

平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（知的財産法）

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針等

(1) 第1問

本問は、特許要件である新規性及び先願主義、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、補償金請求権の発生要件及び消滅時効、特許法第102条第2項の適用要件という、いずれも特許法における重要な概念ないし重要な問題点についての理解を問うとともに、事例からの的確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について、関連する規定及び判例等に対する理解力、具体的事例への適用に関する思考力、応用力及び論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体として、まず、設問から論点を的確に抽出して指摘した上、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、自説を展開して、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1においては、まず、 α 発明の実施品の試験的販売に関する無効理由については、公然実施（同法第29条第1項第2号）となるか否かが問題となるところ、公然実施の成否に関する判断基準を示し、それを当てはめて結論を出し、さらに、新規性喪失の例外規定（同法第30条第2項）の適用の可否を論じ、その適用が認められないことに言及することが「一応の水準」である。また、乙出願に関する無効理由については、同法第39条第2項違反となるか否かが問題となるところ、同項の「同一の発明」の成否に関する判断基準を示し、それを当てはめて結論を出すことが「一応の水準」である。

その上で、 α 発明の実施品の試験的販売については、一般の顧客に対してその構造を明らかにすることなく行われたという事実関係を踏まえて、判断基準に関する自説を当てはめることができれば、その論証の説得力に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

次に、乙出願については、その対象である γ 発明が甲出願の対象である β 発明を上位概念とする下位概念の発明であったという事実関係を踏まえ、さらに、乙出願が先願であったとした場合に両発明が同法第39条第1項の「同一の発明」に当たるかどうかと対比し、例えば、①異日出願において下位概念の発明についての出願が先願であったとした場合に「同一の発明」に当たるとするならば、同日出願の場合も同様に同条第2項の「同一の発明」に当たることになるとの考え方、あるいは、②同項における「同一の発明」とは、同日の出願に係る2以上の発明の一方の側からみた場合に、他方の発明と同一であるというだけでは足りず、同時に、他方の発明の側からみても、一方の側の発明と同一であるとみなされる関係にあることを要するとの考え方（東京高判平成9年5月22日平成6年（行ケ）243号公刊物未掲載参照）があり得るところであり、このような判断基準に関する自説を当てはめることができれば、その論証

の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

また、 α 発明の実施品の試験的販売又は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か否かについての的確に論じている場合には、より高く評価した。

イ 設問 2

設問 2 の(1)については、 γ 発明の実施品が β 発明の技術的範囲に属するか否かについて論じ、その上で、 β 発明の技術的範囲に属することが肯定される場合に、乙がその特許権を有する特許発明を実施することが甲特許権の侵害となるか否かについて言及することが「一応の水準」である。

その上で、自説を展開して、双方の主張の妥当性に言及し、特に、後者の点は、特許権者がその特許発明である下位概念の発明を実施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否かの問題であるところ、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否かについては特許権の本質が何であるかや利用発明に関する同法第 72 条の意義が関係することから、これらの検討を踏まえて論じられている場合には、その論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

設問 2 の(2)については、警告が行われていない場合の補償金請求権の発生及び補償金請求権の時効消滅について言及することが「一応の水準」である。

その上で、前者については、警告が行われていない場合であっ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補償金請求権が発生すること（同法第 65 条第 1 項後段）、後者については、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（同条第 6 項）について論じていれば、その論述内容の正確性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問 3

設問 3 については、特許権者がその特許発明の実施をしていない場合に、同法第 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否かが問題となるところ、同項の適用に関する判断基準を示し、それを当てはめて結論を出すことが「一応の水準」である。

その上で、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（大合議）】の判旨を踏まえて、特許権者がその特許発明の技術的範囲に属する製品を製造販売していないが、そのような製品と同様の作用効果を奏する製品を製造販売しているという事実関係において、判断基準に関する自説を当てはめることができれば、その論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第 2 問

本問は、映画の著作物に関し、職務著作の成否、著作権法第 16 条の適用の可否、映画の著作物の著作権の帰属に関する同法第 29 条第 1 項の適用の可否、また、著作者人格権侵害の成否、さらには、いわゆる写り込みの問題に関して、「複製」の成否及び同法第 30 条の 2 の適用の可否等、著作権法の基礎的かつ重要な論点を含む問題であり、このような論点についての基礎的な理解を問うとともに、

長文の事例からの的確に論点を抽出する事案分析能力，抽出した論点について，裁判例の理解を前提とした法解釈とその適用に関する思考力，応用力及びその論述能力を試そうとするものである。

したがって，全体として，まず，設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して，当事者の主張として問題点を指摘し，裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ，法解釈を展開した上で，事案に当てはめているか否かに応じて，優秀度を判定した。

