

全米法曹協会の反トラスト法部会及び国際法部会による 独占禁止法研究会の課徴金制度についての報告書に関するコメント

本コメントに示された見解は、全米法曹協会の国際法部会と反トラスト法部会の両部会のみを代表してなされるものである。このコメントは全米法曹協会の代議員会または全米法曹協会の理事会の承認を得ておらず、それ故、全米法曹協会の方針を代表するものではない。

2017年6月29日

I. はじめに

全米法曹協会の反トラスト法部会及び国際法部会（以下、併せて「両部会」という）は、2017年4月25日に公正取引委員会（以下「公取委」という）によって公表された、独占禁止法（以下「独禁法」という）に基づく課徴金制度に考えられる見直し事項の概要を示した独占禁止法研究会報告書（概要）（以下「報告概要」という）の英訳版¹に基づいて以下のコメントを提出する。

両部会は、公取委が、独禁法違反に対する課徴金制度について、改善案や修正案を継続的に検討していることに関し、敬意を表する。両部会は、過去に課徴金制度の改定案についてコメントしており²、提案のいくつかが報告概要に反映されていることに感謝する。我々は、本コメントが、公取委による、独禁法違反、とりわけ価格合意及び入札談合に対する、透明、公正かつ効果的な課徴金の賦課という重要な目標を実現することに資することを願って、ここに追加的なコメントを提出する。両部会及びその構成員は、課徴金ないし罰金に関する手続き及びその賦課について、米国及び各国において、十分な実務経験を有しており、公取委との間で我々の経験及び見方を共有することができることに感謝している。

¹ 両部会は、2017年6月初旬に公表されたと推測される独占禁止法研究会報告書（以下「報告書」という）自体の英訳も入手した。しかし、報告概要が報告書の主要な部分に触れていること、及び時間的な制約より、両部会は、報告書のすべての面についてコメントを示すに至っていない。本コメントは、個別に報告書の該当箇所を示す場合を除き、報告概要を引用している。

² 両部会は2016年にパブリックコメントに付された、独占禁止法研究会（以下「研究会」という）が発表した「課徴金制度の在り方に関する論点整理」に関するコメント（以下「2016年コメント」という）を提出した。2016年コメントは「競争法事案における課徴金の利用についての一般原則」についての議論、「弁護士依頼者秘匿特権及び供述録取における弁護士の同席」を含む「適正手続」についての議論も含まれた。また、両部会は2014年に内閣府が発行した「独占禁止法審査手続に関する論点整理」において公取委から提起された論点に関し、弁護士依頼者秘匿特権に関するコメント（以下「2014年コメント」という）も提出している。2016年コメントと2014年コメントについては、いずれも参照の便宜のために本コメントに添付する。

II. エグゼクティブサマリー

両部会は、課徴金制度の改定が必要であると認識されていることを評価し、公取委に課徴金を課すに際しての裁量を与えること、及び課徴金の軽減のための門戸を広げることを支持していることを再度表明する。両部会は、研究会がガイドラインの策定を奨励していることを評価するとともに、当該ガイドラインは明確であるべきであると勧告する。両部会は、どの程度の協力により課徴金の減額を正当化されるのかについて明確なガイドラインが設けられるべきであることをここに謹んで要請する。

両部会は、課徴金制度が、犯罪者の不正行為が見出され、処罰される確率を考慮し、不当利得の金額よりも大きな金銭的処罰を科すことによって抑止力を達成するように設計されるべきであるという原則が採択されたことを評価している。しかし、両部会は課徴金がハードコアカルテル行為（例えば、価格固定、市場分割、入札談合）のみに対して適切であり、独禁法の他の違反類型には不適切である可能性があるとして謹んで申し述べる。カルテル以外の違反に対して課徴金が課される場合、そのような課徴金は、違反の競争効果に関する徹底的な分析と、その違反が引き起こした競争上の現実の弊害の定量化に基づいて行われるべきである。

両部会は、業種別の算定率を廃止するという提案に賛意を示し、中小企業算定率も廃止すべきことを勧告する。また、繰り返し違反者及び主導的役割を果たした者に対して高い課徴金を課すという提案を評価する。両部会は、コンプライアンス制度の整備と支払能力を軽減事由として考慮することをここに謹んで提案する。両部会は、「小規模」カルテルを課徴金の対象から除外するための競争法上の理論的な根拠に関する認識を有しない。

両部会は、追加的な課徴金がどのような状況において課されるかに関して明確なガイドラインがあり、司法審査が認められている場合に限り、公取委に対し、調査対象による妨害行為について、既存の罰則を超えた制裁を課す権限を与えるという考え方を支持する。

両部会は、手続上の保障措置は、当局の「事実発見能力」について、これを損なうのではなく、受け入れるにせよ拒絶するにせよ、公取委が、当事者によって提示される意見を考慮するを可能にすることで、これを拡張することになると、引き続き強く主張する。両部会は、独禁法の執行にかかる仕組みの各側面において、世界各国における競争法の執行制度において広く受け入れられているベストプラクティスを組み込むことを通じ、公取委の調査の対象となる当事者に対する手続上の保障措置を組み込むべきであることをここに謹んで勧告する。さらに、両部会は、適切な手続上の保障措置が確保されている場合にのみ効果的な執行が実現されることをここに謹んで申し述べる。

両部会は、引き続き、弁護士依頼者間秘匿特権を採用するよう、ここに謹んで要請する。両部会は、弁護士依頼者間秘匿特権は現実には執行機関による事実面での調査を

実質的に妨げることはないと考えている。両部会は、弁護士依頼者間コミュニケーションの範囲に関する問題については、すべからく、公取委ではなく、裁判所のような第三者によって判断されるべきであるところに謹んで申し述べる。両部会は、引続き、公平性の問題として、公取委に対する完全で正確な情報の提供を可能にするために、そして国際的な適正手続の基準に合致するために、弁護士が尋問または面接の際に立ち入ることができるようにすべきである旨をここに謹んで申し上げる。調査の対象となっている法人や個人の適正手続に関する保障が十分認識されているのであれば、迅速で効率的で公正な仕組みは、妨げられるのではなく、むしろ強化されるのである。

以下では、レビューの便宜のため、報告概要のトピック見出しに対応するように本コメントを整理している。

III. 個別のコメント

1. 課徴金制度の見直し（総論）

(1) 課徴金制度の見直しの必要性（現行課徴金制度の問題点）

報告概要は、現在採用されている課徴金の賦課に関する義務的な方法は、公取委に、違反の性質などの関連する要因を考慮して、事案ごとに適切な課徴金額を計算し、賦課することを可能にしていけないと指摘する。さらに、柔軟性が欠如していることから、公取委は十分な協力を引き出すことができず、非協力を抑止することもできていないとする。両部会は、課徴金を課すに際して公取委に裁量権を付与すること、及び課徴金の軽減の範囲の拡大を支持するものであることをここに再度表明する³。

(2) 課徴金制度の見直しの方向性（問題点を踏まえた対応策）

報告概要は、課徴金制度の変更には次のものが含まれべきであると記している：
「(i) 一定の要件を政令等に委任する制度、又は、(ii) 要件等は法定するが、当該要件への該当性や各要件に該当した場合に適用する具体的な算定率等について、公正取引委員会がその専門的知見により事案に応じて個別に判断することを認める制度」⁴

両部会は、公取委に対して一定の裁量を与える方針を支持することをここに改めて表明する。基本原則は次のとおりである：(1) 公取委は協力を促す裁量権を有すべきである、(2) 裁量権は一定の範囲内でなければならない、(3) 公取委は、当該裁量の範囲及びどのようにそれが適用されているかについて透明性を確保しなければならない。どの程度の協力により課徴金の減額を正当化されるかについて明確なガイドラインが定められるべきである。そのようなガイドラインは、以下の二つの重要な基準を持つ必要がある：(a) 適時性；と (b) 協力することが調査にもたらす価値。両部会

³ 2016年コメント3頁、10-11頁。

⁴ 報告概要1頁。

は、特定の減額率の妥当性については特定の立場を取らないが、公取委に一定の範囲内の減額を与える裁量を持たせることを勧告する⁵。

2. 具体的な制度設計（各論）

(1) 現行課徴金制度の法的位置づけ

報告概要は、不当利得の金額を上回る金銭的罰金を科すことによって抑止が達成されるように、課徴金制度を設計すべきであると適切に述べている。しかし、両部会は、処罰が単に違反者が違法な利益を吐き出すことだけを求めるべきではないと考えている。両部会は、制裁措置が（1）独禁法違反によって生じる定量化可能な社会的コストの全額と（2）違反者の違法行為が発見され、処分される確率、の両方を考慮に入れるべきであると思慮する⁶。特に、カルテルは、一般に、秘密裏になされ、発覚しない可能性のある合意であるため、制裁は、課される罰則が違反者に対して特定な抑止力となり、また潜在的な違反者が、発覚しないままとなる可能性を計算に入れることを考慮し、一般的な抑止力として機能するのに十分なだけのものでなければならない。

(2) 課徴金の算定基礎とする売上額の範囲

報告概要では、「違反行為の対象商品の売上額の全てを課徴金の算定基礎とするよう」、課徴金の計算の基礎を変更することを提案している⁷。このアプローチは、米国連邦裁判所で連邦法違反の罰金を計算する枠組みを提供している米国量刑ガイドラインと一致している。米国量刑ガイドラインにおいて、ほとんどすべてのカルテル事案における罰金は、以下の方法を用いて算定される。まず、「基礎罰金」として、「違反行為によって影響を受けた商品又は役務のうち... 個々の共謀参加者に帰属する通商量 (volume of commerce)」の20%を算定する⁸。

⁵ 2016年コメント 11-12頁。

⁶ 2016年コメント 6頁。制裁は、刑事罰金と行政的な課徴金のほか、民事上の損害賠償の形をとることもありうる。

⁷ 報告概要 2頁。

⁸ 米国量刑ガイドライン§2R1.1。「影響を受けた通商量」という言葉には多少の不正確さがあるが、カルテル行為の対象となった商品の個々の販売が合意の影響を受けていることと、もしそうであれば、どの程度の影響を受けているかについて、政府が立証する必要はないという実務が確立されている。影響を受けた通商量が決定されると、罰金の計算を開始するために20%という代数が使用される。この数字は、違反が行われた組織の規模、組織の上層部の役職員が違反行為に参加し、違反行為を見逃したり、見て見ぬ振りをしたりしたか否か、当該組織が過去に違反行為を行ったか否か、当該組織が捜査を妨害したか否か、などの要素に基づいて決定される有責性スコアによって調整される。有責性スコアは、基礎罰金額に適用される掛け率の最小及び最大に置き換えられる。例えば、基礎罰金額が1000万ドルであり、有責性スコアが6の場合、最小及び最大の掛け率がそれぞれ1.2と2.4となり、罰金額の範囲が1200万ドル（1000万ドル×1.2）から2400万ドル（1000万ドル×2.4）となる。）。2016年コメント 13-14頁。米国量刑ガイドライン§8C2.5, 8C2.6。

しかし、これらの計算及び代数は、一切補完的な競争促進的な利益がないという点が普遍的に合意されているハードコアカルテルの行動（例えば、価格固定、市場分割、入札談合）のみに適切である。実際に、米国では、刑事罰は、ハードコアカルテルを含む事件のみに課される⁹。以下にさらに説明するように両部会は、独禁法の他の侵害類型に対しては課徴金を賦課することは不適切であると考えている。そうした状況では、差止命令による救済などの他の救済策のほうがより適切な可能性がある¹⁰。

(3) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

報告概要では、課徴金の計算のための基礎とする売上額にかかる現行の計算期間を廃止することを提案している。報告概要によれば、新たな「算定期間は、事業者が違反行為をした日から、事業者が違反行為を終了した日までとされるべき¹¹」とのことである。計算期間は、現行の3年間から、「公取委が調査を開始した日より遡って10年間」に拡大することになる。

両部会は、計算期間にかかる現在の3年間という上限がカルテル行為を抑止するのに十分でない可能性があることに賛成し、反トラスト法における公訴時効が5年間であることを踏まえ、5年間という上限を設けることを提案する。

(4) 課徴金の算定基礎とする売上額の算定期間

報告概要では、現在の課徴金の水準が違反行為を抑止するのに不十分であることから、たとえば課徴金の算定の基礎となる売上高の計算期間の上限を延長することまたは廃止することにより、課徴金の水準を引き上げることを提案している。両部会は、現行の課徴金の水準がカルテル行為を抑止するのに不十分であること、課徴金の水準は引き上げられるべきとの考え方に賛同する。検討されている改正は、制裁の公平性を保ちつつ、抑止目的を果たすためにより大きな額の課徴金を課す余地を認めるべきである。

⁹ 量刑ガイドライン §2R1.1 (Background) (2015)、<http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-2-l-x#NaN>にて閲覧可能。米国量刑ガイドラインにおける、どのような競争法違反が刑事訴追されることになるかについての記述は、経済協力開発機構 (OECD) と国際競争ネットワーク (ICN) の双方において採択されたハードコアカルテル行為の定義と一致している。OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, OECD Document No. C(98)35/Final (May 14, 1998)2(a), <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>にて閲覧可能；ICN, Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties, (June 2005) (以下「ICN Defining Hard Core Cartel Conduct」という) 12頁 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>にて閲覧可能。

¹⁰ 2016年コメント9頁、2008年3月の両部会による独禁法改正案に関するコメント（以下「2008年コメント」という）2-3頁。

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_japan.authcheckdam.pdfにて閲覧可能。

¹¹ 報告概要3頁。

(5) 業種別算定率

両部会は、報告概要が、業種別算定率を廃止することを提案していることを評価する。課徴金を課すに際して業種ごとに区別を設けることには合理的な理由は存在しない¹²。

(6) 中小規模算定率

他方で、報告概要は、中小規模の事業者に対する算定率は維持することを提案している。両部会は、課徴金を課すに際し、(後述する支払能力に関する考慮及び立件するか否かの裁量は考慮したうえで、) 中小規模の事業者と大規模な事業者との間で取り扱いを異にすることにも合理的な理由がないことを、ここに謹んで申し上げる。こうした取り扱いは、平等原則に合致しないし、実務上、違反事業者の有責性を踏まえることにも失敗しかねない¹³。さらに、報告概要が触れているように、業種によってはこうした区別を行うことは困難であることがある¹⁴。こうした決定を求めることは、事件の複雑さを増加させ、正当な目的を有しない区別に基づく過ちの可能性を増やす。課徴金の算定の基礎とする売上の決定は、適切な方法、すなわち、違法な合意によって影響を受けた通商量によって効果的に区別される。(どのように定められたとしても) 小規模な事業者であるカルテル参加者が大規模な事業者であるカルテル参加者よりも取引により大きな影響を与えたのであれば、当該小規模事業者に対する課徴金は、公平の観点からも抑止の観点からも、より大きいものとなるべきである。

(7) 課徴金の加減算

報告概要は、「繰り返し違反及び主導的役割に対する割増算定率は、現行どおり、不当利得が通常の事件よりも5割程度高いことも踏まえ、違反行為をより実効的に抑止する観点から、基本算定率に1.5を乗じた一律の算定率とする」¹⁵としている。こうした類型の違反行為を抑止するために、一般的な違反における課徴金は明らかに不十分であることから、両部会は、再度の違反行為者は、より重い課徴金を課せられるべきとの考え方に賛同する。両部会はまた、違反行為において主導的な役割を果たした事業者は、重要でない役割を果たしたものと比べてより高い課徴金を課せられるべきという考え方にも賛同するが、再度の違反者や主導的な役割を果たした事業者は、そうでな

¹² 2016年コメント14頁。

¹³ 同上。

¹⁴ 報告概要3頁。

¹⁵ 報告概要4頁。

い事業者よりも 50%多い不当な利益を得ているかどうか、及びこのことから基礎的な算定率は 1.5 倍にされるべきかどうかは明らかではない¹⁶。

報告概要はまた、コンプライアンス体制にかかる事情も支払能力が不足していることも、軽減事由とはしない旨を述べている。両部会は、コンプライアンスプログラムが単に存在するのみでは、軽減事由とはならないことに賛同する。しかし、事業者が、コンプライアンスプログラムが合理的に設計され、施行され、機能していることを示し¹⁷、当該プログラムの有効性を改善すること及び将来の違反を防止することについて、積極的な手順がとられるのであれば、適切なクレジットが与えられるべきである。このことは、より多くの事業者がしっかりとしたコンプライアンスプログラムを採用し、継続的に有効性を維持できるように改良し続けていくための動機となる。

