

(2) 第2問 (引用条文は著作権法)

設問1が、私的使用のための複製に関する問題であること、設問2が、侵害主体と請求の在り方に関する問題であることに気付いている答案は多かった(ただし、正確には、気付いているらしき様子が感じられるといった程度の答案が多く、的確な問題意識を感じさせる答案は少なかったのが実情である)ので、全体的には、一通りの勉強はなされているものと思われた。しかし、事案の正確な分析力や論理一貫した記述ができていないかといった点において、こちらの期待した水準に達している答案は多くはなく、また、受験者によって大きな差が見られたのも特徴である。

なお、以下の各設問についての部分でも触れているが、条文等の文言について無頓着に過ぎると思われる答案が多かった。実務においても、書面で対応する場面は多いのであるから、「言葉」に対しては、一層注意深くあるべきである。

ア設問1

本問では、ゲームソフトαの著作物としての種類、著作者・著作権者を明らかにした上、侵害されている権利の種類・内容、権利制限の有無等を検討する必要があるが、それぞれの検討場面で、事案分析の不十分さ、関連条文の把握の不正確さ、基本的な判例・論点の理解不足などが目立った。

まず、ゲームソフトαにつき、映画の著作物及びプログラムの著作物のいずれか一方の著作物の側面しか触れていない答案が大多数であった。しかし、実際のコンピュータ用ゲームを想起すれば、両側面を有していると考えるのが自然ではないであろうか。この点は、後に所々で述べるように、様々な検討場面において答案の論述の厚みに影響することとなる。

著作者に関しては、職務著作の成否につきほとんどの答案で言及されていたが、B又はCの一方についてだけ検討し、他方については決め付けをしている答案が相当数見られた。立場の異なるBとCとで論述の厚みは異なっても構わないが、論じることなく決め付ける姿勢は問題である。本問においては、決め付けができるほど事実内容は具体的ではない。

次に、前述したゲームソフトαの著作物としての二面性を指摘できていれば、職務著作の適用条文についても区別して論じることができ、事案の分析的把握力と条文の正確な理解をアピールすることができたはずである(第15条第1項・第2項)。しかし、もともとゲームソフトαの著作物としての二面性を指摘できた答案が多くなかった上、指摘できても、なぜか第15条第1項・第2項を正確に区別して論述していないものが多かった。

ところで、Bに職務著作の成立を認めず、A・B双方を著作者と認定した場合、映画の著作物の側面については、著作権は映画製作者(本問ではAが当たり得る)に帰属するのではないかということが問題となる(第29条第1項)。この点に論及している答案は多かったが、他方で、プログラムの著作物の側面では依然として著作権はA・B双方が共有することになると考えられることにつき、何も触れていないものが多かった。これも、本件ゲームソフトαの著作物としての二面性に気付いていないため、論述に厚みを増すことが

できなかった例である。

侵害されている権利の種類・内容，権利制限の有無等については，まず，F・G共に複製権侵害と私的使用のための複製に関する規定（第30条第1項）の適否が問題となることにつき，多くの答案が触れていた。しかし，第30条第1項第2号は技術的保護手段の回避を行ったDのみに適用されるとするもの，プログラムの著作物の側面で著作権がA・Bの共有となることを前提とした場合において，共有者の同意を得ないと権利行使できないとするもの（第117条参照）など，条文を読めば容易に分かるような誤りをしている答案が相当数あった。さらには，Gに対する第30条第1項第3号の適否について触れていないもの，同規定が「録音・録画」を対象としているため，プログラムの著作物についての適用を考えられないのではないかという点につき触れていないものなど，これもまた条文を読めば気付くような問題点に配慮のない答案も多かった。

次に，第30条第1項各号の適用にあつて，主観的要件に触れていない答案，あるいは一方的に善意・悪意を決め付けている答案があつた。いずれかに認定することが常に許されないわけではないが，本問では困難であろう。実際に，いずれかに認定している答案の論調は強引なものばかりであり，これでは事実認定のセンスに疑問を持たせることとなる。認定困難な場合は，基本的には場合分けをして論述すべきである。

F・Gの行為に第113条第2項の適用を論ずる答案が相当数あつたが，問題文からF・Gが業務上のプログラム使用者と見ることは困難ではないか。さらに，F・Gによる頒布権侵害・譲渡権侵害を論じる答案があつたが，問題文のどのような要素を捉えれば出てくる発想であるのか理解し兼ねた。

本件では，ダビングやダウンロードといった複製行為（侵害行為）は既に過去のことであり，侵害のおそれがあるとも認められないから，差止請求はできないと考えるのが通常であろう（第112条第1項）。この点につき，何の考慮もなく，単に「差止請求ができる」としか述べていない答案があつた。事案に即して検討することができていないと評価せざるを得ない。また，廃棄請求（同条第2項）は，差止請求（同条第1項）をするに際して行うことができると規定されていることにも配慮する必要がある，このことに全く触れずに，廃棄請求が認められると述べる答案が多数存在した。

イ設問2

侵害されている権利が何であるのか，侵害主体をどのように認定するかとの関連で，いかなる請求ができるのかが問題となる事案である。

まず，多くの答案で同一性保持権侵害について論じており，その点は評価できる。しかし，余りに単純に侵害を認めている答案が多い。いかなる改変が行われていれば侵害と言えるのか，その基準についても要領よく触れ，てきぱきと当てはめて論ずべきである。

次に，侵害主体の認定と具体的な請求の問題であるが，特に侵害主体についての的確な問題意識の欠如が目立ち，分析力不足を感じさせた。最も乱暴な論調は，単に「F・G・HはAが困るような行為をしているのだから，Aはこの三者に対して差止請求及び損害賠

