

《論 說》

選択的流通制度における正当化事由

渡 辺 昭 成

1. 本稿の目的
2. 垂直的協定ガイドライン
3. Coty 事件判決
4. Copad 事件判決
5. L'oréal 事件判決
6. Perfumes Christian Dior 事件判決
7. 結語

1. 本稿の目的

本稿の目的は、高級ブランド品とされる商品に関する選択的流通制度に関し、EUにおける判例を参考に、公正競争阻害性が認められないとされる、ないし、正当化される基準について検討することにある。

選択的流通制度とは、流通取引慣行ガイドラインにおいて、「事業者が自社の商品を取り扱う流通業者に関して一定の基準を設定し、当該基準を満たす流通業者に限定して商品を取り扱わせようとする場合、当該流通業者に対し、自社の商品の取扱いを認めた流通業者以外の流通業者への転売を禁止すること」とされ、「商品を取り扱う流通業者に関して設定される基準が、当該商品の品質の保持、適切な使用の確保等、消費者の利益の観点からそれなりの合理的な理由に基づくものと認められ、かつ、当該商品の取扱いを希望する他の流通業者に対しても同等の基準が適用される場合には、たとえ事業者が選択的流通を採用した結果として、特定の安売り業者等が基準を満たさず、当該商品を取り扱うことができなかつたとしても、通常、問題とはならない」とされる⁽¹⁾。また、上記基

準について、「販売方法の制限には『当該商品の適切な販売のためのそれなりの合理的な理由』を、選択的流通制度には『消費者の利益の観点からそれなりの理由』を要求するという区別」がなされていること疑問を呈しながらも、選択的流通制度について、「メーカーからみて意味のある基準という要請からすれば、なんらかの義務を負う小売業者を選別することは当然の要請であり、「そのためには、製品を購入した流通業者がそれを誰に販売するかは自由であるべき」という考え方を捨て去らないといけな」らず、「選択的流通制度とは、客観的基準により取引先を選別することで成立する制度であり、取引先選択の自由の行使であり、取引先に関する制限にはほかならない」⁽²⁾とし、EUの考え方を参考として、わが国での違法性判断基準を具体的に示すものがある⁽³⁾。また、EU司法裁判所 Coty 事件判決⁽⁴⁾について、「高級ブランドの供給業者は、認定販売業者に対して、アマゾンのような第三者のプラットフォーム上での販売を禁止することが可能である」、「高級ブランド商品にかかる選択的流通制度は高級ブランドイメージの維持を主たる目的として生まれたものであり、次の条件を満たす限り、欧州機能条約(TFEU)第101条(競争制限的な協定、決定、協調行為の禁止)に違反するものではないと判断した」として、「①再販売業者が質的な性質に関する客観的基準に基づき選択されている場合であって、かつ、当該基準はすべての潜在的再販売業者に統一かつ無差別に適用されるものであること ②当該基準は、目的を達成するのに必要な範囲を超えていないこと」、「高級ブランド商品の性質は、単なる物的性質ではなく、当該商品に贅沢な雰囲気を与える、魅力ある高級なイメージを持つものである」と述べ、さらに、「消費者はその雰囲気があることから他の同様の商品と区別できるという点において、それは当該商品に必要な不可欠の側面であるのだから、贅沢な雰囲気を損なわせることは当該商品の実質的な性質に影響を与えるとした」とされ、高級ブランド品の選択的流通制度が認容されたと考えられる例として紹介されている⁽⁵⁾。

その中で、本稿は、第一に、Coty 事件判決について、先例との整合性を考えると、第三者のプラットフォームの使用をブランドイメージを損なうとして一律に禁止することが必ずしも EU 機能条約101条1項の適用対象外とされることとはならないと考えられ、その射程範囲は限定されるとみるべきであることを提唱する。第二に、EU における判例を参考として、日本法の解釈において高級ブランド品およびその他の商品に関する選択的流通制度が、公正競争阻害性がないとされる、ないし、正当化される場合とはどのような場合かということを検討することとする⁽⁶⁾。

2. 垂直的協定ガイドライン

Coty 事件判決を検討する前に、本章では、EU の委員会の垂直的協定ガイドライン⁽⁷⁾における選択的流通制度に関する考え方について紹介する。以下にみられるように、委員会は純粋に質的な基準により取扱業者が選定される選択的流通制度については、一定の要件を満たした場合には当事者のシェアに関わらず TFEU101条1項の適用対象外となるとし、また、その他の基準が設けられている場合であっても選択的流通制度を用いている事業者およびその相手方のシェア、並びに、同様の制度を用いている事業者の累計シェアが一定限度を超えない場合には、TFEU101条3項に基づき適用免除の対象となるとしている⁽⁸⁾。

(174) 選択的流通協定は、排他的流通協定と同様に、取り扱いが認められる流通業者の数を制限するとともに、再販売の可能性を制限するものでもある。排他的流通協定との差異は、流通業者の数の制限が地域の数によるものではなく、当該商品の性質に基づく選択基準によるものであることである。その他の差異は、排他的流通協定は再販売の禁止が当該地域での積極的販売の禁止を意味しないのに対し、選択的流通協定は取り扱いが認められていない流通業者へのすべての販売が禁じられ、他の取り扱いが認められた流通業者および最終消費者にのみ販売をするこ

とができるということである。選択的流通協定は、ブランド力がある最終商品に用いられることが多い。

(175) 想定される競争へのリスクは、ブランド内競争の減少であり、特に、その累積的効果により、一定のタイプの流通業者が排除され、競争が緩和され、供給業者間ないし購入者間の協調が促進されるということである。TFEU101条1項のもとで、選択的流通協定の反競争的效果を予測するためには、純粋に質的なものと量的なものとの間の区別が必要である。純粋に質的な選択的流通システムは、販売員の訓練、販売場所で提供されるサービス、販売される商品の幅といった商品の性質によって必要とされる客観的な基準に基づいて流通業者を選択するものである。このような純粋に質的な選択的流通システムは、一般的に次の3つの条件を満たした場合には、反競争的效果がないとしてTFEU101条1項の適用対象外となる。第一に、当該商品の性質から、選択的流通システムが必要とされる、つまり、そのシステムがその商品の品質を維持するため、ないし、その適切な使用を確保するために当該商品の性質に関して正当な理由となるということである。第二に、再販売業者は、質的な客観的な基準に基づいて選択されなければならない、その基準は将来の再販売業者に対しても適用され、また、差別的なものであってはならない。第三に、当該基準は必要な範囲を超えてはならない。

(176) たとえ、非競争的ないし排他的流通のような垂直的制限を伴っていたとしても、取り扱いが認められている流通業者の間での積極的販売および最終消費者への販売が禁じられていない限り、質的および量的な選択的流通システムに対しては、供給者および購入者の市場シェアが30%を越えない場合に一括適用免除となる。しかし、当該商品の性質が選択的流通システムを必要としない、または、少なくとも実店舗を持つことや特別なサービスの提供をすることを必要としないにもかかわらず、それらを求める場合には、当該選択的流通システムは、ブランド内競争の重大な減少と均衡するような十分な効率性をもたらさない。した

がって、反競争的な効果が生じた場合には、一括適用免除は撤回される。

(179) 一括適用免除規則は、個々のネットワークに適用されるが、一括適用免除の撤回は、累積的効果の考慮により行われる場合もある。しかし、累積的効果は、選択的流通システムが適用される市場のシェアが50%を超えない限り、適用される可能性は低い。また、たとえ50%を超えていたとしても、上位5者のシェアが50%を超えていない場合にも問題が発生する可能性は低い。しかし、上位5者の合計シェアが50%を超えている場合には問題が発生する。

