

並行輸入と独禁法(3・完)

——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政策

第二章 並行輸入の経済効果 (以上5巻3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 (以上6巻1号)

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 (以上本号)

第四章 スイス現行カルテル法の規定と解釈

第一節 現行法の規定

スイス現行カルテル法における並行輸入の阻害行為の違法性の判断に関係する条文は、2条2項、3条2項、及び5条である。2条2項は、域外適用について定められており、この規定に基づき、外国事業者によるスイスの並行輸入業者の仕入れの阻害へのカルテル法の適用が可能となる。3条2項は、第1文で、知的財産権制度に基づく権利の行使にはカルテル法が適用されないことを定める。今回の改正で挿入された第2文は、並行輸入の阻害行為に対してカルテル法が適用されることを定める。5条は、1項で反競争的取決めを禁止しており、2項で経済的効率性に基づく正当化事由が認められる場合、1項に該当する反競争的取決めが合法とされる旨を定める。5条には、並行輸入の阻害行為について定める4項が、今回の改正で挿入された。これらの規定は、次のように定める¹⁸⁴⁾。

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第6巻第2号2007年7月 ISSN 1347 - 0388

* 文部科学省 科学技術政策研究所 上席研究官

184) 5条1項と2項については、本稿第三章第三節第二款を参照されたい。

2条2項：

本法は、外国で行われた場合であっても、スイスに影響を及ぼす行為に適用される。

3条2項：

知的財産制度のみに基づく競争制限には、本法は適用されない。但し、知的財産権に基づく輸入制限には、本法が適用される。

5条4項：

流通段階の異なる市場において活動する事業者間の最低価格または定価に関する取決め、及び地域外の販売者の販売を不可能にする販売地域の割り当てに関する契約は、有効競争を減殺すると推定される。

2条2項は効果理論を採用しており、本項によれば、問題となる行為の結果、スイス市場に及ぼされる反競争的効果が実質的 (substantiel) かつ直接 (immédiat) である場合、当該行為にカルテル法が適用される。本項が問題となるのは、スイスの並行輸入業者の外国における仕入れが阻害される場合である。厳格な販売地域制限とは、積極販売及び消極販売の禁止を指すが、厳格な販売地域制限が行われれば、並行輸入業者の外国での仕入れが阻害されるため¹⁸⁵⁾、本項が適用されることについて、異論はない。

3条2項の解釈については、現在のところ、限定的解釈説、または目的論的解釈説が多数説¹⁸⁶⁾といえる。これは立法者の想定していた解釈であり、本規定がコダック事件の連邦裁判所判決を具体化したものである以上、法に則った過剰な力を濫用し、スイスと比較可能な市場で流通に置かれた商品の並行輸入を阻害して、正当化されないほど高い価格を設定する場合にのみ、カルテル法が適用され

185) P. Krauskopf, Das Verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, BR 121, 124 (2003), 124頁。

186) これは、今回の改正以前から競争委員会が採っていた立場であり、競争委員会の立場は改正後も変わっていない。改正前については、参照、Weko表明前掲注158、126頁。連邦内閣も同様の立場に立つ。連邦内閣前掲報告書注130、15頁及び38頁。この説に立つ学説として、Krauskopf/Senn前掲論文注181、7頁、Kraus前掲論文注132、957頁がある。

るとする説である。しかし、3条2項の文言解釈によれば、カルテル法の適用に限定は付されていない。5条4項が厳格な販売地域制限を原則違法としていることと合わせて解釈すれば、カルテル法の適用に制限は付されていないとの解釈が理論的であるため、コダック事件の連邦裁判所判決で述べられたカルテル法が適用される条件が満たされなくてもカルテル法が適用されてしまうおそれがあることが懸念されている¹⁸⁷⁾。

反競争的取決めを違法とする5条4項は、競争委員会の公表した垂直的制限に関するガイドラインを立法化したものであり¹⁸⁸⁾、反競争的效果をもたらすと推定される行為を例示挙している。5条4項は、改正以前から存在した5条3項の水平的ハードコアカルテルの有効競争阻害性の推定規定に対応する、垂直的ハードコアカルテルの有効競争阻害性の推定規定である¹⁸⁹⁾。水平的ハードコアカルテルは、競争者間の価格・数量制限及び市場分割を、垂直的ハードコアカルテルは、再販売価格制限及び厳格な販売地域制限を意味する。選択的販売制度を通して行われるスイス市場の分断を阻止することが規制目的とされているため、スイス市場の分断に繋がる、消極販売の禁止や最終消費者の直接輸入の禁止は原則違法とされている(5条1項、5条4項)。販売地域制限が課されている場合、立証責任が転換され、並行輸入を阻害する者が経済的効率性による正当化事由を立証しなければならない(5条2項)。ここで正当化事由とされる経済的効率性は、静態的効率性のみではなく、動態的効率性も含む¹⁹⁰⁾。しかし、ブランド間競争が活発であることは正当化事由にはならず、十分なブランド内競争があること、例えば多様な価格で商品が提供されていることが立証されなければならない¹⁹¹⁾。但し、改正前と同様に、新製品の導入後、2、3年間行われる消極販売の禁止は、合法と

187) Krauskopf前掲論文注185、同様の指摘として、参照、Kraus前掲論文注132、957頁。

188) Weko RPW 15 (2004)、5条4項の文言は、広く解釈することもできるが、Bovetは、ガイドラインの立法化であることに照らして、限定的に解釈されなければならないとする。C. Bovet, *New Competition Rules and Other Related Developments in Switzerland* SZW 132, 133 (2004)。

189) Stoffel前掲論文注168、5頁。このように、消極販売が許されていれば問題ないとされる。Bovet前掲論文注188、133頁。

190) Tercier/Bovet前掲書注126、291頁。

191) P. Krauskopf/S. Carron, *Die schweizer Kartellrechtsnovelle*, WuW 495, 497 (2004)。

なると解される¹⁹²⁾。経済的効率性を理由として合法とされる場合は限定されていないため、この他、購入前に技術的な情報が必要の提供が必要とされる高級品についても、並行輸入の阻害を認めるべきであるとする説もあるが、この説に対しては、学説上批判¹⁹³⁾がある。この点に関しては、新製品の導入時に限り短期間行われる場合以外、正当化事由は認められないとするのが競争委員会の見解であり、学説の多数説である。

このように、スイス法は、多国籍企業である供給者が、子会社を通して並行輸入を阻害させ、スイス市場を分断することを規制目的としている。ここで問題とされるのは、前章で紹介したフォルクスワーゲン事件やシトロエン事件においてもそうであったが、各国の子会社を頂点とする選択的販売制度を通して、並行輸入業者の外国での仕入れを阻害すると同時に、販売店に対して並行輸入品の取り扱いを制限し、並行輸入品の販売経路を閉ざす行為である。また、実際の適用例はないが、並行輸入の阻害が、輸入総代理店を通して行われる場合には、供給者と輸入総代理店間の並行輸入業者の仕入れを阻止する取決め、すなわち地域制限に対して、域外適用が行われると解される。

いずれにせよ、①選択的販売制度または輸入総代理店制度の下で行われる並行輸入の阻害行為が問題となり、その違法性の判断においては、②販売地域制限または顧客制限がカルテル法5条違反となるかが検討される。その際には、並行輸入の阻害が経済的効率性により正当化されるか、即ち③並行輸入業者が正規のルートでの販売のマーケティング費用等へただ乗りすることの阻害や、並行輸入の阻害を通して行われる国際的価格差別政策の徹底が、経済的効率性により正当化されるかが問題となる。

そこで以下では、これら三点について検討する。

192) 改正前にこのような説に立っていた論者として、Meier-Schatz等が挙げられる。Meier-Schatz, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in: R. Zäch (V.), Das neue schweizerische Kartellgesetz 21, 30 (1996); W. A. Stoffel, Wettbewerbsabreden, SIWR V/2, 57, 108. Zäch前掲論文注130、279頁、Schaller前掲書注132、456頁。EUにおいても、現在ほど市場の統一を重視していなかった頃は、新規参入にあたり並行輸入を阻害することは合法とされていた。

193) Stoffel前掲論文注192、109頁、Schaller前掲書注132、458頁。

第二節 選択的流通制度または輸入総代理店制度の下で行われる並行輸入の阻害行為

前述の通り、スイスで並行輸入の阻害行為がカルテル法上問題となったのは、フォルクスワーゲン事件とシトロエン事件の2件である。これらの事件では、子会社を頂点とする選択的流通制度を通して行われた並行輸入の阻害が問題とされた。改正法についての解説においても、カルテル法5条4項の規制目的は、選択的流通制度の下で行われるスイス市場の分断の阻止であるとされており、選択的流通制度の下で行われる販売拒否の禁止が規制の焦点に据えられている。

子会社を頂点とする選択的流通制度の下で行われる並行輸入の阻害行為の規制が困難なのは、親会社と子会社間の取引は、我が国と同様スイスにおいても、同一企業内の行為とされ、カルテル法5条が適用されないからである。そのため、供給者は、各国の子会社に、自国から商品が並行輸入品として外国に流出させないことを合法的に強制し、国際的価格差別政策を徹底させることができる。そこで、子会社が販売者に国内で課す制限を規制する必要性が生じる。

選択的流通制度が競争法上問題となるのは、販売者に販売担当地域内における一手販売権を与え、地域外の顧客への販売を拒否させるからである。すなわち、問題となるのは、次節で扱う顧客制限である。

供給者が各国毎に子会社を設立し、国際市場を分断すれば、供給者の数は減り、それ自体で商品市場への参入障壁となるばかりか、供給者間の共謀の可能性も高まる¹⁹⁴⁾。選択的販売制度を通して同様の販売方式を採る販売店が選ばれる結果、通常これと異なる販売方式を採る並行輸入業者は選択的販売制度から通常除外されるため、販売の画一性は高まる。ブランド内競争がなくなる結果、供給者の市場支配力が強まる上、最終価格の変動は他の供給者の抜け駆けの結果であるということになり、抜け駆けも確認しやすくなり¹⁹⁵⁾、供給者間の共謀はより強固となる。また、市場が分断されていれば、国際的に行うことは無理でも、個々の

194) 厳格な販売地域制限が共謀を容易にすることは、ReyとStiglitzの論文で証明されている。P. Rey & J. Stiglitz, *The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition*, 26 *Rand J. of Econ.* 431 (1995).

