



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷（５・完）
Author(s)	和田, 健夫; WADA, Tateo
Citation	北大法学論集, 34(2), 121-199
Issue Date	1983-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16436
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(2)_p121-199.pdf



戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷（五・完）

和田 健 夫

目 次

序——考察の対象と視点

第一章 競争制限禁止法の当初の構想（三一巻二号）

第二章 社会的市場経済のもとでのカルテル禁止政策の展開（三二巻一号）

第三章 競争政策の転換——カルテル禁止政策の新たな動き（三二巻二号、三三巻一号）

第四章 協調的行動の禁止

序 説

第一節 導入に至るまでの経過

第二節 協調的行動の規制

一 反トラスト法の影響

二 EEC競争法

三 西ドイツ法

四 まとめ

第三節 協調的行動の立証

むすび (本号)

第四章 協調的行動の禁止

序 説

第三章において検討した染料メーカーの価格カルテル事件B G H決定はカルテル規制上重要な規定を生み出す契機となった。それが本章で検討する「相互協調的行動の禁止(二五条一項⁽¹⁾)」である。ところで我が国においてもしばしば「協調的行動」あるいは「同調的値上げ」などの用語が用いられるが、多くの場合それは独禁法三条後段の共同行為としてとらえられない、あるいは独禁法上の評価を受けていない事業者の行動に対する呼び名であるといつてよい。また昭和五二年改正において導入された「価格の同調的引き上げ」の理由報告徴収制度は、当該行為がカルテルであるか否かの評価とは別個に行為の外形のみをとらえて規制するものである。

これに対し西ドイツの「相互協調的行動」という実体法上の概念は、後で詳細に検討するように、むしろ事業者間の競争の危険を人為的に減少させることを中心に構成された概念である。競争制限禁止法はその禁止規定を最初は備えておらず第二回改正でとり入れられたものである。この改正を実現させた最大の理由は寡占市場における企業行動に対し同

法一条の規定では有効に対処しえないという認識であった。本章ではこのような「相互協調的行動の禁止(二五一条項)」を西ドイツにおけるカルテル規制の一環として考察するが、その際次の点に注意しなければならない。まず条項の上では「相互協調的行動」の内容は全く明らかにされていないということである。したがって立法資料、学説・実務および一条との体系的解釈からその内容を探らざるをえない。またこの概念は外国法の影響をも受けたと言われている。すなわち「相互協調的行動」とはドイツ人の創造にかかる概念ではなく、EEC競争法(ローマ条約)八五一条項で用いられているものを参考にしたものである。そしてEEC競争法と同様の概念はヨーロッパ石炭鉄鋼共同体競争法六五一条項でも規定されており、しかもこれには制定時においてアメリカ反トラスト法が影響を与えたとされている。それゆえEEC競争法および反トラスト法における類似の制度を比較検討することも「相互協調的行動」の内容や競争政策における意義を知るうえで有益であると思われる。

以上のことから本章では、まず導入に至る経過を概観し(第一節)、次に実体法上の概念を検討し(第二節)た後、最後にその立証問題を取り扱う(第三節)。第二、三節ではアメリカ反トラスト法およびEEC競争法の実務にも立ち入ることにする。そしてこのような手順での考察のなかから、「相互協調的行動の禁止」が戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷においてどのような意義をもつのかを確認することが最終的な目的である。

(1) 二五一条一項およびEEC競争法八五一条一項では「相互」ということが付されているが、単に協調的行動という場合と特に差異はない。ただ以下では、二五一条一項、八五一条一項を取り扱う場合には相互協調的行動と呼び、協調的行動は一般的名称として一応の区別をしておく。なおその後の新しい資料の検討の結果、本章の構成を最初に示したもの(一—三一巻二号)から若干変更した。

本章は小樽商科大学に対し文部省からその経費が交付された昭和五十六年度特定研究(「ヨーロッパにおける法の統一の実証的

研究」の成果の一部である。

第一節 導入に至るまでの経過

協調的行動の禁止の導入までにはやや時間を要した。競争制限禁止法の強化をもたらした第二回改正作業は一九六七年の終りから始まった。第三章でも述べたとおり、この改正の趣旨は有効競争の実現のための諸規定の整備にあり、すでに一九六八年にはその試案が連邦経済省の内部で作成された(第二章第二節二参照)。しかし本格的な改正作業が行なわれるようになったのは一九六九年からであり、一九七一年に政府の改正草案が成立するまでの間、連邦カルテル庁やその他の専門家の協力、および財界からの意見聴取にもとづいて何度も検討が重ねられている。そして一九七一年五月最終的な閣議決定を経て政府改正草案が連邦参議院に上程された。⁽¹⁾

政府草案における主たる改正点は、企業結合規制規定の導入、市場支配的地位の濫用に対する規制の強化、中小企業のための協業の促進、差別・妨害行為に対する規制の強化、等であったが、この時点では相互協調的行動の禁止規定はまだ盛り込まれてはいなかった。

しかし議会の外では導入を求める動きが認められる。たとえば、連邦経済省に設置されている学識経験者の顧問委員会(Wissenschaftlicher Beirat)が企業結合規制の導入問題に関して一九七〇年二月に出した答申のなかでは、「一条に関する従来の実務経験を総合すると、同条は契約とならんで協調的行動を、さらには競争制限が目的とされるいはもたらされた場合をも禁止することが必要である」とされている。⁽²⁾そして同年一月に下された染料事件BGH決定は一条による規制の欠陥を多くの人々に認識させることになった。とくに連邦カルテル庁はこの決定を深刻に受けとめ、

同庁が法によって与えられた課題を果たすためには相互協調的行動それ自体を禁止できるように現行法を修正することが必要であるとの立場を明確にするようになる。⁽³⁾これに対し、連邦政府および経済省はこの問題については以前から慎重な態度で臨んでいた。たとえば連邦経済省は、一条の契約概念は解釈によってある程度拡大が可能であるとして、解決を判例理論に委ねようとする傾向があった。⁽⁴⁾また連邦政府は、二二条二項の市場支配的地位の濫用禁止規定および三八条二項二文（現行法同条一項一一号）の勧奨禁止規定、の既存の諸規定が相互協調的行動に対しどのように適用されるのかということがまず明らかにならない限り、この問題には答えることができないと考えていた。⁽⁵⁾そして実際上も、政府草案の作成過程では連邦政府のこの考え方に沿って作業が進められ、右に述べた一九七一年五月の政府草案では、二二条の改正点として、複数の事業者の長期にわたる斉一的価格行動という事実をとらえて市場支配的地位の存在を推定するという条項が新たに加えられていた。⁽⁶⁾さらに連邦経済省は同年六月連邦カルテル庁に宛てた通達のなかで、現行法上も相互協調的行動を二二条によって規制すべきことを要請している。⁽⁷⁾

しかしながら、すでにみたとおり、経済省が考えていたような契約概念の拡大は染料事件BGH決定により限界があることが明らかになり、さらに二二条の市場支配的地位の濫用禁止規定による方法も解釈において多くの問題点をかかえ、実際にも当時ほとんど機能していなかったこともあって、連邦政府・経済省の解決方法は法律学者により一様に批判された。その間、一九七二年七月には、同じ染料メーカーらの行動が相互協調的行動に該当するとして違法判断を下したEC裁判所判決が出され、改めてカルテル禁止の不備が認識されるとともに、西ドイツ法とEEC競争法との規定の整合性という観点も加わって、相互協調的行動の禁止の導入を求める声はさらに強まった。そして同年、二〇名の著名な経済学および経済法学の研究者により、改正案を審議する連邦議会に対し、法の強化を求める声明が公表された。⁽⁸⁾そのなかでハム(Hamm, Walter)とヘルフェメル(Helfermehl, Wolfgang)の両教授が、積極的な競争政策のためには相互協調

的行動の禁止規定がいかに重要な役割を果たしうるかについて述べている。⁽⁹⁾

ところで政府草案は、一旦廃案になった後一九七三年に無修正のまま再提出された。したがってこの時点でもまだ草案は相互協調的行動の禁止規定を有していなかった。しかし右で述べたような動きのなかで状況は大きく変化し、政府および議会内部では相互協調的行動の禁止の問題を積極的に取り上げようとする空気が生まれていたのである。やがて審議に入ると、この点に関し与野党の協力体制が成立し、当該規定が急ぎよ追加されることになり、同年七月六日改正草案は連邦参議院を通過し第二回改正が実現した。⁽¹⁰⁾

このように相互協調的行動の禁止規定は政府草案の審議の過程で、それも最後になって新たに加えられたものであった。これは協調的行動そのものを個別的に禁止することに対する抵抗があったためであるが、そのなかでもいくつかの理由を挙げることができる。それらは、たとえば、(i)協調的行動の内容それ自体が不確定であること。そのため事業者間の意見や情報交換の自由に対する不当な介入をもたらした法的安定性を害するおそれがあること⁽¹¹⁾(立法技術上の困難性)、(ii)斉一的行動をもたらす原因(市場構造)を断たないで、その徴候のみを規定することになり規制の方法としては好ましくない、(iii)立証の問題、すなわち相互協調的行動を秩序違反に問うとなれば、そこではおそらくかなり厳格な立証要件が課せられ、そのためこの規定の実効性は制限されるのではないか、⁽¹²⁾といったことである。これらの点について一九七二年にP・ウルマー (Ulmer, Peter) が詳細な反論を試みている。⁽¹³⁾そこで彼は、協調的行動の内容を明確に定めれば法的不安定の問題はある程度解消され、その立証に関しても状況証拠による証明を許すことにより解決されると述べている。また協調的行動の禁止は市場構造規制とその手法を異にするものであり、相互協調的行動の内容が定められればそれ自体を禁止することも競争政策上意義があることだとされる⁽¹⁴⁾(もっとも先に述べたように、条文上相互協調的行動の内容を確定することは放棄された)。

相互協調的行動を禁止するとして、次に起こる問題は、それをいかなる方法によって行なうのかということであった。様々な試みがなされているが、まず考えられるのは一条の文言を修正して相互協調的行動を同条の禁止行為のなかに加えることであつた。これは何人かの経済法研究者により提言されている。⁽¹⁵⁾たとえば、一例を挙げると、マルケルト (Markert, Kurt) によると一条は次のように修正される。⁽¹⁶⁾

「事業者間の協定 (Vereinbarungen)、事業者団体の決議および相互協調的行動は、それが共通の目的を果たし、かつ競争の制限を目的とし又はもたらす場合には禁止される」

このような修正により、私法的構成をとっていた一条は完全に姿を変えて、EEC 競争法八五条一項の規定内容とほぼ近くなる。ただこの方向をとるとすれば、秩序違反に関する三八条一項一号も修正せざるを得なくなる。なぜなら同号は、「一条により無効である契約や決議を無視する」者を秩序違反に問うという構成になっているからである。そこで、一条の規定はそのままにして、三八条一項一号の方に手を加えることによって、すなわち同号の秩序違反行為のなかに、一条で禁止されていることがらを事実行為によつてもたらす場合 (すなわち回避行為) をも含めることによって、相互協調的行動禁止の実を挙げようとする提案もなされている。⁽¹⁷⁾さらに第三の方法として、相互協調的行動を禁止する別個の実体規定を設けることが考えられるが、改正法ではこの方法が採用された。第一の方法は一条の性格を転換させるものであり、法律行為 (契約) による競争制限と事実行為による競争制限とに分けて規制を行なおうとする競争制限禁止法の体系にも馴染まない (第一章第三節参照)。また第二の方法は相互協調的行動の禁止にとつては間接的な方法であり実効性に疑問がある。そのために、同法の体系に変更を加えることなく相互協調的行動の禁止の目的を追求す

説
る方法として第三の道が選択されたものと思われる。結局、相互協調的行動の禁止は新二五条一項として、事実行為の禁止を規定する同法第四節(二五～二七条)のなかに加えられたのである。⁽¹⁸⁾ 以上のことを確認して、次にこの規定の具体的検討に入ることにする。

- (1) 改正草案をよめる理由書は BT-Drucksache 265/71 (WzW 1971, S. 531 ff. 参照)。経過に関する以下の叙述はこの改正草案理由書「草案を審議した連邦議会の経済委員会報告書等の立法資料」をよめる Höfer, Heinrich, *Abgestimmtes Verhalten — ein Zentralproblem der Wettbewerbspolitik*, Köln, 1978, S. 19—30 に依る。
- (2) Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi vom 6. Feb. 1970. (以下 Höfer, a. a. O., S. 20 を引用。)
- (3) Tätigkeitsbericht 1970, BT-Drucksache W/2380, S. 12; Schlussfolgerungen des BKarta aus dem „Teerfarben“-Urteil, Presinformation vom 4. Feb. 1971, WzW 1971, S. 179. 40.6 の染料カルテル事件の裁判所判決後も重ねてこの点を強調しよう (Tätigkeitsbericht 1971, BT-Drucksache W/3570, S. 15)。
- (4) Höfer, a. a. O., S. 20. (一九七〇年と経済省の専門委員会が作成した改正草案の理由書における同省の見解。)
- (5) 一九七〇年の連邦カルテル年次報告書に対する連邦政府の見解 (Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKarta für 1970, BT-Drucksache, S. 4)° 著者によれば Trimarchi, Pietro, *Die rechtliche Beurteilung abgestimmter Verhaltensweisen auf oligopolistischer Märkten*, GRUR Int. 1970, S. 311°
- (6) それによると二三条二項 (寡占企業とこの市場支配的地位の規定) のなかに次のような文言が追加される。「事業者らが価格の設定の際に、かなりの期間をこえて (über einen längeren Zeitraum hinweg) 齊一的に行動している場合には、(市場支配的地位についての) 筆者) 要件が満たされていることが推定される。ただし、最近の事業年度における総売上高が一億ドイツマルク以下の事業者についてはこの推定はなされなう」(註(1)の資料 WzW 1971, S. 532)° 理由書によれば、これは明らかに高度寡占市場における協調的価格行動の規制を狙ったものである。そしてこの推定規定は立証責任を転換したものにすぎず反証が可能である (Begründung, WzW 1971, S. 553)°
- (7) 連邦経済大臣が連邦カルテル庁長官に宛った通達 (BanZ. Nr. 107 vom 15. Juni 1971, WzW 1971, S. 910)° そして経済

大臣はカルテル禁止についての必要性をみとめながらも、そのためには市場支配的地位の濫用禁止規定や勸奨禁止規定の可能性をテストすることも必要であるとし、一定の経験を経、そのなから現行規定の欠陥が証明されるならば、カルテル禁止を協調的行動にまで拡大する方向での改正を議論すべきであると述べている。

- (8) *Notwendigkeit einer aktiven Wettbewerbspolitik*, BB 1972, S. 1465. 市場経済秩序が将来も生き延びてゆくためには一層の活発な競争政策が必要であること、そしてその限りでは現行法は不十分であるという共通の認識のもとに法改正のための提言がなされている。そして協調的行動の禁止もこの改正項目のなかに加えられている。

- (9) *Ebenda*, S. 1469. ハム教授が協調的行動の禁止の重要性について、ハフマール教授がその法的構成の問題について発言している。

- (10) 一九七二年一月二二日の経済ジャーナリストとの会談において、連邦経済大臣は、協調的行動の禁止の導入は現時点では困難であり次回の改正に委ねられるべき旨の回答を行なっていることが報道されている (*WuW-Kurzinformation*, WuW 1973, S. 3) が、七三年に入り再開国会に法案が再提出されると、明らかにこの問題が審議項目にとり入れられるようになってくる (*WuW-Kurzinformation*, WuW 1973, S. 99—100, S. 163—164, S. 243); Höfer, a. a. O., S. 28 参照。

- (11) この問題は審議をめぐって議論の的となった。たとえば CDU/CSU のヘルマン・ス (Albers) 議員の報告 (*WuW* 1973, S. 600) や連邦議会と各州の経済大臣の発言 (*WuW-Kurzinformation*, WuW 1973, S. 99) など。また研究者のなかには Huber, Ulrich, *Abgestimmte Verhaltensweisen im deutschen Kartellrecht*, in: *Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Festschrift für Hefermehl*, Heidelberg, 1971, S. 85, 102; Möhring, Philip, „Abgestimmtes Verhalten“ im Kartellrecht, *NJW* 1973, S. 777.

- (12) 註釈者 Ulmer, Peter, *Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht*, Karlsruhe, 1972, S. 19 参照。

- (13) *Ebenda*, S. 19 ff. そのほか前掲文庫 (註 (8) の声明) のなかのコンメンタールの主張 (*Risikobeschränkung durch abgestimmte Verhaltensweisen*, BB 1972, S. 1469) 参照。

- (14) *Ebenda*, S. 26 ff. 九〇と一一三条による規制は不当な介入主義に陥るおそれがあり運用が困難であるとして反対する。また Völp, Fromut, *Abgestimmtes Verhalten im Kartellrecht*, *WRP* 1972, S. 564 も同じ理由から禁止を支持し、自ら条文の私家を引くところ (S. 566)。

- (15) 以上の叙述は、Sauter, Herbert, Das Verbot des abgestimmten Verhaltens im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, BB 1973, S. 684; Sandrock, Otto, Die zweite Kartellnovelle, BB 1973, S. 101 を参考とす。
- (16) Sandrock, a. a. O., S. 102 参照。そのほか Sacker, Ingo Schmidt の同様の提案が示されている。
- (17) Bütner, Siegfried, Kartellvertrag und Kartellverhalten, WuW 1971, S. 690 (92); Sandrock, a. a. O., S. 103 など。ちなみに前者によれば三八条二項一号の文言に、「拘束性のないものとしてなされた（カルテル契約と、筆者）同内容の合意（Absprache）を実施する者」を新たに追加し秩序違反の主体者にしようとする。後者はこれに対し一号はそのままにして、次のような1-a号を追加することを提案する。「一条の意味での競争を制限することについて競争者と協調（abstimmen）」¹。かつこの制限を意図的に実行する者は秩序違反を犯した者とされる。」
- (18) Sauter, a. a. O., S. 685/86. (この文献は政府側からの改正点についての解説である。) なお旧二五条一、二項はそれぞれ新二、三項となった。

第二節 協調的行動の規制

ここでは主として相互協調的行動の実体的側面を取り扱う。新二五条一項の文言は次のようになっている。

「本法によって契約による拘束の対象としてはならない (nicht dürfen) とされた事業者あるいは事業者団体による相互協調的行動 (aufeinander abgestimmtes Verhalten) は禁止される」

何度も述べるように、ここでは相互協調的行動という語の定義は行なわれていない。もっとも法案の審議においてはこの点について活発な議論が交されたのであるが、最終的には不要とみなされた。改正案の審議にあたった連邦議会の経済委員会の報告書⁽¹⁾はこの間の事情を次のように説明している。

「……当委員会はヨーロッパ経済共同体設立条約の条文を手本とし、かつ判例によってすでにその解釈が展開されている概念を意識的に採用決定した。

当委員会は相互協調的行動と単なる平行行動との区別について立ち入った検討を行なった。たとえば相互協調的行動という概念の詳細な説明は経済共同体設立条約八五条一項でもなされていない。契約—*Abstimmung* (協調)—単なる平行行動、という段階はカルテル法実務においては流動的であり、したがって *Abstimmung* (協調) の法的定義は実際上も必要でないと思われる。とりわけ当該事業者の利益を考慮に入れてもこれは不要である。なぜなら EC 裁判所の国際染料カルテル事件判決によっても、単なる平行行動では未だ *Abstimmung* とはいえないことが明らかにされているからである。