同様に、両部会は、一般的に言って、制裁が非常に重いことにより事業者が当該事業から退出してしまうのであれば、それは競争に良い影響を与えるものではないと考えている¹⁸。加えて、もし中小規模の事業者が多額の課徴金を支払う能力があるかどうかを懸念する観点に基づいてこうした事業者に対する特別な算定率を維持するのであれば¹⁹、両部会としては、支払能力を直接軽減事由として考慮するほうが、こうした懸念への対応策としては、より効果的であることをここに謹んで申し述べる。

(8) 調査協力インセンティブを高める制度

報告概要は、協力に対するインセンティブを増加させるために、「違反被疑者が自主的に提出した証拠の価値等に応じて、課徴金を減算する制度を設ける」としている²⁰。個別の勧告内容の例としては、以下のようなものがある。

- 調査の中で認められる減免申請の上限数を廃止し、協力の度合いに応じた柔軟な減額率を設ける
- 協力は継続的なものでなければならない
- 実態的な条項の違反に関連した課徴金額に加え、調査妨害の場合には法定の割合が加えられるべきである

¹⁶ 両部会は、研究会による「繰り返し違反がみられる事件の不当利得の平均値は約 16.5%、主導的役割がみられる事件の不当利得の平均値は約 15.9%とそれぞれ推計された」（報告書 29 頁）という記載に関心を抱いている。

¹⁷ 2016 年コメント 12 頁。

¹⁸ 2016 年コメント 15 頁、ICN Defining Hard Core Cartel Conduct63 頁参照。米国量刑ガイドラインの§§ 8C3.3(a)及び 8C3.3(b)は、名宛人の「被害者への補償能力」及び「組織の持続能力」を罰金額を決定する上での考慮要素としている。米国は事業者の競争事業者としての持続性を窮地に陥ることがないように競争法違反の罰金を削減してきた。Seth C. Farber, Jeff Litvak, Lauren E. Duxstad, 及び Geoffrey Ichnow, "Criminal Antitrust Fines and Penalties: Reductions Based on Ability to Pay," Antitrust (Spring 2017), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/anti_spring2017_farber.authcheckdam.pdfにて閲覧可能。

¹⁹ 研究会報告 23-25 頁。

²⁰ 報告概要 4 頁。

両部会は、このような仕組みによって、調査における協力へのインセンティブが増加するという見方に賛同する。調査に協力しようとする事業者は、協力することにより、制裁の軽減や調査の早期の終了といった形で見返りを得ることができることを知っていれば、協力すると考えられる。このため、公取委はより迅速に調査を完了させることができる²¹。改めて、両部会は、柔軟さを確保する必要があることも理解しつつ、課徴金の減額に際して必要となる協力の水準に関して、明確な指針を示すべきことをここに謹んで勧告する²²。

一方で両部会は、調査への協力は課徴金の減額に値する継続的なものでなければならない旨に賛同する。ICNは「最も効果的に機能させるためには、和解に含まれる協力要件は継続的な義務とし、政府は、宣告や制裁が課された後であっても、協力義務への違反を理由に和解を取り消すことができるようにすべきである」²³と述べている。米国司法省は、カルテル事件において、協力の見返りに罰金の減額を受けた企業に対し、調査の係属中は一貫して協力する義務を課している。もし調査終了前に企業が協力をやめてしまえば、協力に対する評価は減殺され、おそらく零となる。

(9) 和解制度

両部会は、欧州委員会が2008年に導入した直接的な和解の仕組みについては、一旦棚上げとし、新制度の運用状況を踏まえて、今後の検討課題とするという報告概要の結論に対して意見はない。

(10) 賦課方式

報告概要は、(a) 内閣または公取委に対して上限の範囲内で委任すること、(b) 新たな仕組みに関する一定の運用ができるまで、私的独占の事案に対しては課徴金を賦課しないこととする規定は先送りにすること、(c) 小規模な事案（100万円未満）に関する裾切りを維持することを提案している。

前述のとおり、裁量が与えられることによって、公取委は、早期の協力に対して上限額を確保することを通して、調査における効率性を確保することができる。また、両部会は、私的独占、及びカルテル行為以外の違反行為は課徴金の対象となるべきでないと考えている。両部会は、「小規模な」カルテルを課徴金の対象から除くこと、及び「小規模な」カルテルがより大規模なカルテルと比べてより懸念するに値しないことを

²¹ 2016年コメント10頁。提案されている環太平洋戦略的経済連携協定は、公取委に、調査対象企業に対し、調査に協力すること、及び違反認定を回避するための解消手段を提案することについてのインセンティブを設けるために、カルテル以外の行為について確約手続きを導入することを求めている。報告書37頁。

²² 2016年コメント11頁。

²³ ICN Cartel Settlements 23頁。

基礎付ける競争法上の理論的な根拠を有していない。また、両部会は、「小規模な」カルテルが価格を上昇させる度合いについて、より大きなカルテルと比べて小規模であるという考えを基礎付ける事情を認識していない。関連市場が小さければ、それに比例して、「小規模な」カルテルは、ずっと大きな関連市場におけるより規模の大きなカルテルにおけるよりも、価格を引き上げる力が強いことがありうる²⁴。

(11) 行為類型による相違

両部会は、報告概要が、現行では課徴金制度の対象となっていない異なる種類の違反行為について、異なる課徴金の規定を設けることを検討すべきであるという提案を行っていることを評価する²⁵。実際に、報告概要において示されている²⁶ 手続上の困難さ以外にも、優越的地位の濫用に関する課徴金の算定にあたり、カルテルに対する算定方法と同じものを適用することは理論的な基礎に欠けるという事情があるように思われる²⁷。前述のとおり、両部会は、カルテル行為のみが、こうした課徴金制度の対象とされるべきと思料している²⁸。カルテル以外の違反に対して課徴金が課される場合、そのような課徴金は、違反の競争効果の徹底的な分析と、その違反が引き起こした競争上の現実の弊害の定量化に基づいて行われるべきである²⁹。

²⁴ 繰り返しとなるが、「小規模な」カルテルについて、適用除外を設ける理由が、中小規模の事業者に対する懸念である（報告書 36 頁）のであれば、両部会は、支払能力を軽減事由に含めることのほうが、当該懸念に対応する、より効果的な方法であると思料する。

²⁵ さらに、報告書は、「カルテル及び入札談合以外の行為については、2016 年 12 月 9 日に成立した TPP 協定整備法において規定された確約制度に委ねられるべきであり」、「カルテル及び入札談合以外の行為については、これらに対する効率的かつ有効な改善策は、当該新たな仕組みを通じて見出されることが期待される」としている。報告書 38 頁。こうした状況下では、カルテル以外の違反行為に対する課徴金を検討する理由はより弱い。

²⁶ 報告概要 5 頁。

²⁷ 2016 年コメント 8-9 頁。2008 年コメント 5 頁において、両部会は、「優越的地位の濫用を適切に取り上げることは非常に難しく」、「課徴金のリスクを上昇させ、...最終的には消費者に利益をもたらす競争促進的な取引を意図せずして抑止してしまうことになりかねない」としていた。Organisation for Economic Cooperation and Development, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (2006) 41 頁、<http://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf> にて閲覧可能。

加えて、優越的地位の濫用に関する改正にかかる検討を延期する理由のひとつは、「優越的地位の濫用に関しては係属中の審判事件が多数あり」、「現行課徴金制度の運用・解釈をめぐって多大な審査・争訟コストが費やされているため、優越的地位の濫用行為をより迅速に排除できるよう、多様な解決策を整備する必要がある」ことであるようである。報告概要 5 頁、報告書 41 頁。両部会は、こうした積み残しが近い将来解消されるのでない限り、こうした積み残しが存在することは、積み残しが解消されるまで改正の検討を遅らせるのではなく、直ちに改正を行うべきことの理由になるとここに謹んで申し述べる。

²⁸ 2016 年コメント 9 頁。

²⁹ 同上。2008 年コメントにおいて、両部会は、もし公取委が単独行為も対象とする課徴金を導入することにするのであれば、当該仕組みは、「市場における激しいが有益な競争を不当に抑止することを避けるものとしなければならない」と提言した。

(12) 課徴金と刑事罰及び民事損害賠償金等との関係

報告概要は、「新制度は現行課徴金制度の趣旨・性格の範囲内で制度設計することとし、両罰規定、自然人に対する刑事罰などの現行の刑事罰に係る制度は改正しない」³⁰としている。また、「課徴金と民事損害賠償金とを調整する規定は設けない」³¹ともしている。両部会は、米国の独禁法当局が、独禁法違反に対する、たとえば不当利得の吐き出しといった一部の類型の問題解消措置を課すにあたり、民事上の損害賠償金の可能性及びその額を考慮している旨をここに申し述べる³²。

(13) 調査妨害行為に対するペナルティー

報告概要は、「調査妨害行為自体に対する行政上の金銭的不利益処分を導入することについて、新制度の運用状況等を踏まえつつ、引き続き検討を進める」ことに触れている。両部会は、かかる追加的な制裁金が賦課されうる条件についての明確な指針が示され、かつ、司法的な審査が利用可能であるという条件が満たされる場合に限って、調査対象者による妨害行為に現存する罰則を超える制裁を課す権能を公取委に付与するという考えに賛同する³³。

(14) 新制度の下での手続保障

(i) 総論

報告概要は「必要性を超える手続保障によって法執行の実効性が損なわれることとなれば、最終的には一般消費者の利益を損なうことになる」と考察している³⁴。両部会は、手続保障が当局の事実解明能力を損なうことにはならず、むしろ当事者の提示する見解を考慮、すなわち取り入れ又は排斥することを通じて事実解明能力を向上させることにつながる旨をここに改めて強く主張する³⁵。

³⁰ 報告概要 5 頁。

³¹ 同上。

³² *United States v. Keyspan Corp.*, 763 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y.2011); *FTC v. Endo Pharm.*, No. 2:16-cv-1440, 2016 WL 1253815 (E.D. Pa. 2016)等参照。米国は、罰金の支払能力を決定するに際し、被害者への補償金の支払をも考慮している。

³³ 2016 年コメント 12-13 頁参照。審査を行って行政上の不利益な手段を講ずる際には適正手続（デュープロセス）に沿ったものであることが重要である。たとえば、いかなる金銭的不利益の賦課もその根拠は明確に定義されるべきである。賦課される金銭的不利益は妨害の程度に比例的でなければならない。加えて、たとえば厳格な証拠に関するルールや代理人を付ける権利、中立的な判断権者の判断を得られる等の手続的なセーフガードが確保されなければならない。両部会は、現在の独禁法 94 条・95 条がそのようなセーフガードと整合的なものであると理解している。

³⁴ 報告概要 6 頁。

³⁵ *Abbott B. Lipsky, Jr. and Randolph Tritell, "Best Practices for Antitrust Procedure: The Section of Antitrust Law Offers Its Model"*、本コメントの添付資料の *Antitrust Source* (December 2015) ("Antitrust Section Best Practices")

課徴金の水準を決定する権能を公取委に与えるいかなる案も、その成功は、一貫し、予測可能性があり、透明性がある裁量権の行使ができるかどうかにかかっている。実際に、裁量的な課徴金制度は当事者にとって審査に協力する相当程度のインセンティブを生み出すため、全ての当事者に対するデュープロセスによる保護は、公取委にとって、協力のインセンティブの利益を全面的に受けることを可能にする一方で、過剰な協力を予防することになる³⁶。

不偏性、効率性、正確性を向上させるデュープロセスの権利と手続は、競争法の目的を達成させる助けとなる。米国最高裁が述べるように、「これらのデュープロセスの仕組みこそが、反対する見解や矛盾するデータに立ち向かうことから真実が浮き彫りとなる可能性を高める。「科学にとっての「科学的方法」が法律にとっての手続なのである」³⁷。両部会は、独禁法のいかなる修正も、世界の競争法執行のレジームが広く承認しているベストプラクティスを取り入れることを含め、手続的なセーフガードが公取委の調査に服するあらゆる当事者に確保されるようここに謹んで要請する。両部会は、十分な手続的なセーフガードが保障されてはじめて、効率的な執行が達成されるのだということをここに謹んで申し述べる³⁸。

(ii) 事前手続

報告概要は、現在の独禁法 49 条の下での意見聴取手続は、協力のインセンティブを高めるシステムが導入されたとしても十分であり、いかなる修正も必要とは思われないと述べている。この点、両部会としては、上述したコメントのとおりである。

(iii) 弁護士依頼者秘匿特権

報告書は、新しい課徴金規定の下でも弁護士依頼者秘匿特権の取扱いを変更すべきではなく、その理由として、企業が「いわゆる」弁護士依頼者秘匿特権がないことで被害をこうむっていると認める具体例がなかったとしている。両部会は、弁護士とのやりとりが秘匿特権の対象とならないため、完全かつ率直に弁護士に相談して法的意見を求めることができなくなっている点で、企業が被害をこうむっているということをここに謹んで申し述べる。

(http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec15_lipsky_tritell_12_11f.authcheckdam.pdf) 4-10 頁

³⁶ たとえば、報告概要 4 頁、(「調査協力度合いに応じた加減算制度の導入により生じ得る公正取引委員会の審査方針への迎合やそれによるえん罪への懸念」) 報告書 53-54 頁。

³⁷ Application of Gault, 387 U.S. 1, 21 (1967), Foster, Social Work, the Law, and Social Action, Social Casework, July 1964, pp. 383, 386 を引用。

³⁸ 2016 年コメント 3-5 頁。

両部会は、引き続き弁護士依頼者秘匿特権の導入を謹んで強く要請する³⁹。弁護士秘匿特権は、日本の競争法の執行の仕組みにおける法の支配に以下の理由により寄与するものである：①弁護士と依頼者の関係を強化する、②依頼者が率直であることを促す、③自主的な法的コンプライアンスを促進する、④リーガルシステムの効率性を促進する、⑤弁護士の効果的な助力を得る権利を高める⁴⁰。

両部会は、弁護士依頼者秘匿特権が実際に執行機関の事実発見機能を実質的に損なうものではないと確信している⁴¹。まず、秘匿特権は、法的助言を得る目的での依頼者と代理人の機密のコミュニケーションのみを守るということで範囲が絞られている。秘匿特権はたとえ代理人に伝えられたものであっても、その基礎となる事実や秘匿特権の範囲に含まれないその他の種類のコミュニケーションを、発見し、訴追に用いることに保護を与えるものではない。そのようなコミュニケーションの例としては、違法行為又はビジネス上の目的を推し進めるために行われたコミュニケーションを含む、法的助言を得るために行われたのではないコミュニケーションや、機密に行われたのではないコミュニケーションが含まれる⁴²。

さらに、秘匿特権を認めることは、企業がありうる不正行為を内部調査して是正することを奨励することにより法令遵守と正義の実現を実際に向上させる。弁護士依頼者秘匿特権の目的は、「弁護士と依頼者間での完全かつ率直なコミュニケーションを

³⁹ 両部会は、弁護士依頼者「秘匿特権は現在の日本の法システム及び法理論において承認されていない」（報告概要7頁）ということも認識しているが、秘匿特権が日本において一度に普遍的に導入されることが理想的ではあるもののそのような普遍的な導入に近い将来において難しいとみられる中では、秘匿特権を拒否し続けるよりも、ステップ・バイ・ステップで導入していくことがより望ましい。加えて、両部会は、民事訴訟法197条1項、220条、刑事訴訟法105条、149条が弁護士依頼者の信頼関係を促進し、代理人から効果的な助力を受ける権利を確保するとの目的で弁護士依頼者間のコミュニケーションに一定の機密性が与えられていることを認識しており、弁護士依頼者秘匿特権は、これらの目的をさらに推し進めるために現在の保障を適切に伸長させるものであることをここに謹んで申し述べる。

⁴⁰ 2016年コメント5頁、2014年コメント3頁、独占禁止法審査手続についての懇談会報告書17頁 <http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/finalreport/body-english.pdf>にて参照可能。

⁴¹ 研究会は、「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＝メモを取ることで、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・忘れましたでいく、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」ことを懸念しているようである（報告書53-54頁）。どのような秘匿特権でも濫用は生じるが、米国では、専門家の行動規律や証拠規則の中にある基準や手続の豊富な中身を発展させてきており、両部会としては、これらによりデュープロセスと執行の適切なバランスが実現されていると考えている。また、研究会は「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。また、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」としている（報告書53頁）。両部会は、デュープロセスと執行の適切なバランスをとることは、過度な協力の懸念のために、課徴金の減額計算から従業員の供述を考慮することを排除するよりも望ましいアプローチであると謹んで申し述べる。報告概要7頁、報告書53-55頁。

⁴² *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 395-96 (1981)。2014年コメント2-4頁も参照されたい。

奨励すること」であり、これは司法システム全体に広範囲の恩惠的效果を有する⁴³。真実かつありのままのコミュニケーションを引き出す最も効果的な方法は、依頼者が自らの弁護士を信頼していかなる抑制や不安を感じることなく機密性が確保された環境でコミュニケーションを行うことである。依頼者は、機密性が保護されておらず、対立当事者や司法機関を含む他の当事者に機密が共有される可能性がある場合には、弁護士に対して完全な信頼を寄せることは難しい。弁護士があらゆる事実を聞き取ることを、秘匿特権の保護により促進することで、弁護士は事実と状況の全体に即して、効果的な法的戦略を立案し、妥当な法的助言を提供することが可能となる⁴⁴。

報告概要は、「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）との間のコミュニケーションに限定して、実態解明機能を損なわない範囲において、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」と結論付ける⁴⁵。両部会は、弁護士依頼者間のコミュニケーションの範囲の適切性に関するいかなる問題も、公取委ではなく裁判所のような第三者により判断されるべきであり、それにより当該コミュニケーションの公取委の事実認定にとっての重要性と特定の状況における証拠の隠滅のおそれを客観的に評価することが可能となると考えている旨、ここに謹んで申し述べる⁴⁶。

(iv) 供述聴取手続における防御権

報告概要はまた、供述聴取手続における防御権については、公取委の事実解明機能を損なうおそれがあるため拡張するべきでないとしている。

両部会は、公取委に対して完全かつ正確な情報を提供することを促進し、国際的なデュープロセスの基準に合致するためにも、公平性の問題として弁護士を事情聴取手続に立ち会わせるべきであることをここに引き続き謹んで申し述べる⁴⁷。この点、ICNの審査手続のガイダンス（ICN 調査手続ガイダンス）⁴⁸は、「審査の過程を通じて、当事者は自らが選定した代理人によって代理されることが許されなければならない」としている⁴⁹。

⁴³ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. at 389.

