

と合算した市場シェアを獲得するという傾向は見られないこと等を踏まえ、単独行動による競争の実質的制限に関しては、A社は、本件株式取得後A社、H社それぞれの市場シェアの合算である40%を獲得、維持することが可能なのか、さらにその市場シェアを失うことなく単独で甲の価格を引き上げることが可能なのか、また、協調行動による競争の実質的制限に関しては、甲のメーカーが、技術や価格の面で他の甲のメーカーと競争するよりも、協調して技術開発を遅らせ、あるいは価格を引き上げる蓋然性があるのかについて分析する必要がある。

そのような競争を実質的に制限することとなるか否かの分析においては、本件株式取得の目的の合理性、丙のメーカーから甲のメーカーに対する価格引下げ要求、本件株式取得前後の甲のメーカーの数や地位、乙の甲に対する競争圧力等の要素も併せて考慮する必要がある。

[知的財産法]

[第1問]

設問1は、特許要件である新規性要件及び先願主義に関する理解を問う問題である。設問2の(1)は、上位概念の発明の特許権と下位概念の発明の特許権が同日出願に係るものである場合の両特許権の関係に関する理解を問う問題であり、(2)は、補償金請求権の発生要件及び消滅時効に関する理解を問う問題である。設問3は、特許法（以下「法」という。）第102条第2項の適用要件に関する理解を問う問題である。

設問1において、まず、 α 発明の実施品の試験的販売については、 α 発明は、 β 発明を上位概念とする下位概念の発明であることから、これが公然実施（法第29条第1項第2号）に当たり、甲特許権は新規性欠如の無効理由（法第123条第1項第2号）を有するかどうかの問題となる。発明の実施品が存在すれば必ずその発明の新規性が失われるというわけではなく、また、 α 発明の実施品は一般の顧客に対してその構造を明らかにすることなく販売されたものであった。この点に関しては、当業者が利用可能な分析技術を用いて発明の実施品を分析することにより、その発明の構成を知り得る場合には、公然実施に当たり、他方、その発明の構成を知ることが極めて困難である場合には、公然実施に当たらないと解することができよう（東京地判平成17年2月10日判例時報1906号144頁【ブラニュート顆粒事件】参照）。このような公然実施の当否について明確に論述することが求められる。

また、公然実施があっても、新規性喪失の例外規定（法第30条第2項）が適用されれば、新規性が失われなかったものとされるが、 α 発明の実施品の試験的販売については、甲出願が当該販売から6月以内に行われておらず、法第30条第3項所定の手続も履行されていないことから、新規性喪失の例外規定の適用は認められないのであり、この点にも言及することが求められる。

次に、乙が行った乙出願については、その出願日は甲出願の出願日と同じであることから、甲特許権は法第39条第2項違反の無効理由（法第123条第1項第2号）を有するかどうかの問題となる。法第39条第2項違反となるのは、乙出願の対象である γ 発明と甲出願の対象である β 発明が「同一の発明」である場合であり、 γ 発明は、 β 発明を上位概念とする下位概念の発明であった。そこで、同日に行われた2つの出願の対象が下位概念の発明と上位概念の発明の関係にある場合に、両発明が「同一の発明」に当たるかどうかを検討することが必要となる。仮に乙出願が平成21年2月4日に行われたとした場合、すなわち、下位概念の発明についての出願が先願であった場合に、両発明が法第39条第1項の「同一の発明」に当たるかどうかと対比しつつ、同日出願の場合も同様に取扱うことができるのか、あるいは異なる取扱いをすべきであるのかについて、合理的な論拠を示して論述することが求められる。

ところで、 α 発明の実施品の試験的販売又は乙が行った乙出願により甲特許権が無効理由を有することになるとしても、訂正により無効理由を解消することができる場合があろう。この

点的に的確に言及していれば、積極的な評価が与えられよう。

設問2の(1)については、まず、 γ 発明の実施品が β 発明の技術的範囲に属するかどうかの問題となる。次に、 β 発明の技術的範囲に属することが肯定されるとしても、乙は、 γ 発明について特許権を有しているので、 γ 発明の実施品を製造販売する行為は自己の特許発明の実施であり、この点に関する検討が行われなければならない。特許権者によるその特許発明の実施が他の特許権の侵害となるかどうかは、特許権の本質が何であるかが関係するのであり、この問題については、いわゆる専用権説と排他権説の対立がある。そして、利用発明に関する法第72条の意義について、専用権説によれば例外規定、排他権説によれば確認規定と解されることとなろう。乙の行為については、 γ 発明が β 発明の利用発明であると捉えることができるとしても、乙出願の出願日と甲出願の出願日は同じであるから、同条は適用されない。そこで、特許権の本質や同条の意義等に関する検討を踏まえて、特許権者がその特許発明である下位概念の発明の実施をすることが同日出願に係る上位概念の発明の特許権の侵害となるかどうかについて、合理的な論拠を持って自説を展開することが求められる。