(185) 選択的流通システムの利点は、輸送の規模の経済性から流通コストを削減する際に生ずる可能性があり、この利点は商品の性質に関わりなく発生するものである。しかし、そのような効率性は通常、非本質的なものである。重要なのはフリーライダー問題を解決すること、ブランドイメージを構築することである。当該商品の性質が問題であり、一般的に新商品、複雑な性質を持つ製品、その質が消費される前は判断が困難である商品、および、たとえ消費された後であってもその質の判断が困難である商品においてこのような効果が発生する。また、選択的流通システムに取扱いが認められた流通業者を近隣に店舗を開設する他の取扱いが認められた流通業者から保護する地域条項が加わることにより、流通業者によって行われる特殊関係投資を保護するために必要不可欠である場合には、TFEU101条3項が挙げる要件を満たすこととなる。

3. Coty 事件判決

上記のように委員会は、選択的流通制度は、ブランド間競争を減少させるとしながらも、フリーライダー問題の解決すること、ブランドイメージの構築といった競争促進効果を挙げ、その中で純粋に質的な基準によって取引業者を選択するものについては上記パラグラフ175において述べられた3要件を満たした場合には101条1項の適用対象となるとしている。このような考え方のもとで、上記で紹介したCoty事件は、高

級化粧品に関する選択的流通制度が問題となり、フランクフルト高等地方裁判所が先行判決を求めたものである。以下では、事実の概要、判旨を紹介した後に、検討を行うこととする。

(1) 事実の概要

原告である Coty 社は、ドイツにおいて高級化粧品を販売している。Coty 社は、特定のブランドの商品を、選択的流通ネットワークを経由して販売している。被告である Akzente 社は、長年にわたり、Coty 社に商品の取り扱いを認められた販売業者として、店舗およびインターネットを通じて、Coty 社の商品を販売している。インターネット販売の一部は自らのオンラインストアにおいて、その他はアマゾンのサイトを通じて行われている。

店舗での小売事業に関し、当該選択的流通契約においては、個々の販売業者が販売する場所について Coty 社の承認を得ることが必要であるとされており、これは、当該契約の2条に規定されたその環境、装飾、設備に係る数多くの条件を満たす必要があることを意味する。特に、当該契約2条1項、3項の文言において、「当該販売場所の装飾・設備、商品の品ぞろえ、広告、および、商品の説明により Coty Prestige ブランドの高級品としての特徴を際立たせ、かつ、高めなければならない」とされている。この基準を満たしているか否かを評価するに当たり、特に、店舗の外見、インテリアによる装飾、床、壁のタイプ、天井、家具、販売空間、照明、および、全体の清潔さ、秩序だった外観が考慮される。また、当該契約の2条1項、6項においては、販売場所における看板は、追加される文言、および、スローガンを含め、商品に限られたものしかない、その質が低い、助言の質が低いといった印象を与えるものであってはならないとし、また、小売業者の装飾、および、ショールームに悪い影響を及ぼしてはならないとしている。さらに、インターネット販売に関する補充的な合意の1条3項においては、商品の取り扱いを認めら

れた小売業者は、自らとは違う名前を使用することは許されず、また、Coty 社が承認していない第三者に関与することも許されないとしている。垂直的協定規則の施行の後、Coty 社は、選択的流通契約、および、その補充的規約を改定し、補充的規約の1条の第一補足において、Coty 社が商品の取扱いを認めた小売業者は、インターネットによる商品の提供及び販売を行う権限を与えられるが、Coty 社が認めた店舗の”electric shop window”によって行うものとされ、また、商品の高級であるという特徴は保持されなければならないとされた。また、補充的規約の1条1項、3項においては、自らとは違う名前を使用すること、及び、Coty Prestige の小売業者としてCoty 社が認めていない第三者と他者から認識される形で関係することを禁止した。

それに対して、Akezente 社は、修正された選択的流通契約への署名を拒否した。そのため、Coty 社は、上記1条1項、3項に基づき、Akezente 社が当該ブランドの商品をアマゾンを通じて販売することを禁止する判決を求めて、第一審裁判所に提訴した。

2014年7月14日の判決において、裁判所は、当該契約条項が競争制限禁止法およびTFEU101条1項に違反しているとして、請求を棄却した。その理由は、当該商品の高級なイメージを維持することを目的とすることは、Pierre Fabre 事件判決⁽⁹⁾に基づき、競争を制限する選択的流通システムを導入することを正当化することはできないことであった。また、当該条項は、垂直的協定規則4条(c)において規定されるハードコア制限であるとした。さらに第一審裁判所は、当該条項は個別適用免除が覚める要件を満たさないとした。その理由は、第三者のプラットフォームを通じたインターネット販売の全般的な禁止が競争制限効果から生ずる不利益を相殺する効率性を達成することが証明されていないことであった。結論として、裁判所はこのような全般的な禁止は不必要なものであり、第三者のプラットフォームに関する質的な基準を設けるといった、より競争制限的ではない適切な手段が存在するとした。

Coty 社は、フランクフルト高等地方裁判所に控訴した。当該裁判所は、問題となった契約上の取決めが EU 競争法もとで合法か否か、確信が持てなかった。そのため、フランクフルト高等地方裁判所は、手続を中断し、以下の問題について、司法裁判所に先行判決を求めた。

- (ア)高級商品の流通をその目的とし、主に商品の「高級なイメージ」を確保することに資する選択的流通システムは、TFEU101条1項に適合しているか否か。
- (イ)小売段階において選択的流通システムのメンバーが、製造業者が定める妥当な質的基準に関わらず、インターネット販売をする際に公衆に分かる形で第三者が関与することを全般的に禁止することは TFEU101条1項に適合しているか。
- (ウ)垂直的協定期則4条(b)において、インターネット販売を行う際に第三者の事業者に関与することを禁止することはその目的において小売業者の顧客グループを制限することを禁止することを意味すると解釈できるか。
- (エ)垂直的協定期則4条(c)において、同様の禁止を行うことは最終利用者への消極的販売を禁止することを意味すると解釈できるか。

(2)判旨

①第一の問題

第一の問題は、実質的には、TFEU101条1項は、主にその高級なイメージを守ることを目的とする高級商品の選択的流通システムが当該条項に適合し得ると解釈されるべきか、ということである。TFEU101条1項のもとでは、加盟国間の通商に影響を与える可能性があり、その目的ないし効果において域内市場の競争を阻害、制限、歪曲する事業者間の取決め、事業者団体の決定及び協調的行為が禁止されている。選択的流通システムを構成する協定に関し、裁判所はこれまで、そのような取決め

は域内市場の競争に影響を与えるものであるとしている。

しかしながら、裁判所は、選択的流通ネットワークの組織は、再販売業者が質的な客観的基準に基づいて選択され、潜在的な再販売業者に対しても同様であり、かつ、差別的ではない方法で適用されるのであれば、当該商品の性質からその質の確保および適切な使用のために必要であり、当該基準が必要な範囲を超えていない場合には101条1項のもとでは禁止されないとしている(Pierre Fabre 事件判決参照)。特に、選択的流通が高級品に関して必要であるとえられるか否かという問題に関して、当該商品の品質がその物質的な性質の結果のみではなく、豪華なオーラをもたらす魅力及び信望のあるイメージの結果であり、当該オーラが消費者が当該商品を同様の商品から区別することに重要な意味を持ち、そのオーラの悪化が当該商品の実際の質に影響を与える場合について、裁判所はすでに判断をしている(Copad 事件判決⁽¹⁰⁾参照)。この点に関して、裁判所は、選択的流通システム性質および状態が、商品の品質および確かな使用に保護する可能性があることを考慮している(Copad 事件判決参照)。裁判所は特に、選択的流通システムが、商品が販売店においてその価値を高める方法で陳列されることを確保することを求め、その結果として、高級なオーラを維持することに資するとの見解をとっている。したがって、判例法からは、その性質から、高級商品はその品質および適切な使用を確保するために選択的流通システムを採用することが必要である可能性がある。