195) OECD前掲報告書注19、43頁。

市場で行うことができる反競争的行為、例えばリミットプライシング、すなわち新規参入者の撤退を促すために価格を引き下げることにも容易となり、制裁も容易になるため、制裁はそもそも必要ないということにもなり得る¹⁹⁶⁾。

そこでスイスは、選択的販売制度を認め、即ち非承認販売店に対する販売の拒絶を合法としながら（ガイドラインの正当化事由についての記述のd）、スイスの子会社が選択的販売契約において販売店に課す、並行輸入品の仕入れの禁止、及び外国の子会社がスイスの最終消費者に対して行う販売拒否を原則違法としている。このように、スイスは、選択的流通体制の維持に必要な制限を認めながら、その維持に不必要な並行輸入の阻害行為を違法とするという手法を採っている。

並行輸入の阻害行為は、輸入総代理店制度の下で行われる場合もあるが、この場合も、選択的流通体制の下におけるのと同様に、販売地域外の顧客への販売制限、すなわち顧客制限が問題となる。輸入総代理店は、外国の供給者と同一会社ではないため、供給者が子会社を設立し選択的流通体制を整える場合と異なり、供給者と輸入総代理店間の取決めまたは取決めに類似する行為を規制することができる。

前述のとおり、我が国においては、並行輸入の阻害行為に対する規制は専ら、輸入総代理店が供給者に対して並行輸入を阻害させる行為を違法とすることにより行われているが、スイスにおいては、輸入総代理店制度の下で行われた並行輸入の阻害行為が問題となった事件はない。しかし、ガイドラインにおいて原則違法とされ、正当化事由がある場合の例示から除外されている、消極販売の制限及び最終消費者への販売の拒絶は、輸入総代理店が行っても、違法とされると解される。

供給者は、外国市場に参入するに際して、子会社を設立せず、輸入総代理店制度を採る、すなわち輸入総代理店に独占的販売権を与え販売を任せる場合がある。これは、現地市場の需給状態や取引慣行を熟知した現地の輸入総代理店に一手販売権を与え、投資意欲を促進するために必要な制度であるといわれる¹⁹⁷⁾。並

196) OECD前掲報告書注19、44頁。

行輸入の阻害は、この独占的販売権の行使であると同時に、供給者の価格差別政策の手段であり、輸入総代理店が他国の輸入総代理店の販売活動にただ乗りすることに対する防止策でもある。

しかし、輸入総代理店制度の下で国際市場が分断されれば、供給者が各国の子会社を通して国際市場を分断する場合と同様の効果をもたらされる。供給者間の共謀が容易となり、市場が分断されていなければ国際的には行われぬ反競争的行為が各国の市場で行われ得る。さらに通常輸入総代理店は、自己を頂点とする選択的販売制度の下で市場支配力を強化し、各国の輸入総代理店間の協調的行為が容易となる。

いずれにせよ、選択的販売制度や輸入総代理店制度の下では、並行輸入の阻害は、これらの制度を運用するに当たり必要な制限でないばかりか、むしろこれらの制度がもたらし得る反競争的效果を助長する。そのため、並行輸入は、これらの制度の下で有効競争を維持するための最も効果的な方法である¹⁹⁸⁾といわれる。スイスにおいては、これまで述べてきたとおり、並行輸入の阻害行為は、地域制限または顧客制限としてその違法性が判断される。そこで以下で、地域制限及び顧客制限の違法性判断について検討する。

第三節 地域制限及び顧客制限と並行輸入の阻害行為

スイスでは、並行輸入の阻害行為は、消極販売が禁止され、外国で並行輸入品の仕入れが阻害されている場合、すなわち厳格な地域制限が行われている場合、及びスイスに居住する最終消費者に対する外国での販売が拒否される場合、すなわち顧客制限が行われている場合、カルテル法5条に基づき、原則違法である。これらの制限が合法とされるのは、経済的効率性に基づく正当化事由が認められる場合に限られる。ブランド間競争がどんなに激しくても、それ自体は経済的効率性に基づく正当化事由とはされず、十分なブランド内競争があることが地域制

197) Lidgard 前掲論文注147、84頁。

198) Schaller 前掲書注132、452頁、J. -C. Lambelet, L'économie suisse: un essai d'interprétation et de synthèse, 397 (1993).

限及び顧客制限に経済的効率性に基づく正当化事由が認められ合法とされる条件である¹⁹⁹⁾。このことから、スイスにおいては、ブランド内競争が重視されていることが読み取れる。

しかしその一方で、例外的に、新製品の導入時に2、3年間に限り並行輸入が阻害されている場合、それが経済効率の達成のために必要であり、かつそれにより製品の普及や改良が促される場合、5条2項にいう正当化事由があるとされ、合法とされる。このような場合、新製品が既存の製品に対抗して競争するために、すなわちブランド間競争を活発化するために並行輸入が阻止されているとも考えられるが、スイスではこのように説明されず、ブランド間競争とは無関係に、あくまでもブランド内競争が制限されても違法とならない限定的な例外的場合とされている。

地域制限によりブランド内競争が阻害される場合、違法性の判断において、ブランド内競争とブランド間競争の関係をどのように捉えるかについて、各国の規制は様々である。スイスにおいては、上記のように、ブランド内競争を重視し、原則としてブランド内競争の制限は、ブランド間競争が活発であっても合法とされないとする規制が行われている。その一方で、アメリカのように、ブランド内競争とブランド間競争の比較考量により、違法性を判断するという基準を採用している国もある。

アメリカでは、地域制限を含む多くの垂直的非価格制限の違法性は、合理の原則、すなわち問題とされる制限の合理性の有無により判断される。この判断においては、上記のように、制限されるブランド内競争と、促進されるブランド間競争の比較考量により、問題となる制限の合理性の有無が決定され、制限されるブランド内競争により促進されるブランド間競争が相殺されてもなお競争促進的である場合に、当該制限は合理的であるとされる。ブランド内競争とブランド間競争の比較考量により違法性を判断するというこの基準は、アメリカのシルベニア事件における連邦最高裁判所判決²⁰⁰⁾において提唱され、その後我が国²⁰¹⁾も含む各

199) Krauskopf/Carron前掲論文注191、497頁。

200) Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977).

国の規制に大きな影響を与えた。

しかし、シルベニア事件連邦最高裁判決は、具体的にどのように比較考量を行うかについて明示しなかったため、下級審が具体的な比較考量の方法を考え出さなければならなかった。下級審は、地域制限や顧客制限の違法性を主張する原告に、これらの制限が反競争の効果をもたらすことの立証責任を、そして被告に正当化事由の立証責任を課し、比較考量を行うこととした。この過程で下級審は、市場構造と合理性の間に何らかの関係があるという共通の認識を持つに至ったが、比較考量において何が判断要素とされるかについては統一的な基準を設定することができなかった。そこで下級審は、比較考量を避けるために、市場の画定を行い、関連市場において行為者が市場支配力を持つ場合のみ、ブランド内競争とブランド間競争の比較考量を行うという手法を編み出した。下級審判決によれば、市場支配力は、市場占拠率が相当高い場合にしか認められないため、実際に比較考量が行われた事件はほとんどない。

地域制限を行った行為者の市場支配力が否定された事件としては、例えば、20%から25%の市場占拠率を有し、継続的に競争者よりも高い価格を設定していたタイヤの製造業者であるミシュラン社の市場支配力が、市場の競争が激しく、アメリカドルで計算すれば価格は低下していたという理由で否定された事件²⁰²⁾、19%の市場占拠率を有する事業者の市場支配力が、31%と23%の市場占拠率を有する競争者が存在したという理由で否定された事件²⁰³⁾、11%から18%の市場占拠率を有する事業者の市場支配力が、新規参入者との競争により市場占拠率が低下していたという理由で否定された事件²⁰⁴⁾、43%の市場占拠率を有する事

201) 我が国においては、後述のように、ガイドラインによれば、有力な事業者により地域制限が行われている場合違法とされる。このような場合、ブランド間競争の影響が違法性の判断の際に考慮に入れられており、制限されるブランド内競争が、促進されるブランド間競争に相殺されてもおお余りあるため違法とされると考えられる。

202) Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp., 483 F. Supp. 750, 761 (D. Md. 1980), *aff'd per curiam*, 638 F.2d 15 (4th Cir.), *cert. denied*, 454 U.S. 864 (1981).

203) Assam Drug Co. v. Miller Brewing Co., 624 F. Supp. 411, 414 (D.S.D. 1985), *aff'd*, 798 F.2d 311 (8th Cir. 1989).

204) Davis-Watkins Co. v. Service Merchandise, 686 F.2d 1190, 1201 (6th Cir. 1982), *cert. denied*, 466 U.S. 931 (1984).