⁴⁴ 2014年コメント5頁。

⁴⁵ 報告概要6-7頁。

⁴⁶ たとえば *United States v. Osborn*, 561 F.2d 1334 (9th Cir.1977); *In re Bonanno*, 344 F.2d 830, 833 (2d Cir.1965)を参照されたい。

⁴⁷ 2016年コメント5頁。たとえば、弁護士は、事情聴取の間、自己負罪拒否特権のような供述者の権利を確保するように努める。

⁴⁸ ICN 調査手続ガイダンス

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf>にて閲覧可能。

⁴⁹ ICN 調査手続ガイダンス 6.2、アドバイザーパネルレポート 24頁参照。前掲 *Antitrust Section Best Practices* の n.35 (4-10頁)も合わせて参照されたい。

さらに、供述聴取手続においてメモを取ることを許すことが、どうして公取委の事実解明機能を些かなりとも損なうのかについては理解が困難である。むしろ、正確な記録は、事情聴取が適正に執り行われたことを確認する助けとなるべきであって、休憩中に記憶に頼って正確なメモをとることは非常に難しい⁵⁰。

(15) 制度全体でみた場合の体系的な検証

報告概要の最後の項目では、「現状の課徴金の法的性格を維持し、課徴金額の水準は依然として謙抑的に試算した不当利得相当額を基準としており、かつ、他法令の上乗せ水準を超えない」ことを理由として、損益計算書を基礎として課徴金に上限額を設けるシステムを拒絶している⁵¹。両部会としては、課徴金の水準が、現在の計算方法を基礎とした上限を実態として下回っていると言える限り、課徴金の上限を定めるための特別な方式を創設する必要性があまりないという点には同意する。

報告概要は、「公正取引委員会の専門的知見による判断に委ねる範囲は必要な範囲に限定され、また、その範囲についても、運用基準の策定・公表により透明性・予見可能性は確保される」とする⁵²。両部会は、研究会がガイドラインを肯定していることを評価し、それらのガイドラインは明確であるべきことをここに申し述べる⁵³。

報告概要は、課徴金の算定に当たって追加的な要素を考慮することはシステムのコストを増し、売上高に注目して計算を簡略化することはコストを削減すると述べる。加えて、協力の度合いにより課徴金が増減することによって現在のシステム下におけるよりも企業が協力により熱心になるのであれば、迅速かつ実効的なシステムの運営は妨げられない。しかしながら、両部会は、弁護士依頼者秘匿特権を含む審査の対象となる当事者のデュープロセスの権利をより広く認めることにより、迅速、効果的かつ公平なシステムの運用は、妨害されるのではなく、むしろ向上すると認識している。システムが企業に協力するインセンティブを与えると、その弁護士にも協力するインセンティブが与えられることになる。これら弁護士は、公取委が全面的な協力を受けることを確実にするのに最も適した立場にある。さらに、弁護士は企業の全面的な協力を妨げるのではないかと公取委が思料している状況においては、公取委に与えられた裁量権がかかる妨害をなくすことに寄与する。特定の個別事件において執行当局は弁護士が妨害のために行動しているのではないかと感じるかもしれないものの、調査されている企業を代理して弁護士が審査へ関与すること、及び弁護士依頼者秘匿特権が国際的な執行のコミュニティにおいて広く受容されていることは、企業側弁護士の役割が全体としてみれば真実発見プロセスの効率性や正確性を高めていることを如実に示している。加えて、デュー

⁵⁰ 実際には、事情聴取における供述が証拠として用いられる限り、デュープロセスに適合するためには、その使用における正確性を担保するため、供述は録音されるか、録取されるべきである。

⁵¹ 報告概要 7 頁。

⁵² 報告概要 7 頁。

⁵³ 本コメント 2-3 頁ほか、2016 年コメント 11 頁。

一プロセスの尊重は、競争当局への敬意を高め、潜在的な協力者が仮に協力した場合に公平に扱われることでより協力しやすくする効果をもたらす。

添付資料

- Joint Comments of the ABA Sections of Antitrust Law and International Law on the Summary of Issues Concerning the Modality of the Administrative Surcharge System of the Study Group on the Antimonopoly Act, August 31, 2016
- Joint Comments of the ABA Sections of Antitrust Law and International Law on Attorney-Client Privilege in Response to the Public Consultation Issued by the Cabinet Office of the Government of Japan, July 10, 2014
- Abbott B. Lipsky, Jr. and Randolph Tritell, "Best Practices for Antitrust Procedure: The Section of Antitrust Law Offers Its Model," Antitrust Source (December 2015)

Section of Antitrust Law
321 North Clark Street
Chicago, Illinois 60654-7598
William C. MacLeod, Chair

Section of International Law
1050 Connecticut Avenue, NW
Washington, DC 20036
Sara P. Sandford, Chair

**独占禁止法研究会が発表した「課徴金制度の在り方に関する論点制度」に関する
公正取引委員会に対するABA 国際法部会及び反トラスト法部会の共同コメント
2016年8月31日**

本コメントに示された見解は、全米法曹協会の国際法部会と反トラスト法部会の両部会のみを代表してなされるものである。このコメントは全米法曹協会の代議員会または全米法曹協会の理事会の承認を得ておらず、それ故、全米法曹協会の方針を代表するものではない。

全米法曹協会（以下、「ABA」という。）の国際法部会と反トラスト法部会（以下、併せて「両部会」という。）は、独占禁止法研究会（以下、「研究会」という。）によって公表され、公正取引委員会（以下、「公取委」という。）によって意見募集手続に付された「課徴金制度の在り方に関する論点整理」（以下、「論点整理」という。）について、本コメントを提出する¹。両部会は、本コメントが、日本の独占禁止法（以下、「独禁法」という。）における課徴金制度の改善に役立つことを期待して本コメントを提出している。本コメントは、両部会のメンバーが有する各国の独占禁止法及びその実務上の影響についての専門性及び実務経験を反映しているものである。特に、両部会のメンバーは、独占禁止法違反に係る金銭的制裁について見識を有している。両部会は、研究会又は公取委が適当と判断した場合、追加のコメントを提出したり、研究会の相談に応じたりする準備がある。

¹ 論点整理は2016年7月13日に意見募集手続に付されている。
http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2016/July/160713_2.html

エグゼクティブ・サマリー

両部会は、これまで、独禁法改正案²、課徴金減免規則案³や独占禁止法研究会が公表したレポート⁴などに対してコメントを提出してきている。両部会は、本コメントにおいて必要に応じて過去の提出物を参照している。加えて、論点整理が独禁法上の課徴金制度の再検討の初期段階であること及び時間的な制約があることから、本コメントは、論点整理に示された個別具体的な質問に回答するのではなく、論点整理において示されている5つの論点に対して、両部会の一般的なコメントを示すものである。

特に、両部会は、(1)適正手続保障が課徴金制度に組み込まれるべきであると提案し、(2)独禁法違反に対する課徴金に適用されるべき一般原則を論じ、(3)独禁法違反類型に応じた異なるアプローチを提案し、(4)課徴金減免制度と課徴金の関係について論じ、(5)公取委及び研究会が課徴金制度を再検討する上で有益となるであろう米国におけるリニエンシー及び制裁に関する経験やアプローチを記載している。特に、以下の点を論じている。

(1) 適正手続は、独禁法に係る当局判断の公平性、効率性及び正確性を促進し、競争法の目的を達成することに資するものである。両部会は、研究会に対して、効率的な法執行を促進する一方で、手続上の権利保障を与えることを要請する。両部会は、研究会に対して反トラスト部会による独禁法手続に係るベストプラクティス（以下、「SAL ベストプラクティス」という。）⁵及び、国際競争ネットワークによる審査手続に関するガイダンス（以下、「ICN ガイダンス」という。）⁶を紹介し、日本における独禁法執行制度の改正において、競争法執行体制において広く採用されてきているこれらのベストプラクティスに示された手続保障を、公取委による独禁法違反調査の対象となる当事者に対して確保することを要請する。両部会は、弁護士依頼者間秘匿特権及び公取委による事情聴取において弁護士を立会わせることが、公取委による調査の対象となる当事者の基本的防御権であるという立場を再度述べる。両部会は、当事者に対して、当局調査におけるすべての証拠（当事者の違反行為への不関与を立証するための証拠を含む）を閲覧・謄写する機会を与えるよう要請する。

² 2008年3月 ABA 国際法部会及び反トラスト法部会による日本の独占禁止法改正案に対するコメント（以下「2008年コメント」という。）

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_japan.authcheckdam.pdf

³ 2005年2月公取委による改正独占禁止法を施行するための課徴金減免規則案に対する ABA 国際法部会及び反トラスト法部会による共同コメント

<http://meetings.abanet.org/webupload/commupload/IC722000/relatedresources/commentsJFTC.pdf>

⁴ 2004年1月30日独占禁止法研究会レポートに対する ABA 国際法部会、知的財産法部会及び反トラスト法部会による共同コメント <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2004/02-04/abajftcessentialfacilitiesfinal.pdf>

⁵ Abbott B. Lipsky, Jr. and Randolph Tritell, “Best Practices for Antitrust Procedure: The Section of Antitrust Law Offers Its Model,” *Antitrust Source* (December 2015) (“Lipsky & Tritell”) 4-10 頁; http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec15_lipsky_tritell_12_11f.authcheckdam.pdf. にて閲覧可能

⁶ ICN、Guidance on Investigative Process, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf>. にて閲覧可能

(2) 競争法違反に係る金銭的制裁金（日本における行政課徴金及び刑事罰金、米国における罰金）は、違反行為を罰し、将来の違反行為を抑止するものであるべきである。しかしながら、課徴金算定における原則は、競争への悪影響を抑止することであり、経済学的方法論に基づいて行われるべきであり競争への影響と直接のかわりがない方法は避けるべきであるが、カルテル執行においては、競争への影響を図る指標に基づく算定方法が有益と思われる。

(3) 両部会は、課徴金制度の改正において、公取委がカルテルに関する独禁法違反に対してのみ課徴金を課すべきであるとすることを要請する。独禁法がカバーする違反行為類型が幅広いことを踏まえ、課徴金制度において、ハードコアカルテル行為とその他すべての独禁法違反行為、特にカルテルと垂直制限行為や優越的地位濫用行為、を明確に区別すべきである。例えば優越的地位の濫用などの行為類型によっては、課徴金を課すこと自体が不適切であり、排除措置命令など他の措置がより適切な場合もある。

(4) 両部会は、調査に対する協力の度合いに応じて課徴金額を調整し、会社が減免を受けられるか否かを決定し、そして課徴金の減額率を決定する権限を公取委に対して与える方向で独禁法を改正することを支持する。公取委に対して事案に応じて独禁法違反調査に協力したことを報いるための裁量を与えることによって、現在の日本のシステムよりも、公取委による調査がより早期に終結し、会社もより早期かつ効率的に当局調査と決別することができる。カルテル事件における課徴金とリニエンス制度との関係については、課徴金と罰金による重複カウントやリニエンスと課徴金の減額による重複減額を行うべきではない。まず基礎となる適切な制裁としての課徴金の金額の算定方法を構築し、次に、課徴金減免制度に基づく基礎金額からの減額についての原則を確立することが最適な手順といえる。両部会は、課徴金の減額を正当化するための協力の度合いについての明確なガイドラインを策定することを推奨する。この制度では、あらかじめ決まった範囲でのみ減額を与える裁量権限を公取委に与えるべきである。

(5) 両部会は、研究会による検討の一助となるべく、米国におけるカルテルに対する罰金の算定方法についての経験を研究会に対して共有する。本コメントの別添において、米国におけるカルテル執行と刑罰システムの詳細を記載している。米国では、「影響を受けた通商」量に基づいて罰金を決定している。カルテルの影響を受けた売上高に基づき基礎課徴金を算定することは、比例原則や効率的な違反抑止という最適な制裁を決定する上での重要な目的に資する。反競争的行為と関係のない要素に基づいて課徴金を計算する方法では、比例原則を達成することが難しくなり、過度又は不十分は抑止力になる可能性がある。

1. 適正手続

正確、効率的かつ公平な手続は、執行活動を強化する。例えば、当事者が、当該事案の事実及び証拠関係、法適用についての見解を提出することを許すことによって、当局はより十分な情報に基づく決定を出すことができ、当局決定が正当性を有することになる。これらの手続上のセーフガードは、当局の「実態解明機能」を害

することにはならず、当事者が提示した視点を当局が検討する（そして、当該見解を採用するか棄却する）ことによってその能力を高めることにつながる。

ここ数十年の間で、世界における競争法執行体制において、競争法の手続的な側面におけるベストプラクティスが収斂しつつある。両部会は、研究会に対して、SAL ベストプラクティス及び ICN ガイダンスを紹介したい。ICN ガイダンスは、当局による調査段階の手続に焦点を置いており、SAL ベストプラクティスは独禁法事件のすべての段階（当局調査、違反行為の認定、違反行為に対する当事者による争いの評価、第一次決定及び控訴手続）をカバーするものである。SAL ベストプラクティスは、様々な国・地域のシステム（対審的又は糾問的手続、コモンロー又は大陸法系、司法的又は行政的手続）に広く適用できるように策定されている⁷。両部会は、日本における独禁法執行制度の改正において、競争法執行体制において広く採用されてきているベストプラクティス（SAL ベストプラクティス及び ICN ガイダンス）に示された手続保障を、公取委による独禁法違反調査の対象となるすべての当事者に対して確保することを要請する。

SAL ベストプラクティスにおいて示された主要な要素としては、(1)当局調査の対象となる者に対して、すべての証拠を開示し、法的及び経済的理論を明確に説明すること⁸、(2)当事者及びその弁護士に対して、事実、理論及び証拠に関する見解を提示する機会を与え⁹、当局による証拠や議論に対して反論する機会を与えること¹⁰、(3)当局の決定が、有罪及び無罪を示す証拠をバランスよく検討し、十分に検証したものであること¹¹、(4)手続の不必要な遅延を防ぐための効率的なシステムを構築すること¹²、などが含まれる。

公取委に対して課徴金額の設定についての裁量を与えることは、日本の独禁法システムにとって重大な変化であるといえる。このような追加の裁量には追加の責任が伴う。独禁法に基づく決定の公平性、効率性及び正確性を促進する適正手続保障は、一般的に競争法上目的の達成に資するものである。公取委に対して課徴金額についての裁量を与えるシステムが成功するかは、公取委が、一貫し、予見可能性があり、透明性のある決定を行えるか否かにかかっている。研究会はこの重要な事実を認識しており、論点整理において、新たな課徴金制度下の適正手続に関するコメントを求めている¹³。両部会は、効率的な法執行は、十分な手続上の権利保障がなされる場合に限って達成されるということを提言したい。研究会が例示した弁護士依頼者間秘匿特権や公取委の事情聴取における弁護士の同席などの論点に加え、両部会は、研究会に対して、当局調査の対象となっている当事者に対して、当局調査におけるすべての証拠（当事者の違反行為への不関与を立証するための証拠を含む）を閲覧・謄写する機会を与え、当事者が自己の防御権を確実に行使することができ、すべての事実が検討される機会を与えることを要請する。さらに、裁量型課徴金シ

⁷ Lipsky & Tritell 3 頁

⁸ SAL ベストプラクティス Part I.E、I.G、II.A、IV.B.

