

平成 21 年 11 月 10 日

審査手続の在り方に関する提言書

競争法フォーラム

序

1. 独占禁止法の規定は極めて抽象的で、事件ごとにその経済実態に即して判例法的に適用される性格を持っている。そして、規制の対象となる事業者の行為は、他の事業者との複雑な競争関係、取引関係の中で行われ、その行為には競争促進的な側面と競争阻害的な側面とが共存している場合が多い。また、独占禁止法違反事件の大部分について、事業者からの規制機関への申告によって違反容疑事件の審査手続が開始されるという状況にある。

このような状況の下で行われる審査手続においては、審査手続において容疑対象になる事業者に対して十分な防御の機会が与えられ、審査手続が公正に行われる保障があることが適正な独占禁止法の運用のために要請されていると考えられる。また、平成 17 年及び平成 21 年の独占禁止法改正により、独占禁止法違反に対する措置は飛躍的に強化され、さらに近い将来において独占禁止法の手続の見直しが予定されている。この点も踏まえて、独占禁止法の違反事件の審査手続における「適正手続の保障」の強化が要請されており、この観点からわれわれは審査手続における問題点について以下の考えを取りまとめた。

2. 現在、経済のグローバル化に伴って、各国において独占禁止法の国際的な適用が活発化し、一つの事件において複数の国の独占禁止法が適用され、また一つの事件において複数の国の事業者が同一の国の独占禁止法の適用を受ける事例が多くなってきており、さらにこれらの国際的な事件の審査において各国の規制機関の相互協力体制も著しく発展整備されてきている。

このような状況においては、国際的な市場において極めて重要な地位を占めるわが国の独占禁止法の審査手続の原則が欧米主要国の審査手続における基本原則と整合する必要性がさらに強くなってしまっており、審査手続の国際的ハーモナイゼーションが強く要請されていると考えられる。以下の検討においてはこの点についても十分に考慮した。

## 提言の概要

### I 調査開始日当日の事情聴取等の是非

#### (1) 立入検査・臨検当日の出頭要請・事情聴取

被疑事業者が立入検査・臨検後の課徴金減免申請（独占禁止法第7条の2第9項・平成21年改正法第7条の2第12項）を行うかどうかの検討を行えるようするため、立入検査・臨検当日に、公正取引委員会が、被疑事実の実行担当者又は関係者と思しき従業員・役員に対する出頭要請・事情聴取を行わない運用とするべきであり、少なくとも被疑事業者又は関係者と思しき従業員・役員から社内調査のため出頭要請に応じられない旨の説明があった場合には、それ以上の要請を行うべきではない。

また、仮に行ったとしても、被疑事業者が事後申請を行うかどうかを検討するために事情聴取対象者に対するヒアリングを希望する場合には、公正取引委員会としては、事情聴取対象者の意向を確認し、同人が事情聴取をとりやめて社内調査に応じることを希望すれば、直ちにその希望に受け入れ、事情聴取を中断することも前向きに検討されるべきである。

#### (2) 立入検査当日の出頭命令・審尋

前記(1)と同様、立入検査当日の出頭命令・審尋は行わない運用とするべきである。

### II 依頼者・弁護士間の交信の秘匿についての特権（その保障の必要性）

実務上、公正取引委員会による事件調査（立入検査の実施）が開始された後については、「防御権の行使」という観点から見て、対象事件（被疑事実）の顕在化、審尋や事情聴取等の事件調査の開始などを契機とする、弁護士との自由な意思疎通に関する秘匿特権の保障の必要性の度合いは、刑事手続の場面にも相当するほどに極めて高い。加えて、必ずしもかかる事件調査が開始されていない状況においても、社会的なコンプライアンスの充実という観点から、企業行動に関する弁護士への相談内容が保護されるということ（改善されるべき事項の分析等を含めた率直な相談がなされうるようすること）は極めて重要である。こういった、適正手続の保障、社会的なコンプライアンスの充実という観点から、秘匿特権の保障に関する規定を設けるべきである。特に独占禁止法の分野においては、課徴金減免制度が導入され、かつ同一の国際カルテル事件等に対する複数国（地域）における一斉事件調査が行われているという状況に鑑みれば、この法分野に限定してこれを導入することにも、十分に合理的な基礎が認められる。

なお、その保障の対象範囲は、その趣旨に鑑み、基本的にクライアントからの弁護士に対する法律上の問題（legal problem）の相談とそれに対する弁護士の回

答・助言（advice）である。この点、前者の「クライアントからの相談（その際に弁護士へ提供される情報）」については、秘匿の範囲は、それが専ら弁護士への相談等の目的で作成されたものである部分に限られる。したがって例えば、過去に通常の営業活動等の中でなされた交信の記録が、弁護士への相談のための資料提供に含まれた場合、当該提供資料一式は秘匿の対象となるとしても、当該記録自体（それが当該過去の時点で交信された事実）は、秘匿の対象とはならない。

### III 依頼者・弁護士間の交信の秘匿についての特権（行使手続の整備）

秘匿特権の対象となる文書は、事実認定の証拠として用いることができず、また、留置物の還付義務の対象に含まれるのみならず、そもそも、その提出を命じることが禁止されるものとする。

秘匿特権は、提出命令に対する異議申立ての理由となり、当事会社が秘匿特権を主張した場合には、異議申立てに対する判断がなされるまでの間、審査官は当該文書を封印し内容を閲読してはならないものとする。

秘匿特権の行使を実効化するため、立入検査への弁護士の立会権が認められるものとする。

### IV 事情聴取等についての弁護士の同席、調書の写しの交付を受ける権利等

審査手続の適正、関係従業員等の審尋・事情聴取における公正性と供述の任意性の確保、さらには、真実の発見を促進するための手段として、審査規則の改正による規定の新設又は審査の運用において、審尋・事情聴取への弁護士の同席又は録画・録音等の方法による記録化、審尋・事情聴取に関する調書の写しの交付を受ける権利、審尋・事情聴取の際の本人によるメモの作成の各措置をそれぞれ保障すべきである。

なお、仮に、上記各措置の保障が認められないような場合には、審査手続の適正及び供述の任意性を確保するための一策として、審査官による事情聴取についての調査メモの作成及び開示の義務付けを提案すること、事業者側において、調書の作成義務（法第48条）の存在を前提として、関係従業員等からの供述を得る際の手続は全面的に出頭命令による審尋とする対応を行うことも検討する余地がある。

### V 犯則事件調査手続における、被疑事実の要旨を記載した文書の交付

#### (1) 公正取引委員会の規則の改正

公正取引委員会の犯則調査事件の調査に関する規則において、被疑事実の要旨等を記載した文書を交付する規定を設けるべきである。

#### (2) 運用の改善

仮に、犯則調査規則にかかる規定を設けることが困難である場合には、少なく

とも運用においては、臨検・捜索・差押えの許可状の「提示」義務を果たす観点から、臨検・捜索・差押えの処分を受ける者又はその代理人の求めに応じて、以下のいずれかの対応をとるべきである。1) 処分を受ける者等に許可状を謄写させる、2) 許可状を閲覧させ被疑事実等を移記させる、又は3) 処分を受ける者が被疑事実等を筆記できるよう、犯則事件調査職員が被疑事実の要旨等を口述する。

## VI 手続法の目的に関する一般条項の創設

刑事訴訟法はその第1条において、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」旨、同法の目的を定めている。

その基本理念は、独占禁止法違反事件の調査手続についても基本的に等しく妥当しうるものであり、また上記のⅠないしⅤにおいて行っている各提言の内容に即してみたときにも、基本的人権の保障とともに、真実発見や適正迅速な法適用を目的として掲げている点において、在るべき手続に関して基本となる指針を示すためのものとなりうると解される。

独占禁止法の手続に関する規定中に、その基本指針として、上記に即した目的規定が置かれるべきである。

## I 調査開始日当日の事情聴取等の是非

### 1 提言内容

#### (1) 立入検査・臨検当日の出頭要請・事情聴取

被疑事業者が立入検査・臨検後の課徴金減免申請（独占禁止法第7条の2第9項・平成21年改正法第7条の2第12項）を行うかどうかの検討を行えるようするため、立入検査・臨検当日に、公正取引委員会が、被疑事実の実行担当者又は関係者と思しき従業員・役員に対する出頭要請・事情聴取を行わない運用とするべきであり、少なくとも被疑事業者又は関係者と思しき従業員・役員から社内調査のため出頭要請に応じられない旨の説明があった場合には、それ以上の要請を行うべきではない。また、仮に行ったとしても、被疑事業者が事後申請を行うかどうかを検討するために事情聴取対象者に対するヒアリングを希望する場合には、公正取引委員会としては、事情聴取対象者の意向を確認し、同人が事情聴取をとりやめて社内調査に応じることを希望すれば、直ちにその希望に受け入れ、事情聴取を中断することも前向きに検討されるべきである。

#### (2) 立入検査当日の出頭命令・審尋

前記(1)と同様、立入検査当日の出頭命令・審尋は行わない運用とするべきである。

### 2 提言理由

#### (1) 立入検査・臨検当日の公正取引委員会による事情聴取

##### ① 問題点

立入検査・臨検後の課徴金減免申請（以下「事後申請」という）が認められている現行法下にあっては、立入検査・臨検を受けた被疑事業者は、事後申請を行うかどうかの検討を直ちに開始するのが通常である。そして、その検討にあたっては、違反事実が存在するかどうかが最大の関心事となり、違反事実の存否の確認においてもっとも有用な調査方法は、被疑事実の実行担当者又は関係者と思しき従業員・役員（以下「キーパーソン」ともいう）へのヒアリングである<sup>1</sup>。

一方で、現在の実務では、立入検査・臨検の当日に、立入検査・臨検の実施に伴い、キーパーソンに対して、公正取引委員会の審査官が、⑦出頭要請をして公正取引委員会にて任意の事情聴取を行ったり、①立入検査・臨検を行っている被疑事業者の施設内にて任意の事情聴取を行ったりするのが一般的である。

<sup>1</sup> 違反事実を疑わせる書面等の物証を調査する方法もないわけではないが、関係部署にある膨大な資料の中から即時にそのような物証の有無を確認することは現実的ではなく、関係者に直接確認するのが、もっとも直裁かつ簡便な調査方法である。

その結果、キーパーソンが、この事情聴取に応じた場合、被疑事業者としては、違反事実の有無を、脚注<sup>1</sup>に指摘したとおり、関係者への確認というもつとも直裁かつ簡便な方法で確認することができないし、会社の意思決定手続という観点からも、違反事実の有無を直接知る者への確認及びその者の供述なくして、違反事実を自認することになる事後申請の意思決定を行うことは、被疑事業者に対して著しい困難を強いるものに他ならない。

また、仮に違反事実があったとしても、課徴金減免に関する報告の様式第3号および違反行為に関する陳述書等を作成するために必要な情報を入手することができなくなる<sup>2</sup>。

