

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由

——マイナミ空港サービス事件

(東京高判令和5年1月25日審決集未登載) ——

岡 田 直 己

1. 事実概要
2. 判決要旨
 - (1) 排除行為該当性
 - (2) 一定の取引分野における競争の実質的制限
 - (3) 違反行為期間の終期
3. 評釈
 - (1) 排除行為該当性
 - (2) 競争の実質的制限
 - (3) 違反行為期間の終期
4. 結語

原判決の評釈で述べたとおり¹⁾、本件は、一般社団法人日本音楽著作権協会（JASRAC）に対する排除措置命令以来、排除型私的独占に係る排除措置命令が約11年ぶりに行われ、排除型私的独占が平成21年改正独禁法により課徴金制度の適用対象となってから初めて課徴金納付命令が行われた事案である。また、課徴金の算定に係る違反行為期間の認定が抗告訴訟で初めて争われた事案でもある。本件は排他的取引を手段とする排除型私

1) 拙稿・青山法学論集64巻1号(2022)101頁以下。

的独占の事案であり、原判決と本判決のいずれにおいても、裁判所は、原告（控訴人）が実行した諸種の行為が個別に排除行為を構成するとともに、当該諸種の行為が一連性・一体性を有する一件の排除行為であると判断の上、排除型私的独占の成立を認め、排除措置命令または原判決を支持する判決を行った。また、裁判所は課徴金納付命令における違反行為期間の終期の認定も支持している。本判決の特徴として、原判決と異なることを挙げれば、①排除行為該当性の判断における考慮要素から行為者の意図・目的を形式的には除外しつつも、実際には意図・目的を考慮して判断していること、②いわゆる人為性の有無について、自己危難回避目的という控訴人の主張を受けて具体的な検討事項を説示し判断していること、③排除行為該当性及び競争の実質的制限（正当化事由を含む）に係る原告（控訴人）の主張を原判決よりも詳しく取り上げて判断し斥けていることがある。裁判所の判断は全体として支持できるものの、その説示や判示の一部に疑問があるほか、競争の実質的制限の意義に関する裁判所の説示は原判決を修正しておらず²⁾、今後現れるであろう排除型私的独占の事案に少なからぬ課題を残すものとなっている。

1. 事実概要

本件裁判の前提事実及び裁判所の認定事実は原判決におけるものと概ね同じであるため、以下、原判決の評釈である拙稿から引用し³⁾、必要に応じて加筆編集したものを記載する。

マイナミ空港サービス株式会社（以下「マイナミ」）は、航空燃料の販売業者（以下「給油会社」）であり、国内の石油元売会社から仕入れた航空燃料を成田空港など 11 の空港等（以下「本件空港等」）で販売している。マイナミと取引先需要者はマイナミと継続売買契約を締結している一方、マイナミは本件空港等以外の一部の空港等で事業活動を行う給油会社（以下「提

2) 原判決の説示の問題点について、前掲注 (1) 124～128 頁。

3) 前掲注 (1) 102～107 頁。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

携先給油会社」)等との間で取引先需要者に対する機上渡し給油に係る業務委託契約等を締結しているため⁴⁾、取引先需要者は提携先給油会社等から給油を受けることもできる⁵⁾。なお、2016年12月から2019年11月までの期間において、マイナミが唯一の給油会社であった本件空港等は名古屋飛行場及び広島ヘリポートである。

エス・ジー・シー佐賀航空株式会社(以下「SGC」)は、八尾空港や佐賀空港において航空燃料を販売する給油会社であり⁶⁾、2016年8月頃以降、国外の石油精製業者から輸入した航空燃料(以下「輸入燃料」)を需要者へ販売している。SGCは、輸入燃料に係る品質証明書(国際標準規格に適合した航空燃料)の発行を輸出元から受けているほか、輸入燃料の成分分析の報告を国内の石油製品分析会社から受けており、品質証明書等を取引先需要者に配布するなどしている。

-
- 4) 機上渡し給油とは、航空燃料を駐機中の航空機の燃料タンクへ給油して引き渡すこと。ハイドラント給油方式(サービサー給油方式)とレフューラー給油方式の2種類があり、前者は駐機スポットにある給油口(空港敷地に設置された貯蔵タンクへ地下パイプラインで直結)から給油するもの、後者は地上の給油トラックから給油するものである。ハイドラント設備がない空港、小型機専用空港等においては後者が採用されている。なお、マイナミが八尾空港における航空燃料の販売で用いていた方法は、機上渡しのほかに、ドラム缶渡しとローリー渡しがある(原判決・第2の1(4)ア)。
- 5) 原判決が「マイナミ給油ネットワーク」と呼称するものであり、マイナミが本件空港等で提供する給油サービス、提携先給油会社の給油サービス、マイナミのグループ会社である<<A>>の給油サービスで構成されている(原判決・第2の1(4)ア(イ)a)。
- 6) 八尾空港は、大阪府八尾市に所在し、国土交通大臣を設置管理者、国土交通省大阪航空局を空港管理者とする「その他の空港」(空港法2条に規定する空港のうち、航空行政上の拠点空港、地方管理空港及び公共用ヘリポートを除くもの)に分類されているが、空港法施行令附則(平成20年6月18日政令第197号)2条に基づき、当分の間、「国際航空輸送網又は国内航空輸送網の拠点となる空港として政令で定めるもの」(空港法4条1項6号)すなわち拠点空港とみなされている。定期便の就航はなく、測量や訓練機向けの小型航空機専用空港として供用されており、2018年度の着陸回数は12,748回で同種の国内空港では最多であった。朝日新聞デジタル2020年7月7日20時17分記事及び国土交通省航空局「空港管理状況調書」参照。

2016 年 11 月 1 日以降、SGC の新規参入に伴って、八尾空港の給油会社はマイナミ及び SGC の 2 社である。両社が販売する航空燃料（以下「本件航空燃料」）の油種・等級は同一であり、八尾空港における機上渡し給油による航空燃料の総供給量のうち、マイナミが占める割合は 2017 年度から 2019 年 1 月末日までの期間において 8 割超であった。本件航空燃料には国際標準規格が存在し、航空機が使用すべき航空燃料の油種・等級は航空法施行規則に基づく飛行規程で指定されているところ、同規則等は同油種・同等級の航空燃料の混合を禁止または制限していない。また、航空機は発着する各地の空港等で給油会社から機上渡し給油を受けているため、航空機の燃料タンク内部では異なる給油会社から給油を受けた同油種・同等級の航空燃料の混合が生ずるが、国が航空事故調査を開始した 1974 年以降、同油種・同等級の航空燃料の混合に起因する航空事故等は報告されていない。

2015 年 6 月中旬頃、マイナミは、SGC が八尾空港における航空燃料の販売事業に参入するという情報に接したため、八尾空港協議会の会員等に対し⁷⁾、SGC の新規参入が自社との間で過当競争を引き起こすことになるとして、同社の新規参入に反対である旨を伝えた。また、同年 9 月頃には、マイナミは、八尾空港協議会の会員に対し、SGC の航空燃料の品質管理問題に関する自社の見解を伝達するとともに、本件航空燃料の混合した航空機による事故が発生した場合、自社の航空燃料も事故原因として疑われる

7) 八尾空港協議会は、八尾空港で航空事業等を営む法人等を会員とする任意団体。なお、「協議会」は、空港法 14 条が空港管理者に組織することを認めているものであり、「空港の利用者の利便の向上を図るために必要な協議を行う」（同条）ことを目的とする。構成員は空港管理者、航空運送事業者、関係行政機関など多種に亘る。

2016 年 12 月時点の正会員は 17 名、賛助会員は 1 名であり（原判決・第 2 の 1 (3) ウ）、正会員のうち <<AA>> は SGC のグループ会社である（同・第 2 の 1 (1) イ）。また、正会員のうち 9 名は、2017 年度の実績において、マイナミが唯一の給油会社である名古屋飛行場で同社から給油を受けていた（同・第 2 の 1 (4) ア (イ) c）。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

おそれがあること等を述べて、SGC から機上渡し給油を受けた航空機には給油できない旨を伝えた。

SGC が 2016 年 11 月 1 日に八尾空港で給油会社として事業を開始したところ、マイナミは、同空港における機上渡し給油による航空燃料の販売について、後記 1 から 4 の通知等（以下「本件行為」）を順次行っている。

