

続・職務発明制度の立法論と問題点

会員 帖佐 隆

目次

1. はじめに
2. 職務発明制度の立法論としてはどうあるべきか
3. なぜ基本線として現行法は維持されなければならないのか
4. 対価は権利であって、処遇（使用者側からの恩恵）ではない
5. 対価に関する職種別不公平論に対する反論
6. 技術者の実情からの制度の考察
7. 35条完全撤廃論（契約自由万能論）は成り立たない
8. 35条完全撤廃論では、技術者は余計浮かばれない
9. オール事後承継論では筋道が立つかもしれない
10. 現行35条への批判の数々に対して
11. 実務への対応
12. 最近の職務発明制度に関する動きに対して
13. おわりに

1. はじめに

2001年（平成13年）以来盛んとなっている職務発明制度についての議論は、継続して今も続いているところである。私も本誌2002年5月号で「職務発明制度の立法論と問題点」という題にて意見を開陳させていただくとともに、引き続き同8月号でその質疑応答として意見を開陳させていただいた。これらの原稿を執筆した後もさらに各地で職務発明制度に関する動きがあり、またあちこちで立法論を中心とした意見の発表等がなされている。このような動きについてさらに意見を述べさせていただくべく「続・職務発明制度の立法論と問題点」としてここに改めて発表させていただくこととする。

2. 職務発明制度の立法論としてはどうあるべきか

すでに、「職務発明制度の立法論と問題点」（本誌2002年5月号）で述べさせていただいたことと重複するが、職務発明制度が今後どうあるべきかについて、まず簡単に結論を述べさせていただく⁽¹⁾。

(1) 職務発明の保護については、基本的に現行法を維持すべきである。すなわち、特許法35条3項4項を改

正（削除）して、ここに規定される対価請求権を廃止することには反対である。

(2) 非職務発明については、従業者の保護の万全を図るべく、予約承継の禁止を明文規定した現行法に加えて、予約による通常実施権の許諾等や、届出義務、守秘義務、優先協議義務等の予約承継に準じる行為すべてを禁止すべき旨を明文規定すべきである⁽²⁾。

3. なぜ基本線として現行法は維持されなければならないのか

これも「職務発明制度の立法論と問題点」（2002年5月号）で述べさせていただいたことと一部重複するが、職務発明の保護について、なぜ現行法は維持されなければならないかについてまとめておきたい。

(1) 特許は基本的には発明者のものであり、使用者側が間接的にその成立に協力したとしてもその成果物である特許は、発明者である従業者と協力者である使用者双方のものであるからである。

それは、特許は使用者のものであるとする考え方、すなわち、特許は労働の成果物であるからすべて使用者のものであるとの考え方をとると、基本的な特許法の体系に反するからである。

特許法は発明に対する果実（独占権等）を与えることにより、発明者に発明意欲を促し、発明を出させることにより、技術の累積進歩を通じて産業の発達を促すものである（特許法1条）。これに対し、特許は使用者のものであり、発明に対する果実は使用者の総取りでよいということにすると、発明者である従業者には何ら特許法による保護はなされないものとなり、発明に対する果実をもって発明者を刺激し、発明をさせるという、特許法の体系の根幹が職務発明においては機能しないこととなる。

よって、法の体系としては、使用者側への投資意欲を促すべく、予約承継により特許権が使用者側へ移転

しやすい法制⁽³⁾や、法定通常実施権などの使用者側へ働きかける施策があるとするならば、その一方で、特許を受ける権利の原始取得や、独占権の代替としての果実である対価を得ることができるとする対価請求権といった発明者である従業者へ直接働きかける法制は特許法の目的を達成する上で必要不可欠なものと言わざるを得ないのである。

(2) 発明は発明者の努力や能力、意欲によって生まれるものだからである。

経済産業省にて行われた「産業競争力と知的財産を考える研究会」において、次のような発言がなされている。

『発明がどんなふうにも生まれてくるかの実態を知って欲しい。大企業で言うと、ほとんどの場合は、いい研究環境にエンジニアをおくと自動的に発明が出てくる。』⁽⁴⁾⁽⁵⁾

この発言をしたのが誰であるかは知ることができないが⁽⁶⁾、使用者側の立場の意見であると思う。確かに、対価という国家からの働きかけが充分でなくても形式上発明は出てくるとは思う。技術の現場では、日常において改良等が行われているため、従業者に発明のノルマを課しておけば、そのような日常の改良からの発明を抽出して提案がなされ、または、自己の分野に関連して締め切り前にとりあえず何らかのアイデアを出すようになることから、使用者側から見れば、自動的に発明が出てくるように見えるのかもしれない。しかしながら、特許法の目的を考えてみると、特許法はそれで是としているわけではない。発明者に独占権（や対価）といった果実を付与することにより、日常の改良や締め切り前のアイデア出しといった程度を超える技術の飛躍的進歩をも促しているのである。技術の進歩の速度が日常の改良等の程度のみでよいのならば、特許法はむしろ不要であるということもできよう。よって上記意見は、特許法の趣旨を理解していない意見と言わざるを得ない。

