

# 平成17年 プレテスト 出題趣旨

関連して、Bについて、受贈益の課税が問題になる（法人税法第22条第2項）。

Cについて、取得時効との関係で所得税の所得分類と課税時期が問題となる。具体的には、Cが本件土地を時効により取得することで、一時所得の収入金額がどうなるのか、いつの年分の所得として計上すべきか、時効の遡及効（民法第144条）との関係をどう考えるかといった論点がある。

## [ 経 済 法 ]

### [ 第1問 ]

本問の事実関係はやや複雑なものとなっているが、問題自体は排他条件付取引及び拘束条件付取引に関する基本的な理解を問うものである。本問は、排他条件付取引等の拘束を課したとき、いかなる場合に公正競争阻害性があるかを、事業者が単独で行っている場合と、複数の事業者が並列的に行っている場合に分けて、論じさせている（設問の2）。その際、東洋精米機事件（東京高判昭和59年2月17日）をめぐる議論等を参考にすることもできよう。さらに、かかる拘束を課す事業者が、ノウハウの流出防止という合理的理由があると主張した場合の法的な取扱いを問うている（設問の1）。本件のノウハウの主張は口実にすぎないとの理解に立ち論ずることもできよう。

### [ 第2問 ]

企業結合規制に関する基本的な知識及びそれに基づく考え方・論じ方を問うている。前半では、独占禁止法第16条に関する事案について、一定の取引分野（市場）の画定の方法、及び「競争を実質的に制限することとなる」の判断方法について、企業結合規制の基礎的な理解を確認している。後半は、企業結合計画が独占禁止法に違反するおそれがある場合に、いわゆる問題解消措置として、販売を独立に行い、その際に情報提供の縛りがかかることがどのように評価されるかを問うものである。問題文ではOEM供給、情報提供など見なれない言葉も用いられているが、解答自体は基本的な知識に基づき答えられるものとなっている。

## [ 知的財産法 ]

### [ 第1問 ]

1. は、独占的通常実施権者の救済として考え得る方策（差止請求権（独占的通常実施権者固有の差止請求権、特許権者の差止請求権の代位行使）、損害賠償請求権）と、職務発明の場合における特許権についての法定実施権（特許法第35条第1項）に関する理解を問うものである。

2. は、専用実施権（同法第77条）に関し、その効力や効力発生要件等を踏まえた上で、専用実施権設定登録前後における独占的通常実施権者との間の法律関係を問うものである。

3. は、ある特許発明とこれを改良した特許発明との関係につき、利用発明（同法第72条）等に関する理解を問うものである。

### [ 第2問 ]

本問は、全体を通じて、映画の著作物の著作者（著作権法第16条）、映画の著作物の著作権の帰属（同法第29条第1項）及び映画の著作物において複製されている著作物の著作権の帰属（同法第16条参照）等、映画の著作物をめぐる権利関係についての基本的な理解を問うものである。この基本的な理解を踏まえた上で、1. は、映画の著作物の頒布権（同法第26条）についての消尽論（最判平成14年4月25日民集56巻4号808ページ参照）に関する理解を、2. (1)は、同一性保持権（同法第20条）に関する理解を、2. (2)は、著作者の死後における人格的利益の保護（同法第60条、第116条）に関する理解を、2. (3)は、映画の

## 平成19年 出題趣旨

ある。2においては、所得税法第64条第2項の特例の適用要件についての基本的な理解を問うた上で、本問の事案に現れた諸事実の中から、その適用要件に関わる事実を指摘し、当該要件を満たすか否かを論じる能力を試している。3においては、Xが連帯保証をした時点で既にB社が債務超過に陥っており、辛うじて営業を続けている状態にあって、Aにも返済資金が全くなかった場合を想定して、所得税法第64条第2項の特例の適用要件の法解釈を論じた上で、Xがそれらの事実を認識していたかどうかを含めて、その適用要件を満たすか否かを論じる能力を試している。

### 〔第2問〕

第2問は、事案に現れた三者間の法律関係を把握した上で、所得税法及び法人税法の規定の法解釈論を展開するとともに、問題文に現れた事実関係を整理して法規範を適用する能力を試す問題である。1については、参照条文を参考にしながら、必要経費に関する所得税法第37条及び第45条の関連規定の要件を正確に読み取り、それらの規定の趣旨がいかなるものか、当該趣旨や条文の文言に照らして、甲のした支払の所得税法上の取扱いがどうなるのかを、問題文に現れた諸事実を踏まえつつ、分かりやすく論述できるかどうかを試している。2については、民事上の法律関係を踏まえ、甲が求償しない旨を乙に告げ、乙が甲から求償権の行使を受けなくなったことに関して、それが所得税法第36条所定の収入金額に当たるか、当たるとすればいかなる理由に基づくのか、また、その所得区分はどのように考えるべきか、さらに、源泉徴収がいかなる場合にどのようにして行われるのか、を論じることができるかどうかを問うている。3については、法人税の課税標準となる各事業年度の所得の金額の計算構造の基本的な理解を問うとともに、損害賠償請求権の額が益金の額に算入されるか、備品の損壊が損失として損金の額に算入されるかに関する理解を問うている。

## 〔経 済 法〕

### 〔第1問〕

本問は、不公正な取引方法に関して比較的詳細な事案を設定した上で、独占禁止法の基礎的な理解を問うとともに、抽象的な議論に陥ることなく具体的な事実関係に基づいた論述の展開ができるかを試すものである。

設問1では、X社が、甲社製の駐車場装置の構成部品の販売に際し、乙社の取替工事を条件とするという販売方針について、これが不公正な取引方法に該当して違法か否かを論じることを求めた。

一般指定の各項を踏まえて、本事例の行為に対する適用項とその要件該当性を具体的に論述することとなる。

さらに、独立系保守業者の事業活動に対する影響と、構成部品の転用防止というX社の主張に関して、公正競争阻害性、正当化事由に係る一般的判断枠組みを論じた上で、弁護士としてX社及び乙社の担当者に尋ねて得られた回答を踏まえて、X社の意図に関する事実認定を行い、あるいは営業計画の合理性を判断して、公正競争阻害性の有無について論じることが求められる。

設問2は、X社が、構成部品の在庫費用を削減するために、計画在庫数量を設定した上で、一定の場合に独立系保守業者からの発注について引渡時期の条件を付すという販売方針について、これが不公正な取引方法に該当するか否かの検討を求めるものである。

この方針について、一般指定の各項を踏まえて、本事例の行為に対する適用項とその要件該当性を具体的に論述することが求められる。

さらに、在庫費用の削減という目的、独立系保守業者に与える影響等の具体的事実関係に基づいて、公正競争阻害性の有無を論じることとなる。計画在庫数量を算出している基準の妥当

性等を踏まえて、かかる方針の相当性を論じることになる。その際、乙社とX社の資本関係、保守業者による自社在庫の可能性なども考慮され得よう。

なお、X社からの依頼を受けた弁護士として回答することを求めており、乙社の行為に関する回答は不要であるが、X社の行為・販売方針については合理的に考え得る独占禁止法上の問題点を幅広く回答することが望ましい。

## 〔第2問〕

本問は、入札談合事案を素材として独占禁止法の基本概念の正確な理解と的確な条文解釈能力を試すものである。

設問1は、いわゆる基本合意とそれに基づく個別調整行為という典型的な入札談合に係る事実関係をもとに、不当な取引制限の構成要件という独占禁止法の基礎を正確に理解し、使いこなすことができるか否かを問う基本的問題である。小問(1)では、本問において、毎年1回の会合における話合いから実際の入札に至るまでの行為のうち、いかなる行為が不当な取引制限の違反行為となり得るかを特定し、かつ、甲省の入札制度を踏まえた上で、具体的事実を摘示して構成要件該当性を論述することが求められる。小問(2)では、不当な取引制限に関する法律解釈又は事実認定に関する議論を問うたものであり、事実認定に関する議論にあたっては、個々の事案に即して経験則に従って事実認定を行うという事実認定の基本を踏まえた論述が望まれる。

なお、公正取引委員会の立入検査等の審査の結果を踏まえた論述を求めており、刑事事件としての議論までを求めたものではない。

設問2は、課徴金納付命令に関して、その算定に関する条文を踏まえながら本問での当てはめを行わせるものであり、法文を読んだ上で内容を理解し、文理に忠実に条文の操作を行って事案の解決を図るという法律家に必要な能力を試したものである。

設問3は課徴金納付命令に係る審判における被審人の主張の当否を論じさせるものであり、課徴金の算定に当たって違約金相当額を控除すべきか否かについて、課徴金の算定又は控除に関する条文の文理を踏まえた上で、課徴金の制度趣旨、各規定の趣旨に基づいて説得的に論述することが求められる。

## [知的財産法]

### 〔第1問〕

設問1では、問題文から読み取れる事実関係を条文に当てはめて、甲の訴訟上の請求として、物の発明である本件発明の特許権に基づく差止請求、特許権侵害の不法行為による損害賠償請求、不当利得返還請求、出願公開の効果としての補償金請求が考えられることを簡潔に論述し、設問2では、甲の各請求に対する抗弁(消滅時効の抗弁、権利行使の制限の抗弁、先使用の抗弁)及びその成否をそれぞれ検討した上で、各請求がいかなる範囲で認められるかについて論述する必要がある。抗弁の成否の検討のポイントは、以下のとおりである。

まず、消滅時効の抗弁については、不法行為による損害賠償請求権の消滅時効の時効期間は3年であり(民法第724条)、補償金請求権につき不法行為の規定が準用されていることから(特許法第65条第5項)、甲の損害賠償請求権(一部)及び補償金請求権(全部)について消滅時効が完成していることを論じることが求められる。なお、消滅時効の抗弁により損害賠償請求ができない期間に係る部分についても、不当利得返還請求権を行使できることを明示することが望まれる。

次に、権利行使の制限の抗弁(特許法第104条の3第1項)については、本件発明の特許の無効理由(特許法第29条違反)の存否について論じることが求められ、主として、本件論文がAによって各会員に交付されたこと及びその後乙がAからそのコピーを入手したことによ

## 平成19年新司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

## 1 出題の趣旨について

問題の出題に当たっては、法律実務家になるための試験であることを前提として、可能な限り、経済法に関する基本的知識及び法律実務家として必要な能力を問うことを心掛けた。具体的には、独占禁止法に関する基本的な問題を素材として、基本概念を正確に理解し、それを使いこなすことが出来るか、事実の認定に関する基礎ができているか、条文の当てはめができるか、法律解釈の基本ができているか等を試すものとした。

## 2 採点実感について

## (1) 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第1問については、論じるべき論点は基本的なものであり、それらの論点に触れていた答案がほとんどであり、論点については出題の意図に即した答案が多かったと思われる。他方、依頼者からの相談を受けた弁護士としての解答をすることを求め、実務家として公正取引委員会の処分や裁判の動向を踏まえての検討が望まれたが、この点については実務と関係なく自分の見解を述べる答案もある一方で、実務的な観点をも踏まえて出題の意図に即して論じる答案もあり、その割合は半々といったところであろう。

第2問についても、出題の意図に即した論点を論じる答案が多かった。ただし、当然な事項を詳細に論じるあまり重要な事項の論述が抜け落ちるなど、問題の全体を見据えた議論がなされず、又は事柄の重要性の位置付けができていない答案も散見された。

## (2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との差異

全体として実際の解答水準が出題者の希望するレベルに達していたとは言い難いが、そのことは予想されたことでもあった。その意味では、出題時の予定した水準と実際の解答水準はそれほど乖離していない。

第1問については、著名な類似の裁判・審決事例もあり、それらに対応する部分については高い水準の解答が多いと予想していたが、実際にはそうではなかった。問題の事案の全体像をきちんと把握せず、その一部で用いられた単語等に飛びつき、自己の知識に引きつけて解答したと思われる答案が多かった。

第2問については、全体としては出題時に予想された解答水準と実際のそれはおおむね一致していた。設問1は非常に基礎的な論点であり、法律解釈又は事実認定を議論させる問題であるが、具体的事例に基づいて議論する答案がある一方で、法律論と事実認定を混同したり、各小問相互での論理性が欠如しているといった答案もあった。設問2は条文を素直に事例に適用することによって容易に結論が得られる問題であるが、かかる基礎的な力が不十分な答案も目に付いた。設問3は解答の水準にばらつきが目立った。

## (3) 出題の意図と実際の解答に差異がある場合の原因として考えられること

経済法の学習に当たって、一応の基本概念を学んではいても表面的な理解にとどまり、具体的事例においてどういう意味を持つのかを理解するまでに至っていないこと、学習内容が各論点に関する知識の機械的な暗記とその形式的な適用にとどまっていること、具体的な設問の事例に基づいて議論するのではなく自己の知識に事例を引きつけて論じていること、法律の条文に十分に当たらないまま学習をしていることなどが原因として考えられる。

## 3 今後について

## (1) 今回の結果を受けて法科大学院に求めるもの

少数の学習量の絶対数が不足していると思われる答案があったが、全体的には、特に選択科目であることを考えると、おおむね良く学習されていたものとする。

他方で、経済法に限らない話であるが、実務を踏まえること、常に具体的な事実を踏まえながら議論し、基本概念の意義を正確に理解することなどの基礎をより徹底することが望ましいと感じた。

## (2) 今回の結果を受けて新司法試験の出題に当たり見直すべき点

特に見直すべき点はないと考えるが、可能な限り簡明な事案である一方で経済法に関する基本的知識及び法律実務家としての基本的な能力を問うことのできる問題の作成を心掛けていきたい。

# 平成20年 出題趣旨

設問3では、破産手続開始の申立てと再生手続開始の申立てとが競合した場合に、どの裁判所がどのような判断基準で両手続の整序を図るのか（民事再生法第26条第1条第1号・第25条第2号）、及び再生手続開始の決定や再生計画認可の決定がされた場合の破産手続の帰すう（民事再生法第39条第1項・第184条）や再生手続廃止後の破産手続への移行の可能性（民事再生法第250条第1項）等について説明する必要がある。

## [租 税 法]

### [第1問]

設問1は、相続人がいわゆる代償分割により相続財産を単独取得し当該財産を後に譲渡した場合における所得税の課税関係を、取得費の取扱いに関して問うものである。所得税法第60条第1項第1号の規定に関する基本的な理解を問うとともに、代償分割に関する私法上の法律構成を所得税の課税関係の法律構成にいかんか反映させるかを試している。あわせて、譲渡所得課税の趣旨をも勘案して、所得税法第33条第3項及び第38条第1項に規定する取得費に関する解釈論を展開する能力並びにその解釈の結果を具体的な事案における取得費該当性の判断に応用する能力を試すものである。

設問2は、駐車場経営から生ずる所得に関する所得分類を踏まえた上で、駐車場用地の取得に伴い支払った登録免許税等の相続登記費用について、これを上記の取得費として取り扱うべきか又は所得税法第37条第1項に規定する必要経費として取り扱うべきかを問うものである。

### [第2問]

設問1は、法人税法の課税標準の計算構造に関する基礎的な理解を前提として、法人が債権放棄を行い、放棄した債権額につき貸倒損失として経理処理を行った場合の課税関係を問うものである。法人税法第22条第3項に規定する損失として損金に算入できる貸倒れの要件についての理解と、本問に現れた具体的事実を前提として貸倒損失と認められるか否かを論じる能力を試すとともに、債権の放棄が法人税法第37条に規定する寄附金に当たるか否かを検討する能力を試している。

設問2は、小問(1)の問題文に示された見解について、「収入金額」ないし「所得」といった所得税法の基礎的な概念を踏まえつつ、その根拠付けを論理的に展開し、具体的事案に当てはめる能力を試している。

## [経 済 法]

### [第1問]

本問は、高速バスの共同運行に係るバス会社間の運行協定について独占禁止法上の問題点を検討させるものであり、いずれも独占禁止法の根幹となる「競争」、「競争の実質的制限」の理解を問う趣旨である。

設問1は、バス会社による運賃の設定方法に関する3案について、不当な取引制限の成否を検討させるものである。本設問に関連して、公正取引委員会が「高速バスの共同運行に係る独占禁止法上の考え方について」などを公表しているが、当該「考え方」の知識又は学習の有無を問うものではない。競争の本質にさかのぼりつつ、独占禁止法の基本概念を正確に理解した上で要件の当てはめを行えば足りる。

本件運行計画の検討としては、まず、運行計画が各事業者のいかなる事業活動を相互に拘束するといえるかを具体的に検討していくこととなろう。その際には、単に運賃の共同決定のみを不当な取引制限とするだけでなく、広い意味での相互拘束行為の存在に触れる必要がある。

一定の取引分野については複数の取引分野が候補となり、答案においても1つ又は複数の

取引分野が画定され得るが（複数の取引分野を画定する場合にはその関係についても論述が望まれる。）、本件の事実関係に即して合理的な当てはめができるか否かが問われる。その上で、競争の実質的制限について、当該取引分野に即した検討を行うことが必要である。なお、画定した取引分野と矛盾する検討は不相当である。

競争の実質的制限等の検討に当たっては、共同運行による新規事業又は市場の創出という本問の特性をも踏まえて、本件協定案によりどの取引分野でいかなる競争が制限されるのか、いかなる競争促進的効果があるのか、それらが独占禁止法上どのように評価されるかについて、競争の本質に沿った検討を適切に行うことを求めている。

いずれの点についても、特定の結論に達しているか否かにより評価するものではなく、その結論に至る検討過程を通して独占禁止法の理解の有無を問うものである。

設問2は、バス会社3社による新規参入妨害のための協定を素材として独占禁止法上の基本的な問題に対する理解度を問うものである。

適用法条としては、独占禁止法第3条前段（私的独占）又は第3条後段（不当な取引制限）のほか、一般指定第1項、第15項等が考え得る。もっとも、問題文の協定中の一部の語句に基づく論点主義的な論述をするだけでなく、本件の本質を踏まえるとともに、適用法条のそれぞれの要件、効果の差異を理解した上で、適用法条に関する論述をすることが望まれる。

要件の検討に当たっては、その意義を正確に理解した上で、本件における単独事業者の市場参入の困難性、各バス会社が保有する施設の意義、協定の内容、当該一定の取引分野に及ぼす効果等を踏まえた当てはめが求められる。

## 〔第2問〕

本問は、不公正な取引方法に関して比較的詳細な事案を設定した上で、独占禁止法の基礎的な理解を問うものである。あわせて、正当化事由等の評価の方法、及びエンフォースメントに関する基礎的知識をも確認しようとしている。

設問1では、フランチャイズ本部が加盟店に対して、（1）ピザ・サラダ等の価格を拘束すること、ドリンク・デザート等の価格を拘束すること、提供する品目の制限を課すこと、（2）営業地域を割り当てし、地域外での販売の制限及び地域外顧客への販売の制限を課すこと、（3）原材料の購入先の制限を課すことを、契約に基づいて定めるとともに、それに沿った指導・統制を現実に行うことが、不公正な取引方法に該当するか否かを問っている。本件に適用し得る一般指定の項を見定め、当該項の規定に沿ってその行為要件及び効果要件を検討していくことが必要である。（1）では一般指定第12項、第13項、（2）では同第13項、（3）では同第10項、第11項、第13項の適用が問題となり得るであろう（なお、当該規定のすべてを検討することを求めているわけではないが、他方で、本問設例の趣旨に照らせば合理的に適用可能な規定を広く検討することは望ましい。）。

行為要件の検討に当たっては、各規定の内容を正確に理解し、本問事例に当てはめることが必要である。さらに、効果要件の検討に当たっては、これらの制限を課すことが、一般的に競争上いかなる効果を有するかを把握した上で、さらに、本問におけるフランチャイズ制度の特質、営業の統一性の確保、食品の安全性の確保、スケールメリット、ブランド間競争の有無などの諸点をも検討し、競争上の評価について検討することが求められるものであって、独占禁止法における基本的考え方を習得し、それを具体的事例に当てはめができるか否かを確認するものである。正当化事由または競争促進的効果に関するこれらの考え方については、当然ながら唯一の解答を前提とするものではなく、独占禁止法の趣旨に沿った説得的で論理的に整合する説明ができるか否かを確認している。

設問2は、弁護士の立場から、本問の事案について独占禁止法に基づく訴訟の提起の可否を問うものであり、まず、独占禁止法第24条に関し、その要件についての基本的な理解を

示した上、本問における具体的な違反行為と差止めの範囲などについて検討することが望ましい。また、検討対象となる訴訟は同条に基づくものに限られるのではなく、その他の請求の可否も検討の対象となり得るであろう。

## [知的財産法]

### [第1問]

設問1は、特許権者が特許権の存続期間全部に対応する実施料全額の一括支払を受けて専用実施権を設定した場合における特許権者及び専用実施権者の差止請求権（特許法第100条第1項）及び損害賠償請求権に関する理解を問うものである。専用実施権を設定した特許権者の差止請求の可否について判示した最高裁判所の判決（最判平成17年6月17日民集59巻5号1074頁）を踏まえた論述が求められる。

具体的には、丁が製造販売するB傘が、甲発明の技術的範囲（特許法第70条）に属するかどうかをまず検討した上で、甲発明の特許権者甲が、丁に対し、B傘の製造販売の差止め及び損害賠償を請求することができるかどうか、甲から専用実施権の設定を受けた乙が、丁に対し、B傘の製造販売の差止め及び損害賠償を請求することができるかどうか等について、本問の事実関係に即して論じなければならない。

設問2の1は、通常実施権者が特許無効審判の請求人適格（特許法第123条第2項）を有するかどうかについて問うものである。また、設問2の2は、特許を無効とする審決が確定した場合、特許権は初めから存在しなかったものとみなされること（特許法第125条）との関係で、小問（1）では、通常実施権者が、特許権者に対し、既払の実施料の返還を請求することができるかどうかについて、小問（2）では、特許権者が、通常実施権者に対し、当該審決の確定前の期間に対応する実施料の未払分の支払を請求することができるかどうかについて、それぞれ問うものである。

### [第2問]

設問1は、甲が執筆し、同人誌に掲載した計30編の小説の中から選んだ15編のものを、一部変更を施した上で収録した乙書籍を作成し出版した乙に対する甲の請求を、また、設問2は、乙書籍に収録された甲の小説を収録した丙書籍を作成し出版した丙に対する甲の請求を問うものであり、甲が乙及び丙に対していかなる権利の侵害に基づいてどのような請求をすることが可能であるかを論述しなければならない。侵害される権利としては、複製権、譲渡権、公表権、同一性保持権等が問題となる。公表権の侵害については、甲の小説が、「まだ公表されていないもの」（著作権法第18条第1項）であるかどうか、すなわち、同人誌に掲載され、クラスメートに配布されたことにより、「発行」（著作権法第3条第1項）されたものになることはないかどうかを論じる必要がある。同一性保持権の侵害については、乙が甲の小説に施した変更が、意に反する改変となることを示した上で、「やむを得ないと認められる改変」（著作権法第20条第2項第4号）に当たるかどうかを論述することが求められる。また、乙による変更に関して、改変された甲の小説を複製し譲渡する行為に対して、その行為が同一性保持権を侵害するかどうかの点を含め、甲がどのような請求をすることができるかを論述することが求められる。設問3及び設問4には、これに類似する論点が含まれている。

設問3では、甲の小説を収録した乙書籍及び丙書籍をA市民に貸し出しているA市立図書館が甲のいかなる権利を侵害し、甲がA市に対してどのような請求をすることが可能であるかを論述しなければならない。A市立図書館による貸出しには貸与権が働くが、その侵害の成否については、著作権法第38条第4項の適用の有無を論じる必要がある。甲の小説が「公表された著作物」に当たらない場合には、同項は適用されず、また、公表権の侵害も問題となることとなる。



## 1 出題の趣旨について

経済法の出題に当たっては、独占禁止法の基礎的知識を会得し、具体的な事例で適用できるか、基本概念をよく理解し、応用することができるかという点を評価し得るような問題を目指した。

出題した2問は、受験生にとっては目新しいものに思えたかもしれないが、独占禁止法の基本に基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドラインに関する細かな知識を必要とするものではない。

## 2 採点方針

いずれの問題においても、独占禁止法の基礎的知識・基本概念の正確な理解と応用能力の有無を見ようとしている。単純な正解にたどり着けたか否かではなく、解答を導く道筋や、独占禁止法の正確な理解に基づいた法的な立論の適否や事実関係の分析の深さにより、受験生の法的な能力を見ようとするものである。

第1問の設問1においては、単に価格拘束の合意があれば違法で、なければ適法というような単純な回答を是としたものではなく、本件協定が広い意味での共同行為といえるか否かを検討した上で、高速バスの共同運行の競争上の位置付け、その目的、効果、代替方法の有無等を総合的に検討しているか否かを重視した。設問2においては、新規参入の妨害行為に対して、問題文中の一部の用語に飛びついた法条の選択を行うことなく、各法条の差異を踏まえて適用法条を選択し、丁寧な要件の検討を行っているか否かを見た。

第2問の設問1においては、不公正な取引方法の行為要件を理解し、適切な法条を指摘し得るか、公正競争阻害性の意義を正確に把握し、本問において適切な事実関係を適示して検討することができるかを見ている。特に、フランチャイズ契約に基づく行為であることを踏まえて、公正競争阻害性の検討を展開しているかを重視した。設問2においては、差止請求を含む救済手続の検討内容に着目した。

なお、事実関係の分析能力には、問題文の中から、問題の検討に真に必要な事実を抽出する能力も含まれており、単なる問題文中の事実関係の羅列を行うだけでは法的な理解があるとは判断し難い上、解答用紙又は時間の配分との関係でも適当な解答とはなり難い。

## 3 採点実感等

### (1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡について

第1問のうち、設問1は、単独運行が困難な場合における高速バスの共同運行に関して、運賃協定の独占禁止法上の問題点を検討させるものであるが、このような共同運行の特性をきちんと論じている答案は多くはなく、やや平板な記述に終始しているものが多かった。また、設問2は、共同運行を行う複数のバス会社による他の新規参入者を妨害するための協定の独禁法上の問題点を論じさせるものであるが、多数の答案がこれを論じているものの、複数の適用法条が考えられる中でその要件、効果の差異にまで目を配った答案はほとんどなかった。

第2問の設問1は、フランチャイズシステムにおける営業方針を素材として独占禁止法違反の有無を検討させるものであり、論点自体は大部分の受験生が把握していたが、フランチャイズシステムという本問の具体的事例に即して解答した答案は半分程度であ

った。設問2は本問に即した訴訟の提起（エンフォースメント）について問うものであったが、具体的に事例に即した検討まで行った答えは多くなかった。

(2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準の差異について

第1問の設問1は、やや高度な問題であり、本問の特殊性にまで配慮した答えは多くはないだろうと考えていたところ、やはりそのような答えはそれほど多くはなかった。さらに、価格の拘束があるか否かのみによって違法性の判断を行うというような、初歩的理解を超えていない答えがある程度の数において見られたことは予想外であった。設問2は、解答しやすい問題であって、多数の受験生が一応の水準の答えができるであろうと考えていたが、半数以上は想定した水準に達していたと考えられるが、他方で問題文の語句に引きずられて適切な適用法条を選定できない者が一定程度見受けられた。

第2問の設問1は多くの答えがおおむね想定していた水準に達していたが、他方でフランチャイズの特殊性を踏まえることなく、紋切り型の平板な記述に終始する答えも目立ち、かかる答えは出題者の期待に十分に答えていたとは言い難い。また、設問2は時間が足りなかった等の理由もあるようであるが、適切な水準に達した答えは少なかった。

(3) 出題の意図と実際の解答に差異がある場合として考えられること

経済法の履修に当てられる時間が不足しているのか、一面的、形式的な理解にとどまっている者が少なくないように思われ、それらの者は、基本概念、基礎的事項を深く理解し、それを具体的に使いこなすことができていないように思われる。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基本概念、基礎的知識の正確な理解と応用能力を求めることは変わらないと考えられる。経済法の特長として事例を詳細に設定する必要がある反面、受験生に過度の負担を与えぬような配慮も必要であり、そのバランスを適切に取りつつ問題を出題する必要があると考えられる。

5 今後の法科大学院に求めるもの

今回の出題により、法科大学院は、細かな知識が新司法試験において求められるというように誤解することなく、出題の意図したところを正確に理解してほしい。

その上で、受験生が経済法の基本をきちんと自分のものとして理解し、使いこなせるようになるという当たり前のことを徹底することが求められよう。

## 平成21年 出題趣旨

なのかの問題があり、更に債務が確定しているかどうかを検討されなければならない。必要経費性については完璧な解答までを求めているわけではなく、本問では、主にコインの精算が法的に義務付けられるものかどうかなどに着目して、これに整合的な結論を導けるかどうかを試している。②は、暴力団員に対する指導料名目の支出についてであるが、必要経費の要件である事業関連性、客観的必要性があるかどうかにつき、当該支出の実質を踏まえて、どう評価するかが問題となる。また、公序に反するような支出について必要経費控除が認められるかどうかという、いわゆる違法経費控除の可否についても検討されなければならない。③は、違法な事業に供されている機械についての減価償却費の控除の可否を問うもので、②と同様に違法経費の観点から、控除の可否が問題となる。設問2は、イレギュラーな所得稼得形態の収入金額と必要経費性を問題としているだけに、問題解決に必要な基礎知識と、問題点抽出力、応用力、自説を説得的で整合的に論述する能力が試されている。

### 〔第2問〕

本問は、役員退職慰労金の支給に関する課税上の問題について、所得税法及び法人税法のそれぞれの観点から検討することを求めるものであり、1つの事案を多角的・包括的に分析する能力及び条文を正確に読解し事実を要件に適切に当てはめる能力を試している。

設問1は、役員の方掌変更に伴って支給される退職慰労金の所得税法上の取扱いについて、①給与所得と退職所得との区別、取り分け所得税法における退職所得課税の趣旨及び同法第30条に規定する「退職」の意義の理解、②現物所得の取扱いに関する所得税法第36条第1項括弧書及び同条第2項の理解を踏まえ、本文の事案に即して検討することを求めるものである。①については、取り分け勤務関係の終了の意義に関する最高裁判所の判決（最判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁等）の立場を踏まえた論述が求められる。

設問2は、役員退職慰労金の支給、特に現物支給を、法人税法に従ってどのように処理すべきかを問うものである。法人税法上の所得算定の基本構造に照らし、役員退職慰労金の現物支給については、1個の取引であるが、益金及び損金の両面において処理しなければならないことを理解した上で、益人及び損金の両面において当該役員退職慰労金の支給を関連規定の要件に当てはめることを求めている。その当てはめの検討においては、法人税法上の所得算定の基本構造及び本問の事案に関連する条文を正確に理解しているかどうかが問われており、取り分け法人税法第22条第2項、同条第3項及び第34条の規定並びにそれらの規定の相互関係に関する正確な理解が重要である。

## 〔経 済 法〕

### 〔第1問〕

本問は、コスト削減を一つの契機とする機械メーカーによる部品の共同購入及び共同物流会社の設立等の計画に関する独占禁止法上の問題点を検討させることをその趣旨としている。

このような業務提携は、必然的に競争事業者間の共同行為という性格を有することから、不当な取引制限の構成要件である「行為の共同性」、「事業活動の相互拘束」、「一定の取引分野」、「競争の実質的制限」等についての理解を問うものである。

部品の共同購入については、これが部品の購入市場のみならず製品販売市場における競争にも影響を及ぼすおそれがあることを踏まえ、それぞれの市場における不当な取引制限の成否を検討する必要がある。

まず、部品購入市場においては、共同購入カルテルの成否について、当該市場を一定の取引分野として画定することの可否、本件共同購入計画の具体的な内容に基づく事業活動の相互拘束性の判断、当該市場における競争の実質的制限の有無をいかなる事実によって認定すべきか等についての検討が求められよう。

製品販売市場においては、部品の共同購入が行われることによるコストの共通化が川下市場における製品の販売価格に影響を及ぼす可能性に着眼し、価格カルテルの成否について、部品の調達予定金額の目安を検討する前提資料として製品価格の上限を協議して決定することを含め、行為の共同性や事業活動の相互拘束あるいは競争の実質的制限をどのように認定するかについて検討する必要がある。

また、共同物流会社の設立については、同社が実際に行うこととなる事業活動の態様からすると、競争事業者である共同出資会社間において、競争手段にかかわる情報を共有することにより、一定の共通認識を生ずるおそれがないかという観点から、製品の販売市場における不当な取引制限の成否について検討することになる。

その場合は、当該会社の人的構成、あるいは配送の具体的な方法、製品の販売価格に占める物流コストの比率などの事実関係を踏まえ、当該情報の共有が競争に与える影響をどのように判断するか、行為の共同性や事業活動の相互拘束をいかに理解するか等がポイントとなる。

いずれにしても、本問では、論点主義的な記述ではなく、不当な取引制限の構成要件の意義を正確に理解した上で、当該行為の市場における競争への影響を念頭に置き、事実関係を丹念に検討した上でその当てはめを行うことが求められる。

## 〔第2問〕

本問は、Aが中部地方で計画しているパソコンの販売及び東日本地域で計画している液晶テレビの販売について独占禁止法に違反しないかどうかを問うことによって、同法上の不当廉売規制に関して基本的な理解ができているかを確認するものである。いずれも一般指定6項の要件を検討することになり、6項前段については、「正当な理由」、「供給に要する費用を著しく下回る」、「継続して」、「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」の要件を、6項後段については、「不当に」、「低い対価」、「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」の要件を検討することになる。

Aが中部地方で計画しているパソコンの販売については、「継続して」の要件、「他の事業者の事業活動を困難にするおそれ」の要件、「正当な理由」の要件を正確に理解し、問題文に示された仕入価格、新規開店セール、キャンペーン期間、旧型製品などから適切に事実を抽出してその当てはめができるかを確認している。本件は、「継続して」の要件をみただうか判断が分かれ、いずれの立場によるかによって6項前段、後段のいずれを適用するかが変わってくる。また、独占禁止法に違反しないとするものが多いと思われる。しかし、それらが唯一の答えであるとする趣旨ではなく、要件を正確に理解した上で、事実関係を検討し正確に当てはめられるか、それらは論理的であるかを確認する趣旨である。

東日本地域で計画している液晶テレビの販売については、継続性の要件を満たすと考えられるが、37インチテレビの販売価格は仕入価格を下回り、40インチテレビの販売価格は仕入価格を上回るが総販売原価を下回る事実関係となっていることから、6項前段、後段の適用関係が問題になり得る。さらに、他の事業者の事業活動を困難にするおそれ及び正当な理由又は不当性（公正競争阻害性）があるか否かも問題文に示された事実から検討することになる。具体的には、価格については、37インチテレビは6項前段、40インチテレビは6項後段を適用するもの、一括して6項前段又は後段を適用するものなどがあり得るし、他の事業者の事業活動を困難にするおそれはAの市場における地位、アンケート調査での当該商品の人気及び家電専門店への影響等からこれを肯定する答案が考えられるが、ここでも一つの答えしかないとする趣旨ではない。

いずれにせよ、本問においても、要件の意義を正確に理解した上で、当該行為の市場における競争への影響を念頭に置き、事実関係を丹念に検討した上でその当てはめを行うことが求められる。

## 平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

### 1 出題の趣旨について

出題に当たり、独占禁止法上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、事実を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価し得るような問題作成を目指した。

出題した2問は、独占禁止法の基本に基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めものではない。

### 2 採点方針

出題の趣旨で述べたとおり、独占禁止法違反の成否についての結論ではなく、同法の基本的概念や個別の要件の意義を、その趣旨を踏まえて正しく理解しているか、当該行為が市場における競争に与える影響を十分に洞察しようとして、問題文のどの事実をどのような観点から取り上げるか分析した上で、的確に要件に当てはめているか、それらは論理的で説得的かという観点から、法的な能力を見ようとした。

第1問は、不当な取引制限の成否を問うものであり、①部品の共同購入の計画（以下、「設問①」という。）については、部品購入市場のみならず、製品価格の上限を協議して決定すること及び部品の共同購入によるコスト共通化といった事実に着目して、製品販売市場に関しても、競争に影響を与える共同行為の成否を検討しているかを見た。②共同物流会社の設立の計画（以下、「設問②」という。）は、共同物流会社が行うこととなる事業活動の態様からして、製品販売市場における競争事業者間において重要な競争手段について情報を共有することとなり、このことによる当該市場における共同行為の成否を検討しているかを見た。

第2問は、不当廉売（一般指定第6項。以下、「第6項」という。）の成否を問うものであり、まず、事業者の創意工夫により良質・廉価な商品を生産しようとする努力を助長しようとする独占禁止法がなぜ不当廉売を規制するのかを理解し、その関連で、第6項前・後段の各要件を正確に理解できているかを見た。その上で、第6項前・後段のいずれを適用するか結論自体にはこだわらず、(1)中部地方の廉売（以下、「設問(1)」という。）では、価格要件、継続性要件の検討により、第6項前段又は後段を正確に適用しているか、(2)東日本地域の廉売（以下、「設問(2)」という。）では、37インチテレビと40インチテレビの間で価格設定に違いがあることに着目して、第6項前・後段の適用を論理的・説得的に論じているかを見た。また、設問(1)及び(2)の双方について、他の事業者の事業活動に対する影響を丹念に検討しているか、そこでは、キャンペーン期間、数量、程度のほか、設問(1)では新規開店セール、旧型製品等の要素を、設問(2)ではAの市場における地位、商品の人気等の要素を勘案しているかを見た。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡について

第1問の設問①においては、部品購入市場と製品販売市場のそれぞれについて競

争に影響を与える共同行為の成否を検討した答案は多くなく、どちらかの市場についてのみ論じているものが過半を占めた。また、適用法条を私的独占や優越的地位の濫用とする答案が散見された。設問②においては、多くの答案が情報共有の問題を論じていたが、適用法条として、不当な取引制限に触れず、企業結合規制（独占禁止法第4章）のみとする答案が少なからずあった。

第2問については、不当廉売の成否を検討した答案がほとんどであったが、不当廉売に触れずに私的独占や優越的地位の濫用等を検討している答案も少数ながら存在した。採点方針で述べたとおり、第6項前・後段のいずれを適用するか結論自体にはこだわらなかったが、設問（1）では、第6項前段を検討して不当廉売に当たらないとする答案が多く、設問（2）では、37インチテレビ及び40インチテレビを一括して第6項前段又は後段を適用する答案が相当数あった。

(2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準の差異について

第1問の設問①については、問題文の計画の基本的内容が部品の共同購入についてであるために、部品購入市場における競争に影響を与える共同行為の成否を検討する答案が多く、製品販売市場について論じる答案は少ないのではないかと、また、製品販売市場について論じる場合も、製品価格の上限を協議して決定することには比較的容易に着目できても、部品の共同購入によるコスト共通化に着目する答案は少ないのではないかと予想していた。しかし、実際には、部品購入市場には触れず、製品販売市場における競争に影響を与える共同行為の成否だけを論じた答案が一定数見受けられたほか、製品販売市場について論じた答案の多くは、コスト共通化の問題を論じていたものの、製品価格の上限の問題に触れない答案が一定割合あった。設問②については、競争手段にかかわる情報の共有に着目し、具体的に検討した答案が多かったが、製品物流市場における競争への影響を検討するにとどまる答案も散見された。

第2問については、不当廉売の規制理由と、その関連で第6項前・後段の各要件がどのようなものであるかに関し、相応に論ずることを期待していたが、的確に解答できた答案は予想より少なく、第6項前・後段の各要件を区別できていない答案も散見された。また、設問（2）では、37インチテレビ及び40インチテレビを一括して第6項前段又は後段を適用する答案が相当数あったものの、その理由を論理的・説得的に論じるものは少なかった。他の事業者の事業活動に対する影響については、設問（1）において、新規開店セール、旧型製品等の要素を摘示できている答案が多かった一方、設問（2）では、大量仕入れによる廉価販売によって他の事業者が競争上不利になること自体を否定的にとらえているのではないかと考えられる答案も目立った。第2問は、全体として、よく論じられている答案とそうでない答案に二分される傾向が見られた。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方をきちんと理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、論点主義的な記述ではなく、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争へどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめることを論理的・説得的に示すことができるように教育してほしい。

## 平成22年 出題趣旨

及も必要となる。この論点は、さらに、設問1(2)で、ピアノ演奏等を業としている妻Bに対する演奏料について所得税法第56条、第57条の適用があるかを、判例(最判平成16年11月2日判時1883号43頁)にも照らして検討することが求められている。

設問2は、他人の窃盗によって失った金銭は、所得税において、どのように取り扱われるのか、特に、事業上必要な資産を盗まれた場合はどうかを検討する問題であり、所得税法第37条、第51条、第72条に当たるかが問われている。設問2(2)においては、Aが経営する飲食店が法人であった場合を対比させており、法人税法における損害賠償請求権が両建てされることや、所得税とは損失の取扱いが異なっていることにも言及することを期待している。なお、このような場合に損害賠償請求権が貸倒れになるのかについても適切に論述することが期待される。

### [第2問]

本問題は、青色申告制度の趣旨及び概要並びに青色申告の承認の取消し、並びに推計課税制度の根拠、趣旨及び概要について、それぞれ、基本的な理解を問うとともに、具体的な事例への適用能力を問うものである。

設問1では、青色申告制度についての基本的知識が問われており、青色申告制度の趣旨のほか、その概要として、青色申告の承認及びその取消し、青色申告者の特典と義務についての基本的な知識が問われている。また、設問2では、青色申告承認の取消事由(所得税法第150条第1項)を本問の事案に即して検討することが求められており、各号が掲げる取消事由の意義を踏まえた合理的な論述が求められているが、本問の事例のように、帳簿書類を税務職員による検査に当たって適時に提示することが可能なように態勢を整えて保存していなかった場合については判例(最判平成17年3月10日民集59巻2号379頁)があり、この判例の理解とその内容への適切な言及が期待される場所である。

また、設問3及び設問4は、推計課税についての理解を問うものであり、推計課税が認められる根拠と所得税法第156条について言及することと、推計の必要性と推計の合理性という推計課税の認められる要件について整理して論述することが期待される場所である。さらに、本問の事例について、推計の必要性と推計の合理性が認められるかを具体的に検討することが求められている。

## [経 済 法]

### [第1問]

本問は、若手デザイナーによる手作りアクセサリー(以下「本件商品」という。)の販売を仲介する携帯電話専用のウェブサイトの運営事業(以下「本件事業」という。)の市場において、安価な手数料率の設定を売り物にして新規参入してきた事業者に対し、既存の事業者であるA社が危機感を覚え、同社のサイトへの掲載を依頼する若手デザイナーに対し、新規参入者との二重登録を禁止することを目的とする措置(以下「本件措置」という。)を講じようとしたことについて、独占禁止法上の問題点を検討させることをその趣旨としている。

すなわち、本件措置を講ずることにより、どのような市場における競争に関し、どのような競争上の影響や弊害を生ずるおそれを生むこととなるかについて、事実関係の分析と構成要件への当てはめの過程を見ようとするものであり、本件措置が若手デザイナーの事業活動に与える影響及び競争への影響を検討すべき市場の範囲、その公正競争阻害性について検討することが求められる。

具体的には、不公正な取引方法の一般指定第2項後段又は第12項の構成要件を踏まえ、本件措置について、他の事業者にある事業者に対する取引を拒絶させたといえるか、又は相手方の事業活動を不当に拘束する条件を付けて取引したといえるかについて、本件商品の販売形態



の特殊性やA社の市場における地位，その実効性確保手段の有無及び程度等を勘案して検討する必要がある。

本件措置が影響を及ぼすこととなる競争の具体的な形態としては，各社のウェブサイトによる本件商品の販売の仲介を希望する若手デザイナーの獲得をめぐる競争のほか，各社が運営するウェブサイトを媒介として若手デザイナーと一般消費者との間で成立する本件商品の販売における競争も想定されよう。

また，その公正競争阻害性に関しては，本件の市場の実態に基づいて，本件事業に新規参入した事業者が市場から排除されるおそれ，すなわち市場閉鎖効果が生ずるおそれの有無や，本件商品の販売価格が維持されることがないか等の点に着目し，併せて本件措置を講ずることについての正当化事由についても検討する必要がある。

いずれにせよ，本問においては，本件措置が市場における競争に及ぼす影響について，独占禁止法上の行為規制の趣旨及び体系並びに各違反行為の構成要件を正確に理解した上で，事実関係を丹念に検討してその当てはめを行うことが求められる。

## [第2問]

本問は，Y市発注の下水道管更生工事の入札という架空の事例を基に，入札談合が独占禁止法に違反するかどうかを不当な取引制限（独占禁止法第3条，第2条第6項）の要件に従って検討させ，不当な取引制限の規制について基本的理解ができているかを確認することをその趣旨としている。

設問1においては，まず，共同行為，事業活動の相互拘束等の要件について，A，BないしD及びE・Fのそれぞれの平成21年2月1日の会合，3月5日の会合等における行為が，これらの要件を満たすか否かを検討することとなる。ここでは取り分け，BないしDの行為のほか，Aはこの二つの会合の間に指名停止処分を受けて入札に参加できず，また，E・Fはこれらの会合にはかかわることなく本件談合に協力をしたことが，共同行為及び事業活動等の相互拘束の要件においてどのように評価されるか，意思の連絡は成立するか，相互拘束性があるか等を本件事案に即して検討することを求めている。

次に，本件において「一定の取引分野」をどのように画定するか，すなわち，例えば甲工事と乙工事の関係はどうか，Y市発注の下水道管更生工事という一定の取引分野が成立するかを検討し，さらに，基本合意に続いて個別調整（個別入札）が行われた本件事案において競争を実質的に制限するかを検討することとなる。

設問2では，基本合意は成立しているが個別調整が実施されていない事案において，不当な取引制限が成立するかを問うている。検討に当たっては，不当な取引制限は，入札談合において基本合意と個別調整のいずれで成立するか，本件事案においては基本合意だけで成立するかについて，独占禁止法第2条第6項の要件に基づいて説明することが求められる。その際には，当然ながら，設問1の解答と矛盾しないことも求められる。

いずれにせよ，本問においては，不当な取引制限の要件の意義を正確に理解した上で，当該行為による競争への影響を念頭に置き，事実関係を十分に検討した上で当てはめを行うことが求められる。

## [知的財産法]

### [第1問]

設問1は，丙のイ号製品の製造販売が甲及び乙が共有する特許権を侵害するか否か，また，設問2は，丙のロ号製品の製造販売及び丁のハ号製品の製造販売が当該特許権を侵害するか否かについて論述させるものである。当該特許権の特許請求の範囲に記載された構成中にこれらの製品と異なる部分が存在するのであり，設問1及び設問2は，いわゆる均等論に関する理解

## 平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

### 1 出題の趣旨について

出題に当たり、独占禁止法上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価し得るような問題作成を目指した。

出題した2問は、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めるものではない。

### 2 採点方針

出題の趣旨で述べたとおり、独占禁止法の基本的概念や個別の要件の意義を、その趣旨を踏まえて正確に理解しているか、当該行為が市場における競争に与える影響を十分に洞察しようとして、問題文のどの事実をどのような観点から取り上げるか分析した上で、的確に要件に当てはめられているか、それらは論理的で説得的で矛盾がないかという観点から、法的な能力を見ようとした。

第1問は、不公正な取引方法（一般指定第2項後段又は第12項）の成否を問うものであり、若手デザイナーの手作りアクセサリーを携帯電話専用のウェブサイトで販売するという販売形態の特殊性を踏まえて、A社の行為がどのような市場における競争に影響等を及ぼすかを検討しているか（市場の画定）、画定した市場に即した公正競争阻害性の有無を理由付けを含めて論理的に検討しているか、正当化事由の有無について、その判断基準を示した上で売れ筋情報を無償で利用されるというフリーライド対策等を踏まえた具体的な当てはめができているかを見た。

第2問は、不当な取引制限（独占禁止法第3条、第2条第6項）の成否を問うものであり、設問1では、①甲工法と乙工法の関係を踏まえた「一定の取引分野」を理由付けを含めて検討しているか、②共同行為、事業活動の相互拘束等の要件について、平成21年2月1日の会合と3月5日の会合等を踏まえた合意内容を検討しているか、この二つの会合の間に指名停止処分を受けたA及びいずれの会合にも参加せず本件談合に協力したE・Fを具体的な理由付けを踏まえて検討しているかを見た。設問2では、不当な取引制限の成立時期について、①基本合意と個別調整の関係を踏まえて競争の実質的制限の存否を検討しているか、②設問1の結論と論理的な整合性がとれているかを見た。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の意図に即した答案の存否、多寡について

第1問については、A社の行為は、A・E登録者に対するものであるから、適用法条は、正確には、排他条件付取引（一般指定第11項）ではなく、拘束条件付取引（一般指定第12項）あるいは単独・間接の取引拒絶（一般指定第2項）ということになるが、第11項該当とした答案がかなり存在した。また、私的独占（排除）の該当性を検討した答案も一定数あった。次に、A社の行為が影響を及ぼすこととなる市場としては、子細に検討すれば、アクセサリーサイトの運営事業者が若手デ

デザイナーから本件商品の販売の仲介を引き受ける市場（以下「市場①」とする）及び、本件商品がアクセサリサイトを通じて若手デザイナーから消費者に販売される市場（以下「市場②」とする）を考慮することができる。しかし、これらの2つを区別した市場画定を行い、公正競争阻害性の有無を検討している答えは、ある程度予想していたものではあるが、少なかった。最後に、売れ筋情報を無償で利用されるというフリーライドの問題については、多くの答えが、出題の意図どおり、正当化事由の有無を論じていた。

第2問の設問1については、Aについては、他者と取引段階を異にしても事業者性の要件を満たし、あるいは、相互拘束が成立する旨論述する答えがほとんどであったが、この論点の位置付けの不明確な答えや、論点に全く気付いていない答えも少数見られた。E・Fについては、黙示の意思連絡を認める答えがほとんどであったが、いずれの結論をとるにせよ、その根拠となる事実を丁寧に示して論証する必要があるのに、これが不十分なものも一定数見られた。設問2については、違反行為の成立を認めた答えが圧倒的に多かったが、E・Fについて、設問1で黙示の意思連絡を認めておきながら、特段の理由を示すことなく、設問2においては違反行為の成立を否定するという、矛盾した答えがあった。

(2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問については、一定数のものは、市場①における市場閉鎖効果及び手数料の価格維持効果、市場②における価格水準への影響など、画定された市場に即して公正競争阻害性の有無を総合的に検討する解答をすると予想していた。しかし、実際には、市場①と②を区別せずに市場閉鎖効果のみを論じた答えがほとんどであり、他方で、手数料の価格維持効果などに言及した答えは少数にとどまっていた。次に、フリーライドの問題については、正当化事由の判断基準を示した上で、その具体的な検討をすることを予想していたが、この点を十分に論じないまま、いきなり代替措置について述べる答えが多かった。

第2問の設問1については、E・Fの意思連絡を否定する答えが多いと予想していたが、これを肯定する答えが圧倒的に多かった。また、設問1において受注調整の成功を根拠として競争の実質的制限を肯定した場合に、設問2において、1回も受注調整をしていなくても競争の実質的制限を肯定することについての設問1との整合的な説明を期待していたが、これが十分な答えは少なく、単に「基本合意で既遂になるから」といった論述にとどまるものが多かった。総じていえば、各論点につき一通り触れてはいるものの、論述が不十分な箇所も目立ち、後記(3)でいう「良好」の中レベルの答えが多くを占めた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

第1問については、適用法条、市場画定、公正競争阻害性、正当化事由といった主要な論点について、出題の意図に的確に対応した論述をしているものが「優秀」答案と評価される。次に、各論点のいずれか一部について不十分な点があるが、全体として出題の意図に即した解答をしているものは「良好」、また、各論点のいずれか一部に誤りないし不正確な部分があるが、論述全体として整合性がある答えは「一定の水準」と評価される。最後に、適用法条の選択や各論点の論じ方について、明確な誤りないし矛盾・不整合がある答えは「不良」と評価される。

第2問については、「優秀」答案は、設問1では、前記2で示したような期待さ

れた各論点について、定義や要件を正確に示した上で、問題文の事実を丁寧に当てはめて結論を導き、かつ、設問2では、違反行為の成立時期をきちんと踏まえて、設問1と整合的に論じたものがこれに該当する。「良好」答案は、例えば、設問1では、期待された論点のおよそ7～8割について「優秀」答案と同レベルかそれに準ずるレベルで論述し、他の論点についても一応の論述がされており、かつ、設問2では、設問1と整合させて、違反行為の既遂時期を一応は示して論じた答案がこれに該当する。「一応の水準」答案は、例えば、設問1では期待された論点の一部につき「優秀」答案と同程度に丁寧に論述し、その余の論点についても不十分ながら一応論じており、設問2でも「良好」答案とほぼ同レベルに論じているものがこれに該当する。「不良」答案は、例えば、設問1で期待された論点のうち複数のものについて全く気付かず、あるいは、論点として触れていても、単に結論を記載しただけのものや、理由付けが的外れなもので、かつ、設問2でも、第1問と論述が矛盾するものや、違反行為の成立につき理由付けが的外れないし冗長なものがこれに該当する。

なお、これらは、各水準に属する答案の一例であり、採点に当たっては、総合的な能力の判定にも配意しており、各水準に属する答案は、上記のものに尽きるものではない。

#### 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、論点主義的な記述ではなく、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争へどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめることを論理的・説得的に示すことができるように教育してほしい。

## 平成23年 出題趣旨

問題文で示したとおり租税特別措置法の適用は考えないから、申告分離課税について言及する必要はない。

設問2は、Aが受け取った損害賠償金が所得税法第9条第1項第17号の「損害賠償金」として非課税所得となるかという、近時、幾つかの下級審で判断が示され（名古屋地判平成21年9月30日判時2100号28頁等）、代表的な教科書でも言及されている論点について考える問題である。すなわち、所得税法第9条第1項第17号は、「突発的な事故により資産に加えられた損害に基因して取得するもの」等を非課税所得とする旨規定しているが、本件のように先物取引に関して生じた損害がこれに該当するのかを、所得税法第9条第1項第17号及び所得税法施行令第30条第2号の趣旨を踏まえつつ判断することとなるが、Aが受けた損害の性質をどのようなものと理解するかによって結論は異なり得るところであり、遅延損害金についてはその「損害」としての性質を踏まえて別に考える必要があるだろう。なお、これに付随して、不法行為による損害賠償判決で「損害」として認められている弁護士費用を、どのように扱うべきかを、Dに支払った着手金及び報酬が必要経費と認められるかを踏まえつつ検討する必要がある（所得税法施行令第30条括弧書）。いずれも論点としては目新しいものであるが、非課税所得及び必要経費に関する基本的事項を問題文に示された事実丁寧に当てはめてゆけば結論に到達できると思われる。

### [経 済 法]

#### [第1問]

本問は、化学メーカーであるA社とB社が、共同新設分割の方法により、出資比率各50%の共同出資会社C社を設立し、それぞれが営む甲製品の製造販売事業を全てC社に承継させる企業結合について、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の問題を検討し、併せて独占禁止法上の問題を解消するための対策について検討することを求めるものである。