- 1) 2016 年 12 月 7 日、八尾空港協議会の会員 11 名に対し⁸⁾、国内の石油元売会社から航空燃料を仕入れていない給油会社はその取扱いに係る知識等が不足していることが多いほか、自社は本件航空燃料の混合に起因する航空事故等に責任を負えない等の理由を挙げて、SGC から機上渡し給油を受けた場合、自社からの給油継続は不可能であること及び提携先給油会社からの給油継続は困難になる旨を文書で通知。（以下「12 月通知」）
- 2) 2017 年 2 月 10 日、八尾空港協議会の会員である大阪市消防局が SGC と取引すると決定したことを受けて、大阪市消防局に対し、SGC による品質管理の問題、本件航空燃料の混合がみられる場合における航空事故の原因追究が困難になる等の理由を挙げて、自社が契約の相手方となれない期間においては、八尾空港、名古屋飛行場、広島ヘリポート等における機上渡し給油による航空燃料の販売を停止する旨を文書で通知。（以下「2 月通知」）
- 3) 2017 年 3 月 15 日、八尾空港協議会の会員 11 名を含む 261 名の取引先需要者に対し、自社は本件航空燃料の混合に起因する航空事故等に責任を負えない等の理由を挙げて、SGC から機上渡し給油を受けた場合、自社からの給油継続は不可能である旨を文書で通知。（以下「3 月通知」）
- 4) 2017 年 5 月中旬頃以降、SGC から機上渡し給油を受けた需要者からの給油依頼に応じる条件として、当該需要者に対し、本件航空燃料の

8) 11 名は八尾空港の給油会社から機上渡し給油を受ける者であり、これらの者が八尾空港で機上渡し給油を受ける航空燃料の供給量は「本件市場における需要の約 8 割を占めている」（原判決・第 2 の 1 (5)）。

混合に起因する航空事故等が発生した場合について、自社に責任の負担を求めない旨等が記載された文書(以下「誓約書」)への署名を要求。署名に応じない場合、抜油を要求⁹⁾。(以下「免責文書・抜油対応」)

本件行為の結果、マイナミの取引先需要者のなかには、マイナミ及び提携先給油会社から機上渡し給油を受けられなくなることを懸念して、SGC からの機上渡し給油を回避等している者がいる。また、2 月通知を受けた大阪市消防局は、名古屋飛行場、広島ヘリポート等の利用を回避している。さらに、免責文書・抜油対応の要求に応じて署名した者のなかには、自社の航空事業に支障が生ずること等を考慮してやむを得ず署名した者がいる一方、署名または抜油の要求を拒否した者のなかには、マイナミから機上渡し給油を受けられなかった者がいる。

SGC は、2017 年 5 月中旬頃、マイナミに対し、3 月通知の文書が客観的な根拠なく自社の信用を毀損しかねず事業活動を妨害するものである等として、その撤回を求める等したが、マイナミは当該要求に応じていない。

以上の事実関係について、公正取引委員会(以下「公取委」)は 2020 年 7 月 7 日、マイナミが「前記事実によれば¹⁰⁾、……八尾空港における機上渡し給油による航空燃料の販売に関して、自社の取引先需要者にエス・ジー・シー佐賀航空から機上渡し給油を受けないようにさせていることによって、……八尾空港における機上渡し給油による航空燃料の販売分野における競争を実質的に制限している」として¹¹⁾、排除型私的独占の成立を認め、同社に対し排除措置命令を行った。また、公取委は 2021 年 2 月 19 日、マイナミに対し課徴金納付命令を行った¹²⁾。

9) 抜油とは、航空機の燃料タンクから航空燃料を抜き取ること。

10) 公取委排除措置命令令和 2 年 7 月 7 日 (LEX/DB: 30003463) 第 1 を指す。排除措置命令とその評釈については、拙稿・青山法学論集 62 卷 3 号 (2020) 31 頁以下を参照されたい。

11) 本件排除措置命令・第 2。原判決も当該販売分野を一定の取引分野として画定している(第 3 の 3 (2) ウ、同 (3) ア)。以下、「本件市場」と呼称する。

12) 公取委課徴金納付命令令和 3 年 2 月 19 日 (LEX/DB: 30003474)。課徴金納

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

なお、マイナミは、2020年3月、排除措置命令案に係る公取委の意見聴取手続に先立って、開示証拠の閲覧または謄写を行ったところ、SGCが2018年6月からジェット燃料を専ら国内石油元売会社から仕入れて販売していること等が判明したなどとして、2020年3月25日付文書により、取引先需要者に対し、「佐賀航空様の取り扱われる燃料は統一品質規格に合致した燃料ということがいえますから、今後は、佐賀航空様からJET A-1(ジェット燃料)の給油を受けた機体につきましても、他の給油会社様から給油を受けた機体と同様に取扱い、給油させていただきます。(なお AV-GAS100LL(航空ガソリン)につきましてもは現時点では運用に変更はございません。)」等の記載を含む通知を行った(以下「給油再開通知」。本判決が「3月25日通知」と呼称するものである。)¹³⁾。

マイナミは、排除措置命令及び課徴金納付命令の取消しを求めて抗告訴訟を提起したが、東京地裁は2022年2月10日、本件行為が独禁法2条5項所定の排除行為に該当し、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ものであるとともに、同項所定の「公共の利益に反して」の要件にも該当するため、本件行為が排除型私的独占として同法3条に違反すると判断した。そして、原告(本件裁判の控訴人)が主張するその余の取消事由は存在しないため、原告の請求をいずれも棄却する旨の判決をした¹⁴⁾。

本件裁判は、マイナミが原判決を不服として控訴したものであり、原判決の取消しのほか、本件の排除措置命令及び課徴金納付命令の取消しを求

付命令とその評釈については、拙稿・青山法学論集63巻1号(2021)77頁以下を参照されたい。

13) 原判決・第2の1(9)イ。

14) 東京地判令和4年2月10日審決集未登載。

原判決の評釈・解説として、拙稿・前掲注(1)、武田邦宣「判解」NBL1238号(2023)74頁以下、笠原宏「判解」TKCローライブラリー新・判例解説Watch／経済法No.81(2022)、伊永大輔「判批」公正取引861号(2022)62頁以下、柴田潤子「判批」ジュリスト1575号(2022)131頁以下、長澤哲也「判解」ジュリスト1572号(2022)6頁以下、村上政博「判批」国際商事法務50巻9号(2022)1103頁以下。

めた事案である。争点はすべて原審と同じであり、①排除行為該当性、②本件通知行為等が「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」に該当するか否か、③違反行為期間の終期、④排除措置命令書の主文の不特定及び理由付記の記載の不備の有無、⑤公取委による排除措置命令書に記載のない主張追加の有無及び許否という5つである。

2. 判決要旨

以下、評釈の必要が特にないとする④と⑤を除き、本件判決の要旨を述べる。なお、裁判所の判断及びその理由の趣旨は原判決と概ね同じであるため、以下、原判決の評釈である拙稿から引用の上¹⁵⁾、原判決で説示または判示されていないことを追記し(下線部)、本判決で説示または判示されていないことを削除し、必要に応じて補足説明を加えて記載する。

(1) 排除行為該当性

本件行為が排除行為に該当するか否かは「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者である佐賀航空の本件市場での活動を著しく困難にするなどの効果を有するものといえるか否かによって決すべきである(NTT 東日本事件最判、JASRAC 事件最判参照)。そして、本件通知行為等が、上記のような人為性を有し、上記効果を有するものといえるか否かは、本件市場の状況、原告(控訴人)及び佐賀航空の本件市場における地位及び競争条件の差異、需要者である航空事業者の地位、本件通知行為等の態様や継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断されるべきものと解される」¹⁶⁾。このうち、人為性については、控訴人が本件行為は「自己危難回避目的で行った旨を主張しているから、本件通知行為等の当時、

15) 前掲注(1) 107～117頁。

16) 原判決・第3の2(1)、本判決・第3の2(1)。原判決では、継続期間に続けて、「原告の意図・目的等の諸要素を総合的に考慮して……」と説示されている。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

佐賀航空の航空燃料の安全性についての懸念が客観的に認められたか、本件通知行為等は控訴人が主張するような意図・目的でなされたものかについて、検討する必要がある。そこで、上記見地に立って、本件通知行為等が人為性を有し、上記効果を有するものといえるかを検討する」¹⁷⁾。

① 本件市場の状況、マイナミ及びSGCの本件市場における地位及び競争条件の差異

「本件通知行為等の実施時点において、(マイナミは) 本件市場における航空燃料の供給量に関して控訴人が佐賀航空に対し圧倒的に優位な立場にあったこと等¹⁸⁾、両者の本件市場における地位を踏まえると、原告(控訴人)は、需要者にとって、本件市場において避けること(他に代替すること)が困難な取引相手であったといえることができる¹⁹⁾。これに加え、……八尾空港のみならず他の空港等で給油を受ける必要のある需要者、とりわけ、……名古屋飛行場や広島ヘリポート等において給油を受ける必要のある需要者にとって、原告(控訴人)は本件市場において避けること(他に代替すること)の不可能な取引相手であったといえる。また、……原告(控訴人)は、佐賀航空と比べ、本件市場においていつでも(依頼に応じて)迅速に対応できるという競争上の優位性を有していたといえることができる。以上によれば、原告(控訴人)は、本件市場において、需要者にとって避けること(他に代替すること)ができない取引相手であり、かつ、佐賀航空と比

17) 本判決・第3の2(1)。

18) 原判決では、「(マイナミは) 本件市場の需要全てを満たす供給が可能であったのに対し、佐賀航空が原告の供給量の全てを直ちに代替することができない状況にあったこと等」と示されている。なお、前段は本判決・第3の2(2)アで判断されており、後段は同・第3の2(2)イで「航空燃料の供給量に関して控訴人に大きく後れを取っていた」と判断されている。

