

独占禁止法審査手続についての懇談会（第11回）議事録

1 日時 平成26年10月15日（水）10：00～13：00

2 場所 中央合同庁舎第4号館12階共用1214特別会議室

3 出席者

（懇談会委員）

座長	宇賀 克也	東京大学大学院法学政治学研究科教授
座長代理	舟田 正之	立教大学名誉教授
委員	青柳 馨	日本大学大学院法務研究科教授
	今井 猛嘉	法政大学大学院法務研究科教授
	及川 勝	全国中小企業団体中央会政策推進部長
	大沢 陽一郎	株式会社読売新聞東京本社論説委員
	川出 敏裕	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	川島 千裕	日本労働組合総連合会総合政策局長
	榊原 美紀	日本経済団体連合会経済法規委員会競争法部会委員 弁護士
	泉水 文雄	神戸大学大学院法学研究科教授
	中川 丈久	神戸大学大学院法学研究科教授
	三村 優美子	青山学院大学経営学部教授
	村上 政博	成蹊大学大学院法務研究科教授
	矢吹 公敏	弁護士

（その他）

公正取引委員会 松尾経済取引局長、山口審査局企画室長

（事務局）

内閣府 井上内閣府審議官、独占禁止法審査手続検討室 井内室長、品川参事官等

4 会議次第

（1）開会

（2）論点に関する検討（自由討議）

（3）閉会

5 議事録

○宇賀座長 それでは、定刻でございますので、ただいまより第11回「独占禁止法審査手続についての懇談会」を開催させていただきます。

委員の皆様方には、御多忙のところ、お集まりいただきありがとうございます。

本日は、河野委員が所用のため欠席でございます。

また、有村大臣は、本日は所用のため御欠席でございます。

議題に入ります前に、前回の第10回懇談会で村上委員から公正取引委員会に対して質問がありました審尋の実施状況等について、公正取引委員会から回答していただきます。

また、村上委員から、本日の議題とは直接関係ありませんが、意見書が提出されておりますので、順次御説明をお願いしたいと存じます。

まずは、公正取引委員会から簡潔に説明をお願いいたします。

○松尾公正取引委員会経済取引局長 前回の第10回会合におきまして、村上委員のほうから審尋の実施状況等につきまして御質問をいただきましたので、御説明させていただきます。

まず、審尋を行った回数についてでございますが、ここ10年ぐらいの状況ということでございましたので、平成15年1月以降に審査を開始した事件について御説明いたします。

平成15年1月以降、審査を開始した事件につきまして、先月末までの間に、事件審査中に行った審尋の回数は合計60回ということでございます。事件数としては13件となっております。

なお、前回、お配りいたしました供述聴取の実情に関する資料の平成23年度データでは、年間の事情聴取回数は約4,000回程度ということになっておりますので、審尋を行っているケースはごく僅かであるということが言えると思います。

任意の事情聴取ではなく、審尋を行った理由につきましては、2点にまとめられるかと考えております。

第1点目といたしまして、関係人が非協力的な対応だったというケースでございます。つまり、任意ではそもそも事情聴取に応じていただけなかったり、応じたとしても、審査官の質問に対しましておよそ合理的とは考えられない説明を繰り返すなど、徹底して否認の戦略を採られた際に、実態解明を一步でも前進させるという観点から審尋を行ったというものでございます。

ただし、審尋には応じていただいたといたしましても、後に御説明いたしますように、罰則の適用には限界があるため、供述人が否認の姿勢を固めている場合などには、審尋によっても必要な事実に関する供述を得るのは難しいというのが現実でございます。

また、2つ目の理由といたしましては、不公正な取引方法の事件における事例でございますが、このような事件におきましては、関係人の取引先からも事情聴取を行うこととなりますが、取引先の方が今後の関係人との取引に悪影響が出ることを心配いたしまして、任意に公取委の事情聴取に協力した形になることは避けたいという御要望がございました。

ため、審尋を行ったというものでございます。

次に、虚偽陳述等に対する刑事告発についてでございます。

前回の会合においても御説明いたしましたとおり、公正取引委員会といたしましては、審尋を行って虚偽陳述等であることが分かり、虚偽陳述等に対する刑事告発を行うべきだと考えたときには、これを行うことは当然であると考えているところでございます。

ただし、実際にこれまでに虚偽陳述等に対する刑事告発を検討したと考えられる事例も数件ございますが、例えば証拠が提示されているにもかかわらず、記憶にない旨の陳述をしたり、審尋に対して「はい」「いいえ」等の極めて簡潔な回答しか陳述しないなど、明らかに不陳述や虚偽陳述であるとはいえない程度の非協力的な陳述が行われた場合に、罰則を適用することは困難であると考えておりますし、さらに、罰則を適用するには、違反行為の立証とは別に、虚偽陳述の事実や故意・過失を立証するために必要な証拠の収集などを行わなければならないため、立証負担が大きく、事件審査の期間や人的リソースにも限界がございますので、刑事罰を適用することによる効果とそのため立証負担とを比較考量した結果、これまで刑事告発に至った事例はなかったということでございます。

なお、審尋調書の様式につきましても御質問を受けたところでございますが、供述調書と審尋調書の様式は同一のものでございます。

また、審尋調書の場合には、一問一答形式で録取すると決まっておるわけではございませんで、先ほど申し上げました60回の審尋において録取した審尋調書につきましても、一問一答形式のものもあれば、独白形式のものもございます。また、逆に任意の事情聴取においても、一問一答形式で供述調書を作成することもあるということでございます。

以上でございます。

○宇賀座長 ありがとうございます。

続いて、村上委員から簡潔に説明をお願いしたいと存じます。

○村上委員 ありがとうございます。

今の質問の答えを聞いていまして、一つ、それならば、第2の理由というのは不公正な取引方法で第三者の供述を審尋調書にするのだというので、初めから刑事罰というのは想定されないものだと思っています。

問題は第1のほうですけれども、これだけ長年、同じ禁止規定を執行していて、1件でも検察庁と真剣に刑事罰を科すというような議論をしたり、刑事罰を科していくことを検討したというような事例がもしあるのなら教えてほしい。私は余りないと思っていますし、それだけ逆に、公正取引委員会としても、実際に虚偽の供述に対して刑事罰を科していくことについては、基本的に否定的であったと理解していますので、もし本当にそこまで詰めて議論するならば、今までかつて1件でも真剣に刑事罰を科す、若しくは検察庁と協議した事例というのがあるのかというのを質問に変えてもらって、答えてもらえればより明確になるのだらうと思います。

それは別として、今日のは1枚紙ですので、そんなに長く時間はかかりません。

前回から、基本的に弁護士立会いを認めて、裁量型課徴金を導入して、一体として大陸法系の行政調査に移行すべきであるという形で主張してまいりました。

ただ、その後、考えてみると、やはり両者を一体として議論するのもなかなか難しい。弁護士立会いの問題というのは現行法の解釈の問題であって、今すぐにでも実現しようと思えばできるものです。

ただ、裁量型課徴金の議論というのは、これを実現しようと思うと、例えば、現行の課徴金額を上限とする裁量型課徴金ですら法改正が必要となります。したがって、かなり時間を要する課題、政策提言的な話になりますので、両者を一緒に議論するのも難しかろうと思います。

したがって、供述録取時の弁護士立会いというのは、あくまで現行法の解釈問題である。裁量型課徴金とか報告命令の活用というのは、どちらかというと、時間がかかる。時間は別としても、政策提言的な形の問題になろうと思います。

そこで、今日の話になります。あとは、書いてあるとおりを読み上げさせていただきます。

現行法制の解釈については、既に弁護士立会いは認めざるを得ないものと、解釈論ではそう解釈されるのだと思います。

仮に参考人が任意の呼出し若しくは出頭命令に従って出頭した場合、出頭した参考人、これは自然人であります。仮に弁護士を同行して、同行した弁護士を立ち会わせない限り供述聴取には応じないと主張する。当然、その場合、審査官はいろいろ説得すると思えますけれども、その説得にも一切応じないで頑張った場合には、今の法制上は審査官は供述聴取を強制・強行することはできないこととなります。したがって、審査官は、当該参考人に対して供述聴取を行おうとする場合には、弁護士立会いを認めざるを得ないという、それが現行法の解釈になります。

また、今、問題になっていますが、仮に審尋の下で陳述拒絶に対して刑事罰を科すことが可能であるとしても、参考人のような上記行為については、第94条の「陳述拒絶」（「陳述をせず」）には該当しないと解釈される。言っているのは、呼び出された自然人が弁護士さえ同席してもらえば真実を話しますよと言っているわけで、陳述を拒絶しているわけではないので、刑事罰の対象となる「陳述をせず」という概念には当たらないわけです。刑事罰は科せないで、当該参考人に対して刑事告発を行い、第94条の刑事罰を科すことはできないというのが現行法の解釈になろうかと思えます。そこが解釈論の話で、これはもう今すぐにでもできる現行法の解釈の問題になろうかと思えます。

その次は、それでどうすべきかという話です。

したがって、私は、もう既にそういう状況になっているので、経済界が供述聴取時における弁護士立会いが防御権の保障において必要不可欠であるとか、正しいと本当に信じるのであれば、弁護士立会いを勝ち取るべきである。従業員が、弁護士を立ち会わせない限り事情聴取には応じないと単に頑張ればいいだけの話なのであって、休憩時間を確保しろ

とか、不服申立てを充実しろとか、そういう情けない主張をするのではなくて、むしろ権利で勝ち取るべきものならば、勝ち取ってもらえばそれでいいのではないかということです。

逆に、公正取引委員会としては、法制上、密室での取調べ方式をずっと実施してきたが、しよせん維持できないものであるというのが現状であると思いますので、それを自覚して、むしろ裁量型課徴金を導入して、事業者に対する報告命令を中心とする大陸法の行政調査に移行することを真剣に検討すべきである。この後のほうは、解釈部分とは別に、その後どうすべきかという提言も併せての話になります。

以上でございます。

○宇賀座長 ただいまの公正取引委員会と村上委員からの説明につきまして、御意見等がございましたら伺いしたいと思いますが、いかがでしょうか。

矢吹委員、どうぞ。

○矢吹委員 私も前回ちょうど予定がありましたので、2時間で退室させていただきました。その後、議事録を拝見しますと、30分ほど議論が経過した後で、取りまとめとして導入の合意に至らないということで、必要性なしというような座長の御意見があったように読みました。

取りまとめの方法については、座長のほうに一度御相談したいのですけれども、どういう形で取りまとめるかを最初に御指示いただいて、その時間には必ずいるようにしたいものですから、是非何らかのルール作りをしていただければと思います。

その際、私が申し上げられなかったので、今、申し上げますと、今回は改正法の附則で事件関係人の防御権の制度を、必要性があるということを前提に検討するということになっていまして、正に必要性があるかというところがここで問題になっていると思います。

この懇談会では、弁護士の立会権、可視化の問題、録音・録画の問題については、実態解明に支障が出るというような御意見が多く、また、任意の調査であるので、それは必要ないという御意見のように承りました。

実態解明については私も重要であると思いますが、他方、私も申し上げましたし、参考人もおっしゃっていたとおり、公正取引委員会の審査官のストーリー聴取という問題があります。このことは、この懇談会外でもよく聞くところであります。

そうしたストーリー聴取の問題を解決して、本人の記憶に基づいた正確な記載を調書に書いていただくのがやはり実態解明にも資しますし、本人の安心感にもなるということを是非実現していただきたいと思います。そのための弁護士の立会権であり、また、可視化の問題を議論したのだと思います。

したがって、もしそれが必要ないということであれば、違反に対してどうするかは問題であるにしろ、審尋という制度が法律上保障されているわけですから、是非それをよく利用するようにこの懇談会で強調していただきたいということが1点。

任意であるので、弁護士の立会いも必要ないし、可視化も必要ないということであれば、

例えば、本人が録音機を持ってきて、本人がそこで録音するということは、任意ですから許されてしかるべきであります。そういうことをここで明確にすることで、調書の内容と本人の言ったことが違えばテープで後で確認をすることができるわけです。それが実態解明に資すると思いますので、是非そういうことをここで確認していただきたいと思います。

これが私の意見でありまして、したがって、結論としては、弁護士立会権と可視化、特に弁護士の立会権は、グローバルスタンダードからして私は必要だと思います。加えて、村上委員もおっしゃったように、むしろ弁護士が間に立つことで実態解明に資するということが世界でよく行われていることであります。もちろん反対に振れることもありますけれども、多くの事例では、弁護士がいることで正確な記憶に基づいて詳しいことを当局の方に申し述べるということが実現できるわけですから、これが不要だと考えるのは私は反対だと申し上げたいと思います。

以上、私の意見として申し上げます。

○宇賀座長 ありがとうございます。

最初の点について御説明いたしますと、当初は2時間という予定でした。ただ、30分程度の延長については、皆様に大体御了解いただいているということで、2時間経過しました時点でまだ御発言いただいている委員が2名いるというメモをいただきました。大沢委員と三村委員がまだ御発言されていなかったのですが、それ以外の方につきましては、ほかにも途中退席された委員の方はいらっしゃったのですけれども、一応、全員の御意見は伺っています。しかも、2回目ということで、1回目にも御意見を伺っているということです。時間を延長しまして、挙手されていながらまだ御意見を伺っていない2名の方に御発言の機会を与えるべきだと考えまして、一応、全員の御発言をいただいた上で、その時点でこの懇談会としてこれを認めるべきだというほどの合意といえますか、大方の御意見はそこまでは行っていなかったということで、そのような取りまとめをさせていただいたということでございます。

舟田座長代理、どうぞ。

○舟田座長代理 まず、前半の村上委員のことですが、今日は議論をする気はないのですけれども、この議事録にとどめておいていただきたいと思って申し上げます。

このペーパーの3段目の「また、仮に審尋のもとで」というところですが、弁護士の立会いがないならば陳述しないといった場合に、第94条に該当しないというのは、非常に思い切った解釈でびっくりしました。通常はこういうことは言っていないと思います。

つまり、これは弁護士立会権を認めるという前提で、弁護士立会いがないなら陳述しませんよということを認めるということになります。通常はこれとは反対の解釈がこれまで採られてきたし、恐らく公取委も認めてこなかったらと思います。これは村上委員の独自の解釈だということでもあります。

もう一つ、矢吹さんが後半でおっしゃったことの中で、任意の聴取は、任意なのだから自分で録音機を持ってきて録音してもいいではないか。任意ですから何でもやっていいと

いうのは、私はちょっとどうかなと思います。

この懇談会の一つの成果は、何という名前だったか忘れましたが、聴取の仕方についてマニュアルめいたものを作って、それをきちんと提示するというところにあると思っけていますけれども、そこには同時に、任意の聴取をなるべく効率的に、有効に働くようにするという考慮でルールが作られるのだらうと思います。任意だから自分で録音機を持ってきていいというのが権利だというのはちょっと違うのではないか。

今日は議論をする気はありませんけれども、一言だけ申し上げます。

○村上委員 今のところだけ、ちょっとよろしいですか。

舟田座長代理のそこの話もあって、行政調査の基本的な権限である、いわゆる間接強制の強制権限というのはどんなものかという、その理解に関連します。決して逮捕・勾留ができるわけでもないし、押収ができるわけでもない。あくまで間接強制なので、それが行政調査の大原則なのです。

そのときに、呼び出された自然人が決して供述しないと言っているわけではなくて、ちゃんと真実を供述すると。ついては、正しく主犯格の人間は、その後、刑事責任まで問われる。自分の刑事責任も問われるおそれがあるというので、はっきりそういう人間が一番大事なものであるから、その人間が、弁護士立会いさえあればちゃんと100%真実をそのまま供述しますからと言っている場合に、その自然人に対して、それを陳述拒絶として捉えてその自然人に刑事罰を科すというのは、これは日本の法制上、間接強制というのはとてもそこまでできるものではないだらう。

その辺は解釈の分かれるところですが、これが基本的な行政調査の枠組みなのであって、弁護士を入れて虚偽の陳述をした場合には、それは刑事の問題というのは出ますけれども、少なくとも間接強制でやった場合に、弁護士を同席させた場合には自分はちゃんと真実を実際に話しますという、そこで弁護士を入れるのが嫌だからといって、弁護士を同席させない場合には、単純に説得に応じないで退室するというだけの話ですけれども、それに対して刑事罰を科せるというのは日本の法制上あり得ないし、まさか公正取引委員会、検察庁とも、そんなことをするとはとても信じられないような実務になるだらうという気がいたします。

○宇賀座長 青柳委員、どうぞ。

○青柳委員 任意調査の場合にも、国民の側に真実解明に協力する義務があるということが前提にならなければいけないと思います。

調査の方法、例えば、事情聴取時に弁護士の立会いを認めるか、あるいは録音機による録音を認めるかどうかは、相当な範囲で公取委のほうの裁量に委ねられているものと解されます。ですから、事情聴取を受ける側にそれを拒否するという権利があるわけではなくて、拒否されたら、それ以上任意の事情聴取ができないというだけにすぎないのではないかと思いますので、村上委員が資料に記載されている解釈は少し違うのかなと思います。

