

【第2回】

2020年7月28日に、当事務所主催の独占禁止法プラクティス・グループ〔独禁法セミナー 第2回〕を開催いたしました。

テーマ：独禁法有事対応をどうするか？令和元年改正（本年施行予定）を踏まえて

第1部講師：向 宣明

（当事務所パートナー弁護士、独占禁止法プラクティス・グループ・リーダー）

第2部対応：南部 利之

（元公正取引委員会事務総局審査局長、当事務所アドバイザー、
独占禁止法プラクティス・グループ・アドバイザー）

桃尾・松尾・難波法律事務所
独占禁止法プラクティス・グループ [独禁法セミナー第2回]

独禁法有事対応をどうするか？
令和元年改正(本年施行予定)を踏まえて

2020年7月28日

丸ビルホール&コンファレンススクエア(Room4)

桃尾・松尾・難波法律事務所
独占禁止法プラクティス・グループ・リーダー
弁護士 向 宣明



MOMO-O, MATSUO & NAMBA

目次

第1部 新しい課徴金制度について

- － 厳罰化
 - ・ 算定期間の延長等
 - ・ 企業グループ単位での対応を要する事項について
 - ・ 証拠の隠蔽等について
 - ・ その他
- － 裁量的な減免(調査協力減算制度)
 - ・ 減算率について新たに設けられた「幅」
 - ・ より高い減算率を得るために必要な事項
 - ・ 安易に当局の審査方針に「迎合」しないためのポイント

対談(場面設定)

調査協力の際の、審査官との「協議」と「合意」は、どのように行われるか？

第2部 依頼者・弁護士間秘匿特権について

- － 制度概要／何のための仕組みなのか(証拠の隠蔽との関係は)？
- － 要件／平時から備えておくべきこととは？

対談(場面設定)

立入検査での「秘匿特権の主張」について、注意すべきポイントは？



新しい課徴金制度について

- ・ 厳罰化 【課徴金額＝(算定基礎①×算定率 ＋ 算定基礎②)－減免額】

	現行制度	改正後
算定基礎	違反事業者の売上額等	① 違反事業者の売上額等(7条の2第1項1号～3号) 企業グループ単位で違反が行われたような場合のグループ企業の売上額(後述)。 下請受注等、違反の対象商品等に密接に関連する業務が行われている場合の売上額。
	【改正により新設】	② 財産上の利益(7条の2第1項4号) 談合金等、対象商品等を供給しないことについて、違反事業者が金銭等を得ている場合。
算定期間	調査開始日から、最長3年(7条の2第1項)	左記を10年に延長(7条の2第1項、2条の2第13項)。→ 概算額の上限が、対象商品の年間売上の30%から、100%になり得る。 算定対象期間中に一部、売上額が不明な期間が存在する場合も、不明なので賦課されないわけではなく、推計規定が整備されて賦課される(7条の2第3項)。
算定率	原則10%(7条の2第1項)	原則10%(7条の2第1項)。 基本的には変更なし。ただし中小企業算定率について、企業グループに属しつつ形式的に要件を満たすような場合が除外され、実質的に中小企業に該当すると考えられるような場合に限定される(7条の2第2項)。 また、業種別算定率、早期離脱に対する軽減算定率は廃止される。 なお、一定の場合に割増算定率が適用されることについて、次項参照。
割増算定率	違反事業者による繰り返し違反	7条の3第1項。 一定の範囲での、企業グループ単位での繰り返し違反(後述)。
	他の違反事業者に、違反行為をやめないことの要求等	7条の3第2項。 証拠の隠蔽の要求等について追加(後述)。 課徴金減免申請を行わないことの要求。
除斥期間	実行期間の終了から、5年	左記を7年に延長(7条の8第6項)。 カルテル行為を止めてから6年以上経っても、調査・処分を受ける可能性がある。



新しい課徴金制度について

・ 厳罰化【企業グループ単位での対応を要する事項について】

－ 「算定基礎」:

- ・ 違反事業者をした事業者の子会社等であって、違反行為者から「指示を受け、又は情報を得た上で、当該指示又は情報に基づき当該商品又は役務を供給したもの」であって、「当該違反行為をしていないもの」の売上額(改正法7条の2第1項1号、2条の2第7項)
 - － 端的に言えば、企業グループ内で違反行為があった場合の、違反行為者の子会社等の売上にも課徴金が賦課される場合があるということ。
 - － 違反行為者と、当該子会社等との間に、当該商品等についての取引があるか否かは問われない(いずれでも、賦課される)。
- ・ 問題: 「指示を受け、又は情報を得た上で」とは何か?
 - － これが違反行為に関する指示や情報を意味するものであった場合、上記のように定義上、当該子会社等自身が違反行為者である場合は、上記の類型にあたらない(当該子会社等自身が違反行為者であれば、その売上に課徴金が賦課されることになる)。
 - － 企業グループ内で通例行われているような指示や情報を意味するものであった場合、事実上、子会社等の関係にあれば足りることになり得るが、それは条文がこの条件を必要としている趣旨に反するのではないか?
 - － 他方で、逆にこういった指示や情報がない方が課徴金が賦課されないなら、指示や情報をなくす方向での動機付けとなってしまうことがあるか(それは適切か)?