本件事例は、A社とB社が、共同新設分割の方法で共同出資会社を設立することにより企業結合を行うものであるが、当該企業結合がどの一定の取引分野において競争を実質的に制限することとなるのか、いずれかの一定の取引分野において競争を実質的に制限することとなると判断される場合には、当該企業結合に対してどのような内容の問題解消措置を採るべきであるのか、企業結合に対する独占禁止法の適用の在り方について基本的な理解を問うものである。

まず、本件企業結合により直接結合関係が形成される甲製品の製品販売事業について検討することが求められる。他方、乙製品の製造販売事業については、本件企業結合により直接結合関係が形成されるわけではないが、乙製品は甲製品の不可欠の原料であり、乙製品の製造販売業者にとって甲製品の製造販売業者は重要な顧客であることから、共同出資会社C社にA、B各社から、乙製品の開発及び営業に長年従事してきた従業員を数名ずつ出向させることなどが予定されており、A、B両社間で乙製品の開発及び販売に係る情報が共有化されることなどにより、本件企業結合により乙製品の製造販売事業についても競争上の影響が生ずることとなることから、乙製品の製造販売事業についても検討することが求められる。

そこで、甲製品の製造販売事業についても、乙製品の製造販売事業についても、まず、一定の取引分野を構成する商品範囲と地理的範囲を画定することが求められる。次に、それぞれ画定された一定の取引分野において、当事会社のシェアと順位、競争者の状況、輸入圧力、参入圧力、隣接市場からの競争圧力、需要者からの競争圧力などを総合勘案して競争を実質的に制限することとなるか否かを検討することが求められる。さらに、この検討において、いずれかの製品の製造販売事業に係る一定の取引分野において競争を実質的に制限することとなると判断される場合には、競争を実質的に制限することとならないように本件企業結合に対して問題解消措置を講ずることを検討することが求められる。

## [第2問]

本問は、甲市におけるタクシー保有台数のシェアの合計が約80%を占めるX1～X20の20社が、同市における唯一の共通乗車券事業者であり、また本件20社がその株主の大部分を占めるA社に対して、低額運賃のタクシー事業者との間で共通乗車券事業に係る契約を締結しないよう要請し、A社がこれを実施したという事案について、独占禁止法上の問題点を分析し検討することを求めるものである。

本件事案は、共同ボイコットと呼ばれる行為であるが、この行為に対して独占禁止法を適用する場合には、不公正な取引方法、私的独占及び不当な取引制限のうちのどの条項をいかなる形で適用するかについて、複数の選択肢があり得る。これについて、各規定の要件に従った検討を行わせ、それらの基本的理解ができているかを確認するのが本問の趣旨である。

まず、20社の行為が、不公正な取引方法の共同・間接の取引拒絶（独占禁止法第2条第9項第1号ロ）に該当するか否かが検討される必要がある。その場合、同条項における、行為要件該当性、公正競争阻害性の判断、正当な事由の有無のそれぞれについて、本件事案の事実関係に即した検討をすることが求められる。特に、共同ボイコットの競争減殺効果をどう判断するか、過重労働による事故防止を理由とする正当化事由が認められるか等が重要な論点となる。

次に、20社及びA社の行為については、私的独占の通謀による排除に該当するか否かも問題になり得る。この場合、特に、A社が違反行為者に含まれるか、低額運賃タクシーに共通乗車券事業を利用させないだけで競争の実質的制限が認められるか、及び公共の利益について、本件事案の事実関係に即した検討をすることが求められる。また、このほかに、不当な取引制限の適用可能性も問題になり得る。

なお、共通乗車券事業を営むA社を違反行為者とし得るかについては、その適用法条及び適用の可否について様々な考え方があり得る。ただし、A社は、20社が株主の大部分を占めるなど、その要請を拒否できない立場にあるから、どのようなアプローチを採るにせよ、これらの事情を考慮しながら検討することが必要である。

いずれにせよ、本問においては、不公正な取引方法、私的独占及び不当な取引制限の各要件の意義と内容を正確に理解した上で、複数の法適用の選択肢が存在することを踏まえつつ、本件の事案に即した当てはめを行うことが求められる。

## [知的財産法]

### [第1問]

設問1から設問3は、いわゆる消尽論に関する問題の理解を問うものであり、設問4は、特許権侵害による損害の額の推定等を定める特許法第102条第1項から第3項までの適用ないし類推適用に関する問題の理解を問うものである。

設問1は、地域的に制限された独占的通常実施権を許諾された者が許諾地域内で製造販売した製品を、他者が許諾地域外で販売する行為を問題とするものである。（国内）消尽論（最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁参照）を説明した上で、その考え方に基づいて当該行為が侵害となるかどうかの結論を導くことが求められる。

設問2は、地域的に制限された独占的通常実施権を許諾された者が許諾地域外で製造販売した製品を、他者が許諾地域外で販売する行為を問題とするものである。設問1とは異なり、問題となる製品は適法に製造販売されたものではない。当該製品の販売に対する特許権者の差止請求を否定するための主張としては、幾つかのものが考えられようが、当該製品にも消尽論が及ぶ等の消尽論に関連付けた主張の場合には、消尽論の根拠にまで遡っ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。

## 平成23年新司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

### 1 出題の趣旨について

出題に当たり、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価し得るような問題作成を目指した。

出題した2問は、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めるものではない。

### 2 採点方針

別途公表済みの出題の趣旨及び上記1で述べたとおり、独占禁止法の基本的概念や個別の要件の意義を、その趣旨を踏まえて正確に理解しているか、当該行為が市場における競争に与える影響を十分に洞察しようとして、問題文のどの事実をどのような観点から取り上げるのが相当かを分析した上で、的確に要件に当てはめることができているか、それらは論理的かつ説得的で矛盾がないかという観点から、法的な能力を見ようとした。

第1問は、共同新設分割の方法で共同出資会社を設立するという企業結合について、独占禁止法（第15条の2）上の問題及び問題解消対策を問うものであり、①直接結合関係が形成される甲製品の製造販売事業のみならず、直接結合関係が形成されない乙製品の製造販売事業についても、乙製品が甲製品の不可欠の原料であることや、共同出資会社に乙製品の開発及び営業に長年従事した従業員を外向させるなどして乙製品の開発及び販売に係る情報を共有化されることなどを踏まえて、本件企業結合がどのような市場における競争に影響を及ぼすかを検討しているか（市場の画定）、②画定した市場に即した競争の実質的制限の有無を問題文の具体的事実（競争者のシェアと順位、競争者の状況、輸入圧力、参入圧力、隣接市場からの競争圧力、需要者からの競争圧力など）を摘示しながら論理的に検討できているか、③競争を実質的に制限すると判断した場合には、その理由を踏まえた具体的な問題解消対策を検討できているかを見た。

第2問は、いわゆる共同ボイコットと呼ばれる行為について、複数の独占禁止法上の問題点の分析及び検討を問うものであり、①不公正な取引方法の共同・間接の取引拒絶（独占禁止法第2条第9項第1号口、第19条）、私的独占・不当な取引制限（同法第2条第5項ないし第6項、第3条）について、各要件の意義及び内容を正確に理解しているか、②各要件の検討に際して、問題文の事実関係（共通乗車券事業に係る既存の契約の解約と新規の申込みの留保、共通乗車券の利用率が25%であること、過重労働による事故防止を理由とする対応など）に即した具体的な検討ができているか、③A社の行為について、問題文の事実関係（A社はタクシーの共通乗車券事業を営んでいること、A社の株主の大部分はX1～X20のタクシー事業者20社で占められていることなど）を踏まえて具体的に検討し、説得的に論じられているかを見た。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否，多寡について

第1問については，A，B両社によるC社の設立について，A，B両社が，いずれも甲製品，乙製品を製造販売していることから，多くの答案が，出題の趣旨に即して，企業結合の問題と捉えて，甲製品の製造販売事業のみならず，乙製品の製造販売事業についても市場に及ぼす影響を検討していた。次に，甲製品，乙製品の各市場に即した競争の実質的制限の有無については，多くの答案が，出題の趣旨に即して，問題文に記載の事実関係を摘示して検討していた。また，問題解消対策については，多くの答案が，出題の趣旨どおり，乙製品に係る情報遮蔽措置を論じていた。

第2問については，多くの答案が出題の趣旨に即して，共同ボイコットを検討した上で，私的独占の排除を検討していたが，不当な取引制限をきちんと問題提起をして検討しているものはそれほど多くはなかった。答案の中には，私的独占のみを論じる答案，私的独占と取引妨害，拘束条件付取引，優越的地位の濫用等共同ボイコット以外の不公正な取引方法を論じるものもあった。各要件の検討については，多くの答案が出題の趣旨に即して，事実関係を摘示した上で，共同ボイコットの正当化事由や私的独占の競争の実質的制限を論じていた。

#### (2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問については，直接結合関係が形成されない乙製品の製造販売事業について，市場に及ぼす影響を検討する理由を挙げて論じる答案が多いと予想していたが，具体的な理由を挙げることなく論じている答案が予想以上に多かった。次に，競争の実質的制限の有無については，問題文に記載した具体的な事実に基づいて論理的に検討することを期待していたが，問題文に記載している具体的な事実（シェアと順位，競争者の状況，輸入圧力，参入圧力，隣接市場からの競争圧力，需要者からの競争圧力など）の一部だけを摘示していたり，具体的な事実を摘示するものの，結論だけを記載して，これらの事実関係に基づいて各市場における競争の実質的制限の有無を論理的に検討している答案は少なかった。

第2問については，共同ボイコットを論じた上で，私的独占を論じる答案が多く，不当な取引制限についてはA社の位置付けや相互拘束性の問題点を指摘できる答案は多くはないのではないかと予想していたところ，実際予想どおりの結果となった。

第1問同様，問題文に記載した具体的な事実に基づいて問題提起し，具体的な当てはめを行うことを期待していたが，共同ボイコットの各要件の検討，過重労働による事故防止の正当化事由についてはおおむね正しい検討と判断ができていたが，競争の実質的制限について，共通乗車券の利用率が25%であることの評価については分かれた。

また，A社の位置付け，すなわち，A社を違反者とするか否かについては，きちんと問題点を指摘できた答案は少なかった。

#### (3) 「優秀」，「良好」，「一応の水準」，「不良」答案について

第1問については，適用法条，市場の画定，競争の実質的制限の有無，問題解消対策の各項目について，問題文に記載している事実関係を十分検討して，検討の理由を含め論理的かつ説得的に論じている答案は「優秀」，上記各項目の論述が一部不十分ではあるものの，全体として出題の趣旨に即して論じている答案は「良好」，



上記各項目の一部に誤りや不正確な部分があるものの、全体として整合性がある答案は「一応の水準」、問題文の検討が不十分で適用法条の選択や上記各項目に明確な誤りや矛盾があり、全体としても論理性・整合性が欠けている答案は「不良」と評価される。

第2問については、共同ボイコット、私的独占、不当な取引制限の適用法条、共同ボイコットの各要件（公正競争阻害性、正当化事由等）、私的独占の各要件（市場の画定、競争の実質的制限、正当化事由等）、不当な取引制限の各要件（特に相互拘束性）の各項目について、問題文に記載している事実を指摘した上で問題提起し、問題文に記載してある事実即して当てはめを行い、判断理由が論理的かつ説得的に論じている答案は「優秀」、上記各項目の論述が一部不十分ではあるものの、全体として出題の趣旨に即して論じている答案は「良好」、上記各項目の一部に誤りや不正確な部分があるものの、全体として整合性がある答案は「一応の水準」、問題文の検討が不十分で適用法条の選択や上記各項目を抽出できていないもの、抽出してはいるものの明確な誤りや矛盾があり、全体としても論理性・整合性が欠けている答案は「不良」と評価される点は、第1問と同様である。

なお、これらは、各水準に属する答案の一例であり、採点に当たっては、総合的な能力の判定にも配慮しており、各水準に属する答案は、上記のものに尽きるものではない。

#### 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の趣旨を正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、論点主義的な記述ではなく、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争へどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめることを論理的・説得的に示すことができるように教育してほしい。

# 平成24年 出題趣旨

問うことによって、所得税法及び法人税法上の基本的な規定について具体的な事案に即して解釈適用能力を試そうとするものである。条文への単なる当てはめによってではなく、条文の趣旨目的やその基礎にある考え方をも考慮して解答を導き出す姿勢が重要である。

設問1は、法人成りに伴う個人から法人への資産の譲渡に係る所得税の課税関係を問うものである。主として、①譲渡資産の内容及び種類に応じて資産の譲渡に係る所得の有無及び種類を所得税法の関連規定に則して適切に判断することができるかどうか、②資産の譲渡対価が時価より著しく低い価額である場合を所得税法の規定に則して適切に処理することができるかどうかを試している。①については、特に所得税法第33条第1項及び第2項における資産分類の基礎にある考え方に関する正確な理解のほか、資産によっては収入金額の計上時期を考慮に入れた判断をも求めている。②については、所得税法第59条第1項第2号だけでなく同法第40条第1項第2号をも視野に入れた解答を求めている。

設問2は、個人から法人への土地の負担付贈与及び建物の低額貸付けの当事者双方に対する所得税や法人税の課税関係を問うものである。主として、③本件贈与に関する所得税法の適用条文を同法第59条第1項の趣旨目的に照らして適切に決定することができるかどうか、④本件贈与と本件貸付けについてそれぞれに係るX社の課税関係を法人税法第22条に則して適切に判断することができるかどうかを試している。③については、民法上の贈与概念と所得税法上の贈与概念との関係に関する正確な理解、所得税法における資産の譲渡に係る実現主義と課税繰延べとの正確な関連付け等に基づく解答を求めている。④については、特に法人税法第22条第2項において、無償による資産の譲受けに係る明文の定めはあるのに対して、無償による役務の受入れに係る明文の定めがないことをどのように考えるかを検討した上で解答することを求めている。

## [経 済 法]

### [第1問]

本問は、石油製品である乙を分解して得られる化学物質を原料とする化学製品甲の製造販売業者であるA社、B社、C社及びD社（以下「4社」という。）が行った、乙価格の上昇を理由とする甲の販売価格の値上げ行動を中心にして、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第2条第6項、第3条の不当な取引制限（いわゆる「価格カルテル」）の成否及び離脱の成否などを検討させることにより、不当な取引制限についての基本的な理解を問うものである。

不当な取引制限の成否を検討する場合には、まず、問題とされている行為について事実関係を確定する必要がある。確定された事実が行為要件を充足する場合には、競争の実質的制限の有無を検討することとなり、そこで、一定の取引分野の画定が必要となる。問題文から、甲に関する必要な情報（製品としての特徴、地理的範囲など）を拾い出し、要領よく簡潔にまとめながら、市場を画定することが求められる。画定した市場を前提として、競争の実質的制限の有無を検討することになるが、甲市場の特色（4社のシェア、競争者のシェア、各種競争圧力など）を正確に把握し、これを的確に論述することが求められる。

設問1は、4社による会合（部長会）の場合には、甲の販売価格の値上げに関していまだ4社間には明示の合意が成立していないという前提の下で、上記会合前及び会合後の4社の客観的行動を認定し、これを分析して、不当な取引制限についての黙示の合意の成否を検討することが求められる。これを肯定するにしても、否定するにしても、問題文から得られる多くの事実（間接事実）の中から、重要と思われるものを拾い出し、説得力のある論述をすることが期待される。競争の実質的制限の有無の検討に際しても、甲製品の市場の状況を分析し、要領よくまとめることが必要となる。Y社の行為についての検討も忘れてはならない。

設問2は、4社による会合（部長会）の場合、甲の販売価格の値上げに関する合意が成立し

たという前提の下で、その後のC社の行動から、C社について、不当な取引制限の離脱が認められるか否かを検討することが求められる。離脱を肯定するにしても、否定するにしても、説得力のある理由付けが必要となるが、その際、不当な取引制限についての基本的な理解が問われることになる。また、D社の行為を論ずるに際しては、不当な取引制限の成立時期が問題となり、ここでも上記同様に、不当な取引制限についての基本的な理解が問われることになる。

## 〔第2問〕

本問は、特殊な植物から抽出した栄養成分を主とする栄養機能食品αを、甲というブランド名で販売し、同食品の市場においてシェア40%・第1位を占めるX社が、甲が無店舗のインターネット販売業者に販売されないようにするため、甲を扱っている薬局・薬店に対し、これを専ら一般消費者に対してのみ販売するようにさせたという事案について、独占禁止法上の問題点を指摘し検討することを求めるものである。

本件事案は、横流ししないし転売の禁止として、拘束条件付取引（不正な取引方法一般指定12項）の適用が問題となるものであり、そこにおける、行為要件該当性、競争減殺効果及び正当化事由の有無についての基本的な理解を問うものである。

本件行為は、甲のブランド力を背景にして薬局・薬店の取引先を制限するものであり、その実効性担保手段として、代理店卸売業者による取引停止を伴う監視がなされていると評価すべきものである。なお、本件は、転売を一律に禁止するものであるから、ネット販売業者に対する単独・間接の取引拒絶（一般指定2項）とするのは適切ではないと言えよう。

次に、本件行為の競争減殺効果として問題になるのは、安売り業者であるネット販売業者が甲を購入できないことによる、販売業者間の価格競争の制限であり、競争排除ではなく競争回避が問題となる事案である。まず、判断の前提として、代替品βの評価を含めて、一定の取引分野ないし市場の画定をする必要がある。続いて、本件行為により甲の価格が維持されるおそれがあるか否かを、市場の実態に即して、ブランド内競争の状況（甲のブランド力、流通経路の閉鎖性）、ブランド間競争の状況（参入障壁の高さ、価格競争の活発さ）などを総合的に考慮し判断することが求められる。

最後に、本件行為は、ブランドイメージの保持の観点から、顧客への商品の説明及び品質保持のための温度管理の必要性を理由として行われているから、その正当化事由の有無を検討する必要がある。その場合、商品の説明の必要性については、健康増進法による注意喚起表示の存在を考慮することが必要となろう。また、温度管理については、その必要性自体は否定できないから、一律の転売禁止以外の代替的方法・手段について検討することが重要となろう。

いずれについても、拘束条件付取引の要件の意義及び内容を正確に理解した上で、事実関係を丹念に検討し、本件行為の市場への影響を判断することが求められるものである。

## 〔知的財産法〕

### 〔第1問〕

設問1及び2は、方法の発明についての特許権を題材として間接侵害に関する問題点の理解を問うものであり、設問3は、方法の発明を実施できる装置が適法に市場に流通した場合において、方法の発明についての特許権の消尽の有無ないし黙示の許諾の成否、及び制限の可否についての考え方を問うものである。

設問1は、方法の発明を実施する機能を有する装置に対する特許法第101条第4号と第5号の適用の可否を問うものであり、間接侵害規定の基本的な理解と、各要件への丁寧な当てはめが求められる。

本問では、まず、特許方法による充電機能以外に通常の充電機能を有する装置が問題となっていることから、同条第4号の「のみ」要件をどのように解釈し、適用するかを論じる必要がある。この点については、「のみ」要件について厳格な解釈を行う立場（例えば、東京地判

## 平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

### 1 出題の趣旨について

出題に当たり、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価し得るような問題作成を目指した。

出題した2問は、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めるものではない。

### 2 採点方針

別途公表済みの出題の趣旨及び上記1で述べたとおり、独占禁止法の基本的概念や個別の要件の意義を、その趣旨を踏まえて正確に理解しているか、当該行為が市場における競争に与える影響を十分に洞察しようとして、問題文のどの事実をどのような観点から取り上げるのが相当かを分析した上で、的確に要件に当てはめることができているか、それらは論理的かつ説得的で矛盾がないかという観点から、法的な能力を見ようとした。

第1問は、化学製品甲の販売価格の値上げ行動について、独占禁止法第2条第6項、第3条の不当な取引制限（いわゆる「価格カルテル」）の成否及び離脱の成否を問うものであり、①甲製品の特徴（代替商品の有無、地理的範囲など）を踏まえた市場を画定し、問題文の具体的事実（4社のシェア、競争者の数・シェア、隣接市場及び需要者からの競争圧力、輸入圧力など）を摘示しながら競争の実質的制限の有無を論理的かつ説得的に検討できているか、②部長会での明示の合意が成立していない前提の下で、問題文の具体的事実（4社による過去の値上げ実績、A社による新聞発表、A社・P部長のメール送信、4社の値上げ活動など）を摘示しながら部長会前後の4社の客観的行動を分析するとともに、A社による新聞発表によって値上げ活動を行ったY社の行動を分析して4社及びY社における黙示の合意の成否が検討できているか（設問1）、③部長会での4社による明示の合意が成立した前提の下で、合意成立後の事実関係（一部顧客との間で値上げが成功したA社及びB社、値上げをしていないC社、値上げに成功しなかったD社）を踏まえて、不当な取引制限の成立時期という基本的事項を理解しているか、C社については、問題文の具体的事実（上司の指示内容、他の3社との連絡状況、その後の部長会の欠席、過去の値上げ実績など）を摘示しながら不当な取引制限の離脱の成否を論理的かつ説得的に検討できているか（設問2）を見た。

第2問は、栄養機能食品の販売方法（横流ししないし転売の禁止）について、不公正な取引方法の拘束条件付取引（独占禁止法第19条、一般指定12項）の理解及び検討を問うものであり、①行為要件該当性、競争減殺効果、正当化事由の各要件の意義及び内容を正確に理解しているか、②行為要件該当性については、問題文の方策①、②の関係を踏まえて具体的に拘束の有無を検討できているか、③競争減殺効果については、代替品βの評価を含めた市場を画定し、市場の実態に即して、ブランド内競争

の状況（甲のブランド力，流通経路の閉鎖性），ブランド間競争の状況（参入障壁の高さ，価格競争の活発さ）などを問題文の事実関係を摘示しながら丁寧に検討できているか，④正当化事由については，顧客への商品の説明及び品質保持のための温度管理の必要性について，目的の正当性及び手段の相当性の観点から検討するとともに，代替的方法・手段について検討できているかを見た。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否，多寡について

第1問については，多くの答案が出題の趣旨に即して，不当な取引制限（いわゆる「価格カルテル」）の成否及び離脱の成否を検討し，設問1については，不当な取引制限の成立要件である合意（意思の連絡），一定の取引分野（市場）の画定，及び競争の実質的制限について検討を行い，設問2については，以上のほか，不当な取引制限の成立時期と合意からの離脱について検討を行っていた。もっとも，一定の取引分野の画定及び競争の実質的制限について十分に検討することなく結論のみを述べる答案や不当な取引制限の成立時期と合意からの離脱について十分な理解をしないまま作成された答案も少なからず見られた。

第2問については，多くの答案が出題の趣旨に即して，Xの方策①②について不公正な取引方法のうちの拘束条件付取引を検討していたが，方策①と方策②の関係を明確に意識して触れているものはそれほど多くはなかった。また，答案の中には，方策①を単独の取引拒絶，方策②を拘束条件付取引とする答案も少なからず見られた。さらに，拘束条件付取引以外の不公正な取引方法（取引拒絶，優越的地位の濫用等）や私的独占を中心に検討している答案も見られた。

#### (2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問については，不当な取引制限の成否及び離脱という不当な取引制限の要件についての基本的な理解を問うものであったことから，出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準には大きな差異は見られなかった。もっとも，問題文から得られる多くの事実の中から重要な事実を拾い出し，説得力ある論述をすることが期待されたが，この期待に応える答案は多いとはいえなかった。

第2問については，方策②を方策①の実効性確保手段と位置付け，これを転売ないし横流しの禁止行為として，不公正な取引方法のうちの拘束条件付取引に該当するとした上で，その公正競争阻害性と正当化事由を中心に論じる答案が多いと予想していたが，ネット販売業者に対する単独・間接の取引拒絶として論じるものが予想以上に多かった。また，公正競争阻害性については，本件行為の価格維持効果について，問題文の事実を摘示し，ブランド内競争やブランド間競争等の市場の状況を分析して，丁寧に論述してほしかったが，多くの答案がこの点不十分であり，中には，市場を画定しないまま公正競争阻害性について論述する答案も少なからず見られた。さらに，正当化事由についても，結論のみで理由付けがきちんとなされていない答案が多く見られた。

#### (3) 「優秀」，「良好」，「一応の水準」，「不良」答案について

第1問については，「優秀」な答案は，不当な取引制限の成立要件と離脱要件に関する必要な論点について基本的な理解をした上で，問題文から重要な事実を拾い出し，きちんとした当てはめと説得力ある理由付けをした論述がなされているもの

とし、「良好」な答案は、比較的論述は薄いですが、必要な論点を指摘した上で、要点を的確にまとめてあるもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるに必要なポイントのうち、幾つかのポイントが欠けたものとした。また、「不良」の答案は、不当な取引制限に関する要件についての基本的な理解を欠き、不当な取引制限の成立要件や離脱要件に関する論点が的確に拾われておらず、問題文から得られる事実即した論述がなされていないものとした。

第2問については、「優秀」な答案は、方策①②の関係を見極めた上で、拘束条件付取引の要件に即して、行為類型該当性及びに公正競争阻害性について検討し、市場の画定、価格維持効果の有無、正当化事由の判断などについて問題文の事実を適切かつ丁寧に抽出して、きちんとした当てはめと理由付けがされているものとし、

「良好」な答案は、比較的論述は薄いですが、必要な論点を指摘した上で、要点を的確にまとめてあるもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるに必要なポイントのうち、幾つかのポイントが欠けたものとした。また、「不良」な答案は、拘束条件付取引以外の不公正な取引方法（取引拒絶、優越的地位の濫用等）や私的独占を中心に検討するなど、論点を的確に捉えておらず、事案に即した論述がなされていないものとした。

なお、これらは、各水準に属する答案の一例であり、採点に当たっては、総合的な能力の判定にも配慮しており、各水準に属する答案は、上記のものに尽きるものではない。

#### 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、論点主義的な記述ではなく、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめることを論理的・説得的に示すことができるように教育してほしい。

# 平成25年 出題趣旨

## [経 済 法]

### [第1問]

本問は、自動車の重要な構成部品甲のメーカーX社が、保有する甲の新製造方法αのノウハウ技術を甲の他のメーカーにライセンスするに際し、新製造方法αの実施のための専用の製造装置をY社から購入することを義務付けることを計画（以下、「本件計画」という。）しているという事案について、独占禁止法第19条が禁止する不正な取引方法の一般指定第10項が定める抱き合わせ販売等の該当性を問うものである。

まず、一般指定第10項の行為要件のうち、抱き合わせる商品（以下、「主たる商品」という。）が何で、抱き合わせられる商品（以下、「従たる商品」という。）が何であるかにつき言及するとともに、事実関係に照らして、X社が主たる商品の供給をてこととして従たる商品の購入を余儀なくさせることにつき言及することが求められる。

次に、一般指定第10項の実質要件である「不当に」とは、公正競争阻害性のことであるとともに、何を意味する公正競争阻害性と捉えるのかにつき言及することが求められる。そして、競争の減殺を意味する公正競争阻害性、競争手段の不正さを意味する公正競争阻害性のいずれと捉えるとしても、事実関係に照らして、従たる商品の市場においてどのような事実が認められれば、公正競争阻害性の要件を満たすことになるのかを示すことが求められる。

さらに、X社は、本件計画について、新製造方法αのノウハウ技術の秘密性を保持するとともに、Y社との共同開発に要した費用を回収するためであるとして、正当化しようとしているが、このことをどのように考慮・評価するかについて言及することが求められる。

本件計画については、不正な取引方法の一般指定第11項が定める排他条件付取引の該当性、又は一般指定第12項が定める拘束条件付取引の該当性を問うことも考えられる。この場合にも、それぞれの行為要件と実質要件を満たすのかにつき検討することが求められるが、実質要件については競争の減殺を意味する公正競争阻害性と捉えて検討することが求められる。

なお、本件では、短期間のうちに、旧製造方法が全て新製造方法αに取って代わられるものと予測されたというのであり、そうすると、甲の製造設備は新製造方法αを実施するための専用の製造設備のみとなり、したがって、X社の本件計画が実施されれば、従たる商品である甲の製造設備の市場がY社の独占となることから、排除型私的独占の成立について言及することも期待される。

### [第2問]

本問は、水上スポーツ用船舶乙のメーカー5社の全てが加入する事業者団体Aによる、同船舶の安全・事故対策のための措置について、独占禁止法上の問題点を分析・検討することを求めるものであり、いずれも、非ハードコアカルテルとして、構成事業者の機能又は活動の不当な制限（独占禁止法第8条第4号）の該当性が問題になるものである。

対策要項（1）は、製品の耐用年限を一律5年とする自主規制であるが、メーカーによる耐用年限の設定は、製品の規格・品質に関する制限として、乙の製造・販売分野における、多様な製品による競争を阻害する効果を持ち得るものである。したがって、まず、従来のユーザーの平均使用期間が8年であったこと、会員メーカーの耐用年限がいずれも5年程度であること、基準の遵守は強制されていないことなどの事情を考慮して、本基準が、5年より長い耐用年限の乙を製造・販売しないというメーカー間の協調行動を生じさせる可能性について検討する必要がある。

ついで、本件における耐用年限の設定は、事故の原因である経年劣化に対処しようとするものであること、5、6年を経過する頃から事故率が上昇するというデータに基づくものであることなどの諸事情を考慮して、安全性の確保の観点から正当化事由が認められるかどうかについて論じる必

要がある。

対策要項（２）は、メーカーが保険料を負担する商品付帯賠償責任保険Wを乙に付帯して販売する行為を義務付ける行為であり、営業・販売方法の制限として、事業者間の競争手段の制限による競争制限効果を持ち得るものである。すなわち、Wの付帯が強制されることにより、乙の販売分野において、保険を付帯して販売するか否かの競争が制限されることになる。なお、この行為は商品に無料の保険を付帯するにとどまり、またメーカーによる保険会社の選択は自由であるから、抱き合わせ販売には該当しないことに注意する必要がある。

ついで、本件における保険Wの付帯が、損害賠償をめぐるトラブルを防止するためのものであり、事故被害者の救済とユーザーの利便の向上という目的に資するものであること、保険期間が1年であること、保険会社の選択は自由であることなどの諸事情を考慮して、正当化事由が認められるか否かを論じる必要がある。

## [知的財産法]

### [第1問]

本問は、物を生産する方法の発明に関する特許を題材にしたもので、設問1では、特許を受ける権利の共有持分譲渡の有効性や、特許権侵害訴訟において主張される幾つかの基本的な抗弁の成否を問い、設問2では、設問1で検討した抗弁に対して特許権者がとるべき対応、主として特許無効の抗弁に対する対抗主張の要件及び可否を問い、設問3では、平成23年特許法改正によって新設された特許権移転請求制度（同法第74条）の要件と効果についての理解を問うものである。

設問1は、特許を受ける権利の共有持分譲渡の有効要件（同法第33条第3項）、並びに特許権侵害訴訟において主張される抗弁のうち、先使用による通常実施権（以下「先使用権」という。同法第79条）、職務発明の法定通常実施権（同法第35条第1項）及び特許無効の抗弁（同法第104条の3）の基本的理解と応用力を問うものである。

まず、方法1及び方法2について、Yとしては、先使用権を主張することが考えられる。方法1は本件特許の出願前からYが実施していたことから、先使用権の成立要件を満たすかが問題となる。方法2については、本件特許の出願後に実施された方法2にまで先使用権の効力が及ぶかが問題となる。先使用権の範囲に関しては、発明思想説（最判昭和61年10月3日民集40巻6号1068頁【ウォーキングビーム】）と実施形式説（東京地判昭和49年4月8日無体集6巻1号83頁等）の対立があるが、いずれによるかを、最高裁判決を踏まえて論じ、事案に即して検討すべきである。この点、本問では、方法2では方法1よりも顕著な効果が得られるとされており、仮に発明思想説によった場合、この事実を踏まえて発明思想が異なるかといえるかどうかについて検討することが望まれる。また、Yは、方法1の開示を、これをXに開示した発明者でもある乙から受けた者である点で、同法第79条の「特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者」から知得したといえるかも問題となるところ、この問題を論じていけば積極的評価の対象となり得る。

次に、方法1について、Yは、それがYの従業員である甲と乙による発明であることを理由に、職務発明の法定通常実施権（同法第35条第1項）を主張することが考えられる。もっとも、乙からXへの特許を受ける権利の譲渡は、共同発明者である共有者甲の同意（同法第33条第3項）が得られておらず無効と考えられる点で、Xが特許を受けたことが同法第35条第1項の「職務発明について特許を受ける権利を承継した者がその発明について特許を受けたとき」に当たるかについて検討することが望まれる。また、方法2にも職務発明の法定通常実施権が及ぶかという問題も考えられるところ、この問題を論じていけば積極的評価の対象となり得る。

また、方法1について、Yは、本件特許が、特許発明に含まれる方法1の特許を受ける権利



## 1 出題の趣旨について

出題に当たり、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価し得るような問題作成を目指した。

出題した2問は、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めるものではない。

## 2 採点方針

別途公表済みの出題の趣旨及び前記1で述べたとおり、独占禁止法の基本的概念や個別の要件の意義を、その趣旨を踏まえて正確に理解しているか、当該行為が市場における競争に与える影響を十分に洞察しようとして、問題文のどの事実をどのような観点から取り上げるのが相当かを分析した上で、的確に要件に当てはめることができているか、それらは論理的かつ説得的で矛盾がないかという観点から、法的な能力を見ようとした。

第1問は、自動車部品のメーカーX社が、部品甲の新製造方法 $\alpha$ のノウハウ技術を他のメーカーにライセンスするに際し、 $\alpha$ 専用の製造装置をY社から購入することを義務付ける行為について、独占禁止法第19条が禁止する不公正な取引方法たる抱き合わせ販売等（一般指定第10項）の該当性を問うものであり、①このような行為が市場における競争に与える影響を洞察する見地から事例を的確に分析し、X社が主たる商品の供給をてことして抱き合わせられる商品（従たる商品）の購入を余儀なくさせる事実関係を指摘した上、②独占禁止法の基本的概念や要件に関する正確な理解に基づいて、一般指定第10項「不当に」の文言から公正競争阻害性の要件が導かれることを正確に指摘するとともに、競争減殺が生じ得る一定の取引分野を適切な方法で画定し、③重要な事実（新製造方法 $\alpha$ が、旧製造方法に比して、甲の品質を大きく向上させ、製造コストも大幅に削減させること、短期間のうちに旧製造方法に取って代わると見込まれること等）を拾い出して、的確な当てはめを行うことにより、競争減殺の有無を論理的かつ説得的に論じ、④目的の正当性及び手段の相当性の見地から正当化事由の有無を具体的に検討することができているかを見た。なお、公正競争阻害性については、これをもって競争手段の不公正さと解することもできるが、その場合も、具体的な事実関係を丁寧に検討して、能率競争への影響や選択の自由への侵害の有無を論理的かつ説得的に論じる必要があり、これを評価の対象とした。また、本問では、排除条件付取引（一般指定第11項）、拘束条件付取引（同第12項）、排除型私的独占（独占禁止法第3条）の該当性を論じることとも考えられるが、その場合も、基本的には抱き合わせ販売等について先に述べたところと同様の視点から評価を行った。ただし、排除型私的独占を論じる場合には、本問の事実関係で、競争減殺にとどまらず、実質的な競争制限までも認めることができるか十分に論じる必要があり、採点に当たっては、この点に着目して評価を行った。

第2問は、水上スポーツ用の船舶である乙のメーカー5社及び販売店のほとんど全てが加入する事業者団体Aが実施しようとしている、乙の安全・事故対策のための対策要綱(1)及び(2)が、独占禁止法第8条第4号が規定する構成事業者の機能又は活動の不当な制限の禁止に該当するか否かを問うものである。まず、乙の耐用年限を一律5年とする対策要綱(1)については、①乙の製造・販売分野における、メーカー間の耐用年限をめぐる競争を制限する効果を持ち得ることを指摘し、その具体的な考慮要素を正確に拾い出して検討しているか、また、②転覆・衝突事故の防止という観点からの正当化事由の有無を、関連する諸事情を考慮して総合的に検討しているかを見た。このうち、①については、メーカーの合計シェアの高さ、従来のユーザーの平均使用期間が約8年であること、メーカーの従来の耐用年限がいずれも5年程度であること、基準の遵守は強制されていないことなどの事情を考慮して、5年より長い耐用年限の乙を製造・販売しないという協調行動を生じさせる可能性を的確に検討しているか、また②については、事故原因が乙の経年劣化にあること、5、6年を経過する頃から事故発生率が上昇するというデータが存在することなどの事情を考慮して、目的の正当性及び手段の相当性の存否を論理的かつ説得的に論じているかを見た。

次に、対策要綱(2)については、①商品付帯賠償責任保険Wを乙に付帯して販売することを義務付けることにより、乙の製造・販売分野において、保険を付帯して販売するか否かというメーカー間の販売方法をめぐる競争を制限することを正確に理解し検討しているか、及び、②損害賠償をめぐるトラブルの防止という観点からの正当化事由の有無を関連する諸事情を考慮して総合的に検討しているかを見た。このうち、①については、メーカーの合計シェアの高さ、付帯を義務付けていることなどの考慮要素を正確に拾い出して検討しているか、本件行為は抱き合わせ販売には該当しないことを理解した上で解答しているかを見た。また②については、本件行為が事故被害者の救済とユーザー利便の向上に資するものであること、保険期間が1年と短期であること、メーカーによる保険会社の選択は自由であることなどの事情を考慮して、目的の正当性及び手段の相当性の存否を論理的かつ説得的に検討しているかを見た。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

第1問については、多くの答案が、抱き合わせ販売等の該当性を論じていたほか、抱き合わせ販売等に併せ、又はそれに代えて、排除条件付取引、拘束条件付取引又は排除型私的独占を論じ、一定の取引分野の画定、成立要件の検討、事実の当てはめ、正当化事由の検討を行って、おおむね出題の趣旨に即した論じ方をしていた。なお、独占禁止法第21条の適用いかに重点を置き、上記抱き合わせ販売等その他の該当性や正当化の許否を十分に論じない答案が見受けられたが、不正競争防止法上の営業秘密たるノウハウ技術に同条が適用されないことに争いはなく、そうした答案は出題の趣旨に沿うものではなかった。

第2問については、多くの答案が、出題の趣旨に即して、独占禁止法第8条第4号の該当性を検討していたが、同条第1号の該当性を否定するのみで、同条第4号の該当性を検討しない答案も見られた。また、対策要綱(2)について、同条第4号の該当性を検討せずに同条第5号(抱き合わせ販売)の該当性のみを検討する答案も少なからず見られた。さらに、同法第8条ではなく、同法第3条の該当性のみを検討する答案も見られた。

(2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問については、多くの答案において、一定の取引分野の画定方法、各制度の要件など、基本的な知識に関しては、出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異は認められなかった。もっとも、例えば一般指定第10項にいう「不当に」の解釈を誤るなど、基本的な理解が不十分であることを示す答案も少なくなかった。また、本問では、問題文から得られる多くの事実の中から重要な事実を拾い出し、各事実の意味を正確に把握して、説得的に論述することを期待したが、各制度の成立要件等の説明に終始し、事案に即した事実の検討を十分に行わない答案も散見された。

第2問については、独占禁止法第8条第4号を指摘した上で、公正競争阻害性及び正当化事由を中心に論じる答案が多いと考えていたが、予想以上に、公正競争阻害性自体を否定して正当化事由の有無を検討しない答案が多く見られた。また、公正競争阻害性については、市場を画定し、問題文の事実を摘示した上で、競争制限効果を丁寧に論述してほしかったが、多くの答案がこの点不十分であった。具体的には、市場画定を行わずに競争制限効果を論じるものや、正当化事由について結論を述べるのみで問題文の事実を摘示した理由付けがきちんとなされていない答案が多く見られた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

第1問については、「優秀」な答案は、抱き合わせ販売等その他の趣旨及び要件に関する正確な理解を示した上、問題文から重要な事実を拾い出して的確な当てはめと十分な理由付けを行い、正当化事由の有無まで説得的な論述がなされているものとし、「良好」な答案は、比較的論述は薄いものの、必要な論点を網羅した上で、要点を的確にまとめてあるもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち、幾つかのポイントを欠くものとした。また、「不良」の答案は、条文解釈や成立要件に関する基本的な理解を欠き、本問の論点を拾うことができず、問題文が示す事実関係に即した論述がなされていないものとした。

第2問については、「優秀」な答案は、事業者団体性、団体の行為性、公正競争阻害性、正当化事由について、問題文に含まれた認定に必要不可欠な事実を適切かつ丁寧に拾い出し、当てはめが的確になされているものとし、「良好」な答案は、比較的論述は薄いものの、必要な論点を網羅した上で、要点を的確にまとめてあるもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち、幾つかのポイントを欠くものとした。また、「不良」の答案は、独占禁止法第8条第4号の条文を抽出できずに論点をきちんと拾えず、出題意図を離れた論述をしているものとした。

なお、これらは各水準に属する答案の一例で、採点に当たっては、総合的な能力の判定にも配慮しており、各水準に属する答案は、上記のものに尽きるものではない。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

## 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の趣旨を正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、論点主義的な記述ではなく、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争へどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめることを論理的・説得的に示すことができるように教育してほしい。

## 平成26年 出題趣旨

制が「人為による異常な災害」に該当するかどうかを検討する必要がある。参考となる裁判例として、大阪高等裁判所平成23年11月17日判決（訟務月報58巻10号3621頁）がある。

設問2では、個人が事業用土地を更地として譲渡するために事業用建物を取り壊す場合における解体費用の取扱いについて、乙の敷地が譲渡所得の基因となる資産であるという資産分類に関する基本的理解に基づき、乙の取り壊しやその敷地の譲渡に関する具体的事情を考慮して、適用条文を選択することが、まず問われている。その際、乙の取り壊しとその敷地の譲渡に関連して行われたこと、Aが乙の敷地は更地にした方が高く売れると前々から聞いており、実際にもかなり高く売れたこと、乙を取り壊しその敷地を更地にするにはアスベスト除去作業が法令上義務付けられていたこと等の事情をどのように評価すべきかも問われている。

設問3は、法人が事業用建物の建替えのために当該建物を取り壊す場合における解体費用について、損金該当性及び損金算入時期の判断を問う問題である。損金に関する基本規定である法人税法第22条第3項各号の規定の中から、当該解体費用の法的性格やB社、P社及びQ社の関係を踏まえて、適用条文を適切に選択しこれに事案を当てはめることができるかを試す問題である。

### [経 済 法]

#### [第1問]

本問では、「公正な競争を阻害するおそれ」（以下「公正競争阻害性」という。）を要件とする不公正な取引方法と、「競争を実質的に制限すること」（以下「競争の実質的制限」という。）を要件とする排除型私的独占との関係に留意して検討することを期待した。不公正な取引方法に該当し、競争（者）の排除ないし他者排除の効果が認められる行為は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上違法な行為であることから、排除型私的独占の要件である違法な排除行為を構成することになる。しかし、不公正な取引方法に直接言及することなく、排除型私的独占の要件のみを論ずることもあり得るが、この場合には、なぜ本件行為が違法な排除行為を構成するのかにつき言及することが求められる。

本件行為の不公正な取引方法該当性の検討においては、どの類型の不公正な取引方法に該当するのかが問題となり、独占禁止法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第11項の排他条件付取引該当性につき検討することを期待したが、一般指定第12項の拘束条件付取引、独占禁止法第2条第9項第2号の差別対価、同項第6号・一般指定第4項の取引条件等の差別取扱いへの該当性を検討することもあり得ることから、この場合には、それぞれの要件該当性につき検討することが必要となる。

不公正な取引方法該当性、排除型私的独占該当性のいずれの検討においても、「一定の取引分野」あるいは市場の画定が必要であり、基本的に需要者からみた代替性の観点から問題文に即して画定することが求められる。

不公正な取引方法該当性の検討においては、（自由）競争の減殺を意味する公正競争阻害性につき検討し、競争（者）の排除ないし他者排除の効果が認められるか否かに言及することが求められる。排除型私的独占該当性の検討においては、競争の実質的制限につき検討し、競争（者）の排除ないし他者排除の効果を越えて、行為者がその意思である程度自由に価格等を左右すること（により市場を支配すること）ができる状態をもたらすことになるのか検討することが求められる。

本件行為には、価格競争の側面と製造コスト引下げの側面があることから、これらを正当化事由として、その目的と達成方法の合理性及び相当性につき検討することが求められる。

#### [第2問]

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ら、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

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとし、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

第1問は、消費財たる甲製品について、A社が、甲製品の大口利用者向け販売業者のうち、A社以外のメーカーの甲製品も併せ取り扱ってきた取引先販売業者及び従来A社の甲製品のみを取り扱ってきた取引先販売業者に対し、甲製品の購入全体に占めるA社の甲製品の割合の多寡に応じて販売価格からの割戻金（いわゆる占有率リベート）を支払う行為が、排除型私的独占（独占禁止法第2条第5項）に該当し、同法第3条前段に違反するか、また、排他条件付取引（同法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第11項）、拘束条件付取引（同指定第12項）、差別対価（独占禁止法第2条第9項第2号）、取引条件等の差別取扱い（同項第6号・一般指定第4項）に該当し、独占禁止法第19条に違反するかについての見解を問うものである。

特に、甲製品の特徴（乙製品との代替性、大口利用者向けと小口利用者向けの取引条件や取引チャネルの異同、外国製品の影響等）を踏まえた市場を画定し、かつ問題文に示されたA社の行為が、その市場にどのような影響を与えるかについて、的確に検討できているかどうかを評価することとした。そして、A社の行為が市場に与える影響を検討するに当たっては、A社の市場における地位、A社の甲製品の特徴及び販売業者の取扱い状況といった市場の環境、A社が割戻金を支払う動機（販売シェアの確保とともに、稼働率の上昇によるコスト削減目的もある。）といった本問において特に示されている重要な事実、さらに割戻金が経済的には価格を下げる効果を有することに対する解答者の考えを、論理的に矛盾なく、説明できているかを見た。

第2問は、15社の行為が入札談合として、不当な取引制限（独占禁止法第3条後段）に該当するかについて、見解を問うものである。

まず、15社が50物件中40物件について行った種々の行為から、基本合意を認定できるか、次に、10物件について具体的な事実が認められない中で、基本合意が10物件をも対象とするものと認定できるかにつき、検討できているかを見た。

次に、事業活動の相互拘束の関係で、その意義を正しく理解した上で、1社のみ落札を希望した35物件について相互拘束があったといえるか、50物件中1件も落札しなかったA社ないしD社について不当な取引制限の当事者といえるか等の論点について検

討できているかを見た。

さらに、入札談合事件である問題文の事案において、一定の取引分野をどのように捉えているか、それが基本合意の認定と整合しているかを見た。

最後に、受注調整行為に関与しないアウトサイダーが入札に参加して6物件を落札した事実を踏まえて、競争の実質的制限が認められるか検討できているかを見た。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

第1問について、多くの答案が私的独占について一応言及していた点は、出題の趣旨に沿うものといえるが、不公正な取引方法の論述に必要な分量を割くことにより、出題の趣旨の中心である私的独占の該当性についての検討が不十分になっている答案が多く見られた。また、不公正な取引方法については、差別対価の該当性を検討する答案が予想以上に多く、排他条件付取引の検討を行う答案は予想より大幅に少なかった。また、拘束条件付取引を論じる場合には、排他条件付取引でなく拘束条件付取引を適用する理由、すなわち排他条件付取引と拘束条件付取引の差異を理解していることを示す答案を期待していたが、多くの答案が拘束の有無の論述に終始していた。

第2問については、入札談合において検討されるべき共同行為が、個々の受注調整行為ではなく基本合意であることを明確に意識して記述した答案は、あまり多くなかった。また、40物件について検討しただけで、他の10物件について合意又は意思の連絡の対象となるかを実質的に検討しない答案が相当数存在した。

一定の取引分野については、ほとんどの答案が検討していたが、基本合意の認定との整合性を欠くか、又は意識しない答案も相当数存在した。

競争の実質的制限については、ほとんどの答案が検討していた。

#### (2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問については、私的独占、不公正な取引方法ともに、要件の定義や解釈は、独占禁止法の基本的な部分であって、その説明に関しては、出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準とに大きな差異はなかった。一方、説明した定義や解釈を本問に即して適用する場面においては、第一に、問題文に摘示されている多くの重要な事実のごく一部のみと言及して、その他の事実を検討していない答案、第二に、A社以外のメーカーの甲製品も併せ取り扱ってきた取引先販売業者に対する割戻金の支払いと、従来A社の甲製品のみを取り扱ってきた取引先販売業者に対する割戻金の支払いについて、それぞれ別個独立に異なる類型の不公正な取引方法（多くは前者が差別対価または拘束条件付取引、後者が排他条件付取引）の該当性を並列的に論じるのみで、A社がなぜ両行為を行ったか、それによって影響を受ける市場はどこか（幾つか）という点の検討が不十分な答案が予想以上に多かった点で、出題時に想定していた解答水準とは差異が見られた。

第2問については、入札談合の事案であるのに、基本合意に全く触れない答案が相当数存在したことは予想外であった。また、間接事実から基本合意の存在を認定した答案の中にも、40物件について論じたのみで、他の10物件について具体的に検討しない答案が相当数存在したのは残念であった。さらに、本件は、一定期間の入札案件について基本合意が認められる事案であり、40物件と10物件の落札率に顕著な



差がない事案であるから、10物件についても基本合意の対象であったと見るのが自然であると考えられるが、十分な検討を行うことなく異なる結論を導く答案が予想以上に多かった。

50物件中1件も落札しなかったA社ないしD社について不当な取引制限の当事者といえるかどうかについては、多数の答案が論じており、その結論もおおむね妥当であったが、1社のみ落札を希望した35物件に関する相互拘束の認定いかにんについて論じた答案は少なかった。

多くの答案において、一定の取引分野についての記述は相応の水準に達していたが、一定の取引分野を基本合意の対象となった取引と捉えた場合に、本件における当てはめと整合しない答案がかなり多かった。

競争の実質的制限については、多くの答案がアウトサイダーの存在についても意識して検討し、妥当な結論を導いていた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

上記のような答案の傾向を踏まえ、どのような答案がそれぞれの区分に該当するかについて、一例を示せばおおむね以下のとおりである。ただし、採点に当たっては総合的な能力の判定にも配慮しており、各水準に属する答案は、これに尽きるものではない。

第1問について、「優秀」な答案は、排除型私的独占の成立要件についての基本的な理解を示した上で、問題文から検討すべき事実を確実に拾い出し、検討を加え、論理的な説明を行うとともに、その中で不公正な取引方法の論述がなされているか、不公正な取引方法の論述がない場合にはそれと同程度に私的独占として違法とされるべき排除行為に関する充実した記載がなされているもの、「良好」な答案は、排除型私的独占の成立要件についての基本的な理解を示した上で、問題文から検討すべき事実をある程度拾い出して相応の当てはめを行っているもの、「一応の水準」の答案は私的独占の該当性への言及があるものの、その説明や当てはめが明解とまではいえないもの、「不良」な答案は、適用条項について全く的外れである等、基本的な事案処理能力が不十分なものとした。

第2問については、「優秀」な答案は、入札談合である問題文の事案に即して、基本合意を間接事実から認定できるか、基本合意が10物件に及ぶか、事業活動の相互拘束の有無、一定の取引分野、競争の実質的制限等について漏れなく検討し、基本的な考え方を示した上で、各論点について説得力のある理由付けをした論述がされているもの、「良好」な答案は、基本合意の認定やそれが10物件に及ぶかについて説得力のある論述ができているが、他の幾つかの論点についての検討が漏れているもの、又は比較的論述は薄い各論点についておおむね検討されているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち、幾つかのポイントが欠けているものとした。「不良」の答案は、入札談合事件についての基本的な理解を欠き、基本合意や事業活動の相互拘束の有無について論点を的確に捉えられていないものとした。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わ

りはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択・操作、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

## 平成27年 出題趣旨

エア開発のような長期請負契約に適用される例外的基準について問う問題である。

本問において検討すべき論点は多く、その1つ1つはどれも重要な問題点を含んでいるが、特定の論点だけに比重を置いて解答するだけでは必ずしも高得点は望めない。全体のバランスを見ながら、時間内に、必要な情報を的確かつ簡潔に説明することが大切である。

設問1は、「給与所得」と「事業所得」の区分が源泉徴収制度との関係で問題となることが多いことを踏まえた出題である。

まず、源泉徴収制度に関する基本的理解を問うている。

次に、「給与所得」と「事業所得」の区分に関して、最高裁昭和56年4月24日第二小法廷判決（民集35巻3号672頁）を踏まえて、所得税法第28条第1項の「給与所得」の概念及び同法第27条第1項の「事業所得」の概念を明らかにしつつ、両者の区分についてどのような基準を定立するのか、その基準に則して具体的な事案について矛盾なく判断できるのかを問うている。

出題において法律関係に留意することとしたのは、課税関係が私法上の法律関係を基礎としていることを踏まえたものであり、私法上の法律関係を基礎にして課税関係をどのように判断するのかを試すものである。

設問2は、設問1で定立した基準を比較的複雑な事案に適用する能力を試すものである。

問題文に現れたDを取り巻く諸事実は、A、B、Cとそれぞれ共通する部分があり、給与所得の要件に親和する側面がある一方で事業所得の要件に親和する側面もある。そのため、自分の導いた結論に説得力を持たせるためには、自分の主張に有利な事実だけを抽出して評価するだけでは不十分であり、不利な事実についても評価することが求められる。

設問3は、開発着手の日の属する事業年度中にその目的物の引渡しが行われないう請負契約に係る法人税法上の収益の帰属年度に関する基本的理解を問うものである。工事完成基準（権利確定主義）とその例外である工事進行基準について、法人税法第22条第4項や「別段の定め」（同条第2項）である同法第64条第2項を示しつつ、最高裁平成5年11月25日第一小法廷判決（民集47巻9号5278頁）などにも言及しながら、簡潔に説明することが求められている。

なお、工事進行基準に関する法人税法第64条第2項の適用要件について当該条文の内容を説明することは要求していない。

### [経 済 法]

#### [第1問]

本問は、「甲の会」の幹部会において、内装建材甲に係る法令上の基準を超える安全基準を自主基準として設定することを決定し、当該団体に加入する20社は全てこれを遵守しているものの、当該団体に未加入のX社が当該安全基準を遵守しないため、20社の取引先事業者である建材専門商社に対し、当該安全基準を遵守しないX社との取引の中止を要請し、当該要請を受けた建材専門商社が協議の上、この要請に応じたことから、X社が取引先を容易に見つけ出すことができなくなっているというものであり、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第8条第5号において禁止する事業者団体が事業者には不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすることに該当しないかを問うものである。

そこで、まず、「甲の会」の幹部会による本件要請の決定が事業者団体の決定であるかが問題となる。事業者団体は、事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とする2以上の事業者の結合体（独占禁止法第2条第2項）であるところ、20社各社の担当営業部長という個人によって組織される「甲の会」のメンバーが事業者である当該20社各社であると法的に評価することが求められる（同条第1項後段）。そして、「甲の会」の活動内容か

