

# 独占禁止法改正法の施行に伴い整備する公正取引委員会規則案等に対する

## 米国法曹協会反トラスト法部会及び国際法部会の意見

2020年5月14日

---

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

---

### 紹介

米国法曹協会（以下「ABA」という）の反トラスト法部会<sup>1</sup> 及び国際法部会<sup>2</sup>（以下、併せて「両部会」という）は、日本における私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という）の最近の改正に伴う公正取引委員会規則、運用方針及び指針の案について、公正取引委員会（以下「公正取引委員会」という）に対し、本コメントにより意見を提出する機会をいただいたことを歓迎する。<sup>3</sup>本コメントは、両

---

<sup>1</sup> ABA 反トラスト法部会及（反トラスト部会）は、反トラスト、競争法、貿易規制、消費者保護、データ・プライバシー、及びこれらに関連する経済学の分野についての世界最大の専門家組織である。反トラスト部会の会員は 7,600 人を超え、世界中から、弁護士及び非弁護士、私設法律事務所、企業内弁護士、非営利団体、コンサルティング会社、連邦政府及び州政府機関、並びに裁判官、教授、法学生などが参加している。反トラスト部会は、独占禁止法のあらゆる側面及びその他の列挙された分野に関して、広範なプログラム及び出版物を提供している。多くの反トラスト部会の会員は、米国以外の法域の類似した法律に関して豊富な経験と専門知識を有している。30 年近くにわたり、反トラスト部会は、反トラスト部会の専門範囲内の問題に関する協議を実施している世界中の執行機関に情報を提供してきた。過去のコメントについては、

[https://www.americanbar.org/groups/antitrust\\_law/resources/comments\\_reports\\_amicus\\_briefs](https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/resources/comments_reports_amicus_briefs) を参照のこと。

<sup>2</sup> ABA 国際法部会（国際法部会）は、国際的な法的問題に焦点を当て、法の支配を促進し、国境を越えた活動に関連した法的教育、政策、出版、実務支援を提供するために、世界中の弁護士を集めている ABA の部会である。その会員は、民間の弁護士、企業内弁護士、政府機関や政府間機関の弁護士、法学研究者など、合計 11,000 人以上にのぼり、100 カ国以上を代表している。国際法部会の 55 の実質的な委員会は、世界中の競争法と刑法、そして国際的な法曹倫理の問題を扱っている。国際法部会は、その存在の世紀を通じて、国際法政策に関する議論にインプットを提供してきた。部会の方針は [https://www.americanbar.org/groups/international\\_law/policy/about/](https://www.americanbar.org/groups/international_law/policy/about/) から入手可能である。競争法、特に方針に関しては、国際部会が数十年にわたって世界中の当局に情報を提供してきた。過去の申請は、[https://www.americanbar.org/groups/international\\_law/policy/blanket\\_authorities\\_initiatives](https://www.americanbar.org/groups/international_law/policy/blanket_authorities_initiatives) で閲覧することができる。

<sup>3</sup> プレスリリース、公正取引委員会、独占禁止法改正に伴う規則・政策・指針等の改正案（2020年4月2日）に対するパブリック・コメント <https://www.公正取引委員会.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200402.html> で入手できます。

部会の会員の法律実務及び世界の競争法領域における広範な経験に基づいている。<sup>4</sup>また、本コメントは、両部会の会員が、法律顧問、企業内弁護士並びに現在又は過去における規制当局として、米国その他の法域の競争法執行機関に届出を行ったカルテル活動当事者の課徴金減免に関する問題に対処した際の経験と専門性を反映するものである。本コメントは、エグゼクティブ・サマリー、弁護士・依頼者間の秘匿特権付通信の取扱いに関する意見、協力課徴金の減額に関する意見の3つのセクションで構成されている。

### エグゼクティブ・サマリー

#### I. 弁護士・依頼者間の秘匿特権付通信の取扱い

両部会は、特定の状況において弁護士・依頼者間の秘匿特権付通信の秘密を尊重する方針を採用した公正取引委員会の決定を賞賛する。両部会は、提案された措置が、日本における現在の守秘義務保護の健全な拡張として、また、秘匿特権を認める上で他の法域との取れんに向けた一歩として歓迎する。両委員会は、弁護士・依頼者間の秘匿特権が公正取引委員会による調査の対象となっている当事者の基本的な権利であるべきであるとの見解を再確認するとともに、現在提案されている措置で規定されている文脈を超えて、公正取引委員会による弁護士・依頼者間の秘匿特権の完全な採用を引き続き求める。両部会は、企業と企業内弁護士、外国弁護士及び外国法コンサルタントとの間のコミュニケーションについて、弁護士・依頼者間の秘匿特権が認められることを丁重に勧告する。

両部会は、内部弁護士が職業上の独立性行使することができる、そのような独立性を使用者から発揮することができる場合には、その通信は、カルテル関連行為に関する調査において弁護士・依頼者間秘匿特権を受ける資料を取り扱うための新たな特別手続から除外されないことを公正取引委員会が認めたことを賞賛する。両部会は、内部弁護士又は企業が公正取引委員会にどのような文書及びどのような情報を提供すべきかを明確にし、内部弁護士からの秘匿特権を受ける通報が本件処遇の対象となることを認めるよう、公正取引委員会に丁重に勧告する。

両部会は、公正取引委員会に対し、外国弁護士及び外国法コンサルタントを弁護士・依頼者間秘匿特権規則から除外しないよう再考し、外国弁護士及び外国法コンサルタントが、資格を有する他の弁護士と同様に、弁護士・依頼者間秘匿特権通信に対しても同様の処遇を受けることを示すよう、謹んで求める。両部会は、公正取引委員会が、外国競争法に関する法的助言に関する外国弁護士との連絡文書の提出を通常は命じないことを

---

<sup>4</sup> 両部会は、2014年に日本国政府の閣僚職に対して、また、2016年に独占禁止法研究会に対して、2017年に公正取引委員会に対して、それぞれ弁護士・依頼者間秘匿特権に関する意見を提出している。参照を容易にするために、これらの3つの文書は本コメントに添付されており、参照により適切に組み込まれている。

示している点で同委員会を賞賛するが、立入検査の際誤って押収された場合には、そのような文書の取扱い、審査及び返却のための手続を設けるよう勧告する。

両部会は、立入検査で押収された文書に対する「事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容が記録されている物件の取扱指針（案）」<sup>5</sup>（以下「取扱指針案」という）の適用を明確にし、提出命令又は立入検査を通じて公正取引委員会が受領したすべての資料を企業が検査又は複写する機会を得るまでの期間を考慮して、機密扱い申請書及び秘匿対象文書目録の提出期間を延長すべきであることを具申する。

特権的地位を取得するための要件に関して、両部会は、企業が組織し、その職員とコミュニケーションをとる複数の方法を考慮し、状況に応じて特権的主張を実証するための代替手段を認めるために、特権的主張を実証するための公正取引委員会の規則が柔軟であることを丁重に勧告する。両部会は、公正取引委員会に対し、企業の弁護士・依頼者間の秘匿特権付通信は、（1）企業外の第三者から企業の秘密を保護し、（2）弁護士・依頼者間のコミュニケーションの普及を、それに対応する法的問題について知るかコメントすることを合理的に必要とする者に限定するような方法で、企業の弁護士・依頼者間のコミュニケーションが維持されることのみを公正取引委員会が要求することを丁重に要請する。文書に必要なラベルが含まれていない場合であっても、状況に特化して、特権要求者が、秘密の法的助言を促進するために特定の通信が行われたことを証明する責任を維持しながら、特権的資料を特定する特定の手段にある程度の柔軟性が認められるべきである。両部会は、特権保有者が、立入検査において公正取引委員会が差し押さえる資料について予備申請を行うことを公正取引委員会が認めること、及び、記録又は代替的な提出のタイミングに代わる代替的な様式及び内容を公正取引委員会が検討するための明示的なオプションを伴うデフォルト手続として、特定の様式及び内容を採用することを勧告するものである。両部会は、特権の決定が文書ごとに判断されることを提案する。

両部会は、秘匿対象文書目録の提出及び秘匿対象文書目録の確認プロセスに関して、申請及び秘匿対象文書目録が提出された後、公正取引委員会が確認決定のためにより多くの時間を与えること、及び保護された特権付き通信の内容を明らかにする情報を秘匿対象文書目録に含めることを企業が要求されないことを確保することを勧告する。また、両部会では、異議が申し立てられた資料が調査官に引き渡される前に裁決官の認定を再審理することができるような迅速な再審理及び不服申立ての手続き（理想的には、裁判所などの独立した第三者）を規定するために、調査官への資料の移送スケジュールを修正することを丁重に勧告する。独立した第三者への上訴が実行可能でない場合、両部会

---

<sup>5</sup> 公正取引委員会、企業と弁護士との間の秘密通信を記録する対象物の取扱いに関する指針（草案）、<https://www.公正取引委員会.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200402a4.pdf>で入手できます（以下機密通信指針案という）。

は、公正取引委員会が特権決定紛争を解決するために、行政法審判官による見直しなどの内部上訴プロセスのルールを作成および指定することを推奨します。

両部会は、企業の者の供述を取る調査員が、特権を与えられているか又は特権決定過程を経ている通信の内容を調査することは許されないという公正取引委員会の方針を賞賛する。両部会は、本政策が適用される状況を明確にし、特恵的な文書が検査官に提供されないことを明確にするよう、公正取引委員会に丁重に勧告する。最後に、両部会は、事業者が他の行政機関に提供した特権的文書が公正取引委員会によって引き続き処遇を受ける状況について、公正取引委員会がより明確な指針を提供することを具申する。

## II. 協力に係る課徴金の減額

両部会は、日本の課徴金減免制度の重要な法改正及び独占禁止法に基づく公正取引委員会の調査への協力のための課徴金割引の新制度の導入を実施するための十分に検討され、啓発された措置案を賞賛する。この措置は、新制度の下で公正取引委員会がリニエンシーの割引を決定する方法に関して、必要な予測可能性と透明性を提供するのに役立つ。

この新しい制度は、プログラム参加者が公正取引委員会に協力するための新たなインセンティブと期待を生み出すものであり、世界中のカルテル減免制度の多くのベスト・プラクティスに従っており、ある意味では改善されている。両部会は、課徴金減免制度の運営における透明性の向上に対する公正取引委員会のコミットメントを歓迎するとともに、プログラム参加者が守秘義務に関して有する懸念を尊重し、公正取引委員会の課徴金減免制度への自己申告の結果として他の法的手続において報告等事業者が偏見を持たれないことを確保するために、公正取引委員会が同様に開かれることを期待する。

調査協力減算制度の運用方針（案）<sup>6</sup>（以下「運用方針案」という）は、新しい減免制度の下での協力減算を評価するための評価要素について、企業や法曹関係者に有益な指針を提供している。協力減算の適用に当たっては、評価要素をどのように評価するかについて、透明性と確実性を確保することが重要である。課徴金の減免に係る報告及び資料の提出に関する規則（案）<sup>7</sup>（以下「課徴金軽減規則案」という）及び運用方針案は、報告等事業者報告等事業者がいくつの基準を満たすかに基づいて協力を評価するためのやや定型的なアプローチを示唆している。これらの要因の評価には、恐らく、協力の質的評価又は協力の価値の何らかの形も伴うべきである。

両部会は、公正取引委員会が、課徴金減免制度及び運用方針案に何らかの種類の課徴金プラスの概念を採用することを検討することを丁重に勧告する。たとえ完全な緩和プラス政策が不可能であったとしても、第二の謀議の開示のための評価要素の充足に何らか

<sup>6</sup> 公正取引委員会、<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200402a4.pdf> で入手できます（以下課徴金軽減指針案という）。

<sup>7</sup> 公正取引委員会、課徴金の減免に関する事実報告・資料提出に関する規則案（草案）、<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200402a4.pdf> で入手できます（以下課徴金軽減規則案という）。