○宇賀座長 榊原委員、どうぞ。

○榊原委員 幾つかの御質問とコメントなのですが、今日は秘匿特権の議論をすることになっているので、どこまでこれをやっていいのか、次回、時間があるのかというのがちょっと気になる場所なのですけれども、少な目に申し上げると、まず、公取委の方の御説明で、これは刑事告発ができない、罰則が適用できないというようなことをおっしゃって、そうすると、現行法が使い物にならないように聞こえるわけですね。

でも、実際、検察と検討した事例があるのか、ないのか。例えば、できないと思っているとかというのではなくて、実際に具体的にこういう理由でできなかったというのを見せていただかないと、できないのであれば本当に審尋の間接強制が意味をなさないので、そもそも現行法を変えないと、例えば、この後の秘密保障でも、濫用されたときの話になったときに現行法の問題というのは出てくると思うのです。そこを事例でお聞きしたいと思います。

例えば、客観的にEメールとか議事録とか、いろいろな証拠があるのに、それを見せても否定をすとか、それと違う供述をする場合があるようなことをおっしゃったのですけれども、それは「陳述をせず」という第94条の村上委員の意見書に書かれていたところに該当しないとは私はちょっと思えないですね。明らかに非協力的に陳述をしないと。なぜそれができないという事例があるのですかという最初の質問に戻るのですけれども、そういうことを申し上げたいと思います。

先ほど任意と強制について、前は任意についてのお話でしたねということ矢吹委員はおっしゃっていたのですけれども、実は任意と強制でも、任意にも協力義務があるのだというようなことをおっしゃる方がおられて、実際、経済界もこれを何か誤解をしていて、その誤解に何となく乗じて断れないのだと思って、それが多分問題の根幹なのだと思うのです。だから、記憶に基づいてということをおっしゃるのですけれども、ストーリーを押し付けられているということで、皆さん、クレームを言っているということなのですね。

任意の場合には、これは行政法の先生に、宇賀座長か中川委員になるのかもしれませんが、お聞きしたいのですけれども、任意というときに、例えば、弁護士が同行しないと供述聴取に応じたくないとか、ICレコーダーを持ち込みますということに対して、それが嫌ならば公取委が審尋に行くという理解というのは、普通は義務はないというのですか、国民の協力義務というのを何の根拠があっておっしゃっているのか、私は法律家でもよく分からないのですね。

行政裁量でも、やはり同行ないしは録音・録画しないと応じませんと言われたら、そこでそれ以上は強制できないという意味であれば、それが任意で義務がないということなのではないかと思うのです。そうであれば、同行しますと、ICレコーダーも持って録音しますと言えばそれで済むことなのであれば、そこははっきり確認をしたい。そうすると、経済界は、今後、そういう主張をできると思うのです。

そういう聴取の仕方は公取委が嫌だと言うのであれば審尋をやっていただくということで、ただ、審尋は機能しないのだとおっしゃると、どうなのかという問題になるので、そ

こをきちんとやはりマニュアルでも書いていただきたいのですけれども、前提として行政法の先生にそこを、何か義務があるみたいなことを言われると、断れないのかと経済界の人は勘違いをしますので、はっきりしていただきたいと思います。

○宇賀座長 最初の点について、では、公取委のほうから今の御質問にお答えいただけますでしょうか。

○山口公正取引委員会審査局企画室長 榊原委員から御質問をいただきました審尋の刑事告発につきまして、実際に検察と検討した事例があるのかということでございますけれども、ちょっと古い事例でもございまして、詳細は私どものほうでもまだ確認できておりません。ただし、検察と何らかの協議をした事例というのは、少ないですけれども、数件はあったと認識しております。

Eメールですとか客観証拠ですとか、そういうものを見せてもきちんとしゃべらない、あるいはその内容と食い違うことをしゃべるといふときに、なぜそれを虚偽だという立証ができないのかということでございますけれども、事実の食い違いというのは、複数の方から聞く中で、同じ一つの事実のはずのことを1人の方はAと言い、1人の方はBと言う。そうであれば、どちらかが間違っているか、もしかしたら、同じことをそれぞれの立場から見るとそれぞれが違う評価になる、それが正しいのだという場合など、いろいろな場合があると思いますけれども、その食い違いといふところをいろいろな客観証拠から見付け出していったら、何が本当かといふことを探していくといふのは、当然、我々のやることでございます。

ただし、食い違っていた、恐らくこちらが事実でこちらは違うということが分かったとしても、それが意図して虚偽を言っていたのだといふことの確認・立証といふのは、非常に難しいということでございます。

もう一つには、覚えていないとか、分からないですとか、いわゆる不誠実な対応をされた場合には、これはまた虚偽の立証といふのは難しい。ハードルが高いために、これまで実際に検討した事例は数件ありますけれども、実現には至っていなかったということでございます。

○宇賀座長 榊原委員、何か追加でよろしいですか。

○榊原委員 難しいといふのは、公取委の方の主観的な評価なのではないかなと思うのです。それで、実際、検察庁と検討してできないという判断をされているのか、その理由はそうなのかというのがやはり分からないと思うのです。実際、裁判になると、例えば、自分の書いたEメールとかと違うことを言っていたら、覚えていないといふのだったらまだ分かるのですけれども、そこを陳述しないとすれば、普通は裁判所だとこの人は嘘をついているのだかといふ認定になると思うのですね。だから、それをできないといふところが、公取委の方が使えないと言っている根拠なのだと、ちょっと理解し難い。そこは使えないといふのではなくて、告発していけばいいのではないかなと思うのです。

○宇賀座長 いかがでしょうか。何か追加で御説明はありますでしょうか。

○山口公正取引委員会審査局企画室長 例えば、Eメールで近い時期に自分で確実に書いていたことについて、全く記憶にないと言ったら、それはちょっと疑わしいということにはなるだろうと思います。ただし、書いてある内容について、どういう解釈なのかということについては、いろいろな取りようがあり得ることについて、自分たちはカルテルの価格の引上げの合意というつもりでこういうことを書いたわけではないと、単なる連絡であるとか、いろいろな言い方はありますので、本人の意図したところがどうであったかというところについての立証というのは、やはりハードルが高いとされているところです。

○村上委員 よろしいですか。基本的な私の問題意識とずれているので。

先ほど青柳委員が言われたように、任意の場合には、少なくとも弁護士を同席させなければ供述に応じないということは言えますという、そのところだろうと思うのです。それでだめだった場合には審尋に移るわけですがけれども、私は別に虚偽の陳述をしたか、しないか、そのところは一切言っていないわけなので、その前段階の話なので、仮に審尋に移るとしても、私は全部きちんと証拠に従って正直に話します。ただし、後で刑事とか何とかがあるから弁護士立会いだけさせてくださいと。私は、それでその人間が嘘をついて虚偽の陳述をしたら、別に刑事罰を問うことは一切問題ないと思うのです。それが虚偽の陳述をしていると立証できるのなら、現行法にありますから、憲法上の問題は別としても、それに従って淡々とやるというのなら、それはそれでやっています。

そこまで行っていない話で、弁護士を立会いさせるならば真実を供述する。だから、弁護士を立会いさせてくれという、そこまでの権利までないのかという、それだけの話なのであって、弁護士が立会いした人間が審尋で全く虚偽の陳述をした場合には、それは淡々と法律に基づいて刑事罰をやればいい話なので、そういう意味での前段階で、少なくとも弁護士の立会いを認めてくれという権利はあるだろうし、弁護士の立会いがあれば本人は話すつもりであるのに、弁護士の立会いがないので、その人間に対して刑事罰を問うなんていうようなことはとてもできる話ではないのであって、もし審尋をやるとしても、公正取引委員会が弁護士を立ち合わせた上で供述させればいいだけの話なのだと考えるので、その前段階の弁護士立会いというのを事実上主張された場合に、認めるか、認めないかという議論だろうと思います。違反があったか、ないか、虚偽の陳述かどうかとはちょっと違う、その前の段階の議論になるかと思っています。

○宇賀座長 では、任意調査については、中川委員から御説明をお願いします。

○中川委員 一般的な行政法の理解では、義務があるというためには法律に根拠がなければいけません、独占禁止法にはおよそ常に調査を受忍しなければいけないなどという規定があるわけではありません。行政庁の職員が必要があるときに調査をするという間接的強制型の根拠規定になっていますので、「法律に基づく審尋である」と言った時点で、その受忍義務といえますか、調査を受忍する義務というのが出てくるのだろうと思います。

それ以前の段階では、法的に説明するならば、いわゆる任意調査というのは法律の根拠がなくてもできるようなものを指しますので、その時点では受忍義務は存在しておりませ

ん。法的に言えばそうなります。

ただ、もちろん事実上ここで任意の調査に応じなければ、後で半強制的といいますか、間接的強制といいますか、処罰され得るような審尋に移行し得るという意味で、心理的な意味でその義務があるかのように感じる。これは当然のことだと思いますけれども、だからといって、そこに調査に協力しなければいけない法的な義務があるとは説明していないと思います。

これは調査の例ですけれども、もっと分かりやすい例でいいますと、例えば、環境法などで法令違反があった工場に、「排出物をもう少し低いレベルにしてください」という命令ができるときに、勧告から入ることはよくあります。まずは、「低くしてくれませんか」という勧告という行政指導をする。その後、その勧告について守らなかったら、同じ内容を命令しますといった場合に、やはりその命令をしたときに義務が発生していると考えまして、その場合にも、勧告の段階は指導だから、そこで義務が発生しているわけではないという整理をします。

先ほどの繰り返しですが、勧告に従わなかったら後で命令されてしまうということですので、心理的には義務があるかのように感じるのですが、任意の段階では法的には義務はまだ発生していないと言うと思います。

○矢吹委員 関連して少しいいですか。

○宇賀座長 どうぞ、矢吹委員。

○矢吹委員 先ほど舟田委員のおっしゃったことなのですけれども、今の任意の調査のときに何をしてもいいとは私も思いません。義務がないわけですから退席してもいいわけですが、そこで暴力を振るったり、今はないのですけれども、過去には審査官がで机を蹴ったり、机をたたいたりということもお聞きしています。これが、果たして審査官の適正な態度であったかということは疑問です。これも含めて、やはりマナーやルールはあると思います。

私が舟田先生にお聞きしたいのは、実際、何人かの参考人がおっしゃったストーリー聴取の問題をどうお考えですかということなのです。自分の記憶に基づいて自分の言葉で申し述べたことを調書にしてもらうのが実態解明に資するにもかかわらず、審査官の文言で書かれなければ何回も了解するまで呼ぶ。それに了解しなければ、もう調書は作らないといったようなことが果たして本当に実態解明になるのかと思っているから申し上げたのであって、弁護士の立会い、録音・録画ないしはテープの持込みということがそれを防ぐ有効な手段ではないかなと思ったからであります。

以上、私はそういう趣旨で申し上げたので、マナーは当然あると思います。

○宇賀座長 ありがとうございます。

及川委員、どうぞ。

○及川委員 一つは、公取委の裁量があるということは、すごく調査の上で重要だと思うのですけれども、裁量の中の判断が見えない。舟田先生がおっしゃったように、中小企業

からすると、裁量の中でどういうところでは認められて、どういうものが認められないか、正にそのディテールの部分をより早く「見える化」することが重要であると考えています。

もう一点、本日いただいた村上委員のペーパーなのですけれども、最後の段落に「したがって、経済界は」とございます。経済界はというよりも、私ども中小企業から見ますと、今までの大手からの仕事を請け負って従っただけの仕事をやるような時代ではなくて、海外展開を含めて、いろいろな新規事業をやっています。どうしても銀行の資金繰りから、工場を動かすとか、あるいは販路開拓とか、いろいろな仕事をやっています。こういった場合の供述聴取のときには、専門家を活用するということが中小企業が取り組める唯一の道と考えています。法務部門を持たない中小企業からすると、村上先生が書いていただいたのは、中小企業こそ弁護士会の立会いが必要不可欠だと考えるものでございます。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

ほかはいかがでしょうか。

中川委員、どうぞ。

○中川委員 榊原委員から、もう一つ、行政法に対する質問なのかどうかよく分からなかったのですけれども、どこまでが不協力、陳述拒否になるのかという御質問があったと思うのですが、これは多分、行政法の業界では余り議論をしていないと思うのです。

先ほど公取委の方が説明されたように、また今までも説明されたと思いますけれども、相手に「記憶にない」と言われたらやはり難しいということなのですね。単なる非協力的というのでは、陳述拒否に当たるのかというところが難しい。

なので、よく我々が判例で見る本当に単純明快な不出頭であるとか、何もしゃべらないとか、完全にもうけんかしてしまっただけで相手が完全に協力しないという非常に分かりやすい例は、刑罰で対応できるのですけれども、正に微妙な例となってくると立証は難しいというのは、これは推測ですが、そのとおりではないか。

その結果、間接的な強制調査と言われますけれども、実は余り強くないという印象を私は持っています。つまり、強制的という形容詞をよく付けるのですけれども、全然強制的ではない。刑罰規定があって見た目は怖いのですけれども、ただ、ちゃんと分かっている弁護士さんが付いて、それはぎりぎりのラインでこういう非協力的なことを言えばいいのだと言え、そこはくぐり抜けられるというタイプのものであって、そういう意味では、調査権限としては実態は非常に弱いのではないかなと感じております。ここは余り行政法で議論があるところではないので、私の個人的な意見かもしれませんが。

○宇賀座長 泉水委員、どうぞ。

○泉水委員 今日のテーマに行く前に長くなっており、手を挙げるのも申し訳ないのですが、しかも、私もよく分かっていないので、本当の推測というか、邪推にすぎないのですけれども、一言。審尋で刑事告発を真剣に協議したことがあるのかというお話ですが、御存じのように、公正取引委員会には検察官が何人かおられており、独禁法上も、検察官を

派遣というのですか、事務総局に検察官を加えなければならないとなっていますので、審査等、いろいろなところに検察官がおられますね。とすると、当然、あるいは多分、正式に協議する前の段階でそのあたりは検察官の意見が入っているのかなと邪推をしております。したがって、公取委だけの判断だけで検察に持っていったいないというわけではないのではないかと思います。

ただ、逆に、検察官の方が何人もおられますので、正式な協議に入る前に余りややこしい話をしないでとか言われぬかと邪推もしなくてはなりません。さらに、これまで出てきた刑事法上の調査手続、供述調書中心主義等も、そういうふうに検察官の方が公取委の中に入っておられるからそういう手法が導入されてきたという話も聞きます。そういう意味では、その是非はどう判断したらいいのか分かりませんが、検察官の方がかなり公取委の中に入っておられるということは、この種の問題にいろいろな形で影響しているのかなと思います。

○宇賀座長 ありがとうございます。

ほかはいかがですか。

この弁護士の立会いの問題につきましては、過去2回議論をして、今日、また御意見を伺いました。

村上委員は、多少立場が変わられたということでしょうか。

○村上委員 要するに、前は私は一体で議論をするべきかと思ったのですが、そのところは、先ほど説明しましたように、この弁護士立会いのところは、現実の今ある法律の解釈論で、まずそこで決着を付けるべきなので、そうすると、今すぐにでもできる、できないの話のぎりぎりまで進めた解釈論になるのかと思います。

裁量型課徴金は当然入れるべきだという意見ですが、それこそ大改正があつて、法律が通つてようやく実現する話なので、その話を一体として共に議論するのが私は政策論としてはいいと思うのですが、解釈論としては分けて、弁護士立会いについて現行法制の下でぎりぎり解釈すると、本当に弁護士立会権を認められるかどうかということのけりは付けるべきだと思います。

私は別に、完全に虚偽の陳述をした場合には刑事罰を科せるということが仮にあつたとしても一向に構わないと思うので、それがあつた場合でも、ここの解釈で基本的に弁護士立会いは認めればいいという感じです。

だから、私は、自白調書を取るための刑事罰を科して徴するというのは、もちろん憲法上の疑義があるので、そんなことが本当にできるかというのは、個人的には行政調査においてという思いが強いですが、仮に虚偽の陳述だと立証できた場合に、刑事罰が科せるということは認めて、それはやればできるのだということを認めた場合であっても、やはりここに書いてある議論で、少なくとも弁護士が立ち会って供述したいという権利は、強く主張すれば事実上通る権利であろうという感じがする。まさか検察庁も、自分は後々刑事の問題もあるのだから、弁護士さえ立ち会わせてくれれば供述しますよという人間に

対して、仮に審尋をやったとしても、刑事罰を科すなんていうことは、日本の法制上あり得ない話で、実務上考え難い話だと思っています。その違いです。

○宇賀座長 分かりました。

この問題については、もちろん矢吹委員、榊原委員、あるいは及川委員など、積極論があるということは十分踏まえた上で、しかし、大勢には至っていないということで前回のようなまとめをしました。