－ 「算定率」:

- ・ 繰り返し違反についての割増算定率(1.5倍)を、過去10年以内に課徴金納付命令等を受けた完全子会社の親会社についても適用(改正法7条の3第1項2号)。
- ・ 10年以内に課徴金納付命令を受けたことがある事業者と合併等をし、その後に、自ら違反行為を行ってしまった場合にも、繰り返し違反として割増算定率が適用される(改正法7条の3第1項3号)。
- ・ 問題: 違反行為者が子会社等に当該違反行為に係る事業を承継して、自らは消滅した場合について、当該違反行為者自身が「繰り返し違反者」であった場合には、承継者にも、割増算定率が適用されていたが、承継者が過去に違反者として課徴金を賦課され、その後に上記の承継者としての課徴金賦課を受けるとしても、割増算定率は適用されていなかった(平成21年改正法7条の2第25項)。これが、改正法ではどう解されるかは、明らかにされていないのではないか? 改正法7条の8第4項参照。



新しい課徴金制度について

- 厳罰化【証拠の隠蔽等について】
 - 「算定率」:
 - 調査妨害の要求などがあった場合の算定率の割増などが新設(改正法7条の3第2項)。
 - 隠蔽・仮装といった調査妨害行為の要求等について、1.5倍の割増算定率が適用される。
 - 制度設計時の議論としては、「違反行為の抑止力を十分なものとするためには、独占禁止法違反被疑事件調査の実効性が確保されることが大前提となるところ、自己に不利益となる事実を自ら進んで当局に明らかにした場合に課徴金を減算するというメリットを用意することにより事業者が公正取引委員会の調査に協力するインセンティブを高め、同時に、事業者が公正取引委員会の調査を妨害することへのディスインセンティブを高める必要がある。・・・調査妨害に対するディスインセンティブを高める制度として、事業者、その役員、従業員、代理人等が検査妨害罪の対象行為やそれに準ずるような一定の調査妨害行為を行った場合には、実体規定違反行為に対して課される課徴金を一定率で加算する制度を設けることが適当と考えられる。」とされた。独禁研報告書30頁～36頁
 - その後の具体的な制度設計において、カルテルや入札談合の合意をするときに、「今後、こういう資料は調査が来たら隠しましょう」などといった事業者、主導した事業者については割増にする(という範囲に留める)という結論に至っている。座談会・公正取引(後掲)9頁(菅久局長(当時)発言)等
 - その他の改正事項： 検査妨害罪の罰金額の上限引き上げ(改正法94条の2、同95条1項、2項)
- ⇒ 証拠等の散逸(破棄や隠滅を含む)を防ぐ必要がある。次頁も(「自主的な調査対応のために」)参照。

新しい課徴金制度について

- 自主的な調査対応のために(国際カルテル等で海外当局対応を要する場合を含む)
 - そもそも証拠等が散逸してしまうと、少なくとも以下の3点で、大きな痛手：
 - i. 自ら、実態を把握する必要があるのに、それができなくなる。
 - ii. 仮に違反が確認され、当局の調査に協力する場合、調査協力のための価値ある資料が必要であるのに、自らそれを捨てることになる。
 - iii. 例えば違反が確認できず、無罪路線で徹底抗戦することもあるべき場面で、証拠の隠滅といった別の嫌疑(弱み)を、自ら招いてしまうことになる。
- ⇒ 証拠等の散逸(破棄や隠滅を含む)は厳禁！
- ※なお、これは「平時」からの周知徹底が必要。「有事」には、気づいたときには起きてしまっていることがある。

新しい課徴金制度について

- 厳罰化

- 残された論点

- 現行制度の下では、例えば、以下の事例のように、違反行為の対象とされた商品又は役務の売上額がない違反行為者に対し、公正取引委員会は課徴金を賦課することができない(独禁研報告書16頁、別紙10参照)。
 - ① 国際市場分割カルテルにおいて、我が国市場を一定の取引分野とした場合に、我が国市場以外の市場で違反対象商品の売上額が発生するものの、我が国市場で売上額が発生しない違反行為者
 - 「当該商品又は役務」
 - 現行制度では、課徴金の算定基礎は「当該商品又は役務」の売上額と規定されており、従来、一般的な価格カルテル事案では、①違反行為の対象商品又は役務の範ちゅうに属する商品又は役務であって、②違反行為による相互拘束を受けたものと解されている。一般的な入札談合事案では、①基本合意の対象とされた商品又は役務であって、②具体的な競争制限効果が発生するに至ったものと解され、運用されている(独禁研報告書13頁、別紙7参照)。上記ア②の要件は、現実の不当利得に対応した額を課徴金の額としようとする考え方に基づくものと考えられるところ、当該要件を満たさないとする事業者の主張により当該商品又は役務から除外された例はほとんどない(同14頁、別紙8参照)にもかかわらず、これを争点として多くの審判又は審決取消訴訟が提起され、子細な審理が行われており、課徴金制度の機動的・効率的な運用が損なわれている状況にあると考えられる。

