



## 日本公正取引委員会の独占禁止法の改正に伴う規則等案に関する 国際法曹協会（IBA）競争法委員会（Antitrust Committee）の意見

### I. はじめに

---

国際法曹協会（International Bar Association（以下「IBA」という。）」は、国際的な法律家、弁護士会および法曹界のための、世界で主導的な地位にある団体である。IBA は、国際的な法改正の進展に関心を持ち、世界の法コミュニティに援助を行うことにより、世界中の法律家の未来を形作ろうとしている。

IBA に所属する全世界の 3 万人の国際弁護士から競争法の実務家及び専門家を結集することにより、IBA は、世界各国における多様な法的背景や専門的経験を統合することができ、競争法分野での国際的かつ比較法的分析を提供することが可能であるという特色を有している。IBA に関するより詳細な情報は、<http://ibanet.org> から入手することができる。

IBA の競争法訴訟及びカルテルワーキンググループ（Antitrust Litigation and the Cartels Working Groups）（以下「当 WG」という。）は、近時の独占禁止法改正に関する規則案、運用方針案、取扱指針案及び指針案（以下「規則案等」という。）により、公正取引委員会がその活動の透明化を推進しようとしていることに対し、賛辞を贈るとともに、事業者と弁護士の間で秘密に行われた通信の保護などに関してより良い実務を取り入れられることを期待する。我々は、規則案等が更に洗練されたものとなる一助となることを期待し、本書面のとおり提案する。

## II. 概要

---

本書面は、規則案等に関し、主要な法域で採用された制度を参考にして、コメント及び提案を行うものである。当 WG は、公正取引委員会が規則案等の透明性及び法的安定性をさらに強化するために、特に以下の提案を考慮されることを提案させていただく。

1. 弁護士秘匿特権（以下「LPP」という。）への制限を緩和すること（対象となる手続及び文書の種類、並びに形式的条件について）
2. リニエンシー・プラスの採用
3. 調査開始日前の申請とその後の申請に関する厳格な区分の再考
4. 協力の価値の評価に関し、一部固定化した制度ではなく柔軟な制度の採用
5. 全ての手続への弁護士・依頼者秘匿特権の適用
6. LPP の対象から事実を記載した文書を除外することについての再考
7. LPP の適用を表示、保管、又は名宛人のみで決定しないこと
8. 外国弁護士等に対する LPP の制限の再考
9. 概要文書提出の期限の再考及び LPP の対象とならない文書に関する更なる安全性の付与
10. 法的安定性の観点から、審査官への引継ぎの再考
11. LPP の適用可能性が不明確な場合における、審査官への対象物の引継ぎの可能性についての再評価

### III. 規則案等の検討

---

規則案等の改善に資する目的で、本書面は規則案等のいくつかの部分についてコメントを行うとともに、他の法域での経験を反映した重要な考慮事項を提言する。

#### 課徴金の減免に係る事実の報告及び資料の提出に関する規則（別紙1）

リニエンシーに関する EU の最も重要な文書は、欧州委員会（European Commission）による免除についての通知（以下「本通知」という。）である。最新のもののは 2006 年 12 月 8 日付である。本通知において、欧州委員会は、カルテルの発見のために、参加者による協力は固有の価値を有すると述べている。本通知は、以下のとおり述べ、リニエンシー申請は、民事上の損害賠償請求に関する証拠開示から保護されなければならないと警鐘を鳴らしている。すなわち、「これらの自発的行動は、カルテルの効果的な調査の実施及びカルテルの終了のために有益であることが証明されており、民事訴訟で出される証拠開示命令によって阻害されるべきではない。リニエンシーの申請をしようとする者は、本通知の下で当委員会に協力することにより、協力をしない者と比較して、民事手続において自らに不利益となるのであれば、協力を躊躇する可能性がある。このような望ましくない影響は、カルテル案件における EC 条約第 81 条の効果的な公的エンフォースメント、及びその結果として又はそれと同時に生じる、効果的な民事的エンフォースメントを確保することにおける公益を、著しく害するおそれがある」。したがって、リニエンシーの申請者は、制裁金を免除されるとともに、リニエンシーにおける提出文書は私人間の訴訟において民事的な証拠開示から保護される。かかる証拠開示からの保護は、EU 法及び損害賠償指令（Damages Directive）（2014/104/EU）に定められている。

制裁金が免除又は減額されたとしても、事業者は、カルテルに参加したことに関する民事法上の結果から守られるわけではない。本通知は、制裁金の完全な免除及びその減額に関する条件を詳細に述べている。完全な免除を受けるには、リニエンシー申請者は、欧州委員会が被疑カルテルに関して目標としていた立入検査を実施することを可能とするか、被疑カルテルに関して欧州機能条約 101 条違反を発見するための十分な情報を提供する最初の者でなければならない。完全な免除の要件を満たさない場合、欧州委員会が既に保有する証拠に多大な付加価値を与えるような証拠を提供したときは、減額が認められる。いわゆる異議告知書（欧州委員会による最終決定の予備的手続）の対象となった者のみが、リニエンシーの資格を得るために、コーポレート・ステートメントにアクセスすることができる。当該アクセスは、行政手続における利用のために制限されている。

