



法と経済学研究

Law and Economics Review

Sep 2019

15 卷 1 号

法と経済学会

Japan Law and Economics Association

目 次

◆ 法と経済学会・第 17 回全国大会講演報告

□シンポジウム 企画 1	1
『 EBPM と法と経済学 』	
チェア	荒井 弘毅（秀明大学）
パネリスト	川口 大司（東京大学教授）
	内山 融（東京大学大学院総合文化研究科教授）
	鶴代 隆造（警察庁長官官房参事官）
	三浦 聡（前・経済産業省大臣官房政策評価広報課長）
□シンポジウム 企画 2（英語講演 ※当日講演資料等により作成）	16
『 Intellectual Property and Competition Policy 』	
（北海道大学・大野科研共催） 企画：青木 玲子（公正取引委員会）	
チェア	大野 由夏（北海道大学）
パネリスト	Luis Cabral (NYU)
	Michael Katz (UC Berkeley)
	鈴木 将文（名古屋大学）
	白石 忠志（東京大学）
	久保 研介（慶応大学）
□招待講演 1（英語講演）	56
『 Convergence and then Downstream Divergence 』	
Saul Levmore 教授（University of Chicago	
President, American Law and Economics Association)	
司会：田中 亘（東京大学）	
□招待講演 2	63
『 「法と経済学は時代遅れだ」と言われないための処方箋 』	
草野 耕一判事（最高裁判所）	
司会：太田 勝造（明治大学）	

『 Changing Japanese Contracting Practices Meet Theories of
Relational Incentive Contracts

（日本的取引慣行の変化と関係的インセンティブ契約の理論）』

チェア 伊藤 秀史（早稲田大学）

パネリスト 矢戸 善一（一橋大学）

Trond E. Olsen（NHH）

《投稿論文》

株主，債権者，取締役の利害対立と心理の構造

100

朝岡 大輔（明治大学商学部・京都大学経営管理大学院）

◆法と経済学会・第17回全国大会 講演報告◆

□シンポジウム 企画1

『EBPMと法と経済学』

日時：2019年7月13日（土）14：20～16：00

場所：駒澤大学 深沢キャンパス（120周年アカデミーホール）

チェア

荒井 弘毅（秀明大学）

パネリスト

川口 大司（東京大学教授）

内山 融（東京大学大学院総合文化研究科教授）

鶴代 隆造（警察庁長官官房参事官）

三浦 聡（前・経済産業省大臣官房政策評価広報課長）

【荒井】： 本日の御登壇者の方を紹介いたします。向かって右側から、東京大学大学院経済学研究科教授およびCREPEのセンター長の川口大司さんです。続きまして、東京大学大学院総合文化研究科教授の内山融さんです。続きまして、警察庁長官官房参事官の鶴代隆造さんです。続きまして、前・経済産業省大臣官房政策評価広報課長の三浦聡さんです。

本日のシンポジウムの趣旨といたしましては、今日、証拠に基づく政策立案、EBPM（エビデンス・ベースト・ポリシー・メイキング）の推進によって政策の実効性を高め、国民により信頼される行政の実現が目指されております。法と経済学は、法制度を経済学の手法を用いて分析する学問分野として、規範的な研究・実証的な研究の双方からの取組を行ってまいりました。しかしながら、日本では、実際の法や判例を素材とした経済学的研究の蓄積はいまだ少なく、法解釈学で争点となってきたような具体的な論点が経済学における研究対象となることはそれほど多くありませんでした。また、立法にあたっての制度設計がどのような効果を経済社会にもたらすかについて判断する枠組みは、これまで日本の法と経済学は十分に提供してこなかったと思います。そこで、法と経済学分析検討枠

組みが、現実の政策を企画・立案する際に、どのように応用できるか。あるいは、どこに研究課題があるか、こういったものを探るといふ知識と情報の共有を図るネットワーク機能の展開を図ると共に、研究の実装への貢献を念頭に置いたシンポジウムを企画することといたしました。

こうしたシンポジウムは、これまでも、例えば、RIETI・経済産業研究所さんのシンポジウムで、2017年にEBPMを「推進するために」というテーマ、あるいは、2018年にはEBPMを「根付かせるために」というテーマで講演、パネルディスカッションが行われております。これらとの差別化を図るものとして、この法と経済学会のシンポジウムでは、今後の法と経済学の研究、議論の喚起に向けて、学会という研究者の集いに行う催しであることを念頭に置きまして、情報提供、研究素材の提示を1つの目的といたします。それと共に、可能な限り方法論を取り上げまして、着眼点、分析の適切性、提言の具体性・実現可能性といった政策策定に向けての課題、これを伝えることもまた1つの目的としたいと考えております。

それでは、早速、パネリストの方々から御講演をお願いしたいと思います。まずは、経

経済産業省三浦聡大臣官房政策評価広報課長様から、経済産業省におけるEBPMの取組についてお願いいたします。

【三浦】： 私からは、経済産業省でどういうことに取り組んできたのか、あるいは取り組んでいくのかということを御説明したいと思います。よろしくお願いいたします。

経産省も、今、EBPMを進めているのですけれども、きっかけないし始まりとしては、政府全体のEBPMの推進の動きがあります。平成29年5月に統計改革推進会議の「最終とりまとめ」が出ておりまして、ここでEBPMを進めるということが決まりました。統計について、いろいろ問題が指摘されていることは、ここにいらっしゃる皆様はご存じだと思います。例えばGDP統計のつくり方を巡って改善の余地があることがずっと議論されています。そして、なぜ今、しっかりした統計になっていないかという、それは統計をきちんと使う人がいないからだ、したがって統計を政策の方で使うことを車の両輪にしなければならないということで、統計改革の一環としてこのEBPMが入ってきた流れがあります。

ここで決まったことは、2つです。1つは、30年4月でございますけれども、各省に政策立案総括審議官という新しいポストをつくらうということ。もう一つは、EBPM推進委員会をつくること。つまり、政策立案総括審議官を、各省にそれぞれ設置するということと、その人たちが集まるEBPM推進委員会をつくらうということでもあります。

霞ヶ関全体で決まっているのはこのぐらいの事でありまして、より具体的に、何をどうすれば、エビデンスベースで政策策定をしたことになるのかとか、その方法とか、より具体論については何か政府統一で決まったことはないということでもあります。

それは、ある意味では、各省に大きな裁量

を与えているということではありますが、「具体的にどうしますか」ということは各省で考えて、むしろ進めてくださいということになっています。おそらく、今、日本で、統一的にEBPMがこうだというのが決まっているわけではないものですから、いきなりかちつとした内容をつくって各府省に号令をかけるよりは、むしろ各省でEBPMというコンセプトを出発点に何をしたらいいのかを考えて、それを持ち寄ろう、つまり、ベストプラクティスを各省で積み上げていって、共有・横展開し、悩みがあれば相談しあう、そういう道を取ることにしたというのが、霞ヶ関の動向になっています。

これを受けて、経産省が具体的に取り組んだのは3点です。

1つ目はロジックモデルの作成です。「エビデンス」は、「実施している政策が効果を出していることについての証拠」という意味なので、前提として、何が手段で何が目的なのかということがはっきりしていなければいけない。それをまず、ロジックモデルとして作ろうと。なお、手段と、目的と、そして、その因果関係を明確に意識しなければいけないという意味においては、どの施策だからということではなくて、いろいろな施策についてロジックモデルの作成をお願いしました。

つくったロジックモデル（手段から目的に向かって流れていく図）は、行政事業レビューの公開プロセスでも使っております。

2番目は、ロジックモデルを作成した事業の中から、いくつか選んで、手段と効果の因果関係を深掘って検証しました。つまり、データを集めて、因果関係に統計的に意味があるのかという分析を行いました。これは、少数の事業だけでありますが、やはり、統計的な分析になじむには、nの数が一定数ないと難しかろうということと、あとは、統計分析をするには、費用と時間がそれなりにかかるので、一定の大きさ以上の事業にするように、

対象事業は全部ではなく一部を選択したということでもあります。

この文脈で、統計的な分析は専門的な面があるので、RIETIにEBPMの担当チームをつくりまして、あとは、「統計コンシェルジュ」と名付けて、調査統計部局の方とも協力をしながら、進めていったということでもあります。

並行して、今後を見据えて、EBPMインフラも構築する、例えば各法人に関するデータが出てくる「法人デジタルプラットフォーム」も構築する予定です。

それぞれについて、若干、細かめに紹介します。ロジックモデルは、フォーマットのいうと、インプットからインパクトまで、因果関係の流れを図示したというものであります。基本的には、アクティビティへのインプットとして予算があって、それをもとに実際の支援をして、支援の件数が一定数です。ここまでは行政が行うということですが、その結果としてアウトカムというのが生まれる。アウトカムには短期的なものと、さらに、先のアウトカムがあって、結果的にインパクトがあるということですが、これもはっきりと書いていただきました。

その中で、幾つか選んで定量的分析なども進めておりまして、定量的分析のデータも、また、国の統計もありますし、民間のデータベースとかもあったりするわけでございまして、その中でどれを選ぶのかというのが、ポイントになります。

経産省の全事業のなかから、先ほどnの数といいましたが、統計分析のサンプル数が一定以上存在するかということ。あとは、分析への希望、つまり出てきた結果を受けて、こういう改善のヒントを期待したい、といった施策を実施する部局側の受け止めの体制という観点から選んで、選ばれた事業については、われわれで定量分析を行うことにしています。

例えば、ものづくりの補助金であれば、実際に補助対象にしたところとしなかったところで付加価値向上率や黒字化率の上がり方に、本当に差があるのかということなどを分析したということでございます。

今後の課題ですけれども、まず、どうしても「こういうデータがあるから、こういう分析をしよう」という方向に、放っておくとなりがちですけれども、やはり、どんな分析をしたいという、事前の仮説を考えておくことが大事です。あと、例えば申請書に書いてあるデータを分析に使おうとなったときに、「申請書に書いたデータは補助金の審査にしか使えません。」というように要項に書いてあったりすると、それ以外のことに使うと目的外利用になってしまうのではないかというような問題もあったりします。さらに、データをほかのところから入手する手もあるわけですが、二次利用なら二次利用の手続きがありますし、民間でのデータであれば購入費用が掛かります。さらに、補助を受けたところと受けなかったところとを比較したいのですが、補助を受けた方はいいのですが、補助を受けなかった方が「なぜ、支援を受けないのに、データを渡さなければならないのか。」という疑問をお持ちになることもあり、これも今後の課題です。

今後の取組ですが、統計分析も、ぜひ、続けたいと思っておりますけれども、どういった事業を対象にするか。400事業全部はできない中で、どういうものをどういう手順で選んでいくかは、現場としては悩みどころであります。

また、実施部局にとっては自分の施策が評価をされるとなると警戒しがちですが、そうではなくて、自分の政策の効果が出ているのか出ていないのか。どうしたら効果が出るようになるのかを検証するのは、自分自身の問題ととらえてほしいと思っていて、そのモチベーションをどう考えていくかも課題です。

あとは、次の予算やPDCAサイクルにどうつなげるか、つまり、統計の分析結果を受けて具体的な改善策を決めるには、分析がもう一段、必要な場合もあり、それも今後の課題と思っています。

ありがとうございました。

【荒井】： それでは、続きまして、警察庁・鶴代長官官房参事官様から、EBPMの推進に向けた課題についてお願いします。

【鶴代】： ただ今、三浦参事官から御説明ありましたとおり、現在、各府省庁におきましては、EBPMの推進に向け、その考え方や手法の浸透を図るべく、実例の創出に取り組んでいるところです。

警察庁におきましても、いくつかの施策や事業を取り上げ、ロジックモデルを活用して、政策の目的と手段の論理的な因果関係の検討や政策手段の効果の測定等に取り組み始めたところです。

こうした取組を通じて、目的とそれを実現するための手段の効果や費用を分析し、有効な政策手段を選択していくことの重要性は認識いたしますが、課題の一つは、アウトカム指標等をどのように設定するかということでもあります。

この点、できる限り時間や手間をかけず、指標に係るデータを収集・分析し、ロジックモデルに基づく政策の検討を実施することができれば、取り組みやすいと思料されます。こうした観点から、既存の統計・データの充実を図り、それをできる限り有効に活用していくべきと考えられます。

このように治安・警察分野についてEBPMを推進していく観点からも、警察が保有する認知件数、検挙件数、相談件数等のデータについて、犯罪情勢や警察活動の実情を正確に捉えることができるように一層の充実を図ることができないか、が課題となります。

我が国の犯罪情勢を測る指標のうち、刑法犯認知件数については、平成30年は約82万件と、前年に引き続き戦後最少を更新しております。その内訳を見ますと、官民一体となった総合的な犯罪対策や様々な社会情勢の変化を背景に、総数に占める割合の大きい街頭犯罪や侵入犯罪が平成15年以降一貫して減少しております。

しかし、治安に対する国民の意識を見ましても、全体として改善が見られる一方で、日本の治安がよくなったと思うかとの質問には約6割の方が、悪くなった、あるいは、どちらかといえば悪くなったと感じているとの結果もございます。また、警察の第一線におきましても、サイバー空間の脅威や、ストーカー・DV・児童虐待といった人身安全関連事犯への対処の必要性等、依然として予断を許さない情勢がうかがわれます。

こうした情勢に関して、サイバー犯罪については、検挙件数が高い水準で推移しているほか、当庁が検知したサイバー空間における探索行為等とみられるアクセス件数が増加傾向にあることなどで見ております。

また、ストーカー、DVについては相談件数、検挙件数が高い水準で推移しているほか、児童虐待については児童相談所への通告児童数、検挙件数が増加していることで、その情勢を測っております。

近年増加傾向にある特殊詐欺やサイバー犯罪のように、被害者と対面することなく犯行に及ぶ非対面型犯罪には、対策に応じて絶えず犯行手口が変化するものも多いですし、人身安全関連事案のように家族等私的な関係の中で発生することが多い犯罪に対しては、その性質上犯行が潜在化しやすい傾向があるものと思料されます。こうした実情の把握が難しい諸事情を踏まえ、治安の実相を正確に把握し、また、EBPMを推進するためにも、犯罪情勢を正確に捉える指標や統計分析の研究が求められます。

さらに、刑法犯認知件数をはじめとする犯罪発生状況を示す指標を評価する場合にも、地方警察官数の変化や政府・警察・団体の取組、治安関係法律の制定・改正等が様々に影響していると考えられ、それらの影響について分析等が進むことが期待されます。

例えば、窃盗犯は何らかの経済的事情を動機や背景事情として抱えていることの多い犯罪類型であることなどから、雇用情勢の変化が窃盗の認知件数の推移に与える影響は少なくないと考えられています。

一方、個別の施策等に目を向ければ、その効果が比較的明確に現れているのではないかとと思われる例が散見されます。平成16年1月、特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律が施行され、防犯性能の高い建物部品の開発・普及と相まって、侵入犯罪の未然防止が大きく図られています。

また、自動車盗は、盗難防止装置イモビライザの装着率の向上に伴い認知件数が減少しており、自動販売機ねらいは、自動販売機の堅牢化に伴い認知件数が減少しております。これらは単純な例であり、特定の対策以外の社会情勢の変化等の要素の影響まで十分に考慮して効果検証がなされているものでもありませんが、こうした個別の施策や対策の効果を測る研究も期待されます。

以上から、EBPMを的確に推進し、効果的かつ効率的な犯罪対策を講じていくためには、経済情勢を含めた社会情勢や人口動態の変化、法政策や施策の変更等も勘案した犯罪情勢分析の高度化への取組が期待されます。

海外の事例も参考にしながら、治安の実相を正確に捉えるための指標等について研究が深まるとともに、犯罪情勢に影響を与える様々な要因とその影響に関する分析等が進むことが期待されます。

このほか、EBPMの推進事例や各種政策・施策の効果を測る指標や統計・データ分析の方法等についても研究成果が得られれば、有益で

あると考えられます。

【荒井】： ありがとうございます。次に東京大学、川口大司CREPEセンター長からお願いいたします。

【川口】： 東京大学の川口と申します。政策評価研究教育センター、CREPE、のセンター長を務めております。本日は荒井さん、村松さんの御尽力で当センターの活動を御紹介させていただく機会をいただきまして、誠にありがとうございます。限られた時間ではございますけれども、われわれのセンターの取組について、紹介させていただければと思います。

私どものセンターは2017年10月にEBPMやデータ分析を通じて経済学を実社会に役立てることを目的に設立されました。各研究者の研究関心に基づいて基礎研究を重視するとともに研究者がデータを使える環境の整備に力を入れています。たとえば、民間信用調査会社から企業のデータを受け入れる準備を進めておりまして、このデータを使って、政府の各種企業対策の影響を評価する予定です。

同時に産学官の協働を目指して活動を進めており、そのうちの一部を御紹介させて頂ければと思っています。最初に内閣府、厚生労働省と生活保護受給者の就労支援の効果を分析したものを紹介します。次に総務省の統計局と消費統計に関しての共同研究についても紹介します。

加えて今日はあまりお話しできないのですが、政策評価手法の一般向けのレクチャーの御案内とか、その研究成果を一般向けに分かりやすく伝えるフロンティアレポートというのを刊行しております。われわれのホームページで御覧いただければと思います。

最初に内閣府と厚生労働省と取り組んだEBPMのモデルケースづくりを紹介します。結果は経済財政諮問会議のワーキンググループの方で発表されております。生活保護受給者の

なかで就労していない方を対象にした就労支援、例えば履歴書の書き方とか、が再就業に対してどの程度インパクトを与えているのかを評価しました。厚生労働省からデータをもらって分析を始めたわけですが、データには政策を受けている人の情報しか入っていませんでした。就労支援を受けている人がどういふに再就業したのかという情報しか入っていないデータわけですが、就労支援を受けてもらっていない方でも再就職していくことはあるので、そうすると政策の効果を推定することは無理です。

それで分析の視点を変えて分析のユニットを福祉事務所ごとにすることにしました。すると福祉事務所の生活保護受給者のその中で事業に参加した人の比率は異なりますので、この違いを使って因果関係を推定することにしました。

一時点のデータによってえられた結果なので確定的なことをいうのは難しいのですが、就労支援に参加される方が増えると再就業確率が高まるという結果が得られました。EBPMを実際に進めていこうとすると必ずしも理想的なデータが手に入らないこともあって、できるぎりぎりのとこまでやるというスタンスで取り組みました。今後パネルデータを使って信頼がおける形にアップグレードしていくというのが今後の課題ですが、最初にやった1つのモデルとしては一定の成果があったかと思います。

また、総務省統計局と消費統計に関しての質向上の共同研究も進めております。消費を捉えるために消費統計というのを総務省統計局がやっているのですけれども、2つ、大きな統計があります。一つは毎月行われている家計調査。これは6カ月間にわたって、対象者に家計簿を付けてもらうという非常に負担の重たい調査です。もう一つは5年に1度行われる全国消費実態調査というものですけれども、これも3カ月にわたって家計簿を付けていただくという、

実際に回答する人にとっては負荷の高い調査だということで、回収率がそれほど高くない。こういう調査に応じてくれている人は、例えば専業主婦世帯が多いのではないかと、それとか公務員の世帯が多いのではないかとというようなことがずっといわれていて、ここから出てくる数字っていうのが、日本全体の姿ではないのではないかとというようなことがずっといわれてきているわけですね。

そうであるならば、例えば、全国消費実態調査で得られている配偶者就業率と日本全体で見たときの配偶者就業率がずれているならば、そのずれを補正するようなウエイトというのを考えてやれば、全体の姿がわかるのではないかとことを考えました。全国消費実態調査と国勢調査の両方を使って、全国消費実態調査の、例えば就業状態の分布というものが国勢調査の分布に合うような形でウエイトを計算する、いうようなことを行って計算しました。

分析すると、例えば、年齢層ですけれども、全国消費実態調査における65歳から74歳の方の割合は国勢調査の同比率よりも大きくなっています。ただ、これを補正してやって、消費の姿について計算をしてみても、ほぼ同じような結果が出てきました。総務省統計局は、年齢構成を考えないでウエイトを今まで計算してきたのですけれども、そのことが消費の量に与える影響を見てみると、意外と影響が少なかったということです。

このようにEBPMあるいは統計の質の向上に貢献することを目標に活動を積み重ねてきました。東京都や総務省行政評価局との共同研究も進めさせていただいているのですけれども、時間の関係で割愛させていただきたいというふうに思います。

かれこれ2年ほど政策担当者とわれわれのセンターの方でいろいろな取組をしてきたのですけれども、幾つか課題になるようなことも見えてきました。それは、1つは政策担当者と研究者のインセンティブが相当ずれているとい

うことです。政策担当者はやはり決まった時間の中でしっかりと法を通して、それを執行していくということを目指している一方で、経済学者はデータをしっかりともらって、それで学術論文を書くことを目標にしているので、この2つの間のずれから来る、いろいろうまくいかない部分もあると感じています。

国全体でEBPMに取り組むということになっているのですが、それが実際に予算要求に生かされるかというところまで行くのにはもう少し時間かかるのかなとも思います。ただ、短期的にうまくいかない部分があるからといって、それを諦めるわけではなくて、時間をかけて問題点を解消していくべきだと思います。

また、経済学が役に立てる場合でも経済学者がその課題に取り組むインセンティブを持っていないという問題があり、これまではCREPEの社会的意義を実現するため、できる限り取り組んできましたが、そのような取り組みにも限界があると感じております。この問題を解決するためにCREPEと対になる会社の設立の準備を進めています。会社の設立を通じて、現在、抱えている問題の解消につなげていければいいなというふうに思っています。どうも貴重な機会をありがとうございました。

【荒井】： それでは最後に東京大学、内山融総合文化研究科教授から「英国政府におけるEBPM」をお願いしたいと思います。

【内山】： 東京大学の内山融です。本日は貴重な機会を与えていただき、ありがとうございます。早速ですが始めさせていただきます。

先ほど三浦さんの方からもお話がありましたように、日本政府においてもEBPM(evidence-based policy-making)への取組が進められているところです。すでにEBPMが進められている国は、英語圏諸国でいうと、まずイギリスです。イギリスは、これからお話し

しますが、1990年代後半、ブレア政権がEBPMに力を入れ始めました。それから、アメリカはオバマ政権がEBPMを進めました。ですから、イギリスとアメリカ、この2つがモデルケースになり得るわけです。私はイギリスの方を研究しておりまして、イギリスの事例を参考にして、日本におけるEBPMへの示唆としたいと思います。

EBPMでは、経済学をはじめとした社会科学の専門性を政策決定に取り入れなくては行けないわけです。そのため、社会科学の専門家をどのように政策決定過程の中に取り込んでいくか、位置付けるかということが必要になってくると思います。

それには幾つかの経路があります。まず第1の経路は、審議会などの諮問機関に専門家を入れるというものです。アメリカでいえばCEA、日本でいえば経済財政諮問会議ですが、こういう形では大きな方針を決める分にはいいのですが、細かい政策決定を精査するのは難しいと考えられます。

第2の経路は、任期付きの常勤職として政府外専門家を採用するというものです。例えば、小泉政権で、私のかつての同僚ですが、岩田一政先生が内閣府の政策統括官になったという事例があります。アメリカにもそういった事例がよくあります。ただ、やはり任期付きのため、政策形成のノウハウの点で限界があるように思います。

第3の経路は、社会科学の専門家を常勤職の国家公務員として長期的に雇用を継続するというものです。これであれば、政策決定のノウハウにも詳しいので、社会科学の専門性と政策決定をつなぐことが可能となります。

ただ、今のところ日本ではそういったことは行われていません。国家公務員試験には経済区分がありますが、経済区分で採用された者が経済学の専門家として政策分析を担当するわけではなくて、基本的にジェネラリストとして働くことになるわけです。

そういったことを踏まえますと、この第3の経路の代表例として、イギリスのEBPMを支える存在である政府エコノミストに着目するのが有益ではないかと考えられます。

そこでイギリスの話に入ります。イギリスでは政府エコノミスト(Government Economist)が政策形成において一定の役割を果たしております。政府エコノミストは各省に配属されてきて、全省庁では1,200人ぐらいいます。一番多いのは財務省なのですが、雇用年金省、国際開発省、ビジネス省など、基本的に各省庁にエコノミストが何十名という単位で配置されています。

なぜイギリスでEBPMが盛んになったかですが、きっかけはブレア政権です。99年の白書「政府の近代化(Modernizing Government)」で「政策形成におけるエビデンスと調査のよりよい利用」ということを打ち出しました。2003年には、政策の事前評価(appraisal)と事後評価(evaluation)についてのガイダンスであるGreen Bookが大幅改訂、充実されることになります。

政府エコノミストの数の歴史的変化を見ますと、2000年ぐらいから大きく増えています。97年にブレアが首相に就任していますので、その後2000年から大きく増えていったのは、まさにブレア政権のリーダーシップのたまものということになります。

では、この政府エコノミストはどういう役目を果たしているかといいますと、基本的には大臣の諮問に応じてアドバイスをを行います。各省大臣は、その省の首席エコノミスト(Chief Economist)に諮問を行い、その配下のエコノミストの各チームが政策分析を行います。

政府エコノミストには大きく2つの仕事があります。一つは規制を導入する際の影響評価(Impact Assessment)です。もう一つは予算要求の際の企画書(Business Cases)、いわゆる予算要求書です。影響評価と企画書というこの2つが政府エコノミストの大きな役目になります。