その結果、被疑事業者が4社以上存在し、立入検査・臨検前の課徴金減免申請がなかった場合には、事実関係の確認と申請作業が他社に遅れれば、現行の独占禁止法においても平成21年改正法によっても事後申請による課徴金減額を受けられない事態が生じることになる。

また、ある被疑事業者のキーパーソンは立入検査・臨検の当日にたまたま出張や外出をしていた場合には、公正取引委員会の出頭要請・事情聴取を受けることなく、社内調査に応じることができる結果、速やかに事後申請を行えるのに対し、立入検査・臨検の当日にキーパーソンが立入検査・臨検の対象となつた営業所等に居合わせ、公正取引委員会の事情聴取に応じた場合には、被疑事業者は十分な社内調査を行うことができず、事後申請に支障を来たすことになるが、立入検査・臨検の当日にその場にキーパーソンが居合わせたかどうかといった偶然の事情によって、事後申請による課徴金減額に消長を来たすことは合理的ではない。

## ② るべき企業法務の対応と公正取引委員会の運用

### (ア) 企業法務における事前準備

上記①の問題点を踏まえ、企業の法務部としては、公正取引委員会の（通常の行政調査による）立入検査又は（犯則調査による）臨検を受けた際の対策として、事情聴取や出頭要請を求められた役職員の対応を十分に検討し、その対策を社内に周知徹底しておく必要がある。

具体的には、⑦立入検査又は臨検に付随して要請される出頭や事情聴取は任

<sup>2</sup> 様式第3号の書式には、様式第1号書式よりも詳細な様式第2号と同程度の情報を記載することが要求されているが、実務では、様式第1号提出から様式第2号を提出するまで2週間前後の調査期間を与えられることが多い。したがって、事後申請にあってはこの様式第2号と同程度の情報を他社との競争の中で少しでも早く収集しなければならないことになる。また、「新事実」に関する情報提供が課徴金減額の要件となっている。その結果、確実かつ早期に事後申請の要件を充足する観点からは、丹念にキーパーソンから情報を聴取して違反事実を報告する必要があるため、事後申請にはかなりの時間を要することが多い。

意の調査依頼であることを理解するとともに、①事後申請による課徴金減額を求めるのかどうかを検討するために、法務部へ報告すること又は自社の社内調査に応じることを優先しつつ、②社内調査等が終了した後に可及的速やかに出頭・事情聴取に応じるなど、公正取引委員会の任意調査にも可能な限り協力することを公正取引委員会の審査官に説明する、という対応をとることになると思われるので、これらの点を普段の社内研修等を通じて役職員らに周知しておく必要がある。

#### (イ) 公正取引委員会による立入検査・臨検当日の社内調査の尊重

他方、公正取引委員会としても、上記①の問題点を踏まえ、立入検査・臨検当日における被疑事業者の社内調査の実施を尊重する運用を心がけられたい。

現行法下では、事後申請による課徴金減額が制度として存在しており、かつ事後申請による課徴金減額を受け得る事業者の数が限定されていることからすれば、立入検査・臨検の開始に伴い、事後申請制度を利用するかどうかの検討を直ちに開始することは、被疑事業者からすれば当然の権利である。

また、企業のコンプライアンスがますます重要視される今日にあっては、とりわけ事後申請による課徴金減額制度が法定されている独占禁止法との関係では、企業による違反行為に関する社内調査は、企業自身により違反行為の有無を探知・確認し、違反行為があればそれを自ら是正すること目的として行われものであること、すなわち、社内調査は、公正取引委員会への調査協力を促し、行政効率を促進する働きも有することを認識されたい。

したがって、被疑事業者が、事後申請制度を利用するかどうかについて、速やかに検討する機会を阻害することなく申請機会の平等性を確保する観点から、また、被疑事業者の社内調査を通じた行政調査への協力の芽を摘むことのないよう、公正取引委員会としては、キーパーソンに対する出頭要請・事情聴取を、立入検査・臨検当日に実施することについては慎重に対応されたい。少なくとも被疑事業者又は関係者と思しき従業員・役員から社内調査のため出頭要請に応じられない旨の説明があった場合には、それ以上の要請を行うべきではない。

#### (ウ) 被疑事業者からの要請による事情聴取の中止

仮に、キーパーソンが出頭要請及び事情聴取に任意に応じたことにより、審査官による事情聴取が開始された場合であったとしても、被疑事業者が事後申請を検討するために当該キーパーソンに対するヒアリングを実施することを希望する場合には、かかる希望表明を受けた審査官は、キーパーソンの意向を確認し、同人が事情聴取を中止して社内のヒアリングに応じることを希望した場合には、直ちにその希望に受け入れ、事情聴取を中断することも前向きに検討

されたい。

## (2) 出頭命令・審尋への対応

現在の実務では、立入検査当日に、キーパーソンへの出頭命令・審尋がなされることは稀のようではあるが、立入検査前の課徴金減免申請が行われている事案では、公正取引委員会が被疑事実を相当程度詳細に把握し、キーパーソンの特定や当該キーパーソンの被疑事実に対する認識についてもかなりの程度予測できている場合には、出頭要請・事情聴取を拒否するキーパーソンに対して、立入検査当日に、出頭命令・審尋が行われることも考えられないではない。

しかしながら、①前述のとおり、独占禁止法において事後申請が制度として正面から認められ、事後申請による課徴金減額を受ける事業者の数が限定されている以上、その制度を利用するかしないかを検討を直ちに開始することは被疑事業者からすれば当然の権利であること、②自分の所属する企業が制度の利用を検討するための緊急調査に応じることは委任契約関係にある役員又は雇用契約関係にある従業員としても当然の義務であり、かかる出頭命令・審尋を拒む正当性がある結果、出頭命令違反による刑事告発を行うにたる実質的違法性はないものと考えられるとともに<sup>3</sup>、③役員・従業員の契約上の義務と罰則の心理的圧迫による間接強制（法第 94 条）との「義務の衝突」という不安定な状況にキーパーソンを置くことは適当ではないことから、立入検査当日のキーパーソンに対する出頭命令・審尋も控える運用を行うべきである。

---

<sup>3</sup> 厚谷襄児ら編「条解独占禁止法」弘文堂 511 頁〔平林英勝執筆部分〕によれば、出頭命令・審尋を含む独占禁止法第 47 条（旧第 46 条）の定める強制処分にあっては、「相手方は正当な理由なくして処分を拒絶できず、拒絶する場合には罰則の適用がある」（下線は付加）とされており、「正当な理由がある」場合には処分を拒絶することができることが前提とされているものと思われる。

## II 依頼者・弁護士間の交信の秘匿についての特権[秘匿特権]（その保障の必要性）

### 1 提言の内容

本提言にかかる秘匿特権については、後述のように、我が国では一般的に法令上認められていないとの説明がなされている。しかしながら、同特権は、公権力による調査の対象者とその弁護人との間での「自由な意思疎通が捜査機関に知られることなくなされることが必要不可欠であると考えられることに基づくもの」

（鹿児島地判平成20年3月24日（検察官及び警察官が公職選挙法違反の被告人及び被疑者の取調べの際に弁護士との接見内容を聴取し供述調書を作成したことが弁護士の被告人および被疑者に対する秘密交通権の侵害にあたるとして、弁護士が国及び県に対して求めた国家賠償請求を認容した））と趣旨を同じくするものとして、必ずしも、我が国において一般的に法令上認められていないものと断定し得るものではない。

競争法の分野（特に、いわゆる国際カルテル事件に関する複数の国・地域の当局による一斉調査）においては、事件調査手続としては基本的には各法域のものが各別に進行されるとしても、対象事件（対象事業者）は元来一個であるが故に、各法域の手続的事項について相互に矛盾がないということが極めて重要である。この点、秘匿特権については、欧米等主要な法域において保障されているにもかかわらず我が国においては未だ保障がない故に、既に深刻な矛盾・支障が生じております、事態の早急な解決が急務である。なお、実務上、公正取引委員会による事件調査（立入検査の実施）が開始された後については、「防御権の行使」という観点から見て、対象事件（被疑事実）の顕在化、審尋や事情聴取等の事件調査の開始などを契機とする、弁護士との自由な意思疎通に関する秘匿特権の保障の必要性の度合いは、上記の刑事手続の場面にも相当するほどに極めて高い。加えて、必ずしもかかる事件調査が開始されていない状況においても、社会的なコンプライアンスの充実という観点から、企業行動に関する弁護士への相談内容が保護されること（改善されるべき事項の分析等を含めた率直な相談がなされうるようにすること）は極めて重要である。こういった、適正手続の保障、社会的なコンプライアンスの充実という観点から、秘匿特権の保障に関する規定を設けるべきである。

なお、その保障の対象範囲には、その趣旨に鑑み、クライアントからの弁護士に対する法律上の問題（legal problem）の相談とそれに対する弁護士の回答・助言（advice）が含まれる。この点、前者の「クライアントからの相談（その際に弁護士へ提供される情報）」については、秘匿の範囲は、それが専ら弁護士への相談等の目的で作成されたものである部分に限られる。したがって例えば、過去に通常の営業活動等の中でなされた交信の記録が、弁護士への相談のための資料

提供に含まれた場合、当該提供資料一式は秘匿の対象となるとしても、当該記録自体（それが当該過去の時点で交信された事実）は、秘匿の対象とはならない。

## 2 提言の理由

### (1) 秘匿特権の目的－「適正手続の保障」と「社会的コンプライアンスの充実」

Attorney Client Privilege（依頼者・弁護士間の交信の秘匿についての特権）とは、弁護士に対して法的な助言を求めるにあたり、弁護士と依頼人の間のやりとりについては、それに関する証拠の提出や開示手続（discovery）での開示を拒否できるという特権である<sup>4</sup>。この秘匿特権は、依頼人が弁護士から法的助言や法律事務の提供を受けるために必要なやりとりであって、秘密として取り扱われるものについて認められる。違法行為の助言に関するやりとりや、第三者にも開示されたやりとりは、秘匿特権の対象とはならない。

この秘匿特権については、平成 17 年改正に際して、平成 17 年 10 月 6 日付けて公正取引委員会より公表された「独占禁止法改正法の施行に伴い整備する公正取引委員会規則等の公表について」の別紙 1 「公正取引委員会規則の原案に対して寄せられた意見と公正取引委員会の考え方」の「2 その他の意見に対する考え方」「(2) 公正取引委員会の審査に関する規則（審査規則）」において、「我が国においては、一般的に弁護士依頼者間秘匿特権が法令上認められていない。したがって、我が国全体の法体系の観点から検討が必要であり、審査規則においてこれを規定することは適当ではないものと考えられる。」との見解が示されたことがある。

しかしながら、以下に述べるとおり、秘匿特権を基礎付ける法理念や、これと同趣旨の法制度（権利）は、「我が国においては、一般的に」「法令上認められていない」という形で認識されるべきものではない。

