

公正取引委員会の審査手続

——従業員と会社の関係を中心に——

舟 田 正 之

- 1 議論の経緯
- 2 具体的な争点と検討の視点
- 3 従業員と会社のコンフリクト（利益相反）
- 4 公取委による行政調査
- 5 おわりに

1 議論の経緯

(1) 独占禁止法平成 25 年（2013 年）改正において、審判制度を廃止し、公正取引委員会（以下、「公取委」と略記）が行う行政処分に対する不服審査を裁判所に委ねるとともに、公取委が行政処分を行うに当たっての「処分前手続」について、より一層の充実・透明化を図ることを主な内容とする改正が行われた。

この改正論議の過程で、公取委の独禁法違反被疑事件の審査（＝行政調査手続¹⁾）について、経団連から適正手続確保の要請という視点から見直しを図るべきだという提案がなされたこと²⁾等から、2014 年 2 月、内閣府に「独占禁止法審査手続についての懇談会」が設置され（以下、「本懇談会」と略記）、同年 12 月、報告書が公表された（以下、「本報告書」と略記³⁾）。そこで提示された諸

1) 公取委が行う行政調査は、独禁法上、「審査」と呼ばれる。独禁法 47 条 2 項（「審査官」、公正取引委員会の審査に関する規則（平成 17 年。最終改定、平成 27 年）を参照。なお、行政調査についての行政法学上の問題については、藤原静雄「行政調査論の現状と課題」筑波ロー・ジャーナル 5 号 177 頁以下（2009 年）、須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014 年）等を参照。

提案を受けて、公取委は、パブコメ等の手続を経て、2015年12月25日、「独占禁止法審査手続に関する指針」、および、任意の供述聴取に係る苦情申立制度の導入を公表した⁴⁾。

(2) これと同じ頃、21世紀政策研究所・研究プロジェクト「独占禁止法審査手続の適正化に向けた課題（海外調査報告）」(2015年12月)が公表され、東京経済法研究会において、同調査報告に関与した越知保見氏が報告を行い、議論を行った。この越知報告は、各国の独禁当局による審査手続とその実情について実際のインタビューを通じて明らかにしようとしたもので、大変興味深いものであった。

本小論は、これに触発されて、この問題を再検討するものであり、日本の独禁法審査手続については、諸外国と異なる日本の諸制度・法実務、特に、日本企業の違反行為の実態、および、これと関連する公取委の審査の実情に基づいて検討すべきだということを述べる。

2 具体的な争点と検討の視点

(1) 経団連による、公取委の行政調査における適正手続確保の主張は、具体的には、立入検査時の弁護士の立会い、供述聴取時の弁護士の立会い、供述聴取過程の録音・録画、調書作成時における供述人への調書の写しの交付、供述聴取時における供述人によるメモの録取、等々を認めるべきだということであ

2) 経団連「独占禁止法の抜本改正に向けた提言—審査・不服申立ての国際的イコールフットイングの実現を—」(2007年)、同「公正取引委員会による審判制度の廃止及び審査手続の適正化に向けて」(2009年)、同「公正取引委員会による審査手続の適正化を再び求める」(2014年)。最近のものとして、同「独占禁止法の審査手続・課徴金制度に関する意見」(2016年)。

3) <http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/> 私は、同懇談会の委員として議論に加わり、その後、個人ホームページに意見をまとめて掲載した。<http://www.pluto.dti.ne.jp/~funada/> 本稿は、それを再検討し補筆したものである。

4) http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/dec/151225_1.html、および、http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/dec/151225_2.html 本報告書については、公正取引773号、ジュリスト1467号(いずれも2015年)の各特集に所収の諸論文、榎原美紀ほか『詳説独占禁止法審査手続』(弘文堂、2016年)を参照。本指針については、小室尚彦「『独占禁止法審査手続に関する指針』について」ジュリスト1490号76頁以下(2016年)、岡田博己「『独占禁止法審査手続に関する指針』について」公正取引785号34頁以下(2016年)を参照。本小論では、これらを含め、引用は原則として省略する。

る。

これらのうち、最も重要な点は、供述聴取のあり方、具体的には、供述聴取時の弁護士の立会い、あるいはこれに替わる（あるいはこれとともに）供述聴取過程の録音・録画等を認めるか否かである。以下では、主として弁護士の立会いを認めるか否かという点を念頭に検討する。

(2) 本懇談会の報告書は、供述聴取過程の録音・録画は認めるべきではないとし、それ以外の弁護士の立会い等についても、現状の仕組みの下で事業者・聴取対象者の権利としては認められない、とする。ただし、「実態解明の実効性を損なわない措置を検討する中で、今後、その必要性を含めて導入の可否を検討していくことが適当である」、とも述べている。

(3) これらの具体的争点を検討する際の視点・留意点について、前記報告書は、「事件関係人の十分な防御の確保」、「実態解明機能の確保」、「国内の他の行政調査手続及び刑事手続との整合性」、「海外の制度・仕組みや実務との比較」、「行政調査手続の適正性及び透明性の確保」の5点を挙げる。

このうち、「事件関係人の十分な防御の確保」について、経団連や懇談会の一部の委員は、調査対象である事業者の「正当な防御権」、「事業者の正当な利益を守ること」⁵⁾を強く主張した。

しかし、事件関係人としては、調査対象である事業者、すなわち、独禁法違反行為を行ったことが疑われ、公取委の調査を受ける事業者のみならず、当該事業者に雇用されている従業員や、当該行為が向けられた取引の相手方（取引先の事業者）やその従業員なども、公取委の行政調査（特に供述聴取）の対象に含まれる。行政調査の結果、公正取引委員会の行政処分の対象となることが見込まれるのは、当該行為をしたことが疑われている事業者だけであるが、下記のとおり他の調査対象に含まれる当事者（特に従業員）についても事実上の不利益が生じる蓋然性は高いことを踏まえれば、当該行為をしたことが疑われている事業者の防御権だけを保護すべきだというのは、一面的な主張であると考えられる。