主に高級なイメージを確保することを目的とする選択的流通システムは、上述した三つの基準に則っている場合には、101条1項に適合する。

②第二の問題

第二の問題は、実質的には、高級な商品のための選択的流通システムにおいて取扱業者にその高級なイメージを保持するために、他者が認識できる形で第三者のオンラインプラットフォームを使用することを禁止する契約条項がTFEU101条1項に違反すると解釈されるべきか、とい

うことである。この問題は、高級かつ名声のある商品のための選択的流通システムにおける特定の条項の合法性に関するものである。

予備的に考慮する点として、第一の問題において検討したことから明らかのように、当該商品の性質及び特徴から、高級なイメージを保持するという目的は選択的流通システムの確立を正当化するものとなる。商品の高級なイメージを保持するための特定の契約条項は、上述した三つの基準に合致しているのであれば、TFEU101条1項のもとで合法である。

第三者のオンラインプラットフォームを使用することを禁止するような契約条項は、商品の高級かつ名声があるというイメージを保持することを目的としていること、また、証拠から先行判決を求めている裁判所は、当該条項は客観的なものであり、統一的なものであり、差別的なものではないと考えているということは先例である L'oréal 事件⁽⁴¹⁾と共通である。したがって、供給者によって、承認を受けた取扱業者が、高級な商品をインターネット販売するために他者から認識し得る形で第三者のプラットフォームを使用することを禁止することが、目的を達成する上で比例性原則に合致しているか、つまり、その目的を達成するために適切であり、かつ、必要な限度を超えていないかということ判断する必要がある。

この点に関して、第一に、自らのオンラインショップでのみ商品を販売するという取扱業者に課せられた義務が商品の供給者に、電子商取引に関して、それらの商品が自らが認めた取扱業者のみが取り扱っているという保証を与えることが重要である。このような関係性は、そのようなシステムに資源が振り向けられる際に求められる目的の一つであり、当該禁止は選択的流通システムの特徴に照らし合わせると重要な制限である。したがって、判例法から、そのような特徴は、購入な商品の高級なイメージを保持し、商品の品質を保持するための選択的流通システムを適切な手段とするのであれば、当該禁止のような制限はその効果が高

級な商品の選択的流通システムの特徴に深く関係する効果であり、商品の品質および高級なイメージを保持するものとしてみなさなければならない。

第二に、当該禁止は、高級な商品の供給者に対して、当該商品が取扱業者と合意した質的な条件に対応した環境でオンライン販売されていることをチェックする機会を与えるものである。取扱業者がこの質的な条件に従わない場合、供給者は、取扱業者に対して、契約に違反したことを理由として、訴訟を提起することが可能となる。また、供給者と第三者のプラットフォームとの間の契約上の関係が存在しないことは、供給者がその第三者に対し、質的な基準に従うことを求めることを妨げるものではあることは確かである。

選択的流通システムに属していないプラットフォームによる高級な商品のインターネット販売は、供給者が販売される条件をチェックすることができないという点において、当該商品のオンライン上でのプレゼンテーションの質の低下という危険性をはらむものであり、その結果、当該商品の高級なイメージを害し、結果としてその特徴そのものを害することとなる。

第三に、これらのプラットフォームがあらゆる商品の販売チャンネルとなっているのであれば、高級な化粧品がそのようなプラットフォームを通じては販売されず、オンラインサイトが認められた取扱業者によってのみ運営されるということは、消費者における高級なイメージに貢献することとなり、消費者が求める当該商品の主要な特徴を保持することに貢献する。結論として、高級品の供給者によって課せられた当該禁止は、商品の高級なイメージを保持するために適切なものである。また、必要最小限性については次のように考えることができる。

第一に、Pierre Fabre 事件判決を参照すると、本件条項は、取扱業者にオンライン販売を全面的に禁止するものではないということに注意する必要がある。取扱業者は、自らのウェブサイトを通じて販売すること、

および、消費者に認識されない形で第三者のプラットフォームを使用することは可能である。第二に、2016年に採用された2003年委員会によるEコマースに関する予備的報告書からは、取扱業者の商品のマーケティングにおいて、第三者のプラットフォームの重要性は高まっているものの、取扱業者の自身のオンラインショップが占める割合は90%以上である。この事実は、2017年5月の調査においても確認されている。これらの事実から、当該禁止のようなものは、商品の高級なイメージを保持するために必要なものを超えるものではないことを推測させる。したがって、本件における当該禁止は、101条1項のもとで合法である。

③第三及び第四の問題

第三及び第四の問題は、実質的には、他者が認識できる形で第三者のオンラインプラットフォームを使用することを禁止することは、垂直的協定一括免除規則4条(b)ないし(c)に該当するかということである。4条(b)は、地域制限ないし顧客の制限を目的とするもの、4条(c)は、最終消費者への積極的ないし消極的販売を制限する垂直的協定には、適用免除を行わないということを規定している。したがって、当該契約条項が、顧客を制限するものか、ないし、消極的販売を禁止するものかということの検証が必要である。

第一に注意する必要があるのは、本件において問題となっているものは、Pierre Fabre事件と異なり、インターネット販売を全面的に禁止するものではないということである。第二に、プラットフォームをオンライン上の購入者集団とすることには無理があるように思われることである。第三に、本件の選択的流通契約は、一定の条件の下では、第三者のインターネットを通じて広告活動を行うこと、オンラインサーチエンジンを利用することは可能であり、顧客は通常、取扱業者のオンラインによる販売を見つけることができることである。

したがって、特定のインターネットでの販売は制限するものの、4条(b)がいうところの当該禁止は取扱業者の顧客の制限には該当せず、ま

た、4条(c)がいうところの消極的販売の禁止にも該当せず、当該禁止は4条(b)(c)には該当しない。

(3)検討

第一の問題について、Akzente社、ドイツ政府、ルクセンブルグ政府は、この結論は、Pierre Fabre 事件判決で述べられた基準に基づいて、違法であると主張していた。

しかし、司法裁判所は、オンラインセールスを全面的に禁止することが問題となった Pierre Fabre 事件とは異なり、本件はオンラインセールスの一部の禁止が問題となったものであり、また、単なる化粧品ないし体を衛生にするための商品ではなく、高級な商品が問題となったものであるとして、Pierre Fabre 事件との差異を明らかにした。その上で、当該商品の高級なイメージを保持することを目的とする選択的流通システムは、再販売業者が質的な客観的基準に基づいて選択され、潜在的な再販売業者に対しても同様であり、差別的なものではなく、かつ、必要な範囲を超えないものではない場合には、TFEU101条1項に合致するものであるとしている。その上で、選択的流通システムが、商品の品質および適切な使用を確保する可能性があることを考慮し、特に、選択的流通システムが、商品が販売店においてその価値を高める方法で陳列されることを確保することを求め、その結果として、高級なオーラを維持することに資するとの見解をとっている。つまり、商品の高級なイメージも商品の質を構成するものであり、かつ、それは垂直的協定ガイドラインがいうところの第一要件である、当該商品の品質を維持するため、ないし、その適切な使用を確保するために当該商品の性質に関して正当な理由があるということである。また、第二の問題について、司法裁判所は、高級な商品のための選択的流通システムにおいて取扱業者にその高級なイメージを保持するために、他者が認識できる形で第三者のオンラインプラットフォームを使用することを禁止する契約条項はその質を維持す

るために必要最小限のものであるとしている。

しかし、第一の問題については、Copad 事件判決が参照されており、また、第二の問題については L'oréal 事件判決が参照されていることから、本件判旨を理解するためには両事件を検討する必要がある。

4. Copad 事件判決

本件は、Dior 社が保有する CD 商標を付した高級コルセットの製造・販売に関し、ディスカウントストアへの販売を禁止する契約に違反したライセンサーに対し、自らの商標権を主張することができるか否かが問題となった事件である。