- その他留意事項

- 不当な取引制限以外の行為類型(私的独占、事業者団体による行為、不公正な取引方法)の課徴金制度についても、算定期間の延長、除斥期間の延長、推計規定の追加、業種別算定率の廃止等の改正が及んでいる。
 - 「逐条解説 令和元年改正独占禁止法」商事法務(2020年)に、読替後の規定についての参考資料掲載。
 - 繰り返し違反について、最初の課徴金納付命令等よりも前に、同時並行する違反行為を取り止めた場合を除外。
 - 「当該納付命令等の日以後において当該違反行為をしていた場合に限る」とされた(改正法7条の3第1項1号)。



新しい課徴金制度について

• 裁量的な減免(調査協力減算制度)

- 申請順位に応じた減免率(改正法7条の4)に、調査協力度合いに応じた減算率(同7条の5)が付加される。
 - 協議を経て、「特定割合」を合意：7条の5第1項
 - 協議を経て、「上限及び下限」を合意：7条の5第2項【実務上はこちらが原則となることが想定されている。】

調査開始 前/後	申請順位	減算率(固定分)	減算率(変動分)【公取委との協議を経て、上限・下限の幅のある合意を行った場合】 (改正法7条の4、同7条の5)		
			報告内容(**)が、 ①具体的かつ詳細(それぞれの項目について) ②網羅的(項目の列挙として) ③資料による裏付け	左記のいずれか2つ	左記のいずれか1つ
前	1位	100%			
	2位	20%	+40%	+20%	+10%
	3～5位	10%	+40%	+20%	+10%
	6位 以下	5%	+40%	+20%	+10%
後	最大3社(*)	10%	+20%	+10%	+5%
	上記より後 順位	5%	+20%	+10%	+5%

- *但し、調査開始日前を含めて最大5社という制約あり。
- **当該申請者の違反行為への関与の度合いに応じた、相対評価によるとされる。



新しい課徴金制度について

- 裁量的な減免(調査協力減算制度)【減算率について新たに設けられた「幅」】
 - － 申請順位の確保(改正法7条の4)
 - 減免を得るためには、まずは順位の確保が必要であることには変わりなし。ただし、単なる順位に応じた減算率は、第2位以降、それぞれ減らされている。
 - 他方で、申請者の枠の上限は撤廃されている。
 - なお、この「順位の確保」のための申請と、そのための報告や資料提出の「価値」は、下記の協議・合意による減算の中でも評価されることになっている(改正法7条の5第1項柱書参照)。
 - － 協議を経て、特定割合で合意する場合(改正法7条の5第1項)
 - 条文の構造的には、こちらが本則のようにも見える。また、合意して特定割合で合意する方が、分かりやすい(予測可能性の確保)ようにも思われる。
 - しかし、当局側としては、追加して提供される内容の「価値」が分からないうちは、安易に高い減算率に応じにくい可能性がある。他方で、事業者側としても、「価値」に見合った(高い)減算率が得られる見込みが立たないうちに、全ての「手持ちカード」を切ってしまうことには、交渉上の術として、躊躇いが出る可能性もある。
 - そうであるとすれば、まずは上限・下限のある枠で合意しておくことが、むしろ合理的か？
 - － 協議を経て、上限及び下限について合意する場合(改正法7条の5第2項)
 - 条文上、「報告等事業者が同項の合意後に当該事件についての新たな事実又は資料であって同項の公正取引委員会規則で定める事項に係る事実に係るものを把握する蓋然性が高いと認められる場合において、当該新たな事実又は資料の報告又は提出に当該合意後一定の期間を要する事情があると認められるとき」とされている。
 - 建て付けとしては、上限及び下限について合意しておいて、その後の協力の「価値」を評価して最終的な減算率が決められることになる(「評価後割合」)。
 - 評価の対象は:
 - 報告内容(**)が、
 - ①具体的かつ詳細(それぞれの項目について)
 - ②網羅的(項目の列挙として)
 - ③資料による裏付けであること。詳細については、公取委「調査協力減算制度の運用方針」の「別紙」参照(近く公表が想定される)。



