

独占禁止法審査手続についての懇談会（第3回）議事録

1 日時 平成26年4月11日（金）10:00～12:40

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
	河野 康子	全国消費者団体連絡会事務局長
	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

（ヒアリング対象者）

多田 敏明	弁護士
バシリ・ムシス	弁護士（外国法事務弁護士）
志田 至朗	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 梅溪内閣府審議官、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）多田敏明弁護士からのヒアリング
- （3）バシリ・ムシス弁護士からのヒアリング
- （4）志田至朗弁護士からのヒアリング
- （5）質疑応答
- （6）閉会

5 議事録

○宇賀座長 定刻でございますので、ただいまより第3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。

稲田内閣府特命担当大臣は、国会用務のため御欠席でございます。

議題に入ります前に、本日御出席の川出委員におかれましては、今回が初めての御出席でございますので、皆様をお願いしたと同様に、自己紹介を兼ねて問題意識などをお話しいただきたいと存じます。

○川出委員 東京大学の川出でございます。

前2回の会合は、差し支えがありまして出席できず、申し訳ございませんでした。

私は、刑事訴訟法を専攻しております。それから、皆様御承知のように、現在刑事法分野では、新たな時代の刑事法制度を構築するという目的で、法制審議会において幅広い議論が行われておりますけれども、そこに幹事として参加しております。

これまでの議事概要などを拝見しますと、この懇談会の検討項目、検討課題は、刑事の場合と共通するものと、それとはまた異なる面が両方あるように思いますが、それに留意しつつ、懇談会の議論に参加させていただきたいと考えております。どうぞよろしくお願いいたします。

○宇賀座長 ありがとうございました。

それでは、本日の議題に入ります。

本日は、前回に続きまして、関係各界からのヒアリングを実施いたします。第1回の懇談会では、実際に独占禁止法の事件を数多く担当した経験のある弁護士の方々の意見を聞くべきとの御意見や、諸外国の事例を参考にするに当たっては、特定の国に偏ることのないような形でヒアリングを実施すべきであるとの御意見がございました。

また、第2回の懇談会では、弁護士の立会いや弁護士・依頼者間秘匿特権などについて経済団体から要望がありました。今後の検討に当たっては、我が国のみならず、米国や欧州の制度や実務についても理解を深める必要がございます。

そこで、本日は、独占禁止法の事件で実際に企業の代理人を数多く務めておられる弁護士、欧米の実務に知見をお持ちの弁護士の方々にお越しいただき、公正取引委員会の行政調査手続に関する御意見を伺うことといたします。

本日お越しいただいた弁護士の方々3名を、御意見をお伺いする順に御紹介いたします。

日比谷総合法律事務所の多田敏明弁護士、アンダーソン・毛利・友常法律事務所のバシリ・ムシス弁護士、志田至朗法律事務所の志田至朗弁護士、この3名の弁護士にお越しいただいております。本日はどうぞよろしくお願いいたします。

本日の進め方ですが、まず、3名の弁護士の皆様からそれぞれ20分以内で御意見を伺って、その後、まとめて委員の御意見、御質問の時間をお取りしたいと存じます。

それでは、最初に、日比谷総合法律事務所の多田敏明弁護士から御意見を伺いたいと存じます。多田弁護士は、国内の独占禁止法審査事件で企業の代理人を数多く務めておられるほか、米国司法省による反トラスト法違反被疑事件の捜査対象企業やその従業員の代理人を務めた経験をお持ちと伺っております。

それでは、どうぞよろしくお願いいたします。

○多田弁護士 ただいま御紹介にあずかりました日比谷総合法律事務所の弁護士の多田と申します。

本日は20分という時間の中で、基本的に米国法を中心にお話を、その中でも弁護士の立会いと秘匿特権のところの話が中心ということで、かなり時間的には厳しいものがございまして、少し早口になることを御了解いただければと思います。また、私の個人的な意見を申し上げる時間は恐らくなく、紹介をするだけで終わってしまうと思いますので、もし可能であれば、後半の1時間の中で触れられる範囲で私の意見を述べさせていただければと思います。

では、まず最初に皆さんのお手元にあります「米国カルテル捜査概略図」で、御存じの方も多いかもしれませんが、米国のカルテル、とりわけ国際カルテル事件の捜査イメージを先に御説明した上で、弁護士立会いの話のほうに入っていきたいと思います。

こちらの図は、左から右に時系列で進んでいくようなイメージになります。一番左の捜査の端緒というところで、ここには書いてありませんが、いわゆるアムネ스티、日本では言えばリニエンシー制度に当たるようなものが大きな役割を果たしていることになります。こういった捜査の端緒を受けた上で、カルテル事件は司法省が担当するわけですが、司法省が補充調査を行う。その後、2つにケースが分かれまして、米国特有の起訴を行うに当たって大陪審から出されてくるサピーナという召喚令状が企業のほうに届く。被疑企業に対して、証拠物を出しなさいという書面が届くことになります。ほとんどの国際カルテル事件は、このサピーナと呼ばれるほうでまず証拠物の収集が行われることになりますが、まれではありますが、搜索差押令状ということでFBIが営業所に来て証拠物を直接押収していくタイプのものも、数は少ないですけども、ございます。

この搜索差押令状のほうは、Probable Causeということで、証拠が存在する相当な理由がある場合にだけ裁判所が発する令状をもって強制的に証拠物を押収していくことができるということになります。それに対してサピーナのほうは、こういう証拠物を提出しなさいという書面がぽんと届く形になりますので、何か直接的に物を持っていくわけではなくて、サピーナが届いた企業のほうで、言われた内容の書類を司法省に提出していくといった大きな違いがあります。

ただ、いずれにしても、まずは証拠物を手に入れた司法省が、その証拠物を検討した上で、時期はいろいろ異なりますし、また、どれだけの人数を事情聴取するかもいろいろあるのですが、その後、証拠物検討など、事情聴取が行われることが多いということになります。ただ、日本の独禁法の実務との比較で言うと、事情聴取の回数をはるかに少ないなという感じがします。日本の公正取引委員会の場合は1人の方が何回も呼び出されることがあるのですけれども、米国の場合には、そんなに1人の方が何度も何度もインタビューということは基本的にはないだろうというのは、経験から申し上げられることかなと思います。

こういった証拠物の検討、事情聴取を経た上で、その後、ここから先は企業の対応によって異なってくるのですが、まず企業のほうでももちろん社内調査を行いますので、その社内調査の結果、これは違反である、カルテルがあったといった場合には、その後、事情

聴取の隣の大きな枠のほうの司法取引申出ということで、司法取引について企業の代理人である弁護士と司法省の検察官との間で罰金額の交渉等が行われていくことになります。米国の場合は量刑ガイドラインというものがありますので、これに準拠しながら、あるいはこれを基礎としながら罰金額がどのくらいなのかを交渉していくことになります。

その過程の中で、最後、合意書の締結に至るまで一司法取引というぐらいですから最後は合意書が締結されるのですが一合意締結の前の段階で、これはあくまでも法人、会社と検察官との間の交渉になりますので、会社からカーブアウトされる人たち、個人の方たちがカーブアウトという形で除外される場面が登場します。このカーブアウトのイメージが（※）で下のほうに書いてあるのですが、図で言いますと、大きな楕円形のところが企業で、その企業の中の青い丸が従業員ないし役員というイメージで見た場合に、この従業員ないし役員の中からカルテルの関係で有責性の高い方たちは除外される。すなわち上の方たち、除外されなかった方たちは、会社との司法取引によって免責を受けることになります。すなわち会社が罰金を払うことで個人としての責任は問われないという形になるのですが、会社とパッケージで免責するには有責性が大き過ぎる方たちに関しては、カーブアウトということで下の3人のような形で除外されることになります。

ただ、カーブアウトされたからといっても必ず起訴されるわけではなくて、通常は会社との司法取引が先行することが手続上は多いものですから、その段階では会社とパッケージで免責するわけにはいきませんということで除外することになります。そこで先ほどの四角の③に戻るのですが、個人のカーブアウトがなされた後、個人としては、その後、個人として司法取引の交渉を続けていくのか、あるいはもう交渉は行わないで裁判に行く場合もあるでしょうし、とりわけ国際カルテルの場合は、日本企業であれば、カーブアウトされた個人が日本に居住していることもございます。そういう場合ですと、日本にまでは米国の刑事罰の主権は及びませんので、何も交渉しないで終わっていくこともございます。

最後、個人のカーブアウトがあった後、法人と検察官との間で合意書が締結されることになります。その後のところは略式起訴だったり正式起訴、形式は2つほどあるわけですが、どちらかになって、合意書に基づく刑事裁判が行われていくことになります。

ちなみに不起訴というものも一番下に書いておきましたけれども、事案によっては不起訴合意ということで、企業と検察官との間で不起訴に関する合意が結ばれることもあります。何で不起訴の合意を結ぶのかということですが、不起訴の合意をとることによって、検察官のほうとしては、証拠提出ですとか証人として協力するということを不起訴対象の企業から得ることもできますので、まれではありますけれども、事案によっては不起訴合意がされることもあります。

今の流れは司法取引が行われるほうの手続のお話ですけども、もちろん企業によっては、これはカルテルではないということで争う場合もあります。その場合には、証拠物の提出まではサピーナで義務づけられていますので、証拠物は提出する。しかし、その事情聴取の部分は任意の形になりますので、これには応じないという場面もありますし、戦うけれども一部の従業員に関しては事情聴取を行うということもあり得ます。ただ、通常の場合は、企業のほうが戦う姿勢を見せた場合は事情聴取等もしづらくなるということもありますので、下の矢印の線のすぐ上のところにある証人喚問という形で、大陪審のほうで

証人喚問が行われることになります。そこで尋問を行って、当局のほうとしては証拠を収集していく。その結果、起訴するのか不起訴になるのかということを大陪審も含めて決めていくことになります。

非常に大ざっぱな説明で申し訳ないのですが、米国のカルテル事件の捜査の手続は以上のようなものになります。ここで申し上げたいのは、カーブアウトという日本ではなじみの薄い実務があるということとして、正に法人と個人それぞれが刑事責任を負う立場にあるということなので、この後お話しします利害対立の問題が生じてくる。その結果、法人とカーブアウトされる可能性のある個人との間では代理人を同じくすることができない、代理人を分ける必要性が出てくることになります。

その上で、今のお話を前提に、「国際カルテル事件における米国司法省の捜査態様」という資料に入っていきたいと思います。パワーポイントなのですが、文字ばかりで申し訳ないのですが、かいつまんでお話しさせていただければと思います。

まず最初のページにありますのは、「役員・従業員個人の弁護士選任」ということでして、先ほど申し上げましたとおり、米国ではカルテル規制が刑事罰によって行われておりまして、かつ刑事罰の対象が企業だけではない、自然人も対象となる。当然、日本の場合でもそうですけれども、共犯事案というものは、通常、各共犯者ごとに潜在的に利害対立が生じ得ます。それぞれ個人で言いたいことがある、あるいは有責性の大きい小さいについてもいろいろ言いたいことがあるということです。もちろん利害が対立しない場合もあります。しかし、潜在的には対立する可能性があるということは御理解いただけるだろうと思います。

同じく法人と自然人双方が刑事罰の対象となるという意味では、カルテルに関与した役員・従業員と法人との間では利害対立が生じることになります。ただ、先ほどのカーブアウトのお話でありましたとおり、一部の方たちがカーブアウトされるということで、カルテルに関与された人全員が刑事罰の対象になるかというところ決してそういうわけではなくて、刑事罰の可能性はありますけれども、やはり有責性の高い方たちがカーブアウトされることになります。そういう意味では、時系列でいきますと、最初にサピーナが来て、社内調査を開始して、この人たちは経験上カーブアウトされる可能性が高い、あるいはその可能性が相当程度あるという方たちには、割と早い段階から個人の代理人、弁護士を会社とは別に付けてあげる、そのようなことが通常は行われているのではないかと思います。

ただ、カーブアウトの可能性ですとか利害対立の可能性を見極めることは必ずしも容易ではない場合もありますし、場合によっては司法省から、この従業員の方たちには個人の弁護士を別に付けてくれ、会社とは別の弁護士を付けてくれということで、そういった個人名がリストアップされて要請が来ることもございます。このような形で役員ないし従業員個人と会社の弁護士が分かれて付くことが、米国ではごく一般に行われています。

次のページになりますが、要は会社の代理人である弁護士と個人の代理人である弁護士との関係がどうかということです。

個人弁護士の選任パターンということですが、もちろん個人の方が自分で好きな弁護士を付けたいと言って、自分のつてで付けることもございます。ただ、これまでの私が経験してきた国際カルテルの事案では、大抵の場合は会社弁護士または会社の推薦・紹介によ

る選任が多いのかなということもあります。これは、一つはもちろん、国際カルテルや独禁法に詳しい先生に付いていただいたほうがいいということなので、そういった情報を持っているのが会社弁護士だったり会社のほうが多いということもございます。あわせて、潜在的な利害対立の可能性があるとはいえ、基本的には会社と個人とは協働して司法省の捜査に対応していくということもございますので、ある程度弁護士間での協働関係ができたほうがいいということもございますので、そういった意味でも会社弁護士の推薦・紹介が行われているということになります。

あわせて、会社と個人との間では、今日は余り詳しく触れる時間はないと思いますが、Joint Defense Agreement ということで共同で弁護を行っていく形の Agreement を結んで、本日の後半の話である弁護士秘匿特権を維持するための契約も結ばれていくことになります。

通常、米国のカルテル事件では会社が個人の弁護士の費用も負担することになっておりまして、3者契約になることが多いのかなと。費用を負担する会社と弁護のサービスを受ける個人と個人の弁護士、3者で契約を結ぶことが多いかと思います。

次のページは、当局による事情聴取が行われる場面ということですが、サピーナ型の場合は、関連文書を提出して、司法省でもある程度事案を分析した上で、捜査の中盤以降に事情聴取が行われることが多いのではないかなと思います。

あと、事情聴取とは全く別物として、先ほど申し上げました特に事案を争うような場合については大陪審における証人喚問も存在するというのですが、近年余り大陪審の証人喚問は多くないかなと思います。

もう一つ、サピーナ型とは別に搜索差押型事案があります。こちらは FBI が搜索差押をやるのですが、Drop-in Interview と俗に言われる搜索差押の当日の関係者への事情聴取をすることがあるということです。ただ、Drop-in Interview の場合は、別に逮捕拘留されているわけでも何でもなくて任意で聞くという形になりますので、いわゆる米国で言うミランダールール、逮捕拘留された者は事情聴取に当たって弁護士を付けることができるという法理が及ばないことになりますので、このところは事情聴取を受ける相手方が弁護士なしで応じるというのであれば事情聴取できることになりまし、供述人のほうが弁護士がいなければだめだというのであれば事情聴取は行わないことになるのだらうと思います。

日本の事情聴取との最大の相違ということですが、これは個人的な意見でしかありませんが、やはり供述調書を作るか作らないかということが非常に大きいと思います。米国の場合で、供述調書を作って、その供述にサインを求めるということは、私はいまだかつて経験したことがございません。もちろん事情聴取ですから、当局の方たちは丁寧にその発言内容をノートですとかメモにはきちんと取りますけれども、それは恐らく内部の報告書という形で上がるだけで、それがそのまま証拠として使われることは基本的にはないと思います。ですので、同じ事情聴取といっても、目的が事案の理解だけにとどまるのか、それを証拠化するところまで目的としているのかでは、大分様相が異なるということがいえるのではないかなと思います。

