



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	反トラスト法における共同行為の認定について（3）－反トラスト法の違法性の実質的基準－
Author(s)	実方, 兼二; SANEKATA, Kenji
Citation	北大法学論集, 18(3), 108-137
Issue Date	1968-01-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16091
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(3)_p108-137.pdf



論 說

反トラスト法における共同行為の認定について (3)

— 反トラスト法の違法性の実質的基準 —

実 方 謙 二

IV 情況証拠の証明力——違法性の実質的基準

Theatre Enterprise 判決で示されたように、単なる認識ある同調——単なる行動の一致と企業間の他の企業の反応と政策の認識——を証明しただけでは、シャーマン法違反の共謀を立証するには不十分である。もっとも、前述したように、Theatre Enterprise 判決は、この認識ある同調の証拠が、共謀の最終的な証拠——反対の事実認定を許さないという意味での——ではないとしているだけであって、陪審もしくは第一審裁判所がそれから共謀を認定することとは自由である。⁽¹⁾ この判決以後も、「黙示または明示の協定」なる説示に依拠して、取引制限をもたらす暗黙の協定⁽²⁾ Ⅱ 共謀の存在を認定した例がいくつかある。⁽³⁾ その他、中間判決であるが、同様の原則を肯定する判決がある。⁽⁴⁾ しかし、多くの判決では、認識ある同調は、共謀認定のための情況証拠の一つにすぎないことが強調され、挙証すべき最終事実は協定であるとされており、競争制限をもたらす行動様式への認識ある参加が共謀を構成するという Goldman

判決型の理由付けは採用されていない⁽⁴⁾。多くの判決では、単なる認識ある同調の証拠は、事実上の推定を許す証拠 (prima facie evidence) でもなく、陪審による事実認定が強制されることはないとしている⁽⁵⁾。ともあれ、認識ある同調は、共謀の推定の根拠となる情況証拠の一つに過ぎないのであり、その証明力は、他の情況との関連で事案ごとに変わるものである。立証さるべき最終事実は、協定であって、この最終事実を証明するためには、何らかの附加的事実が挙証されねばならないとされる。そこで、検討すべき問題は、裁判所が、これらの関連情況、附加的事実の証明力をどのような基準にもとづいて判断したかという点である。そして、認定される「共謀」の実質的内容も、この問題を解明することにより、明らかにされるであろう。

ところで、多くの論者が一致して肯定しているように、「協定」の中心的要素である「意思の連絡」とは、単なる「相互認識」(mutual awareness)では足りず、より制限的な「共通の了解」(common understanding)の存在を意味するとされる⁽⁷⁾。そこで、如何なる場合に「共通の了解」が存在するとされたかという、その認定基準が問題となる。

まず、結果としての相互認識がどのようにして成立したかの点が一つの基準となる。もっとも厳格な立場は、現実の連絡 (explicit communication) が事前になされ、それによって、相互認識が成立したという関係が証明されねばならないとする立場である⁽⁸⁾。もっとも、この連絡がなされたことは直接証拠によって証明されなくてもよいことは前述のとおりである。これは、情況証拠を説明するにあたっての基準なのであるが、この立場をとれば、当該情況が、直接の連絡がなされたことを前提としなければ説明し得ない場合でなければならぬ⁽⁹⁾。この場合、連絡の存在以外の説明がなされえないような、通常の状態との強い矛盾——明白な自益との背反が立証されねばならないこととなる。そこで、この立場をとれば、連絡の存在以外の説明が可能であれば、当該情況の証明力は弱められる。たと

えば、客観的条件が相互認識の成立を容易にするものであれば、統一行動があつても、その証明力は弱められることとなる。というのは、各企業が、各個にこの条件に適応した結果、各企業の行動が一致したに過ぎないと説明され得るからである。他面、行動の一致を困難にする要素があれば、行動の一致という事実の証明力は強められることとなる。

この立場に対し、正反対の立場をとるものは、非競争状態という結果が公共にとつて有害であり、それ自体排除されねばならないとする。これによれば、共謀が存在した場合と同様の有害な経済的結果がもたらされていけば、それ自体から共謀を認定することになる——擬制的共謀 (constructive conspiracy)⁽⁹⁾。この立場は、最終結果さえ有害であれば、違法として非難すべきとするものであり、認定の問題については、行動の一致が直接の連絡以外の要素から説明し得る場合も共謀ありとするものである。もっとも、この立場をとつても、行動の一致という結果が、現実の活発な競争の結果であると認定される場合には、除外するのは当然である。⁽¹¹⁾ この立場は、相互認識がもたらされた手段を問わないものといえる。

これらの立場に対し、中間の立場は、現実の連絡の存在は必ずしも要求しないが、単に結果としての相互認識の存在だけでも不充分であつて、「競争制限的な共通の計画」に対する「共通の了解」が存在し、各企業の競争行動がそれによつて制約されていることが要件とされる。この立場によれば、「共通の了解」が存在していることが認定されればよいのであつて、それがどのようにして成立したかは必ずしも問題ではない。したがつて、その成立を容易にする外部的条件は、行動が一致したという事実の証明力を必ずしも弱めるものではない。ただ、共通の了解により、競争行動が人為的に制限されているという関係は最少限必要であり、一致した行動の内容が、「競争制限的な共通の計画」の存在を示すものでなければならぬ。⁽¹²⁾ 前述の、現実の連絡が要件とされる立場についても、その根拠は、この現実の連絡によつて「共通の計画」が成立し、その計画についての確実な了解が成立すること、それによつて競争行動の

自発的回避がもたらされる点である。⁽¹³⁾ この「共通の了解」の存在そのもので充分であるとするとする立場は、それが人為的
行為によってもたらされたことを必ずしも要件としないもので、現実の連絡の有害な効果のみに着目しているものと
いえる。

そこで、このような了解の成立を容易にする外部的条件を、裁判所がどのように評価したかが、違法性の実質的基
準を解明する一つの手掛りとなる。この要素のうち、最も重要なものが市場の寡占的構造である。寡占的合理判断
(oligopolistic rational calculation)を前提とすれば、行動の一致が各企業の独立の意思決定の結果であると説明する
ことは容易である。それ故、現実の連絡なしとも認定し得る訳である。一方、単なる相互認識の存在は、寡占的市場
構造から常に推定し得るであろう。それ故、単なる認識ある同調それ自体を違法とすることは、寡占的市場構造それ
自体を違法とすることを意味する。そこで、このような立場から、一九四六年の American Tobacco 判決によって、
寡占的市場構造それ自体に対する攻撃の途が開かれたとする学者もいる。⁽¹⁴⁾ しかし、相互予測の確実性の程度と、統一
的行動様式の反競争的效果の程度が問題となるのであって、必ずしも、すべての相互認識の存在が、制限的な共通の
了解の存在を意味するのではない。だが、他面、寡占的構造を前提とすれば、「共通の了解」の存在を立証するため
の附加的要素は最少でよいであろう。⁽¹⁵⁾ というのは、寡占的構造のもとでは、「共通の了解」は容易に成立し得るから
である。そこで、これ等の要素の証明力がどのように評価されたかが、取引制限の共謀の実質的内容を解明する手掛
りとなる。

また、この点に関連して、統一的に採用された行動様式の内容も重要である。その効果が制限的でない場合には、
取引制限の共謀は認定されないであろう。他面、明白な競争制限的效果があれば、競争制限についての共通の了解は
容易に認定されるであろう。というのは、そのような効果を有する行動様式を統一的に採用していることから、各自

