HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	反トラスト法における共同行為の認定について（２）－反トラスト法の違法性の実質的基準－
Author(s)	実方, 謙二
Citation	北大法学論集, 16(1), 56-77
Issue Date	1965-10-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16059
Type	bulletin (article)
File Information	16(1)_p56-77.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

反トラスト法における共同行為の認定について (2)

――反トラスト法の違法性の実質的基準――

実　方　謙　二

Ⅲ　情況証拠による共同行為の認定

1　認識ある同調――推定か実体か

前述したように、シャーマン法第一条違反の不当な取引制限が成立するためには、それを目的とする共謀もしくは結合の存在が認定されねばならないのであって、その要件として、取引制限を目的とするなんらかの意思の連絡(meeting of mind)―協定の存在の挙証が必要とされる。しかし、それが法によって禁止されている故、それはかくされた形でなされるのであって、このような意見の接触を直接証明する証拠―連絡の機会の存在―は、訴追機関の手に入り難くなる。そして、それはかくされたものであるばかりでなく、各事業者の競争行動を特定して制限するものから、より微妙な、間接的な、いはば暗黙の了解という形をとるようになる。(註1) この事態は、産業構造の寡占化によっ

てますます推進される。そこでは明確かつ強力な拘束が存在しなくても、容易に競争制限の目的を達成し得るが故に、最少限度の連絡により競争制限を内容とする意思の連絡が達成され得る。(註2) さらに、それとどまらず、まったくこのような当事者間の現実の連絡 (explicit communication) が存在しない場合でも、各自の独立の長期的利潤極大化の判断により、競争制限の明確な共謀が存在した場合と同様な事態がもたされる可能性も増大した。(註3) そして、このような事態が国民経済にとって重大な脅威となると考えられ、これに有効に対処する法的手段が必要とされるに至る。

そこで、まず、協定によってなされる行為それ自体の性質からは、必然的には競争制限がもたらされなくても、いいかえれば、明白な競争制限の協定が存在しなくても、市場における寡占条件その他の要素との組合せによって、非競争状態がもたらされる場合には、それを競争制限の意思の連絡と認定し違法とした。これについては前章で述べた通りである。この場合は、このようないはば間接的効果として競争制限が生じる行為を協定によってなす点に意思の連絡が認定されるが、さらに、このような協定が存在しなくても、会合における討議や、説得活動によって協調的機運がもたらされる場合も、それは明白な、かつ正式の協定ではないが、競争制限の協定ありとされた。(註4) そして、さらに、協定の存在—意思の連絡—を挙証するに当って、それの契機となる接触の機会を直接証明する証拠の存在しない場合でも、情況証拠のみによる挙証すなわち、共謀の推定を大幅に認めるに至る。(註5) この情況証拠による推定が必要なことは、前述の如く初期の判例でも明文で認められており、その後の判例でもその必要を否定する判例はない。しかし、どの程度までの挙証があれば、意思の連絡の存在を認定するかについて、判例・学説の立場は異なっている。というのは、この情況証拠として、意思の連絡の結果としてもたらされるであろう、競争事業者間の他の事業者の事業行動の予測の存在と、その結果としての各事業者の事業行動の同一性 (uniformity) が、共謀推定の根拠とされるが、それが、どのような条件のもとでもたらされたか、どのような内容の行動が一致したかによって、推定の根拠と

しての証明力（probative value）が異なる。そして、各具体的事例においてどのような認定をなしたかによって、その意味が異なることとなる。すなわち、それが、従来の共謀概念を基準とし、原則的な証明の基準によって認定しているに止まるのか。いいかえれば、情況証拠による認定といっても、それは、全く事実認定に関する問題であり、法の従来の要件は、全く、変更されていないのか、あるいは、認定の内容を分析すると、従来の証明の基準を大幅に緩和しており、裁判所はそれによって、従来の共謀概念に該当しない場合にも法を適用せんとしているのかが問題となる。(註6) まず、第一の段階については、情況証拠による推定の必要を肯定する限り、当然に採用される。この情況証拠による推定の原則は、証明された事実から、究極的な事実の存在と不存在の両者の推定がなし得る場合、不存在の推定を覆えすに足る実質的な証拠がなければ、その存在は証明されないとするものである。(註7) いいかえれば、前述のような相互予測と結果としての行動の一致は、協定が存在した場合もその結果としておこり得るのであるが、場合によってはそれなしでも、客観的条件の結果としてもたらされる場合もある。そこで、このような事態が協定の存在なしでは説明し得ず、他の事情からは説明し得ない場合にのみ、違法の取引制限の存在を認定することとなる。そして、この挙証の基準が満足されることが要求されるならば、情況証拠による推定の認容によって、法の実質的要件は、変更されないといえる。すなわち、違法な共謀の要件としては、あくまでの協定の存在—競争制限を内容とする現実の連絡（explicit communication）が要求されるとする立場である。いいかえれば古典的な共謀によって、前述のごとき結果が生じた場合のみを違法とするものといえる。しかし、この情況証拠による共謀ないしは共同行為の推定にあたって、事例によっては、その実質的内容を見ると、このような挙証の基準が大幅に緩和されている場合がある。また、そのような事例にあっては、従来の共謀概念の予想するような現実の接触による意思の連絡が挙証されなくても、何等かの人為的事情によって、前述の如き相互予測と結果としての行動の一致がもたれたことが証明されれば、競争制

