

並行輸入と独禁法(1)

—— スイス法を手掛かりに ——

東 田 尚 子*

序	
第一章	並行輸入の阻害の実態と各国の規制
第二章	並行輸入の経済効果（以上本号）
第三章	スイスにおける並行輸入に対する政策の歴史的展開
第四章	スイス現行カルテル法の規定と解釈
第五章	日本法との比較
むすびにかえて	

序

並行輸入とは、知的財産権の保護を受ける真正商品を、権利者またはその許可を得た者以外の者が輸入する行為であり、輸入国における価格が他国より高く設定されている場合に、差額を利益として得ようとする並行輸入業者により行われる。これを知的財産権者は、国際的価格差別政策¹⁾を遂行する上での障害として阻害する場合がある。

並行輸入の阻害は、消費者の反感を買い、我が国では90年代に、内外価格差、即ち国際的な末端価格の差の原因の一つとして、槍玉に挙げられた。法律上の議論もこれに同調し、国内ではまず、並行輸入は知的財産権の侵害に当たらないため地域財産権に基づき並行輸入を禁止することは原則としてできないということが判例で示された。独禁法²⁾においては、公正取引委員会が、並行輸入の阻害を違反行為として積極的に規制すると同時に、その厳しい規制の基礎にある違法性の判断基準を流通・取引慣行に関する独占禁止法の指針（以下、流通取引慣行指

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第3号2006年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 文部科学省 科学技術政策研究所 上席研究官

- 1) 本稿で国際的価格差別とは、国ごとに異なる価格を設定することを指す。このような行為は、それ自体法律違反ではない。
- 2) 本稿では、反競争的行為を規制する法律を一般的に競争法、我が国のそれを独禁法、スイスのそれをカルテル法、アメリカのそれを反トラスト法と呼ぶ。

針と略記)³⁾で示し、独禁法上、並行輸入の阻害の違法性についての議論は一応収まった。

知的財産権者が知的財産権に基づき並行輸入を禁止することができると、自由な貿易が阻害され得る。そのため、並行輸入が知的財産権の侵害に当たるか否かは、GATT (General Agreement on Tariffs and Trade、関税と貿易に関する一般協定) の下で行われたウルグアイラウンド交渉においても議論された。しかしこの交渉において、各国の利害は対立し、合意は形成されなかった。知的財産権の総輸出国である先進国が、知的財産権の保護の強化を目指し、並行輸入の禁止を知的財産権者の権利として協定に定めることを望んだのに対し、知的財産権の総輸入国である途上国は、並行輸入の流入による価格の低下を期待し、並行輸入が合法であることを協定に定めることを望んだからである。そのため、この交渉の成果として1994年に締結された、国際的な知的財産権保護の最低基準を定めるTRIPs協定⁴⁾は、並行輸入に関して基準を定めていない。

TRIPs協定の締結から約十年が経った。知的財産権の総輸出国である先進国が並行輸入の結果損害を被り、総輸入国である途上国が利益を受けるという、当時信じられていた単純な構図が崩れ、少なからぬ数の先進国で、知的財産法において、並行輸入が知的財産権の侵害に当たるとされる場合が限定されてきた。しかし、先進国の中で、並行輸入の阻害を競争法違反として積極的に規制していたのは、域内市場の統一を進めるために並行輸入を利用し、域内で行われる並行輸入の阻害を競争法違反とする欧州連合 (EU) を除き、知的財産総輸入国である我が国とニュージーランドのみであった。

このような状況の中で、2003年にスイスは、カルテル法を改正し、知的財産権総輸出国として初めて、並行輸入の阻害をカルテル法違反として積極的に規制する姿勢を示した。スイスは、2005年度の一人当たりの実質国民所得の高さで世界第6位⁵⁾の豊かな国である上、多くの知的財産を保有する世界的な製薬会社

3) 公正取引委員会『流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針』平3・7・11。

4) 知的財産権の貿易に関する側面についての協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) の略であり、ウルグアイラウンド交渉の結果成立した最終議定書 (世界貿易機関 (World Trade Organization、WTO) 設立協定) の付属書の1Cとして定められている。

や精密機器の製造会社の本拠地であり、知的財産権の保護を強化したTRIPs協定から長期的に最大の利益を得る国とされる⁶⁾。

近隣諸国より物価が高いスイスにおいても、我が国と同様に、物価高の一因として並行輸入の阻害が批判的となっていた。そこで、カルテル法の運用による内外価格差の是正に対する期待が高まり、2003年に行われたカルテル法の強化改正で、知的財産権の行使についてカルテル法の適用除外を定める3条に、知的財産権に基づく輸入制限にはカルテル法が適用されると明記する2文が挿入され、反競争的取決めに禁止する5条に、並行輸入の阻害の規制を目的とする4項が加えられた。

並行輸入の阻害に対するスイスのカルテル法の規制の特徴は、その目的を、多国籍企業が各国の子会社を通して遂行する国際的価格差別政策の規制とし、法的・経済的にスイスと同視される国からの並行輸入の阻害を、販売地域制限による市場支配力⁷⁾の行使と捉え、反競争的効果がもたらされる場合違法とする点にある。これに対し、我が国では、並行輸入の阻害行為は、前述の流通取引慣行指針によれば、「価格を維持するために行われる場合」違法となるが、並行輸入品は国内の販売ルートを経て流通する商品より安いいため、この文言の解釈を緩めれば、並行輸入の阻害行為は当然違法となりかねない。その一方で、流通取引慣行指針は、輸入総代理店⁸⁾が関与する並行輸入の阻害行為のみを規制対象とし⁹⁾、多国籍企業が我が国の子会社と共に並行輸入品の仕入れの阻害を、規制の対象

5) World Bank, GNI per Capita 2005, Atlas Method and PPP, <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GNIPC.pdf>. 2005年度の購買力平価(内外の物価水準を等しくさせる為替レート)ベースでの一人当たりの国民総所得(GNI)水準での順位である。実質為替レートベースでは第4位であり、購買力平価ベースでの順位が実質為替レートベースでの順位を下回っている点に、物価高が反映されている。なお、我が国は、購買力平価ベースで第19位、実質為替レートベースでは第11位である。

6) P. McCalman, Who Enjoys "TRIPs" Abroad? An Empirical Analysis of Intellectual Property Rights in the Uruguay Round, 38 Canadian J. of Economics 574, 592 (2005).

7) 市場支配力(Marktmacht, market power)とは、市場に対する支配力、すなわち価格支配力を意味する。一定の行為が違法とされるために、どの程度の市場支配力が必要とされるかは、各国の規制により、また各違法行為類型により、様々である。

8) 本稿では、以下、流通取引慣行指針で使われている用語に従って、総代理店という用語を使用するが、法的な意味では一手販売店のことである。

外としている。このため、法の適用を逃れようとする事業者が、我が国の輸入総代理店との契約を解除し、垂直統合を進める結果を招いている¹⁰⁾。

そこで本稿は、スイス法を題材に、我が国の並行輸入に対する規制を再検討する。論述は、以下の順序で進める。第一章で、並行輸入の阻害の実態と、このような行為に対する各国の政策を概観する。第二章で、並行輸入が国際経済に与える影響を検討する。ここで、並行輸入の阻害が世界経済に悪影響を及ぼす場合を明らかにし、スイスが一定の場合には並行輸入の阻害を規制しないことの根拠と、我が国が並行輸入の阻害を厳格に規制することにより生じる弊害を示す。第三章で、カルテル法の改正に至るまでのスイスの知的財産法とカルテル法の展開を辿り、知的財産法とカルテル法の間接的関係を検討する。第四章で、スイスの現行カルテル法の内容を紹介し、その背景にある、輸入総代理店制度や選択的販売制度の下で行われる反競争的行為に対する規制、及び並行輸入業者と知的財産権者から販売許諾を得た販売業者の競争についての考え方を検討する。第五章で、現在の我が国の並行輸入の阻害行為に対する規制が、前述のように、一方では厳格すぎ、他方では緩すぎることを指摘する。そして、世界貿易に占める輸出入の割合から判断して世界第4位の貿易大国¹¹⁾である一方、スイスほどではないが¹²⁾、第1位、第2位及び第3位のEU、アメリカ及び中国と比較して相対的に経済規模の小さな国、即ち小国といえる我が国の並行輸入の阻害行為に対する独禁法の規制

9) 流通取引慣行指針においては、並行輸入を、「総代理店契約が輸入品について行われる場合において、第三者が契約当事者間のルートとは別のルートで契約対象商品を輸入すること」と定義しており、供給者の子会社が輸入に携わっている場合、少なくとも、親子会社間の取引には、指針は適用されないと解される。しかし、子会社が我が国の販売店に対し並行輸入品の取扱いを制限したことが問題となったラジオメータートレーディング事件（公取委勧告審決平成5・9・28審決集40巻123頁）において、指針の定義によればこのような輸入品は並行輸入品に当たらないにも関わらず、当該行為を並行輸入の阻害と捉え違法としている。

10) 並行輸入の阻害は、我が国という一地域の顧客への販売の制限、すなわち顧客制限であるが、垂直的統合が顧客制限より反競争的であることについて異論はない。Red Diamond Supply v. Liquid Carbonic Corp., 637 F.2d 1001, 1006 (5th Cir.), cert. denied, 454 U.S. 827 (1981).

11) WTO, World Trade in 2004-Overview, 21, http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2005_e/its05_overview_e.pdf.

