 年 11 月 25 日

弁護士 向 宣明

第 1 事前手続について

1. 証拠の閲覧・謄写の範囲について

調査協力インセンティブを高めるための制度が導入された形での課徴金制度においては、課徴金の減算において考慮される調査協力の度合いに関する評価が極めて重要な争点となることが想定される。

仮にその考慮要素を：

- 立入検査の確実性・正確性・迅速性を高める度合い
  - 公正取引委員会が既に把握している証拠に比した付加価値の程度
  - 公正取引委員会が行政処分を行うために認定する違反事実の立証への寄与の程度
- といった形で想定した場合<sup>1</sup>、以下のような状況が生じることが想定される。

事例 1：既に把握されている証拠（a 1）に比して付加価値のある証拠（a 2）が提供され、それにより、さらに付加価値のある証拠（a 3）が確認された。

事例 2：既に把握されている証拠に、違反を基礎付けられると思われる証拠（a 1）と、これと相容れないなどその証拠価値を減殺する証拠（b 1）があったところ、新たに提供された証拠（a 2）は、b 1 の証拠価値を減殺するものとして価値が認められた。

独占禁止法第 5 2 条第 1 項は閲覧謄写の対象について、「当該意見聴取に係る事件について公正取引委員会の認定した事実を立証する証拠」と規定する。これが違反行為を積極的に認定するために必要かつ十分な証拠（事例 1 の a 3 や、事例 2 の a 1）と解されるのであれば、調査協力の度合いに関する判断についての証拠開示としては不十分である。まず事例 1 のような場合には、a 2 の（その時点での）付加価値の程度を示す証拠として、a 1 が必要となると考えられる。また事例 2 のような場合には、a 2 の（その時点での）付加価値の程度を示す証拠として、b 1 が必要になると思われる。すなわち、調査協力の度合いによる減算に関する認定も、閲覧謄写の対象とされる上記範囲に含まれる必要がある。

実際には、収集された証拠の相互関係は、上記のような事例に限られずより複雑多様となり得る。そういった状況において、ある時点での既存の証拠との比較においてどの程度付加価値が認められるべきか、あるいは最終的に認定される違反事実の立証にどの程度寄与したと評価されるべきかを検討するためには、違反行為を肯定する方向に作用する証拠のみならず、これを否定する方向に作用する証拠や、両者の証拠価値を判断するための間接証拠等の開示（閲覧及び謄写が認められること）が必要である。

<sup>1</sup> 独占禁止法研究会第 8 回会合資料 2（参考 7 - 1 3）参照。

## 2. その他の意見聴取手続に関する事項について

調査協力の度合いに応じて課徴金が減算され得る制度においては、例えばカルテル等の不当な取引制限の事案を想定すると、事件調査の対象となった複数事業者のそれぞれが行った調査協力の度合いについて、平等原則に照らして適切な評価がなされているかという点も、重要な争点となることが想定される。

その場合、意見聴取手続が、同一事件であっても各事業者ごとに行われ、しかも各当事者（各手続）ごとに意見聴取官が指定されることになることになれば、少なくとも事業者の立場として、自己に関する意見聴取手続のみを通じて上記についての確証を得ることには大きな障害が生じ得る。

この点については、全関係事業者が参加する形での意見聴取手続を行うことも検討に値すると思われる。しかしその場合でも、当該手続を主宰する意見聴取官の下で全ての関係事業者に関して新たに判明した事実を含めた形で全体像が再整理され、その結果を踏まえて最終的な処分が行われていることが、その意見聴取手続を通して各事業者にも適切に認識として共有されるべきである。それにより、不要な抗告訴訟提起が回避される可能性があり、あるいは抗告訴訟が提起された場合の審理の充実や迅速化が図られ得る。そしてそのためには、その報告書には当該意見聴取官の意見も記載されるべきであり、意見聴取期日の調書の記載が充実化されるべきであり、またそれらの謄写が認められるべきである。

## 第2 防御権について

### 1. 弁護士依頼者間秘匿特権

#### (1) 必要性

いわゆる国際カルテル事案に関して社内調査を行おうとする事業者が、当該事案について外部の弁護士に相談し、助言を得ようとする場面を想定する。

本来、当該事業者が、組織として、あるべき調査協力（現行の課徴金減免制度における申請を行うこと、あるいは新制度における調査協力を行うことを含む）に向けて円滑迅速に意思決定やその遂行を行うためには、かかる外部の弁護士からの助言は書面等によって得られることが望ましい。これは、当該社内調査によって違法行為の存在が確認された場合など、当該事業者にとって「有事」ともいえるべき深刻な事態であれば尚更である。

