

## 2 3 商標品の並行輸入制限行為の規制における自由移動規定と競争法

特別研究員 青柳 由香

本報告は、知的財産権に関する並行輸入の判例を中心に検討することにより、EC法における自由移動規定と競争法の関係を明らかにすることを目的とする。EC条約は、ECの経済的および社会的な目的を達成するための最も重要な手段として域内市場を用いる。この域内市場を実質的に機能させるためのルールの中核にあるのが、自由移動規定と競争法である。条文上、両法制度は異なる規制対象を予定しているようであるが、事案によっては両者の重畳的な適用が見られる。本報告では、商標品に関する並行輸入の判例を題材として、ECJによる判例法理の構築を初期の段階から検討する。これにより自由移動規定および競争法の適用の背景にあるECJの理解を検討し、並行輸入行為の規制を通じた域内市場の実質的機能の確保における両者の関係・機能を明らかにする。

### はじめに

本稿は知的財産権に関連する並行輸入について、自由移動規定と競争法が重畳的に適用される範囲における両法制度の機能を検討することを目的とする。

域内市場の統合を目的のひとつとする欧州共同体（EC）における基盤となるルールとして自由移動ルールがある。これはECの加盟国の領域からなる域内市場において、加盟国に対して関税および非関税障壁を原則として禁止するものである。すなわち関税に限らず、加盟国間の国境をモノ・人・資本・サービスが移動することを阻害する制度を加盟国に対して禁ずるものであり、これによりEC域内においてモノ・人・資本・サービスが自由に移動することを可能となりここに単一の市場が創設されるのである。

このように域内市場の基本的なルールは自由移動原則である。さらにこれを補完するものとして競争法がある。競争法は、一般的に市場における競争を制限するような行為を規制することをその目的とし、公正な競争に基づいて市場が機能するようにするルールである。EC競争法は、共同行為および単独行為で競争制限的なものを規制する点において、米国反トラスト法や日本の独占禁止法と軌を一にするが、域内市場の機能を阻む行為を競争法違反として規制する点において特有の性質をもつ。

これら2つの異なる性質を持つルールが、欧州共同体においては域内市場の形成のために用いられており、競争法が自由移動ルールと共に市場統合を推進する機能を果たすことは夙に指摘されてきたところである。だが、日本において、自由移動ルールおよび競争法のそれぞれについて紹介・検討をする論稿

はこれまでに少なからずの先行研究が見られるところであるが、両者の関係を論じることはこれまでなされなかったようである。そこで、本稿では、両制度についてそれぞれの機能を検討し、その関係がいかなるものかを明らかにすることを目的とした。

さりながら、上述の問題意識についてすべての分野において行うことは難しく、自由移動規定と競争法の関係を検討するに当たり、対象を限定する必要がある。というのは、自由移動ルールはモノ・人・資本・サービスの4つを対象とし、さらに競争法も様々な行為類型を対象としており、両者ともに適用対象が広い。そこで、本稿では、商標品の域内の並行輸入の制限行為に対する自由移動ルールおよび競争法の適用に対象を絞った。

### 自由移動規定と競争法の概観

章では、商標品の並行輸入制限行為に適用されるルールである自由移動規定と競争法の概観を得た。ECは多様な経済・社会的な政策目標を有するが、域内市場はEC条約においてその主たる手段として位置づけられている。そのように重要であると考えられている域内市場が実質的に機能することを確保するために、条約は自由移動規定と競争法を規定している。

#### 1. 自由移動規定と競争法の位置づけ

両法制度の重要性は以下のように理解される。

自由移動規定は（原則として）加盟国レベルで形成される貿易障壁を撤廃することを目的とする。域内市場の定義に用いら

れているように、域内において貿易障壁を撤廃して、モノ、人、サービス、資本の自由移動の確保をはかる自由移動に関する規定は、域内市場の形成に不可欠であると考えられている。