#### 第 6 条（調査開始日前の事実の報告及び資料の提出）

## 第7条（調査開始日以後の事実の報告及び資料の提出）

調査協力減算制度に関する、課徴金の減免に係る事実の報告及び資料の提出に関する規則案（以下「本規則案」という。）は、EUの規則と同様のものである。当然ながら提供された情報が十分である場合に限るが、最初の申請者は完全に免除される。他のすべての申請者は、制裁金の減額を申請することができ、その金額は、次の基準を適用して計算される。すなわち、(i) 報告は詳細かつ具体的でなければならないこと、(ii) 事件の真相を明らかにすることに寄与するすべての関連資料を含まなければならないこと、及び (iii) 申請者が提出した資料によって裏付けられていなければならないことである。

全体として、日本の制度はEUの制度と実質的に変わりがない。しかしながら、リニエンシーにおける提出物は、行政手続以外での使用からは保護されないようである。

規則案等は、調査開始日前の申請とその後の申請で厳密な区分をしている。調査開始日前であれば、最初の申請者は完全な免除を受ける。2番目は20%、3番目から5番目は10%、6番目以降の者は5%の減額を受けることができる。減額率は、調査に対する申請者の協力度合いに応じて、さらに高くなる可能性がある（最大40%）。

調査開始日後であれば、3番目までの申請者は10%、その後の申請者は5%の減額を受けることができる。減額率は、調査への申請者の協力度合いに応じて、さらに高くなる可能性がある（最大20%）。

この意味で、EUのルールと日本の本規則案の主な違いは、制裁金減額率である。EUの制度では、調査開始日の前後で厳格な区分はない。欧州委員会が調査を開始するための証拠を入手する前に事業者がリニエンシーを求めた場合、免除が認められる。そのため、基準点が単に調査がすでに開始してかどうかだけである日本とは、やや異なっている。それ以降の申請者は（申請の日付に関係なく）制裁金の減額を受けることができる。多大な付加価値を与えた最初の事業者は、30～50%の減額、2番目は20～30%の減額、その後の申請者は20%までの減額を受けることができる。同様に、オーストラリアでは、申請が受領された時点でオーストラリア競争・消費者委員会（ACCC）が、カルテルに起因する少なくとも1つの違反行為を立証できる可能性のある証拠をまだ保有していない場合には、一般に、最初の申請者に完全な免除が認められ得る<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 'ACCC immunity and cooperation policy for cartel conduct', para. 24  
([https://www.accc.gov.au/system/files/1579\\_ACCC%20immunity%20%26%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct%20-%20October%202019\\_FA.pdf](https://www.accc.gov.au/system/files/1579_ACCC%20immunity%20%26%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct%20-%20October%202019_FA.pdf))

インドのリニエンス制度（Leniency Regime）は2009年から施行されている<sup>2</sup>。インド競争委員会（Competition Commission of India（以下「CCI」という。））は、当該制度の運用の中で、いくつかの課題に直面した。これらの課題を解決するにあたり、CCIは、いくつかの修正を2017年に行った<sup>3</sup>（以下「本修正」という。）。事業者に所属する個人で、自己の資格で事業者に代わりカルテルの実施を担当し、又はカルテルの実施に寄与した者は、修正の対象に含まれることになった。そのような包含規定が法に存在しなければ、CCIは、事業者がその貢献度合いに応じて然るべき免責を与えられるにもかかわらず、これに所属する個人にこれに相当するような免責を与えることができなかった<sup>4</sup>。相手方当事者は原規則に含まれず、定義規定から省略されていたことは法について基本的な問題を提起し、そのため修正により課題を解決したのである<sup>5</sup>。

ブラジルにおけるリニエンス制度においても、申請が調査開始日の前後いずれかであるかによって厳格な区分はせず、当局が実行行為の十分な証拠を有するか否かに着目し、かつ最初の申請者にのみ免除を認めている<sup>6</sup>。

当WGは、調査開始日の前後いずれの申請であるかによる厳格な区分を再考されるべきであると思料する。

## 調査協力減算制度の運用方針（案）（別紙2）

### 1 趣旨

調査協力減算制度の運用方針（案）（以下「運用方針案」という。）では、2019年6月の独占禁止法改正によって公正取引委員会の新しいリニエンス制度に導入された要素である、調査協力減算制度の下で、事件の真相の解明に向けた事業者の貢献を公正取引委員会がどのように評価するかを明らかにするために、一部固定化した制度が提案されている（すなわち、「貢献度」に基づく減額率）。これによると、事業者の申請順序に基づく固定的な減免率

---

<sup>2</sup> Section 46 of the Competition Act, 2002 read with the Competition Commission of India (Lesser Penalty) Regulations, 2009 (Original Regulations)

<sup>3</sup> The Competition Commission of India (Lesser Penalty) Regulations (as amended) (Amended Regulations 2017)

<sup>4</sup> Regulation 2(b) of the Amended Regulations 2017 read with Section 48 of the Competition Act, 2002

<sup>5</sup> Regulation 2(ga) of the Amended Regulations 2017

<sup>6</sup> CADE's Antitrust Leniency Guidelines ([http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-1.pdf))

に加えて、公正取引委員会は、別紙2第4項(1)に列挙されている3つの考慮要素に対する事業者の公正取引委員会への報告内容を評価し、「事件の真相の解明に資する程度」に基づいて削減率を決定することとなる。