(1) 事実の概要

商標指令5条1項から3項は、次のことを規定している。

1項 商標は、商標権者に対し、排他的な権利を付与する。商標権者は、すべての第三者が、商標権者の同意なく、取引においてその商標を次のように使用することを妨げる権利を有する。

(a) 登録された商標の指定商品・役務と同一の商品・役務に関する、同一のサイン

(b) 商標と同一ないし類似するサイン、および、指定商品の同一性ないし類似性から、公衆が混同する可能性があるサイン。混同には、そのサインと商標との関係性があると受け取られる可能性を含む。

2項 加盟国は、商標権者が、商標が加盟国において著名であり、その使用が不当に商標の他と異なる性質及び著名性を利用する場合、ないし、損害を与える場合に、すべての第三者が、商標権者の同意なく、取引において、同一ないし類似するサインを使用することを禁止するものとする。

3項 中でも、以下のことは1項、2項のもとにおいて、禁止されるものとする。

- (a) 当該サインを商品及びそのパッケージに貼付すること
- (b) 当該商品を提供する、その目的で市場に置く、ストックする、または、そのサインのもとでサービスを提供すること
- (c) 当該サインの入った商品を輸入・輸出すること
- (d) 当該サインをビジネス上の文書および広告に使用すること

また、商標指令7条は、次のように規定している。

1項 商標は、商標権者に対し、商標権者自ら、ないし、その同意の上で共同体内の市場に置かれた商品に関し、その使用を禁止する権利を与えるものではない。

2項 1項は、当該商品のさらなる流通に反対する正当な理由がある場合、特に商品の状態が市場に置いた後に変更された、ないし、悪化した場合には、適用されない。

5項 EEA 協定65条2項に基づき、1項は、EEA 協定の目的に従い、共同体内という表現は、協定当事者という表現に置き換えられる。

さらに、8条は、次のように規定している。

1項 商標は、指定商品・役務全部、ないし、その一部について、1者ないし複数の者に対してライセンスすることが可能である。ライセンスは、排他的な場合も、非排他的な場合もある。

2項 商標権者は、ライセンシーに対し、その期間、使用が認められている形式、範囲、地域、品質といった契約条項に反した場合には権利を行使することができる。

このような指令が存在する中、2000年5月17日、Dior社は、SIL社との間で、Dior社が保有するCD商標を付した高級コルセットの製造・販売に関し、ライセンス契約を締結した。このライセンス契約の8.2条第5パラグラフにおいては、次のように規定されていた。商標の名声および信望を維持するために、ラインセンシーは卸売業者、集团的購入者、ディスカウントストア、通信販売業者、訪問販売会社、私的住宅内での販売を行う業者に対し、ラインセンサーの同意なく販売せず、かつ、当

該ルールを卸売業者ないし小売業者が従うことを確保するのに必要なすべての条項を設けなければならない。

SIL 社は、経済的問題に直面したため、Dior 社に、当該商品を選択的流通ネットワーク外で販売することを求めたが、Dior 社は拒否した。しかし、SIL 社は、Dior 社による拒否があり、また、契約違反であるにもかかわらず、ディスカウントストアを展開する Copad 社に当該商品を販売した。

そのため、Dior 社は、SIL 社および Copad 社に対し、商標権の侵害を理由にフランス・Bobigny 地方裁判所に提訴した。当該裁判所は、SIL 社の契約違反は、商標権の侵害とはならず、単に契約上の責任が生ずるのみであると判示した。

また、フランス・パリ控訴裁判所は、Dior 社の控訴を棄却した。特に、SIL 社による Copad 社への商品の販売は、指令 8 条 2 項を具体化したフランス商標法の範囲内の問題ではないとした。しかしながら、当該裁判所は、SIL 社による商品の販売により、商標権が消尽されたとはしなかった。

Copad 社はそれに対し、破棄院に上訴した。その理由は、中でも、Dior 社に付与された権利は SIL 社が商品を市場に置いた時点で消尽するという点であった。それに対し、Dior 社は応訴を行い、控訴裁判所は SIL 社と Copad 社の違反行為を誤って判断したと主張した。

その結果、共同体法の解釈に疑義が生じたため、破棄院は手続を中止し、次の問題に関し、先行判決を求めた。

(ア) 商標指令 8 条 2 項は、商標権者が、商標の信望を理由として、ディスカウントストアへの販売を禁止する契約に違反したライセンシーに対し、権利を主張することができるかと解釈されるべきか。

(イ) 商標指令 7 条 1 項は、ライセンシーは、契約条項を無視し、商標権者の同意なくして商品を置く場合を含むと解釈されるべきか。

(ウ) もしそうでなければ、商標権者は、商標指令 7 条 2 項を理由とし

て、市場へのさらなる流通に反対するために当該条項を理由に提訴を行うことができるか。

(2) 判旨

① 第一の問題

第一の問題は、実質的には、ラインセンシーに対し、当該商標の信望を理由として、商標を付した商品をディスカウントストアに販売することを禁止するライセンス契約の条項が商標指令8条2項に該当するかどうかということである。この問題に答えるために。第一に、8条2項に挙げられているものが網羅的なものなのか、単にガイドランスなのかということを検証する必要がある。この点に関して、当該条項は、当該条項が単なるガイドランスであることを示すような副詞を持っておらず、「特別に」「特に」といった文言もない。

したがって、8条2項の文言は、網羅的なものであるとみることができる。

第二に、問題となっている契約条項のような条項が8条2項で述べられている条項の一つかどうかということが検証されなければならない。この点において、ライセンシーにより生産される商品の品質に関するライセンス契約の条項は、判例法によると、当該商標の本質的な機能は当該商品ないしサービスの出所を保証することであるということである。当該商標がその本質的な役割を果たし得るためには、当該商標が付された商品ないしサービスが品質に責任を持つ単一の事業者の管理のもとで生産ないし供給されることが必要であるということである。したがって、商標指令が商標権者に認めた権利を8条2項に基づいて行使することができるのは、まさにラインセンシーが契約条項に違反した場合、特に商品の品質に関する条項に違反した場合である。法務官が指摘するように、本件で問題となったような高級品の品質は、その物質的な特徴のみによるものではなく、その商品に高級品のオーラを与える魅力およ

び名声のあるイメージからも作り出されるものである。高級品はハイクラスな商品であるため、高級品のオーラは、消費者が他の類似した商品と区別することが可能となるために非常に重要である。したがって、高級品のオーラを傷つけることは、商品の実際の品質に影響を与える可能性がある。

したがって、本件においては、ライセンスによる高級品の選択的流通ネットワークに参加していないディスカウントストアへの販売が高級品のオーラを傷つける可能性があるかということが検証されなければならない。これまで裁判所は、選択的流通システムの性格および状態について、品質を確保し、かつ、商品の適切な使用を確保することとなっている（L'oréal 事件判決参照）。Dior 社と SIL の間で締結されたライセンス契約の条項のもとで商品が小売店においてその価値を高める方法で陳列されること、特に位置、広告、パッケージ、事業方針といった価値を高める方法で陳列されることを確保することを目的とする本件のような選択的流通システムを構築することは、商品の名声を高め、高級品のオーラを維持することにつながる。したがって、ライセンスによる第三者への高級品の販売は、商品の品質に影響を与え、その結果、第三者への販売を禁ずる契約条項は、商標指令 8 条 2 項の範疇にあるものである。フランス破棄院は、本件の特徴を考慮に入れ、ライセンスによる契約条項への違反が、高級品の高級なオーラに悪影響を与え、その品質に影響を与えるかということを検証しなければならない。

この点に関し、特に、第一には商標が付された高級な商品の性質、販売量、ライセンスが選択的流通ネットワークに参加していないディスカウントストアへの販売する頻度について、第二に、ディスカウントストアで通常、販売される商品の性質、ディスカウントストアで使用されるマーケティング手法について考慮する必要がある。さらに、本件における商標指令 8 条 2 項の解釈として、ディスカウントストアへの販売を禁ずるライセンス契約の条項が商品の品質に関連するもの以外の条項、

