

「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

2015（平成 27）年 3 月 24 日

競争法フォーラム
会長 内田 晴康

I. 総論

「独占禁止法審査手続についての懇談会」（以下、「懇談会」という。）は、平成 26 年 12 月 24 日付けで、「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書」（以下、「懇談会報告書」という。）を取りまとめ、公表した。

しかし、懇談会報告書は、おおむね審査手続における現状を確認し、それを追認する内容に止まっており、事件関係人の十分な防御権保障に資するものとは到底評価できず、「政府は、公正取引委員会が事件について必要な調査を行う手続について、我が国における他の行政手続との整合性を確保しつつ、事件関係人が十分な防御を行うことを確保する観点から検討を行い、この法律の公布後一年を目途に結論を得て、必要があると認めるときは、所要の措置を講ずるものとする。」と規定する私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「独占禁止法」という。）の一部を改正する法律（以下、「平成 25 年改正法」という。）附則 16 条（以下、「改正法附則 16 条」という。）や、この検討を「前向き」に行うよう求める改正法国会決議の際の衆議院経済産業委員会の附帯決議第 4 項の趣旨に合わないものであるといわざるを得ない。

この点、検討された各事項についての競争法フォーラムとしての意見は、平成 26 年 7 月 11 日付けで公表し内閣府大臣官房独占禁止法審査手続検討室に提出した「独占禁止法審査手続に関する論点整理」に対する意見書記載のとおりであるが、懇談会報告書は、現段階における秘匿特権の導入や供述聴取過程の録音・録画を否定したことなどの点において、競争法フォーラムの意見を反映しないものとなっている。

そこで、競争法フォーラムは、懇談会報告書に対し遺憾の意を表明するとともに、事件関係人に対し、公正取引委員会（以下、「公取委」という。）による執行力の強化とのバランスのとれた十分な防御権保障がなされるよう、以下のとおり、懇談会報告書に対する見解を述べるものである。

なお、懇談会報告書はその検討の主な視点を、事件関係人の十分な防御の確保と、公取委による実態解明機能の確保とに置きつつ、その両者を基本的に相対立するものとして位置づけている。しかしながらそのような姿勢自体、実態解明はあくまで公取委のみによってなされるものであるという認識を前提としている点で、適正手続の保障を前提とした当事者対立構造において公平中立な判断権者による真実の発見を目指すという、本来の手続

の在り方についての基本的理解を欠くものであるといわざるを得ない。すなわち懇談会報告書では、公取委による「実態解明」のための手続の現状を批判的に検討するという視点が欠如しているのである。懇談会報告書がその冒頭で付言する「グローバル化」の流れにおいて、公取委による法執行が、国内外（日本への参入を企図する海外の事業者を含む）の観点からも広く公正・適正なものとして理解されることが、何よりもまず公取委にとって重要な、目指すべき目標として認識される必要がある。しかしながら後述のとおり、例えば弁護士・依頼者間秘匿特権を巡る議論についてみても、懇談会報告書には、海外からも寄せられた多数の批判的意見に耳を傾けようとする姿勢は見受けられない。このこと自体、実のところ上記のような意味で公取委自身の利益を損なうものであり、ひいては「世界で一番企業が活躍しやすい国」を目指すという現政権の施政方針にも反するものであるということが理解されていないことを端的に示すものであり、極めて残念である。

II. 各論

1. 立入検査時の弁護士の立会いについて

競争法フォーラムの意見

公取委は、立入検査開始時に審査官証を提示し、被疑事実の要旨等を説明するのに併せて、弁護士選任権を有することを被疑事業者に対して告知すべきであり、また、公取委審査官による被疑事業者に対する弁護士選任権の告知について法令又は規則において明確に規定すべきである。