の競争制限の意図が認定し得るのであり、このような各自の意図が、全体として、「競争制限的な共通の計画についての共通の了解」を構成するものと理論づけることが可能だからである。各企業の意思決定の独立性は、論理的には伝統的意味での現実の協定の存否判定との関連で審査されている。しかし、実質的には、現実の協定によってのみならず、他の要素についても、各企業の意思決定が制約を受けているか否かを審査するために、独立性の問題が検討されるのではないだろうか。さらには、この独立性審査に当って、裁判所は、実質的には、各自の、競争を制限せんとする意図の存否を検討しているのではないだろうか。もし、現実の連絡ないし共謀的接触の存在が実質的基準であるとすれば、各企業の行動が合理的な利潤極大化のため当然のものであると説明されれば、この行動決定に当っての事業判断に独立性ありと認定されるであろう。もし、認識ある同調それ自体が実質的基準であるとすれば、各企業が、その政策を、競争企業の政策と反応に対応して決定しているとの意味での相互依存関係が証明されれば、意思の連絡ありと認定されるであろう。制限的な共通の了解が実質的基準であるとすれば、統一的に採用される行動様式の競争制限的効果が中心問題であって、各企業の事業判断の独立性は、実質的には、この問題を検討するために審査されることとなる。ところで、各企業の判断の独立性は、それが通常の事業行動であるか否かという点から判断される。そこで、どの程度の、どのような意味での通常の事業行動からの乖離が要求されているかの点が、判例の事案について検討されねばならない。

まず、Interstates Circuit 判決であるが、この事案では、行動の一致を妨げる要素として、新しい行動様式が二番館以下の最低入場料を大幅に引上げるものであり、その他の点でも、従来の慣行を大幅に変更するものであった点があげられている。それ故、この新方式を各個に採用したならば、二番館以下の得意先を失う危険性が非常に大であった。裁判所は、この点を根拠として、映画配給業者間に協定——現実の連絡があったと認定した。しかし、この事件

では、行動の一致を容易にする要素もある。というのは、この慣行の採用により二番館以下の競争的圧力が減少し、したがって、最大の収入源であり、その増加がより望ましい一番館上映による収入が増大する⁽¹⁶⁾。さらに、新しい配給株式の採用を要求した相手方は、当該地域での支配的な一番館興行業者であった。それ故、この得意先を失えば、大きな収入源となる⁽¹⁷⁾。そこで、各配給業者にとって、他の企業も同一の判断に達するであろうとの予測が容易になされたであろう。さらに、この興行業者は、支配的配給会社の子会社であった⁽¹⁸⁾。そこで、映画産業の寡占的構造と、一般的であった配給と一番館興業の垂直的統合という条件のもとでは、各配給業者が、各自の一番館上映についての利益を保護するために、各個に、新方式を採用するとの同一の判断に達することは容易であったといえる⁽²⁰⁾。それ故、配給業者間の現実の連絡を認定するだけでは不充分と考えたのであろうが、裁判所は、「計画され参加が要請された制限的計画に、結果を知りつつ参加する」ことが共謀を形成するという予備的理由付けをなしたのである。しかし、各自のこの行動様式採用の動機について、裁判所は、「各配給業者はこの計画の成功のためには協調が不可欠であることを知って」おり、さらに「この計画が遂行された場合には、その必然的効果として取引が制限される」と認定している。すなわち、各企業の競争制限の意図が明白に認定されたのである。

しかし、本件では、他の決定的な要素がある。というのは、第三者の加功という明白な人為的行為によって「共通の計画」が各配給業者に提示されたのであり、それによって「計画」についての相互認識が強化され、そこに「共通の了解」が成立した点である。この点が、単なる認識ある同調の事案と異なる。また、この「計画」は最低入場料の制限についての条項を含んでおり、明白に競争制限的であった⁽¹⁹⁾。要するに、この判決では、配給業者間に現実の連絡の存在しない可能性のある場合について、その間の協定が存在すると認定したのであるが、その実質は、第三者を含めて、全体が一つの共謀を構成しているとしたものと理解される⁽²²⁾。

さらに、「共通の計画」が明らかに競争制限的なものである場合には、それが、現実の連絡もしくはその他の人為的加功によってもたらされたものであることが挙証されなくても、裁判所は、それへの認識ある参加から、共謀を容易に認定している。たとえば、一致して採用されている映画の配給様式に最低入場料についての条項が含まれている場合には、それを一致して採用していることから「競争制限の共通の了解」が存在すると認定されることとなる。この条項は、一九四八年の Paramount 判決では、独占化の共謀の一要素と認定され、それ自体制限的效果を有するものとされた。²³⁾ さらに、前述の Bigelow 判決では、一番館の選択についての配給業者間の行動が一致した点が問題とされたのであるが、配給様式がこの条項を含んでおり、選択についての行動の一致が、競争制限的效果が明らかである「共通の計画」の実行の一部分として評価されたものと思われる。²⁴⁾ この事案では、この配給様式は、産業一般の慣行となっており、²⁵⁾ それ故、現実の連絡による人為的加功が存在したとは必ずしも推定し得ないであろう。しかし、裁判所は、一致した行動様式の顕著な制限的效果を重視し、それが如何にしてもたらされたかを無視したものといえる。

しかし、この条項が含まれていない場合には、配給業者が一致して、同一の配給様式を採用している場合であっても、行動の一致から共謀を認定することは出来ない²⁶⁾とされた。ここで問題となる配給様式は、番線と中間期間 (runs and clearances) という制度である。これは、番線間の競争に制約を与えるものであるが、同一映画を一斉に多数の映画館で上映することは出来ないという、映画産業の特質から必然的にもたらされたものであるとされている。²⁷⁾ そこで、ある興業者の一番館フィルムの上映を一致して拒絶しても、それに合理的な理由があれば、この一致した拒絶だけからでは共謀を認定し得ないとされる。この場合は附加的要素の挙証が必要となる。

この附加的要素は、拒絶に合理的理由のないこと、すなわち、明白な自益との背反である。共謀が認定された事例

にあつては、立地条件、設備等の点で既存の一番館と同等の映画館から、より有利な条件での申込があつたのに対し配給業者が一致してそれを拒絶している。これについて、この一致は、各自の事業上当然の判断にもとづいた行動が結果的に一致したものと解されないと認定された。しかし、これらの事件の事案では、現実の連絡が存在しない場合でも、取引拒絶の一致をもたらす要素がある。それは、前述の *Interstates Circuit* 事件と同様、映画産業の寡占的構造と配給、興業段階の一般的結合関係である。

Goldman, Ball, Borodono 事件の事案では、既存の一番館は、配給業者のいづれかの子会社が経営しているものであった。そこで、当該地域に利益を有する配給業者にとっては、新企業の参入を阻止し、既存の地位を維持するという動機があるし、また、その他の配給業者にとつても、当該地域で新企業が一番館上映の許諾を与えれば、自己が利益を有する他の地域で報復されるおそれがあつた。そこで当該地域における一番館の選択について、現実の連絡による合意がなされなくても、各配給業者の独立の判断の結果、各企業の行動が一致することは充分予想される。さらに、これ等の事案では、系列館優先の原則は産業一般の慣行として成立していたと認定されている。そこで、各自の認識と予測については、このような選択の原則は、「通常の事業者ならば当然知っている」ものであると認定した。それ故、現実の連絡の不存在を理由として、協定Ⅱ共謀の不存在を認定することは容易であつた。しかし、裁判所は、この慣行の存在は、非系列企業の排除——不当な取引の制限および集合的独占的地位の維持——をもたらす相互認識を強化するものであつたため、配給業者間に「競争制限の共謀」ありと認定したのである。ここでは、現実の連絡による、競争制限についての合意が存在しない場合でも、各自の行動選択にあつて、行動の一致によって競争が制限されることを認識し、それを意図して行動していると認定される場合には、行動の一致を「単なる偶然の一致」であるとする事は出来ず、それは「共謀」を構成するとされたといえる。しかし、ここで注意すべきことは、水平

的關係における競争の回避のみでなく、縦の結合關係によって新企業の排除がなされている点である。すなわち、本件では、配給業者の配給段階における集合的支配を「てこ」として、他の市場——興行段階における利益の維持、強化が図られており、そこに、顕著な独占化の意図が認定され得たのである。この点が、これ等の判決の決定的要素であり、Theatre Enterprise 判決とは區別される。Theatre Enterprise 判決以後も、非系列企業であることのみが統一的拒絶の理由であると認定された場合には、共謀は存在すると認定されている。結局、論理的には、このような競争制限の効果が証明され、他面、それをもたらす相互認識が容易に成立し得る外的要素があれば、そこに、單なる相互認識以上の、「競争制限についての共通の了解」が存在すると認定され、協定も共謀が存在すると認定された訳である。

