

豪州競争法適用の「地理的」限界

——国際カルテルと「豪州内の市場」——

International Cartels and the Geographic Limits to the
Application of the Competition Law in Australia

西 村 暢 史*

目 次

- I. はじめに
 - II. 豪州競争法適用の「地理的」限界要件の重要性
 - III. 豪州最高裁判決の判断枠組み
 - IV. 「豪州内の市場」の意味と意義
 - V. むすびにかえて
- 資 料

I. はじめに

現在に至るまで、世界で国内競争法を有する国家等の数は増加してきた。これらの世界各国における多くの競争法は、一般的に、同法が監視の対象とする競争に悪影響を及ぼす（であろう）行為を規制する多様な手段を用意し、執行されている。同時に、取引に関わるグローバリゼーション、取引に対する規制の自由化、そして、取引技術のイノベーション等は、自国の国内競争法の適用に関する解釈において新しくない法的課題を提示していることに異論はないであろう。

たとえば、国際カルテル、国際的企業結合、そして、インターネット取

* 所員・中央大学法学部教授

引に対する制限的行為等が、競争法分野における活発な議論の対象となっている。これらの行為は、自国の外や複数の国家等にまたがって行われ、また、その効果が複数の国家にまたがって生じうる場合が多いと考えられている。そして、このような自国の外で行われた問題となりうる行為に対して、自国の国内競争法をどこまで適用することが可能なのか、競争法分野における「市場画定」や「域外適用」といった概念を使った議論が展開されてきた。結果、競争法上問題となりうるある行為が、自国には所在せず他国に所在する企業や他国の国内法に基づいている場合、そして、これらの行為に自国の国内競争法を適用する場合、歴史的にも、国内競争法自体の解釈運用のみならず国家間の対抗立法のような諸問題を生じさせてきた。この点は、競争法の存在意義とその機能の重要性を世界に知らしめるものでもあったと言える。

本稿の目的は、国内競争法の自国外の行為に対する法執行が有する問題と意義¹⁾のバランスを整える手法として、競争法適用の「地理的」な制約の重要性を明確化させることである²⁾。その際に、世界各国の大手航空会社間で行われた航空貨物サービスに関する国際的な価格カルテル事件（以下、本件とする。）を検討する。本件では、香港、シンガポール、インドネシアを出発地として、豪州内を目的地（最終目的地のみというわけではない。）とする世界の大手航空会社間で行われた航空貨物サービスの燃料サーチャージ等の価格カルテルが豪州競争法³⁾に違反するか否かが問題と

1) Bredan Sweeney, Combating Foreign anti-competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism?, 8 MELBOURNE J. INT'L L. 1, 72-73 (2007), Ian B Stewart, Cartels, extraterritoriality, and the Harper Review – the search for a connecting factor, 43 ABLR 474 (2015), Tadashi Shiraishi, Customer Location and the International Reach of National Competition Laws, 59 JAPANESE YEARBOOK OF INT'L L. 1, 2 (2017).

2) 問題意識の起点として、土田和博「独占禁止法の国際的執行」土田和博編『独占禁止法の国際的執行』26頁（日本評論社、2012年）、波光巖＝栗田誠編『解説独占禁止法』456頁（青林書院、2015年）[栗田誠執筆部分]等がある。

3) 本件に適用された豪州競争法に関して、現行法に至るまでを時系列でみるな

なった。豪州最高裁判決（以下、本判決という。）⁴⁾は、当該カルテル行為が、取引慣行法の適用に対する「地理的」な限界を定めた要件である「豪州内の市場」における競争を実質的に制限したと認定した。

確かに、本件でカルテルの対象となったサービスは、少なくとも豪州が（最終目的地であるかどうかにかかわらず）目的地として提供された航空貨物サービスである。したがって、豪州との「地理的」な関連性はあると問題なく言えそうである。それにもかかわらず、法的問題が生じる根拠は、「豪州内の市場」の解釈そのものにある。仮に、豪州との「地理的」な関連性という曖昧な判断枠組みだけで豪州競争法を適用する場合、豪州内のすべての商品やサービスを対象とする豪州内外を問わないすべての行為が豪州競争法の適用対象となる可能性がある。

本判決は、物流事業者が提供する国境を超える輸送サービスの価格に関する国際カルテルに対して、「豪州内の市場」という豪州との「地理的」な関連性に関して、より具体的にどのような事実の下で、どのような法的評価の結果認定したのかという点で特徴的かつ重要となるのである。

以下、豪州競争法の規制枠組みの整理（Ⅱ）、本判決の整理（Ⅲ）、2010年豪州競争・消費者法の改正作業の端緒となったHarper報告書⁵⁾、そし

らば、本件に適用された、Trade Practices Act of 1974（以下、取引慣行法とする。）、2010年豪州競争・消費者法（Competition and Consumer Act of 2010）、そして、現行法のCompetition and Consumer Amendment (Misuse of Market Power) Act 2017 (August 2017) およびCompetition and Consumer Amendment (Competition Policy Review) Act 2017 (October 2017)（2017年改正のうちの後者を本稿での検討素材と位置付けて、以下、新法とする。）となっている。

- 4) Air New Zealand Ltd v Australian Competition Consumer Commission, P T Garuda Indonesia Ltd v Australian Competition Consumer Commission [2017] HCA 21 (14 June 2017). 以下、豪州最高裁判決、または、High Courtとする。本判決までの概略的説明を行う邦語文献として、土田和博「競争法と国際的二重処罰」金井＝土田＝東條編著『経済法の現代的課題』480-482頁（有斐閣、2017年）、土田和博「テレビ用ブラウン管国際カルテル事件最高裁判決について」公正取引809号62頁脚注10）（2018年）参照。

- 5) Professor Ian Harper, Peter Anderson, Su McCluskey, Michael O'Bryan QC,

て、これを受けて成立・施行された新法における「地理的」限界要件の理解（Ⅳ）、本判決の重要性の再確認（Ⅴ）を経て、自国の国内競争法適用において「地理的」限界要件の考え方を示した本判決の意義を明らかにする。

Ⅱ. 豪州競争法適用の「地理的」限界要件の重要性

関連諸規定の確認

豪州競争法適用の「地理的」限界とは、豪州競争法では、第1に、「市場」の定義、第2に、「域外適用」で構成されている。

第1に、「市場」の定義に関しては、本件に対する適用法条である取引慣行法の諸規定を以下に確認する⁶⁾。

まず、競争制限効果が生じているとみなす（いわゆる当然違法の類型に該当するような）価格カルテルに特化した規制規定である45条A(1)⁷⁾、そして、その包括的規定であるカルテル等競争制限的協定等に対する規制一般を定める45条（競争制限的協定規制規定）である。45条A(1)は、価格カルテルの競争制限効果を推定するものであり、この競争制限効果に関する定義は、次に見る45条(2)および(3)が規定している。

次いで、45条(2)は、「会社は、競争を実質的に制限する（substantially lessening competition）目的、または、その効果を有する、もしくは、有する可能性のある協定等約束をしてはならず、競争を実質的に制限する目的、または、その効果を有する、もしくは、有する可能性のある条項を含む約束に上記の効果を与えてはならない。」と競争制限効果について規定

Competition Policy Review Final Report (March 2015). 以下、Harper 報告書、または、Harper Report とする。

6) CARON BEATON-WELLS, PROOF OF ANTITRUST MARKETS IN AUSTRALIA 14 (Federation Press, 2003).

7) 末尾資料参照。

している⁸⁾。続けて、45条(3)は、45条および45条 A における「競争 (competition)」の定義を、カルテル等協定の当事者がカルテル協定等の対象となって提供するまたは提供する可能性のある商品やサービスの「市場における競争 (competition in any market)」と定義している⁹⁾。

最後に、45条(3)の「市場における競争」の「市場 (market)」の定義を4条 E が規定している¹⁰⁾。4条 E は、「本法の趣旨に従って別途他の規定が無い限り、市場とは、豪州内の市場 (market in Australia) を意味し、検討対象となる商品またはサービスと代替されうる別の商品やサービス、また、それら検討対象となる商品またはサービスと競争関係にある商品やサービスの市場を含むものである。」となっている。

すなわち、豪州競争法におけるカルテル等競争制限的行為に対する規制規定では、競争法上の一般的な規制対象となる競争に対する悪影響が「地理的」に「豪州内 (in Australia)」でなければならないと規定されているのである。そのため、本件のような豪州外から豪州内に向けたサービスの価格に関してカルテル行為について、そもそも取引慣行法を適用できる事案なのか、取引慣行法適用の「地理的」限界が問われることになる。本稿の問題意識は、この定義の中でも、地理的な観点から見た定義としての「a market in Australia」(本稿は「豪州内の市場」と訳する。)の意味と意義にある¹¹⁾。

第2に、豪州競争法は、「域外適用」を内容とする規定を別途5条(1)で定めている¹²⁾。豪州競争法上の「域外適用」とは、豪州において設立され

8) 末尾資料参照。

9) 末尾資料参照。

10) 末尾資料参照。

11) その他、代替性の定義もあるが、本稿では触れない。

12) 末尾資料参照。米国流の域外適用に志向する観点からは、5条(1)の条文構造および判断枠組みとこの域外適用との不整合という見解 (Ian B Stewart, *Extra-territorial application of Pt IV of the Competition and Consumer Act*, 42 ABLR 90, 101, 107, 112 (2014), Ian B Stewart, *supra* note 1, at 476-477) もあるが、本判決を含めた司法判断では米国流の域外適用は豪州競争法上の解釈においては否定

た企業，または豪州に通常居住している者や豪州において通常事業活動を行っている者による豪州外での行為に対する豪州競争法の適用という意味である。5条(1)は，豪州外で生じた問題となる行為への適用の要件として，当該行為の主体の特徴を定めた規定と言える¹³⁾。

このことから，市場の定義としての「地理的」な要件としての豪州内の市場（4条E）と，豪州外で行われた行為に対する豪州競争法の域外適用の条件（5条）との関係が問われることになる。豪州においては現状これら2つの規定の役割は明確に分けられており，また，両者は組み合わせることは望ましくないとされている¹⁴⁾。それは，4条Eが行為と豪州との「地理的」な関連性を問う一方で，5条が問題となった行為を行った主体と豪州との関連性を問うという理解に基づいているからとされる¹⁵⁾。結果，本件で問題となった航空貨物サービスの国際カルテルの規制の判断枠組みにおいては，問題となる行為の結果が豪州内の市場で生じているのかどうかという点で，取引慣行法適用の「地理的」限界として5条(1)ではなく4条Eの市場の定義を問うことになる¹⁶⁾。

「豪州内の市場」要件の重要性

本稿は，次の3点を豪州競争法適用の「地理的」限界について注目する

されている。

- 13) この点，米国内に対する「影響」を問ういわゆる効果理論との対比が問題となる（後掲注38）参照）。
- 14) Daniel Clarry, *Contemporary approaches to market definition: Taking account of international markets in Australian competition law*, 37 ABLR 143, 151 (2009).
- 15) CARON BEATON-WELLS & BRENT FISSE, *AUSTRALIAN CARTEL REGULATION - LAW, POLICY AND PRACTICE IN AN INTERNATIONAL CONTEXT* 16 (Cambridge UP, 2011).
- 16) もっとも，いずれの規定も，豪州外で行われた行為に対する豪州競争法適用の際に，行為や行為主体が豪州と何らかの「地理的」な関連性を有している必要があるという点に豪州競争法の特徴があるとの説明も一般的になされている（Ian B Stewart, *supra* note 1, at 479, CARON BEATON-WELLS & BRENT FISSE, *id.*, at 14）。