懇談会報告書

懇談会報告書は、(1)事業者は弁護士を立ち合わせることができるが、弁護士の立会いを事業者の権利として認めるものではなく、事業者は弁護士が到着しないことを理由に立入検査を拒むことはできない、また、(2)公取委は、立入検査の法的根拠及び性質、事業者が立入検査に弁護士を立ち合わせることができる旨、事業者は、弁護士が到着しないことを理由に立入検査を拒むことはできない旨等の点について、マニュアル又はガイドライン（以下、「指針等」という。）に明記して公表するとともに、適切な場面において事業者に伝えるべきである、というものである。

懇談会報告書に対する当フォーラムとしての見解

懇談会報告書は、懇談会開催時点における公取委による立入検査において事実上認められてきた弁護士立会いを追認したものであるが、立入検査時の弁護士立会いを公的に認めたとという点において、一定程度評価に値するものと解される。ただし、立入検査時の弁護

士立会いに関する事項について、法令でなく、指針等に定めるべきというに留まっているため、今後の立入検査の在り方を慎重に観察する必要があると考える。

2. 弁護士・依頼者間秘匿特権

競争法フォーラムの意見

(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・交信がなされう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するものである。

懇談会報告書

懇談会報告書においては、秘匿特権の根拠や適用範囲が明確でなく、実態解明機能を阻害するおそれがあるとの理由で、現段階での導入は適切でないとしつつ、今後の課題として議論を継続すべきとの提言がなされている。

懇談会報告書に対する当フォーラムとしての見解

主要海外当局が問題なく認めている秘匿特権¹が、今回正式に導入されるに至らなかったことは非常に残念である。

懇談会報告書はその理由として「根拠の不明確性」を挙げるが、秘匿特権が認められるべき根拠は極めて明確である。事業者側の防御権の確立、すなわち知識面で当局に比べ不利な立場にある事業者側が専門家である弁護士に相談した上で防御をするに際し、その内容が全て当局に開示され得るというリスクの下では、十分な相談ができず真の意味での防御権の確保にはならない、という、およそ公権力の行使に際して私人が保障されるべき防御権の根本が、まさに秘匿特権なのである。弁護士法 23 条に「弁護士又は弁護士であつた者は、その職務上知り得た秘密を保持する権利を有し、義務を負う。」という規定があるが、

¹ パブリック・コメントに際して提出された、2014年7月7日付け欧州弁護士会評議会（CCBE）の意見書、および同7月10日付けABAの国際法部会と反トラスト法部会の共同コメント参照。

これはまさにこの理念を具体化したものと言える。²

訴訟を回避しがちな日本の法文化とも相俟って、欧米各国と異なり、秘匿特権が裁判所であらためて確認される機会がなかったのは事実であるが、判例で再確認されていないことを理由に、本来は防御権の本質を成すべき権利を認めないという考え方は、本末転倒である。

もう一つの理由とされた「適用範囲の不明確性」については、本来の順序として、導入することをまず決めた上で、新規立法やガイドライン、あるいは具体的運用の中で、今後決めていかなければならない話なのであって、逆に言えば、公取委が秘匿特権を認めていない現状において、範囲が不明確なのは当然である。

仮に秘匿特権の導入により、公取委にとっての追加的な手続負担など何らかのデメリットが発生するとしても、秘匿特権の保護によりもたらされるメリットは、それをはるかに上回るものである。弁護士が独占禁止法の遵守においていかに重要な役割を果たしているのかという現状につき、十分な理解が得られていないことは残念な限りである。国際的に見ても弁護士の役割は、人的物的資源の制約から当局の法執行が必ずしも及ばない部分において、事業者には改善を促してコンプライアンスの強化を助けるというものとなっている。このようなコンプライアンスの改善には、秘匿特権の存在が不可欠であることは、米国³を始め、既に海外の裁判例においても明確に認められているところである。