(4) 公取委の行政調査の中心は、物的証拠の収集・分析と並んで、事業者に雇用されている従業員の供述聴取にあり、聴取を受ける供述人の権利保護は、

5) 経団連・経済基盤本部「独占禁止法審査手続について」（2014年3月27日。本懇談会提出資料）。

事業者の権利保護と区別して考えなければならない。すぐ次に述べるように、公取委の行政調査に関し、事業者と当該事業者には雇用されている従業員は、一般に利益相反⁶⁾の関係に立つのであって、特に従業員の困難な立場に配慮した手続とその運用が求められていると考えられる。

ただし、公取委の行政調査においては、供述人の雇用者である会社が独禁法違反行為の責任を問われるのであり、供述人の責任は（独禁法上は）原則として問題にならない。したがって、供述人の権利・利益の保護といっても、後述の社内制裁についての配慮という点を別とすれば、供述人が会社からの不当な干渉を受けずに、自由に真実を述べることを確保するという観点からであって、それは前記の視点のうちの、公取委の「実態解明機能の確保」と重なっている。

なお、供述聴取過程の録音・録画という提案は、警察・検察における取調べのいわゆる「可視化」の議論と形の上では似ているが、独禁法違反行為に関する行政調査のうち、供述聴取・供述調書作成という過程においては、被疑者である会社の行為につき、その従業員の供述を聴取するという特殊な関係において行われる。刑事手続における可視化の議論は、被疑者すなわち供述人の権利保護という観点から行われており、公取委の供述聴取過程と異なっていることに留意する必要がある、これは弁護士の立会い等の他の論点についても同様である。

3 従業員と会社のコンフリクト（利益相反）

(1) 従業員聴取の際のコンフリクト状況

日本では、公取委の調査が開始された場合、事業者（会社）側が違反行為があったか否か等につき争うことが少なくない。米国の刑事捜査において、多くの場合、最初から司法取引、捜査協力が前提になって手続が進むことと対照的である。

日本においては、会社側が違反行為を行ってないと主張する場合、調査の最初の段階から、従業員（個人）と会社のコンフリクト（利益相反）が発生す

6) 「利益相反」という用語は、ここでは民法・会社法における意味ではなく、両者の立場・利益状況が相反することがあり得るという意味で用いている。

る⁷⁾。公取委の調査後、排除措置命令が下される等の手続が進み、違反行為が確定した場合、会社からその実行行為者である従業員に対する解雇等の不利益取扱いや、損害賠償請求などの制裁が行われることが想定されるからである。各社のコンプライアンスに、この種の会社による制裁（社内制裁）等について明記されていることが多い、これは会社として当然なすべきことである。

既に、内閣府「独占禁止法基本問題懇談会」（2005年～2007年）において、「同席を認める弁護士が、会社から依頼されたか個人から依頼されたかを問わないこととした場合には、会社から依頼された弁護士が同席すると、従業員に

7) この点は、私が以前から指摘してきたことである。ただし、行政調査における利益相反の問題は、近年になって議論がなされるようになったことであり、以下の私の旧稿からの引用は、主として刑事事件における利益相反についてのものである。

「独禁法違反行為には、『会社ぐるみ』、『組織犯罪』というに相応しい実態があることから、かなり以前は、例えば、有罪判決が下りた石油価格カルテル刑事事件（最判昭59・2・24刑集38巻4号1287頁）では、役員クラスの者が被告人であった。

しかし、同時に問題となった石油生産調整刑事事件では、違法性の意識がなかったし、それには相当な理由があるとして、被告人に同情的な判決が出て議論になった。当時は、仮に有罪判決が下りて刑事罰を受けた場合も、彼らは会社のために「前科者」となったのであるからとして、会社が何かと面倒を見ることが多かったと推測されている。

しかしその後、独禁法違反が重大な犯罪であるとの認識、あるいは刑事罰が下され社会的にも厳しい非難を受けるという認識が強まる。独禁法違反に対し厳しい諸判決が出され、独禁法遵守マニュアル策定の動きがあり、これらの過程で企業側は大きく対応を変えてきたと推測される。

例えば、防衛庁石油製品談合刑事事件（東京高判平成16・3・24審決集50巻915頁、最判平成17・11・21判例時報1915号158頁、判例タイムズ1197号138頁（上告棄却）。9社とそれらの従業員9名に対し有罪判決）では、驚くべきことに、ある被告会社の被告人は会社から退職を余儀なくされた。会社側は、社内で独禁法遵守のマニュアルを配布し、当該被告人を含む全社員が法令遵守誓約書の提出を求められて署名しており、会社としては独禁法違反を厳に戒めているのであるから、本件行為は当該被告人の全くの個人プレーであり個人的責任の問題であるという理由によるようである。

法人税法違反など他の経済犯罪の中で、独禁法違反事件の行為者（有罪を受けた者）は比較的下位の、役員以外の役職者が74%強であるという特色があるとの指摘もある。上述の違反行為がなされる背景を見ると、末端の従業員は、たとえ明示はなく曖昧なものであっても会社の方針として違反行為を行ったのであって、彼らの主体的な判断に基づく単独犯行でもない。また、彼らは当該行為によって何らの個人的利得を得るわけではなく、その成果はすべて所属する企業にもたらされるものであることも言うまでもない。」舟田「課徴金制度の強化——補足的メモ」立教法学65号168頁以下（2004年）。そのほか、舟田「防衛庁石油製品談合刑事事件＝東京高判平成16・3・24——入札談合における基本合意・個別調整と「相互拘束」・「共同遂行」の関係を中心にして——」ジュリスト1288号142頁以下（2005年）、舟田「防衛庁石油製品談合刑事事件＝東京高裁判決（平成16年3月24日）について」立教法学70号161頁以下（2006年）をも参照。

萎縮効果が生じ、真相解明に支障が生じる可能性がある」⁸⁾、と指摘されている。

会社から依頼された弁護士が、従業員の供述聴取に立ち会うとすれば、単なる従業員に対する「萎縮効果」ということだけではなく、会社側から従業員に対し、会社に不利益にならないような供述をするように、弁護士を通してコントロールしようとするのではないかという懸念がある。