12) スイスの人口は我が国の約5%、国土面積は約10%である。

について、若干の示唆を行うこととする。

第一章 並行輸入の阻害の実態と各国の規制

第一節 並行輸入の阻害の実態

並行輸入は、知的財産権者が知的財産権に基づいて禁止する場合と、契約において、並行輸入品の並行輸入業者に対する販売や並行輸入品の取扱い等を禁止し、並行輸入を阻害する場合がある。知的財産権者が知的財産権に基づき並行輸入を禁止することができる場合、各国の競争法は適用されない。我が国においても、このような場合独禁法は適用されないとするのが通説¹³⁾である。

これに対して、知的財産権者が知的財産権に基づき並行輸入を禁止することはできないが、契約において並行輸入業者に対する販売や並行輸入品の取り扱い等を禁止している場合、これが反競争の効果をもたらせば、独禁法違反となる。本稿が主な研究対象とするのは、このような行為による並行輸入の阻害である。

並行輸入の阻害は、典型的には、以下のように行われる。国際的な商品の供給者は、それぞれの輸入国において、通常輸入総代理店または子会社を置き、一手販売権を与え輸入販売を独占的に行わせ、輸入総代理店または子会社は、自社製品の販売業者を選別し限定する選択的流通体制を実施し、販売網を構築する。この販売網を正規のルートといい、これ以外のルートを通して販売されるのが並行輸入品である。選択的流通体制においては、販売業者は通常地域的な一手販売権を付与されるため、販売業者は一地域一社に限定される。供給者は、各国の経済的水準や需要等に合わせ価格を設定し、これを基に輸入総代理店または子会社は各国で希望小売価格を指示し、それに基づき販売業者は各地域で定価販売を行う。

価格の低下を招く低価格国からの並行輸入を阻害するために、輸入総代理店または子会社は、①供給者に働きかけ、外国の総代理店または子会社が地域外の顧

13) 根岸哲／舟田正之『独占禁止法概説（第2版）』（2003年）252頁、渋谷達紀「工業所有権と独占禁止法」紋谷暢男／渋谷達紀／満田重昭『新技術開発と法』（1993年）59頁、79頁、瀬領真悟「流通・取引慣行と独禁法」日本経済法学会（編）『独禁法の理論と展開 [2]』（2002年）181頁、219頁。

客へ積極販売及び消極販売しないことを徹底させ、並行輸入業者の仕入れを阻止する。積極販売とは、自己の販売地域外の販売者の排他的地域（即ち、外国）の顧客にダイレクトメールや広告を通じて積極的に接近し販売すること、消極販売とは、販売地域外の顧客からの自発的要請に応じて販売することをいう。この他、②販売店との契約で並行輸入品を取扱わないようにさせ、③卸を通して販売店に販売している場合には、卸売業者に対し、並行輸入品を取り扱う販売店への販売を禁止する。更に、④並行輸入品を偽物扱いしたり、買い占めて販売を妨害したり、その修理を拒否したり、宣伝活動を妨害したりして、消費者が並行輸入品を購入しないようにする。

第二節 各国の規制と我が国の規制の問題点

上記の措置に対抗して、並行輸入品を国内に流入させるため、通常各国は①の行為の取締りに焦点を合わせている。この場合、外国の親会社が自国の子会社を利用して行う国際的な価格差別が、親会社の独占または市場支配的地位の濫用に当たる場合に、競争法の域外適用により違法とするという規制が行われる。

例えば、EUでは、アメリカのマイクロソフト社が、カナダの子会社に対し、フランスの並行輸入業者へのコンピュータソフトの販売を禁止した事件¹⁴⁾において、第一審裁判所は、市場支配的地位を有する事業者による並行輸入の阻害行為には、市場支配的地位の濫用を禁止するローマ条約の82条が域外適用される可能性があるとして述べた。EUでは、前述のように、並行輸入を域内市場の統一のために利用する政策の下、域内で行われる並行輸入の阻害には反競争的な取決めを禁止するローマ条約の81条を厳格に適用するが、域外で行われる並行輸入の阻害には、81条は適用されない。しかし、並行輸入の阻害が市場支配力の濫用にあたるような場合、即ち阻害行為のもたらす反競争的効果が大きい場合、競争法の域外適用が行われる。

同様にアメリカでは、並行輸入類似の行為の阻害が、反競争的な取り決めに禁止するシャーマン法1条、独占または独占の企図を禁止するシャーマン法2条、

14) Micro Leader Business v. Commission 16. Dec. 1999, T-198/98.

及び反競争的な国際的協定を禁止するシャーマン法6条a違反とされた事件がある¹⁵⁾。本件では、特許ライセンスの期間終了後に、販売地域を制限し並行輸入品の輸出を禁止していたイギリスの企業とそのアメリカの子会社の行為が、アメリカの輸入競争とアメリカからの輸出競争を制限したとして、違法とされた。

これに対し、我が国では、独禁法の域外適用は行われない。独禁法を域外適用するためには、証拠の収集、審査及び審査の結果違法とされた場合の排除措置の実施等の際に困難が伴うため、違反行為者の協力がなければ、域外適用は不可能であるからである。実際、上記のEUの事件では、協力することが期待できなかったマイクロソフト社に対する審査は開始されていない。アメリカの事件も、同意判決であり、違反行為者の協力の下に解決した事件といえる。更に、違反行為者の協力が得られても、違反行為者の国が抗議することも予想され¹⁶⁾、域外適用には困難がつきまとう。

このように、域外適用が困難なためか、我が国の前述の指針は、①の行為を、輸入総代理店の主導の下に行われると構成し、輸入総代理店が供給者に我が国の並行輸入業者に対する仕入れを阻害させる行為を違法とすることで対処している。しかし實際上、我が国の並行輸入業者の外国における仕入れに対する阻害は、我が国の輸入総代理店の主導ではなく、外国の供給者の主導の下に行われる、他国における我が国の並行輸入業者への販売の禁止である。そのため、このような実情に沿わない指針の構成には無理があるとの指摘がある¹⁷⁾。

このような規制の問題は、外国の供給者が、我が国に輸入総代理店ではなく子会社を置いてしまえば、独禁法の適用を逃れることができる点にある。指針は、

-
- 15) U.S. v. Pilkington plc & Pilkington Holdings Inc., 1994 WL 750645 (D. Ariz). 我が国においても、特許ライセンス契約において、契約期間中に特許製品の販売地域を制限する行為は独禁法違反とはならないが、契約期間終了後に我が国向けの輸出を制限すれば、違法となる。このような行為が独禁法違反とされた事件として、旭電化工業事件・勧告審決平7・10・13参照。
- 16) 注15に掲げた事件において、違反行為者はイギリスの親会社とそのアメリカにおける子会社であったため、イギリスはアメリカに抗議している。
- 17) 正田彬『経済法講義』(1999年) 168頁。このような規制は、アメリカやヨーロッパ諸国では見られないが、韓国も同様の規制を行っている。公正去來委員會 명행주입에 있어서의 불공정거래행위의 유형 (1997.7.28 고시 제 1997-27호)。

輸入総代理店が外国の供給者に並行輸入を阻害させることが、不公正な取引方法に該当するとしている。しかし、供給者が輸入総代理店契約を解除し、子会社を設立してしまえば、供給者と子会社間の取決めは同一企業内の行為とされ、不公正な取引方法にはあたらなくなる¹⁸⁾。このような場合に規制が行われなければ、子会社化により規制を逃れようとする企業が増え、垂直統合が進み、市場は反競争的となる。

このように、必ずしも規制に成功しているとはいえないEUやアメリカのみならず、我が国においても、①の行為の規制の実効性は不完全である。そこで我が国は、①の行為に加え、②から④の行為も規制している。これらの行為は、指針によれば、「価格を維持するために」行われる場合、違法とされる。しかし、ほとんどすべての垂直的な取決めは、価格維持効果をもたらすため、どのような場合が「価格を維持するために」行われる場合にあたるかを限定しなければ、これらの行為は、当然違法となってしまう。そもそも並行輸入は、例えば外国の供給者が我が国の市場に参入するにあたり、その輸入総代理店が多大な広告費を支出しているような場合、輸入総代理店の費用へのただ乗りの色彩が濃く、競争促進的な行為であるかは疑わしい。そのため、②から④の行為の規制に際しては、阻害される並行輸入が競争促進的な行為であるかが十分に検討されなければならない。

このように、我が国の公正取引委員会は、域外適用を避け、反競争的効果の大きい、多国籍企業が各国の子会社を通して行う国際的価格差別に手を触れずに、外国の供給者が輸入総代理店を通して行う並行輸入の阻害のみを規制対象としているため、規制を逃れようとする多国籍企業の垂直的統合を進める結果となっている。更に、指針によれば、外国における我が国の並行輸入業者の仕入れの阻害のみならず、並行輸入品の取扱い制限等、様々な並行輸入の阻害行為が「価格を

18) このような行為が実際に行われた事件として、ミツワ事件（公取委審判審決平成10・6・19審決集45巻42頁）が挙げられる。本件では、ボルシェの輸入総代理店であったミツワは、ボルシェに中国から我が国へ並行輸入品が流入していることを伝えたところ、ボルシェは中国の輸入総代理店に日本の並行輸入業者に販売させないようにした。本件において、このミツワの情報提供が独禁法違反とされると、ボルシェはミツワとの輸入総代理店契約を解除し、我が国に子会社を設立したため、排除措置は講じられなかった。

維持するために」行われるというあいまいな要件を満たせば違法とされるため、過度な規制が行われる危険がある。そこで、並行輸入が競争に与える影響を検討する必要がある。

いずれにせよ、競争法の規制の要は、並行輸入品の国内への流入を保障することである。そのためには、以下で述べるように、知的財産権に基づき並行輸入を禁止することはできないとすることが競争法の運用の前提となる。

第三節 各国の知的財産法における並行輸入に対する政策

知的財産法に基づく並行輸入の禁止の根拠となるのは、国内消尽理論である。この理論は、知的財産権の保護を受ける商品が自国内で一旦流通に置かれれば、その時点で権利が消尽し、権利者はその後の商品の流通を止めることはできないとするものである。この理論によれば、外国から流入する並行輸入品は、外国で流通に置かれているため、権利者は並行輸入品の国内における流通を止めることができることとなる。一般に、この理論を採用すれば、後で述べるような措置を講じることができるため、知的財産権から得られる利益を大きくしたい知的財産権の総輸出で好まれる¹⁹⁾。とりわけ途上国の事業者は契約を必ずしも遵守しないため、先進国の供給者が知的財産権に基づき契約の遵守を強制できるのが望ましいといわれる。しかし、輸入国において、国内消尽理論が採用され、並行輸入が知的財産法違反の行為となると、輸入国の水際規制において並行輸入が止められるため、並行輸入の阻害が競争法違反であっても、輸入国内でその商品の販売は困難または不可能となるため、輸入国の競争法の執行力が弱まる²⁰⁾。

国内消尽理論によれば、供給者は国別に別個の権利を有し、その権利に基づき、

-
- 19) 知的財産権の総輸出であるアメリカとEUの企業は、知的財産権全般について国際消尽理論の採用に強く反対しており、ラテン音楽の輸出国であるラテンアメリカ諸国は、著作権に限り国際消尽理論の採用に強く反対している。Joint Group on Trade and Competition of Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs of OECD, Synthesis Report on Parallel Imports, 36 (2002), <http://www.oecd.org/competition>. (以下、OECD報告書と引用)
- 20) そのため、知的財産法の政策に、競争政策を盛り込んで、並行輸入を促進しようとする動きが各国で見られる。我が国に関しては、中山信弘「特許製品の並行輸入問題における基本的視座」ジュリスト1094号(1996年)59頁、61頁。