理由として考えている。

第1に、取引慣行法が、カルテル等競争制限的協定等に対する関連諸規定において、同法適用の「地理的」限界を要件として（抽象的ではあるが）明示的に規定していた点である。本判決は、二世代前の競争法からの法的課題に一応の到達点を示したと考えられる。これは単に豪州だけの問題ではない。本件は、問題となる競争制限行為が国外で行われ、その影響が複数の国家にまたがって生じうる可能性が高い国際カルテルである。本稿の問題意識からは、多くの国家が自国の国内競争法を持つに至った現在、同一の国際カルテル事件に対する複数国家等の同時並行的な競争法適用における緊張関係や法的評価の安定性の確保に資する1つの方向性を見出すことが可能であるとも考えられるからである。

第2に、取引慣行法の改正法である2010年豪州競争・消費者法は、取引慣行法45条Aを削除し、これに対応する形で新設した44条ZZRD(4)¹⁷⁾において、同法適用の「地理的」限界要件を設定しなかった。当然違法の類型とされてきた価格カルテル、入札談合等の特定の形態のカルテル類型を44条ZZRDにおいて抽出・規定し、その中で「地理的」な要件は設定されなかった¹⁸⁾。「豪州内の市場」という要件が規定されていない以上、本判決は、2010年豪州競争・消費者法44条ZZRDに規定されている当然違法類型とされるカルテル規制の解釈に対して影響を持たない。それが、新法では、2010年豪州競争・消費者法44条ZZRDが削除され、これに対応する形で新設された45条AD¹⁹⁾において異なる状況となった。

新法45条AD(4)(c)は、「商品やサービスにおいて相互に競争している (in competition with each other in the supply or acquisition of relevant goods or

17) 末尾資料参照。

18) 規定上、「in competition with each other, goods or services」という要件が定められている等規定の書き振りからは議論があるが、司法判断は、2010年豪州競争・消費者法が明示的に当該要件を削除した以上、この中に「地理的」な制約を読み込むことを否定している（後掲注108）参照。

19) 末尾資料参照。

services)」という文言の直後に「取引または通商において（in trade or commerce）」を要件として新たに追加した。そして、「取引または通商において」の定義が新法4条において「豪州内または豪州と豪州外の場所との間（within Australia or between Australia and places outside Australia）」と定められているため、「豪州内の市場」の意味との関係が新たに問われることになったのである²⁰⁾。

第3に、「豪州内の市場」という法適用の「地理的」限界要件に関しては、取引慣行法の時代から依然として規定し続けている他の諸規定が存在し、この点からも本判決の重要性を確認することができる²¹⁾。2010年豪州競争・消費者法、そして、新法においても、カルテル等競争制限的協定等（45条）、排他的取引協定（47条）、合併に関する規制規定（50条²²⁾）では、問題となった行為の影響を受ける「地理的」な範囲を示す要件として「豪州内の市場」が規定されている。したがって、上記諸規定に関しては、本判決の判示した「豪州内の市場」の判断枠組みの検討は大きな意味があると言える。いずれにしても、この「豪州内」の解釈次第で今後も豪州競争法適用の有無が決定される事案が想定される以上、本判決は、競争当局と当事者にとっては極めて重要な判決となっている。

もっとも、4条Eの「豪州内の市場」という文言自体は極めて抽象度の高い要件であって、十分にその意味を表現しているとは言えないという評価もある²³⁾。この要件から明らかなことは、豪州内において競争が全く

20) もっとも、同条は、豪州国内だけでなく国際的な取引や通商も要件に組み込んでいる以上、論点として前者の豪州内かどうか問われる状況が生じるかもしれないが、新法の「地理的」な適用の限界を特に指摘する必要はないと結論付けられる可能性もある。

21) Julie Clarke, *Extra-territoriality and Markets “in Australia”*, 25 AJCCL 292, 298 (2017).

22) 多少文言が異なるため注意を要するが、「豪州内の市場」という部分は同一であり、同様の議論が可能である。

23) Ian B Stewart, *supra* note 1, at 480, CARON BEATON-WELLS & BRENT FISSE, *supra* note 15, at 15.

ない状況、完全に豪州外の競争という場合であれば豪州競争法は適用されないということだけであろう²⁴⁾。その一方で、豪州内の市場は、契約の交渉から締結、販売から支払い等すべての取引について完全に豪州内でなければならないのか、その一部分で良いとする場合、その一部分はどのような状況において豪州内の市場と認定されるのかといった解釈問題が生じる²⁵⁾。その意味でも、本件でカルテル対象となっていた航空貨物サービスは、豪州外で契約締結、そして、支払いが行われていたが、当該サービスの一部は、豪州内でも提供されていることから豪州内の市場の解釈が問われることになったのである。

III. 豪州最高裁判決の判断枠組み

経緯と第1審判決²⁶⁾における事実認定²⁷⁾

本件は、ACCC が、ニュージーランド航空（2010年5月17日）とガラダ・インドネシア航空（2009年9月2日）に対して、それらが、香港、シンガポール、インドネシアといった海外から豪州に向けた航空貨物サービ

24) Ian B Stewart, *supra* note 12, at 99.

25) CARON BEATON-WELLS & BRENT FISSE, *supra* note 15, at 15. たとえば、カルテル対象の商品やサービスが豪州において競争環境の下で提供されているが、その提供に関する諸条件の交渉や契約締結、そして、当該商品等の支払いが完全に豪州外で行われた場合、契約地が要件となっていない4条Eに基づく、交渉や契約締結地が豪州内の市場の決定的な考慮要素とならず、当事者らの競争的行動に関するすべての関連事項を考慮して「地理的」な関連性を審査するという意見もある (id., 15-16, DANIEL CLOUGH, *COMPETITION LAW: THE LAWS OF AUSTRALIA*, 44 (Thomson Reuters, 2014))。

26) Australian Competition and Consumer Commission v Air New Zealand Limited [2014] FCA 1157 (31 October 2014). 以下、第1審判決、または、Federal Court とする。

27) 以下の本文における記述は、基本的に本判決が当事者間に争いが無いと認定した諸事実、すなわち、第1審判決が認定した諸事実に基づいている (High Court, paras. 96-118)。

スに関して²⁸⁾、燃料サーチャージ（a fuel surcharge）、保険および安全サーチャージ（an insurance and security surcharge）、関税料（a custom fee）、輸送料金（a freight rate）の固定に関する協調的行為を行ったとして、取引慣行法45条、また、価格固定という特定のカルテル行為に基づく同法45条Aに違反すると申立てたものである。

本件で問題となった航空貨物サービスは、荷物の輸送に関して出発地から到着地までの一方方向の片道輸送を特定の路線において提供するものである。そして、航空貨物サービスは、輸送条件に関する各種サービス、出発地および到着地での荷揚げサービス、空港等での相談窓口サービスといった一連の関連するサービスから構成されている。一連の航空貨物サービスにおいては、出発地と到着地との間の輸送に関わる複数の業種業態が存在している。出発地と到着地における荷送人と荷受人および航空貨物フォワーダー、そして、実際に航空輸送を行う航空（貨物）会社（フォワーダーと航空輸送会社が一体化したインテグレイターを含む。）である。ニュージーランド航空およびガルダ航空は、自身のウェブサイトにおいて他の航空会社と同様に航空貨物輸送に関する情報を各社独自の内容として公開しており、航空貨物フォワーダーと航空会社との間での交渉の端緒となっている²⁹⁾。

仮に両者の間での航空貨物輸送に関する契約が締結された場合の支払いの状況に関しては、原則として出発地における航空貨物フォワーダーが航空会社に対して、原則として出発地の通貨に基づいて支払うことになるとする³⁰⁾。もっとも、この支払いは航空貨物フォワーダーと荷送人や荷

28) ACCC が問題視した航空貨物サービスは、香港、シンガポール、インドネシアから豪州に向けた貨物輸送であるため、基本的に豪州から豪州外に向けた貨物輸送に関するサーチャージ等の賦課は問題となっていない（Federal Court, paras. 3-4）。

29) High Court, paras. 103-107.

30) Id., para. 121.

受人との間の支払いを条件とはしていない³¹⁾。そして、航空貨物サービスの提供に対する対価としての価額は、航空貨物料金³²⁾と上記のサーチャージを組み合わせたものとなる³³⁾。なお、燃料、保険および安全の2つのサーチャージは、通常は航空会社が出発地の空港において賦課することになるが、インドネシアにおける関税料はインドネシア発着の両方に賦課されるため、豪州からインドネシアに向けた貨物輸送にも賦課されることになっていた³⁴⁾。

そこで、航空貨物サービスに関与する上記の当事者らの関係について整理する必要がある。特に重視すべき事実は、本件のカルテル行為の主体である航空会社と荷主との関係である。特に、航空貨物フォワーダーではなく、豪州に所在する大規模荷主が、特定の積荷に関して自ら航空貨物サービスの供給者をいずれの航空会社とするのかについての決定を行うことができる、または、この決定に直接関与し影響を及ぼす能力を有しているという点である。これは、航空会社の代表者が豪州における航空貨物サービスの顧客である荷主の代表者と会合を持ち、そこで当該サービスに関する諸条件を議論、交渉するという事実に対する理解に基づいている。仮に航空貨物サービスに関する契約が、航空会社と航空貨物フォワーダーとの間で香港において締結された場合であったとしても、本件において両者が獲得しようとしている顧客は豪州の荷主であり、当該荷主がいずれの航空会社を利用するかという決定に影響を与えるということになる。以上からは、これらの豪州に所在する荷主からの注文を獲得するために豪州内において航空会社が物理的に競争し、当該荷主に航空貨物サービスを提供していると結論付けられるとする³⁵⁾。

31) Id., para. 123.

32) 詳細は id., paras. 90–99.

33) Id., para. 89.

34) Federal Court, para. 5.