限の意思の連絡を認定するに充分であると説示している。すなわち、ここでは、かくされてはいるが現実に存在した協定は法の絶対的要件ではなく、それと同様の効果をもつ、人為的な暗黙の了解が形成されることが、法の実質的要件とされたと理解し得る。これがいわゆる暗黙の共謀 (implied conspiracy) の原則といわれるものである。(註8) また、このような態度は、さらに進んで挙証の程度について、現実の意思の連絡の不存在の可能性が完全に否定されない場合にも共謀の存在を認定することに反映している。いいかえれば、前述の如き情況を実質的に法律上の推定を許す証拠としての意味を認めんとするものである。(註9) すなわち、各競争業者が他の事業者が同一行動をなすであろうことを認識しており、その結果、競争の結果生じるであろう事態とは異なった各事業者の行動の一致があったことが証明されれば、それが各事業者の独立の競争行動の結果であるとの反証がなされない限り、シャーマン法に違反する行為が認定されるとする。これが認識ある同調 (conscious parallelism of action) の原則といはれるもので、このように、これを法律上の推定を許す証拠と同一に扱うというに止まらず、さらに進んで法の実体的内容となると主張されるに至る。この立場によれば、各事業者が他の事業者の行動を充分予測しているのであれば、それ等の予測が全体として相互認識 (mutual awareness) となり、それが法の要件とする意思の連絡に該当するとされ、さらにこの相互認識は、競争制限という結果からも認定されるとされる。(註10) すなわち、共謀が存在しない可能性のある場合にも、その結果に着目して違法とせんとする立場であり、共謀によってそれがもたらされることは法の要件ではないとするものともいえる。

このような立場の異なりは、要約すると、次のようにも云える。問題となっているのは、競争事業者間の相互認識の存在と結果としての行動の一致—いはゆる認識ある同調—をどう評価するかの点であるが、第一の立場によれば、これは裁判所が現実の共謀認定に際して採用した一連の情況証拠の別名にすぎず、その証明力は、個々の具体的情況によって異なるとする。第二の立場にすれば、これは、現実の共謀認定に際しての挙証責任の緩和によって、重視さ

れたに過ぎないが、その実質を分析すると、法の実体的要件となっているとする。いいかえればそれが挙証されれば、それのみで、違法行為を認定すべしという立場である。(註11) この対立については、後述の如く最高裁の判例によって第二の立場は否定され、一応の決着はつけられた。ところで、後述するように、第一の立場をとっても、どのような情況にどのような証明力を認めたかによって、その実質的意義が評価されるのであるから、各判決の具体的内容を検討しなければ、法が前述の如きいわゆる寡占の脅威に対し、どのように対処したかは評価し得ない。しかし、その分析に当って、前述の如く、証明の基準がどの程度緩和されているかが一つの手掛りとなる。そこで、その内容を明らかにするためにも、このような点についての判例の説示の傾向を概観し、各具体例の評価の基準となる要件を検討して見る。

しばしば引用されるように、情況証拠による共謀認定の自由化の最初の契機となったのは、一九三九年の Interstate Circuit 判決である。この事件は、一地方の支配的映画興行業者の同時の要請により、映画の製作・配給業者である支配的八社が、映画興行についての同一の制限的契約を、その地方の他の興行業者と締結したことが、シャーマン法違反の不当な取引制限になるとして司法省により訴追された。この事件では、配給業者間が何等かの連絡をなしたという直接証拠は全くなかったが、地裁は、これが従来の慣行を大幅に変更するものであることから、配給業者間にも共謀が存在するものと認定した。(註12) 最高裁判所はこの共謀の存在の認定が実質的証拠によるものであるとした。(註13) すなわち、

「我々は、同意による行為の一致 (agreed concert of action) 以外に、行動の全き同一性の説明を認定し得ない。……それが単なる偶然の結果であるとするのは、全くあり得ないことである」(註14)

とし、それが共同行為の結果でないことの証明については、

「我々は、このような行為についての、記録に表われていない他のより正当な理由があるか否かを推測することを拒否する。それは存在したならば、上告人に知られていたにちがいない」(註15)

として、不存在の証明は、この事件では被告がなさねばならず、それがないことが、その存在の根拠となるとした。

このように、この事件では、協定の存在の認定が問題となったのであるが、裁判所は更に進んで、

「(興行者の書面によって)、多数の配給業者が、このような情況のもとで、全員が参加するとの事前の了解なしで、事業方法のこのような変化を相当程度に一致して受け入れ、行なうであろうことを容易に信じ得るようになったのである」「地裁による、配給業者間の協定の認定は証拠にもとづいているが、さらに、本件のごとき状況においてはそのような協定は、違法な共謀の前提条件では、ない。共同行為(concerted action)が計画され、それえの参与が求められていることを知りつつ、配給業者がその計画を遵守しそれに参与したことで充分である。各配給業者は、他の業者も参加することを求められていることを知らされており、各自は、その計画の成功のためには、協同が必要であることを知っていた。彼等は、その計画が遂行されたならば、取引の制限を結果するものであることを知っていた。」……

「違法な共謀が共謀者の側での同時的な行動もしくは協定として形成される可能性があり、また、しばしば現実にもそうであることは基本的なことである。……事前の協定なしでも、遂行された場合のその必然的効果が取引の制限となるような計画えの参与を求められ、競争業者がそれを承諾したことが証明されれば、シャーマン法違反の共謀は挙証されたといえる」(註16)

このように、この判決によって、事前の協定によって認識ある同調がもたらされた場合でなくても、競争制限を結果するような共通の計画の存在が明白にされていれば、各個の事業者間の連関が形成されるのであり、(註17)各自がいはば自発的にそれに参加した場合でも、違法な共謀となることを説示している。(註18)そして、この判決により、情況証拠による共謀の認定が容易になされるようになった。というのは、この程度の挙証がなされた場合には、結果が経済法則の必然的な結果であることの証明は、被告側が挙証せねばならないからである。そして、このような計画の存在と内容が「計画され、各自の参加が求められている」ことによって明白にされた場合には、共謀の認定が容易にされること

は、その後の判例でも確認される。(註19)

また、このような「共通の計画」の存在は、各事業者の各自の行動の経過それ自体からも挙証され得ることが指摘される。その点を明白にしたのが、いわゆる第二次 American Tobacco 判決である。この事件では、三大煙草会社の行動が長期間にわたって一致し、それが、中小業者の排除を目的とするものであることが認定された。この事件は、政府による刑事訴追であって、地裁の陪審により共謀の存在が認定された。この認定が実質的証拠によるものであるか否かの点について、控訴裁判所はそれを肯定し、認定の一般原則について次のように述べている。