の形でクレジットを含めることを公正取引委員会が検討することを、両部会は丁重に奨励する。

両部会は、運用方針案に、課徴金減免申請プロセスのステップに関する短い導入セクションを含めることを丁重に勧告する。期限と要件を伴うリニエンシーを求めるステップを示す概要セクションは、リニエンシーを求めるることを計画している企業とその弁護士にとって役立つはずである。両部会は、寛大な適用の裏付けとなる事項に関して、口頭による報告の代替を可能とするような「特別の事情」を構成するものについて、公正取引委員会が指針を示すことを勧告する。課徴金軽減規則案及び運用方針案は、情報の提出期限についてより明確にし、調査がいつ開始されたとみなされるかを定義すべきである。両部会は、内部調査には時として多大な時間を要することを認識しつつ、企業が十分に協力する機会を与えられることを確保するために、課徴金軽減規則草案及び運用方針案が期限に関して柔軟性を提供することを丁重に勧告する。また、両部会は、運用方針案が、調査の一環として、又は他の競争法 執行機関との国際協力の一環として、知り得た事実を公正取引委員会が利用できるかどうかについて、さらなる指針を提供することを勧告している。

## コメント

### I. 弁護士事依頼者間の秘密通信の取扱い

#### A. 全般的なコメント

両部会は、秘密通信ガイドライン案及び公正取引委員会の審査に関する規則改定案<sup>8</sup>（以下「審査規則案」という）、独占禁止法審査手続に関する指針改定案<sup>9</sup>（以下「審査手続指針案」という）に基づき、一定の状況において、弁護士依頼者間の特権的な通信に関する秘密取扱いに関する方針を採択するという貴委員会の決定に敬意を表する。両部会は、日本の民事訴訟法<sup>10</sup>及び刑事訴訟法<sup>11</sup>が弁護士と依頼者との間の通信について限定的な秘密保護の仕組みを用意しているものの、現行の日本の法制度及び法理論において、当該特権に関する考え方は認められていないことを認識している<sup>12</sup>。したがって、両部会は、今回提案されている制度について、日本における現行の秘密保護制

<sup>8</sup> 公正取引委員会「公正取引委員会の審査に関する規則（案）」

<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200402a3.pdf> にて [英語翻訳版] 閲覧可能。

<sup>9</sup> 公正取引委員会「独占禁止法審査手続に関する指針（案）」

<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200402a5.pdf> にて [英語翻訳版] 閲覧可能。

<sup>10</sup> 民事訴訟法 [民訴法] 197 条 1 項、220 条。

<sup>11</sup> 刑事訴訟法 [刑訴法] 105 条、149 条。

<sup>12</sup> 公正取引委員会「独占禁止法研究会報告書（概要）10」（2017 年 4 月 25 日）

[https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/April/170425\\_files/170425-2.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/April/170425_files/170425-2.pdf) にて [英語翻訳版] 閲覧可能。

度を正当に拡張し、当該特権の保護に関して他の法域と平仄を合わせるための動き<sup>13</sup>として、歓迎するものである。

両部会は、公正取引委員会の審査を受けている当事者にとって、弁護士依頼者間秘匿特権（及び当局の聴取における弁護士の立会権）<sup>14</sup>は、基本的な権利であるという認識をここに改めて表明する。米国法曹協会は、弁護士依頼者間秘匿特権は、法執行当局による事実解明の試みを実際に深刻に阻害するものではないと考えている。弁護士依頼者間秘匿特権は、(1)弁護士と依頼者との間の関係を強化し、(2)依頼者が弁護士に率直に相談を行うことを推進し、(3)効果的な法的助言を通じた自発的な法制度の遵守を推進し、(4)弁護士による効果的な補助及び依頼者に対する援助を拡大し、(5)法制度が適切で効果的に機能することを促進し、(6)司法制度へのアクセスを保障するものである<sup>15</sup>。

両部会は、秘密通信ガイドライン案及び審査規則案、審査手続指針案において現在提案されている範囲を超えて、公正取引委員会が弁護士依頼者間秘匿特権を完全に導入するよう謹んで要請し続ける。両部会は、公正取引委員会が、事業者と弁護士との間の通信にかかる秘密的取り扱いを、犯則調査部による審査や不当な取引制限及び私的独占に関する審査もふくめ、独占禁止法に基づく公正取引委員会による審査全般に拡張するよう謹んで提案する。こうした特権は、事業者に限らず、個人を含むあらゆる種類の依頼者が利用できるようにされるべきである。また、両部会は、公正取引委員会が、特権的取扱いを弁護士作成文書にも拡張することを検討するよう求める<sup>16</sup>。

<sup>13</sup> 連邦取引委員会の委員長であった Edith Ramirez 氏による Antitrust in Asia 会議（2014年5月22日）における”Core Competition Agency Principles: Lessons Learned at the FTC”と題する講演 [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/314151/140522abachinakeynote.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/314151/140522abachinakeynote.pdf) にて閲覧可能。

（秘密保護は公正で透明な手続に向けた障害となるとは限らない。合衆国においては、調査中の行為及び我々の懸念の背景に関する必要な情報を当事者に提供しながら、当局及び第三者の秘密を厳格に保護している。透明性と守秘性の均衡をとるために多くの仕組みがとられている。こうした仕組みには、秘密保護命令の下での秘密情報へのアクセスの提供、秘密情報に関する有意で詳細な要約の提供、競争上の懸念が生じた会社の社内の役職員に当該情報を共有しないことに同意した外部弁護士のような限定された個人に対する秘密情報の開示といった仕組みが含まれる。）

<sup>14</sup> 両部会は、引き続き、公正性を確保するために代理人が依頼者に対する事情聴取や審尋に立ち会うこと、完全で正確な情報を公正取引委員会に提供すること、国際的な適正手続きにかかる規範に沿うようにすることについて、敬意を持つつ要請する。

<sup>15</sup> 米国法曹協会「2005年勧告報告」1頁、8-12頁111番（2005年8月に採択）  
[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2005\\_am\\_111.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2005_am_111.authcheckdam.pdf) にて閲覧可能。

<sup>16</sup> 加えて、両部会は、公正取引委員会が、今回の3つのガイドライン案や規則案において提案されている範囲を超えて、公正取引委員会の審査の対象となっている当事者に対し、世界中の競争法執行当局において広く受け入れられている最良の慣行を盛り込むことで、追加的な手続的保障を導入するよう謹んで要望する。例えば、両部会は、当事者に有利な証拠も含む調査におけるすべての証拠について、当事者が、閲覧し、写しを受領する機会が与えられるよう提案する。この点に関し、両部会は、公正取引委員会に対し、(1)米国法曹協会の独占禁止法手続に関する最良慣行集（米国法曹協会独占禁止法部会「BEST PRACTICES FOR ANTITRUST PROCEDURE」4-10頁（2015年5月22日）

弁護士依頼者間通信における守秘性の概念は、合衆国の全ての州において、専門家責任に関する規則における倫理的な要請となっている。合衆国裁判所は、弁護士依頼者間密匿特権を、(1)法的助言が求められ、(2)法律専門家がその職務の範囲内で行い、(3)当該目的に關係する通信であり、(4)信頼関係に基づき、(5)依頼者によってなされた通信について、(6)依頼者の側で永続的に保護され、(7)依頼者又は法律専門家による開示から、(8)放棄されない限り、認められるとしている。弁護士依頼者間密匿特権は絶対的なものではなく、将来において犯罪や不正を働く意図に関する通信のような限定的な例外が設けられている。

## B. 個別のコメント

両部会は、謹んで、事業者と依頼者との間の秘密通信に関する新たな方針に関し、(1)企業内弁護士の除外、(2)外国弁護士及び外国法コンサルタント、(3)立入検査において留置された資料に関する秘密通信ガイドライン案の適用、(4)本特権取扱いを受けるための要件、(5)返還手続き、審査官に対する移管にかかるタイムライン及び異議申し立て、(6)聴取（聴取及び審尋）の際の特権取扱資料の取扱い、(7)他の行政当局に提出された特権取扱資料にかかる取扱いという7つの観点からコメントを申し述べる。

### 1. 企業内弁護士の除外

秘密通信ガイドラインの注4は、弁護士依頼者間密匿特権対象通信としての取扱いを行う目的との関係では、一般に、企業内弁護士は弁護士としては考えないとしている<sup>17</sup>。しかし、注4は、弁護士が、「委任元の事業者の指揮命令監督下になく、」「〔当該事業者からの〕文書による指示により、独立して法律事務を行っている」場合には、当企業内弁護士との通信についても、本取扱いを受けることができるとしている<sup>18</sup>。

米国法曹協会は、企業内弁護士とその依頼者との間での通信における弁護士依頼者間密匿特権についても、外部弁護士とその依頼者との間の通信に認められる弁護士依頼者間密匿特権と同様の範囲及び効果を有するものとなるべきとの原則を採用している<sup>19</sup>。合衆国における連邦裁判所及び州裁判所も、弁護士依頼者間密匿特権との関係にお

[www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_bestprac\\_20150522.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_bestprac_20150522.pdf)にて閲覧可能）及び、（2）国際競争ネットワークの調査手続に関する指針（国際競争ネットワーク「ICN GUIDANCE ON INVESTIGATIVE PROCESS」（2018年）[www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG\\_Guidance\\_InvestigativeProcess.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_Guidance_InvestigativeProcess.pdf)において閲覧可能）を謹んで紹介する。参考の便宜のため、「the Antitrust Section's Best Practices for Antitrust Procedure」を添付する。

<sup>17</sup> 秘密通信ガイドライン、前掲5頁の2行目。当該ガイドラインにおいて参照されている「特定違反被疑事件」とは、課徴金減免制度が適用される可能性がある違反被疑事案を指す。6行目も同様。

<sup>18</sup> 前同2行目。

<sup>19</sup> 米国法曹協会勧告報告120番（1997年8月に採択）、1997 AM 120。

[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/1997\\_am\\_120.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/1997_am_120.authcheckdam.pdf)にて閲覧可能。

いて企業内弁護士と外部弁護士を区別していない。このような取扱いは、一部の弁護士が直接依頼者から雇用されていたとしても、全ての弁護士は、独立した司法当局及び州司法組織によって広められた倫理的及び職業的な責任を遵守する必要があることから認められるものである。すなわち、法律職として執務する全ての弁護士は、事業者内の企業内弁護士として執務をしていようが、外部の法律事務所において執務をしていようが、高いレベルの職業的独立のもとで執務をしているのである。

重要なことに、事業者とその企業内弁護士との間での法的意見についての通信のみが保護の対象となる。裁判所は、企業内弁護士の通信について、法律的でない職務に従事しているか、弁護士として執務しているかを決定するために詳細に検討を行う<sup>20</sup>。「法的助言」要件を課すことは、特権による保護を、企業内弁護士が、司法や弁護士組織が所管している独立した法的役割に従って執務している場合に限り及ぼすという役割を果たしている。

両部会は、公正取引委員会が、企業内弁護士が法的独立性を行使できること、企業内弁護士が事業者から独立していることを示し得た場合には、彼らの通信は本取扱いから除外されるものではないという点を認識したことに敬意を表す。当該重要な考え方により、企業内弁護士を雇用する事業者は、低コストで法的助言を得、法律の進展に迅速に対応し、法律を遵守する能力が拡大することになる。

両部会は、公正取引委員会が、企業内弁護士による通信が本取扱いを受けるために、企業内弁護士又は事業者がどのような資料や情報を公正取引委員会に提供すべきであるかについて明らかにするように謹んで勧告する。例として、両部会は、明確化のために他の有用な手段とともに、公正取引委員会は、

- 企業内弁護士が、「当該事業者の指揮命令監督下にはもはやない」ということは何を意味しているのかを明確化すべきである。両部会は、そうした明確化により、企業内弁護士が雇用されることの利益（報酬や地位等）を得ることが可能になるほか、事業者が一般に弁護士に対して命令監督する権利を得ることを勧告する<sup>21</sup>。当該ルールによって得られることが予定される独立性は、関連する事業者からのあらゆる全ての命令の上位に企業内弁護士の職業的な義務を位置づけることになる。例えば、企業内弁護士によって提供される法的助言は、事業者の指揮命令監督のもとではなく独立して執務を行う弁

<sup>20</sup> 例えば、In re Sealed ケース 737 F.2d 94, 99 (D.C. Cir. 1984)（「事業者は、〔自社の企業内弁護士について〕、当該弁護士が職業的な法律実務において助言を行っていたと明確に示した場合にのみ、保護することができる。」）

<sup>21</sup> ある種の活動においては、外部弁護士であっても、依頼者の指揮命令監督下で執務を行うことになる。米国法曹協会職業規範に関する模範規程は、依頼者と法律家との関係の性質を定めるとともに、依頼者が設けた目的を達成するための手段については依頼者と協議をすることを求めている。MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT r. 1.2 (米国法曹協会 1983 年) (以下「模範規程」という。)

[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/) にて閲覧可能。当該規程は、弁護士に対する指揮命令監督権を定めたものと読むことができる。