つまり、商標が付された商品の地域およびサービスの質に関連する条項と同様であるとする Dior 社の主張を用いてはならない。また、この点に関して、商標指令 8 条 2 項は、地域に言及する 1 項と関連付けられるべきであり、これらの条文の目的は、「地域」という概念は地理的な範囲であり、選択的流通ネットワークに属する販売店の集団を指すとは考えてはならない。

したがって、第一の問題に対する回答は、商標指令 8 条 2 項は、次のように解釈されるということである。商標権者は、商標の名声を理由としてディスカウントストアへの販売を禁ずる条項に違反したライセンシーに対し、その契約違反が高級なオーラを与える魅力および名声のあるイメージに悪影響を与えるのであれば、商標権に基づき自らの権利を主張しうる。

②第二の問題

第二の問題は、実質的には、ディスカウントストアへの販売を禁ずる条項に違反したライセンシーは、商標指令 7 条 1 項がいうところの商標権者の同意なく行ったものとみなされるかということである。この点に関しては、判例法上、商標指令 5 条から 7 条が商標により与えられる権利に関するルール of the complete form の調和を具体化し、その結果、商標権者の権利を限定しているということが想起されなければならない。

特に商標指令 5 条は、商標権者に対し、排他的な権利、中でもすべての第三者が商標品を輸入すること、商品を提供すること、市場に置くこと、ストックすることを禁ずる権利を商標権者に与えている。また、商標指令 7 条 1 項は、そのルールの例外を規定しており、その例外とは、商標権者自ら、ないし、その同意のもとで EEA 域内において市場に置かれた場合には、商標権者の権利は消尽するということである。したがって、5 条がいうところの排他的な権利の放棄とも言える同意が、権利の消尽における決定的な要素であり、権利の放棄という意図は不可逆的に示されていることが必要である。そのような意図は、通常、同意が明確

に示されていることから証明される。

しかしながら、判例法からは、一定の状況においては、権利の消尽は、商標権者と経済的に関係する者によって市場に置かれた際に発生する。これは市場に商品を置いた者がライセンシーである場合に特に当てはまる。このような状況下では、ラインセンサーは、ライセンシーの商品の品質をコントロールすることが可能である。したがって、判例法からは、コントロールの可能性ということが商標の本質的な機能であり、上述したように、商標が付された商品の信用につながる。

結論として、ライセンシーが商標を付した商品を市場に置いた場合には、原則として、7条1項がいうところの商標権者の同意の下で商品を市場においたとみななければならない。しかし、本件においては、ライセンス契約は商標権者の絶対的かつ条件をつけない形での同意を意味しない。8条2項は、商標権者に対し、ライセンス契約に違反したライセンシーに対し、自らの権利を主張することができることを明確に示している。加えて、第一の問題への回答が示すように、8条2項に列挙されている事項は、網羅的なものである。

したがって、ラインセンサーによる契約違反は、権利の消尽を意味せず、7条1項は、契約条項を無視して商標を付した商品を市場に置いたライセンシーは、当該条項が8条2項の列挙されている事項に該当するのであれば、商標権者の同意なくして商品を市場においたものとみなされる。

③第三の問題

第三の問題は、実質的には、ライセンシーが契約条項に違反して高級品を市場に置いたとしても、仮に商標権者の同意があったと推測できる場合に、商標権者は7条2項のもとで、さらなる市場での流通に反対する条項に基づいて権利を主張することができるかということである。既に判示したように、商標の名声に損害が生じた場合には、7条2項がいうところの原則として正当な理由であり、商標権者は高級品のさらなる

市場での流通に反対することができる。

結論として、本件のように、ライセンサーが契約条項に違反してディスカウントストアに商品を販売した場合には商標の名声に損害を与えうる、選択的流通ネットワークに参加していないディスカウントストアに対して防御をしようというライセンス契約によりカバーされる商標権者の正当な利益と、当該商品をその業界における通常の方法により商品を再販売することができるという正当な利益のバランスをとらなければならない(Perfums Christian Dior 事件判決⁽¹²⁾参照)。

したがって、破棄院は、ライセンサーによる第三者への販売が商品の品質に損害を与える可能性がなく、商標権者の同意のもので商品が市場に置かれたとみなせるかどうかを判断しなければならない。その際には、具体的な状況を考慮して、更なる高級品の市場での流通が商標の名声に損害を与えるかどうかということを判断しなければならない。この点において、特に、商標品が再販売される相手方、および、高級品が市場に置かれる具体的な状況を考慮する必要がある。

上記の考慮から、第三の問題に対する回答は、ライセンサーが契約に違反して第三者に商品を市場においているが、商標権者の同意のもとで商品を市場に置いたものと考えられる場合に、商標権者が7条2項のもとで商品の再販売を禁ずる条項に基づき権利を主張できるのは、具体的な状況を考慮した上で、再販売により商品の名声に損害を与える場合である。

(3) 判旨の検討

本件においては、商標権者が契約違反を行ったライセンサーに対し、自らの権利を主張することができる旨を規定する商標指令8条2項の解釈が問題となっている。8条2項は、上述したように、商標権者自身、ないし、商標権者の同意を得て商品が市場に流通した場合に、商品の質に関する契約条項にライセンサーが違反した場合に商標権者は、権利を

主張すること規定しているが、本件では、そこに商標品の魅力および名声が商品の状態という概念に含まれるか否かが問題となった。その上で商標品の魅力および名声は商品の質の概念に含まれ、それが害される場合には商標権者はその権利を主張することができるものの、その際にはディスカウントストアでの当該商品の販売により、商標品の魅力および名声が侵害されるかということが検証されなければならないとしている。判旨はこの点につき、当該商品がディスカウントストアへの販売される頻度、ディスカウントストアで通常、販売される商品の性質、ディスカウントストアで使用されるマーケティング手法について考慮する必要があるとしている。この点について、法務官は、単にディスカウントストアで当該商品が販売されるというだけでは当該商標の名声に影響を与えることとはならず、商品が単発的にディスカウントストアで販売される場合にはそのような影響は生じないとしている⁽¹³⁾。

また、判旨においては、ラインセンサーが契約条項に違反してディスカウントストアに商品を販売した場合には商標の名声に損害を与えるうるとして、選択的流通ネットワークに参加していないディスカウントストアに対して権利を主張しようというライセンス契約によりカバーされる商標権者の正当な利益と、当該商品とその業界における通常の方法により商品を再販売することができるという正当な利益のバランスをとらなければならないとされており、商標の名声の侵害が生じたとしても、商標権者の権利をただそれだけを理由として保護するとは述べていない。

したがって、本件のような商標権に基づく考え方を直接、商標権が問題となっていない Coty 事件判決にあてはめることには疑問が残るものの、これを当てはめるとすれば、Akzente 社が第三者のプラットフォームを使用してインターネット販売を行うことによって、Coty 社の商品が持つ魅力及び信望のあるイメージから生ずるオーラを害することとなる場合には、Coty 社は Akzente 社に対し、自らの権利を主張し、その差止めを主張することができる。ただし、その際には、頻度等を考慮し、そ

の販売によってそのオーラを害することとなるのかということが検証されなければならない。商標権者の利益とライセンシーが第三者のプラットフォームを使用してインターネット販売を行うことの利益の衡量については、後述する Perfums Christian Dior 事件における考慮の方法を参照する必要がある。