公取委の行政調査において違反行為を行ったと疑われている事業者の対応は、事案により様々であるが、事業者が違反行為は全くない、またはごく一部しか認めないという対応をとる場合、実行行為者と疑われる従業員、またはそれに関連する情報をもっている従業員が公取委の供述聴取を受ける際、事業者には当該従業員に対し、自己に都合のよい供述を促す強い動機が働く。すなわち、当該事業者は、これら聴取対象者をコントロールしようとし、あるいは、聴取対象者から公取委がつかんでいる情報を引き出そうとするおそれがある。

極めて悪質な会社の対応を想定すれば、例えば、会社としてカルテルや談合を行ったことが分かったとしても、従業員に対し、そのことを供述するなど指示し、あるいは複数の実行者である従業員の供述内容をコントロールして、辻褃合わせをしようとすることも考えられる。このような対応は、いうまでもなく正当な防御権の行使ではない。

公取委の審査体制とその運用のあり方、事業者の防御権の確保について考える際には、公取委と事業者の関係における、上記のような、いわば対決型とも呼ぶべき最悪のケースをも想定して検討すべきであろう。

会社から依頼された弁護士が供述聴取に同席することを認めるべきである等の主張は、会社側が即時に公取委の調査の状況を知って防御策を講じる等の目的があり、また会社側の防御に不都合がないように従業員の供述をコントロールしたいということではないか、という疑問が生じるのである。

(2) 従業員の立場

上に述べたことを従業員の側からみてみれば、前記の対決型の場合におい

8) 本懇談会報告書Ⅳ 4からの引用。http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/ また、本懇談会の第31回(2007年5月15日)会合資料2の1頁も参照。http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng_31st/mtng_31-2.pdf

て、供述人となった従業員には、自分の雇用者たる事業者の上記のような意向に従うことが期待されているというプレッシャーがかかることになり、また、真実を供述することは、自分の上司ないし仲間を売るに等しいという心理が生まれる。

また、そのようにあからさまなコントロールがないとしても、従業員は自己の属する組織と明確に対立するような供述は避けようとするのが自然であり、また、違反行為をしていなかったと供述すれば社内処分も受けないので、そのことと真実を述べるべきだという社会的要請の葛藤が生まれる。先に個人と会社のコンフリクト（利益相反）を踏まえて考えるべきだと述べたが、それは、前記のような社内制裁の仕組みから生じるものであるとともに、上記のような関係が想定されるからでもある。

従業員に対する任意の供述聴取に際して、事業者の弁護士の立会いが行われれば、仮に事業者側が意図的なコントロールをしないとしても、従業員に対する無言の圧迫となることは明白である。

(3) 社内調査・コンプライアンス

公取委の行政調査に対し、会社は、違反行為を行っていない、被疑事実の一部しか認めない、あるいは、特定の従業員の個人プレーであって、会社は承知していない、などの対応をとることがあり得る。また実際に、大企業の場合は、特定の事業部あるいはその一部署の者だけが違反行為が行われたことを知っており、その他の者（特に当該事業者の役員）はそれらを知らない、ということも少なくない。

このような場合、会社は、公取委の調査と並行して、独自に社内調査を行い、そこで情報を整理した上で自ら判断を下し、公取委にそれを認めさせようとすることはあり得るであろう。会社が従業員から聴取したことや収集・整理した資料を、意図的な加工等を加えず、自主的に公取委に情報提供するのであれば、それは社会的にも望ましいことである。

問題は、会社がそこで形成した方針ないし認知・構成した事実関係を、供述を求められた従業員にも押しつけようとする場合である。会社の認識・意見と従業員のそれとが異なることはあり得ることであるが、実際上の力関係から、会社は従業員に認識・意見を押しつけることができる。日本の雇用関係の実態から、このような状況の下において、従業員が自己の認識・意見および自分の

固有の利益を守り通すということは極めて困難であろう。

(4) 調査協力型対応

懇談会の議論のなかで、弁護士の委員から、P社の事例では、社内調査に協力したものは社内制裁を減額・緩和する、という対応をとることが紹介された(社内調査協力型対応)。あるいはさらに進んで、公取委の協力したものは社内制裁を減額・緩和する、という対応も考えられるのかもしれない(行政調査協力型対応)。

しかし、聴取対象者たる従業員は、一般的にはP社のような対応を期待することはできないであろうし、また、そのような社内態勢を整えている会社の場合であっても、従業員は社内の制裁を減額・緩和してもらうために、会社が認めた範囲での供述内容にとどめるという行動をとる可能性が高いであろう。

何よりも、会社がこのような調査協力型の対応をとるか否かにかかわらず、従業員が、会社による制裁(不利益取扱い)を予期しつつ、真実を述べなければならぬという困難な状況にある、という客観的事実は変えようがないのである。

(5) 違反行為の実行行為者としての従業員とコンプライアンス体制

もともと、公取委の行政調査に対し、聴取を受ける者(役員・従業員等)は、任意の供述の場合でも、真実を述べる義務があるはずである(義務違反の制裁はないとしても)。

原則論としては、従業員が公取委の調査に協力したことやその供述内容等により、社内の制裁(不利益取扱い)を受けないことが、事業者のコンプライアンス体制の下で確実に担保されなければならない。違反行為の実行行為者あるいは違反行為がなされたことを知った従業員が、公取委に供述において調査協力をし、仮にそれによって当該事業者の違反行為が明らかにされたとしても、そのこと自体は、どの会社においても社内制裁の対象ではないとされているはずである。

しかし、従業員が違反行為の実行行為者であった場合は、そのことについて社内制裁がなされることになる。このことが、公取委の調査に際して、従業員が会社側の指揮・意向に服する大きな要因となっていることは前述のとおりである。

従業員は、公取委への調査協力（すなわち、違反行為の有無を明らかにするという公益目的に資する）よりは、自分が今後の社内でどういう待遇を受けることになるか（制裁か優遇か）に、より強い利害関心を持つことはやむを得ないことであろう。