護士である企業内弁護士の上役を除き、経営陣や他の役職員の事前承認に服してはならない。

- 事業者から企業内弁護士に対し、当該企業内弁護士による法的助言が本取扱いの要件を充たすことになるための文書による指示において充たされるべき個別の要素を定めるべきである。
- 事業者が、企業内弁護士に対し、当該弁護士の永続的な職務上の役割として、こうした独立性を認めることを容認すべきである。現在の案によれば、本提案は、「課徴金減免制度が適用される違反被疑事件の発覚を契機にした」企業内弁護士との通信のみが対象となっている<sup>22</sup>。しかし、企業内弁護士が事業者に提供され、それが最も価値を有するのは、正しくはこうした発覚の前である。企業内弁護士は、当該事業者の商業的な目標を実現するために、違法な行為を避け、法的に許容された方法をとるよう事業者を導くに際し、重要な予防的な役割を果たす<sup>23</sup>。両部会は、公正取引委員会が、他の潜在的な独立性の証憑と並び、企業内弁護士の独立した職責に関する正確な範囲を設定するための事業者からの職務範囲の独立に関する文書が、弁護士の独立性を支持するための有効な支援要因になることを認識したうえで法執行権限を行使することを勧告する。公正取引委員会の提案に関してこうした明確化が行われることで、事業者が弁護士と積極的に通信を行う可能性が増加するとともに、企業内弁護士が潜在的な違反が起こるよりも前に助言を提供する能力が増加することになる。

## 2. 外国法弁護士及び外国法コンサルタントの除外

秘密通信ガイドライン案の注4は、外国法弁護士及び外国法コンサルタントは本取扱いとの関係では弁護士とみなされないと述べている。

米国法曹協会は、歴史的に、依頼者と弁護士との間の通信については、当該弁護士の資格国が合衆国であろうと他の法域であろうと、同等の水準の保護が与えられるべきと考えてきた<sup>24</sup>。実際に、合衆国は、同様の保護を、日本法弁護士及び外国法コンサルタントにも及ぼしている。合衆国の大部分の州において、合衆国内の資格を保有していない弁護士について、外国法コンサルタントとして登録をし、当該外国法コンサルタントの資格法域の法についてのみ法的助言を提供することが許容されている。資格を有しない法律事務及び複数法域における法律実務に関する米国法曹協会の模範職業規程

<sup>22</sup> 秘密通信ガイドライン案。前出注5の2行目。

<sup>23</sup> Upjohn Co. v. United States 事件, 449 U.S. 383, 392 (1981年) 「現代の企業は膨大で複雑な法規制に直面しているから、大部分の個人とは異なり、企業は、「どのように法令を遵守すべきかを理解するために恒常的に法律家と相談している」」(引用省略)

<sup>24</sup> 米国法曹協会, 1983年勧告報告301番1行目(1983年2月に採択、2008年2月に再採択)2008\_MY\_301。

[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2008\\_my\\_301.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2008_my_301.authcheckdam.pdf).において閲覧可能。

(模範規程)によれば、一時的な法律実務に関しては、合衆国において資格を有していない法律家であっても、以下の要件を充たす場合には、その法律家の法的助言及び作成文書について、弁護士依頼者間及び弁護士作成文書にかかる秘匿特権の対象となる法律家とみなされる。

- (1) 当該法律家が、外国において、法律家、法廷弁護士又はそれと同等の者として職務に従事することが認められ、職業団体又は公的団体による有効な規則又は規律のもとに服する外国の法域の法律家組織の誠実な構成員であること、又は
- (2) 当該外国法域の法のもとで企業内弁護士として合法的に法律実務を営むことができる者は、〔本法域における最上級の裁判所〕の裁量の範囲内において定められる本規程においても、法律実務に携わることを認められなければならない<sup>25</sup>。

従って、両部会は、公正取引委員会が、外国法弁護士及び外国法コンサルタントを弁護士依頼者間秘匿特権から除くという対応を再考し、合衆国におけるものと同様に、外国法弁護士及び外国法コンサルタントも、他の資格を有する弁護士として、弁護士依頼者間秘匿特権に関して同等の取扱いを享受することができる旨示すように、謹んで要請する<sup>26</sup>。

両部会は、公正取引委員会が、秘密通信ガイドライン案の第2の4において、外国の競争法に関する法的助言についての外国法弁護士との通信については通常提出を求めるべくすることを評価する。当該方針は、公正取引委員会が、日米独占禁止法協力協定にあるように、審査手続において礼讓を考慮することの重要性を認識していることを示すものである<sup>27</sup>。

しかし、秘密通信ガイドライン案には、当該資料が「関連事件の審査において必要と考えられる場合」に適用される広範な例外規定が設けられている<sup>28</sup>。当該例外は、相当に幅広であり、公正取引委員会の提出命令の対象から除外するための重要な例外を無にする効果を有する可能性がある。両部会は、公正取引委員会に対し、当該例外を削除するか実質的に狭めるよう謹んで要請する。

---

<sup>25</sup> 模範規程 前出注21、r.5.5。

<sup>26</sup> 例えば、MASS. SUP. JUD. CT. R. 3:05, § 6.3

<https://www.mass.gov/doc/massachusetts-supreme-judicial-court-rules-and-orders/download>において閲覧可能。

<sup>27</sup> 例として、反競争的行為に関する協力についての合衆国政府及び日本国政府による協定（1999年10月7日）。

<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/3740.pdf>において閲覧可能。（「両国における競争法の重要な利益に関して注意深い考慮を払うという確約に留意する。」）

<sup>28</sup> 秘密通信ガイドライン案 前出注5の6行目。

両部会は、また、公正取引委員会が、立入検査時に留置された場合、外国弁護士との外国競争法に関する通信が含まれた資料について、どのように取り扱うのかを秘密通信ガイドライン案において明確化するよう謹んで要請する。秘密通信ガイドライン案にはこうした資料に関する手続規定は存在しない。そこで、両部会は、公正取引委員会が、秘密通信ガイドライン案及び審査規則において、1)意図に反して押収された場合、審査官がそうした資料を閲覧しないようにし、2)こうした文書についてどのように取り扱われ、閲覧されるかを記載し、3)当該資料が事業者に返却されることを保障する手続きを加えるべきことを求める。

最後に、両部会は、公正取引委員会が、外国弁護士による外国競争法に関する通信に関する本考え方が外国法コンサルタントとその依頼者との間の通信にもまた適用されることを明確化するよう求める。

### 3. 立入検査での押収文書に対する特定通信指針案の適用

両部会は公正取引委員会による本取扱いの制定を高く評価する。特定通信指針案には、審査官が独占禁止法第47条第1項第3号<sup>29</sup>関係の提出命令を行う場合における特定物件<sup>30</sup>に対する本取扱いの指針が示されている<sup>31</sup>。しかし、独占禁止法第47条第1項第4号<sup>32</sup>（立入検査の許可）に関して本取扱いが適用されるかについては言及されていない。

両部会は立入検査時に提出命令を行うのが公正取引委員会の慣例であるため<sup>33</sup>、公正取引委員会は特定通信指針案を立入検査時の押収文書に適用することを意図していると理解される。しかし、本取扱いの適用をより明確にするために、特定通信指針案が立入検査時に押収された資料に適用されることを明記するよう推奨する（「事業者と弁護士の間で秘密に行われた通信の内容が記録されている物件の取扱い（指針案のポイント）」に記載の通り<sup>34</sup>）。

特定通信指針案を立入検査時に押収された資料に適用することは、同案の運用において重要な影響をもたらす。とりわけ、特定通信指針案第6（閲覧又は謄写の手続）によると、事業者は、提出命令を受けた、または立入検査時に押収された全資料ではなく、特

<sup>29</sup> 独占禁止法第47条第1項第3号。「公正取引委員会は、事件について必要な調査をするため、次に掲げる处分をすることができます。三 帳簿書類その他の物件の所持者に対し、当該物件の提出を命じ、又は提出物件を留めて置くこと。」

<sup>30</sup> 特定通信指針案における「特定物件」は、審査官が提出命令を行った場合に物件の所持者が書面にて本取扱いの適用を求めた物件を対象とする。同案における「特定通信」は、法的助言に関する事業者と弁護士の間で秘密に行われた通信の記録を対象とする。特定通信指針案第2 本取扱いの内容。

<sup>31</sup> 特定通信指針案における「特定被疑事件」とは、課徴金減免対象被疑行為を対象とする。特定通信指針案第2 本取扱いの内容。

<sup>32</sup> 独占禁止法第47条第1項第4号。「公正取引委員会は、事件について必要な調査をするため、次に掲げる处分をすることができます。四 事件関係人の営業所その他必要な場所に立ち入り、業務及び財産の状況、帳簿書類その他の物件を検査すること。」

<sup>33</sup> 独占禁止法審査手続に関する指針（平成27年12月25日）第2.1.(4) 参照。

<sup>34</sup> 報道発表資料別紙7。

定物件のみ閲覧および謄写のために入手できるようである。迅速かつ適切に全資料を入手できなければ、事業者は秘匿特権対象通信を特定できず、公正取引委員会に留置された全資料の取扱いに関して適切な要請ができない。事業者による閲覧のための全資料の入手に遅れが生じれば、事業者は、判別官より求められた情報を期限までに提出することが難しくなる。このため両部会は、閲覧または謄写のための全資料の入手手続きの迅速化を推奨する。

さらに、提出命令や立入検査により公正取引委員会に留置された全資料の閲覧または謄写の機会が事業者に与えられるまでの期間を考慮し、申出書及び概要文書の提出期間を延長されるべきである。特定通信指針案第6には、判別官が事業者に対して押収文書の入手を許可すべき期間が明記されていない。押収資料の入手が遅れれば、秘匿特権対象通信の適切な取扱いを求めるのに必要な情報を提出命令から2週間以内に提出することは、事業者にとって不可能でなくともかなりの負担になる。したがって両部会は、2週間の期限は、提出命令の発令日を起点とするのではなく、事業者が実質的に全留置資料を入手したときから起算されるべきであろう。

#### 4. 特権取扱いを受けるための要件

秘密通信ガイドライン案第2の2は、特定資料の適切な保管に関する要件を定め、同第2の3では、特定資料について本取扱いを求める申出書の提出及び概要文書の提出の要件を記載している。

一般論として、両部会は、特権取扱いの主張を実証するための公正取引委員会の規則が、事業者が組織し、職員とコミュニケーションを取る複数の方法を説明するために柔軟であり、状況に応じて特権取扱いの主張を実証するための代替手段を可能にするために柔軟であることを、謹んで推奨する。かかる柔軟な手法は、事業者が本取扱いの対象となる資料の表示、管理及び保管に関する公正取引委員会が定める要件を満たすことを可能にする一方で、特定の事業の状況及び実務に照らして事業者にとって最も効率的な手続を可能にするものである。

##### a. 適切な保管

公正取引委員会による適切な保管の定義は、弁護士と事業者の役員及び従業員との間のコミュニケーションがどのように、誰との間で行われるべきか、また、事業者が法律上の助言を受け、その助言に基づいて行動する必要のある者にその助言をどのように伝達するかについての事業者の弁護士及び上層部の役員の判断を、たとえそれが業界の水準と一致する合理的な方法でなされた判断であったとしても、公正取引委員会が無視することを可能にするものと思われる。<sup>35</sup> その代わりに、両部会は、(1) 事業者外の第

<sup>35</sup> Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 391 (1981)（「個人が依頼者の場合、情報提供者と弁護士の助言に基づいて行動する者は同一である。しかし、企業の文脈においては、そういった者は、

三者から事業者の秘密を保護する方法で、及び（2）弁護士依頼者間の通信の伝達を、それに対応する法律問題について知る又は意見を述べることを合理的に必要とする者に限定する方法で、事業者の弁護士依頼者間の通信が維持されることのみを公正取引委員会に要求することを謹んで要請する。秘密通信ガイドライン案へのこのような変更により、事業者は、それぞれの特定の事業者に合わせて調整された最も効率的な資料整理や内部通信機構を通じて、特権取扱いとなる通信を保存及び保管することが可能になる。