それゆえ、個々の場合に *Abstimmung* をいかにして立証すべきかということは染料カルテル事件判決により展開された法適用に委ねられるべきである⁽²⁾。」

このように西ドイツ法の協調的行動の内容は、母法ともいえるべき EEC 設立条約八五条一項に関する判例理論 (もつとも右の報告書も述べているとおり EEC 競争法においても定義はなされていない) に依拠しつつ、個々の法運用を通じて明らかにしてゆくというのが立法者の意図であった。したがって冒頭で述べたように、EEC 競争法における判例理論の検討と関連させながら相互協調的行動の内容を考察しなければならない。しかしまだその前に検討を要することがある。それはアメリカ反トラスト法との関係である。

一 反トラスト法の影響

今まで「EEC 競争法」と呼んできたものはここで正確に述べれば、一九五七年の「ヨーロッパ経済共同体設立のための条約 (Vertrag zum Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft)」八五条、八六条の二カ条であるが、

このうちここで関係のあるのは協定や相互協調的行動の禁止を定めた八五条一項である。

八五条一項における相互協調的行動の説明の際に必ず言及されることがある。それはE E C競争法の相互協調的行動の概念が、さらにアメリカ反トラスト法における共謀(conspiracy)の一形態である concerted action という概念に淵源をもつというものである。つまり、E E C競争法の相互協調的行動 (aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) のフランス語訳は *pratiques concertées* であるが、これはさらに、E E Cよりも歴史の古い「ヨーロッパ石炭鉄鋼共同体設立条約」六五条一項に用いられているところの同じ *pratiques concertées* という概念をそのままとり入れたものとされている。そしてこの石炭鉄鋼共同体条約の競争法規定の作成の際には、担当者がその当時最も古い独禁法の歴史をもつアメリカ反トラスト法を参考にしたといわれる。西ドイツ法務省の官吏による同条約六五条一項に関する当時の解説書⁽³⁾をみると確かに次のような記述がみられる。

「……六五条一項には *pratiques concertées* ということが用いられているが、これはその由来を見逃してはならない。……つまりアメリカ合衆国反トラスト法の concerted action である。そしてこれは様々な形態で、たとえば open price-system, basing point system, price leadership として⁽⁴⁾あらわれる。……」

アメリカ法に関する限り concerted action は原則としてシャーマン法およびクレイトン法違反として取り扱われる。⁽⁴⁾

主としてフランスと西ドイツとの間で進められた石炭鉄鋼共同体の競争法の規定のなかに、いかなる経過をたどってアメリカ法の概念が反映することになったのかということについては十分な資料がないために説明することはできないが、このような事情から、西ドイツにおいて相互協調的行動の禁止が議論的となった一九七〇年代には、反トラスト法の比較法的研究が盛んに行なわれた。それらは多くが、反トラスト法の研究を通じて相互協調的行動の概念の把握お

よび規制の可能性の追求を目的とするものであった。そこで本稿でもまず最初にこの問題を取り扱うことにしたい。以下では、西ドイツや我が国における研究成果をもとにして、反トラスト法の展開において concerted action (concentrated practice)⁽⁵⁾ なる概念がどのように取り扱われてきたのかを検討し、そこからこの概念の意義を探ることにする。

反トラスト法のなかでもこの問題に関連するのはとくにシャーマン法一条である。周知のように同条は次のように規定されている。

「数州間の又は外国との取引もしくは商業を制限するすべての契約 (contract)、トラストその他の形態による結合 (combination) 又は共謀 (conspiracy) は本法により違法とみなされる」

ここでは違法行為として、競争制限的な「契約」、「結合」、「共謀」が挙げられているが、シャーマン法一条違反において中心となるのは結合および共謀である。これらは反トラスト法上、契約以外のあらゆる事業者間の合意形態を捉える概念として用いられている。もっとも両者はとくに区別なく用いられており、実際には共謀が問題とされることが多いので以後は共謀のみを取り扱う。

ところで concerted action であるが、これはシャーマン法一条における実体法上の概念ではなく、共謀に関する多くの判例のなかから生まれてきたものである。シャーマン法の共謀概念は元来 common law に基礎をもち、またそのことば自体は刑法の領域に属する。しかし反トラスト法にとり入れられた共謀概念は独自の発展をみせた。言い換えれば、反トラスト法の共謀概念は、経済状況の実態に合わせて、また反トラスト政策の効果的実施の観点から、実体法の側面からも、その立証の点からも、判例のなかで徐々に拡大されていったのである。そして concerted action はその過程において裁判所によって用いられるようになったことばなのである。したがって concerted action の意義は、この過程を、代表的な判例に依拠しながら整理・検討することのなから明らかにするはずである。なお、右の諸条約

が成立した時期からみて、おそらく一九五〇年代までの判例理論が影響を与えていると思われるので、取り扱う判例はその時代のものまでに一応限定する。

共謀とはもともと刑法上の概念であるが、一般にそのような古典的な共謀が成立するためには次の三つの要件が必要であるといわれる。⁽⁷⁾

- (i) 違法な行為を実行することについての合意 (agreement)。⁽⁸⁾
- (ii) 犯罪の意図 (criminal intent)——共謀による共同行為を行なうことについての認識。⁽⁹⁾
- (iii) 共謀を計画の段階から実施の段階に移す行為 (overt act)。⁽¹⁰⁾

この三要件のなかで最も重要なのは(i)の agreement であり、しかもこれは直接的な証拠により立証されなければならないとされていた。しかしながら、すでに述べたとおり、反トラスト法上の共謀概念は独自の歩みを示している。なかでも注目すべき点は、agreement の立証要件が緩和され、間接証拠・状況証拠による立証が解釈を通じて認められるようになったことである。それと同時に他の要件も反トラスト法事件においては厳密に要求されなくなっている。⁽¹²⁾このようにして共謀概念は拡大され、シャーマン法一条はその規制対象を広げてきたのである。そして一般にはこの過程は次の三段階に分けて考えることができる。⁽¹³⁾すなわち、(i)情報交換活動における agreement の認定、(ii)共通の計画に対する意図的な参加からの agreement の認定、(iii)いわゆる conscious parallelism (認識ある同調)理論、である。以下この分類に従って順次アメリカ判例法の検討を進めることにする。

(一) 情報交換活動における agreement の認定

情報交換活動には事業者団体などの機関が中心となって組織的に行なわれるものと、事業者らが非定期的に、要求に

応じて必要な情報を交換しあうものとが⁽¹⁴⁾とされている。情報交換活動は一方で、第三章でも述べたように、事業者に必要な情報を与えることによって合理的な決定を可能ならしめ競争促進的に働く場合があるのに対し、他方で競争者の将来の行動の予測を容易にし、活動の組織性・継続性と相俟って逆に事業者間に協調や拘束を生み出すことがある。後者の場合には競争政策上好ましくない効果もたらされることからアメリカでは早くからシャーマン法違反の問題が生じていた。しかしその場合、これを参加事業者による共謀として捉えるとしても、かかる競争制限に関する agreement を直接証明することは時として困難なことがあり、間接証拠にたよらざるを得なくなる。共謀概念の拡大はまずこのような情報交換活動に関する判例を契機として始まったのである。

最も古い最高裁判決であり、かつはじめて本格的に状況証拠から共謀を認定したと考えられるのは一九一四年の *Eastern States Retail Lumber Dealer's Assn. v. U. S.* 事件⁽¹⁵⁾である。本件事案は、小売業者の事業者団体が構成員に消費者に直売している卸売業者の名前を記載した *Official Report* を定期的に発行・頒布し、さらにこの *Report* では、他に同様の卸売業者が存在すればそのことをも報告するように要求されていたというものである。このような活動を通じて、小売業者らは一致して、消費者に直売している卸売業者との取引を停止するに至った。最高裁は、小売業者団体の長年の関心事が、卸売業者による小売業界への進出の阻止にあったことを認識した後、たしかに小売業者の間には、リストに掲載されている卸売業者との取引を停止することについての *agreement* は存在していないが、このような *Report* の定期的な発行は当然かかる結果をもたらすであろうとの意図のもとでなされたものであり、しかも小売業者はそのことを知っていたと述べた。⁽¹⁶⁾

このような認定にもとづいて、最高裁は当該行為がシャーマン法一条に違反するとみなした。すなわちまず立証については、

「シャーマン法の結合あるいは共謀を証明するためには、そのもとで concerted action が行なわれる何らかの agreement が立証されなければならないと言われている。しかしながら共謀を直接的証拠によって立証できるのは稀な場合であり、現実に行なわれたことから推定することが許されるということは基本的なことである。」⁽¹⁷⁾

と述べ、続けて本件について、

「本件におけるように、concerted action によって、消費者に直売したとして通報された卸売業者の名前が団体の他の構成員に定期的に報告された場合には、かかる行為の当然の結果を達成しようとする conspiracy は容易に推定される。」⁽¹⁸⁾

と判示したのである。

やむに American Column & Lumber Co. v. U. S. (一九二一年)事件⁽¹⁹⁾では、事業者らが公開競争計画(Open Competition Plan)を立案し、事業者団体を通じて取引に関する詳細な情報を交換しあったことが違法とされた。収集される情報の内容は、取引した製品の品質・種類・等級、製品の価格、買手の名前や住所等に関するものであった。参加事業者が情報の提供を怠った場合には、事業者団体からの資料の送付が拒否されかつ団体から除名された。そして集められた情報は事業者団体により詳細な市場分析および将来の行動についての提案が加えられ、再び参加事業者に送り返された。さらにこの活動を強化する目的で定期的に会合や討議が行なわれた。最高裁は、このような組織および会合の目的は、明らかに、コストやメリットとは無関係に堅質材(hardwood lumber)の価格を一致して引き上げることにあつた⁽²⁰⁾とし、本件公開競争計画は本質的には、古い時代の紳士協定の発展したものにすぎず、法を巧みに回避するため

に考案されたものであるとみなした⁽²¹⁾。そして結論として、

「当裁判所は、本件で問題となっている公開競争計画の目的および効果が、生産の制限および価格の引き上げに関する concerted action によって堅質材の製造および販売における競争を制限する……ことにあったと確信しており、それは反トラスト法の意味での……結合および共謀を構成する……」⁽²²⁾

と述べた。

同様に違法とされた例として、U.S. v. American Linseed Oil Co. (一九三三年) 事件⁽²³⁾がある。本件の情報交換活動は事業者団体を通じてではなく、情報交換を業務とする企業と亜麻仁油 (Linseed Oil) の製造販売業者との間での協定によって行なわれていた。参加事業者は Column & Lumber 事件と同様に、取引に関するあらゆる詳細な情報を情報交換企業に提供する義務を負い、逆に収集された情報は情報交換企業による統計的分析を経て参加事業者が利用できる仕組みになっていた。そして参加事業者が情報提供義務を果たさない場合には重い金銭的制裁が課せられた。本件では情報交換企業の力が強く、参加事業者をその支配下に置いていた点が特徴的である。このことから連邦最高裁はこれらの事業者が一つの結合 (combination) を形成していると認めた⁽²⁴⁾。そして、参加事業者を結びつけている協定全体を、当該協定のもとで実際に行なわれたことがらに照らして検討した結果、その必然的傾向が競争を抑圧すると認められる場合には、その結合は違法であるとし、本件でもそれを肯定した。ここでは情報交換企業の専制的支配によって参加事業者がかなり強く結合していたことがまず問題とされている。そして最高裁は最後に次のように述べている。

「我々は、競争者らが、いかなる場合に、あるいはどの程度その業務の詳細を相互に開示できるのかについての判断を求められているのではない。独占化の目的がなく、あるいは契約や協定から生じる強制が欠けている場合には、個々人は確かに大いに自由を行使できよう。しかし結合を通じた concerted action は全く別の問題であり、その必然的傾向が……競争を破壊することにある場合には禁止されるのである。」⁽²⁶⁾

このように、情報交換活動の違法性の判断——いいかえれば要件である agreement の存否の判断——においては、参加事業者が競争制限的な目的・意図を有していたか否かという観点が中心となつているといえよう。⁽²⁷⁾そしてこの目的・意図の認定にあたっては、当該行動の内容および性格がまず問題となる。行動の内容とは、どの程度の情報が、誰に提供されているのかということであり、たとえば、取引の細部にわたる情報が構成員間でのみ交換される場合には、かかる意図の強い状況証拠となりうる。また——右では引用しなかったが——当該行動が競争者としての通常の行動の範囲に属するか否かという意味での行動の性格も問題とされることがある。しかし最も重要な要素は行為の具体的効果が競争制限的であるかということである。情報交換協定や行動が競争制限的であれば、最高裁は、参加事業者の間に競争制限についての agreement を認定する有力な状況証拠として取り扱っている。

したがって、右に挙げた観点から逆に競争制限的目的・意図が認定されない場合には情報交換活動は反トラスト法上問題とされないことになる。Maple Flooring Manufacturers Assn. v. U. S. (一九二五年) 事件⁽²⁸⁾および Cement Manufacturers Protective Ass'n. v. U. S. (一九二五年) 事件⁽²⁹⁾は、そのような例である。Maple 事件では、事業者団体が構成員である楓床材の製造業者に対し、取引価格、製品コスト、在庫量、新規受注等についての報告を求め、収集した情報の統計を構成員に配布していた。そのほか、一般的な経済状況に関する説明のためしばしば会合が開かれた。このような活動は古くから行なわれていたが、その間 Column & Lumber 事件、Linseed Oil 事件において最高裁の違

法判決が出たため、事業者団体はそれまで構成員に配布する資料にその名前を明示していたのを取り止め、配布先も構成員のみならず政府機関や顧客にまで広げた。会合における説明も構成員の将来の行動に影響を与えることのないように配慮された。

最高裁はまず、唯一の考慮すべき問題は、事業者団体における構成事業者らの結合が直接かつ不当な競争制限をもたらす必然的傾向を有するか否かであると述べた。⁽³⁰⁾そして、(i)市場商品の生産、販売、実際の取引におけるコストや価格に関する情報をでぎうる限り広範囲にわたって収集することは、その情報が通商および産業の安定、より、公正な価格水準の創出、浪費の回避という傾向を有するが故に公衆の利益に役立つこと、(ii)また、取引の最も重要な諸要素についての知識を自由に配布することを通じて事業活動が巧妙に (intelligent) なるからといって競争が自由でなくなるものではないこと、(iii)法はそのような抜け目ない行動を禁ずる意図は有していないこと、等々を確認した⁽³¹⁾後、本件において収集された情報の性格およびその利用がもたらす効果は、すべての者が利用できる業界誌や商務省発行の資料統計のそれと何ら変わりがないとみなした。⁽³²⁾そして、事業者団体の間で収集された資料は生産の削減あるいは価格の引き上げのための agreement や concerted action の基礎となる⁽³³⁾ことがあり、その場合には違法であるが、本件ではそのような agreement ある⁽³⁴⁾は concerted action の立証が欠けているとされた。

同じ日に下された Cement 事件判決でも最高裁は同様の判断を示した。ここでは、(i)セメントの販売に関する基本的な情報の収集に現われている以上の concerted action の——直接・間接の——立証、および、(ii)情報収集により参加事業者の個々の活動が不可避免的に影響をうけることから必然的に生まれる価格・生産への効果をこえた何らかの効果の立証、がなされていないことを理由に当該情報交換活動が合法とされた。⁽³⁵⁾

以上簡単に情報交換活動に関する判例をみてきたわけであるが、最初にのべたように、そこに一定の状況証拠から共

謀を認定するという方法を見出すことができるであろう。これらの事件では、*agreement* の要件が明確に打ち出され、その認定のために様々な証拠が採用された。その際重要なことは、ここでは事業者間に意思の疎通を生み出す組織的な基礎（継続的な情報交換活動、定期的な会合など）が存在していたという点である。そして *concerted action* ということは何度か用いられている——内容的にはおそらく事業者らが一致して一定の行動をとるといってよい。⁽³⁵⁾ しかし状況証拠として決定的なのは右に述べた組織的基礎の事実であり、*concerted action* それ自体にはまだそれほど強い証明力が与えられているわけではない。しかしこの傾向は次に検討する諸判例において変化してくる。

(二) 共通の計画に対する意図的な参加からの *agreement* の認定

ここで取り扱う事例は、(一)におけるような意思の疎通を生み出す組織的基礎の代わりに、「共通の計画又は共通の企て (*common plan, common design*)」が存在し、これに各事業者が、他の者もそうするであろうとの期待のもとに一致して参加することをとらえて共謀を認定するという場合である。もっとも判決のなかで常に「共通の計画」ということばが用いられているわけではなく、用語は様々であるが（たとえは *planned common course of action, meeting of minds, unity of purpose, common pattern of action など*）⁽³⁶⁾ いずれも同じような意味内容を持つと思われるのである。とめて「共通の計画」と呼んでおく。そして *concerted action* はこの分野で重要な役割を果たすことになる。

その契機となったのは一九三九年の *Interstate Circuit, Inc. v. U. S.* 事件⁽³⁶⁾ である。この事件は、テキサス州における支配的な映画上映業者が映画製作・配給業者八社にそれぞれ同一内容の書簡を送付し、そのなかで、(i) 八社の映画を自社経営の封切館で上映する場合には上映料金を四〇セントとする代わりに、(ii) 八社が当該封切映画を他の上映業者(二

番館)に配給する際には、上映業者をして二五セントの最低料金および二本立の禁止の条件を守らせること、を要請したことに對し、八社が一致して従ったというものである。この事件では映画配給業者らが事前に接触しあったことを示す直接的証拠は存在しなかったが、裁判所は八社の間に共謀を認めたのである。最高裁はまず、

「通商を制限する違法な agreement の事件においては通常そうであるように、政府は配給業者が二番館以下の上映業者に対し制限を課すことについて相互に agreement を結んだという直接的証拠を利用することができない。政府が agreement を証明するためには、共謀者の行動過程から導き出される推論にたよらざるを得ない。」⁽³⁷⁾

と述べて、状況証拠による立証の必要性を認めた。そのような状況証拠として評価されたのは、一つには、書簡には八社の名前がすべて記載されており、各配給業者は最初から、他の競争者も右の要請を考慮しつつあったことを知っていたということである。さらに彼らは相互に激しい競争関係にあり、単独で行動すれば取引の大部分を失なう恐れがあるのに対し、逆にこの要請に一致して従えば確実に大きな利潤を得ることを認識していた。したがって配給業者の間には concerted action についての強い動機が存在していた。⁽³⁸⁾ このことから最高裁は次のように述べた。

「我々は合意による、行動の一致 (agreed concert of action) ということ以外に、配給業者の行動の異常な同一性についての合理的な説明を見い出すことができない。」⁽³⁹⁾ (傍点筆者)

これに加えて状況証拠として重要視されたのは配給業者らの行動が従来の慣行を大幅に変更する行動であったことである。事業者らが一致してそのような根本的な事業方法の転換を受け入れかつ実行することは、全員がそれに参加する

ことについての何らかの了解なしには考えられず、それが単なる偶然の結果であったということは、「蓋然性の範囲を越えて」、拒否されるとされた。⁽⁴⁰⁾

そして最後に、配給業者らの行動が偶然の一致、言いかえれば自主的な判断にもとづいた行動の結果であることの証明はこれらの事業者の義務であり、本件ではそれがなされていないとされた。⁽⁴¹⁾

このように最高裁は、状況証拠から agreement 又は共謀を認定するという従来のアプローチをとり、下級審の判断に支持を与えたのであった。⁽⁴²⁾そして concerted action もそのような状況証拠の一つとしての役割を果たしていると思われる。

ところが最高裁は本件におけるシャーマン法違反をこれとは別の接近方法によって根拠づけている。このいわゆる「第二の論拠」⁽⁴³⁾は、後で検討する conscious parallelism 理論への道を開いたとも言われている。すなわちそれは最高裁の次のような判示が原因となっている。

