

平成30年度特定侵害訴訟代理業務試験

採点実感〔事例問題2〕

問1 起案

1. 答案全体の総評

不正競争防止法違反に基づく差止め及び損害賠償請求を題材として、同法第2条第1項第1号と商品形態の「商品等表示」性の判断基準及び商品形態の類否の判断基準並びに各当てはめ、同法第5条第2項に基づく損害賠償請求と推定覆滅のための具体的主張、被告の抗弁としての同法第19条第1項第3号の先使用等を問う問題であった。採点結果は、おおむね堅調であったが、以下に指摘するような答案も散見され、点差が開くこととなった。

2. 具体的指摘事項及び補足事項

- (1) 空欄1、2は、判例が示す規範である特別顕著性、周知性の要件を問うものであるが、その要件は訴状に記載されている。全般的には良好な出来であったが、訴状の記載を前提とせず独自の論を展開するものも散見された。答弁書起案の前提として訴状をよく読む姿勢が求められる。また、周知性の要件については、単に商品形態が周知であるとだけ解答するものも多く、周知を基礎付ける具体的要素の記載のないもの、特定の事業者の出所を表示するものとして周知であるという記載のないものも多かった。なお、空欄1、2と空欄3、4は対応関係にあるので、この対応関係を誤ると連動して失点することとなり、大きく差がついた。
- (2) 空欄3、4は、原告が主張する特別顕著性、周知性についての具体的事実を否認するに当たり、その理由を問うものである。原告の主張に対してどのように反論すべきかを、代表者の言い分から丁寧に拾い出し、法的観点を基に構成して記載することが望まれる。被告代表者の言い分から事実を十分に拾い出せない答案、単に被告代表者の言い分を書き写すだけで法的構成を意識していない答案、結論が述べられていない答案も散見され、点差がついた。また、機能に由来する必然的な形態であることが商品等表示性を否定することになる具体的理由を述べていないもの、他社商品が販売されていたと記載するだけの答案等、規範への当てはめ方が不十分な答案も多かった。
- (3) 空欄5は、商品形態の類否判断の記載であるから、どのような視点で対比すべきかを論じる必要がある。この点に触れずに、単に比較のみを

行っている答案が多かった。また、被告としては、「具体的形状」における相違点を重視すべきであること、「基本的形状」の共通性を重視すべきでない理由、なぜ具体的構成の相違が非類似性に結びつくのか、特に需要者の視点からどこに注目するのかといった点に触れることが望ましい。

- (4) 空欄6は、損害額の推定等の規定（不正競争防止法第5条第2項）の理解と推定を覆す具体的主張を問うものである。ここも代表者の言い分を書き写すのみで、「推定覆滅事由」であることに言及できた答案は少なかった。
- (5) 空欄7は、被告の抗弁としての先使用の条文を問うものであるが、ほとんどの答案が正解していた。
- (6) 空欄8は、先使用の事実の具体的主張であるが、おおむね出来は良好であったが、「不正の目的」の内容を示していない答案が散見された。

問2 小問

小問(1)は、ア「履行補助者の故意・過失」と債務不履行責任（民法第415条）、イ使用者責任（民法第715条）、ウ従業者の不法行為に基づく損害賠償責任（民法第709条）と使用者責任との関係（不真正連帯債務）といった論点に関する民法の基本的問題を出題したが、全体的に不正解答案が多かった。特にアについては、「履行補助者の故意・過失」に言及できた答案はほぼ皆無であり、委託契約違反（債務不履行）に基づく請求を行う場面であるにもかかわらず、不法行為責任（民法716条、同法719条等）で構成する答案が多く見られた。その論述も、契約責任と不法行為責任の構成の違いについての理解が不十分なものが多かった。

小問(2)は、一部請求の場面を題材に、処分権主義、既判力の範囲、訴えの追加的変更、債務不存在確認訴訟等の民事訴訟法の基本的概念を問う出題であるが、おおむね出来は良好であったものの、誤字が多くみられた。

以上