す。

まず影響評価についてですが、規制を導入する際には、その規制に伴う費用便益分析(cost benefit analysis)をします。例えばアルコールについて最低価格規制を設けようとする場合、その費用便益分析を行います。便益としては健康増進や医療費低減、犯罪低減などが挙げられる一方、費用としては消費者の便益が低下する、税収が低下するなどがあります。これらの費用と便益を比べて、便益が上回ればこの規制を導入することになるわけです。

次に企画書ですが、各省庁が財務省に予算を要求する際、その予算の費用便益分析を行います。各省庁のエコノミストは企画書に添付する費用便益分析を作成するわけです。財務省側にもエコノミストがおり、きちんとした分析ができていのかどうか企画書をチェックするという形になっています。

また、イギリスのEBPMでは半官半民の外部機関の役割も重要です。What Works Centreという組織があり、実験的手法すなわちRCTを使って政策効果の分析をしています。例えば、税の徴収率を向上させるために効果的な手法について、「あなたの周りの人はみんな税金を払っていますよ」というレターを送るグループと、「税金を払わないと不利益がありますよ」というレターを送るグループとに分けて実験を行い、どちらのグループの徴収率が高いかを分析する、といったようなことです。ちなみに、政策効果を上げるためのこうした工夫をナッジ(nudge)といいます。

では、この政府エコノミストの人事はどのようなものかといいますと、財務省が政府エコノミストを一括採用します。財務省に政府経済社会調査チーム(Government Economic and Social Research Team)という部署があり、ここが一括して採用します。エコノミスト以外にも、社会学や政治学などの社会調査職(Social Researcher)というカテゴリーがありますが、これもやはり財務省が一括して採用していま

す。

日本でいう総合職はイギリスだとファースト・ストリーム(fast stream)というのですが、この区分で採用されるとまずアシスタント・エコノミストに任ぜられ、3～4年後にエコノミック・アドバイザーに昇格します。最初の配属先は財務省が決めるのですが、その後の異動は、基本的に公募によります。そうした内部労働市場の運営は財務省の政府経済社会調査チームがやっています。

この財務省のチームは研修を頻繁に実施しており、政府エコノミストが常に学問の最先端の動向をマスターできるようにしています。ちなみに私は、この春イギリスに行った際、政府エコノミストのセミナーに参加しました。オックスフォード大学やLSE(London School of Economics and Political Science)の経済学の先生を呼んできて、各省庁の政府エコノミストとともに、ナチュラルクピタル(自然環境など)をどうやって費用便益分析に入れるかといったことを議論していました。政府エコノミストと経済学者がレベルの高い議論をするとても刺激的なセミナーでしたが、こうしたことを頻繁にやっているわけです。

次に政府経済サービス(Government Economic Service)について説明します。財務省やビジネス省など各省庁にそれぞれエコノミストがいるのですが、そういったエコノミストが横割りの集団を形成しています。これが政府経済サービスです。この政府経済サービスの長は全政府のエコノミストのトップになるのですが、これは一般に財務省の首席エコノミストが就任します。政府経済サービスの長と各省庁の首席エコノミストが集まる会議で、費用便益計算に用いる社会的割引率などを決めています。

さて、基本的に大臣は、そういったエコノミストからのアドバイスを真摯に受けとめます。もちろんアドバイスに従わないこともあります。ただ、それは当然ながら、大臣の責任として政策を決定することになるわけです。

ちなみに、先ほど三浦さんからお話があったように、日本でも政策立案総括審議官が各省庁に置かれるようになりました。EBPM推進委員会もあります。これらは基本的に、イギリスの各省における首席エコノミストと、それらが構成する会議に相当すると考えられます。日本においてもこれらの仕組みがうまく機能するよう期待しています。

では、まとめとしまして、イギリスのEBPMを支える条件は何かについてお話しします。まず一つの要因は、分析専門職の存在です。これまで説明したエコノミスト(Economist)をはじめとして、社会調査職(Social Researcher)、オペレーショナルリサーチ職(Operational Researcher)、統計職(Statistician)など、政策分析を担当する専門職(Analytical Profession)がイギリスの公務員制度の中ではかなり大きな位置を占めております。このような分析専門職が政策形成に大きな役割を果たして、それがEBPMの充実に寄与しているということです。

それに加えて、そういった専門職の働きを補完する要因として、次のものがあります。一つは省庁の枠を超えた専門職ネットワークの存在です。エコノミストでいうと政府経済サービス(Government Economic Service)、社会調査職でいうと政府社会調査サービス(Government Social Research Service)など、各専門職ごとに横割りの集団が形成されています。そういった集団の存在により、省庁の枠を超えた共通理解が形成されます。省庁間の異動も頻繁にあります。さらには研修などによって、分析の質も担保されています。

一方、各省の専門職は当該省の首席エコノミストなどが統括しています。連邦(federation)構造と呼ばれていますが、例えばビジネス省のエコノミストは、ビジネス省に所属すると同時に、横割りの全政府のエコノミスト集団にも所属しています。こういう構造が非常に特徴的です。

さらに、首席分析官(Chief Analyst)、首席科学顧問(Chief Scientific Adviser)といった名称の分析部門統括職があります。この方が、エコノミストや社会調査職などを含めた全ての専門職の統括を行っています。こうした存在も重要です。

次に、制度的な要因としては、財務省の役割が大きいといえます。先ほど申し上げたGreen Book、あるいはMagenta Book（事後評価用のガイダンス）といった文書を財務省が発行して、政策分析の手法を各省庁に浸透させています。

そして、先ほど申し上げたように、予算要求の際には必ず政策の分析をしなくてはなりません。各省庁のエコノミストの分析を財務省のエコノミストがチェックするという形によって、分析の質を担保しています。

その他、役所以外の外部機関の役割も大きいと考えられます。一つは議会(Parliament)です。イギリス議会にも常任委員会(Select Committees)がありますが、日本の常任委員会と決定的に違うのは、超党派的に政府を監視していることです。日本の常任委員会では基本的に党派拘束がありますから、与党議員は与党のいうとおり行動するため、あまり政府を監視する役目は果たしていません。ところがイギリスの場合は、与党議員であっても政府の行動を監視する活動をしています。

また、イギリスの会計検査院(National Audit Office)も、各省庁がしっかりと政策評価をしているかチェックをしています。このような外部機関の存在がエビデンスの質を確保して、EBPMの実効性を担保していると思われます。

最後に一言、EBPMに実効性を持たせるためには、日本においても政策分析のスペシャリストである分析専門職を充実させる必要があると思います。ただし気をつけていただきたいのは、科学の知見は必ずしも万能薬ではないということです。政策形成においては、専門家の助言は必要条件なのですが、それに加えて、関係者や世論とのコミュニケーションも踏まえ

て総合的に判断することが不可欠です。そういう意味では、ジェネラリストの役割も依然として失われてはいません。駆け足でございましたが、私の報告を終わらせていただきます。どうもありがとうございます。

【荒井】： どうもありがとうございました。いずれも非常に聞き応えのある講演で、ここで少し小休止を入れたいところではあるのですが、今日は法と経済学会におきまして、次にもう一つ非常におもしろいシンポジウムが控えておりますので、このまますぐにパネルディスカッションに入りたいと思います。パネリストの方、壇上をお願いいたします。

それでは本日の御講演を踏まえまして、まずパネリストの方に質問を投げかけてみたいと考えております。具体例を講演の中で挙げられた講演者の方もいらっしゃるのですが、これまでのEBPMで、成功した事例、そしてその成功の要因といったものを簡潔に教えていただけないでしょうか。行政機関の側としてよかった事例、あるいは川口さんから既に事例の紹介もありましたが、そういった研究者として見た、成功の際の要因といったもの、鍵となることがどんなことだったか。それを教えていただけないでしょうか。これは今の発表の順番で、三浦前課長から順に、3分程度でお願いしたいと思います。

【三浦】： ありがとうございます。成功という言葉の意味にもよるかもしれませんが、ある意味では、政府のEBPMはまだよちよち歩きで、エビデンスに基づいてドラスティックに政策を変えた事例までは、まだいってないと思います。

ただ、そこまではいかないけれども、ロジックモデルであれ、統計分析であれ、そういう新しい取組や手法を実際に、行政の現場で実践できたという意味では、EBPM元年としては一定の成果を上げられたかなというのが、ちょっ

と甘めかもしれませんが、自己評価になります。

なぜうまくいったかという点ですけれども、まず、行政の現場にとっては、EBPMという、アルファベット4文字でいわれてもみんなわからないので、そこをわかってもらう必要があります。その時、「証拠に基づく政策形成」というふうに、日本語にすればいいかというと、それでも十分ではありません。なぜならば、証拠という言葉が国語辞典で調べると、Factsという意味が出てきます。Facts、つまり実例とかデータであれば、今までの政策形成プロセス、例えば、予算要求資料でも、税制改正要望資料でもすでに付けているのではないかと、という疑問が出てきます。そこで、ここでいう「エビデンス」という言葉には、もう一段深い意味があるということ、わかってもらう必要があります。

そのときに易しい言葉ではっきり説明することが、実務にとっては大事で、私がよく用いた例は、「中小企業に補助金を支給したら売り上げが上がった。だから補助金は成功だ。」といったとすればそれは検証が不十分ではないか、というものです。売り上げが上がったのは景気がよかっただけかもしれないし、たまたまその地区で、なにか特殊な要因があったかもしれない、だからせめて補助金をもらったところとも合わないところと、比べるくらいのことではしないとわからないでしょうと申し上げました。これくらい言うのと、だいたい人は分かりますので、EBPMというこの4文字のアルファベットをどうわかりやすく、はっきりした意味に言い換えをしてあげるかというのが一つ、大事なことだと思います。

あと2番目のポイントとして、総務課長レベル、課長レベル、そして補佐レベル、いろいろなレベルで粘り強く働きかけることが大事です。

3番目のポイントは、あまり急ぎすぎない、最初は試運転、慣らし運転ということだと思います。したがって例えば統計分析の結果が出て

きたときに、どう扱うか、一緒に次のステップを考えよう、というように、一緒に歩いてあげていく感じでやると、みんなじゃあちょっとやってみようか、ということになります。行政の人間であれば自分の政策の効果を自分で分析して、その結果を受けて改善をしたいというのは、本質的な希望としてはあるはずなので、これを続けていくうちに、エビデンスの精度もあがってきて、これに基づいて政策の方向性を大きく変えてみようという事例も、将来的に出てくるのではないかなというふうに思っています。

【荒井】：ありがとうございます。鶴代さん、お願いします。

【鶴代】：EBPMに関しては、実例の創出に取り組んでいる試行的段階であり、成功例として紹介するまでのものは持ち合わせておりません。ただ、これまでの取組を通じて、その効果・成果が何らかの指標をもって定量的に測りやすいものについては、比較的EBPMを適用しやすいのではと感じているところです。引き続き、他省庁や海外の行政機関における成功事例等も参考にしながら取組を進めていきたいと考えております。

【荒井】：ありがとうございます。川口さん、お願いいたします。

【川口】：どうもありがとうございます。われわれが政府とやらせていただいているプロジェクトで、まだ学術的な論文というのがまだ出ていないので、そういう意味でいうと、研究者の観点からすると、成果といえるものはまだ出てないというふうに理解しています。ただ、相手の行政官の方にとってどういうふうに評価されているのかという観点で見ると一定の成果は出ているように思います。総務省統計局と取り組んできたウェイトを作り直す作業は非常に地道なのですけれども、今度の11月に全国

消費実態調査の後進の全国家計構造調査が行われる際に今回の共同研究の結果を実装して実際の統計処理をすることが内定しており、一定の評価をしていただけたのかなというふうに思っています。

成功のカギというものがあるとする共同研究先と密なコミュニケーションをとることではないかと思います。総務省統計局との共同研究の例では、消費統計課長以下10名くらいの方が月に1回ぐらいのペースで大学の方に通ってくださって、計算結果を見てディスカッションをして、当方の大学院生が非常になんばってくれて、その次の会合までに準備をして、アップデートするというようなことをやってきました。

【荒井】： 内山さん、お願いします。

【内山】： 日本ではEBPMが始まったばかりですので、成功、失敗を判別できる段階ではないと思います。また、イギリスなど海外の事例を見ていますと、EBPMを成功させるのに大事なものは、やはりリーダーシップです。先ほど申したように、イギリスにEBPMが定着したのはブレア首相が強力に推し進めたためです。さらにいえば、ブレア政権の財務大臣だったゴードン・ブラウンが経済政策に非常に力を入れていました。

役所についていえば、日本の財務省も立派な官庁だと思いますけども、イギリスの財務省は本当にスーパー官庁です。イギリスの官僚にインタビューした際、「なぜEBPMをきちんとやるのか」と聞くと、「きちんとやらないと財務省が予算をつけてくれないからだ」と答えがありました。やはり要はレバレッジ（槌子）の問題であり、EBPMの実効性の担保をどこに求めるかが大事だと思います。

【荒井】： ありがとうございます。なかなか、粘り強くとか、あるいは密にコミュニケーショ

ンとか、心に訴えかける言葉につながって、証拠に基づいてEBPMを打ち出すことの難しさも感じるところではあります。それでは今度は、逆に研究者としてEBPMの政策実装に向けて壁とじてもらっていいこと。あるいは行政機関からEBPMに携わる研究者に求めること。そういったものを教えていただけないでしょうか。これは研究者の側から、今の逆順で、内山さんから順に回ってもらえますか。

【内山】： 今日私がお話ししたことにも関連しますが、まずは人材です。日本の官僚はとても優秀だと思いますけど、EBPMに必要な因果推論(causal inference)についての基礎的な知識には乏しいように思われます。われわれも大学できちんと教えてこなかった責任があるかもしれません。そのため、アウトプットとアウトカムを混同してしまったり、あるいはアウトプットが直線的にアウトカムにつながるように想定してしまったりします。しかしアウトカムには様々な交絡要因が影響しているので、それらをコントロールした上で、きちんと因果推論をしなくてははいけません。そういった基本的な素養を持つ人材が必要です。

理想をいうなら、先ほど申したイギリスのように政府エコノミストが各省に何十人もいるような体制ができればいいのですが、それはさすがにすぐには無理でしょう。少なくとも因果推論とは何かといったことを実務の方がしっかりと理解してくれるように、地道にわれわれも努力することが必要だと思います。

そういった意味では、実務の方向けに英国のGreen BookのようなEBPMのガイダンスないし手引書が必要だと考えています。私事ですが、経済産業研究所で現在、EBPMの手引書的なものを作成するプロジェクトを立ち上げたところです。

もう一つ、少々理論的な話になるのですが、これは先ほどの川口さんのお話にもありましたけど、われわれ研究者は確率論的

(Probabilistic)な思考をします。すなわち、この政策は1%水準で有意な結果が出る、あるいは、95%信頼区間はこうであるといった形で、確率論的に考えます。ところが政策というのは採用するかしないかを決めなくてはなりません。決定しなくてはならないわけです。ですから、例えば1%水準では有意でないけど、5%水準では有意となった場合、その政策をやるかやらないか、そこは決断しなければいけないわけですね。このような確率論的な思考と決定論的な政策実務との乖離をどう埋めていくのかは、ある種哲学的な問題かもしれませんが、引き続き考えていかななくてはならないところです。

【荒井】： 川口さん。お願いします。

【川口】： EBP Mをやっていく上で大切なことの一つにいい実証分析をすることがあげられます。そのためには、サンプルサイズが大きく情報が正確にとられているいいデータが必要です。加えて、トリートメントグループとコントロールグループがしっかりと定義されたいいリサーチデザインがあることも必要です。しかしながら、よいデータをとるために政府統計個票にアクセスしようとする、膨大な書類を書かなければいけないため非常に大きな負担がかかっています。統計法33条で研究者も公的な目的であれば個票を使えるということになっているのですが、ガイドラインの中に必要のない情報は出さないということが書いてありまして、そのためにいちいち審査官がこの変数は必要がないだろうというふうに審査をしていく形になってしまっていて、非常に煩雑な手続きが必要になっています。このガイドラインを見直していただくのが、政府にお願いしたいことです。

それと、もう内山さんが御指摘になられたことですけれども、やはり人材が大切です。内山さんの御発表で非常に大事だと思うのは、エコ

ノミストという専門家の集団がいて、その人たちが仲間のエコノミストの評価を気にしながら仕事をしているっていうことだと思うのですね。やはり、変な仕事をすると同業者から後ろ指を指されるというのは、非常に重要なインセンティブ構造で、そういう構造を少しずつでも入れていくことが課題なのではないかなと思います。

【荒井】： 鶴代さん、お願いします。

【鶴代】： 冒頭でお話したことの総括部分と重なりますが、海外の事例を含め、EBPMの取組事例やその推進に役立つ各種指標、データの分析方法等について、できる限り分かりやすく紹介いただくことは有益だと考えます。また、治安や警察分野に関しては、社会情勢の変化の影響等に着眼した犯罪情勢の分析や、治安の実相を正確に捉えることに資する各種指標・データに関して研究いただくことを期待しております。

【荒井】： ありがとうございます。三浦さん、お願いします。

【三浦】： ありがとうございます。気づくことを何点か申し上げれば、一つは今の鶴代さんのお話にも重なりますが、先行研究的なものは非常に役に立つし、かつ研究者の方の方が行政よりもご存じなことが多いかと思いますので、そういう知見で御協力いただけるのは非常にありがたいなと思います。

分野によってかなりばらつきがあると思いますが、例えばかつて社外取締役を義務付けるべきかどうか、会社法改正で非常に議論になったことがあります。社外取締役がいる、いない、あるいは多い、少ないで、それがROEにどういうインパクトがあるかというのは、結構、実証研究があるので、そういうのを検討するのはいいかなと思います。

あと、われわれは、ある施策のインパクトを測るときの分析の切り口について、ヒントをいつも求めています。例えば、健康診断が本当に意味があるかといった話で、健康診断を受ける、受けないで、その後の、病気になるかならないかとか、寿命とかが変わらないというデータがあったとします。そういうデータを見たとき、全体としてはそうであっても、よく見ると健康診断が有効な人とそうでない人がいるのではないか、例えば、30歳以上に限れば有意な結果が出るとか、あるいはこういうスペックを持った人だったら健康診断が有効だという部分があるとすれば、そこに施策の重点化をしたいというのが、行政実務の通常発想だと思います。

そういうときには、年齢で切るといいとか、既往歴で切るといいとか、体重で切るといいとか、そういうアングルについて示唆があると政策実務としてはありがたいと思います。

現場として研究者からインプットがあるとありがたいという意味ではそういう点です。

【荒井】： 恐れ入ります。今の人材育成、あるいはインセンティブ、そして分かりやすい言葉、あるいは分かりやすい切り口、分析のやり方といったさまざまなキーワードがピックアップできたような気がします。まだまだ聞きたいこと、数多くあるのですけれども、次も控えておきまして、この後、フロアからの質問も受け付けたいと考えております。フロアから質問を希望する方は、挙手をお願いできますでしょうか。御所属とお名前をおっしゃっていただき、どなたへの質問であるか、これを明らかにした上で御質問、お願いできればと思います。それではフロアからもしいらっしゃれば挙手をお願いしたいと思っております。

【木下（東京金融取引所社長）】： 東京金融取引所の木下と申します。私は、昔、国家公務員として政策評価の仕事をしており、それなりに効果があるなというふうに思っていましたし、

E B P Mは、それがさらに進化したものだと思います。ただし、政策評価を行っていた頃から疑問があったことは、個別の施策・事業ごとに評価するものですから、当該施策がうまくいくことで他の分野に却って悪影響があるのではないかということです。例えば、私は銀行監督を担当していましたので、きっちり監督するための施策を工夫していました。そうすると、貯蓄の強化につながりますので、逆に資本市場にとっては発展を阻害するのではないかという懸念がありました。あるいは、今日ございました中小企業の投資の促進については、これがうまくいくと、中小企業に人材が固定されるので、大企業も含めてみると全体の投資にとってはむしろマイナスかもしれないという懸念があります。こういう懸念については、どういふふうに分析して解決していくことになっているのでしょうか。これが質問でございます。よろしく願います。内山さんか三浦さんかなと思いますが、どちらからでも結構です。

【荒井】： それでは、内山さんから願いますか。

【内山】： ありがとうございます。おっしゃるとおり、本当に難しい問題です。一般的に言えば、ある政策を行った場合の他分野に与える影響というのは、広い意味で費用として考えられると思います。ただ、E B P Mにもさまざまなレベルがありまして、例えばさっき申し上げましたナッジというのは細かい事業レベルの話です。そのレベルでは政策効果があるかどうかはわかるのですが、それが他分野にどのような意図せざる結果を持つかは、確かにわかりにくいところがあります。これは、適切な比喻かどうかはわかりませんが、経済学でいうところの部分均衡か一般均衡かといった話に似ています。部分均衡が達成できても、一般均衡が達成できないことになるかもしれません。ここをどうするかというのは非常に大事な課題だと思います。

います。引き続き考えていきたいと思っています。

【荒井】： 三浦さん、一言、お願いいたします。

【三浦】： ありがとうございます。内山さんの今おっしゃったことをほぼなぞるかと思っています。目下、EBPMがフォーカスしているのは、「主たる効果」と手段との関係です。副次効果や副作用は、今の分析の範囲は及んでないと思います。現在の問題意識は、一般均衡に広げる前の、部分均衡の部分ですら、つまり「主たる効果」との関係ですら、本当に因果関係があるのかどうかエビデンスがないのではないかとということであり、したがって、そこがフォーカスになっています。もちろん、副作用や費用との関係も注意すべきです。それは現時点では、規制事前評価での、効果費用比較衡量の義務付けや、例えば補助金の財政に与える問題は予算査定のプロセスでチェックするとか、EBPM以外の、いろんな行政のガバナンスの仕組みの中で対応しているところです。

【荒井】： ありがとうございます。もうお一方、可能でございますが、いかがでしょうか。

【村松（駒澤大学経済学部教授）】： 駒澤大学の村松です。警察庁の鶴代さんにお伺いします。例えば先ほどのお話の中で、イモビライザが付いて自動車の窃盗が減ったとか、堅牢化自販機によって犯罪が減ったというのが、部分均衡に当たると思います。それに対して、社会情勢の変化が犯罪全般にどういう影響を与えるか、これは一般均衡と捉えることができると思いますが、その間も重要ではないかと思っています。

例えば、自動車盗をしていた人は、犯罪をやめてしまったのだろうか、他の犯罪に移ったのかも重要であり、一般均衡と部分均衡で捉えてしまうよりも、例えば経産省の問題であれば、産業ごとの構造の違いによって、ある産業の変化はどういうふうに外部に影響を与えるのか

を考える必要があります。犯罪もそういった中間段階の影響について、これは今後、学者としても考えていく必要があると思います。またその部分に関してデータとか評価をどうすればよいのか、犯罪に関して、社会情勢と1個ずつの犯罪の間に、犯罪者という集団で見たときに、それがどう動いていったのかに関して、データ化は可能なのでしょうか。

私自身も一般均衡と部分均衡の間、マクロとミクロの間を考えたいと思っており、犯罪分析に関して、研究やデータについて伺えればと思います。

【鶴代】： EBPMについては実例創出に向けて取り組んでいる段階であり、これまでのところ、個別の施策・事業を取り上げて検討しておりますが、対象の政策をどの程度広く捉えていくべきかという点についても検討の余地があるかと思っています。また、ロジックモデルのアウトプットとインパクトをどのように設定し、それらに犯行手口の変化等をどのように考慮していくかなども検討すべき課題であると思っています。

御指摘も参考にして、今後、そうした点についても検討を深めながら取り組んでまいりたいと思います。

【荒井】： ありがとうございました。今、まさに動いている行政における手法として、そこに法と経済学がどう切り込んでいくことができるか。この一端が明らかになったシンポジウムだったのではないかなと思っています。それでは最後にパネリストの方々に拍手をお願いしますでしょうか。

(大きな拍手)

これでEBPMの法と経済学のシンポジウムを終わりにしたいと思います。どうもありがとうございました。

◆法と経済学会・第17回全国大会 講演報告◆

□シンポジウム 企画2

『 Intellectual Property and Competition Policy 』

(北海道大学・大野科研共催) 企画：青木 玲子(公正取引委員会)

日時：2019年7月13日（土）16:10～17:50

場所：駒澤大学 深沢キャンパス

(120周年アカデミーホール)

チェア

大野 由夏(北海道大学)

パネリスト

Luis Cabral (NYU)

Michael Katz (UC Berkeley)

鈴木 将文(名古屋大学)