この事例に対し、Milgram 判決および Theatre Enterprise 判決の事案では、当該事件については縦の結合關係は含まれていない。また、一致して一番館フィルム配給が拒絶された映画館も、郊外のドライブ・イン劇場であった。Milgram 判決では、設備のより優秀な劇場からのより有利な申込を拒絶したことが「明白な自益との背反」であるとして、共謀認定の根拠とされた。この点は、同様の事案について Theatre Enterprise 判決で否定されている。というのは、Milgram, Theatre Enterprise 事件の事案では、前述の三つの事案と異なり、既存の劇場と新規劇場との間に立地条件および名声の点で差異があった。そして、この差異が、顧客を集める力、映画の人気を高め二番館以下の収入をも増大させる能力の差となって現れる。それ故、新規劇場が、各個の当然の事業判断の結果一致して拒絶されたということもあり得る訳である。そこで、Theatre Enterprise 判決では、協定不存在の可能性もあって、原告人の、原審裁判官が原告勝訴の指示をしなかったことが違法であるとの主張を却けた。しかし、この判決によって Milgram 判決以前の判決が全く否定されたことにはならない。事案に即して検討してみると、これ等の事件で、能

力の差から拒絶が理由づけられるということは、むしろ、競争の制限がなかったことを意味するものといえる。Migram 判決では、上述の理由付け以外に、従来、Paramount 判決で違法とされた独占化の共謀が背景となつて、郊外劇場を一番館興行から排除する全国的な傾向——暗黙の了解があり、当該事案もその遂行の一部であるとの認定がされているが、競争制限の効果が前述の事例ほど強くないため、その点からのみでは、単なる相互認識より強化された、「制限的な共通の了解」ありとはいえないであらう。ここでは、一致した行動の内容から各自の競争制限の意図が認定されないのであって、それ故、Theatre Enterprise 判決によって、Migram 判決が覆えられたのである。

Theatre Enterprise 判決以後、より有利な番線上の地位を求める申出を統一的に拒絶した場合についての違法性を判断する基準は、拒絶に正当な事業上の理由があるか否か、また、その他の制限的慣行が随伴していないかという点である。⁽²⁹⁾ 論理的には、ほとんどすべての判決が Theatre Enterprise の説示に従っている。しかし、実質的には、検討される中心の問題は、競争制限の程度と、各企業の意図である。⁽³⁰⁾ これらの判決の説示によれば、挙証さるべき最終事実は、明示または黙示の協定であつて、それには、単なる並行的拒絶という証拠だけでは不十分とされている。その関連で、各企業の判断の独立性が検討されているのであるが、それに当つて、裁判所は、実質的に、不合理な競争制限——集合的独占行為の存否を検討しているものといえる。

このように、シャーマン法違反の共謀を立証するためには、「制限的な共通の了解」が成立していることを挙証すればよいとされている。その挙証のためには、それが現実の連絡によつてもたらされたことを立証することは必ずしも要求されないが、各企業が、行動の一致によつて競争制限がもたらされることを認識し、それを意図して行動していることを立証しなければならぬ。この立場では、行動の一致を促進する要素は、相互認識を確実にする要素として、「共通の了解」の存在を認定する根拠の一つとなる。それは、結果としての競争制限と総合して考察される。要

するに、全体として独占的地位を占める支配的企業が、競争制限を容易にする条件に意識的に対応したという関係が証明されればよい訳である。いうまでもなく、行動の一致が、活発な競争の結果であると認定される場合には、共謀の存在は否定される。⁽⁸¹⁾ また、行動の一致が、各企業が同一の取引条件のために同じように反応することを余儀なくされたことの結果である場合には、共謀の推定は否定されることとなる。⁽⁸²⁾ さらに、多くの判例は、行動の一致が、同一の条件におかれた企業が、共通の問題を同じように解決したことの結果である (common solution of common problem) と説明し得る場合には、共謀なしとされるとの原則を採用している。これについては後述する。

この図式で、共謀の存在が認定された事例を検討してみる。集合的独占化の古典的判例といわれる一九四六年の American Tobacco 判決であるが、これについては相反する二つの評価がなされている。その一つは、この判決で共謀認定の根拠とされた煙草会社三社の行動は、煙草産業の強度の寡占的構造と、従来の経過から考えると、⁽⁸³⁾ 各個の利潤極大化のための独立の判断によるものと説明し得る。それ故、このような寡占的行動を違法とすることにより、それをもたらす寡占構造それ自体に対する攻撃が可能になったとする立場である。⁽⁸⁴⁾ これに対して、他の論者は、本件における支配的三社の行動は詳細な点まで一致しており長期間にわたる継続的なものであったから、それを、単なる寡占的合理判断で説明することは出来ない⁽⁸⁵⁾ と主張する。そこで、この判決では、それが、現実の連絡がなかったならば起り得ない事態と考えられ、その点を根拠として、陪審が現実の連絡——協定の存在の心証を得たものであるとされる。⁽⁸⁶⁾ このような見方をすれば、現実の連絡による合意の成立が共謀の要件であるとの原則は変更されていないことになる。しかし、ここで注意すべきことは、この判決では、一致してとられた行動が競争制限的效果を有するときは、現実の連絡不存在を前提とする説明が可能である場合にも共謀の存在が認定されていることである。たとえば、煙草三社の購買政策についての判断がこのことを示している。

まず、三社は、原料葉煙草の買付けにあたって、三社の買付係がそろって出席している場合でなければ入札に参加しなかった。買付係は会社の指示した価格で入札に参加したのであるが、それは、価格先導者であった Reynolds のそれと同一であった。このような、三社の購入価格を一致させるような方策が一致してとられていた。さらに、一社しか必要としない種類の原料煙草についても、必ず三社で入札に参加し、一社のみが安い価格で購入することを防止する方策もとられている。⁽⁴⁶⁾ これらの購買政策も、他の会社により有利な購入を阻止するという点から、各自の事業上の判断によってなされたものと説明することができよう。しかし、これが費用の均一性をもたらし、最終価格についての相互予測を確実にする効果がある。それ故、これ等の行動の一致は、共謀認定の一つの根拠とされている。さらに、廉価煙草が進出して後、各自が必要としない原料葉煙草の購入にも一致して参加し、その価格をつり上げて廉価煙草業者の排除を図ったという事実がある。これについて裁判所は明らかに合理的な事業上の判断と矛盾するとしている。⁽⁴⁷⁾ この行動の一致についても、各企業が、各自の地位を維持するため他の企業の購買政策に追従したものと説明し得る。⁽⁴⁸⁾ このような購買は、一社のみで行えば不利となるが、三社が一致して行えば、競争業者の排除に強い効果をもつものだからである。⁽⁴⁹⁾ しかし、この動機から考えて、この行動決定に当たっての各自の競争制限の意図は明白であって、そこから、事業上の正当性なしと認定されたものといえる。

さらに、各社は、独自に、再販売価格維持行為によって廉価煙草と上級煙草との価格差を一定に保つようにしたという事実がある。この価格差は三社とも同一のものであった。この行為も一方では製品の名声を維持しつつ廉価煙草による競争に対抗するという必要からなされたものとして、各個になされた、事業上の判断による行動であったと説明することも可能である。しかし、この行為によって小売段階での混乱を防ぎ、それによって、行動の一致を妨げる不確実性を減少させるものであった。さらに重要なことは、本件での支配的三社の行為は、競争企業の排除を目的と

したものであったことである。支配的三社は、廉価煙草の進出によって彼等の市場占拠率が急激に低下したのに対し、一致して値下げで対抗し、その結果廉価煙草業者が事実上排除されたのである。これは、競争対抗手段として各個になされたものであるとの説明は充分可能である。しかし、この行動の一致によって、競争業者が現実に排除された⁽⁴⁰⁾。この点が本判決の決定的要素であり、一致した行動がこのような排除的または、寡占促進的効果を有するものである場合、行動の一致から、競争制限の「目的の統一」と「共通の計画」の存在を認定し得ることが、本判決によって明らかになされたものといえる。このように、本判決も、前述の図式によって説明し得る。現実の連絡がなされたことは必ずしも要件ではないが、単なる価格先導が違法とされているのではない。