加えて、平成 21 年改正法では、その付帯決議において、「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、代理人の選任・立会い・供述調書の写しの交付等について、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」とされている。秘匿特権の保障について、「我が国における刑事手続や他の行政手続との整合性」から問題があるとはいえない以上、事業者側の十分な防御権の行使を可能とするための制度として、導入が検討されなければならない。

なお、「防御権の行使」という観点から見る場合、対象事件（被疑事実）の頭

<sup>4</sup> 内閣府独占禁止法基本問題懇談会報告書（平成 19 年 6 月 26 日）36 頁。  
<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/finalreport.html>

在化、審尋や事情聴取等の事件調査の開始などを契機とする、具体的な防御権の行使の必要性の度合いは、実務上、公正取引委員会による事件調査開始（立入検査の実施）の前後において、質的に大きく異なることが認識されている。そこで以下では、まず、防御権の行使の必要性が大きく高まる調査開始（立入検査）後の、弁護士との自由な意思疎通に関する秘匿特権の保障について述べることとし、その上で、かかる調査開始（立入検査）前の時点での秘匿特権の保障の要否について別途述べることとする。

## （2）調査開始（立入検査）後－防御権（秘密交通権）／適正手続の保障－

公正取引委員会による事件調査開始（立入検査）後、その権限の行使に対する審査対象者の防御権の保障が極めて重要となることは、刑事手続における防御権・適正手続の保障ともその趣旨を同じくするものであり、その重要性については上記の通り平成21年改正法付帯決議においても明示されている。

### ① 我が国における刑事手続等との整合性

我が国においても、個別事件における弁護権の保障という観点から、事件調査の対象となる者が第三者たる専門家との間で行うコミュニケーションの内容について、法的に秘密性が保護されている場合がある。すなわち、刑事手続における接見交通権（刑事訴訟法第39条第1項）は、被疑者・被告人が「立会人なくして」弁護人と接見することを保障しており、これにより、例えば接見の際に弁護人によって作成された接見メモについて検査を行うことは、この秘密交通権を侵害するものであると考えられる。

この接見交通権の保障の意義について、秘匿特権とも密接な関係を有する判示を行った事件として、いわゆる志布志事件（接見交通権侵害国家賠償訴訟）判決（確定）<sup>5</sup>がある。この判決は、検察官及び警察官が公職選挙法違反の被告人及び被疑者の取調べの際に弁護士との接見内容を聴取し供述調書を作成したことが、弁護士の被告人および被疑者に対する秘密交通権の侵害にあたるとして、弁護士が国及び県に対して求めた国家賠償請求が認められた事例であるが、判決は秘密交通権の趣旨について以下のように判示している。

「ところで、刑訴法三九条一項が被告人らが弁護人と立会人なくして接見することができると規定しているのは、被告人らが弁護人から有効かつ適切な援助を受ける上では、被告人らが弁護人に必要かつ十分な情報を探し、弁護人から被告人らに適切な助言をするなど自由な意思疎通が捜査機関に知られることなくなされることが必要不可欠であると考えられることに基づくものであるが、これは接見内容が捜査機関に知ら

<sup>5</sup> 鹿児島地判平成20年3月24日判例時報2008号27頁

れることになれば、これを慮って、被告人らと弁護人の情報伝達が差し控えられるという萎縮的效果が生じ、被告人らが実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けることができなくなると解されることによるものである。そうすると、刑訴法三九条一項の「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、これで足りるとするというにとどまらず、およそ接見内容について捜査機関はこれを知ることができないとの接見内容の秘密を保障したものといえ、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見える。

接見交通権が弁護人の固有権であり、上記のとおり接見内容を被告人らから事後的に聴取することが許されないことによれば、甲山警部補が接見後に松子から原告甲川との接見内容を聴取することは、捜査妨害的行為等接見交通権の保護に値しない事情等特段の事情のない限り、弁護人の接見交通権をも侵害することになる。

この点、被告人は秘密交通権は接見時に認められるにすぎないとして供述拒否権さえ告げれば、事後的に接見内容を聴取することは妨げられない旨主張するが、接見内容が捜査機関に知られることは弁護人と被告人らとの情報伝達、援助において萎縮的效果を生じさせることは前記のとおりであり、刑訴法三九条一項の趣旨を没却するもので採用できない。」

秘密交通権は、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者」にのみ認められている権利である。しかしながら、上記引用部分は、身柄拘束の有無にかかわらず、捜査当局より嫌疑をかけられ、弁護人からの援助を受けたい者（依頼者）一般に当てはまる理であることからすれば、秘密交通権保障の背後には、英米法の秘匿特権と同根の思想があるといえる。同時に、身柄拘束を受けている者にあっては、弁護人からの有効かつ適切な援助を必要とする切迫性が認められ、かつ捜査当局の支配下にあるために弁護人と連絡内容が捜査当局に知られる危険性が類型的に高いことから、身柄拘束下にある者に確認的に秘密交通権を認めた趣旨であり、身柄拘束を受けていない者と弁護人との連絡内容について秘匿性保護の必要性を否定する趣旨ではないと思われる。

また、以上に鑑みるに、秘匿特権が「我が国の刑事手続…でも認められていない」とする独占禁止法基本問題懇談会報告書（前掲注4）の立場は、刑事訴訟法の秘密交通権の保障趣旨に対する理解が表面的なものにとどまっているくらいがある。すなわち、我が国においても、刑事訴訟法に基づき、「およそ接見内容について捜査機関はこれを知ることができないとの接見内容の秘密を保障し」、「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」

という秘密交通権は、既に保障されていることが理解されなければならない。

## ② 海外の現状

秘匿特権を認める国・地域は複数存するが、例えば米国では、秘匿特権は、連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence) 501 条に根拠を置くものとされる。同条は、"the privilege of a witness ... shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in light of reason and experience."旨を規定する。反トラスト法違反事件についてこの秘匿特権の適用があることは、McCook Metals L.L.C. 対 Alcoa, Inc. 事件判決<sup>6</sup>において確認されている。そして、反トラスト法違反事件に限らず、その他の刑事事件や行政事件、あるいは知的財産権関連訴訟などの民事事件などの手続の中で、基本的に広く認められている。米国の手続においては、Discovery (証拠開示) に関して極めて広範な範囲の関係資料の提出が義務付けられており、他方で、専門家からの助言を得るために行われた交信については、かかる特権として、開示の対象としないでおくことが許されることになる。

上記に加え、特に、「行政手続」という手続の属性という観点に着目した場合、我が国と同様にカルテル等の水平的制限行為についても行政手続により事件調査・処分を行う欧州の法制・実務は極めて有益な指標となる。

欧州条約に基づく競争法の分野においては、1982 年の AM&S v. Commission 事件欧州司法裁判所 (European Court of Justice) 判決により、「依頼者の弁護権を目的とし、かつそれに資するものとして、なされた交信 ("the communications made for the purpose and in the interests of the client's rights of defense")」との文言により、秘匿特権の保障が確立されている<sup>7</sup>。

適正手続の保障を専ら刑事手続との関連でのみ妥当しうるものと捉え、行政手続においても（特に独占禁止法違反に関する事件調査等の場面では）弁護権の保障が強く要請されるという実質が存在することを看過することは、少なくとも競争法の分野において、先進的な役割を果たしてきている米国・欧州の基本的な法理念から、遠くかけ離れて後進的であるとしか評価できない。

## ③ 競争法分野の特殊性

競争法の分野（特に、いわゆる国際カルテル事件に関する複数の国・地域の当局による一斉調査）においては、事件調査手続としては基本的には各法域のものが各別に進行されるとしても、対象事件（対象事業者）は元来一個であるが故に、各法域の手続的事項について相互に矛盾がないということが極めて重

<sup>6</sup> McCook Metals L.L.C. v Alcoa, Inc., 192 F.R.D. 242, 251 (N.D. Ill. 2000).

<sup>7</sup> Case 155/79 AM&S v Commission [1982]

要である。この点、秘匿特権については、欧米等主要な法域において保障されているにもかかわらず、我が国においては未だ保障がない故に、ある事業者に対する我が国での審査手続（当該事業者による我が国での手続対応）の結果、同特権が保障されているはずの法域においてさえ、その保障が喪失させられ得るという事態が生じている。すなわち、上記の弁護権の保障（あるいは後述の社会的コンプライアンスの充実）という価値を重視し、秘匿特権の保障を認めている法域に対して、我が国の法制度の不備が悪影響を及ぼし、その本来の保障の趣旨を損なわせているのである。我が国において秘匿特権が保障されていないという事実により、既にかかる深刻な矛盾・支障が生じており、事態の早急な解決が急務である。

#### ④ 当局と審査対象者の間の公平性（武器対等）

米国及び EU の独占禁止法違反事件の事前聴聞手続及び裁判手続における資料閲覧制度（ディスカバリー）において、規制機関側の内部検討資料を開示の例外としているが、秘匿特権による開示の例外もこれと同等のものと見ることができるのであり、EU ではそのように説明されているのであって、これは両当事者の攻撃防御に関する相互的な措置とみることができる（規制機関の内部資料の除外特権については、米国 CFR16 編 1 章 3 部 D 節；EU2003 年理事会規則 1 号 27 条 2 項参照）。

#### （3）調査開始（立入検査）前－社会的コンプライアンスの充実－

秘匿特権については、以上のような「適正手続の保障」という観点とはやや異なる観点からも、その意義を認めることができる。

すなわち、独占禁止法の場合、規制規定が抽象的であり、基本的に判例法的性格が強く事業者にとっては難解な法令であり、かつ事業活動には影響の大きい法令であるので、クライアントとしてはコンプライアンス（法令遵守）の見地から企業行動に関して専門の助言を弁護士に求める場合が多く、この相談内容の保護は重要である。

米国において秘匿特権の保障を確立した先例としてしばしば引用されるのが、租税当局による調査に関する事案について示された 1981 年の *Upjohn* 事件連邦最高裁判決である<sup>8</sup>。その中で、この秘匿特権は、"Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the

---

<sup>8</sup> *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383 (1981).

lawyer's being fully informed by the client."というものとして位置づけられている。

このように、米国において秘匿特権の存在意義は、社会的なコンプライアンスの充実という社会公共の利益の観点から捉えられている。そのような意義は、例えば企業コンプライアンス体制の確立が叫ばれる我が国の現状に鑑みても、必ずしも英米法系や大陸法系といった法体系の違い等にとらわれず、我が国を含むあらゆる国・地域において基本的に妥当しうるものと思われる。事実、手続・実務に関する細部の点を除き、この特権は、基本的には上記の欧州委員会による手続のほか、イギリス、フランス、ドイツといった各国において認められているとされている<sup>9</sup>。我が国への導入にあたっても、弁護権の保障といった当該事案についての適正手続の保障という観点に縛られる必要はない。この点、我が国においても、依頼者に対する助言の内容が、何らの制限もなく公的機関等の第三者の目に触れうることを想起すると、その助言の中で明確に法違反の存在を（書面等により）指摘することについては躊躇を覚えざるをえないといった指摘がなされることがある。これは、例えば我が国の独占禁止法実務において公正取引委員会による事件調査の中ではこの秘匿特権には何らの法的保護も与えられていないことが、社会的なコンプライアンスの充実という社会公共の利益との兼ね合いでは、むしろ支障あるいは悪影響を生じている可能性があるということを示している。

