

國際取引実務講座 II

國際販売
共同開発

坪田潤二郎著

国際取引実務講座 II

国際販売・共同開発

弁 護 士

坪 田 潤 二 郎



酒 井 書 店 刊

著 者 略 歴

東京大学法学修士、シカゴ大学において比較法につき法学修士号取得、比較法博士課程においてフォード財団フェローシップによる特別研究を行う；ハーバード大学ロー・スクールの正規の課程を日本人として戦後初めて卒業し、ジュリス・ドクターの学位を授与さる。

昭和35年司法試験合格、第一東京弁護士会所属。東京国際法律事務所代表パートナー。ワシントン大学客員研究員(昭和40～41年)。

主要著書 国際契約法〔総論〕(商事法務研究会刊)、国際取引法の基本問題(酒井書店刊) 国際訴訟の諸問題(法学協会雑誌1969)、合併契約をめぐる基本問題(特許管理1972)、特許政策とノウハウ(特許管理1972)、国際的ライセンス契約と独占禁止法(国際商事法務)

国際取引実務講座 Ⅱ 国際販売・共同開発

著 作 者 つば 田 潤 二 郎

発 行 者 酒 井 明
東京都千代田区飯田橋 2-9-3

印 刷 者 井 上 浩 安
東京都墨田区 1-3-7

発行所

東京都千代田区飯田橋
振替東京15972番
電話(261)4771・8927番

株式
会社

酒 井 書 店

— は し が き —

◇ 本講座第Ⅰ巻においては、合併事業、技術ライセンスおよび企業の国際化、について論じたが、第Ⅱ巻においては、国際販売と共同開発について取扱うものである。この二つのテーマは一見無関係のようであるが、安定成長の下において企業経営の量から質への転換がはかられるとき、両者は今後の企業戦略の中心的課題として登場すべき問題である。すなわち、正統的経済学の確立した理論の下においては、独禁政策上許容される公正競争の枠組みのなかで、各個の企業が国際的に自己を確立し *supercompetitive profits* をあげることができるのは、二つの場合しかない。まず第1は、*product differentiation* (平易に言えば人様とは一味違ったものとする) の追求であり、第2は、新規技術の開発による創業者利潤である。前者はとくに国際販売において問題となるものであり、商品差別化による高収益の追求のためには、従来の単なる商品の“輸出”という観点から視点を転換し、国際的マーケティングにおけるディストリビューション・プロセスにつき、全体的かつ長期的な戦略的ポリシーを確立してその再編成をはからなければならない。多くの日本企業は国際化の第1世代(商品の海外販売)においてもむしろまだプリミティブな段階にあり、かような観点から国際販売のあり方を検討する必要があるように思われる。

つぎに、第2の技術開発による創業者利潤は、一方においてそれ自体技術的先行性(*headstart*)によるプレミアムであるとともに、他方において、ユニークな商品開発をすることが、商品差別化の推進のために必要である。しかるに、OECDのデータ分析によれば、日本は生産技術においては進んでいるものの、先端技術については先進国中で最低である(本書684頁参照)。また、新規技術開発はますますもって複合技術を必要とするようになっているが、日本社会の終身雇傭制の下においては、異った技術分野の複合技術的商品を開発するために、外部から適任の技術者をレクルートすることが極めて

困難である。そこで、財務体質の比較的弱い日本企業にとって、かかる新規技術開発のあい路を打開するための最も有効な方策として、国際的技術共同開発がある。それには、(a)先端技術の入手、(b)適格な開発要員の調達、(c)技術能力の相互補完、(d) 開発費用の節減と投資効率の増大、(e) 開発リスクの分散、(f)開発期間の短縮による先行性の確保、等のメリットがある。それとともに、共同開発は欧米企業のライセンス戦略による技術的植民地化（それについては本講座第Ⅰ巻第2編87頁以下参照）から逃れるための方途としても、すぐれて有用である。

◇ かような問題意識に基いて、本講座第Ⅱ巻においては、商品の国際販売と技術共同開発をめぐる基本的な考え方と法的諸問題について論じたのであるが、かかる観点から今まであまり論じられていない分野について思索をめぐらしつつこんで分析・検討してみることは、筆者自身にとっても正直なところ体系的に従来の考えをとりまとめるよい機会でもあった。