「違法な共謀を構成するには、正式の共謀は必要ではない、……協定は行為の一致 (concert of action)、すなわち、すべての当事者が、相互に諒解しながら共通の目的達成のための単一の計画を、実行していることによって挙証し得る。……共謀もしくは結合の本質は共通の計画であり、それは、各当事者が持続的に同一の目的を追求している場合に、明白となるのであって、各自が別々に行動しているか、同一に行動しているかを問わず、また共通の手段によって行動しているか、異なった手段によって行動しているかを問わず、ただそれが、つねに同一の違法な結果をもたらすようなものであればよい。……シャーマン法違反の不可欠の協定、結合、共謀は、言葉の交換によってと同様に、行為の経過や他の情況によって推定されるのは確立した原則である。……共謀者がなんらかの目的の結合、なんらかの共通の計画もしくは企画、または何らかの違法な行為についての意思の連絡を有していることを、情況から陪審が充分認定し得る場合には、共謀が挙証されたとする結論は理由がある」(註20)

とした。これは最高裁によっても支持されたのであるが、(註21)各事業者の行動の一致が共謀が存在した場合と同様のものである場合、すなわち共謀が存在した場合それによって各事業者の行動の基準として明白にされるであろうような一定の計画が現実に行はれている場合には、共謀を認定してもよいとするものである。(註22)いいかえれば、そのような計画がどのようにして形成され、どのようにして各構成事業者に知られるにいたったかは、直接挙証する必要はないとされたといえる。また、これはこのような認定によって法が除去することを意図した目的に焦点を合せることにより、

法が手段を特定して禁止したという事実を、実質的に軽視することにもなる。この点について最高裁は、次のように説示している。

「法が非難したのは、結合の形式もしくは使用された特定の手段ではなく、達成さるべき結果である」(註23)

もっとも、この結果は、共謀によってもたらされるのではなく、各自の合理的事業判断の結果もたらされたのであるとの主張もなされているが、どちらが正しいかは賠審の決定する問題であるとし、(註24)また、そのような主張は理由がないとの判断を下している。(註25)(註26)

このように、これ等の判決の説示によれば一定の競争制限的な計画—事業様式が存在し、それを一致して採用した場合には、各自が他の事業者もそれを採用することを知っていることが共謀の要件である意思の連絡となると構成してもよいともいえる。そして、このような方向に進んだ一連の判決がある。そのような判決として、映画産業における配給様式の統一的採用が問題となった事例と、引渡価格制のそれが問題となった事例があげられる。

まず映画産業に関するもので最初にこの理論をおし進めた事例として Bigelow 判決(註27)があげられる。ここで問題となったのは、中間期間と番線 (clearances and run)(註28)といわれる配給体制と、それに伴う最低人場料に関する契約条項について、各配給業者が一致した行動をとった点である。この様式は、従来から行はれており「シカゴ上映方式」(註29)として知られていた。原告はより有利な番線上の地位を要求したが、すべての配給業者に一致して拒絶された。そこで配給業者はシャマーン法に違反する共謀その他を理由として損害賠償を要求する訴を提起した。地裁は、陪審の答申により原告勝訴としたが、控訴裁判所も、配給業者間の共謀の存在については、それを認定するにたる実質的証拠ありと認定した。裁判所はこの点について次のように説示している。

「たしかにこのような共謀をせんとする特定の協定は挙証されてはいないが、それは必要ではない。事前の協定なしでも、それが遂

行された場合、その必然的結果として不当な取引の制限をもたらすものであるようなある計画に、知りつつ参加していること(knowing participation … in a plan)が証明されれば、違法な共謀が挙証される」(註30)

このように、この説示によれば、ある計画が「計画され、それえの参加が求められている」場合でなくても、その産業の一般的慣行とされている行動様式があれば、共謀の要件である「共通の計画」が存在し、その存在を知悉して一致して行動したことが、証明されれば、共謀が立証されるものとも理解される。(註31) しかし共謀の推定は、陪審の認定すべき最終事実であるともしており、(註32) この判決にそれを支持したのみであるから、この判決によって、いかなる場合にもこれで充分であることが確定されたとはいえないであろう。(註33)

この点について、一歩を進めたのが、第三巡回控訴裁判所の次の三つの判決であるといはれている。(註34) 最初のGoldman 判決は、原告の一番館上映映画の供給の継続を、配給業者が一致して拒絶したのに対し、それが配給業者間の独占化の共謀によるものとして、差止および損害賠償の請求をした事例であるが、地方裁判所は

「行為の同一性は、それだけでは協定もしくは共謀の証拠ではない」(註35)

として、共謀は存在しないと認定した。控訴裁判所は、地裁の陪審によらない地裁の認定を覆えした。すなわち、「原審で認定された事実から共謀の存在が推定し得る」とし次のように説示した。

「各自が他の事業者の行動を知りつつ、その効果が州際取引の制限となるような特定の行動様式(a particular system of doing business)に、競争業者が一致して参加したことが証明されれば(シャーマン法)に違反する違法な共謀は挙証されたものといえる」(註36)

もっとも、この事件では、この説示の点のみが認定のきめ手となったのではなく、原告の劇場が一番館として充分な設備と立地条件をもっていること、より高い上映料を申し出たこと、一方、一番館上映を許諾されているものは、配給業者の一社の子会社のみであることから、配給業者の拒絶に合理的理由がない点が認定され、(註37)

「原告の提出した証拠から、なされたことについて行為の一致 (concent of action) があり、この一致は単なる偶然ではあり得ないことが挙証されている。我々は、なんらかの形態での非公式の了解が存在したにちがいないと考える。」[註38]

としており、また、反対の推定の可能性の挙証については、本件の程度の存在の挙証があれば、反対の推定については被告が挙証責任を負うものとしている。[註39]