当WGは、改正法によっても不明確なままとされた概念である「事件の真相の解明に資する程度」の決定方法につき、公正取引委員会が透明性を持たせようとすることに賛辞を贈る。しかしながら、公正取引委員会におかれては、協力の価値の評価に際し、一部固定化した制度を採用することと、柔軟な制度を採用することのメリットと限界を再考されるよう提言申し上げる。米国では、米国司法省反トラスト局(以下「反トラスト局」という)が、公正取引委員会によって提案されたものよりも柔軟なシステムを通じて、2番目以降の協力者からの協力の価値を評価している。反トラスト局によって説明されるところによると、「もし本局がこの種の要素を考慮せずに、2番目の申請者に対する絶対的・固定的な減額率を定めていたならば、透明性を高めるために、比例の必要性が犠牲になるだろう。」とのことである<sup>7</sup>。事業者の貢献は、「その協力が、未発覚のカルテル行為の開示によりアムネスティ・プラスによる控除を受けたかどうか」—後述するとおり公正取引委員会の新しいリニエンシー制度において欠けているもう一つの考慮要素である—と同様に、「その性質、及びその協力が調査を促進する程度において」事案ごとに大きく異なりうることを認識することが重要なのである<sup>8</sup>。

米国で使用されているような制度は、責任を自認した時点のみに基づいて高い減額率を認めるのではなく、協力の価値により重きを置いている。一例を挙げると、現在の制度案では、調査の対象製品又は地理的若しくは時間的範囲を拡大するような、明らかに2番目の申請者より多くの情報を提供して調査に協力する3番目の申請者は、なお2番目の申請者より低い控除を受ける可能性が高いことになるのである。

他の法域においては、2番目又はそれ以降の申請者の制裁金の減額は、その上限は法により明確に定められているものの、協力の価値と申請の順番の両方に基づき決められていることが多い。これは、2番目の申請が非常に重要な協力の源泉となっているメキシコの例に当てはまる。

---

<sup>7</sup> Scott Hammond, Deputy Assistant Attorney General, U.S. Dep't of Justice, *Measuring The Value Of Second-In Cooperation In Corporate Plea Negotiations*, speech at The 54th Annual American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting (Mar. 29, 2006) (<https://www.justice.gov/atr/speech/measuring-value-second-cooperation-corporate-plea-negotiations>)

<sup>8</sup> 同上

同様にオーストラリアでは、後続の申請者に対する制裁金の減額は、「その当事者の協力の程度及び価値」に応じるものとなっている。これは、「当該当事者が ACCC に適時に接触したか否か」や「当該当事者が、それまで ACCC に認知されておらず、又は ACCC の調査を実質的に促進する、カルテル行為に関する重要な証拠を提供したか否か」を含めた、多数の要素を参照して決定される<sup>9</sup>。

同様にブラジルでは、ある申請者に認められる減額は、その前に現れた申請者に認められる減額を超えることはない。また、ブラジルでは、2番目の申請者の減額率は50%に制限され、3番目の申請者には最大40%、その他の申請者には25%未満の減額率を認めている。刑事責任の免除も最初の申請者のみに制限されている<sup>10</sup>。

インドの原規則では、4番目以降の申請を禁止しており<sup>11</sup>、これが、最初の申請により開始し、その後の2番目、3番目の申請により早められた調査を遅らせていた。制度の実施の過程において、CCI は、許可規定を導入することで制約を解消しなければ、3番目より後の申請の意思を有する者は制度を問題視し続け、意図を撤回して調査を遅らせるということを認識するに至ったのである。

これらの理由により、当 WG は、公正取引委員会が協力の価値を評価する際に、一部固定化した制度に代わり、柔軟性のある制度を採用することを提案申し上げる。

### リニエンス・プラスの検討

公正取引委員会は、追加の削減率の評価において、リニエンス・プラスを運用方針案に含めることを検討することも考えられる。米国では、司法省のリニエンス制度に「リニエンス・プラス」ポリシーがあり、調査を受けている事業者が別の反トラスト法違反を自己申告することにより、追加の控除が認められている<sup>12</sup>。このケースでは、調査を受けている事業者は、追加の反トラスト法違反の共謀に対するリニエンスと共に、追加の共謀を報告し

---

<sup>9</sup> 「ACCC immunity and cooperation policy for cartel conduct」第93段落及び第95段落 ([https://www.accc.gov.au/system/files/1579\\_ACCC%20immunity%20%26%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct%20-%20October%202019\\_FA.pdf](https://www.accc.gov.au/system/files/1579_ACCC%20immunity%20%26%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct%20-%20October%202019_FA.pdf))

<sup>10</sup> 「CADE's Settlement Program for Cartel Cases」 ([http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guidelines\\_tcc-ingles-final.pdf](http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guidelines_tcc-ingles-final.pdf))

<sup>11</sup> Regulation 4(c) (ii) of the Amended Regulations 2017

<sup>12</sup> 米国司法省「Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters」9頁 (2017年1月26日更新) (<https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>)

たことによって、更なる判決の軽減を受けることができるのである。1990年代以降<sup>13</sup>、司法省はこの制度を効果的に利用して、事業者によるより多くの自己申告及び政府調査への協力を動機づけてきた。司法省は、リニエンシー・プラスにより報告されたカルテルが、報告されたすべてのカルテルの約半分を占めていると推定している<sup>14</sup>。