次のページ、「事情聴取と弁護士の立会い」ですが、先ほど申しましたとおり、Drop-in

Interview、搜索差押が行われた場合の当日の事情聴取は、弁護士の立会いが義務づけられているわけではない、あるいは権利としてあるわけではないといえますか、弁護士の立会いがなければ事情聴取ができないとなっているわけではないので、被聴取者が望めば弁護士の立会いは可能ですし、条件とすることも可能だけれども、任意の承諾があれば、弁護士なしでの事情聴取も可能だということになります。

搜索差押ではなくて通常のサピーナ型で行われるインタビューですが、こちらは基本的に弁護士が立ち会うのが通例となります。そのときに会社弁護士なのか、個人弁護士なのかということになるのですけれども、カーブアウトされる可能性の低い方たちは弁護士をわざわざ最初の段階で選任していないということも多々あります。また、司法省のほうも、今回の個人に関しては会社弁護士が立ち会うことでいいということで、会社弁護士の立会いが許されることもケースとしてはかなりございます。ですので、カーブアウトされる可能性の低い方たちの場合であれば、会社の弁護士が立ち会うことは十分あるということになります。

既に個人弁護士が選任されている場合には、当然その個人弁護士が立ち会うということですが、それに加えて更に会社弁護士が立ち会うことも、これは司法省がオーケーと言って立ち会うことができることもあるということになります。同時に、個人弁護士は立ち会ってもらってもいいけれども、会社弁護士は少し御遠慮願いたいという場合もございます。これは恐らくは、会社弁護士の立会いが被聴取者の率直な供述に対して何か影響があるのではないかと思われたときは、司法省の判断で、個人弁護士だけで会社弁護士は立会いを遠慮してくれということがあります。もちろんそのインタビューの間、個人弁護士ないしは個人弁護士が付いていなくて会社弁護士が付いているような場合に、被聴取者がちょっと相談したい、どう言うか考えたいという場合には、適宜休憩を取るなりして相談することもできるということになります。弁護士のほうとしては、刑事事件ですので、いわゆる自己負罪拒否特権がございしますので、そのアドバイスですとか、あるいは記憶喚起、質問趣旨説明とかの補佐を横で行うことになります。

あと、私は聞いたことがないのですけれども、弁護士が本当に行き過ぎた介入をして事情聴取を阻止するかなのような極めて例外的な場面では、場合によっては司法妨害という犯罪が成立する可能性はあるのかもしれませんが、そんなことがあったということは聞いたことがないので、そこまでの行き過ぎた介入は行われていないのだろうと想像します。

そこから先は「日本法との比較」というところがあるのですが、ここはちょっと時間との関係もありますので、先ほど申しましたとおり後半の1時間の中で触れる機会があれば是非触れさせていただきたいということで、次の秘匿特権のほうに話を移したいと思います。次の固まりの資料になります。

最初に「依頼人秘匿特権の概要①」ということで、何か成文法上明確な定義があるのかと言われますと、連邦証拠規則、Federal Rules of Evidence というものがありまして、その中の第 502 条に弁護士・依頼人間の秘密の交信に準拠法が与える保護ということで、定義としては非常に包括的な定義になっています。あわせて、同じ規則の中の第 1101 条には、実は連邦証拠規則は基本的に裁判の場面で、民事訴訟や刑事訴訟の訴訟の場面で作用するものなのですが、先ほどの大陪審のようなまだ訴訟が始まる前の起訴前の段階の手続

には、この証拠規則は及ばないことが通常なのですが、秘匿特権に関しては大陪審の場面でも特権が及ぶということで、広めの適用があるのだということが第 1101 条で明示されています。

では、定義は何かほかにはないのかということで、数年前に行われました独占禁止法基本問題懇談会の報告書の中では、弁護士に対して法的な助言を求めるに当たって、弁護士と依頼人との間のやり取りについては、証拠提出や開示手続での開示を拒否できる特権という定義がされています。

米国における法的根拠ということですが、先ほど申しましたとおり、連邦証拠規則にはその特権が存在することを前提にした規定はございますけれども、法的根拠というのは、むしろコモン・ローと呼ばれる慣習法時代から認められてきた特権ということが言えようかと思います。ただ、いわゆる Privilege と呼ばれるものは、必ずしも弁護士・依頼者間の問題だけではなくて、聖職者・悔悟者間の秘匿特権ですとか医者・患者間の秘匿特権ということで、様々な秘匿特権があります。成文化の動きもあったようなのですが、今のところ成文法にまでは至っていないということになります。

次のページは依頼人秘匿特権の要件ですが、これがなければ秘匿特権が及ばないという積極要件につきましては、まず、当然ですけれども、弁護士と依頼者との間のコミュニケーション、法的助言を得る目的でなされた交信、秘密として保持されている又は保持することを意図した交信、コミュニケーションなのだという①から③の3つがそろって秘匿特権が及ぶことになります。消極要件としては、④の秘匿特権を放棄していないということと、⑤の例外要件、犯罪詐欺行為的な部分での秘匿特権は生じないということになります。

趣旨としましては、弁護士として依頼人に対して的確、正確なアドバイスを行うためには、当然事実関係を詳細に知っておく必要がある。その場合に、弁護士に対して隠し立てすることなく持っている情報を全て提供する環境を保つためには、そこで行われた交信の中身が将来当局等も含めて開示されないということがないと、いずれ開示されてしまうものであれば、なかなか言いたいことも言えなくなってしまうということがございますので、そういったことがないように、そして、正確な事実関係の情報を伝えることで、的確な法的助言を通じて法遵守・正義の実現が行われるようにしようというのが秘匿特権の趣旨となります。

非常に似たようなことを日本の刑事訴訟法の接見交通権の裁判例で指摘したものがありますので、それは後で指摘したいと思います。

「依頼人秘匿特権の具体的範囲」ということで、このあたりからが重要になってくると思うのですが、私の印象からしますと、依頼人秘匿特権の範囲を必要以上に広く誤解して解釈されている方が多いのではないかと。その結果、審査にも大きな阻害要因になると思われる嫌いがあるのではないかなと勝手に邪推している部分がありますので、その点を中心にお話しできればと思います。

まず、弁護士・依頼人間での交信ということになりますので、カルテルを念頭に置いた場合に、カルテルの違反行為に関する物証が弁護士との間で交信されているということは考えにくいです。すなわち、例えば競争業者間でEメールで価格についての情報交換を行った場合に、その情報交換のEメールの宛先に弁護士が入っているということはほとんど

考えられないのではないかと思います。これは後でまた少し具体例を申し上げますけれども、そういう意味では、競争業者間の価格情報のEメールですとか、あるいはカルテル会議の議事録の宛名が弁護士になっているとか、そういったことは普通は常識で考えてないのではないかと思います。

あと、カルテル会議での会話・発言という、その会議の場に弁護士が同席するというのは、もちろん予防の観点から競争業者との会合に出てくれということはあるかもしれませんが、通常のいわゆるむき出しの naked cartel と呼ばれているようなもので、弁護士がその間に入って何かやっているということはほとんどないのではないかと思います。

あと、弁護士側の範囲ということですが、アソシエイトとかパラリーガル、秘書なんかも弁護士側のほうに入ります。

依頼人のほうは、通常、会社から依頼を受けた場合には会社が依頼人となりますので、その依頼人の範囲はどこまでなのかということについては、連邦最高裁判例で Control Group Test ということがあって、会社のコントロールが及んでいる人たちとの間では、弁護士との間の通信は秘匿の対象になるとされております。

次に、また具体的範囲ということですが、先ほど弁護士が交信の相手方になっていることは物証において考えにくいのではないかと申し上げましたが、もう一つの要件である法的助言取得目的というところからしてもこれは考えにくい。すなわち秘匿特権の対象は、依頼人が弁護士に対して法的助言を求める、その法的助言を求めることとカルテルの会合での発言だとかがおおよそ一致するということは考えにくいのではないかと思います。実際に弁護士に何か通信を行えば全てが認められる特権というわけではありませんで、ここに書いてありますように、弁護士が同席していたにすぎない取締役会議事録というのは、別に助言を求めているわけでも何でもないので秘匿の対象外です。あるいは単に経営状況を報告するために弁護士に送付したとか、友人としての弁護士との会話も、法的助言取得目的ではないということになります。

最後に挙げました参考文献の中にも載った裁判例ですが、弁護士が同僚弁護士に偽証を告白した、実は偽証してしまったのだということを同僚弁護士に告白した。ただ、同僚弁護士は友人として相談を受けたのだと、会話の内容はインフォーマルであったと、記録がない、あるいは助言を求めたわけではないということで、これも特権は否定されていることとなりますので、秘匿特権はかなり限定的に解釈されているところがございます。

すなわち、コモン・ローで認められてきたとはいえ、反面でこの秘匿特権が認められていることは真実発見に対しての一つの障害になり得るということですので、コモン・ローの中で既にこなれた要件がつくられてきているということが言えようかと思います。

次の具体的範囲③ですけれども、仮想事例として一つ私のほうで作った事例を挙げておきました。それはどういうものかといいますと、複数の競争事業者間の課長レベルで、将来の価格設定に関する情報交換を行っていた電子メールが 100 通発見された。100 通発見されたので、これは果たして価格カルテルなのか、単なる情報交換なのかということで、法務担当取締役が弁護士に価格カルテルの成否についての意見照会を行った、法的助言を求めたということになります。弁護士から、100 通全部見るのは大変だし、概要をまずつかみたいということで、100 通の電子メールを基に事実概要・時系列を作成してくれと依

頼された。法務担当の者は、この事実概要文と時系列表を作って、そこに 100 通の電子メールを添付して弁護士に送付した。

このときに秘匿特権がどこまで及ぶのかということですが、この 100 通の電子メールには及びません。相談をしたときに提出した書類に全て秘匿特権が生じるということとはございません。電子メールの交換が行われた段階で弁護士との間の通信でもありませんし、そこでの電子メールは別に法的助言を目的としたものでもないので、100 通の電子メールは秘匿特権の対象とはならない。ただし、弁護士の作成依頼に応じて 100 通の電子メールの要約ですとか時系列表、こちらは正に弁護士との間の交信ということになりますので、これは秘匿特権が及ぶことになります。ですので、弁護士との間で何か交信が行われれば何でもかんでも認められるわけではないのだということをまず御理解いただければと思います。

次の具体的範囲④ですが、先ほどの消極要件のうちの例外要件ですけれども、犯罪・詐欺行為の例外がございまして、犯罪行為、詐欺行為の実行のために法的助言を求める弁護士への相談内容は特権の対象外である。ですから、例えばカルテルという米国で言えば犯罪行為に当たるような会合に出ていて、この会合は大丈夫かとか何とかという話があった場合には、犯罪・詐欺行為に当たる可能性が出てくることになりますので、何か犯罪・詐欺行為を隠すために弁護士を介在させればそれで済むということでもないということになります。

あともう一つ、消極要件としては放棄ということがございまして、特権を主張する機会があったのに主張しなかった場合は放棄だとされています。これとの絡みで、近年、国際カルテルで企業側からいろいろ言われているのが、国際カルテル事件において公正取引委員会の提出命令・報告命令、間接強制ということでそれに応えてしまった結果 Privilege のところで放棄が生じてしまって、他国において秘匿特権を主張できなくなるのではないかなというようなことが懸念として訴えられています。ただ、間接強制なので任意の開示ではないということで、裁判所によっては放棄ではないのだという解釈を採ってくれる場合もあると思いますが、間接強制といっても最終的には同意の上で開示したことなのだから Privilege は放棄したと解釈される可能性もあるということで、ここは裁判所によって判断の分かれるところだろうと思います。

ちょっと長くなってきて申し訳ないのですが、「秘匿対象文書の選別」ということで、秘匿特権を認めたはいいけれども、どうやって文書を選別するのだということがあろうかと思います。米国の場合においては、まずサピーナの場合は、会社のほうで Privilege のある文書についてはよけて、それ以外のものを当局に提出する。ただ、提出に当たって、Privilege Log ということで、秘匿対象としてよけた文書の目録のようなものは提出することになります。

ワラントというのは搜索差押のほうですが、搜索差押の場合は FBI が文書をどんどん持って帰ってしまうということなので、会社のほうで選別することが困難となります。ただ、その場合にも、最近では電子データでの証拠が多いので、検索機能を使って弁護士の名前とかを入れることで弁護士との交信だということがよく分かるようなものについては、よけていくことが可能だとは思いますが。それから、紙ベースのデータについては、事件に関

与していない司法省の弁護士、司法省の検察官の方たちで構成される Filter Team というものがありまして、秘匿特権の対象だという主張があった場合には、この Filter Team のほうで秘匿特権に当たるのかどうかということが考えられる。

その次に「公取委内」と書きましたけれども、これは、要は公取委内でも別チームを作って、この Filter Team というものを作れば、日本においても実務的な対応が可能ではないかということを書こうとしたのですが、そこが最後に尻切れトンボになってしまった表現になっております。

もう私はこのぐらいでやめたいと思いますけれども、「日本への導入可能性」というところで是非検討していただきたいのは、過去の独禁法の違反事件を支えてきた証拠の中で、秘匿特権の対象となるものが本当にあったのだろうか。秘匿特権を認めてしまったら、過去のこの事件、この事件、この事件は違反行為としての立証が不可能であつたらうと、そういう弊害が本当に過去にあったのか。要は将来そういう弊害が起きる可能性があるのかということは、秘匿特権の対象をよく理解した上で検証する必要があるのではないかと。何でもかんでも秘匿対象になってしまって、審査や立証の妨害になるのではないかと。この危惧感だけで認める認めないを議論するのはおかしいことだろうと思いますので、どのような弊害が本当に起きるのかということは十分検討が必要なのではないかなと思います。

既にもう相当な時間を超過しておりますので、私のほうは一旦これで話を終わりにしたいと思います。

○宇賀座長 ありがとうございます。

では続いて、アンダーソン・毛利・友常法律事務所のバシリ・ムシス弁護士から御意見を伺いたいと存じます。ムシス弁護士は、欧州委員会での勤務経験がおりで、欧州競争法に詳しく、現在の所属事務所では、国際カルテル等で調査を受けている日本企業に対して欧州競争法に関する助言などを行っておられると伺っております。

それではどうぞ、よろしくお願いいたします。

○ムシス弁護士 ありがとうございます。私は、英国法弁護士、外国法事務弁護士、ムシスと申します。よろしくお願いいたします。

今日は、私は主に4つの問題点に関して話したいと思います。

まず、現行の公正取引委員会の行政調査手続についての問題点を4つ示したいのですが、課徴金の算定に関して、次はリニエンシープロセス、あとは防御権保護と公正取引委員会に関する法的審査の話をしたと思います。多田先生に比べると、私も欧州の実務と日本の実務を比較した上での意見だけになりますから、多田先生は丁寧で、大ざっぱとおっしゃったのですが、私も本当に大ざっぱとなります。よろしくお願いいたします。

まず、リニエンシー申請者に確保される予測可能性が高い、要は英語で言うとプレディクタビリティが非常に高いという理解でございます。課徴金を事前に算定することが容易であるため、リニエンシー申請に対するインセンティブを減少させてしまう。それは、一般的には法の執行において予測可能性は望ましいものとされるが、リニエンシーの分野においては、広い裁量を有する当局のほうが、実効的な執行を実現できることが国際的な経験によって示されている。特に欧州委員会、アメリカの司法省のほうは裁量が非常に大きいと思います。公正取引委員会の課徴金は法定されているため、公正取引委員会は課徴