そこで、従業員が、上司から独禁法違反行為を指示されたとき拒否できること、拒否によって社内制裁を受けないこと、また、上からの指示によって違反行為の実行行為を行った場合でも、社内制裁はなしとすべきであろう。実行行為者ではなく、むしろ、指示を出した者（管理職ないし役員クラス）を的確に制裁する社内の仕組みが必要である。

これは各社のコンプライアンスでもそうなのであるが、その実効性は疑わしい。多くの談合事件にみられるように、従来からの談合慣行に従っただけという場合もあり、また、現場主義、集団主義（社員が自分の名前で単独行動するのではなく、担当部署が集団として行動する）などと言われるような、日本企業の組織の実態の下では、指示を出した上司（責任者）と実行行為者を区別して特定することが困難なことも多いであろう。また、多くの従業員にとって、上司から独禁法違反行為を指示・示唆されても、それを拒否することは実際には困難であろう（以上については、前注6）を参照）。

（6）調査協力のインセンティブ

以上のような認識を踏まえると、事業者は、常時、また特に公取委の調査が開始された時点で、事業者自身が違反行為を積極的に監視または社内調査し、違反行為が発見された場合には即時に公取委に報告するなど、その調査に全面的かつ積極的に協力する、という行動様式をとるようなインセンティブを確保する仕組みが必要である。このような仕組みが働けば、事業者は従業員から真実を聴取するインセンティブが生じ、そのために従業員に対する処分内容を調整する等（免除・軽減等）の方法を採る方向に進むことも期待できよう。

現行の独禁法上の課徴金制度の下では、上記のような事業者の行動様式を促すような仕組みがない、あるいは極めて限られていること、これと対照的に、米国・EUとも事業者が独禁法当局に協力するインセンティブ、非協力へのディスプレイインセンティブを組み込んだ制度になっていることについては多くの指摘がある。

そこで、本報告書（第4の5）は、「裁量型課徴金制度を含む事業者が公正

取引委員会の調査に協力するインセンティブ及び調査への非協力・妨害へのデイスインセンティブを確保する仕組みの導入について併せて検討を進めていくことが適当である」と述べる。これらの仕組みによって、本稿で検討したような対決型の状況下で、従業員の供述に頼らざるを得ないような調査方法ではなく、事業者の協力のもとの実態解明を進めることは望ましいことである。

もっとも、上記のような調査協力のインセンティブを高める制度が導入されたとして、すべての事業者が社内の違反行為に関し積極的な対応を必ずとるようになるとも思われない。あくまでも「調査協力のインセンティブ」の程度が高まるというに過ぎないであろう。

前記(3(1)以下を参照)の従業員と会社の利益相反という構造を踏まえれば、調査協力インセンティブを高めるような制度を導入しても、この構造は変えようがないのであって、そうだとすれば弁護士の立会い等については原則として消極に解される。

(7) 弁護士と会社・従業員の関係

以上の検討における弁護士とは、事業者が依頼する弁護士を前提にしているが、これと異なり、仮に供述を求められた従業員が、会社とは別個に、自分が選任した弁護士をたて、その費用も当該従業員が自費で賄うという慣行があれば、その弁護士に対しては、供述聴取の際に立会を認めるということもあり得ると考えられる。

しかし、仮に「個人の代理人のみ立会い可」という制度を作った場合、会社が従業員に対し弁護士を紹介して、「この人を代理人とせよ。費用は会社が面倒をみる」ということになることが予想される。従業員は、この申し出を断ることは難しいであろうから、会社の紹介による弁護士を依頼するということになろう。この場合には、当該個人弁護士から会社に対し、供述の内容につき一切の情報提供もしないことが担保されるとは考えられず、依然として会社による従業員に対する影響力の行使が懸念される。

日本においては今のところ、事業者に対する公取委の行政調査が始まった段階で、従業員個人が、会社と全く無関係に、自費で護士を依頼するということとは実際上ほとんど考えられないので、この点についてはこれ以上立ち入らないことにする。

4 公取委による行政調査

(1) 行政調査

ここで、公取委による行政調査（＝審査）の制度的・実態上の特徴について、何点か述べておこう。

日本では、主に公取委による審査によって独禁法違反行為が明らかにされる。米国の反トラスト法については、行政委員会（FTC）による執行も行われているが、私人間の訴訟または刑事訴訟が多く用いられている。欧州諸国やEUの競争法については、私人間の訴訟は少なく、主に競争当局による法執行によっている。

なお、独禁法違反行為に関し公取委が行う調査のうち、刑事告発を目的とする犯則手続については、自己負罪拒否特権が認められるなど、行政調査とは手続の性格が異なる制度となっている。前記の懇談会報告書は、もっぱら行政調査の手続に関するものであり、本稿もこれに限って検討している。

公取委による行政調査については、懇談会報告書の挙げる視点（前述、2(3)参照）にあるように、租税、金融商品取引法上の調査、など他の行政調査の制度・運用の実際を比較検討し、それらとの整合性にも考慮をしながら検討すべきである。

(2) 自己負罪拒否特権

行政実務として、公取委に限られず、国税庁・証券取引等監視委員会などにおける行政調査については、一般に、「自己負罪拒否特権」（いわゆる黙秘権。憲法38条1項）は認められていない。公取委の行政調査についても、公取委が違反行為者たる事業者（ほとんどは法人企業）の行為を調査する際に、従業員から供述聴取する場合において、当該供述人には自己負罪拒否特権は認められないと解されており、これは妥当であると考えられる⁹⁾。

ただし前述のように、これは公取委の行政調査（＝審査）についてのことであって、犯則調査（独禁法101条以下）においては、刑事告発に向けた調査であることから、刑事手続と同様に、自己負罪拒否特権が保障されると解される。

前記の自己負罪拒否特権の否定は、公取委の審査のうち、強制調査（独禁法

47条以下)の1つである強制的な審尋(同条1項1号)についてのものであるが、公取委の審査活動において実際上は、従業員の任意の供述とそれに基づく供述調書によって行われており、強制的な審尋は、実際にはほとんど用いられない¹⁰⁾。