19) 八尾空港協議会員11名のうち9名は、原告が唯一の給油会社である空港等において給油を受ける必要があったほか、八尾空港以外の空港等においてマイナミ給油ネットワークを利用して提携先給油会社等から航空燃料の販売を受けており、その一部の者は原告や提携先給油会社等から給油を受けられなくなると事業上の支障を生ずる状況にあった(原判決・第3の2(2)ウ・エ)。

べ競争上の優位性を有していた」²⁰⁾。

② 12 月通知

「佐賀航空から航空燃料の販売を受けた場合、八尾空港のみならず全国の空港等において、原告において給油継続をせず、提携先給油会社等からの給油もしない旨を示したものと認めるのが相当であり、12 月 7 日文書の送付先となった八尾空港協議会員 11 名もそのように理解していたものと認められる。そうすると、12 月 7 日通知は、需要者に対し、原告（控訴人）及び提携先給油会社等と佐賀航空との二者択一の選択を迫る効果を有するものであった」²¹⁾。また、当該通知は 3 月 25 日通知までだけでも「3 年以上もの間維持されており、……本件市場における市場支配力の維持、強化という観点から相応の長さのある期間であった」²²⁾。さらに、当該通知は、諸般の事情を考慮すれば²³⁾、「佐賀航空の航空燃料について安全性を問題視する口実のある間に、佐賀航空の不利益となり得る事情を用いて、需要者側にとってのリスクを示すことにより、佐賀航空を八尾空港における航空燃料の販売事業から排除する強い意図ないし目的でなされたものであった」²⁴⁾。

「(以上の事実や事情を) 総合すれば、12 月 7 日通知は、……原告（控訴

20) 原判決・第 3 の 2 (2) カ。

21) 原判決・第 3 の 2 (3) ア、本判決・第 3 の 2 (3) ア。

22) 原判決・第 3 の 2 (3) イ、本判決・第 3 の 2 (3) イ。

23) 原判決・第 3 の 2 (3) ウ (ア) ～ (エ)、本判決・第 3 の 2 (3) ウ。マイナミの常務取締役が 2015 年 9 月 2 日に作成した社内報告書、同氏が同年 9 月 7 日に作成したメモ、マイナミの取締役等による侮辱的・攻撃的表現を用いた社内のメールや会議発言、マイナミが佐賀航空による航空ガソリンの品質確認を妨害しようと試みたことを窺わせるメール、マイナミが佐賀航空の品質管理に関する悪評を広めていたことを窺わせる原告の社長や取締役の署名押印がある社内文書。原判決及び本判決において、裁判所は「佐賀航空を排除する強烈な意図、目的」「独禁法の許容する競争の意図にとどまるものとは評価できない」などと断じている。

24) 原判決・第 3 の 2 (3) ウ。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

人)が、八尾空港の航空燃料の機上渡し給油市場の約8割の需要を占める八尾空港協議会員11名に対し、八尾空港において佐賀航空から給油を受けた者には原告や提携先給油会社からの給油を行わない旨を示したものであって、本件市場の需要者にとって原告(控訴人)との取引を避けることができない以上、佐賀航空との取引を断念させ、八尾空港において原告(控訴人)のみと取引することを実質的に強制し、その選択の自由を奪うものであり、また、需要者に対し、競争上優位性のある原告(控訴人)と取引することのできる地位を維持するために、佐賀航空との取引を抑制させる効果を持つものといえることができる。そして、八尾空港協議会員11名が、八尾空港の機上渡し給油の需要の約8割を占めることからすると、佐賀航空にとって代替的な取引先を容易に確保することができなくなるといえるから、12月7日通知は、八尾空港における航空燃料の機上渡し給油市場において、佐賀航空における事業活動の継続を著しく困難にする効果を有するものといえ、原告(控訴人)が佐賀航空を八尾空港における航空燃料の販売事業から排除する目的で12月7日通知を行ったことも、同通知に上記のような排除効果があったことを裏付ける」²⁵⁾。「そして、12月7日通知は、……実質的にみて原告(控訴人)のみとの取引を強制し需要者の選択の自由を奪うものであるとして、それ自体、正常な競争活動とはいいい難いものであるし²⁶⁾、佐賀航空が航空燃料について安全性を証明した上で控訴人との競争を行うという需要者にとって望ましい状況になる前に、安全性の証明を妨害することもいわず、同社を排除するとの目的は、独禁法の許容する競争の意図にとどまるものとは評価できないというべきである²⁷⁾。以上によれば、原告が行った12月7日通知は、自らの市場支配力の形成、維持な

25) 原判決・第3の2(4)ア、本判決・第3の2(4)ア。

26) 原判決では「正常な競争活動とはおよそ性質が異なるものであるし」と判断されている。

27) 原判決では「原告が佐賀航空を排除する強い意図ないし目的で12月7日通知を行ったことは、これが正常な競争手段とはいえないことを裏付けるものといえる」と判断されている。

いし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者である佐賀航空の本件市場での活動を著しく困難にするなどの効果を有するものといえることができるから、排除行為に該当するというべきである」²⁸⁾。

③ 2 月通知

「原告（控訴人）による 12 月 7 日通知が維持されていた中でされた 2 月 10 日通知は、これにより、大阪市消防局が原告（控訴人）との随意契約を締結するため、佐賀航空との取引を抑制する可能性があったし、また、大阪市消防局の入札等の仕様書に記載される条件等が影響を受け、航空燃料を輸入している佐賀航空が入札に参加できないか、不利な取扱いを受けるような、国内石油元売会社の品質証明書を前提とした仕様書に変更される可能性もあったといい得る。また、原告（控訴人）が佐賀航空を排除する目的で 12 月 7 日通知を行い、……平成 29 年 1 月 26 日の時点で、大阪市消防局に対し、佐賀航空の排除に向けた情報提供を行っていたことからすれば、2 月 10 日通知も、佐賀航空を排除する目的で行われたものと認めるのが相当である」²⁹⁾。

また、当該通知は「12 月 7 日通知について、その対象を広げ排除効果を強化する効果を有しており、佐賀航空の事業活動を著しく困難にする効果を有するものであったと認められる。また、2 月 10 日通知が、12 月 7 日通知同様、大阪市消防局に対し佐賀航空との取引を抑制させる条件を付すものであり、災害派遣の場合、原告（控訴人）が唯一の給油会社である名古屋空港等において給油を受けることが避けられない場合があり原告（控訴人）との取引を避け難い大阪市消防局に対し、原告（控訴人）のみとの取引を強制し、その選択の自由を奪うものであること、原告（控訴人）が佐賀航空を排除する目的で行われたものであることからすれば、これが、自らの

28) 原判決・第 3 の 2 (4) イ、本判決・第 3 の 2 (4) イ。

29) 原判決・第 3 の 2 (5) イ、本判決・第 3 の 2 (5) イ。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者である佐賀航空の本件市場での活動を著しく困難にするなどの効果を有するものといえることは」12月通知と同様である³⁰⁾。

④ 3月通知

「12月7日通知の対象者を含む取引先需要者261名に拡大して通知したものであったから、……佐賀航空を排除する目的で行われたものと認めるのが相当である。また、……12月7日通知同様、佐賀航空から給油を受けた需要者には原告(控訴人)が給油しない旨を、八尾空港における機上渡し給油に限定せずに示したものであり、八尾空港協議会員11名のみならず、それ以外の需要者に対しても、八尾空港の航空燃料の機上渡し給油市場における佐賀航空との取引を抑制させる効果を有するものといえる。……通知の対象となる需要者の範囲を大幅に拡張し、佐賀航空との取引を抑制する範囲を大幅に拡大したものであって、佐賀航空に対し、これらの通知の対象になった需要者に代わる取引先を容易に見出すことが一層できなくなる効果をもたらすから、12月7日通知による排除効果を強化し、八尾空港の航空燃料の機上渡し給油市場における佐賀航空の事業活動の継続を一層困難にさせる効果を有するものと評価できる」³¹⁾。

「このように、原告(控訴人)が、競争者である佐賀航空を排除する目的の下、自社以外の者との取引を抑止する条件を付し、原告との取引が避けられない需要者に対し原告(控訴人)のみとの取引を実質的に強制する行為である3月15日通知は、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者である佐賀航空の本件市場での活動を著しく困難にするなどの効果を有するものといえることは」12月通知と同様である³²⁾。

30) 原判決・第3の2(5)ウ、本判決・第3の2(5)ウ。

31) 原判決・第3の2(6)ア・イ、本判決・第3の2(6)ア・イ。

⑤ 免責文書・抜油対応

「佐賀航空から機上渡し給油を受けた需要者に対し、(経済的・時間的・心理的) 負担を生じさせる措置であることからすれば、これらの対応は、需要者に対し、佐賀航空との取引を抑制させる効果を持つものといえ…… (3 月通知までに生じた) 排除効果を維持することで、佐賀航空の事業活動を著しく困難にする効果を有するものというべきである。そして、免責文書・抜油対応は、競争者である佐賀航空との取引の存在を理由として不利益措置を講じるものであって、競争行為ということはできない上、免責文書・抜油対応において 3 月 15 日文書を示すこととしており、3 月 15 日通知と同様、原告の佐賀航空を排除する目的で行われたものと認めるのが相当であるから、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者である佐賀航空の本件市場での活動を著しく困難にするなどの効果を有するものといえる」³³⁾。