金についての裁量が認められていない。

次の提案2のところは、欧州と比較したいと思います。

2番目、リニエンシーのプロセスにおいて申請の早さが過度に重視されており、提出される証拠の質及び量が重視されていない。それはちょっと大げさだと思いますけれども、一旦順位が確定すると、それを維持することが比較的容易である。それは私が個人的に国際的に預かっている案件の経験と、あとでもうちょっと補足します。

3番目の議論が、防御権の保護の不十分。それはちょっと多田先生も触れたと思いますけれども、弁護士に秘匿特権、インタビューに参加する権利は認められず、立入検査に参加する権利も限定されている。公式な口頭審理の機会がない。口頭審理は、特に私の比較主体は欧州委員会の口頭審理。もちろん私は外国法事務弁護士で、今まで公正取引委員会の立入検査には参加していないのですが、事務所の同僚あるいは他の日本の弁護士の方との議論に基づく私の理解では、公正取引委員会の検査は職員によって完全にコントロールされており、対象者に反論する権利はほとんど認められていない。特に弁護士がインタビューに参加することは認められず、弁護士と依頼者との間のコミュニケーションは弁護士の秘匿特権によって保護されていない。このため、日本の弁護士は依頼者へのアドバイスを保護する手段を考えなければならず、日本の企業は、秘匿特権が認められる国々の企業に比べ、不利な立場に置かれる可能性があります。また、日本の国外で発生した国際カルテル事案において日本の弁護士と証拠を共有することは、その証拠文書に対する秘匿特権を失うことになる可能性があるため、危険とされることになります。

4番目のテーマとして、公正取引委員会の決定に対する法的審査の不足。公正取引委員会の決定に対して争う例は、実際のところは極めて少ないという理解です。去年の12月だと思いますが、公正取引委員会の決定に対する不服手続に関する最近の改革は、この観点から歓迎されるものであります。

今度は、欧州の制度や実務との比較をしたいと思います。

それを同じく4つのテーマで並べたのですが、まず、欧州では、制裁金の金額を予測することは、欧州委員会に広い裁量が認められているため、はるかに困難である。それは実際に欧州委員会の制裁金のあるべきレベルの算定を依頼されることが多いが、実際のところ、制裁金の算定における変数の要素を算定することが困難であるため、非常に広い範囲を示すことしかできない場合が多い。実際、依頼者から質問を受けた場合、我々のアドバイスとして、レンジとして、低いレンジと高いレンジで多くの場合はほぼ倍ぐらいの金額になりますから、なぜそんなにレンジが広いのかと日本の依頼者は驚くと思います。実際、仕組みとして、欧州委員会はその裁量が、一つの意味は力だと思います。それは後でもうちょっと補足します。

リニエンシー申請者は、Statement of Objections と言われている異議告知書が発行されるまで、通常は調査開始から18~24か月後、リニエンシーを得ることの可否及びリニエンシーの金額を知ることができない。それも多分、日本の手続と非常に差がありまして、例えば今日リニエンシーを申請して、2年後まではリニエンシーを得られるかどうかも分からないし、制裁金のレベルも分かりません。日本の場合は、最初の対象が分かったら計算ですぐ分かります。それは2番目ですけれども、欧州においては、リニエンシー申請者

は欧州委の調査に対して、当該申請者が付加価値、英語で言う added value を提供することを欧州委に監視されるという極めて難しい課題に直面する。それも実際、付加価値と書かれているテストで非常に曖昧で、どのぐらい証拠を出すと、何の順位になるとリニエンスを得られるかが非常に分かりにくいし、異議告知書までは、アイデアはありますし、センスはありますけれども、多分2位か3位で確実ではない。

手続に関して、公正取引委員会の場合よりもはるかに長く時間がかかるが、防御権が十分に保護されており、各事案の最後には極めて詳細な決定がなされる。普通の場合は、欧州委員会の決定が出ると、この分厚さ、100 ページ、最近では 200 ページ、フットノートだけで 1,000 以上の決定が公表されている。時間は普通 4 年間ぐらいかかりますが、非常に細かい決定が出ます。欧州においては、秘匿特権は弁護士が支えることになる被告人の権利に由来しており、国内法、本質的に裁判所の法理論、Court jurisprudence とともに、The European Convention on Human Rights (ECHR) と言われている欧州人権条約の第 6 条の(8)の(c)に依拠している。また、EC は手続マニュアルを一般公開しており、その中には自己負罪禁止の条項や EC 職員が調査の中に有する権限とその権外を詳細に説明している調査説明書が含まれている。今日それを持ってきたのですけれども、manual of procedure と言われている 200 ページほどのものを。欧州委員会の職員、立入検査のときだけではなくて基本的なマニュアルの公表もされているし、それを全部詳しく書いているのです。欧州委員会のウェブサイトをご覧になると、立入検査のモデルケースとか、何を見ないといけない等が全部公表されている。あと explanatory note も、立入検査のときにどこまで話すかとか、何の権利があるかとかは全部公表されている。

もう一つ、多分今日の一番大事なところだと思いますが、極めて高いレベルの司法審査。司法審査は、裁判所の判決に一貫した言及を行う欧州委員会決定に対して直接に影響を与える。これは、欧州のシステムが現在のように発展したことの大きな理由の一つである。私は実際、3 年前から始まった案件で、欧州委員会、日本の公取委、各国の当局に触れている案件で、ある会社が立入検査の手続の3年間、欧州委員会の決定を欧州の裁判まで争ったのです。そこで争っていた点が欧州委員会の範囲、市場画定が多過ぎて曖昧過ぎると欧州の裁判で議論して、それで勝ったのです。結局、欧州委員会はそれを見て、市場画定を途中で変えました。つい最近決定が出ましたが、その裁判所の決定に従って市場画定が変わりました。それを一つの例として紹介したかったのです。

あとは、弁護士は欧州委員会の決定に対してしばしば上訴を行い、裁判所はこれらの決定に対して徹底的な分析を行う。これにより、欧州において高い権威を有する法理論、jurisprudence が形成されることになる。

欧州裁判所は、調査の合法性、インハウス弁護士の秘匿特権等に関するものを含め、ターゲットとなる企業の防御権に関する問題に対して判決を下すことをしばしば求められる。それはさっきの例ですが、欧州委員会の職員が一番怖いことは裁判所の判決です。それを非常に細かくフォローしているし、それを調査しながらも、いろいろ変更もあります。

今日のまとめとして、考えられる改善策。

日本の手続として、まず、行政手続を通じて真のリニエンス競争、要は race for leniency と言われるものを作り出す。それで、公正取引委員会は、リニエンス申請者が

リニエンシーの地位の獲得と維持のため真剣に努力するようにさせるべきである。これにより、欧州のように重い証明負担を課す法域において日本の企業がリニエンシーを得ることができるようになる。もちろん現在も、例えばある案件で、日本の公取委はリニエンシーをファックスですぐ申請できますが、今度、欧州とアメリカ、アメリカは特徴がいろいろありますけれども、個人責任とか多田先生の紹介がありましたが、欧州とかほかの国の付加価値が、証拠の負担が非常に高いから、例えば日本が2位になって欧州委員会で全くリニエンシーが取れない一つの理由は、証拠のレベルと負担の重さに差があります。もし日本の公取委もリニエンシーの本当の申請、ファックスの申請よりはリニエンシーレースが行われ、欧州みたいに公取委の裁量が広がったら、それが有効かと思います。

公正取引委員会には、自らが受け取る証拠の時期と質に基づいて認めるリニエンシーの順位の決定について、また、課徴金のレベルの決定について、より大きな裁量が認められるべきであることはさっき紹介したのですね。これにより、公正取引委員会に対して、最善の協力をした企業の方が大きな課徴金の減少を享受できるようになる。

3番目は、防御権を強化する。公正取引委員会が弁護士に秘匿特権を認め、立入検査の際、弁護士が依頼者に送った文書を使用することができないようにすることが考えられる。弁護士にインタビューへの参加を認めることは防御権の強化に大きく貢献する。また、更なる措置として公正取引委員会の手続の透明性を向上させることが考えられる。これは欧州と同様、公正取引委員会が不意打ちの検査を行う際に適用されるルールを公開することによって実現できる。さっき紹介したマニュアル、ここまで分厚いか分かりませんが、公正取引委員会の使っているマニュアルを開示したら、その透明性が上がると思います。

最後は、司法審査のレベルを向上させる。上訴システムの改革は歓迎されるが、その実施が極めて重要となります。これから2015年までには実施されないといけないと思いますが、実際、専門裁判官があれば、ずっとそういう案件が、預かっている裁判官に高いレベルの知識があって、それがよろしいと思います。

今日はこれでお終わりにします。

○宇賀座長 ありがとうございました。

では最後に、志田至朗法律事務所の志田至朗弁護士から御意見を伺いたいと存じます。志田弁護士は、検察官出身で3年半ほど公正取引委員会の事務局付検事をされた経験をお持ちで、検察官を退官された後は弁護士として20年近く、国内の独占禁止法審査事件で企業の代理人を数多く務めておられると伺っております。

それでは、どうぞよろしくお願いいたします。

○志田弁護士 今、御紹介いただいた志田でございます。よろしくお願い申し上げます。

お2人の先生方に比べますと、私ののは非常に泥臭いといいますが、かなり現実的なお話、御報告になるかと思うのですが、とりあえず私がこれまでの経験等に基づいて感じたこと等をお話ししたいと思います。

まず最初に、恐縮ですが、お手元に配らせていただいた私の名前の簡単なペーパーを御覧いただければと思います。これはもう皆さん、ほとんど御案内のことだと思うのですが、まずこのペーパーの1枚目に、今回、事情聴取等についての議論ということです

ので、法的根拠はどのような決まりになっているか、本当のおさらいで整理をしました。

まず第一に、事情聴取の根拠法令としては、審査規則の中にその具体的な聴取の方法等が書いてあるわけですが、いわゆる虚偽陳述あるいは陳述拒否等に対する制裁を伴う審尋という場合の調書については審査規則の第 11 条に規定があって、審尋したときには調書を作成し、読み聞かせ、閲覧させて、変更の申立てがあれば記載しなければならない。誤りのないことを申し立てたときは、署名押印することを求めることができるとなっております。

そして、恐らく議論の中心になるであろういわゆる任意の供述については、審査規則の第 13 条に規定があります。これは、委員会の職員は、関係人、参考人が任意に供述した場合において、必要があると認めるときは、録取した供述調書を作成する。前の規定を準用しますので、閲覧または読み聞かせを行い、追加訂正の申立てがあればそれを記載し、間違いがないと本人が言うときには署名を求めて押印してもらう、このようにして作成することになっています。

ただし、この規則第 13 条の任意の供述調書手続については、ここにちょっと書いておいたのですが、平成 13 年 12 月 26 日付の審査及び審判に関する規則によってこの規定が設けられるまで、公正取引委員会の関係規則において一切規定がございました。もちろん平成 13 年以前に行われた事件審査において、任意の事情聴取、そして供述調書の作成は当然のように行われていたのですけれども、法的根拠は、とりあえず明文では定められていなかった。そのような状況がありましたので、この 2 枚目の(2)で書かせていただいたように、それまでも法の趣旨から、任意の審査手続により事件の処理を行うことは可能であると理解されていたけれども、実際に立入検査などの処分を行った事件において事情聴取を行う場合、大半は審尋ではなくて任意の事情聴取で行われていたが、それについての規定がない。これはきちんと作っておかねばいかぬということで設けられたものと、当時の担当者から解説がなされております。

一方で、そういう形で事情聴取自体が行われ、供述調書が作成されていくわけですが、公正取引委員会における排除措置命令、課徴金納付命令等の行政処分は根本的にどういう考え方になっているか。私の理解ですけれども、排除措置命令の場合を例に取りますと、独占禁止法第 49 条では排除措置命令についての規定があって、アンダーラインを引いたところ、公正取引委員会の認定した事実及びこれに対する法令の適用を示して排除措置命令を行うとなっております。さらに、その点についての審査規則を見ますと、排除措置命令前には御案内のとおり事前通知がございます。事前通知の段階でも、委員会の認定した事実を通知し、それに対して通知を受けた者が意見を述べ、証拠を提出する機会が与えられるという建付けになっております。そして、排除措置命令前の説明においては、つまり、事前通知がなされる、それについて説明を求めることができますが、そのときには、アンダーラインを引いたとおり、委員会の認定した事実を基礎づけるために必要な証拠について説明をするとなっております。

したがって、私の理解といたしましては、公正取引委員会が行う行政処分、排除措置命令、課徴金納付命令はすべからず委員会が認定した事実を前提にして行われる。その認定がどうやって行われるかといえ、審査官等において収集した証拠によって事実が認定さ

れ、それに基づいて法が適用されると、当たり前のことですが、こういう前提になっていると理解しております。

その処分に至るまでの過程における証拠収集の方法はどういうものがあるか、お手元の3ページの第3のところでごく簡単に表にしました。

法第47条に定める間接強制の権限としては、第1号が出頭命令及び審尋、これはワンセットです。要するに、出頭命令を出して、来てくださいと、そこで話を聞いて、不当に陳述を拒否したり虚偽陳述すれば罰金の制裁がありますよという上で作成されるのが審尋。けれども、そこまでの強制権限ではなくて任意に、聞きたいのですけれどもいいですか、はい結構です、では話を聞きますよ、聞いた結果、調書にしますね、これで間違いないですか、はいいいですよと、これで行われるのが事情聴取ということになります。

同様に、第47条第1項では報告命令というものが規定されておりまして、これも虚偽報告等をすれば罰則がありますが、通常、これは関係人等に対しては報告命令がなされますが、例えば発注者側であるとか、あるいは違反行為者ではない同業者等その他の関係者に対しては報告依頼という形で同様の内容のデータを求める、これが通常のパターンではないかと思えます。

物（ブツ）については、提出命令ということで、これを出してください、出さなければ罰則がありますよという形のものに対して、例えば会社のほうから、こういうものがありますか、こういう書類がありますよ、では、これを出してとって任意提出で取るという形があり得る。

第4号は立入り及び検査ということで、一般的に報道される立入検査ですが、これはさすがに任意の手続きはないというような対比になります。

このようにいろいろな証拠収集の方法がある中で、済みません、今日私は一体どの立場で話をするのかなというところがあるので、本来は公正取引委員会が説明すべきことかもしれませんが、そういう部分は、私がいたときの経験と、それからあと、独禁法回りの事件を受けているときの経験を踏まえて、こういうことではないかという観点でお話ししているということで御理解ください。

一方で、例えば不当な取引制限があったとして排除措置命令が出される。そのときには事実を前提として出されるわけで、例えばどういう事実を公取委は認定する必要があるのでしょうか。これを条文等に則して要件事実で考えますと、不当な取引制限、つまりカルテル、談合を例に取りますと、まず違反事業者の事業者性は立証しなければならない。次に、共同行為がなされたことが必要。共同行為というのは、専門家の先生がいっぱいいらっしゃいますので、私がここに書いてあるのが学問的に正しいなどとは全く思いません。実務的な整理ですが、いわゆる意思の連絡があったかどうか、その行為によって事業活動の相互拘束が生じているのかどうか、そして、さらに、当該共同行為によって一定の取引分野において競争が実質的に制限されたかと、条文に則して言えばこういうことであろうと思えます。