任意の供述聴取においては、供述人の同意の下で聴取が行われるので、仮に供述を拒否した場合等においても法的な制裁はない。しかし、この場合でも、経済実態についての一般的な調査ではなく、個別の違反事件についての調査のためであり、また、当該供述に基づいて供述調書を作成し、法的な証拠とするものであるから、供述人には真実を述べる義務があると解すべきものと思われる。

9) 参照、本懇談会の報告書第4, 3, 「懇談会としての整理」(5)。この点は、川崎民商最高裁判決=最判昭和47・11・22刑集26巻9号554頁の判旨をどう受け止めるかにかかっている。同判決は、「右規定による保障は、純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶものと解するのを相当とする」と述べていることから、行政調査手続についても憲法38条第1項が適用される可能性がある。しかし、公取委の行政調査手続においては、次のような運用がとられているので、「刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく……手続」ではないと解される。その理由として、公取委の手続においては、①刑事告発をする場合は全て犯則審査部が事件を担当する、②犯則審査部が担当する事件は、原則として端緒段階から犯則審査部が担当する、③例外的に、行政審査手続で調査を開始した事件が犯則審査部に移管されることがあり得るが、その場合は、供述についてはすべて犯則審査部で最初から取り直す、というように、厳密に犯則審査手続と行政審査手続を分離している。したがって、公取委の審査(=行政調査)手続における審尋において自己負罪拒否特権を認めないことは、憲法38条第1項には違反しないし、また、任意の供述に関して自己負罪拒否特権を否定しても違憲とはならないと解される。笹倉宏紀「調査手続の見直しについて」ジュリスト1467号39頁以下、44頁(2014年)は、このような独禁法上の制度および公取委の実務を踏まえると疑問である。

なお、川崎民商最高裁判決以後の判例・学説の動きについて、憲法28条等の個別の条項に違反するかという問題の立て方から、憲法31条の適正手続のなかで考えるというように変わっているようである(例えば、榎居快行「行政手続とデュー・プロセス」憲法の争点(第3版)138頁以下(1999年))。また、行政調査手続は、刑事手続との「連続性・類似性がとくに問題とされる」としながら、「行政手続と刑事手続の峻別という思考方法それ自体が有効ではなく、むしろ両者を通じた法執行作用における手続保障のあり方についてトータルに考察すべきである」(櫻井敬子=橋本博之「現代行政法」(有斐閣、第2版、2006年)159頁以下)、という指摘が注目される。この観点からは、本懇談会が公取委の審査手続の様々な過程とそこにおける実際の運用について見直し、その成果として、「独占禁止法審査手続に関する指針」が策定され、任意の供述聴取に係る苦情申立制度を導入したことは、事業者・従業員等に関する手続保障にとって意義深いものと考えられる。

（3）報告徴収命令

本懇談会において、事業者に対する報告徴収命令（独禁法47条1項1号、3号）を的確に発出することで、客観的な証拠が出てくるのではないかという意見があった。

しかし、報告徴収命令は行政処分であるから、相当程度に特定した対象について発出しなければならない。公取委が、調査の端緒となる情報を入手したとしても、仮に漠然と、それに関連する情報を提供せよという報告徴収命令を出しても（前記のように、これが許容されるかも問題であるが）、空振りに終わるであろう。

カルテルのケースでは、同業者との会合の日時や出席者、話し合った内容等が重要な証拠となるが、仮にこれらに関し、報告徴収命令を発出しても、事業者は「そのような書類はない」、「分からない」という対応をとる可能性が高い。報告徴収命令では、調査にとって意味のある情報は何も出てこないから、通常はまず立入検査を行い（独禁法47条1項4号）、その後、供述聴取を行うことになる。あるいは場合によっては、具体的に的確な報告徴収命令を発出することが可能なこともあるだろうが、それはまず供述で具体的な情報を得てからのことになろう。

諸外国で、報告徴収命令が有効に機能しているから、日本でも活用すべきだという意見があるが、それは日本の行政調査の実態を正確に踏まえたものとは思われぬ。諸外国の場合について私には十分な知見がないが、規制当局と事

10) 公取委の行政調査を受ける事業者（企業）は、社会的責任を問われるから、調査には協力するという姿勢をとり、公取委における任意の供述を選択するのが通常である。また、そのほうが企業側の都合もある程度公取委に考慮してもらえる（いつ、誰を聴取するか等）。企業側には減免の可能性もあり、また、調査前の1位は刑事告発しないとされているが、それ以外の告発については、公取委の裁量なので、その限りでは協力するインセンティブがある。

企業側が、正式な審尋を避け、任意の供述を選択する実際上の理由は、審尋では、すべての供述を一言一句記録する場合があるので、実際の進行の中でどんな供述が出るか分からないからであろう。供述人においては、嘘を言ってしまうと後で取り消せず、虚偽の供述という責任を問われるし、企業側は、供述人が企業側に深刻なダメージを与えるような供述をしてしまうおそれを警戒するであろう。

審尋において「陳述」をしないと、刑罰が科されるが（94条1号）、「故意」など立証すべき要件が厳しく解されていて、実際には発動された事例はない。これでは、公取委においても、審尋で真実を述べてもらうという期待を持ってないので、審尋を選択するメリットがないであろう。しかし、この点は今後、立法論・解釈論として再検討の余地があるようにも思われる。

業者の関係が異なっているとも推測され、そこには命令違反に対する制裁が厳しいこと、事業者側の弁護士等の対応の違いがあるのではなかろうか¹¹⁾。

(4) 裁判において要求される証明度と供述の重要性

本稿の冒頭で、日本の独禁法審査手続については、諸外国と異なる日本の諸制度・法実務の実情に基づいて検討すべきだと述べたが、その1つは、日本の裁判において要求される証明度の問題がある。