35) High Court, paras. 109, 116–118. 本文のような結論を導くにあたって、航空会社、航空貨物フォワーダー、荷主の間の交渉記録や、特に航空会社の自社

そして、このような航空貨物サービスに関して、ACCCは、香港、シンガポール、インドネシアにおける国際的な航空会社が加盟している航空貨物に関するそれぞれの事業者団体（本件の2社も他の航空会社同様当該事業者団体に加盟していた。）が航空会社間の直接的な価格カルテルを行うための場となっていたと考えていた³⁶⁾。

具体的には、まず、香港において、ACCCは、燃料サーチャージの決定の指標（ルフトハンザ指標と称されている。）が民間航空局（香港から海外へのフライトにかかるサーチャージを認可する権限を持つ政府機関）への共同申請を行う基準として利用されていたこと、そして、この認可を受けることが香港発のすべての航空貨物の輸送に対するサーチャージを課すために必須であったこと、実際に航空会社らがこれらに依拠した共同申請を行ったことを価格カルテル行為として主張した。ニュージーランド航空とガルーダ航空は、香港の法律に基づく強制的な共同申請行為であるとして反論した。

次いで、シンガポールに関してACCCは、ニュージーランド航空のみがカルテル行為の当事者とされている。他の航空会社との間で燃料サーチャージの決定に関して上記指標を起点として利用していたこと（これが価格カルテルに該当しない場合であっても、競争を実質的に制限するものであること）、そして、保険および安全サーチャージに関して価格を固定していたことを主張した。

最後に、インドネシアに関してACCCは、ガルーダ航空のみがルフトハンザ指標を他の航空会社との会合における燃料サーチャージの基準として利用していたことを主張した。

航空会社は、上記で確認した適用法条に照らして、航空貨物サービスに関して本件で問題となる市場は豪州内ではないことから取引慣行法は適用

サービス設計が荷主のビジネス行動に大きく依拠している等の証拠から、航空会社と荷主の間の関係の重要性を確認している（*id.*, paras. 110-112, 114-115.）。

36) 要約としては、Federal Court, paras. 13-18 参照。

されないと反論していた。本件では、2社以外の航空会社も含まれていたが、2社を除いてACCCと和解していた。

第1審判決（単独審）

第1審判決（Perram裁判官）は、本件で問題となったカルテル行為が45条(2)に違反する場合とは市場が豪州内の市場である必要があるが、本件では当該行為が行われた関連する市場は、豪州内の市場ではなく、香港、シンガポール、インドネシアであると結論付けた³⁷⁾。その一方で、豪州内の市場という要件とは別途、2社が、取引慣行法45条に違反するカルテル行為を行った点はほぼ認定されている³⁸⁾。

37) 第1審判決は総じて批判の対象となっている（Ian B Stewart, *supra* note 1, at 482, Cento Veljanovski, Australian air freight cartel case crashes: why did the New Zealand and Australian courts differ, 36 E.C.L.R. 104 (2015)）。

38) 第1審判決では、香港、シンガポール、インドネシアの各々におけるカルテル行為を認定しているが、それぞれに異なる状況を確認している。たとえば、香港では、ニュージーランド航空およびガルーダ航空が4つのカルテル行為を行ったと認定された（Federal Court, paras. 703-704）。シンガポールでは、ニュージーランド航空が保険および安全サーチャージに関する価格固定を行っている点は認定されたが、シンガポールにおける燃料サーチャージに関する3つのカルテル行為は証明できていないとした（*id.*, paras. 1126-1128）。インドネシアでは、ACCCが18のカルテル行為をガルーダ航空が行っていたと主張していたが、それらの中で、燃油サーチャージ、保険および安全サーチャージ、輸送料金に関するカルテル行為が認定された。もっとも、インドネシア政府から航空会社に対して課される関税料については、豪州からインドネシアへの輸出の場合（豪州で関税料が支払われた）にカルテル行為が認定され、逆にインドネシアから豪州への輸入の場合のカルテル行為は認定されていない（*id.*, para. 1204）。

なお、本件は、豪州内の空港へ豪州外の空港から輸送されることに限定されており、この点からは、たとえ今回の問題となっている行為による結果として豪州内に価格に関する影響を与える可能性もあるが、このことは、航空会社が競争している市場が豪州内に位置しているということは意味しないとした。そして、豪州内の市場という地理的な範囲を定める要件は、価格の影響を問うこ

第1審判決は、香港、シンガポール、インドネシアからの航空貨物サービスに関する市場は取引慣行法上の豪州内の市場には該当しないとした。本件における市場とは、航空会社に対する利用者の選択（乗り換え決定）が効果を持ったとされる（選択が行われた）場所であって、サーチャージ等カルテル行為の対象となっている価格が実際に課され、徴収された場所を特定する必要があるとした。そして、この決定が行われた場所は、豪州外であって、豪州内ではないと判示した。この結論に至る過程として、まず、取引慣行法の関連規制規定の整理を必要とする。すなわち、45条、45条Aは、当事者間の競争が市場で行われている必要があるとし、この市場の定義を4条Eにおいて、豪州内の市場としている点である。

続けて、4条Eに規定する市場とは、企業間の密接な競争の場または企業間の競争的関係が生じている分野（an area of close competition between firms or a field of rivalry between them）であり、競争圧力に対応した代替性が生じる場所と判示した³⁹⁾。このように、市場の定義は、代替性概念に基づいている⁴⁰⁾。その上で、市場画定は、商品（product）、地理的（geographical）、そして、機能的（functional）といった側面（dimensions）から一般的には分析検討されるとした⁴¹⁾。それぞれの側面に関して第1審判決は詳細に議論を展開しているが⁴²⁾、本稿との関係で重要となる地理的

とで米国法の適用を可能とする米国における効果理論の理解とは大きく異なっている点が確認されている（Federal Court, paras. 20-21）。また、4条Eは域外適用に関する規定ではないことは第1審判決において明示されており（id., at 349）、豪州競争法5条(1)に関する記述は、取引慣行法の関連規制規定の間の関係を整理する観点から紹介されるに止まる（id., paras. 350-358）。

39) Id., para. 212.

40) Id., paras. 212-214, 321.

41) Id., paras. 216-217.

42) なお、市場の機能的側面に関する第1審判決の認定した諸事実は本判決においても否定されることなく重要視されている。それらの中でも、航空会社がビジネス的に追求すべき十分かつ重要な貨物輸送量を取扱う市場参加者の存在、そして、常にではないが、そのような貨物輸送量を取扱う豪州に所在する荷主は自身が利用する航空会社を豪州において決定すること、そして、そのような

な側面に関しては、いかにして人々が取引先を変更する決定をするのか、誰がこの変更決定を行うのか、そして、変更決定はどこで行われるのかという諸事項が問われるとし⁴³⁾、その考慮要素として、輸送・荷揚げ・相談窓口・市場参加者の特定が列挙された⁴⁴⁾。

そして、豪州外から豪州内までの一連の航空貨物サービスに関わる者（航空会社、貨物輸送フォワーダー、豪州における大規模荷主または輸入業者、香港における輸出業者）と市場の機能的側面との関係からは、たとえば、香港と豪州との間の航空貨物サービスを考える場合、ある航空会社から別の航空会社に当該サービスの供給元を乗り換えるという効果が生じるのは（当該乗り換えの主観的決定が行われた場所を考慮することなく）香港であって、香港で当該サービスを提供している者に限定されるという考え方が重要であるとしている⁴⁵⁾。

したがって、関連する航空貨物サービスが豪州内の市場で供給されているかどうかを検討する際に考慮すべき4つの論点を挙げ、各々について議論を展開している。第1に、航空会社の相互の間の航空輸送、荷揚げ、相談窓口を内容とする輸送に関する競争が豪州内での競争に位置付けられることが十分なのか、第2に、航空貨物サービスに対する需要が究極的に豪州内に存在するという事実は、豪州内の市場と位置付けるのに十分なのか、第3に、香港、シンガポール、インドネシアの各市場が、商品やサービスの川下市場に位置する輸入業者の能力により供給元を変更して乗り換えることの制限を受けることになるのか、第4に、以上の観点を踏まえて本件におけるカルテル行為が豪州内の市場において認定が可能なものの4

荷主がどこに所在しようとする航空会社の貨物輸送に関する料金の制約条件となっているという点を理論上という限定をかけているが出発地での市場支配力の行使を可能としている点に関連づけている（*id.*, para. 309）。上級審は、航空会社と荷主の関係を特に重視した結果、第1審判決とは異なる結論に達したと考えられる。

43) *Id.*, paras. 260–261.

44) *Id.*, paras. 253–264.

45) *Id.*, para. 264.

点である⁴⁶⁾。

第1審判決は、豪州内の市場というためには、代替性のあるサービスが消費者に提供されている場所が問われるとする。これは、4条Eが定める代替性の定義に基づいた論点であって、結果、航空会社の変更に関する主観的な決定がなされた場所やそのサービスが提供された場所ではなく、代替性のあるサービスに乗り換えるという決定が効果を持つ場所が重要であるとする⁴⁷⁾。この点、本件ではたとえば香港であるとされた。また、豪州における需要の存在についても、当該需要の所在が豪州であったとしても、それは需要に関する豪州という特徴（Australian dimension）にとどまるとして、豪州内の市場を表しているとは考えないとした⁴⁸⁾。加えて、第1審判決は、供給側の代替性があったとしても、それはたとえば香港においてビジネス活動を展開する事業者によって提供されることから⁴⁹⁾、市場は豪州内ではなく、代替性が効果を持つのは香港、シンガポール、インドネシアの各市場であるとした⁵⁰⁾。特に、航空会社の間において生じる競争、そして、各種サーチャージ等が影響を与える競争は、香港、シンガポール、インドネシアの市場での競争を意味するとして、豪州内の市場での競争ではないと認定した。なお、問題となっている行為により豪州内において価格が十分に影響を受けるかもしれないが、このことは航空会社が豪州内で競争しているところが市場であるということを意味していないと位置付けた⁵¹⁾。

46) Id., para. 311. 豪州内の市場において提供されているか否かという判断枠組みの提示部分であるが、特にこの後に続く第1審判決の法的評価と上級審での法的評価の違いが際立っている箇所と言える。

47) Id., paras. 321, 323.

48) Id., para. 326.

49) Id., para. 264.

50) Id., paras. 335-338.

51) Id., para. 335.

連邦裁判所判決（全員法廷）⁵²⁾

ACCC は、第 1 審判決が航空貨物サービスを提供する事業者間における変更（乗り換え）決定を顧客が行った地理的な場所が市場を決めるという誤った判断を行っており、本件における証拠に基づくかぎりは、上記の事業者による一連のサービスの重大な要素が豪州内で行われたということは明らかであると主張して、連邦裁判所の第 1 審判決に対して同じ連邦裁判所における全員法廷における審理を求めて控訴した。連邦裁判所判決（全員法廷）の多数意見（Dowsett 裁判官, Edelman 裁判官）は、結論として、本件において豪州内の市場を認定した。

まず、多数意見は、本件の争点は、「豪州内」の市場の意味が何であるかという点に絞られるとする⁵³⁾。特に、本件の特徴として、問題となった取引において豪州の荷主が中間業者である航空貨物フォワーダーを通じて関与しており、豪州内でのサービスの重要な部分に関する効果に対する懸念を問題視している点を重視している⁵⁴⁾。

その上で、多数意見は、豪州内の市場を認定する適切なアプローチに関して、ACCC および航空会社のそれぞれの主張を否定した。そのかわりに、4 条 E の条文構造から、(1)商品・地理的・機能的といった側面を持つ市場の特定、(2)特定された市場が豪州内か否かという 2 段階について、一部の側面で判断するのではなく市場全体の観点から判断するとした⁵⁵⁾。

52) Australian Competition and Consumer Commission v PT Garuda Indonesia Ltd [2016] FCAFC 42 (21 March 2016). 以下、連邦裁判所判決（全員法廷）、または、Full Court とする。

53) Full Court, para. 1.

54) Id.