ただ、村上委員に関しましては、前回まではセット論といいますか、裁量型課徴金と弁護士の立会いをセットで導入すべきだということでした。それについては、私、前回、預からせていただいたので、セット論については後で議論するつもりでいたのですけれども、今日はちょっと立場が変わられて、それと別に弁護士の立会いは認めるべきだという御意見になっていますので、それを踏まえた上でいかがでしょうか。それでもやはり前回のような整理ということによろしいでしょうか。まだやはり全体として多数というところまでは、村上委員の今回の御意見を踏まえても、いっていないかなとは思っていますが。

矢吹委員、どうぞ。

○矢吹委員 済みません、度々発言しまして。

これは0か100かの議論をするということであれば、多数にいていなければ0という話になるのですが、先ほどマニュアルというお話をされていましたが、やはり公正取引委員会が行政裁量を適正に働かせていただいて、弁護士の立会いを認める場合があるということはマニュアルに書いていただくことで、折衷説ではないのですけれども、ここで議論した何らかの成果が出るのではないかと思います。私どもも賛成の立場から言わせていただいたことがそういう形で反映するのであれば、それは成果だと思しますので、そういう点からも、マニュアルを最終的にお作りになるのであれば、是非その中に言及していただきたいと思えます。

○宇賀座長 分かりました。

では、そのあたりも含めて、報告書をまとめるときにまた御意見を伺わせていただきたいと思えます。

○村上委員 報告書をまとめるときでも結構なのです。ただ、私がそれで立場を変えたと言われたのですが、これは完全に現行法の解釈問題の話なので、それこそ今、現実にも本当にこういうことが起こるならば、それに対して解釈を法的にせざるを得ない問題だという、そこだけの違いの話なのです。

○宇賀座長 分かりました。

それでは、本日の本来の議題のほうに入らせていただきたいと思えます。

本日は、弁護士・依頼者間秘匿特権について議論することとしたいと存じます。

この弁護士・依頼者間秘匿特権につきましては、前々回の第9回の懇談会で議論いたしましたところ、積極的な御意見がある一方で、様々な疑問が示されるなど消極的な意見も多かったように思います。

そこで、引き続きこの論点について議論すべきかお諮りしましたところ、導入を積極的に主張される委員から何らかのドラフトをお示しいただいて、対象範囲の明確化を図ることができるのか、指摘されたような懸念を払拭できるのかといった点について議論してはどうかということになりました。

本日は、榊原委員と矢吹委員から連名で、具体的に規則（案）と指針（案）という形で御用意をいただきました。これに加えて、榊原委員からは、これまでの懇談会の提出資料に修正を加えたものが提出されております。

前々回の懇談会から少し時間も空きましたので、事務局には前々回の議論を整理した資料を用意してもらっております。

まずは事務局から資料を説明していただきまして、次いで、榊原委員から御自身の提出資料の修正部分について簡潔に御説明していただいた後に、矢吹委員から連名の提出資料について御説明をいただき、委員の皆様で議論したいと思います。

それでは、まず、事務局から資料の説明をお願いいたします。

○品川独占禁止法審査手続検討室参事官 それでは、お手元の右肩に資料1と書いてございます資料に基づきまして、御説明をさせていただきます。

この資料自体は、これまで主に第9回ですけれども、弁護士・依頼者間秘匿特権についての御議論をいただいた際に出されました御意見につきまして、導入の必要性に関する御意見と実態解明機能が損なわれることへの懸念に関する御意見、あと対象範囲や規定方法等に関する御意見に分けて整理をさせていただいたというものでございます。

時間の関係もございまして、かいつまんで御説明をさせていただきますと、まず、導入の必要性に関する御意見でございますけれども、導入すべきだという立場の御意見からは、まず、事業者が安心して包み隠さず弁護士に相談できるようにすることによって、コンプライアンスが推進される。あるいはグローバル競争の中で、海外の当局や民事訴訟で主張を尽くす必要がある。特に競争法の分野では重要であるというような御意見がございました。また、国家権力から処分を受けようとする者が弁護士に相談した際に秘密が守られるべきというのは、憲法に照らしても基本的な価値で、秘匿特権は当然認められるべきだというような御意見もございました。

その一方で、上から6番目でございますけれども、秘匿特権につきましては、欧米においては長い年月をかけて形成されてきた概念でございます。日本では「秘匿特権が社会をよくする」というような考え方というものは、必ずしもこれまでないということを前提に考える必要があるという御意見でありますとか、あと、8番目でございますが、現状でも事業者は弁護士と相談してリネンシー申請を行っているので、秘匿特権がないからコンプライアンスの向上に支障を来しているという主張は説得的ではないという御意見、あるいは次のページでございますが、上から3つ目になりますが、過去の違反行為について弁護士に相談をするということは、コンプライアンスを高めることにはならないのではないか、また、将来の同種の違反行為を予防するというのであれば、それは経営論の問題

で、秘匿特権については、EUのように調査対象となった事業者の防御権という観点から根拠づけるのが法律論の前提ではないかという御意見がございました。

実態解明機能との関係で申し上げますと、導入すべきであるというお立場からは、弁護士は実態解明機能に貢献するという役割も果たしているというような御意見、あるいは秘匿特権というのは、問題とされる文書の提出を求めることができないというだけの話でございますので、報告命令を活用することで、秘匿特権を理由に実態解明機能が阻害されるということは回避できるのではないかというような御意見がございました。

その一方で、秘匿特権が認められれば、弁護士は弁護活動のためになるべく特権を広く取ろうとするであろうということで、濫用するインセンティブが非常に強く働くのではないかというような御意見、それから3ページの上から2つ目ですが、欧米と異なって、我が国において調査に協力するインセンティブや協力しないことへのディスインセンティブがない状況では、秘匿特権を認めると弊害が大きいのではないかというような御意見、あと5番目でございますが、報告命令の活用というのは、制裁も弱いのでうまくいかないのではないかというような御意見がございました。

対象範囲や規定方法についての御意見でございますけれども、例えば、上から3番目でございますが、秘匿特権の対象というのは法的助言を受ける目的で発せられた交信に限定されて、基礎となる事実は特権に服さないという話でございます。ですので、同じ事実で当局の事情聴取を受けたときには、秘匿特権だから開示しないというようなことはそもそもできないはずだというお話、あるいは弁護士とのやり取りの保護というのは、それが確保されることで初めて事業者は相談ができるということであるので、弁護士との通信が当局による調査開始の前であるかどうかというのは関係がなくて、両方とも保護する必要があるというような御意見がございました。

その一方で、4ページの一番上のものですが、秘匿特権の意図・目的を防御権の保障という観点から考えますと、少なくとも特定の事件について防御するという目的で行われた相談と回答は対象になるはずであるというような御意見、あるいは下から3番目でございますが、原則として対象外で、特権が認められるのは例外である、例えば、社内調査の文書に関する御意見だったと思いますけれども、そういったものについて権利を認めた場合は、結局、例外としての歯止めは利かないのではないかという御意見がございました。また下から2つ目でございますが、今の日本の企業風土で秘匿特権が十分理解されていない状態で、拡大解釈される状況になることが懸念されるので、秘匿特権を認めるのであれば、厳密に限定された形で対応されるべきだというような御意見が出ておったかと思えます。

事務局の御説明は以上でございます。

○宇賀座長 ありがとうございます。

それでは、次に、榊原委員から、御自身の提出資料について御説明をお願いします。

○榊原委員 資料の17ページ以降が追加ですが、最初に、簡単な趣旨を17ページを開けて

いただいて御説明をしますと、まず、用語について、「秘匿特権」と分かりやすいのでそういう言葉を使われているのですけれども、この資料では基本的に委員の方の意見を引用している形で「秘匿特権」という言葉を使っているところはございますが、それ以外は提案の内容としては「通信の秘密保障」という言葉を使っております。

その趣旨は、いわゆるアングロサクソン系の国の特権という、新しいものを導入しようという提案ではなくて、もともと日本の法律に既にある基本的な価値、例えば、押収拒絶権であるとか、文書提出命令の例外であるとか、民事・刑事に既に弁護士と依頼者間の通信を保障しようという基本的な価値の保護をされていますので、それを独禁法の世界でも提案していくということですので、新たなものの導入の提案ではないという意味で、用語についてはそういう使い方をしております。

17ページの冒頭のところで、弁護士からの法的助言を求めるために行った通信について、秘密は保障されるべきだということで、それについては、以前、御紹介があった最高裁判決とか、公取委の審決でもあった正当な理由というところに当たる、その具体化なのではないかということで、まずは運用として認めていけばよいのではないかと思います。

ただ、真実解明に支障が出るものについては、他の手段で事実の証明ができない場合には、事実部分については提出命令を拒めないということにして、実態解明を損なわないようにすればいいということになります。

対象範囲のところで具体例をたくさん書いてございますけれども、基本的には、弁護士と依頼者の通信ですから、質問と回答というものが保護される。ですから、質問のところではたくさん例を挙げていますけれども、誰がその文書を作ったかというようなもの。例えば、3つ目で「弁護士に聞くための社内調査結果の事業者の法的評価」と。ちょっと私はこれを「法的質問」と書き換えていただくほうがいいかなと思います。普通、企業の中の法務の人がほとんどだと思うのですが、弁護士に質問するとき、自分である程度社内調査をして、それを法的に少し評価をしてみて、これはこう思えるのですけれどもどうですかと、先生、分析してもらえませんかというような質問をされるのが普通だと思いますので、法的分析・法的評価もした上で法的質問をする。ただ、全体としてはやはり質問でなければいけないだろうと考えております。

以前、提出をしたスライドで、御覧いただいたことがある資料のほうが分かりやすいと思いますので、まず、24ページの絵で御説明をさせていただきますと、これは大体よくある時系列で、①から、社内で独禁法の違反がないかの調査をやるということは、現在、よく行われていることですので、ざくっとアンケート調査などをして、もう少し突っ込んだ質問をヒアリングしていく。その時点で法務部門の人が、これはやはり弁護士に相談をしておかないと少し危ないことがあるのではないかとということが発見された場合には、弁護士への説明用にサマリーなどを作って、①のアンケート調査とかヒアリング結果というのは多分量が膨大ですので、そのサマリーを③で作って、その上で弁護士に相談に行くということで、①②③の3点をもって弁護士に、これはちょっと独禁法上危ないでしょうかと

いう質問をする。それに対して弁護士の方から、検討した分析結果を意見書等で提供していくというルートだと思います。

以前の議論の中では、①や②の事実について社員が回答した部分が取れないと、真実解明が損なわれるのではないかという御指摘があったのですけれども、確かに質問のときには、ヒアリング結果の部分を引いて、社員がこう回答していると。競合他社と会ったとか、こんな話をしたということがヒアリング結果に多分出ている。これは大丈夫ですかと質問部分で引かれるので、そこが全部対象になってしまって①②が取れないのではないかという危惧だったと思うのですけれども、①②については提出命令の対象にはなると思います。通信として保護されるのは、基本的には④⑤とか、③④⑤あたりだということで、①②については、別途提出命令をかけていただければ、立入りの時点で段ボール箱でごそと持って行っていただくということだろうと思います。

ただ、例えば①や②が全く存在をしないような場合、そうすると、③も存在しなくて、単に④⑤があるような場合に、立証ができない。事実について、例えば、供述を取ることができないような例外的な場合には、事実部分については、例外として真実解明ができないということで提出命令の対象にするということも考えられるのではないかと提案させていただきます。

スライドの1枚前の23ページに戻っていただきまして、これは同じことをまた時系列で、左端から、違法行為当時に存在したもの、社内調査をして、最後、立入検査と時間が進んでいくわけですけれども、真ん中の黄色い部分で一番真ん中に×としているもの、社内調査として、今、申し上げたヒアリングだったりとかアンケート調査は提出命令の対象になりますので、通信の秘密としては保護されない。ただ、それを受けて弁護士に相談をしていくというところで、相談、これはQ、クエスチョンになるわけですけれども、回答の部分が保護をされるだろう。水色の部分になってくると保護をされるという意味になります。

手続の流れについてももう少し御紹介しますと、19枚目に戻っていただきまして、19枚目の絵も少し細かいのですが、基本的には右半分あたりを見ていただきまして、右上に「保護の対象に該当すると判断した場合には」と①②③と書いていますけれども、突然、立入りに入られる。そのときにたくさんの資料がごちゃごちゃに会社の中に存在する。どれが対象か分からないと、その場でもめるのではないかという危惧があると思います。

それについては、弁護士の意見書というのは、皆さんも御覧になったことがあると思うのですが、ぱっと見て頭書きに弁護士の名前が書いてあって、何々の件について意見を申し上げますよというようなことが普通は書いてありますので、外形的にぱっと見て分かるだろうと思いますので、そこは一瞥をしていただく、ないしは企業のほうでリスト化をしておく。EUなどのベストプラクティスでは一括保存をしてリスト化しておくようなことが書かれているのですけれども、そういったことをすると他の資料と区別ができるだろう。そこで一瞥していただいて判断をしていく。右下のほうですけれども、立入り時、外形を一瞥して判断いただく。

判断できないようなもの、例えば、Eメールなどでいろいろなことを書いていて、法的な質問を企業の担当者がしている部分と、そうではないものが混在しているような場合もあると思うので、そこはプリントアウトするなり、その場で目視、データ上で見ていただいて、判断がつかないともめた場合には、仕方がないので封印をして持って帰っていただいて、調査官の方によく御覧いただいて判断していただくということでいいのではないかと思います。

この点について、そこで調査が止まってしまっていて困るのではないかとというような危惧もあると思うのですが、基本的に調査は止まるものではなくて、封印をする。そして、その後、調査官ないしは異議の申立てがあった場合には公正取引委員会、公取委の内部で判断します。第三者である裁判所で争うということであると時間がかかるということも分かるのですが、公取委の中で、意見書とか質問というのは1件について20も30もあるものではなくて、普通は1回か2回相談をする。質問をして答えをもらうということですから、2～3個の文書、多くても5～6個だと思いますけれども、その文書の表の外形を見ていただいて、内容をそんなに読まなくても恐らくは判断できるだろうと思うので、そこで対象だ、対象ではないということを一掃して判断いただければ済むことではないかなと思います。調査自体はその間もずっと継続ができるということですので、円滑な調査が止まるということはないだろうと思います。

資料はたくさんあるので、全部御説明をする時間はないですが、スライド20、21の2枚は、先ほど御紹介いただいた、これまでの委員の意見の懸念に対してですけれども、最初に、スライド20で導入の必要性について4点ぐらいの懸念が述べられているのですが、文化的背景がないということに対しては、最初に御説明したとおり、新しいものを導入するというものではなくて、既に日本の中にある基本的な価値観についてのことであるということです。

秘匿特権がなくてもリニエンシー申請とかができているのではないかと御意見があるのですが、やはり判決などでも、ここでポツの2つ目ですけれども、行政当局に漏れるということになれば、弁護士の情報伝達について萎縮が起こるといったようなことが裁判所からも言われていることなので、これはやはりそういう懸念があるということが必要性だと思います。

過去の違法行為についての弁護士への相談は、コンプライアンスを高めないというような指摘があるという御紹介があったのですが、例えば、刑事事件で殺人を犯した過去の行為について弁護士に相談しても、もう終わっているわけですからコンプライアンスにならないというのは分かるのですが、独禁法の場合は経済活動なので継続して行っている。競合他社と会うということも独禁法違反抜きに継続してあることですので、例えば、独禁法違反があるのではないかなと法務部門が心配して、弁護士に相談をして、気を付ける。例えば、そこで停止をするということ自体も、競争の回復がそこで行われますし、リニエンシーをするということもありますので、コンプライアンス効果というのは高いとい

うことだと思います。

あとは違法行為をした人に防御権としてこういった権利を認めるのがどうかということについては、そもそも違法な行為、刑事事件などでも一緒ですけれども、罪人だから防御権を与えなくていいというのは、日本の法律はそうになっていないので、ちょっと主張自体が失当ではないかなと思います。

あと、スライド21で、実態解明についての懸念については、確かに事実に関する証拠が取れないということになると、そのとおりなので、先ほどアンケートとか、そういう事実に関する証拠はまず取れますということをごこの場で明確にさせていただいて、リスト化をすとか、外形を一瞥していただくということで限定をしていくということで、それでも何もないというときには、他の手段、例えば、審尋とか供述聴取とか、提出命令をかけても取れない場合には、弁護士の意見書などの事実部分についても取れるということで、真実解明が本当に難しい場合には、そういった証拠を使えるということにしてはどうかと思います。

大体、以上でございます。

○宇賀座長 ありがとうございます。

続きまして、矢吹委員から、連名の提出資料について簡潔に御説明をお願いいたします。

○矢吹委員 ありがとうございます。

それでは、私のほうから御説明しますが、その前に幾つか前提事実をお話したいと思いますが、本件は、前々回で賛成の委員からたたき台を出してほしいということをご承りました。私ども、榊原委員と2人では十分ではないと考え、日弁連の中にこの問題を検討している通信秘密のワーキング、独占禁止法改正ワーキングの2つのところから任意で有志を募りまして、8名の弁護士の議論を経た結果のたたき台であります。その中には任期付きで公正取引委員会の審査官等をした方もおられました。そういう議論を踏まえた上でということで、お聞きいただきたいと思います。