これを具体的に、より実務的な感覚で落としてみるとどうなるか。まず一つは、例えば価格カルテル等が行われるに当たっては、その行為における市場状況等の周辺事実をどうしても認定する必要があると一般的にあると思えます。例えば関係人、つまり違反行為者の事業

内容はどのようなものですかと。実際に合意の対象、カルテルの対象となったのはどういう商品であって、その商品はどういう商流で流れていくのかと、ここが特定できなければ、例えばどの段階についての価格拘束をしたのかということもなかなか決められないことになります。

さらに、めくっていただきまして、対象市場における関係人の地位。簡単に言えば、当該カルテルに参加した者が市場における市場支配力を行使し得る立場にあったかどうかと。シェアであるとかアウトサイダーの行動とかいろいろあると思いますが、そういう点についても当然事実を認定しておかなければならない。さらに、カルテル、談合を例に取りますと、当該合意こそが違反行為である、あるいは合意の存在が違反行為だと一般的に考えられているわけですから、違反行為に至る経緯はどのようなものであったか。そして、当該合意はどういう状況で行われたか、あるいは受注調整等の事案は通常このような合意のもとに、かくかくしかじか、その合意に基づく行為をやってきたと。こういう事実認定になっていますから、何よりも大事なものは当該合意、いわゆる基本ルールが存在しているということを、当然公取委は認定しなければならない、ということになります。

さらに、その合意が具体的にどのように実施されたかと。一つは、合意内容の実現に向けて実際にどう行動したかという点が問題になります。これは結果として価格が上がったか、あるいは談合ルールどおりに受注できたかの問題だけではなく、その合意に沿った実現を目指した行動がなされたかどうか、これが一つのポイントになるし、さらに、結果としてどうなったかと、これも恐らく必要なことであろうと思います。

このように考えていきますと、3、4、5というところ、1行ずつしか書いていなくて申し訳ないのですが、以下ちょっと私の感じているところを申し上げさせていただきたいと思います。

まず、行政命令、処分の前提として認定すべき事実について、先ほどお話をしましたような証拠収集方法でどの程度その認定ができるか。これも本当に千差万別だと思いますので、ケース・バイ・ケースです。いろいろな事件において、どの程度いわゆる物があるかにも左右されますが、ごく単純に図式的に考えますと、例えば実務のほうの関係でこのようなことが必要ではないかとお話ししたこととの対比で申し上げていきますと、ペーパーの3ページから4ページにかけてのところですが、恐らく事業者性は別に事情聴取しなくても何とかするのではないかと。ところが、共同行為、意思の連絡の存在であるとか事業活動の相互拘束というのはどうやって立証するのだと。例えば排除命令における一般的な認定事実というような関係人の事業内容、対象となる商品、役務、商流等、あるいは関係人の地位等、これは報告命令等でもやることはできるのかもしれない。けれども、それ以外の事柄についてどのような立証方法があり得るのかなということを考えてみますと、例えばペーパーの4ページ目の(二)の違反行為に係る事実というところで申しますと、最も中核的な立証事項である合意ということについて、一般的には合意が形成された状況を立証するか、あるいは合意が存在していることを立証するかということになります。

合意が形成された状況というのは、通常は、いつ、どこで、どういう人が、どういう会合で、どういう話がなされて、それはどのような具体的な中身だったかということになる。それについて、例えば会合の出席者は誰か、日時はいつだったか、あるいは断片的なメモ

があったとして、ここからは私の想像ですが、検察官をやっていた経験で申し上げますと、恐らくそのメモなり物に話をしてもらわなければ、具体的な状況はなかなか当該物だけでは決まらないのではないかと。何月何日にこの人が出席していて、それがみんな同業者だから、そこに例えば5%と書いてあったから、では、5%値上げの合意があったと、すんなりそう簡単に事実認定できるのであるかと。ごく単純な例ですよ。そのような事柄があるから、恐らく何よりも大事なものは話合いの発言内容であり、そのときにどういう議論がなされたかであり、そこは事情聴取でないとどうにも補充ができないというふうに公取委の実務では比重がかかっているところがあるのではないかと想像します。

さらに、受注調整の場合のキーの要件事実である合意の存在ということになると、正直言って、受注調整の事案で最近ルールができたなどというのはめったにないわけでございまして、昔からずっと続いている。その中で時々で変更があったりバリエーションが出たりする、それをうまく捉えられればいいかもしれないけれども、ルールブックがあるなどというケースは私は今まで僅かしか経験したことがありません。それは最終的には警告で終わった事案でしたが、いろいろな事情があったのでしょうか。通常、ルールブックなんてそんな簡単にはないのではないかと。そうすると、合意の存在をどうやって立証するか。これは本人にしゃべってもらうしかないよねと公正取引委員会として考えることはあるかもしれないと思います。

さらに、その合意内容は、何よりも行為の共同性、すなわち意思の連絡や事業活動の相互拘束というキーになる要件事実を、ある意味で反対側から最も強く裏づけるものではないかと。

そうやってきたときに、例えば一般的に会合へ出ましたと。供述内容は、いろいろな否認の仕方があると思うのです。会合はありましたが行っていない。次に、行きました、しかし、途中で退席しました。あるいは、いました、内容を聞いてはいましたが、うちの会社と関係ないからほとんど聞いていません。あるいは、話も聞いていたけれども、それを踏まえた上で、皆さん自分の判断でやりましょうねということになったので相互拘束性のある合意はしていませんと、いろいろなパターンがあり得る。そのときに共同性や相互拘束をどうやって立証するか。

さらに、合意というものは、現実には、これは最高裁の多摩談合の事件もありますが、一定の取引分野をどうやって画定するか、あるいは課徴金の算定の基礎となる商品範囲をどうやって画定するか、そこについて現実に価格カルテルや入札談合では、おそらく実務的にはその合意の内容によって判断するということの比重が非常に高いのではないかと。実施状況一つをとってみても、現実取引先と合意に基づきどう交渉したのか、入札談合のケースであれば、その合意に基づいて個別案件ごとにどうやりとりをしたのかと。ここの辺についていろいろと事実を認定していくには、どうしても事情聴取に比重がかかってざるを得ないのだというのが公取委の実務ではなかろうかと個人的には想像いたします。

更に言えば、意思の連絡とか共同行為、これ自体は正に主観的要素そのものでございまして、一般的な刑事の事実認定においても、非常に卑近な話になってしまいますが、殺意であるとか贓物罪の贓物性の認識、あるいは賄賂性の認識とか、ここの辺をどうやって立証し事実認定するかというのはかなり大きな問題だろうと一般的には思います。

以上のような状況から、やはり供述調書の作成が実務において相当大的な比重を持っているのではないかと個人的にも実感をしております。担当者が何度も呼ばれることは決して珍しくはございません。

そのような中で、立証上かなり供述調書の作成が大きい比率を持っているということになりますと、調べる側は、事前にリニエンシー等があり、そういうケースが昨今非常に多いと思います。その上で、調査のために必要があつて立入検査に入るわけですから、強制力を使う以上、それなりに事件としての見通しを普通は当然持っているだろう。すなわち簡単に言えば、審査官側は通常、事件審査に当たって一定程度事件についての輪郭、構図、想定、見通しを持っているはずでありますし、恐らくそれがなしに審査があるということはないのではないかと。ですから、その見通しに沿ってちゃんと話をしてくださいというのは、言わば必然的に審査の事情聴取では出てくることだろうと思います。

けれども、一方で、ともすればそれが無理な調べにつながることはないのかという問題意識は常にあり得る。そして、逆にこれまでの私の、例えば検察官の経験からいけば、いわゆる不利益事実を承認したものにどうして証拠価値が高いと一般的に認められるか、それは言いたくないことを言っているからです。言いたくないことは普通言いませんでしょう。それを、任意の事情聴取の状況は特に認められないがしゃべったということは、本人がそれについて言いたくないことを言っている、つまり、これは自白としての信用性が高いなという考え方があるからだろうと思います。

一方で、審査側がある程度の見通し、構図を持っているから、押し付けだの誘導だのということに走る危険性は恐らく否定できない。けれども、一方で、本人があえて不利益を認めて、こういうことがありましたという供述があつたときにそれをどう評価するか。そして、一度それが取られたからといって、それは会社の中の立場であるとかいろいろなものをおもんばかって無理に取られたということだってあるでしょう。否認にはいろいろな背景、動機があります。ですから、私は、供述の録取の必要性があるという前提に立つとすれば、問題はその信用性、そして任意性をどうやって確保するか。一番大事なことは、事情聴取の過程においておかしいことがないということはどう担保するのかと、恐らくそこが一つの問題ではないか。

それについては、先ほどの川出先生のお話もあつたのですが、刑事事件とは言いませんけれども、いわゆる事実に基づいて不利益処分を課するという行政手続は、日本国内ではかにも証券取引等監視委員会とか、刑事事件も含めて多数あると思います。そういうところとの関係で、不利益処分一般の前提事実の問題として、この手続の在り方は整合性をもって検討され、考えていかれるべき必要性は非常に高いのではないかと、我が国の法制度としてどう考えるかという観点からの検討が必要ではないかと個人的には思っております。

もう一つは、4に書いたのですが、事実認定に必要な立証のレベルと供述調書の位置づけということで、非常に立証レベルが高く求められれば求められるほど、恐らく供述調書の必要性、そして審査における重要性の比重は高まることにならざるを得ないのではないかと。そのところをどんと下げることになる、どうやって立証することになるのか。ある程度、今まで行ってきたもの、要は精密司法かラフ・ジャスティスかというような議論になってきて、逆に昨今比較的多いように思つて、私自身もそういう事件で、徹底的に今、

審判事件で争っているものを持っているのですけれども、事前に意見交換の機会があり、事後の行動が一致していれば価格カルテルがあったと見てよいということだけで、仮にそれが立証の大原則のような形で、ある意味、処分のハードルが低くなって出されるような形になり、あとは裁判所ということになると、それは結局、当該制度に対する国民全体の信頼、あるいは、私は最終的に一番必要なのは当該処分を受ける企業の納得感だと思っておりますので、そこをどうやって確保するかという観点から、審査の在り方もいろいろと検討される必要があるのではないかと考えております。

ちょっと時間を超過しましたが、非常に大ざっぱな話で申し訳ありません。

○宇賀座長 ありがとうございます。

前回の懇談会において海外の制度や実務についての御質問も出ておりました。また、前回の御議論については、本日お越しの弁護士の方々にもお伝えいただいていると聞いておりますので、そういった点も含めて、この機会にお聞きいただければと思います。

それでは、今伺いました御意見に関しまして、委員の皆様から御意見、御質問をお願いいたします。

中川委員、どうぞ。

○中川委員 最後に志田先生がおっしゃったことは公取委からもよく伺うことなのですから、供述調書、つまり結局証言が一番重要だという話を聞きます。

アメリカとEUに関して御質問なのですが、先ほどアメリカの刑事手続の御紹介でしたが、一応日本の公取委の行政手続も含めて御質問したいのです。FTC ないしは司法省で、先ほどインタビューは証拠能力がないというか、それを使うことはないとおっしゃったような気がするのです。基本的に物証でいくという感じに見えた絵だったので、他方、志田先生が、結局は証言といいますか、言葉がなければどうしようもないとおっしゃいました。そのあたりはアメリカではどうなっているのか。インタビューは任意ということでしたけれども、任意で答えたくないと言った場合に強制的な、日本で言う審尋に当たるようなもの、出頭命令のようなものがあって、それは必ず弁護士を付ける、ミランダールールが適用されるというような話なのかどうかをお伺いしたいと思います。

ムシス先生には、防御権が非常に重要だということでありましたけれども、EUの独禁法違反調査に関して、強制的に出頭させて、あるいは行政が自ら行ってもいいのですが、質問に答えなさいというような制度はないのか、インタビューというのは全て任意なのか、それでどうやって違反の立証ができるのかというところが不思議なのですから、そのあたりをお伺いしたいと思います。

○多田弁護士 では、多田のほうから、分かる範囲でということになるのですが、まず米国の場合、とりわけ私が経験している国際カルテル事件では、司法取引のほうに流れるケースが多いということになりますので、事情聴取でもある程度説明はすることになります。最終的には、そここのところは社内の調査の結果もどうも合意があったようだというケースであれば、それを前提に最後、司法省との間で罰金額の交渉をした上で決着ということが数としては非常に多いのだろーと思います。

他方で、争う事案の場合には、最終的には大陪審での証人喚問ということで、そこで証言を求めていく。もちろん宣誓もさせることになると思います。さらには、そこまでいっ

た段階で起訴になった後、裁判になったときには、米国の場合は免責合意ということもあり得ます。すなわち刑事責任を負う可能性がある限りは自己負罪拒否特権があるので証言しなくていい、発言しなくていいことになるのですが、逆に言うと、刑事責任を負わないのであれば自己負罪拒否特権がなくなります。免責合意をとった瞬間、自己負罪拒否特権がなくなることになりますので、宣誓もした上で、逆に証言義務が出てくる。そこで嘘をつけば、偽証罪が非常に厳しい国でもありますので、そういった形で証言を獲得することで争う事案については立証していくことになるのだらうと思います。

○ムシス弁護士 欧州のレベルは、おっしゃるとおり全て任意になりますが、私のプレゼンテーションの中で紹介した付加価値、リニエンシーの付加価値の負担が重くて、それを取るために弁護士が一生懸命インタビューをさせる。そういうインタビューは、フィルタリングと言われるかどうかは、アメリカと違って個人の責任がなくて会社の責任になりますから、大事な情報はコーポレートステートメント、会社のステートメントの中にインタビューの大事な部分を入れるから、それも公正取引委員会と差があります。

○宇賀座長 中川委員、よろしいですか。

○中川委員 ということは、こう理解してよろしいのでしょうか。アメリカやEUだと、司法取引とかリニエンシーという仕組みを通して、事実上できるだけ供述を引き出せるような制度がそもそもあるのに対して、日本の場合は、先ほど志田先生から御紹介があったように、供述だけでとにかく立証するしかないのだと。そういうふうに制度の仕組みが基本的にアメリカやEUと日本との間で違うのかなと思ったのです。なので、日本の場合には、供述調書ないしは審尋の場合に弁護士立会権が必要かどうかということが言わば独立で問題になるのですけれども、アメリカあるいはEUの場合は、それはもう取引する中でやってしまっただけで、それがなかったら、大陪審の召喚状がありましたけれども、そこで正式な手続としてやっていくだけだと。事前の調査の段階で、つまり大陪審の召喚状が来る前の段階の調査でどうしようかということを私たちは今議論しているわけなのですけれども、そこはどうも他の国では取引の中でうまく処理できていると理解したのです。正しい理解かどうかは分かりませんが。

○多田弁護士 多田ですけれども、もちろん一つは立証のレベルという問題もあるのかもしれない。私の感触としては、公正取引委員会としては当然のことなのかもしれないけれども、例えば5社間のカルテルであれば、5社の従業員全員から供述調書を取ろうというところがあります。もちろんそれでないと安心できないということなのかもしれません。ただ、米国の場合、本当に5社いたら5社とも全部取らなければいけないのかと。極端な話、1社からかなり有力な証拠が得られるということもあるでしょうし、アメリカの場合は刑事手続なので、いわゆる盗聴もあり得る、おとり捜査もあり得るという世界ですので、そういった形で物証を確保する用意があるということも背景にはあるかもしれません。