ら「甲の会」が事業者団体であると評価することが求められる。さらに、「甲の会」の幹部会決定が「甲の会」という事業者団体としての決定であることを根拠付けることが求められる。

次に、「甲の会」の幹部会決定に基づく会長の要請に従った建材専門商社の行為が、独占禁止法第19条が禁止するいずれかの不公正な取引方法に該当する行為であることを説明することが求められる。本件で建材専門商社が協議の上行った行為は、上記安全基準を遵守しないX社からの甲の購入中止であり、競争関係にある事業者と共同して供給を受けることを拒絶したものであって、不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第1項第1号の行為要件を満たすことを説明の上、「正当な理由がないのに」の要件を満たすことの説明が求められる。「正当な理由がないのに」がどのような意味における公正競争阻害性であるのか、そして、市場の画定を前提として競争者の排除効果（競争の排除ないし他者排除）が認められるか否かが問われる。

最後に、「甲の会」の幹部会決定に基づく建材専門商社に対する要請は、内装建材に対する一般消費者の健康への意識の著しい高まりに対応して、自主基準として設定した法令上の基準を超える安全基準を遵守しないX社に遵守させるために行われたものであり、独占禁止法第1条の目的に照らして、当該行為に正当化事由、すなわち目的の合理性とその目的達成方法の相当性が認められるか否かの評価が求められる。

なお、事業者団体の行為としても、独占禁止法第8条第5号ではなく、同条第3号又は第1号の問題として捉えることや、事業者団体の行為ではなく20社が共同して取引先の建材専門商社にX社から供給を受けることを拒絶させる行為として一般指定第1項第2号に該当すると捉えることもあり得るが、事案に即してそれぞれの要件該当性につき説明することが求められる。

## 〔第2問〕

本問は、A社の計画するH社の株式取得（以下「本件株式取得」という。）が独占禁止法第10条第1項に違反するか否かを問うものである。具体的には、主として同項の「一定の取引分野」における「競争を実質的に制限する」、「こととなる」というそれぞれの要件について、その意義・解釈、判断基準といった規範定立を行い、その規範に照らして本件株式取得の適否について結論を述べることが求められる。

一定の取引分野、つまり市場の画定は、一般に商品の範囲と地理的範囲についてなされるところで、商品の範囲については、乙が甲と同一の市場で競争していると見ることができるかどうかの検討を要する。地理的範囲については、丙のメーカーが世界中に分布し、それに対して世界各国に分布する甲のメーカーが甲を供給していることから、いわゆる世界市場が認められるかどうかについて検討する必要がある。その際、甲の規格、価格の動向、コスト構造や関税、丙のメーカーの購買の特性等についても言及する必要がある。

「競争を実質的に制限する」、「こととなる」については、その意義・解釈について自らの見解を論じた上、水平的企業結合であることを意識して、単独行動、協調行動それぞれの観点から具体的事実に基づいて競争の実質的制限の有無を論じることとなろう。ただし、本問では、ハーフィンダール指数（HHI）やいわゆるセーフハーバーについては問うていない。

本問における競争を実質的に制限することとなるか否かの判断に際しては、問題文に提示された製品の特性、市場の特性及び過去の市場シェアの推移に関するデータを読み解き、本件株式取得が実現するとどのような状況になるのか解答者なりに予測することを要する。

特に、本問では、甲についての技術革新や新製品の開発が活発に行われ、かつそのサイクルが短いこと、丙のメーカーが非常時における調達経路の確保等のために複数の甲のメーカーから甲を購入していること、これまでの甲のメーカーの市場シェアが激しく変動していること、過去に他の甲のメーカーを買収した企業が必ずしも買収の対象となる企業の市場シェア

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、協同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、 $\alpha$ 発明の実施品の試験的販売については、 $\alpha$ 発明は、 $\beta$ 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、 $\alpha$ 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、 $\alpha$ 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 $\gamma$ 発明と甲出願の対象である $\beta$ 発明が「同一の発明」である場合であり、 $\gamma$ 発明は、 $\beta$ 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り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、 $\alpha$ 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

## 平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

### 1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

### 2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとし、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

第1問は、内装建材甲の製造販売業者20社の担当営業部長によって構成される「甲の会」の幹部会が、20社の取引先である建材専門商社に対して、20社に含まれない甲の製造販売業者であるX社から甲を購入しないよう要請することを決定し、これに基づいて、「甲の会」の会長が、建材専門商社の担当者が一堂に会した会合においてその旨要請（以下「本件要請」という。）し、建材専門商社が協議の上で本件要請に応じ、その結果、X社において取引先を容易に見つけ出すことができなくなっているところ、本件要請について、事業者団体が「事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること」（独占禁止法第8条第5号）に該当するかなどについて、見解を問うものである。

具体的には、まず、本件要請が、20社全体の合意等ではなく「甲の会」の幹部会の決定に基づいて行われている点を踏まえ、「甲の会」が事業者団体に当たるか否か、本件要請を事業者団体の行為と見ることができるか否かについて、的確に検討できているかを見た。

次に、本件要請が、建材専門商社に対して共同でX社との取引を拒絶するよう要請するものである点を踏まえ、事業者たる建材専門商社に共同の直接取引拒絶（独占禁止法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第1項第1号）をさせるようにすること（同法第8条第5号）に該当するか否か、建材専門商社の行為が一般指定第1項第1号の各要件を満たすか否かについて、矛盾なく的確に検討できているかを見た。なお、独占禁止法第8条第3号又は第1号に該当するか否かを検討する答案や、20社自身による共同の間接取引拒絶（一般指定第1項第2号）に該当するか否かを検討する答案もあったが、これらについても、事案に即してそれぞれの要件該当性を矛盾なく的確に検討できているかを見た。

最後に、本件要請が、甲に含まれる化学物質の種類等について「甲の会」が設定した自主基準をX社が遵守しないという状況で行われている点などを踏まえ、独占禁止法第1条所定の目的に対応する正当化事由が認められるか否かについて、目的の合理性及び目的達成方法の相当性の両面で、検討すべき事実を漏れなく拾いながら的確に検討できているかを見た。

第2問は、A社の計画するH社の株式取得が独占禁止法第10条第1項に違反するか否か、見解を問うものである。

まず、「一定の取引分野」については、その意義、商品市場と地理的市場との区別、範囲画定の基準としての需要の代替性及び供給の代替性に言及がなされているかが問われる。具体的に本問においては、商品市場に関しては、甲と乙とが同じ商品市場に属するか否かが問われ、地理的市場に関しては、いわゆる世界市場を画定できるか否かが問われる。それぞれについて、需要の代替性及び供給の代替性に照らして、問題文中の諸事実を適切に評価しているかが評価における着眼点となる。

次に、「競争を実質的に制限することとなる」については、まず、競争の実質的制限の意味と「こととなる」の意味の両方に言及がなされているかが問われる。また、単独行動による場合と協調行動による場合との違いを正確に理解した上で分析しているか否かも、評価における着眼点となる。本問において「競争を実質的に制限することとなる」か否かを分析するに際しては、当事会社の地位と競争事業者の状況、各事業者の市場シェアの変動が激しいこと、顧客である丙のメーカーの購買行動、丙をめぐる価格競争の影響、隣接市場からの競争圧力、甲の特性（技術革新が競争の重要な要素であること等）、本件株式取得の目的（甲の開発時間の大幅な短縮）といった諸事実が関わってくる。それぞれについて、どのような意味で「競争を実質的に制限することとなる」に関わるのか説明が求められるとともに、全体として、整合性のある説明となっているか否かも評価における着眼点となる。また、その際、当然のことながら、「一定の取引分野」との整合性も問われる。例えば、いわゆる世界市場を画定しておきながら、「競争を実質的に制限することとなる」の分析において「輸入」の容易さを問題にするのは明らかな矛盾である。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

第1問について、まず、「甲の会」が事業者団体に当たるか否か、本件要請を事業者団体の行為と見ることができるとして一通り論じている答案が多かったが、事業者団体について全く問題意識を示すことなく20社の行為についてのみ論ずる答案も相当数存在した。20社ではなくその担当営業部長によって構成されていてもなお事業者団体に当たるか否かという問題について、明示的に論じている答案は少なかった。

次に、本件要請については、独占禁止法第8条第5号に当たるか否かの問題であるとし、そうである以上、「建材専門商社の行為が」不公正な取引方法に該当するか否かを論ずることとなるはずであるにもかかわらず、具体的な違反要件の検討の場面では、「20社（又は「甲の会」）の行為が」間接取引拒絶（一般指定第1項第2号又は第2項）に該当するか否かを論ずる、という明らかな論理矛盾を犯している答案が相当数存在した。また、独占禁止法第8条第1号の要件として競争の実質的制限を論ずるに当たり、「甲の会」では価格等に関する情報交換を行っておらず、20社の間で比較的活発な価格競争が行われていることなどについての問題意識を示さない答案も散見された。

最後に、正当化事由については、目的の合理性及び目的達成方法の相当性に分けて一定程度の論述をしている答案が多かった。ただ、本件要請の目的に関して

は、「甲の会」の会長が内装建材甲全体の信用や評判に悪影響が及ぶことを恐れていたとの事実に触れることなく、「一般消費者の健康被害を防止するため」であるとするなど、事案の把握がやや不十分と見られる答案も散見された。

第2問について、「一定の取引分野」に関しては、まず、その意義や画定の基準に関する一般論は、おおむねよく書けていた。商品市場については、本問では、需要の代替性及び供給の代替性に照らして甲のみから構成されると考えるのが合理的であるが、この点はおおむねよく書けていた。地理的市場については、本問では、いわゆる世界市場と考えるのが合理的であり、実際にもそのように答える答案が多かった。ただし、丙のメーカーが世界中に分布し、それに対して世界各国に分布する甲のメーカーが甲を供給しているという事実を摘示できているか、その他の事情も踏まえて需要の代替性及び供給の代替性の観点と結びつけて説明できているかについては答案によって差があった。なお、日本の独占禁止法の保護法益の観点から世界市場は取り得ないとする答案も散見された。

「競争を実質的に制限することとなる」に関しては、まず、その一般的な解釈論についてはよく書けていたが、「こととなる」の意味に言及しない答案も散見された。また、単独行動による場合と協調行動による場合の区別については、両者を区別した上で論述する答案は比較的多かったが、それぞれの意味と違いを正確に説明した答案は少なく、両者の区別に全く言及しない答案も散見された。両者を区別する実益について議論がないわけではないが、少なくとも本問のような設定では、単独行動とは別に、協調行動による競争の実質的制限の蓋然性についても検証が必要である。

「競争を実質的に制限することとなる」の存否に関わる諸事実への言及に関しては、当事会社の結合後の市場シェアとその順位、顧客である丙のメーカーの購買行動、技術革新が競争の重要な要素であることへの言及は比較的多かった。しかし、多くの答案は平成26年の市場シェアのみに注目し、過去の市場シェアの推移に関するデータに照らして、各事業者の市場シェアの変動が激しいこと、過去の企業結合では各当事会社が企業結合前に有していた市場シェアを足し合わせた市場シェアが必ずしも企業結合後に実現していないことの意味に思いが至らなかったようである。本問では、丙のメーカーが非常時における調達経路の確保等のために複数の甲のメーカーから甲を購入していること、また顧客による調達先の変更が頻繁であり、したがって、A社とH社の市場シェアを単純に合算した数値が企業結合後にもたらされるとは限らないことに言及することを期待していたが、実際にこの点に言及する答案は少なかった。

また、数は多くないものの、本件株式取得の目的と関わって、補完的技術の結合により甲の開発時間を短縮できれば、統合後のA社の市場支配力が増大するとした答案が見られた。しかし、本件株式取得によって本当に甲の開発時間が短縮されるとすれば、そのことは、市場全体の競争を促進するものと評価されるべきである。また本件株式取得の目的を正当化事由として論じ、競争が制限されても目的が正当であれば違法性がないという記述が少なからず見られたが、企業結合では、競争制限の蓋然性があれば、たとえ目的が正当であっても適法とならない。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問について、事業者団体該当性及びその行為該当性、共同の取引拒絶（又



はその他の不公正な取引方法)の要件該当性,正当化事由の有無等の判断基準及び当てはめに関しては,一通りの論述ができている答案が多く,この点に関しては,出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異はなかった。他方で,前述のとおり,そもそも事業者団体についての問題意識を全く示さない答案や,明らかな論理矛盾を犯している答案が相当数存在したのは予想外であった。

第2問については,全体として,実際の解答水準は,おおむね出題時における想定範囲内であった。ただ,単独行動による場合と協調行動による場合との区別については,この区別を前提として記述する答案は意外に多かったが,それぞれの意味を正確に表現できていた答案は少なかった。また,市場シェアの変動が激しいことについては,表によってデータを示しているにもかかわらず,これに言及する答案は想定以上に少なかった。

(3) 「優秀」,「良好」,「一応の水準」,「不良」答案について

第1問について,「優秀」な答案は,「甲の会」の事業者団体該当性及びその行為該当性,建材専門商社の共同の取引拒絶の要件該当性及びに正当化事由の有無について,矛盾なく論理的に,的確な判断基準を示した上で,検討すべき事実を漏れなく拾いながら説得的な当てはめを行い,結論を導いているもの,「良好」な答案は,矛盾なく論理的に,一定の判断基準を示した上で,検討すべき事実がある程度拾いながら一応の当てはめを行い,結論を導いているもの,「一応の水準」の答案は,「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの,「不良」な答案は,基本的事項についての論述を全く欠いたり,重大な論理矛盾を犯していたりするなど,基本的な事案処理能力が不十分なものとした。

第2問については,本問の場合は評価項目が多いので,答案の評価は,これら多くの評価項目の総合評価によることになる。つまり,どれだけ多くの評価項目に言及し,各評価項目についてどれだけ正確に記述しているか,さらに,全体として整合性のある記述となっているかによって,「優秀」,「良好」,「一応の水準」,「不良」が分かれることになった。ただ,全体として論旨に整合性が保たれていることが必要である。また,ごくまれに,独占禁止法第10条以外に根拠条文を求める答案が見られたが,同じ企業結合規制に係る同法第14条ならまだしも,同法第3条を援用する答案は「不良」と評価せざるを得なかった。

4 今後の出題について

今後も,独占禁止法の基礎的知識の正確な理解,当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力,事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は,不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し,これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は,出題の意図したところを正確に理解し,引き続き,知識偏重ではなく,基本的知識を正確に習得

し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択・操作、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

## 平成28年 出題趣旨

の対価としての性質を有しないものに該当するので、一般には一時所得（所得税法第34条第1項）と考えられる。裁判例としては、土地の時効取得による利益を一時所得とした東京地方裁判所平成4年3月10日判決（訟務月報39巻1号139頁）がある。この判決は、一時所得として課税する場合の収入金額（同法第36条第1項、第2項）を時効援用時の土地の価額と解している。

設問2について、上記東京地方裁判所判決の考え方を前提にすると、時効援用時までの甲土地の値上がり益（3000万円）は、一時所得の収入金額としてCに対する所得税の課税対象とされ、他方、Dへの譲渡による譲渡所得の金額の計算上、Cにおける甲土地の取得費は、時効援用時の時価である5000万円となる。ただし、Cの上記収入金額には、含み益に相当しない部分（Aにおける取得費2000万円）も含まれている。

一方で、相続により資産が被相続人から相続人へ移転した場合、相続が限定承認に係るものでなければ、被相続人における資産の取得費は相続人に引き継がれ、課税は繰り延べられる（同法第59条第1項第1号、第60条第1項第1号）。

最高裁判所は、譲渡所得に対する課税について、「資産の値上りによりその資産の所得者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のもの」と解し（最一判昭和43年10月31日訟務月報14巻12号1442頁）、譲渡所得の本質をキャピタル・ゲインとして捉えている。

このような清算課税説と相続における取得費の引継ぎを本問の事例に当てはめると、甲土地をAが取得してからBが時効により所有権を喪失するまでの間の含み益（3000万円）への課税は、時効取得されたときに、Bに対してなされるべきである。

しかし、現行法の一般的な解釈から、上記含み益3000万円について、時効取得の段階でBに課税すること、あるいはCがBの取得費（Aが支出してBが引き継いだ取得費2000万円）を引き継ぐとすることは困難であり、そのように解するならば、本問の事例については、結果として清算課税説に基づくキャピタル・ゲインへの課税が抜け落ちるという「問題点」が生じることになる。

立法論としては、種々の解決策があり得るが、本設問で問われているのは、清算課税説を前提とした場合、各規定の間に必ずしも精緻な整合性がないと考えられる場合が存することを理解できているかどうかである。したがって、上で述べた現行法の一般的な解釈が唯一の考え方というわけではなく、解答に当たっては、「問題点」について自己の見解を論理的に説明できるかどうか重要となる。

### [経 済 法]

#### [第1問]

本問では、C社とD社が、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第2条第6項に該当する行為（不当な取引制限）を行ったものとして、同法第3条後段に違反するかどうか問われる。独占禁止法第2条第6項の諸要件についてあるべき解釈を示した上で、本問の事実当てはめる必要がある。

まず問題となるのは、「共同して」（多摩談合（新井組）事件・最一判平成24年2月20日民集66巻2号796頁に従って、「共同して・・・相互に」というくり方でもよい。）の要件である。「共同して」又は「共同して・・・相互に」といえるためには「意思の連絡」が必要である（東芝ケミカル事件・東京高判平成7年9月25日審決集42巻393頁）が、本問では、C社とD社との間で乙の価格に関する「意思の連絡」を示す唯一の決定的な事実が明らかにされているわけではない。したがって、「共同して」（「共同して・・・相互に」）の解釈として「意思の連絡」の意味を明らかにした上で、どのような事実の積み重ねから「意思の連絡」が認定され得るかについて一般的な方針が提示されることが望ましい。そして、

実際の「意思の連絡」の認定に際しては、乙の価格に関する情報交換に至った背景、当該情報交換の内容、情報交換を経た後のA社との交渉の状況に着目することが求められる。

本問で注意を要するのは、一つには、各社において価格決定権限を有する役員級の者が乙の価格に関する情報交換に直接には加わっていないことをどのように解するか、換言すれば、本問において事業者としてのC社とD社間で「意思の連絡」があったと評価できるかについて説明が求められることである。また、情報交換の仕組み作りからA社との交渉妥結に至る一連の過程から、どのような内容の合意が形成されたと見るべきかについても説明が求められる。本問では、特に、A社製造の甲向けの乙の最低価格について意見の一致が見られたことやC社とD社とで妥結価格が異なったことをどのように見るかが重要となる。

次に、「相互にその事業活動を拘束」の要件については、本問のように、互いに競争関係にある事業者間での共同行為に係る事案では、各当事者が合意内容に事実上拘束される関係にあることが示されれば充足されると解されよう。

「一定の取引分野における競争を実質的に制限」の要件については、まず、本問における「一定の取引分野」の画定の在り方が問題となる。ここでも、「一定の取引分野」の意味と画定の在り方ないし基準を提示した上で、本問の事実に当てはめることが求められる。本問では、制限の対象となった乙という商品は需要者（A社ないしB社）によって異なる仕様と性能を求められるため、一方の需要者向けに製造された乙は他方の需要者向けには転用できないことをどのように評価するかが重要となる。なお、いわゆるハードコア・カルテルを念頭に置いて、「共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲」をもって一定の取引分野を画定すれば足りるとする考え方（例えば、シール談合事件・東京高判平成5年12月14日高刑集46巻3号322頁）が存在するので、この考え方を本問の事実に当てはめることも可能である。ただし、その場合には、なぜ、そのような議論が妥当性を持つのかについて説明が求められる。

「競争の実質的制限」についても、その定義を説明した上で、本問で提示された諸事実のうち、「競争の実質的制限」の認定に関わるものを拾い上げて総合的に評価することが求められる。本問の場合には、C社とD社の合計の市場シェア、本問における意思の連絡の内容のほか、新たにA社製造の甲向けの乙の開発にも乗り出したE社の存在、需要者としてのA社の交渉力等に注目する必要がある。E社については、本件合意の対象となった平成27年4月～6月期の取引においてC社とD社に対する競争圧力として作用したと評価できるかが問われる。なお、ここでも、本件カルテルがハードコア・カルテルであることから直ちに「競争の実質的制限」が充足されたとする議論が考えられるが、その立場に立つのであれば、どのように考える根拠が説明されなければならないことは前述のとおりである。

最後に、「公共の利益に反して」についてだが、本問では、A社からの理不尽な値下げ要求に対抗するため、あるいは、乙の生産基盤を日本に維持するためにカルテルを行ったとの主張が考えられ、このような主張の根拠として「公共の利益」が援用される可能性がある。このような主張が認められる可能性は極めて小さいと考えられるが、いずれにせよ、「公共の利益に反して」の解釈を踏まえた説明が求められる。

## 〔第2問〕

本問は、健康維持のための消耗品である甲の製造業者であるA社が、自社の製造した甲を小売業者に販売するに際し問題文記載の諸条件を付した行為が、独占禁止法第2条第9項第6号ニ、不正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第12項の拘束条件付取引に該当し、独占禁止法第19条に違反するかどうかを問うものである。拘束条件付取引における拘束条件には、理論上は独占禁止法第2条第9項第4号及び一般指定第11項に該当する行為を除き、およそ全ての条件が含まれ得る。設問(1)及び同(2)のいずれにおいても、A

社が取引先小売業者に対して付した条件は小売業者による商品の販売方法に関わるが、設問(1)における条件は広告における小売価格の表示の禁止であり、その価格への影響はより直接的であるのに対して、同(2)における条件は、価格に直接関連しない事柄に関わるので、競争に対する影響が異なると考えられる。そこで、各設問における条件の異同に着目しつつ、それらが競争に与える効果の分析を行うことが求められる。

設問(1)では、まず、A社が、自社の取引先小売業者に対して広告における小売価格の表示を禁止することを決定し、それを依頼の形で納品書に記載し、A社の営業担当者が大規模小売業者を訪問し、出荷停止に言及しながら、小売価格の表示を行わないよう要請する行為が、「拘束する」条件を付けて取引することに該当するか否かを検討する必要がある。和光堂事件・最高裁判所昭和50年7月10日第一小法廷判決（民集29巻6号888頁）などで示された基準を提示した上で本問の事実当てはめることが求められる。その際には、小売店の営業においてA社製の甲が占める地位をどう評価するのも重要となる。

次に、一般指定第12項の「不当に」に該当するかどうかを検討する必要がある。それが公正競争阻害性を意味すること、具体的には自由競争減殺であることを指摘した上で、本問では、より具体的に、事業者間での競い合いが減少する効果が問題となることに言及する必要がある。そして、一般論としては、一般指定第12項に該当し得る行為については、拘束の内容や対象となる取引の性質等、種々の事情を勘案して、それが競争に与える効果を評価する必要があるが、広告における価格表示の禁止は、価格維持効果が強く推測される行為であることに留意する必要がある。

このような広告における価格表示の禁止の特質に照らして、市場の画定や画定された市場における競争への影響の詳細な検討を省略して、自由競争減殺の有無を判断することが可能である。ただし、その場合には、広告における価格表示の禁止についてそのような判断方法が妥当性を有することの説明が求められる。他方、その他の拘束条件付取引における場合と同様に、市場画定を行い、それを前提として自由競争減殺の有無を判断することも可能である。この場合には、市場画定に加えて、画定された市場における具体的な影響（例えばA社と他社のシェア、甲の差別化の程度、ブランド間競争及びブランド内競争の状況等）を事実に基づいて検討することが求められる。なお、いずれの場合も、小売業者間の価格競争の減殺の有無が検討されなければならない。

さらに、A社が広告における価格表示の禁止を行う目的に鑑みて、A社の行為が正当化できるか否かを検討することが求められる。

設問(2)では、まず、A社が、新製品甲の販売開始に当たり、小売業者に対して、販売員の研修の受講、研修を受講した販売員による商品説明、必要な機材の購入を求め、これに応じない場合には新製品甲の取引を行わないことを内容とする本決定を行い、これを小売業者に対して実施したことが、「拘束する」条件を付けて取引することに該当するか否かを説明することが求められる。

次に、A社の行為が、一般指定第12項の「不当に」の要件を満たすか否かの検討を要する。「不当に」の意味については、設問(1)と同様である。しかし、設問(2)では、一方では、製造業者が、自社のブランド戦略に鑑みて、どのような販売方法を採用するかは、基本的には、製造業者が自由に決められる事項であるとされていることに留意する必要がある。しかし、他方では、小売業者に特定の販売方法を採ることを求め、それを取引の条件とすることは、販売価格の上昇を招来することがあり、そのような行為の競争への影響をどのように分析・評価するかが問われる。具体的には、化粧品の販売方法の制限に関する資生堂東京販売事件・最高裁判所平成10年12月18日第三小法廷判決（民集52巻9号1866頁）によって示された、それなりの合理性と制限の同等性の基準にのっとりて検討した上で、価格上昇効果について分析・評価を行うことが期待される。もっとも、前記最高裁判決の位置付け等については、様々

な考え方があるので、他の拘束条件付取引の類型と同様に、市場を画定した上で、画定された市場における競争への影響を事実即して検討することも可能である。この場合には、画定された市場で、A社の行為によって小売価格が維持されるおそれの有無、A社が条件を付す目的に鑑みてA社の行為が正当化できるか否かなどの検討を要する。

## [知的財産法]

### [第1問]

1 設問1は、特許請求の範囲が機能的に記載されている場合の技術的範囲の確定と記載要件適合性に関する理解を問う問題である。設問2の(1)は、無効審判における訂正請求と侵害訴訟における訂正の対抗主張に関する理解を問う問題であり、設問2の(2)は、共有特許の場合の単独での審決取消訴訟提起の可否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104条の4に関する理解を問う問題である。

2 設問1においては、製品Aと製品Bの製造販売が本件特許権を侵害するかが問題となるが、その前提として、本件特許の特許請求の範囲に「硬貨の投入行為を妨げる手段」という機能的な記載があることから、いわゆる機能的クレームの技術的範囲の確定が問題となる。この点については、機能的クレームの場合、その発明の技術的範囲は、明細書の発明の詳細な説明の記載を参酌し、そこに開示された実施例、あるいは実施例としては記載されていなくても、明細書に開示された発明に関する記述の内容から当該発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者（当業者）が実施し得る構成に限られるべきであるとする考え方（東京地裁平成10年12月22日判決判例時報1674号152頁【磁気媒体リーダー事件】、知財高裁平成25年6月6日判決裁判所ホームページ【パソコン等の器具の盗難防止用連結具事件】等参照）を念頭に置いた上で自説を明確に論述し、製品A及び製品Bの本件特許発明の技術的範囲への属否について論述することが求められる。

以上のような機能的クレームの技術的範囲の確定につき適切に論じた上で、文言侵害が否定される場合には、均等侵害を主張することが考えられ、この点に的確に言及していれば、積極的な評価が与えられよう。

次に、本件特許の特許請求の範囲が一見極めて広い範囲の技術を含むものである一方、本件特許の明細書等では、そのような広い範囲の技術のごく一部である実施例しか開示されていないことが、法第36条第6項第1号（サポート要件）及び同条第4項第1号（実施可能要件）に違反するとして、法第104条の3の抗弁（無効の抗弁）を行使できないかが問題となる。この点については、各要件の意義を踏まえつつ、自説を展開することが求められる。また、本件において法第36条第6項第2号（明確性要件）を問題とする余地もあり、この点に的確に言及していれば、積極的な評価が与えられよう。

3(1) 設問2の(1)の前段については、まず、無効審判が係属している間は訂正請求（法第134条の2第1項第1号）を行うべきことに言及する必要があるが、また、本問では通常実施権者であるZがいるため、訂正請求をするにはZの承諾を得る必要があること（同条第9項、第127条）に言及する必要がある。

同後段においては、Xらの対抗手段として、本件特許の特許請求の範囲を訂正することによって無効原因を回避できる旨の主張が考えられよう。このような訂正の対抗主張が認められるためには、①当該請求項について訂正審判請求ないし訂正請求をしたこと、②当該訂正が法の定める訂正要件を充たすこと、③当該訂正により当該請求項について無効の抗弁で主張された無効理由が解消すること、④被告製品が訂正後の請求項の技術的範囲に属すること、を要するというのが裁判例の傾向であり（東京地裁平成19年2月27日判決判例タイムズ1253号241頁【多関節搬送装置事件】、知財高裁平成26年9月17日判決判例時報2247号103頁【共焦点分光分析事件】等）、これらの裁判例を念頭に

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとし、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

第1問は、C社とD社が独占禁止法第2条第6項の各要件を満たす行為（不当な取引制限）に及んだといえるか否かについて、見解を問うものである。

具体的には、①明示的な価格合意がなく、直接情報交換を行ったtとuが価格決定権限を有していなかったことなどを踏まえ、「共同して」（又は「共同して…相互に」）を満たすか、すなわち両社間に意思の連絡があったと認められるか、②そのような意思の連絡により「相互にその事業活動を拘束」したといえるか、③意思の連絡の内容に加え、A社製の甲向けの乙は固有の仕様と性能を求められ、その製造にはA社からの技術情報の開示を受けることを要することなどを踏まえ、「一定の取引分野」をどのように画定すべきか、④意思の連絡の内容、E社の存在、A社の交渉力などを踏まえ、当該取引分野における「競争を実質的に制限する」といえるか、⑤r・s間の雑談の中で示された認識などを踏まえ、「公共の利益に反して」といえるか、について適切な判断基準を示しながら的確に検討できているかどうかを見た。

第2問は、A社が、自社の製造した甲を小売業者に販売するに際し諸条件を付した行為が、独占禁止法第2条第9項第6号ニ、不正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第12項の拘束条件付取引に該当し、同法第19条に違反するかどうかを問うものである。

設問(1)、(2)のいずれにおいても、まず、一般指定第12項の拘束条件付取引の該当性が問題になること及び拘束があることについて、事実を指摘して論じることが求められる。甲の小売業者にとってA社製の甲を取り扱うことがその営業上不可欠であること、及び、設問(1)においてはA社が納品書に記載した依頼、同社の営業担当者の要請・説明が出荷停止によって、設問(2)においては本決定の実施が新製品甲の取引を行わないことによって、それぞれ実効性を有することの指摘が的確になされているかどうかを評価した。

次に「不当に」（公正競争阻害性）については、設問(1)、(2)のいずれも、規範として、公正競争阻害性の意味内容、判断基準を提示した上で、その判断基準に即した事実を的確に当てはめることができているかどうかを評価した。当てはめについて、設問(1)では、取り分け甲全体に占めるA社製の甲のシェアが55パーセント程度であること、甲の小売業者にとってA社製の甲を取り扱うことがその営業上不可欠であることとの関係で、商品市場をどのように画定するのか、画定した市場におけるブランド内競争とブランド間競争の関係をどのように考えるのか、A社製の甲のブランド内競争が（小売業者間において）減少する可能性をどのように評価するのか、といった点を適切に論じているかどうかを評価した。他方、市場の画定や画定された市場における競争への影響の詳細な検討を省略して自由競争減殺の有無を判断する場合には、広告における価格表示の禁止の特質と、それに照らしてそのような判断方法が妥当性を有することを適切に論じているかどうかを評価した。また、設問(2)では、資生堂東京販売事件・最高裁判所平成10年12月18日第三小法廷判決（民集52巻9号1866

頁)のそれなりの合理性と制限の同等性の基準にのっとり、製造業者であるA社のブランド戦略選択の自由に配慮しつつ、価格上昇効果をどのように評価すべきかについて、解答者なりの筋道を立てて論じられているかどうかを評価した。

そして、設問(1)及び(2)の適法性の判断の結論が異なるのか、異なるとすればそれはなぜか、同じであるとすればそれはなぜかについて、出題の趣旨記載のとおり、各設問における条件の異同に着目しつつ説明されているかどうかを評価の対象とした。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

第1問のうち、まず「共同して」に関しては、「意思の連絡」があることを意味するとした上で、tとuが価格決定権限を有していなかった点についても一定の検討を加えつつ、C社・D社間で乙の単価の下限を定める意思の連絡があったとする答案が多かった。ただ、具体的にどのような内容の意思の連絡があったのかを明示しない答案や、r・s間の情報交換の合意自体が「基本合意」として意思の連絡に当たり、その後の単価についてのやりとりは「個別調整」にすぎないとする答案も散見された。tとuはメールの文面上はいずれも「自社の許容範囲」を伝えるにとどめているところ、このメールをもって乙の単価の下限を定める「明示の合意」があったとする答案が相当数あった。意思の連絡が推認される根拠について、多くの答案は事前の意見・情報交換に触れていたが、r・s間で情報交換の合意をしたことやt・u間でA社との商談の様子等について実際に情報交換していたことに触れない答案も散見された。事後の行動の一致(A社の提示価格に激しく抵抗したこと、最終的に2950円を下回らない価格で妥結したこと)に全く触れない答案も相当数あった。

「一定の取引分野」に関しては、その意義及び画定基準を示した上で、意思の連絡の対象とされたA社製の甲向けの乙に係る市場であるとする答案が比較的多かった。ただ、意思の連絡の対象について特段の考慮を示すことなく、A社製の甲向けに限らない乙全体であるとする答案や、甲も含まれるとする答案も相当数あった。市場の範囲の検討において、「需要の代替性」や「供給の代替性」がない(ある)としつつ、何と何の間に代替性がない(ある)のかを明示せず、論旨が不明確になっている答案も相当数あった。

「競争を実質的に制限する」に関しては、本期分のA社製の甲向けの乙に係るC社・D社の市場シェアは100パーセントであるとして、競争の実質的制限を肯定する答案が多かった。ただ、「一定の取引分野」についてはA社製の甲向けの乙であるとしつつ、本期分のそれを供給できないことが明らかなE社を(潜在的)競争事業者として扱い、その競争圧力があるとする答案も相当数あった。A社製の甲向けの乙の唯一の需要者であるA社が相当強力な価格交渉を行っているところ、そのような需要者からの圧力について検討を加える答案は多くなかった。C社・D社間の意思の連絡は、一定の単価ではなくその下限のみを定めるものであって、価格競争の余地を完全に排除するものではなく、現に両社の納入単価は異なっているが、そのような意思の連絡であっても競争を制限するといえるか否かについて、問題意識を示す答案はほとんどなかった。

第2問について、多くの答案が独占禁止法第2条第9項第6号ニ、一般指定第12項(拘束条件付取引)、同法第19条の適用を検討していたが、設問(1)について、同法第2条第9項第4号イ(再販売価格の拘束)や同法第2条第5項及び第3条(私的独占)を挙げる答案も散見された。

拘束の有無については、典型論点ということもあり、よく書けていた。ただ、当てはめにおいて、いかなる事実から「拘束」する行為を認定するのかが不明確な答案も相当数見られ、中には「A社の決定」とか「本件の行為」が拘束であるというものも散見された。

A社の行為が「不当に」行われたものか否かの論述においては、設問(1)について、多くの答案が一応の規範定立、市場画定、当てはめを行っていた。市場画定においては、A社製の甲とA社以外の甲の代替性をどのように考えるのかに言及することが求められるところ、多くの答案がこ



れに言及していた。一方、商品市場をA社製の甲に限定する場合には、一般消費者がA社製の甲を店頭で指定し、継続的に購入すること（いわゆる指名買い）が多いというだけでなぜ同じ甲の代替性を否定するのかについて、説得力のある理由付けが必要であるにもかかわらず、これができている答えはほぼ皆無であった。翻って、商品市場を甲（A社製に限らず、全ての甲）とする場合に、A社が設問(1)の拘束を行うとなぜ甲全体の市場の競争が阻害されるおそれが生じるのかを丁寧に論述することが求められるが、この点を論述している答えは少なかった。また、広告における価格表示の禁止の特質に照らして、市場の画定や画定された市場における競争への影響の詳細な検討を省略して、自由競争減殺の有無を判断する立場で論じた答えはほとんど見られなかった。

設問(2)について、A社の行為が「不当に」行われたものか否かの論述においては、判断基準として、資生堂東京販売事件・最高裁判所平成10年12月18日第三小法廷判決の基準（それなりの合理性と制限の同等性）に何らかの形で言及することを期待していたが、これに言及した答えは極めて少なかった。また、本決定はA社製の甲の訴求力向上というブランド戦略を具現化するものであることと、その一方で結果として甲の価格上昇を招来することをどう評価するのかについての解答者なりの見解を提示することが求められるが、多くの答えは、訴求力向上という目的が正当であっても価格が上昇するので違法であるという単純なものであった。

## (2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問に関しては、不当な取引制限の各要件の定義・判断基準及びそれらに対する当てはめについて一通り論述している答えが多く、その限りにおいては、出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異はなかった。他方で、前述のとおり、明示の合意があったとする答案、意思の連絡を推認する根拠となる事実の指摘が不十分な答案、市場画定の際に意思の連絡の対象について特段の考慮を示さない答案、E社からの競争圧力があるとする答案などが相当数あったことは予想外であった。

第2問は、設問(1)、(2)とも、適用条文、拘束の有無については、一通りの論述がなされている答えが多く、この点に関しては、出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異はなかった。ただし、前述のとおり、いかなる事実から「拘束」する行為を認定するのかを明確に指摘しない答案が相当数あったのは意外であった。

次にA社の行為が「不当に」行われたものか否かに関し、設問(1)においては、「不当に」とはどのような意味か（公正競争阻害性のことであり、自由競争の減殺を意味すること）、その意味での「不当に」に該当するか否かの判断基準を示した上、A社と他社のシェアの差異や一般消費者がA社製の甲を指名買いする傾向等を踏まえてブランド内競争の重要性を検討しつつ、A社の行為が甲の小売業者の価格競争に及ぼす影響を分析・評価することを期待していた。ところが、多くの答案が、規範の定立や市場画定が明確でない、ブランド内競争とブランド間競争との関係の理解が十分でない、あるいは問題文に記載がなく、また問題文から合理的に読み取ることのできない事実を前提として議論を展開している、といった基本的な点でつまづいており、結論に至る論旨が不明確であったことは予想外であった。

特に、自ら設定した自由競争減殺の該当性の判断基準に対応する結論の記載がない（例えば、自由競争が減殺される場合には公正競争阻害性が認められるという解釈を提示する一方で、自由競争が減殺されたか否かの結論の記載がなかったり、価格に影響がある場合には競争減殺があるという基準を設定する一方で、事実として価格に影響があるかどうかを記載することなく、結局A社が自社の甲の価格の表示を禁止することは「不当に」に該当すると結論付ける）というような、経済法固有の問題というよりも法律解釈・適用一般のルールに従っていない答案や、価格競争に対する影響の分析がない（例えば、A社から出荷を停止すると言われれば小売業者は従わざるを得ないから公正競争阻害性があるという論法）、市場画定と事実認定が整合しない（例えば、商品市場はA社製の甲と画定する一方で、A社のシェアは約55パーセントと指摘

したり、ブランド間競争を論じる)といった論理の瑕疵を有する答案が多かったことは、予想と異なっていた。

また、設問(2)においては、前述のとおり、著名な最高裁判決(資生堂東京販売事件・最三判平成10年12月18日)の基準に全く言及しない答案が極めて多かったこと、また、甲をどのように販売するかについて、A社には、結果として高価格になるようなブランド戦略でもそれを選択・決定する自由があることに配慮を示さない答案が極めて多かったことは、予想と異なっていた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

第1問に関しては、「優秀」な答案は、不当な取引制限の各要件について、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の全部又は大部分を正確に摘示しながら説得的な当てはめを行い、結論を導いているもの、「良好」な答案は、一定の判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、基本的事項についての論述を全く欠いているなど、事案処理能力が著しく不十分とみられるものとした。

第2問に関しては、「優秀」な答案は、拘束条件付取引の該当性について、各設問における条件の異同に着目しつつ、判断基準を示した上で、検討すべき事実を的確に摘示して結論を導いているもの、「良好」な答案は、各設問における拘束条件付取引の該当性について、何らかの判断基準を示した上で、検討すべき事実を的確に摘示して結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、基本的事項についての論述を全く欠いていたり、出題趣旨から離れた記述に終始するものとした。特に、各設問とも独占禁止法第2条第9項第5号(優越的地位の濫用)についてのみ論じ、拘束条件付取引に全く言及のない答案が散見されたが、これらは「不良」と評価した。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択・操作、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

## 平成29年 出題趣旨

債務を弁済することが著しく困難である場合」に該当するか否かにつき、同項の趣旨や解釈を示した上、具体的な事実から、事業の状況、弁済の状況、物的・人的担保の状況、Aの資力等に係る有意な事情を抽出し、これらを総合的に評価して当てはめることを求めるものである。

そして、総合的に評価した結果上記の場合に当たるとすれば、更に所得税法第44条の2第2項の適用が問題となり、同項各号の定めに従って同条第1項が適用されない額を明らかにした上、所得分類を検討した後、各種所得の総収入金額に算入する額を検討することが必要となる。条文の丁寧な検討、当てはめが期待される。一方、上記の場合に当たらないとすれば、上記債務免除益は全額総収入金額に算入すべきこととなり、所得分類を検討した後、各種所得の総収入金額に算入する額を検討することが必要となる。

設問2においては、火災により焼失した器具と備品に係る損失の金額を、事業所得の金額の計算上、必要経費に算入することができるかにつき、事業所得の算定に当たり所得税法第37条第1項に規定する必要経費の額を控除する理論的な根拠に触れ、その趣旨が同項の別段の定めにも当たる同法第51条第1項の資産の損失にも及ぶことを明らかにしつつ、同項の当てはめを行うことを求めるものである。

設問3においては、B銀行が本件債権の処理として採り得る措置について、問題文本文の本件和解契約に基づく債務免除以外の方法として、本件債権の回収可能性を踏まえた金額による①債権回収会社への債権譲渡と②評価換えを想定し、それぞれの場合における法人税法上の取扱いについて、その異同を問うものである。①の場合には、債権譲渡による収益1億円が益金の額に算入され（法人税法第22条第2項）、他方、本件債権の原価2億円が損金の額に算入され（同条第3項第1号）、②の場合には、同法第33条第1項により、評価換えによる評価損は、損金の額に算入されないと解されるが、法人税法上、損失の計上につき実現主義が採られていることから異なる取扱いがされることを踏まえ、その異同を比較することを求めるものである。

### [経済法]

#### [第1問]

本問は、化学物質の検査機器甲の製造業者A社が、自社の製造した甲を、機器利用者である日本国内の検査機関に販売するに際して、問題文記載の約定を付そうとする本件計画が、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第3条又は同法第19条に違反するか否かを問うものである。より具体的には、問題文記載の事実が、同法第2条第5項（私的独占）又は不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第10項（抱き合わせ販売等）の諸要件を満たすか否かの検討が求められる。選択した条項ごとに、本件計画で示された内容やその他の事実関係に照らして、各条項の行為要件、競争への効果、正当化の可否について検討することを要する。

一般指定第10項の該当性を検討する場合、まず本件行為が抱き合わせであることを示すために、抱き合わせ商品役務（以下「主たる商品」という。）と抱き合わせられる商品役務（以下「従たる商品」という。）が別個の商品役務であること（いわゆる2商品性）を示す必要がある。その際には、別個の商品役務であることの意味と基準について説明するとともに、本問における主たる商品と従たる商品を特定しなければならない。本件計画では、A社のみが供給できるA社製甲向け定期点検サービスを所定の条件で受けるために、検査キット乙を事実上A社からのみ購入せざるを得ないことが問題であるため、主たる商品をA社製甲向け定期点検サービス、従たる商品をA社製甲向け検査キット乙と認定することが想定されるが、主たる商品をA社製甲と認定することも可能であろう。そして、検査キット乙が、甲とは別売りされていて、内容・機能面で甲と統合されているわけではなく、A社製のもの以外にD社製及びE社製の競合品が存在していることなどを踏まえて、2商品性を肯定することが考えられる。その上で、

抱き合わせ行為における取引の強制の要件について、その意味と基準を説明し、本件計画が当該要件を満たすか否かを検討する必要がある。その検討に際しては、甲の使用には当該甲の供給メーカーによる年一回の定期点検又はオーバーホールが不可欠であり、他社による点検で代替することはできないこと、甲は高価であり頻繁に買い換えることが困難であること、A社製以外の検査キット乙を購入して使用した場合には追加費用が生ずることなどを指摘し、評価することが重要である。

次に、一般指定第10項の「不当に」の該当性、すなわち、公正競争阻害性の有無を検討する必要がある。抱き合わせ行為の公正競争阻害性としては、自由競争減殺と競争手段の不公正さが考えられるが、本問の事実関係の下では、主に自由競争減殺について検討することが求められる。その検討に際しては、主たる商品及び従たる商品についての商品市場及び地理的市場を画定し、それを前提として競争への悪影響を検討する必要がある。市場画定については、画定の必要性と基準を示した上、本問の事実関係に即して認定することになるところ、本問では、主たる商品であるA社製甲向け定期点検サービス（又はA社製甲）と従たる商品であるA社製甲向け検査キット乙について、それぞれ需要の代替性及び供給の代替性の有無を分析する必要がある。自由競争減殺の有無を分析する市場として、従たる商品であるA社製甲向け検査キット乙の市場を取り上げることが適切であるが、その分析に当たっては、画定された両市場における競争の特徴を示す諸事実（主たる商品の市場におけるA社のシェアや地位等、従たる商品の市場におけるA社や競争者のシェアや地位等）を適切に指摘・評価して、D社製及びE社製のA社製甲向け検査キット乙が排除されるおそれがあるかどうかを論じることが求められる。

なお、競争手段の不公正さについて検討する場合も同様であり、A社製甲向け検査キット乙の市場における良質廉価な商品選択による競争が歪められる効果の有無や程度が、各市場における競争の特徴を示す諸事実に即して分析される必要がある。

さらに、本件計画の実施について、甲の使用におけるトラブル防止のための検査精度の確保が理由として挙げられていることから、かかる理由による正当化の可否についても検討することが求められる。正当化が認められる余地は小さいと思われるが、その検討に際しては、本件計画の目的や目的に照らした手段の合理性などの観点から分析を行い、本問の事実関係に即して、正当化の可能性があるか否かを説明する必要がある。その際には、甲の検査精度の確保は目的として合理的であることを踏まえた上で、そのための手段としてオーバーホールの追加費用負担を求めることなどの合理性をどのように評価するかが重要である。

本件計画については、一般指定第10項に関する検討がより望ましいと考えられるが、一般指定第14項（競争者に対する取引妨害）の適用を検討する余地もある。取引妨害行為であることについては、本件計画の実施が、A社製甲の購入者による検査キット乙の購入に際して、当該購入者とD社及びE社との取引を妨害することを示す必要がある。一般指定第14項の「不当に」の検討については一般指定第10項の場合と同様である。

次に、独占禁止法第3条の私的独占の禁止規定の適用を論じる場合には、同法第2条第5項の該当性を検討する必要がある。

私的独占といえるためには、排除行為又は支配行為のいずれかの行為が行われていなければならないが、本件計画によって、A社製甲の購入者が、検査キット乙の購入に際してD社製及びE社製の乙の購入を妨げられることになるため、本件計画については、排除に該当するか否かの観点から検討する必要がある。その際、排除の定義について、JASRAC事件（最判平成27年4月28日民集69巻3号518頁）などを踏まえて適切に示した上で、本問の事実関係への当てはめを行う必要がある。本問では、検査機器甲・点検サービス・検査キット乙の各市場におけるA社のシェアや地位等の評価が重要となる。排除行為の類型として、抱き合わせと構成することが期待されるが、その場合に検討すべき内容は一般指定第10項の場合と同様である。

私的独占による反競争効果は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」であるが、ここでも基本的な検討の枠組みは一般指定第10項の場合と同様である。

まず、「一定の取引分野」に関して市場画定を行う必要がある。一定の取引分野の意味と画定の基準を示し、本問の事実関係に即して市場を認定することが必要である点は、一般指定第10項に関して述べたとおりである。

次に、競争の実質的制限については、その定義を示した上で、その認定に関わる事実を問題文の中から適切に拾い上げて総合的体系的に説明することが必要である。抱き合わせ行為を排除行為とした場合には、いずれの市場での競争の実質的制限を問題としているのかを明確に指摘する必要があるが、本問の場合には、従たる商品であるA社製甲向け検査キット乙の市場での効果を分析することが適切であろう。その場合にも、一般指定第10項の自由競争減殺の分析と同様に、各市場における競争の特徴を示す諸事実を示しながら、競争の実質的制限の有無を論じる必要がある。

「公共の利益に反して」については、その解釈論（例えば、石油価格協定事件・最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁）を提示し、「公共の利益」の意味や、これに基づいて行為を正当化する際の考え方を説明する必要はあるが、実質的には、一般指定第10項に関する説明の中の正当化の部分で述べた内容と同じ議論が当てはまる。

なお、解答に際して、私的独占又は不公正な取引方法のいずれか一方を主たる検討対象として選択した場合に、他方の違反類型についても検討して論述することが期待される。

## 〔第2問〕

本問では、既に競争事業者の多くが事業から撤退する中で、かろうじて残存しているものの、業績不振に陥っていて、事業の継続が危ぶまれている競争事業者間で、生き残りをかけて企業結合や業務提携を目指す場合に生じる、企業の論理と独占禁止法のあつれきを問題にしている。小問(1)では、競争事業者間での事業統合を、(2)では、競争事業者間でのOEM契約及び物流業務の提携という、新聞等で頻繁に取り上げられている事例を取り扱うこととした。

本問全体を通して、独占禁止法の個々の条文よりも、同法全体の体系をどれだけ理解しているかを問うことにした。競争事業者間での企業結合と業務提携は水平的な競争制限効果が発生する行為という意味では、紙一重の関係にある（これは垂直関係にある事業者間での企業結合や提携の場合にも当てはまる）。両社の事業を企業として一体とすれば企業結合の問題になるし（(1)の事業統合、同法第15条の2第1項第1号）、契約関係で処理するのであれば不当な取引制限の問題になる（(2)の業務提携、同法第2条第6項・第3条）。こうした競争事業者間での業務提携は、ハードコアカルテルと評価されるものではなく、それがもたらす効率性の改善を始めとする競争促進効果と競争制限効果を比較衡量してその適法性が評価されるべきことが正確に理解されている必要がある。

また、独占禁止法の適用場面において、企業の事業活動に関する一般的な理解を有していることも問われることになる。本問では、「需要家である日本企業の工場の海外移転による内需の減退や輸入品の増加により採算性が悪化した」という事業環境にあって競争事業者2社が既に事業から撤退したが、それにもかかわらず、残存企業は余剰生産能力を抱えており、稼働率が「50パーセント」「40パーセント」でしかなく、「過去3年にわたって営業赤字が継続しており、事業存続性が問題と」なっている。これが極めて異常な事態であることに気付く必要がある。このような状況であれば、普通の企業であれば、競争事業者等との企業結合又は業務提携を考えるし、それができない場合には事業撤退を真剣に検討する必要に迫られるであろう。その意味では、「破綻企業（事業）」（*fa i l i n g c o m p a n y*）の理論の適用が問題となる状況に至っている。

本問では、問題文で提示されている検討案（事業統合案及び業務提携案）だけでは、違法と

も適法とも判断しにくい事実関係を設定している。そのような中で、どのような要素を重視して違法性・適法性の判断をするのかに着目することとした（結論としては、独占禁止法に違反するとするのでも、違反しないとするのでも構わない。）。

また、本問は、既に実行された行為についての法的評価をただす問題ではなく、事業統合や業務提携の「検討」段階（(1)では公正取引委員会に対する届出を必要とする取引であることを明示している。）での事前の法的リスクの評価（事業統合については公正取引委員会が行うであろう企業結合審査結果の想定）を問うものであり、その評価の過程で見いだした問題点に対する解決策の提示も期待している。したがって、問題文で提示されている検討案をそのまま実施した場合に独占禁止法上の問題を惹起する可能性があるというだけでは、不十分である。事業統合の場合であれば、仮に企業結合審査の過程で問題が指摘された場合、直ちに公正取引委員会から排除措置命令を受けるわけではなく、何らかの問題解消措置を採ることで事業統合が認められる余地がないかを検討するのが一般的である。そこで、問題文で提示されている検討案の問題点や違法性を指摘する場合に、かかる指摘にとどまるのではなく、独占禁止法の原則に整合的な解決策の提案を行えるのかにも着目することとした。

以下、小問ごとに、出題の意図を説明する。

上記のとおり、国内需要の減少に伴い、競争事業者は2社にまで減じている中で、その2社が生き残りを図るために採れる手段は必ずしも多くはない。取り分け、過去3年間営業赤字となっており、生産設備の稼働率も50パーセント又は40パーセントと低下しているので、これ以上のコストの引下げ余地はない。しかも、X製品は化学製品であって、輸入品と品質差はないということであるから差別化もしにくい商品であり、より安価な輸入品に物流サービスの質でしか対抗できていない。需要家は品質差がない輸入品の価格を承知しており、当該価格に物流サービスに伴う付加価値を加えた程度の価格（輸入品の調達に切り替えた場合に必要な追加コストを輸入品の価格に加えた価格）でしか購入しないと想定される。

こうした場合、事業者とすれば、国内の残存競争事業者との間で、販売面まで含めた事業統合を図るか、製造や物流部分の共通化を目指すのはむしろ当然である。いずれの場合も、生産設備の稼働率を向上させ、単位当たりの生産コストを引き下げるという効率性の改善が強く期待できる。

しかし、(1)の事業統合をする場合には、販売面での統合を伴うため、販売市場でのシェアが90パーセントと高くなる（国産品と輸入品の間で品質差がない製品のため、シェアを100パーセントとするのは誤りである。）。この場合、輸入品の牽制力や需要家の競争圧力がどこまで効くのが市場への影響を判断する上で焦点になるだろうし、評価が分かれるところであろう。結局のところ、海外市況の影響も受けるであろうし、海外供給者の供給余力の問題や輸入者の物流サービスの改善努力にも関わるところであるが、こうした競争圧力には一定の限界があると見ることができるだろう。他方で、当事会社は事業存続性が問題になるような経営状況であり、検討されている事業統合により稼働率の大幅な向上など効率性の改善も期待できる。

このような事業統合は競争を実質的に制限することとなるとしてこれを認めないとする考えも、当事会社の経営状況の深刻さや効率性の改善を評価してこれを認める考えも十分成立し得る。なお、上記のとおり、問題文で提示されている事業統合案のままでは競争を実質的に制限することとなると考えた場合には、問題解消措置等の提案がなされることが期待される。

次に、(2)の業務提携はOEM契約といわれるものであり、一種の共同生産であって、高い頻度で利用されている競争事業者間での業務提携の一種である。併せて、物流業務の提携も目指されているが、当該提携については、我が国において、寡占市場で非常に高い市場シェアを有する同業者間でも物流コスト削減のために行われていることから分かるように、まず独占禁止法上問題視されることが少ない業務提携の一種である。