ところが、例えばこの事業者が日本企業であり、他方でこの外部弁護士に日本の弁護士とともに米国弁護士が含まれ、また関連する法規に米国反トラスト法が含まれるような場合、当該日本企業はこの「書面等による法的助言」が得られなくなってしまうというケースが存在する。この場合、当該事業者としては、わざわざ外部弁護士を起用しその協力を得て行った社内調査の結果について、書面ではなく口頭でしか助言を得ることができないことになる。しかも、例えばそのように口頭で得た助言について、社内で報告書を作成するなど書面化することもできなくなる。

同じ状況で、当該事業者が例えば米国企業であった場合には、このような状況には陥らない。その理由は、日米において弁護士依頼者間秘匿特権の保障の有無が異なっており、当該外部弁護士としては、その点を踏まえた上で自らの行動が依頼者に不利益をもたらすような事態は避ける必要があり、それ故に日米で異なる対応をとる必要が生じるからである。

すなわち、弁護士依頼者間秘匿特権が守られる米国であれば、その種の法的助言を書面等を通じて行うことに特段の躊躇が生じることはない。その保障に関する理解を前提に、少なくとも、外部弁護士として、自らの活動（法律意見書等の作成・交付）自体により、当該依頼者の立場をより不利なものにしてしまうことを懸念する必要はない。

これに対し、日本では弁護士依頼者間秘匿特権が守られていない。したがって当該外部弁護士としては、米国企業のために法律意見書等を作成する場合とは異なり、日本企業のために法律意見書等を作成する場合には、それが民事損害賠償請求におけるディスカバリの対象に含まれてしまう可能性があることを認識することになる（なお、これはあくまで「その可能性がある」というだけで十分に大きなリスクである。日本において如何なる扱いがなされようとも、米国では秘匿され得るものとして保護されるということが法的に完全に確立されない限り、むしろリスクとして認識され続ける。）。それ故に、当該外部弁護士としては、書面等を通じて法的助言を行うことはできない、という対応をとることになり、また口頭で行う助言の内容を社内で報告書などに書面化することも、差し控えるように助言することになる。

独占禁止法の違反の有無を巡る事案においては、しばしば、その事実の確定と法的な評価の両面において、複雑な状況を正確に把握することが求められる。事業者が、外部弁護士から書面等を通じてその法的助言を受ける機会を保障することは、当該事業者が自らの置かれている状況を正確・適切・迅速に把握するために必要不可欠である。そしてそれこそが、調査協力インセンティブを高めるための新制度がよりよく機能するための不可欠の前提ともなる。そもそも、調査協力インセンティブとは、当然のことながら当該調査対象事業者が、自らが置かれた状況を正確に把握し適切かつ主体的に行動することができる必要があるのであって、そういった環境がよりよく確保されるほど、かかるインセンティブも適切に働きやすくなるという関係にある。すなわち、調査協力インセンティブを活用することによる実態解明においては、防御権の保障は、実態解明の確保と相反するものではなく、むしろ実態解明を促進する機能を有するものである。

なおこれは、このような法制度の相違と、自らの行動が当該依頼者の不利になる事態を避けようという意識が働く限り、日米間に限らず、弁護士依頼者間秘匿特権の保障の有無が相違する全ての国の間で生じる問題である。

## （２）強化すべき防御権の具体的な内容、範囲

### ① 実体面

保障されるべき内容は、依頼者である事業者が、弁護士との間の一定のコミュニケーションについて、行政当局の調査手続における提出又は開示を拒むことができる権利である<sup>2</sup>。

したがって、秘密として保護されるのは通信（コミュニケーション）の内容であって、弁護士に相談する前から存在する事実ではない。弁護士に相談する前から存在する文書は、それを弁護士に提示して相談したとしても、保護の対象にならない。依頼者が弁護士に不利益事実を開示して相談したからといって、当該事実が保護の対象となるわけではない。弁護士に相談したという事実、その内容を秘密にしたからといって、相談の前から存在する事実の開示は妨げられない<sup>3</sup>。