55) Id., paras. 89-90. 大部分の事案では地理的な側面の審査は代替性の所在地により判断されることになるとしながらも、この 2 段階分析は第 1 審判決と同様であるが、第 2 段階の分析において代替性や乗換決定だけではない総合的な考慮を連邦裁判所（全員法廷）は採用したと位置付けて、本件は、個別事案として総合的考慮を行った例外的事項の一例と位置付ける意見もある（Thomas Smalley, Australia: A Market no longer girt by sea? Air New Zealand Ltd. v.

そして、市場とは、取引分野（field of transactions）と定義し、売買契約と取引行為の両方がこれに含まれるとして、第1審判決が示したような市場の地理的な側面は、売手の場所または商品やサービスの間の代替性が効果を持つ場所に基づいて決定されないとした⁵⁶⁾。その上で、航空会社と航空貨物フォワーダーと輸出業者と（少なくとも）大規模荷主が関与している等、市場のすべての側面も考慮して、取引慣行法4条Eの趣旨に沿った形での豪州内の市場か否かを問うとした⁵⁷⁾。

この際、4条Eに関しては、豪州内の市場の「内」という文言に対して2つの特徴的な論点が与えられているとする⁵⁸⁾。

第1に、4条Eは、市場は豪州内のみであるという内容の立証を要求していないという点である。市場が、豪州外ではないことが証明されなければならないことのみを表現しているということになる⁵⁹⁾。

第2に、市場という文言自体からは、市場が豪州内に地理的に位置する事だけを意味しているわけではない場合、豪州内という意味はより広い理解の下で解釈される場合があるという点である。取引慣行法は、その目的達成に資するように解釈される必要があるとして、4条Eでは、市場のすべての側面と内容を考慮する中で、市場が豪州内か否か、たとえば、少

ACCC, 25 AJCCL 305, 307 (2017))。

56) Full Court, paras. 94–103, 111. なお、多数意見は、第1審判決の持つ論理的に問題のある点を6つ列挙している (id., paras. 93–109)。

57) Id., paras. 148–151.

58) Id., para. 155.

59) 先例 (Auskey International Manufacturing & Trade Pty Ltd v. Qantas Airways Ltd (No. 5) [2008] FCA 1458)、教科書等 (S G CORONES, COMPETITION LAW IN AUSTRALIA, 6th ed., 87 (Thomson Reuters, 2014)) においても確認されてきた点である。なお、取引慣行法自体は、豪州内の市場ということしか市場の「地理的」な定義を行っていないが、豪州という「地理的」な範囲を越える市場という場合、裁判所は、その市場の一部が豪州内の市場であるという点に基づいた法適用を行うとの指摘も4条Eの追加当初から行われていた (BRUCE G. DONALD & J. D. HEYDON, TRADE PRACTICES LAW, RESTRICTIVE TRADE PRACTICES, DECEPTIVE CONDUCT AND CONSUMER PROTECTION, Vol. 1, 107 (Lawbook, 1978))。

なくともその一部分（おそらく、実質的または重要な部分）が位置しているかどうかという点を考慮することになるとした⁶⁰⁾。したがって、豪州内の市場に関する判断枠組みは、航空貨物サービスを提供する出発地での当該サービスの供給業者の存在といった事情は一部だけを見るのではなく、本件では、航空貨物サービスの関連する需要に対応するために、当該サービスを提供する事業者が自身のビジネス活動を行わなければならないという場所をさらに特定することが求められるとする⁶¹⁾。

そこで、取引慣行法における関連規制規定の45条、45条A、そして、4条Eの適切な論理的関係からは、4条Eの条文構造を次のように整理している。4条Eは、第1に、市場の側面を代替性の観点から一つ一つを検討する通常の市場の画定、第2に、この市場が豪州内か否かを構成するかを問う規定と位置付ける⁶²⁾。このうち、第2の分析段階では、競争法の目的の観点から供給側だけの側面で市場を考慮することは妥当ではないとして、取引行為を構成する購入と販売を含む取引分野を市場とした。同時に、市場の地理的側面が豪州内の市場か否かを物理的な所在地に基づき決定することに加えて、商品地理的、機能的、時間的といった市場のすべての側面を考慮しなければならない点が示された⁶³⁾。

多数意見が特徴的なのは、第1審判決のように、市場の地理的側面が豪州内であるか否か、また、豪州内で上記乗り換え決定の効果が生じたか否か等といった点ではなく、たとえば、香港から豪州の間の航空貨物サービスの市場が豪州内の市場か否かを適切に判断するには、以下の相互に関連し重複しあう可能性もある7つの諸事項を考慮するとした点である⁶⁴⁾。

第1に、市場が他の国家において成立する場合でも市場は豪州内という

60) Full Court, para. 156.

61) Id., paras. 157–158.

62) Id., para. 160. この2段階の分析枠組みは、最高裁が同じことを問うていると理解しうる形で否定している。

63) Id., paras. 89–90, 160.

64) Id., paras. 161–169.

場合がありうる。したがって、ここでの論点は、市場が豪州内か香港かという間で決定すべきという問題ではないということである。

第2に、45条および45条A、そして、4条Eの文言、さらには、ACCCのいずれもが、市場でサービスを受ける豪州内の顧客の存在といった要素の考慮を除外していない、また、関係するサービスが豪州内で行われるという事実も除外していないのである。いずれも問題となっている行為を特徴付けるものとして考慮されることになる。

第3に、提供されてきた一連のサービスの運用の大部分かつ重要な部分が豪州内であること、そして、先例に基づき、市場において実際の供給が生じているということ、貨物が豪州に輸送されてきたこと、荷揚げサービスが豪州内で提供されていたこと、そして、豪州内で相談窓口サービスが存在していたこと（貨物の遅延や紛失の追跡調査、毀損した貨物の特定と対応を含む。）、航空会社は、これらの様々なサービスの供給において競争していたのである。香港の航空フォワーダーは豪州内の顧客へ提供されるサービスの品質に何ら興味と利益を持たないということは言えないのである。一連の航空貨物サービスが香港と豪州の両方で供給されており、前者だけではなく、後者も同様に重要な点を示していると考えられる。

第4に、航空会社らにより提供される一連のサービスは豪州への参入障壁にも関係している。これらの参入障壁は、着陸枠の入手可能性、豪州内での運用許可、生鮮品貨物を取り扱う施設の建設や使用の許可、追加的フライト許可等である。

第5に、当該航空貨物サービスは、豪州内で航空会社の顧客に（経済的現実の下）提供されていた。航空会社らは豪州内での事業で競争していた。複数の船舶事業者は豪州内に存在し、貨物運賃の固定という制約を実施できた。原判決では、航空フォワーダーは豪州内の輸入船舶事業者の代理人であるかどうかを決定する必要はないとしていたが、同時に、経済的実態に鑑みると、航空フォワーダーは中間業者であり、輸送調整を行って貨物の変動を制御していると結論付けているのである。

第6に、4条Eの趣旨は、本件における市場は豪州内の市場であると

いう結論を支持している。当該趣旨は、次のような文脈、背景において適用されなければならないが、それは、第1に、経済的現実の問題として、豪州内にいる顧客である者へ提供し、第2に、豪州内で行われていることを含む一連のサービスに関係しているということである。立法趣旨は、競争促進、公正取引、消費者保護の提供により豪州国民の厚生を増大することである。

第7に、市場が豪州内であるという結論は、ニュージーランドや欧州の類似の事実関係のもとでの結論と整合的である。

以上の理由に基づいて、多数意見は、香港から豪州の港への航空貨物サービスの一連の航空会社、航空貨物フォワーダー、輸出業者、少なくとも大規模荷主を含む市場は豪州内の市場と認定した。この香港からの航空貨物サービスの市場に関連する結論は、同様に、シンガポールとインドネシアの市場にも適用されることが明らかであると判示した。

連邦裁判所判決（全員法廷）では Yates 裁判官が反対意見を述べている。反対意見は、買手と売手の間での実際のまたは潜在的な取引が位置付けられる場所として、どの市場も豪州内には位置付けられるものではなく、したがって、第1審判決は上記諸事実の下での結論に誤りはなく、控訴は棄却される必要があると結論付けている⁶⁵⁾。反対意見は、続けて、本件の中心的論点を、第1審判決の結論である4条Eに基づく本件での市場は豪州内の市場ではないという点の修正の有無とした⁶⁶⁾。そして、航空貨物サービスを構成する一連のサービスが購入され、または、それが販売された地理的範囲とは異なって、買手と売手の間で生じる取引先変更と代替性のあるサービスの地理的範囲を重視する第1審判決の考え方は適切であると⁶⁷⁾。なお、いわゆる米国流の効果理論に関しても言及しているが、最

65) Id., para. 681.

66) Id., para 548.

67) Id., para 656. 具体的には、サービスが提供される物理的位置（部分的には豪州内）と、そのサービスの買手と売手との間の取引の場所（豪州外）の違いであり、重要視すべきは、代替性が生じる、そして、取引先変更の機会が確認さ

最終的に、当局において効果理論に基づいた市場を画定する作業を行う保証はないとしている。この効果理論は豪州の市場の地理的範囲を拡大させることになるが、これは議論となっている豪州内の者が豪州外で行われた行為により悪影響を受けるか受ける可能性があるという点に基づいた議論であって、本件とは異なるとしている⁶⁸⁾。

豪州最高裁判決

ニュージーランド航空とガルダ航空の2社は、連邦裁判所判決（全員法廷）を不服として、豪州最高裁に上訴した。豪州最高裁は、全員一致で上訴を棄却した。多数意見は、結論として、第1審判決が認定した事実を前提としても、取引慣行法に違反する行為が対象とした航空貨物サービスに関して、豪州内の市場が認定されると判示した⁶⁹⁾。

本判決では、Gordon 裁判官が中心的な本件の理由付けを行い、最高裁長官の Kiefel 裁判官、Bell 裁判官、Keane 裁判官が多数意見を形成し、Gordon 裁判官を支持するとともに、Nettle 裁判官が Gordon 裁判官に賛成して自身の意見を述べている。

Gordon 裁判官は、本件の争点を、問題となっているカルテル行為が航空貨物サービスの供給をめぐる競争を実質的に制限しているといえるのか、この競争が豪州内の市場で行われているのかとした⁷⁰⁾。加えて、特に関連する諸規定の文言から乖離した判断を回避するように指摘し、市場の認定とは、事実認定に照らして競争制限行為と主張される行為の審査を行うための経済的概念装置と表現した⁷¹⁾。この考え方に沿う形で、市場画定（market definition）は、問題となっている行為が反競争的で禁止されているという認定を行う際に機能的、目的的、道具的という3つのアプローチ

れる所在地であるとしているように考えられる。

68) Id., para. 681.

69) High Court, paras. 5, 35.

70) Id., para. 52.

71) Id., paras. 57ff.