ここで、このような同調行動それ自体を攻撃することが、寡占のもとたらず弊害の対策として効果的であるか否かの問題を検討してみる。一部の論者によれば、同調行動は、高度の寡占的構造から不可避的にもたらされるものであるから、このような行動様式それ自体を攻撃しても実効性がないとされる。彼等によれば、有害な結果を防止するためには構造的変革が必要である⁽⁴¹⁾。しかし、「価格先導を容易にするような方策を破壊したならば、収奪的価格先導もまた消滅するであろう⁽⁴²⁾」さらに、新規参入者に対する破壊的な価格競争を禁止することによって、新規参入企業に対する脅威が相当程度減少し、潜在的競争による現存企業に対する制約が有効に作用するであろう。他面、価格先導それ自体を非難するためには、価格決定行為それ自体は通常の事業行動と明確に区分し得ぬことから、如何にして有効な排除措置を起草するかという問題を解決しなければならぬ⁽⁴³⁾。しかし、この図式のような競争制限的な行動様式という要件を採用すれば、この困難をも回避し得る訳である⁽⁴⁴⁾。

この図式により、さらに、他の共謀存在が肯定された事例を検討してみよう。一九五六年の Morton Salt 事件の事案では、山岳地帯製塩業生産の殆んどを占める三社が、自発的に価格および価格決定方式についての情報を交換し

ていた。価格変動の際には迅速な通報がなされていた。また、三社の価格決定方式は同一であった。⁽⁴⁶⁾ この事件において裁判所は、商品の同質性と需要の非弾力性という条件のもとでは、寡占的相互依存関係が容易に形成され得ることを強調し、人為的高水準に価格を維持する共謀は容易に形成され得たと説示した。⁽⁴⁷⁾ 本判決における共謀認定の根拠としては、詳細かつ迅速な情報の交換がなされたこと、および価格決定方式が同一であったことがあげられている。しかし、本件においては、相互予測を容易にする要素から行為の一致を独立の意思決定の結果であると説明することは容易であつたらう。⁽⁴⁸⁾ しかし、裁判所は、一致して採用された行動様式が相互予測を強化するものであったことを強調し、そこに「共通の了解」の存在を認定したわけである。本件においては、寡占的構造は行動の一致という証拠の証明力を弱めるものではなく、むしろそれを強めるものであった。

C-O-Two Fire Equipment 判決においても同様の原則がとられている。本件では、消火器製造の支配的三社が、各個に再販売価格維持と基準地価格制を行っており、それによって最終価格の一致がもたらされたと認定された。本件では、製品規格の同一性は、共謀認定の根拠であるとされている。被告は、この同一性の故に、価格の一致が競争によって強制された結果であると説明し得ると主張したが、裁判所は、本件における規格の統一化は製品の性質上当然のものではなく、この統一化によって価格の一致が人為的に促進されたと認定した。⁽⁴⁹⁾ 一論者の指摘するように、この規格の統一化についても、従来の特許権の関係と規格の認証を受ける必要とから、自然発生的なものと説明することも可能であつたらう。⁽⁵⁰⁾ しかし、裁判所は統一的行動様式の制限的効果に着目し、現実の連絡の存在という要件を實質的に無視したものと見える。

American Cyanamid 事件では、特許紛争の妥協によって保護されていたテトラサイクリン生産の一〇〇%を占める支配的五製薬会社が、価格維持のための種々の政策を一致して採用していたのに対し、連邦取引委員会が共謀の存

在を認定した。これらの販売政策のうち、委員会は、「無償供与品」製の制限的效果を重視している。これは、価格の割引という形でなく、商品の無償供与という形での、かくされた機能別、数量割引であり、一般的な価格水準の低下を防ぐために一致して採用されたものである。⁽⁵²⁾さらに、包装の統一化、再販売価格維持、価格についての数量割引の一致した拒絶なども共謀認定の根拠とされている。⁽⁵³⁾本件では、さらに、情報交換も行われており、これは産業上の必要なきものと認定された。そして、それにより公表した価格を遵守するとの相互保証が与えられているとされた。⁽⁵⁴⁾これらの、一致して採用された価格政策から、委員会は、「意図的かつ故意の競争の回避」がなされたと認定し、そこに共謀が存在すると認定した。⁽⁵⁵⁾そして、このような各企業の意図が認定される以上、価格の一致を、単なる「寡占における産業的平和」であるとして、説明することは出来ない⁽⁵⁶⁾とされたのである。⁽⁵⁷⁾

Standard Oil Co. of Cal. v. Moore 事件では、支配的石油元売七社が、再三の制止にも拘らず値下げと、値下げの広告を続行していた小売業者に対し、一致して取引を拒絶した。この事案では、専属供給契約を確保する諸方策が一致して採用されていた。⁽⁵⁸⁾この事案について、控訴裁判所は、本件における証拠は共謀認定の根拠として充分であると認定した。⁽⁵⁹⁾その他、卸売価格の公示、選択的秘密割引、剰余品の相互交換、⁽⁶⁰⁾供給者変更時のゆる余期間制などの、一致して採用された諸方策も共謀認定の根拠とされている。本判決は、その説示のなかで、共謀認定は事実認定の問題であることを強調し、競争制限をもたらす行動様式を一致して採用した場合共謀が成立するとの Interstates Circuit 型の説示を採用している。⁽⁶²⁾要するに、これ等の行動から、各企業の集合的独占化の意図が認定された訳である。⁽⁶³⁾

このように、これらの事件では、前述の基準、すなわち、一致して採用された行動様式が、寡占的相互依存関係の成立を容易にし、あるいは、競争企業を排除するという効果を有するか否かという基準が、実質的には、採用されて

いるといえる。これは、いかえれば、集合的な独占的地位の強化、維持を図る行為があったか否かということである。この基準は、集合的独占行為の基準であるといえる。ここで注意すべきことは、裁判所が共謀認定の根拠とした種々の行為は、伝統的意味における、いわゆる掠奪的行為 (predatory practice) ではないことである。⁶⁴⁾ これ等の行為は、あるものは、産業上当然の行為といえる場合がある。また、それらの行為は、利潤極大化のために、各個に行われることもある。その行為は、一企業のみによって採用された場合には、全く制限的な効果を有しないものであろうが、それが一致して採用された場合に不当に制限的となる訳である。そして、現実の連絡による協定不存在の場合にも、これ等の行為が一致してなされたことを攻撃するということにより、寡占攻撃に一步を進めるものである。たとえば、各個の取引拒絶は、通常は、正当な事業行動の一つであるが、それが統一的になされた場合、場合によっては、排除的な効果を有することとなる。情報交換活動についても、それが協定にもとづいてなされている場合でも、それ自体違法とはいえないが、⁶⁵⁾ 場合によっては、価格維持の共謀の一要素となる。また、価格変動の事前通報についても同様である。⁶⁶⁾ 製品規格の統一化も、それ自体は違法とされないであろう。しかし、これらの行為も、他の要素、たとえば、強度の寡占的構造、合理的な産業的必要の欠如、その他の制限的な行為と相俟って、全体として、それから集合的独占化の意図を認定する根拠とされる訳である。

そこで、次に、共謀存在が否定された事例について、「独立の事業判断」という論理上の基準が、実質的にはどのような作用しているかを検討してみよう。論理的には、これは現実の連絡による協定の存否決定のために審査される項目である。しかし、実質的には、不当な競争制限の存否、もしくは、各企業の競争制限の意図の存否を決定するために、「判断の独立性」の問題が検討されるのではなからうか。

