

本問では、X市発注の特定舗装工事について15社が入札談合を行った可能性が示唆されている。独占禁止法上は、15社の行為が同法第2条第6項にいう不当な取引制限に該当するかどうかの問題となる。本問では、不当な取引制限の諸要件のうち、15社が「事業者」であることは事実関係から明らかであるし、「公共の利益に反して」の要件の充足が争点となるような事実は示されていない。したがって、これら以外の要件について充足の有無が検討されなければならない。

入札談合事件では、個々の入札物件における受注調整行為それ自体を不当な取引制限とみるのではなく、それらの受注調整行為が何らかの基本合意の下に行われたことを立証した上で、当該基本合意を事業活動の相互拘束として排除の対象とするのが公正取引委員会の実務であり、判例もそれを支持している。本問についても、まずは、ここで示された事実から基本合意の存在を導くことができるかどうかを検討されなければならない。

まず、「共同して」（多摩談合（新井組）事件最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁に従えば、「共同して・・・相互に」）については、通説判例は、これを「意思の連絡」または「合意」があることと解釈している。その意味と本問への当てはめが問われる。本問では、基本合意の存在とその内容を直接に示す事実は提示されていないので、他の事実からそれを推認できるかどうかと問われる。その際、全ての入札物件において受注調整行為が確認されたわけではないことをいかに理解するかが問われる。

「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行する」に関しては、（特に受注希望表明が1社しかなかった35物件について）15社の間でどのような意味で事業活動の「拘束」があったといえるのか、また、自らは落札しなかったAないしDの4社をもって不当な取引制限の当事者といえるかどうかといった論点が問われる。ただ、AないしDの4社が不当な取引制限の当事者といえるかどうかについては、確立された考え方があるわけではないので、解答の仕方は複数あり得るだろう。

「一定の取引分野」の画定については、その意味を明確にしなが、当てはめにおいては、基本合意の対象範囲と関わらせながら論じる必要がある。

競争の実質的制限についても、その意味を明確にした上で本問への当てはめを考える必要がある。本問では、受注調整行為に関与しないアウトサイダーの入札への参加の事実、アウトサイダーが落札した入札物件の存在、落札率等をどのように評価するかが問われる。

[知的財産法]

[第1問]

設問1の乙行為1及び2並びに設問2の丙行為1ないし3については、それらの行為が特許法（以下「法」という。）第69条第1項の「試験又は研究のためにする特許発明の実施」に該当するか否かを問う問題であり、設問1の乙行為3については、いわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲等を問う問題であり、設問3は、消尽の成否を問う問題である。

設問1の乙行為1及び2並びに設問2の丙行為1ないし3については、まず、法第69条第1項の制度趣旨に言及し、それを踏まえて、「試験又は研究のためにする特許発明の実施」に該当するか否かの判断基準を示すことが求められる。この点については、試験・研究の対象を特許発明それ自体に限定し、試験・研究の目的を技術の進歩を目的とするものに限るとする説や、試験・研究の目的を「技術の次の段階への進歩」に限ることは相当でなく、実施行為が結果的に広く科学技術の進展に寄与していればよいとする説などの学説上の対立があるから、どのような立場でもよいが、答案としては、法第69条第1項の解釈論を展開し、乙及び丙の各行為について論述する必要がある。

まず、乙行為1は、実施可能要件（法第36条第4項第1号）等を充足するか否かを調査す

ること（いわゆる機能調査・特許性調査）を目的とした実施行為であり、このような行為に法第69条第1項が適用されるか否かを問うものである。このような調査は、対象が特許それ自体であり、目的も化合物 α を有効成分とする医薬品が所定の効能を有するかを確認することであるから、そのような調査は技術の次の段階への進歩につながるものといえるか否かなどを踏まえ、自説を展開することが求められる。

また、乙行為2は、本件発明の改良発明のための実施行為であり、このような行為に法第69条第1項が適用されるかを問うものである。改良発明のための実験は、まさに、「技術の次の段階への進歩」のためのものであると思われることなどを踏まえ、自説を展開することが求められる。