⁹ 同上 Part I.G、II.A、III.D.

¹⁰ 同上 Part III.E.

¹¹ 同上 Part I.D、II.A.

¹² 同上 Part VI. C.

¹³ 論点整理第 3.5

システムは当事者に対して調査に協力するインセンティブを与えるものであるところ、適正手続保障は、公取委をありうる過度な調査協力による弊害から保護し、協力のインセンティブの恩恵を最大限得ることを可能にする。課徴金額についての裁量と手続的公平性の保障は、最終的に公取委がその使命を達成し、公取委による審査と判断が国際的に正当性を認められるために資するといえる。

A. 弁護士依頼者間秘匿特権及び供述録取における弁護士の同席

論点整理において、弁護士秘匿特権や公取委による取調べにおける弁護士の立会権について「諸外国の制度との整合性にも留意すべきではないか」という質問が出されている。両部会は、公取委による調査の対象となる当事者の基本的防御権として、弁護士依頼者間秘匿特権及び公取委による取調べにおいて弁護士を立会わせる権利を与えるべきであるという立場を再度述べる。弁護士依頼者間秘匿特権を認めることは、(i) 弁護士と依頼者間の関係の醸成、(ii) 依頼者の率直さの促進、(iii) 任意の法令順遵守の醸成、(iv) 法制度における効率の促進、及び(v) 弁護士の効果的な保護を受ける権利の強化を通じて、日本の独禁法執行制度における法の支配に貢献するものと考えている¹⁴。

弁護士依頼者間秘匿特権は、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。）において、公取委の調査に対して自主的に協力するインセンティブが当事者にはない現行制度下では「実態解明機能を阻害するおそれがあるとの懸念を払拭するには至らなかった」として、2014年にその導入が見送られた¹⁵。しかしながら、公取委の調査に協力するインセンティブを創出する裁量型課徴金制度の導入により、政府職員と調査対象を代理する弁護士との間の関係が根本的に変わることになる。両部会は、すべての公取委の独禁法違反調査において弁護士依頼者間秘匿特権を認識するよう推奨するとともに、裁量型課徴金制度の下においては、公取委は完全かつ自主的な協力が行われるインセンティブが不十分であるとの懸念をもちや持つことはないということを明記しておきたい。

取調べにおける弁護士の立会権について、ICNガイダンスでは、「当事者は、当局調査において、自己が選択した弁護士に代理される権利を有するべきである」としている¹⁶。2014年、懇談会は、「実態解明の実効性を損なわない措置を検討する中で、今後、その必要性を含め[弁護士の事情聴取への立会いの]導入の可否を検討していくことが適当である」とした¹⁷。裁量型課徴金制度が当事者に対して当局調査への協力の追加のインセンティブを与え、同時に当事者やその弁護士が公取委の実態解明機能を損なうような行為を慎むインセンティブを与えることから、両部会は、特に上記のような課徴金システムを導入した際に、公取委による供述録取において当事者の弁護士が立会うことを認めるよう要請する。

¹⁴ 日本政府の内閣府のパブリックコメントの求めに応じて行う弁護士依頼者間秘匿特権に関する ABA の国際反トラスト法部会の共同コメント

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_20140711.authcheckdam.pdf にて閲覧可能

¹⁵ 独占禁止法審査手続についての懇談会報告書（懇談会報告書） 13、17 頁

¹⁶ ICN ガイダンス 6.2

¹⁷ 懇談会報告書 18 頁

II. 競争法事案における課徴金の利用についての一般原則

競争法違反行為に対する金銭的制裁は、違法行為を制裁するため及び将来の違反を抑止するためのものである。課徴金ないし罰金は、違反行為による利益を少なくすることにより、その抑止に資する。違反行為によって得られる期待利益よりも期待制裁額のほうが大きいと企業が確信できなければならない。しかし、効率的な抑止は、同様に重要な原則である比例原則による制約を受けなければならない。課徴金は、違反行為及びそれが引き起こした競争への悪影響の度合いに比例すべきである。また、競争促進的ないし競争中立的な行為を抑止したり、有害な行為の抑止が十分でない状態を避けなければならない¹⁸。

一般的に、法執行システムは、違反者に対してその違反行為が社会に対して引き起こすコストを自己で負担し¹⁹、同時に、政策実施に係る社会コストを最小限にするようなレベルに制裁を設定すべきである²⁰。これらのコストには、システムの実施に付随する偽判定 (false positive) や判定漏れ (false negative) に係るコストも含まれる²¹。この目的を達成するため、最適な制裁のレベルは、違反行為による社会的コストを違反行為者が十全に考慮できるよう定めなければならない²²。そのような状況を達成するためには、最適な制裁レベルは、(1) 社会的コストの最大水準と (2) 違反行為者の違反行為が発見され、処分される可能性の双方を考慮に入れなければならない²³。このことはすなわち、違反行為の抑止効果の最適化のためには、ペナルティは、違反行為による期待収益をゼロ又はそれ未満にすることで、違反行為者の利益を破壊するのに十分なものでなければならず、そうするためには、違反行為

¹⁸ Organisation for Economic Cooperation and Development, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases (2006) (OECD レポート) 22-23 頁 <http://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf> にて閲覧可能

¹⁹ Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. POL. ECON. 169 (1968) (“Becker”); William M. Landes, Optimal Sanctions for Antitrust Violations, 50 U. CHI. L. REV. 652 (1983) (“Landes”); Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, Antitrust Sanctions, 6 COMPETITION POL’Y INT’L 3, 3 (2010) (“Ginsburg & Wright”); Bruce H. Kobayashi, Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Antitrust Laws Against Corporations, 69 GEO. WASH. L. REV. 715 (2001).

²⁰ Frank H. Easterbrook, The Limits of Antitrust, 63 TEX. L. REV. 1, 15 (1984); James C. Cooper et al., Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference, 23 INT’L J. INDUS. ORG. 639, 658 (2005); Joshua D. Wright, Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, 78 ANTITRUST L.J. 241 (2012)

²¹ 独禁法学者は、どの独禁法ルールが競争を最も促進し、消費者厚生を保護するかを決定するために当該枠組みを用いてきている。例えば：C. Frederick Beckner, III & Steven C. Salop, Decision Theory and Antitrust Rules, 67 ANTITRUST L.J. 41 (1999); James C. Cooper et al., 前掲注 20; David S. Evans & A. Jorge Padilla, Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach, 72 U. CHI. L. REV. 73, 98 (2005); Keith N. Hylton & Michael Salinger, Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach, 69 ANTITRUST L.J. 469 (2001); Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright, Innovation and the Limits of Antitrust, 6 J. COMPETITION L. & ECON. 153 (2010)

²² Becker; Landes; George J. Stigler, “The Optimum Enforcement of Laws”, 78 *Journal of Political Economy* 526 (1970), John M. Connor and Robert H. Lande, “Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines” in 3 *Issues in Competition Law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law 2008)

²³ ここでいう制裁は刑事罰金、行政的課徴金の形態をとるほか、民事の損害賠償という形態もあり得る。

が検知されない可能性及び適切に訴追される可能性を十全に考慮に入れなければならないということである²⁴。

競争法違反類型の中には、他の行為類型よりも発見が容易なものもある。例えば、支配的地位にある企業による反競争的な行為に該当する可能性のある公然の行為はカルテル行為に比べて発見が容易である。カルテルは発見が容易ではなく、訴追されないこともあることから、十分な抑止を達成するための制裁レベルは、訴追されない可能性を考慮に入れた期待利益よりも高くなければならず、それによって、カルテル行為が利益を生む結果を出さないようにする必要がある。

不完全性を有する世界では、市場参加者は、その行為が引き起こす社会コストを自己負担し、カルテルの場合、カルテルによって得られる利益が、当該企業がカルテルに加担しようとする時点での期待制裁額よりも低いか、同等となるように定められた制裁のリスクを負うようにしなければならない。期待制裁は、制裁額総額に、発見そして制裁される確率を掛け合わせた額である。制裁を受ける確率には、私的及び公的な執行活動を含む。仮にすべての違反行為が当事者適格を有する私人又は公的な執行機関によって発見され、当該行為による社会コストと同額レベルの制裁金が課されるのであれば、それ以上の制裁は違反行為抑止のために不必要である。しかしながら、仮に発見の確率が100%よりも低い場合には、将来の違反行為抑止のため、違反による社会コスト額を超えた制裁が必要となる可能性がある²⁵。

実務上、最適なレベルの制裁額を算定することは非常に難しい。これは、特定の状況次第で反競争的か競争促進的になるかが決まる行為類型に特に当てはまる²⁶。そのようなケースでは、競争促進的又は競争にとって中立的な行為や行為時には有害であり違反であることが明確でなかった行為を将来的に抑止してしまわないように制裁金を課すよう注意しなければならない。

支配的地位の濫用事案に対して金銭的制裁を課すことの困難さについて経済協力開発機構（OECD）が出した評価が参考になる。

どのような方法によるかを問わず、関係する変数を観察し、数値化することは非常に難しいことから、実務上、最適化が可能となることは考えづらい。当該単独行為が反競争的か競争促進的かを決定すること自体が非常に難しいことから、支配的地位の濫用事案ではこれが特に問題となる。また、

²⁴ たとえば、Ginsburg & Wright を参照されたい。

²⁵ Comment of the Global Antitrust Institute, George Mason University School of Law, on the Japan Fair Trade Commission's Consultation on the Administrative Surcharge System 参照。 http://gai.gmu.edu/wp-content/uploads/2016/07/GAI_Comment-on-the-Administrative-Surcharge-System_Summary-of-Issues_8-6-16_FINAL-1.pdfにて閲覧可能。

²⁶ 例えば、経済学者は、単独行為及び垂直制限行為が頻繁に競争促進的となると理解してきている。James C. Cooper et al., 前掲注 20; Francine Lafontaine & Margaret Slade, Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy, in HANDBOOK OF ANTITRUST ECONOMICS 391, 409 (Paolo Buccirossi ed., 2008); Daniel O'Brien, The Antitrust Treatment of Vertical Restraint: Beyond the Possibility Theorems, in THE PROS AND CONS OF VERTICAL RESTRAINTS 40, 76 (2008).

競争への影響を数値化することも、この問題を複雑化する重大な一因となっている²⁷。

競争への悪影響を数値化し、最適な制裁額を設定することが難しいという問題は、すべての競争法違反類型（市場支配的地位の濫用事案、その他の不公正な取引方法事案及びハードコアカルテル）に当てはまる。したがって、課徴金の一般原則上、競争への悪影響を抑止するものであり、経済分析に基づき算定されるべきであり、競争への悪影響と直接関係しない方法は避けるべきであるが、競争への悪影響を示す指標を使った算定方法が有益であると思われる。

III. 課徴金の適切な使用方法

米国では、刑事罰金はハードコアカルテルに対してのみ課せられる。米国連邦裁判所における罰金算定の枠組みを定めた米国量刑ガイドライン（以下、「量刑ガイドライン」という。）では、その理由を以下のとおり説明している。

水平的カルテル（入札談合を含む）や市場分割など、競争事業者間の競争制限的合意は経済に対して深刻な悪影響を及ぼすことは共通認識となりつつある。しかしながら、ほとんど訴追されず未解決の法律問題を含むようなその他の独禁法違反類型の影響についてのコンセンサスは得られていない。その結果、取引を制限するような水平的合意のみを取り扱うガイドラインのみが制定されている。

本セクションで記載されている競争事業者間の行為はほぼ常に隠された共謀行為であり、供給量を制限し、価格を上げること以外の目的を有さず、明らかに競争制限的で当然違法、すなわち実際の競争効果についての個別検討を要さない行為、と認識されてきたのである²⁸。

量刑ガイドラインにおける刑事訴追の対象となる競争法違反類型は、OECD及びICNにおいて採用されているハードコアカルテルの定義と一致する²⁹。

ハードコアカルテル違反は、単独行為や不公正な取引方法違反を含む他の違反行為類型と根本的に異なるものである。OECDが認識しているように、「カルテルのような特定の違反は、有害でありそれを打ち消す可能性のある効果がないのであって、過剰抑止は問題とならない」³⁰。しかし、カルテル以外の違反についてこれは当てはまらない。カルテル行為とは違い、他の違反類型がもたらす競争への影響を

²⁷ OECD レポート 41 頁

²⁸ 量刑ガイドライン、§2R1.1 (Background) (2015)、<http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-2-1-x#NaN>。にて閲覧可能

²⁹ OECD、Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels、OECD Document No. C(98)35/Final (May 14, 1998) (OECD 推奨)、2(a)、

<http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> にて閲覧可能; ICN、Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes、Defining Hard Core Cartel Conduct、Effective Institutions、Effective Penalties、(June 2005) (ICN ハードコアカルテル定義) 12 頁、

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>。にて閲覧可能

³⁰ OECD レポート 23 頁

分析することには困難が伴う。それらの行為は、限られた状況下においてのみ競争への悪影響を発生させ、頻繁に無害であったり、競争促進的であったり、見返りとなる効率性を発生させたりする。それらの行為が無害であったり競争促進的である場合には、当該行為は社会的・経済的便益を生み出しうる。それらの行為に対する制裁が最適なレベルを超えてしまうと、制裁はそれらの無害ないし競争促進的な行為を萎縮させ、ひいては相当の社会的コストとなってしまふ。しがたって、カルテル以外の潜在的違反行為に関しては、過剰執行は深刻な懸念である。これに対して、カルテルは一般的に、實際上、社会的便益を決して創出せず、社会的に純損失を生み出すものと認識されている。したがって、過剰執行は、カルテル以外の潜在的違反行為と比較すれば、カルテルとの関係ではそれほどの懸念ではない³¹。さらに、カルテルはその性質上密室で行われ、それゆえに発見が難しく、市場支配的地位の濫用のように行為の存在が明らかであり発見が容易な他の違反行為類型とは異なる。米国では、刑事制裁ではなく、不正利益の没収（disgorgement）と三倍賠償を請求可能な私訴が、ハードコアカルテル以外の反競争的行為を抑止する役割を担っている。

両部会は、これらの要素を踏まえ、研究会が、ハードコアカルテルに採用されている課徴金制度が他の違反行為類型との関係で適切であるかを検討すべきであると提案する。両部会は、私的独占及び不公正な取引方法に対する違反是正措置が競争上中立的な行為や競争促進的な行為を抑止してしまうことを避けるために十分注意を払わなければならないと考える³²。ハードコアカルテル以外の独禁法違反については、もし課徴金を課すのであれば、特に相当の注意を持って課されなければならないと考える。また、両部会は、ハードコアカルテル以外に課徴金が課される場合、競争に与えた影響の詳細な分析に基づいて課されるべきであり、当該違反行為が実際に競争に与えた影響を数値化したものを基礎とするよう推奨する。両部会は、公取委が実際の過剰請求額（overcharge）を数値化することは困難なものになるだろうと認識しているが、この方法が、競争促進的な行為を抑止することを防ぐために最も効率的なアプローチであると考えられる。

したがって、論点整理において提起されている、新しい課徴金制度において課徴金算定時に行為類型の違いを考慮すべきかという質問³³に対して、両部会は、改正後の課徴金制度上、明確に、公取委は基本的にカルテル違反についてのみ課徴金を課すべきであると規定することを求める³⁴。両部会は、独禁法が規定する行為類型の範囲（カルテルから垂直制限、優越的地位の濫用まで）を踏まえ、課徴金制度が

³¹ 例えば、Gregory J. Werden, “Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime”, *European Competition Law Journal* (March 2009)を参照。

³² 2008年コメントにおいて、両部会は、単独行為違反被疑事案に対する米国の執行制度を説明し、公取委が「私的独占行為を排除措置命令の賦課によって解決することが、これらの行為をすでに効率的に抑止しているか否かを検討すること」を推奨した。さらに、両部会は、公取委が単独行為に対する課徴金を導入するのであれば、「市場においてアグレッシブであるが競争促進的な行為を過度に抑止することを避ける」システムを導入すべきであると提案した（2008年コメント2-3頁）。「優越的地位の濫用」について、両部会は、「優越的地位の濫用を正確に認定することは難しく」、「課徴金のリスクを追加することにより、意図せず、消費者を利するような競争促進的な取引が抑止される可能性がある」とコメントした（同5頁）。

³³ 例えば、論点整理第3.2「行為類型による相違」

³⁴ 違反行為から得られた不当利得に等しい制裁が適切である独禁法上のカルテル以外の深刻な違反というものはあり得るが、両部会は、そのような場面はまれであると確信する。