海外当局の多くは、当局自身の運用の限界を十分理解した上で、このような事業者の自助努力が競争法遵守の底上げに不可欠であること、そして弁護士がこのプロセスの要となることを大前提として法運用をしており、同じ目標に違う側面から立ち向かう独占禁止法のプロフェッショナルとして、当局は弁護士に信頼をおいている。今回の懇談会における公取委のコメントが、「証拠隠滅」という弁護士への強い不信感に終始したことは残念であり、今後欧米のような成熟した信頼関係が築かれるよう、双方の努力が必要であろう。

提言に従い、今後秘匿特権につき議論が継続することを切に希望するが、検討を深化させるに際し、概念的な論理面にとどまらず、諸外国において、実務で具体的にどう運用されているのかという各論に踏み込んだ技術的な理解を目指すことで、導入への懸念は解消されると確信する。この点、懇談会の議論は技術的な精査というよりは、ハイレベルな概念論が中心だったように見受けられる。

今後の議論に際しての方法論として、例えば、

- ① 具体的にどのような書面（様式や内容も含めて）が諸外国において秘匿特権で守られているのか、
- ② どのような場面で秘匿特権の利用が問題になり、本来の目的から逸脱した秘匿特権の主張を当局や裁判所がどのように厳しく排除しコントロールしているか、

² 刑事訴訟法 105 条、民事訴訟法 197 条も同様の趣旨である。

³ *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383 (1981). また、米国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を確認したものとして、*McCook Metals L.L.C. v Alcoa, Inc.*, 192 F.R.D. 242 (N.D.Ill. 2000).

③秘匿特権があることで実際にどのようなコンプライアンスのアドバイスを弁護士として提供でき、またその結果違法行為を未然に防ぐことができたか、
など、海外の実務家を交え、運用に密着した検討をすれば、公取委から出された懸念や疑問が実務上はほとんど想定されない制度設計ができることを検証できるはずである。もちろん実際の事案に沿った検討になると、守秘義務との関係で実務家の協力が得にくくなる可能性があるが、日本における秘匿特権の不在が実際に国際案件で難しい状況を作り出すことがしばしばある現状に照らし、各弁護士としてもこの検討に協力するインセンティブは高いと考える。

3. 供述聴取時の弁護士の立会いについて

競争法フォーラムの意見

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。

懇談会報告書

懇談会報告書は、現状の仕組みの下で供述聴取時の弁護士の立会いを認めるべきとの結論には至らなかった。ただし、供述聴取が任意のものであるか間接強制権限による審尋であるかを供述人に対して明確にする、聴取時間の目安を示す、供述聴取に支障が生じない範囲で、食事時間等の休憩は供述人が弁護士に相談できる時間となるよう配慮しつつ適切に確保する、休憩時間には供述人が弁護士等の外部の者と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることが妨げられないことを供述人に対して明確にする等の点につき指針等に明記して公表し、広く情報が共有されるようにするとともに、供述人に対して明確にする必要がある事項については、書面による方法も活用しつつ、供述人に伝えるべきというものである。

懇談会報告書に対する当フォーラムとしての見解

懇談会報告書が、「公正取引委員会と独占禁止法の執行・運用には、公正性・透明性が強く要請される場所である」こと、公取委による独占禁止法違反被疑事件の審査手続について公正性・透明性の観点から改正法附則 16 条が規定されたことを前提としていることは評価できる。しかしながら懇談会報告書は、供述聴取時の弁護士の立会いが独占禁止法その他の法令上禁止されておらず、専ら公取委が供述聴取を行い易いように認めていないだけであるにも拘わらず、結局のところ公取委による「現状の仕組み」を前提とした議論に

終始している。また、供述聴取時の弁護士の立会いに反対する意見には、問題となっている審査手続における供述聴取が、あくまで「被疑」段階において実態解明のために供述聴取が行われる場合であることを無視し、供述人こそが独占禁止法違反行為の実行行為者であって、同人に「白状」させることこそが「実態解明」であるという誤った前提に拠っているとわざるを得ないものもある。

このように懇談会報告書は、グローバル化が重要であるという観点から検討した筈であるにも拘わらず、供述聴取における供述人の法的立場への適切な配慮を欠いているという点で遺憾である。