まず、統一的価格変動が対象となった事例を検討してみる。まず、価格変動の一致が、外部的条件に強制された結

果であると説明される場合には、各企業の、価格水準維持のための意識的対応ありとすることはできないであらう。これらの事件では、裁判所は、証拠から、協定不存在の説明が合理的に導かれる場合には、共謀は存在しないという理由付けをなしている。⁽⁶⁷⁾ さらに、*Cole v. Hughes Tool Co.* 判決では、⁽⁶⁸⁾ 持続的な価格先導を寡占の合理性から説明し得るとし、それ故共謀なしと説示している。しかし、これらの判決例のすべてにおいて、単なる寡占の合理判断以外の経済的正当性の根拠が、実質的には、検討されており、ただ単に、寡占の合理性による説明が可能であるとの点のみを根拠として共謀なしと認定した事例はない。*Pevely Dairy* 判決では、仕入価格、製品基準は公的規制によって、労賃は単一の産業別組合との協約によって、同一に定められており、数回の統一的値上げはこれ等の要素の変化に対応するものであった。⁽⁶⁹⁾ いわば、これ等の値上げは、外的条件によって強制されたものと認定されたのであり、それ故裁判所は、意図的な競争制限なしと認定した訳である。*El-Lily & Co.* 事件においては、政府の値下げ要求を、製薬会社が一致して拒絶したのであるが、裁判所は、これを意識的な価格変動ありと認定した。しかし、本件では、政府の主張によって、政府との契約に含まれ、また、他の買手との契約にも同じく含まれていた、「最惠顧客条項」により、特別の値引きは一般的な価格水準の低下をもたらすものであった。⁽⁷⁰⁾ そこで、強い需要を考慮したとき、価格の一致は、この条項の不可避の結果であると認定された。⁽⁷¹⁾ このように、本件では、協定が存在しなかったばかりでなく競争制限の意図をも認定し得なかったのである。⁽⁷²⁾ *Cole v. Hughes Tool Co.* 事件においても、すべての値上げは、費用の増加に対応するものであると認定されている。そのような価格先導は競争の不当な制限とはいえないのであって、それは、需給条件への反応を円滑にする指標的な役割を果すもの (*barometric*) にすぎないからである。⁽⁷⁴⁾

統一的拒絶の事件についても、裁判所は、実質的にこの点を検討している。各企業が一致して取引を拒絶しても、その取引拒絶が、当該企業の排除という動機以外の、事業上正当な理由によるものであると説明される場合には、共

謀は否定されている。一致した特定企業の優遇、あるいは、特定企業との取引の拒絶の根拠として、各事例において裁判所は、実際の品不足⁽¹⁶⁾、効率の低さ⁽¹⁶⁾、販売力の劣等性⁽¹⁷⁾等があったと認定している。かくして、これらの事例では、一致した取引拒絶によって不当な取引制限があったとはいえない訳である。すなわち、これらの事例では、現実の協定が存在しなかったばかりでなく、集合的独占行為もまた存在しなかった訳である。それ故、裁判所は、これらの事例について、取引制限の共謀の不存在を認定した。すなわち、これ等の判決では、論理的には、現実の連絡——協定の存在が挙証すべき最終事実とされているが、集合的独占行為が、実質的な違法性の基準となっているものといえる⁽¹⁸⁾。なお、これらの判決では、単なる相互依存——単なる認識ある同調から協定の存在を推定し得ないことは、明らかにされている。

(註1) Turner, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal," 75 Harv. L. Rev. 655, 653 (1962). cf. Development of the Law: Conspiracy, op. cit., p. 1009; Wilcox, Public Policy, op. cit., p. 141. 「統一的事業行動は……それ自体では、被告の行動が一致せられてはいないことを示す他の証拠に基づいた陪審の答を覆すに充分なものではない」と Report, op. cit., p. 39.

(註2) 陪審の協定を認定した事例として Basle Theatres, Inc. v. Warner Bros. Pictures Distributing Corp., 168 F. Supp. 553 (W. D. Pa., 1958); Fox West Coast Corp. v. Paradise Theatre Corp., 264 F. 2d 602 (9th Cir. 1958); Ingram v. Phillips Petroleum Co., 259 F. Supp. 176 (N. H. 1966); Morton Salt Co. v. United States, 235 F. 2d 573 (10th Cir. 1956); Paramount Film Distributing Corp. v. Applebaum, 217 F. 2d 101 (5th Cir. 1954), cert. denied 359 U. S. 961 (1958); Rubenstein, Inc. v. Columbia Pictures Corp., 176 F. Supp. 527 (Minn. 1959), aff'd 239 F. 2d 418 (8th Cir. 1961); Standard Oil Co. of Cal. v. Moore, 251 F. 2d 188 (9th Cir. 1957), cert. denied 356 U. S. 975 (1958); United States v. Singer Mfg. Co., Trade Cas. Par. 70, 813 (1963); American Cyanamid Co., F.T.C. Dkt. 7211, Trade Reg. Rep. Par. 16, 527 (1693), vacated and remanded on the other ground 363 F. 2d 757 (1966). 「共謀の中心的要素である協定は陪審のみの仕事によって示されるならば、原告のいう共謀者

の間に現実の接触がなかったという事実は、共謀による攻撃にとって致命的ではない。」Independent Productions Corp. v. Loew's Inc., 27 F. R. D. 430, 431 (S. D. N. Y. 1961)

(註3) 訴因特定のため充分であるとした例として、Hathaway Motors, Inc. v. General Motors Corp., 18 F. R. D. 283 (Conn. 1955); Independent Productions Corp. v. Loew's, Inc., op. cit.; Negler v. Admiral Corp., 248 F. 2d 319 (2d Cir. 1957), rev'g 144 F. Supp. 772 (S. D. N. Y. 1957). 「(Hathaway) 判決において、スミス判事は、原告は、被告間の認識ある同調に依拠し得るが故に、(訴状における) 共同行為の明確な主張がなかったことを理由とする却下を拒絶した」248 F. 2d 319, 325. Handler 教授は、Hathaway 判決の註釈のなかで次のように述べている。「スミス判事は事実上、認識ある同調は共謀の事実上の推定を許す証拠であると判示した」しかし、これは、判例の大勢から見ると例外である。Handler, "Annual Review of Antitrust Development," 10 the Record of the Ass'n of the Bar of the City of New York. (hereafter cited as The Record) 332, 344, 346 (1955).

また、公訴維持に充分であるとした例として、United States v. Chas. Pfiser & Co., 217 F. Supp. 199 (S. D. N. Y. 1963).

(註4) 例外として、Standard Oil Co. of Calif. v. Moore, op. cit., at 210-212.

(註5) 第一審の事実認定が覆された例として、Cole v. Hughes Tool Co., 215 F. 2d 924, 940-941 (10 th Cir. 1954), rev'g Hughes Tool Co. v. Ford, 114 F. Supp. 524 (E. D. Okl. 1953), cert. denied sub nom Hughes Tool Co v. Ford, 348 U. S. 927 (1955); Klein v. American Luggage Works, Inc., 323 F. 2d 787, 790-791 (3d Cir. 1963), rev'g 206 F. Supp. 924 (Del. 1962).

原告の陳述後、被告の却下申立が認容された事例として、Independent Iron Works v. United States Steel Corp., 177 F. Supp. 743 (N.D. Cal. 1959), aff'd 322 F. 2d 659 (9th Cir. 1965), cert. denied 375 U. S. 922 (1963); Naumkeag Theatres, Inc., v. New England Theatres, Inc., Trade Cas. Par. 71, 455 (1st Cir. 1959).

検察側陳述後の無罪の申立で認容された事例として、United States v. Eli Lily & Co., Trade Cas. Par. 69,536 (N. J. 1959); cf. Arkansas Fuel Oil Co. v. State of Texas, 280 S. W. 2d 723 (Tex. Sup. 1955).

事実審理完了後、被告勝訴の指示が認容された事例として、Interborough News Co. v. Curtis Publishing Co., 127 F.Supp. 286 (S. D. N. Y. 1954); aff'd 225 F. 2d 289 (2d Cir. 1955); United Snoppers Exclusive and Manfree, Inc v. Broadway flale Stores, Inc., Trade Cas. Par. 71, 727 (Cal. 1966).

仮処分申立の、本訴における勝訴の合理的蓋然性なしとして却下された事例として、Prudential Theatres Co. v. Stanley

Warner Corp., Trade Cas. Par. 71, 321 (S. D. N. Y. 1964).

Handler 教授はこの判例の傾向について、「認識ある同調の証拠は、原告勝訴の指示を保証しないばかりでなく、陪審による認定を必ずしも要するものでもない。」と述べている。Handler, 10 The Record 332, 346.