このように日常の改良等の程度であれば、ノルマによって、ある程度、日常の業務の流れ等においても発明は出てこよう。しかしながら、それは発明の個数という面に寄与するだけである。技術の飛躍的進歩を促し、その技術レベルを引き上げるような発明には、日常の単純な業務以上の努力、能力、そして意欲等が必要となるのではないか。そしてそのような日常の単純

な業務以上の努力、能力、そして意欲を起こすために、国家が認めた対価というものが必要であると思ふのである。

(3) 労使間において契約自由の原則に委ねることは、労使双方の当事者に対等に作用しないからである。

労使間における力関係というものは、今も昔も圧倒的に使用者側の方が強い。よって契約自由の原則に委ね（または、一方的に勤務規則を制定することで）、発明に関する対価の額を契約や勤務規則にて定めることは、従業者側に著しく不利な条件となる可能性が大きく妥当でない。

この点、特許法35条は特許の帰属に関する労働法的規定とも言える。それではこの労働法的規定が、現代において不要になったかと言われれば、私は決してそうは思わない。

確かに、昔に比べて技術者が転職をする事例は多くなった。だが、そのことが労使間の関係が対等になったことを示している訳ではない。

よって、労働法制や日本の労働環境が根本的に変わらない限り、基本線として現行法は維持されなければならないと私は考えるのである。

(4) 契約自由の原則により発明前に労使間の契約や勤務規則等で対価の基準等を定める方式は我が国では十分に機能しないからである。

対価の額を発明前の労使間の契約や勤務規則等で決定できるべきとする論者は、対価の額に不平があれば転職の自由があるので、他へ技術者が流出する。だから対価の額として一定ライン以上は維持される、と主張する。しかしながら、日本においてこのような機能は現状期待できない。なぜならば、日本は横並び社会であると同時に、契約条件を競い合うことによってよい技術者を獲得しようとする風土がない⁽⁷⁾。よってある社の対価が安かったからといっていくら実績をあげた技術者でもそれ以上の待遇で転職するということが非常に難しいというのが私の実感である。つまり自然な形での需要供給関係が機能しないのである。その結果、多くの企業において対価が安値安定になってしまう傾向は否定できないと思う。つまり当事者間の契約等で発明前に包括的に対価の額や基準を定める方式は我が国では機能しないのである⁽⁸⁾。

また特許の対価というのは企業において経費削減の対象になる可能性が高い。

このようなことから考えると、特許権によって企業に与えられた発明へのインセンティブは、企業の中の従業員まで届かない場合が多いのである。もちろん届いている企業もあることにはあるであろうが、特許法の目的を考えると例外なく従業員まで発明へのインセンティブを届かせなければならない。よって国家から企業内の従業員にまで発明へのインセンティブを直接働きかける法制というものは必要不可欠なのである。

(5) 特許法としての責任

特許法は、発明者に発明へのインセンティブを与え、発明の開示促進を図る法律である。しかしながら、個人発明家や企業にはインセンティブを与えるが、企業の中の発明者へのインセンティブ付与に関しては各企業で勝手に行ってください、ということだと特許法としての責任が果たせていないことにはならないか。つまり、特許法の存在理由とも言える発明者へのインセンティブ付与機能が、企業の発明者に対しては、働かないこととなるのである。これでは、法の責任を果たせていないとともに、何のために独占権を付与する法律を定めているのかわからないと思う。企業に投資だけさせれば特許法の責任は果たせたということにはなるまい。

よって、特許法としての責任を果たす意味でも対価請求権は存置すべきなのである。

4. 対価は権利であって、処遇（使用者側からの恩恵）ではない

このように対価を考えていく上で、さらに対価というものの性質について考えてみたい。対価というものは、権利なのか、処遇（すなわち使用者側からの恩恵）なのかということである。

現行法制下において対価は明確に権利であると宣言している（特許法 35 条 3 項）。私も対価は権利でなければならないと思うし、権利であることは当然の帰結であると思っている。

(1) 対価が権利であるか処遇であるかという点は、特許はそもそも誰のものであるかという問題と結びつく。特許が使用者（のみ）のものであるという考え方を持てば、対価は処遇だということになり、特許が従業員と使用者双方のものである（または従業員（のみ）のものである）という考え方に対しては、対価は権利であるということになる。