榊原委員がおっしゃったように「特権」という表現はやはり日本ではなじみがないと思いますので、ここでも「通信の秘密」ということで統一をさせていただきました。

その議論の中で2つ視点があるかと思います。この通信の秘密を保護されるというのが依頼者の権利であるということと、真実解明に資するのだという2点です。

1点目は、議論の中で、事情をお聞きする際に、今からお聞きすることは外には出ません、当局にも提出されませんという前提を最初に申し上げて安心して言っていただくときに比べて、当局に出る可能性があるのも、それを念頭に置いて言ってくださいといったときに、果たしてそれを聞いた当事者は弁護士を信頼するのでしょうか、ないしは本当のことを言うのでしょうかということが前提の論点です。

これは消費者保護で高名な弁護士が検討会に来たときに、弁護士が依頼者から取った議事メモというか、録取メモをそのまま公正取引委員会が持っていくのかということに驚いていました。消費者の代理をずっと長くやっている有名な先生も、弁護士のメモを取って

いくことについては、そこまでは幾ら何でもというようにおっしゃっていましたので、そういう権利の面からもやはり弁護士との通信は保護されるべきではないかと思えます。

実態解明の点ですが、実態解明の方法がなければいけないと思えます。また、その方法は、最近、公正取引委員会もされていますけれども、報告命令という形で、そのとき、例えば、値上げのあった時期2年間にどういう値上げをして、どういう競合他社と会い、どういう話をしたか報告せよという命令がもう既に出ていて、私たちも十分にそれに対して調査をしてお答えしているということでありまして、直接私たちの生の録取メモを取るよりは、そういったきちんと内部で調査した正確な情報を報告命令に応える形で出しているのです。

もちろん最近では課徴金の減免申請をしている当事者の中には、一生懸命資料を出さない当事者もいるのだと公正取引委員会はおっしゃるのですが、その点は裁量性の問題に行くのかもしれませんが、少なくとも私の知っている弁護士ないしは私自身も相当の資料は出しています。それは依頼者の従業員から聞き取った内容を、事実関係をまとめて御報告することも含めているということで、私自身は実態解明はむしろ進むことになるのではないかと思えます。

最後に、これが私ども日本の実務がグローバルスタンダードになる最後のチャンスで、ここでもし何らかの形で導入されなければ、長期にこの通信の秘密というのは独禁法では日本では現れないということになります。

これは外国の弁護士と話をし、外国にある証拠を日本に持ち込んで調査してほしいというときに、必ず日本には弁護士依頼者間の秘匿特権はあるのかというときに、ないと答えると、そちらにメモを渡すのはちょっと控える、口頭で言うからそれを内部で調査してほしいと言われることがあります。

すなわち、私どもの日本での調査にも支障を来す場合が散見されます。そういったことから、pros and consを考えると、やはりこれを導入したほうが実態解明にも資するし、本来、企業ないしは個人が持つべき権利の弁護士との通信が保護されるという利益も守られるのではないかと思えます。

以上を前提といたしましてお話ししますが、お手元にある資料はあくまでその案でありまして、座長のほうにお出ししたものにも書きましたとおり、規定の仕方としては、公取委の審査規則の第34条の後に第34条の2という条項を新設しまして、規則を一番ヒエラルキーの上にしまして、その規則の実施指針という形で次の資料2②の指針につなげるという方法が一つあります。他方、規則を改正する必要はないということなら、この指針だけを用いる方法もあります。

ということがありますので、いずれにしても指針が重要だと思います。そこで、指針のほうからお話をしたいと思えます。

資料2②を見ていただきますと、まず、この指針についてこういった書き方をしているのは、法第70条の15の「閲覧当事者申請」の取扱基準という書面、これは公取委の内部基

準ですけれども、それを参考に作らせていただきました。

これは第47条第1項第1号、第3号の報告命令、提出命令等の調査、立入調査のための強制処分において、事件関係人、又は参考人と代理人、又は代理人となろうとする者の通信の秘密についての考え方を示したものです。

この考え方については、ここはちょっと重要なので読み上げますが「事件関係人又は参考人が代理人又は代理人となろうとする者との間で行った通信で秘密であるものについて、独占禁止法第47条第1項第1号及び第3号の処分を拒むことに正当な理由があるものとして公正取引委員会が考慮するものとする」と書かせていただきました。

正当な理由があるという根拠ですけれども、それは参考のほうの第2パラのほうで書かせていただきました古い審決であります。森永商事事件の審決で、これは旧第46条ですけれども、臨検検査等を拒むことができるかということについて、公正取引委員会の審決では「正当な理由なくして、その承諾を拒むことを認めない趣旨において、刑罰の制裁を設けているにとどまり」と書いてあります。したがって、正当な理由があれば、その承諾を拒むことができるのだという反対解釈をさせていただきました。これが正当な理由を記載した根拠であります。第70条の15のように正当な理由が条文にありませんので、この審決を引いてきました。

加えて、これは独禁法と違うのだとおっしゃるかもしれませんが、関係する法条項として、弁護士法第23条、刑訴法、民訴法、川崎民商事件というものを書かせていただきましたが、ここは今回は詳細にお話をいたしません。

この考え方を基に、次に、通信の秘密について具体的にお話ししたいと思います。まず、代理人は、法第49条に「代理人」というものを定めていますので、その代理人、それから、外国人弁護士及び外国における独占禁止法又は競争法の調査手続において代理人となることができる者であって、当該外国の法令に基づいて事件関係人との通信の秘密が保護されるものを含む、としました。昨今の国際カルテルでは、海外のEU、米国等の弁護士が直接日本に来て聞き取りをするということが非常に多いわけですから、そういう方も含め、外国人弁護士では日本で資格がある方という意味ですけれども、そういう方を加えさせていただきます。

通信の秘密については、事件関係人等が代理人等から法的助言を求めるときに行う通信及び当該通信に対して代理人が行う通話を意味します。これは、文言に落とし込むところなるのですけれども、具体的には榊原委員がおっしゃった内容と思います。

例示として書かせていただいたのは、法的助言に関係しない通信、例えば、事業上の助言とかは代理人等との通信には該当しません。

事件関係人等が代理人等に事実を開示して法的助言を求めた場合、相談内容、当該事実を記載した法的助言全体がこの代理人等の通信の秘密に該当します。

しかしながら、その事実を開示したからといって、当該事実が代理人等の通信になるわけではないと書きました。すなわち、10月1日に弁護士のところに行ってこういう話をし

たことと、そこから得た法的助言はもちろん通信の秘密の対象になるのですが、そこで出た過去1年前に他社と会ってこういう話をしましたという事実自体が秘密になるわけではないということで、これはもちろん通信の秘密の対象ではないということを確認させていただきました。

それから「秘密」ですけれども、これは事件関係人等から秘密裏に行われたもので、事件関係人等が秘密として保護されるべきことの要請があって、かつ当該保護が放棄されないものを意味する。これは事務局からお話をいただいたEU等の通常使っている8要件の中から、そのほかもそうですが、文言をお借りして書いています。

例示のところを見ていただきますと、まず、事件関係人等が代理人等以外の者に対して任意に開示した事実、これは資格のない者による社内調査も含まれますが、秘密ではありません。

代理人等にとっての秘密は保護するに値する秘密ではなく、これは事件関係人等にとっての秘密かどうかという点から判断します。

例えば、犯罪を計画しているというようなことは、秘密として保護に値するとは認められないから、秘密ではないということです。これは、懇談会で出た議論をそのまま文言にしたものです。

放棄ですけれども、これはいわゆるウェーバーですが、明確な放棄の意思表示がなくても、任意に開示された場合など放棄とみなされる場合を含む。弁護士に言ったのと同じことをぺらぺら第三者にも話していれば、それはもう放棄していると解釈していいのではないかとということです。

以上がここに例示として掲げています。

なお、この例示はあくまで限定したものでありまして、指針（案）ですので、ここで出た事例を全部書くということはなかなかできません。これは具体的でないから採用できないのだということではなくて、こういう方針で採用できるということであれば、より具体的にどこまで書くのかということ、ないしは指針にはここまで、マニュアルにはもっと具体的にというような御考慮をいただければ大変ありがたいと思います。

大切なところですが「代理人等との通信の秘密の判断方法」ですが、通信の秘密の該当性というのは、公正取引委員会が指定した審査官となることができる者、審査官の中で本件に関与していない方を調査官として指定して、拒絶の対象となった通信に当該正当な理由があるかどうか判断させることができるということを書いています。これは、今回、処分前手続が来年施行の改正法でできますので、それを参考にしたわけです。

したがって、調査官は、当該事件の審査官である者、ないしは審査官であった者はなることができない。また、調査官である者、調査官であった者は、後に当該事件の審査官となることはできない。これが資格制限であります。

審査官による判断資料の検査ですけれども、立入りの際に一瞥をして、例えば、もうこれは事業者が弁護士との秘密の通信だということで見せないということがあることは、や

はり手続を遅滞させることとなりますので、第47条の第1項第4号に立入検査の場で一瞥というか、検査をすることができると書いてありまして、それによっています。

その他の物件を検査することができると書いてありますので、その場でそれが対象になるかどうか、当該事件の担当官が最初に見ることができるということを書きました。したがって、第4号は通信の秘密の対象にはしていません。

また、審査官は、当該文書が正当な理由があると認められる文書に該当するかの調査の必要があると認められる場合においては、それを主張する側に必要な資料を提出させることができるということも書いておきました。

破棄・隠匿のおそれがあるという場合には、そして、直ちにその占有を取得しなければ破棄・隠匿されるなどのおそれがあるという場合には、審査官がその提出を命じて任意にその占有を取得することができる。その場合には、一瞥をしてそれがどうも値しそうだということであれば、封印をして速やかに調査官に引き渡すということで、占有は審査官が有するというにしました。

調査官の判断手続でありますけれども、調査官の前に文書が来るにはいろいろな場合があると思います。1つは、審査官が正当な理由があると判断をせずにその処分を行って、処分の名宛人から異議のあった文書、すなわち、提出命令・報告命令について処分を行って異議を述べた場合、占有はこの名宛人にあるかと思えます。

この処分を拒むことに正当な理由があるか不明として封印を施した文書、先ほどの占有は審査官に移って封印をした文書を含みますけれども、それは③です。それ以外の封印をして後に調査官に提出する文書が②です。今の②は先ほどの封印も含めてですね。

③が、処分の名宛人が提出を拒んだ文書であります。こういった幾つかの場合を、占有が名宛人か審査官かは別にして、通信の秘密だと言われる文書が調査官に渡るように確認をしている条項であります。これは調査官が文書の形式、内容を確認して速やかに判断するというので、ここも余り時間を取らずに判断するということを書いてはどうかと思えます。

名宛人に対して、その判断については、やはり速やかにその旨の決定の通知をすることです。

異議手続が法律上保障されていますので、これは公正取引委員会に不服の場合には異議を申し立てることができるというふうに審査規則の第22条をそのまま適用するというものであります。

(8)は、もし通信の秘密があるということであれば、速やかに還付をするということでもあります。

また、(9)は、調査官、審査官の間の情報の遮断ということを書かせていただきました。

この手続が随分長くなってしまいましたけれども、一つ一つ読んでいただければ御理解いただけるかなと思います。

時間を要しましたが、私のほうからの説明とさせていただきます。

○宇賀座長 ありがとうございます。

○矢吹委員 済みません。最後に一言申し上げます。

規則のほうを忘れていましたが、それを規則のほうに規定したのがこの規則（案）です。公正取引委員会審査規則にはこの正当な理由の問題について書いていませんので、この第34条の2という規則を新設して、次に掲げる物件については次の方法によって提出ができるということで、正当な理由は先ほどの審決を根拠にしています。

その内容については、条文が長いのでこれ以上読みませんが、規則にまず上げた場合には、ここから始まるということだけ申し上げたいと思います。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

続きまして、本日欠席の河野委員から意見が提出されておりますので、こちらにつきましては、事務局からポイントを簡潔に御説明をお願いします。

○品川独占禁止法審査手続検討室参事官 それでは、右肩に資料3-1と記載がございます河野委員から御提出いただいております意見につきまして、ポイントを御説明申し上げたいと思います。

河野委員の御意見は、基本的なスタンスは1. のところに書いてございますけれども、企業による独占禁止法違反行為によって被害を受けるのは、消費者・国民であり、日本社会である、そして、企業側の防御権のみ強化をして、それにより公正取引委員会の実態解明機能が低下することは、消費者・国民の権利が保障されなくなることと同じであるというスタンスでございます。

2. が秘匿特権に関する御意見でございますけれども「欧米とは異なり、調査協力が得られにくい制度の下、公正取引委員会と事業者側が対立している現状では、秘匿特権を導入することにより、証拠の隠滅、権利の濫用が行われる可能性が高い」という御意見でございます。

各論といたしまして、次のパラでございますが「正当な理由」に該当するかどうかというところでございますけれども、森永商事の審決でも「正当な理由」の内容は示されていないので「代理人等との通信の秘密」がこれに該当するという根拠がよく分からないという点を一つ御指摘されています。

次のパラですが、立証上の必要性ということだと思いますけれども、立証上の必要性があるような文書は、秘匿特権の対象になる文書の中にはないのではないかということに関する御意見ですが、その文書が何らかの形で違反行為に関する事実を示しているのであれば、それが立証に不要ということはないはずであるという御意見でございます。そういうものについて秘匿特権を導入すべきだという主張があるのは、違反の立証に資する証拠を活用されないために秘匿特権を主張したいということの表れであろうとお考えでございます。

次のパラでございますけれども、コンプライアンスとの関係ですが、秘匿特権の有無にかかわらず、企業は独占禁止法違反の未然防止に取り組むべきであるという御意見でございまして、現状でもリニエーション申請は行われているので、それが弁護士との相談の上で行われているのだとすれば、秘匿特権がないことがコンプライアンスの支障になっているとは思えないという御意見でございます。

次のページの次のパラでございまして、国際的な整合性という御議論でございますけれども、少なくとも米国の反トラスト法やEUの競争法と同等の、当局による調査の非協力に対する執行手続上の制裁や、調査協力が得られやすい仕組みとセットでなければいけないというお考えでございます。

3. のところは対象範囲の限定についての御意見でございますけれども、秘匿特権を認める対象を事業者からの相談や弁護士からの回答に限定したとしても、同じ事実を公正取引委員会が別の方法で知ることができない限り、違反の立証は困難であるという御意見でございます。

3. の下のほうのパラでございまして、独禁法違反行為は秘密裏に行われるもので、事実を把握するための証拠を収集しにくいという特徴がある中で、事業者からの相談や弁護士からの回答の中で示される事実は、違反行為の立証に資するものだという御意見で、調査協力のインセンティブがない現状において、そういう防御権を認めることは実態解明機能を損なうものだという御意見でございます。

4. は濫用の可能性についての御意見でございますけれども、権利が導入されますと、事業者及び弁護士は秘匿特権に該当する可能性があると考えられる文書について、最大限秘匿特権に当たると主張するのではないかとということでございます。

例えば、事実関係を記載した部分は一切保護の対象としないといった秘匿特権の範囲を最小限にする制度を考えた場合でも、事実関係と法的助言が混在する文書は全体として秘匿特権に該当するとか、少なくとも事実関係と法的助言が一体となって記載された部分は秘匿特権に該当するといった主張が出るのではないかとということです。

5. のところは、不可欠な証拠は利用できるようにしようという案についての御意見でございますけれども、これについても、立入検査の時点や証拠収集をしている段階で、この証拠が「立証に必要不可欠な証拠」であるということはそもそも証明できないのではないかとというような御意見でございます。

6. のところで、以上を踏まえまして、秘匿特権の範囲を限定して、秘匿特権に該当するか否かを判断する手続を設けても、現状のように協力のインセンティブがない状況では、秘匿特権の導入を認めた場合に実態解明機能への影響は避けられないという御意見でございまして、そういう支障を生じてまで秘匿特権を直ちに導入する必要があるとも考えられず、今回の懇談会における独占禁止法の分野のみを対象とした議論をもって、導入の結論を出すことは適当ではないという御意見でございます。

以上でございます。

○宇賀座長 ありがとうございます。

○矢吹委員 済みません、1つだけよろしいですか。

○宇賀座長 はい。

○矢吹委員 申し上げますが、今の秘密のところの例示は、より具体的に書かせていただいて、これは榊原委員が先ほどお話しいただいたことをそのまま書いています。

もう一つは、唯一それだけが証拠なのだという場合には取ることができるということを書かせていただいたのですが、その唯一性ということについての解釈を限定されて解釈すべきだということを書かせていただいています。提案書の補足説明を御覧ください。

○宇賀座長 榊原委員、どうぞ。

○榊原委員 済みません。先ほどの発表で言い忘れたことが1点ございまして、申し訳ありませんけれども、スライドの一番最後の25枚目、防御権のために認めるべきだという御意見について、防御権の捉え方が人によって違うようなので、少し御説明させていただきます。

