

独禁法上の損害賠償請求訴訟における 損害額認定制度の活用

— 日本と韓国の比較を中心にして —

権 敬 殷*

- I はじめに
- II 独禁法違反行為による損害
- III 日本民事訴訟法 248 条の損害額認定制度
- IV 韓国独占禁止法 57 条の損害額認定制度
- V 損害額認定制度の適用例
- VI 結びに代えて

I はじめに

事業者等の独占禁止法（以下、独禁法という）違反行為によって乱された市場を正す方法としては、大きく公法的規制と私法的規制に分けることができる。前者は、おおむね、公正取引委員会（以下、公取委という）による各種の制裁や刑事罰等によるものであり、後者は、取消や無効等の民法法理を適用するか、差止請求権や損害賠償請求権等の提起による規律を言う。

世界的な規制緩和の流れにより、近年は、後者、特に被害者による損害賠償訴訟の提起が注目されるようになった。訴訟の国とも知られるアメリカでは、事業者等の独禁法違反行為に対して 2007 や 2008 年に提起された訴訟のうち私訴が占める比率はおよそ 97～98% にものぼったとされる¹⁾。独禁法違反行為は、そのほとんどが私人間の取引から発生するものなので、被害者（消費者）が訴訟を提起し賠償を受けることは近代の私法原理に照らせばごく当然のことである。損害

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 14 巻第 2 号 2015 年 7 月 ISSN 1347 - 0388

※ 法政大学経済学部兼任講師

賠償訴訟が活性化することで、独禁法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、違反行為者にとっても違反行為への誘引がなくなるという効果が期待できる。

市場における自由で公正な競争を維持・促進することによって消費者の厚生を確保しようとする日本や韓国の独禁法にも、このような損害賠償請求権が定められている。日本の独禁法 25 条には、事業者等が一定の違反行為をした場合、その被害者は損害賠償訴訟を提起することができ、そのときの事業者等の責任は無過失責任であること、同訴訟は公取委による審決が確定した後に提起できること（審決前置主義）や東京高等裁判所の専属管轄下にあること、及び同条の請求権は3年の消滅時効にかかること、等が定められている。それに対して、韓国の独禁法 56 条には、日本と異なり、違反行為の対象を制限してはいない。また、事業者等は過失責任を負うが、その代わり故意・過失がなかったことの立証責任は事業者等にある（立証責任の転換）。日本のような審決前置主義や専属管轄及び消滅時効等は設けられておらず、そのため、現在の韓国の独禁法 56 条は、民法上の不法行為に基づく損害賠償規定と似たような体裁となっている。一つ大きな相違点といえば、損害額認定制度（同法 57 条）を導入していることである。

このように、一見全く異なる運用をしているかのように見える両国の独禁法上の損害賠償規定であるが、いずれの法制も被害者が損害賠償を容易に請求できる仕組みになっていることには共通点がある。そうすると、同訴訟は、実際において活発に提起されているのであろうか。これについての答えは残念ながら否定的としか言わざるを得ない²⁾。その原因はどこにあるだろうか。

多くの理由を挙げることができようが³⁾、最も大きな理由としては、やはり損害の立証（損害の存在やその額に関する立証）の困難にあると言わなければならない。つまり、損害賠償を請求する原告は、不法行為の成立要件である違反行為

1) 2007年訴訟が提起された1009件のうち26件、2008年に訴訟提起された1272件のうち30件だけが政府訴訟によるものであったとされる（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方法院 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）275頁）。

の存在、故意・過失、違法性、損害の存在やその額について立証する必要があるが、実際の訴訟において損害以外の要件は、実はそれほど問題にはならない。なぜなら、鋭い監視網を張って事業者等の事業活動を常に監視している公取委により違反行為のほとんどは把握されている可能性が高いからである。反面、損害に係る立証の問題は、独禁法違反行為に基づく損害賠償訴訟の提訴を妨げる最も大きな原因として認識されている。いわば、同訴訟の勝敗は損害の立証にかかっているとと言っても過言ではなく、損害の立証は実際の訴訟で原告や被告が最も尖鋭に対立する場面でもある。その代表的な事案となったのが、下記の日本の鶴岡灯油事件や韓国の軍納油類入札談合事件であった（後述のⅡ 1.(1)を参照）。

ところで、原告が損害の存在やその額を立証するためには、まずその証拠を手に入れることが重要である。しかし、独禁法違反行為の場合、その証拠は事業者側に偏在していることが多く、またそのほとんどは隠匿されている。さらに、独禁法違反行為による損害は経済や市場による影響を多く受けるため、その証明を原告に求めることは不可能なことを強いるのと同じことである。そこで、日本の民訴法 248 条や韓国の独禁法 57 条は、被害者（原告）が損害額を立証することの困難を解決するために損害額認定制度を定めている。制定当初、損害額認定制度は独禁法関連の損害賠償訴訟において積極的に活用されることが期待されていた。そうすると、本制度は、その後、有用に活用されているのであろうか。

-
- 2) 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 件程度であったとされる。5 年後の 2004 年になっても提起件数はあまり増えておらず、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 月末までに独禁法 25 条訴訟は 17 件が提起されたという。また、公正取引委員会による平成 21 年度年次報告によれば、平成 21 年度末の時点で係属中の独禁法 25 条訴訟は 7 件に止まっている（http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h21/div02/div_02_04.html）。
- 3) 例えば、①この制度によらなくても、公取委の行政規制により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事実上、制裁の権限に関し公取委が独占的な地位を占めているため、逆にこれが他の制度の活用を妨げていること、③訴訟で問題を解決することを忌避する社会的な風潮があること、④制度がまだ完備されていないため、現実の必要性があるにもかかわらず十分に利用されていないこと、等を挙げることができる。

これについては、後でみるように、日本では特に、入札談合事件における損害額の判断に本制度が活用されることで、その判断基準や損害額の認定水準が徐々に蓄積されている状況である。それに対して、韓国は、それほど制度が活用されていない印象が強い。したがって、損害額認定についてこれまで日本の裁判所が判断してきた内容は、今後、同類の事件が韓国の裁判所で問題となったときに、良い参考資料として活用されることが期待される。

そこで、下記においては、事業者等による独禁法違反行為によって損害を受けた被害者が損害賠償訴訟を提起した際に大きなハードルとして認識される損害額の証明について、原告の立証責任を軽減する目的で導入された損害額認定制度と関連し、日本や韓国での議論の状況を見てみたいと思う。

II 独禁法違反行為による損害

1. 独禁法違反行為による損害とは何か

日本や韓国の通説⁴⁾や判例⁵⁾は、損害賠償の範囲を相当因果関係説に基づいて判断する。そもそも因果関係は、「あれなければこれなし (conditio sine qua non)」という意味で使われる場合と、帰責の関係を意味する場合とに分けることができるが、日本や韓国では相当因果関係を主に後者の意味において、しかも法的因果関係を意味するものとして理解する⁶⁾。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が判断された上で、政策的な価値判断に基づいて賠償範囲を制限する方法で確定される。そこで、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」⁷⁾として、「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

4) 鳩山秀夫『日本債権法総論(初版)』岩波書店(1919年)61頁、我妻栄『民法案内7債権総論上』勁草書房(2008年2月)259-260頁、奥田昌道『新版注釈民法』有斐閣(2011年12月)260・339頁以下、小野秀誠『債権総論』信山社(2013年9月)129-130頁、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。チ・ウォンリム『民法講義』(弘文社、2010年1月)1070・1691・1695頁、キム・ヒョンベ『民法学講義』(新潮社、2006年5月)1377頁、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)119頁。