また、EC 競争法の機能は、公正競争の確保、市場統合の確保、という2通りであると考えられる。本稿の射程において特に問題となるのは、後者である。事業者が様々な方法(単独行為、または共同行為)によって域内市場における市場分割を図ること(多くの場合に国境に沿って市場を分断することがみられる)は、自由移動に対する実質上の障壁を形成することに他ならない。そのため、そのような事業者による市場分割は場合によっては競争法により規制されている。

このように市場統合の促進、および、域内市場の機能の確保において、自由移動規定と競争法とが両輪として域内市場法の中核としての役割を果たしていると位置づけられる。

## 2. 規定の概観

自由移動規定と競争法 81 条は、いずれも禁止規定と例外規定から構成されている点で共通である。しかし、例外規定において、自由移動規定においては当該措置の目的を理由とする正当化事由として規定されており、そこであげられている正当化事由は限定列举である。これに対して競争法では問題とされる行為が一定の要件を充たす場合に競争促進効果を理由とする適用免除として規定されており、当該行為の目的の内容自体に 30 条にみられるような制限は課せられていない。

しかし、他方で、規定の文言および判例法理によるいくつかの相違が見られる。

まず、条文上、自由移動規定と競争法では、その規制対象である名宛人に違いがある。条文は自由移動規定は加盟国を、競争法規定は事業者を規制対象とする。

また、自由移動規定と競争法ではその適用範囲に違いがある。すなわち、競争法の適用においては、市場に対する効果が一定の基準に満たない場合には事業者は競争法の適用を受けないという裾きりの基準(threshold)があるのに対して、自由移動規定では、*de minimis* ルールの適用は排除されているという違いである。

### 自由移動規定による並行輸入制限の規制

章では、商標品の並行輸入を制限する行為に対する自由移

動規定の適用について、判例法理を整理した。

### 1. 自由移動規定と知的財産権

モノに関する自由移動規定である 28 条と知的財産権の関係は以下のように整理することができる。まず、モノの自由移動についての数量制限および「同等の効果を有する措置」(MEEs)は 28 条により禁止されている。だが、30 条に基づき、「工業的及び商業的所有権の保護」、すなわち知的財産権の保護を理由とする場合には、比例性原則に適合する限りにおいて知的財産権の行使は 28 条からの適用除外が認められる可能性がある。しかし、それが認められるのは知的財産権の固有の目的の保護の範囲内においてである。さらに、知的財産権は共同体消尽理論の適用をうける。共同体消尽理論が適用されるのは、共同体および EEA 域内において、権利者もしくはその同意を受けたものにより当該知的財産権の適用されている製品がいったん拡布された場合である。

したがって、当該知的財産権の権利者またはその同意を受けた者が、他の加盟国 (EEA 加盟国を含む) において商標品を拡布した場合には、当該権利者は知的財産権を行使して当該製品の並行輸入を止めることは認められない。

### 2. 商標に基づく並行輸入制限と自由移動

以上は自由移動規定と知的財産権一般の関係についての共同体消尽理論と固有の目的の概要である。この点について、特に商標について判例は以下のように示している。

まず、商標の固有の目的は、とりわけ商標権所有者が、当該商標により保護されている製品を最初に流通に置く目的で当該商標を使用する排他的権利を有し、また、それゆえ、当該商標を違法に使用したモノの販売により、当該商標の地位および評判を利用しようとする競争者から保護を受けることを確保することにあるという。

さらに ECJ は、商標の固有の目的を判断する際には「本質的機能」が考慮されねばならないとしている。これまでの判決において ECJ が認めた商標の「本質的機能(essential function)」は、考学上の商標機能論の主なものである 3 つの機能に対応している。それは、出所識別機能(origin function)、品質保障機能(quality function)、宣伝広告機能(advertising function)である。