「地方裁判所による配給業者の agreement の認定は証拠によって支持される。しかし他方で我々は、本件におけるような状況のもとでは、二番館以下の上映業者に対する制限についての agreement は違法な共謀の必要条件ではなかったと考えている。concerted action が企図されかつ提示されていることを知りながら、配給業者がその企てに支持を手え参加したということでは十分であった。各配給業者は、他の者も参加を求められていることを知っており、また計画が成功するためには協力が必要であることを知っていた。彼らは、計画が実行に移された場合には取引の制限という結果をもたらし、……そしてそれはシャーマン法の意味での不当であることを知りつつ、全員でその計画に参加した。……」

違法な共謀は、それに参加した者の側での同時行動あるいは agreement がなくとも形成されることがあり、また実際にもしばしばそうである。……事前の agreement が存在しなくても、それが実行されれば当然の結果として州際取引の制限となるような計画への参加の要請を、競争者が受け入れたということではシャーマン法上の違法な共謀の認定には十分である。⁽⁴⁴⁾（傍点筆者）

このようにここでは、いかなる状況証拠から agreement あるいは共謀を認定するのかということではなく、当然の結果として競争制限をもたらす concerted action あるいは共通の計画が提示され、各人が他の者も参加するであろうことを知りつつこれに参加することの証明自体から、共謀の成立を認めようとする接近方法がとられている。このことは何を意味するのであろうか。多くの事業者の前に示された競争制限的な一定の行動様式が、各事業者が同様の行動をとるであろうという予測や状況のもとで採用されるというのは、参加事業者の意思決定のプロセスに関連する説明であり、共通の計画や concerted action は、彼らの共通の利益が集約的に表現されたことばとして用いられている。したがってこれは広い意味での意思の合致であり agreement の特殊な形態であるとみなすこともできる。⁽⁴⁵⁾そして、これ自体で十分であるとすることは agreement の立証の要件が緩和されるにとどまらず、内容的にも、換言すれば実体的にも、拡大されていることを意味する。あるいは——右の引用箇所でもそれらしきことが暗示されているが——agreement の要件に代わるものとして、共通の計画への参加が位置づけられているとも考えられる。この点、判示は明瞭ではなくこれが後に conscious parallelism 理論を生む原因となった。ここでは立ち入ることができないが、要するに重要なのは、最高裁のこのような判示によって、concerted action は、そこから事業者の集団的な意思形成を推定することばとして、その主観的な側面において捉えられているということである。すなわち実体法の概念により近づいていると言えるのである。

Interstate Circuit 判決の第二の接近方法はその後のいくつかの判例においても用いられた。代表的なものに American Tobacco Co. v. U. S. (一九四六年)⁽⁴⁶⁾事件がある。この事件では、合計して九〇パーセントの市場占有率を有する三大タバコ会社の行動が長年にわたって一致し、価格の安定、小規模事業者の排除をもたらしたことが共謀によるものとされた。ここで最高裁は、長年の慣行を通じて確立してきた産業内部での友好関係はそれ自体好ましいものではあ

説
論
るが、自然のうちに外部の者には不利益となる政策を生み出す基礎となると述べ、共謀の認定について次のように判示した。

「違法な共謀を構成するためにはいかなる形式的な agreement も必要ではない。……シャーマン法違反となる基本的な結合あるいは共謀は、ことばの交換のなかにも、一連の行動やその他の状況のなかにも見出しうる。……共謀者が一つの目的 (unity of purpose)、共通の企図および了解 (common design and understanding) もしくは違法な行動計画についての意思の連絡 (meeting of minds) (49) を有していることを陪審が認定するのに十分な状況が存在すれば、共謀が立証されたと結論するには十分な理由がある。」

本件では Interstate Circuit 事件のように第三者によって明確な計画が提示されていたわけではない。しかし最高裁は行動計画が具体的に示されていなくても、事業者の慣行化した一連の行動からそのような計画が生まれることを認め(50)た。この点は控訴裁判所判決がより明確にしている。つまり、

「共謀もしくは結合の本質は共通の企図 (common design) であり、それは各事業者が持続的に同じ目的を追求している場合に明らかになる。その際彼らが別々に行動しているのかそれとも一緒に行動しているのか、共通の手段が用いられているのかそれとも異なった手段が用いられているのか、ということは重要ではなく、ただそれが同一の違法な結果をもたらすようなものであれば(51)よい。」

のである。そしてこのような計画に事業者が意図的にしたがっていたことが共謀認定の根拠となった。このようにこの判決でとられた理論は結局、事前の連絡交渉によらなくとも、結果的に同じ競争制限をもたらすような共通の計画が一

致して実行されていれば——その計画がどのようにして成立したのかの立証を要せず——そこから共謀を推定してよいとするものである。そしてこのような接近方法の基礎にある思想は、「シャーマン法の非難しているのは、共謀の形態や用いられた特定の手段ではなく、達成さるべき結果である。」⁽⁵²⁾という最高裁のことばのなかに典型的に集約されているといえよう。⁽⁵³⁾

このような一連の判決では共謀の概念は立証のレベルのみならず、実体的にも拡大されてきたといえよう。すなわち一方では、情報交換活動のような意思の連絡を生み出す明白な組織的、人為的基礎が欠けている場合でも、共通の計画への意図的な参加——しかもこの共通の計画はある産業で慣行化された行動様式からも成立しうる——という事実が証明されれば十分であることによって、より広範な状況証拠による共謀の立証を可能にしたのである。しかし右のような立証要件の緩和は同時に、共謀の意味内容を実体的に拡大するという結果をもたらしていることも否定できない。そして concerted action——事業者が共通の計画への参加が求められていることを相互に知りながら一致して従う行動——とはこの場合、実質的に共謀の特殊形態、いいかえれば共謀の上位概念としての役割を果たしているとなすことができる。しかし、注意を要することは、これらの判決では、立証要件が大幅に拡大されたことは認めることはできるが、concerted action それ自体が共謀を構成するとの理論が示されているわけではないことである。

しかしながら Interstate Circuit——American Tobacco 判決の——た接近方法はさらにその後の一連の判決でも採用され、その結果さらに一歩進んだ議論を生み出すに至る。それが次に検討する conscious parallelism 理論である。

(三) conscious parallelism 理論

Interstate Circuit 判決の第二の論拠——American Tobacco 判決の線に沿った判例はその後いくつかの下級審判

決にみられたが、さらに連邦最高裁は一九四八年「Federal Trade Commission v. Cement Institute 事件」⁽⁵⁵⁾において再度同じ考え方を示した。これは Cement Institute の構成員事業者が一致してセメント販売に関して複式基地価格制度を採用し価格競争の回避を図ったことが FTC 法五条違反に問われた事件である。本件では複式基地価格制度を集团的に採用する（＝concerted action）ための様々な手段（ボイコット、非協力的な使用人の解雇、新しいセメント工場建設の集团的阻止、非協力的な事業者の活動地域におけるダンピング等々）が示されているが、最高裁は傍論としてシャーマン法違反の可能性に關し次のように述べた。

「concerted action が企図され、かつ提示されていることを知りながらそれに支持を与え、さらにそれに参加する、という証拠が存在すれば、シャーマン法の意味での『結合』の認定を正当化するには十分である」⁽⁵⁶⁾。

以上の判例理論はさらに一九四八年 FTC をして、ある FTC 法違反事件の解説のなかで、次のような見解をとらせるに至った。すなわち FTC は、スタッフに宛てた告示において、事業者が一致して基地価格制度を採用しているという事実を（FTC 法違反としてとらえるほかに）、

「多数の事業者が、彼ら全員が同じように行動することを知りつつ、かつそれを期待しながら、同調的行動様式（parallel course of action）にしたがつているような場合には、實際上 agreement を形成しているという原則にもとづいて、価格に関する共謀として、構成することもできたであろう。（しかし当委員会としてはそのような構成はしないで）認識ある同調（conscious parallel action）を通じて得られる同一価格の経済効果は、明白な共同（collusion）により得られた類似価格のそれと同じであるという明白な事実を（FTC 法違反の）根拠とすることの方を選ぶ。」⁽⁵⁷⁾（傍点筆者）

と述べた。この傾向はさらにすすみ、一九五〇年の *Milgram v. Loew's, Inc.* 事件地裁判決⁽⁵⁸⁾では認識ある同調（共同の認識と行動の一致）の立証自体で共謀の立証が終了することを明確に認めた。本件は映画の配給業者らが一致して、あるドライブイン上映業者による封切館上映の申込みを拒否した事件であるが、配給業者らの間には直接の連絡の事実が存在しなかったものの、共謀の事実を認めた。その根拠として地裁は、

「その実際効果からみると、認識ある同調（conscious parallelism）が、従来のいくつかの判決が強調してきた意思の連絡（meeting of minds）の観念にとつて代わった。行動の一致（concert of action）が存在すれば、それ以上に被告の間に現実の agreement が存在することの立証は必要でなく、次に裁判所がすべきことは、本件事案におけるすべての証拠を評価し、違法な共謀の認定が正当化されるか否かを決定することである。」⁽⁵⁹⁾

との理論を示している。高裁判決はこれに対し、「単なる認識ある同調は、常にそれ自体で裁判所がそこから concerted action を推認するのに十分な証拠であるというわけではなく」、本件では、配給業者らの行動が自益との明白な背反である（拒絶された上映業者は他の封切館よりも高いフィルム賃借料を提示していた）ことも考慮しなければならいことを指摘している。⁽⁶⁰⁾ もっとも右の原則に立っているとはいえ、高裁は、大手の配給業者らが以前から興行段階での自己の利益を守るためにドライブイン劇場に二番館以上の地位を与えないという政策を一致して全国的に遂行してきたことが本件行動の背景になっている点を強調し、また認識ある同調が証明された以上、それが共謀にもとづくものでないとの立証は配給業者側が負うべきことも明らかにしている。したがって高裁判決も、今まで検討してきたような一定の行動様式を意識的に採用することから共謀を認定するというアプローチをとった判例の一つに数えることができる。⁽⁶¹⁾

やがてこれら一連の判決で示された理論は一つの評価を生み出すことになる。すなわち、これらの判決において裁判

所が述べていることは実際には共謀の認定のために共謀（明示のものであれ黙示のものであれ）の立証は不要である、いいかえればそこでは conscious parallelism が独立の違法行為として取り扱われるに至ったということである。これは認識ある同調を、共謀認定の状況証拠というにとどまらず、実体的な違法要件にまで高めることであり、手段ではなく結果を違法視する立場を意味する。⁽⁶²⁾ これがいわゆる conscious parallelism（認識ある同調、あるいは意識的平行行動）の理論と呼ばれるものである。

一連の判決がこのような conscious parallelism 理論を許すのか、それともそれはあくまで裁判所が現実の共謀認定に際して採用した一連の状況証拠にすぎず、その証明力は個々の具体的状況によって異なるとみるべきなのか、これが一つの論争となった。これは結局一九五四年の Theatre Enterprise Inc. v. Paramount Film Distributing Corp. 事件⁽⁶³⁾ 最高裁判決により明確な判断が下され、後者の立場が支持された。この事件は映画の上映業者が多くの配給業者から、(i) 封切映画の上映地域をボルチモア市内に限定され、さらに (ii) 郊外のドライブイン劇場については——当該上映業者は封切映画を上映するに十分な設備を有しているにもかかわらず——一致して封切映画の上映を拒否され、二番館の地位しか得られなかったことが、配給業者らの共謀にもとづくものとして損害賠償を求めた民事事件である。上告人の上映業者は、各配給業者が同一の政策を採用していることを、また共通の政策は一致した行動がなければ実現されえないことを、相互に認めつつ行動した（認識ある同調）ことが証明されている以上、シャーマン法違反は成立していると主張したことに對し、最高裁は、

「基本的かつ中心的な問題は、被上告人らの上告人に対する行動が独立の決定から生まれたものか、それとも明示であれ暗黙のかたちであれ、agreement にもとづいたものであるのかということである。たしかに事業行動は事実認定をする者が agreement を推

定する際の基礎となる許容されうる状況証拠である。……しかし当裁判所はいまだかつて同調的事業行動 (parallel business behavior) という証拠により終局的に agreement が立証されることは、いいかえれば、かかる行動それ自体がシャーマン法違反を構成するとは述べたことがない。意識した同調的事業行動 (consciously parallel business behavior) という状況証拠は、たしかに共謀についての裁判所の伝統的態度に対し重大な侵略を行なったかもしれない。しかしいまだ認識ある同調 (conscious parallelism) により共謀がシャーマン法から完全に追放されたわけではない。」⁽⁶⁴⁾

と述べてこれを斥けた。この判決により、理論的には、事業者の認識ある同調 || conscious parallelism の存在それ自体で共謀が成立するという考え方は否定され、認識ある同調はあくまで共謀の要件である agreement を立証する際の状況証拠の一つとして個々の具体的事案のなかで、さらに他の状況に照らして評価されるべきものとなったのである。⁽⁶⁵⁾

(四) concerted action の意義

明確な結論を得ることは困難であるが、(一)―(三)の検討を通じて確認できることは、証拠法上の概念である concerted action は判例の展開とともに徐々にその役割を変化させているということであろう。すなわち(一)の情報交換活動に関する判例では concerted action はその外形的な、いわば客観的な側面が強く出ており、情報交換や会合の事実とともに共謀認定の単なる状況証拠の一つとして取り扱われているように思える。ところが、(二)、(三)で取りあげた一連の判決においては concerted action の意義が相対的に高まっていることが明らかである。とくに、(当然の結果として競争制限をもたらすような) 共通の計画に意識的に参加すること (|| concerted action) を通じて事業者間に集団的な意思が形成される点が注目され、これがさらに共謀の主観的要件である agreement につながるものとして取り扱われている。そして、場合によっては concerted action の状況証拠としての証明力が高く評価され、事前の連絡交渉がなくても、

そこから共謀の認定がなされることがある。したがってすでに指摘したようにここでは、実質的には concerted action は共謀の特殊な形態として、いいかえればその上位概念として働いているということができよう。すなわち実体法上の概念により、近づいているのである。

このように concerted action は定まった使われ方をしてはおらず、それを定義づけることは困難である。ただ忘れてはならないことは、シャーマン法の共謀概念の拡大は、アメリカにおける産業構造の変化、集中化に対処すべく台頭してきた反トラスト政策強化の要請に呼応するものであったということである。⁽⁶⁵⁾すでに指摘されているとおり、そこには agreement を理論上は要件としながらも、「実質的には集合的独占行為」を共謀の実質的判断基準とすることによって寡占市場の弊害に対処しようとした実務の努力が認められるのであり、⁽⁶⁷⁾ concerted action はまさにそのための道具概念として機能してきたといつてよい。後にヨーロッパにおいて相互協調的行動を違法行為の一つとしてとり入れることになったのは、おそらくこの経緯について立法者が認識したうえでのことであつたと考えるべきであろう。⁽⁶⁸⁾この点を確認しておくことは本稿の課題の追求にとって極めて重要なことである。

- (1) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. Juni 1973, BT-Drucksache 7/765 (zu Drucks. 7/696). 但し WzW 1973, S. 581 ff. 掲載のものを用いた。
- (2) 二五条一項をこの解説。WzW 1973, S. 591.
- (3) Krawietz, Robert, *Das Monopolverbot im Schumanplan*, Tübingen, 1952.
- (4) Ebenda, S. 14/15. そのほかヨーロッパ経済共同体設立条約成立時の解説でも同様の指摘がみられる (Günther, Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WzW 1957, S. 278)。
- (5) 日本の研究として主として参考にしたのは、実方謙二『寡占体制と独禁法』(昭五八)第三章、松下満雄『アメリカ独占禁止

法』(昭五七)第三章・厚谷寛見「情報交換活動と独占禁止法」『公法と経済法の諸問題』(今村成和教授退官記念) 1131頁である。ドイツ人の研究としては、Gabriel, Siegfried, „Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ unter wettbewerbspolitischem Aspekt, *WuW* 1961, S.802; Henrichs, Helmut, Die „conscious parallelism“—Doktrin des US-Antitrustrechts und der Begriff „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ in Art. 85 EWG-Vertrag, *WuW* 1965, S.97; Axter, Oliver, Das Verbot des „aufeinander abgestimmten Verhaltens“ in § 25 Abs. 1 der Zweiten Novelle des GWB, *WuW* 1973, S.605; Kolonko, E., *Das Verbot wettbewerbsbeschränkender aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen in Art. 85 EWGV*, Diss., Marburg, 1971; Diekmann, Elke, *Abgestimmte Verhaltensweisen und Conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht*, Diss., Göttingen, 1971; Lübbert, Hans-Dieter, *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Heidelberg, 1975 が挙げられる。これらの論文はいずれもアンスト法の影響があつたとの想定のもとに比較法的研究に従事する。Diekmann と Kolonko のものをよくに参考にした。

(6) concerted action は文字とおり「協調的(協調された)行動」と訳すこともできよう。しかし一般には「共同行為」という訳語が用いられているようである(たとえば前掲、実方および松ノ論文参照)。ただし本稿では、説明の必要上原語を用いることにする。

(7) Developments in the Law: Criminal Conspiracy, 72 *H. L. R.* 920 (1959); Henrichs, a. a. O. を参考にした。

(8) 72 *H. L. R.* 920, 925—935.

(9) 72 *H. L. R.* 920, 935—940.

(10) 72 *H. L. R.* 920, 945—949.

(11) 「合意」「協定」などの訳が考えられるがここでも説明の便宜上原語のままとする。

(12) 72 *H. L. R.* 920, 1000.

(13) 実方『前掲書』一八四頁以下、Henrichs, a. a. O., S.99—103; Diekmann, a. a. O., S.25.

(14) 実方『前掲書』一八四頁。

(15) 234 *U. S.* 600 (1914).

(16) 234 *U. S.* 600, 608—609.

- (17) 234 U. S. 600, 612.
- (18) 234 U. S. 600, 612.
- (19) 257 U. S. 377 (1921), 厚谷・前掲論文133頁。
- (20) 257 U. S. 377, 409.
- (21) 257 U. S. 377, 410—411.
- (22) 257 U. S. 377, 411—412.
- (23) 262 U. S. 371 (1923), 厚谷・前掲論文140頁。
- (24) 262 U. S. 371, 389.
- (25) 262 U. S. 371, 389.
- (26) 262 U. S. 371, 390.
- (27) 詳細は、東方『前掲書』192頁以下。
- (28) 268 U. S. 563 (1925).
- (29) 268 U. S. 588 (1925).
- (30) 268 U. S. 563, 578.
- (31) 268 U. S. 563, 582—583.
- (32) 268 U. S. 563, 585.
- (33) 268 U. S. 563, 585.
- (34) 268 U. S. 588, 606. それ以後の判例としては Sugar Institute, Inc. v. U. S., 297 U. S. 553 (1936) — 一部減法, U. S. v. Container Corporation of America, 393 U. S. 333 (1969) — 減法, 争がある。詳細は東方『前掲書』199頁、厚谷・前掲論文141頁以下参照。
- (35) Henrichs, a. a. O., S.98; Diekmann, a. a. O., S.55.
- (36) 306 U. S. 208 (1939).
- (37) 306 U. S. 208, 221.