国際的法律実務は各国の法律制度に関するものであるだけに、いくら読書研究してみても「日暮れて道遠し」の感をふかめるのみである。ハーバード・シカゴ両大学においてはアメリカ人向けの正規のコースの必要単位数の2倍近い170単位以上を履習し、ハーバードを卒業するときはアメリカ法を学びつくしたというさわやかな充実感にひたるとともに東大大学院時代の知的迷いがふっきれた思いがしたが、今日ふりかえてみると、アメリカの法学教育が如何に専門的であり実務的であるといっても、国際的法律実務におけるふところの広さと深さからみると、それも所詮は単なる基礎づくりでしかありえないものといえる。アメリカでは卒業式のことを commencement というが、まさしく卒業が専門的道程への始まりである。ハーバード卒業後も国際的法律実務の必要上、わが国の文献でみるべきものがほとんどないので毎週何百ページかの外国の原書・論文を読んでいるが、本書はその7年目のマイルストーンであり、筆者が法律学をひもとき始めて20年目の道程標でもある。ひるがえってみれば光陰矢の如き感を逃れないが、その間の一貫した

テーマは、法と経済のインタープレイということであった。そして、それが本講座の基本的アプローチでもある。

◇ 最近では日本が経済大国と自称されるようになり、学問水準も先進国に追いつき追越したものと自負自賛されるようになったが、こと社会科学の分野においては、基本的に「理論」ないし「学問」のあり方それ自体に問題があるように思われる。すなわち、「学問」とは本来、現実の事象を解析するための仮説とその検証のプロセスであり、欧米ではよい優れた学説とは、現実の事象をより本質的に鋭利に解析しその推移を的確に予測しうるものであるとみられている。米国で本格的に学んでみて学問とは現実に役立つものであるということを発見したことは、筆者にとって一つの驚きであったが、わが国では実際問題に役立つものは深遠な学問ではないかの如くみなされている（または少くとも学問とは現実とかかわりあいのない高邁なものであると自負されている）ことと好対照であろう。これは西洋の学問を輸入するにあたり、現実の事象の分析道具としての仮説を、“理論”として専らその上ズミをすくって紹介・導入してきたことに由来するものと思われる。

これについて一例をあげれば、オイル・ショックのとき日本ではこの世の終りであるかの如き論説を説かれたエコノミストもおられ、周知のとおり国をあげて度を失い右往左往したわけであるが、アメリカではその時ミルトン・フリードマン教授（シカゴ大学）が確立した経済理論に基いて冷静に分析し、原油がバーレル当たり当時のドルの実質価値でいって7ドル位で均衡点に達するであろうという所見を発表された（今日まさしくその通りとなっている）。しかし、かかる的確な予見の基礎となった経済理論それ自体は、経済学を学んだ者にとっては周知のものであったのである。筆者は当時かかる非常時における日米の学者の論説を大変興味をもって見守っていたのであるが、同様のことは変動相場制移行のときにも、ドル・ショックの際にもみられたところである。かかる我彼の差を現実にみせつけられると、一般的にいつてわが国の学問には“論語読みの論語知らず”的な傾向がなくはないように思われ

るが、これは筆者のひがみであろうか。いづれにしても、一朝有事に際して思考停止状況となるのではなく、その時こそ出番として真価を発揮してこそ真の学問であろう。国際的な激動時代をむかえて、そのような意味における真の学問が今日ますます重要性をおびつつあるものといえよう。

◇ もっとも明治時代の大学者や立法者の著書や法制調査会の議事録を読んでもみると、当時の学問的レベルがきわめて高くまつとうであり、正鵠をえていたものであることがわかる。むしろ本末転倒した形式的レトリックをもてあそび“who says what”をこととする知性欠如の傾向は、一部の卓越した学者の方を別とすると、時代が下るとともに強まっているようである。たとえば、瑕疵担保責任は法定責任か契約責任かという論議に対して、当時立法にあたり梅博士は、“そのようなことが問題ではなくそんなことはどうでもよい”旨喝破しておられるが、戦後はそれが学会のシンポジウムや学術論文において再び問題とされ取上げられている(そのような概念的論議にどのような意味があるのかを考えずに、没目的々に概念論争を行うことは、需学の末期的論争を連想させるものがある)。戦後においてもドイツ法学については伝統があるせいか優れた研究がみられるが、法体系をまったく異にする英米の法制については、割目に値するものもあるものの明白に誤った記述をしている学術論文もかなり目につくし、明かに誤りではなくとも日本法的センスでとらえて論じ、何ともいえず珍妙な論説も少くない。法的ルールやドクトリンにはその法体系的意義と制度的ならびに社会的な背景があるわけであるから、それをぬきにして外国法を論ずると木に竹をつぐような珍妙な結果となるのは、むしろ当然であろう。

