

独占禁止法研究会第13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
弁護士・依頼者間秘匿特権について

特に「調査協力インセンティブを高める制度をより機能させるための、
実態解明機能を損なわない範囲での制度設計」¹という観点から

平成29年2月10日

弁護士 向 宣明

1. 必要性和対象範囲について

- ① 調査協力のための、依頼者と弁護士との間の信頼関係の構築の必要性
 - 「不都合な事実」を受け入れる関係性の構築までの過程での、様々な観点や方向性からの議論
 - ◇ 例1－1，例2，例4
- ② 対象は、弁護士への相談、弁護士からの助言であって、証拠物件となるべきものではないこと
 - ◇ 例1－2，例1－3，例4（添付（略））
- ③ 弁護士への相談に使用される社内調査結果等は、調査協力インセンティブを高める制度の利用に係る弁護士とのコミュニケーションをより円滑迅速に進めるために不可欠であること
 - ◇ 例1－1
- ④ 弁護士として、依頼者の利益となる助言は迅速的確に行うべきこと、他方で、依頼者をより不利な立場におくことになる活動は、避けるべきであること
 - ◇ 例2
- ⑤ 弁護士自身が発信する文書等だけではなく、弁護士による口頭の助言が社内で書面化される場合にも、同じ事情が認められること
 - ◇ 例3
- ⑥ より適切な調査協力の在り方を相談する際に、それにより、そういった調査協力を従前なし得ていなかったことが判明してしまうのではないかといた萎縮を、無用のものとしておくことが適切であること
 - ◇ 例5－1
- ⑦ 調査妨害行為に該当する場合には、対象外とされるべきこと
 - ◇ 例5－2

¹ 独占禁止法研究会報告書（案）（独占禁止法研究会第12回会合配付資料）54頁参照。

2. 対象文書を判別する手続について

別紙「規程案」参照

3. 濫用防止措置について

上記対象文書判別手続による対象外文書の判別，調査妨害行為に対する課徴金加算，検査妨害罪の強化，また弁護士による濫用事案への共謀の場合についての弁護士懲戒制度の存在について，日本弁護士連合会『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（2016年（平成28年）11月15日）参照。

なお，同意見書11頁記載のとおり，弁護士懲戒制度は既に実効性あるものとして設置され機能しており，新たに何らかの方策が「日本弁護士連合会において講じられることが不可欠」とされるものではない。

資料（弁護士 向 宣明）
20170208

例 1 - 1

差出人： B
送信日時： 2017 年 3 月〇日
宛先： A
件名： 至急ご相談させていただきたく
添付ファイル：月例会__201611.xlsx 五社会.msg

A 先生

お世話になっております。

当社顧問弁護士の甲先生からご紹介頂きまして、ご連絡差し上げております。

さて早速ですが、今般法務に以下の相談がございました。

< X 営業部長からの相談内容 >

3 年ほど前から、Y 営業部長の後任として引き継ぎを受けて、同業者の会合（月例会）に参加している。

もっぱら情報交換のための会合で、基本的に価格の話はしていない。

主な目的は、各社で、販売数量と販売金額を持ち寄って共有するというもの。ただ、必ずしも正直ベースの数値ではなく、他社も同様かと思われる。その他には、市況についての意見交換などである。

カルテルといったものではないと考えているが、近時、参加者のうちの一社から、今後の会合への参加の取りやめの表明があったので、念のため相談したい。

会合で情報を持ち寄る際の資料がございましたので、添付させていただいております。

また、これを受け、改めて社内で調査いたしましたところ、Y 在任中の添付メールが見つかりましたが、Y は既に退職しておりまして、詳細は確認できておりません。

当方と致しましては、最終的な結論に至る前に、確認すべき点がまだ残されているように考えておりますが、仮に、先生のご判断では、お送りしております資料や内容から結論は既に明確であるということである場合には、別途お電話いただけましたら幸いです。

添付いたしました資料も、まだ違反に関連すると結論づけられたものではありません。

何卒よろしくお願いいたします。

X 株式会社 法務部 B

例 1－2

会社名_____

製品		1 5 上	1 5 下	1 6 上	1 6 下予測
●系	数量				
	金額				
▲系	数量				
	金額				
■系	数量				
	金額				
◆系	数量				
	金額				