(註 6) Cf. Report, op. cit., p. 39 ; Handler, 10 The Record 332, 345.

(註 7) 例えば、Handler, “Antitrust—New Frontier and New Perplexities,” 6 The Record 59, 60 (1951); Neale, op. cit., p. 83, 89.

(註 8) Note, op. cit., 68 Harv. L. Rev. 96, 141 ; Note, op. cit., 54 Col. L. Rev. 1108, 1114 ; Handler, “Annual Review of Antitrust Development,” 10 The Record 332, 345.

(註 9) Turner, op. cit., p. 672.

(註 10) Concurring opinion in *Krulewitch v. United States*, 336 U. S. 440 (1940), cited in Rahl, op. cit. 760 ; cf. Handler, Construction, p. 43-44. 「認識ある同調によって到達された同一価格の経済的効果は、明白な共謀によって到達された同様の価格のそれと同一であることは、明らかである。」Federal Trade Commission, Notice to the Staff : In Re : Commission Policy toward Geographic Pricing Practices (Oct. 12, 1948), cited in Report, p. 38.

(註 11) Conant, op. cit., p. 6.

(註 12) Kaysen, op. cit., 267~268.

(註 13) Givens, “Parallel Business Behavior under the Sherman Act,” 5 Antitrust Bull. 273, 276 (1960), 彼によれば、「この効果があるため、現実の共謀が善証されたならば、不当な取引の制限を善証する必要がないのである」。

(註 14) Rostow, op. cit., p. 538 ; Nicholls, op. cit., p. 296 ; cf. Dirlam & Kahn, op. cit., p. 70.

(註 15) Rahl, op. cit., p. 760 ; Note, 54 Col. L. Rev. 1108, 1119 ; Stocking & Watkins, op. cit., p. 81.

(註 16) Hellmuth, “The Motion Picture Industry,” in Adams, ed, The Structure of American Industry, 3d. ed., op. cit. p. 393, 404-405.

(註 17) cf. D. Bertrand & Others, The Motion Picture Industry—A Pattern of Control, TNEC Mono. No. 43, p. 42 (1941)

(註 18) Id. at 45.

(註 19) Hellmuth, op. cit., p. 402-404.

- (註20) Bertrand & Others, p. 43.
- (註21) Cf. 65 Harv. L. Rev. 1462, 1463 (1952).
- (註22) Kayson & Turner, op. cit., p. 240 (1959); Neale, op. cit., 38, Rahl, op. cit., 759; Dunn, "Conscious Parallelism Reexamined," 35. B. U. L. Rev. 225, 231 (1955).
- (註23) United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U. S. 131 (1948).
- (註24) (註21)参照。然し他の判決では「価格および競争に関する事項についての認識ある同調と見え、それ自体でシヤマン法違反を構成するものではない。このような証拠の証明力は「事実認定の問題である」Standard Oil Co. of California v. Moore, op. cit., at 210-211. 結局、他の要素と総合して「計画全体の制限的效果が検討される。」
- (註25) この配給様式は試行錯誤の過程を通じて「自然発生的なものであった。しかし、この様式は「産業の寡占的構造と垂直的結合」という形態を不可避に反映したものであった。Bertrand & Others, op. cit., p. 40~44.
- (註26) cf. United States v. Twentieth Century-Fox Film Corp., 137 F. Supp. 78 (S. D. Cal. 1956).
- (註27) Rubenstein, Inc. v. Columbia Pictures Corp., op. cit., 102, 103. 系列下企業に対する統一的優遇—私的割当制—が違法でないと考えられた例がある。Independent Iron Works v. United States Steel Corp., op. cit.,
- (註28) 例えば、Naunkeag Theatres Co. v. New England Theatres, Inc., op. cit., p. 80, 997.
- (註29) 非系列劇場に対する（一番館より）七日後の上映を一致して拒絶し、かつ、競争的入札を認めなかった事案について共謀認定の充分な証拠ありとされた。Fox West Coast Theatres Corp. v. Paramount Film Distributing Corp., op. cit. (配給業者間の)(product split)され自体は競争制限的とは考えらる。Viking Theatre Corp. v. Paramount Film Distributing Corp., 320 F. 2d 285 (3d Cir. 1963).
- (註30) 例えば、「証拠からは、被告が、単独もしくは集合的に、全体としての賃借料収入の増大以外の点について、（当該地域での利益を保護するにとりよって）控訴人の犠牲性において利得を得ようとする意図を持っていた」とは示唆され得ない」Winchester Theatre Co. v. Paramount Film Distributing Corp., 324 F. 2d 652, 654 (1st Cir. 1963). しかし、ドライン・イン劇場に対する統一的拒絶について、二五年の永きにわたって、外的経済条件の変化および劇場間の変化にもかかわらず、同一の配給形態を維持している場合、共謀存在が認定された。Basle Theatre, Inc. v. Warner Bros. Picture Distributing Corp., op. cit.

- (註31) 例えは「本件における行動の一致は括発かつ情報を与えられた競争の結果である」United States v. National Malleable & Steel Casting Co., Trade Cas. Par. 68,890 at p. 73,592-3 (N. O. Ohio 1957).
- (註32) Schwartz, "Parallel Action in Oligopoly," op. cit., p. 441.
- (註33) 煙草産業における価格先導制の成立は一九二〇年代における試行錯誤の過程を通じて成立したものであった。Nicholls, Price Policies in the Cigarette Industry, ch. 13, 14 (Nashvil, Tenn. 1951).
- (註34) 前(註14)参照
- (註35) Dirham & Kahn, op. cit., p. 66; Kaysen & Turner, op. cit., p. 108; Neale, op. cit., p. 171.
- (註36) 147 F. 2d 93, 102.
- (註37) Id. 102~103.
- (註38) Turner op. cit., p. 677~78.
- (註39) 147 F. 2d 93, 102~103.
- (註40) このことは、価格切下げの口火を切った企業が、従来の価格先導者であったRaynoldではなく、American Tobacco Co. やあんなりたど現れよう。
- (註41) Dirham & Kahn, op. cit., p. 70-71; Turner, op. cit., p. 678.
- (註42) Ⅲ(註8)参照
- (註43) Markham, "The Nature and Significance of Price Leadership," 16 Am. Econ. Rev. 891, 905 (1951).
- (註44) Turner, op. cit., p. 669~673.
- (註45) 例えは、映画産業における垂直的統合の分離は、産業の競争性を大いに増進した。
- (註46) Morton Salt Co. v. United States, op. cit.
- (註47) 「しかし、少数の友好的企業が存在すること、商品の需要が安定していることによつて、すべてに利益となる人為的高水準に価格を維持する結合が容易になることとなり、それが誘引される」Id. at 577.
- (註48) cf. Phillips & Hall, "The Salk Vaccine Case: Parallelism, Conspiracy and other Hypothesis," 46 Va. L. Rev. 717 p. 725, (1960).
- (註49) 「性質上当然に標準化されるものではなから製品の規格の統一化によつて、統一価格の維持が容易となる。」C-O-Two Fire

Equipment Co. v. United States, 197 F. 2d 489, 493 (9th Cir. 1951). なお、「統一価格を達成するには、標準化された製品が、それより容易である。被告が製品を標準化するために払った経済的努力は価格決定協定の結果として彼等の活動がなされたことを示す有力な情況証拠である。」Milk & Ice Cream Can Institute, Inc. v. Federal Trade Commission, 152 F. 2d 478, 482 (7th Cir. 1947)

(註50) Phillips & Hall, op. cit., p. 725.

(註51) 特許実施許諾と共謀の関係については、United States v. Gypsum Co., 333 U. S. 364 (1948); United States v. Line Material Co., 333 U. S. 287 (1947); United States v. Masonite Corp. op. cit.; United States v. Singer Mfg. Co., op. cit.

(註52) 「無償供与品」は、一方においては購買力の強い病院に実質的な割引を与えるため、また、他方、病院市場と関連の深い処方箋販売市場における一般的な値崩れを防ぐために採用された。American Cyanamid Co. op. cit., at p. 21, 433.