しかしさらに問題は、何が法的分析の対象たる現実の問題であるかということ認識せずに法律論を展開すると、概念的な形式論理のレトリックをもてあそぶ結果となり、見当違いの方向に論議が発展しかねないということである。したがって本書の執筆にあたっても、かような意味において、細部はともかくも基本的な問題の所在と、ことがらの本筋を見誤ることのないよ

うに専ら心がけたつもりである。企業法務においても支葉末節にこだわってものごとの本質を見誤ってはならないし、形式にとらわれて真の問題点を看過してはならない。

◇ 国際問題を取扱うにあたっては、冷静に問題の所在と我彼の分析をすることが重要である。異民族と地理的接触のない島国であるわが国の場合には、この点にとくに問題があるようであるから、その重要性に鑑み若干の例をあげて具体的に述べておこう。まず、日本の寡占産業の国際競争力の強さは今日官民あげて信じこまれているが、鉄鋼業を例にとると、一昔前に三千億でつくった高炉の今日の建設価格は約一兆円であるから、replacement value からみると鉄鋼各社はすでに数兆円の実質的償却不足（経済学的には同額の赤字）をかかえていることになる。したがって、欧米の企業の如くインフレに見合った設備更新のための内部留保を適正にコスト計算上行えば、鉄鋼原価はトン6万円ではなく15万円位となるわけであるが、それをトン6万円で計算して輸出しているのは、経済学的にみると既存の設備投資の食いつぶし以外のなにものでもない（現に欧米の一部の識者は、次代の製鉄技術〔直接製鉄または原子力製鉄〕に移るとき日本の鉄鋼業は経済的に破綻にひんするものとみている）。これはある程度日本の産業一般についてもいえるところであって、今までは高度成長による拡大的設備投資によりかかる実質的償却不足があまり表面化しなかったのであるが、安定成長による均衡的設備投資の下では、かかる実質的資産の食いつぶしが表面化するのは時間の問題である。

また、“経済大国”ということも日本人の通念となっているが、日本の外貨準備高の大きさをほこってみても、欧米では民間企業が大量に保有している外貨を、わが国では外貨集中管理制により政府が強制的に取り上げて一手に集中している、という大きな違いを見落して、表面上の数字だけを見ているにすぎない。さらにGNPについても、日本のメーカーは欧米の企業と比べるとアセンブラー的性格が強く、下請もさらに孫請を使うから、一つの商品を生産するにも何段階かにわたって行われ、また、販売においても日本で

は何段階かの複雑な流通経路をへるところから、わが国では一つの商品が生産販売されるにあたり、それが実はGNP計算上何回かの“ころがし”の累計として相対的にふくれて計上されているわけである（欧米では sales tax, turn-over tax, value-added tax 等の関係から、商品の生産・販売における“ころがし”を極力回避することとなり、GNPの“水ぶくれ”が排除されることになる）。ここに数字上はGNPが大きくとも、国民の個人生活は貧しい理由があるが（筆者もハーバードで貧乏学生であった頃の方が、現在日本的“中産階級”のはしきでいるよりも生活の中味は豊かであったと思う）、さらに問題は、“経済大国”とか“資源小国”とかたえず大きくなったり小さくなったりおいそがしいことであるが、そのように縦社会的感覚でしかものを見れない点にある。そしてそれが知性的分析ではなく情動的にとらえられるところに、戦前戦後を通じて日本の多くの国際的失敗の真の原因があるように思われる。欧米の日本学研究においては、日本の新聞報道をデータとして各時代の日本を客観的に分析しているが、新聞報道や知識人の論説も専らムード的に情動に流されているものが多いから、時代が変ると赤顔の類いのものが少くない。ジャーナリズムは国民の知性を如実に反映するものとすれば、かかる現状からみると、“日本人は優秀である”という通念にも問題がなくもあるまい。

ここでかように日本の通念に対してあえて異を唱えるのは、国際問題についてはとくに冷静な知性的分析が必要であるからであり、そのためには単なるレトリックや時代のムードに酔うものではない、真の学問的分析手法を体得しなければならないからである。本書は、実際に役立つものは学問ではないという日本の通念にしたがって「実務講座」と題しているが、筆者はそれが本当の学問であると思っている。本書が国際取引の実際にたづさわっておられる方々に、何がしか役立つところがあれば望外である。