- (38) 306 U. S. 208, 222.
- (39) 306 U. S. 208, 223.
- (40) 306 U. S. 208, 223.
- (41) 306 U. S. 208, 225—226.
- (42) Conant, Michael, *Consciously Parallel Action in Restraint of Trade*, 38 *Minn. L. Rev.* 797, 801; Sorkin, Bernard, *Conscious Parallelism*, 2 *Antitrust Bulletin* 281, 287, 実方『前掲書』二二二頁。
- (43) Conant, op. cit., p. 802.
- (44) 306 U. S. 208, 226.
- (45) Diekmann, a. a. O., S. 70—72, 実方『前掲書』二二五頁。
- (46) 328 U. S. 781 (1946). なお本件よりも前にたとえ U. S. v. Masonite Corp., 316 U. S. 265 (1942) 事件でも同じ接近方法が採用されている。これは特許ハードボードのメーカーとその競争者との間で結ばれた同一内容のハードボードの販売に関する代理店契約(当該商品の価格条項が含まれていた)を通じてシャーマン法上違法な共謀が成立するとされた例である。代理店契約はそれぞれ別個に締結されたが、それらは包括的な協定の一部であり、各代理店は契約が継続するに伴いその内容や範囲を知ることになったとして、違法な共謀の認定には十分であるとされた。詳細については稗貫俊文「価格拘束特許実施諸契約と反トラスト法」北大法学論集二七卷一号七七頁以下。
- (47) たとえば、(i) タバコの葉の入札 (auction) には三社同時でなければ参加せず、(ii) 三社は入札を開始する前に売り手に上限購入価格を提示したが、これが各等級のタバコ葉について一致するような方策がとられた、(iii) 中小メーカーが低価格タバコの製造を開始した時、各社は一斉にその原材料である安いタバコ葉(三社には不要なものであったにもかかわらず)を買い占めた。実方『前掲書』二二九頁以下。
- (48) 328 U. S. 781, 793.
- (49) 328 U. S. 781, 809.
- (50) 実方『前掲書』二二三頁。
- (51) 147 F. 2nd 93, 107.

- (52) 328 U. S. 781, 809.
- (53) 美方『前掲書』一一四頁。
- (54) Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 150 F. 2nd 877 (7th Cir., 1945); William Goldman Theatres, Inc. v. Loews, Inc., 150 F. 2nd 738 (3d Cir., 1945); Ball v. Paramount Pictures, Inc., 169 F. 2nd 317 (3d Cir., 1947) など。詳細は必ずしも美方『前掲書』一一五—一二八頁 Conant, op. cit., pp. 804—808 参照。
- (55) 333 U. S. 683 (1948).
- (56) 333 U. S. 683, 716 note 17.
- (57) Federal Trade Commission, Notice to the Staff: In Re: Commission Policy Toward Geographical Pricing Practices (Oct. 12, 1948); cited in Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 1955, p. 38; Rahl, James, Conspiracy and the Anti-Trust Laws, 44 *Ill. L. R.* 743, 761 note 66.
- (58) Milgram v. Loew's, Inc., 94 F. Supp. 416, 419 (E. D. Pa. 1950).
- (59) 94 F. Supp. 416, 419.
- (60) 192 F. 2nd 579, 583 (3d Cir., 1951).
- (61) 美方『前掲書』一一八頁 Conant, op. cit., p. 806.
- (62) 美方『前掲書』一二〇頁 Conant, op. cit., p. 806; Diekmann, a. a. O., S. 80.
- (63) 346 U. S. 537 (1954).
- (64) 346 U. S. 537, 540—541.
- (65) Sorkin, op. cit., p. 300; Givens, Richard, Parallel Business Conduct under the Sherman Act, 5 *Antitrust Bulletin* 270, 270—280.
- (66) たゞ Rostow, E. V., The New Sherman Act: A Positive Instrument of Progress, 14 *Univ. of Chicago L. R.* 567 参照。彼は American Tobacco 事件の判例理論は法理論と経済の現実とを調和せよ、ハートン氏は社会コネローラの通説と見做るものであるという位置づけをしている。
- (67) 美方『前掲書』一二四頁以下。

(89) Kolonko, a. a. O., S. 72. 彼はアメリカの判例理論が、シャーマン法を経済の現実に対応させるべく、規制対象を明確な合意にもとづいた共謀から、徐々によりゆるやかな形態のものに拡大してきた点に注目し、この実践的経験こそが EEC 競争法の相互協調的行動の解釈・理解にとって価値があるとみなしている。逆に Heinrichs, a. a. O. (注 (5)) は、共謀は本来的にアメリカの制度であり、そこでは問題はすべて立証のレヴェルに転嫁することを理由に、アメリカの経験は相互協調的行動の実体的理解には役立たないとしている。なお大村須賀男「協調的行動について」(「民商法雑誌」七二巻五号一五頁)は、アメリカ法の concerted action のヨーロッパ法への移植の背景にはヨーロッパにおける寡占体制の確立があったと言う。ついでに言うところ Gabriel, a. a. O., S. 810 (注 (5)) は、石炭鉄鋼共同体設立条約制定当時の一九五一年、ヨーロッパ人が本文で検討したような反トラスト法の判例理論を知っている筈がなく、相互協調的行動の禁止の導入は本文で述べたほど自覚的なものではなかったとしている。

二 EEC 競争法

ヨーロッパ経済共同体 (EEC) 設立条約八五条一項の条文は次のとおりである。

「加盟国内の通商を妨害するおそれがあり、かつ共同市場内の競争を妨害 (prevention, Verhinderung)」、制限 (restriction, Einschränkung)」、歪曲 (distortion, Verfälschung) する目的を有し、又はかかる効果をもたらす、事業者の協定 (agreements, Vereinbarungen)」、事業者団体の決議 (decisions, Beschlüsse) および相互協調的行動 (concerted practices, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) はすべて共同市場と相容れないものであり禁止される。」

要件について簡単に説明しておく。協定、決議、相互協調的行動が禁止されるのは、それらが、(i) 加盟国間の通商を妨げるおそれがあり、かつ、(ii) 共同市場内の競争を妨害、制限、歪曲する目的を有しているか、あるいはかかる効果をもたらす場合でなければならない。

実質的要件として重要なものは (ii) の方である。EEC 競争法の課題は共同市場における競争を制限や妨害から保護する

ことであり、加盟国間の通商への影響はこの競争制限が原因となっていないと考えられているためである。⁽¹⁾したがって、条文の体裁上は後に置かれているが、通常はこの要件が先に判断される。競争の「妨害、制限、歪曲」の区別はそれほど明確になされているわけではないが、一般には「歪曲」が上位概念として前二者を当然に含むとされている。⁽²⁾ただしここではとくに断らない限り「競争制限」という慣用化されたことばですべてを代表させることにする。このような競争制限は協定、決議、相互協調的行動（以下協定等）によって目的とされるか、又はそうでなくともかかる効果もたらされるものであればよい。⁽³⁾目的であるか否かの判断にあたっては、協定等の内容やそれが実行される場合の付随的経済状況が考慮されることになる。競争制限的目的が協定等で明白に示されている必要はない。効果が問題となる場合には協定等との間に一定の因果関係が要求される。

次に(i)の加盟国間の通商に影響を与えるおそれは、E E Cの基本理念からくる要件である。すなわちE E Cは加盟国間での自由な通商を確立することを目的としているため、競争制限といえどもそれが加盟国間の通商に影響を与えるものでないかぎりE E C競争法の適用はなされず各国内法の問題にとどまることをこの要件は示しているのである。もっとも現在はいかに広く理解されており、不利益をもたらすというマイナスの意味である必要はなく、協定等により加盟国間の取引が（当該協定等がなければ生じていたと考えられる状況とは）異なった状況のもとで展開するであろうというだけで十分であるとされている。⁽⁴⁾またこの影響は文言にもあるとおり、可能性（may, geëigend）で足りる。

以上の実質的要件の判断についてはE E C競争法では早くからde minimis non curat lexのルールが確立している。すなわち一九七〇年のE C委員会告示⁽⁵⁾（一九七七年二月改正）によれば、(i)協定の対象となっている商品、および参加事業者の他の商品であって性質、価格、用途の点で消費者によりこれと同種のものともみなされている商品、の全市場に占める割合が共同市場の主要な領域において五パーセントを越えない場合、および、(ii)協定に参加している事業者の

年間の総売上高が五〇〇〇万計算単位を越えない場合、には加盟国間の通商に及ぼす影響ならびに競争制限は、「無視できる (negligible)」あるいは「重要でない (not appreciable)」とみなされ八五条一項の適用をうけないとされている。

違法要件の説明はこの程度にして次に相互協定の行動の禁止の検討に入る。八五条一項で禁止される行為類型には相互協定の行動のほかに協定・決議があるが、これらは完全に別個の概念として相互に排斥しあうようなものではない。但し協定・決議と相互協定の行動との間には一応の大まかな区別がなされる。前二者は参加事業者の行動を拘束する意思を伴っていること(たとえば明確な合意や決定などの存在)が必要であるのに対し、相互協定の行動は、それ以外のより、ゆるやかな事業者間の共同 (Zusammenwirken) を含むとされている。⁽⁶⁾そこで問題となるのは相互協定の行動の禁止の射程距離がどこまでのびるのか、そのための要件あるいはメルクマールをどこに見い出すかということであった。協定の行動禁止違反が実際に問題となったのはすでに触れた一九七二年の国際染料カルテル事件および三年後の国際砂糖カルテル事件である。この二つの事件により協定の行動に関するEC委員会および裁判所の見解がはじめて明らかにされたのであり、ここではその分析、検討が主要課題であるが、この点に関しては学説の状況も重要であると思われるので、国際染料カルテル事件判決が出された一九七二年までを中心に西ドイツにおける学説を簡単に整理しておくことにしたい。

(一) 学説の状況

相互協定の行動の定義は論者によりそれぞれ異なるが、たとえば、(i)「複数の事業者による意図的な共同 (vorsätzliches Zusammenwirken)」⁽⁷⁾、(ii)「複数の事業者が意識的に (bewußt und gewollt) 共通の計画に従って行動すること」⁽⁸⁾、あるいは(iii)「競争と結びついた危険を減少させ事業者の行動領域を人為的に拡大すること」⁽⁹⁾などと説明されている。そ

して重要なことは、そのような共同や共通の計画に従った行動のなかに、参加事業者間の主観的な関係として、「意思の一致 (Willensübereinstimmung)⁽¹¹⁾」あるいは「拘束力のない合意 (Absprache)⁽¹²⁾」の存在が要求されていることとである。また(四)の構成をとる場合にも競争の危険の減少は「事前の了解」にもとづいていなければならないとされる。⁽¹²⁾すでに述べたように、この「意思の一致」、「合意」等にはその遵守を担保するような拘束力は必要ではない。ここに、八五条一項の同じ違法行為類型である協定・決議との相違がある。この点についても学説はほぼ一致している(なお第二章第二節三参照)。また右のような主観的要件は他方で、単に外形上一致した行動やいわゆる認識ある同調 (conscious parallelism) と相互協調的行動とを区別するメルクマールでもあると考えられていた。このようにして、相互協調的行動 (aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) の主観的な要素である「(相互) 協調 (Abstimmung, concert)」とは一般に、他の事業者の行動に対する追従ということを超えて、「意思の一致」、「拘束力のない合意」、「了解」と理解されていたのである。しかし問題は、そのような意思の一致なり合意なりが、いかなる場合に認められるのかということであるが、この点についてはそれぞれの見解には開きがあるように思える。詳細には立ち入れないが、意思の一致の成立の態様を特に問わず第三者の勧奨を契機としても成立しうることを認める立場から、事業者の事前の接触を必要とする立場⁽¹⁴⁾、合意を生み出す組織又は少なくとも事業者間の交渉の事実を要求し暗黙の共謀理論を認めない立場⁽¹⁵⁾まで、様々である。ただ程度の差はあれ、状況証拠による立証を認める点では各見解は共通しているといつてよい。このように、共通の計画の意図的な追求のなかに協調的行動を求めるところは反トラスト法判例理論の影響のあとを見ることができよう。実際にもここで取り上げた文献では多くのものが反トラスト法の研究成果に依拠して議論を展開している。そこで協調的行動の禁止が具体的に適用された二つの EC 裁判所判決を次に検討してみよう。

(二) EC裁判所判決

ECの競争政策が本格的に活動を始めるにはしばらく時間を必要とした。一九六二年には理事会規則一七号⁽¹⁶⁾(八五条、八六条運用のための具体的基準を定めている)が公布され、その体制は一応整ったものの、その後も様々な障害(委員会の人員の不足、煩瑣な手続、政治的理由など)が委員会の活動をさまたげた。しかも八五条に関しては委員会の活動は主として垂直的協定(とくに一手販売契約、専売制、特許ライセンス契約)に関するものが中心であった。やがてカルテルに関する実務も増加してくるが、ほとんどが明確な協定(あるいは紳士協定)が存在している場合であったため相互協調的行動が直接問題となった事件は非常に少ない。しかし次にとり上げる二つの相互協調的行動に関するEC裁判所判決はECのカルテル規制において重要な地位を占めている。なおこのほかに垂直的なレヴェルでの相互協調的行動に関する事例が若干存在するが、テーマとの関係上ここでは検討の対象には加えない。

① 国際染料カルテル事件⁽¹⁸⁾(一九七二年)

《事実》 対象となったのは共同市場内および域外の染料メーカー一〇社による一致した価格引き上げ行動である。一〇社は共同市場において八〇パーセントの市場占有率を占めていた。値上げは一九六四、一九六五、一九六七年の三回にわたって行なわれた。そのなかで一九六七年の値上げが西ドイツにおいてもカルテル法違反として裁判所で争われたことはすでに述べたとおりである(第三章第三節二参照)。

(i) 一九六四年の値上げはイタリア、オランダ、ベルギーの各市場において行なわれた。この場合には各市場においてまず一社が値上げを発表した後に実施したのに続いて、各社が数日おくれてこれに追隨した。値上げ品目(ほとんどのアニリン染料)および値上げ幅(一律一五パーセント)はほぼ同じであった。

(ii) ついで一九六五年の値上げでは、値上げの発表日と実施日との間にずれがあった。しかし値上げの発表日が各社の間で異なっていただけで実施日はすべて同じであった。市場については、今回は一九六四年の値上げにおいて実施された市場にさらに西ドイツ

市場が加わっている。値上げの対象は前回の値上げの際に除外された品目および顔料であり、値上げ幅は一〇パーセントであった。なお前回値上げがなされなかった西ドイツ市場では、同時に該当品目について前回と同じ一五パーセントの値上げがなされた。

(iii) 一〇社は、ロンドンおよびバーゼルにおいて何度も会合を開き情報交換を行っていた。とくに一九六七年八月一八日バーゼルで開催された会議において染料価格について検討がなされたが、その席上スイスのメーカーが値上げの意図を表明し、同年一月一六日に八パーセントの値上げを計画していることを明らかにした。これに応じて他の二社も同じ意見を述べた。そしてその後、すべてのメーカーが、すべての染料品目について、西ドイツ、オランダ、ベルギー、ルクセンブルグ市場において八パーセント、フランス市場において一二パーセントの値上げを実施した（イタリア市場は除外された）。

染料の需要者からの申し立てにもついでEC委員会は手続を開始し、その結果一〇社の行動が八五条一項の相互協動的行動に該当するとして一九六九年過料決定を下した。⁽¹⁹⁾ メーカーらはこれを不服としてEC裁判所に提訴した。

委員会決定はメーカーらの協動的行動の認定に際しいくつかの状況証拠に依拠している。それらは、(i) 値上げ率、対象となる染料品目および値上げの実施日が同一あるいはほぼ近似していたこと、(ii) メーカーらが自己の子会社や代理店に値上げを伝達するための文書の内容が酷似していたこと（とくに一九六四年の値上げについて）、(iii) メーカーらが何度も会合を開き情報交換を行っていたこと、であった。委員会はこれらの状況証拠から、一連の値上げは染料市場の構造によっては説明が不可能であり、少なくとも相互協動的行動によりもたらされたものであることは疑いなく、したがって、それらが協定（Vereinbarungen）の結果であるか否かについては判断する必要はないとした。しかし委員会には相互協動的行動の禁止の意義や内容については十分明らかにしていない。

EC裁判所での審理は、西ドイツで同じ行動が法の適用を免れたこともあって、ヨーロッパ各国で注目を集めたが、委員会決定が支持され、一〇社の行動は八五条一項違反との判断が下された。この判決では同項の相互協動的行動の内容や問題に裁判所が初めて取り組んでおり、将来のEC競争政策にも影響を与えるものとして重要な価値を有してい

る。もっとも判旨は必ずしも明確ではなく、いくつかの問題を将来に残している。

判決はまず八五条一項の相互協調的行動の禁止の内容および意義について次のように述べた。

「八五条一項のなかに協定、決議とならんで相互協調的行動を規定しているのは、このような禁止規定を入れることによって、固有の意味での契約の締結にまでは至っていないが、競争の危険に代えて、実際に、事実上の共同(Zusammenarbeit, cooperation)を意識的に(bewußt, consciously)生み出そうとする事業者間の一種の調整(行為)(Koordination, coordination)を捉えるためである。それゆえ相互協調的行動は、その性格上、協定のすべての要素を含むとは限らず、とりわけ参加事業者の行動にあらわれる調整からも生じうるのである。もちろん平行行動(Parallelverhalten, parallelism in conduct)それ自体ではまだ相互協調的行動と同一視することはできないが、もしそれが、当該商品の性質、参加事業者の規模および数、関連市場の範囲を考慮したうえで、通常の市場状況とは合致しない競争条件をもたらし場合には相互協調的行動の決定的な徴候となる。通常の市場状況とは合わない競争条件がもたらされるのは、平行行動が、参加事業者をして、競争が存在すれば生じたであろう水準とは異なった水準の価格均衡を達成することを、さらに市場における地位を強化し、共同市場における現実により自由な取引の流れおよび消費者の選択の自由を阻害することを、可能ならしめる場合である。」(傍点筆者)

この判示を要約すれば、相互協調的行動とはおそらく、「競争にともなう危険を減少させるような事業者間の意識的な共同」と理解されているといえよう。裁判所は先にみた学説の成果をここである程度取り入れていることがわかるが、さらに一歩進んで「意思の一致」や「合意」という主観的な要件を立てるまでには至っていない。しかしそれが全く無視されているとは考えられない。なぜなら裁判所も明白に認めているように、単に行動が外形上一致していることのみをもって違法となるわけではなく、「意識的な共同なのであるから、一定の共通した目的なり計画に事業者らが、他の事業者も同じ行動をとることを知りかつそれを期待しながら従うという関係が必要であると考えられるからである」(21)。

点については Advocate General (法務官) は「共に行動しようとする当事者の意図 II 共通の意図 (common intent)」が必要であると陳述している。⁽²²⁾したがって、裁判所は明確には述べてはいないが、おそらくこのような何らかの主観的要素(それを何と呼ぶかは別として)⁽²³⁾が相互協調的行動の前提とされていると考えてよいであろう。ただ見逃してならないのは、裁判所が相互協調的行動の違法性の根拠を「競争のもつ危険を減少させる」点に求めていることである。したがって、理論的に考えれば、この解釈により、市場に与える競争制限的效果が生まれていなくとも、あるいはその可能性が認められるに至っていない⁽²⁴⁾とも、それ以前の事業者間の行動の調整の段階で、それ自体をとらえて規制の対象とすることも可能になる。とくに明確な競争制限的合意の立証の困難な寡占市場における企業の行動を広く規制する道を開くものといえる。ともあれ、裁判所は一方で主観的要素を考慮しているようにみえながら、他方で、平行行動が取引の自由な流れを妨げる市場支配力の強化をともなう場合には相互協調的行動の決定的な徴候であるとも断言しており、これをみると、手段よりも競争制限という結果を、すなわちたとえは conscious parallelism のようなもので、禁止の対象と考えているかの如き印象を受ける。⁽²⁵⁾

そこで次に裁判所はいかなる証拠から右のような共同を認定したかが重要となるが、この認定の問題については、

「(メーカーらの行動が違法か否かは、筆者)染料市場の特殊性を考慮に入れながら、委員会の決定に示された諸状況を、個別的不是ではなく、全体として評価することによってはじめて正しく答えることができる。」(傍点筆者)⁽²⁶⁾