業者の市場支配力が⁸、代替的な取引相手が存在したという理由で否定された事件²⁰⁵⁾等がある。

70%から75%の市場占拠率を有する事業者が行った地域制限が問題となった事件において、ようやく市場支配力が認められているが²⁰⁶⁾、本件では、地域制限の正当化事由があり、ブランド間競争も阻害されていないとして、当該制限は合法とされた²⁰⁷⁾。同様に、ほとんど独占者であった事業者が行った地域制限が、正当化事由があるとして合法とされた事件²⁰⁸⁾がある。本件では、新聞配達における地域制限が⁸、効率的な配達と市場への浸透に資するという理由で正当化事由があるとされた。地域制限がなければ、貧しい地域を避けて遠くまで配達することとなり、この配達費用を新聞社が負担することになる上、担当地域が明白でなければ、配達の実行者が誰だか分からなくなり、顧客を混乱させるという理由で正当化事由が認められている。以上のように、アメリカでは、費用の削減が⁸、正当化事由とされる場合がある。

ただ乗りの防止も、正当化事由として認められている。シルベニア事件の連邦最高裁判決は、ただ乗りの防止はブランド間競争を促進することを認めており²⁰⁹⁾、販売促進費用へのただ乗りの防止という理由で地域制限を認めた地裁の判決²¹⁰⁾もある。承認された販売業者が販売促進義務を負っており、非承認販売業者への販売が制限されていた事件では、このような制限がなければ、非承認販売業者が承認販売業者の費用にただ乗りし承認販売業者よりも安く販売することがで

205) *McDaniel v. Greensboro News Co.*, 1984-1 Trade Cas. ¶ 65, 792 at 67, 287 (M.D.N.C. 1983).

206) *Graphic Prods. Distribs. v. Itek Corp.*, 717 F.2d 1560, 1570 (11th Cir. 1983).

207) アメリカで地域制限が問題となった事件において、比較考量の結果違法とされることはほとんどなく、アメリカでは地域制限を含む垂直的制限は当然合法であるといわれる。D. H. Ginsburg, *Vertical Restraints' De Facto Legality under the Rule of Reason*, 60 *Antitrust L. J.* 67 (1991).

208) *Newberry v. Washington Post Co.*, 438 F. Supp. 470, 475 (D.D.C. 1977).

209) *Sylvania* 事件連邦最高裁判決前掲注200、55頁。

210) *Trans Sport v. Starter Sportswear*, 964 F.2d 196 (2d Cir. 1992); *Matrix Essentials v. Emporium Drug Mart*, 988 F.2d 587, 594 (5th Cir. 1993); *O.S.C. Corp v. Apple Computer*, 792 F.2d 1464, 1468; *Muenster Butane v. Stewart Co.*, 651 F.2d 292, 297 (5th Cir. 1981). *Rice* 事件第一審判決前掲注202、757頁以下にも同様の記述が見られる。

きるという理由で、制限は合法とされた²¹¹⁾。在庫の管理と販売促進を奨励するためという正当化事由が認められた事件²¹²⁾もある。

問題となる制限が費用の削減やただ乗りの防止という目的を達成するために合理的に必要であるか否かを判断するにあたり、裁判所は、より制限的でない代替手段の有無を検討している。しかし、より制限的でない代替手段があっても、それが実現不可能である場合や²¹³⁾、社会にとってより望ましいわけでも、行為者により大きな利益をもたらすわけでもない場合、そのような代替手段を選択する必要はない²¹⁴⁾。いずれにせよ、より制限的でない代替手段があったとしても、正当化事由が認められる可能性は否定されない²¹⁵⁾。

それゆえ、アメリカの比較考量には、市場占拠率の低い事業者の行う地域制限が合理的でない場合はあるのか、より競争制限的でない代替的な方法はあるが、この方法を用いれば、費用が多くかかる場合や、費用削減等の効果が低くなる場合、どのように判断されるのか等、不明な点が多い。

アメリカと対照的なのが、EUにおける地域制限の規制である。EUにおいてブランド内競争は、それ自体保護の対象である。ブランド内競争の維持は、必ずしも効率性の追求とは一致しないこと、及び大部分の垂直的制限が問題となるのは、ブランド間競争が十分でない場合であることは、EUにおいても認識されているが、現存する加盟国間の格差の維持に繋がる絶対的地域制限は、加盟国間の格差を解消し共同市場を統一するという目的の障害となるため、当然違法となる。すなわち、共同市場の統一という目的の障害となる、消極販売の禁止及び最終消費者への販売拒絶による並行輸入の阻害行為は当然違法となる。

このように、比較考量基準には、違法性の判断が複雑である上、アメリカで指摘されているように、どのように判断されるのかが不明な場合が多く、法的安定性に欠けるといふ欠点がある。その一方で、EUで用いられている当然違法の基

211) Rice 事件第一審判決前掲注 202、757 頁以下。

212) Cowley v. Braden Indus., 613 F.2d 751, 755 (9th Cir. 1980), cert. denied, 44 U.S. 965 (1989).

213) Graphic 事件第一審判決前掲注 206、1576 頁。

214) Ph. Areeda/H. Hovenkamp, Antitrust Law VIII ¶ 1645 (2^d Ed. 2004).

215) Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co., 664 F.2d 1348, 1356 (9th Cir. 1982). Cowley 事件第一審判決前掲注 212、755 頁においても同様の見解が述べられている。

準には、効率的であり競争を促進する地域制限も違法としてしまうという問題がある。この二つの基準の難点を取り除こうとするのがスイス法の基準といえる。スイスにおいては、消極販売の禁止及び最終消費者への販売拒絶による並行輸入の阻害行為は、原則違法とされており、複雑な比較考量は行われない。しかし、経済効率に基づく正当化事由があり、当該制限により行為者が享受する便益が、商品の普及や改良という形で消費者に還元される場合、これらの制限も合法とされる。このように、スイスの規制は、消極販売の禁止と最終消費者への販売拒絶を、原則違法として法的安定性を確保する一方で、例外的に、これらにより経済効率が達成され、その利益を消費者が享受できる場合に合法としている。

第四節 ただ乗りの防止

前節で触れたブランド間競争とブランド内競争の比較考量が行われるのは、ブランド内競争の制限によりただ乗りをなくせば、ブランド間競争が活発化するという考えが根底にあるからである。ここで想定されているただ乗りは、国内またはEUなど一定地域内の対等に競争すべき販売者が消費者に提供するサービスへのただ乗りである。このような、対等に競争すべき販売店間でサービスへのただ乗りが防止されなければ、そのサービスが提供されなくなるため、ブランド間競争が活発であれば、ただ乗りの防止という理由でのブランド内競争の制限は、認められるべきであるとの見解もある。

これに対して、並行輸入においては、若干異なる視点からの検討が必要とされる。並行輸入においては、並行輸入業者が行う、供給者のブランド力及び市場開拓費用並びに輸入総代理店や供給者の子会社が支出するマーケティング費用へのただ乗りが問題となるからである。

国内で対等に競争すべき販売者間で行われるサービスへのただ乗りを防止しなければ、そのサービスが提供されなくなるため、ただ乗り防止のための垂直的制限を認めなければならないという見解に対しては、批判が強い。それは、ただ乗りされるサービスが、すべての顧客にとって重要かつ必要な、それがなければ商品の入手が不可能となるものであるという非現実的な仮定を設定すれば、ただ乗りの防止は疑いなく厚生を高めるといえるが、現実には、このようなサービスは

存在せず、サービスを利用しない顧客も多い場合がほとんどであるからである。そのため、ただ乗りの防止という理由で行われる競争制限の違法性の判断において、ただ乗りの防止をどのように評価するかについて、見解は分かれる。ただ乗りの防止はブランド間競争を活発化すると考え、ほとんどすべての垂直的制限を競争促進的であり合法であるとしたシカゴ学派の対極に、そのような動機はブランド内競争の制限の正当化事由とはならないとしていたかつてのEUの立場があるといえよう。EUにおいては、並行輸入の阻害行為に関しては現在でもこの立場が採られており、ただ乗りすなわち並行輸入は、加盟国間の障壁を除去し、市場の統一を進めるために重要な役割を果たす²¹⁶⁾と同時に、ブランド内競争を通して価格を低下させ、消費者に利益をもたらすとして歓迎されてきた²¹⁷⁾。

ただ乗りの防止については、かつてはこのような両極端な評価方法しかなかったが、近時、ただ乗りの防止という理由で行われる垂直的制限の違法性の判断に際して、より詳細な検討を行うことを提唱する見解が唱えられている。

例えば、アメリカでは、提供されているサービスが消費者にとって必要なものであり、かつ、実際に相当程度ただ乗りされていることを、地域制限を行う行為者が立証しなければならないとする学説²¹⁸⁾がある。この見解は、問題となっているサービスが厚生に与える影響を考慮し、必要かどうか、ただ乗りされているかどうか不明なサービスの提供は保護に値しないとする。

EUの垂直的制限ガイドラインにおいても、漠然としたただ乗りの防止という理由で行われる垂直的制限は認められないが、新製品、複雑な製品、購入時に品質の判断が困難な商品（経験材）、消費後にも品質の判断が困難な商品（信用材）について、選択的流通制度が効率性を達成すると述べられており、これらの場合に、ただ乗り防止のためのブランド内競争の制限が正当化されることが示唆され

216) L. Gyselen, Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under EEC Competition Law, 21 CML Rev. 647, 649 (1984).
このように、EUにおいては、絶対的域制限は、競争法の観点からではなく、商品の自由な移動の観点から原則違法とされている。

217) Consten and Grundig [1966] ECR 299=[1964]CMLR 489, 499. EUでは、本件において絶対的域制限が当然違法とされて以来、その伝統が続いている。

218) Areeda/Hovenkamp 前掲書注214, 449頁。

ている²¹⁹⁾。このように、ただ乗りの防止が効率性をもたらす場合を限定列挙し、ただ乗り防止という理由で様々な制限を伴う選択的流通制度が合法とされるのをそれらの場合に限定するという手法が採られている。ただし、繰り返し述べてきたように、共同市場の統一の妨げとなる並行輸入の阻害は当然違法であり、並行輸入の阻害に関しては、ただ乗りの防止という正当化事由は認められない。

このように、国内の販売者のサービスへのただ乗りに関していえば、ただ乗りの防止という理由でのブランド内競争の制限は、効率性を高めるため合法とすべきとの学説がある。EUにおいては、共同市場の統一の妨げとなる並行輸入の阻害についてはただ乗り防止の効率性上昇効果は認められていないが、一定の限定された商品の販売において選択的販売制度が採られれば、ただ乗りが防止され効率性が高まるとされる。

これに対して、スイスにおける、並行輸入業者の行う、供給者のブランド力及び市場開拓費用並びに輸入総代理店や子会社の支出するマーケティング費用へのただ乗りについての議論は、視点が異なる。まず、特許権の総輸出国であるスイスにおいては、特許製品の並行輸入業者、すなわち自らは何も生産せずに供給者のブランド力や市場開拓費用、輸入総代理店や子会社のマーケティング費用にただ乗りする者の利益を保護する必要はないという見解²²⁰⁾が多い。このような見解の根底にある、発明に対する報酬を保障することの重要性は、コダック事件の連邦裁判所の判決においても確認されている。商標権や著作権につき、連邦裁判所は、並行輸入業者に憲法上の経済的自由を認め、国際消尽を認めているのに対し、コダック事件では、並行輸入業者が経済的自由に基づく並行輸入を行う権利を主張したにもかかわらず、並行輸入業者の経済的自由に言及せず、国内消尽理論を採用することにより特許製品の並行輸入の阻害を認めても経済的自由は侵害されないとすることを暗に示した²²¹⁾。

219) しかしこのガイドラインは、具体的にどのように違法性が判断されるかについて明白な原則を示しておらず、法的不安定をもたらすと批判されている。R. Boscheck, *The EU Policy Reform in Vertical Restraints: An Economic Perspective*, 23 *World Competition* 3, 41 (2000).