さらに同様の事案について、同裁判所は、Ball 判決においても同様の認定をしている。この事件でも地裁の陪審によらざる判決がくつがえされている。[註40] この判決では、相互認識の存在するに至つた理由について、それが一般に行われていた様式であることから、「経験あり抜け目のない事実者ならば当然知っている」[註41]とした。また Goldman 判決を引用して、「単なる偶然の産物であり得ない」行為の一致の存在した場合共謀は推定されるとし、[註42] このような認識が存在する以上は、

「被控訴人の行為を単に、おどろくべき偶然として認容するに立る充分な根拠は、記録から明らかにされていない」[註43]

とし、共謀は挙証されているとした。[註44]

さらに Milgram 判決では、郊外の劇場所有者の一番館上映許諾の申出を配給業者が一致して拒絶した事案について、配給業者間の共謀の存在を認定した。この点について地裁の説示によれば

「その実際的効果から見ると、認識ある同調が、従来のいくつかの判決で重視されて来た意思の連絡にとって代った。行為の一致 (concert of action) が挙証されれば、それ以上に被告の間の現実の協定の存在の挙証は不必要であり、そこで本事件の事案に関するすべての証拠を評価し、違法の共謀の認定が充分であるか否かを決定することが裁判所の義務となる」[註45]

とされた。しかしこの地裁の説示に対し、控訴裁判所は、

「政策の統一性は、共同行為推定の根拠となるが、このことは、しかし、すべての事件において、認識ある同調行動が、それ自体で、それから裁判所が共同行為を推測するに足る充分な証拠となるのではない。この事件ではこれに加うるに、各配給業者がより高い上

映料を申出でられたに拘らず、ドライヴ・イン劇場に一番館映画上映の許諾を拒絶した事実がある。このようにして、各配給業者は、その自益に明白に反して行動している。このことは共謀の推定を相当程度に強めるものである。というのは配給業者の行動は有効な説明が存在しない故、各個に独立してなされた決定によるものとは考えられないからである」(註46)

と認定した。すなわち、この説示によれば、認識ある協調の挙証のみでは共同行為ないしは共謀の推定には不充分であるとし、「明白な自益との背反」が要件となされている。しかし、この認識がどのようにして可能になったかについて、以前に同様の共謀（裁判所で認定された）が存在したことから、各配給業者が各自の興行段階における利益保持のため、新しい競争者を排除するための一般的協調への強い動機があり、それ故各自の認識は事業者の判断として当然生じたものであり、それが行為の一致に表現されているとし、前述の Goldman 判決の説示を引用して、これ等の証拠による共謀の認定が充分であるとしている。(註47) また、反対の可能性の不存在は一応挙証しなければならないが、このような場合には共謀存在の実質的証拠あるものとした。すなわち、相互認識の根拠となる共通の計画の存在それ自体もここでは行為の経過のみから挙証されており、また、被告の各個の事業上の通常の判断によるとの主張も却下されているのであり、(註48) 実質的には、認識ある同調を少くとも事実上の推定を許す証拠としたともいえる。(註49)

このように、これ等の判決では、共通の計画が人為的にもたらされたか否かを問題とせず、競争制限的効果(註50)を有する一定の行動様式を一致して、すなわち各自がその効果の生じることを意図して、それを行うことが意思の連絡を構成するとしたともいえる。すなわち、現実の連絡（communication）の連絡がなければ絶対起り得ない事態から現実の協定を推論するという過程ではなく、そのような協定の存在した場合と同様な意思の連絡が、市場条件によってもたらされた場合にも、いはば暗黙の了解にとどまる場合でも、それが共謀の要件となると認定されたともいえる。(註51)

ところが、この Milgran 判決の説示からも示唆されているように、それが各自の独立の判断の結果であると説明

され得る場合には、共謀は挙証されないことを示す判決ある。もっとも後述するように、どのような場合に独立性ありとするかの判断が問題となるのであって、上述の判例は、そのような抗弁の成立する範囲を狭くしたことにより、共謀の挙証を容易にしたものといえる。この点について、結果が客観的経済条件の結果必然的にもたらされるものであるような場合には、当然除外されるであろう。いいかえればこの場合には、前述の諸判例で要件とされている、「その計画の遂行の効果として取引の制限が生じる」という要件が充たされていないともいえる。(註52)

この点を明らかにしたものとして Pevery Dairy 判決(註53)があげられる。この事件では、価格の統一的変動があったことが共謀推定の根拠として主張され、刑事訴追がなされた。原審は陪審の答申により有罪としたのであるが、控訴裁判所は、この判決を破棄し、次のように述べている。すなわち、情況証拠のみによる挙証の原則について

「情況証拠によっては、その情況がある結論と合致するのみであって、情況から他の矛盾する結論が実質的に導かれる場合には、その結論は証明されたといいえない」(註54)

とし、共謀不存在の可能性について

「事実上、証拠から論議の余地なく導かれることは、すべての価格変動が、いかなる了解または協定の結果としてではなく、経済的要素が原因となってもたらされたことである。そして、上告人の一人の変動を促進した同し経済的要素が同様に他に適用されたのである」(註55)

また、独立の判断の結果として、通常の事業判断の結果、各自が有利であると判断にするであろう結論を採用し、その結果として行為の一致があった場合にも共謀は不存在とされる。このことは、前述の判例と同様の「clearances and runs」が対象となった事件について明らかに示されている。Westway 判決(註56)では、この体制自体は不合理な制限ではないとし、(註57)また

「彼等の行動が一致させられたことを証明する直接証拠は全くなく、他方各自が、自身の判断により独立して行動したことを示す充分かつ有力な証拠がある。本件では映画産業の従来の条件と合致しない、通常ならざる要素は全くない……それは、取引において通常起っている事態である。……行動の同一性は必ずしも行為の共同（concert of action）ではない」(註58)

また、このような立場は、他の判決にも引きつがれており Fanchion and Marco 判決(註59)では、この体制が映画産業の特質からくる当然の結果であり、配給業者の劇場の撰択は事業上の理由ある合理的なものであるとした。(註60) さらにChorak 判決(註61)では次のように述べている。