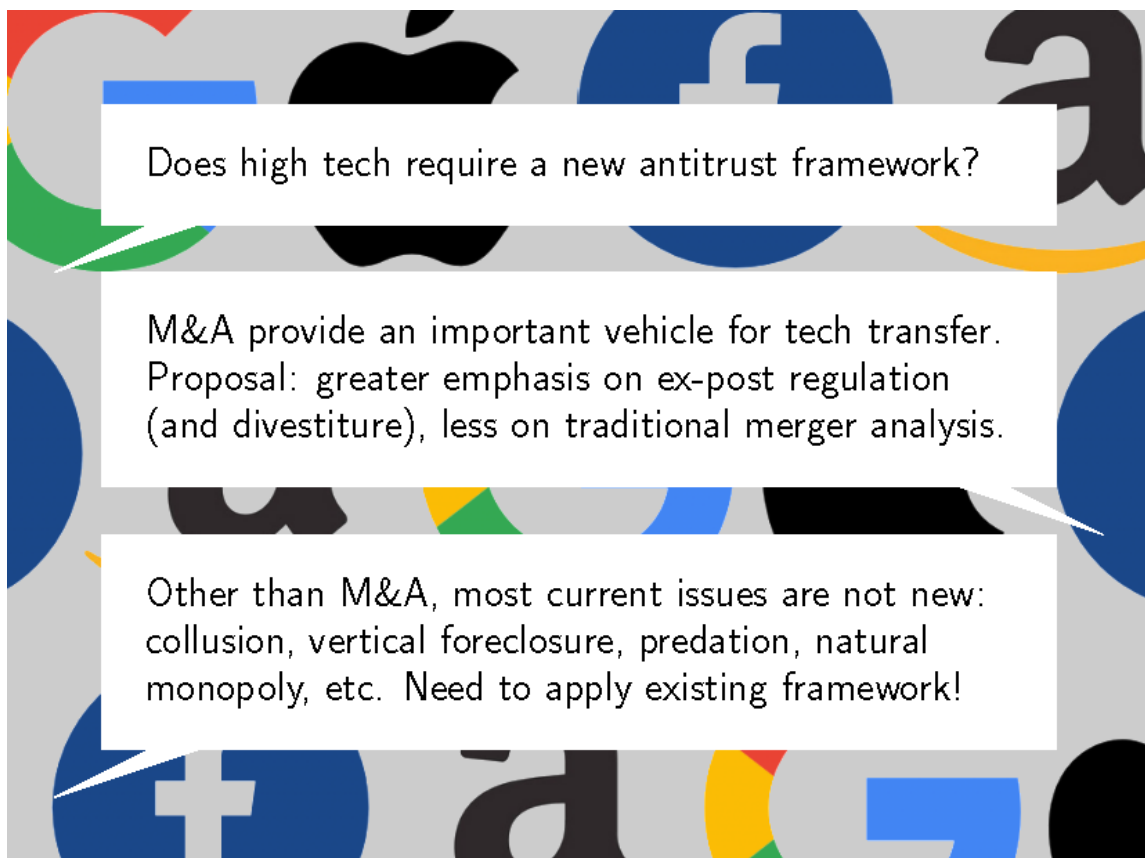
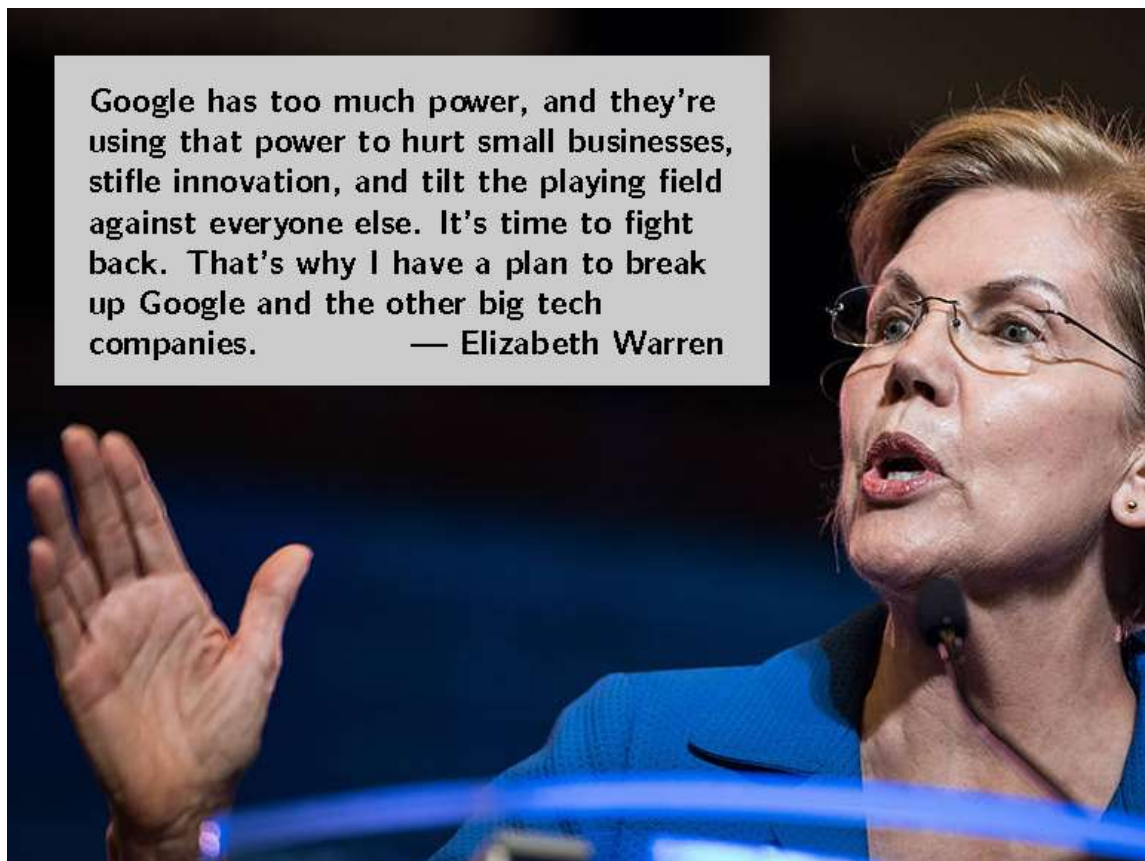
白石 忠志(東京大学)

久保 研介(慶応大学)

Does High Tech Require a New Antitrust Framework?

Luís Cabral
New York University

Prepared for panel on
Intellectual Property & Competition Policy
Tokyo, July 13, 2019



Outline

- Innovation and antitrust
- Other issues raised by high tech
- Conclusion: does high tech require new antitrust policy?

Outline

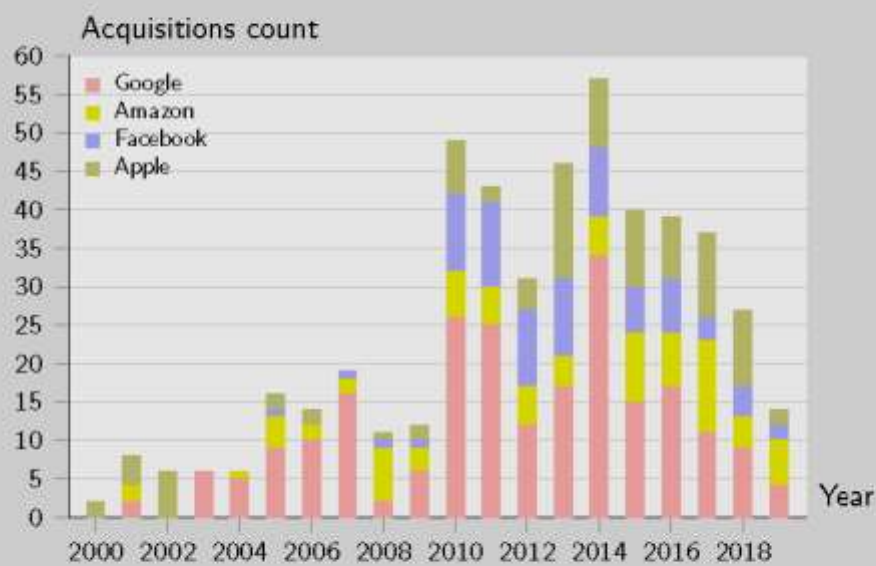
- Innovation and antitrust
- Other issues raised by high tech
- Conclusion: does high tech require new antitrust policy?

What is special about high tech

- High innovation rates
- Large asymmetries in firm size (from startups to superstars)
- Frequent acquisition of small firms by large firms

NYU STERN

Superstars and startups



Source: Wikipedia, author's calculations

NYU STERN

Superstars and startups

- How do large asymmetries in firm size (superstars and startups) affect innovation incentives?
- Bad news: "shadow of Google" effect (or Microsoft, or Amazon)
 - absent technology transfer, innovation incentives are lower the greater the asymmetries in size
- Good news: "innovation for buyout" effect
 - technology transfer increases innovation incentives
 - given technology transfer, innovation incentives are greater the greater the asymmetries in size
- The difference between positive and negative effects stems largely from the efficiency of markets for technology

L. Cabral, "Standing on the Shoulders of Dwarfs: Dominant Firms and Innovation Incentives," 2019.




Antitrust and innovation

- Tech transfer plays an important role in the innovation ecosystem.
- When IP is poorly defined, M&A provide an important vehicle for technology transfer.
- Traditional merger analysis framework hard to apply in superstar-startup case:
 - hard to distinguish pre-emption, monopolization, value creation
 - hard to identify market shares, prices, etc (even business model)
- In this context, stricter M&A enforcement implies
 - chilling effect on innovation
 - many false positives (welfare enhancing blocked mergers)



Antitrust and innovation

- Proposed solution: greater emphasis on ex-post policy rather than ex-ante policy.
- Forced divestiture rather than blocked acquisitions (some false negatives better than multiple false positives)
- Regulation (many platforms are becoming like “utilities”)
- Step up policy against abuse of dominant position

 NYU STERN



Outline

- Innovation and antitrust
- Other issues raised by high tech
- Conclusion: does high tech require new antitrust policy?

Issues created by high tech

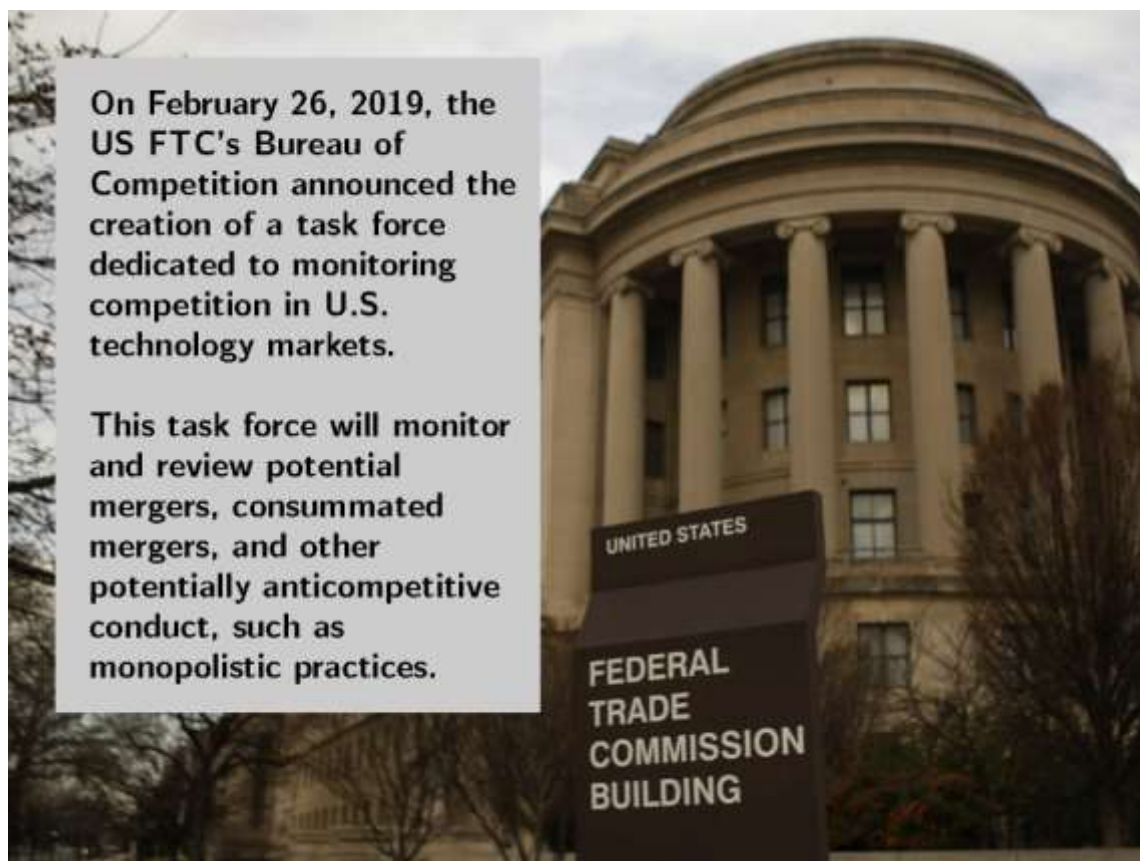
- Platforms as essential facilities
- Agent inertia, and competition for the market
- Big data and self-reinforcing dynamics
- Algorithmic pricing
- Predation and the CWS
- Poorly defined prices, consumer data protection
- Political power
- Income inequality, unemployment, wage growth

Outline

- Innovation and antitrust
- Other issues raised by high tech
- Conclusion: does high tech require new antitrust policy?

A new antitrust paradigm?

- Most of the current issues relating to market power in high tech are not new: collusion, vertical foreclosure, predation, natural monopoly, etc. Need to apply existing framework.
- Exception: interaction between antitrust and innovation in the context of mergers and acquisitions.
- Some issues that are being asked of antitrust really belong to consumer protection
- Some issues that are being asked of antitrust do not belong in antitrust or consumer protection (income inequality, unemployment, and wage growth)



On February 26, 2019, the US FTC's Bureau of Competition announced the creation of a task force dedicated to monitoring competition in U.S. technology markets.

This task force will monitor and review potential mergers, consummated mergers, and other potentially anticompetitive conduct, such as monopolistic practices.

Would Granting Users Property Rights to their Data Promote Competition (and Privacy)?

Michael L. Katz

Intellectual Property and
Competition Policy

13 July 2019

University of California
Berkeley
Haas School of Business

User big data are central to many platform's strategies.



Platform utilizes data about B-side users to predict their behavior in ways that are valuable to A-side users making product design, pricing, and promotion decisions.

Rakuten

facebook

NETFLIX

Google

Potential Problems and Solutions

- If user data are a key input and lack substitutes, then a platform might engage in **exclusion** by limiting—or making more costly—rivals' access to user data.
 - Can lead to high concentration and a “data barrier to entry.”
 - Moreover, when consumers benefit from the use of the data, there can be high switching and multi-homing costs.
- Some of the possible uses of user data raise issues regarding price discrimination and user **privacy**.
- User data IPRs to the rescue?
 - Right to withhold data to allow monetization or to protect privacy.
 - Right to transfer data to allow monetization, reduce platform entry barriers, and prevent exclusion and lock in.

One Set of Proposed Principles

- Establish a federally-recognized **class of online data property** that includes data consumers generate on online platforms and devices — such as search data, location data, data about their responses to advertising and data included in their online posts — essentially, all the online data that makes up their “Virtual You;”
- Recognize in federal law that **this data is the property of the consumers who generate it;**
- **Enable consumers** to oversee the commercial use of their data property and **to preclude the use of their data should they choose to do so...**

10 July 2019 press release by Representative Doug Collins,
Ranking Member of the U.S. House Judiciary Committee.

User-Data IPRs and Exclusion

- Would users protect competition?
 - Results on “naked exclusion” suggest otherwise.
 - Should users be allowed to enter into exclusive contracts with platforms?
- Whose data are they, anyway?
 - Joint production with the platform (e.g., Internet search history)
- Need for mandatory data portability?
 - Difficult issues about who bears the costs and what data are stored in what form.
 - Affects platform incentives—less incentive to collect data, say by offering a very attractive platform.
 - The competitive effects of switching costs are complex.

User-Data IPRs and Privacy

- IPRs raise difficult questions regarding which data are a user’s data
 - A social-network “privacy thicket.”
- IPRs may not protect user privacy.
 - What matters is how the platform and A-side users interpret and react to a B-side user’s refusal to provide data?
 - Firms’ beliefs about you: employer or firm providing you services
 - May need to: (a) ban data provision, or (b) mandate “no penalty for privacy.”
 - Mandating that privacy be free means NOT paying people for their data.
 - Either policy may undermine business models that generally promote consumers’ welfare.

Privacy and the Missing Price

- Privacy as Product Quality: No theorem stating that firms with market power undersupply privacy (Spence).
- Undersupply by monopoly media platform.
 - *Monopsony*: by weakening privacy, platform pays users less (in kind) for being an input into the sale of advertising.
 - *Monopoly*: by weakening privacy and losing users, platform restricts the supply of advertising, leading to a higher price.
- Distortions with competing media platforms.
 - Lack of monetary transfers can lead to oversupply of privacy: only way to attract users to is to offer a higher-quality service.
- If monetary transfers between platform and users are implemented:
 - The equilibrium level of privacy may rise or fall.
 - Consumer welfare may fall as privacy rises.

Summary of Today's Summary

Granting users IPRs for their data:

- raises difficult questions regarding which data are “their” data;
- is, by itself, insufficient to protect against exclusionary platform behavior; and
- may not protect user privacy.

Public policies that supplement user data IPRs can have harmful unintended consequences:

- data portability mandates raise difficult issues about who bears the costs and what data are stored in what form; and
- policies that mandate “no penalty for privacy” may undermine business models that generally promote consumers’ welfare.

Symposium on “Intellectual Property and Competition Policy”

Enforcement of Standard Essential Patents: A View from a Japanese IP Law Scholar

Masabumi Suzuki
Dean & Professor
Graduate School of Law, Nagoya University

Outline

- Introduction: Standards and patents
- Enforcement of FRAND-encumbered SEPs
 - Overview
 - Court decisions in Japan and the EU
 - Competition law
 - JFTC Guidelines
 - JPO Guides

INTRODUCTION: STANDARDS AND PATENTS

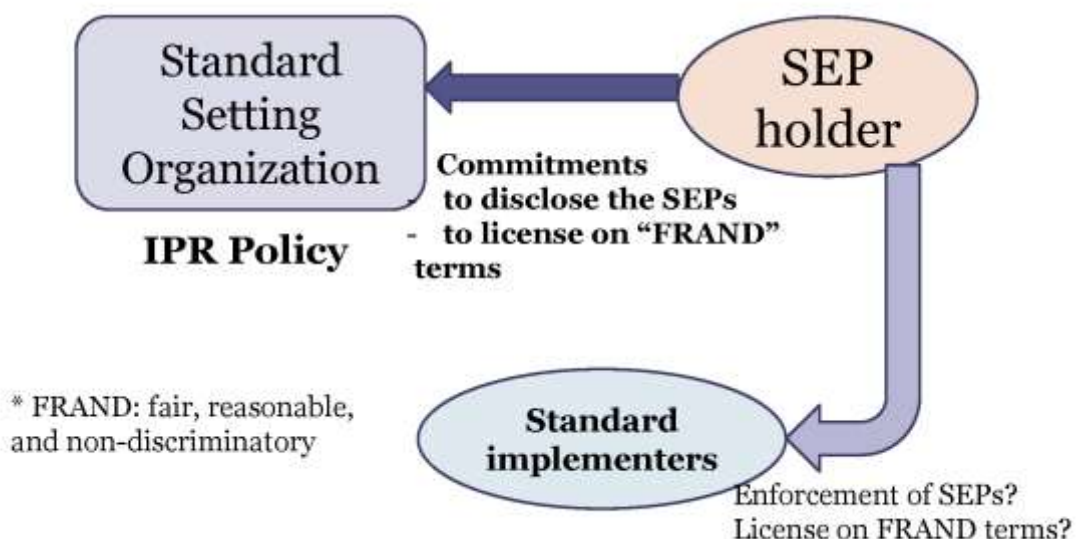
Importance of Standards and SEPs

- Development of ICTs and interconnectivity
→ Increasing importance of standards
- Advanced standards tend to contain many technologies covered by patents.
- “Complex products” such as smart-phones adopt many standards, and use many patented technologies.
- Large transaction costs may pose a serious obstacle to *ex ante* bargaining (i.e., licensing).

Problems about SEPs

- If holders of SEPs are free to enforce the patents (particularly by injunctions) against implementers of the standard, the following problems are likely to occur.
- “Holdup” problem
Implementers would be forced to agree to pay excessive royalties because of the **sunk costs** (=the infringer has already made an investment on the product) and/or **switching costs** (=circumventing the invention would cause additional costs).
- Royalty stacking problem
For SEPs containing many patents, implementers have to pay a huge amount of accumulated royalties.
- “Holdout” (reverse holdup) problem
If the enforcement of SEPs is overly suppressed, implementers would try to act to pay a royalty that is unfairly low.

Measures taken by SSOs



7

Legal Disputes Involving FRAND-encumbered SEPs

Categories	Examples
Patent infringement Disputes	Apple v. Samsung (Japan), Apple v. Motorola (US), Ericsson v. D-Link Sys. (US), Huawei v. ZTE (Germany, EU), Unwired Planet v. Huawei (UK), etc.
Disputes under Competition law	Samsung case (EU), Motorola case (EU), Qualcomm case (US, Japan, Korea, etc.), etc.
Contractual Disputes	Microsoft v. Motorola (US), etc.

Enforcement of FRAND-encumbered SEPs

Enforcement of FRAND-encumbered SEPs

- It has been almost universally agreed that the enforcement of FRAND-encumbered SEPs, granting of injunctions in particular, should be **restricted** against **willing licensees**.
- However, there are different approaches or unclarified issues as to
 - legal grounds for the restriction of enforcement,
 - legal effects of FRAND declarations,
 - willing licensees,
 - claims for damages, and
 - level of FRAND royalties.

10

Legal basis for restricting the enforcement of SEPs

Country/Area	Legal basis	Examples
Japan	doctrine of abuse of right	Apple v. Samsung
US	contract theory of remedies	Microsoft v. Motorola Apple v. Motorola
Germany (EU)	defense of anticompetitive practice	Orange-Book-Standard Huawei v. ZTE

Court decisions in Japan

- *Apple v. Samsung*
 - decisions by the Tokyo District Court (2013) and the IP High Court (2014)
- *Imation v. One-blue*
 - decision by the Tokyo District Court (2015)

12

Apple v. Samsung

- The leading case in Japan with regard to the enforcement of Samsung's FRAND-encumbered SEP related to the UMTS standard.
- 1) Samsung filed petitions for **preliminary injunctions** against Apple, alleging that Apple's products infringed the SEP.
- 2) Apple sued Samsung, asking for a declaratory judgment to confirm Samsung was not entitled to seek **damages**.

Apple v. Samsung

- Tokyo District Court (February 28, 2013) 2011 (Wa) 38969 (28), 2011 (Yo) 22027 and 22098.
- IP High Court, Special Division (May 16, 2014) 2013 (Ne) 10043, 2013 (Ra) 10007 and 10008.

14

IP High Ct. on FRAND and licensing contracts

- Applicable law for interpretation with respect to the formation of contracts through the FRAND declaration by Samsung: **French law**
- “The FRAND declaration could not be considered as an offer for a contract, and **no license agreement was formed as a result of the declaration.**”

15

IP High Ct. on FRAND and licensing contracts

- However, the IP High Court recognized Samsung's **obligation to negotiate in good faith** with Apple for the execution of a FRAND license agreement, based on **the principle of good faith** under the Japanese Civil Code.

16

Tokyo District Ct. on injunction and damages

- Tokyo District Court
 - 1) dismissed Samsung's petitions for preliminary injunctions, and
 - 2) issued a declaratory judgment denying Samsung's right to seek **any damages**.
- Such a denial of remedies was based on the doctrine of **abuse of right**.

IP High Ct. on injunction and damages

- IP High Court
 - 1) also refused to grant preliminary injunctions, and
 - 2) denied the right of Samsung to seek damages exceeding the amount equivalent to the royalty under FRAND conditions (*i.e.*, **awarding of damages equivalent to FRAND-royalties** was affirmed).

IP High Ct. on injunctions

- Considering the holdup problem, holders of FRAND-encumbered SEPs should not be allowed to seek an injunction against **a party willing to obtain a license under the FRAND terms** as such an exercise of the patent right would constitute **an abuse of right**.
- Meanwhile, an injunction against a party working the invention should be allowed if it has no intention for such a license.
- The burden of proof of the willing licensee requirement is on the alleged-infringer (implementer of the standard), but **strict scrutiny shall be made before determining the lack of the willingness** on the side of the infringer.

19

IP High Ct. on damages

- Claims for **damages exceeding the FRAND royalty should be denied** as an abuse of right, as long as the alleged-infringer successfully proves the fact that the patentee had made a FRAND declaration.
- Meanwhile, if the patentee successfully proves that the infringer has **no intention of obtaining a FRAND license**, the patentee **should be allowed** to claim damages exceeding the FRAND royalty.
- On the other hand, if the alleged-infringer successfully proves special circumstances, such as **extreme unfairness** regarding the patentee's claim for damages not exceeding the FRAND royalty, the patentee's claim is restricted as an abuse of right.

20

Framework by IP High Ct

- Baseline (when the both parties are giving FRAND offers but cannot reach an agreement):
no injunction + FRAND royalty
- the burden of proof of (a lack of) a willing licensee requirement
 - on the implementer as to injunctions
 - on the patentee as to damages exceeding the FRAND royalty
- The Court did not present a criterion to judge whether the standard implementer was a willing licensee or not.
= **Remaining issue**

The “abuse of right” approach

- Advantage
 - In Japan, this is almost the only practically possible way to restrict patent enforcement against infringement. (No discretion in granting injunction. Anti-competitiveness may be just one reason for an abuse of right.)
 - Disadvantage
 - Ambiguity and unpredictability.
- The IP High Court tried to mitigate this problem by presenting a general and clear standard.