としたうえで、まずヨーロッパの染料市場の特徴について述べる。それによると次のことが指摘されている。(i)染料市場は一般に大規模のメーカー一〇社により構成されその市場占拠率は八〇パーセントである、(ii)染料メーカーは、特殊

製品もふくめて多種多様な品目を生産し、そのコスト状況は各社とも異なっている。個々のメーカーが競争者のコストについて知ることは困難である、(ii)染料価格は染料を使用した消費者向けの最終製品の価格にはそれほど影響を与えないために染料の需要弾力性が比較的小さく、また染料に対する全般的な需要は徐々に増大していることから、値上げへのインセンティブが生じている、(iv)ヨーロッパの染料市場はそれぞれ異なった価格水準および異なった構造をもつ五つの国内市場に分断されており(消費者に対しその場で技術上のアドヴァイスや直接の配達を保証する必要性から生じたものとされている)、したがって顧客も各市場に分離されているため、このことが事実上、メーカーらが共同市場の全域にわたって競争することを妨げている。⁽²⁷⁾そしてこのような市場の特徴を背景として、メーカーらの三回の値上げ行動は次のように評価された。

「これらの三回にわたる連続した価格引き上げは、全体として眺めれば、当該事業者の間で一貫した流れをもった (fortschreitend, progressive) 共同であったことを示している。(値上げの公表と実施が同時に行なわれた) 一九六四年の経験から学んだ後、一九六五年と一九六七年の値上げは異なったパターンに従っている。つまり、インシアティブをとる事業者がまず値上げ実施の前に、その意図を表明している。このことは、その事業者に、いくつかの市場における相互の反応を観察し、それに応じて行動する機会を与えた。このような事前の公表を通じて、事業者らは彼らの将来の行動に関する不確実性を、したがって、いずれかの市場で自己の行動を自主的に変更する場合にともなう通常の危険を、減少させたのである。」⁽²⁸⁾

「各メーカーが自分の望むとおりに価格を変更すること、またその際競争者の予想されうる行動を考慮することは自由である。しかし、いかなる方法であれ、価格引き上げについての調整された行動 (koordiniertes Vorgehen, coordinated line of action) を確保し、値上げ率、対象、時期、場所等の重要な要素についての相互の行動に関する不確実性をまず減少させることによって値上げを実効あらしめるために、メーカーらが他の競争者と共同することは、条約の競争規定に反する。このような状況のもとでは、さらに染料市場の特殊性を考慮すれば、原告らが他の事業者とともに行なった行為は、競争の危険を、および歩調を合わせて行動し

ない競争者の反応についての不確実性を減少させ、かかる危険に代えて、共同をもたらし、意図のもとになされたというべきであり、それゆえ八五条一項により禁止される相互協調的行動に該当する。」(傍点筆者)⁽²⁹⁾

この裁判所の法的構成および認定方法にはいくつかの不明確な点があり、批判を浴びている。裁判所の判断をもう一度ここで整理すれば、染料メーカーがそのつど事前に値上げを公表し、競争者の将来の行動の不確実性を排除することによって値上げを実行してきたことが、「調整された行動」、あるいは Advocate General のことばを借りれば、「染料メーカーらが完全に認識して参画した全般的戦略」⁽³⁰⁾とされたのである。裁判所はおそらく、事前の公表が——学習によりある程度定着化すれば——反トラスト法でいういわゆる facilitating device の機能を果たすと考えたのであろう。そしてそこから、メーカーらの「同一方向の意思」⁽³¹⁾(*gleichgerichtete Absicht, same intention*)」⁽³²⁾あるいは Advocate General によれば「いくつかの意思の集合 (convergence of several intent)」⁽³³⁾を見出し、同裁判所が最初に示した定義でいうところの「意識的な共同」を認定したと思われる。このような構成をすることによって、裁判所は、染料メーカーらの値上げが単なるプライスリーダーシップを越えた行動であったことを明らかにしようとしたのである。しかしこの構成の問題点は、意識的な共同を認定するにあたって裁判所が染料メーカーによる値上げの事前公表を、それ自体を余りにも重視しすぎており、委員会の決定で明らかにされた——より重要と思われる——状況証拠、すなわち子会社や代理店に対する文書の内容が酷似していたことや何度も会合を開き市況一般について話し合ったこと、などは全く考慮に入れていないことである。⁽³³⁾したがって、事業者が、とくに買い手対策の必要上値上げの実施前にその旨を公表することはよくみうけられ、これを通常の事業慣行であるという見方をすれば、裁判所の右の判示は結局、平行行動(あるいは単なるプライスリーダーシップ)それ自体が、換言すれば競争制限という結果そのものが、違法であることを意味して

いるとも理解することができよう。この点が最も批判の対象となつているところである。⁽³⁴⁾

しかし本件判決の射程距離は次の二つの理由から限定されているとみなざるを得ない。

一つは裁判所も述べているように、染料メーカーの行動を右のように評価したことの基礎には、染料市場の市場構造の詳細な分析が横たわっており、このことの考慮なしに、右の評価の判示部分のみを取り出して論ずることはできないということである。すなわち、判決全体を貫いているのは、「染料メーカーらの行動が、寡占市場構造に特有の相互依存関係にのみ起因するものとして説明されうるか」という視点であり、裁判所は別の箇所でも、とくに染料市場が各々異なった価格水準をもった五つの市場に分断されている状況(前述のⅣ)を指摘して、それにもかかわらずいくつかの市場において同時に、同じ値上げ幅で、そして各品目について共通に、値上げが行なわれるのは不自然であり、何らかの事前の協調なしに起こりえたと考えることは困難であると述べている。そしてこの判断が実は相互協調的行動の認定の核心をなしているのである。⁽³⁷⁾ もっともこのことは逆に裁判所が市場構造的要素に余りにもたよりすぎているという批判をも生み出している。⁽³⁸⁾ この批判は、裁判所が染料市場の特徴に関して鑑定を依頼した専門家の意見が、一致した価格引き上げ行動は染料市場構造を根拠に説明することが可能であり、事業者の個別的な利益にも合致していたといいうる、という逆の内容のものであっただけに、⁽³⁹⁾ 説得力をもって迎えられる。

第二の理由は、すでに述べたとおり、裁判所は取り上げなかったものの本件では実際にはこのほかにいくつかの状況証拠が存在したということである。とくに数回にわたる会合は、競争者相互の行動の不確実性を人為的に減少させる行動として最も重要な状況証拠というべきものであろう。結局本件事案は三回の値上げ行動が、その当然の結果として競争制限をもたらす一定の行動パターンに、染料メーカーが相互に認識しつつ従ったというものである。そしてこの行動パターンは自然発生的というよりはむしろ、人為的に形成されたという点が重要であらう。この人為性は実際には染料

市場の特殊性や委員会決定が示したいくつかの状況証拠から承認されたとみるのが妥当であろう。

② 国際砂糖カルテル事件⁽⁴⁰⁾（一九七五年）

〈事実〉 本件はヨーロッパの砂糖メーカーが相互協定の行動により加盟国間の砂糖の取引をコントロールし、各市場（イタリア、オランダ、西部ドイツ、南部ドイツ）を相互に遮断したことが違法とされた事件である。

メーカーらはそのために様々な手段を用いたがそれらを大別すれば次のようになる。

(i) 国際的な砂糖の取引を原則としてメーカーのレヴェルでのみ行なった。これは仕向け国で活動するメーカーが輸入砂糖を国産品の砂糖と同じ価格および取引条件で再販売することを可能にするためであった。

(ii) メーカー以外の買い手（通常の販売業者）に対し輸出する場合には、当該買い手との契約のなかで種々の制限（仕向け国のメーカーの了解にかからしめ、あるいは仕向け国の価格水準よりも高いか、又はそれと同じ価格での再販売を要求した）を課した。

(iii) 国内の販売業者に対し共同市場における自由な輸出入の可能性を制限した。

(iv) ECが域外への輸出に対し輸出補償を与えるために行なった入札公募に申し込む際には、域内の余剰砂糖をコントロールし、競争圧力が生じないように調整した。

これらの措置が具体的に各市場でどのようにして用いられたかについて述べると、まずイタリア市場においては、イタリアのメーカー九社は、フランス、ベルギー、南部ドイツのメーカーから直接製品を購入した。さらにフランス、ベルギーのメーカーは、国内の輸出業者に対して、イタリアで活動する（当該メーカー以外の）他の買い手に輸出する場合にはそれよりも割高の価格をつけることを義務づけた。

オランダ市場の場合も同様に、オランダのメーカー二社はベルギーとドイツのメーカー（各々一社）から直接製品を購入し、国産品と同じ価格・取引条件で再販売した。とくにベルギーのメーカーは、オランダのメーカーの了解なしには輸出せず、また他のルートを通じてオランダ市場に製品が流れることを防ぐために、国内の輸出業者に対し、自社のみならず自社以外の製品についても、オランダ側の承諾なしに輸出しないように強制した。ドイツのメーカーも組織的にオランダのメーカーへの直接販売を続け、その量は年々拡大し、他のドイツからの有力な供給者は存在しない状態であった。

ドイツ西部地域市場においては次のような状況であった。ベルギーのメーカー（一社）は、西部ドイツへの輸出に際し、輸出業者をして、自社製品のみならずベルギーの他のメーカーの製品の輸出についても、ドイツ側のメーカー（二社）の承諾を受けるようにさせ、あるいは当地の販売価格と同じ価格で販売することを要求した。逆に西部ドイツのメーカーは、自国の有力な販売業者に對し、同社の了解なしに競争者の製品を取り扱わないようにさせていた（専売制）。

南部ドイツ市場も同様であった。ドイツのメーカー（二社）とフランスのメーカーとの間でかなりの量の直接取引が行なわれた。さらに南部ドイツのメーカーは自己の販売業者に、輸入製品（当該メーカー間で取引される製品以外のもの）の取り扱いを禁止、その実効性を高めるために忠誠度リベートシステムを採用した。

以上のような砂糖メーカーらの行動は、共同市場内の取引をコントロールし、価格競争を消滅させるものであり、何よりも各国市場における自己の地位の保護を狙っていたことは明らかである。委員会は彼らの行動が相互の協調によるものとして八五条一項違反とした。その認定にあたっては、メーカーらの間で交された通信文やその他の文書類、たびたび開かれた会合、および市場の分断の実効性を高める効果をもつところの輸出業者に対する制限や国内の販売業者に課された専売制、忠誠度リベート制、等が証拠とされた。⁽⁴⁾ ついでに言うところ、最後に挙げた輸出業者に対する制限や国内販売業者に対する専売制、忠誠度リベート制は、それ自身が当該メーカーの有する市場支配的地位の濫用に該当するとして、八六条違反にも問われている。

裁判所は、国際染料カルテル事件の場合と異なり、委員会決定で提示された証拠を取り上げてほぼその判断を支持した。本件では多くの証拠能力のある証拠が採用されており、この点は問題ないと思われるのでこれ以上検討しない。ただ、協調的行動の実体的側面について述べた部分のみておく必要がある。

裁判所は冒頭において、先の国際染料カルテル事件判決を引用し、相互協調的行動とは、「競争に内在する危険に代

えて、事実上の共同を意識的に生み出そうとする一種の調整（行為）であり、「参加事業者をして、共同市場における商品の自由な取引および消費者による取引先の自由な選択を阻害する程度に市場の地位を強化する」場合には、「そのような事実上の共同は相互協調的行動と等しくなる」と述べた。⁽⁴²⁾そして、オランダのメーカーが、相互協調的行動の概念は競争者の将来の行動に関する不確実性を最初から除去する計画および目的の存在を前提とし、したがって、各自の決定が同じ内容を有し、あるいは相互に補い合っていることをすべての事業者が知っているということだけでは不十分であると主張したことに對して、次のように述べてこれを斥けている。

「裁判所の判決のなかで基準として用いられている調整および共同ということばは、固有の意味での『計画』の設定を要求してはいない。これらの基準はむしろ、ローマ条約の競争に関する規定の基本思想、つまりすべての事業者は共同市場において……いかなる政策を遂行するのかについては自主的に決定しなければならない、という基本思想の意味において理解されなければならない。」
「もちろん、この自主性への要請 (Selbstständigkeitspostulat, requirement of independence) は、競争者の行動を確認し、あるいは期待しながら注意深く反応する事業者の権利を排除するわけではないことは当然である。しかしながらかかる要請は、既存のもしくは潜在的な競争者の市場行動に影響を与えるような、あるいは、実行しようとしている、又は考慮中の市場行動を競争者に知らせるような、目的もしくは効果を有する事業者間のいかなる直接、間接の接触 (Fühlungnahme, contact) とも断固相容れないのである。」⁽⁴³⁾

(三) EEC 競争法における相互協調的行動の違法性の実質的基準

このように、学説が単なる意識的平行行動と協調的行動を区別するメルクマールとして位置づけようとした「意思の一致」、「合意」等の要件は、具体的な八五条の運用のなかでは、実体的にも、立証のレベルでも（とくに国際染料カルテル事件において）拡大され、内容的に非常に稀薄化されているとみなすことができよう。相互協調的行動が成立す

るためには、競争のもつ危険を(人爲的に)減少させる意識的共同が必要であるが、これは一定の行動パターンや計画(これは言葉の固有の意味のそれである必要はない)に、各事業者が他の者もそうするであろうということを意識しつつ従っている場合に認められる。そして事業者の一致した行動により、彼らの市場における地位が共同市場の取引を阻害し、消費者の選択の自由を制限するほどに強化される場合には右のことへの推定は特に強く働くというのである。このような解釈のなかに、反トラスト法の共謀の認定の際の concerted action という概念の取り扱いとの共通点を見出すことができる。ただ、反トラスト法上はあくまで証拠法上の概念であるのに対し、ここではまさに実体法上の概念⁽⁴⁴⁾となっているのである。

このようにみてくると結局、相互協調的行動の禁止においては、典型的なカルテルの場合とは異なり、手段(合意)よりは結果へ、競争行動の相互拘束よりは集团的な経済力(あるいは市場支配力)の形成行為へと違法性の基準(根拠)が移っている、という一般的な結論を得ることができよう。西ドイツ競争制限禁止法はこのような制度を取り入れたのである。

- (1) Emmerich, Volker, Die Auslegung von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag durch die bisherige Praxis der Kommission, *EUROPARECHT*, 1971, S. 295 (322).
- (2) Gleiss/Hirsch, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3 Aufl., 1978, Art. 85 (1), Anm. 31.
- (3) ここで代表的な意味で用いられる「競争制限」の内容(協定の当事者間の競争制限か第三者のそれをよくむか)および協定との関係(西ドイツでみられた対象説、目的説、結果説の対立)については Emmerich, a. a. O., S. 3:5 ff. 参照。もっとも後者の問題は、八五条一項では競争制限が目的でも効果でもよいとしているのだから、実際上の意義は後退している。
- (4) Emmerich, a. a. O., S. 321 ff.; Gleiss/Hirsch, a. a. O., Anm. 80.

- (ウ) Commission Notice of 19 December 1977 concerning agreements of minor importance which do not fall under Article 85 (1) of the Treaty establishing the European Economic Community.
- (エ) 経貿社(ト)—(ツ) 獨逸の競争法の発展と Gleiss/Hirsch, a. a. O., Anm. 22; Korah, Valentine, *Competition Law of Britain and the Common Market*, London, 1975, p. 174 など。あへの数に準じながら諸国によつて。
- (オ) Günther, Eberhardt, Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 1957, S. 278; Ruge, Dietrich, *Begriff und Rechtsfolgen des gleichförmigen Unternehmerverhaltens in Europa und den Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Köln·Berlin·München·Bonn, 1968, S. 35.
- (カ) Deringer, WuW Wettbewerbsrecht des EWG: Kommentar, Anm. 23, WuW 1962, S. 799; Gleiss, Alfred, Der Begriff der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ im Art. 85 EWG-Vertrag, WuW 1964, S. 485 (487); Diekmann, Elke, *Abgestimmte Verhaltensweisen und Conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht*, Diss., Göttingen, 1971, S. 132.
- (キ) Ulmer, Peter, *Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht*, Karlsruhe, 1972, S. 14.
- (ク) Deringer, a. a. O.; Gleiss, a. a. O.; Ruge, a. a. O.; Diekmann, a. a. O.; Kolonko, *Das Verbot wettbewerbsbeschränkender aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen in Art. 85 EWGV*, Diss., Marburg, 1971, S. 19; Hansen, Knud, Zur Untersuchung von bewußtem Parallelverhalten und abgestimmten Verhaltensweisen in der kartellbehördlichen Praxis, ZHR 136 (1972), S. 52 (57). この問題がミナモトを以てして、そのほかは州議会の動向により（Tätigkeitsbericht 1961, S. 61, BT-Drucksache IV/378）°
- (ケ) Gabriel, Siegfried, „Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ unter wettbewerbspolitischem Aspekt, WuW 1961, S. 802 (810); Sandrock, Otto, *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München, 1968, S. 265; Trimarchi, Pietro, Die rechtliche Beurteilung abgestimmter Verhaltensweisen auf oligopolistischer Märkten, GRUR Int'l, 1970, S. 311 (315).
- (コ) Ulmer, a. a. O.
- (サ) Günther, a. a. O.; Gleiss, a. a. O.; Kolonko, a. a. O. (命令・電話・通信等による場合)。すでに過去におこった場合には

思の一致を暗黙のうちに遵守する場合、第三者を介して了解しあう場合、などいずれでもよい。); Ruge, a. a. O. (団体的要素が必要であるとする。)

(14) Uimer, a. a. O.; Kersten, Hans-Christian, *Bewußtes Parallelverhalten—aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen—Kartellvertrag*, *WuW* 1972, S. 69 (77). (「相互に直接伝達しあつた情報に従つた行動になければならない。」)

(15) Trimarchi, a. a. O. (彼は寡占市場における同調的行動は主として濫用規制によるべきであるとの考えに立ち、相互協動的行動の規制の範囲を限定する。)

(16) Council Regulation No. 17 of 6 February 1962.

(17) たゞせば委員会決定であるが、Pittsburgh Corning Europa [1972] O. J. L 272/35; WuW/E EV 421(絶縁体メーカーと各国の販売代理店との間の「仕向け国に応じた差別価格採用に関する相互協動的行動の事件」)。最近では「Pioneer Hi-Fi Equipment [1979] O. J. L 69/21; WuW/E EV 831 (日本の音響製品メーカーの子会社と代理店との間のフランシスへの並行輸入を阻止する)に関する相互協動的行動の事件」。

(18) Imperial Chemical Industries & others v. Commission of the European Communities, [1972] E. C. R. 619; CCH Comm. Mkt. Rep. para 8161; WuW/E EWG/MUV 269 „Farbstoffe“ (以下では最後の(11)を参照・引用する。)⁹⁾ なお本件の紹介・研究として、小原喜雄「国際染料カルテル事件の審判決における域外管轄権の問題点(一—四)」ジュリスト五二五号九九頁、五二六号一一八頁、五二七号一一三九頁、五二八号一二九頁、小城剛「EEC条約第八五条の『共同行為』概念——国際染料カルテル事件について——」法学新報八一巻一一号七九頁、がある。

(19) Dyestuffs [1969] O. J. L 195/11; WuW/E EV 267 „Farbstoffe“.

(20) CCH Comm. Mkt. Rep. para 8161, at 8027; WuW/E EWG/MUV 272.

(21) Mann, F. A., *The Dyestuff Case in the Court of Justice of the European Community*, 22 *Int'l & Comp. L. Q.* 35 (36).