「各配給業者の Clearance に関する行為は、すべて、高度に競争的である分野における、同一の問題に対する共通の事業上の判断以外の何者の結果(註62)ではない」

これらの説示に示されるように、この一連の判決では、情況証拠のみにより共謀を理由として有責もしくは有罪とするためには、それがただ一つの推定でなければならない。いいかえれば反対の可能性の不存在を証明しなければならないとしており、通常の取引形態と比較し、それが事業者にとって有利であるとの意味で各自の判断が合理的（prudent）であれば、判断の独立性が挙証されるとしている。前述の認識ある同調を重視する判決も、各自の判断の独立性についての判断の必性を認めているが、前述の如く、その証明力を殆んど認めないことによって、認識ある協調それ自体が共謀の実体であるが如き取扱をなしたのである。

このように問題は、すくなくとも理論的には各場合によって異なる事実認定についての問題であることは一致して肯定されている。この点について明確に判断を下したのが Theatre Enterprise 判決(註63)である。この事件は Milgram 事件とほとんど同一の内容の事案であったが、認識ある同調が証明されている以上、陪審の任務は損害額の算定のみであり、指示された答申（directed verdict）でなければならないとする原告の主張に対し、裁判所は

「基本的かつ中心的な問題は、被上告人の上告人に対する行動が、独立の決定にもとづくものか、かくされたかもしくは明らかな協定によるものであるかという点である。たしかに事業行動は、事実認定をするものが、それから協定を存在することのある証拠能力ある情況証拠である。……しかし当裁判所は、いまだかって同調事業行動（parallel buisiness behavior）という証拠により、最終的に協定が挙証されるものであるとは、いいかえれば、このような行動それ自体がシャーマン法違反の犯罪であるとしたことはない。認識ある同調行動という状況証拠は、たしかに、共謀に対する裁判所の伝統的な態度に対する重要な突破口となったが、「認識ある同調によって共謀がシャーマン法の要件として全く不要になったのではない」(註64)

と説示し、さらに Milgram 判決で不充分とされたと同様の事業上の正当性を肯定し、上告人の主張を却下した。

このように、この判決によって、認識ある同調は共謀の推定に関する情況証拠の一つにすぎないか、法の実体となっているかの問題については、この判決の明文で後者が否定され、確定した判例の立場となっている。(註65) しかし、注意すべきことは、認識ある同調の挙証のみでは、最終的にシャーマン法違反の共謀を挙証したことにはならないとしている点である。いいかえれば、それ以外のなんらかの要素を挙証しなければ、実質的証拠ありとはされず、また、反証も許されるとする点である。(註66) この立場は、この限りでは従来の立場と矛盾しないのであり、(註67) この判決によって、それ以前の認識ある協調を重視した判例の傾向が全く覆えされることにはならない。(註68) 問題は、どの程度のそれ以外の附加的な要素があった時実質的証拠がありとされたか、(註69) どの程度の反証で充分とされたかの点である。

そして、そのような点を分析することにより、これ等の判決の寡占状態に対する法的手段としての役割と限界が明らかにされることとなる。まず、附加的な要素としては、認識ある同調といっても、この認識がどのようにして生じたかという点が問題となり、それが現実の協定によってのみ生じるようなものであるということを証明する程度までの挙証が要求されているのかどうかが問題となる。この点につき、それが要求されているという見解もある。しかしこの判決の説示からは必ずしもそれが要求されているとはなし得ない。(註70) この点について、この判決の後、証拠の評価

が現実の連絡の存在についてのみなされているものと、[註71]相互認識の形成を容易にするようななんらかの要素で充分であるとするものがある。[註72]これ等の点については次章で検討する。

また、共謀不存在の可能性についての具体的な判断の内容も問題となろう。この点は、前述の問題と相互に連関しているのであるが、すくなくともこの判決については、Milgram 判決で否定された抗弁が、この判決で肯定されたことが重要である。というのは、前述のように、判例が認識ある協調を重視した手段の一つは、この点についての抗弁を容易に認めないということだったからである。しかし Milgram 判決以外の判決については、この判決によっては確定されていない。

これらの点について、寡占状態との関連に考えると、その具体的内容が重要であろう。というのは、前述のように、寡占状態にあっては、相互認識は、現実の連絡以外のなんらかの手段によっても容易に強化されるし、また、判断の独立性についても、それが独立の判断であると説明することが容易であるからである。もっとも寡占に対処するといっても、寡占は常に害悪をもたらすものと断定することはできないから、経済法則の結果と解される事態—競争が活発に存在した結果と解される事態—を法による攻撃の対象から除外することは充分理由がある。[註73][註74]しかし、寡占状況を利用し、短期的利益を放棄して長期的利益を獲得しようとするような判断が、事業上合理的とされ得るのか、[註75]そのような抗弁は否定されるのかという問題がある。[註76]そして、このような評価に当って、いはば客観的な条件が肯定否定のどちらに評価されたかによって、その意義が異なることとなろう。このような点からもこの判決の後の判例も含めて、判決の具体的内容の検討が必要となる。

このことは次のようにもいえる。シャーマン法は、人為的行為による競争の制限のみを違法とするものであるといはれているが、[註77]この人為性の区別は、以上のような判断にあたって全く困難となる。[註78]寡占状態や、その他の客観的要

素により、相互認識が容易に形成されるときには、相互認識が存在しその結果競争制限と解される事態が生じても伝統的な意味で人為性ありとすることは困難なのであるが、これを利用せんとする各個の意図に人為性ありとすることも出来る。(註79) そして、実質的にこのような立場をとることによって客観的条件そのものに対する攻撃も可能となるわけである。(註80)(註81) そこで次に以上のような点を手掛りとして、判決の具体的内容を検討し、そのうえで共謀についての理論を検討する。

(註1) 「共謀者は、常に、彼等の活動の記録を残さないように注意を払い、違法な計画を書面に残すことは避けるものであるから、共謀は、状況証拠によってのみ証明され得る」Handler, Construction and Enforcement of Antitrust Laws, TNEC Mono. No 38 (1941) p. 38.

