

《判例研究》

## 排他的取引による排除型私的独占

——マイナミ空港サービス事件

(公取委排除措置命令令和2年7月7日審決集未登載)——

岡田直己

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<sup>1)</sup>、約11年ぶりの排除型私的独占に係る排除措置命令であり、排除型私的独占が独占禁止法(以下「独禁法」)の平成21年改正により課徴金制度の適用対象となってから初めての事案である<sup>2)</sup>。詳細は後記のとおり

- 1) 公取委排除措置命令平成21年2月27日審決集55巻712頁。JASRAC事件と排除型私的独占については、拙稿「排除型私的独占における『人為性』と『排除効果』——日本音楽著作権協会(JASRAC事件)の検討を中心に——」青山ローフォーラム7巻1号(2018)1頁以下を参照されたい。
- 2) JASRAC事件の排除措置命令は2009(平成21)年改正独禁法の施行前であったが、違反行為が施行日を跨いで行われている場合、施行日後の違反行為(継続部分)が課徴金の対象となるため、JASRAC事件も課徴金納付命令の対象になると考えられていた(当然視する見解と疑問視する見解の両方が見られた)。議論の一例として、藤田稔「JASRAC事件審決評釈」山形大学紀要(社会科学)43巻2号(2013)209頁、林秀弥「裁量型課徴金制度のあり方について」名古屋大学法政論集248号(2013)235頁、村上政博「裁量型課徴金制度の制度設計～平成28年2月公取委研究会報告書設置に際して～」国際商事法務44巻4号(2016年)545頁参照。

しかし、JASRACが排除措置命令の執行免除の決定を東京高裁から受けたこと等、何らかの事情が考慮されたためか、当該命令が2016(平成28)年9月9日に確定した後、課徴金納付命令は行われていない。公取委事務総長は、2009(平成21)年改正独禁法の施行はJASRAC事件の「確定した命令が認定した事実の時点と異なるもの……全く別の事案」であるため、課徴金納付命令を「やるとか、やらないというのは、……コメントを差し控えさせていただきたい」と説明している。公取委事務総長2017(平成29)年2月1日定例会見記録([https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/h29/jan\\_mar/kaikenkiroku170201.html](https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/h29/jan_mar/kaikenkiroku170201.html))引用。

## 排他的取引による排除型私的独占(岡田)

であるが、本件は排他的取引による排除型私的独占の事案であるところ、排他的取引の内容が時間の経過とともに変容しているほか、競争者に対する取引妨害の側面も見られ、関連市場の構造や影響も考慮すると、強度の排除効果を有するものと評価できる。また、本件は課徴金納付命令の発出が予定されるが、殊更、課徴金の算定対象期間の認定が問題となりうる。本稿は、本件排除措置命令(以下「本件命令」)における排除行為及び競争の実質的制限の判断を検証するとともに、本件で予定される課徴金納付命令に関する問題につき若干の検討を加えるものである。

### 1. 事実概要と法令の適用

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「継続売買契約」を締結している一方<sup>3)</sup>、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「提携先給油会社」)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<sup>4)</sup>、取引先需要者は提携先給油会社から給油を受けることもできる。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<sup>5)</sup>。

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

---

3) 航空燃料の継続的な売買に係る契約。本件命令第1の1(1)イ参照。

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。

5) 本件命令第1の1(1)参照。

空港において航空燃料を販売する給油会社であり<sup>6)</sup>、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<sup>7)</sup>。

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<sup>8)</sup>。

---

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。国土交通省航空局「空港管理状況調書」参照。

7) 本件命令第1の1(2)参照。

8) 本件命令第1の1(3)及び同(5)参照。

排他的取引による排除型私的独占(岡田)

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<sup>9)</sup>、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となるとして、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、本件航空燃料を混載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<sup>10)</sup>。

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①～④」)を順次行っている<sup>11)</sup>。

