

平成 26 年 4 月 23 日

## 独占禁止法の審査手続について

弁護士 長 澤 哲 也

## 1 現行審査手続の問題点

## (1) 密室での事情聴取の適正さを担保する手段が不十分であること

公正取引委員会による事件関係人等に対する事情聴取は、独占禁止法で定められた強制処分<sup>1</sup>としての出頭命令・審尋（独占禁止法 47 条 1 項 1 号）によるのではなく、被聴取者の同意に基づき任意でなされるのが通常である。しかし、公正取引委員会から事情聴取の要請があった場合、ほとんどの会社や従業員は、要請には応じなければならないものと考えており、要請を拒否するという選択肢を念頭にすら置いていない。公正取引委員会による調査を受けた上場企業の多くは、違反を認めるか否かにかかわらず、「調査に全面的に協力して参ります」とプレスリリースするのが一般的となっている。お上の指示には従うという発想は、日本社会の文化とも言えるものであり、日本の美德であるとの評価もあるであろう。

公正取引委員会による事情聴取に不適正な点はないとする根拠として、事情聴取は被聴取者の同意の下で行われているのであって、聴取時間を延長する場合も被聴取者の同意を得ており、供述調書もその内容に誤りがないことを被聴取者に十分確認した上で署名押印を得ているといわれる。

しかし、実際に公正取引委員会による事情聴取を受けた者の多くから話を聞いてきた経験から言えば、被聴取者にとって、事情聴取の最中に弁護士に連絡を取りたいと思っても、退去したいと思っても、密室で審査官 2 名に囲まれた状態では、その意思を押し通して弁護士に連絡を取ったり、退去したりすることは非常に困難である。勇気を振り絞って審査官に対し自己の意思を示すことができたとしても、審査官から思い止まるよう求められれば、そのような「説得」を振り払って実際に行動に出ることができる被聴取者はほとんど実在しない。密室において、審査官は被聴取者に対し優越的地位にあり、審査官の被聴取者に対する「要請」は、実際には事実上の強制であると被聴取者には受けとめられ、被聴取者の「同意」は真の自由意思に基づくものではないことが多い。経営法友会が会員企業に対して平成 24 年に実施したアンケート調査では、次のように、公正取引委員会の調査を受けた企業の従業員が、肉体的・精神的に大きな負荷を

<sup>1</sup> 独占禁止法上の強制処分は、それに従わなければ刑事罰（独占禁止法 94 条）が科され得るという間接強制に留まるものであり、個人の意思を抑圧した実力行使が許されるものではない。

負って事情聴取に臨んでいる実態が報告されている<sup>2</sup>。

- ・営業担当者の人格を否定するような暴言を吐かれた（ex. 「税金をむさぼるダニ」とか「クズのような人間」という趣旨の発言）。
- ・職員の質問に対して、取り調べを受けている者が一生懸命事実を思い出そうとしている横で、時計を見ながら「何も考えずに質問に yes か no で答えろ！〇秒経過…〇分経過…」といったことを言われたり、声を荒げて「そんな話信用できない！誰が考えてもおかしいだろ！うそつきだ！」と威圧的な姿勢で責められたり、「HPで会社として協力するといっているのに、こんなの全然協力していない！社長呼ぶか？」と罵倒される等。
- ・記憶にない事を何度も繰り返し言われ「記憶にない事を何度も言われると刷り込まれてしまい、事実と錯覚してしまう」と言うので、激怒し「やった事を言っているだけだ。忘れただけだ。」と言われ事情聴取が続けられた。
- ・「これは事情聴取じゃない、取調べだ！」と最初から威嚇する態度をとられた社員がいたと記憶しています。終始怒鳴られ続け「非常に恐怖を感じます」と職員に抗議した社員がいたと記憶しています。
- ・あたかも身柄を拘束された被疑者のように、数時間に1回程度の状況報告すら制限され、調書への捺印が完了するまで、会社からのコンタクトを制限された。
- ・長時間にわたり、事実上会社への連絡もできない状態で拘束される。取り調べのやり方も、何の具体的な指摘もなく「とにかく自分で知っていることを全部話せ」という場面もあれば、こちらの認識をいくら繰り返しても聞き入れてもらえないなど、時間を掛けて疲弊させるような手法が取られる。
- ・休憩を認められなかった。「ちょっと話すだけ」と言いながら、そのまま公取委へ連れて行かれた。