昭和52年3月

著 者

目 次

第4編 国際販売

第1章 海外販売の展開形態と問題点	337
1. 問題点の概括	337
2. 海外販売の展開形態	344
(1) バイヤー主導型の輸出販売	344
(2) メーカー主導型の海外販売	347
3. 国際販売の垂直的統合の展開形態	348
(1) 輸出志向型海外販売	348
(2) 販売代理店依存型海外販売	349
(3) 自社現地直販型海外販売	349
(4) 自社直営拠点型海外販売	351
(5) 現地流通資本型海外販売	352
4. 販売代理店契約と OEM 契約	354
5. 国際販売と Product Differentiation	357
(1) プロダクト・ディファレンシエーションの意義	357
(2) ディストリビューター・ブランドの問題点	361
6. 国際販売とブランドの意義	363
(1) ブランドの帰属と流通過程の支配権	363
(2) 商品イメージのコントロール	364
(3) 海外販売戦略とブランド問題	366
7. ブランド問題と企業の多国籍化	369

8. ブランド・ライセンスと企業の従属化	371
第2章 国際的マーケティングの契約類型	373
[はじめに]	373
1. リエゾン型エージェント	373
(1) リエゾン型エージェントの特質と問題点	373
(2) マスター／サーバント関係と責任問題	375
2. ファインダー型エージェント	377
(1) ファインダー型エージェントの特質と問題点	378
(2) ファインダーズ・フィーの特質と支払の条件	379
3. 媒介仲立人型エージェント	381
(1) 媒介代理商（仲立人）の特質と問題点	381
(2) 仲立人（ブローカー）の法的地位	382
4. セールス・レプレゼンタティブ型	385
(1) セールス・レプレゼンタティブとは何か	385
(2) セールス・レプレゼンタティブの法的性質と問題点	387
5. 締約代理商型エージェント	389
(1) 代理商の法的地位と問題点	389
(2) 代理商とエージェントとの異同	393
(3) ファクターの法的地位と本人の責任	397
(4) コンバージョンの法理	399
(5) コンサインメントの法的性質	399
(6) コンサインメントと条件付売買	401
6. 間接代理型エージェント	403
(1) 間接代理の法律構造と問題点	403
(2) Commission Agent (Commission Merchant)	405

(3) Undisclosed Agency の法律関係	406
7. 取次店型販売代理店	409
(1) 取次販売の形態と特質	409
(2) 卸売型販売委託の法的性質	412
8. 卸売問屋型販売代理店	415
(1) ディストリビューターの法的性質	415
(2) ディストリビューターとメーカーの責任	418
9. OEM 販売型ディストリビューター	419
(1) OEM 販売の法的形式と問題点	419
(2) ディストリビューター・ブランドの問題点	420
10. マーチャンダイジング型ディストリビューター	422
(1) ディストリビューター・スペックと契約問題	422
(2) バイヤー・スペックとビジネス・リスクの帰属	423
(3) バイヤー・スペックと製造者責任	425
第3章 国際的販売代理店契約のプランニング	427
1. 問題点の要約	427
2. 国際的販売代理店契約の経済分析 ——コストとリスクの形態と帰属	429
3. 販売代理店契約の基本的フレームワーク	432
(1) コストとリスクの負担形態と契約類型	432
(イ) OEM 販売と販売代理店契約の相違	432
(ロ) 物流過程におけるコストとリスクの分担	433
(2) 各種販売代理店契約の法的特質	436
(イ) エージェントとディストリビューターの相違	436
(ロ) エージェントとファクターの相違	438
(ハ) 代理商と販売代金回収のリスク	441

4 目 次

4. 流通在庫の保有形態と問題点	446
(1) 不確定性集積の原則と在庫金融の負担	446
(2) ウェアハウス・ディストリビューター	448
(3) ディーラーによる在庫負担のスキーム	449
5. 販売価格とロビンソン・パットマン法	450
(1) ロビンソン・パットマン法と価格差別禁止	450
(2) 流通過程における価格差別の限界	452
(3) 数量比例価格逡減制度の問題点	454
第4章 国際的販売過程のコントロール	457
1. 販売過程のコントロールの問題点	457
2. コントロールの必要性の基礎と限界	462
(1) 自社ブランドの保護と流通過程の管理	462
(2) 資金的コストの分担と流通過程の管理	464
(3) 商品の販売促進と流通過程の管理	466
(4) 法的責任の負担と流通過程の管理	470
第5章 国際販売と代理店保護立法	475
1. はじめに	475
2. 問題点の概括	476
3. 代理店保護立法と適用法問題	478
4. ヨーロッパにおける代理商保護立法	482
(1) ヨーロッパ主要国の立法の概況	482
(2) 代理商保護立法の適用範囲	484
(3) ドイツ改正商法と代理商保護の態様	487
(i) 顧客に対する商権の保護	487
(ii) 付随的業務の有償性	489