つまり、対価とは、従業員（と使用者の協力）によって完成された発明に関して従業員の持分権の代償として得られるものであると考えるべきなのである。よって、使用者側からのご褒美ではないにもかかわらず、対価を処遇と考えている論者が多い⁽⁹⁾。

対価を議論する際には、対価は権利なのであって、処遇ではないことをしっかりと考えて、また、論点について権利か処遇かを明確に意識して議論すべきであると思う。

(2) 特許法 35 条 3 4 項廃止論の考え方は、特許は使用者のものとする考え方であり、対価は処遇でなければならないとする考え方である。

しかし対価処遇論は、特許制度の体系からすると矛盾していると言わざるを得ない。その理由は、対価が処遇であるとする対価は使用者側の希望額しか支払わなくともよいこととなり、発明の飛躍的進歩という観点からみて、発明へのインセンティブとして弱くなる可能性が大きくなる。対価が処遇であるとする対価の額がその発明の経済的価値以外の基準（例えば、発明活動以外の仕事の評価、使用者側の当該従業員に対する好き嫌い⁽¹⁰⁾）によって決定されることもとなり、これは従業員の発明意欲を滅殺させるとともに特許法の理念と矛盾することにもなり、妥当ではない。

特許法における対価とは、独占によって得られる利益に応じたものなのである。独占による利益という利益はなぜ得られるのか。それは独占権を創設したからである。商業活動において独占ということは原則認められていない。しかしながらあえて政策的に独占が認められ、その独占による利益が出る以上、その独占による利益は、独占権の創設に寄与した者に還元されるのが自然なのである。よって対価とは発明の（独占による）経済的価値や経済的利益に応じてその発明をした従業員にその貢献度分だけ当然に分配されるものであり、使用者側の目配りで与えられるものではない。

5. 対価に関する職種別不公平論に対する反論

依然として根強い考え方に、対価に関する職種別不公平論というものが存在する。すなわち、対価が支払われる対象が、主として研究者・開発者・設計者（以下「研究者等」）であり、それ以外の工場勤務者や営業職・事務職の人々等がこの対象になりにくく、職種間

の不公平が生じるというものである。また、別の言い方では、研究者等だけでなく総合的に利益を配分すべきだ、などとも言われる。

この論に関しては、次のことを主張したい。

まず職務発明の対価に対しては、従業者側が当該発明に関する権利の制約を受けるということもセットで考えなければならないということである。つまり特許法の規定によれば、職務発明に関しては、法定通常実施権（35条1項）、予約承継の禁止除外規定（35条2項）によって、その発明に関する権利について権利の制約を受けている。これに対し、発明をすることが期待されている従業者以外は、発明行為については職務であると認定される可能性が少なく、この結果、そのような従業者がなした発明は職務発明ではなくなり、結果、彼はその発明に関する権利を自由に実施（使用）・処分でき、この結果、彼自身で独自に収益を上げる可能性を秘めているのである。一方、職務発明に関して研究者等は、発明者であれば当然に自由に実施（使用）・処分でき、権利の制限を受けないところをこの点で、非常に大きな制約を受けている訳である。よって、使用者側から支払われる金額という点では一見不公平に見えるかもしれないが、ある個人がなした発明というものに着眼し、その発明から得られる収益という観点から見れば公平なのである。いや、むしろ、権利の制約を受けないだけ、研究者等以外の方が有利とも言えるのである。

また、権利の制約規定を残して、対価に関する保障をなくす、というのはいかにも一方的な考え方と思われる。よって、他の職種に従業者との公平を言うのなら、権利の制限についてもセットで考えるべきである。

さらに別の角度から図をもって、他の職種との不公平論について反論したい。図1を参照していただきたい。図1はある特許品によって得られた金銭についてその内訳を示したグラフである。このグラフにおいて、

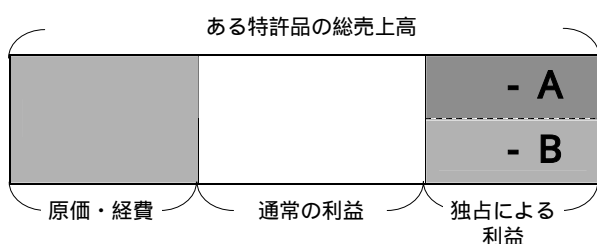


図1

費や原価等の部分である。この部分がその特許品を販売した結果における利益であり、この部分はその商品における通常の利益であり、基本的に売上高の一部から発生するものであって、その商品の魅力やいわゆる企業努力等によって生じる利益である。これは独占権を創設した結果生じた利益（独占による利益）である。これには独占による価格差や独占による売上個数の増加によって生じた利益（過去の判例では売上高に実施料率を掛けるなどして擬制されている）や他社へライセンスしたことによるライセンス料がここに入る。もしも他社からの損害賠償金等があれば、それもここに入るであろう。