また、「任意」の事情聴取の結果作成される供述調書（審査規則 13 条）は、審査官が「様々な供述や証拠物を総合的に勘案して、事件に関係し、かつ、必要と認める内容について」作成するものであり<sup>3</sup>、外観上は独白調でありながら、文字どおり審査官が作文したものである<sup>4</sup>。審査官は、事前に課徴金減免報告をした事業者の報告する内容や、立入検査によって発見・留置した客観的証拠に基づき、独占禁止法違反行為の「ストーリー」を構築し、それに符合するよう供述調書を作成する。審査官の「ストーリー」とは異なる供述を調書に記載することは、たとえ被聴取者がそれを求めても、原則として認められない。被聴取者が自らの言葉で作成したものではない供述調書は、刑事訴訟法上の伝聞法則に現れているように、典型的に信用性が劣るものである<sup>5</sup>。しかも、実務上、被聴取者に対して供述調書の確認が求められるのは、事情聴取の最終段階であるのが通常であり、被聴取者は、供述調書への署名押印が終了すれば長時間の緊張した事情聴取から解放されるという状況下で、ときに何十頁にも亘る審査官が作文した供述調書の確認を求められる。そのため、事情聴取から早く解放されたいとの一心で、供述調

<sup>2</sup> 商事法務研究会「平成24年度総合調査研究「我が国経済構造に関する競争政策的観点からの調査研究（競争法における調査手続に関する調査）」報告書」（平成25年3月）、経営法友会「審判制度廃止後の独占禁止法の適正手続確保及び国際化に向けた提言」（平成26年3月）。

<sup>3</sup> 公取委報道発表資料「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の公表について」（平成17年10月6日）別紙1「公正取引委員会規則の原案に対して寄せられた意見と公正取引委員会の考え方」11頁。

<sup>4</sup> なお、間接強制処分である出頭命令及び審尋（独占禁止法47条1項1号）の結果として作成が義務付けられている審尋調書（審査規則11条）は、問答形式で記録される。

<sup>5</sup> 向宣明「公正取引委員会による審査制度の論点」自由と正義62巻12号13頁、15頁（平成23年）。

書の内容を十分吟味することなく、安易に署名押印をしてしまう例が後を絶たない。前述の経営法友会アンケート調査では、供述調書の作成につき、次のような実態が報告されている。

- ・公取委の筋書きとは異なる事実認識を持っていた被聴取者が、担当職員より当該筋書きを何度も繰り返し聴かされ続けた結果、同人が「そう言われればそうだったかも知れない」と思うに至ったことがあった。
- ・明らかに事実と異なる **Story** について、同意を求め、同意しないと、事情聴取をしつこく繰り返すなどの行為があった。
- ・取調べを受けた者が話した内容を正しく反映したものでなく、あくまで取調官の都合の良いストーリーで書かれた調書への署名を求められた。
- ・調書については、簡単に読み上げるだけで原文をなかなか見せてくれなかった。
- ・発言していない内容の供述調書が作成され、捺印を求められた。
- ・リニエンシー案件であったこともあり、申告者の見方を調書化することに腐心している印象で、微妙なニュアンスの相違で、当社従業員としては納得できない調書への差替（再作成）を求められた。長時間かかったことにより納得はしないものの署名、捺印をせざるをえなかった。
- ・調書が既にできあがっており、その内容と証言が違い、かつ、公取委に都合が良いときだけ、タイプしなおしていた。
- ・従業員が記憶に基づいて説明をしたにも関わらず、調書には違う事実が記載されており、訂正を求めても1か所に3～4時間かかった従業員が複数人いた。また、訂正を求めても訂正に応じない場合もあった。さらに、公取委に有利な調書を作成できない場合、調書作成を中止し何も作成せず帰宅した従業員もいた。