- 1) 八尾空港協議会の会員11名に対し<sup>12)</sup>、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。

---

9) 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。本件命令第1の1(4)参照。

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。

10) 本件命令第1の2(1)参照。

11) 本件命令第1の2(2)参照。

12) 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、同空港の同方法による総供給量の約8割を占める。本件命令第1の1(4)イ参照。

- 2) 八尾空港協議会の会員11名のうち1名がSGCと取引すると決定したことを受けて、当該会員に対し、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。
- 3) 八尾空港協議会の会員11名を含む約250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。
- 4) SGCから機上渡し給油を受けた需要者による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<sup>13)</sup>。

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、本件行為②の通知を受けた者は、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、本件行為④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<sup>14)</sup>。

SGCは、2017年5月中旬頃、マイナミに対し、本件行為③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

---

13) 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。

14) 本件命令第1の3(1)ないし(3)参照。

排他的取引による排除型私的独占(岡田)

い(以下「本件拒否行為」)<sup>15)</sup>。

以上の事実関係について、公正取引委員会(以下「公取委」)は、マイナミが「前記事実によれば<sup>16)</sup>、……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<sup>17)</sup>、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。なお、マイナミは本件命令に係る抗告訴訟を提起する意向であり<sup>18)</sup>、公取委は、マイナミの本件行為が「排除措置命令時点において継続中」であることを理由として<sup>19)</sup>、課徴金納付命令の発出を見送っている。

## 2. 評釈

本件行為は排他的取引を手段とした排除型私的独占であり、独禁法2条5項所定の行為要件(排除行為)及び市場効果要件(競争の実質的制限)に係る本件命令の法律判断は是認できるものである。また、公取委は課徴金納付命令の発出を見送っているが、見送りに関する公式見解は明らかでないものの<sup>20)</sup>、課徴金制度の内容に照らせば、発出見送りの判断は当然である。

以下、排除行為、競争の実質的制限、課徴金納付命令の発出見送りについて、それぞれ検討する。

---

15) 本件命令第1の3(4)参照。

16) 本件命令第1を指す。

17) 本件命令第2引用。以下、当該販売分野を「本件市場」と呼称する。

18) マイナミ報道発表2020年7月7日。

<https://www.mainami-ks.co.jp/news/2020/07/07/>

19) 山本浩平ほか「事件解説」公正取引838号(2020)100頁引用。

20) 公取委事務総長定例会見(2020年7月15日)の質疑応答は本件を扱っているが、課徴金納付命令の発出見送りに関する言及はない。

[https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/2020/jul\\_sep/kaikenkiroku200715.html](https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/2020/jul_sep/kaikenkiroku200715.html)

(1) 排除行為について

はじめに、本件における排除行為について、本件命令は法令の適用において「前記事実によれば」と述べているため、一見、マイナミが本件行為以前に実施した各種の伝達（新規参入に対する反対表明、SGCの航空燃料の品質管理問題に関する見解表明、取引先需要者がSGCから給油を受けた場合における自社給油に関する方針表明。2015年6月中旬頃と同年9月頃。）も排除行為の一部として評価されていると映る。しかし、本件命令は、マイナミの「行為等」について「対応等」と「行為」に書き分け、前記の各種伝達を「対応等」に区分しているほか<sup>21)</sup>、「対応等」を排除行為の「影響等」（排除効果等）の原因たる事実としては認定していない<sup>22)</sup>。これらのことから、本件命令は、「対応等」が排除行為を構成するものではないと評価しており、本件行為①～④のみが排除行為を構成すると評価していることがわかる。