5. L'oréal 事件判決⁽¹⁴⁾

(1) 事実の概要

本件において、L'oréal 社(以下、L 社とする)は、特定のブランドのヘアケア商品について、選択的流通システムに参加していない者が、専門的なヘアドレッサーからのみ販売されると明確に記されている商品を並行輸入を經由して販売する、および、それを購入する行為に対し、不当な取引行為であると主張している。また、L 社は、その販売の差し止めおよび購入する行為の差し止めを求めている。それに対し、被告は、L 社が採用した選択的流通ネットワークは、競争法に違反していると主張している。L 社は、これについて、L 社が各国の香水、美容品、化粧品市場においてわずかな割合しか占めておらず、また、同様の規模の多数の競争者が存在することから、EEC 条約85条1項に違反しないと主張している。そのため、アントワープ商業地方裁判所は、選択的流通システムについて、85条1項に適合するか否か等の問題につき、先行判決を求めた。

(2) 判旨

Metro 事件判決⁽¹⁵⁾において述べたように、選択的流通システムは、再販売業者が再販売業者およびその従業員の技術的能力、販売場所の適切性といった客観的な基準によって選択されており、また、そのような条件が統一的に将来の再販売業者にも適用され、差別的なものではない場合には、EEC 条約85条1項に適合するものである。再販売業者の選択

に関する質的な基準の性格を決するためには、当該商品の性質によりその質および適切な使用を确实なものとするために選択的流通システムを必要とするか、および、そのような目的が当該商品の販売に関する国家規制によっては達成できないかということも検証されなければならない。最終的には、それが目的を達成するために必要な限度を超えていないことも必要である。流通システムの構築に参加する義務、一定の売り上げを達成する約束、最低販売量およびストックに関する義務は、質的な基準に基づく選択的流通システムを維持するために必要なものを超えるものである。

Societe 事件⁽¹⁶⁾において述べられたように、選択的流通ネットワークへ加入する条件として、質的な客観的基準を超えるものが課されており、それは特に量的な基準に基づいたものである場合には、原則として EEC 条約 85 条 1 項の適用対象となるものである。その一方で、当該協定が加盟国間の通商に影響を与えるかどうかということを決するためには、客観的な事実に基づき、特に、本件において問題となっている並行輸入の可能性に関する協定の結果、当該協定が加盟国間の通商に直接的ないし間接的、実際ないし潜在的に与える影響を判断しなければならない。

他方で、当該協定がその目的ないし効果において競争を阻害するとして禁止されるかどうかを判断するためには、当該協定が存在しなかった場合に発生する状況を考慮しなければならない。最終的には、当該協定の対象となっている商品の性質、量、限定性といったもの、当事者の市場における地位および重要性、協定の性質、当該協定の重要性を特に考慮する必要がある。

(3) 判旨の検討

本件は選択的流通システムに関し、客観的な基準によって取扱業者が選択され、潜在的な取扱業者についても同様の基準が用いられ、かつ、差別的なものではなく、また、当該商品の性質により、その質および適

切な使用を確実なものとするために必要なものであり、かつ、そのような目的が当該商品の販売に関する国家規制によっては達成できないかということも検証されなければならないとしている。本件においては選択的流通システムが EEC 条約 85 条 1 項の適用対象とならない場合とは、その必要性が認められるか否か、当該基準が必要最小限のものであるか否かの検証が必要であるとしている点が重要である。

この考え方を Coty 事件判決にあてはめるとすれば、第三者のプラットフォームを使用してインターネット販売を行うことを禁止することが、Coty 社の商品が持つ魅力及び信望のあるイメージから生ずるオーラを保持するために必要なものであるか、また、その禁止がオーラを保持するために必要最小限の手段であるかどうかの検証が必要であるということとなる。

6. Perfumes Christian Dior 事件判決

(1) 事実の概要

本件は、フランスの Dior 社およびその輸入代理店であるオランダの Dior 社が、オランダにおいて Dior 社製の香水等の商品を並行輸入して販売していた者がその広告において Dior 社の商品のパッケージや商品を使用することを、商標権に基づき差し止めることができるか否かが争われたものである。Haarlem 地方裁判所は、これに対し、Dior 社の商標の高級かつ名声があるというイメージに対応しない形の広告は、商標権を侵害するものであるとして商標の使用および商標の写真の使用を広告において使用することを禁止した。これに対し、アムステルダム高等地方裁判所は、正当な理由があるとして商標指令 7 条 2 項に基づき、商品の流通を制限することができるのは、商品の物理的な状態が変化したことにより商標の名声が侵害される場合のみであると判断し、Dior 社の訴えを退けた。Dior 社は上訴し、オランダ最高裁は次の問題等について先行判決を求めた。

- (ア)商標指令5、6、7条から、商標権者自身ないしその同意を得て市場に置かれた商品の再販売において、再販売業者は公衆の関心を引くために当該商標を自由に使用することができるか否か。
- (イ)(ア)の問題が肯定されるならば、例外は存在するのか。
- (ウ)(イ)の問題が肯定されるのであれば、当該商標の広告宣伝機能が、再販売業者の当該商標の使用方法により、その高級かつ名声があるイメージを損害することにより損なわれる場合には、例外が認められるのか。
- (エ)商標指令7条2項がいうところの「正当な理由」とは、再販売業者の広告の結果として、当該商品の「心理的な状態」、つまり、商標権者の商品のプレゼンテーションおよび広告から生ずるその魅力、名声があるというイメージ、高級品であるというオーラが変更ないし損なわれる場合を意味するのか。
- (オ)EC条約30条および36条の存在のもとで、ボトルおよびパッケージに関する商標権ないし著作権に基づき、再販売業者が広告において通常行っている方法により広告を行うことを差し止めることはできるのか。

(2)判旨

(ア)に関し、商品の自由移動の観点から、また、商標指令7条1項がいうところの商標権の消尽の観点から、商標権者が市場を分割し、加盟国間に存在する価格差の維持を進めることを妨げることが必要である。もし、再販売に際して、当該商品の販売のために公衆の注目を集めるために商標を使用する権利が消尽されなかった場合に、再販売は困難となり、また、「権利の消尽」の目的が損なわれることとなる。したがって、商標指令5条および7条の解釈からは、商標品が一旦、商標権者自身ないしその同意のもとで共同体市場に置かれた場合には、再販売業者は、当該商品を自由に販売できるとともに、その商品の流通のために、公衆

の注目を集めるために当該商標を使用することは自由である。

(イ)(ウ)(エ)の問題は、実質的には、再販売業者の広告により、当該商標の広告宣伝機能が危険な状態になり、その結果、当該商標の高級であり、名声があるというイメージを侵害する場合、また、再販売業者の広告によりその「心理的な状態」、つまり、商標権者が選択したプレゼンテーションおよび広告による魅力、高級なイメージおよび高級なものであるというオーラが変化、ないし、損なわれる場合に、商標指令7条2項がいうところの例外が認められるかということである。商標指令7条2項は、「特に」という文言を用いていることから、商標品の状態の変化ないし損傷というのは単に一例を示しているものである。さらに、この条文は、商標権者の基本的な利益と商品の自由移動の基本的な利益を調和させることが意図されている。商標の名声への損害は、商標指令7条2項がいうところの「正当な理由」であり、商標権者は更なる商品の流通を差し止めることが可能である。その理由は、商品の再パッケージに商標の名声を害するとした判例が存在することである。しかし、同時に、商標権者の正当な利益と再販売業者が通常行う方法で広告を行うことにより当該商品を再販売する正当な利益の間の衡量が必要である。本件のように、名声があり、高級な商品に関しては、再販売業者は、商標権者の正当な利益を不当に害しないようにしなければならない。したがって、その広告により、当該商品の魅力および名声があるというイメージを傷つけないようにしなければならない。その一方で、再販売業者がその広告により商標の名声に深刻な損害を与えたということでない限り、商標権者が行うのとは異なる方法で広告を行ったとういことは7条2項がいうところの正当な理由とはならない。

(オ)の問題は、実質的には、EC条約30条から36条のもとで、再販売業者が通常行う方法で、さらなる商品の流通において商品を宣伝するに当たり、商標権者および著作権者のボトルおよびパッケージを使用することを禁止することが許容されるかどうかということである。さらに