(註53) Id. p. 21, 434.

(註54) Id. p. 21, 432, p. 21, 439-40.

(註55) Id. p. 21, 434.

(註56) 「説明が可能ならば、無罪である」と同一なのでなく Id. p. 21, 436.

(註57) Id. p. 21, 442.

(註58) 一九三六年、全石油会社が非専属的供給関係 (split pump) を停止し、各小売業者に、一社から専属的に供給を受けるように要求した。Standard Oil Co. of Cal. v. Moore, op. cit., at 209. なお、並列的専属契約とトレイトメント法との関係については、Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U. S. 293 (1949) 参照。

(註59) Id. at 210. なお、本判決は原告勝訴の一審判決を、一部の証拠の証拠能力の点から覆えたものであるが、共謀認定の余地はなおありとして、原審に差戻しを命じた。cf. Sunderland, "Development in Antitrust," 13 ABA Antitrust Section 117, 123 (1958).

(註60) 余利ガソリンの交換それ自体は違法と見なさない。cf. Arkansas Fuel Oil Co. v. States of Texas, op. cit.

(註61) Id. at 209.

(註62) 前(註4)参照、なお(註24)参照。

(註63) 値下げ企業に対する並列的価格差別は共謀の事実上の推定を許す証拠であると見なされる。Ingram v. Phillips Petroleum

Co., 252 F. Supp. 674 (N. H. 1966).

(註64) cf. Sorkin, "Conscious Parallelism," 2 Antitrust Bull, 281, 301 (1957).

(註65) National Malleable & Steel Co. 判決においては、情報交換(費用についての)は、模倣による効率増進のため必要であると認定された。op. cit., p. 73, 596. 反対の結論をよるものとして、Morton Solt Co. v. United States, op. cit., at 573; American Cyanamid Co. op. cit., at p. 21,432.

(註66) Cole v. Hughes Tool Co., op. cit. ; United States v. Eli Lilly & Co., op. cit.

(註67) e. g. Pevely Dairy Co. v. United States, op. cit., at 370. 前註Ⅲ(58)

(註68) 「彼等は、彼等自身の判断において、増加した費用を克服し、より大きな利潤を得るために先導者の価格に従うのである」
op. cit., 940.

(註69) 前註Ⅲ(55)

(註70) この条項は、州との契約にも含まれていた。それ故「最惠顧客条項は、実質上、いかなる入札においても、国内では値下げをためらう下限を形成している。というのは、ある入札での値下げは、全国的値下げを招くからである。」Ely Lilly & Co., op. cit. 76, 152.

(註71) Id.

(註72) 本件の批判については、Phillips & Hall, op. cit. 参照。

(註73) 前(註68) 参照、費用の増加とそれまでの長期間の強い需要により統一的値上げが正当づけられた例として、United States v. Arkansas Fuel Oil Corp., Trade Cas. Par. 69, 619. at p. 76, 495 (N. D. Okla. 1960).

(註74) Markham, "Price Leadership," op. cit., passim.

(註75) Independent Iron Works v. United States Steel Corp., op. cit., 747.

(註76) Interborough News Co. v. Curtis Publishing Co., op. cit. ; Lawlor v. National Screen Service Corp., 270 F.2d 146 (3d Cir. 1959), cert. denied 362 U. S. 922 (1960).

(註77) Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co., op. cit. ; United Shoppers Exclusive & Manfree, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., op. cit.

(註78) いうまでもなく、共謀拳証の責任は原告側にある。そこで、原告が単なる認識ある同調のみしか拳証しなかった場合には、裁判所はこの点に触れていない。e. g. Klein v. American Luggage Works, Inc., op. cit. ちやうに、多くの判決において、裁判所は「共通の問題の共通の解決」という論理を採用せんとしている。それ故、ある判決では、公正取引法の存在する州での、値下げ企業に対する統一的取引拒絶が共謀の証拠として不十分とされた。Enore Stores, Inc. v. May Dept' Stores, Inc., 164 F. Supp. 82 (S. D. Cal. 1958). また、他の事件では、統一価格をもちた、並列的再販売価格維持が、不十分な証拠とされた。United States v. John-Manville Corp., Trade Cas. Par. 71,536 (W. D. Pa. 1965), cf. Turner, op. cit. 678-681.

むすび

このように、認識ある同調ないしは暗黙の共謀についての判例の分析を通じて結論されることは、論理的には協定の存在が基準となっているが、実質的には、集合的独占行為が基準となっていることである。この集合的独占行為は、寡占企業の寡占構造、もしくはその他の相互予測を容易にする条件を故意に利用して競争の制限をせんとする意図が認定された場合、成立する。論理的には、そのような各自の意図が全体として、「共通の了解」を構成するとされる訳である。この集合的独占行為の実質は寡占的市場支配力の補完であり、この概念は、独占力の維持・強化を違法とする独占行為の概念の延長として理解される。しかし、この集合的独占行為の概念は、二つの点から理解されねばならない。それは、この概念によって伝統的意味での通常の事業行動に対する干渉がなされること、しかし、それによって企業に積極的に競争を行えという命令をするという立場はとられていないことである。独占行為の概念についても、それによって、通常の産業行動とされ得るような行為をも違法とされることは、United Shoe Machinery 判決によって明らかに説示されている。しかし、この場合には、或る企業の行動が、その企業の有する市場支配力と相俟って競争制限的となる。これに対し、集合的独占行為の概念によれば、各企業の単一の行動としては全く無色の行

為についても、それが一致してなされた場合に寡占的支配を補完することとなれば、それらの行為は違法とされる。そして、この行為の一致は、寡占的構造それ自体からもたらされるものともいえるのであり、このような、各個の行為として考察すれば無色の行為をも攻撃することにより、寡占的構造そのものも違法性の基準に組み込まれることになる。かくして、この接近方法により、違法性の基準は、行為それ自体の悪性に関するものから、経済機構の本来あるべき機能に対する妨害の排除に関するものに転化したといえる。しかし、このように説明しても、反トラスト法による規制が、私的企業体制を前提とする間接的統制という形をとる限り、おのずから限界がある。というのは、こゝで違法とされるのは、寡占的支配力の補完であつて寡占状態そのものではない。単なる相互認識は寡占状態にあつては常に存在するのであるが、認識ある同調それ自体は違法とはされていないのである。これをしも違法とすることは各企業に、明らかに競争的と認定されるような行動をせよと命令することとなり、混乱を招くのであつて、そのような立場はとられていない。要するに各企業の集会的独占化の意図が認定されるか否かという点が中心問題となるが、その認定にあつては、競争制限の意図以外の事業上の合理的な根拠があるか否かの点が審査されることになる。かくして、このような仕組みによつて、筆者が他の機会に述べたような経済的基準が違法性の基準に組み込まれているのである。⁽³⁾

さらに、このような基準は、他の機会に検討した、違法性の基準の経済的、制度的妥当性についての結論とも合致している。⁽³⁾ 前章で検討したところによれば、寡占的構造それ自体は必ずしも排除すべきとはされない訳であり、認識ある同調それ自体を違法とはしないという原則と合致する。さらに、結果としての非競争状態に対して干渉を試みる時は、価格それ自体の妥当性を、持続的に審査しなければならず、それには、実施上の困難があり、また、私的企業体制という制度のたてまえから望ましくないとされたのである。これについては、いわゆる指標的価格先導の取扱い

がその適例である。この価格先導の妥当性を検討するためには、本来、一致した価格の絶対的水準をも検討しなければならぬのであるが、それが需給の条件の変動に対応したものである場合には違法とはされてはいない。しかし、Stocking によって明確に指摘されているように、構造と行為の相関関係が違法性の基準に組み込まれるべきであつて、彼によれば、寡占の支配を補完するような各企業の戦略——市場条件に対する意識的対応は違法とし得るとされている⁽⁴⁾。かくして、この結論は、判例の分析による結論と合致する訳である。このようにして、寡占状態に対する攻撃、ひいては、国民経済の健全な発展を図るという反トラスト法の目的への接近がなされたのである。なおこのような基準をとることについては、他の機会にも述べたように、それが、通常の事業倫理と合致せず、ひいては、法の自発的遵守も困難となるとの非難がなされている⁽⁵⁾。しかし、この集合的独占化の意図は、各企業が、行為が結果的に一致することによって競争が制限されることを相当程度確実に認識し、それを意図して行動していると認定された場合に、存在するとされるのであるから、このような問題は生じないといつてよいであらう。むしろ、このような接近方法によって、寡占の企業が、社会的責任を自覚して行動することを強制されているといつてもよいであらう。