新しい課徴金制度について

- 裁量的な減免(調査協力減算制度)【より高い減算率を得るために必要な事項】
 - 実務的には、上限・下限について合意した上で、協力の「価値」を評価されることになる(上記参照)。
 - 「申請順位による減算」+「協議・合意による減算」:
 - 「申請順位による減算」については、当然のことながら、より早い順位の確保が望ましいと言える。
 - 「協議・合意による減算」については、必ずしも順位によらない(後順位から、第1位の100%免除を逆転することはないとしても)。また、申請者数の上限を撤廃された(＝全員に機会を与えられている)。ただし、調査協力の「価値」の評価には、調査協力がなされた時期も考慮に入れられることにはなっている。
 - 申請するなら、基本的には早いほうがよいことに変わりはない。
 - なお、評価は、絶対評価とされる。すなわち、他者との比較(相対評価)ではないということ。各事業者ごとに、できることを最大限すればよい。
 - 座談会・公正取引(後掲)16頁(菅久局長(当時)発言)等
 - 公取委「調査協力減算制度の運用方針」においても、当該事業者の当該違反行為への関与の度合いに応じ、その把握し得る限りで報告等がされたか否かという観点で評価される旨が規定される見込み。



新しい課徴金制度について

- 裁量的な減免(調査協力減算制度)【安易に当局の審査方針に「迎合」しないためのポイント】
 - 「早い者勝ち」
 - これまでは、一分一秒を争う単純な「椅子取りゲーム」だった。
 - 今後も、第1位は100%免除とされるが、第2位以下がこれと取って代わったり、これに追いついたりすることはない。また調査協力(証拠提出)の評価には、その提出時期も考慮される(一般に、早いほど評価が高くなりやすい)。
 - 早ければよいのか？
 - 今後は、単なるスピードではなく、最善を尽くす中で結果として後順位となっても、引き続き状況を改善させる余地は残されることになった。
 - なお、制度設計の議論では、「より高い減算率を得るため、又は、減免失格とならないため・・・公正取引委員会の審査方針に迎合した」「真実に反する」審査が行われることへの懸念も指摘されていた(独禁研報告書33頁 等)。
 - 公取委「調査協力減算制度の運用方針」でも、審査官等が行う供述聴取において公取委が把握した事実については、この「事件の真相の解明に資する事項に係る事項」としては評価しない旨が規定される見込み。
 - 疑わしいものが常に「クロ」であるわけではない。また、「クロ」を自認することで生じるマイナス面(損害賠償請求を受けられるおそれ等)を考慮する必要もある(安易に、「万一の場合のための保険」という捉え方をすることはできない)。
- ⇒ いつ、どう「動く」べきか、**迅速かつ主体的・能動的に**判断する必要がある。
(当局からの求めに応じてといった受け身の姿勢ではなく。)
- ⇒ また、場合によっては**不服申立てを行うという選択肢**についても、念頭に置いておくべき。
(当局側の「見立て」と、自己の社内調査結果とが相容れない場合など。)



新しい課徴金制度について

－ 不服申立てのための司法審査

－ 制度設計時の議論

- ・ 「行政事件訴訟法第30条は、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所はその処分を取り消すことができる。」と規定しているため、課徴金に裁量を認めた場合、司法審査の対象は裁量権の逸脱や濫用があつたか否かに限定されることになる。しかし、あらかじめ必要な運用基準を策定・公表すれば、当該運用基準に従って処分がなされたか否かという公正取引委員会の判断過程を含めて司法審査が行われることとなる(最判平成23年6月7日・平成21年(行ヒ)第91号, 最判平成27年3月3日・平成26年(行ヒ)第225号)。」(独禁研報告書8頁)

－ 「上限・下限についての合意」という制度

- ・ 当初の上記議論の時点では必ずしも想定されていなかった。
- ・ しかしながら、上記の議論の趣旨は引き続き妥当し、かかる「運用基準に従って処分がなされたか否かという公正取引委員会の判断過程を含めて司法審査が行われる」ことになると考えられる。



依頼者・弁護士間秘匿特権について



[この写真](#)の作成者 不明な作成者 は [CC BY](#) のライセンスを許諾されています

新しい課徴金制度について ?