平成 17 年法改正による課徴金減免制度の導入により、公正取引委員会による独占禁止法のエンフォースメントにおいてさえも、事業者自身による社内調査の重要性は飛躍的に増大している。平成 21 年 3 月末までの間に同制度の適用申請がなされた件数は 264 件となっている<sup>10</sup>。また、同制度が導入された平成 18 年 1 月から平成 21 年 1 月までの間に公正取引委員会が排除措置命令等を行ったカルテル及び入札談合のうち、同制度の適用の対象となり得る事例は 32 件存在するところ、このうち、これまでに同制度の適用を受けた事業者が公表を申し出た事例は、公正取引委員会の調査開始日以後に申請が行われた事例も含めて 27 件であるとされている<sup>11</sup>（さらにその後、平成 21 年 3 月末までの間に同制度の適用を受けた事業者が公表された事件数は 30 件となっている<sup>12</sup>）。特に、未だ当局に

<sup>9</sup> 村上政博「独占禁止法基本問題懇談会で残された課題～行政調査の在り方及び行政調査と刑事手続きとの関係に係るイギリス、フランス、ドイツ実態調査報告～」国際商事法務 Vol.35、No.12(2007)1659 頁以下 (1661 頁)。なお、各國・地域に関する調査報告については、内閣府独占禁止法基本問題懇談会第 13 回会議資料においてもその調査報告結果が掲載されている。

[http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng\\_13th/program\\_13th.html](http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng_13th/program_13th.html)

<sup>10</sup> 公正取引委員会 平成 21 年 6 月 3 日「平成 20 年度における独占禁止法違反事件の処理状況について」<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/09.june/09060302.pdf>

<sup>11</sup> 公正取引委員会 平成 21 年 3 月 18 日「企業におけるコンプライアンス体制の整備状況に関する調査－独占禁止法改正法施行（平成 18 年 1 月）以降の状況－」

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/09.march/09031801-hokokusho.pdf>

<sup>12</sup> 公正取引委員会「課徴金減免制度の適用事業者の公表について」（平成 21 年 4 月 7 日現在）

より事案が探知されていないという状況を想定した場合、事業者がその懸念について何らの躊躇なく最大限の率直な事実開示と相談を行うことができるようすること（予め制度的に保障すること）により、自主申告されるべき事案はより早期に、かつより十分な内容で、申告されることになりうる。

#### (4) 結語

独占禁止法基本問題懇談会報告書（前掲注4）では、秘匿特権について、「我が国の刑事手続や他の行政調査手続でも認められていない」「米国やEUでは、多くの判例の蓄積によって秘匿特権が認められ、その範囲の明確化が図られてきた経緯がある中で、これをすぐに我が国に取り入れることは困難である」との理由から、現状における導入は適当ではないとされている（同36頁）。また、平成17年法改正に際して公正取引委員会規則等が整備された際に、公正取引委員会より示されていた見解においても、「我が国においては、一般的に弁護士依頼者間秘匿特権が法令上認められていない。したがって、我が国全体の法体系の観点から検討が必要であり、審査規則においてこれを規定することは適当ではないものと考えられる。」旨が述べられていたことは上記のとおりである。

しかしながら、平成21年法改正を経た現時点において、事業者側の十分な防御権の行使を可能とするための秘匿特権の保障は、喫緊かつ不可避の課題である（上記(1)）。

この点、特に、防御権／適正手続の保障の要請が高度に顕在化する事件調査開始（立入検査）後の状況においては、我が国において、秘匿特権と趣旨を同じくする弁護権（刑事手続におけるいわゆる秘密交通権）の保障が我が国の手続上一切認められていないと解するのは早計であり（上記(2)①）、また我が国においてもかかる特権が保障されて然るべきであることは（他の法域での実例からも）明らかである（上記(2)②）。

またかかる事件調査開始（立入検査）前の段階においても、秘匿特権が保障されることにより、独占禁止法の目的のより迅速かつ効果的な社会的実現に資するのであり、我が国の法的・社会的要請にも整合的である（上記(3)）。

そもそも、一切の法的拠り所もないままに関連裁判例の蓄積を期待することは不可能である。平成17年の独占禁止法改正において、課徴金減免制度（リニエンシー制度）という、我が国において他に例のない制度を、米国や欧州の経験を踏まえつつ、制定法により明文化したという実績を踏まえれば、秘匿特権についても、独占禁止法に関する事件調査に関する事項として、同様に米国やEUの経験を踏まえつつ導入することに不可能はないはずである。「まだ早い」という理由で始めるのではなく、いつになんでも始まることはない。

秘匿特権の目的（上記(1)）に鑑みれば、秘匿特権は我が国にも導入されるべきであり、また我が国の法制度とも十分に整合的である。特に独占禁止法の分野においては、課徴金減免制度が導入され、かつ同一事件に対する複数国（地域）による一斉事件調査が行われているという状況に鑑みれば、この法分野に限定してこれを導入することにも、十分に合理的な基礎が認められるものと解される。

### III 依頼者・弁護士間の交信の秘匿についての特権（行使手続の整備）

#### 1 提言内容

秘匿特権の対象となる文書は、事実認定の証拠として用いることができず、また、留置物の還付義務の対象に含まれるのみならず、そもそも、その提出を命じることが禁止されるものとする。

秘匿特権は、提出命令に対する異議申立ての理由となり、当事会社が秘匿特権を主張した場合には、異議申立てに対する判断がなされるまでの間、審査官は当該文書を封印し内容を閲読してはならないものとする。

秘匿特権の行使を実効化するため、立入検査への弁護士の立会権が認められるものとする。

#### 2 提言理由

##### (1) 秘匿特権の手続的位置付け

公正取引委員会の手続において、秘匿特権の行使が認められるべき段階は、次の3つが考えられる。

①秘匿特権対象文書は、提出命令（法第47条第1項第3号、同条第2項）の対象とすることのできないものとすること。

②留置物の還付義務（審査規則第17条）の対象に秘匿特権対象文書を含めること。

③秘匿特権対象文書を事実認定の証拠（法第68条）として用いることができないものとすること。

秘匿特権の行使方法として、②と③を採用することについてはそれほど問題はないであろうが、①について、どのような方法で秘匿特権対象文書を提出命令の対象から除外するのが適切であるのか検討する必要がある。

##### (2) 提出命令と秘匿特権

秘匿特権は、上記③のように事実認定の証拠として用いることができないすることや、上記②のように後日の還付を認めるということだけでは、対象文書の内容が審査官の目に触れてしまうことを避けることはできず、弁護士と依頼者間の秘密が破られることになる。秘匿特権を実効化するためには、端的に、公正取引委員会は秘匿特権の対象となる文書の提出を命ずることはできないものとすべきである。

問題は、当事会社による秘匿特権の主張の当否をどのような手続で誰が判断するか、また、そうした判断がなされるまでの間の当該文書の取扱いをどうするかである。

## ① 提出命令に係る秘匿特権の判断手続

我が国の独占禁止法上、審査官の提出命令については、不服のあるときは処分日から 1 週間以内に書面で委員会（公正取引委員会委員長及び委員から構成される合議体）に異議申立てをすることができるものとされているから（審査規則 22 条）、提出命令の対象物件が秘匿特権の対象に該当するか否かの判断についても、この現行規則の枠組みを利用することが可能と考えられる。立入検査の際には大量の文書の提出命令が発せられ、提出命令の時点で秘匿特権の主張をすることは困難な場合も考えられることから、提出命令後 1 週間以内であれば、秘匿特権行使することができるものとするのが適当である。

## ② 秘匿特権の判断がなされるまでの対象文書の取扱い

上記の方法で秘匿特権の主張の可否が判断されるとしても、立入調査の時点から秘匿特権の判断までの間、対象文書の内容が審査官の目に触れてしまうことになれば、弁護士と依頼者間の秘密が破られることになる。

ICN は、Cartel Working Group がとりまとめた ANTI-CARTEL ENFORCEMENT MANUAL を公表し、立入調査の現場における秘匿特権の主張した場合の対応策として、次の 4 つの例を紹介している<sup>13</sup>。

### (7) 担当官が対象文書を閲覧して秘匿特権の対象文書であるか否かを判断する方法

- (イ) 秘匿特権が主張された文書については、当事会社の同意がない限り、担当官は閲覧することができず、当該文書を封印して裁判所の判断を得る方法
- (ウ) 秘匿特権の対象文書が存在すると思料される場所の調査を回避する方法
- (エ) 独立の弁護士が秘匿特権の対象であるか否かを判断する方法

また、欧州委員会では、当事会社が秘匿特権を主張した場合には、委員会職員は、封印した当該文書（コピー）の提出を受けることはできるが、当該文書を閲覧することはできないものとされている<sup>14</sup>。

このように、秘匿特権を既に採用している諸国では、秘匿特権の主張の可否が判断されるまでの間に弁護士と依頼者間の秘密が破られることを回避するための工夫がなされている。

そこで、我が国においても、少なくとも上記(イ)に準じて、提出命令を受けた当事会社が秘匿特権を主張した時点から、それについての委員会の判断がなされるまでの間、審査官は、対象文書を封印して保管し、その内容を閲覧してはならないものとされるべきである。もっとも、秘匿特権の対象となる文書であ

<sup>13</sup> Cartel Working Group, International Competition Network, *ANTI-CARTEL ENFORCEMENT MANUAL*, Chapter 1 (April, 2005)

<sup>14</sup> Case 155/79 AM&S v Commission [1982], Cases T-125/03 and T-253/03 Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission [2007]

るか否かが、一瞥で明らかであり<sup>15</sup>、審査官も当該文書が秘匿特権の対象となることについて異論がない場合には、委員会の判断を待つまでもなく、当該文書を提出命令の対象から除外したり、提出命令後であれば当該文書を直ちに還付する取扱いがなされるべきである。

また、秘匿特権の対象文書が審査官に閲読される機会をできるだけ少なくするためには、立入検査の時点で当事会社が秘匿特権の主張をする必要があり、そのためには、立入検査への弁護士の立会いが認められるべきである。

### (3) 立法と運用

以上のとおり、独占禁止法に秘匿特権を導入するため、提出命令の規定（法第47条第1項第3号、同条第2項）を改正し、秘匿特権対象文書が提出命令の対象に含まれないことを明記するとともに、審査官の処分に対する異議申立てに係る規則（審査規則第22条）等を改正して秘匿特権の行使手続を整備すること、立入検査への弁護士の立会権を明文で認めることといった法改正・規則改正がなされるべきである。

また、こうした改正が直ちに行われないとても、公正取引委員会は、運用として、秘匿特権対象文書を提出命令の対象とせず、また、いったん提出命令の対象としたとしても、当事者が一定期間内に秘匿特権を行使した場合には当該対象文書を直ちに還付し、さらに、立入検査への弁護士の立会いを積極的に認めるべきである。