⑥ 本件行為の一連性・一体性

「(本件行為は) いずれも排除行為に該当するところ、……本件市場に佐賀航空が参入したことを契機として、原告(控訴人)が本件市場から佐賀航空を排除する目的で、八尾空港における機上渡し給油の需要者に対して行われたものである点において共通するものである。……(2 月通知から免責文書・抜油対応までは) いずれも 12 月 7 日通知による排除効果を強化する効果を有していたことも、前記のとおりである。これらの事情に鑑みれば、(本件行為は) 一つの目的の下で行われた一連・一体の行為として排除行為に該当するものと評価するのが相当である」³⁴⁾。

32) 原判決・第 3 の 2 (6) ウ、本判決・第 3 の 2 (6) ウ。

33) 原判決・第 3 の 2 (7) イ・ウ、本判決・第 3 の 2 (7) イ・ウ。

34) 原判決・第 3 の 2 (8)、本判決・第 3 の 2 (8)。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

⑦ 控訴人の主張について

控訴人は「本件市場における控訴人のシェアは排除効果の根拠とならない」と主張するが、「仮に佐賀航空が相応の供給能力を有していたとしても、八尾空港においては新規参入者であったから、八尾空港協議会員 11 名にとっては、佐賀航空から安定的に供給を受けることを信頼することはできず、控訴人と取引をする可能性は排除されないのであって、12 月 7 日通知により二者択一を迫られた状況において、佐賀航空との取引に完全に切り替えることには躊躇することになるというべき」である³⁵⁾。また、「マイナミ給油ネットワークは……控訴人の取引先需要者からの要望に応えるために構築されたものであり、利便性・必要性が高いものと認識されている」ほか、控訴人と佐賀航空の給油時間の差異は「たとえ 10 分程度の差であったとしても、給油の迅速性は控訴人の競争上の優位性を示すもの」である³⁶⁾。

控訴人は「12 月 7 日通知が佐賀航空と控訴人の二者択一を迫るものであるとしても、それ自体は独禁法上否定的評価を受けるわけではないこと、免責文書・抜油対応について、署名による負担は重くないから佐賀航空との取引に影響を与えないこと」等を主張するが、「八尾空港協議会員 11 名の中には、控訴人や提携先給油会社等から給油を受けられなくなると事実上の支障が生じる者がいたのであるから、…… 12 月 7 日通知は、通知を受けた需要者をして佐賀航空との取引を抑制させる効果を与えるのに十分である」ほか、「航空燃料の混合により事故等が発生した場合には、免責文書に署名したパイロットや整備士は責任を追及されるおそれがあるのであるから、少なくとも心理的な負担を負わせるものである」³⁷⁾。

35) 本判決・第 3 の 2 (9) ア (ア)。

36) 前掲注 (35)。

37) 本判決・第 3 の 2 (9) ア (イ)。

(2) 一定の取引分野における競争の実質的制限

「『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』(独禁法 2 条 5 項)とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、特定の事業者又は事業者集団がその意思で当該市場における価格、品質、数量、その他各般の条件をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと、すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じることをいうものと解される(多摩談合事件最判、NTT 東日本事件最判参照)」(以下「一般論説示」)³⁸⁾。「『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』ことが、排除行為によって行われる場合には、当該排除行為によって、その当事者である事業者がその意思で当該市場における市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていることをいうものと解されることからすれば³⁹⁾、本件における『一定の取引分野』は、具体的な行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を踏まえて決定すべきである」(以下「個別論説示」)⁴⁰⁾。

① 一定の取引分野

「(本件行為は)原告(控訴人)が八尾空港における機上渡し給油による航空燃料の販売事業から佐賀航空を排除する目的の下、ジェット燃料と航空ガソリンとを区別せずに行われたものであり、(両商品について)同一の機会に同一の方法によって行われ、市場における原告(控訴人)の地位も(両商品間で)共通していることからすれば、本件排除行為は、ジェット燃料と航空ガソリンとを一体不可分のものとして行われたものといえる。これ

38) 原判決・第 3 の 3 (1)、本判決・第 3 の 3 (1)。

39) 本判決には「……結果を生じさせているものと解されから」という誤植がある(第 3 の 3 (2))。

40) 原判決・第 3 の 3 (2) ア、本判決・第 3 の 3 (2) ア。

本判決の「具体的な行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲」という部分は、原判決では「当該排除行為により影響を受ける範囲」と説示されている。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

らの事情に照らせば、原告(控訴人)の排除行為により影響を受ける範囲は八尾空港における機上渡し給油による航空燃料の販売に係る取引であると評価するのが相当であるから、当該取引分野を『一定の取引分野』として画定することができるというべきである」⁴¹⁾。「(排除行為の影響を受ける範囲が) 八尾空港における機上渡し給油による航空燃料の販売分野全体に及んでいるとの事情の下では、ジェット燃料と航空ガソリンとの間に需要の代替性がないことを踏まえても、なお、これらを区別しない航空燃料としての単一市場を画定することができるというべきである」⁴²⁾。

② 競争の実質的制限

「(マイナミは) 本件市場において、需要者にとって避けること(他に代替すること)が困難な取引相手であり、八尾空港のみならず、原告(控訴人)以外に給油会社のない空港等において給油を受ける必要のある需要者にとって、避けること(他に代替すること)の不可能な取引相手であり、佐賀航空と比べ競争上の優位性を有していた(のであり、)……このような地位にあった原告(控訴人)が、佐賀航空を本件市場から排除する目的の下、(本件行為により) 需要者と佐賀航空との取引を抑制したのであって、その対象となった需要者も 12 月 7 日通知の時点で本件市場の約 8 割に相当し、その後 3 月 15 日通知により対象範囲を拡大したものである。原告(控訴人)は、このような排除行為により、本件市場の 8 割を超える多数の需要者に対し佐賀航空との取引を抑制させたのであるから、これにより、佐賀航空の牽制力を失わせ、佐賀航空との取引を回避し原告(控訴人)と取引する需要者に対し、価格等のある程度自由に左右することができる状態をもたらしたものだといえる。したがって、(本件行為により) 本件市場における原告(控訴人)の市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じているといえることができ、(本件行為は)『競争を実質的に制限する』ものに該当す

41) 原判決・第 3 の 3 (2) ウ、本判決・第 3 の 3 (2) ウ。

42) 原判決・第 3 の 3 (2) エ(イ)、本判決・第 3 の 3 (2) エ(イ)。

る」⁴³⁾。

控訴人は「逆排除効果」を主張するが、控訴人がそのような効果を生じる状況にあると「認識していたのであれば、(本件通知行為等)を行うことは考え難い上、仮に、需要者との取引を佐賀航空に譲る効果(逆排除効果)が生じていたのであれば、控訴人から佐賀航空への切り替えが次々と生じるとも考えられるが、実際には佐賀航空のシェアは2割未満にとどまっていたのであるから、本件通知行為等後も佐賀航空から機上渡し給油を受け続ける需要者がいたことは、排除効果が生じていたとの前記認定判断を左右しない」⁴⁴⁾。また、本件行為に排除効果が認められるのは、本件市場における需要者に対し、控訴人を唯一の取引相手とすることを実質的に強制するものであるからであり、佐賀航空が過去に投資した参入費用が高かったことは排除効果を生じたか否かの判断に直接関係するものではない⁴⁵⁾。さらに、控訴人の市場支配力は供給能力シェアで判断すれば「優に否定される」と主張するが、本件行為を原因として「全国の空港等で控訴人と取引する必要のある需要者が佐賀航空との取引を避けてしまうのであれば、佐賀航空はその供給能力を発揮することができないのであるから、競争原理が働かないことには変わりがない」⁴⁶⁾。

43) 原判決・第3の3(3)イ、本判決・第3の3(3)イ。

44) 本判決・第3の3(3)エ。

原判決では、「需要者との取引を佐賀航空に譲る効果があったとしても、それは反射的效果であるに過ぎず、また、排除効果よりも大きな逆排除効果があったと認めるに足る証拠はない」と判示されている(第3の3(3)エ(ア))。「反射的效果」に限られていることなど、原告(控訴人)の主張を斥ける具体的理由が示されており、本判決のほうが説得力がある。

45) 本判決・第3の3(3)エ。

原判決では、「仮に佐賀航空が低価格で航空燃料を販売しても、佐賀航空による競争的抑制が緩和されているのであるから、本件通知行為等により、本件市場が有する競争機能が損なわれていることに変わりはない」「(市場支配力の形成、維持ないし強化という結果は)佐賀航空が完全に退出したかどうかによって左右されるものではない」などと判示され、原告の主張が斥けられている(第3の3(3)エ(イ)・ウ))。本判決の判示も同じ趣旨であり首肯できる。