差出人： Y
送信日時： 2014 年 1 月○日
宛先： Z
件名： 五社会

Z 事業部長様

来年度 1 Q より @5 円引き上げです。

Y

差出人： A
送信日時： 2017 年 3 月〇日
宛先： B
件名： Re: 至急ご相談させていただきたく

B 様

お世話になっております。
こちらこそ先日はありがとうございました。

資料を拝見させて頂きました。確かに、至急の対応が必要と思われます。
そもそも、月例会と「五社会」の関係も確認させて頂く必要があるように思われます。
確かに、少なくとも「五社会」についてお送りいただきました資料は、基本的に独禁法違反の存在を疑わせるものである可能性が高いように思われます。
他方で、お送り頂きました資料が現時点で、違反に関するものと結論づけられるわけではないことも、御指摘のとおりと存じます。ただし、少なくとも破棄や紛失といった問題が生じないよう、ご配慮頂くべきかと存じます。
本日午後以降のご都合はいかがでしょうか。X 様のご予定もご確認いただければと存じます。

よろしくお願いいたします。

A

A 弁護士面談メモ

日時：平成 29 年〇月〇日 〇〇時〇〇分～

場所：3 階〇〇会議室

〇〇営業部事案に関して A 弁護士のコメントは以下のとおり。

< A 弁護士コメント >

X 部長の話によると、少なくとも Y 部長の前々任者から続いている会合であるとのこと。ただ、Y 部長自身退職してしまっているということなので、すぐには確認できないかもしれないが、情報収集してほしい。

なお、会合は引き継ぎの時点から「月例会」と呼ばれていたとのこと、それ以前に「五社会」と呼ばれていた時期があったかどうかについては、全く認識がないようである。また、少なくとも X 部長の認識の限りでは、Y 部長から Z 事業部長への報告メールに書かれているような内容が「月例会」でやりとりされたことはないとのことである。

ただ、X 部長の現時点での説明については、・・・との兼ね合いから、真に記憶に沿った内容であるのかどうか、場合によっては社内リニエンシーの活用の当否も含めて、再度確認が必要であるようにも思われる。

最終的にどう対応すべきかを決定するには、追加の調査検討（それが可能な範囲の確認を含めて）が必要である。

報告書

〇〇年〇〇月〇〇日

法務部

〇〇事業部事案に関する A 弁護士との対応方針協議状況は現状以下のとおり。

1. 調査の進捗状況

A 弁護士にて X 部長から聞き取り調査を行ったところ、「月例会」の会合に関して前任者以前の記録は残されておらず、現状残っているのは、「月例会」で配布された資料に X 部長の手書きのメモが添えられたもの（添付（略））だけであるとのことであった。同資料の原本は、紛失を防ぐため、法務部が X 部長から預かることとなった。

...

<その後、法務部が X 部長から同資料の原本を預かる前に、誤って原本が紛失されてしまい、現存する資料は、本報告書に添付された添付資料だけになっている。>

2 A 弁護士との協議

A 弁護士には、上記資料の写し及びその他の参考資料を交付し、今後の対応を協議した。

まず、手持ちの証拠及び X 部長からのヒアリングで確認できる 3 年分の範囲で、違反があったことを前提に速やかに公取委に減免申請することが考えられる。

その場合、全ての商品で全額免除を得るのは難しいようである。違反を認定されれば、課徴金を課される。3 年分を申請する場合、50 パーセント減額なら△△億円、30 パーセント減額なら××億円くらいになることが想定される。

なお、3 年で申請するのは、御社の社内で確認できる範囲がその期間だから。これをさらに縮めると虚偽申告の疑いをかけられかねない。

「実際に確認できた範囲がそこまでだといえれば虚偽とまでは言われないのではないかとはいえない。申請を行うということは、今後公取委の調査が開始され、他社からも情報が収集される可能性があるということで、そこで実態が判明すると、貴社に課徴金の増額というリスクが生じることになる。本件では既に先順位の申請がなされている状況で、そのリスクは既に生じているとも言える。

虚偽申告について、今般の法改正後の制度下では、減免申請をする場合には、公取委の調査には継続して協力する義務を負うということが前提となる。これに違反したとなると、減免申請を受ける資格を失うことになり得る。また、そういった申請内容との兼ね合いで、従業員の供述の内容に虚偽があったといった理由で調査妨害という評価がなされると、課徴金がさらに増額ということにもなりうる。

〇〇年第〇〇回 経営会議事録【パターンA】

1. 議題

- ・本年度収益目標の修正について
- ・〇〇事業部事案について

2. 本年度収益目標の修正について

.....