れた後の現在の利益の状態との差」と定義される⁸⁾。

このような差額説に基づいて損害を観念することは、独禁法違反行為による損害を考える際も異ならない。例えば、日本の鶴岡灯油事件においても、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」であり、結局、被害者が受けた損害は、現実の小売価格と想定小売価格との差額であると理解する。一方、韓国の軍納油類入

-
- 5) 日本では、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、裁判所が初めて、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、不法行為法にも相当因果関係論の適用（民法416条の類推適用）を肯定した。

一方、韓国の場合は、大法院1977年8月23日宣告77ダ686判決において、「被害を加害者・被害者のどちらに負担させるのが公平の原則からみて妥当であるかを定める民事紛争において、その因果関係は、科学的因果関係ではなく法定的見地から判断される因果関係でなければならない」と判断している。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、その具体的な損害の額を証明することが事案の性質上困難な場合、裁判所は、……関連する全ての間接事実を総合し損害の額を判断することができ、その場合には、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。

- 6) 潮見佳男『不法行為法I』信山社（2002年）352頁。
- 7) 日本でも、損害を「法益について被った不利益」とであると一般に説明する（西原道雄『『損害』とはなにか——債務不履行、不法行為における——』ジュリ増刊民法の争点II（1985年）28頁、若林三奈「法益概念としての『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）。
- 8) 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する。例えば、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」とされるが、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いう。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説明する。それ故、狭義の損害論は、個々の被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、具体的な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あるという。

札談合事件でも、「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、「想定競争価格」という）との差額である」と同様に判断する。この二つの事案は、本論文において主な題材でもあるので、事案の概要を下記において簡略で紹介する。

(1) 鶴岡灯油事件

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て生活していた消費者1654名が、石油元売業者らが行なった価格協定により損害を被ったとして、民法709条に基づき損害賠償を求めた事案である。

第一審（山形地裁鶴岡支判昭和56年3月31日判時997号18頁）は、「石油元売業者らによる生産調整及び価格協定は、独禁法が禁じる違反行為に該当するが（昭和52年改正前の独禁法8条1項及び同3条後段に該当）、原告は、当該各違反行為と損害（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立証できなかった」として、原告の請求を棄却した。

しかし、原審（仙台高裁秋田支判昭和60年3月26日判タ553号92頁）は、原告が被った損害（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、これに基づき原告の損害を算定した。

これに対し、最高裁（最判平成元年12年8日民集43巻11号1259頁）は、本件損害賠償請求では、「(1) 価格協定の実施と購入価格上昇の間の因果関係の存在、(2) 当該価格協定の実施がなければ、現実購入価格よりも安い想定購入価格が形成されていたといえることの立証が必要であり、その主張・立証責任は、消費者において負担すべき」と判断した上で、「価格協定の実施当時から消費者の購入時点までに当該商品の小売価格の形成の前提となる経済条件、市場構造等に変動があったと認められる本件では、直前価格をもって想定購入価格とすることはできず、前記(2)の要件は立証されていない」として、原判決を破棄した。

(2) 軍納油類入札談合事件

1998年から2000年まで韓国政府が行った軍納油類入札において、精油会社5社が事前に落札会社を決めるなどして談合し落札を受けたことで損害を受けたと主張する韓国政府が、5社に対し韓国民法の不法行為責任に基づく損害賠償訴訟を提起した事案である。

第一審（ソウル中央地方裁判所 2007年1月23日宣告 2001ガ合 10682判決）は、被告らの行為が独禁法違反行為であることを認め、二重差分法という計量経済学的手法によって算出した損害額約810億ウォンを被告らが連帯して韓国政府に賠償するよう命じた⁹⁾。

これに対し、原審（ソウル高等裁判所 2009年12月30日宣告 2007ナ 25157判決）は、第一審判決が用いた二重差分法に基づく損害額の算定は誤りであるとして、標準市場比較法を採用し独自の方法で損害額を算定した¹⁰⁾。

しかし、韓国の大法院（大法院 2011年7月28日宣告 2010ダ 18850判決）は、まず、韓国政府が被ったと主張する損害は、精油会社5社の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想定競争価格との差額であるとした上で、ここでいう「想定競争価格」を標準市場比較法に基づいて算定した原審の判断には法理解釈の誤りがあると判断した。その上で、精油会社の談合によって韓国政府が従来の内需価連動方式から年間固定価方式にその入札方法を変えて契約を締結したことと、それによって韓国政府が被った損

9) 第一審は、完全競争市場として知られるシンガポール現物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の下で算出される、談合がなかったならば形成され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もって損害として認定する結果に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すべきとした。

10) 原審は、計量経済学的分析方法によって損害額を算定するのが合理的であることには間違いはないが、経済的論証に対する裁判所の規範的統制が困難であるという問題がある他、各モデルによる偏差値の差が5倍にもものぼることや、計量経済学的算定方法の不確実性による利益が被告らに与えられてしまい、その結果、原告には過少賠償がなされる惧れがあるので、標準市場比較法に基づき、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（Means of Platt's Singapore：シンガポール現物市場で形成された取引価格）や政府の会計基準による付帯費用等を合算し、それにさらに、原告にとって最も少ない損害額が算出される偏差値を適用して得た金額を加算した合計額を差し引くことで算出された金額が原告の損害額であると判断した。

害との間には相当因果関係がないとして、事件を原審に差し戻した¹¹⁾。

この二つの事案に共通しているのは、事業者等の独禁法違反行為と原告の損害との間には様々な経済的要因が絡んでいるため、原告に立証責任のある損害額の証明が簡単にはできなかつたことである。つまり、日本の鶴岡灯油事件では、損害の発生自体は認められながら、損害の額の証明ができなかつたために請求が棄却された事案として位置づけられており¹²⁾、反面、韓国の軍納油類入札談合事件では、損害額の算定のために必要な「想定競争価格」を割り出す方法として原告や被告が用いた計量経済学的手法がいずれも妥当ではないと判断され、損害額の算定が立証不能になった事案として位置づけられている。

2. 「想定競争価格」の算定方法

損害額の立証は証拠に基づいて行なわれる事実認定に関する問題である¹³⁾。そして、上記にも述べたように、独禁法違反行為による損害とは、通常、当該違反行為によって形成された現実の価格から、違反行為がなかったならば存在したであろう想定競争価格を差引いた差額であると説明される。ここで分かるように、

11) 差戻審では、精油会社らが1355億ウォンを韓国政府に支払う旨の和解が成立し、事案は終結した。

12) 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)29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)29頁、舟田正之「昭和60年度重要判例解説」ジュリ臨時増刊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——」判タ733号(1990年10月1日)4頁、赤松美登里「石油カルテル損害賠償請求事件」別冊ジュリ135号(1995年11月)200頁、岡田外司博「カルテルと損害賠償責任(2)」別冊ジュリ141号(1997年3月)249頁、上原敏夫「統計学的立証の可否——鶴岡灯油訴訟」別冊ジュリ115号(1992年2月)139頁等がある。これらの意見は、損害発生の実事とその金銭的評価の問題は区別しなければならず、前者については原告が証明責任を負うが、後者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)という。その上で、本判決や控訴審判決が損害の問題として論じているのは、実は、後者に係る問題であると指摘する。それに対して、本件は、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する考え方もある。その具体的な内容は、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、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161号(2002年3月)239頁、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)12頁を参照。

独禁法違反行為による損害を考える際には、想定競争価格の判断がその前提になることが少なくない。しかし、実際において、違反行為がなかったならば存在したであろう想定競争価格を算定・立証することは決して簡単なことではない。