#### b. 表示要件

秘密通信ガイドライン案に記載されている非常に具体的な方法で明示的に事業者が特権取扱資料に表示するという要件に関して、両部会は、特権取扱資料に表示をすることが、特権取扱資料を特定し当該資料の秘密性を維持するための適切な運用であることに賛成する。しかしながら、使用される特定の表示については、特に、特権取扱いとなる通信は、独占禁止法上の潜在的責任のみに向けられたものではない可能性があるためであることから、ある程度の柔軟性が認められるべきである。さらに、いくつかの通信形式、例えば、スマートフォンのテキストメッセージやテレビ会議中のその場での資料の共有などは、表示を困難にする可能性があり、柔軟性のない表示の適用の要求は法的助言の提供を遅らせ、負担になるであろう。迅速さは効果的な法的助言の重要な構成要素であるため、いくつかの通信形式の迅速さを下げる（または事業者が弁護士とのそれらの通信形式の利用を妨げることとなる）柔軟性のない表示の要求は法的助言を促進するという目的と相反するものとなる。両部会は、特権取扱いの申出者が秘密の法的助言を促進するために特定の通信が行われたことを立証する負担を維持しながら、たとえ必要な表示が資料に含まれていない場合であっても、特権取扱資料を特定するための代替手段について、状況に応じて考慮すべきであることを推奨する。<sup>36</sup>特定の表示手順を必要とする制限的な方法は、事業者が既存の通信構造の中で重要な法的助言を効果的に伝達することを妨げる可能性があるため、そのような制限的な方法を避けることが目標とされるべきである。<sup>37</sup>

---

企業の弁護士が必要とする情報を所有し弁護士の助言に応じて〔企業の〕行動を指揮する責任がある「役員及び代理人」と裁判所において定義されたコントロールグループ以外の従業員であることが多い。中層部及び下層部の従業員は、雇用の範囲内で行動することで、企業を深刻な法的問題に巻き込むことができ、そして、企業の弁護士がそのような現実的又は潜在的な問題について依頼者に適切に助言する場合、これらの従業員が企業の弁護士によって必要とされる関連情報を有することは当然のことである。」<sup>38</sup>）。

<sup>36</sup> 例えば、Schwab v. Sears, Roebuck & Co. (*In re Derienzo*), 1998 Bankr. LEXIS 635 (Bankr. M.D. Pa. Apr. 28, 1998) 参照（資料に記された「秘匿特権」は、秘匿特権の地位を決定する際に考慮すべき要素のひとつにすぎず、主に資料の内容に焦点を当てるべきと指摘する。）。

<sup>37</sup> FTC v. Glaxosmithkline, 294 F.3 d141, 148 (D.C.Cir. 2002) (GSKは資料を秘密にしておかなければならぬという弁護士依頼者間の秘匿特権の要件を満たしていないという下級裁判所の判決を覆した)（「特定の従業員又は請負業者が企業秘密にアクセスすることが必要又は望ましいと判断した各企業の

このことは、秘密通信ガイドライン案の発行前になされた特権的な通信に関して特に重要である。このような既存の特権取扱資料は、秘密通信ガイドライン案に規定されている表示又は保管者の要件を満たしていない可能性がある。しかしながら、公正取引委員会が立入検査において留置した既存の資料が正に弁護士依頼者間の特権取扱いとなる通信である場合、公正取引委員会はそれらの資料を同様に扱うべきである。したがって、両部会は、秘密通信ガイドライン案及び／又は審査規則案が、秘密通信ガイドライン案の発行前に作成された特権取扱資料が公正取引委員会によってどのように取り扱われるかを示すべく、これらの案が修正されることを謹んで推奨する。

#### c. 申出書及び概要文書

両部会は、「本取扱いの求めをする物件の所持者は、本取扱いの求めをする物件について提出命令を受けるに際し、本取扱いを求める文書（以下「申出書」という。）を審査官に対して提出するものとする。」<sup>38</sup> という要請の公正取引委員会の目的を理解している。しかしながら、両部会は、立入検査の間に公正取引委員会が留置する資料に関して、特権取扱資料保持者が予備的な申出書を提出することを公正取引委員会が可能にすることを謹んで推奨する。そのような状況において、特権取扱資料保持者が、留置された資料のうち、どの資料に特権取扱いとなる情報が含まれているかを正確に直ちに知ることは不可能な場合が多い。両部会は、公正取引委員会に対し、留置された資料に含まれる特権取扱いとなる情報がある可能性のある場所及び一般的な主題が記載された初期の申出書を受理することを推奨する。その目的は、特権取扱資料保持者が留置された資料の写しを受領しそれらを確認する機会があった後、より特定された申出書を提出できるようになるまで、そのような資料が判別官によって隔離されることを確保することにある。

公正取引委員会が手続案にかかる概念を導入したことは、米国の実務と整合的である。<sup>39</sup> しかしながら、米国の裁判所、政府機関及び民間の弁護士は、概要文書の正確な形式や、場合によっては、特権取扱いの主張を実証するために概要文書が真に必要かどうかは、問題の状況によって異なることを明らかにしている。<sup>40</sup> したがって、両部会は、

---

役員の経営判断を裁判所に審理させる有益な目的はないと考える。その代わりに、企業は、資料の内容に一般的に関連して企業が義務を有する特定の個人への伝達を限定することで十分である。」）。

<sup>38</sup> 秘密通信ガイドライン案、前掲注5、5頁。

<sup>39</sup> 例えば、In re Grand Jury Investigation, 974 F.2 d 1068, 1071 (9 th Cir.1992) 参照（「我々は以前から秘匿特権を十分に確立する多くの手段を認識しており、その一つが秘匿特権リストの手法である。」）。

<sup>40</sup> In re Imperial Corp. of America, 174 F.R.D. 475, 477 (S.D. Cal. 1997)（しかし、連邦民事訴訟規則第26(b)(5)のどこにも、当事者が秘匿特権又はワークプロダクトに基づいて資料を提出を差し控えようとする場合、資料ごとの秘匿特権リストが必要であることは規定していない。実際、同規則第26に続く諮問委員会の注記では、特定の状況では資料ごとの秘匿特権リストは要求されないことを示している。）」；S.D.N.Y. Civ. R. 26.2(c)（「複数の資料に関して同一基準で秘匿特権を主張する場合は、グループ又はカテゴリー別にこの規則で要求される情報を提供することが適切であることが推定される。」）；FED. R. Civ. PRO. 26(b)(5) advisory committee's note to 1993 amendment（「この規則は、当事者が

公正取引委員会が、既定の手続として（現在の「秘密通信ガイドライン案」が規定するように）特定の形式及び内容を規定する手法を採用する一方で、公正取引委員会が、概要文書又は代替文書の提出時期の代替案とともに、かかる形式の代替案を考慮に入れることを明示的な選択肢とすることを謹んで推奨する。米国の実務家は、このような柔軟な手法が特権取扱資料保持者と審査官の双方に利益をもたらすことを明らかにしている。

例えば、概要文書の準備にしばしば関与する重要な資源を考慮すると、事業者が協力合意の一部として特権取扱いのされない資料や証言人を委員会に提供することに資源を集中している間、公正取引委員会は概要文書の提出を延期するという特権取扱資料保持者による提案を検討することができる。多くの状況では、事業者は、概要文書それぞれに含まれる簡潔な記述ではなく、特権取扱資料の分類を提供する説話を通して特権取扱資料を記述することを提案できる。事業者に特権取扱いの主張を実証する代替的手法を提案することを可能にすることにより、公正取引委員会は、証拠を収集し協力を促進するための時間節約手段を活用する立場に自ら置くことになる。

概要文書に含まれる特定の情報に関して、両部会は、保護された特権取扱いとなる的な通信の内容を明らかにする情報を含めることを事業者が要求されないようにすることの重要性を指摘する。例えば、秘密通信ガイドライン案は現在、特権取扱資料保持者が概要文書に「特定物件の標題」<sup>41</sup>を含めることを要求している。資料の標題は、資料内で議論された特定の助言や法的な関心事を暴露する所以があるので、両部会は、この要件を「資料の種類を含む特定物件の説明」に置き換えることを謹んで推奨する。同様に、「特定物件の概要」<sup>42</sup>を概要文書に記載する要件に関して、両部会は、かかる情報は、特権取扱いとなる情報を明らかにすることなく、当該物件の一般的な主題とそれに関連する法的助言の種類の記述に限定されることを推奨する。

#### d. 特権取扱資料における事実の取扱い

秘密通信ガイドライン案の注7は、「当該事業者が弁護士に対して相談を行うために実施した社内調査結果、弁護士が当該事業者に対して回答を行うために実施した役員等へのヒアリング記録等、事実を主たる内容とする文書等は含まれない。」<sup>43</sup>と指摘する。両部会は、どのような情報が特権取扱いとして取り扱われるかについてのこのような包

---

秘匿特権又はワークプロダクトの請求を主張する際にどのような情報を提供しなければならないかを事業ごとに定義しようとするものではない。時間、人物、一般的な主題等に関する詳細は、少量の秘匿特権の物件のみが差し控えられている場合は適切であるが、大量の資料が秘匿特権を与えられているか又は保護されていると主張されている場合、特にその物件がカテゴリー別に記載されている場合は、不当に負担となることがある。…稀な状況では、依頼人の特定といった、主張の適用に影響を及ぼす関連情報の一部は、それ自体に秘匿特権が与えられることがある。そしてそのような情報は開示する必要がないと規定している。」)。

<sup>41</sup> 秘密通信ガイドライン案、前掲注5、5頁。

<sup>42</sup> 同上。

<sup>43</sup> 同上、3-4頁。

括的で限定的な手法、すなわち、事業者の弁護士により又は当該弁護士のために準備された事実分析、又は弁護士がその内部調査の一環として実施したヒアリングに対し本取扱いを否定することは、事業者が効果的な法的助言を受けることを妨げるものであることを謹んで提案する。<sup>44</sup> 弁護士が事業者の従業員から事実を収集して分析することは、世界の競争法の遵守について上層部の管理職に正確かつタイムリーな助言を提供するために重要である。<sup>45</sup>

両部会は、法的助言を受ける事業者の能力及び独占禁止法違反の疑いを調査する公正取引委員会の能力の双方の観点から、より効果的な手法は、資料ごとに特権取扱いの決定を判断すべきあることを謹んで提案する。<sup>46</sup> 米国裁判所は、資料ごとの決定において様々な手法をとり、多くの場合、法律上、事業上又は事実上の情報が占めるかどうかを検討し、状況によっては、秘匿特権が付与される通信の一部を編集する。多くの裁判所は調査過程を保護していないが、一部の裁判所は保護する。

米国における経験に基づくと、資料ごとの審査手法は、調査機関が関連事実を取得することを妨げてはならない。

「かかる秘匿特権の保護は、事実ではなく通信にのみ及ぶ。事実は一つのものであり、その事実に関する通信は全く別のものである。依頼人は『あなたは弁護士に対して何と言ったのか、又は何を書いたのか』という質問に回答することを強制されない、しかし、依頼人が弁護士に対する通信にその知識の範囲内の関連する事実の陳述を組み入れたという理由だけでは、当該事実を開示することを拒否できない。」<sup>47</sup>

したがって、外部弁護士又は独立した企業内弁護士により又は当該弁護士のために行われる事実の収集に特権取扱いによる保護を拡大することは、同時に、嫌疑のある違反

<sup>44</sup> Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 391 (1981)（「『弁護士が依頼人の秘密と秘密を守らなければならぬという倫理的義務を遵守することは、依頼人を適切に代表するために必要な事実の完全な解明を促進するだけでなく、一般人が早期に法的支援を求めることが促進する』」）（MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC. 4-1 (AM. BAR ASS'N 1969) から引用，[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional\\_responsibility/mrpc\\_migrated/mcpr.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/mrpc_migrated/mcpr.pdf) にて閲覧可能）。

<sup>45</sup> 米国連邦最高裁判所は、企業の弁護士が効果的な法的助言を提供する能力は、弁護士が様々な従業員から事実情報を収集する能力と密接に関連していることを指摘しながら、「（シャーマン）法によって禁止された行為は、社会的に受け入れられるグレーゾーンと経済的に正当化できる商業上の行為とを区別することがしばしば困難である」ことを想起させた。Upjohn, 449 U.S. at 392-93 (United States v. U. S. Gypsum Co., 438 U.S. 422, 440-441 (1978)から引用)。また、King Drug Co. of Florence v. Cephalon, Inc., 2013 WL 4836752, at \*8 (E.D. Pa. Sept. 11, 2013)を参照（「弁護士でない従業員によって共有される通信は、それらが弁護士によって要求された情報を伝えるために、又は企業の従業員が適切に行動するようにそれらの弁護士によって与えられた法的助言を広めるために行われた場合には、秘匿特権を与えられることがある。」）。