Damage claim by a SEP holder

- Under the IP High Court decision, a claim for damages by a SEP holder is restricted just like a claim for injunctions.
- Namely, even if the SEP holder (who gave a FRAND declaration) has been giving offers on FRAND terms to an implementer, he/she can be awarded only damages equivalent to a FRAND royalty when the infringing implementer is considered to be a willing licensee.
- Such a treatment is different from practices in some other countries.

23

IP High Ct. on the FRAND royalty

- $(A \times B) \times 5\% \div 529$
 - A: the sales turnover of the infringing products
 - B: the contribution ratio of the compliance with the UMTS standard by the infringing products
 - 5%: the royalty rate cap which is applied to prevent the aggregate amount of too high of royalties (= to avoid royalty stacking)
 - 529: the number of the essential patents for the UMTS standard

24

Calculation of the FRAND royalty

- IP High Ct.
 - calculation of damages are done after determining the validity and infringement
 - multiplying by the contribution ratio and 5%
 - dividing by the number of SEPs without taking their different values into account

→ Was the actual amount too low?

IP High Ct. on anti-competitiveness of the enforcement of SEPs

- Because the IP High Court found Apple to be a willing licensee and that fact was a sufficient reason for recognizing an abuse of right, the Court did not discuss anti-competitiveness of the claim for injunctions.
- The award of damages was examined in a suit on the merits, but the IP High Court just said “the entire evidence is **not sufficient to prove** that the **claim for damages not exceeding the FRAND royalty** constitutes a breach of the Antimonopoly Act.”

Huawei v. ZTE (2015)

- CJEU, 16 July 2015, C-170/13.
- When the holder of FRAND-encumbered SEPs seeks an injunction against a standard implementer, the claim would be **an abuse of the dominant market position** (a violation of Article 102 TFEU) unless the holder takes certain steps (such as a prior notice or consultation) as described by the CJEU.
- If the SEP holder has taken the necessary steps, the alleged infringer (standard implementer) cannot avoid an injunction unless it also takes certain steps and become qualified as a willing licensee.

27

Competition law

- Possible claims under the Japanese Antimonopoly Act (AMA)
 - unfair trade practices (price differentiation, refusal to trade, discriminatory treatment of trade terms, interference with a competitor's transactions, etc.)
 - private monopolization (when a substantial restraint of competition is found)

28

Competition law

- Given the decision by the IP High Ct., it would not be needed as much to allow a defense of anticompetitive conducts in civil litigation on infringements of SEPs.
- However, as a matter of competition policy, clarification of the treatment of enforcement of SEPs under the AMA is warranted, because the possibility of the imposition of severe sanctions (surcharges and even criminal sanctions) might affect the patentee's behavior.

Imation v. One-blue
(Tokyo D. Ct. Feb. 18, 2015)

- A case decided under the Unfair Competition Prevention Act.
- The defendant (Y) was a patent management company which was entrusted with FRAND-encumbered SEPs related to standards for blue-ray discs (BDs) by the patentees.
- The plaintiff (X) was selling BDs adopting the standards.
- Y sent warning letters to X's major clients mentioning Y's right to injunction against X's infringement of the SEPs.

Imation v. One-blue
(Tokyo D. Ct. Feb. 18, 2015)

- X sued against Y, alleging that Y's conducts constituted
 - acts of unfair competition (false allegation) , and
 - unfair trade practices (interference with a competitor's transactions)
- The Tokyo District Court affirmed that Y's conducts were acts of unfair competition, because X was willing to agree on a FRAND-based license contract and thus Y could not enjoin X's sale of BDs.

Imation v. One-blue (Tokyo D. Ct. Feb. 18, 2015)

- Commentators (competition law scholars) say that the same conclusion could be reached as to the presence of unfair trade practices under the Antimonopoly Act.

32

JFTC's Guidelines for the Use of IP under the AMA (2016)

- Refusal to license or bring an action for injunction against a party who is willing to take a license by a FRAND-encumbered SEP holder may fall under
 - private monopolization, or
 - unfair trade practices.

JFTC's Guidelines for the Use of IP under the AMA (2016)

- The description above shall be applied no matter whether the act is taken by the party which made the FRAND Declaration or by **the party which took over the FRAND-encumbered SEP** or is entrusted to manage the FRAND-encumbered SEPs.

JFTC's Guidelines for the Use of IP under the AMA (2016)

- Whether a party is a “**willing licensee**” (one willing to take a license on FRAND terms) or not should be judged based on the situation of each case in light of the behavior of the both sides in licensing negotiations, etc. (For example, the presence or absence of the presentation of the infringement designating the patent and specifying the way in which it has been infringed, the presence or absence of the offer for a license on the conditions specifying its reasonable base, the correspondence attitude to the offers such as prompt and reasonable counter offers and whether or not the parties undertake licensing negotiations in good faith in light of the normal business practices.) Even if a party which intends to be licensed challenges dispute validity, essentiality or possible infringement of the SEP, the fact itself should not be considered as grounds to deny that the party is a “willing licensee” as long as the party undertakes licensing negotiations in good faith in light of the normal business practices.

Remaining issues

- Specific criteria for judging the willingness of standard implementers
- Reason why transferees of FRAND-encumbered SEPs also bear the obligation under the declaration

Efforts by the JPO

- “Guide to Licensing Negotiations Involving SEPs” (Japan Patent Office, June 5, 2018)
http://www.jpo.go.jp/torikumi_e/hiroba_e/sep_portal_e.htm
- The JPO at first tried to introduce an administrative adjudication system to determine SEP licensing terms, but gave up the idea.

“Guide to Licensing Negotiations Involving SEPs” (JPO)

- The Guide “aims to enhance transparency and predictability, facilitate negotiations between rights holders and implementers, and help prevent or quickly resolve disputes concerning the licensing” of SEPs.
- The Guide “is not intended to be prescriptive, is in no way legally binding, and does not forejudge future judicial rulings.”
- “It is intended to summarize issues concerning licensing negotiations as objectively as possible based on the current state of court rulings, the judgment of competition authorities, and licensing practices, etc.”

Thank you for your attention.

msuzuki@law.nagoya-u.ac.jp

Japan Law and Economics Association
July 13, 2019
Komazawa University

Intellectual Property and Competition Policy
The JFTC Decision in *Qualcomm*
(Summary)

Tadashi Shiraishi
University of Tokyo

The Japan Fair Trade Commission (JFTC) delivered its Decision on the *Qualcomm* case on March 13, 2019. The Decision revoked the JFTC's order in 2009 which concluded that certain conduct by Qualcomm violated the Japanese competition law, the Antimonopoly Act.

The JFTC was concerned that Qualcomm's No-assertion-of-patents (NAP) clauses might have stifled incentive to innovate by its Japanese licensees. In general, an NAP clause refers to a contractual restraint in which the licensor prohibits the licensee from enforcing licensee's patents against the licensor and other licensees.

The differences between the *Microsoft* Decision and the *Qualcomm* Decision will be examined. The JFTC successfully accused Microsoft in 2008 based on similar clauses.

According to the JFTC, the NAP clauses in the *Qualcomm* case were so limited that they did not cause a sufficient decrease in incentive to innovate by the Japanese licensees.

Microsoft proposed similar arguments in its proceedings more than ten years ago. The primary coverage of the patents in the *Microsoft* case was audio-visual technologies. The licensees were prohibited from enforcing their patents in relation to Windows products, but they were allowed to enforce them in relation to audio-visual home appliances without Windows, such as Blu-ray devices. The JFTC rejected Microsoft's arguments. The more rewards to patent holders, the more innovations potential patentees would generate: this was the theory supported by the JFTC in 2008.

In the *Qualcomm* Decision, even though licensees were prohibited from patent enforcement to some extent, the JFTC admitted that the licensees had enough incentive to innovate by earning money from other sources.

The *Qualcomm* Decision is not friendly to monopolists. By correcting its theory, which had been distorted since the *Microsoft* case, the JFTC acquired a theoretical basis to handle digital giants by outlawing too much reward to monopolists.

Restricting SEP Holders' Right to Injunction: Are We on the Right Path?

Japan Law and Economics Association
Symposium on Intellectual Property and Competition Policy
July 13, 2019

Kensuke Kubo
Faculty of Business and Commerce, Keio University

Nature of Standard Essential Patents

- SEPs cover **complementary technologies** that are combined to make a product
- Innovation capabilities are distributed across **multiple entities**
 - Heterogeneous entities are involved in innovation and implementation: non-implementing innovators, downstream implementers, vertically integrated firms
- Product development generally begins before licensing terms are determined

2

Issue 1: Royalty Stacking

- When patent holders independently set their per-unit royalty rates, each rate becomes excessively high – not only for the implementers but also for the patent holders as a group
- A **patent pool** sets a lower combined per-unit royalty rate for the entire pool, while increasing patent holders' collective royalty income
- With heterogenous membership, sustaining the pool becomes difficult (Aoki and Nagaoka, 2004)
- Dispersion of patent values also makes it difficult for pools to attract high-value patents

3

Issue 2: Patent Hold-up

- Because licensing terms for SEPs are negotiated after they have been incorporated into the standard and implementers have begun product development, patent holders are in a position to engage in hold-up
- Lemley and Shapiro (2007) show that ex post negotiated royalty rates are higher than the ex ante benchmark rate when SEP holders are able to obtain an injunction against infringers
- This leads them to advocate a **restriction on SEP holders' right to injunction**

4

Restrictions on Right to Injunction

- U.S. Department of Justice/Patent & Trademark Office,
Policy Statement on Remedies for SEPs Subject to F/RAND Commitments
 - “[T]he public interest may preclude the issuance of an exclusion order* in cases where the infringer is acting within the scope of the patent holder’s F/RAND commitment and is able, and has not refused, to license on F/RAND terms”

* Exclusion orders under Section 337 of the Tariff Act. Footnote 1 states that “similar principles apply to the granting of injunctive relief in U.S. federal courts”.

5

Restrictions on Right to Injunction

- Japan Fair Trade Commission, *Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act*
- Japan Patent Office, *Guide to Licensing Negotiations Involving SEPs*
 - “Legal precedents across the world seem to be converging toward permitting injunctions concerning FRAND-encumbered SEPs **only in limited situations**”

6

Emergence of Differing Views

- Ohlhausen (Stanford Technology Law Review, 2017)
 - “[T]he FTC has adopted a ‘no injunction rule’ for SEP owners who have agreed to license on RAND terms ... **[T]here is no basis in competition law for adopting such a rule**”
- Delrahim (2017/11 remarks)
 - “I believe Judge Posner was badly mistaken in the *Apple v. Motorola* case, in which he held that IP owners who make FRAND commitments somehow sacrifice their right even to seek an injunction ... [T]he Federal Circuit ... ruling did not improve matters much”

7

Effect of Restricting Injunction Rights

- The interpretation of “FRAND” often diverges between patent holders and implementers, leading to divergence in their respective royalty offers
- **Bargaining theory** informs us that negotiated royalties will strongly depend on **disagreement payoffs**
- By increasing the implementer’s disagreement payoffs, restriction of SEP holders’ injunction rights causes the negotiated rate to approach the “implementer’s version” of FRAND

8

Case Study: *Imation v. One-Blue* (2015)

- Divergence in “FRAND” royalties
 - One-Blue (patent holder): 8.6~10.9 JPY per standard recordable or rewritable Blu-ray disc*
 - Imation (implementer): 3.5% of Imation’s sourcing price
- Neither offer was revised
 - One-Blue refused to negotiate, claiming its non-discrimination policy precluded differential pricing; it also failed to submit any justifying material during negotiations

* Average retail price of BD-R (25GB) was around 65 JPY; BD-RE (25GB) was around 100 JPY – both in early to mid-2012

9

The Parties’ Arguments

- Imation’s grounds for claiming hold-up and royalty stacking
 - Adding One-Blue’s royalty offer to its average cost would cause it to lose money
 - Royalties paid to Premier BD (another patent pool covering more patents) was only 5.2~7.2 JPY per disc
 - It was not clear whether One-Blue’s implementer-members were all paying royalties
- One-Blue’s counterargument
 - Comparable patent pools for the DVD standard (covering fewer patents) charged royalties that were commensurate to One-Blue in percentage-of-product-price terms

10

Tokyo District Court Decision

- Based on precedent (*Apple v. Samsung*, 2014), **an SEP holder commits an abuse of rights by seeking injunction against a willing licensee for a FRAND-encumbered patent**
- Imation has demonstrated itself to be a willing licensee
- By warning Imation's customers that they could be subject to injunction, One-Blue made an "announcement of a falsehood" (violation of Unfair Competition Prevention Act) because **precedent precludes it from seeking such an injunction**

11

Are We on the Right Path?

- Given the potential for patent hold-up and royalty stacking, *some* restriction on SEP holders' right to injunction is warranted
- That said, the current practice in Japan of assessing only the implementer's willingness to license on FRAND terms may unduly shift the bargaining outcome in favor of implementers

12

A Possible Way Forward

- While assessment of the patent holder's willingness to license (*cf.*, *Huawei v. ZTE*, ECJ) is a must, restoring balance in bargaining outcomes is likely not possible without conditioning the availability of injunctive relief on the "FRAND-ness" of both parties' royalty offers
- This amounts to admitting a "range" of FRAND royalties (Sidak, 2017), without necessarily creating ambiguity in the court's determination of reasonable royalties

13

◆法と経済学会・第17回全国大会 講演報告◆

□招待講演 1

『 Convergence and then Downstream Divergence 』

日時：2019年7月14日（日）13:20～14:00

場所：駒澤大学 深沢キャンパス（120周年アカデミーホール）

Saul Levmore 教授

(University of Chicago

President, American Law and Economics Association)

司会：田中 亘（東京大学）

Wataru Tanaka

We will begin the afternoon program, the special lectures by invited speakers. We have Professor Saul Levmore, University of Chicago. Professor Kanda will introduce our guest of honor.

Hideki Kanda (Graduate School of Law, Gakushuin University)

Thank you. Let me briefly introduce Professor Saul Levmore. Professor Levmore is currently professor at the University of Chicago Law School. He is also President of the American Law and Economics Association. I am deeply grateful to Professor Levmore for having travelled all the way here from the United States this time. He studied at Yale, and has taught at Virginia and Chicago for long time. He was Dean of the University of Chicago Law School for several years. Professor Levmore's work is immense and wide-ranged – just too much for me to introduce all his work now. Please visit the website of the University of Chicago Law School. Now I will hand over the microphone back to Professor Tanaka.

Wataru Tanaka

Thank you. We will start the program by Professor Saul Levmore: Convergence and then Downstream Divergence. The floor is yours.

Saul Levmore

Thank you very much. I am going to speak for not the

whole time, and then I hope you'll ask some questions. But I want to begin a little bit by just saying a few words about the American Law and Economics Association because we, in the United States, hope to have more interaction with the Japan Law and Economics Association. I'd just say a few things but really my goal is to invite you to come to the United States next year to Chicago to the annual meeting of the Law and Economics Association.

Law and economics in the United States is really growing. At the annual conference there will be 300 people at every session. In each session, at every hour there might be between seven to 12 sessions at one time. Of these sessions, there might be corporate law, tort law, tax law, many other sessions at one time. People choose what is of interest to them; three papers are given in each session and then there is time for questions and answers. It's very American. People always disagree with one another. They never say that was really a very good paper. They always say, I don't understand your paper. Here's my question. This is the style of law and economics in the United States but I promise that if you come to our session we'll be a little bit more Japanese and polite.

We find also in the American Law and Economics Association that there are more and more young people who come. Law and economics just before my age group. By my time there was the first set of

people who did Ph.D.'s in economics and also J.D.'s in law. Before me, there were really some economists in law school but about my age there started being people who had both degrees. It's become very common, and especially because empirical work has become very common. At our conference, perhaps one-third or one-half of the papers are empirical, using available data sets. The young people especially really like data. They have much more computer science training. I think this is the direction of law and economics in the United States. Perhaps it will switch back in a few years to more theoretical work or practical work about what law firms actually do, or government projects actually do, but it just goes up and down. Indeed, there will be sections at the meeting devoted entirely to empirical methods in law and economics, along with tax and torts and corporate law, and even criminal law and constitutional law. Every area of law now has some law and economics people in it. My prediction is that this is what will happen in other countries as well.

We also have a journal, the American Law and Economics Journal, which I encourage you to read. It is free online. Perhaps also such a journal will develop in Japanese. It is a very competitive journal. It is a peer-reviewed journal. The work in it is meant to be accessible to people who do law, to people who do economics, and people who do both. No special training is required.

I recently wrote a paper about which I will speak here today. I will also publish an extended version of it in the American Law and Economics Journal. Perhaps in the future we can develop a joint, international law and economics journal, as well as meetings.

Again, thank you very much for inviting me.

**

My topic today is about convergence and downstream divergence in law. I know these are unfamiliar words, but what I mean is to address a general comparative

law question, asking why we find some legal rules to be cross-cultural, true in many countries, while other legal rules are specific to their local cultures. When law has become similar across countries I say it has "converged." For example, every legal system we know says you cannot go to your neighbor's house and steal. A theft is a common rule in every jurisdiction. That is what I mean by convergence. I also refer to this as "upstream convergence," meaning it is a basic thing of a legal system. The fact that every system has a rule against murder, and another against stealing is upstream convergence. If the precise details of these rules differ, this is downstream divergence.

There is upstream convergence in many areas of law. Every country we know has a tax system, but tax rates and exemptions differ downstream. Almost every country we know has a police force, to take another example. Often we can think of "upstream" as aspects of law that developed earlier in time, while downstream rules are refinements that came later in time.

Let me just say that divergence and convergence can be found the other way around. The concepts are not circular, as I hope to show.

Every legal system has a rule that tries to discourage people from being negligent, what we call the tort law system. If I walk over and I kick Professor Kanda in the knee and I break his leg, every legal system says that's very bad. We need to discourage that. You must pay his damages, or maybe even make it a crime. There is substantial convergence. Downstream, there is again some divergence in how damages are calculated. If it is a crime, there is substantial divergence downstream. Some legal systems might impose a prison sentence of one month, some for 3 years, some for 10 years, and so forth. Here too, the basic point is convergence upstream and divergence downstream. I want to explain why this is true. That's the essential goal of this paper.

As for convergence, we can ask why legal systems seem to share rules? There are familiar explanations, such as the fact that countries observe one another and copy, but we can say more. I have two ideas there. One idea is that sometimes there is an efficient rule, and it survives. Some rules really work better. Every legal system adopts such a rule. That's a very law and economics view. If there's only one way to be efficient, in the long term we expect everybody to be efficient or societies will not survive. For example, having a rule against theft is efficient, for otherwise people will fight one another, put one hundred locks on the doors of their houses, and engage in other costly defensive measures. It was very efficient for legal systems to outsource this task to police and a system of penalties. This may even be how law began, trying to prevent murders and theft. In short, one source of convergence, or similarity across systems, is the success of efficient rules.

Sometimes there is an efficient rule that is unpopular on moral, political, or ethical grounds. Politicians will not want to impose such a rule. Economists might like a rule, but other people will find the rule ethically unattractive. For example, there is the famous idea advanced by the economist, Gary Becker, that instead of punishing people every time they go to a store and steal, we could just punish them one in a hundred times. We can save resources with only occasional enforcement and then severe penalties. But most people are horrified by a rule that imposes a 100 year prison term on the unlucky criminal who is caught under such a system. It's morally offensive. Perhaps people can be improved during short prison terms, and so forth. In any event, no legal system has the set of rules imagined by Becker-style economists, however efficient they may seem. Put in my terms, an efficient rule will not necessarily lead to convergence; convergence requires that a rule be both efficient and ethically acceptable. If the two do not match, we can expect divergence, especially because different societies might have different ethical sensitivities.

Another source of divergence derives from the fact

that multiple rules might be efficient. Think of tort law, and the situation where a tort causes more harm than would otherwise be the case because the apparent victim contributed to the loss by also being negligent. I need to be discouraged from driving my car too fast and causing an accident but you also need to be deterred from jumping into the road from between two parked cars. Economists famously note that there are at least two efficient rules to handle this matter and deter both of us. One rule is the rule of contributory negligence. If I drive too fast, and I run you over, I must pay damages. But if you added to the accident, I can be forgiven from liability. I will still be deterred under this "contributory negligence" rule because I do not know in advance that you will jump into the road. You will be deterred, knowing that if you behave negligently you will not collect damages from me, the speeding driver. On the other hand, we can have a rule of comparative damages, where the loss is divided between us. This gives me an incentive to drive slowly and also gives you an incentive not to walk negligently. This is a famous law and economics example of multiple efficient rules. Remarkably, we once found divergence among legal systems. Some had contributory negligence and some had comparative negligence. Even within the United States, different states had different rules. Both were efficient, presenting convergence.

Many years ago, most societies had a contributory negligence rule. If I drove too fast and I ran you over, I paid. But if you ran out on the street so you're also inefficient, then you got no money at all. Over time most legal systems have moved to comparative negligence rule that I pay some money but I pay less money if you are also inefficient. I think this is a very interesting example because most people's ethical sense – something you can glimpse if you ask people which rule they prefer – is that splitting damages when both parties misbehave is far superior to an all or nothing rule, forgiving the speeding driver when the victim he injures happens also to have misbehaved.

Smoking cigarettes provides another example. Law can fine cigarette manufacturers, if they are regarded as wrongful for producing a product that causes injury, but most people will then prefer a rule that limits these damages in a world where smokers knew of the danger of cigarette smoking. Sure enough, law has moved in that direction. It looks for a rule that is efficient but that also matches people's ethical sense. In sum, we should expect rules to be the same, to converge, when there's one rule that's efficient and when it runs together with people's ethical responsibility. But we should expect rules to be different, to diverge, when either there are many rules that are efficient or when people do not share ethical sensitivities.

And now let us emphasize convergence and divergence theory with another example. We find every legal system penalizing thieves, but downstream there is no ethical or efficiency reason to prefer one length of a prison term over another, within reason. It is not surprising, then, that we find different legal systems with different lengths of terms for this sort of crime. Economists simply cannot tell us the most precise penalty, and people do not have a shared ethical sense of the correct penalty. Some people will want long terms, while others will want to give wrongdoers a second chance. With no shared ethical intuition and not even a convincing efficiency argument downstream, where the length of the prison term is concerned, we find different rules and thus divergence across legal systems.

Consistent with the theory advanced here, sometimes it is the other way around, with downstream convergence and upstream divergence. For example, legal systems agree that if there are damages for a tort or a contract, we should not multiply the damages. Economist would say that actual damages are efficient; fractional damages would under-deter the tortfeasor, but multiple damages would constitute a moral hazard, for some people might hope to be injured, and might actually cause damages. If a bicycle runs into me and causes \$5,000 of damages,

no legal system gives me \$1 million in damages. All legal systems seem to understand if you give me \$1 million for being hit by a bicycle, I might run out in front of careless cyclists in order to get hit by them.

I think these principles can be found in many areas of law. We have already seen them at work in tort law and criminal law. For one more example, think of the political decision about how to manage a police force. In large and populated societies police forces are efficient to create, upstream as I have called it, and virtually every society does so. People's ethical intuitions favor these creations, in part because they do not like self-help, when it comes to violence. And yet opinions diverge as to the precise sizes of these forces, and whether they should operate on foot, in vehicles, or even on horses and bicycles. The correct deployment of police is not easily solved with an efficiency analysis, nor is it a matter of shared ethical judgments.

In recent times, and especially in the world of law and economics, it is common to think that empirical work can solve these efficiency problems. But it is virtually impossible to fashion an experiment that will tell us what percentage of police officers should patrol on bicycles. There are so many other variables at stake. For this reason, I do not think we will ever find convergence this far downstream, regarding the number of police to put on bicycles or on other modes of transportation. As a matter of ethical intuitions, people might want police on cycles after hearing a crime in a park, where automobiles cannot easily travel, but this intuition will change over time when crimes occur in various settings, and when criminals adjust their "efficiency" conclusions.

Legal systems might converge about the deployment of police, but if so I think this will be because they copy one another – and imitation is certainly another source of convergence.

Convergence and divergence along the lines suggested here can also be found in our personal lives.

Parents seem to agree upstream that their children should not be too noisy in public places. But there is no agreement as to the right method of influencing this behavior. Empirical work is hard to find, and ethical intuitions diverge, as we all know. Some parents offer rewards for good behavior, some express displeasure, and others impose penalties, but it is hardly clear what works best and there is certainly no shared moral sense. I think it's a good way to explain to students how divergence comes about in law, even the simple things in life, how to teach children mathematics. Just as we do not agree on ways to discipline children or teach them mathematics, even though we agree upstream on the general goal, law also diverges downstream when it comes to specific rewards and penalties.

I think this might be a good place to pause, although I have other things to say, because I am hoping you have questions to ask

Wataru Tanaka

Thank you very much. The session is until 2 PM. If you have any questions from the floor? Professor Aoki?

Reiko Aoki (Japan Fair Trade Commission)

I understand your basic principle that upstream is convergence, divergence is downstream. The last example you gave us, police, that it'll be very difficult to do empirical work because there are so many factors that would determine whether the policeman would be on a bike or a car or a horse. How far are you – what factors are you taking into account when you say divergence due to differences? Is it ethical factors only? You mentioned ethical differences but would you include things like economic situations or things what we would call socioeconomic things as well? That's the question.

Saul Levmore

I'm going to repeat the question always to make sure we understand each other. I understand the question to be: We find convergence, that is agreement, among

legal systems especially where we have an efficient rule and also one that's ethically attractive to people. Politics likes the rule. Economics likes the rule. The most interesting economics part of the theory is that we find downstream divergence precisely where economics has difficulty finding the most efficient rule.

