事業者等の不法行為による消費者被害の民事的救済

―　独占禁止法上の損害賠償請求訴訟の日韓比較を中心に　―

2014 年 1 月

一橋大学大学院　法学研究科

博士課程３年

権敬殷(クォン･キョンウン)

― 目　次 ―

序章 1
第１節　問題の提起と仮説 1
第２節　論文の構成 3

第２章　競争法と消費者利益 5
第１節　規制緩和と経済政策 5
１.概説 5
２.規制緩和に関する議論の始まり 5
３.規制から緩和へ 6
４.日本と韓国の状況 8

第２節　規制緩和と消費者政策 9

第３節　競争政策と消費者政策 10
１.概要 10
２.競争政策と消費者政策の区別 11
１)相違点 11
２)類似点 13
３.消費者政策と競争当局の役割 13
４.日本や韓国における消費者政策 16
１)日本の消費者政策 16
（１)消費者庁の発足前 16
（２)消費者庁の発足後 18
２)韓国の状況 19
５.日本や韓国の競争法制及び消費者法制の沿革 22
１)日本の状況 22
（１)第２次世界大戦の直後 22
（２)韓国戦争特需による経済復興期 23
（３)高度経済成長期 24
（４)1970年代 25
（５)1980年代のバブル時代 26
（６)1990年代のバブル崩壊後 27
（７)2000 年代 28
２)韓国 30
（１)胎動期 30
（２)1970 年代 31
（３)1980 年代 31
（４)1990 年代 32
（５)2000 年代 33
６.競争法における消費者利益 33
１)市場における競争と消費者利益 33
２)日本と韓国における議論 37
７.イニシアチブを握った自立した消費者 40
１)市場の参加者としての消費者―二つの顔を持つ消費者 40
２)主体的で自立した消費者 42

第３章　独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求 44
第１節　概説 44

第２節　独占禁止法上の損害賠償請求権 45
１.日本の独占禁止法における損害賠償請求権 45
１)規定の内容 45
２)違反行為の対象 46
３)無過失責任 47
４)審決前置主義 47
５)専属管轄 47
６)求意見制度 48
７)消滅時効 48
８)確定審決の認定事実の拘束力 48
９)独占禁止法における損害賠償責任と民法における損害賠償責任 49
２.韓国の独占禁止法における損害賠償訴訟 49
１)規定の内容 49
２)違反行為の対象 50
３)過失責任主義 50
４)是正措置前置主義の廃止 50
５)損害額認定制度 51
６)消滅時効 51
７)管轄裁判所 52
８)記録の送付 52

第３節　独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求の諸論点 52
１.概説 52
２.実体法上の成立要件 54
３.独占禁止法上の損害賠償請求権と民法上の損害賠償請求権との関係 55
１)概説 55
２)学説 56
（１)請求権競合説 56
（２)法条競合説 58
３)使用者責任との関係 58

第４節　小括 59

第４章　独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求要件の具体的な検討 61
第１節　損害賠償請求権の要件 61
１.違反行為の存在 61
２.故意･過失 63
１)過責の要件 63
２)故意･過失の概念 64
３)故意･過失に対する立証責任 65
４)無過失損害賠償責任主義と排除措置命令前置主義との関係 69
３.違法性 69
１)概説 69
２)独占禁止法違反行為と民法上不法行為の違法性 70
（１)民法上の不法行為においての違法性 70

（2）独占禁止法が禁じる行為の違法性 72
（3）排除措置命令と事業者等の法違反行為の違法性の推定 76
イ. 公正取引委員会の事実認定に、裁判所は拘束されるか 76
ロ. 比較法的検討 77
ハ. 日本や韓国の状況 79
ニ. 自己申告による責任減免制度との関係 86
4. 損害 91
1）損害の発生 91
2）損害の概念 92
（1）差額説 92
（2）具体的･現実的損害論（損害事実説） 94
（3）規範的損害論 96
3）判例の立場 98
（1）日本 98
（2）韓国 99

第2節　独占禁止法違反行為による損害と因果関係 112
1. 概説 112
2. 学説 113
1）条件説 113
2）相当因果関係説 113
3）規範目的説 115
4）危険性関連説 115
5）事実的因果関係論 116
6）小括 117

3. 韓国と日本の状況 118
1）韓国の場合 118
（1）相当因果関係説 118
（2）現代型不法行為訴訟と因果関係区別論 119
（3）判例の立場 122
2）日本の場合 128

4. 因果関係に関する立証 130
1）因果関係の事実的推定 130
2）事例の検討 132
（1）事件の詳細及び裁判所の判断 132
（2）本事案に対する学説の評価 140
5. 間接購入者の法理 148
1）概説 148
2）間接購入者の損害賠償請求権を認めるべきかどうか 149
3）日本や韓国の状況 152
（1）日本 152
（2）韓国 154
6. 因果関係の立証責任の緩和･軽減 166
1）概説 166
2）学説 167
（1）蓋然性説 167
（2）新蓋然性説（間接反証説） 168

（3）危険領域説 169
（4）疫学的因果関係説 169
（5）確率的心証理論 170
（6）立法による立証責任の転換 171

第3節　損害額の算定 172
1.概説 172
2.損害額の立証 173
1）損害賠償の範囲 173
2）独占禁止法の違反行為による損害賠償範囲の決定 173
3）賠償範囲に関する因果関係の立証 175
（1）損害と無関係な要素の除去 175
（2）因果関係の立証 180

第4節　損害額の立証とその方法 182
1.概説 182
2.損害額に関する合理的な推定方法 182
1）損害額の推定と経済的証拠 183
（1）経済的証拠 183
（2）経済的証拠の類型及びその特性 184
（3）超過価格型損害と逸失利益型損害 185
2）損害額の算定方法 188
（1）前後比較法(before and after comparison method) 188
（2）標準市場比較法(yardstick or benchmark method) 189
（3）市場占拠率理論(Market Share Theory) 189
（4）二重差分法(difference in difference method) 190
（5）経済理論模型による推定方法 191
3.比較法 194
1）アメリカ 194
2）ドイツ 195
4.日本や韓国の状況 196
1）日本 196
2）韓国の場合 198

第5節　損害額認定制度 200
1.概説 200
2.日本民事訴訟法248条の損害額認定制度 200
1）立法の沿革 200
2）民事訴訟法248条の法的性格 202
（1）証明度軽減説 202
（2）裁量評価説 203
（3）折衷説 204
3）日本民事訴訟法248条の適用要件 205
4）日本民事訴訟法248条の適用範囲 207
（1）慰謝料型 207
（2）無形損害型 208
（3）逸失利益型 208
（4）将来予測型 209
（5）滅失動産型 210

５）日本民事訴訟法248条の適用の限界 211
３.韓国独占禁止法57条の損害額認定制度 212
１）韓国独占禁止法57条の法的性格 213
２）韓国独占禁止法57条の適用要件及び適用範囲 215
４.入札談合事件においての損害額認定制度の適用 217
１）入札談合行為に関する損害賠償訴訟 217
２）損害額認定の根拠 218
５.小括 221

第６節　損害賠償責任の制限 222
１.概説 222
２.過失相殺 222
３.損益相殺 224
４.小括 225

第７節　課徴金と不当利得の関係 228
１.課徴金の法的性格 228
２.課徴金は法違反行為に対する制裁として機能しているか 231

第８節　消滅時効と管轄 233
1.消滅時効 233
１）短期消滅時効の起算点 234
２）長期消滅時効の起算点 235
２.管轄の問題 237

第５章 論文の要約及び結論 238

序章

第1節　問題の提起と仮説

近年、事業者等の不法行為による消費者被害は数的にも増加しており、その被害の形態においても多様化している。そのため、消費者被害をどのように救済すべきかは喫緊の課題となっている。これまで消費者被害の救済については、様々な角度から研究がなされ、それとともに救済を容易にする制度が導入されるなど、それなりの成果を挙げて来た。日本では、2000年に導入された消費者契約法(平成12年５月12日法律第61号)により、事業者と消費者間の一定の契約を取消または無効化することで消費者の権利の擁護に乗り出しているほか、2009年に発足した消費者庁は、消費者の権利の擁護及びその自立の支援のために、消費者行政を当庁に一元化することで、名実ともに消費者の視点で政策の全般を監視し、消費者を主役とする政府の舵取り役として位置づけられるようになった。その他、事業者等の法違反行為を事前に防止する目的から差止請求権を設け、又浅くて広く拡散する特徴のある消費者被害を束ねて損害賠償を求めることができるようにする集団訴訟制度も、2013年の11月に新設されている。しかしながら、このような消費者被害の防止や救済のための一連の努力がなされているにも関わらず、事業者等による不法行為は依然として後を絶たず起きている。例えば近年世間を騒がせた、焼肉酒屋えびすによるユッケ食中毒事件を始め、食材偽装問題等が相次いで起こったことは周知の通りである。

一方韓国では、2006年、消費者保護法を消費者基本法に改正し、消費者を自立した存在として捉えることで、消費者行政においてもその自立を支援する方向へ転換した。その翌年である2007年には、それまで競争政策とは分離して運用されてきた消費者行政を公正取引委員会に移管することで、市場を形成するもう一つの軸である消費者に関する政策を、公正取引委員会が推進していく体制となった。ところで、消費者の自立を助ける方法については、消費者法制を契約法的な観点からアプローチする日本とは異なり、韓国では、依然として行政法的なアプローチが中心となっている嫌いが強い。その一つの例として、韓国消費者院による被害救済制度を挙げることができる。これは、事業者が販売した物品の使用及び用役の利用によって被害を受けた消費者が、韓国消費者院に危害の救済を求めることのできる制度であるが(韓国消費者基本法55条１項)、消費者の被害救済の申請があった場合、消費者院長は、原則として被害救済の申請を受付けた日から30日以内に、当事者(事業者と消費者)に対し被害の賠償に関する合意を勧告することができ(同法57条)、合意が成立した場合には、消費者は、一定額の賠償を受けることができるようになっている[1]。行政主導のこのような消費者被害の救済は、迅速な対応ができ

[1] 2012年に韓国消費者院に受付けられた被害救済の申請件数は合計ニ万九五一九件であり、このうち93.8%に該当するニ万七六七七件が消費者院長の合意の勧告により解決された。合意が成立しなか

るというメリットは認められるが、被害を受けた消費者全員が被害救済の申請をするわけでもなければ、その仲裁額においても、消費者が被った財産的被害の限度に一定額の支払を事業者に命じるだけなので、事業者にとってみれば不法行為を続けた方が得をするというやり得が生じることを否めない。

事業者による不法行為に対しては、市場をなすもう一つの軸である消費者がより自主的で積極的に対処することが必要である。そして、その一つの方法として考えられるのが、損害賠償請求訴訟の提起である。市場において自由で公正な競争を維持·促進することで消費者利益を保護しようとする日本や韓国の独占禁止法には、事業者等の同法の違反行為があった場合、損害賠償を提起し消費者が自己の被害救済を受けることができる旨を定めている。また、その内容は概ね被害者が損害賠償を容易に請求できるような仕組みとなっている。しかしながら、実際独占禁止法違反行為による損害に基づく損害賠償請求訴訟の提起件数は、決して多いとは言い難い。その原因は一体何だろうか。

本論文においては、このような問題意識に基づき、現行の日韓両国の独占禁止法上の損害賠償規定には、被害者に対し訴訟の提起を困難にする問題点が多く潜んでいるという仮説に立ち、それに基づいて、両国の独占禁止法の規定内容を具体的に検討することでそれらの問題点を探り出すとともに、それに対する改善策を模索することが目的である。

日本や韓国を比較する意義としては、両国は歴史的·文化的な類似性があることから、独占禁止法違反行為による損害賠償請求権の運用においても、互いに参考にできる要素が沢山存在すると思われるからである。そもそも韓国の法律は、植民地時代は勿論その以降においても、日本法を積極的に継受することで発展してきており、具体的な事案の解決においても、韓国の裁判所は、日本の最高裁判所の判断を多く参考し判断を行なってきたことを否めない。しかしながら、このような傾向は、近時になって少しずつ変わってきているようにも思われる。例えば、過去においては、欧米諸国から新たな法制度や法理論を受け入れる場合、先に同様の法制度及び法理論を受け入れた日本の状況を検討した上で、問題点等がある場合はそれらを修正または変更することで、韓国社会に最も副作用が少なく、また適切に機能できるような形や内容に変えて受け容れるという嫌いが強かった。

ところが、現在は、日本を経由することなく、欧米諸国の新しい法制度や法理論を直接継受しようとする試みが高まっている。そこには、韓国経済の成長と共に、直接ヨーロッパやアメリカ等に渡り研究を行うケースが多くなったことにも原因があろうが、他には、これまでの日本法の影響から脱却しようとする風潮が法学分野にも吹き亘るようになったことにも原因があ

った一八四ニ件(6.2%)は消費者紛争調停委員会に付された(韓国消費者院, “2012消費者被害救済年報及び事例集”, 2013年４月, 29面. https://www.kca.go.kr/modules/board/list.jsp?boardConfigNo=158&menuNo=311)。以下、韓国の文献を引用するにおいては、韓国での引用方法による。

ると思われる。そのため、近年の韓国の法律は、ドイツ法的な色彩が依然として強いなか、徐々にアメリカ法理論が浸透しつつあるように思われる。

しかしながら、欧米諸国の法律や法理論及び法制度は、西洋文化の土台の上で成立したものであり、韓国法には馴染み難い点が多く存在することから、一定の法制度や法理論において示唆を得るには限界があると言わざるを得ない。従って、社会的·文化的に多くの共通点を有し、法制史においても百年以上の長い歴史を持っている日本の状況を検討することは、韓国法の発展においても多く参考できるところがあると思われる。本稿の比較研究もまたそこに意義を見出すことができよう。

第２節　論文の構成

本稿は、まず、日本と韓国の独占禁止法上の損害賠償請求のための要件について検討するとともに、その実体法的な要件についても具体的に比較検討を行いたいと思う。検討においては、両国の学説や判例の立場を詳細に紹介し分析する方法を用いる。

まず、第２章においては、近年各国で進められている規制緩和の流れがそもそもどのような切っ掛けから始まったかについて見てみた上で、それが日本や韓国の競争政策及び消費者政策に対しどのような影響を及ぼしたかを論じる。そして、日本や韓国の競争法制や消費者法制の歴史を簡略に紹介し、そのような規制緩和の流れが消費者政策において自主的で主導権を握った消費者像を形成するのに大きく影響したことを見出す。これを踏まえて、多様な事業者等の不法行為によって被害を受けた消費者が、自らの被害の救済のために積極的に損害賠償請求訴訟を提起する必要があることを導く。

第３章においては、事業者等の独占禁止法違反行為によって被害を受けた者は、事業者等を相手に損害賠償請求訴訟を提起することができる旨を日本や韓国の独占禁止法はそれぞれ規定しているが、その具体的な規定内容について比較検討を行う。その上で、損害賠償請求訴訟を提起するための実体法的な要件、つまり、違法行為の存在や故意·過失、違法性、損害等に係る日本や韓国の判例及び学説の議論の状況を概観し、特に違法性の立証問題については、公正取引委員会が行なった事実認定が裁判所に対して有する拘束力の問題について取り上げる。さらに、事業者等による独占禁止法違反行為と損害との間の因果関係を立証することが、原告が損害賠償訴訟を提起するにおいて大きなハードルとなることが多いことに鑑み、それについて議論を学説を中心に見てみる。そして、特に独占禁止法違反行為による損害賠償訴訟の場合、消費者の被害は概ね間接被害による場合が多いことから、間接購入者としての消費者の被害に関わる諸問題についても検討する。

損害賠償請求のための上記の要件を立証した原告は、最後に、自己が被った損害額を立証し

なければならないが、独占禁止法違反行為による損害賠償訴訟の場合には、その損害額は、経済や市場による影響を多く受けかねないことから、事業者等の独占禁止法違反行為のみによって生じた損害の範囲を画する作業が必要となる。従って、損害賠償の範囲を立証する問題や裁判所がその範囲を決定する時に考慮しなければならない問題についても検討を行う。その上で、独占禁止法違反行為によって生じた損害の額を立証することの困難さに鑑み、日本民事訴訟法248条や韓国独占禁止法57条に定められている損害額認定制度の活用についても、ともに検討する。

その他、損害賠償責任の制限の観点から考えるべき過失相殺や損益相殺の問題及び課徴金との関係、消滅時効や専属管轄の問題についても簡略に日本や韓国の状況を比較する。

上記の内容を検討するにおいては、できるだけ日本や韓国で実際問題となった判例事案を挙げてその内容を紹介し、それに対する学界からの評価等についても詳細に紹介したいと思う。

以上の検討を経て、現行の独占禁止法上の損害賠償請求訴訟規定における問題点とは何かを探り出し、その改善策としての私見を提示することで本稿を締め括りたいと思う。

第２章　競争法と消費者利益

第１節　規制緩和と経済政策

１.概説

企業の事業活動は近年、時間が経つにつれ国際的な規模になっている。その中で、90年代の初め頃から規制緩和に関する議論及びその実践が日本や韓国で進められてきた。日本では、1995年３月に、規制緩和推進計画が閣議で決定され、「自由を原則としつつ、例外的に規制する」という基本方針が経済分野において採択された。一方、韓国では、90年代の半ば頃に起きた外貨危機を契機に、本格的な規制緩和政策が進められるようになった。輸出型産業を中心とする日本や韓国の経済構造の特徴から政府による輸出主導型の経済政策の推進は、ある意味で避けて通れない選択肢とも言えよう。特に韓国の場合には、それにより半世紀の間に驚くほどの経済成長を成し遂げたのが事実である。

ところが、このような政府主導型の経済政策の推進は、必然的に市場経済体制において発生する問題を解決すべき多くの規制を生み出すことになった。その結果、場合によっては不必要な規制により市場において資源の効率的な配分を妨げる障害物として働くようにもなった。近年のように企業の事業活動の範囲が全世界的な規模に拡大している状況の中では、企業の競争力及び国家の競争力を弱化させる原因として働くこともある。さらに、1980年代以降から進められた自由貿易の風は、従来のように政府が積極的に市場へ介入することをできなくしている。

このような時代の流れを背景にして、規制緩和に対する必要性が高まったのである。規制緩和についての議論は、規制緩和という用語からも分かるように、その主な内容は事業者に対し規制緩和をするというものであった。つまり、規制緩和に関わる議論自体が、その胎生において経済政策の新パラダイムを構築するための運用方法として行われたこともあり、規制緩和を通してどうすれば安定的な経済成長を成し遂げ、資源を効率的に配分することができるのかについて関心が集まったわけである。そのため、市場において産業或いは事業者と対応するというべき消費者との関係については、規制緩和の議論においてそれほどなされてこなかったのが事実である[2]。

２.規制緩和に関する議論の始まり

周知の通り、アダムスミスを初めとする伝統的な経済学者らは、市場経済システムにおいては見えざる手(invisible hand)、つまり事業者と消費者間に形成される価格という媒介手段により資源が適切に配分され、また社会全体の利益をも得ることができると想定していた。しか

[2] 本城昇「市場メカニズムと競争政策･消費者政策」公正取引525号(1994年7月)36頁、パク･ソンヨン=オ･ドンヒョン，‘消費者政策の側面からの規制緩和政策の方向’，消費者問題研究第36号，韓国消費者院，2009年10月，68面.

しながら実際においては、価格メカニズムはうまく作動せず、市場の失敗が生じる場面が少なからず存在することは言を俟たない。例えば、一部の独占企業により市場自体が形成されることすらできなかったり、市場が形成されたとしても多くの事業者の不当行為や不公正な行為により競争が円滑に行われず、それによって社会全体の厚生が減少するという場面が頻繁に生じている。

そこで、このような市場の失敗を正すという建前から国家が介入するようになり、それがまた様々な規制という形で現れるようになった。国家がこのように規制を通して市場に介入することの正当性がどこにあるのかについては、考え方が分かれる。まず、市場介入の正当性を市場の失敗に求める考え方があるが、これを規範理論と呼ぶことができる。この規範理論によれば、市場機構が資源を効率的に配分するということは社会的な規範であり、仮に、市場機能がうまく作動することができず、それによって資源の効率的な配分という社会的な規範を達成することができないような市場の失敗が発生した場合には、政府が介入してそれを是正しなければならないと言う。これに対し、国家が市場に介入する正当性を公共利益(Public interests)の増大から求める公益理論は、市場経済秩序の下における市場の失敗は、資源の効率的な配分及び公正な所得の分配を阻害する他、失業や物価を上昇させ国民の所得の成長を妨げる等の公共の利益を害する結果をもたらすと主張する。そのため国家が市場に介入し、侵害された公共利益を保護すべきと説明する。

３.規制から緩和へ

1929年から始まった世界大恐慌(Great Depression)は、当時の伝統的な経済理論によっては説明できない現象であった。アメリカから始まり世界に広まった大恐慌は、生産の萎縮や過酷な失業を生じさせ、深刻なデフレーション(物価の下落)をもたらした。例えば、大恐慌の直前は３%であったアメリカの失業率は、1933年には、農業分野を除きおよそ37%までに上り３人のうち１人は仕事がないという最悪の経済状況に陥ったとされる。当時、新古典学派の経済学者は、失業とは単に労働市場における超過供給の現象に過ぎず、市場に超過供給が存在すれば価格の下落により需要が増加し、それによってバランスの取れた状態に戻ると信じていた。ところが、労働市場は、新たなバランスを取り戻すどころか、大規模の失業が相次いだのである[3]。

そのような中で、伝統的な経済理論が主張するように、市場に全てを委ねてはならず、政府が積極的に市場に介入し大規模の公共事業等を行うことで有効需要を創出しなければならないとするケインズ学派が登場するようになった。つまり、ケインズ学派は、大きな政府が公共事業等に莫大な政府の予算を注ぎ込み仕事の創出や中産階級の強化及び貧困層の救済を行うこと

[3] これにより、市場の失敗は政府の失敗とも呼ばれるようになった(田中裕明「規制緩和市場への参入と独占的地位の濫用」神戸学院法学第38巻第１号(2008年９月)151頁)。

により、当時の大恐慌を克服すべきであると主張したのである。これを受けて、徐々に市場に対する政府の態度も、「原則禁止、例外的に許可」へと方向の変更が見られるようになった。

ところが、このような「大きな政府」による経済問題の解決は、その後、同じことを民間企業が行った場合よりも、政府の介入によって高費用･低効率の結果になることが著しくなり、間もなく「大きな政府」及び「行政国家」に対する批判がなされるようになった。特に、「大きな政府」論に対する幻想は、1970年のオイルショック(石油危機)により引き起こされたスタグフレーション(経済不況の時に物価が同時に上昇すること)を経験することで、見事に弾けてしまったのである。ケインズ学派の理論は攻撃を受けるようになり、その結果、政府の役割の縮小や市場競争の拡大を標榜する新自由主義が登場した。

新自由主義理論は、グローバル化の波に乗り流行のように広まって行った。ここで言う新自由主義とは、自由貿易の拡大や規制緩和及び公共企業の民営化等による「小さな政府」を標榜するというものであった。この考え方に従い、例えば、1975年のアメリカでは、ニューヨーク証券取引所の手数料が完全に自由化され、さらに1980年代には、レーガン大統領により大規模の減税や規制緩和による競争原理が導入されることで、いわば「小さな政府」が実現された[4]。イギリスにおいても、1970年代までは英国病と呼ばれる経済の停滞に悩まされていたが、1986年にサッチャー首相により証券制度の大改造(いわゆるビッグバン)が行なわれ、「小さな政府」がスタートするようになった[5]。英米におけるこのような「小さな政府」の実現への試みは結

---

[4] いわゆる「レーガノミクス」と言われるものである。これは、「レーガン」と「エコノミックス」の合成語である。経済の再活性化により、「力による偉大なるアメリカ」の再建を期するという国家政策を意味する。例えば、歳出の削減、所得税の大幅の減税、企業に対する政府規制の緩和、安定的な金融政策の推進等がその具体的な内容であった。

過去、経済政策や経済理論に少なからぬ影響を及ぼしたJ.M.ケインズの「有効需要論」(ケインズ経済学)から抜け出たとして大きく関心を集めた。当時、アメリカ経済が直面していた景気の沈滞によるインフレーション、つまりスタグフレーションを治癒するには、従来のケインズ経済学的な需要管理だけでは充分ではなく、より積極的に「供給の側面」を刺激することでその波及効果を需要の増大に結びつけるという「供給の経済学」が強調された。

レーガン大統領は、当時、小さくて出しゃばらない政府を目指すということを繰り返し強調していたが、実際には、巨額の財政支出や官僚政治の肥大化が進められたとの矛盾も指摘されている。

[5] サッチャリズムという。1979年の総選挙で保守党が勝利し政権を握ったサッチャー首相は、労働党政府が固守していた各種の国有化や福祉政策等を取りやめ、民間による自律した経済活動を重視するというマネタリズム(monetarism)に即した強力な経済改革を推進した。以降、このようなサッチャーの政策は「サッチャリズム」と呼ばれるようになった。

改革の内容としては、①福祉のための公共支出の削減や税金の引下げ、②国営企業の民営化、③労働組合の活動の規制、④徹底した通貨政策に基づくインフレーションの抑止、⑤企業や民間の自由な活動の保障、⑥外貨管理の全廃やビッグバン(big bang)等による金融市場の活性化等であった。その他にも、小さな政府の実現や産学協同中心の教育政策、ヨーロッパ統合の反対等のような政策をも推し進められた。

このような社会･経済的な改革政策の推進にとどまらず、サッチャーは、当時のイギリス社会において沈滞が続き無気力な状況に置かれていたのを「英国病」と診断し、それを克服するため社会全体の意識の改革が必要であるとも強調した。要するに、上記の政策によって結果的には、インフ

果的に成功し、それによってイギリス経済は蘇った。また、アメリカ経済も1990年代に入り劇的に復活したことから、「小さな政府」を掲げた新自由主義は世界的にその影響力を拡大していった。このような「小さな政府」の政策は、現在においても多くの国家の経済政策において柱となっている。

４.日本や韓国の状況

このように、アメリカやイギリスが小さな政府を標榜し相当の成果を収めている間、日本[6]や韓国では、依然として官僚主導による大きな政府によって経済システムが作動していた。国際化の流れが世界中に広まる中で、早くから規制緩和によって競争力を培った欧米企業の攻撃的な進出により、日本や韓国の競争力のない企業は徐々に市場から淘汰されていった。日本では、銀行や証券会社及び生命保険会社等において大きな倒産が相次いだのである。

そこで、自国企業の競争力を育てるためには規制緩和が伴わなければならないことが認識されるようになり、大々的な規制緩和作業が始まるようになった。日本では、1993年に細川内閣が規制緩和を最重要政策の一つとして採用し、その後1996年11月に橋本内閣は、日本版のビッグバン(金融大改革)に取り掛かった。さらに2001年の小泉内閣は、「改革なくして成長なし」若しくは「民間にできることは民間に」、「地方にできることは地方に」というキャッチフレーズを掲げ、公共事業の削減や郵政民営化及び財政投融資の改革、そして地方への税源の委譲等の政策を次々に発表した。

一方で、韓国では、1990年代に入り少しずつ進められていた規制緩和の政策が本格的にその拍車がかけられるようになったのは、1997年に発生した外貨危機(国家倒産の危機)が切っ掛けとなった。当時の韓国は、金融機関の財務状況が悪化し借入中心の放漫な経営をしていた大企業が次々と倒産するという状況が起きていた。対外信頼度は下落し短期外債が急増する等、結局、外貨危機という事態に直面したのである。モラトリアム(債務支払の猶予)を宣言するまでになった韓国政府は、1997年12月、IMFに救済金融を申請し、IMFから195億ドル、世界銀行(IBRD)やアジア開発銀行(ADB)からそれぞれ70億ドルや37億ドルの支援を受け、ようやく外貨危機から抜け出すことができた。

その際、IMFは、資金を支援する条件として、韓国政府に対し財政･金融の緊縮や貿易の開放、

レーションを克服し景気を回復させることには成功したものの、一層深刻化した失業問題により国民の不満が高まったことで、サッチャーの政策については批判もなされた。

[6] 日本で規制緩和に関する議論は、すでに1981年に始まったとされる。つまり、1979年のOECDの規制緩和に関する理事会の勧告により、日本の公正取引委員会が「政府規制等に関する見解」を発表したのがその始まりであるという。但し、公正取引委員会による規制緩和への試みは、当時、関連省庁の権限侵害に対する反発や警戒心を買うことになり、本格化されずに終わってしまったとの意見として、上杉秋則「規制改革と競争政策」312頁(www.esri.go.jp/jp/others/kanko_sbubble/analysis_07_08.pdf)。

さらに金融及び企業の構造改革や企業の透明性を高めること等を要求した。その他にも、アメリカ式の監査委員会の導入や高いコール金利の維持等のような、当時の韓国経済にとっては馴染まない条件を数多く要求してきた。要するに、このようなIMFの要求を受け容れ外貨危機を克服するためには、規制改革を本格的に推し進めるしかなかったわけである[7]。そこで、その第一歩として1997年に行政規制基本法が制定され、さらに1998年には規制改革委員会が設置されるなどして規制緩和政策は着々進められていった[8]。

第２節　規制緩和と消費者政策

1990年代以降、「事前規制」から「事後チェック」型に規制のあり方が変ってきたことにより、経済部門においても、自己責任の原則や市場原理が支配する経済社会を作り上げることが政府の大きな目標となった。社会的な規制においては、必要最小限の原則に基づいて各種の規制を撤廃し、またはより柔軟な規制へと移行する方向に転換した[9]。さらに、規制の国際的な整合性を図ると同時に、手続きにおける迅速化や透明性も強調されるようにもなった。規制緩和により政府による規制が撤廃又は減らされたことで社会は自由を手に入れることはできたものの、その代わり責任やリスクを甘受せざるを得なくなった。これは当然消費者政策に対しても影響を及ぼすようになった。

消費者政策に関しては、それまで保護の対象としてしか把握されていなかった消費者像を、自立の主体として把握[10]することで、徐々に消費者の多様なニーズに応じるべき政策を推進するようになった。つまり、消費者は可哀そうで保護しなければならない存在であるとの弱者保護

---

[7] 例えば、実物部門においては、大企業の負債比率を200％に維持する政策やビックディール(Big Deal)等を行った。金融部門においては、不良金融機関の退出やBIS自己資本比率の確保等が推し進められた。

[8] ところが、特に競争政策上の規制緩和を考える時に注意しなければならないことは、市場の失敗を補正･回避するという建前で、必要な規制まで緩和してしまうような過ちを犯してはならないことである。まずは、市場失敗の原因がどこにあるのかについて、丁寧に検討する必要がある(本城昇･前掲論文･37頁)。

[9] 代表的な規制緩和の例として、金融の自由化や米の輸入の自由化、大規模小売店舗法の廃止、株式売買委託手数料の自由化、電力小売の自由化、航空料金の自律化、保険料率の自律化、法曹人口を拡大するためにロースクール制度を導入等を挙げることができる。例えば、金融の自由化について見ると、当時の日本の金融機関はいわば護送船団方式という方法で政府により手厚く保護されていた。そのため、競争力がないにもかかわらず淘汰されることなく経営が続くという非効率な金融機関が数多く存在した。しかしながら、国際化の進展により外国の金融機関との競争が日々増してきたことから、金融自由化はもはや避けて通れないこととなり、1980年代には金利の自由化が、1996年には金融ビッグバンにより業務範囲の自由化がなされるようになった。これらによって、金融機関の再編は急速に進められた。その代表的なものとして、三井・住友グループと三菱東京ＵＦＪグループ及びみずほグループ(富士・一勧・興銀)の統合を挙げることができる。

[10] 2004年６月に、従来保護の対象としてしか捉えられなれてこなかった消費者を、独立した主体として把握することで、消費者権利を尊重し消費者の自立を支援する旨の消費者基本法が改正された。

的な観点の政策から、消費者を事業者と共に市場を構成する一つの単位として把握することで、消費者にとって合理的な意思決定ができるように市場の競争を促進させ、それにより消費者の利益も確保するという考え方に変わっていったのである。

このような考え方の転換により、現在は、何時よりも消費者主権という用語が強調されている。勿論、過去にも消費者主権という言葉が使われなかったわけではないが、従来の消費者主権というのは、単に消費者が選択の主体であるという以上の意味は有していなかった。それに対し現在の消費者主権は、消費者が単に市場で製品を選択するという受動的な立場に止まらず、危険な製品や悪質･欺瞞的な商法を排除し消費者が積極的に行動できるような環境を作るという意味として捉えられている[11]。このような環境が作られ、消費者が自らの権益のために積極的に行動できれば、結果的にそれは事業者の公正な競争を導くことにも繋がるはずである。

すると、そのような消費環境を作るためには、まず消費者の安全を確保しなければならない。また、商品や役務においても消費者に対し自主的で合理的な選択の機会を与えなければならない。さらに、消費者には必要な情報や教育の機会が与えられなければならず、消費者の意見を消費者政策に反映する必要がある。そして、もし消費者に被害が生じた場合には、適切で迅速にそれを救済することも必要である。消費者が自らの利益の擁護及び増進のために、自主的で合理的に行動することができるよう消費者の自立を支援することをその前提に置くべきである[12]。

第３節　競争政策と消費者政策

１.概要

2000年に入り、日本と韓国では消費者政策や法制において大きな転機を迎えた。日本では、2000年の始め頃「消費者契約法」が制定され、消費者と事業者間の情報力・交渉力の格差から生じる消費者の不利益を防止し、またその権利を擁護することができるようになった。その上2004年には、消費者がより自立できるよう支援をするという目的から「消費者保護法」が「消費者基本法」に改正され、さらに2009年には、消費者庁が発足することで消費者政策を統一的に推進することができるようになった。

これに対し、韓国では、2006年９月、「消費者保護法」が全面的に改正され「消費者基本法」にその名称を変えた。同法には新たに団体訴訟や集団紛争調停制度等のような消費者権利を救済すべき手段が導入された。さらに2007年には、それまで財政経済部の所属であった韓国消費者院が公正取引委員会へ移管された。消費者院の公正取引委員会への移管は、競争政策や消費者政策を一つの機関で一括的に運用することを意味する。これに対しては、市場を構成する

[11] 松本恒雄「競争政策と消費者政策」公正取引558号(1997年４月)11頁。
[12] 消費者基本法２条１項及び２項。

二つの軸、つまり事業者や消費者に対する政策を一つの機関で統一的に推進することができるとして期待感を抱く考え方もある反面、両者を円滑に連携し運用することが果たして可能なのかについて懸念する声も少なくない。周知の通り、競争法制や消費者法制は消費者厚生という同一の目標を追求するという点では、一見両者は相互補完的で不可分の関係にあるようにも思われる。ところが、実際その目標に向かってアプローチする方法においては、多くの相違点も見出される。そのため、後者のような懸念が全く意味が無いとも言えない。そこで以下では、競争政策や消費者政策の運用に関わる幾つかの論点について見てみたいと思う。

２.競争政策と消費者政策の区別

過去、古典経済学者が考えていたのとは裏腹に、市場が価格という「見えざる手」によって円滑に作動せず、市場の失敗という現象が現われたことは既に述べた。そして、このような市場の失敗を供給の側面からアプローチし、独占的市場構造や競争制限行為等を規律することでそれを治癒しようとするのが競争法制であり、それに対し、需要の側面からアプローチし市場の失敗を治癒しようとするのが消費者法制であること、さらに、この二つの法制が究極的に追求するのは消費者厚生の増進であるということについても既に述べた。

以下においては、上記の理解から、競争政策や消費者政策がどのような点で異なり、また類似しているかについて述べる。

１)相違点

韓国では通常、競争法制や消費者法制は経済法という一つの枠の中で論じられているが、実際には競争法制と消費者法制は次のような点で異なる。

まず、競争法制は、経済の分野において資源の効率的な分配を確固たるものとするために、競争を維持し活性化させることをその主な目的とする。その上で、市場の構造や市場の行動及び市場の成果的な側面から独占や各種の取引における制限行為を防止し、また新規参入の制限や価格の制限等のような競争を阻害する企業の不公正な取引行為を遮断するために機能する。

それに対して消費者法制は、市場の不完全性を解消することで消費者厚生を増大し、それにより合理的な消費生活ができるようにすることをその目的とする。従って、消費者法制は、生産者による商品や用役の製造･生産の段階から消費者がそれを購入･使用する段階に至るまでの全過程において、生産者や消費者の間に発生する問題及び紛争を防止し又解決しようとする。そこで、消費者が積極的に自らの権利を実現することができるように具体的な手段が多く設けられている。

しかしながら両法制における最も本質的な違いは、競争法制は、市場において公正で自由な競争により事業者が事業活動をすることができるように経済制度を運用することで、結果的に

は消費者利益を実現するというのに対し、消費者法制は、具体的に問題となった消費者の権利·利益を直接に保護し増進することで、消費者厚生を達成しようとすることにある。

このように、消費者法制や競争法制は、いずれも消費者厚生(つまり、市場の機能がうまく作動できるようにすることで、消費者厚生を増大させるという)を追求するということにおいては共通しているが、その政策を推進する方法においては次のような相違が存在する[13]。

まず、消費者サイドは、供給サイドと比べれば完全競争の状態に置かれており、情報面において非常に劣位であるのに対し、供給サイドは、通常非競争の状態にあり、情報においても優位を占めている。このことから、競争政策は主に事業者間の競争の過程に集中し、市場における有効な競争を回復させるために市場構造的な問題に対して関心を注ぐ。ところが、消費者政策は、主に消費者取引の構造に関心を持ち、消費者の選択権の行使が実質の意味を有し得るように市場の条件を改善することに集中する。これは、市場に対するアプローチのやり方においても違いを生じさせる。つまり、市場の供給サイドからアプローチし、事業者間の競争制限的な行為を禁じることで(事業者間の競争を保持·促進することで)、消費者がより廉価でかつより良質の商品やサービスを享受できるようにすることが競争政策の目標であるというならば、消費者政策は、市場の需要サイドからアプローチし、消費者が競争サイドから提供される選択権を賢明に、又効率的に行使できるような環境作りをすることを重んじる。そのため、消費者政策は、通常、事業者と消費者間の具体的な契約の締結過程において生じる情報のアンバランスや、虚偽若しくは誤認を引き起こすような広告、又は難解で不公正な契約の条項等に焦点を当てる。

第２、競争政策は、どうすれば市場を円滑に作動させることができるのかについて関心を持つが、消費者政策は、事業者の欺瞞的な行為を規制し、又は事業者が販売した危害のある商品から消費者の生命を守り身体の安全を保護するという、より広い範囲に関心を持つことが異なる。

第３、政策を執行する主体においても、競争政策は主に競争当局という単一主体がその中心にあるのに対し、消費者政策は(勿論、特定機関が担当する場合もあり得るが)、通常、通商や産業に関わる政府の各部門や自治体及び消費者団体等も積極的に関わることが多い。

第４、各分野において問題となった事件が社会に対して及ぼす影響においても異なる。例えば、消費者に係る事件の場合には、事件が発生する件数は多くても、それによって市場に及ぼす影響は限定されることが多い。それに対して、競争に係る事件の場合には、消費者関連の事件と比べて、数的には少ないものの全体としての市場に及ぼす影響は広範囲にわたることが多い。

---

[13] イ·ホヨン,‘消費者政策と競争政策の体系的な連携(Systematic Connection between Consumer and Competition Policies)’, 中央法学第14輯１号, 中央法学, 2012年３月, 176～178面.

最後に、両者は、法違反行為を遮断するための手段において異なる。競争当局は主に、金銭的な制裁や法違反行為の禁止等のような直接で強圧的な方法を用いることが多い。ところが、消費者政策当局は、消費者を教育·啓蒙させる等のような間接的な方法を用いることが多い。

2)類似点

上記にも述べたように、競争法制や消費者法制には上記のような違いがあるにも関わらず、両法制が終局的に追求しようとするのは消費者厚生(言い換えれば、消費者権益の追求、消費者利益の保護、消費者福祉の達成等)の増進であることは両者異ならない。従って、両者は相互補完的な関係にあると言わなければならない。

3.消費者政策と競争当局の役割

消費者政策と競争政策との関係や両政策に関する競争当局の役割については、既にOECD(Organisation for Economic Co-operation and Development) や ICN(International Competition Network)を始め、アメリカ·イギリス·オーストラリア·カナダ等においても活発に議論されてきた。これらの国家は全て判例法を主な法源とする英米法系の国家であるが、競争当局が消費者政策や競争政策を一緒に運用するということに共通の特徴がある。

消費者政策と競争政策の関係について議論し始めた主な理由としては、概ね次のように説明されている[14]。つまり、伝統的な経済学が主張する「経済の合理性」に基づけば、自己の利益の最大化を優先することが人間本来の行動であり、従って市場において需要者となる消費者に競争政策によってさらに広い範囲の選択肢を提供すれば、消費者厚生は自然に増加すると考えられていた。ところが、このような想定は、行動経済学(behavioral economics)の研究により崩壊したのである。実際、消費者というのは合理的な行為者とは程遠い選択をしたり、市場が充分に競争的であっても厚生を極大化できるような意思決定をしない場面が多くあることが、研究を通して分かるようになった[15]。その上、長い間規制の対象となっていた事業分野の規制が緩

---

[14] イ·ホヨン, 前掲論文, 179面.

[15] 中川丈久「消費者行政―消費者庁の設置と今後の法制発展」ジュリスト1414号(2011年１月15日)52頁。これは、「人間は失敗をし、それによって学び賢くなり得る存在であることを直視し重視しなければならない。」とする今日のような主体的で自律した消費者観とは差がある。主体的で自律した消費者観によれば、もし賢い消費者になることは不可能であるという消費者観に立つ場合、これは、全ての人(消費者)の自己改善を否定するものであるため、倫理的に受け入れ難い消費者観であると批判する。また、このように消費者を見つめると、個人を自由で独立した生活を営みえない存在、誰かに後見·保護されて生活しなければならない存在として位置付けることになろうが、勿論個々の消費者は時に愚かしくしばしば過ちを犯すかも知れないが、消費生活の繰り返しの中で消費者は徐々に失敗を学び、賢くなっていく存在でもあると主張する(松岡勝美「消費者像の多様性と『消費者市民』(２)」アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)第87号(2010年12月)63頁)。

和され、新たに競争が導入または拡大されたものの、消費者は、情報の過多や不足若しくは複雑さ等を理由に、与えられた選択権さえまともに行使できない場面が生じていること[16]も明らかになった。それによって、既存の競争政策や消費者政策の間に想定されていた前提に疑問が生じ、これが両者の関係を議じる契機として働いたのである。特に、韓国の場合には、2007年に消費者政策を管掌する主務機関として公正取引委員会にその機能が移管されたことで、競争政策や消費者政策の間の連携の必要性が提唱され、それと同時に、両者の関係や連携の方法等についての研究が活発に行われるようになった。

しかしながら、消費者政策と競争政策の関係について議論する際には、単に両者を執行する機関が一つかそれとも別個の機関であるかとは別に、両者が追求する究極の目的が消費者厚生の増加にあるという点から、両政策をいかにバランス良く運用するかがより重要になってくることは言うまでもない。但し、同一の機関で両政策を同時に運用する場合には、その推進の過程において葛藤の状況が生じ得ることも充分予想できる。

ところで、消費者政策に対する運用方法は、大きく後見主義的な方法(paternalistic or social state-protection approach)と自由主義的な方法(liberal-free market approach)に分けることができる[17]。このうち、前者の後見主義的な方法は、消費者政策の目的を主に消費者と事業者間の不均衡を是正するために市場における消費者の脆弱な地位を強化することに置き、消費者を国家が保護すべき対象として認識することで、国家が積極的に市場に介入し規制を加えるという嫌いがある。これに対し自由主義的な方法は、消費者政策の目的を消費者主権の確立に置くため、事業者と対等な存在として消費者を認識した上で、可能な限り国家の介入を控え自由で競争的な市場作りに努力する。この点で、後者の自由主義的な消費者政策は後見主義的な消費者政策よりも競争政策と調和し易いと解されている[18]。

ところで、上記にも述べたように、日本や韓国の消費者基本法は、それぞれ2004年や2006年の改正により従来の後見主義的なアプローチから抜け出し主導的で自立した消費者像に即した自由主義的な消費者政策に転じている。しかしながら、消費者法制の中身を具体的に見てみると、依然として伝統的な後見主義的なアプローチに即しているものが少なくないことを否めない[19]。例えば、韓国の消費者法制の中でも真の消費者法律と言える「約款規制法」には、不公正

---

[16] 通常、買手は、購入前に情報を集め品質の良し悪しを充分に判断(探索財)することができ、又は購入後も品質の判断をすることができる(経験財)。ところが、これらのタイプに当てはまらない医療·司法·会計等の専門サービス商品や電子化商品等のような信頼財の増加により、消費者は、専門知識を持たないため、購入前後において品質の充分な判断ができず、ただそれらを信頼するしかないような状況が起きている(土井教之「競争政策と消費者政策」公正取引740号(2012年６月)２頁)。

[17] イ·ホヨン, 前掲論文, 181面.

[18] イ·ホヨン, 前掲論文, 181面.

[19] イ·ホヨン, 前掲論文, 182面以下.

約款を無効又は無効と推定する旨の一般条項(同法６条)[20]が定められており、事業者に対して不公正約款の使用を禁止(17条)[21]する旨が設けられている。そして、不公正約款を統制するために公正取引委員会には約款に関する審査権が与えられている(同法19条及び19条の３)[22]。さらに、

[20] **６条(一般原則)** 信義誠実の原則に反し公正を失った約款条項は無効である。
②約款の内容のうち、次の各号のいずれかに該当する内容を定める条項は、公正性を失ったものと推定する。
１．顧客に不当に不利な条項
２．契約の取引形態等に関する全ての事情に照らし、顧客が予想することが困難な条項
３．契約の目的を達成できないほど、契約に係る本質的な権利を制限する条項
上記の本条１項に定める信義誠実の原則について韓国の大法院は、「約款規制法上約款の内容を統制する原理である信義誠実の原則は、当該約款が事業者によって一方的に作成され、相手方の顧客がその具体的な条項の内容を検討又は確認できる充分な機会が与えられることなく契約が締結されるという契約の成立過程に照らし、約款の作成者には、必ず契約相手の正当な利益や合理的な期待に反しない、衡平な約款の条項を作成することを義務づける行為原則として働く。」と判断した(大法院 1994 年 12 月９日宣告 93 ダ 43873 判決)。
又、２項の推定規定については、一般に特定約款条項が顧客に不利であるだけでは不公正な約款条項であると推定することはできず、「不当に不利」でない限り公正を失ったものと推定することはできないとの判断がある(大法院 1999 年３月 12 日宣告 97 ダ 37852, 37869 判決)。

[21] **17条(不公正約款の使用の禁止)** 事業者は、６条から14条までの規定に該当する不公正な約款条項(以下、「不公正約款条項」という。)を契約の内容にしてはならない。

[22] **19 条(約款の審査請求)** 次の各号の者は、約款条項がこの法に違反しているかどうかに関する審査を公正取引委員会に請求することができる。
１．約款の条項について法律上の利益がある者
２．「消費者基本法」29 条に従い登録された消費者団体
３．「消費者基本法」33 条に従い設立された韓国消費者院
４．事業者団体
②１項による約款の審査の請求は、公正取引委員会に書面または電子文書によって提出しなければならない。
19 条の３(標準約款) 事業者及び事業者団体は、健全な取引秩序を確立し不公正な内容の約款が通用することを防ぐために、一定の取引分野において標準となるべき約款を作り、その内容がこの法に違反しているかどうかについて公正取引委員会に審査を請求することができる。
②「消費者基本法」29 条によって登録された消費者団体、又は同法 33 条によって設立された韓国消費者院(以下、「消費者団体等」と言う。)は、消費者被害が頻繁に発生する取引分野において標準となるべき約款を作ることを公正取引委員会に求めることができる。
③公正取引委員会は、次の各号のいずれかに該当する場合には、事業者及び事業者団体に対して標準となるべき約款を作りその審査を請求するよう勧告することができる。
１.消費者団体等の要請がある場合
２.一定の取引分野で多くの顧客に被害が発生する場合において、被害発生の状況を調査した結果、約款がないか不公正な約款条項だけがある場合
④公正取引委員会は、事業者及び事業者団体が３項の勧告を受けた日から４ヶ月以内に必要な措置を取らない場合、関連分野の取引の当事者及び消費者団体等の意見を聞き、関係部署の協議を経て標準となるべき約款を作ることができる。
⑤公正取引委員会は、１項又は４項に従い審査又は作成された約款(以下、「標準約款」と言う。)を公示し、事業者及び事業者団体に標準約款によることを推奨することができる。
⑥公正取引委員会から標準約款を推奨された事業者及び事業者団体が、標準約款と異なる約款による場合は、標準約款と異なる主要内容については顧客が分かりやすく書かなければならない。

「割賦取引に関する法律」や「訪問販売等に関する法律」で定める契約の締結前の情報提供の義務や、割賦手数料の制限規定及び申込みの撤回に関する規定等も後見主義的なアプローチによる規定であると言えよう。これ以外にも、後見主義的な消費者保護規定は数多く存在する。

このように、これらの規定は、本来、事業者に比べ劣等な地位にある消費者を保護するという趣旨から設けられたものであるが、一方でこれは、必要以上に競争を制限するという結果を招きかねないことにも注意しなければならない。その反面、消費者が主導権を握り自律した存在となるためには、ある程度国家の支援が必要であることも事実である。そのような場合には、また競争を制限するような結果が生じ得ることも想定しなければならない。先にも述べたように、一定の分野の事業者に対し安全基準や情報提供義務を強制する場合には、事業費用が増しそれによって競争が制限されるという結果が発生したり、革新への活動が抑制されることもあり得る。また、厳しい許認可の条件が設定されている場合には、それが市場参入へのハードルとして働き、独寡占を招くこともあり得るのである。

従って、競争政策と消費者政策を同じ機関で推し進める場合にも、事業者や消費者間の不平等な地位を治癒するという建前で消費者政策を人為的に推進したり、或いは逆に、市場をより競争的にさせるという建前で消費者政策を後回しにするような運用をしてはならないであろう。

４.日本と韓国における消費者政策

１)日本の消費者政策

(１)消費者庁の発足前

日本は、2009年消費者行政を担当する部局として消費者庁が発足した[23]。消費者行政の一元化が競争当局である公正取引委員会を中心に再編された韓国とは異なり、日本では、競争当局と

---

⑦公正取引委員会は標準約款を活性化するために模範となる標準約款を定めることができ、事業者及び事業者団体が標準約款による場合には、公正取引委員会が告示するところに従い標準約款の模範を使用することができる。
⑧事業者及び事業者団体は、標準約款と異なる旨を約款の内容にする場合、標準約款の模範を使用してはならない。
⑨事業者及び事業者団体が８項に違反し標準約款の模範を使用する場合、標準約款の内容よりも顧客に不利な約款の内容は無効とする。

[23] 平成20年２月８日の閣議決定により、「各省庁縦割りになっている消費者行政を統一的･一元的に推進するための、強い権限を持つ新組織の在り方を検討し、その組織を消費者を主役とする政府の舵取り役とするため」に、消費者行政推進会議が設けられ、同会議は同年６月13日、「消費者行政推進会議取りまとめ～消費者･生活者の視点に立つ行政への転換～」と題する報告書を福田首相に提出した。この報告書は、同年６月27日、「消費者行政推進基本計画～消費者･生活者の視点に立つ行政への転換～」として閣議決定され、公表された。消費者行政推進基本計画では、「消費者の視点で政策全般を監視し、『消費者を主役とする政府の舵取り役』として、消費者行政を一元的に推進するための強力な権限を持った新組織を創設する」としており、その新組織として内閣府の外局となる消費者庁を設置した(向田直範「消費者利益の確保と競争政策」公正取引717号(2010年７月)42頁)。

並んで消費者行政を独自に担当する独立行政組織として消費者庁が新設されたのである。1960年代、日本社会が高度経済成長期を経る間、商品の安全問題を始め不当表示や公害等の消費者被害が社会的な問題として登場したことから経済企画庁に国民生活局が設置されて以来、実に44年ぶりに消費者政策に関する大々的な改編がなされたものである。

消費者庁が発足するまで日本では、消費者問題は主に内閣府に設置された国民生活センターによって解決され、一定の事案においては、競争法制である独占禁止法[24]を消費者法制として運用することで、それに対処してきた。例えば、日本の独占禁止法２条９項は不公正な取引方法を禁じており、同項６号に定める不公正な取引行為の具体的な内容については告示により指定(一般指定)されている。その中でも特に、一般指定８号に規定する欺瞞的な顧客誘引や一般指定９項に定める不当な利益による顧客誘引は、直接に消費者を保護する性格を有する[25]と見ることができる。これは、消費者に商品に関する情報が充分かつ適切に提供されるようにすることで、消費者が取引をするに当たって合理的な意思決定に基づき商品を選択させるという趣旨によるものである。又、独占禁止法２条９項４号に規定する抱き合わせ販売(一般指定10項)の禁止の場合には、消費者が高い金銭を支払い、又は必要でもない物を購入する行為を防止する効果があるので、結局これらも消費者保護に繋がると言える。

しかしながら、実際消費者庁が設置されるまでの日本の消費者政策は、それまで産業の振興が重視された雰囲気からして単に２次的にしか論じられてこなかったことを否めない。これは、当時の内閣府が所掌事務をどのように分掌したかを見ても明らかである。内閣府の所掌事務は大きく内閣補助事務(「内閣府設置法」４条１項･２項)と分担管理事務(同法４条３項)に区分することができるが、内閣府が担当する消費者政策の企画･立案は各省庁と同列の分担管理事務として分類されていた。そのため、関連省庁を強力に牽引すべき消費者行政の司令塔としての役割を果たすことができず、製品や事業別に担当省庁や内部部局が異なるという「縦割り行政」を排除することができなかった[26]。又、どの省庁の所管(法律)にも属さない「すきま事案」的な消費者被害が発生した場合、「たらい回し」或いは「情報共有の不備」が生じたり、省庁(部局)間の「連携の不備」等により行政上の対応が遅れることも存在した[27]。

そのもってつけの例として挙げられるのが一連のこんにゃくゼリー窒息死亡事件である。本事件は、特有の食感を生かすために製造過程に蒟蒻を添加したゼリーを摂取した幼児等が、これを摂取する際に窒息事故を起こし多数の死亡者が発生したことに関するものである。国民生

---

[24] 正式な名称は、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」(日本)及び「独占規制及び公正取引に関する法律」(韓国)である。以下においては、独占禁止法に統一する。

[25] 泉水文雄「消費者と競争政策」公正取引725号(2011年３月)５頁。

[26] 及川和久「消費者庁の発足と課題―国民生活センター一元化議論･地方消費者行政･消費者教育を中心として―」レファレンス(2011年８月)74頁。

[27] 及川和久･前掲論文･74頁 。

活センターが実施した調査によれば、1995年以降2008年までに蒟蒻ゼリーによる窒息事故は21件にのぼると報告されている。

このように、こんにゃくゼリーによる消費者被害が多発していたにも関わらず、当時の日本政府は、これに対する有効な対策を打ち出すことができなかった。その理由としては、「食品衛生法」を所管する厚生労働省は、食中毒対策がより重大であると判断し、「誤飲事故は腐敗や有害物質含有などの衛生上の問題ではなく、衛生的には問題ない」という立場を取り、又農林物資の「規格化及び品質表示の適正化に関する法律」(JAS法)を所管する農林水産省は、「こんにゃく入りゼリーの原材料表示に問題はなく、形状は規制できない」との態度を示した。「消費者生活用製品安全法」を所管する経済産業省においても、「こんにゃく入りゼリーは、法に定める『製品』に当たらない」等の立場を取ることで、こんにゃく入りゼリー事件は言わば「たらい回し」にされたのである[28]。これは、パロマガス瞬間湯沸器死亡事件[29]や中国製冷凍餃子食中毒事件[30]等においても似たような対応をしている。

(2)消費者庁の発足後

2009年消費者庁が発足したことで、日本の消費者政策は、競争政策と共に市場システムを円滑に機能させる両輪としての意味合いを持つようになった。消費者庁が内閣府の外局となり、内閣補助事務[31]の一つとしての消費者政策を推進することになったことで、各省庁に対する権限の行使はより容易になった。

消費者庁の設置によって消費者行政はその組織･権限･法律において一元化され、消費者被害

---

[28] 及川和久･前掲論文･75頁。

[29] パロマ工業(現在は、「株式会社パロマ」)が製造した屋内設置型の FE 式瞬間湯沸器動作不良を原因とする一酸化炭素事故による死亡事故のことである。パロマ工業(当時は製造子会社)が 1980 年４月から 1989 年７月にかけて製造した屋内設置型の FE 式瞬間湯沸器について、同排気ファンの動作不良を原因とする一酸化炭素事故が 1985 年１月より 20 年間で日本全国で 28 件(2007 年 10 月 13 日時点で死亡 21 人、重軽症 19 人)発生した。一連の事故について、発売元のパロマ(当時は販売担当の親会社)は当初、事故をごく一部しか把握していないとしたが、実際にはすべての事故は発生直後より本社担当部門が把握しており、遅くとも 1992 年には当時の社長も報告を受けていたとされる。その後、社内やサービス業者向けに注意を呼び掛ける措置をとったものの、消費者に対する告知は一切なされなかった。また、事故の情報は発生都度、パロマより当時の通商産業省に口頭で報告されていたが、同省も一連の事故を関連付ける認識をせず、必要な行政処置や消費者に対する告知を行うことはしなかった。

さらに、パロマは、自社及び同製品に責任はないとする姿勢を取り続けたが、直後に系列サービス業者による不正改造や製品自体の安全装置の劣化を原因とする事故が 27 件中 13 件あることが判明し、謝罪に追い込まれた。その後、経済産業省はパロマに対して、2006 年８月 28 日付けで回収命令を出した。要するに、本事件は、事故情報を知りながら経済産業省内の部局の連携不足により対策が採られなかった事件の一つとして知られている。

[30] 2007年12月28日以降、中国製餃子を食べて激しい嘔吐やめまいを訴える事件が日本で相次いで起こった。調査の結果、原因は、餃子に含まれていた殺虫剤によることが判明した。本事件でも、自治体や保健所及び厚生労働省の連携が上手くなされず、又情報共有の不備が問題となった。

[31] 内閣の事務を助けるために行う事務であり、総合調整･施策の統一を図るために企画や立案も行う。

等に関する情報においても当庁に集約され分析されることができるようになった。又、他の省庁が他の法律規定に基づき対応することができなかった(他の省庁が他の法律規定に基づいて対応することができる場合には、内閣総理大臣が当該事務を所掌する大臣に措置要求をすることができる。)いわゆる「すきま事案」中の重大事故等による被害についても、消費者庁は新法である「消費者安全法」により直接対処することができる(同法17条～19条)ようになった。消費者庁は名実ともに消費者行政の司令塔となったわけである[32]。

消費者庁による消費者行政全体の執行については、内閣府本部に設置された消費者委員会による監視や提言を受けることになっている。消費者委員会は消費者庁と同格の位置づけになっており、消費者庁に対し審議会的な諮問を行い、また直接事案を調査･審議することも可能である。その上、内閣総理大臣や関係大臣に消費者問題についての建議を行うほか(「消費者庁及び消費者委員会設置法」６条)、内閣総理大臣に勧告(「消費者安全法」20条)する等の機能を果たす独立した第３者機関でもある。

要するに、消費者庁と公正取引委員会は、市場システムの二つの軸である消費者政策や競争政策をそれぞれ推進することで究極的には消費者厚生を極大化することをその目標としているとすれば、消費者庁や消費者委員会は、消費者政策に関し消費者本位の新たな行政を担当しつつ、各部省庁と連携しながら消費者施策を展開していく機能を果たすべき責務が課されているといえる。

要するに、消費者庁及び消費者委員会という新組織を創設したのは、先にも述べた規制改革による消費者像の変化や、近年増加しつつある消費者被害[33]が多種･複雑化していることから、それに対する積極的な対処が必要であったことにその理由を探ることができようが、一言で言えば、これは、消費者･生活者が主役である国民本位社会への行政パラダイムの転換と言うことができる[34]。

２)韓国の状況

先にも述べたように、韓国では公正取引委員会が2007年以降から競争政策や消費者政策を一元的に推進するという構造的な改革が行なわれた。世界で競争当局が消費者政策の執行権限を同時に行使しているのは、英米法系国家[35]の一部を除けば殆ど見当たらない。

---

[32] 及川和久･前掲論文･75頁。

[33] 内閣府が発行する平成20年版国民生活白書によれば、平成19年度の消費者被害による経済的損失額は、最大で約３兆４千億円に上ると推定される。これをＧＤＰ比で見ると、0.36%から0.66%と推定され、もはや経済において無視できない規模の金額となっていることが分かる。海外での消費者被害額は、英国がＧＤＰ比0.5%、オランダが同0.1%、オーストラリアが同1.5%となっている(http://www5.cao.go.jp/seikatsu/whitepaper/h20/10_pdf/01_honpen/pdf/08sh_0201_05.pdf)。

[34] 及川和久･前掲論文･74頁。

[35] アメリカの連邦取引委員会(FTC)やイギリスの公正取引庁(OFT)、オーストラリアの競争消費者委員

このような消費者政策の公正取引委員会への移管は、そもそも独占禁止法を制定した目的が、先にも述べたように、事業者が市場において公正で自由な競争ができる環境を作ることにより、究極的には消費者の厚生を増大させることにあったことから、独占禁止法が本来想定していた趣旨通り、公正取引委員会が名実共に両政策の運用主体として生まれ変わることを意味する。消費者政策が公正取引委員会へ移管するまで、韓国では、競争政策の推進主体として独占禁止法を運用する公正取引委員会が存在した。その一方で、消費者政策は、財政経済部に所属する消費者院を中心に運用されていた。そのため、独占禁止法１条で定める消費者保護は、同法が求めるべき究極の目的であるという解釈にも関わらず、実際においてこの目的と独占禁止法の運用との関係はあまり明確ではなかったことが事実である。ところが、消費者院の公正取引委員会への移管により、このような釈然としなかった関係はある程度払拭できるようになったと言えよう。

ところで、競争当局である公正取引委員会が消費者政策を同時に所管することについては、両政策の運用におき葛藤が生じ得るという懸念も否定できない。消費者政策を推進するに当たり公正取引委員会がどのような態度をとるかによって、市場がバランスよく機能していくか、それとも機能不全に陥るかが左右されるからである。また、場合によっては、過度な一元化は組織が肥大になり、円滑な行政の実施を妨げる障害物として働く可能性も払いきれない[36]。

これについては、韓国の独占禁止法は他の外国の競争法制に比べ消費者の利益が直接で明示的に規定されているため、葛藤の場面はそれほど大きくないだろうと評価する考え方[37]がある。その理由として、現行の独占禁止法で想定する消費者の概念は、単に受動的な保護の対象(object)としての抽象的な概念ではなく、積極的で具体的な概念として機能していることを挙げる。そして、実際において、韓国の独占禁止法３条の２の１項各号で規定する市場支配的な地位の濫用行為のうち１号の価格の濫用や２号の出庫の調節は、直接取引を行なう相手方だけではなく消費者の利益まで侵害する行為として捉えており、同項５号の後段に定めた「消費者の利益を著しく阻害する恐れのある行為」についても、特定の消費者が有する具体的で個別的な利益を保護しているものとして理解することができると主張する。また、公正取引委員会が各号を適用した実際の事例を見ても、消費者政策的な側面からアプローチしていることがよく分かるが、例えば、ソウル特別市のテコンドー協会が、昇段審査料に審査の業務とは関係のな

会(ACCC)等が代表的である。参考までに、オーストラリアでは競争･消費者法という名称の下で、同法の目的を２条において、「競争または公正な取引を促進し、消費者保護を確保することによって、オーストラリアの人々の福祉を増進すること」と定めているとされる(タン･ミッシェル「オーストラリアの消費者法と消費者行政の関係―豪州競争･消費者委員会(ACCC)を中心に―」現代消費者法13号(2011年12月)67頁)。

[36] 宮下修一「消費者法」法律時報83巻13号(2011年)180頁。

[37] イ･ホヨン，前掲論文，183面.

い慶弔事費及び奨学基金を含めた金額を徴収することにより、八十万人を超える消費者に対し金銭的な被害を与えた行為について、是正措置を命じたこと[38]等を挙げている。その他、公正取引委員会が事業者の行為を市場支配的な濫用行為として判断し是正措置を命じた一連の事件[39]においても、このような態度は明確に見て取れるとこの意見は強調する。

現行の独占禁止法上の規制手段として消費者政策と最も直接で密接な関係を持つというべき独占禁止法23条に定める不公正取引行為の禁止に関する内容においても、同条１項の各号が列挙する行為類型、例えば差別的取扱い(同条１項１号後段)や不当な顧客の誘引(同項３号前段)、抱き合わせ行為(同項３号後段)及び購入の強制や不利益の提供等(同項４号)は、いずれも直接消費者の利益を侵害する行為に該当し、消費者との不公正な取引の行態から具体的な消費者利益を保護するという消費者政策の一環として機能していると説明する[40]。実際、事業者への不利益の提供に係る事件において、公正取引委員会が下した議決を見てもこれを確認することができ、例えば、割賦金融会社がIMF経済危機(通貨危機)当時、通貨危機によって市場の調達金利が急激に引き上げられたことを理由に、当初約定していた固定金利を適用するとの契約内容に違反し、契約者に対する貸出金利を引上げると共に、その金利の引上げについて一定の期間内に異議を申し立てた契約者に対しては従前の金利を適用し貸出金を償還し、その後調達金利が安定してくると再度貸出金利を引き下げた行為について、韓国の公正取引委員会は、これらの行為を不利益の提供と判断することで、取引の相手方が事業者ではない個人の消費者である場合も当該行為は不利益の提供に該当すると判断している[41]。

しかしながら、このような公正取引委員会の態度や上記の見解とは異なり、韓国の大法院は、依然として、独占禁止法の消費者政策的な性格を明確には認めていないようである。勿論、上記に挙げている不利益の提供に関する事件におき、大法院は、独占禁止法上の地位の濫用行為の対象を事業者のみに限定してはいない。つまり、同行為を規制する趣旨は、現実の取引関係において経済力に差がある取引の主体間に、相互対等な地位で法が保障する公正な取引がなさ

---

[38] 公正取引委員会議決第 2010-082 号，2010 年７月 15 日。

[39] 有線放送事業者が人気チャンネルを定価まとめ商品から除外し高級型まとめ商品に変更する代わりに、視聴率の低いチャンネルを低額まとめ商品として新たに加えることで、加入者を高額まとめ商品に加入するよう誘導した行為(公正取引委員会議決第2007-407号，2007年８月20日)や、総合有線放送事業者がアパート等の共同住宅を対象に供給していた定額の団体契約商品の供給を一方的に中断した行為(公正取引委員会議決第2007-459号，2007年10月８日)等(イ･ホヨン，前掲論文，183面注25と26を参照)。

[40] イ･ホヨン，前掲論文，183～184面．この見解は、韓国の独占禁止法23条に定める不公正取引行為が、多くの消費者利益の侵害行為について定めるようになった立法理由として、同規定が実は、アメリカの「連邦取引委員会法(Federal Trade Commission Act) 」上の不公正な競争方法(unfair methods of competition)や不公正で欺瞞的な行為又は取引慣行(unfair or deceptive acts or practices)を禁じる同法５条を継受した日本の独占禁止法の不公正な取引方法条項を、そのまま継受したことによるとする。

[41] 公正取引委員会議決第1998-103号，1998年５月．

れるようにすることにあるので、その対象となる取引は事業者間の取引に限定されないと判断し、独占禁止法が消費者保護のための法制として機能することを肯定したわけである。ところが、独占禁止法３条の２の１項５号に定める市場支配的な事業者の地位の濫用行為に関する判断においては、同条同項同号の規制の目的は、単にその行為の相手方である個別消費者の利益を直接保護するだけのものではなく、独寡占市場における競争を促進すると共に、市場支配的な事業者の過渡な独占的利益の追求行為から、もしそれが競争市場であれば享受することができたはずの消費者の利益を保護とするということにもある[42]と判断することで、独占禁止法を消費者政策を推進する法律として積極的に運用することに躊躇しているようにも受け止められる。

５.日本や韓国の競争法制及び消費者法制の沿革

１)日本の状況

(１)第２次世界大戦直後

第２次世界大戦が終結した直後、国富のほぼ４分の１が空襲等によって消失した日本では、GHQ(General Headquartersの略語。連合国最高司令官総司令部を言う。)の主導により三大経済民主改革[43]という名の再建が始まった。日本政府もこのようなGHQの改革の推進に足並みを揃え、経済復興政策を実施したが、その代表的なものとして推進されたのが傾斜生産方式と呼ばれる経済政策であった。これは、政府が産業を支援するというよりも、産業の中心となる幾つかの産業を集中的に育成し、それにより他の産業にその効果を波及させるというものである。そこで、まず石炭事業、鉄鋼産業、電気や肥料産業等を育成し始めたが、そのような傾斜生産方式を推し進める中で日本政府は資金の調達のために日本銀行に頻繁な貨幣の発行を行わせたのである[44]。しかし、これは、インフレの原因となり、僅か１年の間に物価が200倍にも上昇するという超インフレ状態が生じる結果となった。そこで、GHQは、国民から徴収する税金を増税すると共に、政府の予算を削減しその支出を減らすという対策を立てたものの、これは却って日本

---

[42] 大法院2010年５月27日宣告2009ドゥ1983判決.

[43] 農地改革や財閥の解体及び労働組合の育成がその主な内容である。農地改革によって地主の農地を国家が買収し、それを小作農家に安い価格で売り渡すことで、農家の生活を安定させることに目的があった。財閥の解体については、独占禁止法を制定することで持株会社を禁止し、当時経済力の殆どを掌握していた三井財閥等の四つの大財閥を数百の会社に分割した。又、労働組合活動の活発化により、労働者の賃金の水準や労働環境を改善しようとした(http://www.geocities.jp/ttovy42195km/newpage57.html)。

[44] 産業を支援するために、日本政府は、復興金融金庫と呼ばれる臨時の政府系金融機関(銀行)を設置し、傾斜生産方式として指定された特定の産業に優先的に低い利率でお金を貸し出した。ところが、敗戦直後の日本政府には財政的な余裕がなかったので、日本政府は復興金融金庫に復興金融金庫債を発行することを特別に認め、復興金融金庫債を日本銀行に買わせることにより、貸出資金を調達した。つまり、復興金融金庫に復興金融金庫債を印刷し借金をすることを認め、その復興金融金庫債を日本銀行が買い取り、日本銀行は復興金融金庫が望む通りの紙幣を印刷して復興金融金庫に貸しまくったのである(http://www.geocities.jp/ttovy42195km/newpage57.html)。

経済を不景気に陥れる原因となった。当時１ドル360円という著しい円安を利用して進められていた輸出振興政策も、このような不景気を打開するには及ばなかった。

このような状況の中で、日本の独占禁止法は、1947年７月、民主主義社会を支える経済基盤を形成するための措置の一貫として、多くの事業者が自由な競争により事業を展開することができる体制を作るという目的で制定されたものである[45]。その他、40年代に制定された競争法制としては、「事業者団体法」(1948年)がある。本法は、私的統制団体の除去政策を恒久的に実現するという目的から作られたものである[46]。

一方、日本の消費者政策の始まりは第２次世界大戦の以降と言えようが、例えば1947年に制定された「食品衛生法」や、1949年に制定された「JIS法」、1950年に制定された「JAS法」当がある。

(２)韓国戦争特需による経済復興期

そのような中で、1950年に韓国戦争が勃発した。韓国戦争[47]を支援するために日本に駐屯することになった米軍は、戦争に必要な物資を日本から調達すると決め、それにより日本の経済は戦争特需を謳歌するようになった。韓国戦争により日本の経済は、瞬く間に復興したわけである。

その後、日本の経済は、凡そ十五年の間世界でも類を見ない急激な経済成長を成し遂げるようになるが、1956年に経済企画庁が発行した経済白書には、「もはや戦後ではない」と記されるほど生活水準が著しく向上した。

ところが、経済の高度成長期を迎え大量生産･大量販売されるという社会構造を背景に、欠陥商品による消費者被害の発生や不当表示事件等のような消費者の生命や身体の安全を脅かす事件が相次いで発生した。その代表的な事件として、森永砒素ミルク中毒事件[48]や整腸剤キノホル

---

[45] しかしながら、制定後、実際独占禁止法は殆ど機能しなかったという。当時の日本は物資が不足し市場の価格メカニズムが充分に作動しない状態であったため、多くの分野において経済統制が採られるなど、言わば法の効果的な運用にふさわしい基盤が欠いていたという。そのため、実際 49 年の改正まで公正取引委員会が法違反として審判開始決定または勧告を行ったのは、わずか 18 件に過ぎなかったという(飯田泰雄「独占禁止法史の時期区分について」法学論集鹿児島大学法文学部紀要 11 巻２号(1976 年３月)94 頁)。

[46] 根岸哲･舟田正之著『独占禁止法概説[第４版]』有斐閣(2010年７月15日)６～７頁。

[47] 日本では朝鮮戦争というが、韓国では「韓国戦争」の用語を使う。

[48] 1955 年６月頃から主に西日本を中心にヒ素が混入した森永乳業製の粉ミルクを飲用した乳幼児に多数の死者、中毒患者が出た食中毒事件を言う。森永乳業は、1953 年頃から全国の工場で酸化の進んだ乳製品の凝固を防ぎ溶解度を高めるための安定剤として、第二燐酸ソーダ(Na2HP04)を粉ミルクに添加していた。試験段階では純度の高い試薬１級のものを使用していたが、本格導入時には安価であるという理由から純度の低い工業用に切り替えられていた。1955 年に徳島工場が製造した缶入り粉ミルク(代用乳)「森永ドライミルク」の製造過程で用いられた第二燐酸ソーダに、多量のヒ素が含まれていたため、これを飲んだ一万三千人もの乳児がヒ素中毒になり、百三十名以上の

ム事件[49]、さらに水俣病[50]等を挙げることができる。これらの消費者問題に対して日本政府は、「食品衛生法」を改正(1957年)する等して対処した。

一方、この時期に制定された競争法制としては、個別のカルテル適用除外立法である「中小企業安定臨時措置法」や「輸出取引法」(1952年)があり、1954年に制定された「出資法」や「下請代金支払遅延等防止法」(1956年７月)を通し競争促進政策の整備が行われた。独占禁止法は、1953年の改正により共同行為禁止規定が削除され、さらに不況カルテル及び合理化カルテルを公正取引委員会の認可によって容認する旨の適用除外規定が導入された。また、「事業者団体法」を廃止し集中規制が緩和された他、再販売価格維持契約を容認する適用除外規定が導入された。

消費者法制については、1955年に制定された「繊維製品品質表示法」がある。

(３)高度経済成長期

1960年に総理大臣に就任した池田勇人首相は、10年内に日本のGNPを２倍にまで向上させる旨の国民所得倍増計画を発表した。これは実際現実化し、1968年の日本のGNPは西ドイツを抜いてアメリカに次ぐ世界２位となった。

社会的には、偽牛肉缶詰不当表示問題[51]が1960年に発生しており、その翌年にはサリドマイド薬害事件[52]が問題となった。さらに、1966年に発生したユリア樹脂製食器のホルマリン検出事件

中毒による死亡者が出た。その後、森永砒素ミルク中毒事件は、食の安全性が問われた事件の第 1 号として知られるようになった。

[49] 整腸剤キノホルム事件とは、1955 年頃より発生し、1967～1968 年頃に多量発生した薬害事件のことである。スモン(SMON、subacute myelo-optico-neuropathy の略称、別名は亜急性脊髄視神経症)とも言う。これは、キノホルム投与により激しい腹痛が起こり、２～３週間後に下肢の痺れ、脱力、歩行困難などの症状が現れる病気である。舌に緑色毛状苔が生え、便が緑色になる(緑色物質はキノホルムと鉄の化合物であることが明らかにされている)他、視力障害が起きることもある。合併症としては白内障、高血圧症などが起きやすく、患者は女性が多い。

[50] 1953年頃より熊本県南部の水俣市一帯に発生した公害病である。その原因は、日本の化学工業会社であるチッソが海に流した廃液により引き起こされたことが判明した。患者の症状は、求心性視野狭窄、難聴、舌の運動失調による言語障害、服のボタンを留めることや水飲み、書字など日常動作の拙劣、歩きだすと急激な方向転換や停止が不可能となるほか、重症例では起立や起座も困難である場合も報告された。主に、手の震え、口囲や指先のしびれ感などがみられ、これらは患者の70～100%に出現している。

[51] うそつき缶詰事件とも呼ばれる。1960 年に発生したうそつき缶詰事件は、東京の主婦が、牛肉大和煮の缶詰に「ハエが入っていた」として、保健所に持ち込んだことが事件の発端である。都衛生局が調べたところ、ラベルには牛の絵まであるにもかかわらず、中身は当時は安価な鯨肉や馬肉であったことが明らかになった。この問題を重視した主婦連合会は缶詰協会と関係省庁を招いて、うそつき缶詰追放対策懇談会を開催し、これが 1962 年の不当景品類及び不当表示防止法立法の契機となった。

[52] サリドマイド(thalidomide)事件とは、睡眠・鎮静剤サリドマイドを妊婦が服用することにより、胎児に奇形（特に上肢の短縮）が生じた世界的な薬害事件のことである。サリドマイドは、1957年に西ドイツのグリュネンタール社が開発・発売した催眠鎮静薬の名称である。睡眠薬として即効

[53]や1968年のカネミ米ぬか油中毒事件[54]等、多くの消費者被害が次々と発生した。そこで、薬害被害に対する対応として「薬事法」(1960年)が制定された。また、クレジットカードの本格的な使用に対処するために、「割賦販売法」(1961年)が制定され、さらに1963年には「景品表示法」が制定されるなど、消費者にとって重要な法整備が着々と進められた。

このように、50年代以降から経済成長に伴う消費者被害が多発したことや、1962年にアメリカでケネディ大統領による消費者権利の宣言がなされたことなどの影響を受け、1965年には、経済企画庁に国民生活局が設置されると共に、国民生活審議会が発足した。また、一連の消費者被害を経験する中で消費者保護に関する必要性を実感したことから、1968年には「消費者保護基本法」が制定され、消費者政策の基本方針が整備された。その他、「消費者保護基本法」に地方公共団体の責務が規定されたことを踏まえ、1969年には地方自治法に消費者保護が地方の事務として規定された。

(4)1970年代

1973年に第4次中東戦争が引き金となって引き起こされた第1次石油危機により、エネルギーの殆どを石油に依存していた当時の日本は大きな経済的打撃を受けた。石油の調達が困難になると産業活動も低調になり急激な不景気に陥った結果、1974年には戦後初めてのマイナス成長を経験した。その上、インフレまで生じいわゆるスタグフレーションの状況が発生した。

性があるうえ目覚めがよく、しかも動物実験では致死量が測定できなかった安全性から、米国を除く世界各国で販売された。ところが、妊婦のつわりの鎮静剤としてサリドマイドが用いられたところ、妊娠初期に服用した場合に重い先天性欠損症(四肢欠損)や死産が発生することがわかり、薬の服用と新生児の症状(サリドマイド胎芽症)とに因果関係があるとの疫学報告(いわゆる「レンツ警告・1961 年 11 月、ただし催奇形性のメカニズムは不明」)が発表されたため、欧州などでは直ちに販売が中止され製品は回収された。

ところが日本では、当時独自の製法を用いて合成を行い、1958年から販売を開始していた大日本製薬株式会社(現・大日本住友製薬株式会社)が、催奇形性が世界的な社会問題になってもレンツ警告には科学的根拠がない(メカニズムの解明がないと)としていたため製品の回収が遅れ、その結果多数の被害者が出た。

[53] 主婦連の日用試験室で行ったユリア樹脂製のベビー食器のテストにより、ほとんどのユリア樹脂製食器から熱湯を入れると有害なホルマリンが溶出することが判明した。これを受け厚生省は、食品添加物等の規格基準を一部改正し、その後プラスチック製食器の安全・衛生基準の強化・商品の材質や使用法の注意など品質表示をすることになった(http://shufuren.net/modules/tinyd4/index.php?id=2を参照)。

[54] カネミ油症事件とは、1968 年に、PCB などが混入した食用油を摂取した人々に障害等が発生した健康被害事件である。福岡県にあるカネミ倉庫株式会社で作られた食用油(こめ油・米糠油)「カネミライスオイル」の製造過程で、脱臭のために熱媒体として使用されていた PCB(ポリ塩化ビフェニル)が、配管作業ミスで配管部から漏れて混入し、これが加熱されダイオキシンに変化した。このダイオキシンを油を通して摂取した人々には、顔面などへの色素沈着や塩素挫瘡(クロルアクネ)など肌の異常、頭痛、手足のしびれ、肝機能障害などが発生した。また、妊娠中に油を摂取した患者からは、皮膚に色素が沈着した状態の赤ちゃんが生まれ、母乳を飲んだ新生児には皮膚が黒くなる症状が現われた。

このような石油危機を経験しながら日本の産業は少しずつ石油に依存しない構造へと変えていった。例えば、家電やコンピュータ･自動車等の加工組み立て中心の軽薄短小産業へと主力産業が移行したのがそれである。松下電工･ソニー･日立･富士通･NECなどを始め、自動車分野においてはトヨタ･日産･三菱･ホンダ･マツダ等がその代表的な企業と言える。

このような産業構造の変化は、1979年第２次石油危機が起きた時に、他の国々よりも大きなダメージを受けずに経済成長することができた原因となった。そして、70年代末の日本経済の特徴としては、一言で言えば、ソフト経済又はサービス経済と言うことができようが、これは、アイデアや音楽･映像等のような形のない商品産業が急速に発展し、同時に、就業者人口においても、サービス業等に従事する人の数が急増したゆえんである[55]。

70年代の競争法制は、特に、それまで寡占により形成されていた産業界の協調的な体質を改善しカルテル規制の実効を高めるために、独占禁止法をより強化する方向へ改正がなされた。これによって、高度寡占産業の同調的な価格引上げに対する報告徴収制度が導入され、カルテルに対する対策として課徴金納付命令制度が導入された。さらに、大規模事業会社の株式保有の総額規制や金融会社の株式保有率を規制する旨の制度も新たに導入された。

一方、消費者問題に関する情報の提供や苦情の相談、及び商品テストや教育研修等を担当する国民生活センターが1970年に設置され、自治体においては、消費者保護条例が制定された。又、1972年には、「割賦販売法」が改正されクーリングオフ制度が導入された。特定消費生活用製品の製造･販売の規制及び安全性確保の促進等を定めた「消費生活用製品安全法」が制定されたのは1973年のことである。そして、大衆消費社会を背景に製品の安全性に関する問題が大きくなったことや、訪問販売や通信販売等において新種類の消費者問題が発生したことから、1976年には「訪問販売法」が制定された。その他、ネズミ講やいわゆるサラ金が社会的に問題になったことを受け、前者に対する対策として1978年に「ネズミ講禁止法」が制定された。

（５）1980年代のバブル時代

第２次石油危機により世界各国が大きな経済的打撃を受ける中、日本の経済は順調な成長を続けた。その中で、高いドルが強いアメリカを象徴するという考え方に基づき経済政策を推進してきたアメリカが、高いドル政策により生じた輸出の低調や不景気等を打開するために、ドルの価値を引き下げる政策の展開に乗り出した。それによって日本の円の価値が上昇し、円高によって輸出が低迷しそれが又不景気を招くかも知れないと懸念した日本政府は、その打開策

[55] このように、経済が発展して行くにつれ農業等の第１次産業から工業等の第２次産業に発展し、これが最終的にはサービス業等の第３次産業へ移行して行くことをペティ･クラーク(Petty･Clark)現象と言う。

として、固定金利を引き下げることにより銀行から容易にお金が借りられる環境作りに取り掛かった。

その過程で、安いドル効果を利用して景気を回復したアメリカの企業等が大勢日本に進出するかも知れないという噂が日本社会に広まるようになった。これは日本国民に、土地価格の上昇に対する不安感を抱かせ、それは土地の購入を促す原因として働いた。瞬く間に日本全国に土地の購入ブームが巻き起こり、その影響で土地の価格は急速に上昇した。このような雰囲気はいつの間にか「商品を安い時に購入し、高い時に売る。」といういわゆる財テクブームに繋がり、土地や建物･株式･ゴルフ会員権･絵等が飛ぶように売れるという社会現象を巻き起こした。その結果、日本経済は、表面的には好況を迎えたように見られ、いわゆるバブル景気と呼ばれる時代が到来したのである。

このような日本のバブル経済期に国際的に起きた大きな事件としては、1982 年の国際消費者機構(IOCU)による消費者の八つの権利や五つの責務の発表や、1986 年に旧ソ連で起きたチェルノブイリ原子力発電所の事故を挙げることができる。日本国内に目を向けると、情報化･サービス化･国際化の動きが加速する中でクレジットカード等による金融サービスが普及したものの、それが今度は多重債務の原因となり、いわゆるヤミ金と一緒に消費者問題を引き起こしていた。そこで日本政府は、その対策として「貸金業の規制等に関する法律」(1983 年)を制定した。そして、80 年代後半に発生した豊田商事事件[56]等の資産形成取引に対処するために「特定商品等の委託等取引契約に関する法律」(1988 年)が制定された。さらに 1989 年には、消費税が導入された。

(６)1990 年代のバブル崩壊後

1990 年になると、日本政府は、それまで続いた好況や土地･株価の急激な上昇に危機感を抱き、固定金利を引き上げるという政策を断行した。そうすると、企業は、銀行から資金を借り入れるのではなく、保有資産を売却する方法によって資金を調達するようになり、それによって株式や土地の売物が市場に殺到するようになった。これがまた一般市民の心理を動揺させ一斉に

[56] 1985年に起きた、金の地金を用いた現物まがい商法の会社による悪徳商法事件である。80年代初め頃の日本は、金に対する国民の関心が高まり、1981年の国内金輸入量は史上最高を記録したとされる。このため私設の先物取引市場が横行し、それに伴う被害も多く、社会問題になっていた。豊田商事の前身の大阪豊田商事もそのような業者の一つであった。豊田商事が用いた手口は、客が金の地金を購入する契約を結ぶと、現物は客に引き渡さずに会社が預かり「純金ファミリー契約証券」という証券を代金と引き替えに渡すというものであった。このため、客は現物を購入するのかが確認できず、実態は証券という名目の紙切れしか手許に残らない現物まがい商法(ペーパー商法)と言われたわけである。

被害者数は数万人、被害総額はニ千億円近くと見積もられている。被害者の多くが高齢者であり、解約に応じない強引な手口や会長の永野一男の刺殺、またこの殺人犯に対する温情判決などで大きな社会問題となった。

株式を売る方向に転じさせたため、土地や株式の価格を暴落させる事態を招いた。これはつまり、バブル景気の崩壊を意味するが、このようなバブル景気の崩壊はまるでドミノ倒しのように日本経済の全般にわたり影響を及ぼした[57]。

バブル経済の崩壊後、日本政府は、景気回復のために多くの政策を推し進めるようになる。まず、橋本内閣が執権していた 1996 年から 1998 年までの間には、消費税が３％から５％に引き上げられ、医療費の自己負担率も 10%から 20%に引き上げられた。日本国民に重い負担が強いられたこの時期に、さらに 1997 年には、タイの貨幣であるバーツの管理フロート制移行に端を発するいわゆるアジア通貨･経済危機が発生した。これは、日本経済をさらに不況に陥れる原因となり、経済成長率においても第 1 次石油危機以降初めてマイナス成長を記録させている。

1998 年に発足した小渕内閣(1998 年～2000 年)は、日本経済を不況から回復させようと金融機関の正常化を目的とする「金融再生法」を制定し実施した。又、金融庁を設置することで、銀行の倒産による国民被害の最小化を試み、大規模銀行に公的資金を投入することで倒産の防止に努めた。しかしながら、銀行の倒産による預金者の預金を一千万円の以内で保障するというペイオフ制度の導入は見送られた。

バブル経済が崩壊した 1990 年代には、日本市場の閉鎖性や排他性を理由に、アメリカから政府規制の緩和や独占禁止法の執行の強化を求める圧力が強くなった[58]。これによって 1991 年には、課徴金の算定率が大幅に引き上げられ(原則 1.5%から６％に引上げられた)、1993 年には、法人企業等による不当な取引制限に対する罰金額が大幅に引上げられた(五百万円から一億円に引上げ)。また、独占禁止法の適用除外立法が廃止･縮小されたほか、国際的な協定･契約の届出制度が廃止され、持株会社が解禁された(1997 年)。

消費者法制においては、「製造物責任法」が 1994 年に制定され、電話勧誘販売がクーリングオフの対象となった。そして 1997 年には「介護保護法」が、1998 年には「特定非営利活動促進法」がそれぞれ制定された。さらに 1999 年には、特定継続的役務提供をクーリングオフの対象にしたほか、「住宅品質確保法」や「ダイオキシン類対策特別措置法」及び「情報公開法」が制定された。

(７)2000 年代

[57] 土地価格や株価が下落すると、銀行からの貸出によって土地や株式を購入していた人々の連鎖倒産が相次いだ。その上、彼らにお金を貸した銀行にとっては、担保として提供を受けた土地や建物の価格が下落することにより、債権回収が困難となった。そして、これは、銀行に対し貸出を渋らせる原因となり、産業界において資金調達を難しくする悪循環に繋がった。

[58] いわゆる、日米構造問題協議がそれである。

2001 年から 2006 年までの小泉内閣は、特殊法人及び郵政の民営化を行い、年金制度を改革することで財政の再建を試みた。それによって構造改革を試みると共に、不良債権の減少による金融機関の正常化を図り、不景気に伴う物価の下落を解消しようと努力した。

この時期の競争法制としては、不公正な取引方法に対する規制を強化するという観点から差止請求権を独占禁止法に導入した(2000 年)。そして 2002 年の独占禁止法の改正では、大規模事業会社の株式保有総額規制が廃止され、金融会社の株式保有制限の対象の範囲も縮減された。さらに、後を絶たない入札談合や価格カルテル等の違反行為に抜本的に対処するために、課徴金制度や公正取引委員会の事件処理手続きを強化する旨の改正がなされた(2005 年)[59]。

ところで、2000年代は、雪印乳業低脂肪乳食中毒事件(2000年)[60]が発生したほか、ヤミ金融事件(2001年)やオレオレ詐欺事件･ワンクリック詐欺被害事件(2004年)･悪質リフォーム工事被害事件(2005年)･中国産冷凍餃子中毒事件(2008年)等、食品やコンピューター･金銭に関わる多種多数の消費者被害が発生した時期である。また、消費者法制においても、大きな転機を迎えていた時期でもある。その代表的なものとして、契約や解除に関わるトラブルが急増する中、消費者や事業者間の一般的な民事ルールの整備としての意義を持つ「消費者契約法」(2000年)が制定された。そして、それまで30年間消費者憲法として機能してきた「消費者保護基本法」が「消費者基本法」に改正(2004年)されたことほか、2009年には消費者庁が発足するなど、消費者政策において大きな変化が次々と起きた。さらに、「訪問販売法」が改正され法律の名称が「特定商取引法」に変更(2000年)された。又、IT革命とも呼ばれる急激な高度情報化に伴いインターネットによる新たな情報通信技術が急速に発展する中で、このような情報通信技術の多様化･複雑化に適切に対処することができない消費者が被害を受けるという問題が多く発生した。そこでそれらを解決するために、「電子消費者契約法」や「プロバイダー責任制限法」(2001年)等が制定され、さらに「特定電子メール法」(2002年)及び「個人情報保護法」(2003年)等が整備された。その他、2001年に発生したBSE(牛海綿状脳症)問題等、食べ物の安全に関する国民の信頼を取り戻すために「食品安全基本法」(2003年)が制定され、食品安全委員会がともに設立された。また、国民保健の向上を目的とする「健康増進法」(2002年)が制定された他、食品

---

[59] 課徴金算定率が原則６%から10%に引き上げられ、対象行為においてもその範囲が拡大された。又、公正取引委員会による調査開始の前に違反行為に関する情報を提供する事業者に対しては、課徴金を減免するという課徴金減免制度が導入され、これに伴って同調的価格引上げに関する報告の徴収制度は廃止された。

公正取引委員会の事件処理手続きについては、刑事告発がより積極的にできるように行政調査権限に加え新たに犯則調査権限が導入され、勧告制度は廃止された。さらに、違反行為が認められる場合には、まず行政処分である排除措置命令や課徴金納付命令をし、当該命令に不服がある場合には、審判によって争わせる手続きに変更した(根岸哲ほか･前掲書･16～17頁を参照)。

[60] 2000年６月25日、雪印乳業(現在の雪印メグミルク)の大阪工場で製造された「雪印低脂肪乳」を飲んだ子供が嘔吐や下痢などの症状を呈した集団食中毒事件である。被害は、大阪府などの広範囲に亘って発生しており、戦後最大の集団食中毒事件とも言われている。

においての健康の維持･増進の効果等について虚偽又は過大に広告･表示することが禁じられた。

食品の偽装表示事件を始め、国民の生命や身体の保護及び消費者利益の擁護等に関する事業者の犯罪行為や法令違反行為については、それらが特に内部の従業員による通報によって企業の不正が明るみに出たことを踏まえ、公益通報者の不当な解雇等を防止することを目的とする「公益通報者保護法」(2004年)が制定された。

さらに2006年には、「消費者契約法」の改正により適格消費者団体に差止請求を認める旨の団体訴訟制度が導入され、消費者個人に代わる新たな紛争解決手段が整備されるようになった。同時に、「貸金業規制法」や「利息制限法」及び「出資法」等に対する改正も行われた他、2007年には「振り込め詐欺救済法」、2008年には「特定商品取引法」や「割賦販売法の改正」、及び2009年には「消費者安全法」の制定等が行われた。