ア 設問 1

設問 1 は，まず，本件映像フィルムが「映画の著作物」（同法第 10 条第 1 項第 7 号）に当たり得ることを前提とした上で，その著作者は誰かに関し，職務著作の成否を検討し，仮に職務著作に当たらないと考えられる場合，同法第 16 条所定の「映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者」は誰か，Y が同法第 2 条第 1 項第 10 号の「映画製作者」に該当することを示した上で，同法第 29 条第 1 項が適用されるかに触れ，さらに，公表権，氏名表示権及び同一性保持権侵害の成否に言及することが「一応の水準」である。

その上で，それぞれの論点につき自説を展開した上で，双方の主張の妥当性を論じ，特に，職務著作に関しては，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】を念頭に置いた上で，「法人等の業務に従事する者」の判断基準を示して事案に当てはめている場合，同法第 29 条第 1 項適用の可否に関しては，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】の判旨を念頭に置きつつ，未編集のフィルムであっても同項所定の「映画の著作物」といえるか否かに関し，同項の趣旨に触れながら自説を展開している場合，さらに，公表権侵害については同法第 18 条第 2 項第 3 号を，氏名表示権侵害については同法第 19 条第 3 項あるいは同項の趣旨を，同一性保持権侵害については同法第 20 条第 2 項第 4 号の「やむを得ないと認められる改変」の成否などを検討している場合は，その論証の説得性に応じて，「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問 2

設問 2 は，本件能が「舞踊の著作物」（同法第 10 条第 1 項第 3 号）に当たり，その著作者は振付師 Z であることを指摘した上で，複製権及び上映権侵害の成否に関し，本件能映像に映っている本件能は，時間にして僅か約 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ことから，いわゆる写り込みの問題であると位置づけた上で，本件能映像は本件能の「複製」といえるか，さらには，同法第 30 条の 2 の適用の可否に言及することが「一応の水準」である。

その上で，舞踊の著作物とは踊りの振り付けなのかそれとも舞踊を実行する行為そのものか，舞踊の著作物と認められるためには固定が要件とされているか否かについて論じ，また，「複製」の成否に関しては，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】の判旨を念頭に置きつつ，自説を展開して事案に当てはめ，さらに，同法第 30 条の 2 の適用の可否に関しては，「分離することが困難である」か否か，「軽微な構成部分」といえるか否か，さらには，「著作権者の利益を不当に害すること」とならないか否かに関し，自説

を展開して当てはめを行っていけば、その論証の説得性に依じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、引用の成否、著作者人格権侵害の成否についても論じられている場合は、より高く評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 総評

後に具体的に指摘するように、問題文を十分に読んでいないと思われる答案や複数の発明の相互関係に関する基礎的事項につき不正確な理解をしている答案、時間内に完成できなかった答案が少なからず見られた。

イ 設問1

(7) 公然実施の有無について

新規性要件の問題と捉えつつも、 β 発明につき、法律が定める要件について特段の検討をせず公知発明（特許法第29条第1項第1号）又は公然実施発明（同項第2号）を簡単に認めてしまっている答案が散見された。

適用条文について、同法第29条第1項第2号を論じてほしいところ、同項第1号を論じる答案が多く見られた。

多くの答案において公然実施の成否が問題となることは認識されていたが、公然実施の意義について、当業者が利用可能な分析技術を用いて分析することによってその構成を知り得る場合などの判断基準を示した上で、本件事案に当てはめる必要があるところ、そのような判断基準を明確に示す答案は多くなく、単に「構造を明らかにしなかったから」新規性は失われていない、「試験的にせよ販売したから」新規性は失われている、販売が1か月間しか行われていないことから公然実施にならない、などとする答案が少なくなかった。

本設問は、両発明が下位概念と上位概念にある場合にどのような判断基準で「同一の発明」といえるか否かを問うものであり、公然実施を論じる前提として、まず、 c_1 とCとの同一性を論じる必要があるが、両者が下位概念と上位概念の関係にあることを考慮することなく、単に発明が違うから同一でない、あるいは逆に下位概念の限度で重なっているから同一であるなどと決めつけて論じる答案が散見された。

また、新規性欠如の無効理由を検討する際には、新規性喪失の例外規定の適用の可否を検討する必要があるにもかかわらず、同法第30条第2項に言及した答案は少数にとどまった。同項について論じている答案でも、問題文から新規性喪失の例外規定の適用が不可能であることが明らかであるにもかかわらず、これを肯定する答案が複数見られた。