さて、本件行為はいずれも、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に基づき、マイナミが取引先需要者に対し競争者との取引を制限ないし禁止するものである。本件行為について、本件命令は「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」と認定しているが<sup>23)</sup>、個別に見ると、本件行為①は自社による排他条件付取引及び提携先給油会社による供給拒絶のおそれ、本件行為②は①の実効性確保手段（本件航空燃料の自社供給の停止）、本件行為③は①よりも対象者を拡大した自社による排他条件付取引、本件行為④は③の取引先需要者に対する拘束条件付取引である。本件行為は、2016年12月7日から翌年5月中旬頃まで、時間の経過とともに①から④へ変化したものであるが、マイナミの取引先需要者に対する拘束の内容・程度は最終的に緩和した一方、拘束条件付取引の対象となった取引先

21) 本件命令第1の2参照。

22) 本件命令第1の3参照。

23) 本件命令第1の2(2)引用。

## 排他的取引による排除型私的独占(岡田)

需要者は大きく増加している。

排除行為はいわゆる人為性及び排除効果で構成されるが<sup>24)</sup>、人為性については、本件行為は不公正な取引方法として独禁法上禁止される場合がある態様の行為であるほか、本件市場の構造及び市場成果(競争の実質的制限)も考慮したとき、独占市場における排他条件付取引ないし拘束条件付取引を通じた新規参入の阻止が市場閉鎖効果を生ずることは明らかであるため、本件行為の人為性は容易に認めることができる。独占的地位を有する事業者による排他的行為は、「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」競争上許容されない態様の行為である。また、排除効果については、マイナミの取引先需要者において、(ア)マイナミの競争者との取引を回避している事実、(イ)マイナミを唯一の給油会社とする本件空港等の利用を回避している事実、(ウ)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」し継続売買契約を維持している事実、並びに(エ)「署名」または抜油を拒否した場合に本件航空燃料の供給が停止された事実から、本件行為はその④の段階に変容しても事実上の排他条件付取引として機能しており、競争者に対する排除効果も市場閉鎖効果も強いと認めることができる。本件行為の主たる対象者は本件市場の約8割(供給量基準)を占める者であり、独占的地位を有する事業者がそれらの者に対し排他条件付取引ないし拘束条件付取引を行った場合、競争者が代替的取引先を容易に見出せず新規参入に困難を来すことは自明である。本件行為は、公取委の排除型私的独占ガイドラインが典型行為として位置付ける排他的取引に該当する<sup>25)</sup>。

なお、排除効果の認定については、本件拒否行為の評価に若干の疑問がある。本件命令は当該事実も本件行為の「影響等」の一部として認定して

24) 排除型私的独占に関する2件の最高裁判決。NTT東日本事件(最二小判平成22年12月17日民集64巻8号2067頁)及びJASRAC事件(最三小判平成27年4月28日民集69巻3号518頁)。

25) 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)第2の3参照。

いるため<sup>26)</sup>、一見、本件行為の排除効果の評価根拠事実として扱っているようである。たしかに、本件拒否行為に係る文書の通知先は、八尾空港協議会の会員11名を含む約250名であり、本件市場の需要者のほぼすべてに及ぶと考えられるところ、本件行為③が排他条件付取引を内容とする以上、競争者に関する「客観的な証拠なく信用を毀損しかね〔ない〕」文書をそのような広範囲の需要者へ配付することは<sup>27)</sup>、競争者に対する排除効果を有すると認めることができる。しかし、当該文書の趣旨は、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取引先需要者に対し排他条件付取引を要求するものであり、競争者に関する虚偽ないし真偽不明の情報を流布するなど「客観的な証拠なく信用を毀損しかね〔ない〕」性質が直ちに認められるものではない。このことは、「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及び理解が不足していることが多い」という文書(本件行為①)、SGCの航空燃料はマイナミのそれと「同等の品質管理を経ているとはいえ〔ない〕」という文書(本件行為②)との間で対照をなしている。これらの文書のほうが虚偽ないし真偽不明を疑われるべきであり、本件行為①及び②は、排他条件付取引及び供給拒絶のおそれを本質とするのみならず、競争者に対する取引妨害(一般指定14項)という性質も有していると評価できるであろう<sup>28)</sup>。他方、本件拒否行為に係る文書の趣旨は前記のとおりであって、競争者の「事業活動を妨害する」性質が直ちに認められるものではないため<sup>29)</sup>、当該文書の配付が競争者に対する取引妨害という側面を有しているとはまでは認め難い。本件行為の時系列及び本件拒否行為の実行時期に着目