<sup>46</sup> このような手法は、資料中にある可能性のある弁護士作成文書を考慮に入れるべきである。

<sup>47</sup> Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 395-396 (1981)（引用省略）。

に関連する事実を入手する公正取引委員会の能力を維持しつつ、独占禁止法の遵守について事業者に助言する弁護士の能力を強化することになる。<sup>48</sup>

## 5. 還付手続き、審査官への引継ぎと申立て期限

両部会は特定通信指針案に、秘匿特権対象資料が審査官へ引き継がれず、秘匿特権対象文書が事業者に還付されることを確保する手続きが盛り込まれることを高く評価する。ただし、これらの手続きはさらに改良と明確化を要すると思われる。

### a. 期限

特定通信指針案によると、事業者は、提出命令を受けたとき特定物件に本取扱いを求める申出書を提出しなければならず、かつ、特別の事情のある場合を除き、提出命令を受けた日から2週間以内に、本取扱いを求める文書の一覧および各文書の内容を記載した概要文書を提出しなければならない。同時期に、判別官もまた第一次判別手続を行わなければならないようである。第一次判別手続において、判別官は、提出命令が行われた日から原則として2週間以内に、ア 申出書の記載内容、イ 概要文書の提出、ウ 適切な保管を確認しなければならない。<sup>49</sup>すなわち、特定行為者の概要文書の提出期限と判別官の確認期限がともに、公正取引委員会が提出命令を行なってから2週間以内である。一方の要件（概要文書の確認）が他方の要件（概要文書の提出）に左右されるところ、期限が同一であり、時期が重複しているようである。したがって、時期的な不具合を回避するため、判別官による第一次判別には申出書と概要文書が提出されてからさらに時間が与られるよう推奨する。

### b. 申立て手続き

特定通信指針案第5の2によると、判別官が、特定物件が本取扱いの要件を満たさないと判断した場合、その特定物件を審査官へ引き継ぎ、事業者に文書の引継ぎとその理由を通知する。第5の3によると、事業者は判別官に判断の検討と特定物件の還付を求めることができるが、すでに手遅れである。後日懸案の特定物件が実際は秘匿特権対象文書であることが判明した場合、審査官はすでにその秘匿特権対象資料を調査してその情報に影響された可能性があり、調査は「不正」となりうる。また、判別官または審査官の再検討後、特定物件の還付請求が却下された場合、判別官または審査官は、事業者に対しその判断と審査規則第22条第1項に基づく異議申立ての権利または行政事件訴訟法に基づく提訴の権利を通知する。しかし、この場合も、通知を受けた事業者には、特定物件が審査官へ引き継がれる前に判別官の判断に申立てをする事前通達が与えられな

<sup>48</sup> Henry v. Champlain Enterprises, Inc., 212 F.R.D. 73, 91 (N.D.N.Y. 2003)（「秘匿特権は、弁護士から得たものか又は独立した情報源から得た事実かにかかわらず、関連する事実についての依頼者の知識を保護しない。」）。

<sup>49</sup> 特定通信指針案第4の2(1)参照。

い。通知が届くのは審査官へ資料が引き継がれてからであり、審査規則<sup>50</sup>に基づく申立てまたは行政事件訴訟法<sup>51</sup>に基づく行政処分を求める期間を鑑みると申立て手続きは効果がないであろう。さらには、被疑事件の調査が、審査規則または行政事件訴訟法に基づく申立ての解決前にすでに完了しうる。

秘密に行われる法的助言を実質的に保護するという目的を維持するために、審査官が秘匿特権対象での可能性のある資料を調査する前に（理想的には、裁判所などの第三者）事前通知や迅速な申立て手続きを行えるよう、秘匿特権対象通信の適切な取扱いを確保する予防手段が必要である。

したがって両部会は、懸案資料が審査官へ引き継がれる前に判別官の判断が検討されるような迅速な検討および申立て手続きができるよう、特定物件の審査官への引継ぎ期限を見直すことを推奨する。さらに、資料が審査官へ引き継がれた後に特定物件に関する申立てがあった場合、事業者への秘匿特権対象通信の還付の必要性を判断するのは審査官ではないように特定通信指針案を変更するよう推奨する。

## 6. 聽聞における特権文書の取扱い（面接や尋問）

両部会は、公正取引委員会が取扱い指針案のセクション VIII に、企業からの人物の供述を取る調査員は特権を与えられている、又は特権決定プロセスを受けている通信の内容を調査することは許されないという声明を含めることを称賛する。この規則は、特権を与えられた通信及び公正取引委員会により特権的地位がまだ決定されていない通信の両方の取扱いに対処するものと思われるが、審査官は、審査がまだ係属しているか又は文書が返却されている場合には、特権を与えられる可能性のある文書を所持してはならない。そうすると、いかなる場合にこの規定が適用されるかは明らかではない。<sup>52</sup> この提案が、調査者がそのような文書について質問することを一般的に禁止することを意図しているのであれば（例 「この行為に関して法的助言を受けたか。」）、証人が知らないかもしれないために特権を与えられていると主張されている文書を知っている弁護士が「審理」に出席することを要求するかもしれない。

両部会は、本政策が適用される状況を明確にし、特恵的な文書が捜査官に提供されないことを明確にするよう、公正取引委員会に丁重に勧告する。調査担当者は、秘匿対象文書目録又は特権申請書に基づいて、最終的な特権の決定が保留されている従業員を対象とした面接又はヒアリングで避けるべき文書及びトピックを特定する必要があり。

<sup>50</sup> 公正取引委員会の審査に関する規則第 5 号（平成 17 年 10 月 19 日）第 22 条によると、「法第四十七条第二項の規定に基づいて審査官がした同条第一項各号に規定する処分を受けた者は、当該処分に不服のあるときは、処分を受けた日から一週間以内に、その理由を記載した文書をもって、委員会に異議の申立てをすることができる。」

<sup>51</sup> 行政事件訴訟法（昭和 37 年法律第 139 号）。

<sup>52</sup> 例えば、機密通信指針案のセクション IV に含まれる手続の下では、特権的地位が保留されている文書は、調査官や検察官ではなく、裁決官が保管すべきである。

## 7. 他の行政機関に提出された特権取扱資料の取扱い

秘密通信ガイドライン案第2の4(2)は、「本取扱いの求めがあった物件が他の行政機関等の調査等のために提出されていたとしても、本取扱いの手続に影響を及ぼすものではない。」<sup>53</sup>と規定する。両部会は、他の調査機関に提出されていた可能性のある秘密通信の保護を保つことについて、公正取引委員会を称賛する。

両部会は、事業者が公正取引委員会に本取扱いを申し出する前又は後に、事業者が他の調査機関に提出した物件が公正取引委員会による本取扱いの適用に影響を及ぼさないことについて、より明確な指針を提供することにより、同第2の4(2)が改善されることができるることを謹んで提案する。公正取引委員会が定めようとする保護の確実性を確保することは重要である。<sup>54</sup> 両部会は、本項目の3つの文言が明確化により利益を受けるであろうことを提案する。

第一に、翻訳の問題である可能性があることを認識しつつ、両部会は、「提出された」という文言で過去形を使用していることについて、事業者が公正取引委員会に本取扱いを申し出する前の他の調査機関への物件提出のみを公正取引委員会が問題視しない意図があるかどうかを明確にすることを要望する。両部会は、本取扱いを申し出た後の他の調査機関への提出が、公正取引委員会が事業者に与えると決定した保護に遅延的に影響を与えてはならないことを謹んで提案する。

第二に、両部会は、公正取引委員会が「特定の他の行政機関等」との言及の範囲を明確にし、具体的には、(1) 裁判所及び(2) 外国の又は国際的な行政機関及び裁判所のいずれを含むかを明確にすることを要望する。日本と諸外国では民事訴訟が同時に発生する可能性があり、外国の執行機関が同様の行為について調査する可能性もあるため、これらの明確化は有益である。米国では、私人による損害賠償請求訴訟の被告は、米国司法省の反トラスト局により求められた資料を州及び連邦裁判所に提供しているものであるが、特権取扱資料は必要に応じて差し控えることができる。<sup>55</sup>

第三に、両部会は、公正取引委員会に対し、「調査」の意味を明確にし、そのような調査が同一の被疑行為に関連する独占禁止法違反に限定されるか否かを明確にすることを要望する。秘密通信ガイドライン案の第2(「特定通信」の定義)及び第4の2(2)イ(「対象外文書」の例)とで潜在的な矛盾が存在する可能性がある。第4の2(2)イの規定は「他法令に関する法的意見の内容を記載した」物件を保護対象から除外しているように思われるためである。両部会は、第2の4(2)において、調査が独占禁止

<sup>53</sup> 秘密通信ガイドライン案、前掲注5、6頁。

<sup>54</sup> 依頼者弁護士間秘匿特権の保護と同様に、米国連邦最高裁判所は、「弁護士依頼者間秘匿特権の目的が果たされる場合、弁護士及び依頼者は、特定の議論が保護されるかどうかをある程度の確実性をもって予測できなければならない。不確実である秘匿特権は全く秘匿特権がないものと変わりがない。」Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 393 (1981)。

<sup>55</sup> 例えば、In re Milk Prods. Antitrust Litig., 84 F. Supp. 2d 1016 (D. Minn. 1997) 参照。

法以外の法律や規制に関するものである場合には、同じ物件が弁護士依頼者間の特権を認めていない他の機関（例えば国土交通省）に開示されたとしても、公正取引委員会が特定物件に対する取扱いを行うことを明確にするよう推奨する。

## II 調査協力減算制度

### A. 全般に関する意見

私達は、日本の課徴金減免制度に係る重要な独占禁止法改正<sup>56</sup>及び公正取引委員会の調査に協力した者に対する新たな課徴金減免制度を導入するため、よく考えられた調査協力減算制度に係る規則案及び運用方針案を作成した公正取引委員会に対し、称賛の意を表する。調査協力減算制度に係る規則案及び運用方針案は、いずれも効果的な課徴金減免制度に係る国際的なベスト・プラクティスに近付けるための公正取引委員会の取組の表れである<sup>57</sup>。私達は、調査協力減算制度に係る規則案及び運用方針案が、公正取引委員会が新制度の下で課徴金減免をどのように決定するのかに関して予見可能性及び透明性を提供することに役立つと考えている。

### B. 個別項目に関する意見

以下では、新たな課徴金減免制度について、(1)公正取引委員会が変動式の減算制度を採用することによる便益、(2)公正取引委員会の調査への参加者の協力を評価するため公正取引委員会が提案した数値基準、(3)リニエンシー・プラス又はアムネスティ・プラスの概念及び(4)公正取引委員会が提案した改正された調査協力減算制度の運用手続の四つの側面から意見を述べる。

#### 1. 公正取引委員会による変動的な課徴金減算プログラムの導入による便益

最近の独占禁止法の改正によれば、今後、リニエンシーによる減免はリニエンシープログラムへの申請順位のみによって決定されるのではない<sup>58</sup>。従来の制度の下では、プログラム参加者の課徴金減免はプログラムへの参加と同時に確定していた<sup>59</sup>。従来のリニエンシープログラムにおいては、課徴金減免額はプログラム参加者の協力の度合い

<sup>56</sup> 今般の独占禁止法改正は、会社にカルテルの自主申告をして公正取引委員会の調査に全面的に協力することを促すことにより、カルテルの予防及び発見しやすくすることを意図している。

<sup>57</sup> 実際、調査協力減算制度に係る運用方針案は、公正取引委員会による独占禁止法の改正に関して「予見可能性と法運用の透明性を高め」ることを目的としている旨明示している。

<sup>58</sup> 公正取引委員会のプレスリリースにおける調査協力減算制度に係る規則案及び運用方針案の概要にかかる関連ファイル 6 (<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200402a6.pdf> (以下「課徴金減算規則の概要」という。)) で示されているとおり、日本の従前の法律においては、公正取引委員会のリニエンシープログラムの参加者に対する課徴金は、プログラムへの申請の順位及び公正取引委員会の調査開始日に基づき固定割合で減免されるものとされていました。

<sup>59</sup> 同上

に応じて増減することがなかったことから、プログラム参加者にとって、完全かつ継続的な協力により公正取引委員会の調査を前進させることへのインセンティブを欠いていたといえる。新たなリニエンシープログラムは変動的な課徴金の減算を導入し、より大きな協力に対しより大きな減算額を与えるものとしている。今後も、企業が享受するリニエンシーによる課徴金減免には、リニエンシープログラムへの申請順位及び公正取引委員会の調査開始日に基づく一定の減免が含まれます<sup>60</sup>が、リニエンシーの享受者は、公正取引委員会の調査への協力の価値の大きさによって変動する追加的な減算も受けることができるようになる<sup>61</sup>。