(4) 同法第39条第2項の適用の可否について

同法第39条第2項に全く言及しない答案も相当数に上った。

同項に気付きながらも、 β 発明と γ 発明との同一性を論じない答案、Cと c_2 が上位概念と下位概念の関係にあることを考慮することなく、単に発明が違うから同一でない、あるいは下位概念の限度で重なっているから同一で

ある，その反対に下位概念の限度でしか重なっていないから同一でないなどと決めつけて論じる答案が圧倒的に多く，同条第1項の場合と対比して，同日出願で，両発明が下位概念と上位概念の関係にある場合，どのような判断基準で「同一の発明」と判断するかについての的確に言及した答案はごく少数にとどまった。

問題文では，乙出願が平成21年2月4日に行われた場合と対比することを求めているにもかかわらず，この場合について何ら記述しない答案が少なくなかった。この場合について記述する答案であっても，乙出願が平成21年2月5日に行われた場合と同様に取り扱われるにせよ，異なる取扱いがされるにせよ，その理由を明確に示す答案は少なかった。

出題意図としては，異日出願の場合と比較しつつ，同日出願における「同一の発明」に関して悩みを見せてほしいところであったが，そのような答案は少数であった。

ウ 設問2

(ア) 全体

問題文に「(1)及び(2)については，甲特許権は無効理由を有しないものとする。」と記載されているにもかかわらず，甲特許権の無効理由について記述する答案が多かった。

(イ) 小問(1)について

同日出願の場合， γ 発明を実施することができないのはどのような場合かについて，同法第72条と対比しつつ，いわゆる専用権説や排他権説に言及しながら論ずることが期待されたが，出題意図を理解している答案は少数であり， γ 発明の実施品が β 発明の技術的範囲に属するか否かについてだけしか検討していない答案が多かった。

また，いわゆる「穴あき説」的な論述をしている答案が多く見られたが， β 発明の技術的範囲に属しないとすべき理由付けとしては「顕著な効果」があるというだけで，それ以上踏み込んでいない答案が大多数であった。

本設問の事実関係からすれば，問題にはなり得ないはずの均等侵害あるいは先使用权を論ずる答案が相当数に上った。

(ウ) 小問(2)について

前段については，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にもかかわらず，この点を認識せず，甲特許権の設定登録前に警告が行われた場合について記述する答案が多かった。

そして，補償金請求においては，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実施すれば補償金請求の対象になるが，この点について言及する答案は多くはなかった。

また，補償金制度の理解が不十分なまま，訴訟を起こしているから「警告」の要件を充たすとする答案や権利者が知らなかった場合は警告しなくても補償金を請求することができるとする答案が散見された。

逆に，乙が， β 発明が出願公開された特許出願に係る発明であることにつき悪意であったとしても，甲は警告をしない限り補償金請求をなし得ない旨を述べる答案も複数見られたが，同法第65条第1項後段の規定の解釈とし

て、そのような立論は無理と思われる。

後段については、消滅時効の成否に気付かず、これに言及していない答案が少なからず見られた。消滅時効の成否に気付きながらも、民法第724条を適用し、特許法第65条第6項に気付いていない答案、同項の内容を誤解している答案が少なくなかった。また、消滅時効の期間につき、計算を誤って、3年が経過していないとして、時効消滅を否定する答案が複数見られた。

エ 設問3

この設問については、おおむねよく論じられていたが、同法第102条第2項の適用の可否において、特許権者が自ら特許発明を実施していることを要するかという問題に全く気付かない答案も散見された。

また、上記問題点に気付きながらも、前掲知財高判【ごみ貯蔵機器事件（大合議）】の判旨に全く言及しない答案、同判決の判旨を十分に理解していないと思われる答案も少なくなかった。

同法第102条第2項は立証の困難性を軽減する趣旨で設けられた規定であるから本件でも適用すべきとする答案も散見されたが、それだけでは本件で同項が適用されるべき理由としては不十分である。

(2) 第2問

ア 総評

一般的には出題の意図を理解している答案が多いように思われたが、時間切れで乱雑な論述をしている答案も散見された。

イ 設問1

(ア) 職務著作について

設問に現れた事実関係からすれば、当然職務著作の成否が問題となることに気付くべきであったが、職務著作に気付かず、全く言及しない答案が相当数みられた。

職務著作に言及した答案の中では、多数の答案が前掲最判【RGBアドベンチャー事件】の趣旨に言及していた。

職務著作の成否については、判断基準を示した上で、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を検討しなければならぬところ、職務著作に言及するものの、何ら判断基準を示さず、単にフリーの映像作家だから、あるいは、指揮監督関係にあるといえるからなどという簡単な理由のみを記載する答案が目立った。判例が示す判断基準を用いるか否かはともかく、判断基準を示した上で、具体的な事実関係に当てはめて検討すべきである。