OEM契約では、①原材料の調達市場でのシェア、②当該製品の市場シェア、③コストの共

通化の程度等で、その適法性が判断される。取り分け、③については、生産を委託する事業者が原材料を別途調達して受託者に提供する事案と、原材料の調達まで委託する事案とでは判断が異なることが多い。本件では、B社がA社に生産委託するに際して、Xの生産に必要な主要原料（Xの製造原価の60パーセント程度）を、こうした委託生産に必要な量だけ「提供」（「販売」ではない。）するのであって、製造原価の60パーセントも占める主要原料についてはコストが共通化しない。また、主要原料は「提供」されるのであって販売されるわけではないので、実際の主要原料のコスト情報はA社と共有されない。生産委託費用として支払われるのは、主要原料以外の製造原価（例えば、副原料費・動力費・工場人件費・固定費等）の実費の103パーセントであって、マークアップ分は僅かであり、ほぼ実費ベースでの生産の受委託であると評価できる（なお、こうした費用も、稼働率が上がれば、単位当たりの固定費は低下するため、引下げが期待できる。）。すなわち、両社間で共通化する製造原価は主要原料を除く僅かに40パーセントでしかない。その意味では、A社とB社の間では十分に競争の余地が残るし、物流費用以外の販売管理費でも競争する余地がある。

これまで、こうしたOEM契約の場合には、それがもたらす競争制限効果と競争促進効果（特に、本件では2社が競争単位として存続すること）を評価して、業務提携の適法性を肯定する例がほとんどである。ただし、本件では、物流業務の提携に伴って、顧客及び出荷先に関する情報を競争事業者に提供するという設定にしている。そもそも物流業務の提携を行う以上、当該情報を委託者が受託者に提供することは前提であるし、不可欠な要素であろう。しかし、こうした情報は、営業機微情報とも解される余地があり、かかる情報を交換することが競争の実質的制限につながる可能性も皆無ではない。この点、(2)の業務提携ははまだ計画段階であるため、かかる情報提供行為が問題であれば、その問題を除去することで、提携そのものは実施できる可能性が高まる。例えば、顧客及び出荷先に関する情報は、相手先の物流部門にのみ提供し、営業部門には提供せず、営業部門と物流部門の間で情報遮断をする措置を採ることなどが考えられる。

## [知的財産法]

### [第1問]

- 1 設問1は、専用実施権が設定されている場合の特許権者による差止請求の可否及び先使用权の成否等を問う問題であり、設問2は、間接侵害の成否等を問う問題であり、設問3は独占的通常実施権者に固有の差止請求権や損害賠償請求権が認められるか、それらが認められる場合、特許法（以下「法」という。）第102条第2項の類推適用が認められるか否か等を問う問題である。
- 2 設問1については、第1に、X1はX2に対し範囲を全部とする専用実施権を設定していることから、法第68条ただし書により、もはや特許権者であるX1はYに対し差止請求権を行使することはできないのではないかが問題となる。この点に関しては、特許権者は、その特許権について専用実施権を設定したときであっても、当該特許権に基づく差止請求権を行使することができる旨判示した最高裁判所平成17年6月17日判決民集59巻5号1074頁【リガンド分子安定複合体事件】を念頭に置きつつ、自説を説得的に論述することが求められる。第2に、仮にX1に差止請求権が認められるとしても、Yは、Y製品1につき、本件特許の出願前に既に発明を完成し、生産ラインの設計・製造を外部に発注していることから、Yが先使用权（法第79条）を有すると主張することが考えられる。この点に関しては、まず、「事業の準備」の意義が問題となるが、「事業の準備」とは、その発明につき、いまだ事業の実施の段階には至らないものの、即時実施の意図を有しており、かつ、その即時実施の意図が客観的に認識される態様、程度において表明されていることを意味すると判示した最高裁判所昭和61年10月3日判決民集40巻6号1068頁【ウォーキングビーム

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

(1) 第1問

第1問は、A社が検査機器甲を販売するに当たって、顧客に対して条件を付すこと（本件計画）により、検査キット乙についても自らと取引することを当該顧客に強制し、A社以外の乙の販売業者（競争者D及びE）を市場から排除することについて、その独占禁止法上の問題点に関する理解を問うものである。

まず、適用法条については、検討すべき条文として独占禁止法第2条第5項（私的独占）及び不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第10項（抱き合わせ販売等）を的確に選択することができているかを見た。出題の趣旨において述べたとおり、私的独占と不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）の双方について論述することが期待されたところであり、いずれか一方のみを選択して論述した答案に対し、そのことを理由として減点はしなかったが（一方の違反類型について十分に論述すれば満点を得られるように配点した。）、他方で、双方の違反類型について論述した答案に対しては、その部分を加点要素として評価した。

次に、行為要件及び効果要件については、当該条文の各要件（「他の事業者の事業活動を排除し」、「一定の取引分野における」、「競争を実質的に制限する」、「他の商品又は役務」、「購入させ」、「不当に」など）について正確に規範を定立し、当てはめを行うことができているか、特に、排除行為及び排除効果については、問題文に記載された事実関係に基づいて多角的に検討できているかどうかを評価の対象とした。

さらに、正当化事由については、いずれの結論であっても、適切な判断基準を示し、問題文に記載された事実関係に基づいて自らの結論を論じることができているかどうかを評価の対象とした。

(2) 第2問

第2問は、存続が危ぶまれている事業部門を抱える2つの競争者による事業統合案及び業務提携案の独占禁止法上の問題点を問うものである。小問(1)の事業統合案と(2)の業務提携案とは、事業者にとっては、同一の目的を実現するための代替的な選択肢であるが、その独占禁止法上の取扱いにおいては異なる面が多い。小問(1)と(2)との異同を踏まえた上で、それぞれについて、どこまで独占禁止法上の問題点を的確に指摘できているかを採点において重視した。また、その際、法律問題の検討以前の問題として、そもそも小問(1)の事業統合案と(2)の業務提携案とが、それぞれ、いかなる事業上の効果を狙っているのかについて正確に理解できているかどうかにも着目した。

小問(1)では、競争者であるA社とB社は、それぞれのX事業を共同新設分割方式で切り出して、Xの生産についてはA社のP工場に集約するという事業統合案が提示されている。独占禁止法上は、同法第15条の2第1項第1号に該当するかどうか問われる。具体的には、まず本問で問



題となる「一定の取引分野」を画定した上で、問題文中にある事実を拾い上げて「競争を実質的に制限することとなる」に該当するかどうかを検討する必要がある。その際、当然のことながら、「一定の取引分野」の意味と画定の基準、「競争を実質的に制限することとなる」の意味と認定の在り方について一般論が提示されることが不可欠である。本問の場合、「一定の取引分野」の範囲が日本国内におけるXの製造販売に係る取引分野であることは自明なので、「競争を実質的に制限することとなる場合」に該当するかどうかの判断が重要となる。

本問の事業統合案は、A社とB社による水平型事業統合に当たり、また、A社とB社以外に国内に競争者はいないことから、単独行為による競争の実質的制限の蓋然性が問題となる。その判断において重視されるべき要素としては、A社及びB社のX事業におけるシェアと地位、輸入品からの競争圧力、需要者からの競争圧力のほか、当該事業統合案によってもたらされる効率性が挙げられる。また、本問の事業統合案は、業績不振部門の存続を図るものであるから、企業結合ガイドラインにいう「経営状況」、すなわち、事業統合なき場合にA社及びB社によるX事業からの撤退があり得ることとの比較において事業統合が競争に及ぼす影響も考慮する必要がある。結論自体は、合法、違法のいずれでも構わないが、結論に至る論理の首尾一貫性や説得力を評価した。また、通常の企業結合審査においては、審査対象の事業統合案が違法か合法かという二者択一的な判断がなされることはほとんどなく、独占禁止法上の問題を解消するために何らかの条件を付した上で事業統合案そのものは容認するという処理がなされることが圧倒的に多い。そのことを意識して、事業統合案が容認されるために想定される条件（いわゆる問題解消措置）の内容にまで言及しているかどうかとも評価の対象とした。

小問(2)では、B社は、Xの生産から撤退し、A社とOEM契約を締結してXの生産と物流の業務をA社に委託するが、その販売は各社が独自に行うという業務提携案が提示されている。また、B社は主要原料をA社による共同生産に際して供給することで、コストの共通化部分は限定的なものとなっている。

この業務提携案においては、複数の競争者間で事業部門の完全な統合が行われるわけではなく、Xの生産と物流に関する事業活動について契約による拘束が生じるのみであるから、独占禁止法第2条第6項にいう不当な取引制限として同法第3条後段に違反するかどうか問われる。本問の業務提携案は、講学上の非ハードコアカルテルに該当するので、行為要件の充足もさることながら、効果要件、すなわち「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」を充足するかどうかの判断が重要となる。

その判断においては、予想される競争制限効果と競争促進効果との比較衡量が求められる。本問で重要となるのは、競争制限効果の分析である。本問のようなOEM契約の場合、競争者の間で製造販売に要する費用が共通化される程度と、競争上重要な情報が交換されることにより協調行動が促される可能性に着目する必要がある。この点、本問では、Xの製造原価の60パーセントを占める主要原料はB社がA社に「提供」（「販売」ではないことに注意）することとなっていること、物流業務の委託に際してB社がA社に対し顧客及び出荷先に関する情報を提供することとなっていることの評価が重要となる。ここでも、結論自体は、合法、違法のいずれでも構わないが、結論に至る論理の首尾一貫性や説得力を評価した。併せて、競争制限効果の発生を防止するための何らかの追加的な措置（具体的には情報遮断措置）を採ることで、結論が異なるとすれば、こうした措置についても言及していることを加点要素とした。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### ア 第1問

##### (ア) 適用法条について

第1問では、本件計画が、A社製甲向け乙の市場においてD及びEを排除するに至ること

が問題となることを論述する答案が多数であり、その限度では独占禁止法上の問題点がおおむね理解されていた。しかし、適用法条に関しては、行為の態様とその効果に照らして最も適合する行為類型（抱き合わせ）を的確に指摘できていない答案が相当数あった。

具体的には、甲を購入した顧客に条件を付ける点に着目して、排他条件付取引（一般指定第11項）や拘束条件付取引（一般指定第12項）と構成している答案が相当数あったが、本件計画は、顧客が甲の競争者と取引することを排除するものではなく、乙の取引を顧客に強制し、乙の競争者を排除するものであることに着目すれば、2商品（甲ないし甲の定期点検サービスと乙）の「抱き合わせ」の該当性を論じることがより適切であることに気付くべきと思われる。

他方、乙の販売業者（競争者）を排除する点に着目して、不公正な取引方法のうち競争者に対する取引妨害（一般指定第14項）として捉える答案もあったが、それが完全に誤りとまではいえないものの、本件における競争者の排除が、A社製甲の定期点検サービス（又はA社製甲）の市場における優位性を背景として、顧客に対しA社製乙の購入を強制することによるものであることを考えれば、不公正な取引方法における行為類型としては、取引強制を通じた競争者排除（独占禁止法第2条第9項第6号ハ、一般指定第10項）であり、その中でも特定商品の競争力をてこにした取引強制である一般指定第10項前段の排除型の「抱き合わせ販売」が最も適合するものであることに考えが至るべきと思われる。

また、本件では、抱き合わせ行為による効果としては、公正競争阻害性のみならず競争の実質的制限にまで至ることが容易に考えられる事案であることから、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）と私的独占の双方の該当性が問題となる事案であることを指摘することが望まれたが、その指摘ができていない答案は多くなかった。

(イ) 行為要件について

不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）及び私的独占のいずれについても、行為要件の該当性を検討するに当たっては、顧客に対して自らとの取引を強制することになる根拠として、検査機器甲の特質、特に、甲が高価で買換えが難しいこと、A社製甲の使用に当たってA社製甲向けの乙が不可欠であり、また、A社による定期点検又はオーバーホールが不可欠であることなどを指摘した上で、A社製乙を用いてA社による定期点検サービスを受ける場合と他社製乙を用いてA社によるオーバーホールを受ける場合の経済的出えんの差異を示し、取引強制のメカニズムを明らかにすることが望まれたが、結論と簡単な理由のみを記載している答案が相当数あり、その根拠を多角的に論証できていない答案が多数とはいえなかった。

(ウ) 効果要件について

不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）、私的独占のいずれであれ、排除効果の有無等を検討する前提として、市場画定が不可欠であるところ、本件では、A社製甲向け乙の国内市場が検討対象市場であることについては、需要の代替性等も踏まえておおむねよく論述されており、市場画定について全く記載していない答案や、甲の国内市場のみを検討している答案は少数であった。

ただし、本件では、行為要件の該当性（上記（イ）参照）及び市場画定を踏まえて、A社製甲の顧客がA社製乙を購入せざるを得ないことが、なぜ、検討対象市場においてD及びEを排除することになるかについて、A社製甲向け乙に係る各社のシェアや競争能力、代替的な取引先の有無など問題文に記載されている考慮要素をできる限り多く検討して論述することが望まれたが、結論と簡単な理由のみを記載している答案も少なくなく、その根拠について十分記載している答案が多数とはいえなかった。

さらに、私的独占について論述する場合には、競争の実質的制限に至ることを、その解釈も含めて論述する必要があるところ、競争の実質的制限の定義については、おおむね正確に記載している答案が多かったが、隣接市場である甲市場が与える影響の有無、輸入や新規参

入の可能性なども指摘して競争の実質的制限に至る根拠を多角的に論じられている答案は多くなかった。

(エ) 正当化事由について

本件は、正当化事由の主張が考えられる事案であり、それを「不当に」、「競争の実質的制限」、「公共の利益」のいずれかの解釈として論じている答案が多かった。ただし、その条文上の根拠について全く記載していない答案も散見された。

また、正当化事由の有無については、その判断基準として、①本件計画の目的の正当性、②当該目的を達成する手段としての本件計画の必要性・相当性及び③他により競争制限的でない手段によって当該目的を達成する可能性の点から検討すべきことを的確に記載している答案が多かった。結論として正当化事由を認めない答案が多数であり、具体的には、甲の検査精度の確保という目的は正当とした上で、当該目的を達成する手段としての本件計画の必要性・相当性を欠くとした答案のほか、D及びEの排除を目的としたものと認定して目的の正当性を欠くとした答案もあった。

イ 第2問

まず小問(1)については、適用条文、「一定の取引分野」の画定の在り方と本問における当てはめ、「競争を実質的に制限することとなる場合」の定義は、おおむねよく書けていた。しかし、本問では単独行動による競争の実質的制限の蓋然性が問われることについては、そのことへの言及すらない答案が目立った。また、Xの輸入品が本問の「一定の取引分野」に含まれないと考える（したがって、事業統合後の合併会社のXのシェアを100パーセントと考える）答案が少なからずあった。

「競争を実質的に制限することとなる場合」の判断において重視されるべき要素のうち、輸入品からの競争圧力、需要者からの競争圧力については、これらに言及する答案は多かった。事業統合に伴う効率性については、これに言及する答案自体は多かったが、独占禁止法第1条における同法の究極目的に照らした行為の正当化事由の問題としてこれを取り上げる答案が多かった。企業結合審査における効率性の考慮は、飽くまでも「競争を実質的に制限することとなる場合」の判断の枠組み内でなされるというのが企業結合ガイドラインの立場である。また、本問の事業統合による効率性の達成が輸入品の排除につながり得るという論理に基づき、これを競争制限効果としてのみ考慮する答案も散見された。最後に、いわゆる「経営状況」の問題に触れた答案は、極めて少数であった。

これらの要素を列挙しつつ、どのような結論を導くかについては、論理の一貫性に疑問を抱かせる答案や、そもそも説明不足のため、個々の要素に対する評価がどのようにして結論に結び付くのか分かりにくい答案が目立った。また、本問のような事業統合案の場合、仮に競争の実質的制限の蓋然性が払拭されない場合でも、何らかの措置を講じることで企業結合が容認されることになると予想されるし、実際にも、そうした問題解消措置の内容を検討することなく届け出られた企業結合について違法だとして排除措置が採られる例は皆無といってよい。そこまで見越して、条件付き容認の立場から、いかなる内容の条件が望ましいかに触れた答案は、ほとんどなかった。

小問(2)については、まず、適用条文として独占禁止法第16条第1項第4号や同法第2条第5項を挙げる答案が少なくなかったことは意外であった。OEM契約は、共同生産の一形態であり、独占禁止法上は、非ハードコアカルテルとして位置付けられる。適用条文として同法第2条第6項を挙げた答案においても、これを非ハードコアカルテルとして性格付け、そのような性格にふさわしい判断の枠組み（競争制限効果と競争促進効果との比較衡量）を提示する答案は少なかった。同項の行為要件の当てはめについては、比較的よく書けていたが、価格カルテルに係る先例の判旨を機械的に当てはめて、相互拘束の対象となる事業活動を価格設定と捉える答案が散見された。

小問(2)における最大の評価のポイントは競争の実質的制限の有無の判断である。この点で特に気になったのは、競争者間でのコストの共通化の程度に言及する答案が想定よりも少なかったことである。また、コストの共通化の程度に言及する答案の中でも、Xの製造原価の60パーセントを占める主要原料をB社が「提供」することの意味を正確に理解せず、当該60パーセントの部分についてコストが共通化されるとか、当該部分について競争者間で原価の情報が共有化されるといった誤解に基づく答案が散見された。もっとも、物流の委託に伴う競争上重要な情報の共有可能性に言及する答案は多かった。なお、ここでも小問(1)と同様に、問題文の説明のままでは競争の実質的制限の可能性は払拭されないが業務提携案に修正条件を加えること（具体的には、A社における、営業を担う営業部門とB社から物流の委託を受ける物流部門との間での情報遮断措置）により独占禁止法上の問題を解消できると考える余地があるし、むしろ、こうした措置を講じることなく無条件で業務を委託することは考えにくい。しかし、残念ながら、小問(2)においても、いかなる修正によって独占禁止法上の問題を解消できるかに触れた答案は極めて少なかった。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

ア 第1問

上記(1)ア(7)のとおり、行為の態様とその効果に照らして最も適合する行為類型（抱き合わせ）を的確に指摘できていない答案が相当数あったことは予想外であり、その検討の有無で点数に差が生じる結果となった。また、問題文に記載された事実関係を踏まえて多角的に要件該当性を論じられている答案は、想定していたほど多くはなかった。

他方、「購入させ」、「他の事業者の事業活動を排除し」、「一定の取引分野」、「不当に」、「競争を実質的に制限する」、「公共の利益に反し」といった各要件の定義・判断基準及びそれらに対する当てはめについて一通り論じている答案は多く、その点については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

イ 第2問

個々の論点における想定解答水準と実際の解答水準との差異については、既に上記(1)イで言及したとおりである。全体として見ると、小問(1)については、良くも悪しくも、ほぼ想定どおりの解答水準であった。「経営状況」（経営不振部門の問題）の考慮に言及する答案が少なくであろうことは当初から想定されていたが、現実のM&Aに関わる実務ではこの種の問題は決して珍しくはないので、実務の動向を踏まえた学習の重要性を強調する意味であえてこのような設定にした次第である。小問(2)については、OEM契約は、公正取引委員会の事前相談の実務において比較的多く取り上げられており、非ハードコアカルテルの一つの典型例とも考えられるが、その割には、想定以上に学習不足を感じる答案が多かった。取り分け、独占禁止法上の問題点の検討以前に、設問中の業務提携案が提起される文脈やその狙いについての理解が不十分な答案が想定以上に多かった。また、小問(1)と(2)に共通する特徴として、独占禁止法上の問題を解消するための条件の提示にまで言及する答案は、想定以上に少なかった。そもそも、我が国で、企業結合分野や非ハードコアカルテル分野において、違反とされた先例が少ないのは、公正取引委員会との協議を通じて、想定される独占禁止法上の問題を解消するための措置を採ることで違反を回避することが多いからであるが、そのような実態が十分に認識されていないように思われた。独占禁止法の解釈適用は、問題となる企業活動の実態の理解なくしては十分になし得ないが、本問の答案全体を通じて、その点での理解の不十分さを感じた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

ア 第1問

「優秀」な答案は、本件計画が抱き合わせ行為に該当することを指摘し、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）及び私的独占の各要件について、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の全部又は大部分を正確に摘示しながら説得的な当てはめを行い、結論を導いている

もの、「良好」な答案は、不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）ないし私的独占のいずれかの各要件について、一定の判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの（例えば、本件計画が抱き合わせ行為に該当することの指摘がなくても、D及びEがA社製甲向け乙の市場から排除されることについて、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、不公正な取引方法ないし私的独占に係る結論を導いているものなど）、「不良」な答案は、本件計画によりD及びEがA社製甲向け乙の市場から排除されることなどの不公正な取引方法ないし私的独占に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題趣旨から離れた記載に終始するものとした。

#### イ 第2問

「優秀」な答案は、小問(1)と(2)のそれぞれについて、適用条文を正確に指摘し、各条文の各要件につき適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実を過不足なく拾い上げ、それら諸事実について独占禁止法の観点から適切に評価を加えるとともに、それらの評価を論理整合的に結論に結び付けることができているものとした。「良好」な答案は、適用条文を正確に指摘し、各条文の各要件につき適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の大部分を拾い上げ、それら諸事実について独占禁止法の観点からそれなりに評価を加え、一定の結論を導くものとした。「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、基本的事項についての論述を全く欠いているなど、事案処理能力が著しく不十分と見られるものとした。なお、小問(2)について独占禁止法第16条第1項第4号や同法第2条第5項を適用条文とする答案に関しては、当該部分に関して「不良」答案と評価した。

#### 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や構成要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを簡条書式的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

## 平成30年 出題趣旨

(同時確定説)、両者の確定時期は同時とは限らないと考えるか(異時確定説)で判断が分かれるし、後者の立場に立つ際には、本件横領がX社の代表者であるAによりなされていること、その事実が具体的に明らかになったのは平成29年中の税務調査がきっかけであることなどの事実に触れつつ、本件における損害賠償請求権の収入すべき権利の確定時期を説得的に論じる必要がある。なお、本設問では、異なる見解への言及を求めていないため、自説を論理的、説得的に記述することのみが求められているところ、関連する有力な下級審裁判例(東京高判平成21年2月18日訟月56巻5号1644頁)があり、参考となろう。

設問3. では、本件納税告知処分の適法性が問われている。本件納税告知処分は、本件資金移動が平成27年分のAの役員賞与であって、所得税法第28条第1項の給与等に該当し、X社が同法第183条第1項の源泉徴収義務を負うことが前提とされているから、本件納税告知処分が適法か否かは、本件資金移動がAの給与所得に該当するか否かにより判断されることになる。そして、本問では、「結論を異にする見解」への言及が求められているから、本件資金移動がAの給与所得に該当すると考える場合も、該当しないと考える場合も、ともに異なる考え方がどのような根拠に立って論じられ得るかについて、論理的な記述が求められる。

具体的には、給与所得の意義に関する判例(最判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁、最判平成17年1月25日民集59巻1号64頁など)に照らして、本件資金移動が給与所得に該当するか。給与所得の範囲に関する判例(最判昭和37年8月10日民集16巻8号1749頁)に照らして、給与所得の範囲に含まれると考えるか。源泉徴収制度の趣旨に照らして、本件資金移動についてX社に源泉徴収義務を負わせることが適当であるか、などが論点として考えられる。

なお、比較的近年、人格なき社団の代表者が人格なき社団から受けた債務免除益が給与所得に該当し得るとする最高裁判決(最判平成27年10月8日訟月62巻7号1276頁)がある。また、本問と同様に法人の代表者による横領について法人が負う源泉徴収義務が争われた下級審裁判例が複数あり、参考になろう。

### [経済法]

#### [第1問]

第1問の設問(1)は、「不当な取引制限」の成立要件である「共同して・・・相互に」、すなわち「意思の連絡」の有無を、与えられた事実関係からどのように丁寧に認定するのかを主として問うものである。あわせて、不当な取引制限、取り分け価格カルテルに関するその他の論点を、設定された事実関係から適切に発見し、それに対する解答を論理的に導くことが求められる。このような論点の発見・分析・判断を問うことが出題の主たる目的である。論点に関して、不当な取引制限の定義規定である私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(以下「独占禁止法」という。)第2条第6項の各要件を正確に理解していることは当然の前提としている。

近時、公正取引委員会のみならず世界各国の競争当局により摘発されるカルテルは、事業者サイドでのコンプライアンス教育が行き届いてきたこともあり、明確な合意として成立することは多くないと思われる。競争事業者間で、情報の交換や市況に関する意見の交換が行われる中で、その場での態度や仕草から、黙示的にコンセンサスが成立するような場合が増えてきている。

日本では、各種の間接事実を、事前の連絡交渉・連絡交渉の内容・行動の外形的一致という三種類に分類し、意思の連絡を推認するという、いわゆる三分類説による手法が実務上採られているが、「単なる情報交換」とカルテルの成立に不可欠な要素である意思の連絡との境界は

なおも曖昧であることも多く、過去何度も審判や取消訴訟でも争われてきた。そこで、競争事業者間の情報交換活動の結果として、競争事業者間で他の事業者の行動の不確実性が減少し(言い換えると、競争事業者の行動の予想が容易になることで協調行動がとりやすくなる状況を生み出し)、「相互の行動を認識・認容し、歩調を合わせることを期待し合う関係」を成立させることが、競争事業者間の単なる情報交換と意思の連絡との相違であると捉え、かかる関係が成立したと認められるかで、意思の連絡(明示又は黙示の合意)が認定できるかを論じる方法も考えられる。

本問の設例では、黙示の意思の連絡の有無が、①「合意に参加することを明確に拒絶しつつも、会議には参加し続けることで、他の事業者の見解を注意深く聞いてその行動を推測し、会議後に値上げに同調する行動をとった事業者A」、②「冒頭に会議の趣旨を聞いた直後に協議に参加することを明確に拒否して退席したものの、その後に他社の値上げと同時期に並行的な値上げ発表をした事業者C」、③「一部の製品について合意の形成に賛意を示したものの、他の製品の値上げについては難色を示し、会議後には、難色を示した製品については実際にも値上げ行動に出なかった事業者D」について特に問題となる。さらに、同種の情報交換行為が連続して行われているわけではなく、1回限りしか行われていないところに本問の設例の特徴がある。なお、事業者B、E、Fについては、問題なく意思の連絡が肯定されるであろう。

本問において競争事業者間で行われた意見・情報交換行為は、事業者であれば誰もが値上げを考えるはずの原料コストの上昇局面という環境下で行われた将来の価格設定方針に関するものであり、これをカルテルのための意思の連絡と認めるか否かは、上記の三分類説による検討が一般的ではあるが、ここで行われた競争事業者間の意見・情報交換行為が、本来予見が難しいはずの競争事業者の行動の予測を容易にし、事業活動をより協調的なものとしたのかという観点から、意思の連絡の有無を分析する方法もあろう。

①事業者Aについては、退席した事業者Cを除く競争事業者の値上げに関する方針を聞き、他社の行動を十分予想できるだけの情報を入手し(予測の不確実性が明らかに減少している)、かかる情報に基づいて他社の行動に同調するべく、自社の行動を決定しており、単なる意識的並行行為を超えた行動をとっているし、会議に残った他社も事業者Aにその見解を開陳することで、事業者Aに対し同調的な行動をとることを期待する関係が成立したと考えられる。他方で、三分類説を採って意思の連絡を肯定する場合には、「合意には参加できない」との明確な発言を打ち消すだけの間接事実を積み上げて、単なる事実の羅列にとどまらない説明が必要であろう。

これに対して、②事業者Cについては、退席までに、その他の競争事業者の行動を予測するのに十分な情報が得られたわけではない。確かに同調的な値上げ行動が事後的にとられているが、原料価格の値上がりの局面であり、他社との意思の連絡がない場合でも、コスト上昇分の製品価格への転嫁が試みられるのは不思議なことではない。いずれにしても、会議の趣旨を聞いて、会議自体への参加を拒否するとともに、実際に速やかに退席をしていることは、事業者Cに関しての意思の連絡を否定する重要な事実となろう。すなわち、事業者Cの冒頭での退席の事実は、原材料コストの上昇を受け、他社がどのような価格決定行動をとるのか、具体的にどの者たちが共通の認識認容を形成するかを事業者Cが知ることができず、また事業者C自身がどのような行動をとるかについて他社が認識認容することができないことを意味するため、相互的な認識認容関係の成立を認定できない。また、その意味で、事業活動の相互拘束性(拘束の相互性あるいは目的の共通性)が認められないとの構成も可能であろう。

③事業者Dについては、意思の連絡の認められる対象商品の判断は見解が分かれる可能性がある。この点、難色を示したY製品については、一貫して独立の判断に基づき値上げをしなかったとも言えるし、当該製品についての合意形成過程に同席はしているものの、事後の行動の一致がないことからすれば、価格引上げについて「取決めに基づき相互にその事業活動を拘束

し合う」関係ないし結果に立つとは言い難いとする見解も十分成り立つであろう。他方で、同業者間の情報交換で、競争事業者のとりであろう行動の予測が立ちやすくなり、そうした予測に基づいて行動をとっている以上、自由競争からの逸脱が見られるとも言える。すなわち、Y製品について同調的な値上げを行わなくとも、他社の価格設定方針等、競争上の機微情報を共有するに至っており、積極的な価格競争を行わない旨の共通認識がY製品についても成立したという見解もあり得るだろう。

その他の論点としては、本問ではX・Yの2種類の商品が問題となっており、意思の連絡の結果としての合意は、両製品について一体として成立しているのか、個別に成立しているのか、そして、両製品は「一定の取引分野」を別にするのかという点も、事業者Dについて意思の連絡が認められる対象商品等に関連して検討を要する。特に、本件のようなハードコアカルテルの場合の一定の取引分野は、カルテル参加者の合意の範囲で画されるのが一般的であるため、2種類の商品を対象とする合意を1個の合意と考えるのか2個の合意と考えるのかについて、カルテル参加者が異なり得ることや両製品の差異を考慮に入れて検討することが本問では望ましい。

また、カルテル合意の結果としての値上げ活動にもかかわらず、需要家の抵抗が激しくこれに成功しなかった場合、競争を実質的に制限したと言えるのかという論点についての言及は不可欠であろう。そもそもハードコアカルテルの場合には、実際に値上げが成功するか否かにかかわらず、市場の過半以上のシェアを有する事業者が参加してこれを行っている以上、合意の成立時点でカルテルは成立しているとされる（石油価格カルテル刑事事件最高裁判決）。もちろん、一定程度であっても値上げが成功したという事実は競争の実質的制限の実現の証拠となるが、値上げが実現していないことは必ずしも競争の実質的制限を否定するものではない。

設問(2)は、カルテル規制のエンフォースメントに関する出題である。公正取引委員会の行政調査の結果、不当な取引制限が認められたことを前提に課されるであろう制裁としての課徴金の額の計算及びかかる制裁を縮減するために行われる「公正取引委員会の調査開始日以後の場合」の課徴金減額申請の利用を問う基礎的な問題である。

課徴金額の計算については、過去、出題例が限定的であったことも考慮して、加減算要素のない標準的な事例を想定して出題をした。他方で、課徴金額の計算について、実行期間の始期が付随的な論点となっている。

課徴金減免制度は、近年の公正取引委員会のカルテル調査の端緒として利用されているほか、調査開始日以後も多くの調査対象企業が頻繁に利用している（公正取引委員会の立入検査を受けた企業が、その利用を最初に検討するのが調査開始日以後の課徴金減額申請であり、その迅速な利用を怠ったことが取締役の義務違反に当たるとして株主代表訴訟を起こされた事例すら見受けられる。）。本問の設例も、立入検査を受けた後に企業が課徴金減額申請を行う場合に採るべき措置を問うものであり、調査開始日前の申請の場合との差異についての的確な理解が求められる。特に、調査開始日以後の申請の場合には、「既に公正取引委員会によって把握されている事実に係るもの」以外の事実の報告や資料の提出が必要となる。本件では、担当営業部長甲がまとめた資料が自宅のパソコンに保管されていることから、早期に課徴金減額のための申請書を公正取引委員会に送付するとともに、かかる資料を取得し提出することが、違反行為の存在を認知した弁護士には求められることになるだろう。

## 〔第2問〕

第2問は、オンライン旅行予約サービス事業者（以下「OTA」という。）が、ホテル、旅館等の宿泊施設との間の契約に、第1案、第2案の条項を導入することの独占禁止法上の評価を問うものである。このような契約条項は、最恵国待遇条項（以下「MFN条項」という。）とも呼ばれている。



本問では、検討すべき条文が独占禁止法第2条第9項第6号ニに基づく一般指定第12項であることを明示しており、資料として流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（以下「ガイドライン」という。）の一部を掲げている。先端的な事例からの出題ではあるものの、独占禁止法に違反するかどうかの判断プロセスの理解・習得等、基礎的な学力が備わっているかどうかを問うものとも言える。すなわち、一般指定第12項を含めた自由競争減殺型の不公正な取引方法に該当するか否かを検討するためには、行為要件該当性と効果要件該当性を論じる必要があるが、取り分け後者に関して、市場の画定、反競争的効果の分析、正当化事由の検討という分析枠組みが着実に身に付いているかどうかである。

行為要件に関しては、取引の「相手方の事業活動を・・・拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること」について一般的な意義を述べ、それに当たる事実を簡潔に解答することが求められる。

効果要件に関しては、上記のとおり、市場画定、反競争的効果、正当化事由が問題となる。

まず、市場画定であるが、本問では、不公正な取引方法における自由競争減殺効果を分析する場として関連市場を画定する必要があるが、(1)市場画定の趣旨・目的や方法、(2)オンラインとオフラインの区別、(3)OTAと宿泊施設の関係について解答が求められる。

(1)に関しては、関連市場は代替性のある商品・サービスの範囲や地理的範囲をもって画定される。換言すれば、市場画定は、問題となる行為を行う事業者に対して競争的牽制を働かせることのできる競争者の範囲を画する目的で行われる。したがって、基本的には需要の代替性の観点から、補完的に供給の代替性の観点からも検討して行われることを述べる必要がある。

その上で、本問では、OTAが、宿泊施設を検索、比較、予約できるインターネットサービスを提供して宿泊施設とユーザーの間の契約（宿泊予約）を仲介する事業を営んでいるところ、(2)に関して、旅行業者等のオフラインの事業者によるインターネット予約以外の形での宿泊予約の仲介が、(3)に関して、宿泊施設自身のサイトによる直接の予約受付が、それぞれOTAによる宿泊予約の仲介と同一の市場に含まれるかを論じる必要がある。この点、MFN条項を導入しようというA社に対して競争的牽制力を有するのは、B社、C社等の他のOTAであって、旅行業者等（実店舗）の牽制力はほとんどないか、極めて限られたものにとどまる。仮にOTAが宿泊施設に対して手数料を5～10パーセント、1年程度引き上げたとしても、宿泊施設がOTAとの契約を解除して、旅行業者等に取引先を容易に転換できるとは考えにくい。また、宿泊施設も、ユーザーが当該宿泊施設自身のサイトで直接予約できる機能を提供しているものの、宿泊予定日に一定の地域内に宿泊可能な他のホテル・旅館等（当該宿泊施設の競争事業者）がどれほど存在するかを検索したり、他のホテル・旅館等の取引条件と比較したりするサービスは提供するはずもない。ユーザーの側から見ても、24時間365日、一定の期日に一定の地域内で宿泊できる施設をインターネット上で容易に検索、比較、予約できるサービスを提供する事業者＝OTAを旅行業者等や宿泊施設と区別していると考えられる。なお、外国の宿泊施設やユーザーは考慮する必要がないとされている。

このように検討すると、本問では、例えば、日本国内における、OTAが宿泊施設を検索、比較、予約できるインターネットサービスを提供して宿泊施設とユーザーの間を仲介し契約を成立させる取引に係る市場（宿泊施設、OTA及びユーザーにより構成される市場）や、OTA（供給者）と宿泊施設（需要者）の間の宿泊予約サービスの委託取引に係る市場等を関連市場として画定することが考えられる。

なお、本問のような市場は二面市場（two-sided market）と呼ばれ、かかる市場においては間接ネットワーク効果が働くと考えられており、そのような特性を勘案した解答が望ましいが、その記載が必須というものではない。

次に、反競争的効果については、「不当に」＝「公正な競争を阻害するおそれ」や「自由競争減殺」の意味を述べた上、資料に掲げられたガイドライン①から⑤の要素を考慮して解答す

ることが考えられる。

ガイドラインの「③垂直的制限行為を行う事業者の市場における地位」は、上記の市場でA社は35パーセントのシェアを占め、第1位であること、「⑤対象となる取引先事業者の数及び市場における地位」は、国内の主要なホテルや旅館等であって、国内の宿泊施設のうち相当数に上り、主要な地位を占めると考えられること、「④取引先事業者の事業活動に及ぼす影響（制限の程度・態様等）」については、宿泊料金だけでなく、朝食の有無、提供される部屋の数と等級、キャンセル条件等にも制限が及ぶことを述べる必要がある。ここまでは第1案、第2案に共通である。

そして、④に関して、取引先事業者である宿泊施設に対する関係では、第1案と第2案のいずれの案も、各サイト上で提示する取引条件に差異を設けられるかという点を除けば、宿泊料金等の取引条件を決定する自由を直ちに制限するものではないものの、宿泊料金等の取引条件が宿泊施設のサイトとA社のサイトの間で同一となることにより、比較・検索やポイント等の付加サービスのあるA社のサイトでの予約が優位となる結果、宿泊施設がA社に手数料を支払わずに直接予約を受け付けるという事業活動（ユーザーの側から考えた場合には宿泊施設とA社との間の競争と捉えることも可能である。）に影響を及ぼす。以上は、B社及びC社がそれぞれ第1案又は第2案のMFN条項を導入した場合も同様である。さらに、第1案では、宿泊施設に課される義務は、A社のサイト上で提示する取引条件が他の全てのOTAのサイト上の取引条件と同じか、より有利でなければならないというものであるから、宿泊施設の事業活動に及ぼす制限を通じて、宿泊施設とA社との間の競争のみならず、A社とそれ以外のOTAとの間の競争にも影響が及ぶ。一方、第2案は、A社のサイト上で提示する宿泊施設の料金等の取引条件が当該宿泊施設自身のサイト上の取引条件と同じか、より有利でなければならないというもので、B社及びC社を含む他のOTAの設定する取引条件には直ちに影響を及ぼさず、宿泊施設の事業活動の制限の直接の影響は、宿泊施設とOTAとの間の競争への影響にとどまる。

問題はガイドラインの①、②である。この点に関して、本問では、OTA間の競争に及ぼす影響と宿泊施設間の競争に及ぼす影響について検討することが考えられる（どの競争関係を「ブランド間競争」又は「ブランド内競争」と捉えるかについては、様々な見解があり得るところ、いずれと捉えるにせよ、競争関係を適切に特定した上で分析が行われていれば良い。）。

OTA間の競争に及ぼす影響については、A社が第1案を導入すれば、B社及びC社も第1案のMFN条項を導入することが予測されているところ、A、B、C3社のMFN条項に基づく要求を同時に満たすためには、ある宿泊施設の料金等の取引条件は、各サイト間で同一にならざるを得ない（価格について言えば、あるホテルのA社のサイト上で提示される料金を最安値にすれば、B社とC社のMFN条項に違反することになり、B社のサイト上で提示される料金を最安値にすれば、A社とC社のMFN条項に違反することになり、C社のサイト上で提示される料金を最安値にすれば、A社とB社のMFN条項に違反することになるから）。この3社を通じて提供される宿泊料金等の取引条件については、ユーザーから見て、OTA間の競争が緩和されている（宿泊施設側から見ても、やはりOTA間の競争が緩和されている。）。また、第1案は、A社のサイト上で提示する宿泊料金等が新規参入事業者を含む他のOTAのサイト上で提示するものと同じか、より有利になるようにする義務を課すものであるから、低い手数料しか受け取らないことにより宿泊施設に安い料金を提示させようとする、より効率的なOTAの新規参入を排除する効果もある。加えて、上記のとおり、宿泊施設が直接予約を受け付けるという事業活動に影響を及ぼすことは、隣接市場又は関連市場に属する事業者（宿泊施設）からの競争圧力（予約の受付に限ったものである。）を弱めるものと評価できる（この点は、第2案においても同様である。）。

ユーザーを顧客とする宿泊施設間の競争に及ぼす影響については、A、B、Cの3社が第1

案又は第2案のMFN条項を導入したとしても、当該MFN条項を課される複数の宿泊施設の料金等が同一になるとは限らないし、宿泊施設ごとに提供されるサービスが異なる以上、同一になる可能性は乏しいであろう。しかし、MFN条項は、宿泊施設が新しいビジネスモデルを開発し、他の宿泊施設との差異化を図ることによって、ユーザーを獲得しようとする競争（イノベーション競争）を阻害するおそれがある。例えば、宿泊施設が競争者と差別化を図るため、宿泊客に提携レンタカーの料金を割り引くプラン、提携運送業者が宿泊客の手荷物を割引料金で自宅まで届けるプラン、周辺の観光名所を案内するプランなどを考案し、OTAに手数料を支払う必要のない自社サイトで予約したユーザーにだけ提供したいと考えても、MFN条項によってそれができない（OTAを通じて予約したユーザーにも提供せざるを得ない）ため、宿泊施設の新規ビジネスモデル導入に対するインセンティブの低下を招き、ひいてはMFN条項を課された宿泊施設全体の間におけるイノベーション競争を阻害するおそれがある。これは宿泊施設間の競争を阻害すると同時に、宿泊施設からのOTAに対する競争圧力を弱めるおそれがあるものとも解される。

以上は、ガイドラインに沿って第1案、第2案の反競争的効果の説明を試みたものであるが、必ずしもこれのみが正しい反競争的効果分析の手法というわけではなく、OTA間の競争、宿泊施設間の競争、宿泊施設の事業活動（宿泊施設からOTAに向けられる競争圧力等）に、第1案、第2案がどのように影響を及ぼすかを検討し、それらの考慮要素を総合して論理的、説得的に反競争的効果の有無についての結論を導いていけば良い。特に、第2案については、第1案と異なりOTA間の競争の緩和が直ちに認められるものではないが、それでも宿泊施設のサイト上の宿泊料金等を基準に各OTAのサイト上の宿泊料金等も同一となる可能性があるなどとして反競争的効果を肯定するのか、他の考慮要素を重視して反競争的効果を導くのか、それとも反競争的効果を否定するのか、各自の分析に基づいた論述が求められる。

最後に、正当化事由である。一般に、正当化事由については、競争秩序維持の観点から見た目的の正当性及び当該目的に照らした手段の合理性などの観点から分析することになる。また、問題となる行為に競争促進効果が認められる場合に、反競争的効果との比較衡量という観点から分析することも一般的である。

本問では、5パーセント程度安い宿泊料金やユーザーに有利なキャンセル条件等が宿泊施設のサイト上に提示されている場合があり、OTAのサイトで検索等を行ったユーザーであっても、より好条件である宿泊施設のサイトで直接予約することで、宿泊施設がOTAのサービスに「ただ乗り」する可能性がある。そのため、OTAが相当の費用を掛けてサーバー等を開発・保有・運用していることから、かかる費用を回収するためのOTAの行為については、「ただ乗り」の防止として正当化される余地がないか（競争促進効果と反競争的効果との比較衡量により公正競争阻害性が否定される余地がないか）を検討する必要がある。

検討に当たっては、オンライン旅行予約をめぐる競争激化の阻止という目的の不当性、ただ乗りの防止という目的の当否（ただ乗りの防止による競争促進効果の有無）、宿泊施設のみならず他のOTAのサイト上で提示する宿泊料金等と同じか、より有利になるようにしなければならないという契約内容（手段）の不合理性、ユーザーの囲い込み効果を有するポイント制を既に採用していることの評価、D社及びE社が検討している「サービス利用料」がより競争制限的でない手段と言えるかなど、第1案と第2案のそれぞれにおいて関連しそうな事実を取り上げて評価し、各MFN条項の導入が正当化されるか否かを判断することが求められる。

## [知的財産法]

### [第1問]

- 1 設問1は、審決取消訴訟の審理範囲を問うものであり、設問2は、審決取消判決の拘束力の及ぶ範囲及び審決取消訴訟の審理範囲を問うものであり、設問3は、一事不再理と権利行

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

(1) 第1問

第1問は、A社ないしF社がX製品及びY製品に関して行った価格情報交換に関連する行為が独占禁止法第2条第6項の各要件を満たす行為（不当な取引制限）に当たるか否か（設問(1)）、違反行為の成立を前提として行為者に及ぶサンクションとその軽減への対応について（設問(2)）、見解を問うものである。

具体的には、設問(1)に関しては、①情報交換に関与した各社の担当者の行動や発言の相違を踏まえて、「共同して」（又は「共同して・・・相互に」）を満たすか、すなわちA社ないしF社の間に意思の連絡があったと認められるか否か、②意思の連絡により「相互にその事業活動を拘束」したと言えるか、③意思の連絡の内容やX・Y各製品の属性等を踏まえて、意思の連絡の対象範囲をどのように認定し（両製品につき一体としての合意を認定するのか、各別に合意を認定するのか）、「一定の取引分野」をどのように画定するのか、④値上げの成否や需要者の抵抗などを踏まえて、当該「一定の取引分野」における「競争を実質的に制限する」と言えるか、といった論点について、的確に事実認定を行った上で論理的に説明できているかどうかを見た。また、設問(2)に関しては、①課徴金に係る計算の始期について、法令に規定された実行期間の意義を理解して、認定した違反行為に対応した検討が行われているか、②課徴金減免申請について、公正取引委員会の調査開始日以後の申請であることを踏まえ、減額が認められるために申請者に求められる行動について、適切な根拠条文を参照して的確に説明できているかを見た。

(2) 第2問

第2問は、オンライン旅行予約サービス事業者（以下「OTA」という。）であるA社が、宿泊施設とサービス提供契約を締結するに当たって、第1案ないし第2案のような条件を付すことにより、当該宿泊施設の事業活動及び競争（他の宿泊施設やA社との競争。以下同じ。）、OTA間の競争にどのような影響があるかを分析・検討し、不公正な取引方法（独占禁止法第2条第9項第6号ニに基づく一般指定第12項）の該当性について、正しい独占禁止法の理解に基づき的確に結論を導けるかを問うものである。

全般的には、一般指定第12項の要件該当性について、行為要件、対市場効果要件、正当化事由の順に、条文等に基づいて規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係に基づく当てはめをしているかを評価の対象とした。

規範の定立に関しては、一般指定第12項の「拘束する条件をつけて」及び「不当に」の条文解釈、正当化事由についての判断基準の定立がそれぞれの確にされているかを評価した。

当てはめのうち、本問の中心的な論点である対市場効果要件に関しては、適切に市場を画定した上で、反競争効果について多角的に分析できているかを評価の対象とした。

具体的には、市場画定の意義や目的を踏まえて、需要者と供給者を明確に意識し、オンライン予約とオフライン予約を別の市場とするか否か、OTAを介した予約と宿泊施設のサイトを通じた直接予約を別の市場とするか否かについて分析できているかを評価の対象とした。

その上で、第1案については、OTA間の競争への影響が焦点となることを意識し、反競争効果の有無についての結論を導くことができているかを評価した。取り分け、オンライン・プラットフォームの場合、一方の市場における当該プラットフォームの顧客が増えれば増えるほど、他方の市場の顧客にとっても当該プラットフォームを利用することの効用が増すという間接ネットワーク効果が働くため、シェア第1位企業の導入する措置がOTA間の競争に及ぼす影響を十分に分析できているかも評価対象とした。他方、第2案については、第1案と比較してOTA間の競争への影響が明確ではないことを意識し、宿泊施設の事業活動及び競争への影響等も総合考慮して反競争効果の有無についての的確に結論を導くことができているかを評価の対象とした。

正当化事由については、定立した判断基準に従い、問題文に記載された目的・手段及びより競争制限的でない代替的手段等に係る事実関係に基づいて、的確に結論を導いているかを評価の対象とした。また、フリーライド（ただ乗り）防止に関しては、競争促進効果の観点から反競争効果の有無を論じる答案についても、同様に評価した。

加えて、資料として付した流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（以下「流通・取引慣行ガイドライン」という。）に示された判断基準を的確に踏まえた解答となっているかも評価要素とした。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### ア 第1問

設問(1)のうち、まず行為要件については、「共同して」が「意思の連絡」であること及びその立証方法を示した上、X・Y両製品又は製品ごとに意思の連絡の有無を検討する中で、協議の場で特徴ある態度を示したA社、C社、D社について意思の連絡の当事者であるか（意思の連絡が成立しているか）を検討できている答案が多かった。他方、意思の連絡の立証方法についての言及を欠く答案、事前の連絡交渉とその内容に係る事実については言及するものの事後の行動の一致には触れることなく意思の連絡を肯定する答案、A社、C社、D社のそれぞれについての検討を欠く答案や検討内容が十分ではない答案（例えば、A社に関して他社の認識についての言及を欠く答案、C社に関して事後の行動の一致についての評価を欠く答案、D社に関してY製品についての検討を欠く答案など）も散見された。C社については、意思の連絡の成立を問う場面にもかかわらず、意思の連絡からの離脱要件を当てはめて検討を加えた答案もかなり見られた。また、情報交換の背景・動機、会合の開催とそこでの話合い、値上げのプロセスの評価や競争行動からの乖離という観点から、十分な説明がなされていない答案も多くあった。

「一定の取引分野」に関しては、その意義や画定基準を示し、本件行為がハードコアカルテルであることから、意思の連絡（合意）の対象であるX製品又はY製品あるいは両製品を取り上げた上で、各製品の用途や需要者の相違などにも目を配って市場画定を行うことができている答案が比較的多かった。いわゆるSSNIP型の市場画定を行った答案も比較的多かったが、正しく市場画定を行い、競争制限効果とも整合的に説明できていれば、合意の対象範囲を市場とするアプローチと同様に評価した。他方、意思の連絡の対象について特に配慮をしなかったり、意思の連絡の対象の認定と市場画定の間には齟齬が生じて論理一貫性を欠いていたりする答案も数多く見られた。

「競争を実質的に制限する」に関しては、その定義を示し、当事者の市場シェアや意思の

連絡の非参加者による追随，参入の可能性などに言及し，画定した「一定の取引分野」における競争の実質的制限を肯定する答案が比較的多かった。他方，本設問の場合には，値上げが必ずしも十分に実現しなかった事実や需要者側の抵抗行動が設定されているが，それに対して十分に配慮せず問題意識を欠いた認定をしている答案も多く見られ，また，競争の実質的制限を否定する答案や市場画定に対応した認定がなされていない答案も見られた。

設問(2)のうち，課徴金の計算については，根拠規定と計算方法（実行期間及び算定率）を提示し，X製品及びY製品のうち違反行為を認定した製品を対象として解答した答案が多かった。もっとも，標準的な算定率（10パーセント）が適用される理由について説明していない答案も多く，また，実行期間の始期について，会合時点でカルテルが成立する（既遂となる）ことを理由に，会合の翌日とする答案もある程度見られた。Y製品について，カルテルの成立を認める一方で，値上げがほとんど実現しなかったことを理由に課徴金を課さないとした答案もあった。

A社の責任を軽減するために採るべき手段については，課徴金減免申請の可能性を検討すべきとの答案が多かった。しかし，調査開始日前の減免申請について記述している答案が多く，公正取引委員会の調査開始日「以後」の減額申請であること，その場合の根拠規定及び公正取引委員会が把握していない追加情報の提供要件について，正確に検討して解答した答案は極めて少なかった。

## イ 第2問

### (ア) 行為要件について

一般指定第12項の「拘束する条件をつけて」の条文解釈を適切に行い，当てはめている答案が大多数であったが，条文解釈を記述せずに結論のみを記述している答案も散見された。要件該当性の根拠として，契約上の義務を課すものであることだけではなく，A社のシェア及び宿泊施設の相対的地位などを指摘して拘束の程度（契約条項遵守への強制力の強さ，契約解除の困難さ）を論じている答案も少なくなかったが，行為要件の該当性の検討としてのみではなく，反競争効果の考慮要素につながる記述としても評価した。

### (イ) 対市場効果要件（総論）について

一般指定第12項の「不当に」の文言の意味が公正競争阻害性，中でも自由競争減殺に見いだされるとの解釈が的確に記述されている答案が大多数であり，それを全く記述していない答案は少数であった。また，自由競争減殺をもたらす道筋として競争回避及び競争排除についても具体的に指摘する答案もあり，それを条文解釈ではなく当てはめの部分で記述する答案も同様に評価した。

### (ウ) 市場画定について

第1案及び第2案による反競争効果については，資料に掲げられた流通・取引慣行ガイドラインに記載のとおり，反競争効果を判断する前提として，当該行為により競争上の影響を受ける範囲を検討することが有益と解されるところ，市場画定の意義及び目的について記述して検討できている答案が多かったが，市場画定についての記述が全くないまま反競争効果について論述する答案や，検討対象市場の結論のみを記述して画定に至った根拠を論述していない答案も散見された。

市場としては，日本国内における宿泊施設の直接予約を含めたインターネットを介した宿泊予約サービスを検討対象市場と画定する答案が多かったが，旅行代理店等によるオフラインの宿泊予約サービスを含めた市場と画定する答案も散見された。それらについて宿泊施設の予約者（ユーザー）にとって代替性があることは否定できないとしても，その代替性の程度や両案がオンラインサイトに掲載される宿泊料金等のみを拘束するものであることを考慮すれば，オフラインの宿泊予約サービスを含めて市場を画定して検討すると，反競争効果分析の正確性を欠くおそれがある。

他方、OTAが提供する仲介サービスの市場において宿泊施設が供給者でなく需要者であること、また、宿泊施設にとっても予約者（ユーザー）は宿泊予約サービスの需要者であるが、宿泊施設自身のサイトでは他の宿泊施設との比較や検索ができない（需要代替性が低い）ことなどを重視し、OTAを通じた宿泊予約サービスを検討対象市場として画定した上で、宿泊施設のサイトを通じた直接予約については、OTA間の競争に対する隣接市場からの競争圧力として、反競争効果を分析する答案もあったが、宿泊施設のサイトを通じた直接予約を含めて市場画定しているか否かはいずれであれ、下記の反競争効果の論述も含めて、論理的に一貫しているかどうかを評価した。

加えて、オンライン・プラットフォームに係る市場の特性として、二面市場であることを適切に指摘する答案も一定程度見られた。

(エ) 第1案による反競争効果について

上記の市場画定を前提として、資料に掲げられた流通・取引慣行ガイドラインの①から⑤の各事項を参照しつつ、第1案が、OTA間の競争並びに宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響について、制限の態様、A社のシェアや競争能力など問題文に記載されている考慮要素を検討し、反競争効果を分析・論述することが望まれたが、それらを多角的に論述する答案は少なかった。なお、上記の各競争のうちいずれをブランド間競争とし、ブランド内競争とするかについて、様々な答案があったが、競争主体及び悪影響の生じ得る競争関係を明確にして検討していれば、いずれに分類していても評価した。