２)韓国

(１)胎動期

韓国で競争法制制定の必要について認識され始めた契機となったのは、1966年に発生した「三粉事件」や1968年の「コロナ自動車事件」によってである。三粉事件とは、物資が非常に不足していた1960年代初め頃の韓国社会において、小麦粉や砂糖及びセメント等のいわゆる「三粉」と呼ばれる産業に関係していた企業らが、価格の操作や脱税等により莫大な暴利を得ていたにも関わらず、それについて目を瞑ってあげる見返りとして、与党の共和党が巨額の政治資金をそれらの企業から受け取っていたことが問題となった事件である。また、コロナ自動車事件とは、1966年、新進(シンジン)自動車工業(株)が、日本の豊田自動車と技術提携により組み立て生産していたコロナ自動車の価格が、海外販売価格は八百ドル(当時の為替レートで換算すれば、ニ万ニ千円程度)であったのに対し、国内の販売価格は八十七万ウォン(八万七千円程度)であったことが問題となり、自動車生産企業の独寡占による暴利が社会問題として浮上した事件である。

このように、当時韓国社会が総力を挙げて経済成長のために力を注いでいた時期に、独寡占問題が数多く発生していたことや、高騰するばかりの物価への不安などで政府に対する批判が高まったことで、独占禁止法の制定を要求する声が大きくなった。これを受けて、法律制定への試みが幾度に亘りなされたが、実際独占禁止法の制定までには至らなかった。

一方、消費者法制については、1960年代から立法がなされた。まず、1962年から本格的に推進された第一次経済開発五ヶ年計画によって、計画的で総合的な経済開発が始動し、法律を制定するに当たっても、企業の育成や発展という目的に最も重点が置かれるようになった。その中で、韓国政府の経済発展政策により急成長した企業らが、徐々に独寡占的な色彩を帯びるようになり、それを受けて消費者法制も、主にそのような企業の独寡占を規制する方向で立法さ

れるようになった。当時制定された代表的な消費者法としては、1961年に制定された「不当競争防止法」を始め「計量法」・「公法標準化法」・「商品券法」・「證券取引法」・「保険業法」・「食品衛生法」・「自動車運輸事業法」等があり、さらに1963年に制定された「薬事法」を挙げることができる。

(2)1970年代

1970年代の初め頃まで韓国では、独寡占を高度経済成長に伴う必要悪として認識し、競争法制を制定するのは依然として時期尚早であるとの反対論が強かった。そのため、競争法制を制化することはできなかった。その後、1975年に入り、為替レートの引き上げによる物価の上昇が続くと、物価を弾力的に統制し競争を制限する行為や不公正取引行為を規制するとの目的で、「物価安定及び公正取引に関する法律」(1975年12月31日)を制定した。同法は主に物価の安定にその重点が置かれ、独寡占については弊害のみを規制するとの立場を採用した。また、事業者の共同行為を禁じたものの、事業者団体の共同行為に対しては上手く対処することができない等の問題点を抱えていた。

消費者法制としては、物価安定に関する法律が1975年に、農水産物流通及び価格安定に関する法律が1976年にそれぞれ制定された。又、1960年代に制定された消費者間連の法律は、消費者保護をより強化する方向で改正が行われた。

(3)1980年代

1978年に発生した第ニ次石油危機によってインフレーションが深刻化した。その中で、最高価格指定制度のように、直接の価格統制による既存の物価抑制法が限界を呈するようになった。それと同時に、1979年以降からは、それまでの政府主導によって推し進められてきた高度成長政策の副作用が大きく浮上するようになり、競争の原理に基づく価格の自動調節機能を重んじる市場経済システムへ転換する必要があるという共感が形成されるようになった。さらに、朴正熙大統領の死によって政権を掌握した新軍部にとっては、国家運営の新たなビジョンを国民に示さなければならないという要請があり、そのための制度の整備等が必要であったことから、1980年12月31日に独占禁止法が制定された。立法における特徴としては、独寡占的市場の構造そのものを規制するというアメリカ式の構造規制主義と、独寡占的地位は認めつつもその濫用行為だけを規制するというドイツ式の弊害規制主義とを折衷した形での制定であった。

独占禁止法はその後、1986年12月になされた第一次改正によって、持株会社の設立や転換の禁止･相互出資の禁止･出資総額の制限･金融保険会社の議決権の制限等の、経済力の集中を抑制する施策等が多く導入された。これは、1980年代後半、当時の財閥がいわば蛸足式に無差別な経営を展開したことによって、経済力の偏重が深刻になったことに対する対策と言える。

そして、1980年は、消費者法制の中核である「消費者保護法」が制定された年でもある(1980年１月)。独占禁止法よりも一年近く先に制定された「消費者保護法」は、全部で八章三十二ヶ条の条文とその附則によって構成されている。特に公正取引をするよう事業者に呼びかけ、仮に事業者が不当な取引方法によって事業を行った場合には、それを公表することができる旨を規定した。「消費者保護法」の制定によって、韓国も、名実共に総合的な消費者保護政策を立てることができる基礎が整ったと言えるが、しかしながら1980年代に蔓延していたインフレーションや企業の独寡占行為等による市場の機能の歪曲、及び消費者被害に法律が適切に対応していないとの批判を受け、「消費者保護法」は、その後、1986年に独占禁止法と一緒に改正された。

尚、「消費者保護法」と並び真の消費者法制とも呼ばれる「約款規制法」が1986年に制定されたほか、「卸･小売振興法」が制定された。さらに、「不当競走防止法」や「食品衛生法」の改正が行われるなど、消費者を一層手厚く保護する方向で消費者法制への手入れがなされた。

(４)1990年代

1990年代の競争法制は、経済力の集中を抑制する制度をそのまま保持する一方で、1992年12月になされた独占禁止法の第三回目の改正によって債務保証制限制度[61]が導入された。又、主要情報の公開や広告の実証を主な内容とする「表示広告法」が制定(1999年２月５日)され、消費者情報政策の体系化が図られた上で、それまで法令により許容されていた事業者間の価格談合や生産量の制限等を規制する法律が新たに制定された。

消費者法制においては、1980年代の後半に発生した百貨店による詐欺セール事件[62]を契機に、消費者の選択権を確保する方向へ消費者政策が転換された他、それを柱とする「割賦取引法」や「訪問販売法」(1991年12月)が制定された。さらに、1990年代に入り国民所得が大幅に向上し、地方自治や国際化が進展するなど消費者を取り巻く生活様式や意識の水準が大きく変化したことを受け、消費者行政の需要が増えることに備えるという目的から「消費者保護法」を改正した(1992年９月14日)。

---

[61] 債務保証制限制度は、大規模企業集団に与信が集中することや、保証によって企業集団全体が不健全化することを防ぐために導入された。

[62] 本事件は、1988年の末、ソウル市内にある百貨店が、一部の商品のみを対象にセールをしたにも関わらず、全品目についてセールをするかのように虚偽誇張広告をした行為や、セール前の価格を高く設定しておいて、それを基準に大幅な割引販売をするかのように割引価格を表記し販売した行為、及び広告上の販売価格とは異なる実際の販売価格を適用し販売した行為等が問題となり、経済企画院によって各百貨店に対し是正命令(日本の排除措置命令)や謝罪広告命令が下された事件を言う。経済企画院の是正命令後、当該百貨店は、市民団体によってソウル地検に告発され、販売責任者６人が拘束された。

（５）2000年代

21世紀になると、世界的な規模に市場が拡大され国家間の経済的障壁が低くなったことから、開放や国境を越える競争の時代が本格的に到来した。これによって、経済政策においても変化は避けられなくなり、独占禁止法が市場経済の先進化を趣旨とする旨に二回にわたり改正された(2007年４月、８月)。

一方、消費者法制においては、まず、「訪問販売法」が訪問販売及び多段階(連鎖)販売を中心に全面改編されると共に、消費者被害の増加が多く報告されていた電話勧誘販売や継続取引及び事業勧誘取引等が規制内容として追加された(2002年７月)。又、それまで「訪問販売法」の規律対象であった通信販売に関する規定が同法から分離され、「電子商取引消費者保護法」として別途に制定(2002年３月30日)されるようになった。同法は2005年の改正により、非対面の先払取引方式である通信販売においての消費者被害を防止するために、消費者の決済代金を第三者に予置する制度を新たに導入した。さらに2006年には、「電子金融取引法」が制定され、電子金融取引を行なう当事者の権利や義務に関する法律関係が明確になったほか、2008年には、「割賦取引法」が改正[63]された。

2000年代の消費者法制においての最も注目すべきことは、2006年に「消費者保護法」が「消費者基本法」(全部改正2006年９月27日法律第7988号)に改正されたことである。「消費者基本法」は、それまでの消費者保護的な性格から、消費者主権を強化する方向へ転換した。

６.競争法における消費者利益

１)市場における競争と消費者利益

自由市場経済秩序を基本とする多くの国家では、通常、市場経済の本来の姿として、自由で公正な競争が行われる市場において価格が決定され、その価格が各経済主体の活動を制御する「見えざる手」として働き、それによって社会全体に亘り合理的な資源の配分がなされ、また消費者厚生が達成されるという構造を最も理想的な在り方として想定する。そして、そのような理想的な市場経済を作り上げるために、独占禁止法というルールを定め運用するわけである。

ところで、公正で自由な競争を促進する方法としては、大きく分けて二つのやり方が存在する。その一つは、市場が少数の企業によって支配される独寡占にならないように、市場構造的な側面からアプローチする方法である。もう一つは、市場参加者の取引形態的な側面からアプローチし、不公正な手段や方法によって事業者間の競争が萎縮することを防止するという方法である。前者は概ね、企業の結合や株式の所有等を通して少数の企業に経済力が集中することを防止することに注目する。それに対して後者は、市場において競争関係にある事業者との競

[63] 分かり易い条文化や申込みの撤回期間の起算点等の見直しが主な改正内容である。

争を回避するために、一部の事業者が共謀又は不公正な取引方法を使い事業活動をすることを防止することに注目する。そして、これらによって実現しようとするのは、市場における公正で自由な競争を促進することで、創意的な企業活動を助長し、消費者保護や国民経済のより均衡的な発展である。日本や韓国の独占禁止法にもこれは明確に定められており、いずれも消費者利益の確保を同法が追求すべき目標の一つとして明記している。例えば、日本の独禁法一条は、「私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」としており、韓国の独占禁止法一条も、「この法は、事業者の市場支配的な地位の濫用や過度な経済力の集中を防止し、不当な共同行為及び不公正取引行為を規制し公正で自由な競争を促進することで、創意的な企業活動を助長すると共に消費者を保護する他、国民経済の均衡ある発展を図ることをその目的とする。」として、独占禁止法の運用を通して消費者利益を保護または確保することをその目的としていることを明らかにしている。

このように、消費者利益の増進が競争政策の目的であることを明確にしているのは、アメリカの競争当局である連邦取引委員会(Federal Trade Commission)[64]やEUの競争当局であるEU委員会[65]においても異ならない。結局、消費者政策や競争政策は、究極的に消費者厚生を増大するという共通の目標を有しており、ただそれを達成するためのアプローチ方法に違いがあるだけである。従って、両者の関係は相互補完的なものと言わざるを得ない[66]。

しかしながら、上記のように独占禁止法がその目的規定において消費者利益の確保や保護を闡明しているとは言え、実際消費者が独占禁止法の運用によってどのように影響若しくは効果を受けているのかについては、容易に実感できるものではない。従って、消費者も競争政策の重要な受益者であることを語るためには、若干例を挙げて説明する必要があると思われる。下

---

[64] 連邦取引委員会は、消費者の利益を増進すること(advances consumers' interest)がその目標であることを明らかにしている(www.ftc.gov/ftc/about.shtmを参照)。

[65] European Commission, XXXIInd Report on Competition Policy 2002は、「ヨーロッパ競争政策の主な目標の一つは、消費者の利益を増進すること、つまり消費者がヨーロッパ経済が作り出す富によって便益を得ること」にあると宣言している(…the ultimate goals to enhance the benefits consumers derive from competitive markets and to maintain this irreplaceable incentive for undertakings to increase their competitiveness.)。

[66] OECD Global Forum on Competition, The Interface between Competition and Consumer Policies, DAF/COMP/GF(2008)10, ８頁においても、「The two policies(competition policy and consumer policy. 筆者による。) share a common goal: the enhancement of consumer welfare. In this way they are highly complementary. Applied properly, they reinforce one another.」としている。

記の内容は、独占禁止法の違反行為の中でも最も典型的な行為とも言える価格カルテルに関する事例である。価格カルテルが消費者に及ぼす影響について、アイスクリームカルテルをその例に挙げて分かりやすく説明しているのがあるので[67]、それを引用することにしたい。

(例)カリブ海の海賊が支配する島に、三つのアイスクリームのショップがある。これらのアイスクリームの店は、以前世界にその名を馳せた後引退した三人の海賊が営んでいる。ある日、この三人の元海賊は、アイスクリームの値段を20%引き上げることに合意した。島には、これらの店以外には他にアイスクリームを売る店は存在しない。

三人がアイスクリームの値段を引き上げるという合意をすることによって、消費者にはどのような影響が生じるのだろうか。

まず、アイスクリームの値段が20%も引き上げられたことで、島に住んでいる住人たちは、アイスクリームを以前よりも高い値段で買わなければならなくなり、引き上げられたアイスクリーム価格に相当する損害を被るようになる。消費者がまず実感できる不利益である。

ところで、一般消費者が受ける被害はそれだけではない。消費者のうち一部は、アイスクリームの値段が高くなったことでアイスクリームを買うことを諦めたり、その購入の量を減らしたかも知れない。それによって、価格カルテルがなかったならばアイスクリームを買って食べられたにも関わらず、高い価格になったことでアイスクリームを買って食べられなくなった不利益を受けることになる。

これについては、アイスクリームが買えないからと言って、それは大きな不利益とは言えないのではないかとの反論があるかも知れない。しかしながら、仮に購入を諦めざるを得なかったのがアイスクリームではなく、エイズの治療薬であったならばどうだろうか。エイズの治療薬に対するメーカーの価格カルテルである場合には、被害はより深刻になるであろう。エイズの治療薬を買うことができなかったため、死亡する者が出るかも知れない。

その他にも不利益は考えられる。例えば、カルテルがなかったならばアイスクリームを売る元海賊たちは、多くの人に自己のアイスクリームを買わせるためにお互い競争しあいながらより美味しいアイスクリーム、より品質が良くて多様なアイスクリームを開発したかも知れない。しかしながら、価格カルテルによって充分な利益を得ることができたため、敢えてそのような努力はしなくなるであろう。

上記の事例からも分かるように、独占禁止法で定める直接の目的である「公正で自由な競争」の促進が市場において実現できれば、消費者は次のような利益を享受することができる。

まず消費者は、以前よりも高い値段を支払わなければならない損害を回避することができる。そして、市場が競争の状態であったならば充分購入できたはずの物を競争市場ではなかったために購入できず、或いはその量を減らさなければならなくなった不利益を回避することができる。さらに、消費者は、公正な競争により事業者の技術の革新が促されることで、より多様な商品やサービスを受けられるという利益も得ることができる。

これは談合においても同様である。例えば、入札談合を考えてみよう。これは、入札参加者

[67] 泉水文雄･前掲「消費者と競争政策」･３頁。

が事前に受注予定者を決めておくことによって、発注される商品や役務の競争を制限する行為である。勿論、事業者の入札談合によって直接被害を受けるのは発注者(公共入札の場合には、国家や自治体)であるが、結果的にそれは、消費者が納付する税金に、又は商品や役務の提供を受ける際に消費者が支払うべき対価に転嫁されることから、入札談合を抑止することは結局消費者の利益にも繋がるのである。

又、コンピューターソフトを作るメーカーがコンピュータ会社に対して、コンピューターにソフトをプリインストールすることを許可するに当たり、表計算ソフトにワードソフトを抱き合わせて販売した事案(平成10年12月14日、勧告審決)においても同じことが言える。つまり、当該行為を抑止することは、ワードソフト市場における競争を確保させ、同時にプリインストールされたソフトを使用する消費者にとっては商品の選択の自由を確保するという意義がある[68]。さらに、コンビニ本部が定めた販売期間が差し迫った商品について、加盟店が引き下げた価格で消費者に販売する行為(割引販売)を禁じた行為が、優越的な地位の濫用に該当すると判断した事例(平成21年6月22日、排除措置命令)[69]においては、優越的な地位を利用して不利益を被るのは加盟店であって消費者ではないものの、違反行為は、加盟店の競争の単位としての活力や創意努力を妨げる行為である他、消費者にとっては選択の機会を失わせることであるため、これらの独占禁止法の違反行為を抑止することは、消費者の利益を確保することに繋がるのである。　事業者は、消費者の消費活動を通して事業活動を展開する。そして、事業者の公正な事業活動があってこそ、消費者はより良い商品やサービスを、より安い値段でより多く購入することができる。先にも述べたように、消費者と事業者は市場を構成する二つの大きな軸として、お互いに必要充分の条件関係をなしている。公正取引委員会が事業者に対し、市場で公正に競争し合いながら事業活動をしているかどうかを常に監視する理由もここにある。

従って、独占禁止法が闡明する消費者利益の確保や保護は、決して自由な競争を促進する過程において間接又は付随的に得られる効果ではない。それは、独占禁止法そのものが追求し続けるべき究極の目標の一つであると言わなければならないのである[70]。そうすると、独占禁止法

---

[68] これに似たような事例として、韓国公正取引委員会2006年２月24日審決事例がある(公正取引委員会審決事例30選、25面以下。http://www.ftc.go.kr/policy/compet/ftc30Notion.jsp)。この事案は、アメリカのマイクロソフトコーポレーションとその100%子会社である韓国マイクロソフト有限会社が、韓国内でサーバー運用システムやPC運用システムを販売する際に、メディアサーバープログラムやメディアプレーヤー及びメッセンジャープログラムを抱き合わせて販売したのが問題となった。

[69] 牛乳製造業者が粉ミルク価格を引き上げながら、取引先に対し再販売価格を維持するよう強要した事例である韓国公取委議決第98-111号毎日乳業の再販売価格維持行為の件(1998年６月９月是正命令)もこれに似ている(公正取引委員会審決事例30件、417面以下を参照。)。

[70] 泉水文雄･前掲「消費者と競争政策」･４頁によれば、米国やEUの判決等では、独占禁止法の違反により消費者の利益が侵害されることを明記しており、消費者の利益をその直接の保護法益とする位置づけが徹底しているとされる。

で消費者利益の確保やその保護を定めたのは、消費者利益の促進こそ健全な経済政策であるということができ、そうすると、その明確な表記はある意味で当然であると言うことができよう[71]。

2）日本や韓国における議論

日本では、独占禁止法の制定当時から一般消費者の利益について言及されている。「一般消費者の利益を確保する」という文言が独占禁止法の目的条項に規定されるようになった経緯[72]については、いくつかの説が紹介されている。つまり、米軍政時代の法律家で司法省反トラスト局の職員であったPosey T. Kimeが、アメリカの反トラスト法に基づいて1946年８月に作成した所謂カイム試案において、「公衆がより経済的に奉仕され、…保護せられる為」とされていたことから、この文言はカイム試案を受け継いだものであると解する説がある一方で、司令部と日本側との折衝の結果、カイム試案に基づいて作られた日本の折衷案にその旨が規定されるようになったとする説、又は当時司令部が消費者利益を法に明記することを強く要求したため、それに従い日本側が国民経済の概念を一緒に挿入する条件で規定したものとする説、及び独占禁止法のもう一つの試案に、「最終消費者の利益の確保」に関する内容が規定されていたことから、司令部の示唆とは関係なしに消費者利益に対する認識は当時の日本人にとって既に馴染みのあるものであったとする説等が存在する[73]。

尚、一般消費者の保護或いは利益の確保が独占禁止法において有する意義については、次のように語られている[74]。例えば、いわゆる結果説と呼ばれる考え方によれば、一般消費者の保護或いは利益の確保は、その直接目的である「公正で自由な競争の促進」が実現すればその結果として生じるべき付随的･反射的な利益に過ぎないと理解する。これに対し、従属説は、独占禁止法の究極の目的は「国民経済の民主的で健全な発達の促進」であり、これは生産者や消費者双方を包含する国民経済全般の利益の確保を意味すると理解する。反面、究極目的説は、一般消費者の利益の確保は独占禁止法が追求すべき究極の目的であると理解する。

このうち、第一説である結果説は、従来日本の公正取引委員会や最高裁判所が採用していた見解である[75]。つまり、最高裁判所はあの有名な「主婦連ジュース判決」[76]において、「一般消

---

[71] 平林英勝「独占禁止法第１条の起草過程とその背景および意義―非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立―」筑波ロー･ジャーナル創刊号(2007年３月)60頁。シカゴ学派は、アメリカのシャーマン法制定の主な目的として、「消費者利益(consumer welfare)の最大化」にあったとされる。

[72] 独占禁止法の立法経緯及びその具体的な内容については、上記の平林英勝･前掲「独占禁止法第１条の起草過程とその背景および意義」を参照。

[73] 平林英勝･前掲「独占禁止法第１条の起草過程とその背景および意義」･66頁。この意見によれば、「一般消費者の利益」という概念は、独占禁止法の起草過程で初めて現われたものではなく、昭和11年に改正された重要産業統制法３条においても既に現われているとされる。

[74] 根岸哲ほか･前掲書･28頁。

[75] 例えば、合板入札価格協定事件=審判審決昭和24･８･30審決集１、ジュース表示事件=審判審決昭和

費者の利益の保護」をその直接の目的としている「景品表示法」も独占禁止法の特例法である以上は独占禁止法の目的に服するものと解すべきであるとした上で、独占禁止法の「目的」を公正な競争秩序の維持、すなわち「公共の利益」の実現に求め、「一般消費者の利益の保護」は「同法の規定の目的である公益の保護の結果として生ずる反射的な利益ないし事実上の利益」に過ぎないと判断している[77]。

また、第２説である従属説は、独占禁止法において並列的に規定されている「国民経済の民主的で健全な発達の促進」と「一般消費者の利益の確保」との関係について、「国民経済の民主的で健全な発達の促進」が独占禁止法の究極の目的であり、「一般消費者の利益の確保」は国民経済の健全な在り方の一つの指標に過ぎないと見て、仮に両者が相反する場合には前者のために後者がその席を譲るべきであり、一般消費者の利益は国民経済全般の利益に抵触しない限度においてのみ最大限に尊重されるべき性質のものであると解し、一般消費者の利益を国民経済の従属概念として解する[78]。実際、裁判例においては、一般消費者の利益を国民経済よりも下位に置いてはいないものの、独占禁止法の目的は単に公益の実現にあると解釈することで、消費者や事業者の被害救済を封鎖する論理として使われたことがある[79]。

48･３･14審決集19･159、及び最判昭和53年３月14日民集32巻２号211頁等を参照。

[76] 1971年３月に、消費者団体等のXらが、公正取引委員会(Y)が認定した果汁飲料等の表示に関する公正競争規約は景品表示法10条２項による認定要件に該当しないとして、Yに対し認定の取消しを申立てた。これに対し、Yは、Xらには不服申立ての資格がないとして申立てを却下した。すると、Xらは、Yの審決には判断の誤りがあるとして、Yに対し審決の取消を請求した。これについて原判決は、Xらの請求を棄却した。そこでXらが上告した。最高裁判所は、「景表法10条６項は、そこで定める不服申立人適格について、一般の行政処分についての不服申立の場合と同様に、当該処分について不服申立をする法律上の利益がある者をいうところ、景表法の規定により一般消費者が受ける利益は、同法の規定の目的である公益の保護の結果として生ずる反射的な利益ないし事実上の利益であって、本来私人等権利主体の個人的な利益を保護することを目的とする法規により保障される法律上保護された利益とはいえない」と判断し、原判決を支持し上告を棄却した(最高裁判所昭和53年３月14日民集第32巻２号211頁）。

[77] 谷原修身『独占禁止法と民事的救済制度』(株)中央経済社(2003年１月10日)20頁。

[78] 石井良三『独占禁止法[改訂再版]』海口書店(1947年)43～44頁。

[79] 「信用協同組合が、組合員に現実に借受を必要とする実質貸付額550万円を貸し付けるにあたり、右貸付について十分な物的・人的担保があるのに、実質金利を高める等のため、取引条件として、組合員に、貸付額750万円の本件貸付契約及び同400万円の別口貸付契約を締結させて実質貸付額を超過する600万円を貸し付け、その600万円を即時200万円の定期預金及び400万円の割増金付定期預金として組合に預託させ、これに担保権を設定して払戻を制限し、また、実質金利が年１割７分１厘８毛余になるなど、判示の事情のもとにおいては、右各貸付契約及び各定期預金契約は、昭和28年公正取引委員会告示第11号（不公正な取引方法）の10にあたり、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律19条に違反するというべきであり、さらに、いわゆる拘束された即時両建預金を取引条件とする信用協同組合の貸付が私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律19条に違反する場合でも、その違反により、貸付契約が直ちに私法上無効になるとはいえず、また、右契約が公序良俗に反するともいえないが、両建預金及び超過貸付があるために実質金利が利息制限法所定の制限利率を超過しているときは、右超過する限度で貸付契約中の利息、損害金についての約定は、同法１条、４条により無効になるものと解すべきである。」とした最高裁判所昭和52年６月20日民集31巻４号449頁。

これに対し第３説の究極目的説は、独占禁止法の直接目的である「公正で自由な競争の促進」によって、「一般消費者の利益を確保すると共に、国民経済の民主的で健全な発達を促進」することができると理解する。現在の多くの見解は、一般消費者の利益の確保を独占禁止法の究極目的の一つとして把握する[80]。

一方、韓国の独占禁止法は日本に比べれば30年以上も遅れた1980年12月31日(1981年４月１日施行)に制定された。当時韓国は、70年代を通して大きく経済発展を成し遂げていたが、その代わりに政府主導型の経済成長の政策による限界や副作用が少しずつ現われつつあった。そこで、それらを克服するために経済運用の基本体制を政府主導から民間主導へと転換したのである。ここで言う民間主導の経済体制とは、言わば市場機能の活性化を意味し、市場機能を円滑に作動させるための基本ルールとして独占禁止法の制定が必要となったわけである。

立法においては、日本の独占禁止法を多く参考にしており[81]、消費者保護は、立法当時から目的規定にその旨が定められた。上記にも述べたように、韓国の独占禁止法１条は、公正で自由な競争の促進を直接の固有な目的として設定した上で、それによって「創意的な企業活動の助長」や「消費者の保護」、及び「国民経済の均衡ある発展を図ること」を究極の目的としている[82]。このように、韓国の独占禁止法の目的規定は日本のそれと大して変わらないことが分かる[83]。

ところで、このような目的規定については、事業者の特定の行為が公正で自由な競争には反するものの、消費者の保護又は国民経済の均衡ある発展には符合すると解釈される場合において、そのような行為を適法な行為として見ることができるかどうかという、直接目的と究極目的が衝突するような場面が発生し得る。これについて韓国の裁判所は、「法令上直接の根拠なしになされた行政指導による事業者団体の競争制限行為又は構成事業者の事業活動の制限行為が、形式的には独占禁止法の条項に違反しているように見えるが、当該行為によって守られる利益や、それによって侵害される同法の直接の保護法益(自由競争経済秩序の保持)を比較してみた時、『消費者の保護及び国民経済の均衡ある発展』という独占禁止法の究極の目的に実質的には反しないと認められる場合には、適法な行為と言うべきである」と判断した[84]。

---

[80] 谷原修身･前掲『独占禁止法と民事的救済制度』･21頁。最高裁判所の立場もこの点を明らかにしている。つまり、石油カルテルに関する最判昭和59年２月24日刑集38巻４号1287頁は、「一般消費者の利益の保護」を独占禁止法の究極の目的であると解しているのである。一方、谷原修身･前掲『独占禁止法と民事的救済制度』･23頁は第３説に立ちながらも、一般消費者の利益の確保こそ独占禁止法の究極目的であるから、国民経済的な意義を研究することは必要ではないと解する。

[81] イ･ムンジ，‘公正で自由な競争は目的であるか、それとも手段であるか?:公正取引法の目的に関する通説的な見解の問題点’，商事法研究16巻２号，韓国商事法学会，1997年，617面.

[82] キム･ユンジョン，‘独占規制法の目的としての消費者保護の意味:不公正取引行為の類型別考察’，競争法研究 14 巻，韓国競争法学会，2006 年，293 面.

[83] イ･ムンジ，前掲論文，617～619面を参照。

[84] ソウル高等法院1996年12月６日宣告96ナ2240判決.

以上で、日本や韓国の独占禁止法に定められている消費者利益の確保又は消費者の保護は、競争政策を推進し競争法を適用するに当たり、終局的に目指すべき目標であることが確認できる。

7.イニシアチブを握った自立した消費者

1)市場の参加者としての消費者　―　二つの顔を持つ消費者

先にも述べたように、現在の消費者は一つの自立した主体として、事業者と一緒に市場に参加する構成員として位置づけられることができる。しかしながら「消費者」という言葉の中には、二つの区別すべき概念が含まれていることに注意しなければならない[85]。

まず消費者は、「受動的で保護を受けるべき対象」(object)である。政策や法の執行において保護の対象として想定される抽象的な概念の消費者がこれに該当する。受動的で保護の対象としての消費者は、立法者や法の執行機関等がその利益の増進のために努めるべき対象となるため、消費者が具体的に自己の利害を顕にしたり政策決定の過程に参加したりすることはない。多くの競争法の執行の過程において保護の対象として想定される消費者はこれに該当し、経済学の観点から競争政策[86]を論ずる際によく言及される「消費者厚生」においての消費者も、やはり受動的な保護の対象として捉えられる。

一方で、消費者は、「積極的な参加者」(participatory)としての概念も併せて有する。積極的な参加者としての消費者は、消費者関係の政策の決定や法の執行の過程において積極的に参加したり、それに影響を及ぼしたりする存在である。例えば、消費者の権益に重要な影響を及ぼす消費者立法の制定の過程において、その意見を提示する等して消費者団体が参加する時に想定される消費者、或いは事業者によって損害を受けた個別の消費者が訴訟を提起し、その被害の賠償を求める場合に想定される消費者はこれに該当する。

要するに、立法者や競争当局が競争法を制定、又はそれを執行するに当たって想定できる消費者は前者に該当し、個別の消費者や消費者団体が具体的な消費者被害を予防するために努め、実際起きた消費者被害の填補を受けるために様々な手段を講じる場合に想定できる消費者は、後者に当たると言えよう。

このように、消費者が二つの属性を持っていることを理解することは、消費者政策や競争政策はいずれも消費者厚生の増進のためにその政策を進めるべきであるが、但しその時に両者が想定している消費者像は異なるということを理解するのに役立つ。

---

[85] 以下、イ·ホヨン，前掲論文，175～176面を参照。

[86] 日本で公正取引委員会が競争政策という言葉を使うようになったのは、政府規制及び独占禁止法の適用除外制度の見直しが公正取引委員会の施策の一つとして加えられた頃からだとされる(本城昇·前掲論文·36～37頁)。

従来日本や韓国は、経済政策を推し進めるに当たり産業の育成という目標を掲げ、多くの規制を設けて事業者を事前に規制する方法を採用していた。そのため、消費者は単にそれによって反射的な利益を受ける存在に過ぎないと認識[87]され、消費者を受動的にのみ理解していた。ところが、規制緩和が進められて行くにつれ現在は、自ら判断する消費者、自ら選択する消費者、自ら行動する消費者、自らの被害救済のために積極的に行動する能動的で積極的な消費者像が形成されるようになった。これは、日本の行政改革推進委員会の「規制緩和の推進に関する意見(第1次)―輝く国家を目指して」(1995年12月)において、「自由放任の無責任社会ではなく、規制緩和に伴い自由を与える一方、それによる責任は各自が徹底的に負担する社会、仮に社会が定めたルールに違反した場合には、厳しい制裁が課される社会こそが、規制緩和や撤廃を通して最後に成し遂げようとする目標である」としていたことを見ても、明らかである[88]。

そうすると、消費者はどのように市場に参加し競争政策から影響を受け、又それに影響を及ぼすであろうか。

まず、消費者は、事業者の販売活動においてその相手となることで、市場の重要な軸をなす。事業者が商品を生産･販売し又サービスを提供すれば、消費者がそれを購入し消費することで経済は回って行く。消費者の選択により事業者は利益を得ることができ、事業活動の方向を決めることもできる。歯車が噛み合って回って行くように、事業者と消費者はお互いに影響し合いながら市場を形成していくのである。従って、例えば規制緩和によって企業間の競争が激しくなればなるほど、それによって商品やサービスの価格は低下し、自己の商品やサービスを多く売りたいと思う事業者が技術開発をすることで品質は向上していくであろうから、消費者にとっては良い商品やサービスを購入できる機会が一層増していくはずである。さらに、新しいビジネスチャンスが創出され、事業活動の範囲もグロバール化することによって、国家経済もより活性化して行くことが期待できる。

しかしながら、光があれば陰も存在する。規制緩和が事業者間の競争を激化させることによって自然にコスト削減の競争も激しくなって行く可能性がある。これは技術低下の原因や製品の安全性を脅かす原因として働き、それが終局には消費者にそのまま転嫁されるであろうことも容易に予測できる[89]。

---

[87] 今村成和『独占禁止法入門(第４版)』有斐閣(1993年)２～８頁。

[88] これを規制の緩和･撤廃、市場原理･自己責任原則の徹底、競争の基本ルールの遵守、ディスクロージャーの徹底等に要約することができる。また、行政改革推進委員会は、規制緩和が進展し自己責任の原則が徹底する社会では、意見の対立は、行政によってよりも、むしろ司法によって解決されるべきことを強調しているが、これによって言わば、規制緩和―自己責任の原則―ルール遵守―司法的解決との公式が成り立つことが分かる(松本恒雄･前掲論文･11頁を参照)。本論文が注目するのは、この中でも、最後の司法的解決についてである。

[89] 欠陥商品が日々増加している現実が、これを証明してくれる。その他にも、早いうちに規制緩和をすることで、長期に亘り競争に鍛えられた外国の企業は生き残るが、国内企業は淘汰するという「

また、規制改革或いは規制緩和が進行し事業者の参入が容易になれば、危機意識を抱いた既存の事業者或いは大規模の事業者は、優越的な地位を濫用するか不当な方法を用いて事業活動を展開して行く可能性も大きくなる。さらに、消費者にとっては、商品やサービスの品質や内容に嘘の表記をするという不当表示によって、消費者の適切な選択を妨げるような事業活動が展開される恐れもやはり存在する。

従って、規制緩和が進展すればするほど消費者サイドからの事業者サイドに対する発信力や提案力が重要になってくる。消費者が単に受動的な立場に止まらず、自己のニーズを供給サイドに積極的に提案するなどして市場に対する消費者の影響力が高まれば高まるほど、事業者サイドにおいても消費者のニーズに合致するような財を供給するために努力するであろう。これは結局、必要ではない財が市場に供給されることや資源が無駄になることを防ぎ、そうすることによって、市場のメカニズムをより健全に機能させて行くことができる。従って、消費者は、常に生活者としての主体性を認識している必要がある。

このように、事業者の事業活動と消費者の消費活動とはお互いに緊密に関わっているのである。規制緩和を通して自由になった事業者の事業活動により、消費者に対する直･間接の影響も一層増して行くと考えられるが、結局、それは、競争政策と消費者政策をどのように運用して行くべきかを考えるにおいて、一つの重要な手がかりとなる。

2)主体的で自立した消費者

1990年代以降、受動的で保護の対象として捉えられていた消費者が、イニシアチブを握り自立した存在としてその位置づけが変わったことから、それに相応しい消費者像を構築する必要、つまり消費者が主体的で自立した存在になり得るための環境作りが強調されるようになり、その方法について多くの提案がなされた。勿論、それまでに消費者の自立を助ける制度が全く存在しなかったわけではは い。従来、例えば、景品表示法が不当表示に対する規制を行っており、訪問販売法のクーリングオフ制度や製造物責任法の運用等を通して消費者問題に対処してきたことは周知の通りである。ところが、現在主張される多くの意見は、そもそも消費者が事業者等の事業活動によって被害を被る理由は、両者の間には情報の質や量の差が大きすぎるからであり、交渉力においてもその格差が大きいことを挙げる。そこで、これらを是正するための方法やその支援について関心が集まるようになった。消費者が市場で事業者と対等な地位に立ち、

ウインブルドン現象」が起こりかねないことを指摘する考え方(http://sakura.canvas.ne.jp/spr/h-minami/note-kiseikanwa.htm)もある。ウインブルドン現象とは、かつてイギリスが規制緩和をした結果、イギリスの企業は競争に破れ勝ち残ったのは外国企業のみであるという現象が起きたが、これを、ウインブルドンのテニス大会で活躍するのは外国勢ばかりということに例えて作られた言葉である。結局、この意見は、規制=悪、規制緩和=善という固定観念を抱いてはいけないことを強調している。

自主的で合理的な選択をして消費生活を営むためには、事業者が消費者との取引をする際に適切な情報を提供し公正な方法で取引をする必要があることは言うまでもない。従って、もし事業者がそれに反し消費者と取引をしたことで消費者が被害を受けた場合には、当然その被害を救済できる適切な手段を講じる必要がある。そして、その手段として着目したのが、まず立法の動きとして、消費者保護法の消費者基本法への改正(日本や韓国)であり、消費者契約法の制定(日本)等である。そして、システム的な観点からは、消費者政策を競争政策と整合的に推進していくために、関連業務を公正取引委員会に移管したり(韓国)、競争政策とは別途に消費者政策を管掌し消費者政策を一元的に推進するために消費者庁(日本)が設置された。これらは全て、消費者が主体的で自立した存在になり得るための環境作りの一環としてなされてきた一連の動きといえるが、消費者にとっての本当の自立とは、やはり被害を受けた時にただ泣き寝入りするのではなく、自らの被害を救済するために消費者自身が積極的に行動できるかどうかで判断しなければならないと思う。そして、そのような行動力のある消費者が自己の権利を擁護するために動き出した場合には、充分にその救済を受けさせる環境を整っていくことが重要になってくる。

そこで、以下においては、事業者等の独占禁止法違反行為によって被害を受けた消費者が自らの救済のために利用できる独占禁止法上の損害賠償請求訴訟制度に関し、現在の制度は、自己の被害の救済のために訴訟を提起した主体的で自立した消費者のニーズに充分答えるくらいの仕組みとなっているのかどうかについて検討したいと思う。

第３章　独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求

第１節　概説

独占禁止法は、市場における自由な競争を保護するための法律である。このような目的の達成のために、日本や韓国の独占禁止法は、自由な競争を阻害する行為に対し、多くの制裁手段を設け事業者の行為を規律している。その代表的なものとして、公正取引委員会が発動する排除措置命令(韓国は是正命令)、課徴金、過料処分及び公正取引委員会の告発による刑事処罰等がある。

行政機関である公正取引委員会の関与により行われるこのような公的執行は、実際これまでかなりの実効性を収めてきたことは否定できない。しかしながら、1990年代から政府の規制ではなく市場の機能を強調するという、いわゆる新自由主義の理念が時代的潮流となってきた中で、消費者を眺める見方においても、自立の主体として認識されるようになったことは既に述べた。

このような状況の中で、事業者等の独占禁止法の違反行為に係る制裁手段についても、公正取引委員会に一任する方法から脱却し、消費者の権利を実現しその能力を伸長させることで、公正な競争ルールを破った事業者を消費者自らが制裁するという考え方が強調されるようになった。その一つとして、日本や韓国の独占禁止法に設けられている私的執行手段、つまり事業者の違反行為によって被害を受けた消費者が、直接訴訟を提起し損害を賠償してもらうという損害賠償請求権を積極的に活用すること(いわば、規制のやり方を新市場的な方向に改編するという)が、特に強調されるようになった。規制緩和の流れが押し寄せ、消費者像において変化が起きてきたことを背景に浮上した考え方といえるが、そうすると、このような主張も大分前からなされてきたことが分かるが、現状はどうであろうか。

残念ながら、当初の理想とは裏腹に、実際の訴訟提起件数[90]は過去とあまり変わらないように思われる。独占禁止法上の損害賠償請求権については、これまで、様々な整備や補完が行なわれ、法律上にも明確に権利行使を支援する規定が設けられているのにもかかわらず、私的執行がそれほど利用されなかったのは何故だろうか。

その理由として概ね思い当たるのは、①この制度を活用しなくても、公正取引委員会の行政

[90] 日本の場合、1999年10月に発表された「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度に関する研究会」による「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度の整備について」28頁によれば、当時まで独占禁止法25条に基づいて提起された訴訟件数は11件、独占禁止法の違反を理由の全部または一部として民法等の規定に基づいて損害賠償請求訴訟が提起された事件は、1975年以降44件程度であるという。このような傾向は、５年後の2004年になってもあまり変わっていない。内田耕作「独禁法違反行為に係る民事的救済制度の再検討－損害賠償制度に即して－」彦根論叢第354号(2005年５月)30頁によれば、2004年３月末までに独占禁止法25条訴訟は17件提起されたとされる。

規定によって独占禁止法違反行為に対する執行が実効的に行われていること、②公正取引委員会が事実上制裁において独占的な地位を占めているため、これが逆に他の制度の活用において邪魔になっていること、③訴訟によって問題を解決することを忌避する社会文化があること、その他④制度がまだ完備されておらず、そのため現実の必要性にもかかわらず充分に利用されていないこと、等を挙げることができると思う[91]。

ところで、市場機能を中心とする規制緩和が強調されている昨今のような時代の中では、消費者の権利を実現し、またその権利を伸長するための基盤を作るという方向に焦点を当てるとすれば、上記の理由のうち特に最後に挙げた理由、つまり、制度の不完備にその原因を探ることが妥当ではないかと考える。特に、被害者が消費者である場合には、小額の被害を賠償してもらうために投入しなければならない負担の大きさが、制度の利用から遠ざけさせる主な原因として働いているのではないかと思われる。

独占禁止法の違反行為は、その殆どは私人間の取引から発生するということから、これに対し被害者が訴訟を提起して加害者から賠償を受けるということは、近代の私法原理に照らせば当然のことである。独占禁止法の違反行為に関し私人による損害賠償訴訟が活性化されれば、独占禁止法の違反行為が摘発される可能性もそれだけ増加するであろうし、また違反行為者にとっても違反行為に導く誘引が除去されるという効果が生じ得る。結局、損害賠償訴訟の活性化は、消費者主権の実現を意味するのは勿論、違反行為の発生を抑制し、それによって独占禁止法の実効性を高めることができる良い手段となり得るのである。

以上の認識を踏まえて、以下においては、まず日本や韓国の独占禁止法に規定されている損害賠償請求権の要件を検討した上で、その具体的な事例を見てみることで制度運用における問題点及び改善方向について考えてみることにしたい。

第２節　独占禁止法上の損害賠償請求権

１.日本の独占禁止法における損害賠償請求権

１)規定の内容

私的執行について、日本の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」25条は次のように定めている。

[91] その他、下記にも述べているように、日本の場合には、独占禁止法25条に基づき訴訟を提起することができる対象行為について韓国に比べ限定的であることや、審決の確定が訴訟提起の要件となっていること、及び東京高等裁判所の専属管轄となっていること等もその原因として指摘することができる。前掲研究会報告の30頁を参照。

第七章　差止請求及び損害賠償

（無過失損害賠償責任）

第二十五条　第三条、第六条又は第十九条の規定に違反する行為をした事業者（第六条の規定に違反する行為をした事業者にあつては、当該国際的協定又は国際的契約において、不当な取引制限をし、又は不公正な取引方法を自ら用いた事業者に限る。）及び第八条の規定に違反する行為をした事業者団体は、被害者に対し、損害賠償の責めに任ずる。

②事業者及び事業者団体は、故意又は過失がなかつたことを証明して、前項に規定する責任を免れることができない。

（損害賠償請求権の裁判上の主張の制限、消滅時効）

第二十六条　前条の規定による損害賠償の請求権は、第四十九条第一項に規定する排除措置命令（排除措置命令がされなかつた場合にあつては、第五十条第一項に規定する納付命令（第八条第一号又は第二号の規定に違反する行為をした事業者団体の構成事業者に対するものを除く。））又は第六十六条第四項の審決が確定した後でなければ、裁判上これを主張することができない。

②前項の請求権は、同項の排除措置命令若しくは納付命令又は審決が確定した日から三年を経過したときは、時効によつて消滅する。

（事業者団体の禁止行為）

第八条事業者団体は、次の各号のいずれかに該当する行為をしてはならない。

一　一定の取引分野における競争を実質的に制限すること。

二　第六条に規定する国際的協定又は国際的契約をすること。

三　一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること。

四　構成事業者（事業者団体の構成員である事業者をいう。以下同じ。）の機能又は活動を不当に制限すること。

五　事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること。

（不公正な取引方法の禁止）

第十九条　事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。

（特定の国際的協定又は契約の禁止）

第六条　事業者は、不当な取引制限又は不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定又は国際的契約をしてはならない。

２）違反行為の対象

独占禁止法 25 条は、私的独占禁止や不当な共同行為(３条)、不公正取引行為(19 条)、事業者団体の禁止違反行為(８条)、不当な共同行為または不公正取引行為を内容とする国際契約の禁止(６条)に違反する行為、等を損害賠償請求権の対象としている。このように、対象となる違反行為が上記の行為に限定されている理由は、このような類型の違反行為による被害者の損害の填補を図ることが、独占禁止法の目的の実現のために特に重要であるという判断によるものと説明される[92]。改正前の独占禁止法は、私的独占の禁止、不当な共同行為、不公正な取引行為のみをその対象としていたが、改正により違反行為の対象が拡大された。

３)無過失責任

日本の独占禁止法25条２項は、25条１項による損害賠償責任を無過失責任であると定めている。審決が確定された場合に無過失損害賠償責任を認める趣旨は、被害者の立証責任を軽減させることで独占禁止法の違反行為による損害の填補を容易にし、不法行為一般の責任よりも重い責任を負わせることで同法違反行為の抑止的効果を高めることにある[93]と説明される。また、確定審決により独占禁止法の違反行為と認められた事件においては、違反行為者の故意または過失のないことを想定することは難しいと考えられることから、無過失責任を定めた25条２項は、過失の有無が主な争点となる事例において、行為者が自己に過失のないことを主張できなくすることで、審理を促進するという効果もなる[94]。

４)審決前置主義

公正取引委員会の審決の確定をその要件としているのは、公正取引委員会の専門的な判断を尊重し、これによって裁判所や公正取引委員会の判断の調和を図る他、濫訴を防止するためである[95]。

５)専属管轄

25条による損害賠償請求の訴えは、東京高等裁判所に提起しなければならない(85条)。この

---

[92] 前掲研究会報告31頁。

[93] 前掲研究会報告49頁。

[94] しかしながら、これについては、独占禁止法事件に関わる民法709条訴訟でも、故意･過失の立証はそれほど困難ではなく、一般の認識としては、無過失責任が認められる独占禁止法25条訴訟と民法709条訴訟とは、その実質においてあまり変わらないとする意見がある(内田耕作･前掲論文･25～26頁)。

[95] 公正取引委員会による審決には、勧告審決、同意審決、審判審決の三種類がある。勧告審決は、排除措置をとることについての勧告の名宛人の応諾の意思表示を基礎(要件)とし、同意審決は、被審人の違反行為についての自認を基礎とする。また、審判審決は、審判における証拠による違反行為の認定を基礎とすることに違いがある(村上政博･山田健男共著『独占禁止法と差止･損害賠償』商事法務(2005年９月)106頁注６を参照)。

ように東京高裁に専属管轄を認めた趣旨は、25条訴訟が公正取引委員会の審決をその前提にして提起されることや、専門的で統一的な判断が必要である独占禁止法の違反行為に対して提起されることに鑑み、これを同じ裁判所に集中させ審理･判断することで、迅速な救済を得られるようにするためであると説明される[96]。

このような東京高等裁判所の専属管轄については、前から地方在住者に負担を強いることになるので、各高等裁判所または地方裁判所の管轄にすべきであるとする批判がなされた[97]。一方、民法709条による損害賠償請求の訴えは、不法行為地(または、損害発生地)を管轄する裁判所に提起することができる。

６)求意見制度

25条の規定による損害賠償に係る訴えが提起されれば、裁判所は遅滞なく公正取引委員会に対し、25条に規定された違反行為による損害額についてその意見を求めなければならない(84条)。意見を求める対象となるのは、上記条文における損害額のみならず、損害の発生の有無、違反行為と損害との間の因果関係をも含まれる。

７)消滅時効

25条による損害賠償請求権の消滅時効は、審決の確定日から３年である。民法724条で定める「損害及び加害者を知りたる時」ではなく、「審決が確定した日」にすることで、被害者にとっては損害賠償請求権の消滅時効期間が民法よりも長くなるという効果が生じる。従って、これは、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求の実質的な存在価値とも言える。

８)確定審決の認定事実の拘束力

判例[98]は、確定審決で認められた事実は、25条による損害賠償請求訴訟において裁判所の違反行為についての事実認定を拘束せず、単に事実上の推定のみが認められるにすぎないと判断しており、通説も同じ立場である[99]。

これは、刑事訴訟及び行政訴訟の場合にもその確定判決は、民事上の損害賠償請求訴訟にお

---

[96] 前掲研究会報告47頁。東京灯油訴訟事件東京高裁判決(東京高判昭和56年７月17日)も、これと同様の判断を示している。

[97] 前掲研究会報告48頁を参照。

[98] 最判昭和50年11月28日民集29巻10号1592頁、最判昭和53年４月４日民集32巻３号515頁、最判平成元年12月８日民集43巻11号1259頁等を参照。

[99] 岩本論「個別入札の受注調整の立証と損害額の認定手法―『米子市ストーカ炉談合住民訴訟』高裁判決」ジュリスト1352号(2006年３月15日)139頁。これに対し、審決の種類によって区別したうえで、審判審決については拘束力を認め、勧告審決及び同意審決については拘束力を否定する考え方もある(村上政博ほか･前掲書･106頁注５を参照)。

いて裁判所の判断を拘束できないのと同様、公正取引委員会が確定審決により認定した事実は、民事上の損害賠償請求訴訟においても裁判所を拘束しないということによるものである。

ところで、被害者は民法709条による損害賠償を請求する場合にも、確定審決の存在を主張･立証すれば、違反行為の損害について同一の事実上の推定力が認められることから、この点では独占禁止法25条に基づく損害賠償請求や民法709条に基づく損害賠償請求には差はないとみるべきである[100]。

9)独占禁止法における損害賠償責任と民法における損害賠償責任

日本の独占禁止法上の損害賠償請求権は、公正取引委員会の審決が確定された後でなければ、提起することができない(同法26条)のに対し、民法規定による損害賠償請求権は、審決の確定とは関係なく提起することができる。かつて、独占禁止法の違反行為に係る損害賠償請求権は、独占禁止法の規定によってのみ提起することができると解する考え方が存在したが[101]、現在は、独占禁止法25条による損害賠償請求と民法709条による損害賠償請求は並存すると考えるのが一般的である[102]。判例も同じ立場である。つまり、鶴岡灯油訴訟事件に関する最高裁判決[103]では、「この方法によるのでなければ、同法違反の行為に基づく損害の賠償を求めることができないものということはできず、同法違反の行為によって自己の法的利益を害されたものは、当該行為が民法上の不法行為に該当する限り、これに対する審決の有無にかかわらず、別途、一般の例に従って損害賠償の請求をすることを妨げられない。」とし、二つの請求権は競合することを明らかにした。

2.韓国の独占禁止法における損害賠償訴訟

1)規定の内容

韓国の「独占規制及び公正取引に関する法律」では、損害賠償請求権について次のように定める。

第 11 章　損害賠償

第 56 条(損害賠償責任) 事業者または事業者団体は、この法の規定に違反することで被害を受けた者がいる場合には、当該被害者に対し損害賠償の責めに任ずる。但し、事業者または事業者団体が故意または過失のないことを立証した場合には、その限りではない。

---

[100] 村上政博ほか･前掲書･98～99頁。
[101] 前掲研究会報告注７。
[102] 東出浩一(編著)『独禁法違反と民事訴訟』商事法研究会(2001年１月25日)56頁、内田耕作･前掲論文･25頁。
[103] 最判平成元年12月８日民集43巻11号1259頁。

第 56 条の２(記録の送付等) 第 56 条(損害賠償責任)の規定による損害賠償請求の訴えが提起された時には、裁判所は必要に応じ公正取引委員会に対して、当該事件の記録(事件の関係者、参考人または鑑定人に対する尋問調書及び速記録その他裁判において証拠となる全てのものを含む)の送付を求めることができる。

第 57 条(損害額の認定) この法の規定に違反した行為によって損害が発生したことは認められるが、その損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難な場合には、裁判所は弁論の全趣旨や証拠調査の結果に基づいて相当な損害額を認定することができる。

２)違反行為の対象

韓国の独占禁止法は、損害賠償請求権を行使することができる事業者の違反行為について、日本のようにその対象を限定していない。従って、同法で禁止する全ての行為を事業者が違反し、それによって被害を受けた者は、損害賠償請求権を行使することができる。

３)過失責任主義

従来の独占禁止法(56 条２項)は、「事業者または事業者団体は、その被害者に対し故意または過失のないことを主張し、その責任を免れることはできない」と定め、他の要件さえ証明されれば、故意または過失のない場合であっても免責されない旨の無過失責任を定めていた。日本の法体系を受け入れて定められたとされるこのような無過失責任主義については、被害者の救済という側面においてはその妥当性を認めることができるものの、抗弁が不可能である無過失責任主義は事業者にとって酷であり、さらに損害賠償制度の一般原則である過失責任原則から見ても適切ではないとの批判がなされていた。

そこで、無過失責任主義は、2004 年の改正により、上記のように過失責任主義に変更された。一方で、無過失に関する立証責任については、法に違反した事業者側に負わせることで被害者の立証負担を軽減させている。

４)是正措置前置主義の廃止

改正前の独占禁止法 57 条 1 項は、同法による損害賠償請求は、公正取引委員会の是正措置(日本の排除措置命令)が確定されなければ裁判において主張することができない旨を定めていた。是正措置前置主義を設けた立法の趣旨は、日本と同様、審決と裁判間の矛盾･抵触を避けると共に、被害者の立証を容易にすることで被害救済の実効性を確保する他、被害者の濫訴を防止することにあると説明された。

しかしながら、このような是正措置前置主義の立法趣旨については、①法律事件においてその最終的な判断は裁判所が行うべきであり、②審決が裁判所に対して拘束力を持つかどうかが明確ではないことから被害救済の実効性を確保するのは難しいこと、③濫訴への懸念についても、従来韓国の独占禁止法は民法上の不法行為による損害賠償請求を明文で制限してはいなかったので、その妥当性を認めることはできないとの批判があった。

結局、このような批判等を受け入れて、2004 年改正の際に、是正措置前置主義は廃止されることとなった。

５）損害額認定制度

2004 年改正のもう一つの特徴は、損害額認定制度を導入したことである。損害額認定制度は、日本の民事訴訟法 248 条からその影響を受けたもの[104]とされる。日本民事訴訟法 248 条は、「損害が生じたことが認められる場合において、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、相当な損害額を認定することができる。」と定めている。

一般に、損害額認定制度というのは、違反行為によって損害が発生したことは認められるが、被害者がその具体的な損害額を立証することが困難である場合に、裁判所が弁論全体の趣旨や証拠調べの結果に基づいて相当な損害額を認定することができる制度である。

損害の発生があったにも関わらず、被害者がその具体的な損害額を立証することが困難であれば、訴えの提起を断念してしまう可能性は高くなる。そうすると、損害賠償制度もそれだけ活用されなくなることから、これを防止するために導入したのがこの損害額認定制度であると解することができる[105]。

６）消滅時効

改正前の独占禁止法は損害賠償請求権の消滅時効について、「これを行使することができる日から３年を経過した場合には、時効によって消滅する(57条)」という規定を設けていた。つまり、改正前の独占禁止法は是正措置前置主義を採用していたため、「これを行使することが

---

[104] チョン･ビョンドク，‘独占規制法上の損害賠償制度に関する研究’，経営法律21巻第1号，韓国経営法律学会，2010年10月，334面.

[105] このような損害額認定制度が韓国法で初めて規定されたのは、2001年に改正された特許法においてである。韓国の改正特許法は、128条５項を新設し、「裁判所は、特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、損害が発生したことは認められるが、その損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難である場合には、･･･　弁論全体の趣旨や証拠調べの結果に基づいて相当の損害額を認定することができる。」と定めている。特に、同法は、128条１項ないし４項において、損害額の算定基準についての詳細な規定を設けており、５項の損害額認定制度は、このような基準によっても損害額を算定することが困難である例外的な場合において適用されるという点で特徴がある。

できる日」とは、公正取引委員会の是正措置が確定した時を意味していた。しかしながら、改正によって是正措置前置主義が廃止され、さらに独占禁止法上の損害賠償請求権の消滅時効の規定が削除されたことにより、独占禁止法上の損害賠償請求権の行使には民法の消滅時効が適用されるようになった。これによって被害者は、韓国民法766条[106]の適用により、「不法行為があった日」が消滅時効の始期となった。これは、原告の立場からすれば従前よりも時効期間が短くなるというデメリットがある。

７）管轄裁判所

前述の通り、日本の独占禁止法85条は、損害賠償請求訴訟を東京高等裁判所の専属管轄としているのに対し、韓国の独占禁止法にはそのような制限がない。従って、民事訴訟法における普通裁判籍、又は不法行為に関する特別裁判籍によって訴訟を提起することができる（韓国民事訴訟法２条ないし６条、18条）。

８）記録の送付

独占禁止法56条の規定による損害賠償請求の訴えが提起された場合には、裁判所は必要に応じて、公正取引委員会に対し当該事件の記録（事件の関係人、参考人または鑑定人に対する尋問調書及び速記録その他裁判上証拠となる全てのものを含む）の送付を要求することができる（同法56条の２）。この規定は、独占禁止法上の損害賠償請求訴訟において、訴訟経済や被害者の立証負担の軽減等のために1999年の独占禁止法の改正の際に新設されたものである。従来は是正措置が確定された後に適用される規定であったが、現在はそのような制限はなくなった。従って、現行法の解釈としては、公正取引委員会において調査がなされている間も、裁判所は当該事件の記録の送付を公正取引委員会に求めることができると考えられる[107]。

第３節　独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求の諸論点

１．概説

事業者又は事業者団体の独占禁止法違反行為に関する民事的救済制度においては、上記にも述べたように、これまで改善のために多くの努力がなされてきた。

ところが、実際提起された民事訴訟件数を見てみると、先にも述べたように、その数は依然

---

[106] **韓国民法766条（損害賠償請求権の消滅時効）** 不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った日から３年間行使しないときは、時効によって消滅する。
②不法行為の時から10年を経過したときも、前項と同様である。

[107] 一般不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の場合には本規定は適用することができず、その代わり裁判所は、文書送付嘱託制度（韓国民事訴訟法352条）を利用し同様の効果を得ることができる。

として微々たるものである。従って、より抜本的な見直しが必要であると考えられる。事業者等の独占禁止法違反行為は、通常、多数の消費者等に少額の被害を拡散させる特徴があるが、その個々の被害者は、被害額が少額であることを理由に自ら訴訟を提起することを諦めてしまう場合が殆どである。仮に訴訟を提起したとしても、裁判上の多くの壁を乗り越えなければならない。これは、被害者が資力のある事業者である場合にも例外ではなく、例えば原告が事業者である場合には別の理由、つまり、取引関係にある法違反事業者を相手に訴訟を敢行することが原告の事業者にとってそう簡単にできることではないからである。

そこで、経済警察として大きな権力を握っているとされる公正取引委員会に、その違反行為者を取り締まることを一任することも考えられる。ところが、公正取引委員会の排除措置命令等による違反行為の除去は、必ずしも被害者の救済という側面からなされるものとは限らないし、人員や予算上の限界があるため、公正取引委員会が全ての違反行為を除去することは事実上不可能である。さらに、莫大な金額が課される課徴金納付命令を下す場合も、その対象となる行為は限定されているし、徴収された課徴金は国庫に入り被害者の被害の填補のために使われるものではない。

通常、事業者等の独占禁止法違反行為に関する規制として考えられているのは、公法的な規制と民事的な規制である。このうち、前者の公法的な規制としては、日本の場合は、公正取引委員会による排除措置命令や審決、課徴金の納付命令、公正取引委員会の申請による東京高裁の緊急停止命令及び刑事罰等があり、民事的規制としては、一定の違反行為に対して請求できる差止請求権、損害賠償請求権、独占禁止法に違反した契約の私法上の無効や民法90条による私法上の無効、そしてその無効の効果としての不当利得返還請求、株主代表訴訟、さらに近年多く提起されている入札談合に係る住民訴訟等を挙げることができる。

ところで、独占禁止法違反行為に限ってみれば、日本や韓国では、主に行政による公法的な規制を中心とした上で、民事的救済は、それが個人の私益を侵害する行為である場合において、独占禁止法や民法に基き訴訟を提起するという二次的なエンフォースメントとして機能してきたことを否めない。しかしながら、消費者の被害の救済を消費者自らの手によって行なわせることで、消費者を自立させまた市場においての主導権を取らせるためには、行政に依存してきたこれまでのやり方を取りやめ民事的規制へ移行しなければならないと考える。そして、そのような独占禁止法違反行為に対する民事的救済には、概ね次のような意義を見出すことができる[108]。

第１、損害賠償請求権の行使により、被害者にとって金銭的な救済を与えることができるという点である。これは、被害者の救済とは関係なく行なわれる公正取引委員会による公法的な

[108] 宗田貴行『独禁法民事訴訟』LexisNexis(2008年２月20日)327～328頁。

規制との大きな違いである。

第２、公正取引委員会による公法的規制には時間的･人的･資金力的な限界があるため、従来公正取引委員会によって把握されなかった違反行為に対しても、私人が提訴によって違反行為を是正することができるというメリットがある。日本では、公正取引委員会による独占禁止法違反行為に対する措置は、通常、現に行われている違反行為を排除することにある。例外的に違反行為が消滅した場合にも必要があると認められる場合には、公正取引委員会が排除措置命令を下すことができるが、その場合にも仮に当該行為が最後に行われた日から３年を経過した場合には排除措置命令を下すことができない。

このように、公正取引委員会の規制には時間的な限界があるが、独占禁止法違反行為に関する損害賠償請求訴訟には消滅時効を除けばこのような限界は存在しない[109]。

又、公正取引委員会には人員や予算における限界があるため、全ての違反行為を排除することは不可能であり、独占禁止法違反行為に対して日本や韓国の公正取引委員会が事業者等に賦課する刑事規制及び行政規制による罰金額や課徴金等の金額は、これらを全部合わせても欧米のそれに比べて低すぎることを否めない。また、その賦課件数においても非常に少ない状況である。市場における競争秩序を維持し回復するためにも、また違反行為を抑止するためにも、事業者等の独占禁止法違反行為に対する制裁手段の多様化を図る必要がある。これは、公法的規制を補うというメリットもある。

第３、公正取引委員会が違反行為ではないと判断した行為に対しても、私訴を提起しその不当性を裁くことで妥当なルールを形成して行く必要があるという点においても、独占禁止法違反行為に係る民事訴訟の提起の意義を見出すことができる。

２.実体法上の成立要件

日本の独占禁止法25条は、私的独占又は不当な取引制限、不当な取引制限又は不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定又は国際的契約、不公正な取引方法を用いた事業者(不当な取引制限又は不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定又は国際的契約をした事業者にあっては、当該国際的協定又は国際的契約において、不当な取引制限をし、又は不公正な取引方法を自ら用いた事業者に限る。)及び８条[110]の規定に違反する行為をした事

---

[109] これについて、違反行為が消滅した後に、民法709条に基づく損害賠償請求訴訟が提起された例として、「日本機電事件」に関する大阪地判平成元６月５日判時1331号97頁を参照。

[110] **第８条**　事業者団体は、次の各号のいずれかに該当する行為をしてはならない。
一　一定の取引分野における競争を実質的に制限すること。
二　第六条に規定する国際的協定又は国際的契約をすること。
三　一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること。
四　構成事業者（事業者団体の構成員である事業者をいう。以下同じ。）の機能又は活動を不当に制限すること。

業者団体は、被害者に対し損害賠償の責めに任ずるとしている。その時、事業者及び事業者団体は、故意又は過失がなかったことを証明し、前項に規定する責任を免れることができないと定める。

又、韓国の独占禁止法56条は、「事業者または事業者団体は、この法の規定に違反することで被害を受けた者がいる場合には、当該被害者に対し損害賠償の責めに任ずる。但し、事業者または事業者団体が故意または過失のないことを立証した場合には、その限りではない。」と定める。

このように、独占禁止法違反行為(日本の場合は、同法で定める一定行為)に対しては、損害賠償を請求することができるが、そうすると、不法行為による損害賠償請求権を定める民法(日本は709条、韓国は750条)との関係が問題となる。これは、独占禁止法又は民法上の不法行為に基づいて損害賠償を請求する場合に、原告がどのような要件を満たさなければならないかの問題とも関係する。

３.独占禁止法上の損害賠償請求権と民法上の損害賠償請求権との関係

１)概説

独占禁止法が、事業者及び事業者団体の同法の違反行為によって被害を受けた者は、事業者及び事業者団体を相手に損害賠償を請求することができるという規定を設けていることから、以前から民法上の不法行為による損害賠償との関係が議論されてきた。特に、2004年の改正がなされる前の韓国の独占禁止法56条は、民法750条とは異なる損害賠償請求権の提起要件、つまり現在の日本の独占禁止法が定めているのと同様の無過失責任主義や是正措置前置主義(日本の排除措置命令前置主義)、及び３年の消滅時効に係る特別規定が設けられていた。そのため、独占禁止法上の損害賠償請求権は、民法上の不法行為責任に対する特則としての意味を有していた。そこで、両者は、請求権競合の関係にあるのか、それとも法条競合の関係にあるのかが問題となっていた。

そもそも法条競合とは、一つの生活現象が幾つかの法条文の要件に該当するが、その内容が特定できる一つの請求権のみを発生させる場合を言うものである。幾つかの規範が特別法と一般法の関係にあったり、補充的な関係にある場合等において認められる。これに対し、請求権競合とは、同一の当事者が成立の根拠が異なる請求権に基づいてその権利を行使することができるが、その個々の請求権が追求する結果(或いは、目的)は同じである場合を言うと説明される。請求権競合が成立する場合には、権利者は、自己に認められる請求権のうち一つの権利を選択して行使することができる。従って、権利者に外形上は幾つかの請求権が存在するように

五　事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること。

見えても、請求権競合説による場合は、権利者は、その幾つかの請求権の中から自由にいずれか一つを選択して行使することができるが、法条競合説によれば、その中から一つの請求権だけを行使することができるという違いが生じる。これが請求権競合説と法条競合説を論ずる実益である。

2)学説

(1)請求権競合説

請求権競合説は、独占禁止法は行政法規の一つであり、事業者等の独占禁止法違反によって損害を受けた被害者は、独占禁止法上の損害賠償請求とは別途に、一般原則に従って民法の不法行為規定に定める権利の侵害(違法性)や故意･過失、因果関係、損害や損害額を立証し、その違反者に対して損害賠償を請求することができると主張する。日本の通説である[111]。これによれば、民法上の不法行為は、法的保護に値する利益の侵害がある時にも成立する(日本民法709条)という点で、独占禁止法違反行為が民法上の不法行為に該当する場合には、被害者は当然民法709条に基づく損害賠償請求権を行使することができると説明する。

日本の判例も、独占禁止法25条による損害賠償請求について、「これによって個々の被害者の受けた損害の填補を容易ならしめることにより、審決において命じられる排除措置と相俟って同法違反の行為に対する抑止的効果を挙げようとする目的に出た付随的制度にすぎない。」と判断した上で、民法709条に基づく損害賠償請求について、「違反行為によって自己の法的権利を侵害されたものがその救済を求める手段としては、その行為が民法上の不法行為に該当するかぎり、審決の有無にかかわらず、別に損害賠償の請求をすることができる」と判断し、請求権競合説の立場を明らかにしている[112]。この点は、後述の鶴岡灯油事件に関する最高裁の判断においても確認することができる[113]。

このように、日本の学説や判例が請求権競合説に基づいて両請求権の関係を解釈するのは、例えば、独占禁止法上の訴訟だけを認めた場合、公正取引委員会が当該行為について不問処分に付した場合には、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権を裁判において主張することができなくなり被害者の救済が不十分になることや、公正取引委員会が事業者又は事業者団体の全ての法違反行為を正式事件として取り扱うことを期待するのは、通常公正取引委員会の処分にかかる時間的･人的･資金的な限界からすれば、事実上不可能であることによるものと解されて

---

111 村上政博ほか･前掲書･90頁。

112 最判昭和47年11月６日民集26巻９号1573頁。いわゆるエビス食品企業組合事件。

113 本判決は、特に、独占禁止法違反行為に対する民法上の損害賠償請求の可否の問題を正面から論じた初めての最高裁の判決であることに意義がある(白石忠志「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌113巻５号(1996年５月)854頁)。

いる[114]。又、独占禁止法25条訴訟は、東京高裁を第１審にしなければならないのに対し、民法709条訴訟は、各地裁に提訴することができるということも地方に住む被害者の便宜を図ることにおいて意義がある。

一方、韓国の多数説は、従来独占禁止法の規定について請求権競合説の立場に立っていた[115]。以降、このような両請求権の関係は、独占禁止法に条文を新設することによって(1996年12月30日、法律第5235号)解決され、1996年の改正独占禁止法は57条１項但し書きにおいて、独占禁止法による損害賠償請求は、「民法750条による損害賠償請求の訴えを妨げない」と規定していた。

ところが、2004年12月31日になされた改正(法律第7315号)では、上記の規定が削除された。その上、損害賠償請求権に関する条文の内容においても、立証責任が転換されただけで、民法750条に基づく損害賠償請求権とほとんど異ならない旨に規定されたことにより、もはや独占禁止法上の損害賠償請求は民法上の不法行為責任に対する特則としての性格を失うようになった。これによって、両請求権の関係についての議論に再度火がつくようになったわけである。

両請求権の関係について韓国の請求権競合説は、次の理由を挙げて両請求権は競合すると主張する。つまり、そもそも独占禁止法上の損害賠償請求権を語る際に事業者等に対して求められる注意義務とは、一般私法とは異なる特殊な注意義務である。また、独占禁止法が禁じる違反行為は行為志向的な性格を有するものであり、一般の不法行為とは異なりその違反者が直･間接な利益を手に入れることが少なくない。そして、独占禁止法の違反によって損害賠償を請求する場合には、事業者の被用者等を被告にすることができないが、一般不法行為の場合にはそのような制限がない。その他、一般の訴訟理論に照らしても、原告に請求権の選択を認めることが妥当である。このような請求権競合説が現在の多数説[116]である。

一方、韓国の大法院は、これまで特別法上の損害賠償請求権と不法行為法に基づく損害賠償請求権が競合する場合、法条競合と判断した幾つかの場合を除き、多くの判例では請求権競合と判断してきた。つまり、契約責任と不法行為責任が競合する場合のみならず、特別法上の損害賠償請求権と民法上の損害賠償請求が競合する場合等においても、請求権競合説の立場を採用したのである。例えば、「証券取引上の監査人が善意の投資家に対して負うべき損害賠償責任と民法上の不法行為による損害賠償責任との関係が問題となった事件」において、両請求権は法条競合の関係にあり、従って、民法上の不法行為責任に係る規定は適用されないとした上告人の主張について、韓国の大法院は、「監査人の手抜き監査により損害を受けた善意の一般の株式投資家は、監査人に対し証券取引法上の損害賠償責任と民法上の不法行為による損害賠

---

[114] 宗田貴行･前掲書･329頁。

[115] イ･ソンヒ，‘独占禁止法上の不当な共同行為に対する損害賠償請求’，ソウル大学校博士論文，2012年６月，73面.

[116] キム･グニョン，‘独占規制法上の損害賠償請求訴訟の諸問題’，比較私法第14巻１号，韓国比較私法学会，2007年，267面；チョン･ビョンドク，前掲論文，337面.

償責任を共に追及することができる」と判断している[117]。

未だ、独占禁止法上の損害賠償請求権と民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権の関係について判断された事例がないため、韓国の裁判所が、特別法と民法の損害賠償責任の関係を請求権競合説に立ち判断していると言い切ることはできない。しかしながら、上記の証券取引法も競争秩序の維持という目的から定められた特別法の一つであることに鑑みれば、独占禁止法上の損害賠償請求権と民法上の損害賠償請求権の関係を考えるにおいても、請求権競合と解する可能性は大きいであろうと考える[118]。

（2）法条競合説

それに対して、韓国では、両者の関係を法条競合説に基づいて判断すべきとする考え方も存在する。つまり、現行の韓国の独占禁止法の規定形態は、上記にも述べたように、立証責任が転換されたことを除けば民法750条の規定内容と全く異ならないから、事業者又は事業者団体の独占禁止法違反行為によって被害を受けた者は、特別法に当たる独占禁止法56条に基づいてのみ損害賠償を請求することができると法条競合説[119]は主張する。

3）使用者責任との関係

これは、法条競合説に立つ場合における議論である。

2004年以前の韓国の独占禁止法56条は、事業者等が自己に故意･過失がないことを立証してもその責任を免れることができないとしていたため、同条は、民法上の不法行為規定との関係のみが問題となっていた。つまり、被用者の違反行為について事業者等が自己の故意･過失ないことを立証すればその責任から免れることができると規定する韓国民法756条（日本民法715条）との関係については、特に問題とならなかったわけである。しかしながら、2004年の独占禁止法の改正により、事業者等は故意･過失がないことを立証しその責任を免れることができるようになったため、使用者責任を規定した756条との関係が問題となってきたのである。

これについては、改正当時、事業者等の故意･過失がない場合にその責任を免責すると定め、民法の不法行為規定と異なる内容は全て削除したことからすれば、韓国の立法者は、独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求においては、民法上の不法行為規定の適用を排除し、独占禁止法のみを特別法として適用する考えであったとして、法条競合説に立ち理解しながらも、使

---

[117] 大法院1998年４月24日宣告97ダ32215判決；大法院1999年10月22日宣告97ダ26555判決.

[118] ユン･テヨン，‘競争秩序違反行為に対する不法行為責任’，比較私法第14巻１号，韓国比較私法学会，2007年，145～146面.

[119] イ･ホヨン，“独占規制法－争点と判例－”，ホンムン社，2005年，449面；キム･チャドン，‘公正取引法の私的執行制度の変更及びその補完方案’，競争法研究第11巻，韓国競争法学会，2005年４月，81面.

用者責任との関係については、請求権競合説に基づいて解釈すべきと主張する考え方が見られる[120]。つまり、被害者が、独占禁止法違反行為に対し事業者等に行為者としての責任を問う場合には、独占禁止法56条のみが適用され韓国民法750条(日本民法709条)による請求はできないが、事業者等に対し使用者責任を問う場合には、民法756条(日本民法715条)に基づいて損害賠償請求をすることができるという。その理由としては、次のように説明する。つまり、韓国の独占禁止法56条は、被告を事業者等に限定した上で、但し書きにより事業者等が故意·過失のないことを立証した場合には、その責任を免れることができるとしている。これを見る限り、韓国の改正独占禁止法は、被告が使用者責任を負うべき場面は全く想定していないことが分かる。そうすると、不法行為において自己の行為に対する責任や被用者の行為に対する使用者責任は明白に異なる概念であるから、「役員等の被用者の故意·過失は、事業者等の故意·過失と看做す。」との規定がない限り、両者は区別しなければならない。

さらに、この考え方は、実際事業者等が直接違反行為をするよりもその被用者を通して違反行為を行う場合が多いことから、使用者責任を問うべき場面を前者よりも念頭に入れなければならないという。そうすると、韓国独占禁止法56条(日本の独占禁止法25条)と韓国民法750条(日本民法709条)の関係だけを論ずることは全然実益がなく、むしろ、事業者等の被用者の違反行為によって損害を受けた者が、事業者等を相手に韓国民法756条(日本民法715条)に基づく損害賠償請求権を行使する場面の方が問題になり得ると主張する。そして、そのような場合には、上記の理由から、被害者は韓国民法756条(日本民法715条)に基づいて事業者等を相手にその損害を請求することができると解さなければならないと言う。

第４節　小括

日本や韓国の独占禁止法上の損害賠償規定は、現在全く異なる内容となっている。日本の独占禁止法25条は、その違反行為とすべき対象において一定の行為に限定しているのに対し、韓国の独占禁止法56はそのような制限をしていない。また、無過失責任主義や審決前置主義、専属管轄等を定めている日本とは異なり、韓国は改正によって過失責任主義に変更し、審決前置主義や専属管轄等の制限も廃止している。それによって、韓国の現在の独占禁止法56は、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権とほぼその内容を同じくしている。

しかしながら、独占禁止法上の損害賠償請求権と民法上の損害賠償請求権との関係については、両国の多数説及び判例が請求権競合説に立って判断することには共通している。そして、使用者責任との関係については、日本は、事業者等に無過失責任を負わせているので特に問題

[120] イ·ソンヒ，前掲論文，75面.

とならないが、過失責任主義に変更した韓国では、法条競合説に立って両責任を考える時には議論の余地が出てくる。これについては、仮に独占禁止法上の損害賠償請求権と民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権との関係を法条競合説に則して考えるとしても、使用者責任との関係については請求権競合説に基づいて考えることが妥当であると思う。

第４章　独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求要件についての具体的な検討

請求権競合説による場合、独占禁止法違反行為によって被害を受けた消費者は独占禁止法上の損害賠償を請求することができれば、民法上の不法行為に基づく損害賠償を請求することもできる。

従って、以下においては、事業者または事業者団体の違反行為を理由に損害賠償を請求するにおいて必要とされる要件を、民法や独占禁止法を区分せずに、実体法上の要件である違反行為の存在、故意·過失、違法性、損害や損害額の立証等に分けて検討する。そして、それぞれの損害賠償請求権に特有な論点については、関連部分において検討する。

第１節　損害賠償請求権の要件

不法行為を原因とする損害賠償を請求するためには、まず、違反行為が存在すること、それが故意·過失によるものであること、損害が発生すること、損害と違反行為の間に因果関係が存在すること等の要件を満たさなければならない。その具体的な内容については、下記において検討する。

１.違反行為の存在

事業者等の独占禁止法違反行為に対する損害賠償を請求するためには、事業者等の違反行為が存在することを原告が立証しなければならない。韓国の独占禁止法の場合には、事業者等による市場支配的な地位の濫用行為、不当な共同行為、不公正な取引行為、企業結合があった事実等(同法56条)を、日本の独占禁止法の場合には、私的独占と不当な取引制限、不当な取引制限又は不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定等、不公正な取引方法、さらに事業者団体による一定の競争制限的行為等の違反行為があったの(同法25条１項)を原告が立証しなければならない。

違反行為の範囲に関しては、先にも見たように、韓国の独占禁止法56条は、「事業者または事業者団体は、この法の規定に違反することで被害を受けた者がいる場合には、当該被害者に対し損害賠償の責めに任ずる。」として、損害賠償を提起できる違反行為の範囲を制限していない[121]。これに対し、日本の独占禁止法25条は、企業結合規制を損害賠償の対象行為から排除し

[121] 包摂範囲を限定しないこのような立法態度については、独占禁止法上の損害賠償も競争規範の保護目的の範囲内において発生した損害に限定してその成立を認めることが妥当であることから、企業結合や経済力集中の抑制に係る行為の場合には、法規の立法の目的や保護法益、行為の性格等に鑑み、それによる損害を認めることは困難であるとする考え方がある(キム·グニョン，前掲論文，270面；ホン·デシキ，‘公正取引上の損害賠償請求－実務の観点から－’，経営法律，2003年３月，253～254面；キム·チョンミン，‘独占規制法上の損害賠償に関する研究’，ソウル大学校法学修

ている。企業結合を損害賠償の対象行為から排除していることについては、①事業者の企業結合によってその被害が直ちに私人に及ぶとは限らないことや、②企業結合の実体は公正取引委員会が常態的に把握していることから、民事的な規律まで模索する必要はないこと、また、③「一定の取引分野における競争を実質的に制限」することを判断するに当たって、公正取引委員会と裁判所の判断に間隔が生じることを防ぐためであると説明される。

独占禁止法違反行為の存在を原告が立証することについては、公正取引委員会による審決等がある場合には特に問題にならないであろう。しかし、そのような審決等がない場合には、被害者がそれを証明することが非常に困難であることは言を俟たない。それが、事業者間に非常に内密に行われるカルテル行為である場合には特にそうであり、公正取引委員会でさえ容易に摘発することができない。

通常、カルテルは、社会的厚生や消費者利益を侵害する弊害が大きいと知られている[122]。つまり、カルテルに参加する事業者は、それによって独占的な利益を得ることをその目的とするため、多くの場合、価格上昇を招くことになる。又、競争へのプレッシャーがないため、価格や品質及びサービス等においても改善の努力を怠るようにする。そうすると、原価の削減や経営合理化等のような効率を高める努力は望めなくなり、結局、その被害は消費者が全て被ってしまう。さらに、事業者がカルテルを通し、新たに市場に参入しようとする新規事業者を妨害したり既存の事業者を市場から排除する場合は、競争がなくなり市場が硬直してしまう恐れがある。そのために、各国の独占禁止法はカルテル行為を厳しく禁じており、日本や韓国の独占禁止法もその例外ではない。日本や韓国はそれぞれ独占禁止法の６条[123]や19条１項[124]において、事業者に対しカルテル行為をしてはならない旨を定めている。

しかしながら、実際において事業者によるカルテル行為がなされた場合、原告がそのようなカルテル行為の存在を立証することは容易ではない。先にも述べたように、通常カルテルは事

士論文，1997年，98面以下参照。)。

[122] カルテルは、しかしながら、破滅的な競争を回避できる手段になり得るとのメリットもある。また、産業の合理化や不況の克服のためにカルテルを行なう場合には、それによって企業の倒産を防止し労働者の解雇を防ぐことができるとも言われる。カルテルによって、事業者が共同で技術の開発や品質の改善を図ることを可能にし、価格を適切な水準に保つことで激しい価格引下げの競争による製品やサービスの品質の低下をも防いでくれる。その他、需要や供給が独占状態にある市場では、カルテルによって取引上の地位や交渉力を強化することで、独占企業の横暴に対抗することも可能にする(ヤン･ミョンジョ，“不当な共同行為においての‘不当性’の判断基準”，公正取引法講義(クォン･オスン《編》)，法文社，1996年，261～262面を参照)。

[123] **日本の独占禁止法６条**
事業者は、不当な取引制限又は不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定又は国際的契約をしてはならない。

[124] **韓国独占禁止法19条１項**
事業者は契約・協定・決議その他の方法を問わず、他の事業者と共同で不当に競争を制限する行為をすることに合意又は他の事業者にそれらを行わせてはならない。

業者の間で秘密裏に行われる場合が多く、またその判断には、関連市場の画定や市場占有率の測定等のような経済的な分析を必要とするからである。そこで、このようなカルテル行為の特徴に鑑み、カルテル行為の存在に関する立証においては、実際特別な措置が取られている。つまり、カルテル行為の存在については合意があったことを立証すればそれで足り、その違反行為の遂行行為の存否の立証までは問わないとするのがそれである。例えば、新聞発行本社と新聞販売店との間で新聞販売店の地域分割協定が締結されたことが問題となった東京高裁判決昭和28･3･9審決集４巻145頁や、新東宝制作の全映画の配給を東宝に委託することを義務付ける排他的配給契約が問題となった東京高裁判決昭和28･12･７高民６巻13号868頁において、日本の裁判所は、「不当な取引制限の行為要件は相互拘束のみであり、共同遂行は独立の要件にはなり得ない」と判断しているほか、日本の公正取引委員会も、「一斉値上げが事前の申合わせに基づくものであれば、その申合わせの実施･維持義務の有無にかかわらず、不当な取引制限の行為要件である『相互拘束』の要件を満たす」と解釈しているのである[125]。

韓国の独占禁止法は、従来、「事業者は契約・協定・決議その他方法を問わず他の事業者と共同で一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為をしてはならない。」と規定し、合意による「遂行行為」がある場合のみにおいてカルテル行為が成立するとしていたが、1992年の改正によって合意による遂行行為がない場合でも、カルテル行為は成立するとの立場に変更した。韓国の裁判所も、２つ以上の事業者間に競争を制限する合意があった場合には、それが仮に遂行されていないとしても共同行為は成立するとの判断をしている[126]。

２.故意･過失

１)過責の要件

現行の不法行為法は、原則として、加害者に故意又は過失がある場合のみにおいて責任を問うという過失責任主義を採用している。これは、過失なしには責任を負わないとする近代法の基本原則の一つであり、これによって個人の自由な活動を保障することができた。さらに、資本主義社会で事業を展開する企業にとっても、その事業活動を拡張するのに役立てたのも、この過失責任の原則によるものであった。

しかしながら、社会が発展し企業の活動が一層幅広く拡大することによって、これまでは予測できなかった新しい類型の危険が生じるようになり、それによって被害を受ける人(消費者)も増えてきた。経済力や情報力の面において優位に立つ企業の巧妙な事業活動によって、消費者は自己に損害が発生したにも係わらず、それを明確に究明し企業にその責任を問うことができないような被害が急増した。それによって、過失責任の原則に対する適用の範囲やその妥当

[125] 根岸哲･前掲書･151～152頁。
[126] 大法院1999年２月23日宣告98ドゥ15849判決.

性の根拠についての限界が指摘されるようになった。つまり、過失がないかまたは証明されなかったとして企業の責任を免責することは公平ではないとの批判が提起されるようになったのである。

そこで、過失責任の原則は大きく修正され、または過失責任自体を否定するような特別法が多く現われるようになったが、事業者等の一定の独占禁止法違反行為に対して無過失責任を課している日本の独占禁止法25条や、事業者等に故意·過失のないことを立証させ、もしその立証ができた場合には責任を免除する韓国の独占禁止法56条も、その一つと言えよう。

2）故意·過失の概念

故意とは、ある結果が生じるであろうことを知りながら、敢えてその行動に出るという心理状態を言う。通常、故意における認識は、客観的に違法な侵害を他人に加えることについて、行為者の主観において少なくとも他人にそのような損害を与えるとの認識があればそれで足りると解される。

故意に関して判断した韓国の裁判例においても、近年問題となった軍納油類入札談合事件では[127]、被告である事業者等は第一審及び原審において、原告の損害の発生について故意がなかったことを強く主張したが、第一審裁判所や原審裁判所ともに、被告の談合行為があったことが認められる以上、原告に損害が発生することに対する認識がなかったと見ることはできないと判断している。

日本の判例も同じように判断する。つまり、日本の裁判所は、不法行為が成立するためには、加害者にとって他人の権利を侵害するという意思は必要ではなく、権利侵害となる事実がその事実の発生の認識の下で行われることで足りる[128]とする。不当な取引制限に係る損害賠償請求事件であった鶴岡灯油事件[129]においても、「一般不法行為における故意は、『客観的に違法とされる事実の発生の認識』があれば足りるのであって、それが違法であるという違法性の認識を要しないものというべきである。」と判断し、事業者等が石油製品の販売価格の引上げを目的とする価格協定をしたならば、それは、石油製品市場における有効な販売競争の制限をもたらすことを認識していたものと見ることができ、従って、違反行為を行なった事業者等に故意があることは明らかであると判断したのである。

---

[127] 大法院2011年７月28日宣告2010ダ18850判決. 詳しくは、下記101頁を参照。

[128] 大判昭和５年９月19日新聞3191号７頁(東出浩一·前掲書·63頁再引用)。石油カルテル事件の第一審判決(山形地裁鶴岡支部昭四56年３月31日判決)について評釈した、根岸哲「石油カルテル消費者損害賠償請求事件山形地裁判決」ジュリスト741号(1981年６月１日)98頁は、不法行為の要件である故意について、違法性の認識がなくとも客観的に違法とされる事実の発生することの認識があれば足りるとする判例の立場について、被害者と加害者の利害関係を公平にして加害者に被害者の損害を填補させる民事責任の性質からして、このような判決の態度は支持されるべきとされる。

[129] 最高裁判所平成元年12月８日民集43巻11号1259頁。

このように、独占禁止法違反行為に対する故意が成立するためには、加害行為が違法であるということを主観的に認識することは必要ではないので、自己の行為が独占禁止法違反行為を構成することを知らなかったとの抗弁は認められなくなる。

一方、不法行為法で言う過失の概念については、通常、客観的な過失ないし違法性=注意義務の違反と理解する。つまり、ある結果が発生するということを知るべきであったにも係わらず、注意を怠ったためにそれを知らないままある行為に臨むという心理状態[130]が過失であり、これは、抽象的な軽過失を意味し、一般人若しくは標準人の注意程度を基準にすると説明される。

韓国の判例も、過失を心理的な状態として捉えるのではなく、社会で生活する上で課される客観的な注意義務の違反であるとし[131]、不法行為訴訟においては、被告の注意義務違反は過失や違法性の二つの要件を同時に充足すると判断する。このような判例の態度に従う場合、事業者等が独占禁止法において求められる注意義務とは、一定の行為を禁じる規定に違反すること自体によって注意義務に違反したことになり、それによって事業者等の過失は認められることになる。

このように、損害賠償責任においては故意や過失は同等に扱われるため、仮に行為者に故意がないとしても過失が存在すれば、故意があるのと同様その行為者には損害賠償責任が生じる。そうすると、不法行為の成立要件としての故意や過失の区別の実益はそれほど大きくなく、損害賠償の範囲を決める際においてのみその差が生じるに過ぎない[132]。

3）故意·過失に対する立証責任

先にも述べたように、韓国の独占禁止法は事業者等に過失責任を課した上で、その立証責任を転換する旨に改正した。それによって、事業者等は、被害者が法違反事実の存否を証明した場合にも、自己に故意·過失のないことを立証し損害賠償責任を免れることができる(韓国独占禁止法56条項但し書き)。従来、日本の法体系を継受し、独占禁止法において無過失責任主義を規定していたことについては、事業者側にとって酷であり、損害賠償制度の一般原則は過失責任主義であることから妥当ではないとの批判[133]がなされていた。

それを受けて、2004年の法改正のときに、違法行為に関する事業者等の故意·過失については、原則として、被害者が立証しなければならないが、損害賠償制度の実効性を確保するという意

---

130 日本でも、過失を説明するに当たって、「一定の結果の発生を知るべきでありながら、不注意のためにそれを知り得ないである行為をするという心理状態」と説明される。平井宜雄『不法行為法理論の諸相』有斐閣(2011年３月５日)40頁。

131 大法院2001年１月19日宣告2000ダ31298判決.

132 キム·ヒョンベ, “民法学講義”, 新潮社, 2006年５月10日, 1369面.

133 キム·ドゥジン, ‘独占規制法による損害賠償の私訴の活性化’, 比較私法第11巻第４号, 韓国比較私法学会, 2004年, 337面.

味から、故意·過失がなかったことを事業者が立証できない限り、損害賠償責任を免れることをできなくする立証責任の転換[134]を規定したのである。

独占禁止法違反行為者の故意·過失の判断について、韓国では、①独占禁止法で禁じる行為を違反したことが立証されれば、少なくとも行為者には、過失があったものと判断すべきとの考え方、②事業者等の独占禁止法違反とそれによる損害の発生が立証された場合には、通常事業者等の故意·過失は推定されるとの考え方、及び③当然違法型の行為をし、それが独占禁止法上の禁止行為に該当すれば、民法上の損害賠償責任における故意·過失の要件も直ちに充足するという考え方、等が主張されている。

このように、韓国の独占禁止法が過失責任主義に転じたことについては、これによって韓国の独占禁止法上の損害賠償請求訴訟を提起しようとする原告にとっては、その立証責任を重くする結果になるのではないかが疑問である。これについては、次のように説明することができよう。

つまり、独占禁止法は、一定の行為に対しそれを禁じる旨の注意義務を課していることに鑑みれば、事業者等が違反行為をした場合には、少なくともそれは、その注意義務に違反したことになり、当然過失は認められるようになる。特に、事業者等の違反行為がハードコア的なカルテルのように違法性が明白な行為である場合には、事業者等が故意·過失を否定することはほぼ不可能に近いであろう。

そうすると、独占禁止法が事業者等に過失責任を課したとしても、実際には、無過失責任を課しているのとあまり異ならないということになる[135]。これは、同じ行為に対し韓国民法750条の不法行為に基づく損害賠償請求が提起された場合も、同様のことが言える。本条によれば、故意·過失についての立証責任は被害者である原告にあるが、そうであるとしても、独占禁止法に違反した事業者等に故意·過失がないとみて裁判所が免責する可能性は非常に低いからである。従って、無過失責任主義から過失責任主義に転換したことによる大きな変化はないと言わなければならないであろう。

被用者の行為に対する事業者の使用者責任(韓国民法756条)に関しても、韓国の裁判所は同じような判断をしてきた。つまり、事業者が被用者の選任或いは監督をするに当たり過失がないことを立証すれば、事業者はその責任を免れることができると韓国民法756条は定めているが、実際の判例をみる限り、事業者の免責を認めた事例は見当たらないからである。ところで、独占禁止法の場合には、同法自体において一定の行為をしてはならない旨の注意義務を事業者等に課している。このことは、被用者に対してもそのような違反行為をさせてはならない注意義務、つまり、被用者が独占禁止法違反行為をしないよう充分な注意を払うべき義務が事業者等

[134] チョン·ビョンドク，前掲論文，334面.
[135] イ·ソンヒ，前掲論文，80面.