Let me try a very different example on you, say voting. As you know from a discussion we had earlier, I'm very interested in public choice, again a big area in the United States that we count this part of law and economics to the extent there are legal implications. It's very common in democracies to have voting. We have good reason to think that majority vote reaches good results. It draws on what we call the "wisdom of crowds." We like majority votes. On the other hand, we're really not sure how to structure democracy. Should we have one person - one vote? And then should we elect politicians in nationwide elections or at the level of localities. If we look at fifty democracies, we find fifty different organizations or details of these democracies. Again, I would say that upstream they all agree on a certain kind of majority rule because that seems efficient and also ethically attractive to them. But it is very hard downstream to agree on efficiency or ethical matters. As a result, the details of democracies diverge.

Wataru Tanaka

Thank you so much. Will there be any other questions from the floor? Professor Kanda, please?

Hideki Kanda

It seems to me that it's difficult to understand why there's more convergence upstream and less convergence, or divergence, in downstream. You say in some cases the situation is the other way around. Could I ask you what explains the situation where there is more convergence upstream, and the situation where less convergence upstream and more convergence downstream? If we do not have a good theory in dividing these two, then the distinction between upstream and downstream should just be

discarded.

Saul Levmore

I understand the question to be twofold. First, do I have convincing examples of where downstream there is convergence, and upstream is divergence. But the more important part of the question as I understood was, do I have a theory about why there's more convergence upstream and less convergence or more differentiation downstream.

The only example I gave in the paper, and the one that I noted earlier was the convergence on single or "actual" damages. I think that the amount of damages paid is a downstream matter. Almost every legal system in normal tort cases limits damages to single damages. That's very downstream. Meanwhile, upstream we see divergence. Sometimes there is strict liability and sometimes a negligence rule, to take the most important example across and within legal systems. Similarly, sometimes we see comparative negligence and sometimes we observe contributory negligence. There is also divergence – and perhaps this is more of an upstream example – regarding retroactive torts liability. When there is liability it can be described in efficiency or in ethical terms. If we hold an automobile manufacturer liable because it did not put in airbags twenty years ago we are encouraging manufacturers to look ahead and come up with improvements rather than to fight against legislation that requires new safety devices. It might also appeal to common ethical intuitions to say that this is a form of strict liability. In any event, there is a great deal of variety on this matter; it is sometimes known as retroactive lawmaking and sometimes simply a matter of the length of the statutes of limitation.

The second part of your question is a comparative law question: if you accept my idea that convergence is most often found upstream, while divergence is almost necessarily downstream, then you are asking why that is the case. I offered the idea that all legal systems need to discourage killings and theft, for

example, while the details of how they do this will vary, in part because it is difficult to identify the most efficient prison terms and things like that. I'm not sure I can do better than that. I think it really goes back to the question of why law emerges in the first place. Without it the world would be chaotic, and humans might even have disappeared, and certainly would not have formed densely populated areas that were able to invent and communicate. This also hints at the idea that "upstream" can be defined as coming early in time, while "downstream" refers to a later evolutionary development.

In more recent time, people in different societies developed gas powered engines, and eventually automobiles. Upstream there was convergence, but downstream, some legal systems suggested or forced people to drive on the right side of the road while others chose the left side. This is downstream divergence when either rule is efficient. Efficiency only required agreement to drive on a given side of the road.

And, again, I think the functioning of democracies offers another good example. of that. Voting took root in many parts of the world. It was probably a good way to reach decisions and to prevent revolts by disgruntled majorities. But how to vote exactly, how often they vote, whether the minister can stay in office many years or must leave office after a certain number of years – these are questions not easily answered with efficiency in mind or with ethical sensibilities.

Here is a final example that still puzzles me. Virtually every society that votes, has a rule requiring elected officials to come from within the jurisdiction. If we in the United States think you have a great minister, our legal system, like all others, does not allow us to vote for that person to be our president. Corporations can of course hire successful managers from other corporations, but countries have rules forbidding this seemingly efficient practice. I could argue that all over the world, people have the ethical intuition that

their leaders should come from within – and then this is the course uniformity. But I am not comfortable with this answer; I would have expected divergence here because efficiency suggests one thing, even if common intuitions suggest another.

Wataru Tanaka

We have time for just one more short question.
Justice Kusano?

Koichi Kusano (Justice, The Supreme Court of Japan)

What exactly do you mean by the dichotomy between downstream and upstream? I got the impression that that dichotomy is very close if not identical to the dichotomy between principles and rules. If that were the case, it would be quite understandable as principles tend to converge and rules tend to diverge. But if you mean something very different from the distinction between rules and principles, please make the point clear.

Saul Levmore

I was afraid of getting this question. The question is, can you really distinguish upstream and downstream? Maybe you are working a little backwards. When you see rules differ, you're calling it downstream. When you see rules are the same, you are just saying it's upstream. But really how do know where to draw the line between the two? Is this really different from a famous difference between principles and rules or standards and rules?

Perhaps my upstream-downstream distinction is arbitrary but I think time and evolution is the answer. When a legal system starts, it does not first say you go to prison for four years if you are a thief. It first creates the category of theft and over time tinkers with the punishment. Even if it creates prisons, it changes the length of prison sentences. Therefore, I refer to the earlier decision as “upstream,” or fundamental, or earlier in legal development. I am sure you can think of counter examples, but for me this distinction works fairly well.

For a possible counter-example, every legal system is associated with a nation, and within the nation there are internal boundaries we call cities or prefectures. Here, the evolution might be in the other direction. Many local communities were solidified long before what we know call nations developed. Yet it seems awkward to think of a nation as downstream and a municipality as upstream. The former usually has control over the latter, even though the latter, the municipality was developed earlier in time.

I see that my time is up. I want to say, again, thank you very much. And, to repeat, please come to our own American law and economics meeting. I will try to send more of my colleagues to your law and economics meetings, and especially so because of the excellent work of the translators you so thoughtfully provided. Thank you so much.

Wataru Tanaka

Thank you very much.

◆法と経済学会・第17回全国大会 講演報告◆

□招待講演 2

『「法と経済学は時代遅れだ」と言われなかったための処方箋』

日時：2019年7月14日（日）14:10～14:50

場所：駒澤大学 深沢キャンパス（120周年アカデミーホール）

草野 耕一判事（最高裁判所）

司会：太田 勝造（明治大学）

【太田】： 皆さま、こんにちは。少し、早いですが、皆さまお揃いのですし、準備の方も整いましたので、草野耕一最高裁判所判事によります「『法と経済学は時代遅れだ』と言われなかったための処方箋」というポレミックなお話を承りたいと思います。皆さまの中には、なんで僕がここで司会をしているのだろうと思ってる方もいらっしゃると思いますが、草野先生が弁護士時代、東京大学法科大学院で教授として教えていただいたときに、一緒に法学部の「法と経済学」の講義をさせていただいたことがありまして、それ以来、大変親しくご指導を賜っております。

今日のプロシージャといたしましては、まず神田会長から草野先生のご紹介をいただいて、その上で草野先生のご講演を賜りたいと思います。では神田会長、宜しくお願いいたします。

【神田（学習院大学大学院法務研究科教授）】： 慣例のようですので、恐縮ですが、私から草野さんを一言ご紹介申し上げます。皆さま方、十分ご存知じなので、ご紹介する必要もないと思いますが、草野さんは、東京大学をご卒業の後、ハーバードロースクールのLLM等もお持ちでいらっしゃいまして、長年、弁護士、特にM&Aその他の分野をリードする弁護士でいらっしゃるのと同時に、その間、東京大学でも教えていただきましたし、その他、京都大学、

慶應大学、そしてハーバードロースクール等でも客員教授等として教鞭を執られました。昨年だったと思いますが、東京大学から博士号もお取りになりまして、今年の2月に最高裁判所の判事にご就任になっておられます。

ご著書もたくさんありまして、ここで私がご紹介するのもどうかと思いますが、最近、2010年以降のものでいいますと、『会社法の正義』、2011年、『未央の夢-ある国際弁護士の青春』、2012年、『数理法務のすすめ』、2016年、そして『株主の利益に反する経営の適法性と持続可能性』というのが2018年。これは東京大学からの博士号をお取りになった著作だと思っています。

これ以上、ご紹介する必要もまったくございませんので、以上とさせていただきます。本日は大変お忙しいところお越しいただき、どうもありがとうございます。それでは太田さんにバトンタッチさせていただきます。よろしくお願いします。

【太田】： 1つだけ付け加えさせていただきますと、草野先生の好きな言葉が、これは最高裁判所のホームページに載っておりますが、『日々学び、日々反省し、以って向上し続ける』ということでございます。われわれが直接よくお聞きするのは、数学が大好きでいらっしゃるということでございます。では草野先生、よろし

くお願いいたします。

【草野】： 神田さん、太田さん、ご丁寧なご紹介、ありがとうございます。ただ今ご紹介いただきました草野耕一です。本日発言の機会をいただきましたこと、光栄に存じ上げます。それでは、日頃法と経済学について考えておりますこととお話しさせていただきますので、ご清聴のほどよろしくお願いいたします。

(はじめに)

本日の講演には『「法と経済学は時代遅れだ」と言われたいための処方箋』といういささか刺激的なタイトルを付けさせていただいたのですが、これには理由があります。実はある法哲学者の先生が、最近某法科大学院の法哲学の授業の中で、「法と経済学は時代遅れの思想だ」という発言をされたということを聞いて、この題名を付けさせていただいた次第です。この先生は、平素から私が大変尊敬申し上げている方でありまして、恐らく法と経済学に対する真摯な思いをお述べになられたと思うのですが、であればなおさらのことこの発言を深刻に受け止めなければならないと考えた次第です。

この先生は、さらに続けて、「20世紀の終わり頃には法と経済学は非常に脚光を浴びたけれども、残念ながら最近はあまりはやっていない。振り返ってみると、法と経済学は不法行為法と知的財産権法と独占禁止法という3つの分野でしか成果を残せなかったのではないか」、とおっしゃったそうですが、この発言も私にとっては衝撃的なものでした。御承知のとおり、法と経済学は今申し上げました3分野に限らず多くの分野において多大な成果を上げてきております。のみならず帰結主義と厚生主義を基軸とする法と経済学の方法論は現代社会において客観的に法の良し悪しを論じるためのほとんど唯一の手段であり、法と経済学は10年、20年の単位で流行ったり廃れたりするような「やわな」法思想ではありません。しかしながら、法と経済学の真価は日本の法学会では

あまり理解されておらず、であればこそ基礎法学という点では法と経済学と近い分野である法哲学の先生ですら、今申し上げたような低い評価をもっておられるというのが現状だと思うのです。

実務の世界はより深刻でして、私は、神田さんにご紹介いただきましたとおり、今年の2月から最高裁で働いているのですが、最高裁には調査官と呼ばれる中堅の裁判官が何十人も働いていらっしゃいます。彼ら・彼女らは恐らく、日本の法曹の中でもエリート中のエリートであり、事実大変優秀な方ぞろいなんですけども、残念ながら法と経済学についてはほとんどご存じありません。ですから、法と経済学のtermを使って議論をしても、うまくcommunicateできず、いわんやそれを判決書に反映させることはさらに困難であるというのが現状です。

この状況を何とかしなければならない。どうしたら法と経済学がわが国においてもっとよく理解してもらえるようになるのだろうか。この点に関しまして、私なりに思うところを、これから2点に絞ってお話しさせていただきたいと思います。

(処方箋その1－数学教育の必要性)

まず1点目なんですけども、結論から申し上げますと、それは数学教育を普及させることです。最初に冷厳な事実をお話し申し上げたいんですが、私は、今年の2月まで6年間、慶應の法科大学院で教鞭をとっていましたが、そこで担当していた科目の一つに数理法務という授業がありました。これは、神田さんと御一緒に翻訳いたしました『数理法務概論』、原題を『Analytical Methods for Lawyers』という教科書を使って、法と経済学をはじめとするさまざまな法の数理分析の技法を教えるという科目です。私が言うのもおこがましいのですが、これはなかなか面白い、画期的な科目でありまして、慶應で教える以前には、東大の法科大学院でもこれと類似した内容の科目を3年間にわたり教えてまいりました。しかるに、東大

の法科大学院では少ない年でも50人、多い年には100人ぐらいの学生が毎年聴講してくれたのですが、慶應では悲しいかな履修生の数は毎年大体10人前後であり、10人を割ることも少なくありませんでした。ご承知のとおり、慶應の法科大学院と東大の法科大学院は、司法試験の合格率や合格者数では全国で1、2を争う、いずれも素晴らしい法科大学院なのですが、今申し上げましたように数理法務ないしはこれに類似の科目の履修者数にはこれだけの差が生じてしまうのです。

この差はどこから生じるのかというと、その理由はやっぱり数学の受験勉強をした経験が有るかないかによるものではないでしょうか。東大の法科大学院の学生の多くは東大の法学部出身者であって、東大では文系、理系を問わず数学が大学受験の必修科目となっています。これに対して慶應の法科大学院の学生の多くは、慶應か、あるいはそれ以外の有名私立大学の法学部出身者であり、私立大学の法学部では数学が受験科目に含まれていません。その結果、慶應法科大学院の学生には、過去に数学の勉強を一生懸命した経験がない人が多く、そうであるがために、いくら優秀な学生であっても、というかむしろ優秀な学生であればなおさらのこと平均点が下がることを恐れて、数学を必要とすると思える科目の履修を回避する傾向があるのではないのでしょうか。これに対して東大法科大学院の学生の多くは、過去に一生懸命数学を勉強して東大に合格したという成功体験があるものですから、新たな意欲をもってそういう科目にチャレンジできる。これが、履修者数の差になっているのだと思うのです。

以上の事実から推論するに、法と経済学をはじめとする法の数理分析を法律家志望者の多くが率先して勉強しようとししない最大の理由は彼ら彼女らが数学に対して持っている苦手意識であり、この点を克服することこそが法と経済学の理解者の裾野を広げる上において喫緊の課題であると思います。もっとも、この点

に関しては別の意見もあるようでして、とくに経済学部の方の中には、「厳密な数学を知らなくても経済学を理解することはできる」というお考えの方が多いようです。なぜ、そのような考え方をなされるのかをかつて著名な経済学の先生に聞いたことがあるのですが、その先生いわく、「経済学部の学生であっても数学を理解していない者は驚くほど多いが、そのような人達でも4年間真面目に経済学の勉強をすればそれなりに経済事象を分析し自分の頭で考える力が身につくものであり、さればこそ、数学は経済学を理解する上において不可欠なツールではない」というのです。しかしながら、この議論は法律学の一助として経済学を学ぶ者には当てはまらないのではないのでしょうか。と申しますのは、法律学にとっては論理こそが命だと思うからです。もちろん、法律学は日常言語を使って論理を進めていく学問ですから、論理の厳密さにも限度はあります。しかしながら、あらゆる問題をできるだけ明晰な日常言語を使って、論拠を明示しつつ、批判的に分析しながら論理を構築していくという法律学のあり方こそが現代においてもなお法学という学問が有用な知的活動としての賞味期限を失っていないことの原因なのではないかと思うのです。であるとすれば、法律家は経済学的な議論をするときにおいても、その議論がいかなる仮定を置いていて、どこまでの射程距離を備えた議論であるのかということを正しく知っていなければならない、そう思うのであります。

例を挙げますと、なぜ税法と社会保障法以外の法分野においては厚生最大化ということに特化した議論をすることが規範的に正当化できるのかということを正しく理解するためには、厚生経済学の第一基本定理と第二基本定理を理解していなければなりません。あるいは、法と経済学の重要な概念に支払用意額というものがありますが、これは余剰という部分均衡論上の概念に由来するものであって、この支払用意額という概念を使ってパレート最適とい

う一般均衡論上の概念と整合的な議論がなぜできるのかということを理解するためには、対象となっている財以外の全ての財の購入に充てうる貨幣額をニューメレール財とする準線形の効用関数を使って分析を行っても、近似的妥当性が保たれるということを理解していなければ、議論は破綻してしまいます。そういったことを考えると、やっぱりある程度の数学的知識というものが法と経済学を語る上においては不可欠であると思うのです。

そこで、ぜひ私立大学の法学部においても数学を受験の必修科目にしてもらいたいと思うのですが、では高校数学だけ勉強していれば十分かというと、残念ながらそうもいきません。最大の問題は、現在の高校数学が、高校物理を教えるために必要な情報を網羅的に教えるという体系になっているがために、経済学を学ぶために必要な、厳密な数学を教えていないことです。

例を挙げますと、高位の無限小という概念を高校数学では教えておりません。これを教えていないがために、合成関数の微分公式の証明を非常に直感的であいまいなものにとどめています。これでは経済学の理解に不可欠な全微分に関する公式を理解できませんので、ミクロ経済学の勉強を始めた途端につまずいてしまいます。それから、例えばさっき申し上げた厚生経済学の基本定理を理解するためには不動点定理や超平面分離定理など高校数学だけでは対処できない定理の理解が不可欠です。ですから法学部に入った後の教養課程において、線形代数と解析学、それからできればファイナンス理論と統計学をしっかりと教えるようにして、法と経済学を専門に勉強する人の裾野を広げていくようにご努力いただきたいと思うのです。

ちなみに、このような話をすると、なにかマニアックなことを言っているという印象を持たれる方が多いかもしれません。しかしながら、日本語という残念ながら国際性に乏しい言語を母国語とする日本の法律家が国際社会で発

言力を高めていくためには数学や統計学の力を最大限活用するより他に道はないように思えます。ですから数学を日本の法律家が学ぶということは、ひとり、法と経済学のためのみならず、大げさに言えば、わが国が今後とも国際社会で名誉ある地位を占め続けるために、必要なことなのではないかと思いますので、ぜひ皆さまにおかれては数学教育の普及にご尽力願いたいと思います。これが一つ目の処方箋です。(処方箋その2－実定法の各論的議論の必要性)

次に、二つ目の処方箋についてお話しします。先ほど実務界ではあまり法と経済学が知られてないと申し上げましたが、実は実定法の研究者の世界においても法と経済学を踏まえた議論がなされることは少ないというのが現状です。唯一の例外は会社法と税法であって、この二つの分野においては、法と経済学に精通した研究者がたくさんいらっしゃることは皆様よく御存知のことと思いますが、それ以外の科目、特に民法とか訴訟法といった、法学の王道であるべき世界においては、残念ながら法と経済学に則ったアプローチを積極的に取り入れてくれるかたは僅少です。そこで、ぜひ法と経済学を御専門とする研究者の皆さま自らが、ある種の他流試合に挑む覚悟で実定法の世界の具体的な論点に切り込んでいって、さまざまなご提言やご分析をしていただきたいと思います。

そこで、本日は「隗より始めよ」との気持ちから、つたない分析で恐縮ですが、精神的損害に対する賠償額の問題を取り上げて、法と経済学の観点から簡単にお話しをさせていただきます。

精神的損害に対する賠償額のことをわが国の民法では慰謝料といいます。裁判所が認める慰謝料の額はとても少ない金額にとどまっています。この点に関して1986年のいわゆる北方ジャーナル事件において最高裁は次のような指摘をしています。すなわち、「我が国において名誉棄損に対する損害賠償はそれが

認容される場合においても、しばしば名目的な低額に失するとの非難を受けているのが実情と考えられるのであるが、これが本来表現の自由の保障の範囲外とも言うべき言論の横行を許す結果となっているのであって、この点は関係者の深く思いを致すべきところと考えられる」というのが同裁判において大橋裁判官が述べた補足意見であります。しかしながら、このような問題意識があるにもかかわらず、その後も裁判所が認定する慰謝料額は低額にとどまったままであり、2003年から2014年までの12年間における慰謝料認定額全体の中央値は100万円に過ぎません。100万円の慰謝料では弁護士費用すら十分には賄えません。ですから、泣き寝入りしてしまう被害者も多く、このままでは法の支配が貫徹できないというゆゆしき事態に至っているわけです。

そこで、この問題を法と経済学の観点からどう考えるかなのですが、実は法と経済学の専門家の中にも、慰謝料額は名目的な金額でよいと言ってる方が少なくないのです。その理由は何かという、要するに、いくらお金を支払っても精神的損害を補填することはできないということです。そうである以上、リスク回避的な人に負担を与えないようにすることが不法行為制度の目的だと考える限り、換言すれば、不法行為制度はある種の保険制度であると考えられる限り、いくら賠償額を高くしても制度の運用費用がかさむだけであると、こういう考え方があることは事実です。

しかしながら不法行為法には保険的機能もさることながら、外部不経済の発生を抑止して厚生損失を極小化するという機能があります。そして、この点から考えるならば、精神的損害に対しても十分な賠償額を課さなければいけないことは明らかではないのでしょうか。しかれば、どの程度の賠償額を課せば名誉やプライバシーに対する侵害を抑止できるかということですが、最低限言えることは、少なくとも被害者が訴えを起こそうという気になるレベルの

額の慰謝料が認定されなければ、先ほど申し上げましたように、結局、みんな泣き寝入りしてしまうので、抑止力が機能する余地がなくなってしまうです。

このことを最近、優秀なベテラン裁判官と話したところ、その裁判官は、「100万円を超すような高額な慰謝料を認めようとすれば、それは一種の懲罰的賠償を課すことになるのではないか。そして、懲罰的賠償を課すことは日本の民法上無理な要請ではないか」とおっしゃられたので、私は非常にびっくりいたしました。なぜならば、この御発言の背景には明確な基準を使って金銭に換算できないような損害は本来賠償額の計算に入れることができないという考え方があるように思えたからです。しかしながら、法と経済学の理念に則って考える限り、名誉とかプライバシーというものは社会の構成員各自が保有している初期保有財産ですから、それを手放してもよいと思うレベルの賠償額を課さなければ、外部不経済を最小化することはできません。そしてこのレベルの金額がいくらであるかを考えれば、それは、少なくとも訴訟を起こすインセンティブを確保するレベルの金額をはるかに上回る額となることは当然です。

もっとも、プライバシーや名誉を手放す用意のある金額というものを実務の中で賠償額として認定していくためには、クリアしなければならない問題がいくつかあります。問題の一つはそういう賠償額を認定するための根拠となる統計資料がわが国にはほとんど存在しないということです。これがアメリカでしたら、損害の認定は事実問題だということで、陪審員の判断に委ねればよいのですが、わが国ではそうはいかないので、やっぱり裁判官が寄って立つ根拠となるような統計資料を準備しないとイケないということが一つの問題です。

ですけど、実はもっと深刻な問題がありまして、それは何かといいますと、名誉やプライバシーを手放してもよいと思う金額というのは、

被害者となった方が持っている保有資産の総額がいくらであるかによって極端に違うのではないかという問題です（「名誉やプライバシーは所得効果の大きな財ではないか」といってもよいでしょう）。要するに同じ名誉、同じプライバシーであっても、とてもお金持ちな人は何億というお金を支払ってもらわなければ手放したくないと思うでしょうし、普通の人々ももっと少ない金額でもいいと思うかもしれません。この問題を正面から論じた場合、それについて社会的コンセンサスが得られるのかということに関して大きな懸念を感じざるを得ません。ちなみに、逸失利益に関しましては、高額所得者と低額所得者では評価が違って当然であるという判例法が確立しているのですが、プライバシーや名誉の毀損に関しても、お金持ちの人と普通の人では支払われるべき賠償額が違うという判例法理をわが国の社会が容認するのかどうかは難しい問題だと思うのです。

精神的損害に対して法の支配が及んでないことに関しては、もう一つ大きな原因があるように思えます。それは、いわゆるJudgment Proof、つまり無資産問題であり、要するに賠償額を支払う能力のない人に対しては抑止力が働かないという問題です。最近、いじめ問題について高名な弁護士の先生とお話しする機会がありまして、私がその先生に対して、「いじめ問題については、その社会的原因は何かということがおおいに語られているけれども、実際にいじめを行ってる少年・少女が加害者であることは明らかなのだから、まずはこの少年・少女に対して民事訴訟の請求を起こすプラクティスを確立すれば、いじめ問題は大幅に減少するのではないか」ということを若干provokingなtoneで話してみたのですが、その先生がおっしゃるには、いじめをする少年・少女の家庭の多くは資産の乏しい家庭であるから、いくら裁判をしても結局のところお金が取れず、だから民事訴訟を起こしても費用倒れになってしまうから

訴訟が起こせないというのが現状なのだという話を聞いて、これはやっかいな問題だなと思いました。

もしかしたらインターネットを通じて第三者のプライバシーを侵害する人の多くにもJudgment Proof問題が当てはまるのかもしれませんが、いずれにしてもJudgment Proof問題を解決しないと、精神的損害に対する加害の横行という、ゆゆしき状況を回避することができないのかもしれません。

この点についてもぜひ法と経済学のご専門家の方にいろんな分析をしてもらいたいと思うのですが、考え得る一つの方法は、Vicarious Liability、つまり代位責任の範囲について、現行法をできる限り拡張解釈し、必要な場合には立法的な措置も講じた上でこれを拡大していくことだと思います。たとえば学校や地方公共団体や国の責任を拡大し、インターネットの問題であれば、現行のプロバイダー責任法を改正して、プロバイダーの責任をもっと追及しやすくすることを検討する必要があるのではないのでしょうか。