以上、アメリカの反トラスト法の運用について述べたが、最後に日本法との関連について簡単に触れて見たい。本論稿は、はしがきにも述べたように、本来、反トラスト法運用の大きな流れを把握し、さらに、分析、評価のための道具概念を抽出することを目的としているため、日本法の解釈論とは直接には結びつかないが、ここで得られた諸概念により日本法の運営を簡単に分析してみる。

日本法においては、独禁法旧四条所定の共同行為および現行二条六項所定の不当な取引制限成立の要件として、一定の行為が「共同して」行われたことが必要とされる。ここに「共同して」という要件を充足するには、複数事業者間に意思の連絡の存することが立証されねばならない⁽⁶⁾。その意思の連絡については黙示のものでもよいことは通説の

認める点であり、アメリカ法の原則と同様である。問題はどのような場合にそれが認定されたかである。この点について、指導的審決は、

「ある者が他のものの行動を予測し、これと歩調をそろえる意思で同一行動に出たような場合には、これらの者との間に、右にいう意思の連絡があるものと認めるにたるものと解する」

と説示しており、相互認識が成立していれば足りるとするが如くである。また、この相互認識が意思の連絡を構成するとの学説もある⁽⁸⁾。しかし、大部分の審決例、判決例では、何らかの事前の連絡、交渉がなされたことが直接証拠によつて挙証されており、実質的には、その存在を要件としてしていると解される⁽⁹⁾。もっとも、この事前の連絡、交渉は、明示のものでなくてもよいことは肯定されているのであって、その点からの規制の強化はなされている訳である。この点につき、注目すべき事例は、新聞の販路協定に関する判決例であり、そこでは、事前の連絡、交渉の直接挙証が不必要であるが如き説示がなされている。この事件では、新聞販売店の販売地域について、従来の経過から、一地域に一販売店という事業形態が産業の慣行として行われていたのであるが、統制撤廃後の契約にあたって、各新聞発行本社と新聞販売店が一致してこの慣行を踏襲した。新聞販売店間に事前の連絡があつたことは挙証されていない。裁判所は、この事例について、

「各新聞発行本社および各新聞販売店がこの事業形態の内容を知悉しつつ一致した行動をもつてこのやり方に従っていることは……明らかであるから、……原告の間に暗黙に新聞販売店の新聞販売についての地域協定が形成されているものと認める」

と説示した。この事例を、前述の諸概念を用いて分析して見ると、現実の協定が存在しない場合にも、「共通の了解」の成立を認定するアメリカの立場と同一であると解することも出来る。しかし、本件では、この他に、新聞発行

本社と新聞販売店の代表の間に事前の交渉があったこと、その結果、統一的な契約書の書式が用いられたことなどの事実があり、これらの点を綜合して協定の存在が認定されたと理解するべきであろう。この判決では、新聞販売店のみを協定の当事者として理論構成する必要から、前述のような説示をしたものと解される。もつとも、新聞販売店間の事前の連絡が証明されない場合にも、その間に協定の成立を認めた点は大きな前進として評価される。

このような審決、判決の立場はその後の運用によって大幅に後退する。昭和三五年の新聞一斉値上げを不問に付した事件では、情況証拠の一般原則による事前の連絡の挙証がなし得るような事案について、相互に拘束性のないことを理由としてそれを不問にした。この事案は、事前の連絡の存在を前提としなければ合理的に説明し得ないようなものであったが、公正取引委員会はそれを不問としたのである。⁽¹⁾このような運用は、それ自体競争制限的である行為のみを違法とするという日本法の運用の基本的態度の延長として理解される。たとえば、共通の競争行動それ自体を相互に制限することを不当な取引制限の要件とするが如き理論構成である。日本法では、違法とされる行為と、競争制限という結果の間に直接の関連が存することが要求されるであろう。すなわち、事前の連絡による協定によって、競争行動が確実に制約されていることが要求されると解される。それ故、本文で述べたような「共同」概念の拡張は望むべきもない。しかし、独禁法に与えられた社会的使命を考えれば、現在の社会制度の枠内で可能な限りの積極的運用を図ることが望ましい。それ故、一部の論者が主張するように、寡占市場において容易に共同認識の成立を認め、そこに意思の連絡ありと構成するのは無理であろうが、本文で述べたような基準を「共同」概念の解釈に際してとり入れることは可能であり、また望ましいといえる。なお、このような寡占を補完するという効果は、不公正な取引方法について、「不当な」という概念の解釈に際してもとり入れられるであろう。その点については、後日の研究にま

ちたい。

- (1) *Adelman, op. cit.*, p. 1332 ; *Note*, 3 *Stan. L. Rev.* 679, 686 ; *Rahl, op. cit.*, 756-757.
- (2) 「意図」概念のこのような作用については *Diam & Kahn, op. cit. passim*.
- (3) 反トラスト法における経済的基準の実施可能性とその限界については、拙稿、「反トラスト法と有効競争の理論(上)(下)」公正取引一八九号一八九号参照。
- (4) *Stocking* によれば、少くとも、「売手が少数である市場において、複数の企業が新企業の参入を阻止し、競争者を不利にする」とによって、市場の寡占的特徴を維持するように仕組まれたある戦略、もしくは独立の意思決定を共同的行動様式におきかえるように仕組まれたある戦略を採用している場合、「リヤーマン法違反の共謀を認定すべきである」として、*Stocking, "Rule of Reason, Workable Competition and Monopoly," rep'd in Stoking, Antitrust Policy and Workable Competition*, p. 119, 180. 前掲拙稿一八九号一二頁
- (5) *Brewster, "Enforceable Competition: Unruly Reason or Reasonable Rules?"* 46 *Am. Econ. Rev. Supp.* 482 (1956) *passim* ; *Dunn, op. cit.*, at 252-253.
- (6) 公取審決昭和二四・八・三〇公取審決集(一)六二頁。
- (7) 同右。
- (8) 正田、コメンタール独占禁止法、一六八頁以下(昭和四一年)。
- (9) 東京高判昭和三一・一一・九行政例集七卷一一号二八四九頁。アメリカの例として、*cf. Sun Oil Co. v. Federal Trade Commission, Trade Cas. Part. 71, 530 (7th Cir. 1965)*; *Saleway Stores, Inc. v. Federal Trade Commission*, 366 F. 2d 795 (9th Cir. 1966); *Valasco Products Co. v. Lloyd A. Fry Roofing Co.*, 308 F. 2d 383 (6th Cir. 1962), *cert. denied*, 372 U. S. 907 (1963).
- (10) 東京高判昭和二八・三・九高裁民集六卷九号四三五頁。なお、商判研・昭和二八年度二事件、実方本件評釈参照。
- (11) 正田、「共同行為における「共同」の認定について」商事法務一四五号三頁。

“Concerted Action in Antitrust Laws” (3)
—working criteria in conspiracy law—

Kenji SANEKATA

Ass't Prof of Hosei Univ.

In this part of this article, the working criteria of illegality in finding conspiracy from circumstantial evidences are examined. Logically, the ultimate fact to be proven has been agreement, explicit or implicit, which is the essence of conspiracy. However, examining the factual situations of these cases, we could find that the working criteria has been collective monopolization. In the cases in which conspiracy was found, the courts found the conspiracy in the presence of the intent of alleged conspirators to monopolize collectively, despite the fact that there was reasonable hypothesis that there was no explicit communication or conspiratorial contact among them. In the cases in which conspiracy was not found, the courts in effect passed on the reasonableness of the behavior of alleged conspirators. Thus, in these cases, the courts found not only the absence of agreement but the absence of collective monopolization. In the last part of this article, social and economic significance of this rule is discussed. The implication of this rule in Japanese laws is also discussed.