に課されていると思うことができる。そうすると、もし被用者が違反行為をした場合には、事業者等がその責任を免れることは当然できないと考えるべきである。

一方、日本の独占禁止法は韓国とは異なり無過失責任主義を定めている。これによって、事業者等は、自己に故意･過失のないことを立証した場合であってもその責任を免れることはできない。日本の独占禁止法が無過失損害賠償責任を規定したことについては、上記にも述べたが、概ね次の理由が挙げられる[136]。

①独占禁止法違反行為は、それが市場の競争に及ぼす影響を事後的に評価してその要件の該当性を明らかにすることから、故意･過失の立証が困難な場合が多い。従って、無過失損害賠償責任はこのような原告(被害者)の立証負担を軽減し、違反行為による損害の填補を容易にできるようにする。

②独占禁止法違反行為は、市場支配力ないし経済力のある事業者等がその力を利用して利益を得る行為であるから、違反行為者である事業者等が賠償責任を負うのは当然であり、またそのことから不法行為一般の責任よりも思い責任を課すことが必要である。

③違反行為を抑止する効果を高めることができる。

④被害救済のための審理の迅速化を図ることができる[137]。

裁判例においても、例えば、東京灯油事件判決は、個々の被害者が被る損害の填補を容易にすることで、排除措置と共に独占禁止法違反行為に対する抑止的効果を収めることに無過失責任を定めた趣旨があると示している。

このように、日本の独占禁止法25条が無過失責任を規定したことで、原告は、事業者等の故意･過失に関する立証責任を果さなくても良いが、実際これは、上記で述べたハードコア的カルテル等のように、違法性が明白な行為の場合にはあまり意味がない。結局、実益があるのは、事業者等の独占禁止法違反行為に関する違法性が明白ではないため、行為者の故意･過失の存否が明らかではないような場面である。例えば、独占禁止法違反に係る株主代表訴訟事例であった野村證券損失補填事件判決[138]においては、独占禁止法違反という認識を欠いたことに対する被告の過失が問題となったが、日本の裁判所は、「当事者と関係当局が、損失補填はただ証券取引規制の観点から規制されるという基本的な理解の下に、独占禁止法に違反したかどうかに関

---

136 宗田貴行･前掲書･359頁。

137 不法行為による損害賠償責任の要件である故意が認められるために、違法性の認識が必要ではないとするならば、独占禁止法違反行為の損害が認められる場合には、通常行為者の故意、少なくとも過失は認められることになるから、同法25条が無過失損害賠償責任を定めるとしても、過失責任との間において大きな差はないと言える。しかし、被告(違反行為者)側からすれば、故意または過失がなかったことを主張することが許されないので、訴訟上の機能として審理の迅速化を図ることができるとの意義を有する(東出浩一･前掲書･62～63頁)。

138 最高裁平成12年７月７日民集54巻６号1767頁。

する問題は最初から念頭に置いてなかったこと、公正取引委員会においても損失補填後かなりの時間が経った後も損失補填が独占禁止法に違反するという見解を見せなかったこと、その後行為があってから２年が経った時点で初めて公正取引委員会は、当該行為は独占禁止法19条に違反すると判断し勧告を行ったことを理由に、行為の時点においてそれが独占禁止法に違反するという認識を持たなかったことには、『やむを得ない事情』があったと認め、独占禁止法違反という認識を欠いたことに過失はない。」と判断している。本訴訟は、会社法847条以下に基づく株主代表訴訟であったために、被告の責任は問われなかったが、もしこれが独占禁止法25条訴訟であったならば、無過失責任主義によって被告は責任を免れることはできなかったであろう。

このように、独占禁止法違反行為に関する事業者等の故意･過失を判断することが困難な場合に、損害賠償請求訴訟において被害者にその立証を求めるとすれば、被害者の損害填補はそれだけ不十分になる可能性がある。ここに、無過失責任主義の実益を見出すことができる。

このように、日本の独占禁止法25条が採用する無過失責任主義と韓国の独占禁止法56条が採用する過失責任主義の実質的な違いというのは、このような場面において生じると言えよう。しかしながら、先にも述べたように、事業者等による多くの独占禁止法違反行為は、違反行為があったということ自体によって故意･過失は認められ得るであろうから、実際その判断が相反するような場面はそれほど多くはないであろう。それは、独占禁止法違反行為が問題となって民法709条に基づき訴訟が提起された日本遊戯銃協同組合事件判決[139]や東芝エレベーターテクネス事件大阪判決[140]においても、裁判所は、特に過失を問題とすることなく過失があると認めた上で不法行為の該当性を判断しているのをみても明らかである。

一方で、日本の独占禁止法25条で定める事業者等の無過失責任主義については、無過失損害賠償責任を廃止し、原則として、独占禁止法違反行為の存在により故意･過失を推定した上で、違反行為者に故意･過失がないことを主張させるという立証責任の転換規定に改正すべきと主張

---

[139] 東京地判平成９年４月９日判例タイムズ959号115頁。本件は、ガスまたは空気圧を利用してプラスチック製弾丸を発射する機能を有する射的銃及びBB弾の製造業者を組合員とする日本遊戯銃協同組合が、エアーソフトガンおよびBB弾の品質に関する自主基準を設定し、非組合員の原告デジコン電子株式会社が、被告組合の自主規準に合致しないエアーソフトガン及びBB弾を製造･販売したことに対して、被告組合が「ユーザーの安全を守る」という名目のもとに原告製品を仕入れ販売しないよう問屋に要請し、また原告製品を販売している小売店に他の製品を供給しない旨を告げるなどして、原告をエアーソフトガンおよびBB弾の市場から排除しようとしたことが問題となった事件である。

[140] 大阪高判平成５年７月30日判時1479号21頁。本件は、エレベーターを製造･販売する東芝の100%出資子会社である東芝エレベーターが、自己の管理する東芝製エレベーターの交換部品の販売を修理工事サービスの提供と抱き合わせることによって、独立系のエレベーター保守業者を東芝製エレベーターの保守業務分野または修理サービス分野から排除しようとしたことが問題となった。

する考え方[141]も見られる。

４）無過失損害賠償責任主義と排除措置命令前置主義との関係

排除措置命令前置主義を採用する場合、法違反行為者の故意･過失は事実上推定されることから、これが無過失損害賠償責任主義と自動的に繋がるのではないかという疑問が生じる。これについては、両者の関係は論理必然的な関係にあるとみるべきではないとの考え方[142]がある。無過失責任主義を採用するのは、上記で述べたような趣旨によるものであって、排除措置命令前置主義を採用したことによる必然的な結果ではないとこの考え方は説明する。例えば、行政処分前置主義を採用するイギリスにおいても、独占禁止法違反行為に関する損害賠償請求においては、過失責任主義に立っているとされる。

３.違法性

１）概説

民法の不法行為は、損害賠償を請求するための要件の一つとして違法性を要求する。日本民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」としており、韓国民法750条は、「故意または過失による違法行為によって他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任がある。」として、違法性について規定している。周知の通り、日本民法では、直接違法性という用語は使われていない。しかしながら、法規違反行為によって他人の利益を侵害することが違法性であると解する解釈が判例法において確立されて以来、現在は、権利の侵害とは違法性を意味すると理解されている[143]。

これに対し、日本や韓国の独占禁止法上の損害賠償規定には違法性に関する直接の記述はない。ただ、「事業者または事業者団体は、この法の規定に違反することで被害を受けた者がいる場合には、当該被害者に対し損害賠償の責めに任ずる。」（韓国独占禁止法56条）、或いは「第３条、第６条又は第19条の規定に違反する行為をした事業者（第６条の規定に違反する行為をした事業者にあつては、当該国際的協定又は国際的契約において、不当な取引制限をし、又は不公正な取引方法を自ら用いた事業者に限る。）及び第８条の規定に違反する行為をした事業者団体は、被害者に対し、損害賠償の責めに任ずる。」（日本独占禁止法25条１項）と定められているだけである。

---

141 岡田外司博「独禁法違反と民事救済」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開［２］』三省堂(2002年)346頁注46、村上政博ほか･前掲書･90頁。

142 宗田貴行･前掲書･362頁。

143 平井宜雄･前掲『不法行為法理論の諸相』･50～51頁。

このことから、独占禁止法違反行為は民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権の違法性要件を当然に充足するのかが問題となる。これについては、韓国では、一般に、独占禁止法違反行為は民法上の不法行為の違法性要件を当然充足すると説明するが、その理由については明らかにされていない[144]。このように、独占禁止法違反行為は民法上の不法行為の違法性要件を当然に充足すると見る場合には、独占禁止法違反行為に関する民法上の損害賠償請求訴訟においてその違法性要件を主張·立証する必要はなくなる。

2)独占禁止法違反行為と民法上の不法行為の違法性

(1)民法上の不法行為においての違法性

先にも述べたように、日本民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と定め、「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は」とのみしており、違法性に関す要件は直接には規定されていない。

これに対して、「故意または過失による違法行為によって他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任がある。」と定める韓国民法750条には、違法性の要件が明確に規定されている。

日本の上記のような規定内容、つまり「権利侵害」の要件をめぐっては、長い間論争が続いたことは周知の通りである。2004年に民法の現代語化がなされるまでに日本民法709条は、「他人の権利を侵害したる者は」となっており、この「他人の権利を侵害したる者は」をどのように解釈すべきかが問題となった有名な判例がある。いわゆる「雲右衛門事件判決」と呼ばれる損害賠償請求事件(大判大正３年７月４日刑録20巻1360頁)がそれである。本件は、著名な浪曲師雲右衛門の浪花節のレコードをXが製作したところ、Yが権限なくそれを複製販売したため、XがYに対して損害賠償を請求した事件である。本件における争点は、Yの行為が不法行為を構成するかどうかについてであった。

大審院は、浪花節は音楽的な著作物として著作権法の保護を受けるべきものではないと判示し、不法行為の成立を否定した。この判決で注目しなければならないのは、著作権法上の著作権がなければ不法行為の保護を受けられないことを大審院が判断した点である。要するに、大審院は、日本民法旧709条の権利を解釈するにおいて、法律上の権利としてその地位が確立しているものに限定したわけである[145]。

その後、このような判例の態度は変更されるようになったが、その契機となったのが大学湯

---

144 イ·ソンヒ，前掲論文，81面.

145 内田貴『民法Ⅱ[第３版]債権各論』東京大学出版会(2011年２月22日)357頁。

事件判決である[146]。本事案は、京都市内の大学の近辺で風呂屋を営業しようと考えたXが、Yから風呂屋の建物を賃借するとともに、「大学湯」という老舗を買い取っていたが、賃貸借契約の合意解除の時に、Yが建物の新たな賃借人に「大学湯」を営業させてしまったため、老舗を失ったXがYに対して損害賠償を請求した事件である。

Xの請求に対して原審は、「老舗」は権利ではないから不法行為による保護を受けることはできないと判断したが、大審院は、旧709条の「権利」の概念を広く解釈し、「吾人の法律観念上其の侵害に対し不法行為に基く救済を与ふることを必要とすと思惟する一の利益」と言い換えて、破棄差戻しの判決を行った。本件の差戻審では、賃貸借契約が合意解除されてXがYに建物を引渡した以上、Xの有していた老舗は消滅したとして、Xの請求を棄却した。

このように、日本で不法行為の要件として違法性という概念が登場するようになったのは、709条の権利侵害の要件と深い関係があると言わなければならない。上記に挙げた雲右衛門事件でも示されているように、権利侵害の要件は当初非常に狭く解釈されていたが、大学湯事件において始めて判例はその態度を変えて以来、法規違反行為によって他人の利益を侵害することが権利侵害に該当するとの解釈が判例法において確立されたことによって、徐々に判例においても、「権利の侵害」を狭く解釈し不法行為の成立を否定するような判決はなくなった。そして、それにより、権利とは法律上保護に値する利益であればそれで足りるとの原則が確立されるようになった[147]。そうすると、日本における違法性という言葉は、結局、日本民法旧709条で定めた権利概念の狭小性を打破するために使われたものであり、また、その要件を拡大するために導入されたもの[148]と言うことができよう。

その後、民法上の不法行為の要件としての違法性は、我妻栄説によって被侵害利益の種類(物権的、人格権的、債権的)と侵害行為の態様(刑罰法規違反、取締法規違反、公序良俗違反等)との相関関係によって判断されるようになった[149]。例えば、人格権や所有権等のように、絶対権に該当する権利が侵害された場合には、ただその結果反価値のみに注目して不法行為性を判断する。そして、その時に問題となる違法性とは、単に違法性を除却する事由がないという意味での消極的な判断に過ぎない。伝統的な類型の不法行為がこれに該当し、被侵害利益が強固であるほど、例えその侵害行為の不法性が小さくても違法性は認められるわけである。

これに対し、法秩序全体から見て許容することができない行為により損害が発生するという新しい類型の不法行為が現われてきた。独占禁止法が禁じる一定の行為もこれに該当すると言うことができようが、独占禁止法は市場を歪曲する反社会的な行為に対して、例えその行為に

---

146 大判大正14年11月28日民集４巻670号114頁。
147 平井宜雄･前掲『不法行為法理論の諸相』･50頁。
148 平井宜雄･前掲『不法行為法理論の諸相』･51頁。
149 通説である(内田貴･前掲書･359頁)。

よって具体的な権利は侵害されていないとしても、同行為を不法行為として捉える。

(2)独占禁止法が禁じる行為の違法性

独占禁止法違反行為と民法上の不法行為における違法性との関係については、次のように言われている。まず、韓国では違法性について、「法秩序に反する人間の行為として、他人の法益を侵害し得る反規範的な行為がある時には、違法性は認められる」と解する。従って、市場における反競争的な行為が独占禁止法上の規制類型に該当する場合には、当該法規違反により違法性は認められ得ると解釈できる[150]。但し、市場の参加者の特定の行為に対する違法性の判断は、倫理的･道徳的な価値評価ではなく政策的で制度的な評価によってなされる側面があるため、一般人が違法であるかどうかを判断することは容易ではない。

これに対して日本では、独占禁止法の違反行為が民法709条の違法性の要件を直ちに充足するのかについて、全部肯定説(違法性があるとの考え方)や全部否定説(違法性がないとの考え方)及び保護法規説が主張されている。このうち、保護法規説は、独占禁止法の規定のうち規定の趣旨が被害者保護にある場合にのみ、それに違反する行為は違法性があるとみるべきであるとの考え方であるが、改正前のドイツの競争制限禁止法が立法的に採用した立場もこのようなものであった。ところが、独占禁止法の違反行為一般と民法709条の違法性との間の関係作りをしようとするこのような試みに対しては批判もなされている。つまり、当該行為について違法性があるかどうかを判断するためには、違反行為の態様や公正性等を考慮して個別的また具体的に民法上の不法行為の違法性の存否を判断すべきというのがそれである[151]。

また、近年、公序良俗規範の射程の拡大とともに、日本において80年代以降から有力に主張されている経済的公序論によれば、市場秩序ないし経済秩序や消費者取引秩序は、「公序」という概念の中に包摂して理解することができると言う[152]。つまり、自由主義的な経済体制の矯正を目標とする新たな公序としての意味を有する経済的公序論は、公序という概念を、規制の目的によってさらに指導的公序と保護的公序とに分けることができると説明する。そのうち、いわゆるdirigisme(国家主導主義)=管理経済体制に繋がる指導的公序は、主に国家の経済政策を

---

150 チョン･ビョンドク，前掲論文，344面.

151 村上政博ほか･前掲書･83頁以下。この見解は、独占禁止法違反行為と民法709条の権利侵害、故意･過失との関係については、理論上四つの場合が考えられるとされる。つまり、①当該事実が独占禁止法違反であり、民法709条の権利侵害、故意･過失も満たす場合、②当該事実は独占禁止法違反になるが民法709条の権利侵害、故意･過失を満たない場合、③当該事実は民法709条の権利侵害、故意･過失を満たすが、独占禁止法違反にならない場合、④当該事実が独占禁止法に違反せず、さらに民法709条の権利侵害、故意･過失も満たさない場合がそれである。さらに、実務上の指針としては、カルテルや再販売価格維持など当然違法型の行為については、直ちに民法709条の権利侵害、故意･過失を満たすことを認めてよいとされる。

152 本間重紀「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の批判的検討―勧告審決認定事実の拘束力を中心に」法律時報62巻４号(1990年４月)65頁。

達成することに注目する。これに対して保護的公序は、労働者や賃借人及び消費者等のような経済的･社会的な弱者の保護をその目的とする。この指導的公序及び保護的公序については、さらにそれぞれに対応する概念として市場的公序と消費者取引公序があるとされ、例えば、前者は、公正競争の秩序を維持するためにこれを侵害する行為を制限または禁止する公序であり、後者は、事業者との取引において消費者の正当な利益を擁護するために、これを侵害する行為を制限または禁止する公序と説明される[153]。

ところで、このような公序論に独占禁止法違反行為の違法性の根拠を求めるためには、次のような説明[154]が理解に役立つ。つまり、「民法において、公序良俗に反する事項を目的とする契約を無効とすることの前提には、そのような契約をしてはならないという禁止があるとみるのが自然であり、前者が『無効規範=効力規範としての公序良俗規範』だとすると、後者は『禁止規範=行為規範としての公序良俗規範』であるということができる。このような分析は、とくに90条と他の関連制度との関係を整理するうえで重要な意味を持つ。また、『公序良俗』という概念は、90条においてだけでなく、たとえば権利濫用や不法行為、不法原因給付などにおいてもしばしば用いられるが、それらの『公序良俗』がはたして同じ内容かどうかについては、とりわけ近年、さかんに議論されている。それは概ね、使われる制度に応じて『公序良俗』の内実は異なりえるというのがほぼ一致した理解であり[155]、そのため、仮にそれぞれの制度において『公序良俗』という概念を用いるとしても、そこで共通しているのはせいぜい『禁止規範=行為規範としての公序良俗規範』だけであり、これに対して、『無効規範=効力規範としての公序良俗規範』は90条に固有のものであると言わなければならない。したがって、この意味での『公序良俗』が、他の諸制度のそれと同じになる必然性はまったくないのである。

これをより一般化していうと、各制度は、『禁止規範=行為規範としての公序良俗規範』に対して、それぞれその遵守を確保するための補助手段ないしは制裁手段を用意しており、例えば、90条に関しては『無効規範=効力規範としての公序良俗規範』、権利濫用や不法行為及び不法原因給付においては、それぞれ、権利行使の否認、損害賠償義務の賦課、不当利得返還請求権の否認が補助手段ないし制裁手段として定められているということができる。」

公序論を上記のように理解するとすれば、経済的公序も広い意味での公序に包摂されることになる。そして、そのような経済的公序論に基づけば、独占禁止法が禁じる一定の行為は当然

---

153 以上、山本敬三『公序良俗論の再構成』有斐閣(2008年６月30日)48頁。

154 山本敬三･前掲書･33頁以下による。

155 これに対し、各制度ごとにそれぞれの要件を明確化すれば良いのであって、「公序良俗」というあいまいな概念を使うべきではないという指摘もある(橋本恭宏「公序良俗と権利濫用」椿寿夫=伊藤進編『公序良俗違反の研究』日本評論社(1995年)278頁、織田博子「公序良俗と不法行為」前掲椿寿夫=伊藤進編293頁、難波譲治「公序良俗と不法原因給付」前掲椿寿夫=伊藤進編340頁等)。

市場の秩序を害するのみならず、消費者の正当な利益までをも侵害するという点で違法性があると言わざるを得ない[156]。

さらに、今日自由で競争的な市場経済秩序は、多くの国において憲法上保障される原理となっており、社会の秩序として憲法にも明記される場合が少なくない。例えば、日本憲法においても、財産権(同法29条)や営業の自由[157]等のような経済活動に不可欠な基本的人権が保障されている。これは、市場で事業者が自由な経済活動ができるように直接担保する役割があり、さらに市場経済の成立を法的に基礎付ける役割をも果たしている[158]。日本と同様、韓国憲法119条においても、経済秩序の基本及び経済の規制や調整についての規定が設けられている。つまり、「大韓民国の経済秩序は、個人や企業の経済における自由や創意を尊重することをその基本にし、国家は、均衡ある国民経済の成長及び安定と適正な所得の分配を維持し、市場の支配と経済力の濫用を防止し、経済主体間の調和による経済の民主化のために、経済に対する規制や調整を行うことかできる。」として、市場経済を基本とする社会調和的な市場経済秩序を韓国社会の中心的な社会秩序の一つとして規定している。その上で、消費者保護についても、韓国憲法124条において、「国家は、健全な消費行為を啓導し品質の向上を促進するための消費者保護運動を、法律が定めるところに従い保障する。」という旨を規定することで、消費者保護が国家の義務であることを明記にしている。

そうすると、市場経済が正常に機能するようにすることで公正な競争により事業者が事業活動を営み、それによって終局的には消費者厚生を増大させるという目的の下で独占禁止法が存在するというならば、本法で禁じる一定の行為を事業者が違反した場合には、憲法が保障する経済秩序の根幹となる市場経済秩序を侵害する行為として評価することができよう。

独占禁止法違反行為の違法性を判断する手がかりとしては、その他には、同法が一定の禁止行為の違反者に対し刑罰を定めていること[159]や、検察総長に対する公正取引委員会の告発義務[160]等をみても充分認めることができると思う。つまり、一定の行為を禁じる法規があるとしても、直ちに当該禁止行為によって惹起された結果について、民法上の不法行為責任を負うべきもの

---

156 根岸哲･前掲論文･98頁は、公正且つ自由な競争という保護法益の重要性が日本においても広く社会に受け容れられて来たことや、カルテル等の行為は犯罪をも構成することからすれば、一般不法行為における権利侵害ないし違法性の要件を充足するとされる。一方、下級審判例ではあるが、韓国のソウル高法2002年６月26日宣告2001ナ54832判決は、独占禁止法に違反する行為の違法性の根拠を、善良な風俗その他社会秩序に反することに求めている。

157 日本憲法には、営業の自由を明文の規定で定めておらず、同法22条１項に規定する「職業選択の自由」により保障されるとみるのが通説である。

158 須網隆夫「憲法と市場経済秩序―市場の成立条件と市場のあり方の選択―」企業と法創造６巻４号(2010年２月)46頁。

159 日本の独占禁止法89条以下、及び韓国の独占規制法66条以下の罰則規定。日本の独占禁止法違反行為に関する刑事規制は、平成17年の独占禁止法の改正により、東京高検のみならず各地検においても、捜査が可能となった(独占禁止法84条の３)。

160 日本の独占禁止法74条及び韓国の独占規制法71条。

と見ることはできないが、ある法律の規定に違反する行為について刑罰までを課しているということは、概ね、立法者が当該国家の法秩序の全体からして違法であるとの価値判断がなされたものと見ることができよう[161]。

さらに、1990年に日本で発表された「独占禁止法に関する損害賠償制度研究会報告書」は、独占禁止法25条訴訟は、単に公正取引委員会による行政処分に付随する制度ではなく、被害者を救済することで競争秩序の維持·回復という独占禁止法の目的を実現する制度であることを明らかにしている。そうすると、これは、独占禁止法の規範目的の範囲内に公益の他に他人の権益の保護も含まれていることを明らかにしたものと見ることもできよう。

以上の理由から、独占禁止法の違反行為は、民法において規定する不法行為要件の一つである違法性を充足するということができ、例えば、独占禁止法違反行為の違法性について判断した日本遊戯銃協同組合事件を見ても確認することができる。この判決において東京地方裁判所は、独占禁止法の違反行為が直ちに私法上の不法行為に該当するということはできないが、「事業者は、『自由な競争市場において製品を販売することができる利益』を有しているのであるから、独禁法違反行為が、特定の事業者の利益を侵害するものである場合は、特段の事情のない限り、その行為は私法上も違法であるというべきである。」と判断したのである。ここで言う特段の事情が何を意味するかについては、岐阜新聞事件判決[162]は諸般の事情を総合考慮して判断すべきと述べている。

一方、韓国では、独占禁止法は各条文において不当性[163]や競争制限性等のような違法性の標識となるものを定めてはいる。ところが、これについての判断基準が明確であるとは言い難い。そのため、具体的な事件においてその判断に困難があるのも事実である。特に、経済学的な概念である競争制限性を判断するに当たっては、経済専門家による助けを必要とする場合が少なくなく、また損害賠償請求事件に関する判例がそれほど蓄積されていないため、特定行為についての違法性の判断は、行為類型別に行われることが多い。また、公正取引委員会の事実認定は、裁判所に対して事実上の推定力しか有しないとするのが判例の態度であることに鑑みれば、違法性についての原告の立証の負担は重いと言わざるを得ない。さらに、現在の裁判所の判断を見る限り、独占禁止法がその規制の対象とする行為の多くは私法上の取引関係に関わるものが多いということもあり、裁判官がその違法性を判断するにおいては、どうしても既存の契約

---

[161] イ·ソンヒ，前掲論文，83～84面.

[162] 本件においては、諸般の事情を考慮した結果、不法行為として損害賠償の対象となる程度の違法性は認められないと判断された。

[163] 韓国の大法院は、「不当性を判断する基準について、専ら市場における公正な競争秩序の維持という観点から評価すべきであり、単に事業または取引上の必要があるということだけでは、『正当な理由』を認めることはできない。」と判断するなど、一応判断の基準を単純化しているとの意見がある(チョン·ビョンドク，前掲論文，345面)。判例は、大法院2007年11月22日宣告2002ドゥ8626全員合意体判決；大法院2011年６月10日宣告2008ドゥ16322判決等を参照。

法理を適用して解決しようとする傾向が見られる。そのため、従来の不法行為に即した認識に基づけば一般不法行為の類型に入らないような行為について、別途の付加的な説明なしに違法であることを裁判所に判断してくれることを求めることは、それ自体に無理があるように考える[164]。そうだとすると、被害者救済を容易にするためにも、公正取引委員会の審決の内容に違法性の判断に関するプロセスや内容をより充実に反映させる必要があり、それを損害賠償請求訴訟においても活用できるようにする対策を講じることが必要であるとの指摘[165]は、ある程度妥当と思われる。

要するに、独占禁止法で禁じる一定の行為を事業者が行った場合には、それが独占禁止法に違反すると認められれば、それによって民法で定める不法行為要件である違法性を充足すると見るべきであり、独占禁止法に基づく損害賠償請求においては勿論、民法上の損害賠償請求においても、原告は違反行為の存在を主張･立証すれば足り、別途に違法性まで主張･立証する必要はないと解するべきと考える。

(3)排除措置命令と事業者等の法違反行為の違法性の推定

イ.公正取引委員会の事実認定に、裁判所は拘束されるか

公正取引委員会が事業者等の独占禁止法の違反行為に対して排除措置命令(韓国は、是正措置)を下した場合、独占禁止法及び民法に基づく原告の損害賠償請求訴訟において裁判所は公正取引委員会の排除措置命令に拘束されるのかどうかが問題となる。もし、公正取引委員会の排除措置命令に裁判所が拘束されるとすれば、原告は、民法上の損害賠償請求訴訟において問題となった行為について排除措置命令があったことを立証すれば、違反行為の存在及びその違法

---

[164] このように、韓国の公正取引委員会や裁判所が、事業者行為の不当性についてその判断を異にした事件としては、注163にも挙げた大法院2007年11年22日宣告2002ドゥ8626全員合意体判決がある。本事案では、韓国の鉄鋼会社であるPoscoによる市場支配的地位の濫用行為が問題となった。つまり、韓国唯一の熱延コイルの製造業者であるPoscoが、冷延鋼板の製造業者である現代ハイスコに対し、冷延鋼板の製造のために必要な熱延コイルの供給を拒絶したことが、市場支配的地位の濫用行為に該当するかどうかが争点となった。そして、Poscoが関連市場の確定による市場支配的事業者であるかどうかは、不当性の判断基準となった。韓国の大法院は、市場支配的地位の濫用行為のうち取引拒絶行為の不当性は、不公正取引行為の取引拒絶の不当性とは別途に、独寡占的市場における競争の促進という立法の目的に照らし、独自に評価･解釈しなければならないと判断した。その上で、「市場支配的事業者が、個別取引の相手方である特定事業者に対し不当な意図や目的を持って取引拒絶をした場合や、単に事業活動に困難を与えた程度の事情だけでは、不当性を認めることができない。不当性を認めるためには、当該事業者が市場においての自由な競争を制限することで、人為的に市場の秩序に影響を及ぼそうとする意図や目的を持ち、客観的にもそのような競争制限の効果が生じ得る行為であると評価できるほどの取引拒絶行為をした場合でなければならない。」と判断し、公正取引委員会の決定を取消した。従来、韓国の公正取引委員会の審決実務においては、経営上の正当な事由がない限り、法違反事業者の取引拒絶によって相手の事業者の経営上の困難が生じた場合には、仮に当該事業者に市場での独占的地位を獲得･維持する目的がなかったとしても、不当性を認めていたが、本判決以降、不当性の判断基準は変更されることになった。

[165] チョン･ビョンドク，前掲論文，346面.

性に関する立証の負担はそれだけ軽減されることになる。

ロ.比較法的検討

イ)アメリカ

アメリカは、シャーマン法(Sherman Act, 15U.S.C.§1 以下。)において、不当な取引の制限行為(同法１条)や独占行為及び独占を企てる行為(同法２条)について規定し、さらに、クレイトン法(Clayton Act, 15U.S.C.§12 以下。)において、価格差別行為(同法２条)や排他条件付取引(同法３条)及び株式･資産の保有及び役員の兼任(同法７条)等について規定している。そして、これらのシャーマン法やクレイトン法の違反行為は、刑罰及び損害賠償の対象にはなるが、排除措置命令等の行政処分の対象にはならないとされる。そこで、アメリカで主に議論されているのは、原則として、連邦政府によって又は連邦政府のために提起された民･刑事訴訟において、被告が同法に違反したことを確認する旨の確定判決若しくは決定が、当該被告を相手に他の当事者が提起した訴訟或いは手続においてどのような効力を有するかについてであると言う[166]。

これについてクレイトン法５条a項は、「その判決または決定が、当事者間の禁反言となる全ての状況においては」、同法に基づいて当該被告を相手に訴訟を提起した原告にとっては「一応の有利な証拠(prima facie evidence)」になると定めることで、民･刑事訴訟において被告が同法に違反したことを確認する旨の確定判決若しくは決定は、被告に対し、当該行為が法違反ではないことについての立証責任を負わせるべき「立証責任の転換規定」として働くとされる[167]。また、上記の規定は、証拠調査が行われる前に下された同意判決や同意決定に対しては適用されないとされる。

ロ)欧州連合

行政手続きにおいて下された競争当局の決定が裁判所を拘束するかについて、欧州裁判所は、2000年12月14日に宣告したMasterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.[168]において、「会員国の裁

---

166 イ･ソンヒ, 前掲論文, 85面.

167 イ･ソンヒ, 前掲論文, 85面.

168 アイランドでアイスクリーム工場を経営していたユニリーバグループの子会社であるHB社は、小売商に無料または安値でアイスクリーム冷蔵庫を提供する代わりに、冷蔵庫の所有権はHBが有し、冷蔵庫にはHB製品以外の製品は保管できないことを条件にアイスクリームを供給した。その後、アメリカのMars Incの子会社であるマスターフード社が、1989年に、アイランドのアイスクリーム市場に新規参入することになった。そして、1989年の夏から多くの小売商がHB提供の冷蔵庫にマスターフード社の製品を貯蔵･陳列し始めたため、HB社は小売商に独占条項を遵守することを要求した。これに対しマスターフード社は、このようなHB社による独占条項は、国内法やEC条約85条及び86条に違反し無効であることを主張したが、HB社は、マスターフード社が小売店に対して独占条項に違反するよう誘導する行為をやめることを求める訴えを裁判所に提起した。さらに、２社は、相手の会社に対し損害賠償請求訴訟をそれぞれ提起した(http://eur-

判所は、EU委員会の審判の対象と民事訴訟の審判の対象が同じである場合には、既に宣告され、または宣告される予定のEU委員会の決定に反する判決をすることを許さない。」として、カルテルに関する行政手続きの判断の優位を認めている。その後、旧EC条約81条や82条に定めた競争に関する規則を履行するための2002年12月16日閣僚理事会規則[169]16条１項は、上記判決の趣旨に則り、EU会員国の裁判所はEU委員会の決定に拘束されるという旨を明文化した[170]。

ハ) ドイツ

ドイツは従来、旧競争制限禁止法において、カルテル庁の行政手続上の決定は、裁判所の損害賠償請求訴訟に対して拘束力がなく、単に確認の効力しかないと定めていたが、その後の2005年の改正によって、33条４項において、連邦カルテル庁やEU委員会及び他の独占禁止法の当局が行政事件手続において特定の行為に対し競争法違反であることを確定する旨の違反の認定を行った場合には、裁判所は、損害賠償訴訟において当該行為の違法性を判断するに当たり、カルテル庁の決定に拘束されるという旨が規定された[171]。これは言わば、公の機関の事実認定を利用して民事裁判を提起するという、いわゆるフォロー･訴訟のための規定と言うことができる。ここで言う公の機関の事実認定に拘束されるとは、事実上の推定としての意味しか有しない。ところが、仮にそうであるとしても、この規定は訴訟を提起する原告にとっては大きく役立っており、損害賠償請求権訴訟の困難を緩和するという点で肯定的に評価されているとされる[172]。

また、カルテル庁の決定の拘束力によって不利になる事業者には、行政事件手続におき自己を防護できる機会が保障されており、抗告によってカルテル庁の決定についての裁判所の再審査を求めることもできるので、法治主義にも反しないと言う[173]。

このようなカルテル庁が下した決定の拘束力は、損害賠償訴訟や利得返還訴訟においてのみ認められ、差止請求訴訟やカルテル庁によって無効となった契約の履行を求める訴訟においては適用されない。また、カルテル庁による決定の拘束力は、単にカルテル法に違反した事実を

---

ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0344:EN:HTML)。本事件については、岡谷直明「EUの専売店契約に対する規制について」北大法学論集第62巻第２号(2011年7月27日)114～115頁も参照。

[169] Council Regulation(EC) No.1/2003 of 16 DEC.2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 (now TFEU 101 and 102 of the treaty)をいい、従来の「規則17号」(Regulation 17/62)に代わって制定されたものである(http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0001:EN:NOT)。

[170] 池田節雄『EU独占禁止法－その実務と対応策』ジェトロ(2009年10月13日)73～74･152･154頁。さらに、同項では、委員会が開始した手続で検討中の決定についても、国内裁判所はEU委員会の決定に抵触する旨の決定をしてはならないと定める等、委員会は国内裁判所を強くコントロールしているとされる。

[171] 池田節雄･前掲書･155頁。

[172] 池田節雄･前掲書･155頁。

[173] チェ･ジェホ, ‘ドイツ競争制限禁止法上の損害賠償に関する研究’, 高麗大学校修士論文, 2007年, 45面.

確認する意味しかないので、因果関係や損害賠償の範囲等に関する法的判断は裁判所の自由心証主義に従って行なわれる[174]。

ドイツの競争制限禁止法33条４項は、拘束力の及ぶ人的範囲については明確に規定していないが、通常上記の拘束力は、カルテル庁の手続に参加し事件について自己の法的な見解や主張を述べることができる人、また裁判所の決定について抗告訴訟を提起することができる人(つまり、カルテル庁の決定の受範者)に及ぶと解される[175]。

ハ.日本や韓国の状況

イ)日本

日本の独占禁止法25条に基づき、独占禁止法違反行為をした事業者等に対して無過失損害賠償責任を追及するためには、当該違反行為についての公正取引委員会による審決が確定されていなければならない(同法26条)。そのため、公正取引委員会の審決が存在しない場合には、被害者が25条訴訟を提起しても、当該の訴えは不適法であるとして却下されることになる[176]。

このように、日本の独占禁止法25条訴訟が公正取引委員会の審決の確定を要件とすることに関しては、審決において示された公正取引委員会の事実認定が、25条訴訟が提起された裁判所を拘束するかどうかが早くから議論されてきた。学説は大きく分けて、拘束力否定説[177]、拘束力全面肯定説[178]、事実上の推定説に区分することができる。一般的には、独占禁止法の違反事実を認定した確定審判審決や事業者が敗訴した確定判決は、違反事実の存否に対し強力な事実上の推定力を有するという事実上の推定説に基づいて説明されてことが多い。また、通常、審判審決よりも判決の方が強い推定力を有すると理解されている[179]。但し、刑事事件で有罪判決が確定した被告人や、行政処分の取消訴訟において敗訴判決が確定された原告が、同じ事実に基づいて提起された別訴の損害賠償請求訴訟において、当該事実の有無につき訴訟上争うことができるのと同様、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求訴訟の被告は、反証によって独占禁止法の違反事実に対する認定事実を覆すことも可能である。

確定審決の事実上の推定力については、審決の種類により実際の事実上の推定力が持つ強度は異なるとも言われる。例えば、審判審決の場合には、認定された事実が、対審構造の下で審査官や被審人が証拠調査によって攻防を尽くした上で証拠によって認められた事実であるから、

---

174 チェ･ジェホ，前掲論文，47面.

175 チェ･ジェホ，前掲論文，48面.

176 東京高裁昭和33年11月24日審決集(17)269頁、大阪地裁昭和47年６月23日審決集(22)287頁。

177 今村成和「独禁法上の無過失損害賠償請求訴訟と確定審決の効力」判例評論238号(1978年12月１日)２頁。

178 本間重紀･前掲論文･62頁。この意見によれば、独禁法の構成上、勧告審決や審判審決はいずれも「正式審決」であり、いずれも適正手続を満たす同一の法的強制力を持つ審決であると主張する(同論文60頁を参照)。

179 村上政博ほか･前掲書･151～152頁。

その信憑性は最も強く、従って事実上の推定力においても最も強い推定力を持つという。

これに対して、同意審決で認定した事実は、公正取引委員会の審査によって認定された事実について被審人が自ら自認していることから、その事実上の推定力は審判審決の次に強いとされる。但し、その推定力の強弱は、同意審決が出る時期や事情によっても影響され、例えば違反事実を認定した審査官の審決案の段階で被審人による同意審決の申請がなされた場合には強い推定力が認められるが[180]、審判開始の直後に同意審決に対する申請があった場合[181]には、その推定力は相対的に弱くなると言う。

一方、勧告審決で認定した事実については、公正取引委員会が審査によって認定しており、事業者(名宛人)が勧告を応諾したことに認定事実の信憑性の根拠を見出すことができることから、審判審決や同意審決に比べて事実上の推定力は弱いとされる。さらに、勧告審決の有する推定力の強弱においても、事業者が勧告を応諾した事情によって影響を受け、例えば、事業者が勧告で認定した事実を真実として認定したような事情が窺われる場合には推定力は強くなるが、逆に、応諾が単に時間的･経済的な損失を避けるために行われたような事情が窺われる場合には、推定力は弱くなるとされる。

ところで、このように公正取引委員会の事実認定が裁判所を拘束するかどうかに関する議論とは別に、原告に違反行為の立証を容易にできるようにするために、経験則、つまり、一応の推定ないし推定ルールを活用することを主張する考え方[182]が見られる。つまり、これは、独占禁止法が定める違反行為の性質や違反行為の成立要件においては、条文上公益の要件が多く定められており、不確定な概念が多く使われているため、原告の立証責任をさらに困難にする原因となっているので、証拠の偏在や証拠との距離等によって生じる原告の立証困難を解決するために「一応の推定」を活用すべきとこの意見は主張する。このような「一応の推定」は、不当な取引制限行為(日本独占禁止法３条後段、２条６項)が問題となった事案において、「共同して」の意味を判断するときに既に用いられていることもその理由として挙げる。例えば、日本では、不当な取引制限行為が成立するために必要な「共同して」を理解するにおいて、通常、「意思の連絡」があることを必要とするが、ここで言う「意思の連絡」とは、お互いに同じ内容または同種の行為を実行するということを認識･予測して、それに歩調を合わせる意思があれば良く、このような「意思の連絡」があるというためには、お互い他の事業者の当該行為を認識しながら暗黙裡にそれを認容したと見られる事実があればそれで足り、そのような意思がある以上、合意の意思形成の過程を日時や場所等をもって具体的に特定する必要はないと一般に解されている。実際、このような「一応の推定」に基づいて判断された事案としては、東芝ケ

[180] 松下電器産業再販売価格維持事件。
[181] 資生堂再販売価格維持事件。
[182] 宗田貴行･前掲書･357～359頁を参照。

ミカル事件判決[183]を挙げることができる。本件において裁判所は、「特定の事業者が他の事業者との間に代価引上げ行為に関する情報交換をし、同じかまたはそれに準ずる行動に出た場合にはその行動が他の事業者の行動とは無関係に、独自の判断によって行われたことを示す特段の事情が認められない限り、これら事業者間には『意思の連絡』があるものと推認されてもやむを得ない。」と判断し、「共同して」の要件に関し一応の推定を活用している。このように、「一応の推定」を主張する考え方は、行政事件のみならず民事事例においても原告の立証の困難を緩和するために活用すべきと主張するが、妥当と思われる。

上記のような学説における議論がある一方で、日本の判例は、後述の鶴岡灯油訴訟事件最高裁判決[184]において、公正取引委員会の審決においての事実認定の裁判所に対する拘束力を否定した。つまり、最高裁は、確定審決の存在により独占禁止法違反行為の存在は事実上推定されるのみと判断したわけである。尚、最高裁は、勧告審決についても次のように判示している。「勧告審決は、勧告の応諾を要件としてされるものであって、独占禁止法違反行為の存在の認定を要件とするものではなく(公正取引委員会による違反行為の認定は勧告の要件にしかすぎない。)、したがって、勧告審決によって、違反行為の存在が確定されるものではないのであるが、勧告の応諾は、違反行為の排除措置を採ることの応諾なのであるから、独占禁止法違反の行為を不法行為の責任原因とする損害賠償請求訴訟において、違反行為の排除措置を命ずる勧告審決があったことが立証された場合には、違反行為の存在について、いわゆる事実上の推定が働くこと自体は否定できないものというべきである。そして、勧告審決の審決書には、排除措置との関係において排除されるべき違反行為を明確にするとともに審決の一事不再理の効力との関係において事実を特定するために、同法57条１項にいう審決書に示すべき公正取引委員会の認定した事実として、勧告に際し公正取引委員会が認めた事実(同法48条１項)、つまり、勧告書に記載された事実(公正取引委員会の審査及び審判に関する規則20条１項１号)を示さなければならないのであり、勧告審決の法的特質と勧告審決書において独占禁止法違反の事実が示される意義にかんがみると、勧告審決の存在が立証されたことに基づく前記の事実上の推定は、当該勧告審決書の主文と審決書に示された同法違反の事実を実質的に総合対照し、勧告審決の主文の排除措置と関連性を有しない違反行為を除き、主文において命じられた排除措置からみて論理的に排除措置がとられるべき関係にあると認められるすべての同法違反行為の存在についても働くことを否定することはできない。

しかし、勧告審決は勧告の応諾を要件とするものであって、違反行為の存在の認定は要件とされていないものであることからみて、その有する事実上の推定の程度は、違反行為に関する公正取引委員会の証拠による事実認定を要件とする審判審決や被審人の違反行為事実の自認を

[183] 大阪高判平成５年７月30日判例タイムズ833号62頁。
[184] 132頁以下を参照。

要件とする同意審決に比して、相対的に低いものであり、また、勧告の応諾が、審判手続や審決後の訴訟等で争うことの時間的、経済的損失あるいは社会的影響に対する考慮等から、違反行為の存否とかかわりなく行われたことが窺われるときは、勧告審決が存在するとの事実のみに基づいて、その審決書に記載された独占禁止法違反行為が存在することを推認することは許されないものと解するのが相当である。」

また、同意審決に関して判断がなされた松下カラーテレビ再販売事件に関する東京高裁判決[185]においては、「80条のような規定すら欠く25条の規定による損害賠償請求訴訟については、審決の事実認定が裁判所を拘束するものとは到底解することはできない。独禁法25条の規定による損害賠償請求訴訟について、審決に示された公正取引委員会の事実認定が裁判所を拘束するとはいえないのであるが、公正取引委員会が独禁法運用の専門機関として準司法的権限を有する行政委員会であり、独禁法上、80条の規定にみられるように、公正取引委員会の事実認定を尊重すべきものとされていることにかんがみると、確定審決の存在が立証されれば、そこに認定された独禁法違反行為の存在を事実上推定することができるというべきである。そして損害賠償請求訴訟において、前記のとおり、原告らが被告の独禁法違反行為を立証することが通常極めて困難であるのに対し、問題の行為に関する資料は被告が所持していることが多いのであるから、この点からも、被告がその違反行為の存在を争うときは、推定を動かすに足る反証を挙げさせることが妥当であるということができる。

本件は同意審決が確定した場合であるけれども、この場合も別異に解すべき理由はない。すなわち、同意審決は、被審人が審判開始決定書記載の事実及び法律の適用を認め、審判手続を経ないで審判を受ける旨申し出た場合になされるものであつて、審決書に示される事実は、公正取引委員会が審査手続において収集した証拠に基づいて認定した審判開始決定書記載の事実のとおりであるのが通常であり、公正取引委員会に対しその事実を認め、かつこれに対する独禁法の規定の適用を認めて審決を受けた被審人は、損害賠償請求訴訟において、審決に示された審判開始決定書記載の独禁法違反行為の存在を推定されてもやむをえないところであり、これを争うには、その違反行為が客観的に存在することを疑わしめるような反証を挙げる必要があるとするのが相当であるからである。」

この他にも、石油カルテル事件審決取消訴訟に関する最高裁判所の判決でも、「法80条１項のような規定を欠く法26条の無過失損害賠償請求訴訟については、審判審決において公正取引委員会が認定した事実であつても裁判所を拘束するものと解することはできないのであるから、違反行為の認定を要件としない勧告審決が違反行為の存在につき裁判所を拘束するものとは、

[185] 東京高等裁判所昭和52年９月19日判例時報863号20頁。

とうてい考えられないのである(もつとも、25条訴訟において、違反行為に対する排除措置を命ずる審決があつたことが立証された場合において、審決の成立過程の特質、すなわち、審判審決にあつては公正取引委員会の証拠による違反行為の存在の認定を、同意審決にあつては被審人の違反行為の存在の自認を、勧告審決にあつては違反行為の排除措置をとることの応諾を、要件とするものであることに応じて、強弱の差はあるとしても、違反行為の存在につきいわゆる事実上の推定が働くことを否定することはできないが、それは裁判所に対する法律上の拘束とみるべきものではない。)」として、上記の判断と同じ旨の判断をしている。

ロ)韓国の場合

韓国の現行の独占禁止法は、是正措置(日本の排除措置命令)前置主義を採用していないが[186]、学説は、原告の立証の困難を救済するために、独占禁止法上の推定規定や公正取引委員会の調査結果を活用することを提案している。前者は、韓国独占禁止法４条で定める市場支配的事業者の推定規定[187]や19条５項で定める不当な共同行為の推定規定[188]を意味しており、後者は、是正措置の拘束力と関係する。特に、確定した是正措置の拘束力については、従来、是正措置の種類を問わず是正措置において示された事実認定は裁判所を拘束するという全部肯定説[189]や、是正措置のうち是正命令のみが裁判所を拘束すると解する一部肯定説[190]、及び是正措置は全て裁判所

---

[186] 韓国の是正措置前置主義は、迅速な被害者救済の目的には逆行するとの批判を受け廃止された。

[187] **韓国の独占禁止法４条**

一定の取引分野において市場占有率が次の各号のいずれか一つに該当する事業者(一定の取引分野におき、年間の売上額または購入額が40億ウォン未満の事業者を除く。)は、２条(定義)７号の市場支配的事業者と推定する。

1. １つの事業者の市場占有率が100分の50以上。
2. ３つ以下の事業者の市場占有率の合計が100分の75以上。但し、この場合、市場占有率が100分の10未満である事業者を除く。

[188] 韓国の独占禁止法19条５項は、「２つ以上の事業者が、１項各号のいずれか一つに該当する行為をした場合、当該取引分野または商品･用役の特徴、当該行為の経済的理由及び波及効果、事業者間の接触の回数･様態等の諸般事情に照らし、その行為を事業者が共同で行なったと見ることができる相当の蓋然性があるときには、その事業者間には共同で１項各号のいずれか一つに該当する行為をすることに合意したものと推定する。」と規定する。

[189] この考え方は、法違反によって被害を受けた者が違反行為を立証することは特別な場合を除いて非常に困難であるか不可能であるから、独占禁止法に是正措置前置主義を定めたのもそこにあると説明する。そうすると、被害者に違反行為に関する立証責任を免除し損害賠償請求を容易にすることにその趣旨があるとすれば、当然拘束力は認められなければならないと指摘する。なぜなら、もし、拘束力を認めない場合は、損害賠償の容易化という政策の目的は達成できなくなるという(キム･ヨンホ，“経済法”，ポンロン社，1990年，463面(オ･チャンス，‘独占規制違反行為と損害賠償請求’，弁護士:法律実務研究22輯，ソウル地方弁護士会，1992年１月，199面注59を再引用)。但し、この考え方は、韓国の独占禁止法が是正措置前置主義を採用したときに主張されたものであり、これを廃止した現在も同様に主張するかは疑問である。

[190] 公正取引委員会の是正命令で認定した事実だけに拘束力を認め、是正勧告の場合には拘束力を認めるべきではないとする考え方である(オ･ジンファン，‘独占規制法違反による損害賠償’，法曹40巻１号，法曹協会，1991年１月，129面)。

を拘束せず、単に事実上の推定力があるのみであるとする否定説(事実的推定説)等が主張されていたが、否定説が多数説[191]であった。韓国の大法院もチョンサン実業事件[192]において、「法に定める是正措置が確定すれば、直ちに事業者等の行為に違法性があると認められるのではなく、その是正措置において公正取引委員会が認定した事実は、その是正措置で指摘された不公正取引行為によって被った損害の賠償を受けるために提起された民事訴訟において、その裁判所を

[191] オ·ジンファン，前掲論文，129～130面．但し、公正取引委員会が認定した事実が裁判所を拘束しないということは、それが裁判所の判断を法律的に拘束しないとの意味であり、それが事実上の推定力まで否認することを意味するものではないという。つまり、被害者が確定された是正措置を主要な証拠にして違法行為の存在を立証すれば、違反行為者が裁判所を納得させるほどの充分な反証によって違法行為の不存在を立証できない限り、違法行為の存在は推定されるという。この考え方によれば、実際是正措置が確定すれば違反行為者の被告は反証によってそれを争うことは非常に困難であるため、結果的に拘束力を肯定する全部肯定説を取るのと大きな違いはないという(オ·ジンファン，前掲論文，201面)。

[192] 大法院1990年４月10日宣告89ダカ29075判決。事案の概要は次の通りである。原告は、1986年８月27日、被告会社との間に、1986年10月１日から１年間、被告会社が生産する化粧品の供給を受けて、オンヤン市一帯において当該化粧品を販売するという契約を締結した。その際、契約に基づき原告には、被告会社の製品を専ら管轄区域内においてのみ販売し、被告会社の製品を契約に反して販売したり代理店の販売社員に対し製品を販売または割賦·割引販売をしてはならないこと等が義務付けられた。もし原告がそれらに違反したときには、被告会社が一方的に契約を解約することができるとの内容も契約に盛り込まれていた。このような契約の下で、原告は、1986年10月１日からオンヤン支社の経営を始めた。ところが、同月の中旬頃、オンヤン市所在の商号未詳の化粧品売り場で被告会社の製品が発見された。これを理由に、被告会社は、同月20日、原告経営のオンヤン支社に対し、当該化粧品売り場での割引販売をしないことを１次警告し、同年11月４日に同じ事由が再度生じたため２次警告を行なった後、同月18日、被告会社は原告に対し上記オンヤン支社を閉鎖すると通報した。その後、被告会社は製品の供給を中断した。

そこで、原告は、経済企画院に被告会社の上記の措置は不公正取引行為であると申告した。これを受けて公正取引委員会は被告会社に対し、1987年５月６日、正当な理由なしに商品の供給を拒絶したり、販売地域を制限するような行為をしてはならず、販売価格を事前に定めた上で代理店に対しその価格で販売させる行為をしてはならない、等を内容とする是正命令を行った。同是正命令は後に確定した。そこで、原告は被告会社に対し、上記のような不公正取引行為によって生じた損害の賠償を請求したのが本事案である。

原審は、被告会社の上記のような取引行為は、旧独占規制法15条に定める不公正取引行為に該当すると判断し、被告会社は独占規制法56条により原告に対してそれによる財産上の損害を賠償する責任があると判断した。そこで被告が上告した。

大法院は、「①旧独占規制法56条に定める無過失損害賠償責任は、事業者または事業者団体が被害者に対して故意·過失がないことを主張しその責任から免れることができなくすることで、被害者の損害賠償請求を一般不不法行為よりも容易にする一方、上記法律の規定による是正措置が確定されない間は、被害者がそれを裁判上主張することができないようにすることで、是正措置の前に裁判に提起された主張を制限する趣旨とみることができる。そして、上記の無過失損害賠償責任は、上記の是正措置以降事業者または事業者団体の不公正行為によって財産上の損害が生じた場合のみに限って発生するとみることはできない。②事業者の行為が不公正取引行為に該当するためには、『不当に』(つまり、正当な理由なしに)行為したことが認められなければならない。そうすると、不公正取引行為の該当性を阻却できる『正当な理由』とは、専ら公正な競争秩序の維持という観点から評価しなければならず、単に事業者の経営上の必要、または取引上の合理性ないし必要があったということだけでは『正当な理由』があると認めることはできない。」と判断し、被告の請求を棄却した。本件は、韓国で独占禁止法違反による損害賠償事件について初めて判断された大法院判例である。

拘束することはできず、単に事実上の推定を受けるに過ぎない。」と判示することで、否定説の立場を明らかにした。ここで注意しなければならないことは、事実上の推定力が認められるとしてもそれは事実認定の段階においてのみであり、違法性の判断は法律的な判断に係る問題であるから、これについては推定力を有しないということである[193]。また、是正措置において認定された事実に推定力が与えられるとしても、損害賠償請求訴訟の被告は反対事実を証明することで推定力を覆すことができるので、裁判所は当然公正取引委員会とは異なる事実認定をすることができる。

ところで、韓国の独占禁止法は既に述べたように、2004年の改正によって是正措置前置主義を廃止している。そこで、現在は、是正措置に事実上の推定力を認めることはできないのではないかという疑問が生じる。これについては、強制調査権や専門性を持つ公正取引委員会によって法違反行為に関する広範囲な調査が行われ、またそれに基づいて事実が認定されるという是正措置の特性に鑑みれば、是正措置前置主義が廃止された現在においても事実上の推定力は認められると解することが妥当であるとの考え方[194]がある。

周知の通り、行政的規制権限に基づき事業者等の行為に対し独占禁止法違反の存否を判断するという公正取引委員会の審決手続と、事業者等の違反行為により被害を受けた者が損害賠償請求を提起した時にそれについて法的判断を行うという裁判所の訴訟手続とは、その制度の趣旨が異なる。また、公正取引委員会の処分について不服する場合には、行政訴訟を提起しそれについての裁判所の最終的な判断を求めることもできる。そうすると、公正取引委員会の処分は裁判所に対して事実上の推定力しか有しないと考えるのが妥当であろう。

このような事実上の推定力の問題に関しては、立法によって解決することを主張する考え方もある。つまり、日本の排除措置命令や韓国の是正措置は、その種類やそれぞれの手続によって事実認定におき裁判官の自由心証の形成に差が生じ得ること(事実上の推定において強弱が生じること)を否めないので、立法論としては、TFEU[195]やドイツの競争制限法[196]のように、排除措

---

[193] キム·グニョン, 前掲論文, 270面.

[194] キム·グニョン, 前掲論文, 270面.

[195] Treaty on the Functioning of the European Union(欧州連合条約)。

§16(Uniform application of Community competition law) (1)

When national courts rule on agreements, decisions or practices under Article 81 or Article 82 of the Treaty which are already the subject of a Commission decision, they cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission. They must also avoid giving decisions which would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated. To that effect, the national court may assess whether it is necessary to stay its proceedings. This obligation is without prejudice to the rights and obligations under Article 234 of the Treaty.

[196] 2005年改正された競争制限禁止法33条４項は、カルテル庁が行政事件手続によって特定の行為に

置命令等において認定された違反行為の違法性の判断に、裁判所が拘束される旨の規定を設けるべきとの考え方[197]がある。

ニ.自己申告による責任減免制度との関係

日本と韓国は、独占禁止法に違反し不当な取引行為をした事業者が、自己の法違反事実を公正取引委員会に申告した場合には、課徴金の納付を一部減免または免除する課徴金減免制度(Leniency)をそれぞれ施行している。

不当な取引行為に対して賦課される課徴金は、日本では、事業者がカルテルや入札談合等の行為をした場合、カルテルの対象となった商品や役務の違反行為期間中の売上高(３年)に、①カルテル・入札談合の対象となった事業の業種(製造業か、卸売業か、小売業か等)、②違反行為者の企業規模(大企業か、中小企業か)、③違反行為者が累犯事業者か否か等に応じ、予め定められた一定率の数値を乗じて課徴金を計算した上で、事業者に対しその納付を命じている[198]。一方、韓国でも、大統領令が定める売上高[199]に100分の10を乗じた金額を超過しない範囲、或いは売上高がない場合には20億ウォンを超過しない範囲において課徴金を賦課している(韓国独占禁止法22条)。

周知の通り、事業者間に行われる不当な取引行為、特に硬性カルテル(hardcore cartel)は、経済主体の健全な経済活動や市場における自由な競争を直接に阻害する行為と解されている。通常、競争を促進するような効果は殆どないことから、各国の独占禁止法はその行為を禁じ厳

対し競争法違反であると決定した場合には、裁判所は、損害賠償訴訟において当該行為の違法性を判断するに当たりカルテル庁の決定に拘束される旨を定めている。

Act against Restraints on Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)

§33(4) If an undertaking which has been ordered to pay additional proceeds submits to the cartel authority a final and binding ruling obliging it to pay damages for the same abusive conduct, the cartel authority shall order that to that extent the order to pay the additional proceeds shall not be enforced. If the additional proceeds have already been paid to the cartel authority and if the undertaking proves payment of damages to the injured party on the basis of the final and binding ruling, the cartel authority shall refund to the undertaking the additional proceeds in the amount of such proven payment of damages.

[197] 公正取引委員会が是正措置命令を下した場合には、当該行為は違法であるとの事実上の推定が判例において既になされているので、敢えて推定規定まで設ける必要はないとの考え方として、イ・ソンヒ，前掲論文，89面。

[198] 例えば、大手製造会社に対する課徴金額は、違反期間中の当該商品・役務の売上高に10%を乗じた額である。また、違反行為者が累犯の場合(10年以内に別の事件で課徴金納付命令を受けた場合等)には、15%を乗じる。

[199] ここでいう大統領令が定める売上額とは、違反事業者が違反期間中、一定の取引分野で販売した関連商品及び用役の売上額、またはこれに準ずる金額をいう。但し、違反行為が商品及び用役の購入と関連して行なわれた場合には、関連商品及び用役の購入額を意味し、入札談合及びこれと類似する行為である場合には、その契約金額を意味する(韓国独占規制及び公正取引に関する法律施行令９条)。

格な制裁を加えているのが一般的である。しかしながら、実際において多くの共同行為は、公にされることなく非常に巧妙で内密な合意によってなされることが多いため、競争当局が共同行為を立証することは容易ではない。そのため、共同行為を摘発するためには多くの人員や費用等が必要であることは想像に難くない。そこで、カルテルに参加した事業者に、摘発が困難なカルテル内容や参加事業者を申告させ、さらに公正取引委員会の調査に協力した場合に、カルテル行為に対する制裁を全部または一部減免するというリーニエンシー制度を運用するようになったわけである。

このようなリーニエンシー制度は、法違反行為の申告者(Whistle Blower)に対しいわば「飴」を提供することで、競争法の執行機関である公正取引委員会にとっては、法違反行為の摘発や証拠を掴むことが困難な談合行為等を容易に摘発することができ、また立証資料を確保するために必要となる人員や費用を節約することができるというメリット[200]がある。さらに、これにより、談合に参加または談合行為をしようとする事業者間の信頼を弱化させ、カルテルの成立やその維持を妨害することで、カルテルを構造的に遮断し、それによって事業者等を法規の遵守に導くことができること[201]もリーニエンシー制度の利点として評価できる。韓国の大法院も、このリーニエンシー制度の趣旨について、「不当な共同行為の参加事業者が、自発的に調査に協力し立証資料を提供したことへの見返りとして本制度を活用することで、参加事業者間の信頼を弱化させ不当な共同行為を差止または予防する」ことにあると判断している[202]。

しかしながら、このようなリーニエンシー制度については、その高い効果にもかかわらず次のような批判もさなれている。つまり、不当な共同行為は、通常、市場占有率の高い事業者が

---

[200] イ・ワンヒ，‘不当共同行為の一部期間に対するリーニエンシー(Leniency)－大法院2010．６．30.宣告2010ド28915判決－’，競争法研究20巻，韓国競争法学会，2012年，29～30面．実際、アメリカでも摘発された談合の90%がリーニエンシー制度によるものとされる。

[201] 山田務「カルテル・入札談合に対する課徴金減免制度の新設の効果と課題」日本総研(2009年９月２日)２頁(http://www.jri.co.jp/MediaLibrary/file/report/policy/pdf/2543.pdf)。

[202] 大法院2010年１日14日宣告2009ドゥ15043判決．韓国におけるリーニエンシー制度の適用事件数の詳細は、次の通りである。

1999年～2011年の減免制度が適用された事件数

年度	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	合計
カルテル事件 課徴金 賦課件数	15	15	8	14	11	14	21	27	24	43	21	26	34	273
カルテル申告者 減免制度適用件数 (課徴金賦課事件数)	1 (1)	1 (1)	－	2 (1)	1 (1)	2 (0)	7 (6)	7 (6)	10 (10)	21 (20)	17 (13)	18 (18)	32 (29) *	119 (106)
比率 (%)	6.7	6.7	－	7.1	9.1	0	28.6	22.2	41.7	46.5	61.9	69.2	85.2 **	38.8 **

※韓国公正取引委員会による『2012年公正取引百書』204頁。

*リーニエンシー制度が適用された29件について課徴金が賦課された。

**[リーニエンシー制度適用事件のうち課徴金が賦課された事件数/課徴金が賦課されたカルテル事件数] × 100

談合を主導し、占有率の低い事業者が止むを得ずその談合に参加することが少なくないのに、もし不当な共同行為を主導した事業者が何かの切っ掛けによって法違反行為を申告した場合、当該法違反行為を主導した事業者は制裁から逃れるのに対し、しぶしぶ消極的にしか参加しなかった中小企業等が、法違反行為による全ての責任を負わなければならなくなる事態が生じかねない。実際、これを証明してくれた事件が韓国で起きている。2011年10月、三星を始めテハン、キョボ、シンハン、メトライフ、ING、AIA、プルデンシャル、アリアンツ等の生命保険会社９社が、2001年から変額終身保険商品の最低死亡保険金の保証手数料率や変額年金保険商品の最低死亡保険金の保証手数料率、及び最低年金額の保証手数料率を合意により決めていたことが明らかになった。本事案を摘発した公正取引委員会は、不当な共同行為に参加した保険会社に対し是正命令や課徴金の納付を命じたほか、検察に告発を行なった。ところが、大手の保険会社である三星は、当該談合を主導したにもかかわらず、法違反行為を素早く申告することで課徴金や検察への告発を免除された。三星に対しては、当然激しい批判が浴びせられた[203]。これを切っ掛けに、その後韓国の公正取引委員会は関連告示や施行令等を改正し、減免を受けたことのある企業が５年内に再度カルテル行為を行い申告した場合には、課徴金を減免しない旨を新たに定めるようになった。その他、二つの会社が参加するカルテルの場合にも、減免制度を適用しない旨が定められる等、制度の整備が行われた。

リーニエンシー制度が韓国の独占禁止法に導入されたのは、1996年12月30日(法律第5235号)の改正によってである。独占禁止法に22条の２が新たに新設され、法違反行為申告者の減免制

---

[203] ハンギョレ新聞2013年３月25日記事(http://www.hani.co.kr/arti/economy general/579525.html)を参照。カルテル申告による課徴金の減免を大企業が享受せざるを得ない理由としては、中小企業は将来あるかも知れない大企業による報復を甘受してまで大企業主導の談合を申告することが事実上困難であるほか、現実的にも、公正取引委員会の調査の動きを事前に把握し弁護士等の専門家にリーニエンシー制度を活用すべきかどうかについての法律的アドバイスを求められるのは、概ね大企業に限っていることを挙げることができよう。この問題について、韓国の国会でも、公正取引委員会に対する国政監査の際に、小麦粉価格談合を行なった製粉会社８社のうち談合事実を申告した２社に対して公正取引委員会が検察に刑事告発しなかったことを問題にした。公正取引委員会は、カルテル申告事業者を告発しなかった理由について、自ら申告した事業者に対しては減免するという旨が定められている運用告示を挙げたが、ところが、当該告示には是正措置や課徴金の減免のみがその対象となっており、刑事告発はその対象に入っていない。さらに、公正取引委員会には、事業者の独占禁止法違反行為の程度が甚だしい場合には、専属告発権により必ず告発しなければならないことが義務付けられているにもかかわらず、特別の根拠もなしに「カルテル申告減免運用告示」を適用して製粉会社２社を告発の対象から除外したことは、韓国法が認めない司法取引(Plea Bargaining)を適用したものであり、従って公正取引委員会はその権限を濫用したと批判された。小麦粉談合事件に関する具体的な内容については、155頁以下を参照。

このように、大企業に対して課徴金の減免が集中する問題に対処するために、アメリカやドイツ、カナダ、オーストラリア等では、単独で談合を主導した企業に対してはカルテル申告を最初に申告したとしても課徴金を免除していないとされる(東亜日報2011年10月27日記事。http://news.donga.com/3/all/20111027/41424195/1)。また、イギリスや日本では、原則として、最初に申告した企業に対しては課徴金を全額免除するが、政府の判断によりその免除額を縮減することもできる仕組みとなっている。

度が導入されたことを受け、韓国の公正取引委員会は2005年４月１日から「不当な共同行為の申告者等に対する是正措置等の減免制度の運用告示」を制定し試行した。リーニエンシー制度によって摘発したカルテル事件の数は、2005年以前までは年に平均１件程度に過ぎなかったが、同制度が予測可能性や透明性をさらに高める旨に改正された2005年を境に申告件数は急激に増加し、2009年には17件までに上ったと報告されている。1999年に減免制度により初めてカルテル事件が摘発されて以来2009年までに課徴金が賦課されたカルテル事件215件のうち、リーニエンシー制度によって課徴金が減免されたカルテル事件は65件であり、全体の事件においてこれらが占める比率は30％であった[204]。

日本においてもその状況は韓国とそれほど異ならないように思われる。関連資料[205]によれば、リーニエンシー制度の施行後、平成19年度末までに事業者から減免申請が行われたのは179件であった。また、平成20年８月現在において、公正取引委員会が違反行為であると認定して法的措置を採った事件のうち課徴金減免制度の対象となったのは(課徴金減免制度の施行日である平成18年１月以降に立入検査等の調査が開始されたカルテル・入札談合事件)は27件であり、このうち少なくとも24件(全体の89％)において申請が行われたとされる。申請を行った事業者数は、少なくとも延べ59社、実数ベースで31社となっており、24件につき平均すると、１事件当たり約2.46社による申請がなされたという。申請者の中には大企業も含まれており、複数の事件について申請した事業者もあるとされる。さらに、違反行為の摘発という観点からすれば、公正取引委員会の調査開始日の前に申請が行われることが最も望ましいが、実際上記の24件のうち少なくとも20件は、調査開始日の前に申請が行われたとされる。

ところで、上記のように不当な共同行為をした事業者は、自己の違反行為を申告するによって課徴金等の行政的制裁を免除ないし減免してもらうことができるが、この場合、当該事業者に対し被害者が提起した損害賠償請求訴訟においても、その違法性が阻却され、それにより事業者は損害賠償の責任を負わないと見るべきかどうかが問題となる。不当な共同行為を行った事業者が自らその事実を公正取引委員会に申告した場合には、公正取引委員会は専属告発権を行使しないことで、実質的には刑事的制裁も免除される効果が発生することから、被害者が損害賠償請求訴訟を提起した場合にも事業者の申告事実が影響するのかどうかが問題となるわけ

---

[204] 2005年～2009年までの５年間、リーニエンシー制度によって行政的制裁の減免を受けた件数は、全体の課徴金賦課事件のうち42％であり、それを課徴金額を規準にすれば68.7％を占める結果となる。要するに、積極的に本制度が適用されていることが分かる。特に、リーニエンシー制度は、大規模の長期間にわたり行なわれる談合事件を摘発するのに重要な役割を果たしていると評価されている(クォン･ナムフン，‘カルテル申告者減免(Leniency)制度の経済分析’，2010年上半期法･経済分析グループ(LEG)研究報告書，2010年，95･99面)。

[205] 山田務･前掲論文･２～３頁。

である[206]。

これについては、平成17年10月７日に日本で公表された「独占禁止法違反に対する刑事告発及び犯則事件の調査に関する公正取引委員会の方針」によれば、公正取引委員会は立入検査の前に、１位の順位で違反事実を報告し課徴金の免除を受けた事業者に対しては、刑事告発を行わない旨を明らかにしている。韓国でも、公正取引委員会による「不当な共同行為の申告者等に対する是正措置等の減免制度運用告示」(2012年１月３日。公正取引委員会告示第2011-11号)20条において、「違反の程度が客観的に見て明白かつ重大であり、それによって競争秩序を顕著に阻害する恐れがあると認定され(独占禁止法71条２項)、または検察総長が委員会に対し告発を求めた場合(独占禁止法71条３項)を除き、上記の告示による地位の確認を受けた事業者に対しては、検察に告発しないこととする。」と定めている。これにより、申告等によって課徴金等の免除を受けた者に対して公正取引委員会が専属告発権を行使しないことで、実質的には刑事的制裁をも免除するような効果が生じるわけである。そうすると、事業者による申告の事実は、損害賠償請求訴訟においても影響するであろうか。

これについては、法違反行為の申告者等が課徴金等の免除を受けた場合には損害賠償責任をも負わない旨の規定が何ら設けられていない以上、事業者による法違反事実の申告は、損害賠償請求訴訟において影響しないとみるべきとの考え方[207]がある。つまり、是正措置の目的と損害賠償制度の目的は異なるものであり、リーニエンシー制度を導入した主な目的は、通常、カルテルの摘発の困難にあると言わなければならず、そのような困難を考慮して例外的に国家がその権限によって申告者等に一定の利益を与えるものであるから、カルテルによって損害を受けた個人等の財産上の損害に関係する領域にまで国家が任意に関与することはできないので、損害賠償請求訴訟においては違法性は阻却されないと説明する。

通常、刑事罰は、違反行為を行った者に対して倫理的な非難を加える制裁である。それに対して損害賠償は、違反行為の被害者を救済する目的の民事上の措置である。また、課徴金制度は、違反行為による不当な利得を国が剥奪することによって違反行為の発生を防止するという目的から設けられた行政上の措置であり、各制度はそれぞれその目的や性格を異にする[208]。これ

---

[206] そもそもリーニエンシー制度は、刑事訴追を免除する制度として導入されたものである。アメリカで始まった本制度は、違法行為を行った者による刑事免責及び捜査への全面協力の申請に対して、一定の条件をみたせば刑事訴追をしない旨の条件付合意書を締結したうえで、協力者の全面的協力を得て捜査を進め、首謀者を摘発し、最終的に協力者がすべての条件をみたせば、訴追免責するというものである(泉水文雄「米国反トラスト法における刑罰減免制度(特集 競争政策に係る諸問題と公取委の取組)」公正取引 629(2003 年３月)33 頁)。同 37～38 頁は、リーニエンシー制度の効率的な運用のためには、課徴金を減免するだけでは足りず、刑罰に対する減免までその範囲を拡張しなければ制度本来の趣旨が機能しないと指摘する。

[207] イ・ソンヒ，前掲論文，89面.

[208] 遊田純一「独禁法における課徴金制度の見直しについて」立命館法政論集第５号（2007年)352頁。

は、課徴金や刑事罰の併科が、日本憲法39条が禁じる二重処罰に該当しないかについて判断された、「シール談合課徴金審決取消請求事件に関する最高裁判所の判断」を見ても明らかである。本事案において、最高裁判所は、追徴税や刑事罰の併科が問題となった昭和33年の大法廷判決を引用しつつ、課徴金や刑事罰の併科は日本憲法39条に違反しないと判断している。つまり、最高裁判所は、「本件カルテル行為について、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反被告事件において上告人に対する罰金刑が確定し、かつ、国から上告人に対し不当利得の返還を求める民事訴訟が提起されている場合において、本件カルテル行為を理由に上告人に対し同法７条の２第１項の規定に基づき課徴金の納付を命ずることが、憲法39条、29条、31条に違反しないことは、最高裁昭和29年(オ)第236号同33年４月30日大法廷判決・民集12巻６号938頁の趣旨に徴して明らかである。」と示したのである[209]。

上記にも述べたように、そもそも課徴金や損害賠償額はその制度の趣旨や目的を異にするものである。その上、法違反行為の申告者に対する課徴金減免制度は、当初不当な共同行為の摘発の困難を解消するために設けられた行政機関の便宜的な制度であることに鑑みれば、申告の事実を以って損害賠償訴訟におきそれを参酌することは妥当ではないと思う。また、行政機関が法違反者に対して課徴金を賦課する場合、徴収された課徴金は被害者のために使われないことも事実であり、先にも指摘したように、課徴金減免制度によって利益を享受するのは大抵不当な共同行為を主導した大規模の事業者であることが多いのも否めない。不当な共同行為によって得られた不当利得を、減免制度により法違反者がそのまま保持する実状を考えれば、仮に事業者が法違反行為の申告によって課徴金等の行政的制裁を減免されたとしても、それを、被害者が提起した不法行為に基づく損害賠償請求においてまで考慮することは妥当ではないと考えるべきであろう[210]。

４.損害

１)損害の発生

---

[209] 本判決について遊田純一･前掲論文･366頁は、本件において日本の最高裁判所は、課徴金制度と不当利得の返還請求が両立することを認めていることを指摘した上で、課徴金制度が単なる「不当利得の剥奪」のための制度であると理解していたそれまでの多数説の立場とは異なる認識を最高裁が示したと評価する。その他、入札談合事件の談合破りに課徴金や損害賠償を課すことは、ゆき過ぎであると批判する意見としては、平林英勝「最近の入札談合事件審判決の検討―談合破りに対する課徴金賦課･損害賠償請求は妥当か?―」判例タイムズ1222号(2006年12月15日)53頁を参照。

[210] 欧米でも、損害賠償訴訟において申告の事情は考慮されていない。但し、懲罰的損害賠償責任を負わせるアメリカでは、2004年６月「反独占刑罰改革法(Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act)」を制定し、カルテル申告者の違反行為に対する違法性は阻却されないものの、事業者の連帯責任及び懲罰的損害賠償責任を免除する旨の規定が新設されている(Section 213)(イ･ソンヒ，前掲論文，90面)。

不法行為の被害者が損害賠償請求権を行使するためには、当該不法行為によって損害が発生しなければならない。損害賠償という言葉からも分かるように、損害の発生は損害賠償の不可欠な論理的前提であり、損害が存在しない時には不法行為は成立せず、損害賠償責任も発生しない。

ここで、不法行為の前提となる損害とは一体何かについては、明白で一致する定義は未だ存在しない。損害の有無や内容及びその程度を判断する方法によって損害の理解も分かれるからである。これは、そもそも社会が発達するにつれ、従来は予期できなかった複雑な類型の不法行為が続々登場して来たことによって、損害の概念を定義するにおいても、統一の定立が困難になったことに由来する。

これまで、損害の概念を理解するに当たっては、ドイツでその議論が始まったとされる、いわゆる自然的な損害概念に基づく差額説を始め、その以降現われた具体的·現実的損害説及び規範的損害説等の議論がなされてきた。これに対し、アメリカの不法行為法では、法的に保護される利益の損害を意味する「harm(loss or injury)」と、他人に対する不法行為によって侵害を受けた者に与えられる金員の総額(sum of money)を意味する損害賠償額「damages」に区分して理解しているとされる。

それでは、日本や韓国の不法行為法では損害の概念をどのように理解してきたのであろうか。これについては、これまで両国で展開されてきた差額説や具体的·現実的損害説、及び規範的損害説を中心にその具体的な内容を下記において見てみることにしたい。

2)損害の概念

損害を把握するにおいては、まず何を損害と見るべきかが問題となる。これについては、次のような考え方が主張されている。

(1)差額説

ドイツで初めて議論された差額説は、損害の概念について特に法的な価値評価を行なわず、それをただ前法律的な観点から捉え自然的な意味として把握していた。そのため、損害とは、「通常加害事件によって法益ないし生活利益について被った不利益」[211]であり、加害行為がなかったならば存在したであろう利益の状態と加害行為が行われた後の現在の利益の状態との差で

[211] 日本でも損害を「法益について被った不利益」であると一般的に説明される(西原道雄「『損害』とはなにか―債務不履行、不法行為における―」ジュリスト増刊民法の争点Ⅱ(1985年)28頁、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(1)―ドイツにおける判例の検討を中心に―」立命館法学248号(1996年)673頁)。

あると定義する[212]。

損害を上記のように差額説的に把握することになったのは、1855年に出版されたモムゼン(Mommsen)の著書「利益論(Zur Lehr vom dem Interesse)」によるものとされる[213]。モムゼンの差額説が登場するまでは、ローマ法から中世ローマ法、そして19世紀前半のドイツ普通法にいたるまで、損害賠償においてあらゆる損害の項目を「財産状態の差」として一括するという統一的な損害･利益概念は存在しておらず、むしろ直接･間接利益や通常･特別･約定利益といった分別的な利益･損害概念が支配的であったと言われる[214]。そこでは、損害賠償の範囲を決める基準においても、通常利益や直接利益を中心とする利益の概念が重要であり、現在のような損害賠償の範囲を定める基準としての因果関係論の視点は欠如していたか、あるいは損害賠償の範囲に影響し得る基準として、行為者の有責の程度や損害の予見可能性といった基準が用いられていたとされる[215]。

そのような中で、モムゼンは、分別的な利益･損害概念に代わる統一的な損害･利益概念を提唱し、自己完結的な統一的損害･利益の概念を差額説(Differenztheorie)によって確立した。そして、モムゼンのこのような統一的損害･利益概念は、損害賠償の範囲の問題を考えるに当たり、その必然的な帰結(corollary)として因果関係論を生み出したわけである[216]。モムゼンによれば、「損害」とは、「賠償義務のある加害事件後のある者の現在の財産状態と、その事実がなければ存在したであろうその者の財産の額との差額」であると定義するが、このようなモムゼンの差額説によって損害を観念するにおいて、主観的な利益、とりわけ得べかりし利益を賠償の対象に含めるようになったのである。さらに、モムゼンの差額説は、損害賠償によって保護される範囲の拡大にも大きく寄与したとも評価される[217]。

---

[212] 吉村良一「ドイツ法における財産的損害概念」立命館法学(1980年)795～796頁は、広義の差額説と狭義の差額説に分けて説明しており、ドイツ法において、損害は、「法益の世界の全ての不利益な変更、又は法益の全ての滅失、あるいは減少であり、許された利益を得る可能性の喪失をも含む」とされる。そして、このような損害の概念は、財産的損害と非財産的損害を区別しない統一的な損害概念であり、法益の差(加害事件後と加害事件前、もしくは加害事件がなければそうであったであろう仮定的状態における法益の差)をもって損害を定義することから、広い意味での差額説に該当するという。これに対して、狭い意味での損害説とは、財産的損害に関し、加害事件の結果生じた財産状態と加害事件の介入がなければ存したであろう財産状態の比較によって損害が確定される場合とされる。狭義の差額説では、個々の財産価値が比較されるのではなく、二つの計算上の全財産状態が比較されるのであり、個々の加害結果それ自体ではなく、その結果が被害者の財産に与えた不利益が損害になると言う。それ故狭義の損害論は、個々の被侵害法益や財産価値ごとに細分化された損害論ではなく統一的な損害論であり、具体的は個々の法益侵害ではなく被害者の財産の計算上の差を問題にする点で抽象的な損害論でもあると言う。

[213] イ･ソンヒ，前掲論文，92面．若林三奈･前掲「法的概念としての『損害』の意義(1)」･683頁。

[214] 高橋眞『損害概念論序説』有斐閣(2006年６月30日)205頁。

[215] 高橋眞･前掲書･205頁。

[216] 高橋眞･前掲書･205頁。

[217] 若林三奈･前掲「法的概念としての『損害』の意義(1)」･683頁。

差額説は、通常、損害を把握する際、完全賠償原理[218]や損害賠償法上の実損補償原則及び自然的·事実的な損害の概念に基づいて損害を観念する。そのため、「賠償すべき損害」とは、個別事件の被害者に実際発生した具体的な損失、つまり主体関連的損失を意味することになる[219]。被害者に実際発生した損失を基準に損害を算定するようになり、従って、実際発生した損害以上の利益を被害者が利得することは許されない。また、差額説は、損害を全体としての財産状態の差、つまり損害賠償責任の発生の原因(侵害行為)がなかったならば存在したであろう全体としての財産(利益)状態と現在の全体としての財産状態との差として包括的に把握する。そのため、個別的な損害の項目、例えば損害を財産的損害と精神的損害とに区分したり、または財産的損害を積極的損害と消極的損害に分けた上で、その分別された項目ごとに対しそれぞれの具体的な財産的不利益を計算·総合し、その全体としての損害額を確定するというような理解はしない[220]。従って、個別の法の主体に実際発生した具体的な損失とは関係なく客観的な状況や侵害の客体によって客観的·規範的に損害を把握する場合(客観的な損害概念)には、差額説は適切ではない。また、差額説は比較すべき財産的状態の確定をその前提に置くため、財産状態の確定ができない場合や曖昧な場合には、数字による差額の算定が困難になるという問題が生じる。損害を決定する方法においても、非財産的損害を把握する場合や、特に制限賠償原理を採用する日本や韓国の損害賠償法には適切ではないとの指摘がある。

日本では従来から人身損害を除く財産的損害について、差額説が通説的な地位を占めており[221]、差額説はまた、違法な行為によって支払われるべき支出を意味する広義の差額説と、「具体的な差額」を意味する狭義の差額説とに区分して理解する。韓国の場合もその議論においては、日本とそれほど変わらない。

(2)具体的·現実的損害論(損害事実説)

具体的·現実的損害説は、損害を「法益について被った全ての不利益」または「ある事実によって、ある者が法益について被るようになる不利益」と解し、被害者の財産を構成する一つ一

---

[218] 差額説は、損害を全体としての財産状態の差額として捉えることで、一定の法益の侵害による直接の損害以外にもそれによる結果損害をも把握することができ、逸失利益の喪失のように、全体としての財産に発生する損害も把握することができることから、完全賠償原理を実現する基礎を提供するといえる(シン·ドンヒョン, ‘民法上の損害の概念－不法行為を中心に’, ソウル大学校博士論文, 2010年, 21面)。

[219] シン·ドンヒョン, 前掲論文, 20面.

[220] シン·ドンヒョン, 前掲論文, 21面. 従って、個別的に損害の項目を分ける方法は、差額説とは関係がない。それにも係わらず、日本の差額説は、統一的な損害の把握ではなく個別損害項目積上方法を採用していることから「ねじれ」現象が生じているとの指摘として、潮見佳男「財産的損害概念についての一考察―差額説的損害観の再検討―」判例タイムズ687号(1989年４月１日)６頁。

[221] 1991年５月15日に発表された、公正取引委員会による「独占禁止法第25条に基く損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法等について」においても、差額説の立場を採用している。

つの権利または法益が被る不利益であると把握する[222]。その他にも、「人または財産に生じた現在の状態と元来期待されていた状態とを比較し、不利益として考えられる変化」と解する考え方もある[223]。

そして、具体的･現実的損害説は、権利侵害と損害を区別して考える伝統的な考え方と、人身損害において両者を区別しないで損害を把握する死傷損害説とに区分されることがあるが、前者の伝統的な具体的･現実的損害説は、さらに、個々の損害項目別に生じた不利益を損害として捉える個別的不利益説[224]と、法益が被る不利益を総体的に捉え損害を判断する総体不利益説とに二分して理解することもある。

具体的･現実的損害説が上記の差額説と異なる点は、損害の概念を、金銭の評価とは切り離して事実のレベルにおいて把握するということである[225]。この時、損害に対する金銭の評価については、これを裁判官の自由裁量に委ねるべきとする考え方もあるが、多くは、実体法上の規準を模索する。

このように、損害の発生と因果関係の有無、及び損害に対する金銭的評価を区別した上で、その判断を別途に行うことを主張する具体的･現実的損害説は、損害を金銭的に評価する際もその非訟的性格に鑑み裁判官に対し創造的な役割を果たすことを強く求める。そして、因果関係の有無の判断については、立証責任の軽減によって被害者の救済を図るべきことを強調する。しかしながら、具体的･現実的損害説については、侵害の原因となる事実によって発生した個々の損害が前面に出るため、損害の定義づけ自体において自己完結的ではない等の指摘がなされている[226]。

日本では、具体的･現実的損害説に基づき、傷害による労働能力の喪失を損害と捉え、実際の収入源がなくても損害額を算定する例が下級審裁判例を中心に現われている[227]。また、学説の中

---

[222] アメリカでは、不法行為の責任成立要件である「injury-in-fact」は不利益そのものであり、財産状態の差によって具体的に算定し賠償しなければならない損害額(damages)とは区別して理解するとされるが、そうすると、損害に関するアメリカの理解は具体的･現実的損害説に近いものと考えて良かろう。

[223] 具体的･現実的損害説を最初に主張したOertmanndは、損害を、財産損害について財産構成要素の剥奪または毀損の形で現れる不利益自体であると捉えていた。

[224] 例えば、人身損害に関する労働能力喪失説は、個別的不利益説の系統に入るとされる(潮見佳男･前掲論文･５頁)。

[225] 差額説は、損害や因果関係及び損害の金銭的評価を一度に行なうことから、現実的損害説とは区分しなければならないと説明されるが(例えば、仮定的総財産額と現実の総財産額の差をもって損害とする総体差額説(金額比較説)によれば、損害概念の中に金銭の評価が入り込んでくることになる。)、差額説の場合も、仮定的な事実状態と現実の事実状態の差をもって損害とする場合には、損害が事実レベルで捉えられ、従って、損害概念から切離された金銭評価の手続が残る(事実状態比較説)ことから、具体的･現実的損害説とそれほど異ならないと説明する考え方として、潮見佳男･前掲論文･５頁。

[226] 北川善太郎･潮見佳男(奥田昌道編集)『注釈民法(10)Ⅱ』有斐閣(2011年12月25日)279頁。

[227] 福岡地判平成４年５月29日判時1449号120頁。内田貴･前掲書･384頁は、交通事故による後遺症の

には、独占禁止法の違反行為による不法行為について、差額説に基づいて損害を把握するのを批判し、具体的·現実的損害説に即して損害を把握することを主張する考え方も見られる[228]。例えば、差額説に基づいて判断がなされた石油カルテル事件に関する鶴岡灯油訴訟の最高裁判所判決を批判しながら、本件のような消費者被害が問題となった事案の場合には、損害を具体的·現実的損害説によって捉えることで、消費者が被った損害を「不当な共同行為によって形成された価格で商品を購入せざるを得なかったこと自体」と考えるべきであると主張する。

(3)規範的損害論

規範的損害の概念は、実体化していない(財産的)不利益を客観的な規準(=法的判断)によって客観的·規範的に「損害」として把握しようとする考え方である。つまり、加害事実が発生する以前の状態と発生した後の状態との間には何ら変化が起きていないが、事態の進展を評価的に考察すれば財産的な損害があると考えるべき場合においては、損害の発生を認めることを主張する考え方である。侵害された権利や法益が有する客観的な価値を最小限の損害として捉えることは、権利の追求という法規範からすれば充分正当化することができよう[229]。

ドイツでこのような規範的損害概念が議論されるようになったのは、差額説を貫いた場合の問題点を解決するためであった。そのため、通常、規範的損害説において捉えられる損害とは、法律が保護すべき利益の侵害を意味するようになった[230]。

規範的損害論は、損害は、客観的な規準によって把握されるべきであり、その上で抽象的に

ため身体的機能の一部が喪失したことを損害と言えるかどうかについて判断された最高裁昭和56年12月22日民集35巻９号1350頁は、「かりに交通事故の被害者が事故に起因する後遺症のために身体的機能の一部を喪失したこと自体を損害と観念することができるとしても」と述べたうえで、損害事実説に基づく理解を示す判示を行ったと評価する。

[228] 淡路剛久「独禁法違反損害賠償訴訟における損害論」経済法学会年報３号(1982年)53頁は、独占禁止法違反行為によって被害者が被る損害とは、「独禁法違反行為によって形成された価格で商品を購入せざるを得なかったことそれ自体」と言う。これに対して、伊藤眞「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」ジュリスト963号(1990年９月)61頁注11では、独占禁止法違反行為の場合には、損害が純粋な財産的損害であること、また、財産的損害の場合には、立証の方法を別とすれば、差額説と、いわゆる現実的損害説との間に大きな差異はないと指摘する。

[229] 大橋弘「第５回損害額算定における経済学の活用」公正取引746号(2012年２月)57頁では、カルテルによって被害を受ける消費者は、①カルテルによって「想定価格」以上の支払いを余儀なくされた逸失利益のほかに、②カルテルが無ければ当該財·サービスを購入していた消費者が、カルテル行為のために購入を断念せざるをえなかったという点において逸失利益(これを死荷重という。)を侵害されたとするが、前者は具体的·現実的損害説に基づく損害であり、後者は規範的損害論に基づく損害と解し得るのではないかと思われる。

[230] イ·ソンヒ，前掲論文，95～96面．ドイツ連邦裁判所で問題となった事案では、例えば、職業のない主婦が負傷した場合において、家事を代行してくれる人を雇うために実際費用を支払っているかどうかを問わず、規範的損害概念に基づいて、負傷によって家事をすることができなくなったことに対する損害賠償請求を認めている。その他にも、自動車に対する抽象的使用可能性を剥奪された場合においても、規範的損害概念を用いて金銭による損害賠償請求を認めている(シン·ドンヒョン，前掲論文，36面)。

計算されなければならないと主張する。つまり、規範的損害論は、「物の価値」に着目して損害の概念を捉えるため損害は抽象的に算定され、その算定のための決定的な基準となるのは、保護法益の客観的な価値(実務上では市場価値)である。そして、抽象的な損害の計算は、仮に実損や具体的な損害が生じていない場合にも、客観的な価値=共通価値を最小の損害として認定することが求められるため、そのような客観的な価値を最小損害として賠償することを可能にする正当化根拠ないし規範を必要とする。その意味から、規範的損害論は客観的損害論とも呼ばれる[231]。

このように規範的損害説は、事実的損害として解される差額説の損害概念とは異なり、損害の確定時に規範的な評価がなされるということに特徴がある。周知の通り、損害を確定するにあたり一定の規範的評価を介在させるべきかどうかについては、差額説のうち総体的差額説(金額比較説)は、損害の確定や算定を区別せず、また損害を算定する時も裁判官の規範的な判断を排除する態度をとる[232]。ところが、これを批判する具体的･現実的損失説は、事実の認定に属する損害の確定と裁判官の裁量が認められるべき損害の金銭的評価を明確に区別して損害を観念する。それに対して規範的損害説は、損害の概念を事実的にのみ判断することに反対し、損害の概念自体には事実的な側面と規範的な側面が並存すると主張する[233]。さらに、規範的損害説は、損害の確定時の規範的な判断を損害の算定時にも用いることで、具体的･現実的損失説と対立する[234]。

---

[231] 北川善太郎ほか･前掲書･276頁によれば、これは、金銭に形を変えての本来的権利内容の貫徹という、権利追及機能あるいは権利保護機能であると言う。

[232] これについては、総体差額説の場合にも規範的評価が全く考慮されないわけではなく、損害概念に対し外在的で個別的な賠償額の算定原理である相当因果関係理論によって損害の相当性を評価する際に、規範的評価ないし政策的な考慮がなされるという考え方もある(潮見佳男･前掲論文･５頁)。

[233] 韓国で規範的判断に基づいて損害の概念が確定されたものとしては、奇形児検査をすることを妊婦が繰り返し要求したにも係わらず、産婦人科医師がそれを行なわなかったために、ダウン症候群の障碍を持ち生まれた子供が医師に対して請求した(実際は、その父母が代理して訴訟を遂行。)損害賠償事件がある。原告は、将来の治療費や養育費相当の損害の一部を損害として請求したが、大法院は次のように判断し原告の請求を認めなかった。つまり、「人間の生命の尊厳性やその価値の無限さ(韓国憲法10条)に照らせば、何人の人間または人間になろうとする存在が、他人に対し自己の出生を防いでくれるよう要求する権利を有すると解することはできない。従って、障碍を持って生まれたこと自体をもって、人口妊娠中絶によって生まれなかったことに比べて法律的に損害であると断定することができない上、それによって治療費等の多くの費用が障碍のない人に比べて必要になるとしても、その障碍自体が医師や他の誰かの過失によるものではない限り、それを以って先天的に障碍を持って生まれた子供が請求できる損害ということはできない。」と判断することで、損害を規範的に捉えている(大法院1999年６月11日宣告98ダ22857判決)。このような「wrongful birth」または「wrongful life」と呼ばれるいわゆる「望まれない子による損害」については、欧米諸国でも既に議論されており、ドイツでは、韓国の大法院とは異なる判断をしている。つまり、上記の事案に似たような事件において、ドイツの裁判所は、障碍を持つ子供を出産した親に対し、扶養損害相当の財産的損害を認めている(その詳細は、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(２)―ドイツにおける判例の検討を中心に―」立命館法学251号(1997年)151頁以下を参照)。

[234] 水野謙「損害論の現在―権利侵害ないし法益侵害との関係に注目して」ジュリスト1253号(2003年

このように、損害の確定と算定において規範的な判断を介入させる規範的損害説は、例えば人身損害において差額が存在しない場合でも、労働能力の喪失があればそれを以って規範的な損害は存在すると捉えることで損害の賠償を認める。その際、加害者は、被害者の原状回復のために「健康で文化的な最低限度の生活」を営むのに必要である充分な金額を支払わなければならないと主張する。

ところが、この規範的損害論については、日本や韓国が採用する実損賠償主義、つまり賠償の対象となる損害は当事者にとって実際に惹起された損失を上回ってもまた下回ってもならないという不当利得禁止原則に反する上、個別の事件において被害者が被る損失とは無関係な損害を客観的･抽象的に算定するということ自体に問題があるとの批判がある。

そこで、ドイツの連邦最高裁判所では、原則として差額説に即しつつ、規範的な損害概念を補充的に取り入れて判断しているとされる[235]。例えば、裁判官は、何が損害であるかについては自然的な観点から決定するが、その損害が法秩序によって賠償するに値するかどうかについては、規範的な観点に基づいて判断を行なうという[236]。韓国でも、現在は、純粋な規範的損害説を主張する考え方は存在せず、差額説の中心的な役割を認めながら一定の範囲内において規範的損害概念を取り入れて判断しているようである[237]。

3)判例の立場

(1)日本

日本の判例は、基本的に差額説を採用している。金銭賠償主義を原則とする日本では、財産的損害の場合には差額説に基づくしかないとも説明される[238]。実際、独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求訴訟においても差額説が判断の基準となっており、例えば、松下電器ヤミ再販事件[239]についての判断において東京高裁は、「ナショナル製品を小売店から購入した一般消費者が、被告の右違反行為によつて損害を被つたとするためには、その損害は、購入価格の全額についてではなく、その価格のうち被告の違反行為によって不当に高く維持された部分について

10月１日)192頁。

235 チ･ウォンリム，“民法講義”，弘文社，2010年１月20日，1072面.