Judgment Proof問題を解決し得るもう一つの手段としては、労役場留置制度を民事の賠償額についても適用可能とするという立法論があり得ます。ご承知だと思いますが、刑法上の罰金が払えないときには、被告人は罰金を支払うまで労役場に強制的にとどめ置かれて働かされます。この制度は民事の世界には適用されていないのですけれども、少なくとも故意の不法行為については、これに類似のものがあってもいいように思います。そうでない限り、Judgment Proof問題を解決できないように思うからですが、この点に関しても積極的なご提言を、法と経済学の研究者の皆さまにいただきたいと考える次第です。

(おわりに)

さて、ここまで数学教育の必要性和実定法の具体的な問題に法と経済学のご専門家の方が切り込んで、他流試合をしていくことの必要性和

いう二つのお話しをして、後者についてはその例として、ささやかではありましたが、精神的損害に対する賠償の問題に関して、若干お話をした次第です。さりながら、実は日本の法律家が、研究者であるか実務家であるかを問わず、法と経済学的なアプローチに対して、いまいち親和性を感じてくれない背景には、もう少し文化論的な問題もあるのではないかと考えています。この点に関してやや冗談めかして言わせてもらいますと、わが国の法律家はいまだに江戸時代の武士階級の支配的イデオロギーであったところの朱子学の呪縛から逃れておらず、「正義を金で語るとは何事か」という発想、要するに高邁な正義論を金で語りたくないという気持ちが強くて、それが法と経済学的な議論を好まない法曹界の現情の原因となっているのではないかと考えています。

しかしながら、ちょっとpedanticになって恐縮ですが、『ニコマコス倫理学』の中でアリストテレスは次のようなことを言っています。すなわち、「正義、特に矯正的正義を実現するためには、正義を数量化することが不可欠であり、これを数量化するための媒体として金銭以外のものをもちいることは現実的ではない」というのですが、まったくそのとおりだと思うわけですし、このことを現代社会で最も雄弁に語れるものこそが法と経済学であると思います。そこで、皆さまには、より一層のご活躍をしていただきますことを心から祈念いたしまして、私のお話を終わらせていただき、あとは皆さまのご質問に答えさせていただきたいと思います。

【太田】： 草野先生、大変刺激的なお話をありがとうございました。ではフロアの方から質問やコメント等をお受けしたいと思います。ちょうど15分残していただきましたので、よろしくお願ひしたいと思います。挙手をして、発言の際には所属とお名前をおっしゃっていただくと、大変幸甚に存じます。いかがでしょうか。質問はございませんでしょうか。では、神田会

長、どうぞ。

【神田】： 大変貴重なお話をありがとうございました。2つご質問させていただきたいと思います。1つは前半の教育の点なのですが、確かに高校教育・大学教育というのも非常に重要だと思うのですが、現実的なやり方として、いっそのこと法曹になった後に、例えば弁護士会の研修ですとか裁判官の研修とかで、数学をやるっていうのでも遅くないように私は思うのですが、そういうことは可能なのか。もし実現しないとしたら何か制約となるようなものがあるのかというのが1点目です。

2点目はもうちょっと漠然とした質問です。後半の方のお話しで、私も不思議に思うのですが、なぜ民法ですとか刑法の分野で、おっしゃったような考え方が日本であまり受けないのか、その理由が最後におっしゃったようなところにあるのか、あるいは何かもうちょっと、制度的ないし構造的なところにあるのか。草野さんから見てどんなふうにお感じなのか。確かに、分野によっては、会社法とかでは法と経済学的な考え方は日本でも普及しているといっていると思うのですが、どうしてそんなに分野間でギャップが生じるのか。私も謎に思っていて、答えがないのですが、ご感触を、もう少しお聞かせいただければありがたいと思います。

【草野】： ありがとうございます。まず最初の問題についてですが、やっぱり司法試験は法律家になるために避けては通れない一つの大きな壁ですので、それに受かって安心したうえで、あらためて数学や経済学を勉強するというのは一つの方法だと思います。弁護士になってからでもいいし、裁判官になってからでもいい、それはそれで一つの方法だと思うのですが、できたら語学と数学はできるだけ若いときにやる方が効率的ではあると思います。

次に後者の問題についてですが、例えば家族

法を例に挙げますと、成年後見人の問題が現在非常に深刻な問題になっていますが、成年後見人制度がどう機能しているかということは法と経済学の格好のテーマだと思うのです。ですけどもそういう視点から議論する家族法の先生を私は存じ上げません。それから、訴訟法の世界についていうと、ディスカバリーの制度やクラスアクションの制度もまた法と経済学の好個のテーマだと思いますが、日本ではそれが人権の問題としてとか、あるいは、訴訟法の固有の用語を用いてしか語られていません。なぜそうであるのかその理由はよくわかりません。わかりませんが、一つ思うのは、やっぱり会社法と税法は、アメリカ法を強く継受しているので、アメリカ法学の方法論を受け入れやすいのに対して、民法とか訴訟法の場合は、大陸法系の制度がもともとあって、大陸法系の方法論を身につけた学者の先生方が中心になっているので、アメリカ的なアプローチがあまりお好きではないのかなって、半分冗談ですけど、そんな気がいたします。

【太田】： 神田会長、よろしいでしょうか。では青木先生、どうぞ。

【青木（公正取引委員会委員）】： 大変刺激的なお話どうもありがとうございました。私、公正取引委員会の委員なんですけど、もともと経済学者でして、委員になってから特に法曹界の方とか、行政の方と接触する機会ができて、皆さん、話せばわかるのに、もともとその知識に接する機会がなかったのだからって、思うのです。数学もそうですし、経済もそうです。それを先生のおはなしをきいてまた痛感しました。今日は経済学者も来てますが、経済学者として実務に就いてる法律とか行政の方に、経済をわかりやすく説明、こういうふうに使っていただけるのですということを説明する、有効な方法っていうのはなんかあったら、ぜひ教えていただきたいです。

【草野】： 私はこの春までずっと弁護士でしたが、弁護士の世界では経済的なセンスがないとやっていけない部分が多いし、ファイナンス理論などもみんな一生懸命勉強しています。問題は裁判所ですが、裁判官には本当に優秀な人が多いんです。ですから、例えば司法研修所で行われている裁判官の研修の中に経済学の研修を取り入れてくれたらいいのではないかなと思います。

あとせっかく青木さんに御発言いただきましたので私の方からお尋ねしたいのですが、日本の独禁法学者は実は経済学的な分析よりも「何が公正な取引なのか」ということに大きな関心がありなようで、経済学的な意味における厚生最大化とは違うところで議論していることが多い気がします。日本の公取の実務に関しても、「私的独占の禁止」よりも、「公正な取引の確保」に重きを置いた運営がなされてる気がするのですがいかがでしょうか。

【青木】： 確かに原理というかアプローチが少しずれてるようなところがあるかもしれませんが。ただ経済学っていうのは分析のフレームワークなので、こういう目的のために何をやればいいのかっていう分析は、経済学のフレームワークがそれでも使えるのだと思います。逆に今、アメリカで少し競争法は何を最大化するべきなんだっていうのが少し議論になってるぐらいですから。

【草野】： なるほど。

【青木】： たとえば、ディストリビューションを目的に入れるべきなのかといった時にアメリカではやっぱり経済の道具を使ってそれを議論してる人たちがたくさんいます。だから逆にアメリカがちょっとぶれたっていうのは、私たち経済学者にとっていい機会、日本の経済学者にとっていい機会なのかなと思って、こうい

うところがアプローチが違うんだっていうことを説明するのに、経済学は使えると思っているんですが、いかがでしょうか。

【草野】： もちろんそうだと思います。ただ、私が残念に思うことは、日本の独占禁止法の教科書にはミクロ経済学の簡単な図式すら載っていないということです。そこにちょっと宝の持ち腐れというものを感じてしまうのですが。

【青木】： ぜひ先生にもご尽力いただいて。司法試験や研修所で授業に入れるっていうおはなしでしたが、おこがましいお願いで申し訳ないのですがフランスでは一度、フランスの裁判官を集めて経済学者が講義をする機会があって、それでだいぶ知識が普及して裁判官の方が理解を示していただけるようにあり、法曹界もやりがいがあるっていうので、少しヨーロッパでは動き出したっていうのを聞いたことがあります。日本でもぜひよろしく願いいたします。

【草野】： 私も微力ながらがんばるつもりです。

【太田】： 他にございますでしょうか。では、田中先生、どうぞ。

【田中（東京大学社会科学研究所教授）】： 大変、興味深いお話をありがとうございました。法学教育について、少し私のご意見を申し上げてから、1点、ご質問をさせていただきたいと思います。日本において、民法など法学の王道で経済学の発想があまり浸透しないのはなぜかということについてですが、教育の仕方として、まず事件を提示して、これをどう解決するのが公正であるかという形で議論をしているということが大きいと思います。

例えば私は、民法については、初めに東京大学の米倉明先生に習って、非常に面白いと思ったのですが、米倉先生の講義は、いきなり

不動産の二重譲渡が起きたと。さてどう解決するかとか、いきなり錯誤で不動産を売ってしまった。さてどう解決するかとか、いきなり面白い法律問題を出してきて、それをどう解決するかを議論するんですね。これは、学生にモチベーションを与えるには非常に有効だと思うんですけども、恐らくそれがために、法制度が具体的な紛争の当事者の利益に与える影響にしか考えが及ばないということになったんじゃないかと思うんですね。

これに対し、会社法の場合、例えば取締役の責任を論じるときは、その責任が問われている取締役の利益だけではなくて、例えば経営に対する萎縮効果とか、そういったことを当然、考えなければならない。しかしこれに対し、事件が先にあって、それをどう解決するかを考えるというアプローチですと、そういう法制度が人々に与える影響を全体的に議論することができにくくなるのではないかと。これは、事前の視点と事後の視点といってもいいのかもしれませんが、事前の視点をもう少し早い時期から教えるというか、法制度が紛争当事者だけでなく、社会全体にどういう影響を与えるのかという議論をやっていくのが大事なのではないかと思いました。

これが意見で、ここから問題提起です。被害者の資産規模によって、慰謝料の額を変える可能性を議論されていましたが、これは、利益の大きさを支払意欲 (willingness to pay; その利益を得るために当事者が支払ってもよいと考える金額) で測ることに伴う問題だと思います。willingness to payで賠償額を測ると、賠償額が保有資産額に依存してくるわけですが、私は、これはwillingness to payの弱点だと考えるべきだと思います。つまり本質的にはwillingness to pay自体に価値があるんじゃないかと、価値があるのはやはり効用というか満足、幸福に価値があるので、willingness to payというのはあくまでそれを測定するものでしかないと思います。

とくにwillingness to payで測定すると、保有資産額に応じてこれが大きくなるわけで、これは言ってみれば、個人の効用を、人によって伸び縮みするような定規で測っているということであり、定規それ自体に問題があると思います。実は私は、自分の論文の中で、willingness to payを基準にすると保有資産額によって賠償額が変わってしまうなど、個人の利益を等しく考慮するという観点からは大きな問題が生じるので、たとえば精神的な損害に関しては、被害者自身の保有資産ではなく、平均的な資産を持つて人のwillingness to payによって損害の大きさを測るのがいいのではないかという考えを書いたことがあります。この考えについて、ちょっとコメントをいただければと思います。

【草野】： 後の問題の方からお話します。ご指摘の点については私もいつも悩んでいるところですが、ただ、御承知のとおりポズナーはwillingness to payとwillingness to receiveは違うんだという議論をしております、慰謝料の場合は、ポズナー風に言うとうillingness to receiveの問題ですので被害者の資産額によって頭打ちになることはないような気がいたします。ただし、より根源的な問題に関して言えば、やっぱり金銭そのものの効用が減少するという議論を取り込まないとよい解決ができないと思います。その点に関しては、伝統的な法と経済学のアプローチはちょっと使いづらいですので、ぜひ先生の方でさらなるモデルをお作りいただきたい思う次第です。

次に前者の問題。会社法の世界で法と経済学の議論をしやすいのは、当事者のいずれも大手の企業や投資家である場合は特にそうですが、別にどっちを勝たせても別に公正とか正義という点からは目くじらを立てる必要もないように思える場合が多いからかもしれません。むしろどういうルールをつくった方が、今後繰り返されるであろう類似の案件で効率的な社会

ができるかという視点を導入しやすいと思うんです。これに対して、やっぱり伝統的な民事や刑事の事件の場合には、その個別の案件で具体的な妥当性を実現するにはどうしたらいいのかという視点から議論をする必要性が非常に強い。その違いは確かにあると思います。

それから、米倉さんの授業の件に関してお尋ねしたいんですが、アメリカのケースメソッドも似たアプローチをとっていますがそれでもその中で法と経済学的な議論を取り入れていますよね。その違いはどこから出てくるのだと思いますか。

【太田】： 田中先生、お答えがあるようでしたら、恐縮ですが、手短にお願いいたします。

【田中】： 私がイェールで受けた授業では、具体的な事件から議論が始まるというところは同じなんですけれども、ひとしきり学生に議論させた後で、先生が法と経済学の観点ではこういう話があるよという感じで説明するというのが多かったと思いますね。

【太田】： 時間が既に到達してしまいましたが、もしもどうしてもこれだけは草野先生にお聞きしたいという方がいらっしゃいましたら、1つぐらいは延長してお受けできると思いますが、いかがでしょうか。はい、いらっしゃらないようですので、締め切りしたいと思います。草野先生、今日は大変興味深い、面白い、刺激的なお話を本当にありがとうございました。

【草野】： ありがとうございます。

【太田】： どうぞ皆さま、もう一度草野先生へ拍手をお願いします。

◆法と経済学会・第17回全国大会 講演報告◆

□シンポジウム 企画3

『Changing Japanese Contracting Practices Meet Theories of Relational Incentive Contracts

(日本的取引慣行の変化と関係的インセンティブ契約の理論)』

日時：2019年7月14日（日）15:00～16:40

場所：駒澤大学 深沢キャンパス
(120周年アカデミーホール)

チェア 伊藤 秀史（早稲田大学）

パネリスト 矢戸 善一（一橋大学）

Trond E. Olsen（NHH）

Changing Japanese Contracting Practices
Meet Theories of Relational Incentive
Contracts

A Selective (Hopefully Unbiased)
Review of Recent Empirical Evidence

Hideshi Itoh

July 14, 2019

Annual Meeting of Japan Law and Economics Association

Content

- (a) Changing (or unchanging) assembler-parts supplier relationships (*vertical keiretsu*) in the auto industry in Japan
- (b) Relationships outside Japan
- (c) Effects on formal contracts

2 / 6

Takeaways: (a) Relationships in Japan

1. On average, automakers in Japan buy less from their respective group-affiliated (keiretsu) suppliers after 1999 than before
2. The previous result is due to Nissan & Mazda's sharp decline in their procurement ratios from the keiretsu suppliers, but the ratios are stable for the other automakers
3. Nissan's restructuring (NRP, N180) appears to have destroyed the trust relationship mainly because of the *failure of their shared understanding*

3 / 6

Takeaways: (a) Relationships in Japan

4. Even Toyota did restructuring (CCC21) since 2000 to reduce purchasing costs by making purchasing more open and global, but the relationships are still based on trust
5. After 1999 Toyota's keiretsu suppliers increased their supply to non-keiretsu automakers, but Toyota's procurement from other automakers' keiretsu suppliers is limited
6. Keiretsu suppliers seem to have diverged to two types due to the difference in their *relational skills* (concept originally developed by Asanuma)

3 / 6

Takeaways: (b) Relationships outside Japan

1. Toyota & Honda have managed to replicate in North America the same kind of supplier relationships they built in Japan by *building "tough love" (toughest but trustworthy) reputation*
2. They have succeeded because they provided a *coherent set of elements* (understanding suppliers, turn supplier rivalry into opportunity, develop suppliers' capabilities, share information, conduct joint improvement activities) *together from the start*

4 / 6

Takeaways: (b) Relationships outside Japan

3. Their contracts are ambiguous, consisting of general statements and nonbinding targets *because they believe “spelling out specifics would encourage partners to do only what they were instructed to, and nothing more”*

4 / 6

Takeaways: (c) Formal Contracts in Relationships

1. One empirical research focuses on the roles of formal contracts for contingency planning rather than safeguarding, and shows that *Contractual contingency planning* is positively and significantly correlated with *Competence trust*
 - *Contractual contingency planning*: the extent to which contracts detail activities and issues expected to arise in future
 - *Competence trust*: the extent to which suppliers bring valuable knowledge that helps enhancing supply chain performance

5 / 6

Takeaways: (c) Formal Contracts in Relationships

2. Another empirical research studies how outsourcing contracts by Japanese firms differ between their relationships in Japan and those in host country (the Netherlands), and shows that there is no difference in *Contract complexity*
 - *Contract complexity*: the extent to which respondents agree with the 4 statements: *The contract (1) is detailed (2) specifies issues & events that may occur in the future (3) specifies provisions & clauses that facilitate coordination & planning (4) specifies provisions that allow enforcement of agreements & obligations*

6 / 6

Takeaways: (c) Formal Contracts in Relationships

3. On the other hand, *Contract flexibility* is significantly lower for those in host country, in particular, when firms have limited host country experiences
 - *Contract flexibility*: the extent to which respondents agree with “*The contract that we wrote is open ended*”
4. However, the same study shows that *Contracting costs* are greater in host country outsourcing contracts
 - *Contract cost*: the extent to which respondents agree with “*Negotiating & writing the contract was a costly process*”

6 / 6

References

- Aoki, K. and Lennerfors, T. T. (2013a), "The New, Improved Keiretsu. Harvard Business Review, Vol. 91, Iss. 9, pp. 109-113," *Harvard Business Review*. 91: 109-113.
- Aoki, K. and Lennerfors, T. T. (2013b), "Whither Japanese *keiretsu*? The transformation of vertical *keiretsu* in Toyota, Nissan and Honda 1991-2011," *Asia Pacific Business Review*. 19:70-84.
- Dekker, H. C., Kawai, T., and Sakaguchi, J. (2018), "Contracting Abroad: A Comparative Analysis of Contract Design in Host and Home Country Outsourcing Relations," *Management Accounting Research*. 40:47-61.
- Dekker, H. C., Sakaguchi, J., and Kawai, T. (2103), "Beyond the Contract: Managing Risk in Supply Chain Relations," *Management Accounting Research*. 24: 122-139.
- Liker, J. and Choi, T. Y. (2004), "Building Deep Supplier Relationships," *Harvard Business Review*. 12:104-113.
- Stevens, M., MacDuffie, J. P., and Helper, S. (2015), "Reorienting and Recalibrating Inter-organizational Relationships: Strategies for Achieving Optimal Trust," *Organization Studies*. 36:1237-1264.
- Takeishi, A. and Noro, Y. (2017), "Keiretsu Divergence in the Japanese Automotive Industry: Why Have Some, But Not All, Gone?," CEAJP Discussion Paper Series #11.

Japanese Contracting Practices: Realities and Changes

Law and Economics Association in
Japan 2019.7.14.

Zenichi Shishido

1

Overview

2

The Classic Japanese Contracting Practice

- The transacting parties pledge their commitment based on long-term relational contracts between mostly fixed parties (deal structures).
- They involve largely unspecified ex ante formal contracting and leave controversial issues to future negotiations (contractual provisions).

3

Overview of the Project

- Hypothesis: Japanese contracting practices between makers and suppliers have changed since around 1990 because of the modularization of product architecture: deal structure have changed to be less relational and contractual provisions have changed to be more specific.
- Semi-structured interviews of three industries' experts:
 - Electronics (highly modularized)
 - 4 makers / 3 suppliers
 - Automobile (moderately modularized)
 - 2 makers / 6 suppliers
 - System integration (in between)
 - 2 makers / 0 suppliers

4

Results of the Interviews

- Deal structures have changed a lot.
 - The degree of change differs between automobile industry and electronics industry.
- Contractual provisions did not change so much.
 - The degree of specificity differs between English and Japanese boiler plates.

5

Deal Structures

6

Classic Deal Structures: Long-term Relational Contracts

- The “non-switching practice” model continues
- Price is renegotiated every 6 months
- Ranking system
- Changing governance system depends on the developing stage of a supplier
- Close cooperation across firms based on integral architecture of manufacturing

7

Logic of Continuity: The Significance of Relation Specific Investment Affects Deal Structures

- Quasi-rents occur when a counterparty makes a relation-specific investment that would lose value if the firm changes its operating strategy (Johnson et al.).
- Quasi-rents create a hold-up problem.
- How do you commit to not change?
 - Equity holding
 - Exchanging personnel
 - Supplier association

8

Why Not Vertical Integration?

- The hold-up problem can be solved by vertical integrations less costly than contracts (Williamson).
- In Japan, vertical integration have never been selected although they have been existing as an alternative.
- Even in the United States, vertical disintegrations have occurred since 1980s.
 - Makers recognized that it is impossible for them to develop new technologies for all the parts on their own.
 - Vertical integration is not necessarily the only way to solve the hold-up problem; contractual governance and the Japanese contracting practice could be better alternatives (Gilson et al.).

9

Logic of Our Hypo: Modularization Changed Deal Structures

- The shift of product design from integral architecture toward modular architecture since 1990s made relation specific investment less important.
- Deal structures should have changed from long term relational contracts toward spot contracts based on competing bids.

10

Realities (Electronics Industry)

- Makers purchase fewer customized parts and more commodity parts because of rapid modularization and severe global competition.
 - Most makers abolished their supplier associations.
- However, spot transactions are rare and de facto long-term relational contracts continue.

11

Realities (Automobile Industry)

- In the automobile industry, makers move towards modularization and purchase more commodity parts, but not as much as in electronics industry.
- Importance of relation specific investments has not decreased as much and close cooperation across firms is kept.
 - Most makers keep their supplier associations, even abolishing equity relationship.

12

Contractual Provisions

13

Classic Contractual Provisions: Simple and Unspecified ex ante Formal Contracting

- During the bargaining preceding a contract, parties do not try to reach precise agreement on conflicting issues, but leave them to informal contracts, such as minutes and tacit agreements.
- As a result, formal contracts are less precise than Anglo-American contracts.
- In the bargaining following a contract, results of renegotiation are seldom reflected in the formal contract, but rather in the “I owe you, you owe me” relationship.
- Rights that are specified in the formal contract are seldom exercised literally.
- Parties are very reluctant to sue and do not consider lawsuits as a measure of enforcing contracts.

14

Logic of Our Hypo: Modularization Changed Contractual Provisions

- Modularization diversified deal structure, including the diversification of suppliers.
- The diversification of deal structure requires deal transparency.
- Contractual provisions should have changed to more formalized and specific.

15

Realities

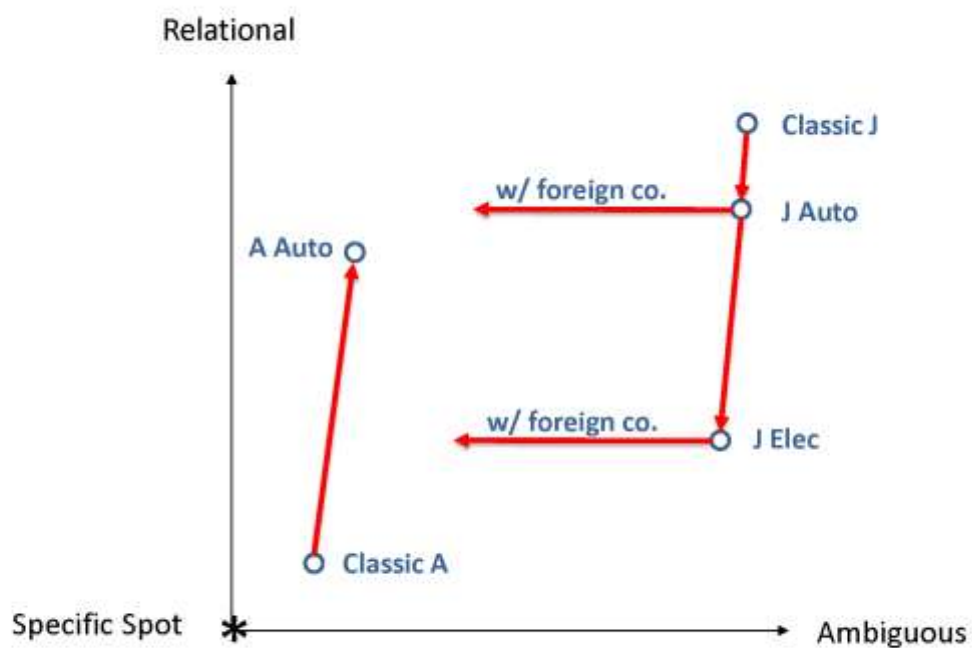
- Contractual provisions have generally not changed since around 1990.
- Most Japanese boiler plates have a future renegotiation clause and do not specify who will have the right to make final decisions regarding predictable disputes, such as how to share the responsibility of product liabilities.
 - Two exceptions: product warranty; contract termination
- Most English boiler plates with foreign suppliers have an “entire agreement” clause and contain more specific clauses.
- Battles of boiler plates are not rare.
- The practice of renegotiating via the “I owe you, you owe me” relationship is likely not to continue mainly because of strengthened compliance.