司法省の説明文書で説明されているとおり、事業者が共謀 A についての内部調査で自己の役員が共謀 B に参加していたことを発見し、共謀 B がまだ政府には発覚していない場合、当該事業者は共謀 B についてのリニエンシーとともに、当該事業者の政府に対する誠実、完全、継続的かつ完全な協力を示すものとして、共謀 A への参加につき課される罰金額の裁判所による算定に関し、司法省の「実質的援助による修正」の推奨を求めることができる<sup>15</sup>。これは通常、事業者が、調査を受けている共謀についてリニエンシーを獲得することが時間の制約によりできなくなったときに行われる。司法省は、リニエンシー・プラスを獲得するために事業者には高いレベルの協力を期待し、かつ未発覚の共謀を事業者が自己申告するインセンティブを創出しようとしている。

この方法により米国が自己申告をより強く動機づけることに成功した後、より多くの法域が類似の「リニエンシー・プラス」、「アムネ스티・プラス」あるいは「イミュニティ・プラス」制度を採用してきている。たとえば韓国では、カルテル A で調査を受けており制裁

---

<sup>13</sup> 司法省は早くも 1990 年代に「リニエンシー・プラス」がどのように作用するかを明確に述べていた。Gary Spratling, Deputy Assistant Attorney General, U.S. Dep't of Justice, 「The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy -- An Update」 speech at The Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust (Feb. 16, 1999) (<https://www.justice.gov/atr/speech/making-companies-offer-they-shouldnt-refuse-antitrust-divisions-corporate-leniency-policy>)

<sup>14</sup> Leah Nylén, 'Leniency Plus' accounts for more than half of the DOJ cartel leniency applications, official says, MLex (Jan. 25, 2018) (<http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=957586&siteid=191&rdir=1>)

<sup>15</sup> 司法省は、「実質的な援助」や、追加の共謀の申告により事業者が受けられる控除の金額を、多数の要素に基づき評価する。(1) リニエンシーの調査において協力事業者が提供する証拠の強さ、(2) 関係する取引の量、地理的範囲、及び共謀事業者・個人の数などにより評価される、リニエンシー申請で申告された違反の潜在的明白性、(3) 自己申告がなくとも反トラスト局が追加の違反を発見した可能性、たとえば、調査中のカルテルとリニエンシー・プラスの対象案件において、企業の参加者や違反行為をした役員に重複がほとんど又は全くない場合、開示による控除はより大きくなる。これらの3つの要素の中で、最初の2つに最も重きが置かれる。司法省 HP の「Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters」10頁を参照。



を受けるであろう事業者がカルテル B を申告した場合、KFTC は制裁金を減額し、当該事業者は、カルテル B についてリニエンスーを受ける（100%）だけでなく、カルテル A についてもリニエンスーを受けることができる（20～100%）<sup>16</sup>。スイスでは、事業者が自発的に別のハードコア違反行為にかかる情報又は証拠を提供した場合、COMCO は制裁金を最大 80%減額する<sup>17</sup>。香港では、事業者が HKCC にカルテルに関する調査で協力し、別のカルテルの存在を最初に申告した場合、HKCC は、最初のカルテルに関して、推奨される金銭的制裁をさらに最大 10%減額している<sup>18</sup>。このような制度は、当局に対し、カルテルを発見し、報告するさらなるインセンティブを与え、より広い意味で執行を強化するものである<sup>19</sup>。オーストラリアは類似のアムネ스티・プラス制度を有していて、当事者が協力をを行い、第二の無関係のカルテルの存在を申告した最初の者である場合、ACCC が民事制裁をさらに減ずるよう裁判所に推奨することを可能としている。ブラジルでは、リニエンスー・プラス条項が、Car Wash や自動車部品に関する調査において多数の追加の事件を競争当局が特定するための鍵となった。最初の合意が結ばれた後、被告らは、最初の調査案件における相当罰金の減額と、申告した追加の事件における免責と引き換えに、追加の事件を申告するよう動機づけられたのである<sup>20</sup>。

したがって当 WG は、さらに自己申告を動機づけるために、運表方針案に、可能な限り、リニエンスー・プラスの議論を含めるよう推奨申し上げる。

### 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>16</sup> 韓国公正取引委員会「Cartel Leniency Program in Korea」  
([http://www.ftc.go.kr/DATA/download/eng/Quick\\_Link/Leniency%20Program%20of%20Korea.pdf](http://www.ftc.go.kr/DATA/download/eng/Quick_Link/Leniency%20Program%20of%20Korea.pdf)) 7 頁参照。

<sup>17</sup> International Competition Network「Anti-Cartel enforcement template: Switzerland (last updated Jul. 3, 2013)」  
([https://www.weko.admin.ch/dam/weko/en/dokumente/2013/07/icn\\_anti-cartel\\_enforcementtemplate.pdf.download.pdf/icn\\_anti-cartel\\_enforcementtemplate.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/en/dokumente/2013/07/icn_anti-cartel_enforcementtemplate.pdf.download.pdf/icn_anti-cartel_enforcementtemplate.pdf))

<sup>18</sup> Hong Kong Competition Commission の 2019 年 4 月 29 日付プレスリリース「Competition Commission Publishes Cooperation and Settlement Policy」  
([https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20190429\\_Competition\\_Commission\\_Publishes\\_Cooperation\\_and\\_Settlement\\_Policy\\_Eng.pdf](https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20190429_Competition_Commission_Publishes_Cooperation_and_Settlement_Policy_Eng.pdf))