従業者が対価として受け取れるものはこの一部、すなわち、独占によって生じた利益のうちの従業者側の貢献度分（B）のみである。まずここを明確にして議論することが必要である。

ここで言いたいのは、独占権がもし存在なかったとしたならば、この領域というものは存在しない訳である。こう考えるとこの領域の利益はやはり独占権の創設に関与した者が受け取るという方が公平であると言えないか。

上記不公平論を考える上で、特許品の売上げへの貢献について例を挙げて考える。まず営業マンの販売成績の向上による売上増であるが、そのようなこれはこの部分の増加に寄与したこととなる。商品企画がよくて売上増に結びついたのなら、やはりこの部分の増加となる、工場の生産性向上による貢献による利益も

この部分に入る。また研究者開発者等がよい製品を作ったからよく売れたという利益もこの部分に入る。このような活動に対する見返りは、それこそ「処遇」で報われるべきであり、賃金の上昇等で報われるべきである。それは企業内における従業者と使用者の関係としてあるべき姿である。それに対し、ここに示す独占による利益というのは独占権の創設があったから生じた利益である。このような独占権が存在したから得られた利益はやはり独占権の創設に寄与したものが受け取るのが自然な姿なのである。また、独占による利益が得られることによって発明意欲を刺激するということは、特許法本来の目的にも合致する（特許法1条）。

対価職種別不公平論者の説で行くならば、独占による利益も発明者以外に分配せよ、ということになるのだろうが、それを公平だとするのは著しく疑問が残

る。このような考え方によれば、その特許における発明者の持分権を発明者以外の従業者へ広く開放することと同様の結果になるからである。よく企業内全体の最適、企業内での他の部分のアシストなどという言い方があちこちでなされるが、その意見の通りのことがなされれば、発明者の持分権が企業全体に分散し、インセンティブが湧くような額を発明者が受け取れないこととなるから、特許法が本来与えるべき発明意欲を発明者に与えることはできない。

また、発明活動をサポートしたのは使用者側だという主張に対しては、-A に示す使用者側の貢献度分が主張できることを言いたい。それで充分筋が通るであろう。また、よく特許部員の活躍により、よい権利が取れたのだという主張がされるが、それも -A に示す使用者側の貢献度として主張することによって得られた部分の額が、その特許部員を「処遇」する上での原資とできるわけであるから、そこで処遇すればよい訳である。特許部員が補正や出願活動で手を加えることにより、事実上、新しい発明が加わって、その発明が独占権として機能したというのならば、その特許部員が自ら発明者であるとして持分権を主張すればよいわけである。このことは、現行対価請求権や判例の考え方に何ら矛盾しない。また、他にも発明活動を後援する者が企業内にいる場合も同様の考え方ができる。

以上のように、対価における職種別不公平論は、特許法の考え方からすると、矛盾する考え方であり、多くの場合、上図における の部分の利益(通常の利益)の話と の部分の利益(独占による利益)の話とを混同したことから生まれる意見であると考えられる。よって、職種別不公平論は、誤った考え方であり、対価請求権廃止論の根拠たりえないのである。

6. 技術者の実情からの制度の考察

それでは、技術者の実情から対価請求権を考えてみる。

現在、多くの技術者にとって、発明提案は使用者側から課せられたノルマを契機付けとして行っている場合が多い。ではなぜノルマによって提案するのか、それは提案しなければ減俸等、処遇に響くからである。このようにして義務を課しておけば上述したとおり発明の「個数」についてはある程度出てくるのは出てくる(発明を出さなければ評価が下がるという点で、こ

れを「負の対価」と言うこともできる。「負の対価」の世界では、発明を提案すれば対価ゼロであり、これが満額である⁽¹¹⁾)。

一方で、本来の意味の対価に関しては、多くの使用者は、現行の35条3・4項を事実上認めず、使用者側が勤務規則等に基づいて一方的に決定した対価額で運用を行っている。

ここで冷静に考えていただきたいのだが、このような状況は果たして質の高い発明が生まれやすい土壤なのだろうか、ということである。確かに、ノルマがなければ発明提案活動は活発にならないとする考え方は一理ある。だが、それだけで足りるのであるだろうか。