これまでに、独禁法違反行為における想定競争価格を推定する方法として用いられてきた方法は、競争法の執行が非常に発達していると知られるアメリカ判例法で発展した計量経済学による手法である。前後比較法 (before and after comparison method)¹⁴⁾、物差理論 (yardstick or benchmark method)¹⁵⁾、市場占拠率理論 (Market Share Theory)¹⁶⁾、二重差分法 (difference in difference method)¹⁷⁾ と呼ばれるものがそれである。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これらの方法が用いられており、例えば、前者では前後比較法が、後者は標準市場比較法 (原審) と前後比較法及び重回帰分析法を組み合わせた二重差分法 (第一審) が用いられた。

これらの方法はいずれも経済学及び統計学に基づいて想定競争価格を推定するものであり、ある程度公正でかつ合理的な推定方法であると評価される¹⁸⁾。その代わり、相当なレベルの統計学や経済学の知識が求められるため計算自体が容易ではないという問題がある。また、算定に用いられるべき基礎資料のほとんどが当事者ではなく外部に存在することが多いため、妥当な損害額を算定するのに

13) 日本旧民法証拠編 8 条は、後述の通り、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される (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)。

14) 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、違反行為が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方法である。

15) 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。

16) 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た上で、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方法である。

17) いわば、前後比較法と標準市場比較法を組み合わせた方法である。特に、この方法は、違反行為期間とその前または後の市場、違反行為が行われた市場と標準市場の間に存在する構造的な違いを排除した上で、専ら違反行為によってもたらされた影響のみを抽出することを試みる。

必要な正確なデータを収集することが困難であることも問題点として指摘される。そのことから、もし不正確なデータに基づいて競争価格が推定される場合は、分析者の恣意が介する懸念があり、推定された競争価格についても信頼が損なわれる可能性もあり得る。

このように、独禁法違反行為による損害額の算定には多くの場面で想定競争価格の問題が立ちだかるため、原告が裁判所に対し心証が得られるほどの立証をすることは非常に難しく、また、上記の方法を用いて損害額を算定したとしても、どの方法を用いるかによって算出額に大きな差が生じる可能性も否定できない。そこで、もし原告や被告が損害額の算定にそれぞれ異なる方法を主張した場合には、裁判官がいかにかそれを規範的に統制するかが問題になる¹⁹⁾。これが浮き彫りにされたのが、韓国の軍納油類談合事件であった。

しかし、いくら損害額の算定が困難であるとしても、それによる反射的利益を不法行為者に享受させることは妥当ではないし、何より、原告の賠償を受ける権利が侵害されるような事態は防がなければならない。そこで、日本では、原告の損害額の立証責任を軽減させる目的で、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た。同条の制定においては、鶴岡灯油事件がその契機となったと言われており、同事案で最高裁が

18) 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——」判タ868号(1995年4月1日)42頁。また、損害額の算定方法やアメリカの判例についての詳しい内容は、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)87-104頁を参照。

19) 前述の通り、本件において、第一審は重回帰分析による二重差分法を、原審は標準市場比較法を採用して損害額を算定したが、原審の標準市場比較法については、談合行為後の価格形成に与えた経済的影響までが含まれており、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して、韓国の大法院は、原審の判断を破棄している。これをもって、韓国の大法院は、二重差分法にもとづいて損害額を算定することを求めていると見るべきかが問題になるが、そのように捉える必要はないであろう。なぜなら、韓国の大法院が示しているのは、談合行為と無関係な価格形成要因による影響を最大限排除できる方法で損害額を算定することを求めているだけであり、損害額の算定について原審が採用した標準市場比較法が間違っていることを指摘しているわけではないからである。つまり、どの方法でも、もしそれが適切な損害額を算定することができる方法であれば、特定の方法だけに固執する必要はないことを大法院は言っていると理解すべきであろう。

「損害額の立証ができないことを理由に、原告の請求を棄却した」ことについて痛烈な批判がなされたことは周知の通りである。このような背景から導入された日本民訴法 248 条は、「損害額の認定」という見出しの下で、「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。日本民訴法 248 条は、その後、2004 年の韓国独禁法改正の際に同法 57 条において損害額認定制度を導入させるのに大きく影響している。そして、韓国の独禁法 57 条に定められた損害額認定制度は、同法における損害賠償請求訴訟を活性化させるということに主な目的があった。

それでは、下記においては、日本民訴法 248 条に定められている損害額認定制度について、その立法沿革や法的性格及び適用範囲等について大まかに見てみることにしたい。その上で、日本から影響を受けたとされる韓国独禁法 57 条の損害額認定制度についても検討を行う。

Ⅲ 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（以下、民訴法という）248 条に定める損害額認定制度は、既に述べたように、鶴岡灯油事件を契機に平成 8 年の民訴法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民訴法（Zivilprozessordnung）287 条とされる²⁰⁾。同条は、1 項において、「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

20) 伊東俊明・前掲注 13)・52 頁。

ることができる」とし、2項において「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」としている²¹⁾。

ここで見るように、ドイツ法の規定の特徴は、損害発生の有無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ことである。この点で、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なときに適用される日本民訴法248条とは異なる。つまり、損害の発生事実を原告が証明しなければならない日本民訴法248条よりもその適用範囲が広い²²⁾といえる。

本制度が日本民訴法に定められるまで、損害額認定制度に係る議論が日本で全く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ついての規定は存在しなかったものの、明治民訴法制定草案や訴訟法取調委員会による中間案等においては、関連規定が盛り込まれていた²³⁾。さらに、明治23年に公布されたボワソナード民法典にも、証拠編8条で損害額の認定規定を確認することができる。明治民訴法が結果的に損害額認定規定を採用しなかった理由については、民訴法ではなく民法で同制度を規定すべきと考えた当時の民訴法立法担当者の判断によるものとされる。そして、旧民法証拠編8条に定められていた損害額認定は、事実証明の問題というよりも裁判所の裁量評価の問題として捉えられていたという²⁴⁾。

ボワソナード民法典は実施されなかった上、民訴法上にも損害額算定規定が設けられなかったため、従来、実務では、例えば、精神的損害である慰謝料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は、諸般の事情を斟酌し裁判官が裁量によって損害額を算定するという手法が採られていた²⁵⁾。しかし、財産的な損害については、依然として裁判所の裁量による損害額の評価は許されなかった。そこで、学説は、財産的損害についても、もしそれが損害の性質上その

21) 翻訳は、伊東俊明・前掲注13)・53頁によるものである。

22) これは、後で見る韓国の独禁法57条においても同様である。

23) その詳細については、伊東俊明・前掲注13)・43-52頁を参照。

24) 伊東俊明・前掲注13)・52頁。

額を立証することが極めて困難であるときには、ドイツ民訴法 287 条を援用して訴訟に現われた全ての事情を参酌し相当と認められる損害額を認定すべき旨を裁判所に求めていた²⁶⁾。それに拍車をかけたのが、上記の鶴岡灯油事件であったわけである。

このように、日本の民訴法 248 条は、精神的損害の認定等に係る従来の裁判やそれを支持する学説を背景に、当事者間の公平を図ると同時に、より被害者の権利を実現するという見地からドイツ民訴法 287 条等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

日本の民訴法 248 条の法的性格については、概ね三つ通りの考え方がある²⁷⁾。

(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して理解する考え方である²⁸⁾。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、通常的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

25) 得べかりし利益の算定については、当時、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という批判がなされていた。そこで、損害額の算定は、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見解が唱えられるようになったという（藤原弘道・前掲注 12）・9 頁）。

26) 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）255-256 頁。

27) 下記の各説に関する説明については、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）413-415 頁に詳しく紹介されているので、ここではそれを引用する。

28) 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・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」判自 347 号（2011 年 11 月）12 頁-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 1262 号（2004 年 2 月 15 日）158 頁、伊東俊明・前掲注 13）・57 頁等。

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ぬと説明する。また、原則的証明度を「証拠の優越」または「優越的蓋然性」と捉えると、民訴法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ほとんどは、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、民訴法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²⁹⁾。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である³⁰⁾。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