この点、第1案が宿泊料金に関する制限であることに着目し、単に、宿泊施設間の宿泊料金の競争を減殺する（又は価格維持効果がある）などといった結論のみを記述して第1案の反競争効果を肯定している答案が散見された。しかし、第1案は（第2案も同様であるが）、宿泊施設が宿泊料金についてサイト間で差異を設けることを制限するものではあるが、自らの宿泊施設の料金設定の自由は基本的に確保されているのであるから、宿泊施設間の競争において、宿泊料金の価格維持効果があることは直ちに明らかとは言えないであろう。それだけに、第1案については、OTA間の競争に及ぼす影響が大きいことを意識して、反競争効果について各自の結論を導くことができるかが問題となるが、その分析まで至らない答案が目立った。

また、第1案がOTA間の競争に影響を及ぼすものであることを指摘する答案や、新規参入排除について指摘する答案は少なくなかったものの、その結論と簡単な理由のみを記述している答案も目立ち、その根拠について十分に記述している答案が多数とは言えなかった。OTAが宿泊施設に訴求する競争手段としては、サイトの閲覧数と宿泊予約数を増加させること（及びそれにより可能となる手数料の低額化）などが考えられるところ、かかる競争手段は、当該OTAが予約者（ユーザー）にとってどれだけ有利な取引条件（宿泊料金等）をサイトに掲載できるか、すなわち、予約者（ユーザー）に訴求する競争手段に依存していることから、第1案によりOTAの各サイトに掲載される宿泊料金等が同一となることにより、いずれの競争手段にも制約が生じ、OTA間の競争の緩和ないし排除の効果をもたらすことになると考えられる。OTA間の競争に関する需要者につき予約者（ユーザー）と宿泊施設の二面があることを指摘する答案は一定程度見られたが、上記のように相互の関係や影響を分析して反競争効果を論じた答案は僅かであった。

さらに、第1案が及ぼす影響を検討するに当たっても、制限の態様、A社の地位や国内の宿泊施設の状態などについて言及することが望ましい。A社の地位（シェア）及び国内の宿泊施設の状態について指摘する答案は多かったが、制限の態様として、宿泊施設による宿泊料金の決定に対する制限は大きくないものの、宿泊料金のみではなく、朝食の有無、提供される部屋の数と等級、キャンセル条件等と広範囲に制限が及ぶことを具体的に指摘して検討した答案は少数であった。

加えて、第2案と共通するものとして、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響についても指摘して、反競争効果の判断の考慮要素の一つとして分析することが望ましい。この点、宿泊施設のサイトとA社のサイトに掲載される宿泊料金等が同一となる結果、他の宿泊施設との比較等の付加価値があるA社のサイトを介して予約する者が多くなって、宿泊施設がA社を経由せずに予約を獲得することが困難となること、その意味においてA社が宿泊施設との競争上優位となることを指摘する答案もあった。他方、宿泊施設が新しいビジネスモデルを開発し、他の宿泊施設との差別化を図ることによって、予約者（ユーザー）を獲得しようとする競争（イノベーション競争）を阻害するおそれがあることを具体的に指摘する答案はほとんどなかった。ただし、第1案については、OTA間の競争に及ぼす影響を主に分析することが求められるのであり、他の考慮要素（宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響）については補完的な考慮要素として記述していれば足りる。

(ウ) 第2案による反競争効果について

第2案は、第1案と異なりOTA間の競争に直接影響を及ぼすものではないことから、その反競争効果の結論を導くに当たって、より多面的な考慮要素の分析が不可欠である。第2案についても、結論として反競争効果を肯定する答案が多く、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響（上記(エ)の最終段落参照）を重視して、反競争効果を導く答案もあったが、単に、宿泊施設間の競争を減殺する（宿泊料金の価格維持効果がある）などといった結論のみを記述して反競争効果を肯定している答案が散見された。

また、第2案についても、宿泊施設のサイトとOTAのサイトの宿泊料金が同一となることにより、OTA間でもサイトの宿泊料金が同一となるとする答案も多くあった。第1案との差異を意識した上で、OTA間の競争に及ぼす影響があることを記述する答案は評価したが、第2案は、宿泊施設自身のサイトの宿泊料金についてのみ制約を課すものであって、他のOTAのサイトの宿泊料金を制約するものではないため、同種の条項を他のOTAが導入したとしても、そのことだけではOTA間の価格競争が直ちに制限されることにはなり得ないだけに、事実上OTA間でサイトの宿泊料金が同一となる根拠を具体的に述べる必要があるが、かかる記述は極めて少なく、この点の正確な理解を欠いた答案が多かった。

他方、第1案と異なりOTA間の競争に直ちに影響を及ぼすものではないこと、フリーライド（ただ乗り）を防止することがOTA間の競争を促進する効果を持つことなどを重視して、第2案について反競争効果を否定した答案もあったが、結論がいずれであれ、反競争効果を的確に分析できているかを評価した。

(カ) 正当化事由について

第1案及び第2案のいずれについても、公正競争阻害性を認める場合には、正当化事由に関する検討が不可欠と解されるところ、正当化事由の有無については、目的の正当性及び手段の相当性の点から検討することについての的確に記述している答案が多かったが、反競争効果を認めながら正当化事由に関する記述が全くない答案も散見された。

第1案については、競争相手である他のOTAを排除する目的が不当であることを指摘する答案が多かったが、宿泊施設及び他のOTAのフリーライド（ただ乗り）防止目的として正当とする答案もあった。手段については、より競争制限的でない第2案があるとして不当とするもののほか、D社及びE社が検討するようなサービス利用料を徴収する手段があるとして手段が相当ではないとするものもあり、結論として正当化事由を認めない答案が多数であった。

他方、第2案については、フリーライド（ただ乗り）防止として目的は正当とする答案が多数であり、宿泊施設が自らのサイトで低額の宿泊料金での予約を受ける場合には、OTAのサイトを閲覧して比較検討した上で宿泊施設のサイトで予約をする者が多くなる不



都合を指摘する答案もあった。手段については、別にサービス利用料を徴収する手段があることを理由に不当とするものも多かったが、ユーザーの囲い込み効果を有するポイント制を既に採用していることの評価を記述している答案は少なかった。また、第2案については、手段も相当とする答案があり、反競争効果及び競争促進効果の程度及び内容に照らして手段の相当性をどの程度厳格に審査するかは見解が分かれ得るところであるが、いずれの結論であっても、問題文に記載された事実関係に基づいて的確に論証しているかを評価した。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

ア 第1問

設問(1)に関しては、不当な取引制限の要件のうち、本設問上重要な論点となる各要件の定義や判断基準を示し、それらに対する当てはめについて一通り触れて論述している答案が多く、その限りにおいては出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準に大きな乖離はなかったと言える。他方、自ら提示した立証方法に対応する事実認定を十分に行っていない答案、市場画定の際に意思の連絡の対象やX製品とY製品の関係に配慮をしない答案、競争の実質的制限について需要者側の抵抗や値上げの実現の程度を検討の視野に入れない答案が多かった点では乖離が見られた。

設問(2)に関しては、課徴金の計算については基本的な理解が得られていると思われる答案が多かったものの、結論に至る理由を十分に説明していない答案も多く、課徴金減免制度について、公正取引委員会の調査開始日以後の申請となることや追加情報要件について言及していない答案が多かったことは想定外であった。

イ 第2問

「拘束する条件をつけて」、「不当に」といった各文言の解釈（規範定立）及び当てはめについて一通り論じている答案は多く、その点については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

また、市場画定及び正当化事由については、的確に判断基準等を記述した上で、当てはめている答案が相当数あり、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方、反競争効果について、OTA間の競争に及ぼす影響、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響について、A社及び宿泊施設の地位等を踏まえて、分析的かつ一貫した論述ができている答案は、想定していたほど多くなかった。特に、宿泊料金に関する制限であることを根拠に安易に宿泊料金の価格維持効果（宿泊施設間の競争回避による）を認める答案や、第1案と第2案でOTA間の競争に及ぼす影響が異なることを意識していない答案が多かったことは想定外であった。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

ア 第1問

「優秀」な答案は、設問(1)において、設例の事実関係及び論点を的確に把握した上で、それに関連する重要な不当な取引制限の各要件について、適切な判断基準を示し、考慮すべき事実の全部又は大部分を正確に摘示しながら当該判断基準に沿って説得的な当てはめを行い、結論を導いているもの、及び、設問(2)において、課徴金関連規定のうち本件に適用すべき規定及びその要件を適切に示した上で、関連する事実を摘示しながら結論を導いているもの、「良好」な答案は、設問(1)において、一定の判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、結論を導いているもの、及び、設問(2)において、関連規定の把握と事実の摘示についておおむね正確に行って結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、設問(1)において、事実関係や論点の把握、判断基準の提示やそれに沿った当てはめ等を全く欠き、設問(2)においても、関連規定や事実につい

ての論述を全く欠いているなど、事案処理能力が著しく不十分と見られるものとした。

#### イ 第2問

「優秀」な答案是、第1案がO T A間の競争に及ぼす影響を主に分析し、そのような影響が第2案において明確でないことを意識した上で、宿泊施設の事業活動及び競争に及ぼす影響も考慮し、競争促進効果ないし正当化事由の有無も含めて、論旨一貫して論述できているもの、「良好」な答案是、両案が宿泊施設の事業活動及び競争並びにO T A間の競争に及ぼす影響、競争促進効果ないし正当化事由についての的確に分析して論述できているもの、「一応の水準」の答案是、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠くものや、その分析が簡略であるもの、「不良」な答案是、両案がO T A間の競争に及ぼす影響について全く検討せず、論旨が一貫していないなど、不公正な取引方法に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題の趣旨から離れた記述に終始するものとした。

#### 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や構成要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

# 令和元年 出題趣旨

判例上定着していると見る余地が大きく、そう考えれば、Xの前提となる考え方は正しいようにも思われる。

ただし、上記判例における借用元が全て商法又は民法という取引法の基本法であるのに対して、本件で借用元となっている法律はいわゆる規制法規である。このような場合に、商法や民法からの借用概念と同様に考えるべきかどうかも論点となる。なお、この点に関連する下級審裁判例としては、東京高判平成14年2月28日訟月48巻12号3016頁、東京高判平成27年11月26日訟月62巻9号1616頁があり、参考になる。

## [経済法]

### [第1問]

第1問は、「入札談合と不当な取引制限」に関する出題であり、不当な取引制限の定義規定である私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第2条第6項の各要件を正確に理解していることを前提に、設例の事実関係を丁寧に分析しつつ、特に基本合意に中途で関与した事業者の要件該当性や基本合意からの離脱の要件及び時期等を論じることができるかを問うものである。

前者（中途関与者）については、後述する不当な取引制限の要件、特に「共同して」の要件該当性について分析検討ができていないか、当初の基本合意に参加していない事業者について、どのような状況があれば、参加したといえるかを丁寧に論じることができるかを受験生に問うこととした。また、相互拘束の意味についても、昨今の判例動向を踏まえた検討ができるかを問うこととした。後者（基本合意からの離脱）に関しては、一般的には、入札談合において競争事業者間の協調行為が期待できるのは、談合行為に関与していれば、一定の見返り（受注機会）が期待できるからであるが、その期待値を下回れば、基本合意者間での協調が崩れるのはむしろ当然である。その場合、どの時点で、どのような行為が行われれば、基本合意からの離脱が認められるかを丁寧に論じることが期待されている。

不当な取引制限の成立については、①事業者が他の事業者と、②共同して、③相互にその事業活動を拘束すること（相互拘束）により、④公共の利益に反して、⑤一定の取引分野における、⑥競争を実質的に制限することを検討する必要がある。共同遂行については論じなくともよく、また、②と③の要件に関して、「共同して…相互に」と「その事業活動を拘束」することという区分で論じてよいこととした（多摩談合（新井組ほか）事件・最一判平成24年2月20日）。

問題は、B及びJについて、特に②、③、⑤、⑥の各要件を充足するか否か、B及びJがこれらの要件を満たさなくなる時点はいつかである（以下、AないしGを「7社」という。Bを除いて「6社」ともいう。）。

まず、Bは、6社とともに、平成27年12月から数次の会合に出席した上、平成28年1月30日の会合における「本件合意」（基本合意）の形成に参加しており、第1回から第4回の入札における受注予定者の決定においても本件合意に基づいて個別調整を行い、調整の結果どおりに受注予定者が受注できるようにしていることを考慮すると、これらの要件を満たすと考えられる。すなわち、②の要件は、意思の連絡を意味するところ、数次の会合や本件合意が形成された会合への参加をもって6社との間に意思の連絡が成立すること、③の要件は、設例で示されている(1)ないし(4)を内容とする本件合意で充足すること、⑤の要件は、入札談合のようなハードコアカルテルにおいては、通常、参加者が合意の対象とした商品・サービスで、これにより影響を受ける範囲が「一定の取引分野」を構成するところ、本問では、本件合意が対象とする「平成28年度から3年間にわたって発注される予定の『特定農業施設工事』の指名競争入札」が一定の取引分野として画定されることをそれぞれ簡潔に解答することが求めら

れる。⑥の要件については、市場が有する競争機能を損なうことをいい、入札談合の場合には、参加者がその意思で落札者や落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことを意味するところ、これは通常、談合参加事業者の割合、基本合意により落札した件数や金額の割合、落札率、談合に参加していないものの、これに協力的な事業者の協力の程度等を考慮して判断されることを踏まえつつ、該当する設例の事実関係を示して要件を充足することを説明する必要がある。

Bの違反行為の終了時期に関しては、平成30年6月15日の会合で、B及びCの各担当者が受注を巡って激しい口論になり、同年7月30日に行われた第5回入札では、Bが6社やJに協力を依頼せずに、同規模の工事である第4回入札とは異なる相当に低い価格で落札し、さらに、同年8月1日に至って、6社は、Bを本件合意のメンバーから除名することを決定していることから、これらいずれかの時期にBが本件合意から離脱したのではないかと（ということ）が問題となり、②、③のいずれの要件の問題であれ、離脱の一般的基準を示して説明することが求められている。岡崎管工事件・東京高判平成15年3月7日等は、離脱する意思が他の参加者に明確に認識されるような意思の表明や行動等が必要であるとしているところ、Bは平成30年6月15日の会合で離脱したとも考えられるが、第5回入札は同年7月30日であり、その会合から入札まで1か月半の期間があることを考慮すれば、Bが翻意して本件合意に復帰する可能性がないとはいえず（岡崎管工事件をはじめ、一時的に基本合意に反する行動を取った事業者がしばらくして基本合意に復帰することが見られるケースは少なくない。）、Bの離脱の時期については、平成30年6月15日の会合時だけでなく、同年7月30日の第5回入札や同年8月1日の除名決定の時点とも考えられ、いずれにしても、設問の事実関係を正確に読み取り、これを離脱の一般的基準等に当てはめつつ適切に評価できるかが重要である。

次に、Jは、本件合意を形成するに至るまでの会合には一切参加していない。Jは、工事の規模や技術力から受注できると考えた特定農業施設工事の入札に指名された場合には積極的に落札を目指して低価格で入札する一方で、希望しない特定農業施設工事の入札に指名された場合には7社に協力するつもりであったものの、このような協力の意図はJの内心にとどまるという設例の事実関係の下では、少なくとも本件合意が形成された平成28年1月30日の会合の時点でJが本件合意に参加したとみることは困難である。しかし、Jは、第1回入札時から、Aより指名の有無や受注の意思について問い合わせを受けた際、これに回答し、さらに、指名を受けた第3回入札と第5回入札においては、Aから連絡を受けて、受注予定者の入札価格より高い価格で入札することにより、受注予定者の受注に積極的に協力しており、Jは既に形成された本件合意の少なくとも一部に中途で参加した者と考えられる。このような立場のJについても、Aを介した意思の連絡があり（②の要件）、特定農業施設工事の指名競争入札の取引分野（⑤の要件）において、市場支配力の維持、強化に寄与して競争を実質的に制限している（⑥の要件）と考えることができるであろう（なお、違反行為の始期、つまり本件合意への参加時期については、第1回入札でAからの問い合わせに回答した時点や第3回入札において積極的に受注協力した時点などと考えることができよう。）。ただし、③の要件を充足するかに関しては、積極・消極の両論があり得る。すなわち、Jは入札制度の趣旨に反すると考えられる低価格で入札することを避けるという行動を取ったり、競争上機微な情報に属すると思われる指名や受注意欲の有無をAに回答したりすることにより、本来は自由な事業活動を制限し合っているから、（意思を連絡させた上で）「事業活動を拘束」することの要件を満たすとも考えられるが、他方で、相互拘束の要件をその内容や目的が共通でなければならないと厳格に解釈し、Jが受けている拘束の内容は7社のそれとは異なること（Jは特定農業施設工事の入札において、一方的に7社のいずれかの受注に協力するだけであること、または自らが低価格で落札することを完全には否定していなかったこと）、あるいはJが事業活動を制限する目的は7社と異なること（Jは特定農業施設工事ではなく、別の異なる工事分野で7社から協力を受けたい

という目的を有すること)を理由に③の要件を否定する解答もあり得る。いずれにせよ、各要件をどのように解釈することによってその結論を導いたのかを説明することが求められる。

最後に、Jは本件合意から離脱する行動を別段取っているわけではないから、Jが本件合意に参加したと認定する場合には、Jの違反終了時は本件談合全体が終了した時点ということになる。不当な取引制限に該当する違反行為の終了時期については、各事業者が相互拘束から解放されて自由に事業活動を実施することとなった時点と考えられるから(モディファイヤー価格カルテル事件・東京高判平成22年12月10日)、本問では公正取引委員会(以下「公取委」という。)の立入検査が行われた平成30年9月20日(の前日)がJにとっての違反の終了時となるであろう。

## [第2問]

第2問は、設問1において、X社及びY社によるY社を存続会社とする吸収合併計画(以下「本件計画」という。)が独占禁止法第15条第1項第1号に違反するか否か、設問2において、設問1で検討した本件計画の問題点を解消するための設計可能な修正(以下「問題解消措置」という。)を検討することを問うものである。具体的には、主として同号の「一定の取引分野」における「競争を実質的に制限することとなる」というそれぞれの要件の意義や判断基準を示しつつ、設問に示された事実関係を丁寧に当てはめて、本件計画の可否や独占禁止法に適合する適切な問題解消措置を設計して解答することが求められる。

設問1に関して、まず、「一定の取引分野」の認定、つまり市場画定は、一般に商品範囲と地理的範囲についてなされること、商品範囲については、針甲と針乙が同一の市場で競争していると見ることができかどうか、地理的範囲については、針甲メーカーが世界中に存在している一方で、市場が日本に限定されるかを、それぞれ検討する必要がある。それらの検討に当たり、商品範囲については、各針の用途や形状の相違、地理的範囲については、国内における法律に基づく販売承認制度の存在、顧客の購入慣行等について言及する必要がある。

次に、「競争を実質的に制限することとなる」については、その意義についてあるべき解釈を示した上、本件計画が、いわゆる水平的企業結合であることを意識し、単独行動と協調的行動のそれぞれの観点から具体的事実即して「競争を実質的に制限することとなる」か否かを論じることとなる。もっとも、本問では、ハーフィンダール指数(HHI)やいわゆるセーフハーバーについては必須のものとして問うていない。

「競争を実質的に制限することとなる」か否かの判断に際しては、設問に示された、当事会社の地位、競争者の状況、新規参入、輸入、需要者とその行動に関する事実を読み解いて、本件計画の実施が市場における競争にどのような影響を及ぼすかを解答することが求められる。すなわち、単独行動については、当事会社のシェアが合計55%で市場1位となり価格上げのインセンティブが存在することを前提に、競争者においては国外からの生産振り分けや第三者委託による増産が困難であることから、その供給余力・能力が欠如していること、新規参入に当たって必要とされる製品への新規機能追加には一定の開発期間や投資を要すること、輸入に関しては、国内既存業者以外の海外生産者はそもそも少数であり、新規の国内販売には販売承認を要する上、需要者は国内販売実績のない海外製品の購入を敬遠すること、さらに、需要者は、競争の購入方法を採用して低価格を選好するものの、品質や使い慣れの重視から頻繁な変更を行わない傾向があることといった事実を示した上、それらの競争上の牽制力を適切に評価し(当事会社に対する牽制力は貧弱ないし欠如しているという評価となる)、本件計画が競争を実質的に制限することとなるか否かを検討することが求められよう。また、協調的行動を問題とする場合には、当事会社と競争者による協調的行動及びカルテル行動の容易化をもたらしうる競争者の対称性や市場透明性等を指摘し、上記の単独行動の場合で指摘した事実関係を踏まえつつ評価することが必要となる。

設問2に関して、問題解消措置は、競争当局である公取委が審査過程で示す競争上の懸念を解消すべく提案されるものである。公取委は、審査において、その実効性を確認し、特に問題解消措置が事業譲渡など新たな結合関係を形成する場合には、そうした新たな企業結合が別個の競争上の懸念を生じさせないかを検証している。本設問では、このような流れ自体を提示する解答を求めてはいないが、それを踏まえて、当事会社が提案すべき問題解消措置の在り方、その実効性の評価、問題点の有無の評価等を検討する必要がある。

まず、設問1で検討した単独行動や協調的行動に対する競争上の牽制力を踏まえて、本問での競争上の懸念がいかなるものかを示す必要がある。その上で、問題解消措置には、構造的措置と行動的措置といわれるものがあるところ、それらの意義、内容及び競争回復効果を踏まえつつ、競争上の懸念を払拭するため、どのような措置がより適切かを導き出して説明する必要がある。それに際しては、設問2で示されている流通業者の地位、流通市場の状況等を踏まえつつ、計画修正が市場に与える影響などを考慮する必要がある。いずれにしても、計画修正の内容は、設問1において、当事会社に対する牽制力は貧弱ないし欠如していると評価することとなると考えられるから、牽制力のある競争単位を創出するなどの競争回復に十分なものとなる必要がある。

構造的措置としては、事業譲渡計画を採用することが考えられる。その場合には、当事会社のうちいずれの会社の事業をどの範囲で分離して、いずれの被譲渡者に譲渡するのか、当該譲渡によって競争上の懸念が解消されるのかといった実効性の評価や実効性を確保するために必要な譲渡の具体的内容を解答することが求められる。本設問で、被譲渡者を流通業者M社とする場合には、実効性や譲渡の具体的内容について、M社の過去の経験やノウハウ、品揃え、競争インセンティブ等に照らし合わせながら整合的に説明することが望まれる。

その上で、譲渡される事業と譲受先との関係から生じうる競争上の問題を摘出し、各当事者の事業内容・関連商品の状況、譲渡者・被譲渡者の属する市場の状況等を鑑みながら、問題の有無を説明し、必要に応じて追加的な措置をも考えることが望まれる。M社が事業の譲受先とされる場合には、当事会社とM社は、垂直的關係に立つこととなるので、流通業者への情報集中が生ずることより発生する競争への影響とそれに対する情報遮断措置を考えることなどでもできる。

また、事業譲渡以外の措置を採用することが適切と考えた場合でも、当該措置がどのような反競争効果の抑止を狙いとしたもので、市場にどのような影響を与えるのかなどを具体的に説明することが求められる。

## [知的財産法]

### [第1問]

- 1 設問1は、職務発明該当性及び方法の発明に関する特許権の効力の範囲等を問うものである。設問2(1)は、補償金請求権の行使の制限を問うものであり、設問2(2)は、補正後における補償金支払請求のための再警告の要否を問うものである。設問3は、間接侵害の成否を問うものである。
- 2 設問1については、第1に、上司に反対されながら甲が完成させた本件発明は職務発明(特許法(以下「法」という。)第35条第1項)に当たらず、特許を受ける権利を有しないXの本件出願に対してされた特許は無効にされるべきもの(法第123条第1項第6号)であるとの権利行使制限の抗弁(法第104条の3第1項)が認められるかが問題となる。法第35条第1項の「職務」該当性については、従業者が自発的に完成した発明でも、その従業者の本来の職務内容から客観的に見て発明の完成が使用者との関係で一般的に予定され期待されており、かつ、従業者に対する便宜供与や研究開発援助などにより使用者が発明完成に寄与していれば職務発明に該当するとの考え方(大阪地判平成6年4月28日判時1542

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した二問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるのかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができるかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会（以下「公取委」という。）の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

(1) 第1問

第1問は、入札談合と不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項及び第3条）に関する出題である。

まず、入札談合に係る基本合意（本件合意）の形成に参加したBに関して、不当な取引制限に係る各要件のうち、①共同して（意思の連絡）、②相互にその事業活動を拘束すること（相互拘束）により、③一定の取引分野（市場）における、④競争を実質的に制限することについて、条文に基づいて規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめて論じているかを評価の対象とした。

次に、本件合意に途中で関与したJに関しては、特に、意思の連絡及び相互拘束の要件該当性について、問題文に記載された事実関係を総合的に分析した上で、定立した規範と整合的に当てはめて、結論を導くことができているかを評価した。

さらに、不当な取引制限を肯定したときの違反行為の終期、すなわち、当該行為がなくなった日（同法第7条第2項）に関し、B及びJそれぞれについて、どのように規範を定立して、問題文に記載された事実関係を当てはめているかを評価の対象とした。

(2) 第2問

第2問は、本件計画について、公取委が行うであろう企業結合審査の流れを想定して、本件計画の適法性（独占禁止法第15条第1項第1号）、本件計画が独占禁止法上問題ありと考えられる場合に検討されるべき問題解消措置及びその問題点について、適切な独占禁止法の理解に基づき的確に結論を導けるかを問うものである。

設問1は、本件計画が市場における競争にどのような影響を及ぼすかについて、適切に市場を画定するとともに、企業結合類型を明確にし、公取委が公表している「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（企業結合ガイドライン）でも挙げられている主要な項目を考慮しつつ、適切に分析しているかを評価の対象とした（なお、上記のとおり、同ガイドラインに関する細かな知識までは不要である。）。

具体的には、本件計画が、競争事業者間で行われる「水平型の企業結合」であり、単独行動あ

るいは協調的行動として、画定された市場における競争を実質的に制限する「こととなる」であろう事実を設問から適切に読み取り、独占禁止法上の概念と結び付けて自身の言葉でそしゃくして論述しているかを評価した。また、市場の画定との関係では、商品・役務市場と地理的市場の双方について、その画定の理由を適切に挙げているかを評価した。

設問2では、そもそも、問題解消措置が、当事会社において、企業結合審査の進行状況や見通しから、公取委の示している、あるいは示すであろう競争上の懸念を解消するために自主的に提案をするものであることを正確に理解した上で、かかる懸念を十分に解消するために求められる問題解消措置となっているか、さらに、提案された問題解消措置そのものが新たな競争上の懸念を惹起していないかを適切に検討しているかを評価した。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### ア 第1問

##### (ア) Bの要件該当性について

条文（独占禁止法第2条第6項及び第3条）を正確に摘示した上で、同法第2条第6項の条文解釈を適切に行って事実関係を当てはめて、Bについて各要件該当性を肯定する答案が大多数であった。また、入札談合においては、基本合意（本件合意）が成立したときをもって、意思の連絡、相互拘束、競争の実質的制限の各要件に該当し、個別調整等の基本合意成立後の事実は、基本合意の成立時点での各要件該当性を推認させる事情であることを理解した答案、すなわち、相互拘束を内容とする本件合意について明示の意思の連絡があり、入札談合では基本合意の成立をもって競争の実質的制限が推認できることを前提に、本件合意の対象である特定農業施設工事について、各入札における個別調整等を事後的な事情として考慮しつつ、本件合意の時点で競争の実質的制限があることを的確に論じている答案が多かった。

他方、各要件該当性の結論のみを簡単に記載している答案、入札談合は基本合意と個別調整からなるとしか説明しておらず、そもそも意思の連絡とは何かを定義していない答案、黙示の意思の連絡を認定している答案が散見された。また、各入札に係る個別調整について意思の連絡や相互拘束を論じている答案、穀物貯蔵等施設工事を市場と画定する答案、本件合意が成立した時点では発注されるか不明な第4回ないし第5回までの入札のみを市場として画定する答案や各入札を別個の市場として画定する答案、各入札の個別調整がされたことをもって競争の実質的制限の要件該当とする答案など、不当な取引制限の要件該当性を検討すべき対象が基本合意であることを理解しているか疑問を感じさせる答案もあった。

##### (イ) Jの要件該当性について

本件合意の形成に参加していないJについては、意思の連絡及び相互拘束が問題になることを的確に指摘し、論じている答案が多数であったが、当該論点について詳細に検討することなく、安易に、Bと同様に不当な取引制限が成立すると記載している答案、定立した規範と当てはめが整合していない答案も少なくなかった。結論としては、不当な取引制



限の要件該当性を肯定する答案が多数であったが、間接事実から黙示の意思の連絡を認定し、または、個別調整の事実から基本合意を推認する答案の中には、意思の連絡が認められる時期や範囲について明示し、その範囲をもって相互拘束が認められるか具体的に検討していない答案が目立った。また、指名の有無、受注意欲の有無についてのAからの問い合わせに回答していることなどから、1回目の入札から意思の連絡ありとする答案も多かったが、この時点で相互拘束を肯定するだけの意思の連絡があると説得的に論証することは、問題文に記載された事実だけでは困難と思われる。他方、相互拘束について具体的に検討して、指名教示を超える「応札協力」という、より積極的行為を行うことによって確定的に本件合意に参加したと言えるとする答案は多くなかった。さらに、Jが落札者を決定するプロセスに参画するものではないこと、自らが落札することをJが完全に否定していたものではなかったこと、特定農業施設以外の工事で協力を受けたいというJの目的が本件合意の他の参加事業者と異なることなどを重視して、意思の連絡ないし相互拘束の要件該当性を否定する答案や、個別調整についてのみ要件該当性を肯定する答案もあったが、それらは少数であった。結論がいずれであれ、問題文に記載された事実関係を総合的に分析した上で、定立した規範と一貫して論述しているかを評価した。

(ウ) 違反行為がなくなった日について

Bの違反行為がなくなった日について、的確に規範を定立し、6月15日の会合時のBの担当者の言動等をもって、その時点で離脱を認める答案が多かったが、その後の本件合意への復帰の可能性等を考慮して、7月30日の第5回入札をもって離脱を認める答案や、8月1日の除名をもって離脱を認める答案もあった。

Jについては、立入検査日ないしその前日をもって終期とする答案が多く、終期についての規範を的確に定立した上で当てはめを行っている答案も相当数あった。他方、結論のみを記載している答案も多く、Eが事実の報告等を行った日を終期とする答案もあったほか、Jについて本件合意への参加を認めながら、その違反行為の終期について検討していない答案も散見された。

イ 第2問

出題水準は、一般的に利用されている先例集にも掲載されているような、公取委が問題解消措置を採ることを条件として排除措置を命じないこととした典型的な企業結合事例を一例でも読んで理解をしていれば、およそ合格点が取れるような水準としたが、全般的な印象としては、直近では平成29年度の司法試験で出題した項目であったにもかかわらず、答案の中には、企業結合について十分に学習をしていなかったのではないかとと思われるものも散見された。

(ア) 企業結合の類型（設問1）

本件計画が合併の制限等に関する独占禁止法第15条第1項第1号に違反するか否かが問題となることを適切に指摘している答案が大半であったが、一部に、本問を、私的独占や不当な取引制限の問題として論じる答案も若干ながらあった。企業結合は、公取委が規制する三つの企業行動の一つ（その他は、単独行為と共同行為）であり、その重要性を再認識する必要がある。

他方で、本件計画で問題視すべきものが、水平型の企業結合であることを適切に指摘する

答案は想定以上に少なかった。水平型の企業結合の審査と垂直型の企業結合のそれとは全く異なるものであり、冒頭でまず指摘されるべき事項である。

(イ) 一定の取引分野（市場）の画定について（設問１）

「一定の取引分野」の定義については、ほぼ全ての答案において、通説的な見解をそのまま記載していた。また、具体的にも、本件計画で問題になる市場について、結論としては、「日本国内の点滴針甲」とする者が大半であったが、その理由を必ずしも適切に根拠付けていない答案が相当数見られた。他方で、地理的市場について「世界市場」として画定している答案、世界市場「も」併せて検討している答案が相当数あった。世界市場「も」併せて検討している場合には、減点対象とはしていないものの、その意味が、日本国内市場を検討する上で参照するというものであれば問題はないが、競争の実質的制限との関係で検討する内容が異なることになりかねず、それとの整合性がやや気になった。

なお、地理的市場を「世界市場」や「アジア市場」とする場合、それを正当化するだけの追加的な根拠（物流コストが低いことや世界的な市場価格の相関性）を各国の競争当局は必ず挙げているところ、本設問中には、そうした追加的な記載は存在していない。また、点滴針のような医療機器や医薬品については、各国毎に許認可といった規制が存在している場合が大半で、地理的市場は各国ごとに画定されるのが通例であることは正確に理解しておくべきであろう（出題文に、殊更に「販売承認」制度についての言及がなされている趣旨を理解できている答案は、必ずしも多くはなかった。）。

(ウ) 競争の実質的制限の蓋然性（「こととなる」）（設問１）

本件計画が「競争を実質的に制限することとなる」かの分析において、文言の意味・定義について、ほとんどの答案は正確に解答をしていた。また、多くの答案では、「単独行動による競争の実質的制限」と「協調的行動による競争の実質的制限」の二つに分けて、本件計画がもたらすであろう競争への影響を分析していた。

また、設問中に挙げられた事実から、各種の考慮事項（当事会社の市場での地位、競争者の状況、輸入圧力、参入圧力、隣接市場からの競争圧力、需要者からの競争圧力）を適宜選択して記述している答案が多かったが、単に、設問の記述をそのまま書き写しているだけで、こうした考慮項目別に分類して、自らの言葉で説明していない答案も相当数存在していた。与えられた事実を、適切に分類・再整理している答案を評価した。

なお、協調的行動による競争の実質的制限については、簡単に言及するだけの答案も多く、本件のように単独行動により競争の実質的制限が肯定される例の場合には、実務的にも簡潔にしか検討されないことも多いが、この点を手厚く分析している答案については加点対象としている。

(エ) 問題解消措置の検討（設問２）

問題解消措置が、企業結合審査の過程で公取委から示された（あるいは示されるであろうと想定される）懸念を解消し、当事会社自らが公取委から排除措置を命じない旨の通知を円滑または迅速に得ることを目的として提案をするものであるにもかかわらず、公取委は排除措置命令（独占禁止法第１７条の２）として問題解消措置を命じなければならないと記述する等、問題解消措置の正確な位置付けを理解していない答案が非常に多かった。

また、問題解消措置が、設問1で問題とされた競争制限効果を解消するのに足りるものとなるように設計することが求められているが、本件のような水平型の企業結合にあつては、企業結合が実施される以前の競争状況を維持するようなものである必要があり、そのために、「構造的措置」が原則として採られるべきであるという理解を指摘している答案は比較的少なかった。本件計画の場合、当事会社であるX又はYいずれかの点滴針甲の事業（製造設備・人材・ノウハウ等からなる）を一括して、第三者であるMに譲渡できれば、従前X・Y・Aの三社による競争環境は、XとY統合後の新会社・M・Aの三社間の競争としてそのまま維持されることになるし、ハーフィンダール指数（HHI）も変動しない。このように「構造的措置」がなぜ原則になっているのかまで踏み込んで解答をしている答案については加対象とした。他方で、このような事業譲渡までは想定せず、ノウハウ等の供与で足りると、根拠も挙げずに記述している答案も少なからずあった。

他方で、このような問題解消措置の実効性については、M社の過去の経験やインセンティブなど設問中でも言及されている事実を指摘して、肯定している答案が多かった。

#### (ウ) 問題解消措置の問題点の検討（設問2）

公取委の企業結合審査では、当事会社が問題解消措置を提案すると、その実効性を検討するだけでなく、問題解消措置そのものが構造的措置である場合には、それ自体も新たな企業結合となるため、問題解消措置自体が新たな競争上の問題を惹起させることがないかを市場関係者に問い合わせるなどして確認している。

事業を譲り受けることとなるM社は、点滴関連製品を取り扱っている国内流通業者であり、点滴針の製造販売メーカーとは垂直関係になるため、垂直型の企業結合として、セット販売等を実施することで下流市場の閉鎖効果が生じないかを一応検証することが必要になる。設例では、M社について「針甲と同時に使用される点滴関連製品である点滴チューブ丙について15パーセントの販売シェア」などと厳しい競争環境にあるとすることで、垂直制限効果がほとんど想定されない設定としているが、この趣旨を読み取って、問題解消措置がもたらす可能性がある競争制限効果にまで言及している答案は少数にとどまった。また、このように下流市場の競争が激しいことから発生の可能性は低いとも考えられるものの、M社に当事会社XないしYのセンシティブ情報がもたらされ、協調的行動及びそれによる競争の実質的制限効果の発生が懸念される場合には、情報遮断措置を講ずることも考えられるが、これに言及している答案も少数にとどまった。

#### (2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

##### ア 第1問

Bの要件該当性については、「共同して」、「相互にその事業活動を拘束し」、「一定の取引分野における」、「競争を実質的に制限する」といった各文言の解釈（規範定立）及び当てはめについて一通り論じている答案は多く、その点については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

また、B及びJの違反終了時期については、的確に判断基準等を記述した上で、当てはめている答案が相当数あり、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方、Jに関して意思の連絡及び相互拘束の要件該当性については、的確に問題を指摘し

て論じている答案は想定していたほど多くなかった。特に、意思の連絡があるというべき合意の範囲や意思の連絡が認められる時期について具体的に検討した上で、相互拘束が肯定できる根拠を明確に論じている答案は少なかった。

#### イ 第2問

「一定の取引分野」、「競争を実質的に制限することとなる」といった各文言の解釈（規範定立）について一通り論じている答案は多く、その点については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

また、競争の実質的制限効果について、設問中にちりばめられた事実を選択・分類して、的確に論じている答案が相当数あり、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方、地理的市場の画定について、日本とした答案が多かったものの、少なくない数の答案が世界市場としていたことは想定外であった。

「問題解消措置」については、その趣旨について正確な理解を欠いている答案が想定していた以上に多かった。問題解消措置の実効性の検討については、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかったが、その問題点については、検討がほとんど及ばないであろうことはそれなりに想定していたものの、それでも想定をかなり下回った。

### (3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

#### ア 第1問

「優秀」な答案は、本件合意が不当な取引制限の要件に該当することを的確に論じるとともに、Jについて本件合意への参加が認められるか否か、B及びJの違反行為終了時期などの論点について、問題文に記載した事実関係を総合的に分析した上で、論旨一貫して論述できているもの、「良好」な答案は、要件該当性や上記論点の大部分について一定の論述ができているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠くものや、その分析が簡略であるもの、「不良」な答案は、上記論点について全く検討せず、論旨が一貫していないなど不当な取引制限に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題趣旨から離れた記述に終始するものとした。

#### イ 第2問

「優秀」な答案は、本件計画の類型を適切に分類し、問題となる市場を的確に画定した上で、本件計画がもたらす競争制限効果を設問中から抽出・再整理した上で的確に分析するとともに、そこで指摘された問題点を解消するために必要な問題解消措置を設計し、その実効性、問題点を適切に分析するもの、「良好」な答案は、市場を的確に画定するとともに、本件計画の競争に及ぼす影響を的確に分析し、問題解消措置を一定程度設計するとともにその実効性を一定程度行っているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠くものや、その分析が簡略であるもの、「不良」な答案は、単に記憶した概念をそのまま記述するとともに、設問中の記述をそのまま引用しただけで、事実を再整理したり問題点を分析したりすることができていないものとした。

## 4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や構成要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討して要件に当てはめ、そして、それを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

# 令和2年 出題趣旨

業年度ごとに決められる毎月一定額の役員給与」である本件役員給与が同項のどの号に該当するかなどを、順を追って検討する必要がある。

設問1(2)では、法人税法第34条第2項の適用関係が問われている。上述のとおり、同条第1項、第2項は「損金の額に算入しない」ことを定めた規定であるから、第2項にいう「前項…の規定の適用があるもの」とは、第1項の規定により損金不算入とされたものを指す。(1)で確認したように、本件役員給与は第1項により損金不算入とはならない性質のものであるため、第1項により「損金の額に算入しない」こととはされず、第1項は適用されない。したがって、第2項を適用し、改めてその一部を損金不算入とすることに規定の適用上の問題はない。本問では、このことを簡潔に説明することが求められている。

設問2(1)は本件貸付金の利息の所得税の計算上の扱い、具体的には、その所得分類と帰属年度が問われている。本件貸付金がAの事業と関係あるものであればその利息は事業所得とされる。本件の貸付けが、働きぶりの良いEが今後長くAの店で働くことを期待して実行されていて、言わばAの事業における福利厚生のための行為というべきものと評価されれば、そのような貸付けは事業に関連することになる。その場合、その既収・未収の利息は、事業の付随収入として、それぞれそれを受け取る権利が確定した年分の事業所得の総収入金額に算入されよう。

設問2(2)は、本件貸付金が事業関連性を有することを前提に、その貸倒損失の扱いを問うものである。事業関連性を有する貸付金の貸倒損失は、所得税法第51条第2項により、それが貸倒れた年分の事業所得の必要経費に算入される。

本問では、一般に債権が貸倒れたと判断されるための基準を指摘した上で、Eが病死し、換金できるような目ぼしい財産は残されておらず、Eの債務を相続する身寄りもない等の事情が、その判断基準に照らしてどのように評価されるかを検討する必要がある。

設問3は、平成28年中に甲を譲渡した契約の解除が、平成30年6月15日に確定した本件訴訟の判決により確定したことにより、Aの所得税の課税関係がどのように変更され、その変更をAはどのような手続きで自分の所得計算に反映させるべきかが問われている。

まず、甲はAの事業の用に供されていた固定資産であり、Aの冷凍食品小売業という事業において、甲のような固定資産を反復継続的に譲渡することは考えられないから、この譲渡は所得税法第33条第2項に該当しない同条第1項の譲渡に当たるので、その譲渡からは譲渡所得が発生する。したがって、平成28年分の譲渡所得が発生させる基礎となった事実が、平成30年の判決により、「それと異なることが確定した」ことになる。

このことは、国税通則法第23条第2項第1号に該当するから、Aは同項に基づく更正の請求を、判決確定日の翌日から2か月以内に行なえばよいように思えるが、直接にこのような解決をすることは、同項柱書2つ目の括弧書の規定に抵触する。この間の事情を正確に説明し、同条第2項による更正の請求と同条第1項による更正の請求の関係から、同条第1項による更正の請求が認められるべきことを説得的に説明することが求められる。

さらに、Aが、平成29年12月に平成28年分の所得につき増額更正処分を受けてこの処分が確定していることが、Aによる更正の請求にどのような影響を及ぼすかを、国税通則法第23条第1項柱書2つ目の括弧書の規定の文言とその内容に即して説明することが求められる。

以上の諸点を考慮しつつ、本件訴訟の判決が平成30年6月15日に確定したことにより、Aは、平成28年分の所得税の法定申告期限から5年以内という期間制限を満たす限り、国税通則法第23条第1項による更正の請求を行なうことができるという結論を導くことが期待されている。

[経済法]

[第1問]

本問は、Y社が取引関係にあるX社の全株式を取得する計画（以下「本件計画」という。）が、垂直型企業結合として、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第10条第1項に違反しないかを問うものである。垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズムを理解しているか、市場や取引に係る様々な考慮要素を適切に評価できるかを確認しようとするものであり、企業結合の公表事例やガイドライン等、特に最近改正された企業結合ガイドラインにおける垂直型企業結合規制に係る細かな知識を求めものではない。

独占禁止法第10条第1項の「一定の取引分野」、すなわち市場の画定は、商品範囲と地理的範囲についてなされる。それぞれ需要の代替性を基本に供給の代替性を考慮して画定することになる。商品範囲については、差別化されていない甲部品とは異なり、乙機器はそれが組み込まれる丙装置に応じて仕様が若干異なることから、需要の代替性の観点からは丙装置に応じて乙機器に係る一定の取引分野も細分化される可能性がある。しかし、供給の代替性の観点からは、仕様にかかわらず広く乙機器に係る市場が画定されると考えられ、この点を丁寧に検討することが求められる。地理的範囲については、甲部品、乙機器ともに、需要者が世界各地の供給者から取引先を選定しており、また、各供給者は世界中の販売地域において実質的に同一の価格で販売していることなどから、いわゆる世界市場を画定できるかについて検討する必要がある。

なお、乙機器が組み込まれる丙装置に係る市場については、丙装置の製造原価に占める乙機器の仕入原価の割合がごく僅かであることから、本件計画が問題となるような競争上の影響を及ぼすとは考えられない。また、甲部品が乙機器以外の製品の製造に用いられることなどもあるが、その取引規模は小さく、また、Y社が乙機器以外の製品を製造することもないことから、本件計画が問題となるような競争上の影響を及ぼすとは考えられない。

独占禁止法第10条第1項の「競争を実質的に制限することとなる」については、その解釈を論じた上で、本件計画が垂直型企業結合であることを前提に、単独行動、協調的行動それぞれの観点から設例の事実関係に即してその有無を判断することになろう。企業結合ガイドラインでは、垂直型企業結合についていわゆるセーフハーバーが設けられているが、本問はこうした知識を問うものではない。

本問において単独行動による競争の実質的制限の蓋然性は、本件計画により市場の閉鎖性・排他性がもたらされることにより生じる。ここでは、X社がY社の競争者に対して甲部品の供給を拒絶する場合と、Y社がX社の競争者から甲部品の購入を拒絶する場合が問題となる。前者はいわゆる投入物閉鎖であり、甲部品の供給を拒絶することにより、乙機器市場において競争を実質的に制限することとならないかが問題となる。また、後者はいわゆる顧客閉鎖であり、甲部品の購入を拒絶することにより、甲部品市場において競争を実質的に制限することとならないかが問題となる。

前者（投入物閉鎖）について、E社及びF社は甲部品のほとんどをX社から購入しており、X社による甲部品の供給拒絶による事業活動への影響は大きそうである。そして、仮にこの供給拒絶によってE社及びF社の競争圧力が減じられることがあれば、乙機器市場において競争の実質的制限が生じることとなるかもしれない。ここでは、E社及びF社に対して甲部品の供給が拒絶されたとしても、十分な製造余力を有するA社、若干の製造余力を有するB社からの供給を受け得るのではないかということや、供給を拒絶されてもE社は近い将来に甲部品の一部を自製する計画であることなどを検討することになろう。また、甲部品以外の製品に係る取引関係から、F社は甲部品の取引について

もX社に対して取引上の立場が強いと考えられ、X社が甲部品の供給を拒絶することはないのではないか、甲部品の製造設備について稼働率の維持が重要であるならば、X社が甲部品の供給を拒絶することはないのではないかなども検討することになる。

後者（顧客閉鎖）については、Y社がA社、B社及びC社からの甲部品の購入を拒絶するとしても、若干ながら乙機器の製造余力（甲部品の購入余力）があるD社等への販売が可能ではないか、Y社がA社、B社及びC社から甲部品を購入しているのは安定調達の観点に基づくものであり、本件計画によってそれら購入を停止することはないのではないかなどを、設例の事実関係から説得的に分析することが求められる。

なお、市場の閉鎖性・排他性に係るこれら考慮要素は、企業結合の公表事例において、供給拒絶や購入拒絶の能力やインセンティブとして検討されているものであるが（例えば、ヤマハ発動機によるKYBモーターサイクルサスペンションの株式取得事例（平成25年度））、能力やインセンティブという用語や分類を用いることを求めるものではなく、本件計画が競争に与える影響という観点から競争制限のメカニズムを的確に示して、設例の事実関係から競争の実質的制限の蓋然性を論理的かつ説得的に示し得るかを評価するものである。

本問において協調的行動による競争の実質的制限の蓋然性は、本件計画によりX社及びY社が競争者の価格等の情報を入手し得るようになる結果、それらの間で協調的に行動することが高い確度で予測できるようになることにより生じ得る。ここでは、Y社との取引を通じて、甲部品の市場において、X社と、A社、B社及びC社との間で協調的行動が生じる場合と、X社との取引を通じて、乙機器の市場において、Y社と、D社、E社及びF社との間で協調的行動が生じる場合が問題となる。

前者（甲部品市場における協調的行動の蓋然性）については、競争者数の少なさ、甲部品の同質性といった協調促進的な考慮要素と、大きな製造余力を有することによるA社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、より良い取引条件を求めるというD社やE社からの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体としてどのように評価するかが問題となる。

後者（乙機器市場における協調的行動の蓋然性）については、競争者数の少なさ、E社及びF社との取引量の大きさに起因する情報量の大きさといった協調促進的な考慮要素と、若干ではあるが乙機器が差別化されていること、乙機器の製造原価に占める甲部品の仕入原価の割合が小さいことによる費用共通化の割合の小ささ、若干の製造余力が存在することによるD社やE社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、需要者である丙装置メーカーからの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体としてどのように評価するかが問題となる。

いずれもこれら多数の考慮要素を全て列挙、検討する必要はないとしても、協調的行動による競争の実質的制限の蓋然性の有無を説得的に論じることが重要である。

## 〔第2問〕

本問は、浄化槽の普及を図ることにより、生活環境の保全と公衆衛生の向上に寄与することを目的とする一般社団法人であるA県浄化槽協会（以下「協会」という。）が、数年前からA県内の河川の水質が全国で最も汚濁の著しいものの一つとして報道されるようになったという状況において行った行為の独占禁止法上の評価を問うものである。

まず、協会は上記のような目的を有する一般社団法人であるから、独占禁止法第2条第2項に定める「事業者団体」の定義に照らして、これに当たるかを検討する必要がある。



また、事業者団体の行為と評価できるかについても、当該団体の意思決定機関による決定であるか、そうでないとしても構成事業者から事業者団体の行為と認識されていたと考えられるか等によって判断する必要がある。

協会が事業者団体であるとして、まずは、設例の事実関係の中に事業者団体の行為であって独占禁止法上問題となり得るものを識別することが必要であり、本問においては、設例に示されている順に、会員の保守点検業者に対する競争回避の指導、非会員の保守点検業者に対する入会拒否、会員の清掃業者に対する非会員の保守点検業者との提携禁止、メーカーに対する検査薬等の供給拒否要請のそれぞれの行為に関して、個別に又は行為の与える影響を踏まえてまとめるなどしつつ、同法第8条各号のうち適切と考えられるものを選択して、その該当性を論じる必要がある。この点に関しては、その前提として、同条第1号と第3号ないし第5号の関係が理解されている必要がある（以下、号数のみを記す。）。第1号に該当するというためには、市場競争が実質的に制限され、価格等の取引条件をある程度自由に左右することができる力としての市場支配力の形成・維持・強化が必要であるのに対して、第3号ないし第5号はそれに至らない程度・態様の競争の阻害で足りると考えられること、本問では、協会による各行為が行われた後も、A県内の浄化槽の保守点検をめぐる競争が激化しているため、その料金は一貫して下落し続けているという事実を踏まえて該当条文を判断する必要がある。なお、第1号に関して、事業者を排除し、市場の開放性を妨げる力の形成それ自体で、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の要件を充足するという考え方もあり得るが、以下では、第3号ないし第5号について述べる。

第3号については、「一定の事業分野」の意義、事業者団体へ加入せずに一定の事業分野において事業活動を行うことの困難性、どのような態様によるどの程度の「事業者の数」の制限が第3号に該当するために必要かについて、理解できているかが問われる。「一定の取引分野」とは異なる「一定の事業分野」に関しては諸説あるが、これらに基づいて一般的な説明が行われ、設例の事実関係を当てはめて解答することが必要である。また、事業者団体に加入しなくとも一定の事業分野で活動することができることもあり得るところ、設例の事実関係で示されている非会員の保守点検業者の置かれた状況（特に清掃業者と提携しなければ、A県で保守点検業者として登録を継続できないが、清掃業者は非会員である保守点検業者との提携を原則として禁止されていること）を前提として、浄化槽に係る県内唯一の団体である協会に加入しなければ保守点検業者が一定の事業分野において事業活動を行うことが困難かどうか検討する必要がある。さらに、上記のように、第3号で求められる市場競争への影響の程度が第1号におけるより低い程度で足りると考えられるところ、設例の事実関係の下で自由競争減殺が認められるか否かについても解答する必要がある。

第4号に関しては、「構成事業者の機能又は活動」の制限及び「不当に」の意義が問題になる。前者は、構成事業者の価格、生産数量、販売数量、取引先、販売方法など基本的な競争手段を制限するものが中心であること、後者は正当な理由なく市場支配力の形成・維持・強化に至らない程度・態様において競争を阻害することであることが理解されているか、協会が構成事業者（会員）に対して行った、どのような行為が上記の要件に当たるかを的確に論じることができるかが問われている。

第5号該当性については、「事業者」の範囲（事業者団体の構成事業者に限らないこと）、「不公正な取引方法に該当する行為」の意義（「に該当する行為」と規定されているところ、行為要件のみを充足することで足りるか、効果要件まで充足する必要があるか、不

公正な取引方法のどの類型に該当するか)、「させるようにすること」の意義(強制がなくとも勧奨で足りること)について一般的に述べた上、設例の事実関係を丁寧に当てはめることが求められる。

これらの点を解答するに当たっては、A県の保守点検業者全体の契約件数及び売上高に占める協会の会員である保守点検業者の契約件数及び売上高の割合がいずれも約9割であること、協会が入会制限、非会員との提携禁止、メーカーに対する働き掛けを始めた平成28年4月以降もA県内の浄化槽の保守点検をめぐる競争は激化しており、その料金は一貫して下落し続けていること、働き掛けを受けたメーカーは非会員である保守点検業者と取引しないことにそれぞれ同意していること、清掃業者である会員が、有償であると無償であるを問わず、非会員の保守点検業者と提携してはならないこと、ただし、その者が低料金を提示して会員の既存の顧客を奪わないと確約した場合には、有償で提携してよいとしたこと等の事実関係に着目する必要がある。

正当化事由については、「不当に」や「公共の利益に反して」などの文言がない第3号、第5号についても、この点が問題となると考えられるところ、第3号、第4号、第5号該当性が問われる行為について、いずれも、当該行為の目的が独占禁止法第1条の究極目的に照らして正当と評価されるか、その目的を達成する上で当該行為が手段として相当か等によって判断されることが理解されているかが問われる。

本問では、数年前からA県内の河川の水質が全国で最も汚濁の著しいものの一つとして報道されるようになったという背景において、協会の主張する行為の目的(生活環境の保全と公衆衛生の向上)は、「一般消費者の利益を確保する」ことを含む独占禁止法の究極目的に照らして正当なものか判断できるかどうか、低料金で保守点検を行う事業者を排除することが、その目的を達成するための手段として相当か(目的と手段との直接的な関連性があるか、より競争制限的でない他の手段はないか)等を検討する必要がある。