Aの事件について立入りに入った。Bの事件についても社内では調査をしていたというような事例で、立入りのときにはAの事件についてだけ告知をされる。そうすると、Bについては、そもそも対象ではないので持って行かないということになるので、余りこの秘匿特権の論点ではないと思うのですが、Aの事件について、立入り後に相談をしたものについては対象だということで、余り御議論がないようなのですけれども、立入り前についての部分は、防御ではないのではないかというような御意見もおっしゃった方がいらっしゃったのですが、社内調査をしてちょっと独禁法違反の可能性はあるかなと思って弁護士に相談をするというときには、リニエンシーすべきではないかとか、将来、公取委から立件されたときに、事件化について、白になるのか、黒になるのかということを相談するわけで、そうすると、将来の訴訟とか事件化に備えた相談なわけですね。それが後々、立入り後でない防御ではないというふうになってしまうと、訴訟戦略そのもの、手の内みたいなものを見せなければいけないということになるので、Aの時点でも、公取委が調査を始めた以前であっても、やはり防御権という概念に入るだろうということを申し上げておきたいと思います。

済みません、ありがとうございます。

○宇賀座長 それでは、榊原委員と矢吹委員より提出されました資料に関しまして、議論を進めたいと存じます。

御意見のある方は、どなたからでもどうぞ。

では、青柳委員、どうぞ。

○青柳委員 独禁法違反事件の行政調査手続において、弁護士・依頼者間の秘匿特権を認めるかどうかに関しましては、消極な意見でございます。

その理由は、第9回の会合で申し上げたとおりですから繰り返しません、河野委員から今日出されました意見書の秘匿特権に関する部分と基本的に同じ考え方でございます。

本日、矢吹委員と榊原委員から、公取委審査規則条項（案）と指針（案）が提出されました。先ほどの矢吹委員の御説明によりますと、審査規則条項（案）等は、独禁法第47条に基づく提出命令があった場合、代理人等との通信の秘密に該当する物件については、一部例外はあるのかもしれませんが、提出を拒む正当な理由があるとの解釈に立つものということでございます。それは結局、秘匿特権が実定法上認められた権利・利益であるという見解を前提にしているものと私は理解いたしました。

しかし、我が国の実定法上、秘匿特権が認められるかどうかということに関しましては、争いがあるところでありますし、これを認めた判例もございません。こうした実情の下で、立法や判例の集積を待つことなく、いきなり実定法上、秘匿特権が認められることを前提とした審査規則を作るというのは相当ではないと思います。

秘匿特権に関しては、先ほどから問題になっておりますように、秘匿特権を認める対象範囲や規定の仕方をどうするか、濫用防止をどうするか、また、民事訴訟とか刑事訴訟、そのほかの法令との整合性をどう取るのか、いろいろ議論すべき課題があると思いますが、ここでそうした課題について議論をして結論を出すには、少し時間が足りないのではないかという気もいたしております。

そういうことで、これらの案は、労作でありますけれども、直ちには受け入れ難いものと考えます。

以上でございます。

○宇賀座長 ありがとうございます。

今井委員、どうぞ。

○今井委員 ありがとうございます。

基本的には青柳委員と同じ意見ですけれども、今、矢吹委員と榊原委員から御説明があったことを踏まえて少し質問をさせていただきたいと思います。

今日のお二人の委員からの御説明のトーンは、弁護士・依頼者間秘匿特権というものではなくて、通信の秘密を保護することにはありましたが、伺っておりますと重点がどちらにあるのか私には判然といたしませんでした。

榊原委員のスライド17ページ以下では「通信の秘密保護」ということが書いてあるわけです。矢吹委員も同じ意見でお書きになったのだと思いますけれども、資料2②で、先ほど来、挙がっております例示の中で、例えば「代理人等に事実を開示したからといって当該事実が『代理人等との通信』になる訳ではない」と書いてありまして、秘密を保護するという観点、その意義については、この参考として挙がっているところを見ると、客観説に立つ判例と並べて主観的な秘密の概念も書いてありまして、どちらを採っているか分からないのですけれども、通信の秘密を保護するという外形的な保護であるならばこういった区別はできないわけで、恐らくこういうことを言われるのは、実態としては特権的なものを保護しようという考えが背後にあるのではないかと思ってしまうわけでありまして、

ですから、そういうふうに「プリビレッジ」と言われるものを「秘密」と言い換えた場

合でも、その秘密の理解には主観的な秘密か客観的な秘密かという議論があり得るところで、一体どういうものを保護すべきだと言われているのか分かりませんので、そのあたりのところが御説明できるのであれば、もう少し説明をいただきたいと思います。

発言の機会をいただきましたので、他の質問事項をさせていただきますと、河野委員のペーパーにも書いてありますが、例えば、今日の御主張は実質的には弁護士・依頼者間秘匿特権だと思えますけれども、それを認めることがコンプライアンスに役立つということが改めて言われております。

しかし、先ほどの榊原委員の御説明では、社内調査を尽くしていくと、事業者の経営は継続していくので、将来の違法行為が抑止されるという意味ではコンプライアンスが認められるという御発言でした。しかし、ここでは、過去にあったと思われる違反事実に係るコンプライアンス如何という議論をしているはずですので、それは少し問題点のすり替えであろうと思います。

河野委員のペーパーにも書いてありますように、過去違反がされたと思われる事実に関してコンプライアンスを徹底するのであれば、相応の段階で公正取引委員会にその旨を述べて、適正な法令の適用を求めるとするのが本来なのではないかと思うところでありまして、コンプライアンスがこの根拠となるというのは少し分からないところであります。

もう一点、これは質問をさせていただきたいのですが、榊原委員のスライドの19ページで、法的助言に関係しないものは、ここで言われている通信の秘密保障に入らないと書かれております。

そこで質問なのですけれども、例えば、社外の弁護士に法務部長等が質問いたしまして、当社ではこういうことをやっているのですが、行政処分を今後受けるかもしれません、どうでしょうかと言ったときに、そのことは隠しなさいといったような回答があった場合、これは榊原委員のお考えでは保護対象となる通信なのでしょうか。

○宇賀座長 それでは、御質問ですので、お答えいただければと思います。

○榊原委員 今の隠しなさいというのは証拠隠滅の教唆ではないかなと思うので、対象外だと思います。

○今井委員 行政処分を受けるから隠しなさいということです。これが広い意味で犯罪事実に関するのであれば、証拠隠滅となり、お書きになっているように証拠隠滅の教唆になります。しかし、行政処分、課徴金をかけられますよ、だから、これは言わないでおきなさいという回答は十分あり得ると思いますが、それはどちらに転ぶのでしょうか、という質問です。保護されますか。

○榊原委員 刑法で言うときの犯罪という細かい、狭い範囲で先生はおっしゃっていると思うのですが、先ほどの私と矢吹委員からの提案では、そういう犯罪とは呼ばないのかもしれませんが、やっちはいけないことの証拠を隠しなさいというようなものについては、対象にはならないという考え方でいいのではないかと思います。

○今井委員 そうですか。それなら分かるのですけれども、もちろん犯罪という概念は明

確でなければいけないので、今のは入らないと思いますが、仮にそういうものも、ですから、行政処分を避けるためにこうこうしなさいという助言は、証拠隠滅罪の教唆ではないので保護されると私は理解しましたので、そういたしますと、それはコンプライアンス目的に反することになるわけですね。

ですので、ここで言われている通信の秘密保障といったとしても、最終的に保護されているのは、コンプライアンスの達成ではなくて、あくまで行政処分ないし刑事処分に対する防御権でしかないのではないかと。ですから、そこをクリアにしていただかないと、これは一体秘密特権なるものの実質が通信の秘密という名の下で主張されているのか、あるいはその根拠が何なのかを言わないと、やはり議論がクリアにならないのではないかと改めて質問させていただきました。

○矢吹委員 ちょっとよろしいですか。今の今井委員の話に私が入って申し訳ないのですが、先ほどの隠せと言ったことについては、これは規則（案）でも、第47条の提出命令・報告命令があったときにそれを隠せということなので、これについては刑罰が規定されていますから、当然、隠せと言ったことについては、刑罰の対象になる行為を教唆せしめたというようなことになるのではないかと私は思いますから、当然、入らないし、そういうことを言った弁護士は、当然、刑罰の対象にもなり得る。当然、懲戒にもなり得るのではないかと思います。そのことは、提案書の補足説明に記載させていただきました。

○宇賀座長 今井委員、よろしいですか。

○今井委員 済みません。ありがとうございました。

今のように、隠しなさいというのは、積極的なそういった犯罪を構成する助言ですので、もちろん保護されてはいけないわけですが、黙っていなさいという回答はあり得るところです。つまり、作為的に隠せというのではなく、不作為で放っておけというアドバイスも実際にはあるかと思いますが、そういったものの対応が、済みません、矢吹委員の最終版を拝見していないので分からないのですけれども、どのように処理されるのか。

併せて言いますと、法的助言と事実が混在している場合、そうした通信は保護されるという御提案だったと思いますが、その切り分けは非常に難しいです。事実なくして法的判断があるわけではないので、結局、両者が混在している場合に保護を認めてしまうと、弁護士の回答というものは全て実質的な意味のこの特権によって守られてしまうということを危惧しております。

以上です。ありがとうございました。

○矢吹委員 今の点について、一つ一つ私か榊原委員のほうでお話ししないといけないと思いますので、簡単に申し上げますが、今の黙っているということも、私の理解だと、提出命令・報告命令に違反するのではないかと思います。知っていながら報告するな、提出するなということになりますから、それは拒否するに等しいので、命令のときに出すなと積極的に言うのと、黙っていると言うのは同じような気がします。

先ほどの法律論と事実が混在すると。これも提案書の補足説明を御覧ください。必要な

場合には提出できるというところについては、極めて難しいかもしれませんが、例えば、法的意見書の事実部分については、唯一それが必要な証拠であれば出すという扱いが可能です。法的な助言部分については出さないというふうに切り分けて、調査というのは事実ですから、事実のところは出すという例外を補足説明には書かせていただきました。

○宇賀座長 大沢委員、どうぞ。

○大沢委員 ありがとうございます。

この件について考えているところを少し申し上げたいのですが、確かに今回いろいろ説明を受けて、この秘匿特権、今日は「秘密の保障」という言葉でしたけれども、やはりそれはそれなりに意味があるということだと私は思いました。

ただ、その意味があればこそ、そのことは民事訴訟とか、そういったものが全般に、先ほど青柳委員がおっしゃいましたとおり、いろいろな法律に関わっていることなのではないかと思ひまして、まず、この日本の法体系の中でどう位置づけるかということをちゃんと議論するのが順番なのではないかなと、私は素人ながら考えました。

もし独禁法だけに入れるとすれば、その理由というのがやはり合理的に国民に分かりやすく理解できるものでなければいけないと思います。いろいろと理由が挙げられていますけれども、やはり一番私が大きいと思うのは、企業の活動が国際的に広がってきて、国際的な対応を迫られているということではないかなと思ひました。

その中で、先ほど矢吹委員のほうから海外の弁護士との関係のことが御指摘されましたが、もう一つ、河野委員の意見の中で書いてありましたとおり、国際カルテルについて、この秘匿特権がないと、対象文書を、海外の当局に押さえられたり、巨額の損害賠償請求訴訟で原告に証拠として使われたりするかもしれないという危惧が、一つの大きな動機なのではないかなと私には感じられました。

そういうものが動機の一つだとすると、これは前にも申し上げたのですけれども、そもそも国際カルテルに手を染めなければいけないわけであって、やはりこういったものが理由の一つだということになると、これは国民や消費者の理解が果たして得られるのだろうかと思ひます。

今回の矢吹委員や榊原委員が具体的なものを示していただいて、その根拠になるものとして、先ほどこういった秘匿特権が正当な理由に当たるということで解釈されているという御説明があったのですけれども、もしこの懇談会の中でこの秘匿特権というのを位置づけていく、結論を出していく上では、これは確かに一つの解釈だと私も思ひました。

ただ、先ほど青柳委員がおっしゃったように、これはまだ判例で確立されていないということで、それだと、先ほど事務局が用意していただいた資料の1ページのところに、現在、係争中の案件があって、東京高裁で判決があって上告しているものもあると伺ひました。ですから、もしこういった解釈があり得るということでこの懇談会が結論を出してしまつて、その後に最高裁から、その権利は認められないのではないかなというような司法判断が出てしまった場合にどうするのだろうかということも私は考えたわけです。

矢吹委員や榊原委員が作られたこの御提案は、かなり公取委側にもいろいろと配慮して考えられた案だと思います。ですが、例えば、必要やむを得ないときは取ることができるということも、非常にそういう面ではかなり現実的な案を出されていると思うのですけれども、実際にそれを判断するというのは、かなり実務上は難しいのではないかなと思って、実際に運用していくとか、指針を作っていくということになると、相当困難を伴うのではないかなと感じた次第です。

最後に、この秘匿特権を仮に入れるのであれば、弁護士さんのほうも真相解明に協力すると。実際にそういう例があると矢吹委員もおっしゃっていましたが、秘匿特権でちゃんと弁護士さんがヒアリングをして調べられて、そういった事実の中で、これは真相解明に必要であって、また不公正な競争を正すことにも必要であるということについては、公取委にちゃんと情報として出すという公取委と弁護士側の協力関係というか、信頼関係というか、そういったものが構築されているということがやはり必要であって、それが今、私はまだ日本ではそこまでは至っていないのではないかなと思っていて、そういった関係が構築されることがこの秘匿特権を入れるときには必要であり、前提であるのではないかなと思いました。

以上です。

○矢吹委員 済みません、またちょっと回答めいたことを簡単に。

国際カルテルについては、国際カルテルで民事訴訟のクラスアクションの証拠で提出されるから出すなということは一切なくて、もちろんその根拠となるファックスとかいろいろな文書は全部ディスカバリーに出ます。したがって、それを隠すということは、むしろディスカバリーの権利の侵害となるということでペナルティが課される可能性があります。

ただし、これはあくまで弁護士に言った話を公正取引委員会に書面として出すかということでありまして、これは今でも日本でもリニエンシーを申請した場合には、その部分は口頭報告をして、公正取引委員会も口頭報告でいいという実務です。したがって、その報告した内容がディスカバリーの対象にならない。これはもう全世界で口頭報告でやっていますの。他方、当時カルテルを行ったときの文書は全部ディスカバリーで出るので。しかし、その後、弁護士と話をした、まとめた内容は、口頭報告で全ての当局に出るので、これは出ないということになります。これが一般的かなと思います。

先ほどの最高裁のケースは、JASRACの事件なのですが、これは鶏と卵みたいな話で、保護する必要はあるけれども、今は法律がないので保護されないのだという高裁の判決を見ていただくと分かる通り、何らかの形で出れば必要性があるというのと、法律がないからダメだということ、どっちが先かなと考えるところです。

もちろんほかの法律でも、日弁連の通信秘密のワーキングでは、全ての分野について検討していますけれども、徐々に一步一步できる範囲でやっていくという対応が必要なのではないかなと思います。

以上です。

○宇賀座長 では、及川委員、どうぞ。

○及川委員 柿の木が熟するまで待たなければいけないという御意見のようにも思えるのですが、企業は今、大変大きなリスクにいろいろさらされています。国際的にも国内的にもいろいろな新しい事業をしなければいけないし、そういった中で、判例の積み重ねを待つということも一つなのですけれども、それを見つつステップ・バイ・ステップで前進をしていくということだと思います。もし時間が足りないというのであれば、いろいろな法律を見て、できるだけステップ・バイ・ステップで一步でも前進するということをして是非やっていただきたいと思います。

あと、判断が難しいから全部否定ということは、是非なさらないでいただきたいなと思っております。判断が難しい場合はこうである、あるいは判断がこうであれば黒である、判断がこうであれば△であるというようなことで、繰り返しですけれども、ケース・バイ・ケースで分けて、一步でもリスクにさらされている企業、中小企業について、前向きな議論を是非今後ともさせていただきたいと思っています。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

では、舟田座長代理、どうぞ。

○舟田座長代理 時間が迫ってきたので最小限にしますけれども、まず「通信の秘密」という言葉はなるべく避けてほしいと思うのです。2回ほど前に矢吹委員の文書の中で、憲法第21条が根拠になる「通信の秘密」とありましたが、これは明らかにちょっとおかしいことでありまして、教科書のことを言ってもしよがないのですが、通信の秘密というのは私人間の内密のコミュニケーションを全て保護するというので、弁護士だから保護するというものではありません。それはあくまでもそういう私人間の精神的なつながり、いづれにしろ、精神的自由に関わるものとされているのであって、ここで議論しているのは、企業の経済的自由ないしは財産権の問題ですから、同じ「コミュニケーション」と使っているものですから、通信の秘密でいけないとは言いませんけれども、憲法第21条を根拠にするというのは私はちょっとどうかなという気がいたします。