236 その意味で、規範的損害概念は裁判官にとって相当の裁量が認められる「開かれた」概念であるとも言えよう。

237 チ･ウォンリム，前掲書，1060面.

238 若林三奈･前掲「法的概念としての『損害』の意義(1)」･673頁。

239 東京高判昭和52年９月19日判時863号20頁。本件は、当時カラーテレビ受像機市場において業界１位の占有率を誇っていた「松下電器」が、「ナショナル製品」の販売価格を維持するために代理店とその取引先である販売業者との取引を拘束する条件で取引をしたことが、「不公正な取引方法」のうち旧一般指定８項に該当するとし公正取引委員会が勧告審決を下したことに対して、松下電気の系列小売店からカラーテレビを購入した一般消費者８人が、被告の再販売価格維持行為によって適正価格よりも高い価格で購入したと主張し、独占禁止法25条に基づく訴訟を提起した事件である。

生ずる」とした上で、「不公正な取引方法によって商品の小売価格が不当に高額に維持された場合に、その維持された価格でその商品を買受けた消費者は、不公正な取引方法が用いられなければ自由かつ公正な競争によって形成されたであろう適正価格との差額につき損害を被った」として、差額説に基づいて判断した。

また、1960年代の後半、中東戦争によって引き起こされた「オイルショック」期において、日本の「石油連盟」に加盟していた石油元売業者が価格協定によって石油製品価格の引上げを企てたことに対し、首都圏在住の一般消費者98名が提起した独占禁止法25条訴訟(いわゆる東京灯油訴訟事件)においても、裁判所は、「損害」について、「違法な価格協定により協定の対象商品の購入者が蒙る損害は、協定のため余儀なくされた余計な支出であり、それは購入者が購入に際し支払った代金額とその当時における当該商品のあるべき価格との差額(すなわち現実購入価格と想定価格との差額[240])」と判断し、差額説に基づく旨を明らかにした。

その他、同じ石油元売業者による価格協定行為に対して、山形県鶴岡生協で灯油を購入した1654名の消費者が提起したいわゆる「鶴岡灯油訴訟事件」[241]においても、最高裁判所は、「元売業者の違法な価格協定の実施により商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた支出分」と判断し、損害を現実の小売価格と想定小売価格との差額であると理解しており[242]、事業者等の入札談合行為が問題となった事案においても、「談合による損害は、談合に基づく現実の落札価格と談合がなかったならば適切な競争入札の下で落札されたであろう価格(想定落札価格)との差額」であると判断している[243]。

このように、日本の裁判所が差額説に基づいて独占禁止法違反行為による損害を判断する態度に対しては、特に鶴岡灯油事件に関する最高裁の判断について、独占禁止法の保護法益である「公正な競争によって形成された商品を購入できる利益」が侵害されたことによる不利益の差を以って損害と捉えるべきであったと批判する考え方[244]がある。この考え方によれば、本件において消費者が被る損害は、独占禁止法に違反する行為で形成された価格によって商品を購入しなければならなかったこと自体であると主張する。

(2)韓国

---

[240] このような差額は、違反行為がなかったならば得たであろう利益であり、通常、逸失利益と呼ばれる。

[241] 本事案において、原告は、独占禁止法25条訴訟ではなく民法709条訴訟を提起している。原告の数が多かったことから、「マンモス訴訟」或いは「消費者訴訟」とも呼ばれる(谷原修身・前掲『独占禁止法と民事的救済制度』・250頁)。

[242] 谷原修身・前掲『独占禁止法と民事的救済制度』・250頁。

[243] 伴義聖・吉野芳明「はんれい最前線　談合訴訟損害額の認定に新たな潮流」判例地方自治347号(2011年11月)12頁。

[244] 淡路剛久・前掲「独禁法違反損害賠償訴訟における損害論」・49～52頁。

一方で、韓国の大法院は、原則として一般不法行為による損害賠償につき、「不法行為による財産上の損害は、違法な加害行為によって発生した財産上の不利益、つまりその違法行為がなかったならば存在したであろう財産状態と、その違法行為が加えられた現在の財産状態との差を言うものであり、それは、既存の利益が喪失するという積極的な損害の形態と、将来得ることができたであろう利益を得ることができなくなったという消極的な損害の形態とに区分することができる。」として、差額説に基づいて判断している[245]。但し、身体の障害による逸失収入損害に関する一部の事例においては、「不法行為による逸失利益を被害者の労働能力の喪失率を認定·評価する方法によって算定する場合には、被害者が後遺症にもかかわらず従前と同じ職場で従前と同様の収入を得ているとしても、特別な事情がない限り、被害者が身体的な障碍によって何ら財産的損害を受けていないと言うことはできず、また被害者が事実審の弁論終結時まで従前の職場で従前と同じような報酬を受けていたとしても、それは事故と相当因果関係にある利益ではないので、加害者が賠償すべき損害額からその報酬額を控除すべきではない。」[246]として、規範的損害説によって判断したのもある[247]。

その他、損害の算定方法に関する事案においては、「不法行為による被害者の逸失利益は、事故当時、被害者が喪失した所得を規準にして算定することもできれば、喪失した労働能力の価値を規準にして評価することもできるのであり、このような逸失利益の算定は、当該事件に現出された具体的な事情に基づいて合理的でかつ客観性のある期待利益を算定することができ

---

[245] 大法院1992年６月23日宣告91ダ33070全員合意体判決.

[246] 大法院1993年７月27日宣告92ダ15031判決. 大法院1990年11月23日宣告90ダカ21022判決も同様に判断している。本件は、事故によって労働能力の32%を喪失した国家公務員の原告が被った損害について判断されたものである。大法院は、「他人の不法行為によって傷害を受け労働能力の一部を喪失した場合、被害者が被る逸失利益の算定方法については、これまで知られているのは、概ね２つの方法が対立している。つまり、逸失利益の本質を不法行為がなかったならば被害者が得ることのできたであろう所得の喪失と捉え、不法行為当時の所得と不法行為後の所得との差額によって算出する方法(所得喪失説又は差額説)と、逸失利益の本質を所得の創出の根拠となる労働能力の喪失自体と捉え、喪失した労働能力の価値を事故当時の所得や推定所得によって評価する方法(稼働能力喪失説または評価説)がそれである。これまでの判例(大法院1986年３月25日宣告85ダカ538判決;1987月３月10日宣告86ダカ331判決;1988年３月22日宣告87ダカ1580判決;1989年３月14日宣告86ダカ2731判決;1990年２月27日宣告88ダカ11220判決等)は、当該事件に現出した具体的な事情に基づいて合理的でかつ客観性のある期待利益額を算定することができればそれで足り、必ずしもいずれか一つの算定方法だけが妥当であるとは限らないと判断してきた。本事件に関してみると、事故の前後における現実的な所得の差額が弁論の全過程において明らかにされなかったため、差額説によっては逸失利益を算定することができない。そうすると、評価説によって算定することが合理的でかつ正義·衡平にも合致すると考える。但し、逸失利益の算定を被害者の稼働能力の喪失率の認定評価によって行なう場合、その稼動能力の喪失率を定めるにおいては、単に医学的な身体機能の障碍率のみによって判断してはならない。その算定には、被害者の年齢や教育の程度及び従前の職業の性質、職業におけるキャリア、スキルの熟練度、身体機能の障碍度、及び類似する業種または他業種への転職の可能性やその確率、その他社会的·経済的な条件等を全て参酌し経験則に従って得られる収益喪失率として認められる、裁判官の恣意を排除した合理的でかつ客観的なものでなければならない。」とし、規範的損害説に基づいて判断を行なった。

[247] チ·ウォンリム, 前掲書, 1060面.

ればそれで足りるのであり、特定のいずれか一つの方法だけが正当な算定方法であると見ることは相当ではない。」と判断して、現実損害説に基づく算定方法と規範的損害論の一種として捉えられる死傷損害説に基づく算定方法のうち、客観的で合理的に損害を算定することができる限り、いずれの方法に基づいて算定しても構わないとの立場を示した[248]。

独占禁止法の違反事件に関しては、2011年の末に判決が下された、精油会社５社による軍納油類入札談合行為に対し韓国政府が提起した損害賠償請求訴訟において、差額説に基づいて損害が判断された事例がある。その他、大法院の判例ではないが、事業者の共同行為によって被害を受けた消費者が提起した損害賠償請求訴訟において、大法院と同様、差額説に基づいて判断した高等裁判所の判例がある。下記において、その具体的な内容を紹介する。

〈精油会社５社による軍納油類入札談合行為に対する損害賠償請求事件〉

（大法院2011年７月28日宣告2010ダ18850判決）

ⅰ.当事者

原告は、韓国政府（国防部調達本部防衛事業庁）である。

被告は、入札によって軍納油類を韓国政府に供給した精油会社５社である。

ⅱ.事実関係

SK 株式会社、LG カルテクス株式会社（後に、GS カルテクス株式会社に社名を変更）、S-オイル株式会社、現代精油株式会社（後に、現代オイルバンク株式会社に社名を変更）、仁川精油株式会社（後に、SK 株式会社と合併し、SK 仁川精油株式会社に社名を変更）等５社は、1998年から2000年までの３年間行われた軍納油類入札について、流札随意契約27件を除く残り75件において、発注物量を一定の割合で入札物量を分け合あい落札することを約束した上で、油種別落札予定会社、落札単価、落札会社以外の会社が提示する価格等を事前に決め、それに従って国防部調達本部との間でおよそ7128億ウォンの軍用油類供給契約を締結することで「独占規制及び公正取引に関する法律」19条１項１号に定める不当な共同行為をしたとして、2000年10月17日、公正取引委員会により是正命令を含む法違反事実の公表命令[249]及び課徴金の納付命令が下された。課徴金は1998年、1999年、2000年の３年度別に算定され、このうち調査に協力した GS カルテクスや S-オイルに対しては237億6000万ウォン、調査に非協

[248] 大法院1994年４月14日宣告93ダ52372判決.

[249] 公正取引委員会による法違反事実の公表命令については、2002年１月31日、憲法裁判所により違憲決定が下されたため、現在は、是正命令を受けた事実を公表するよう命じている。憲法裁判所2002年１月31日宣告2001憲バ43決定は、独占禁止法の違反事実について裁判所で有罪判決が確定される前に、その法違反事実の公表を公正取引委員会が法違反行為者に対し命じることができる旨を定めた「独占禁止法及び公正取引に関する法律」27条は、無罪推定の原則や過剰禁止の原則に反し違憲であると判断した。

力的であった SK や現代オイルバンク及び SK 仁川精油に対しては475億2200万ウォンが一律に賦課された。

公正取引委員会の処分が下された後、2001年２月14日、韓国政府(国防部調達本部防衛事業庁)は、軍用油類の入札手続きにより上記精油会社と購買契約を締結することで、およそ1564億ウォンの損害が発生したとして、上記精油会社は連帯してその損害額を賠償することを求める旨の損害賠償請求訴訟(韓国民法750条)を提起した。

上記各会社と国防部が軍納油類の入札契約を締結した当時の状況については次の通りである。

①被告らは、旧石油事業法(2004年10月22日法律第7240号石油及び石油代替燃料事業法により改正される前の法律)４条で定めた石油精製業を営む会社として、国内精油市場において軍納油類を含む油類の100%を供給していた。

②精油産業は、原油を精製する際に沸点の高低によりガソリン、灯油、軽油、重油等がほぼ一定の割合で生産される連産品産業として、種類別の石油製品の生産量を需要に応じて臨時に調整することはできず、原油の精製過程において多種類の石油製品が一緒に生産されるという特徴がある。

③個別国内市場では、このような連産品の特性や季節的な要因等のため、油種別需給におき不均衡な現象が生じることは避け難く、そのような短期的な需給の不均衡を解消するためにシンガポール現物市場のような国際的完成品取引市場が形成されている。この市場では、市場の需給状況に応じて現物の取引価格が決定されることもあり、価格や取引量の変動が激しく、一回性の取引が中心となっている。本件において問題となった談合期間にはほぼ供給超過の状況にあったため、現物の取引価格は安く形成されていたという事情が見受けられる。

④精油会社は、高い固定費用と連産品生産という石油精製産業の特性から、可変費用さえ回収できれば損害があるとしても短期的にその生産を継続した方が有利であり、国内で消化できなかった特定の油種は、シンガポール現物市場で国内価格よりも安値で輸出できるという誘引要素がある。談合期間中被告らは、安い価格で完成品をシンガポール現物市場に輸出しており、それによって被る損失は国内油価に転嫁することで、内需市場で固定費用や変動費用及び投資修補費用等を反映させた原価を回収していた。

⑤油類購入価格は、為替レートや原油購入価格、入札規模や入札年度、入札主体、油種、入札条件、輸送方法、梱包の要否、価格条件、入札制限、入札方法等のような多くの要素によって影響を受けるが、国内の軍納油類市場は、油種、物量、規格、納品場所、輸送手段、梱包の要否、貯油施設確保の可否、供給に関する予測可能性、代金決済の条件、価格変動の条件、長期供給義務及び備蓄義務等においてシンガポール現物市場とは異なる。

⑥一方、国防部は、軍納油類契約を入札によって締結するに際して、油価に関する自由化措置が取られる前の1996年までは通商産業部の告示価格を、また1997年から1999年までは被告らが通商産業部または産業資源部に申告した工場渡し価格に基づいて予定価格を算定しており、2000年からは航空油についてはMOPS(Mean of Platt's Singapore Kerosene/シンガポール現物市場価格指標)価格、その他

の油種についてはやはりMOPS価格をその基準とする国内の大規模民間需要先の実際の取引価格に基づいて予定価格を算定していた。
⑦国防部は、1998年には、軍納油類価格を1年間固定させる年間固定価方式の契約を締結していたが、1999年には、当時適用されていた「国家を当事者とする契約に関する法律施行令」64条１項に従い、契約締結日から60日以上が経過し、さらに品目調整率が100分の５以上増減した場合には契約金額を調整するという内需価連動制方式によって契約を締結していた。さらに2000年には、航空油についてはMOPS価格を基準にして毎月その価格を調整するという国際価連動制方式によって、またその他の油種については内需価連動制方式によって契約を締結しており、以降2001年からは全油種についてMOPS価格を基準とする国際価連動制方式によって契約を締結している。
⑧第一審裁判所から鑑定の嘱託を受けたソウル大学経済研究所企業競争力研究センターが作成した「軍納油入札談合による民事訴訟においての損害額の鑑定のための計量経済分析:以前作成された鑑定報告書を補完したもの」(以下「補完鑑定の結果」という。)附録A2に示された基本模型によると、国防部の軍納油類は為替レートによって落札価格が８%程度影響を受けており、これは、国防部が2001年以降採用している国際価連動制と比べれば1998年の固定価格制は2.8%程度落札価を上昇させるのに対し、内需価連動制は9.9%程度落札価を上昇させ、さらに精油会社が通貨危機による為替危険に晒されていた1998年には、固定価格制との相互作用により10.9%程度落札価を上昇させていたと分析している。また、原告が提出した韓国租税研究院作成の「補完鑑定の結果に関する検討意見書」によれば、国際価連動制を基準にした場合、1998年の固定価格制は３%程度落札価を上昇させるのに対し、内需価連動制は10%程度落札価を上昇させ、精油会社が通貨危機による為替危険に晒されていた1998年には固定価格制との相互作用によって11%程度落札価を上昇させると分析している。

ⅲ. 第一審及び原審の判断

第一審のソウル中央地方裁判所2007.1.23.宣告2001ガ合10682判決では、被告精油会社は連帯して原告である韓国政府に対し約810億ウォンやそれに対する利息を支払うことを命ずる旨の原告一部勝訴判決を下した。

これに対し原審であるソウル高等裁判所2009年12月30日宣告2007ナ25157判決は、被告が1998年や1999年及び2000年の３年間軍納油類に係る入札に参加した際に、発注物量を一定の割合で入札物量を分け合い落札することに合意し、油種別の落札予定会社、落札単価、落札会社以外の会社が提示する価格等を事前に決めた上で入札に参加することで、原告との間におよそ75件、合計金額7128億4581万ウォン(1998年は約3203億358万2000ウォン、1999年はおよそ2001億3295万ウォン、2000年はおよそ1924億927万8000ウォン)相当の軍用油類購入契約を締結し、27件の合計金額54億9491万8091ウォンの流札随意契約を締結したことが認められ、従って被告には、このような違法な談合行為によって原告に生じた損害を賠償する責任があると判断した。

そして原審は、2001年から2009年まで(以下「非談合期間」という)の間のシンガポール現物市場の

取引価格に、政府会計基準により算定された運賃保険料、信用状開設手数料、通関料、国内運搬費用、貯油費用、品質管理費、添加剤価格、一般管理費、利潤、石油基金、関税等の付帯費用を加算した価格が、国内外の経済事情の変動にもかかわらず同期間における国防部の軍納油類の落札価と比べて「+3.72%ないし-5.61%」の範囲内にあることが明らかであり、さらにその正確度においても非常に高いことから、MOPS価格と政府会計基準による付帯費用を合算した価格を以って談合行為が行われた1998年から2000年まで(以下「談合期間」という)の間の仮想競争価格として考えることができるとした上で、談合期間の間被告らの談合行為によって原告が被るようになった損害額は、被告の実際の軍納油類落札価格ないし供給価格から、談合行為が行われた頃のMOPS価格や政府会計基準による付帯費用を合算し、それに加えて、原告にとって最も少ない損害額が算出され得る上記3.72%の偏差率による金額を加算した合計額を差し引いた金額が損害額であると判断した。この原審の判断を受けて、被告らが上告した。

ⅳ.大法院の判断(大法院2011年７月28日宣告2010ダ18850判決)

本事案において大法院は次のように判断して原審を破棄し、ソウル高等裁判所に事件を差し戻した。

ⅰ)損害の意味

違法な入札談合行為による損害とは、談合行為によって形成された落札価格と談合行為がなかったならば形成されたであろう価格(以下「仮想競争価格」という)の差額である。ここでいう仮想競争価格は、談合行為が発生した当該市場の他の価格の形成要因は維持させたまま、談合行為によって発生した価格上昇分のみを除外するという方法で算定することができる。違法な入札談合行為の前後において特定商品の価格形成に影響を及ぼす経済条件や市場構造、また取引条件及びその他経済的要因の変動がない場合には、談合行為が終了した後の取引価格を基準にしてその仮想競争価格を算定するのが合理的と言えるが、談合行為の終了後価格形成に影響を及ぼす要因が著しく変動している場合には、このように考えることはできない。その場合には、商品の価格形成上の特性、経済条件、市場構造、取引条件及びその他経済的要因の変動内容及び程度等を分析し、その変動要因が談合行為後の価格形成に及ぼした影響を取り除いた上で仮想の競争価格を算定しなければならず、また談合行為とは無関係の価格形成要因による価格変動分が損害の範囲に含まれないようにしなければならない。

ⅱ)仮想競争価格の判断基準

精油会社が数年に亘り軍納油類の入札に参加しながら、一定の割合で入札物量を分け合って落札を受けることに合意し、油種別落札予定会社、落札単価、落札会社以外の会社が示す価格等を事前に決めたうえで入札に参加し契約を締結することで国家に対し損害を生じさせた事案において、談合期間中国内における軍納油類市場は寡占市場となっており、完全競争市場に近いシンガポール現物市場に比べると、市場の構造や取引条件等の価格形成要因において両市場は異なることから同一･類似した

市場ということはできず、さらに政府会計基準に定められた付帯費用とは、このような両市場の価格形成要因の相違を特に勘案して軍納油類の価格を策定する時にその相違を補うために設けられたものでもないので、談合期間中のシンガポール現物市場の取引価格に政府会計基準による付帯費用を合算した価格を仮想の競争価格として断定することはできないと言わなければならないにもかかわらず、これを以って談合期間における仮想競争価格と捉え談合行為による損害額を算定した原審の判断には、違法な入札談合行為による損害額算定につき、法理解釈の誤りがあると言わざるを得ない。

ⅲ）損害の範囲についての証明責任

不法行為を原因とする損害賠償請求訴訟において、その損害の範囲についての証明責任は被害者側にあることに鑑みれば、談合行為の前後において特定商品の価格形成に影響を及ぼす要因が変動することなく維持されたか否かが争われる事案においては、それについての証明責任は、談合行為終了後の価格を基準にして談合行為が行われた当時の仮想競争価格を算定すべき旨を主張する被害者が負わなければならない。

ⅳ）年間固定価方式による契約締結行為と損害発生間の因果関係

当初、国防部は、内需価連動方式に従い軍用油類の入札を行なっていたが、精油会社の談合により何回にも亘り流札されたため、会社側の要求に従い年間固定価方式による油類購買契約を締結するようになった。そのため、その以降の為替レート及び国内における油価が下落した場合にも購買価格を減額調整することができなかった。その結果、韓国政府が損害を被るようになったとされる本事案において、国防部が年間固定価方式を採用したのは精油会社の談合により入札が何回も流札したことが一つの原因になったことは認められるが、当初の入札時においては、談合行為のみによって年間固定価方式が契約条件として直ちに編入されるという効果が生じたとは言い難く、入札を実施した国防部において内部検討や決定手続きが行われていたこと、当時国防部は年間固定価方式を採用する代わりに月ごとに分割入札を実施する等の代案も考えられたにもかかわらず、年間固定価方式によって当初の入札よりも予想価格を引き下げて入札を行えば、油類の早期購入が可能になり、その上予算をも節減することができると判断し、為替レートの下落の程度や時期を考えるとしても受容できるとの判断の下で年間固定価方式を採用したこと、このような年間固定価方式による契約の締結によって国防部が損害を被るようになった原因は、当初予想していた以上に為替レートが急落し、それに伴い国内の油価も急落したという外部事情があったこと等に鑑みれば、精油会社が当初談合し入札を流札させた行為と、国防部が年間固定価方式による契約を締結した行為、または当初国防部の予想とは異なって為替レート及び国内の油価の下落が発生したにもかかわらず年間固定価方式を採用していたために油類購買価格の全額を内需価連動方式によって減額調整することができなくなったことで国家が被るようになった損害との間には、相当因果関係が存在しない。

Ⅴ)課徴金が損益相殺の対象となるかどうか

入札談合による不当な共同行為に対して「独占規制及び公正取引に関する法律」によって賦課される課徴金は、談合行為の抑止という行政目的を実現するための制裁的な性格と、不法な経済的利益を剥奪するという性格を一緒に有しており、被害者に対する損害填補をその目的とする不法行為に基づく損害賠償責任とはその性格を異にすることから、国が入札談合によって不法行為の被害者となった場合は、加害者に対し入札談合による不当な共同行為をしたとして課徴金を賦課し、それを加害者が国に納付したという事情があるとしても、それを以って損益相殺の対象となる利益を取得したと見ることはできない。

上記の事案は、独占禁止法の違反行為による損害を算定するに当たり、その損害額を立証するために経済学的手法[250]が積極的に用いられたほか、原告と被告がそれぞれ用いた経済学的手法に対して両当事者が激しく争った事件として知られている。特に、本判決は、損害額の算定に係る多くの法的争点について、韓国の大法院が初めてその詳細な判断を行ったことにおいても注目された。

先にも述べたように、韓国の大法院は、独占禁止法の違反行為による損害額を算定するに当たり、差額説に基づいて判断(談合行為によって形成された落札価格と、その談合行為がなかったならば形成されたであろう仮想競争価格との差額)したほか、仮想競争価格については、被害者にその立証責任があるとした。特に、仮想競争価格の立証については、その法的判断のために関連分野の専門家による経済学または統計学的な分析が積極的に活用されたが、本事件のように、被害者が国または資力のある当事者である場合には、ある程度その人的･物的能力を用いて仮想競争価格を立証することが可能かも知れないが、被害者が一般消費者である場合には複雑な市場の競争価格を立証することは到底可能ではない[251]。この点は、損害賠償訴訟を提起しようとする一般消費者にとっては大きな壁となりかねない。

〈学生服談合事件〉

(ソウル高等裁判所2007年６月27日宣告2005ダ09365判決)

---

[250] 独占禁止法の違反行為が存在しなかったならば形成されたであろう仮想の競争価格を推定する方法としては、前後理論(Before and After Theory)、物差理論(Yardstick Theory)、市場占拠率理論(Market Share Theory)、回帰分析(Regression Estimate, Regression Analysis)等がある。詳しくは、下記189頁及び薮口康夫「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の証明」民訴雑誌48号(2002年)222～223頁を参照。本事案においては、第一審は、重回帰分析(Multiple Regression Analysis)による二重差分法(Difference in Difference)を用いて損害額を算定したのに対し、原審は物差理論によって損害額を算定している。しかし大法院は、このような原審の算定方法は誤りであるとして、ソウル高等裁判所に事件を差戻した。

[251] 伊藤眞･前掲･59頁、薮口康夫･前掲「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の証明」･221頁。

ⅰ.当事者

原告は、1999年から2001年の春まで、中･高校に通っていた学生らの父母、及びその期間中に中･高校に在学していた者である[252]。

被告は、学生服を製造･販売する会社(チェイル毛職株式会社、SKネットワークス株式会社、株式会社セハン)である。

ⅱ.事実関係

ⅰ)国内の学生服市場の現状及び特徴

1982年頃、全国中･高等学校の学生に対する学生服義務着用制度は廃止された。しかし、1987年頃になり同制度が復活され、それ以来2000年末に至るまで、およそ95%に上る学校が素材やデザインの異なる学生服の着用を学生に義務付けており、2000年を基準に、中･高等学校新入生の125万人、その転校生及び学生服を再購入する在学生およそ25万人を含めると、学生服の需要は冬･夏においてそれぞれ約150万着に及んでいる。また、それによる学生服の市場の規模は、年間の消費者価格を基準にすればおよそ3000億ウォンにまで上ると推定される。

学生服マーケットは、概ね、被告らが製作するブランド製品と一般中小企業が生産する製品とに二元化されるが、近年の学生らはブランド服を好むという傾向が強くなり、被告らの市場占有率は年々増加を続け、2000年における販売量及び消費者価格を基準にすれば、もはやその占有率は50%を上回っている。

被告チェイル毛織やSKネットワークスは、下請け会社を通して学生服を製造した後、首都圏では代理店を経由して販売を行ない、その他の地域では、まず当該地域の総合販売店に学生服を販売すると、その総合販売店は代理店に、またその代理店は最終の消費者に販売するという仕組みで学生服を販売している。さらに、被告セハンは、総合販売店を経由せず直接代理店と取引をしている。これに対し、中小企業の場合は、その殆どが自ら製造した学生服を直接消費者に販売しているという状況である。

学生服は、学生が必ず買わなければならない必須品として、素材やセット商品(ベスト等の)及びデザイン等によって学校ごとに異なっており、そのため他地域での販売が困難であることから販売地域はそれぞれ分割されるいる。それによって、完全競争の状態に近い一般のファッション衣類とは異なって学生服市場は地域別寡占状態にあり、地域別カルテルの結成が容易であるという特徴が見受けられる。また、売上げが年に２回(冬用、夏用)に分けられるなど一定の期間に集中しており、さらにそれは約一ヶ月間程度の短期間に発生することから、製造または流通業者がカルテルを結成した場合には、カルテルの実行を監視する費用がそれほどかからないという特徴がある。

学生服の高額化による経済的負担に対し消費者の不満が高まる中、1998年10月頃からは大邱所在のトウォン中学校を中心に学生服の共同購入(PTA等が中心となって、共同で購入する意向のある学生を

[252] 本件においては、延べ3525人の原告が訴訟を提起し勝訴した。原告の数においては歴代最多と知られている(ニュシス2012年６月４日記事。http://www.newsis.com)。

対象に、学生服の製造会社を指定し団体で購入したり公開入札を通して購入するという方法が採られた。2000年に共同購入によって支払われた金額は、被告の販売価格の半分程度に止まっていた。)が始まった。それにより、2000年の夏用の学生服は30校以上の学校が、また2001年の冬用の学生服は100校以上の学校が共同購入をするようになった。

ⅱ)全国学生服発展協議会及び地域別協議会等の結成

被告らは1998年9月頃以降、学生服の消費者価格を一定の水準に維持させるとともに、購入者への謝礼品や販促物の提供によって激化される競争を自制するためには、被告らと総合販売店･代理店(以下「総合販売店等」という。)との間に協議機構を設ける必要があると認識を共にし、被告らの営業チーム長および総合販売店等の代表らおよそ20人は、1998年11月13日や1998年11月17日、大田にあるシャトホテルに集まり、被告らの総合販売店等から成る地域別協議会及び全国単位の地域代表団を組織した。そして、価格のダンピングや謝礼品･販促物の提供等を自制することに合意した。

被告らの営業チーム長や総合販売店等の代表20人は、1998年11月24日、大田シャトホテルで被告らの製品を販売する総合販売店等が構成員となる「全国学生服発展協議会」(以下「中央協議会」という。)を設立し、定款等を制定するほか、被告SKネットワークスの総合販売店を経営するソン〇〇を会長として選任するなど、役員８人を選任した。

被告らと中央協議会は、別途に定款を定めた大邱･慶北学生服発展協議会及び蔚山学生服協議会を除き、1998年11月頃以降全国に60余りの地域別協議会を構成し、業務連絡等によって連携して活動していた。

ⅲ)学生服の消費者価格を共同で決定･維持･変更した行為

被告らの営業チーム長は、1998年12月４日、中央協議会及び地域別協議会の活動を本社レベルで支援することを決め、①地域協議会で決定した内容に違反したり中央協議会による調整事項に従うことを拒む代理店に対しては制裁することや、制裁の内容については協議会へ通報(1回目の違反については警告後罰金、二回目の違反については代理店契約を解除)すること、②誇大広告、販促、過当競争、代理店間の紛争等が発生した場合には、積極的に介入し解決すること、③被告らの営業チーム長は中央協議会の会議に積極的に参加すること、等に合意しその旨の確約書を共同名義で作成した。

被告らは上記の協議を行なった後、1998年12月17日から2000年11月13日まで、被告らの地域別協議会が作成した指示事項の記載内容に従い、会合またはＥメール等を通して総合販売店等に学生服の販売価格を地域別協議会で共同合意し決定するよう指示又は督励した。また、地域別販売価格の合意内容や合意に対する違反事例についても、その報告を受けていた。

さらに、被告らは、1999年や2000年の冬用と夏用の学生服、そして2001年には冬用の学生服を販売する直前、価格等を協議するために営業チーム長(チーム長が参加できない場合は、課長または社員が代理権の委任を受けて参加していたにもかかわらず、会議録等にはチーム長が参加したかのように

嘘の記載をしていた。)又は中央協議会の役員が参加する会合を数回開催し、地域別協議会の進行状況を点検するとともに、地域別協議会の合意事項に違反した代理店に対する制裁方法についても意見交換がなされた。また、地域別の特性に従い学生服の価格を一定の水準に維持することにも合意していた。

被告らは代理店に対し、1999年以前から、地域別協議会で学生服の販売価格を協議し決定するよう指示しており、被告SKネットワークスは、総合販売店等に対して総合販売価格を通知している。また被告セハンは、出庫価格や消費者価格を通知しており、被告チェイル毛織は、出庫価格･総合販売価格･消費者価格を含む価格を通知している。さらに、代理店別の販売マージン率を定める約定を締結する等、価格に係る合意の基準となる再販売基準価格を指定するほか、上記の指示･督励及び点検活動を行なうことで、被告らの製品を地域別に再販売する代理店に対し学生服の消費者価格を共同で決定し販売するよう強制した。

ⅳ)共同購入の妨害行為

1998年10月頃、大邱にあるトウォン中学校に通う学生の父母らは、入札を通して学生服を安い価格で共同購入をしていた。それを受け、被告らは、中央協議会と一緒に共同購入の拡散を防ぐための共同対策を講じる必要があると認識した上で、中央協議会及び地域別協議会を通して共同購入を組織的に妨害することを決め、1999年1月26日頃から６回に亘り中央協議会の役員と会合を開き、地域別協議会等で共同購入への対応に係る協議をするなどして、共同購入に対処することを約束した。

以降、被告らは、1999年３月頃から総合販売店等に対し地域ごとに連合し共同購入を阻止するよう指示･督励し、総合販売店等と頻繁に業務連絡を行なうほか、Ｅメール等により共同購入に対する各地域別の阻止活動の進行状況等を把握した後、代理店に共同購入を阻止できる低価販売を許可する等の支援を行なった。被告らの地域別代理店は、このような被告らと中央協議会の指示･督励を受けて、共同購入の動きを積極的に妨害･阻止し、その結果、実際一部の地域の購入者は、共同購入を諦めている。

Ⅴ)行政処分に対する行政訴訟と刑事事件の経過

公正取引委員会は2001年５月31日、被告らが共同で中央協議会の役員と会合し、被告らの学生服を再販売する総合販売店等に対して学生服の販売価格を決定･維持させる等の合意をしたことは、「独占規制法及び公正取引に関する法律」19条１項１号で定める「価格を決定･維持または変更する行為」に該当し、また入札による学生服の共同購入を阻止し中小企業の入札参加を妨害する目的で共同で行った対応行為は、同法19条１項８号に定める「他の事業者の事業活動を妨害または制限する行為」に該当するとして、同法21条や22条を適用し是正措置及び課徴金を命じる処分を下した。

被告らはこのような公正取引委員会の処分に不服し、ソウル高等裁判所にそれぞれ行政訴訟を提起したが、いずれも棄却判決が言い渡された。その後、上告審においても被告らの主張は全て棄却され

た。

ⅲ.裁判所の判断

本件について、第一審のソウル中央地方裁判所2005年６月17日宣告2002ガ合590判決は、被告らは学生服の価格を談合し他の中小企業の入札参加を妨害した他、保護者による共同購入を阻止する等の不法行為を行なったことによって原告に生じた損害を賠償しなければならないと判断した。そこで被告が控訴した。

控訴審であるソウル高等裁判所2007年６月27日宣告2005ダ109365判決は、次のように判断し被告らに対して原告が被った損害を賠償することを命じた。

ⅰ)損害賠償責任の発生

被告らは、営業チーム長による会合又は被告らと中央協議会の役員及び地域別協議会の代表等が参加する会合を開催し、代理店に対して学生服の販売価格を地域別協議会で決定するよう指示し、または一定の水準や範囲内で価格を決定･維持するよう指示することに合意している。さらに、それらに違反した場合の制裁についても合意しているほか、業務連絡等によって合意の内容や違反の存否等を把握するなど遵守の状況を点検し、具体的な学生服の消費者価格等を通知することで総合販売店等に価格決定の基準を提供し、学生服の販売価格を共同で決定･維持又は変更している。

さらに、被告らは、保護者が入札によって学生服を共同購入しようとする動きに共同で対応することを決め、数回に亘り会合を開くなどして共同購入の全国的な拡散を阻止し、他の学生服の製造･流通会社の入札参加を妨害することにも合意している。その上、入札の阻止や共同購入の拡散を防止するために、地域別協議会や総合販売店等が他の一般業者とデモ行為をする等して威嚇をしたり、事前合意の下入札を遅延･中断させる目的で入札に参加している。そうすると、これらの行為は、政府や学校等の共同購入に係る政策決定に対し、正当な反対意見や代案を提示するというレベルを超えて、積極的にそれを妨害する共同行為に該当すると判断することができる。

従って、被告らは、前述の通り、学生服の消費者価格を決定･維持または変更し、さらに保護者の共同購入を妨害することによって、「独占規制及び公正取引に関する法律」19条１項１号及び８号に定める不当な共同行為禁止規定に違反する不法行為をし、被告らのこのよう不法行為により、原告らは、公正な競争の状態であったならば形成されていたであろう適正価格を超える価格で被告らの製品を購入せざるを得なかった損害を蒙ったということができる。従って、被告らのこのような行為は共同不法行為に該当するというべく、被告らには、民法750条及び760条に定める共同不法行為の法理に従い、連帯して原告が被った損害を賠償すべき責任があると言わなければならない。

ⅱ)損害賠償の範囲

不法行為によって被る財産的損害は、原告らが被告らの学生服を購入した際に実際支払った金額と、

被告らの上記のような行為がなかったならば公正な競争の状態で需要･供給の原則に従って形成されていたであろう適正価格との差額であると見ることができる。しかし、被告らの不法行為がなされていた期間における国内の学生服の市場の状況や特徴及びその規模、そして、学生服の直接販売者の多くは、百貨店･大型割引店･総合販売店等によって成り立っているという複雑な流通構造から考えると、販売店の特性によりそのマージン率に大きな差が生じる場合があること、また、地域別物流費用に照らし製造社別･地域別･販売店別の適正の原価を算定することが非常に困難であること等に鑑みれば、その適正価格は、原告が実際支払った購入価格の総額を基準にして他の多くの事情を考慮して判断することが相当である。

さらに、被告らの売上高･製造原価及びマージン率、被告らの間柄及び被告らと総合販売店等の結束の程度、学生服を共同購入することによって形成された価格と一般の中小企業製品の販売価格、近年学生たちがブランド服を好むという傾向にあることやそれによるブランド価値の上昇等等、本事件の弁論において明らかになった諸事情を考えれば、本件において公正な競争状態であれば形成されていたであろう適正価格とは、原告が実際支払った購入価格総額の85%[253]程度であると考えることができ、… 結局被告らの上記のような不法行為によって原告が被るようになった財産的損害は、購入価格総額から上記の適正価格を控除した金額であると言うべきである。

本事案においては、間接購入者である消費者が独占禁止法56条に基づく損害賠償請求を提起するのではなく、民法上の不法行為責任に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した。そして、裁判所は、裁判に現われた諸事情を参酌し、損害額の算定のための一定の基準(仮想競争価格)を示していることに注目に値する。

本事案で、裁判所は、消費者が事業者の談合によって被る損害額とは、「原告らが被告らの学生服を購入した際に実際支払った金額と、被告らの違反反為がなかったならば公正な競争の状態で需要･供給の原則に従い形成されていたであろう適正価格との差額」であると判断することで、上記軍納油類談合事件と同様差額説に基づいて損害を判断している。又、想定競争価格については、「被告らの売上高･製造原価及びマージン率、被告らの間柄及び被告らと総合販売店等の結束の程度、学生服を共同購入することによって形成された価格と一般の中小企業製品の販売価格、近年学生たちがブランド服を好むという傾向があることやそれによるブランド価値の上昇等のような、本事件の弁論において現れた諸事情を考えれば、本件において公正な競争の状態であれば形成されていたであろう適正価格とは、原告が実際支払った購入価格総額の85%程度」であると判断することで、想定競争価格の判断に諸事情を斟酌している。

本事案のように、多数の消費者が少額の被害を賠償してもらうために訴訟を提起する場合に

[253] このように、控訴審では、想定競争価格を原告の購入価格総額の80%とした第一審の判断よりも上回る85%程度を認めているが、その基準を引き上げた理由については示されていない。

は、経済学的な分析による関連証拠を提出することは決して容易ではない。その点から、本件のように、裁判所が積極的に創造的な立場から損害額を算定する一定の基準を示し[254]、裁量によって購入価格総額の85%の水準で想定競争価格を認めたことは一応妥当と考える。これは、想定競争価格が正確に測定できない場合であっても、原告の賠償を受ける権利が侵害されてはならないことを考えれば、非常に是認することができる。但し、損害の判断について裁判所の創造的な役割に過渡に頼ってしまうと、場合によっては、それが恣意的な判断に基づいて算出されることも充分あり得る。そうならないためにも、損害額の算出に関しては、ある程度の予測可能な判断基準が示される必要があると考える。

第２節　独占禁止法違反行為による損害と因果関係

１.概説

前節でみたように、独占禁止法の違反行為による損害を差額説に基づいて算定する場合、購入者(消費者)が被る損害とは、例えば、それが事業者のカルテルによって価格が引き上げられた場合には、カルテルが行われた期間中の購入価格からカルテルがなかったならば存在したであろう購入価格(想定購入価格)を差し引いた金額に、カルテル期間中の購入量を乗じて得た金額、つまり超過支払額が損害となる[255]。又、事業者の違反行為が排除行為であった場合には、通常、排除行為がなかったならば存在したであろう利益から、現在存在する利益を差し引いた額が損害となり、メーカーが卸売業者に対し商品の再販売価格を維持させ、それによって商品の小売価格が不当に維持された場合であれば、不公正な取引方法がなかったならば自由で公正な競争によって形成されたであろう適正価格から再販売価格を差し引いた差額が損害となる。その他、事業者の不当廉売によって競争事業者が被害を受けた場合であれば、不当廉売が存在しなかったならば得られたであろう収入と、不当廉売が行われたために減少した実収入との差額が逸失利益としての損害となる。

このように、損害が発生し被害者に損害賠償請求権が認められるためには、賠償義務者の行為が加害行為の結果に対する原因でなければならない。つまり、両者の間には因果関係が存在することを要する。そもそも因果関係とは、「先行事実がなかったならば、後行事実もなかったであろうこと」を意味する論理学上の思考として、無限に拡大され得る自然的または事実的な概念と言うことができよう。そして、このような事実的因果関係は、法違反行為者の違法行

---

[254] これを裁判所の創造的役割若しくは創造的機能と言う(伊藤眞･前掲「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」･59頁、ホン･デシキ，‘カルテルによる損害額の算定:理論と実際’，比較私法第14巻第３号，韓国比較私法学会，2007年，1125面)。

[255] 以下、宗田貴行･前掲書･363頁以下を参照。

為と被害者に生じた損害とを繋いでくれる事実の連鎖[256]でもある。当初このように考えられていた事実的因果関係は、後で、法律的な判断が加えられることで損害賠償責任の成立とその賠償範囲とに画されるようになるが、この法律的な判断が加えられた因果関係をまた法律的な因果関係と呼ぶ。結局、法律的な因果関係は事実的な因果関係をその前提にしていると言える。

ところで、因果関係についての議論がドイツやヨーロッパで始めて議論された時には、契約法上の債務者の債務不履行によって債権者が損害を被った場合においての債務者の責任を限定させるための制限原理であった。つまり、債務不履行した債務者に、原因と結果の関係にある損害全てを賠償させることになれば、その賠償範囲は無限に拡大し債務者に過度な賠償義務を負わせる結果になるので、債務者の違反行為と因果関係がある損害のうち一定範囲内に債務者の賠償義務を限定するという意図が含まれていたわけである。このことから、当時の因果関係論の一次的な関心も、因果関係を法律的な観点から限界付けることであった。ところが、このような因果関係論は、現在に至っては、むしろ賠償の範囲を決定する理論としての意義が強くなっていると言わなければならない[257]。

そこで、下記においては、侵害行為によって損害を生じさせた加害者に賠償責任を帰属させるという意味としての法律的な因果関係について、諸学説の主張や批判を簡略に見てみることにしたい。

２.学説

１)条件説

一つの事態がもう一つのある事態を必然的に招いたとすれば、自然科学的にその二つの事態の間には因果関係が存在すると言うことができる。条件説または同等説は、このような因果関係の概念によるものである。条件説は、全ての「conditio sine qua non(あれなければこれなし=必然的条件)」を原因として把握する[258]。つまり、結果の発生に寄与した全ての条件を原因として同等に扱うものである。

このように、条件説によれば、自然法則上の因果関係が認められる損害全てを加害者が賠償しなければならないと主張する。そのため、条件説の因果概念によれば、因果関係の連鎖は無限に広がるとの問題が生じる。

２)相当因果関係説

---

[256] 伊藤眞·前掲「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」·56頁。

[257] イ·ソンヒ，前掲論文，105面.

[258] 韓国の多数説は、因果関係の問題を損害の帰責問題と混同し相当因果関係説を採用するが、損害賠償の要件としての因果関係は、条件説的な意味で捉えても全く問題とならないとの考え方として、チ·ウォンリム，前掲書，1068面.

上記の条件説に従い、加害者が自己によって惹起された全ての損害を賠償しなければならなくなると、加害者の損害賠償義務は限りなく拡大されることになる。損害賠償範囲が無限に拡大されることは、損害分担の公平という見地から賠償の範囲を適切に限定しようとする損害賠償法の目的には甚だしく反する結果になる。そこで、原因と結果の関係にある全ての事実のうち、ある先行事実から一般に引き起こされると考えられる後行事実があった場合にのみ因果関係を認めようとする相当因果関係説が主張されるようになった。つまり、相当因果関係説は、法の目的に適う特殊な因果関係を把握する考え方と言うことができる。

相当因果関係説によれば、全ての条件が損害の原因になるわけではない。結果と適切な関連を持つ条件だけが損害の原因として認められる。これは、完全賠償主義を採用するドイツで、完全賠償主義を保持しつつ、連続する因果関係のうち相当性のある因果関係を以って法的に認められる因果関係とみることで、その範囲内の損害だけを加害者に賠償させるために開発された理論である。

さらに、ドイツの通説は、因果関係を損害賠償責任の成立と責任の範囲という二つの側面から捉えることで、責任発生的因果関係と責任充足的因果関係とに区別して把握する[259]。前者は、加害行為と法益の侵害との間の因果関係、つまり、加害者の行為と侵害の結果との間に責任法上の要件を備えた因果関係を意味する。そして、このような責任発生的因果関係は、不法行為の構成要件の段階(成立要件)において検討されることになるが、ここでは、通常、加害者の違法な「故意または過失ある」侵害行為と損害(１次損害)との間の因果関係が問題になる。従って、加害者の責任の成立は、条件関係があれば足りる。過責のある加害行為の直接の結果(１次損害)については、その加害行為を行った者がそれによる責任を負うのが過失責任主義原則から見て妥当だからである。

それに対して、後者は、故意･過失ある侵害行為によって発生した１次損害と、それによってさらに惹起された侵害(後続損害または拡大損害)との間の因果関係を意味する。後続損害自体と行為者の故意･過失の間には直接の関係がないので[260]、責任充足的因果関係に基づいて１次損害を基点に発生した後続損害のうち賠償責任を認めるべき範囲を確定するという作業が必要になる。従って、この責任充足的因果関係においては、法益の侵害と損害との間の因果関係、つまり、不法行為によって発生した損害がどの範囲において賠償されるべきかが問題となる。

このように、ドイツでは、損害の概念について差額説に立ちながらも、法益の侵害は責任成

---

[259] このような区分のやり方は、日本や韓国も同様である。但し、これは主に責任の範囲に関して機能してきたことに鑑みれば、責任の成立範囲を因果関係のレベルで限定するために登場したのが相当因果関係論と言える(曽根威彦「不法行為法における相当因果関係論の帰趨―刑法学の立場から―」早稲田法学84巻３号(2009年)115頁)。

[260] 故意･過失は、責任成立の因果関係においては責任原因の一部として要求されるが、損害賠償範囲としての因果関係においては要求されない。

立的因果関係において検討し、損害については責任帰属的因果関係において検討するという仕組みを採っている。

ところで、このような相当因果関係説については、次のような批判がなされている[261]。つまり、相当因果関係説は、因果関係によって連続する損害の中から具体的な判断基準となる相当性の基準を明確に見出すことができないというのがその一つである。また、損害賠償の範囲を決定するに当たり、加害者の行為態様を考慮せず因果関係のみによって判断するため、不法行為責任の原因と効果が断絶するという問題も指摘される。さらに、損害賠償の範囲について制限賠償主義を採用する日本や韓国のような法制においては、完全賠償主義を採用するドイツの理論をそのまま適用することには無理がある[262]ほか、複雑な経済活動の特性や大量生産･大量消費という言葉で象徴される現代においては、些細な落ち度が予想を超える範囲にまで損害を拡散させることが少なからず存在し、そのため、それらに対する危険の分散及び責任保険制度等による損害の客観化ないし定型化が試みられていることに鑑みれば、相当因果関係説は妥当ではないとの批判もなされている。

３）規範目的説

責任規範の目的やその背後に存在する義務を考慮することなく損害に対する賠償範囲を決定する相当因果関係説を批判し、規範目的説は、加害者が違反した行為規範の趣旨や目的に照らし合わせて、その規範が損害の発生を防止しようとする限度において賠償範囲を決めようとする考え方である。つまり、規範目的説は、賠償責任の要件を定めている規定が、どの範囲までの損害の賠償を求めているかを検討したうえで、賠償の範囲を判断することを主張する。

この説に対しては、絶対権の侵害のように、当該規範が損害賠償義務を行為に係らしめるのではなく結果に係らしめる場合には保護の目的を把握することができないこと、そして、損害の原因となった行為または事実によって後発的に発生した損害については、単に規範の目的のみによって賠償範囲を決めることはできないという批判がある[263]。さらに、損害賠償責任を判断するに当たり、その具体的な判断が裁判官の自由裁量に委ねられる場合には、法の不安定もしくは不確実性がもたらされる懸念があるため、規範目的説のみによって賠償範囲を決めることは妥当ではないという指摘がなされている。

４）危険性関連説

---

[261] パク･ウンギル，‘不法行為においての因果関係の役割’，法学研究19巻，韓国法学会，2005年，161面.

[262] 平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会(1971年)48頁以下。

[263] パク･ウンギル･前掲論文･163面.

損害を１次損害と後続損害とに類型化した上で、１次損害は責任設定的因果関係(条件関係)によって判断し、後続損害は１次損害との危険性の関連によって判断する考え方である[264]。

例えば、甲によって傷害を受けた乙が、病院に運ばれる途中丙の車に引かれて死亡した場合、甲は乙の死亡の結果に対する責任まで負担すべきかについて、危険性関連説は、危険性関連に基づいて判断することを主張する。危険性関連説によれば、１次損害については最初の加害行為と因果関係があると判断できるが、後続損害は、最初の加害行為によって直接引き起こされたものではなく１次損害によって後続的に発生したものであるから、両者は区別しなければならず、従って、その効果も異なってくると説明する。つまり、危険性関連説は、１次損害は不法行為の成立要件に関する問題であるが、後続損害は、既に成立した不法行為が及ぼした範囲に関わる問題であると解する。そのため、後続損害は、故意･過失によって限定することはできず別途の基準によって限界付けなければならない。そして、その時限界づけの基準となるのは危険性関連と言う。

ところが、この危険性関連説については、原因行為と条件関係にある多くの損害を１次損害と後続損害とに区別することは容易ではないこと、後続損害をさらに民法(日本民法416条、韓国民法393条)で定める通常損害と特別損害とに区分して考察することは、裁判官にとって概念上の混乱を生じさせるほか、過渡な負担をかけることになるとの批判がある。

５)事実的因果関係論

社会が複雑になればなるほど不法行為の類型も複雑かつ多様化していき、それによって加害行為と損害との間の因果関係を判断することがますます困難になっている。公害等が原因の環境侵害や製造物責任を始め、独占禁止法違反行為による損害の発生等もこれに該当しようが、このような新たな類型の不法行為においては、責任成立に必要な因果関係を判断するに当たり、規範的な価値判断を排除し事実的な観点のみによって因果関係を判断することを主張する考え方が現われた。これがいわば事実的因果関係論というものである。

事実的因果関係論は、賠償義務者の違法行為に係る行為としての事実と損害として評価される事実との関係を、「あれなければこれなし(conditio sine qua non)」という原因と結果の論理的な思考の過程によって事実的･自然科学的に判断することを主張する。そして、不法行為における因果関係の問題は、①損害賠償請求の相手方(被告)と賠償を求められている損害との間に因果関係が存するか否かという問題(事実的因果関係)、②事実的因果関係に立つ損害のうち、どの範囲の賠償が賠償請求権者(原告)に与えられるかという問題(保護範囲)、③保護範囲内に存すると判断された損害をどのようにして金銭に評価するかという問題(損害の金銭的評価)、

[264] 石田穣『損害賠償法の再構成』東大出版(1977年)49～50頁、前田達明『不法行為帰責論』創文社(1978年)222頁。

等に区別して論じなければならないとこの説は強調する[265]。

６）小括

上記で見たように、条件説は、行為と侵害との間に条件関係が存在することを、不法行為責任を行為者に帰せしめるための前提条件として捉える。しかし、両者の間に条件関係さえあればそれで足りると解する場合、帰責の範囲が無限に拡大するという問題が生じる。そこで、この問題を解決すべく、責任成立の範囲を因果関係のレベルで限定する相当因果関係が主張された。この相当因果関係説により、当該行為が侵害(結果)について法的に相当と思われる条件である場合にはじめて、権利の侵害と不法行為との間には「法的な因果関係」があると認められ、また損害賠償責任も認められるようになったことで、条件説によって拡張された責任範囲を限定することができた。

ここで、相当因果関係説で言う「相当」の意味が問題となるが、その判断基準については概ね三つの考え方が主張されている。まず、主観説は、行為当時において行為者が認識･予見した事情、もしくは認識･予見し得た事情に基づいて相当性を判断すべきと主張する。これに対して、客観説は、行為当時存在した全ての事情及び行為があった後に発生した認識･予見可能であった事情に基づいて相当性を判断すべきと言う。これは、主観説による場合行為者の認識の差によって因果関係に係る相当性の判断が異なってくることを批判して登場した主張である。その他、行為当時一般人が認識･予見できた事情と、行為者が特に認識･予見できた事情の両方に基づいて相当性を判断すべきと主張する折衷説がある。

要するに、条件説によって無限に拡大される因果関係の連鎖は、相当因果関係説によって一定範囲に画することは可能になった。しかしながら、因果関係を事実的な因果関係ではなく、法的な判断を経た因果関係(法的因果関係)として理解する相当因果関係説については、損害賠償請求に不可欠な前提である因果関係は、「発生した損害が誰の行為を『原因』として発生したか」という、過去に発生した事実の復元作業(発生した権利侵害の発生メカニズムを究明する作業)としての意味しか持てず、従って、裁判においては事実認定レベルで判断すればそれで充分であるのに、相当因果関係説は、それを法的な因果関係として捕らえるという誤りを犯しているという批判を事実的因果関係説から受けることになった。

事実的因果関係説によれば、損害賠償を認めるためには、まず事実レベルにおいての因果関係を前提にした上で、発生した結果を原因行為に帰せしめ行為者にそのような結果の発生に対

[265] 平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会(1976年６月20日)142頁。事実的因果関係論は、事実的因果関係の問題と法的政策の問題を明確に区別するのに貢献したとの考え方として、横井徹「不法行為法における損害の帰責基準について」中京大学大学院生法学研究論集(1990年３年19日)114頁。

する責任を問うことができるかどうか(帰責の正当化)を別途に判断し、その後、損害賠償請求の可否を判断しなければならないとする。この時、後者に関する判断は、行為規範の保護範囲または規範の保護目的に係る問題として捉えるべきと事実的因果関係説は主張するわけである。

ところが、このような事実の判断と法的な価値判断を別途に行なう事実的因果関係説に対しては、両者の判断主体が異なるアメリカのような訴訟構造においては適切かも知れないが、日本や韓国のように判断機関が分離されていない訴訟構造においては適切ではないとの批判がある。また、事実的因果関係説では、結果の帰属(帰責)の前提として事実的因果関係の有無を先に判断するが、場合によっては規範的評価(命令規範或いは禁止規範の違反の有無の判断)がなされてはじめて法的な意味においての行為として評価できる行為も存在するので、そのような場合には、行為が侵害の結果に対し法的な原因であるかどうかの判断をする必要があるという指摘がある。

以上のように、因果関係をどのように捉えるかについては様々な考え方が示されているが、各説にはそれぞれ納得できる点及び問題点が存在するため、一つの説だけが妥当であると言うことはできない。そうすると、これまで日本や韓国の通説や判例が採用してきた相当因果関係説に基づいて因果関係を理解するとしても特に問題はないと考える。

3.韓国と日本の状況

1)韓国の場合

(1)相当因果関係説

韓国の通説は、不法行為による損害賠償請求において、損害賠償責任の発生要件について、違法行為と損害との間の因果関係及びその損害賠償の範囲を相当因果関係説に基づいて説明する[266]。判例も、責任成立的因果関係の問題を賠償範囲に係る因果関係と区別することなく、いずれも相当因果関係説によって解決してきた[267]。

このような通説や判例の態度に対しては、因果関係を事実的因果関係と法律的因果関係とに区別した上で、後者をさらに、損害賠償責任の成立の問題と損害賠償範囲の決定の問題とに区

---

[266] その内容は、ドイツの相当因果関係説と異ならないとされる(イ·ソンヒ，前掲論文，118面)。

[267] 大法院1977年８月23日宣告77ダ686判決は、「被害を加害·被害者のいずれかに負担させるのが公平の原則からみて妥当であるかを決める民事紛争においての因果関係は、科学的因果関係ではなく法的な見地から判断した因果関係をいう。」とした。その他、不法行為による損害賠償請求訴訟において、財産的損害の発生事実は認められるが、具体的な損害の額を証明することが事案の性質上困難である場合、裁判所は、証拠調査の結果や弁論の全体の趣旨によって明らかになった当事者間の関係、不法行為とそれによる財産的損害が発生するようになった原因、損害の性格、損害が発生した以降の諸般の状況、等のような関連する全ての間接事実を総合して損害の額を判断することができるが、その場合にも、不法行為と財産的損害との間に相当因果関係がなくてはならないと判断した大法院2006年９月８日宣告2006ダ21880判決がある。

別して理解すべきと主張する考え方[268]がある。いわゆる責任発生的因果関係と責任帰属的因果関係(責任充足的因果関係)との区別論がそれである。この考え方は、因果関係を概ね次のように理解する。

一般に、不法行為が成立するためには、加害行為と損害との間に因果関係が存在しなければならないが、そのとき加害者は、加害行為と原因または結果の関係にある全ての損害について賠償義務を負うのではなく、事実的因果関係と加害者に損害賠償責任を負わせるべき賠償範囲の確定のための因果関係(法的因果関係)を区別したうえで、後者の因果関係によって確定された部分に該当する損害のみを賠償しなければならない。ここで、事実的因果関係とは、加害行為が事実上損害を発生させた原因として作用したかどうかに関する問題であるとともに、法的因果関係の前提をなす。そして、事実的因果関係は、加害行為によって発生した損害が原因となって第二の損害を生むという連鎖的因果関係として発展し得るが、このように、加害行為が直接の原因となって発生した損害を１次損害と言い、この１次損害を基点にしてさらに連鎖的に発生した損害を後続損害と言う。

そうすると、このような事実の経過を客観的に観察して確認できる事実的因果関係を前提に置き、その上で加害行為を原因として発生した損害を加害者に賠償せしめることが法的に妥当かどうかを判断する問題は、別途に行なわなければならない。加害行為と損害との間の事実的因果関係について法的な判断を別途に行なうことによって、損害賠償責任の成立やその賠償範囲を定めることができるからである。このように、法的な判断がなされた因果関係を法的因果関係と言い、その因果関係によって加害者には最終的に損害賠償責任が帰属することになる。

因果関係をこのように責任発生的因果関係と責任帰属的因果関係(責任充足的因果関係)とに区分して捉える場合、責任発生的因果関係は民法750条[269]で定める賠償責任発生の段階において審査され、責任帰属的因果関係(責任充足的因果関係)の賠償範囲に関する因果関係は、民法393条[270]及び765条[271]の賠償範囲決定の段階において審査されることになる[272]。

(２)現代型不法行為訴訟と因果関係区別論

上記のように、責任発生的因果関係と責任帰属的因果関係(責任充足的因果関係)の区別論に

---

[268] キム･ヒョンベ，前掲書，1377面.

[269] 日本民法709条。

[270] 日本民法416条。

[271] 「賠償額の軽減の請求」に関する規定である。同条１項は、「賠償義務者は、その損害が故意または重大な過失によるものではなく、その賠償によって賠償者の生計に重大な影響を及ぼす場合には、法院にその賠償額の軽減を請求することができる。」としている。そして、２項では、「法院は、前項の請求がある時は、債権者及び債務者の経済状況や損害の原因等を参酌し賠償額を軽減することができる。」と定めている。

[272] チ･ウォンリム，前掲書，1070･1691･1695面；キム･ヒョンベ，前掲書，1377面；イ･ソンヒ，前掲論文，119面.

基づいて因果関係を理解する場合、近年問題となっている多くの現代型不法行為訴訟においては、通常の債務不履行による損害賠償請求訴訟とは異なり、因果関係の立証の場面で、責任帰属(責任充足)のための損害賠償の範囲を画すべき因果関係よりも、ある事実から一定の結果が発生し得るという確率的蓋然性を意味する責任発生的因果関係に注目しなければならない場面が増えてくる[273]。その一例として、医薬品の副作用による身体の侵害や環境汚染による被害及び医療過誤等の問題を挙げることができる。これらは、因果関係の証明について高度の専門的な知識を要する不法行為類型といえるが、このような不法行為類型では、特に、因果関係についての立証責任を軽減または転換を図かるための検討がなされてきている。その代表的なものとして、蓋然性理論[274]または間接反証理論等があり、これらは、主に責任発生的因果関係に注目する理論ということができる。他にも、損害の原因が加害者の危険領域で発生した場合には、加害者が責任(結果)に対する主観的または客観的要件の不存在について証明責任を負わなければならないとする危険領域説や、当事者の利害の公平な調整という観点から、立法者の意思や信義則を考慮し、その上で証拠との距離や証明の困難、蓋然性の高い経験則等のような当事者を取り巻く多くの利益を衡量して実質的な証明責任の分配基準を設けるべきとする証拠距離説(利益衡量説)[275]等も、基本的には責任発生的因果関係に即した理論と言うことができよう[276]。

このような責任発生的因果関係は、独占禁止法の違反行為の場合にも同じく問題となり得る。上記の日本の鶴岡灯油事件においても、事業者等によって談合行為が行われ、それによって価格の引上げがなされたものの、最高裁判所の判断によれば、果たしてそのような価格の引上げが被告等の談合行為によるものかどうかが明らかではないとされており、まさにこのような場面が責任発生的因果関係が問題となる場面といえるわけである。

---

[273] イ·ソンヒ，前掲論文，119面.

[274] 例えば、「工事現場から排出される黄土等が養殖魚場に流入され鱸が死んでしまった場合、排水が排出され流入した経路やその後鱸が死んだという事実が立証されれば、蓋然性理論によって因果関係は証明されたものと見ることができる。」と判断した大法院1997年６月27日宣告95ダ2692判決。

[275] 「高度の技術が集約され大量に生産される製品の欠陥を理由に、その製造業者に対して損害賠償責任を問う場合は、その製品の生産過程は、専門家である製造業者だけが知るものであり、その製品にどのような欠陥が存在し、その欠陥によって損害が発生したかを一般人が明らかにすることは困難であるという特殊性がある。そのため、消費者側が製品の欠陥及びその欠陥と損害発生との間の因果関係を科学的·技術的に立証することは極めて困難であることから、その製品が通常の使い方の下で事故が発生した場合には、消費者側が、その事故が製造業者の排他的支配下にある領域で発生したということや、その事故がある者の過失なしには通常発生しないものであることを証明すれば、製造業者が、当該事故は製品の欠陥ではない他の原因によって発生したことを立証できない限り、当該製品に欠陥が存在しその欠陥によって事故が発生したと推定し損害賠償責任を認めることができる。そのように原告の立証責任を緩和することが、損害の公平·妥当な負担をその指導原理とする損害賠償制度の理想にも合致する。」と判断した、大法院2004年３月12日宣告む2003ダ16771判決等。この事案において、韓国の裁判所は、既存の蓋然性説を修正して公平·信義則に則し証拠との距離や立証の困難を考慮して立証責任を配分している。

[276] イ·ソンヒ，前掲論文，119面.

そこで、独占禁止法の違反行為においては、その因果関係に係る立証責任につき、公害訴訟等で因果関係の立証に関して発展してきた理論を適用して解決することを主張する考え方[277]が示されている。つまり、公害訴訟においては、被害者が事業者による公害物質の発生と損害との間の因果関係を証明することが困難であることに鑑み、被害者が両者の間に相当の可能性を以って立証すれば因果関係の立証はそれで足りるという蓋然性理論が適用されてきたが、これを独占禁止法の違反行為に係る因果関係においても適用することを主張するわけである。例えば、この考え方は、カルテル事件の場合、製品の価格の引上げにより超過価格の支払を強いられるという損害を受けたと主張する原告は、通常、価格談合が行なわれればそれによって超過価格が発生するという蓋然性を証明し、それを否定しようとする事業者が、反対証拠によって価格の引上げと原告の損害との間には因果関係が存在しないことを証明しない限り、事業者がその責任を免れることはできないと解する。

しかしながら、この考え方に対しては、まず蓋然性理論でいう「相当の可能性」とは、どの程度の証明をいうのか(言い換えれば、どの程度の証明がなされれば蓋然性を認めることができるか)について具体的な基準がない[278]との批判がある。また、蓋然性によって加害者に立証責任を事実上転換する場合には、憲法で保障されている被告の「裁判を受ける権利」を実質的に侵害しかねない[279]との批判もあり得る。

その他にも、因果関係の立証の問題を解決するために、主要事実を、①被告の違反行為、②被告の違反行為と損害(超過価格)との因果関係、③損害(超過価格)の発生という三つの事実に分類して考えることを主張する考え方も見られる。これは、主要事実は間接事実によって証明することで充分であり、但し被害者はこの三つの事実全てを証明する必要はなく、これらのうち二つの事実だけを証明すれば立証責任は果されたと見た上で、加害者がそれと異なる間接事実、いわゆる特段の事情を証明して因果関係を存否不明の状態にしない限り、裁判所は因果関係を認定しなければならない[280]と主張する。

---

[277] イ·ソンヒ，前掲論文，119～120面.

[278] キム·ヒョンベ，前掲書，1379面.

[279] 伊藤真「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」ジュリスト963号(1990年９月15日)55頁。

[280] 前述した鶴岡灯油訴訟についても、日本の多くの学説は同様の主張をしている。つまり、違法行為と損害との因果関係については原告が立証責任を負うという。但し、不法行為制度の抑止的機能を重視し、原告と被告との立証能力の差を考慮する立場から、(a)協定による元売仕切価格の上昇と、(b)その時間的·場所的範囲内における小売価格の上昇の二つの間接事実を原告が主張·立証すれば、経験則を媒介に因果関係が推定され、それを破るには小売価格の上昇が他原因によることを被告が立証しなければならないと理解する(淡路剛久「鶴岡灯油訴訟最高裁判決と損害賠償訴訟」ジュリスト953号(1990年４月１日)42頁、実方謙二「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の検討―損害論を中心に」法律時報62巻３号(1990年３月１日)18頁、谷原修身「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の問題点」公正取引473号(1990年３月)26頁)。

(３)判例の立場

一般不法行為の事件において、韓国の裁判所が責任成立的因果関係を論じる場合は、それは恐らく相当因果関係がないことを理由に責任の発生を否定するためであると理解して良かろう。しかし、検討を行った結果責任が成立すると裁判所が判断した場合には、責任帰属的因果関係(責任充足的因果関係)、つまり、損害賠償の範囲を確定し損害の算定をしなければならない。

従来、韓国では、独占禁止法に違反する事業者等の行為によって被害を受けた者が損害賠償を請求する場合には、是正措置(排除措置命令)前置主義が採用されていた独占禁止法56条に基づく訴訟である場合はもちろん、民法750条による不法行為訴訟においても、その多くは公正取引委員会の是正措置を待ち、その是正措置が出た後に損害賠償請求訴訟を提起するのが一般的であった。そのため、幾つかの例外を除き、事業者等の法違反行為と被害者の損害との間に責任成立的因果関係が否定されることは殆ど考えられなかった。

しかしながら、法改正によって是正措置前置主義が廃止された現在では、具体的な事案において責任成立的因果関係が問題となり得る余地は大きくなっている。経済的な要因が事件と複雑に絡み合っており、その殆どの証拠が事業者側に偏在する独占禁止法違反行為事件の特徴からすれば、ある意味でそれは当然のこととも言えよう。従って、独占禁止法違反行為による消費者被害の場合には、責任成立的因果関係の立証をより容易にする配慮もしくは特段の措置が必要になる。下記の事案も、まさにそれを表してくれる一例であるが、本件は、公正取引委員会による是正措置命令が存在するにもかかわらず、裁判所によって責任成立的因果関係が否定された事件であった。

〈マイクロソフト社のメッセンジャープログラム抱き合わせ行為に関する損害賠償請求事件〉

(ソウル高等法院2012年７月６日宣告2009ナ71437判決)

本事案は、Yら(マイクロソフトのアメリカ本社及び韓国の現地法人)がウインドウズシステムにメッセンジャープログラムを抱き合わせて販売した行為が、他の事業者の事業を妨害し消費者の利益を顕著に侵害する市場支配的な地位濫用行為及び不公正な取引行為に該当するとして、Yらに対し公正取引委員会が是正措置命令を下したのを受けて、実際当該行為を公正取引委員会に訴えたマイクロソフト社の競争会社とは関係のないXが、 自己もYらの違法行為によって被害を受けたと主張し、損害賠償訴訟を提起したものである。

ⅰ.当事者

X(ディジトドットコム株式会社)は、1996 年６月 12 日に設立されインスタントメッセージング基盤技術を応用したソリューションの販売及びインターネットコミュニケーションポータルサービスを

主要ビジネスとしながら、1998 年９月頃にインスタントメッセンジャープログラムである「ソフトメッセンジャー」を開発し、1998 年 11 月から韓国内でインスタントメッセージングサービスを提供し始めたインターネットベンチャー企業である。

Y1(マイクロソフトコーポレーション)は、アメリカ合衆国法に基づき設立された法人として、サーバーオペレーティングシステム[281]や個人用コンピューター(以下、「PC」と言う。)OS 及びメディアサーバープログラム等の各種ソフトウェア製品を開発･制作し販売する会社である。Y2(韓国マイクロソフト有限会社)は、Y1 が 100%の持分を所有する韓国の現地法人であり、Y1 が開発･制作したプログラムのハングル化及び韓国における販売業務等を行なう会社である。

ⅱ.事実関係

ⅰ)メッセンジャー市場の現況

(ⅰ)メッセンジャーの意義と主要機能

メッセンジャープログラム(以下、「メッセンジャー」と言う。)は、メッセンジャーを通してインターネットに接続する相手方とリアルタイムでメッセージを交わしたりファイルを交換したりする、いわばサイバー空間における双方向会話を実現させてくれるプログラムである。メッセンジャーの主な機能としては、インターネットを通してリアルタイムで会話ができるリアルタイムメッセージ送受信機能、会話する相手を追加または削除できる会話の相手管理機能、及び会話の相手にファイルを転送できるファイル転送機能等がある他、メッセンジャーを用いてインターネット電話をしたり携帯電話でメッセージを送ったり、あるいはポータル･音楽･映画･ショッピングウェブサイトに接続すること等ができる。

(ⅱ)メッセンジャー事業者の現況

Y らは、1997 年７月から「MSN メッセンジャー」を韓国内に供給し始め、2001 年 10 月頃からは、「ウインドウズメッセンジャー」も別途に供給している。そして、株式会社 SK コミュニケーションズ(以下「SK コミュニケーションズ」と言う。)は、2003 年 1 月頃から「ネイトオン」というメッセンジャーを供給している。また、株式会社バディバディは、2000 年 1 月頃から「バディバディ」というメッセンジャーを供給しており、株式会社タウムコミュニケーション(以下「株式会社タウムコ」と言う。)は、2000 年２月頃、当時市場占有率１位であったユインコミュニケーション株式会社(以降、商号が「ユアイエンドットコム株式会社」に変更された後、さらに「タウムソリューション株式会社」に変更された。以下「ユアイエンドットコム」と言う。)を買い取り、「タウムメッセンジャータッチ」を供給している。その他、株式会社ドリームウィズの「ジニ」や株式会社ネオウィズの「セイクラブタキ」等のメッセンジャーがある。

(ⅲ)メッセンジャー市場の沿革

[281] 以下、省略してOSという。

韓国のメッセンジャー市場は、メッセンジャー使用者の量的規模を規準に、概ね、導入期、拡張期、成熟期の三段階に区分することができる。

①導入期(1996 年～1999 年)

初期のメッセンジャーの使用者は、1996 年世界初のメッセンジャーである「ICQ」を開発したアメリカのミラビリス(Mirabilis)やエーオーエル(AOL)等の外国の事業者らが提供するメッセンジャープログラムをインターネットを通してダウンロードし使用したものである。その後、1998 年 11 月に販売された原告の「ソフトメッセンジャー」や、1999 年２月に販売されたユアイエンドットコムの「インターネットの友」、1999 年下半期に販売された Y らの「MSN メッセンジャー」、ヤフーコリアの「ヤフーメッセンジャー」、株式会社ドリームウィズの「ジニ」、ドリームラインの「ツードリーム」、チョンリアンの「クイックメッセンジャー(CQM)」、ナウヌリの「ニム(NiM)」等が利用されてきた。

②拡張期(2000 年～2002 年)

上記の期間に、インターネット及び超高速インターネットの利用者が増加するにつれ、メッセンジャーを提供する会社もともに増加し、メッセンジャー使用者の数が急増した。それによって、メッセンジャー市場の競争が激しくなり、市場の規模も大きくなった。情報通信政策研究院やネットバリューコリアのアンケート調査によれば、インターネット利用者のメッセンジャー利用率は、2000 年 11 月には 16%、2001 年１月には 25.8%、2001 年２月には 29.9%、2001 年３月には 33.8%、2001 年４月には 40.4%と、非常に早いスピードで増加したことが分かる。

③成熟期(2003 年以降)

2003 年以降、現在に至るまでのメッセンジャー使用者の増加の勢いは鈍化しつつある。これは、インターネット及び超高速インターネット利用者がほぼ飽和状態に至ったことや、メッセンジャーサービスが導入されて以来相当の期間が経ったことから、もはやメッセンジャーの潜在利用者がそれほど多くは存在していないこと、及びメッセンジャー市場への新規参入事業者も少なくなったこと等によるものと考えられる。

ⅱ)Y らのメッセンジャー結合販売

Y らは、2000 年９月 15 日から Windows Me という PC の OS に、MSN メッセンジャーを抱き合わせて 2001 年 10 月頃まで販売しており、以後 2001 年 10 月８日からは Windows XP という PC の OS に、ウインドウズメッセンジャーを抱き合わせて本判決時まで販売してきた(以下、これを「本事件結合販売行為」と言う。)。

ⅲ)公正取引委員会による処分とその後の経過

(ⅰ)審議の経過

株式会社タウムは、2001 年９月５日、Y らが Windows XP とメッセンジャーを抱き合わせ販売することで、メッセンジャー市場の競争を制限していると主張し、Y らを公正取引委員会に申告した。当該申告に係る審議が行われていた 2004 年４月頃、公正取引委員会は、Y らがウインドウズサーバーOS とウインドウズメディアサービス(Windows Media Service。以下、「WMS」と言う。)を結合し販売した行為、及びウインドウズ PC の OS とウインドウズメディアプレーヤー(Windows Media Player。以下、「WMP」と言う。)を結合して販売した行為を職権によって認知し、2004 年６月 10 日から本事件の結合販売行為及び WMS や WMP 結合販売行為の違法性についても職権によって審理するようになった。リアルネットワークスは、2004 年 10 月 28 日、公正取引委員会がウインドウズサーバーの OS や WMS を結合販売した行為について職権によって認知した内容と同じ旨の申告書を公正取引委員会に提出した。以降、公正取引委員会は、2005 年７月 13 日から同年 10 月 26 日までに７回に亘り審議を行った。その中で、リアルネットワークスは 2005 年 10 月 13 日、また株式会社タウムは 2005 年 11 月 11 日に、Y らとそれぞれ合意によって公正取引委員会に対する申告を取下げたが、公正取引委員会は審議を継続し、2005 年 12 月７日、Y らの結合販売行為についての最終決定を下した。さらに 2006 年２月 24 日、Y らに対し委員全員が出席する議決を行った。

(ⅱ)公正取引委員会の処分の要旨

公正取引委員会は、2006 年２月 24 日、Y らの本事件の結合販売行為は、「独占規制及び公正取引に関する法律」３条の２の１項３号、公正取引法施行令５条３項４号、公正取引委員会告示の市場支配的地位濫用行為の審査基準Ⅳ.３.ラ.(３)(他の事業者の事業活動を不当に妨害する行為)や公正取引法３条の２の 1 項５号の後段(不当に消費者の利益を顕著に阻害する恐れのある行為)の市場支配的地位の濫用行為、及び公正取引法 23 条 1 項３号の後段や公正取引法施行令 36 条 1 項５号のカ目(抱き合わせ販売)の不公正取引行為に該当すると判断し、次のような是正命令を下し、Y1 に対し 272 億 3000 万ウォン、Y2 に対し 52 億 6000 万ウォン等、総額 324 億 9000 万ウォンの課徴金を賦課した。

①Y らは、是正命令があった日から 180 日以降は、ウインドウズサーバーOS と WMS を結合して供給してはならない。

②Y らは、是正命令があった日から 180 日以降は、WMS をウインドウズサーバーOS とは独立した方法によって販売･配布しなければならず、WMS の販売･配布の独立性を阻害する恐れのある行為をしてはならない。

③Y らは、是正命令があった日から 180 日以降、新たに販売されるウインドウズ PC の OS と WMP、メッセンジャー(MSN メッセンジャー、ウインドウズメッセンジャーを含む Y らのメッセンジャー全部)を結合して供給してはならない(分離された PC の OS)。但し、ウインドウズ PC の OS に「メディアプレーヤーセンター」、「メッセンジャーセンター」を設置するなど、使用者が WMP 及びメッセンジャーの競争製品をダウンロードできる実質的な機会を提供する場合には、ウインドウズ PC の OS と WMP 及びメッセンジャーを結合して供給することはその限りではない(搭載された PC の OS)。

④Y らは、是正命令があった日から 180 日以降は、WMP 及びメッセンジャーを分離された PC の OS と別個に販売･配布しなければならず、WMP 及びメッセンジャーの販売･配布の独立性を阻害する恐れのある行為をしてはならない。

⑤Y らは、既存のウインドウズ PC の OS の使用者に対し、是正命令のあった日から 180 日以内に Y らの費用で競争製品が含まれているサービスパックを CD に保存して配布しなければならず、またウインドウズアップデートによって競争製品をダウンロードできる「メディアプレーヤーセンター」及び「メッセンジャーセンター」を提供しなければならない。

⑥上記の是正命令の場所的範囲は、Y らが韓国内において供給するウインドウズサーバー運用システム及びウインドウズ PC の OS であり、時間的範囲は、是正命令日から 10 年である。

上記の是正命令に対し Y らが不服し、公正取引委員会に本事件処分の全部取消を求める異議申立を行った。しかしながら、公正取引委員会は、2006 年６月 16 日裁決によってウインドウズ PC の OS やウインドウズメッセンジャーは別個の製品であり、別個の製品を結合して販売する行為によって消費者にウインドウズメッセンジャーの購入を強制したと判断したほか、このような不当な抱き合わせ販売は正常な取引慣行と見ることができず、その上本事件の結合販売行為によって効率を増大させるような効果は少ないことから、本事件の結合販売行為は、公正取引法及び公正取引法施行令等に違反する行為であるとして、異議申立を棄却した。但し、公正取引委員会の 2006 年２月 24 日の是正命令のうち、「マイクロソフトオフィス(Microsoft Office)、マイクロソフトワード(Microsoft Word)、マイクロソフトパワーポイント(Microsoft Power point)、マイクロソフトエクセル(Microsoft Excel)等の、是正命令日において売上高基準の国内市場占有率が 50%を超える Y らの他の製品に WMP またはメッセンジャーの搭載を禁」じたことについては、特定の結合販売行為の違法性の存否は結合販売行為ごとに個別的に判断しなければならないとして、それに関する是正命令は取消した。

(ⅲ)Y らによる訴訟の経過及び株式会社タウム等との示談

Y らは、公正取引委員会の処分に不服し、2006 年３月 27 日、公正取引委員会を相手にソウル高等裁判所に本事件処分の取消等を求める行政訴訟(ソウル高等裁判所 2006 ヌ 8077 号)を提起した。ところが、１年六ヶ月間にわたる審理が終わり判決が言い渡される直前、Y らは、2007 年 10 月 10 日、公正取引委員会を相手に提起した訴えを全て取り下げ、2007 年 10 月 17 日 、Y らによる訴えの取消に対し公正取引委員会が同意したことにより、Y らが提起した訴訟は 2007 年 10 月 17 日訴取下げによって全て終結した。

一方で、株式会社タウムは、上記のように 2001 年９月５日 Y らを公正取引委員会に申告した後、2004 年４月 12 日ソウル中央地方裁判所に、Y らの本事件の結合販売行為によって損害を受けたとしてその賠償を求める訴えを提起したが(ソウル中央地方裁判所 2004 カ合 26626 号)、2005 年 11 月 11

日、Y らから合計約 3000 万ドルの賠償を受ける旨の示談が成立したため、同日、Y らに対する訴えを全て取下げた。

ⅲ. 第一審裁判所の判断（ソウル中央地法2009年６月11日宣告2007ガ合90505判決）

第一審は、Y らの行為が独占禁止法に違反するか否かを判断するにおいて、まず Y らの行為が事業者間の競争に影響を及ぼすべき範囲に係る「一定の取引分野」を確定し、[282]その上で Y らの独占禁止法違反行為について次のように判断した[283]。

「まず、公正取引法上の違法性は、抽象的な危険性が認められるだけで足りるものであって、公正取引法で保護しようとする競争は「メリットによる競争」及びその結果ではなく、「競争そのもの」であることに鑑みれば、Y らが意図した結果が現実化しなかったとしてもすでに発生している競争の制限の違法性が消えるわけではない。従って、Y らの市場支配的地位の濫用行為や結合販売行為及び不公正な取引行為は競争制限に該当する。また、多くの事情を総合的に考慮すると、Y らの結合販売行為は結果的に見て不当に消費者の利益を顕著に阻害する恐れがある。

但し、独占禁止法 56 条による損害賠償請求は性質上不法行為責任であり、故意･過失の立証責任を被告に転換する旨の独占禁止法 56 条の規定があるからといって、違法行為と損害との間の因果関係に対する立証責任まで緩和する趣旨と解することはできない。そうすると、不法行為責任の一般原則に従い、損害賠償請求権を行使する原告が違法行為と損害の発生間の因果関係を立証しなければならない。本件では、公正取引委員会が、Y らの行為は独占禁止法の違反行為に該当するとして是正措置等の処分を下した事実は認められるが、独占禁止法で規制する競争制限性は抽象的な危険性で足りるので、公正取引委員会の是正措置があったという事実だけでは Y らの違反行為と X の事業失敗との間の相当因果関係を認めるに足りる証拠にはならない。従って、Y らの違法行為と X の事業上の困難との間に相当因果関係があるということについて X は何ら証明していない本事案において、X の請求は認めることができない。」

これに X が不服し、控訴した。

ⅳ. 控訴審の判断（ソウル高等法院2012年７月６日宣告2009ナ71437判決）

控訴審では、第一審と同様に判断し X の控訴を棄却した。

以上の通り、本事件で裁判所は、損害の概念及び発生の存否については検討していない。た

[282] 主たる商品市場は、「インテル互換PC運用システム市場」であり、従たる商品市場は、「一般用のメッセンジャー市場」であると判断した。また、主たる商品であるPC運用システムの地理的市場は、「グローバル市場」であり、一般用メッセンジャーの地理的市場は、「国内市場」と判断した。

[283] 判旨の内容は、筆者が簡略に纏めたものである。

だ、通説や判例に従い、責任成立的因果関係の問題を単に「相当因果関係」という統一した理解の下で判断を行っている。そこで、学説の中には、仮に原告の事業の失敗が損害に該当するとしても、違反行為と事業の失敗との間の因果関係が認められない限り、被告の損害賠償責任は発生しないので、本判決はいわば、損害に係る概念の論争を避け被告の責任を否定できる最も簡単でかつ確実な方法、つまり、因果関係の問題を前面に出して解決したものと考える見方[284]がある。

しかしながら、私見としては、上記にも述べたように、本件は、現代型不法行為訴訟で見られるような責任成立的因果関係が問題となった典型的な事案の一つであり、このような独占禁止法違反行為の場合には、事業者の法違反行為と被害者が被った損害との間の因果関係を判断する際、市場における多くの要因による影響を考慮しなければならないというハードルが存在するため、裁判所にとっては容易にそれを判断できない困難や被害者の立証の困難を物語っている事案としてみるべきと考える。

2）日本の場合

日本でも、一つの加害行為によって連続して次々に拡大発展していく可能性のある損害の中で、加害者がどこまで賠償すべきかを判断するにおいて、原因と結果及びその賠償の範囲を一括して相当因果関係によって説明するというのがこれまでの通説や判例の立場であった[285]。つまり、債務不履行や不法行為をいずれも相当因果関係を定めた民法416条によって規律すべきとする考え方が学説[286]や判例[287]によって支持され、因果関係の問題もそれによって解決されてきたと言える。そして、この考え方は、日本民法709条を理解するにおいても、因果関係を「故意･過失と権利関係」と「権利侵害と損害」とに区別し、前者を「責任成立の因果関係―責任設定的因果関係」、後者を「損害範囲の因果関係―責任充足的因果関係」と呼んで二段階の因果関係を想定する。

ところが、このような相当因果関係説に対しては、因果関係の問題を事実的因果関係と保護

---

[284] イ･ソンヒ，前掲論文，122面.

[285] 河津八平「不法行為における因果関係論の行方(1)」九州国際大学法学論集第11巻第１･２･３合併号(2005年)79頁。

[286] 鳩山秀夫『日本債権法総論(初版)』岩波書店(1919年)61頁、前田陽一「民法四一六条と不法行為」『民法判例百選Ⅱ』別冊ジュリスト176号(2005年４月)185頁。

[287] 衝突により沈没した商船の船主が、相手方の商船の船主に対して不法行為上の損害賠償請求を提起した事件として知られる富喜丸事件判決(大連判大正15年５月22日民集５巻386頁)において、裁判所は初めて、民法416条の規定は共同生活の関係において人の行為とその結果との間にある「相当因果関係ノ範囲ヲ明ニシタルモノニ過ギズ」、債務不履行の場合のみに限定されず、「不法行為ニ基ク損害賠償ノ範囲ヲ定ムルニ付テモ同条ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムベキ」ものとして、不法行為にも民法416条の類推適用を肯定した。

範囲及び金銭的評価という三つの場面に分けて検討すべきとする考え方[288]によって批判がなされた。この説は、①加害行為と損害との間に、原因から結果へと流れる時間的または事実的な因果関係(自然的因果関係)が存在するか否か[289]、②そのような加害行為から発生した連続する事実的因果関係のうちどこまで法律的に評価(規範的評価)できる損害と判断すべきか(賠償の範囲の問題)[290]、及び③被害者にどのような種類の損害が、どれくらい発生しているのか(損害額の具体的な算定の問題)を、それぞれ分けて検討しなければならないと主張する。

さらに、この説は、相当因果関係説に基づいて因果関係を判断する学説や判例の問題点を次のように批判する。まず、因果関係を二段階に分けて判断する態度に対し、立法者は不法行為について損害賠償の範囲を定める規定を置いていないことを指摘する。第２、そもそも民法416条は、契約から生じる債務不履行によって発生した損害を予定して設けられた規定であるから、予見可能性を問題とすることは理解できるが、不法行為は債務不履行とは異なり突発的に発生することが多いことを考えれば、特別な事情についての予見可能性を立証することは困難である[291]。第３、相当因果関係がドイツ法におけるadäquater Kausalzusammenhang(相当因果関係)を意味するものとして用いられるならば、日本の不法行為法はドイツのそれと構造を異にする以上、理論的に無意味である。第４、因果関係が民法416条と同じ意味に用いられているならば、416条の解釈として論じれば足りる。第５、因果関係には、事実的因果関係、保護範囲、金銭的評価の三つの側面があると言わなければならず、相当因果関係説はこの三つの場面を明確に区別せず適用している。

しかしながらこの説も、公害事件や医療事件等のように因果関係が複雑な事案においては、事実的因果関係の存否を立証することが容易ではないこと、損害賠償の範囲として判断される保護範囲は、そもそも事実的な因果関係によって判断した事実に法的な評価を加えてその賠償すべき範囲を確定する作業といえるが、賠償範囲の確定は結局のところ、事実的因果関係に対する法的評価の問題とも捉えられるので無駄な手間がかかること、及び賠償の範囲を確定するときどのような基準を用いて決定すべきかが明確ではない、等の批判を受けている[292]。

---

288 平井宜雄･前掲『損害賠償法の理論』･101頁。

289 潮見佳男『不法行為法』法律学の森(2002年)126頁は、責任設定的因果関係が事実的因果関係の領域に属するものと見ているとされる(河津八平･前掲論文･95頁)。

290 例えば、事実的因果関係としては、交通事故で負傷した被害者が、救急車で病院に搬送されたが搬送中の応急措置が不全で容態が悪化した場合あるいは死亡した場合とか、搬送には問題はなかったが医師の医療行為が不全なため被害者の容態が悪化した場合あるいは死亡した場合とか、その死亡した原因として、医療行為だけではなく、本人の体質的な素因があった場合、あるいは、入院後の医師の観察が不全のため容態が悪化した場合あるいは死亡した場合など、事実的因果関係には色々な事態が関係してくるので、そのどこまでが加害行為と法律的な意味での因果関係のある損害かを確定する必要がある(河津八平･前掲論文･79～80頁)。

291 内田貴･前掲書･429頁。

292 河津八平･前掲論文･92～93頁。

ところが、いくらこのような批判がなされているとはいえ、事実的因果関係説が日本の因果関係論に与えた影響は大きいと言わざるを得ない。因果関係の問題を事実的な因果関係と保護範囲及び金銭的評価の三つの部分に区分することで、原告が負うべき立証責任の内容と範囲、そして裁判官の役割等がよりはっきりされたからである。そのため、事実的因果関係説が日本で主張されてからは、因果関係説に係る議論は主にそれを克服する方法に向けられたと言っても過言ではない[293]。

４．因果関係に関する立証

１)因果関係の事実的推定

因果関係論は、先にも述べたように、そもそもドイツで、債務者の債務不履行があった場合に条件的·事実的な因果関係によって無限に拡大しかねない責任の連鎖を、最も合理的なところで断ち切ることで、完全賠償主義の論理構造をそのまま保ちながら損害賠償の範囲を法の目的に合わせて限定することにその目的があった。

しかしながら、不法行為による損害賠償においては、実際条件的·事実的な因果関係そのものが問題となる場面が少なくなく、事業者の独占禁止法違反行為による被害者の損害が問題となる事案では特にそれが問題となる場合が多い。伝統的な因果関係は、損害賠償請求権を行使するための要件事実として、原告が因果関係を立証することを求めており、もし原告がそれを裁判官に確認させる程度まで立証できない限り損害賠償は認められなくなるが[294]、独占禁止法の違反行為が問題となる事案においては、上述したように、被害者がそのような条件的·事実的因果関係を立証することは決して容易ではない。

ところが、現時点では訴訟法理論を変えることができない以上、原告(消費者)は、損害賠償訴訟において違反行為と損害との間の因果関係を立証しなければならない。そしてその内容は、例えば、カルテルによる価格協定の場合には因果関係を構成する事実、つまり、①価格協定等の違反行為を行った事業者等による価格の引上げ、②①の事実に基づく中間段階の価格の上昇、③②の事実に基づく小売納品価格の上昇、④③の事実に基づく小売価格の上昇、⑤上昇した小売価格による消費者の商品購入、等になる[295]。因果関係を構成するこれらの事実は、いずれも主要事実として権利の発生を基礎付けるため、原告はこれに関する立証責任を負うわけである。ところが、原告にとって、価格協定によって元売価格が引き上げられ、それがまた中間段階の価格の上昇をもたらしたこと(元売価格の引上げを考慮に入れて卸売り価格の引上げを卸売り業

---

[293] 幾代通『不法行為法』有斐閣(1977年)134頁、四宮和夫「不法行為」『現代法律学全集』青林書院(1985年)408頁。

[294] 伊藤眞·前掲「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」·55頁、仙台高裁秋田支部昭和60年３月26日判時1147号19頁。

[295] 伊藤眞·前掲「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」·57頁。

者が行なったという事実)や、それによって小売価格が引き上げられた事実を証拠によって立証するということは、到底できるものではない。そこで、このような場合には、原告に全ての事実を立証させることは妥当ではなく、原告は、ただ一定の時間的範囲における物価や景気の動向及び製品に対する需要･供給量等のような間接事実に基づき、経験則によって元売価格の引上げが卸売り価格の引上げに繋がったことを立証すれば、それを以って因果関係の立証責任は果たされたとみるべきとの主張がなされている。

そして、このような取り扱いは医療過誤訴訟や公害訴訟等においてもみることができ、例えば、医療過誤訴訟の原告は、一定の間接事実によって過失ある医療行為が原告(患者)の生命･身体に悪影響を生じさせたことを立証すれば、裁判所はそれに基づいて一般的な経験則を媒介させ因果関係の存在を事実上推定するというものである。そして、被告がそのような推定を覆すためには、別の間接事実によって因果関係の不存在を立証しなければならない[296]。

近年ドイツで問題とされたビタミンカルテルに関する損害賠償事件においても、これと類似する方法が用いられた。つまり、ドイツのドルトムント地方裁判所は、「カルテル価格による損害は、カルテル価格とカルテルがなかったならば存在したであろう想定競争価格との差額と言うことができ、経験則に従えば、通常競争価格はカルテル価格よりも低いと想定することができる。」として、カルテル行為と被害者の損害発生との間に責任成立的因果関係を事実上推定したのである[297]。

その判断においてドイツの裁判所は、同じ事案に関し先にその判断がなされたアメリカでの集団訴訟の判断を多く参考したとされる。アメリカの裁判所は、ビタミンのカルテルによって

---

[296] その代表的な例として、東大病院ルンバール事件最高裁判決(最高裁50年10月24日民集29巻９号1417頁)を挙げることができる。東大病院ルンバール事件とは、1955年に発生した医療訴訟事件のことである。これは、化膿性髄膜炎で入院した３歳の原告が、連日のルンバール検査の実施と投薬治療によって、症状が次第に軽快していたが、事件当日は、担当医師が学会に出席するため、通常は避けている昼食20分後にルンバール検査を実施した際に、患者がいやがって泣き叫んだが、医師は馬乗りになって患児の体を固定し、何度も穿刺してようやく成功したものの、その15分ないし20分後に、患児は突然嘔吐し、けいれん発作を起こし、その後、右半身不全麻痺や言語障害、知的障害、運動障害が発症、後遺症として残ってしまったという事案である。本事件における争点は三つであり、①不全麻痺、知的障害、運動障害の原因は何か、②不全麻痺や知的障害、運動障害の発症と、医師が行ったルンバール検査との間に因果関係があるのか、③医師に過失が存在したのか等であった。最高裁は、発作発生と後遺症の発症の原因は脳出血であることや、原因とルンバール検査との因果関係があることを認めた上で、医師の過失の審理を尽くすよう事件を東京高裁に差し戻したのである。これを受けて東京高裁は、1979年４月16日、原告の請求を一部認める判決を下した(東京高等裁判所昭和54年４月16日判例タイムズ383号56頁)。本事件で最高裁は、「訴訟上の因果関係の立証は、１点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつそれで足りる。」と判断しているが、これについては、裁判所が因果関係の証明に関して「指導的な判断」を示した判例として評価されている。

[297] イ･ソンヒ，前掲論文，108面.