この問題は、再販売業者が当該商標を広告において使用することにより、商標の高級かつ名声があるというイメージに損害を与えるかどうか、また、当該商標が広告において使用されることにより、著作権者に損害を与えるかということである。この問題についてはオランダの裁判所が既に判断しているように、このような行為を禁止することはEC条約30条がいうところの数量制限の禁止と同等の効果を持つものであり、原則として禁止される。なぜなら、再販売業者が並行輸入を通じて購入した商品に関し、広告が許されないとすれば、さらなる商品の流通が困難なものとなり、結果として市場へのアクセスを阻害することとなるためである。また、(ア)(イ)(ウ)(エ)の問題に対する解答からは、EC条約30条から36条の適切な解釈に基づき、商標権者は、再販売業者の商標の使用が商標の名声に損害を与える場合以外は、再販売業者が広告において商標を使用することに対して、たとえ、商標品について通常行われる広告において使用されるのと同様の方法でなくとも、それに反対することはできない。著作権についても同様である。

(3) 検討

本件においては、並行輸入を通じて得た商標品の再販売業者がその広告において、当該商標やパッケージを使用することを商標権者が差し止めることができるかが問題となった。裁判所は、商標指令7条2項がいうところの「商品の状態が市場に置いた後に変更された、ないし、悪化された場合」に高級な商品の名声への損害が含まれるとしている。しかし、再販売業者が通常行うような方法で当該商標やパッケージを使用したとしても商品の名声に損害を与えることはないとしている。

判旨につき、商標は商標権者の財産を構成し、そのグッドウィルを作り上げるものであるとともに消費者に対しては当該商品の性質ないし品質を誤解しないという利益が生まれるものとの認識を示したものととの評価がある⁽¹⁷⁾。これは商標の出所表示機能、品質保証機能に着目し、当

該商標および当該商品のパッケージ等が再販売業者の広告に使用されたとしても、その機能が侵害されることとはならないと考えるものである。商品の名声は、確かに当該商品の性質を侵害すると判示されているが、この考え方に基づくと、その本質は商標の出所表示機能、品質保証機能であるとみることができる。

また、本件においては、商標権者の正当な利益と再販売業者が通常行う方法で広告を行うことにより当該商品を再販売する正当な利益の間の衡量が必要であるとしていることに注意が必要である。広告という限定されたものに関する判示ではあるものの、再販売業者の権利を考慮する必要があるとしており、無限定に商標権者の権利を認めるものではない。

これらの考え方を Coty 事件判決にあてはめるとすれば、Coty 社は Akzente 社の第三者のプラットフォームを通じたインターネット販売により、Coty 社の商品の名声に損害を与える場合にはその差止めを行うことができると考えられるが、その際には、Akzente 社が商品を販売する自由を考慮する必要があり、差止めによる Coty 社の利益との間の衡量が必要である。

7. 結語

上記の検討から、Coty 事件判決が、商標権者の権利に基づき、契約条項に違反したライセンスおよび並行輸入を経由した商品を販売する者に対して、その当該商品の販売および広告を差し止めることができるか否かが問題となった事件の判決を参照していることが明らかとなった。商標権者の権利に関する考え方を商標権が問題とはされていない Coty 事件判決にそのまま応用することに疑問が残るものの、Coty 事件判決の内容は、高級品⁽¹⁸⁾ メーカーの権利を無制限に認めるものではないことが明らかとなったと考えられる。

選択的流通制度が TFEU101 条 1 項の対象外とされるためには、垂

直的協定ガイドラインおよびCoty事件判決において参照されたPierre Fabre事件判決において述べられているように、(ア)当該商品の性質から、選択的流通制度が必要とされる、つまり、その制度がその商品の品質を維持するため、ないし、その適切な使用を確保するために当該商品の性質に関して正当な理由となること、(イ)再販売業者は、質的な客観的基準に基づいて選択されなければならない、その基準は将来の再販売業者に対しても適用され、また、差別的なものはないこと、(ウ)当該基準は必要な範囲を超えてはならないことという3要件を満たすことが必要であるが、その際に次の事項に関する考慮が必要である。

第一に、当該商品について、その商品の高級なオーラという商品の質を保護するために選択的流通制度が必要であるか否かの検証が必要である。つまり、アマゾンのような第三者のプラットフォームを通じてインターネット販売をすることにより、本当に当該商品のオーラが害されることとなるのかということの検証が必要である⁽¹⁹⁾。

第二に、そのようなインターネット販売を一律に禁止することが当該商品のオーラを保持するという目的を達成するために必要最小限のものであるかということの検証が必要である。Coty事件においてドイツ第一審裁判所が判示したように、第三者のプラットフォームに関する質的な基準を設けることでも当該商品のオーラを保持するには十分であると考えられることもあり、この点についても検証が必要である。

第三に、上記の問題に対する答えが肯定的なものであったとしても、ライセンスィヤや再販売業者が商品を販売する自由との利益衡量が必要である。Copad事件において問題となったように、ライセンスィヤが経済的問題に直面した場合にまで、第三者のプラットフォームを通じたインターネット販売を禁止することはライセンスィヤの経済活動に大きな影響を与え、ひいては一般消費者が商品を手にする機会を減少させることとなる。現在は第三者のプラットフォームを通じたインターネット販売の重要性はより高まっているものと考えられる。

次の問題として、これらの考え方は日本法の解釈に示唆を与えるかということがある。前述したように流通取引慣行ガイドラインにおいては、選択的流通制度は、「商品を取り扱う流通業者に関して設定される基準が、当該商品の品質の保持、適切な使用の確保等、消費者の利益の観点からそれなりの合理的な理由に基づくものと認められ、かつ、当該商品の取扱いを希望する他の流通業者に対しても同等の基準が適用される場合には、たとえ事業者が選択的流通を採用した結果として、特定の安売り業者等が基準を満たさず、当該商品を取り扱うことができなかったとしても、通常、問題とはならない」とされる。また、選択的流通制度が問題になったものとも考えられる資生堂東京販売事件最高裁判決⁽²⁰⁾、花王化粧品販売事件最高裁判決⁽²¹⁾においては、「特約店に義務付けられた対面販売は、化粧品の説明を行ったり、その選択や使用方法について顧客の相談に応ずる（少なくとも常に顧客の求めにより説明・相談に応じ得る態勢を整えておく）という付加価値を付けて化粧品を販売する方法であって」、「右販売方法を採る理由は、これによって、最適な条件で化粧品を販売して美容効果を高めたいとの顧客の要求に応え、あるいは肌荒れ等の皮膚のトラブルを防ぐ配慮をすることによって、顧客に満足感を与え、他の商品とは区別された」「顧客の信頼（いわゆるブランドイメージ）を保持しようとするところにあると解されるところ、化粧品という商品の特性にかんがみれば、顧客の信頼を保持することが化粧品市場における競争力に影響することは自明のことである」ことからそれなりの合理性があるとされている。

その中で、Coty 事件判決からの示唆があるとすれば以下のようになる。

第一に、「それなりの合理性」の内容の限定が必要である。流通取引慣行ガイドラインは、商品の品質の保持、適切な使用の確保等と述べているが、その内容にどのようなものが含まれるのかということを明らかにする必要がある。Coty 事件において問題となった商品の高級なオーラ

といったものが商品の品質の一部として考えられるのか、また、上記最高裁判決において述べられているようなブランドイメージといったものが「それなりの合理性」があるものとみなしうるのかということの検証が必要である。私見⁽²²⁾においては、これまで審判決において「それなりの合理性」があるとして検討されてきたものがすべて当事者の利益であり、これを理由に競争を減殺する行為を不公正な取引方法に該当しないとすべきではないと考えるが、少なくとも、高級な商品のオーラ、イメージといったものを保護することが独禁法の最終目的と整合性が図れるのかということが検証される必要がある。