(註2) Hamilton-Till は、この間の事情について、「当事者が多数である場合には……協調の維持は困難である。会合はしばしば開かれねばならず、討議は卒直に、了解は明確になされねばならない。……そこでは証拠の入手が容易であり、訴追を招くことになる。しかし当事者が少数であり、協力が長い間の慣行であり、了解が当然の成行である場合には、状態は全く異なる。協議をしばしば行なうことは不必要となり……問題は直接扱われることはない。……行為は、一般に認められた慣行の衣をまとい、記録は明白な行為の証拠を産み出さない。」Hamilton-Till, Antitrust in Action, TNEC Mono. No. 16 (1941), p. 20. さらに、「制限の根拠は、共謀から習俗えと変化した。次第に拘束は自動的なものとなった。とんがり帽子の三悪人が暮夜ひそかに会合するという共謀の形態はもはや過去のものとなった」ibid. p. 15. このことは、すべての論者が一致して認める点である。たとえば、共謀の推定について相反する立場をとる判決にも、それが引用されている。cited in William Goldman Theatres v. Loew's, 150 F. 2d 7, 38, 755 (3d Cir. 1945); Ball v. Paramount Picture, 169 F. 2d 317, 319 (3d Cir., 1948); Del. Valley Marine Supply Co. v. Ameri can Tobacco Co., 297 F. 2d. 200, 202 (3d Cir., 1961) : cf. Rahl, "Conspiracy and Antitrust Laws," 44 Ill. L. Rev. 743, 757 (1950); Note "Conscious Parallelism-Fact or Fancy?" 3 Stan, L. Rev. 679 (1951); Kaysen, "Collusion under the Sherman Act," 65 Q.J. Econ. 263, 265~7 (1951).

(註3) 「今世紀における産業組織の特徴は、その企業が、その価格または生産量の変化の市場全体に与える効果を無視し得ない程度

まで、企業の産業全体との比率が増大したことである。彼等にとって、価格の切下げは、販売量ばかりでなく、その販売から生じる総収入に影響を与えることを考えなければならない。彼等は、独占企業と同様の地位に立っているものと考えられる。すなわち、最大利潤の獲得のために、生産の費用に与える関係を考えながら、価格と販売の最良の組合せを選ばねばならない」Burns, Decline of Competition (1936) 40 ff. cited in Rahl, ibid. p 760 fn. 63. なお、本稿、II、北大法学論集一五巻四号六〇三頁、六〇七頁、註(20)参照。なお、全く連絡の存在しない場合には、競争制限は生じないとする立場もある。Kaysen., ibid. p. 268～9. もっとも、これは本文で述べたように最少限でよい。

(註4) IIで述べた American Column & Lumber 事件ではそれが共謀認定の強い要素となった。なお、同様の事例として Salt Producer Ass'n v. FTC, 134 F 2d 354 (1943)

(註5) cf. Rahl, ibid. 758.

(註6) cf. Note, "Development of the Law, Criminal Conspiracy" 72 Harv. L. Rev. 920, 1007 (1959)

(註7) Note, "The Nature of a Sherman Act Conspiracy," 54 Col. L. Rev. 1108. 1113 (1954); Dessin. "The Trial of Economic and Technological Issue of Fact : I," 58 Yale L. J. 1019, 1048 (1049).

(註8) 裁判所のこのような傾向に反対するものは「認識ある同調」という表現を不正確な表現であり、そのようなたい文句によって法の要件の不当な緩和を図らんとするものであるとし、暗黙の共謀 (implied conspiracy) という語を用いている。Kittelle-Lamb, "The Implied Conspiracy and Delivered Pricing," 15 Law and Contemp Prob. 227, 229 (1950); Oppenheim, "Federal Antitrust Legislation : Guideposts to a Revised National Antitrust Policy," 50 Mich. L. Rev. 1139 1165 1168 (1952); Oppenheim, Cases on Federal Antertrust Laws, 2d Ed (1959), p. 224.

(註9) これを最初に主張したのが Handler であり、彼の主張によれば「持続的かつ長期にわたる価格の統一性の挙証があれば、このような統一性は取引制限の違法な契約・結合もしくは共謀の結果であるとの推定 —反証は許される— がなされるべきである。」Handler, op. cit. p 40. なお、価格先導についても同様である。ibid. 43～44. なお、これはこれのみで最終的な挙証とするものではないが、反証が通常困難であることから、寡占攻撃の有力な武器となるであろうとされている。cf. Lindahl-Carter, Corporate Concentration and Public Policy' 3d Ed. (1959), p 501～502 ; Rahl, ibid. p 758.

(註10) Conant, "Consciously Parallel Action in Restraint of Trade," 38 Minn, L. Rev. 797, 817 (1954). もっともこの立場によ

ても「結果としての市場状態によって、市場の基本的供給条件に対応する競争と市場活動の妨害が全くないことが証明され」れば、抗弁として認められるとする。ibid at 821. だから Oppenheim のいうようにそれ自体違法の原則を適用せんとしているものではない。 Oppenheim, op. cit.

(註 11) Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws (1955), p 36.

(註 12) U.S. v Interstate Circuit, Inc., 20 F. Supp. 868 (N.D. Tex. 1937).

(註 13) Interstate Circuit, Inc., v. U.S., 306 U.S. 208 (1939).

(註 14) ibid. at 223, cf. Note, 72 Harv. L. Rev. 920, 1005.

(註 15) ibid. at 225 cf. Kittelle-Lamb, 241.

(註 16) ibid. at 223, 226～7.

(註 17) Note, 54 Col. L. Rev. 1108, 1111.

(註 18) 裁判所のその後の傾向に対し否定的な立場をとるものは、これの事件では、あくまで現実の協定の存在が問題となったのであり、この部分は傍論にすぎない。その後の判決の見解は、この傍論の不当な拡張であるとする。例えば Kittelle-Lamb, 242 ff.