各国の輸入総代理店または子会社に一手販売権を与え、輸入総代理店または子会社は、一手販売権の侵害である並行輸入を阻止することができるようになる。供給者も、自己の輸入総代理店や子会社が、一手販売権を有する地域外に流出させた商品の流通を阻止する。その結果、各国の市場が分断され、各国の総代理店または子会社間の競争（ブランド内競争）がなくなる。このように、国内消尽理論は、知的財産権者に国際的なブランド内競争の排除権を与え、この排除権に基づき、知的財産権者は国際的価格差別により利益を増加させることができるようになる²¹⁾。

これに対して、知的財産権が消尽するのは流通に置かれたのが国外である場合も含むとするのが国際消尽理論である。国際消尽理論が採用されれば、供給者は、商品が一旦世界のどこかで流通に置かれれば、その商品の国際的な流通を止めることができなくなる。そのため、供給者は、極端な国際的価格差別政策を採れば並行輸入が起り得るということを意識し、高価格国で独占的価格設定ができなくなる²²⁾。国際消尽理論は、並行輸入品の輸出元となる場合の多い途上国や、知的財産権の保護を受ける商品を自ら製造するよりも、むしろそのような商品を多く輸入しており、その価格の低下を望む知的財産の総輸入国で好まれる。知的財産の総輸入国である我が国²³⁾においては、以下で述べるように、商標権及び著作権（映画の著作権を除く）において、この理論が適用される。

更に、国際消尽理論によれば、市場の分断は起こらず、供給者は各国の輸入総代理店間のブランド内競争を維持することができる。このように、国際消尽理論を採用すれば、輸入により国内の競争状況が改善されるため、この理論は、貿易

21) A. Sundakov & A. McKinlay, Intellectual Property and Price Discrimination: Do as You Please in the Name of Innovation?, 16 Information Economics & Policy 31, 53 (2004).

22) R. Zäch, Wettbewerb im schweizerischen Markt des Gesundheitswesens-Standpunkt der Wettbewerbskommission in: C. Bovet (dir.), Concurrence dans le secteur de la santé: journée du droit de la concurrence 2000, 20, 22 (2002).

23) 知的財産権は、国際的な富の再配分を大幅に固定化し、各国の有する富の格差を拡大するため、知的財産権を保護する結果、アメリカは大勝者となり、我が国は大敗者となるといわれる。R. E. ケイヴス / J. A. フランケル / R. W. ジョーンズ『国際経済学入門Ⅰ 国際貿易編』（2003年）278頁以下。しかし、近年我が国の国際特許出願数は伸びており、我が国が将来知的財産権の総輸出国となる可能性もある。

比率が高く、国産品のみでは競争が十分に行われない国や、国内の流通の非効率性が顕著な高物価国でも好まれる。

この、知的財産の総輸出国と総輸入国の対立が顕在化したウルグアイラウンド交渉では、どの理論を国際的な基準として採用するかについて合意は形成されなかった。知的財産法においてどのような消尽理論を採用するかは、知的財産法の原理や解釈から導き出されるものではなく、もっぱら政策問題であるため²⁴⁾、各国の利害の対立が顕著であるからである。そのため、ウルグアイラウンド交渉の結果締結されたTRIPs協定の6条は、内国民待遇の原則を定める同協定3条及び最恵国待遇の原則を定める同協定4条を除く協定の規定は、消尽問題の解決に利用されないと定め、これらの原則に違反しない限り、各国は自由に消尽原則を採用することができることとなっている。内国民待遇の原則とは、輸入製品を自国製品と同等に扱わなければならないとする原則であり、最恵国待遇の原則とは、加盟国がある相手国に対して優遇措置を認めている場合、これをすべての加盟国に認めなければならないという原則である。

更に、どのような消尽理論を採用するかという政策は、それぞれの知的財産権の性質にも左右される。商標権に関しては、我が国を含め各国で商標の性質を説明する際に用いられる商標機能論、即ち商標権者は、出所識別や品質保証といった本来の機能を害する行為を差し止めることができるに過ぎないという理論に基づけば、国際消尽理論の採用が理論的には妥当ということになる。

著作権に関しては、創作と同時に権利が発生するという性質上、その権利を国境で遮る国内消尽理論とはなじまない。しかし、著作物は安く複製できるという性質を有するため、低所得国において低価で販売される傾向があり、このような著作物の高価格国への流入に対する警戒は強い。更に、譲渡権者の意思に反して譲渡され得るのは望ましくないとの見解もあり、国内消尽理論を採用する国もある。

特許権に関しては、各国毎に出願して権利を取得するという特許制度の下では、各国毎の権利と捉える考え方が根強い。更に、発明への投資を促すための独

24) 中山前掲論文注20、60頁。

占の必要性を指摘する声もある。並行輸入品が流入し価格競争が始まり特許製品の価格が低下すると、研究開発費用が削減されることになり、技術革新に悪影響を及ぼすというのである。このような理由から、特許権については、国内消尽理論を採用する国は多い。

各国がこれら3種類の知的財産権について、具体的にどのような政策を採用しているかをまとめると、以下のようになる²⁵⁾。

商標権に関しては、韓国、香港、シンガポール、マレーシア、メキシコ、ホンジュラス、アンデス共同体²⁶⁾の加盟国、オーストラリア、スイス等、多くの国で国際消尽理論が採用されている。他方、アメリカのように国内消尽理論を採用する国もある²⁷⁾。また、EU²⁸⁾のように、共同市場の統一という目的の下で、域内

25) 詳細については、以下の文献を参照されたい。UNCTAD, Competition Policy and the Exercise of Intellectual Property Rights, 22 (2002), <http://www.unctad.org/en/docs/c2clp22r1.en.pdf>; C. Heath, Exhaustion and Parallel Imports in Asia, 33 IIC 622, 623 (2002).

26) アンデス共同体 (comunidad andean) は、ボリビア、コロンビア、エクアドル、ペルー及びベネズエラ間で締結されている関税同盟である。

27) しかしアメリカにおいても、輸出元となる国とアメリカの商標権者が同一である場合には国内消尽理論は適用されないなど、例外も認められている。K-Mart Corporation v. Cartier, 486 U.S. 281 (1987).

28) EUにおいては、共同体商標規則の7条2項が、合理的な理由がある場合を除いて、域内消尽理論が採用されることを定めている。Community Trademark Directive 89/104/EC. EUの域内消尽は、正確には、スイスを除く欧州自由貿易連盟 (アイスランド、ノルウェー及びリヒテンシュタイン) とEUで構成されている欧州経済地域における域内消尽である。EU域内において域内消尽理論が採用されることは、ローマ条約30条の解釈により確立しており、欧州経済地域に関する協定の11条及び13条は、ローマ条約30条を準用しているため、欧州経済地域とEU間の並行輸入の禁止は違法となる。欧州経済地域に関する協定は、以下に掲載されている。Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2.5.1992, BBl 1992 IV 668. (BBlは、スイスのBundesblattの略であり、以下のサイトにおいて検索・ダウンロードができる。<http://www.admin.ch/ch/d/ff/>) EUにおいて域内消尽理論が採用されることとなった結果、それまで国際消尽理論を採用していたオーストリア、オランダ、ドイツ、イギリス及びスウェーデンは、消尽理論に関する政策変更を迫られた。これらの国も含め、多くの加盟国から域内消尽理論に対する批判が上がり、EC委員会は最近、EUにおいて域内消尽理論を採用する政策について見直しを行ったが、政策変更は行わないという結論に達した。EC委員会の政策への見直し作業について、詳細は次の文献を参照されたい。European Commission, Possible Abuses of Trade Mark Rights within the EU in the Context of Community Exhaustion, SEC 575 (2003), http://www.europa.eu.int/comm./internal_market/en/indprop/index.htm.

消尽理論、即ち域内で商品が一旦流通に置かれれば、知的財産権者は域内においてその後の流通を止めることができなくなるという理論が採用されている地域もある。同様に、南米南部共同市場²⁹⁾も域内消尽理論を採用している。我が国では、原則として国際消尽理論が採用されているが、ライセンス契約に違反して製造された商品については、商標権者と製品の我が国への輸入に携わった者との権利関係に基づき個々の状況に応じて結論が導かれるため、消尽しない場合もある³⁰⁾。例えば、商標の使用許諾ライセンス契約において、製造国を制限する条項があったにも関わらず、契約国以外で製造された商品が、我が国へ並行輸入された場合、並行輸入は違法とされる³¹⁾。

著作権に関しては、国際消尽理論を採用する国として、オーストラリア³²⁾、ニュージーランド³³⁾、シンガポール、マレーシア、スイスなどが挙げられる。その一方で、商標権におけるのと同様に、アメリカでは国内消尽理論が、EU及び南米南部共同市場では域内消尽理論が採用されている。我が国では、著作権法において、国際消尽理論が採用されることが明記されているが（著作権法26条の2第2項4号）、国外で販売する目的で、国外で安価で製作された我が国の商業用レコ

29) 南米南部共同市場 (mercado común del sur、メルコスールとも呼ばれる) は、アルゼンチン、ブラジル、パラグアイ及びウルグアイ間で締結されている関税同盟である。

30) 詳細は、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』（2004年）282頁以下参照。

31) フレッドベリー事件、最判平成15・2・27民集57巻2号125頁。本判決の結論に対する批判として、渋谷前掲書注30、285頁参照。

32) オーストラリアにおいては、書籍、録音媒体、半導体チップ等、一部の著作物の並行輸入が認められている。オーストラリアにおける消尽理論について、詳細は次の文献を参照されたい。Australia, Review of Intellectual Property Legislation under the Competition Principles Agreement (2000), <http://www.ipcr.gov.au/IPAustralia.pdf>.