26) 本件命令第1の3表題。

27) 本件命令第1の3(4)引用。

28) 競争者に対する取引妨害(一般指定14項)の具体的行為及びそれらの主要事例については、拙稿「競争入札手続における取引妨害行為と公正競争阻害性——フジタ取引妨害事件(公取委排除措置命令平成30年6月14日審決集未登載)——」青山法学論集60巻4号(2019)脚注7~11を参照されたい。

29) 本件命令第1の3(4)引用。

排他的取引による排除型私的独占(岡田)

すると、本件拒否行為の評価(「影響等」)は、マイナミが本件行為の拘束の内容・程度を事実上の排他条件付取引へ最終的に緩和する段階(③から④への移行。2017年5月中旬頃)においても、本件行為の目的が新規参入の阻止にあった事実を示そうとしたものであり、本件拒否行為そのものに排除効果を認めるものではないであろう。

## (2) 競争の実質的制限について

本件市場は「八尾空港における機上渡し給油による航空燃料の販売分野」と認定されている。航空燃料の給油方法は機上渡し給油以外の方法も存在するようであるが、本件行為に係る競争関係は機上渡し給油の取引をめぐる成立しているほか、機上渡し給油を受ける需要者は八尾空港発着の測量等特殊な用途の小型航空機を運行する者(以下「本件需要者」)であるため、本件市場の画定は首肯できるものである<sup>30)</sup>。また、本件当時、マイナミが本件市場で有していた供給量シェアは8割超であって、同空港が空港法上の「その他の空港」として本件需要者の国内最多級の着陸回数を有していることから、本件行為が、新規参入者の本件需要者との取引機会を奪い、本件市場において強い市場閉鎖効果を生ずることは自明である。また、本件需要者は、本件市場で機上渡し給油を受けようとする場合、マイナミか

---

30) 本件行為②の通知を受けた本件需要者が「名古屋飛行場、広島ヘリポート等の利用を回避」していた事実は(本件命令第1の3(2))、当該本件需要者がマイナミによる継続売買契約の解除を恐れていたことを窺わせる。

また、当該事実は、マイナミが本件時代に唯一の給油会社であった名古屋飛行場及び広島ヘリポートにおける機上渡し給油による航空燃料の販売分野も本件市場に含めるべきであるという疑いを生ずる。しかし、(a) 本件行為②の通知を受けた本件需要者は八尾空港協議会の会員11名のうち1名のみであること、(b) 本件命令は利用回避が生じた空港等につき「名古屋飛行場、広島ヘリポート等」(傍点は筆者挿入)と認定していること、(c) 本件行為③以降、提携先給油会社からの給油継続の困難やSGCからの給油を認めない旨の通知等は行われていないことという3つの事実から、八尾空港以外の空港等は本件市場に含まれない(本件行為の効果は八尾空港を除く本件空港等には及ばない)と判断したのであろう。適切な判断である。

SGC かの二者択一を迫られているのであり、SGC が本件需要者との取引機会を得られなければ、本件市場で独占的地位を有するマイナミが市場支配力（価格支配力）を維持ないし強化することも容易である。したがって、本件行為が本件市場の競争を実質的に制限することは明らかである。