設問2の(2)においては、まず、甲が乙の行為を知ったのは平成27年5月になってからであるから、甲は、甲特許権の設定登録前に乙に対して警告を行っていないこととなる。しかしながら、補償金請求権は、警告が行われない場合においても、特許出願に係る発明であることを知ってその発明を実施した者に対して請求することができる（法第65条第1項後段）。そのため、乙が甲出願に係る β 発明を実施していることを知っていた場合には、甲は補償金請求を行うことができると解されよう。次に、甲が、乙の行為を平成23年6月に知ったが、乙に対して何らの措置も講じなかった場合には、補償金請求権の消滅時効が問題となる。法第65条第6項により、補償金請求権は、補償金請求権を有する者が特許権の設定登録前に当該特許出願に係る発明の実施の事実及びその実施をした者を知った場合は、特許権の設定登録日から3年間行使しないときは、時効により消滅することになる。甲特許権の設定登録日は平成23年8月15日であるから、甲の補償金請求権は時効消滅したことになる。

設問3においては、甲は β 発明の技術的範囲に属する製品を製造販売していないことから、特許権者がその特許発明の実施をしていない場合に、法第102条第2項を用いて損害額を算定してその賠償を請求することができるかどうかの問題となる。この点に関し、知的財産高等裁判所の大合議判決（知財高判平成25年2月1日判例時報2179号36頁【ごみ貯蔵機器事件】）は、「特許権者に、侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情が存在する場合には、特許法102条2項の適用が認められると解すべきであり、特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在するなどの諸事情は、推定された損害額を覆滅する事情として考慮されるとするのが相当である。そして、……特許法102条2項の適用に当たり、特許権者において、当該特許発明を実施していることを要件とするものではないというべきである。」と判示している。甲は、 β 発明の技術的範囲に属する製品と同様の作用効果を奏する製品を製造販売しており、このような場合に同項の適用が認められるかどうかについて、上記判決を念頭に置きつつ、自説を展開することが求められる。

〔第2問〕

設問1は、本件映像フィルムが著作物であることを前提として、その著作者は誰か、あるいは著作権は誰に帰属すると考えるべきかにつき、著作権法（以下「法」という。）第15条（職務著作）、法第16条（映画の著作物の著作者）及び法第29条（映画の著作物の著作権の帰属）の適用の可否及びそれらの規定の相互関係等に関する理解を問う問題であり、設問2は、Yが本件映像を本件映画の1シーンに使用したことが、Zの著作権又は著作者人格権の侵害になるかについて、いわゆる「写り込み」の問題として、「複製」の成否及び法第30条の2の適用の可否等に関する理解を問う問題である。

設問1については、まず、Xとしては次のような主張をすることが考えられる。本件映像フィルムは、Xが対象となる溪谷と橋を選定し、一番美しく撮れる撮影箇所と時間帯を決定し、構図、カメラアングル、光量、絞りなどを決めて定点撮影したものであるから、それ自体著作物（法第2条第1項第1号）に当たり、それが「映画の著作物」（法第10条第1項第7号）である場合、その「全体的形成に創作的に寄与した者」（法第16条）はXであるから、著作者はXである。そうである以上、Xは本件映像フィルムについて著作権と著作者人格権を有するところ（法第17条第1項）、本件映画の製作及び上映は、翻案権（法第27条）、複製権（法第21条）、上映権（法第22条の2）の侵害に当たり、また、本件映像フィルムは未公表であるから公表権（法第18条第1項後段）の侵害に当たり、本件映画のクレジット・タイトルには単に「風景撮影 X」と表示されているにすぎず、著作者名の表示ではないから氏名表示権（法第19条第1項後段）の侵害に当たり、さらに、俳優の映像を合成しているから同一性保持権（法第20条第1項）の侵害に当たる。

これに対し、Yとしては、まず、本件映像フィルムが何の著作物であれ、本件映像フィルムの作成は職務著作（法第15条第1項）に当たるから、その著作者はYであると主張することが考えられる。職務著作の成否に関しては、最判平成15年4月11日判例時報1822号133頁【RGBアドベンチャー事件】が判示していることを念頭に置いた上で、「法人等の業務に従事する者」の判断基準を検討し、本設問では、Xはもともとフリーの映像作家であって、本件映像フィルムの撮影場所、撮影対象、撮影方法も全て単独で決定しており、何らYの指示を受けていないこと、他方で、本件映像フィルムの制作費用は全てYが支出したものであり、Xは毎週2、3回Yに出社し、報酬も月払いで支払われていたという事実関係に当てはめて論じることが求められる。

また、Yの主張としては、仮に本件映像フィルムが職務著作に当たらないとしても、本件映像フィルムは「映画の著作物」に当たるところ、Yは映画の著作物の製作に発意と責任を有する映画製作者（法第2条第1項第10号）であり、Xは本件ドキュメンタリーの製作に参加することを約束しているから、法第29条第1項により、本件映像フィルムの著作権は映画製作者であるYに帰属すること、そうすると、法第18条第2項第3号により、Xは、Yに対し、公表権侵害を主張できないこと、また、氏名表示権については、仮に「風景撮影 X」との表示では足りないとしても、法第19条第3項が適用されるべきであり、さらに、同一性保持権侵害については、改変されたものを上映すること自体は同一性保持権侵害に当たらないこと、仮に法第20条第1項の改変に当たるとしても、同条第2項第4号の「やむを得ないと認められる改変」に当たること、が考えられる。