新たな制度の下では、参加者の最終的な課徴金減免額は参加者による協力が完了して初めて決定され、参加者による協力が運用方針案に記載された基準を満たすものと判断される程度に応じて変動する<sup>62</sup>。この新たな制度は、プログラム参加者が公正取引委員会に協力する新たなインセンティブと期待を生み出すものといえる。完全に協力することにより、参加者は協力に対して得られる最大限の減算を得ることができます—公正取引委員会による調査開始前にプログラムへの参加が認められた場合は 40% の追加の減算、調査開始後にプログラムへの参加が認められた場合は 20% の追加の減算となる<sup>63</sup>。また、従来の制度は事件あたりのプログラム参加者数に最大 5 社の上限を設けていたが<sup>64</sup>、提案されている制度では上限を撤廃し、プログラムに加わることができた全ての企業について少なくとも何らかの課徴金減算を提供するものとなっている<sup>65</sup>。

新たなリニエンシープログラムは世界のカルテル・リニエンシープログラムの多くの最善の実務を踏襲しつつ、部分的にこれを改良している。例えば、全てのリニエンシープログラムは参加者の協力に報酬を与えることを企図するものであり、報酬が大きいほど協力へのインセンティブもまた大きくなる。従来の公正取引委員会のリニエンシープログラムにおいては、2 番目の申請者は協力の度合いや価値に関わらず定率で 50% の課徴金減算を受けられたが、新たなリニエンシープログラムにおける 2 番目の申請者は完全かつ十分な協力により 60% の課徴金減算を受けることが可能である<sup>66</sup>。これは世界のリニエンシープログラムにおいて 2 番目の申請者が受けられる罰則の減算として最大である。

運用方針案によれば、公正取引委員会は、企業による公正取引委員会への協力を動機づけるため、調査全体を通じて企業と密にコミュニケーションを取るものとしている<sup>67</sup>。このような、コミュニケーションの道を開くことへの公正取引委員会のコミットメントは透明性の向上を約束するものであり、公正取引委員会によるリニエンシープロ

<sup>60</sup> 運用方針案（上記注 6）表 1。

<sup>61</sup> 同上。運用方針案 2・3 頁。

<sup>62</sup> 同上。運用方針案 6 頁。

<sup>63</sup> 同上。運用方針案表 1。

<sup>64</sup> 課徴金減算規則の概要（上記注 58）参照。

<sup>65</sup> 運用方針案（上記注 6）表 1。

<sup>66</sup> 同上。運用方針案表 1。

<sup>67</sup> 同上。運用方針案 2 頁。

グラムの適用に対する企業の信頼を得るのに役立つ。両部会はリニエンシープログラムの運用における透明性の向上への公正取引委員会のコミットメントを歓迎しつつ、同様に、公正取引委員会がプログラム参加者の秘密保持に関する懸念に対して配慮し、リニエンシー申請者が公正取引委員会への自主的な申請の結果として民事上の損害賠償請求訴訟その他の法的手続において不利益を受けないことを保障することを願っている。

## 2. 公正取引委員会の調査協力減算制度の運用方針（案）において提案された評価要素

運用方針案は、企業及び法律実務家に対し、新たなリニエンシープログラムの下での協力による課徴金減算を検討する際の評価要素について有益な指導を提供しています。運用方針案では、各参加者の協力は「報告等事業者が行った報告等の内容が、①具体的かつ詳細であるか否か、②公正取引委員会規則で定める「事件の真相の解明に資する」事項について網羅的であるか否か、③当該報告等事業者が提出した資料により裏付けられるか否か」により評価するとされています<sup>68</sup>。3つすべての評価要素を満たす場合、リニエンシー享受者は最大の課徴金減算を受けることができ、1つ又は2つの評価要素のみを満たす場合はより少ない課徴金減算が適用されます<sup>69</sup>。運用方針案別紙にプログラム参加者が提供すべき情報の具体的な要素が記載されています<sup>70</sup>。

公正取引委員会による評価要素の紹介方法は規範と具体的な例を伴った非常にわかりやすいものとなっています。両部会は、課徴金減算を正当化できる協力の程度について明確なガイドラインを提示したことについて評価するとともに、公正取引委員会による新たな課徴金減算制度の実施のさらなる向上と明確化のため若干の一般的な提案をする。

第一に、協力による減算を適用する際、評価要素がどのように検討されるかについての透明性と確実性を確保することが重要である。運用方針案4(1)で提示されている事件の真相の解明に資する程度を評価するために3つの要素、すなわち、①具体的かつ詳細であるか否か、②公正取引委員会規則で定める「事件の真相の解明に資する」事項について網羅的であるか否か、③当該報告等事業者が提出した資料により裏付けられるか否か、はやや抽象的であり明確な指針となり難いといえる。公正取引委員会がどのようにしてリニエンシーの申請者の協力をこれら3つ全ての要素を満たすものと評価するのかについて、申請者は高い確実性をもって予測できる必要がある。これら3つの要素の評価が公正取引委員会の広範な裁量に委ねられると、その不確実性により企業がリニエンシーを申請するインセンティブを減じてしまうおそれがある。したがって、両部会としては、例えば報告等事業者が提供した場合に「網羅的」な資料の要件（これは非常に広範な情報及び文書を含みます）を満たすものと考えられる資料の種類や性質を特定する等、公正取引委員会がより具体的な指針を提供するよう提案させていただきます。また、両部会は、「報告の時点において入手可能な網羅的な資料」を提供した場合、リ

<sup>68</sup> 同上。運用方針案6頁。

<sup>69</sup> 同上。運用方針案6・7頁。

<sup>70</sup> 同上。運用方針案8~12頁。

ニエンシーの申請者が②の要素を完全に満たしたものと評価されることを明記するよう運用方針案を改訂するよう提案する。

第二に、協力に応じた変動的な減算という新たな制度はいくつかの点において国際的な競争法執行当局の標準的な実務から乖離している。特に、米国及び多くの法域における競争法執行当局は、特定の事件において当局に協力したカルテル参加者に提供できる対価について裁量権を有している。例えば、欧州委員会のリニエンシープログラムでは、参加者には一定の幅を持った課徴金減算一頭著な付加価値を提供した最初の参加者については30%ないし50%、2番目の者については20%ないし30%、その後の者については最大20%が適用され、委員会は参加者の協力の程度に応じて減算割合を最終的に決定する<sup>71</sup>。

規則案及び運用方針案では、これと異なり、企業が特定の事件において提供することを求められるであろう情報の詳細なリストを参照しつつ、リニエンシー申請者が3つの評価要素のうちいくつ満たしたかに基づき協力の程度を評価するという、やや型にはまったアプローチを提案している<sup>72</sup>。例えば、全ての要素が満たされた場合、報告等事業者は、調査開始前に申請すれば40%の追加減算を受けることができるが、調査開始後であれば20%の追加減算となる。しかし、3つの要素は相互依存的であることから、これらは総合的に考慮するのがより適切であると思われる。例えば、報告が①具体的かつ詳細であるか否かは、提出された資料により示されるものである。また、これら3つの要素の評価は、協力又はその価値についてある種の定性的な評価を必要とすると思われる。

第三に、「事件の真相の解明に資する事項に係る事実の内容」についての別紙の例は単なる例にすぎないが、一部の例は実行に適切又は役立つものとはいえないと思われる。例えば、「違反者及びその完全子会社の違反歴」などの常習犯的事実は、今後に向けて報告等事業者に付与される企業評価価値とは切り離して扱われるべきである。

「課徴金額の算定の基礎となる額」のカテゴリーにおける一部の例、例えば「商品又は役務を供給しないこと等に関する得た財産上の利益に相当する額」などは、公正取引委員会が報告等事業者に違法行為による損害や損失を定量化するための情報を提供することを求めるよう示唆しているように見える。仮に報告等事業者がリニエンシーの資格を得る前に実際に損害や損失を定量化する情報の提供を求められた場合、両部会はこのような要求は報告を阻害するものと考える。第一に、そのような情報やデータはいつでも入手可能とはいえないと思われます。そのようなデータが得られ又は創り出された場合でも、様々な仮説（議論を招く仮説）を立てる必要があるため、カルテルによって生じた損害を定量化することは煩わしいものであり、損害が確実になる又は疑いの余地がなくなることはない。第二に、報告等事業者は定量化された損害又は損失は課徴金や協力による減算に影響を与えると懸念すると思われる。また、報告等事業者はそのような情

<sup>71</sup> 「カルテル事件における罰金減免及び罰金減額に関する委員会通知」（Commission Notice on Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2006 O.J. (C 298) 17, ¶ 26.)

<sup>72</sup> 運用指針案（上記注6）表2。

報が懲罰的損害賠償請求訴訟を提起され得る法域で、又は、損害賠償請求のために日本で利用される可能性があると懸念すると思われる。

a. 運用方針案 2について

運用方針案 2は、公正取引委員会は協力による減算を評価する際に秘密資料の保護を求める要求を考慮しないと明示的に述べている。両部会は、企業と弁護士の間の秘密の通信の保護の強化を歓迎する。これは、弁護士と依頼者の間の秘密の通信を尊重することの大切さに対する重要な認識といえる。

b. 運用方針案 4(2)について

運用方針案 4(2)は、報告等事業者の従業員に対する審査官による供述聴取や審尋を通じて公正取引委員会が把握した事実は「事件の真相の解明に資する事項」とは評価しないと定めている。しかし、報告等事業者が協力の申し出の一環として従業員の供述内容を提供した場合には、事実の真相の解明に資する事項と評価されると思われる。両部会は、公正取引委員会の注目に新たな事実をもたらす従業員の供述を報告等事業者が補うことを認めるべきであると提案する。例えば、審査官による供述聴取において、従業員は競業者との間では産業協会の会議があったのみであると述べる可能性がある。供述聴取後、報告等事業者の立場から、当該従業員が自身の会議メモを確認し、出席者の名前や協議された特定の価格項目などの追加の重要な詳細を発見した場合、報告等事業者がこれらを公正取引委員会への報告書にまとめる。これらの追加の詳細は「事件の真相の解明に資する事項」とみなされるべきである。そして、両部会は、公正取引委員会は、本条における「従業員」の範囲が現在報告等事業者に雇用されている者も含むか、又は、報告等事業者が公正取引委員会に提出した関連情報に登場する元従業員にのみ及ぶかについて明らかにすべきであることを提案する。

c. 運用指針案別紙

運用指針案別紙は、事件の真相の解明に資する事項の例として「価格変動要因」を挙げている。両部会は、公正取引委員会が価格変動要因に関してどのような種類の情報が当該要件を満たすために提供されるべきか明らかにすることを提案する。同様に、別紙は事件の真相の解明に資する事項の別の例として「規格その他関連規制」を挙げている。両部会は、この点に関して公正取引委員会が報告等事業者に提供を期待するものを別紙において追加で明らかにすることを提案する。

両部会は、「違反行為の対象となった商品又は役務」のカテゴリーにおける「需要者」への言及は、公共調達における消費者を意味すると理解しています。両部会は、カルテルによって影響を受けた個人の消費者に関する情報として同様の例も追加することを提案する。

「違反行為の参加者」のカテゴリーでは、「株主・グループ会社の構成」が違反行為者についての情報とされている。両部会は、公正取引委員会が、報告等事業者は自

社の株主情報を提供するだけで足り、他の違反行為者の株主情報については入手可能な公開情報であるか又は報告等事業者が入手できない可能性が高いため、提供する必要ないことを明らかにすることを提案する。

「アウトサイダー」についての情報は「その他違反行為に係る事項」のカテゴリーに含まれています。両部会は、公正取引委員会が「アウトサイダー」が何を意味するのか明らかにし、また、どのような者がアウトサイダーとしてみなされ又はみなされないのかいくつかの例を提供することを依頼する。