46) 本判決・第3の3(3)エ。

③ 正当化事由

「(独禁法 1 条の究極目的に照らせば、本件行為の) 目的が競争政策の観点から見て是認し得るものであり、かつ、本件通知行為等が当該目的を達成するために相当なものである場合には、私的独占の要件に形式的に該当する場合であっても、『競争を実質的に制限する』との要件に該当しない余地もある(ものと解される)」⁴⁷⁾。本件においては、正当化事由は以下の理由から認められず、また、正当化事由が認められない以上、本件行為が 2 条 5 項所定の「公共の利益に反して」の要件を充たさないことも「明らかである」⁴⁸⁾。

原告(控訴人)は、本件行為が「自社に生じる危難を回避するためにとつたやむを得ないものであって、正当化事由があるから、競争の実質的制限が認められない」と主張するが⁴⁹⁾、「控訴人のいうリスクは抽象的なものにとどまる上に、……控訴人としては、航空燃料の給油先の航空事業者等との間で事故の責任の所在が不明確になって、自社に危難が及ぶことになることを第一に懸念しなければならないはずである(にもかかわらず、)……

原判決にはない判示であるが、市場支配力の有無は本件市場における「供給能力」(ストック)ではなく実際の販売量や販売金額という供給実績(フロー)によって判断されるべきことであり、本件行為が佐賀航空による本件航空燃料の販売量等を人為的に抑制し、その市場占有率の増加を困難にしている以上、マインナミが本件市場で市場支配力を有することは疑いの余地がない。

47) 原判決・第 3 の 3 (4) イ、本判決・第 3 の 3 (4) イ。

48) 原判決・第 3 の 3 (4) (オ)、本判決・第 3 の 3 (4) オ。

本件行為は自己危難回避目的に基づく防御的行為としてやむを得ないものであり、人為性がなく排除行為に該当しないという原告(控訴人)の主張について、原判決と本判決のいずれにおいても、裁判所は、排除行為に係る主張として取り上げつつも、競争の実質的制限の判断で「問題となり得る」と位置付けている(原判決・第 3 の 2 (9)、本判決・第 3 の 2 (9) イ)。なお、後記の評釈で言及するとおり、本判決では、本件行為が自己危難回避目的に基づくものであるか否かは人為性との関係でも判断されている。

裁判所が原判決(及び本判決)において「競争の実質的制限の要件で正当化事由を取扱ったことは不当とはいえない」と評価するものとして、伊永・前掲注(14) 67 頁。

49) 原判決・第 3 の 3 (4) ア、本判決・第 3 の 3 (4) ア。

控訴人は、この点を問題にせずに、当然に給油された燃料に原因があるとされるリスクを前提として、佐賀航空との間で責任の所在が不明確になる場合のみを問題としている点において不合理である⁵⁰⁾。また、原告(控訴人)が主張する自己危難回避目的に照らせば、控訴人は佐賀航空に対して「より安全な航空燃料を広く供給する方向で対応することが当然の帰結であり、……国内石油元売会社の航空燃料を佐賀航空が購入するように求めることが望ましいということになる」にもかかわらず⁵¹⁾、「実際には、自社に生じる危難を避けることとは相容れない行動を積極的にとっていた⁵²⁾」。

控訴人は、本件行為の当時、「佐賀航空の航空燃料については、適切な品質管理を図られていないことが具体的に疑われる事情が存した」旨を主張するが、①佐賀航空が2015年9月1日開催の八尾空港協議会で行った品質管理体制等に関する説明が不十分であったことは証拠上認められず、②佐賀航空が関係した航空機事故をめぐる控訴人の主張は原審におけるものと矛盾しており、③本件排除措置命令後の調査により判明した事実(佐賀航空の航空燃料の一部が規格値を外れていた)は、本件行為当時の航空燃料に関する調査で確認されたものでないほか、当該事実の存在を仮定しても、航空機事故のリスクを生じさせる疑いがあるとまで認められず、本件行為が控訴人の自己危難回避目的との関係で「やむを得ないもの」であるか否かの評価とは「直接には関係しない⁵³⁾」。

控訴人において、「航空事故に伴う危険を回避しようと真に考えていたのであれば通常取るであろう行動をとっていたことはうかがわれない」ほか、「会社全体として佐賀航空を排除する方針を繰り返し明示する一方で、……(筆者挿入：自己危難回避目的について)社内で議論された形跡がないこと

50) 本判決・第3の3(4)ウ(ア)。

51) 原判決・第3の3(4)ウ(ア)、本判決・第3の3(4)ウ(ア)。

52) 原判決・第3の3(4)ウ(ア)～(イ)、本判決・第3の3(4)ウ(イ)。

原判決では「実際には、佐賀航空が国内石油元売会社から航空燃料を購入できないように会社全体の方針として積極的に活動していた」と判示されている。

53) 本判決・第3の3(4)ウ(ウ)。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

を併せ考慮すると、……航空事故が発生した場合に責任の所在が不明となる危険を回避するという目的を真に有していたものと認めることはできず、かえって、佐賀航空を排除する意図を隠すための表向きの理由として前記の目的を掲げていたものと認めるのが相当である」⁵⁴⁾。これに対して、控訴人は、佐賀航空に対する「敵対的行動」と自己危難回避目的は矛盾なく両立する上、航空燃料の汚染に係る危険を可能な限り回避すべきことは「明示的に議論されるまでもない」ことであり、「自己危難回避目的は優に認められる」と主張するが、自己危難回避目的が真に認められないことの理由は、当該目的との関係で通常は採用または不採用となるであろう行為等の存否という間接事実が認められることにあり、敵対的行動の存在のみではない。そして、航空燃料の安全性に関する控訴人の認識を前提としても、控訴人が佐賀航空の説明を受けて「事業継続を図る上で最大ともいえるリスク」の認識から１年半も経過してから、保険会社へ航空燃料の混載に起因した航空事故の取扱いを照会することは「不自然」であり、控訴人取締役の説明は「合理的なものとはいえない」⁵⁵⁾。

(3) 違反行為期間の終期

「本件排除措置命令は、本件違反行為が、12月7日通知により成立し、その後、本件排除措置命令時点においても継続していたとして、独禁法3条の規定に違反する行為が『あるとき』(独禁法7条1項)に該当するとしてなされたものである。……そして、原告(控訴人)は、本件排除措置命令後、本件排除措置命令に基づく措置として、取締役会において本件通知行為等を取りやめる旨を決議し、令和2年8月21日以降にその旨を自社の取引先需要者及び佐賀航空に対し通知したから、同日以降本件違反行為を取りやめたものと認められ、同月20日が本件違反行為を行った最終日と認められる。……本件課徴金納付命令においても、違反行為期間の認定の

54) 本判決・第3の3(4)エ。原判決・第3の3(4)ウ(ウ)同旨。

55) 本判決・第3の3(4)エ。

誤りはなく、したがって、課徴金算定基礎額の認定の誤りもない」⁵⁶⁾。

「(マイナミは) 佐賀航空を排除する目的を一貫して有して (いたほか、) …… (3 月通知の) 記載は原告 (控訴人) の佐賀航空を排除する目的が継続していることを示すものであった」「そして、……需要者においては、3 月 25 日通知の後も、佐賀航空との取引に伴い不利益措置が課される蓋然性がある以上、佐賀航空との取引を差し控える動機があったから、その文言を踏まえても、3 月 25 日通知が本件通知行為等による排除効果を払しょくするものということはできず、これをもってジェット燃料について本件通知行為等が終了したと認めることはできない」⁵⁷⁾。

3. 評釈

裁判所の判断に賛成するが、その説示や判示の一部に疑問がある。

(1) 排除行為該当性

すでに別稿で論じたとおり⁵⁸⁾、原判決が排除行為該当性の判断に係る考慮事項として挙げたことは NTT 東日本事件最判及び JASRAC 事件最判と基本的に同じであり、原判決とこれら 2 つの最判の間に見られる顕著な相違は、原判決がマイナミの意図・目的等も考慮して人為性及び排除効果を判断すると説示したことである⁵⁹⁾。本判決では、原判決と異なり、「原告の意図・目的等の (諸要素)」という文言が削られる一方、「需要者である航

56) 原判決・第 3 の 4 (1)、本判決・第 3 の 4 (1)。

57) 原判決・第 3 の 4 (2)、本判決・第 3 の 4 (2) イ。

58) 前掲注 (1) 117～121 頁。なお、本稿の執筆過程において、118 頁 8 行目に誤字を見つけることとなった。「佐賀空港」ではなく、正しくは「八尾空港」である。訂正の上、お詫びしたい。

59) 本判決も同様であるが、NTT 東日本事件最判及び JASRAC 事件最判で用いられていた「商品・役務の特性」という考慮要素が原判決で挙げられていないことについて、本件は「相対的には両事件よりも商品特性の重要性は低く、また商品特性は『市場の状況』等に間接的に反映されていることを踏まえ、……考慮要素として特に掲げる必要まではないと判断されたものと考えられる」という見解がある (伊永・前掲注 (14) 65 頁)。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