カルテルとその他の違反行為を明確に区別すべきであると考え。中には、優越的地位の濫用や不公正な取引方法のほとんどの類型など、課徴金を賦課すること自体が不適切であり、排除措置などの他の違反是正措置がより適切である場合もある。ひとつの政策（課徴金）がすべてのケースに当てはまるわけではないのである。

IV. 課徴金とリニエンシーについて

論点整理では、課徴金減免制度と裁量型課徴金制度が共存するカルテル執行システムにおいてどのような要素を考慮すべきについての質問がなされている。これらの質問では、公取委に対して、調査における協力の度合いに応じて課徴金を調整し、当該企業が課徴金の減免を受ける資格があるかを判断し、減額率を決定する権限を与えることの是非が問われている³⁵。両部会は、日本における独禁法執行のアプローチを根本的に変更する当該修正を支持する。カルテル執行における課徴金減免制度と課徴金制度の関係においては、罰金と課徴金が基礎とする売上高の重複考慮や、リニエンシーによる罰金の減額と課徴金の減算による重複減額を避けるべきである。これについては、まず最初に適切な基礎課徴金額を算定する方法を確立し、その後、当該基礎課徴金額からの減額についての原則を策定する手順が最適であろう。

日本の課徴金減免制度は、公取委に対して、企業の協力の度合いに基づいて課徴金減額を調整する裁量を与えていない点で、米国及びヨーロッパとは異っている³⁶。両部会は、現在の日本における強制的及び画一的に課徴金を賦課する制度では、公取委が課徴金賦課に関していかなる裁量を行使することも禁止されていると理解している³⁷。公取委は、カルテル行為にのみ適用される課徴金減免制度の適用以外では、当局調査に協力した企業に対して課される制裁を緩和する権限を有さない。このように、企業は、課徴金減免制度以外で（したがってカルテル以外の違反行為における調査において）公取委の調査に協力するインセンティブを有さないことから、そうしないことが通常である。通常、公取委と課徴金減免制度に基づく減額を受けることができない調査対象会社との間の関係は敵対的なものになる。公取委に対して課徴金額についての裁量権を与えることにより、この関係が大きく変わる。これにより、政府当局に対して協力しようと考えている企業は、協力によって制裁の減

³⁵ 論点整理第 3.1(4)

³⁶ 刑事罰金の完全な免除を認める米国におけるリニエンシー政策は、「一番目の協力者」にのみ適用される。これに対して、EUにおいては、リニエンシーは多数の申請者に対して認められ、段階ごとに適用される。しかしながら、司法取引制度によって、米国においてもEUと同様の段階ごとのシステムと同じ結果を達成している。司法取引合意を締結した企業は、捜査協力の価値（通常はタイミングによって決まる）によって算定された罰金額の減額を受けることができる。したがって、本コメントでは、米国における「リニエンシー」を、実務的な観点から、第1番目の公式なりニエンシー申請者のみならず、協力と引き換えに罰金減額を受けることができるすべての企業を含めて論じている。

³⁷ 両部会は、日本では、公取委による調査開始前の最初のリニエンシー申請者は課徴金を免除（100%減額）され、2番目は50%減額、3-5番目は30%の減額を受けると理解している。また、公取委による調査開始後では、最初の3社までが30%の減額を受けられる。JFTC、ICN Anti-cartel Enforcement Template、Section G、

http://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/cartels_bidriggings/anti_cartel.html。にて閲覧可能

額と調査の早期終了という報奨を得るためにそうする可能性がある³⁸。公取委に対して事案に応じて独禁法違反調査に協力したことを報いるための裁量を与えることによって、現在の日本のシステムよりも、公取委による調査がより早期に終結し、会社もより早期かつ効率的に当局調査と決別することができる。

調査当局が協力のインセンティブを創出し、協力に報いることの利点は広く認識されている³⁹。多くの執行当局は、企業が競争法違反を報告し、調査協力することを促すためのインセンティブを与える仕組みを採用している。これらのインセンティブは、金銭的制裁の段階的な減額という形で現れる。典型的には、当該当局のプログラム上の要件を一番最初に満たした企業（アメリカでは「リニエンシー申請者」、ヨーロッパでは「免除」受領者と呼ばれる）は、金銭的制裁の100%減額を受ける。その後協力をした企業は、その金銭的制裁から段階的な減額を得ることができる。これについては各国において制度が異なっている。例えば、EUにおいては、免除受領者の次に最初に減額を得る立場を得た企業（実質的には2番目に協力をした会社）は、30-50%の減額を得られ、2番目は20-30%、その後の企業は20%までの減額を得ることができる⁴⁰。米国では、各被告との間の司法取引の交渉という文脈で行われ、最終的には裁判所による許可が必要であることから、協力に応じて与える減額についての透明性は低い。それにもかかわらず、米国司法省反トラスト局（以下、「司法省」という。）は、これまで、2番目（リニエンシー申請者の後）に協力をして司法取引に応じた会社に対して、量刑ガイドライン上の罰金額範囲の下限から30-35%の減額を与えてきている。捜査の後段階になって司法取引に応じて協力した会社は、司法省より、段階的に低くなる率の減額を受ける⁴¹。

両部会は、どのようなレベルの協力が課徴金減額を正当化するかについての明確なガイドラインを策定することを推奨する。協力の程度を評価する際に特に重要な二つの基準として、当事者による協力の適時性と調査に与える価値がある。適時性は分かりやすい基準であり、早期の協力はより価値が高く、後に行われた同等の協力より大きな減額幅で報いられるべきである。

³⁸ 実際、環太平洋パートナーシップ協定では、公取委がカルテル以外の違反行為類型について「確約手続」を採用し、調査対象となっている会社に対して調査に協力し、是正措置を提案することにより、正式な違反行為の認定を避けるインセンティブを与えるよう求められている。

³⁹ OECD、Policy Roundtables - Plea Bargaining (2006) 236 頁、<https://www.oecd.org/competition/cartels/40080239.pdf> にて閲覧可能（ランドテーブルの議長は、「和解手続が、事案をより早期に解決し、違反行為認定のために協力をを用いるという観点から執行活動の効率性を高めるという点について意見が一致している」として議論を締めくくった。); ICN、Cartel Settlements (Apr. 2008) (“ICN カルテル和解”) 23 頁

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf> にて閲覧可能（「政府側が推奨することに合意する制裁金の減額の実質的な額や服役期間の減少幅は、和解当事者が提供する協力の適時性及び質に関連している。これによって、和解をするインセンティブを創出するのみならず、当事者が提供する質を確保することにつながる。加えて、協力要件を課すことによって、和解当事者がフリーライドを得ているのではないかという世間の懸念に対する回答となる。」）

⁴⁰ Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases、2006 O.J. E.U. C 298/11、[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208(04)&from=EN) にて閲覧可能

⁴¹ Scott D. Hammond、Deputy Ass't Att'y Gen.、Antitrust Div.、Presented at American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting、Measuring the Value of Second-in Cooperation in Corporate Plea Negotiations (March 2006)、www.justice.gov/atr/public/speeches/215514.html にて閲覧可能

両部会は、特定の減額率についていかなる立場もとらない。それぞれの執行体制下において、異なるレベルの減額率でプログラムを成功裏に実施してきている。しかし、両部会は、研究会が、公取委に対して定められた範囲の中で減額を与える裁量を有するシステムを検討するよう推奨する。例えば、免除を得た会社の次に最初に協力した会社については、公取委の裁量により、40%-50%の減額を与えることができる、といったシステムである。

調査に与える価値を評価するためには、協力を開始した時期で会社をランク付けするよりも実質的な判断が必要となる。この判断を行う際、執行当局は、協力の質を評価する際と同様の基準を設定してきている。典型的な協力には、すべての文書証拠を提出すること、当該会社の職員を当局取調べ及び法的手続に協力させること、和解の範囲に含まれる元従業員を取調べ又は証言に協力させるために「最善の努力」をすることなどが含まれる。協力はまた、正直、完全、そして信用性があるものでなければならない。そして、協力によって調査が進行しなければならない。ヨーロッパでは、「委員会が当該カルテルを立証する能力を本質的に及び/又は詳細において強化する」ような「重大な付加価値」を与える必要があるとされている。

また、協力は、調査が終了するまでの間継続しなければならない⁴²。ICNが述べてきているように、「より効果的になるため、和解に含まれる協力義務は、継続した義務であり、政府側は、制裁が課された後であっても、協力義務の履行が行われなかった場合に和解を無効にすることが可能となるべきである」⁴³。米国では、カルテル事案において協力によって罰金減額を受ける会社は、捜査が係属している間継続して協力する必要がある。

両部会は、公取委が通常与えられた減額の範囲を超えて課徴金を減額する権限を与えられ、会社側の非常に優れた協力行為に報いることを可能にするべきか否かを研究会が検討する価値があると考えている。そのようなアプローチでは、仮に免除を受ける申請者の次に協力した会社が通常50%の減額を受ける資格がある場合、公取委が、当事者の例外的に質の高い協力に対して、追加で10%まで（60%まで）減額をすることができる権限を与えられる。このシステムでは、当事者が主体的に多大な協力を当局に対して提供する追加のインセンティブが与えられる。仮に研究会がこのようなシステムの導入を検討するのであれば、両部会は、どのような場合に「非常に優れた協力」と認められるかについて明確にガイドラインで特定することを推奨する。例えば、課徴金減免申請者が、公取委が認識していなかったカルテル行為についての証拠を提出した場合や、調査対象となっているカルテルの対象期間や地理的範囲を拡大する証拠を提出した場合などが含まれ得る。通常範囲を超えた課徴金減額が認められる状況についての明確なガイダンスが規定されることが特に重要である。

特にカルテル事案において課徴金額の減額を決定する基礎となり得る他の基準として、当該会社が信用ある効果的なコンプライアンスプログラムを有しているか否

⁴² 研究会は、課徴金減免制度の申請者が調査の全段階において協力をする義務を負うべきかについても質問している。論点整理第 3.1(4)ウ(エ)

⁴³ ICN カルテル和解 23 頁

かが挙げられる。コンプライアンスプログラムは、それが合理的に設計され、実施され、執行されていることを示すことができた場合、信用ある効果的なプログラムとして考慮されるべきである。

さらに、研究会は、論点整理において、現状の罰則を超えて調査妨害に対する効果的な罰則の必要性があるかについてコメントを求めている⁴⁴。両部会は、公取委が現状の罰則を超えて調査対象会社に対して調査妨害で制裁する権限を与えられることについて、追加の制裁が課される状況についての明確なガイドラインが存在し、司法審査が利用可能であるのであれば、これを支持する。調査妨害には、調査を妨害する積極的な行為（例えば、文書証拠を破棄したり、隠したり、提出を控えたりした場合、及び証人に虚偽の証言をするよう仕向ける行為）も含まれるべきである。

V. 適切な課徴金額の算定

カルテルに対する適切な課徴金額の算定について、両部会は、検討にとって有益であると思われる米国における経験を共有する⁴⁵。量刑ガイドラインにおいて、ほとんどすべてのカルテル事案における罰金は、以下の方法を用いて算定される。まず、「基礎罰金」として、「違反行為によって影響を受けた商品又は役務のうち…個々の共謀参加者に帰属する通商量」の20%を算定する⁴⁶。この数字は、違反が行われた組織の規模、組織においてハイレベルの役職員が違反行為に参加し、違反行為を見逃したり、見て見ぬ振りをしたか否か、当該組織が過去に違反行為を行ったか否か、当該組織が捜査を妨害したか否か、などの要素に基づいて決定される有責性スコアによって調整される⁴⁷。有責性スコアは、基礎罰金額に適用される掛け率の最大-最小に置き換えられる⁴⁸。例えば、基礎罰金額が1000万ドルであり、有責性スコアが6の場合、最小・最大の掛け率がそれぞれ1.2と2.4となり、罰金額の範囲が1200万ドル（1000万ドル×1.2）から2400万ドル（1000万ドル×2.4）となる。

論点整理では、違法行為の対象となった商品又は役務の売上高を基礎として課徴金を算定する日本のシステムを変更すべきであるかという点についての質問がある⁴⁹。米国は、罰金のレベルを「影響を受けた通商」の量を基礎として決定している。当該用語の正確な意味について米国の裁判所における意見の一致があるわけではなく⁵⁰、反トラスト部会は、最近になって、米国量刑委員会に対して、より正確

⁴⁴ 論点整理第 4.4

⁴⁵ 本コメントの別添において、両部会は、米国におけるカルテル執行及び罰金体制について詳細に説明している。「アムネ스티プラス」「2番目の協力者」支払能力、繰返違反、違反者の規模、コンプライアンスプログラム、ハイレベル従業員の役割、違反者の役割などの要素についての量刑ガイドラインの考え方などの米国制度が、研究会による日本のシステムの検討において一助となるかもしれない。

⁴⁶ 量刑ガイドライン§2R1.1

⁴⁷ 同§8C2.5

⁴⁸ 同§8C2.6

⁴⁹ 論点整理第 3.1(1)ア

⁵⁰ *United States v. Hayter Oil Co.*, 51 F.3d 1265, 1273 (6th Cir. 1995)（影響を受けた通商には、個別の売上が目的価格によってなされたか否かに関係なく「共謀が行われた期間におけるすべての売上高」が含まれるという推定を許容した）*United States v. SKW Metals & Alloys, Inc.*, 195 F.3d 83, 91 (2d Cir. 1999)（「違法な合意が効力を有さず、価格への影響を及ぼしていない期間」の売上は除かれるべ

な「影響を受けた通商量」の定義が必要かについて検討するよう求め、「影響を受けた通商量」は一般的に米国外の通商量を除外すべきであると提案した⁵¹。米国では、捜査の対象となっている企業は、定期的に、執行担当官との間で、どの通商量が基礎罰金額に算入されるかについての詳細な交渉を行っている。

「影響を受けた通商」という用語が不正確であるにもかかわらず、課徴金額をカルテルが影響を与えた売上高を基礎とするアプローチは、最適な制裁額を決定する際の重要な目的である比例原則及び効率的な抑止力の達成に資するものである⁵²。違反行為の経済的な効果に焦点を置くことにより、課徴金額が、市場への参加者が被った競争への悪影響及びカルテル行為者が得た不当利得の額に対応して計算されることになる。カルテル行為に無関係の要素（例えば、一般的な売上額）に基づいて課徴金を計算する方法では、比例原則を達成することは難しく、よって、過度又は過小な抑止につながるおそれがある。同様に、事業分野の種類⁵³や当該企業が中小企業であるか否か⁵⁴等の要素に基づいて課徴金額を調整することは、比例原則に反し、実務上、違反行為者の有責性を正確に反映できなくなるおそれがある。両部会は、研究会がこれらの要素がカルテルに対する課徴金の算定に必要であるか否かを検討するよう求める。

また、研究会は、論点整理において、課徴金算定率の基礎についてもコメントを求めている⁵⁵。米国では、カルテルに対する罰金額を決定するに当たり、「金銭的な不当利得の算定が非常に複雑であり、量刑決定手続を遅延させる場合」⁵⁶には、20%という掛け率を用いている⁵⁷。このような掛け率は、カルテルが実際に引き起こした悪影響を算定するものではない。これはone-size-fits-allのアプローチであり、カルテルが引き起こした実際の過剰請求額を算定する努力を全くしない方法である。反トラスト法部会は、量刑委員会に対して、20%という掛け率が妥当であるか否かを再検討するように要請している⁵⁸。しかしながら、そのデメリットにも関わらず、米国では、過去20年間のすべてのカルテル事件において科された罰金が、20%という掛け率を基礎としている。司法省は、実務上、カルテルによる実際の違法収益を

きである) United States v. Andreas, 216 F.3d 645, 678 (7th Cir. 2000) (違法な合意によって「全く影響を受けていない」売上については除外されるべきであるが、「共謀期間における売上すべてが違法な合意によって影響を受けたという推定がなされなければならない。」)

⁵¹ SAL、Comments to the United States Sentencing Commission on Proposed Priorities for Amendment Cycle Ending May 1, 2016 (July 27, 2015) (SAL 量刑委員会コメント) 5-6 頁、http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_sal_20150727.authcheckdam.pdf にて閲覧可能

⁵² したがって、関連機関において日本国内で生じた販売を有しない被疑事業者は日本の課徴金の対象とされるべきではなく、カルテル対象製品又は役務の売上が生じた法域における罰金の対象となるのである。

⁵³ 論点整理第 3.1(2)イ

⁵⁴ 同第 3.1(2)ウ

⁵⁵ 同第 3.1(2)ア

⁵⁶ 量刑ガイドライン§8C2.4(a)(c).