ですので、単純に司法取引だけが理由で供述が要らなくなっているのかどうかというのは直ちに何とも言えないところはあるのですが、リニエンシーということであれば、日本にもカルテルについてはあるということになりますので、その絡みでどこまで供述についての防御権が図られるべきかということは、また考える必要があるかなと思います。

○宇賀座長 では、榊原委員、どうぞ。

○榊原委員 順番にお聞きしたいのですけれども、まず多田先生ですが、今の関係で、弁護士の立会いなどがあるとなかなか立証不可能だということとか、先ほども秘匿特権があると立証不可能だった例が具体的にあるのかということです。アメリカでは、弁護士が立ち会っていても、ある程度、少ないにしても、供述を取ったりということもなくはないということだったのですけれども、その点はどうお考えかということ。

それから、今日のお話には出ていなかったかもしれませんが、前回、経済界の大企業、中小企業、外資系の企業の団体の方々が証拠の開示を皆さんそろって求めておられるので、その点について必要だとお考えかどうかということです。

それと、質問が多くて申し訳ないのですけれども、この議論は以前の独占禁止法基本問題懇談会でも議論されていたように思うのですが、報告書などを見ると、立会いとか秘匿特権あたりが導入されなかった理由として、他の行政手続で認められていないとか、外国の法律を導入するときには一部だけ導入するのは不適當であるとか、秘匿特権については多田先生は詳しく御説明いただいたのですけれども、判例の累積がないことがだめだということが理由に書かれていたりするのです。要件化をアメリカなんかで相当詳しくされていて、それは日本に合った成文化ができないものなのかとか、そういったことも教えていただけないかなと思います。

あと、自己負罪拒否特権などの話が出ていましたけれども、ここの議論の射程として、基本的には行政手続ということですが、刑事への可能性に関連して、それはアメリカが刑事だから必要だということなのか、あとは、ファイヤーウォールみたいなものが公取委の中にあるのかどうか。行政手続で取ったものが将来刑事になる可能性という関係で使われたりする可能性がないのかということもお聞きしたいと思います。

あと、ムシス先生がマニュアルについて御指摘をされていたのですけれども、これは私は第1回に、公取委の立入りとか取調べに関してまちまちのようなので、マニュアルのようなものがあるのではないですかという御質問をしていたと思うのです。その時点では公取委からは回答がなかったと思いますので、後日でも結構ですけれども、マニュアルの有無と、あるのであれば透明化ということで開示をいただけないかなという願いをしておきたいと思います。

志田先生に関しましては、どういう立場で話していいかという御発言もありましたけれども、聞いていますと、検察官とか公取委の立場でお話しされているようにどうも聞こえてしまいました。私は、3月3日にカリフォルニア州の弁護士会と東弁がジョイントセミナーをされていたのですけれども、そこでアメリカの弁護士、日本の弁護士の多くの方が、やはり秘匿特権は必要だというような御意見があったりとか、あとは、前回の独占禁止法基本問題懇談会のパブコメですね。今手元に持っていて、昨日の夜ちょっと読んでいたのですけれども、独禁法の専門家の集団である競争法フォーラムだとか日弁連などの意見、あと、個別のいろいろな弁護士の方が、秘匿特権とか弁護士立会い、証拠開示、このあたりはほぼ一貫して求められているので、日本の弁護士の多数意見はそういう意見なのではないのかなということもお聞きしておきたいと思います。

○多田弁護士 多田ですけれども、済みません、一番最初の米国で立会いが云々という質

問のところをもう一回、申し訳ございません。

○**榊原委員** 立会いがあると供述が取れないとか立証に支障がありますかということ。あと、秘匿特権、日本についても具体的にそういう事件があったかという御指摘だったので、その点について伺います。

○**多田弁護士** 立会いのところで申し上げますと、米国の場合、会社の代理人が参加するのはやめてくれないと言われることがある。その場合には、司法省の懸念としては、弁護士がお目つけ役といいますか、会社側の監視役で来ているのではないかと従業員ないしは役員の方が受け止めてしまって、司法省に対して率直に供述してくれなくなるのではないかという懸念を持った場合に、そういうことを言うことがあるということです。事案によっては、自分は全て何もかも本当のことを言いたいだけでも、企業の代理人が付いていると言えないということがあるのかどうかというところは、もちろん検討していかなければならない問題ですし、前の独占禁止法基本問題懇談会でも萎縮効果と言っているのはその部分なのだろうと思いますので、果たして本当にそういうことがあるのかどうかというところだろうと思います。

それからあと、証拠開示の点ですが、今回、私は基本的に立会いの問題と秘匿特権のところを中心ということだったので触れていませんでしたけれども、それこそ他法との整合性ということと言えますと、刑事訴訟法のほうでも証拠開示は一定の場合に認められる。全面開示は現実的かという問題がありますので、私も必ずしも全部見せてもらって、それを全部調べるのだけでも物すごく大変になってしまうので、現実的ではないだろうと思いますが、刑事訴訟のほうで争う事件の中で、検察のほうから一定の証拠を出すという仕組みが既に出来上がっていますので、同じような限定的な証拠開示ということはあっていいだろうと思います。立入検査の当日、あらゆるものを持っていかれてしまって、企業にとっての有利な証拠も出てこないことになってしまいますので、そこはやはり何らかの手当てが、刑事訴訟法を見習いながらできるのだろうと思います。

あと、立会いとか秘匿特権は、特に秘匿特権のところは判例の積み重ねがないですとか、あるいは他の法令との整合性での立会いということなのですが、ただ、それを言っていたらいつまでたっても入らないということです。よくみんなから言われるのは、公正取引委員会はリニエンシーを入れたよね、リニエンシーという制度はほかの法律にあったのですか、でも、ちゃんと入りましたよねということもあります。それからあと、両罰規定も、たしか個人と法人とでの切り離しということも独禁法が先陣を切って行われた。さらには、つい最近では、刑事事件になった後、刑罰の罰金の半額を課徴金から減らすというようなこと、これも他の法律ではまずなかった。やはりその法律、その法律で必要なことをどんどん入れていくということはやっているわけですから、必要と思われるものがあるのであれば、入れるということは十分あり得るだろうと。

あと、最後の自己負罪拒否特権のところですが、歴史的な経緯からすると、純粋な行政手続で自己負罪拒否特権まで認められるのかというのはなかなか難しいところかなと思います。ただし、独禁法の場合は何かあったときに犯則調査のほうに切り替わってしまうということがあるので、確かにファイヤーウォールがきちんと敷かれていなければいけないということは御指摘のとおりです。ここのところは、私どもは中にいる人間ではない、公

正取引委員会の中に入ったことは全くないので、どれだけしっかりファイヤーウォールが敷かれているのかというのは発表されていることを信用するしかないので、ファイヤーウォールは敷かれているということだろうと思います。実際、犯則調査に切り替わった段階では、行政手続の段階で取った供述調書を使うことはなくて、やはり一番最初から取り直していますね。犯則に移ったときに調書を一から取り直すということはしていますので、行政調査で作られた供述調書をてこにして何かしているということではないだろうと思います。

○ムシス弁護士 済みません、私も質問の確認ですが、マニュアルに関して公正取引委員会にあるかどうかの質問だったのですか。それは多分、私が知っている限りはないと思います。欧州は昔からそれがずっとあったけれども、開示されたのは2012年3月からです。裁判でも争って、いろいろプレッシャーをかけて、防御権で結局全部開示されたのです。

○多田弁護士 ちなみにマニュアルのほうですけれども、米国も反トラスト法は、この分厚いものがウェブで公開されています。

○志田弁護士 私に対する御質問の関係で、私がお話の途中でどの立場でみたいなことを、つい余計なことを申しましたので、取り消させてください。私の経歴を御紹介いただいて、その上で現在弁護士として仕事をしている、これまでの経験と知識に基づいて、おまえは聞かれたことについてどう思うかということについて私はお話ししているということで御理解をいただきたい。特に公取委や検察庁の代弁をしているつもりは全くございません。私の考えでございます。

それから、日本の弁護士会あるいは競争法フォーラム等でこの改正の論点について、秘匿特権や立会いを認めるべきであるという意見が出ていることは承知をしております。それが弁護士の中の多数意見であるのか、全員がそう思っているのか、そこは私が申し上げられるところではございません。今日、私は自分の考えを申し上げたということでございます。

○宇賀座長 では、青柳委員、どうぞ。

○青柳委員 多田弁護士にお尋ねします。先ほど自分の見解は控え目にするというお話だったのですが、一つお聞かせいただきたいのは、我が国に弁護士・依頼者間の秘匿特権を導入することについてどういう御意見をお持ちかということです。特に我が国においては裁量的課徴金制度とか調査妨害等に対する強いサンクションが存在せず、調査に協力するインセンティブが余りないため、秘匿特権を認めることによって調査上の弊害があるのではないかと、これを当局側は強く心配されているようですけれども、それとの関係で、導入に関してどのようにお考えになるかをお話いただければと思います。

もう一つ、秘匿特権を導入することに関して、我が国では判例の形成もありませんので、立法ということが必要になると思うのですけれども、立法する場合にどういう形でするかということです。ここでは独禁法の分野について議論していますが、米国における実情を伺ったところでは、秘匿特権はいろいろな分野でこれを認めるべきかどうかを検討すべき課題のようですから、我が国に導入する場合に、独禁法の審査手続の関係だけで立法するということは問題があるのではないかと思うのです。他の行政分野とか他の法分野との整合性との観点から見ましても、独禁法との関係だけで導入することは問題があるように

思いますけれども、その点に関してどういう御意見をお持ちかをお聞かせいただければありがたいと思います。

○多田弁護士 まず、秘匿特権を入れることで調査妨害ということなのですから、私の感覚としては、先ほど申しましたとおり、あくまでも依頼人と弁護士との間の通信の話ですので、電子メールのような物証についてまで秘匿特権が及ぶわけではないので、本当に弁護士と話した内容が秘匿されることによってどれだけの調査妨害が起きるのか。過去、公正取引委員会が審判院に提出してきた証拠の中で、もし秘匿特権があったならばその提出命令をかけることができなかつたろうというものがあるのかは極めて疑問です。

もちろん文書レベルだけではなくて、口頭で弁護士と交わした話は秘匿特権が及ぶのですが、それはどういうことかという、おまえは弁護士と何を話したのだと言われたときに、それは秘匿特権があるので言いませんというだけの話なのです。ですから、正に接見交通権のときに、取調べのときに検察官から、おまえは弁護士と何を打ち合わせしたのだと言われたときに、その打合せ内容は聞いてはいけないのと、ほとんどそのレベルの話なのです。ですから、それによってどれだけの調査妨害が起きるのかは、正直言ってよく分からない。それによって立証が本当に困ってしまうとか何とかということは、よく分かりません。

秘匿特権を認める、認めないということと調査協力へのインセンティブということは、私の中ではすぐには結びつかない問題になりますので、特に秘匿特権を認めると調査協力のインセンティブが低くなってしまわないかということはないのではないかなと考えております。むしろ調査協力という意味で、最近では課徴金をもっと裁量性にするべきではないかという話も少しずつ出てきているのだと思うのですが、一つ、私なんかからは、カルテルについてはリニエンス制度がありますので、リニエンス制度との関係で言うと、今は事前の申請の4位と5位、それから事後の申請の企業に対しては証拠の新規性あるいは情報の新規性が要求されます。そういったものをもっと厳格に認定する、あるいは事前申請の2位、3位にも証拠の新規性を要求することで、新規の証拠を出さないとリニエンスも確保されないよということにすれば、ある程度の調査協力を引き出すインセンティブはできるのかなと。何も課徴金に裁量性を持ち込まなくてもできることはあるのではないかと考えております。あるいは調査妨害に対しての課徴金ということも考えられるのではないかと。違反に対する額のところで調整をするのではなくて、何か立入検査のときに妨害をしたとか証拠破棄をしたというのであれば、それに対する、別個の手続違反に対する課徴金ということは考えられるのかもしないと思っております。

2つ目の御質問の独禁法だけに導入するということ、あるいは判例法の形成がない中でということ。私は触れてはいませんが、後で御覧いただければと思いますが、先ほどの秘匿特権のほうのペーパーの「日本への導入可能性③」というところがあるので。こちらは、日本に類似規定が既にありますねということも挙げております。弁護士側については、既に弁護士法第23条で相当程度のものがあるということになります。それから、先ほど接見交通権のお話をしましたが、接見交通権は正に刑事訴訟法の世界で、身柄拘束をされた被告人、被疑者に限定はされていますけれども、既に接見交通権が入っ

ているということです、このような形のものがあることからすると、そんなに導入が本当に難しいのかどうかということがある。

あと、私自身は確かに立法でするのが一番間違いないとは思いますが、何か運用基準のようなものを定めて、独禁法においては運用のレベルで秘匿特権を確保するのだというようなことをするのも一つのアイデアではないかと。立法ということだけにこだわるといういろいろな難しいことがあるのであれば、まずは実地のレベルでガイドラインを設定して入れていただくですとか、そういったことも可能かなと思っております。

○宇賀座長 泉水委員、どうぞ。

○泉水委員 ありがとうございます。

今の点を多田先生に質問しようと思ったのですが、答えられてしまいましたので、追加的な質問をします。日本と欧米の制度の違い、制度というか前提となる事実、背景の違いがどうもこの問題にはあるのではないかなと思っております。それは先ほどから出てきておりますけれども、アメリカやヨーロッパにおいては事業者・会社も従業員も調査に協力するインセンティブを強く持っていると思うのですが、日本においては、先ほどの志田先生のお話のように、会社と公正取引委員会の間には対立関係しか存在しないのではないかと。事業者は調査に協力する必要性はないし、協力しなくても特に問題がないということがあるかと思っております。その関係で、先ほどのムシス先生のお話で、EUにおいてはリニエンシーの順位の決定あるいは制裁金のレベルにおいて大きな裁量が認められていて、提供される証拠の付加価値によって順位を決めるのだというお話は日本においても非常に重要なことと思っております。

多田先生は先ほど、新証拠という要件によって、この点について日本でもある程度配慮できるのではないのかというお話をいただき、大変ためになりました。しかしながら、立入検査前はともかく、立入検査後について、何が新証拠かという立証は大変だと思いますので、もう少しヨーロッパのように付加価値という要件によって実質的に判断したほうがいいのではないかなと思っております。意見になってしまいますけれども、とりわけ立入検査の日に公正取引委員会が従業員を、任意ですが、引っ張っていくとか、証拠を取っていかれてしまってリニエンシーの申請準備が妨げられるというお話がこれまでもありましたが、今の点でEUのように証拠の価値によって判断すれば、その問題も一刻を争うようなことはなくなるのではないかなと思っております。

ただ、ムシス先生への質問なのですが、EUにおいてもやはり早いもののほうが有利だというお話も聞くのですが、このあたりはいかがでしょうか。これが第1点です。

もう一つは、先ほどの話とも関係しますが、日本においては調査への協力のインセンティブがないとか、あるいはサピーナで証拠を提出する義務があるとか、法廷侮辱罪のような悪質な場合については非常に重罰が科されるということがない点で日本と欧米ではかなり背景が違いますが、この点でもう一度、多田先生はどう考えておられるでしょうかということを御質問したいと思っております。

今日はもう発言する機会がないかもしれませんが、ついでにもう一点質問します。多田先生に対してですけれども、「国際カルテル事件における米国司法省の捜査態様」の6ページ、会社と個人との利害対立の2番目のポツです。「日本では、刑事告発相当事案を除く