冒頭、榊原委員のほうから、これは英米のような特権ではなくて解釈論だということで、法第47条をじっと見るとそこが読めてくるということなのだろうと思いますが、それも解釈だと言えば解釈なのですけれども、実質的には新しい立法提案に近い解釈論であろうと思います。

私自身は、前回言いましたように、弁護士・依頼者間秘匿特権を認めるという方向には一般的には賛成なのです。ただ、それをどうやって実現していくかというのには、やはり難しい問題がいろいろある。特に前回か前々回に、濫用防止について何かお知恵がありますかということをお聞きして、また、その前に経団連にお聞きしたのは、そもそも隠さないようなインセンティブ、あるいは有益な情報を提供するようなインセンティブを付けるには、裁量型課徴金等の新しい制度が必要だと思いますがどうですかと言ったのですけれど

ども、今日見てみますと、どうも両方とも十分お答えになっていないような気がいたします。

この連名の意見には、濫用に対する措置として3ページにちょっとあるのですが、新たに過料の制裁を設けるとか、第94条の刑事罰を科すとか書いてあるのですけれども、今日の冒頭にありましたように、罰則を実際に機能させるのは非常に難しい。日本の場合は、「そういうことは記憶にありません」、「覚えていません」と言うのが非常に強力な抗弁なのです。これを打ち破るのは非常に難しい。

特権について言えば、特権の濫用があったら罰則をかければいいではないかという議論があります。しかし、仮にこういうものが濫用だということが分かった場合、立証できた場合でも、「そうですか、私は特権の範囲内だと思っていました」、あるいは「誤って保護対象物リストに入れていました」と言われたら、それを打ち砕くのは非常に難しい。公取委の方も、独禁法第94条については故意・過失の立証が難しいと言いましたけれども、私は行為要件と主観的要件の両方ともこれを立証するのは非常に難しいと思います。

しかも、今まで公取委は第94条を動かそうとして検察に言われて断念しているわけですよ。こういう困難性が広く知られるとなれば、そうか、濫用しても大丈夫なのだということになりはしないかということです。

このことはもう少し詳しくお話ししたいのですが、もう一つ、これは榊原委員の資料のどこかに、前日も報告命令を議論して、私は余り言わなかったのですけれども、報告命令を受ければ通常の企業は提出するはずだというようなことがありましたが、これもさっきと同じで、「資料はありません」、仮に後で見付かっても「ないと思っていました」、という対応が予想されます。あるいは先ほど今井さんは黙っていると言いましたけれども、何かあった場合には本来は探すべきなのですね。社内で探そうと。しかし、実際には、まあいいや、放っておこうという、いわば消極的な対応を当然企業はするのです。

なぜならば、一生懸命探すインセンティブがない。何のために探すのですか。そのことで何か欧米のように制裁が軽くなるというならいいですけれども、何も利得がない。探さなかったら制裁が加わるかといったら、制裁もない。普通の企業だったら、今は忙しいから放っておこうと。今井さんの質問も多分そういう趣旨だったと思うのですけれども、非常に悲観的なことを申し上げますが、合理的な企業ならばそうするだろうということです。

そういうことで、前回言いましたように、濫用に対する歯止めが法的に非常に難しい、制裁の実効性を図ることが難しいということが一番で、それに対応するにはやはり有益な情報を積極的に出す、あるいは放っておく、サボタージュに対してはディスインセンティブをかけるというような制度がないと、この特権を立法化なり、あるいは解釈として認めた場合に、非常に悪影響になるのではないかなということです。

○宇賀座長 ありがとうございます。

では、予定終了時刻は、一応、12時なのですが、まだ挙手されていて御発言いただいていない方がおられますので、30分ほど延長させていただいてよろしいでしょうか。

(「異議なし」と声あり)

○宇賀座長 途中で御退席される方で、まだ御発言いただいている方はおられますでしょうか。

大沢委員、今日、12時頃御退席と伺っていますが、よろしいですか。

○大沢委員 大丈夫です。

○宇賀座長 分かりました。

では、30分ほど延長させていただきたいと思います。

では、矢吹委員、どうぞ。

○矢吹委員 何度も私ばかりで済みません。ただ、一つ一つお答えしたいと思います。

提案書の「補足説明」を御覧ください。濫用に関しては、そこに書いてありますように、幾つもの濫用防止措置をここで検討すればよいのではないかなと思います。

先ほどお話しした命令違反ですから、サボタージュも多分刑事罰の対象になると思いますし、それをより防ぐということであれば、過料の制裁等を設けてもいいかもしれません。積極的に証拠隠滅に弁護士が加担すれば、もちろん懲戒になる。こういったように、裁量性のところは法制度の先行なので、今後のこととして検討しなければいけません。6つぐらいは考えられることがあると思います。

最後に、先ほど申し上げた必要不可欠のところは、一番上のところに書いてあるとおり、必要不可欠な証拠で実態解明に必要性がある場合には、その事実部分については強制処分の対象とすることができる。ただし、今、判断が難しいということなのですが、異議を述べても最終的には審査規則第22条で公正取引委員会の異議手続があります。そこで、これはその対象にならないということであれば、それで手続は終わりますので、手続は迅速に済むのではないかと思います。

以上です。

○宇賀座長 それでは、泉水委員、どうぞ。

○泉水委員 ありがとうございます。

私自身は、前々回、秘密特権ととりあえず言ってしまいますが、これについて、保護の対象を限定してというような形で案を出されることに賛成したものですから、その意味で今回の御提案についてどう考えるかお話ししたいと思うのですけれども、保護の対象については、弁護士への相談と弁護士の回答に原則として限られているという点で、非常に慎重に書かれているなど、苦勞されたなと思いました。

ただ、そうは言っても、申し訳ありませんが、結論としては、なかなか文章化するのは大変だし、なかなか限定するのは大変だなという印象を持っております。

ただ、各論について、個別にお話ししたほうが良いと思います。各論で、御提案内容について個別に、ちょっと長くなるかもしれませんが、お話しさせていただきたいと思います。

まず、第1は代理人についてですが、代理人については、社内弁護士、すなわちインハ

ウスロイヤーが含まれるのかどうかという論点があると思うのですが、文章を見る限り明示的には書いていないのですが、社内弁護士も入ると読めるように思います。榊原委員の文章の中には「独立した代理人」という言葉が出てくるのですけれども、ほかのところを見ると、社内弁護士も入っているのだらうなど。先ほどのやり取りでも、それを前提としてやり取りがされていたように思います。

次に代理人の範囲ですけれども、これは日本の代理人に限らないでかなり広く対象にされていますが、例えば、EUの場合にはEEAの弁護士に限定しているわけですね。EUについては社外弁護士に限定しているわけですね。とすると、海外の事業者に対する調査に支障が生じるという理由であるならば、制度がうまく機能しているEUよりも広く対象とか範囲を広げる理由はないように思いますので、そういう意味では、私も前々回、なるべく狭くというお話をしましたけれども、そういう意味で、代理人だけ見てもかなり広いのではないか。やはりEUのレベルまで狭めないといけないのではないのかという個人的な印象を持っています。

あと、質問と回答に限られてはいますけれども、ただ、質問とか回答に対して法的な助言と一体化されたような事実については、やはり対象になるというお話でしたが、これもそれでいいのかなという問題があります。

そこで思い付きですけれども、例えば、相談や回答について、事実の部分と法的な判断の部分というのが分けることができれば、法的判断の部分だけ対象にするということもあり得ると思うのですが、実務的にできるかどうかは分かりませんが、そういう印象を持ちました。

社内弁護士も対象になるとすると、資格のある法務部員が社内調査をした調査文書というのでも対象になるように書いてありますけれども、これはどの範囲かとか、社内弁護士が調査に参加して法的な判断をすとかいうような場合は、それは全部対象になるのかというようなことが問題になるように思います。

榊原委員の17ページで「弁護士に聞くための社内調査結果の事業者の法的評価」の部分は「法的質問」と変えたほうがいいとおっしゃいました。そうすれば、確かに狭くなると思いますけれども、このあたりもどこまでが対象かが気になったところです。

「事業者として法的相談をできる権限を付与されている質問者による法的質問」とか、22ページにも「通信の一部として○」といったようなことが書いてあるのですけれども、これらも社内弁護士でない法務部員による調査も対象になりそうだし、社内弁護士でない、弁護士資格を持っていない者による調査もどこまで対象になるのか、あるいは弁護士資格を持っている社内弁護士の調査の対象はどこまでか、必ずしも明確でないような気がしました。

榊原委員の23ページで「弁護士が同席した社内調査対応の会議の議事録」というのがありますけれども、これも対象のようですが、これは前回にお話ししたかと思うのですが、現在、会社が社内調査をするというのは広く行われているわけで、そういうところに弁護

士が参加しているということはよくあると思うのですけれども、そうすると、その議事録は全部対象になるのか、広すぎないかといったところが気になるところです。

いろいろと言うとどんどん時間が経ってしまい申し訳ないのですが、各論で議論しないと話が進まないと思いますので、これを更に検討されるとおっしゃっていましたから、各論についてあと少し言わせてください。

封印して持ち帰るというのは、占有を移転するわけですがけれども、その対象は、破棄・隠匿されると疑われるに足りる十分な理由がある場合と限定されているわけですね。だけれども、これも秘匿の対象かどうか争点になれば、通常、EUなどの場合は封印して持ち帰るのではないかと思うので、そういう意味でも、封印する対象が狭過ぎるのかなと思います。

また、破棄・隠匿されるに足る十分な理由というのはどうやって立証するのだというのは、これは立証するのも結構大変ではないのかなという気がいたします。

細かい話をいろいろと申しまして済みません。

犯罪をアドバイスする点について、先ほどお話がありました、もちろん間接強制で刑罰が科せる場合も対象なのでしょうけれども、例えば、刑罰の対象ではない不公正な取引方法を続けていいよと言ったり、ばれないからいいよ、やりなさいと言ったような場合は、秘匿特権の対象になるのか、ならないのか。不公正な取引方法は刑罰の対象ではないですよ。そのような場合に、不公正な取引方法の事実が見付かったのだけれども、どうしましょうかと相談を受けて、多分ばれないからやっていいよとか、続けていいよと言った場合には、この助言は秘匿の対象になるのかどうか。秘匿特権の例外は犯罪と限定されていますので。もし誤解していたとするならば、それでいいのですけれども。いずれにせよ、秘匿特権の例外の対象、不法行為例外といいますか、その例外の対象を犯罪に限定するのは狭すぎないかという気がします。

結論として申しますと、EUに比べても秘匿特権の範囲がかなり広い部分もありますので、最低限EUでさえ許しているレベルにしなくてはいけないのではないかと、対象や範囲が広いかなという印象を持ちますし、さらに、いろいろな方が言われていますが、やはり協力のインセンティブ、非協力のディスインセンティブの問題が日本ではないという点がありますので、裁量型課徴金まで行くと大掛かりな話になるかもしれませんけれども、せめて和解や確約といった制度と併せてというようなことがあり得るのかなと考えています。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

○矢吹委員 回答はしなくていいですか。

○宇賀座長 では、回答をお願いします。

○矢吹委員 たくさんあって回答しにくいのですが、簡単にぼつぼつ言いますと、まず前提として、これはあくまで案ですので、皆さんの意見でいかようにも狭くしたりしていたくのはいいかなと思いますけれども、お願いは、狭いからゼロにするという話にはして

いただきたくないというのが前提です。

一つ一つ申し上げると、代理人は社内弁護士も入ると思います。日本で社内弁護士と外の弁護士を資格を持っている者として分けることはないのではないかと思います、これもこの懇談会の結論だと思います。

海外の弁護士についても同様で、ただ、海外の弁護士が日本に来てインタビューをして、それを海外の当局にも報告するということが毎日のようにやっていることで、公取委に対してはそれは出ていくのだと。しかし、米国商務省、EU委員会にはそれが守られるといった不均衡な対応になることになってしまいはしないかなという懸念があります。

事実と法的部分の点については、これはあくまで弁護士の利益ではなくて依頼者の利益なので、依頼者が、当局のほうには言ったことがそのまま行かないのだという安心感で事実を述べるということを守護しましょうという、それが実態解明にも資するという事なので、弁護士の前で述べた事実は、やはり法的な意見と一体として保護すべきなのは原則ではないかなと思います。ただし、例外は、先ほど申し上げた、唯一必要な証拠である場合があります。

不公正な取引方法については、その場合でも第47条の報告命令・提出命令はありますので、その違反に対する刑罰はあるということで、それを示唆するようなことは共犯になるのではないかなと思う次第です。

○宇賀座長 では、中川委員、どうぞ。

○中川委員 恐らくですけれども、委員の皆さんの御意見を伺ってしまして「通信の秘密」と言うか「秘匿特権」と言うか言葉はともかくとして、そういう言葉に意味されている何かについて、そんなものはあり得ないという意見はどうもないのだろうと思います。

ただ、コンプライアンスの話がありましたけれども、それをどの範囲、どういう根拠で、どういう方法で実現するかとなると、これは難しいなというところで意見が分かれているような気がするのです。

ですから、結論として、そういうものはないのだという結論ではなくて、それを実現する方法については、やはり長い年月もかかるかもしれないと。先ほど各論のお話がありましたけれども、いきなりこの立法ができるかどうかというところで意見が分かれているということではないかなと思うのです。つまり、根拠と実現方法ですね。

根拠につきましては、矢吹委員と榊原委員がおっしゃったのは3つぐらいありまして、押収拒絶権とか文書提出命令の弁護士の拒絶権というのを出されましたが、いわゆる弁護士のほうから見た職業の秘密というのと、当該事業者の防御権、3つ目にコンプライアンスとおっしゃっています。そして最後のコンプライアンスについてかなり批判があるわけなのですよね。

現状では、違反があったからどんどん当局に言いなさいなんて弁護士が言うはずがないのではないかなという素朴な意見で、私もそれはそうかなと思いますけれども、つまり、そんなことをやったら弁護士はすぐ解任されるだろうと思いますので、さらに、弁護士の先生

に相談してよかったと言ってもらえなければいけないわけですから、そうすると、裁量型課徴金がなければねというほうの話になっていきます。コンプライアンスについては、秘匿特権があると物事がよくなるというだけの立法事実があるかと言われると、なかなかそこは水掛け論になるだろうと思います。

それに対して職業の秘密というのは、今回、改めて思ったのですが、刑訴の押収と民訴の文書提出命令には規定があって、何で行政調査にないのか。行政調査において弁護士に対する提出命令禁止とか、同じような規定がなぜないのかというのが今更ながら気付きました。文書提出命令よりは多分行政調査のほうが厳しい。つまり、それ自体が刑罰の対象になりますので、厳しいという比較はなかなか難しいかもしれませんが、敗訴のリスクがどっちが大きいかなんかは難しいですけれども、行政調査だからといってそんなに簡単なものではないはずですので、なぜ行政調査だけ入っていないのかというのは、一つ論点としてはあるだろうと思うのですね。

それプラス、当該事業者が同じ文書を持っていたときに、防御の観点から、どの範囲だったら、将来、公取委と争う立場に立ち得るときに、公正な防御をするという観点で、やはり法的意見のコアの部分は調査だからといって押さえてしまってはだめなのではないか。あるいはそれにプラス幾つかの事実という議論、これは榊原委員がされた議論だと思いますけれども、これは説得力があると思うのですね。

なので、根拠としては、「職業の秘密」プラス「防御権」、それ全体を足して日本では、こういうのを英米でいう秘匿特権とか通信の秘密とかいうようなものに当たるのではないかという言い方は、根拠としてはできると思うのですね。

ただ、問題は実現の仕方で、今日、いろいろ書いていただきましたけれども、やはり細かくなるとどんどん迷路に入ってってしまうというところがございます。

他方で、正当な理由があれば拒絶をしてよろしいということは、これはもう最高裁がずっと認めていることで、これは正当な理由ですから、法律の解釈として当然のことだと思います。

その正当な理由の中に何が入るのかというのがやはりよく分からないということですから、一番地道というか、簡単な方法は、弁護士の方に頑張ってもらって、排除措置命令取消訴訟の中で、こんな意見書まで持って行くのは防御の観点からおかしいといって、その調査が違法であるというので、手続的に排除措置命令の違法を取消訴訟の主張として展開するように頑張っていただいて、正当な理由を少しずつ拡大していく。

それがある程度になると、はっきりしないから、やはりこういう立法をしたほうがいいのかとか、あるいは今回提案されたような、内部的に審査官とか調査官が見るといった仕組みにしたほうがいいのかというふうに話が行くと思うのですけれども、とにかく2段階ロケットといいますか、そういうことをやるのが適切ではないかなと思いました。

この会議の成果としていきなりこの立法をするというのはなかなか難しいけれども、他

方で、しかし、そういう方向に向かってほしいということ、向かうのは別にあり得るだろうということを報告書で出すという意味では、議論した意味があるのではないかなと思いました。