<sup>19</sup> 「ACCC immunity and cooperation policy for cartel conduct」  
([https://www.accc.gov.au/system/files/1579\\_ACCC%20immunity%20%26%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct%20-%20October%202019\\_FA.pdf](https://www.accc.gov.au/system/files/1579_ACCC%20immunity%20%26%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct%20-%20October%202019_FA.pdf)) 第 103 段落から第 108 段落

<sup>20</sup> リニエンスーに関する CADE 発表の統計を参照 (<http://en.cade.gov.br/topics/leniency-program/statistics>)

## (別紙4)

### 第1 はじめに

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）（以下「取扱指針案」という。）では、弁護士秘匿特権（以下「LPP」という。）は、課徴金減免手続の対象となる違反行為の疑いのある行為（すなわち、カルテル）に関してのみ適用されるとされている。

EU の制度と比較すると、公正取引委員会が提案する LPP に関するルールは、正しい方向に向けた一歩ではあるものの、いまだいくつかの点で制限的に過ぎる可能性があることが示唆される。たとえば、対象にされる手続の性質、保護の対象となる文書の種類、保護を受けるための形式的要件及び LPP を主張するためのいくつかの手続的側面が挙げられる。

米国等の法域では、弁護士・依頼者秘匿特権は最も古い証拠原則の一つであり、「正義及びその執行、並びに法に関する知識を持ち、実務に習熟している者による援助の必要性に根拠づけられている。この援助は、開示による悪影響又は不安がないときにのみ安全かつ容易に利用できるものである」。<sup>21</sup>

同様に、EU の LPP は、基本的な原則であり、防御権行使から当然に導かれるものだと考えられている。

EU には LPP を定める法や規則は存在しないが、1982 年の「AM & S」事件において、欧州司法裁判所（以下「CJEU」という。）は、EU 法は「それらの国の法における秘密保持、特に、弁護士と依頼者の間の特定のコミュニケーションに関する、共通の原則及び概念を考慮しなければならない」と判示した。裁判所は、LPP は「全ての人は、制限なく、必要とする者すべてに対して独立の立場で法的助言を与えることをその業務に含む弁護士に相談ができなければならない」という考え方に根差すものであると判示している<sup>22</sup>。また、それに続けて、「防御権が完全に行使されるよう配慮され、弁護士と依頼者の書面でのコミュニケーションの秘匿性の保護はそれらの権利から当然導かれるものである」と明確に述べている<sup>23</sup>。この判断は、最近では、2010 年の欧州司法裁判所 Akzo Nobel 判決によって支持されている<sup>24</sup>。

---

<sup>21</sup> Hunt v. Blackburn, 128 U.S. 464, 470 (1888)

<sup>22</sup> Case C-155/79 – AM & S v Commission, ECLI:EU:C:1982:157, para. 18.

<sup>23</sup> 同上。para. 23.

<sup>24</sup> Case C-550/07 P – Akzo Nobel & Akros Chemicals Ltd v Commission,

Michaud 事件では、欧州人権裁判所（以下「ECtHR」という。）は、「法律専門家の特権は、弁護士と依頼者にとっても、また、適切な正義の執行においても、非常に重要である。これは、疑う余地なく、民主主義社会における正義の執行が拠って立つ基本原則の一つである。」と判示している<sup>25</sup>。

ACCC の執行力に関する文脈において、オーストラリア高等裁判所は同様に、「法律専門家の特権は、単なる実体法のルールの一つではない。これは、重要なコモンロー上の権利、あるいはおそらく、より正確には、コモンロー上の免責である<sup>26</sup>」と認めている。法律専門家の秘匿特権の原則の尊重は、今やオーストラリアの競争・消費者法に規定されている<sup>27</sup>。

ブラジルでは、弁護士・依頼者間のコミュニケーションに由来する証拠が広く無効となることは、裁判所により繰り返し強調されており<sup>28</sup>、申請に関する弁護士との事前の議論や内部調査の報告書が、最終的な合意に至らなくても当局により利用されないという信頼を、潜在的申請者との間で築く鍵となっている。秘匿特権を狭めることは、内部調査の実施や、その結果についての弁護士との議論を差し控える動機付けとなるおそれがある。

当 WG は、防御権の完全な行使を保護するため、公正取引委員会が LPP の範囲を課徴金減免対象違反行為の疑いのある行為だけでなく、全ての手続において認めるよう再考することを推奨申し上げる。

## 第 2 の 1（特定通信の内容を記録した物件）

取扱指針案では、以下の文書が LPP の対象となるとしている。

1. 特定行為者から弁護士への相談文書
2. 弁護士から特定行為者への回答文書
3. 弁護士が行った社内調査に基づく法的意見が記載された報告書
4. 弁護士が出席する社内会議で当該弁護士との間で行われた法的意見についてのやり取り

---

ECLI:EU:C:2010:512

<sup>25</sup> ECtHR, Case of Michaud v. France, Application no. 12323/11, para. 123

<sup>26</sup> Daniels Corporation International Pty Ltd v Australian Competition & Consumer Commission (2002) 213 CLR 543, 553 [11]

<sup>27</sup> Competition and Consumer Act 2010 (Cth) s 155(7B).