33) ニュージーランドは、1998年に著作権法を改正し、すべての著作物について並行輸入の禁止を認めないこととした。これに対しアメリカは、スーパー301条（19 U.S.C. Sec. 2241 (Sec. 182 of Trade Act of 1974)）に基づく制裁をほのめかして抗議した。アメリカの抗議について、詳細は次の文献を参照されたい。United States Trade Representative, Press Release 98-52, May 27, 1998. ニュージーランドの著作物の範囲は広く、自動車等も著作物とされるため、この改正の影響は大きかった。この改正の結果、価格が低下し、サービスが向上したことが認められている。本改正が市場に及ぼした影響について、詳細は、オーストラリア前掲報告書注32、269頁以下に掲載されている次の資料を参照されたい。New Zealand Institute of Economic Research, Parallel Importing Review: Economic Effects of Lifting the Ban in NZ.

ードの我が国への輸入は、これにより著作権者は著作隣接権者の利益が不当に害される場合、一定期間禁止できる（著作権法113条5項）。更に、映画の著作物の頒布権は消尽しないとされているため、映画の著作物とされるゲームソフト、ビデオ、DVD等の並行輸入は禁止され得る。

特許権については、アンデス共同体の加盟国、ロシア、シンガポールなどで国際消尽理論が採用されている。EU³⁴⁾及び南米南部共同市場は、地域経済市場の統一という優先目的のために、域内消尽理論を採用している。一方我が国は、黙示的实施許諾論、即ち特許権者と譲受人が、日本では販売しないことに合意し、転売者もこのことに合意しており、製品にこれが明確に表示されている場合のみ、並行輸入の禁止は可能であるとする理論が採用されている³⁵⁾。黙示的实施許諾論に対しては、法的安定性を害するなどの批判³⁶⁾があるが、その発祥地であるイギリスから、多少形を変えながら、我が国の他、香港、インド、ケニヤ、オーストラリア、ニュージーランド等の英連邦諸国に広まった。

医療福祉の充実という見地から、他の商品とは異なる扱いが必要とされる医薬品については、2001年にWTOのドーハ閣僚会議において、TRIPs協定と公衆衛生に関する宣言³⁷⁾が採択されて以来、医薬品に関して、国際消尽理論を採用する国が微増している³⁸⁾。この宣言は、各国が消尽問題について、自由に政策を決定できることを確認する一方で、医薬品に関しては、その政策とは異なる特別な政策を採ることを認めるものであった。一般に、医薬品の値段は、アメリカやスイ

34) EUにおいては、輸出国で特許が成立していなくても、価格規制が行われていても、特許権は消尽する。Joined Cases C-267/95, Merck & Co. Inc. & Ors v. Primecrown Ltd & Ors and Beecham Group plc v. Europharm of Wothing Ltd [1996] ECR I-6285.

35) 最判平成9・7・1民集51巻6号2299頁。

36) このような問題のある判例理論を直ちに破棄し、法改正を行うことが必要であるといわれる。渋谷達紀『知的財産法講義II』（2004年）85頁。

37) Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, WT/MIN(01)DEC/214 November 2001, http://www.wto.org/English/thewto/_e/minist_e/min01_01_e.htm. この宣言について、詳細は次の文献を参照されたい。D. E. Kraus, Les importations parallèles de produits brevets 62 (2004).

38) この流れとは反対に、国際消尽理論を採用していたシンガポールは、アメリカと2国間協定を締結し、域内消尽理論、すなわちアメリカとシンガポール間の並行輸入のみが認められるという理論を採用し始めた。

スのように、自由競争が行われており、知的財産権が手厚く保護されている国で最も高いといわれる。これに対して、我が国を含め少なからぬ数の国では、価格統制により価格が低く抑えられている。そのため、自由競争が行われている高価格国では、価格統制国からの並行輸入品の流入に対する警戒が強かった。しかし、上記の宣言の後、並行輸入を国内に流入させない政策を採っていたアメリカにおいても、製薬会社に対する圧力団体の抗議もあり、安全性が認められれば処方薬の並行輸入が認められることとなった³⁹⁾。特許権に関して国内消尽理論が採用されているスイスにおいても、並行輸入業者が許可を受ければ、一定の国からの並行輸入が許されることとなった⁴⁰⁾。また、エイズの蔓延に対処するために、南アフリカやタイでも並行輸入が可能となった。

このように、一時期我が国で主流であった、世界を一つの市場と捉え、並行輸入を自由貿易の当然の帰結とする理想主義的な考え方は、我が国においてもすでに放棄されている。我が国も含め各国は、むしろ、現実的に自国の利益を見極めた上で政策を決定しているといえる。

ある国にとって国際消尽理論と国内消尽理論のどちらが有利かは、その国が総じて知的財産権の輸入国であるか否か⁴¹⁾と、高価格国であるか否かに大きく左右される。我が国のように、この二つの条件が満たされる場合、国際消尽理論の採用は国益に資する。スイスのように、高価格国であるという条件のみが満たされる場合、我が国のようなほとんどの場合に国際消尽理論が採用されるという政策

39) 米国食料医薬品局 (USFDA) の認める施設において製造された医薬品の並行輸入が認められており、実際にインドや中国から輸入されている。

40) Heilmittelgesetz SR 812.21. スイスの議会は二院制を採っており、上院 (Ständerat, SR (全邦院)) と下院 (Nationalrat, NR (国民院)) から成る。その関係資料は、<http://www.parlament.ch/homepage/su-amtliches-bulletin> において検索・ダウンロードできる。

41) このことは、各国または各地域の消尽問題についての調査報告書に顕著に表れている。知的財産権の総輸入国であるオーストラリアやスウェーデンは、それぞれ国際消尽理論と域内消尽理論へ政策を変更した後に、これらの政策転換が経済に及ぼした影響に関する報告書を作成した。これらの報告書においては、消費者価格やサービスに及ぼされた影響が議論されている。これに対して、知的財産総輸出地域であるEUの報告書は、供給者の利益に焦点を合わせて作成されている。これらの報告書について、詳細はOECD前掲報告書注19、31頁を参照されたい。

ではなく、場合に応じて国際消尽理論と国内消尽理論を組み合わせる政策が必要となる。このような組み合わせ政策は、知的財産権の総輸入国であるという条件のみが満たされる途上国においても必要とされる。並行輸入品の輸出元であり、輸出から利益を得られる途上国にとっても、一概に国際消尽理論の採用が望ましいとは限らないのである⁴²⁾。

更に、消尽問題についてのどのような政策を採用するにせよ、その政策が及ぼす影響は、並行輸入の対象となる商品の性質、世界的な需要状況、国際的な競争の状態等、様々な要因に左右される。これらの要因については、第二章において検討するが、各国は、これらの要因を考慮して、自国の利益に適った政策を採用している⁴³⁾。そして、各国の様々な政策に対応する形で、知的財産権に基づく国際的価格差別を前提として、国際的な競争は行われている。このことは、並行輸入の阻害に徹底的に競争法を適用し世界均一価格の達成を目指す政策は、国際的な競争を歪曲し得ることを意味する。各国の法的・経済的状态が著しく異なる現状においては、国際的な価格差は、むしろ当然の現象である場合が多い。すべての価格差を並行輸入により是正することは最適な競争政策ではない。そこで以下では、並行輸入が行われる背景である国際的な価格差の原因を考え、どのような価格差が競争法により是正されるべきかを検討する。

第四節 国際的な価格差の原因

並行輸入が行われるのは、並行輸入品の輸出国と輸入国の価格差が、関税、運送費や取引費用等の輸送費用を考慮しても十分大きく、並行輸入業者の利益が保証されている場合である。このような国際的な価格差が生じる理由は様々である⁴⁴⁾。まず、高価格国における高い関税や、間接税、即ち税を課せられる者と税

42) J. Watal, Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries, 303 (2003).

43) 例えば英国では、英国が国際消尽理論を採用すべきか否かについて検討した報告書において、並行輸入が英国経済に及ぼす影響は個別商品ごとに大きく異なり、並行輸入が経済に好影響を与える場合もあれば、悪影響を及ぼす場合もあるとして、国際消尽理論の採用を正当化するだけの根拠はないと結論付けられた。この報告書についての詳細は、OECD前掲報告書注19、39頁を参照されたい。

を実際に支払う者が異なるという税の形式が原因である場合が挙げられる。更に、高価格国においてインフレーションが起きている場合、為替レートの変動により、自国通貨の価値の上昇（為替レートの増価）が起きている場合⁴⁵⁾がある。この他、高価格国において賃金や流通費用が高いことが原因となり、マーケティング費用が高い場合もある。これらの、高価格国における価格を引き上げる原因とは反対に、低価格国において、強制ライセンスが実施され、その際に低価格の設定が義務付けられる場合や、価格統制が行われている場合⁴⁶⁾には、低価格国の価格はさらに引き下げられる。

これらの要素は、外国の供給者の市場支配力の行使による高価格の設定や、国内の輸入総代理店または子会社や販売店の非効率性や反競争的行為とは無関係に

-
- 44) 国際的な価格差が生ずる原因について詳細は、次の文献を参照されたい。Swedish Competition Authority, High Prices in Sweden: A Result of Poor Competition?, 169 (2003), <http://www.kkv.se/bestall/pdf/price.pdf>.
- 45) このような場合、為替レートの増価に対応して価格は調整されるべきであり、調整が行われない場合、正規のルートでの販売に携わっている事業者が超過利潤を得ている場合がある。以下の実証研究では、ブランドンについては、円高により国際的な輸送費用が増大し流通マージンが拡大していたことから、円高から生じた差益は外国の供給者または日本の商社に超過利潤として入ってしまった可能性がある」と結論付けられている。ガラス製品については、円高により国内生産者価格に上乘せされる国内輸送費が増大し国内の流通マージンが拡大していたことから、差益が国内流通過程で吸収されたと結論付けられている。木村福成『国際経済学入門』（2000年）329頁。しかし、為替レートの増価により流通費用等も上昇するため、超過利潤が極端な場合を除いて、判断は困難である。
- 46) 価格統制には、以下のような弊害がある。価格統制により、国内の静態的な厚生水準は高まるが、統制国の価格が低く抑えられているため、供給者は他国で価格を引き上げ、世界経済の厚生水準を低下させる可能性がある。さらに、価格統制が将来の研究開発費用の削減及び新製品の数の減少をもたらし、動態的厚生も低下させることが、Giaccottoらの研究により示唆されている。C. Giaccotto, R. E. Santerre & J. A. Vernon, Drug Prices and Research and Development Investment Behavior in the Pharmaceutical Industry, 58 J. L. & Econ. 195, 212 (2005). そのため、競争法の適用により価格統制の弊害を除去すべきであるとする説もあるが、本稿では、政府規制の弊害の除去は競争法の任務ではないという立場に立ち、価格統制についてこれ以上は立ち入らないこととする。なお、共同市場の統一という目的のために並行輸入の阻害を厳格に規制しているEUにおいても、次に挙げるバイエル事件の欧州裁判所の判決において、医薬品の価格差は各国の医療制度が異なることが原因となっているため、このような価格差は並行輸入により是正すべきではないとされた。Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Bayer & Commission of the European Communities v Bayer 6. Jan. 2004, C-2/01 P & 3/01 P.