（△△取締役）今期は〇〇事業部事案が明るみに出た場合、当社としても取引先から相当厳しい対応を取られることが予想される。折りしも円高、原料高の傾向も顕著になっているので、収益目標を引き下げてはどうか。

.....

3. 〇〇事業部事案について

まず法務部長より、別添資料 1～3（法務部報告書等）に基づき説明。

（□□社長）今後の当社の対応はどうすべきか。

（A 弁護士）報告書記載のとおり、3 年分の範囲で、違反があったことを前提に速やかに公取委に減免申請することが考えられます。

（□□社長）全額免除は得られなさそうとのことだが、課徴金の試算としては、50 パーセント減額なら△△億円、30 パーセント減額なら××億円くらいになるということか。

（A 弁護士）そのとおりです。

（□□社長）当社の業績も芳しくない中でそれはゆゆしき事態だ。しかし、報告書を拝見すると、やはり3 年を1 年か2 年にして申請することは難しいということか。

（A 弁護士）ご理解のとおり、その点については、少なくとも減免の失格というリスク、さらには調査妨害による課徴金の増額というリスクがあるということです。

（□□社長）しかし、今回の件では3 年よりもさらに以前から、違反が続けられていたということはないのか。その場合、結局虚偽申告といわれてしまうのではないか。

（A 弁護士）少なくとも現時点まで、あらゆる手を尽くして調査を行ってきており、その範囲で確認された内容を最大限提出しようとしているということで、それにもかかわらず失格や調査妨害といった非難を受けることはないと考えられます。

（△△取締役）先ほどのからのご説明を踏まえると、退職したY 氏について、別のルートで接触を試みる余地があるなら、試した方がよいということか。

（A 弁護士）その可能性があるのなら、早急にご相談させていただいた方がよいと考えます。.....

〇〇年第〇〇回 経営会議事録【パターンB】

1. 議題

- ・本年度収益目標の修正について
- ・〇〇営業部事案について

2. 本年度収益目標の修正について

.....

（△△取締役）今期は〇〇営業部事案が明るみに出た場合、当社としても取引先から相当厳しい対応を取られることが予想される。折りしも円高，原料高の傾向も顕著になっているので，収益目標を引き下げてはどうか。

.....

3. 〇〇事業部事案について

まず法務部長より，別添資料1～3（法務部報告書等）に基づき説明。

（□□社長）今後の当社の対応はどうすべきか。

（A弁護士）報告書記載のとおり，3年分の範囲で，違反があったことを前提に速やかに公取委に減免申請することが考えられます。

（□□社長）全額免除は得られなさそうとのことだが，課徴金の試算としては，50パーセント減額なら△△億円，30パーセント減額なら××億円くらいになるということか。

（A弁護士）そのとおりです。

（□□社長）当社の業績も芳しくない中でそれはゆゆしき事態だ。3年を1年か2年にして申請できないのか。

（A弁護士）その点については，少なくとも減免の失格というリスク，さらには調査妨害による課徴金の増額というリスクがあります。

（□□社長）しかし，実際に確認できた範囲がそこまでだといえれば虚偽とは言われないだろう。

（A弁護士）社長がそこまでおっしゃるなら，私の方でも考えてみまして，その方向で申請してもよいですが・・・。

(弁護士 向 宣明)

違反被疑事業者等と弁護士との間の通信の取扱い

違反被疑事業者等が弁護士からの法的助言を求めるために行った通信及び当該通信に対して弁護士が行った通信であって、違反被疑事業者等から秘密裏に行われたもので、違反被疑事業者等が秘密として保護されるべきことの要請があり、違法な行為を助言するものではなく、かつ当該保護が放棄されていないもの（以下「秘匿対象通信」という。）について、独占禁止法第 47 条第 1 項第 1 号及び第 3 号の処分を拒むことに正当な理由があるものとして公正取引委員会が考慮するものとする。