## ② 手続面

具体的な内容については、諸外国における手続等の具体化の例が参考となる。例えば欧州委員会は「ベストプラクティス」<sup>4</sup>と題する文書を公表して保護の対象範囲及び権利主張手続を具体的かつ明確に示し、事業者が保護対象範囲や手続について具体的に理解した上で権利行使を行うことができるよう措置することにより、手続の誤解等に基づく権利濫用的行為が生じることを未然に防いでいる。この「ベストプラクティス」は、(ア)権利主張が認められる場合であっても事業者は保護対象部分を墨塗りした写しを提出する義務を負うこと、(イ)権利主張は事業者側から根拠と証拠を付して行われる必要があり、これを欠く権利主張に対しては制裁金が課され得ること、(ウ)多くの場合には、立入検査の過程で当局担当官が文書の見出し・題名等を一瞥することにより、権利主張に理由があるか否か確認されていること、(エ)事業者が当局担当官により権利主張対象書類を一瞥されることを拒む場合には、後の検討のため当該書類を封筒に封入して封印し当局にて預かる場合があり、（独立に職務を行う）聴聞官や裁判所による書類審査を経るまで審査官・委員会は当該書類を閲覧しないこと、(オ)審査遅延や審査への抵抗を目的とする権利主張に対しては制裁金が課され得ること、等を詳細に示している。秘密保護の範囲に入るかどうかの判定に関しては、上記欧州委員会の例を参考に、例えば個別の文書が保護対象文書であるか否かをめぐって事業者と担当審査官の見解が一致しない場合には、審査局から独立して職務を行う職員等を活用し、書面の内容が真に保護に値するものか慎重に審査を行うこととするなどの方策が考えられるところである<sup>5</sup>。

---

<sup>2</sup> 内閣府・独占禁止法審査手続についての懇談会の平成26年12月24日付報告書13頁参照。

<sup>3</sup> 日本弁護士連合会「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」2016年2月19日（40頁）参照。

<sup>4</sup> Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (2011/C 308/06) 51項から58項参照。

<sup>5</sup> 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年7月17日（5～6頁）参照。

### (3) 相当性、濫用防止措置等

文書にたまたま添付されていたに過ぎず、それ自体は保護の対象に含まれるものではないような文書等について、本来秘密保護の範囲内ではないのに秘密保護の範囲内であると主張して開示・留置を拒絶するなどのような「濫用」事例については、まず上記(2)①②のように保護の範囲を明確化し、また必要であれば、秘密保護の範囲に入るかどうかの判定の手続を検討することによって適切に回避できると考えられる。

その上で、本来秘密保護の権利がないのに開示・留置を拒絶したことが後に発覚した場合の制裁としては、新制度の下で課徴金減免申請の欠格事由とする余地があるほか、課徴金の加減算制度の適用対象とすることが考えられる。また現在の規定の下においても、検査妨害罪(独占禁止法第94条)の対象となり得る。

また万一証拠破棄等の濫用事案に弁護士が関与した場合には弁護士法上の懲戒制度もある(なおこの点については、必要に応じ公正取引委員会から事実上の情報の提供を受けつつ、弁護士会としての懲戒手続を行うという対応も考えられるところである)。

## 2. 供述聴取及び供述調書作成に関する防御権の保障について

### (1) 必要性

#### ① 課徴金の減算事由との関係

課徴金制度の在り方に関する論点整理では、調査協力度合いに応じた加減算を行う場合に懸念される弊害として、「①公正取引委員会又は審査官の審査方針に迎合せざるを得なくなる、②調査協力の一環として事業者から幅広い情報が公正取引委員会に提出され、公正取引委員会が当該情報に基づき調査範囲を拡大することにより、最終的には違反行為者ではないとの判断がなされるような事業者までもが公正取引委員会の調査に巻き込まれる事態が生じる等の弊害が考えられる」といった問題点が指摘されていた<sup>6</sup>。この点については、調査協力度合いを高める制度に関する各論検討資料において、特に調査協力度合いに応じた課徴金の加減算を行う場合の弊害への対応について、「調査協力度合いを高める制度の導入に応じて、審査官の審査方針への迎合・えん罪のおそれに対処する必要があるとすれば、新制度に応じた措置を検討すべきではないか。例えば、事業者の提出する証拠価値等に応じて課徴金の減算率を決定する制度を導入する場合、審査官が作成する従業員の供述調書は、そもそも事業者の協力と評価することは適当でないと考えられること等も踏まえ、減額率の決定要素に含めないことが考えられるのではないか。」との指摘がなされている<sup>7</sup>。

そもそも従前から、審査手法の在り方として供述内容に過度に依拠することには批判が寄せられてきていたことも踏まえれば、上記の指摘自体は前向きに評価されるべきである。ただし、いわゆる客観証拠(物証)のみから直ちにその文脈や背景事情等を推知すること