上述の理解に基づき、以下では、共同体消尽と固有の目的についての判例法理を手がかりに、自由移動規定の機能について

検討する。

### 3. 判例の検討

本節では、行為類型ごとに商標品の並行輸入に対する商標権の行使が30条との関係でどのように取り扱われるか検討した。自由移動規定について、これまで自由移動規定について、域内市場における4つの自由移動を促進する機能に主眼がおかれて検討されてきたが、果たしてそれだけだろうか。この点に問題意識をおきながら判例を検討したところ、以下のような結果が得られた。

#### 自由移動を確保する機能

自由移動規定の第1の機能は自由移動の確保にある。商標権に対する28・30条の適用についての判例から以下のことが明らかになった。

28条および30条の文言は、知的財産権に対して自由移動規定を適用できない旨を規定している。しかしながら、国内法に基づく商標権の並行輸入に対する行使は、国境に沿って域内市場を分断することと同様の効果を有している。そこでECJは知的財産権について「存在」と「行使」の二分法という概念を新たに創出し、知的財産権の行使に対する自由移動規定の適用を可能とする判例法理の基盤を形成した。このことはECJが28条に対して自由移動の確保を強く要請していたことを示している。

さらに判例は、商標品の並行輸入に対する商標権の行使であっても、30条に基づく28条からの適用除外は一定の要件を充たした場合にのみ認められるとする。すなわち、権利は、商標権者またはその同意を得た者が商標品を拡布することによって消尽する。

このようにECJは消尽理論を導入することにより、権利の「行使」においても30条による正当化が認められる範囲は制限的に認めるのみである。

以上より、知的財産権の行使を制限的に捉えるという点で、28・30条について、域内市場における自由移動の確保という自由移動規定の役割を重視したものであると理解される。

また、一連の再包装に関する判決では、一定の場合には商標権者による権利行使が正当化されることが示された。しかし、その後のBristol-Myers Squibb v Centrafarm判決、およびMerck v Paranova判決において「有効な市場アクセス」のために必要である場合には並行輸入業者による再包装に対して権利を行使することは、「加盟国間の人為的な市場分割」に該

当するとされた。商標の付け替えの事案においても、「有効な市場アクセス」の議論を採用している。

ここで注目されるべきは、自由移動規定が達成しようとするのは単なる自由移動(=「市場アクセス」)ではなく、その有効性を求めているところである。オリジナルの商標品の状態での自由移動のみではなく、それがホスト国における流通に適する形で販売されることまでを求めている点に特徴がある。

#### 競争の基盤を形成する機能

ECJは共同体内において商標権者またはその同意を得た者が商標品を拡布すると権利は消尽するという共同体消尽理論を形成した。しかし、同時にECJは一定の場合には商標権が消尽しないという余地を認めている。すなわち、商標品をいったん拡布した後であっても、商標の本質的機能からなる固有の目的については消尽しないとの判例法理が形成されている。判例は商標の固有の目的について、学説で主に言われる3つの機能(出所表示機能、品質保証機能、宣伝広告機能)のすべてを商標の「本質的機能」であり固有の目的に該当するとしている。

しかしながら、たとえ「本質的機能」(=「固有の目的」)の保護のためであっても、すべての場合に商標権の行使が正当化され28条の適用を免れるわけではない。

ECJはHAG II判決において、「共通起源の法理」を覆している。その理由として、特定の品質を顧客に提示し、また製品の出所について示すことを可能とする商標が、条約が設立し維持しようとする「歪められない競争制度」に不可欠であるとす。それ故に、たとえ「共通起源」を有する同一の商標であっても、自らの出所表示機能と品質保証機能が害されるとして商標権を行使して商標品の輸入の差止をすることは、30条により正当化されるとECJは判断する。

ここで、ECJは条約が設立し維持しようとする「歪められない競争制度」を確保するために、自由移動規定の適用範囲を狭めたと解される。逆に言えば、自由移動規定の適用の是非の解釈において、「歪められない競争制度」という競争市場基盤の確保も考慮されていることがHAG II判決により示されたといえる。