<sup>28</sup> STF: HC 91867/PA, Justice-rapporteur Gilmar Mendes, p. 24; STJ: HC 59.967/SP, Justice-rapporteur Nilson Naves, p. 9.; TRF-4: CCR 5002108-66.2018.4.04.7200 SC, Judge-rapporteur Leandro Paulsen

りが記載された社内会議メモ

他方で、取扱指針案は、当該事業者が法的助言を求めるために実施した社内調査結果、さらには外部の弁護士が実施した役員等へのヒアリング記録等の事実を記載した文書を対象から除外している。

EU 法の下では、以下の 3 つの種類文書・情報が LPP によって保護されている。

1. 反トラスト法上の手続における依頼者の防御権の行使のために作成された、EU における資格を持つ独立した弁護士との間の書面でのコミュニケーション<sup>29</sup>。これには、取扱指針案とは異なり、弁護士によって起案されたメモや弁護士によって行われた従業員のインタビュー記録が含まれている。
2. 法的助言を含む、EU における資格を持つ独立した弁護士とのコミュニケーションの内容について報告する記録で、事業者内で回覧されたもの<sup>30</sup>。
3. EU における資格を持つ独立した弁護士からの法的助言を求めるためにのみ作成された、依頼者が作成中の文書や要約<sup>31</sup>。

取扱指針により認められる保護範囲は、結果として EU の制度に比べ狭いものとなっている。外部弁護士からの法的助言を受けるために事業者が準備した文書や、外部弁護士により実施されたインタビュー記録の除外は、特に従業員へのインタビューが防御の準備において極めて重要なカルテル案件においては、保護を弱めるものであり、多くの場合において事業者が法的助言を自由に求めることを阻害することとなる。

当 WG は、公正取引委員会が、これらの文書を保護の対象から除外していることを再考されることを提案申し上げる。

## 第 2 の 2 (適切な保管)

### 同 3 (申出書及び概要文書の提出)

取扱指針案では、一定の要件を満たした表示及び保管が行われた文書やコミュニケーションのみが LPP の対象とされている。加えて、取扱指針案は、事業者における特定の者のみに宛てられた文書に保護を限定するようである。

---

<sup>29</sup> Case C-155/79 – AM & S v Commission, ECLI:EU:C:1982:157, para. 34

<sup>30</sup> Order in Case T-30/89 – Hilti v Commission, ECLI:EU:T:1991:70

<sup>31</sup> Case T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission, ECLI:EU:T:2007:287

EU では、秘匿特権の対象となる文書に「Privileged & Confidential」や「Privileged & Confidential - Communication to/from EU External Counsel」と表示するのが通常の実務である。その目的は、大規模な e ディスカバリーやドーンレイド等の際に、LPP の対象文書をより容易に特定できるようにすることにある。

しかしながら、極めて重大なことは、EU においては、表示、保管、及び文書の名宛人によって LPP の保護対象になるか否かは決まらないということである。そのような形式主義は秘匿特権の本質にかかわるものであり、事業者に無用な負担を課し、表示が漏れていたり適切な保管がされていなかったりした場合に当局が自由に閲覧をすることができることになり、事業者の権利行使を阻害するものである。

外部弁護士と当事者間の秘匿特権は、インド証拠法 (Indian Evidence Act) のもとでも保護されている<sup>32</sup>。これに加え、CCI によって与えられる秘密の保護は、Director General(以下「DG」という。)の部局に調査開始を指示しながら、他方で、宣誓の下での証人尋問の間、申請者の「秘密の」文書によって相手方当事者に反論しながら、これらの文書を相手方当事者に提示することができないという深刻な問題を DG に引き起こしていた。これが、DG に、CCI の事前承認により秘匿性を放棄する限定的な権限を与えることにつながり、適切な改正が行われた<sup>33</sup>。この緩和措置により、相手方当事者 (リニエンシー申請者と非申請者の両方) は、代替として法定された適正手続を遵守することで、DG の調査レポートを構成し、DG から CCI に提出された秘密性のない文書を確認する権限を与えられた<sup>34</sup>。原規則における申請者はカルテルによって影響を受ける事業の規模の開示義務を負っていたが、これはインド市場に影響を与える事業の規模のみの開示義務に修正された<sup>35</sup>。申請に成功した申請者は、CCI から明確に指示をされない限り、カルテルへの参加を停止しなければならない。この例外条項は、共同カルテル行為者が保有している証拠の隠滅を防止し、ドーンレイド中に DG が更なる成果を得る可能性を高めるものである<sup>36</sup>。

さらに、取扱指針案は、秘密保護を求める資料について、分離した保管や適時の特定を厳格に求めている。公正取引委員会におかれては、たとえばドーンレイドにおいて大量の電子データが当局の手に渡った際には、事業者がそれらに従うことが実務上困難であることを考慮されたい。特に、公正取引委員会が特定の物件を保護の対象外とし、疑いがある場合にそ

---

<sup>32</sup> Section 126 of the Indian Evidence Act, 1872

<sup>33</sup> Proviso to Regulation 6 of the Amended Regulations 2017

<sup>34</sup> Regulation 6A of the Amended Regulations 2017

<sup>35</sup> Schedule (g) of the Amended Regulations 2017

<sup>36</sup> Regulation 3(a) of the Original Regulations

の決定を審査官に委ねるものであるから、当 WG は、公正取引委員会が、事業者に手続を履行する十分な時間を与え、かつ表示等の形式面に厳格に基づいて LPP の適用を決めるべきではない提案申し上げる。