16

Possible Reasons for Stickiness of Contractual Provisions

- When the contracting parties are homogeneously communitarian, they can expect their counter parties will not sue and rather renegotiate in good faith.
- In that case, the contracting parties do not necessarily pay the cost of increasing the specificity of contractual provisions and could leave the sensitive issues for future negotiation.
- Cf. Depends on verification technology (Kvaloy & Olsen, p.2203)
 - Common law courts v. civil law courts

17



18

Questions to Prof. Olsen

- Equilibrium q = realized q = contracted q (p.2201)?
 - In J Auto, realized $q >$ contracted q .
- If the K is the costs associated with writing explicit contracts specifying the quality of the good, is $K(v)$ the cost only to achieve verifiability level v by the court (p. 2196)?
 - Although, in both J Auto and J Elec, both parties do not expect enforcement by the court, the battle of boilerplate is not rare.

Comments based on (selective) theories of relational contracts

Trond E. Olsen

NHH Norwegian School of Economics

Relational contracts

- «Agreements for which the on-going relationship between the parties plays an essential role in determining what happens” (Malcomson 2012)
- “The literature on relational contracts is concerned with the impact of the on-going nature of the relationship on
 - trade between the parties,
 - on their payoffs,
 - on the nature of any legally enforceable contract that is used to supplement the relational contract,
 - and on the design of organizations”

Relational contract

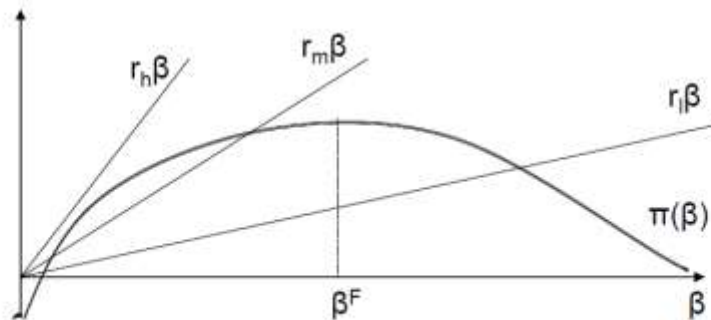
- Not enforced by courts (external enforcement), but by self-enforcement (internal)
- Enables parties to sustain informal contracts on non-verifiable elements (e.g quality aspects)
- Sustained by repeated interaction in long-term relation:
 - Short-term temptations to deviate from agreement balanced by long-term gains from sustained relation
- But limitations on what can be achieved; dependent on a.o. «importance of the future»
 - Discount factor $\delta = 1/(1+r)$, also considered proxy for trust

Simple example

- Quality of a good can be High or Low, non-verifiable
- Probability of High realization given by agent's effort (e)
- Contract: each period
 - fixed payment (α) plus discretionary bonus (β) if High quality
 - Value for agent: $\alpha + \beta e - C(e)$
- Agent chooses effort $e = e^*(\beta)$, increasing in β , provided:
 - trusts principal, and obtains at least outside value (w_a)
- Principal's profit:
 - $\pi(\beta) = eV_H - C(e) - w_a, \quad e = e^*(\beta)$
 - Maximal for some β^F that yields first-best effort

Simple example cont'd

- Enforcement constraint: pay bonus only if long-term relation has higher value than break-up:
 - $V_H - \beta + \pi(\beta) \frac{1}{r} \geq V_H + 0$ i.e. $\pi(\beta) \geq r\beta$
- Value that can be sustained depends a.o. on interest rate (r)

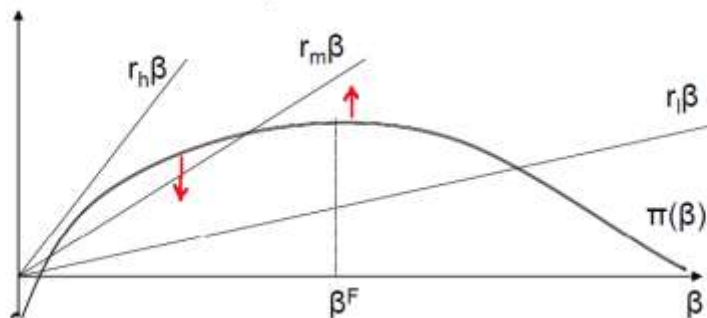


Observations

- Lower surplus makes it harder to sustain a good relational contract
 - Higher costs, lower revenues
 - Better outside options
- Lower discount factor (weight on the future) makes it harder also
 - Higher interest rate
 - Exogenous probability of termination each period
 - Less trust

Specific investments

- Specific investments (I) may affect principal's value, agent's costs and outside options ($eV_H(I) - C(e, I) - w_a(I)$)
- Hence affects profit $\pi(\beta, I)$, but possibly differently at various effort levels
- Relational contract may become easier or harder to sustain



Several agents

Optimal relational contract between a principal and several agents is a «modified tournament» (Levin 2002):

- Only one agent -- the agent with the best performance -- is rewarded; but only if this performance exceeds a certain minimal level.
- This scheme yields strongest incentives for performance within the limits imposed by self-enforcement
- May have relevance for «two-vendor policy»: tournament to become single supplier for a part during the life of a model

Relational vs formal contracts

- Relational: self-enforced. Formal: externally enforced by legal system; must have verifiable provisions.
- Complements or substitutes? Will better legal enforcement increase or reduce the value from relational contracting?
- First: in a given environment it is beneficial to supplement the relational contract with a formal contract (on verifiable elements)
- But, may better formal contracts «crowd out» relational contracts?
 - Depends a.o. on types of improvements, institutional factors and extent to which the parties are able and/ or willing to renegotiate
(e.g. Baker et al 94,02; Schmidt-Schnitzer 95, Kvaløy-Olsen 09, Miller et al 18)

Endogenous verifiability (Kvaløy-Olsen AER 2009)

- Assumptions:
 - Courts can verify relevant quality aspect with some probability (v).
 - This probability is endogenous; determined by investments in contract specifications.
 - $K(v)$ = cost to achieve verification probability v
- Breach remedies (institutional):
 - reliance (RD) or expectation (ED) damages
- Results: depending on a.o. properties of cost function $K(v)$;
 - higher trust (δ) may reduce or increase quality,
 - better verification technology may reduce or increase equilibrium v ,
 - better verification technology may reduce or increase surplus.

Endogenous verifiability: model

- Contract: Principal to pay agent s if agent delivers agreed upon quality q . Producing q costs $C(q)$ for agent.
- If breach ($q' < q$ or $s' < s$), harmed party can go to court; which verifies quality with probability v .
- Breach remedies: expectation damages (ED) or reliance damages (RD)
 - ED: breaching party must comply with its part of contract (s, q)
 - RD: victim paid preparation costs in reliance on contract performance
- Spot contracts
 - ED: always breach and court, principal obtains $v(q - C(q)) - K(v) > 0$
 - RD: zero-sum game, no spot contract can yield positive surplus

Relational contract and endogenous verifiability

- Relational contract feasible if $s \geq C(q)$ and

$$\frac{1}{1-\delta}(q - s - K(v)) \geq q - K(v) - vd + \frac{\delta}{1-\delta}u_s$$

where $d = s$ and $u_s > 0$ if ED, and $d = C(q)$ and $u_s = 0$ if RD.

- Assumption: spot contracting forever if breach of relational contract
 - Larger scope for relational contract under RD than under ED
- Alternative assumption: permanent separation if breach ($u_s = 0$ always)
- Principal chooses q, s, v to maximize profits $q - s - K(v)$ subject to constraints

Trust and quality

- *Model shows that realized quality q can vary negatively with discount factor δ*
- Gains from higher δ can be realized by e.g. higher q and/or lower v . Lower v tends to reduce q .
- Intuition: More trust allows for 'less stringent' (and thus less costly) contracts. This reduces level of 'specific investment' to improve q .
- Precise condition: this occurs iff marginal contract cost $K'(v)$ is inelastic

Verification technology

- *Improved verification technology may yield lower verification probability v in equilibrium.*
 - Gains from better VT realized partly through reduced contract specification costs.
- Effect on verifiability determined by two opposing effects
 - Lower marginal cost $K'(v)$ yields higher v
 - Lower cost level (e.g. fixed cost element of $K(v)$) can yield lower v
 - Either effect may dominate
- Implication for stickiness of contractual provisions:
 - if developments associated with modular architecture yield lower contract specification costs, the equilibrium contract specification level may increase or decrease (or not change much)

Common law vs. civil law

- Improved verification technology through a reduction in *marginal* verification costs will *increase* verifiability level.
- Implication: expect higher equilibrium v and thus more detailed contracts in countries with low marginal verification costs.
- Marginal verification costs can be considered lower in common law than in civil law:
 - Common law system considered more willing to enforce specific contract terms than civil law, which to a larger extent set party-designed contract terms aside if conflict with civil codes.
- Implication: expect higher equilibrium v and thus more detailed contract specifications in common law countries than in civil law countries

Foreign vs domestic contracting

- Implication from model: expect more detailed contract specifications under common law than under civil law
- Here possibly consistent with observation that contracts with foreign companies (under common law, as in USA?) are more specific than contracts with Japanese parties.
- Also consistent with empirical evidence of no difference in contract complexity between contracting within Japan and contracting with Dutch firms (both civil law countries)

Relational contracts and negotiations

- Macaulay (1963): contractual relationships between U.S. firms often structured with loosely specified legal terms that persist over time
- Suggests importance of self-enforcement as well as expectations that parties will negotiate to work things out if disagreements arise
- Incorporate negotiations (and long-term formal contracts on verifiable elements) in relational contracting (Miller et al, 2018)
- Implications:
 - The parties write formal contracts that are not intended to be implemented (terms are renegotiated in equilibrium)
 - Formal contracts can exhibit strategic flexibility (ambiguity)
 - Complementarity between relational and formal contracts

Model

In every period:

1. Negotiation phase: negotiate relational agreement (self-enforced) as well as long-term contract (externally enforced). Nash bargaining with transfers.
 2. Action phase: Productive actions in game defined by external contract in force.
- If disagreement in negotiations: external contract inherited from previous period is in force (and no transfers)
 - Implies: disagreement points in negotiations endogenous and determined as part of the contractual equilibrium

Relational contracts, negotiations and external enforcement

- External contract renegotiated every period in equilibrium
 - Parties agree on a long-term stationary external contract for future periods
 - Also agree on «special terms» for the current period
- Example:
 - Agree on external contract with strict (and costly) monitoring of agent in future periods
 - But also agree on less strict monitoring in current period (to save costs)
 - Idea: strict monitoring is fallback if disagreement
 - Supports large span of future continuation values to reward or punish the agent

Strategic ambiguity

- Model shows that external contract may exhibit strategic flexibility (ambiguity). (See also Bernheim-Winston 98)
 - Verifiable elements (e.g. quantity) could be specified in contract, but are rather left flexible.
 - Example: external contract with cost reimbursement for delivered quantity of standard quality.
Unverifiable improvements in quality beyond the standard level incentivized by relational contract.
- Consistent with contracts that are ambiguous:
 - «spelling out specifics would encourage partners to do only what they were instructed to, and nothing more»

References Cited by Olsen

- Baker, G., Gibbons, R., and Murphy, K. J. (1994), "Subjective Performance Measures in Optimal Incentive Contracts," *Quarterly Journal of Economics*. 109(2): 1125–1156.
- Baker, G., Gibbons, R., and Murphy, K. J. (2002), "Relational Contracts and the Theory of the Firm," *Quarterly Journal of Economics*. 117:39–84.
- Bernheim, B. D. and Whinston, M. D. (1998), "Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity," *American Economic Review*. 88:902–932.
- Kvaløy, O. and Olsen, T. E. (2009), "Endogenous Verifiability and Relational Contracting," *American Economic Review*. 99:2193–2208.
- Levin, J. (2002), "Multilateral Contracting and the Employment Relationship," *Quarterly Journal of Economics*. 117:1075–1103.
- Macaulay, S. (1963), "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," *American Sociological Review*. 28:55–67.
- Malcomson, J. M. (2013), "Relational Incentive Contracts," In R. Gibbons and J. Roberts (eds.), *Handbook of Organizational Economics*. Princeton University Press. ch. 25, pp. 1014–1065.
- Miller, D. A., Olsen, T. E., and Watson, J. (2018), "Relational Contracting, Negotiation, and External Enforcement," NHH Dept. of Business and Management Science Discussion Paper No. 2018/8.
- Schmidt, K. M. and Schnitzer, M. (1995), "The Interaction of Explicit and Implicit Contracts," *Economics Letters*. 48:193–199.

株主、債権者、取締役の利害対立と心理の構造

朝岡 大輔

明治大学商学部

京都大学経営管理大学院

要旨

株式会社においては、株主と債権者、債権者と取締役、取締役と株主の間にそれぞれ利害の対立が存在する。債権者を保護する制度として取締役の対第三者責任や法人格否認の法理、株主を保護する制度として株主代表訴訟制度が存在する一方で、取締役を保護する制度として経営判断原則や保険制度も存在する。これらの制度は、オプションの価値で見る経済的な要素だけでなく、心理的な要素からも相互のバランスの上に成立している。

キーワード: 株主, 債権者, 取締役, オプション, 心理

1. 問題の所在

本稿は、法の経済分析の観点から、株式会社を取り巻く債権者、株主、取締役の間に存在する利害の対立に関して、経済的な枠組みと、心理的な枠組みの双方を踏まえつつ、相互の責任追及と保護の制度について分析するものである。

我が国の会社法制に照らしてみると、例えば、株主を保護する制度として、有限責任制度が存在するが、逆に債権者を保護するその例外として、法人格否認の法理が存在する。また、株式会社における所有と経営の分離 (Berle and Means, 1932) を前提として、株主が取締役の責任を追及する、株主による責任追及等の訴え (株主代表訴訟) の制度が存在する一方で、経営判断原則による取締役の保護の法理や、免責や保険の制度が存在する。債権者は、取締役の対第三者責任を問うことができるが、同じく経営判断原則による取締役の保護の法理が存在する。これらは相互にバランスを保ちながら存在していると言えるが、これらの制度のインセンティブを軸とする経済的な意味と共に、心理学の発展の成果を踏まえ、心理的な意味を併せて検討することによって、さらに法の構造に対する理解を深めることができる。合理

性にに基づく効用最大化を前提とする前者の分析枠組は、現実にはそれと異なる人間の行動を記述する後者と対比される。このように経済的な意味と心理的な意味を二層の構造として分析するアプローチは、法の経済分析の観点では、Zamir and Teichman (2018) に見られる法の行動経済分析と呼ぶことができる。我が国では、取締役会に関してAsaoka (2018), M&Aの意思決定とガバナンスに関してAsaoka (2019), 内部通報制度に関して朝岡 (2019) がある。

経済的な分析に有用なのは、企業価値を株主と債権者への分配の問題としてオプションを用いて記述する枠組みである。代表的なモデルでは、株主のペイオフ (利得) を、債権額を行使価格とするコールオプションのロング (買い) ポジションとして、債権者のそれを、プットオプションのショート (売り) ポジションと債権額の組み合わせとして表現する (Merton, 1974)。この枠組みを用いた日本法の法人格否認の法理の検討として、田中編著 (2013) がある。コールオプションのロングポジションを有する株主は、リスクを高める (企業資産のボラティリティを高める) インセンティブを有し、プットオプションのショートポジションを有する債権者は、逆に抑制するインセンティブを有する。本稿は、田中編著 (2013) の分析する株主と債権者の関係に、取締役を加えた三者間の利害対立の構造として構成し、これらに心理的な側面を加え、Zamir and Teichman (2018) の分析を株式会社に関して発展させる。その観点で前提となる有限責任制度の心理的な側面も検討する。また、株主代表訴訟や取締役の責任に関しても、経営判断原則の意義について、田中 (2018) が「後知恵」として言及する法認定における心理的な側面についてさらに検討する。これらの分析を踏まえて、株主、取締役、取締役の間のバランスの構造や、取締役の責任や報酬について議論を行う。コーポレートガバナンス改革の観点で取締役の報酬の議論が進んでいるが (経済産業省, 2019), 報酬とは責任と表裏一体であり、その観点でも本稿の検討は資すると思われる。

本稿の構成は以下の通りである。第2節では、株主と債権者の関係について、有限責任制度と法人格否認の法理の観点から、第3節では、債権者と取締役の関係について、対第三者責任の観点から、そして第4節では取締役と株主の関係について、株主

代表訴訟の観点から、それぞれ分析する。第5節はディスカッションである。第6節は結論である。

2. 株主と債権者

2-1 有限責任制度

企業の資金調達においては主に負債と株式が用いられ、資金の供給者としてそれぞれ債権者と株主が存在するが、株式の重要な性質として、株主の有限責任制度がある。有限責任制度は、会社法制としては1811年のニューヨーク州から1931年のカリフォルニア州にかけて米国を横断して成立し、各国に影響を与え、我が国においても1890(明治23)年の旧商法典に導入された。

この有限責任制度の導入は、それ以前にも債権者が株主に対して損害賠償を請求することは実際にはほとんどなかったと言われるが (Shiller, 2004), 心理の面では、法制度によってその責任の限定に確実性を与える作用があったと言える。現実の人間は、あらゆるリスクを計算して意思決定を行っている訳ではなく、一定程度の調査を行えば、そこで満足して意思決定を行う (Simon, 1956)。また、確率の低い事象のリスクを過大に評価し、確実性を過度に好む傾向 (確実性効果) がある (Tversky and Kahneman, 1981)。また、損失の痛みを利得の喜びよりも大きく評価する傾向 (価値関数) から、損失を回避する傾向が知られている (Kahneman and Tversky, 1984)。利得が無限である一方で、損失が確実に限定されているという有限責任の特性は、株主に、債権者から遡求される心配なく、そして緻密な確率の計算や心配をすることなく事業のリスクを取ることを可能とすることで、資金供給を促す要因となる。多数の資金供給者である株主の登場は、所有と経営の分離も発生させ、Jensen and Meckling (1976) の言う取締役と株主の間の利害対立 (エージェンシー問題) を生じさせる背景となったと言える。

2-2 法人格否認の法理

判例法としての法人格否認の法理は、タクシー会社を2台ずつ所有する企業を多

数創設し、各社の損害賠償責任を限定しようとした親会社の責任を論じた米国の判例を代表として (*Walkovszky v. Carlton*), 総じて各国に存在する法理である。我が国においては、最高裁判例 (最判44・2・27) 以降、特に中小企業において適用されると言われるが、適用対象が限定されている訳ではない。法人格の否認は有限責任の否認を意味し、有限責任であるはずの株主は、損失の負担を求められる¹。この法理については、我が国に限られず、その要件の曖昧さが指摘されている (Bainbridge and Henderson, 2016; 田中, 2018)。これは、上述の確実性効果を減殺する効果を有する。

この法人格否認の法理の株主のペイオフへの影響を考えると、株主はもはや損失を限定されないで、そのペイオフには損失が生じるようになる一方で、その限度において、債権者は損失を回避するようになる。株式の価値そのものはマイナスにはなり得ないので、株主のペイオフがマイナスになるということは、株主の資産に遡求されることを意味する。株主が個人の場合でも株式会社の場合でも、それぞれ有限責任の限度 (つまり資力の範囲) において損害賠償を行う (もっとも、株式会社である株主についても、連鎖して法人格否認の法理が適用されることは理論的には排除されない)。一般に株式会社の方が個人よりも資力が大きく、株主が十分な資力を有する株式会社の場合には、損失を発生させる企業の株式から有限責任性は消滅し、そこから導かれるコールオプション性も消滅する。対照的に、債権者のポジションの価値は、有限責任の否定によるオプション性の消滅またはオプションの行使価格の低下を通じて改善する。

この法理は、実際の確率は低いながらも株主が債権者から責任を問われることがあるという、歴史上において有限責任制度が成立する前のペイオフに戻すことを意味し、一旦与えられたかに見える確実性効果と損失回避効果は、その上に法人格否

¹ 事前の合意によって取引関係に入った債権者とは異なり、企業の不法行為によって意図せずして企業との間で債権債務関係に入った場合には、有限責任によって被害者への損害賠償が不十分となる帰結を回避するために法人格否認の法理を積極的に認めるべきであるという見解がある (Hansmann and Kraakman, 1991)。本稿では、事前の合意に基づき金融取引に入る債権者を念頭に置いて分析する。

認という例外的な法理が適用される限度において、その効果を失う。これは資本市場の機能の阻害要因となる。少なくとも他の法理によって解決できる事案にまで適用する必要はないと言え（田中, 2018）、実際、法理の適用が限定的であるのは、そのような資本市場の安定性への影響を考慮したものであると見ることができる。

このような法理が存在することによって、取締役が同時に株主でもある場合には、少なくとも、有限責任制度の悪用と認定され得る形での過剰なリスクテイクを抑制するインセンティブを有し、また、取締役と株主が別々の主体である場合においても、株主は取締役にそのような行動を抑制させるインセンティブを持つ。そして同時に、制度の不確実性による委縮効果も生む。

3. 債権者と取締役

取締役の対第三者責任とは、第三者である債権者が損害を受けた際に、取締役に損害賠償請求ができる制度である（会社法第429条）。典型的には、倒産した中小企業の債権者が債権回収のために取締役の責任を追及する場合に用いられる（神田, 2019）。

取締役の債権者に対する責任が認定された場合には、損害賠償を通じて取締役から債権者へのキャッシュフローが生じるが、その源泉となる取締役のペイオフは、一義的には、報酬を含む取締役の個人資産である。通常、取締役の報酬は、各企業の設計にもよるが、固定給と共に、企業価値にも連動し、従って取締役のペイオフは個人資産との合計として、報酬と共に増加すると考えられる。ただし、通常、企業価値の増加額と同額の報酬の増加が起こる訳ではないので、報酬の増加幅は企業価値の増加に比して緩やかである。これは取締役個人の資力に相当する。

企業資産、債権、株式及び取締役の資産の金額をそれぞれ時価で考えた場合、債権者への分配は株主への分配に優先し、企業価値が債務額を下回れば、時価において債務超過（insolvent）となり、企業はたとえ全資産を売却しても全債務の返済ができ

ないので、デフォルトに陥り、資産を債権者に受け渡す²。企業資産の時価が債務額を上回っている限りは、企業は資産超過 (solvent) の状態にある。

この取締役のペイオフを基にして、取締役の対第三者責任の規定の効果を分析する。取締役が債権者から責任を追及され、その責任が認定されると、取締役はそのペイオフから損害を賠償する。そうすると、債権額を下回る時価の企業資産を手にした債権者の事後的な損益分岐点は改善する。取締役の対第三者責任の規定の存在は、損害賠償によるペイオフの合算によって、債権者の有するポジションの価値を高める。また、取締役のリスクテイクのインセンティブは、当該規定の抑止力の限りにおいて抑制されるので、企業資産のボラティリティの低下を通じて、やはり債権者のポジションの価値を高める。つまり、当該規定の存在は、債権者のポジションの価値を高め、債権者が資金供給という取引に応じるインセンティブとなる。

La Porta et al. (1998) によれば、投資家保護の保護が相対的に強い法体系を有する国には、経済や資本市場が発展している傾向が見られる。オプションの価値の観点からは、債権者のポジションの価値が行使価格の低下によって向上するために、取引の判断のための損益分岐点が低下することによって取引が促されるためであると基礎付けることができる。ただし、その価値の向上の源泉は、取締役のペイオフであり、新たな価値の創出ではなく分配の変化による効果である。もっとも、標準的な金融オプションとは異なり、債権者は原資産に損失が生じた場合に常に取締役の責任を追及できる訳ではなく、要件を充足した場合においても、訴訟上の不確実性やコストの問題がある。そのため、取締役の責任が認定される場合という限定された条件の下での改善である³。

この取締役の対第三者責任を取締役の観点から見ると、数多くの判例及び学説の蓄積はあるものの、要件 (条文上は任意懈怠に関する悪意または重過失等である)

² 債務不履行時の民事再生法や会社更生法の適用においては、訴訟コスト等の財務危機コストの流出によって企業価値が減少し得る。その減少額を反映しても本文の議論は同じである。

³ これに以て非なるものとして、銀行が中小企業への融資に際して経営者から徴することがある個人保証がある (民法第446条から465条の10)。一般的には連帯保証であって、債権者における損失の発生を待たずに履行を請求できるので、債権者のポジションの改善は直接的である。

は明確とはいえない(後藤, 2010). しかしそれを満たす場合には, キャッシュフローの流出が生じ, その損失には上限がない. これは, 報酬の設計にもよるが, 企業価値を高めたとしてもあまりアップサイドがない一方で, 要件を充足する場合には潜在的に損害賠償が必要になることを意味し, その限りにおいてリスクテイクは抑制される. いわゆる委縮効果であるが, この基礎には利益の追求よりも損失の回避を優先する心理がある (Kahneman, Knetsch, and Thaler, 1991). 損失に上限がないと言っても, 自己破産制度を通じて有限責任は一応確保されている (Easterbrook and Fischel, 1991). しかし, 実際問題として自己破産の影響は小さくなく, 個人は雇用関係を通じて一つの企業に人的資源を集中させているので (法人の破産の影響も大きい, その主要な一つは従業員への影響である), この個人レベルの有限責任の存在は, 分散投資が可能である株主のリスクテイクとは異なって, リスクテイクの抑制を緩和するとまでは言えない.

なお, 前節の法人格否認の法理と本節の対第三者責任は, いわゆるオーナー企業のように, 取締役が株主でもある場合には重なり合う. その場合には, 債権者は両方の構成によって責任を追及できる可能性がある. 法人格否認の法理が適用される場合には, 債権者は株主の資力の範囲で債権回収を行うので, 結果として取締役個人の責任を追及しているに等しく, 取締役の対第三者責任が追及される場合には, やはり株主でもある取締役の資力の範囲で債権回収が行われる (ただし, 企業の損失が著しい場合には, 当該取締役が有する株式の価値は乏しい).