・ 制度概要

	指針概要	備考
趣旨	事業者の調査協力の度合いに応じて課徴金の減算率を算定する制度の導入に伴い、事業者が調査協力を効果的に行うために外部の弁護士に相談するニーズがより高まると考えられる。そのため、新たな課徴金減免制度をより機能させるとともに、当該相談に係る法的意見についての秘密を実質的に保護し、適正手続を確保する。	課徴金減免申請をしていなくてもよい。
内容	公正取引委員会の行政調査手続において、課徴金減免対象違反行為の疑いのある行為に関する法的意見について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記録した物件であって適切に保管されていること等の要件を満たすことが確認されたものは、審査官等がその内容に接することなく、留置の必要がなくなったものとして速やかに還付する。	犯則手続は含まれない。 いわゆるカルテル事件に限られる。
	課徴金減免対象被疑行為についての社内アンケート調査結果や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。	秘匿できる典型例：意見書 秘匿できない典型例：陳述書
秘密管理	表示：特定物件の表面その他の見やすい箇所に特定通信の内容を記録したものである旨の表示がされていること。例えば、特定通信の内容を記録した文書等がまとめられて綴られたファイルの背表紙に「公取審査規則特定通信」と記載があること。	電子データの場合の例： 電子データのファイル名 電子メールの件名
	保管場所：特定物件が事業者として管理する特定の保管場所（例：法務部門）において保管され、特定物件を保管していた場所と特定物件以外の物件を保管していた場所とが外観上区分されていたこと。	電子データの場合の例： 別のメールアドレス設置
	内容を知る者の範囲：特定物件の内容を知る者の範囲がそれを知るべき者（例：法務部門の関係担当者等）に制限されていたこと。	電子データの場合の例： 法務部門の関係担当者限定

依頼者・弁護士間秘匿特権について

- 何のための仕組みなのか（証拠の隠蔽との関係は）？

相談・助言



[この写真](#)の作成者 不明な作成者は [CC BY](#) のライセンスを許諾されています



過去の出来事

依頼者・弁護士間秘匿特権について

- 趣旨・目的(できること)、限界(できないこと)
 - － 制度の対象となる物件
 - 事業者から弁護士への相談文書
 - 弁護士から事業者への回答文書
 - 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
 - 弁護士が出席する社内会議でその弁護士との間で行われた法的意見についてのやり取りが記載された社内会議メモ 等
 - － 対象外物件
 - 不当な取引制限(独占禁止法第3条後段)に関する法的意見について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の基礎となる事実を示す資料(いわゆる一次資料・事実調査資料)
 - 独占禁止法の不当な取引制限以外の規定又は他法令に関する法的意見等の内容を記載した資料
 - － 不当な取引制限(独占禁止法第3条後段)に係る違反事件に関する行政調査手続
 - ※犯則調査手続は本制度の対象外
- 上記の意味
 - － 「不当な取引制限に関する法的意見について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記載した文書」で、一定の要件を満たすものを、「審査官がアクセスすることなく、速やかに事業者に還付」とは：
 - － 秘密のままにしておくということ。
 - － 「弁護士相談前から存在する資料(一次資料)、相談の基礎となる事実を収集し取りまとめた資料(事実調査資料)等は本制度の対象外」とは：
 - － (過去の)事実は隠せない、ということ。



依頼者・弁護士間秘匿特権について

- 第198回国会 衆議院 経済産業委員会 第13号(令和元年5月22日(水曜日))
- http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/009819820190522013.htm
 - (中略)
 - ○松平委員 (略) それから、ちょっと具体的に一つお聞かせください。
 - 秘匿特権の対象物件として、規則で、一次資料、事実調査資料は除かれる方向ということをお聞きました。
 - それでは、ヒアリングメモ、法的意見を提供するために弁護士が作成するこういった資料について、ヒアリングメモとかの扱いはどうなるのか、聞いてもいいですか。
 - ○菅久政府参考人 答え申し上げます。
 - お尋ねの、弁護士が作成したヒアリングメモにはさまざまなものがございすけれども、一般的に申し上げますと、例えば、従業員などがみずから経験した事実関係を弁護士が聴取して、その従業員などの陳述書として取りまとめた資料、そのみの資料ということになりますと、通常、法的意見について事業者と弁護士との間で秘密に行われた通信の内容を記載した物件、これには該当しないものと考えております。したがって、そうしたものは、一次資料でありますとか事実調査資料と同じように、お尋ねの制度の対象外として取り扱うことになるものと考えております。
- 陳述書やその他の証拠資料に基づく弁護士としての心証形成を、回答文書の中で事案概要として整理して記載する必要があるのは常識であり、それについてまで「事実」=対象外、とされるべきではない。
- 「本取扱いでは、事実に関する記載が含まれているかといった形式的なことのみによって判断するものではなく、例えば、弁護士が、ヒアリングなどにより調査して得た一定の事実を記載するとともに、その事実関係を前提に、それを評価した法的意見を記載しているなど、全体として課徴金減免対象被疑行為に関する法的意見についての弁護士との相談文書・回答文書に当たるものは、本取扱いの対象となり得ます。」
 - 公取委・令和2年6月25日「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等について(判別手続関係等)」別紙4「原案に対する意見の概要及びそれに対する考え方」(18頁～19頁) https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/jun/200625_hanbetsu.html