---

<sup>15</sup> 例えば、弁護士の作成した意見書であって、ヘッダーに秘匿特権対象文書である旨が明記している場合など。

## IV 事情聴取等についての弁護士の同席、調書の写しの交付を受ける権利等

### 1 提言の内容

審査手続の適正、関係従業員等の審尋・事情聴取における公正性と供述の任意性の確保、真実の発見を促進するための手段として、審査規則の改正による規定の新設又は審査の運用において、審尋・事情聴取への弁護士の同席又は録画・録音等の方法による記録化、審尋・事情聴取に関する調書の写しの交付を受ける権利、審尋・事情聴取の際の本人によるメモの作成の各措置をそれぞれ保障すべきである。

なお、仮に、上記各措置の保障が認められないような場合には、審査手続の適正及び供述の任意性を確保するための方策として、審査官による事情聴取についての調査メモの作成及び開示の義務付けを提案すること、事業者側において、調書の作成義務（法第48条）の存在を前提として、関係従業員等からの供述を得る際の手続は全面的に出頭命令による審尋とする対応を行うことも検討する余地がある。

### 2 提言の理由

従前の事前審判制度のもとにおいては、判断者としての立場にある審判官が公正取引委員会の職員であるという構造上の問題、また、審判手続の結果として違反行為の不存在が認定される案件がほとんど存在しないという実務の運用からも明らかなどおり、被疑者の立場からは、審査段階における有効且つ十分な防御活動を確保すべき必要性が高かった。そして、平成17年改正により事後審判制度が導入された現行法のもとにおいて、被疑者による積極的且つ効率的な防御活動の遂行を実効性あるものとする必要性及び重要性はさらに高まることとなった。また、本年6月3日に成立した独占禁止法の改正法の附則として、現行の審判手続に係る規定については全面的に見直しを行い、平成21年度中に検討を加えて、その結果について所要の措置を講ずることが規定されており、一部の違反行為類型については審判制度を廃止して、裁判所における取消訴訟を導入すべきとの意見も存在するところ、仮に、裁判所における取消訴訟の制度が導入される場合には、やはり審査段階において被疑者による効果的な証拠収集・防御活動を確保すべき必要性が大きいものと考えられる。

しかしながら、代理人としての弁護士の地位が明確に定められている審判手続（法第52条第1項、審判規則第15条等）とは異なり、審査手続については、法律又は審査規則上の明文規定も存在せず、弁護士の地位及び職務の範囲が不明確であり、被疑者において、法律の専門家である弁護士を利用して有効な防御活動を行うことが妨げられていた。また、これまでの審査手続における事情聴取及び供述調書の作成に関しては、違反事実の自白に向けられた利益誘導や供述者以外の者の発言や知識を利用した調書の作成、公正取引委員会の予定する認定事実と合致しない供述内容を調書に記載することの拒否等、様々な問題点の存在が指摘されている。例えば、

審判手続の開始から東京高等裁判所における審決取消訴訟の判決までに 8 年という長期間を要したゴミ焼却炉入札談合事件の審理においては、供述調書の任意性・信用性の争いに膨大な時間が費やされており<sup>16</sup>、こうした実務上の弊害を回避するためにも、審査段階における審査官による事情聴取・審尋の可視性、透明性を高め、威圧的な態度による供述の強制、誤導や不当な利益誘導による供述録取を防止すること等による供述の任意性及び審査手続の適正の確保、さらには、迅速且つ効率的な真実の発見を促進するための手段を確保することが必要不可欠であると考えられる。

そして、上記独占禁止法改正案に対する衆参両院の付帯決議においては、「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、代理人の選任・立会い・供述調書の写しの交付等について、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」とされており、審査手続の適正及び被疑者側の効果的な防御活動を確保すべき必要性が明確に認められている。

以上のような理由に基づき、以下の各措置が導入されるべきである。

#### (1) 事情聴取・審尋への弁護士の同席、録画・録音等の方法による記録化

審査規則の改正により、審尋・事情聴取の対象とされる関係従業員等が希望する場合には弁護士の同席を認める旨の規定を設けることにより、審判・事情聴取における供述の任意性及び審査手続における適正手続を確保するとともに、迅速且つ効率的な真実の発見を促進すべきである。全ての関係従業員等について弁護士の同席を認めることは難しいという場合には、少なくとも、犯則事件及び刑事罰が規定されている私的独占又は不当な取引制限の罪に関する審尋・事情聴取について、弁護士の同席が認められるべきである。

また、弁護士の同席に代わる措置として、録画・録音等の記録化を通じた審尋・事情聴取の可視性、透明性の向上、供述の任意性及び審査手続の適正の確保も検討されるべきである。

なお、米国においては、連邦取引委員会法 (FTC 法) 第 20 条(c)項(14)(D)及び連邦規則集 (Code of Federal Regulations) 16 編 2.9 条の各規定により、事情聴取を受ける証人の弁護人選任、同席及び助言を受ける権利が明確に規定されており、欧州委員会の手続においても、弁護人の同席は認められている。

##### ① 出頭命令に基づく審尋について

まず、法第 47 条第 1 項第 1 号の出頭命令に基づく審尋についても、後述の任意の事情聴取の場合と同様に、弁護士の同席を認めることにより関係従業員等が

<sup>16</sup> 越知保見「カルテル・入札談合の審査の対象・要件事実・状況証拠 Part II—平成 20 年判審決の総合的検討と今後の課題—（上）」判例時報 2034 号 3 頁以下

回答すべき質問に対して適切に供述を行うことを確保することができる。他方で、審尋については、任意の事情聴取の場合とは異なり、法第 94 条において、処分に違反して出頭せず、陳述をせず、若しくは虚偽の陳述をした場合に 1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金という刑事罰が規定されている。この点、例えば陳述を拒絶することに正当性が認められる場合には、同条による刑事告発を行うにたる実質的違法性はないものとも考えられる<sup>17</sup>。しかしながら、特にかかる罰則による心理的圧迫の下では、供述者は適切な法的判断をなしえないことが予想され、弁護士の同席を認めるべき必要性は高い。すなわち、刑事罰という間接強制を伴う出頭命令に基づく審尋に際して、弁護士の同席を認めることにより、十分な法的知識を有しない供述者が、刑事罰という間接強制を背景として誤導尋問や不当な利益誘導等の不適切な質問に対しても供述を強制されてしまうことを防止し、供述者本人の法的利益を確保する必要があると考えられるのである。

当然の事ながら、弁護士の同席ということは、審尋の際に弁護士が供述者に対して助言や指導を行うことまでをも認めるべきとの趣旨を含むものではなく、あくまでも憲法第 38 条によっても保障されている自己に不利益な供述を強要されないという供述者本人の法的権利を確保しながら、陳述の拒否や虚偽の陳述による処罰を受けることを防止するという目的から認められるべきものである。実務上、審尋については一問一答形式の調書が作成されているが、その趣旨は、刑事处罚を伴う審尋の可視化、すなわち、刑事罰の対象とされる陳述の拒否や虚偽の陳述の存否を明確にするという点にあるものと考えられる。弁護士の同席についても、これと全く同様の趣旨に基づくものであり、あくまでも審尋の可視化を確保するための手段として採用されるべきものである。

## ② 任意の事情聴取について

次に、任意の事情聴取の場合であっても、後に指摘するとおり、増減変更の申立てが受け入れられない、調書の記載内容について修正を求めて法的には同じ意味である等として修正に応じない、違反事実を認めなければ帰れないと述べ、あるいは、他者の発言や供述者とは関連性のない書面の記載事項等を示しながら違反事実を認める旨の供述を導くための利益誘導が行われる等の問題点が存在することが報告されており、不当な利益誘導や誤導尋問を防止して供述の任意性を担保するという観点から、弁護士の同席が認められるべきである。

確かに、公正取引委員会への出頭及び事情聴取の場における供述は、いずれも任意の手続と位置付けられており、その結果、供述調書の記載内容については、本人が任意に供述したものとして高い信用性が認められている。そして、これまでの公正取引委員会による事件処理の現状を見ると、供述調書は、違反行為の存

<sup>17</sup> 同種状況に関する解釈論として、上記脚注 3 参照。

在を裏付ける証拠として必要不可欠なものとなっている。そのため、特に、入札談合や価格カルテル等の不当な取引制限に関する事案については、審査手続における関係従業員等に対する事情聴取の担う役割は極めて大きく、同一人に対する継続反復した事情聴取、長時間におよぶ事情聴取の実施が常態化しているといつても過言でない。一方、出頭命令によらない任意の呼出の場合であっても、事実上、関係従業員等において事情聴取を拒否することは不可能であり、しかも、刑事事件の場合と同様に、事情聴取は審査官と供述人のみが存在する密室において行われるという問題点が存在する。また、カルテル等の独占禁止法違反事件については、隠密裏に行われるという行為の性質上、状況証拠及び間接事実の積み重ねによる事実認定が必要不可欠となるが、反復継続して事情聴取を受けた供述人の供述の一部のみが調書化され、証拠として用いられる場合には、実際の供述内容とは大きく異なる事実認定がなされてしまうという危険性も存在する。さらに、前述のとおり、審査手続に引き続く審判手続は、行政処分の執行後、通常の訴訟との比較において客観的な第三者たる判断者としての立場が不十分である審判官により行われており、審査手続終了後に被審人として実質的な防御活動を行うことは、事実上不可能と言わざるを得ない。しかしながら、これまでの審査手続における事情聴取及び供述調書の作成に関しては、違反事実の自白に向けられた利益誘導や供述者以外の者の発言や知識を利用した調書の作成、公正取引委員会の予定する認定事実と合致しない供述内容を調書に記載することの拒否等、次のような各種の問題点の存在が指摘されている<sup>18</sup>。

- 立入り検査中、メモを取っていると、当該メモの提出命令を受ける場合がある
- 供述調書の内容について、増減変更の申立てをしても、なかなか受け入れてもらえない
- 審査規則第11条第4項に規定する署名捺印拒否の権利も告知されない
- いくら詳細に供述をしても当局の予定ストーリーに合わないと、供述調書を作成してもらえない
- 違反事実を認めるよう説得する際に利益誘導がしばしば行われる
- 審判手続において提出される調書、証拠は、公正取引委員会の事実認定の根拠となるものだけに限られ、他の調書、押収書類は見ることができない
- 被審人側は、一切の弾劾証拠へのアクセスを奪われ、事実の確認ができない状況下で防御を強いられる

---

<sup>18</sup> 上田雄介「企業の視点から見た独占禁止法の審査・審判」法律のひろば Vol. 58 No. 12 (2005年12月号) 48頁以下

前述のとおり、事件の審理において、供述調書の任意性・信用性の争いに膨大な時間が費やされるという実務上の弊害も現実に発生していることをも考慮すれば、不当な利益誘導や誤導尋問等の供述の任意性を失わせるような事情聴取が行われることを回避するとともに、審査手続における真実の発見の促進という目的のために、弁護士の同席を認めるることは有益であると考えられる。また、実務上、供述調書について高い信用性が認められることに鑑みれば、その作成については、弁護士の同席を認めることを通じて不当な利益誘導等がなされることのないように慎重に行われるべきことが合理的である。