(22) CCH C. M. R. para 8161, at 8036. Advocate General にあつては大谷良雄『概説EC法』(昭五七)一一三頁参照。

(23) 後に述べるように「判決では「同一の意図」「事前の調整」「複数の意思の集合(たゞしこれは「Advocate General のみは」)などという表現が用いられてゐる」。

(24) そのほか八五条一項の「協定・決議」に該当するとされた事件においても同じ接近方法がとられている。たとえばオランダのセメント販売業者の団体が「基準価格 (Richtpreis)」なるものを決め構成員に提示したことが八五条一項違反とされた例がある (WuW/E EWG/MUV 293 *Vereinig. van Cementhandelaren*)。抗弁として「基準価格」であるから拘束性がないとの主張がなされたが、EC裁判所は、「たとえ基準価格にすぎないとしても、価格を設定すること自体ですでに、すべての構成員をして、競争者がいかなる価格政策をやるかについて十分な確実性をもって予測することを可能ならしめる」ということを理由に違法とみなしている (WuW/E EWG/MUV 293, 294)。また情報交換協定の違法性が争われた事件においても、EC委員会 は、メーカーがその競争者に自己の価格政策の重要な要素 (リベート、取引条件、値上げ率、価格変更の時期等) を知らせることとは、そうすることによって、「予測できないような行動を競争者がとる可能性を、したがって自主的な市場行動には必ずつきまとう危険の大部分を、排除しようとした」ことを理由に八五条一項違反を認めている (WuW/E EV 527, 535 *Verpackungsglas*)。Möschel は、「国際染料メーカー事件判決およびこれらの判決・決定は、事業者らが任意の調整行為のなかで、様々な市場条件が原因で生まれる市場の不確実性を排除しようと試みること自体に違法な競争制限的行為を認めていると評価する。そして、このような接近方法により、事業者らが市場条件を、もはや何らの調整行為が必要でない、いいかえれば意識的な平行行動で十分とする状態に変化させることを根拠として、寡占市場に法的介入をすることが可能になると述べている (Möschel, Wernhard, *Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1974, S. 103)。

(25) Note, Uniform Pricing in Concentrated Markets: Is Conscious Parallelism Prohibited by Article 85 (1) of the Treaty of Rome?, 7 *Cornell Int'l L. J.* 112 (117). (「この訴訟は concerted practice と conscious parallelism とを区別しようとしている」)

(26) CCH C. M. R. para 8161, at 8027; WuW/E EWG/MUV 273.

(27) CCH C. M. R. para 8161, at 8027—28; WuW/E EWG/MUV 273.

(28) CCH C. M. R. para 8161, at 8029; WuW/E EWG/MUV 274—275.

(29) CCH C. M. R. para 8161, at 8030; WuW/E EWG/MUV 276.

(30) CCH C. M. R. para 8161, at 8045.

(31) CCH C. M. R. para 8161, at 8030; WuW/E EWG/MUV 275.

(32) CCH C. M. R. para 8161, at 8042.

(33) 最初に検討した定義の不明確もさることながら本判決が最も批判をうけたのはこの認定方法である。Mann, op. cit., p. 37—40 (過料事件である以上裁判所の認定に採用された証拠では説得力を欠くといふ); Korah, Valentine, Concerted Practice, 36 *Modern L. Rev.* 220, 225; id., *Competition Law of Britain and the Common Market*, London, 1975, p. 177 (「もしもこの構成は裁判所が最初に平行情態それ自体では未だ相互協調的行動にはあたらないと述べたことと矛盾する」); Axter, Oliver, Das Verbot des „aufeinander abgestimmten Verhaltens“ in § 25 Abs. 1 der zweiten Novelle des GWB, *WuW* 1973, S. 605 (614); Möschel, Wernhard, *Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1974, S. 102—103.

(34) Korah, 36 *M. L. R.* 225 によればこの判決から三つの推測が成り立つという。すなわち、(i) 裁判所としては一つの判断を下さなければならなかったため裁判官の間で妥協を得る必要があり、このことが十分な理由づけと説得的な判決を下すことをもたげた、(ii) 裁判所は染料メーカーらの行動が染料市場の特徴に、あるいは寡占理論に、もしくはその両方に合致しなかったが故に、共謀を認めた、(iii) 協調とは意思の連絡を必要とせず単なる調整された行動のみであり、ということのいずれかである。

(35) このことは Advocate General の陳述に明確に示されている (CCH C. M. R. para 8161, at 8037) にもかかわらず明らかである。

(36) CCH C. M. R. para 8161, at 8029.

(37) Hawk, Barry E., *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, New York, 1982, Supplement, p. 136.

(38) Mann, op. cit., p. 40; Korah, op. cit., pp. 224—225.

(39) クローテン (Kloten, Norbert) とアルバッホ (Albach, Horst) の両教授による鑑別。その全文は Albach/Kloten, *Preispolitik auf dem Farbstoffmarkt in der EWG*, Tübingen, 1973 として公刊されている。なおこの点については専門家の意見が分かれていることが報告されている (CCH C. M. R. para 8161, at 8040)。

(40) „Suiker Unie“ (Coöperatieve Vereniging) UA and others v. Commission of the European Community, [1975] E. C. R. 1663; CCH C. M. R. para 8334; WuW/E EWG/MUV 347 „Europäische Zuckerindustrie“. (以下では最後の二つを参照・引用する)。

- (41) European Sugar Cartel [1973] O. J. L 140/17; WuW/E EV 441 "Europäische Zuckerindustrie".
- (42) CCH C. M. R. para 8334, at 8153; WuW/E EWG/MUV 348-349.
- (43) CCH C. M. R. para 8334, at 8179; WuW/E EWG/MUV 385. 委員会はすでに国際染料カルテル事件において、相互協調的行動の成立には固有の意味での計画を必要とせず競争者も同じ行動をとることを期待して自己の行動を予め相互に知らせることで十分であるという見解を示している。
- (44) 国際染料カルテル事件において委員会は、相互協調的行動はアメリカの concerted action とは同じではないと主張している。その理由は、説明が不十分なためよくわからないが、委員会は concerted action はシャーマン法一条の共謀の特殊な形態であって、要件である agreement の立証の際に重要な役割を果たしうる概念である——しかしそのみでは十分でなくなるとえばそれが市場構造の特徴から正当化されるか否かというような、付加的評価をうけなければならない——のに対し、E E C 競争法の相互協調的行動はそれ自体が禁止された行為であり、事業者が情報を交換しあうことによって、将来の市場行動の不知という危険をとり除き、彼らの行動を調整する場合に成立すると考えているようである。そして染料メーカーが、価格設定において統一的な行動 (uniform course of conduct in their pricing) をとったことが立証されたというこのみで、相互協調的行動の証明は十分であるとみなしている (CCH C. M. R. para 8161, at 8020, 小原前掲論文ジュリスト五二五号一〇二頁)。しかし、本文でも述べたように裁判所の接近方法は委員会の主張するほど単純なものではない。なおガブリエル (Gabriel, Siegfried) は一九六一年に公表した論文のなかで (注 (11))、E E C 条約八五条一項の pratiques concertées, concerted practices のドイツ語訳を aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (相互協調的行動) としたのは誤りであり (ただしこれらはすべてオフイシャルな用語として通用する) むしろ石炭鉄鋼共同体条約六五条一項の pratiques concertées のドイツ語訳である verabredete Praktiken (これはオフイシャルな用語ではない。石炭鉄鋼共同体条約はフランス語テキストのみが公のものとしてされている) に従うべきであったと述べている。verabredete Praktiken とは文字どおり「合意 (Abrede)」された行動を意味するが、ガブリエルは、aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen という訳語にはすでにこのうえからして合意の要素は欠けており、その結果広い範囲にわたって企業の行動が規制をうけることになることとみなしている。但し彼は合意のメルクマールを捨てておくべきでなく、このような規制は競争政策上無意味だとしている (Gabriel, a. a. O., S. 810)。

三 西ドイツ法

以上の考察から相互協調的行動なるものの内容と意義がある程度明らかになったと思われるが、この成果を踏まえて競争制限禁止法二五条一項の考察を進めよう。

そこで順序としては、まず学説と立法資料における二五条一項の取り扱いについて整理し、次に具体的な適用事例を検討した後、西ドイツ法における意義を探ることにする。

(一) 立法資料および学説における取り扱い

相互協調的行動の禁止を導入するに際して西ドイツではどのような議論がなされたのかを知るためにはまず立法資料を検討することが必要であろう。条文のなかでは相互協調的行動の定義はなされなかったものの、議会の審議においては種々の議論がたかかわされた。再び連邦議会の経済委員会による報告書⁽¹⁾に立ち返ってみると、新二五条一項に関しては次のような立法者の意図が明らかである。以下要約である。

- (i) 新規定は染料メーカー事件におけるBGH決定とEC裁判所判決との間にできた間隙を埋めるために導入された。
- (ii) 新規定は判例によってすでに具体的運用がなされているEEC条約を模範としている。契約―協調―単なる平行行動⁽²⁾の段階はカルテル法実務においては流動的であるため、協調(Abstimmung)を法的に定義することは必要でない。ただし単なる平行行動ではまだ協調ありということではない(このことはすでに述べた、第二節の冒頭部分⁽²⁾参照)。
- (iii) 競争を制限することによる市場への影響は、契約や決議のみならず行動を相互に協調させることによってもち

される。新規定の目的は、したがって、契約や決議によらない意識的な事実上の共同 (Zusammenwirken) を阻止することにある。「相互に協調する (aufeinander-Abstimmen)」という概念は、その内容からすると、二名以上の事業者を必要とする。そして、通常の用語に従えば、それだけでなく、二名以上の事業者が、契約による拘束に入ることなく、意図的に (Bewußt und gewollt) その行動を相互に依存せしめあう、ことを前提としている。したがって、ある事業者が他の事業者の行動を一方的に模倣するのでは不十分である (これは司法大臣の報告であり、それが委員会で確認されている)。

(例) 立証の点については、染料メーカー事件において明らかにされた判例理論に委ねられるべきであるが、補足的に述べれば、事業者の事実上の共同 (Kollusion) の立証についての要件は、個々の事例において市場条件が明確に協調の存在を示している場合には、それだけ緩和される。一条との差異は——染料カルテル事件でも明らかとなりその立証がしばしば困難である——純粹の契約上の合意 (Einigung) の証明を前提としない点にある。

ここでは独自の見解が述べられているわけではなく、先に検討したような EEC 競争法八五条一項についての学説および国際染料カルテル事件 EC 裁判所判決の見解がほぼ確認されているにすぎない。しかもここでは極めて一般的な説明で終っている。結局はこの解釈の枠組のなかで個別具体的に運用がなされることになる。ただ「意図的にその行動を相互に依存せしめあう」という説明をみる限り、ここには非常に広範な解釈の余地が存在する。ともあれ右に引用した報告書から、一条、三八条一項一号のみによるカルテル規制の欠陥を補うために、規制対象を実体的にも立証の面でも拡大するという課題を新規定に与えようとする立法者の意図を窺うことができるであろう。次に学説の状況を概観するがそのまえに若干の点について説明しておく。すでに引用したとおり (第二節冒頭参照)、二五条一項は、「本法により契約の対象としてはならないとされた」ことがらを相互協調的行動により行なうことを禁止するという規定になっている。つまり「契約」の対象とすれば法によって原則として禁止されるという意味であり、その内容は一条 (カルテル契

約)、一五条(価格拘束契約)、二〇条(特許権等のライセンス契約)、二二条(ノウハウの利用等に関する契約)、にそれぞれ規定されている。ただし本稿ではテーマとの関係上、考察の対象を、一条による禁止が相互協調的行動により事実上もたらされるという場合に限定する。⁽³⁾さて学説において相互協調的行動は、第二回改正以前から、法的もしくは事実的拘束力をとまわらない広い意味での合意⁽⁴⁾意思の一致にもとづいた行動として性格づけられていた(第二章第二節三参照)。これは当時において一条のカルテル契約との関係を論ずる際に立てられたメルクマールであるが、二五条一項がとり入れられた後はむしろ逆に、寡占市場に特有の相互依存関係から生ずる斉一的行動とを区別するために用いられるようになった。二五条一項に関する文献の多くは、事業者間での事前の了解、あるいは事前の接触の存在を要求し、それにもとづいた行動によって競争制限的効果をもたらされる場合に同項が適用される⁽⁵⁾との考え方を示している。すなわち、そのようにして事業者らが積極的に競争する場合にとまらざる危険をあらかじめ、為的に減少させることが問題なのであり、この点に単なる斉一的行動との相違が求められる。極めて簡単ではあるがこれが西ドイツにおける通説的見解である。学説は立法資料で示された見解に、意思的要素を前面に出すことにより限定を加えているといえる。もつとも事前の了解・接触あるいは人為性⁽⁶⁾といつても、それをどのようなものとして捉え、いかにして証明するか(状況証拠による立証をどこまで認めるか)という点が最も重要な問題であり、この観点から西ドイツにおいて相互協調的行動の規制がいかにして行なわれているのかをみる⁽⁷⁾ことが本稿の最大の関心事である。連邦カルテル庁のカルテル法研究会(第三章第三節一参照)も一九七三年に早くもこの問題を検討しているが、そこでも相互協調的行動の証明に關しどの程度のことを要求すべきかについて会員間で見解が分かれたことが年次報告書のなかに明らかにされている。⁽⁸⁾すなわち、一方では、相互協調的行動の立証は内面的な意思ではなく外形的な構成要件にもとづいてなされるべきであるとの主張がなされた。そしてこの見解は、「意思の一致」、「共通の計画」、「意思表示」などの要素を用いることにより民法上の

契約概念に余りにも傾きすぎることになれば結局、二五条一項の新規定を骨抜きにする危険があると指摘する。しかしまた他方で、法治国家である以上、帰責要因として考えてみても二五条一項において意思的要素（Willenselement）を欠かすことはできないとする見解が表明されたことも報告されている。次に運用例を検討する。

（二）運用例の検討

（一）の最後で示した観点に従って具体的に二五条一項が適用された例を考察してみよう。結論を先にいえば、かなりの期待をかけられていたにもかかわらず一九七三年以来目立った運用がなされていないのが実情である。ここではその数少ない事例をとりあげることにするが、BGH判決はなく、いずれも連邦カルテル庁決定、高裁判決である。

① ZVN事件⁽⁶⁾（ベルリン高裁判決、一九七四年）

〈事実〉 本件はすでに第三章で検討した。事実については第三章第三節二③事件参照。ただしここでとり上げるのは高裁判決である。

すでにみたようにベルリン高裁はまずニーダーザクセンのセメントメーカーらが共同販売会社（ZVN）を設立し、同社との間に同一内容の販売契約、引き渡し協定を結ぶことによりほとんどの製品を一致した価格で販売したことに對し、諸契約を全体としてとらえ、これに一条を適用した。ところがベルリン高裁はこれにとどまらず、二五条一項によって評価してもメーカーらの行動はカルテル法上違法であると述べている。おそらくこれが実務において二五条一項の適用が論じられた最初の例である。すなわち、セメントメーカーらがZVNとの間で結んだ販売契約のなかに最惠待遇条項・平等取り扱い条項を規定することによって、彼らの間での市場行動を安定させ、その競争を抑圧する場合には、競

争制限に関する協調 (Abstimmung) もまた認めることができる。なぜなら、右のような垂直的な諸契約の締結を通じてメーカーらは価格に関して彼らの行動を調整することについて一致して (übereinstimmen) と理解されるべきである (ここでいう一致とは一条の契約の要件である合意よりも広い意味で用いられていると思われる) からである。一条の適用の際にはこれは契約の目的あるいは行為基礎として諸契約に直接結びつけられたのであるが、高裁は、かりにそれができなくとも、右のように二五条一項によって把握することができると述べた。⁽⁷⁾ その理由として、二五条一項適用の決定的基準は、「競争者の内部的な行為の自由を形式的に阻害しているか否かということではなく、競争の危険の減少 (Minderung des Wettbewerbs) である」⁽⁸⁾ ことが指摘されている。このように、ここでは競争事業者の間に契約の成立に必要な合意とまではいなくとも、広い意味での競争制限的な意思の一致が成立すれば二五条一項が適用されうることが示されている。そしてそのような意思の一致は、同一内容の垂直的契約を同一の相手方との間に締結することからも認定しうるのである。⁽⁹⁾ ただ高裁決定では二五条一項の適用は傍論的に述べられているにすぎなく、同項の本格的な適用事例は次の事件からである。

② 管継ぎ手メーカー事件⁽¹⁰⁾ (連邦カルテル庁決定、一九七七年)

〈事実〉 本件は当時西ドイツにおいて五社存在していた鋳鉄製管継ぎ手 (Temperguthing) メーカーのうちの上位三社が三回にわたり一致して基本リベートの削減を行なったことに対し二五条一項が適用された事件であり、連邦カルテル庁が同項を適用した最初の例である。

三社はともに事業者団体の構成員であり、その委員会においてたびたび接触していただけでなく、一九六六年ごろから連邦カルテル庁の手続が開始される時点まで、定期的な販売主任会議を開催し情報交換を行なってきた。そして連邦カルテル庁の認定によれば、そのうちの少なくとも二、三回の販売主任会議においては当該商品の現在および将来の価格についての意見を交換しあった

ことが明らかである。このような直接の接触を通じて三社の間にはグループ的団結が生まれていた。この背景のもとに、一九七四、一九七五、一九七六年の三回にわたり一致した基本リベートの削減が行なわれた。これは、まず一社が事前に行動の予告を行ない、他の二社がこれに追従するというかたちをとった。連邦カルテル庁は右の事実にもとづいて、三社の行動が協調によるものであるとして三社およびその代表者に対し過料決定を下した。なお三社が高裁への抗告を断念したため本決定は確定している。

三社は一致した行動が、当該商品市場のような高度に寡占化した市場に特有の相互依存関係が原因の、したがって自主的な決定にもとづくものであると主張したが、これは次の理由から連邦カルテル庁により斥けられた。すなわち三社は事業者団体の委員会および販売主任会議における情報交換によって、あらかじめ、相互の行動についての不確実性を、また自主的な市場行動をとる場合にともなう危険を、除去した。そして具体的な行動の際には、まず有力な一社がリベート削減率を公表することにより、他の二社にとって追従可能な範囲を知らしめた。またブライスリーダーも他の二社が同様に行動する場合にはじめて、大きな危険をともなわずに基本リベートの削減を行なうことができた。このように述べて、同庁は、三社の一致した行動が危険と結びついた競争に代えて調整された市場行動をもたらすものであり、これらが事前の協調なしに成立したとは考えられないと結論した。⁽¹¹⁾

本件はメーカーらが会合による直接の接触とその後の一致した行動から相互協調的行動の成立を認めた例である。ただ連邦カルテル庁は、メーカーらが事前に話し合つて将来の行動の不確実性を排除しながら一致した行動をとってきたことを一体としてとらえ、それを、「競争の危険を（人爲的に）減少させる調整行動」として構成している。会合による話し合いも、その事実が指摘されているが、何時開催され、具体的にどのようなことが話題になったのかということについての詳細な認定はなされていない。むしろここでは将来の行動の不確実性を事前に排除させるという点が強調さ