別紙は「課徴金額の算定率」における事実に「違反行為者及びその子会社等の資本金の額又は出資の総額」及び「違反行為者及びその子会社等の常時使用する従業員の数」を含めている。私たちは、これらの事実を含めているのは市場への影響や市場支配力に関する情報を得ることを目的としていると理解しているところである。しかし、報告等事業者は自身のビジネスに関する情報のみ保有しており、他の違反行為者に関する情報にはアクセスできない可能性がある。加えて、市場への影響や市場支配力に関するより直接的な情報は、様々な当事者から取得した商品及び役務にかかる情報を通じて、既に公正取引委員会において入手可能であるはずである。したがって、両部会は、公正取引委員会が当該規定を削除するか、又は報告等事業者単独の情報に明示的に限定することを推奨する。また、別紙は課徴金算定における事実として「違反行為者が他の事業者に公正取引委員会の調査の際に資料等を隠蔽すること等を要請等した具体的な内容」を含めている。当該事実は、報告等事業者が公正取引委員会に他の違反行為者による調査の妨害について警告することを奨励することを意図しており、いかなる妨害行為もこれに参加した者の協力による減算を引き下げるであろうと思われる。これはそのような内容又は要求が想定されていることを前提とした合理的な取組みといえる。

### 3. リニエンシー・プラス又はアムネスティ・プラスの概念

調査協力減算制度に係る運用方針案では、「リニエンシー・プラス」の考え方が採用されていない。リニエンシー・プラスとは、米国司法省による課徴金減免制度の一つの要素であり、独占禁止法違反に関与したとして調査を受けている事業者が、別の独占禁止法違反への関与を報告することにより実質的な調査協力をしたとして、最初の事件に關し追加的な課徴金減免を受けることができるという制度である<sup>73</sup>。この制度は、事業者が最初の調査に關して調査協力が遅く課徴金減免を受けられない場合によく利用され

<sup>73</sup> 米国司法省「Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters 9」（2017年1月26日改訂、以下「リニエンシーFAQ」という）参照

（<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>にて入手可能）。司法省は、1999年の副司法次官補（当時）であるGary Spratling氏のスピーチにおける、現在も司法省の説明文書に用いられている仮想事例を用いた説明によりリニエンシー・プラスの導入を明言した。Gary Spratling「The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy -- An Update, Address Before the Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust」（1999年2月16日、<https://www.justice.gov/atr/speech/making-companies-offer-they-shouldnt-refuse-antitrust-divisions-corporate-leniency-policy>にて入手可能）

る。たとえば、A 事件に関して内部調査を行っている事業者が、政府がまだ見つけていないB 事件に関する情報を察知したとする。リニエンシー・プラスの下では、当該事業者は、B 事件に関して課徴金減免を受けることができること「に加えて」、A 事件に係る裁判所による罰金算定に際して、当該事業者の誠実、十分、継続的かつ完全な調査協力をしたとして「実質的な調査協力による離脱」を考慮するよう司法省から勧告を受けることができる<sup>74</sup>。司法省は「リニエンシー・プラス」を得るために事業者から高レベルの調査協力を得られることを期待しており、未覚知の違反を自主的に報告するインセンティブを創り出している。司法省の担当者は、最近の報告されるカルテル事案の約半数はリニエンシー・プラス制度を利用したものであると推計している<sup>75</sup>。

司法省による自主的報告のインセンティブ・プランの導入に続き、「リニエンシー・プラス」、「アムネスティ・プラス」又は「イミュニティ・プラス」制度は、韓国、香港及びヨーロッパの数カ国を含む他の法域でも導入する例が急速に増えている。

公正取引委員会の目標が、課徴金減免を求める事業者による十分かつ完全な協力をインセンティブ付けることにより課徴金減免制度をより効果的なものにすることであることを考えると、私達は公正取引委員会が何らかのリニエンシー・プラスの考え方の導入を検討することを推奨する。もしリニエンシー・プラスの全面導入が難しいとしても、別件の自主申告により何らかの減算を認めることを検討していただきたい。

#### 4. 減免申請及び課徴金減免の手続

##### a. タイムライン及び段階

私達は、運用方針案に示された総合的なガイダンスを評価するが、いくつかの場面で概観部分が添付資料と独占禁止法の相互参照の意義を明確化すると思われる。調査協力減算制度に係る運用方針案に減免申請手続の各段階に関する短い導入セクション（項）を追記していただきたい。調査協力の申請に係る期限及び要件に関する概観セクション（項）があれば、減免申請を検討する事業者及びその代理人弁護士にとって参考になると思われる。例えば、公表資料別添1の最後に大きく示されているフローチャート（「手続の流れ」）は非常に参考になり、ここに示されている減免申請→5 項通知→協議の申請→協議→合意→協力の履行→命令の各段階について、主要な特徴や要件を追記

<sup>74</sup> 司法省は、「実質的な協力」の測定及び事業者が別件の自主申告によりどの程度の減免を受けられるかについて、(1)調査に協力する事業者が協力に際して提供する証拠の強度、(2)自主申告の対象となつた違反事実の重大性（関連する取引の量、地理的規模、関与する事業者及び個人の数等により判定される）、(3)自主申告がなかった場合に当該事案を司法省が覚知したであろう可能性の三つの要素を基礎としている。たとえば、当初の事案とリニエンシー・プラスにより自主申告された事案で参加事業者及び/又は関与者に重複がなく、又はほとんどない場合には、自主申告による減算額は大きくなる。これらの三要素のうち、前二者がより重視される。リニエンシーFAQ73 項10 参照。

<sup>75</sup> Leah Nylen「担当官によればリニエンシー・プラスが司法省のリニエンシー申請の半分以上を占めている」 MLEX (2018年1月25日)、

<http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=957586&siteid=191&rdir=1> にて入手可能

することが有用である。同様に、調査協力に係る手続と各段階のタイムラインに関する説明があれば、参考になると思われる。

*b.* 様式書の提出

課徴金の減免に係る報告及び資料の提出に関する規則 6 条は、違反行為の概要に係る報告書の調査開始日前の提出について規定する一方で、「特段の事情」がある場合には裏付けとなる事項について口頭による報告をもって代えることができる旨を再確認している。公正取引委員会は、口頭による報告のほうが協力事業者にとって望ましく、事業者をインセンティブ付けることを改めて認識すべきである。公正取引委員会は何が「特段の事情」に該当するかについて指針を示すべきである。特に、公正取引委員会は、事業者が他の法域における開示に懸念を有していることが口頭報告を正当化する「特段の事情」を構成することを明確にすべきである。

最後に、報告等事業者の利益の観点から、報告書の要件が協議にどのように関連するのか（調査協力減算制度に係る運用方針案第 3 項に記載されている）及び報告書に記載される情報と協議の場で提供すべき情報の間に想定される差異についてより明確にされるべきである。

*c.* 情報の提出期限

調査協力減算制度に係る規則案及び運用方針案は、情報の提出期限についてより明確に定めるとともに、調査が開始されたとみなされる日を定義すべきである。また、調査開始前に課徴金減免申請を行った場合、調査開始後（20 日後と理解している）に資料を提出する報告等事業者よりも資料提出に関する柔軟な取扱いを認めることを予定していると理解している。しかし、事業者が十分かつ完全な協力に係る要件を満たすため十分な機会を得ることができるよう、調査が既に開始した後においてもより柔軟な取扱いをすべきである。

また、調査協力減算制度に係る運用指針案 3 項(3)（報告等事業者による履行）において、期限を徒過した場合に重大な結果が生じることから、期限が「合意において行うこととされた行為によって異なる」としている点についてより明確化すべきである。3 項(3)は、報告等事業者が合意内容を期限までに履行しない場合には、独占禁止法 7 条の 6 第 7 号に当たるものとして新課徴金減免制度の適用を受けられなくなるとしている。調査協力減算制度に係る規則案及び運用方針案は、内部調査は時々多大な時間を要することを踏まえ、事業者が十分に協力する機会を保障するために、期限について柔軟な内容とすべきである。

*d.* 協議における報告等事業者の説明の内容の記録

課徴金の減免に係る報告及び資料の提出に関する規則 16 条において、公正取引委員会が協議における説明の内容を記録するには報告等事業者の同意を得なければならない旨を規定すべきである。どのような記録が想定されているのか、またどのような場面で公正取引委員会が記録に関する許可を得ることができるのかについて、更なる明確化をすることが有用である。

e. 報告及び協議に係る情報の秘密保持

調査協力減算制度に係る運用指針 3 項(2)イでは、公正取引委員会との協議における報告当事業者の口頭説明は秘密とされ、報告当事業者及び公正取引委員会の間で合意が成立しなかった場合に当該記録が証拠として用いられることがない旨を記載している。この箇所において、公正取引委員会がその調査又は他国の競争当局との国際共助の結果知った事実を用いることについての更なる指針を示すべきである。

おわりに

私達は、コメントをする機会が提供されたことに感謝する。本件に関してご質問への回答その他の協議の機会を頂ければ、喜んで協力する。

## 別紙

米国法曹協会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（2017年6月29日）

[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_salsil\\_20170629.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_salsil_20170629.pdf)にて入手可能

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米国法曹協会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）

[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_covenrletter\\_comments\\_20160831\\_japan\\_fairtrade\\_jp\\_en.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_covenrletter_comments_20160831_japan_fairtrade_jp_en.pdf)にて入手可能

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米国法曹協会国際法部会及び反トラスト法部会の共同コメント（2014年7月10日）

[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_20140711.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_20140711.pdf)にて入手可能

米国法曹協会反トラスト法部会・反トラスト手続に関するベスト・プラクティス（2015年5月22日）。

[www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/at\\_comments\\_bestprac\\_20150522.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_bestprac_20150522.pdf)にて入手可能

## 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<sup>1</sup>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<sup>2</sup>、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。

<sup>1</sup>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。

<sup>2</sup>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的一般原則」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、いずれも参考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、適切な手続き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こに謹んで申し述べる。両部会は、引き続き、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ておらず、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ことをここに再度表明する<sup>3</sup>。

##### (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」<sup>4</sup>

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るべきである、(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

<sup>3</sup> 2016年コメント3頁、10-11頁。

<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>。

## 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、の両方を考慮に入るべきであると思慮する<sup>6</sup>。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<sup>7</sup>。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<sup>8</sup>。

<sup>5</sup> 2016年コメント 11-12 頁。

<sup>6</sup> 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。

<sup>7</sup> 報告概要 2 頁。

<sup>8</sup> 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<sup>9</sup>。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<sup>10</sup>。

### (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<sup>11</sup>」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は賛同する。検討されている改正は、制裁の公平性を保つつつ、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。

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 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](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_japan.authcheckdam.pdf)にて閲覧可能。

<sup>11</sup> 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<sup>12</sup>。

## (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<sup>13</sup>。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<sup>14</sup>。こうした決定を求めるることは、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」<sup>15</sup>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

---

<sup>12</sup> 2016年コメント 14 頁。

<sup>13</sup> 同上。

<sup>14</sup> 報告概要 3 頁。

<sup>15</sup> 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<sup>16</sup>。

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<sup>17</sup>、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<sup>18</sup>。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<sup>19</sup>、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<sup>20</sup>。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

<sup>16</sup> 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。

<sup>17</sup> 2016 年コメント 12 頁。

<sup>18</sup> 2016 年コメント 15 頁、ICN Defining Hard Core Cartel Conduct 63 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れることがないよう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 Ihnow, "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](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/anti_spring2017_farber.authcheckdam.pdf) にて閲覧可能。

<sup>19</sup> 研究会報告 23-25 頁。

<sup>20</sup> 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つていれば、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<sup>21</sup>。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<sup>22</sup>。

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ぬ旨に賛同する。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すべきである」<sup>23</sup>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

<sup>21</sup> 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。

<sup>22</sup> 2016年コメント11頁。

<sup>23</sup> ICN Cartel Settlements23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<sup>24</sup>。

## (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類型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<sup>25</sup>。実際に、報告概要において示されている<sup>26</sup>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<sup>27</sup>。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<sup>28</sup>。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<sup>29</sup>。

<sup>24</sup> 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。

<sup>25</sup> 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。

<sup>26</sup> 報告概要5頁。

<sup>27</sup> 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。

<sup>28</sup> 2016年コメント9頁。

<sup>29</sup> 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當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」<sup>30</sup>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」<sup>31</sup>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<sup>32</sup>。

## (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<sup>33</sup>。

## (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<sup>34</sup>。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<sup>35</sup>。

---

<sup>30</sup> 報告概要 5 頁。

<sup>31</sup> 同上。

<sup>32</sup> 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。

<sup>33</sup> 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。

<sup>34</sup> 報告概要 6 頁。

<sup>35</sup> 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<sup>36</sup>。

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」」<sup>37</sup>。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<sup>38</sup>。

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

<sup>36</sup> 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。

<sup>37</sup> 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。

<sup>38</sup> 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<sup>39</sup>。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<sup>40</sup>。

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<sup>41</sup>。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ないコミュニケーションが含まれる<sup>42</sup>。

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、「弁護士と依頼者の間での完全かつ率直なコミュニケーションを

<sup>39</sup> 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）ということは認識しているが、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が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ことをここに謹んで申し述べる。

<sup>40</sup> 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。

<sup>41</sup> 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、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」「分からぬ」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・何もしや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。

<sup>42</sup> *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恵的効果を有する<sup>43</sup>。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<sup>44</sup>。

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<sup>45</sup>。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<sup>46</sup>。

#### (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<sup>47</sup>。この点、ICNの審査手続のガイドライン（ICN 調査手続ガイドライン）<sup>48</sup>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<sup>49</sup>。

---

<sup>43</sup> Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. at 389.

