

CPRC ディスカッション・ペーパー

競争政策研究センター

公正取引委員会

日本への損害賠償金算出の経済学的アプローチの適用可能性

Xiaoling L. Ang

Associate Director, NERA Economic Consulting

泉 敦子

公正取引委員会事務総局経済取引局企業結合課・競争政策研究センター研究員

藪内 俊輔

北浜法律事務所パートナー弁護士・競争政策研究センター客員研究員

CPDP-70-1-J November 2018

100-8987 東京都千代田区霞が関1-1-1

Phone:+81-3-3581-1848 Fax:+81-3-3581-1945

URL:<http://www.jftc.go.jp/cprc/index.html>

E-mail:cprcsec@jftc.go.jp

本ディスカッション・ペーパーの内容は公正取引委員会の見解を示すものではなく、文責は執筆者のみに帰する。

Xiaoling L. Ang, PhD; Atsuko Izumi, PhD; Shunsuke Yabuuchi, Esq.¹

I. はじめに

株式会社 USEN に対して、キャンシステム株式会社²へ約 20 億 5200 万円の損害賠償金を支払うよう命じた 2008 年の判決は、日本の裁判所において、損害賠償金の額が、どのように評価され、また、訴訟における主張とどのように関連付けられているか、という問題を提起している。現在、民事訴訟法第 248 条においては、原告に損害が生じていることは立証したが、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、（損害額の大きさに関わらず、科学的な手法を使用せずに）相当な損害賠償金の額を認定できるとしている³。科学的なアプローチにより、案件における事実と損害賠償金の額が紐づけられるため、日本の裁判でもそうした科学的手法の活用が増加すれば、より公平な損害額の算出につながる。本論文では、II 節で米国やその他の国で用いられている実際の損害額（損失基準）と原状回復のための損害額（利益基準）を算出するフレームワーク⁴や、損害額の算出における経済学的アプローチの実用性、経済分析アプローチの適用の実務について紹介する。III 節では、現在、日本でどのように損害額が評価されているか、経済学的アプローチ

¹ Dr. Xiaoling L. Ang (lingling.ang@nera.com) は NERA Economic Consulting の Associate Director, 泉敦子 (atsuko_izumi479k@jftc.go.jp) は公正取引委員会事務局経済取引局企業結合課のエコノミスト, 藪内俊輔は北浜法律事務所のパートナー弁護士である。

² USEN が、(1) キャンシステムの従業員に虚偽の事実を告げて、キャンシステムから従業員を大量かつ一斉に引き抜き、(2) キャンシステムの顧客のみに対して、差別的な対価（競争者を市場から排除するための競争者の顧客に対する特別な値引き）を提示したことが「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（以下「独占禁止法」という。）違反とされ、損害賠償が認容された事例（東京地裁平成 20.12.10 判決, 判決タイムズ No.1288(112 頁, 2009)）。私的独占及び不公正な取引方法は、独占禁止法により規制されている。独占禁止法については下記を参照のこと。

<https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/lawdk.html#cms2sho>。

また、差別対価は不公正な取引方法（昭和五十七年六月十八日公正取引委員会告示第十五号）の行為の一つである。不公正な取引方法については下記を参照のこと。

<https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/fukousei.html>。

³ シティユーワ法律事務所, 法律用語集

http://www.city-yuwa.com/explain/ex_glossary/detail/songaigaku.html(最終閲覧日: 2018 年 7 月 25 日)。カルテルの前後において金銭的な結果を比較することは適切であると日本の裁判所でも考えられている。Kozo Kawai and Madoka Shimada, Japan, in *The Private Competition Enforcement Review* 157-168, (Ilene Knable Gotts, ed., 5th ed. 2012) の 164 頁

(https://www.jurists.co.jp/sites/default/files/tractate_pdf/ja/1009_kawai_japan_chapter.pdf) を参照のこと。

⁴ 今回の論文で詳細は取り上げないが、このフレームワークを適用できる手法はいくつかある。どの手法を使うのが適切かは、案件ごとの詳細な事情による。

を活用できる機会はどのような場合かについて検討する。本論文が、原告や被告側の意思決定者や弁護団といった、日本の法廷で損害額について主張しようと思っている者や、主張された損害額に反論反証をしようと考えている者に対し、その論拠の説得力を強めるものとなれば幸いである。加えて、日本企業は、米国を含め日本国外の国でも訴訟に直面している可能性があるところ、海外で使われているアプローチを理解することは、日本国外での法的な状況や訴訟リスクを理解するためにも有益であると考えられる。最後に結語を述べる。