### ・競争法81条による並行輸入制限の規制

章では、商標品の並行輸入を制限する行為に対する競争法の適用について、行為類型ごとに判例法理を整理した。以下の

ような ECJ の理解が得られた。

Consten & Grundig 判決において、商標品に対する並行輸入制限についての事業者間の合意は、競争法の適用の対象となることが明らかにされた。

競争法の適用において競争制限性の認定は「意図」または「効果」を基準になされる。この点は商標品の並行輸入を制限する行為に関する判例では、商標権に対して一定の考慮がなされているようである。その場合、商標権が単独の場合と並存する事案においては異なる取扱いがなされているようである。

Nungesser 判決は Consten & Grundig 判決で示された判断を一步進めた判決である。Consten & Grundig 判決は商標権の譲渡を介した地域制限を違法とした。これに対して、Nungesser 判決は開かれた排他的ライセンスは当然違法ではないとしている。これはライセンシーに排他的権限を与えることによって、当該事業者が負う新規市場参入のリスクを低減し、ライセンスの促進を図る必要があるとの知的財産権についての ECJ の理解に基づくものである。このように知的財産権のライセンスの競争法上の評価において、知的財産権の利用において生じる一定の競争制限効果を許容する立場を ECJ はとっているといえる。

しかしながら、同判決において ECJ は絶対的排他的ライセンスは違法であるとしている。すなわち、並行輸入を制限するようなライセンス関係の構築は競争法に違反するというのである。このように、権利者が（実質的に）単独の場合には、並行輸入による市場への参入（＝モノの自由移動）が害される場合には知的財産権についての考慮はなされていない。

権利者が並存する一連の判決において、商標権を行使して並行輸入を制限することは原則として競争法に違反しないということが示された。Ideal Standard 判決は、自主的な権利の譲渡に基づく場合であっても、当該商標に基づく市場の分割は当然違法ではないとの判断が示されている。

本来、競争法 81 条においては競争制限の「意図」または「効果」が認められれば、事業者の行為は司法によって規制の対象となる。しかしながら、Ideal Standard 判決の事案では、商標の譲渡により市場が分割されるという「効果」は認められているにもかかわらず、ECJ はそのような効果のみでは違法とはされないとしている。

これに対して、同判決において ECJ は「背景、譲渡の背景にある係わり合い、当事者の意図、および譲渡の約因」について検討することにより、競争法の適用の是非が判断されるとし

ている。

この点については、その後に示された BAT 判決も同様である。BAT 判決は地理的ではなく製品市場の住み分けに関する合意の事例であるが、ECJ は商標の混同または衝突を回避する意図でなされる場合であって、当事者の双方の利益になるのであれば、商標品の製品市場を分割する合意は違法ではないとしている。しかし、その背景に競争制限的な意図がある場合には、競争法による規制の対象となるとしている。

したがって、商標権者が並存する場合には、自由移動確保のための競争法の運用は通常とは異なり「効果」のみで判断はなされず、事業者間の取り決めの「意図」によって判断がなされるところが大きいといえる。よって、その適用はライセンス等がなされ権利が並存しない場合と比べて制限的となる。

## 並行輸入制限規制における自由移動規定と競争法の機能：学説の検討

本章では、自由移動規定と競争法の関係についてみられる見解の対立を整理、検討した。

条文上、自由移動規定と競争法では、その規制対象である名宛人に違いがある。条文は自由移動規定は加盟国を、競争法規定は事業者を規制対象とする。しかし、知的財産権が適用された製品の並行輸入を制限する事業者らの行為に対して自由移動規定を適用した事案を契機に、両法制度の規制対象（名宛人）の理解について学説の対立が見られるようになった。この根底には自由移動規定と競争法の目的についての理解の相違がある。

包括適用説は自由移動規定と競争法の条文上の名宛人の範囲から、一定の行為について規制の欠缺が生じることに対処するべく Pescatore によって提唱された立場である。これに対する批判として Marengo が示したのが分離適用説である。