29) 春日偉知郎「『相当な損害額』の認定」ジュリ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」判タ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挙げる。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。」と説明する(同書471頁)。

30) 春日偉知郎・前掲注26)・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であるとして考えるべきと主張する。

度が高いとされる。しかし、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がある。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、裁量評価説と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。

(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³¹⁾。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にするが、民訴法 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。

このような各説の対立、特に証明度軽減説と裁量評価説の対立が目立つが、これについては、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、実際には対立するものではないとする考え方³²⁾がある。つまり、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

31) 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『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』日本評論社（2010 年）129 頁。

32) 伊東俊明・前掲注 13)・57 頁。

請求が棄却されるべきではない」ということであり、これに基づいて日本の旧民法証拠編8条は、損害額を証明の対象にせず裁判所の裁量に基づく評価に委ねるという規律をしていたのに対し、(立法担当者の理解によると)民法248条は、損害額についての証明責任ルールを前提に損害額それ自体が証明の対象になると捉えた上で、損害額に係る証明度軽減を図るという規律をしていることを指摘する。また、損害額認定のプロセスを当事者が損害額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ならば³³⁾、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る、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なのは審理の段階であり、評価の段階は裁判所の裁量に委ねられているので、結局、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変わらないとして、議論の実益に疑問を呈する考え方³⁴⁾があるが、これも同じ理解に立っているように考えられる。

しかし、裁量評価説からは、証明度軽減説よりも同説が民法248条をより柔軟で広い範囲の事案に適用できるという反論³⁵⁾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、過去に生じ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、民法248条による証明度の軽減の下限は優越的蓋然

33) ドイツでは、因果関係を責任創設的因果関係と責任充足的因果関係に区別し、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法286条(日本の247条に該当)による原則的証明が必要とされるが、後者(責任原因に基づく損害の賠償範囲)は、原則的証明によらず裁判所があらゆる事情を考慮して自由な心証によって判断することができるものとして理解されているという(春日偉知郎・前掲注26)・259頁)。

34) 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』判タ(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)」判時1793号6頁。

35) 三木浩一・前掲書・416-417頁。

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、損害発生的事实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。

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、それ自体推定値に過ぎず、損害額を発見するということは不可能である。また、日本民訴法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導入された制度であることを考えれば、独禁法上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たと認められる場合は、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べきである。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として理解することが妥当であろう。裁量評価説に賛同する。

3. 日本民訴法248条の適用要件

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。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³⁶⁾もこれに含まれると解すべきであろう。

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（民訴法 248 条の適用が義務付けられているか）について、肯定する考え方³⁷⁾がある。その根拠としては、最判平成 20 年 6 月 10 日判タ 1316 号 142 頁³⁸⁾を挙げている。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案であるが、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る場合、もし原告が損害の発生事実を証明したときは、裁判所は損害額の認定を行わなければならないであろう。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についてであ

36) 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（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 963 号（1990 年 9 月）、同「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 965 号（1990 年 10 月 15 日）を参照）。しかし、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には、特段の事情があるとみて本条を適用すべきであろう。同じ考え方として、春日偉知郎・前掲注 26）・260-261 頁。

37) 加藤新太郎・前掲注 29）・63 頁、伊東俊明・前掲注 13）・41 頁。

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からである。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であろうから、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。しかし、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³⁹⁾。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民訴法 248 条が用いられたことはほとんどなく、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

38) 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 ヶ所あり、「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、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 が上告した (事実の概要は、加藤新太郎・前掲注 29)・59-60 頁による)。

39) 長谷部由紀子「損害額の認定」法学教室 397 号 (2013 年 10 月) 16 頁、伊東俊明・前掲注 13)・38 頁。また、立案担当者は、証明度軽減説に立っていたとされる。

評価する。それらを幾つかの類型に分類することができようが、学説はおおむね、①慰謝料型・無形損害型・逸失利益型・将来予測型・減失動産型等の類型に分類するもの⁴⁰⁾、②回顧型損害額算定・予測型損害額算定に分類するもの⁴¹⁾、③とくに名前をつけずに検討するもの⁴²⁾、等がみられる。ここでは、①の分類方法が詳細で分かりやすいので、下記において紹介する。

(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きわめて困難な損害の典型であり、従って、当然民訴法248条の適用対象であると想定していた⁴³⁾。

しかしながら、慰謝料は、民訴法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⁴⁴⁾。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裁量評価に委ねられているとして、民訴法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、民訴法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

40) 三木浩一・前掲書・418-424頁。

41) 加藤新太郎・前掲注29)・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。

42) 長谷部由紀子・前掲注39)・17頁。

43) 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）。

44) 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広島地判平成11年2月24日判タ1023号212頁がある。本件では、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と判断された。

無形損害とは、通常、全損害から有形損害を除いたもの、ある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ひとつであり、後者によれば無形損害は慰謝料と同義である。無形損害が民訴法 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はまる。

無形損害の算定に民訴法 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⁴⁵⁾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⁴⁶⁾等がある。

(3) 逸失利益型

逸失利益を民訴法 248 条の典型的な適用対象としてとら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、逸失利益の算定はすで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民訴法 248 条の適用対象ではないとの批判がある⁴⁷⁾。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、しかし、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⁴⁸⁾。

逸失利益の算定に民訴法 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⁴⁹⁾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

45) 大阪高判平成 10 年 5 月 29 日判時 1686 号 117 頁。

46) 福岡高判平成 16 年 1 月 20 日判タ 1159 号 149 頁。

47) 山本克己・前掲書・306 頁。

48) 三木浩一・前掲書・420 頁。

49) この事案を証明度軽減説に基づいて判断した場合には、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いう（三木浩一・前掲書・420 頁）。

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日判タ1071号160頁がある。

(4) 将来予測型

将来の不確実な予測にもと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民法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、しかし、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⁵⁰⁾。将来予測型損害の事案が民法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ほとん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民法248条の適用対象であると主張する⁵¹⁾。

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⁵²⁾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、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民法248条が適用された事案⁵³⁾がある。とくに、後者において、裁判所は、損害額の認定に当たり、単に「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⁵⁴⁾。

50) 三木浩一・前掲書・421頁。

51) 三木浩一・前掲書・422頁。

(5) 減失動産型

減失した家財道具の損害額を算定する場面がこれにあたる。原則として、物の減失による損害額の算定は、日本の判例や通説によれば、減失当時の交換価値によるべきとされてきた⁵⁵⁾。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が容易ではない。そこで、裁量評価説は、このような場面には民法248条を適用し損害額を算定すべきと主張する⁵⁶⁾。

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⁵⁷⁾がある。裁判所は、損害保険会社が火災後行った査定 of 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部増額した金額が相当な損害額であると判断した⁵⁸⁾。

52) 奈良地判平成11年10月20日判タ1041号182頁、名古屋地判平成12年7月14日判時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日判タ1073号264頁、金沢地判平成17年8月8日判タ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日判タ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日判タ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日判タ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頁等。

53) 東京地判平成10年9月18日判タ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きわ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よう。

54) 三木浩一・前掲書・423頁。

55) 大連判大正15年5月22日民集5巻386頁、長谷部由紀子・前掲注39)・17頁。

56) 加藤新太郎・前掲注29)・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。

57) 東京地判平成11年8月31日判タ1013号81頁。

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、特段の事情がないかぎり、被担保債権が履行遅滞に陥ったと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日判時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判平成20年6月10日判タ1316号142頁（いわゆる採石権侵害事件）がある。