<sup>6</sup> 課徴金制度の在り方に関する論点整理10頁。

<sup>7</sup> 独占禁止法研究会第8回会合資料1(各論検討資料14頁)。

が常に可能であるわけではなく、実態解明には関係者からの記憶や理解に関する供述を得ることが有用あるいは必要である場合もあると考えられることからすれば、供述聴取における供述人による事実説明の内容を調査協力の度合いに関する評価の対象とすることを、完全に否定する必要はないようにも思われる。その場合、調査協力インセンティブを高める制度を導入することによる負の側面への対応として、供述聴取及び供述調書作成に関する防御権の保障を確保することが不可欠である。

## ② 課徴金の加算事由との関係

また、調査協力の度合いによる減算の考慮要素とするべきか否かという上記の点とは別に、課徴金の加減算との関係では、少なくとも虚偽供述を課徴金の加算事由とすべきかという議論がある。

仮にこれを認める制度を導入するとすれば、その適用場面では、公正取引委員会による「ある時点で供述人が行った供述内容が虚偽であった」ことの主張立証が求められることになる。その具体的方法として、例えばかかる供述内容（「虚偽」とされる事実が記載された供述調書等）と最終的に判明した事実とを比較するということを考えた場合、留意されるべき重要な問題となるのは、ある事業者に課徴金額の加算という不利益処分を課す根拠が、当該事業者とは別人格という意味での第三者である供述人の供述内容に求められてしまうことになり、しかも当該事業者としては当該供述の聴取やその調書の作成の過程から隔離されてしまっている場合、当該事業者にはそのような意図や認識は全くないような状況で、かかる不利益処分が課せられ得るリスクに晒されてしまうことになるという点である。

このような事態を回避するための方策として、課徴金の加算を「虚偽供述について当該事業者から当該供述人への指示等が確認される場合」などに限定することも考えられる。しかし、かかる虚偽供述がなされるとすればその理由は多様であって、事業者からの指示等によるとは限られない。他方で、それがいかなる理由によるものであれ、虚偽供述はなされないよう動機付けられるべきである。そしてその動機付けは、当該事件調査に対応する第一義的な責任主体であり、場合によりその対応の在り方に基づいて不利益処分を受けることにもなる、事業者に対するものとされるべきである。すなわち、事業者（その代理人弁護士を含む）に対して、供述人に対する供述の聴取やその調書の作成の過程への関与と、その結果の確認のための機会を保障することで、事業者として当該供述人による虚偽供述といった事態が生じないようにすることを動機付けられる。例えば社内リニエンシーを活用するなどその状況に応じて最も適切と考えられる方策を用いて当該供述人の供述が「虚偽」とされるようなものにならないよう努めるべき立場に立たされることになる。そして、またそれ故に、当該事業者に対する課徴金の加算も、受容されるべきものとして正当化されることになるのである。

なお上記は、意見聴取手続の時点になって初めて証拠（供述調書）の閲覧謄写の機会が得られるのでは解決され得ない問題である。当然のことながら、調査協力へのインセンテ

イブや非協力へのディスインセンティブは、審査の状況に応じて都度与えられるべきであり、意見聴取の時点に至っては意味を失うからである。

## (2) 強化すべき防御権の具体的な内容、範囲

### ① 供述聴取時の弁護士の立会い

聴取される本人（会社代表者、従業員その他関係者の場合がある。）が、弁護士の立会いを希望する場合には、これを拒絶する正当な理由があると合理的に判断できる場合を除き、弁護士の立会いを許諾すべきである。

諸外国の例をみても、弁護士の役割は、競争当局の不明確・不公平な質問に対して異議を述べる（オーストラリア）、不適切な質問に異議を述べたり依頼者の供述を明確化する（カナダ）、依頼者が回答について弁護士に相談できる（ニュージーランド）、インタビューの最後に、依頼者に補充的な質問を行う（スイス）等とされており<sup>8</sup>、我が国においても、供述聴取に立ち会う弁護士は、質問及び回答についての正確な理解を助けるために、当局の不適切な質問に対して異議を述べる権限等が付与されるべきである。

### ② 供述聴取過程の検証可能性の確保

供述者本人からの求めがある場合には、原則として供述聴取の全課程を録画等して可視化を実施すべきである。

### ③ 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

公正取引委員会は、供述を聴取し供述調書を作成したとき、又は審尋調書を作成したときは、供述人にその写しを遅滞なく交付すべきである。

なおいわゆる国際カルテル等事案によっては、海外の民事訴訟におけるディスカバリ等の対象とされる可能性への対処として、供述人及びその代理人等にその内容を確認する機会を付与すれば、供述人らとしてその交付までは希望しないという対応がとられることもあると思われる。