これに対し、Xとしては、本件映像フィルムは、いまだ未編集のフィルムであるから、法第29条所定の「映画の著作物」には当たらず、同条の適用はないと主張することが考えられる。この点に関しては、東京高判平成5年9月9日判例時報1477号27頁【三沢市勢映画製作事件】が「著作権法29条1項により映画製作者が映画の著作物の著作権を取得するためには、いうまでもなく著作物と認められるに足りる映画が完成することが必要であるから、参加約束のみによって未だ完成していない映画について製作者が著作権を取得することはない。」と判示していることを念頭に置きつつ、法第29条第1項の趣旨に触れながら、未編集のフィルムが「映画の著作物」に当たるか否かについて自説を展開し、本設問に当てはめて論じることが求められる。

設問2については、まず、Zの振り付けによる本件能は著作物といえるか、それを肯定する場合その著作者は誰かが問題となる。この点について、Zとしては、本件能の振り付けは、法第10条第1項第3号所定の「舞踊」の著作物に当たり、その著作者は振付師であるZである、したがって、Zは本件能につき著作権及び著作者人格権を有しているところ、本件能を映像に収めることは、本件能の複製に当たるから、本件能映像を使用した本件映画は、本件能の複製

権、上映権及び氏名表示権等を侵害するものであると主張することが考えられる。

これに対し、Yとしては、「舞踊」とは、舞踊家（舞踊を実行する者）による舞踊行為を指すものであって、舞踊の振付師による振り付けは「舞踊」の著作物とはいえないし、本件能の振り付けには、台本や踊り方を説明した書類も振り付けの映像なども存在しないから、著作物として物に固定されておらず、著作権法で保護される著作物には当たらないと主張することが考えられる。この点に関しては、一般的には、「舞踊」の著作物とは、踊りの振り付けのことであり、踊る行為や演ずる行為そのものはそれらを行う実演家の権利として著作隣接権の保護の対象とされることはあっても、「舞踊」の著作物には当たらないと考えられていること、また、「映画の著作物」のような明文の規定がない以上、固定は要件ではないと解されていることに言及することが求められる。

また、Yとしては、仮にZが本件能の著作者であるとしても、本件能映像に映っている本件能は、時間にしてわずか約3分間、それを演じる能役者の動作が辛うじて感得できる程度に写っていたにすぎないから、そもそも本件能映像は本件能の「複製」とはいえないと主張することが考えられる。この点に関しては、東京高判平成14年2月18日判例時報1786号136頁【雪月花事件】が「書を写真により再製した場合に、その行為が美術の著作物としての書の再製に当たるといえるためには、一般人の通常の注意力を基準とした上、当該書の写真において、上記表現形式を通じ、単に字体や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった上記の美的要素を直接感得することができる程度に再現されていることを要する」と判示していることを念頭に置きつつ、本設問において、「複製」といえるか否かを論じることが求められる。

さらに、Yとしては、仮に「複製」に当たるとしても、本件能映像は法第2条第1項第14号の「録画」されたものであるから、法第30条の2第1項所定の「写真等著作物」に当たるところ、本件能は溪谷と橋を定点撮影された映像にたまたま映っているにすぎず、能舞台は橋のそばにあるのであるから、本件映像フィルムを創作するに当たり「分離することは困難であり」、しかもその映像部分も時間にしてわずか3分、それを演じる能役者の動作が辛うじて感得できる程度にすぎないから「軽微な構成部分」であるといえ、同項所定の「付随対象著作物」に当たり、同条第2項により、これを本件映画に利用することができることを主張することが考えられる。

これに対して、Zとしては、Yは、本件能映像が夜の溪谷と橋が薪能の灯りに浮かび上がる中で能役者が能を舞うという幻想的な描写になっていたという独創的な表現映像である点を捉えて、あえて本件映画の1シーンに上記映像部分を使用したものであるから、「付随対象著作物」とはいえず、仮にそうでないとしても、そのような利用の態様は「付随対象著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害する」ことになるものであり、したがって、同項ただし書により、Yは、本件能を本件映画に利用することはできないと主張することが考えられる。これらの点について、本設問の事案に当てはめて論じることが求められる。

そして、Zが著作者人格権を主張することができるか否かについて論じれば、さらに、積極的な評価の対象となろう。

[労働法]

[第1問]

本問は、偽装請負（違法な労働者派遣）により派遣された労働者と注文者（派遣先）との間の黙示の労働契約の成立、適法な労働者派遣の下における派遣元事業主による有期労働契約の中途解除及び雇止めに関する規範の正確な理解を問うものである。本問の事実関係は労働