なお、懇談会は、「独占禁止法審査手続についての懇談会報告書（概要）」の英訳を【英語版／ENGLISH】として公表しているが、その中で「供述聴取」を審査に関する規則の英訳版で用いた「Record of Statement」ではなく「Deposition」と訳出している⁴。この「Deposition」という法律用語は、米国訴訟手続において情報を開示させるディスカバリ手続の一部を構成するものとして、一般的に、質問する側の弁護士、供述人（当事者又は証人）、供述人側の弁護士及び法廷速記者等が参加して行われる⁵。すなわち、本来の「Deposition」であれば供述者側の代理人弁護士の同席が認められるべきは当然であり、他方で「Deposition」と称しつつも供述者側の代理人弁護士の同席が許されないような手続は、それ自体として極めて不公正あるいは不当なものであるという印象を生むことが想定され、日本の手続における適正手続の保障の欠如をより強く海外に印象づけることにならないかということすら懸念される。

4. 供述聴取過程の録音・録画について

競争法フォーラムの意見

供述聴取過程の検証可能性の確保、すなわち、録音・録画等の記録化を通じた審尋・供述聴取の可視性、透明性の向上、供述の任意性及び審査手続の適正の確保の観点から、供述聴取過程の録音・録画は有用な手段であり、その積極的導入が検討されて然るべきである。

懇談会報告書

懇談会報告書では、供述聴取過程の録音・録画については、その全過程を対象とする場合だけでなく、読み聞かせ等の場面に限定して実施する場合や、公取委の裁量により実施することとした場合であっても、供述人に萎縮効果が生じ、実態解明機能が損なわれるとの懸念が払拭できないこと等から、現状の仕組みの下でこれを認めるべきとの結論には至らなかったとされている。

⁴ <http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/finalreport/brief-english.pdf>（2015年3月24日15時確認）

⁵ メアリ・K・ケイン著石田裕敏訳「アメリカ民事訴訟手続」（木鐸社 2003年）117頁以下、土井悦生・田邊政裕著「米国ディスカバリの法と実務」（発明推進協会 2013年）100頁以下参照。

懇談会報告書に対する当フォーラムとしての見解

萎縮効果は、平成 25 年改正法の下で実施される供述調書の作成及び事前開示等によっても起こり得るものであり、それが録音・録画によって質的に変化するわけではない。また、供述聴取過程の可視化（録音・録画）に伴う萎縮効果は、独占禁止法審査手続特有の問題ではなく、刑事手続等とも相通じるものであり、独占禁止法審査手続のみで独自に手当てするような問題でもない。

よって、供述聴取過程の録音・録画の場面において、萎縮効果という点を過度に強調することは正鵠を射たものではない。さらに言えば、供述人に対する萎縮効果という点を最重視するならば、供述人本人が、録音機（IC レコーダー）を持ち込んだり、録音・録画を自発的に求めるような場合であれば、何ら問題ないはずであるにもかかわらず、これすら認めないということは、そもそも萎縮効果という理由付けが詭弁に過ぎないことを雄弁に物語るものである。

さらに萎縮効果の点はひとまず措くとしても、供述聴取過程の録音・録画については、冒頭に述べたような適正手続の保障という観点からしても有効性が認められる。また、仮に供述聴取過程の録音・録画を認められれば、供述人は、調査に協力しつつ不適切な尋問方法等に適切に対処するという作業から相当程度解放され、事実を思い出したり、話すことにより注力できる。したがって、供述聴取過程の録音・録画は、速やかな実態解明に資するものである。

したがって、供述人に対する萎縮効果ばかり過度に偏重し、しかもそれとは無関係な場面にも広げて供述聴取過程の録音・録画を全面的に禁止することは到底合理的とはいえず、しかも適正手続の保障や実態解明の促進という観点からも問題があり、この点において懇談会報告書は誠にもって遺憾である。