220) Kraus前掲書注37、64頁。

このような背景もあり、整備された知的財産制度を有し、2004年度の一人当たりの実質国民所得の高さで世界第5位のスイスにおいては、法的・経済的にスイスと同視できない国からの並行輸入品の阻害は、ただ乗りの防止という理由で合法とされる。このような国からの並行輸入品の価格が低いということは、競争とは無関係な、輸出元の法的・経済的特殊事情によるものであるため、このような特殊事情を利用して並行輸入業者が利益を得るのは、公正な競争ではなくただ乗りにほかならず、知的財産権者はこのようなただ乗りを止める権利を有するとされる。

さらにスイスにおいては、競争委員会や学説の通説によれば、新製品の導入時に2、3年間、並行輸入の消極販売を阻害することは、効率性を高めるため、合法とされる。新製品の導入時には通常より多くのマーケティング費用が必要とされるため、このような時期に行われる並行輸入は、多くの場合、マーケティング費用へのただ乗りであるからである。上記のEUの垂直的ガイドラインにおいても、選択的流通性に関して、新規参入時にただ乗りの防止という理由で垂直的制限を認める見解が採られている。上述のシルベニア事件の連邦最高裁も、用途や使用方法が従来の製品と著しく異なる新製品の普及活動に多大なマーケティング費用が費やされている場合、この費用への他の販売者のただ乗りは競争上問題であるとの見解を示している。新規参入時に支出されるマーケティング費用は、新製品の普及活動に必要なサービスの提供に用いられ、このような場合に並行輸入が行われると、相当程度ただ乗りされることは明らかである。このように考えると、新規参入時に行われる並行輸入の阻害は、アメリカで唱えられている上記の必要なサービスへの相当程度ただ乗りの基準に照らしても、合法とされると思われる。

第五節 小括

カルテル法の改正により新たに挿入された5条4項は、多国籍企業が、他国に

221) Rauber 前掲論文注121、20頁。ラウバー氏は、並行輸入業者の弁護人として、経済的自由に基づく並行輸入を行う権利を主張した。

において、スイスの並行輸入業者に対する消極販売を禁止させ、さらにスイスの最終消費者への販売を拒否させることにより、スイスで高価格を維持することを禁止することを目的としている。そのため、スイスと法的・経済的に同視できる国における、スイスの並行輸入業者への消極販売の禁止及び最終消費者への販売の拒否は、原則違法である。しかし、新製品の導入時に、新製品の普及という効率性の達成のために必要である場合には、並行輸入業者への消極販売の禁止も最終消費者への販売の拒否も、例外的に合法である。この限定された例外付原則違法の基準は、並行輸入の阻害に子会社ではなく輸入総代理店が関与している場合も同様であると解される。

このような、並行輸入の阻害を原則違法としながらも、新製品の導入時に例外的に合法とするという柔軟な規制にスイス法の特徴がある。そして、この例外は、文言上限定されていないが、実質的には、新製品の導入時に限定されるため、法的安定性は確保されている。このような規制は、一方では、穏やかな規制によりEU以外の国からの並行輸入により競争を促しながら、他方では、将来予想されるEUへの加盟を念頭に、スイスのカルテル法とEU競争法との調和、及び国内市場とEU市場の経済的一体性の創出を目指すことにより、EU市場における競争からもたらされる経済的利益を享受するという、独自の政策の表れである。

第五章 日本法との比較

第一節 日本法の概要

我が国では、80年代中頃から始まった円高の進行にも関わらず、価格の改定が行われないなどの理由で内外価格差が拡大し、それに伴い並行輸入が急増した。並行輸入は原則として商標権の侵害に当たらないとの考えが判例・学説で確立されると、公正取引委員会は、内外価格差が著しいのは、欧米の有名ブランド品であり、これらの輸入総代理店が多大なマージンを得て輸入品の価格を高く設定していることに着目し、並行輸入を内外価格差解消の救世主として利用し、その阻害行為を活発に取り締まると同時に、流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（以下、指針）において、厳格な違法性判断の基準を公表した²²²⁾。

第一款 指針の内容とその運用

この指針は、輸入総代理店制度のもつ参入促進という競争促進的側面を生かしながら、競争阻害的側面を除去するという基本方針²²³⁾の下、並行輸入の阻害は、市場閉鎖効果（ブランド間競争の制限）ではなく、「主としてブランド内の価格競争の制限に着目して規制されるものであって²²⁴⁾」、「価格を維持するために行われる場合²²⁵⁾」、不公正な取引方法にあたる²²⁶⁾。

この指針の内容を、公正取引委員会の審決に示されるその運用に照らして整理すれば、以下のように、仕入れの阻害、直接の取り扱い禁止及び間接の取り扱い禁止に分類される。

まず、仕入れの阻害に関しては、輸入総代理店には、我が国の市場全域における一手販売権が与えられているため、他地域での積極販売の禁止（厳格な地域制限）は独禁法上問題とはならない²²⁷⁾。しかし、価格を維持するために地域外顧客への販売制限（並行輸入業者への消極販売の禁止）が行われており、すなわちスイス法という厳格な地域制限が行われており、並行輸入業者が海外で商品を購入することが妨げられていれば、不公正な取引方法にかかる公正取引委員会告示一般指定13項（拘束条件付取引）または15項（競争者に対する取引妨害）に該当し、違法となる。このような仕入れの阻害が違法とされた事件として、ヤシロ事件²²⁸⁾、星商事事件²²⁹⁾、松尾楽器事件²³⁰⁾、ハーゲンダッツ事件²³¹⁾、ミツワ自動車事件²³²⁾、グラントデュークス事件²³³⁾が挙げられる。これらの事件においては、一貫

222) この現行の指針の公表により、これとほぼ同じ内容であった旧指針「並行輸入の不当阻害に関する独占禁止法上の考え方」（昭和62・4・17公表）は廃止された。

223) 宮沢健一『流通システムの再構築』（1989年）214頁。

224) 流通取引慣行指針は、この点を重視して適用条項を選んでいるが、以下の論者は、そもそもブランド内競争とブランド間競争の識別は困難であり、必要もないと批判している。白石忠志「独禁法一般指定15項の守備範囲（2）」NBL 586号（1996年）34頁、36頁。

225) 価格維持の目的に公正競争阻害性があるとされる。山田昭雄／大熊まさよ／榎崎憲安（編著）『解説 流通・取引慣行に関する独占禁止法ガイドライン』（1991年）270頁。

226) 山田／大熊／榎崎前掲書注225、270頁、石垣照夫／桂大輔「ラジオメータートレーディング株式会社の独占禁止法違反事件について」公正取引518号（1993年）58頁、60頁。

227) 積極販売であれ消極販売であれ、他国の並行輸入業者への販売は、独占的販売権を認める輸入総代理店契約に違反するとする説もあるが（紋谷暢男「総代理店による並行輸入の妨害」別冊ジュリスト141号（1997年）210頁、211頁）、消極販売の禁止は、輸入総代理店制度が機能するために必要ではないとするのが通説である。

して一般指定15項が適用されている。

一般指定の15項は、「不当に」取引を妨害する場合を違法としているが、並行輸入の阻害の場合、「価格を維持するために行われる」場合に不当性、すなわち公正競争阻害性が認められる。「価格を維持するために行われる」という違法性の要件は、仕入れの阻害のみでなく、すべての種類の並行輸入の阻害に共通する要件であり、行為者の客観的意図のみから判断されるものではなく、当該行為が行われた状況を総合的に考慮して判断される²³⁴⁾。仕入れの阻害に関しては、積極的な価格維持の目的を認定した審決がほとんどであるが、状況を総合的に考慮することにより価格維持の目的を認定したと解されるもの²³⁵⁾もある。

指針によれば、さらに、並行輸入品を取扱わないことを条件として卸売業者または小売業者と取引すること、すなわち直接の取扱い制限は「価格を維持するために行われる」場合には、一般指定13項または15項にあたる。このような行為が違法とされた事件として、ラジオメータートレーディング社事件²³⁶⁾があり、本件では15項が適用されている。本件においては、業界第2位の有力事業者が行った技術的な理由により抱き合わせ販売が義務付けられている二つの商品のうちの一方の並行輸入の阻害が問題となり、競争減殺のおそれは明らかであったため、

228) 公取委勧告審決平成2・9・5審決集37巻29頁。(本件では、仕入れを阻害したヤシロは輸入総代理店ではなく、独占的販売権を有していなかったため、本件において止められた輸入は、並行輸入ではなかった。)