⁵⁷ カナダ競争委員会も、カルテルに対する課徴金算定に 20%を用いている。

⁵⁸ SAL 量刑委員会コメント 3-5 頁

算定するのは難しく、費用及び時間がかかり現実的ではないと考えていることから、上記のようなアプローチをとっている⁵⁹。

さらに、研究会は、論点整理において、公取委が「支払能力」を課徴金算定の際の減額要素として考慮すべきか否かについても質問をしている⁶⁰。違反行為者の課徴金の支払能力が問題となり、違反行為者が、課徴金によって自己の経済的な存続が危ぶまれると主張した場合、両部会は、公取委が、課徴金算定の前に、このような主張を批判的に評価すべきであると考え。当該主張をする会社が、支払能力について立証責任を負い、自己の財政状況や他の詳細な証拠を提出すべきである⁶¹。しかし、仮に当事者が、課徴金によって自己の存続が危ぶまれることを立証できた場合には、公取委が、当事者の事業継続が困難になることがないように、課徴金額の減額をしたり、支払計画を設定したりする権限を有するべきである⁶²。一般的に、制裁金が著しく多額であり企業が事業継続できない結果となることは競争促進的ではなく、そのため、真の支払能力を検討することは重要となる。

結語

両部会は、公取委が論点整理に対する本コメントを検討することに対して感謝の意を述べる。

⁵⁹ 米国では刑事罰金がハードコアカルテルに対してのみ科されることから、非カルテル事案ではこの問題は生じない。

⁶⁰ 論点整理第 3.1(3)

⁶¹ ICN ハードコアカルテル定義 64 頁（支払能力の立証において考慮されるべき証拠のリストを記載）

⁶² 同 63 頁。例えば、司法省は、状況に応じて、多額の罰金により反競争的結果が生じることを避けるために、分割払いを許容してきている。企業の存続可能性及び当該当事者が直面する責任の合計との関係で、他法域の執行機関によって課される可能性がある制裁（とくにそれらの制裁が公取委が罰金や課徴金を算定する際に考慮されるのと同じ売上高を根拠とする場合）及び私人により回復される可能性のある損害賠償もまた、公取委が裁量をもって考慮すべき関連要素である。

別添

米国カルテル執行と罰金制度

はじめに

米国におけるカルテル執行及び罰金制度上、裁判所及び司法省が特定の状況に応じて様々な政策的考慮を適用、比較衡量し、事案ごとの適切な結果を導くことを可能とする様々なメカニズムが存在する。制裁、抑止、自主申告や協力の奨励、訴追及び司法資源の温存、市場における競争の確保、コンプライアンスの促進は、すべて、程度の差はあれ刑事カルテル事件の解決において反映される可能性がある要素である。

カルテル執行及び罰金制度の改正検討は、以下の三つの分野に分けて行うことができる。すなわち、(1)リニエンシー政策など司法省によって単独で実施される政策(2)量刑ガイドラインに基づく罰金額範囲の算定、及び(3)量刑ガイドラインの範囲内での適切な罰金額の決定及び罰金額範囲からの逸脱、である。

I. 司法省執行政策

司法省は、カルテル法執行における目的達成に資するため、いくつかの執行政策を採用している。これらの政策は特定の法律や規則に基づいているわけではなく、司法省の訴追裁量の範囲内で行われるものである。法律上求められているわけではないため、司法省は、特定の事案においてこれらの政策を適用しない権限を有する。しかし、実務上、司法省は、当事者や実務家に対して確実性を担保し、執行活動の結果についての透明性を確保するため、これらの政策を確実に適用している。

(1) リニエンシー

司法省のリニエンシー政策は、反競争的なカルテルを探知し、企業による自主申告を奨励する協力的なツールである⁶³。司法省企業リニエンシー政策上、違法な独禁法違反行為を自主申告し、司法省の捜査に対して協力することと引き換えに、企業が、その申告した違法行為への関与について独禁法上の完全な免責を受けることができる機会を得る⁶⁴。仮に企業が申請の上成功裏にリニエンシーを得た場合、当該企業は刑事訴追、刑事罰金、そして場合によっては従業員の刑期を免れることができる。特定の独禁法違反の共謀行為について、リニエンシーを得ることができるのは一申請者のみであり、それにより、当該プログラムは、会社に対して自主申告を可能な限り早くすることのインセンティブを与えている。

⁶³ Department of Justice、*Corporate Leniency Policy*、1 (Aug. 10、1993) (司法省企業リニエンシー)、<https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>。にて閲覧可能

⁶⁴ 司法省は、企業に対するものと同様の資格要件を規定する個人に対するリニエンシー政策も策定している。Department of Justice、*Individual Leniency Policy* (Aug. 10、1994)、<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0092.pdf>。にて閲覧可能

リニエンシーを得るため、企業は、特定の資格要件を満たし、独禁法の刑事上の違反を認め、当該反競争的行為に対する司法省の捜査に完全に協力しなければならない。リニエンシー申請の資格要件は、司法省が当該行為に対してすでに捜査を開始しているか否かによって異なる。

仮に企業が司法省が捜査を開始する前に当該行為を報告する場合、司法省が当該独禁法違反行為についての情報をその時点でいかなる情報源からも得ていなかった必要がある⁶⁵。その上、申請者は、カルテルの主導者であってはならず、他の当事者をカルテルに参加するよう強制してはならず、また、当該違反行為の発見後速やかにその関与をやめなければならない⁶⁶。司法省がすでにカルテル行為の情報を得ており、又は捜査をすでに開始している場合、資格要件は少し異なる。企業は、司法省に対してアプローチをしてリニエンシー申請をした最初の企業でなければならない、そして、申請の時点で司法省が当該企業を訴追する十分な証拠を有していないことが要件となる⁶⁷。また、司法省が、当該違反行為の内容、自主申告のタイミング、当該行為における当該企業の役割等を勘案して、当該企業にリニエンシーを与えることが不公平とならないことが要件となる⁶⁸。

企業が上記の資格要件を満たし、リニエンシーを申請したとして、当該企業は、その協力や今後の行為への関与についていくつかの要件を満たさなければならない。最初に、当該企業は、「違反行為を正直に、完全に報告」しなければならない⁶⁹。また、当該企業は、司法省の捜査のすべての段階において完全に協力しなければならない。最後に、当該企業は、被害を受けた当事者に対して、可能な範囲で、補償をしなければならない⁷⁰。

(2) アムネ스티プラス

司法省の「アムネ스티プラス」プログラムは、すでに捜査の対象となった企業に対しても多大なインセンティブを与えている。仮に会社が違反行為についての捜査の対象となっていて、当該捜査の対象とは異なる司法省が知らなかったカルテルについての関与を申告した場合、多大な利得を得ることができる⁷¹。当該会社がリニエンシーの申請及び確保に間に合わず捜査の対象となった場合であっても、アムネ스티プラス申請会社は、申請に係るカルテルについて免除を受けるのみならず、捜査が行われている最初のカルテルへの関与についても、有意な罰金減額を受けることが可能となる⁷²。自主申告と引き換えに、司法省は、量刑を決定する裁判所に対して、当該企業の最初のカルテルについての罰金を減額するよう求めることになる。

⁶⁵ 司法省企業リニエンシー 1頁

⁶⁶ 同 2頁

⁶⁷ 同上

⁶⁸ 同 3頁

⁶⁹ 同 2-3頁

⁷⁰ 同上

⁷¹ 同 8-9頁

⁷² 同上

アムネ스티プラスの減額幅は、司法省が広範な裁量を行使することができる三つの要素によって決定される。すなわち、(1)リニエンシーに関連するカルテルについて当該企業が提供した証拠の量、(2)影響を受けた通商量、地理的範囲、関与社数などの観点から判断されるリニエンシー申請において報告された行為の重大性、(3)当該企業の自主申告がなかった場合に司法省が当該カルテル行為を発見したであろう可能性、が考慮要素に含まれる⁷³。司法省は、罰金減額の考慮の際に、最初の二つの要素に重点を置く傾向にある⁷⁴。

(3)2番目の協力者

最初に違反行為を報告した資格のある会社は、完全な免責を得る権利を有するが、「2番目の協力者(second-in)」としてそれに付随した者も、多大な利得を得ることが可能である⁷⁵。2番目の協力者に対して与えられるリニエンシーは、当該協力がどの程度捜査を前進させたかに関する多数の要素に応じて決定される。これらの要素には、協力した時点での捜査の状況、当該協力が捜査をどの程度、どのように前進させたか、当該協力によって、隠されていたカルテル行為を発見したか否か、などが含まれる。

当該2番目の協力者が、カルテルによって影響を受けた通商量⁷⁶を増大させる情報を提供した場合、司法省の実務上、2番目の協力者に対して適用されるガイドライン上の罰金範囲を決定する際に当該情報は使用されず、ガイドライン上の範囲は、2番目の協力者が司法省に対して協力をした時点で司法省が認識していた通商量に基づいて算定される。この通商量の除外によって、2番目の協力者に対する罰金額は大きく減額され得る。これに加え、捜査を大きく前進させる協力をした2番目の申請者についてはその協力による大きな減額が認められ⁷⁷、罰金額はガイドラインにおける下限額を下回る額となる。

罰金額の減額に加え、司法省は、2番目の協力者に対して追加の報奨を与える裁量を有する、例えば、2番目の協力者は、捜査に完全に協力したその従業員の不起訴合意を得ることが可能となる。2番目の協力者が捜査の初期段階で協力し、新規の重要な証拠を提供した場合、司法省は、通常、捜査への協力を拒否した従業員及び有責である最上位にいる従業員を除き、すべての従業員について不起訴合意を締結する。さらに、二番目の協力者は、内部調査において他の市場における独禁法違反行為が明らかになった場合にアムネ스티プラスの減額を受けやすくなり、また、司法省が追加の違反を発見した場合に減額を得やすくなる。

⁷³ 同上

⁷⁴ 同上

⁷⁵ “Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations,” Scott D. Hammond, Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement Antitrust DOJ Department of Justice, March 29, 2006.

⁷⁶ 通商量の算定については、II.1 セクションで詳細に論じている。

⁷⁷ 量刑ガイドライン§8C4.1.

II. 罰金額範囲の決定

量刑ガイドラインにおいて、裁判所及び司法省がシャーマン法の刑事上の違反に対する適切な場金額を決定するための枠組みが示されている。量刑ガイドラインは法的に裁判所及び司法省を拘束するわけではないが⁷⁸、実務上、様々な要素を比較衡量してカルテル違反者に対する罰金額を決定する際に一環して依拠されてきている。司法省は、捜査対象会社との間で司法取引の交渉をする際にも、量刑ガイドラインに依拠する。独禁法違反に対する会社に対する罰金は、通常、(1)カルテルによって影響を受けた米国における売上高である「通商量」を決定し、(2)通商量に20%を掛けて「基礎罰金額」を算定し、(3)基礎罰金額に複数の要素に基づき決定される「掛け率」を掛け合わせて「罰金額範囲」を算定し、そして、(4)その範囲内で、他の要素を適用して罰金額を決定する⁷⁹。最終的な罰金額が範囲よりも上回ったり下回ったりする場合もあり、また、罰金額範囲自体が調整されるケースもある。

(1) 通商量 (Volume of Commerce)

最初のステップは「通商量」を算定することである。量刑ガイドラインでは、特定の被告に帰属する通商量について「違反者又は違反者の正犯によって行われた商品又は役務の通商量であって、違反行為によって影響を受けたもの」と定義されている⁸⁰。これは、カルテルの対象となった米国における商品販売を含める（したがって、米国外の販売については通商量に含まれない）ことを意味する。しかし、量刑ガイドライン上、「影響を受けた」が何を意味するかについての正確な定義はなく、司法省もこの点についてほとんどガイダンスを出していない⁸¹。そして、これまでの判例法における「違反行為によって影響を受けた…通商量」の解釈も一貫していない。特に、特定の売上げがカルテル行為の対象となっていたことをどの程度立証しなければならないかについて、裁判所の判断が分かれている。

量刑ガイドラインでは、カルテルによって影響を受けた売上高を有さない共謀者についての有益な規定がある。例えば、ある被告は、他の入札において勝たせてもらうことと引き換えに、ある入札に参加しなかったり、不合理に高い額で入札をする場合がある。その場合、当該被告当該他の入札において落札しなかった場合には、その行為によって購入者に被害を与える共謀に関与したにも関わらず、通商量はゼロになってしまう。量刑ガイドラインは、「ある組織がひとつ又は複数の補完的入

⁷⁸ United States v. Booker, 543 U.S. 20 (2005).

⁷⁹ シャーマン法上企業に対する罰金額の法令上の最大額は違反行為ごとに1億ドルである (15 U.S.C. §1)。Sentencing Reform Actにおける条文において、共謀行為によって発生した「総利得又は総損失の2倍」のどちらか大きい方まで罰金額が引き上げられた (18 U.S.C. §3571(d))。実務上、シャーマン法上の罰金額上限は、司法省との交渉において何らの役割も果たさない。独禁法違反案件では、政府側は、頻繁に上記条文に依拠し、1億ドル以上の罰金額を多数の案件において獲得している。また、司法省は、利得額又は損失額について争う被告との間では、司法取引において罰金額を交渉しないのが通常である。

⁸⁰ 量刑ガイドライン§2R1.1(b)(2)

⁸¹ Julia Schiller et al., *Toward Convergence: The Volume of "Affected" Commerce Under the U.S. Sentencing Guidelines and "Impact" Analysis Under the Clayton Act*, 18 GEO. MASON L. REV. 987, 991(2011)

(James M. Mutchnik et al., *The Volume of Commerce Enigma*, ANTITRUST SOURCE, June 2008 を引用)

札を提出した入札事案においては、当該組織の通商量として、(A)当該組織による商品又は役務の通商量で、違反によって影響を受けたもの、又は(B)入札談合に関連して当該組織が補完的な入札を提出した案件のうち、もっとも高額なもの、のうち、いずれか高額なものを当該組織の通商量とする」と規定している⁸²。

(2) 基礎罰金額

量刑ガイドラインは、企業に対する基礎罰金額は、以下のうち最も高額なものに基づくとしている。

(1) ガイドラインに記載されている表に基づいて設定される「違反レベル」とそれに対応する罰金額

(2) 違反行為によって当該企業が得た金銭的利得

(3) 当該組織の違反行為によって引き起こされた金銭的損失。ガイドライン上、通商量の20%が、違反行為によって引き起こされた金銭的損失の指標として用いられるべきであるとしている⁸³。

実務上、司法省との間で交渉を行う際、当事者は、基礎罰金額として、ほぼ例外なく通商量の20%を用いる。仮に事案がトライアルに移行し、罰金額が訴訟の対象となった場合、政府及び被告は基礎罰金額について争うことがあり、特に、上記(1)-(3)のうちどれが一番大きい罰金額となるかについて争うことがある。

(3) 罰金額範囲

A. 有責性スコア

基礎罰金額が決定した後、次のステップは有責性スコアを認定することである。湯石製スコアは被告の違反行為の重大性を測るものである。有責性スコアが認定されれば、罰金額範囲を算定することができる。価格カルテル事件の場合、有責性スコアは5ポイントからスタートする⁸⁴。有責性スコアを増やす又は減らすよう調整する際に、以下のような要素が考慮される⁸⁵。

1. ハイレベル又は多大な権限を有する役職員による共謀への関与（又は共謀を認識、許容していたこと）

2. 共謀をした従業員が所属している組織又は事業単位の規模。この適用がある場合、より大きな組織又は事業単位にはポイントが加算される。

⁸² 量刑ガイドライン§2R1.1(d)(3)

⁸³ 同§2R1.1(d)(1).

⁸⁴ 同§8C2.5(a).

⁸⁵ 同 §8C2.5(b)-(g).