高価格をもたらす。このような場合には、競争法の適用は望ましくない。

ここで有用となるのが、ラーナー指数、即ち価格と限界費用の乖離率（限界費用からの価格のマークアップ比率）である。ラーナー指数は、財の需要の価格弾力性に反比例し、不完全競争の程度を示す。完全競争が行われている市場では、価格は限界費用に限りなく近くなる。しかし、カルテルなどの反競争的行為が行われている場合や、有力な競争者がいない場合⁴⁷⁾、マークアップは高くなる。

しかしマークアップは、それ自体不効率の原因でもなく結果でもない。新製品の開発や市場開拓には投資が必要とされるため、投資の回収を可能にするためにマークアップは大きくなる。同様の理由で、既存の製品との代替性が乏しい革新的な新製品についても、マークアップを大きく設定する必要がある。所得水準の差に応じた国際的なマークアップの差も、このような投資を回収する上で効率的な方法である可能性もある。問題にすべきマークアップは、それが競争的な手段以外の方法で得られている場合である⁴⁸⁾。具体的には、供給者からその子会社または輸入総代理店を経て販売店を通すルート（正規のルート）における販売に携わるこれらの事業者が、価格支配力、即ち市場支配力を行使してマークアップを大きく設定している場合である⁴⁹⁾。そこで、次章では、並行輸入の阻害が市場支配力の行使であるか否かを念頭に置きながら、並行輸入の経済効果を検討することとする。

第五節 小括

並行輸入の阻害は、知的財産権制度を利用して行われる場合が多いため、競争法の適用だけでこれを取り締まることはできない。競争法の適用の前提となるの

47) 有力な競争者がいない場合にマークアップが高くなることは、以下の研究において、統計的に示されている。M. Knetter, *Why Are Retail Prices in Japan so High?: Evidence from German Export Prices*, 15 *Int'l J. of Industrial Organization* 549, 570 (1997).

48) 長岡貞男『内外価格差の経済分析—生産性からのアプローチ—』(1999年) 39頁。この他、以下に掲げる論文は、並行輸入の阻止を、反競争的な価格差別である場合及び共謀を容易にする場合のみ違法とすべきとし、違法となる場合を限定しようとしている。N. T. Gallini & A. Hollis, *A Contractual Approach to the Gray Market*, 19 *Int'l Rev. of L. & Econ.* 1, 7 (1999).

49) OECD前掲報告書注19、7頁においても、同様の指摘が行われている。

が、知的財産法において国際消尽理論を採用し、水際規制で並行輸入が止められないようにすることである。しかし現在、各国の経済的な格差は大きく、供給者は当然この格差に対応した価格設定を行うため、並行輸入の原因となる国際間の価格差が生じる。このような国際的な価格差は自然な現象であるため、供給者が、知的財産権制度に基づいてこの価格差を維持することができるように、国内消尽理論または域内消尽理論を採用する国や地域は多い。

消尽問題については、世界的に、以下のような傾向が見られる。まず、地域協定により、経済的状况の類似した国々が、並行輸入の促進により地域統合を進めるために、域内消尽理論を採用している。このような動きは、経済統合が進んでいる欧州やラテンアメリカにおいて顕著である。これとは対照的に、我が国やシンガポールのような、貿易比率が高く、並行輸入により国内の競争の改善が見込まれる、知的財産権の総輸入国では、国際消尽理論が採用される。このような動きは、経済統合が遅れているアジアにおいて見られる。これらの動きの中間に位置するのが、スイスといえる。欧州の経済統合に参加せず、伝統的に自由な貿易を行ってきたスイスは、商標権と著作権において国際消尽理論を採用し、並行輸入を促進することにより競争の活発化を促す政策を採りながら、後に詳しく紹介するように、供給者が途上国からの並行輸入を阻害する場合、カルテル法を適用しないことにより、供給者の国際的価格差別政策を一定程度認めている。

いずれにせよ、世界市場には国際的な価格差があり、世界的な競争は、国際的な価格差を前提に行われている。そのため、競争法は、すべての国際的な価格差をなくすことを目指すのではなく、事業者に法的な規制や各国の経済的な格差などに合理的に対応した価格設定の自由を認め、市場支配力の行使によって価格差が生じているときに、この価格差の維持を目的として行われる並行輸入の阻害のみを取り締まるべきである。

第二章 並行輸入の経済効果

第一節 世界経済の厚生効果

並行輸入は国際的な取引であるため、並行輸入に対する競争政策を決定する際には、その決定が世界経済に及ぼす影響を検討する必要がある。このことは、我

が国のような、経済統合が進んでいない低価格国で形成される地域に位置する、比較的大国と呼べる高価格国にとって、重要である。なぜなら、このような状況にある我が国が、並行輸入の阻害を取り締まることにより自国の価格を下げる政策を採用すれば、供給者は、我が国における販売から得られる利益が減少した分、近隣の低価格国で利益を増やそうとして、価格を引き上げる可能性が高いからである。そのため、スイスのような小国と異なり、我が国のように国際貿易における取引高の割合の高い国は、自国の競争政策が、近隣窮乏化政策、即ち他国の利益を犠牲にして自国の利益だけを増進する政策とならないように配慮する必要がある。

そこで以下では、経済政策の効果を考察する際に用いられる厚生経済学の分析により、並行輸入の経済効果を検討する。厚生経済学においては、市場取引を通じて社会的厚生（以下、厚生）⁵⁰⁾が最も大きくなるときに、市場は効率的であるとされる。厚生は、資源配分の効率性、即ち買い手が市場に参加することから得られる便益（消費者余剰）と売り手が市場に参加することから得られる便益（生産者余剰）の合計（総余剰）により求められる。静態的厚生が高まるのは、資源配分の効率性が高まる場合であり、具体的には、以下の3種類の効率性の総和が増大する場合である。①生産的効率性。これは、総費用が最小化される場合最大

50) 完全な厚生分析のためには、静態的厚生効果に加え、動態的（長期的）厚生効果の分析が必要である。しかし、動態的厚生効果については、経済学上明らかにされていない点が多いため、本稿では、並行輸入の阻害の静態的厚生のみを検討を行い、動態的厚生については、以下の点を指摘するにとどめる。並行輸入の阻害の動態的厚生効果は、並行輸入の阻害による価格差別が技術革新を促進する場合に上昇する。これは、価格差別が行われない場合の利益率が、社会的に最適水準の知的財産権への投資を行わせるのに十分か否かに左右される。利益率が競争水準以下であれば、利益の増加は知的財産の創出を増やし、利益の減少は知的財産の創出を減らす。知的財産権者が市場支配力を有しており、利益率が競争水準を超えていれば、利益の減少は、一般に、知的財産の創出を減らす傾向があるが、必ずしもそうとも限らず、不明な点が多い。OECD前掲報告書注19、12頁。このように、不明な点が多いことを認めながらも、発明が経済発展を促す効果を重視し、特許で保護されている技術が重要なものであり、社会全体にもたらす便益が大きい場合、特許権に基づく我が国への並行輸入の禁止を認めるべきではないとする説がある。浜田広一「特許権による並行輸入差し止めの是非について—経済学的考察」ジュリスト1094号（1996年）73頁、77頁。しかし、このように、関連する技術が我が国の社会に大きな便益をもたらす場合、並行輸入は止められないとする政策は、恣意的な国益増進政策に他ならず、近隣窮乏化政策となりかねない。

となる。②配分の効率性、即ち価格と費用の差の減少。これは、価格が限界費用に等しくなる場合、最大となる。③販売の効率性、即ち市場均衡の効率性。これは、同一商品の価格差がない場合、最大となる。同一商品の価格差があれば、高い価格が設定されている市場へ製品を再配分することで、消費者の便益を高める余地が残されているため、市場均衡は効率的ではないからである。販売の効率性は、通常配分の効率性として説明されるが、本稿では、価格差別がほとんど例外なく販売の非効率をもたらす⁵¹⁾ことを重視し、この点を十分に検討するために、配分の効率性と区別して扱うこととする。

並行輸入は、世界全体の経済厚生を高める場合もあれば、減少させる場合もある⁵²⁾。そして、その厚生配分を国別に見れば、利益を得ている国もあれば、損害を被っている国もある。並行輸入が世界全体の経済厚生と個々の国の経済厚生に与える影響を明らかにするためには、並行輸入の阻害を正当化する際に根拠として挙げられる二つの現象を検討する必要がある。それは、並行輸入業者によるただ乗りの防止と、供給者の国際的価格差別である。

ただ乗りの防止という理由で並行輸入の阻止を許容すべきであるという主張は、自由貿易推進論者や、伝統的な競争法学者から軽視されがちである。しかし、並行輸入業者が、総代理店が莫大な費用を投じて積極的にマーケティングした結果人気が出てきた商品を、自己の効率性や販売努力とは無関係に、途上国から仕入れているというだけの理由で廉価で販売する場合、正規のルートで販売される商品と並行輸入品の競争は、公正な競争といえるかは疑わしい。

他方、並行輸入の阻害は、供給者の超過利潤の獲得に繋がる国際的価格差別政策の一端であるため、違法とすべきとの主張がある。しかし、詳しくは以下で述べるが、国際的価格差別政策の下、低所得国における低価格販売によって生産量が増える場合、世界経済の厚生は上昇し得る。反対に、並行輸入の阻害が禁止され、国際的価格差別ができなくなると、高価格国で価格を引き下げると、低所得国で価格を引き上げざるを得ず、その結果、低所得国における販売量が減り、極

51) J. A. Hausman & J. K. MacKie-Mason, Price Discrimination and Patent Policy, 19 Rand J. of Economics 253, 255 (1988).