直接購入者が受けた損害を判断するにおいて、直接購入者が実際に支払った価格の18～25％に該当する金額の賠償を命じた。これに対し、ドイツの裁判所は、カルテル期間中引き上げられたかまたは保持された価格がカルテル行為の中止と同時に引き下げられたことを因果関係の事実上の推定を裏づける資料として考慮した。本件で被告は、最終消費者価格の引上げはカルテルによるものではなく、原材料等の価格引上げによるものであると主張したが、裁判所はその主張を認めなかった[298]。

このような事実上の推定は、日本の裁判所も認めている。鶴岡灯油事件に係る原審の判断がそれであるが[299]、仙台高裁は、「価格協定に基づく元売仕切価格の引上げがあれば、二次卸店(特約店、副特約店等)は経営を圧迫されるため多少の時間的な遅れはあっても結局はこれを卸売価格に転嫁し、こうして価格転嫁が順次末端にまで及ぶのが通常の場合であり、価格協定はそのような効果を予定して締結されるものと考えられること、系列化等によって実際中間価格への転嫁が日常的に行われていたこと等を認め、違反行為が小売価格の上昇の一つの原因であることに疑念がない」と判断して、価格協定による価格の引上げとその協定の影響下にあると認めれる時間的･場所的範囲内の間接購入者の価格の上昇の事実を原告が立証すれば、因果関係は推定されるという立場を明らかにした。しかし、上告審の最高裁判所平成元年12月８日第ニ小法廷判決[300]は、原審の判断を覆し、原告に因果関係についての厳格な立証責任を求めた。本事案の具体的な内容は、番号を変えて検討する。

２)事例の検討

鶴岡灯油事件(最高裁判所平成元年12月８日第ニ小法廷判決)は、Yらの価格協定により損害を被ったとしてXらが民法709条による損害賠償請求訴訟を提起した事件である。その詳細は次の通りである。

(１)事件の詳細及び裁判所の判断

<鶴岡灯油事件>

(最高裁判所平成元年12月８日第ニ小法廷判決)

ⅰ.当事者

Xら(原告･控訴人･被上告人) は、灯油を日常生活で使用する消費者1,654人である。

---

298 イ･ソンヒ，前掲論文，108面.
299 仙台高裁秋田支部昭和60年３月26日判時1147号19頁。
300 最高裁判所平成元年12月８日民集43巻11号1259頁。

Yら（被告･被控訴人･上告人）は、石油元売業者12社である。

ⅱ.事案の争点

ⅰ）独占禁止法違反行為による損害賠償請求を、独占禁止法25条ではなく、民法709条に基づいて提起することもできるかどうか。

ⅱ）加害者とされる元売業者の直接の取引の相手方ではない一般消費者が、元売業者等を相手に、損害賠償を請求することができるかどうか。

ⅲ）勧告審決において公正取引委員会が認定した独占禁止法違反行為の事実が、損害賠償請求訴訟において事実上の推定力を有するかどうか。

ⅳ）独占禁止法違反行為と損害間の因果関係及びその損害額に関する立証責任は、原告と被告のどちらが負うか。

ⅲ.事案の概要

Xらは、いわゆる第一次石油危機の時期に鶴岡生活共同組合又は石油小売店から白灯油を購入した消費者1654名である。Xらは、石油連盟Y1による生産調整と石油元売業者Y2ら12社の値上げ協定によって高い価格で灯油を購入させられたとして、民法709条に基づき[301]、 Y1及びY2に対して損害賠償を請求する訴えを提起した。

Xらの主張によると、石油連盟は、昭和47年から48年にわたって、一般内需用輸入原油の処理量の総量を決定し、各元売業者に配分することによって、販売競争者間の競争を抑える生産調整を行い、また、元売十二社は、昭和48年に５回にわたって、各種の灯油の値上げ協定を結び、実施した。このような生産調整、価格カルテルという独禁法違反行為により、Xらは昭和48年から49年にかけて、鶴岡生活協同組合や石油小売店から上記の各行為前の価格と比べ、高い価格で灯油を購入させられたとし、これによって生じた購入価格とカルテル直前の価格の差額は、石油連盟と元売各社の独禁法違反行為によるものとして、総額389万5458円の損害賠償を請求した[302]。

---

[301] 改正前の独占禁止法25条は、損害賠償請求要件につき被告を事業者に限定していたため、事業者団体を相手に損害賠償を請求するためには、民法709条訴訟を提起するしかなかった。このように、被告を事業者に限定していた規定形態については、以前から、事業者が25条所定の違反行為をする際、事業者団体が重要な役割を果たすことはしばしば起こり得ることが指摘され、事業者団体に対しても被告適格を認めるべきとの主張がなされていた(淡路剛久「独禁法の運用強化と損害賠償制度」ジュリスト965号(1990年10月15日)39～40頁)。独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度に関する研究会による「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度の整備について」(平成11年10月)32頁においても、本事件を挙げ、実際にも不都合が生じていることを指摘した上で、公正取引委員会の審決の相当部分を事業者団体の違反行為に係るものが占めており、私人の損害の適正かつ迅速な填補を図ることにより、独占禁止法違反行為に対する抑止的効果を挙げようとする25条訴訟の趣旨からみて、事業者団体の禁止行為を25条訴訟の対象とすることが適当であると述べている。これらを受けて、2000年の改正によって事業者団体に対しても被告適格を認めるようになった。

[302] 事件の概要については、上原敏夫「統計学的立証の可否―鶴岡灯油訴訟」別冊ジュリスト115号(1992年２月)246頁及び田村次朗「石油カルテルと消費者の損害賠償請求」ジュリスト臨時増刊957号

ⅳ.第一審(山形地裁鶴岡支部昭和49(ワ)59号、同50(ワ)６号、昭和56年３月31日判決)

第一審は、独禁法(昭和52年改正前のもの)違反の行為により損害を被った者は、当該行為が民法上の不法行為に該当する限り、別途、同法の規定に従って損害賠償の請求をすることができるとして本件訴えを適法とした上で、本件生産調整及び価格協定は、それぞれ独禁法８条１項及び同３条後段に該当し、一般不法行為における権利侵害ないし違法性の要件を充足しているが、当該各違反行為とXらの損害（現実の購入価格とカルテルがない場合に存在したであろう小売価格との差額）発生との間の相当因果関係について、Xらは、本件の下で認められるべき主張立証責任の配分に照らし、その立証を尽くしているとはいえないとして、Xらの請求を棄却した。そこで、Xらが控訴。

Ⅴ.原審(仙台高裁秋田支部昭和56(ネ)65号、昭和60年３月26日判決)

原審では、独禁法(昭和52年改正前のもの)25条は、同法違反行為によって損害を被った者が一般不法行為を理由として損害賠償請求訴訟を提起することを排斥する趣旨ではないとして本件訴えを適法とするとともに、本件各行為の一部は独禁法違反に該当し、当該違反行為と損害発生との間の相当因果関係など一般不法行為の要件も充足するとして、原判決を覆して不法行為の成立を認めた上で、Xらの被った損害（現実購入価格と想定購入価格との差額）につき、価格協定の締結がない場合でも価格の上昇が確実に予測されるような特段の事情のない限り、価格協定直前の小売価格をもって想定購入価格と解するのが相当であるとして、これに基づきXらの損害を算定した。この判断に不服し、Yらが上告した。

Ⅵ.上告審(最高裁判所平成元年12年８日第二小法廷判決)

本件について最高裁は、次の通りに判断し破棄自判した。

①独占禁止法違反の行為によって法的利益を害された者は、一般の不法行為訴訟の方法で損害賠償請求をすることができるかについて、

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。)の定める審判制度は、もともと公益保護の立場から同法違反の状態を是正することを主眼とするものであって、違反行為による被害者の個人的利益の救済を図ることを目的とするものではなく、同法25条が一定の独占禁止法違反行為につきいわゆる無過失損害賠償責任を定め、同法(昭和52年法律第63号による改正前のもの。以下同法の条文のうち右法律による改正のあるものは改正前の条文である。）26条において右損害賠償の請求権は所定の審決が確定した後でなければ裁判上これを主張することができないと規定しているのは、これによって個々の被害者の受けた損害の填補を容易ならしめることにより、審判において命ぜられる排除措置とあいまって同法違反の行為に対する抑止的効果を挙げようとする目的に出た附随的制度にすぎないものと解すべきであるから、この方法によるのでなければ、同法違反の行

(1990年６月)233頁の事実の概要を参考した。

為に基づく損害の賠償を求めることができないものということはできず、同法違反の行為によって自己の法的利益を害された者は，当該行為が民法上の不法行為に該当する限り、これに対する審決の有無にかかわらず、別途、一般の例に従って損害賠償の請求をすることを妨げられないものというべきである(最高裁昭和43年(行ツ)第３号同47年11月16日第一小法廷判決・民集26巻９号1573頁参照）。

Xらは、Yらの独占禁止法３条（２条６項)違反の行為(不当な取引制限)が民法709条所定の要件を充たすものであることを主張し、Yらに対し、これによって被ったとする損害の賠償を求めて本訴を提起したものであるから、所論のような理由でこれを不適法とすべきものでないことは上記[303]の説示に照らし明らかというべきである。

②独占禁止法３条違反の行為(不当な取引制限)の被害者として不法行為による損害賠償を請求できるのは、不当な取引制限をした事業者の直接の相手方に限られるとし、不当な取引制限をした事業者であるとされるYらの直接の相手方ではないXらは原告適格を欠くというYらの主張に対し、

不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、訴訟物たる当該損害賠償請求権を有すると主張している者である限り原告適格に欠けるところはないのであり、また、その者が主張する事実関係からは当該損害賠償請求権を有するものではないと解される場合であっても、その者の主張はその点において理由がないことになるために請求が棄却されるだけであって、その訴えが原告適格を欠き不適法とされるものではない。

本訴において、Xらは、Yらの前記独占禁止法違反行為によって自己の権利を侵害され損害を被ったことを主張していること、すなわち、本訴における訴訟物である同法違反行為に基づく損害賠償請求権を有することを主張しているものであることは明らかであるから、上記[304]に説示したところに照らし、本訴における原告適格に欠けるところはないものというべきである。また、前記のような独占禁止法違反行為（不当な取引制限）を責任原因とする不法行為訴訟においては、その損害賠償請求をすることができる者を不当な取引制限をした事業者の直接の取引の相手方に限定して解釈すべき根拠はなく、一般の例と同様、同法違反行為と損害との間に相当因果関係の存在が肯定できる限り、事業者の直接の取引の相手方であると、直接の相手方と更に取引した者等の間接的な取引の相手方であるとを問わず、損害賠償を請求することができるものというべきである。

③勧告審決に違反行為の存在についての事実上の推定力があるかについては、

独占禁止法48条は、公正取引委員会は、同法の規定に違反する行為があると認める場合において、審判手続を開始するに先立ち、まず、当該違反行為をしている者に対して違反行為を排除するために適正な措置（以下「排除措置」という。）をとるべきことを勧告し、その者がこれを応諾したときは、審判手続を経ないで、勧告と同趣旨の排除措置を命ずる審決（以下「勧告審決」という。）をするこ

[303] 判決文においては「右」となっているが、理解のために、「上記」と書き換えた。
[304] 判決文においては「右」となっているが、理解のために、「上記」と書き換えた。

とができるものとしている。この勧告審決の制度は、独占禁止法の目的を簡易迅速に実現するため、同法の規定に違反する行為をした者がその自由な意思によって勧告どおりの排除措置をとることを応諾した場合には、あえて公正取引委員会が審判を開始し審判手続を経て独占禁止法違反行為の存在を認定する必要はないものとし、ただ、その応諾の履行を応諾者の自主的な履行に委ねることなく、審決がされた場合と同一の法的強制力によってその履行を確保するために、直ちに審決の形式をもって排除措置を命ずることとしたものであり、正規の審判手続を経てされる審判審決（同法54条１項）が公正取引委員会の証拠による違反行為の存在の認定を要件とし、同意審決（同法53条の３）が違反事実の存在についての被審人の自認を要件としているのに対し、勧告審決は、その名宛人の自由な意思に基づく勧告応諾の意思表示を専らその要件としている点にその法的特質を有するのである（最高裁昭和50年（行ツ）第112号同53年４月４日第三小法廷判決・民集32巻３号515頁参照。）。

このように、勧告審決は、勧告の応諾を要件としてされるものであって、独占禁止法違反行為の存在の認定を要件とするものではなく（公正取引委員会による違反行為の認定は勧告の要件にしかすぎない。）、したがって、勧告審決によって、右違反行為の存在が確定されるものではないのであるが、勧告の応諾は、違反行為の排除措置を採ることの応諾なのであるから、独占禁止法違反の行為を不法行為の責任原因とする損害賠償請求訴訟において、右違反行為の排除措置を命ずる勧告審決があったことが立証された場合には、違反行為の存在について、いわゆる事実上の推定が働くこと自体は否定できないものというべきである（前記第三小法廷判決参照）。そして、勧告審決の審決書には、排除措置との関係において排除されるべき違反行為を明確にするとともに審決の一事不再理の効力との関係において事実を特定するために、同法57条1項にいう審決書に示すべき公正取引委員会の認定した事実として、勧告に際し公正取引委員会が認めた事実（同法48条1項）、すなわち、勧告書に記載された事実（公正取引委員会の審査及び審判に関する規則20条1項1号）を示さなければならないのであり（前記第三小法廷判決参照）、前記勧告審決の法的特質と右の勧告審決書において独占禁止法違反の事実が示される意義にかんがみると、勧告審決の存在が立証されたことに基づく前記の事実上の推定は、当該勧告審決書の主文と審決書に示された同法違反の事実を実質的に総合対照し、勧告審決の主文の排除措置と関連性を有しない違反行為を除き、主文において命じられた排除措置からみて論理的に排除措置がとられるべき関係にあると認められるすべての同法違反行為の存在についても働くことを否定することはできない。

しかし、勧告審決は勧告の応諾を要件とするものであって、違反行為の存在の認定は要件とされていないものであることからみて、その有する事実上の推定の程度は、違反行為に関する公正取引委員会の証拠による事実認定を要件とする審判審決や被審人の違反行為事実の自認を要件とする同意審決に比して、相対的に低いものであり（前記第三小法廷判決、最高裁昭和56年（行ツ）第178号昭和62年７月２日第一小法廷判決・民集41巻５号785頁参照）、また、勧告の応諾が、審判手続や審決後の訴訟等で争うことの時間的、経済的損失あるいは社会的影響に対する考慮等から、違反行為の存否とかかわりなく行われたことが窺われるときは、勧告審決が存在するとの事実のみに基づいて、その審

決書に記載された独占禁止法違反行為が存在することを推認することは許されないものと解するのが相当である。

Yらは、原審において、本件勧告審決の前提としての勧告の応諾がされた当時の石油業界をめぐる経済的社会的情勢を詳細に主張し、Yら石油元売12社としては、決して独占禁止法違反行為を認めたために勧告を応諾したのではなく、右の情勢からみて勧告の応諾を拒否して審判・訴訟で争うのは石油業界の置かれた状況を悪化させることになって得策ではなく、勧告を応諾したとしても同法違反行為を認めることにはならないから勧告を応諾したほうがよいという通産省当局による強力な慫慂があり、また、同法違反行為の存否を長い時間、多大の費用をかけて争うことによるデメリットを考慮し、その結果、勧告を応諾したものであることを主張し、かつ、これに沿う証拠を提出しているが、この証拠によれば、右主張事実、すなわち、Yらのした勧告の応諾は、違反行為の存否とかかわりなく行われたことが窺われるから、本件勧告審決が存在するとの事実のみに基づいて、審決書に記載されたYら石油元売12社による本件各協定の締結という独占禁止法違反行為が存在することを推認することは許されないことになるものというべきである。このような事情の存否につきなんら判断を加えることなく、事実上の推定を働かせて同法違反行為の存在を推認した原審の判決は、この点において、法令の解釈適用を誤り、ひいては理由不備の違法を犯したものというべきである。

④損害の発生とその数額について原告に立証責任があるかについて、

本件のような石油製品の最終消費者が、石油元売業者の違法な価格協定の実施により損害を被ったことを理由に石油元売業者に対してその賠償を求めるためには、次の事実を主張・立証しなければならないものと解される。

まず、（一）価格協定に基づく石油製品の元売仕切価格の引上げが、その卸売価格への転嫁を経て、最終の消費段階における現実の小売価格の上昇をもたらしたという因果関係が存在していることが必要であり、このことは、被害者である最終消費者において主張・立証すべき責任があるものと解するのが相当である（前記昭和62年７月２日第一小法廷判決参照）。

次に、（二）元売業者の違法な価格協定の実施により商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた支出分として把握されるから、本件のように、石油製品の最終消費者が石油元売業者に対し損害賠償を求めるには、当該価格協定が実施されなかったとすれば、現実の小売価格（以下「現実購入価格」という。）よりも安い小売価格が形成されていたといえることが必要であり、このこともまた、被害者である最終消費者において主張・立証すべきものと解される。もっとも、この価格協定が実施されなかったとすれば形成されていたであろう小売価格（以下「想定購入価格」という。）は、現実には存在しなかった価格であり、これを直接に推計することに困難が伴うことは否定できないから、現実に存在した市場価格を手掛かりとしてこれを推計する方法が許されてよい。そして、一般的には、価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がない限り、当該価格協定の実

施直前の小売価格（以下「直前価格」という。）をもって想定購入価格と推認するのが相当であるということができるが、協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に小売価格の形成に影響を及ぼす顕著な経済的要因等の変動があるときは、もはや、右のような事実上の推定を働かせる前提を欠くことになるから、直前価格のみから想定購入価格を推認することは許されず、右直前価格のほか、当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因を総合検討してこれを推計しなければならないものというべきである（前記第一小法廷判決参照）。更に、想定購入価格の立証責任が最終消費者にあること前記のとおりである以上、直前価格がこれに相当すると主張する限り、この推認が妥当する前提要件たる事実、すなわち、協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に小売価格の形成に影響を及ぼす経済的要因等にさしたる変動がないとの事実関係は、やはり、最終消費者において立証すべきことになり、かつ、その立証ができないときは、右推認は許されないから、他に、前記総合検討による推計の基礎資料となる当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因をも消費者において主張・立証すべきことになると解するのが相当である。本件訴訟においてXらは、Yらによる価格協定の直前価格を想定購入価格として損害の額の算定をすべきであることを一貫して主張するだけで、想定購入価格の推計の基礎資料とするに足りる民生用灯油の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度等の価格形成要因（ことに各協定が行われなかった場合の想定元売価格の形成要因）についても、何ら立証していないので、Xらの請求は棄却すべきである。

上記多数意見については、２人の裁判官による補足意見があり、その内容は次のとおりである。

①裁判官宮島六郎の補足意見

本件訴訟は、石油元売業者の価格協定の実施により、石油製品の購入者が損害を被ったとして、民法709条による損害の賠償を求めるものであるが、その価格協定が実施されなかったとすれば形成されたであろう想定購入価格と消費者が現実に購入した際の小売価格との差額、価格協定の実施と現実購入価格の形成との間の相当因果関係の存在等についての主張立証の責任は、消費者において負担するものであること、多数意見において詳細に説示したとおりである。そして、現実の小売価格の形成には、経済的、社会的な幾多の要因があり、これら諸要因が複雑に競合して現実の小売価格が形成されるのであるから、想定購入価格の算出、小売価格と価格協定の実施との間の因果関係の有無等については幾多の難問が存在し、これらを消費者が主張立証することは、極めて困難な課題であるといわなければならない。しかし、不法行為法の法理からすれば、まさに右説示のとおりであって、いまにわかにこの原則を変えるわけにはいかない。

ところで、独占禁止法は、第25条を設けて私的独占若しくは不当な取引制限をし、又は不公正な取引方法を用いた事業者に対し、損害賠償の責任を課しているのであるが、同条の訴訟においても、損害の発生、因果関係の主張立証については、民法709条による訴訟におけると全く同様のことが消費

者に求められている（前掲昭和62年７月２日第一小法廷判決参照）のであって、やはりその主張立証は消費者にとって容易な業ではないのである。もし独占禁止法25条に基づく訴訟について、消費者の被った損害の額につき何らかの推定規定を設けたならば、消費者が同条に基づく訴訟を提起することが容易となり、同条の規定の趣旨も実効あるものとなるであろうと考えられる。たとえば、事業者に対し、価格協定において定めた値上げ額を基準として、一定の方式をもって算出される額を損害額と推定し、その賠償を命ずるが如きである。その算出方法については、立法過程における十分な検討によって、合理的な方式が見出されるべきものである。そのようにして、はじめて同条による訴訟が容易となり、独占禁止法の精神も実現されることになるであろう。そして消費者の被った損害の額について右のような推定規定をもつことによって、同条による訴訟が容易になるとするならば、消費者は民法709条による訴訟を選んで困難な主張立証の責任を負うよりは、むしろ独占禁止法25条の訴訟を選択することにより、その目的を達成することができるようになるものと思料する。

②裁判官香川保一の補足意見

私は、結論において多数意見と同じであるが、その理由については、次のとおり異にする。

独占禁止法25条は、同法にいう私的独占若しくは不当な取引制限又は不公正な取引方法を用いた事業者（以下これらの方法を用いた事業者の行為を「違反行為」という。）は、被害者に対しいわゆる無過失損害賠償責任を負うものとし、その被害者には、違反行為に基づく事業者との直接の取引の当事者には限らず、違反行為により間接的に不利益となる取引によって損失を受けた一般消費者等の間接の被害者も含まれるのであるが、このいわゆる無過失損害賠償責任を課することにより、間接の被害者の保護をも図るとともに、事業者の違反行為を抑止する効果を所期しているものというべきである。そして、これらの違反行為は、独占禁止法の制定により禁止され、違法とされることとなったものであり、右の独占禁止法二五条は、従来民法709条によっては不法行為とされない違反行為について、これを特殊な不法行為として損害賠償の責任を負うものとする特別規定を創設したものとみるべきである。そして、右の損害賠償請求権に関しては、その消滅時効の規定を設ける（同法26条２項参照）ほか、その請求権の裁判上の行使、すなわち訴訟に関し、その出訴時期（同法26条1項参照）、管轄裁制所及びその構成（同法85条２号、87条参照）並びに損害額についての公正取引委員会の意見聴取について規定が設けられている（同法84条参照）のであるが、このような趣旨に徴すれば、違反行為による損害賠償請求権に関しては、民法709条の適用はなく、実体上も訴訟上と独占禁止法の規定によるべきものと解するのが相当である。

しかるところ、多数意見は、違反行為による損害賠償は、民法709条による一般の不法行為の損害賠償としても請求することができるものとして、必ずしも独占禁止法25条に基づくものとして請求することを要しないものとしているのであるが、かかる解釈は、前述したところにより果たして相当であり、妥当であるか甚だ疑問である。違反行為による損害賠償請求訴訟を事業者との直接の取引の当事者が提起する場合はともかく、間接の取引の当事者が被害者として右の訴えを提起する場合には、

その損害の発生とその損害額さらには違反行為との相当因果関係が最も問題となるのであるが、民法709条に基づく請求である限り、同条の不法行為一般の法理に従って、主張、立証がなされなければならず、確定審決による推定力も多数意見のとおり自らいわば弱いものとならざるを得ないのも当然であり、審決の存しない場合はもちろん、確定審決の存する場合でも、損害の立証は極めて困難というよりも殆ど不可能であろう。

これに反し、違反行為による損害賠償は、すべて独占禁止法二五条に基づいてのみ請求し得るものと解すれば、立法的には必ずしも充分の措置が講ぜられていないことは否定し難いけれども、民法709条のいわば特則的なものとして、合理的な解釈により右の立法的不備を補い、当該損害賠償制度の趣旨に相応する運用をなし得るのである。裁判所は、独占禁止法84条1項の公正取引委員会の損害額についての意見聴取の義務付けの法意に則して、同委員会のより適切な意見提出が励行されるならば、その意見を尊重すべきであるが、本件のように違反行為が価格値上協定である場合には、事業者の反対証明がない限り、最小限その協定による値上額相当の損害が違反行為により生じたものとするのが相当である。

(2)本事案に対する学説の評価

本件では、まず、独占禁止法違反行為による損害賠償請求を、独占禁止法25条ではなく民法709条に基づいて提起することができるかどうかが問題となった。これについては、既に述べたように、日本の通説[305]や判例[306]はそれを認めている。このように独占禁止法25条訴訟の他に、民法709条の不法行為訴訟を認めることについては、民法の不法行為の要件である権利侵害がより広く違法性へと移行し、他方で、独禁法が日本の経済社会の中に受け容れられ定着してきたことの反映であると説明する考え方がある[307]。

独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求訴訟を独占禁止法25条訴訟ではなく、民法709条の規定に基づく損害賠償請求訴訟を提起することの利点としては、次のことを挙げることができよう。まず、日本の独占禁止法25条訴訟は東京高等裁判所の専属管轄となっているのに対し、民法709条訴訟はそのような制限がないため、地方に在住する被害者(特に消費者)にとっては、訴訟を提起しやすくなる。又、独占禁止法25条訴訟は審決の確定を要件としているが、民法709条訴訟はそのような要件がないので、審決が確定される前にも訴訟を提起することができる。その他、独占禁止法25条に定められている違反行為以外の違反行為によって生じた損害につい

[305] 赤松美登里「石油カルテル損害賠償請求事件」別冊ジュリスト135号(1995年11月)201頁、岡田外司博「カルテルと損害賠償責任(2)」別冊ジュリスト141号(1997年3月)249頁、田村次朗･前掲論文･234頁、内田耕作･前掲論文･25頁。

[306] 本事件の判旨は、エビス食品企業組合事件として知られている最高裁昭和47年11月16日民集26巻9号1573頁を踏襲するものである。

[307] 根岸哲･前掲論文･95頁。

ては、独占禁止法25条に基づく賠償請求ができないことも民法709条訴訟の利点となり得る。

その際、民法709条が定める「権利又は法律上保護される利益」と関連して、原告は独禁法違反行為によってどのような法的利益を侵害されるのかが問題となる。これについて、原審の仙台高裁秋田支部は、原告が消費者である場合、本件違反行為によって「公正かつ自由な競争の下で形成された価格により商品(白灯油)を購入する利益」を侵害されたと見ることができるとしている。その他、独占禁止法違反行為によって侵害される原告の法的利益については、もし原告が事業者である場合は、「自由競争の下で取引をする利益」、或いは「自由な競争市場において製品を販売することができる利益」の侵害を挙げる下級審判決[308]がある。

ところが、このように独占禁止法違反行為による被害者が、独占禁止法25条ではなく民法709条に基づいて訴訟を提起することについては、上記にも示されているように、独禁法25条は民法709条の特則であり、後者に基づく訴訟は実体法上理由がないものであるから棄却すべきとする香川保一裁判官の補足意見がある[309]。

本件では、独占禁止法違反行為を理由に損害賠償を請求した原告は、加害者とされる元売業者と直接取引をしていない一般消費者である。そこで、間接購入者もその被害の救済のために法違反行為者を相手に損害賠償を請求することができるかが問題となった。

これについて日本の通説は、一般に、違反行為者が責任を負うのは被害者であり、消費者であるか事業者であるか、競争事業者であるか取引先の事業者であるか、直接の取引先であるか間接の取引先であるかを問わないと解する[310]。従って、本件のように、被害者が消費者である場合、その消費者は間接的な立場に立つが、違反行為と損害との間に相当因果関係が存在することを主張しているのであるから、原告適格は当然認められることになる。

その他にも、現代の経済社会において、経済的な構造に係わる広範囲な消費者被害に対応するためには、間接購入者としての消費者の原告適格は当然認めなければならないとする考え方[311]もある。この説によれば、独占禁止法の違反行為によって損害を蒙った被害者が、その損害賠償を請求することは、市民社会の法秩序を前提とする以上極めて当然のことであり、とりわけ価格引上げのカルテルを典型とするカルテルが行われた場合には、カルテルの性格から考えて被害者が存在することは明白であり、その損害の回復が計られて初めて独占禁止法の社会的な

---

308 大阪地判平成２年７月30日判時1365号91頁、東京地判平成９年４月９日判時1629号70頁等を参照。

309 古くは、今村成和『独占禁止法[新版]』有斐閣(1978年)226頁や石井幸一「独禁法違反による被害者の審決請求権について」公正取引108号(1959年９月)47頁も同じ見解を示されている。

310 谷原修身『独占禁止法と消費者訴訟』中央経済社(1983年1月)222頁、田村次朗･前掲論文･234頁、金子晃「鶴岡灯油損害賠償事件最高裁判決をめぐって―事実上の推定力を中心に―」公正取引473号(1990年３月)20頁、その他、本件に係る評釈論文等は、間接の被害者である消費者の原告適格を認めている。

311 正田彬「灯油裁判と最高裁」法律時報62巻３号(1990年３月１日)16頁。

機能が充足され、同時に同法が予定する違反行為に対する抑止効果も働くことになると言う[312]のである。

判例も当然、上記のように、間接被害者である消費者の原告適格を認めている。同じ判断は、不公正な取引方法を用いた事業者によって損害を蒙ったとして一般消費者が提起した独占禁止法25条訴訟である東京高判昭和52年９月19日判時863号20頁においても見られるが、東京高裁は、「事業者が不公正な取引方法を用いた場合に、これによつて損害を被る者が競争関係にある事業者のみであるとはいえず、一般消費者も、間接にではあっても、損害を被る場合があるといわなければならず、その損害は、単に事実上の反射的なものに過ぎないこともあるが、各消費者について具体的、個別的に生ずることもある」として、一般消費者の原告適格を認めた。

勧告審決において公正取引委員会が認定した独占禁止法違反行為の事実が、損害賠償請求訴訟において事実上の推定力を有するか、つまり、勧告審決における公正取引委員会による違反行為の事実認定が裁判所を拘束するかについては、既に上記においても述べたが、本件では重要な争点の一つであるのでもう少し詳しく検討してみる。

通常、公正取引委員会による事実認定の裁判所に対する拘束力についての議論は、そもそも独占禁止法25条に基づいて損害賠償請求をする際に、公正取引委員会による審決の確定を26条において要求する理由が、主に公正取引委員会の判断の尊重、及び被害者の挙証責任の軽減等にあることに鑑み、公正取引委員会が審決で示した事実認定は裁判所を拘束するものと見るべきではないかという考え方から議論されるようになったとされる[313]。

学説は分かれるが、既に述べたように、事実上の推定力しか認めない拘束力否定説が通説となっている[314]。拘束力否定説によれば、公正取引委員会による事実認定に事実上の推定力しか認めない理由として、①独占禁止法26条１項では、審決の確定を訴訟の要件としながらも、それ以上のことは何も触れていないこと、②審決取消訴訟については、独占禁止法80条によって実質的証拠法則が設けられているにもかかわらず、25条においてはそのような規定が設けられていないこと、また③審決の認定事実に対して裁判所を機械的に拘束させることが、果たして現行の司法制度下で許されるかは疑わしいこと、等を挙げている。

これに対して、拘束力全面肯定説は、①まず、独立･合意･専門機関である公正取引委員会による審決の手続は、広義の準司法的な手続としての意味を有すること、②勧告審決や審判審決及び同意審決は、いずれも独立･合議･専門機関である公正取引委員会による審決であり、広義の準司法的な手続の下で行なわれる「正式審決」として、適正手続による同一の法的強制力を

312 正田彬･前掲論文･15頁。
313 田村次朗･前掲論文･234頁。
314 谷原修身･前掲論文･27頁、今村成和「石油カルテル･鶴岡灯油事件最高裁判決について」ジュリスト952号(1990年３月15日)84頁、本間重紀･前掲論文･58頁、田村次朗･前掲論文･234頁、岡田外司博･前掲論文･249頁。

有する審決であること、③公正取引委員会が行う勧告の場合にも、通常、公正取引委員会による違反行為の事実認定、及びそれに基づいた排除措置が記載されるが、このような公正取引委員会の勧告審決に対する事業者の応諾は、当然違反行為の事実に関する応諾を含む[315]と解すべきであるから、独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求が独占禁止法25条訴訟であろうと民法709条訴訟であろうと、公正取引委員会による審決の認定事実は審決の種類を問わず、勧告審決も含めて裁判所を拘束すると主張する[316]。この説によれば、公正取引委員会による各種の審決の適正手続要件は、準司法的な機関による準司法的な決定という共通の土台的構造のうえに、応諾･審判手続･自認という特殊の要件が追加されるという、いわば二階建の構造をとっているが、重要なのは、前者の共通性が絶対的な特質であるということであり、後者の追加される要件の差は相対的なものであるにもかかわらず、通説や裁判所は、後者の相対的な相異を絶対化する誤りを犯していると批判する[317]。さらに、公正取引委員会には事実審としての第一審的な性格があることを認めるべきであり、もし事実認定の拘束力を認めないとすれば、それは三審制に基づく裁判を受ける消費者等の権利を侵害する結果になりかねないと主張する[318]。

拘束力否定説や全面肯定説の他には、審判審決だけが拘束力を有するみる一部肯定説[319]があり、拘束力否定説に立ち公正取引委員会による事実認定の事実上の推定力を認めた上で、仮にその推定が許されないときには、裁判所は、証拠の存否について判断を行うべきとする考え方[320]がみられる。

最高裁は従来から否定説に立って判断している。特に、応諾を要件とする勧告審決については、他の審決に比べて違反行為の存在に関する事実上の推定力が弱いという審決の性格論に基づいて推定力の強弱を判断する立場を示して来た[321]が、東京灯油事件においては、勧告審決の推

---

315 今村成和･前掲「石油カルテル･鶴岡灯油事件最高裁判決について」･85頁は、事業者による勧告の応諾は、排除措置の応諾なのであって、違反行為の存否とは別問題であると指摘する。

316 正田彬･前掲論文･６～11頁、本間重紀･前掲論文･59～60頁、62頁。

317 本間重紀･前掲論文･60頁。

318 本間重紀･前掲論文･63頁。金子晃･前掲論文･22頁も同じ立場のようである。

319 来生新「不当な取引制限と損害賠償請求訴訟―鶴岡灯油訴訟控訴審判決をめぐる一考察―」判例タイムズ581号26頁。

320 宮本康昭「最高裁判決における事実認定過程の検討―第二審仙台高裁秋田支部判決と対比して」法律時報62巻３号(1990年３月１日)26頁。本事件において裁判所は、カルテルの存否をひとまずおいたまま、勧告審決に事実上の推定力があることを認めながらも、審判審決や同意審決に比べてその推定力は相対的に低いとしている。その上で、本事件のように、被告の勧告応諾が違反行為の存否とかかわりなく行われたことが窺われるときは、審決のみで違反行為の存在を推認することはできないとし、損害の不明を理由に原告の請求を棄却した。それについて、この意見は、裁判所がこのように傍論を無理をしながら書かなければならなかった理由は、原告の請求を斥ける主要な論理である損害の立証責任論の弱さとこれが世論の猛烈な批判にさらされることを、裁判所も予期していたために、損害の立証のほかにもカルテルの推認の上でも問題があった(かのような)外見を示すことが必要であったであろうとして批判する。舟田正之「カルテルと損害賠償請求請求(２)―民法上の不法行為」別冊ジュリスト110号(1991年３月)249頁も同じ意見である。

321 最高裁昭和50年11月28日民集29巻10号1592頁。しかし、これについては、審決を審判審決や同意

定力は違反行為の存在を推認する一つの資料に過ぎないとして、その事実上の推定力さえも認めない判断を行った。ところが、本件では、勧告審決の事実上の推定力を一般論として肯定した上で、その推定力は民法709条訴訟においても働くとしている[322]。但し、勧告の応諾があった場合には、勧告審決が存在しても違反行為の推認が認められない場合があることも述べている。

これについては、当然学説からの激しい批判がなされ[323]、例えば、事実上の推定力の強弱は、各審決書に記載されている事実が持つ価値(つまり、推定力の有無及び程度は、専門機関である公正取引委員会が調査･審査の結果認定した違反事実にどれだけの蓋然性をもって違反行為を認め得るか[324])によって決定されるべきであって、各審決の性格に係る問題ではないという批判[325]がなされた。他にも、強制調査権を持つ公正取引委員会の審査活動によっても摘発できない事業者の独占禁止法違反行為を、何らの調査権も持たない被害者、とりわけ消費者にその挙証責任を負わせることは、損害賠償請求自体を否定するものと同然であるとして批判[326]する。

ところで、不法行為に基づく損害賠償を請求するには、原告はその損害の発生についての証明責任を負わなければならない。この場合、何を損害と言うべきかについて、通説である差額説は、独占禁止法違反行為のために余儀なくされた余計な支出、つまり、不法行為がなかったと仮定した場合の原告の利益状態の金銭的な評価と、現実の利益状態との差額が損害額であると説明する。通常、市場で事業者等の法違反行為によって競争が機能しなくなった場合、実際の購入価格或いは事業者が得る利益は、競争の状態であれば形成されたであろう「想定価格」あるいは「想定利益」を上回るであろうことは容易に考えられる。結局、消費者が受ける被害額は、現実の購入価格と想定購入価格との差額に、違反行為が行われた期間中の購入数量を乗じて得た金額(つまり、超過支払額)となる[327]。

そうすると、このような損害を証明するために、原告の消費者はどのような立証活動を行うべきなのか。これについて、最高裁は、本件で、消費者が石油元売業者の違法な価格協定によって損害を蒙ったことを理由として損害賠償を求めるためには、①価格協定による石油製品の元売仕切価格の引上げと現実の小売価格の上昇との間の因果関係、及び②当該価格協定が実施

審決及び勧告審決に区分しその性格論を論じることと、勧告審決の事実認定に事実上の推定力を認めか否かに関する議論との間には、直接の関係がないとの批判がある(今村成和･前掲「石油カルテル･鶴岡灯油事件最高裁判決について」･83頁及び金子晃･前掲論文･23頁)。

322 本件は、勧告審決の事実上の推定について、民法709条訴訟において初めて判断されたものである(舟田正之･前掲「カルテルと損害賠償請求請求(２)」･249頁)。

323 正田彬･前掲論文･６頁以下、田村次朗･前掲論文･234～235頁、宮本康昭･前掲論文･24～26頁、舟田正之･前掲「カルテルと損害賠償請求請求(２)」･249頁、本間重紀･前掲論文･56頁以下。

324 赤松美登里･前掲論文･201頁。

325 田村次朗･前掲論文･235頁。

326 正田彬･前掲論文･10頁、本間重紀･前掲論文･62頁。

327 大橋弘･前掲論文･57頁、実方謙二･前掲論文･19頁。

されなかったとすれば、現実の小売価格(現実購入価格)よりも安い小売価格(想定購入価格)が形成されていたといえること、の２点について立証責任を果たさなければならないとした。

そこで、まず、①の証明について見てみると、判旨は、原告が①について立証しているかどうかについては特に判断せず、具体的な損害の有無の検討に入っている。これについては、値上げされた元売価格が小売価格に転嫁されたかの問題を直接論じなくても、消費者の購入価格が引き上げられたことが立証されれば、流通段階に特別の値上げ理由があったことの反証がない限り、転嫁は証明されたものと裁判所はみているのだと解する見解[328]があるほか、コスト上昇を直ちに価格に転嫁できるのは競争が充分に機能していない場合だけであり、本件では、行政指導とカルテルによって初めて一斉値上げが可能になったというのが実体と考えられるので、コスト上昇の要因があれば直ちに価格が上昇するという前提に立つ裁判所の考え方には誤りがあると批判する見解[329]もある。

そして②の想定購入価格について裁判所は、これは、現実には存在しなかった価格であり、これを直接推計するのは困難であることは否定できないから、価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済的な要因等に変動がない限り、当該価格協定の実施直前の小売価格(直前価格)が証明されればそれを想定購入価格と推認することができるとしている。但し、その際、価格協定の実施時点から消費者の商品購入時点までの間に商品の小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等にさしたる変動がないことについては、原告が立証しなければならないことを明らかにした。そして、仮にその事実が立証できない時は、当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容や程度その他の価格形成要因を立証することを原告側に求めた[330]。

原告に想定購入価格に関する立証責任を要求する裁判所の態度については、学界は批判する[331]。

---

[328] 鈴木深雪「カルテルと一般消費者の損害賠償請求」別冊ジュリスト161号(2002年３月)238頁。このような、侵害の成立･相当因果関係の認定については、その立証において、原告は、協定の影響下にあると考えうる範囲での明白な価格上昇などの客観的事実からこの意味での協定の実効性を立証すれば、この事実的因果関係は一応立証されたことになるとの考え方がある。この意見は、本件では、経験則に基づき事実上の推定により因果関係を認定するという接近方法が可能かつ必要であると主張する(実方謙二･前掲論文･21頁)。結局、本件について多くの意見は、損害の発生自体は認められながら、損害の額の証明が困難なために請求が棄却された例として位置づけている(白石忠志「独禁法事例の勘所」法学教室317号(2007年２月)92頁)。

[329] 舟田正之･前掲「カルテルと損害賠償請求請求(２)」･249頁、岡田外司博･前掲論文･249頁、正田彬･前掲論文･12頁。この意見は、コストの上昇を招いたとして判旨が挙げている要因は、カルテルの実施前から連続する要因であり、実施時以降の価格だけに大きな影響を及ぼしたとみることは疑問であると指摘する。

[330] 経済的要因の変動の存在については、最高裁も認めている。そこで、白石忠･前掲「最高裁判所民事判例研究」･862～863頁は、これに関する立証責任の分配は、本判決の結論を得るために不可欠な判示ではないとする 。

[331] 和田建夫「価格カルテルと消費者の損害賠償請求」別冊ジュリスト200号(2010年６月)257頁、鈴木深雪･前掲論文･239頁、上原敏夫･前掲論文･138～139頁、舟田正之･前掲「カルテルと損害賠償請

例えば、協定が無かった場合の想定価格の水準を請求の要件である要証事実として扱えば、事実上立証不可能な挙証責任を消費者側に課すことになり、違法なカルテルによって受けた損害を自らの手で取り戻すという消費者の権利行使を最初から否定することになると批判する。また、上記のような最高裁の理論構成は、違法行為による被害の公正な救済という不法行為法の目的に反しており、加害者の違法な行為によって損害の立証が困難である場合には、それから生じる不利益は非難すべき行為を実行した行為者側が負担するのが公平の原則から見て当然であると主張する[332]。さらに、この意見は、本件の最高裁判決理論の決定的な欠陥として、不法行為成立の要件である侵害の有無･相当因果関係の成立の問題と、被害者に対する救済の範囲に係る損害額の評価の問題とを混同していると指摘する。そこで、差額説に立った上で、立証責任については、原則として、独占禁止法違反行為によって価格の上昇があったことを消費者の原告が主張･立証すべきであるが、例えば、供給価格に対する価格協定が行われその協定通りに価格が引き上げられたならば、因果関係の存在は一応証明されたものと見るべきであり、もしそれを被告が否定したいならば、想定購入価格が現実の消費者価格よりも低くないという間接反証をすることで原告の主張を覆すことができるとみることによって、立証責任の事実上の転換を図るべきと主張する考え方[333]がある。

これに対して、判決の立場が、原告が想定購入価格の具体的水準を高度の蓋然性を以って立証することまで要求するものとすれば、実際上不可能な証明を原告に強いることになり不当であるから、判旨は、原告に想定購入価格が現実購入価格よりもとやかく安いということの証明を求めただけであり、必ずしも想定購入価格の具体的水準の立証を求めているわけではないとして、原告が損害賠償を受けられた可能性は充分に存在したと説明する考え方[334]もある。さらに、これと同じ立場から、鶴岡灯油事件について多数説は、「損害の発生自体は認められながら、損害の額の証明が困難なために請求が棄却された例」として捉えているが、これは誤解であると指摘する意見[335]も見られる。つまり、本件に関する最高裁の判断を、「損害額の不明ではなく

求請求(２)」･249頁、田村次朗･前掲論文･235頁、宮本康昭･前掲論文･27頁、今村成和･前掲「石油カルテル･鶴岡灯油事件最高裁判決について」･87頁等。

[332] 実方謙二･前掲論文･19頁。

[333] 澤田克己「カルテルと損害賠償請求(1):無過失損害賠償責任」別冊ジュリスト(1991年)246～247頁。

[334] 岡田外司博･前掲論文･249頁。

[335] 白石忠志･前掲「独禁法事例の勘所」･92頁。さらに、この意見は、本件に関する多数説の誤解が一つの引き金となって、民事訴訟法248条が制定されるようになったが、同条にいう「損害が生じたことが認められる場合において、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、相当な損害額を認定することができる」との規定を本件に当てはめてみても、本判決は、後段の「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定すること」をまったく拒否しているわけではないとする。その理由として、本判決は、想定価格について、「総合検討による推計の基礎資料となる当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容、程度その他の価格形成要因をも消費者において主張・立証すべ

損害不存在を理由に、損害賠償請求を棄却した」と解さなければならないとこの説は主張する。その理由として、本判決は明確に、「本件の各協定が実施されなかったならば現実の小売価格よりも安い小売価格が形成されていたとは認められないと言うほかない」と述べていることを挙げている[336]。

いずれにせよ、本件では損害額の議論はなされていない。先にも述べたように、本件について学説の多くは、損害を受けたことは認められるが、その額を原告が立証できなかったために請求が棄却された事案として捉えている。そこで、 ①消費者の損害賠償請求の実効性を高めるために、消費者の購入価格と直前価格との差に乗じるべき比率を法定するか[337]、②妥当な算定方式を採用し提出した原告の要求額及び必要な関連資料に基づいて、裁量によって損害額を判断することを裁判官に求めるか[338]、③損害の填補を容易ならしめて違反行為の抑止を図るという独禁法25条の趣旨に照らし、他の経済法令にみられるように、立法によって損害額の推定規定を置くか[339]、あるいは、④経済学を損害額の算定において有効に活用するか[340]、等の方法によって損害額の算定の困難を解決すべきことが主張されている。

上記で見たように、日本の最高裁判所は、独占禁止法違反行為の特殊性を考慮せず、原告に因果関係に関する厳格な立証責任を求めることで、消費者による因果関係の立証が成立する可能性を殆ど遮断してきたことは否定できない。そこで、一連の公害訴訟と同様、独占禁止法違反行為訴訟においても、因果関係に関する立証責任を軽減することが必要であるとの議論がなされるようになったことは既に述べた通りである。

しかしながら、本件については、最高裁の判断を肯定的に捉える考え方[341]も見られる。東京灯

きことになると解するのが相当である」と述べ、それが「何ら立証されていない」ために請求棄却としていることを挙げる。これらを見る限り、本判決は、損害額の認定だけでなく損害の存否の判断においても、「基礎資料」による「推計」を認めていることが明らかであるにもかかわらず、多数説の誤解によって、本判決に対する批判を一つの旗印として立法された民事訴訟法248条が、その要件において狭い要件が規定されるようになり、その結果、同条について、損害額の認定だけでなく損害の存否の判断についても類推適用してよいかどうかという議論がなされるようになったと、皮肉る(同論文93頁)。

336 損害額の立証が不十分であることを理由に、損害の発生も証明されていないかのような判断をしている最高裁の判断は、その点において論理不明であるとする、田村次朗･前掲論文･235頁も、同じ立場なのであろうか。

337 鈴木深雪･前掲論文･239頁。

338 田村次朗･前掲論文･235頁。最高裁判決は、①不法行為成立の要件である侵害の有無･相当因果関係の成立の問題と、②被害者に対する救済の範囲についての損害額の評価の問題を混同するという決定的な誤りを犯していると批判する、実方謙二･前掲論文･19頁も、損害額の評価･算定については、原告に厳格な立証を要求すべきではなく、裁判所の創造的機能に委ねるべきであるとされる。

339 和田建夫･前掲論文･257頁。本件において補足意見を述べた宮島六郎裁判官も同じ考え方である。

340 大橋弘･前掲論文･57頁以下。

341 正田彬･前掲論文･15頁。さらにこの意見は、本件の場合、多数の消費者の権利を訴訟において主張するに当たって、選定当事者制度(民事訴訟法30条、旧法47条)が採用されているが、日本では、

油裁判と共に日本で独占禁止法違反のカルテル行為者に対する損害賠償請求訴訟として争われた初の裁判として知られる本件は、独占禁止法の社会的な機能や同法が予定する違反行為に対する抑止効果[342]からして、多くの問題は提起されているものの、その反面、1,600人を越える消費者によって、15年間にも及ぶ損害賠償請求訴訟が行われたということは、独占禁止法が日本社会に定着し、独占禁止法による権利の擁護が具体的に図られるための道筋が示されたという意義を認め得るというのがそれである。この説は、錆びついたレールの上を列車を走らせる試みが消費者によって始めてなされたとして、本事件の意義を大きく評価する。

５.間接購入者の法理

１)概説

独占禁止法違反行為においての因果関係を議論する際、間接購入者の損害賠償請求権が問題となる場面がある。例えば、事業者の独占禁止法の違反行為のうち価格に係る不当な取引制限行為がなされた場合、当該行為の対象となる商品は、通常、メーカーから卸売り業者を経て小売業者に転売されていくプロセスを経るが、そのような場合には、上流事業者から下流事業者に対する損害の転嫁がなされることは容易に予想できる。つまり、独占的地位にある事業者が、その独占的地位を利用して競争価格に比べて高い価格での購入を直接購入者に強要した場合、やむを得ずその価格で物を購入せざるを得なかった直接購入者は、概ね、自己が支払った超過支払分の全部またはその一部を販売価格に上乗せして取引の相手に販売することになる。そうすることで、事実上直接購入者の損失は間接購入者(消費者)に擦り付けられるのである。

このような場合、直接購入者が独占禁止法の違反行為者を相手に不法行為に基づく損害賠償請求を提起できることについては疑問がないが、直接購入者から事実上損害が転嫁された間接購入者(消費者)も、独占禁止法の違反行為者を相手に損害賠償請求権を行使することができるか(間接購入者の原告適格の問題)について、因果関係と関連し問題となる。なぜなら、間接購入者には、独占禁止法の違反行為者と何ら直接の取引関係が存在しないからである。

損害の転嫁は、事業者の法違反行為とそれによる被害者の損害との間に転売という段階が介在しているため、損害が結局誰に発生しているかが問われる。また、直接購入者は転売によって間接購入者に法違反行為者から受けた損害を転嫁することができるが、そうすると、損害額の確定の時、損益相殺によって直接購入者が転売で取得した利益を控除し法違反行為者の賠償

一般市民の小額被害に対する損害賠償請求訴訟を期待することが困難であることや、また裁判を通しての権利の擁護という筋道が一般化しているとはいえず、むしろかかる行動に対して消極的であるのが通常であることを否定できないことから、制定当事者制度は、消費者の共同した権利擁護のための訴訟に適した制度であると評価する(同論文16頁)。同じ意見として、鈴木深雪･前掲論文･239頁。

[342] 淡路剛久･前掲「独禁法の運用強化と損害賠償制度」･40頁。

範囲を縮減することができるかも疑問である。要するに、間接購入者の原告適格の問題は、法違反行為者から法違反行為によって得た収益を剥奪することで、独占禁止法の執行力及びその実効性を確保·保証すべきとする法政策的な観点に繋がる問題なのである[343]。

２)間接購入者の損害賠償請求権を認めるべきかどうか

これは、因果関係に関する問題でもあれば、損害賠償請求訴訟上の間接購入者の原告適格に関する問題でもある。間接購入者の損害賠償請求権が問題となった有名な事件としては、アメリカのIllinois Brick事件を挙げることができる。本事件は、コンクリートブロックの価格を談合したIllinois Brick及びその競争会社に対して、コンクリートブロックの間接購入者であったイリノイ州政府が提起した訴訟である。イリノイ州は、独寡占価格によって購入したコンクリートブロックを使用して建てられたビルの買主であるという地位に立ち訴えを提起した。本事案で被告と原告であるイリノイ州政府の間には、２つ以上の購入段階(intervening purchaser)が存在していた。

そもそもアメリカのクレイトン法４条[344]には、独占禁止法上禁じている行為によって財産又は営業に損害を受けた者は、何人(any person)も損害賠償請求の訴えを提起することができると定めている。このような規定を前提にするならば、直接購入者が転嫁した損害分に対して間接購入者が同法４条に基づき独占禁止法違反行為者を相手に損害賠償請求の訴えを提起することは当然可能であると考えられる。しかしながら、本件の被告は、「損害の転嫁(passing on)」の事実を防御手段として用いることはできないと判断したHanover Shoe判決[345]を根拠として挙げ

---

[343] チェ·ジェホ, ‘ドイツ競争制限禁止法上の損害の転嫁’, 競争法研究15巻, 韓国競争法学会, 2007年, 158面.

[344] **アメリカクレイトン法４条**
That any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee(反トラスト法において禁止される行為によって、その営業もしくは財産に損害を受けたいかなる者も、その請求額の如何にかかわらず、被告の住所、居所またはその代理人の住所地を管轄する合衆国地方裁判所に訴訟を提起し、その被った損害額の３倍及び合理的な弁護士報酬を含む訴訟費用の賠償を求めることができる。). 詳しくは、宗田貴行·前掲書·16頁を参照。

[345] Hanver shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S.481(1968). 本事案は、製靴業を営む原告が、製靴機械の製造·リースを生業とする被告から製靴機械をリースしていたが、被告が原告に対し製靴機械の販売を拒絶し、不当に高いリース料を請求したため、原告がクレイトン法４条に基づき３倍額賠償を請求した事案である。連邦最高裁判所は、原告の超過支払いは靴の販売価格に組み入れられているため、損害は靴の購入者に転嫁されているという被告の主張について、損害転嫁の抗弁的利用を明確に否定した。その理由は、①損害賠償請求訴訟の訴訟原因は損害の発生時点で判断されるべきであり、その後の事実関係とは無関係であること、②抗弁的利用を認めることによって裁判所の負担が増大すること、③原告の立証責任を重くし裁判を長期化させ、私訴を魅

て、間接購入者は、連邦独占禁止法による損害賠償請求の訴えを提起することができないと主張した。

そこで、間接購入者が直接購入者から損害の転嫁を受けたことを主張し、直接購入者が負担した超過価格部分について賠償を請求することができるかの問題、つまり、損害の転嫁を攻撃方法として用いることができるかどうか[346]が本訴訟において争点となった。結論からいうと、連邦最高裁判所は間接購入者の損害賠償請求権を否定している[347]。

本件において、被告が間接購入者の損害賠償請求権を認めるべきではないと主張しその根拠として挙げたHanover shoe事件は、損害転嫁の抗弁がアメリカで始めて問題となった事案であった。本事件において、アメリカ連邦最高裁判所が間接購入者の損害賠償請求権を認めなかった最も大きな理由は、反独占禁止法の私的執行の実効性を確保するためであった[348]と説明される。つまり、商品の生産流通の過程において、直接購入者は、通常、最終消費者よりも訴訟を提起する意思や資力を有していることをアメリカ連邦最高裁判所は指摘する。つまり、損害転嫁の抗弁を被告に認定する場合、直接購入者にとっては損害賠償請求の訴えを提起する誘引が減るのに対し、間接購入者である最終消費者にとっても、個別に被る損害額に比べて高額の訴訟費用や敗訴の危険を甘受してまで訴えを提起しようとはしないのが一般的である。私的執行に反独占禁止法の抑制の機能を委ねているアメリカでは、そのような事態を生じさせては困るため、連邦最高裁判所はやむを得ず被告の抗弁を許容するしかなかったわけである[349]。

要するに、アメリカでは、連邦最高裁判所の一連の判断によって、違反行為者による超過請求が中間購入者を経て最終消費者等の間接的購入者に転嫁されたことを主張することは認めら

力のないものとし私人による法の実現を妨げること、等を挙げている(宗田貴行･前掲書･17頁)。

346 損害転嫁の事情が反トラスト法訴訟において利用されるのは、主に２つの場面である。まず、反トラスト法違反行為によって損害を受けたとして損害賠償請求を提起する原告に対し、被告が原告は超過請求部分を他に転嫁しているため実損害は存在していないことを主張して賠償責任を免れるために利用する場合(抗弁的利用)と、違反行為者から間接的に商品を購入した者が、直接購入者が超過請求された部分を自己に対する販売価格の中に組み込んで販売したことを証明することにより、損害が自己に及んでいることを主張する場合(攻撃的利用)がそれである。損害転嫁の「抗弁的利用」を否定すれば、原告(直接購入者)の請求は認めやすくなり、「攻撃的利用」を否定すれば、原告適格の範囲は狭くなる結果となる(宗田貴行･前掲書･16頁)。本事案でアメリカの連邦裁判所は、①間接購入者に原告適格を認めると違反行為者は直接購入者と間接購入者の双方から３倍額賠償請求をなされ、被告に二重の３倍額賠償責任を負わせる危険があること、②商品の流通過程の異なったレベルにおける複数の購入者に損害額を分配するという複雑かつ不確実な作業を裁判所に負わせることになること、③直接購入者に完全な損害を回収できる手段を認めることにより、反トラスト法の効率的なエンフォースメントが達成できること等の理由により、損害転嫁の攻撃的利用を否定した。

347 チャン･ヘリム，‘独占規制法違反行為者を被告とする間接購入者の損害賠償請求訴訟の法的問題’，商事法研究 27 巻 1 号，韓国商事法学会，2008 年，40～41 面.

348 チョン･ビョンドク，前掲論文，352面.

349 チョン･ビョンドク，前掲論文，352面.

れていない(接的購入者の原告適格を認めない)[350]といえよう。

これに対して、ドイツでは、先にも述べたビタミン国際カルテル事件において、間接購入者の原告適格を認めるような判断をしている。つまり、直接購入者の会社の経営に必要な購入価格は一つの費用要素に過ぎず、原則として、購入価格は販売価格に含まれて下流市場へ転嫁されていくのが自然であるから、カルテルが行われた製品を直接購入した者には、財産上の損害は発生しないとみるべきであるとの判決を下している[351]。これを見る限り、ドイツでは、損害の転嫁を抗弁的(被告)にも攻撃的(間接購入者)にも利用できることになる。

その後、ドイツの競争制限禁止法は、同法33条３項２段に「製品や用役が過度に高い価格で販売された場合、当該製品や用役が転売されたことを理由に損害が排除されてはならない。」と定めることで、カルテル製品等の転売における直接購入者の損害の問題を立法的に解決している。そうすると、法違反行為者の直接購入者に対する損害の転嫁の抗弁や、間接購入者の原告適格は認められない可能性が高い。しかし、法律で明示的に法違反行為者の損害の転嫁の抗弁を排除していないことに鑑みれば、これが認められる余地は残っているが、ただドイツでは、通常、この問題を損益相殺によって解決しているようである[352]。

ヨーロッパでは、EC条約81条[353]や82条[354]において、独寡占規制に関し、EU内部の市場における

---

[350] これを「間接的購入者の法理」という(宗田貴行･前掲書･18頁)。

[351] LG Mannheim, Urteil vom 11. 7. 2003, GRUR 2004, S. 182, 184 ff(チェ･ジェホ, 前掲‘ドイツ競争制限禁止法上の損害の転嫁’, 159面注５再引用)。しかしながら、直接購入者は損害を次の段階の購入者に転嫁する場合にも、直接購入者の購入行為によって損害は一旦生じており、損害がそもそも発生しなかったとみることはできない。従って、直接購入者が提起した独占禁止法25条訴訟または民法709条訴訟において、損害は、最初から発生していないと違反行為者が主張するのは妥当ではないといわなければならない(宗田貴行･前掲書･363頁)。

[352] チェ･ジェホ, 前掲‘ドイツ競争制限禁止法上の損害の転嫁’, 160面以下。

[353] 1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:
(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
(c) share markets or sources of supply;
(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.
2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.
3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:
- any agreement or category of agreements between undertakings,

競争の保持だけではなく、競争法の違反行為によって被害を受けた個別の経済主体の利益をも保護していることを明らかにしている。ここで言う個別の経済主体とは、消費者の利益を明示的に言及している同条約81条３項や82条からして、直接購入者のみならず消費者も含まれると解すべきであろう。そして、欧州司法裁判所においても、EC条約81条１項や82条の直接の効力を認めつつ、個人は事業者の競争法の違反行為について損害賠償請求を提起することができ、加盟国の裁判所はそれを尊重しなければならないと判断してきた。このようなEC条約及び欧州司法裁判所の態度を見る限り、間接購入者は直接購入者と同様、自己の被った損害について損害賠償請求訴訟を提起することが可能と理解することができる[355]。

３）日本や韓国の状況

（１）日本

日本の通説[356]や判例は、独占禁止法25条訴訟及び独占禁止法の違反行為に関する民法709条訴訟を提起できる「被害者」には、事業者の法違反行為と損害との間に相当因果関係が認められる者であればそれで足りると解する。従って、間接購入者も当然法違反行為者を相手に損害賠償訴訟を提起することができる。実際、間接被害者の原告適格を認めた判決としては、上記鶴岡灯油事件判決を始め、間接購入者である消費者がメーカーによる再販売価格維持行為によって被害を受けたとして、独占禁止法25条に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した松下電器事件

- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

[354] Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

[355] チャン･ヘリム，前掲‘独占規制法違反行為者を被告とする間接購入者の損害賠償請求訴訟の法的問題’，54～55 面.

[356] 谷原修身･前掲『独占禁止法と消費者訴訟』･222頁、田村次朗･前掲論文･234頁。

に関する東京高裁の判決等を挙げることができる。民法709条訴訟であった鶴岡灯油事件で最高裁判所は、「独占禁止法３条の違反行為(不当な取引制限)の被害者として不法行為に基づく損害賠償を請求できるのは、不当な取引制限をした事業者の直接の相手方に限られ、不当な取引制限をした事業者の直接の相手方ではない消費者は原告の適格を欠く」とした被告の主張に対して、「不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、訴訟物たる当該損害賠償請求権を有すると主張している者である限り原告適格に欠けるところはないのであり、また、その者が主張する事実関係からは当該損害賠償請求権を有するものではないと解される場合であっても、その者の主張はその点において理由がないことになるために請求が棄却されるだけであって、その訴えが原告適格を欠き不適法とされるものではない。」と判断した。その上で、「被上告人らは、上告人らの前記独占禁止法違反行為によって自己の権利を侵害され損害を被ったことを主張していること、すなわち、本訴における訴訟物である同法違反行為に基づく損害賠償請求権を有することを主張しているものであることは明らかであるから、説示したところに照らし、本訴における原告適格に欠けるところはないものというべきである。また、前記のような独占禁止法違反行為(不当な取引制限)を責任原因とする不法行為訴訟においては、その損害賠償請求をすることができる者を不当な取引制限をした事業者の直接の取引の相手方に限定して解釈すべき根拠はなく、一般の例と同様、同法違反行為と損害との間に相当因果関係の存在が肯定できる限り、事業者の直接の取引の相手方であると、直接の相手方と更に取引した者等の間接的な取引の相手方であるとを問わず、損害賠償を請求することができるものというべきである。」と判断している。

通常、日本では、独占禁止法の保護利益とされる「市場の参加者が自由な競争の下で享受できる利益」には、当然間接被害者である消費者の利益も含まれると解されてきた。また、アメリカの反トラスト法のような懲罰的損害賠償を認めない日本では、濫訴への懸念がないことから、民事訴訟の一般原則に従い、給付訴訟である独占禁止法の違反行為に対する損害賠償請求訴訟においては、訴訟担当の場合を除き自ら請求権を有すると主張する者に原告適格が認められると理解されている。このことからすれば、間接購入者に原告適格を認めることは当然といえる。

間接購入者、特に消費者に原告適格を認めなければならない現実的な理由もある。通常、大規模の事業者と取引関係にある中間業者(直接購入者を含めて)は、大規模事業者を相手に訴訟を提起することが事実上容易ではない[357]。実際においても、訴訟によって取引関係が打ち切られることを恐れ、泣き寝入りする場合が少なくない。従って、独占禁止法違反行為による被害者の範囲を広く捉えて消費者を被害者の範囲に含めることは、消費者利益の保護をその目的とし

[357] 宗田貴行･前掲書･367頁。

て掲げている独占禁止法１条の趣旨にも合致すると言わざるを得ない。

(２)韓国

韓国でも、学説は、間接購入者の原告適格を概ね認めている[358]。韓国の民事訴訟法によれば、履行の訴えに限定すれば、自己に履行請求権があることを主張する者が原告適格を有し、それによって履行義務者として主張された者が被告適格を有すると解することから、履行の訴えを提起すること自体によって原告適格は認められることになる。従って、原告に本当に履行請求権があるのか、及び被告が履行義務者であるかについては、本案審理において判断されるべきであり、審理を経て履行請求権がないと判断される場合には、請求は棄却すれば良いわけである。

韓国の独占禁止法56条１項も、「事業者又は事業者団体は、この法の規定に違反することで被害を受けた者がいる場合には、当該被害者に対し損害賠償する責任を負う。」と定めている。これによれば、独占禁止法違反によって被害を受けた者が原告適格を有することは当然認められることになる。

一方、法違反行為者の損害転嫁の抗弁の問題に関しては、これを認めるべきと主張する考え方がある。その理由としては、韓国の損害賠償法は不法行為による損害の填補を原則としていること(つまり、韓国の独占禁止法上の損害賠償制度は制裁よりも補償にその目的を置いていること)を挙げる。つまり、法違反行為者により被った損害の全部またはその一部を次の段階の購入者に転嫁したにもかかわらず、違反行為により被った損害の賠償を直接購入者が法違反行為者に要求することは損害賠償法の基本原理である利得禁止の原則に反するので、法違反者の損害転嫁の抗弁は認めて当然と説明[359]するのである。そして、もし法違反行為者の損害転嫁の抗弁を認めず間接購入者に原告適格を認めることになれば、法違反事業者は二重賠償のリスクに晒されかねないので、損害転嫁の抗弁は当然認めなければならないと説明する。

損害転嫁の抗弁については、韓国の裁判所でもその判断がなされている。小麦粉の製造･販売業者による価格談合行為によって被害を受けた製パン･製菓会社が、価格談合によって支払った超過価格に該当する金額について損害賠償を請求した事件がそれである。本事件に関する第１審裁判所[360]は、被害者である「直接購入者が最終消費者として談合による超過価格を支払うこと

---

[358] チャン･スンファ，‘独占禁止法上の差止請求と損害賠償請求’，人権と正義，大韓弁護士協会，2001年７月，76面；チャン･ヘリム，前掲‘独占規制法違反行為者を被告とする間接購入者の損害賠償請求訴訟の法的問題’，63～64面；ホン･デシキ，‘公正取引法上の損害賠償制度の現況と課題’，公正競争98号，韓国公正競争協会，2003年，11面；キム･ヨンガプ，‘独占規制法上の損害賠償責任’，ジャスティス30巻４号，韓国法学院，1997年，73面等。

[359] チョン･ビョンドク，前掲論文，352～353面.

[360] ソウル中央地法2009年５月27日宣告2006ガ合99567判決.

で、自己が被るようになった損害の全部を自ら負担する場合とは異なり、本事件のように、直接購入者が中間段階の原材料の購入者として、自己が被った損害の全部またはその一部を下位購入者である間接購入者に転嫁することができるとしても(実際鑑定等によってその転嫁の事実が明らかになったとしても)、事前の約定等により原告が超過して支払った小麦粉の価格に応じて固定的に一定の比率またはその価格分だけ製品の価格を引き上げることができるという事情、または製品の販売量に変動がない等の事情がない限り、小麦粉を原料として生産した製品価格を引き上げて損害(費用)を次の段階の購入者に転嫁するかどうか、及びどれくらいの損害を転嫁するかという転嫁の範囲は、専ら原告の判断に委ねられているもの(場合によっては、直接購入者が超過の支払額を自ら負担することもあり得る。)である。さらに、転嫁額が明らかになったとしても、それは推定的なものに過ぎないと言わざるを得ない。従って、原告が被告から談合がなかったならば形成されたであろう正常な価格よりも高い価格で小麦粉を購入しその代金を支払った場合、取引がなされた時点で原告の損害は現実的に超過支払いをした費用自体によって確定されると言うべきである。そうすると、原告がその後製品の価格を引き上げることで実質的に損害を回復したという事情は、被告の違法行為による損害額を確定するにおいて何ら影響しない。」と判断して、被告による損害転嫁の抗弁を認めなかった。

その上で、韓国の裁判所は、仮にこの問題を損害賠償法における損益相殺が適用する問題として捉えるとしても、法違反事業者と直接購入者との間に締結された小麦粉売買契約と、原告らと消費者との間に締結された製品売買契約は別個の契約であるから、法違反事業者の談合による違法な小麦粉価格の引上げと、直接購入者が価格引上げによって別個の契約に基づいて得た利益との間には相当因果関係が存在しないとして、損益相殺の抗弁も退けた。このような第一審裁判所の判断については、原審及び大法院も同様に判断している。下記において、その内容を具体的に紹介する。

<小麦粉談合事件>

(大法院2012年11月29日宣告2010ダ93790判決)

ⅰ.当事者

X(株式会社三立食品)は、被告らから小麦粉を購入し、製パン･製菓事業を営む会社である。

Yら(CJチェイル製糖株式会社[361]、株式会社三養社[362])は、訴外大韓製粉株式会社、東亜製粉株式会社、テソン製粉株式会社、韓国製粉株式会社、サムファ製粉株式会社、嶺南製粉株式会社等と同様、

[361] 被告CJチェイル製糖株式会社は、2007年９月１日CJ株式会社から分離され、本事件に対するCJ株式会社の権利･義務を包括承継したことにより、本事件訴訟を受継した。以下、Y1という。

[362] 以下、Y2という。

韓国内で小麦粉を製造·販売する事業者であり、独占規制及び公正取引に関する法律２条１号に定める事業者に該当する。

ⅱ.事案の争点

ⅰ)Yらの談合行為は、独占禁止法において禁じる不当な共同行為に該当するかどうか。

ⅱ)Yらの談合行為によってXに損害が発生しているかどうか。

ⅲ)Xの損害額の算定に用いられた計量経済学に基づく分析方法は妥当であるか。

ⅳ)損害転嫁の抗弁を認めるべきかどうか。

ⅲ.事件の概要

ⅰ)韓国内の小麦粉市場の現況と特徴

韓国政府は、以前、原麦の輸入を制限または小麦粉の価格を告示によってコントロールしていたが、このような販売価格告示制度は1983年９月に、小麦粉制限制度は1990年１月にそれぞれ廃止された。さらに1999年１月１日から小麦粉の輸入関する完全自由化がなされたことで、現在は、小麦粉の生産·販売について競争制限的な制度は存在しない。

2004年の小麦粉の内需市場は、売上高を規準に約8200億ウォンの規模となっており、上位４社(大韓製粉、CJチェイル製糖、韓国製粉、東亜製粉を言うが、2001年に韓国製粉が東亜製粉を買収したことで事実上三社となった。)が凡そ75%の市場占有率を占めている寡占市場となっていた。会社別市場占有率は、上位３社が均等にそれぞれ25%程度を占有しており、上記８社の市場占有率[363]はここ３～４年間殆ど変化していない。

小麦粉の受給の状況についてみると、2004年の韓国内の小麦粉総生産量は179万1000トンであり、総販売量は179万2000トンであった。総販売量のうち96.2%に当たる172万3000トンが韓国内市場で販売されており、残り3.8%に当たる6万9000トンのみが輸出されている。小麦粉の輸入量は全部で1万3000トンに過ぎず、輸出及び輸入において低い割合を占めている。

小麦粉は、韓国全体の糧穀消費量の約24%を占め米に次ぐ第二の食糧として、小麦粉の消費量は、小麦粉の価格に比し非常に非弾力的な特徴を示している。例えば、供給量が増えても需要量の変化は大きくないのに対し、価格の下落の幅は大きくなる場合が多く見られる。さらに、小麦粉の価格に対する非弾力的需要は、市場においてその価格が引き上げられても需要量の減少の幅はそれほど大きくならないという特徴を示している。

ⅱ)Y1とY2の不当な共同行為

(ⅰ)小麦粉の韓国内生産量(販売量)の制限行為に関する合意等

[363] 2004年規準の市場占有率は、大韓製粉24.6%、CJ25%、東亜製粉16.8%、韓国製粉8.4%、被告三養社10.5%、テソン製粉7.3%、サムファ製粉3.6%、嶺南製粉3.6%であった。

イ.2000年～2001年生産量(販売量)の制限行為に関する合意等

イ)Y2を除くY1、大韓製粉、東亜製粉、テソン製粉、韓国製粉、サムファ製粉、嶺南製粉等の７社(以下、「７社」と言う。)は、2000年１月初旬、営業役員会合を開き、各社別小麦粉の内需搬出量(会社の倉庫から持ち出された物量、つまり会社の販売量と外部の在庫量を合わせた物量)を、1994年以前の各社の市場占有率を規準に沿って定められた協会費の比率に従って行なうこと(以下、合意された搬出量の比率を「規準比率」と言う。)、及び各社の担当役員が月一回の頻度で会合し規準比率の遵守を点検する旨に合意した。さらにこの合意に基づいて、７社は、2000年２月22日、各社の代表が参加する会合で、倒産したシンクトン製粉の韓国内における市場占有率４％を再配分することに合意し、一方、下記の表(単位は%。)通り前年比小幅修正された協会費の比率を、Y2を除く７社の規準比率にすることに合意した。

大韓製粉	CJ	東亜製粉	韓国製粉	テソン製粉	サムファ製粉	嶺南製粉
25.115	25.115	18.083	9.711	7.722	4.352	4.242

その後、上記７社の営業役員及び営業部長は、月一回の程度で市内の飲食店等で会合し、各社の月別規準搬出量について合意した。

ロ)一方で、７社は、2000年の物量に関する合意の際、Y2の協会費比率5.66%を控除した94.34%を基準に各社の規準比率を定めたが、上記の会合に参加しなかったY2がその後協会費比率よりも多い搬出量を行なったため、2000年の物量合意による規準比率は守らなくなった。そこで、７社は、Y2に対し協会費比率を８%程度に増やすことを提案するとともに、2000年の物量合意に従うことを勧誘したものの合意には至らなかった。その後、７社は、2001年３月頃Y2を除く代表者会合を開き、韓国製粉や東亜製粉の合計基準比率を大韓製粉及びY1と同じ水準の25.115%に調整する旨の、Y2を除く７社の規準比率について合意した。

ハ)2000年の物量に関する合意後、Y2を除く７社は、月１回ごとに開かれた営業役員会合及び営業部長会合等において計画搬出量(内需向け)を決定し、それを基準比率に従い配分した。また、お互いに交換した７社の実績資料に基づいて計画の遵守の状況を点検するなどして、合意を遂行した。

ニ)Y2は、上記のカルテルに参加しなかったを理由に、同業界の共同傭船(原麦輸入の共同運送)から排除されてしまい、他の会社よりも高い運送費用を支払わなければならなくなった他、実際の市場占有率による協会費比率を認めてもらうことができなかったため、GSM資金(General Sales Manager資金、アメリカ農務省の農産物輸出支援資金)及び関税割合の配分において、不利益を受ける等の損害を受けた。

ロ.2002年生産量(販売量)の制限行為に関する合意等

イ)2001年の物量合意に参加しなかったことを理由に不利益を受けたY2は、結局、７社の提案を受け容れた。そこで、2002年２月26日、Y2を含む製粉会社８社は、各社の代表が参加する会合において上位３社の規準比率をそれぞれ25%に縮減し、三養ミルマクッス株式会社[364]の規準比率を8.84%に増やすことに合意した。また、残り16.16%を、下位３社(テソン製粉、サムファ製粉、嶺南製粉)に従前の規準比率に沿って配分することにも合意した。

そして８社は、2002年３月13日、営業役員会合を開き、2002年からは各社別の物量配分の規準を既存の搬出量規準から遂行状況を容易に点検できる原麦加工量規準に変更することに合意した。さらに、2002年の年間内需向け総原麦規準加工量を222万トンにすることにも合意した。８社は、また、同日及び３月中旬開かれた営業部長会合において、各社別加工量及び月別計画加工量について合意した。

ロ)Y2が本件カルテルに合流した2002年以降、８社は、合意した規準加工量及び規準比率に基づいて内需向けの原麦加工量を次のように統制した。まず、８社は、随時開かれた営業役員会合及び営業部長会合等において、各社の規準加工量及び計画加工量の遵守の状況を点検し、それを年末の調整の際に計画量に対する過不足量を翌年度の加工計画に反映した。また、非定期的に各社の加工量の遵守の状況をお互い実査･点検した。実査の場合には、各社別に次長以下の社員２～３人が参加し、主に2002年から2003年の間に集中的に行われている。実査の結果、一部の会社の実績は計画と多少の差が見られたが、８社は2002年の計画比超過/不足分を2003年の計画に反映し調整を行った。

ハ.2003年以降の生産量(販売量)の制限行為に関する合意等

８社はこの後も、営業役員会合を開き、年間規準加工量(2003年は224万トン、2004年は220万トン、2005年は225万トン)に合意した上で、非定期的に営業役員会合等を開き最終計画加工量について合意した。そして、2002年と同じ方法によってお互いに合意した加工量が遵守されているかどうかについて点検を行った。その点検により、もし一部の会社の実績が計画と多少異なる場合には、計画比超過/不足分を翌年度の計画に反映させる等の調整を行った。2005年も上記８社は、概ね原麦加工計画を遵守している。

(ⅱ)小麦粉価格の引上げに関する合意等

イ.2000年12月の価格引上げの合意等

---

[364] 三養ミルマクッス株式会社は、Y2が経営参加の目的でその持分約27%以上を保有する小麦粉生産会社である。Y2の部長または役員が三養ミルマクッス株式会社の役員等を兼任しており、小麦粉の内需販売価格及び生産量に対する実質的な決定権を握っていた。また、本事件の不当な共同行為において価格及び生産量の合意に参加したのも、Y2の役員や職員らがほとんどであり、Y2が会議の結果を三養ミルマクッス株式会社に通報すれば、そのまま実行される等、Y2が実質的に支配する会社である。

イ）Y2を除く７社は、2000年12月中旬、営業役員会合を開き、一級の小麦粉製品の価格を大容量入りは20kg当たり300ウォンずつ、小容量入りは6.5%程度引上げることに合意し、同月末頃開かれた営業部長会合においてその具体的な引上げの時期を決めた。

ロ）その後、７社は、2000年12月29日～2001年２月１日までの間、一級小麦粉製品全部に対する代理店の規準価格を上記の合意とほぼ同じレベルで引上げ、遂行(韓国製粉の場合、その価格は、引上げの前は他の会社と多少差があったが、引上げ後は、他の会社と同じレベルの価格となた。サムファ製粉の場合も、中力･強力･薄力小麦粉の一級製品の平均販売価格が2001年１月から翌年の２月までの間に引き続き上昇した)した。

ロ.2001年２月の価格引上げの合意等

イ）Y2を除く７社は、2001年２月初旬、営業役員会合を開き、一級小麦粉製品の価格を20kg当たり800ウォン程度引き上げることに合意し、同月末頃に開かれた営業部長会合において、その具体的な引上げ時期を決めた。

ロ）その後、７社は、2001年２月下旬頃から同年４月１日の間に、一級の小麦粉の内需規準価格を引き上げることに合意し、遂行した。但し、大韓･韓国･東亜製粉は後に価格引上げの時期を４月１日に変更しており、他の会社も実際の価格変更は４月頃である。

ハ.2002年９月の価格引上げの合意等

イ）Y2を含む８社は、2002年９月16日、営業役員会合を開き、価格引上げの時期やその範囲に関する事項について概ね合意した。その後、８社の営業部長らは同月18日と19日、小麦粉製品の等級別･用途別価格の具体的な引き上げ時期やその程度について合意し、同月25日に最終の価格引上げ案について合意した。

ロ）８社は、2002年の価格合意と同じレベルで価格を引き上げ、合意を遂行した。

ニ.2003年４月の二級製品の価格引上げの合意等

８社は、2003年４月の始め頃に開かれた営業役員会合及び営業部長会合において、中力･薄力小麦粉の二級製品の価格を5,700ウォンから6,200ウォンに引き上げることに合意し、2003年４月24日から同年５月19日の間にそれを遂行した。

ホ.2004年３月の価格引上げの合意等

８社は、2004年３月の始め頃開かれた営業役員会合に続き、2004年３月31日にも営業部長会合を開き、品目別価格引上げの水準及び引上げの時期について協議･決定した。そして、2004年４月14日から同年５月１日の間に小麦粉の価格を合意の通り引き上げた。

(iii)小麦粉の取引条件の合意

８社は、2001年の８月や2002年の９月頃、二回の営業役員会合及び営業部長会合によって、奨励金を廃止また縮減することに合意した。しかし、実際奨励金は縮減されなかったので、上記の合意は実効性がなかった。

ⅲ)公正取引委員会の処分等

(ⅰ)公正取引委員会は、上記のように８社が小麦粉の韓国内における生産量(販売量)を共同で制限した合意は、公正取引法19条１項３号に定める「他の事業者と共同で不当に競争を制限する商品の生産･出庫･輸送または取引の制限及び用役の取引を制限する行為に関する合意」に該当すると判断した。また、小麦粉の価格を共同で引き上げる旨の合意は、同項１号の「他の事業者と共同で不当に競争を制限する価格を決定･維持または変更する行為に関する合意」に該当すると判断したほか、奨励金を共同で廃止または縮減した行為は、同項２号の「他の事業者と共同で不当に競争を制限する商品または用役の取引条件を決める行為、またはその代金及び対価の支払い条件を決める行為に関する合意」に該当すると判断し、2006年４月13日、Yらを含む８社に対して是正命令及び公表命令、そして課徴金納付命令等の処分を下した。

(ⅱ)嶺南製粉やテソン製粉、サムファ製粉、大韓製粉、東亜製粉、韓国製粉は、上記のような公正取引委員会の処分に不服し、是正命令の取消等を求める行政訴訟をそれぞれ提起したが、裁判所は、公正取引委員会の処分は相当であると判断し、上記の各請求を棄却した。

ⅳ)Xとの取引

Xは、2001年４月から2005年12月まで、Y1から凡そ21,953,398,001ウォン相当の小麦粉を購入しており、また、2002年10から2005年12月まで、Y2から凡そ8,174,910,266ウォン相当の小麦粉を購入している。

ⅳ.第一審(ソウル中央地法2009年５月27日宣告2006ガ合99567判決)

本事件でXは、Yらによる公正取引法19条１項で禁じる不当共同行為によって、Yらから購入した小麦粉の購入額のうち、Yらの談合行為(Y1の場合は2001年４月から2005年12月まで、Y2の場合は2002年10月から2005年12月まで)によって引き上げられた価格、つまり実際の取引価格から談合行為がなかったならば形成されたであろう価格を控除した金額に実際購入した小麦粉量を乗じて得た金額相当の損害を被ったと主張した。これについて裁判所は次のように判断しXの損害の発生を認めた。

また、Yらは、2005年９月談合からは談合行為から脱退しているので、談合期間の終期は2005年９月であると見るべきとのYらの主張については、脱退以降もYらは2005年末頃まで、上記の合意による価格をそのまま維持することで実質的に合意に基づく遂行行為を続けてきたことから、談合期間の終期を2005年９月とみることはできないと判断した。

損害額の範囲については、Xが主張する損害額が、理論的な根拠や資料の裏づけにより科学的で合理的な方法によって相当と推定される場合には、それに該当する損害額の賠償を命じることが妥当と判断した。

さらに、仮に直接購入者に損害を受けたとしても、その損害は、通常下位購入者である間接購入者に転嫁されたみるべきであるから、Xには損害が発生していないとのYらの主張については、損害(費用)を次の段階の購入者に転嫁するかどうか及びその転嫁の範囲は、専らXの判断に委ねられる領域であるとしてYらの主張を認めなかった。

そして、Yらの損害転嫁の抗弁を損益相殺を求める趣旨として捉えるとしても、XとYら間の小麦粉売買契約と、Xと消費者間に締結された製品販売契約は別個の契約であるため、損益相殺をすることもできないと判断した。しかし、損害分担の公平という損害賠償制度の理念に基づき、YらがXに賠償すべき実際の損害額は制限している。

Ⅴ.原審(ソウル高等法院2010年10月14日宣告2009ナ65012判決)

原審も第一審と同じ理由で控訴を棄却した。この判断に不服し、Yらが上告した。

Ⅵ.上告審(大法院2012年11月29日宣告2010ダ93790判決)

本事件について韓国の大法院は、第一審及び原審の判断を概ね是認する判断をしている。その具体的な内容は以下の通りである。

ⅰ)談合による損害賠償責任の発生

原審は、(1)その証拠により、Y2を除くY1ら７社の小麦粉製造･販売会社は2000年から、Y2は2002年２月下旬頃から、それぞれ2005年頃まで、小麦粉の供給過剰による価格の下落から生じ得る損失を防止するために、韓国内の小麦粉市場における供給量を制限･割当することに合意した事実、そして上記会社は、営業役員会合及び営業部長会合を開き、合意の細部的な遂行方法や点検方法等を決めた上で、各会社別の年間･月別の搬出量を定め、また合意の遵守を点検し、一部の会社の実績が計画と差が生じる場合には、計画比超過/不足分を翌年の計画に反映させ調整することで、共同で商品の生産･出庫･輸送または取引を制限した事実、2000年12月中旬からは(Y2は、2002年９月16日から)営業役員会合及び営業部長会合等を開き、主な小麦粉製品の価格を引き上げることに合意し、その合意に基づいて小麦粉価格を引き上げる等して、共同で小麦粉価格を決定･維持･変更した事実を認めた上で、

(2)①韓国内の小麦粉市場占有率の殆どを占めていたY1やY2を含む小麦粉製造･販売会社８社が、共同で小麦粉の生産量(販売量)を制限し小麦粉の価格を決定･維持･変更した行為は、小麦粉の製造･販売市場における競争を不当に減少または制限する共同行為として、「独占規制及び公正取引に関する法律」19条１項１･３号に違反する行為に該当する。②Y1やY2が価格引上げを合意し談合したことが卸

売商に対する供給価格であるとしても、それによって、Xを含む大量需要先に対する小麦粉価格の変更がもたらされたとみることが相当であり、Y1やY2を含む談合の参加者が合意した引上げ価格と同じ水準に価格を引き上げたことを考えれば、その遂行行為がなかったとみることもできない。また、Y1やY2が、Xに奨励金を支給したとしても、それにより「独占規制及び公正取引に関する法律」19条１項１・３号違反行為による損害賠償責任が免除されるとみることはできない。

(3)したがって、Y1やY2は、「独占規制及び公正取引に関する法律」56条により、Xが被った損害を賠償する義務がある。
と判断している。原審判決の理由について、適法に採用された証拠に照らしてみる限り、原審の上記のような判断には、談合による損害賠償責任の発生に係る法理の適用に誤りは見当たらない。

ⅱ)談合後のダミー変数の使用と鑑定結果の取捨選択に係る上告理由について

鑑定人の鑑定結果は、その鑑定方法等が経験則に反しまたは合理性がない等の顕著な誤りがない限り、これを尊重しなければならない(大法院2007年２月22日宣告2004ダ70420、70437判決参照)。

原審は、談合終了後の小麦粉の価格が直ちに談合以前の価格まで下落しなかったことに照らせば、第一審の鑑定人が談合後のダミー変数を用いたことは、単に可能性に基づくものとみることはできないので、鑑定人が談合後のダミー変数を用いたことが経験則に反しまたは合理性のないものとみることはできないと判断した。

上記の法理、及び適法に採用された証拠等に基づいて原審判決の理由について判断すれば、計量経済学的な分析方法である回帰分析によって、談合後のダミー変数と三ヶ月前の原麦購入価格及び実質国内総生産等をそれぞれ説明変数とし、また小麦粉の入庫単価を従属変数とする回帰方程式を推定した上で、これらに基づいて計算した小麦粉の競争価格を前提にXの損害額を算定した第一審鑑定人の鑑定結果を採用した原審の判断には、鑑定方法等が経験則に反しまたは合理性がない等の顕著な誤りのある鑑定結果を採用したとみることはできず、また損害額の算定及び損害賠償の範囲に係る法理の適用に誤りがあるとみることもできない。

ⅲ)奨励金の支給及び製品価格の上昇による損害の転嫁について

(ⅰ)不法行為による損害は、その違法行為がなかった場合に相手方に存在したであろう財産状態と、その違法行為があった後の財産状態との差を以って算定すべきである(大法院2010年４月29日宣告2009ダ91828判決等を参照)。そして、不法行為等が債権者または被害者に損害を生じさせるとともに利益をもたらした場合には、公平の観点からその利益は当事者の主張を待たず損害を算定するときに控除しなければならない。しかし、損益相殺が認められるためには、損害賠償責任の原因となる行為によって被害者が新たな利得を得ており、その利得と損害賠償責任の原因となった行為との間に相当因果関係が存在しなければならない(大法院2005年10月28日宣告2003ダ69638判決、大法院2011年４月

28日宣告2009ダ98652判決等を参照)。そうすると、違法な価格談合によって価格が引き上げられた財貨や用役を購入した場合、購入者が受ける直接の損害は、特別の事情がない限り、実際購入した価格と談合行為がなかったならば形成されたであろう価格(以下、「想定競争価格」という。)との差額である。ここにいう想定競争価格とは、談合行為が発生した当該市場における他の価格形成要因をそのまま維持させた上で、談合行為による価格上昇分だけを取り除く方法で算定されるべきである(大法院 2011年７月28日宣告2010ダ18850判決参照)。

そして、談合によって価格が引き上げられた財貨等を購入した者が、再度それを第３者である需要者に販売し、またはその財貨等を原料として使用･加工して生産した製品を需要者に販売した場合には、財貨等の価格引上げ後の需要者に販売する財貨等または上記製品(以下、これらを「製品等」という。)の価格が引上げられたとしても、財貨等の価格引上げを自動的に製品等の価格に反映するという約定がある場合等のように、財貨等の価格の引上げが製品等の販売価格の上昇に直ちに繋がるような特別な事情がない限り、製品等の価格は、購入者が当時の製品等に係る市場の状況や、他の原料及び人件費等の変化、価格の引上げによって販売が減少する可能性、購入者の営業状況及び顧客との関係で問題となる営業上の信認度等のような多くの事情を考慮して決定されるようになる。そうすると、財貨等の価格の引上げと製品等の価格の引上げとの間に直接な因果関係があるとは言い難く、また製品等の引き上げられた価格の幅が財貨等の価格の引上げにそのまま反映されているとも言い難い。さらに、製品等の価格の引上げは、製品等の需要を減少させる要因として働き、全体としての売上額または営業利益の減少をもたらすこともあり得るので、これらもやはり違法な談合による購入者の損害ということができる。それにもかかわらず、このような諸事情を総合的に考慮することなく、製品等の価格の引上げによって購入者の損害は直ちに減少または回復される相当因果関係があるとは、たやすく推定または断定することはできない。但し、このように製品等の価格の引上げによって、部分的に損害が減少した可能性がある場合には、直接の相当因果関係は認められないとしても、そのような事情を損害賠償額を算定するときに参酌することは、公平の原則からみて妥当と言えよう。

(ⅱ)原審は、①Y1やY2の談合による小麦粉価格の上昇によって、談合期間中XがY1やY2に競争価格を超過した価格を支払ったでXに生じた損害額は、Y1に対しては29億8184万3190ウォン、Y2に対しては7億5350万9858ウォンであるという事実を認めた上で、②Y1がXに小麦粉を販売する際に、販売の増大を図る目的で奨励金を支給する旨の約定を結び、その奨励金の支給約定が談合期間以降も効力を持ち、また実際奨励金が引き続き支給された事実を確認している。Y2もまた、Xと小麦粉等の取引を行ないながら奨励金支給に関する約定を締結し、その後引き続き奨励金を支給している。これらの事実に照らせば、奨励金の支給は、談合行為と相当因果関係があるとは思い難く、従って、Y1やY2が支給した奨励金は、損益相殺の対象としてY1やY2の損害賠償額から控除すべき性質のものではないと判断している。③さらに、Y1やY2は、本事件の談合行為によって引き上げられた価格で小麦粉を購入したXが小麦粉を原料にして生産または販売した製品には、価格の引上げによって上昇した小麦粉価格の全部または一部が含まれており、それは最終消費者に転嫁されたので、賠償すべき賠償額からはこのよう

に転嫁された部分を控除すべきと主張した。しかし、原審は、このような「損害転嫁の抗弁(passing-on defence)」について、Xが中間段階の原材料の購入者として自己が被るようになった損害の全部または一部を下位購入者である間接購入者に転嫁したとしても、事前の約定等によって、Xが超過支払った小麦粉の価格に応じ固定的に一定の比率またはその額だけ製品の価格引上げがなされと見られる事情がない限り、また、製品の販売数量に変動がない等の特別な事情がない限り、小麦粉を原料として生産した製品の価格を引き上げその費用を下位購入者に転嫁するかどうか、及びその範囲は、専らXの判断に委ねられるものであり、製品の価格の引き上げによる需要の減少を甘受してまで費用を転嫁するかどうかも、Xの別途の判断によるものであると判断した。そして、これらの事情等に鑑みれば、談合による小麦粉価格の上昇によるXの損害と、Xが製品価格の引上げによって得た価額との間には相当因果関係がないと判断した。

(iii)上記の原審判決の理由を、適法に採用された証拠に照らしてみれば、原審判決の理由のうち多少適切ではない部分も見当たるものの、それは上記のような法理に基づくものと言わなければならず、従って、原審の判断には、談合による損害額の算定及び損益相殺等の損害賠償の範囲に係る法理を誤り、判決の結果に影響を与えるような違法は見当たらない。

ⅳ)損害賠償責任の制限について

不法行為による損害賠償事件において、不法行為の発生や進行の経過、その他諸般事情を考慮しY1の責任の比率を制限することは、それが衡平の原則に照らし顕著に不合理だとは認められない限り、事実審の専権事項に属する(大法院2011年３月24日宣告2009ダ29366判決参照)。

原審判決の理由によれば、原審は、①第一審の鑑定人は、談合後の期間について談合後のダミー変数を説明変数として用いXの損害額を算定したが、上記期間のある時点から小麦粉の価格が競争価格に戻った場合には、損害額が過大に評価される可能性があり、②Y1やY2が、Xに対して支給した奨励金は、XやY1･Y2の間の取引関係におき実質的に小麦粉の価格を値下げさせ市場における競争を促進させる側面もあるので、Xが受けた損害額を算定するにおいて、これらを考慮することが信義則上妥当であるにもかかわらず、第一審の鑑定人は、当事者が主張する奨励金の額が異なるとの理由で、損害額の算定に、Xに支給された奨励金を全く考慮しなかったから、損害額は過大評価されたと見ることができると判断した(実際、第一審鑑定の結果が裁判所に提出された後、当事者は、第一審弁論期日において奨励金として支給された金銭の1/2程度が損害額から控除または損害額を決めるにおいて参酌されるべきことを争わないことにした。)。また、③Xは、Y1やY2の談合行為によって被った損害のうち一部を消費者に転嫁しているが、「独占規制及び公正取引に関する法律」の目的は、公正で自由な競争を促進することで、究極的には消費者を保護することにあるから、消費者に損害の一部を転嫁したXに対して費用の転嫁の事実を全く考慮しないまま損害の全部を填補させる場合には、Xは、予想以上の利益を取得することになりそれは損害賠償制度の理念に反すると判断した。そこで、Y1やY2が賠償すべき損害額を決めるにおいては、その転嫁額を考慮し損害額を一部減額することが妥当である

と判断し、Y1やY2がそれぞれ賠償すべき損害額を制限した。

このような原審判決の理由を記録に照らしてみれば、Y1やY2がそれぞれ賠償すべき損害額を上記のように制限した原審の措置は、上記の法理に基づくものということができ、衡平の原則に照らしても顕著に不合理であるとは考えられない。また、その判断に、不法行為における損害賠償責任の制限に係る法理を誤る等の違法も見当たらない。

以上のように、本件では、①小麦粉談合事件による損害額を算定するにおいて、原審が採用した鑑定人の鑑定結果の妥当性を認めることができるかどうか、②談合行為によって引き上げられた価格で小麦粉を購入した原告が、小麦粉を原料にして生産･販売した製品の価格を引き上げることによって、小麦粉価格の全部またはその一部を最終消費者に転嫁した場合、被告等が賠償すべき損害額からその転嫁された損害額を控除すべきかどうかという「損害転嫁の抗弁」の問題が特に問題となった。

先に紹介した2011年に問題となった軍納油類入札談合事件においては、損害賠償額の算定について計量経済学の分析方法を適用した鑑定人の鑑定結果を退け、原審が独自に損害額を算定したことが損害額算定の法理に照らし妥当であるかどうかが上告審で問題となった。既に述べたように、韓国の大法院は、原審が独自に判断した損害額の算定方法には法理の適用に誤りがあるとして事件を高等裁判所に差し戻している。

それに対して、本事件では、鑑定人の鑑定結果は鑑定方法等が経験則に反するか、または合理性がない等の顕著な誤りがない限り、それを裁判所は尊重しなければならないと判断した。そして、最も注目された被告による「損害転嫁の抗弁」の問題については、これを損益相殺の法理に係る問題として捉えたのではなく、因果関係と損害賠償の範囲に係る問題(損害額の制限に係る問題)として捉えている。つまり、大法院は、特別な事情がない限り小麦粉に関する談合行為があったとしても、小麦粉を原料にして生産した製品の価格を引上げることで、直ちに原告の損害が減少または回復されるとは言い難いが(両者の間に常に相当因果関係があると言うことはできないが)、製品の価格の引上げによって部分的に損害が減少した可能性がある場合には、そのような事情を損害額の算定の際に参酌することが、衡平の原則から見て妥当であるとの判断をしている。

人間社会における経済が回っていく仕組みを考えるとき、上位段階に位置する事業者によって直接購入者が損害を受けた場合、通常、それはその下位段階に位置する購入者に転嫁していくことはいわば当然のことである。そうすると、上位段階の事業者に対して下位段階の購入者が提起した損害賠償訴訟においては、上位段階の事業者による「損害転嫁の抗弁」が認められて当然とも考えられる。それにもかかわらず、韓国の大法院が上記のようにその抗弁を認めなかった理由は、抗弁を認めると直接購入者には損害の発生が生じていないことになり、結局そ

の請求が棄却されることを避けられない。そうすると、間接購入者である消費者による訴訟提起の可能性がほぼゼロに近い現在の状況からすれば、法違反行為をした事業者等が不当利得をそのまま保持できるという不合理が発生してしまう。また、上記にも述べたように、上位段階の事業者の独占禁止法違反行為に対して、下位段階の事業者は取引関係の都合等を考えて、実際には損害を受けているにも関わらず損害賠償請求までは提起しない場合が多いであろうから、裁判所としては、やむを得ず被告に「損害転嫁の抗弁」を認めないことで、独占禁止法が目指す公正な競争秩序を確保するとともに、それによる消費者厚生を追求しようとしたものと解釈できよう。ただ、将来もしかすると提起されるかも知れない間接購入者、つまり、消費者による損害賠償請求に備え、法違反事業者が二重賠償の危険に晒されないように、損害の公平な分担という損害賠償制度の理念を用いて、被告が賠償すべき損害賠償額は制限しているように考えられる。

本判決については、裁判所が法違反事業者の「損害転嫁の抗弁」は認めなかったものの、直接購入者が被った損害額のうち、次の段階の購入者に転嫁した部分を控除して実際に受けた損害のみを認めることで、実質的には「損害転嫁の抗弁」を認めたのと同じ結論を導いたと解しながら、「損害転嫁の抗弁」は訴訟法上の抗弁の一つであるから、当然裁判所としては、「損害転嫁の抗弁」を認めるべきであったという考え方もある[365]。但し、その場合には、法違反事業者である被告がどの程度の損害が次の段階の購入者に転嫁されたかについて立証しなければならないため、結果的には、立証困難による不利益を原告が受けることになるとこの説は説明する。

６.因果関係の立証責任の緩和･軽減

１)概説

因果関係は、不法行為による損害賠償請求権が成立するための要件事実の一つである。そのため、これに対する主張･立証責任は被害者である原告にある。しかし、あまりにも厳格な因果関係の立証を原告に要求することは、不法行為によって引き起こされる被害の実効的救済を目指す不法行為法の目的に反することになる。また、非難すべき行為をした行為者よりも被害者に過酷な結果を強いることになり、公平の原則にも反する。

そこで、日本の裁判所は、早くから因果関係の立証は、「一点の疑義も許されない自然科学的な証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することで足りる」としてきた。そして、その判定は、「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要と

[365] チョン･ビョンドク，前掲論文，353～354面.