によって行われるとしている⁷²⁾。

そこで、裁判所が行うべき市場画定とは、カルテル行為の当事者が豪州内の市場において航空貨物サービスの供給をめぐって競争しているという事実の認定であって、航空会社のビジネス活動が実効的な競争を行っている場所、その結果として関連する取引が生じている場所や範囲の特定が求められるとした⁷³⁾。その上で、ACCC および米国流の効果理論も豪州では適用されないこと⁷⁴⁾を確認した。4条Eに関する市場画定と画定された市場が豪州内か否かという2段階アプローチについては、あくまでも市場画定は、関連しあう取引慣行法45条と4条Eに基づいた単一の作業工程であって、否定されるとした⁷⁵⁾。

そして、本件において問題となるのは、航空会社が出発地である香港、シンガポール、インドネシアから到着地の豪州までの片道の航空貨物サービスの供給に関する競争を豪州内の市場において行っているのかという点であるとした⁷⁶⁾。検討対象のサービスについて、それが豪州内の市場と認定されるためには、航空貨物サービスに関する豪州内の市場における関連する1つ以上の活動している者と参加者の間の相互関係とそれらの認識と行動の要素の正確かつ現実的な諸要素を考慮することで可能となり、限定列挙ではないが、5つの考慮要素を提示した⁷⁷⁾。

①航空貨物サービスに関する経済的に顕著な需要が存在し、この需要は、大規模荷主からの需要であり、当該需要が物理的に豪州内に存在していること。

②航空会社は、豪州の荷主と直接会合し、交渉し、パートナーとなったこ

72) Id., para. 59.

73) Id., paras. 83-84.

74) Id., paras. 94-95.

75) Id., paras. 91-93. 本判決を評価するものとして、Hank Spier, Charles Sweeney QC, The Air Cargo Litigation - "A TYRE IS [NOT] A CAR", 25 AJCCL 312, 313-314 (2017) 参照。

76) High Court, paras. 119-120.

77) Id., para. 121.

と。

- ③アジアから豪州へ向けた航空貨物サービスの提供に関する市場で荷主のビジネス活動を航空会社が追跡していること。
- ④航空会社は、豪州の大規模輸入業者（アジアからの大規模輸出業者も同様）へのサービスを販売しているが、これは、航空会社がこれらの顕著な輸入業者（または輸出業者）を航空会社自身の販売活動の対象として、そして、ビジネス活動の究極的な基盤として認識していること。
- ⑤航空会社は、特定の荷主の特定のスケジュール、取扱い、保管の諸条件に関する需要に合致する形で自身の商品サービスを設計していること。

以上が証明される場合、航空会社がビジネス活動を展開している実効的な競争の場所は豪州であって、また、航空会社は豪州の顧客を獲得しようとして豪州内の市場の航空貨物サービスの提供に関して競争的に行動している点を示すには十分であるとした。加えて、本件の航空貨物サービスの国際的な価格カルテルは、当該サービスの競争を実質的に制限し、その結果、豪州における顧客である大規模荷主が競争水準以上のカルテル価格を支払うことになっていると判示した⁷⁸⁾。

また、多数意見の結論に至るまでの論理構造は次のとおりである。

第1に、取引慣行法における市場は、売手と買手が関係する競争的行動を内包した概念的装置であるとしている⁷⁹⁾。しかしながら、概念的でありながらも、4条Eの解釈運用においては、「競争」が状態ではなくその過程を表現している観点からは、豪州内という地理的位置付けは、実際のビジネス活動とその背景を現実的に捉えるアプローチが必須であると強調している⁸⁰⁾。

第2に、第1審判決が、豪州外の市場を認定している点について、それが豪州内の市場の認定を否定するものではないことを確認し⁸¹⁾、第1審判

78) Id., para. 122.

79) Id., para. 12.

80) Id., para. 14.

81) Id., para. 15.

決が言及する航空会社の究極的な選択が影響を受けた場所、すなわち、輸送契約が行われた場所が決定的とする考え方⁸²⁾を否定している。第1審判決は過度に代替性にのみ焦点を当てた議論を行ったとし、基本的に連邦裁判所判決(全員法廷)の多数意見を踏襲し、適切な考え方としては、事案ごとの背景に大きく依拠する市場の認定として、問題となった行為とその効果を考慮した上で関連規定の文言を前提に市場の認定は行うものであるとした⁸³⁾。

第3に、4条Eに規定される代替性は、市場に内包された競争的行動(rivalrous behaviour)の源泉、すなわち、競争的行動を生じさせるような取引先変更や代替性の存在であって、その競争関係の帰結として競争者が優位に立っているという状況を表すものであるとする⁸⁴⁾。その上で、供給されるサービスが2つの国家の間での商品等の輸送サービスである場合、たとえば、香港からシドニーへの航空輸送契約が、欧州の航空会社の欧州の本部で締結されても、市場の地理的な範囲を欧州と認定することにはならず⁸⁵⁾、取引先変更といった代替性を示す行為が行われた場所は、必ずし

82) Id., para. 22.

83) Id., paras. 23–26.

84) Id., para. 27.

85) Id., para. 28. 前掲注25)の意見と同様に、豪州内で契約が交渉された、また、契約締結がなされたことが「地理的」な市場の所在地を決定するという主張への反論という形で、本文とは異なる説明も確認できる。すなわち、契約締結の実際の場所が豪州外という点は、豪州内で交渉が行われていないことや販促が行われていないことを必然的に意味するものではないこと(Emirates v. Australian Competition and Consumer Commission [2009] FCA 312)、豪州内での旅行者の移動に関するインバウンド市場の場合、インターネットでの契約等も可能であることから、市場の概念は、契約締結の場所だけを参照するのではなく、密接な競争が行われている、行われ得る実際のまたは潜在的な買手と売手の間の活動の場所に関する競争的活動の範囲であると考えするという主張である(S G CORONES, *supra* note 59, at 88, Arlen Duke, Broadening the Extraterritorial Reach of Australia's Cartel Prohibition: Adopting the Effects' Doctrine without the Negative Effects, 38 Fed. L. REV. 97, 103–104 (2010), Rhonda L Smith and Ar-

も適切な競争関係を示す地理的な範囲にはならないとしている。

以上の点を本件について当てはめる場合、次のようになるとした。

まず、航空会社により供給されるサービスが、豪州において生じた需要に対応する意味で豪州に向けて提供されるという場合、実際のビジネス活動という背景事情を踏まえて豪州が市場に含まれると判断しても4条Eの文言に反するものではない。すなわち、需給の相互作用を内包する市場の地理的な範囲に豪州が含まれる場合があるとも言える⁸⁶⁾。

次いで、豪州所在の荷主が航空会社のサービスの実質的な需要者であり、この需要に対する自身のサービスの供給を行うという点を競争的行動として位置付けて、航空会社が競争的行動を行っていた場所を重要視する⁸⁷⁾。航空会社が、豪州の港に向けた航空貨物サービスを注文する大規模荷主が市場でのビジネス活動の経済的基盤となっていると認めていること、航空会社が、実質的な輸入業者である豪州の荷主を獲得しようと競争していると同時に、荷主を自身の事業の最終の利用者として見ていること等は、注文を獲得しようと競争する航空貨物サービスの供給業者である航空会社間の競争的行動を表している⁸⁸⁾。より具体的には、航空会社の事業の利潤獲得に重要とみなされる顧客からの自社のサービスに対する注文が重要な需要を形成し、これをめぐっての競争的行為が行われるが、当該行為が行われる場所を地理的に表現するという思考形式は豪州内の市場で相互に競争しているという点を認定するには説得的である。仮にこれが認められるならば、豪州が市場に含まれることになる⁸⁹⁾。

同意意見（Nettle 裁判官）は、多数意見を支持しつつ、国際的取引にお

len Duke, The geographic dimension of markets: Some observations, 25 COMPETITION & CONSUMER L. J. 1, 24 (2017), RUSSELL V MILLER, 2018 MILLER'S AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER LAW ANNOTATED, 102 (Thomson Reuters 2018))。

86) High Court, para. 29.

87) Id., paras. 30–31.

88) Id., para. 31.

89) Id., paras. 32–34.

いて、購入・販売の契約締結の場は完全に偶然であり、本質的に商品やサービスが提供され購入される地理的市場の位置とは関連していないと改めて確認している。代替性に関しても、豪州外に所在する代替性としての供給業者という事実を過度に取扱うことは回避すべきであり、豪州外での契約締結という事実は決定的ではないこと、航空会社間の代替性や取引先変更の決定が豪州外で生じた場合というのは、本件の場合、豪州内の航空会社の販売活動に対応する豪州の顧客の需要に由来するものであるという意見を補足している⁹⁰⁾。

加えて、Nettle 裁判官は、欧米における一般的とされる SSNIP テストにも言及しているが、米欧豪の競争法の違いにもかかわらず、地理的市場の範囲は、本質的に経済的概念であり、したがって、論理的には各法域における類似の判断枠組みにより決定されることになるという指摘も行っている⁹¹⁾。

本判決に対して、ACCC 委員長 (Rod Sims) は、2010年豪州競争・消費者法では、豪州内の市場での価格固定が立証される必要はない（すなわち、カルテル行為の対象となった商品やサービスが豪州内の市場で供給または引渡しされている必要はない）としながらも、本判決が重要である理由として、航空貨物サービスに関するサーチャージの固定という航空会社のカルテル行為により豪州の輸入業者がその分の支払いを余儀なくされ、そして、究極的にはそれが豪州の消費者に転嫁されることに対して、豪州競争法が規制を及ぼすことが可能であるという点を強調している⁹²⁾。

90) Id., paras. 43-44.

91) Id., para. 41.

92) Rod Sims, High Court rules in ACCC's favour in air cargo cartel case (14 June, 2017). また、その後、本判決によって、豪州内に影響を有する行為を行った会社が豪州競争法の法執行に服することの疑問はなくなったとする発言も行っている (Rod Sims, ACCC's 2018 Compliance and Enforcement policy (20 February, 2018))。

IV. 「豪州内の市場」の意味と意義

歴史的経緯

豪州競争法において、「市場（market）」の定義を定めた4条Eが追加されたのは、取引慣行法の1977年改正時である。改正論議の起点は、いわゆる Swanson 報告書（1976年）にある⁹³⁾。当該報告書の議論のほとんどは、市場の概念における代替性に関するものであった⁹⁴⁾。確かに、Swanson 報告書には、抽象的ではあるが、取引慣行法により豪州の消費者が利益を享受できているか、豪州における自由かつ公正な市場の展開と維持を同法が達成しようとしている点を指摘する箇所は確認される⁹⁵⁾。これが4条Eの新設の理由かもしれないが、確証はなく、豪州内の市場という点に向けた具体的な解釈等の議論は、その後の展開を待つほかなかった⁹⁶⁾。

93) Trade Practices Act Review Committee, Report to the Minister for Business and Consumer Affairs (Australian Government Publishing Service, August 1976, Canberra). 以下、Swanson 報告書、または、Swanson Report とする。

94) そして、1977年改正直後に公開された逐条解説等においても同様である (RUSSELL V MILLER, ANNOTATED TRADE PRACTICES ACT 1974 (Lawbook, 1979))。

95) Swanson Report, at 2.2-2.4. ただし、豪州の市場 (market in Australia や Australian market) という表現において趣旨を明確化しているとも考えられる (2.4)。この点を取引慣行法の軸として説明するものとして、Glenn Owbridge, Globalisation, the information age and market definition under the Trade Practices Act 1974, 18 COMPETITION & CONSUMER L. J. 28, 33 (2010) 参照。