従業者にとって、いわゆるやつつけ仕事の類の仕事であれば苦痛を我慢して職務を遂行しさえすればある程度の結果は出せるが、より高度の発明を技術者の英知の中から生み出すということになれば、発明活動に対するより積極的な意欲が必要となるであろう。つまり、そのような積極的な意欲を引き出す何かが必要ならば、より高度な発明が生まれてくる土壤を形成することは難しい。つまりムチを中心とした施策では、やつつけ仕事の発明が増加してしまうのが自然な流れなのではないか。これは努力によって補いがたい自然な心の動きであり、限定的なアメしか得られない状況下であるにもかかわらず、高度な発明を出さないとは何事だ、などといえる筋合いのものではない。

よって思うのは、このような問題点を回避し、苦痛の中でも技術者の意欲を引き出し、発明意欲を増進させるためには、やはり特許法35条3・4項を額面(そして判例)どおり運用するしかない。特許法35条3・4項の言っていることは、従業者には、特許の独占による利益に比例した対価を得る権利があるということである。実にシンプルでありながら、もっとも特許法の理念に合致したインセンティブの与え方なのである(独占権 独占権により生み出された利益と形を変えただけでインセンティブの与え方は同じである)。

また、インセンティブを与えないで出てきた発明を選別して、その中でより優秀な発明を探すよりも、単に大きなインセンティブ(対価請求権に基づく対価)を与えて発明を提案させるほうが優秀な発明ははるかに多く出てくるような気がするのであるが、いかがであろうか。

7. 35条完全撤廃論（契約自由万能論）は成り立たない

職務発明制度に関して、35条3・4項の廃止論の他に、35条全体を完全に廃止すべしとの意見を主張する論者も依然として存在する。この論に関して再度検討を加えてみたい。

35条完全撤廃論の論者の主張は、（企業と）企業が雇用する研究者との個別契約のなかで研究活動の成果をどう利用するかを決める方がよい、「相当の対価」は有名無実化している、どう利益調整すればいいのかわからない以上、マーケットに任せるほかにない、といったものである⁽¹²⁾。

しかし、これらの意見には次のような理由で反論を行いたい。

まずの個別契約論であるが、これには現行35条の立法趣旨をどのように考えているのかと問いたいところである。すなわち現行35条はこのような事前の個別契約だと従業者不利の契約内容となり、これが従業者の創作意欲を減退させるというところから現行法がスタートしていることをどう考えているのかということが問いたい。これまでに述べてきたように上記の問題はいまなお残っている。現行法を「もはや時代に取り残された遺物」⁽¹³⁾などと批判する論者もあるようであるが、上記の問題がすでに解決しているとすると重大な事実の誤認があり、状況認識がまったく欠落していると断じざるを得ない⁽¹⁴⁾。

次にの有名無実化批判であるが、まず条文として対価請求権が厳然として書かれている以上、使用者側への強制力として機能している、これにより対価支払い意識が定着しているという機能はある。よって、これまで一部機能していることは機能しているのである。もしも本規定が存在しなければ、対価意識のない企業も多かったと思われる。

あと、この批判に関しては、上述したように近年各種判例を重ねるまで、多くの技術者や特許関係者が対価請求権（特許法35条3・4項）の何たるかを十分に理解していなかったということが一点ある。ようやく判例が出てきて統一した考え方が確立されようとしているのだから、まずその運用を始めてどうなるかを見ていくべきであろう。

現在、多くの使用者側は、現行の特許法35条3・4項の運用（判例）を事実上認めていない。だが、最高

裁においてオリンパス判決が原審どおり確定し、かつ、現在の法改正論議が35条3・4項の枠組みを維持する形で終了したならば、特許法35条3・4項を遵守した実務への対応をせざるを得なくなるはずである。よって真に有名無実なのかどうかの判断はそこからスタートすべきなのではないか。

また、上記論者は、在職中に従業者が訴訟を起こすことの難しさを理由に35条3・4項の有名無実性を説くが、35条3・4項の枠組みが守られるならば、既に提起されている訴訟は、その枠組みでの判例が次々と出てくる。そうすると35条3・4項を背景とした判例方式での対価計算による労使交渉によって実務が行われ、訴訟に至らない解決法が充分成立しうる。

また、在職中に訴訟を起こすことが難しいから有名無実であるというのなら、在職中に訴訟を起こすことを保障する方向性の政策をとることも理論的には可能である。

また、彼らが主張する自由な契約による対価交渉と国が対価請求権を保障した中での対価交渉とは従業者にとってどちらが難しいか。当然に前者のほうが難しいはずである。よって難しい方を従業者に要求し、それが技術者にインセンティブを与えるなどというのは、矛盾もはなはだしいのである。