## [知的財産法]

### [第1問]

- 1 設問1は、特許を受ける権利の譲渡契約の解除による権利者の救済手段を問うものである。設問2は、効果を発揮する確率が必ずしも高くはない技術、副作用という弊害を伴う技術、及び人に対する医療行為のそれぞれについて、発明該当性と産業利用可能性を問うものである。設問3は、標準必須特許に関するいわゆるFRAND宣言後の特許権の行使の可否を問うものである。

第1問の全体を通して、権利の帰属、客体、侵害という、特許法(以下「法」という。)の幅広い分野についての理解と知識が求められている。

- 2 設問1については、まず、特許を受ける権利の譲渡契約の解除により契約の各当事者に原状回復義務が生じること(民法第545条第1項本文)が前提となる。

その上で、査定前における、譲渡契約の直接の相手方であるYとの関係が問われている(1)では、Xは、自己が特許を受ける権利を有する旨の確認を求める訴訟をYに対して提起し、その勝訴判決を添えて、特許庁で出願人名義変更の手続をとることになる。

また、登録後に特許権を承継したZとの関係が問われている(2)では、2つの考え方があり得る。1つは、解除の遡及効から、冒認(法第123条第1項第6号)を理由に、XはZに対して特許権の移転を請求できる(法第74条)というものである。その立場によると、Yの債務不履行の事実について善意のZは、有償の法定通常実施権(法第79条の2各項)を取得する限りで保護されることになる。今一つの考え方は、契約解除という特定の局面にお

1 出題の趣旨

別途公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した二問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるのかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会（以下「公取委」という。）の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

(1) 第1問

第1問は、Y社（株式取得会社）が取引関係にあるX社（株式発行会社）の全株式を取得する計画（以下「本件計画」という。）が、垂直型企業結合として、独占禁止法第10条第1項に違反しないかを問うものである。

すなわち、第1問は、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズム、特に、単独行動により競争の実質的制限が生じることとなるメカニズム（X社による投入物閉鎖のシナリオ及びY社による顧客閉鎖のシナリオ）を理解しているか、市場や取引に係る様々な考慮要素を適切に分析できるかを確認しようとするものであり、これらの分析に必要な事実関係を問題文から読み取った上で、上記各シナリオを踏まえて的確に分析を行っているかを評価の対象とした。また、その前提として、独占禁止法の基本概念である「一定の取引分野」（商品範囲及び地理的範囲のそれぞれ）について、需要の代替性を基本に、必要に応じ供給の代替性を考慮して、問題文から必要な事実関係を読み取り適切に市場画定を行っているかも併せて評価の対象とした。

第1問は、昨年に引き続き企業結合分野からの出題であったが、「垂直型企業結合」の事例は初めてである。昨年の採点実感においても指摘したとおり、企業結合は公取委が規制する三つの企業行動の一つであるが、当事業社の関係に応じて競争制限のメカニズムが異なり、それに応じた分析が必要になる。全体的な印象としては、垂直型企業結合における競争制限のメカニズムを理解した上で的確な分析を行っている答えはかなり少なかった。なお、公取委が公表している企業結合事例やガイドライン等、特に最近改正された企業結合ガイドラインにおける垂直型企業結合規制に係る細かな知識を求めるものではない。

(2) 第2問

第2問は、事業者団体の行為を規制する独占禁止法第8条に関する出題であり、問題文に記載された事業者又は事業者団体に該当し得る個人又は法人が行った行為の中から、A県浄化槽協会（以下「協会」という。）が行った行為に着目した上で、協会による各行為が同条各号所定の禁止行為に該当するかを的確に検討することができるかを問うものである。

具体的には、①協会が同法第2条第2項の「事業者団体」に該当すると判断することができるか、②事業者団体の「行為」として同法第8条各号所定の禁止行為に該当する可能性のある協会の行為を識別することができるか、③識別した行為について同条各号の中から適切な適用条文を選択し、文言の解釈を行って規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめることができるか、④正当化事由について同様に規範の定立及び当てはめができるかを評価の対象とした。

なお、③の点については、問題文に記載された事実関係の下において相当と評価することが可

能な条文を選択して論述していれば、いずれの条文を選択していても同等に評価の対象とした。

### 3 採点実感等

#### (1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### ア 第1問

##### (ア) 適用条文

ほとんどの答案が適用条文を会社の株式取得に係る独占禁止法第10条第1項としていたが、一部に、私的独占（同法第2条第5項、第3条）、持株会社による株式取得（同法第9条第2項）、会社以外の者による株式取得（同法第14条）及び合併（同法第15条）などを適用条文として論ずる答案も存在した。また、僅少ではあるが不当な取引制限（同法第2条第6項、第3条）の問題として論ずる答案も存在した。

##### (イ) 「一定の取引分野」（市場）の画定

「一定の取引分野」の意義については、ほぼ全ての答案において、需要の代替性を基本として必要に応じ供給の代替性を考慮して画定するものと論述していた。また、商品範囲についての具体的な検討に際しては、おおむね問題文からの確に事実関係を挙げ、「甲部品」については需要の代替性、「乙機器」については供給の代替性から「甲部品（製造販売）市場」及び「乙機器（製造販売）市場」を画定するという答案がほとんどであった。他方、「丙装置」の市場画定については、丙装置の製造原価に占める乙機器の仕入原価の割合がごく僅かであることなど競争上の影響が少ないことについて適切に言及する答案はほとんどなかった。また、地理的範囲については、ほとんどの答案が的確に世界市場を画定していた。

##### (ウ) 競争の実質的制限の蓋然性

ほとんどの答案は、「競争を実質的に制限する」及び「こととなる」（蓋然性）のいずれについてもほぼ正確にその意義を論述していた。また、かなり多くの答案において、本件計画が垂直型企業結合に該当すること並びに「単独行動による競争の実質的制限」及び「協調的行動による競争の実質的制限」の両面からの分析が必要となることを指摘していたが、それにもかかわらず「水平型企業結合」において用いられる分析を行うにとどまる答案が相当数見られた。

##### (エ) 単独行動による競争の実質的制限（その1－X社による投入物閉鎖のシナリオ）

X社がY社の競争者に対して甲部品の供給を拒絶すること（投入物閉鎖）により、乙機器市場（川下市場）の閉鎖性・排他性という競争上の懸念が生じないかを検討する必要がある。

このようなX社の供給拒絶により生じ得る競争上の懸念を全く指摘していない答案も少なからず存在し、また、指摘している答案であっても、その意義・内容を十分に理解せずに、競争上の懸念の生じる市場を乙機器市場（川下市場）ではなく甲部品市場（川上市場）とするものも多く見られた。

また、検討に当たっては、このような競争上の懸念を生じさせる根拠となる事実関係（E社及びF社が甲部品のほとんどをX社から購入していること、このような供給拒絶によってE社及びF社の競争圧力が減じられた場合の乙機器市場への悪影響が想定されることなど）と、このような競争上の懸念を生じさせない事実関係（E社及びF社に対しては、供給余力のあるA社及びB社からの供給可能性があること、E社による甲部品の内製計画があること、取引上の関係に鑑みF社へのX社による供給拒絶は想定し難いこと、製造設備稼働率維持の重要性の観点から、X社の供給拒絶のインセンティブが低いことなど）を問題文から適切に読み取り、これらを摘示して分析することが必要であるが、的確に分析している答案は少数にとどまり、これらの考慮すべき事実関係をほとんど論じていない答案や、論じていても、「投入物閉鎖」（及び「顧客閉鎖」）の意義・内容を十分に理解していないため、「甲部品市場」におけるY社による顧客閉鎖シナリオとして、又は、X社による投入物閉鎖とともにY

社による顧客閉鎖シナリオとして論ずるなど、垂直型企業結合の競争制限メカニズムの分析手法と当てはめについて混乱している答案が多数存在した。

(オ) 単独行動による競争の実質的制限（その2－Y社による顧客閉鎖のシナリオ）

Y社がX社の競争者からの甲部品の購入を拒絶すること（顧客閉鎖）により、甲部品市場（川上市場）の閉鎖性・排他性という競争上の懸念が生じないかを検討する必要がある。

Y社による顧客閉鎖について指摘している答案は、上記(エ)の「投入物閉鎖」に比べると多く、また、正しく「甲部品市場」における閉鎖性・排他性の問題とするものも相対的に多かった。

また、検討に当たっては、このような競争上の懸念を否定する根拠となる事実関係（乙機器の製造余力（甲部品の購入余力）があるD社等への販売が可能ではないか、Y社は安定調達の観点からA社らから甲部品を購入しており、本件計画によってそれら購入を停止することはないのではないかなど）を問題文から適切に読み取り、これらを摘示して分析することが必要であるが、的確に分析している答案は少数にとどまった。

なお、「顧客閉鎖」による競争上の懸念に言及しているものの、その意義・内容を誤解している答案も見られたことは、上記(エ)と同様であった。

(カ) 協調的行動による競争の実質的制限

協調的行動による競争の実質的制限（Y社を通じた甲部品の製造原価等の情報共有に基づくシナリオ及びX社を通じた甲部品の調達価格等の情報共有に基づくシナリオ）を検討する必要がある。

しかしながら、「協調的行動による競争の実質的制限」についての検討が必要であるとしながらも、垂直型企業結合の場合には一方当事会社が他方当事会社の製造販売に係る情報を取得・共有することにより生じ得る懸念を分析する必要があることを指摘したものは想定したよりもはるかに少なかった。また、情報共有・取得により生じ得る懸念であることを指摘していても、当事会社間の「協調」により生じる問題であるとの誤解に基づいて結論を導いている答案も相当数見られた。

甲部品市場における協調的行動の蓋然性については、競争者数の少なさ、甲部品の同質性といった協調促進的な考慮要素と、大きな製造余力を有することによるA社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、より良い取引条件を求めるというD社やE社からの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体として分析している答案はかなり少なかった。また、乙機器市場における協調的行動の蓋然性については、競争者数の少なさ、E社及びF社との取引量の大きさに起因する情報量の大きさといった協調促進的な考慮要素と、若干ではあるが乙機器に見られる差別化、乙機器の製造原価に占める甲部品の仕入原価の割合が小さいことによる費用共通化の割合の小ささ、若干の製造余力が存在することによるD社やE社の協調的行動からの逸脱のインセンティブ、需要者である丙装置メーカーからの競争圧力といった協調阻害的な考慮要素とを、全体として分析した答案はかなり少なかった。

イ 第2問

(ア) 協会の「事業者団体」該当性

事業者団体の定義規定である独占禁止法第2条第2項を摘示した上で、協会が「事業者としての共通の利益を増進することを主たる目的とする」こと及び「二以上の事業者の結合体」であることについての的確な当てはめを行っている答案が多かったが、結論のみを記載している答案や事業者団体該当性の検討を行っていない答案が散見されたほか、事業者団体該当性を否定する答案もごく僅かながら見られた。また、協会が「事業者」（同条第1項）に該当すると見るべき事情が問題文に記載された事実関係中には見当たらないにもかかわらず、協会の行為について事業者に対する規制である私的独占（同条第5項、第3条）や不公正な取引方法（同法第2条第9項、第19条）に関する検討に終始するなど、事業者団体に対する

規制に関する基本的な理解に疑問を抱かせる答案も見られた。

(イ) 検討対象とすべき協会の行為の識別

独占禁止法第8条各号該当性の検討対象とすべき協会の行為としては、①会員である保守点検業者に対する競争回避の指導、②非会員である保守点検業者に対する入会拒否、③会員である清掃業者に対する非会員である保守点検業者との提携禁止及び④メーカーに対する検査薬等の供給拒否要請の各行為が考えられるが、全ての行為を識別することができている答案はごく少数にとどまっており、一部の行為のみを識別している答案が大多数であった。具体的には、②の行為及び④の行為を識別することができている答案が多い一方、①の行為を識別することができていない答案が多かった。これに対し、平成28年4月の社員総会において決定された②の行為と③の行為を識別した上で、これらを一体のものとして評価・検討している答案も相当数あった。

検討対象として識別したこれらの行為が事業者団体の行為と評価できるかについては、協会の意思決定機関である社員総会において決定されたものであることなどの事情を指摘して、事業者団体としての行為性を肯定する答案が多かったものの、根拠を示すことなく行為性を肯定する答案が散見されたほか、行為性を否定する答案もごく僅かながら見られた。

(ウ) 適用条文の選択、規範定立及び当てはめ

協会が行った各行為に対する適用条文の選択に当たっては、独占禁止法第8条各号所定の禁止行為に該当するというためには、同条第1号においては市場支配力の形成・維持・強化が必要であるのに対し、同条第3号から同条第5号までにおいてはそれに至らない程度・態様の競争の阻害で足りるとの理解を前提として、後者の検討を行っている答案が大多数であったが、これに加えて、「協会による各行為が行われた後も、A県内の浄化槽の保守点検をめぐる競争は激化しているため、その料金は一貫して下落し続けている」という事情に着目し、前者の検討も行ってその該当性を否定している答案はごく少数であった。他方で、前者の検討のみを行ってその該当性を肯定している答案や、前者の検討を行ってその該当性を否定しながら後者の検討を欠いている答案も散見された。

協会が行った各行為に対する適用条文を個別に選択している答案においては、①の行為については顧客争奪の制限であるとして同条第4号を、②の行為については現在又は将来の事業者の数の制限であるとして同条第3号を、③の行為については一種の取引先制限であるとして同条第4号を、④の行為についてはメーカーに単独・直接の取引拒絶をさせるものであるとして同条第5号（同法第2条第9項第6号ニ（一般指定第2項））を、それぞれ選択しているものが比較的多く見られたが、③の行為については同法第8条第3号や同条第5号（同法第2条第9項第1号イ又は同項第6号ニ（一般指定第2項若しくは第12項））を選択している答案もそれぞれ一定数存在した。また、②の行為と③の行為を一体のものとして評価・検討している答案においては、適用条文として同法第8条第3号を選択しているものが多かった。

もっとも、検討対象として識別した協会の行為について適切な適用条文を選択することができていない答案や、適切な適用条文を選択することができていても条文の文言の意味を明らかにすることなく同条各号該当性を肯定する答案がそれぞれ相当数見られた。

これに対し、協会が行った各行為について同条各号該当性を個別に検討するだけでなく、これらの行為が与える影響を総合的に評価するという観点から、協会による一連の行為が同条第1号に該当するかを検討している答案も一定数存在し、これらの答案については事案の実態に即した検討を行ったものと評価して加点の対象とした。

(エ) 正当化事由

「不当に」の文言のある独占禁止法第8条第4号とそのような文言のない同条第3号及び同条第5号との違いに留意した解釈論を示すまでには至らないものの、目的及び手段の両面

から規範を定立した上で、協会の主張する行為の目的（生活環境の安全と公衆衛生の向上）については正当であると評価する一方、協会が行った各行為については手段としての相当性を欠くと評価する答案が多数であった。

もっとも、目的の正当性の検討に当たって同法第1条の究極目的との関係について論じていない答案や、手段の相当性の検討に当たって目的と手段との関連性やより制限的でない他の手段の有無を具体的に論じていない答案も相当数あった。また、一部の行為のみについて正当化事由の検討を行っている答案も散見された。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

ア 第1問

「一定の取引分野」、「競争を実質的に制限することとなる」といった各文言の解釈（規範定立）及び「一定の取引分野」の画定について、ほぼ的確に論じている答案は多く、それらについては、出題時に想定した解答水準との間に大きな差異はなかった。

しかしながら、垂直型企業結合のメカニズムを踏まえた独占禁止法上の分析については、「垂直型企業結合」や「単独行動又は協調的行動による競争の実質的制限」に言及してはいても、それらの意義・内容を十分に理解しておらず、分析手法や実際の当てはめ（特に投入物閉鎖についての当てはめ）について混乱を来している答案がかなり多かったことは出題時の想定を超えるものであった。また、「協調的行動による競争の実質的制限」に至っては、その意義・内容を正確に理解し、的確に当てはめを行っている答案は僅少であり、出題時の想定をはるかに下回った。

イ 第2問

協会の「事業者団体」該当性や正当化事由については、規範定立及び当てはめについて一通り論じている答案は多く、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方、検討対象とすべき協会の行為の識別については、全ての行為を識別することができていない答案はごく少数にとどまっており、出題時に想定されていた解答水準をかなり下回った。

また、適用条文の選択、規範定立及び当てはめについては、識別した行為について適切な条文を選択することができている答案や、的確な規範定立を行った上で当てはめを行うことができている答案は、いずれも出題時に想定していたほど多くなかった。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

ア 第1問

「優秀」な答案は、問題となる市場を的確に画定した上で、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズム（具体的には、投入物閉鎖・顧客閉鎖及び製造原価・調達価格等の情報取得・共有を通じて生じ得る協調的行動）をよく理解し、これらを踏まえ、問題文に示された事実関係を整理して、各論点についておおむね網羅的に独占禁止法上の分析を行っているものとした。他方で、市場を的確に画定するとともに、垂直型企業結合が競争を実質的に制限することとなるメカニズムを大枠で理解した上で、これらを踏まえ、問題文に示された事実関係を整理して、少なくとも主要な論点については独占禁止法上の分析を行っているものを「良好」な答案とし、また、「良好」な答案とされるために重要な分析の一部を欠くものを「一応の水準」の答案とした。「不良」な答案は、垂直型企業結合であることの把握やそれが競争を実質的に制限することとなるメカニズムについての理解が欠落しているもの（用語のみ使っているものを含む。）、独占禁止法に関する基礎知識・基本概念についての理解が欠落していることがうかがわれるものとした。

イ 第2問

「優秀」な答案は、協会が事業者団体に該当することを論じた上で、検討対象とすべき協会の行為を全て識別し、それぞれの行為について適切な適用条文を選択して的確な規範定立及び当てはめを行うとともに、正当化事由についても的確な規範定立及び当てはめを行っているも

の、「良好」な答案是、協会の事業者団体該当性や正当化事由のほか、検討対象とすべき協会の行為の多くを識別した上で各行為に関する適用条文の選択や規範定立及び当てはめについても一定の論述ができているもの、「一応の水準」の答案是、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠くものや、その分析が簡略であるもの、「不良」な答案是、検討対象とすべき協会の行為の大部分についての的確な識別や適切な適用条文の選択ができていないものや、事業者団体該当性や事業者団体としての行為性を否定したため、事業者団体に対する規制に係る基本的事項についての論述を欠いており、出題趣旨から離れた論述に終始するものとした。

#### 4 今後の出題

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

#### 5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や違反要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討して要件に当てはめ、そして、それを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。



## 令和3年 出題趣旨

所得とは……営利を目的とする継続的行為から生じた所得以外の一時の所得で労務その他の役務又は資産の譲渡の対価としての性質を有しないものをいう。」の要件のうち、対価性が焦点となることを示せるかが鍵となる。

なお、本件レポートのような金員の授受について、本問では法人税法と所得税法とのバランスに鑑みて質問されていないが、法人税法第55条第1項の意義、及び、株式会社エス・ブイ・シー事件・最決平成6年9月16日刑集48巻6号357頁における脱税協力手数料の損金算入の可否（結論は否）についても、復習しておくことが望ましい。

### [経済法]

#### [第1問]

第1問は、入札談合に関する出題であり、Y1ないしY15の行為が、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第2条第6項に定義される不当な取引制限に該当し、同法第3条に違反するかどうかを中心に同法上の問題点の検討を求めるものである。不当な取引制限の諸要件を正確に理解していることを前提に、特にY14及びY15については、それぞれの主張の趣旨を的確に捉えた上で、問題となる要件についてあるべき解釈を示し、設例の事実関係を当てはめ、その当否を説得的に論じる必要がある。

まず、行為要件として、「共同して」（多摩談合（新井組ほか）事件・最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁に従って、「共同して…相互に」の要件と考えることもできる。）は、意思の連絡を意味する。また、「相互にその事業活動を拘束する」（相互拘束）の要件をどう定義するかについては、複数の解釈があり得るが、いずれの立場に立つとしても、その意義を定立する必要がある。本件合意の当事者であるY1ないしY13については、いずれの要件も充足することは明らかであり、簡潔に解答すれば足りる。

これに対して、本件合意に参加していないY14及びY15については、各主張を十分に踏まえた検討が求められる。

Y14は、本件合意の参加者の正確な範囲を知らないと主張しており、本件合意に参加する事業者の範囲をどの程度認識していれば「共同して」といえるのかが問題となる（「順次の意思連絡」等の問題ではない）。この点に関しては、元詰種子カルテル事件・東京高判平成20年4月4日審決集55巻791頁において、参加者の範囲の概括的認識をもって足り、参加者の範囲を具体的かつ明確に認識することまでは要しない旨判示されている点が参考となるが、理由を示すこともなく、同裁判例の結論に依拠するのみでは十分でない。本問において、Y14は、調整役のY1から「X県所在の有力な業者の多くが本件合意に参加する意思を表明している」と伝えられているから、上記裁判例の結論に照らせば、Y14の主張を肯定することは困難であろう。

また、Y14は、受注希望はなく、実際に落札した工事もないと主張しており、これは相互拘束の不存在を主張するものと理解できる。相互拘束の意義については複数の解釈があり得るが、例えば、拘束の相互性や共通性を厳格に捉える解釈によれば、Y14の主張は一定の合理性を有するかもしれない。他方、合意を遵守し合う関係ないしは合意に事実上拘束されている状態にあれば足りるとの解釈によれば、Y14の主張は失当であろう。いずれにせよ、相互拘束の意義を明確に示した上で、設例の事実関係を当てはめ、Y14の主張の当否を説得的に論じることが必要となる。

Y15は、本件合意への参加に関するY1の呼び掛けにいったん応じたものの、入札公告前にY1に対して本件合意に参加しないことを明確に伝えたと主張しており、ここでは、いつの段階で違反が成立するのか、すなわち個別調整等を待たずとも基本合意により違反は成立するのか、また、基本合意により違反が成立すると考えるならば、本問においてY1に対する意思表示のみで離脱を認めることができるのかが問題となる。前者については、基本合意の成立時

点で違反が成立すると考えられよう。競争を実質的に制限すると認められる合意があれば、その実施等がなくとも不当な取引制限の要件を満たすし（なお、石油価格カルテル刑事事件・最判昭和59年2月24日刑集38巻4号1287頁を参照）、その実施等がなされるまで違反は成立しないと考えるべき実際上の理由もないからである。後者については、どのような場合に離脱を認め得るか複数の立場があり得る。一つの立場を示すものとして、岡崎管工事件・東京高判平成15年3月7日審決集49巻624頁は、「離脱者が離脱の意思を参加者に対し明示的に伝達することまでは要しないが、離脱者が自らの内心において離脱を決意したにとどまるだけでは足りず、少なくとも離脱者の行動等から他の参加者が離脱者の離脱の事実を窺い知るに十分な事情の存在が必要」とする。これによれば、本問では、調整役のY1に対する明示的な離脱意思の表明が他の参加者にとって離脱の事実を窺い知るに十分な事情の存在といえるかについて、Y1が調整役であり個別調整の取りまとめ役であることといった設例の事実関係を当てはめて論じることになる。このような立場を採らず、一部の参加者に対する離脱意思の表明で足りるとするのであれば、当てはめを含めて説得的に論述することが必要となる。なお、基本合意の参加者全員に対して離脱意思を明示しなければならないなどという立場に立つ場合には、Y14の主張の当否に関して参加者の範囲を具体的かつ明確に認識することまでは要しないという立場に立つこととの整合性に留意する必要がある。

次に、効果要件である「公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限する」のうち、「一定の取引分野」については、本問におけるような専ら競争制限を目的ないし効果とする合意に関しては、通常、共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲をもって画定することで足りると解される。本問では、本件合意が対象とする「X県が条件付一般競争入札の方法により発注する本件各工事の取引分野」が一定の取引分野として画定されることを簡潔に解答することが求められる。また、「競争を実質的に制限する」とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、本問のような入札談合においては、当事者らがその意思で落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうところ（前記多摩談合（新井組ほか）事件判決）、その意義を示した上で設例の事実関係を当てはめて論述することが求められる。本問の設例では、入札価格を80点満点で評価する「価格評価点」と技術力を20点満点で評価する「技術評価点」を合算した点数の最も高い者を落札者とする総合評価落札方式が採用されている。技術評価点によっては落札者が変わり得るが、本件合意の参加者が技術力の高い事業者であること、個別物件ごとに技術評価点の予測値を算出した上で個別調整を行う仕組みとなっていること、入札結果をみても、Y1ないしY15以外の入札参加者は技術力が高くない数社にとどまり、20件中19件の工事について本件合意に基づく調整の結果どおり受注予定者が受注していることを示して、論述することが求められる。公共の利益に反することについては、受注価格の低落防止及び受注機会の均等化を図るといって本件合意の目的に絡めて簡潔に解答すれば足りよう。

なお、設問は課徴金の賦課及び犯則事件について論じる必要はないとしている。前者は、Y1が課徴金を加重される主導的事業者に該当するの点を含め課徴金の賦課に関する検討を除外する趣旨である。後者は、設例の事実関係が行政事件を念頭に置いたものか不明確であることから、念のため示したものであって、今後、犯則事件について論じる必要はない旨明示されていなければ、必ずこれを論じなければならない趣旨ではないことに留意されたい。

## 〔第2問〕

第2問は、4社寡占の甲製品市場において、45パーセントのシェアを有するX社が、後発でシェアは15パーセントにとどまるが相対的に低価格であるY社の甲製品の伸長に危機感を抱き、Y社の甲製品を積極的にユーザーに推奨する取引先販売店に対して個別に、X社による販売促進等の支援において不利に扱う旨を示唆したこと（措置1）及び取引先特約店に対して

専らX社の甲製品を推奨することを約束させる活動を行ったこと（措置2）について、設問1ではそれぞれの措置が独占禁止法に違反するかを問い、設問2では追加的の事情の下で措置1及び措置2の全体が同法に違反するかを問うものである。

設問を分け、設問2では追加的の事情を加えることにより、設問1では「公正な競争を阻害するおそれ」（公正競争阻害性）を効果要件とする不公正な取引方法（独占禁止法第2条第9項・第19条）に、設問2では「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（競争の実質的制限）を効果要件とする私的独占（同法第2条第5項・第3条）に、それぞれ該当するかについて検討することを求めていることがおのずと分かるようにしている。独占禁止法の実体規定の体系的な理解を前提に、不公正な取引方法と私的独占の行為要件及び効果要件の違いを踏まえて解答することが求められている。

設問1においては、まず、措置1と措置2のそれぞれについて、どの類型の不公正な取引方法に該当するかを特定する必要があるところ、取引の相手方に対するいわゆる垂直的制限として、独占禁止法第2条第9項第6号ニの「相手方の事業活動を…拘束する条件をもって取引すること」（広義の拘束条件付取引）に該当するか、具体的には、不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第11項（排他条件付取引）又は第12項（拘束条件付取引）に該当するかがポイントとなる。措置1については、設例上、広義の拘束条件付取引と直ちに評価できるだけの十分な事実関係は示されておらず、その態様（不利益措置の示唆にとどまる上、Y社の甲製品を積極的に推奨している販売店がどの程度存在するか設例上明らかにされていない。）等に照らせば、Y社の甲製品を積極的に推奨する販売店に対する個別の牽制ないしは圧力と評価できよう。そうすると、措置1は、Y社の甲製品を積極的に推奨する販売店に対する、販売促進等の支援における「取引条件等の差別取扱い」（一般指定第4項）、Y社の甲製品を積極的に推奨しないように仕向けて取引の内容を制限させる「その他の取引拒絶」（一般指定第2項）、Y社という自己の「競争者に対する取引妨害」（一般指定第14項）に該当するものと考えることができ、そのいずれを選択するにしても、それぞれの類型を定める条文に即して行為要件を充足するかを的確に論述する必要がある。なお、仮に、措置1が上記の態様にとどまるものであるにもかかわらず、拘束条件付取引として捉える場合には、拘束条件を付ける取引の相手方の範囲や拘束条件の内容、その実効性が確保されていることを検討し、さらに、排他条件付取引として捉える場合には、そのような検討に加えて、甲製品の販売店では併売が一般的であるにもかかわらず、Y社の甲製品を積極的に推奨しないということをもって「競争者と取引しない」という要件に該当することを検討することになる。他方、措置2については、X社が特約店に対し、専らX社の甲製品を推奨することを約束する場合にはリポートを供与する旨提案し、これを実施するものであるから、拘束条件付取引に該当することが明らかであり、上記約束の履行状況のモニタリングや指導、指導による改善が見られない場合におけるリポートの不支給や販売促進等の支援策の削減の通告という上記約束の実効性確保措置が講じられていることも踏まえつつ、行為要件を充足するかを的確に論述する必要がある。なお、措置2を排他条件付取引として捉える場合には、措置1と同様に、甲製品はX社の特約店であっても併売が一般的であるにもかかわらず、専らX社の甲製品の推奨という上記約束を「競争者と取引しない」と同視できるのかを検討することになる。

次に、措置1及び措置2のそれぞれについて、不公正な取引方法の効果要件である公正競争阻害性が認められるか否かを検討することになる。ここでは、公正競争阻害性の意義を的確に示した上で、X社がY社の甲製品の販売台数の伸長等に危機感を抱いて2つの措置を採ることとした経緯に鑑み、競争排除（他の事業者を市場から排除したり、新規参入を妨げたりすること）ないしは市場閉鎖（代替的な取引先を容易に確保することができなくなること）による競争減殺効果を検討することになる（措置1について、競争者に対する取引妨害と捉える場合には、競争手段の不公正さの観点を加味して論述することもできよう。）。なお、これらに加え

て、Y社の甲製品が排除されることによる価格維持を通じた競争減殺効果に着目することもできるが、設例においてはその点を的確に判断するために必要な事実関係は明らかにされていないことに留意する必要がある。

前提として、自由競争減殺の観点からの公正競争阻害性を検討するには、検討対象となる市場を画定することが必要であり、市場の意義とその画定方法を的確に示した上で、設例の事実関係に即して「我が国における甲製品の製造販売市場」と画定できることを簡潔に解答することが求められる。

画定した上記市場において、設例の事実関係の下で具体的にどのようなメカニズムにより競争排除ないしは市場閉鎖による競争減殺効果が生じるかを検討する必要がある。まず、措置1について、設例の事実関係を踏まえて、X社による販売促進等の支援における不利な扱いの示唆によってどのような広がりのある効果もたらされるのか、現に不利な扱いを受けた販売店が存在し、そうした販売店に関する情報が流布していることを加味して論じた上で、ユーザーは販売店の推奨によってメーカーを選定する傾向が強いことを前提に、低価格を武器にしてそのシェアを漸増させていたY社の甲製品への影響を論じる必要がある。次に、措置2については、措置1よりも特約店の事業活動に対する制約が強く働き得ることや、そのために市場閉鎖の状況がある程度具体的に発現していることに留意して論述する必要がある。すなわち、設例の事実関係に照らせば、特約店には専らX社の甲製品を推奨するという約束に応じない又はこれを履行しないという選択は考えにくく、そうすると、ユーザーは販売店の推奨によってメーカーを選定する傾向が強いことを前提に、併売が一般的である特約店が上記約束をそのとおりに実行すれば、X社の特約店が実質的にX社の専売店に近いものとなりかねないと考えられること、設例の事実関係を総合すると、販売店全体の3割程度が上記約束に忠じていることになり、実際にも、Y社では新たな取引先の獲得に懸念が生じていることといった事実関係を踏まえて、措置2により、Y社は代替的な取引先を容易に確保することができなくなり、取引機会が減少するような状態をもたらすおそれが発現しているかを説得的に論述することが求められる。なお、正当化事由については、競争者に対抗することは有力な事業者においても認められるべきであるとはいえ、2つの措置はいずれも、単なる対抗策の域を超え、X社の家庭用電動器具の総合メーカーとしての地位等を背景に、Y社の甲製品を積極的に推奨する販売店を狙い撃ちにし（措置1）、また、実質的にX社の特約店を専売店化することにつながりかねない（措置2）ものであり、正当化されないであろう。

設問2については、X社による措置1及び措置2の全体について、私的独占の手段としての他の事業者の事業活動の「排除」に該当するかを検討することになる。NTT東日本事件・最判平成22年12月17日民集64巻8号2067頁によれば、「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」を有し、「市場への参入を著しく困難にするなどの効果」を有するかを様々な事情を総合考慮して判断することになるところ、その場合には、設例の事実関係（なお、販売店全体の4割程度が上記約束に忠じていることになる。）を踏まえて、X社が他の事業者では到底採り得ない人為的手段を用いて、Y社をはじめとする競争者にとって販売店を獲得することや販売店における推奨を確保することが容易にできない状態をもたらしているかを説得的に論述することが求められる。

次に、前記のとおり画定した市場を「一定の取引分野」とすることを前提に、競争の実質的制限の成否を検討することになる。まず、競争の実質的制限の意義を的確に示した上で、これまで価格競争は限定的であったものの、Y社が参入し、相対的な低価格を強調する販売戦略により販売台数を伸ばし、そのためX社のシェアが漸減し、市場に変化が現れ始めていたことを前提に、設例の事実関係を当てはめて、競争を実質的に制限するに至っているかを論述する必要がある。

最後に、X社の2つの措置について、「公共の利益に反し」ないとする特段の事情がないこ

とを簡潔に付言することが求められる。

## [知的財産法]

### [第1問]

- 1 設問1は、均等侵害の成否を問うものである。設問2は、消尽の成否を問うものである。設問3(1)は、特許法（以下「法」という。）第101条第2号の間接侵害の成否、設問3(2)は、同号の間接侵害に基づく損害賠償請求と法第102条第2項の関係を問うものである。
- 2 設問1については、A製品がX発明の構成要件の一部を欠くことから、文言侵害が成立せず、均等侵害の成否が問題となることを指摘した上で、均等侵害の5要件を提示した最判平成10年2月24日民集52巻1号113頁【ボールスプライン事件】を踏まえ、均等論の意義・根拠に言及しつつ、設問の事例において、均等侵害の5要件が充足されるか否かを具体的に論述することが求められる。特に、本問では、「その他の硬い針を用いてもよい」という明細書の記載との関係で、「樹脂製の針」に係る構成をX発明の特許請求の範囲に含めなかったことが「特段の事情」に該当するか否かについて詳しく検討する必要がある。この点については、容易想到な出願時同効材を特許請求の範囲に記載しなかっただけでは「特段の事情」に当たらないが、客観的、外形的にみて、対象製品等の構成が特許請求の範囲の構成を代替すると認識しながらあえて特許請求の範囲に記載しなかった旨を表示していたときは「特段の事情」に当たると判示した最判平成29年3月24日民集71巻3号359頁【マキサカルシトール事件】を踏まえ、設問の事例において、「特段の事情」があると言えるか否かについて、自説を説得的に論証することが求められる。
- 3 設問2については、Bが販売している製品は、X製品の使用済み品を再生したものであるため、消尽の成否が問題となる。まず消尽の意義・根拠（市場における特許製品の円滑な流通・特許権者の利得確保の機会の存在）を指摘しつつ、解釈により特許権の消尽を認めるべきことを論じる必要がある。また、本問では、X製品の添付文書に「再使用禁止」の記載があるが、特許権の消尽は、政策的理由から特許権の効力を画するものであり、特許権者の意思でその効力を変更することはできないから、添付文書の記載を理由に直ちに消尽の成立を阻止することはできないことを論じる必要がある。

次に、本問では、Bが、X製品を再生する過程で、分解、洗浄、再組立て、滅菌処理等を行っていることから、特許製品に加工等がされた場合には、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、元の特許製品と同一性を欠く製品が新たに製造されたといえるか否かにより特許権の行使の可否を判断すると判示した最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】を踏まえ、設問の事例において、特許権の行使を認めるべきか否かについて、自説を説得的に論述することが求められる。
- 4 設問3(1)については、C製品がそれ自体としては一体化同時穿孔に使用することができず、かつ、一体化同時穿孔以外の態様で使用する事が可能なものであるから、直接侵害及び法第101条第1号の間接侵害は成立せず、同条第2号の間接侵害の成否が問題となることを指摘し、設問の事例において、同号の要件が充足されるか否かについて説得的に論じることが求められる。「物の生産」については、「生産」の意義を明らかにしつつ、一体化同時穿孔に使用することを禁じた添付文書の記載との関係で、C製品が「物の生産」に用いるものといえるかを具体的に論じる必要がある。また、「その発明による課題の解決に不可欠なもの」については、「課題の解決に不可欠なもの」の意義を明らかにしつつ、X発明の技術的特徴との関係でC製品が「課題の解決に不可欠」といえるかを具体的に論じる必要がある。さらに、主観的要件（「知りながら」）については、C製品が一般に一体化同時穿孔に使用される

## 第1 出題の趣旨

別途公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

## 第2 採点方針

出題した二問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるのかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

### 1 第1問

第1問は、X県が条件付一般競争入札の方法により発注した県道の復旧工事20件に関し、当該入札に係る合意（以下「本件合意」という。）をするなどしたY1ないしY13の行為について、また、調整役であるY1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明するなどしたY14及びY15の各行為について、それぞれ「不当な取引制限」（独占禁止法第2条第6項・第3条）に該当するかを中心に同法上の問題点を的確に検討することができるかを問うものである。

具体的には、Y1ないしY15がいずれも「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、「不当な取引制限」の各要件について文言の解釈を行って規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめることができているか、特にY14及びY15については、それぞれの主張がいずれの要件との関係で問題となるのかを的確に把握した上で、それぞれの行為に関する個別の事情を踏まえた検討ができているかを評価の対象とした。

### 2 第2問

第2問は、甲製品市場における有力な事業者であるX社が同製品のシェアを漸増させていたY社に対抗するために講じた措置1及び措置2について、設問1は各措置について「不公正な取引方法」（独占禁止法第2条第9項・第19条）に、設問2は追加的な事情の下で2つの措置の全体について「私的独占」（同法第2条第5項・第3条）に、それぞれ該当するかを的確に検討することができるかを問うものである。

すなわち、X社等が「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、設問1においては、各措置について、問題文に記載された事実関係を的確に読み取り、不公正な取引方法のうち最適と考えられる適用条文を選択した上で、行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範の定立と当てはめができているか、設問2においては、2つの措置の全体について、適用条文として「私的独占」（排除型）を選択した上で、行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範の定立と当てはめができているかをそれぞれ評価の対象とした。

設問1について、問題文に記載された事実関係の下において適切と評価できる適用条文を選択して論述していれば、いずれの適用条文を選択していても同等に評価の対象とし、それ以外の適用条文を選択した場合でも、後記のとおり、一定程度評価の対象としている。また、設問2については、「排除型」ではなく「支配型」の「私的独占」を検討していても、十分な論述がなされていれば同等に評価の対象とした。

## 第3 採点実感等

## 1 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

### (1) 第1問

#### ア 適用条文の選択

ほぼ全ての答案が、適用条文として「不当な取引制限」の定義規定である独占禁止法第2条第6項及びその禁止規定である同法第3条の双方を摘示していたが、いずれか一方の摘示を欠く答案も散見された。

#### イ 事業者性及び競争者性

Y1ないしY15について、多くの答案が「土木工事の施工等を業とする株式会社」であることを指摘して独占禁止法第2条第1項の「事業者」に当たるとした上で、同条第6項の「事業者」及び「他の事業者」に該当することを肯定していたが、それらについては、独立の事業者であること及び競争関係にあることを要する旨の解釈やこれらに関する当てはめを欠いている答案が相当数あった。他方、Y1ないしY15がいずれも入札参加資格を満たしている事業者であることに言及して競争関係にあることを肯定する答案も一定数あり、これらの答案については加点の対象とした。

#### ウ Y1ないしY13の行為

##### (ア) 意思の連絡

「共同して」の要件については、事業者相互に意思の連絡が存在することを意味する旨を端的に指摘した上で、本件合意の当事者であるY1ないしY13の間には問題なく意思の連絡が認められることを簡潔に示している答案が比較的多かったものの、本問では意味のないと考えられる黙示の合意の推認に関する規範を定立したり、必要以上に詳細な当てはめを行ったりしている答案も少なからず見られた。なお、多摩談合（新井組ほか）事件・最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁の判示に従い、「共同して…相互に」の要件として検討する答案も相当数あったが、上記の立場で検討する答案と同等に評価の対象とした。

##### (イ) 相互拘束

「相互にその事業活動を拘束し」の要件については、拘束の共通性及び拘束の相互性を要するとの立場に立った上で、本件合意の成立によってこれらが肯定できることを簡潔に指摘する答案が比較的多かったものの、前者については目的の共通性があれば足り、後者については合意を遵守し合う関係があれば足りるとの解釈を示すことができている答案はさほど多くなかった。なお、上記多摩談合（新井組ほか）事件判決の判示を踏まえ、各社の事業活動が事実上拘束されることで足りるとの解釈及びこれを前提とする当てはめを行っている答案も相当数あったが、上記の立場で検討する答案と同等に評価の対象とした。

##### (ウ) 一定の取引分野

「一定の取引分野」の要件については、その意味（経済学上の市場と同義であることなど）を簡潔に示した上で、その画定方法につき、本件合意のような専ら競争制限を目的ないし効果とする共同行為に関しては、通常、当該共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲をもって画定することで足りるとする答案が比較的多かった一方、需要の代替性等を考慮する方法に言及する答案も一定数あったが、そうした方法を的確に当てはめるものは極めて少なかった。また、本件の「一定の取引分野」を本件合意が対象とする「X県が条件付一般競争入札の方法により発注する本件各工事の取引分野」である旨を正確に指摘できた答案は余りなく、「X県が入札により発注する工事」などとする答案が相当数あった。

##### (エ) 競争の実質的制限

「競争を実質的に制限する」の要件については、前記多摩談合（新井組ほか）事件判

決の判示を踏まえ、「当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうこと」であるとする答案や「当事者らがその意思で落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」であるとする答案が多かった一方、本問が入札談合の事案であることを考慮せず、単に「市場支配力の維持・形成・強化」とする答案も少なくなかった。また、本件合意が競争を実質的に制限するものであることを肯定する答案が大多数であり、このうちの多くが20件中19件の工事について本件合意に基づく調整の結果どおり受注予定者が受注したという落札結果に関する事情を指摘していたものの、その余の事情（入札参加者の総数に占める本件合意参加者の数等）に言及している答案はさほど多くなく、単にハードコア・カルテルであることを指摘するにとどまるものも見られた。もっとも、総合評価落札方式においては技術評価点によって落札者が変わり得るといふ点に的確に着目し、本件合意の参加者が技術力の高い事業者であり、個別物件ごとに技術評価点の予測値を算出した上で個別調整を行う仕組みとなっていることにも言及している答案も一定数あり、これらの答案については加点の対象とした。

(4) 公共の利益

「公共の利益に反して」の要件については、条文の文言を指摘した上で、受注価格の低落防止及び受注機会の均等化を図るといふ本件合意の目的の正当性を否定する答案が比較的多かったが、問題文に記載された事実関係に触れることなく結論のみを示している答案や、この要件に全く言及しない答案も少なくなかった。

エ Y14の行為

(7) 参加者の範囲に関する認識

「本件合意の参加者の正確な範囲を知らない」との主張は、本件合意に参加する事業者の範囲に関する認識を問題とするものと理解することができ、「共同して」の要件又は「相互にその事業活動を拘束し」の要件に関するものと位置付けられるが、前者の要件の問題として検討している答案が多く、このうちの多くが、Y14が本件合意の参加者の正確な範囲を認識していなくても意思の連絡があったといえるとの結論に立っていた。その理由について、Y14が調整役のY1から「X県所在の有力な業者の多くが本件合意に参加する意思を表明している」と伝えられているという事情に着目し、このような認識があれば本件合意が対象とする市場における競争を実質的に制限する効果をもたらすことを認識することができるなどの的確に論述している答案が一定数見られたものの、順次の意味連絡や黙示の意味連絡の問題として検討している答案も相当数あり、全体として説得的な論述ができていない答案はさほど多くなかった。

(4) 拘束の相互性

「そもそも本件各工事に受注希望はなかったし、実際、落札した工事もない」との主張は、相互拘束の不存在を主張するものと理解することができ、「相互にその事業活動を拘束し」の要件に関するものと位置付けられるが、これを競争の実質的制限の存否に関わらせて検討するなどこの主張の趣旨を的確に捉えることができていない答案が多く、この主張に関する具体的な検討をしていない答案も相当数あった。また、相互拘束の不存在を主張するものと捉えることができていない答案の多くは拘束の相互性を肯定していたものの、拘束の相互性の解釈に関するそれぞれの立場に基づいて説得的な当てはめができていないものは多くなかった。

オ Y15の行為

(7) 違反の成立時期

「当初、Y1の呼び掛けに応じたが、その後、…入札公告前に、本件合意に参加しないことを明確に伝えた」との主張は、「不当な取引制限」の成立時期に関わるものと位置付けられる。違反が成立するためには競争を実質的に制限すると認められる合意の実施



等を要するとの立場に立てば、Y15の行為について違反が成立しないと解する余地もあるが、そのような問題を意識した論述を行っている答案はほとんどなく、むしろ入札公告前に参加しない旨表明したことを挙げてY15の違反の成立を否定する答案が相当数見られた。また、離脱の成否を論ずる前提として、不当な取引制限の成立時期に触れている答案も少数にとどまった。違反の成立時期を論じた答案は、総じて、基本合意の成立時点で違反が成立するとの立場に立った上で、Y1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明した時点でY15についても不当な取引制限の成立を認めるものであった。他方、違反の成立時期に全く言及しない答案も相当多かった。

(イ) 離脱

「少なくともY1に対しては…、本件合意に参加しないことを明確に伝えた」との主張は、Y1からの本件合意への参加の呼び掛けに応じる意思を表明した時点でY15についても不当な取引制限の成立を認める立場に立つ場合には、違反行為からの離脱を主張するものと位置付けられる。離脱を認めるための要件を定立しないまま、問題文に記載された事実関係を羅列して結論を導くにとどまる答案も一定数あったが、岡崎管工事件・東京高判平成15年3月7日審決集49巻624頁の判示を参考に、他の参加者が離脱者の離脱の事実を窺い知るに十分な事情（外部的徴表）の存在を必要とするとの立場に立った上で、調整役であるY1のみに離脱の意思を表明しただけでは当該事情は認められないとする答案と、Y1を通じて本件合意に参加したという経緯等を重視して当該事情が認められるとする答案が、それぞれ相当数見られた。いずれの結論であっても、問題文に記載された事実関係を踏まえた説得的な論述ができていれば相応に評価したが、離脱の効果やその前提となる違反の成立時期に関する理解が不十分であると見られる答案（離脱を認めることをもってY15について違反の成立を否定している答案など）については低い評価にとどめた。

(2) 第2問

ア 設問1

(ア) 適用条文の選択

措置1については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、その態様等に照らせば、不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）のうち、「取引条件等の差別取扱い」（一般指定第4項）、「その他の取引拒絶」（一般指定第2項）、「競争者に対する取引妨害」（一般指定第14項）に該当するものと考えられるところ、これら適用条文を選択している答案は半数に満たなかった。他方で、「拘束条件付取引」（一般指定第12項）を選択している答案が半数程度存在し、「排他条件付取引」（一般指定第11項）を選択している答案も少数ながら見られた（これら適用条文（以下「拘束条件付取引等」という。）を選択した答案であっても、適用条文及び後記の行為要件において一定程度評価の対象としている。）。また、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」（独占禁止法第2条第9項第5号）などを選択する答案も見られた。

措置2については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、「拘束条件付取引」に該当するものと考えられるところ、「拘束条件付取引」を選択している答案は半数を超えた。他方で、「排他条件付取引」、「差別対価」（独占禁止法第2条第9項第2号又は一般指定第3項）又は「取引条件等の差別取扱い」などを選択している答案がそれぞれ相当数見られた（これら適用条文（以下「排他条件付取引等」という。）を選択した答案であっても、適用条文及び後記の行為要件において一定程度評価の対象としている。）。また、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」や「不当な利益による顧客誘引」（一般指定第9項）などを選択する答案も見られた。

(イ) 行為要件の検討

適切と評価できる適用条文を選択した答案の多くは、適用条文に即して、おおむね適切に、行為要件に関する規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を当てはめていた。

措置1について、「拘束条件付取引」を選択した答案の多くは、「拘束」の意義（取引条件に従わない場合に経済上何らかの不利益を伴うことにより、現実にその実効性が確保されていれば足りる旨）を適切に示していたが、「拘束する条件」の内容を具体的に示すことなく、X社から不利な扱いを受ける抽象的危険性が生じていることをもって直ちに、販売店全般に「拘束」が生じているなどとするものであり、論理的にやや難が見られた。「排他条件付取引」を選択した答案の多くは、このような難点に加えて、甲製品はどの販売店でも併売が一般的である点を看過し、又はこれを軽視して十分な論述をすることなく、Y社の甲製品を積極的に推奨しないことを「競争者と取引しない」と同視するものであり、難が見られた。

措置2について、「排他条件付取引」を選択した答案の多くは、上記と同様に、併売が一般的である点を看過し、又はこれを軽視して十分な論述をすることなく、X社の甲製品を専ら推奨することを「競争者と取引しない」と同視するものであり、難がある。また、「取引条件等の差別取扱い」を選択した答案の多くは、レポートの受給と引換えにX社の甲製品を専ら推奨する約束を履行した場合と履行しない場合における区別に着目するものであるが、上記約束を履行しない場合におけるレポートの不支給等の不利益が上記約束の実効確保手段として用いられている実態を捉えておらず、拘束条件付取引として検討すべき上記約束自体の不当性を検討外に置いてしまうものであり、難が見られた。「差別対価」を選択した答案は、X社が供与するレポートが「家庭用電動器具全体の仕入額を計算基礎」とするものであることを看過又は軽視し、このようなレポートを直ちに甲製品の対価の修正と捉えるものであり、難が見られた。

#### (ウ) 効果要件の検討

不公正な取引方法における効果要件は、公正競争阻害性を意味し、本問では主として競争者排除ないし市場閉鎖による自由競争減殺効果が問題となり、その程度は競争の実質的制限に達する前段階ないしその危険性で足りる旨を規範として定立することになるが、これらの諸要素を網羅的かつ的確に指摘できている答案は半数に満たず、公正競争阻害性ないし自由競争減殺とだけ指摘する答案や効果の程度について指摘がない答案が相当数見られた。また、本問では、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、価格維持効果を通じた競争減殺効果の有無を的確に判断するために必要な事実関係は明らかにされていないにもかかわらず、価格維持効果にも着目した検討を加える答案が相当数見られ、さらに、価格維持効果だけに終始する答案もごく少数ながら見られた。

次に、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、いずれの措置についても、どのようなメカニズムで競争減殺効果が生じるかを検討する必要があるが、問題文に記載された該当する事実関係を丁寧に拾い、それらを再構成し順序立てて上記の競争減殺効果が生じるおそれを指摘できていた答案は限られており、メカニズムに関する重要な事実関係の一部を欠く答案、それら事実関係を羅列するだけの答案、Y社の甲製品の取扱いを断念した販売店がある（措置1）又はY社による新たな取引先販売店の獲得に懸念が生じている（措置2）という結果だけを指摘する答案などが相当数見られた。

こうした検討の前提となる市場画定については、答案の多くが「我が国における甲製品の製造販売市場」と画定できていた。

なお、適切と評価できる適用条文を選択していない場合でも、効果要件（市場画定を含む。）については、相当と評価できる適用条文を選択した場合の論述と重なり合う限り、同等に評価の対象とした。

## イ 設問 2

### (ア) 適用条文の選択

大多数の答案が、出題の趣旨に即して、「私的独占」を適用条文として選択し、そのうち「排除型」の「私的独占」を検討していた一方で、少数ながらも、「支配型」の「私的独占」を検討する答案も見られた。また、設問 2 の追加的事情に照らせば、公正競争阻害性を超える弊害が発生していると考えられるにもかかわらず、不公正な取引方法を適用条文として選択する答案も散見された。

### (イ) 行為要件の検討

「排除型」の「私的独占」を検討した答案の半数程度は、「排除」の意義を的確に示していたが、設問 1 で検討した競争排除効果を前提に当てはめを行うにとどまるもの（不公正な取引方法に該当することのみを挙げるものを含む。）が多く、設問 2 の追加的事情を含む具体的事情を総合考慮するものはごく限られていた。また、「支配型」の「私的独占」を検討した答案のうち、「支配」の意義（その程度を含む。）を的確に示した上で当てはめを行っていたものは、ほぼ存在しなかった。

### (ウ) 効果要件の検討

「私的独占」を検討した答案の多くは、「競争の実質的制限」の意義を的確に示し、設問 2 の追加的事情を中心に当てはめていたが、単に直近のシェアが 60 パーセントに達していることを挙げるにとどまるものが多く、甲製品市場が従前どのような状況にあり、2つの措置により、それがどの程度の期間でどのように変化したのかまでの的確に指摘・検討している答案はごく少数であった。

市場画定（一定の取引分野）については、答案の多くが、設問 1 における検討を前提にしつつ「我が国における甲製品の製造販売市場」と画定できていた。

## 2 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

### (1) 第 1 問

Y 1 ないし Y 1 3 の行為については、答案の多くが、不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめをおおむね適切に行っており、出題時に想定していた解答水準との間に大きな差異はなかった。

他方で、Y 1 4 の行為については、答案の多くが本件合意の参加者の範囲に関する認識を問題として指摘している点は出題時に想定していた解答水準との間に差異はなかったものの、その検討内容は出題時の想定を下回っており、拘束の相互性に関する問題の指摘及び検討内容も出題時の想定を大きく下回った。

また、Y 1 5 の行為についても、違反の成立時期に関する指摘及び検討内容は出題時に想定していた解答水準を大きく下回っており、答案の多くが違反行為からの離脱を問題として指摘している点は出題時に想定していた解答水準との間にさほど差異はなかったものの、その検討内容は出題時の想定を下回った。

### (2) 第 2 問

答案の多くが、出題の趣旨に即して、設問 1 については不公正な取引方法を、設問 2 については私的独占を検討しており、出題時に想定されていた解答水準との間に大きな差異はなかった。しかし、設問 1 について、適切と評価できる適用条文を選択することができている答案は、出題時の想定を大きく下回り、特に措置 1 については「拘束条件付取引等」を選択する答案が出題時の想定を大きく上回った。

また、市場画定については、いずれの設問においても、答案の多くが適切に解答しており、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかったが、独占禁止法に関する基本的な知識であるにもかかわらず、行為要件及び効果要件に関する規範を全く定立していないか又は正確に定立することができていない答案が相当数見られ、出題時の想定を上回った。さらに、該

当する事実関係を的確に当てはめることができている答えは、出題時に想定していたほど多くなかった。

### 3 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

#### (1) 第1問

「優秀」な答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張に関連する要件をおおむね的確に指摘した上で説得的な論述を行っているものとした。

「良好」な答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめをおおむね的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張に関連する要件の多くを指摘した上で相応の論述を行っているものとした。

「一応の水準」の答案は、Y1ないしY13の行為について不当な取引制限の各要件の一部に関する規範の定立及び当てはめをおおむね的確に行うとともに、Y14及びY15の各行為についてもそれぞれの主張の一部に関して一定の論述を行っているものとした。