II. 実際の損害額算出の経済学的フレームワーク

実際の（補填的な）損害額の定義は、「実際の損失を補填する賠償金額」⁵であり、単純そうに思える。被害者が、例えば「お金」で加害者から簡便に支払を受けて、損失額の全てを補填してもらえることは正義の概念からも魅力的である。しかし、概念上では、実際の損失というのは単純にみえるが、損失額の推定を実行するに当たっては、次のとおりいくつかの疑問点が生じる。

- (1) 違反行為の結果、原告⁶に何が実際に起こったか
- (2) 違反行為がなかった場合、原告に何が起きていたか⁷
- (3) (1)と(2)の結果の違いをどのように金額として表すか

(1)の原告に実際に起こったことを、「実際の世界」と呼ぶ。この世界は実際に起きた出来事に対応しているので、一定の情報は、販売又は購入についての請求書、怪我についての医療記録等、通常のビジネスで作成されている書類から収集できる。こうした情報は完全ではなく、またデータを解釈するのが難しい形であるかもしれないが、取得することは可能である。また、ある部分の情報は被告が保有していて、他の部分の情報は原告が保有している場合もあるため、ディスカバリー手続により情報が集められることもある。

(2)の違反行為がなかった場合（「仮定の世界」）において何が起きていたかを理解するのは、より複雑である。なぜならば、そうした違反行為がなかった場合というのは実際に起こ

⁵ *Actual Damages*. Cornell Law School Legal Information Institute, Wex, https://www.law.cornell.edu/wex/actual_damages (最終閲覧日：2018年5月31日)。懲罰的な損害といった他の形の損害は、本論文では取り扱わない。

⁶ 単独の原告を念頭においているが、米国におけるクラスアクション訴訟のように、事案によっては複数の原告が存在する事案がありうる。

⁷ 例えば、*Quantifying Damages, in Proving Antitrust Damages* (2nd ed., 2010)の53頁を参照のこと。

っていないため、シミュレーションをする必要がある。シミュレーションは事案の事実関係に基づいて行われる必要があり、利用可能な情報や経済学的・統計学的モデルを使って、違反行為が存在しなかった場合に何が起きていたかを推定する場合もある。例えば、価格カルテルの民事損害賠償請求事案で、被告とされた企業に属する役職員が秘密の会合により価格を取り決めたとして民事訴訟が提起された場合、エコノミストが推計しなければならないのは、違反行為が存在しなかった場合の価格水準である。違反行為によって生じた結果が金銭的なものではない場合、利用可能な情報や公表情報に基づき、違反行為が存在した場合と存在しなかった場合における結果の差を金銭的に見ていくらになるかを分析によって推計する場合もある。同様に、原告が雇用契約に反して不法に解雇されたと主張している場合、実際の世界で原告が得ていたであろう収入を、原告と似た特徴を持つ労働者の収入を政府統計を使って算出することで、解雇によって失われた収入が埋め合わされる可能性がある。計量経済学は「経済理論と統計学的技術を使って経済データを分析する科学であり技術⁸」といえ、エコノミストは計量経済学の高度なトレーニングを受けているため、科学的批判に耐えることができる仮定の世界を示す役割に適している。

実際の世界と仮定の世界の枠組みは、民事訴訟では「原告の損失を基にはなく、被告の利益を基に額が算定される不当な利益に関する救済手段」⁹とされる原状回復のための損害賠償額を算出することにも当てはまる。被告が違反行為によって得た不当な利益を、違反行為が存在しなかった場合に得ていたであろう利益と切り離して考えるには、違反行為が存在した場合と、それが存在しなかった場合の被告の利益の差を算出することになる。概念的には、こうした違反行為による利益の差を算出するアプローチは、上記の（１）と（２）の原告と被告をそれぞれ置き換えるのと同義である。

これらの一般的な損害の概念は、テクニックやアプローチの仕方は異なるかもしれないが、価格カルテル、談合、排除型私的独占¹⁰、pay-for-delay、不当解雇、虚偽広告、知的財産権侵害等、様々な事案に当てはめることができる。排除型私的独占の事案を例にすると、損害賠償金

⁸ James H. Stock and Mark W. Watson, *Introduction to Econometrics* 3 (2003).