よってこれらのことから考えると、上記は理由として成立しないのである。

最後に理由であるが、これを言っただけでは特許法の法改正理論としてまるで体を成していないのではないか。従業者にインセンティブを与える制度が「勝手にやりなさい」では、特許法の理念が反映されないのは明白であり、政策提言として責任をまったく果たしていない。「勝手にやりなさい」では機能しないから現行35条があるのである。知的財産戦略会議で決定された知的財産戦略大綱にいう「企業内の研究者の発明に対するインセンティブを一層高める」ための発明者へのインセンティブ政策が「勝手にやりなさい」では誰も納得できないであろう。繰り返すが労使間の力関係は立法時と状況はなんら変わっていないのである。

よって、以上のように35条完全撤廃論はまったくもって成り立たないのである⁽¹⁵⁾。

8. 35条完全撤廃論では、技術者は余計浮かばれない

あえて項を分けて書くが、以下に示すように、現行特許法 35条の「相当の対価」があいまいだから、技術者が浮かばれない（だから現行職務発明制度（35条）を廃止すべきだ）などとする論者がいる。

日経エレクトロニクス 2002年 8月12日号の荒井寿光氏へのインタビュー記事で、荒井氏は次のように語っている。『職務発明制度に、「相当の対価」というあいまいな表現があるのが問題だ。（中略）日亜化学工業は「2万円が十分」といい、中村氏は20億円を要求する。つまり10万倍の開きがある。こんな中途半端な制度があるから技術者が浮かばれない。』

上記の文章は極めて意味不明である。中村氏は、現行法制下にあるからこそ対価請求権を主張でき、対価が認められる可能性があるのではないのか。もしも中村氏の入社時から荒井氏のいう35条完全撤廃論の法制にあったとしたら、中村氏の対価は2万円が確定していたこととなる。つまり荒井氏の主張どおりだと中村氏は日亜化学の主張どおりの対価を甘受しなければならないわけである。事実関係がまだ明らかになっていないので適正な対価額はまだ不明だが、上記の理論による結果で果たして中村氏は浮かばれていると言えるであろうか。起こりうる事実と反する主張のように私には思える。

つまり「技術者が浮かばれる」などと主張しながら、技術者がどのように浮かばれるかについては、それこそ「あいまい」な発言に終始している。的確な論証はされてなく肝心の部分がまったく開示されていない上、キャッチフレーズだけが先行しているように感じる。

35条完全撤廃論も、産業政策上の一つの意見として主張する自由はあろう。しかしながら、それで細部の検討もせずに、「技術者が浮かばれる」などと言うのは、誇大宣伝ではないのだろうか。私は納得できない。

上記日経エレクトロニクス記事等から推測するに、この35条完全撤廃論では、35条完全撤廃論導入

当初は国内の多くの使用者が対価額として安い額を提示する 技術者が他国に流出する 国内企業が優秀な技術者を集めるために優秀な条件を提示する

だから技術者は浮かばれる、とのシナリオが考えられているようだ。

ところが、日本では、決してこの理論通りに行かな

いと思う。上記の のストーリーがまず成り立たない。人は生まれた祖国を離れて外国へ行くなどということはなかなかできないものだと思う。人は生まれ育った環境がいちばん安心を感じるものである。環境を変えるということはなかなか大変である。また、一人一人の技術者には家族もある。そのような状況で祖国を離れて外国へ行くなどということを決断できるのは、ごく一部の人々にすぎないであろう。よって、 の状況が生じない結果、日本の風土においては、 の状況がずっと残ることとなるだろう。もしも上記の論が正しいとするならば、今の日本の長期にわたる不況の中、技術者に限らず失業者達は大量して外国へ働きに出ているであろう。果たしてそうなっているだろうか？ 実情を見てみるべきであろう。

また、百歩譲って、 の技術者が他国に流出するという事態は国益に鑑みて、また、個々の技術者にとって、これは幸せなことなのだろうか。よくこの事例に関しては海外で活躍するスポーツの日本人プレーヤーに例えられるが⁽¹⁶⁾、この例えと対応しているのだろうか。

海外で活躍する日本人プレーヤー達に言えるのは、日本国内の球団に引き続き在籍したとしてもほぼ同等の報酬を受け取ることができたであろうということである。にもかかわらず彼らが外国を目指したのは、よりレベルの高いところで自分の技術を試したいということである。今年 FA 宣言した松井もそうであろう。これを技術者に例えるならば、海外の有名な企業や大学の持つ高度な技術に触れ、その中でさらに高度のものを作りたいとして海外へ行くケースであろう。これは海外進出である。これに対して荒井氏のいう海外流出は、日本で満足な報酬が得られないので仕方なく海外へ行くケースである。これと佐々木やイチローらを同列に論じるのは、基本的に間違っている。海外進出と海外流出はまったく異なるのである。35条完全撤廃論は技術者の海外流出を推奨していることにはならないか。