## 第2の4（その他）

取扱指針案は、公正取引委員会の調査を受けている事業者と、「事業者から独立して法律事務を行う」弁護士の間、秘密のコミュニケーションを保護する仕組みを提案している。「事業者から独立して法律事務を行う」弁護士からは、注釈5に記載されているとおり、「外国弁護士及び外国法事務弁護士（外国法事務弁護士法人を含む。）」が除外されている。それにもかかわらず、取扱指針案は、外国競争法に関する外国弁護士からの法的助言が、「当該事件に関連する一次資料や事実調査資料…が含まれているなど当該事件の調査に必要であると認められる場合を除き」、保護の対象となるとしている。

当 WG は、公正取引委員会が、かかる除外、及びこれが本来の意味の秘匿特権に与える悪影響、並びに他の法域での手続への影響につき、再度検討されることを求める。

事業者が外国弁護士とのコミュニケーションを含まざるを得ない可能性がある包括的な法的助言を受ける際、米国等の他の法域では完全に与えられる保護が否定されることを正当化するのには困難である。この除外は、他の法域の弁護士とのコミュニケーションを厳格に分離する実務上の負担を事業者に与えるだけでなく、他の法域におけるそのようなコミュニケーションの秘匿特権に対して不確実性を与えるものでもある。たとえば米国では、事業者が弁護士・依頼者間のコミュニケーションを米国以外の政府当局に提出した場合に秘匿特権が放棄されたこととなるのかについて、拘束力ある判例が存在しない。

また、当 WG は、真実かつごまかしのないコミュニケーションを引き出すためには、弁護士と法的問題について議論するに際して、それを阻害する要因や不安を取り除くことが最も有効であると提案する。この信条に沿って、取扱指針案は、違反行為に関する弁護士とのコミュニケーションは、どこで行われたかにかかわらず、秘匿特権の対象となると明確に規定すべきである。我々の経験では、弁護士・依頼者秘匿特権は、反トラスト法違反行為の発見を（隠ぺいするよりも）促進するのである。

EU では、EU において資格を有しない弁護士からの法的助言は LPP の対象とならない。

しかしながら、実際には、欧州委員会は、EU で秘匿特権の対象となる文書に対する米国訴

訟でのディスカバリーに、礼讓に基づいて抵抗しようとしてきた<sup>37</sup>。

さらに、複数の法域をまたぐ企業結合規制手続において、欧州委員会はしばしば米国の資格を有する外部弁護士が関与するコミュニケーションを、EU で資格を有する外部弁護士のそれと、企業結合規制の手続に係る限りにおいて、LPP に関しては同様に扱っている<sup>38</sup>。

このようにしなければ、EU において資格を有しない外部弁護士からの実質的な法的助言を伴うことが頻繁に見られる、複数の法域が関係する手続において、事業者の防御権の行使を阻害することとなってしまう。関与している外部弁護士が、EU において資格を有するのではなく、米国又は外国において資格を有する弁護士であることのみによって LPP の保護を否定することは、国際的な企業結合規制手続やカルテル調査に関する現在の状況に鑑みると、もはや説得力を持たない形式論のように思われる。

この点において、取扱指針案が、外国弁護士による外国競争法についての助言に一定の保護を与えていることは有益である。しかしながら、その保護に付された制限、すなわち、「当該事件に関連する一次資料や事実調査資料…が含まれているなど当該事件の調査に必要であると認められる場合を除」いていることは、実務上この保護を無意味にさせることになり、少なくともこの保護を不安定なものとする。したがって、当 WG は、公正取引委員会が、LPP による保護に人的制限を設けることにつき、再考することを提言申し上げる。

IBA は、依頼者と弁護士の秘密性のある関係を維持し、依頼者が自らの法的問題について全てかつ率直に弁護士と議論することを促進し、コンプライアンス、司法へのアクセス及び当局との開かれた議論、並びに完全な競争システムを確保するために必須のものとして、弁護士・依頼者秘匿特権とワーク・プロダクトの法理を支持している。IBA の見解では、弁護士・依頼者秘匿特権は執行者を助けるものであって、審査官を妨害するものではなく、法及び司法制度の順守を促進するものである。

---

<sup>37</sup> F. Enrique González-Díaz and P. Stuart, “Legal Professional Privilege under EU law: Current Issues” (2007) 3 Competition Law & Policy Debate, 56, 57; Letter of Georg De Bronett, Head of the Commission’s Cartel Unit, In re Vitamins Antitrust Litig., 2002 U.S. Dist. LEXIS 26490, No. 99- 197, 8 (D.D.C. Jan. 23, 2002) and 25815 (Dec. 18, 2005), referred to in Samuel R. Miller, Kristina Nordlander, and James C. Owens, “U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials”, CPI Antitrust Journal, March 2010 (1)

<sup>38</sup> これは、「US-EU Merger Working Group Best Practices on Cooperation in Merger Investigations」にしたがった、企業結合規制における反トラスト法当局のクロスボーダーでの協力、特に、米国反トラスト法当局と欧州委員会との間における緊密で望ましい協力と軌を一にするものである。