⁹ *Restitution Damages*. Cornell Law School Legal Information Institute, Wex, <https://www.law.cornell.edu/wex/restitution> (最終閲覧日：2018年8月12日)。

¹⁰ 公正取引委員会は排除型私的独占を「事業者が他の事業者の事業活動を排除する行為（以下「排除行為」という。）により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限するもの」と定義している。排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針（平成21年10月28日）は、以下のリンクを参照：

<https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/haijyogata.html>。

の額は、違反行為を行った企業が、原告が市場から排除されなかった場合に得ていたであろう利益（仮定の利益）と、違反企業によって原告が排除された場合に原告が得た利益（実際の利益）の差を補填する額として算出される。これらの概念やテクニックは、専門家によるレポートだけではなく、事案において様々な段階で適用できるだろう。例えば、潜在的な損害賠償金の額を把握するための初期段階の分析では、訴訟に発展させるかどうかの意思決定又は和解交渉のための材料として使うことができる。

公共政策的観点からは、違反行為への罰金は、執行手段であると同時に、企業が違反行為を行うことを予防するものである。費用と便益の観点から考えると、罰金、制裁、訴訟といった罰則によって生じる費用が違反行為によって得られる利益を超えるまでは、企業は違反行為を行うことで利益を得られる。罰金が低すぎると、罰金を支払ったとしても違反行為で得られる利益が大きくなり、企業に違反行為を行うインセンティブを与えてしまう。したがって、当局が罰金を設定する際には、少なくとも違反行為が発覚することで生じるであろう損失が、違反行為によって得られる追加的な利益を上回るレベルにする必要がある¹¹。違反行為による潜在的な不当な利益を科学的に算出することは、最適な罰金の水準を見つけて設定することにも有益である。

III. 日本における損害算定と経済学的なフレームワークを適用する機会

日本の裁判所における独占禁止法に係る訴訟で経済学的な手法を適用することは、談合以外の独占禁止法に係る民事訴訟が活発ではないこともあり¹²、低調である。独占禁止法違反行為が行われた場合の違約金のルールを契約書に入れる実務が普及したことから、談合に係る民事訴訟の数も将来減少していくことが予測されている。こうした実務は、契約違反行為がどのように罰せられるか事前に取り決めたものであり、独占禁止法違反行為を行えば違約金のルールが適用され、裁判所に行かなくとも契約上の条項に従って違約金を支払わざるを得なくなるため、将来的に訴訟の数を減らす可能性がある。違約金のルールを契約書に盛り込む実務は、

¹¹ ある読者は、違反行為を防ぐため、罰金の額を無限大に大きく設定すれば良いと思うかもしれない。しかし、あまりに巨額の罰金を支払うことで会社が倒産すれば、社会や債券保有者・株主・従業員といったステークホルダーに負の影響を与える(Wouter P.J. Wils, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, 29 *World Competition*. 1, 20 (2006))。

¹² 和泉澤衛「独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟」現代法学 16号(2008年)5頁。

2003年に国土交通省が違約金条項を自身の契約に盛り込んだことから始まった¹³。違反行為に対する違約金の一般的なレベルは、国土交通省が推奨している額に従い、受注額の10%とされている。事前に違約金のルールを決めておくことは、取引の相手方が独占禁止法違反行為を行っているのではないかと疑っている個人又は企業にとって、仮に違反行為が発見された場合に予想される労力と費用を減らすものであり、有益であるかもしれない。しかしながら、恣意的な側面を持つ違約金条項は、公正性や正義の観点からは賛否両論の議論を伴うものである。例えば、川崎市下水管きょ工事談合損害賠償請求事件では、違約金条項で定められた受注額の20%又は30%という違約金額が高額すぎるという反論が提出された。反論を支持する論拠としては、高額すぎる違約金は、公序良俗の概念に反するということであった¹⁴。裁判所はこの反論に対して、受注額の20%又は30%の違約金額が高額で公序良俗の概念に反しているかどうかは、実際の損害額の大きさと対比して不当に高額か否かで判断されるべきとしている。この事案は、エコノミストが談合事案において、独占禁止法違反行為が問題とされた後に、違約金及び損害額の適正な水準を推定するのに関与する機会があることを示している。