229) 公取委勧告審決平成8・3・22審決集42巻195頁。

230) 公取委勧告審決平成8・5・8審決集43巻204頁。

231) 公取委勧告審決平成9・4・25審決集44巻230頁。本件では、再販売価格維持も行われていたため、一般指定12項(再販売価格維持)と15項が適用された。

232) 公取委審判審決平成10・6・19審決集45巻42頁。

233) 公取委勧告審決平成10・7・24審決集45巻119頁。

234) 植松勲(編著)『事例解説 独占禁止法ガイドライン総集編』(1998年)278頁(山本佐和子執筆部分)。

235) 松尾楽器事件審決やグランドデュークス事件審決は、価格維持目的を必ずしも明確に認定していない。同意見として、渋谷達紀「輸入業者による並行輸入妨害」別冊ジュリスト161号(2002年)206頁、207頁。星商事事件審決も、価格維持目的の要件を必ずしも限定的に解釈していないとする説として、荒井登志男/伊藤武利/石本将之「洋食器輸入総代理店による並行輸入不当妨害事件」公正取引548号(1996年)62頁、66頁がある。

236) 公取委勧告審決平成5・9・28審決集40巻123頁。

価格維持の目的は必ずしも明確に認定されていないと解釈する説²³⁷⁾もある。

そして、並行輸入品を取扱う小売業者には販売しないことを条件とする卸売業者との取引、すなわち間接の取扱い制限は、「価格を維持するために行われる」場合、一般指定13項または15項にあたる。このような間接的な取扱い制限が違法とされた事件として、オールドパー事件²³⁸⁾とホビージャパン事件²³⁹⁾があり²⁴⁰⁾、いずれの事件においても、13項が適用された。いずれの事件においても同時に再販売価格維持行為が行われており、価格維持の目的は明白であった。さらに、両事件において、行為者は有力事業者であったことが認定されている。

この他、「価格を維持するために行われる」並行輸入品の販売妨害、並行輸入品の買占め、並行輸入品の修理の拒否等は、一般指定15項に該当するが、このような行為を違法とした審決はない。

第二款 指針とその運用の検討

以上のように、指針によれば、並行輸入の阻害は「価格を維持するために行われる」場合違法となる。指針の解説によれば、地域制限や顧客制限が違法となる要件である「価格が維持されるおそれがある場合」ではなく、「価格を維持するために行われる場合」という要件が用いられているのは、並行輸入を阻害すれば何らかの形で価格が維持されるおそれが生じるため、積極的に価格維持を図ろうとする行為が規制の対象となるという趣旨を明確にするためである²⁴¹⁾といわれる。それゆえ、「価格を維持するために行われる場合」より厳格な事実認定が必要とされる²⁴²⁾といわれる。そこで、以下で、積極的に価格維持を図ろうとする行為を

237) 渋谷前掲論文注235、207頁。状況判断により価格維持目的を認定しているとする説として、石垣／桂前掲論文注226、60頁。

238) 公取委勧告審決昭和53・4・18審決集20巻119頁。本件では、旧一般指定8項（現13項）が適用された。

239) 公取委勧告審決平成9・11・28審決集44巻289頁。本件では、再販売価格維持行為も行われていたため、一般指定12項と13項が適用された。

240) この他、並行輸入品の取り扱いが禁止されていたと同時に、再販売価格維持行為が行われていたナイキジャパン事件（公取委勧告審決平成10・7・28審決集45巻130頁）があるが、本件においては、12項のみが適用されている。

241) 山田／大熊／檜崎前掲書注225、270頁。

242) 金井貴嗣『独占禁止法（第2版）』（2000年）236頁。

選別するために、どのように厳格な事実認定が行われているのかについて、地域外顧客への販売制限についての指針の記述を参考に、検討することとする。

輸入総代理店または子会社を通す正規のルートにおける販売において、これらの事業者に一手販売権を付与するとともに、販売地域制限を課し、地域外での消極販売を禁止し、並行輸入業者との取引を認めないことは、地域外顧客への販売制限である。指針によれば、地域外顧客への販売制限は、「価格が維持されるおそれがある」場合、不当すなわち一般指定13項に該当し違法となる。指針が、地域外顧客への販売制限を、価格維持のおそれがある場合のみ不当とした理由は、非価格競争だけでは自由な競争が活発に行われているとは言い難く、価格競争の実態がどうなるかが競争減殺のもっとも重要な指標となると考えられるためであろう²⁴³⁾とされる。

これに対して、並行輸入の阻害に一般指定15項が適用される場合、競争減殺のおそれは要件とされていない。いずれにせよ、比較の意味で、地域外顧客への販売制限が違法となる要件である「価格が維持されるおそれ」の有無の判断方法を見てみると、指針は以下の4点を総合的に考慮するとしている。①対象商品をめぐるブランド間競争の状況、②対象商品のブランド内競争の状況、③制限の対象となる流通業者の数及び市場における地位、並びに④当該制限が流通業者に及ぼす影響である。

これらの4点に照らして、輸入総代理店による並行輸入の仕入れの阻害について検討してみると、以下のことがいえる。①通常製品差別化が進んでおり、ブランド間競争は十分に機能していないが、新規参入時等に行われればブランド間競争を活発化する可能性があり、②一手販売権を付与されているためブランド内競争は存在せず、③文言上制限が課されているのは海外の供給者であるが、④その結果並行輸入品の我が国への輸入が阻害され、当該ブランドについていえば、ブランド力が強い場合、需要の価格弾力性も低く価格が維持されるため、新規参入時等例外的な場合を除いて競争減殺のおそれが生じる。

他方、販売業者に対する並行輸入品の直接の取り扱い制限や、卸売業者に対

243) 根岸哲／舟田正之『独占禁止法概説（第3版）』（2006年）273頁。

し、並行輸入品を扱う小売業者との取引制限は、地域外顧客への販売制限ではない。しかし、これらの並行輸入品の直接・間接の取り扱い制限を、仕入れの阻害の実効性担保手段と捉え、仕入れの阻害と同様に、地域外顧客への販売制限の違法性の要件を満たすかを上記の4点に照らして検討すれば、その結果は以下のようにまとめられる。①については、仕入れの阻害と同様であるが、②取り扱い制限が行われるということは、我が国への並行輸入品の流入があるということであり、この程度において、ブランド内競争があり、③については一概にはいえないが、④並行輸入品がブランド力のある商品であれば、正規ルートに組み込まれていない量販店等との取引は容易に成立するため、必ずしも競争減殺のおそれは生じない。このため、競争減殺のおそれを要件としない一般指定15項を適用すれば、競争減殺のおそれを要件とする他項を適用する場合より、違反行為が広く認定されてしまう。

そもそも一般指定15項は、不正手段を用いることに不当性、すなわち公正競争阻害性があるとされており、競争減殺のおそれは要件とされていない。そのため指針は、価格維持の目的を要件にして、無制限な適用に歯止めをかけようとしているものと考えられる。学説の中にも、価格維持の目的を限定的に解するなどして15項の適用を限定すべきであるとする説²⁴⁴⁾がある。

他方、無制限に適用される危険のある15項を回避し²⁴⁵⁾、他項を適用すべきであるとする説も唱えられている。例えば、ヤシロ事件において問題とされたブランド商品は、ブランド力が強くそれ自体でひとつの市場を構成すると捉えられたため、ブランド商品の排他的販売を要請する競争制限性を捉え一般指定11項(排他条件付取引)違反とすべきであったとする説²⁴⁶⁾がある。さらに、並行輸入の阻

244) 例えば金井教授は、違法行為を広く認めすぎることになり得ることを早くから指摘していた。金井貴嗣「排他的取引慣行と独占禁止法—輸入総代理店制と専売店制について—」経済法学会年報11号(1990年)51頁、58頁。しかし、後述のように、15項の適用を限定するために価格維持の目的を要件とすることについて、批判は多い。価格維持の目的を要件とすることの必要性を指摘する数少ない説の一つとして次のものが挙げられる。金子/実方/根岸/矢部座談会前掲注72、17頁(実方発言)。

245) 独禁法による規制として15項は合理性に欠けるという見解もある。来生新『経済活動と法』(1987年)134頁、140頁。

害行為は、競争を減殺する点に競争阻害性が求められるため、一般指定15項は適用されるべきではなく、供給者と輸入総代理店の取引上の地位に基づき、独禁法3条（タテの不当な取引制限）と6条1項が適用される場合と、一般指定2項後段（単独の間接取引拒絶）または13項（間接の拘束条件付取引）が適用される場合に分けるべきであるとする説²⁴⁷⁾もある。

その一方で、並行輸入の阻害の主目的は、多くの場合単なる価格維持だけではなく、並行輸入業者の排除それ自体にあるため、一般指定15項の認定に際して、価格維持目的を違法性判断の要件とせず、並行輸入業者の排除それ自体を不公正な取引方法として捉えるべきとする説²⁴⁸⁾もある。

しかし、すべての垂直的制限は価格に影響を及ぼし、そして、この価格への影響が原因となって効率性を達成するのである²⁴⁹⁾。並行輸入の阻害も例外ではない。

審決が「価格を維持するために行われる」という要件の認定において考慮した事項を、前款の三類型、すなわち仕入れの阻害、直接の取り扱い制限及び間接の取り扱い制限に分類し整理すれば、以下のようにまとめられる。

仕入れの阻害が問題となった審決は上述のとおり6件あり、そのうち4件の審決において、行為者の主観的意図に基づいて価格維持の目的が認定されている。

246) 滝川敏明『平成2年度重要判決解説』ジュリスト臨時増刊(1991年)230頁、231頁。同様に、この審決に限らず、ほとんどすべての審決において並行輸入の阻害が違法とされるのは、問題となるブランドがそれ自体で一つの市場が成立する場合であるため、15項ではなく排除行為として規制できるとする説として、白石忠志『独禁法講義(第2版)』(2000年)131頁。しかし流通取引慣行指針によれば、11項は競合ブランド製品の排他を想定しており、さらに、特定の競争者ではなく、競争者一般との取引の中止を条件とする場合に適用される傾向があるといわれる。今村成和/丹宗昭信/実方讓二/厚谷襄児『注解経済法(上)』(1985年)263頁(上原陽美執筆部分)。