依頼者・弁護士間秘匿特権について

- 要件／平時から備えておくべきこととは？
- 実務的には、「仮に公取委に提出・留置されること自体は免れうることになるとしても、そのような手順を経なければならないことになるなら、そもそも判別手続きにかけられてしまうような資料等（弁護士意見書等）の作成・保持自体を、差し控えてしまおう。」というような方向性の議論もあり得る。
 - － これ自体は、例えばAttorney-Client Privilegeが確立されていると言われる米国での法律実務の中でも、実際に弁護士実務家から依頼者に対して助言されてきている内容ではあり、それ自体は驚くに値しない。
- 他方で、組織内の意思決定過程において、時に、その種の資料等（弁護士意見書等）の存在が必要あるいは有益とされることがあると思われ、そのような場面で、「万が一のことが将来起こったときに、公取委に提出・留置されてしまうかもしれない」ということを、特に弁護士代理人（海外の弁護士を含む）の側が懸念して、その作成提供に応じないということも過去に見受けられていた。
- 例えばそのような場合を想定すれば、平時からの備えを整えておく必要がある（次頁）。
 - ※ 「秘密性の維持」についてのご参考： 例：「訴訟事件等に関する質問事項・回答書」
海外では、そこで（訴訟代理人である弁護士が、当該照会を受けた依頼者の顧問弁護士として）記載した内容については秘密性が失われる、という議論がある。これを本制度の議論に直輸入する必要はないが、これに限らず、従前の実務を見直す必要がありうる。



依頼者・弁護士間秘匿特権について

- 守られるために、守るべきこと（要件・注意事項）
 - － 提出命令時に事業者が本制度の取扱いを求めること。
 - － （文書の件名、保管場所、秘密性の維持等）適切な保管がされていること。
 - 「多少の混在があつたとしても、外形上区別して保管されていたと確認され得ます」（上記「原案に対する意見の概要及びそれに対する考え方」（30頁））
 - 「電子メールについては、件名を事後的に変更することができないなどの特性を考慮し、一定の条件を満たす場合には、適切な保管がなされているものとして取り扱います。・・・エクスポートするなどして別個の電子ファイルにし、①当該電子ファイルのファイル名に「公取審査規則特定通信」等の表示を行うとともに、②事業者として管理する特定の保存箇所に保存した上で、提出命令の際にその旨の申出等があつた場合には、元の電子メールを含めて、本取扱いの対象となり得ます。」（上記65頁～66頁）
 - － 事業者が本制度の取扱いを求める物件ごとに、当該物件の作成日時、作成者の氏名、共有者の氏名、属性（手紙、覚書、社内調査報告書、社内会議メモ等）、概要等を記載した文書を一定の期限内に提出すること。
 - － 対象外物件が含まれていた場合には、公正取引委員会に当該物件の写しを提出するか、その内容を報告すること。
 - － 違法な行為を目的としたものでないこと。



依頼者・弁護士間秘匿特権について

- 海外関連(国際カルテル事案への対応)
- 公取委「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」
 - https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/jun/200625_hanbetsu.html
- 「特定被疑事件に関連する外国競争法への対応に係る外国競争法に関する法的意見について特定行為者と外国弁護士等との間で秘密に行われた通信の内容を記録した物件については、当該事件に関連する一次資料や事実調査資料(略)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、提出命令の対象としない。」(5頁)
- 一般に、日本企業が国際カルテル違反被疑事件に対応する場合、関連の国・地域ごとに、現地の専門家(法律事務所)を起用することが考えられるが、各国・地域ごとの対応が区々となることは好ましくなく、例えば日本の弁護士が全体の統括役(コーディネーション)を担うべき場合がある。
- その場合も、各現地の専門家は、それぞれの現地対応のために必要な事実調査を行い、法的検討を進めるであろう。ただし、それらの事実調査や法的検討の成果物が、日本においてどのような扱いを受けうるかを判断し助言すべきは、日本の専門家の役割となる。
 - 従前から例えば米国と欧州の間にも、この種の制度に関する相違点は存在し、その点に配慮した実務対応が求められてきたところ、それに日本の事情も加味する必要が生じたに過ぎない。
- なお、今回導入される判別手続は、一度は公取委による提出命令の対象となる(その上で還付される)という流れである。
- 海外での「秘匿特権の放棄」を巡る議論の兼ね合いなども踏まえると、その提出の時点で「秘匿特権の放棄」があったとされてしまうのは、本意ではない。
- そういった点も踏まえつつ、「提出命令については、通常の手続による提出であるか、本取扱いに係る提出命令であるかを明らかにする観点から、本取扱い向けの提出命令の様式を用いることとします。」とされている。(上記「原案に対する意見の概要及びそれに対する考え方」(44頁))