第二に、第一の問題が肯定される場合には、どのような場合に高級な商品のオーラ、イメージといったものが害されることとなるかということが問題である。つまり、第三者のプラットフォームを使用したインターネット販売、対面販売を行わない販売、ディスカウントストアでの販売を含めた選択的流通システム外での販売といったものにより、本当にそれらのものが害される結果となるのかということが問題である。その頻度、宣伝方法、商品の陳列方法といったものから消費者が受け取るオーラ、イメージといったものを検証する必要がある。

第三に選択的流通制度が、流通取引慣行ガイドラインがいうところの基準を満たしていたとしても再販売業者の利益、ひいては一般消費者の利益を考慮する必要があるということである。垂直的協定ガイドラインにおいて指摘されているように、選択的流通制度は、ブランド内競争を減殺させることは確かである。垂直的協定ガイドラインが示すように一定のシェアを超える場合には競争に悪影響を与えるものであると推測することはできるが、たとえ一定のシェアを超えない場合であっても、その競争に与える影響が大きい、ないし、再販売業者の営業活動の自由を大きく奪うものである場合には、公正競争阻害性があるものとみるべきではないかと考えられる。

- (1) 公取委「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針(平成3年7月11日・最終改正平成29年6月16日)」第1部第2・5
- (2) 上杉秋則「垂直的制限行為に関する独禁法上のルールの形成～残された課題～(下)」国際商事法務 Vol43, No6 857頁(2015年)。該当箇所は861頁。
- (3) 上杉秋則「選択的流通制度に関する独禁法上のルールのあり方－日本でのルール設定は急務－」公正取引726頁49頁(2011年)。該当箇所は54頁。
- (4) 司法裁判所2017年12月9日判決・ECR2017年0頁。本件については、中川寛子「電子商取引にかかる選択的流通制度の諸問題」日本経済法学会年報39号28頁(2018年)において検討され、日本において選択的流通制度を分析する際に検討すべき点として、セーフハーバーを設ける必要性、複数の競争者が選択的流通制度を用いた場合の累積的效果、流通取引慣行ガイドラインにおいて言及されている地域制限等の累計との関係、正当化事由を挙げる。
- (5) 公正取引808号76頁(2018年)。
- (6) 正当化という言葉に使い方について、独禁法上の諸規定に定められている行為要件を満たし、かつ、「競争の実質的制限」を満たすものの「公共の利益に反し」の要件に当たらないとして独禁法違反を否定する際の正当化事由を「狭義の正当化事由」と定義し、「公共の利益」要件は競争の実質的制限の要件の中で考慮し、独禁法上の違法性は原則として独禁法固有の観点から判断されるべきであるが、社会の全体的法秩序という観点から事業法上の規制も1つの考慮要素とされる必要があるとし、その上で、規格の統一化といった競争促進効果を有するもの、安全性や環境といった非経済的效果を有するものについて、これらも競争の実質的制限の要件の中で考慮されるとするものとして、舟田正之「事業法と独禁法」立教法学96号163頁(2018年)。本稿において、正当化という言葉は、当該行為が競争減殺効果を有しながらも、公正競争阻害性が否定される、ないし、公正競争阻害性が認められながらも独禁法上許容される場合という意味で使用する。
- (7) European Commission “Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints” (2010) OJ C130/1。以下の()は内容が記述されているパラグラフを意味する。
- (8) ただし、垂直的協定および協調行為に関する101条3項の適用に関する規則(Commission Regulation (EU) No330/210 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the

European Union to categories of vertical agreements and concerted practices)4条において、その目的が、再販売価格の維持、地域および顧客制限、選択的流通制度における小売事業を行う者への積極的及び消極的販売の制限および卸売業者間の取引の制限等にある場合は101条3項に基づく適用免除がなされないと規定されている。

- (9) 司法裁判所2011年10月31日判決・ECR2011年 I 9419頁。本件は、化粧品等を製造販売する者が、それを小売業者に対して販売する際に、薬剤師が常駐する小売店の店舗において、消費者に対して直接に販売することを義務付けたことに関し、これがEU機能条約101条1項に反するか、また、同3項のもとで適用免除の対象となるかということにつき、フランス・パリ控訴裁判所が第1審裁判所に対して先行判決を求めたものである。裁判所は、これまで商品の自由移動に関し、顧客への個々の助言が必要であり、商品の誤った使用を防ぐ必要がある商品として、処方箋が必要ではない薬やコンタクトレンズについて、インターネットでの販売を禁ずることにつき、その主張を認めたことはないとした。また、グループの商品の評判を維持する必要があると主張されたが、このような目的は合法的な目的とは認められないとした。拙稿「EU機能条約101条における垂直的協定に関する商業的付随性の概念」国土館法学49号357頁参照。
- (10) 司法裁判所2009年4月23日判決・ECR2009年 I 3421頁。この事件については、後に検討する。
- (11) 司法裁判所1980年12月11日判決・ECR1980年3775頁。この事件については、後に検討する。
- (12) 司法裁判所1998年11月4日判決・ECR1997年 I 6013頁。この事件については、後に検討する。
- (13) 上記 ECR2009年 I 3421 頁。該当箇所は 33 段。
- (14) 司法裁判所1980年12月11日判決・ECR1980年3775頁。
- (15) 司法裁判所1977年10月25日判決・Community Law Review1978年2巻1頁。本件は家電を製造し、卸売販売する業者が、一定の要件を満たした者のみに対してのみその販売を行うことがEEC条約85条1項に該当するか否か、また、同3項の要件を満たすか否かが問題となったものである。判旨において、選択的流通システムは、選択される小売業者が再販売に関する技術的な質、スタッフ、および、小売店舗の適切性といった質に関する客観的基準に基づいて選択されており、また、その基準が潜在的な小

売業者にも統一的に適用され、かつ、差別的なものでない場合には、EEC 条約85条1項に違反しない旨が述べられている。

- (16) 司法裁判所1966年6月30日判決・ECR1996年235頁。本件は、ドイツで地ならし機を販売するメーカーがフランスの会社に対し、フランスで当該機械を販売する独占的な権利を与えたことにつき、EEC 条約85条1項が適用されるか否かが問題となった事件である。本判決は先行判決であるため、具体的に本件協定がEEC 条約85条1項に違反するか否かの判断を行っていない。しかし、自らの販路を有していないフランス市場への進出を実現するために、他者にフランスにおける排他的販売権を与えることにより、フランスにおける当該機械の販売市場に競争上悪影響を与えるとしても、それがEEC 条約85条1項がいうところの競争制限には該当しない可能性があるとして判断した。
- (17) Helen Norman “Perfume, whisky and leaping cats of prey: a U.K. perspective on three recent trade mark cases before European Court of Justice” *European Intellectual Property Review* 1998, 20 (8)306。該当箇所は307頁。
- (18) 高級な商品とはどのようなものであるか定義がないことを指摘するものとして、帰山雄介・有働達朗「海外注目事例からみえてくる 競争法実務の着眼点 第14回 欧州：高級化粧品サプライヤーによるブランドイメージ保護を理由とする選択的流通と第三者プラットフォームでの販売の制限」NBL1126号98頁。本件の法務官意見を引用して、luxury goodsのみならず quality products にも本件の結論が妥当するとも指摘している。
- (19) この点について、公取委は否定的な見解を示している。「『流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針』の一部改正(案)に対する意見の結果及びそれに対する考え方」(平成27年3月30日)128番。しかし、資生堂東京販売事件最高裁判決、花王事件最高裁判決の考え方から、販売方法の制限として正当化されうると指摘するものとして、上記帰山・有働105頁。
- (20) 最高裁平成10年12月18日判決・民集52巻9号1866頁。
- (21) 最高裁平成10年12月18日判決・判時1644号14頁。
- (22) 拙稿「拘束条件付取引と事業上の必要性・合理性」国士館法学43号201頁(2010年)。