ところで、前記のとおり、本件行為の目的は新規参入の阻止にあると考えられるが、マイナミが「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」理由について、同社は当初から、SGC における航空燃料の品質管理等の問題、本件航空燃料の混合に起因する航空事故の懸念を挙げているため、消費者利益の確保に関する特段の事情が認められるか否か（当該事情が競争の実質的制限の判断で考慮されるべきか否か）<sup>31)</sup>、一応、検討しておくこととする。マイナミが挙げた理由は、航空事故が万一発生すれば一般消費者の生命等を脅かすおそれがあるため、「安全」という正当な理由に該当する外観を呈している。しかし、本件命令の認定事実、すなわち、SGC が自社供給の航空燃料につき第三者（国内所在の石油製品分析会社）から品質証明を受けていること、航空法等が同油種・同等級の航空燃料の混合を制限ないし禁止していないこと、同油種・同等級の航空燃料の混合は平穩かつ公然と行われており、混合に起因する航空事故等の記録がないという事実と照らせば、マイナミが挙げた理由は「安全」という正当な理由に該当するものではない。マイナミの意図は、「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ことにあると言うほかないであろう。また、マイナミが挙げた理由が消費者利益の確保に関する特段の事情に該当すると評価できるとしても、本件行為は、本件市場の独占または独占に近い状態をもたらすものであるため、競争の実質的制限に該当するという判断が揺らぐことはない<sup>32)</sup>。

31) 公取委・前掲注(25)第3の2オ参照。

32) 公取委・前掲注(25)第3の2オ但書参照。

### （3） 課徴金納付命令の発出見送りについて——今後の展望——

前記のとおり、マイナミは本件命令に係る抗告訴訟を提起する意向であり<sup>33)</sup>、公取委は、マイナミの本件行為が「排除措置命令時点において継続中」であることを理由として<sup>34)</sup>、課徴金納付命令の発出を見送っている。不当な取引制限や支配型私的独占の場合と異なり、排除型私的独占の課徴金算定規定（独禁法7条の2第4項）は対価要件を定めていないため、違反行為が認定された場合、課徴金納付命令は自動的に発出されることになる。しかし、当該規定は「違反行為期間」の売上額を課徴金の算定基礎として定めているところ<sup>35)</sup>、本件行為の終期が排除措置命令の時点で認定できない以上、課徴金納付命令を排除措置命令と同時に発出することはできない。本件行為は遅くとも2016年12月7日に始まり、本件命令の発出時点で約2年7か月間に亘り継続していると考えられるところ、今後、本件行為の終期が定まり次第、公取委が最長3年間の違反行為期間を対象として課徴金納付命令を発出することになろう<sup>36)</sup>。本件が排除型私的独占に係る課徴金納付命令の第1号事案となる可能性が高いことを考慮し、以下、今後の展望として、本件における課徴金納付命令をめぐる問題について若干の考察を行う。

---

33) 前掲注(18)。

34) 前掲注(19)。

35) 2019(令和元)年改正独禁法では7条の9第2項。

現行法7条の2第27項において、不当な取引制限及び支配型私的独占に対する課徴金算定で用いられる「実行期間」とは区別して、排除型私的独占では「違反行為期間」が用いられると定められている。なお、後者は2019(令和元)年改正独禁法では2条の2第14項で定められているが、その始期は「当該違反行為をした日(当該事業者に対し当該違反行為について第47条第1項第1号、第3号若しくは第4号に掲げる処分、第102条第1項若しくは第2項に規定する処分又は第103条の3各号に掲げる処分が最初に行われた日(当該事業者に対し当該処分が行われなかったときは、当該事業者が当該違反行為について事前通知を受けた日)の10年前の日前であるときは、同日)」とされ、その終期は「当該違反行為がなくなる日」とされている。

36) 独禁法7条の2第4項。違反行為期間が3年超となる場合、課徴金の算定対象期間は違反行為の終期から遡って3年間となる。

課徴金の算定基礎については、本件行為はマイナミが取引先需要者へ航空燃料を機上渡し給油で供給することに係るものであって、本件市場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分野であるため、当該供給の対象となる航空燃料（マイナミが八尾空港で機上渡し給油の方法で最終商品として供給する航空燃料。独禁法7条の2第4項所定の「当該商品」）の売上額が用いられることになろう。マイナミの取引先需要者は同社の提携先給油会社からも本件空港等以外の一部の空港等で機上渡し給油を受けているが、それらの空港等は本件市場に含まれないほか、本件命令はマイナミが提携先給油会社等へ航空燃料を供給している事実を認定していないため、提携先給油会社が同項所定の「他の事業者」に該当することはない。