すなわち、裁判における証明度につき、米国の反トラスト法訴訟の大部分を占める民事事件においては「証拠の優越」で足りるとされているが、日本の民事・行政事件では「高度の蓋然性」が要求されている。したがって、日本では、公取委は、行政処分（審決）取消訴訟等の可能性を見据えて、独禁法違反行為を立証するために、米国の場合に比べより綿密に証拠を揃えなければならない。なお、日本の独禁法民事訴訟においても、前記のように「高度の蓋然性」の証明が必要とされるので、独禁法違反を主張する原告の立証の負担が重く、違反行為・損害の立証に失敗することも少なくない。

もう1つの点として、日本の裁判においては、「自白は証拠の王様」などと言われるように、刑事事件に限られず、行政処分取消訴訟等においても、供述証拠が違反行為の立証において最も重視される傾向にあるが、欧米では、供述

11) 報告徴収命令を活用すべきとする議論として、21世紀政策研究所・研究プロジェクト報告書「グローバル化を踏まえた我が国競争法の課題」(2013年)は次のように述べる。<http://www.21ppi.org/pdf/thesis/130426.pdf>

「第3案は、事業者に対する報告命令、質問への回答命令を活用する方法である。…(略)…この第3案のもとで、事業者の従業員からの供述録取によって供述調書を作成する場合、その供述内容についてむしろ事業者にも知らしめて、さらに社内調査等を尽くさせて真実を報告させることになる。最終的に従業員の供述内容と事業者の回答は一致するべきである。したがって、この場合に、会社の弁護士が従業員からの供述録取に立ち会うことで問題は生じない。」(68頁以下)。

この文章のように、すべての者がすべての真実を明らかにし、それを公取委にもすべて知らせる、というように進むのであれば何の問題もない。公取委は、会社に対し報告命令等を出すことさえ不要であり、会社が弁護士のアドバイスの下、自発的にすべての事実を提示するはずである。

しかし、この議論には、会社と従業員の利益相反という認識はないし、すべての関係者が法を遵守するという、極めて楽天的な仮定に基づく主張であって、制度構築の前提となる事実認識に問題があると考えられる。ただし、ここに想定されている会社のコンプライアンス体制が望ましい姿であることは言うまでもなく、この方向に向かってどうすればいいかを考えなければならない。

がなくても物的証拠（Eメールの分析等）、間接証拠などによる立証が認められ易いと指摘されている¹²⁾。

談合事件などにおいて顕著であるように、日本では、実行行為者が書面を残さない等の違反行為の実態から、今でも供述（調書）が重要な証拠とされる。各種の書類、個人のメモ、手帳などの断片的な物的証拠も、供述によって解説、補強するしかない。また、複数の供述人がいる場合は、供述の整合性も重視される。

最近のJASRAC事件の審決においては、放送事業者等の供述から誤った判断が導かれたと考えられるが、同事件の東京高判と最判では、むしろJASRACの料金体系と市場の実態という客観的証拠が重視されており¹³⁾、このような傾向が強くなることが望まれる。それでも、前記の事情から、供述が重要な証拠となる事件が多く残ることは否定できないであろう。

（5）供述人による調査妨害

公取委のこれまでの実務では、任意の供述聴取の際、供述人が非協力の態度をとっても（例えば、「よく覚えていません」、「知りません」等の対応）、それ自体を違法とするのは困難であり、それに対する制裁等を加えた事例はほとんどない。

任意の供述であっても、正式の行政調査の一環であり、虚偽の陳述や上記のような非協力に対しては、一定の制裁を加えることは、制度として十分あり得るところである（ただし、日本の現行独禁法においては、直接の根拠規定はない。なお、審尋の場合であっても、虚偽の陳述や非協力に対して制裁が機能しないことは前注9）で述べた）。

なお、米国の刑事手続や連邦取引委員会（FTC）の行政手続においては、供述等について偽証罪、証言拒否の罪、法廷侮辱罪、調査非協力など、厳しい制度があり、実際の発動事例も少なくないようである¹⁴⁾。特に、自己負罪特権のない者は「真実」を供述することが強制され、従わなかった者に対して厳しい制裁が課される。

12) 越知保見『独禁法事件・経済犯罪の立証と手続的保障』（成文堂、2013年）は、「裁判所も、……客観証拠を適切に評価することができていない」と批判する（同書「はしがき」）。

13) 舟田「判批：JASRAC 審決取消等請求事件＝最高裁判決平成27・4・28」民商法雑誌151巻3号309頁以下（2016年）参照。

(6) 弁護士による調査妨害

公取委の行政調査に限られず、国税局や国税庁・証券取引等監視委員会等の行う行政調査に関し、弁護士がクライアント企業や供述人に対して、証拠を隠せ、都合の悪いことは言わない、とアドバイスすることがあり得ると推測される。

弁護士による、このような違法または不当な弁護活動に対する制裁は、弁護士会によって弁護士法56条に基づいてなされることになる。しかし、この弁護士会が行う弁護士懲戒処分は、非違行為、特に弁護士自身が刑事罰に相当する行為を行った場合が多く、上記のような違法または不当な弁護活動に関する行為を処分の対象とした例は少ないようである。現行の弁護士懲戒制度には、弁護士による否認の懲罰や口裏合わせなどの調査妨害を抑止する実効性があるとはまではいえないように思われる¹⁵⁾。

これに対し、米国では、弁護士に対しては、偽証教唆、司法妨害などの犯罪類型、倫理規定違反の制裁も用意されており、実効性も相当程度あるようである¹⁶⁾。

(7) 弁護士依頼者間秘匿特権

本稿で扱っている供述聴取時の弁護士の立会い等について検討する前提とし

14) 司法妨害罪 (18 U.S.C. § 1503) については、多くの執行例がある。米国の行政手続に関しては、FTC 法施行規則 (15 CFR § 2.9, § 4.1) に関連規定があり、事情聴取における遅延の回避及び妨害、反抗的行為、侮辱発言等の制限などが規定されている。