96) 連邦裁判所判決（全員法廷）は、立法的背景および豪州内の市場に関する考え方を示した記述を確認することができる (Full Court, paras. 76-87)。当時のメモランダム (Explanatory Memorandum) が、取引慣行法の域外に対する運用を制約する意図を持つが、それがどの範囲に及ぶかは不明であるとするにとどまっている (id., para. 86)。なお、改正直後に公開された教科書類の中には、4条Eの市場の定義の中の豪州内の市場という意味に関して、市場が豪州の地理的な範囲を超えるような場合、その市場の一部が豪州内であるとすれば、裁判所は取引慣行法を適用するであろうとの後の諸事例を先取りしたような意見も確認することができる (BRUCE G. DONALD & J. D. HEYDON, *supra* note

その後、2002年時に行われた取引慣行法に関する検討委員会（Dawson Committee）による報告書⁹⁷⁾が公表され、意見公募が行われた。その中のある意見において、4条Eに関する議論が確認される⁹⁸⁾。当該意見は、グローバリゼーションへの挑戦としての取引慣行法における市場画定（2002年8月29日）、そして、豪州競争審判所におけるヒアリング（改訂版1998年5月7日）の2つから構成されており、特に当時の取引慣行法における市場画定の見直しを詳細に提言した意見として豪州において常に参照されている。そこでは、グローバリゼーションに対応するために4条Eの狭い市場の定義では不適切な状況を生じさせていると主張する。すなわち、輸出品等との競争、輸出市場が持つ国内企業の活動に対する圧力、資金調達等金融面での世界市場の持つ豪州企業への影響といった豪州内の企業が直面する諸状況について、需給それぞれの弾力性に関連する証拠の審査が必要であり、この証拠は豪州外に由来するビジネス戦略を考慮することで、より広い定義が求められ⁹⁹⁾、豪州を超える市場を認識する必要があるとする¹⁰⁰⁾。

このような認識の前提には、すでに豪州の1996年改正合併ガイドラインが、5.62において、4条E等の豪州内の市場に関して、市場は完全に豪州内の市場でなければならないとはせず、少なくとも一部分が豪州内に位置することのみを求めており、豪州よりも広い市場として国際市場を認定することも可能としている点がある¹⁰¹⁾。結果、豪州の国民という地理的な

59, at 107)。

97) Committee of Inquiry appointed by the Federal Government on 9 May 2002, chaired by Sir Daryl Dawson.

98) Maureen Brunt, Submission to the Dawson Committee (2002.08.29).

99) Maureen Brunt, id., at 1. これらの考慮要素は、豪州に関する取引に対して影響を与える豪州外の売手と買手の実際のまたは潜在的な行動を考慮することで国際的な豪州に対する圧力（international forces）の配慮が可能となる。

100) Maureen Brunt, id., at 2. 豪州よりも広い市場を捉える場合、通常は輸入市場ということになるだろうが、ここでは輸出市場も考慮される必要があろう（at 4）。

101) Maureen Brunt, id., at 3.

限界を示した2条が定める本法の目的と整合的に、豪州の消費者の厚生を最大化させるという目的に照らして、次のような市場の定義が必要であろう。すなわち、4条Eで定める市場の定義を、豪州に関連性を持つ市場である（“‘Market’ means a market in relation to Australia.”）とすることを提言していた¹⁰²⁾。

しかしながら、上記の意見に対しては、国家等の国境を超える市場にまで拡大し、より広範な地理的範囲を市場とするリスクは、実質的な競争制限という市場効果を立証することをより困難とすることになるとの回答を行い、実際の改正等には反映させなかった¹⁰³⁾。この帰結への批判も確認される¹⁰⁴⁾。その他、2010年豪州競争・消費者法が成立した当時の主張と

102) Maureen Brunt, id., at 5. 効果理論の有用性を基盤としつつ、本文と同様の改正の提言として、Daniel Clarry, *supra* note 14, at 182は、市場とは、豪州または豪州のある部分を含む市場（market means a market that includes Australia or any part of Australia）であるとしている。

103) Inquiry into the effectiveness of the Trade Practices Act 1974 in Protecting Small Business, Senate Economics References Committee (the Dawson Committee), AGPS, Canberra, 2003–04, p. 59.

104) 本件の連邦裁判所判決（全員法廷）は、歴史的経緯の説明の中で、国際的な買手と売手の豪州の消費者に対する国際的な力学の効果から消費者を保護しないことになるとの懸念を示している（Full Court, para. 87）。他にも、競争制限効果の立証は困難かもしれないが、競争が実質的に競争制限とはなりにくいとか否かという点が問題となるのであり、だからこそ、航空貨物サービス等の複数の法域にまたがるサービス提供に対する反競争的行為に関しては、完全な豪州外か豪州内の市場が一部分存在するかという考慮が求められるとする（PHILIP CLARKE, STEPHEN CORONES, JULIE CLARKE, COMPETITION LAW AND POLICY, 3rd ed., 186 (OXFORD UP, 2011)) 参照。

また、Daniel Clarry, *supra* note 14, at 163は、第1に、完全に豪州外の市場を認定するという場合の法改正だと、豪州と何らの関係もない中での管轄権を主張するには市場の定義の根本的な改正となること、また、豪州の国境を超える市場を地理的に認定するという場合を懸念しているのであれば、それは元々の改正において求められていたことであり、懸念ではないと批判する。第2に、立証問題の困難さについては、市場を狭く認定したからたとえば合併の影

して、5条(1)との関係や4条Eの「地理的」な制約をより明確化させる意味でも、4条Eの市場の定義を豪州、または、豪州のあらゆる一部を含む市場 (a market that includes Australia or any part of Australia) と主張する意見¹⁰⁵⁾もあった。

前述のとおり、2010年豪州競争・消費者法44条ZZRDには、取引慣行法45条(または45条A)とは異なり「豪州内の市場」という要件が規定されなかった。この明確な理由は、当時の文書等からも不明とされている¹⁰⁶⁾。そして、2010年豪州競争・消費者法44条ZZRDの適用第一号事件¹⁰⁷⁾において、裁判所は、44条ZZRDには取引慣行法45条が持つ地理的な制約が定められておらず、また、本件に対して適用された取引慣行法45条と比べても44条ZZRDにはそのような考え方は内包されていないと判示した¹⁰⁸⁾。その上で、裁判所は、2010年豪州競争・消費者法44条ZZRDの地理的な適用範囲は、同法5条の域外適用の問題であるとして¹⁰⁹⁾、問題となる競争制限行為が豪州外で行われた場合の、当該行為を行った主体と豪州との関連性について論じているのである。

もっとも、2010年豪州競争・消費者法44条ZZRDの下で豪州の国内市場との関係がまったく必要ないとされているという点については明白では

響が国際市場と適切に認定するよりも明確化できるというのは無理があり、また、裁判所や当局が適切に市場を認定した上で問題となっている行為の効果を包括的に分析する能力を制限するというのは直感に反するだけでなく、通説的な市場分析にも反することになると批判している。

105) CARON BEATON-WELLS & BRENT FISSE, *supra* note 15, at 18.

106) CARON BEATON-WELLS & BRENT FISSE, *id.*, at 15, Julie Clarke, *supra* note 21, at 297.

107) Norcast S. ár. L v Bradken Limited (No 2), [2013] FCA 235; 219 FCR 14; 302 ALR 486 (19 March 2013). カナダ、マレーシア、シンガポールでビジネス活動を展開するカナダ法人の販売する商品に関する取引において、売手が豪州外に拠点を有しており、当該取引も豪州外で行われた事例である。

108) *Id.*, para. 261.

109) *Id.*, para. 231.

なく、また、見解としても一致していないという主張も確認される¹¹⁰⁾。確かに、44条 ZZRD 自体には市場という概念は明示的に定められていないが、たとえば、価格カルテルを行った当事者らが競争関係にあるという要件（in competition with each other）の評価事実として市場は考慮されるべき要素であって、豪州の市場における競争への影響に照らして問題となる行為を問うとする意見もこのような系譜に属するものであろう¹¹¹⁾。

現時点の教科書類では、市場という概念が審査対象となっている産業における取引の実態に対応していなければならず、現実の取引状況を考慮することになるとしている。具体的には、実際の販売パターン、顧客の所在地、販売活動が行われる場所、取引を制約するような地理的な境界線等としているが、これがすべてではないともしている¹¹²⁾。本判決も、関連する諸事実をすべて考慮することで（可能な限り柔軟に）豪州内の市場を認定する方向性を示していると言える。

Harper 報告書・新法

今般の豪州競争法の改正作業の発端となった Harper 報告書の基本的視点は、カルテル等競争制限協定に対する規制において「地理的」な範囲を法適用の要件として問わないというわけではなく、豪州に関連する地理的な範囲を規定するというものである。そして、Harper 報告書における勧告意見25は、「地理的」な制約を削除するという趣旨の意見を否定し、2010年豪州競争・消費者法 4 条 E は現状維持とした¹¹³⁾。Harper 報告書は、4 条 E の豪州内の市場という要件の必要性和適切性を、2010年豪州競争・消費者法が他国ではなく豪州の国民の経済的厚生を念頭に置いている点に求めた。そして、同法の目的としての豪州市場の競争の保護、世界市場とすることでこの目的を危険にさらすことになるという問題点を挙げてい

110) CARON BEATON-WELLS & BRENT FISSE, *supra* note 15, at 35.

111) Daniel Clarry, *supra* note 14, at 149.

112) RUSSELL V MILLER, *supra* note 85, at 101.

113) Harper Report, at 314–316, 321.

た。もっとも、Harper 報告書は続けて、豪州の国民が豪州外の供給事業者からインターネット等を通じて商品等を購入している現状、このような豪州外からの競争圧力の豪州の市場に対する影響の観点からは、豪州内の市場に影響を与えるすべての競争に関わる諸事項を考慮することになるとした。この理解が、次に見る「競争」の定義の修正に影響を与えたことになる。

この結論に対しては、複数の批判がある。(1) Harper 報告書以前の先例における豪州内の市場という要件は、豪州全ての市場でなければならないという意味ではないこと、(2) 仮に販売が豪州内で行われていた場合に世界市場が豪州を含んでいる場合は豪州内の市場と認定できること、(3) 豪州への輸入や豪州からの輸出とといっただけの理由で豪州内に市場が存在すると推定することはしないが、豪州内で競争的活動を行っている供給業者が存在する場合、豪州を超える範囲での市場も豪州内の市場であると言えるとした複数の司法判断を誤解していること等である¹¹⁴⁾。

その一方で、競争法分野において重要な概念の1つである競争の定義に関して、特に他の規定で特別の定めがない限り、豪州に居住していない、または、豪州でビジネス活動を行っていない者による輸入または輸入可能な商品との競争、そして、提供されるサービスまたは提供可能なサービスとの競争を含めた豪州の市場という点 (competition in Australian markets includes competition from goods imported or capable of being imported, or from services rendered or capable of being rendered, by persons not resident or not carrying on business in Australia) を明確化させることを提言した¹¹⁵⁾。特に、豪州という地理的な範囲に関する言及を行った点は、輸入に関する実際の、または、潜在的な競争を明確に考慮する点とされた点が特徴的である。

豪州政府は、2015年11月24日付けで、当該勧告意見を受け入れる旨を表

114) Rhonda L Smith and Arlen Duke, *supra* note 85, at 22–23.