この場合、法的助言に関係しない通信（事業上の助言等）は秘匿対象通信に該当しない。また、違反被疑事業者等が弁護士に事実を開示して法的助言を求めた場合、相談内容及び当該事実を記載した法的助言は、上記のとおり違反被疑事業者等と弁護士の間で往復される通信の全体が秘匿対象通信に該当する。他方で、弁護士にかかる相談を行うか否かにかかわらず存在している事実及び当該事実に関する資料は、本来秘匿対象通信には該当せず、かかる相談の対象とされたとしても、新たに秘匿対象通信になる訳ではない。

違反被疑事業者等が秘匿対象通信に関する主張を行う場合の手続、個別の文書が秘匿対象通信であるか否かをめぐって違反被疑事業者等と審査官の見解が一致しない場合の手続については、以下のとおりとする。

(1) 審査官による判断資料の検査及び提出命令

法第 47 条第 1 項第 1 号及び第 3 号の処分の名宛人である違反被疑事業者等が、秘匿対象通信として独占禁止法第 47 条第 1 項第 1 号及び第 3 号の処分を拒むことに正当な理由があるとして文書の全部ないし一部の提出を拒んだ場合、審査官は、かかる主張に正当な理由があると認められる文書か否かを検討するために、当該文書の表題の検査を求めることができる（違反被疑事業者等が、かかる検査により当該文書の秘密性が喪失されると主張する場合を除く。この場合、審査官は、当該文書が秘匿対象通信に該当するかどうか判断するために必要な資料を提出させることができる。）。審査官は、当該文書の表題その他違反被疑事業者等による提出にかかる当該文書の秘匿対象通信該当性判断のために必要な資料は当該文書の秘匿対象通信該当性を示す根拠とはなり得ないと合理的に判断できる場合には、当該処分を拒むことには正当な理由がないとして、当該処分を行うことができる。また審査官は、秘匿対象通信についても、当該通信に該当する部分を墨塗りした写しの提出を求めることができる。なお、違反被疑事業者等により故意に虚偽の秘匿対象通信該当性の主張がなされた場合、課徴金額の加算事由となることがある。

(2) 秘匿対象通信該当性の判断手続

違反被疑事業者等から上記(1)にかかる主張がなされた場合、公正取引委員会は、法第 47

条第2項及び法第47条第2項の審査官の指定に関する政令に基づき審査官となることができる者（以下「指定職員」という。）を指定し、かかる主張に正当な理由があるかを判断させることができる。

(3) 指定職員の資格制限

当該事件の審査官であるもの又は当該事件の審査官であった者は指定職員となることできない。また、指定職員である者又は指定職員であった者は、当該事件において審査官となることできない。

(4) 指定職員による判断を要する場合の資料の取得

違反被疑事業者等から上記(1)にかかる主張がなされた場合であって、審査官において、当該文書の表題その他違反被疑事業者等による提出にかかる当該文書の秘匿対象通信該当性判断のために必要な資料が当該文書の秘匿対象通信該当性を示す根拠とはなり得ないとは合理的に判断できない場合には、審査官は当該文書等の提出を命じ、又は任意にその占有を取得することができる。この場合においては、取得した資料に封印を施し、速やかに指定職員に引き渡すものとする。また、直ちにその占有を取得しなければ当該文書が破棄隠匿される等、弁護士との通信の秘密の判断に必要な資料の収集が妨げられるおそれが合理的に認められる場合も同様とする。

(5) 指定職員の判断手続

指定職員は、①審査官が独占禁止法第47条第1項第1号及び第3号の処分を拒むことに正当な理由があると判断せずに当該処分を行い、違反被疑事業者等から異議のあった文書、②審査官が独占禁止法第47条第1項第1号及び第3号の処分を拒むことに正当な理由があるか不明として封印を施した文書及び③独占禁止法第47条第1項第1号及び第3号の処分を拒むことに正当な理由があるとして、違反被疑事業者等が提出を拒んだ文書について、いずれも違反被疑事業者等の主張を聴取した上で文書の形式及び内容を確認して正当な理由があるか速やかに判断するものとする。

(6) 名宛人に対する通知

指定職員は、上記(5)にかかる文書について秘匿対象通信該当性に関する判断を行った場合においては、速やかに違反被疑事業者等に対しその旨を通知する。

(7) 違反被疑事業者等の異議

指定職員が、独占禁止法第47条第1項第1号及び第3号の処分を拒むことに正当な理由がないとした処分に不服のある場合は、審査規則第22条に従い公正取引委員会に異議の申立てをすることができる。当該異議申立てにかかる判断を経るまで、審査官は当該文書を閲覧してはならない。