損害額の算定に経済学的なアプローチを適用することは、経済学の専門的知識を事案の事実関係及び集められた材料に適用することであり、経済理論をその事案にどのように適用するかを評価し、いかに適切に計量経済学的なテクニックを当てはめるかということも含まれる。損害額の算定における定量的分析の普及度合いと厳密さの度合いは国によって異なり、当局と裁判所が、罰金又は損害を補填する賠償金を本論文で議論した概念を基に科している国では、損害額の算定において経済学的なアプローチが活用されている¹⁵。例えば米国では、反トラスト訴訟における経済学の専門家に対する需要が、過去数十年で劇的に増加した¹⁶。植村¹⁷は、米国の反トラスト訴訟において、エコノミストによる損害額の算定についての見解は、日本とは対照的に、裁判所の決定に対して大きな影響を持っていると述べている。米国と日本との間におけるエコノミストの関与の差異は、民事訴訟の場面と政府による執行の場面の両方で生じている。米国連邦取引委員会の経済局に属する三つの課は、主に博士号を保有するエコノミストで

¹³ 村上政博（監修）『独占禁止法の損害賠償・差止請求』（中央経済社，2018年）44頁。（以下「村上」という。）

¹⁴ 村上，45頁。

¹⁵ Peter Davis and Eliana Garcés, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, (2010) 347頁。

¹⁶ Michael R. Baye and Joshua D. Wright, *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, 15 *Journal of Law and Economics*, (2011) 2頁。

¹⁷ 植村幸也『米国反トラスト法実務講座』（公正取引協会，2017年）106頁。

構成されており¹⁸、米国司法省反トラスト局では、2016年時点で博士号を保有するエコノミストの数は50名を超えている¹⁹。対照的に、日本の公正取引委員会では、2018年4月時点で博士号を保有するエコノミストは3名のみである²⁰。

損害額の算定に当たり、エコノミストは事案に特化した材料を用いる。米国では、材料となる情報は、被告、原告、ときには関連する第三者に対し、データや書類を提出することを依頼又は強制できる正式なディスカバリープロセスを通じて入手できる。損害額の分析を実施することに加え、特に、エコノミストは損害額の算定や経済学的議論を行う上で役に立つ情報について、弁護士と共にディスカバリー要求の計画・準備を行うことが多い。エコノミストには分析に当たって有益な分野に知見があり、弁護士には容易には認識できないかもしれないデータの問題点を見つけ、的確な質問を行うことができるので、エコノミストと弁護士が共同で作業をすることは、データの要求やデータのレビューの段階で特に生産的である。

日本国外の国で使われた手法や議論、ディスカバリーでの証拠収集手法は、日本での事例にも適用できるだろう。先に議論したように、実際の世界と仮定の世界の概念は、事案の事実関係と結びついた損害額の算定を行うのに役立つ。実務的な問題としては、日本の事案のみにおいて経済分析を行うのは高額かもしれないが、海外でも訴訟に直面している企業は、米国やその他の国でも関連した問題において同様の分析を行うので、日本に特化した分析を加えることも視野に入れてもよいだろう。また、被告企業が日本で裁判を行うことはないかもしれないが、損害額の算定のための経済学的ツールは、実際の損失を補填する和解金額の決定や、その他の国における訴訟で発生し得る損害賠償金の額の評価、契約又は法律による罰金又は違約金への対応などにおいて、価値のあるものである。

先述のフレームワークを日本の裁判所で適用することは、裁判官が経済分析の利点を使わずに決定した損害賠償金の額よりも、損害額を科学的に評価することができ、違反行為により生じた損害により近い額を損害賠償金の額とすることができるかもしれない。損害額の算定のための経済学的アプローチを理解することによって、裁判所が民事訴訟法 248 条の適用を考慮する際に、原告が本当に科学的手法に基づいて損害を算出できないのかどうか判断すること、さ

¹⁸ 米国連邦取引委員会経済局バイオグラフィーを参照のこと。

<https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-economics/biographies> (最終閲覧日：2018年8月12日)

¹⁹ Diane S. Owen, *Economists in the Antitrust Division*, CSWEP NEWS (2016) :

<https://www.justice.gov/atr/file/economists-in-the-antitrust-division/download> 7頁。

²⁰ *The Handbook of Competition Economics 2018 (2017)* 84頁。

らには、原告と被告の双方が示した損害額に係る分析を評価することができるようになる。加えて、損害額を算定するに当たってのエコノミストの役割を理解することで、原告、被告、そして弁護士が経済学の専門家とより効果的に働くこと、そして損害額の分析を事案に取り入れることに役立つだろう。

IV. おわりに

本論文では、損害賠償推定に用いる経済的フレームワークと日本で経済的アプローチを使う機会とメリットについて論じた。筆者は、日本の企業や裁判所が損害賠償推定に経済学的アプローチを将来幅広く適用することを望んでいる。