52) OECD前掲報告書注19、4頁。

端な場合には、利益に繋がらない低価格国での販売が停止され、世界全体の経済厚生も、低価格国の経済厚生も低下し得る。

このように、それがただ乗りの阻止であれ、国際的な価格差別であれ、並行輸入が経済厚生に及ぼす影響は単純ではないため、その経済効果は、世界全体で分析されると同時に、個々の国についても分析される必要がある。そこで以下では、ただ乗りと国際的価格差別が世界全体の厚生に及ぼす影響の分析を行った後、一国の国内の厚生効果の分析を行う。

第一款 ただ乗り

並行輸入品は通常、正規のルートを通して販売される商品より安価で提供される。それが可能になる状況として、以下の二つが考えられる。①並行輸入業者が効率的である場合、及び②並行輸入業者が供給者の市場開発投資や正規のルートでの販売に必要とされるマーケティング費用にただ乗りしている場合である⁵³⁾。両方の状況が組み合わさっている場合もある。

効率性の一応の目安となるのは、輸入国と経済的に同程度の輸出国からの並行輸入品の価格が、正規のルートを通して販売される商品の価格よりも安いということであろう。反対に、ただ乗りが行われていると考えられるのは、輸入国より経済発展度が低く物価の安い輸出国から並行輸入が行われる場合や、新製品の導入時や新規参入時等、供給者の市場開拓費用や輸入総代理店のマーケティング費用が多くかかる時期に、並行輸入が行われる場合であろう。

並行輸入業者が効率的である場合、並行輸入は国内の並行輸入業者と販売店間のブランド内競争を促進するため、その阻害は、競争法上問題となる。並行輸入業者が供給者の市場開拓投資や正規のルートでの販売に必要とされるマーケティング費用にただ乗りしている場合、違法性の判断には、様々な検討が必要となる。

53) マーケティング費用が多くかかる商品は、この費用を支出しなくてもよい並行輸入業者にとって廉価での提供が容易であるため、ただ乗りによる並行輸入の対象となりやすい。例えば、香水は、一般的にマーケティング費用が多くかかる商品であり、販売価格の30%以上のマーケティング費用がかけられている場合も稀ではないほどであるため、香水の並行輸入においては、ただ乗りが頻繁に行われているといわれる。マーケティング費用へのただ乗りについて、詳細は、Gallini/Hollis前掲論文注48、18頁、OECD前掲報告書注19、9頁を参照されたい。

供給者の市場開拓投資へのただ乗りの典型例として、供給者が、どの商品が成功するか分からないまま複数の商品を製造し、成功した商品の利益で失敗した商品の損失を埋め合わせる場合が挙げられる⁵⁴⁾。このような場合に行われる評判の確立した商品の並行輸入は、市場開拓の阻害に繋がり得る。

また、広告費、使用説明等のためのデモ販売費用、アフターサービス費用及び保障費用等、マーケティング費用へのただ乗りも、競争を歪曲し得る。このようなただ乗りは、マーケティング費用を通常輸入総代理店が出していることから生ずる。供給者が、外国市場への新規参入をするに当たって、商品の認知度を高めるために、輸入総代理店が莫大なマーケティング費用を支出している場合、マーケティング費用の安い国から高い国への並行輸入が行われれば、新規参入は阻害される。このような並行輸入の阻害を取り締まれば、供給者は、新規参入した国から撤退するか、並行輸入品の輸出元となる国から撤退するかを選択せざるを得なくなる。実際に、EUでは、厳格な規制が、供給者の並行輸入品の輸出元となる国からの撤退を促した事件⁵⁵⁾がある。この事件では、競争の激しい低価格国であるイギリスの供給者が、ヨーロッパ大陸に進出した。この供給者はヨーロッパ大陸では無名であったため、高額なマーケティング費用が必要とされ、イギリスほど低価格を設定することができなかった。そこで供給者は、イギリスにおける並行輸入品の仕入れを阻害していたが、これをEC委員会に競争法違反とされ、並行輸入の阻害が不可能となったため、この供給者は、結局イギリス市場から撤退した。

ただ乗りの経済的効果を検討するためには、事例ごとに、ただ乗りのもたらすブランド内競争の便益と、ただ乗りが減少させるブランド間競争の結果もたらされる損失の比較衡量が必要となる⁵⁶⁾。供給者が、激しいブランド間競争に直面しており、各国の販売店も市場支配力を持たない場合、並行輸入の阻害、即ちただ乗りの防止は、供給者の競争力を維持するために行われると考えられ問題視すべ

54) OECD前掲報告書注19、7頁。

55) Distillers Red [1978] OJ L 50/16. このような規制は、商品の数を減少させ、価格を上昇させるとして、非難された。

56) OECD前掲報告書注19、9頁。

きではない。とりわけ、ただ乗りの結果、新製品の導入や販売の継続に必要な費用の回収が困難または不可能になり、ブランド間競争が阻害される場合や、ひいては輸入総代理店制度が機能しなくなる場合、並行輸入の阻害は許容されるべきである。その一方で、競争が活発でない場合、ただ乗りの防止が経済厚生を上昇させるかは疑わしい。ただ乗りの防止は、販売地域制限の形で行われるため、その競争への影響について詳細は、第四章の第四節に譲るが、並行輸入業者の排除により販売業者の数を減少させ、その画一性を高め、輸入総代理店による支配を容易にし、輸入代理店間の協調の可能性を高めること等が指摘されている。

以上のように、ただ乗りの防止として行われる並行輸入の阻害によりもたらされる経済厚生分析においては、まず、並行輸入品の価格が安いということが、並行輸入業者の効率性の表れであるのか、それとも正規のルートにおける販売に必要な経費へのただ乗りであるのかを検討すべきである。低価格が並行輸入業者の効率性の表れである場合、その阻害は厚生を低下させる。それがただ乗りである場合、市場の競争状況が結果を左右する。競争が激しくない場合、ただ乗りの防止は反競争的な状況を助長するが、すべての関連市場で激しい競争が行われている場合、正規のルートにおける販売に必要な経費へのただ乗りは厚生を低下させる。

第二款 国際的価格差別

並行輸入の阻害により国際的価格差別の徹底が図られている場合は少なくないが⁵⁷⁾、上述のように、国際的価格差別は、世界全体の厚生を上昇させ得る。市場開拓や研究開発への投資の促進などの効果を持つ場合もある。そこで、以下で、

57) このことは、数々の実証研究により示されている。例えば、Hilkeは、アメリカで起こった並行輸入を対象に実証研究を行い、並行輸入された商品のほとんどがマーケティング費用を必要としない有名な高級品であったことから、ただ乗りの防止ではなく、国際的な価格差別が行われていたと見受けられるとの結論に達している。J. C. Hilke, *Free Trading or Free Riding: An Examination of the Theories and Available Evidence on Gray Market Imports*, 32 *World Competition* 75, 89-91 (1988). また、Maskusは、90年代にアジアで起こった通貨危機が、アジアからアメリカへの並行輸入を増加させたことに着目し、為替の変動に相応した価格の調整が遅れた結果並行輸入が起こったということは、価格差別が行われていることを裏付けると結論付けている。K. Maskus, *Parallel Imports*, 23 *World Economy* 1269, 1279 (2000).

世界経済の厚生は、どのような条件の下で上昇するかを検討する。

世界経済の厚生が上昇するための第一の条件は、世界全体の生産量が増加することである。国際的な所得水準が大きく異なっている現在、需要の価格弾力性の低い高所得国において高価格を維持しつつ、低所得国で低価格販売を行うことにより世界全体の生産量を増やせば、全世界で一律の価格を設定し、低所得国で少量しか販売しない場合、または全く販売しない場合より⁵⁸⁾、世界全体の厚生は上昇し得る。この上昇幅は、生産量の増加が、規模の経済や習熟効果によりもたらされる場合、顕著である⁵⁹⁾。規模の経済とは、生産量の増加と共に平均費用が低下することを指す。習熟効果とは、過去から現在までの累積的生産量の増加と共に費用が低下すること、即ち動的な規模の経済に由来する費用の逡減を指す。また、研究開発集約的な製品や新製品等、普及拡大が需要の拡大の源泉であり、価格低下によって需要が大きく伸びる商品や、医薬品やソフトウェア等、初期投資にかかる固定費用は高くとも、生産の限界費用が低いため、価格差別を許容すれば低所得国にも供給される可能性が高い商品においても、国際的価格差別は経済厚生を上昇させる可能性が高い⁶⁰⁾。反対に、限界費用を上回る価格の設定により生産量が減少すれば、死荷重、即ち利益の獲得に対応しない消費者の損失が生じる。

世界厚生が上昇するための第二の条件は、国際的な価格差別により高価格を課された消費者の損失が、低価格で購入する消費者の利益を下回ることである。並行輸入の阻害による価格差別は、完全価格差別、即ち各顧客の支払許容額を把握した上で各顧客の許容額に対応する価格を設定する場合と異なり、顧客をグループ分けして価格差別をしている。この不完全な価格差別が、供給者の独占的利益を増加させ、厚生を低下させることは明らかとなっているが⁶¹⁾、消費者厚生にどのように影響を与えるかについて、規則性は見出されていない。高価格を課され

58) 高価格国で並行輸入の阻害を規制すれば、このようなことは実際に起こり得るため、外国での厚生が減少が顕著な場合、並行輸入の阻害の規制は問題であるといわれる。B. Durant, F. Galarza & K. Mehta, *The Interface Between Competition Policy and Anti-Trust Standard*, 27 *World Competition* 3, 11 (2004).

59) Hausman/MacKie-Mason 前掲論文注51、257頁。

60) 長岡前掲論文注48、147頁。

たグループの消費者の損失が、低価格で購入するグループの消費者の利益を上回る場合もあれば、下回る場合もあり、個別に判断してゆく必要がある。

世界厚生が上昇するための第三の条件は、総生産量の増加からもたらされる厚生の上昇が、販売の非効率性を上回ることである。上述のように、価格差別は、ほとんど例外なく販売の非効率を生じさせる。

この第二と第三の条件が満たされているかどうかの判断は容易ではなく、これが、価格差別のもたらす経済厚生を分析を困難にしている⁶²⁾。そのため、これらの条件を勘案しないで、競争的な市場においては、価格差別により生産量が増加する場合、価格差別を許容すべきであるとする説⁶³⁾は多い。しかしこれらの説も、各市場が、相当明確に別個の市場として分断される場合は、価格差別の自由は認められるべきではないとする。この場合に当たるのが、並行輸入の阻害による国際的市場の分断である⁶⁴⁾。従って、消極販売まで禁止して、並行輸入を徹底的に阻害する場合、上記見解によったとしても違法と認定されることとなる。

ここで、市場における競争が、並行輸入の阻害とどのように関係するのかをみてみると、以下のことがいえる。並行輸入の阻害による市場の分断により、知的財産権者は、概して市場支配力を強め、その結果、知的財産権者が共謀を行うインセンティブが高まり、実際に共謀も容易になる。しかし、競争が激しく、知的財産権者が世界市場で競争的水準以上の利益を上げることができず、更に各国の市場の需要状況が異なり、どの供給者も、需要の価格弾力性の低い国のみで販売することにより総費用を上回る価格を設定することができない場合、市場の分断による価格差別は厚生を上昇させる。競争圧力があるため、知的財産権者は、需

61) 独占者が超過利潤を得れば、配分の非効率が生じ、超過利潤を保証する市場支配力を獲得・維持・増大させるために資源を無駄遣いすれば、生産の非効率性、すなわちx非効率性が生じる。行為者が費用の最小化から遠ざかるからである。

62) 価格差別の厚生効果の分析について、詳細は次の文献を参照されたい。H. R. Varian, Price Discrimination in: R. Schmalensee & R. D. Willig (Eds.), Handbook of Industrial Organization 619 (1989).