済みません、長くなりました。

○宇賀座長 ありがとうございます。

三村委員、どうぞ。

○三村委員 私は、法律の専門家ではございませんがこの考え方は、今どの方向に行くかは別にしまして、恐らくあり得るのだろうと思っております。そのための方法と道筋がまだなかなか見えないということであるのですが、ただ、一つ、確かに時間をかけるべきだという議論と、そうは言いつつも、やはり今の独禁法をめぐる状況とか、あるいは企業の置かれた立場を考えると、ある程度それについての何らかの改善とか、部分的であったとしても、それに関連する仕組みを少しずつ入れていくという方向性はあってもいいと考えました。

どこまで限定できるかどうか、明確にそれは切り分けることができるのかということ、私も前に申し上げたということで、今回、こういう形で矢吹委員と榊原委員が頑張ってもらっていただいたことに感謝したいと思います。

ただ、それを拝見したときに、確かに見えているものと見えていないところがあるなど。これは泉水委員がおっしゃったところと、私の質問の部分はかなり重なっておりますので、余り深くは申し上げないのですけれども、例えば、こちらの矢吹委員と榊原委員がお出しになったところで、例えば、代理人がということで⑤と⑥はなるほどは感じております。

ですから、そういう意味で、主体がはっきり明確で、その文書の性格がはっきりしており、榊原委員が先ほど外形的に恐らく判断可能とかおっしゃった部分はある。ただ、それについても、その過程の中にも、その中に重要な事実が入っていて、それがないと立証できないという話になったらどうするかという議論があり、整理の必要があると思いました。

ただ、通信でありますから、やはり問題は、一対一の質問と回答の部分なのです。恐らくそういったところに確かにいろいろなものが入り込んでくる。榊原委員は非常によく整理されているのですが、それでも△があるということは、恐らく多様な要素があり得るし、その中に拡大解釈とか、ある意味では濫用も当然あり得るのだという感じがいたしますので、少なくとももう少し整理が必要かなと思います。

私は中川委員がおっしゃったことに賛成で、やはり長期的には、全体としてきちんとした判例も出るということ積み上げながら行くべきだと思うのですが、ただ、現状、非常に混沌とした状況の中で、少なくとも切り分けできるところは切り分けしてもいいのではないかと、それを秘匿特権というような言い方はできないとは思いますが、公取委の調査の現場が余り混乱しないような形でもしそれが整理できるならばと思います。

そうすると、相当に厳密に限定しないとだめだと思います。そういう形でも、これが少し前向きに進んでいくのだということであるならば、報告書の一つの考え方の中にそうい

う意見もあると提示していただいてもいいのではないかと思います。

ただ、これまで日本になかった考え方ですし、本来は判例ベースということであります。恐らくそれはいろいろな積み重ねの中で明らかになると思いますから、時間をかけていいと考えました。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

川島委員、どうぞ。

○川島委員 ありがとうございます。

まず、秘匿特権の導入については、慎重に検討するべきだというのが私の考えであります。その理由は、実態解明機能に何らかのマイナスの影響を及ぼすという懸念がなお残るからということであります。

ただし、今回の懇談会で仮にこの秘匿特権の導入というものの前進が図られないという場合であったとしても、是非今後の方向性として、協力へのインセンティブを促すような制度、これらを整備した上で、あるいはそれらの整備と並行してこの秘匿特権の導入について検討をしていくという位置づけがされることが、今回の議論の成果を次につなげていく意味で重要であると考えます。

本日の反対の意見の中でも、協力のインセンティブがない現状においてこうした防御権を認めることは、実態解明機能を損なうものと考えるという御意見、これは今までも出されていたと思います。

この協力のインセンティブを促す仕組みというのは、これまでの議論を通じて、多分、企業側においても、あるいは調査当局においても、さほどその方向性としては異論のないところではないのかというように考えております。

したがって、この懇談会での限界に当たるとは思いますが、今後の課題として、こうした協力のインセンティブを促す、実態解明機能を強化するといった検討が進めば、先ほどの秘匿特権の導入を阻む様々な障害、ハードルも下がってくるのではないかと考えておりますので、繰り返しになりますが、そうした位置づけで考えていただければと思っております。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

では、舟田座長代理、どうぞ。

○舟田座長代理 私も各論で、1つは、榊原委員の18ページのリスト方式なのですが、これはよく考えないといけないような気がします。矢吹委員の話もそうですけれども、結局、立入検査に入った当日のざわざわしたところで、どうやって迅速に仕分けし、的確に資料を持って行くかということだろうと思います。

その知恵の一つがリスト化なのでしょうが、これは及川委員にお聞きしたいのですけれども、こんなことを中小企業はできますか。私は一見してこれは無理だろうと思います。

社内の文書の中で、秘密の対象になるものを保護対象として一括保存しリスト化する。契約書等々、会社の文書というのは日々作られていますから、毎日更新するということになります。

もちろんだうやってリスト化するかということも問題で、これは次の③にありますように「行政当局は、リストを一覧して容易に文書の存在を確認」できるような件名というか、表題をつけなければならない。私は、非常にこれはよっぽどうまく考えないとできないと思います。EUではどのようにやっているのかという疑問もあります。

ともかく立入検査の際は、どんな調査もそうですけれども、最初の出だしが肝心ですから、そこでずるずる争いがあったのでは、争ったほうが得をするような制度にならないように作らなければならないなということです。

もう一つは、これは両委員がおっしゃっていることですが、実態解明に必要不可欠であると判断される場合は、特権から外すということ。これはどの国でもそうしているようですが、実際にどうやって、いつ誰が判断するのかですね。

これについては、榊原委員の意見に何か例が載っていて、こんな例では困るなと思った例がどこかにあったのですが、実態解明に不可欠な例、何でしたかね。（事務局注：資料3-2（榊原委員提出資料）18ページ⑤-2「例：事業者の故意が立証に必要な場合、関係者が死亡・退職していた場合」）

とにかく、ほかに供述が取れない、もうその文書を取るしかないという判断は、結局、審査担当者がそこまで煮詰まるまで待たなければならない。しかも、審査担当者がやるのではなくて、その審査にタッチしていない調査官が、「証拠が全部もう出尽くした、もうどうしようもないから、では、開示をする」と判断するということで、実態解明機能に支障を来さないのか非常に疑問に思う点です。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

今井委員、どうぞ。

○今井委員 ありがとうございます。

どなたもおっしゃっていないので、先に気付いたことをコメントさせていただくと、榊原委員のお出しになった資料のスライドですが、9ページの最後で注といたしまして「赤字は以前の懇談会における合意事項」と書いてありますが、これは前回の会合で誤解であるということが確認されたかと思いますので、後で削除していただきたいと思います。

その上で、先ほど中川委員がとてもうまくまとめていただきまして、私も政策論としてはそのとおりだろうと思うのですが、中川委員が示された3つの理由について改めて考えてみますと、先ほど弁護士の職業上の秘密、事業者の防御権、コンプライアンスということを挙げられまして、コンプライアンスについては議論がある。正しくそのとおりでございました。

今回、提案されているものが通信の秘密保障ではなく、実質的には弁護士・依頼者間秘

匿特権であるということであるならば、そのような弁護士・依頼者間秘匿特権というのは、弁護士の役割がそもそも歴史的に全く違っている欧米のアングロサクソン法文化において作られてきた話でありまして、欧米の弁護士は、司法の実現に対して日本の弁護士とは比較にならないようないろいろな公的な義務まで課されているというのが、判例法を通じても示されてきているところです。

そういった文化的な背景論をも持ち込むのであれば、日本において弁護士に要求される義務なるものを確認した上で、弁護士・依頼者間秘匿特権を持つてくることも理論的に許容されると思うわけですが、なかなかそれは難しいです。

ですから、榊原委員の20ページのところで文化的背景というのが出ていますが、今後、政策論ではなく法律的な提案としてなされる場合には、こういう認識に少し違いがあって水掛け論になりそうな文化的、あるいはバックグラウンドや背景については少し差し置いて、実際に文言として作ったときに、それがアプリカブルか、適用できるかどうかというところに限定されたほうが良いように思います。

皆さんおっしゃっていましたが、最後にもう一度確認すると、唯一な証拠であるというのは他の証拠があって初めて分かり得ることです。事業者が、弁護士と相談していて、どういう訴訟戦略を立てているかという手の内が全く分からない公取委側にとって、何が唯一の極めて価値がある証拠であるかを探せというのは不可能を強いるに等しいようなものでありまして、その辺は是非問題点を踏まえて御検討をしていただければと思います。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

川出委員、どうぞ。

○川出委員 通信の秘密保障と言うか、秘匿特権と言うかはともかくとして、これは、現行法の解釈としてそれが認められるか否かという問題ではなく、新しくそれを制度として導入するかどうかという問題だろうと思います。ですから、現行法の下で、提出命令を拒む「正当な理由」に当たるかどうかという文脈でこれを議論するというのは無理ではないかと思います。

先ほど、秘匿特権の根拠として挙げられていた点から考えてみますと、まず、職業上の秘密の保持ということですが、現行法の押収拒絶権は、弁護士の側にあるものしか対象になっていませんので、それを依頼者側にあるものにまで広げるというのであれば、新たな制度を設けるということにならざるを得ません。また、防御権の保障という点については、前にも意見を申し上げましたように、弁護士の援助を受ける権利の延長線上にあるものとして、秘匿特権を位置づけることはできると思いますが、しかし、それは、弁護士の援助を受ける権利自体に含まれたものだとまではいえまいでしょうから、やはり新たな制度として考えざるを得ないだろうと思います。最後に、コンプライアンスの促進という点については、これまでにない異質な観点ですので、よりそれが当てはまります。このように、

どこに根拠を求めるにしても、新しい制度として導入するかどうかという議論をせざるを得ないと思います。

そのような前提で、新たな制度として導入すべきかどうかを考える際には、その根拠としては、弁護士と依頼者の間のコミュニケーションの秘密性を保障することにより、自由なコミュニケーションができるようにするという意味での防御権の保障という点を第一に考えるべきだろうと思います。その観点からは、秘匿特権の範囲としては、法的助言の部分に加えて、相談と回答の中で事実が述べられていれば、その部分も入るということになるはずですが、しかし、そうなると、実態解明との調整ということが問題にならざるを得ません。

本日出された御提案は、それを考慮して、実態解明に必要不可欠な場合には、事実の部分は使えるようにすることになっています。確かに、理屈の上では、それで問題は解決するのですが、これまでも指摘がなされていますように、本当にそれが機能するのかについて疑問があります。と言いますのも、立入検査の際に、ある文書が秘匿特権の対象だからという理由で提出を拒否された場合を考えてみますと、それが実態解明に不可欠かどうかというのは、その時点を基準として判断することになります。そうすると、その時点で公取委の手元にある他の証拠と照らし合わせてそれを判断することになるわけですが、立入調査を行う段階というのは、まだ調査の初期段階でしょうから、その時点で、他の証拠と照らし合わせて、この証拠がないと最終的に違反事実を立証できないということを判断するのは無理なように思います。

例えば、調査に必要不可欠といった程度であれば、立入調査の段階でも判断できるかもしれませんが、この基準の下では、恐らく事実上全部の資料がそれに該当するというようになって、限定にならないように思います。そういう意味で、一定範囲で事実をも対象とした秘匿特権を認めつつ、実態解明機能に支障を生じさせないような制度設計というのは非常に難しい気がします。

したがって、川島委員から最後に御提案があったように、まとめ方としては、制度としては十分考えられるものであるが、具体的な制度設計についてはなお検討が必要であるぐらいの方向性を出しておくのがよいのではないのでしょうか。それであれば、皆さん一致していただけるかなという感じがします。

○宇賀座長 ありがとうございます。

村上委員、どうぞ。

○村上委員 私も最後にちょっと言わせてもらっていいですか。

私はもうこの件は一切今まで発言していなかったもので、個人的には秘匿特権を独禁法だけ先行して認めて構わないという意見を持っている者ですけれども、今の懇談会の議論を聞くと、総論でも各論でもむしろ論点は拡散していて全然まとまっていないというのが実態だと。これだけ意見が分かれて論点が拡散しているところで結論をどうこうと出すというのは、私は難しかろうと思います。

したがって、今、言われたように、将来の導入に向けてもう一回論点だけはちゃんと整理するぐらいにしないと、ここに出ている論点だけでも、全部詰めて議論していくというのは不可能に近いというのが聞いた印象になります。

一つだけ追加させてもらえますか。というのは、これから報告書を書いていく感じになると思うのですが、論点があっても、議論が詰めているか、詰めていないかで、報告書をどう書き回すかというのは全然違う感じになる。私は、今までで大体論点は全部出ていると思うのですが、議論の詰めが甘いところが結構あるだろうという気がしています。

私、幾つか指摘しますが、これはここで議論をするというよりは、むしろ事実の問題なので、公正取引委員会にきちんと次回にでも説明してもらえれば、議論が詰まるところが何点かあるので、3点ばかりにまとめて申し上げます。

1つが、供述録取が一番の問題になっていますが、供述録取の改善策に、今まで休憩時間と不服申立制度の2点がある感じになるわけです。1つは、休憩時間と食事時間の話ですが、この時代の公正取引委員会の取調べで、現在でも休憩時間、食事時間は確保されていると私は思うし、その時間の中に、例えば、携帯電話などを使って弁護士と相談するというのは、それを許されているというか、それまで禁止する実務はまさか採られていないだろうと思います。そこをもう一回、実務でそれがどうなっているかというのを事実として確認してもらえば、休憩時間、食事時間が確保されているし、弁護士との相談も一応認められているということになるのではないかと。

もう一つは、不服申立制度の拡充の話が出ていましたけれども、今日も議論が出たように、既に公正取引委員会の独占禁止法の手続には、審査官の処分に対する異議申立制度というのがございます。それで審査官の処分に対して、委員会への異議申立てを行うことができる形になっている。その異議申立てに対して、委員会が個別にそのときに判断しなければならないか、それとも最後の排除措置命令の中で一括して判断して示せばいいか、その辺は議論があるところかと思えます。

実際には、そんな異議申立てを使ったとしても、ほとんど意味がないと言ったら怒られますが、効果もないので、余り使われない制度になっていると理解しています。そういう意味で、現在、本当に審査官の処分に対する異議申立制度がどうなっているかを解説してもらって、その運用状況を教えてもらいたい。それによって、結局、新たな苦情申立制度を作る必要があるかどうかというのを論じていく話になると思うので、公正取引委員会から、今の苦情申立制度の説明をしてほしい。

2つ目が、私は、EU競争法上の確約と和解というのはまだ論点に残っているのだと思うのです。

1つは、確約というのは、大陸法の行政手続のより一層の整備につながるものであって、それ自体は結構な話という気がします。

ただ、問題は、ここで議論しているときに、何が確約でどういう実態なのかというのがほとんど紹介されていない。実際にEC委員会ではどういう事件で確約が行われて、どうい

う内容の確約が認められているか、それを実態として紹介してもらいたい。これは実際どういう形になっているかを紹介してもらいたい。

もう一つが、確約の導入については、現行法の運用で本当に不可能なのかどうか、法改正が必要な制度であるかどうか、これを教えてもらいたい。警告その他で現在の独占禁止法の手続の下で運用で行えるのか、やはり法改正をやらないとこのEU競争法の確約は入るのか、入らないのか、これも公正取引委員会に分析してもらいたい。

和解についても同じことなので、これはEU競争法でも比較的最近導入された制度なので、実際に和解で最後の決着を付ける場合、どういう適用事例があって、しかも結構評価も微妙だと聞いているので、そこの評価をどう認識しているかを説明してもらいたい。

私は和解という制度については、基本的に裁量型課徴金を導入した後の運用の問題だと思うので、基本的に裁量型課徴金を導入した場合の法運用なので、基本的にそれだけを法改正で入れるということは普通は考えられない制度だろうと思いますので、そこの和解制度の位置づけというのを説明してもらいたい。

3つ目の最後は、今後の行政調査という形で、欧州委員会による報告命令と同じ報告命令は、日本法でも現行法の下で命令することは可能である。これは争いがないと思います。

それでもなおかつ欧州と違って、日本では報告命令を今まで使わないという話だったので、それを使わない理由は何であるのかということと、前回、榊原委員からも、そういうものが出たら企業は社内調査、内部調査を尽くしてきつと真実を報告すると思うという発言があったように、現在でも実施できることなのであって、報告命令というのを試しに使ってみたらどうかというのが、それに対して、こういう言い方をされたら公正取引委員会はどうか回答するのか。

それと関連して一番最後は、やはり現時点で裁量型課徴金の導入について、役所としては積極的なのか、消極的なのかという意見を明らかにしてほしい。

これは今日でなくて次回でいいのですが、その辺が詰まらないとやはり報告書というのはいいい報告書にならないのだろうと思いますので、是非よろしくお願いします。

○宇賀座長 分かりました。

では、榊原委員、どうぞ。

○榊原委員 済みません。次回、整理をされるような機会があるのであれば、それに向けてということもあるのですが、先ほど中川委員に整理していただいて非常に分かりやすかったと思うのですが、保護の必要性について、ないのだという御意見は確かになかったらと思うのです。ただ、根拠のところ、例えば、コンプライアンスについて、異論のある委員が1人、2人おっしゃっているところはそのとおりだなと思いますし、現行法の解釈では若干難しく、少しそれを拡張するというものなのだとか、防御のところではそういう理解でいいのではないかという意見は割と多く出ていると思うのです。そうしたところは、やはりまとめのところを確認をいただきたいなと思います。