空事業者の地位」が追加され、その他の事項等を含む諸要素を総合的に考慮して判断すべきであると説示されているが、本件行為の排除行為該当性を認める理由の趣旨は原判決と同じである⁶⁰⁾。本件行為は一連性・一体性を有する排除行為であり、その端緒は12月通知であると判断されているが、12月通知のみならず、本件行為が人為性及び排除効果を有するものであるという原判決の判断において、マイナミの意図・目的は「裏付け」となっているに過ぎず、人為性及び排除効果が当該意図・目的の存在から直ちに認められたものではない⁶¹⁾。排除行為該当性の判断において、事業者の主観的な意図・目的は、その該当性を「推認させる重要な事実となり得る」ものであるに過ぎないところ⁶²⁾、原判決では他の諸要素と総合考慮されるべき判断要素として位置づけられていた。本判決において、裁判所が「原告の意図・目的等の(諸要素)」という文言を削除したことは、その人為性に関する説示と併せ読むと、事業者の意図・目的という判断要素の位置づけを修正したものと評価できる⁶³⁾。

60) 原判決と異なることとして、本判決では12月通知について「佐賀航空が航空燃料について安全性を証明した上で控訴人との競争を行うという需要者にとって望ましい状況になる前に、安全性の証明を妨害することもあり得る」として、同社を排除するとの目的は、独禁法の許容する競争の意図にとどまるものとは評価できない(第3の2(4)イ)という判示があるが、このことは、12月通知及び本件行為の全体にみられる控訴人の反競争的意図・目的の指摘であり、それらの行為があからさまな人為性を有することをいう事情の1つである。

61) 前掲注(1) 117～121頁。「マイナミの意図・目的は、本件行為を構成する各行為の人為性及び排除効果の判断では補助的役割を担っているに過ぎない一方、本件行為が一連性・一体性を有する一件の排除行為であると判断する際の中心的役割を果たしている」(119頁)、「マイナミの主観的な意図・目的という事情を理由として取り上げなくても、本件行為が人為性及び排除効果を有すると判断することは容易に可能である」(121頁)。

62) 公取委「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」2009年10月28日公表(最終改正:2020年12月25日)(以下「排除型私的独占ガイドライン」)第2の1(1)。

63) 「事業者の主観的な意図・目的は、『自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性』における逸脱の態様や程度を立証・推認することには関わり得る事情であるが、排除

原判決と顕著に異なることとして、本判決では、本件行為が人為性を有するか否かの判断において、「①本件通知行為等の当時、佐賀航空の航空燃料の安全性についての懸念が客観的に認められたか、②本件通知行為等は控訴人が主張するような意図・目的(筆者挿入：自己危難回避目的)でなされたものか」(丸数字は筆者挿入)が検討されるべきという具体的な説示がある⁶⁴⁾。そして、裁判所は、12 月通知について、認定事実や被控訴人提出証拠を挙げて、SGC の航空燃料の安全性に関する懸念が客観的に認められないことを指摘し(検討事項①)⁶⁵⁾、「自己危難回避目的に基づくものというよりは、佐賀航空の航空燃料について安全性を問題視する口実のある間に、佐賀航空の不利益となり得る事情を用いて、需要者側にとってのリスクを示すことにより、佐賀航空を八尾空港における航空燃料の販売事業から排除する強い意図ないし目的でなされたものであったと認めるのが相当」であると判断している(検討事項②)⁶⁶⁾。裁判所が挙げた理由は妥当であり、検討事項①・②に関する判断は正しいものであるが、裁判所は当該判断の

効果の推認で用いられるべき事情ではない」(前掲注(1) 120 頁)。

NTT 東日本事件最判を参照し、「通常、主観的意図があったから、あるいは、なかったからといって、排除行為該当性の判断を左右するほどの識別基準とはなり得ない」と論ずるものとして、伊永・前掲注(14) 66 頁。また、主観的意図は「排除効果の発生機序を客観的に理解するために有益」であると論ずるものとして、武田・前掲注(14) 79 頁。

64) 本件行為の人為性及び排除効果が原判決(及び本判決)で分けて判断されていることについて、人為性の判断で考慮された事情が排除効果のそれで考慮されたこと「そのもの」である等の理由を挙げて、「排除効果とは別に人為性を認定する必然性はなかった」「排除効果における考慮要素から人為性も一体的に認定すれば十分であった」と論ずるものとして、伊永・前掲注(14) 66 頁。

65) 本判決・第 3 の 2 (3) ウ:「認定事実(1) ア(ア)のとおり、佐賀航空の運航又は整備した機体について、平成 12 年から平成 21 年までの間に、4 件の航空事故が発生した事実が認められるが、いずれの事故も航空燃料に起因するものではない」、「需要者の中には、これまで佐賀航空の航空ガソリンと佐賀航空以外の会社の航空ガソリンが混合したことでトラブルが生じたことはなかったため、同じ種類の燃料であれば、混合が生じていても問題はないと認識していた者もいた」。

66) 本判決・第 3 の 2 (3) ウ。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

直前部分において本件行為が「実質的にみて控訴人のみとの取引を強制し需要者の選択の自由を奪うものであって、それ自体、正常な競争活動とはいえない」と判断しているため、原判決と同様、マイナミの意図・目的は本件行為が人為性を有することの「裏付け」として扱われていることになる⁶⁷⁾。

なお、裁判所が控訴人の主張(本稿の2(1)⑦)のすべてを斥けた理由は、当該主張が実質を欠くことをいうものであり、特段の誤りも不備もない。裁判所の判断は首肯できるものである。

(2) 競争の実質的制限

一定の取引分野の画定及び競争の実質的制限の成立に関する裁判所の判断とその理由には賛成するが⁶⁸⁾、原判決と同様、裁判所が説示した競争の実質的制限の意義については重大な疑問がある。また、正当化事由に関する裁判所の判示の一部にも疑問がある。以下、それぞれの理由を論ずる。

① 競争の実質的制限の意義に関する問題

競争の実質的制限(2条5項)の意義に関する本判決の説示は原判決とほ

67) 前掲注(26～27)。

68) 筆者が裁判所の判断に賛成する理由については、すでに別稿で論じたとおりである。一定の取引分野の画定は前掲注(1)122～123頁、競争の実質的制限は同123～124頁。また、競争の実質的制限に関するマイナミの主張について、そのすべてが本判決で斥けられた理由も首肯できるものである(前掲注(44～46))。

原判決も本判決も、市場画定と正当化事由の問題を除けば、競争の実質的制限の判断は排除行為該当性の判断において完結しており、競争の実質的制限の要件で別途考慮し判断すべきことは何も残っていないことを明らかにしている。NTT東日本事件最判やJASRAC事件最判が明らかにした排除行為と競争の実質的制限という要件の機能を再確認するものであり、後者の機能が正当化事由の有無の判断のみであることを明確にしていることは積極的に評価できる。なお、拙稿『『競争の実質的制限』の現代的意義－競争機能侵害と市場支配力の形成・維持・強化－』日本経済法学会年報43号〔通巻65号〕(2022)113頁以下(以下「学会報告」)を参照されたい。

は同じであり、原判決の評釈で指摘したとおり、一般論説示は多摩談合事件〔新井組〕最判及び NTT 東日本事件最判を正解しておらず、私的独占規制と不当な取引制限規制のそれぞれにおける行為要件及び競争の実質的制限の判断のあり方を混同している。このような混同が修正されるべき理由はすでに詳論したため繰り返さないが⁶⁹⁾、その要点は、本判決が一般論説示で市場支配力の形成等に言及したことは誤りであり、競争機能侵害という概念の意義や位置づけを不明なものとするだけでなく、競争機能侵害と市場支配力の形成等は同義であるという誤解を生ずることにある。ただ、本判決が原判決の説示を概ね維持したことを取って好意的に解釈すれば、次のようなことを言えるであろう。

公正かつ自由な競争が行われるべき自由競争経済秩序を損なうこと（独禁法の目的に反する事態を生ぜしめること）が競争機能侵害であり、このこと自体は私的独占と不当な取引制限の両方に共通する。したがって、裁判所が 2 条 5 項の事案（NTT 東日本事件最判）と 2 条 6 項の事案（多摩談合事件〔新井組〕最判）の両方を参照した上で、それらの適用条項を区別せずに、「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」（競争機能侵害）が競争の実質的制限であると一般論で説示したことは、競争の実質的制限が問題となる行為規制における法益侵害の共通性を明確化しようという試みであると解することができる。原判決及び本判決が、一般論説示において、2 条 5 項と同 6 項を区別しないまま競争機能侵害すなわち市場

69) 前掲注 (1) 124～128 頁。

競争の実質的制限の意義について、原判決（及び本判決）は「2 条 5 項と 2 条 6 項ではほぼ同一内容のものとした」が、「最終的には、『当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいう』で完全に定義の再統一を図ることが相当」であって、「正当化事由をその判断要素の一つとすることが相当」とであるという見解がある（村上・前掲注 (14) 1105～1107 頁）。他方、多摩談合事件最判において「不当な取引制限については私的独占等とは異なる定義が与えられと解する学説もあるが、……本判決は、そのような学説の立場を採用しないものと考えられる」と論ずるものとして、武田・前掲注 (14) 79～80 頁。なお、筆者はまさに「そのような学説」を採用する者である（学会報告を参照されたい）。