し、かつ、それで足りる」[366]とした。一方、韓国の裁判所も、「加害行為と損害の発生との間の因果関係を構成する一つ一つの繋がりを全て自然科学的に証明することは、極めて困難であり不可能な場合が多いから、被害者に対し事実的因果関係の存在について科学的に厳密な証明を求めることは、社会衡平の観点からみて適切ではない」[367]として、その立証責任を軽減すべきことを示している。

しかしながら、判例のように、因果関係の証明について自然科学的な証明ではなく、通常の一般人が真実について確信を持ち得るほどの高度の蓋然性を証明することで足りるとしても、多くの現代型不法行為事件、特に多数の消費者が広くまた薄く被害を被るという特徴のある独占禁止法違反事件では、因果関係を証明するのに鍵となる資料の殆どが加害者側に存在することが多いため、実際被害者が高度の蓋然性を以って証明するということ自体容易ではない。そこで、このような立証上の困難を軽減･緩和する必要性について早くから提唱されており、その方法についても多くの考え方が示されている。

２)学説

原告に因果関係に関する厳しい立証責任を負わせる場合、独占禁止法違反行為による被害者の救済はそれだけ遠退いてしまうことは鶴岡灯油事件等を見ても明らかである。そこで、どうすれば因果関係に係る立証責任を軽減できるかについて、次のような考え方が示されてきた。

(１)蓋然性説

加害行為による因果関係について、被害者に厳格な自然科学的証明を求めるのではなく、加害行為と損害発生との間に因果関係が存在するという蓋然性を立証すれば足りるという考え方である[368]。加害者がその責任から免れるためには、反証によって裁判官の心証の形成を阻止しなければならない。この説は、主に公害事件を中心に展開されてきた。

この説は、蓋然性の程度につき、通常民事訴訟において求められる「高度の蓋然性」よりも

---

[366] いわば東大ルンバール･ショック事件として知られる最高裁昭和50年10月24日民集29巻９号1417頁や、最高裁平成11年２月25日民集53巻２号235頁。ここにいう高度の蓋然性がどの程度のものかについては、心証度にしておよそ80%程度とされる(潮見佳男『不法行為法Ⅰ[第２版]』信山社(2009年９月15日)371頁注70を参照)。

[367] 大法院1984年６月12日宣告81ダ558判決; 大法院1997年６月27日宣告95ダ2692判決; 大法院2002年10月22日宣告2000ダ65666･65673判決.

[368] 仙台高裁秋田支部昭和60年３月26日判時1147号19頁においても、「一般に不法行為訴訟の場合においては加害行為と損害発生との因果関係については被害者においてこれを主張、立証すべき責任があるが、もとより訴訟上の因果関係は法的評価としての因果関係の存否であるから、経験則に照らし、全証拠に基づいて特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明すれば足りるのであり、その立証の方法として具体的な数個の間接事実を立証し、これを前提として経験則による事実上の推定を通して右の因果関係を立証することも、もとより是認しうるところである。」としている。

低い程度の立証である「蓋然性の優越」[369]で足りると主張する。つまり、被害者が相当のレベルの蓋然性を証明したときには、因果関係に係る一応の証明または表見証明がなされたと見て、それによって因果関係は事実上推定するというものである。そして、その推定力の効力を覆すためには、上記にも述べたように、被告である加害者側がそれについて具体的に反証しなければならない[370]。

蓋然性説については、しかしながら、原告の因果関係の証明度を低めるべき理論的根拠が明確ではない上、蓋然性の程度においてもそれがどの程度の蓋然性を意味するのかが曖昧であるという批判がなされている。また、因果関係についての証明は低い程度の心証を許容するものではないにもかかわらず、蓋然性説は、あたかもそれが許容されるかのような誤解を招きかねないことも指摘されている。さらに、蓋然性説に基づく場合、裁判官による安易な事実認定が行なわれる可能性がある他、証明度を低くすると加害者側の反証も容易になるので、被害者の救済とは裏腹の結果が生じかねないという批判[371]も見られる。その他、なぜ特定の事件類型だけにおいて証明度が低くなるのかも疑問である。

（２）新蓋然性説（間接反証説）

因果関係について事実上の推定をすることで、立証責任を軽減すべきことを提唱する考え方[372]である。これによれば、間接事実の蓄積によって復元される当該事件の客観的な経過に基づいて、経験則に照らし当該事件において因果関係の要件事実に当たる主要事実があることを推認することで、被害者の証明の困難を救済しようとする。つまり、間接反証理論は、A(主要事実)という事実が存在するときには、Bという事実が存在するのが一般の経験則に合致すると思われる場合、Bという事実が存在すればAという事実があることが推定されるという[373]。

そこで、被害者は、間接事実の存在によって相当な程度の蓋然性を証明すれば、因果関係に関する一応の証明または表見証明は行なわれたと看做される。これによって因果関係は事実上推定されるので、被告である加害者側がその推定的効力を覆すためには、経験則の適用を排除できる特段の事情を立証し、因果関係の存否に関する裁判官の心証を動揺させる必要がある。結局、新蓋然性説は、加害者に対し幅広い間接反証責任を負わせることで、被害者側の立証負

---

369 言い換えれば、相当の程度の可能性があるという立証ができれば足りるとされる。このとき、相当の程度の可能性とは、50%以上といわれる(キム･ヒョンベ，前掲書，1379頁)。

370 大法院1973年11月27日宣告73ダ919判決；大法院1974年12月10日宣告72ダ1174判決；大法院1984年６月12日宣告81ダ558判決；大法院2003年１月24日宣告2002ダ3822判決；大法院2004年11月26日宣告2003ダ2123判決等。日本の判例としては、最高裁昭和50年10月24日民集29巻９号1417頁。

371 潮見佳男･前掲『不法行為法Ⅰ』･372頁。

372 好美清光=竹下守夫「イタイイタイ病第１次訴訟第１審判決の法的検討」判例時報646号(1971年12月１日)108頁、淡路剛久『公害賠償の理論(増補版)』有斐閣(1978年)35頁。

373 キム･ヒョンベ，前掲書，1380面.

担の緩和を試みるものである[374]。

ところで、新蓋然性説が言うように、因果関係の事実上の推定が可能になるためには、間接事実の蓄積によって復元される当該事件の経過が、裁判官による経験則の適用を正当化できるほど典型性を有するものでなければならない。つまり、相当な蓋然性を裏付けるほどの統計データ等が必要になる[375]他、因果関係の立証責任が転換されるわけではないので、加害者としては、因果関係の不存在を基礎付ける具体的な事実の証明までを行なう必要はなく、あくまでも、典型的な事象の経過に係る経験則裁判官が適用することを思いとどまらせる程度、つまり、真偽不明の状態にすればよいとされる[376]。新蓋然性説は、主に、医療事件等において患者である被害者の証明の困難を緩和するために活用されることが多い。

ところが、新蓋然性説についても、因果関係の分解や類型化の正確さについて疑問が提起される。また、同説を採用するとしても原告の立証が低い程度の蓋然性で良いわけではないし、事案を類型化･固定化することで事実認定の硬直化を招きかねないことも問題として指摘される。そのうえ、実際、直接反証や間接反証は必ずしも明確に区別できるものではなく、個々の具体的な事件においてどのような間接事実が証明されれば経験則に照らし因果関係が認められるのかが明らかではないことに対する批判もなされている。

(3)危険領域説

危険領域説は、上記にも述べたように、被害者とって立証困難な因果関係を、加害者には自己の責任が問題となっている限度において事実関係を立証することが容易である場合は、証明責任分配の原則が修正され、加害者に要件事実の反対事実に関する証明責任を負わせるべきとする考え方[377]である。これによれば、被害者は、損害の原因は専ら加害者の危険領域において発生したこと、つまり、被害者や第３者若しくはその他の何人の危険領域では損害の原因がなかった事実を立証すれば、立証責任は果したことになる。

この考え方については、危険領域の限界が曖昧であるとの批判がある。

(4)疫学的因果関係説

---

[374] パク･ウンギル，前掲論文，168面.

[375] 参考までに、独占禁止法違反行為のうちカルテル事件については、このような事実上の推定を可能にする多くの研究が発表されている。例えば、2009のOxera報告書の研究結果は、調査対象としたカルテル事件の93%においてカルテル価格で占める超過価格の比率が０を上回る等、多くの場合においてカルテル超過価格が「+」であるという仮説を裏付けている。そして、実際ドイツで判断されたビタミンカルテルに関するドルトムント地方裁判所の判決では、カルテル価格は競争的市場価格よりも高いという事実上の推定を行なっている(イ･ソンヒ，前掲論文，123面)。

[376] 潮見佳男･前掲『不法行為法Ⅰ』･377頁。

[377] パク･ウンギル，前掲論文，169面.

主に、環境訴訟や人身侵害においての集団による病理現象が問題となる場合において議論されるものである。これは、ある事実の存在が一定の結果をもたらすと考えるのが合理的な場合には、経験則により因果関係は推定されるという考え方に基づく[378]。そして、この時の経験則は、疫学的な方法によって根拠を示すことができるという。疾患の原因を人間集団のレベル(疾病多発群)で観察･解明するとともに、これに基づいて特定の個人(不発生群)と問題疾患との間の個別的な因果関係を解明することで、その統計的な対比により未知の疾病が蔓延することを防ぐための手段として開発された疫学的因果関係説は、最初は、疾病多発の原因を推定するための調査方法として用いられたが、徐々に加害者の法的責任を追及するための事実的因果関係の証明方法として展開されてきた[379]。

疫学によれば、ある因子が疾病との間に因果関係があるといえるためには、次の四つの条件を満たさなければならない。つまり、①問題の因子(要因、作用物質)が発病の一定期間前に作用するものであること、②その因子の作用する程度が著しいほど、その疾病の罹患率が高まること、③その因子の分布消長から、ありのままに観察･記録･考察された自然界における流行の特性が矛盾なく説明可能であること、④その因子が原因として作用するメカニズムが生物学的に矛盾なく説明可能であること、等がそれである。これらの条件が揃い疫学的因果関係が認められる場合は、加害者が被害者の損害は他の原因によって発生したことを立証しない限り、法的因果関係は認められることになる。この点から、間接反証説と馴染みやすい考え方といえる。

疫学的因果関係説については、自然科学上の理論を法的因果関係にそのまま適用することが妥当であるかについて疑問が提起されている。

(５)確率的心証理論

因果関係の要件事実の存在について、原告による証明が証明度に達していない場合にも、裁判官が自己が得た心証の程度を考慮して損害額を認定すべきとする考え方[380]である。例えば、裁判官が70%の心証を形成したならば、加害者に対し70%の損害額の賠償を命じなければならないという。心証は、量的に測定可能であることをその前提に置いている。

ところが、この説に対しては、パーセントによる証明度の表示は証明のための便宜によるものであり、絶えず変化していく心証を数値によって表すことは到底可能ではないという批判が

---

[378] パク･ウンギル，前掲論文，170面.

[379] 日本で疫学的因果関係に基づいて判断した事件としては、レントゲン線照射と皮膚癌の発生との間の統計上の因果関係を考慮に入れて事実的因果関係の存否を判断した医療過誤事件である最高裁昭和44年２月６日民集23巻２号195頁や、一連の公害訴訟(富山地判昭和46年６月30日下民集22巻５=６号１頁、名古屋高金沢支判昭和47年８月９日判時674号25頁、新潟地判昭和46年９月29日判時642号96頁、津地四日市支判昭和47年７月24日判時672号30頁)等がある。

[380] 倉田卓次『民事交通訴訟の課題』日本評論社(1970年)160･201頁(潮見佳男･前掲『不法行為法Ⅰ』･373頁注72再引用)。

なされる。そして、この考え方によれば、裁判官は常に心証度を明確にしなければならず、例えば、証明度が蓋然性に達していない場合でも比率的な認定を行なわなければならない。また、その証明度が80%程度の場合、これまでの判例·通説は因果関係が100%存在している場合と同じ法的扱いをしてきたにもかかわらず、確率的心証理論によれば、80%しか賠償責任が認められなくなるという不合理が生じる[381]。その他にも、なぜ損害賠償請求の場合においてのみ心証度に合わせて因果関係の認定が行なわれるのかという疑問も提起されている[382]。

(6)立法による立証責任の転換

立証の対象に関する情報の偏在等に鑑みれば、公平の観点から明文による推定または看做し規定を法に設けて因果関係の立証責任を加害者側に転換させることで、被害者の救済を図るべきとする考え方[383]がある。例えば、損害額に関する推定規定を定めている著作権法(日本著作権法114条、韓国著作権法125条)や商標法(日本商標法38条３項、韓国商標法67条)等のように、独占禁止法においても本法違反行為による損害の発生及び違反行為と因果関係の存在について看做し規定を設けるとともに、その反対事実についての立証責任を違反行為者に負わせることで、損害賠償制度の活性化を図るべきというものである。

しかしながら、これについては、著作権法や商標法等は事件に関わっている者が多い場合でも、それぞれの権利関係を分離し双方当事者間の権利関係として構成することができるのに対し、独占禁止法違反行為の場合は、一人の違反行為による損害が数え切れないほど多数の者に拡散していくことが多いため、仮に違反行為者が得る利益を損害額として推定するとしても、全体としての利益のうち特定の原告から得た利益の範囲を確定することが困難であるとの批判[384]がある。さらに、看做し規定を設けることについても、各産業別に市場の構造や状況が異なる他、同一の市場で活動する企業間にも規模やその営業実績等が異なるので、当該違反行為による通常の損害額を確定することは可能ではないことが指摘される。また、推定規定を設けると、原告がそれに依存し実質的な立証努力を怠ることもあり得るし、過剰抑止による非効率を招きかねないことから、立証責任の問題は裁判所の判例の発展に委ねるしかないとの考え方[385]もある。

このような批判を受けて、独占禁止法違反行為の類型が多いことに照らし、全ての違反行為

---

381 野崎幸雄「因果関係論·総論」有泉亨監修『現代損害賠償法講座５公害·生活妨害』日本評論社(1973年)121頁。

382 平井宜雄「因果関係論」有泉亨監修『現代損害賠償法講座１総論』日本評論社(1976年)90頁。

383 松下満雄「競争環境整備のための民事的救済」別冊NBL44号(1997年)52～53頁。ホン·チュンイ,‘独占規制法違反行為と損害賠償責任’, 企業法研究第５輯, 韓国企業法学会, 2000年４月, 104面。

384 チャン·スンファ, ‘独占禁止法上の損害賠償請求訴訟と是正措置の拘束力’, 判例月報第247号, 判例月報社, 1991年, 80面.

385 ホン·デシキ, ‘公正取引法上の損害賠償請求:実務の観点から’, 経営法律第13輯第２号, 韓国経営法律学会, 2003年, 279面.

に対する一般的な推定規定を設けることは困難であるから、典型的な違反行為を類型化し上で、個別的な推定規定を設けることを提案する考え方[386]が見られる。

このように、原告の因果関係に対する立証責任を軽減するための方法が学説によって多く提示されているが、私見としては、独占禁止法違反行為による損害賠償訴訟での因果関係を考えるにおいては蓋然性説に基づいて考えることが妥当と考える。また、蓋然性の程度の問題等に関しては、これまで判断されてきた公害訴訟や医療過誤訴訟等を参考にすることも良い方法になり得ると考える。

第３節　損害額の算定

１.概説

相当因果関係説のうち、特に因果関係を責任設定的因果関係と責任帰属的(責任充足的)因果関係とに区分する考え方によれば、不法行為と損害との間に責任設定的因果関係が認められれば、その次は、違法行為者に責任を帰属させるべき部分についての責任帰属的(責任充足的)因果関係を検討しなければならない。これは、損害額の認定問題にも繋がるものである。日本の有力説である事実的因果関係に基づいて考える場合も、これは異ならない。つまり、加害行為と損害との間の自然的な因果関係について判断した後は、その因果関係のうちどこまでを損害として把握すべきかという賠償範囲に関する規範的な評価が必要であり、さらにそれを金銭的に評価する作業が必要となるからである。

そこで、下記においては、独占禁止法上の違反行為により被害者に損害が生じ、その両者間に因果関係が認められる場合において、損害賠償の範囲をどのレベルで確定し、またそれに基づきどの程度の損害額を算定すべきかについての議論を検討して見てみたいと思う。同時に、独占禁止法違反行為による損害の場合には、他の不法行為類型に比べて損害額の算定がさらに困難であるということを念頭におき、損害額の立証を軽減する方法についても検討を行う。特に、損害額算定の困難を克服するための方法として近時注目されている経済学的分析方法の活用(経済学的方法による損害額の算定)についての議論や、その具体的な内容についても見てみたいと考える。

その他、経済学的方法によって顕出された証拠を用いて独占禁止法違反行為と因果関係のある損害額を算定する際、どのような基準(根拠)に基づいて算定を行うべきか、及びそのような経済学的鑑定結果の統制方法についても判例を中心に簡略に検討し、最後に、過失相殺や損益

[386] 松下満雄･前掲論文･52～53頁。ホン･チュンイ，前掲論文，104面.

相殺等による責任の制限について検討を行いたいと思う。

２.損害額の立証

１)損害賠償の範囲

既に述べたように、日本や韓国の通説及び判例は、損害賠償の範囲を決めるにおいても、損害賠償責任の発生に関する因果関係と区分することなく、相当因果関係に基づいて判断している。そもそも因果関係の概念は、「あれなければこれなし(conditio sine qua non)」という意味として使われる場合と、帰責の関係を表す意味として使われる場合とに分けることができるが、日本や韓国での相当因果関係の概念は、主に後者の意味において、しかもそれは法的因果関係を意味するものとして使われてきたこと[387]は既に述べた通りである。そのため、損害賠償の範囲は、法的因果関係としての相当因果関係によってその責任原因を判断した上で、政策的な価値判断に基づき賠償範囲を制限するという方法で確定される。

ところが、ドイツで発展した相当因果関係説は、既に述べたように、損害賠償において完全賠償主義を採用するドイツ不法行為法において、加害行為と損害との間の因果関係を条件説的に理解することによって加害者の賠償範囲が無限に拡大しかねないという問題から、それに対する批判に基づき作り出された理論である。従って、日本や韓国のように制限賠償主義を採用する法制においては、相当因果関係に基づいて損害賠償の範囲を判断することは妥当ではなく、損害賠償責任の帰属という観点から相当因果関係を見直さなければならない[388]ことが従来から指摘されてきた。これは、主に、事実的因果関係説による指摘であるが、この説は、不法行為による損害賠償責任を、「責任成立要件、責任範囲の決定、損害の金銭的評価」という三つの場面を区別して判断することを主張する。また、責任の範囲を決めるにおいても、単に蓋然性とか予見可能性等に基づいて判断してはならず、行為規範が目標とするのが何か[389]を探り判断しなければならないという。

２)独占禁止法の違反行為による損害賠償範囲の決定

上記の事実的因果関係説の主張にもかかわらず、日本や韓国の通説及び判例は依然として相当因果関係説を採用している。これによれば、一般不法行為において賠償すべき損害の範囲は、

---

[387] 潮見佳男･前掲『不法行為法Ⅰ』･352頁。

[388] これについて内田貴･前掲書･429頁は、加害行為によって惹起された全損害のうち、公平を欠くと感ぜられる程の遠い損害以外は原則として全て賠償させるべきとされる。

[389] 例えば、独占禁止法が事業者等に対し一定の行為を禁じ、その違反行為について被害者に損害賠償請求権を認めることは、本法が、損害の填補を主な目的としながら違反行為を防ぐことは付随的に追求していることに鑑みれば、損害賠償の範囲を算定するに当たっては、当該事業者等の違反行為と関係のない損害は、被害者に対する損害の填補のみならず違反行為の予防という観点からも、含まれてはならないという(イ･ソンヒ，前掲論文，151面)。

加害行為によって発生した全ての損害ではなく、加害行為と相当因果関係が認められる範囲の損害が賠償すべき損害になる[390]。そして、相当因果関係が認められる範囲の損害には、通常生ずる損害(加害行為がなければその損害が生じなかったであろうと認められ、そのような行為があれば通常そのような損害が生じるであろうと認められる損害)と特別な事情によって生じた損害(加害者が加害行為当時、その事情を予見し又は予見することができた場合に賠償すべき損害)が含まれ、これが一般不法行為の場面になると、侵害行為による１次損害を基点にしてさらに惹起された後続の損害または拡大損害を損害賠償の範囲に含めるべきかどうか、またそれを賠償の範囲に含める場合、どの程度まで適切に制限すべきかが問題となる。

これに対して、独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求の場合には、事業者等の違反行為によって被害者が被った損害のうち、違反行為が行われた期間中における違反行為以外の社会･経済的な要因が被害者の損害に与えた影響を取り除く作業、つまり、純粋に加害者である事業者等の違反行為によって引き起こされた責任のみをどのように決めるかが問題になってくる。そのため、独占禁止法違反行為による損害賠償の範囲を決定するにおいては、一般不法行為法で判断されてきた相当因果関係理論のほかに、経済学的･統計学的な手法による、加害行為以外の要因がもたらした損害の部分を取り除く作業が必須になってくる。そうしないと、責任の原因がない部分まで加害者に負担させるという不当な結果が起こり得る。

そして、その時には、相当因果関係理論における重要な概念である相当性を調整する必要も出てくる。完全賠償主義を採用するドイツ法とは異なり、日本や韓国は制限賠償主義を採用していることから、損害賠償の範囲も、各条文に定めた通りに通常損害や特別損害の範疇で制限されなければならないが、この時、各損害の範囲を確定するために用いられる相当性の判断に一定の調整が必要となってくるわけである。つまり、相当性を判断するときの基準を、単に原因と結果との間の蓋然性に限定するのではなく、損害賠償がもたらす経済的公平さや加害行為が社会に与えた危険性の大きさ、及び加害行為を規制すべき緊迫性、どのような損害を誰に負担させるのが損害の防止に役立ち効率的なのか、等を考慮に入れて判断することで、相当性の内容を一層豊かにする必要があるのである。相当性をこのように捉えることで、違反行為とは関係のない要因による損害を取り除く作業をするとき、その因果関係の立証が困難な場合には、それによる危険を誰に負担させるのが妥当かを相当因果関係の枠の中で判断することができるというメリットがある[391]。通常、損害賠償の範囲を決定することは、一つの政策的･規範的レベルで行なわれる判断とも言えるから、相当性をこのように考えるのは妥当と言わざるを得ない。

---

[390] 公正取引委員会「独占禁止法第二五条に基づく損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法等について」ジュリスト983号(1991年７月15日)44頁。

[391] イ･ソンヒ，前掲論文，151面.

3）賠償範囲に関する因果関係の立証

（1）損害と無関係な要素の除去

損害賠償の範囲を決める際に、上記のように、損害の原因となった加害行為と無関係な事情によって損害に与えられた影響を取り除くべきとする考え方は、既に日本の鶴岡灯油事件に係る最高裁の判断においても窺われる。つまり、本事案で最高裁は、「元売業者の違法な価格協定の実施により商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた支出分」であるとした上で、石油製品の最終消費者が石油元売業者に対して損害賠償を求めるには、当該価格協定が実施されなかったとすれば、現実の小売価格よりも安い小売価格が形成されていたといえる状況があることを必要とし、これについての主張・立証責任は、被害者である最終消費者が負うべきと判断した。そして、「想定小売価格が現実の小売価格よりも安かったといえること」を立証するには、原告は、元売段階あるいは流通段階において顕著な値上がり要因がなかったことを証明しなければならないが、当時の状況は、原審も認めているように、①原油価格の顕著な上昇の継続、②白灯油の需要の飛躍的な増加、③いわゆる狂乱物価の時期における一般消費生活物資の顕著な値上がり、④通産省の元売仕切価格についてなされた指導上限価格の設定、⑤流通段階における仕入価格の上昇、⑥流通段階における人件費の上昇の各事実等の、民生用灯油の元売段階における経済条件･市場構造等にかなりの変動があったことが認められるとした上で、結局、これらの事実を覆すような立証が原告によってなされなかったため、原告の請求は棄却すべきと判断している。

これによれば、本事案において最高裁は、消費者が被ったと主張する損害は、被告らの独占禁止法違反行為によるものというよりも、当時の経済状況の急激な変動による避け難い価格上昇によるものと判断している。そして、そのような経済条件･市場条件の影響によるものではない、被告らの違反行為だけによって損害が生じた部分に関する因果関係を原告が立証できなかったために、損害の発生自体は認められるが、損害額は証明されなかったとみて、請求を棄却したと多くの学説は理解する[392]。

このような判断は、韓国の軍納油類入札談合事件（大法院2011年７月28日宣告2010ダ18850判決）においても同様になされている。損害の範囲を算定するにおいて、違反行為と相当因果関係

---

[392] 金子晃･前掲論文･29頁、谷原修身･前掲論文･29頁、舟田正之「昭和60年度重要判例解説」ジュリスト臨時増刊862号（1986年6月10日）223頁、藤原弘道「損害及びその額の証明―鶴岡灯油事件最高裁判決を機縁に―」判例タイムズ733号（1990年10月１日）４頁、赤松美登里･前掲論文･200頁、岡田外司博･前掲論文･249頁、上原敏夫･前掲論文･139頁等がある。これらの考え方は、損害発生の事実とその金銭的評価の問題とを区別し、前者については原告が証明責任を負うが、後者については証明責任の問題ではなく裁判所が自由な評価により決定する職責を負う（裁判所の創造的機能）として、本判決及び控訴審判決が損害の問題として論じているのは後者の問題であると指摘する。それに対して、本事例は、損害自体が認められないことを理由に請求が棄却された事案として考えるべきとの考え方もある（鈴木深雪･前掲論文･239頁、正田彬･前掲論文･12頁、白石忠志「独禁法関係事件と損害額の認定」日本経済学会年報19号（1998年）123頁以下）。

がある損害だけを含めるべき旨を示しているからである。つまり、韓国の大法院は、談合による損害を算定するためには、談合行為がなかったならば形成されたであろう価格を算定しなければならず、その想定競争価格は、「その談合行為が行われた当該市場の他の価格形成要因をそのまま維持した状態で、その談合行為によって生じた価格上昇分だけを取り除く方法によって算定」すべきであり、「その談合行為と無関係な価格形成要因による価格変動分は含まれないようにしなければならない」と判断している。

そこで、大法院は、本事案において国防部が1998年４月に年間固定価格方法を採用したのは、被告らの談合によって１、２次入札が流札したことが一つの契機となったと見ることができるが、実際それは、国防部の内部検討により受容できるとの判断があったからであり、このような年間固定価格方法によって契約を締結することで国防部が損害を被るようになった根本的な原因は、当初の予測よりも為替が急激に下落し、それに伴い国内の油価が急激に下落したことによる外部の事情にあるものと判断した。そのため、被告らの談合行為と原告の損害との間には相当因果関係がないと判断した。

上記の判例のほかに、韓国で賠償範囲の決定について判断された裁判例としては、いわゆるラミ化粧品事件や近年問題となった軽油価格談合事件等がある。その具体的な内容を、下記において簡略に紹介する。

〈ラミ化粧品損害賠償請求事件〉

（ソウル地法1998年６月25日宣告97ガ合56100判決）

ⅰ. 当事者

Xは、Yが生産する化粧品を、小売店に販売する代理店である。

Yは、ラミ化粧品という商号で化粧品を生産する会社である。

ⅱ. 事案の争点

ⅰ）Yの違反行為によって、Xに損害が生じたか。

ⅱ）Xに損害が生じたならば、その範囲はどのように決定すべきか。

ⅲ. 事件の概要

Xは、1984年10月４日、Yとの間に、Yが生産する化粧品（以下、「商品」という。）を販売･供給する旨の代理店契約を締結した。そして、Xは、YからソウルのⅠ定地域でY生産の化粧品を独占的に販売できる権利を獲得し、「トンソン特約店」という商号で1995年５月頃まで代理店を経営しながら、Yから商品の供給を受けて小売店に販売していた。

Xは、上記代理店契約を締結する際、推奨消費者価格の53%相当の価格でYから商品の供給を受け、

それを推奨消費者価格の58%相当の価格で一般の小売商に販売することに合意し、その価格通りに商品の供給を受けて販売した。

ところで、Yは、1993年10月頃から1995年５月頃まで、Xと同じ地域で営業している訴外の流通業者に、総額35億ウォンに達する商品を推奨消費者価格の約30%の価格で供給しており、その流通業者は、さらに同商品を勧奨消費者価格の40%にもならない価格で小売店に供給したため、推奨消費者価格の53%の価格で商品の供給を受けていたXは、上記訴外流通業者と競争することができなくなり、売上は大きく減少した。Yは、このような不公正取引行為を理由に、公正取引委員会から、差別的取扱い行為を是正するよう命じられた。

これを受けてXはYに対して、主位的には、上記価格差別行為がなかったならば、原告が1993年10月から1995年４月まで、Yから供給を受けた商品を推奨消費者価格の58%の価格で販売して得られた予想利益と、上記期間中実際得ていた利益との差額に該当する損害の賠償を求めて、さらに、予備的には、同額相当の慰謝料を請求する損害賠償訴訟を提起した。

ⅳ.裁判所の判断

ⅰ)Yは、Xに対して損害賠償義務を負うべきかどうか

ソウル地方裁判所は、YがXの独占販売権を侵害し、「独占禁止及び公正取引等に関する法律」に違反し、Xに対する販売価格に比べて著しく低い価格で訴外流通業者に商品を販売することで、一定範囲内においてXの商品販売量が減少したことを認めた。そこで、Yには、Xの売上の減少による損害を賠償する義務があると判断した。

ⅱ)損害賠償額の範囲

但し、ソウル地方裁判所は、仮にYの上記のような行為がなかったとしても、Yから供給を受けた商品をXが全部販売することができたと認めるに足りる何の証拠も見当たらないのに対し、Xの売上の減少に影響を及ぼしたと思われる要因として、当時の化粧品市場の需給状況と原告の営業方法の変化、他社による新製品の販売、需要者の購入能力の減少、等の様々な要因があり得ることを指摘した。

そのため、Yの価格差別行為が果たしてXの売上の減少にどの程度影響したか、つまり被告の行為と相当因果関係にある損害がいくらであるかを具体的に確定できる客観的で信憑性のある資料は見当たらないので、Xが主張する損害額の算定は事実上可能ではないと判断した。

これについて、Xは、本事件のように不法行為と損害発生との間の具体的な因果関係を立証することが困難な場合には、その損害が被告の行為によって生じたことを示している蓋然性が認められる限り、その範囲内の全ての損害をYが賠償しなければならないと主張した。しかし、ソウル地方裁判所は、本事件のような紛争において、Xの主張のように、因果関係及び損害賠償額についての立証責任が緩和ないし転換されなければならない何の法律的根拠も見当たらないとして、原告の主張を退けた。但し、ソウル地方裁判所は、その事情を慰謝料額を算定する際に考慮している。

本事案において、ソウル地方裁判所は、Yの違法行為とXの売上の減少の事実を認めつつも、Yの行為とXの損害との間の相当因果関係に関する立証責任を緩和すべきとしたXの主張を退けた。その上で、売上の減少に影響を与えた多くの要因のうち、Yの違反行為がXの売上の減少にどのように影響したか、つまり、Yの行為とXの損害との間に相当因果関係があるかどうかを具体的に確定できる資料がないという理由によって、財産上の損害を求める主位的請求を棄却し、慰謝料を求める予備的請求のみを一部認めた。

このように、ソウル地方裁判所は、慰謝料についての予備的請求を一部認めることで、責任成立的因果関係は一応認めつつも、損害賠償の範囲については相当因果関係が充分に立証されていないことを理由に、主位的請求を棄却する判断をしている。この判決は、市場において原告の売上の減少に影響する多くの要素のうち、違反行為がもたらした部分のみによって損害を判断しなければならないとしたことは、上記日本の鶴岡灯油事件及び韓国の軍納油類談合事件に対する裁判所の態度と共通している。但し、価格の決定要因に係る各種の情報や資料が、被告の支配領域にあった日本の鶴岡灯油事件や韓国の軍納油類談合事件とは異なり、本件の場合には、売上の減少に影響を与えた要因を裏付ける情報が、Xの領域にあったことに違いはある。そのため、裁判所がXの主位的請求を棄却する判断をしたのは、結局、Xが自己の領域にある資料によって財産上の損害を立証することができなかったからであった。

<石油会社３社の軽油価格談合事件>

(ソウル中央地方法院2012年11月８日宣告2007ガ合43530判決)

ⅰ.当事者

Xらは、軽油を燃料とするトラックの運転手402人である。

Yらは、原油を精製･加工して、ガソリン、灯油、軽油等の石油製品を製造･販売する会社ら(SK株式会社[393], GSカルテックス株式会社, 現代オイルバンク株式会社)である。

ⅱ.事案の争点

ⅰ)Yらは、Xらの損害に対する損害賠償責任を負うべきか。

ⅱ)Xらの損害の範囲はどこまでなのか。

ⅲ.事件の概要

Yらは、会合等により価格に関する相互の意思連絡を行うなどして、2004年４月１日から2004年６

[393] 当初、被告 SK 株式会社は、SK 株式会社や SK エナジー株式会社に分割され、SK エナジー株式会社は SK イノベーション株式会社に社名を変更した後、SK 株式会社や SK 総合化学株式会社に分割された。本事件に関する権利･義務は、SK エナジー株式会社に帰属した。

月10日まで、軽油を含む軽質油製品の価格の引上げのための不当な共同行為を実施した。これについて公正取引委員会は、2007年４月11日、Yらの価格の引上げに関する合意及びそれによる遂行行為は、公正取引法19条１項に定める価格を決定･維持または変更する行為に該当し、従って、他の事業者と共同で不当に競争を制限する行為に該当すると判断し、被告らに是正命令及び課徴金の納付命令を下した。

そこで、原告らは、Yらの談合行為により損害を受けたことを主張し、それに関する損害賠償請求訴訟を提起した。

ⅳ.裁判所の判断

ⅰ)Yらは、Xらに対して損害賠償義務を負うかどうか

韓国内の軽質油販売市場の特性や実態、本事件の共同行為が行われる前の状況、本事件の共同行為期間を前後に上記被告らの間に会合等による価格に係る相互の意思連絡があったこと、同期間中の具体的な価格の一致状況や上記被告らの間に合意内容の遂行に関する監視及び上記被告らが作成した書類上に談合行為があったことを推定させる多くの文言が記されていること、等に鑑みれば、2004年４月１日から2004年６月10日まで、上記被告らは、軽油を含む軽質油製品の価格の引上げのための不当な共同行為をしたとみることが妥当である。従って、Yらには、Xらに対する損害賠償責任が認められる。

ⅱ)損害賠償額の範囲

違法な談合行為による損害は、談合行為によって形成された価格と、談合行為がなかったならば形成されたであろう価格との差額を言う。この場合、想定競争価格は、その談合行為が発生した当該市場の他の価格の形成要因をそのまま維持した状態で、その談合行為による価格上昇分だけを取り除く方法で算定しなければならない。そうすると、国際的な油類完製品の競争市場における価格であるMOPS価格に基づいて、一定の付帯費用を上乗せした金額を想定競争価格として推定する標準市場比較方法によって損害額を算定した原告の算定方法は、一応信頼性を認めることができる。

本事案では、原告らが損害額の算定のために用いた標準市場比較方法について、被告は、国内軽油市場は寡占体制下の市場であり、完全競争市場に近いシンガポール現物市場に比べて、市場の構造や取引条件等の価格の形成要因が異なると主張した。そのため、両市場は同一･類似した市場ということができず、標準市場比較方法による算定は適切ではないと主張した。

これについて、裁判所は、「原告らの損害額の算定の過程に、一部納得するできないところ及び疑問点はあるとしても、これは、想定競争価格の算定に用いられる他の方法においても同様の問題が存在すると言える。従って、いずれか一つの算定方法だけが絶対に正しいというこ

とはできず、そうすると、原告らが最大限に入手した資料に基づいて算定した損害額は、その信頼性を認めることができる」として、被告の主張を認めなかった。

本判決は、先にも述べたように、独占禁止法違反行為による損害額を算定するに当たっては、違反行為以外の要素による影響を排除しなければならないことを確認している。また、損害額の算定方法において、原告らが入手できる資料に基づいて一応合理性が認められる範囲の金額が算定されたならば、仮にそれが多少欠点や疑問点があるとしても、その信頼性は認めるべきと判断したことから、原告が独占禁止法違反行為による損害額(消費者被害)をある程度合理的であると思われる方法によって算出した場合には、裁判所がそれを積極的に認めるという姿勢を示している。要するに、損害賠償を求める原告は、その算定の過程に合理性があると裁判所が思うほどの損害額算定の方法や根拠を一応提示しなければならないわけである。

(2)因果関係の立証

損害賠償の範囲を確定するために、加害行為に関わる諸事情を検討する際は、違反行為と無関係の事情は排除し、違反行為と関係のある部分は立証によって取り込む作業を経ることになる。この過程では、関連資料へのアプローチの可能性や立証の難易等のような立証能力を考慮しなければならない。加害行為に関わる資料の殆どが被告側に集中しているとされる現代型不法行為においては特にそうであるが、同様の特徴を有する独占禁止法違反行為による損害の場合にも、被害者の損害を立証することには相当の困難が伴われる。そこで、損害発生の原因として働いた被告側の諸事情及び原因を原告が立証させるのではなく、原告が加害行為と損害との間の概ねの因果関係を立証すれば、その後は、被告にその因果関係を遮断できる反証を負わせることが、公平の原則からみて妥当であるとの考え方が現われた。これは、一般不法行為法上の原則に従い、損害賠償の範囲に係る因果関係の立証責任は原告に負わせつつ、原告の立証の困難を救済することができる利点がある。また、損害賠償の付随的機能ともいえる予防機能も追求できる。

ところで、このような概略的因果関係の立証を認める態度は、比較法的にみれば、アメリカの独占禁止法違反に係る民事訴訟においても採用されていることがわかる。つまり、アメリカの同訴訟の原告は、原則として、①独占禁止法の違反行為の存在、②損害の発生、③独占禁止法の違反行為と損害間の因果関係、④損害の金銭的評価について立証責任を負うが、これらに関する立証の程度は「証拠の優越」で足りるという立場が採用されているからである。さらに、損害の金銭的評価においても、損害事実に関する立証とは異なり、緩和された方法で足りるとされる。そして、陪審は、通常、一定の損害額が生じたことを裏付ける関連資料に基づき、それが公正で合理的な評価である限り、直接で積極的な証拠を用いて損害額を判断することも、

間接で抽象的な証拠を用いて損害額を判断することも可能であるとされる[394]。

このような態度は、上記の鶴岡灯油事件の控訴審判決においても見ることができる。例えば、控訴審は、損害の証明について原告が具体的な数個の間接事実を立証すれば、これに基づいて経験則による事実上の推定をすることができると判断した。つまり、原告は、元売12社が価格協定に基づいて白灯油ないし民生用灯油の元売仕切価格を引き上げしたこと、その後、この協定の影響下にあったと認められる時間的･場所的範囲内において原告らが灯油を購入した小売店の小売価格が上昇したことを立証すれば、裁判所は、①価格協定に基づく元売仕切価格の引上げがあれば、多少の時間的な遅れはあっても、小売価格まで順次に価格転嫁が及ぶのが通常であること、②日本の石油業界では、販売の系列化が特に進行していること、③元売会社は、傘下の特約店に対して価格面での指導や介入をしていること、④元売12社の販売シェアーが当時、約85％に達していたこと、等の事実から経験則に基づき事実上の推定をすることができると判断したのである。

これに対し、最高裁の判断では、原告が自己の損害を主張するには、想定小売価格が現実の小売価格よりも安かったということを立証しなければならないとして、厳格な立証責任を求めた。多くの学説はこれを批判するが、一部では異なる理解を示す考え方も見られる。つまり、最高裁が、原告に想定購入価格の具体的な水準を高度の蓋然性を以って立証することまでを要求するものと解するならば、実際それは、不可能な証明を原告に強いることになり不当である。従って、判旨は、原告に対して、単に想定購入価格が現実の購入価格よりもとにかく安いといえることの証明を求めているだけであると解すべきと言うのである。本件で最高裁は、必ずしも想定購入価格の具体的な水準を立証することを求めているわけではなく、むしろ、経済的な要因の変動が大きくなかったことや、それにもかかわらず価格差があったことを立証すれば、その差額(損害額)の算定について柔軟な算定方法を用いる余地も充分残っていたとこの説は説明する[395]。

一方で、近時日本で住民代位訴訟等によって多く提起されている入札談合事件においては、入札談合における損害についての因果関係について、侵害行為の存在が認められる限り、特に因果関係は問題とされていないようである。つまり、工事の請負金額が談合によって不当につり上げられた場合、公正な競争が確保されていたならばその金額は遥かに低額になっていたという前提に基づき、談合という不法行為によって当然その差額分の損害が発生するということ

[394] 薮口康夫「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決(横浜地裁川崎支部平成６年３月17日判決判タ839号289頁)を契機として－」判例タイムズ868号(1995年４月１日)42頁。

[395] 岡田外司博･前掲論文･249頁、和田健夫「価格カルテルと消費者の損害賠償請求」別冊ジュリスト200号(2010年６月)257頁、白石忠志･前掲「最高裁判所民事判例研究」･866～867頁。

を想定しているからである[396]。

第４節　損害額の立証とその方法

1.概説

独占禁止法違反行為によって生じた損害が、因果関係が立証され損害賠償の範囲が確定されれば、その範囲に該当する損害額を算定するという問題が残る[397]。通常、損害額の算定は、独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求訴訟において最も難しい問題として解されている[398]。上記にも述べたように、経済的な要因による影響を多く受ける独占禁止法違反行為の場合には、損害額の算定において特に経済学的･統計学的な分析を用いるべき必要性が増えてくる。

そこで、下記においては、独占禁止法違反行為に基づく損害賠償訴訟において、被害者の損害額を合理的に推論するために用いるべき経済的証拠の分析方法やその活用について検討を行う。そして、経済的な証拠の活用によっても損害額を確定することができず、やむを得ず推定によって損害額を立証しなければならない場合に、その立証がどの程度までなされれば原告が損害額を立証したことになるのかについても検討する。同時に、日本や韓国の不法行為法には、不法行為に基づく損害賠償責任が認められる限り、裁判所はその損害額を算定する義務があると解されているが、そうすると、損害額の立証が極めて困難である場合、裁判所が採るべき措置はどのようなものがあるかについても検討してみたいと考える。

２.損害額に関する合理的な推定方法

原則として、損害額の立証は証拠に基づいて行なわれる事実認定に係る問題である[399]。ところで、上記にも述べたように、独占禁止法違反行為によって生じる損害は、例えば価格の引上げ協定による損害である場合には、一般に、協定期間(損害発生期間)中の購入価格から想定購入価格を差引いた金額に、協定期間中の購入量を乗じて得た金額(超過支払額)と言うことができ、入札談合において原告(被害者である発注官庁等)が被る被害は、違反行為による落札価格から違反行為がなかったならば存在したであろう落札価格を差引いた金額ということができる。

このように、独占禁止法違反行為による損害については、想定競争価格に係る判断がその前

---

396 和泉澤衞「独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟―近年の入札談合事例を概観して―」現代法学第16号(2008年12月18日)７～８、12頁。

397 損害の発生と損害の額の算定が区別できるものなのかについては、議論が分かれる。本稿においては、それを区別できるという前提で検討を進める。

398 チャン･スンファ，前掲‘独占禁止法上の差止請求と損害賠償請求’，80面.

399 日本旧民法証拠編８条によると、損害額の認定は事実証明の問題ではなく、裁判所の裁量評価の問題として捉えていたという(伊東俊明「損害額の認定についての一考察」岡山大学法学会雑誌第61巻第１号(2011年8月)52頁)。

提になる場合が多い。そのため、これについての事実認定は推定的な要素を多く含まざるを得ない。そして、その推定においては、裁判所が証拠によって独自に判断したり、経験則あるいは法的知識に基づいて判断するよりも、経済学や統計学等のような専門分野の知識を用いる鑑定によって推定することが多い。そこで、具体的な事案においては、専門的な鑑定結果が証拠として提出されたとき、裁判所はそれをどのように損害額算定の基礎として使うべきかが問題となる。

これについて、アメリカでは、独占禁止法違反に基づく損害賠償訴訟において、原告が専門家証言によって自己の損害額を立証する場合、その提示された損害額が相当な程度まで立証され、かつ合理性があると認められる場合は、裁判所はその損害額を概ね認定する傾向があると言われる[400]。但し、アメリカの訴訟手続においては、鑑定人を裁判所が選任するのではなく当事者が自己の費用で選定するという特徴があり、原告だけではなく被告も専門鑑定人による鑑定の結果を提出することができる上、原告が主張する損害額について攻防することもできるので、裁判所がその中からより妥当な鑑定結果を選択し適切な損害額を算定することは、やはり困難を伴う作業であるとされる。

一方、日本や韓国の状況をみてみると、一連の独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求訴訟を契機に、当該訴訟における原告の立証責任を軽減すべきことを主張する考え方が増えてきている。そして、その方法としては、統計学的な立証方法を活用することで、原告が想定競争価格に基づいて損害を立証することを強調する考え方もかなり見られる[401]。

1)損害額の推定と経済的証拠

(1)経済的証拠

独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、被害者の損害には事業者等の加害行為の他にも、市場と関係する多くの経済的要因が影響することが多い。そのため、正確な損害額を算定することは一般の不法行為事件よりも困難を伴う。

具体的な事案を判断するとき、裁判所は通常、判決を下すまでに原告や被告が示した多くの証拠に基づいて事案を判断し、それによって心証を形成していく。しかしながら、事案によっては、例えば、それが専門的で複雑な場合、裁判所自らの経験則や見識に基づいて判断することが困難な場合もあり得る。独占禁止法違反行為による損害の判断においてよく問題となるような、市場における競争的価格の判断がまさにそうである。この場合、裁判所は通常、特別な知識や経験を持つ専門家に意見を聞いたり専門的な知見に基づく判断を求めるなどして、自ら

---

400 イ・ソンヒ，前掲論文，173面.

401 布村勇二「独禁法違反行為に基づく損害賠償請求訴訟における損害論について」経済法年報３号(1982年)42頁、伊藤眞「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(下)」ジュリスト965号(1990年10月15日)57～60頁。

の判断能力を補うことができる。いわゆる証拠調査方法としての裁判上の鑑定[402]の活用がそれである。測量鑑定や時価鑑定、文書鑑定等が代表的であるが、これらの鑑定は、一般に、裁判所が鑑定人に対しその前提となる事実を提供すれば、鑑定人は裁判所の助力者となりその事実について専門的な分析を行い、また具体的な鑑定意見を示す方法で行なわれる。

一方、独占禁止法違反行為による被害者の損害額を算定するための鑑定の場合には、これとは異なる鑑定方法を採用する。主に、反独占等に詳しい経済学者や会計専門家、統計専門家、或いは当該産業に詳しい専門家等が主導して収集した資料に基づいて経済学的な仮説や推定を用いて導いた結果を、鑑定意見として裁判所に報告するという方法になることが多い[403]。そのため、資料の収集から分析、結論に至るまで、鑑定人の主観が大きく介在する可能性が高い。そこで、専門家による鑑定意見をいかに適切に判断し見極めるかが裁判所に問われる。

いずれにせよ、このような経済学者や統計学者等による専門的な知識を活用して作成された証拠を「経済的証拠(economic evidence)」と呼ぶことができるとすれば、この経済的証拠は、独占禁止法違反行為に基づく損害賠償訴訟において、その損害額を算定するのに大きく活用できることは間違いないであろう。

(2)経済的証拠の類型及びその特性

経済的証拠は鑑定の類型によってその姿も変わってくる。鑑定の嘱託の結果としての形になったり、或いは書証または証人の証言の形になったりするわけである。

鑑定は大きく分けて、裁判所が選任する鑑定人による裁判上の鑑定と、当事者が選任する専門家証人(expert witness)による専門家証言があり、日本(民事訴訟法213条)や韓国(民事訴訟法335条)[404]は、前者の方法を採用している。

そして、書証としての経済的証拠は、当事者が専門家に依頼しその鑑定の結果を裁判所に提出することができるが、独占禁止法違反行為事件の場合には、当事者が経済の専門家や技術専門家等による経済分析或いは技術に係る報告書等を書証として提出することが多い。裁判所が、仮にこれらの書証が提出された後、書証を作成した者を証人として呼び尋問及び反対尋問を行なう場合には、その証人による証言は経済的証拠となる。

このように、専門家の鑑定によって経済的証拠が提出されれば、裁判所としては裁判を迅速

---

[402] 鑑定は、裁判官の「事実認定における専門知識の欠如を鑑定人に補助してもらうことに制度の目的と本質がある」とされる(田村真弓「民事訴訟における鑑定について－裁判官と鑑定人の共同関係確立の必要性－」同志社法学53巻４号(2001年11月)158頁)。

[403] イ・ソンヒ，前掲論文，174面.

[404] 韓国の場合は、当事者が鑑定を申請すれば、特定人を指定した場合にも、これは単に推薦の意味に過ぎず、裁判所がこれに拘束されることはないが、実際その選任は、裁判所の一方的な指定によるのではなく、鑑定嘱託により当事者双方の交渉による任意引受の形式を取る場合が一般的であるとされる(イ・ソンヒ，前掲論文，175面)。

に行なうことができるというメリットがある。高度の専門知識ないし特殊分野に関する専門知識が紛争解決の決め手となる場合には、特にそうである。従って、裁判所がもし当該事件について専門の知識に基づく判断をしてくれる適任者を見つけ出すことができない場合には、当事者にそれに関する弁論ないし証明活動を行なわせ、それによって得た経済的証拠に関する資料を裁判所に提出させることも一つの方法として考えられる。但し、その場合には、当事者に過多な費用の負担を負わせるという問題が生じ得る。また、通常、その鑑定の内容は依頼した当事者に有利な内容である場合が多いため、争点となる事項について当事者の鑑定内容に食い違いがある場合には、結局、それによる判断の負担は裁判官にのしかかってしまう。

(3)超過価格型損害と逸失利益型損害

独占禁止法違反行為による損害について、日本や韓国の通説や判例が採用する差額説によれば、損害額の算定は、違反行為がなかったならば存在したであろう財産状態と、違法行為が行われた後の現在における財産状態との差をもって算定することになる。そして、その差額を算出するのに具体的に用いられる方法は、概ね、オーバーチャージ(overcharge)といわれる超過請求額を損害額として計算する方法と、ロスト･プロフィット(lost profit)と呼ばれる違反行為によって喪失した得べかりし利益(逸失利益)を損害額として計算する方法がある。前者は、違反行為者が購入者に実際請求した販売金額と、違反行為がなかったならば請求したであろう想定販売金額との差額、つまり、超過請求額(overcharge)を被害者の損害額として認定する方法である。これは、特に、価格引上げを目的とする共同行為において、談合行為者から直接商品を購入した直接購入者の損害額を算定するときに使われることが多い。日本でこの方法によって損害額を判断した事案としては、先に挙げた鶴岡灯油事件[405]がある。本件で最高裁は、「元売業者の違法な価格協定の実施により商品の購入者が被る損害は、当該価格協定のため余儀なくされた支出分」として把握されるから、原告の損害額は「現実の小売価格と想定小売価格との差額」であると判断している。韓国では、「違法な入札談合行為による損害は、その談合行為によって形成された落札価格と、その談合行為がなかった場合に形成されたであろう価格との差額」であると判断した軍納油類入札談合事件を挙げることができる。いずれも差額説に基づいて損害を把握しており、損害額の算定においては超過価格型損害として捉えている[406]。

後者の逸失利益を損害額として計算する方法は、不公正取引行為や排除的行為による損害を把握するときに用いられる。特に、不当廉売等の競争事業者排除行為や取引拒絶、抱き合わせ

---

[405] その他、独占禁止法25条訴訟を提起した、東京石油カルテル事件も同様。

[406] アメリカやドイツでも、主にこの方法に基づいて損害額を算定するとされる。その理由としては、多くの場合においてこの方法が逸失利益型算定よりも計算しやすいことや、必要とする情報の量も少ないからだという(イ･ソンヒ，前掲論文，178面)。

販売等の優越的地位の濫用行為のように、不公正取引行為によって事業機会を失った事業者、及び談合企業が生産量を調節したことで、売上減少の被害を被った原材料の供給業者、または共同行為等により談合価格が高く形成されたことで、売上減少を強いられた補完財の供給業者等の損害(lost profit)を、この方法によって算定することが多い。逸失利益型算定による場合、当該事業者の逸失利益は、次の五つの手順によって算定すると言われる[407]。つまり、①違反行為前の当該商品の現実の取引高･売上額に基づいて、過去の一定期間における(平均)取引高･売上高を算定、②①の数値に基づいて、違反行為がない場合における違反行為後の一定期間における想定取引高･売上高を算出、③違反行為後の当該商品の現実の取引高･売上高を算出、④②の数値から、③の数値を差し引き、違反行為に基づく取引減･売上減を算出、⑤④の数値に該当商品のその期間中の粗利益率を乗じて逸失利益を算出、等がそれである。

日本で逸失利益型算定によって損害額が算定された事例としては、東芝エレベーター事件[408]や日本遊戯銃協同組合事件判決[409]等を挙げることができる。また、韓国では、不公正取引行為のうち不当な取引拒絶が問題となったチョンサン実業事件やナミャンアロエ取引拒絶事件[410]及びヨン食品事件[411]等において、この方法によって損害が算定された。

---

[407] 村上政博ほか･前掲書･122頁。

[408] 本件について裁判所は、東芝エレベーターの行為は独占禁止法19条に違反すると判断した上で、民法709条に基づく損害賠償責任を認めた。そして、本件の東芝エレベーターの行為により、東芝製エレベーター所有者の信用を失い締結していたエレベーター保守契約を解除された独立系保守業者に対する逸失利益の形で算定した損害額の支払が命じられた。

[409] 東京地裁は、その損害額の算定において、被告組合の事業妨害行為は、独占禁止法８条１項１号等に違反するとした上で、民法709条による不法行為責任を認めて被告組合及びその代表理事に対し逸失利益の形で損害賠償金の支払を命じた。

[410] 大法院1997年４月22日宣告96ダ54195判決や、破棄差戻審であるソウル高等法院1998年５月７日宣告97ナ19924判決。本事案では、アロエ商品を生産する被告Yの代理店である訴外Aと、Y生産のアロエ商品を販売する契約を結んだXが、Yが指定した販売地域以外の区域でアロエ商品を割引販売したため、商品供給の中止及び反則金の納付を強いられたことが問題となった。この行為については後に、公正取引委員会によって、当該行為は拘束条件付き取引あるいは再販売価格維持行為に該当するとして是正命令が下された。そこでXは、Yに対して損害賠償を請求した。原審では、Xが被った被害は、Xが上記取引地域や相手方または再販売価格等についての制限が全くない状態で営業したならば、得ることができたであろう収入相当額であるとして、逸失利益型算定により損害を算定した。それに対し、大法院は、独占禁止法によって損害賠償を求める者は、公正取引委員会が是正を命じた不公正取引行為により被った損害に対する賠償のみを求めることができると判断した。しかし、Xが主張する逸失利益相当の損害は、不当な取引拒絶による損害に該当するが、これについては公正取引委員会による是正措置がなされていないので、訴えによってその賠償を求めることはできないとした。また、公正取引委員会がその是正を命じた取引先制限及び再販売価格維持行為により被ったとされる逸失収入相当の損害については、Xが全く主張･立証していないので、Xの請求を認めることはできないと判断して、事件を高等法院に差し戻した。

[411] 大法院1991年５月19日宣告90ダ17422判決。本事案の概要は、次のとおりである。ソウル地域で豆腐類の食品を生産し販売する事業者らが組織した独占禁止法上の事業者団体であるYは、豆腐類の製造原料である輸入大豆(豆)の配分業務の委託を受けて、相場よりも安い価格で大豆を供給する一方、組合員に対して豆腐製品の販売地域を制限していた。その中、組合員であるX経営のサムジン食品が販売地域制限に違反したため、Yは組合の名誉を毀損したとしてXを会員名簿から除名したほ

このように、損害額の算定方法を逸失利益型と超過価格型とに区分する場合、独占禁止法違反行為によって被害を受けた者が直接被害者である場合は逸失利益型算定方法によるべきであり、間接被害者である場合は、超過価格損害型算定方法によるべきとする考え方[412]があるが、これについては、直接被害者と間接被害者を区別するということ自体が明確とは考えられないので、違反行為の態様や発生した損害の性質及び入手可能な情報量によって算定の方法を選択することが妥当であるとの考え方[413]もある。

いずれにせよ、上記の方法によって独占禁止法違反行為による損害額を算定するとしても、いずれの方法も、違反行為が発生しなかったならば存在したであろう想定競争価格を推定しなければならないことには変わりがない。そして、想定競争価格については、それに関する直接証拠があれば比較的簡単に損害額を算定することができるが[414]、直接証拠を確保することは実際の独占禁止法違反事件においてはほぼ不可能に近い。例えば、談合等が行なわれた場合、事業者間に市場価格を特定の価格レベルまで引き上げることにしたという証拠が発見されたとしても、それを以って価格引上げをする前の価格が、談合がなかったならば存在したであろう想定

か、Xに配分する予定であった大豆の量のうち一定量(50,150kg)を供給しなかった。Xの申告を受けて公正取引委員会は、Yに対し、組合員の事業活動を制限するような行為をしてはならない旨の是正命令を下し、確定した。そこで、Xは、Yを相手に独占禁止法上の損害賠償訴訟を提起した。本事案の原審であるソウル高等法院1990年11月８日宣告90ナ25586判決は、Yの行為は独占禁止法違反行為に該当し、Xにその損害を賠償する責任があると判断した。また、その損害賠償の範囲については、Yの供給中断によりXが実際市場で購入せざるを得なかった大豆18,750kgに対するYの供給価格(kg当たり440ウォン)と、Xが実際支払った購入価格(kg当たり900ウォン)の差額である862万5000ウォンの損害を被ったと判決した。しかしながら、大法院は、まず、Yの輸入大豆の供給価格はkg当たり440ウォンであるのに対して、市場での卸価格は975ウォンであり、その差が大きいことを確認した。そうすると、Yの供給中断によりXが少なくとも供給価格と市場価格の差額に該当する損害を被ったであろうことは、Yには当然予想できたはずであると判断した。その上で、XがYから正常に大豆の供給を受け、それを豆腐に加工し販売したならば、付加価値の創出により転売差額以上の収益が予想できた旨を示し、事件を原審に差し戻した。差戻審であるソウル高等法院1991年11月22日宣告91ナ21413判決は、市場の卸価格とYの供給価格との差額であるkg当たり535ウォンの価格に、Yが供給しなかった大豆量を乗じて得た金額(2千683万250ウォン)が、Xが被った損害額であると判断した。

412 村上政博「独占禁止法違反行為にもとづく損害賠償請求における損害論の到達点」判例タイムズ957号(1998年２月１日)17～20頁。

413 イ・ソンヒ，前掲論文，177～178面．この考え方は、事業者等の独占禁止法違反行為によって市場価格が独占価格レベルまで上がれば、購入者は、それに代わる他の物を購入するなどして、全体としての損失を減少させようとする超過価格の量的効果(volume effect or quantity effect)が生じることを指摘する。そうすると、超過価格型損害の算定方法により損害額を「実際支払った価格－競争価格」と算定することは、違反行為がなかったならば購入者が置かれていたであろう状態を回復できる正確な額にはなり得ないと言う。そのことから、少なくとも被害者が継続的な経済活動を行う企業(business)である場合には、独占超過価格型の損害算定方法よりも逸失利益型損害算定方法によるほうが、より正確な損害を測定することができると説明する。

414 これは例えば、カルテルに参加した企業が価格を特定の価格まで引上げた旨の証拠があるときは、それに基づいて価格引上げの程度を把握し、また競争価格を認定するという方法である。韓国では、先に紹介した小麦粉談合事件において、公正取引委員会が、カルテル参加者が作成した価格引上げ計画や会合の内容等に鑑み価格引上げの程度を把握した。

競争価格であると断定することはできない[415]。そこで、これを推定する方法として様々な考え方が示されるようになったが、その具体的な内容については下記において見てみることにしたい。

２)損害額の算定方法

想定競争価格を推定するために用いられる下記の方法は、いずれもアメリカ判例法、特に独占禁止法違反行為に基づく民事訴訟において確立されたものであり、一応、公正で合理的な推定方法であると評価されている[416]。但し、下記の方法は、いずれも、統計学的･経済学的知識を必要とするため、計算自体が容易ではないという問題はある。また、算定に用いられるべき基礎資料が当事者内部ではなく殆ど外部に存在するため、いかに正確なデータを収集できるかが妥当な損害額の算定において鍵となる。従って、もし競争価格の推定が不正確なデータに基づいて算定された場合には分析者の恣意が介される懸念があり、推定された競争価格についても信頼を損なう結果をも招きかねない。

(１)前後比較法(before and after comparison method)

これは、同じ市場内での、談合が行なわれる前または後の価格を想定競争価格として推定し、それを比較する方法である。違反行為前の被害者の営業状況･売上高等の利益の推移を示す資料に基づいて、違反行為はなかったとの想定の下で想定できる売上高や利益を推定することで、違反行為前後の売上高や利益を比較して損害額を算定する。違反行為が相当期間にわたる場合や違反行為以前に同様な行為が存在していた疑いがある場合には、違反行為期間中の原告の利益状況と違反行為終了後の原告の利益状況とを比較することも認められる[417]。

通常、この算定方法を適用するためには、違反行為直前又は違反行為終了後の、原告によるある程度規則的な一定した記録が必要であり、そのような記録がある場合には損害額を算定するのに最も便利な方法であるとされる。もし、現実の購入価格と比較すべき違反行為直前又は違反行為終了後の価格や利益等が、被告の別の違反行為によって歪められている場合には、競争状態での価格を導くために専門家等により損害額の調整を行う必要があ。それができなけれ

---

[415] これについては、鶴岡灯油事件でも同様に判断し、価格引上げの前の価格が談合がなかったならば存在したであろう想定競争価格であることについての立証を原告に求めている。このように、談合等においては、想定競争価格を見出し実際の価格との差額に該当する超過価格を推定することが、損害額の算定においては重要になる。

[416] 薮口康夫･前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」･42頁。また、損害額の算定の方法やアメリカの判例についての詳しい内容は、薮口康夫「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の算定と証明」アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)第69号(2001年12月)87～104頁を参照。

[417] 薮口康夫･前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」･42頁。

ばこの前後理論は使用することができなくなる[418]。

（2）標準市場比較法(yardstick or benchmark method)

日本では、物差理論と呼ばれている。これは、問題となった市場と類似する市場構造を持つ市場または同じ規模の市場占有率を持つ事業者が存在する場合、その市場または企業の価格や利益を、違反行為がなかった場合の被害者の価格または利益と見て損害額を算定する方法である。この方法によれば、例えば、価格カルテルにおける損害額を算定する場合には、価格カルテルが行われていなかった地域の価格を規準に、価格カルテルが行われていた地域の想定価格を推計し、これとカルテル実施期間中の現実購入価格との差額から損害額を算定することになる[419]。

標準市場比較法(物差理論)は、通常、原告に以前の販売高などの記録が残っていない場合や、残っているとしても記録としては不規則で一定していないなど、前後理論が使えない場合に用いられるとされる。この理論による場合、違反行為の期間の長さ、企業数、市場の状況等で比較することができるか否かは、一連の証拠に基づいて事実認定者(日本や韓国は、裁判官)が認定することになるが、同様の市場や比較対象が存在していなければならないという制約がある[420]。

（3）市場占拠率理論(Market Share Theory)

市場占拠率理論とは、原告の受けた逸失利益を算定するにおいて、違反行為がなければ原告が占拠したであろう市場占拠率を推定し、そこから推定市場占拠率に基づく原告の期待利益率を推定し、これに基づき原告の推定利益額を算定し、これから原告の現実の利益を差し引いてその差額を求める理論である[421]。

この理論は、例えば、取引拒絶によって原告の新規参入が妨げられた場合や、あるいは市場において順調に伸びるはずであった売上げが妨げられた場合などのように、前後理論や物差理論の利用による逸失利益の算定が困難な場合に用いられることが多い[422]。

---

418 薮口康夫·前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」·42～43頁。

419 薮口康夫·前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」·43頁によれば、この理論は、1940年代に入り映画産業における反トラスト違反行為の頻発に伴い、利用されるようになったとされる。

420 薮口康夫·前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」·43頁。

421 薮口康夫·前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」·43頁。日本で市場占拠率理論を採用した判例としては、東芝エレベーター事件やデジコン電子事件などがある。

422 薮口康夫·前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」·43頁。

（4）二重差分法(difference in difference method)

上記の前後比較法と標準市場比較方法を組み合わせたのが二重差分法である。これは、違反行為期間とその前または後の市場間、或いは違反行為が行われた市場と標準市場間に存在する構造的な違いを排除した上で、専ら違反行為による影響のみを抽出する方法である。つまり、この方法は、価格に影響する多くの要素を変数として設定し、重回帰分析(multiple regression analysis)によって価格に影響を与えた違反行為と違反行為以外の要素を切り離し、他の全ての条件が同一の状況において、違反行為がなかったならば形成されたであろう価格を推論する方法である[423]。この方法は、違反行為と関係のない他の変数は、比較対象の時点及び市場に同じく影響を与えるという仮定に大きく依存する[424]。ここで言う回帰分析(regression estimate)とは、複数個の変量間に関数関係を設定してその変数間の関係を分析する方法[425]を意味する。この方法は、特に、アメリカの反トラスト民事賠償訴訟において、反トラスト法違反行為によって生じた損害額の算定を行うときに用いられている[426]。

その他にも、この分析方法は、反トラスト法違反行為の以外にも価格上昇の原因が存在する場合、現実に生じた価格上昇のうちどこまでが違反行為によるものかを推定するときや、違反行為(カルテルが多いが)の存在を立証するときに、前後比較法や標準市場比較法(物差理論)等と組み合わせて使われることがあり、この場合には、経済学者や統計学者、公認会計士、計量経済学者、ビジネス･コンサルタント等の専門家の鑑定証言に多く依存する[427]。

ところで、平成３年５月15日に発表された、公正取引委員会の依頼を受けて作成された「独占禁止法第25条に基づく損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法等について」においては、この方法は、分析に必要な相当期間の実態等に関する情報が確保されていなければならず、また、当該回帰モデルの理論的妥当性や推定結果の統計的信頼性が確保されなければならないといった多くの制約があると指摘されている。そこで、原則としては、前後比較法や標準市場比較法(物差理論)に基づいた現実価格との比較による手法が推奨される。

しかし、同報告書が公表されて20年以上経過する中で、回帰分析の取扱いは大きく変わって

---

[423] ホン･デシキ，前掲‘カルテルによる損害額の算定:理論と実際’，1116～1117面；チョン･ビョンドク，前掲論文，350面。

[424] イ･ソンヒ，前掲論文，181面.

[425] 回帰分析の代表的な三つの手法として、①時系列(time-series)分析、②横断面(cross-sectional)分析、③パネル(panel)分析が挙げられるが、このうち①は前後理論を、②は物差理論を、③は①と②を組み合わせた方法を意味する(大橋弘･前掲論文･59～61頁)。

[426] 薮口康夫･前掲「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の算定と証明」･97頁によれば、価格カルテルの場合、基本的には前後理論によるが、必要に応じて物差理論や回帰分析を利用すべきという。

[427] 薮口康夫･前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」･43頁。

きており、従って、同報告書の指摘はもはや妥当ではないとの考え方[428]が見られる。つまり、現在は、電算能力の大幅な向上と電算機器の低廉化が進む中で、回帰分析による手法を用いることの金銭的･時間的な費用が大きく低減しており、回帰分析の背景にある統計学･計量経済学の研究が進歩するなかで、前後比較法や標準市場比較法(物差理論)の問題点も多く改善されてきたという。

(5)経済理論模型による推定方法

上記に挙げた方法の他にも、①生産費用が価格に影響を与える効果に着目し、独占禁止法違反企業当たりの平均生産費用(総費用/生産量)に、違反行為がなかったならば存在したと考えられる利益(profit margin)を上乗せして想定競争価格を算出する費用基盤方法(cost-based method)、②寡占市場に異なる経済理論模型を適用して想定競争価格やカルテル行動による効果を推定するシミュレーション方法[429]、③生産者の費用(原価)を把握したうえで、その費用に競争市場で発生する正常マージンを合算したのを競争価格として推定する費用･マージン推定方法、さらに、④これらの方法を前後比較法と組み合わせた一定マージン接近法(constant margin approach)[430]、等がある。

以上の方法のうち、日本で問題となった鶴岡灯油訴訟最高裁判決においては前後比較法を採用して、「一般的には、価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がない限り、当該価格協定の実施直前の小売価格をもって想定購入価格と推認するのが相当である」と判断している。但し、本事件では、石油ショックという経済変動要因が大きすぎて前後比較法によっては想定購入価格を推定することができなかった事例として知られている[431]。

これに対し、韓国で問題となった軍納油類入札談合事件では、標準市場比較法と前後比較法及び重回帰分析を組み合わせた二重差分法が使われた。本件の第一審裁判所(ソウル中央地法2007年１月23日宣告2001ガ合10682判決)では、シンガポール現物市場のような完全競争市場を基準に損害を算定すると、他の条件が同一であるという前提で談合がなかった場合に形成され

---

428 大橋弘･前掲論文･59頁。

429 イ･ソンヒ，前掲論文，182面.

430 これは、談合中合意が破棄された期間や談合後の期間を競争期間として捉えたうえで、①その競争期間中観測された競争価格と費用の間に一定の関係があると想定し(定率マージン方法)その比率を計算した後、談合期間中に発生した費用にこの比率を適用することで想定競争価格を算定するか、②競争期間中観測された競争価格は、費用に一定額を上乗せした値と想定し(低額マージン方法)その一定額を計算した後、談合期間中に発生した費用にその一定額を上乗せして想定競争価格を算定する方法である。ソウル中央地法2013年２月21日宣告200ガ合129216判決ではこれによって判断した。事件の概要は下記注433を参照。

431 薮口康夫･前掲「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の算定と証明」･97頁。

たであろう価格と実際の購入価格との差額ではなく、完全競争市場で形成されたであろう価格と実際の購入価格との差額を以って損害と認定する結果となり不当であるとして、重回帰分析による二重差分法に基づいて損害額を計算している。ところが、原審(ソウル高法2009年12月30日宣告2007ナ25157判決)では、計量経済学的分析方法によって損害額を算定することが非常に合理的な方法であることには間違いないが、経済的論証に対する規範的統制が困難であるという実態がある他、各模型による偏差値が５倍にも上るほど大き過ぎるという問題があり、また計量経済学的損害額の算定方法の不確実性による利益が被告らに与えられることで、原告には過少賠償がなされる惧れがあるという理由を挙げて、標準市場比較法に基づいて損害額を算定した。その後大法院は、既に述べたように、原審が損害額を算定するにおいてその基準とした想定競争価格は誤りであると判断し、事件を原審に差戻した。これらの経過についてもう少し詳しく説明すると、概ね次の通りになる。

本事件で、原告が損害額の算定方法として主張したのは標準市場比較法であった。そして、請求額を算定する際、その標準として示した市場価格は、シンガポール現物市場で形成された取引価格(MOPS; Means of Platt's Singapore)や、国内大量需要先に供給された実際の取引価格である。MOPS価格による比較方法は、シンガポール現物市場で形成された取引価格であるMOPS価格に、談合期間である1998年から2000年までの運賃保険料や信用状開設料、通関料、国内運搬費、貯油費、品質管理費、添加剤の価格、一般管理費、利潤、石油基金、関税等の付帯費用を上乗せして想定競争市場価格(以下、「MOPS基準価格」という。)を推定したものであり、標準市場比較法を基本にした上で標準市場と差がある部分については若干の調整(adjustment)をしたものであった。これに対し、被告は、統計学的推論方法を適用した計量経済学的分析方法によって損害を算定すべきと主張し、被告らの依頼で作成されたKDI(Korea Development Institute:韓国開発研究院)報告書をその証拠として提出した。

これについて、第一審のソウル中央地方法院は、原告と被告らの合意に基づき、ソウル大学経済研究所に設置された企業競争力研究センター(鑑定人団)に鑑定を依頼し、当該センターが採用した重回帰分析による二重差分法に基づいて想定競争価格を算定した。

一方、原審のソウル中央法院は、原審独自の標準市場比較法によって損害額を算定している。つまり、原告が標準市場として捉えたシンガポール現物市場の価格であるMOPS価格をそのまま想定競争価格として見たのではなく、原告が示した「MOPS規準価格」(MOPS価格に、談合期間中の標準市場との差額に該当する費用を上乗せして調整を行った金額)に、さらに一定の金額を加算した「MOPS規準補正価格」というのを用いた。その加算金額とは、2001年から2009年までの実際の年間平均の落札価格との偏差範囲(+3.72%ないし-5.61%)のうち、原告に最も少ない損

害額となる3.72%の偏差率に該当する金額である[432]。

そして、大法院は、原審の判断について、i)談合期間中の国内の軍納油類市場は寡占体制下にあり、完全競争市場に近いシンガポール現物市場と比べて、市場の構造や取引条件等の価格の形成要因が異なるため、同一でかつ類似した市場と見ることはできず、ⅱ)上記の標準市場の原油価格を基本にしつつその調整のために加算した付帯費用は、両市場の価格形成要因の違いを特に念頭においた上で、その違いを補うために加算されたものとは言い難い等の理由を挙げて、MOPS規準価格を想定競争価格とした原審の判断は誤りであると判断した。

以上で見たように、本事案では、損害額の算定方法の選択について、経済分野に素人である裁判官が理解し難い計量経済学的な手法による経済分析が多く用いられている。さらに、原告や被告が提示した経済分析は、いずれも自己に有利な内容を中心に作成されていたため、これを裁判所がどのように規範的統制をすべきかが問題となった。これについて、原審は、原告や被告による証拠及び主張を退け、自らの判断に基づいて標準市場比較法による損害額の算定を行ったわけであるが、このような原審の判断は、大法院によって誤りであると判断されてしまった。

先にも述べたように、本事件では、損害額の算定方法として重回帰分析による二重差分法(第一審)や標準市場比較法(原審)が使われている。原審が採用した標準市場比較法については、結局大法院によって誤りであるとの判断が下されたため、どの算定方法が本事件の損害額の算定方法として採用されるのかが非常に注目されたが、本事件は差戻審で和解により終結したため、それについての韓国の裁判所の明確な態度を知ることはできなくなった。

但し、大法院が原審の判断を破棄差戻したからといって、大法院は、本件における損害額を標準市場比較法による算定方法ではなく重回帰分析による算定方法に基づいて算定すべきことを求めるいると捉えることはできないと考える。なぜなら、大法院が、原審が採用した標準市場比較法に誤りがあると判断したのは、当該方法によって算定された損害額には、談合行為後の価格形成に与えた影響までが含まれており(談合行為終了後価格形成に影響を与える要因が著

[432] 原審は、このように、MOPS価格が完全競争市場またはそれに近い市場の価格であるから、それを前提にした上で、寡占の性格を有する国内の軍納油類市場の特性を反映させたMOPS基準補正価格を想定競争価格として計算したほか、このMOPS規準補正価格に、さらに談合期間や非談合期間のいずれにも適用できかつ原告に最も不利になる統計値を上乗せすることで、損害額の推定が下界推定値(lower-bound estimate)または最小損害額(minimum damage)になることを示そうとしたと捉える考え方として、イ·ソンヒ，前掲論文，185面がある。さらに、この考え方は、原審が「現実適合性」という言葉を用いて示しているシンガポール現物市場と国内の軍納油類市場間の落札価格の差に関する2001～2009年の統計値は、本事件の談合期間後である2001年から、MOPS価格に基づく軍納油類の想定競争価格を算定した上で、さらにMOPS価格による国際価格連動制方法に従い毎月の契約金額を調整する方法へ国防部が変更した以降の統計値であるため、上記金額を加算するだけでは、両市場間の価格の形成要因の差は正されないと指摘する。

しく変動した場合には、「商品の価格形成上の特徴や経済条件、及び市場の構造やその他経済的要因の変動等を分析した上で、そのような変動要因が談合行為後の価格形成に及ぼした影響を取り除いて想定競争価格を算定すべきであり、談合行為と無権系な価格形成要因による価格変動分が損害の範囲に含まれることがあってはならない。」と判断した部分)、そのため原告の損害額が実際よりも過多に算定された可能性があると見たからである。言わば、大法院は、談合行為と無権系な価格形成要因による影響を最大限に排除できる方法によって損害額を算定することを求めているだけであり、もしそれができる方法ならば、上記のいずれの方法を用いても構わないという態度を示したと考えてよかろう。

これは、その後判断された判例を見ても明らかである。例えば、前で紹介した小麦粉談合事件(大法院2012年11月29日宣告2010ダ93790判決)においても、大法院は、「想定競争価格を正確に測定することは現実的に考えて困難であるが、そうであるとしても、単に推測に基づいて計算したり、原告の賠償を受ける権利が侵害されることがあったりしてはならない。ならば、損害額が理論的な根拠や資料に基づいて科学的でかつ合理的な方法によって正当に推定されたと評価できるならば、裁判所は、そのように算定された損害額に基づいて賠償を命じなければならない」[433]としており、下級審判決であるソウル中央地法2012年11月８日宣告2007ガ合43530判決(上記石油会社３社の軽油価格談合事件)も、「原告らの損害額の算定において、一部納得することができないところ及び疑問点はあるとしても、これは、想定競争価格の算定に用いられる他の方法による場合も同様である。従って、いずれか一つの算定方法だけが絶対に正しいと言うことはできないわけである。そうすると、原告らが最大限に入手した資料に基づいて算定した損害額は、その信頼性を認めることができる」と判断している[434]。

３.比較法

１)アメリカ

アメリカの裁判所では、原告が損害額算定の根拠となる事実関係を立証すれば、それに基づ

---

[433] その後、ソウル中央地方法院2013年２月21日宣告2009ガ合129216判決も同様に判断した。本件は、原告(韓国電力公社)による光ファイバ複合架空地線(OPGW: Composite Overhead Ground Wire with Optical Fiber)に関する入札において、被告ら(電力線や通信線の製造及び販売事業を経営する事業者)が違法な談合を行なったため、当該談合行為によって形成された落札価格とその談合行為がなかったならば形成されたであろう価格との差額相当の損害が生じたとして、原告が損害賠償を請求した事案である。

[434] アメリカの裁判所でも、いずれか一つの損害額算定方法が正しいと判断するのではなく、原告が示した損害額の算定方法の妥当性自体について判断する場合が多いとされる(シン･ドウク，‘入札談合による損害賠償請求訴訟における争点－ソウル高等法院2009.12.30.宣告2007ナ25157判決及びソウル中央地法法院2007.1.13.宣告2001ガ合10682判決において判示した損害額の算定方法及び経済学的論証に対する規範的統制を中心に－’，法曹通巻646号，法曹協会、2010年９月，246面)。

いて陪審員が損害額を算定する仕組みになっているとされる。この際、損害額に係る原告の立証責任は、損害の発生事実に比べて低い程度の緩やかな立証責任で足り、具体的な損害額までを完璧に立証することは求められていないと言う[435]。

特に、独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求においては、損害額の立証上の困難によって法律に違反した者が利益を得るような結果を防ぐために、従来から原告の立証負担を非常に軽減させてきたとされる。例えば、損害が発生したという事実が確実に立証された時には、「損害額が単に推測のみによって決定されてはならないが、もし証拠が、損害額の程度を正当でかつ合理的な推論(just and reasonable inference)によって示しているならば、仮にその結果が近似値(approximate)に過ぎないとしても、それで足りる」としたり、「原告が損害を被ったという事実を立証するのに必要な証拠の程度と、陪審員が損害額を確定できるのに必要な証拠の程度との間には明確な違いがあり、後者は前者よりも低いレベルの立証で足りる」とすることで、損害に関連する資料に基づき、正当でかつ合理的な範囲内で損害額を概算(estimation)することが許されるという[436]。これは、被告の誤った行為によって生じた損害額の算定において、不確実性の危険を被告に負わせるアメリカ連邦裁判所の態度によるものといえる。

2)ドイツ

前で見たビタミンカルテルに関する損害賠償事件において、ドイツのドルトムント地方裁判所は、ドイツ民事訴訟法287条(損害額の認定制度)を適用し損害額を判断している。つまり、本事件においてドイツの裁判所は、EUの独占禁止法執行機関の決定で示された当該品目の価格引上げの平均値と、談合終了後の関連市場における価格引下げ率、及びアメリカの集団訴訟で示された証拠等を参考にした上で、カルテル価格は通常競争価格に比べて高いという事実上の推定に基づいて、カルテル期間中被告らが引き上げた価格とカルテル終了後の一定の時点における低い価格との差額による損害を算定している。この判断を見る限り、裁判所は、原告の立証責任を相当軽減していることが分かる[437]。

その他、ドイツは、2005年、競争制限禁止法を改正し同法33条３項において、「民事訴訟法

---

[435] 薮口康夫･前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」･42頁、シン･ドウク，前掲論文，245面。

[436] Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 327 U.S. 251(1946)及びStory Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co., 282 U.S. 555(1931)等を参照(薮口康夫･前掲「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決を契機として－」･44頁注５再引用)。

[437] ドイツでは、裁判所が民事訴訟法287条を適用して損害額を認定する場合は、それが証明された事実に基づくものでなければならず、当該損害額を認定するに至った理由についても判決で示さなければならないという。そして、ドイツの損害額認定規定は、日本民事訴訟法248条及び韓国独占禁止法57条と異なり、損害発生の存否について当事者間に争いがある場合にも適用することができるため、適用範囲が広いとされる。

287条に従い損害の範囲について判決するときは、企業が違反行為によって取得した一定比率の利益を考慮することができる。」という旨の規定を新設した[438]。これによって、原告の立証負担はさらに軽減されることが予想され、裁判所にとっても損害額の算定が一層容易になっていくと考えられる。

４.日本や韓国の状況

１)日本

日本では、損害賠償請求訴訟において、原告が裁判所に対し自己の請求を認容する旨の判決を求めるためには、損害の発生及び損害額に関する立証を原告が果したことを裁判所によって認定されなければならない[439]。これは、大判明治37年１月28日刑録10輯105頁においても既に判示されており、例えば、本判決では、「〔財産権侵害ノ損害賠償ヲ求ムル私訴〕ニ対スル判決ヲ下スニハ裁判所ハ損害ノ存在及ヒ賠償ノ義務ノミナラス其請求スル賠償額ノ当否ヲモ証拠ニ依リテ認定シ其証拠ヲ掲ケテ判決ニ理由ヲ明示スヘキハ当然ナリ」としている。また、最判昭和28年11月20日民集７巻11号1229頁においても、「損害賠償を請求する者は、損害発生の事実だけでなく損害の数額をも立証すべき責任を負うものであることは当然であるから裁判所は請求者の提出した証拠を判断し損害額が証明せられたかどうかを判定すべきであり、もし損害額が証明せられないと認めたときはその請求を棄却すべきであって職権によって鑑定を命じ損害額を審究すべき職責を有するものではない。」と判断されている。

後者の昭和28年の最高裁が上記のように判断したことについては、その背景に次のような考え方が潜んでいるとの解釈がある。つまり、「損害賠償請求権は私的な権利であり、その存否を確定することについて公益的な要請はない。それゆえ、損害賠償請求権の存否を判断する裁判所の作業には、弁論主義が妥当する。すなわち、損害賠償請求権の発生･変更･消滅という法律効果を判断するのに直接必要な事実(主要事実)については、当事者が主張しない限り、裁判所はそれを基礎として裁判をすることができない(弁論主義の第１テーゼ)。損害額は、損害の発生とともに、損害賠償請求権の発生を判断するのに必要な主要事実であり、原告は、損害額が主張されないために損害賠償請求権の発生が認められないという不利益(主張責任)を負う。

---

[438] 本規定の趣旨は、損害額算定の基礎となる差額説による想定市場価格の調査に重大な困難が生じる場合、請求権の執行を容易にできるようにすることにあるとされる。

[439] 長谷部由紀子「損害額の認定」法学教室397号(2013年10月)18頁。上記の注398においては、損害の存在と損害の額の算定というものが区別できるかについて議論が分かれると述べたが、日本の多くの考え方は、両者を区別して理解しているように思われる。例えば、損害額の算定問題を議論する際によく取り上げられる「他人の不法行為により家屋が焼失した場合における同家屋内の動産の焼失についての損害の額の算定」の例においても、両者を区別して論じている。このような区分論は、上記の判例を見ても明らかであり、また民事訴訟法248条の規定形態からみても同じことが言える。

損害額について当事者間に争いがあり、損害額を確定するために証拠調べを必要とする場合には、当事者が申し出た証拠を取り調べなければならず、裁判所が職権で証拠調べをすることは原則としてできない(弁論主義の第３テーゼ)。証拠調べが行われた場合にその結果をどのように評価するかは、裁判所の自由な心証に委ねられる(自由心証主義)。しかし、損害額についての裁判所の心証が証明度に達せず、真偽不明となったときには、もはや自由心証主義の問題ではなく、証明責任の所在にしたがって裁判をしなければならない。損害額の証明責任を負うのは、主張責任についてと同様に原告であるため、真偽不明の場合には原告に不利な裁判(損害賠償請求権の発生が認められないものとして、請求を棄却する判決)がされることになる。」[440]

このように、従来日本では、損害賠償請求訴訟において、損害の発生のみならず損害の金額についても原告が証明責任を負うと解した上で、仮に損害の発生については証明がされたとしても、その金額に関する証明がなければ損害賠償請求は認められないと解されてきた[441]。なぜなら、損害の発生や損害額に関する立証は、いずれも証拠に基づく事実認定の対象であり、真偽不明の場合の証明責任は原告が負うと理解されてきたからである。そこで、損害の発生と損害額の双方について、裁判官に証明度に達する程度の心証を抱かせることができなければ、原告の請求は棄却されるようになる[442]。ここでいう「証明度」とは何かが問題となるが、日本の通説[443]や判決[444]は、「高度の蓋然性」を要求し、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることが必要[445]と解されてきた。

しかし、通常人が疑いを差し挟まない程度に確信を持ち得る証明度により損害の発生や損害額について証明するということは、決して容易なことではない。特に、交通事故によって死亡した幼児の逸失利益損害の算定が問題となった場合のように、損害額が将来の予測できない事情に依存しその算定が極めて困難な場合には、上記の議論によれば、損害の発生は認められるとしても、損害額が証明されないために、結局損害賠償請求は棄却されることになる。これが妥当ではないことは言うまでもないであろう[446]。

---

[440] 長谷部由紀子･前掲論文･18頁。

[441] 春日偉知郎『民事証拠論－民事裁判における事案解明』商事法務(2009年３月12日)255頁、三木浩一「民事訴訟法248条の意義と機能」『民事紛争と手続理論の現在(井上治典先生追悼論文集)』法律文化社(2008年２月10日)412頁。

[442] 長谷部由紀子･前掲論文･18頁。

[443] 松本博之=上野泰男『民事訴訟法〔７版〕』弘文堂(2012年)412頁、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第２版〕』弘文堂(2011年)1362頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』日本評論社(2010年)７頁等。これに対して、高度の蓋然性ではなく、優越的蓋然性、つまり証明責任を負う側の主張が相手方の主張と比較してより真実らしいと認められることで足りるとの考え方(伊藤眞「証明、証明度および証明責任」法学教室254号(2001年)33頁以下)もある。

[444] 最判昭和50年10月24日民集29巻９号1417頁。

[445] いわば、裁判所の主観的確信と事実の客観的蓋然性とが並列されている(伊藤眞･前掲「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」･61頁注18)。

[446] 藤原弘道･前掲論文･７頁も、「損害の発生及びその額の立証が困難であつても、これに成功しな

そこで、最高裁判所は、幼児の得べかりし利益を喪失したことによる損害の額を算定することが問題となった事件[447]においては、その算定がきわめて困難であることが認められなければならないが、算定困難の故をもって、たやすくその賠償請求を否定し去ることは妥当ではないとした上で、次のように判断して、蓋然性のある損害額を算定する責任は裁判所にあることを明らかにした。つまり、「裁判所は、被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、経験則とその良識を充分に活用して、できうるかぎり蓋然性のある額を算出するよう努め、ことに蓋然性に疑がもたれるときは、被害者側にとって控え目な算定方法(たとえば、収入額につき疑があるときはその額を少な目に、支出額につき疑があるときはその額を多めに計算し、また遠い将来の収支の額に懸念があるときは算出の基礎たる期間を短縮する等の方法)を採用すべきである」としたわけである。

このように、損害額の算定のために必要な証拠資料を提出する権能や責任は、原則として、原告にあるが、損害額の算定が困難である場合には、それによる不利益を原告に負わせるべきではないと判断した最高裁の態度からすると、可能な限り「蓋然性のある損害額を算定する責任は裁判所にあるとみるべき」と主張[448]する考え方もなされている。

しかしながら、「損害額の証明が極めて困難な場合に、原告の請求を棄却することは妥当ではない」としたこのような最高裁の態度は、上記の鶴岡灯油事件においては貫かれていない。既に述べたように、鶴岡灯油事件で最高裁は、損害の発生自体は認められるが(多数説)、損害額を立証することに原告が失敗したことを理由に請求を棄却しているからである。

2)韓国の場合

一般不法行為による損害賠償責任について、韓国の大法院は、「損害賠償責任が認められるときは、仮に損害額に関する立証がないとしても、裁判所は、その請求を退けてはならず、釈明権を行使し損害額を審理･判断しなければならない」と判断している。そして、逸失利益の立証についても、「その証明度は、過去の事実に関する立証においての証明度よりも軽減される。従って、被害者が現実に得ることのできた具体的で確実な利益の証明ではなく、合理性や客観性を失しない範囲内の相当の蓋然性のある利益の証明で足りる」としている。さらに、被害者の損害が明らかではない場合には、「具体的な証拠による方法のほかに、平均収入額に関する統計等を用いて抽象的な方法によって算定する方法も、公平性や合理性が保たれる限り認めら

い限り、請求を棄却されて仕方ない」と諦めてしまっては、実際に財産上の不利益を被っており、従って実体上は損害賠償請求権があるはずであるのに、損害とその額の立証という訴訟上の足枷のために、結局は、なんらの賠償も受けられないということになるわけであり、これはきわめて不都合なことであると批判する。その他、三木浩一･前掲書･412頁も同様。

447 最判昭和39年６月24日民集18巻５号874頁。

448 長谷部由紀子･前掲論文･19頁。

れる」と判断した[449]。これらの判断を見る限り、不法行為被害者の立証責任を相当軽減しているようにも考えられる。

そうすると、上記の態度は韓国の全ての判例において貫いているであろうか。結論から言うと、実状はそうとは限らない。なぜなら、韓国も日本と同様、損害額の算定について厳格な立証責任を原告に求めているからである。具体的な事案において、韓国の裁判所は、損害額の算定の要素となる事実について一つ一つ丁寧に立証することを求めており、また損害賠償の算定方法においても、見本抽出による算定方法や統計的·抽象的算定方法を認めたのは比較的近年になってからである[450]。そして、それらの方法を適用した損害額算定の結果についても、厳格な基準を適用してその当否を判断している。

これは、軍納油類入札談合事件を見ても明らかである。例えば、第一審や原審判決は、概ね、科学的でかつ合理的な算定方法によって損害額が正当に推定されたことが認められれば、多少の正確ではないところがあっても、その不正確さを理由に原告の請求を棄却してはならずそれを容認すべきとの立場に立っている。特に、原審は、第一審が用いた計量経済学的分析方法による損害額の算定を退けた理由として、不確実性による利益が被告らに帰することで、それによって原告に過少賠償の危険がもたらされかねないことを指摘している。そして、結果的に第一審判決よりも多額の損害賠償額を認定することで、損害額について原告に緩和された立証責任を課すべきとの態度を明確にした。これに対して、大法院は、「不法行為を原因とする損害賠償請求において、その損害の範囲に関する証明責任は被害者にあることに鑑みれば、談合行為前後において特定商品の価格の形成に影響を与える要因が変動することなく保持されたかどうかが争われる場合には、それに関する証明責任は、談合行為終了後の価格を基準にして談合行為当時の想定競争価格を算定すべきと主張する被害者が負わなければならない」として、損害額算定の要素となる事実について、原告に厳格な立証責任を負わせている。

このように、損害額の算定について原告に厳格な立証責任を求める限り、経済的·統計学的な高度の専門知識を必要とする独占禁止法違反行為による損害賠償請求訴訟においては、原告が裁判所から損害賠償を認定する判決を受ける可能性は殆ど期待できなくなるのではないか、懸念される。現代型不法行為訴訟の特徴の一つである証拠の偏在が特に著しい独占禁止法違反事件において、損害額について厳格な立証を原告に求めるのは、結果的にそれは、当事者の公平を害することであり、不当に原告に不利益を強いることになりかねないと言わざるを得ない[451]。

---

[449] 大法院1982年４月13日宣告81ダ1045判決；大法院1991日12月27日宣告90ダカ5198判決；大法院1992年４月28日宣告91ダ29972判決等。

[450] イ·ソンヒ，前掲論文，165面.