れているのである。

同じような解釈は一九七八年の過料決定⁽¹²⁾においてもみられる。これは電極棒 (Schweißelektroden) のメーカー——社 (西ドイツ市場において大部分を占める) の値上げに二五条一項が適用された事件である。本件では、一一社が構成員である事業者団体が値上げに関する小委員会を設置してあらかじめ値上げ幅や時期について検討させ、その結果を回状にして構成員に配付するというを行なっている。またその間二度、各社の代表者が出席する団体の委員会が開かれ値上げについて話し合っている。右のような行動にもとづいて一一社は一九七四年から七五年にかけて四度一致した価格引き上げを行なった。連邦カルテル庁はこの事実に対し、一一社の行動は「危険と結びついた競争行動に代えて共同をもたらず」ものであり、事前の協調に従った行動であるとみなした⁽¹³⁾。この事件でも連邦カルテル庁は、事前の事業者団体による回状の組織的、継続的な配付と会合の事実および一致した行動から相互協調的行動を認めており、協調というるためにメーカーらの間にどの程度の主観的な結びつきが必要なのかについてはとくに説明はなされていない。次に高等裁判所の判断を検討してみよう。

③ 番組情報雑誌社事件⁽¹⁴⁾ (ベルリン高裁判決、一九八〇年)

〈事実〉 西ドイツにおけるテレビおよびラジオの番組を紹介する雑誌 (Programmzeitschrift) の発行は四出版社によってそのほとんどが占められ高度寡占的市場構造を呈していた。そのなかでも、Heinrich Bauer 社 (以下 H B 社) と Alex Springer 社 (以下 A S 社) が圧倒的な地位を有し (両社で全発行部数の八〇パーセントをしめる)、Buda 社 (以下 B 社) が第三位でこれに続いていた。問題となったのはこの上位三社が一九七五年に一致して雑誌の販売価格の引き上げと販売業者 (卸売業者、小売業者) 向けのマージン率の削減を行なったことであるが、これは次のような事実が基礎となっていた。

番組情報誌の販売価格は以前から四社とも同じであり、その改訂も必ず同じ時期に行なわれた。一九七三年ごろから原油価格、

原紙代、人件費等の値上りにより各社は雑誌の販売価格の引き上げの必要に迫られていたが、単独の値上げ行動は各社にとって危険が大きすぎるためになしえない状況であった。実際にA S社は一九七二年に一般誌(同社とH B社は高級誌と一般誌の二種類の情報誌を発行していた。本件で問題となったのは高級誌の価格引き上げである。)の価格を○・一ドイツマルク引き上げたために、販売部数をH B社に奪われたという経験をもっていた。

そこで一九七三年の終りごろからH B、A S両社の間で値上げのための交渉が行なわれた。一九七四年の交渉において、H B社の方から高級誌の具体的な値上げ額とマージンの引き下げ率が提示されたが、A S社が共同の値上げの条件としてH B社の一般誌の価格も同時に○・一ドイツマルク引き上げを要請した(すでにのべたように両誌の間には一九七二年以来価格差がついていた)のに対し、H B社がこれに支持を与えなかったために交渉は不成立に終わった。しかしその後事情が変化し、(i)雑誌の販売価格の引き上げと同時に予定されたマージンの引き下げ率に(これはH B社の要望であった)A S社が支持を与えたこと、(ii)H B社は当時同社の一般誌と同じ価格で販売されていた或る出版社の情報雑誌を買い取り同社のそれに統合する計画を進めていたが、一九七五年になってやっとそれが実現したため、統合された雑誌の価格を改めて○・一ドイツマルク引き上げる用意が整ったことなどの状況がそろったため一九七四年の交渉で話し合った値上げの気運が高まった。そこでH B社は一九七五年にA S社の求めた条件に従う意図があることを通知した。その後両社は値上げの時期やリベートに関する問題について話し合った。値上げはまずH B社により実施され、A S社がこれに従った。

他の二社も同様に追従したが、そのなかでも第三位のB社は、事前にH B社から値上げの計画(値上げ幅、マージン削減率)を電話により知らされていた。

連邦カルテル庁はH B、A S、B三社による値上げ行動をとらえて、まずH B社とA S社の一連の行動から両社の間には、(H B社がA S社の提示した条件に従うことを通知した年である)一九七五年の時点で一条によるカルテル契約が成立していたとみなし、他方この両社とB社との間には行動の協調(Abstimmung)が認められるとして、一条、二五
(15)
条一項、三八条一項一号、同八号違反を理由に一九七八年過料決定を下した。

争いはベルリン高裁に持ち込まれたが、高裁は連邦カルテル庁とは異なり、H B、A S両社の間でのカルテル契約の成立については否定し、その代わり二社の行動が相互協調的行動に該当するとみなした。そしてB社との間では協調の存在は立証されていないとして、両社に対する過料決定についてはこれを取り消した。

すなわち、ベルリン高裁は、一九七四年の交渉においてA S社がH B社の値上げ計画に一応は同意しつつ提示した条件に、H B社が承諾を——高裁のことばを借りれば拘束力のある意思表示 (bindende Erklärung) を——与えなかったと述べて両社の間にはカルテル契約は成立しなかったと判断した。⁽¹⁶⁾そして一九七五年に至ってH B社がA S社の条件に従う旨の意思を通知したことについては、そこには値上げを相互に義務づける意思は認められないと評価した。⁽¹⁷⁾(連邦カルテル庁は逆にこれにより契約は成立したとみなしたのである)。このようにベルリン高裁は染料メーカー事件で示したようにカルテル契約の立証に関しては依然として厳格な態度でのぞんでいることが明らかである。

その結果、二社の値上げは二五条一項によって捉えられることとなった。高裁はまず、「相互に協調する (aufeinander Abstimmen)」とは、事業者らがその市場行動を——相手方を義務づけることなく——了解しつつ相互に依存せしめあう場合に認められるとし、二社の行動はこの要件を満たしているとされた。すなわちまず、二社の交渉の過程ではたしかに右で述べたような理由からカルテル契約は成立しなかったものの、両社の間には、相互に他社の行動を確実に計算し自己の行動をそれに合わせることを可能にする意思の一致 (Willensübereinstimmung) の存在は認めることができる。とされた。この点についてはさらに、共通の行動を両社が望んでいること、そしてそれはH B社が一般誌の価格をA S社のそれと同じになるように引き上げる場合に確実なものとなるということが明らかになっていること、で十分であり、「相互協調」というメルクマールにとってはそれ以上の行動の調整は必要でないと説明された。そして後にH B社が一般誌の価格を引き上げる用意があることを伝達したという事実、および値上げの時期についての話し合いは、右の

ようにして成立した協調を強化し現実化する行動であると評価された。⁽¹⁸⁾しかし高裁はB社の値上げ行動については——事前に電話で値上げの詳細について連絡をうけていたにもかかわらず——右の協調に参加したことの立証がなされていないと判断した。⁽¹⁹⁾このようにベルリン高裁は立法資料で示された見解に従いながらも、「意思の一致」ということで事業者間の内部的な関係を説明し、さらにB社を協調の参加者から除外するなど、意思的な要素にかなりの重点を置いているように思われる。

同様の接近方法は一九八一年のデュッセルドルフ高等裁判所判決⁽²⁰⁾においてもみられる。本件では燃料油の輸送業社三社が一致して、継続的にその石油製品を運送している石油精製業者（以下P社とする）に対し運賃の引き上げを要求したことが問題となった。背景となる事実はおよそ次のようなものであった。

当業界では種々の原因から石油精製業との間での運賃率の改訂の必要性が認識されていた。かかる状況のもとで一九七九年に燃料油運送業者の事業者団体の会議が開催された（三社とも出席していた）。会議では運賃率改訂の問題が話し合わせ、引き上げられるべき最低運賃率の具体的数字が団体により提案されたが結局採択・決定には至らなかった。会議終了後数社の代表者が昼食会に集まり運賃改訂について再度話し合った。そして昼食会終了まぎわになって出席していた三社は、運賃率を引き上げること、旧運賃率は採用しないこと、について一応の了解を達成した。その後三社はそろって、得意先のP社に対し、最低運賃率の引き上げを要求した（その数字は事業者団体の会議において提示されたものと同じであった）。

デュッセルドルフ高裁は——説明が十分でないので詳細な理由は明らかではないが——ここでも立証不十分として三社の間のカルテル契約の存在を否定した。しかし、一連の事実から一致して行動することについての意思の一致は形成されていることを認め、⁽²¹⁾三社の行動を相互協調的行動としてとらえた。すなわち、一九七九年の事業者団体の会議にお

いて具体的に示された最低運賃率が、その場の多数の出席事業者の意向に合致しており、これによって石油会社に運賃の引上げを迫る動機が各社に与えられたことが認定された。しかし二五条一項の意味での協調というためには、これにさらにもう一步——つまり、会議において生まれた確信に従って現実に行動しかつ誰もその足並みを乱さないという了解(Verständigung)が各社の間に形成されること——が必要であるとされ、高裁はそれが午後の昼食会において満たされたと述べた。⁽²²⁾

しかし同じく会議には出席したものの後の昼食会には参加しなかったある運送業者がP社に対し三社と同じ行動をとったことに関しては、その動機が明らかでないとして、⁽²³⁾協動的行動の当事者から除外された。

以上の運用例にみる限り連邦カルテル庁と裁判所(高裁)による二五条一項の解釈には一定の相違がみられる。すでに指摘したように、連邦カルテル庁の方は、事前の直接の連絡(会議、話し合い、電話、事業者団体の指示)とその後の一致した競争制限的行動とを中心に解釈を展開している。つまりここでは、事業者の行動が、客観的にみて、文字どおり「意識的に相互に依存せしめあった」ものか否かという観点から二五条一項の解釈がなされている。そのなかで事前の連絡という事実は、事業者があらかじめ将来の行動に関する不確実性を人為的に除去したという点がよく重視されている。このようにみてくると連邦カルテル庁は、二五条一項の解釈において、実質的には事業者の集団的な市場支配力の形成行為を違法性の根拠としていると考えることができる。またこの意味において連邦カルテル庁の解釈は、E E C競争法に関し裁判所が示した判例理論の延長線上にあるとみなすこともできる。

これに対し高裁は二つの判例では、「意思の一致」という主観的要件を前面に出し、内容的にも——一条のカルテル契約と関連させながら——かなり強い当事者の意思的な結びつきを要求している。したがってそれだけ厳密な立証も必要となり状況証拠の通用する範囲がせめられる。高裁の解釈は主観的な要素により、重点を置く点で連邦カルテル庁の

それとは異なり、同時に二五条一項による規制の対象をそれだけ限定する結果になっている。

ところで高裁の解釈がこのように限定的となるのは、法的安定性への配慮ということのほかに、⁽²⁴⁾他の条文との関係もその理由として考えられる。一つには西ドイツ法では相互協調的行動の禁止がカルテル禁止の事実上の回避行為を規制するものとして構成されていることが挙げられる。したがって相互協調的行動の内容も常にカルテル契約との類推で理解されるべきであり、カルテル契約概念にとつて最低限必要なメルクマールを捨てることはできず、またそこからの大幅な逸脱は許されないと主張が生まれよう。そこで相互協調的行動においても、法的拘束力は必要ではないが参加事業者の「意思の一致」は要件として欠かすことはできないということになる。⁽²⁵⁾また、このことから、カルテル規制においては一条が中心であり、二五条一項はあくまで従たる地位しか有しないとの位置づけがなされることになれば、⁽²⁶⁾同項の弾力的な解釈・運用にとつての大きな制約となる（この点に、協定、決議と並んで相互協調的行動を掲げているE E C競争法八五条一項との相違がある）。しかも染料メーカー事件でベルリン高裁とB G Hがみせたようなカルテル契約の成立に関する厳しい態度——裁判所は先に摘示した事実のもとで意思の一致の存在自体を否定し、各事業者の行動は独自の決定に従ったものとみなすことが可能であるとした——をみれば、二五条一項の新設が立証要件の緩和を意図してなされたものであったとしても、⁽²⁷⁾実際問題としてそこには限界があることを認めざるをえない。

またこのほかに、二二条の市場支配的地位の濫用規制に関する規定との関係も無視できない。二二条は単独の事業者の場合だけでなく、高度寡占市場における二以上の事業者が実質的な競争に直面していない場合にもこれらの事業者が市場支配的地位を有することを認めている⁽²⁸⁾（同条二項）。したがってこれらの事業者が同調的価格引き上げによって不当に高い価格を設定するような場合には、値上げが意思の一致に従っていたか否かにかかわりなく、市場支配的地位の濫用として同条により規制をうける可能性がある。第一節でも述べたように、相互協調的行動の禁止規定の導入の可否

が議論された時点では、二二条による規制も強く主張されていたが、改正後も依然としてその可能性は残されている。⁽²⁹⁾ そのため、このことが主観的な要件を余りにも緩和して二五条一項の規制対象を拡張することには一つの制約となっているとも考えられる。

さらに西ドイツ法に独特の勸奨禁止規定(三八条一項一号)との関係も問題となろう。この規定も、二五条一項と同様に、事実行為によるカルテル禁止の回避の規制を目的としているが、ここでは、複数の事業者に対し、一条、三八条一項一号に反するようなことがらを一致して行なうように勸奨することが禁止される(第一章第三節参照)。もともとこの場合カルテル法違反に問われるのはそのような勸奨を行なった者のみであり、一致してそれを遵守した者は対象外である。したがって、それが一致して遵守されれば当然競争制限的な結果がもたらされるであろうような指示あるいは要請が第三者(事業者団体でもよい)によってなされ、実際にも多くの事業者がそれに従ったというような場合には、西ドイツ法ではまず三八条一項一号の適用の可能性が追求され、かりにこれらの事業者が他の事業者にも同様の指示がなされていることを知り、これが契機となって彼らの間に一致して従うことについての共通の意識が生まれていたとしても、⁽³⁰⁾ 二五条一項を弾力的に解釈して彼らの行動を相互協調的行動として構成することには制約があるともいえるのである。⁽³¹⁾

高裁の示した解釈については以上のような理由が考えられるが、しかしこれが決定的な制約要因であるとは考えられない。現にこのような解釈を批判して、二五条一項を競争政策の重要な手段として位置づけ、寡占市場構造の弊害に有効に対処することを求める声もある。⁽³²⁾ ただ実際のところ二五条一項の運用は十分な成果を挙げているとはいえず、⁽³³⁾ いかなる役割を果たしているかは将来にかかっているというほかはない。

- (1) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. Juni 1973 zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Bericht der Abgeordneten Dr. Frerichs und Dr. Jens, BT-Drucksache 7/765 (zu Drucks. 7/696). 以下は *WuW* 1973, S. 581 に依る。
- (2) このほか法律委員会も同様の見解である。Stellungnahme des Rechtsausschusses vom 25. Mai 1973 zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *WuW* 1973, S. 597, 600 参照。
- (3) 一条以外の諸条文との関係については Hofmann, Paul, Der Umfang des Verbots aufeinander abgestimmten Verhaltens in § 25 Abs. 1 GWB, in: Lutter/Kollhoser/Trusen (Hrsg.), *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärman zum 70. Geburtstag*, München, 1975; Lübbert, Hans-Dieter, *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Heidelberg, 1975 (ただしこれは一五条との関係については) 参照。
- (4) Emmerich, Volker, *Fälle zum Wahlfach, Recht des Unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht*, München, 1975, S. 48 ff.; Lübbert, a. a. O., S. 54; Benisch, Werner, *Gemeinschaftskommentar*, 3 Aufl., 9 Lieferung, § 25 Abs. 1 Anm. 4 ff., Köln-Berlin-Bonn-München, 1976; Langen/Niederleithinger/Schmidt, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 6 Aufl., § 25 Abs. 1 Tz. 6 ff., Luchterhand, 1982; Immenga/Mestmäcker, *GWB-Kommentar zum Kartellgesetz*, § 25 Abs. 1 Anm. 10 ff., München, 1981, 以下の最後の二つのコメントに掲げられている諸論文参照。
- (5) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1973, BT-Drucksache 7/2250, S. 23—24.
- (6) *WuW/E OLG* 1487 Gemeinsame Zementverkaufsstelle.
- (7) 以下は *WuW/E OLG* 1494.
- (8) *WuW/E OLG* 1495.
- (9) したがって二五条一項の導入により一条の解釈における対象説、目的説、結果説の対立は實際上その意味を失なったといえることができる (Lübbert, a. a. O., S. 67)。この対立と二五条一項の関係についてはたとえば, Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Anm. 6—9 参照。ただし実際の意義は失われているものの、理論的にはこの対立にまだ意味を認める学説もある。たとえば Beuthien, Volker, Kartellverbot und abgestimmtes Verhalten, in: *Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirt-*

schafs- und Rechtswissenschaft, Festschrift für Günther Hartmann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, S. 51, 平川幸彦「カルテル法理の展開とZIN事件」一橋研究七巻一号一九頁、二三頁参照。

- (10) WuW/E BKarta 1675 Temperungsübungs.
- (11) WuW/E BKarta 1677. その前に連邦カルテル庁は当該市場の特徴についても触れて、労賃の安い外国からの輸入品の占める割合が高く、ドイツ製品に対する一定の選好が存在するにもかかわらず、西ドイツ市場は強い競争圧力にさらされていたこと(そのため過去一二名の事業者が一九七五年には五名に減少した)を指摘し、このことがメーカーらの価格行動の調整の必要性を高めたと述べている(WuW/E OLG 1676)。
- (12) WuW/E BKarta 1779 Schwebelektroden. なおこの事件も確定している。
- (13) WuW/E BKarta 1780.
- (14) WuW/E OLG 2369 Programmzeitschriften.
- (15) Pressinformation Nr. 5/79 des BKarta vom 6. Feb. 1979; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1978, BT-Drucksache 8/2980, S. 80 ff. 決定文を入手できなかったため理由の詳細は不明である。
- (16) WuW/E OLG 2373.
- (17) *Ebenda.*
- (18) *Ebenda.*
- (19) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1979/80, BT-Drucksache 9/565, S. 97. WuW 誌の判例集は抜粋のため詳細な理由づけを知ることができなかった。なお本件は両社が上告を断念したため確定した。
- (20) WuW/E OLG 2448 Heizöl-Spediteure.
- (21) WuW/E OLG 2491.
- (22) *Ebenda.* その際参加事業者の代表者の残した手書きのメモが証拠として採用されておりこれは強い証明力を有するものである。
- (23) WuW/E OLG 2492.
- (24) 注(4)で掲げた文献でも、意思の一致、了解についてかなり明確な立証を要求するものがあり、これは高裁の解釈と共通す

ると考えられる。たとえば Benisch, a. a. O. は協調ありとしないためには、事業者らがその行動を調整することについての意思表示が必要であると、或る者の将来の行動に関する意思表示に対し他の者がその提案に従って自己の行動することとを伝達する何らかのシグナルを与えるという関係が必要であるとし、状況証拠の採用に限定を加える (ders, Beweisführung bei abgestimmten Verhaltensweisen, in: *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Bartholomeyczek zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, S. 21 ff.)。また秩序違反に対する過料手続と競争は刑事手続の場合と同じ厳格性を要求する立場から、この二つの解釈が支持されると思われ、この点については Möhring, Philip, „Abgestimmtes Verhalten“ im Kartellrecht: Ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen Problematik unbestimmter Rechtsbegriffe, *NJW* 1973, S. 777, 780; Schaub, Dieter, Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen, in: *Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974, S. 31, 36 ff.

(25) この点については詳細は、Lübbert, a. a. O. (注 (c)) S. 49 ff. 参照。

(26) 逆に、二五条一項の制定後は「カルテル禁止」とは「水平的な相互協調的行動の禁止」の点を意味すると考えられ、主張する者もいる。Schmidt, Karsten, Was will und was leistet die Folgetheorie?, *ZHR* 142 (1978), S. 147 参照。この見解は二五条一項をカルテル禁止の中心に位置づける説と評価される。そしてこの見解によれば、一条は相互協調的行動が契約と結びついている場合の帰責問題 (Zurechnungsproblem)——当該契約が無効か否か——を判断する際に必要となると思われる。

(27) については Mischel, Wernhard, *Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1974, S. 146 の指摘による。また Huber, Ulrich, Abgestimmte Verhaltensweisen im deutschen Kartellrecht, in: *Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichensrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1971, S. 85, 102 も早くから、新たに協調的行動の禁止規定を導入することに対し、既存の条文で十分な解決がはかれることを理由に、疑問を表明していた。

(28) 詳細は、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(六) 公正取引三八九号四八頁以下参照。

(29) 詳細は Lübbert, a. a. O., S. 60 ff.