### ③ 同席する弁護士の立場とその意義

これまでに述べてきたとおり、弁護士の同席は、あくまでも間接強制を伴う審尋における供述者の法的権利の保護、手続の可視性・透明性の確保、事情聴取における供述の任意性の担保、真実発見の促進を目的として認められるべき措置であり、審尋や事情聴取の場において、供述者に対する指導や助言を行うことまで承認されるべきとの趣旨を含むものではない。換言すれば、審尋・事情聴取に同席した弁護士において、上記のような供述者本人の法的権利の保護、刑事処罰の回避、供述の任意性を失わせるような不当な利益誘導や誤導尋問の回避という目的から外れる行動をとることは、厳格に禁止されるべきものである。こうした意味における弁護士の同席を認めるとは、審尋・事情聴取の場における不合理な事実の否認及び後の審判及び訴訟において供述調書の任意性や信用性が必要且つ合理的な範囲を超えて争点とされる可能性を低減させるとともに、真実の発見に資するという点において、公正取引委員会と事業者の双方にとって有益であり、こうした利益の確保は、後述する調書の写しの交付や本人によるメモの作成許諾等の手段をもって代替し得るものではない。弁護士法第1条は、弁護士の使命として、社会正義の実現、社会秩序の維持を定めており、弁護士において、明確な証拠が提示されているにもかかわらず事実関係を否定すべきとの指導を行うこと、事実の歪曲や虚偽の事実の説明を指導すること等は、到底認められる行為ではない。弁護士の同席は、事情聴取・審尋における真実に沿った供述の録取を促進することはあっても妨げるものではなく、公正取引委員会における審査手続の遂行にとって重大な支障となるものではない。また、後記提言IVのとおり、独占禁止法違反事件の審査手続についても、基本的人権の保障、手続の適正の確保、真実発見や適正迅速な法適用の実現を図ることが必要不可欠であり、そうした基本指針を明らかにする目的規定が置かれるべきであるところ、審査手続における弁護士の活動についても、上記の基本指針に沿ったものでなければならないことは明らかである。

公正取引委員会は、平成17年の独占禁止法改正に伴う公正取引委員会規則改

正の際、供述人の増減変更の申立てが調書に記載される場合があるとの意見に対して、「調書の作成に当たっては、供述内容を読み聞かせ又は閲読させた上で、誤りがないかどうかを問い合わせ、変更の申立てがあった場合には、その点を調書に記載する等した上で、供述人から署名押印を得ている」、「関係者から自らの意見等を述べた申述書の提出があれば、これを受け付けることとしている」との考え方を提示しているが、一方において、冒頭に紹介したような問題点の指摘がなされており、仮に不適切な供述調書が作成された場合には、申述書の提出によって問題を完全に解決し得るものではない。また、弁護士の立会いを審査規則において明記すべきとの意見に対しては、「事情聴取は、供述者の知っている事実を明らかにするためのものであるので、代理人（弁護士）が同席することは適当ではない」と述べられているが、上記弁護士法第1条に規定された弁護士の職務に鑑みても、弁護士の同席により、供述者の経験や認識を適切且つ正確に提供することに資することはあっても、これを妨げるものでないことは明白である。また、立入検査における弁護士の立会い、報告命令に対する回答に関する弁護士の助言、さらには、審査手続における弁護士の活動が否定されていないこととの対比において、事情聴取・審尋についてのみ弁護士の同席を認めないことについて合理的な理由は存在しない。さらに言えば、そもそも事情聴取・審尋への弁護士の同席を認めないことについて、十分に合理的且つ説得的な根拠は示されていない。例えば、刑事訴訟手続における被疑者取調べについても、冤罪や誤判を防止して手続の適正を確保するための手段として、被疑者取調べの録画・録音、取調べ状況報告書等の取調べ状況の書面化、弁護人の立会い等、被疑者取調べの可視化が議論されているが、反対論の根拠としては、捜査官と被疑者との間に信頼関係が構築されることによって真実が語られるところ、取調べの記録化や弁護人の立会い等による第三者の介在により信頼関係の構築が害される、日本の精密司法のもとにおいて訴追側は緻密且つ高度の立証が求められ、被疑者から供述を得る必要性も多い、捜査官と被疑者の相対でのやり取りを通じて、罪を犯した人間が反省、悔悟の情を抱くというプロセスが重要である等の理由が述べられている。しかしながら、違反行為の存在及び行政処分（あるいは刑事処分を求める告発）を念頭において審査を行う行政機関と違反行為の不存在及び不当な処分の回避を目的として防御活動を行う事業者及び関係従業員との間に信頼関係が築かれるべきとの説明に十分な合理性が存在するかどうかは明らかではなく、むしろ、捜査機関（行政機関）側の用いる「信頼関係」なる言葉は、審査官への迎合を意味するものではないかとの疑惑も指摘されている。また、行政処分としての排除措置命令の発布にあたって刑事事件と同様の精密な事実関係の立証が求められているとは認められず、事業者の活動に関連して行われる独占禁止法違反行為は、個々の自然人により行われる刑事犯罪とは異なり、個々の関係従業員の反省、悔悟の情

が事件処理に絶対必要で不可欠なものであると認められるかも十分に明確ではない。

#### ④ 代替措置としての事情聴取・審尋の記録化

もっとも、事情聴取・審尋への弁護士の同席については、会社と個人のいずれの弁護士の同席が認められるべきかという問題も存在する。独占禁止法違反事件において、競争者との接触等の違法行為を実際に行う従業員個人は、一般的に会社の利益のために行動しているものと考えられるが、違法行為が認定された場合には、個人として法的責任を負う立場にある。そして、企業の立場において、リニエンシーの申請を含めた事実関係の早期把握及び審査への協力による課徴金の減免という利益を得るために、現実に行動していた従業員個人の協力が必要不可欠であるが、個人の協力は、通常、当該個人の法的責任及び社内的な責任の負担に結びつくものと考えられる。こうした意味において、企業と個人の間には利益相反が発生し、それぞれ別の弁護士を代理人とすべき必要性が生じることから、従業員個人に対する事情聴取・審尋について、企業と個人のどちらの弁護士の同席を認めるべきかという難しい問題が発生するのである。

こうした問題をも考慮すれば、事情聴取・審尋への弁護士の同席を認めることの代替措置として、録画・録音等の方法による事情聴取・審尋の記録化という方法についても検討されるべきと考えられる。

#### (2) 審尋・事情聴取に関する調書の写しの交付を受ける権利

公正取引委員会による違法行為の認定において、関係従業員等の審尋調書及び供述調書は重要な証拠として用いられている。そして、調書は、原則として、供述人の署名・捺印により完成されるものであり、文書の作成名義人は供述人である。しかしながら、排除措置命令が発出されるまでの審査手続において、被疑者、供述人の公正取引委員会に対する調書の写しの交付を請求する権利、交付を受ける機会の保障は一切存在しない。

独占禁止法は、行政手続における告知聴聞の機会の保障として、公正取引委員会が違反事業者に対する行政処分を行おうとする場合には、事前に名宛人となるべき事業者に対して、予定される排除措置命令の内容等を通知するとともに、事業者に意見申述及び証拠提出の機会を付与しなければならないと規定し、憲法における適正手続の保障に基づく行政手続上の告知・聴聞の機会の付与を行っているが、この行政手続上の不利益処分に際しての告知・聴聞の機会の保障は、その前提として、審査の対象とされる被疑者側において、行政庁が有する証拠の内容を確認し、自らに有利な証拠を獲得し得ることが十分に確保されていなければならないはずである。現在の審査手続において、供述調書は、違反行為の内容や態

様を明らかにするとともに、公正取引委員会が立入検査や提出命令を通じて獲得した証拠の意味内容や相互関係等を確定するための重要な証拠として用いられているが、一方、審尋・事情聴取への弁護士の同席や記録化等の制度が存在せず、審尋・事情聴取の際に本人がメモをとることについても限定的な運用が行われている実務の現状からすれば、被疑者に有利となる内容が含まれている供述調書が存在する場合であっても、被疑者がこれらの証拠を利用することは事実上不可能な状況にある。審査規則第18条においては、提出命令の対象物件についての閲覧及び謄写が認められているが、これとの対比においても、原則として供述人の署名・捺印により完成し、同人を作成名義人とする供述調書について、その写しの交付を一切認めないとすることに合理的理由は存在しない。平成17年の公正取引委員会規則改正案に対する意見への回答においては、公正取引委員会より「調書の写しを提供すれば、関係人による証拠隠滅等その後の審査活動に対する重大な支障を招くおそれがあることから、適当でない」との考え方方が表明されているが、証拠隠滅等の問題は調書の写しを交付することによって発生する、あるいは、調書の写しを交付しなければ証拠隠滅等の問題の発生を防止し得るというものではなく、調書の写しの交付と証拠隠滅等の問題との間に合理的な因果関係は存在しない。

また、本年6月3日に成立した改正法の附則においては、審判手続に係る規定の全面的な見直しについて、平成21年度中に検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものと規定されており、これを受けて、不当な取引制限については、公正取引委員会による審判制度を廃止し、当該処分への不服については裁判所の司法審査に委ねるものとすることが検討されている。審判制度の廃止が検討されている背景には、審判官と審査官が同一組織に属すること等、現行の審判制度に係わる各種の問題点の存在があるが、仮に、排除措置命令に対する不服について裁判所の司法審査が認められることとなつても、審尋・事情聴取に関する調書の写しの交付をはじめとする公正取引委員会が保有する証拠の開示制度が認められない場合には、審判の名宛人とされた企業において、裁判所への取消訴訟の提起の可否及び主張及び立証の見通しを立てることは著しく困難となり、制度変更の実効性が全く失われてしまうものと考えられる。

ちなみに、米国では、FTC法第20条(c)項(14)(G)及び連邦規則集（Code of Federal Regulations）16編2.9条の各規定において、調書の写しの交付が明文で認められている。また、欧州委員会の審査手続においては、違反事実の要旨、排除措置の内容及び制裁金の金額等を記載した異議告知書の送付後、委員会の事件記録へのアクセス（閲覧）が認められている。競争法の執行に関する理事会規則1/2003は、手続において、当事者の防御権は最大限尊重されるべきことを述

べたうえで、上記の当事者による事件記録へのアクセス権について明記している。そして、委員会規則 No 773/2004 は、第 3 条 3 項において、委員会に対して供述者に調書の写しを交付すべきことを義務付けるとともに、必要に応じて供述内容を訂正する機会が与えられることを認めている。さらに、同規則第 4 条 3 項も、企業等が供述者による説明の内容等を訂正する機会を有することを認めているのである。