このように、日本民訴法248条は、立法当初よりもはるかにその適用範囲を広げてきているが、今後は、集団訴訟における損害額の集会的認定においても本条を適用すべきとする考え方⁵⁹⁾が見られる。日本の鶴岡灯油事件も消費者の集団的被害に対する損害賠償訴訟であったが、消費者被害の場合には、被害者一人一人が被った損害額は少額であるのに対し、その損害額を解明するためのコストが高すぎることは常に指摘されている。このような集団的被害による損害を一挙に判断できるという訴訟経済上のメリットからも、今後同訴訟において本条は積極的に活用されるべきであろう。これは、独禁法違反行為にもとづく損害賠償訴訟においても同じである。市場や経済的な要因による影響が大きく、そのため事業者等の違反行為による損害のみを算定することがきわめて困難な独禁法違反訴訟において、本条を適用し損害額を認定する必要性はさらに高まると言わなければならない。

58) 他に、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事案において、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日判タ1157号195頁等がある。

59) 三木浩一・前掲書・426-432頁を参照。

5. 日本民訴法 248 条の適用の限界

以上のように、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、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ので、裁判官は証拠資料や弁論の全趣旨、経験則、論理的整合性、公平及び一般常識等に照らし相当でかつ合理的な損害額を認定しなければならない⁶⁰⁾。また、同説は、損害額の認定は狭義の証明を要する通常的事実認定とは本質的に異なる性質のものと理解するから、民訴法 248 条を損害の存否やその他の事実認定にまで拡大して適用する余地はない。つまり、裁量評価説に基づく限り、民訴法 248 条の適用範囲は損害額の算定のみに限られる⁶¹⁾。

他方、証明度軽減説の場合にも、損害額の認定は損害発生 of 認定と同様、あくまでも事実証明の問題として理解するので、民訴法 248 条を通常的事実の証明にまで拡大して適用する可能性がある。そうすると、その放恣な拡張に対する制度的歯止めができなくなりかねないから、通常的事実認定は、証拠に基づく厳格な証明を基本としなければならない⁶²⁾。

しかし、実際の事案においては、損害額の立証が困難で民訴法 248 条を適用すべき場合でも、原・被告は、自らが正当と考える損害額の算定方法を主張し、その算定に必要な資料を提出することが必要である。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裁判官が判断した場合には、それに代わる合理的な算定方法を示さなければならない⁶³⁾。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、釈明権を行使し提出を求めるべく、判決文には、当該損害額を認定するにおいて用いられた算定方法や根拠を理由のところで明らかにすべきである。もし、裁判官が損害額を認定するに当たり合理性の欠く算定方法を用いたならば、それは判決に影響を及ぼす法令違反になるので、当事者は最高裁判所に上告することができよう⁶⁴⁾。

60) 三木浩一・前掲書・432-433 頁。

61) 三木浩一・前掲書・433 頁。

62) 三木浩一・前掲書・433 頁。

63) 長谷部由紀子・前掲注 39)・24 頁。

IV 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に、同法 57 条において損害額認定制度を新たに導入した。独禁法違反行為に係る損害について、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⁶⁵⁾とする考え方が主張されたり、あるいは、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が主張されたが⁶⁶⁾、独禁法上に同制度を設けることで決着がつけられた。同制度がどのような経緯から韓国独禁法に定められるようになったかについては詳しく論じられておらず⁶⁷⁾、ただ、2002年頃、韓国の公取委が主導した「私訴制度の活性化のための制度研究会」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とする研究が行われ、そこで議論されたおおまかな内容に基づき、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⁶⁸⁾が見られるだけである。その他、本制度は、これまで韓国の裁判所が損害額の算定におい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評価しないのもある⁶⁹⁾。後者は、本規定がなくても、韓国の裁

64) 長谷部由紀子・前掲注 39)・24 頁、春日偉知郎・前掲注 29)・76 頁。ところで、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考え方として、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)」判時 1796 号(2002 年 11 月 21 日) 9 頁がある。

65) 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ものもある。

66) 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) 82 頁。

67) 諸国の損害額認定制度について論じているものとしては、クォン・ヒョッセ「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 頁以下がある。

68) イ・ソンヒ・前掲注 4)・166 頁。

69) ホン・デシク「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 頁。

判所は一般不法行為による損害賠償責任が問題となった訴訟において、損害額の立証がないか不十分であるときには、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・判断すべきことを示してきたこと⁷⁰⁾に鑑みれば、損害額の算定に対する創造的な役割については裁判所自らが認識しており、したがって、韓国独禁法上の損害額認定制度は裁判所のそのような考え方を明確にしたものに過ぎないと主張する。この説は、損害額を算定する最終的な責任は裁判所にあるとの立場に立っていると理解してよからう。

1. 韓国独禁法 57 条の法的性格

韓国独禁法 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 条とほとんど変わらない内容になっているが、しかし、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もとづいているかが疑問である。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かかる問題となり、損害額にかか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、韓国独禁法 57 条について、立証の負担を軽減した規定と判断したのもあれば⁷¹⁾、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ていなければならず、ここでいう相当な損害額とは、多くの証拠資料にもとづいて算出された蓋然性ある金額として、裁判に呈された事実にもとづく合理的な予測を意味するものであって、単なる仮定や推測による

70) 大法院 1982 年 4 月 13 日宣告 81 다후 1045 判決。

71) ソウル高等法院 2006 年 4 月 20 日宣告 2005 나 41384 判決。

ものではない」として、原告が提出した証拠によって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⁷²⁾したのがある。

また、損害額の算定についての判断ではないが、独禁法57条の性格について韓国の裁判所がどのような立場に立っているかを垣間見ることができる判例⁷³⁾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、損害賠償請求権を行使しようとする原告としては、不法行為責任の一般原則に従い、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できると定めるドイツ民法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した判例と見ることができる。後の二つの判例をみる限り、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した場合には、それにもとづいて適切な損害額を認定する役目は裁判所にあることを示しているようにも読み取れる。しかし、韓国独禁法57条については、同条を適用した下級審判例が少ないうえ、大法院での判断は存在しないので、同条の法的性格について韓国の裁判所がどのように捉えているかは、現時点では明らかではない。

学説では、法文を見るかぎり、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もとづいて相当な損害額を認定すればそれで足りるとする考え方⁷⁴⁾がある。同説によれば、韓国独禁法57条は、裁判官に対し損害額の算定に係る裁量を与えた規定としてとらえるべきであり、同条の存在意義は次の点にあると主張する。つまり、韓国の独禁法56条にもとづく損害賠償訴訟において、もし裁判所が原告や被告

72) ソウル中央地院2009年9月11日宣告2006ガ合22710判決。

73) ソウル中央地院2009年6月11日宣告2007ガ合90505判決。

74) イ・ソンヒ・前掲注4)・169頁。

が提示した経済的証拠にもとづいて損害額を算定したならば、それは57条を適用した結果ではない。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いて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裁判所が算定したならば、それは同条による損害額の認定と見ることができると。従って、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いう。

導入からまだ歴史が浅い韓国独禁法57条における損害額認定制度の法的性格については、今後判例の蓄積や学説上のさらなる議論を待ったうえで判断するしかないと考えるが、しかし、前述したように、被害者が損害を被ったことは明らかであるにもかかわらず、独禁法違反行為の特性上その損害額を立証することがきわめて困難であるため、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れば、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ろう。したがって、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、裁判官は、弁論の全趣旨及び経験則にもとづいて裁量により損害額を認定すべきと考える⁷⁵⁾。

2. 韓国独禁法57条の適用要件及び適用範囲

韓国独禁法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きわめて困

75) 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)89頁。また、裁量評価説に基づいて判断したと考えら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で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、Xがその後産災医療管理院に医薬品を納品することができなくなり、それによって契約が解除されたとしてXがYに対し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。

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」の推定をもその射程に入れなければならないであろう。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ふからである。