依頼者・弁護士間秘匿特権について

【ご参考：米国連邦法 Attorney Client Privilege】

【以下は、実際には複雑多岐にわたる議論を、あえて誤解をおそれず単純化したものです。】

- 世の中には、他人には知られたくないcommunicationがある。
 - 夫婦、聖職者、医者、弁護士・・・
- たとえその結果、裁判等で必要な情報が得られなくなるとしても、その秘密性を尊重することで、それらの関係性が育まれるようにできる。
- そのためには、裁判等で求められても、開示などを拒めるようにする必要がある。これを、秘匿特権(privilege)と呼ぶ。
 - 特に依頼者と弁護士の場合について、必要な要件等を網羅的に示した裁判例として、United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F.Supp. 357 (D.Mass. 1950)がある。
- ただし、秘匿を認める以上、真実発見を妨げる場合があることは上記のとおり。そこで、厳格な解釈適用が求められている。例えば、「弁護士との相談」と、「相談の時に弁護士に見せる、過去の行為の証拠資料」との、明確な区別。
 - 過去の行為の証拠資料などを弁護士に送ったからといって、その資料が、秘匿できるものになるわけではない。Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976)等。



依頼者・弁護士間秘匿特権について

【ご参考：米国連邦法 Attorney Client Privilege】

【以下は、実際には複雑多岐にわたる議論を、あえて誤解をおそれず単純化したものです。】

- 上記の秘匿特権と似て非なるものに、Attorney Work Product(弁護士による作成成果資料)の法理に関する議論がある。
- 仮に、裁判という二当事者対立構造の中で、一方が行った訴訟活動の準備作業に、他方が安易にただ乗りできてしまうことになると、「正直者が損をする」ことになりかねず、ひいてはその攻撃防御の中で真実を発見しようという制度自体の存立にも関わりかねない。
- そこで、双方とも、代理人弁護士がその訴訟活動の準備作業として作成した成果資料等は、相手方に開示する必要はないとされる。
- 他方で、秘密にできる以上、真実発見に影響があると考えられていることは、秘匿特権の場合と同じ。よって、例外的に開示が求められることもある。
 - － 主な保護対象は、代理人弁護士による思索や心証形成などとされる。そのため、これらの成果資料の中でも、極めて単純な事実(関係者の記憶等の陳述をそのまま逐語的に記録したような陳述書など)は、代理人弁護士がその認識や理解を整理した資料に比べて、保護の程度が低いとされる。Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981)等。



本日のまとめ

- 調査協力の促進、調査妨害の抑制のための仕組みが強化された。
 - 協力度合いに応じた課徴金減算、隠蔽仮装の要求に対するペナルティ、等
- 同じ事案に巻き込まれても、対応如何で、結果は様々になり得る。
 - ただし、身に覚えのない・謂われのない嫌疑を、安易に受け入れないように注意。
- 複雑化した仕組みにどう対応するか。そのための道具立ても用意された。
 - その一つが、事業者と弁護士との間の秘密通信の保護。
 - 例えば「事業者と弁護士の間の秘密通信」の対象となるもの／ならないものの振り分けなど、今後策定されるルールを踏まえて、文書管理の実務を変えるという発想も有用。
- 迅速かつ主体的な、事案に応じた能動的な対応が求められる。
 - 「平時」からの備えが必要。証拠散逸の防止という意識の周知徹底なども、「有事」では手遅れとなる可能性がある。
 - 企業グループコンプライアンスの在り方などを含め、各者各様の事情(いわゆる「身の丈」)に応じた、「守れるルールを作って、守る」。



関連資料

- 課徴金制度
 - <https://www.jftc.go.jp/dk/seido/katyokin.html>
- 課徴金減免制度
 - <https://www.jftc.go.jp/dk/seido/genmen/index.html>
- (令和元年6月19日)「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律」の成立について
 - https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/jun/190619_1.html
- 座談会「令和元年独占禁止法改正をめぐって」(特集「令和元年独占禁止法改正 ー 課徴金制度の見直し等」) 公正取引828号4頁
- (令和2年4月2日)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意見募集について
 - <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/apr/200402.html>
- (令和2年6月25日)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等について(判別手続関係等)
 - https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/jun/200625_hanbetsu.html
- (令和2年6月17日)令和元年度における独占禁止法違反事件の処理状況について
 - <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/jun/200617.html>





ご清聴ありがとうございました

桃尾・松尾・難波法律事務所 弁護士 向 宣明
(独占禁止法プラクティスグループ・リーダー)

ニューヨーク州弁護士登録
立命館大学法科大学院講師(独占禁止法)
競争法フォーラム常務理事・事務局長

〒102-0083
東京都千代田区麹町4丁目1番地
麹町ダイヤモンドビル
電 話 03-3288-2080
ファクシミリ 03-3288-2081





MOMO-O, MATSUO & NAMBA

桃尾・松尾・難波法律事務所

桃尾・松尾・難波法律事務所 独占禁止法プラクティス・グループ
[独禁法セミナー 第2回]