審査手続における適正手続を確保し、当事者が事実認定及び処分内容について十分に検討したうえで、必要に応じて不服申立を行い得ることを実質的に保障するためには、事情聴取・審尋に関する調書の写しの交付を受ける権利<sup>19</sup>を認めることが必要不可欠である。

### (3) 審尋・事情聴取の際に本人がメモをとること

現行の法律及び審査規則において、審尋・事情聴取の際に、供述人がメモをとることを禁止する規定は存在しない。そのため、審査官が、本人に対してメモをとることについて強制力をもって禁止する明確な根拠はない、すなわち、本人がメモをとることは、現行法及び審査規則のもとにおいて可能であると考えられる。もっとも、実務上は、円滑な審査活動への協力という観点から、審査官によりメモの作成を制限された供述人は、審尋・事情聴取中にメモをとることは控えたうえで、休憩時間中に記憶に基づくメモを作成するということが行われている例が多いと思われる。また、後述のとおり、審査官が、事情聴取の際に供述人において作成したメモの提出を命ずる処分を行ったという極めて強引な手法が採用された事例も存在する。なお、審尋・事情聴取に際しての弁護士の同席が認められる場合には、特に本人がメモをとることを認める必要性は乏しい。そのため、本人がメモをとることの可否については、弁護士の同席が認められない場合の代替的な措置として議論する。

審尋・事情聴取の際に本人がメモをとることの目的は、事情聴取の可視性、透明性を高めることによる審査手続の適正の確保、供述内容、あるいは、その変遷を記録することにより供述の信用性を確保することに加え、審査の対象とされる事業者の立場において、行政機関が有している嫌疑の内容を推測、把握することにより、効率的な防御活動を可能にするという点にある。審査規則第 20 条は、立入検査をする場合には、事件名、法の規定に違反する被疑事実の要旨、関係法

<sup>19</sup> 事業者が調書の写しの交付を受けることにより、後に国内外において民事上の損害賠償請求訴訟等が提起された場合には、文書提出命令又は米国民事訴訟における証拠開示手続（ディスカバリー）等を通じて、原告側が容易に広範な証拠、情報を獲得することになることから、被告の立場における防御活動に大きな支障を来すのではないかという懸念もあり得るが、こうした問題点については、調書の写しの交付を受ける権利を行使しないという選択肢も考えられるであろう。

条を記載した文書を関係者に交付すべきことが規定されているが、当該文書に記載される被疑事実の要旨は極めて簡潔なものであり、事業者の立場において、具体的にどのような事実関係が問題とされているのかを理解するには全く不十分なものである。また、立入検査後、審査手続の過程において、審査の対象とされている事業者側に対して被疑事実の告知がなされる機会、あるいは、事業者側が被疑事実の要旨の確認を求め得る機会は存在しない。こうした意味において、個々の審尋・事情聴取の際の審査官とのやり取りを通じて、事業者側が被疑事実の要旨や審査の対象を理解すべき必要性は高い。さらに、法第 48 条及び審査規則第 11 条において調書の作成義務が規定されている審尋と異なり、任意手続としての事情聴取については、審査官の判断により調書が作成されないことがあるが、その際には、供述人において審査官との質疑応答の内容についてのメモを作成することにより事情聴取の経過を記録化することの意味は大きい。しかしながら、例えば、平成 15 年（査）第 1 号モディファイヤー製造業者らに対する件<sup>20</sup>においては、審査官が供述者において事情聴取の際に作成したメモの提出を命ずる処分を行ったことに対する異議の申立てについて、「作成された場所や時期の如何を問わず、事件関係人の従業員等の関係者が当該事件について作成した文書が、当該事件調査に必要な資料として提出命令、留置の対象となることに問題はない」として、上記提出命令に違法性や不当性はないとの判断がなされているのである。こうした処分が認容されるとすれば、事業者側による被疑事実の要旨や審査の対象の理解は大きく妨げられ、ひいては十分な防御活動を行うことが極めて難しくなることは避けられない。

従って、審尋・事情聴取への弁護士の同席が認められない場合には、少なくとも審査の運用において、供述人本人による事情聴取の経過に関するメモの作成が認められるべきである。

#### （4）事情聴取について調査メモの作成及び開示の義務づけ

仮に、これまでに述べてきた審尋・事情聴取に際しての弁護士の同席又は録画・録音等の方法による記録化、審尋・事情聴取に関する調書の写しの交付、審尋・事情聴取の際の本人によるメモ作成の許諾等が十分に認められない場合、審査手続の適正及び供述の任意性を確保するためには、公正取引委員会の審査官に対して、事情聴取についての調査メモの作成及び開示を義務付けること等の提案も検討せざるを得ないと考えられる。審査官による調査メモの作成及び開示の義務付けは、事情聴取の可視性、透明性を高めることによる審査手続の適正の確保、具体的には、威圧的な態度による供述の強制、誤導や不当な利益誘導による事実と異なる内容の供述の録取を防止するとともに、供述内容の変遷を記録すること

<sup>20</sup> 公正取引委員会決定平成 15 年 10 月 24 日（平成 15 年（査）第 1 号）審決集 50 卷 551 頁

により、供述の信用性を確保するために有益であると思われる。

上記のような審査手続の適正は、第一次的には、審尋・事情聴取に際しての弁護士の同席及び審尋・事情聴取に関する調書の写しの交付等の手段を通じて効果的に達成されるものと考えられる。また、将来の開示を前提として調査メモの作成を義務付ける場合、公正取引委員会の立場からすれば、違反行為の存在の立証に役立つ資料の作成という観点から、供述人が否認している場合には、悪情状を証明するための調書、あるいは、違反行為の証明に資すると考えられる供述の一部のみを取り上げた調書の作成に努めるということになるのではないかとの懸念もないわけではない。そのため、公正取引委員会においては、違反行為の立証という観点から必要な証拠・資料を収集・作成し、事業者に対しては、十分な防御活動、反証活動を行うための手段として、弁護士の同席や調書の写しの交付を受ける権利を認めることにより、審査手続の適正を確保することが最も合理的である。

しかしながら、仮に、弁護士の同席や調書の写しの交付等の手段を通じた審査手続の適正の確保が認められない、あるいは、困難であるという場合には、少なくとも、審査官に対して調査メモの作成を義務づけ、事業者の請求があったときには開示を義務付けるという手段により、審査手続の適正を少しでも確保し得るようすべきことの提案を検討しなければならないと言わざるを得ない。

#### (5) 調書の作成義務（法第 48 条）の存在を前提として、関係従業員等からの供述を得る際の手続は全面的に出頭命令による審尋とすること

これまでに述べてきたとおり、審査段階における被疑者による積極的且つ有効な防御活動の遂行を確保すべき重要性の大きさを考えれば、審尋・事情聴取への弁護士の同席を認めること、あるいは、その代替措置として録画・録音等の方法による審尋・事情聴取の記録化を行うこと、また、審尋・事情聴取に関する調書の写しの交付、審尋・事情聴取の際の本人によるメモの作成を認めることの各措置が保障されるべきである。しかしながら、仮に、上記の各措置が全く認められないという場合には、事業者側において、有効な防御活動を行うための何らかの施策を講ずることを検討せざるを得ないこととなる。その場合に考えられる手段の一つとして、供述人による供述の経過を正確に記録すること、特に、供述人が事実関係について否認している場合にもその証拠を確保するという観点から、調書の作成義務の存在を前提として、任意の呼出に応じた出頭を拒否することにより、関係従業員等からの供述を得る際の手続を全面的に出頭命令による審尋とすることが考えられる。

当然の事ながら、供述を得るための手続として、不出頭、不陳述、虚偽の陳述に対する罰金という間接強制を伴う出頭命令による審尋とすることは、それ自体、

審査の対象とされる企業及び関係従業員にとって大きな負担となる。独占禁止法違反事件については、実務上、極めて広い範囲の関係従業員等が審尋・事情聴取の対象とされており、審査の対象とされている事実関係との係わりの程度も様々であるが、そうした関係従業員等から供述を得るための手続を不出頭の場合に罰金の制裁を伴う出頭命令による審尋とする場合には、例えば、取引先の訪問や役員会への出席等、事業活動にとって極めて重要な活動への参加やその他のやむを得ない事情があっても出頭しなければならないということにもなりかねない。また、審査の対象とされている事実関係との係わりの濃淡を考慮せず、全ての関係従業員等について一律に出頭命令による審尋を行うことは、審査手法としても硬直に過ぎるのではないかとも考えられる。そして、供述人が事実関係について否認していることについての証拠を確保することについては、事実関係を認めた証拠の不存在及び上申書や陳述書等の事業者側からの証拠の作成・提出によって、同様の効果を確保することが可能ではないかとも考えられる。そのため、弁護士の同席や調書の写しの交付等の手段を通じた審査手続の適正の確保が認められることがより適切であることは明らかであり、こうした手段の実現に向けて最大限の検討と努力がなされるべきである。しかしながら、上記各手段の実現が困難であるという場合には、審査手続の適正の確保を目的とした予備的な手段として、事業者側において、調書の作成義務（法第48条）の存在を前提に、関係従業員等からの供述を得る際の手続を全面的に出頭命令による審尋とするという方法を次善の策として検討しなければならないと言わざるを得ない。

## V 犯則事件調査手続における、被疑事実の要旨を記載した文書の交付

### 1 提言の内容

#### (1) 公正取引委員会の規則の改正

公正取引委員会の犯則調査事件の調査に関する規則（以下「犯則調査規則」）において、被疑事実の要旨等を記載した文書を交付する規定を設けるべきである。

#### (2) 運用の改善

仮に、犯則調査規則にかかる規定を設けることが困難である場合には、少なくとも運用において、公正取引委員会は、臨検・捜索・差押えの許可状の「提示」義務を果たす観点から、臨検・捜索・差押えの処分を受ける者又はその代理人（以下「処分を受ける者等」）の求めに応じて、以下のいずれかの対応をとるべきである。1) 処分を受ける者等に許可状を謄写させる、2) 許可状を閲覧させ被疑事実等を移記させる、又は 3) 処分を受ける者が被疑事実等を筆記できるよう、犯則事件調査職員が被疑事実の要旨等を口述する。

### 2 提言の理由

#### (前提)

独占禁止法の平成 17 年改正後、犯則事件調査手続が発動された案件は 5 つ<sup>21</sup>であるが、犯則嫌疑者等に対して臨検・捜索・差押えを実施する際に行われる犯則事件調査職員の許可状の提示とは、処分を受ける者に対し、許可状を「一瞥」させるだけであり、許可状の記載事項を移記させるほどの時間的余裕を与えて閲覧させない事例が報告されており、上記提言は、このような犯則事件調査職員の対応を前提としている。

#### (1) 許可状の「提示」の趣旨及び意義

法第 105 条にて許可状の提示が必要とされている理由としては、「手続の公正を担保するため」<sup>22</sup>とされているものの、これ以上の趣旨の説明はなされていない。