15) 同資料によれば、弁護士が依頼者から「違反はない」と説明され、それを信用して行う場合には、正当な防御活動の指示であり、基本規程に違反するものではなく、懲戒事由になり得ない。また、「知りながら」虚偽の陳述をそそのかすこと等は違法となるが、そのように行為規範・義務規定に当たる規定に違反した場合であっても、直ちに懲戒処分になるわけではなく、「品位を失うべき非行」との評価を受けるか否かなどの視点から、実質的に判断することとなる(弁護士法56条)。

弁護士による不当な助言を示したものとして、ピーシー橋梁談合事件(ピーエス三菱ほか10名に対する件) = 審決平成22・9・21(平成16年(判)26号) 審決集57巻第1分冊44頁があるが、当該弁護士は懲戒を受けていない。なお、懲戒処分については、日弁連(編著)『弁護士白書』、「自由と正義」毎号に関連記事があり、事例を集めたものとして、日弁連・懲戒委員会・網紀委員会・網紀審査会(編)『弁護士懲戒事件議決例集』がある。

16) 例えば、村岡啓一「倫理規定 日本でも必要」朝日新聞2010年10月7日付け朝刊は、「米国では、法律家全体に対し、証拠価値のある書面などを破壊、隠匿することを禁じています」と述べる。

て、欧米で採用されている弁護士依頼者間秘匿特権（「秘匿特権」と略記）に関する制度を、日本でも導入すべきか否かという論点があり、本懇談会でもかなり立ち入って議論された。

本報告書（第4の2）は、秘匿特権について、「依頼者である事業者が、弁護士との間の一定のコミュニケーションについて、行政当局の調査手続における提出又は開示を拒むことができる権利」と定義した上で、「一定の意義がある」との意見があるとしつつも、「その根拠及び適用範囲が明確でなく、また、その実現に当たって実態解明機能を阻害するおそれがあるとの懸念を払拭するには至らなかったことから、現段階で秘匿特権を導入することは適当ではないとの結論に至った」と述べる。

秘匿特権は、調査の対象となった事業者に対し、弁護士との間のコミュニケーションを適正な条件と範囲の下で保障することによって、事業者の正当な防御権を確保することに資するものであると考えられる。これを、現行法の解釈としてどこまで認めることができるか、それとも、新たな立法措置によるか等を含め、今後慎重に検討すべきであろう。

しかし、本報告書が前記引用部分で述べているように、秘匿特権の範囲を具体的にどう確定するか等の実際上の諸問題があり、また、この制度は濫用の危険性が極めて高いので、公取委の実態解明機能に重大な支障をきたすおそれがある。

さらに、これも多くの指摘があるように、同特権を認めるためには、会社から真に独立した弁護士に限られ（企業内弁護士＝インハウスロイヤーは除く）、また当然のことながら、弁護士倫理を堅持している弁護士であることが前提でなければならない。

前述のように、秘匿特権を導入している米国等と比べて、日本においては秘匿特権制度を濫用する等、弁護士倫理に反する行為を行った弁護士に対する制裁のシステムが十分整備され機能しているとはいえないと思われる。

これに関連して、独禁法94条（行政調査の拒否等の罪）は、その要件が厳しく解されていて、これまでほとんど機能していないこと、また、日本においては弁護士自治の観点から弁護士会に広範な裁量が認められていること（例えば、弁護士会による懲戒処分に関する司法審査を極めて狭く解するのが判例である）などについても、再検討を要するようと思われる。

まずは、秘匿特権制度に関する上記のような実際上の諸問題を詳しく検討

し、かつ、秘匿特権制度の濫用に関する懸念を払拭するような環境作りを先行することが求められているといえよう。

5 おわりに

(1) 公取委は、2016年2月、独占禁止法研究会を設置し、裁量型課徴金制度を含む課徴金制度の在り方について検討を開始した。同研究会の開催の趣旨として、次のように述べられている。

「諸外国において広く導入されているような、独占禁止法違反行為に対して、事業者の調査への協力・非協力の程度等を勘案して、当局の裁量により課徴金額を決定する仕組みを導入することは、事業者と公正取引委員会が協力して事件処理を行う領域を拡大するものであり、事業者による自主的なコンプライアンスの推進にも資するものと考えられる。」

本稿では、前記のように、対決型を想定して審査手続のあり方を考えるべきだという立場に立って検討してきたが、上の文章にあるような、「事業者と公正取引委員会が協力して事件処理を行う」、いわば協力型が望ましいことはいうまでもない。

したがって、このような協力型の処理が増えることを目指して、調査協力のインセンティブを確保する制度を導入すべきであろう。また、同研究会が公表した「論点整理」(2016年7月)の「現行課徴金制度の問題点(見直しの必要性)」、「課徴金制度の見直しの留意点・手順」において述べられていることは、基本的に妥当であると考えられる。

現在、課徴金制度について、独占禁止法の執行力の強化というより、その中身ないし質を向上させること、より合理的な設計とすることが求められている。すなわち、より公平な制裁、違反の実態に見合った課徴金、証拠が出にくいことが理由で違反とし難い行為も、事業者・従業員等の協力を得て違反とすることを可能にすること、を目的とすべきである。

(2) 上記のような課徴金制度の検討に関し、経団連は、2016年9月に「独占禁止法の審査手続・課徴金制度に関する意見」を公表した。その冒頭では、「基本的な視点・考え方」として、第一に、「企業の防御権をはじめとする適正手続の確保」を挙げ、「審査手続における適正手続の確保が未だ不十分な状況」が続いており、「弁護士の立会いや供述調書の写しの交付等についても未だ実

現していない」]、としている。

これは、本稿で示した懇談会における議論と報告書の立場を批判するものであり、課徴金制度の検討において、この点を関連させて立論しているので、本稿で検討した弁護士の立会い等の審査手続のあり方については、今後も議論が続くことになろう。

(3) 前述のように、公取委の行政調査に関し、前記の「協力型」が機能するケースとは別に、事業者側からの情報提供・協力が全く得られないケース（前記の「対決型」）もある。事業者が自らの調査によって違反行為はなかった、あるいは一部に限られるなどと考え、公取委に対し異議を唱えることが正当な行為であることは言うまでもない。