「独占禁止法違反被疑事件の行政調査手続について」

桃尾・松尾・難波法律事務所主催

令和2年7月28日（火）14：00～

丸ビルホール&コンファレンススクエア（Room4）

桃尾・松尾・難波法律事務所アドバイザー 南部 利之



独占禁止法違反被疑事件処理の流れ（行政調査）

行政調査手続

課徴金減免制度の利用等
一般からの報告(申告)
公取委独自の情報収集

立入検査等

1

供述聴取

2

報告命令等

3

意見聴取手続*

課徴金納付命令
排除措置命令

確定

訴訟

事前手続*

警告

注意・打切り

* 命令（警告）前に事業者等が
意見を述べるなどの機会



1. 立入検査

(1) 立入検査開始時の説明及び立入検査の対象範囲

- ・身分を示す審査官証の提示、行政調査の根拠条文（独占禁止法第47条），事件名，違反被疑事実の要旨，関係法条等記載の告知書交付。
- ・事業者等の営業部門，経理部門など，審査官が事件調査に必要であると合理的に判断した場所。従業員の居宅なども含まれる。

(2) 物件の提出及び留置

- ・提出命令を行った上で，物件の原物について，現状のまま提出を命じ，預かる（留置）。
- ・サーバ，クライアントPC等に保存された電子データについては，原則としてそれらを複製・保存した記録媒体の提出を命じる。
- ・提出命令の際，対象物件の品目リスト（品目録）を作成。物件標題，所在場所，所持者，管理者等を記載して特定。留置に当たっては，提出命令対象となった全ての物件について，検査場所の責任者等の面前で一点ずつ提示し，当該留置対象物件品目録の記載との照合を実施。
- ・留置の必要がなくなった場合には，速やかに還付。

(3) 提出物件の閲覧・謄写

- ・立入検査当日，日々の事業活動に用いる必要があると認められるものについて，提出物件の謄写の求めに応じる。
- ・立入検査の翌日以降，提出物件（留置物）の閲覧・謄写可。謄写方法は，事業者等所有の複写機，デジタルカメラ，スキャナー等。

(4) 立入検査における弁護士の出立

- ・立入検査の円滑な実施に支障がない範囲で弁護士の立立いは可。ただし，弁護士が到着しないことを理由に立入検査を拒むことは不可。



2. 供述聴取

(1) 供述聴取に関する手続

ア 任意の供述聴取

- ・ 審査官等が予め聴取対象者の都合を確認。都度、任意の供述聴取である旨を説明した上で、同意を得て行う。
- ・ 事案の実態解明のため、自らの経験・認識に基づいて事実の供述を求める。任意の供述聴取に協力を得られない場合、審尋手続に移行。

イ 審尋

- ・ 審尋を行う都度、審尋対象者に、法的根拠、出頭すべき日時・場所、命令に応じない場合の罰則について記載された出頭命令書を送達。
- ・ 審尋開始に当たり、審査官は、陳述をしない又は虚偽の陳述をした場合には罰則が適用されることがある旨を説明。

(2) 供述聴取時の留意事項

- ・ 供述聴取時における弁護士を含む第三者の立会い（聴取の適正円滑な実施の観点から依頼した通訳人、弁護士等は除く。）、供述聴取過程の録音・録画、聴取中のメモ（審査官等が聴取の適正円滑な実施の観点から認めた書き取りは可。）は、事案の実態解明の妨げになるおそれがあるので、認められず。調書作成時における調書の写しの交付は行わず。

(3) 聴取時間・休憩時間

- ・供述聴取は、原則として1日につき8時間まで（休憩時間を除く。）。8時間を超える場合には同意を得る。
やむを得ない事情がない限り、深夜（午後10時以降）に及ぶ聴取は行わない。
- ・聴取が長時間となる場合、休憩時間を適時適切に確保。休憩時間には、原則として聴取を受ける方の行動は制約されず。指定された休憩時間内であれば、弁護士等の外部の者と連絡を取ることや記憶に基づいてメモを取ることは妨げらず。
- ・ただし、休憩時間に聴取者が他の事件関係者と接触して、供述内容の調整（口裏合わせ等）が行われるなどのおそれがあるときは、審査官等が付き添うことあり。

(4) 調書の作成・署名押印の際の手続

- ・任意の供述聴取の際、必要があると認めるときは、供述調書を作成。審尋を行った際、必ず、審尋調書を作成。
- ・供述調書・審尋調書は、速記録のように、聴取内容を一言一句録取するものではない。聴取内容のうち、事案の実態解明に向けて、当該事件に関係し、かつ、必要と認める内容について、録取して作成するもの。
- ・供述調書・審尋調書を作成した場合、聴取者に、審査官等が読み上げる調書の内容を聞く、又は調書を自ら読むことにより、その記載に誤りがないかどうかの確認を求め、誤りのないときは、署名押印をいただく。
- ・調書の記載に誤りがあれば、自ら供述した内容についての増減変更（調書の記載の追加、削除、訂正）の申立てが可能。審査官等は、その申立ての内容を調書に記載し又は該当部分を修正し、署名押印をいただく。