次に、乙行為3については、Bカプセルは、本件発明と対比して化合物 α は同一であるもののその製法が異なるため、まず、このような場合、Bカプセルは本件発明の技術的範囲に属するかが問題となる。この点、本件特許の特許請求の範囲はいわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの形式で記載されている。そこで、ここでは、まず、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの意義及び技術的範囲の判断基準を示すことが必要である。この点に関しては、従前、裁判例及び学説において、物同一説、製法限定説などの見解の対立があったが、近時、知財高判平成24年1月27日判例時報2144号51頁【プラバスタチンナトリウム事件(大合議)】がプロダクト・バイ・プロセス・クレーム形式で記載された発明について、これを「真正プロダクト・バイ・プロセス・クレーム」（物の特定を直接的にその構造又は特性によることが出願時において不可能又は困難であるとの事情が存在するため、製造方法によりこれを行っているとき）と「不真正プロダクト・バイ・プロセス・クレーム」（物をその構造又は特性により直接的に特定することが出願時において不可能又は困難であるとの事情が存在するとはいえないとき）に分け、プロダクト・バイ・プロセス・クレームにおける技術的範囲の確定や発明の要旨認定につき、前者であれば、製造方法が異なっても物として同一である以上発明としては同一であると解し、後者であれば、クレーム記載の製造方法により製造された物に限定されるとする見解を示していることから、この大合議判決を踏まえつつ、場合分けをするなどして、自説を展開することが求められる。この際、立証責任に言及していれば、積極的評価の対象となり得る。なお、仮に、Bカプセルが文言上本件発明の技術的範囲に含まれないと解するときは、均等侵害の成否も問題となり得るので、事案に即して適切に言及すれば、積極的評価の対象となり得よう。

また、本件発明は公知文献によって新規性又は進歩性を欠如する可能性があるので、無効の抗弁（法第104条の3）の成否も問題となろう。すなわち、公知文献には化合物 α の構造が記載されているので（ただし、製法は不明）、プロダクト・バイ・プロセス・クレームにおける発明の要旨認定につき、物同一説に立つかあるいは真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームと認定する場合は、無効審判により無効にされるべきであると主張することが可能となる。この際、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲の確定の場面と発明の要旨認定の場面において、判断基準が同一であるべきか否かについても言及すれば、積極的評価の対象となり得よう。

設問2の丙行為1については、特許権の存続期間中に後発医薬品の製造承認を受けるための実施行為に法第69条第1項が適用されるか否かが論点であり、最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁【膵臓疾患治療剤事件】に対する理解を問う問題である。同判決は、進歩・改良目的があるとはいえない承認申請の添付資料用の製造及び使用行為にも法第69条第1項が適用されると判示していることから、同判決の判旨に言及しつつ、乙行為1及び2について論じる際に示した「試験又は研究のためにする特許発明の実施」の判断基準と整合するよう自説を展開することが求められる。

また、丙行為2では、Cカプセルの市場調査目的のサンプルの製造・提供に法第69条第1

項が適用されるかが問題となる。なお、このような市場調査目的の実施行為は、一般的にいつて「技術の次の段階への進歩」とは無縁であることを踏まえ、自説を展開することが求められる。

さらに、丙行為3では、単なる製造承認を得る目的の添付資料のための製造及び使用行為を超えて、特許権の存続期間が満了した場合に即時販売できるようにするための保管目的の製造行為についても法第69条第1項が適用されるかが問題となるが、上記判決は、傍論ながらこのような製造行為への法第69条第1項の適用を否定していることなどを踏まえ、自説を展開することが求められる。

設問3は、消尽の意義、判断基準及びその成否を問う問題である。すなわち、丁は、D錠を製造・販売するに当たって、本件発明の技術的範囲に属するAカプセルを市場において購入しているから、本件特許権は既に消尽し、その効力はD錠には及ばないと主張が考えられる。

消尽の成否については、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】が、特許製品の利用行為に特許権が及ぶのは、当該特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造されたと認められる場合であり、特許製品の新たな製造に当たるかどうかは、特許製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様、取引の実情等を総合考慮して判断するのが相当であると判示していることなどを踏まえ、判断基準を示した上、それを本問の事案に当てはめて論じることが求められる。

〔第2問〕

本問は、建築設計図及び建築物を題材として、これらの著作物性、これらの著作物についての著作者人格権及び著作権の内容並びに制限に関する正確な理解を問うものである。設問1及び設問2では、これらの点について論じた上で、どのような請求ができるかについて述べなければならない。

設問1については、まず、Bが著作者人格権及び著作権を有する著作物であって、Aの行為により、その著作者人格権及び著作権の侵害が問題となるものとしては、Bが作成したA住居の建築設計図αと、Bが考えつき当該設計図に記したA住居が考えられる。建築設計図が著作物（著作権法（以下「法」という。）第10条第1項第6号）となり、また建築物が著作物（同項第5号）となるのはどのような場合であるかについて検討し、本問における設計図α及びA住居の著作物性について、A住居が斬新なデザインのものでされていることを踏まえて論述しなければならない。