## 第4の2（判別手続）

取扱指針案は、ある文書が LLP の対象となるか否かを判別する手続について規定している。まず、調査を受けている事業者は、公正取引委員会から提出命令を受けた後2週間以内に、概要文書を提出しなければならない。申出の審査は、公正取引委員会事務総局官房に所属し、当該事件の調査を担当していない「判別官」により行われる。判別官は、第一次判別手続を2週間以内に行い、第二次判別手続を6週間以内に行う。保護の対象となる文書は事業者に戻され、保護の対象とならない文書は審査官に引き継がれ、その後その旨を事業者に通知する。後者の決定があった場合、事業者は還付の請求を行うことができる。

EU 法では、秘匿特権の適用を求めることにつき、特定の時間制限は定められていない。審査は事件ごとに行われ、事件を担当するチームが当該事件の必要性に応じて期限を設定する。これは、オーストラリアなど他の法域においても同様である。EU のアプローチでは、調査を受けている事業者が大量の文書の提出要求を受けている場合に短期間で秘匿特権リストを作成することができないという問題を軽減することができる。

この点で、取扱指針案が LPP の適用を求めるために2週間の時間制限を設けていることは、不必要に形式的であり、国際的な調査において求められる柔軟性を欠くものである。

ある文書が LPP の対象となるかを判別する手続については、EU では、調査チームと秘匿特権に関する紛争に対応するチームとで明確な区別は存在しない。しかしながら、EU の仕組みは多数の安全装置を用意している。

まず、Akzo 手続<sup>39</sup>では、ドーンレイド中に秘匿特権に関する紛争が生じた場合、紛争の対象となっている文書を封緘された封筒に入れ、さらに検討するために欧州委員会に持ち帰らなければならない。

秘匿特権の適用を求める事業者は、その後、競争総局から独立している EU の聴聞官に対し、欧州委員会を持ち帰った文書が LPP の対象となるかどうかの判断を求めることができる。聴聞官は、その予備的意見を欧州委員会及び当該事業者に伝え、相互に合意できる解決に向けた適切な手順を取る。合意に至らなかった場合、聴聞官は、競争担当委員に対し、秘匿特権の対象となる可能性がある文書の内容を示すことなく、熟慮した結果として意見を述べることができる。かかる紛争を解決するために、欧州委員会の事件担当チームと調査対

---

<sup>39</sup> 一般裁判所による Akzo 判決(Case T-253/03 – Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission, ECLI:EU:T:2007:287)の後に確立された手続



象事業者との間で、事件ごとに、レビューのプロトコルを作成することができる。

次に、欧州委員会が、その文書が秘匿特権の対象であるとの申立てを認めない場合、欧州委員会は、その申立てを却下しない限り、その文書の内容を見る権限を有しない。当該決定については、欧州一般裁判所へ訴えを提起することができる。もし事業者が取消しを求めて訴えを提起し、一定の期限内に仮の救済を求めた場合、欧州委員会は、欧州一般裁判所が仮の救済の申立てにつき判断を行うまで、また、仮の救済が認められた場合は本案判決が最終的に出されるまでは、封緘された封筒を開封することができない。

以上を踏まえて、当 WG は、公正取引委員会に対し、概要書の提出に関する形式的な時間制限につき再考されること、秘匿特権について何らかの見解の相違があった場合に文書について保護措置を講じることを提案申し上げる。

## 第5の2（審査官への引継ぎ等）

### 同3（特定行為者による還付の請求への対応）

取扱指針案は、事業者が秘匿性の保護を求めている物件につき、秘匿特権の適用可能性が不明である場合に、判別官がその物件を審査官に引き継ぐという仕組みを規定している（第5の2）。そして、審査官は当該物件の「留置の必要性」について検討するとしている（第5の3）。この取扱いは、判別官が疑問を持つ場合に調査官に秘密性の保護を破る権限を本質的に与えるものであるため、当 WG は、公正取引委員会に対し、このルールが実務的にどのように作用するかについて再考することを要請する。

この取扱いは、事業者及びその弁護士にとって、どのコミュニケーションが保護されるかに関する予測不可能性を生じさせるものである。米国最高裁判所が判示するとおり、「弁護士・依頼者秘匿特権の目的を達成しようとするれば、弁護士と依頼者は、ある程度の確実性をもって、特定の議論が保護されるかどうかを予測できなければならない。不確実な特権は、全く特権がないのとほとんど変わらない」のである<sup>40</sup>。しかも、重要なコミュニケーションであるほど、判別官が秘匿特権の適用可能性について評価するのが難しく、審査官が調査において必要であると判断するのは容易なのである。したがって、実際には、この取扱いは、当事者が最も必要とする保護を奪うものである。

これらの理由から、当 WG は、手続の法的明確性を担保するために、秘匿特権の適用可能性について明確でない場合に審査官に物件を引き継ぐ可能性について、公正取引委員会に

---

<sup>40</sup> Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 393 (1981)

において再検討されることを提言申し上げる。

最後に、LPP ルールが、手続の性質、文書の種類及び手続的要件において、より柔軟なものとなることが重要であることを付言させていただく。

## IV 結語

---

IBA の競争法訴訟及びカルテルワーキンググループは、公正取引委員会が、最近の独占禁止法の改正に伴うガイドライン案、指針案及び規則案につきコメントをする機会を与えてくださったことに感謝を申し上げます。我々は、本書面に関して公正取引委員会が持たれた質問や、公正取引委員会の検討と一助となりうる追加のコメントや情報の提供に、喜んで対応させていただく。