(イ) 手数料請求権の保障	490
(ニ) 競業避止協定の制限	491
(ホ) 契約終了と営業補償	491
(4) 信義則による代理店の保護	492
5. アメリカにおける代理店保護立法	493
(1) 連邦法上のディーラーの保護	493
(2) 米国州法上のディーラーの保護	497
(イ) ディーラー保護の立法類型	497
(ロ) ディーラー保護の態様	498
(ハ) 「正当の理由」の判断基準	500
6. 中南米における代理店保護立法	501
第6章 国際的マーケティングと反トラスト法	503
〔はじめに〕	503
I. 〔総論〕 反トラスト法の経済政策	504
1. 反トラスト法の経済思想	504
(1) 反トラスト法と consumer welfare	504
(2) プライス・メカニズムの経済的機能	505
(3) Consumer Welfare と Welfare Loss の経済的意義 ——経済的資源のミスマロケーションとは何か	507
(4) レオンチェフのパラドックス	510
2. 独占体制のパラドックス	513
3. ミクロ的次元の経済的役割	516
II. 〔各論〕 国際販売と反トラスト法	518
1. 問題点の概括	518
2. 独占販売権と垂直的地域制限	520

(1) 独占権の賦与と地域制限	521
(i) 独占的販売権と反トラスト法	521
(ii) クローズド・テリトリーの経済分析	521
(iii) 排他的地域制限の種類と形態	523
(2) 排他的取引義務 (Exclusive Dealing)	527
3. 再販売価格の維持	528
(i) 再販売価格維持と当然違法の法理	528
(ii) 再販売価格維持に正当化理由はあるか	529
(iii) 再販売価格維持のビジネス的理由	531
(iv) 末端流通価格管理の経済分析	531
4. 共同広告プログラム	533
(i) 販売過程における規模の利益	533
(ii) 共同広告と反トラスト法問題	534
 第7章 海外販売と輸入特許制度	537
1. 輸入特許制度の問題点	537
2. 輸入特許の起源と意義	538
(1) 輸入特許の歴史的起源	538
(2) 輸入特許の特許法的思想基盤	539
(3) 輸入特許制度の現代的意義	540
3. 各国の輸入特許の概略	542
(1) 輸入特許の主要な類型と相違点	542
(2) 各国の輸入特許の特徴と概要	543
(i) 輸入特許の期間	543
(ii) 輸入特許の要件	543
(iii) 基本特許の条件	544
(iv) その他の条件	544

第8章 海外進出と国際租税問題	545
1. 問題の概要	545
(1) はじめに	545
(2) 海外販売活動と国際租税問題	546
(3) 生産拠点の海外展開と国際租税問題	547
(4) 企業の多国籍化と国際租税問題	548
2. 海外営業拠点をめぐる租税の問題	550
(1) 営業拠点と租税管轄権	550
(2) 親子会社関係と利益の分配	552
(3) 反ダンピング法の国際租税的パラドックス	554
第9章 海外進出とコンサルティング契約	557
1. はじめに	557
2. コンサルタントの利用形態 ——その比較経営学的背景	559
3. コンサルティング契約の法的性格	563
(1) 委任類似のコンサルティング契約	563
(2) 請負類似のコンサルティング契約	565
(3) 雇傭類似のコンサルティング契約	566
(4) エージェント的コンサルティング契約	568
(5) 技術指導型コンサルティング契約	569
4. コンサルティング会社の選択	569
第10章 国際的商品販売と製造物責任	573
[はじめに]	573
1. 問題点の概括	575

8 目 次

2. プロダクト・ライアビリティの理論的基礎	577
(1) 伝統的立場の基本的命題	577
(2) ライアビリティ・ルールの経済分析	582
3. 過失責任の原則の修正の法的技法	587
(1) 過失の推認と立証責任の転換	587
(2) 黙示の保証の伸長と Privity の否定	588
(3) 厳格責任の法理と責任の理論的基礎	591
4. 製造物責任の外延的限界	594
(1) Defect の概念的限界	594
(2) Assumption of Risk	596
(3) Contributory negligence	597
5. 製造物責任に対する法的対策	598
6. Disclaimer 条項の法的効力	601
第 11 章 国際販売上の紛争と裁判管轄問題	605
1. 国際販売に伴う紛争と裁判管轄権	605
2. 製造物責任と裁判管轄権	608
3. 裁判管轄問題の比較法的交錯	611
〔判例研究〕Ⅰ 商社経由の輸出と裁判管轄権	612
(1) 事実関係の概要	612
(2) 争点および法律判断	613
(3) 結 論	617
〔コメント〕	618
〔判例研究〕Ⅱ 非独占的販売代理店契約と裁判管轄 権	619