63) M. Armstrong & J. Vickers, Competitive Price Discrimination, 32 Rand J. of Econ. 579 (2001). 同様の結論を導く論者として、長岡前掲書注48、145頁、浜田前掲論文注50、75頁参照。

64) OECD前掲報告書注19、10頁。

要の価格弾力性の低い市場において価格を上げ、価格弾力性の高い市場で価格を下げることを強いられるが、いずれの市場においても、競争的水準以上の利益を得ることはできず、厚生は上昇する。

即ち、市場における競争が激しく、供給者が市場支配力を持たない場合、価格差別は厚生を上昇させる⁶⁵⁾。このような価格差別は、価格が上昇しても購入する消費者に対してのみ価格を引き上げるものであるため、生産量は減少しないからである。伝統的に、市場支配力は価格差別を可能にするための条件であると考えられており、価格差別は競争的な市場では行われないとされる。しかし、知的財産の創出に多額の固定費用が必要とされることが規模の経済の原因である場合、価格差別は、市場支配力を持たない事業者にとっても可能である⁶⁶⁾。このような場合の前提となるのが、そのような規模の経済が働いても、当該知的財産権者が市場支配力を持つとはいえないこと、即ち、当該商品が、異なる知的財産権を用いて生産される商品と競争していることである。

価格差別は、輸送費用が高い場合にも経済厚生を高めるといわれる。供給者は、輸送費用が高く、そもそも並行輸入が行われなければ、並行輸入が行われる場合よりも高い価格を設定し得る。そのため、輸送費用が一定程度以下であり、高価格を設定することができなければ、並行輸入は世界的な経済厚生を高めるといえる⁶⁷⁾。このような状況は、とりわけ、EUや南米南部共同市場等、域内消尽理論が採用されている地域内で見られる。これらの地域内で輸送費用が低いことは、需要状況が類似していることと並んで、これらの地域において域内消尽理論が採用される根拠とされる⁶⁸⁾。

供給者と輸入総代理店の双方が市場力を持つ場合、二重限界性、即ち二段階に

65) OECD 前掲報告書注19、12頁。

66) M. E. Levine, Price Discrimination without Market Power, 19 Yale J. on Regulation 1 (2002).

67) K. Maskus & Y. Chen, Vertical Price Control and Parallel Imports: Theory and Evidence, 31 (2000), http://wdsbeta.worldbank.org/external/default/WDSContentServer?IW3P/IB/2000/11/30/0000094946_00110905341936/Rendered/PDF/multi_page.pdf.

68) D. Malueg & M. Schwarz, Parallel Imports, Demand Dispersion and International Price Discrimination, 37 J. of Int'l Econ. 167 (1994).

おける超過利潤が生じ⁶⁹⁾、経済厚生も低くなる。このような二重限界性による不効率を防ぐための最も有効な方法は、並行輸入によるブランド内競争の維持である。大半の供給者は、並行輸入を阻害し価格差別政策から得られる高利潤を守ろうとすると予想されるが、実際には、各市場の輸入総代理店の不効率をブランド内競争により改善したいと考える供給者も存在する。その場合、供給者は、輸入総代理店に独占的販売権を与えた契約に違反することを承知の上で、並行輸入を黙認する⁷⁰⁾。このような矛盾を解決するために、並行輸入の阻害は、供給者がそれを望む場合のみ認められることとし⁷¹⁾、輸入総代理店の独占的販売権は、必ずしも消極販売までも禁止された厳格な販売地域制限を意味するものではなく、責任販売地域制として捉える方法⁷²⁾がある。このような方法は、後に述べるように、我が国のみならず、EUやスイスで採られている。更に、輸入総代理店制による流通は、競争が存在する場合と比べて流通の合理化への誘引が弱まるため、並行輸入によるブランド内競争を通じた供給量の増加や費用の削減は、経済厚生を上昇させる⁷³⁾。

以上が、総余剰に着目した厚生分析であるが、ここで、分配の公平性、即ち様々な市場参加者間の公正の分配の公平さについて検討することとする。価格差別は、上述のように、ほとんど生産者余剰の増大のみにより厚生を上昇させており、消費者から生産者への富の移転が行われている。厚生分析においては、富の分配の公平性は考慮されないため、消費者が余剰を失っても、生産者が増大させる余剰がそれを上回り、総余剰が増大しさえすれば、厚生の上昇が認められ、よしとされる。

69) 例えば長岡教授は、我が国において起こった並行輸入において、輸入化粧品輸入業者のマージンが43%から50%と極端に高かったことは、二重限界性の表れであった可能性があると指摘されている。長岡前掲書注48、143頁。

70) アメリカ市場を対象にした実証研究で、このことが確認されている。Hilke前掲論文注57、75頁以下。

71) Gallini/Hollis前掲論文注48、14頁。

72) 販売地域制限をこのように捉える説として、金子晃/実方讓二/根岸哲/矢部丈太郎「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引547号1頁、18頁（矢部発言）。

73) 長岡前掲書注48、144頁。

効率性と共に公平性も政策評価の重要な1要素として重視し、効率的な資源配分がなされているが、不公平な分配が発生している場合を問題視し、これを市場の失敗と捉え、規制の必要性を説く見解⁷⁴⁾は、経済学においてもある。しかし、公平性は、厳密に実証的な立場から判断できる客観的な目標である効率と異なり、評価が困難である上、効率性と公平性はトレードオフの関係にあるため、伝統的に経済学においては考慮されてこなかった。公平性は、生産者への課税等、特別な政策により達成されるべき価値であるとされてきた。

この伝統を法律学の違法性の判断に取り入れ、総余剰の最大化をアメリカの反トラスト法の目的とし、公平性の観点から違法とされていた行為類型をのきなみ合法としようとしたのがいわゆるシカゴ学派であった。シカゴ学派は、法律学者の猛烈な批判に会い、アメリカでもすでに支持を失ったが、シカゴ学派の最大の貢献は、それまで当然であるとしてほとんど議論の対象とならなかった公平性についての法律理論の再構築を促したことであった⁷⁵⁾。シカゴ学派への批判を通して、市場における消費者の位置づけが再確認され、反トラスト法の第一次的目的は、消費者から企業への富の移転を防ぐことであるとする説⁷⁶⁾も現れた。この説は、それが提唱されたアメリカでは、ガイドライン等に採り入れられたり法の運用に直接反映されたりはしなかったが、この説の趣旨は、各国において、ガイドラインの制定や法改正において、強く影響を与えている。

例えばニュージーランドでは、近年競争法が改正され、違法性の判断において、消費者の利益が考慮されるとの明文が挿入された⁷⁷⁾。しかし、この規定に基づき、

74) このような観点からの先駆的研究として、A. Sen, *On Economic Inequality* (1973)参照。我が国において公平性を重視する説として、中泉真樹／鶴田忠彦『ミクロ経済学 理論と応用』(2000年)102頁以下参照。但し、これらの著書では、生産者と消費者の余剰の分配の不公平ではなく、個々人の富の格差が問題とされている。

75) 当時の反トラスト法の目的に関する議論を簡潔にまとめた論文として、次が挙げられる。J. F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, 62 *NYUL Rev.* 1020, 1035 (1987).

76) R. H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 *Hastings L. J.* 65 (1982).

77) ニュージーランドにおける競争法の改正について、詳細は次を参照されたい。R. Ahdar, *Consumers Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law*, 23 *ECLR* 341 (2002).

並行輸入の阻害の違法性の判断がどのように行われるのかはまだ明らかにされていない。現在、並行輸入の阻害が問題となった事件が控訴審において係属中である。EUにおいても、垂直的制限ガイドライン⁷⁸⁾は、垂直的制限が合法とされるための条件として、当該制限により事業者にもたらされる経済的な便益（生産者余剰）が、価格低下や新製品の誕生などの形で消費者に移転することが挙げられている。もっとも、EUにおいては、共同市場の統一という目的の下、域内で行われる並行輸入の阻害は当然違法とされている。しかし、この共同市場の統一という目的の拘束を受けないスイスでは、後に述べるように、事業者が並行輸入を阻害することにより享受する経済的便益が、消費者に移転される場合のみ、並行輸入の阻害は合法とされる。

このように、厚生分析の結果は、違法性の判断を決定するものではなく、法学者のみならず、一部の経済学者も、公平性の観点から、何らかの配慮が施される必要があると考えている。事業者と消費者間の不公平に関しては、法律学においては、少なくともヨーロッパにおいては、原則として、事業者にもたらされる経済的便益が消費者に移転することが、垂直的制限が合法とされるための条件であるとされている。そうはいつても、事業者と消費者間の不公平の是正よりも共同市場の統一を優先し、並行輸入により共同市場の統一を達成しようとするEUにおいては、並行輸入の阻害行為は、それにより事業者の得る経済的便益が消費者に移転されても、違法である。しかし、EUと異なり、共同市場の統一という目的を勘案しなくともよいスイスにおいては、並行輸入の阻害行為により事業者の得る経済的便益が消費者に移転すれば、並行輸入は合法とされる。このようなスイスにおける並行輸入の阻害行為の違法性の判断基準について、第四章で詳しく検討する。

第二節 国内の厚生分析と小国の競争政策

以上が、世界全体で見た並行輸入の経済効果であるが、ここで、以上の分析に基づき、並行輸入が国内の厚生にもたらす影響を簡単にまとめ、小国の競争政策

78) Commission Notice-Guidelines on Vertical Restraints of 13. October 2000, OJ C 291/1.