(註 19) United States v. Masonite Corp,. 316 U. S. 265, 275 (1942), Federal Trade Commission v. Cement Institute, 333 U. S. 683, 716, n. 17. cf. Report., p 37～8.

(註 20) American Tabacco Co. v. U. S., 147 F. 2d. 93, 107 (6th Cir., 1944)

(註 21) American Tobacco Co. v. U. S., 328 U.S. 781, 809～810 (1946)

(註 22) 「この判決は、共通の計画が計画されているか、申出でられているという証拠のない点で、独特のものといえるであろう。……行動の同一性という事実は、共通の計画の存在とその内容の推定と、被告がその計画を知っていたことの推定の両者に用いられている」Nicolles, " The Tabacco case of 1946," 39 Am. Econ. Rev. 284. 285 (1949). また「明らかな独立の行動からの共謀の推定が拡張された」Adelman. "Effective Competition and Antitrust Laws," 61 Harv. L. Rev 1289, 1326 (1948).

(註 23) 328 U. S. 781, 809.「このようにして、関心は形式 (form) からもたらされるであろう結果 (probable result) に移行した。」Nicholls, ibid.

(註 24) 147 F. 2d. 112.

(註25) ibid, 114.

(註26) なお、この判決については、現実の話し合いによる協定を示す、強い証拠一通常予想される事業行動から非常にかけはなれていることーがあったのであり、この判決は単に状況証拠による認定が従来の基準により認められた例に過ぎないとする立場もある。これについては後述参照。 Rahl, op. cit. p 758 f. 58, Neale, Antitrust Laws of the USA (1958), p. 172.

(註27) Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 150 F. 2d. 877 (7th Cir., 1945) denid. as to proof of damages.327 U. S. 251 (1956)

(註28) 「上映禁止期間 (clearance) は特定の地域内もしくは定められた劇場間での同一の映画の番線毎の上映の間の期間である。番線 (run) とは、ある地域でのある映画の連続的上映のことで、一番館はその地域での最初の上映であり、二番館はそれに続くものである……期間と番線は相互に関連していている。」 U. S. v. Paramount Pictures, Inc., 66 F. Supp. 323 345 (D. C. N. Y. 1946) cited in Fanchon Marco v. Paramount Pictures, Inc., 100 F. Supp. 84. (S. D. Col. 1951). 「上映禁止期間は、一番館を二番館以下に対して保護するものである」 U. S. v Paramount Pictures, Fnc, 334 U. S. 131, 144 (1948) cited in ibid.

(註29) 150 F. 2d. 877, 880.

(註30) ibid. 882～883.

(註31) 「Bigelow 判決は、シャーマン法第一条違反について、Interstate Circuit 事件に存在したようななんらかの計画もしくは組織的活動の要件を放棄した最初の判決である。」 Conant, op. cit.,at 803.

(註32) 150 F. 2d. 877. at 883

(註33) Kittelle–Lamb は、この判決のこの説示も傍論に過ぎないとしている。 Kittelle–Lamb. op. cit 244, fn. 77.

(註34) Conant, op. cit. 804; Note, op. cit. 54 Col. L. Rev. 1108, 1111.

(註35) William Goldman Theatres, Inc, v. Loews, Inc., 54 F. Supp. 1011, 1013 (E. D. P a., 1944).

(註36) William Goldman Theatres, Inc., v. Loew., Inc.,150 F. 2d. 738, 745 (3d Cir., 1945) なお、各自のこのような認識の存在は原審で認定されている。 ibid. 742.

(註37) ibid., 742～743.c f. Kittelle–Lamb. p 246.

(註38) ibid. 743.

(註39) ibid ; cf. Kittelle–Lamb. 246. fn. 86.

(註40) Ball v. Paramount Pictures, Inc., 67 F. Supp. 1 (W. D. Pa. 1947).

(註41) Ball v. Paramount Pictures, Inc., 169 F. 2d. 317 (3d Cir., 1947), cert. denied, 339 U. S. 911 (1950)「(被告)は、他の配給業者が(一番館を許諾されている劇場)に深い利害を有していることを知っており、これがパラマウントの合衆国全体にわたっての通常の劇場運営方法であって、他の事業者は、ずっとそれにより取引して来たのである。」ibid 320～321.

(註42) ibid. 319.

(註43) ibid. 321.

(註44) なお、同様の事案につき、陪審の共謀存在の認定を実質的実拠によるものとした例として Bordonoro Bros. Theatres v. Paramount Pictures, Inc., 176 F. 2d. 594. (2d Cir., 1949) なお、反対の推定が立証されているか否かについてこの判決は、「証拠から合理的に導かれる推定が複数である場合には、どれが適当かを決定するのは陪審のなすべきことである」としている。ibid. at 597.

(註45) Milgram v Loew's Inc., 94 F. Supp. 416, 419 (E.D. Pa., 1950).

(註46) Milgram v. Loew's, Inc., 192 F. 2d. 579, 583 (3d. Cir. 1951), cert. denied. 343 U. S. 929 (1952)

(註47) ibid. 584. 585～6.

(註48) ibid. 583.

(註49) cf Conont. p. 806, Note, 72 Harv. L. Rev. 920, 1107～8.

(註50) このように、一定の計画、一致した行動様式が競争制限的効果をもつことが要求されるのであり、(cf. Case Comment on Milgram Case, 65 Harv L. Rev. 1462. 1463 (1952)) Interstate Circuit 事件、Bigelow 事件では最底入場料の定めが含まれていた。これの含まれない場合について、この判例の傾向に否定的な後述の判例では、その点を一つの根拠として共謀の存在を否定している。

(註51) このような態度は、また連邦取引委の引渡価格制の統一的採用に対する態度とも一致している。これは連邦取引委員会法第五条違反の不公正な取引方法(必ずしも共謀は要件ではない)による訴追に関してであるが、

「多数の企業がすべての企業が同一に行動するであろうことを知りかつこの事実を考慮し同調的行動様式にしたがった時には、彼等は、事実上 (in effect) 協定を形成している…(とすることも可能であるが、不公正な取引方法による訴追の根拠として)認

識ある同調を通じて到達された同一価格の経済的効果が、明白な協同によって到達された同様の価格の経済的効果と同じであるという明白な事実に依拠している。」FTC. Notice to the staff: In Re: Commission Policy toward Geographic Pricing Practice; cited in Report, p 38. Rahl. op. cit. 761 fn. 66.