「不良」な答案は、不当な取引制限の各要件に関する規範の定立及び当てはめが全体的に不十分であるものや、Y1ないしY13の行為に関する規範の定立や当てはめを相応に行っているものの、Y14及びY15の各主張の趣旨を把握できていないものなど、独占禁止法に関する基本的理解に疑問を抱かせる論述を行っているものとした。

#### (2) 第2問

「優秀」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択した上で、行為要件及び効果要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行っているものとした。もっとも、設問1につき、2つの措置のいずれかについて、適切と評価できる適用条文を選択していない場合（措置1において「拘束条件付取引等」を選択し、又は、措置2において「排他条件付取引等」を選択した場合に限る。）であっても、行為要件及び効果要件に関する論述が優れているもの（例えば、効果要件に関する規範を的確に定立した上で、競争減殺効果の発生メカニズムを順序立てて的確に論述できているものなど）は、「優秀」な答案とした。

他方で、「良好」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択しているが、設問のいずれかにおいて、行為要件及び効果要件に関する規範を定立せず又は正確に定立していないか、事実関係を整理できておらず当てはめが不十分であるものや、設問1につき、2つの措置のいずれかについて、適切と評価できる適用条文を選択していても、行為要件及び効果要件に関して相応の論述ができていないものなどとした。「一応の水準」の答案は、このような「良好」な答案とされるための要素を1つ又は2つ程度欠くものとした。

「不良」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択せず、かつ、公正競争阻害性や競争の実質的制限の意義を的確に指摘できていない、ひいてはそれらの違いを踏まえた当てはめもできていないなど、独占禁止法に関する基本的理解が欠落していることがわかるものとした。

### 第4 今後の出題

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論述の論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

### 第5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な分析を必要とするものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを

見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や違反要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討して要件に当てはめ、そして、それを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

# 令和4年 司法試験 出題趣旨

て、その部分ではなかったものとみなすと規定している。その趣旨は、資産の譲渡による所得をBが実質的に使うことができない、という担税力減殺要因を課税所得算定に反映させることである。

所得税法第64条第2項の適用の有無に関し、札幌高判平成6年1月27日判タ861号229頁を重視し、本件でもBはF社の取締役であって債務不履行を予測できたであろうから、同項は適用されないと論じて、又は、さいたま地判平成16年4月14日判タ1204号299頁を重視し、Bが主債務者たるF社の取締役であるといえどもF社の判断とBの判断は同一視される訳ではないので、同項は適用されると論じて、どちらでも設問3では説得的に論じることができるであろう。

## 〔第2問〕

本問は、所得税における所得分類（設問1）、損害賠償金を支払った場合の必要経費該当性（設問2）、過大収入とその返金に係る法人税法上の益金及び損金の取扱い（設問3、4）、退職所得に対する課税（設問5）について問うものである。

設問1は、九州電力検針員事件・福岡地判昭和62年7月21日訟務月報34巻1号187頁を参考にした事例である。本問においては、給与所得及び事業所得について、それらの意義及び判断基準を示した上で、それを事例に当てはめることが求められる。そして、問題文中には、Aが給与所得者であると認定させる方向に働く事実と、そうでない事実があるが、これらをバランスよく考慮に入れて結論を出すことが求められる。

設問2においては、Aが給与所得者であるという前提に立つか否かによって論述が分かれる。前者によれば、給与所得については必要経費の控除はないということになる。後者によれば、必要経費の意義を示した上で、それを事例に当てはめることになる。その上で、所得税法及び同施行令から、重過失に基づく損害賠償金の取扱いを読み取ることが求められる。

設問3は、相栄産業事件・最判平成4年10月29日訟務月報39巻8号1591頁を参考にした事例である。この判例でも法廷意見と少数意見とで判断が分かれたところであるが、本問においては、過大に支払った分が損金に算入されるか、もし算入されるとしたら返還請求権がいつの時点で益金に算入されるかを、事例に挙げた事実関係に基づいて論じることが求められる。また、損失と損害賠償請求権の関係について、いわゆる同時両建説を採った大栄プラスチック事件・最判昭和43年10月17日集民92号607頁、結論において異時両建説を採った日本美装事件・東京高判平成21年2月18日訟務月報56巻5号1644頁等も参考になるであろう。

設問4は、設問3とは逆に、受取側の課税関係を問う。ここでも、過大に受け取った分が益金に算入されるか、もし算入されるとしたら返還債務がいつの時点で損金に算入されるかを論じることになるが、支払側と受取側との違いに留意することが求められる。

設問5は、退職所得について問う。退職所得については過去にも出題されているが、今回は、退職所得に対する課税方法の趣旨・目的、退職所得金額の計算及び徴収手続という、退職所得課税の基礎を理解しているか否かを問うている。

## 〔経済法〕

### 〔第1問〕

1 本問は、本体商品と補完商品（純正品）を共に製造販売する事業者Y社が、自己の純正品が使用された場合にのみ本体商品が作動するようにして、非純正の補完商品を製造販売する事業者X社を排除することについて、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の評価を問うものである。X社が差止請求訴訟の提起を検討していることから、差止請求の根拠となる同法第24条の要件を充足するか否かを検討する

こととなる。

- 2 独占禁止法第24条の要件として、まず事業者であるY社の行為が、同法第19条で禁止される不公正な取引方法（同法第2条第9項）に違反する行為に該当するか否かを検討することになるが、この検討に当たっては、Y社の行為が不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第10項（抱き合わせ販売等）又は第14項（競争者に対する取引妨害）に該当するかが問題となる。いずれの適用を検討する場合であっても、それぞれの行為要件を満たすことを確認した上で、効果要件である「不当に」、すなわち公正競争阻害性の有無を検討する必要がある。
- 3 行為要件については、一般指定第10項を適用する場合には、「商品」・「他の商品」や「購入させ（る）」こと、一般指定第14項を適用する場合には、「競争関係」や取引を「妨害する」ことの検討が、それぞれ必要となろう。一般指定第10項の「購入させ（る）」ことについては、ある商品の供給を受けるに際し客観的にみて少なからぬ顧客が他の商品の購入を余儀なくされるか否かによって判断されよう。
- 4 公正競争阻害性については、一般指定第10項、第14項のいずれに関しても、自由競争減殺と競争手段の不公正さが問題になり得るが、本問の事実関係の下では、主に自由競争減殺効果の有無について検討することが求められる。

自由競争減殺効果の有無を検討するためには、まず市場を画定する必要がある。市場は、商品範囲（商品市場）、地理的範囲（地理的市場）のそれぞれについて、基本的に需要の代替性、必要に応じて供給の代替性を考慮して画定することになるが、問題の行為に係る取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討して画定することもできよう。本問の事実関係の下では、甲の購入者が甲の購入時に乙の交換費用や交換時期を十分に認識していないことや、甲の購入者が乙の交換時に純正品又は非純正品を自ら選択して購入していることを適切に評価することが重要となる。

本問において、「Y社製甲を使用するためには、取付け部分の形状等から、Y社製甲に専用の乙が必要であり、Y社製甲を購入した需要者にとって、Y社製甲向け乙の価格が引き上げられたとしても、他社製甲向け乙に代替することはできない。仮にY社製甲向け乙の価格が引き上げられた場合に、他社製甲に代替する需要者が十分に存在すれば、自社の甲及び乙の売上げの減少を危惧して、Y社にとってそのような乙の価格引上げは合理的でなくなるが、本問の前提事実からは、ユーザーは甲の購入時点では乙の価格を考慮しないということであって、甲をめぐる競争が乙をめぐる競争に十分な影響を与えることはなさそうである。そして、このように考えていくなれば、Y社製甲向け乙の狭い市場が画定されそうではある。

これとは異なり、複数メーカーがABC各社製甲向けの非純正品を製造していること等の事実関係を拾い上げた上でより広く乙の市場を検討対象市場として画定することもできようが、その場合であっても、甲の購入時に甲の購入者が乙の交換費用等を十分に認識していないことを、自由競争減殺効果の認定等において適切に評価することが必要である。

- 5 次いで、画定された市場における自由競争減殺効果を検討することになるが、自由競争減殺効果の具体的認定においては、本件行為により、非純正品メーカーにおいて、本件行為後に製造販売されたY社製甲に向けた乙の製造販売は不可能となること、本件行為前に製造販売されたY社製甲に向けた乙の製造販売は可能であるものの、甲の買換えとともに、非純正品を利用できないY社製甲の割合が大きくなっていくことをどのように評価するかが重要となる。

検討の対象をY社製甲向け乙市場や乙市場などとすれば、甲の製造販売について約20パーセントのシェアを有するにすぎないとのY社の主張については、自由競争減殺効果が発生しているのは乙の市場であって検討すべき市場を誤るものであり失当である、又は少なくともそれら乙市場への影響とは無関係に甲の製造販売に係るシェアを評価することはできな

い、と言えよう。甲の製造販売に係るシェアが関連市場における自由競争減殺効果の発生とどのような関係を有するのか、有さないのかを述べる必要がある。

- 6 本件行為について、Y社は安全性の確保のためとも主張しており、この点を違反要件に的確に位置付けて検討する必要がある。まずは安全性の確保が公正競争阻害性の判断において考慮要素となるかを検討する必要がある。なお、「商品の安全性の確保は、直接の競争の要因とはその性格を異にするけれども、これが一般消費者の利益に資するものであることはいうまでもなく、広い意味での公益に係わる」として、安全性の確保を公正競争阻害性の考慮要素とした裁判例がある（大阪高判平成5年7月30日判時1479号21頁）。

仮に安全性の確保を考慮するとして、その具体的な評価方法を示す必要がある。安全性の確保の場合を含め、広く正当化事由に関しては、目的の正当性及び手段の相当性から分析する考えのほか、目的の正当性ととも、手段の相当性に代わり、より競争制限的でない代替手段を評価する考えも存在する。さらには、技術上の必要性等の合理的理由があり、かつ、その必要性の範囲を超えないかを検討する考え方もあり得よう（公正取引委員会「レーザープリンタに装着されるトナーカートリッジへのICチップの搭載とトナーカートリッジの再生利用に関する独占禁止法上の考え方」（平成16年10月21日））。

本問では、発火事故がC社製甲向けのE社製乙に限定されたものであり、また、既に解決済みであることをどのように評価するかがポイントとなる。Y社は発火事故の原因が自社には関係しないことを認識していたとして、本件行為の真の目的は安全性の確保になかったとする評価のほか、Y社が発火事故の原因が自社に関係しないことを認識していたかは不明であるが、仮に安全性の確保が目的であったとしても、非純正品を全面的に排除する本件行為は手段の相当性を欠くといった評価もあろう。

- 7 Y社の行為が、独占禁止法第19条で禁止される不公正な取引方法に該当するとしても、本問において差止請求が認められるためには、同法第24条のその他の要件を充足することが必要となる。同条のその他の要件として、違反行為による「利益（の）侵害」、「著しい損害」がある。利益の侵害については何が利益に当たるのかを示す必要がある。その上で、本件においてX社の売上高が大きく減少することが予想されることを適切に評価する必要がある。著しい損害の意味については、複数の考え方が存在するが、いずれの考えを採用する場合でも、本件行為後のX社によるY社製甲向け乙の製造販売が不可能になること、X社の売上高の大きな減少が予想されること、販売できないY社製甲向け乙の在庫が発生すること、Y社の自発的対応が期待できないことなどを適切に評価することが必要となる。差止請求が認められるとの結論もあれば、認められないとの結論もあり得よう。

## 〔第2問〕

- 1 本問は、比較的高額な家庭用機器である甲製品の第1位（シェア約30パーセント）のメーカーであるX社（設問(1)）又は第3位（シェア約20パーセント）のメーカーであるY社（設問(2)）がそれぞれ、自己の供給する甲製品の取引先小売業者に対して用いている行為について、独占禁止法に違反するかを問うものであり、いわゆる垂直的価格制限（設問(1)）及び垂直的非価格制限（設問(2)）の事案である。

X社が用いている行為は、取引先小売業者の販売価格の決定に関わるものであり、独占禁止法第2条第9項第4号イの直接取引する相手方に対する再販売価格の拘束に該当し、同法第19条に違反するか否かが問題となる。特に、X社は、設問(1)の事情に示されているとおり、時を追って様々な手段を用いており、独占禁止法上問題となり得るものを識別し、それぞれについて検討する必要がある。また、本問では、違反行為の消滅について検討することも明示的に求めている。

これに対し、Y社が用いている行為は、取引先小売業者の販売価格の決定以外の事業活



動の拘束に関わるものであり、独占禁止法第2条第9項第6号ニ、一般指定第12項（拘束条件付取引）に該当し、同法第19条に違反するかが問題となる。

- 2 設問(1)及び設問(2)のいずれにおいても、「事業者」であるX社又はY社が用いている行為が独占禁止法第2条第9項第4号イ又は一般指定第12項の定める行為要件を満たすか否かを検討することがまず必要になる。行為要件を満たす場合には、独占禁止法第2条第9項第4号にいう「正当な理由がないのに」又は一般指定第12項にいう「不当に」に該当するか否かを検討することが必要である。これらは、いずれも不公正な取引方法の共通の効果要件である公正競争阻害性を意味するものであり、その際には必要に応じて正当化事由についても検討することになる。

いずれの行為についても、自由競争減殺の観点からの公正競争阻害性が問題となるものであり、特に上記両社の取引先小売業者間の競い合いが減少すること（競争回避ないし競争停止）による価格維持効果に着目することとなる。

- 3 設問(1)の事情において、X社がX社製甲製品の機種ごとに希望小売価格を設定し、取引先小売業者に通知してきていることについては、「それが参考である旨明記」していることと相まって、取引先小売業者の事業活動を「拘束」するものとは考えられない。

しかし、①平成28年4月に「希望小売価格で販売することが十分可能であることを強調する説明を加えた」こと、②令和元年10月にX社製甲製品の価格調査を実施したこと、③令和2年4月に「参考である旨の記述を削除して」「販価」を通知し、価格調査を実施することがある旨明記したこと、④令和2年10月に販価どおりに販売するよう要請し、要請に反した場合の出荷制限を通知し、さらに、実際に出荷制限措置を講じたことについては、それぞれ再販売価格の拘束の行為要件を満たすか検討する必要がある。なお、②については、再販売価格の拘束のほか、価格調査に対する回答義務を課すものとして拘束条件付取引の問題を検討することもあり得る。また、④には、一般指定第2項（その他の取引拒絶）に該当し得る行為が含まれており、再販売価格の拘束の実効性確保手段として捉えるか、あるいはそれ自体を独立の違反行為として検討することもあり得る。

また、令和4年1月に販売価格に関する従前の通知や要請等を全て廃止するとともに、改めて「参考」と明記した「希望小売価格」を通知したことについて、これが再販売価格の拘束行為の取りやめ（違反行為の終了）と認められるか否かを検討する必要がある。

こうした検討に当たっては、和光堂事件・最判昭和50年7月10日民集29巻6号888頁などで示された基準を提示した上で、本問の事実当てはめることが求められる。その際には、X社の取引先小売業者の営業においてX社製甲製品が有する意味合いをどう評価するかも重要となる。また、再販売価格の拘束行為の終了を認定したソニー・コンピュータエンタテインメント事件・公正取引委員会審判審決平成13年8月1日審決集48巻3頁が提示する基準も参考になる。

次に、X社の再販売価格の拘束の行為要件を満たす行為が不公正な取引方法に該当するためには、「正当な理由がないのに」（独占禁止法第2条第9項第4号柱書き）行われること、すなわち、公正競争阻害性が認められることが必要である。前述したように、再販売価格の拘束における公正競争阻害性は、自由競争減殺の観点から、特に拘束を受ける取引先の販売業者間の価格競争を消滅・停止させる点にあり、こうした価格維持効果が生じることを本問の事実即して示すことになる。

もっとも、X社の行為が再販売価格の拘束であることから、拘束を受ける取引先小売業者間の価格競争に直接的な影響を及ぼすことは明らかであり、こうした行為は市場画定や当該市場における具体的な影響を検討することを必ずしも必要とせず、特段の正当化事由がない限り、公正競争阻害性を認定することができると考えられる。ただし、この考え方を採る場合には、再販売価格の拘束についてそのような判断方法を採ることが妥当である

ことを説明する必要がある。

他方、価格維持効果が生じることを示す上で、検討対象とする市場を画定し、X社の行為が当該市場における価格競争に及ぼす影響を本問の事実即して検討することも考えられる。その場合には、市場画定の必要性やその方法を説明した上で、X社製甲製品の市場又は甲製品全体の市場を画定することになる。そして、X社がX社製甲製品の販売価格に係る制限を取引先小売業者に課す行為が当該市場における競争に及ぼす具体的な影響について、例えば、X社や他社のシェア、X社製甲製品が小売業者の営業にとって有する意味合い、ブランド間競争及びブランド内競争の状況等に関する本問の事実即して検討することが求められる。

さらに、X社がこのような行為を用いることを正当化するような事由があるか否かを検討することとなる。

- 4 設問(2)については、Y社の行為で独占禁止法上問題となり得るものは、設問(2)の事情から明らかであり、令和3年4月に、Y社製甲製品の使用方法等の説明義務条項を小売業者との取引契約に追加し、実施していることである。このY社の行為が拘束条件付取引の行為要件（「事業活動を・・・拘束する条件をつけて」）を満たすかについては、前述した再販売価格の拘束についてと同様の基準により、本問の事実の下で当てはめを行うこととなる。

また、Y社の行為が拘束条件付取引に該当するためには、一般指定第12項の「不当に」の要件を満たす必要があるところ、本問での「不当に」は、自由競争減殺の観点からの公正競争阻害性である。具体的には、検討対象の行為を通じて拘束を受ける取引先の小売業者間の価格競争が制限されることにより、価格維持効果が生じるか否かを本問の事実即して検討する必要がある。

メーカーが自己の製品をどのような方法で販売し、最終ユーザーに届けるかについては、基本的には各メーカーが自由に決定することができる事項であり、販売業者に特定の販売方法を義務付けることが直ちに独占禁止法上問題となるものではない。また、それによって販売費用が増加し、販売価格に影響することがあるとしても、全ての販売業者に義務付けること自体が販売業者間の価格競争を制限することによる価格維持効果と直ちに評価されるものではない。他方、メーカーが販売業者の販売方法に制限を課すことをもって、販売業者を統制する手段とすることにより、取引先の販売業者間の競争に悪影響を及ぼすことも考えられる。

Y社の行為は、Y社製甲製品の使用方法等に関するユーザー向け説明を取引先小売業者に義務付けることであり、価格に関連するものではなく、ユーザーから見ても有益なものともいえる。Y社の行為が及ぼす競争への影響をどのように分析・評価するかが問われる。

具体的には、化粧品の販売方法の制限に関する資生堂東京販売事件・最判平成10年12月18日民集52巻9号1866頁によって示された、それなりの合理性と制限の同等性の基準にのっとりて検討することが考えられる。

また、拘束条件付取引一般の分析方法に沿って、検討対象となる市場を画定し、当該市場における競争への影響を本問の事実即して検討することもできる。この場合には、拘束の具体的内容、対象となる取引の性質、ユーザーの特性、Y社や他社のシェア、Y社が説明義務を課す目的や理由、ブランド間競争及びブランド内競争の状況等を本問の事実即して検討することが求められる。特に、Y社がシェア約20パーセントの第3位のメーカーであること、Y社が取引先小売業者に課すユーザー向け説明義務が特有の機能を有するY社製甲製品の使用方法に重点を置いたものであることに留意する必要がある。

仮にY社の行為に価格維持効果が認められるとした場合には、Y社が説明義務を課す目的やその態様に鑑みてY社の行為が正当化できるかを検討する必要がある。

第1 出題の趣旨

別途公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

第2 採点方針

出題した二問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が市場における競争にどのような影響を与えるのかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

1 第1問

第1問は、家庭用電化製品甲（以下「甲」という。）及びその使用のために必要となる交換部品乙（以下「乙」という。）に関し、新規に製造販売する自社製の甲及び乙に電子部品を新たに取り付けることにより自社製の乙が使用された場合にのみ自社製の甲が作動するようにしたY社の行為（以下「本件行為」という。）について、独占禁止法第24条が規定する私人による不公正な取引方法の差止請求の要件を充足するかを問うものである。

具体的には、Y社が「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、同法第24条の「第19条の規定に違反する行為」の要件について、本件行為が「不公正な取引方法」（同法第2条第9項・第19条）のうちいずれの行為類型に該当するかを的確に把握して適切な適用条文を選択し、当該条文の定める要件について文言の解釈を行って規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめることができているか、また、同法第24条のその他の要件についても、法解釈及び当てはめに関して同様の検討ができているかを評価の対象とした。

2 第2問

第2問は、比較的高額な家庭用機器である甲製品のメーカーであるX社（設問(1)）及びY社（設問(2)）がそれぞれ、自己の供給する甲製品の取引先小売業者に対して用いている行為について、独占禁止法に違反するかを問うものである。

設問(1)では、X社が取引先小売業者に対して自己の甲製品の販売価格に関してした各種の通知等の行為について、「不公正な取引方法」（独占禁止法第2条第9項・第19条）としての「再販売価格の拘束」（同法第2条第9項第4号イ）の行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範を定立した上で、X社の段階的な行為をそれぞれ適切に検討し、当てはめができているか、また、違反の終了についてもその規範を定立し適切な当てはめができているかを評価の対象とした。

設問(2)では、Y社がその甲製品の販売に当たって、取引先小売業者に対して顧客への使用方法等の説明義務を契約上課したことについて、独占禁止法第2条第9項第6号に基づく一般指定（以下「一般指定」という。）のうち「拘束条件付取引」（一般指定第12項）の行為要件、効果要件についての規範を定立した上で、適切に当てはめができているかを評価の対象とした。

第3 採点実感等

1 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

(1) 第1問

ア 適用条文の選択

差止請求に関する適用条文については、多くの答案が、根拠規定として独占禁止法第24条を選択していたが、これを欠く答案も相当数あったほか、公正取引委員会による排除措置命令について規定する同法第20条や公正取引委員会の事件調査の端緒について規定する同法第45条を選択している答案も僅かながらあった。

また、不公正な取引方法に関する適用条文については、大部分の答案が、禁止規定である独占禁止法第19条と共に、一般指定のうち「抱き合わせ販売等」(第10項)又は「競争者に対する取引妨害」(第14項)のいずれかを選択していた。もっとも、一般指定のうちこれらと異なる行為類型を挙げている答案も散見されたほか、同法第24条に基づく差止請求の対象ではない「私的独占」に関する規定(同法第2条第5項・第3条)を単独で又は不公正な取引方法と併せて挙げている答案も相当数あった。

#### イ 事業者性

多くの答案が、独占禁止法第19条の適用を検討するに当たり、Y社が「家庭用電化製品のメーカー」であることを簡潔に指摘した上で、同法第2条第1項の「事業者」に該当することを肯定していたが、事業者性に全く言及していない答案も相当数あった。

#### ウ 不公正な取引方法

##### (ア) 行為類型の選択

一般指定第10項又は第14項のうち、前者のみを選択している答案が多く、後者のみを選択している答案は少なかったが、いずれの答案についても、それぞれの要件を的確に検討していれば同等に評価した。また、これらの双方を選択している答案も少数ながらあり、これらの答案については、より適切に検討されている行為類型を基本的な評価の対象とし、他方の行為類型も的確な検討がされていれば加点の対象とした。なお、一般指定のうち他の行為類型や私的独占のみを検討している答案についても、一般指定第10項又は第14項の要件との共通性が認められる範囲につき、その限度で評価の対象とした。

##### (イ) 行為要件

一般指定第10項を選択した場合には「他の商品」及び「購入させ(る)」の各要件について、一般指定第14項を選択した場合には「競争関係」及び「取引を…妨害する」の各要件について、それぞれ文言の解釈を行って規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を簡潔に当てはめ、いずれの要件も充足するとしている答案が多かったが、当てはめの前提として必要となる条文上の文言の解釈を行っていない答案や文言の解釈が不正確ないし不十分な答案も一定数あった。

##### (ウ) 公正競争阻害性

「不当に」の解釈については、一般指定第10項又は第14項のいずれを選択した答案においても、公正競争阻害性(独占禁止法第2条第9項第6号柱書の「公正な競争を阻害するおそれ」)を意味することを指摘しているものが大多数であったが、これらの中には、本問の事実関係の下では主に自由競争減殺効果の有無が問題になり得ることや、自由競争減殺効果とは競争の実質的制限に至らない程度の自由競争の制約(競争の実質的制限の前段階ないし萌芽的段階)であることについては正確に論じていない答案もあった。

市場画定については、自由競争減殺効果の認定に当たって市場を画定する必要があることを簡潔に論じた上で、その画定方法につき、商品範囲(商品市場)及び地理的範囲(地理的市場)のそれぞれについて、需要の代替性を基本としつつ、必要に応じて供給の代替性を考慮することを正確に論じている答案が多かったが、市場画定を行う理由について何ら言及していない答案や画定方法の内容が不正確な答案も少なくなかった。また、具体的な市場としては、「日本におけるY社製甲向け乙の製造販売市場」とする答案が多数である一方で、「日本における乙の製造販売市場」とする答案も一定数あり、いずれであっても的確な論述がされていれば同等に評価した。しかし、市場の画定方法を本問の事実関係

に的確に当てはめて結論を導いている答案は少なく、特に、甲の購入者が甲の購入時に乙の交換費用や交換時期を十分に認識していないことを市場画定において考慮すべき事情として指摘し、適切に評価しているものは非常に少なかった。

市場分析については、ほぼ全ての答案が自由競争減殺効果を認定していた。このうち、「日本におけるY社製甲向け乙の製造販売市場」を市場として画定した答案においては、その認定の根拠となる非純正品メーカーに関する事情として、本件行為後に製造販売されたY社製甲向け乙の製造販売が不可能となることを指摘しているものが多かったものの、本件行為前に製造販売されたY社製甲向け乙の製造販売が当面は可能であることも踏まえて検討を行っているものはほとんどなかった。他方、「日本における乙の製造販売市場」を市場として画定した答案においては、非純正品メーカーが本件行為によって制約を受けるのは乙全体の製造販売ではなくY社製甲向け乙の製造販売に限られることなどの本問の事実関係を踏まえた検討が十分にできているものは少なかった。なお、「甲の製造販売について約20パーセントのシェアを有するにすぎず、独占禁止法違反行為を行い得る力を有していない」とのY社の主張について、市場画定や市場分析と関連付けて、検討すべき市場を誤るものであること（甲の市場ではなく乙の市場であること）を端的に指摘している答案は少なく、検討すべき市場における自由競争減殺効果との関係で意味があるとしても、単純に約20パーセントのシェアを有するにすぎないことだけで同効果を否定することはできないと指摘する答案も多くなかった。

正当化事由については、Y社の主張する「製品の安全性（の）確保」を正当化事由に関する事情と位置付け、目的の正当性及び手段の相当性の両面から評価する方法ないしこれに類する評価方法を規範として定立した上で、目的の正当性及び手段の相当性の一方又は双方を否定するなどして、正当化事由の存在を否定する答案が多かった。もっとも、正当化事由の検討の前提として、そもそも製品の安全性の確保が公正競争阻害性の判断においてなぜ考慮要素となるのかという点について言及している答案はあまりなかった。

#### エ 独占禁止法第24条のその他の要件

##### (7) 検討の有無

設問において、X社のY社に対する独占禁止法に基づく差止請求についての同法上の問題点の検討を求められているにもかかわらず、そもそも同法第24条に全く言及していない答案や「第19条の規定に違反する行為」の要件以外の要件について全く検討していない答案が相当数あった。なお、これらの答案の中には、同法第24条に基づく差止請求の対象とならないことが同条の文言上明らかであるにもかかわらず、私的独占の検討に終始するものやその検討に相当の比重を置くものが一定数あった。

##### (イ) 利益侵害

「利益を侵害され、又は侵害されるおそれ」の要件については、全く言及していない答案が多く、この要件に言及している答案も、「利益」の文言の解釈を示すことなく問題文に記載された事実関係の一部を引き写してその侵害を肯定することどまるものが大多数であり、適切な法解釈を行った上で当てはめを行っているものはほとんどなかった。

##### (ウ) 著しい損害

「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」の要件についても、言及の有無や論述の内容は利益侵害の要件のそれとほぼ同様であり、不十分な内容の答案が極めて多かった。

#### (2) 第2問

##### ア 設問1

##### (7) 適用条文の選択

大多数の答案が、出題の趣旨に即して、X社がその取引先小売業者に対して甲製品の販売価格に関してした各種の通知等について、不公正な取引方法の再販売価格の拘束（独占

禁止法第2条第9項第4号イ)を適用条文として選択していたが、少数ながら、再販売価格の拘束には言及せず、「拘束条件付取引」(一般指定第12項)の問題としてのみ論じる答案も見られたほか、「不当な取引制限」(同法第2条第6項・第3条)として論じるものもごく少数あった。

また、X社が令和2年10月の通知の直後に、従来から値引き販売を行っていた取引先小売業者に対して実際に出荷制限措置を講じた点について、再販売価格の拘束とは別に「その他の取引拒絶」(一般指定第2項)に当たるとして論じる答案も相当数あり、この点は加点の対象とした。

(イ) 事業者・相手方

再販売価格の拘束の要件充足性の検討に当たって、X社が「事業者」(独占禁止法第19条、第2条第1項)に当たること、X社製甲製品の取引先小売業者が、「自己の供給する商品を購入する相手方」(同法第2条第9項第4号)に当たるとを指摘する答案はおおむね半数程度にとどまった。

(ウ) 行為要件の検討

再販売価格の拘束の行為要件である「拘束の条件を付けて」(独占禁止法第2条第9項第4号柱書)の解釈については、和光堂事件・最判昭和50年7月10日民集29巻6号888頁などで示されたとおり、相手方との合意、あるいは経済上の利益・不利益措置等の人為的措置により一定の実効性が確保されていることが必要となるが、多くの答案において適切に規範の定立がされていた。しかし、設問における当てはめにおいては、不利益措置による実効性確保の観点からのみ論じる答案がほとんどであった。

その上で、本問では、X社の取引先小売業者に対する行為として、①平成28年4月に「希望小売価格で販売することが十分可能であることを強調する説明を加えた」こと、②令和元年10月にX社製甲製品の価格調査を実施したこと、③令和2年4月に「参考である旨の記述を削除して」「販価」を通知し、価格調査を実施することがある旨明記したこと、④令和2年10月に販価どおりに販売するよう要請し、要請に反した場合の出荷制限を通知し、さらに、実際に出荷制限措置を講じたこと、がそれぞれ、「拘束」に当たるかを検討することが求められる(設問においては、「X社のそれぞれの行為について」の検討を求めている。)。答案では、この4つの行為の全てについて検討したものは半数を下回り、①と②(特に②)については検討しないものが相当数見られた。

①の行為や②の行為を検討した答案のほぼ全てが簡潔に「拘束なし」と結論付けている。これに対し、③の行為については結論が分かれ、「拘束あり」とする答案と「拘束なし」とする答案はおおむね同数程度となった。「拘束なし」とする答案においては、実際の小売業者の行動(販価から値引きして販売している小売業者が一部存在すること)を重視して、③の行為では未だ実効性が確保されるには至っていないと結論付けるものが多く、従前の行為との関連や小売業者の受け止め方等に関する検討はなされていないものが大部分であった。これに対して、「拘束あり」とする答案では、多くの小売業者が従っていたこと、必要に応じて販売価格の調査を行うことが予告されていることなどから、事実上の不利益措置のおそれが生じていることを重視して結論を導いているものが多かった。ただし、「拘束あり」とする答案にあっても、「販価」という用語の有する意味合いについて具体的に検討する答案や合意による拘束の観点から論述する答案は少数であった。この点については、規範に基づき首尾一貫した的確な当てはめがなされているかという観点から、いずれの結論であっても同等に評価した。

他方、④の行為については、ほとんどの答案において拘束に当たると論じられていた。

(エ) 公正競争阻害性の検討

再販売価格の拘束の公正競争阻害性の実質が、取引先小売業者間の競い合いが減少する

こと（競争回避ないし競争停止）による価格維持効果にあり、それが実効的に行われている以上、価格維持効果が認められ、「正当な理由」がない限り違法とされることを的確に論述し、本問の事実関係において甲製品のブランド間競争が機能していないこと等を指摘して公正競争阻害性を認める答案は必ずしも多くなかった。また、公正競争阻害性の実質的な内容に関して、価格維持効果に言及しない答案も見られた。他方、「Y社製甲製品の市場」又は「甲製品の市場」を画定して公正競争阻害性を論じる答案が過半を占めたが、当該市場における競争に及ぼす具体的な影響について、例えば、X社や他社のシェア、X社製甲製品が小売業者の営業にとって有する意味合い、ブランド間競争及びブランド内競争の状況等に関する本問の事実即して的確に検討しているものは多くなかった。特に、甲製品の市場を画定しつつ、専らY社製甲製品の市場における状況を検討している答案が相当数見られた。以上のいずれの観点からの論述であっても、同等に評価を行った。加えて、正当化事由について、本問の事情の下で特に正当化すべき事情が認められないことを論じているかどうかを評価した。

(オ) 違反の終了

X社が、令和4年1月に販売価格に関する従前の通知や要請等を全て廃止するとともに、改めて「参考」と明記した「希望小売価格」を通知したことについて、これをもって、再販売価格の拘束行為の取りやめ（違反行為の終了）と認められるか否かに関しては、判断基準を明示する答案はほとんどなかったが、多くの答案では前述した「拘束の条件を付けて」に関する規範を前提としていると考えられた。当てはめについては結論が分かれ、小売業者の行動等（値引き販売はほとんど行われていないこと）に着目して違反は継続していると評価した答案が大部分を占めたが、「拘束」はなくなっていることから違反は終了していると論じる答案も相当数見られた。「違反は終了していない」と論じる場合には、X社による通知や要請等が廃止された中で、なお違反が継続しているとする理由付けが必要になるが、この点を説得的に論じる答案は必ずしも多くはなかった。違反行為がいつ終了したと評価すべきかの点については、X社及び小売業者の認識、希望小売価格の水準や小売業者の行動に基づいて論理的に分析されているかどうかの観点から、いずれの結論であっても同等に評価した。

イ 設問2

(ア) 適用条文の選択

大多数の答案が、出題の趣旨に即して、「拘束条件付取引」を適用条文として選択して検討していたが、ごく少数ながら、「優越的地位の濫用」についてのみ検討する答案も見られた。

(イ) 行為要件の検討

「拘束」については、取引先小売業者に取引契約上説明販売の義務を課すものであることから、合意による拘束があるとの結論を適切に導いている答案が多かった。ただし、「拘束」の有無という行為要件の規範及び当てはめについてそもそも論じない答案も散見された。

(ウ) 公正競争阻害性の検討

メーカーが自己の製品をどのような方法で販売し、最終ユーザーに届けるかについては、基本的には各メーカーが自由に決定することができる事項であり、販売業者に特定の販売方法を義務付けることが直ちに独占禁止法上問題となるものではないとの点を明確に指摘している答案は必ずしも多くはなかった。その上で、Y社が説明販売の義務を課すことについて、化粧品の販売方法の制限に関する資生堂東京販売事件・最判平成10年12月18日民集52巻9号1866頁によって示された、「それなりの合理性とすべての取引先に対する制限の同等性」の基準を定立した上で、本設問の事情を当てはめている答案も一

定数見られたが、予想したほど多くはなかった。このような規範を定立しない答案であっても、小売業者に対して説明販売義務を課すことによって価格維持効果が生じるか否かを事案に基づき適切に検討している答案については同等に評価した。この場合に、価格維持効果がないとする答案も、価格維持効果があるものの正当化事由があるとする答案も、同等に評価した。

## 2 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

### (1) 第1問

独占禁止法第24条の「第19条の規定に違反する行為」の要件については、多くの答案が、行為類型を的確に把握して適切な適用条文を選択した上で、行為要件に関する規範の定立及び当てはめをおおむね適切に行うとともに、市場画定の方法等の公正競争阻害性に関する基礎的事項の論述をおおむね正確に行っており、これらの点については出題時に想定していた解答水準との間に大きな差異はなかった。もっとも、公正競争阻害性に関する市場画定や市場分析において、出題の趣旨に即した形で本問の事実関係を的確に検討している答案はあまりなく、これらの点に関する解答水準は出題時の想定を下回った。

他方で、独占禁止法第24条のその他の要件については、そもそも同条に全く言及していない答案が相当数あった上、X社による差止請求の根拠条文として同条に言及している答案においてもこれらの要件についての的確な検討を行っているものはほとんどなく、これらの点に関する解答水準は出題時の想定を大きく下回った。

### (2) 第2問

答案の多くが、出題の趣旨に即して、設問(1)については再販売価格の拘束を、設問(2)については拘束条件付取引を検討しており、この点では、出題時に想定していた解答水準との間に差異はなかった。

設問(1)においては、検討すべきX社の問題となり得る行為について、その全てを検討していない答案が相当数見られた点では出題時の想定を下回った。拘束の有無及び終了時期については、答案の多くが事案に基づいた検討を行っており、出題時の想定との間に大きな差異はなかったものの、各般の事情を丹念ないし丁寧に検討し、結論を導く点においては、出題時に想定した解答水準をやや下回った。他方、再販売価格の拘束による競争上の弊害が何かを的確に論述・分析している答案が比較的少なかった点については、典型的な違反行為類型でもあり、出題時の想定を下回った。

また、設問(2)においては、規範の定立及び当てはめを的確に行っていない答案が散見されたものの、多くの答案では出題意図を捉えて、事案に基づく検討が行われており、出題時の想定との間に大きな差異はなかった。

## 3 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

### (1) 第1問

「優秀」な答案は、本件行為について不公正な取引方法に関する適用条文を適切に選択した上で行為要件及び公正競争阻害性に関する規範の定立及び当てはめを的確に行うとともに、独占禁止法第24条のその他の要件についても相応の論述を行っているものとした。

「良好」な答案は、本件行為について不公正な取引方法に関する適用条文を適切に選択した上で行為要件及び公正競争阻害性に関する規範の定立及び当てはめをおおむね適切に行うとともに、独占禁止法第24条のその他の要件について一応の論述を行っているものや、前者に関する検討を的確に行っているものの、後者についてほとんど論述を行っていないものなどとした。

「一応の水準」の答案は、本件行為について不公正な取引方法に関する適用条文を適切に選択した上で行為要件及び公正競争阻害性に関する規範の定立及び当てはめを相応に行っているものの、独占禁止法第24条のその他の要件について全くあるいはほとんど論述を行っていない



いものや、前者に関する検討が上記の程度に達していないものの、後者について一応の論述を行っているものなどとした。

「不良」な答案是、本件行為について私的独占の検討に終始しているものや、不公正な取引方法に関する適用条文の選択の誤りを含め、本件行為について不公正な取引方法に関する検討が不十分であるとともに、独占禁止法第24条のその他の要件について全くあるいはほとんど論述を行っていないものなどとした。

## (2) 第2問

「優秀」な答案是、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択した上で、行為要件及び公正競争阻害性に関する規範の定立及び当てはめを的確に行っているものとした。

他方で、「良好」な答案是、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択しているが、設問のいずれかにおいて、事実関係の抽出に不足があるか、行為要件及び公正競争阻害性に関する規範を定立せず又は正確に定立していないか、事実関係を整理できておらず当てはめが不十分であるものなどとした。

「一応の水準」の答案是、このような「良好」な答案とされるための要素を一つ又は二つ程度欠くものとした。

「不良」な答案是、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択せず又は独占禁止法上問題となり得る行為を的確に抽出せず、かつ、公正競争阻害性の判断枠組みを的確に指摘できず、ひいてはこれに基づく当てはめもできていないなど、独占禁止法に関する基本的理解が欠落していることがうかがわれるものとした。

## 第4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響に対する洞察力、事実関係の検討能力及び論述の論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

## 第5 今後の法科大学院教育に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な分析を必要とするものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や違反要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討して要件に当てはめ、そして、それを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

# 令和4年 予備試験 出題趣旨

## 〔経 済 法〕

X社とY社は、電子部品である甲（以下「甲」という。）を製造販売する日本の会社である。X社は、Y社から甲の製造販売事業の全てを譲り受けることを計画している（以下「本件計画」という。）。

甲は電子機器である乙（以下「乙」という。）の部品であり、乙は日本を含む世界中で販売されている。乙の部品として甲に代わるものではなく、また、乙の部品として用いる以外に甲の用途はない。乙には、据付け型（以下「据付け型乙」という。）とモバイル型（以下「モバイル型乙」という。）がある。甲には、据付け型乙向けの大型のもの（以下「大型甲」という。）と、モバイル型乙向けの小型のもの（以下「小型甲」という。）がある。

大型甲の代わりに小型甲を用いることはできないし、小型甲の代わりに大型甲を用いることもできない。また、大型甲の製造設備を小型甲の製造設備に変更することはできないし、小型甲の製造設備を大型甲の製造設備に変更することもできない。なお、甲の製造販売事業を新たに開始することは困難である。

X社及びY社を含む甲の製造販売業者は世界中に向けて甲を販売できる体制を整えており、日本に所在するものを含む乙の製造販売業者は、必要な大型甲及び小型甲を、それぞれ世界中の甲の製造販売業者から購入している。販売価格に占める輸送費や関税の割合は小さく、大型甲及び小型甲のいずれの取引においても、国ごとの価格差はない。

全世界における大型甲の販売状況（販売額に基づく市場シェア）は、X社が50パーセント、Y社が40パーセント、A社が10パーセントである。近年、据付け型乙の需要は減少傾向にあり、それに伴い大型甲に対する需要も減少傾向にある。大型甲の需要減少がY社の想定以上であることなどから、Y社の大型甲の製造販売部門は大幅な赤字が続いている。今後、本件計画が実現しなければ、近い将来においてY社が大型甲の製造販売事業から撤退する蓋然性は高い。

大型甲の需要減少に伴い、X社及びY社は、大型甲について十分な製造余力を有する。これに対して、A社は、大型甲の製造設備を縮小してきており、大型甲について製造余力を有しない。なお、A社は、本件計画に先立ちY社からなされた、大型甲を含む甲の製造販売事業の全ての譲渡に関する申出を断ったという経緯がある。

全世界における小型甲の販売状況（販売額に基づく市場シェア）は、A社が30パーセント、X社、B社及びC社が各20パーセント、Y社が10パーセントである。据付け型乙とは対照的に、近年、モバイル型乙の需要は増加傾向にあり、それに伴い小型甲に対する需要も増加傾向にある。モバイル型乙及び小型甲をめぐっては技術開発を含む活発な競争が行われており、小型甲の製品サイクルは短い。

X社及びY社が小型甲について十分な製造余力を有しないのに対して、A社、B社及びC社は小型甲について十分な製造余力を有する。モバイル型乙の製造販売業者は、小型甲の製造販売業者に対して取引交渉上の地位が強く、さらに、低価格調達のために発注方法を工夫している。

## 〔設問〕

本件計画に基づいてX社がY社から甲の製造販売事業の全てを譲り受けることは、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第16条第1項に違反するか検討しなさい。

なお、Y社の当該事業は同社の事業の「重要部分」（同項第1号）に該当するものとする。

## （出題の趣旨）

本件計画の実行によって、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる」（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第16条第1項）かを、的確に論じることが求められる。

まず「一定の取引分野」については、需要者にとっての代替性を基本として、供給

者にとっての代替性の観点も考慮しつつ、商品の範囲及び地理的範囲のそれぞれを画定することが必要となる。特に地理的範囲については、国境を越えて地理的範囲が画定されることがないか、とりわけ世界市場が画定されるのではないかが問題となる。本件では、全世界における大型甲に係る一定の取引分野、全世界における小型甲に係る一定の取引分野が、それぞれ画定されようが、上で述べた需要者にとっての代替性と供給者にとっての代替性の観点から、問題文の事実関係を適切に評価することが求められる。

次に、画定された一定の取引分野ごとに、競争を実質的に制限することとなるかの判断を行うことになる。その判断は、単独行動による場合と協調的行動による場合の2つの観点から行う。

本件では、全世界における大型甲に係る一定の取引分野において、当事会社の市場シェアは90パーセントとなる。競争者であるA社との市場シェアの格差は大きく、また、A社には製造余力がないことから、単独行動による競争の実質的制限が生じそうである。

しかし、Y社の経営状況は厳しく、本件計画を実行しなければ、Y社が当該事業から撤退する蓋然性は高い。事業譲渡に係るA社との交渉経緯やA社の経営方針も踏まえると、本件計画の有無にかかわらず上記市場状況がもたらされるのであるから、競争を実質的に制限することとはならないとの評価が可能かもしれない。他方、X社やA社ではない市場外の会社等への譲渡の可能性が残される以上、X社への事業譲渡が最も競争制限的でないとは必ずしも言えず、したがって、やはり競争の実質的制限の蓋然性を否定することはできないなどの評価も可能かもしれない。いずれの結論であっても、Y社の経営状況を独占禁止法上どのように評価するのか、結論に至る考えを説得的に示すことが求められる。

なお、企業結合ガイドラインは、「一方当事会社の企業結合の対象となる事業部門が、継続的に大幅な損失を計上するなど著しい業績不振に陥っており、企業結合がなければ近い将来において市場から退出する蓋然性が高いことが明らかな場合において、これを企業結合により救済することが可能な事業者で、他方当事会社による企業結合よりも競争に与える影響が小さいものの存在が認め難いとき。」には、競争を実質的に制限することとなるおそれは小さいと通常考えられるとするが(企業結合ガイドライン第4・2(8)イ②)、本件はガイドラインに係る知識そのものを問うものではない。

# 令和5年 司法試験 出題趣旨

において、納税義務者の側から当初申告の内容につき修正を求める場合の手続には、更正の請求と修正申告があるが、その区別ができているかどうかを確認する。国税通則法第23条に従って解答すれば足りる平易な問題であるが、受験者の中には上記の点を混同している者がいるかもしれないと考え出題することとしたものである。

## 〔第2問〕

第2問は、法人税法を中心に、事実関係を分析・処理する能力を問う出題である。本問の個々の論点は、基本的なものが中心であるが、それらが事実関係の中に組み込まれたときに適切に把握して論述できるかがポイントとなる。

設問1は、法人への遺贈について、遺贈を受けた法人の受贈益課税（小問(1)）、無償により譲り受けた資産の取得価額（小問(2)）、遺贈した個人のみなし譲渡所得課税（小問(3)）を問うものである。いずれも基本的な論点であるが、小問(2)の処理には、キャピタルゲインに対する課税における取得費ないし取得価額の機能についての着実な理解が求められる。法科大学院の「租税法」において、個々の条文の正確な理解はもとより、それらの条文を支える理論的基礎についても確実に学習がなされていることを期待した出題である。

設問2では、第1に、遺留分侵害額の請求に応じたことにより法人から財産が流出したことを法人税法のどの条文で認識するのか（同法第22条第3項第3号の「損失」となる）、それがどの課税年度に帰属するか、を論じることが求められる。遺留分侵害については、本問が平成30年相続法改正（遺留分の金銭債権化）後の事案であることを踏まえた処理を期待している。その上で、第2の要素として、無償で譲り受けた乙土地を譲渡したことが代物弁済に当たり、債務の消滅を伴う有償による資産の譲渡に該当することを踏まえた処理ができるかを問っている。第1の要素と併せて、法人税法が益金と損金それぞれを算定する構造となっていることを踏まえた解答が求められている。

設問3(1)では、まず、法人税法第22条第2項により無償による役務の提供から益金が生じるという典型論点を、無償で不動産を利用させるという法律関係から読み取れるか、というやや応用的な力を問っている。その上で、法人とその代表取締役の関係に着目して、この無償利用が法人税法上の役員給与に当たることを踏まえて、その損金算入要件について条文に則して論じればよい。なお、法人税法第34条は一定の要件を満たす役員給与を除いて「損金算入を否定する」別段の定めであり、役員給与の損金算入の根拠規定は同法第22条3項2号の「費用」であることに注意されたい。

設問3(2)は、ある経済的利益が給与所得に該当する際の「給与等の支払」を行う者の所得税の源泉徴収義務について、基本的な知識を確認する問題である。

## 〔経済法〕

### 〔第1問〕

本問は、業務用検査装置である甲装置とそれに組み込んで使用される乙機器を製造するX社とY社が、首位のZ社に対抗する上で甲装置や乙機器の製造コストの低減が重要であると考えて立案している業務提携及び企業結合の各計画について、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の問題点を分析して検討し、問題があると判断される場合には当該問題を解消するために必要と考えられる措置（以下「問題解消措置」という。）を具体的に提示することを求めるものである。

設問(1)では、X社とY社が甲装置のうち大型甲と小型甲のそれぞれの製造に特化して、相互に他方に供給するという製造受委託（OEM）契約を締結する計画について、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）の観点から検討することになる。また、設問(2)では、X社とY社それぞれの乙機器の製造部門を共同新設分割により切り出して共同製造子会社S社を

設立する計画について、共同新設分割の方法による企業結合（独占禁止法第15条の2第1項第1号）の観点から検討することになる。本問はそれぞれの計画について独立して検討するものであり、このような出題形式は過去にもみられたが、独占禁止法の実体規定全般にわたる体系的な理解を確認しようとしている。いずれの設問においても、行為要件として検討すべき重要な事項は少なく、効果要件の分析・論述が大半を占めることになる。

競争事業者間のOEM契約のような業務提携は、同じ不当な取引制限の問題として検討されるものであっても、いわゆるハードコアカルテルと評価される類型とは異なり、それがもたらし得る効率性の改善等の競争促進効果と競争制限効果を比較衡量してその適法性が判断される。また、競争事業者間の企業結合と業務提携には、当該事業者にとっては選択肢として代替的な面があり、その市場競争に及ぼし得る効果についても類似する点が多く、その分析方法は相当程度共通している。

そして、設問上明らかなおと、本問は計画を立案している段階（事前段階）で検討するものであり、効果要件は実質的に共通する。すなわち、「一定の取引分野」（市場）を画定し、当該市場ごとに「競争を実質的に制限する（こととなる）」か否かを検討することになる。それぞれの意義や判断基準を示しつつ、問題文に示された事実関係を丁寧に当てはめ、それぞれの計画の独占禁止法上の問題点の有無を検討するとともに、必要に応じ問題解消措置を具体的に提示することが求められる。

なお、不当な取引制限として検討するに当たっては、「公共の利益に反して」要件の取扱いが問題となり得るが、競争の実質的制限要件の判断の一環として総合的に検討することで足りると考えられる。

次に、設問(1)と設問(2)に共通する「一定の取引分野」と「競争の実質的制限（の蓋然性）」について説明する。本問では、甲装置とその中核となる乙機器という二つの商品が関わっており、各計画を検討する際に、どの範囲の市場に着目するかを判断することが必要になる。その際には、市場画定の要素（典型的には商品範囲及び地理的範囲）と市場画定の方法（代替性の検討等）を論じた上で、問題文に示された事実関係を丁寧に拾い上げ、計画ごとに検討対象となる市場を画定することになる。

特に、甲装置には大型甲と小型甲があるところ、両者間の需要面の代替性や供給面の代替性に関わる事実が示されており、これらを的確に当てはめて適切な市場を画定することが求められる。また、設問(2)は、乙機器に係る共同製造子会社を設立する計画であるが、本計画が、乙機器の市場のみならず、乙機器を組み込んで製造される甲装置の市場にも影響を及ぼすことに留意する必要がある。一つの企業結合について水平型及び垂直型の両面からの検討を求める点で、設問(2)は応用的なものといえよう。

画定された「一定の取引分野」（市場）ごとに、各計画が実施された場合に生じ得る競争制限効果を分析し、競争制限効果が生じ得る場合には更に競争促進効果を併せ総合的に考慮して、競争の実質的制限がもたらされる蓋然性があるか否かを判断することになる。その際には、競争の実質的制限（の蓋然性）についての解釈を示した上で、その判断方法や考慮要素を示すことが求められる。

競争事業者間の業務提携又は企業結合の計画であり、水平的な競争制限効果が考えられ、単独行動による効果、協調的行動による効果の両面から検討することになる。また、設問(2)では、乙機器と甲装置という川上・川下の関係にある市場が関わっており、垂直型企业結合として市場の閉鎖性・排他性の観点からの問題も生じることが考えられる。

独占禁止法上の問題がある計画については、問題解消措置を具体的に提示することが求められている。問題解消措置は、関係事業者ないし当事会社の事業活動を過度に制限・制約しないようにしつつ、当該計画が有する独占禁止法上の問題を解消するに足るものであることが必要である。論述に当たっては、指摘した独占禁止法上の問題を解消する上で当該措置がなぜ必要

になるのか、あるいは有効であるのかを説得的に示すことが期待される。

問題解消措置について、公正取引委員会の企業結合ガイドラインでは構造的措置が原則である旨明記されているが、実務上は行動的措置が多用されており、特に垂直型企業結合では行動的措置が有効であることもある。本問では、両計画とも、甲装置の販売活動をX社及びY社がそれぞれ独立して行うことが前提であることから、両社間の販売面の競争を維持するための情報遮断措置が重要な意味を持つと考えられる。

次に、設問ごとに、出題の趣旨を具体的に説明する。

設問(1)では、X社とY社の間で大型甲と小型甲の相互OEM供給が計画されている。契約ベースによる、実質的な共同生産ともいえ、独占禁止法上は不当な取引制限の問題となる。X社とY社の合意により計画・実施されるものであるから、「他の事業者と共同して」「事業活動を…拘束する」合意となることは明らかであるが、両社にとって制限内容が異なるともいえ（X社は小型甲の製造をやめてY社から供給を受け、逆に、Y社は大型甲の製造をやめてX社から供給を受けることとなる。）、不当な取引制限の行為要件との関係について論述することが適切である。

甲装置のうち大型甲市場には3社のみが存在し、特にX社とZ社の複占に近い市場であり、Z社にはかなりの製造余力があるものの、X社とY社の協調を前提とすれば合算して60パーセントのシェアを有することになる。これに対し、小型甲市場にはシェア首位で製造余力があるZ社に加えて独自の技術を有するW社があり、シェアの異なる4社が競争しており、X社とY社の協調を前提としても合算40パーセントのシェアを有することとなるにとどまる。このように、大型甲市場と小型甲市場では競争状況がかなり異なることに留意する必要がある。

また、大型甲と小型甲の需要者向け販売価格に占める供給価格（調達価格）の割合が8割程度に達すると見込まれており、販売コストの共通化の割合が高いことが重要である。そして、計画では、それぞれ全量OEM供給を受けることとされているが、全量供給でないと両社にとって意味がないというものでないと考えられ（問題文にY社の大型甲の製造設備に関する情報が示されている。）、独占禁止法上の問題がある場合には、中間的な計画（部分的なOEM供給）に修正することの可能性を検討することが考えられる。

また、計画では、X社とY社は引き続き甲装置の販売をそれぞれ独立して行うことが前提であり、その前提が損なわれることとならないか、そのおそれがある場合にどのような措置が有効ないしは必要であるかを検討することとなる。