よって、この理論を実践するということは、技術者が安い報酬額を甘受することを強いられ、それがいやなら外国へ行ってしまいなさい、という社会をつくることに他ならない。これで果たして技術者は幸せになれるのだろうか。

35条完全撤廃論では、技術者は余計浮かばれない。それが私の結論である。

9. オール事後承継論では筋道が立つかもしれない

35条完全撤廃論の理由付けを見ていると、オール事後承継論の理由付けのようにも聞こえてくる。オール事後承継論は、職務発明を含めて予約承継を一切禁止し、発明が完成した後でのみ承継を可能とする考え方である。

考え方を考えてみると、将来なされる発明に対して事前に権利を譲渡するかどうか、対価を支払うかどうかを決定しようとするところから問題が発生していると言えなくもない。

よって、例えば、予約承継を職務発明を含めて一切禁止するとする法制を考えてみる。また、使用者側の実施の権能を残すため、35条1項の法定通常実施権相当のものは存在するとする。

このような法制ならば、対価請求権などを規定する必要はなくなると思う。その発明に係る特許(を受ける権利)の価値に見合った値段で売買されるだろうからである。もしも自己の使用者が適正な価格で買い取ってくれないのならば、自己の特許(を受ける権利)を首にかけて転職活動をすればよい。逆に使用者側も実施の権能は確保できるわけであるから、不必要な権利はスポイルすればよい。一方、技術者もいい権利を取らないと冷遇されるわけであるから、従来にも増して一生懸命研究開発に取り組むこととなるはずである。よって、これならば、技術者の価値や特許の価値に比例した金額で需要と供給の関係がうまく機能すると思われる。

よって、マーケットに任せるとする上記35条完全撤廃論の理由付けを聞いてみると、このようなオール事後承継論法制の理由付けを述べているのかな、とも思ってしまう。これならば、自由競争や自由な転職、真の実力主義が機能するであろう。そして、これならば、技術者も浮かばれるであろう。

ただ、この説だと、使用者側は投資の見返りに権利を囲い込めないということとなり、納得できないであろうから、あえてこの説を提唱することはしない。ただこういう考え方もできうということである。

10. 現行35条への批判の数々に対して

それでは、現行35条に対する数々の批判に対して答えたいと思う。

- (1) 「相当の対価」の基準があいまいであるので35条3・4項は機能しないとの批判

私は、「相当の対価」に関しては、けっしてあいまいではないと私は思う。この「相当の対価」を支払えという規定は、発明に関する特許が稼いだ独占による利益に額を従業者と使用者の貢献度に応じて分配せよ、ということである。言い換えれば、特許権が稼いだ額に比例した額を従業者が得ることができる、ということでもある。特許法の考え方からするとシンプル、かつ、当然の考え方であると思う。多くの富を稼いだ発明の発明者への対価の支払いが充分でない場合よりはよほどわかりやすい。

これに反対する論者は、事前契約(等)のほうがすっきりすると言うが、事前契約(等)では、パイオニア発明に対して10,000円などという事例がどうしても出てくるのに対し、市場価格に基づいて算定すればこのようなことはない。このほうがどれだけすっきりすることか。

それに対して、このような「相当の対価」に関して「あいまい」と言われるのは、まだ判例が少ないからではないかと私は思っている。

例えば、特許権侵害訴訟等においても特許法創設以来初期の頃は判例も少なく、判決の予測が難しかったであろうが、数々の判例により、損害賠償額の考え方等が確立されてきたように思う。それに対して、対価請求権をめぐる訴訟はまだ数が少ない。

これまで「相当の対価」に関しては、いくつかの判例が存在するが、その算定法に関しては、あまりブレが見られない。よって、これから判例が蓄積するに従って、判決の予測可能性は増すはずである。判例が蓄積すれば当事者である従業者も「自分はこの事例よりは多い。」「自分はこの事例よりは少ない。」ということが明確になってくると私は考えている。

よって、判例が蓄積されれば、「相当の対価」の基準は今よりも必ず明確になる⁽¹⁷⁾。

また、現状を認識していない意見として、「相当な対価」の表現があいまいであるから、対価が低く抑えられがちになる、とのプロパガンダもある⁽¹⁸⁾。上記説明したことからすると、そんな馬鹿な話はないことは理解できるだろう。そしてもし対価が低く抑えられているのだとすれば、それは次項等で述べる、単に対価請求権を認めないことから来ている話である。