（註52） cf. Conant. 814.

（註53） Pevely Dairy Co. v. U. S., 178 F. 2d. 363 (8th Cir. 1949), cert. denied, 339 U. S. 942 11950)

（註54） ibid 370. なお陪審による認定を覆えすことについて「有罪の仮定以外のすべての仮定を排除するような事実の実質的証拠があった場合以外は、被告に有罪な答申をすべきことを指示するのが地裁判事の義務であって、すべての証拠が有罪の結論と同様に無罪とする結論にも合致する場合、有罪判決を破棄するのが本被判所の義務である。」 ibid.

（註55） ibid 369. なお「被告の取扱っていた商品は、標準化された商品であった。費用要素は、両被告にとって殆んど同一であったから、価格の統一性は経済法則の結果であり得る。」 ibid 268.

（註56） Westway Theatre Co. v. 20th Century–Fox Corp., 30 F. Supp. 830 (Md. 1940), aff'd, 113 F. 2d. 932 (4th Cir. 1940).

（註57） ibid. 835～836.

（註58） ibid. 833.

（註59） Fanchon & Marco v. Paramount Pictures, Inc., 100 F. Supp. 84, (S.D. Cal 1951), cert. denied, 345 U. S. 964 (1953)

（註60） ibid 89～90.

（註61） Chorak v. RKO Radio Pictures, Inc., (9th Cir. 1952), cert. denied, 344 U. S. 887 (1952).

（註62） ibid 230.

（註63） Theatre Enterprise, Inc., v. Paramount Film. Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954).

（註64） ibid. 540～541.

（註65） たとえば、 Dell. Valley Marine Suplly Co. v. American Tobacco Co., 297 F. 2d 200, 202～3 (3d Cir. 1961).

（註66） cf. Note on this case, 52 Mich. L. Rev. 1076, 1677, (1954)

（註67） Note, "The Supreme Court. : 1953 Term, 68 Harv. L. Rev. 96, 139. fn. 268 (1954).

（註68） cf. Note, 72 Harv. L. Rev. 920 1006 (1954), Wilcox, Public Policy toward Business, Re'd ed. (1960) 141.

（註69） いわゆる＋αが必要であるということについては、一致して認められているが、cf. Handler, Trade Regulation, 3d ed (1960), 210 fn 13. それは最少のものでよいであろうとされている。 cf. Note, 54, Col.L. Rev. 1108, 1110. （註2）参照。

（註70） この判決をこのように解する立場もある。 cf. Note 68 Harv. L. Rev., 96, 141,

（註71） Del. Valley Marine Supply, Co. v. American Tobacco. Co', F. 2d. 200 203.

（註72） Morton Salt Co. v. U.S. 235 F. 2d. 537, 577 (10 th Cir. 1956)

（註73） 寡占についても、一社が支配的な独占の場合と異なり、いわゆる動的要素による競争的となる場合もある。 cf. Rahl. p 760～761, Conat, op. cit 799. なおこの点については次号で詳述する。

（註74） たとえば「原告が暗黙の共謀の証拠とたると主張する同調行動は、本件では、現実には活発な情報を知った競争の結果であると考える。」U. S. v. National Malleable & Steel Casting Co., 1957 Trade Cases par. 68, 900 p 73, 592～93 (N. D. Ohio 1957) aff'd per curiam 358 U.S. (1958), cited in Handler, Trade Regulation. op. cit. p 212.

（註75） このような事態をも認識ある協調によって攻撃すれば、異なった価格を要求することになり混乱を招く。Note., 3. Stan. L. Rev. 679 686, 687 fn. 40.

（註76） cf. Note, 72 Harv. L. Rev. 920. 1007 ; Note, 54 Col. L. Rev. 1110.

（註77） Note, 3 Stan L. Rev. 686, Adelmam., op. cit, 1322, Rahl, op. cit. 759.

（註78） Adelman., ibid 1322. なお（註76）引用参照。

（註79） このような構成をするものとして Conant, op. cit 820. cf. Rahl. op. cit. 756～7.

（註80） cf. Rostow, "The New Sherman Act : A Positiue Instrument of Progress" 14 U. Chi. L. Rev. 567, 588 (1947).

（註81） もっともこのようにして攻撃しても、それは客観的条件―市場構造それ自体から生ずるものだから、排除措置としては、構造そのものの変更が必要であるとするものがある。 Conant. ibid. p. 822 ; Bain, "Price Leaders, Barometers, and Kink," The Journal of Business, Vol. 33. p 193, at 203 (1960), Schwartz, "Parallel Action in Oligopolistic Market," in Cartel and Monopoly in Modern Law (1961), 433, 442. なお、丹宗昭信「管理価格規制のための法律問題（下）」、公正取引一六三号一〇頁―一二頁以下（一九六四年）

なお、新しい立法でなければこのような解釈は不可能であり、それを必要とするものとして、Note, 54 Col. L. Rev. 1110, 1127.

"Concerted Action under the Antitrust Laws" (2)
—substantial criteria of illegality—

Kenji SANEKATA
As't Prof. of Otaru Col. of Com.

In this paper, the problem about implied conspiracy and conscious parallelism of action are dealt. After analyzing the trend of decisions on those subjects, it is concluded that, through substantial lessening of burden of proof in proving conspiracy, the concept of conscious parallelism has been a important tool of judicial effort to adjust the doctrine of law to changing economic circumstances, though it has been never dealt as a conclusive evidnce of conspiracy. Therefore, it becomes necessary to analyze the probative value of relative factors in each cases. Then, some criteria of evaluating the implication of such pbobative value in the economic circumstances are suggested.