これらの責任の追及に対する経営判断原則や保険制度による取締役の保護の効果については, 次節で共通して述べる.

4. 取締役と株主 (株主代表訴訟)

4-1 株主代表訴訟制度

前二節では, 債権者に損害が生じた場合に, 取締役または株主から債権回収を可能とする法理と規定を扱った. これらに対し, 本節では, 株主が, 取締役の責任追及を通じて, 間接的に逸失した利益を回収する株主代表訴訟 (責任追及等の訴え. 第

847条) の制度を分析する。株主は責任追及によって直接の損害賠償は得られないが、企業のキャッシュフローが究極的には債権者または株主に分配されることから、取締役から会社に損害賠償がなされることによって、株主のペイオフは間接的に改善する。株主代表訴訟制度とは、株主が有する本来の権利の一つ(株式価値の最大化の追求)を実効あらしめるために存在するものであり、この制度が取引に応じるための株主の損益分岐点を引き下げる効果は、債権者と同様である。

なお、前節で見たように、債権者は取締役の対第三者責任の訴えを通じて、取締役から債権回収を直接図ることができるので、この点で比較すると、債権者は株主よりも有利な地位を与えられている。これは一般的に株式が分散所有されているのに対して、債権者は銀行等に集中していることから、さらに効果を有する。

ここで、株主が実効性を伴って取締役の責任を追及できるのは、企業が資産超過の状態にある場合のみである。そのような状態において、取締役の任務懈怠によって、本来実現し得た企業価値の水準に比して実際の価値が低い場合には、株主は取締役の責任を追及し、本来実現し得た水準、またはそれにより近いペイオフを回復することができる。そこで、株主代表訴訟には、価値の回復を通じて、株主が有するコールオプションのポジションの価値を引き上げる効果がある。しかし、取締役による損害賠償額を加えても、企業の資産額がなお債務額を下回る場合には、企業は債務超過に陥っていることになり、企業資産は債権者に移転する。そこでは、債権者への債務の返済が優先され、かつ、債権者は前二節で述べたように取締役や株主の責任も追及するので、株主の権利行使は意味をなさない。

この株主代表訴訟制度の心理的な基礎として挙げられるのは、自己奉仕バイアスである。田中(2018)は、会社に代わる訴訟提起権が株主に与えられている理由として、役員間の同僚意識によって、会社自身による規律が働きにくいことを挙げる。この心理的な基礎は、たとえ自己評価による甘さを認識していたとしても、結果として自らに甘い評価を下す傾向(Babcock and Loewenstein, 1997; Valdesolo and DeSteno, 2007)や、置かれた立場によって公平性の基準が変わり、自らに有利な基準を公平と考える傾向(Thompson and Loewenstein, 1992)に求めることができる。

株主に、自らの権利を実現する手段、つまり経営を委ねている取締役の責任を追究できる権利が与えられることは、経済的にはエージェンシー問題の緩和によって資金供給に応じるインセンティブとなる。ただし、債権者による責任追及と異なると、株主代表訴訟には、田中 (2018) の指摘する「合理的無関心」の問題がある。株式所有の分散によって、訴訟を提起し、労力を払う株主と静観する株主が存在する場合には、株主が勝訴した場合には弁護士費用は会社負担となり、その限度で全株主が費用を負担することになるが、株主が敗訴した場合の弁護士費用は訴訟を提起した株主が負担し、かつ悪意がある場合には当該株主に会社から損害賠償請求も行われるので (第852条)、静観する株主は、勝訴した場合には訴訟を起こす株主の労力にフリーライドできる一方で (賠償額から弁護士費用を差し引いた残額を保有比率に応じて享受する)、敗訴した場合には何ら負担を負わない。そこで、訴訟を提起する株主にとっては、単独で負担する労力やリスクと、獲得できるペイオフが釣り合わない。対照的に、債権者による責任追及にはそのような問題がなく、利得を全て自らのものとすることができる。この比較においては、株主の権利行使は、静観する株主のフリーライドによってペイオフが悪化する程度において抑制される。

この問題は、各主体のインセンティブの問題のみならず、主体間の心理的な公平性の問題としても捉えることができる。人間は、金額の多寡に示される金銭的なインセンティブよりも公平性の欲求に重きを置く (Guth, Schmittberger, and Schwarze, 1982)。たとえ正のペイオフを得られるとしても、公平な分配が期待できないとすると、それが行動の阻害要因となり、株主代表訴訟制度はこの制約を受けていると言える。

4.2 経営判断原則

株主から責任を追及され得る取締役は、リスクを抑制するインセンティブを有する。取締役がリスクを取れば、企業価値は上昇することも下落することもあるが、責任を問われるのは下落した場合のみである。仮に、株主と同様、取締役の損失が限定されていれば、リスクを取るインセンティブが生じるが、自己破産を除けば損

失が事前に限定されない取締役は、積極的にリスクを取ることを回避し、慎重な経営に傾くインセンティブを有する。これは、望ましいリスクテイクを抑制してでも、悪意のあるリスクテイクと認定される可能性を回避する方向に作用する。ここには、田中編著 (2013) が指摘する、取締役による悪意のある行為を抑制しようとするれば、それだけ望ましい行為まで抑制されてしまう誤りが生じ得る一方で (第一種の過誤)、望ましい行為を促進しようとするれば、それだけ悪意のある行為も誘発してしまう (第二種の過誤) というトレードオフがある。

このような取締役の委縮効果は、オプションの原資産である企業資産のボラティリティを低下させることを意味するので、株主のオプションのポジションの価値にとってはマイナスである。そこで、その委縮効果を軽減する制度が必要とされる。この点で、内容や過程に著しく不合理な点がない限り、取締役の判断を尊重する法理である経営判断原則は、取締役の委縮効果を軽減し、本来望ましいリスクテイクを促すことで、株主のポジションの価値を保護する効果がある制度であると言える。

さらに心理的には、後知恵バイアス (Stallard and Worthington, 1998) への対処という側面がある (Teichman, 2014; 田中, 2018)。リスクテイクには、債権者や株主に損害を与える意図を持ったものと、企業価値を高める、取締役に期待される積極的なものがあるが、変化し続ける複雑な経営環境に置かれている取締役が、事前に何が無謀で、何が望ましいかという線引きを正確に判断することは、事後的に事実認定を行う場合に比して困難である。後知恵バイアスによって、結果が明らかになった後に行われる事実認定においては、他にあり得た判断の結果は目に見えないので、結果として目に見える損失が判断時点において予見し得たように考えられたり、より良い判断をし得たように考えられたりする傾向がある。これは結果責任を問われることを意味し、個人の資産規模が相対的に小さいことや上述の損失回避傾向と併せて、取締役の委縮効果を生む。経営判断原則は、このような後知恵バイアスから取締役に保護するものであると言える。

4-3 免責制度

会社法における株主代表訴訟の規定は、企業の自由選択によって排除できない強行規定である。しかし、会社法は、取締役の会社に対する任務懈怠責任について責任免除の規定も定めており、総株主の同意によって全ての免除が可能であるほか（第424条）、株主総会の特別決議（第425条）や取締役会決議（第426条）による一部免除も可能である。

しかし、これらは事後的な免責であり、事前に責任限定契約が締結できるのは社外取締役等に限定され、内部の業務執行取締役は締結できない（第427条）。つまり、株主総会における株主の合意の下、一定の範囲における選択の自由は与えられているが、損失が発生してから合意に依存する点で、取締役の行動に影響を与える責任の認定には事前の不確実性が伴い、これを排除できない。契約自由の原則からすれば、企業の実行役が、企業と金融取引を行う投資家との間で契約や定款で免責を規定することとしても、投資家は、交渉や選択を行うことができるので問題ないようにも見える。規定の強行性は、個別に契約によって排除できる可能性があるが（神田, 2019）、契約によって免責が有効に行えるかどうかは明らかではない。

このような制約の理由としては、個別の設計の柔軟性を企業に与えると、株主は取引に入る都度、各企業の設計を確認する必要があるため、市場における投資家の取引コストを高めるという経済的な説明がまず可能である（Easterbrook and Fischel, 1991）。加えて、心理的にも、上述の通り、人間は、あらゆる条件を調べ、比較し、判断することを、現実には行っていない。逆に、定型化されたものや、その現状維持を好む傾向がある（Kahneman, Knetsch, and Thaler, 1991）。この限定合理性を前提とすれば、一律の限定が設けられていることには、あらゆる株式会社において広い投資家の参加を促す利点があり、その全体の利点が、個別の交渉を容認する利点を上回るという結果であると考えることができる。

4.4 保険制度

しかし同時に、このような規定の強行性を前提としつつも、取締役の経済的な損失を填補する、会社役員賠償責任（D&O）保険契約の存在によって、免責に関する

個別の柔軟性が与えられている。これは機能的には、神田 (2019) の言う契約による排除に相当する。2019年の会社法改正によってこの保険の保険料を会社が負担できることが明確化され (第430条の3)、企業の自由選択が認められているので、その限度において取締役の委縮効果は軽減される。もっとも、通常の保険契約では保険免責額が設定されるので、完全な免責を意味するものではない。

保険契約の締結を通じて認められている取締役の責任の事前の排除が、債権者や株主との間での合意による方法では認められていないのは、やや一貫しないようにも見える。そこでこの点で差異を検討すると、任意規定下で免責される場合は、投資家は果敢な取締役の高いリスクに対して高いプレミアムを要求し、取引が成立する。これに対し強行規定下で免責されない場合は、保険が存在しなければ、投資家は委縮した取締役の低いリスクに対して低いプレミアムを要求し、やはり取引が成立する。しかし保険が存在するならば、一つの企業に人的資源を集中させている取締役は、保険契約を選択する。この場合、任意規定下では不要である保険料の社外流出を招くが、この保険料が保険会社に移転した法的リスクに対するプレミアムに相当する。保険契約を締結した取締役は、モラルハザードを引き起こし得るが、保険会社のモニタリングと保険免責額の設定によって、そのインセンティブは減殺される。そこで完全な免責を受ける場合に比して、取締役のリスクは低下する。

この規定の強行性と保険の認容の組み合わせは、専ら保険会社にこのリスクとプレミアムの機会を集約することを意味し、投資家はこの移転した投資機会を選択することができない。分散投資が可能な株主からすれば、いずれのリスク水準の設計も選択できることが望ましいが⁴、このリスクへの投資機会は保険会社を集約される。

このような組み合わせが認容される要因の一つは、免責の制限と同様に、限定合理性下では、各企業が個別に提示する条件を評価するよりも、保険という定型化された情報による判断が好まれる心理に沿うことである。もう一つは、株式の所有構

⁴ 免責の他に取締役が有限責任を得る方法は、自然人に限定されている (第331条) 取締役の株式会社化を認めることである。取締役の株式会社化は、独立取締役の監督機能の強化の観点で主張される (Bainbridge and Henderson, 2018)。この場合も保険契約が不要となる。

造による影響である。株主代表訴訟について述べたように、投資家が株式を分散保有する場合には、投資家によるモニタリングは、上述の合理的無関心や公平性の欲求によって不十分になる。しかし保険の利用の下では、保険の売り手である保険会社によるモニタリングを通じたガバナンスの効果が期待できる (Baker and Griffith, 2010)。そこでは、保険会社が多数の投資家に代わって企業の情報を評価し、モニタリングを行う金融仲介者として機能する。この観点で、投資家の評価に資するために、各企業のリスクの指標となる保険の内容と保険料の開示が主張されており、我が国においても支持されている (木村, 2017)。株主代表訴訟においては有効な解決手段が存在しないこの問題は、保険会社にリスクの投資機会を制度的に集約し、機能を果たす限りにおいて軽減することができる。開示の必要性は、この集約の結果として投資家が個別に評価する機会を得られない点にも求められる。

5. ディスカッション

5-1 利害対立と保護のバランス

前三節において、株式会社を取り巻く株主、債権者、取締役の三者間の関係を二層の構造によってそれぞれ分析した。株式会社における有限責任制度については、債権者と株主の間の利害対立と心理的な効果に着目して分析した。株主と債権者が有するオプションのポジションは、株主には出資額を上回る損失の可能性を排除することで、積極的なリスクテイクを促す作用がある一方で、債権者にはリスクを抑制する効果がある。一方で、有限責任を否定する法人格否認の法理の存在は、その適用における不確実性と共に、確実性効果や損失回避の心理に影響を与えることを見た。

企業に資本を提供する債権者の保護規定として取締役の対第三者責任や法人格否認の法理が、そして株主の保護規定として株主代表訴訟制度が存在することで、基本的なインセンティブは影響を受ける。ただし、株主代表訴訟制度については、取締役の自己奉仕バイアスに対処する効果があるものの、株主の合理的無関心および公平性の欲求によって不十分となり得る。これらの規定は、債権者と株主の双方にと

って、主として取締役の責任を問うことができる強行性を有し、取締役には、報酬に一定の限度がある一方で、自己破産を除いて責任が限定されていないことに由来して、また、損失の痛みが利得の喜びよりも重く評価されることで、積極的なリスクテイクを抑制する方向に作用し、全体として委縮効果を通じて債権者のポジションの価値の向上に資するものである⁵。その結果、株主のポジションの改善効果は逆に減殺される。

これらの規定が、その適用の事前の不確実性とも相俟って、取締役の積極的なリスクテイクが抑制される影響を与えることから、責任の認定における後知恵バイアスの影響を踏まえ、取締役を保護する経営判断原則が重要である。これは取締役の委縮効果を緩和することを通じて、株主の保護の効果も有する。また、責任に関する規定の強行性については、自由選択による保険の存在が強行性を相対化しており、保険料の外部流出や投資家の機会制約はあるものの、限定合理性と定型化への選好に加え、投資家が個別に企業を評価する取引コストの抑制や、金融仲介者としての保険会社への集約にその理由が求められ、その背景の一つとして株式の分散所有がある。株主代表訴訟において制約となり得る合理的無関心や公平性への欲求の問題は、保険会社によるガバナンスが機能する限りにおいて軽減される。

このように、経済的な要因と心理的な要因は、それぞれ株主、債権者、取締役の利害関係に関する規定や法理に影響している。株主と債権者の間には、経済的にはコールオプションとプットオプションの対照、心理的には確実性効果や損失回避効果を基礎として、有限責任と法人格否認の法理のバランスが存在し、債権者と取締役の間、そして取締役と株主の間には、経済的にはエージェンシー問題に由来するインセンティブ、心理的には後知恵バイアスを基礎として、対第三者責任および株主代表訴訟制度と経営判断原則のバランスが存在する。さらに、取締役の免責制度と

⁵ このような制度のあり方は、金融システムの姿と関連付けて考えることもできる。木下(2016)によると、我が国では銀行に代表される債権者の保護に厚い法制が採用される一方で、銀行は、本来は資本に相当する資金まで提供する。銀行は持ち合いを通じて企業の株式を保有し、株主より先に条件変更や債権放棄にも応じる。債権者の強い保護は、同時に事実上の株主の保護と見ることもできる。

保険制度は、経済的には取引コストの抑制や合理的無関心の解決、心理的には限定合理性と定型化の選好、公平性への欲求を基礎として、投資家から保険会社へのリスクの移転と保険会社へのガバナンスの集約が基礎付けられる。株式会社における三者の利害の対立は、経済的なインセンティブの要素のみならず、心理的な要素による構造にも支えられ、相互のバランスの上に成立している。

5-2 取締役の報酬

このような構造における一つの重要な要素は取締役の行動に与える影響であるが、この点で、取締役の積極的なリスクテイクを促すことが望ましいとすると、経営判断原則に代表される保護法理の予見可能性を高め、取締役の保護を強めるバランスの変化が必要であると言え、また、取締役の免責に関する規定の強行性を前提とすれば、委縮効果を軽減しつつモニタリングが有効に行われ得る点に保険の意義が見出される。

さらにこの観点で責任に照らした取締役の報酬の效果を見ると、取締役は広い意味で企業価値に連動したペイオフ（賞与や株式報酬）を有するので、コールオプションのロングポジションを有する。しかし、責任の認定に伴って生じる損害賠償については、自己破産制度の適用を除けば損失が事前に限定されない。この利得と損失の非対称性は、経済的に見れば、債権者と同様、取締役がプットオプションのショートポジションを有することを意味する。保険の存在は、このショートポジションを相殺し、報酬を企業価値に連動したポジションに回復させる効果を有する。

しかし心理的には、訴訟が報道されたり批判を受けたりすることによって社会的に受ける取締役個人の痛みも存在する。社会的な評判や恥から受ける心理的な効果には保険がない。個人が金銭的な報酬よりもこの心理的な効果に重きを置いているとすると、委縮効果は大きい。この点、取締役がインセンティブの設定に対して、経済的な意味で合理的に反応しているかどうかは明らかではなく、複雑な判断においては非金銭的な報酬の影響の方がむしろ大きいとの指摘がある (Thibault-Landry, Schweyer, and Whillans, 2017)。そうだとすると、取締役は、企業価値に連動する経済

的なインセンティブの設定にも関わらず、株主の価値に資する積極的なリスクテイクよりも、批判を受けない安定の維持を優先する。一つの企業に人的資源を集中させている取締役にとって、雇用関係の継続は重要な関心であるが、安定性の選好はこの点からも強化される。我が国の経営者の金銭報酬は海外に比して低水準のままであるが、保険による損失回避効果に比して、その引き上げの心理的效果は薄い可能性がある。むしろ、報酬の設計においてまだ体系立てられているとは言えないが、企業価値に連動する金銭的な報酬を経済的な報酬とすると、積極的なリスクテイクに対する評判、称賛、高い責任や地位等の非金銭的または心理的な報酬の設計が同様に重要であると言える。

6. 結論

本稿では、法の行動経済分析の観点から、株式会社を取り巻く株主、債権者、取締役の関係に焦点を当て、相互の責任追及や保護、インセンティブと心理の構造について分析を行った。規定や法理の存在は、その適用における不確実性と共に、人間の心理と行動に影響を与える。伝統的な経済分析に対して、情報の評価や判断における実際の限界、合理的に予想される行動と現実との差異、インセンティブとしての報酬への反応の仕方、経済合理性を超える公平性の重視など、法や法的判断が必要とする生身の人間の行動の理解のために行動経済分析は有益なものであると共に、人間を介して法と経済分析の間の距離を埋める効果があると言える。特に本稿では、株式会社における規定や法理に着目して、それらの根底に存在する心理的な要素を並行して分析することで、株主、債権者、取締役の間に存在する利害の対立やそれぞれの立場に応じた保護について、重層的な理解を目指した。このような理解は、個別の制度の存在理由についての理解を深めると共に、積極的なリスクテイクを促すための観点に見られるように、バランスの上に成り立っている各要素を見ることで、変化のための条件についての洞察を得ることに寄与する。

不確実性や利害の対立関係に直面しながら、法制度を構築し、それに基づく判断を行うのは生身の人間である。その人間に対する理解を深めることは、法制度やそ

の妥当性に対する理解を深めることにつながる。株主、債権者、取締役の利害の対立と保護の構造は、経済性のみならず心理にも着目することでそれらが相互に保つバランスがより深く理解される。

本稿の分析の限界と考えられる今後の研究の方向性は次のようなものである。第一に、本稿では業務執行取締役を念頭に置いて論じたが、独立取締役の役割が拡大する中では、取締役会内部の分析がますます重要となる。この点を本稿では扱っておらず、さらなる分析の余地がある。独立取締役は一般的に法的な責任を問われることが少なく、免責も広く認められているので、取締役間のインセンティブや心理には差異が生じる。第二に、法の行動経済分析の基礎となる実証研究では、日本人に関する研究がまだ多いとは言えない。しかし社会的な恥の観念や、上述の海外に比して低水準の金銭報酬に見られるように、我が国に特徴的な行動を規定する心理的または文化的な要因は多いように見える。これらの点の実証的な研究は、行動経済分析を通じて、取りも直さず我々の法に対する理解を深めることにつながる。

これらの課題は将来に亘る興味深い領域の広がりを示しており、その広がりには本稿が多少なりとも資するところがあれば幸いである。

謝辞

匿名の査読者2名による貴重なコメントに感謝する。本研究はJSPS科研費JP19K13811の助成を受けたものである。

判例

Walkovszky v. Carlton, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966).

最判昭和44・2・27民集23-2-511 (1969).

参考文献

朝岡大輔 (2019)「内部通報の倫理と心理」『月刊監査研究』第45巻第12号, 56-67.

神田秀樹 (2019)『会社法 第21版』弘文堂.

木下信之 (2016)「窮境企業に対する銀行の経営関与」 穴戸善一・後藤元 (編著)『コ

- ーポレート・ガバナンス改革の提言—企業価値向上・経済活性化への道筋』商事法務, 349-380.
- 木村健登 (2017) 「D&O保険に内在する理論的問題とその解決策(2・完) —エージェンシー問題への対処」という観点から—」『損害保険研究』第79巻第3号, 91-125.
- 経済産業省 (2019) 「『攻めの経営』を促す役員報酬—企業の持続的成長のためのインセンティブプラン導入の手引—」平成31年3月8日.
- 後藤元 (2010) 「取締役の債権者に対する義務と責任をめぐるアメリカ法の展開」『金融研究』第29巻第3号, 123-174.
- 田中亘 (編著) (2013) 『数字でわかる会社法』有斐閣.
- 田中亘 (2018) 『会社法 第2版』東京大学出版会.
- Asaoka, D. (2018) “Collective intelligence or groupthink? Group decision making under the Japanese Companies Act,” *Corporate Board: Role, Duties and Composition* 14-2, 27-37.
- Asaoka, D. (2019) “Behavioral analysis of mergers and acquisitions decisions,” *Corporate Board: Role, Duties and Composition* 15-3, 8-16.
- Babcock, L. and G. Loewenstein (1997) “Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Bias,” *Journal of Economic Perspectives* 11-1, 109-126.
- Bainbridge, S. M. and M. T. Henderson (2016) *Limited Liability: A Legal and Economic Analysis*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Bainbridge, S. M. and M. T. Henderson (2018) *Outsourcing the Board: How Board Service Providers Can Improve Corporate Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Baker, T. and S. J. Griffith (2010) *Ensuring Corporate Misconduct: How Liability Insurance Undermines Shareholder Litigation*. Chicago: University of Chicago Press.
- Berle, A. A. and G. C. Means (1932) *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan.
- Easterbrook, F. and D. R. Fischel (1991) *The Economic Structure of Corporate Law*. Brighton: Harvard Business Press.
- Guth, W., R. Schmittberger, and B. Schwarze (1982) “An experimental analysis of ultimatum

- bargaining,” *Journal of Economic Behavior & Organization* 3-4, 367-388.
- Hansmann, H. and R. Kraakman (1991) “Toward unlimited liability of corporate torts,” *Yale Law Journal* 100-7: 1879-1934.
- Jensen, M. C. and W. Meckling (1976) “Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure,” *Journal of Financial Economics* 3-4, 305-360.
- Kahneman, D., J. L. Knetsch, and R. H. Thaler (1991) “Anomalies: The endowment effect, loss aversion, and status quo bias,” *Journal of Economic Perspectives* 5-1, 193-206.
- Kahneman, D. and A. Tversky (1984) “Choices, values and frames,” *American Psychologist* 39-4, 341-350.
- La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, and R. W. Vishny (1998) “Law and finance,” *Journal of Political Economy* 106-6, 1113-1155.
- Merton, R. C. (1974) “On the pricing of corporate debt: The risk structure of interest rates,” *Journal of Finance* 29-2, 449-470.
- Shiller, R. J. (2004) *New Financial Order: Risk in the 21st Century*. Princeton: Princeton University Press.
- Simon, H. A. (1956) “Rational choice and the structure of the environment,” *Psychological Review* 63-2, 129-138.
- Stallard, M. J. and D. L. Worthington (1998) “Reducing the hindsight bias utilizing attorney closing arguments,” *Law and Human Behavior* 22-6, 671-683.
- Teichman, D. (2014) “The hindsight bias and the law in hindsight,” in E. Zamir and D. Teichman eds., *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 354-373.
- Thibault-Landry, A., A. Schweyer, and A. V. Whillans (2017) “Winning the war for talent: Modern motivational methods for attracting and retaining employees,” *Compensation & Benefits Review* 49-4, 230-246.
- Thompson, L. and G. Loewenstein (1992) “Egocentric Interpretations of Fairness and Interpersonal Conflict,” *Organizational Behavior and Human Decision Process* 51-2,

176-197.

Tversky, A. and D. Kahneman (1981) “The framing of decisions and the psychology of choice,” *Science* 211-4481, 453-458.

Valdesolo, P. and D. DeSteno (2007) “Moral hypocrisy: Social groups and the flexibility of virtue,” *Psychological Science* 18-8, 689-690.

Zamir, E. and D. Teichman (2018) *Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.

Conflicts of interest and the psychology of shareholders, debtholders, and directors

Daisuke Asaoka
School of Commerce/ Graduate School of Management
Meiji University/ Kyoto University

Abstract

Corporations have conflicts of interest between shareholders and debtholders, debtholders and directors, and directors and shareholders. While debtholders are protected by directors' liabilities toward third parties and piercing of the corporate veil, and shareholders by derivative suits, directors are protected by the business judgment rule, liability exemptions and officers' liability insurance. These institutions are built not only on the kind of economic factors seen in options values, but on a balanced mix of economic and psychological factors.

Keywords: Shareholder, Debtholder, Director, Option, Psychology