247) 東條吉純「洋食器輸入総代理店による並行輸入の阻害行為」ジュリスト1136号(1998年)108頁、109頁。

248) 根岸/舟田前掲書注243、301頁。同様に、価格維持目的を要件としない説として、渋谷前掲論文注235、207頁。下記の座談会においても、価格要件は必ずしも必要ないという説が見られる。金子/実方/根岸/矢部座談会前掲注72、4頁、16頁(金子発言)、17頁(根岸発言)。

249) Hovenkampは、垂直的制限の効率性について、このような捉え方をしている。Areeda/Hovenkamp前掲書注214、452頁。

星商事事件において、星商事は、需要が多い高級品である磁器製の食器等を、百貨店等に希望小売価格を設定し販売しており、百貨店等は同価格で販売していた。並行輸入品が希望小売価格を相当程度下回る価格で大量に販売されるようになり、「小売価格の維持、その他自己の営業活動に影響を及ぼすおそれが生じてきたこと」から並行輸入対策を供給者と講じ、自ら並行輸入品の輸出国を突き止め供給者に通知し、供給者がこの国における並行輸入業者への供給を止めさせる旨の方針を決めた。この対策に従い、香港、オーストリア及びフランスでの並行輸入品の仕入れを阻害した。ミツワ自動車事件においては、「自己の取引先である代理店の小売価格に影響を及ぼし、ひいては自己の営業活動等に悪影響が出るおそれがあること」が並行輸入を阻害した理由として述べられており、主観的な価格維持の目的が認定されているといえる。ハーゲンダッツ事件においては、同時に再販売価格維持行為が行われており、価格維持の目的は明白であった。ヤシロ事件において、ヤシロは輸入総代理店ではなかったため、本件は並行輸入の阻害行為が問題となった事件ではないが、そもそもヤシロは輸入総代理店ではなく、供給者が他の輸入業者に供給することを止める権利はなかったため、取引妨害として15項に該当するのは当然であったといわれる。

松尾楽器事件とグランドデュークス事件においては、輸入総代理店が供給者に並行輸入品の出所を再三に渡り突き止めさせ、出荷を停止させたという執拗な阻害行為であったためか、価格維持の目的は明白に認定されており、状況を総合的に考慮することにより価格維持の目的が認定されたと解されている。

松尾楽器事件において、松尾楽器は、指名買いが多い有名ブランドピアノの定価販売を努めており、オランダからの並行輸入品の仕入れを2回、ドイツからのを1回、計3回阻害している。オランダから仕入れられた並行輸入品は、松尾楽器の定価を下回る、または著しく下回る価格で納入されており、ドイツからの仕入れの手はずが整っていた並行輸入品も、定価を著しく下回る価格で販売される予定であった。

グランドデュークス事件においては、グランドデュークスは、知名度も高く需要が増加している浄水器の輸入総代理店であった。グランドデュークスは、グランドデュークスの販売店に対して、グランドデュークスの卸売価格を大幅に下回る

価格での取引の申し出がなされたとの情報を入手した後、供給者と並行輸入の仕入れの阻害のための協力体制を整え、アメリカからの仕入れを3回阻害している。

このように、以上の2件において行われた状況判断においては、消費者の間で人気の高い商品を扱う輸入総代理店が、正規のルートを通して販売されている商品よりも安く販売される並行輸入品について、再三に渡り供給者に情報を提供し、出所を突き止めさせ、出荷を停止させていたことが認定されており、これらの状況から主観的意図が導き出されたと考えられる。

直接の取扱い制限を違法とした審決においても、価格維持目的は必ずしも明確に認定されておらず、状況判断から価格維持目的が認定されたと解される。この類型が問題となった審決は、上述のラジオメータートレーディング社事件1件のみである。本件では、有力事業者であるラジオメータートレーディング社が行った、並行輸入品の取扱い制限が問題となった。ラジオメータートレーディング社は、血液ガス分析装置とその装置を使用する際に用いられる試薬の抱き合わせ販売を行っていたところ、試薬が並行輸入され、同社の販売店に、同社の卸売価格より低い価格で供給されていることを知り、「放置すると自社の収益が損なわれることを懸念し、これに対処するため」販売店に並行輸入品の取り扱いを禁止した。このように、本件は、抱き合わされた二つの商品のうちの一方の仕入れの阻害が問題となったという特殊な事件であるため、本件のみをもって、一般化することはできないが、少なくとも本件においては、収益の減少に対する懸念が認定されているのみである。本審決には、並行輸入品の輸出元がどこであるかは記されていない。

間接の取扱い制限を違法とした審決は、オールドパー事件とホピージャパン事件の2件である。いずれの事件においても、並行輸入の阻害行為とともに再販売価格維持行為が行われており、価格維持目的は明白であった。オールドパー事件においては、オールドパー社が卸売業者に対し、並行輸入品取り扱い業者およびそこから並行輸入品の供給を受けている小売業者に対する出荷停止と、標準小売価格を著しく下回って販売する小売業者及びそれに納入している卸への出荷停止を要請し、並行輸入の阻害と同時に、再販売価格維持行為も行っており、これら

の行為に対して13項が適用された。ホビージャパン事件においても同様に、並行輸入の阻害と同時に再販売価格維持行為が行われており、本件では、前者に関しては13項が、後者に関しては12項（再販売価格維持）が適用された。本件においては、主観的な価格維持目的について触れられていないが、再販売価格維持行為が行われていたため、価格維持目的で並行輸入が阻害されたことは自明であった。

いずれにせよ、法律学の議論の中心は、以上のように、適用法条や違法性の根拠についての議論であり、各審決において並行輸入の阻害が違法とされたこと自体は妥当であったと考えられている。これに対して、経済学の視点から、ただ乗りの防止という理由で並行輸入の阻害を認めるべきであるとの主張²⁵⁰⁾がある。この説は、星商事事件、ホビージャパン事件及びヤシロ事件においてただ乗りが行われた結果経済厚生が低下したと主張する。星商事事件においては、既に参入に成功した供給者の総代理店が、高級イメージの維持のために様々な販売促進活動を行っており、その費用を考慮した価格が設定されていたが、並行輸入の阻害が禁止されたことにより、このような販売促進活動が不可能となったと批判されている。しかし、既に参入に成功した供給者の総代理店が参入後も妥当な額か疑わしい高額なマーケティング費用を支出し続けていたというだけの理由では、並行輸入の阻害は正当化されないため、審決は妥当であろう。また、ホビージャパン事件においては、アメリカから輸入された新しいゲームを普及させるために、販促活動が必要であり、その費用を確保するために高額な価格を設定する必要があったと批判するが、本件においては、同時に再販売価格維持が行われていたため、その違法性について議論の余地はない。

これに対して、ヤシロ事件についてのこの説の指摘は検討に値する。ヤシロ事件においては、新規参入にあたって、無名の商品の認知度を高めるために、高級百貨店における販売を通して評判を確立しつつあったヤシロが、新規参入後1年も経ないうちにこの評判を利用し通信販売を企画した大手並行輸入業者の仕入れ

250) 成生達彦／デイビッド・フラス「並行輸入と経済厚生」国民経済雑誌189巻5号（2005年）1頁、10頁。

を阻止し、一般指定15項違反とされた²⁵¹⁾。上記の説は、このような並行輸入の阻害を違法とする規制は、長期的に日本市場への参入を困難にすると批判している。この、現在の規制が参入の阻止に繋がるという問題については、次節で取り扱うこととする。

第三款 知的財産法と独禁法の関係

独禁法と知的財産法の関係に指針は特別に触れていないが、独禁法の21条は、知的財産権の行使と認められる行為にはこれを適用しないと定めている。この規定は、通説によれば、確認的な注意規定²⁵²⁾である。ここから、知的財産権の行使が不正な取引方法に当たるかの検討に際しては、知的財産権の行使についての公正競争阻害性の有無の判断をもって足りるとする説²⁵³⁾が導かれる。しかし、この説と同様に、理論的に独禁法の優位を認めながらも、権利者による並行輸入の差止請求が認められるような場合にまで不正な取引方法として規制を及ぼし得る場合を想定することは困難であるという説²⁵⁴⁾もある。

これに対して、21条を根拠に、知的財産法に基づき並行輸入が阻止できない場合に限り独禁法により違法とされ得るとする説²⁵⁵⁾もある。このうち渋谷教授の見解によれば、以下のように知的財産法と独禁法を連動させ、いずれかにより並行輸入を認めようとする。すなわち、商標権や特許権に基づき並行輸入を禁止することができない場合、並行輸入の阻害は独禁法違反となるが、それらの権利に基づき並行輸入を禁止できる場合、並行輸入の阻害は権利侵害行為に対する予防措置であるため、独禁法違反に問うべきではないというのである。

251) 本件では、ヤシロは総代理店ではなく、外国の供給者が我が国の他の業者に販売させてもならぬ問題はなかったため、法律学者の間では、そのような業者の仕入れを阻害したことは独禁法上問題であるとの見解が一般的である。参照、今村成和／金子晃／実方謙二／関根芳郎「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引487号（1991年）20頁、29頁（実方発言）、30頁（今村発言、金子発言）。

252) 今村成和『独占禁止法（新版）』（1978年）194頁。

253) 正田彬「知的財産権と独占禁止法」『知的財産権と独占禁止法』経済法学会年報（1989年）1頁、19頁。しかしこの説は、価格設定の自由を重視し、並行輸入の阻害行為への独禁法の適用を認めないため、この説によれば、並行輸入の阻害に関して、知的財産法と独禁法の衝突はない。