[451] 春日偉知郎·前掲書·264頁。このような問題はフランスでも同様に指摘されているという。例えば、ジェラルディーヌ·ゴフォ=カルボー「競争法における損害」『効率性と法損害概念の変容』有斐閣(2010年３月30日)312～313頁においては、競争当局と同じ手続上の攻撃防御方法、とりわけ事前調

第５節　損害額認定制度

１.概説

これまで日本や韓国の裁判所は、損害額に関する厳格な立証責任を原告に求めることで、損害の存在は認められるにもかかわらず損害額についての立証がないことを理由に、原告の請求を棄却するような不当な判断を数多く行なってきた。その代表的な事例が、上記に述べた鶴岡灯油事件に関する最高裁の判決であった。最高裁の判決については、「損害額の立証ができないことを理由に、原告の請求が棄却されるべきではない」という痛烈な批判がなされたことは、周知の通りである。

そのような批判を受けて日本では、その後、1996年６月18日、民事訴訟法を改正し、同法248条において、「損害額の認定」という新たな制度を設けるようになった。日本民事訴訟法248条は、「損害額の認定」という見出しの下に、「損害が生じたことが認められる場合において、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、相当な損害額を認定することができる」と定めている。

一方で、韓国では、日本の損害額認定制度に影響を受けて、2004年の独占禁止法の改正の際に、同法57条において、「損害が発生したことは認められるが、その損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難な場合には、裁判所は、弁論の全趣旨及び証拠調査の結果に基づいて相当な損害額を認定することができる」という損害額認定制度を導入している。

そこで、以下においては、まず、日本の民事訴訟法に定める損害額認定制度について、その立法沿革や法的性格、適用範囲、拡大適用の可能性及び限界等について検討を行い、日本から影響を受けて新たに導入された、韓国独占禁止法上の損害額認定制度について見てみることにしたい。

２.日本民事訴訟法248条の損害額認定制度

１)立法の沿革

日本の民事訴訟法248条に定める損害額認定制度は、上記鶴岡灯油事件を契機に、平成８年の民事訴訟法の改正によって新たに導入されたものである。同制度のモデルとなったのは、ドイツの民事訴訟法(Zivilprozessordnung。以下ZPOという。)287条とされる[452]。ドイツのZPO287条

査手段(moyens d’enquête)を持っていない被害者、特に消費者にとっては、損害額の証明が困難であるため、提訴された賠償請求の大部分は、行政あるいは刑事の制裁手続の後に提訴されているとされる。

[452] 伊東俊明･前掲論文･52頁。

[453]は、以下のように定めている[454]。

【ドイツZPO287条】

（１）損害が発生したか否か、及び、損害額ないし賠償すべき利益の額がいくらであるかについて当事者間で争いがあるときは、裁判所は、これらに関して、全ての事情を評価し、自由な心証をもって裁判する。申し立てられた証拠調べ、あるいは、職権をもってする鑑定人による鑑定を命じるべきか否か、および、いかなる範囲で命じるかの判断は、裁判所の裁量に委ねられる。裁判所は、損害ないし利益について挙証者を尋問することができる。

（２）財産法上の争いに関して、前項一文及び二文は、当事者間で債権の額について争いがあり、そのための規準となる一切の事情の完全な解明が債権の争われている部分の価値に比べて均衡のとれない困難さを伴う場合にも準用する。

上記のドイツ法に倣って損害額認定制度が日本の民事訴訟法に定められるまで、本制度に関する議論が日本で全くなされなかったわけではない。例えば、明治民訴法には損害額の算定に関する規定は設けられていなかったものの、本法の制定のための草案及び訴訟法の取調委員会による中間案等においては、同制度に係る規定が採用されていた。さらに、明治23年(1890年)に公布された旧民法のボワソナード民法典にも、証拠編８条には、損害額の認定が規定されていた[455]。明治民訴法が損害額の認定に関する規定を採用しなかった理由については、民事訴訟法ではなく民法で規定するべきと思った当時の民事訴訟法の立法担当者の判断によるものとされる。また、旧民法証拠編８条に定められた損害額の認定は、事実証明の問題ではなく、裁判所の裁量評価の問題として捉えられていたとされる[456]。

しかし、周知の通り、ボワソナード民法典は実施されなかった上、民事訴訟法にも損害額算定に関する規定が設けられなかったため、実際においては、例えば、精神的な損害である慰謝

---

[453] (1) Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann den Beweisführer über den Schaden oder das Interesse vernehmen; die Vorschriften des § 452 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 bis 4 gelten entsprechend. (2) Die Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1, 2 sind bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch in anderen Fällen entsprechend anzuwenden, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen.

[454] 翻訳は、伊東俊明･前掲論文･53頁によるものである。

[455] その詳細な内容については、伊東俊明･前掲論文･43～52頁を参照。

[456] 伊東俊明･前掲論文･52頁。

料の算定や逸失利益等のように損害額の算定が難しい損害において、裁判所が諸般の事情を斟酌して算定するという、いわば裁量に委ねることで損害額の証明を軽減してきた[457]。そして、これら以外の財産的損害については、こうした裁判所の裁量により損害額を評価することは許されておらず、そこで、学説は、ドイツ民訴法287条を援用して、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には、訴訟に現われたすべての事情を参酌して、相当と認められる損害額を認定することを裁判所に求めていた[458]。その中で、このような損害額の立証問題の議論に拍車をかけたのが、上記鶴岡灯油事件だったわけである。

このように、日本の民事訴訟法248条は、精神的な損害等の認定に関する従来の裁判の実務とこれを支持した学説を背景に、当事者の公平という観点や被害者の権利の実現をより容易にするという見地から、ドイツ民事訴訟法287条などを参考にして導入したものと理解することができよう。

２）民事訴訟法248条の法的性格

損害額の認定制度を定めた民事訴訟法248条の法的性格については、概ね三つとおりの考え方がある[459]。

（１）証明度軽減説

民訴法248条は損害額に関する証明度を軽減する規定と理解する考え方である[460]。

損害額の認定は損害発生の認定と同様あくまでも事実証明の問題であり、通常の事実証明の場合と同じく証拠による事実認定の対象になると理解する。証明度の軽減というとき、どの程度の軽減を意味するかが問題になるが、これについては、損害額の認定を事実証明の問題として捉える以上証明度が50％を下回ることは背理であるから、軽減される証明度の最低値は50％を超えるものでなければならないと説明する。また、原則的証明度を「証拠の優越」または「

---

457 例えば、「得べかりし利益」の算定については、ごく曖昧な蓋然性を基礎とした極めて不正確なものであり、その算定方法においても一見精緻そうな外形をとるものでありながら、実は「あたかも損害額全体を正確に算出したかのような幻想を与える気休めに過ぎない」ことが指摘されたという。そこで、損害の額の算定は、損害を金銭的に評価する一つの法律的価値判断であるから、その判断については、裁判官の裁量の余地を広く認めるべきとする主張が唱えられるようになったという（藤原弘道･前掲論文･９頁）。

458 春日偉知郎･前掲書･255～256頁。

459 下記における各説に関する説明については、三木浩一･前掲書･413～415頁に詳細に紹介されているので、その内容を引用することにしたい。

460 竹下守夫ほか『研究会新民事訴訟法』有斐閣（1999年）319頁、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法Ⅱ』弘文堂（1999年）301頁、伴義聖ほか･前掲論文･13頁、中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義〔第二版補訂版〕』有斐閣（2006年）355頁、東條吉純「入札談合における損害額の認定」ジュリスト1262号（2004年２月15日）158頁、伊東俊明･前掲論文･57頁等。

優越的蓋然性」と捉えると、248条による軽減の余地はなくなるから、証明度軽減説に立つ場合でも論者の殆どは、原則的証明度について「高度の蓋然性」説を採る。そうすると、証明度軽減説によれば、「高度の蓋然性」説に従い80％ないし90％とされる原則的な証明度が、248条が適用されることで50％よりは上の何らかの値にまで軽減されることになる。結局、この説は、証明度軽減説とはいえども、証明度を50％よりも下に軽減することはできない。

（２）裁量評価説

裁量評価説は、民訴法248条を、損害額の認定について裁判所による裁量評価を許容した規定であると主張する[461]。この説によれば、損害額の算定は証拠による事実認定の問題ではなく実体法規範が裁判所に法的評価をする権限を付与したものという[462]。証明度軽減説に比べて、本説は、損害額の認定における自由度が高いとされるが、民主的基盤を有さない司法の正当性は論理による説得力で担保されなければならないから、いくら損害額の算定に裁量評価が許容されるとしても、それは証拠資料や弁論の全趣旨、経験則、論理的整合性、公平の見地、一般常識などに照らし相当でかつ合理的なものでなければならないという制約は存在する。従って、例えば、成年就労者の生命侵害に基づく逸失利益の算定のように、平均余命に基づく評価の方法がすでに確立していたり、社会通念上一定の合理的な算定が可能である場合には、原則として、それに即して判断すべきである。また、裁量評価の判断過程や判断に際して用いた資料及び基準は、当事者や上級審の追証可能性を確保するために、事実認定と同様判決理由において可能な限り具体的に説示することが求められる。したがって、裁量評価説でいう裁判所の裁量権とは、相当性や合理性という内在的な制約の下にあると理解しなければならない。

---

461 春日偉知郎「『相当な損害額』の認定」ジュリスト1098号(1996年10月１日)73頁、加藤新太郎「民訴法248条による相当な損害額の認定」判例タイムズ1343号(2011年５月15日)61頁、坂本恵三「判決③―損害賠償額の認定」三宅省三ほか『新民事訴訟法大系第３巻』青林書院(1997年)271頁、三木浩一･前掲書･416～417頁、平井宜雄「民事訴訟法第248条に関する実体法学的考察」『現代企業法学の研究―筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』信山社(2001年)462頁。平井教授は、248条を裁量評価説的に考えるべき理由として、損害の事実とその金銭的評価は区別して考えなければならないことを強調する。その上で、「損害賠償請求訴訟における損害額が金何円なのかは、貸金返還請求訴訟において金何円の貸金の貸借があったか、といったような過去の事実の存否の問題ではなく、裁判官が金何円の損害額の支払いを被告に命じるかは、損害の発生という過去の事実を確定した上で、それを当該具体的訴訟において金何円として評価し、被告に支払わせるのが当該紛争の解決として妥当なのか、という裁判官の具体的･個別的決断である。」と説明される(同書471頁)。

462 春日偉知郎･前掲書･259～260頁は、近年日本では、損害額の問題は、金銭的評価という裁量的性格のものであるから事実の存否をめぐる証明責任にはなじまず、従って、証明度の問題ではないという認識が定着してきているおり、「証拠」の箇所ではなく「裁判」の箇所に248条が置かれていることから、248条は裁量評価説に基づいて解すべきと主張する。さらに、自由心証を規定する民訴法247条と同条の関係については、原則と例外として捉えるよりも、むしろ、後者は、自由心証の問題とは区別される、強いて言うならば、実体法的な損害範囲の問題を規定したものとして考えるべきと主張する。

（3）折衷説

民訴法248条は証明度軽減や裁判所の裁量評価をともに認めるものと理解する[463]。なぜなら、証明度軽減法理は証明度以下であっても要証事実について一定程度の心証が形成されることを前提するが、248条は、そのような場合に限らず損害額について一定程度の心証が形成されない場合でも、裁判所の自由な判断によって相当な損害額の認定を許すからとその理由を説明する。

以上のように、損害額の認定を定めた日本の民事訴訟法248条に関する見解の違いについては、特に証明度軽減説と裁量評価説の対立について、両者は、各々が着目するプロセスの段階が異なるだけであって、実際においては対立する見解ではないという考え方[464]がある。この意見によれば、損害額の認定に関する規律の基礎にあるのは、「損害額の立証ができないことを理由に、原告の請求が棄却されるべきではない」という考え方であり、これに基づき日本の旧民法証拠編８条は、損害額それ自体を証明の対象とはせず、裁判所の裁量に基づく評価に委ねるという規律を採用したのに対して、（立法担当者の理解によると、）民訴法248条は、損害額についての証明責任ルールを前提にして、損害額それ自体が証明の対象となると捉えたうえで、損害額についての証明度軽減を図る、という規律を採用したとみるべきことを指摘する。さらに、ドイツ法の規律を参考にして、損害額認定のプロセスを、当事者が損害額の認定の基礎となる事実を主張･立証する段階と、裁判所が当事者の主張･立証した事実に基づいて損害額を評価する段階とに区別したうえで、各段階における規律の内容を検討するという枠組みによる[465]と、損害額の認定に関しては、損害額それ自体ではなく、損害額を基礎付ける事実について、証明（主張）責任を設定する必要があり、かつそれで足りるが、その際、原告の主張･立証負担の軽減が図られるべきであるのは審理段階であり、評価段階は裁判所の裁量判断に委ねられることになるので、両者は着目する側面が異なるだけであると言う。他に、いずれの見解に立っても実際の結論は違わないとして、議論の実益に疑問を呈する考え方[466]も同じ理解に立っているように思われる。

---

463 伊藤眞「損害賠償額の認定―民事訴訟法248条の意義」原井龍一郎先生古希祝賀『改革期の民事手続法』法律文化社（2000年）52頁、岡田幸宏「損害額の認定」伊藤眞=山本和彦編『民事訴訟法の争点』有斐閣（2009年）177頁、草野芳郎「批判」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第４版〕』有斐閣（2010年）125頁、秋山幹男ほか･前掲書･129頁。

464 伊東俊明･前掲論文･57頁。

465 ドイツでは、既に述べたように、因果関係を責任創設的因果関係と責任充足的因果関係とを区別し、前者（責任原因と損害発生との因果系列）については自由心証主義を規定したドイツ民訴法286条（日本の247条に該当）による原則的証明を必要とするが、後者（責任原因に基づく損害の賠償範囲）についてはこうした原則的証明によらずに裁判所があらゆる事情を考慮して自由な心証により判断しているとされる（春日偉知郎･前掲書･259頁）。

466 清水正憲「損害額の認定」滝井繁男ほか編『論点新民事訴訟法』判例タイムズ（1998年）401頁、伊藤滋夫「民事訴訟法248条の定める『相当な損害額の認定』（中）」判例時報1793号6頁。

これに対して、裁量評価説からは、証明度軽減説よりも同説が248条をより柔軟かつ広い範囲の事案に適用できるという反論[467]がなされている。つまり、①証明度軽減説でいう証明度とは、過去に生起した一回的事実の存否について当事者間に争いがある場合に、当事者双方による事実の証明及びその他の訴訟資料を判断の資料とした上で、心証の程度が証明度を超えるか否かによって事実の存否を判断する手続きであるが、損害額の認定はこのような意味での証明ではないこと、②証明度軽減説によれば、民訴法248条による証明度の軽減の下限は優越的蓋然性(理論上の限界値は51%)であり、そのため、優越的蓋然性を僅かでも下回れば(理論上の限界値は50%)一転して損害額はゼロと認定せざるを得なくなるが、損害額の認定はこのような悉無律的な処理にはなじまない上、損害発生の事実自体は認められるのに損害額がゼロと結果づけるのは不当であること、③損害額は将来の不確実な事実の発生を基礎とするものであり、かつ、その不確実な事実の蓋然性を客観的に評価する方法がないときのように、心証が完全に真偽不明の場合は証明度の軽減は意味を有しないが、しかし、裁判所が心証を得られなかったとして損害額を認定しないことは妥当ではないこと、④裁量評価説によれば、損害額が原告主張の全額かそれともゼロかという極端な認定を避け、心証の割合を加味した柔軟な処理ができること、⑤訴訟資料から導かれる損害額算定の根拠として異なる複数のものがあり、それらが大きくかけ離れているが、いずれが適当かについて決め手がない場合において、裁量評価説によれば、両者の中間的な損害額を認定することができること、等が反論の内容である。

日本の民訴法248条は、損害の発生は認められるものの損害額の立証ができなかったために原告の損害賠償請求が棄却された鶴岡灯油事件に対する反省から新たに導入された制度である。また、そもそも、不法行為による損害額の算定は、それが原告の立証によるものであろうと、被告の反論によるものであろうと、あるいは裁判官の判決によるものであろうと、それ自体凡その推定値に過ぎず、損害額を発見するということはこの人間界では不可能であるから、独禁法事案の損害賠償請求訴訟のように損害額の算定が複雑で困難な現代型不法行為訴訟においては、原告がある程度科学的で合理的な方法によって損害の発生事実やその額を証明していると認められる限り、裁判所は、その証明された損害額に基づいて損害額を認定し賠償を命じる必要があると考える。この理解から、日本民訴法248条は、当事者の公平の見地から相当な損害額を裁判所の裁量によって認定できる規定であると解するのが妥当であろう。裁量評価説に賛成する。

3)日本民訴法248条の適用要件

[467] 三木浩一·前掲書·416～417頁。

日本民訴法248条を適用するためには、①損害の発生が認められること、②損害の性質上その額の立証が極めて困難であることの二つの要件が必要である。その額の立証が「極めて困難であるとき」とはどのような場面かが疑問になるが、慰謝料や将来の逸失利益を算定する場合がこれに当たることは疑いないであろう。その他、原則的な証明度を要求すると、①原告が不当に不利益であるときや、②損害賠償法の規範目的にそぐわない結果が生じるとき、及び③損害額を立証するために本条による以外は代替的な手段がないとき[468]も入ると解すべきである。

ところで、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額の立証が極めて困難であるとき」には、裁判所は民訴法248条を適用しなければならないのかについて、肯定する考え方[469]があり、その根拠として、最高裁平成20年６月10日判例タイムズ1316号142頁[470]を挙げる。本事件は、採石権侵害の不法行為を理由に損害賠償請求が提起された事件であるが、最高裁は、「不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、原告に損害が発生したことが認められる場合、損害額の立証が極めて困難であったとしても、民訴法248条による相当な損害額が認定されなければならない」として、損害の発生を前提としながらも民訴法248条の適用を考慮することなく損害の額を算定することができないとして請求を棄却した原審を批判している。この判旨を見る限り、鶴岡灯油事件を念頭に置いているかのようにも読み取れる。

この説に基づいて考えた場合、もし原告が損害の発生事実を証明したときは、裁判所は損害

---

468 これについては、例えば、独禁法違反行為による損害額の算定の場合には、回帰分析による統計学的証明という代替手段が可能であり、原告にこれを負担させることは期待可能であるとの考え方があるが(伊藤眞･前掲「独占禁止法違反損害賠償訴訟(上)(下)」を参照)、仮に代替手段があるとしても費用の面での負担の程度が著しい場合のように特段の事情があるときは、本条を適用すべきと考える。同じ考え方として、春日偉知郎･前掲書･260～261頁。

469 加藤新太郎･前掲論文･63頁、伊東俊明･前掲論文･41頁。

470 本件の事実関係は次のとおりである。XとY1(代表取締役Y2)は、いずれも採石業を目的とする会社である。Xは、平成７年７月20日当時、本件山林の中の土地(問題となる土地部分は２ヵ所あり、「本件土地１、２」という)につき採石権を有していた。Y1は、平成７年７月20日から27日ころまでの間に、ダイナマイトによる発破を掛けるなどして本件土地の岩石を採石した。Xは、平成７年７月27日、長崎地方裁判所壱岐支部に対し、Y1を債務者として、本件土地における採石の禁止等を求める仮処分を申し立てた。これに対し、Y1は、本件土地は自己が採石権を有する土地であり、採石行為はXの採石権を侵害しない旨反論した。仮処分命令申立事件において、８月８日、「①本件山林396平方メートルのうち、本件土地２を含む北側の一部についてはXに採石権があり、本件山林のうち、甲地に接する本件土地１を含む南側の一部についてはY1に採石権があることを確認する。②ただし、上記合意は、本件和解時までに発生した採石権の侵害等に基づく互いの損害についての賠償請求を妨げるものではないことを確認する」旨の和解が成立した。Y1は、その後も、本件土地２において採石を行った。そこで、Xは、Y1の採石行為によって自己の採石権が侵害されたことを理由として、Y1及び採石行為を指示したY2は連帯して不法行為責任を負うと主張して、Yらに対し、不法行為に基づく損害賠償を求めた。Xの主張する責任原因は、和解前の平成７年７月20日ころの採石及び和解後の同年９月ころから翌平成８年４月ころまでの間の採石であった。原審は、XのY1に対する損害賠償請求のうち、本件土地２の採石権侵害に基づく請求につき、本件和解前及び本件和解後の採石行為に基づく損害額(合計547万320円)及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で容認したが、XのY1に対するその余の請求(本件土地１の採石権侵害)及びY2に対する請求をいずれも棄却した。そこで、Xが上告(事実の概要は、加藤新太郎･前掲論文･59～60頁による)。

額の認定を行なわなければならないが、そうすると、ここで問題となるのは、原告の要証事実の立証活動に対する裁判所の評価である。損害発生事実の立証が果されたと裁判所が見るのか否かによって本制度の適用如何も左右されるというわけであるが、違反行為と損害の発生間の因果関係を裁判所が厳しく判断すればするほど、損害額認定制度の活用の可能性も低くなることは二言を俟たないであろう。結局、損害額認定制度のより積極的な活用のためには、違反行為と損害間の因果関係に係る立証責任の軽減を先に解決しなければならないと考えるが、この問題については、ここでは立ち入らない。

４）日本民訴法248条の適用範囲

日本民訴法に248条を創設した際、立案担当者は、同条の適用範囲として主に慰謝料と幼児の逸失利益を想定していたとされる[471]。ところが、実務を見てみると、慰謝料や幼児の逸失利益の認定に248条が用いられたことは殆どなく、むしろ立案担当者の想定を遥かに超えて本条が適用されてきたと学説は評価する。それらを幾つかの類型に分類することができるが、学説は概ね、①慰謝料型･無形損害型･逸失利益型･将来予測型･滅失動産型等の類型に分類するもの[472]、②回顧型損害額算定･予測型損害額算定に分類するもの[473]、③特に名前をつけずに検討するもの[474]、等がみられる。このうち、①の分類が詳細かつ分かりやすく説明されているので、以下においては、①の分類を紹介することで、日本民訴法248条の適用場面を見てみたいと思う。

（１）慰謝料型

平成8年の民訴法改正当時、立案担当者は、慰謝料は性質上その額を立証することが極めて困難な損害の典型であり、従って、当然248条の適用対象であると想定した[475]。

しかしながら、慰謝料は248条が創設される以前から裁判所が裁量評価によって損害額の認定を認めていたので、同条の創設後も用いられることはなかった[476]。そのため、証明度軽減説は、精神的損害の価値を証拠によって認定することは不可能であり、慰謝料の算定は専ら裁判所の

---

471 長谷部由紀子･前掲論文･16頁、伊東俊明･前掲論文･38頁。また、立案担当者は、証明度軽減説に立っていたという。

472 三木浩一･前掲書･418～424頁。

473 加藤新太郎･前掲論文･62頁。この説によれば、前者は、ある事故により一定の時期までに発生した損害の算定であるのに対し、後者は、将来に向けて発生することが見込まれる損害（逸失利益が典型）の算定であるという。

474 長谷部由紀子･前掲論文･17頁。

475 法務省民事局参事官室『一問一答新民事訴訟法』商事法務研究会（1996年）287頁（三木浩一･前掲書･435注１を再引用）。

476 慰謝料事件において、本条を適用して判断した事案としては、パソコンのディスク内の情報が消去されたことを理由として損害賠償を求めた事件の、広島地判平成11年２月24日判例タイムズ1023号212頁がある。本件で裁判所は、データ消去によって原告が被った財産上の損害を、248条の規定の趣旨に照らし、慰謝料の算定について斟酌するのが相当である旨の判断をしている。

裁量評価に委ねられているとして、248条の適用対象ではなく別個の実体法規範によって裁量評価が認められる損害類型であると把握する。これに対し、裁量評価説は、248条は裁判所の裁量評価を認めるものであり、本条に定める「立証」という言葉は証明度の概念に関わらない場合を含む広義の証明について規定したものと解すべきであるから、慰謝料は当然同条の適用対象であると主張する。

（2）無形損害型

無形損害とは、通常、全損害から有形損害を除いたもの、或いは全損害から財産的損害を差し引いたものと説明される。前者によれば、上記の慰謝料は無形損害の一つであり、後者によれば無形損害は慰謝料と同義になる。無形損害が248条の適用対象になるかについては、慰謝料における議論がそのまま当て嵌まる。

無形損害の算定に248条を適用した裁判例としては、会社の取締役等が独立して競業会社を設立し従業員の引き抜きを行った事案において、元の会社が受けた社会的･経済的信用の減少を無形損害として判断した事案[477]や、公立小学校の校長が学校施設使用不許可処分をしたため教職員組合支部が予定していた会議を開くことができなくなり有形･無形の損害を同支部が被ったとして賠償を請求した事案[478]等がある。

（3）逸失利益型

逸失利益を248条の典型的な適用対象として捉えていた立案担当者の考え方については、証明度軽減説から、逸失利益の算定は既に判例によって形成された実体法ルールに従い解決されているので248条の適用対象ではないとの批判がある[479]。反面、裁量評価説は、逸失利益は当然同条の適用対象であるとしながら、但し、死傷者が現に得ている所得額や稼働可能期間を基にして損害額を計算する現在の支配的算定方法を、裁量評価をするときの一定の合理性を担保するための有力手段として考慮すべきことを認める[480]。

逸失利益の算定に248条を適用した裁判例としては、交通事故により30歳の女性が顔面に外貌醜状痕の残る被害を受けた事案において、本条を適用し損害額を算定した奈良地判平成12年10月2日判時1761号103頁[481]がある。 本件で裁判所は、事故により原告が得意とする接客を伴う職種に就いて従来と同様の収入を得ることは困難になったが、原告はモデルなどの外貌を主た

---

477 大阪高判平成10年５月29日判時1686号117頁。
478 福岡高判平成16年１月20日判例タイムズ1159号149頁。
479 山本克己･前掲論文･306頁。
480 三木浩一･前掲書･420頁。
481 この事案の場合、証明度軽減説によれば、損害賠償請求が認められずに請求棄却になる可能性があるとされる（三木浩一･前掲書･420頁）。

る要素とする職種に就いていたわけではなく、また、身体の機能的な傷害によって労働能力を喪失した場合とも異なるため、一般的に承認された算定方法は存在しないと判断した。他に、中学校一年生の男子生徒が水泳部の練習中にプールの底に頭部を衝突させて負傷した事故において、自動車の購入維持費や装具等の購入費の算定につき本条を適用して平均余命年数等を考慮し損害額を認定した東京地判平成13年5月30日判例タイムズ1071号160頁がある。

（4）将来予測型

将来の不確実な予測に基づく損害額の算定において、予測が困難であることを理由に248条を適用すべきかが問題となる類型である。上記の逸失利益型もこの類型の一つといえるが、但し、逸失利益型は統計的数値を用いた損害額の算定方法が慣例として確立しているため、これとは区分しなければならない[482]。 将来予測型損害の事案が248条の適用対象になるかについて、証明度軽減説は、統計資料等の損害額算定のための証拠が殆ど存在しないこのような類型においては、証拠から一応の心証を得ることができないので原告の請求は棄却されることになる。しかし、裁量評価説によれば、このような場面こそ248条の適用対象であると主張する[483]。

代表的な事案としては、損害額を算定するためには現実に存在しない価格の立証が必要であるが、その価格を立証することが極めて困難と判断される入札談合事案[484]や、 税理士が相続税の申告に関し2億円の借入金債務を失念したため、より有利な遺産分割案があることを助言しなかった過失が認められた上で、将来の相続の順序やその相続税制についての予測が困難であるとして248条が適用された事案[485]等を挙げることができる。 特に、後者において、裁判所は、損害額認定に当たり、ただ「民事訴訟法248条に則り、…が被った損害の相当額を、…円と認定す

---

[482] 三木浩一･前掲書･421頁。

[483] 三木浩一･前掲書･422頁。

[484] 奈良地判平成11年10月20日判例タイムズ1041号182頁、名古屋地判平成12年７月14日判自207号29頁、津地判平成12年12月７日判自214号37頁、名古屋地判平成13年９月７日判例タイムズ1073号264頁、金沢地判平成17年８月８日判例タイムズ1222号181頁、仙台地判平成18年２月21日判自284号15頁、東京地判平成18年４月28日判時1944号86頁、大阪高判平成18年９月14日判例タイムズ1226号107頁、東京地判平成18年11月24日判時1965号23頁、東京地判平成19年10月26日判時2012号39頁、大阪高判平成19年10月30日判例タイムズ1265号190頁、水戸地判平成20年５月13日判自307号15頁、東京高判平成21年５月28日判時2060号65頁、名古屋地判平成21年８月７日判時2070号77頁、名古屋地判平成21年12月11日判時2072号88頁、大津地判平成22年７月１日判例タイムズ1342号142頁、大阪高判平成22年８月24日判自341号18頁、東京高判平成23年３月23日判時2116号32頁など。

[485] 東京地判平成10年９月18日判例タイムズ1002号202頁。その他、有価証券報告書に虚偽の記載がある株式を取引所市場において取得し投資家が虚偽記載公表後の市場株価の下落により被った損害額が問題となった事案において、当該虚偽記載と相当因果関係のある損害の額は、取得価額と処分価額との差額から、虚偽記載公表時までの下落分のうち経済情勢、市場動向、会社の業績等本件虚偽記載とは無関係な要因によるものを控除して算定すべきであり、このようにして算定すべき損害の額の立証は極めて困難であることが予想されるから、248条を適用して相当な損害額を認定すべきとした最判平成23年９月13日判時2134号45頁も、将来予測型として分類できるであろうか。

ることとする。」としているが、これを以って裁量評価説は、裁判所の基本的立場は同説であると主張する[486]。

（５）滅失動産型

滅失した家財道具の損害額を算定する場面がこれに当たる。原則として、物の滅失による損害額の算定は、日本の判例や通説によれば、滅失当時の交換価値によるべきとされてきた[487]。しかし、家財道具については中古市場がある場合には別として、個々の家財の購入価格や購入時期等を記録や記憶によって証明することは容易ではない。そこで、裁量評価説は、このような場面には248条を適用し損害額を算定すべきと主張する[488]。

判例としては、火災によって家財道具が消失したためその損害額の算定が問題となった事案[489]がある。裁判所は、損害保険会社が火災後行った査定の基準であるモデル家庭の標準的評価表中の家財道具の価額を基本としつつ、この査定が保険金額の上限を考慮して行われていることに鑑み、損保会社による評価額に一割増額した金額が相当な損害額であると判断した[490]。

以上の他にも、民訴法248条が適用された事案としては、特許庁の担当職員の過失により特許権を目的とする質権を取得することができなかった原告の損害額は、特段の事情がない限り被担保債権が履行遅滞に陥ったころに質権を実行して回収できたはずの債権額であり、その損害額については民訴法248条を適用し相当な損害額を認定しなければならないとした最判平成18年1月24日判例時報1926号65頁がある他、損害の性質上損害額の立証ができないわけではないが、事案特有の事情のために損害額の立証が困難であると判断し同条を適用した上記最高裁平成20年6月10日判例タイムズ1316号142頁(いわゆる採石権侵害事件)がある。

これらの事案はすべて、平成８年の民事訴訟法の改正の際に立案担当者が想定していた範囲を遥かに超えて民訴法248条を適用したものということができる。そこで、民訴法248条の適用範囲については、近時裁判例が具体的な事案においてより積極的に本条を適用していることに鑑み、今後、集団訴訟における損害額の集合的認定においても本条を適用すべきであるとする

---

[486] 三木浩一･前掲書･423頁。

[487] 大連判大正15年５月22日民集５巻386頁、長谷部由紀子･前掲論文･17頁。

[488] 加藤新太郎･前掲論文･62頁、三木浩一･前掲書･424頁。この場合には、証明度軽減説では説明が難しいという。

[489] 東京地判平成11年８月31日判例タイムズ1013号81頁。

[490] 他には、不動産競売手続により土地建物の所有権を取得した不動産業者が、同建物について引渡命令の申立て等を行うことなく、同建物内に残置されていた元所有者の動産類を破棄した場合において、長期間にわたって同建物内に残置されていた多種大量の物品に関して時価を算定するのは極めて困難であるとして、248条を適用して損害額を認定した東京地判平成14年４月22日判時1801号97頁や、タンクローリー車に積載されていた劇物の爆発により、付近の飲食店が爆風で全壊したという事故のために、店舗で使用していた什器備品や食材等が使用不能になった事案において、個々の物品の購入時期や購入価格の立証は困難であるとして、248条の適用を認めた東京地判15年７月１日判例タイムズ1157号195頁等があるとされる。

考え方[491]があるが、妥当と考える。上記で見た日本の鶴岡灯油事件は、集団的被害に対する救済を求めた損害賠償訴訟であったが、その損害額を原告が立証することができなかったことを理由に請求は棄却された。また、集団的被害ではないが、専門家による経済学·統計学の知識が積極的に用いられた韓国の軍納油類入札談合事件の場合には、原告が政府であったため、損害額の立証のために莫大な費用や人材を動員したが、それにもかかわらず裁判所は、損害額の算定に用いた方法が適切ではないとして原告の主張を退けている。そうすると、政府にできないことが、一個人である消費者にできるはずがない。

従って、248条にいう「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」とは、独占禁止法違反行為による消費者被害のように、事業者等の違反行為以外にも市場や経済的要因による影響によってその損害額を正確に立証することができない場合はもちろん、損害額を完全に解明するためのコストが当該損害額に比べて著しく不相当である場合、及び被害者一人一人が被った損害額は少額であるが被害者全体の損害は莫大であり、それをまとめて請求する場合等も包含する意味としてる捉える必要があると考える。そうすることによって、条文の死文化或いは空洞化が指摘されている独占禁止法上の損害賠償訴訟をより活性化させることができ、また消費者にとっても、イニシアチブを握って自己の被害の救済に乗り出させる誘因として働くであろう。

5）日本民訴法248条の適用の限界

日本民訴法248条の法的性格をどのように捉えようと、本条の適用には次のような限界がそれぞれ存することを忘れてはならない。

まず、裁量評価説に立つ場合には、ここでいう裁量評価とは、裁判官の恣意を許すものではないことに留意しなければならない。つまり、裁判官は、上記にも述べたように、損害額を認定するに当たって、証拠資料や弁論の全趣旨、経験則、論理的整合性、公平の見地、一般常識等に照らして、相当かつ合理的な損害額を認定しなければならない[492]。また、裁量評価説は、損害額の認定は狭義の証明を要する通常の事実認定とは本質的に異なる性質のものであると理解するから、損害額の認定に特有の性質に基礎を置く日本民訴法248条を損害の存否やその他の事実認定に拡大適用する余地はなく、従って、裁量評価説を前提とする限り、日本民訴法248条の適用範囲は損害額の算定に限られる[493]。

他方、証明度軽減説の場合には、損害額の認定は損害発生の認定と同様、あくまでも事実証明の問題であると理解するため、日本民訴法248条を通常の事実の証明にまで拡大して適用する

---

[491] 三木浩一·前掲書·426～432頁を参照。
[492] 三木浩一·前掲書·432～433頁。
[493] 三木浩一·前掲書·433頁。

可能性がある。そうすると、その放恣な拡張に対する制度的な歯止めができなくなるから、通常の事実認定は、あくまでも証拠を中心として厳格な証明を基本としなければならないことに注意しなければならない[494]。

いずれにせよ、具体的な事案においては、日本民訴法248条が適用される損害額の立証が困難な事件であっても、原･被告は、自らが正当であると考える損害額の算定方法を主張し、算定に必要な資料を提出しなければならない。そして、原告の主張する算定方法では蓋然性ある損害額を認定することができないと判断されたときは、裁判所は、それに代わる合理的な算定方法を決定しなければならない[495]。その際、損害額の算定に必要なデータや資料を当事者が提出しない場合には、釈明権を行使して提出を求めるべきであり、判決文には、その理由において、当該損害額を認定するに用いた算定方法や根拠をも明らかにすべきである。もし、裁判所が損害額を認定するにおいて合理性の欠く算定方法によっているならば、それは、判決に影響を及ぼす法令違反となるから、当事者は、最高裁判所に上告することができよう[496]。

３.韓国独占禁止法57条の損害額認定制度

韓国では、2004年の独禁法改正の際57条において損害額認定制度を新たに導入した。独禁法違反行為による損害について、学説の中には、損害額の算定の困難に鑑み、知的財産権関連法のように独禁法にも損害額を推定する規定を設けるべき[497]とする考え方が主張されたり、或いは、日本やドイツ民訴法のように韓国民訴法にも直接損害額認定制度を新設すべきとする考え方も主張されたが[498]、独禁法上に同制度を設けることで決着がついた。ところで、同制度がどのような経緯から独禁法に定められるようになったかについて詳しく論じたものは見当たらない[499]が、ただ、2002年頃、韓国の公取委が主導した「私訴制度活性化制度研究会」において、独禁法における私的執行の活性化を主なテーマにした研究が開かれ、そこで議論された大まかな内容に

---

494 三木浩一･前掲書･433頁。

495 長谷部由紀子･前掲論文･24頁。

496 長谷部由紀子･前掲論文･24頁、春日偉知郎･前掲論文･76頁。ところで、これについては、日本民事訴訟法318条１項に定める上告受理申立ての理由となり得るためには、単に法令の違反があったというのみでは足りず、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる」必要があり、従って、民事訴訟法248条を適用しての損害額の認定に関する法令の違反が、直ちに同受理要件を満たすと言えるかについては慎重な判断を要するという意見として、伊藤滋夫「民事訴訟法248条の定める『相当な損害額の認定』(下･完)」判例時報1796号(2002年11月21日)９頁がある。

497 例えば、特許法128条、デザイン保護法64条、商標法67条、実用新案法30条(特許法準用規定)、著作権法125条等には、知的財産が侵害された場合、同法で定めるところに従い損害額を推定できる旨の規定がそれぞれ設けられている。また、著作権法126条のように、裁判所による損害額認定制度が別途に規定されているのもある。

498 チャン･スンファ，前掲‘独占禁止法上の差止請求と損害賠償請求’，82面.

499 諸国の損害額認定制度について検討したものとしては、クォン･ヒョッゼ，‘弁論全体の趣旨による損害賠償額の決定’ 法曹660号，韓国法曹協会，2011年9月，112面以下がある。

基づき、かつ日本民訴法248条を直接のモデルにして導入したのが現在の規定であるとの簡略な説明[500]が見られる他、本制度はこれまで韓国の裁判所が損害額の算定に関して示してきた態度を明文化した確認規定に過ぎないとして、導入意義をそれほど高く評価しないの[501]が見られる。後者は、本規定がなくても、韓国の裁判所は一般不法行為による損害賠償責任が問題になった場合、損害額の立証がないか不充分であるときには裁判所が釈明権を行使しその立証を原告に促した上で損害額を審理･判断すべきことをこれまで示してきたこと[502]に鑑みれば、損害額の算定に対する創造的な役割は裁判所自らが認識しているのであり、従って、韓国独禁法上の損害額認定制度は単に裁判所の考え方を明確にしたものに過ぎないというのである。この説は、恐らく損害額を算定する最終的な責任は裁判所にあると見ているように思われる。

本制度の導入に至った経過がどのようなものであろうと、損害額認定制度を独占禁止法に定めた最も大きな理由は、やはり、独占禁止法違反による損害賠償請求事件におき、損害額の立証がハードルとなって原告の勝訴の可能性を低くしているとの認識を払拭することで、損害額の立証に関する負担を軽減させ損害賠償制度を活用化させようとすることにあったと言わなければならない。

１）韓国の独占禁止法57条の法的性格

韓国の独禁法57条は、「独占禁止法違反行為によって損害が発生したことは認められるが、その損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難な場合には、裁判所は弁論の全趣旨及び証拠調査の結果に基づいて相当な損害額を認定することができる。」と定めている。日本民訴法248条と殆ど変わらない内容になっているが、但し、同条は、日本民訴法248条の「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」ではなく、「損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難な場合には」としていることから、その法的性格について日本とは異なる理解に基づいているのか疑問である。つまり、損害額の立証に必要な「事実」に着目すれば、韓国の独禁法上の損害額認定制度は、損害額の認定に必要な事実の証明に係る問題となり、損害額に関する証明度を軽減したものと解することもできるからである。

これについて、判例では、韓国の独禁法57条は立証の負担を軽減した規定であると判断したのもあれば[503]、裁判所が独禁法57条規定に従い弁論全体の趣旨や証拠調査の結果に基づいて損害額を認定するためには、「相当な損害額を算定できるほどの証拠が提出されなければならず、

---

[500] イ･ソンヒ，前掲論文，166面.
[501] ホン･デシキ，‘公正取引法上の損害賠償制度の現況と課題’，公正競争98号，韓国公正競争協会，2003年10月，16面.
[502] 大法院1982年４月13日宣告81ダ1045判決.
[503] ソウル高等法院2006年4月20日宣告2005ナ41384判決.

ここの相当な損害額とは、多くの証拠資料に基づいて算出された蓋然性のある金額として、裁判に呈された事実に基づく合理的な予測を意味するものであり、単なる仮定や推測によるものではない。」として、原告が提出した証拠では裁判所が合理性や客観性を失わない範囲で相当な損害額を算定することができないとして原告の請求を棄却[504]したのもある。

また、損害額の算定についての判断ではないが、独禁法57条の性格について裁判所の考え方を垣間見ることができる判例[505]として、独禁法57条の存在を以って「違法行為と損害間の因果関係についての立証責任まで緩和する趣旨として理解することはできず、不法行為責任の一般原則に従い、損害賠償請求権を行使しようとする原告としては、違法行為と損害発生との間の因果関係を立証しなければならない。」と判断したのがある。これは、損害発生の存否について当事者間に争いがある場合にも裁判所が本条を適用し判断することができると定めるドイツ民訴法287条とは異なり、韓国では、損害の発生事実は認められながら損害額の立証のみが困難であるときに本条が適用されるべきことを確認にした判例と見ることができようが、後の二つの判例からは、損害の発生事実とその額を算定するのに必要な主要事実を原告が立証すれば、それに基づいて適切な損害額を認定する役目が裁判所には委ねられていることを示しているようにも読み取れる。韓国独禁法57条については、まだ同条を適用した下級審判例が少なく大法院判例も存在しないので、韓国の裁判所が同条の法的性格をどのように捉えるかは現時点では明らかではない。

学説では、法文を見る限り、裁判所が損害額認定の資料として使えるのは弁論全体の趣旨や証拠調査の結果であり、これらは、通常の民事訴訟においても事実認定の資料になるので、独禁法57条の損害額認定制度を考える際には、それらにあまり厳格に拘束されることなく弁論全体の趣旨や証拠調査の結果に基づいて相当な損害額を認定すればそれで足り、従って、同条は、裁判官に損害額の算定に係る裁量を与えた規定として捉えるべきとする考え方[506]が見られる。そして、この説は、韓国の独禁法57条の意義は次の点にあるという。つまり、韓国の独禁法56条に基づく損害賠償訴訟において、もし裁判所が原告や被告が提示した経済的証拠に基づいて損害額を算定したのなら、それは57条を適用した結果ではないが、しかし、原告や被告が示した幾つかの経済的証拠を参考にして経験則等に基づき独自の判断によって当事者が主張するのとは異なる損害額を算定したのであれば、それこそ同条による損害額の認定と見ることができ、韓国独禁法57条の意義もこのような場面で見出すことができると。

韓国の独禁法57条に定める損害額認定制度の法的性格については、今後判例の蓄積を待って判断するしかないと思うが、これまでも繰り返し述べてきたように、被害者が損害を被ったこ

---

504 ソウル中央地院2009年9月11日宣告2006ガ合22710判決.
505 ソウル中央地院2009年6月11日宣告2007ガ合90505判決.
506 イ・ソンヒ·前掲論文·169頁.

とは明らかであるにも関わらず、独禁法違反行為の特性上その損害額を立証することが極めて難しいため、結局賠償が認められなくなるという不当性に対する反省から本条が制定されたことを考えるならば、その法的性格は、裁判官に損害額に関する最終的な裁量評価を認めたものと解すべきである。従って、原告が損害の発生を裏付けるべき一定の事実を合理的な手法によって証明した場合には、裁判所は弁論の全趣旨及び経験則に基づいて裁量を発揮し損害額を認定しなければならない[507]と考える。

2）韓国独禁法57条の適用要件及び適用範囲

韓国の独禁法57条を適用するためには、①損害の発生が認められること、②損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であることが必要である。このとき、どのような場面が②に該当するかが疑問であるが、これには当然、独禁法違反損害賠償訴訟においてその立証がよく問題となる、「違反行為が生じなかったならば存在したであろう想定競争価格」の推定をも射程に入れなければならないと考える。そうしないと、同条を独禁法に定めた存在意義はかなり薄くなってしまうからである。

そして、本条は、損害の発生事実は認められるが損害額の立証のみが困難である場合に適用され、損害の発生そのものについて当事者間に争いがある場合には適用されないことは既に述べた。そのため、上記の軍納油類談合事件のように、事業者の間に価格談合行為があったことやそれによって価格が引上げられたことは認められるが、価格の引き上げには原材料価格の高騰のような多くの経済的要因も損害の発生に絡み合っているため、談合行為のみによって価格が引上げられたかどうかが証明できない(つまり、損害発生事実そのものが当事者の間で争われる)場合には、本条は原告の立証の困難を救済するのにあまり役に立たなくなる。本条は、違反行為と損害発生間の因果関係が立証され、損害額に係るある程度の証拠が提出されて始めて適用される規定というわけであるが、それでは、どの程度の証拠が提出されれば損害賠償額を認定するに足りる証拠が揃えられたということができるだろうか。これについて、本判決は、明らかにしていない。これからの判例の蓄積を待つしかないであろう。

ところで、本規定を民法上の不法行為に基づく損害賠償請求訴訟にも類推適用できるかにつ

---

[507] キム･チャドン，前掲論文，89 面．また、裁量評価説に基づいて判断したと思われる下級審判例としては、ソウル中央地法 2007 年 12 月 14 日宣告 2007 ガ合 38361 判決及びソウル中央地法 2008 年 8 月 22 日宣告 2007 ガ合 40586 判決がある。前者は、液状油脂及び酪農製品の製造･販売業を営む Y が、Y と代理店契約を締結した X に対し注文量を超える製品を供給した後その代金の支払いを強制した行為が独禁法に禁じる不公正取引行為(事業者が取引上の地位を不当に利用して取引する行為)に該当するとして、Y に対し X が被った損害の賠償を認めた事案である。後者は、医薬品を製造する Y が、卸業者である X に対し一定品目の医薬品供給契約の締結を拒絶したため、産災医療管理院に医薬品を供給することができなくなり、それによって契約が解約されたとして損害賠償を求めた事案である。これらの二つの事案において、韓国の裁判所は、独禁法 57 条に基づき弁論に現われた事情を考慮して損害額を判断した。

いて、韓国の学説は否定説[508]と肯定説[509]に分かれている。前者は、不法行為による損害賠償請求訴訟において原告が明確な損害額を立証できなかった場合には、同請求は棄却されるべきであり、独禁法や知的財産法等のような特別法に限って導入されている制度を拡大して適用することには慎重であるべきと主張する。これに対して、後者は、従来韓国の裁判所は、一般不法行為訴訟において損害額の立証が問題となった場合、積極的に釈明権を行使し原告にその立証を促した上で、それに基づき職権によって損害額を審理·判断すべきことを多くの判例で示してきたことを考えれば、当然これも類推適用すべきと主張する。この説は、債務不履行による損害賠償事件であった大法院2004年６月24日宣告2002ダ6951·6968判決[510]において、特に、独占禁止法57条のような趣旨が明確に示されていることをその根拠として挙げる[511]。これについて、実務は、民法の不法行為責任に基づく独禁法違反関連の損害賠償訴訟において同条を類推適用した事案がないことに鑑みれば、否定説に立っているように考える。

一方、これまで韓国の下級審が、「損害額を立証するために必要な事実を立証することが、当該事実の性質上極めて困難」な場合と判断したものには、原告らが損害額を主張しながら、損害額の項目となる人件費や油類費等の費用のうち一部の項目について推定値を以って損害額と主張した事案[512]において、「費用や収益の内容を体系的に管理しなかったか、または管理が困難であったこと、原告らの損害が長期間に亘り累積し損害額の具体的な算定のための根拠資料が一部滅失していること、さらに、当時の取引資料を管理していた職員の所在が把握できず、

---

[508] キム·グニョン，前掲論文，282面；キム·ドゥジン，前掲論文，352～353面.

[509] イ·ソンヒ，前掲論文，168～169面.

[510] 本事案は、 海外球団への移籍の際に移籍料の支払を受けたYが、当初の約定に違反し、帰国後他の球団に入団したため、プロサッカー団を経営するXがYに対し移籍料の返還を求めた事件である。本事件において韓国の大法院は、プロサッカー選手がプロサッカー団の経営主と入団契約を締結した際に、海外進出が決まった場合には球団が海外球団から支払われる移籍料の半分を貰うことを約定し、以降実際その移籍料が支払われた場合には、その金員は、現球団への入団の対価としての意味と、海外から帰国した際の現球団への復帰の対価としての意味を一緒に有すると判断した原審の判断を是認した。その上で、Yが約定に反し海外から復帰後他の球団に入団したことによって、Xには、X経営の球団への復帰の対価に当たる財産的損害が生じたといえるが、但し、その具体的な損害額の立証は困難であるため、諸般事情を参酌し損害額を算定すべき旨を示した。そこで、「債務不履行による損害賠償請求訴訟において、財産的損害の発生事実が立証されその最大限度額は明らかになったものの、それには当該債務不履行による損害ではない部分も含まれていることが明らかであり、またその具体的な損害額を立証することが事案の性質上困難な場合には、裁判所は、証拠調査の結果や弁論の全趣旨に基づき、当事者の関係、債務不履行とそれによる財産的損害が生じるようになった経緯、損害の性格、損害が発生した以降の諸般事情等、事案に関連する全ての間接事実を総合判断して相当因果関係が認められる範囲での損害額を判断することができる。」とした。

[511] また、 立法論的には、損害額の認定に係る規定を民法や民訴法に規定することで、一般的な損害賠償算定の指針として昇格させる必要があるという。

[512] ソウル中央地法 2012 年 9 月 27 日宣告 2010 ガ合 132461 判決。本事案は、超高速インターネットサービス等を営む Y が、取引上の地位を利用して、代理店契約の相手方である X らに販売目標を設定させ、もし目標を達成できなかった場合には代理店契約を解除する旨の契約を締結したため、同行為は、独占法が禁じる「取引上の地位を不当に利用して取引する行為」に当たるとして、X に対する損害賠償を命じた事件である。

そのため損害額の算定のための根拠資料を入手することができないこと等に照らせば、本事件は損害額を立証するために必要な事実を立証することが、当該事実の性質上極めて困難な場合に該当するとみるのが相当」と判断したのがある[513]。

４.入札談合事件においての損害額認定制度の適用

独占禁止法違反行為による損害賠償訴訟において、損害額の立証及びそれについての認定が困難を伴い、それが結局、被害者の私訴の提起を妨げる一つの原因となっていることは繰り返し述べてきた[514]。反競争的行為の被害者が充分に賠償してもらえないという現実は、違反行為者である事業者等にとっては、競争ルールを遵守するよりも違反した方が利益を取得できるという歪んだ認識を抱かせてしまう。これを正すためには、複雑な市場システム及び証拠の偏在等を考慮して、被害者に緩和された立証責任を負わせる必要があるとともに、損害額認定制度を一層積極的に活用する必要がある。

そこで、下記においては、損害額認定制度を具体的な事案に適用して判断してきた日本の事例のうち、独占禁止法違反行為に係る入札談合事件において、裁判所が本規定をどのように適用し、どの程度の損害額を認定しているかについて見てみたいと思う。

１)入札談合行為に関する損害賠償訴訟

入札談合行為による損害賠償請求訴訟を独占禁止法25条に基づいて提起する場合には、違反行為者が無過失責任を負い、さらに排除措置前置主義により公正取引委員会の排除措置命令(日本独占禁止法49条１項)や課徴金納付命令(同法50条１項)及び違反宣言審決(同法66条４項)等が確定されていなければならない。そして、排除措置命令等の確定があるということは、上記にも見たように、公正取引委員会の事実認定が裁判所に対して事実上の推定力を有すると解る現在の通説や判例に照らせば、原告の立証の負担を軽減させる効果が生じる。それにもかかわらず、日本では、これまで独占禁止法25条に基づく損害賠償請求訴訟はそれほど提起されておらず、その代わり、民法709条に基づく損害賠償請求訴訟が多く提起されてきた。そして、そのうち、圧倒的な割合を占めるのは、地方公共団体等の公共工事の発注に係る入札談合について、地方公共団体に代位し損害賠償を請求する住民訴訟によるものであった[515]。

入札談合はカルテル行為の一つであり、通常、業者間には、「官庁○○が競争入札の方法で発注する△△工事について、予め●●の方法で調整して受注予定者を定め、他の業者はその受注に協力する」という基本合意がなされる。そして、これに基づき、工事発注の都度、入札参

---

513 本件で、韓国の裁判所は、原告らが自己の手元にある資料を用いて算出した損害額を是認した上で、弁論の全趣旨や証拠調査の結果等に基づき一定額の損害額を認定している。
514 ジェラルディーヌ･ゴフォ=カルボー･前掲論文･314頁。
515 伴義聖ほか･前掲論文･11頁。

加業者の間に個別調節を行うことで受注予定者を決定するという、二重構造となっていることが特徴である[516]。このとき、独占禁止法違反行為(同法２条６項の不当な取引制限)の成否は、主に基本合意に重点が置かれるが、しかし、基本合意のみでは具体性に欠けるため、不法行為責任を判断するときは各工事ごとの個別調整の存否が問題となる[517]。

一般に、入札談合は、談合自体を証明することが極めて困難であり、仮にそれが証明され損害の発生が認められたとしても[518]、その損害額を原告が立証することはさらなるハードルとなってくる[519]。しかし、1999年の奈良地裁判決[520]において、初めて民訴法248条が適用され損害賠償が認められた以降は、同条を適用して「相当な損害額」を認定する判決例が数多く出てきた。それでは、これらの裁判例で、どのような証拠資料に基づき損害額の認定が行われ、またどの程度の損害額が認定されたかを下記において検討する。

２)損害額認定の根拠

入札談合によって発注者が被る損害は、通常、談合によって決定された現実の落札価格と、

---

[516] 伴義聖ほか･前掲論文･11頁、平林英勝「最近の入札談合事件審判決にみるカルテルの立証―『共同行為によってしか説明できないかどうか』のテストおよび『真の競争者ならどうしたか』のテストの活用について―」判例タイムズ1228号(2007年)73頁。

[517] 伴義聖ほか･前掲論文･11頁。但し、独占禁止法違反の不当な取引制限に該当するためには、基本合意以外に個別調整をも必要なのか、つまり、基本合意には参加したものの、その後個別調整段階でいわゆる「談合破り」があった場合に、そのような談合破りを行った事業者に対して同法２条６項を適用することができるかどうかが問題となる。これについて、公正取引委員会は、「基本合意に基づいて受注予定者が決定されることによって、具体的に競争制限効果が発生する」(東京都発注運動場施設工事入札談合事件に関する平成18年７月18日の審判審決)との立場に立っているのに対し、東京高判平成16年２月20日審決集50巻708頁は、「受注調整手続が進行しつつあることを知っていたなどの事情があったとしても、基本合意に基づく調整を明確に拒絶し、独自の判断で相当低い価格で入札し、落札したという事情が有る場合には、直接または間接に関与した受注調整手続によって、具体的な競争制限効果が発生したものとはいえない。」と判断した。

[518] 判例は、一般に、入札談合が行われた場合には、公正な競争の下で入札が行なわれる場合と比べて、落札価格がつり上げられるのは自明であり、特段の事情がない限り、その差額分にあたる損害が発注者(住民訴訟が提起された事案においては、地方公共団体等)に発生すること自体は明らかであると判断している(東條吉純･前掲論文･156～157頁の和歌山地裁平成14年７月２日判決を参照)。それに対して、入札談合事件において、裁判所が損害発生を否定した事例としては、松江地判平成12年３月15日審決集47巻826頁及び東京地判平成14年１月31日審決集48巻802頁がある。前者は、継続工事が問題となった事案であり、継続工事の場合には、談合がなくとも他に積極的に受注を希望する業者はないこと等を挙げて、落札価格が下落しなかった可能性を指摘して損害発生を否定した。そして、後者は、対象物件の技術的特殊性から既設業者に対抗して落札受注することは事実上不可能であることを理由に、損害発生を否定した。

[519] 入札談合が行なわれた場合、その性格から受注価格の低落防止のため競争を回避する行動であることが内包されており、従って、通常、損害発生との因果関係は問題にはならないとの考え方として、和泉澤衞･前掲論文･7～8頁がある。ところで、日本の公取委は、1991年5月15日、「独占禁止法違反行為に係る損害賠償請求訴訟に関する資料の提供等について」と題する通達により、公取委が関与した事件の場合は、違反行為の存在、相当因果関係、損害額の立証に関する資料等を被害者に提供することで原告の立証の負担を軽減させる支援をすることを明らかにした。

[520] 奈良地判平成11年10月20日判例タイムズ1041号182頁。

談合がなく適正な競争入札の下で落札されたならば存在したであろう価格(想定落札価格)との差額と解されている。このとき、想定落札価格は実在しない価格であることから、その立証は非常に困難である。従って、これには当然民事訴訟法248条が適用されるべきである。

そうすると、入札談合事件においては、どの程度の額を以って相当な損害額として認定すべきかが問題となる。これについて、奈良県上水道談合住民訴訟の原告は、最低制限価格ないし他の地方公共団体における類似の指名競争入札を調査して得た価格(予定価格の80%程度)を想定落札価格として主張した。これに対して、裁判所は、「最低制限価格とは、これ以下の価格では適正な内容の工事がされるとは考え難いという限度額であり、過当競争の結果手抜き工事となることを防ぐため，たとえ入札価格が低くてもこれ以下の価格では受注させないとして設定された額なのであるから、この価格を談合がされず適切に行われた入札において想定される落札価格であると認めることは、最低制限価格の趣旨からして妥当とは思われない。指名競争入札においては、当該工事の種類や特殊性、工事の規模のほか、入札指名業者の数や事業規模、更に入札当時の社会経済情勢、入札が行われた地域の特性など、様々な要因が複雑に影響し合って落札価格が形成されるものであるから、このような要因が近似した条件下において談合がされずに入札が実施された場合の想定落札価格が分かるのであれば、これを参考にして本件各工事における談合がなかった場合の落札価格を認定し、損害額を算定することも可能であるが、単純に他の地方公共団体における類似の指名競争入札を例に取って調査した場合の想定落札価格と比較するのみでは、不正確であると言わざるを得ないところ、原告側が提出した証拠は、いずれも本件各工事と近似した条件下における調査結果であるのか不明であって、これらをもとに本件における損害額を認定することは困難である。」とした上で、本件のように、指名競争入札における落札価格を形成する要因は多種多様であることにかんがみると、入札談合における損害とは、「そもそも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に該当するものと認められることから、民訴法248条に則り、被告らの一連の談合行為の態様、各工事の契約価格、公正取引委員会における課徴金納付命令に至る経緯等の諸事情及び趣旨・目的は異なるものの独占禁止法７条の２の１項の定める課徴金の割合が６%であること並びに弁論の全趣旨などを総合勘案して、損害の相当額を、契約価格の５%と認定する。」と判断している。

このように、奈良県上水道談合住民訴訟において裁判所は、課徴金の割合６%及び弁論の全趣旨等を勘案して、原告の損害額を契約価格の５%と認定した。本判決以来、入札談合による損害賠償請求に係る住民訴訟において、日本の裁判所は、損害額の算定につき民事訴訟法248条に基づいて口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を勘案して相当な損害額を認定する手法が一

般的に使われてくるようになった[521]。そして、その損害額の認定に用いられた根拠としては、公正取引委員会が課徴金引き上げの理由として用いた推計データ[522]を挙げたり、談合行為が行われた期間中の談合に加担した事業者の平均落札率と同期間における談合に参加していないアウトサイダーの平均落札率との差[523]、または、談合行為が行われた期間中の談合を行った事業者の平均落札率と同期間以降のそれとの差[524]、及び最低制限価格や統計的な証拠等に求めるなど、事案ごとに様々である。

判例の中には、特に算定率の根拠を示していないのも見られるが、そのような事案では、概ね、「口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果を考慮した結果」として、契約金額の５～10%に該当する金額を損害額として認定する例が多い[525]。

また、最低制限価格を想定落札価格や損害額認定の基礎とすることについては、これを否定した判断[526]と、特段の事情が認められる場合、例えば、談合による落札価格が予定価格の直下(約99%)であるのに対して、同年度の同地区でのその他の入札における落札価格が最低制限価格(予定価格の約67%)付近に集中していたことが認められる場合には、入札価格の形成要因の複雑･多様性を考慮しても損害は契約金額の20%を下回ることはないとして、認める趣旨の事例がある[527]。

そして、統計的な証拠を損害額認定の判断資料にすることについては、判例の多くは消極的な立場をとっている[528]。それは、個別の入札はそれぞれ個性が強く、また、自由競争が行われた場合の落札価格(想定落札価格)の形成に影響する諸要因、例えば、入札に係る工事の規模･種類や特殊性があるほか、入札指名業者の数や各業者の事業規模及び入札当時の社会経済情勢等の種々な要因が複雑に影響し合って想定落札価格が形成されることを理由として説明する[529]。

---

[521] 岩本諭･前掲論文･141頁。

[522] 広島高裁松江支部平成19年10月17日判決(事実の概要及びその判旨については、岩本諭･前掲論文･138頁以下を参照。)。

[523] 大手プラントメーカー５社が、地方公共団体が発注したストーカ炉建設工事について行った入札談合に対する損害賠償請求訴訟である、福岡地判平成18年４月25日判決(岩本諭･前掲論文･139頁)。

[524] 同じくストーカ炉建設工事に係る入札談合が問題となった、大阪高判平成19年10月30日判決(岩本諭･前掲論文･139頁)。

[525] 鳥取地判平成12年３月28日審決集46巻673頁(10%)、広島高松江支判平成13年10月12日審決集48巻761頁(５%)、津地判平成13年３月29日審決集47巻769頁(７%)、津地判平成13年３月29日審決集47巻798頁(７%)、津地判平成13年７月５日審決集48巻645頁(10%)、名古屋地判平成13年９月７日審決集48巻694頁(継続工事につき落札業者が既設業者であることを考慮し５%)、名古屋地判平成13年９月７日審決集48巻713頁(既設物件に関する既設業者のコストや技術面の優位を考慮し、既設部分の存する工事について５%、新規工事について８%)、松江地判平成13年９月19日審決集48巻735頁(５%)、東京地判平成18年４月28日判例時報1944号86頁(５%)等。

[526] 上記の奈良地判平成11年10月20日判決以外にも、富山地判平成12年11月15日審決集47巻660頁や名古屋地判平成13年９月７日審決集48巻694頁等がある。

[527] 徳島地判平成15年６月13日。東條吉純･前掲論文･158頁。

[528] 東條吉純･前掲論文･159頁。

[529] 和歌山地判平成14年7月２日判決(東條吉純･前掲論文･159頁)。

一方、民事訴訟法248条を適用して認定した損害額の程度についてみると、損害額の算定が困難であるという理由から同条を適用して被告に損害賠償義務を負わせる以上、控え目な金額をもって認定する謙抑的な裁判例[530]も見られるが[531]、近時は、そもそも不法行為に基づく損害賠償請求権が、社会に生起した損害の公平な分担という見地から認められるものであることに鑑み、実際に生じた損害額に最も近いと推測できる額相当の損害額を認定する判断[532]が増えている。その他、談合調整金相当額を損害額として認めた事例[533]、下請け業者に対する上乗せ分を損害額と認めた事例[534]、刑事事件記録中の事業者の供述や捜査機関が事業者に再度積算させた結果を参考して損害額を認定した事例[535]等がある。

ところで、日本では現在、このような裁判所による損害額認定の煩わしさを避けるために、契約書自体に談合時の違約金(損害賠償予定額)を明記する場合も増えているとされる[536]。

５.小括

以上のように、入札談合事件における民事訴訟法248条の適用に関する日本の裁判所の判断を概略に検討したが、これをみる限り、同条は、原告が正確な損害額の立証ができない場合においてかなり有用に活用されていることが分かる。但し、裁判所の損害額の認定は、概ね原告の立証活動に大きく依存しており、例えば、原告が損害額算定の評価基準となる事実を積極的に立証し得た場合には少々高めの損害額を、その立証活動が充分に行われていない場合には、裁判に現われた諸事情を考慮し、高い蓋然性で発生したと推定できる限度において控えめな金額を損害額として認定する嫌いがあるように思われる。しかしながらこれは、上記にも述べたように、本制度自体が損害の発生やその大体の規模について原告が立証したものの、その正確な損害額は立証できない場面を想定して設けられたものであるから、裁判所が原告の立証活動の大きさにある程度左右されることはやむを得ないと言えよう。

いずれにせよ、日本の裁判所が、入札談合事件において民事訴訟法248条を積極的に適用して

---

530 東京地判平成18年４月28日判例時報1944号86頁、東京地判平成18年11月24日判例タイムズ1277号239号、名古屋地判平成21年12月11日判例タイムズ1330号144頁等。

531 伴義聖ほか･前掲論文･13頁。

532 東京地判平成19年10月26日判例タイムズ1293号129頁、名古屋地判平成21年８月７日判例タイムズ1330号247頁、東京高判平成23年３月23頁判例地方自治344号15頁等。

533 大阪地判平成12年３月31日判例(東條吉純･前掲論文･158頁)。

534 名古屋地判平成12年７月14日判例地方自治207号29頁。

535 津地判平成12年12月７日審決集47巻702頁。

536 伴義聖他･前掲論文･14頁。和泉澤衞･前掲論文･27頁によれば、違約金の水準は、国(国土交通省)の場合は請負契約金額の凡そ10%となっており、地方公共団体もほぼそれに沿うことが多いとされる。韓国でも、近年、調達庁や韓国電力公社等のような主要公共発注機関の調達契約書や入札公告書等において、同じような対応がなされている。談合時の制裁や損害賠償予定額(例えば、契約金額の10%等)を明記する条項を導入し、実際談合が行なわれた場合にはそれに沿って賠償を受けている。

損害額を認定することで、原告の立証の負担を軽減していることは評価に値する。そして、判例で示された損害額の判断基準及びその程度についても、判例が蓄積されるにつれて一定の経験則が形成されるであろうし、それはまた、今後独占禁止法上の他の違反行為が問題となり損害賠償請求訴訟が提起されたときに参考資料になり得ると考える。

ところで、日本民訴法248条や韓国の独占禁止法57条に定める損害額認定制度を適用するに当たっては、次のことに注意しなければならない。既に述べたように、これらの条文は、原告が信頼するに足る基礎資料に基づき、当該損害の性質上裁判所が自由心証により相当と考える程度の証明を積極的に行った場合において、仮に原告の立証活動によって科学的に厳密な額が導かれなかったとしても、裁判官が原告が示した基礎資料等に基づいて損害額を概算できることを定めたものと解することができる。そうすると、裁判所は、これらの条文が定められるようになった趣旨に鑑み、一定の損害額を認定する際には、可能な限り認定した損害額を導くのに用いられた合理的な根拠を示すことが望ましいであろう[537]。これは、これらの条文の法的性格をいずれの考え方に基づいて判断しようが異ならない。そして、もしそれがどうしても不可能な場合には、考慮した諸事情の具体的な内容を詳細に判示し、その各事情が損害額の認定にどのように影響したかについても、具体的に判示すべきである[538]。

第６節　損害賠償責任の制限

１.概説

損害賠償責任制限の問題は、裁判所が事業者等に対し損害賠償責任を認めその賠償額を命じる際に、過失相殺や損益相殺の抗弁によって、或いは課徴金の納付等を考慮して、事業者等の損害賠償責任を制限することができるかどうかに関する問題である。

２.過失相殺

日本の独占禁止法は無過失責任主義を採用しているため、過失相殺は全く問題とならない。また、過失責任主義を採用している韓国の場合も、損害賠償を求める原告が消費者である場合

---

[537] 伊東俊明･前掲論文･60頁、春日偉知郎･前掲論文･76頁、伊藤滋夫･前掲「民事訴訟法248条の定める『相当な損害額の認定』(下･完)」･８頁は、例えば、「云々云々の事情で、何々の金額の３％の金額である何々万円」というように判示すべきという。

[538] 伊藤滋夫･前掲 前掲「民事訴訟法248条の定める『相当な損害額の認定』(下･完)」･９頁。さらに、この意見は、あまりにも詳しい事実認定や判示の仕方を要求することは、民事訴訟法248条のメリットをなくしてしまうので、その限界がどこにあるかには苦慮するが、単に損害額の認定にどのように関係するのかが不明な様々な事実を判示して、「民事訴訟法248条を適用して、本件に現われた一切の事情を考慮し、5000万円をもって相当な損害額と認める」というような認定の仕方及び判示の仕方は適切ではないと言う。

にはやはり問題となり難い[539]。従って、これが問題となるのは、主に直接購入者が被害者となって元売業者等に対し賠償を求める場合と言えよう。

実際、過失相殺について韓国で問題となった判例としては、ソウル地域で薬品の卸売りをしていた業者４社による肝炎ワクチン入札談合事件[540]を挙げることができる。本事件で、独占行為法に違反する共同行為をした被告らは、原告らには被告らの共同行為を誘導または容認した責任があるので、結局過失相殺により被告らには損害賠償責任がないと主張した。これについて、第一審[541]は被告らの主張を退けたが、控訴審[542]では、原告らが真面目に市場価格を調査することなく、被告らの共同行為を放置し事実上その行為を黙認した上で、殆どの入札条件におき被告らに生物学的な製剤の出荷に係る証明書のみの提出を要求することで事実上価格の均一化を誘導したことが認められ、そうすると、原告が受けた損害の発生において主な原因として働いたと見ることができるので、過失相殺により被告らの損害賠償責任を制限しなければならないと判断した[543]。

これに対して、上記軍納油類入札談合事件の場合には、被告らの過失相殺の主張を、第一審

---

[539] いわゆる取引型不法行為の事案では、日本の裁判所は、事業者の責任を認める一方で、消費者の落ち度も一緒に認めて過失相殺を行なうのが一般的である。これについて、齋藤雅弘「消費者取引と不法行為」『消費者法講義第３版』日本評論社(2011年１月25日)140頁は、被害者側の過失として考慮される事情の殆どは、加害者によって惹起されているのにもかかわらず、過失相殺をするのは矛盾であると批判する。一方、損益相殺の場合には、有利な投資や利殖を口実にした詐欺商法等において、消費者が配当金や利益金名目で事業者から金員の支払いを受けることが少なくない。そのような場合、事業者から受領した金員を消費者が受けた損害(出捐した金員)との間で損益相殺をすべきかが問題となる。これについて平成20年６月10日判例タイムズ1273号130頁は、「いわゆるヤミ金融業者が元利金等の名目で違法に金員を取得する手段として著しく高利の貸付けの形をとって借主に金員を交付し，借主が貸付金に相当する利益を得た場合に，借主からの不法行為に基づく損害賠償請求において同利益を損益相殺等の対象として借主の損害額から控除することは，民法708条の趣旨に反するものとして許されない」として、不法原因給付法理を用いて損益相殺の抗弁を退けている。

[540] 本事件の事実概要は次の通りである。Yらは、医薬品販売を営む卸売り商として、訴外製薬会社３社が製造した肝炎ワクチンを主に競争入札の方法で、Xらを含むソウル特別市傘下の各区役所の保健所に供給していた。1990年１月頃から1993年５月頃の間に、Yらは、販売地域を分割するとともに供給単価を1ml当たり6,200ウォンに定めた。そして、Yらは、談合に参加した他の卸売り商が供給する予定の販売地域で行なわれた入札に、上記価格よりも高い価格で応札することで、当該卸売り商が落札できるようにする方法で、不当な共同行為をした。これらついて韓国の公正取引委員会は、Yらが上記のように取引地域を制限し供給価格を維持することで肝炎ワクチンを供給した行為は、独占禁止法に違反する行為であると判断し、1994年４月19日、是正命令を下した。

そこで、Xらは、上記の行為がなかったならば肝炎ワクチンの価格は単位当たり5,500ウォン以下であると主張し、独占禁止法56条に基づき、上記談合期間中Xらが供給を受けた価格である単位当たり6,200ウォンと、上記5,500ウォンとの差額相当の損害賠償請求訴訟を提起した。

[541] ソウル地方法院1996年11月22日宣告95ガ合16511判決.

[542] ソウル高等法院1998年５月20日宣告97ナ4465判決.

[543] 本件においては、平均価格として認めた肝炎ワクチンの単位当たり価格である5千800ウォンに基づいて損害額を算定した上で、Yらの責任を当該損害額の50%に制限した。

や原審とも[544]に否定している。被告らが主張した過失相殺の理由としては、①独占的または優越的な地位にある原告が、その地位を濫用して被告らに適正価格を遥かに下回る無理な低下応札を強要したため、被告らが談合せざるを得なかった点、②原告が1998年に固定価格制度を誤って選択したことで、結果的に損害が拡大した点、③国防部調達本部の担当者が、想定価格の算定のための基礎資料を収集した際、その任務を怠り損害が拡大した点、④一部の油種については、競争入札が不可能または制限する旨の入札条件が設定されていた点、等であった。これについて、第一審や原審は、被告らが主張する事由はそれ自体矛盾する内容を含めているかまたは事実に符合しないと判断した。さらに、故意の不法行為において過失相殺の抗弁を退けた大法院判例[545]を引用しつつ、本事件でもし被告らの過失相殺の抗弁を認めれば、生命·身体についての不法行為または財産についての不法行為においては、それによる利益が加害者に帰属しないのに対し、本件の場合には、不法な利益の一部を加害者側が最終的に保持する結果となりかのないので妥当ではないと判断し、被告らの過失相殺の抗弁を退けた。

３.損益相殺

損益相殺については、概ね、直接購入者が間接購入者に転嫁した損害と、違反行為者が課徴金を納付した場合の納付金等が問題となる。このうち、前者は、カルテル等において、直接購入者がカルテル価格によって引上げられた価格部分を間接購入者に全部または一部を転嫁した場合に、その転嫁した価格部分については直接購入者に損害が生じなかったと見て、損害額の算定をするときにそれを差引くべきかが問題となる。先にも述べたように、これは主に損害転嫁の抗弁の問題として議論されるが、概ね次のように考えることができる。つまり、もし被告による損害転嫁の抗弁を認めるとすれば、直接購入者が間接購入者に転嫁した部分は原告の損害額から差引かなければならず、逆に、損害転嫁の抗弁を否定する場合には、損害額から転嫁した部分を差引くことはできない。

これについては、日本で直接問題となった事案は見当たらない。ただ、既に述べたように、間接購入者(間接被害者)の原告適格を認めている鶴岡灯油事件に係る最高裁の判決及び松下電器事件に係る東京高裁の判決等の判断を見る限り、被告の損害転嫁の抗弁を裁判所が認める可能性は充分あり得る。しかしながら、先にも述べたように、間接購入者(間接被害者)の原告適格を認めるからといって、被告の損害転嫁の抗弁を認めなければならないという論理的必然性はないので、損害転嫁の抗弁による損益相殺の問題は今後裁判所での判断を待つしかないように考える。

---

[544] 第一審や原審で過失相殺の抗弁が否定されたため、上告の際上告理由に過失相殺の抗弁は記されなかったらしく、上告審では、過失相殺の抗弁について判断していない。

[545] 大法院2000年１月21日宣告99ダ50538判決; 大法院2005年10月７日宣告2005ダ32197判決.

韓国の場合には、既にみたように、小麦粉談合事件において損害転嫁の抗弁が問題となっている。韓国の裁判所は、被告らの損害転嫁の抗弁を認めないとともに、仮にこれを損害賠償法における損益相殺の適用の問題として捉えるとしても、法違反事業者と直接購入者との間に締結された契約と、直接購入者と間接購入者の間に締結された契約は別個のものと見るべきであるから、両者間には相当因果関係は認められず、従って、被告らによる損益相殺の抗弁をも認めることができないと判断した。但し、損害の公平な分担という損害賠償制度の理念に従い、諸般の事情を考慮して被告らの損害賠償責任を制限することはできるとした。

そして、軍納油類入札談合事件では、韓国政府が損害賠償訴訟における原告であると同時に、被告らに対し課徴金を賦課した主体でもあったことから、被告らが納付した課徴金を損害賠償額を決める際において考慮すべきかどうか(つまり、損益相殺によって賠償額から控除すべきかどうか)が問題となった。本事件において、韓国の大法院は、課徴金は談合行為の抑止という行政目的を実現するための制裁的性格と、不法な経済的利益を剥奪するという性格をともに有するものであり、被害者に対する損害の填補を目的とする不法行為に基づく損害賠償責任とはその性格を異にするので、例え被害者に課徴金を賦課した国家がたまたま入札談合による不法行為の被害者となったとしても、それを以って損益相殺の対象となる利益を取得したということはできないとした。

4.小括

損益相殺は、通常、不法行為の被害者が被害を被ったのと同一の原因によって利益を受けた場合に、公平の見地からその利益を賠償額から控除するという原則[546]である。そして、控除の対象となる利益は、不法行為と相当因果関係のあるものと日本[547]や韓国の学説及び判例は理解する。

従って、損害転嫁の抗弁の問題を損益相殺の問題として把握することができるかどうかについては、損益相殺の概念における被害を「被ったのと同一の原因」(言い換えれば、損失と利得との同質性)をどのように解釈するかによって異なってくる。韓国の裁判所は、上記で見たように、当該事件においてその「同一の原因」性を否定する判断をしている[548]が、しかし、「損失と利得との同質性」の有無の判断は必ずしも容易とは言い難く、問題となる「利益」の性質に応

---

546 内田貴·前掲書·447頁。

547 藤岡康宏·磯村保·浦川道太郎·松本恒雄『民法Ⅳ—債権各論〔第３版補訂〕』有斐閣Sシリーズ(2011年11月10日)373頁。

548 これについては、直接購入者が違反行為者の行為によって損害を被ったとしても、直接購入者はその後第３者への販売価格の引上げにより「利益」を得ることができたから、その部分だけは損害額から控除すべき旨を裁判所は示しているが、これは、結局、民法上の損益相殺の抗弁を認めたのと変わりがなく、従って、直接購入者に対する損害賠償請求においては、損害額を算定するとき第３者に転嫁された価格額は当然控除すべきと言わなければならないとの意見がある(チャン·ヘリム,‘損害の転嫁と独占規制法56条１項の“損害”の概念及びその範囲－passing on defence 問題を中心に－’, 比較私法14巻４号, 韓国比較私法学会, 2007年12月, 338-339面)。

じて考慮する必要があるため[549]、同じ問題について日本の判例がどのように判断するかはこれから注目されるところである。

一方、課徴金[550]の問題については、まず課徴金の性格が問題となるが、韓国の憲法裁判所はかつて、課徴金は、是正措置(日本の排除措置命令)と一緒に公正取引委員会が課する行政罰であり、違反行為者が違反行為から得た不当利得の剥奪の性格と制裁としての性格をともに有すると判断[551]している。日本でも、違反行為に対する制裁として科される罰金との関係が問題となった事案において、課徴金の法的性格を、事業者等の違法行為によって得た利益[552]を国が社会的衡平の観点から強制手続により徴収するものと判断している[553]。

課徴金の性格をこのように捉える場合、法違反行為に対し課徴金が課された事業者等に裁判所が損害賠償を命じる際、課徴金の賦課事実を責任制限の事由として参酌すべきかどうか(つまり、損益相殺すべきかどうか)が問題となるが、上記のように韓国の裁判所はそれを否定した。韓国の軍納油類入札談合事件は、たまたま課徴金の賦課主体と損害賠償の原告が同一であったという特殊な事案であったため特に問題となったが、これは他の一般事案においても同じく問題となり得る。

この問題について、日本では、1996年の「社会保険庁年金用シール談合課徴金事件審決」[554]に

---

549 内田貴·前掲書·448頁。

550 日本の課徴金制度は、1977年、カルテルによる不当な経済的利得の剥奪を基本理念とした上で、独占禁止法７条の２及び20条の２～20条の６に規定された。日本の課徴金制度は、対象行為類別、算定方法等を法定し、要件に合致する限り義務的に賦課する仕組みを採っているという特徴がある。そのため、日本の独占禁止法における課徴金制度は、違反行為の多様性や個別事案·事業者ごとの事情に応じた裁量を働かせることができない。これについては、批判の意見が多い。その一つとして、栗田誠「平成21年改正独占禁止法における課徴金制度の問題点～課徴金対象行為類型の拡大を中心に～」千葉大学法学論集第26巻第１·２号(2011年)314頁以下を参照。

それに対して、韓国の独占禁止法上の課徴金制度は、日本の課徴金制度に倣い1980年12月31日に導入された。一定の違反行為に限って賦課される日本の課徴金制度とは異なり、韓国の独占禁止法上の課徴金制度は、競争制限的企業結合を除く全ての違反行為について賦課されるという特徴がある。そして、同法55条の３の１項は、課徴金を賦課するにおいては、違反行為の内容や程度、違反行為の期間や回数、違反行為によって取得した利益の規模を参酌することが義務付けられている。一方、独占禁止法55条の３の３項は、１項に定める課徴金の賦課規準は施行令に定めることを委ねている。そして、その施行令及びそれによって設けられた「課徴金賦課の細部規準等に関する告示」によれば、特に、不当な共同行為については、関連売上高に違反行為の重大性別の賦課規準率を乗じて算定規準を決め、その上で、違反行為の期間や回数、違反行為者の故意·過失等による調整を経て算定すると定められている。

551 憲法裁判所2003年７月24日2001憲カ25決定.