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が困難である場合において適用され、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。つまり、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本条は適用されることになる。そのため、上記の韓国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経済的な要因が損害の発生に多く影響しているため、談合行為のみによって価格が引上げられたかどうかを証明できない（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立たなくなる。

そうすると、どの程度の証拠が提出されれば損害額を認定するに足る証拠が揃えられたということができるかが問題になるが、これについて軍納油類談合事件に係る判決では明らかにされていない。やはり、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もとづく損害賠償請求訴訟にも類推適用できるかについて、韓国の学説は否定説⁷⁶⁾と肯定説⁷⁷⁾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、類推適用はできないと主張する。さらに、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た制度を拡大して適用することには慎重であるべきという。これに対して、後者は、これま

76) 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）282頁、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）352-353頁。

77) イ・ソンヒ・前掲注4)・168-169頁。

で韓国の裁判所は、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、それにもと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において示してきたことを考えれば、当然類推適用すべきと主張する⁷⁸⁾。実務では、これまで、民法の不法行為責任にもとづく独禁法違反に係る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と考えられる。

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、当該事実の性質上きわめて困難」な場合と判断した事案として、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による損害額を主張した事件⁷⁹⁾において、「費用や

78) この説は、債務不履行を理由に損害賠償を請求した事案において既に独禁法 57 条の趣旨が示されているとして、大法院 2004 年 6 月 24 日宣告 2002 ダ 6951・6968 判決を挙げる。これは、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、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、その金員は、現球団への入団の対価としての意味があると同時に、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もあ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した後、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考えられるが、しかし、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とした。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額の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ほか、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など、事案に関連する全ての間接事実を総合的に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。この説によれば、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主張する。

79) 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提供する 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 に対し販売目標を設定させた上で、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させたため、同行為が、独禁法が禁じる「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。

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、そして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ほか、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、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を考えれば、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、当該事実の性質上きわめて困難な場合に該当する」と判断したのがある⁸⁰⁾。

V 損害額認定制度の適用例

1. 日本民訴法 248 条の適用

(1) 入札談合事件における活用

日本では、これまで入札談合事件において損害額認定制度を積極的に活用してきた。入札談合はカルテル行為の一つとして、通常、業者間には、「〇〇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になっている⁸¹⁾。このとき、独禁法違反行為（日本の独禁法 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⁸²⁾。

一般に、入札談合は、談合自体を証明することが非常に困難であり、仮にそれが証明され損害の発生が認められたとしても⁸³⁾、その額を原告が立証することはさらなるハードルである⁸⁴⁾。しかし、1999 年の奈良地裁判決⁸⁵⁾が入札談合事件において初めて民訴法 248 条を適用し損害賠償を認めた以降は、同条を適用し

80) 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、弁論の全趣旨および証拠調査の結果等に基づいて一定額の損害額を認定している。

81) 伴義聖ほか・前掲注 28)・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——」判タ 1228 号 73 頁。

て「相当な損害額」を認定する判決が多く出ている。

下記においては、そ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について簡略に見てみる。

(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、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）との差額である。このとき、想定落札価格は実在しない

-
- 82) 伴義聖ほか・前掲注28)・11頁。しかし、独禁法に違反する不当な取引制限に該当するためには、基本合意以外にも個別調整をも必要にするか、つまり、基本合意には参加したものの、その後の個別調整段階ではいわゆる「談合破り」があった場合に、その談合破りをした事業者に対しても同法を適用することができるかが問題となる。これについて、日本の公取委は、「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係る平成18年7月18日の審判審決）という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、直接または間接に参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とはいえない」と判断している。
- 83) 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け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場合は、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する（東條吉純・前掲注28)・156-157頁の和歌山地裁平成14年7月2日判決を参照）。しかし、損害の発生を否定した事例もある。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頁がそれであるが、前者は、継続工事が問題となった事案として、継続工事の場合は談合がなくとも他に積極的に受注を希望する業者がないことに鑑み、落札価格が下落しなかった可能性を指摘して損害の発生を否定した。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、損害の発生を否定している。
- 84) 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衛「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）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していくことを明らかにした。
- 85) 奈良地判平成11年10月20日判タ1041号182頁。以下、奈良県上水道談合住民訴訟という。

価格であるから、これを立証することは非常に難しい。従って、これには当然民訴法248条を適用して判断すべきである。

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損害額とみるべきか。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」とした上で、民訴法248条に則って、「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では、損害額の算定につき、民訴法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採られている⁸⁶⁾。

損害額の認定に用いた根拠については、公取委が課徴金の引き上げの理由として用いた推計データ⁸⁷⁾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⁸⁸⁾を挙げたり、または、談合行為が行われた期間中の談合を

86) 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1352号(2006年3月15日)141頁。

87) 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、岩本論・前掲注86)・138頁以下を参照。

88) 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(岩本論・前掲注86)・139頁)。

行った事業者の平均落札率と同期間以降のそれとの差⁸⁹⁾、あるいは、最低制限価格や統計的な証拠、等を挙げるなどして事案ごとにその根拠を異にしている。判例の中には、算定率の根拠を示していないのも多く、そのような事案では、おおむね、「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認定した⁹⁰⁾。

最低制限価格を想定落札価格や損害額認定の基礎にすることについては、これを否定する判断⁹¹⁾もあるが、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、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等の特段の事情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、肯定した判例⁹²⁾もみられる。

統計的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⁹³⁾。個別の入札はそれぞれ個性が強く、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・種類や特殊性が存在し、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い想定落札価格が形成されることがその理由である⁹⁴⁾。

一方、民訴法248条を適用して認定した損害額の水準をみると、損害額の算定

89) 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(岩本論・前掲注86)・139頁)。

90) 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日判時1944号86頁(5%)等。

91) 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。

92) 徳島地判平成15年6月13日。東條吉純・前掲注28)・158頁。

93) 東條吉純・前掲注28)・159頁。

94) 和歌山地判平成14年7月2日判決(東條吉純・前掲注28)・159頁)。

が困難である理由で同条を適用し被告に損害賠償義務を負わせる以上、控え目な金額を認定した裁判例⁹⁵⁾もみられるが、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じ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⁹⁶⁾も増えていると評価される⁹⁷⁾。他にも、談合調整金相当額⁹⁸⁾や、下請け業者に対する上乘せ分⁹⁹⁾、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にして出た額¹⁰⁰⁾、等を損害額として認定した事例もある。

他方で、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、現在は、契約書自体に談合時の違約金（損害賠償予定額）を明記することで、損害額算定の問題を解決している場合も増えているとされる¹⁰¹⁾。

2. 韓国の場合

(1) 韓国で独禁法違反行為について提起された損害賠償訴訟の経過を簡略に紹介すると、初めて同訴訟が提起されたのはチョンサン実業事件¹⁰²⁾においてである。本件は、化粧品を生産する被告から化粧品の供給を受けて被告指定の区域内で販売をしていた原告が、契約に反し当初指定された売り場以外の場所で割引価格で化粧品を販売したため、化粧品の供給を被告から中断され、それによって損

95) 東京地判平成18年4月28日判時1944号86頁、東京地判平成18年11月24日判タ1277号239号、名古屋地判平成21年12月11日判タ1330号144頁等。

96) 東京地判平成19年10月26日判タ1293号129頁、名古屋地判平成21年8月7日判タ1330号247頁、東京高判平成23年3月23頁判自344号15頁等。