254) 植松勲「著作権と並行輸入」公正取引550号（1996年）86頁、90頁。

255) 渋谷前掲論文注13、79頁、根岸／舟田前掲書注243、431頁。

知的財産権法と独禁法の関係も、独禁法の違法性の判断基準を考えるに当たり避けることができない問題であるため、次節で検討する。

第二節 日本法への示唆

以上で述べた日本法の概要をスイスと比較した場合、我が国の問題点として、以下の2点が指摘され得る。第一に、スイスでは、並行輸入品の仕入れの阻害及び取扱いの禁止を販売地域制限と捉え国内で行われる販売地域制限と同一の基準で違法性を判断するが、我が国では、国内で行われる販売地域制限とは異なる行為と捉え、指針により、あらゆる並行輸入の阻害行為を「価格を維持するために行われる」というあいまいな基準で広く違法とすると定めている点である。第二に、スイスでは、法的・経済的にスイスと同視できない市場から著しく安価な並行輸入品が流入する場合、これを阻害する行為は知的財産権の行使と考えられ、カルテル法は適用されないのに対し、我が国では、独禁法と知的財産法の関係が明らかにされていないため、独禁法が過度に適用されるおそれがある点である。

第一の問題は、換言すれば、価格維持の目的という解釈の定まっていない要件を満たすあらゆる種類の阻害行為が違法となり得るため、競争が歪曲されるおそれが生じているというものである。このことを端的に表しているのが、前述のミツワ事件である。本件では、我が国と法的・経済的状况が大きく異なる中国からの並行輸入品の仕入れの阻害が違法とされた。並行輸入品の価格は、我が国の価格より2割から3割低く、これは通常輸入総代理店が得るマージンより大きかったため、輸入総代理店がこれに対抗して価格を引き下げることが可能であったとは考えにくい。この様な途上国からの極端な低価格商品の流入は、総代理店制度の機能を麻痺させるため、ブランド内競争の促進には繋がらない。実際に、並行輸入の仕入れの阻害が違法とされた結果、供給者は国際的価格差別政策を遂行するために、日本の総代理店との契約を解除し、日本に自ら子会社を設立した。このように、価格だけに着目し機械的に並行輸入の仕入れの阻害を違法とすれば、垂直統合が進み、資本力不足のため子会社を設立できない事業者の参入が阻止され、参入障壁が高まるおそれがある²⁵⁶⁾。

そこで本稿は、総代理店制度が機能するように、供給者に各国の市場の状況に

適した合理的な国際的価格差別を行う自由を一定程度認め、ブランド間競争の活発化を考慮しても余りあるブランド内競争の阻害²⁵⁷⁾に公正競争阻害性を求める、以下のような違法性の判断基準を提唱する。

まず、違法とされる並行輸入の阻害は、輸入総代理店制度を利用して、または子会社を通じた販売により、国際市場から日本市場を分断し、外国からの競争を阻害する行為と捉える。

そして、適用法条は、仕入れの阻害の場合は一般指定15項、直接・間接の並行輸入品の取扱い制限の場合は13項とする。我が国の並行輸入業者に対する消極販売が禁止されている場合、原則として15項違反となる。積極販売の禁止は輸入総代理店の一手販売権に基づく当然の行為であるが、消極販売まで禁止し、我が国の並行輸入業者による外国での並行輸入品を仕入れを不可能とすることは、輸入総代理店制度が機能する上で不必要であるばかりか、当該制度を悪用した組織的な国際市場の分断の手段であり、ここに手段の不当性が認められるため、15項の適用が妥当である。並行輸入の仕入れの阻害は、通常供給者の手腕にかかっており、我が国の輸入総代理店が並行輸入の流入に関して供給者に遺憾の意を表明し、並行輸入品について情報を提供したら流入を止めてもらえたという状況に拘束性は見出せず²⁵⁸⁾、一般指定11項や13項の適用が困難であることも理由となる。並行輸入品の販売妨害・買占めについても、同様に手段の不当性が認められるため、15項の適用が妥当である。市場の分断は、経済学においても、世界経済の厚生を低下させる、すなわち世界市場における自由競争阻害性も

256) 子会社設立による並行輸入制限が日本での規制対象外となることについて、注9参照。

257) 輸入総代理店制度と並行輸入の阻害の関係をこのように捉える説として、渋谷達紀「輸入業者による並行輸入の妨害」別冊ジュリスト141号(1997年)212頁。

258) 同様の見解として、今村/金子/実方/関根座談会前掲注251、17頁(実方発言)。このように、並行輸入の仕入れの阻害は、外国の供給者と我が国の輸入総代理店や販売店の利害が合致し易いため、拘束や強制は必要ない場合が多い。例えばEUのバイエル事件(前掲注46)においては、供給者が地域外から仕入れないでもらいたいの希望を書面で表明し、販売業者がこの希望に沿って地域外からの仕入れを控えていた事件において、このような行為は取決めに当たらないため、反競争的な取決めに違法とする81条1項に違反しないとされた。この事件は、取決めや拘束を仕入れの阻害の違法性の要件とすると、取り逃しが生ずることを意味している。

併せ持つ場合が多いことが明らかにされており、我が国のように競争が活発でない市場に悪影響を及ぼす場合がほとんどであるが、例外もある。そのため、15項の適用には、価格設定の自由という競争の基本的視座から競争減殺のおそれを考慮するという方法で、限定が加えられなければならない。

そもそも我が国の独禁法は、市場支配力を有する事業者や独占者に対して高価格設定自体を禁止しておらず、価格設定の自由が保障されている。これは輸入品についても当てはまるべきである。各国の市場の需要状況や競争状態に合わせて価格を設定することは価格設定の自由の範囲内の行為であり、この結果国際的な価格差別が行われたとしても、それだけでは独禁法違反とはならない。我が国の国民所得の高さや競争の欠如に対応して我が国で価格が他国より高く設定されているのは、当然の現象である。そのため、安い並行輸入品の流入の阻害を一律に違法とし、並行輸入により価格を低下させることを徹底すると、ミツワ事件のように、資本力のある外国の供給者は、我が国の輸入総代理店を通して販売することを避け、子会社を設立することとなり、資本力のない供給者は、世界均一価格を設定するかまたは我が国の市場への参入を断念するかを選択を迫られることとなる。さらに、ヤシロ事件のように、外国の供給者の我が国の市場への新規参入に際して、無名の商品の認知度を高めるために高額なマーケティング費用を支出している我が国の販売業者が、新規参入時に後参者による並行輸入を止められないとなると、新規参入が阻まれる。このように極端な場合でなくとも、並行輸入の阻害を一律に違法とすることは、市場価格への介入であると同時に、多国籍企業から、国内のみで活動している事業者に認められている価格設定の自由を剥奪することを意味する。さらに、国際的価格差別は、活発な競争が行われている場合、世界経済の厚生を上昇させる。スイスのような小国と異なり、我が国の政策が他国に与える影響は無視できない。すなわち、我が国において並行輸入の阻害が規制されれば、輸出元となり得る国も含めた低価格国の価格が引き上げられ、それらの国で経済的効率性が低下する場合もあり得るため、並行輸入の阻害の規制を考えるに当たっては、低価格国の状況も含め検討の必要がある。

そのため、仕入れの阻止の違法性の判断には、まず、価格差の原因が考慮されなければならない。そして、問題となっている内外価格差がそもそも並行輸入に

より矯正されるべきものであるか、すなわち価格を維持することが反競争的であるかという視点から検討が行われなければならない。国際市場から日本市場を分断し、外国からの競争を阻害する行為のみが違法とされるということは、並行輸入品の価格が低いことの原因が、国際的な経済格差や我が国で必要とされるマーケティング費用へのただ乗りではなく、並行輸入業者の効率性の高さである場合のみ、並行輸入の阻害が違法とされることを意味する。並行輸入の阻害の規制は、そもそも自由であるべき価格設定への介入であるため、このような条件が満たされて初めて介入が認められると考えられる。この条件が満たされるのは、我が国と法的・経済的状況が同等と認められる市場から流入する並行輸入品が、我が国の商品よりも安い場合である。このような場合のみ、我が国の価格が高すぎるといふ現象が、市場の分断という外国からの競争を阻害する行為の結果であることが推定され、介入の理由が認められる。ミツワ事件のように、我が国と同視され得る競争市場といえない国²⁵⁹⁾からの並行輸入の阻害、及びヤシロ事件のように、新規参入時にマーケティング費用によって説明のつく程度の内外価格差がある場合に行われる並行輸入の阻害は認められるべきである。

法的・経済的に我が国の市場と同視できない国からの並行輸入の阻害や、新規参入時に並行輸入が行われる場合におけるその阻害は、ただ乗りの防止として説明される。並行輸入品が安いのは、並行輸入業者の効率性の表せではなく、単に輸出元となる国の価格が、競争とは無関係な何らかの事情で低く抑えられているというだけの理由である場合、そのような並行輸入は、輸入総代理店のマーケティング費用へのただ乗りである。この場合にまで並行輸入を利用して内外価格差を縮小させることは、公正な競争の維持という独禁法の目的を超えている。また、多大なマーケティング費用が必要とされる新規参入時には、並行輸入を阻止することの合理的根拠が認められる。新規参入時に行われる並行輸入の阻害につ

259) 我が国では、並行輸入が国内の競争の活発化のために用いられているが、これと多少類似した手法として、ドイツで行われている比較市場の分析が挙げられる。ドイツでは、市場支配的地位の濫用の規制において、国内に比較可能な競争的な市場が存在しない場合、外国市場を比較の対象として分析が行われる。しかし、この分析においても、法的・経済的に同視できない市場は比較の対象から除外される。

いていえば、参入がもたらすブランド間競争の促進効果と並行輸入の阻害によるブランド内競争の制限効果の比較検討が必要なことは、指針も示唆しているところである²⁶⁰⁾。