(イ) 著作権法第29条第1項適用の可否について

比較的多くの答案は、同法第29条第1項の適用の可否について触れた上で、未編集フィルムが同項にいう「映画の著作物」に該当するかについて検討していた。

しかし、同項の問題に気付かずこれに全く言及しない答案、また、同項に

言及するも、未編集フィルムが同項にいう「映画の著作物」に該当するか否かに全く触れない答案が相当数見られた。

未編集フィルムに言及している答案のうちでは、同項の趣旨から結論を導くという姿勢で書いている答案はそれほど多くなかった。

(ウ) 著作者人格権侵害について

本問では、本件映像フィルムが映画の著作物に当たるか否かが重要な論点であるところ、特に、映画の著作物と認めた上で、職務著作該当性を否定し、同法第29条第1項の適用を認める場合には、×として請求の根拠となし得るのは著作者人格権のみとなることから、著作者人格権についての検討は不可欠であるが、著作者人格権について全く触れない答案が散見された。

同項の適用を認め、公表権に言及しているにもかかわらず、同法第18条第2項第3号に全く触れていない答案が散見された。

氏名表示権については、これに全く触れない答案も散見された。触れている答案においても、同法第19条第3項あるいはその趣旨を検討する答案はごく少数にとどまった。

同一性保持権について触れた答案は多かったが、同法第20条第2項第4号の「やむを得ないと認められる改変」に言及する答案は少数にとどまった。

ウ 設問2

(ア) 本件能の著作物性及び著作者について

本件能が「舞踊の著作物」に該当することを指摘した上で、舞踊を実行する者ではない、舞踊の振付師が「舞踊の著作物」の著作者といえるか、また、振り付けが「舞踊」の著作物と認められるためには、その振り付けが台本や映像に固定されていることを要するか否かに言及した答案は、ごく少数であった。

(イ) 写り込みについて

「複製」の成否及び同法第30条の2の適用の可否の両方に気付かず全く言及しない答案、いずれか一方だけを論じる答案も少なくなかった。一般に両者は適用場面を異にする論点であって両立するものと考えられているから、双方の論点に言及すべきである。

「複製」の成否につき、前掲東京高判【雪月花事件】と同様な判断基準を示した上で当てはめ、仮に「複製」に当たるとしても、同法第30条の2の適用の可否について言及し、分離困難性、軽微な構成部分該当性、著作権者の利益を不当に害するか否かについて、事案を当てはめて丁寧に論じている答案は高い評価を得た。しかしながら、同条に触れた答案は多かったが、各要件の当てはめを丁寧に論じている答案は少なかった。

同法第30条の2の適用を検討する際、同条第1項の定める分離困難性について、本件能映像をYが本件映画の1シーンに使用する時点で分離可能であることを理由としてこれを否定する答案が散見された。しかし、規定の文言から明らかなように、分離困難性は、Xが本件能を複製又は翻案した時点について問題となるものである。

(ウ) 同法第32条第1項（適法引用の抗弁）について

引用について言及する答案が散見されたが、本件能映像に写り込んだ本件

能を本件映画に利用することについては、それが公正な慣行に合致し、引用の目的上正当な範囲内といえる場合があるのか慎重に検討することが求められよう。

引用を検討している答案のうち、本件能は未公表であるとしているものが複数あったが、本問の事実関係からは、むしろ公表された著作物と認める方が自然であると思われる。

(I) 著作者人格権侵害について

氏名表示権侵害等の著作者人格権侵害に言及した答案はごく少数にとどまった。

4 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、判例及び学説の正確な理解に基づく、事案分析力、論理的思考力を試す出題を継続することとしたい。

5 今後の法科大学院教育に求められるもの

論点の内容についてはそれなりに記載されているものの、実務において重視される事実関係の把握・分析が不十分と思われる答案が多かった。法科大学院は実務家を養成する教育機関であるから、論点中心の教育ではなく、実際の訴訟等を想定して、具体的事案の中から、実務家なら当然なすべき主張を抽出し、それについての的確に論述する能力を広く養うような教育が求められる。

また、明文の規定があるにもかかわらず、その文言を無視して解釈論を展開するような答案が散見されたが、条文解釈が基本であるから、条文を前提とした解釈を意識した学習を指導することが求められる。

さらに、最高裁判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それに言及せず、自説を展開する答案も散見された。繰り返しになるが、法科大学院は実務家を養成する教育機関なのであるから、判例を念頭に置いた学習を常に心掛けることが望まれる。