と、排除措置命令・課徴金納付命令の対象は会社であるため、利害対立は顕在化しない」とお書きなのですが、例えば行政調査でも対立関係はあるのではないかなという気がするのですが、いかがでしょうか。例えば極端な例を挙げると、会社の社長は入札談合離脱宣言を公にして、だけれども、従業員は、社長が離脱宣言したから今後は会合には参加できないのだけれども、連絡はどんどんメールとか電話をしてきてもいいよと、あるいは会合した後に懇親会をいつもしているけれども、懇親会は是非呼んでくれといって、実際は懇親会をいつもしているところでいろいろな情報交換をしたというような事例があったように思います。

例えばこの事案について、ここからは仮の話になりますが、従業員としては、社長はあいうふうに言っているけれども、実は世間向けの建前であって、上司の圧力等でやらざるを得ないという状況にあってやむなくそのように行動したのかもしれませんが、他方、会社の側では重大なコンプライアンス違反だと考えるようなケースがあり得ます。そのような場合、会社としては、更に株主代表訴訟、株主総会でも従業員が悪いのだと言いたい立場にあるでしょう。そういう意味では、行政調査でも対立関係があって、例えば事情聴取のときに従業員は、会社側の代理人がいたら非常に圧力を感じて自分が事実だと考えていることを話しにくいということもあるかと思うのですが、このあたりはいかがでしょうか。

○多田弁護士 最後のところの利害対立のお話ですけれども、社内で利害対立が起きることはあるかもしれません。ただ、その社内の利害対立がそのまま公正取引委員会の調査の段階での利害対立になるのでしょうかね。米国の場合、正に双方が刑事責任を負うということなので、悪く言えばお互いがなすりつけ合うようなことは共犯事件にはよくある話なので、どちらがより悪かったのだというような話で、どちらがより従属的だったのか、どちらがより主導的だったのかということで刑が変わってくるのであれば利害対立が生じることはあると思うのです。今おっしゃっていただいた利害対立は、利害対立という意味では、社内においてそういうものはあるのかもしれないですけれども、それが公正取引委員会の調査との関係で、会社と従業員との利害対立ということになるのかどうか。すなわち自分が会社からやめろと言われていたことをやってしまって、後々社内処分を受けるという場合に、それが会社と従業員との間の利害対立に直ちになるのかなというのは、私自身はすぐのみ定めなかったということにはなりません。

その前の御質問のところは、EUのように証拠の実質的価値を踏まえてやったほうがよりインセンティブがかかるのではないかということで、そういった側面はあるのだろうと思います。ただ、結局その実質的価値というのは、他から得られていなかった証拠を新たに出してもらいましたねということから申し上げますと、先ほどの私の証拠の新規性というものとかかなり重なってくところもあるのかなと。もちろん既に出ている情報がより詳しくなったということで、新規ではないかもしれないけれども、より詳細な情報だという意味で価値が高いのだということは確かにあるかもしれないですが、同時に思うのは、実質的価値はどうやって決めて、それをどう減額に反映させるのですかというところの恣意性の部分もやはり企業側としては、本当に整合性なり平等性を保って全ての事件でやっていけるのかどうかというところもあるのかなと思います。実質的価値というところだけでい

くのもちょっと怖いので、それであれば、まだ新規性というほうが、なかったものに対してあるではないかと。

何をもって新規かということがありますので、これも程度問題かもしれません。ただ、事後申請の場合、あるいは4位、5位の事前申請の場合には既に条文の中に入っている言葉なので、その条文を2位、3位にも入れる、加えてその運用をしっかりとしていけば、少なくとも私は、事後申請をするときは新規性が認められない限り30%が得られない可能性があると思いますので、最大限の証拠を出していますし、最大限の協力を惜しんでいないつもりではあります。そのところで蹴られてしまうと、せっかく申請したのに30%取れなくなってしまうです。ですから、その限りにおいては、それなりのインセンティブは保てるのではないかなと思っているということになります。

○ムシス弁護士 欧州と日本のリニエンシー制度のスピードとシステムを私のプレゼンテーションの中で触れたと思いますけれども、日本の場合は、私の感覚だけですが、メカニカルな意味で、例えばつい最近の経験で、ある国で立入検査をやって、多分24時間以内にファックスを日本の公正取引委員会に送ったのです。非常に少ない情報をファックスで送って、それである順位を確保したと思います。一方、欧州委員会で3週間たって最初のアポに入れて、日本はスピードが優先的になりますけれども、実際その後に、その立場、その順位を維持するのは、ちょっとメカニカル過ぎる、透明性過ぎる、本当に申請だけで入れるのです。一方、ほかの国は付加価値のレベルが曖昧だから、できるだけ審査して、フォレンジックの会社を入れて、インタビューして、どんな証拠があるかできるだけ提出して、向こうの反応がほぼ分からないから質問が来るのです。その質問に基づいて付加価値が分かるのです。そういう意味では、日本のほうも、自動的にファックスを送って、何時何分何秒で順位を決めるのは、ちょっとメカニカル過ぎる感じがします。

○宇賀座長 予定した時刻が迫ってはいるのですが、非常に貴重なヒアリングの機会ですので、3名の弁護士の皆さん、例えば30分ぐらい時間を延長してもよろしいでしょうか。大丈夫でしょうか。

ありがとうございます。途中で御退席しなければならない御予定のある方は、御遠慮なく御退席いただければと思います。

たくさんの方が挙手していらっしゃいますので、こういう方式でやらせていただいてもどうかと思うのですが、御質問のある委員はネームプレートを立てていただいて、全員それぞれ簡潔に順に御発言いただいて、その後、今日ヒアリングにお越しいただいた弁護士の方から順に回答していただくという形にしたいと思います。

では、御質問のある方はプレートを立てていただけますでしょうか。

それでは、まず、舟田座長代理からお願いします。

○舟田座長代理 いろいろありますけれども、まず多田さんに、今日お伺いしたのは刑事手続の話ですね。刑事手続では自己負罪拒否特権がありますから、当然弁護士立会いの意味が非常に大きいと思います。今日の話は、その後で、日本でも弁護士立会いの意味があるということでした。しかし、自己負罪拒否特権が認められない場合には弁護士立会いの意味がある、というのはちょっと飛躍があるような気がいたしますので、もうちょっとそれをお聞きしたいということが一つです。

それから、弁護士秘匿特権のほうは、これは非常に難しいのですけれども、私の感じでは、やはり国際的な海外の訴訟に影響があるというのは非常に大きな観点ではないかなという気がしております。これでいくと9ページの終わりから10ページあたりです。私はこれまでのアメリカの判例なり日本の判例、それほど知っているほうではないので、余り詳しくお話ししても分からないのですけれども、これは明らかに、先ほどのお話の続きですが、例えば独禁法の審査基準に定めても、それは裁判所として認めないだろうと思います。つまり、独禁法本文で規定しないとアメリカの裁判所としては認めないのではないのでしょうか。それは思い付きの質問ですので、簡単にしておきます。

○宇賀座長 では、今井委員、お願いします。

○今井委員 ありがとうございます。

今の舟田先生の御質問とも関連するのですが、まず多田弁護士に御質問と、それからムシス弁護士に御質問があります。

まず多田さんのほうですけれども、弁護士秘匿特権の概要のほうで、配布資料の3ページに要件として積極的要件、消極的要件が掲げてあります。確認なのですけれども、これは連邦証拠規則第520条(g)の(1)には書いていないものなので、多田さんの御判断で判例を参照されつつまとめられたものなのか、あるいは条文のどこかに載っているものなのか、そして、これがどの程度の通用力を持っている要件なのかということを御存じであれば教えていただきたいと思います。それが1点目です。

それから、舟田先生の御質問とも関連しますが、例えば日本でこのような権利を導入可能ではないかという理由として接見交通権等を挙げられておりますが、接見交通権はあくまで身柄拘束されている刑事の被疑者、被告人に係るものでありまして、行政手続の段階でこの権利を挙げられるのは、理由がないと思われます。アメリカでは、独禁法違反をした個人に刑罰が科せられますので、このような権利を問題にする余地はあり得ますが、基本的な制度枠組みが違う日本にも、同様の議論を持ってこられると、かなり飛躍が大きいのではないかと思います。そのあたりはどうお考えかということです。

この質問とも重なる質問ですけれども、アメリカにおいては連邦証拠規則は民訴・刑訴に妥当しますけれども、民訴においては御存じのようにディスカバリーの適用範囲が非常に広い。刑訴においてもディスクロージャーの範囲が広い。手持ち証拠を全部出すという方向にあって、それを拒絶するためにPrivilegeを主張するというのが、歴史的経緯を別にしますと、現在のありようだと思います。しかし、日本では私的な紛争においても、そういう制度がないというのが現状です。そうした日本の状況を前提にした際に、どのような合理的な理由をもって弁護士秘匿特権の導入を主張されるのか、そこを確認させていただきたいと思います。

それから、ムシス弁護士には大変貴重なお話をいただきまして、勉強させていただいたのですが、まずECの委員会がエンタープライズに対してリニエンシーを認める際には、日本と比べるとレス・プレディクタブルである、予測可能性が低いということをおっしゃいました。そういった意味で、当局は大変強い裁量を持っていると。ですから、私の理解では、その対抗手段としてPrivilegeを与えさせて、ある意味で武器の対等性を保っているのかなという理解もしたのですが、そのような理解が妥当かということを質問させてくだ

さい。

それと、ECの当局がこれだけ大きな裁量を持っていることが、ムシス先生もおっしゃいましたECHRの第6条に抵触するという議論はないのでしょうか。恐らく同じ質問になるのかと思いますが、ECHR第6条違反という可能性があるがゆえにPrivilegeの範囲が判例において認められてきているというようには考えられないのでしょうか。しかしながら、御存じのように、例えばインハウスローヤーとアウトハウスローヤーについては取扱いが違って、如何なる立場の弁護士に秘匿特権を認めるのかは、各国の裁量といたしますか、自主的な判断に任されていますので、そのあたりを踏まえて日本においてはどのような方向性があるとお考えかを教えていただければと思います。

以上です。

○宇賀座長 では、及川委員、お願いします。

○及川委員 ムシス先生にお伺いします。

近年、手続のマニュアルが公開されたということですが、これはただ単にウェブ上で公開されているだけなのか、特に国民、小規模事業者に対して、こういうものがあるのですよという何らかの啓蒙みたいなことはやっているのか、もし分かりましたら教えてください。

以上です。

○宇賀座長 大沢委員、お願いします。

○大沢委員 貴重なお話をありがとうございました。

特に多田先生に伺いたいのは、今のお話は刑事手続を前提にしたお話でしたね。私どもが見ていますと、今回は行政処分のところを話し合うということなので、犯則調査から特捜部が捜査するような、それに対することを考えるのだったら分かるのですけれども、行政処分をやる中で、先生がおっしゃった立会いとか秘匿特権を認めていかれるのは、かなり制度の差というか前提が違うような気がするのです。それでもそれを主張されるのはどういう根拠なのかと、ちょっと前の質問とかぶるかもしれませんが、伺いたかったということです。

要するに、真相解明に向けた武器みたいなものが、米国はかなりいろいろなものがある。それは刑事手続でも感じていたことなのですけれども、それに比較して日本では供述調書の比重が高いということは、逆に言えば、それ以外の武器の比重が非常に低いように思うのです。ですから、そういうことを前提にして、公取委に真相解明の武器を全く与えずに、弁護士の立会いとか秘匿特権のところだけを入れることでいいのかどうか。要するに国民の立場からすれば真相解明機能が大幅に低下してしまうことには危惧を覚えますので、その点についてお話を伺いたいと思います。

○宇賀座長 では、川出委員、お願いします。

○川出委員 私もまず多田先生に、弁護士の立会いに関して2点ほど伺いたいと思います。

1点目は、弁護士の立会いを認めるべきだという御意見の前提として、公取委による供述聴取の現状をどのように認識されているかということです。公取委の供述聴取の場合、刑事事件と異なり、身柄は拘束されていませんし、かつ、現在の運用は、審尋の形を採らないで任意聴取が主なわけですね。そのような状況でなされた供述について、その任意性

が問題になることがしばしばあるという御認識の下で、弁護士の立会いを認めるべきだという議論をされているのかということです。

2点目は、その御認識を前提として、仮に弁護士として供述聴取に立会いをされる場合に、一体何を目的として立ち会うことを考えておられるのかということです。言葉を換えて言いますと、立ち会った弁護士は、一体そこで何をされるのかという点について、イメージとしてお考えのものがあれば教えていただきたいと思います。

同じく、志田先生にも、公取委の供述聴取についての現状認識と、仮に先生が立会いをされた場合、どういことをされるのだろうかという点について、御意見を伺わせていただければと思います。

○宇賀座長 川島委員、お願いします。

○川島委員 3点質問があります。

まず1点目は、多田弁護士への質問です。

個人への弁護士について、まず一つ、御説明の中で、米国ではJDAという会社への弁護士と個人への弁護士との間で締結されるものがあるということで、仮に会社側の利益と依頼者個人の利益が対立した場合にこの取り決めがどういった意味合いを持っているのか、どういった効果が生じるのかを教えていただきたいのが1点です。

そしてまた、お話の中で、会社と個人それぞれを同じ人が弁護を引き受けるといったことがあり得るのかどうかについても教えていただきたいと思います。実は前回のヒアリングで経済団体の方が、会社で依頼した弁護士が依頼者たる企業とその従業員としての個人をそれぞれ適正に守るのが現実的だという御発言もありましたので、その点について教えていただきたいということです。

2点目はムシスさんに質問であります。

今日多田さんのお話にあった個人の弁護士選定について、米国の例がありましたが、欧州においてどのような実態にあるのか概略をお伺いしたいと思います。

3点目は、多田さんと志田さんそれぞれに同じ質問をさせていただきたいと思います。

会社と個人の利害対立についてであります。行政調査の場合に、先ほども御質問がありましたが、例えば会社側は会社を守るために従業員に対して、言葉を選ばずに言えば、余計なことはしゃべるなど。一方で、個人の従業員においては、事がここに至った段階において、良心に従って洗いざらい話をしたいと。また、あるいはこの行政調査において、不陳述ですとか虚偽の報告に対して罰則があるということもございますので、そうした観点からの利害の対立があるのか、ないのかということと、こうしたものとすれば、どういった仕組み、制度によって解消されるべきものなのか、この点についてお教えいただきたいと思います。

○宇賀座長 では、河野委員、お願いします。

○河野委員 どうもありがとうございました。

前回欠席してしまいましたので、経済界の方のヒアリングを議事録で確認しました。やはり問題になっているのは、弁護士さんの秘匿特権と弁護士さんの立会いについてというところがこのところの中心の論議だと理解しております。

私は消費者ですので、今ここで行われている論議、非常にある種の違和感を持って伺っ

ております。なぜかと申しますと、そもそも公正取引委員会というのは、公正な市場メカニズムの維持と消費者利益の保護ということで独占禁止法を運用するために置かれた独立した機関ですね。そこが力を執行するのに、そもそものようなバイアスがあるのだろうかと思っております。そもそもそういうバイアスがあって、そのことを何とか解消しようということでこの話合いがされているような妙な感覚を非常に持っています。