### ④ 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

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が認められるべきである。

### ⑤ 供述調書の形式

審尋調書については、関係法規（独占禁止法及び公正取引委員会審査規則）において作成の手続が定められているのであって、審査官等は、事件関係人又は参考人に出頭を命じて審尋する場合、その要旨を調書に記載し、処分をした年月日及びその結果を明らかにし

---

<sup>8</sup> 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年7月17日（8頁）参照。

ておかなければならないとされる。その場合、審尋の「結果」とは審尋において行われた発言をいい、具体的には審査官等と供述人の間でなされた質疑応答の内容であるから、本来その一問一答の形式による記載が必要である（独占禁止法第48条参照）。また、特に新制度の下ではその内容に基づいて課徴金の減算あるいは加算がなされ得ることからしても、陳述を拒む理由やその虚偽性が、調書の記載から明確に確認され得るよう、一問一答の形式をもって正確にその結果が記載される必要がある。また任意の供述聴取の場合も、その作成手続については、関係法規（公正取引委員会審査規則）において審尋調書に関する事項が準用される旨が規定されているのであり、その点を踏まえつつ、必ずしも一問一答の形式によるものではないとしても聴取対象者の供述に基づいて正確に作成されるべきことが明記される必要がある。

### （3）相当性、濫用防止措置等

上記（2）のうち、特に濫用防止措置の必要性が問われ得るものとして、①供述聴取時の弁護士の立会い、③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、④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がある。

供述聴取に弁護士が立会う場合に、万一にも、弁護士が、供述者に対して虚偽陳述を示唆したり、公正取引委員会からの質問を殊更に妨害したりすることにより、供述調書の作成が違法に阻害され、この結果、違反行為を行った事業者が証拠不十分で行政処分の対象から免れるような事態は、「濫用」事例として当然、回避されなければならない。万一立ち会った弁護士が不当に聴取を妨げる場合には、公正取引委員会は、弁護士会による懲戒制度を利用することもできる。なお、独占禁止法違反にかかる供述聴取は、聴取される相手方が処分の対象たる事業者ではなく、参考人としての従業員であることから、事業者と従業員の利益相反的状况が生ずるとの指摘がある。このような利益相反が予想される場合には、事業者側の弁護士が従業員の供述聴取に立ち会うべきではなく、当該従業員のための弁護士が選任されるべきである。

供述人に供述調書をその都度交付する場合、雇用主である被疑事業者が当該供述調書の写しを読み、供述人を雇用関係上不利益に取り扱うことになるのではないかと、また供述人は雇用主からの処遇を恐れて萎縮し、正直な供述ができなくなるのではないかと懸念が示されることがある。公正取引委員会による行政処分は、事業者のみに課され、従業員個人に課されることはない。したがって、従業員は、その供述により公正取引委員会から個人として行政処分を受けることはないが、雇用主と従業員との間に、雇用関係上の問題が生ずる場合がある。そこで、従業員のために弁護士が関与し、当該弁護士は、その職責として従業員に対する不当な取扱いを防止する役割を果たすべきである。またこの問題とは別に、これら調書の写しを交付すれば、その後、証人間、被疑事業者間で口裏を合わせることを可能とするので、審査に支障を来すのではないかと懸念が示されることがある。しかし、新制度の下では、それらの行為は、課徴金減免制度における減免措置の不適用や



課徴金の加減算などにより対応されることになる。

メモの録取を認めることの弊害、あるいは「濫用」の懸念としては、供述人がメモの録取に注意を払いすぎること、円滑な供述の聴取に支障が生じ得るといった点が挙げられることがある。この点について仮に、現状の審査実務のように、供述聴取時の弁護士の立会いや供述調書の写しの交付等を一切認めず、調書の形式についても上記のような課題が残されたままの状態を前提とするのであれば、このメモの録取は、取り調べの透明性を可能な限り高めるための唯一の手段というべきものとなるのであって、供述人のみならず被疑事業者にとっても、その重要性が極めて高いものとなることは否めない。しかし、防御権の保障のためのこれらの事項が改善されることになれば、メモの録取の重要性は相対的に低下し、補完的なものにとどまるものとなることが、極めて容易に想定されるのであって、それにより懸念も自然に解消され得る。また、そのような状況においてもなお、かかる懸念が現実化するような場合には、上記の調査協力の度合いに応じた課徴金額の減算を不適用とする（ひいては、一定の場合に課徴金減免制度における欠格事由とする）ことが考えられる。さらには、一定の場合かかる非協力が検査妨害として制裁の対象となるような場合、課徴金額の加算の対象とされることもあり得る。なお、念のため付言すれば、かかる事情の立証のために供述聴取過程の検証可能性を確保すること（録画等）は、公正取引委員会にとっても有意義な手段となることが想定される。