そこで、許可状と同様に、処分を受ける者への呈示が義務とされている刑事訴訟法上の捜索・差押えを参考にすると、「手続の公正を担保するために設けられた」<sup>23</sup>とされ、また「令状呈示は、捜索・差押え活動の範囲を令状記載の範囲に

<sup>21</sup> し尿処理施設談合事件、名古屋市営地下鉄談合事件、緑資源機構談合事件、塩化ビニール管カルテル事件及び亜鉛めつき建材鋼板カルテル事件。

<sup>22</sup> 諏訪園貞明編著「平成 17 年改正独占禁止法－新しい課徴金制度と審判・犯則調査制度の逐条解説」商事法務 178 頁。

<sup>23</sup> 松尾浩也監修「条解刑事訴訟法〔第 3 版増補版〕」弘文堂 188 頁。

限定し、もって被疑者の防御権を保障する機能を営む」とも指摘されている<sup>24</sup>。

また、刑事訴訟法上の搜索・差押え令状における「呈示」とは、①令状の内容を知る機会を与えることであり、単に令状の存在を示したのみでは足りず、内容を理解できると思われる時間は示す必要があるとされる一方で、②処分を受ける者が抵抗したり執行を妨害したりしようとする態度を示しているときは、相手から要求があったからといって、令状をその者に渡したり、読んで聞かせたりする必要もなく、③処分を受ける者から令状の写しの交付請求や筆写（撮影）の要求があつても、応じる義務はないとされている<sup>25</sup>。

かように、独占禁止法における許可状の提示と条文の記載ぶりが酷似し、かつ将来刑事事件を発展することを念頭に置いた犯則事件調査手続における物的証拠の強制的な収集方法という点で親和性のある刑事訴訟法上の搜索・差押え令状の呈示では、被疑事実等を文書で交付すること等は義務とはされていない。交付義務がない点は、他の犯則事件調査手続（関税法第125条及び金融商品取引法第213条）における許可状の提示においても同様である。

しかしながら、以下の理由（①調査開始後の申請による課徴金減免制度の存在と②通常の行政調査との均衡）から、独占禁止法における犯則事件調査については、犯則事件調査規則に被疑事実等を記載した文書の交付義務規定が設けられなければならないべきである。

## （2）公正取引委員会の審査に関する規則（以下「審査規則」）との均衡

犯則事件調査手続は、刑事告発を目的とする行政調査手続であるから、刑事訴訟手続との接続性・連続性を有する手続ではあるが、刑事訴訟手続そのものではなく、あくまでも行政調査手続をその本質とする。

この点、独占禁止法における通常の行政審査手続では、審査規則第20条により、立入検査（法第47条第2項・法第47条第1項第4号）の際に、被疑事実の要旨等を記載した文書を関係者に交付するとされている。このような被疑事実等の文書による告知を認めた趣旨については文献上必ずしも明らかではないが、前記の許可状提示や令状呈示の趣旨にかんがみれば、手続の公正の担保（ひいては防御対象の明確化）にあり、行政における適正手続保障の一環として位置付けられるものと思料される。

そうであるとすれば、行政調査手続という点でその本質を同じにする犯則事件調査手続においても、通常の行政調査手続との均衡上、同様の公正担保のための制度が認められてしかるべきである。のみならず、犯則事件調査手続は、刑事訴

<sup>24</sup> 田口守一「刑事訴訟法」弘文堂 75 頁。

<sup>25</sup> 東京地決昭34年5月22日・下集1巻5号1339頁。松尾浩也監修「条解刑事訴訟法〔第3版増補版〕」弘文堂 189 頁。

訟手続との接続性・連続性を有するという点においては、通常の行政審査手続以上に適正手続が保障されなくはならないはずであり、通常の行政審査手続においてすら認められている手続の公正担保のための制度は、犯則事件調査にあってはなおさら存在しなければならない。したがって、独占禁止法内部における調査手続の均衡を図る上からも、通常の行政審査手続における立入検査に相当する犯則事件調査手続における臨検においては、被疑事実の要旨等を記載した文書が交付されるべきである。

### (3) 課徴金減免制度との関係－他の犯則調査制度との整合性

現行独占禁止法では、公正取引委員会による立入検査又は臨検開始後の課徴金減免申請（以下「事後申請」）が認められているが（独占禁止法 7 条の 2 第 9 項・平成 21 年改正法第 7 条の 2 第 12 項）、課徴金減免の申請は、違反行為の存在を被疑事業者が自ら認めることと事実上同義である。したがって、その性質上、被疑事業者としては違反行為の有無を慎重に判断することを要求される。とりわけ、犯則事件調査手続による場合には、刑事告発相当事件であることから、被疑事業者としては刑事罰という多大な不利益を受ける危険性が高く、事後申請では刑事告発を免除される可能性は低いため<sup>26</sup>、違反事実の存否をより慎重に判断することが必要となる。

加えて、犯則事件調査手続における事後申請は、申請した被疑事業者には課徴金が 30% 減額される利益がもたらされるものの、違反行為を実施した被疑事業者の役職員にとっては審査への協力義務を負うことにより事実上黙秘権行使することができず、自らの刑事告発の可能性を高めるだけで何らの利益も保障されてはいないため、自社の役職員の刑事処分の犠牲のもとに、課徴金の減額を受けるという構図を生み出すことになる。

その結果、被疑事業者としては、犯則事件調査手続における事後申請には一層慎重な対応を求められることになるところ、公正取引委員会の嫌疑すなわち被疑事実が何であるかを知ることは、上記のような極めて慎重に違反行為の有無を判断するにあたっての起点となるものであるため、被疑事実の内容については正確な情報が必要となる。

したがって、事後申請が制度として正面から認められている現行独占禁止法に

---

<sup>26</sup> 平成 17 年 10 月 7 日「独占禁止法違反に対する刑事告発及び犯則事件の調査に関する公正取引委員会の方針」によれば、最初の事前申請を行った事業者及び関係役職員に対しては刑事告発を行わないこととされているほか、後に初代の課徴金減免管理官となった公正取引委員会職員の考えによれば 2 番目、3 番目の事前申請を行った事業者等については、調査の協力の度合い等を総合的に考慮して告発するか否かを判断するというケース・バイ・ケースの対応を探るとされているが（品川武・岩成博夫「課徴金減免制度等の解説」公正取引協会 19 頁）、事後申請を行った事業者等の取扱いについてはなんら言及されていない。

あっては、犯則事件調査の起点となる臨検・捜索・差押えの段階で、許可状の提示だけではなく、被疑事実の要旨等を記載した文書の交付を認める必要性が高い。立入検査又は臨検の実施日を起算点として 20 日以内に限って事後申請が認められているのも、立入検査や臨検によってはじめて対象事業者は被疑事実を知りうることに基づくものであることからすると、被疑事実の要旨を被疑事業者に知らしめ、事後申請の検討を可能にさせることは、事後申請制度の趣旨に適うものである。

以上の点は、課徴金減免申請制度の存在しない刑事法はもちろん、他の犯則事件調査制度を有する法令にはない特殊性であるから、刑事法や他の法令で令状の呈示・許可状の提示しか認められていないということは、独占禁止法の犯則調査手続において被疑事実等を記載した文書の交付を否定する理由にはならない。

#### (4) 運用論

仮に、犯則事件調査手続に被疑事実告知制度を導入することができなかつた場合でも、前記東京地裁決定において、刑事訴訟法の捜索差押え令状の「呈示」の意味が、「令状の内容を知る機会を与えることであり、単に令状の存在を示したのみでは足りず、内容を理解できると思われる時間は示す必要がある」と解されていることにかんがみ、許可状の「提示」義務を果たす観点から、また上記②③の理由から、少なくとも処分を受ける者等の求めに応じて、

- 1) 処分を受ける者等に許可状を贈写させる、
- 2) 許可状を閲覧させ被疑事実等を移記させる、又は
- 3) 処分を受ける者が被疑事実等を筆記できるよう、犯則事件調査職員が被疑事実の要旨等を口述する、

といった対応をするべきである。

確かに、前記東京地裁決定によれば、刑事訴訟法上の捜索・差押えにあっては、処分を受ける者が抵抗したり執行を妨害したりしようとする態度を示しているときは、相手から要求があったからといって、令状をその者に渡したり、読んで聞かせたりする必要もなく、処分を受ける者から令状の写しの交付請求や筆写（撮影）の要求があつても、応じる義務はないとされてはいる。

しかしながら、このことは、逆に言えば、処分を受ける者が抵抗したり妨害したりすることがない場合、これらの対応をとることが検討されるべきことを意味しているところ、独占禁止法事件にあっては、粗暴犯を代表とする刑事事件に比べれば、処分を受ける対象事業者ないしその役職員が抵抗したり、執行を妨害したりしようとする態度を示す危険性は類型的に少ないものと思われる。

加えて、前記東京地裁決定が下された昭和 34 年に比して、今日にあっては、独占禁止法における臨検・捜索・差押えの対象となる事業者の営業所等において、

謄写が格段に容易にかつ短時間に行えることにはかんがみれば、許可状の謄写が臨検・捜索・差押えの円滑な執行の障害となることも考えられない。

したがって、犯則事件調査職員に対し、上記 1) から 3) の対応を要請することについては十分な合理性がある。

## VI 手続法の目的に関する一般条項の創設

### 提言の内容とその理由

刑事訴訟法はその第1条において、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」旨、同法の目的を定めている。

その基本理念は、独占禁止法違反事件の調査手続についても基本的に等しく妥当しうる。独占禁止法の手続に関する規定中に、その基本指針として、上記に即した目的規定が置かれるべきである。

この点、現行法ではその第76条第2項において、同条第1項による公正取引委員会の規則制定権について、「前項の規定により事件の処理手続について規則を定めるに当たっては、被審人が自己の主張を陳述し、及び立証するための機会が十分に確保されること等当該手続の適正の確保が図られるよう留意しなければならない。」旨が訓示的に規定<sup>27</sup>されている。

本提言にかかる目的規定が置かれた場合、その趣旨は、公正取引委員会による規則制定に関する限り上記法第76条第2項とも同旨となりうるが、それに留まらず、公正取引委員会による規則制定に関わらない範囲にも及び、他方で、基本的人権の保障とともに、真実発見や適正迅速な法適用をも、同時に基本理念として掲げることとなる。

在るべき適切な審査手続の実現のためには、基本的人権の保障とともに、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現する」という観点から、防御権の確保に化体して真実発見や適正迅速な法適用を阻害するなどの行為については、これを排除するための視点も必要となりうる。この点、本提言にかかる目的規定が置かれることは、特に、上記のⅠないしⅤにおいて行っている各提言の内容が実現される場合に、趣旨が逸脱される等の場面での調整原理を提供し、在るべき手続に関して基本となる指針を示すためのものとなりうると解される。

---

<sup>27</sup> 諏訪園貞明編著「平成17年改正独占禁止法－新しい課徴金制度と審判・犯則調査制度の逐条解説」商事法務153頁。