問題は、課徴金の算定対象期間（違反行為期間）の認定である。ここでは順序は逆転するが、本件における違反行為期間の終期は、始期との比較では容易に認定可能であり、マイナミが本件命令に服する等の方法により本件行為を取り止めた時点、あるいは、本件行為に起因する競争の実質的制限が解消した時点を終期と認定することになる。排除型私的独占の原因行為または競争制限効果が消滅する以上、当然のことである。本件の場合、マイナミの取引先需要者が本件行為の「拘束」から解放されたことを窺い知るに十分な事情があればよい<sup>37)</sup>。

他方、始期の認定は困難を極めるおそれがある。本件命令は、本件行為①が2016年12月7日に行われ、当該行為の相手方が本件市場における総供給量の約8割を占めるという事実を認定しているため、本件行為①の着

37) 不当な取引制限の事例ではあるが、独禁法違反行為からの離脱時期の判断基準について岡崎管工事件（東京高判平成15年3月7日審決集49巻624頁）及び同判決後続の審判審決（松下電器産業事件（公取委審判審決平成18年3月8日審決集52巻229頁）、三菱重工・新日鉄事件（公取委審判審決平成21年9月16日審決集56巻第1分冊240頁）、違反行為の消滅についてモディファイヤーカルテル事件（東京高判平成22年12月10日審決集57巻第2分冊222頁）。

なお、一般論として、排除型私的独占の既往の違反行為の影響が関連市場に残存していても、違反行為期間の終期の認定を妨げることはない。

## 排他的取引による排除型私的独占（岡田）

手時点を以て排除型私的独占が成立したと判断するのであれば、違反行為期間の始期は同日であると認定することができる。しかし、本件命令の排除効果に関する事実認定は本件行為①に特化したものとはなっておらず<sup>38)</sup>、本件行為①の着手時点を以て排除型私的独占の成立を認めてよいのか疑問が残る。本件行為①は自社による排他条件付取引及び提携先給油会社による供給拒絶のおそれであり、排他的取引として排除行為に該当することは明らかであるが、独禁法7条の2第4項は排除行為ではなく排除型私的独占に対する課徴金納付命令を定めたものであるため<sup>39)</sup>、本件行為①を以て排除型私的独占が成立した（排除効果を生じ、本件市場の競争を実質的に制限した）と判断できない限り、当該行為の着手時点を以て違反行為期間の始期として認定することは許されない<sup>40)</sup>。課徴金納付命令における公取委の判断に注目したい。

（2020年9月14日脱稿）

---

38) 本件命令第1の3参照。本件行為が全体としてマイナミの取引先需要者に対し「影響等」を生じた事実のほか、本件行為②・④の「影響等」の事実を認定するのみである。

39) 排除行為と競争の実質的制限は同時に成立するとは限らない。

40) 排除型私的独占における課徴金の算定対象期間（違反行為期間）について、その始期及び終期の認定に関する問題を指摘するものとして、伊永大輔『課徴金制度——独占禁止法の改正・判審決からみる法規範と実務の課題』（第一法規、2020）224頁以下参照。

なお、始期の認定に関する伊永氏の試論のうち、事業者が排他的取引の実行を意思決定した時点については、筆者はこれを始期と認定することは許されないと解する。少なくとも当該決定が外部へ表明されない限り、当該事業者の競争者が関連市場で代替の取引先を容易に確保できない等の排除効果を生じ、当該市場における競争の実質的制限を成立させることはないためである。