包括適用説は、自由移動規定と競争法は条文上、名宛人をそれぞれ加盟国、事業者としているが、実際の適用においては事業者も自由移動規定の適用を受け、また加盟国も競争法の規制を受けるとするものである。

これに対して、分離適用説は、条文の文言に従って自由移動規定は加盟国を、競争法は事業者を適用対象とする理解するものである。

両説の間では、規制対象についての相違のほか、自由移動規

定と競争法の両制度の目的の捉え方に違いが見られる。両制度は自由移動の確保において共通の目的を有すると理解する点では包括適用説と分離適用説は共通する。しかし包括適用説は、自由移動規定と競争法とはその究極の目的を一にし、その影響が解釈にも見られると解する点に特徴がある。

## ．おわりに

本章では、 ． 章において検討した自由移動規定および競争法が適用された商標品の並行輸入を制限する行為についての判例について、学説と照らして再検討を行い、結論として以下を得た。

ECにおける商標品の並行輸入を制限する行為について、自由移動規定と競争法の両法制度が重疊的に適用されうることについては異論はない。

しかし、自由移動規定と競争法の規制目的については再検討の余地がありそうである。学説の対立は以下の通りである。両者の規制目的について、包括適用説は自由移動規定と競争法の目的を一元的に捉える。これに対して、分割適用説は自由移動規定と競争法の規制目的は自由移動の確保を通じた市場統合の推進という点において重複するが、さらに競争法には競争制限的行為の規制という目的もあるとする。

では、ECJ はどのような理解を示しているか。自由移動規定に関する一連の判決からは自由移動を確保する機能を極めて重視するECJの立場がうかがえる。その契機となったのは、Consten & Grundig 判決により示された知的財産権の「存在」「行使」二分法である。すなわち、30条により28条からの逸脱が明示されている知的財産権の保護を理由とする正当化の範囲を制限した判例法理である。その後の判決において、さらに正当化の範囲を絞り込む動きが見られたことから、ECJが知的財産権の行使に対して自由移動規定をより広く適用することにより自由移動を確保する必要があると考えたことがうかがえる。

しかしながら、他方でECJは判例法理において、一定の場合には知的財産権の保護を理由として28条からの正当化が認められることを明らかにしてきた。本稿の射程においては、商標の本質的機能をその固有の目的として、制限を付けつつも30条による正当化を認めている。殊に、ECJはHAG II判決において商標の出所表示機能および品質保証機能が「歪められ

ない競争制度」に不可欠として、「歪められない競争制度」に基づく域内市場を念頭に置きつつ判断をした。同判決においてECJは自由移動規定を適用していない。このようなECJの判断は、商標により市場秩序が形成され、それに基づいて競争が行われるという理解に基づくものであろう。また、同様の判断がIdeal Standard判決にみられることから、ECJは自由移動規定の解釈において、競争の概念を導入しており、事案によって自由移動規定を適用しないという形で競争秩序の形成に寄与していると理解できる。すなわち、自由移動規定の目的もしくは機能について、ECJは自由移動の確保のみならず「歪められない競争制度」を確保することも消極的に要請していると理解される。

また、ECJが競争法の規制目的として競争のみではなく自由移動をも意図していることは、競争法の適用において文言が市場分割の禁止を例示していること、およびその判例法理からも明らかである。ただし、競争法の適用は競争制限的な行為のみを対象としている。

以上のような判例法理の整理に基づくと、商標品の並行輸入の制限行為における自由移動規定と競争法の規制目的についてのECJの理解は次のように整理できる。両法制度はそれぞれ主たる規制目的を持つ。しかし、競争法においては、市場分割により自由移動を妨げる行為は競争制限的な行為であれば、そういった行為の規制は競争法の主たる目的に該当するといえる。また、自由移動規定においては、主たる目的は自由移動の確保であるが、条文の解釈において競争秩序についての概念が導入されており、その規制目的はより広い意味での域内市場の実質的な機能の確保にあるといえる。このようなECJの理解は、包括適用説による規制目的の理解により近いと考えられる。