3. 当該組織の過去の実績。10年以内に同じか同様の違反行為に加担していた場合、有責スコアは1-2ポイント加算される。当該組織の違反行為が司法決定、差止決定又は執行猶予の条件に違反している場合、1ポイント追加で加算される。

4. 司法妨害。当該組織又はその従業員が捜査を妨害するための行為（文書、データ又は他の証拠の破棄を含む）をした場合又はこれらの妨害を防ぐために合理的な措置を講じなかった場合、3ポイント加算される。

5. 自主申告、協力及び責任の認容。当該組織が（政府による捜査の前に）自主申告したか、捜査に対して完全な協力をしたか、当該行為の責任を認識し、責任をとったか、などに基づき、有責スコアから最大5ポイントまで引かれる。通常、司法取引に応じた場合に、最低でも1ポイントの減額を受けることができる。

6. コンプライアンス及び倫理プログラム。効果的なコンプライアンス・倫理プログラムが行為時に存在していることにより、最大3ポイントまで有責スコアが減少し得る（ただし、当該会社が早期に自主申告し、ハイレベルの役職員が関与していない場合に限る。）。通常、当該規定は有責性スコア減少の根拠として利用されないが、最近になって、司法省は、2つの被告企業の罰金において、当該被告が違反行為の再発を防止するために採用したステップに基づき、有意な罰金額の減少を推奨した⁸⁶。これは、司法省がその裁量に基づき、被告企業が自主的に厳格な独禁法コンプライアンスプログラムを実施したことに対して評価を与えたことの結果である。

これらの要素は、米国のカルテル罰金体制の基礎をなす主要な政策的配慮を反映している。

企業被告について有責性スコアが決定した後、罰金額範囲の上限及び下限を決定するために、基礎罰金額に、ガイドラインに示された上限及び下限の掛け率を掛け合わせる⁸⁷。掛け率は0.05-4となっているが⁸⁸、量刑ガイドライン上、価格カルテル事案においては、上限下限掛け率ともに最低でも0.75となる⁸⁹。

III. 罰金額範囲内の罰金額決定

(1) 強制的及び裁量的考慮要素

罰金額範囲が決定した後、罰金額は一般的にその範囲内で決定される。裁判官又は司法省は、最終的な罰金額が範囲内のどこになるかについて決定する裁量を有する。量刑ガイドラインは、考慮「すべき」要素及び「してもよい」要素を特定し、範囲内でのどこに罰金額を設定すべきかについての一般的及び特別のガイダンスを規定している。

⁸⁶ Barclays PLC（2015年5月）及び Kayaba Industry Co., Ltd.（日本企業で、米国の自動車メーカーに対してショック吸収剤を供給している企業）（2015年10月）

⁸⁷ 量刑ガイドライン§8C2.6

⁸⁸ 同§2R1.1(d)(2).

⁸⁹ 同§8C2.8(b)

範囲内のどこに罰金額を設定すべきかについて、裁判所は、以下の要素を考慮すべきである。

(1) 違反行為の深刻さを反映し、法に対する敬意を払わせ、適切に罰し、十分に違反行為を抑止し、当該組織による他の犯罪から社会を守る必要性

(2) 違反行為における当該組織の役割：例えば、非常に小さい役割と主導者との違い

(3) 当該組織の行為による民事上の義務を含む、刑事訴追に付随する結果

(4) 違反行為によって発生した金銭的でない損害

(5) 違反行為が脆弱な被害者に対するものか否か

(6) 当該違反行為に参加したり、大目に見たり、見てみぬ振りをしたりした当該組織又はその内部の事業体におけるハイレベルの役職員の刑事犯罪履歴

(7) 当該組織による過去の民事又は刑事の違反行為

(8) 極めて高い（10より高い）又は非常に低い（0より低い）有責性スコア

(9) 有責性スコアには反映されなかったものの、有責性スコアに関連する事情の存在

(10) 法律上の定めのある以下の要素⁹⁰：

ア 被告の収入、収入獲得能力及び財務上のリソース

イ 罰金が、他の制裁が与える負荷との比較で被告、被告に経済的に依存している者、被告に経済的に依存している者の福祉に責任を負う者（政府を含む）に与える負荷

ウ 違反行為の結果他の者が被った金銭的損失

エ 原状回復が命じられたか否か及び原状回復の額

オ 被告が違反行為により違法に得た利得を剥奪する必要性

カ 囚役、保護観察、執行猶予等の量刑によって政府に生じるコスト

キ 被告が罰金に付随するコストを消費者に対して転嫁することができるか否か

⁹⁰ 18 U.S.C. § 3572(a) (Factors to be Considered in determining whether to impose a fine, and the amount, time for payment, and method of payment of a fine).

ク 被告が組織の場合、組織の規模及び当該組織内において、違反行為について責任を有する役員、取締役、代理人に対する懲戒のため及び違反行為の再発防止のためにとられた措置

(11) 違反行為が行われた当時、効果的なコンプライアンス・倫理プログラムを有していたか否か

加えて、裁判所は、罰金額範囲を決定するために用いたいかなる要素（違反行為によって発生した金銭的損失、違反行為による不当利得、違反行為の重大性のレベルを決定するために用いられたいかなる特徴及び有責性スコアを決定するために用いられた加算的及び減算的要素を含む）についても、その相対的な重要性を勘案することができる⁹¹。

独禁法違反行為についてもっとも重要な要素は、違反の重大性、発生した損害（通商量及び有責性スコアに反映されているもの）、違反行為における当該組織の役割、訴追に付随する結果（例えば、民事訴訟において認められる三倍額賠償）であろう。少なくともひとつの最近のケースでは、司法省は、企業被告が、罰金額範囲内の罰金を払うことができないことを示す証拠（独立した経済学者によるレポートを含む）の提出を認めている。司法省は、独自の財政専門家を関与させ、当該企業の主張を検証し、最終的に、罰金を大きく減額することに合意した⁹²。

これらの要素に加え、量刑ガイドラインのコメンタリーでは、特定の状況に適用される特定のガイダンスが規定されている。例えば、量刑ガイドラインでは、裁判所に対して、違反行為によって当該企業が得た利得と当該企業が引き起こした損失の両方を考慮することを求めている。また、補完的入札の事案では、罰金額範囲の上限に近い量刑が考慮されるべきであるとしている⁹³。

(2) 米国間接売上に基づく罰金額の増加

司法省は、被告による「間接売上」に基づいて罰金額が上方修正されるべき場合があるとの立場をとっている。米国間接売上とは、米国外で製造され販売された部品の売上で、当該部品が完成品に組み込まれ、米国に輸入されたものをいう。量刑ガイドラインにおける通商量の算定は、一般的に、米国向けの直接の売上に基づいており、量刑ガイドライン上、どのように米国間接売上を通商量に勘案すべきかについてのガイダンスはない。

司法省のこの点について、(1)関連商品における米国間接売上の量を推定する、(2)米国間接売上が、直接売上と間接売上の合計額の中で占める割合を計算する、(3)そ

⁹¹ 量刑ガイドライン§8C2.8(a).

⁹² オハイオの企業である GEO Specialty Chemicals Inc.は、米国における紙の製造業者及び地方自治体に対して液体硫化アルミニウムを供給する契約において、競争を制限する共謀をしたとして、司法取引をした。

⁹³ 補完的入札における高額な罰金の根拠は、通商量の20%は、違反行為の深刻さを適切に反映していないということにある。量刑ガイドライン §2R1.1 参照。

の割合（％）から、15％を「セーフハーバー」として差し引き、(4)その結果得られた％分罰金額範囲の下限を引き上げる、という方法を採用してきている⁹⁴。

(3) 罰金額範囲からの逸脱（上方及び下方）

量刑ガイドラインでは、特別の状況が存在する場合における罰金額範囲からの逸脱について規定している⁹⁵。当該企業が政府の捜査に対して多大な貢献をした場合に、裁判所は範囲よりも低い罰金を選択することができる。政府は、その申立てにおいて、協力企業が政府の捜査又は訴追に対して多大な貢献をしたことを記載しなければならない⁹⁶。裁判所は、当該組織による貢献の重大性、有用性、性質、程度及び時機を得たものだったか否かに基づき、適切な減額を決定する⁹⁷。裁判所は、例えば当該組織が過去に独禁法違反行為によって訴追されていた等、特別な状況が存在する場合、罰金額範囲よりも高い罰金を選択することができる。裁判所は、米国家刑委員会がガイドラインを策定する上で十分に考慮していなかったが、量刑における異なる取り扱いをすべきと考えられるような加算又は減算要素を考慮することができる⁹⁸。司法省は、法律又は事実上、ガイドラインからの逸脱が必要な場合を除き、ガイドラインに沿った量刑を求刑するという方針を採用している⁹⁹。

(4) 礼讓

司法省が考慮する可能性のあるその他の要素として、国際礼讓がある。司法省及び連邦取引委員会による国際的取引に対する反トラスト執行ガイドラインでは、「他国における同一人に対する執行活動（これらの行為に対する問題解消措置）が影響される度合いなど」当局が独禁法を執行する上で国際礼讓を考慮することを規定している¹⁰⁰。司法省が考慮する要素のひとつとして、「米国の執行活動と比較した場合の海外執行活動の効率性」が挙げられる¹⁰¹。

⁹⁴ 例えば、U.S. v. Hitachi Chemical Co., Ltd., Case 4:16-cr-00180-JD (N.D. Cal.)

⁹⁵ 量刑ガイドライン§8C4.1 (裁判所は、政府からの申立てに基づき、ガイドライン上の下限額よりも低い罰金額を設定することができる。)。また、同 §5K1.1 (個人についての同様の規定)も参照。

⁹⁶ 同§8C4.1

⁹⁷ 同§8C4.1

⁹⁸ 18 U.S.C. §3553

⁹⁹ “Antitrust Sentencing in the Post-Booker Era: Risks Remain High for Non-Cooperating Defendants,” Scott D. Hammond, Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement Antitrust DOJ Department of Justice, March 30, 2005, page 10, <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-sentencing-post-booker-era-risks-remain-high-non-cooperating-defendants>. にて閲覧可能

¹⁰⁰ United States Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (April 1995), <https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations>. にて閲覧可能

¹⁰¹ 同§3.2

日本政府の内閣府のパブリックコメントの求めに応じて行う
弁護士依頼者間秘匿特権に関する
ABA の国際法部会と反トラスト法部会の共同コメント

2014 年 7 月 10 日

このコメントにおいて提出する見解は、全米法曹協会の国際法部会と反トラスト法部会の両部会のみを代表してなされるものである。このコメントは全米法曹協会の代議員会または全米法曹協会の理事会の承認を得ておらず、それ故、全米法曹協会の方針を代表するものとして解釈されるべきものではない。

全米法曹協会（以下、「ABA」という。）の国際法部会と反トラスト法部会は日本政府の内閣府（以下「内閣府」という。）が発行した独占禁止法審査手続に関する論点整理（以下、「論点整理」という。）15~16 頁に示される公正取引委員会（以下、「JFTC」という）から提起された弁護士依頼者間秘匿特権に関連する諸問題について、内閣府独占法審査手続検討室に対し、コメントを述べる機会を得たことを歓迎するものである¹。両部会は内閣府及び JFTC の、これらの論点整理に反映された考察及びその努力に敬意を表するものである。

両部会は内閣府または JFTC に対し、それが適当と認められる場合には更なるコメントを提供し、協議に参加する用意がある。特に、立入検査及び供述聴取における弁護士の立ち合い、立入検査で提出される資料の複写、供述聴取過程の検証可能性の確保（供述調書へのアクセス及び当事者による供述録取における記録化）、適切な主張反論のための情報提供及び、行政調査にかかる制度・運用についての知識の共有に関する 12~15 頁、及び 17~25 頁において提起される諸問題についてコメントを提供する機会を歓迎するものである。両部会のメンバーは全世界からの弁護士を合わせ 3 万人を超えており、両部会のコメントは米国や世界の他の裁判管轄地における、弁護士・依頼者間秘匿特権及び調査手続に関する諸問題についての、彼らの専門性及び実務経験を反映しているものである。

概括的コメント

¹ 両部会のコメントは、<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/pubcomm/m-03.pdf> の内閣府の論点整理に関する翻訳を元としている。このコメントの起案グループには、Javier Canosa, Wayne J. Carroll, Jennifer M. Driscoll-Chippendale, Michael Inouye および Fabian Martens がおり、Javier Canosa がリーダーである。このコメントは、この起案グループのメンバーが関係する専門家組織の考えや意見を必ずしも反映しているものではない。

弁護士・依頼者間秘匿特権は、アングロアメリカンの先例においては最も古い証拠に関する特権と理解されているもののひとつである。この特権の背景にある原則は、ローマ法及び16世紀のイギリスのコモンローに遡ることができる²。米国連邦法においては、弁護士・依頼者間秘匿特権は1883年にそれが認識されているとの表現を見ることができる³。それ以降、弁護士・依頼者の交信に関する秘密の概念は、米国のすべての州において、専門家としての責任に関する規則における倫理的な要請として発展してきた。アジアにおいては、最も近いところでは香港特別区の高等裁判所の第一審裁判所において、この秘匿特権が、まさに限定された環境下においてのみ放棄される人権として理解されているところである⁴。

米国の裁判所においては以下の状況において弁護士・依頼者間秘匿特権を認めている。すなわち(1)法的な意見が求められていること、(2)法的な専門家の能力においてなされること、(3)この目的に関する交信であること、(4)それが秘密裏になされたものであること、(5)依頼者によるものであること、そして、(6)永久に保護されるべきとの依頼者の要請があること、(7)依頼者または法的専門家による開示であること、(8)放棄されていないことを条件とする⁵。この特権の放棄は意図して、かつ任意になされたものでなければならない⁶。弁護士・依頼者間秘匿特権は、絶対的なものではなく、ごく限定された例外がある。それは将来の犯罪または詐欺を行うことを意図してなされる通信といったものである⁷。

ABAは、世界から集まった40万人近い会員を擁する法曹の世界最大の任意の協会であり、法的専門家としての弁護士・依頼者間秘匿特権の重要性を述べ、法の支配を強調するABAの方針を確立するための決議を採択している。例えば1997年、ABAの代議員会はインハウスロイヤーと依頼者の弁護士・依頼者間秘匿特権が、外部弁護士と依頼者間の弁護士・依頼者間秘匿特権と同じ効果をもつものであるとの方針を明示的に採択している⁸。ABAは、外国の法曹との関係におけるこの特権に関して、ヨーロッパ共同体(以下、「EC」という。)がヨーロッパ連合(以下、「EU」という。)の加盟国の弁護士と依頼者間の交信に付与されるのと同等の保護が、米国の弁護士と行う

² Edna Selan Epstein 著「弁護士依頼者間秘匿特権と職務活動の成果 (Work Product) の法理 2」(2001年第4版)、Hon. Dick Thornburgh 著、「弁護士依頼者間秘匿特権の放棄：衡量的考察法」(2006年 Wash., D.C.)を参照

³ Hunt 対 Blackburn, 128 U.S. 464, 470 (1888年) (「依頼者と弁護士間の交信における秘密の保持を定める規則は、必要に応じ、正義に資する中で認められ、開示の影響と懸念の無い場合に限り、法律の知識を有し、これを実務において用いるスキルを有する者のサポートが、安全にかつ直ちに有益なものとなるものである」)

⁴ Chinachem Financial Services Limited 対 Century Venture Holdings Limited, [2014] 2 HKLRD 557 at ¶¶ 132-135 (第一審裁判所 2014年3月25日)。

⁵ たとえば、8 John Henry Wigmore のコモンローにおける法定での証拠 § 2292, 554 頁 (McNaughton 1961 & Supp. 1991)を参照

⁶ 連邦証拠規則 502 条(a)(1), (c)

⁷ U.S. 対 Zolin, 491 U.S. 554, 562-63 (1989年)参照

⁸ ABA の1997年の推奨に関する記録第120番(1997年8月に採択された方針)は、http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/1997_am_120.authcheckdam.pdf において見ることが出来る。

交信について、与えられるべきであることを推奨した⁹。また 1983 年及び 2008 年において ABA は、EC に対し、インハウスロイヤーにも特権を拡張すべきと促した¹⁰。

2005 年、ABA では弁護士と依頼者に関する調査チームが以下の通りレポートしている。

「法曹は、法的な権利の保護、法令の遵守、究極的には法の支配を守るため批判的な立場を演じるものとして理解されてきた。法が格段に複雑になり、法曹の必要性は、ますます高まっている。さらに弁護士・依頼者間秘匿特権は、歴史的には法的な代理の本質的な要素であると考えられてきており、弁護士が法制度の中で割り振られた役割を遂行しようとして、その能力を確実なものとするため必要とされてきたものだと考えられている。秘密の関係は法曹と依頼者の関係を規律するコモンローだけでなく、専門家の行動規則や弁護士・依頼者間秘匿特権として認識され、維持されている。」¹¹

弁護士と依頼者に関する調査チームは、弁護士・依頼者間秘匿特権においては、以下の点が重要だとして強調してきた。(i) 弁護士と依頼者間の関係の醸成、(ii) 依頼者の率直さの促進、(iii) 任意の法令順遵守の醸成、(iv) 法制度における効率の促進、および、(v) 弁護士の効果的な保護を受ける憲法上の権利であることの強調である¹²。