設問(2)では、X社とY社が、それぞれの乙機器製造部門を切り出して共同製造子会社S社を設立する計画であり、S社が製造販売することとなる乙機器の市場はもとより、S社から乙機器の供給を受けてX社及びY社が製造する甲装置の市場（実際には大型甲の市場と小型甲の市場に分かれると考えられる。）にも影響が生じることとなる。

X社及びY社としては、Z社に比べて乙機器の製造コスト面で不利な状況にあることから、共同製造子会社としてS社を設立するものであり、甲装置の製造販売はそれぞれが独立して行うものである。乙機器や甲装置の市場における競争が制限されないようにしつつ、乙機器の製造コストの引下げが実現できるようにすることが望ましい。

本計画が実施されると、乙機器についてはS社とZ社を供給者、W社を需要者とする市場となり、S社が高いシェアを有することになると想定されるが、S社やZ社には乙機器の製造余力があり、かつ、乙機器の製造コストの節減を図る観点からW社に乙機器を供給する意欲もあると考えられる。また、W社は中期的には乙機器を自ら製造することが可能である。

他方、甲装置については、前述したように、大型甲市場と小型甲市場では競争状況がかなり異なっており、本計画の水平的側面に関しては、それぞれの市場の特徴（両社の合算シェア、Z社の製造余力、小型甲市場におけるW社の存在等）を踏まえつつ、S社から製造コストベースで乙機器の供給を受けることになるX社とY社がどのように競争することとなるかを具体的

な事実関係を基に丁寧に分析することが求められる。この分析では、S社から供給を受ける乙機器の調達コストが共通化することについても、その割合を含めて評価することになる。

特に、小型甲については本計画の垂直的側面が重要であり、小型甲のみを製造するW社は、S社からの乙機器の供給に大きく依存することとなり、乙機器の供給制限や価格上昇のおそれが出てくることから、S社がこうした投入物閉鎖を行う能力やインセンティブを有するか、Z社が製造余力を有するかといった事情を考慮することになる。この観点から問題があると判断される場合には、W社に対する乙機器の供給を確保するための措置を講じることが考えられる。また、S社からW社に対する乙機器の供給価格等に関する秘密情報をW社の競争者であるX社及びY社が入手できる立場になり、協調的行動につながるおそれがあることについても検討する必要がある。

また、X社とY社は引き続き甲装置の製造販売をそれぞれ独立して行うことが前提であり、本計画のままではその前提が損なわれることとならないか、そのおそれがある場合にどのような措置が有効ないしは必要であるかを検討することになる。

## 〔第2問〕

第2問は、甲機械の有力なリース事業者4社（以下「リース4社」という。）が、リースを希望する需要者に対して自ら直接リースを行うこと（以下「直接リース」という。）を始めた甲機械のメーカー2社に対して甲機械の供給を受けることを拒絶した行為（以下「本件行為」という。）について、独占禁止法上の問題点を分析して検討することを求めるものである。不公正な取引方法のうちの取引拒絶に関する実体規定全体の体系的な理解を踏まえて、本件行為が、どの規定の行為要件を満たすか、また、どこの市場（取引の場）にいかなる機序によりどのような競争阻害効果をもたらすか、併せて、当該競争阻害効果を打ち消し又は上回るような正当化事由が認められるかについて、当該規定の各要件のあるべき解釈を示した上で、本問の事実関係を的確に挙げて分析し、検討することを要する。

取引拒絶の事例解析では、行為主体が、競争者間で共同して行っているかどうか、直接に行っているか間接的にさせているか、検討対象行為が供給の拒絶なのか供給を受けることの拒絶なのかを識別することが重要なポイントになる。本件行為については、リース4社間での合意を明示合意と評価するか暗黙合意と評価するかは置くとして、独占禁止法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第1項第1号の「共同・直接・供給を受けることの拒絶」として検討することが期待される。また、リース4社による「共同・間接・供給拒絶」（独占禁止法第2条第9項第1号ロ）や、リース3社による明示若しくは暗黙の合意に基づく一般指定第1項第1号該当行為とD社による一般指定第2項該当行為が一体となったもの等としての検討もあり得ると考えられる。例えば、本件行為をリース4社による共同・間接・供給拒絶として検討する場合には、リース4社がメーカー2社に、需要者に対して直接リースを今後行わないように申し入れたこと、その実効確保のために直接リースを今後も行うメーカーからは甲機械を購入しないことを併せて申し入れたことなど問題文に示される諸事実を丁寧かつ的確に挙げて、本件行為をリース4社がメーカー2社に直接リースの供給を拒絶させるものであると明確に把握・識別して論じることが求められよう。このように、本件行為に適用すべき規定として一般指定第1項第1号以外を選択した場合には、それぞれの条文に定める各要件に即して本問の事実関係を丁寧に挙げて、その要件該当性について論じることが求められる。

本件行為をリース4社による一般指定第1項第1号該当行為として検討する場合、まず、行為要件に関しては、競争関係にあるリース4社が「共同して」行っていると認定する必要がある。「共同して」に該当するためには、行為主体の間に当該取引拒絶行為を行うことについて意思の連絡が求められるところ、事業者相互間で明示的に合意することまでは必要ではなく、

「他の事業者の取引拒絶行為を認識ないし予測して黙示的に暗黙のうちにこれを認容してこれと歩調をそろえる意思があれば足りる」（エイベックス・マーケティング㈱ほか3名審決取消請求事件東京高判平成22年1月29日、東芝ケミカル審決取消請求事件東京高判平成7年9月25日）。この点を明らかにした上で、リース4社間での事前の情報交換、その内容及び事後行為の一致など本問の事実関係を挙げつつ、本件行為の共同性要件への該当性を論じることが必要になる。特にD社については、問題文に示された具体的な事実関係に即して、リース3社とは別個に、意思の連絡の存否（暗黙合意参加）を検討することがより適切である。

次に、本件行為に「公正な競争を阻害するおそれ」（独占禁止法第2条第9項第6号柱書）という公正競争阻害性が認められるか否かを検討することが求められる。公正競争阻害性とは競争の実質的制限に至らない程度の競争阻害を意味すること、一般指定第1項第1号に定める「正当な理由がないのに」の文言が公正競争阻害性を意味し、自由競争減殺の観点から価格維持（競争回避）又は市場閉鎖（競争者排除）による競争阻害効果が必要であることを明らかにした上で、前提となる市場の画定及び競争（市場）分析を行う必要がある。具体的には、まず、自由競争減殺の観点から分析する前提として検討対象市場を画定する意義とその画定方法を簡潔に明らかにした上で、本問の事実関係に即して検討対象市場を「我が国における甲機械のリース取引市場」として画定することが考えられる。

その上で、国内の甲機械購入数量において相当のシェアを有するリース4社が共同して、直接リースを行うメーカーからの甲機械の購入を一斉に拒絶するという取引上の圧力を掛けることにより、メーカー2社が上記の検討対象市場への参入を断念せざるを得ない状況になっていること（参入阻止の意味での市場閉鎖効果の発生）など検討対象市場における競争の状況及び本件行為が当該競争にもたらす影響を示す諸事実を挙げつつ、本件行為が当該市場に、どのような機序に基づいて、いかなる競争阻害効果を生じさせるかについて分析・検討を行うことが重要である。

なお、行為の共同性に鑑みて本件行為のような共同の取引拒絶については、原則違法の類型に当たるとする立場もあり得ると考えられる。しかし、その場合も単に結論のみを記すのではなく、一般指定第1項第1号の「正当な理由がないのに」の文言の適切な解釈を示しつつ、例えば、共同の取引拒絶が、事業者間競争が成立する前提となる市場参入の自由を明白かつ著しく侵害するものであって、また実際に、被拒絶者が当該市場から排除されて、市場の競争機能への悪影響（自由競争減殺）が生じていることなど、本件行為を原則違法として取り扱うべき理由・根拠を的確に示し、あるいは本問の事実関係に即してその当てはめ等を的確に論じておくことが重要である。

さらに、問題文に示されたリース4社の言い分が、上記の競争阻害効果と並んで考慮されるべき正当化事由として成り立ち得るかについても検討することが求められる。そもそも客観的データや資料等の裏付けのないリース4社の言い分のみから本件行為が正当化される余地は乏しいとも考えられるが、いずれにせよ、正当化事由の存否は、検討対象行為の目的の合理性及び当該目的達成のための手段の相当性の観点から評価されることを明らかにした上で、本問の事実関係に即して具体的に論じることが求められる。

本件行為のような共同の取引拒絶については、独占禁止法第19条で禁止される不公正な取引方法として検討するほか、事業者間での「通謀」に基づく排除型私的独占（独占禁止法第2条第5項、第3条前段）や「他の事業者と共同して」行う不当な取引制限（同法第2条第6項、第3条後段）への該当性を予備的に検討することも考えられる。しかし、そのような場合には、甲機械のリース取引におけるリース4社の合算シェアや、問題文に示される「他のリース業者も多数存在し、競争は活発に行われている」（第3段落3行目以下）という上記の検討対象市場における競争の状況を示す諸事実を丁寧に挙げて、特に市場効果要件についての的確に論じることが求められる。



第1 出題の趣旨

別途公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

第2 採点方針

出題した二問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の計画が市場における競争にどのような影響を与えるのかを念頭に置いて、問題文に記載された事実関係からの確に問題点を把握し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上での要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとしており、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めることはしていない。

1 第1問

第1問は、業務用検査装置である甲装置とそれに組み込んで使用される乙機器を製造するX社とY社が、首位のZ社に対抗する上で甲装置や乙機器の製造コストの低減が重要であると考えて立案している業務提携（相互OEM供給）及び企業結合（共同出資会社の設立）の各計画について、独占禁止法上の問題点を分析して検討し、問題があると判断される場合には当該問題を解消するために必要と考えられる措置（以下「問題解消措置」という。）を具体的に提示することを併せて求めるものである。

設問(1)では、X社とY社が甲装置のうち大型甲と小型甲のそれぞれの製造に特化して、相互に他方に供給する相互OEM契約（製造受委託契約）を締結する計画について、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）の行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係に基づいて、上記計画によって大型甲と小型甲の各市場における競争にいかなる影響が及ぶかを適切に分析し、規範に当てはめることができているか、また、独占禁止法上の問題がある場合には、どのような問題解消措置が求められるかについて論理的に一貫した検討ができているかを評価の対象とした。

設問(2)では、X社とY社それぞれの乙機器（甲装置に組み込まれる部品である。）の製造部門を共同新設分割により切り出して共同製造子会社S社を設立する計画について、共同新設分割の方法による企業結合（独占禁止法第15条の2第1項第1号）の行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係に基づいて、上記計画によって乙機器、大型甲及び小型甲の各市場における競争にいかなる影響が及ぶかを適切に分析し、規範に当てはめることができているか、また、独占禁止法上の問題がある場合には、どのような問題解消措置が求められるかについて論理的に一貫した検討ができているかを評価の対象とした。

2 第2問

第2問は、甲精密工作機械（以下「甲機械」という。）の有力なリース事業者であるA社、B社、C社及びD社（以下「リース4社」という。）が、リースを希望する需要者に対して自ら直接リースを行うこと（以下「直接リース」という。）を始めた甲機械のメーカーであるX社及びY社（以下「メーカー2社」という。）に対し、直接リースを行わないように働きかける目的で、共同して甲機械の供給を受けることを拒絶した行為（以下「本件行為」という。）について、独占禁止法上の問題点を問うものである。

具体的には、リース4社が「事業者」（独占禁止法第2条第1項）であることを前提に、本件行為が「不公正な取引方法」（同法第2条第9項、第19条）のいずれの行為類型に該当するか

を的確に把握して適切な適用条文を選択し、当該条文の定める行為要件や効果要件（市場画定を含む。）に関する規範を定立した上で、問題文に記載された事実関係を適切に当てはめることができているかを評価の対象とした。

なお、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為のような共同の取引拒絶については、独占禁止法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第1項第1号の「共同・直接・供給を受けることの拒絶」等として検討するほか、事業者間での「通謀」に基づく排除型私的独占（独占禁止法第2条第5項、第3条）や「他の事業者と共同して」行う不当な取引制限（同法第2条第6項、第3条）として検討することも考えられる。もっとも、検討対象市場として想定される「我が国における甲機械のリース取引市場」における競争の状況に関する事実関係を踏まえると、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の要件充足を的確かつ説得的に論じるには難があるものと考えられ、不公正な取引方法として検討するのがより適切である。ただし、問題文に記載された事実関係の下において適切と評価できる適用条文以外の適用条文を選択した場合でも、後記のとおり、一定程度評価の対象としている。

### 第3 採点実感等

#### 1 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

##### (1) 第1問

##### ア 設問(1)

##### (ア) 適用条文の選択

ほとんどの答案が、本問の相互OEM契約締結の計画について、不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）の問題であるとして適切に適用条文を選択していたが、事業の経営受任（同法第16条第1項第4号）の問題であるとするものも散見された。本問の相互OEM契約は、大型甲と小型甲の製造について相互に受委託するものであり、「事業の経営」を受委託するものとは評価し難く、また、相互的な拘束による競争回避の検討が不可欠となる。これを事業の経営受任の問題とみることは、これらの点の洞察を欠くものであり、評価の対象とはしなかった。ただし、不当な取引制限の要件との共通性が認められる範囲において、本事案に即した分析が行われている場合には、その限度で評価の対象とした。

##### (イ) 行為要件の検討

不当な取引制限に係る「共同して・・相互にその事業活動を拘束」することの意義については、多くの答案で適切に論じられていた。また、本問の相互OEM契約への当てはめについても、大型甲と小型甲の製造の受委託において相互的な拘束が生じている実質について適切に記載されているものが多かったが、中には、本問での相互拘束の内容を具体的に記載しない答案も一定数見られた。

##### (ウ) 市場画定及び効果分析

市場の画定に当たっての規範の定立は多くの答案において妥当であり、また、かかる規範に基づいて、本問の相互OEM契約の対象である「大型甲市場」と「小型甲市場」をそれぞれ検討対象市場として適切に画定するものが多かった。「甲装置全体の市場」として画定するものも一定数見られたが、本問では、大型甲と小型甲では需要・供給の代替性がなく、市場シェアや競争者の状況も異なっており、それぞれの市場について検討することが必要であると考えられる。

効果要件である「競争の実質的制限」の意義については、おおむね適切に規範が定立されていた。

その上で、この規範の当てはめとして市場分析を行うこととなる。その際、本問が非ハードコアカルテルの事案であることを踏まえて、競争促進効果と競争制限効果を比較衡量

する答案も多く、そのこと自体は妥当である。ただし、その分析結果としての結論は分かれた。中には、主として競争促進効果に言及する答案も見られたが、独占禁止法上の問題点の有無を検討する上では、まずは競争制限効果が生じるか否かについて分析することが不可欠であろう。そのような観点から、大型甲市場では、本問の相互OEM供給契約の結果として、X社とY社の協調を前提とすれば合算して60パーセントの製造シェアに達すること、需要者向け販売価格に占める供給価格（調達価格）の割合が8割程度に達すると見込まれ、販売コストの共通化の割合が高いことなどを適切に指摘して、競争制限効果に関する分析を的確に行った上で、競争促進効果を比較衡量しつつ結論を導くという論理構成をとることが適切であるが、そうした答案は必ずしも多くなかった。小型甲市場においても、シェア首位で製造余力があるZ社に加えて独自の技術を有するW社があり、シェアの異なる4社が競争しており、X社とY社の協調を前提としても合算40パーセントのシェアを有することとなるにとどまる点を適切に論じている答案は必ずしも多くはなかった。

さらに、本問では、X社とY社は引き続き甲装置の販売をそれぞれ独立して行うこととされているが、本問の相互OEM契約の実施により、大型甲及び小型甲の製造に関する情報が共有されることや販売面での協調につながるおそれがあることにより、その前提が損なわれることとならないかについて、効果分析として論述するものは少なかった。

大型甲市場と小型甲市場の競争状況の相違を踏まえて、各市場での効果分析を的確に行っている答案も一定数見られたが、全体的には、論理的に一貫した分析がなされている答案は必ずしも多くなかったという印象であった。

結論として、大型甲市場においては独占禁止法上の問題があるが、小型甲市場においては問題がないとの結論を導く答案も一定数存在したが、十分に検討することなく、いずれも問題がない又はいずれも問題があるとの結論を導くものも相当数に上った。採点に当たっては、結論のみならず、その分析の過程が的確であるかについても慎重に評価した。

#### (エ) 問題解消措置の検討

独占禁止法上の問題がある場合に、いかなる問題解消措置が考えられるかについては、これを記載する答案にあってもほとんどが情報遮断措置に言及するにとどまり、OEM供給の割合を縮減するなどの中間的な計画に修正すること（二つあるY社の大型甲の製造設備のうち一つが老朽化し、高コスト化しているという背景があることから、その範囲でのOEM供給に限定することなど）の検討を挙げた答案はほとんどなかった。また、問題解消措置の設計は、競争制限効果を生じさせる原因となっている機序を突き止め、それを除去するという意味で、市場分析から論理的に導かれるべきものであるが、そのような論理的な流れを明示する答案はかなり少なく、問題解消措置のみを独立に検討している答案が多い印象であった。

#### イ 設問(2)

##### (ア) 適用条文の選択及び行為要件

ほとんどの答案が、本問のX社及びY社による乙機器の製造に係る共同出資会社設立の計画について、共同新設分割（独占禁止法第15条の2第1項第1号）の問題であるとして適切に適用条文を選択していた。

##### (イ) 市場画定及び効果分析

本問では、乙機器は大型甲及び小型甲の双方に用いられる中核となる機器であり、従前はX社、Y社及びZ社はこれを自ら製造しており、W社はこれをX社、Y社及びZ社からおおむね3分の1ずつ調達していたという設定である。

このような乙機器について、共同新設分割による共同出資会社S社を設立することによって、いかなる市場に競争上の影響が生じることとなるか（検討対象市場の画定）につい

ては、解答内容が大きく分かれ、「乙機器市場」のみとする答案が多く、甲装置の市場への影響を検討するものが総体的に少なく、これを検討するものの中でも、「甲装置市場」として一括して画定するものも見られ、「乙機器市場」「大型甲市場」「小型甲市場」の三つの市場を的確に画定するものは半数以下にとどまった。

本問の共同出資会社設立に係る市場画定の前提として、これまでX社、Y社及びZ社は乙機器を自ら製造（内製）しており、これを製造していないW社向けにのみ市場取引が行われていることを指摘する答案はかなり少なかった。また、S社の設立により、W社に対する乙機器の販売への影響のみならず、乙機器が組み込まれる甲装置の製造販売への影響という観点から市場を画定して、問題点を的確に整理して論じる答案は多くなかった。むしろ、乙機器が大型甲向けと小型甲向けで異なることを理由として、甲装置の市場への影響はないとして検討しないもの、大型甲と小型甲を市場として区別せずに「甲装置市場」として検討するものも相当数見られた。さらに、「乙機器市場」を画定しながら、実質的に甲装置の市場への影響を検討していると見られる答案も散見され、市場画定の意義の理解に混乱が見られるものもあった。

効果要件である「競争の実質的制限」の意義については、おおむね適切に規範が定立されていた。

その上で、乙機器市場においては、W社への供給についてS社が3分の2のシェアになることを踏まえて、W社への供給確保に支障が生じないかという問題点を適切に指摘する答案も一定数存在したが、この点の指摘を欠くものも多かった。

大型甲市場においては、X社とY社の合算シェア（60パーセント）を踏まえて、乙機器という中核機器の共通化に伴う製造コスト共通化の問題等について分析することが求められるが、このような点を的確に論じる答案は少なかった。

また、小型甲市場では、X社とY社の合算シェア（40パーセント）は相対的に低いものの、W社に対する投入物閉鎖や供給価格等の秘密情報の共有による競争制限が生じ得ることを適切に分析・評価する必要がある。かかる投入物閉鎖等について言及する答案も一定数見られたものの、的確に論述するものは多くなかった。

全体として、S社が設立されることによって、乙機器、大型甲、小型甲の各市場において、いかなる競争制限の問題が生じ得るかを論理的に整理して分析、論述する答案は少なかったという印象であった。

#### (ウ) 問題解消措置の検討

独占禁止法上の問題がある場合に、いかなる問題解消措置が考えられるかについては、S社からW社への乙機器の従前と同様の条件での供給の確保を指摘するものは少なかったが、X社及びY社がS社による乙機器のW社への供給に一切関与せず、3社間に情報遮断措置を講じることが必要であるとする答案は比較的多く見られた。他方で、このような問題解消措置について言及しない答案も相当数見られた。

### (2) 第2問

#### ア 適用条文の選択

本件行為については、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、その態様等に照らせば、不公正な取引方法のうち、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第1号）に該当するものと考えられるところ、大半の答案が、単独で又は複数の行為類型の一つとして、同号を選択していた。また、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、リース4社による「共同・間接・供給の拒絶」（独占禁止法第2条第9項第1号ロ）や、リース3社による明示又は暗黙の合意に基づく一般指定第1項第1号該当行為とD社による一般指定第2項該当行為が一体となったもの等として検討することもあり得ると考えられるが、これらの行為類型を選択した答案は、ごく少数であった。なお、これも少数ながら、

取引拒絶に係る類型のうち、「共同・直接・供給の拒絶」（独占禁止法第2条第9項第1号イ）や「共同・間接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第2号）を選択する答案も見られたが、問題文に記載された事実関係を基にすると適用条文として難がある。

また、不公正な取引方法のうち、取引拒絶に係る類型以外でも、単独で又は複数の行為類型の一つとして「拘束条件付取引」（一般指定第12項）を選択している答案が3分の1程度存在した（拘束条件付取引を選択した答案であっても、適用条文として一定程度評価の対象としている。）。本件行為のような競争者間の共同行為については、複数の当事者が共同するという人為的な手段により、単独では通常有しない力を行使する点で非難可能性が高まるといえるが、単独で拘束条件付取引を選択した答案については、こうした共同行為としての性質を十分かつ的確に評価することができるかという点で難があるといえる。他方で、拘束条件付取引を選択した答案の多くは、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第1号）と拘束条件付取引の双方を選択していた。こうした答案のうち少なからぬものが、その前提として、本件行為のうち、①X社に対する行為については、「直接リースを今後行わないこと」、「直接リースを今後も行うメーカーからは甲機械を購入しないこと」を申し入れた段階でX社が直接リースの実施を取りやめており、Y社に対してされたような確定的な拒絶通知にまでは至っていないことから、X社に対する行為は未だ「拒絶」に当たらないとの立場をとって、②Y社に対する行為についてのみ一般指定第1項第1号を適用し、これに加えて、両社に対する行為について拘束条件付取引を適用するものであった。もっとも、①X社に対する行為についても、本来X社が自らの事業判断に基づいてその当否を判断できるはずの直接リースの実施に関して、これを継続するのであれば甲機械を購入しない旨を申し入れているのであるから、このことが「拒絶」に当たるとする立場も十分に成り立ち得るものと考えられ、実際に、そうした前提に立って、一般指定第1項第1号のみを選択して的確に論述している答案が多かった。このほか、ごく少数ながら、「競争者に対する取引妨害」（一般指定第14項）などを選択する答案も見られた。

次に、不公正な取引方法以外にも、私的独占又は不当な取引制限を選択する答案も半数程度あった。これらの答案のうち、不公正な取引方法に係る行為類型を検討した上で予備的にこれらの行為類型を検討しているもの、あるいは私的独占等の該当性を否定した上で不公正な取引方法について検討するものが多数であった一方で、専ら私的独占や不当な取引制限を検討しているものも一定数あった。

なお、問題文に記載された事実関係の下において適切と評価できる適用条文以外の適用条文を選択した場合でも、後記の行為要件及び効果要件において一定程度評価の対象とした（専ら私的独占又は不当な取引制限を検討している答案の効果要件については、一般指定第1項第1号の要件との共通性が認められる範囲につき、その限度で評価の対象とした。）。また、複数の適用条文を選択している場合については、より適切に検討されている行為類型を基本的な評価の対象とし、他方の行為類型も的確な検討がされていれば加点の対象とした。

#### イ 事業者性

多くの答案が、独占禁止法第19条の適用を検討するに当たり、リース4社が「リース事業者」であることを簡潔に指摘した上で、同法第2条第1項の「事業者」に該当することを肯定していたが、事業者性に全く言及していない答案も一定数あった。

#### ウ 行為要件の検討

一般指定第1項第1号を選択した場合には、行為要件である「共同して」について、「出題の趣旨」においても指摘したとおり、D社の営業部長dが会合の途中から発言しなくなったことやメーカー2社に対する通知の時期がリース3社とD社で数日ずれていることなどの問題文に記載された事実関係も踏まえて、「他の事業者の取引拒絶行為を認識ないし予測して黙示的に暗黙のうちにこれを認容してこれと歩調をそろえる意思があれば足りる」（エイ

ボックス・マーケティング(株)ほか3名審決取消請求事件東京高判平成22年1月29日、東芝ケミカル審決取消請求事件東京高判平成7年9月25日など)との解釈を示した上で、リース4社間での事前の情報交換、その内容及び事後行為の一致など本問の事実関係を挙げつつ、本件行為の共同性要件への該当性を論じることが必要になる。規範の定立に関しては、多くの答案においておおむね適切にされていたが、規範の内容が不正確で必要な要素が網羅されていなかったり、黙示的な合意で足りることが示されていなかったりするなど不十分な内容の答案も相当数見られた。また、当てはめに関しては、①リース3社について、会合における各社の出席者の発言内容を分析するとともに、事後行為の一致などの事情を指摘して明示又は黙示の合意を認定した上で、②D社について、D社の当時置かれていた状況を含む背景事情、会合におけるD社の対応状況及びD社の状況に関するリース3社の認識、事後行為の一致などの事情を丁寧に論述して黙示の合意を認定する答案が多く見られた一方で、リース4社を一括して論じたり、事後行為の一致について言及がなかったりするなど丁寧かつ分析的な論証に欠ける答案も一定数見られた。

さらに、一般指定第1項第1号の行為要件である「商品・・・の供給を受けることを拒絶(する)」との要件について、問題文に記載された事実関係を簡潔に当てはめて、適切に要件充足を確認している答案が多かったが、「供給を受けることを拒絶」ではなく「供給を拒絶」と記載するなど、行為類型ごとの違いを意識せずに不正確な記載をしている答案も少なくなかった。

#### エ 効果要件の検討

独占禁止法第2条第9項第6号柱書の「公正な競争を阻害するおそれ」(以下「公正競争阻害性」という。)とは、競争の実質的制限に至らない程度の競争阻害を意味すること、一般指定第1項に定める「正当な理由がないのに」の文言が公正競争阻害性を意味し、自由競争減殺の観点から価格維持(競争回避)又は市場閉鎖(競争者排除)による競争阻害効果が必要であることを規範として定立することになるが、これらの諸要素を網羅的かつ的確に指摘できている答案は半数に満たず、公正競争阻害性ないし自由競争減殺とだけ指摘する答案も相当数見られた。

次に、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為について、どの市場に、どのような機序に基づいて、いかなる競争阻害効果を発生させ得るかを検討する必要がある。こうした検討の前提となる市場画定については、答案の多くが、自由競争減殺の観点から分析する前提として検討対象市場を画定する意義とその画定方法を簡潔に明らかにした上で、本問の事実関係に即して検討対象市場を「我が国における甲機械のリース取引市場」として画定することができていたが、「我が国における甲機械の販売市場」として画定する答案も相当数見られた。

市場分析については、「我が国における甲機械のリース取引市場」を画定していながら、甲機械の販売市場に与える影響の論述に終始していたり、反対に、「我が国における甲機械の販売市場」を画定していながら、甲機械のリース取引市場に与える影響の論述に終始していたりするなど論理的に見て首尾一貫しない答案がやや目に付いた(問題文には、我が国におけるリース4社の甲機械購入におけるシェアとリース4社の甲機械のリース取引におけるシェアに関する情報が示されており、リース4社による共同拒絶の意味合いを評価する際に前者を用い、リース取引市場からメーカー2社が排除されることの意味合いを評価する際に後者を用いることになるところ、両者を混同している答案も少なくなかった。)。他方で、こうした複数の市場における競争の状況について適切に把握・分析した上で、甲機械のリース取引市場へのメーカー2社の参入阻止による市場閉鎖効果の発生を的確に論証している答案も一定数あった。

なお、「出題の趣旨」でも指摘したとおり、本件行為のような共同の取引拒絶について、

原則違反の類型に当たるとした場合であっても、単に結論のみを記すのではなく、本件行為を原則違反として取り扱うべき理由・根拠を的確に示し、あるいは本問の事実関係に即してその当てはめ等を的確に論じておくことが期待される。原則違反の類型に当たるとを指摘する答案の多くは、これに即したものとなっていたが、一部には、結論のみを記載していたり、簡略な分析にとどまったりした答案もあった。

正当化事由については、リース4社の主張する「リース事業への需要者の信頼の確保」などを正当化事由に関する事情と位置付け、目的の正当性及び手段の相当性の両面から評価する方法ないしこれに類する評価方法を規範として定立した上で、目的の正当性及び手段の相当性の一方又は双方を否定するなどして、正当化事由の存在を否定する答案が多かった。

## 2 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

### (1) 第1問

大部分の答案が、設問(1)において不当な取引制限を、設問(2)において共同新設分割を検討しており、この点では出題時に想定していた解答水準との間に差異はなかった。

設問(1)では、市場の画定及びそれぞれの市場での効果分析の枠組みについては、出題意図を捉えて的確に論じるものが多かったが、実際の効果分析に当たっては、各市場の具体的な事情を的確に拾い上げて分析・検討し、その上で問題解消措置を検討するという点において、論理的な論述を行う答案は必ずしも多くはなく、出題時に想定した解答水準をやや下回った。なお、多くの答案が不当な取引制限の行為要件に関して詳細に論じており、このことが効果要件に関する論述が手薄になったことにつながっていると思われる。

設問(2)では、当該計画による独占禁止法上の問題を検討する上でいかなる市場を画定するかという点について、的確な分析・把握を行うものが多くはなく、この点で出題時の想定をかなり下回り、その結果として、効果分析も不十分な答案が目立ち、全体として、出題時に想定した解答水準を下回った。

### (2) 第2問

答案の多くが、「出題の趣旨」に即して、リース4社による「共同・直接・供給を受けることの拒絶」（一般指定第1項第1号）を検討しており、その点では出題時に想定していた解答水準との間に大きな差異はなかった。他方で、本件行為のうちY社に対する行為についてのみ一般指定第1項第1号を適用し、拘束条件付取引（一般指定第12項）を併せて適用する答案が多かった点では、出題時に想定していた解答水準を下回った。また、専ら私的独占や不当な取引制限を検討した答案が一定数あった点も、出題時の想定とは異なった。

行為要件である「共同して」の規範定立及び当てはめについては、答案の多くが適切に解答しており、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった。また、効果要件について、答案の多くが「我が国における甲機械のリース取引市場」と画定できていた点については、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった一方で、本件行為が与える影響の論述に当たって甲機械のリース取引市場と甲機械の販売市場との間で混乱が見られる答案が少なくなかった点では、出題時に想定した解答水準を下回った。正当化事由については、目的の正当性及び手段の相当性の両面から評価する方法等によっておおむね適切に論述している答案が多かったため、出題時に想定した解答水準との間に差異はなかった。

## 3 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

### (1) 第1問

「優秀」な答案は、設問に係る各計画について適切な適用条文を選択した上で、行為要件及び効果要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行い、これに基づき問題解消措置を的確に論じているものとした。

「良好」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択しているが、設問のいずれかにおいて、行為要件及び効果要件に関する規範の定立に不十分な点があるか、

事実関係の抽出に欠けるところがあるなど当てはめに不十分な点があり、「優秀」な答案には至らないと評価されるものとした。

「一応の水準」の答案は、このような「良好」な答案とされるために必要な要素のうち一つ又は二つ程度を欠くものとした。

「不良」な答案は、いずれの設問においても、適切と評価できる適用条文を選択せず又は独占禁止法上の規範を的確に定立せず、これに基づく各設問の事案に基づく的確な当てはめができていないものとした。

## (2) 第2問

「優秀」な答案は、適切と評価できる適用条文を選択した上で、行為要件及び効果要件に関する規範の定立及び当てはめを的確に行っているものとした。

「良好」な答案は、適切と評価できる適用条文を選択しているが、行為要件及び効果要件に関する規範を定立せず又は正確に定立していないか、事実関係を整理できておらず当てはめが不十分であるものや、適切と評価できる適用条文を選択していなくても、行為要件及び効果要件に関して相応の論述ができているものなどとした。

「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要な要素のうち一つ又は二つ程度を欠くものや、その分析が簡略であるものとした。

「不良」な答案は、独占禁止法上問題となり得る行為を的確に抽出せず、又は適切と評価できる適用条文を選択せず、かつ、公正競争阻害性の判断枠組みを的確に指摘できず、ひいてはこれに基づく当てはめもできていないなど、独占禁止法に関する基本的理解が欠落していることがうかがわれるものとした。

## 第4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、問題となる行為が市場における競争に与える影響に対する洞察力、事実関係の検討能力及び論述の論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

## 第5 今後の法科大学院教育に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な分析を必要とするものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択や違反要件の意義を正確に示した上、問題となる行為が、どの市場における競争に、どのような影響を、いかなる機序を通じて及ぼすかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討して要件に当てはめ、そして、それを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育していただきたい。



# 令和5年 予備試験 出題趣旨

## [経 済 法]

甲製品は特有の機能を有する事務機器であり、甲製品に代替できる製品はない。我が国における甲製品のメーカーとして、A社、B社、C社、D社及びE社の5社（以下「5社」という。）があり、令和4年における各社のシェア（甲製品の国内における総販売額に占める各社の販売額の割合）は、それぞれ、30パーセント、25パーセント、20パーセント、15パーセント、10パーセントとなっている。なお、輸入は事実上行われていない。また、5社は、甲製品事業の振興と共通の利益の増進を目的として、一般社団法人日本甲製品協会（以下「甲製品協会」という。）を設立している。

5社は、それぞれ、甲製品を直接ユーザーに販売している。甲製品の需要の大部分は買換えに伴うものであり、一般に、ユーザーは数年ごとに甲製品を買い換えている。甲製品について、メーカーごとの性能、使用方法等に大きな違いはないことから、ユーザーは買換えに際して異なるメーカーの甲製品を選択することが少なくなく、5社間でユーザーの争奪が活発に行われてきている。

使用済みとなった甲製品については、従来、メーカーがユーザーから無償で引き取り、整備等を行った上で中古品として販売することもあるが、多くは産業廃棄物処理業者に委託して廃棄していたほか、ユーザーが自ら廃棄していた。

ところが、数年前、法令により、使用済みの甲製品（整備等を行った上で中古品として販売されるものを除く。以下同じ。）について、製造販売したメーカーが回収し、再利用が可能な部品等を取り出し、洗浄・検査等を行って、甲製品の部品等としての再利用を可能とすること（以下「リサイクル」という。）が義務付けられ、所要の準備期間を置いて令和5年4月1日から施行されることとなった。リサイクルを義務付ける法令には、リサイクルに要する費用（以下「リサイクル費用」という。）について、メーカーは合理的な範囲でユーザーに負担を求めることができる旨定められている。

リサイクル費用は、回収した使用済みの甲製品から部品等を取り出して再利用が可能となるように処理すること（以下「処理」という。）に要する費用（処理施設を設置・運営する費用を含む。以下「処理費用」という。）と、回収した使用済みの甲製品の処理施設への運送及び再利用される部品等の処理施設から甲製品の製造・修理拠点への運送（以下、合わせて「運送」という。）に要する費用（以下「運送費用」という。）に大別される。また、部品等の再利用による製造費用の節減額はメーカーにより異なっているが、いずれのメーカーにおいても大きなものではない。

使用済みの甲製品のリサイクルが義務付けられるに際し、甲製品協会において専門家を交えて対応を検討した。その結果、各メーカーの甲製品はいずれも日本全国で販売されており、処理施設は運送費用との関係で全国に複数箇所設置する必要があるところ、どのメーカーも単独では効率的な規模の処理施設を設置・運営することはできないことが判明した。このため、甲製品協会は、次の内容の甲製品のリサイクルシステム（以下「本リサイクルシステム」という。）を構築し、実施することを決定し、会員5社に参加を求めた。なお、会員の本リサイクルシステムへの参加義務や会員以外の者（新規参入者を含む。）の利用等に関しては、何ら取り決められていない。

### 【本リサイクルシステム】

甲製品協会は全国2箇所に処理施設を設置・運営し、メーカーは同施設に使用済みの甲製品の処理を委託する。また、運送は各メーカーが行う。

甲製品協会は、令和5年4月1日から処理施設を運営することとし、処理を受託する対価として、使用済みの甲製品1台当たりの処理費用の実費額（以下「処理単価」という。メーカーごとに金額の違いは設けない。）を決定し、メーカーから徴収する。処理単価は、甲製品のユーザー向け販売価格の10パーセント程度になる。

メーカーは、令和5年4月1日以降、ユーザーから使用済みの甲製品を回収するに当たり、リサイクル費用として、処理単価の1.5倍相当額をユーザーから徴収する。

令和5年4月1日以降、5社は、いずれも本リサイクルシステムに参加しており、同システムは問題なく実施され、5社は、それぞれのユーザーから上記のリサイクル費用を徴収している。また、5社間では、ユーザーの争奪が引き続き活発に行われている。

〔設問〕

甲製品協会による本リサイクルシステムの構築・実施について、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律上の問題点を分析して検討しなさい。

(出題の趣旨)

本問は、事業者団体の活動に対する、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）の適用に関するものであり、具体的には、事務機器である甲製品のメーカー5社が設立している事業者団体である甲製品協会が、法令上義務付けられた使用済みの甲製品のリサイクルを共同実施するという、社会公共目的に基づく事業者団体の活動に係る事案である。

事業者団体の活動については、事業者の共同行為であって一定の取引分野における競争の実質的制限を要件とする不当な取引制限（独占禁止法第2条第6項、第3条）の禁止に相当する同法第8条第1号に該当する行為の類型のほかに、公正競争阻害性を要件とする構成事業者の機能・活動を不当に制限する行為（同法第8条第4号）の類型もある。甲製品協会の上記の活動を評価するに当たっては、事業者による共同行為の場合と比較して、上記のいずれかの類型に該当しないかについて、より多面的な検討が求められる。

なお、リサイクルの共同実施については、公正取引委員会が「リサイクル等に係る共同の取組に関する独占禁止法上の指針」（平成13年6月26日）を公表しており、また、より包括的な「グリーン社会の実現に向けた事業者等の活動に関する独占禁止法上の考え方」（令和5年3月31日）も作成されているが、本問は、こうした公正取引委員会のガイドラインに関する知識そのものを問うものではない。

まず、甲製品協会が事業者団体（独占禁止法第2条第2項）に該当することを確認する必要がある。また、甲製品協会において、本リサイクルシステムの構築が決定・実施されていることも本問の事情の下で明らかであって、行為主体は甲製品協会である。

なお、甲製品協会のこうした活動について、実質的には構成事業者である5社の共同行為として捉え、不当な取引制限の観点から検討することもあり得ないわけではないが、その際にはそうした捉え方をする論拠を述べておく必要がある。

甲製品協会による本リサイクルシステムの構築・実施に関して独占禁止法上検討すべき行為としては、使用済みの甲製品のリサイクルを共同構築・実施すること自体に加えて、当該商品のリサイクル費用を決定し構成事業者にユーザーから徴収させる行為も識別することができる。後者は、本リサイクルシステムの一環ではあるが、リサイクルの共同実施に不可欠のものでも付随的なものでもなく、別個独立し

て独占禁止法上の問題点を検討する必要がある。そして、前者は社会公共目的の非ハードコアカルテルとして、また、後者はハードコアカルテルとして捉えることができる。

これらの甲製品協会の行為に係る独占禁止法上の問題点を検討する上では、こうした行為がどの市場における競争に影響を及ぼし得るかに着目し、検討対象とする市場を画定する必要がある。本問の事実関係の下では、特有の機能を有する事務機器である甲製品の販売市場に及ぼす影響と、それとは別に、使用済みの甲製品のリサイクル取引に係る市場に及ぼす影響に着目することになる。後者については、従来は廃棄されていた使用済みの甲製品を法令上の要請に基づいて新たにリサイクルしようとするものであり、当該商品のリサイクル市場を創り出すものともいえる。

なお、本リサイクルシステムにおけるメーカーが回収する使用済みの甲製品の範囲について、問題文からは当該メーカーが製造販売した甲製品に限定されるのか、限定されないのか（他のメーカーが製造販売した甲製品を含むのか否か）は明らかではない。競争分析上、いずれであるかによって甲製品の販売市場に及ぼす影響が異なってくるが、以下では前者であることを前提に検討する。

また、甲製品協会においては、構成事業者の共同リサイクルへの参加義務や構成事業者以外の者（新規参入者を含む。）の利用等に関しては何ら取り決めていないことから、こうした競争者排除の観点からの問題点を検討する必要はない。リサイクルの共同化やリサイクル費用の決定が上記の市場における競争に及ぼす影響について、競争回避の観点から検討することが求められる。

まず、リサイクルの共同化それ自体について検討する。全国に複数の処理施設を設置する必要があり、どのメーカーも単独では効率的な規模の処理施設を設置・運営することができないことからみて、共同リサイクルの必要性が認められる。メーカー5社とは独立した法人である甲製品協会が実施主体となることには合理性があり、また、各社が単独で実施することに比べて処理単価を節減できると考えられ、使用済みの甲製品のリサイクルに係る市場における競争に弊害を及ぼすものではないと考えられる。また、甲製品協会が決定する処理単価は、各メーカーが処理する場合より低廉であると考えられ、ユーザーの負担を軽減することにつながる。処理単価は甲製品のユーザー向け販売価格の10パーセント程度であり、メーカーで発生する運送費用を含むリサイクル費用全体でみても大きなものではなく、リサイクルの共同化自体が甲製品の販売市場における競争に及ぼす影響は間接的であり、小さいと考えられる。

甲製品協会は、自ら設置・運営する処理施設における処理費用として、処理単価を決定してメーカーから徴収しているが、このこと自体に独占禁止法上の問題はないと考えられる。しかし、甲製品協会では、メーカーがユーザーから徴収するリサイクル費用を処理単価の1.5倍相当額とし、その徴収をメーカーに義務付けており、リサイクル費用に関する価格カルテルとして捉えることができる（独占禁止法第8条第1号）。実際には、具体的なリサイクル費用はメーカーによって異なるものであり、かつ、必要なりサイクル費用についてユーザーにどの程度負担を求める

かは各メーカーが本来独自に判断すべきことである。リサイクル費用の一律決定は、各構成事業者がリサイクル費用を削減しようとするインセンティブを損ない、効率的なリサイクルを阻害することになるおそれがある。甲製品協会が共同リサイクルを実施する上で、構成事業者がユーザーからそれぞれ徴収するリサイクル費用を統一する必要はないと考えられる。

また、各メーカーが使用済みの甲製品を回収して甲製品を販売することになるから、リサイクル費用の決定は甲製品の販売市場における競争にも影響を及ぼすことになる。従来、使用済み甲製品は無償で回収・廃棄されており、甲製品の販売価格にはそのための費用も含まれていたと考えられることから、一律にリサイクル費用全額のユーザー負担を求めることは過大な転嫁になるおそれもある。

リサイクル費用の甲製品のユーザー向け販売価格に占める割合（費用共通化割合）が15パーセント程度であることやユーザーの争奪が引き続き活発であることを考慮しつつ、リサイクル費用の決定が甲製品の販売市場における競争を実質的に制限すること（独占禁止法第8条第1号）に該当するのか、構成事業者であるメーカーの機能・活動を不当に制限すること（同条第4号）にとどまるのか、検討を要することになる。

なお、甲製品のリサイクルを義務付ける法令には、リサイクル費用について合理的な範囲でユーザー負担を求めることができる旨定められているところ、この定めがユーザーに負担を求めるリサイクル費用の一律の決定やその全額のユーザーからの徴収まで容認するものとはいえないと考えられる。

# 令和6年 司法試験 出題趣旨

設問1は、源泉徴収の要否を問うものであり、解答の過程では、使用者が供与する債務免除に係る経済的利益が給与等（所得税法第28条第1項）の支払に該当するか、また、経済的利益が学資金として非課税扱いを受けうるか（同法第9条第1項第15号）の検討を経なければならぬ。その上で、本問で問題となる源泉徴収に関する規定（同法第183条第1項）を把握し、その要件を充足するかを考える必要がある。初見の論点や条項であっても、奨学金の慈善性・公益性から非課税所得該当性を疑って所得税法第9条第1項に当たれるか、また、同項第15号の規定ぶりは、括弧書きが重なり読みづらいが、租税法令で典型的な定めであるとも言え、正確に読み解ける力を備えているかが問われている。

設問2では、誤って過大に納付された源泉徴収税額（誤納金）相当額を、国と源泉徴収義務者（B法人）、申告納税義務を負う本来の納税義務者（A）という三者の間で、どのような法律関係に基づいて精算されるかを、その法的根拠と共に問うている。最判平成4年2月18日民集46巻2号77頁に従い、国とB法人の法律関係（B法人の納税義務）と、B法人とAの法律関係（Aの納税義務）が別個に存在するというべきであるから、Aが確定申告で申告納税額から誤納金相当額を控除することにより直接国との間でその精算することはできない。なお、確立した判例はあるものの、その規範を踏まえた上で説得的に展開されているものであれば、判例とは異なる見解であっても、評価の対象となり得る。

設問3は、法人税法上の減価償却費に関する別段の定めを、与えられた事案において適切に運用する能力を確認するものである。問題となる同法第31条第1項では、損金経理要件を通じて会社法会計との整合が図られる一方で、減価償却資産該当性やその「取得」、あるいは当該資産を事業年度末に「有する」という法人税法に固有の要件が含まれることが確認できる。これらの要件を巡っては、基礎となる取引に係る私法上の評価を踏まえてその充足の有無を検討することにより、主張の説得力が増す。法人税法の定め解釈適用に際し、このように企業会計及び私法上の評価が関わることは頻繁にあるものであり、両者に適切に目配りして論理を展開する力が試されている。

設問4は、譲渡所得の計算に係る基礎と、相続税と所得税が交錯する基本的な問題状況を扱う。すなわち、相続により取得した財産の譲渡益に対する課税の基本的な制度を、最判平成17年2月1日訟務月報52巻3号1034頁の規範を踏まえつつ、所得税法第60条第1項第1号の文言と趣旨に照らして理解できているかを確認している。具体的には、同号の趣旨が相続により取得した資産の増加益に係る課税の繰延べにあり、その譲渡に際し、所得税法に従って計算される相続前後の各増加益を合わせたものを超えて所得として把握することは予定されていないことに加え、問題の名義書替料が取得費（所得税法第38条第1項）を構成すべき付随費用に当たるか否かを適切に考慮した上で、事案への当てはめができていないかが問われている。

設問5は、総合所得税の基礎の1つである損益通算の定めとその制限について、根拠条文に則して確実に理解できているかを問うものである。所得税法第69条第1項から、問題文の譲渡所得上の損失は、第一次的には損益通算の対象となり得るものの、生活に通常必要でない資産（所得税法第62条第1項・同法施行令第178条第1項第2号）に係る損失に該当し、損益通算上は生じなかったものとみなされる（所得税法第69条第2項）。他の条文の参照と政令委任が重なり読み取りづらいが、このような制限を、その趣旨を理解した上で導ける力が試される。本問で特に問題となるのは、「主として趣味、娯楽・・・の目的で所有する資産」の解釈と適用である。主観的要件であるが、公平な税務執行の要請から、客観的要素を重視した当てはめが意識されているかが問われている。

[経済法]

[第1問]

第1問では、入札談合におけるメーカー9社、Y社及び販売業者9社の各行為が、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第2条第6項に定義される不当な取引制限に該当し、同法第3条に違反するか等について同法上の問題点を検討することを求めるものである。不当な取引制限の各要件の正確な理解を前提に、特にメーカー9社とY社の各行為が、どのような意味で不当な取引制限の行為要件及び市場効果要件等を満たすか、また、違反行為の終期及び主導的事業者としてのY社に対する課徴金がどのように考えられるかなど、共同行為としての入札談合に関して独占禁止法の解釈と適用の基本的な考え方について受験者の理解を問うものである。

まず、行為要件の検討では、入札談合において「共同して」（多摩談合（新井組ほか）事件・最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁に即して「共同して…相互に」の要件と考えることもできる。）が談合の基本合意（意思の連絡）を意味すること、また「相互にその事業活動を拘束する」については複数の解釈があり得るが、いずれの立場に立つとしてもその意義と解釈を明らかにした上で、特にメーカー9社とY社による本件取決めを中心に、本問の事実関係を当てはめて、その当否を説得的に論証していくことが必要になる。

また、市場効果要件の「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の検討では、まず市場画定が求められる。検討対象となる商品的・地理的な範囲を主として需要者から見た需要代替性の見地から画定するという規範に留意しつつ、専ら競争制限を目的又は効果とする入札談合については基本合意が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲をもって画定すれば足りるとの解釈を示すとともに、本問においては、本件取決めが対象とする「甲製品の入札」に係る甲製品の供給市場に着眼して検討することが重要になる。次に、競争の実質的制限の検討が求められる。市場支配力の形成、維持・強化という規範に留意しつつ、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、入札談合においては、当事者らがその意思で落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態ないし力を形成することの解釈（前記多摩談合（新井組ほか）事件判決）を示すとともに、的確に本問の事実関係を当てはめて論述することが重要になる。併せて「公共の利益に反して」の要件についても、入札談合が競争制限の目的又は効果しか持たないことを明らかにすることが求められる。

さらに、違反行為の終期の検討では、入札談合における共同行為の終期とは、基本合意に基づく拘束力が解消されて合意参加者が競争制限的な事業活動を行わなくなった時点を示すという解釈を示すとともに、本問においては、X2による本件取決めからの離脱が本件取決めの拘束力にどのような影響を及ぼしたかを丁寧に見た上で、当該共同行為の終期を明らかにすることが求められる。また、Y社に対する課徴金の有無及び金額については、本件取決めに基づいて、Y社が、メーカー9社からの談合情報を集約するとともに、落札者及び入札価格を指示するなど「違反行為の実行としての事業活動について指定（独占禁止法第7条の3第2項第3号ロ）」していたという事案の特性に鑑みて、Y社の上記の行為は甲製品の供給調整を「容易にすべき重要なもの」に当たるとの評価を導いた上で、課徴金額を具体的に示すことが重要である。

## 〔第2問〕

これまで国内の $\alpha$ の販売を独占的に供給する地位にあったX社がY社の参入に対して行った(a)～(c)の行為の独占禁止法上の評価を問うものであり、排除型行為を分析する基本的な力を見ることを主眼とする問題である。その観点からは、(a)～(c)による私的独占該当性が問題となる。ただし、(a)～(c)の各行為を不公正な取引方法として論じることに注力し、その後、補足的に私的独占を論じるという理路も想定されており、そのように論じるものが実際に多いものと予想されている。どちらの構成であっても排除的行為の基本的分析能力と私的独占の基本的理解が問われるという点では同じである。

私的独占については、一定の取引分野を画定するための基本的な理解が問われる。需要の代替性と供給の代替性から正確に理解できるかどうか問われる。(a)～(c)が排除行為に該当するかどうかについても、排除行為についての基本的な理解ができているかどうかを問うものである。(a)～(c)の各行為が排除効果を有するか否かが中心的な問題となる。(a)と(b)については、不公正な取引方法の構成をとった場合に問題となる市場閉鎖効果分析の基本的な手法を修得できているかが問われる。なお、(c)については $\gamma$ に対する妨害が $\alpha$ における排除になり得るか否かを論じることが必要になる。少し複雑なように見えるが、関連市場に属さない製品・役務を直接の対象として、関連市場での事業活動を排除するといった私的独占事例は内外でよく見られるものである。(a)～(c)の排除効果が競争の実質的制限をもたらす程度のものであることの評価や、公共の利益要件の評価はごく基本的な理解があれば可能なものであり、その点についてはごく基本的な能力を問うものとなっている。

(a)～(c)を不公正な取引方法として議論する場合、(a)と(b)については拘束条件付取引若しくは間接の取引拒絶の構成が考えられ、どちらで構成しても良いが、公正競争阻害性、特に市場閉鎖効果についての基本的な分析能力を確認することが中心課題となる。私的独占でも説明したように影響を受ける市場の画定方法についての基本的理解も問われる。なお、(c)は取引妨害が成立するか否かが問題となり、取引妨害についての基本的な条文理解が問われる。なお、(c)については、 $\gamma$ の取引の妨害が問題となるため、私的独占では補足できない法益侵害も含まれている。私的独占を主として論じた場合であっても(c)については、取引妨害について別個に論じることが要請される。不公正な取引方法を中心に論じた場合、(c)が排除行為に該当することについては不公正な取引方法の該当性だけではない側面も論じなければならない。

## [知的財産法]

### [第1問]

- 1 設問1は、特許権侵害訴訟における特許発明の技術的範囲の属否及び無効の抗弁の成否とともに、新規性喪失の例外について問うものである。設問2は、通常実施権許諾契約に違反して製造された製品の販売行為についての侵害の成否を問うものである。
- 2 設問1(1)については、特許発明の技術的範囲は、特許請求の範囲の記載に基づいて確定するとの原則(特許法(以下「法」という。)第70条第1項)を踏まえた上で、出願経過においてXが提出した意見書の内容などの本問の事実関係に照らして、Y1製品が本件発明の技術的範囲に属するとのXの主張の当否を検討する必要がある。
- 3 設問1(2)については、無効の抗弁(法第104条の3第1項)の成否を判断する前提として、発明の要旨を認定する必要がある。最判平成3年3月8日民集45巻3号123頁【リパーゼ事件】を踏まえて、本件発明の要旨を認定した上で、その要旨との関係において無効の抗弁の成否を検討する必要がある。無効理由としては、新規性喪失(法第29条第1項第3号)、サポート要件違反(法第36条第6項第1号)等が問題となる。本問の事実関係の下でそれらの無効理由の存否について論じることが求められる。
- 4 設問1(3)については、考えられるXの主張及び手続として、新規性喪失の例外(法第30条第2項)及び書面の提出(同条第3項)を挙げた上で、新規性喪失の例外の効果を検討しながら、無効の抗弁の妥当性について差異が生じることがあるかを論じる必要がある。
- 5 設問2については、まず、Xとしては、Y3によるY2製品の販売が業としての実施(法第2条第3項第1号、第68条)に当たること、Y2が本件契約の最高数量制限に違反して製造する行為は本件特許権を侵害するため、Y3による販売行為も侵害に当たること、したがってY3によるY2製品の販売停止請求が可能であること(法第100条第1項)を述べる必要がある。これに対して、Y3の反論としては、最高数量制限違反は債務不履行にとどまり、Y2の製造行為は侵害に該当しないため、通常実施権者Y2による譲渡により特許権