97) 伴義聖ほか・前掲注28)・13頁。

98) 大阪地判平成12年3月31日判例（東條吉純・前掲注28)・158頁）。

99) 名古屋地判平成12年7月14日判自207号29頁。

100) 津地判平成12年12月7日審決集47巻702頁。

101) 伴義聖ほか・前掲注28)・14頁。和泉澤衛・前掲注84)・27頁によれば、違約金の水準は、国（国土交通省）が発注者の場合は請負契約金額のおよそ10%となっており、地方公共団体もおおむねそれに沿って締結することが多いとされる。近年、韓国でも、公共機関発注の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つつある。例えば、契約金額の10%等を談合時の制裁金または損害賠償予定額として明記し、実際談合が行なわれた場合にはそれに従って賠償を受けている。

102) 大法院1990年4月10日宣告89ダガ29075判決。

害を受けたとしてその賠償を求めた事案である。本事件では、独禁法違反行為が一月という短期間で終わったため、損害額の算定は原告の平均売上高から諸経費等を差引く方法で算定された。

事業者団体が指定販売区域を越えて豆腐等を販売したことを理由に組合員の原告に輸入大豆の供給を拒絶したためそれによる損害賠償が問題となったヨン食品事件¹⁰³⁾では、原告に対し損害の根拠について釈明を求めなかった原審の判断には誤りがあるとして、事件は原審に差し戻された。原告の損害について、韓国の大法院は、被告の大豆供給の拒絶により、輸入大豆の供給価格と市場価格の差額に当たる損害が原告に発生することは被告にとっても十分予想できたはずであり、したがって、被告が原告に賠償すべき損害額は、原告が大豆を豆腐に加工し販売することで上げることができたであろう付加価値の創出による転売差額以上の収益であると判断した¹⁰⁴⁾。

入札談合による損害額の算定が初めて問題となった薬品卸売り業者4社による肝炎ワクチン入札談合事件¹⁰⁵⁾においては、4社の談合行為によって保健所が被る損害は、同ワクチンが市場に供給された際の平均価格から落札価格を差引いた金額であると判断された。

さらに、2007年に問題となった学生服製造会社による価格談合事件¹⁰⁶⁾では、間接購入者である消費者が損害賠償訴訟を提起したこと¹⁰⁷⁾や、損害額算定のための一定基準（想定競争価格）を裁判所が示したことに注目が集められた。つまり、ソウル高等法院は、「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との結束の程度、学生服を共同購入することによって形成された価格と中小企業による製品との販売価格の差、近年学生らがブランド服を好むという傾向やそれによるブランド価値の上昇、等の弁論に現れた諸事

103) 大法院 1991年5月19日宣告 90ダ 17422 判決。

104) 差し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にYが供給しなかった大豆の量に乗じて得た金額が、Xが被った損害額であると判断した。

105) ソウル高等法院 1998年5月20日宣告 97ナ 4465 判決。

106) ソウル高等裁判所 2007年6月27日宣告 2005ダ 109365 判決。

107) 間接購入者が加害者に対し直接訴訟を提起することができるかについては、日本や韓国の学説・判例はそれを認めている。

情を考慮すれば、公正な競争の状態であれば形成されたであろう適正価格とは、原告が実際支払った購入価格の85%程度である」として、被告らは原告3500人に対し2億5000万ウォンを賠償するよう命じた¹⁰⁸⁾。

2008年に、市内電話料金の談合を行なった有線通信会社2社に対して電話回線契約者482人が損害賠償を請求した事件¹⁰⁹⁾においては、談合によって毎月引上げられた一人当たり1000ウォンの基本料金に、談合期間12ヶ月を乗じて得た1万2000ウォンが原告の損害額として認められた。

その他、上記の軍納油類談合事件では、違反行為と損害間の因果関係や損害額の立証が主な争点となったが、大法院の判決が出るまでに10年以上の年月が費やされたことからわかるように、本件は損害額算定の困難が浮き彫りにされた事案として知られている。

2009年には、小麦粉を製造・販売する事業者が生産量(販売量)を制限し価格を引き上げたため、同事業者から小麦粉を購入しパンや菓子類を生産していた原告が損害を被ったとして損害賠償を請求した事案¹¹⁰⁾が注目された。本件で韓国の大法院は、損害額の算定につき、「鑑定人による鑑定の結果が、その鑑定方法において経験則に反したり合理性がない等の顕著な誤りがない限り、裁判所はその鑑定結果を尊重しなければならない」として、計量経済学的分析方法の一つである回帰分析によって想定競争価格を算定した鑑定結果を是認している。その上で、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想定競争価格を控除した金額に、購入された小麦粉量を乗じて得た金額が原告の損害額であると判断した。特に、本件では、仮に原告が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としても、その後、原告は、小麦粉を原料として生産した製品の価格を引き上げて販売することで、損害の全部または一部を最終消費者に転嫁しているから、その転嫁された損害額部分は被告らが賠償すべき損害額から控除しなければならないという被告らによる「損害転嫁の抗弁」が問題になった。これは、いわば、民法の不法行為法における損益相殺の主張とも捉えられよ

108) 韓国の公取委が学生服製造業者3社に賦課した課徴金額は、約115億ウォンであった。

109) 大法院2009年6月23日宣告2007ドゥ19416判決。

110) 大法院2012年11月29日宣告2010ダ93790判決。

うが、韓国の大法院は、次のように判断して被告らの抗弁を退けた。つまり、損害を補填するために原告が製品の価格を引き上げるか否かは専ら原告が決めることであり、また、必ずしも原告が価格を引き上げるとも限らないので、原・被告間の取引関係とあり得たかも知れない原告による損害転嫁との間には因果関係がないと判断した。しかし、製品価格の引上げによって部分的には損害が減少した可能性がある場合には、衡平の観点から損害額を算定する際その事情を参酌することはできるとした。

(2) 近年問題となった事案としては、2011年、建設会社がマンションを分譲するに当たり分譲価格を談合することで、高い価格でマンションを購入し入居した228人の入居者が提起した損害賠償請求訴訟¹¹¹⁾がある。本件では、建設会社に損害賠償責任は認められたが、しかし、談合行為がなかったならば形成されたであろう分譲価格や損害の範囲について原告が立証できなかったために、請求は棄却された。ところが、その一年後に提起された本件と類似した事案では、分譲価格を談合した建設会社は談合行為によって入居者が受けたと考えられる精神的慰謝料を賠償する責任があると判断された¹¹²⁾ため、これからの帰趨が注目される。

(3) 以上が、独禁法違反行為に係る損害賠償訴訟のうちこれまで韓国で問題となった主な事件である。そして法改正によって意欲的に導入された独禁法57条の損害額認定制度は、実際の訴訟においてそれほど利用されていないのが現状である。その原因については、①同制度は、多数の被害者が小額の損害を被った事案では有用であるが、被害の規模や金額が大きい事件ではその適用に限界があること¹¹³⁾、②法改正により、独禁法上の損害賠償請求権が民法のそれとほとんど変わらなくなったため、同訴訟を提起するメリットが薄くなったこと、③判例が

111) ソウル中央地方法院 2013年3月22日宣告 2011ガ合 92836 判決やその控訴審であるソウル高等法院 2014年5月16日宣告 2013ナ 55005 判決。

112) ソウル中央地方法院 2014年2月20日宣告 2011ガ合 127718・2011ガ合 93051・2011ガ合 128360・2012ガ合 47529 判決。しかし、財産的損害は認められなかった。

蓄積されないことで本条の適用基準の定立も期待できなくなり、その結果、裁判所が本条の適用に躊躇していること、④アメリカやヨーロッパとは異なり、独禁法違反行為に係る調査権や審判権において強力な権限を持つ韓国の公取委は、証拠調査等の過程で大まかな損害額を把握できる立場にあり、それを損害賠償訴訟で損害額認定の根拠として提出することができるにもかかわらず、独禁法違反行為によって事業者等が得ている不当利得の算定に同委員会が消極的で非協力的であること、最後に、⑤いずれの訴訟であろうと、裁判官が損害額認定制度を適用するには、一定の損害が発生したことやその根拠について原告が立証していなければならないが、複雑な経済的要因が絡む独禁法違反行為による損害賠償訴訟においては、それらを立証すること自体が困難であるため、損害額認定制度が適用されるまでもなく、その前の段階で請求が棄却されてしまうこと、等を指摘することができる¹¹⁴⁾。