552 ここで注意すべきことは、独占禁止法における課徴金の議論において頻出する「不当利得」は、違反行為によって余分に得た利得のことであり、民法上の不当利得とは異なる概念であるということである(白石忠志『独占禁止法第２版』有斐閣(2009年８月31日)497頁注275を参照)。

553 公正取引委員会も課徴金制度について、カルテル・入札談合等の違反行為の防止という行政目的を達成するために、行政庁が違反事業者等に対して課す金銭的な不利益であると定義している(http://www.jftc.go.jp/dk/seido/katyokin.html)。

554 公正取引委員会平成８年８月６日審判審決判例時報1588号66頁。本事件は、社会保険庁が厚生年

おいてその判断がなれたことがある。つまり、民事上の損害賠償もしくは不当利得返還請求は、公平の観点から専ら私人間の利害を調節する私法上の制度であり、特別の行政目的のために行政手続きを経て一定額の金銭を剥奪する行政上の措置である課徴金制度とは明らかに趣旨を異にすると日本の公正取引委員会は判断した。このような理解は、本事件に係る民事訴訟事件である東京高判平成13年２月８日判例時報1742号96頁においても貫かれている。

韓国でも同様に見ている。例えば、韓国の軍納油類入札談合事件の第一審や原審の判決は、「課徴金を賦課する際に、談合行為によって取得した利益の規模を考慮することができるとしても(一部の被告らが提起した課徴金納付命令の取消を求める訴訟においては、被告らが原告に対し負担すべきと考えられる本事件の損害賠償額が考慮されている。)、談合行為による損害額を算定する際には、課徴金の賦課の存否及びその額を考慮すべきではない。」と判示したからである。これは、仮に課徴金の賦課主体と損害賠償訴訟の原告が同一ではない一般事例においても、同様に判断すべきことをその前提にしているように思われる。

このように、損害賠償と課徴金については、両者は、その要件や効果、また制度の趣旨や目的において異なる制度と理解すべきであり、従って、損害額の算定においては既に納付された課徴金を考慮する必要はないと考える。なぜなら、課徴金の実質的な賦課主体は国家であり、損害賠償請求の主体は被害を被った消費者等であるから、法違反行為者が課徴金を納付したとしてもそれが後で被害者に支払われたりはしないからである[555]。

金等の支払通知書等に貼付する「目隠しシール」の印刷に関して、印刷会社４社が入札談合を行なった行為が問題となった事案である。公取委は1993年、同行為についてカルテルの認定をすると同時に、３社(４社のうち１社は専属工場に等しい存在であり、社会保険庁に対して直接の売上がなかったことから)に対して課徴金の支払を命じるとともに刑事告発を行なった。同年の12月14日には東京高裁によって、この入札談合はカルテル行為に該当すると判定され、４社に対し各400万円の罰金の支払を命じられ、さらに、国側は、既に３社に対して支払ったシール代金の一部について、不当利得の返還請求訴訟を提起した。そこで、３社は、既に刑罰が確定している上に、国による不当利得返還請求訴訟が提起され、さらに３社に対して課徴金の支払を命じることは、一つの行為に対して刑罰、民事上の不当利得返還及び課徴金の三つを認めることになり、日本憲法39条の二重処罰禁止規定に違反するばかりでなく、憲法29条(財産権)及び31条(適正手続の保障)の趣旨にももとると主張した。

555 平田健治「独占禁止法における課徴金制度と不当利得返還制度の関係」判例時報1764号(2002年１月１日)162頁。さらに、この意見は、課徴金の法的性格を不当利得の剥奪に求めるとき、①法違反行為者が被害者に利得を返還した後に課徴金納付命令が下された場合や、②課徴金納付後に被害者に利得を返還した場合において、合憲性の問題や調整の可能性が生じることを指摘する。これについて、イ･ソンヒ，前掲論文，254～256面は、今後損害賠償訴訟が活性化されれば、現在のように公正取引委員会が不当利得の規模に制裁的な機能を考慮して賦課する高額の課徴金は、違反行為者に対する過剰抑止(over-deterrence)効果のことを考えて見直す必要があると主張する。実際、ドイツでは、法違反者が課徴金を納付し確定されるなど、それ以上行政上の不服手段によって課徴金額を争うことができなくなった後に、被害者による損害賠償請求訴訟が提起され損害額が確定･執行された場合には、課徴金の部分を払戻す等の調整を行っているという。韓国もドイツに倣い、同じ制度を導入する必要があることを指摘する。その他にも同じ考え方としては、イ･ボンイ，‘公正取引法上の課徴金の算定と法治国家原理’，競争法研究24巻，韓国競争法学会，2011年，22～23

これについて、日本では、独占禁止法７条の２の19項におき、同一事件について課徴金と罰金が併せて課されるときは、罰金額の２分の１に相当する金額が課徴金から控除される旨の課徴金と罰金の調整制度が定められている[556]。

第７節　課徴金と不当利得の関係

１.課徴金の法的性格

課徴金の法的性格を不当利得の剥奪にあるとすれば、事業者等が違反行為によって取得した不当利得以上に課徴金を徴収することはできるかどうかが疑問である。

これについて、韓国では、課徴金の法的性格を不当利得の剥奪だけではなく、当該違反行為に対する制裁としての性格をも一緒に持っているとみるので、事業者等が法違反行為によって取得した不当利得を超過して課徴金を賦課することは特に問題にはならない[557]。ところが、日本の場合には、従来、学説や判例が課徴金の法的性格を不当利得の剥奪にあるとみていたので[558]、問題になり得る。

面等がある。これらの考え方はいずれも、課徴金制度が有する不当利得の剥奪の性格に鑑み、徴収した課徴金をその被害者(消費者を含む)や被害者集団に適切に返還である方法を講じる必要性に賛同している。村上政博「カルテルに対する制裁措置―刑事罰と課徴金に関する立法政策論」ジュリスト1231号(2002年10月１日)142頁も、日本で2000年代に入り、カルテルに対して民事上の損害賠償請求等が認められる事例が増加していることから、課徴金と民事上の損害の回復との調整を図る必要が生じていると指摘する。

その他、被害者に国庫金への支払請求権を認める方法については、被害者は加害者に対し私法上の請求権として不当利得返還請求権や損害賠償請求権を有するはずであるが、それが直ちに、国庫金である課徴金や没収金に対する請求権になるわけではないので、国庫金への支払請求権を与えるべきか否かは、理論的に決まるのではなく立法政策に委ねるべき問題であり、もし立法をする場合には、場面を類型化して一つ一つ立法しなければならないとの意見がある。この指摘は、仮に被害者に返還請求権を認めるときは、分配事務のコストを誰が払うのかという問題も考えなければならないという(中川丈久「消費者と行政法」法学セミナー681号(2011年10月)16頁)。

[556] 村上政博･前掲「カルテルに対する制裁措置―刑事罰と課徴金に関する立法政策論」･142頁は、刑事罰と課徴金の併用について、二重処罰の禁止という憲法上の要請と、司法運営上の効率性の確保との観点から、違反抑止力を確保する制度として重複する刑事罰と課徴金を二重に賦課することは避けるべきであると主張する。

[557] イ･ボンイ，前掲論文，９面は、このような態度は、課徴金の賦課及び課徴金算定に関する公正取引委員会の裁量を過度に拡張しかねないという懸念があると指摘する。また、場合によっては、事業者が法違反行為によって得た不当利得もまともに剥奪できなかったり、既に損害賠償によって減ている不当利得を遥かに超える課徴金を賦課することで、課徴金が過少または過多に賦課される可能性もあるという。従って、課徴金の性格は、原則として、不当利得の剥奪にあるものであり、純粋に制裁的な性格の課徴金は補充的ないし例外的なものに過ぎないと理解しなければならないと主張する。

[558] 白石忠志･前掲書･498頁、林秀弥「裁量型課徴金制度のあり方について」名古屋大学法政論集248号(2013年３月)177～178頁。それに対し、谷原修身･前掲『独占禁止法と民事的救済制度』･66頁、は、村上政博･前掲「カルテルに対する制裁措置―刑事罰と課徴金に関する立法政策論」･143頁は、課徴金制度の制裁的性格を強調する。

このように、日本で課徴金の法的性格を不当利得の剥奪にあるとみるようになったのは、法人税法上の追徴税と逋脱罪の刑罰との関係が問題となった最大判昭和33年４月30日民集12巻６号938頁[559]が切っ掛けであったとされる[560]。本事案で最高裁は、追徴税は、名宛人の反社会性や反道徳性に着目する刑罰とは異なり、①違反行為の抑止を目的として、②(仮にそれが制裁的な意義を持つことを否定できないとしても)違反行為があれば原則として必ず課される「行政上の措置」であるから、事後法・遡及処罰の禁止及び一事不再理を定める日本憲法39条に違反しないと判断したが、これを受けて、その後独占禁止法上の課徴金制度の法的性格を論じる際に、上記の①と②の他に、課徴金額は違反行為によって得た不当利得の額を超えてはならないという「不当利得剥奪論」を加えて理解するようになった。

「不当利得剥奪論」に基づいて課徴金制度を捉えるこのような考え方は、上記「社会保険庁年金用シール談合課徴金事件審決」に係る東京高裁の判断においても示されている。つまり、本判決は、「課徴金の経済的効果からすれば、課徴金制度は、民法上の不当利得制度と類似する機能を有する面があることも否めない。」とした上で、課徴金制度は、「カルテル行為があっても、その損失者が損失や利得との因果関係を立証して不当利得返還請求をすることが困難であることから、カルテル行為をした者に利得が不当に留保されることを防止するために設けられたものである。」と判断した。そして、「そのような制度の趣旨目的からみるならば、現に損失を受けている者がある場合に、その不当利得返還請求が課徴金の制度のために妨げられる結果となってはならない。すなわち、利得者はまず損失者にその利得を返還すべきであり、現実に損失者が損失を回復していないにもかかわらず、利得者が課徴金を支払ったことだけで、損失者の不当利得返還請求権に影響を及ぼすべきものではない。」と述べて、本来の損失者が不当利得返還請求することが基本であり、独占禁止法による課徴金の賦課はあくまでも補充的な制度に過ぎないことを示唆した[561]のである。

しかし、このような考え方(不当利得剥奪論)は、その後、課徴金算定率の引上げや減免制度の導入を眼目としてなされた2005年の独占禁止法の改正を契機に、大きく揺さぶられるようになった。当時の公正取引委員会の立法担当者は、「不当利得剥奪論」は、課徴金制度の法律的な性格に関するものではないと位置づけた上で、課徴金賦課の条件として、上記昭和33年の大法廷判決で示された２つの要件を満たすだけで足りるという考え方を明らかにしたのである[562]。

---

[559] 本件は、Xが、税務署長のYらに対して、法人税額更正決定の取消等を求めた事案である。旧法人税法43条の追徴税と、法で定められた適時適正な申告納税を怠ったときに、租税法上の手続きにより徴税庁が発動する行政上の秩序罰である法48条１項の刑罰との関係が争点となった。

[560] 白石忠志･前掲書･497～499頁。

[561] 平田健治･前掲論文･162頁。

[562] 諏訪園貞明『平成17年改正独占禁止法―新しい課徴金制度と審判･犯則調査制度の逐条解説』商事法務(2005年12月)21頁。

そして、最高裁も、最判平成17年９月13日民集59巻７号1950頁[563]において同様の考え方を示している。つまり、「独禁法の定める課徴金の制度は、昭和52年法律第63号による独禁法改正において、カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め（独禁法89条）やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度(独禁法25条)に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである。また、課徴金の額の算定方式は、実行期間のカルテル対象商品又は役務の売上額に一定率を乗ずる方式を採っているが、これは、課徴金制度が行政上の措置であるため、算定基準も明確なものであることが望ましく、また、制度の積極的かつ効率的な運営により抑止効果を確保するためには算定が容易であることが必要であるからであって、個々の事案ごとに経済的利益を算定することは適切ではないとして、そのような算定方式が採用され、維持されているものと解される。そうすると、課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではないというべきである。」として、不当利益を超える課徴金の賦課を認めている[564]。

その他、2009年の独占禁止法改正の際に新たに導入された諸制度、例えば、排除型私的独占に係る課徴金の導入や、不公正な取引方法のうちの５類型に係わる課徴金の導入、不当な取引制限に係る主導的役割に対する課徴金の加重等に鑑みても、現在の日本独占禁止法上の課徴金制度の趣旨ないし法的性格は、従来の「不当な経済的利得の剥奪」という「原状回復」的なものから、「違反行為の抑止」という「制裁」的なものへと変わったことを確認することができる[565]。

そうすると、現在の日本の判例や学説は、課徴金の法的性格を不当利得と関連づけて考えるよりも、行政上の制裁としての行政上の措置として捉えている[566]と言うことができ、従って、被

---

563 Xら(損害保険会社)が会員となる機械保険連盟が、会員に同連盟の決める一定保険料による機械保険等の引受けを行わせ、機械保険等の引受けの取引分野における競争を実質的に制限したことを理由に、公正取引員会が独占禁止法８条の３(構成事業者に対する課徴金、課徴金の減免)及び７条の２(課徴金、課徴金の減免)により、Xらに対して営業保険料の全部に対する課徴金の納付を命ずる審決を行ったところ、Xらが審決の一部取消を求めた事案。

564 本件の原審(東京高裁平成13年11月30日判時1767号３頁)は、「課徴金制度が制裁的色彩を伴っているものであることは否定できないが、課徴金制度の基本的性格はあくまでもカルテルによる経済的利得の剥奪にあるから、役務とその対価を把握するに当たっては、可能な範囲では課徴金の額が経済的に不当な利得の額に近づくような解釈を採るべきである。」と判断した。

565 西井壽里「課徴金制度と企業に対する金銭的制裁のあり方」法学新報(2011年３月)711頁。

566 村上政博『独占禁止法の新展開』株式会社判例タイムズ社(2011年４月10日)261頁。これに対し、課徴金に対する基本的な性格は、現在も変わっていないとの考え方として、林秀弥･前掲論文･177～178頁。この考え方によれば、現行の課徴金が制裁的な機能ないし効果を有すると見るとき、それは、事実上の機能ないし効果を意味するものであって、課徴金が有する元来の法的な性格とは区別して考える必要があると主張する。

害者から得た不当利得よりも上回る金額を課徴金として課することも当然認められると言えよう。

２.課徴金は法違反行為に対する制裁として機能しているか

そうすると、関連問題として、課徴金は法違反行為者に対する制裁として充分に機能しているかが疑問になる。

これについて、韓国では、否定的な意見が多いようである。近年、韓国では、小麦粉、焼酎、アイスクリーム、砂糖、家電製品、ラーメン等のように、国民生活と密接な関係のある品目に対する談合行為が大企業を中心に多く行なわれ、韓国公正取引委員会が課徴金の賦課を命じた事例が少なくない。上記にも述べたように、韓国では、そもそも課徴金制度について企業の法違反行為を抑止するとともに、被害を受けた消費者等が訴訟によって私的救済を図ることに乗り出さないという点に着目し、事業者等が不当に得た不当利得を制裁も兼ねて課徴金により国家が取り立てるという理解がなされていた。しかし、実際において韓国の課徴金制度は、企業の法違反行為を遮断することもできなかった上、課徴金の算定に不当利得額または消費者被害額が反映されることもなかったため、全く制度として機能してこなかったという批判が多くなされた[567]。

実際、韓国で賦課された課徴金額を見てみると、2011年の賦課額は総額で6017億ウォン(2010年には6081億ウォン)であった。このうち、最も高い割合を占めたカルテルに対する課徴金額は、概ね少ない場合が１千億ウォン程度、多い場合は5千億ウォン程度が賦課されていた。特に、2010年には、LPG供給会社６社の価格決定行為について総額6689億ウォンの課徴金が賦課されたことが目立つ。これは韓国の公正取引委員会が賦課した課徴金の中で歴代最高と知られる[568]。

---

[567] オ･ジヨン=ヨ･ジョンソン，‘談合の消費者被害と規制効果の分析’，消費者学研究23巻１号，韓国消費者学会，2012年３月，5～6面.

[568] チ･グァンソク，‘談合規制の適正性に関する考察:課徴金の規模と算定の手続を中心に’，国家政策研究27巻１号，中央大学校国家政策研究所，2013年，75面の2001年～2011年間のカルテルに対して賦課された課徴金額は下記の通りである。

年度	件数	金額	平均課徴金
01	7	27,704	3,958
02	14	53,109	3,794
03	9	109,838	12,204
04	12	29,184	2,432
05	21	249,329	11,873
06	27	110,544	4,094
07	24	307,042	12,793
08	43	205,746	4,785
09	21	52,903	2,519
10	26	585,822	22,532

しかしながら、2006 年～2010 年まで５年間、談合に関する上位 12 の事件に対して賦課された課徴金額を分析した研究[569]によれば、当初賦課された基本課徴金は、売上高比平均 4.6%程度であったのに対し、公正取引委員会による任意的調整及びリーニエンシー等により最終的に課された金額は、売上高の約 1.5%程度にまで引き下げられたという。また、2011 年に課徴金の賦課が決定された 13 件の価格談合事件を見ても、売上高の２%程度に止まっていた。その他、韓国経済正義実践市民連合が行なった調査によれば、2006 年～2010 年の７月までに公正取引委員会が審議･議決した談合事件 79 件に関する議決書を分析した結果、談合課徴金の総額は、消費者被害推定額の 12%程度であったことが明らかになった。さらに、2008 年の１月から 2012 年 10 月まで公正取引委員会が課徴金賦課を命じた合計 398 件の事件(1195 社)を分析すると[570]、2008 年以降課徴金の賦課が命じられた事件の売上高は 253 兆ウォンに達したものの、基本課徴金は 11 兆 1976 億ウォンで、平均賦課率は 4.4%にとどまった。その後、基本課徴金の 71.7%に対して軽減または減免がなされたため、同期間における最終課徴金は３兆 1682 億ウォンとなり、売上高比最終賦課率は 1.2%に過ぎなかったことが分かる[571]。不当な共同行為等による消費者被害額は、通常、売上高の 20%にまで上ると OECD 報告書は判断しているのにもかかわらず、韓国での最終賦課課徴金は、消費者被害推定額(50 兆 7110 億ウォン)比 6.2%に過ぎなかったのである。一方、日本の 2008 年～2012 年に賦課された課徴金総額は、約 5413 億 8389 万円であった[572]。

11	34	571,006	16,794
合計	238	2,302,227	9,673

(単位:件、百万ウォン)

[569] 参与連帯, ‘談合に係る課徴金制度の問題点とその代案’, イシューレポート, 2010年８月19日(http://www.peoplepower21.org/PSPD_press/779834)。

[570] このうち、約70%(会社数基準、842社)が不当な共同行為、つまり談合によるものであり、金額は２兆6721億ウォンで、全体としての最終賦課課徴金(３兆1,682億ウォン)の84.3%を占め、最も大きな比率であった。

[571] **年度別の関連売上高比最終課徴金の賦課率の推移**

単位(個、百万ウォン)

年度	比較対象		平均賦課率 (c=d/a)	基本課徴金 (d)	平均鑑定率 (f=1-(g/d))	最終賦課課徴金 (g)	最終寡婦率 (h=g/a)	消費者被害推定額比最終賦課課徴金 (i=g/b)
	関連売上高等 (a)	消費者被害の推定額 (b=a*20%)						
2008	17,325,513	3,465,103	3.9%	671,382	64.7%	236,771	1.4%	**6.8%**
2009	29,123,082	5,824,616	1.6%	478,526	30.3%	333,573	1.1%	**5.7%**
2010	44,940,915	8,988,183	5.0%	2,227,794	55.5%	991,219	2.2%	**11.0%**
2011	109,814,813	21,962,963	1.8%	1,922,874	47.8%	1,004,269	0.9%	**4.6%**
2012.10	52,350,726	10,470,145	11.3%	5,897,100	89.8%	602,454	1.1%	**5.8%**
合計	**253,555,049**	**50,711,010**	**4.4%**	**11,197,677**	**71.7%**	**3,168,286**	**1.2%**	**6.2%**

経実連2012年11月22日(http://www.ccej.or.kr/index.php?document_srl=346664)。

[572] 日本公正取引委員会平成24年度年次報告(http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h24/index.html)を参照。

このように、韓国の課徴金制度については、独占禁止法の違反行為に対する事前抑止手段としてあまり機能していないことや、被害者(特に、消費者)に返すべきお金を国庫に帰属させることに対する批判が多くなされている。先にも見たように、韓国では、特に談合の場合、最終課徴金の賦課額が売上高の１～２％程度に過ぎないため、企業らにとっては、違反行為によって得られる利益の誘惑を容易に振り払うことができないということに最大の問題がある。そこで、談合による課徴金の全額が国庫に帰属し、本当の被害者である消費者が制度的に救済されない現在の状況に鑑み、懲罰的性格を有する韓国の課徴金制度を不当利得の剥奪的性格に変えるとともに、課徴金を算定する基準を談合によって事業者等が得た利益に基づく方法に見直さなければならないという主張がなされている。さらに、課徴金を賦課する手続においても、市場の参加者であり利害当事者でもある消費者が参加できる方法を講じる必要があることや、徴収した課徴金を財源にして被害者基金を作ることで、それを被害者救済に回す等の制度改革が必要であることを指摘する考え方もある。

実際、アメリカでは、課徴金に係る明示的な根拠規定がないにもかかわらず、一般の是正命令権限に基づいて不当利得の剥奪(Disgorgement)や原状回復措置(Restitution)の性格を併せて有する課徴金の賦課がなされており、またそれをアメリカ連邦取引委員会(Federal Trade Commission)が被害者基金として活用することで被害救済を図っているといわれる[573]。

第８節　消滅時効と管轄

ここでは、独占禁止法上の損害賠償請求権を行使するための時間的制約である消滅時効について日本や韓国を比較した上で、管轄問題についても簡略に検討することにしたい。

1. 消滅時効

日本の独占禁止法は、消滅時効期間を審決確定日から３年と規定しているが(同法26条２項)、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権を提起する場合には、日本民法724条により加害者を知った日から３年間、違反行為日から20年間請求することができる[574]。

これに対して、韓国は、2004年の改正前の法律では、独占禁止法上の損害賠償請求権は当該請求権を行使できる日から３年を経過すれば時効によって消滅すると規定していたが、法改正によりこの時効規定は削除された。そこで、現行の独占禁止法上の損害賠償請求権の消滅時効は、韓国民法766条に従い「損害及び加害者を知った日から３年、不法行為をした日から10年」

[573] 参与連帯，‘公取委の課徴金制度、根本的な改革がなされるべき’，イシューレポート，2010年10月20日(http://www.peoplepower21.org/PSPD_press/779834).

[574] 日本の通説や判例は、３年の期間は消滅時効、20年は除斥期間であると解する(内田貴･前掲書･470～471頁)。

に変更された[575]。

１）短期消滅時効の起算点

日本民法166条１項は、一般消滅時効期間の進行について、「権利を行使することができる時」から進行すると定めている。そうすると、独占禁止法違反行為によって被害を受けた被害者が損害賠償請求権を行使するにおいて、その短期消滅時効の起算点は、その「権利を行使することができる時」の被害者が、損害賠償請求権を行使できること及び加害者を知ったときから始まると解さなければならない。ところが、日本独占禁止法26条２項は、同法における損害賠償請求権は、排除措置命令又は審決が確定した後でなければ、裁判上これを主張することができず、また、同項の排除措置命令又は審決が確定した日から３年を経過したときは、時効によつて消滅すると規定している。そのため、この規定と民法166条１項の「権利を行使することができる時」との関係が問題となる。これについては、一般に、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求権は、排除措置命令または審決の確定後でなければ裁判上行使することができないとされているため、その行使が可能となった審決等の確定時を消滅時効進行の始期と定めたものと解している[576]。

また、独占禁止法25条で時効が進行する始期として「排除措置命令または審決の確定後」となっている理由としては、①「審決等の確定から」とすることで、長引く行政手続の後に被害者が独占禁止法25条訴訟を提起しようとする際に、すでに損害賠償請求権が時効によって消滅しているという事態を回避し、行政処分等による違反行為の事実認定にかかる推定効を損害賠償請求訴訟において活用することが保証できること、②「３年間」という短期消滅時効期間により、独占禁止法違反行為にかかる民事訴訟の事実認定の困難さに基づく迅速な処理の要請に応えられること、及び③過剰に多数の提訴から違反者を解放すること、等が挙げられる[577]。

そして、民法709条に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合は、724条により、被害者またはその法定代理人が損害賠償請求権または加害者を知ったときから３年、若しくは不法行為時から20年が経過すれば、請求権は時効によって消滅する。しかしながら、公正取引委員会の排除措置命令又は審決がなければ、被害者は通常違反行為を立証し得ない場合が多いことは充分考えられる。そこで、被害者が仮に民法709条に基づく損害賠償請求訴訟を提起した場合でも、独占禁止法25条訴訟と同様、排除措置命令または審決が確定した時から消滅時効が進行すると

---

[575] 韓国では、３年の期間については、学説や判例ともに消滅時効と解するが、10年の期間については、多数説は除斥期間と解するのに対し、判例(大法院1996年12月19日宣告94ダ22927全員合議体判決)は消滅時効であると判断する(チ･ウォンリム，前掲書，1784面を参照)。

[576] 宗田貴行･前掲書･353頁。このとき、被害者が審決の確定を知っていたか否かは問わない。

[577] 宗田貴行･前掲書･353頁。村上政博･前掲『独占禁止法の新展開』･103頁は、これが、独占禁止法25条に基づく損害賠償請求の実質的な存在意義であると評価する。

考えて、独占禁止法25条を類推適用することを主張する考え方[578]がある。

その他、当該事件について排除措置命令等の当否を問う争訟が係属中であり未確定である場合はどのように考えるべきかが問題となるが、これについて最判平成21年４月28日判決(平成20年(行ヒ)第97号)は、その場合でも、民法709条による請求権の消滅時効が進行することはあり得ると判断した[579]。

一方、韓国では、上記にも述べたように、独占禁止法56条に基づく損害賠償請求訴訟においても民法766条が適用されるため、短期消滅時効の起算点は、「損害及び加害者を知った日」から進行することになる。ここで、「損害及び加害者を知った日」とは何を意味するかが問題となるが、これについては、①そもそも公正取引委員会の議決書が公開される頃には、被害者としても損害及び加害者を知るようになるとみることができるので、公正取引委員会の議決結果に不服し訴訟を提起したとしても、公正取引委員会の議決書の公開日を起算点にしなければならないとする考え方[580]や、②公正取引委員会の議決があり、または裁判所の判決がある場合には、通常、公正取引委員会の審議の結果が報道資料等によって公にされたり、作成された議決書が外部に公開され、さらにこれについて行政訴訟等が提起された場合には、それに関する判決が言い渡され最終的にそれが確定するという一定の流れがあることに鑑み、起算点を判断するときもこれを考慮しなければならないとする考え方[581]がある。これによれば、例えば、公正取引委員会の議決に対して行政訴訟が提起された場合は、それに係る最終の判断が確定されたとき(上告された場合は、大法院判決の宣告時。上告しなかった場合は、高等裁判所判決の確定時)に短期消滅時効が進行するという。

２)長期消滅時効の起算点

既に述べたように、韓国の独占禁止法56条訴訟は消滅時効を民法によらしめているため、日本とは異なり、長期消滅時効の起算点も問題となる。韓国民法766条に定める長期消滅時効10年の起算点の「不法行為をした日」は、改正により民法と同様「行為があった日」が始期となったことで、原告にとってみれば、従来よりも時効期間の起算点が前倒しになる結果となった[582]。

---

578 宗田貴行･前掲書･353頁。

579 白石忠志･前掲書･667頁注55を参照。

580 原告が事業者である場合には、役員及び職員が個人的な事情のためその事実を知ることができなかったことまで考慮することは妥当ではないし、また消費者が損害賠償請求を提起する場合にも、海外に在住する等の特別な事情がない限り、個人的な事情を考慮する必要はないと思われるので、公正取引委員会の議決書が外部に公開された日を基準にすべきであるという。

581 イ･ソンヒ，前掲論文，145面.

582 チョン･ビョンドク，前掲論文，336面；キム･グニョン，前掲論文，286面は、公正取引委員会で調査の手続が開始し、調査が終結(無嫌疑、却下、終結措置、警告等)または是正措置が確定するま

また、この長期10年に関しては、法違反行為が長期に亘り行われる談合等において、これをどのように解釈すべきかが問題になる。つまり、全体としての法違反行為が終了したときに時効期間が進行すると解するべきか、それとも、被害者に侵害がなされた最後の行為があった日から開始すると解すべきかが問題となるわけである。この場合、もし前者のように解釈し、長期間に亘り行なわれた法違反行為全体を一つの行為として捉え、その行為が完全に終了したときに消滅時効が進行すると解する場合には、法律関係を早期に安定化させることを目的とする消滅時効制度の趣旨に符合しなくなる。そこで、後者、つまり、個々の加害行為により現実の損害は既に発生したと見て、個別の取引時点から消滅時効が進行すると解することを主張する考え方もある[583]。

大法院の判例の中には、独占禁止法違反行為に係る事案ではないが、一般不法行為による損害賠償請求権の短期消滅時効の３年の起算点（韓国民法766条１項）が問題となった事案において、「不法行為が継続的に行われた結果、損害も継続的に発生するような場合には、特別な事情がない限り、その損害は、日々新たな不法行為によって発生すると見るべきであり、したがって、民法766条１項を適用するに当たっては、その各損害を知った日から別個に消滅時効が進行すると考えなければならない」[584]と判断したのがある。

それに対し、独占禁止法違反行為に対する是正措置及び課徴金賦課の除斥期間の起算点である「この法に定める違反行為が終了した日」の意味が問題となった事案では、大法院は、「談合に参加した甲、乙、丙の３社が、次々と不当な共同行為についての合意を破棄する旨の意思表示を公にした場合、その３社のうち２社が談合から脱退し１社しか残っていないときは、談合の成立要件である『二人以上の事業者間の意思の合致』という要件を充足することができなくなり、その結果、談合は終了したと考えなければならないため、丙社の違反行為の終期は、乙社が合意を破棄するという意思表示を公にし、その遂行行為を終了させた日であると考えなければならない」[585]と判断している。

上記のような大法院の態度に従い、長期に亘り継続的に行なわれる独占禁止法違反行為の長期消滅時効の起算点について判断するとすれば、前者（大法院1999年３月23日宣告98ダ30285判決）の判断による場合には、個々の行為ごとに起算点が別個に進行することになり、被害者が損害賠償を受けることができる行為とそれができない行為とに区別しなければならなくなるが、後者（大法院2010年３月11日宣告2008ドゥ15176判決）の判断による場合には、全体としての行為が終了した日から10年間は、全体としての行為に対して損害賠償を請求できるという違いが生

では、消滅時効は進行を停止するという規定を設けるべきであったと指摘する。

583 イ・ソンヒ，前掲論文，147面。

584 大法院1999年３月23日宣告98ダ30285判決.

585 大法院2010年３月11日宣告2008ドゥ15176判決.

じてくる[586]。また、前者(大法院1999年３月23日宣告98ダ30285判決)は行為日、つまり、損害の発生日が基準となるのに対し、後者(大法院2010年３月11日宣告2008ドゥ15176判決)は合意日が規準となり、原告にとっては前者(大法院1999年３月23日宣告98ダ30285判決)の方がより有利になる可能性がある。

私見としては、独占禁止法違反行為による被害を被った消費者が提起する損害賠償請求訴訟においては、長期消滅時効の起算点を判断するとき、法律関係の安定を優先させるよりも消費者被害の救済を先に考慮する必要があると考える。そのことから、具体的な事案においては原告により有利な起算点を適用すべきと考える。

２.管轄の問題

日本は、独占禁止法25条に係る訴訟の第一審裁判所として、東京高等裁判所の特別合議体を専属管轄とする旨を同法85条２号や87条に定めている。東京高裁を専属管轄とした趣旨としては、①独占禁止法25条訴訟が、公正取引委員会の排除措置命令及び審決の確定を前提として提起されること、②独占禁止法違反行為は専門的で統一的な判断をする必要があるので、一つの裁判所で審理し判断するのが望ましいこと、③事件を迅速に解決する必要があること、等が挙げられる[587]。

しかしながら、これらについては、①の場合、排除措置命令または審決における公正取引委員会の事実認定は通常裁判所を拘束しないと解されることから実益がないと言わなければならず、また現行の二審制が被告にとって、憲法に定める裁判を受ける権利(日本憲法32条)を侵害するわけではないが、手続の保障という観点から見てはその保護が充分ないことを否めないこと、②の専門的で統一的な判断の必要性については、これがもし全国規模の違反行為に係る問題であれば妥当と言えるが、地域的に限定された行為の場合には妥当ではないこと、さらに③の迅速な救済への要請についても、地方に在住する者にとっては負担を強いることになるので、各高等裁判所又は各地方裁判所の管轄にすべきとの主張がなされている[588]。

これに対して、韓国では、従来から専属管轄については定められていない。従って、一般民事訴訟と同様、原告は被告の普通裁判籍所在地の地方裁判所または不法行為地を管轄する地方裁判所に訴訟を提起することができる(韓国民事訴訟法２条ないし６条、18条)。

---

[586] イ・ソンヒ，前掲論文，147面.

[587] 宗田貴行・前掲書・375頁。また、平成11年10月独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度に関する研究会報告書48頁や東京高裁昭和56年７月17日行裁32巻７号1099頁も同様。

[588] 岡田外司博・前掲書・363～368頁。

第５章　論文の要約及び結論

以上で見たように、日本や韓国の独占禁止法には私的救済を容易にする多くの制度が講じられている。日本の場合には、法違反者である被告に無過失責任を負わせるとともに、原告の立証負担を軽減する排除措置命令前置主義を採用している。また、事件の専門性を考慮し東京高裁に専属管轄を規定することで、統一的で迅速な救済ができるようにもしている。一方、韓国は、従来、日本とほぼ変わらない法規定を定めていたが、2004年の独占禁止法の改正により民法上の不法行為訴訟とあまり異ならない規定に変更した。しかし、日本の排除措置命令前置主義に該当する是正措置前置主義を廃止することで、公正取引委員会の審決とは関係なく被害者は損害賠償請求訴訟を提起することができるようになった。また、損害額認定制度を導入することで被害者の損害額に関する立証の負担を軽減させるなど、私訴の活性化のために制度の改善を続けてきた。

世界的に進められた規制緩和の流れの中で、消費者像においても、過去のように保護の対象ではなく、自立してイニシアチブを握った存在として認識されるようになったことから、私的救済手段の行使を容易にする旨の独占禁止法の規定は、一応肯定的に評価することができる。現在は、事業者等の法違反行為による被害の救済において、消費者が私的救済手段を用い自らの被害救済のために積極的に行動することが何時よりも期待されており、またその重要性も増しているからである。

ところが、一見被害者に有利な内容を多く盛り込んでいるように見える同法上の訴訟制度は、実際の運用においては、決して原告にとって有利に運用されているとは言えないことは、上記で見たとおりである。独占禁止法違反行為による消費者被害の場合は、事業者等の法違反行為のほかにも複雑な経済的要因等による影響が大きく、また被害を証明できる証拠の殆どが事業者側に偏在しているという特徴がある。そのため、損害と不法行為との間の因果関係等を、被害者(消費者)が立証することは殆ど不可能に近い。このような独占禁止法違反行為に基づく損害賠償訴訟の特徴を看過したまま、日本や韓国の裁判所では、同訴訟において、依然として従来の民法上の不法行為訴訟において発展した理論や法理をそのまま適用して判断するという傾向が色濃く残っている。それによって、本規定を設けた本来の制度的趣旨は色あせてしまい、実際、日本では、独占禁止法25条の損害賠償制度を一部廃止或いは全面廃止すべきとの主張もなされている。概ね、これらの説は次のように主張する。まず、一部廃止説[589]は、独占禁止法25条の規定による損害賠償請求権には、審決前置主義や裁判管轄という二つの重大な制約が存在するが、起草者が意図した審決前置主義の立法趣旨は、民法上の不法行為を理由とする損害賠償請求や差止請求訴訟を認めたことによって、事実上はほとんど意味のないものになっている

[589] 岡田外司博･前掲書･361、364～365頁。

と指摘する。つまり、審決がない時でも独占禁止法違反行為に基づく裁判上の主張が認められるのに、独占禁止法25条に基づく請求権の裁判上の主張だけに確定審決を要件とすることは、著しく均衡を失していると言うのである。そこで、この説は、立法論として、25条の損害賠償請求権に課された確定審決の訴訟要件を削除することが妥当と主張する。

また、独占禁止法25条による損害賠償訴訟につき、専門的･統一的な判断の必要を理由に東京高裁に第一審の管轄を指定することの合理性については、「仮に独占禁止法25条の訴訟について専門的･統一的判断の必要があると認めるとしても、独禁法違反を民法上の不法行為とする損害賠償請求訴訟を認める以上は、東京高裁の管轄を回避したい原告は民法上の不法行為を理由に訴えを提起すればよく、東京高裁の第一審の管轄を規定した趣旨は、実質的には尻抜けになっている。東京高裁に第一審の管轄を与えることの合理性が認められない以上、立法論としては、85条２号を削除することが妥当である。従って、解釈論としても、独禁法85条２号の東京高裁の管轄は、いかなる場合にも貫徹すべき『専属管轄』ではなく、相殺の抗弁や反訴及び住民訴訟等においては、その専属管轄性を弱めて他の裁判所の管轄を認める必要がある」と主張する。

それに対して、全面廃止説は、独占禁止法25条に基づく損害賠償制度について、「同制度は、主要な独占禁止法違反と損害賠償責任を直接結びつける特別な制度であるにもかかわらず、今日、明文で特別な取り扱いとして規定したものを除き、民法709条に基づく損害賠償責任を基礎とするという判例法が定着しつつある。それによって結局、25条に基づく損害賠償請求の709条化、或いは空洞化がもたらされている。」と批判する[590]。25条に基づく損害賠償請求の709条化或いは空洞化を引き起こした原因について、前面廃止説は、公法と私法とを分けて考える日本法の態度にその責任があると主張する。この公私法区別論によって、公正かつ自由な競争の促進を図るという公法としての独占禁止法と、公平の観点から被害者に実損害額を回復させるという私法としての民法上の損害賠償とを区別するようになったと言うのである。他に、25条に基づく損害賠償請求自体が、審決確定後の独占禁止法違反について行為者に損害賠償責任を負わせるという確定審決前置主義をとっていることも原因の一つであるが、その理由は、私人による損害賠償請求に公正取引委員会の摘発能力を補強する機能を持たせていないからという[591]。

そこで、これらを克服するためには、独占禁止法違反を原因とする損害賠償を、民法709条訴訟に一本化(つまり、独占禁止法25条に基づく損害賠償制度を撤廃し)した上で、立証責任の転換規定や消滅時効に関する特則、公正取引委員会の意見提出権などを個別に規定する必要があるとこの説は主張する[592]。

---

[590] 村上政博ほか･前掲書･95頁以下。
[591] 村上政博ほか･前掲書･104～105頁。
[592] 村上政博ほか･前掲書･105頁。

このように、日本で独占禁止法上の損害賠償訴訟の空洞化現象が生じ、本制度が死んだ制度に転落してしまったのは、上記で見た鶴岡灯油事件判決にも責任はあると考える。本事件以降、事業者等の独占禁止法違反事件に対して消費者が損害賠償を請求していない状況からしても、これを反証してくれる。

一方、韓国では、このような日本の状況を反面教師として、これまで多くの制度の改善を試みてきた。その代表的なものが、日本民事訴訟法248条に倣い定められた独占禁止法57条の損害額認定制度といえる。しかしながら、その一方で、改正の際無過失責任主義を放棄し過失責任主義に転換することで、加害者の免責の可能性を残していることや、是正措置前置制度のメリットを活用することができなくなったことについては、批判の声も大きい。独占禁止法上の損害賠償責任と一般不法行為責任との関係が曖昧になったことに対する批判である。

それに対して、一部では、独占禁止法の改正後、前に比べて同法上の損害賠償請求訴訟が増加してきたと肯定的に評価する考え方もある。これは概ね、独占禁止法上の改正に携わったか、または従来現行の制度へと改正することを主張していた集団からの自画自賛的評価のように思われるが、法改正以降これまで10余年が経つ間、独占禁止法56条及び民法750条（日本民法709条）に基づく訴訟が提起された件数を調べてみると、（正確な数は知らないが）100件にもならない[593]。これを以って訴訟が活性化されたといえるであろうか。さらに、その殆どは、資力のある事業者等が提起した訴訟であり、消費者が提起した場合にも、それは個人ではなく集団的に提起したものであった。このような現況をみる限り、今後韓国で消費者が本制度を積極的に活用していくとは、到底言えない状況である。

既に見たように、近年判決が下された軍納油類入札談合事件においては巨額の損害額の外にも、経済的な証拠が積極的に用いられたことで話題となったが、それは、原告が韓国政府であったために可能であった。もし、その訴訟を資力のない一般消費者が提起するとすれば、果たしてそのような経済的証拠を活用することができたかは疑問である。そのため、本訴訟は逆説的にも、独占禁止法違反行為に対する損害賠償請求訴訟の困難をさらに再確認させてくれた事件であったとしかいいようがない。

鶴岡灯油事件に係る最高裁の判決の以降、一般消費者による独占禁止法上の損害賠償訴訟の提起がほぼ途絶えてしまった日本、そして、その判決から凡そ25年という歳月が経った現在の韓国は、長い時間の間隔があるにも関わらず状況はそれほど変わっていないように思われる。

これまで、多くの研究は、独占禁止法違反行為による被害に対する損害賠償訴訟があまり提起されない理由として、概ね次のようなことを挙げてきた。つまり、日韓両国の国民は訴訟を忌避する傾向が強く、消費者が被る被害額は小額であるのに対し訴訟のために支払わなければ

[593] 独占禁止法56条或いは独占禁止法違反行為による損害賠償請求等の用語を用い、大法院や下級審で判断された事案を検索した。検索には、韓国大邱地方裁判所の李淳東裁判官の助けを借りた。

ならない代価は大きすぎること、消費者と事業者間の力の不均衡、等がそれである。しかし、私見としては、独占禁止法上の損害賠償訴訟が提起されない最も大きな理由は、上記でも見たように、消費者被害訴訟の特性を考慮しないまま、民法上の不法行為訴訟に適用される法理を硬直的･画一的に適用する裁判所の態度[594]にあると考える。独占禁止法上の損害賠償請求訴訟では、原告と被告の証拠からの距離や両者の力の差等を考慮して判断を行なう必要がある。また、個々の弱い立場にある消費者と強力な力を有する企業との関係を、古典的市民社会の不法行為法理で律することの乱暴さは見直さなければならない[595]。

ところで、事業者等の独占禁止法違反行為の殆どは、公正取引委員会が鋭い監視網を張っているため、通常は公正取引委員会によって違反行為が把握される場合が多い。そのため、損害賠償請求訴訟では、違反行為の存在や故意･過失及びその違法性等が問題となる場面はそれほど多くは存在しない。同訴訟において最も困難な問題となるのは、やはり、損害額の立証やその算定の問題といえよう。日本の鶴岡灯油事件や韓国の軍納油類入札談合事件でも、損害額の算定の問題に焦点が集められたこと周知の通りである。

このような、独占禁止法違反行為に基づく損害賠償訴訟においての損害額算定の問題については、これまで多くの解決方法が学説から提示されてきた。例えば、①損害の填補を容易ならしめて違反行為の抑止を図るという独占禁止法上の損害賠償訴訟の趣旨に照らし、他の経済法令においてもみられるように、立法によって損害額の推定規定を設けることを提案する説[596]、②独禁法違反行為による損害の額を違反行為者が違反行為により獲得した利益を以って推定することを提案する説[597]、③特に談合事件等においては、消費者の購入価格と直前価格との差に乗じる比率を法定することで、消費者の損害賠償請求の実効性を高めることができるという説[598]、④統計学を活用する方法を提案する説[599]等がそれである。その他、独占禁止法上の損害賠償訴訟制

---

[594] 金子晃･前掲論文･25頁。独禁法25条及び民法709条に基づく損害賠償請求を機能させることは経済の基本的秩序に関係する独禁法の目的に合致するものであるにもかかわらず、裁判所の態度からは制度を機能させようとする積極的な姿勢が見られないと批判する。ただ一般不法行為論を形式的に適用しているだけに過ぎないというのである。

[595] 宮本康昭･前掲論文･27頁。

[596] 和田健夫･前掲論文･257頁、金子晃･前掲論文･25頁等。

[597] この推定方法によれば、経済的要因の変動の問題は生じなくなるというメリットがあるという。しかしながら、損害額の推定ないし看做し規定を定めるべきという考え方については、独占禁止法違反行為はその類型が非常に多いのみならず、それによる損害も様々な形で現われるので、適切ではないという批判がある。そのような推定規定を設ける場合には、原告がそれに安住し実質的な立証努力を怠ける弊害が懸念され、また、過剰抑制(overdeterrence)の非効率を招く危険があると指摘する(シン･ドウク，前掲論文，277面)。

[598] 鈴木深雪･前掲論文･239頁。

[599] 伊藤眞･前掲「独占禁止法違反損害賠償訴訟(下)」･55頁。実際、OECD報告書では、談合による消費者被害額を平均的に関連売上額の15～20%程度であると把握している。また、アメリカは、国内カルテルの平均損害額率を18%と捉えており、イギリスの公正取引庁は談合が成立した場合、競争価格の10%を超過する価格水準になると見ている。その他、2009のOxera reportは、カルテルで観

度の利用自体を活性化させるために、訴訟費用を援助する(訴訟救助)特別な配慮があってもよいとの説[600]も見られる。そもそも、同訴訟は、私的利益の追求ないし回復というよりも公共の利益の追求という性格が強く、特にそれが消費者訴訟である場合は、一層その性格が強いことをその理由として挙げる。

現在、日本や韓国の独占禁止法上の損害賠償請求訴訟は、全く異なる規定内容や運用がなされている。しかしながら、両者はいずれも、事業者等の同法違反行為によって被害を受けた被害者(消費者)等が、容易に自己の被害を救済できるように制度設計したという共通点があり、ただそれに到達する手段が異なっているだけである。そこで、お互いに類似した社会·文化的な背景や法文化を有している日韓両国において、このような制度運用における手段の違いが、結局、制度利用そのものに開きをもたらすかが注目されたが、残念ながら現時点ではあまり大きな違いは見られないようである。

そうすると、今後、本制度を活性化するためにはどうすべきかが問題となるが、概ね、次のことを改善しなければならないと考える。

第一、損害賠償請求に必要な諸要件に対する立証責任を緩和する必要がある。つまり、違反行為の存在と違法性、損害の発生と損害額、及び違反行為と損害との間の因果関係に係る立証について、原告の立証負担を緩和させる方法を講じなければならないと考える。近時のように急変する市場環境や経済環境の中で、市場で法違反行為者と競争する事業者が原告である場合は別として、一般の消費者が原告となってそれらを立証することは決して容易なことではない。これはまるで、原告の消費者に立証の途を閉ざしておいて立証が果されていないというのとほかならない。消費者の犠牲で大企業の利益を擁護するようなことはやめるべきである。

従って、違反行為の存在や違法性については、公正取引委員会の事実認定をより積極的に裁判所が考量する必要かあろう。市場における経済警察として位置づけられる公正取引委員会は、独占禁止法違反行為の摘発に豊かな経験やノウハウを有しており、違反行為の判断にも高度の専門性を有しているからである。

損害の発生や損害額の立証については、一応の推定をするほか、公正取引委員会に対して意見を求めるなどして、原告の立証負担を軽減する必要がある。一応の推定については、例えば、カルテル行為等において問題となる想定競争価格を決める際に、カルテルを実施する直前の小売価格ないし落札価格に基づいて判断する方法等が考えられる。そして、公正取引委員会に対する求意見制度については、日本では既に独占禁止法84条において規定している。本条によれ

察された平均超過価格を概ね20%程度であると示している(イ·ソンヒ，前掲論文，170面)。しかしながら、統計学を活用するには、コストがかかるという問題がある。

600 淡路剛久·前掲「独禁法の運用強化と損害賠償制度」·40頁。

ば、「独禁法25条訴訟が提起されたときは、裁判所は、遅滞なく公正取引委員会に違反行為によって生じた損害の額について、意見を求めなければならない」と義務付けている。これによって、被害者にとっては立証負担が相当部分軽減される効果が生じると考えられる。但し、この制度は、法違反行為に対して確定した排除措置命令や審決がない場合、それらがある場合でも、民法709条に基づく損害賠償請求訴訟が提起された場合には適用されないと解されている。しかし、このような場合にも公正取引委員会の事実認定は、裁判所が事案を判断するにおいて積極的に参考にする必要があると考える[601]。

一方、韓国では、56条の２に、「裁判所は必要に応じ公正取引委員会に対して記録の送付等を求めることができる」と定めている。つまり、独占禁止法違反行為による損害賠償請求の訴えが提起されたときは、裁判所は、必要に応じ公正取引委員会に当該事件の記録(事件の関係人、参考人または鑑定人に対する尋問調書及び速記録その他裁判上証拠となる一切の記録)の送付を求めることができる。しかし、これは、民事訴訟法(文書提出命令及び文書送付嘱託)にも認められる制度なので、独占禁止法独自の制度とは言い難い。原告の立証負担を軽減するためには、韓国も日本のような求意見制度を導入する必要がある。

損害額の立証については、損害額認定制度を積極的に活用する必要がある。そのとき、損害額認定の根拠が問題となるが、統計資料があればそれによれば良いが、もしそのような資料がない場合には、違反行為者が法違反行為によって獲得した利益に基づいて損害額を推定する方法も考慮すべきと考える[602]。また、経済学及び統計学分野の専門家を積極的に活用するのも良い方法であろう。勿論、その時は、専門家が示した経済的証拠に関する裁判所の規範的統制が問題となり得る。

一方、違反行為と損害との間の因果関係の立証については、立証責任に関する調整の必要を強調せざるを得ない。独占禁止法違反行為に基づく損害賠償請求訴訟の場合、原則として、損害賠償の訴えを提起した原告が損害額の算定についての立証責任を負うとされているが、誤った行動をした者に「疑わしきは罰せず(benefit of the doubt)」の利益を享受させることは妥当ではない。従って、公害訴訟において展開された蓋然性理論等のように、因果関係に対する原告の立証責任は、事業者等の法違反行為と損害との間に因果関係が存在するという相当なレベルの可能性を立証すればそれで足りると見る必要がある。このような考え方は、日本の鶴岡灯油事件の原審判決でも見ることができる。本事件の原審であった仙台高裁は、「違反行為の内容･態度などから消費者である間接購入者の価格形成に一定の影響を与えていることが示され

---

[601] 確定した排除措置命令または審決が存在する場合の民法709条に基づく損害賠償請求訴訟においては、独占禁止法84条に定める求意見制度を類推適用すべきとする考え方として、宗田貴行･前掲書･365頁。

[602] 例えば、ドイツの競争制限防止法(GWB)は、第7回目の改正の際、同法33条３項にこの方法を導入しているとされる(宗田貴行･前掲書･370頁)。

れば、価格変動の連動制などから因果関係の推定を認めることができる」と判断しているからである。ここで問題となるのは蓋然性の程度であるが、これは、公害訴訟で見られるように、判例の蓄積を通して解決するしかないであろう。

第ニ、賠償額の増額を考慮する必要がある。これについては、これまで、３倍賠償に関する議論が多くなされてきた。しかしながら、日本や韓国の不法行為法が採用する制限賠償原理がハードルとなり、３倍賠償の導入可能性については多くの意見が否定的に捉える。ところが、事業者の独占禁止法違反行為による消費者被害が有する特徴の一つが、消費者個人が受ける被害の程度に比べて訴訟の遂行にかかる費用の負担が大き過ぎるということは周知の通りである。通常、勝訴の可能性や訴訟による賠償額が大きければ大きいほど、そして訴訟の遂行に投入される費用が低いほど、潜在的な原告が訴訟を提起する可能性は大きくなる。これに鑑みれば、賠償額の増額は訴訟提起を誘因するにおいて非常に良い方法となり得る。

特に、独占禁止法違反行為による損害には、単に富の移転の過程で発生する損害だけではなく、元来なら原告に帰すべき効率性の侵害という損害も併発する可能性が大きい[603]。例えば、事業者等の市場の支配力が価格に対して行使された場合、消費者は通常、価格が競争の水準よりも高騰したことに伴う超過支払型被害を被るほか、それとともに、価格が競争水準より高騰したことにより購入を断念したことに伴う厚生喪失型被害をも被ることになる[604]。後者を厚生喪失型被害と呼ぶのは、市場支配力のせいで資源を効率的に利用できなかったことに伴う厚生=効率性の喪失が考えられるからである。これは、資源配分上の不効率として社会全体から見た不利益であり、社会全体の一般消費者から奪われたものと理解することができる[605]。ところが、現在の損害賠償請求によってはこれを回復することはほぼ不可能であり、そのため、賠償額の増額は説得力が認められるわけである。

賠償額の増額、その中でも特に３倍賠償が訴訟の誘因策として肯定的に働くことは、いわゆる「私訴」の提起が非常に活性化しているアメリカの例を見ても一目瞭然である。例えば、2007年や2008年にアメリカで提起された独占禁止法訴訟のうち、私訴が占める比率は凡そ97～98%にも上るとされる[606]。

一方、韓国では、2011年６月30日、「下請け取引の公正化に関する法律」の35条において大陸法系の国家としては初めて３倍賠償制度を導入している。同法35条は、親事業者が下請事業

---

[603] パク･ヒョンジュン，‘独占規制法の私的執行に関する研究’，ソウル大学校修士学位論文，2002年２月，74～75面.

[604] 川濱昇「消費者と経済法」法学セミナー681号(2011年10月)11頁。

[605] 川濱昇･前掲論文･11頁。

[606] 2007年に提起された1,009件の訴訟のうち26件、2008年に提起された1,272件の訴訟のうち30件が政府訴訟であったとされる(シン･ドウク，前掲論文，275面)。

者の技術資料等を流用し損害を発生させた時には、親事業者は、下請事業者に生じた損害の３倍までを賠償しなければならない内容を定めている。このような状況に鑑みれば、少なくとも韓国では、独占禁止法上の違反行為による消費者被害の救済においても、３倍賠償制度を導入できる土台は作られているように思われる。

第三、訴訟経済という側面から、集団訴訟を導入する必要がある。先にも述べた、立証責任の軽減の問題や賠償額の増額が実現する可能性が低いならば、小額の被害が多数の消費者に広く拡散するという消費者被害の特徴に鑑み、集団訴訟を導入する必要は増してくる。

同一の事業者の同種の行為に対し、集団で損害賠償請求権や不当利得返還請求権などを行使できるようにすることは、個人の防御と被害者の損害の回復を容易にすることだけに止まらず、法的紛争の個別化によって裁判所にかかり得る負担を軽減することができるという意義も見出せる。また、消費者の請求を一つに束ねることは、訴訟を個別化した場合よりも正義を「より多く」実現できるという意味もある[607]。ここでいう正義とは、個人の利益の最大化ではなく、個人のレベルでは勝訴できない事件でも、少なくとも損害賠償を得るという選択肢を与えるという「集団的正義」を意味し、これにより集団訴訟は市場を調整する機能を一層発揮できるようになる[608]。

集団訴訟の導入の必要性については、日本や韓国でも活発に議論がなされてきた[609]。そして、実際、日本では、これまで蓄積してきた議論に基づき「消費者の財産的被害の集団的訴訟による民事訴訟特例法案」(183閣法60号)を制定している(2013年12月11日公布)。この法律は、消費者契約に関して多数の消費者に生じた財産的被害について、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差により消費者が自らその回復を図ることには困難を伴う場合があることに鑑み、その財産的被害を集団的に回復するため、特定適格消費者団体が被害回復のための裁判手続を追行することができるようにすることで、消費者の利益の擁護を図り、それをもって国民生活の安定の向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的としている。対象となる請求(同法第３条１項)は、事業者が消費者に対して負う金銭の支払い義務であり、消費者契約に関する契約上の債務の履行の請求(同条同項１号)、不当利得に係る請求(同条同項２号)、契約上の債務の不履行による損害賠償の請求(同条同項３号)、瑕疵担保責任に基づく損害賠償

607 ハンスーW.ミクリッツ「欧州共同体における集合訴訟」現代消費者法11号(2011年６月)57頁。
608 ハンスーW.ミクリッツ・前掲論文・57頁。
609 集団的消費者被害の救済制度に関する議論としては、2011年の消費者法学会において報告された、三木浩一「集団的消費者被害救済制度の展望と課題」現代消費者法８号(2010年９月)４～15頁、鹿野菜穂子「集団的消費者被害の救済制度と民事実体法上の問題点」現代消費者法８号(2010年９月)16～25頁、町村泰貴「集団的消費者被害の救済と手続法」現代消費者法８号(2010年９月)26～33頁等を参照。

の請求(同条同項４号)、民法上の不法行為に基づく損害賠償の請求(同条同項５号)等である。本制度によって、消費者被害の救済の実効性がさらに担保できる道が開かれたといえようが、但し、本法は、集団訴訟の被告として、消費者契約の相手方である事業者のみを想定している。そのため、事業者等の独占禁止法違反行為によって被害を被る間接被害者の消費者は、同法に基づく集団訴訟を利用することができないという限界がある。

一方、韓国では、独占禁止法の違反による消費者被害の効果的な救済のため、同法に、集団訴訟制度を導入することを唱える主張が以前から多くなされてきたが、実現の可能性は未だ低いように思われる。それは、2002年證券分野に導入された集団訴訟制度がこれまで殆ど利用されなかったことから、その実益に疑問を抱く見方が多いことに原因があると考える[610]。実際、2013年まで提起或いは許可の申請が行なわれた事件は僅か５件に過ぎず、このうち１件だけが許可の決定を受けている。

韓国の独占禁止法上に集団訴訟制度を導入することを反対する考え方は、次のことも反対理由として挙げている。つまり、同法に集団訴訟制度が導入されれば、アメリカのようにクーポン和解[611]や脅迫和解[612]によって、消費者救済よりも弁護士だけが得をするという事態を招きかねない。また、集団訴訟制度は、正当で健全な企業活動をする事業者等を萎縮させる可能性がある他、韓国の民事法制度はヨーロッパの大陸法系を継受しているため、アメリカのようなオプト・アウト型(離脱型)[613]の集団訴訟制度を導入することは、韓国の法制度には馴染まないというのである[614]。さらに、先にも述べた、「證券関連集団訴訟法上」の集団訴訟の利用率が低いことも反対の理由として挙げる。

---

610 キム･グァンロク，‘證券集団訴訟の近時の動向から見た証券関連集団訴訟法の発展的改善のための提言’，商事判例研究第26巻３号，韓国商事判例学会，2013年，332～333面.

611 これは、集団訴訟を専門に取り扱う弁護士が、被害者である原告の利益よりも、自己の利益を優先するという機会主義的な行動に出ることをいう。そもそも「クーポン和解(coupon settlements)」とは、被告から現金の代わりに商品や各種のサービス提供の約束の下で和解をすることを意味していた。つまり、このようなクーポン和解によって集団訴訟に参加した構成員たちは、元来なら受けることができたはずの損害賠償を受けることができず、ただ被告が提供する安物の商品割引クーポン等をもらい満足せざるを得ないのに対し、和解に導いた原告側の弁護士は、巨額の報酬をもらう場面が多く生じたために、否定的な意味でのクーポン和解という言葉が使われるようになった。そこで、このようなクーポン和解を統制するために、アメリカでは、2005年集団訴訟公正法(Class Action Fairness Act)という法律を制定したとされる。チュウ･ジンヨル，‘近年の公正取引関連集団訴訟制度の導入のための公正取引法改正案に関する考察’，法学論叢29巻４号，漢陽大学校法学研究所，2012年，561～562面.

612 原告側の請求の根拠が充分ではなく、そのため勝訴することが難しいと見込まれる場合でも、一旦消費者が集団訴訟を提起すれば、企業側は敗訴した時「万が一」の破産の可能性を恐れて、しぶしぶ和解に応じざるを得ない場面があるという。このように、請求の論拠が充分ではないにもかかわらず、集団訴訟を武器にして企業側に和解を事実上強制する行為を「脅迫和解(blackmail settlements)」と呼ぶ(チュウ･ジンヨル，前掲論文，562面)。

613 韓国では、除外申告型という用語を使う。

614 チュウ･ジンヨル，前掲論文，564～565面･574面.

しかしながら、「證券関連集団訴訟法」上の集団訴訟があまり提起されなかった根本的な理由は、本法では、職業的原告による訴訟提起の濫用を抑止する規制が多く盛り込まれていたからである。しかしながら、事業者等の独占禁止法違反行為に対する集団訴訟制度は、その主な目的は小額・多数の被害者の効果的でかつ効率的な救済及び法違反行為の抑止にあることに注意しなければならないことから、むしろ、原告の訴訟提起の活性化に焦点を合わせる必要は大きいと考える。いずれにせよ、独占禁止法違反行為に対してそれほど損害賠償が提起されていない現状に鑑みれば、消費者被害の実効性のある救済のための集団訴訟の導入は本格的に進める必要があると考える。

第四、消費者被害救済のために、公正取引委員会がより積極的にその役割を果たす必要がある。公正取引委員会は市場における経済警察であることを忘れてはならず、常に事業者等の独占禁止法違反行為を監視し続け規律していかなければならない。そして、事業者等の独占禁止法違反行為によって消費者が被害を被った場合には、消費者による私的執行が容易にできるよう、資料の提供や意見の提示等によって積極的に被害救済を支援する必要がある。

既に述べたように、消費者政策と競争政策はいずれも消費者厚生の増進をその目的としている。従って、両政策を一つの機関で推進しようが別途の機関が推進しようが、特に問題はないように考えられる。現在、韓国は前者の立場を、日本は後者の立場を採っている。ところで、競争政策と消費者政策を一緒に推進するようになった韓国の公正取引委員会は、今後、事業者の事業活動によって市場で引き起こされる様々な消費者問題やそれに対する消費者側からのニーズ等を直接把握することができ、またそれらを競争政策に反映することができる土台が整えられたといえる。また、競争政策や消費者政策を双方向的に推進できることは、バランスの取れた運用ができるようになったことを意味し、業務の重複や予算の浪費等を防ぐことも期待できると思う。これらを契機に、今後韓国の公正取引委員会には、消費者厚生を極大化できる両政策の樹立·運用が期待される。そのような重要な役割が託されていることを常に認識し、これから韓国の公正取引委員会は、事業者等の不法行為による消費者被害の救済のためにより積極的に取り組んでいく必要があろう。

一方、日本は、競争政策は市場の供給の側面からアプローチし、消費者政策は市場の需要の側面からアプローチするという理解に基づき、両政策を公正取引委員会や消費者庁に分けて管掌させる仕組みを採っている。消費者庁の発足後、このような考え方は一層強くなったと言えようが、その代表的な例が景品表示法の消費者庁への移管であった。景品表示法の消費者庁への移管に関しては、公正取引委員会の消費者保護における役割の縮小がさらに強まったと見る

考え方があった[615]。このように、消費者政策と競争政策を専門的に運用する機関が別途に存在するということは、それぞれ当該政策に集中し制度の設計や運用ができる点にメリットが認められる。また、当該政策固有の問題点を把握しそれに素早く対応できるため、各政策ごとの専門ノウハウが蓄積されるという利点もある。しかしながら、公正な市場慣行の確保と消費者利益の保護という両方からのバランスのとれた制度の構築が難しくなるのではないかという懸念[616]も呈される。それを防止するためには、所管の違いという縄張りの問題を超えて消費者政策と競争政策を緊密に連携していく必要が出てくる[617]。また、先にも強調したように、公正取引委員会は、消費者政策の強化によって事業活動、競争力が阻害されるのではなく、むしろ消費者の権利・利益の確保を図る消費者政策を強化することで健全な市場が確立し、ひいてはそれが国家の競争力の強化および国民経済の発展にもつながるとの発想(つまり、両政策はお互いに表裏関係にあるという考え方)を強める必要がある。そのような発想に基づき、消費者被害の救済にも積極的に取り組むべきことが言を待たないであろう。

世界の中で、公正取引委員会が消費者被害の救済のために積極的に行動している例としては、オーストラリアのACCCを挙げることができる。オーストラリアのACCCは、事業者等の不法行為によって消費者被害が発生したときには、消費者を代表し被害の救済を裁判所に申し立てることができるとされる[618]。ACCCが代表訴訟の手続を開始するにおいては、消費者の個別的な同意は必要ではなく、特定された被害者あるいは一定の被害者層のために、代表訴訟を提起することができる(豪州消費者法237条～241条)という。独占禁止法違反行為に基づく損害賠償訴訟では、損害の存在、損害と事業者等の違反行為との因果関係、損害額等を原告が立証することが極めて困難であることに鑑みれば、経済警察としてそれらに関する証拠を多く把握していると考えられる公正取引委員会が、消費者を代表し訴訟を遂行することは、消費者被害の救済方法として非常に参考になる。

以上で、本論文は、事業者等の独占禁止法違反行為によって生じる消費者被害を救済するための手段としての独占禁止法上の損害賠償請求訴訟を中心に、日本や韓国の状況を比較して検

---

615 従来景品表示法は、競争法制とオーバーラップする面が多く存在した。そのため、消費者庁への移管は、公正取引委員会を消費者保護行政から隔絶される結果となったとの指摘がある。今後、公正取引委員会が消費者の利益の確保の観点から競争政策を首尾よく行なうことが困難にするのではないかと懸念する考え方として、川濱昇･前掲論文･13頁及び向田直範･前掲論文･44頁。

616 タン･ミッシェル･前掲論文･74頁。

617 川濱昇･前掲論文･13頁。公正取引委員会は、独禁法全般に対する審査の権限を有しているため、それに関する豊かな経験を持つ職員が多い。また、地方事務所を持ち、長年の法執行、とりわけ最高裁での数度にわたる逆転勝訴をするほど豊富な法的経験を蓄積している。従って、消費者被害に関する損害賠償訴訟におき、公正取引委員会がより積極的にその役割を果たす必要がある(泉水文雄･前掲論文･８頁)。

618 タンミッシェル･前掲論文･71～72頁。

討を行った。上記で見たように、日本や韓国では、原告の訴訟の提起を容易にする多くの手段が法律上に講じられているにも関わらず、実際において訴訟の提起件数はそれほど多くない。この問題を解決するためには、訴訟に適用される既存の不法行為法理を見直すほか、訴訟支援のために公正取引委員会がより積極的に乗り出す必要がある。また、訴訟経済のためにも、間接購入者としての消費者が被る被害まで網羅して救済を図ることができる集団訴訟制度を導入する必要があり、その他、訴訟提起による被害の救済は事後的救済を意味するので、事業者等の行為が消費者被害へ繋がる以前の段階でこれを防止する必要も出てくる。これについては、差止請求権が有用であろう。しかし、韓国では、独占禁止法に差止請求権は未だ導入されておらず、その必要性については以前から指摘されてきている。今後、日本の状況を参考にしつつ、韓国の独占禁止法上にもその導入を模索する必要があることを指摘しながら、本論文を締め括りたいと思う。

― 参考文献 ―

１.日本

１)単行本

秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』日本評論社(2010年)。
淡路剛久『公害賠償の理論(増補版)』有斐閣(1978年)。
幾代通『不法行為法』有斐閣(1977年) 。
池田節雄『EU独占禁止法－その実務と対応策』ジェトロ(2009年10月13日)。
石井良三『独占禁止法[改訂再版]』海口書店(1947年)。
石田穣『損害賠償法の再構成』東大出版(1977年)。
伊藤眞「損害賠償額の認定―民事訴訟法248条の意義」原井龍一郎先生古希祝賀『改革期の民事手続法』法律文化社(2000年)。
今村成和 『独占禁止法入門(第４版)』有斐閣(1993年)。
今村成和『独占禁止法[新版]』有斐閣(1978年)。
内田貴『民法Ⅱ[第３版]債権各論』東京大学出版会(2011年２月22日)。
岡田幸宏「損害額の認定」伊藤眞=山本和彦編『民事訴訟法の争点』有斐閣(2009年)。
岡田外司博「独禁法違反と民事救済」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開[２]』三省堂(2002年)。
春日偉知郎『民事証拠論－民事裁判における事案解明』商事法務(2009年３月12日)。
兼子一原著『条解民事訴訟法〔第２版〕』弘文堂(2011年)。
北川善太郎･潮見佳男(奥田昌道編集)『注釈民法(10)Ⅱ』有斐閣(2011年12月25日) 。
草野芳郎「批判」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第４版〕』有斐閣(2010年)。
齋藤雅弘「消費者取引と不法行為」『消費者法講義第３版』日本評論社(2011年１月25日)。
坂本恵三「判決③―損害賠償額の認定」三宅省三ほか『新民事訴訟法大系第３巻』青林書院(1997年)。
潮見佳男『不法行為法』法律学の森(2002年)。
潮見佳男『不法行為法Ⅰ[第２版]』信山社(2009年９月15日)。
清水正憲「損害額の認定」滝井繁男ほか編『論点新民事訴訟法』判例タイムズ(1998年)。
白石忠志『独占禁止法第２版』有斐閣(2009年８月31日)。
諏訪園貞明『平成17年改正独占禁止法―新しい課徴金制度と審判･犯則調査制度の逐条解説』商事法務(2005年12月)。
宗田貴行『独禁法民事訴訟』LexisNexis(2008年２月20日)。
高橋眞『損害概念論序説』有斐閣(2006年６月30日)。
竹下守夫ほか『研究会新民事訴訟法』有斐閣(1999年)。
谷原修身『独占禁止法と民事的救済制度』(株)中央経済社(2003年１月10日)。
谷原修身『独占禁止法と消費者訴訟』中央経済社(1983年1月)。
中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義〔第二版補訂版〕』有斐閣(2006年)。
根岸哲･舟田正之著『独占禁止法概説[第４版]』有斐閣(2010年７月15日)。
橋本恭宏「公序良俗と権利濫用」椿寿夫=伊藤進編『公序良俗違反の研究』日本評論社(1995年)。
鳩山秀夫『日本債権法総論(初版)』岩波書店(1919年)。
東出浩一(編著)『独禁法違反と民事訴訟』商事法務研究会(2001年1月25日)。

平井宜雄『損害賠償法の理論』 東京大学出版会 (1971年)。
平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会(1976年６月20日)。
平井宜雄「因果関係論」有泉亨監修『現代損害賠償法講座１総論』日本評論社(1976年)。
平井宜雄「民事訴訟法第248条に関する実体法学的考察」『現代企業法学の研究―筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』信山社(2001年)。
平井宜雄『不法行為法理論の諸相』有斐閣(2011年３月５日)。
藤岡康宏･磯村保･浦川道太郎･松本恒雄『民法Ⅳ―債権各論〔第３版補訂〕』有斐閣Sシリーズ(2011年11月10日)。
前田達明 『不法行為帰責論』創文社(1978年)。
松本博之=上野泰男『民事訴訟法〔７版〕』弘文堂(2012年)。
三木浩一「民事訴訟法248条の意義と機能」『民事紛争と手続理論の現在(井上治典先生追悼論文集)』 法律文化社(2008年２月10日)。
村上政博･山田健男『独占禁止法と差止･損害賠償』商事法務(2005年９月25日)。
村上政博『独占禁止法の新展開』株式会社判例タイムズ社(2011年４月10日)。
山本克己「自由心証主義と損害額の認定」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法Ⅱ』弘文堂(1999年)。
山本敬三『公序良俗論の再構成』有斐閣(2008年６月30日)。

２)論文

赤松美登里「石油カルテル損害賠償請求事件」別冊ジュリスト135号(1995年11月) 。
淡路剛久「独禁法違反損害賠償訴訟における損害論」経済法学会年報３号(1982年)。
淡路剛久「鶴岡灯油訴訟最高裁判決と損害賠償訴訟」ジュリスト953号(1990年４月１日)。
淡路剛久「独禁法の運用強化と損害賠償制度」ジュリスト965号(1990年10月15日)。
飯田泰雄「独占禁止法史の時期区分について」法学論集鹿児島大学法文学部紀要11巻２号(1976年３月)。
石井幸一「独禁法違反による被害者の審決請求権について」公正取引108号(1959年９月) 。
和泉澤衞「独占禁止法違反行為と損害賠償請求訴訟―近年の入札談合事例を概観して―」東京経済大学現代法学会誌第16号(2008年12月18日)。
伊藤滋夫「民事訴訟法248条の定める『相当な損害額の認定』(中)」判例時報1793号(2002年10月21日)。
伊藤滋夫「民事訴訟法248条の定める『相当な損害額の認定』(下･完)」判例時報1796号(2002年11月21日)。
伊東俊明「損害額の認定についての一考察」岡山大学法学会雑誌第61巻第１号(2011年8月)。
伊藤眞「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(上)」ジュリスト963号(1990年９月)。
伊藤眞「独占禁止法違反損害賠償訴訟―因果関係および損害額の立証(下)」ジュリスト965号(1990年10月15日)。
伊藤眞「証明、証明度および証明責任」法学教室254号(2001年)。
今村成和「独禁法上の無過失損害賠償請求訴訟と確定審決の効力」判例評論238号(1978年12月１日)。
今村成和「石油カルテル･鶴岡灯油事件最高裁判決について」ジュリスト952号(1990年３月15日)。

岩本諭「個別入札の受注調整の立証と損害額の認定手法―『米子市ストーカ炉談合住民訴訟』高裁判決」ジュリスト1352号(2006年３月15日)。
上原敏夫「統計学的立証の可否―鶴岡灯油訴訟」別冊ジュリスト115号(1992年２月)。
内田耕作「独禁法違反行為に係る民事的救済制度の再検討－損害賠償制度に即して－」彦根論叢第354号(2005年５月)。
及川和久「消費者庁の発足と課題―国民生活センター一元化議論･地方消費者行政･消費者教育を中心として―」レファレンス(2011年８月)。
大橋弘「第５回損害額算定における経済学の活用」公正取引746号(2012年２月)。
岡田外司博「カルテルと損害賠償責任(２)」別冊ジュリスト141号(1997年３月)。
岡谷直明「EUの専売店契約に対する規制について」北大法学論集第62巻第２号(2011年7月27日)。
織田博子「公序良俗と不法行為」前掲椿寿夫=伊藤進編『公序良俗違反の研究』日本評論社(1995年)。
春日偉知郎「『相当な損害額』の認定」ジュリスト1098号(1996年10月１日)。
加藤新太郎「民訴法248条による相当な損害額の認定」判例タイムズ1343号(2011年５月15日)。
金子晃「鶴岡灯油損害賠償事件最高裁判決をめぐって―事実上の推定力を中心に―」公正取引473号(1990年３月)。
鹿野菜穂子「集団的消費者被害の救済制度と民事実体法上の問題点」現代消費者法８号(2010年９月)。
河津八平「不法行為における因果関係論の行方(1)」九州国際大学法学論集第11巻第１・２・３合併号(2005年)。
川濱昇「消費者と経済法」法学セミナー681号(2011年10月)。
来生新「不当な取引制限と損害賠償請求訴訟―鶴岡灯油訴訟控訴審判決をめぐる一考察―」判例タイムズ581号。
栗田誠「平成21年改正独占禁止法における課徴金制度の問題点～課徴金対象行為類型の拡大を中心に～」千葉大学法学論集第26巻第１・２号(2011年)。
実方謙二「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の検討―損害論を中心に」法律時報62巻３号(1990年３月１日)。
澤田克己「カルテルと損害賠償請求(1):無過失損害賠償責任」別冊ジュリスト(1991年)。
ジェラルディーヌ･ゴフォ=カルボー「競争法における損害」『効率性と法損害概念の変容』有斐閣(2010年３月30日)。
潮見佳男「財産的損害概念についての一考察―差額説的損害観の再検討―」判例タイムズ687号(1989年４月１日)。
白石忠志「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌113巻５号(1996年５月)。
白石忠志「独禁法関係事件と損害額の認定」日本経済学会年報19号(1998年)。
白石忠志「独禁法事例の勘所」法学教室317号(2007年２月)。
須網隆夫「憲法と市場経済秩序―市場の成立条件と市場のあり方の選択―」企業と法創造６巻４号(2010年２月)。
鈴木深雪「カルテルと一般消費者の損害賠償請求」別冊ジュリスト161号(2002年３月)。
泉水文雄「消費者と競争政策」公正取引725号(2011年３月)。
泉水文雄「米国反トラスト法における刑罰減免制度(特集 競争政策に係る諸問題と公取委の取組)」公正取引629(2003年３月)。
曽根威彦「不法行為法における相当因果関係論の帰趨―刑法学の立場から―」早稲田法学84巻３号(2009年)。

田中裕明「規制緩和市場への参入と独占的地位の濫用」神戸学院法学第38巻第１号(2008年９月)。
谷原修身「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の問題点」公正取引473号(1990年３月)。
田村次朗「石油カルテルと消費者の損害賠償請求」ジュリスト臨時増刊957号(1990年６月)。
田村真弓「民事訴訟における鑑定について－裁判官と鑑定人の共同関係確立の必要性－」同志社法学53巻４号(2001年11月)。
町村泰貴「集団的消費者被害の救済と手続法」現代消費者法８号(2010年９月)。
タン･ミッシェル「オーストラリアの消費者法と消費者行政の関係―豪州競争･消費者委員会(ACCC)を中心に―」現代消費者法13号(2011年12月)。
土井教之「競争政策と消費者政策」公正取引740号(2012年６月)。
東條吉純「入札談合における損害額の認定」ジュリスト1262号(2004年２月15日)。
中川丈久「消費者行政―消費者庁の設置と今後の法制発展」ジュリスト1414号(2011年１月15日)。
中川丈久「消費者と行政法」法学セミナー681号(2011年10月)。
難波譲治「公序良俗と不法原因給付」前掲椿寿夫=伊藤進編『公序良俗違反の研究』日本評論社(1995年)。
西井壽里「課徴金制度と企業に対する金銭的制裁のあり方」法学新報(2011年３月)。
西原道雄「『損害』とはなにか―債務不履行、不法行為における―」ジュリスト増刊民法の争点Ⅱ(1985年)。
四宮和夫「不法行為」『現代法律学全集』青林書院(1985年) 。
布村勇二「独禁法違反行為に基づく損害賠償請求訴訟における損害論について」経済法年報３号(1982年)。
根岸哲「石油カルテル消費者損害賠償請求事件山形地裁判決」ジュリスト741号(1981年６月１日)。
野崎幸雄「因果関係論･総論」有泉亨監修『現代損害賠償法講座５公害･生活妨害』日本評論社(1973年)。
長谷部由紀子「損害額の認定」法学教室397号(2013年10月)。
林秀弥「裁量型課徴金制度のあり方について」名古屋大学法政論集248号(2013年３月)。
ハンスーW.ミクリッツ「欧州共同体における集合訴訟」現代消費者法11号(2011年６月)。
伴義聖･吉野芳明「はんれい最前線　談合訴訟損害額の認定に新たな潮流」判例地方自治347号(2011年11月)。
平田健治「独占禁止法における課徴金制度と不当利得返還制度の関係」判例時報1764号(2002年１月１日)。
平林英勝「最近の入札談合事件審判決の検討―談合破りに対する課徴金賦課･損害賠償請求は妥当か?―」判例タイムズ1222号(2006年12月15日)。
平林英勝「独占禁止法第１条の起草過程とその背景および意義―非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立―」筑波ロー･ジャーナル創刊号(2007年３月)。
平林英勝「最近の入札談合事件審判決にみるカルテルの立証―『共同行為によってしか説明できないかどうか』のテストおよび『真の競争者ならどうしたか』のテストの活用について―」判例タイムズ1228号(2007年)。
藤原弘道「損害及びその額の証明―鶴岡灯油事件最高裁判決を機縁に―」判例タイムズ733号(1990年10月１日)。
舟田正之「カルテルと損害賠償請求請求(２)―民法上の不法行為」別冊ジュリスト110号(1991

年３月）。
舟田正之「昭和60年度重要判例解説」ジュリスト臨時増刊862号(1986年6月10日）。
本城昇「市場メカニズムと競争政策･消費者政策」公正取引525号(1994年7月)。
本間重紀「鶴岡灯油訴訟最高裁判決の批判的検討―勧告審決認定事実の拘束力を中心に」法律時報62巻４号(1990年４月)。
前田陽一「民法四一六条と不法行為」『民法判例百選Ⅱ』別冊ジュリスト176号(2005年４月)。
正田彬「灯油裁判と最高裁」法律時報62巻３号(1990年３月１日）。
松岡勝美「消費者像の多様性と『消費者市民』（２）」アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)第87号(2010年12月)。
松下満雄「競争環境整備のための民事的救済」別冊NBL44号(1997年)。
松本恒雄「競争政策と消費者政策」公正取引558号(1997年４月)。
三木浩一「集団的消費者被害救済制度の展望と課題」現代消費者法８号(2010年９月)。
水野謙「損害論の現在―権利侵害ないし法益侵害との関係に注目して」ジュリスト1253号(2003年10月１日)。
宮下修一「消費者法」法律時報83巻13号(2011年)。
宮本康昭「最高裁判決における事実認定過程の検討―第二審仙台高裁秋田支部判決と対比して」法律時報62巻３号(1990年３月１日）。
向田直範「消費者利益の確保と競争政策」公正取引717号(2010年７月)。
村上政博「独占禁止法違反行為にもとづく損害賠償請求における損害論の到達点」判例タイムズ957号(1998年２月１日)。
村上政博「カルテルに対する制裁措置―刑事罰と課徴金に関する立法政策論」ジュリスト1231号(2002年10月１日)。
藪口康夫「独禁法違反民事賠償訴訟における損害額の証明－横須賀米軍基地建設談合事件第一審判決(横浜地裁川崎支部平成６年３月17日判決判タ839号289頁)を契機として－」判例タイムズ868号(1995年４月１日)。
藪口康夫「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の証明」民訴雑誌48号(2002年)。
藪口康夫「独禁法違反損害賠償請求訴訟における損害額の算定と証明」アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)第69号(2001年12月)。
遊田純一「独禁法における課徴金制度の見直しについて」立命館法政論集第５号（2007年)。
横井徹「不法行為法における損害の帰責基準について」中京大学大学院生法学研究論集(1990年３年19日)。
好美清光=竹下守夫「イタイイタイ病第１次訴訟第１審判決の法的検討」判例時報646号(1971年12月１日)。
吉村良一 「ドイツ法における財産的損害概念」立命館法学(1980年)。
若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(1)―ドイツにおける判例の検討を中心に―」立命館法学248号(1996年)。
若林三奈「法的概念としての『損害』の意義（２）―ドイツにおける判例の検討を中心に―」立命館法学251号(1997年)。
和田建夫「価格カルテルと消費者の損害賠償請求」別冊ジュリスト200号(2010年６月)。

３)その他
(１)日本

公正取引委員会「独占禁止法第二五条に基づく損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法等について」ジュリスト983号(1991年７月15日)。
独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度に関する研究会「独占禁止法違反行為に係る民事的救済制度の整備について」(平成11年10月)。
内閣府「平成20年版国民生活白書」。
http://www5.cao.go.jp/seikatsu/whitepaper/h20/10_pdf/01_honpen/pdf/08sh_0201_05.pdf
日本公正取引委員会平成24年度年次報告。
http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h24/index.html
http://www.jftc.go.jp/dk/seido/katyokin.html
日本主婦連合会。
http://shufuren.net/modules/tinyd4/index.php?id=2
上杉秋則「規制改革と競争政策」。
www.esri.go.jp/jp/others/kanko_sbubble/analysis07_08.pdf
山田務「カルテル・入札談合に対する課徴金減免制度の新設の効果と課題」日本総研(2009年９月２日)。
http://www.jri.co.jp/MediaLibrary/file/report/policy/pdf/2543.pdf
http://www.geocities.jp/ttovy42195km/newpage57.html
http://sakura.canvas.ne.jp/spr/h-minami/note-kiseikanwa.htm

(1)外国

アメリカ連邦取引委員会www.ftc.gov/ftc/about.shtm
European Commission, XXXIInd Report on Competition Policy 2002。
OECD Global Forum on Competition, The Interface between Competition and Consumer Policies, DAF/COMP/GF(2008)10。
http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0344:EN:HTML
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0001:EN:NOT

２.韓国

１)単行本

イ･ホヨン, “独占規制法－争点と判例－”, ホンムン社, 2005年(이호영, “독점규제법－경쟁과 판례－”, 홍문사, 2005년).

キム･ヒョンベ, “民法学講義”, 新潮社, 2006年５月10日(김형배, “민법학강의”, 신조사, 2005년 5월 10일).

チ･ウォンリム, 民法講義, 弘文社, 2010年１月20日(지원림, “민법강의”, 홍문사, 2010년 1월 20일).

ヤン･ミョンジョ, “不当な共同行為においての‘不当性’の判断基準”, 公正取引法講義(クォン･オスン(編)), 法文社, 1996年(양명조, ‘부당한 공동행위에 있어서 “부당성” 판단기준’, “공정거래법강의(권오승(편))”, 법문사, 1996년).

２)論文

イ･ソンヒ, ‘独占禁止法上の不当な共同行為に対する損害賠償請求’, ソウル大学校博士論文,

2012年６月(이선희, ‘독점금지법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구’, 서울대학교박사논문, 2012년 6월).
イ･ムンジ, ‘公正で自由な競争は目的であるか、それとも手段であるか?:公正取引法の目的に関する通説的な見解の問題点’, 商事法研究16巻２号, 韓国商事法学会, 1997年(이문지, ‘공정하고 자유로운 경쟁은 목적인가 아니면 수단인가?:공정거래법의 목적에 관한 통설적 견해의 문제점’, 상사법연구 16권 2호, 한국상사법학회, 1997년).
イ・ホヨン, ‘消費者政策と競争政策の体系的な連携(Systematic Connection between Consumer and Competition Policies)’, 中央法学第14輯１号, 中央法学, 2012年３月(이호영, ‘소비자정책과 경쟁정책의 체계적 연계(Systematic Connection between Consumer and Competition Policies)’, 중앙법학 제14집 1호, 중앙법학, 2012년 3월).
イ･ボンイ, ‘公正取引法上の課徴金の算定と法治国家原理’, 競争法研究24巻, 韓国競争法学会, 2011年(이봉의, ‘공정거래법상 과징금 산정과 법치국가원리’, 경쟁법연구 24권, 한국경쟁법학회, 2011년).
イ･ワンヒ, ‘不当共同行為の一部期間に対するリーニエンシー(Leniency)－大法院2010. ６. 30. 宣告2010ト28915判決－’, 競争法研究20巻, 韓国競争法学会, 2012年(이완희, ‘부당공동행위의 일부 기간에 대한 리니언시(Leniency) －대법원2010. 6. 30.선고 2010두28915판결－’, 경쟁법연구 20권, 한국경쟁법학회, 2012년).
オ･ジヨン=ヨ･ジョンソン, ‘談合の消費者被害と規制効果の分析’, 消費者学研究23巻１号, 韓国消費者学会, 2012年３月(오지영･여정성, ‘담합의 소비자피해와 규제효과 분석’, 소비자학연구 23권 1호, 한국소비자학회, 2012년 3월).
オ･ジンファン, ‘独占規制法違反による損害賠償’, 法曹40巻１号, 法曹協会, 1991年１月(오진환, ‘독점규제법위반으로 인한 손해배상’, 법조 40권 1호, 법조협회, 1991년 1월).
オ･チャンス, ‘独占規制違反行為と損害賠償請求’, 弁護士:法律実務研究22輯, ソウル地方弁護士会, 1992年１月(오창수, ‘독점규제위반행위와 손해배상청구’, 변호사:법률실무연구22집, 서울지방변호사회, 1992년 1월).
キム･グァンロク, ‘證券集団訴訟の近時の動向から見た証券関連集団訴訟法の発展的改善のための提言’, 商事判例研究第26巻３号, 韓国商事判例学会, 2013年(김광록, ‘증권집단소송의 최근 동향으로 본 증권관련집단소송법의 발전적 개선을 위한 제언’,상사판례연구 제26권 3호, 한국상사판례학회, 2013년).
キム･グニョン, ‘独占規制法上の損害賠償請求訴訟の諸問題’, 比較私法第14巻１号, 韓国比較私法学会, 2007年(김구년, ‘독점규제법상 손해배상청구소송의 제문제’, 비교사법 제14권 1호, 한국비교사법학회, 2007년).
キム･チャドン, ‘公正取引法の私的執行制度の変更及びその補完方案’, 競争法研究第11巻, 韓国競争法学会, 2005年４月(김차동, ‘공정거래법의 사적 집행제도의 변경 및 그 보완방안’, 경쟁법연구 제11권, 한국경쟁법학회, 2005년 4월).
キム･チョンミン, ‘独占規制法上の損害賠償に関する研究’, ソウル大学校法学修士論文, 1997年(김정민, ‘독점규제법상 손해배상에 관한 연구’, 서울대학교 법학석사 논문, 1997년).
キム･ドゥジン, ‘独占規制法による損害賠償の私訴の活性化’, 比較私法第11巻第４号, 韓国

比較私法学会，2004年(김두진，‘독점규제법에 의한 손해배상의 사소의 활성화’，비교사법 제11권 제4호，한국비교사법학회，2004년).
キム·ユンジョン，‘独占規制法の目的としての消費者保護の意味:不公正取引行為の類型別考察’，競争法研究14巻，韓国競争法学会，2006年(김윤정，‘독점규제법의 목적으로서 소비자보호의 의미:불공정거래행위의 유형별 고찰’，경쟁법연구14권，한국경쟁법학회，2006년).
キム·ヨンガプ，‘独占規制法上の損害賠償責任’，ジャスティス30巻４号，韓国法学院，1997年(김영갑，‘독점규제법상의 손해배상책임’，저스티스30권 4호，한국법학원，1997년).
クォン·ナムフン，‘カルテル申告者減免(Leniency)制度の経済分析’，2010年上半期法·経済分析グループ(LEG)研究報告書，2010年(권남훈，‘자진신고자감면(Leniency)제도의 경제분석’，2010년상반기 법·경제분석그룹(LEG)연구보고서，2010년).
クォン·ヒョッゼ，‘弁論全体の趣旨による損害賠償額の決定’，法曹60巻9号，法曹協会，2011年9月(권혁재，‘변론전체 취지에 의한 손해배상액의 결정’，법조 60권 9호，법조협회，2011년 9월).
シン·ドウク，‘入札談合による損害賠償請求訴訟における争点－ソウル高等法院2009.12.30.宣告2007ナ25157判決及びソウル中央地法法院2007.1.13.宣告2001カ合10682判決において判示した損害額の算定方法及び経済学的論証に対する規範的統制を中心に－’，法曹通巻646号，法曹協会、2010年９月(신도욱，‘입찰담합으로 인한 손해배상청구소송에 있어서의 쟁점－서울고등법원2009.12.30.선고2007나25157판결 및 서울중앙지방법원 2007.1.13.선고2001가합10682판결에서 판시한 손해액산정방법 및 경제학적 논증에 대한 규범적 통제를 중심으로－’，법조통권646호，법조협회，2010년 9월).
シン·ドンヒョン，‘民法上の損害の概念－不法行為を中心に’，ソウル大学校博士論文，2010年(신동현，‘민법상의 손해의 개념 －불법행위를 중심으로’，서울대학교 박사논문，2010년).
チ·グァンソク，‘談合規制の適正性に関する考察:課徴金の規模と算定の手続を中心に’，国家政策研究27巻１号，中央大学校国家政策研究所，2013年(지광석，‘담합규제의 적정성에 대한 고찰:과징금의 규모와 산정절차를 중심으로’，국가정책연구 27권 1호，중앙대학교 국가정책연구소，2013년).
チェ·ジェホ，‘ドイツ競争制限禁止法上の損害の転嫁’，競争法研究15巻，韓国競争法学会，2007年(최재호，‘독일 경쟁제한금지법상의 손해의 전가’，경쟁법연구 15권，한국경쟁법학회，2007년).
チェ·ジェホ，‘ドイツ競争制限禁止法上の損害賠償に関する研究’，高麗大学校修士論文，2007年(최재호，‘독일 경쟁제한금지법상 손해배상에 관한 연구’，고려대학교 석사논문，2007년).
チャン·スンファ，‘独占禁止法上の損害賠償請求訴訟と是正措置の拘束力’，判例月報第247号，判例月報社，1991年(장승화，‘독점금지법상 손해배상청구소송과 시정조치의 구속력’，판례월보 제247호，판례월보사，1991년).
チャン·スンファ，‘独占禁止法上の差止請求と損害賠償請求’，人権と正義，大韓弁護士協会，2001年７月(장승화，‘독점금지법상 금지청구와 손해배상청구’，인권과 정의，대한

변호사협회, 2001년 7월).
チャン·ヘリム, ‘損害の転嫁と独占規制法56条１項の“損害”の概念及びその範囲－passing on defence 問題を中心に－’, 比較私法14巻４号, 韓国比較私法学会, 2007年12月(장혜림, ‘손해의 전가와 독점규제법 56조 1항의 “손해”의 개념 및 범위－passing on defence문제를 중심으로－’, 비교사법 14권 4호, 한국비교사법학회, 2007년 12월).
チャン·ヘリム, ‘独占規制法違反行為者を被告とする間接購入者の損害賠償請求訴訟の法的問題’, 商事法研究27巻1号, 韓国商事法学会, 2008年(장혜림, ‘독점규제법 위반행위자를 피고로 하는 간접구매자의 손해배상청구소송의 법적 문제’, 상사법연구 27권 1호, 한국상사법학회, 2008년).
チュウ·ジンヨル, ‘近年の公正取引関連集団訴訟制度の導入のための公正取引法改正案に関する考察’, 法学論叢29巻４号, 漢陽大学校法学研究所, 2012年(주진열, 최근 공정거래 관련 집단소송제 도입을 위한 공정거래법개정안에 대한 고찰’, 법학논총 29권 4호, 한양대학교법학연구소, 2012년).
チョン·ビョンドク, ‘独占規制法上の損害賠償制度に関する研究’, 経営法律第21巻第１号, 韓国経営法律学会, 2010年10月(정병덕, ‘독점규제법상의 손해배상제도에 관한 연구’, 경영법률 제21권 제1호, 한국경영법률학회, 2010년 10월).
パク·ソンヨン=オ·ドンヒョン, ‘消費者政策の側面からの規制緩和政策の方向’, 消費者問題研究第36号, 韓国消費者院, 2009年10月(박성용·오동현, ‘소비자정책측면에서 규제완화정책의 방향’, 소비자문제연구 제36호, 한국소비자원, 2009년 10월).
パク·ウンギル, ‘不法行為においての因果関係の役割’, 法学研究19巻, 韓国法学会, 2005年(박운길, ‘불법행위에 있어서 인과관계의 역할’, 법학연구 19권, 한국법학회, 2005년).
パク·ヒョンジュン, ‘独占規制法の私的執行に関する研究’, ソウル大学校修士学位論文, 2002年２月(박형준, ‘독점규제법의 사적집행에 관한 연구’, 서울대학교석사학위논문, 2002년 2월).
ホン·デシキ, ‘公正取引法上の損害賠償制度の現況と課題’, 公正競争98号, 韓国公正競争協会, 2003年(홍대식, ‘공정거래법상 손해배상제도의 현황과 과제’, 공정경쟁98호, 한국공정경쟁협회, 2003년).
ホン·デシキ, ‘公正取引上の損害賠償請求－実務の観点から－’, 経営法律, 2003年３月(홍대식, ‘공정거래법상 손해배상청구－실무의 관점에서－’, 경영법률, 2003년 3월).
ホン·デシキ, ‘カルテルによる損害額の算定:理論と実際’, 比較私法第14巻第３号, 韓国比較私法学会, 2007年(홍대식, ‘카르텔로 인한 손해액의 산정:이론과 실제’, 비교사법 제14권 제3호, 한국비교사법학회, 2007년).
ホン·チュンイ, ‘独占規制法違反行為と損害賠償責任’, 企業法研究第５輯, 韓国企業法学会, 2000年４月(홍춘의, ‘독점규제법 위반행위와 손해배상책임’, 기업법연구 제5집, 한국기업법학회, 2000년 4월).
ユン·テヨン, ‘競争秩序違反行為に対する不法行為責任’, 比較私法第14巻１号, 韓国比較私法学会, 2007年(윤태영, ‘경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임’, 비교사법 제14권 1호, 한국비교사법학회, 2007년).

３)その他

公正取引委員会審決事例30選(공정거래위원회심결사례30선).
http://www.ftc.go.kr/policy/compet/ftc30Notion.jsp
韓国消費者院, “2012消費者被害救済年報及び事例集”, 2013年４月(한국소비자원, “2012년소비자피해구제연보 및 사례집”, 2013년 4월).
https://www.kca.go.kr/modules/board/list.jsp?boardConfigNo=158&menuNo=311)
経実連2012年11月22日(경실련2012년 11월 22일).
http://www.ccej.or.kr/index.php?document_srl=346664
ニュシス2012年６月４日記事(뉴시스2012년 6월 4일 기사).
http://www.newsis.com
東亜日報2011年10月27日記事(동아일보2011년 10월 27일기사).
http://news.donga.com/3/all/20111027/41424195/1
参与連帯, ‘談合に係る課徴金制度の問題点とその代案’, イシューレポート, 2010年８月19日(참여연대, ‘담합에 관한 과징금제도의 문제점과 그 대안’, 이슈리포트, 2010년 8월 19일).http://www.peoplepower21.org/PSPD_press/779834
参与連帯, ‘公取委の課徴金制度、根本的な改革がなされるべき’, イシューレポート, 2010年10月20日(참여연대, ‘공정위의 과징금제도, 근본적인 개혁이 이루어져야’, 이슈리포트, 2010년 10월 20일).
http://www.peoplepower21.org/PSPD_press/779834
ハンキョレ新聞2013年３月25日記事(한겨레신문 2013년 3월 25일기사).
http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/579525.html