を考えてみる。

まず、並行輸入が並行輸入業者のただ乗りである場合、競争の活発でない国の販売段階での競争が改善される一方、競争が既に活発な国への影響はほとんどない。新製品の導入時等に多額のマーケティング費用が必要とされ、それへのただ乗りが行われているため販売の継続に必要な費用の回収が困難となる場合、ブランド間競争が阻害される。並行輸入の阻害が供給者による国際的価格差別政策の徹底のために行われる場合、通常、並行輸入により高価格国の価格は下がり、国内での販売量が増加するため、国内の厚生は上昇する。しかし、高価格国で並行輸入の阻害が禁止されることにより、高価格国への並行輸入元となり得る低価格国で価格が引き上げられ⁷⁹⁾、または単に利益を増やすために低価格国で価格が引き上げられ、世界的に生産量が減少する場合、高価格国の厚生も低下し得る。これは、規模の経済が働く市場で起こりやすい。高価格国の貿易高が世界市場に占める割合が高ければ高いほど、この影響は大きくなる。低価格国においても、並行輸入により供給者間および輸入総代理店間の競争が改善されれば、厚生は上昇する。その国の競争状態が改善される程度において、世界市場における供給者間の競争が活発になり、すべての国が利益を得る。要約すれば、並行輸入の阻止により価格差別が行われている場合、世界市場において当該国の市場が小さければ小さいほど、知的財産権に関するサービスに支払う対価が高ければ高いほど、また並行輸入による国際的ブランド内競争の導入により流通制度の効率性が改善される程度が高ければ高いほど、並行輸入が行われているときと比べて、厚生の上昇幅は大きい⁸⁰⁾。

この結果を現実にあてはめれば、スイスやニュージーランド⁸¹⁾などの小国で並行輸入が歓迎されることの説明がつく。通常小国では貿易比率が高いため、並行輸入が国内の競争に及ぼす影響が大きい。オーストラリアとニュージーランドを

79) 実証研究として、次のものが挙げられる。スウェーデン競争庁前掲報告書注44、165頁。

80) OECD前掲報告書注19、17頁。

81) 著作権の総輸入国でありかつ小国であるニュージーランドが著作権法において国際消尽理論を採用することは、厚生を上昇させる政策であるといわれる。T. Papadopoulos, Copyright, Parallel Imports and National Welfare: The Australian Market for Sound Recording, 33 Australian Econ. Rev. 337, 347 (2000).

対象に行われた実証研究においても、並行輸入の阻害行為の禁止が販売業者間の競争を活発化したことが示されている⁸²⁾。また、スウェーデン及びEUを対象に行われた実証研究も、国が小さければ小さいほど並行輸入の阻害行為の禁止により及ぼされる影響が大きいことを示している⁸³⁾。所得水準が高く、貿易比率の高い、並行輸入によりもたらされるブランド内競争の結果流通制度が改善される小国は、他国の政策とは無関係に、並行輸入が阻害されてしまうと貧しくなる⁸⁴⁾といわれる。そのため、ある程度の規模を有する国の政策は、その政策が他国に及ぼす影響を勘案して決定されなければならないのに対して、小国の政策は、世界経済の厚生分析を勘案せず、国内の厚生分析のみに基づいて決定されても問題はない。

このように、小国の並行輸入に関する政策決定においては、世界経済の厚生分析を勘案する必要はないが、その反面、大国では勘案する必要のない事項も考慮に入れなければならない。一般的に、小国においては、大国と異なる、柔軟な行為規制を中心とした競争政策が採られるべきであるといわれる。小国の市場は、国際的に事業を展開することにより規模の経済を達成できる少数の多国籍企業により大部分を占められる場合が多い。このような市場の参入障壁は一般的に高く、そのため、集中度が高くなり、供給の価格弾力性が低くなり、市場の自動調節作用が働き難くなる。そこで、このような寡占を前提とした、効果的な行為規制が必要となるのである⁸⁵⁾。具体的には、外国からの競争を重視し、外国市場と自国市場を分断する行為を厳格に規制する一方で、寡占体制を打ち破るために必要であれば大幅な価格差を伴う価格差別を認め⁸⁶⁾、新規参入者が既存事業者と比較して競争上不利益を被らないように、市場支配力の形成や維持に繋がる行為を厳格に取り締まる必要がある⁸⁷⁾。

82) OECD 前掲報告書注19、39頁。

83) OECD 前掲報告書注19、39頁。

84) OECD 前掲報告書注19、18頁以下。

85) このような観点から、正田教授は、小国における市場支配的地位の濫用規制の必要性を早くから説いていた。正田前掲書注17、319頁。

86) M. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies*, 254 (2003).

87) Gal前掲書注86、55頁。

このような一般論は、スイス市場によく当てはまる。スイス産業は、製薬、金融、保険、精密機器等少数の産業に特化しており、自動車や電化製品など、多くの工業製品の市場は、100%少数の多国籍企業の商品で占められている。そのため、提供される商品の種類は少なく、国民の所得が高いスイスにおいて低価格商品はさらに少なく、高価格が維持されやすい⁸⁸⁾。そのため、これら少数の多国籍企業が並行輸入を阻害することは、スイス市場を国際市場から分断し、多国籍企業の市場支配力の形成・維持・強化に繋がり、市場の効率性を甚だしく低下させるとの認識⁸⁹⁾が定着した。そこでスイスの連邦競争委員会（以下、競争委員会）は、本稿第三章以下で述べるように、新規参入時や新製品の導入時に並行輸入の阻害して、既存事業者や既存製品に対抗することを認めながら、既存事業者や既存製品の並行輸入の阻止は厳しく取り締まるという政策を打ち出したのである。

第三節 小括

国際的な価格差は、原則として、市場支配力の行使の結果である場合のみ競争法で規制されるべきである。並行輸入の阻害は、ただ乗りを防止するために、または国際的価格差別政策の徹底のために行われる。本章では、これら二つの場合の世界経済の厚生分析を行った。

ただ乗り防止という名目で並行輸入が阻害されていても、価格差が、並行輸入業者の効率性の表れであれば、並行輸入の阻害は違法とされるべきである。効率性の一応の目安となるのは、輸入国と経済発展度が同程度である輸出国からの並行輸入品の価格が、正規のルートを通して販売される商品の価格よりも安いということであろう。反対に、ただ乗りが行われていると考えられるのは、輸入国より経済的に貧しく物価の安い輸出国から並行輸入が行われる場合や、新製品の導入時や新規参入時等、供給者の市場開拓費用や輸入総代理店のマーケティング費

88) R. Hilty, Verbot von Parallelimporten-Heimatschutz oder Schildbürgerstreich? Eine rechtliche Kritik, eine ökonomische Analyse und ein Regelungsvorschlag zwischen Schwarz und Weiss, *sic!* 231, 234 (2000).

89) P. Zweifel & R. Zäch, Vertical Restraints: The Case of Multinationals, 27 *Antitrust Bull.* 275, 278 (2003).

用が多くかかる時期に、並行輸入が行われる場合であろう。供給者の市場開拓費用や輸入総代理店のマーケティング費用へのただ乗りが行われる場合、関連市場における競争状態が、厚生効果に影響を及ぼす。関連市場における競争が活発でない場合、ただ乗りの防止は反競争的な状況を助長するが、すべての関連市場で活発な競争が行われている場合、ただ乗りは厚生効果を低下させる。

国際的な価格差別政策による市場の分断は、供給者の市場支配力を高め、供給者が共謀を行う可能性を高める。他方、関連市場で活発な競争が行われている場合、価格差別は世界経済の厚生を上昇させる。貿易費用が高く、各国の市場の状況が大きく異なる場合の価格差別も世界経済の厚生を上昇させる。

ただ乗りの防止を理由としてであれ、国際的な価格差別政策に対する障害としてであれ、並行輸入が阻害される場合、輸入国と輸出国の市場の状況が世界経済の厚生への影響を左右する。両国の市場の状況が類似している場合、すなわち並行輸入がただ乗りではなく並行輸入業者の効率性の表れである場合や、国際的な価格差別の合理的な理由がない場合、並行輸入の阻害は、厚生を低下させる。我が国のように、経済統合が進んでおらず、多くの途上国で形成されている地域に位置する先進国においては、並行輸入品の輸出元が近隣の途上国である場合が多いが、このような並行輸入は世界経済の厚生を低下させる。

さらに本章では、国内の厚生分析を行い、この結果に照らして、小国がどのような競争政策を採用する傾向があるのかを示した。国内の厚生効果は、国内の競争状態に大きく左右され、小国においては、競争の活発化のために市場の分断を厳格に規制する一方で、新規参入時や新製品の導入時に行われる価格差別に対する規制を緩める必要があることを示した。この二つの規制方針は、現行のスイス競争法における並行輸入の阻害行為に対する規制の特色である。

しかし、厚生効果は、総余剰に着目しており、分配の公平性を勘案していない。厚生経済学においては、総余剰が増大する限り、生産者から消費者への富の移転が行われていても、問題はないとされる。この富の移転を問題視し、垂直的制限の違法性の判断において、制限により事業者が獲得する便益が、価格の低下や新製品の誕生などの形で消費者に移転することを、合法性の条件としているのが、EUやスイスである。共同市場の統一という目的の達成に並行輸入を利用する

EUと異なり、スイスは、並行輸入の阻害行為の違法性判断においても、生産者が獲得する便益の消費者への移転を合法性の条件としている。

このように、スイスにおける並行輸入の阻害行為に対する規制は、原則として厚生分析の結果に合致しているが、生産者が獲得する便益が消費者に移転する場合のみ合法とし、厚生分析に公平性の観点から修正を加えている。我が国はスイスと異なり小国ではないが、参入障壁が高く市場が分断されやすい点で、スイスと状況が類似している。スイスにおける、市場の分断に対する厳格な規制と、価格差別に対する緩やかな規制は、我が国の規制の参考となるであろう。さらに、詳しくは第五章以下で述べるが、垂直的制限の違法性判断が明確に示されていない我が国の規制に、生産者が獲得する便益が消費者に移転することを合法性の条件とするスイスの垂直的制限に対する規制が与える示唆も大きいと考えられる。そこで次章以下で、スイス法の検討を行うが、現行法の検討を行う前に、次章で、現行の規制を確立するまでにスイスが経てきた歴史に目を向けることとする。

(以下次号)