その上で、Aの行為によって、Bが有する著作者人格権及び著作権のうちで、侵害が問題となる権利としていかなる権利があり、その権利の侵害が成立するかどうかを論述しなければならない。(1) Aが設計図αをコピーした行為については、設計図α及びA住居についての複製権（法第21条）の侵害が問題となる。(2) Aが設計図αのコピー上のBの氏名を抹消して自分の氏名を記載し、そのコピーを複数の建築業者に見せた行為については、設計図α及びA住居についての公表権（法第18条）並びに氏名表示権（法第19条）の侵害が問題となる。この点に関しては、ここでの公表権及び氏名表示権の侵害行為として問題となるのは、著作物の公衆への提示であるから、Aが複数の建築業者に設計図αのコピーを見せた行為が公衆への提示に当たるのかについて論じることが求められる。(3) AがCにA住居を建築させた行為については、法第2条第1項第15号ロにより、A住居についての複製権の侵害が問題となる。この点に関し、実際にA住居を建築したのはCであったことから、Cに依頼したAが侵害責任を負うかどうかという問題に触れることが望ましい。また、当該行為については、A住居についての公表権、氏名表示権及び展示権（法第25条）の侵害という問題、さらにはA住居の建築が私的使用のための複製（法第30条第1項）として許容されるものかどうかという問題（同様の問題は、設計図αのコピーについても生ずる。）も考えられるところ、これらの点を論じ

ていば積極的評価の対象となり得る。(4) AがA住居を売却した行為については、A住居についての譲渡権(法第26条の2)の侵害が問題となる。この点に関しては、Aの行為が譲渡権の対象である公衆への譲渡に当たるかどうかについて、Aが不動産業者を介してDに売却したことを踏まえて論じる必要がある。また、公衆への譲渡に当たるとしても、法第46条とどのような関係に立つかについても検討していれば積極的評価の対象となり得る。

設問2については、Bが有する、A住居についての著作権人格権及び著作権のうちで、主としてDがA住居を改築した行為との関係で、いかなる権利の侵害が問題となり、その権利の侵害が成立するかどうかを論述しなければならない。Dによる改築については、同一性保持権(法第20条)の侵害が問題となる。この点に関しては、DがA住居の玄関をやや地味な印象を与えるように改築した行為が、著作物の改変に当たるかどうか、また、改変に当たるとしても、法第20条第2項第2号によって許容されるかどうかについて論じなければならない。後者の点については、同号に関する裁判例(東京地決平成15年6月11日判例時報1840号106頁【ノグチ・ルーム事件】)を考慮しつつ、Dが改築したのがA住居の玄関が余りに派手過ぎると感じたためであることを踏まえて論じることが求められる。また、当該行為については、翻案権(法第27条)の侵害も問題となると考えられ、さらに、Aの行為がA住居についての公表権及び氏名表示権の侵害となるのであれば、Dも、同様に、A住居についての公表権及び氏名表示権を侵害することが問題となると考えられる。これらの点を論じていけば積極的評価の対象となり得る。

設問3は、建築の著作物と法第46条との関係に関する理解を問うものである。A住居が建築の著作物であるとする、同条により、その利用は同条各号に掲げる場合を除き、許容されることになる。そのため、EがA住居のミニチュアを製作販売する行為が著作権侵害となるには、当該行為が同条各号のいずれかに該当するものでなければならない。文言上、同条第2号に該当するためには、Eの製作行為が「建築により複製」するものである必要があり、同条第4号に該当するためには、A住居が美術の著作物の原作品であり、Eの製作行為が「専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製」するものである必要がある。これらの点に関し、Bの主張及びEの主張として、可能な限り説得的な論拠を探究し、それを提示することが求められる。

[労働法]

[第1問]

本問は、職種変更命令並びに変更解約告知及び留保付承諾に関する理解を問うものである。いずれも、労働法における基本的な論点であり、関係条文・裁判例に対する知識を前提とし、これらを正確に示した上で自らの考えを述べ、問題文に示された具体的事実を摘示しつつ当てはめを行うことが求められる。

まず、本問の事例では、X1らに対してなされた職種変更命令の有効性について検討するに当たり、職種変更命令の法的根拠となる労働契約法(以下「労契法」という。)第7条本文及びY社就業規則第8条第1項の一般的配転条項を摘示した上で、Y社とX1らとの間で職種を機械工に限定する旨の合意(労契法第7条ただし書き参照)が成立していたかを論じる必要がある。その際には、日産自動車村山工場事件判決(最判平元年12月7日)等の判例による判断の枠組みを踏まえて規範を定立し、問題文に示された事実を抽出して当てはめを行うことが求められる。その上で、かかる職種限定合意はないとの見解を採った場合には、Y社による職種変更命令が権利濫用(労契法第3条第5項参照)となるかを論じる必要がある。

次に、X2及びX3に対して行われたY社の提案が、いわゆる変更解約告知であることを踏まえ、X2による「後に裁判で争うことを伝えた上で、早期退職募集及び再雇用に応ずる旨」の申し出が留保付承諾として有効かを検討する必要がある。その上で、X3及び(前記留保付