他方で、懇談会報告書は、供述聴取過程の録音・録画の有効性を否定するものではないとし、今後、その必要性も含めて導入の可否を引き続き検討していくことが適当であるとも付言しているため、今後の議論の深化に期待するものである。

5. 適切な主張反論のための情報の開示について

競争法フォーラムの意見

公取委は、①立入検査時において提出資料の謄写ができることを被疑事業者に対して告知するとともに、被疑事業者から謄写の申出があった場合は立入検査当日の謄写を認めるべきであり、②供述調書または審尋調書を作成したときは、供述人に対しその写しを遅滞なく交付すべきであり、さらに、③供述人が供述内容のメモを録取することを認めるべきである というものである。

懇談会報告書

これに対応する、懇談会報告書は、次のとおりである。

① 入検査における提出物件の謄写

立入検査当日における提出物件の謄写については、事業者の権利として認めることは適当ではなく、運用上、日々の営業活動に用いる必要があると認められる物件について、立入検査の円滑な実施に支障がない範囲での謄写が認められる。また、立入検査の翌日以降の提出物件（留置物）の謄写については、円滑な謄写を図るため、スキャナー等の電子機器の利用が可能であることを明らかにするとともに、公取委において提出物件謄写用のコピー機（有料）の導入を検討することが望ましい。さらに、公取委は、立入検査当日に、提出物件のうち日々の営業活動に用いる必要があると認められるものについて、立入検査の円滑な実施に支障がない範囲で謄写が認められる旨、立入検査の翌日以降は公取委の事務所において提出物件（留置物）の謄写が認められる旨等の点について、指針等に明記して公表し、事業者に対して明確にする必要がある事項については、書面による方法も活用しつつ、事業者に伝えるべきである。

② 調書作成時における供述人への調書の写しの交付

調書作成時における供述人への調書の写しの交付については、実態解明プロセスの段階でこれを交付すると他の事業者との間で又は事業者内の供述人間で共有され、供述調整に用いられる可能性が否定できないことなどから、これを認めるべきではない。

③ 供述聴取時における供述人によるメモの録取

供述聴取時における供述人によるメモの録取については、前記②の調書の写しの交付と同様に供述調整に用いられる可能性が否定できないこと、簡単な単語や項目のみに限定するとしても、その線引きは実務上困難であることなどから、これを認めるべきではない。

懇談会報告書に対する当フォーラムとしての見解

① 立入検査における提出物件の謄写

懇談会報告書は、立入検査当日において提出資料を事業者が謄写することを一定の限度で認め、立入検査の翌日以降の提出物件（留置物）の謄写については、円滑な謄写を図るため、スキャナー等の電子機器の利用が可能であることを明らかにするとともに、公取委において提出物件謄写用のコピー機（有料）の導入を検討することが望ましいとするなど、懇談会開催時点における公取委による立入検査において事実上認められてきた運用を確認し、さらに立入検査の翌日以降の提出物件（留置物）の謄写についてもその円滑な運用に配慮するなど一定程度評価に値する。さらに、謄写を認めるとする範囲についても、立入検査の円滑な実施に支障がない範囲との限定が必要以上に厳格に運用されることがない限りは、限定的にせよ謄写を許容することを明言した点において評価ができる。

しかしながら、立入検査当日における提出物件の謄写については、事業者の権利として

認めることは適当ではないとし、あくまで運用上の対応とする点において、被疑事業者の防御権に対する十分な配慮を欠いている。また、法的権利として認めるべきではない根拠として、立入検査当日に全ての提出物件の謄写を認めるべき法的必要性に乏しいとするが、全てについて謄写を認める必要がないから権利が一切認められないというのは論理の飛躍である。このように、懇談会報告書は、公取委の便宜を重視してその運用に委ねるとの結論ありきであって、被疑事業者の防御権に十分に配慮したものとは言い難い点において遺憾である。