(30) たとえば、本文でとりあげた一九八一年デュッセルドルフ高裁判決において、裁判所は、輸送業者の事業者団体の会議において具体的な最低運賃率が示され、出席各社の間に石油業者に対しそれに従って運賃改訂を要求する気運が生じたことは認め

ものの、そのような認識を各社が平行してもつこと自体ではまだ二五条一項の意味での協調とは評価することができないであろうと述べている (WuW/E OLG 2491)。詳細は Lübert, a. a. O., S. 71 ff.

(31) たとえばアメリカの例をとれば、Intestate Circuit Inc. v. U. S. 事件 (第二節一(二)参照) のような事案では、反トラスト法では共謀としてとらえられたが、西ドイツ法の場合にはおそらく三八条一項一号の勧奨禁止規定が適用されると思われる。

(32) Höfer, Heinrich, Abgestimmtes Verhalten—ein Zentralproblem der Wettbewerbspolitik, Köln, 1978. 彼は学説が立法資料に示された見解に「意思の一致」「事前の了解行為」「直接の情報交換」などの要件を課すことにより限定を加えることに反対する。そして二五条一項に独自の役割を与え競争政策の重要な手段として位置づけようとする。

(33) 二五条一項違反事件は確かに数が少ない。この原因の一つに立証の困難性が考えられる。Höfer の前掲書によると、証拠として重要なのは、当事者の供述および取引文書 (これは告発者が所持している場合もしくは立入検査の際押収される場合がある) である (Höfer の質問に事件を担当した州カルテル庁の職員が答えたもの。Höfer, a. a. O., S. 258, Fußnote 2 参照)。また同書によると、一九七八年当時、州カルテル庁の職員のなかには、新二五条一項が第二次改正の際に立法者により期待された意義を実際にはほとんど獲得するに至っていないとの考えをもっているものもいることが記されている (Ebenda, S. 256, Fußnote 1)。

四 まとめ

二五条一項の導入は西ドイツにおけるカルテル規制にいかなる意義をもたらしたのであろうか。相互協調的行動がその淵源をもつとされる反トラスト法の concerted action は寡占化した市場における企業の非競争的行動を有効に規制すべくシャーマン法一条の共謀概念を拡大する際に重要な役割を果たしてきた。ここでは agreement (協定、合意) の存在を形式的には前提としながらも、実質的には事業者らの集団的な市場支配力の形成行為が違法性の基準としてとられていた。そして判例理論において生み出された concerted action を実体法上の概念としてとり入れた EEC 競争

法においても実質的な違法性の基準は変わっていないことが明らかにされた。

ところで西ドイツにおいてカルテル規制の中心的役割を果たす一条では、第二、三章での検討が示すとおり、参加事業者の自由な行動の拘束（＝競争制限）が違法性の基準となっている。もっとも、この点に関しては、有効競争の保障への要請の高まりとともに、拘束が契約の明白な対象となっていなければならないとする考え方から、対市場効果との関連でより、柔軟に解釈しようとする方向へと移ってきたことは確かである（第三章第三節三）。しかしそうであるとはいえ、一条における違法性の基準は本質的には変わらない。このような基準に支えられた一条による規制は、西ドイツの産業集中化とそれにもなう弊害に対して積極的な競争政策を展開するうえにおいて限界を露呈せざるをえない。さらに市場が寡占化するにつれてカルテル契約それ自体の立証が困難になることがこの限界を現実的なものとする。一条がカルテルを契約としてとらえ私法的構成をとっている以上、合目的な解釈によってこの限界を克服すること自体には無理がある。

このような認識のもとに導入されたのが右のような系譜をもった相互協調的行動の禁止であったのである。したがってこの立法的措置は、理論的には、契約による参加事業者間の競争的行動の制約を違法視する立場（一条）から離れ、人為的な方法による市場支配力形成行為という観点からのカルテル規制を可能にした。そしてまさにこの点に新二五条一項の戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷における意義を求めることができるのである。しかし実際にこの規定がどのように解釈・運用されるかということは別問題である。現実には適用例が少ないことに加えて、すでにみたように裁判所はかなり限定的な解釈を行なっている。しかし連邦カルテル庁の実務に限っていえば、EC裁判所の判例理論が生かされていることを確認することができるのであり、将来の運用いかんでは有効競争の維持、競争の自由の保障という法の目的への接近が現実にも達成されることになろう。

第三節 協調的行動の立証

相互協調的行動の立証に関しては、前節の検討においてすでに触れてはいるがこでもう一度、立証の問題にのみ焦点をしばって——学説も参照しながら——まとめておくことにする。

出発点はやはり立法資料であろう。経済委員会の報告およびこの報告が参考としたEC裁判所の判例理論によれば次のことが確認される。まず、特定の事業者の行動が協調の結果として以外に説明が不可能なのか、それとも参加事業者が個々の決定に従ったにすぎないのか、という観点が中心である。そして、(i)ことばの文字どおりの意味での契約上の合意の立証は必要でない、(ii)単なる一致した行動では不十分である、(iii)一定の市場条件が明確に協調の存在を示している場合にはそれだけ立証要件は緩和される、(iv)立証の際には諸状況を全体として評価しなければならない。

以上のことから、結局、相互協調的行動の立証は、行為の外形的な一致に加えてそれが協調にもとづくものであることを示す付加的要素——西ドイツでは反トラスト法の判例理論にならない plus factor と呼ばれる——が証明されなければならないことになる。その際当然、状況(間接)証拠の採用が許される。そこで以下ではこの plus factor をどのようにして引き出すのかということを、(i)市場構造、(ii)市場行動、(iii)意思の連絡行為、の側面から検討する。

(一) 市場構造

事業者の行動が自主的な決定にもとづくものか、もしくは協調によるものかを判断する際に一定の市場の特徴が考慮されることがある。とくに重要なものが市場の寡占的構造である。同質の製品、低い需要弾力性、高度の市場透明度な

どの特徴をもつ寡占市場においては、事業者にとって競争を避けようとするのが合理的な選択であるとの前提に立てば、各事業者の行動が一致してもそれは独自の意思決定の結果であると説明することが容易となり、相互協調的行動に関する証明力は弱くなる。これに対し、寡占市場のもとにあつては各事業者は直接の接触がなくとも行為の調整をはかることが可能である点に注目して、むしろ各事業者の市場支配力自体が危険であるとの立場に立てば、寡占企業がその市場支配力によって相互依存関係をさらに強化するような諸条件（たとえば典型的には情報交換制度、基地価格制度、計算基準の設定など）を人為的につくり出し、それを一致して採用しているような場合には規制の対象とすべきこととなる⁽³⁾。これはそれ自体問題とはなりえない行為でも、市場支配力のある寡占企業によって行なわれる場合には、その具体的な効果と総合して相互協調的行動と構成する立場であり、寡占的市場構造自体が重要な plus factor として取り扱われているとみることができるといえる。国際染料カルテル事件において EC 裁判所がメーカーらの価格引き上げを違法とする際にとつたのはまさにこのような立場である。

引用した立法資料でも、一定の市場条件が立証の際に考慮されるべきことが認められている。国際染料カルテル事件において EC 裁判所は、ヨーロッパの染料市場がそれまで異なった価格水準をもっていた五つの国内市場に分断されているにもかかわらず、いくつかの市場において同時に、同じ値上げ幅で、各品目について共通に、値上げが行なわれている事実は、事前の協調以外の説明が不可能であるとも述べている。

このように市場構造は相互協調的行動の立証の際に考慮される要素の一つであるといえるが、西ドイツではこれのみで十分とはされていない⁽⁴⁾。あくまで次に述べる諸要素とも結びつけて総合的に判断される。

(二) 市場行動

ここでは事業者の一致した行動が、経済的な観点からみて合理的な行動として評価できるか否かが問題となる。否定された場合には相互協調的行動であることの強い推定が働く⁽⁵⁾。ただしこの場合、市場構造への考慮が基礎になって右の判断がなされることが多く、したがって市場構造と市場行動は plus factor の評価においては密接に結びついている。

市場行動の内容や性格を市場構造と結びつけて検討することは、反トラスト法でよく用いられる方法である。とくに他の事業者を排除・妨害する効果をもつ行動様式を事業者が集团的に採用している場合には共謀を推定させる重要な証拠として取り扱われている。また当該行動が従来の慣行から大幅に逸脱しており、いわゆる「自益に明白に背反している」とみとめられる場合も同様である⁽⁶⁾。さらに多くの事業者の行動が細部にわたって一致しており、それが単なる偶然の結果として説明できないとの判断が基礎となることもある。この接近方法は実際に EC 裁判所によって用いられた。同じく国際染料メーカー事件判決において、同裁判所は、各社の価格引き上げ幅がすべての国内市場において一致しており、しかも値上げ品目がすべて共通しているという事実も相互協調的行動の状況証拠の一つとみなしている。

(三) 意思連絡行為

連邦カルテル庁はすでにみたように、事業者団体における会議や直接の接触の事実から相互協調的行動を認定している。このような意思連絡行為は、事業者の将来の行動の不確実性を人為的に減少させる行為として最も重要な状況証拠となる。反トラスト法でもこれはいわゆる facilitating device (協調を容易にする人為的行為) の一つとして共謀認定の際に重要視されている。

ただし西ドイツでは意思連絡行為に過大な評価を与えることに対しては批判があり、状況証拠としての価値はその形態と行なわれた状況とに依存するとされている⁽⁷⁾。この場合とくに問題となるのは、国際染料カルテル事件におけるよう

な価格引き上げの事前の公表であるが、このこと自体は、付加的状况が存在しない限り plus factor としては取り扱われない。この場合には常に当該市場の市場構造が考慮されなければならない。市場構造を中心にその他の状況を考慮した結果、値上げの事前公表が、客観的にみて、協調への誘引あるいはそれに対する承認として評価することができる場合には人為的な意思連絡行為と判断されることになる。国際染料カルテル事件はまさにこのような事例であった⁽⁸⁾。また Z V N 事件のベルリン高裁判決にも明らかに、共同事業の枠内での活動からも意思連絡行為が認められる。

plus factor の立証は、一応以上のような三つの側面から検討することができると思われるが、簡単な整理から明らかにするように実際にはこれらが相互に結びつき、あるいは補完しあいながら運用されていることに注意しなければならない。

(1) 第二節三注(1)の文献。

(2) この点については、たとえば C-O-Two Fire Equip. Co. v. U. S. 197 F. 2nd 489, 497 (9th Cir.) 判決が用いられている。Lübbert, *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Heidelberg, 1975, S. 107 ff.; Marx, Thomas, Zum Nachweis aufeinander abgestimmten Verhaltens, *BB* 1978, S. 331; Immenga/Mestmäcker, *Kommentar zum Kartellgesetz*, § 25 Abs. 1 Anm. 39 参照。

(3) この点については、Marx, a. a. O., S. 333; Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Anm. 40; Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 1974, S. 216; Möschel, *Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1974, S. 195, アメリカ法に關して、東方謙二『寡占体制と競争法』(昭五八)一二一九頁以下参照。なお Hansen, Knud, Zur Unterscheidung von bewußtem Parallelverhalten und abgestimmten Verhaltensweisen in der kartellbehördlichen Praxis, *ZHR* 136 (1972), S. 52 は市場構造に加え、市場の段階 (Marktpphase) を考慮されるべきであると主張する。

(4) Marx, a. a. O., S. 334; Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Anm. 41.

- (5) Marx, a. a. O., S. 333; Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Ann. 44.
 - (6) 実方『前掲書』1111〇 11113頁。
 - (7) Marx, a. a. O., S. 334; Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Ann. 47.
 - (8) Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Ann. 48. 449 Hawk, Barry, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, New York, 1982, Supplement p. 136 は EC 裁判所が「実践的な共同」の例として挙げているのは従来アメリカの裁判所によつて facilitating device として認められてきたものと同じであると述べている。
- 最後にアメリカにおいて司法省が一九七八年にスタッフに宛てた覚え書きを紹介しておく (Hawk, op. cit., p. 133 より引用)。
- すなわち、価格および生産に関する了解を容易にする人為的行為を一致して採用することは、次の四つの点の立証がなされた場合にシャーマン法一条に違反するとされる。(i) 集中化した産業における事業者による平行行動であって、それが協調を容易化するメカニズムとして用いられうる事業慣行の採用もしくは固守に関するものであること、(ii) 各事業者が、競争者も当該慣行に関して平行行動をとっていることを意識していること、(iii) 各事業者がこの平行行動から反競争的な利益を得ていること、(iv) 主たる競争者も同様に採用しなければいかなる事業者も単独では当該事業慣行を採用しなかったであろうという意味で、行動が各事業者の自益に背反していること (U.S. Dep't of Justice, Antitrust Division Memorandum on Identification and Challenge of Parallel Pricing Practices in Concentrated Industries, May 26, 1978, reprinted in 874 ATRR (BNA) at F-1, July 27, 1978)。

むすび

以上の考察により、西ドイツにおけるカルテル規制が、競争行動それ自体を相互に制限することを違法とする立場から、解釈および立法を通じて、市場支配力の形成に非難の目を向ける立場へと移り変わるプロセスをみることができであろう。とくに西ドイツ法ではカルテルが契約として構成されていただけにこの過程は一層明瞭に認められる。この

ような変遷を通じてこそ、寡占市場におけるカルテル行為を有効に規制する道が開かれたのである。

もし以上のような見方ができるならば、これは西ドイツのみにあてはまるものではないことを最後に指摘しておきたい。とくにアメリカ合衆国におけるシャーマン法の判例理論の変遷のなかに類似点を見出すことができる。実方謙二教授の一連の研究⁽¹⁾が示しているように、シャーマン法一条はもともとモノロー上の不当な取引制限および共謀の両概念の強い影響をうけて、初期においては防止すべき結果よりもそれをもたらす手段（競争制限的合意）の規制に重心が置かれたといわれる。しかしその後のアメリカ合衆国における経済状況の変化および産業集中の進展とともに、一九三〇年代後半より反トラスト政策の積極的な運用が行なわれるようになる。シャーマン法一条もそれにならなって、間接証拠の大幅な採用により、競争制限的な結果の防止、さらには市場構造それ自体への接近が試みられるなど、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（いわゆる新シャーマン法の形成）。すでに述べたように、ここでは、論理的には協定の存在を基準としながらも、実質的には集团的独占行為を基準とした法の運用が行なわれているのである。

我が国の状況に目を向けてみれば、独禁法の運用が最も消極的であった昭和三〇年代には不当な取引制限について限定的な解釈がみられた。それを明瞭に表わしているのが昭和三五年の新聞代一斉値上げ事件である。周知のように、公正取引委員会は新聞発行各社の間に話し合いの事実を認めたものの、相互に拘束性のないことを理由に各社の行為を不問に付した。この見解は結局、不当な取引制限の行為類型である「相互拘束」を、当事者が競争行動を明白に制限する場合にのみとめる立場を示すものといえる。しかし現在はこのような考え方はとられておらず、相互拘束とは「他の事業者も合意の内容を遵守する」という期待のもとに自己もその内容を遵守する⁽²⁾という関係があれば十分であるとする点で諸見解は一致している。

筆者の能力不足のため完結に長い時間を要する結果となったが、残された大きな課題としてカルテルの適用除外の問題がある。日本法上の問題もふくめてこれは後日の研究にまきたい。

(1) 実方謙二『寡占体制と独禁法』(昭五八)第三章、同『経済規制と競争政策』(昭五八)第五章。本稿は、上記著作の基礎となった論文、「新シャーマン法と有効競争の理論」商学討究(小樽商科大学)一四卷四号九三頁、「反トラスト法における共同行為の認定について、(1)、(2)、(3)」(北大法学論集一五卷四号一頁、同一六卷一号三一頁、同一八卷三号一〇八頁)から、構想を立てるうえにおいて多くのヒントを得た。

(2) 今村成和『独占禁止法(新版)』(昭五三)八〇頁。

〔付記〕 本章執筆にあたり、実方謙二教授から反トラスト法に関して、また同僚の清水章雄助教からは資料収集に関して有益な示唆・援助を得た。両先生に紙面をかりて厚く御礼申し上げます。

(完)

Wandlungen des Kartellverbots in der BRD (5)

Tateo WADA*

Einleitung

- I. GWB und seine ursprüngliche Konzeption (Bd.31-Heft 2)
- II. Entwicklung des Kartellverbots unter den Bedingungen der sozialen Marktwirtschaft (Bd.32-Heft 1)
- III. Wandel der Wettbewerbspolitik (Bd. 32-Heft 2, Bd.33 -Heft 1)
- IV. Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens
 - 1. Kurze Entstehungsgeschichte des § 25 Abs. 1 GWB n.F.
 - 2. Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens in § 25 Abs. 1 GWB und Art. 85 Abs. 1 EWGV
 - 3. Beweis des aufeinander abgestimmten Verhaltens

Zusammenfassung (Bd.34-Heft 2)

Als der Gesetzgeber der BRD im Jahre 1957 das GWB verabschiedete, stellte für ihm offenbar das verbindlich vereinbarte Kartellverhalten eine Hauptfrage dar.

In der Folgezeit sahen sich die Kartellbehörden und -gerichte jedoch verschiedentlich Fällen gegenüber, die zwar viele Merkmale eines wettbewerbsbeschränkenden Kartells aufwiesen, in denen aber die Beteiligten keine verbindliche Vereinbarung getroffen hatten oder eine solche Vereinbarung nicht nachzuweisen war. Es mußte deshalb immer wieder die Diskussion aufkommen, ob nicht auch andere als verbindliche Vereinbarungen im GWB verboten sind. Der Teerfarben-Fall trieb diese Diskussion zur ihren Höhepunkt.

Die Entscheidung des BGH forderte eine Flut von Stellungnahmen heraus, in denen man einerseits diskutierte, ob das Verhalten der Teerfarben-Hersteller doch unter das Verbot der §§ 1, 38 Abs. 1

* a.o.Professor an der Handelshochschule OTARU

Nr. 1 GWB zu subsumieren sei, und andererseits fragte, wie die „offenkundige Lücke“ des GWB geschlossen werden könne. Schließlich trat § 25 Abs. 1 n.F. (Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens) trotz der verschiedentlich geäußerte Bedenken mit der zweiten Novelle des GWB am 5. 8. 1973 in Kraft.

Im vielten Kapitel wird die Einführung der neuen Bestimmung auf ihre wettbewerbsrechtliche Relevanz hin überprüft. Daraus ist der Verfasser zum folgenden Schluß gelangt: Das Ziel der neuen Bestimmung ist es, eine von der Beteiligten ohne Abschluß eines Vertrages herbeigeführte und auf bewußtem tatsächlichem Zusammenwirken beruhende Beschränkung des Wettbewerbs zu unterbinden. Hier stellt man damit an den Nachweis solcher Kollusion der Beteiligten geringere Aufforderungen als im Kartellverhalten (§ 1). Darüber hinaus materiell-rechtlich trat das subjektive Element in den Hintergrund. Vielmehr handelt es sich um kollektive Gestaltung der wirtschaftlichen Macht.

Diese Bestimmung hat also es ermöglicht, die kartellähnlichen Verhalten der Unternehmen, besonders auf den oligopolistischen Märkten, nach diesem Kriterium zu bekämpfung. Darin kann man die Bedeutung der neuen Bestimmung finden.