2005 年、ABA の代議員会は弁護士・依頼者間秘匿特権及び職務活動の成果 (Work Product) の法理が、(1) 効果的な相談を通じて法令遵守を促進すること、(2) 依頼者のための効果的な弁護を確かなものとする、(3) 裁判所へのアクセスを確かなものとする、(4) 米国の裁判所の対審構造の適切かつ効率的な機能を促進することから、依頼者が充分かつ率直にその弁護士と法的問題を議論できるよう依頼者を鼓舞するのに必要とされる弁護士と依頼者の秘密の関係を維持するのに必要不可欠であるということをも再論する決議を採択した¹³。

最後に、論点整理で述べられている通り、日本の裁判所は少なくとも刑事事件において「被告人は効果的かつ適切な弁護士からの援助を受けるために、被告人と弁護士が捜査当局の知ることのない自由な交信をすることが必要不可欠で、これにより被告人は弁護士に必要かつ十分な情報を提供するこ

⁹ ABA の 1983 年の推奨に関する記録 301 番 (1983 年 2 月に採択され、2008 年に復活した方針) は、http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2008_my_301.authcheckdam.pdf において見ることが出来る。

¹⁰ 同文献

¹¹ ABA の 2005 年の推奨に関する記録 111 番 (3-4) (2005 年 8 月に採択された方針) は、http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2005_am_111.authcheckdam.pdf において見ることが出来る。

¹² 8~12 と同文献

¹³ 1 と同文献参照

とができ、弁護士は被告人に適切な助言をすることができるものである」ということを認めている¹⁴。ABA はこれがすべての手続に拡張されるべきだと確信している。

弁護士-依頼者間秘匿特権が事実調査の妨げとなるということに関して

両部会は、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。）に対し、JFTC の事実調査の能力と公正な防御権との適切なバランスを図るようコメントをするものである。JFTC は、弁護士・依頼者間秘匿特権が法執行者による事実調査を妨害するものだと認識すると表明してきている。JFTC は、これまでの JFTC の事件において、弁護士・依頼者間秘匿特権の対象となる書類が決定的または必要な証拠となるというようなケースを認知したわけではないようであるが、被告人とその弁護士間の特権のある交信にアクセスできないことが、違反を立証することを困難にするとしている¹⁵。JFTC はまた、弁護士・依頼者間秘匿特権の欠如が減免申請をサポートするための社内調査または弁護士からの交信による業務を妨げてきたものではないと主張してきている¹⁶。

両部会は、弁護士・依頼者間秘匿特権が、事実上、法執行者の事実調査を妨げるものではないと確信している。範囲の問題としていえば、この特権は、法的なアドバイスを求める目的で依頼者が弁護士になす秘密の交信のみに注目し、それを保護するものである。この特権は、（たとえ弁護士と交信がなされていたとしても）特権で保護されない基礎となる事実やその他の交信が探知され、訴追において用いられることを封じるというものではない、たとえば、不正行為や事業上の目的を助長するためなど法的意見を求めるためになれたものではない、または、秘密裏に行われたものではない交信といったものである¹⁷。

加えて、この特権は潜在的な不正行為を調査、是正するという業務を促進することにより、法令の遵守及び正義の執行を促進するものである。弁護士・依頼者間秘匿特権は「弁護士と依頼者の間における充分かつ率直な交信を促進すること」を目的とし、裁判制度全体にわたって充分かつ有益な効果をもたらすものである¹⁸。真実や率直な交信を引き出す最も効果的な方法は、それを依頼者が自らの事件をその弁護士に伝える中で、抑制や懸念を排して、秘密のうちにそれを行うことである。依頼者は、秘密が保たれず、反対当事者や司法当局を含む他の当事者と共有しなければならないのであれば、自らの弁護士を完全に信頼するということとはできないものである。弁護士にすべての事実を聞き出すことを可能とし、秘匿特権の保護があるとして奨めて、すべての事実を聞き出すことを可能とすることにより、弁護士は効果的な法

¹⁴ 「論点整理」 16 頁 n. 5.

¹⁵ 同文献の 15~16 頁

¹⁶ 同文献 16 頁

¹⁷ *Upjohn Co. 対 United States*, 449 U.S. 383, 395-96 (1981)

¹⁸ 同文献 389 頁

的な戦略を立て、現実の事実や状況下における健全な法的アドバイスを提供することができることとなる。

**他の裁判管轄では効果的な弁護士・依頼者間秘匿特権により
任意の協力をするインセンティブが働くのに対して、
日本ではかようなインセンティブが弱いという事に関して**

両部会は、懇談会が、日本の調査手続が各裁判管轄間の調和をいかに促進するのか、また減じるのかについて考察する努力を賞賛するものである。JFTC は、日本では調査に協力することに十分なインセンティブがない、特に課徴金についての裁量権が欠如していることや調査を妨害することに対する厳しい制裁が用意されていないことを論じている¹⁹。会社の弁護士との秘密の交信にアクセスできることは、これらの欠陥を補ってバランスをとるために意図されているものであるとするようである。

両部会は、日本法のもとで、直接、任意の協力のインセンティブの問題を取り上げ、裁量的な課徴金の採用を通して、また、司法妨害の問題を通して処理する方が、JFTC の調査に、弁護士-依頼者間秘匿特権を禁じるという方法よりも良いと示唆するものである。米国とヨーロッパのリニエンシーの制度が最も成功していることが、これらの方法の長所を表している。

JFTC は、弁護士・依頼者間秘匿特権が競争法に特殊なものではなく、また独禁法における手続においてのみの特権と理解されるべきでないとしている。両部会は、弁護士・依頼者間特権が、一定の型の手続きに制限されるものというよりは、全体に及ぶべきものであるとの点については賛成するものである。

権限のある当局に従って情報が漏えいされた場合には、弁護士・依頼者間秘匿特権は放棄されるものでないとする米国の判例があり、したがって、JFTC への情報開示が外国の裁判管轄における弁護士・依頼者間秘匿特権に影響するものではないとする考えについて

両部会は懇談会が JFTC により行われる行政手続における弁護士・依頼者間秘密特権の欠如が、その調査により得られる証拠に対する米国の手続における証拠開示の要請に、どのように影響を与えるかに関する重要な問題点を検討していることを称賛するものである。JFTC は米国においていくつかの裁判所が、会社が米国政府以外の当局により弁護士・依頼者間の交信を開示するよう命じられたときにも、連邦裁判所の手続において弁護士・依頼者間秘匿特権が放棄されたものとはしないと結論づけていると述べている²⁰。

¹⁹ JFTC はまた、弁護士依頼者間秘匿特権は濫用される恐れがあると表明している。両部会は、日本の法的専門家が、高い清廉さを保っており、濫用については、適切な懲罰が与えられるものと信じている。

²⁰ 論点整理 16 頁

しかしながら、弁護士・依頼者間秘匿特権がこのような状況においても適用されるという点に関し、米国において拘束力のある司法先例を欠いているというのは事実である。外国政府の当局に提出された書類の開示を要求しないとする米国の規則は、弁護士・依頼者間秘匿特権または職務活動の成果（Work Product）を理解してということよりも、礼讓の原則²¹を前提としているものである。付加して述べると、米国の連邦裁判所は、外国の特権に関する法の採用について準拠法選択の分析を通じて検討してきた。外国の秘匿特権に関する問題は、米国の裁判所で以下のような条件下では問題を提起することとなりかねない。（1）外国での秘匿特権が連邦裁判所における係属する請求に影響を与える時²²；または（2）連邦裁判所で争われている州法に関する請求における証拠に、外国の秘匿特権が重要な意味を持つとの議論がなされている時である²³。

米国の控訴裁判所においても、また、米国の最高裁判所においても弁護士・依頼者間秘匿特権、職務活動の成果（Work Product）の法理が外国の法執行者に提出された証拠や交信についてまでおよぶかどうかを判断した例は

²¹ 礼讓の分析に係わる5つの要素は次の通りである：(1) [要求されている] 書類またはその他の情報の訴訟における重要性；(2) 要求の具体性の程度；(3) 情報が米国で作出されたものかどうか；(4) 他の情報保護の方法の適用可能性；および(5) 要求に従わないことが米国の重要な利益を害するかどうか、また、要求に従うことがその情報が存する国の重要な利益を害するかどうか。” *Société Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Ct. for So. District of Iowa*, 482 U.S. 522, 544 n.28 (1987) (citation omitted). 州裁判所で要求された開示は、連邦裁判所の特権の放棄をもたらすものではない。連邦証拠規則 502(c)

²² 連邦では、係属している請求に関しては、連邦のコモンローによりどの秘匿特権に関する法が適用されるかを決定することとなる。どの秘匿特権に関する法が適用されるかを決定する米国裁判所で用いられる準拠法選択の分析方法は、接点を有するかかのテストである。「接点」に関するテストにおいては、もし交信が米国とは無関係になされるか、また米国で偶然になされた場合には、秘密特権に関する外国の規則が適用されることとなる。しかしながら、偶然というよりは米国に関連して交信がなされた場合には、裁判所はより伝統的な分析を行うこととなり、その交信に対してもっとも直接的で絶対的な利益を持つ国の秘匿特権に関する法に服するであろう。 *Golden Trade S.r.L. v. Lee Apparel Co.*, 143 F.R.D. 514, 520 (S.D.N.Y. 1992). 接点に関するテストは、政策的な理由による例外がある、例えば外国の秘匿特権に関する法は、異なるディスカバリーのシステムによって支えられていることから、米国の裁判所で部分的に適用されると、米国の政策上の利益と一致しないとの理由から、外国の秘密特権に関する法を適用することを拒絶したことがある。 *Astra Aktiebolag v. Andrx Pharmaceuticals, Inc.*, 208 F.R.D. 92 (S.D.N.Y. 2002).

²³ 当事者が外国の秘匿特権に関する法が、米国の連邦裁判所で争われている州法の請求に適用されるべきと主張するのであれば、係属する裁判所の州の準拠法選択によって決定されることとなる。少数の州裁判所は、その地の秘匿特権に関する法が他の外部要因を検討することなく適用されるとする地域的なアプローチによっている。しかしながら、多くの州ではどの法廷地の秘匿特権に関する法が適用されるかの決定に関しては、もっとも重大な関係に関する原則を用いている。 *Wolpin v. Phillip Morris, Inc.*, 189 F.R.D. 418, 423-4 (C.D. Cal. 1999). 最も関係する場所を決定するには、裁判所は以下の点を考慮してきている。(1) 法廷地の州における接触の回数やその性質；(2) 排除が求められているその証拠の相対的な重要性；(3) 関係している秘匿特権の種類；および(4) 当事者への公正さである。抵触法に関するリステイトメント第二版 139 条 cmt. d. 「たとえ法廷地の法律のもとでは秘匿特権がある場合であっても、そのような証拠を承認することが、その法廷地の強力な公益に反するという場合でなければ、交信に対してもっとも重要な関係を有する州の法律のもとで秘匿特権がない証拠は承認されることとなる。」同条 1 項。

ない²⁴。いくつかの公判廷では、この問題は、判断が分かれている。正確に言うと、具体的な事実や状況に基づいた提出要求に対し、弁護士・依頼者間秘匿特権としてではなく、国際礼讓の分析のもとで検討されているからである²⁵。

ビタミンに関する反トラスト法違反訴訟事件²⁶においては、被告は外国の当局が行う調査における要求においても、自国の裁判管轄において弁護士の職務活動の成果 (Work Product) により、保護されるべきと信じて書類を提出した。被告らは外国の政府当局による要請は、これに対する不順守がリニエンシーの申し込みの放棄を含む重大な結果を招くとして、「強制的に行わされる」とみなされるべきであると論じた。米国地方裁判所は、秘匿特権下にある書類が、外国の裁判管轄において強制的に開示された場合、米国の裁判所において弁護士・依頼者間秘匿特権の放棄があったと見なされるか、検討した²⁷。裁判所は「放棄とみなされないための強制とは、裁判所の命令または令状、または従わなかった場合の制裁に基づく政府機関の要請に対応してなされるものであり、適用しうる秘匿特権が主張されたことが必要である」と意見を述べている²⁸。別の言葉でいえば、他国の開示に関する法に、不本意ながら従ったというだけでは、強制されたものとして、米国の裁判所において、秘匿特権の放棄を免れることが許されるものではない。この基準を適用して、裁判所は、被告が日本を含む、特定の国で、外国政府の当局に従ったことを以て、強制されたものとして、秘匿特権の放棄を免れるものではないと結論付けた²⁹。結局、裁判所は、いくつかの情報が米国から発せられ、他の方法によっては入手することができなかつたのであれば、「ECにおける関心は、公然のディスカバリ (open discovery) と反トラスト法の法執行による米国の利益に優先される」と決定したうえで、欧州委員会に提出された会社の供述書を提出するよう被告に命じた³⁰。それにもかかわらず、同じ意見の中で、裁判所はカナダの法執行機関に対し弁護士の職務活動の成果 (Work Product) であるとして任意に提出されたものは、保護を放棄したものと結論付けられるところであるが、それらの書類はカナダの捜査過程にお

²⁴ 米国における私的な損害賠償請求事件における被告は、書類の提出が弁護士・依頼者間秘匿特権を無効にするとの示唆をせずに、司法省の反トラスト局により押収された書類を原告に提供している。たとえば、*In re Milk Prods.* 反トラスト法違反訴訟事件, 84 F. Supp. 2d 1016 (D. Minn. 1997) (州や連邦の機関に提出された書類は、原告に提供されなければならない、ただし、秘匿特権の存する書類は適切な事実に基づいている場合には留保することができる。)

²⁵ 例えば、北カリフォルニアの米国地方裁判所は、欧州委員会に提出された書類に対する原告の提出要求の申立について、求められている情報は重要性に乏しく、他の手段により入手することができるとして、これを認めなかった。*In re Methionine* 反トラスト法違反訴訟事件, M.D.L. No. 00-1311 CRB (N.D. Cal. June 17, 2002)

²⁶ Misc. No. 99-197 (TFH), MDL No. 1285, (2002) U.S. Dist. LEXIS 26490 (D.D.C. Jan. 23, 2002); (2002) U.S. Dist. LEXIS 25815 (D.D.C. Dec. 18, 2002).

²⁷ (2002) U.S. Dist. LEXIS 26490 at *105.

²⁸ 同文献

²⁹ 同文献

³⁰ (2002) U.S. Dist. LEXIS 25815 at *22-23

ける同国の法執行者の交渉の立場を明らかにしてしまうことを避けるという礼譲の原則に従って開示されないものとルールづけた³¹。

近年の意見にはこのような不確かさが充満している。いくつかの裁判所は、外国の当局により収集された証拠の提出を命じることがリニエンシーの制度や原告からの強制の申立に関し、委縮効果を生むことを注記している³²。しかしながら、他の裁判所は米国のディスカバリの原則と大きく異なっていることを容認している³³。上級審の先例を欠き、礼譲による分析の性質が裁量的なものであることから、証拠の提出要求に対する結果は不確かなものとして残っている。米国の最高裁は次のように述べる「弁護士・依頼者間秘匿特権の目的が有意義なものであるならば、弁護士と依頼者が、特定の議論につき保護されるか否かについて、一定の確証を持って予測できるようにしなければならない。不確かな秘匿特権は、秘匿特権がまったくない場合と大きく変わらない。」³⁴

結論として、秘匿特権の対象となる資料の JFTC への開示は米国の裁判所における弁護士・依頼者間秘匿特権の放棄をもたらすこととなりかねない³⁵。

結論

両部会は、弁護士・依頼者間秘匿特権がすべての種類の手続きにおいて採用されるべきと主張するものである。

³¹ 注 27,28 と同文献

³² *In re Payment Card Interchange Fee & Merchant Discount* 反トラスト法違反訴訟事件, 05-MD-01720 (JG) (JO)を参照。Mem. & Order (E.D.N.Y. Aug. 27, 2010) (料金に関する欧州委員会 の捜査の一部として提出された書類の提出義務の申立を認めず。) *In re Static Random Access Memory ("SRAM")* 反トラスト法違反訴訟事件, 07-CV-01819CW, Mem. & Order (N.D. Cal. Jan. 5, 2009) (denying motion to compel); *In re Rubber Chems. Antitrust Litig.*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1083 (N.D. Cal. 2007) (当該訴訟が米国市場に焦点を当てたもので、原告は、米国での捜査から書類を得ており、欧州委員会に提出された関連書類の重要性が疑われたため、強制命令の申立を認めなかった。)

³³ たとえば *In re Flat Glass* 反トラスト法違反訴訟事件, 08-MC-00180-DWA, における提案された命令 (Proposed Order) (W.D. Pa. July 2, 2009) (欧州委員会に提出し、同委員会から受領した書類の提出を被告に命じた)を参照。

³⁴ *Upjohn Co. 対. United States*, 449 U.S. 393 頁

³⁵ さらに、米国において弁護士依頼者間秘匿特権が放棄されていないとしても、他の裁判管轄では、秘密特権の放棄がなされたとされる場合がある。