

公正取引委員会「独占禁止法研究会報告書」のうち、
「第3-14（新制度の下での手続保障）」に対する意見書

2017年（平成29年）6月15日

日本弁護士連合会

公正取引委員会が設置した独占禁止法研究会（以下「本研究会」という。）が2017年4月25日に公表した独占禁止法研究会報告書（以下「本報告書」という。）のうち第3-14（新制度の下での手続保障）に対する当連合会の意見は、以下のとおりである。

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にとどまり、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。

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

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。

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説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法域で導入されている²。

また、競争法執行の手続面及び実体面の収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。

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

² 2017年4月経済産業省「新興国等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>

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。

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)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と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難いため、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

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。

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问题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

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。

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、弁護士役割に対する理解を欠き、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 of 具体的事実は、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事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難い。

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の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（日本弁理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

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>

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

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

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、研究者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

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様の情報を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。」

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った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、こ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に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(5

2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は窺われない。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11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

ていない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

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。

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，

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）。

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。

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

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、一定の種類的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。

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。

以上