事情聴取やその結果としての供述調書の内容が適正なものであることを担保する手段としては、現行法上、被聴取者から供述調書への署名押印を得ること（審査規則13条2項）しか用意されていない。密室における事情聴取が被聴取者の自由意思に基づくものであり、供述調書の内容が被聴取者の供述を正しく反映したものであることを担保するためには、端的に、事情聴取の過程を検証できるようにしておくのが妥当である。具体的には、同時的な検証手段として事情聴取への弁護士の立会い、事情聴取直後の検証手段として供述調書の写しの交付、事後の検証手段として事情聴取過程の録音等が考えられる。現行の審査実務では、被聴取者が、自己防衛のため、自らの意思でICレコーダーを取調室に持ち込んで事情聴取の過程を録音することの許可を求めても、それは審査官によって拒否される。

事情聴取の適正さを担保する措置が講じられるのは、競争法の分野における世界の趨勢でもある。世界の競争当局等で組織されるICN（International Competition Network）が2013年4月に公表した報告書によれば、供述調書の写しの交付や聴取過程の録音は、「多くの法域において」（in many jurisdictions）実施されており、また、任意の事情聴取への弁護士の立会いは、米国、英国、EUの他、カナダ、ドイツ、フランス、スウェーデン、ノルウェー、ハンガリー、ポーランド、スロバキア、ブルガリア、ニュージーランド、ベトナム等、「ほとんどすべての法域において」（in almost all

jurisdictions) 認められている<sup>6</sup>。その例外が日本である。

## (2) 弁護士・依頼者間の秘密が保障されていないこと

弁護士と依頼者間の秘密が守られることは、弁護士業務に対する信頼を確保する上で必要不可欠なものであり、刑事事件における実体的真実発見にすら優越する価値として保障されている（刑事訴訟法 105 条，149 条）。依頼者が弁護士に対して相談した電子メールや、弁護士が依頼者に提供した助言を記載した文書について、公正取引委員会によって留置される可能性があるならば、依頼者は、弁護士に安心して相談をすることができなくなってしまう。

しかし、公正取引委員会は、たとえ被疑行為終了後に被疑事業者と弁護士の相談過程で作成された文書であったとしても、立入検査等においてそれを発見し、事件調査のため必要であると判断すれば、その提出を命じ、留置することができる。それによって、公正取引委員会は、被疑事業者側の手の内を把握し、それを踏まえて、被疑事業者や従業員に対して調査を行うことができるようになる。これは、手続としてアンフェアであるのみならず、被疑事業者による弁護士への相談に支障を来すものであり、場合によっては、弁護士との信頼関係を壊す手段としても用いられかねないものである。

また、近年、公正取引委員会による調査を受ける前に、社内で隠れた違反行為を発見して適切に対処するため、弁護士に依頼して社内調査（監査）を実施することが多い。これは、従業員の遵法意識を喚起し、違反行為を未然に防止する効果も期待できるものであって、コンプライアンスの観点から望ましい対応である。社内調査によって疑わしき行為が発見された場合、会社は、従業員に対し、当該行為を直ちに取りやめさせる（離脱させる）措置を自主的に講じる。実際、課徴金減免報告がなされる事案の多くは、このような社内調査で発見されたものであると実感している。しかるに、社内調査の結果を記載した報告書や調査の過程で従業員から弁護士に報告させた文書等につき、将来公正取引委員会に留置される可能性があるならば、社内調査の方法が大きく制約され、スムーズに社内調査を遂行できなくなるのみならず、従業員の協力を得ることにも支障を来し、ひいては、社内調査自体の実効性が失われることにもなりかねない。弁護士への依頼に関する秘密事項を記載した書面が公正取引委員会によって発見・留置される可能性があることは、コンプライアンスを自発的に徹底して違反行為を未然に防止しようとする活動にも支障を来すものである。