償請求ができる」旨述べただけのものである。侵害主体は誰で、これに対していかなる請求が可能なのか、侵害主体ではないが侵害行為に関与している者についてはどのような請求ができるのか（特に差止請求の可否）等について、分析的に検討してほしかった。少数の例外を除き、期待外れであった。

なお、翻案権侵害について検討している答案も予想以上に多かったが、この場合、創作性の付加があると言えるかについて述べる必要がある。また、侵害と言えるかどうかに関しては、少なくとも、私的使用のための翻案ではないかという点（第43条第1号、第30条第1項）に触れなければ論述不足である。他方、翻案権侵害についてだけ論じ、同一性保持権侵害について触れない答案が散見されたが、ときめきメモリアル事件の最高裁判決について知識がないとしか考えられず、基本的な勉強不足である。

(3) 形式面等

時間配分を誤って最後まで書き切れなかったのではないかとと思われる答案が散見された。時間配分も実力のうちと考え、自分の書こうとする内容・量を答案構成の段階で見通し、時間をバランスよく配分しながら答案を作成してほしい。

また、字が乱雑であったり小さ過ぎたりして読みにくい答案が少なくない。もちろん字の美しさを競う試験ではないから、答案審査にあっては何とか読む努力はするが、中には、「全く読めない」ような記載のある答案もあった。せつかくの良い考えも読み手に伝わらなければ意味がない。せめて「読める」文字で記述してほしい。

(4) 答案の評価について

答案は各人各様であり、どのように書かれていれば評価が高くなり、あるいは低くなるのかを一概に言うことは困難である。しかし、冒頭述べたように、各設問を通じて、事実関係の分析力、基本的事項についての理解度、論理的な思考力、論理一貫した論述をすることができる力等を見ようとするものである。以上を前提とすれば、いずれの問題であっても、おおむね次のような評価の視点を示すことができるであろう。

すなわち、事実関係の詳細な部分まで把握・分析し、問題となり得る事項を抽出した上、関連する判例・学説を正確に踏まえつつ、必要な法令につき適切な解釈を行って要件等の定立を行い、事案に当てはめて妥当な結論に至っているような答案については「優秀」、事実関係につきポイントとなる部分についてはきちんと分析し、問題となり得る事項を抽出した上、関連する判例・学説への考慮を示しつつ、必要な法令についてそれなりの解釈をして要件等の定立を行い、事案への当てはめも行われてそれなりの結論に至っているような答案については「良好」、かかるレベルには達していないが、事実関係の分析や問題点の抽出が不十分ながらも示されており、判例・学説等への一定の配意をしつつ、関係する法令についての解釈を交えて結論に至ろうとする姿勢が見られる答案については「一応の水準」、これに至らないレベルのもの、例えば、事実関係の分析が不足しており、あるいは、問題文に示された内容をはるかに超えて牽強付会な決め付けをするなどし、当然触れるべき基本的な判例・学説に触れることもなく、法令解釈等において筋道が通っておらず、結

論において妥当性を欠くようなものなどは、「不良」な答案である。

3 法科大学院教育に求めるもの

まず、法令の規定であれ、判例・学説であれ、基本的な事項につき、単に記憶させるのではなく理解させるような教育をお願いしたい。理解させるということは、そのような規定となっている趣旨、そのような判断や考え方をする論拠についてまで遡り、なるほどと納得させ、必要に応じて、そのような考え方はおかしいのではないかという批判的な検討をさせ、あるいは、類似の事項について同様の考え方ができるのではないか、といった思考の訓練をもさせることである。このようなことを繰り返すことにより、真に正確な知識が身に付き、同時に、法的なものの見方や論理的思考力も鍛えられるものと考えられる。答案の中には、一見もっともらしい論述をしているように見受けられるが、実際にはポイント外れと言わざるを得ないようなものが散見されたが、皮相な「記憶」に頼った結果そのようなものとなってしまったと考えられ、真の「理解」をするための教育が必ずしも十分になされていなかったからではないかと思われる。

次に、真の「理解」に基づく正確な知識を前提に、複雑に入り組んだ事案を正確に分析し、問題は何なのか、その問題の解決のためにはどのような点を取り上げて、どのような順番で検討していけばいいのかというような力、複雑な物事を解きほぐして整理し、解決に導く力が身に付くような教育を行っていただきたい（その際には、無関係な事項については検討対象から捨象するという作業も当然必要となる）。答案の中には、思考の順序が逆転していたり、解決に必要な事柄を長々と論じ、必要なことについてはほとんど触れていないようなものもあった。

さらに、こうして整理され、解決のための結論に至った内容を、バランスよく、説得的に論述できる能力を身に付けさせるような訓練もお願いしたい。頭の中では正しい解決がなされていても、バランスを欠いた説明や、趣旨不明の記述がなされていて説得力のないものとなっていたのでは、せっかく正しい結論に至っても、審査する側には伝わらない。これは実務の世界でも当てはまることである。

最後に、当たり前のことであるが、常に「自らの頭で考える」ような訓練を積み重ねていただきたい。前述したような、基本的事項についての理解、事案の正確な分析力、説得的に表現できる能力等は、いずれも、常日頃から「自らの頭で徹底的に考える」という訓練を通して身に付けることができるものだと思う。常日頃から、安易に妥協せず、徹底して考えるという姿勢を貫いていれば、実際の試験の答案においても、必ずやそれがにじみ出てくるものである。