また、懇談会報告書は、上記の限定的な範囲において運用上認められる取扱いについて、公取委が指針等に明記して公表し、事業者に対して明確にする必要がある事項については、書面による方法も活用しつつ、事業者に伝えるべきであるとする。事業者に対する告知の必要性を認めている点は評価できるものの、前記のとおり立入検査当日において提出資料を事業者が謄写することを権利として認めるに至っていないこととあいまって、立入検査の当日において事業者が謄写について申出の機会が十分に保障されるのか必ずしも明らかではないなど、ここにおいても被疑事業者の防御権に対する十分な配慮を欠いている点で懇談会報告書は遺憾である。

②調書作成時における供述人への調書の写しの交付及び、③供述聴取時における供述人によるメモの録取

懇談会報告書は、調書作成時における供述人への調書の写しの交付および供述聴取時における供述人によるメモの録取のいずれについても、実態解明プロセスの段階でこれを交付すると他の事業者との間で又は事業者内の供述人間で共有され、供述調整に用いられる可能性が否定できないことを主たる理由として、これを認めるべきとの結論には至らなかったとする。また、メモの録取については、簡単な単語や項目のみに限定するとしても、その線引きは実務上困難であることも認めるべきとの結論に至らなかった理由として挙げる。

他方で懇談会報告書は、休憩時間には供述人が弁護士等の外部の者と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを作成することが妨げられないことを供述人に対して明確にするべきであるとも述べている。

以上を要するに、懇談会報告書において示されている線引きは、結局のところ公取委による実務の現状を追認するものでしかなく、審査の在り方について懇談会としての見解を示すものにはなり得ていない。

懇談会報告書は、供述内容の正確性を冷静な状況で十分に確認できてこそ、供述人ひいては被疑事業者の防御権が保障され、審査手続の透明性および適正が保障されたということができると、そして、審査の透明性および効率的な事案解明・真実発見にも資することを看過している。前記4.において述べたとおり、供述聴取過程の録音・録画を認めることが供述人、公取委、さらには被疑事業者の関係各当事者のいずれにも利益となると考

えるが、供述聴取過程の録音・録画を否定してなおかつ、供述人への調書の写しの交付および供述聴取時における供述人によるメモの録取のいずれについても否定することは適正手続の保障を阻害し、かえって実態解明の促進を妨げるものであり、遺憾である。

6. 行政調査手続全般

競争法フォーラムの意見

「独占禁止法審査手続に関する論点整理」中の「(6) 行政調査に係る制度・運用についての知識の共有等」の論点に関して、プロセスに関する予見可能性を高めることが防御権の確保に不可欠でありまた審査手続の効率にも資すること、他省庁も検査マニュアルを開示していること、などを理由に、EUのようなベストプラクティス形式の、調査の時間軸に沿った踏み込んだガイダンスの策定が必要である。

懇談会報告書

懇談会報告書は、公取委が調査の際の標準的な行政調査手続についての指針等を策定し、公表すること、また一定期間が経過した後にフォローアップを実施して結果を公表すること、を提言している。

懇談会報告書に対する当フォーラムとしての見解

上記提案は、今回の見直しの成果として大きく評価されるべきである。前回意見のとおり、単にルールや権利を羅列するだけの指針ではなく、事業者がいつ、どのようなアクションを取るのが通常なのか、当局からどのようなインプットがどのようなタイミングで予想されるのか、また欧米で積極的に活用され近年公取委も意欲的に導入しようとしている、当局との「State of play」ミーティングはどのタイミングで開催するのが望ましいのか、など、調査の進む時間軸に沿ってベスト・プラクティスを紹介するような分かりやすい内容でなければ意味がないと考える。

フォローアップにつき、特に2013年改正法に基づき手続が新しくなる部分について今後運用が固まっていくことが予想されるので、公取委としても、個別の案件で見られたプラクティスを、積極的に指針のアップデートという形で公表することが、新制度のスムーズな運用に資すると考える。