最後に、やはり一番懸念が多かったのがその方法論だろうと思います。先生方の中で、

例えば実務上判断ができないのではないかと、事実と法的分析のところの切り分けができないのではないかと、実務で立入りの現場でも困るのではないかとというような御意見に対して、私どもの説明がちょっと悪かったのかもしれませんが、手続としては、立入りに入ったときというのは、本来、段ボール箱であるものをほとんど全部持っていかれるわけですね。その中で、リスト化というのは確かに中小企業は難しいと思うのですが、弁護士の意見書ないしは弁護士に聞いたものというのは、日本語で書いてあるわけですから、見れば分かると思うのです。それを見るということができるようにこの提案はなっているということ。

見た段階で、例えば分かりにくいメールとか、そういうものについては、そこでその判断ができないのだったら、持って帰って調査官が判断をすればいい。調査官が判断しても、それでも異議が出た場合には公正取引委員会が判断をすればいいということで、全て公取委が判断できるわけです。判断ができないということはないわけです。公取委がこうだと言えば、それで提出命令がかかるわけです。だから、難しいというのは、公取委の人がこれはどちらだろうなとその場で見て悩むかもしれませんが、でも、入っているなと思えば提出命令をかければいいのかと思うのです。それでもその企業が不満だった場合には、本当に裁判で、事件の中で、今、矢吹委員が争っているような争い方しか道がないという提案になっているのです。

だから、この手続の中で判断が難しく止まるとか、実務が動かなくなるというような提案にはなっていないので、そこを次回、整理される段階でも、それでも何か判断が難しいという意見は、何に対する判断の難しさなのかがよく分からないので、私たちの説明が悪いということだったのかもしれませんが、リスト化が難しいというのは、確かに中小企業は難しいと思いますけれども、実際、EUのプリレッジログというのは、Eメール、何月何日、弁護士に相談とか、意見書を何月何日にもらったと。1個の事件に関して、そういうことをそんなに数をやらないわけですよ。だから、毎日メールを書いているというのは、事件化すればそうだと思うのですけれども、事件前というのは1~2回相談をしているぐらいなものなので、大企業であれば恐らくできるだろうなと。

確かに中小企業の人には、及川委員とか、難しいと思うのですけれども、それは外形で見てもうしかい。見てもう一んと思えば、最終的に公正取引委員会が判断権者なので、もう提出命令をかければいいのかと思うのです。裁判所が判断権者であれば、判断が難しいということになると思うのですけれども、それはもっと後に、企業がそれでも争った場合で、その時点では提出命令がかかって持って行かれているわけですから、公取委は見られているし、それを調査に使えるわけです。ですから、そこはちょっと誤解があるのではないかなと思いました。

今井委員から、誤解があるのではないかと、休憩時間の件ですけれども、私は2時間とか1時間半でタイマーで切れななていうことに合意があったという主張をしていませんし、ほかの委員の方も、常識の範囲でやはり2時間ぐらいを目安にということだと思いの

です。

それに対して事案によるというような御意見をおっしゃったのですけれども、それだどどんな事案でももう基準には全然ならないわけで、そういうことをおっしゃったのは確か今井委員お一人だと思っております。目安にするということは、公取委もそうしていますとおっしゃいましたし、何人かの委員もそれでいいのではないかというような御意見だったので、そこで、それを目安にすると。もちろんそれが1時間半だったり、切りがいいところで2時間半になることはいいと思うのですけれども、そういう範囲では合意があるのではないですかという趣旨ですので、誤解ではないということを申し上げておきたいと思っております。

○宇賀座長 では、矢吹委員、どうぞ。

○矢吹委員 済みません。まとめを聞いておりますと、今回、制度としては何も作らない方向になってきつつあるような感じがして、非常に落胆をしつつあります。

しかし、一言だけ申し上げますと、弁護士とのコミュニケーションが守られなければ実態解明に資さないということであれば、私たちは今、弁護士との会話は当局には言わないので、それは秘密ですからどうぞ全部言ってくださいということを言わずに、言ったことは当局から私のメモは取られる可能性がありますので、それを踏まえて言ってくださいと言われたとき、皆さんが何を話すかということをちょっとお考えいただきたいというのが一つ。

そうであれば、私たちは依頼者に、弁護士には一切話さないでください、国際カルテルであれば、アメリカに行ってアメリカの弁護士の前だけで話してください、日本では、公正取引委員会に言われたことについて、私たちは事実については一切タッチしませんと言う以外にないのですよ。

そうしたときに、個人が弁護士を付けている場合でも、もう個人は一切メモを取らないということになります。果たしてそれが現在のグローバルスタンダードというか、国際的な競争法の実務に即しているかということをお考えいただきたいというのが1点です。

したがって、方法として、また将来に先延ばすのではなくて、先ほど申し上げたように、何かマニュアルとか、そういうところに寄りつくすべを御検討いただきたいというのが私のお願いです。

最後に、村上委員がいろいろほかの制度を申されましたが、ここはあくまで附則に書いてある防御権をどうするかということの懇談会ですので、私は確約とか和解は検討に値すると思いますが、そちらのほうを優先してここでいろいろと入れる、入れないという議論をして、防御権はもう後へ回すというような議論は、多分この懇談会の任務ではないのではないかと思います。

以上です。

○宇賀座長 今井委員、どうぞ。

○今井委員 済みません。9ページ、10ページのところで意見を申し上げたのは私だけか

もしれないのですけれども、ここでは多数決で何かを決めているわけではないので、委員の私たちの立場で出す書面としては、合意事項と決めつけるのはやや行き過ぎなのでありまして、そういう確認をなされたいなら、今後は、座長あるいは事務局との合意を踏まえてなされたほうが良いという趣旨とお受け止めください。

あわせて、10ページの第三者機関への苦情申立てということについては、複数の委員から意見があったことを申し添えたいと思います。

最後に、一言だけ。

先ほど提出命令をかけて持って行けばいいではないかという御意見がありました。それは今日の議論を全部振出しに戻す御発言かと思えます。提出命令をかけて持っていった後に、事業者としては、これは特権によって守られているという主張をいたしまして、結局、その書類等が使えなくなってしまう。それを避けながらどうするかというのがスタートだったと思ひまして、それに対する解決策としては、川島委員や川出委員がおっしゃったようなステップ・バイ・ステップの方向性があるというのが今日の意見だったかと私は理解しました。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

及川委員、どうぞ。

○及川委員 先ほどリスト化のお話が出たのですけれども、中小企業は、大手企業からしっかり下請の管理を指導されているようなこともあり、工場を見ていただくと分かりますように、リスト化については、きれいに整然と整理整頓されていますし、作業効率の観点から文書のドキュメントの整理というのは割合やっています。全て中小企業ができないというわけではなくて、やはりインセンティブがあって、それだけの経営の合理化に資するということであれば、きっちり管理をするということを申し上げたい。

あと、やはり地域の雇用の7割を中小企業が支えていますので、そのよって立つものを作っていただくのがこの懇談会の意義だと考えています。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

榊原委員、どうぞ。

○榊原委員 何度も済みません。先ほどおっしゃった今井委員の意見で、ステップ・バイ・ステップでというところとちょっと次元の違う話でして、提出命令で持って行けばいいというのは、判断が難しいと言った委員の先生方が多かったと思うのです。事実と法律が混ざっているとか、その場で判断ができないとか、そういうものについては封印をしてお持ち帰りいただいて、調査官ないしは公正取引委員会という手続の提案ですので、そこで判断をして、これは提出命令の対象だとなれば、判断が難しいという批判は当たらないのではないですか。手続としてはそこで一旦終わるわけです。ですから、判断が難しいからこの提案に反対だという意見自体が少し理解ができなかったもので、判断ができるようにな

っている案ですということです。

以上です。

○宇賀座長 ありがとうございます。

ほかはいかがでしょうか。

大体意見は出尽くしたということでよろしいでしょうか。

この弁護士・依頼者間秘匿特権につきまして、2回にわたってかなりの時間をかけて議論してまいりました。積極論もいろいろあったことも事実です。他方で消極論もありました。前回いろいろな形の消極論が多かったということ踏まえて、新たに案をお出しいただく機会を設けて、それに基づいて議論してまいりました。

かなり議論も進んだと思うのですが、今日の御議論を全体として伺ってみますと、この懇談会として、今の時点でこの弁護士・依頼者間秘匿特権を認めるべきだということまでの合意があったと言うことは困難ではないかと思えます。

他方で、こうした制度に意義があると、こうした制度を進めるべきだという御議論も少なからずあったということも事実だと思えます。

川島委員、川出委員が御発言されたように、消極論の多くが、この制度が拡張解釈されたり、あるいは濫用されたりすることに伴う実態解明機能への懸念に基づいていたと思えますので、この懇談会としては、将来、調査権限の強化等の問題と並行して、こうした問題についても議論を深めていく必要があるということかと思えます。決してこの懇談会として全面的に否定するというのではなくて、十分検討するに値する制度であるので、この問題について、引き続き検討を深めていく必要があります、その際は、ここで示されたようないろいろな懸念とか疑問点に関して、それを克服できるような形で、なお一層議論を進めていく必要があるという方向でまとめる以外にないのかなというのが、今日の御議論を伺っている私の感想なのですが、いかがでしょうか。

○矢吹委員 よろしいですか。

私も合意に至らないというのはよく分かりますが、先ほどから私が何回も申し上げているように、ここで合意に至らなかったということで、これだけ議論して合意に至らないということを議事録等に公表しますと、これは今までは、ないのだけれども、実務で公正取引委員会が、例えば裁量で弁護士の立会いをさせたり、書面を取らなかったり、そういうことを超えて、今度はないのであるということ積極的に公にすることになりますから、かなり影響があるのではないかと思うのです。

私の提案は、最終的に他の行政調査で出たマニュアルの公表というところで、そこは皆さん、マニュアルを公表したほうがいいでしょうという話をされていると思えますから、是非ここで議論した話を公正取引委員会のほうで何らかの形で裁量の中でマニュアルに書けないかということは、公正取引委員会のほうで一度御検討いただければ大変ありがたいと思えます。

○宇賀座長 公正取引委員会が、そのあたりをマニュアルに書けるかどうかについての検

討をしてほしいということですが、いかがでしょうか。

○松尾公正取引委員会経済取引局長 公正取引委員会として、マニュアル、指針、そういうものを作って法執行手続の透明性を高めていくということは、やっていこうと考えております。

その中で今、矢吹委員のほうから御提案のあったことについて、どんなふうにかけるのかということなのですが、この懇談会として、秘匿特権のところも含め、どのような結論になるのかというところがまだはっきりしていないので、現時点で今の御提案にお答えしと言われてもなかなか難しいところがございます。いずれにしても、公正取引委員会としては、秘匿特権の部分を含めいろいろな論点がございますので、そういった論点についての懇談会の最終的なコンセンサスに基づく報告書をよく見せていただいて、それに基づいて検討していくということにさせていただきたいと思っております。

○宇賀座長 榊原委員、どうぞ。

○榊原委員 マニュアルを作るのは、結論が出た上でそれを見てという御意見だったのですが、今日出た意見で、やはり現場での判断が難しいというような御意見が非常に多かったと思うのですが、そのことについて、提案ではできないのではないですかという提案ですよということを再度御説明させていただきましたが、公正取引委員会としてそれについてどうかということ、例えば次回とかについても、ここが難しいとか、ここはこれでも機能するかもしれないというのは、今後に向けての議論にも役立ちますので、教えていただきたいなと思っております。

○宇賀座長 分かりました。

では、今日、いろいろ議論しまして、榊原委員などから出された案について、こういう点については疑問があるといった御意見が出され、それに対して榊原委員のほうからは、報告命令を出せばいいのではないかということでしたけれども、もし公取のほうでそれに伴う実務上の支障、それはこういう点が難しいのだということがありましたら、それは出していただくということによろしいでしょうか。

○松尾公正取引委員会経済取引局長 はい。

○宇賀座長 それは次回でよろしいですね。分かりました。

矢吹委員が懸念されていた点に関して、私の理解では、基本問題懇談会のとくと比べますと、相当にこの議論が深められたと思っておりますし、当然、議事録も公表されます。したがって、積極論もいろいろ展開されたということは、十分世間に同時に伝わると思うのですよね。ですから、決して全面的な否定ということではなくて、積極論もいろいろあったけれども、なお消極論もあって、現段階では導入の合意までは至らなかったということは理解されると思うのですが。決してこの懇談会で全面的に否定ということではなかったと思うのですよね。積極論に賛成された方ももちろんおられましたし、相当議論としては煮詰まったので、私は決してこの問題を議論したことは無駄ではなくて、審査手続における秘匿特権の問題について初めて本格的に議論をして、様々な論点が煮詰められたとい

うことは非常に有益だったと思いますし、それが議事録に書かれ、また、報告書でもそういう御意見があったということに記載することは十分考えられると思いますので、そういう面では意味があったと思います。だから、全面否定ではなくて、むしろ、今後、議論を進めていく上での前進というふうに私自身は受け止めております。

ただ、現段階でこの懇談会として、すぐやりなさいというには、これまでの議論の分布を見るとやはり時期尚早であって、今後の検討課題として位置づけていくしかないのかなというのが感想ということですか。

では、そういう方向でよろしいでしょうか。

ありがとうございました。

それでは、今後の進め方なのですが、これまで議論が煮詰まっていない点はまだあるというのは、先ほど村上委員から御指摘のあったとおりでと思います。それについては、残された期間、もっと議論を進めていく必要があるかと思われま。

先ほど村上委員から具体的に幾つか御提言いただきましたので、それについては、今後、議論を進めていくことにしたいと思いますけれども、ほかにこういう点ももっと議論を煮詰めるべきではないかという御提言をいただきましたら、それを次回の議題にしたいと思いますけれども、いかがでしょうか。

榊原委員、どうぞ。

○榊原委員 今まで委員の方がいろいろな意見をおっしゃっているので、何について取りまとまってきたのかという整理をしたもののような、例えば供述聴取でも、任意と強制で一緒くたに議論されている方が今もいらっしゃいますし、別々で、例えば、村上委員の今日の最初の意見書であれば、その解釈論で両方とも弁護士立会いが認められるようにも読めたり、任意だけなのかなと私も思っていたりするので、そういう整理したものを見て、どこについては現行法上もできると。できることについては、別にこの懇談会で確認をすればいいだけの話だと思うのですけれども、そこがはっきりしないので、全て出た論点について、何か一覧のようなものをできれば事務局のほうで御用意いただけないかなと思います。

○宇賀座長 では、それは事務局でお願いしてよろしいですか。

○品川独占禁止法審査手続検討室参事官 かしこまりました。

○宇賀座長 では、そのようにしたいと思います。

矢吹委員、どうぞ。

○矢吹委員 何度もなりますが、審査の防御権の保護のため、防御権への保護のために必要な範囲で検討するということなので、今まで出てきた、前回と今回は特に重要な部分について話をしましたが、例えば、立入りのときの弁護士の立会いとか、幾つかまだ議論していないところがありますから、まず、それはほかの制度を語るよりも先にやっていただきたいということが1点です。

先ほども申し上げましたように、ほかの制度をここで議論するのはいいと思いますが、

ここはあくまで防衛権の保障に関する必要があるのかというところの議論が主要な論点なので、私は、むしろ取りまとめの文章を時間をかけてやっていただくほうが、新しい他の制度を議論するよりはこの懇談会の役割になるのではないかと思います。1回はいいかもしれませんが、それをまた他の制度の導入について、るる議論するようなことがないようお願いしたいと思います。

○宇賀座長 分かりました。

そういたしますと、10月31日、予備日を皆さんに取っていただいておりますが、先ほど村上委員から御提言のあったような点もございますので、10月31日の予備日でそれを議論させていただくということによろしいでしょうか。

(「異議なし」と声あり)

○宇賀座長 その際、先ほど榊原委員から御提言がありましたような論点整理ですね、どういう点について議論がまとまっており、どういう点は議論がまとまっていないかということ委員の方々が一覧できるような整理を、それまでに事務局にお願いできればと思います。

それから、村上委員からの公取委に対する御質問に対する御回答の資料も、次回までに用意していただければと思います。よろしいでしょうか。

それでは、次回の会合について、事務局からお願いします。

○品川独占禁止法審査手続検討室参事官 次回会合でございますけれども、第12回ということでございます。10月31日の午前10時ということで予備日をいただいておりますので、この日にやらせていただくということにいたしたいと思います。

場所につきましては、本日と同じこの会議室で行わせていただきますので、よろしくお願いいたします。

以上でございます。

○宇賀座長 本日は、予定の時間を1時間超過してしまいまして、大変申し訳ございませんでした。お忙しいところをどうもありがとうございました。

これにて終了いたします。