VI 結びに代えて

(1) 以上で、独禁法違反行為による損害額の算定について、損害額認定制度と関連し日本や韓国の状況を比較して検討してみた。上記のように、日本では、民訴法248条の導入以来、独禁法違反行為に関しては、特に入札談合事件において本制度が積極的に活用されることで、正確な損害額の立証ができない原告の立証

113) 被害の規模や金額が大きい事件では、原告や被告の間に損害額の算定に関して激しい攻防が展開されるのが通常である。そのため、訴訟も長期化する傾向がある。損害の算定のために鑑定が行なわれる場合、鑑定自体に相当の時間がかかる他、鑑定の結果を覆そうとする当事者が独自に鑑定を依頼することも多いからである。

114) ところで、これまで韓国で損害賠償訴訟が提起され原告による損害額の立証が認められた事案の中には、公取委が賦課した課徴金を遥かに越える賠償金が命じられた事案も数多く見られる。例えば、ソウル地下鉄7号線の延長工事を落札した建設会社12社による入札談合が問題となった事案では、課徴金は221億ウォンであったのに対し、賠償が命じられた損害額は270億ウォンであった。また、電線会社4社による光ファイバ内臓型架空地線に係る入札談合によって損害を受けたとして損害賠償訴訟を提起した韓国電力会社に対しては、136億ウォンの賠償金を支払うよう4社に命じられた。これは、4社に賦課された課徴金38億ウォンをはるかに超える金額である。しかし、これらは、いずれも第一審判決なので、控訴審等で金額が変わってくる可能性は充分ある。

責任をかなり軽減してきた。裁判所の損害額の認定基準が事案によって異なっており、認定される金額も原告の立証活動に大きく依存していること¹¹⁵⁾は問題点として指摘されるが、しかし、前者は、事案ごとの特性を考慮しその具体的な妥当性を図ろうとした結果であると理解することもできる。また、後者についても、そもそも本制度自体、損害の発生やその大体の規模について原告による立証はあったものの、その正確な損害額が立証できない場面を想定して設けられたものであることに鑑みれば、裁判所が原告の立証活動にある程度左右されることはやむを得ないことであろう。

日本の裁判所が、このように入札談合事件において民訴法 248 条を積極的に適用し損害額を認定することで原告の立証負担を軽減していることは高く評価できる。そして、これまでの判例で示された損害額の判断基準や認定される損害額の程度も、判例が蓄積されるにつれて一定の基準が形成されつつあることから、今後、他の独禁法違反行為による損害賠償訴訟で損害額の認定が問題となったときに良い参考資料になると考える。

それに対し、韓国独禁法上の損害額認定制度は、当初、独禁法違反行為による損害額の立証問題を解決することで私訴の活性化を図るという意欲的な目的から導入されたにもかかわらず、現在その趣旨は十分に活かされていない。

(2) そうすると、同制度をさらに活用していくためにはどうすれば良いであろうか。私見としては、次の問題を解決する必要があると考える。

まず、損害額認定制度を活用するための先決課題として、違反行為と損害との間の因果関係の立証責任を軽減する必要がある。独禁法違反の損害賠償訴訟において両者間の因果関係の立証を厳しく求めることは、原告に損害賠償請求権を認めないのと同じであり、また、損害額を迷宮に陥れることでもある。したがって、独禁法上の損害賠償訴訟でも公害訴訟における損害の立証のように、事業者等の

115) 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めの損害額を、その立証活動が充分に行われなかった場合には、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が認定される嫌いが見られる。

法違反行為と損害との間に因果関係が存在することを相当でかつ合理的なレベルの可能性によって原告が立証したならば、原告の立証活動は果されたと見るべきである。

そして、独禁法違反行為による損害を考える際には、想定競争価格の証明が問題になる場合が多いが、通常、独禁法違反行為は長期間に亘って行われることが多く、それによる損害額も大きい場合が少なくないため、適正な想定競争価格を算出することは容易ではない。そこで、想定競争価格を算出する様々な方法が学説によって提案され、その中でも特に二重差分法に基づく計量経済的分析手法が近時注目を集めている。現時点でこれは、最も精緻で合理的な方法として評価されており、今後、独禁法違反行為による損害の立証においてさらに活用されることが期待される。

ところが、その用語からも分かるように、この方法は、経済学または統計学上の専門的な知識を多く必要とするため、当該分野の専門家の協力なしには活用できないという問題が内在する。また、仮に、専門家の力を借りて損害の存在やその額を証明したとしても、通常、それは、主張する側に有利な内容になっている可能性が高い。なぜなら、損害賠償訴訟では、原告はより多くの賠償金を求め、被告はより少ない賠償金を支払おうとするのが当然だからである。このように、原告や被告の主張額に大きなギャップが生じたときには、裁判官には、いずれの主張が妥当であるかを見極める判断力（いわば、裁判官による規範的統制）が求められるようになるが、経済学あるいは統計学の知識に乏しい裁判官が妥当な判断を下すことは決して容易ではない。

そこで、このような場合には、民訴法に定める鑑定や専門委員制度¹¹⁶⁾を活用することが有用であろう。中立的な第三者を鑑定人または専門委員として選任し、原告主張の損害額やその査定方法を検討させ、もしそれが妥当であると判断された場合には、裁判官はそれに基づいて損害額を判断すれば良い。損害額認定制度を活用するのもこの時である。その際、裁判官は、原告の主張やその根拠が経験則に反し合理性を欠いたものでなければ、最大限それを尊重し判断すべきである

116) 専門委員制度を定める日本民訴法 92 条の 2-92 条の 7、韓国民訴法 164 条の 2-164 条の 8。鑑定について定める日本民訴法 212-218 条、韓国民訴法 333 条-342 条。

う。なぜなら、不法行為を働いた事業者等が、損害額算定の困難からもたらされる反射的利益 (benefit of the doubt) を享受することは妥当ではないからである。そして、損害額を認定する際には、独禁法違反行為による社会的費用の損失や被害者の迅速な救済という法政策的な観点をも考慮に入れる必要があることは言うまでもない。

(3) その他、損害の填補を容易ならしめて違反行為を抑止するという独禁法上損害賠償訴訟の趣旨に照らし、立法によって損害額を推定する規定を設けることも一つの方法になり得る¹¹⁷⁾。

また、公取委がより積極的にその役割を果たしていくことも重要である。市場における経済警察として同委員会が位置づけられていることを自覚し、独禁法に係る損害賠償訴訟が提起されたときには、損害に関する資料を提供し意見を述べるなどして、被害者による私的執行を積極的に支援・後押ししていく姿勢が必要である。

最後に、これは韓国だけに該当する問題であるが、将来的には、損害額認定制度を民訴法に定める必要があることを指摘したい。それによって、特に、独禁法違反行為による被害事件のように損害額の算定がきわめて困難な事案においては、裁判所に損害額の算定を義務付けていくべきであろう。

117) 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 200号 (2010年6月) 257頁、金子晃・前掲注12)・25頁。例えば、OECD報告書によれば、談合による消費者被害額は関連売上額の15-20%程度とされる。また、アメリカでは、国内カルテルの平均損害額率を18%と捉えており、2009 Oxera reportは、カルテルで観察された平均超過価格を20%程度であると把握する(イ・ソンヒ・前掲注4)・170頁)が、これらを参考にしても良からう。