弁護士・依頼者間の秘密を保障することもまた、競争法の分野における世界の趨勢となっている。前述の ICN 報告書によれば、米国、英国、EU の他、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、ドイツ、フランス、スイス、スウェーデン、ノルウ

---

<sup>6</sup> ICN Agency Effectiveness Project on Investigative Process, *Investigative Tools Report* § 5.2 (2013), available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc901.pdf>

ェー、イタリア、スペイン、ハンガリー、ポーランド、スロバキア、クロアチア、イスラエル、チリ、コロンビア、ケニヤ、ボツワナなど、「過半の法域において」(in a majority of jurisdictions)、弁護士・依頼者間の秘密保障が認められている<sup>7</sup>。

## 2 法執行の実効性確保との関係について

### (1) 事情聴取過程の適正担保措置

従業員の事情聴取に会社の弁護士が同席すると、従業員に萎縮効果が生じ、真相解明に支障が生じる可能性があるとか、供述調書の写しの交付を受けることができるようにした場合、供述内容が会社に知られることを恐れ、従業員が真実を供述することに消極的となり、真相解明の妨げとなる可能性があるとして指摘される<sup>8</sup>。

#### ア 弁護士による濫用について

まず、会社の弁護士が同席することにより従業員が真実を語りづらくなるとの危惧については、弁護士に対する不信感が前提としてあるとすれば、それは弁護士懲戒制度によって払拭されるべき問題である。弁護士が従業員に対して虚偽の陳述をそそのかすことは、あってはならないことであり(弁護士職務基本規程 75 条)、そのようなことがあれば当該弁護士は弁護士会による懲戒処分の対象となり得るものである(弁護士法 56 条)。弁護士が事情聴取に立ち会うことの主たる目的は、公正取引委員会による事情聴取の適正さを確認することであり、悪用の防止は弁護士に対する懲戒制度によって担保されている。

#### イ 従業員の「萎縮効果」について

従業員が会社に不利な真実を公正取引委員会に供述したからといって、会社が当該従業員に報復的処遇等を行うようなことがあれば、それは、人事権を濫用するものであり、不法行為をも構成し得るものである。供述の内容が会社に知られることを恐れて真実を語るができないという事態が現実存在するのかが疑問であるが、仮にそういった危惧があり得るとしても、それは、事情聴取への弁護士立会いや、供述調書の写しの交付等とは無関係に存在するものである。会社は、処分前の意見聴取手続において従業員の供述調書を閲覧謄写することができるし(独占禁止法 52 条)、公正取引委員会の命令が争われた場合には、公正取引委員会は、違反行為を立証するため、従業員の供述調書を証拠として提出する。被聴取者は、供述調書に署名押印する際に、それが会社の違反行為立証の証拠として用いられることを十分に認識しているはずであり、仮にそう認識していないならばそれ自体が問題である。

<sup>7</sup> *Id.* § 2.5.

<sup>8</sup> 「独占禁止法基本問題懇談会報告書」IV 4 (1)及び(2) (平成 19 年 6 月)。

#### ウ 従業員の意思の確認

そもそも、萎縮効果の発生は、従業員が本当は事情聴取の内容を会社に知られたくないと思っていることを前提としている。それ故に、従業員が自らの意思で弁護士の立会いや供述調書の写しの交付、事情聴取過程の録音等を求める場合には、それを認めたとしても、萎縮効果は生じないはずである。事情聴取過程の適正さを担保する措置を採ることによって看過できない萎縮効果が懸念されるならば、例えば、事情聴取を開始する前に、従業員に当該措置を採ることができることを告知し、希望する者にだけ当該措置を採り、希望しない者には当該措置を採らないものとすることによって、萎縮効果の懸念は回避することができる。