そして、ただ乗りの防止という理由で並行輸入の阻害が認められるのは、以上の二つの場合に限定されるべきである。しかし、ただ乗りの防止という理由が違法性の判断において考慮されるとしても、ただ乗りの阻止の結果もたらされるブランド間競争と、ただ乗りの阻止の結果阻害されるブランド内競争の複雑な比較考量は行われるべきではない。並行輸入の阻害は、ただ乗りの防止という目的で行われていると説明される場合であっても、過剰なマーケティング費用や高過ぎるマージンの結果高価格が設定されている場合がほとんどであるため、個々の場合に厳密な比較考量を行えば、予測可能性が低くなり、法的安定性が損なわれるからである。そのため、ただ乗りの防止という理由で並行輸入の阻害が認められるのは、上記の二つの場合に限定されるべきである。ここでスイスの、法的・経済的に同視される国についての解釈と、新製品の導入時、ブランド内競争の制限が必ずしも反競争的ではない場合にのみ並行輸入の阻害を認める方法が参考となる。

これに対して、並行輸入品の直接・間接の取扱い制限には手段の不当性は認められない。競争減殺のおそれが認められる場合のみ違法と解し、一般指定13項が適用されるべきであると考え。輸入総代理店に、並行輸入品の販売のために自己が開拓した販売網を開放する義務を負わせるのは妥当ではなく、並行輸入品の取扱いが制限された結果、並行輸入業者が代替ルートを見出せなくなる場合のみ違法とすべきであるからである。ブランド力にただ乗りする並行輸入業者にとって、量販店等の販売先を自力で開拓することは比較的容易であると考えられ、この程度の販売努力が要求されるのは当然である。

以上の違法性の判断基準は、WTO体制の下で知的財産権の消尽問題に統一的

260) 総代理店に関する独占禁止法上の指針の序章の第二の2。同様に、新規参入によるブランド間競争の促進効果を相殺して余りある積極的な価格維持目的が認定された場合に公正競争阻害性が肯定されるとする説として、渋谷前掲論文257、213頁。

な基準が確立され、さらに国際的な競争法規が制定されるまでの過渡的なものであるが、これらの問題の解決の見通しが立っていない現在、中期的に妥当な基準であると考ええる。

知的財産法と独禁法の関係については、以下のように考える。スイスでは、並行輸入の阻害が知的財産権者の権利の行使である場合、これにカルテル法を適用しないというカルテル法3条2項の規定がある。この規定に基づき、通説・判例は、並行輸入の阻害に関しては、スイスと法的・経済的に同視できる国から輸入されており、かつ内外価格差が著しい場合にのみカルテル法が適用されると解釈している。これに対して、我が国では、知的財産権独禁法の適用除外規定である21条と関連した並行輸入の議論が進んでおらず、知的財産権の行使に対する独禁法の適用の限界が明らかにされていないため、並行輸入の阻害に対して独禁法が過度に適用されないように配慮する必要がある。

しかし、知的財産権が消尽するか否かにより独禁法上の違法性が決まる²⁶¹⁾とするのは適切ではない。そもそも権利が消尽するか否かは、知的財産法の解釈から導き出されるものではなく、我が国の経済に及ぼす影響を広く考慮した政策設計に基づき決定されている。我が国では、水際規制に過度の負担を課さないために明白な基準が必要とされることや、水際規制により差し止められてしまうと、その差し止めが独禁法違反であったとしても、その被害の回復が困難または不可能となること等に照らして、特許権や商標権は広く消尽するとされている。ここでは、権利が消尽した結果当該商品の並行輸入の阻害が直ちに独禁法違反となることは想定されていない。権利が消尽し、知的財産法に基づき並行輸入の差し止めができない場合であっても、契約によって並行輸入を禁止することは可能であり²⁶²⁾、これが新規参入を容易にするような場合、違法とする必要はない。

これとは反対に、権利が消尽しない場合、すなわち知的財産法に基づき並行輸入の差し止めが可能であるが、並行輸入の阻害が独禁法違反である場合に、問題が生ずる。本稿は、独禁法21条の文理解釈と、価格設定の自由の観点から、並

261) このように考える説として、渋谷前掲論文注13、79頁。

262) 並行輸入の禁止は個別に契約に基づき行われれば良いとして、国際消尽理論の採用を提唱する説として、長岡前掲書注48、153-154頁。

行輸入の阻害の規制による市場価格への介入が認められる場合を最小限にするという立場に立ち、知的財産権が独禁法に優先すると考えられる。

スイスと同様、我が国では、商標に関しては、原則として国際消尽が認められているが、商標権者と当該製品が日本に輸入されるまでに関連した者との権利関係に基づき個々の状況に応じて権利が消尽するか否かが決まる。例えば、外国で締結されたライセンス契約の品質維持条項に違反して製造された製品の日本への流入は、商標権に基づき阻止できる²⁶³⁾。知的財産権が優先するということは、このような場合、同時にこれ以外のルートでも並行輸入が行われており、かつ先に提唱した、国際市場から日本市場を分断し外国からの競争の阻害に当たる並行輸入の阻害を違法とする基準に照らして違法とされる並行輸入の阻害が行われている場合、商標権に基づき差し止めることができる並行輸入の阻害のみが独禁法上適法とされるということである。独禁法違反行為を行う事業者の知的財産権も保護されるべきであるからである。

特許に関しても同様に考える。国内消尽のみが認められているスイスと異なり、我が国では、黙示的実施許諾論が採用されている。特許権者と譲受人が、日本では販売しないことに合意し、譲受人と転売者もこの点に合意しており、製品にこれが明確に表示されている場合、並行輸入の差止めが可能である。このような消尽理論は、競争への影響と無関係に当事者の恣意により権利の消尽を決定する。そのため、我が国と法的・経済的に同視できる市場と我が国の市場間の商品の流通を阻害することによって競争が阻害されないように、黙示的実施許諾論には限定が加えられるべき²⁶⁴⁾である。このような修正は、商品の輸出元に基づく区別であるため、TRIPs協定の3条違反とはならず、また、特定国を優遇する措置でもなく同協定4条違反ともならないため、同協定6条に合致する²⁶⁵⁾。特許法にこのような競争政策上の修正が加えられた後は、特許法が独禁法に優先するとみ

263) 最判平成15・2・27民集57巻2号125頁。

264) 同様に、黙示的実施許諾論によれば、並行輸入の阻害が容易になるという点を問題視し、この理論を排斥するために法改正が必要であるとする説として、渋谷前掲書注36、85頁。

265) 本稿第三章第二節第二款参照。

て差し支えない。

第三節 小括

我が国の規制には、二つの問題がある。第一に、並行輸入の阻害行為が「価格を維持するために行われる」というあいまいな要件さえ満たされれば違法とされる点である。第二に、知的財産法と独禁法の関係が明らかにされていないため、独禁法が過度に適用されるおそれがある点である。これらの問題を解決するために、本章では、以下の提言を行った。第一の点は、並行輸入品の仕入れの阻止については手段の不当性に着目し、一般指定15項を適用し、並行輸入品の取扱い制限については、並行輸入品は通常ブランド力のある、販路を容易に開拓できる商品であり、並行輸入の阻害の実効性は低いと考えられることから、競争減殺のおそれを要件とする一般指定13項を適用することにより解決できる。15項の適用に際しては、行為者の価格設定の自由という観点から競争阻害性を考慮し、適用に限定を加える必要がある。具体的には、我が国と同等の競争条件が満たされていない外国市場から並行輸入品が流入する場合、及び新規参入にあたり多大なマーケティング費用が必要とされ、これが内外価格差の原因である場合、並行輸入の阻害は適法とされるべきである。このような競争阻害性の有無の判断は、13項の下で違法性判断においても行われるべきである。第二の点は、独禁法の過度の適用の弊害が大きいことから、知的財産法が独禁法に優先すると考えることにより解決すべきである。

むすびにかえて

一般指定15項の適用による並行輸入の阻害に対する過剰な規制の危険は、多くの学説により指摘されてきた。この危険は、ミツワ事件において現実となった。この事件では、中国からの並行輸入が違法とされた結果、供給者は我が国の輸入総代理店契約を解除し自ら子会社を設立し輸入販売を行わせ、親子会社間の

* 本稿は、筆者が日本学術振興会の特別研究員であった2004年に、スイスのチューリッヒ大学のツェヒ教授の研究室の客員研究員として行った研究に基づいている。お世話になった方々に感謝を申し上げる。

取決めに独禁法19条が適用されないことを利用して、合法的に並行輸入を阻止できる体制を整えた。本件で阻害されたような極端に安い途上国からの並行輸入品の流入は、ブランド内競争を促進させるどころか、これを阻害しようとする供給者の垂直統合を促し、参入障壁を上昇させると同時に、ブランド内競争をむしろ抑える。我が国への並行輸入は、我が国の物価高を当該製品に関して一時的に緩和する効果を有するが、並行輸入品の価格が我が国の商品より低いという点のみに着目して行う規制は市場価格への介入であるばかりか、長期的に我が国の市場への参入障壁を上昇させ、市場を反競争的にする。同時に、並行輸入元となり得る国の価格を上げ、世界的な厚生を低下させる場合もある。そのため並行輸入品の価格が低いという点のみに着目した規制は見直されなければならない。

2003年に行われたカルテル法の改正により並行輸入の阻害に対する規制を強化したスイスにおいては、並行輸入品の仕入れの阻止は原則違法としつつも、法的・経済的にスイスと同視できない市場からの並行輸入品の仕入れの阻害は原則違法であるが、法的・経済的にスイスと同視できない市場からの並行輸入の阻害、及び新製品の導入時に行われる並行輸入の阻害はカルテル法上違法ではない。このように、過剰な規制とならないように配慮が施されている。そして、違法性の判断基準も複雑にならないように、実質的に、原則違法に対する例外はこれら二つの場合に限定されている。

本稿では、スイス法と比較して、我が国では、違法性の判断基準が不明確であり、過度な規制が行われているため、規制が我が国の市場への参入障壁となっていることを指摘した。そして、このような弊害を取り除くために、これに代わる違法性の判断基準を提案した。この基準では、我が国と同等の競争状態とみなすことのできる市場からの並行輸入によりブランド内競争が促進される場合にのみ並行輸入の阻害は違法とされる。この判断基準に基づき、現在の過剰な規制に歯止めがかけられるべきである。