(8) 調査資料の還付

公正取引委員会は、調査の結果、当該文書が秘匿対象通信に該当することが明らかになった場合においては、当該文書及び調査のために違反被疑事業者等から取得した資料を違反被疑事業者等に対し、速やかに還付するものとする。

(9) 情報遮断措置等

公正取引委員会は、上記の調査を行った際には、指定職員及び審査官の間の情報の共有を遮断する措置をとる等、弁護士との通信の秘密に配慮するものとする。

独占禁止法研究会第13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
供述聴取手続における防御権について

特に、従業員等の虚偽供述などの調査妨害行為についての
課徴金の加算¹という観点から

平成29年2月10日

弁護士 向 宣明

1. 必要性について

標記の点に関し、少なくとも、報告書案58頁の「事業者が随時調査妨害行為を是正する機会を与えることは、調査妨害行為の早期是正に資するものであり、事業者の早期是正により効率的・効果的な実態解明・事件処理が回復した場合には課徴金の加算を行わないこととすれば、事業者の防御権の確保にも資すると考えられる。」という指摘は、それ自体としては適切である。

しかし、問題はその具体的方法である。そして本来、その機会を与えるための最善の方法は、当該事業者に、当該調査妨害被疑事実を正確に理解する機会を与えるというものである。

そのためには、供述聴取において、供述人（従業員等）による供述の具体的内容とし、それが審査官からのいかなる質問に対してなされたものであったのかを、事業者として正確に理解する機会を得る必要がある。

また、供述人の供述をとりまとめたと言われる供述調書案について、供述人は通常、数十頁の大部に及ぶものを含め、供述した内容と一致しており誤りを含むものではない旨の確認を求められるが、その記述には、同人が必ずしもよく知らなかったことや覚えていないことが含まれている場合がある。同人として「そのような事実を推測や憶測で供述することはできない」旨を申し立てることがあり、かかる場合についても、事業者において、具体的な記述内容が確認される必要がある。

なお、当然のことながらこれは専ら、新制度下において調査妨害行為に対する課徴金の加算という制度が新たに導入される独占禁止法分野に特有の課題である。またそれ故に、単に審査官と事業者・代理人との間での対話の充実を図るといった、現行制度の下でも既に実施されている方策があるというのみでは、生じうる弊害に対する十分な対処の検討とはいえないと言える。

¹ 独占禁止法研究会報告書（案）（独占禁止法研究会第12回会合配付資料）58頁参照。

2. 考えられる方策について

- (1) 本来、日本弁護士連合会『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（2016年（平成28年）11月15日）において、供述聴取時の弁護士の立会い、及び供述聴取手続における権利の確保（同11頁～12頁）として述べている方策は、いずれも上記の「事業者に随時調査妨害行為を是正する機会を与える」ための具体的方策となり得るものである。

またその場合に懸念が指摘されている弊害について、課徴金減免制度の欠格事由とすること、課徴金の加算事由となりうること、また弁護士の不当な行為があった場合にはその弁護士は懲戒の対象となり得ることも、同意見書において説明されておりである。

- (2) なお、公正取引委員会「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、供述聴取における留意事項として、供述聴取時の弁護士を含む第三者の立会いについて、「審査官等が供述聴取の適正円滑な実施の観点から依頼した通訳人、弁護士等を除く。」旨が記載されている。

これは、調査協力インセンティブを高める制度の導入が想定される以前の時点で、また特に供述聴取時の第三者の立会いについて述べられているものである。

他方で上記は、現行の課徴金減免制度が利用されている場合を含め「審査の適正円滑な実施」の観点から一定の場合に柔軟な対応が図られるべき旨を示すという、重要な意義を有している。そして本件新制度導入に際しては、さらに「適切円滑な調査協力の実現」という観点を新たに踏まえつつ、「事業者に随時調査妨害行為を是正する機会を与える」ため、必ずしも供述聴取時の第三者の立会いに限らず、事業者として是正を検討すべき具体的内容を正確に理解するための方策が検討策定されることが、調査妨害行為の早期是正、効率的・効果的な実態解明・事件処理、また事業者の防御権の確保にも資すると考えられる。