115) Harper Report, at 316–319, 321.

明するとともに、この趣旨に関して、既存の市場の定義を拡大するという意図ではなく、法運用を明示するものとして理解している点にも触れている¹¹⁶⁾。これらの点に関しては、結局4条Eも5条も改正されなかったが、検討した趣旨と、豪州で提供される商品やサービスに対する昨今のデジタルエコノミー等を背景とした商品やサービスが持つ影響として、特に輸入に基づく代替性の重要性の考慮を評価する意見もある¹¹⁷⁾。その後に公表された Explanatory Memorandum¹¹⁸⁾では、Harper 報告書は、現在の市場の定義が適切に豪州国内の市場という点に着目したものであって、競争の新しい定義についてもこれと単に整合性を持つように、実際の輸入のみならず潜在的な輸入も含まれることを確認するために修正したという理解が示されている¹¹⁹⁾。

当然違法類型のカルテル規制規定に関しては、Harper 報告書の勧告意見27は、当該規定をより一層整理した上で、「取引または通商」を、問題となっているカルテル行為の当事者らの競争関係を定める要件に新たに挿入する改正を求めた¹²⁰⁾。そこでは、上記の市場の定義と同様に、2010年豪州競争・消費者法は何を考慮すべきなのかを確認した上で、当初はカルテル等競争制限協定に対する規制規定と同じく豪州内の市場を要件として追加することを考慮していた。これに対して ACCC が、国際カルテルの場面での刑事手続との関係による事案の複雑化の懸念を示し、これを受けて Harper 報告書では、市場という抽象的な経済学概念を陪審員に判断を要求することは適切ではないと考え方を変更した。もっとも、カルテル行

116) Australian Government Response to the Competition Policy Review (24 November, 2015), at 21.

117) Nigel Wilson, Competition law in Australia under review – antitrust reforms in the age of Asia, ageing and the digital revolution, 36 E.C.L.R. 132, 133–134 (2015).

118) Explanatory Memorandum, 2016–2017 The Parliament of the Commonwealth of Australia House of Representatives, competition and consumer amendment (competition policy review) bill 2017.

119) Explanatory Memorandum, id., paras. 1.6, 1.7.

120) Harper Report, at 361–362, 367.

為が豪州に対する犯罪行為である以上は、豪州内、または、豪州からの取引や通商に影響を及ぼすことを付記しており、これが後述の新法で追加された「取引または通商」となったと考えられる。

Explanatory Memorandum では、新法45条 AD (4)において新たに定められた「取引または通商」の意味に関して次のように説明を行った¹²¹⁾。

まず、カルテル規制規定の一層の整理と競争制限行為のより明確な特定を目指すという意図の下、当該諸規定の適用の範囲や制限に関して、豪州国内の競争に悪影響を与えるカルテル行為 (cartel conduct affecting competition in Australian markets) を念頭に置いている点を明らかにした。競争侵害が生じる場所としての市場を明示的に豪州国内市場と説明しているのである¹²²⁾。このように、「取引または通商」がカルテル規制規定に新たに追加された理由に関して、「取引または通商」の定義規定をなぞった説明¹²³⁾にとどまらず、豪州内での競争制限行為によって、豪州内、豪州への、豪州からの取引や通商に影響が及ぶ場合 (an effect on trade or commerce within, to or from Australia) に豪州競争法のカルテル規制規定が適用されるとする。国内競争法の国際的適用範囲は、少なくとも豪州国内市場において競争侵害が生じたことが必要である (the competition harm needs to be caused, at least, in an Australian market) という考え方であって、他の法域でのカルテル行為に対する規制の在り方と整合的であるという点も確認されている¹²⁴⁾。

結果、新法は、まず、4条(1)において、2つの意味を含む競争の定義を定めた。すなわち、豪州に居住していない者、または、豪州において商業活動を行っていない者によって、第1に、豪州に輸入される、または、輸入されうる商品からの競争、第2に、豪州において提供される、または、提供されうるサービスからの競争である。この点は、上記の Harper 報告

121) Australian Government Response, *supra* note 116, at 23.

122) Explanatory Memorandum, *supra* note 118, para. 2.1.

123) *Id.*, paras. 2.7, 2.14.

124) *Id.*, para. 2.12.

書に沿った改正である。

次いで、カルテル規制規定の中心的役割を担うであろう新法45条ADは、問題となっている行為が、「取引または通商」において生じる必要があるとの要件を新たに追加した。このため、カルテル規制規定以外の競争制限的協定等規制規定における「豪州内の市場」の意味との違いを説明する必要がある。上記のメモランダムでは、一見すると両者を同じように説明している箇所もある¹²⁵⁾が、それに加えて豪州内の市場に競争侵害が生じたことを求めている説明に関しては、より米国流の域外適用、効果理論との関係を議論する必要が生じることになる。豪州の場合、5条(1)との整合的な関係も同時並行的に確保していかなければならない。

このような状況下、新法と本判決との関係においては、新法の「取引または通商」が本判決の結果を変えるものではないのか、逆に、本判決は新法の「取引または通商」の解釈運用になんらの影響も及ぼさないとするのかを問うべきという意見もあるが¹²⁶⁾、まずは、引き続いて新法の今後の展開を見守る必要がある¹²⁷⁾。

125) 新法に対応した逐条解説を行っている教科書類では、4条Eは、豪州内の市場での競争に関連しているか否か、すなわち、問題となっている行為による何等かの効果が豪州内に単にあるというだけでは足りないとしている一方で、45条ADにおいて追加された要件の持つ地理的な側面に対する言及は規定に沿った表現にとどまっている（*RUSSELL V MILLER, supra* note 85, at 325）、「取引または通商」という文言の由来については豪州憲法や豪州消費者法に基づいたものであるとして論を展開しているが、これらの持つ意味と新法4条に定められた「取引または通商」の定義とは関連性はない点も確認している。

126) Julie Clarke, *supra* note 21, at 299. その上で、新法において2010年豪州競争・消費者法になかったカルテル規制規定に地理的な制約を生じさせる要件が課されたことは、取引慣行法適用の要件として異なる文言ではあるが類似または同一の内容の要件に関して、豪州内の市場の認定を行った本判決の重要性は、新法においても言及される必要があるとも主張する（*id.*, at 300）。

127) Ian B Stewart, *supra* note 1, at 479, 483.

V. むすびにかえて

今後の豪州では、新法における価格カルテル等への適用要件となる「取引または通商」、他の「豪州内の市場」を要件とする規制規定の判断枠組みは、本判決の Gordon 裁判官が挙げた5つの考慮要素を今後も一定程度参照していくことになる。これらの諸要素は、競争に悪影響を与える行為の範囲としての「地理的」な市場に関して、カルテル行為の対象となった商品やサービスの需要をめぐるカルテル当事者らの競争的行動を行う場所の特定を議論するために列挙された。本件では、航空会社らのビジネス活動が実効的に行われている場が競争の範囲として豪州内という場合、言い換えると、豪州内の顧客の注文を獲得しようと航空会社らが競争的行動を行っていることを表現していることになる。

当該5つの考慮要素は、豪州所在の荷主が需要を構成している等この事案固有の事実関係を背景とするが¹²⁸⁾、地理的な市場を決定する際に、第1審判決が大きく依拠している代替性とは別の市場に関わるあらゆる要素を4条Eの解釈では考慮する点に留意が必要であろう¹²⁹⁾。別の要素を考慮するという点は、本判決の多数意見も同様である¹³⁰⁾。しかしながら、さらにどのような要素を考慮すべきなのかは、今後の展開を待つ他ない。

その一方で、もし、上記5つの要素およびそれ以外の要素を考慮して

128) 本判決に関して、顧客の所在地、商品やサービスの販売活動が行われた場所が重要となるという整理もある (RAY STEIWALL, ANNOTATED COMPETITION AND CONSUMER LEGISLATION, 159 (LexisNexis Butterworths, 2017))。この言及は、Gordon 裁判官が指摘した、サービス提供が行われる場所とサービス提供に関して顧客との取引(契約)が行われる場所との間に直接的または完璧な形での相互の関係がある必要はなく、サービスの提供を受ける顧客は全世界に所在する可能性があるという点を特に強調していると考えられる (High Court, para. 132)。

129) High Court, paras. 87-89.

130) Id., paras. 22-28.

「地理的」な適用の有無を決する場合、本判決は、豪州内という市場の考え方を拡大させた指摘されるかもしれない¹³¹⁾。供給業者が所在する物理的な場所以外でのマーケティング活動や競争を根拠に豪州内の市場を認定することができるとした場合、豪州内で物理的に行われていないビジネス活動であっても、豪州所在の顧客の獲得を目指して行っている場合等、豪州競争法の適用対象となりうるという主張もある¹³²⁾。その他、需要、交渉、追跡、販促、商品設計、代替性、競争的行動のいずれかを十分に立証することで、豪州内の市場に所在しているという点に関する主張を容易に行うことも可能という意見もある¹³³⁾。

しかしながら、国際カルテル等に対する自国の国内競争法適用に関する安易な拡大を抑制する観点は必須であろう¹³⁴⁾。本判決の意義は、競争制限的行為の対象となっている商品やサービスの市場画定、そして、その供給先（顧客）の所在地を明確化して、当該行為の主体である事業者らにとって、上記顧客が、当該商品やサービスを供給するビジネス上利潤獲得の源泉であること、したがって、販売やマーケティング活動が当該顧客に直接的かつ効果的に行われているという点を求めていると考える方が望ましいであろう¹³⁵⁾。この顧客が豪州内に所在して、上記のような特徴を持つ

131) 市場の認定に関して、単に技術的ではなく、政策的、現実的な市場の画定として、問題となる行為の特徴、そして、関連諸規定の目的を重視した点は、従来型の代替性の考慮や商品、地理的、機能的、時間といった判断枠組みからの変更の可能性を示唆するものとして Thomas Smalley, Australia: A Market no longer girt by sea? *Air New Zealand Ltd. v. ACCC*, 25 AJCCL 305, 311 (2017) 参照。このような傾向が真だとすると、政策論として国内競争法の適用の拡大が安易に可能になってしまうおそれもあると考える。

132) Ashna Taneja, "Epic" air cargo cartel litigation ends in a finding of a market in Australia, *COMPETITION AND CONSUMER LAW NEWS* 66, 68 (2017 July).

133) Thomas Smalley, *supra* note 131, at 310.