<sup>44</sup> 2014年コメント5頁。

<sup>45</sup> 報告概要6-7頁。

<sup>46</sup> 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。

<sup>47</sup> 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。

<sup>48</sup> ICN 調査手続ガイドライン

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

<sup>49</sup> ICN 調査手続ガイドライン 6.2、アドバイザリーパネルレポート 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<sup>50</sup>。

### (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<sup>51</sup>。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<sup>52</sup>。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<sup>53</sup>。

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

<sup>50</sup> 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。

<sup>51</sup> 報告概要 7 頁。

<sup>52</sup> 報告概要 7 頁。

<sup>53</sup> 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<sup>1</sup>。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。

---

<sup>1</sup> 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](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<sup>2</sup>、課徴金減免規則案<sup>3</sup>や独占禁止法研究会が公表したレポート<sup>4</sup>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。）<sup>5</sup>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。）<sup>6</sup>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。

<sup>2</sup> 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](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments_japan.authcheckdam.pdf)

<sup>3</sup> 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>

<sup>4</sup> 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/abajfcessentialfacilitiesfinal.pdf>

<sup>5</sup> 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](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec15_lipsky_tritell_12_11f.authcheckdam.pdf). にて閲覧可能

<sup>6</sup> 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にあり、経済学的な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つては、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シー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シーと課徴金の減額による重複減額を行るべきではない。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<sup>7</sup>。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<sup>8</sup>、(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<sup>9</sup>、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<sup>10</sup>、(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<sup>11</sup>、(4)手続の不必要的遅延を防ぐための効率的なシステムを構築すること<sup>12</sup>、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<sup>13</sup>。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

<sup>7</sup> Lipsky & Tritell 3 頁

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

<sup>9</sup> 同上 Part I.G、II.A、III.D.

<sup>10</sup> 同上 Part III.E.

<sup>11</sup> 同上 Part I.D、II.A.

<sup>12</sup> 同上 Part VI.C.

<sup>13</sup> 論点整理第 3.5

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<sup>14</sup>。

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<sup>15</sup>。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は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<sup>16</sup>。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<sup>17</sup>。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。

<sup>14</sup>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](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_20140711.authcheckdam.pdf)にて閲覧可能

<sup>15</sup>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

<sup>16</sup> ICN ガイダンス 6.2

<sup>17</sup> 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的一般原則

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<sup>18</sup>。

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<sup>19</sup>、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<sup>20</sup>。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<sup>21</sup>。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<sup>22</sup>。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<sup>23</sup>。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

---

<sup>18</sup> 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

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> 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)

<sup>21</sup> 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)

<sup>22</sup> 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)

<sup>23</sup> 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<sup>24</sup>。

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決定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<sup>25</sup>。

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<sup>26</sup>。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は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、

<sup>24</sup> たとえば、Ginsburg & Wright を参照されたい。

<sup>25</sup> 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。

<sup>26</sup> 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<sup>27</sup>。

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<sup>28</sup>。

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<sup>29</sup>。

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」<sup>30</sup>。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

---

<sup>27</sup> OECD レポート 41 頁

<sup>28</sup> 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

<sup>29</sup> 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

<sup>30</sup> 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う。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、実際上、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<sup>31</sup>。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<sup>32</sup>。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<sup>33</sup>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<sup>34</sup>。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

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

<sup>32</sup> 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）。

<sup>33</sup> 例えば、論点整理第3.2「行為類型による相違」

<sup>34</sup> 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ないが、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る。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は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<sup>35</sup>。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<sup>36</sup>。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する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<sup>37</sup>。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

<sup>35</sup> 論点整理第 3.1(4)

<sup>36</sup> 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 番目の公式なリ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。

<sup>37</sup> 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](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<sup>38</sup>。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<sup>39</sup>。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。その後に協力をした企業は、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<sup>40</sup>。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<sup>41</sup>。

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。

<sup>38</sup> 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。

<sup>39</sup> 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。」）

<sup>40</sup> 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

<sup>41</sup> 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](http://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ぬ。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<sup>42</sup>。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つ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」<sup>43</sup>。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。通常の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

<sup>42</sup> 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)

<sup>43</sup> 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<sup>44</sup>。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<sup>45</sup>。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<sup>46</sup>。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<sup>47</sup>。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<sup>48</sup>。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<sup>49</sup>。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<sup>50</sup>、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

<sup>44</sup> 論点整理第4.4

<sup>45</sup> 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。「アムネスティプラス」「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。

<sup>46</sup> 量刑ガイドライン§2R1.1

<sup>47</sup> 同§8C2.5

<sup>48</sup> 同§8C2.6

<sup>49</sup> 論点整理第3.1(1)ア

<sup>50</sup> 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<sup>51</sup>。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<sup>52</sup>。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<sup>53</sup>や当該企業が中小企業であるか否か<sup>54</sup>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<sup>55</sup>。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」<sup>56</sup>には、20%という掛け率を用いている<sup>57</sup>。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<sup>58</sup>。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。」)

<sup>51</sup> 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](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_sal_20150727.authcheckdam.pdf) にて閲覧可能

<sup>52</sup> 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。

<sup>53</sup> 論点整理第 3.1(2)イ

<sup>54</sup> 同第 3.1(2)ウ

<sup>55</sup> 同第 3.1(2)ア

<sup>56</sup> 量刑ガイドライン§8C2.4(a)(c).

<sup>57</sup> 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。

<sup>58</sup> 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<sup>59</sup>。

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<sup>60</sup>。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る。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<sup>61</sup>。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<sup>62</sup>。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。

---

<sup>59</sup> 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。

<sup>60</sup> 論点整理第3.1(3)

<sup>61</sup> 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）

<sup>62</sup> 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なツールである<sup>63</sup>。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<sup>64</sup>。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た。

---

<sup>63</sup> 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

<sup>64</sup> 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つた必要がある<sup>65</sup>。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<sup>66</sup>。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ず、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<sup>67</sup>。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<sup>68</sup>。

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<sup>69</sup>。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<sup>70</sup>。

## (2) アムネスティプラス

司法省の「アムネスティプラス」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つ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<sup>71</sup>。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つた場合であつても、アムネスティプラス申請会社は、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<sup>72</sup>。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ことになる。

---

<sup>65</sup> 司法省企業リニエンシー 1 頁

<sup>66</sup> 同 2 頁

<sup>67</sup> 同上

<sup>68</sup> 同 3 頁

<sup>69</sup> 同 2-3 頁

<sup>70</sup> 同上

<sup>71</sup> 同 8-9 頁

<sup>72</sup> 同上

アムネスティプラスの減額幅は、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<sup>73</sup>。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<sup>74</sup>。

### (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<sup>75</sup>。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<sup>76</sup>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<sup>77</sup>、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スティ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。

---

<sup>73</sup> 同上

<sup>74</sup> 同上

<sup>75</sup> “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.

<sup>76</sup> 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。

<sup>77</sup> 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罰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<sup>78</sup>、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<sup>79</sup>。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<sup>80</sup>。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<sup>81</sup>。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の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

<sup>78</sup> United States v. Booker, 543 U.S. 20 (2005).

<sup>79</sup> 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。

<sup>80</sup> 量刑ガイドライン§2R1.1(b)(2)

<sup>81</sup> 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<sup>82</sup>。

## (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<sup>83</sup>。

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<sup>84</sup>。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<sup>85</sup>。

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。

---

<sup>82</sup> 量刑ガイドライン§2R1.1(d)(3)

<sup>83</sup> 同§2R1.1(d)(1).

<sup>84</sup> 同§8C2.5(a).

<sup>85</sup> 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することにより、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<sup>86</sup>。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<sup>87</sup>。掛け率は0.05-4となっているが<sup>88</sup>、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<sup>89</sup>。

### **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。

---

<sup>86</sup> 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）

<sup>87</sup> 量刑ガイドライン§8C2.6

<sup>88</sup> 同§2R1.1(d)(2).

<sup>89</sup> 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<sup>90</sup>：
  - 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 被告が罰金に付隨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

---

<sup>90</sup> 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<sup>91</sup>。

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<sup>92</sup>。

これらの要素に加え、量刑ガイドラインのコメントリーでは、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<sup>93</sup>。

## (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のことという。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

---

<sup>91</sup> 量刑ガイドライン§8C2.8(a).

<sup>92</sup> 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。

<sup>93</sup> 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<sup>94</sup>。

### (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<sup>95</sup>。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記載しなければならない<sup>96</sup>。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<sup>97</sup>。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、米国量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<sup>98</sup>。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<sup>99</sup>。

### (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<sup>100</sup>。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<sup>101</sup>。

---

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

<sup>95</sup> 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。

<sup>96</sup> 同§8C4.1

<sup>97</sup> 同§8C4.1

<sup>98</sup> 18 U.S.C. §3553

<sup>99</sup> “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

<sup>100</sup> 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

<sup>101</sup> 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する諸問題について、内閣府独禁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<sup>1</sup>。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 頁においてで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

---

<sup>1</sup> 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にしている。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 があり、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方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<sup>2</sup>。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<sup>3</sup>。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<sup>4</sup>。

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<sup>5</sup>。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<sup>6</sup>。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<sup>7</sup>。

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<sup>8</sup>。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

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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」）

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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

<sup>6</sup> 連邦証拠規則502条(a)(1), (c)

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

<sup>8</sup> 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](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<sup>9</sup>。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<sup>10</sup>。

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。」<sup>11</sup>

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<sup>12</sup>。

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こと、(3) 裁判所へのアクセスを確かなものとすること、(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再論する決議を採択した<sup>13</sup>。

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案件において「被告人は効果的で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充分な情報を提供するこ

<sup>9</sup> 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](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。

<sup>10</sup> 同文献

<sup>11</sup> 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](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。

<sup>12</sup> 8~12 と同文献

<sup>13</sup> 1 と同文献参照

とができる、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<sup>14</sup>。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<sup>15</sup>。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<sup>16</sup>。

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<sup>17</sup>。

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<sup>18</sup>。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こ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獎めて、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

<sup>14</sup> 「論点整理」 16 頁 n.5.

<sup>15</sup> 同文献の 15~16 頁

<sup>16</sup> 同文献 16 頁

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

<sup>18</sup> 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充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<sup>19</sup>。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方について**

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<sup>20</sup>。

---

<sup>19</sup> 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。

<sup>20</sup> 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<sup>21</sup>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<sup>22</sup>；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<sup>23</sup>。

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

---

<sup>21</sup> 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)

<sup>22</sup> 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ろう。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國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).

<sup>23</sup> 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<sup>24</sup>。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<sup>25</sup>。

ビタミンに関する反トラスト法違反訴訟事件<sup>26</sup>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<sup>27</sup>。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、または従わなかつ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<sup>28</sup>。別の言葉でいえば、他国の開示に関する法に、不本意ながら従つたというだけでは、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つたことを以て、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<sup>29</sup>。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ー(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<sup>30</sup>。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検査過程にお

<sup>24</sup> 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。)

<sup>25</sup> 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、これを認めなかつた。*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)

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> (2002) U.S. Dist. LEXIS 26490 at \*105.

<sup>28</sup> 同文献

<sup>29</sup> 同文献

<sup>30</sup> (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讓の原則に従って開示されないものとルールづけた<sup>31</sup>。

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<sup>32</sup>。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<sup>33</sup>。上級審の先例を欠き、礼讓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。」<sup>34</sup>

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<sup>35</sup>。

## 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。

---

<sup>31</sup> 注27,28と同文献

<sup>32</sup> *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検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、米国での検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。)

<sup>33</sup> 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。

<sup>34</sup> *Upjohn Co. 对 United States*, 449 U.S. 393 頁

<sup>35</sup> 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。