支配力の形成等である旨を述べたことが誤りであることはすでに詳論したが⁷⁰⁾、一定の取引分野の画定の文脈ではあるものの、本判決が個別論説示において「具体的な行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を踏まえて決定すべきである」(傍点は筆者挿入)と述べたことと併せ読めば、適用条項が2条5項と同6項のいずれであっても、競争の実質的制限の要件では「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」(傍点は筆者挿入)が判断されるべきであること、換言すれば、排除行為(または支配行為)の当事者間及び取引相手方(本件では需要者である航空事業者)との取引の実態やそれに対する影響が考慮され判断されるべきであることを明確化しようとしているのであろう⁷¹⁾。このように理解すれば、2条6項の事案で説示された競争機能侵害の文言が2条5項の事案で用いられることは首肯できるものであり、競争の実質的制限という要件が「当該取引」に係る(単独または共同の)「具体的な行為」から生ずる競争制限や正当化事由の有無を判断するものであるということは一層明確になるといえる。

70) 原判決及び本判決の文言から明らかであるため、原判決の評釈では敢えて触れなかったが、一般論説示は、A:「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」=B:「特定の事業者……がその意思で当該市場における……各般の条件をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」=C:「すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じること」となっており、A=B=Cという理解が採用されている。しかし、このような理解は、多摩談合事件〔新井組〕最判がCに言及しなかったことの意義(不当な取引制限の場合、競争回避の共同行為そのものがAに該当し、Bは必ずしもCという競争制限の水準に達していなくてよいこと)を没却することになり不適切である。BはCと同値ではなく、不当な取引制限の場合、競争の実質的制限の成立に要する競争制限の閾値が市場支配力の形成等よりも低いのである。詳細は前掲注(1)124～128頁及び学会報告を参照されたい。

71) 原判決の「当該排除行為により影響を受ける範囲」という説示では、この趣旨が必ずしも明らかではなかった。

② 正当化事由

正当化事由がないという裁判所の判断自体に異論はないが、判示の一部に疑問がある。

競争の実質的制限の要件で判断される正当化事由の有無について、原判決と同様、裁判所が目的の合理性と手段の相当性に着目して判断する旨を説示したことは重要な意義を有するが⁷²⁾、本件は目的自体が到底是認できないという平易な事案である⁷³⁾。裁判所は原判決と同様、マイナミが主張

72) 排除型私的独占ガイドラインが挙げる競争の実質的制限に係る判断要素(特に「消費者利益の確保に関する特段の事情」とその判断方法(目的の合理性、手段の相当性)、本件が同指針の「排除行為が独占又は独占に近い状態をもたらす場合には、通常、競争を実質的に制限すると判断」という説明に該当する事案であろうことについて、前掲注(1) 129 頁・脚注 63 を参照されたい。

本件は自己危難回避目的が排除型私的独占の正当化事由として「独立した論点」になった初めての事例であるという指摘があるが(柴田・前掲注(14) 134 頁)、その指摘は正しいものであるとしても、排除型私的独占ガイドラインとの関係でみると、八尾空港発着の航空機には自家用機もあるため、マイナミが主張した(本件では「表向きの理由」である)自己危難回避目的は「安全」という一般消費者の利益に関わるものであると行うことができる。

73) 本件行為の意図・目的が「『安全』の懸念を本件需要者に対し喧伝することにより、新規参入者との取引開始を委縮するよう仕向ける」ものに過ぎず、排除型私的独占ガイドラインが挙げる「消費者利益の確保に関する特段の事情」に該当するものでないこと等については、前掲注(10) 41 頁を参照されたい。

「企業の事業活動として『通常とるであろう行動』が必ずとられなければならないわけではない以上、法令上あるいは一定の状況下で『とる必要があった』とまでいえないければ、目的の正当性を全面的には否定し得ないのではないか」と疑問を呈する見解があるが(伊永・前掲注(14) 67 頁)、需要者の 8 割超を対象として排除効果及び競争制限効果を生じている本件のような排除型私的独占の事案において、法令等に照らして必要な行為であることという厳格な立証を要求することは、正当化事由に係る目的の正当性・合理性を安易に肯定する結果を招くおそれがあり不適当である。マイナミが本件行為同時に SGC の航空燃料の品質ないし品質管理に問題があるという具体的な情報を保有していなかったこと、マイナミが SGC を提携先給油会社として位置づけていた履歴があること、マイナミの取引先需要者が本件行為前の時期に SGC から給油を受けていたことは同社によって問題視されていなかったこと等の原判決認定の事情を考慮すれば、マイナミが主張する自己危難回避目的が「表向きの理由」であることは明白であり、「真の目的が別にあるというに不十分」(同前)と考える余地はない。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

する自己危難回避目的は「佐賀航空を排除する意図を隠すための表向きの理由」であると断じており、その判断理由は原判決が「併せ考慮」した諸般の事情と概ね同じである⁷⁴⁾。以下、原判決で判断されていない部分を検討するが、それらは全体としては妥当である。

〔1〕本件行為は自己危難回避目的に基づく「事業継続上必要な防御対応」であるというマイナミの主張について。裁判所が指摘するとおり、航空事故等の発生が給油会社に対し多大な不利益を生じさせることは、給油会社の事業経営上の一般的・抽象的リスクとして認められることであるが、航空事故等は人的・機械的要因など多様な事象が原因となり得るため、マイナミが取引先需要者に給油される航空燃料を唯一の原因とした事業経営上のリスクを問題視することは、一般的・客観的な視点から考えれば不自然である。しかし、マイナミは、本件市場において、取引先需要者へ航空燃料を供給する給油会社であって、八尾空港発着の取引先需要者等が保有する航空機の運航や機体整備を行う事業者ではないため、同社が人的・機械的要因による航空事故等に対して責任を負わねばならない状況は一切想

74) 原判決・第3の3(4)ウ(ウ)。①SGCをめぐる航空事故等は、本件行為の6年以上前のことであって、航空燃料の品質管理体制に直結するものでもないほか、マイナミはその間、SGCを提携先給油会社と位置付けていたこと(本判決・第3の3(4)ウ(ウ))、②マイナミは2014年9月頃、取引先需要者がSGCから給油を受けていることを認識したにもかかわらず、これを特に問題視しなかったこと(同前)、③SGCの航空燃料について行政当局に対し必要な調査等を求めるなど、航空事故に伴う危険を回避しようと真に考えていれば通常取るであろう行動を起こしていなかったこと(本判決・第3の3(4)エ)、④マイナミが本件行為当時にSGCの航空燃料の品質等に関係があるという具体的な情報を有していなかったこと、⑤免責文書の署名要求先が不自然であること(同前)、⑥12月文書、2月文書、3月文書の段階的送付が不自然な行動であること、⑦マイナミの常務取締役及び販売部長が同社役員らへSGCに関する侮辱的・攻撃的表現を用いたメールを送信するなど、会社全体としてSGCを排除する方針を繰り返し明示していたこと(同前)。なお、本判決は、本件行為の自己危難回避目的がマイナミの「社内で議論された形跡がない」ことも挙げている。

なお、④について、原判決の前提事実及び本判決の認定事実として、マイナミは大阪航空局から2017年6月2日に要求された3月通知の取下げ等を拒否していたことが認められている(原判決・第2の1(8)、本判決・第3の1(5)カ)。

定されない。換言すれば、マイナミが八尾空港発着の航空機に係る航空事故等から生ずる事業経営上のリスクで懸念すべきことは、同社が給油した航空燃料（または、同社が給油した航空燃料が事故機に混載されていたこと）が当該事故等の原因とされることに限られる。したがって、マイナミにおいて、取引先需要者との間で航空事故等の責任の所在が不明確になり、損害賠償義務等の事業経営上のリスクが顕在化することを第一に懸念する場合、取引先需要者の航空機に「給油された燃料に原因があるとされるリスクを前提として、佐賀航空との間で責任の所在が不明確になる場合のみを問題と（する）」こと自体は決して「不合理」ではない。裁判所が「不合理」と判断した理由は、マイナミの本件市場における事業活動に照らした本件特有の事情によるものではなく、航空事故等の一般的実態やその原因に関する抽象的なリスクシナリオの存在であり、これらのみを以て「不合理」と判断したことは少なくとも理由不備である。マイナミの主張自体が「不合理」であるという結論は支持できるが、同油種・同等級の航空燃料の混合は航空法等で禁止または制限されておらず、混合が実際に生じていることも通常であるほか、国が航空事故調査を開始した1974年以降、同油種・同等級の航空燃料の混合に起因する航空事故等は報告されていないという事実が認められていることを考慮すれば⁷⁵⁾、裁判所は本来、マイナミがこれらの事実を軽視ないし無視して航空燃料のみを取り上げた事業経営上のリスクを主張することの不合理を指摘すべきである。