134) 米国流の効果理論に沿った改正等の意見でも、豪州内の厚生や競争と豪州外で生じた行為との間の関連性を要件とし、自国競争法の適用範囲に関する制約が必要であるとする (Ian B Stewart, *supra* note 1, at 479, 488)。

135) 原告の立場から 4 条 E の豪州内の市場という要件を充足するための分析枠

需要を形成していると整合的に説明される必要がある。単に需要者が豪州に所在する、その需要者の価格等取引に関する諸条件の意思決定を制限したというだけでは、「豪州内の市場」と認定するには足りない。

仮に、国内競争法において、自国の国内競争法の地理的範囲が明確に規定されていても、または、規定されていなくても、国内競争法の解釈運用の際は、競争法適用の「地理的」限界の意味と意義を考える必要がある。もっとも、法適用の段階で引き続き残された問題は、本件のような国境を越える物流に関する国際カルテルのみならず、多様な国際カルテル、国際的企業結合、インターネット取引に対する制限行為に対する「地理的」限界の判断枠組みの一般的適用可能性である。今後、まずは様々な国際カルテルの事案の検討を引き続き行い、この「地理的」限界の判断枠組みの可能性をさぐる必要がある。

組みを説明するものとして、Cam Truong, *Transnational commerce and the problem of market definition*, 18 TPLJ 254 (2010) がある。原告側は、(1)豪州内の市場が他から分離した市場なのか、または、より規模の大きい世界市場の一部を形成しているのか、(2)実際にまたは仮に十分な価格インセンティブを持っている場合、潜在的にこれらの市場内で競争している企業を抽出して、いかにそれらが競争しているかも明示する、(3)これらの市場内において供給されている競合品や競合サービスを明確化する、(4)豪州のどの範囲かつどの企業の間で競争が存在しているのか地理的な範囲を明確化すること、(5)関連する契約、交渉、供給の所在地の特定、(6)競争制限行為が行われた場所が豪州内か豪州外かを明確化する必要があるとしている (id., at 260, 264)。本判決によって当該主張の根拠が補強されたとも言える。

〈資料：豪州競争法関連諸規定抜粋〉

1974(1977)	2010	2017
<p>Sec. 4 Interpretation competition includes:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) competition from goods that are, or are capable of being, imported into Australia; and (b) competition from services that are rendered, or are capable of being rendered, in Australia by persons not resident or not carrying on business in Australia. <p>trade or commerce means trade or commerce within Australia or between Australia and places outside</p>		
<p>Sec. 5 Extended application of this Act to conduct outside Australia (1) Each of the following provisions:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) Part IV; (b) Part XI; (c) the Australian Consumer Law (other than Part 5 3); (f) the remaining provisions of this Act (to the extent to which they relate to any of the provisions covered by paragraph (a), (b) or (c)); <p>extends to the engaging in conduct outside Australia by:</p> <ul style="list-style-type: none"> (g) bodies corporate incorporated or carrying on business within Australia; or (h) Australian citizens; or (i) persons ordinarily resident within Australia. 		
<p>Sec. 4E Market For the purposes of this Act, 'market' means a market in Australia and, when used in relation to any goods or services, includes a market for those goods or services and other goods or services that are substitutable for, or otherwise competitive with, the first-mentioned goods or services.</p>		
<p>Sec. 45 Contracts, arrangements or understandings restricting dealings or affecting competition</p>	<p>Sec. 45 Contracts, arrangements or understandings that restrict dealings or affect competition</p>	
<p>1) If a provision of a contract made before the commencement of the Trade Practices Amendment Act 1977-</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) is an exclusionary provision; or (b) has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition, that provision is unenforceable in so far as it confers 	<p>(1) A corporation must not:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) make a contract or arrangement, or arrive at an understanding, if a provision of the proposed contract, arrangement or understanding has the purpose, or 	

<p>rights or benefits or imposes duties or obligations on a corporation.</p> <p>(2) A corporation shall not-</p> <p>(a) make a contract or arrangement, or arrive at an understanding, if-</p> <p>(i) the proposed contract, arrangement or understanding contains an exclusionary provision; or</p> <p>(ii) a provision of the proposed contract, arrangement or understanding has the purpose, or would have or be likely to have the effect, of substantially lessening competition; or</p> <p>(b) give effect to a provision of a contract, arrangement or understanding, whether the contract or arrangement was made, or the understanding was arrived at, before or after the commencement of this section, if that provision-</p> <p>(i) is an exclusionary provision; or</p> <p>(ii) has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition.</p>		<p>would have or be likely to have the effect, of substantially lessening competition; or</p> <p>(b) give effect to a provision of a contract, arrangement or understanding, if that provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition; or</p> <p>(c) engage with one or more persons in a concerted practice that has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition.</p> <p>(2) Paragraph (1)(b) applies in relation to contracts or arrangements made, or understandings arrived at, before or after the commencement of this section.</p>
<p>(3) For the purposes of this section and section 45A, 'competition', in relation to a provision of a contract, arrangement or understanding or of a proposed contract, arrangement or understanding, means competition in any market in which a corporation that is a party to the contract,</p>	<p>(3) For the purposes of this section, competition, in relation to a provision of a contract, arrangement or understanding or of a proposed contract, arrangement or understanding, means competition in any market in which a corporation that is a party to the contract, arrangement or understanding or would be a party to the proposed contract, arrangement or under</p>	<p>(3) For the purposes of this section, competition means:</p> <p>(a) in relation to a provision of a contract, arrangement or understanding or of a proposed contract, arrangement or understanding—competition in any market in which:</p> <p>(i) a corporation that is a party to the contract, arrangement or understanding, or would be a party to the proposed contract, arrangement or understanding; or</p>

<p>arrangement or understanding or would be a party to the proposed contract, arrangement or understanding, or any body corporate related to such a corporation, supplies or acquires, or is likely to supply or acquire, goods or services or would, but for the provision, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services.</p>	<p>standing, or any body corporate related to such a corporation, supplies or acquires, or is likely to supply or acquire, goods or services or would, but for the provision, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services.</p>	<p>(ii) any body corporate related to such a corporation; supplies or acquires, or is likely to supply or acquire, goods or services or would, but for the provision, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services; or (b) in relation to a concerted practice—competition in any market in which: (i) a corporation that is a party to the practice; or (ii) any body corporate related to such a corporation; supplies or acquires, or is likely to supply or acquire, goods or services or would, but for the practice, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services.</p>
<p>Sec. 45A Contracts, arrangements or understanding in relation to prices</p>	<p>Sec. 44ZZRD Cartel provisions</p>	<p>Sec. 45AD Cartel provisions</p>
<p>(1) Without limiting the generality of section 45, a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall be deemed for the purposes of that section to have the purpose, or to have or to be likely to have the ef</p>	<p>(1) For the purposes of this Act, a provision of a contract, arrangement or understanding is a cartel provision if: (a) either of the following conditions is satisfied in relation to the provision: (i) the purpose/effect condition set out in subsection (2) ; (ii) the purpose condition set out in subsection (3) ; and (b) the competition condition set out in subsection (4) is satisfied in relation to the provision. Purpose/effect condition (2) The purpose/effect condition is satisfied if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, of (a) fixing, controlling or maintaining; or</p>	

<p>fect, of substantially lessening competition if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, as the case may be, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied or acquired or to be supplied or acquired by the parties to the contract, arrangement or understanding or the proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are related to any of them, in competition with each other.</p>	<p>(b) providing for the fixing, controlling or maintaining of; the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to:</p> <p>(c) goods or services supplied, or likely to be supplied, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or</p> <p>(d) goods or services acquired, or likely to be acquired, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or</p> <p>(e) goods or services re-supplied, or likely to be re-supplied, by persons or classes of persons to whom those goods or services were supplied by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or</p> <p>(f) goods or services likely to be re-supplied by persons or classes of persons to whom those goods or services are likely to be supplied by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding.</p>	<p>Purpose condition</p> <p>(3) The purpose condition is satisfied if the provision has the purpose of directly or indirectly:</p> <p>(a) preventing, restricting or limiting:</p> <p>(i) the production, or likely production, of goods by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or</p> <p>(ii) the capacity, or likely capacity, of any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding to supply services; or</p> <p>(iii) the supply, or likely supply, of goods or services to persons or classes of persons by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or</p>	<p>(iv) the acquisition, or likely acquisition, of goods or services from persons or classes of persons by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or</p>
	<p>(b) allocating between any or all of the parties to the</p>		

	<p>contract, arrangement or understanding:</p> <p>(i) the persons or classes of persons who have acquired, or who are likely to acquire, goods or services from any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or ((ii)~(iv) 略)</p> <p>(c) ensuring that in the event of a request for bids in relation to the supply or acquisition of goods or services:</p> <p>(i) one or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but one or more other parties do not; or ((ii)~(v) 略)</p>		
	<p>Competition condition</p> <p>(4) The competition condition is satisfied if at least 2 of the parties to the contract, arrangement or understanding:</p> <p>(a) are or are likely to be; or</p> <p>(b) but for any contract, arrangement or understanding, would be or would be likely to be;</p> <p>in competition with each other in relation to:</p>		
	<table> <tr> <td data-bbox="367 719 620 1015"> <p>(c) if paragraph (2) (c) or (3) (b) applies in relation to a supply, or likely supply, of goods or services—the supply of those goods or services; or</p> <p>((d)~(j) 略)</p> </td><td data-bbox="620 719 935 1015"> <p>(c) if paragraph (2) (c) or (3) (b) applies in relation to a supply, or likely supply, of goods or services in trade or commerce—the supply of those goods or services; or</p> <p>((d)~(j) 略)</p> </td></tr> </table>	<p>(c) if paragraph (2) (c) or (3) (b) applies in relation to a supply, or likely supply, of goods or services—the supply of those goods or services; or</p> <p>((d)~(j) 略)</p>	<p>(c) if paragraph (2) (c) or (3) (b) applies in relation to a supply, or likely supply, of goods or services in trade or commerce—the supply of those goods or services; or</p> <p>((d)~(j) 略)</p>
<p>(c) if paragraph (2) (c) or (3) (b) applies in relation to a supply, or likely supply, of goods or services—the supply of those goods or services; or</p> <p>((d)~(j) 略)</p>	<p>(c) if paragraph (2) (c) or (3) (b) applies in relation to a supply, or likely supply, of goods or services in trade or commerce—the supply of those goods or services; or</p> <p>((d)~(j) 略)</p>		

International Cartels and the Geographic Limits to the Application of the Competition Law in Australia

Nobufumi NISHIMURA

Summary

The purpose of this article is to shed light on the significant role of the identification of the geographical market in competition law enforcement against the international cartel cases and to present the appropriate directions to their long-standing problem. The more trade or commerce is increasingly global and competitive in world-wide, the more the application of the national law is problematic. The same applies to the international cartel cases, which often have competitive harm beyond one country and may cause a multi-jurisdictional tension for the application of the national laws. In competition law cases that require proof of competitive harm the agencies or courts generally identify 'market' in which the competitive harm can be inferred.

The Australian Competition Law, art. 4E, defines a market as a 'market in Australia'. It explicitly requires the geographic limits to the application of the national competition law but whether a market should be 'wholly within Australia', 'partly within Australia', or needs to have 'certain territorial nexus to Australia' is not clear.

In 2017, the highest court in Australia concluded in an air cargo international cartel case that the national competition law could reach the conduct taken place 'geographically' outside Australia on the basis of defining a market as a domestic market where the customers of the cartelized goods or services were located without utilizing the extraterritorial application of the national law. Geographical limits based on the customers' location ruled by highest court will clarify whose interest the national competition law is ought to protect but raises the tension between States because the international reach of the national competition law highly depends on the case-by-case analysis of the customers' identification under each national competition law.