#### エ 供述証拠の必要性は実際には高くないこと

カルテル事案における供述の重要性から、事情聴取の実効性を少しでも妨げるおそれのある防御措置に消極的な意見がある。しかし、実際のカルテル事案においては、数多くの物的証拠が存在し、そうした客観的証拠の積み重ねによって違反行為が立証されている。現に、公正取引委員会事務局官房総務課長は、個人的見解として、「事案の性質上、違反行為の客観的な直接証拠を得ることが困難なカルテル事案においても、これまでも間接事実を極力客観的な証拠に基づいて認定し、合理的な推認により違反事実の認定を行っている」と述べている<sup>9</sup>。公正取引委員会の手元に重要な物的証拠が集まる傾向は、課徴金減免制度の導入によって、より拍車が掛かっている。また、紙媒体の証拠しかなかった時代と比べて、近年では、電子メールなど多くの証拠が電子化しており、フォレンジック技術の発達も相まって、格段に客観的証拠の価値が高まっている。平成25年独占禁止法改正により、公正取引委員会の命令の適法性が裁判所で直接審理されるようになったが、客観的証拠の積み重ねにより事実を推認することは、裁判所の得意とするところである。犯罪者を非難する前提として動機を解明し反省を促すことが必要となる刑事事件においては主観的証拠が不可欠となる場面もあり得るが、公正取引委員会による処分は、独占禁止法違反行為を抑止するための行政措置であり、本来、出来る限り客観的証拠によって立証されるべきである。

#### (2) 弁護士・依頼者間の秘密の保障

弁護士・依頼者間の秘密を保障すること（弁護士秘匿特権）については、権限が濫用され、証拠隠匿の道具となってしまうのではないかとの懸念があるようである。

たしかに、弁護士秘匿特権は、欧米で判例法により発展したものであり、日本ではなじみの薄いものであることから、漠然とした不安が生じるのは無理もない。しかし、日本においても、弁護士業務への信頼を保護するため、弁護士・依頼者間の秘密に係

<sup>9</sup> 菅久修一「公正取引委員会と独禁政策は鎖国的か」NB L989号47頁，49頁（平成24年）。

る物のうち弁護士が保管・所持するものについては、押収拒絶権が戦前から認められている（現行の刑事訴訟法 105 条）。弁護士・依頼者間の秘密を保障するためには、対象物の所在（弁護士の元にあるのか、依頼者の元にあるのか）は本質的な問題ではなく、押収拒絶権の範囲を弁護士が保有するものだけに限定するのは不十分であり、依頼者が保有するものに拡大する必要がある。このことは、弁護士への相談手段として電子メールが多用されるようになった現代においては尚更である。依頼者が弁護士に相談するために送信した電子メールにつき、弁護士の受信メールについては押収を拒絶できるが、依頼者の送信済みメールについては押収を拒絶できないというのであれば、依頼者が弁護士に安心して相談することはおぼつかない。もっとも、押収拒絶対象物の範囲については、刑事訴訟法での実務をそのまま準用すればよい。押収拒絶権は、弁護士と依頼者間の信頼関係を保護するために認められるものであるから、その対象物は、弁護士が業務上委託を受けた弁護士・依頼者間の秘密に係るものに限定される。弁護士が証拠隠匿行為を行うことは懲戒処分の対象となり得るから（弁護士法 56 条）、証拠を隠匿するために押収拒絶権を用いることはできない。被疑行為の証拠となり得る当時のノートや手帳、電子メール等の一次資料自体は、弁護士・依頼者間の秘密保障の対象となるものではない。また、弁護士に対して他社との会合の内容を打ち明けたからといって、公正取引委員会の事情聴取において当該内容につき秘匿特権を盾に供述しないことができるというわけではない。弁護士・依頼者間の秘密保障の対象となるのは、依頼者からの相談を受けて弁護士が作成する秘密文書やその前提となる弁護士と依頼者間の秘密通信文書であり、公正取引委員会がそれらの二次資料を留置することが許されないとしても、それによって調査の実効性が妨げられる性質のものではない。