〔2〕本件行為の当時、SGCの航空燃料は適切な品質管理が図られていないことを疑うべき具体的事情が存在した旨のマイナミの主張について。裁判所は、SGCが関係した航空事故をめぐるマイナミの主張は原審におけるものと「矛盾」しているほか、不十分な品質管理体制を裏付ける証拠は認められず、SGCの航空燃料の一部が規格値を外れていたことは本件行為当時の調査で判明した事実ではなく自己危難回避目的と「直接には関係しな

75) 排除措置命令・第1の1(5)、原判決・第2の1(2)ウ、本判決・第2の3(2)ウ。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

い」と判断しているが、その趣旨は、マイナミの主張が実質を欠くことをいうものであり、特段の誤りも不備もない。殊更、規格値を外れた航空燃料に関する主張は、裁判所が指摘するとおり「事後的に判明した」事実である可能性をいうに過ぎず⁷⁶⁾、遅きに失したものであり、当該事実が本件行為當時に判明していたのであれば、マイナミは、本件行為に及ぶのではなく、国土交通省大阪航空局へ当該事実を報告して必要な調査や規制、指示を求めるなど「航空事故に伴う危険を回避しようと真に考えていたのであれば通常取るであろう行動」を起こすべきであった。本件行為が航空事故の防止や自己危難回避という目的に基づくものでないことは明白である。

〔3〕「敵対的行動」と自己危難回避目的は矛盾なく両立する上、「自己危難回避目的は優に認められる」旨のマイナミの主張について。はじめに、航空燃料の混載に起因した航空事故の取扱いに関する保険会社への照会が「不自然」であって、マイナミの取締役の説明が「合理的なものとはいいい難い」ことは論を俟たない。次に、裁判所が「敵対的行動」と表現したマイナミの行為の詳細は明らかでないが⁷⁷⁾、事業者がその競争者等の事業活動を排除する主観的・客観的な意図や目的を有していたり、何らかの排除効果を有する行為に及んでいたりすることは、たとえそれらが独禁法2条5項所定の排除行為に該当するとしても、正当化事由の判断(目的の正当性・合理性、手段の相当性)を直ちに決するものではないため、敵対的行動と自己危難回避目的が矛盾なく両立する可能性は否定されるものではない。しかし、本件においては、裁判所は、自己危難回避目的がマイナミの社内で議論された形跡がないことを含めて、当該目的が真正であれば通常は採用または不採用となるであろう行為等の存否が認められることから、自己危難回避目的が不真正であると判断しているため、敵対的行動との両立の成否を論ずるまでもないのであり、実際、裁判所も当該成否を論じていな

76) 本判決・第3の3(4)ウ(ウ)。

77) 判示の文脈(本判決・第3の3(4)エ)によれば、「会社全体として佐賀航空を排除する方針を繰り返し明示する」ことであろうか。

い⁷⁸⁾。また、自己危難回避目的が不真正である以上、当該目的が「優に認められる」というマイナミの主張は失当であり、裁判所が当該主張を取り上げた判断を行っていないことは当然である。

(3) 違反行為期間の終期

裁判所の判断及びその理由は原判決と同様であり、課徴金納付命令及び原判決に関する拙稿で述べた理由から、本判決も首肯できる⁷⁹⁾。

他方、本件裁判の争点ではないが、違反行為期間の始期について、裁判所が原判決と同様に「本件排除措置命令は、本件違反行為が……12月7日通知により成立」としたという判断に基づき行われたものであって、「12月7日通知の時点から私的独占行為に該当するものと認められる」と判示したことは⁸⁰⁾、その前提事実に関する理解を誤っており、当該判断に係る理由の説示を欠くものでもある。まず何よりも強調すべきことは、本件排除措置命令は12月7日通知を以て「私的独占行為」(排除行為+競争の実質的制限)が成立したとは明示していない。そして、すでに別稿で論じたため詳細を省略するが⁸¹⁾、いわゆる人為性及び排除効果を有する排除行為が成立したという事実は、市場支配力の形成、維持ないし強化という競争の実質的制限が成立したと同一ではなく、両者は別個に判断される必要がある(『競争者排除』と『競争排除』は異なる)というのが通説的理解で

78) 自己危難回避目的が不真正であることについて、裁判所は「単に控訴人が敵対的な行動をとっていたことのみによるものではない」とも判示しているが、このことは、両立の成否を論じたものではなく、敵対的行動の存在も自己危難回避目的の不真正を裏付ける事情のひとつである旨をいうものである。裁判所はそのような事情となる理由を論じていないが、判示の文脈によれば(本判決・第3の3(4)エ)、自己危難回避目的がマイナミの社内で議論された形跡さえなく、同社が「会社全体として佐賀航空を排除する方針を繰り返し明示」していたという事実から、当該目的が真正であると認めることはできないと判断したのであろう。

79) 前掲注(1)129～130頁、前掲注(12)80～81頁。

80) 原判決・第3の4(1)、本判決・第3の4(1)。

81) 前掲注(12)81頁以下。

一連性・一体性を有する排除型私的独占における競争の実質的制限と正当化事由(岡田)

あり実務である。裁判所は「本件通知行為等は、『競争を実質的に制限する』」と判示しているが⁸²⁾、一連・一体の本件行為のどの部分(通知等)が行われた時点が始期に当たるのかは不明である。本件が排除行為と競争の実質的制限の成立時点を同じものとして擬制し認定してよい事案であれば、裁判所は「3月15日通知は、12月7日通知により成立した排除行為に係る排除効果をより強化するもの」と判示しているため⁸³⁾、違反行為期間の始期は12月7日通知が行われた時点となるが、本判決の認定事実及び判断理由の限りでは、競争の実質的制限が12月7日通知を以て成立したと判断された理由は明らかでない⁸⁴⁾。違反行為期間が最長で3年間とされる本件特有の事情の下では、競争の実質的制限の成立が12月7日通知と3月15日通知のどちらの時点であるかということは、課徴金納付命令を行う上で何ら問題とならない。しかし、2019(令和元)年改正後の独禁法の下では、排除型私的独占の違反行為期間の始期が過去10年間の任意の時点となる場合もあるため(2条の2第14項)、排除型私的独占の要件論につき通説的見解・実務に立脚するのであれば、本件のような一連・一体の排除行為が認められた事案における始期の認定は相当の厳格性を要求される。今後現れるであろう排除型私的独占の事案では、違反行為期間の始期(競争の実質的制限の成立時点)に関する詳しい事実認定と判断が求められる。

82) 原判決・第3の3(3)イ、本判決・第3の3(3)イ。

83) 原判決・第3の2(6)エ、本判決・第3の2(6)エ。

84) 裁判所は、本件行為の対象とされた需要者が「12月7日通知の時点で本件市場の約8割に相当し、その後3月15日通知により対象範囲を拡大したもので……原告(控訴人)は、このような排除行為により(傍点は筆者)、本件市場の8割を超える多数の需要者に対し佐賀航空との取引を抑制させたのであるから、これにより、……市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じているということができ(る)」と判示するが(原判決・第3の3(3)イ、本判決・第3の3(3)イ)、これは競争の実質的制限が12月7日通知の時点で成立したことを特定したものとはいえない。

4. 結語

以上で論じたとおり、本判決の判断は全体として支持できるものの、その判断の一部に疑問があるほか、競争の実質的制限の意義に関する説示は今後現れるであろう排除型私的独占の事案に少なからぬ課題を残すものである。

マイナミは本判決に対して上告ないし上告受理申立てを行う予定である旨を公表しているが⁸⁵⁾、本件の上告審判決があった場合、排除型私的独占の事案に係る 3 件目の最高裁判決となる。本件裁判の争点に関する最高裁の判断は本判決と変わらないと予想するが、競争の実質的制限の意義について、①原判決及び本判決のように、「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」と「市場支配力の形成、維持ないし強化」を並存させて説示するのか、②多摩談合事件最判のように前者のみを説示するのか、③NTT 東日本事件最判のように後者のみを説示するのか、④前記①～③に該当せず、従前と全く異なる表現で説示するのか。いずれにせよ、多摩談合事件最判から 11 年が経過し、NTT 東日本事件最判から 13 年が経とうとする今日、独禁法 2 条 5 項と同 6 項に定められた競争の実質的制限という要件の意義や判断方法、当該要件の充足で要する競争制限の閾値（競争機能侵害と「市場支配力の形成、維持ないし強化」の関係等）については、学説上・実務上の議論や混乱が少なからず存在するため、本件の事実関係に対する法律判断も然ることながら、競争の実質的制限の要件に関する最高裁の指導的説示が強く望まれるところである。(2023 年 5 月 19 日脱稿)

【追記】

本稿の脱稿後、本判決に関する論稿として、西村暢史「批判」公正取引 872 号 (2023) 50 頁、穴戸聖「判解」TKC ローライブラリ新・判例解説 Watch 経済法 No.88 (文献番号: z18817009-00-120882322) に触れた。

85) マイナミのウェブサイト (<https://www.mainami-ks.co.jp/news/>) 2023 年 2 月 1 日発表「排除措置命令等取消訴訟の控訴審判決について」。