公正取引委員会が実態解明を行う、事実とは何かを解明することが大きな任務でして、私たち消費者には見えないところで行われている消費者利益を損なう行為を明らかにして、それ相応の行政処分をしてくださる、そもそもこのことはそういうことだと理解しています。そのような大前提に立ちますと、今日お話しいただいたアメリカの事例は、そもそもカルテル規制の刑事罰の対象であって、司法取引もある。それから、先ほどから先生方がいろいろお話しになったように、EUの法制度も背景が大きく違っている。そのところで秘匿特権と弁護士の立会いについてだけ話をされることに対して、私自身は非常に違和感といたしましょうか、国民とすると何となく納得できない感じを持ちます。グローバル化に対応というお話もあるのでありますが、そもそもその前に独禁法違反を行わないということ、国際、海外カルテルとかいう話がありますけれども、そもそも違反をしないということに立っていただきたいというのが大前提であると思っております。

今日来ていただいた3人の先生方にお伺いしたいことは、今回問題になっています秘匿特権と弁護士の立会い、誰の何を守ろうとするのか、そのことを教えていただきたいと思っています。

○宇賀座長 三村委員、お願いします。

○三村委員 既に論点が出ているものと重なっていると思いますので、一緒に御回答いただいて結構でございます。

基本的に多田弁護士と志田弁護士に御意見をお聞きしたいのですが、供述調書の位置づけが非常に大きいということが、いろいろな意味で、例えば調査の在り方にある意味で無理を生じさせるという話も出てくるということでございます。その中で、多田弁護士から御提案の「国際カルテル事件における米国司法省の捜査態様」の8ページ目ですが、「供述調書の必要性は違反行為により異なるのではないか？」と、そこにカルテル・入札談合とそれ以外という形で書いていらっしゃいます。この考え方として、供述調書の重要性は恐らくその事件の性格によって違うし、もしそうだとしたら調査の手段とか在り方にも当然変わってくると考えていいのかどうか、それについてコメントをお願いできればと思います。

志田弁護士に同じような質問を、やはり供述調書の重要性、立証としての重要性があるということなのですが、今のような考え方で、事件によってそういった重要性が変わる可能性はあり得るのかどうか。

それからもう一つ、多田弁護士のほうで書いていただきました7ページのところですが、「供述調書作成段階での法的助言の機会付与」、これは弁護士が関与するときに必要だということで出していられっしゃいます。それについて、むしろ私は志田弁護士に御意見を伺いたいと思うのですが、例えばどんな工夫があり得るのかということについて、個人的なコメントでも結構ですが、もしありましたら教えていただきたいと思っております。

以上です。

○宇賀座長 それでは、多田弁護士のほうからまとめて御回答をお願いします。

○多田弁護士 まず言い訳をさせてください。

事務局からいただいた課題が、米国について話してほしいと。米国は刑事規制である以上、どうしても刑事を前提に話さなければなりません。ですので、紹介だけで40分も取ってしまったので申し訳ないのですが、紹介の後に来るこちらのペーパーでいいますと、6ページあるいは7ページ以下のところから行政との関係の話をさせていただいているつもりではあります。あるいは秘匿特権についてもその方向で御説明ができればと思います。

まず、自己負罪拒否特権が刑事ではある、だから弁護士の立会いは意味があるのではないかという舟田先生の御指摘はもっともなところもあると思います。そこについての私の意見は、国際カルテル態様のほうの7ページの2つ目の大きなポツのところで、では、独禁法において弁護士立会の持つ意味は何なのだろうかということで、そこについては、供述の任意性確保あるいは取調べの可視化というところになるのだろうと思います。この取調べの可視化自体は、何も刑事だけで必要なことではなくて、自分が話した内容が調書化されて、それが非常に重要な証拠として出ていくに当たっては、プロセスにおいてどうということが行われたかということを後々検証できるようにしておくことは重要だろうと思っています。

なぜそれが重要なのかというと、その前提のところに来る事情聴取・供述聴取に対する不信感というものが既に経営法友会ですとか「法律のひろば」で書かれている論文に出てきているのです。これをどう見るかということはあるんですが、経済界のほうでこういった話が、要は供述調書作成の段階で、自分がこうだと言ってもなかなか訂正してもらえない。供述調書というのは、御存じのとおり、話した内容を供述人が自分でドラフトするのではなくて、審査官がファーストドラフトを書きます。そのファーストドラフトを読み上げたときに、私はそういう趣旨で言ったのではないです、この言葉はちょっときつ過ぎるのでこう変えてくれませんか、あるいは、私はそうだと思うと言ったのであって断定はしていませんと言っても、いや、断言調の調書でなければだめなのですということを言われたというふうに私は報告を受けているのです。実際その場にいませんから、それを受けたという伝聞でしかないのですけれども、そういったことが既に不信感として出てきている。そうであるならば、私は、それが本当かどうかを含めて後々検証できるようなシステムが必要なのではないかと思っています。

実際、ごみ焼却炉の審判事件は、この供述調書の任意性だけで何年も審判がかかっているのです。そんなのはビデオや録音で録っておけば、任意性があつたかどうかなんて一発で解決するのです。それが無いがゆえに、後々検証できる方法が無いがゆえに、任意性があつたのか、なかったのかという水かけ論のようなことをしつこく繰り返す。そんなのは余りに非効率的ではないですかということがあるわけです。

ですから、弁護士立会いというのは、可視化との関係では一つの手段でしかないと思います。私は、ここに書いたとおり、弁護士立会いだけが唯一の手段だとは思っていません。透明化を図るには、ビデオテープで撮るということもあるでしょうし、録音するということもあると思います。今、ボイスレコーダーなどというのは、あれがあれば何十時間も録

れるような時代で、ハードディスクもものすごく安くなっている時代ですから、全部を録音したとしてもほとんど費用はかからないはずなのです。そんなに予算がめちゃくちゃはね上がるとも思えません。何億もかかるということではないだろうと思います。そうであるならば、もういっそのことガラス張りにしたらいかがですかと、これは刑法の世界でも同じことだと思しますので、その方法を考えなければならない。弁護士立会いというのは、その一つの手段ですねという位置づけです。

あともう一つ、法的素養に欠けることが多い供述人の法定知識の補充というのは、前回も恐らくあったと思うのですが、中小企業の場合、特に結局自分の調書が一体どういうことになっているのかよく分からない、あるいは削除を求めたり変更を求めることがどこまでできるのかも分からない、実際その削除、変更を求めたとしても、あなたの言っていることとここに書いてあることは変わらないですよという感じで持っていかれてしまう。そのようなことを聞くものですから、そうであるとするならば、横で弁護士が最後の供述調書作成の段階で、サインする前の段階で、ここに書いてある意味はこういうことになるけれども、それでいいですかということで、そういう意味でいいです、そういう趣旨であるならば私は違います、ちゃんと削除してください、あるいは訂正してくださいということと言える。

すなわち米国でも弁護士の立会いを比較的認めているのは、法的素養に欠けたことに乗じた調書が取られないようにするという側面もあるのではないかと思います。ですから、法的知識の補充という意味においては、弁護士がずっと立ち会っているのが必要かどうかは別ですが、少なくとも最後の調書作成の段階で立ち会うことに意味があるのではないかと。ですから、弁護士立会いというものが持つ意味があるとすれば、こういった機能がある。その機能に対して、こういう代替手段もあるのですよというのであれば、それはそれでまた検討していくことのほうが現実的ではないかなと。私は別に弁護士立会いが絶対で、何が何でも必要だと言っているわけではないですし、米国がそうだからそうだと言っているつもりもありません。弁護士立会いが持つ意味というものを考えて、その意味が本当に必要なのかどうか。ここに書かれている事情聴取・供述調書に対する不信感も含めて、弁護士立会いを認めなければならないようなことがあるのかも含めての検討が必要なのだろうと思っています。

それからあと、秘匿特権のところ、どれだけ要件の通用力があるのかということなのですが、これは最後に挙げました参考文献から持ってきたものということで、基本的にはこの①から③、あるいは④、⑤を含めて、ほぼ米国においては共通の理解とされている。すなわちコモン・ローで形成されてきた中で、皆さん大体この5つの要件を基に考えているということですので、成文法がないのでなかなかこうだと言うわけにはいかないですが、私は標準的な理解なのではないかなと思っています。

秘匿特権については、先ほど刑事手続のことばかり話してしまったものですから、それとの関係で話がされたり、あるいはディスカバリーというものが認められているので、すごく広い開示義務がある中でのお話ではないでしょうかということなのですが、ただ、欧州は必ずしもそうではないですね。米国ほどのディスカバリーの広い範囲を持っているのは、米国が特殊なので、ヨーロッパの各国の加盟国を見たら、あそこまで広いディスカバ

リーを認められている国はほとんどないと思います。しかし、秘匿特権は認められているということになります。

それから、欧州も行政手続ですけれども、秘匿特権を認められている。もちろんインハウスかインハウスではないかということの違いはあるにしても、秘匿特権を認められている。その関係で言いますと、結局、秘匿特権は何のためにあるのかということになるのです。そこについては、秘匿特権のお話の中で、これも最後に飛ばしてしまっているところですが、一つは、ちょっと話が混乱する可能性があるかもしれませんが、私が12ページで接見交通権をあえて挙げた理由は、志布志事件、過去の鹿児島地裁の訴訟判決の中で接見交通権を認めた趣旨を丁寧に述べているところがありまして、その趣旨が実は米国あるいは欧州で秘匿特権が認められる趣旨とほとんど重なるのです。そこに書いてあることはどういうことかといいますと、12ページの志布志事件の最初のポツのところからになるのですが、立会人なくして接見することができると規定しているのは、被告人らが弁護士から有効かつ適切な援助を受ける上では、必要かつ十分な情報を提供して、適切な助言をするなど自由な意思疎通が捜査機関に知られることなくなされることが必要不可欠である。捜査機関に知られることになれば萎縮効果が生じて、その情報伝達が十分できなくなるということ。この部分はあくまでも接見交通権との絡みで書かれていることですが、正に米国で、あるいはほかの国で秘匿特権が認められている趣旨だと言われることとほぼ重なる話なのです。

その下に書いてあるのは、同じ理は、身柄拘束されていない人にも及ぶのではないのでしょうか。これがないと弁護士としてはコンプライアンスに向けた助言ができなくなる。逆に言うと、依頼者のほうとしては、何か自分の行っている行為が企業として違反なのではないかと、違反かどうか分からない、それを違反かどうか確認する手だてがあるのかどうかということです。その点について申し上げますと、例えば公正取引委員会に相談に行けばいいではないか、違法かどうか判断を受ければいいではないかということですが、公正取引委員会の相談指導室は、既往の行為、既に行ってしまった行為については相談を受けないことになっています。公正取引委員会で既に行っている行為についての違法かどうかの判断はできない。そうすると、弁護士に行かなければならない。そして、弁護士に行ってみても、結局その弁護士とやり取りした内容は全部後々捜査機関とかに開示されるというのであれば、むしろ黙って何も相談しないほうがいいということになりかねないのではないかと。そのときに、いろいろなことを話したとしても、それは後々捜査機関から全部聞き取られたり、そこで提出したまとめた内容とかは全部捜査機関に取られていかないということが保証されているのであれば弁護士に相談をして、そこから先はもちろん弁護士がきちんとした指導をするかどうかという問題にはなってくるのですけれども、弁護士がそれを聞いた上で、それはやめなさいといって、それをやめさせるということであれば、それはコンプライアンスに向けた機会を確保する、企業として違反行為の自主的な是正を確保する機会を保つ意味においては重要なことであろうと。

このあたりのところは9ページに書いておきました。すなわち秘匿特権を認めることの弊害がどれだけあるのかということと同時に、それを認めることのメリットがどれだけあるのかということです。そのときに実施に至った違反行為の自主的な是正機会が確保され

るのではないかと。最初に書いたのが、事前相談の対象外ではないですかと。そういう意味では、弁護士に相談するのは有力な方法ですと。加えて、自主的にやめるだけでは足りないのだ、制裁も加えなければだめだという考えもあるかもしれません。単純に違反行為をやめるのでは足りないということかもしれないのですが、私がよく申し上げているのは、日本の独禁法は、原始独禁法以来、違反行為の排除に目的がある。制裁を加えることに目的があるのではなくて、違反行為をやめるということが一番の眼目に置かれている。そうだとするならば、早くに弁護士にちゃんと相談をして、自分たちの行為が違反になれば違反ということで、その違反行為をやめさせる。そういうことを促す意味があるのであれば、かつ弊害が余り大きくないのであれば、私は弁護士秘匿特権というものを、特に接見交通権とかを抜きにして認めていいのではないかと。接見交通権を持ってきたのは、志布志事件の中で正に米国で言われているようなことが接見交通権の趣旨として明確に判決文に述べられているので引用したということで、決して刑事事件で認められているからこっちでも認めろという趣旨ではございません。そういうことになります。

私のところばかりで話してしまって申し訳ないのですが、あと聞かれていたのは、真相解明義務の関係で、行政としてその武器がないままに防御権のほうだけ強くなってしまうのではないかという御指摘だったのですが、私の理解としては、むしろ公正取引委員会がずっと原始独禁法以来やってきた、あるいは持ってきた強制調査権限があったと。それが、平成 17 年の改正によって犯則調査という武器が入って、さらにリニエンシーという武器が入った。そういう意味で、まず公正取引委員会が真相解明に向かったの武器をそろえた。その武器をそろえたのに対して、しかも課徴金も上がった。そうであるならば、かなりの課徴金を取られる以上、企業のほうとしてもそれに見合った防御権があつていいのではないかとということで、この議論になっているという理解なのです。

ですので、既にもう武器は一応公正取引委員会にあるのだと。あつた上で、企業側として、さらに課徴金の率も高まったり、主導者については 1.5 倍だとか、繰り返し違反の場合も 1.5 倍だとか、主導者プラス繰り返しだったら 2 倍だとか、そのように高まってきている中で、それに対する防御権が何もないのではないですかということ。しかも、審判というものが、かつては事前審判であつた中でやってきたことが、今はもう事前審判ではなくて排除措置命令がすぐに出してしまうということなので、そうだとするならば、調査の間が主戦場になっている。昔は審判が主戦場という見方もあつたと思います。ただ、事後審判になってしまった後は、正に調査段階が主戦場である以上、その調査段階での武器といえますか、防御権なりが必要なのではないかとということが言われているのが今の話かなと理解していますので、そういう意味で、よって立つところがもしかしたら違つてしまっているということなのかもしれません。

あと、供述調書の現状です。その任意性については、私は単純に依頼された企業の方の、事情聴取でこういうことを言われたとか、ああいうことを言われたということを言われているだけの身で、自分が直接体験したわけではないので、ここであえて申し上げませんけれども、文献としては、先ほど申し上げたようなものが不信感を募らせるものとしてあるということにはなります。とりわけよく聞くのは、自分の思ったような表現で供述調書を最後に削除なり変更してもらえない。審査規則の中には、削除、変更の申し出があつた場

合には、それに応じなければならないという審査官の義務になっているにもかかわらず、すぐには応じてもらえないのだと。むしろこういうことを書いてくれというと、そういう証拠はあるのかとって、その証拠がなければ供述調書には落とせないと言われてしまう。あるいは審査官の持っておられる仮説があって、その仮説に反するものはなかなか証拠にしてもらえないということは伝え聞いてはいます。そこら辺は一体本当にどうなっているのか、私もよく分からないところなので、もういっそのことガラス張りにしてみたらいかがですかということを申し上げているということになります。