逆に、このような対決型のケースにおいて、公取委が事業者側からの協力を得ずに、自ら積極的に調査することも重要であって、しばしば指摘されているように、現行の課徴金減免制度（リーニエンシー）や、現在検討されつつある裁量型課徴金制度に頼りすぎない審査体制を維持・確保すべきであろう。

(4) また、これまで公取委の審査体制についての議論は、ほとんどハードコア・カルテルを念頭に行われてきたが、会社の従業員の供述は、私的独占や不公正な取引方法の事件でも重要な場合がある。

例えば、セブン-イレブン 25 条訴訟において、セブン-イレブンの経営相談員（「OFC」）やその上司であるディストリクト・マネージャーと称する従業員（以下、「DM」）が、加盟店に対し、見切り販売を止めるように説得し、止めない場合には、加盟店基本契約の解除を行う等の恫喝が行われたという加盟店側の主張があるが、これら従業員はその種の言動を行ったことを否定し、加盟店側の主張が認められないケースが多い。この他、この種の従業員の言動は、多くのケースで安売り小売業者に対してしばしば行われ、小売業者に対する「拘束」の立証等において重要な場合がある¹⁷⁾。

本稿では、審査の過程における公取委と事業者の関係について、協力型・対決型の双方があることを指摘し、協力型が増えるような制度設計に賛意を表したが、これに関するこれまでの議論はカルテルや談合などのハードコア・カルテルを念頭においてなされてきた。しかし、上記のように、それ以外の独禁法違反事件の審査においては、課徴金と無関係な場合も少なくないし、あるいは課徴金が係わるタイプの事件であっても、これまで議論されてきたような課徴金減免制度の改善や裁量型課徴金制度の導入によって、実態解明と手続の適正

化が図られるとはいえない場合も少なくないであろう。

17) 違反行為者の従業員の言動が、違反行為を立証する重要な証拠となるケースとして、本文で挙げた再販売価格維持行為の事例以外に、次のようなケースがある。もっとも、これらにおいて、違反行為者である事業者は、Eメールや文書等で明確にその意思を通知し、公取委がこれを取得したかもしれず、従業員の供述が重要な証拠となったか否かは不明である。

第一興商事件＝審判審決平成21・2・16 審決集55巻500頁では、第一興商の社員が自己の関連会社に対し、エクシングの通信カラオケ機器では本件管理楽曲が使えなくなると告知すること等が、不当な取引妨害とされた。第一興商の違反行為者の従業員が、取引先に対し、どのような言動を行ったかが違反行為を明らかにする上で重要な事実となっている。

三井住友銀行事件＝勧告審決平成17・12・26 審決集52巻436頁では、「三井住友銀行の前記(1)の行為について例示すると次のとおりである」として、アからエまでの4具体例を挙げ、融資先事業者は、「三井住友銀行のこれらの行為の結果、金利スワップの購入を余儀なくされた」とされている。これら4具体例は、個別の融資先事業者からの供述に基づくものと推測される。

セブン-イレブン事件＝排除措置命令平成21・6・22 審決集56巻第2分冊6頁では、オペレーション・フィールド・カウンセラー(OFC)と称する経営相談員が加盟者に対し、加盟店の経営に関する指導、援助等を行っており、彼らを通して、「見切り販売を行おうとし、又は行っている加盟者に対し、見切り販売の取りやめを余儀なくさせている」とされた。

さらに、セブン-イレブンに対する25条損害賠償請求事件では、OFCが見切り販売を勧めずにできる限り推奨売価を維持して販売することを助言や指導するにとどまっているか、それとも、「見切り販売が加盟店契約に違反する行為であると指摘すること」なのかが、前記排除措置命令における「見切り販売の取りやめを余儀なくさせている」行為に当たるか否かの重要な判断要素になっている。多くの判決があるが、特に、次の2判決を参照。①セブン-イレブン損害賠償請求(25条)事件＝東京高判平成25・8・30平成21年(ワ)第5号、裁判所HP、判例時報2209号10頁、齊藤高広「優越的地位濫用行為による損害賠償責任を一部認めた独禁法25条訴訟事件——セブン-イレブン損害賠償請求事件判決——東京高判平成25・8・30」ジュリスト1464号108頁以下(2014年)、②東京高判平成26・12・19、平成21年(ワ)第6号判例集未登載、若林亜理沙「コンビニ本部に対する独占禁止法25条に基づく損害賠償請求事件」ジュリスト1493号86頁以下(2016年)。

なお、従業員等の供述によって会社の独禁法違反行為が明らかにされるということは、公取委の行政調査においてだけでなく、従業員・取引先等が自主的に公取委に情報提供するによっても起こり得る。こうした自主的な情報提供は、社会的に望ましいことであり、公益通報者保護法(平成16年)はこうした、いわゆる「公益通報」を促進し、通報者を保護しようとするものである。

公益通報に対しては、会社への裏切り、「チクリ」、「たれこみ」、密告、という感情的反発も根強くあり、産業界からは「自浄作用に委ねるべき」だとして、まず社内での調査を優先すべきだという意見が出されている。しかし、会社による法違反行為については、これまでの多くの事例が示しているように、組織内の自浄作用が期待できない場合も少なくない。会社のカルテルを摘発しようとした串岡弘昭氏が長く社内でも冷遇された事件は、今でも教訓とすべきことである。参照、串岡弘昭『ホイッスルブローアー(内部告発者):我が心に恥じるものなし』(桂書房、2002年)、同『トナミ運輸』内部告発・裁判全記録(桂書房、2008年)。現行の公益通報者保護法については、多くの批判があるように、特に通報先の順番がまず第一に当該労務提供先等とされていることについて強い疑問がある。

さきに、供述証拠だけではなく、物的証拠や経済的経験則等の客観的評価を重視すべきだと述べたが（4(4)参照）、供述証拠に頼らざるを得ないケースも少なくないのであって、それらの場合には依然として、本稿で取り上げた会社の従業員に対する供述聴取によって、実態解明を行うことが重要なのである。