あと、個人弁護士の関係での JDA ですが、これは Joint Defense Agreement を略して JDA といいます。JDA の話をすると長くなってしまうところがあるのですが、JDA の基本的な思想は、実は秘匿特権を守るためなのです。秘匿特権というのは、第三者に知らせてしまうと、その段階で放棄とみなされてしまっていて、あるいは秘密性がなくなったということで要件を欠いてしまうので秘匿特権がなくなってしまいます。そういうときに、JDA という形で会社と個人との間で Agreement を結ぶことで、お互いの共通の利益の範囲では Privilege が壊れないようにする、そのための仕組みとして JDA が結ばれます。

ですから、ある一定の段階までいったときに、企業としては戦いたい、個人としてはむしろ司法取引をしたいということに米国でなったときには、利害の一致を見なくなっている場面になったときには、弁護士のほうから JDA を破棄する、あるいは JDA の傘の中から我々は離脱しますとって抜けることはよくあります。ここら辺はちゃんと弁護士が付いていれば、無理強いをするとか何とかという話にはならないだろうと思っています。

あと、会社の代理人が個人も会社も代理してというところですが、これは確かに利害対立が明確になるのであれば一緒に対応するのはよろしくないだろうと。犯則調査のような場合に個人もやれば企業もやればということは、場合によっては利害対立が大きいことになると思います。ただ、通常で考えますと、行政事件で考えますと、個人は独禁法との関係で言えば罰せられる立場にはない。むしろ個人のほうとしては、会社とある程度利害が一致する場面のほうが多いのかもしれない。会社のほうとしては、違反なら違反でそれは違反なのだけれども、その違反に見合った限りでできるだけ課徴金なり何なりを設定してもらいたい。すなわち合意の範囲が A 商品、B 商品両方含むのか、B 商品のほうが必ずしも明らかではない、A 商品、A グレードだけでカルテルが行われたのではないかといったときに、会社としてはできるだけ A グレードというところできちんとお話を持っていきたい。個人のほうとしても、A グレードプラス B グレードということになれば課徴金が大きくなりますから、それだけ自分がやったことによって会社が被害を受けたことになるのであれば、それはそれで困る。自分としても A まででしかないと思うのであれば、A ということでいってもらいたいということなので、確かに必ずしも常に利害がバッティングするわけではない、一致することもあるのかなと思います。

ただ、個人の方が自分の良心に従って物を言いたいというときに、企業の弁護士が付くことでお目つけ役になって言えないというような場面は、それがどのくらいあるのかも含めて検討しなければならないのですが、米国司法省が、ある場合には会社の代理人は来てもらえないということがあることからすると、それは考えなければならない。弁護士立会いを認めるのであれば、どちらの代理人が出なければならないのかというところは考えて

みる必要があるだろうと。とりわけ虚偽報告をしたということで後々刑事罰を受ける可能性があるのであれば、法人も両罰規定で罰せられますけれども、まず最初に個人が罰せられるのであれば、それは個人の代理人が行くべきだというのは一理あるだろうと思います。

それから、バイアスがかかっておられるのではないかとということで、誰の何の利益を守りたいのかということですが、弁護士としては依頼者の利益を最大限守るというのが当然の義務となります。そのときに、私の場合であれば企業ということになるので、事実との関係で見合った科されるべきペナルティーを科していただく。それが事実関係として曖昧で、本当にカルテルがあったのかどうか分からないのであれば、それはそれでカルテルがあったとはいえないのではないかとということも言っていくことになりますので、申し訳ありませんが、弁護士としては依頼者を守るのが任務なのだとということしかお答えしようがないということになります。

あと、済みません、三村様からの御質問は。

○三村委員 こちらで御提示いただいた8ページのところで「違反行為により異なる」と、これについてのお考えです。

○多田弁護士 こちらの「国際カルテル事件における米国司法省の捜査態様」で「弁護士立会の真相解明への影響」を8ページに書いているのですが、供述調書の必要性自体が違反行為によって違うのではないかと。先ほど志田先生がおっしゃられたとおり、確かに合意、意思の連絡ということは内心の主観的要件ですので、これは物証だけでは限界があるということはあると思います。それに対して、例えばカルテル・入札談合以外の不公正な取引方法・私的独占で、優越的地位濫用、従業員派遣だとか協賛金などというのは白昼堂々行われているのです。しかも、被害者がいるのです。カルテルも被害者がいます。カルテルは、被害者はいるのですが、被害者が被害を受けていることに気づかないのです。ですから、ある意味で被害者なき犯罪に近い部分があるのです。そうすると、やはり供述調書みたいなものが必要だということはよく分かるところなのですが、それ以外の排除型私的独占ですとか価格拘束の場合も、拘束された側がいたりとか、被害者的な立場の方がいるのです。そういう方たちが正に申告とかをしているということ。

あと、優越的地位濫用は必ずしも内心の意思が重要視されているわけではない。むしろ外形的な行為としてこういうことが行われたのだとするならば、私自身は、供述調書で内心のことを、不公正な取引方法・私的独占のときに何をそんなに取らなければいけないのかなということは感じます。もちろん私的独占の場合、ちょっと細かいことを言いますと、同じ目的の下でいろいろな行為をした場合には、その行為は一体として捉えていいのだと。個別に行われた行為を一体として捉えた上で排除効果があったかどうかを見るということがありますので、どういう目的でやったかを調書で取りたいということはあるかもしれませんが。ただし、どういう目的でやったかというのは、割と堂々と行われていることなので、会社の決裁資料とかを見ていけばかなりの部分は物証で賄えるのだろうと。

それに対してカルテルは秘め事で、みんなが悪いことだと思っている。証拠なんかできるだけ残したくないと思って物証がない。そういう世界とカルテル・入札談合以外の世界とでは違うのではないかと。そうすると、供述調書の必要性もおのずから変わってくるのではないのでしょうかということをごここで述べさせていただいたということでもあります。

本当に1人でまた話してしまって申し訳ありません。質問が多かったので、これで終わりにします。

○宇賀座長 では、ムシス弁護士、お願いします。

○ムシス弁護士 私は、最初にいただいた質問、欧州の予測可能性の低い、あと秘匿特権の関連だと思いますが、私の感触といいますか、秘匿特権は大昔から、調べたら特にイギリス、コモン・ローの中で500年以上前、裁判から認められたのを根拠に現在ある規制ですけれども、今日この会議で結構長い時間かかった議論、秘匿特権と特にリニエンシー制度、私自身は直接関連はないと思います。もともと秘匿特権があって、リニエンシー制度は最近、欧州委員会では20年ほど前に導入して、その関連がありますけれども、欧州は予測可能性が低いから、日本はそうではないから秘匿特権が必要かどうかの議論は、私は直接関連がないと思います。もちろん考えたら影響はあると思いますけれども、逆に民事訴訟のほうが影響は大きいと思います。日本とか欧州の場合はそんなに民事訴訟が今のところはないけれども、ちなみに欧州で今大きい議論になっているのです。

立入検査のときに秘匿特権の影響が一つありますが、欧州の場合の立入検査は、参加して、この資料であればPrivilegeが入っているから弁護士のコミュニケーションが読めない。これはいろいろ議論があって、ざっと見てみるだけで権利があって、当局の職員で、それをPrivilegeであれば見ない。それは影響があると思います。

事例が長い間あって、インハウスローヤーにPrivilegeがあるかどうかでいろいろ議論があって、結局欧州のレベルではないのですけれども、各国、特にコモン・ローのイギリス、アメリカもそうですけれども、コモン・ローの国はインハウスローヤーに秘匿特権があると決まっている。だから、私の考え方として、その話もあったと思いますけれども、秘匿特権に関して実際大きい議論、非常に幅広い議論になりますから、むしろ法律で日本の最高裁判所から動いたら正しいのではないかと思います。特に独占禁止法においてPrivilegeを認めているというのは、ほかの国を見ると、私が知っている限りは事例がないと思います。

もちろん弁護士はインタビューのときに、立入りするときに秘匿特権がなくても、社員の立場として一つは安心するし、あとは記録として、何が実際に行われて、何の質問か、その記録のためにも意味があると思います。その点で、秘匿特権がなくても弁護士は、特にインタビューが日本の場合は非常に重要だと思いますから、参加したほうがいいと、それは確かにそうです。

2番目の質問はmanual of procedureだと思いますけれども、それは開示されていますし、説明もちゃんと入っていますし、会社の名前の入っていないモデルも、立入検査の決定も出ますし、CD-ROMもダウンロードできる例が出ていますから、非常に透明性が高いと思います。

3番目は個人弁護士だと思いますが、欧州のレベルは、行政から個人弁護士が、欧州の手続がないけれども、私の経験で、ある案件で欧州委員会とイギリスの当局が並行的に動いて、それはマリンホースの件と言ってもいいですけれども、イギリスは加盟国独自の制度がまだありますし、それが欧州委員会の制度と重なっているのです。普通はできるだけ欧州か加盟国のどちらかに決まっているのですけれども、ある時期は、特にマリンホース

の案件はイギリスの当局が動きながら欧州も動いている。そのときは、イギリスは刑事罰がありますから、イギリスの役員の弁護士、代理人を私もやっていたのですけれども、欧州レベルでは普通はそれはない。

以上です。

○宇賀座長 志田弁護士、お願いします。

○志田弁護士 最初に、川出先生からだったと思うのですけれども、今の公取委の事情聴取についての現状認識、それから、仮に立会いをするとすれば何をするかという御質問であります。

現状認識について申し上げますと、非常に一般的な印象論になってしまいますが、やはり初めに書いた筋書きに似合う押し付けを非常に執拗にしてくる、何度も呼び出しをする、それについて気に入らない供述であれば調書を取らないということは正直言って結構、結構と言ったら言い方が難しいですね。ないとは言わないといえますか、そういうことも経験はいっぱいしています。

それでは、今度は私の考え方として、それが任意性を揺るがすようなレベルまでいくかどうかということになると、これはなかなかそこまではケース・バイ・ケースで何とも言いようがない。私自身が審判を持った事件の中で、正面から任意性という形で争ったことはないと思いますが、信用性という形で作成経緯等を含めて争ったケースは嫌というほどあります。

そして、更に言えば、いわゆる任意性等の関係、行政の調査の関係でいけば、例えば事情聴取の時間を、もう随分前、15年ぐらい前は夜の9時、10時までやられたことがありまして、そのときにはさすがに審査局に電話して、いいかげんにしてくださいよと言ったことがありましたけれども、今は例外はありますが、大体6時、7時ぐらいには終わっているかなという感じはします。例えば任意性を疑わせるような状況として、昼食を調べ室でなければとらせないとか、いろいろほかの官庁も含めて、あるいはつきまとうというようなケースがありますけれども、行政では余りそういうことまでは経験していないように思います。

ですから、そのようなことを踏まえて、あなたは調書の現状認識をどう思うかと。私は弁護士で実務家なので、自分の目の前のクライアントの利益をどうやって事情聴取対応で守るか。事情聴取ではこういうことがあり得ることを前提にして、とにかくこういうときはこういう対応をしておかしくない、そうしないとあなたのためにならないからという前提でできるだけ対応するようにはしております。

したがって、立ち会うとすれば何をしますかということになれば、弁護士がその折々で審査の状況に応じて何を言うか、本当に事案によって違うと思います。いろいろな状況あるいは審査状況、公取委の見立て、いろいろなことを含めた上で当該事案について本当の事実はどうなのか、どうすれば会社の利益が最大限守れるかという観点で、公取委の質問に対して、これはこうだとか、ああだとか。ですから、なかなか一概には言えないのですが、私は今でもそのような局面で言うであろうことと同じやり方をしているつもりであります。

それから、大沢委員の、会社は経営者として従業員に余計なことを言うなというスタン

スがある、一方で個人は、本当はあったのですから話したいというような中で利害対立が起きることはありませんかという御質問の趣旨と理解したのですが、私はこれまで自分の経験として、そういう経験をしたことはありません。現実には、行政の場合は、さっき両罰規定の話がありましたけれども、御承知のように両罰規定は選任監督上の過失で、現実的にほとんど免責は認められない。行政の場合には従業員が業務の一環として通常それをやるのは間違いないわけですので、従業員が現実になんという行為に出たときに、当該行為と違反行為との因果関係という話はあると思いますけれども、それを繰り返し突き詰めていけば、会合でそういう違反行為がなかったと、会社の行為としては多分そこに行き着くので、従業員がなんという行為をしたかというのは、会社にとって違反行為者とされるか、されないかと、正に裏表そのもの。したがって、私としては、利害対立が起きるとということよりは、とにかく現実に関与したとされる従業員が何をしたか、それを前提に会社としての対応を組み立てるしかないだろうと思っております。

それから、河野委員の誰の何を守っているのですかという御質問ですが、例えはになってしまうのですが、今申し上げたように、クライアントである会社の利益を最大限守る、これが私の仕事だと思っています。蛇足だと思いますが、悪いことをしなければいいではないですかというのは全く同感であります。

それから、三村先生の供述調書の位置づけという観点に対してでありますけれども、多田先生がここでお書きになっているのは、先ほどの御説明もありまして、私は確かにそういう指摘は十分あるだろうと思うし、ここは卓見だと思います。ただ、どうしても私は、とにかく処分の前提は事実であると非常に強く思っておりますので、事実というのはある日突然出るものではございません。いきさつがあり、実際の状況があり、その後のフォローがあり、そして、するのは行為者ですから、自然人には行為に出た動機があり、背景があります。そこら辺のことがどれだけある程度説得的に事実として組み立てられるかという話は、私は恐らく不公正な取引方法、私的独占も同様ではないかと、まず事実の解明という観点からそういう印象を持ちます。

2番目に、特に不公正な取引方法のうちでもいわゆる排除型の事件については、確かに多田先生がおっしゃるように、法律上の要件事実として排除の意図が必要かと言われれば必要ではないというのが一般だと思います。けれども、審査の実務において、排除型の事件においては、排除の意図というのは恐らく事実上、相当重要な関心事になっているのは間違いないだろうと、これは私は排除型私的独占や他社排除の不公正取引の事案をやった経験から申し上げますが、実務の中ではそのようになっているのではなかろうかと思えます。

更に言うと、排除型の場合には、最終的には、東京地裁の判例等を前提にすると、仮に市場閉鎖が生ずることになったとしても、それに正当理由があった場合にはそのことは当然考慮するというのが基本的な考え方だと思いますが、正当理由の有無をどうやって具体的に事実として確定していくか。当然、立証責任を負っている公取委側は、正当な理由はないということを言うことになる。そこをどうやって押さえるかも実際の局面ではなかなか難しいところがあって、供述調書の中でどう位置づけるかは難しい面があるのかなという感じはいたします。

以上です。

○宇賀座長 本日は長時間にわたり活発に御議論していただきまして、どうもありがとうございました。特に今日ヒアリングに応じていただきました3名の弁護士の方々には、大幅に時間を延長して質問に答えていただきまして厚く御礼申し上げます。

次の第4回懇談会は、大江橋法律事務所の長澤哲也弁護士からのヒアリングと、証券取引等監視委員会、国税庁及び法務省からのヒアリングを実施いたしますので、よろしくお願いいたします。

最後に、次回の日程について事務局から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 次回、第4回の会合でございますけれども、4月23日水曜日午後1時30分から、本日と同じこの会議室での開催を予定しております。

以上でございます。

○宇賀座長 本日はお忙しいところをありがとうございました。特に3名の弁護士の方々、時間を40分ほど延長してしまいましたけれども、延長を御快諾いただきまして本当にありがとうございました。これにて終了いたします。