ゆえに、このような、いたずらな「あいまい」攻撃は、的外れであるといわざるを得ないのである。

(2) 現行35条(対価請求権)が存置されれば紛争が多発するから妥当ではない、との批判

これに対しては、次のように主張したい。

判例方式による対価の算定法を使用者側が認め、それが社会的に浸透すれば、紛争は減少すると私は思っている。対価請求権を廃止したいとする考え方は、対価に関する実務において、現行特許法の解釈とは異なる実務を認めよ⁽¹⁹⁾、というところからスタートしている。その実務のあり方を押し通すのならば、現行法において訴訟が起きるのは当然である。よって、対価請求権があるから訴訟が多発するのではなく、使用者側が対価請求権(現行35条)を認めないから訴訟が多発するのだとも言えはしないか。

また侵害訴訟との対比において考えてみたい。対価請求権があるから紛争が多発する。だから対価請求権をなくすべきだ、との論法は、侵害訴訟において、特許権があるから紛争(侵害訴訟)が多発する。だから特許権はなくすべきだ、ということと論法においては同じではないだろうか。

今後、特許権侵害訴訟は、他人の特許権をいくら人々が尊重してもゼロにはならないであろう。権利解釈において解釈の相違等がありうるからである。だからといって特許権は産業政策上不可欠なものであるから廃止することはできないであろう。対価請求権とて同じである。対価請求権を残せば、ある程度の訴訟は残ると思うが、それを悪と捉えるのはどうなのであろうか。決して私は訴訟の頻発を望んでいるわけではないが、産業政策上対価請求権が必要なのであれば、訴訟が多少起きることはある程度仕方のないことであろう。よって、昨今、ことさらに大きく対価請求権に関する訴訟が報道されるからといって、だから対価請求権は悪であるとする論調には私は納得できないのである(それならば特許権だって悪であろう)。よって、対価請求権を廃止すべきであると言うのなら、あくまで対価請求権が産業の発達を障害し、特許法の目的(特許法1条)に反することを立証しなければならぬのである。

(3) ローリスクハイリターンを認める制度は容認できないとの主張⁽²⁰⁾

これは誤解に基づく主張であると思う。従業者がローリスクであるのならば、いかに従業者がローリスクであったかを使用者側の貢献度として主張すればよいのである。現にオリンパス訴訟では使用者側の貢献度が

95%も認められている。対価請求権は単純にローリスクハイリターンを認めている制度ではないのである。

(4) 法律が古すぎるとする批判⁽²¹⁾

現在の特許法35条は大正10年法を元にしていて古すぎるとの批判がある。しかしこの反論としては、まず、今も昔も使用者と従業者の関係は大して変わっていないということを挙げたい。よって、昔からの法律であっても今も必要であると思うのである。

また、大正10年法は明治42年法の何らかの反省に基づいてできているのだと思われる。よって、もし対価請求権をなくしてしまえば、元の明治42年法の状況に近い状況に逆戻りする可能性はないのだろうか。『歴史は繰り返す』という言葉があるが、無意味な歴史は繰り返したくないものである。

(5) 使用者側のリスク主張と企業活動制約説産業の空洞化

現行法上の対価請求権が残れば、使用者側は訴訟リスクが大きいという批判がある。しかし、これも誤りであり、対価の額は独占による利益を算定した上で、その一部が対価となるにすぎないのである。よって、企業の体力以上の対価算定がされることはありえない。また、対価は本来的に従業者の権利なのである。あらかじめ計上しておくべきものと言えはしないか。

また、対価請求権制度が重荷になって、企業活動を制約するという説や、企業が海外流出するという説もあるが、対価請求権の重荷と発明者がよい製品を発明することを比較考量すれば、決して損はないと思うのだが、いかがであらうか。

(6) 海外法制との相違

よく海外法制との相違が言われ、海外に比較して日本の特許法35条は特異であるとの主張も多くなった。しかし、端的に職務発明の条文だけを抜き出して比較して、日本の制度が悪であるとするのはいかがなものか。雇用情勢や他の特許法制度など各国まちまちなのである。そこを論じることなく海外法制との相違を突いて現行35条を攻撃するのは間違いであろう。

11. 実務への対応

以上述べたように、やはり対価請求権を認める実務を推進していくことが産業政策上妥当であると思っ

では、実務的にどのようにすればよいか。次の方式

でいかがであろうか。

とりあえず使用者側で用意した対価の基準で対価額を決定する。

上記の額に不服な従業者は使用者に申し出る制度を残しておく。

で申し出た従業者、及び、基本特許やライセンス料や賠償金等を得た特許の発明者である従業者とは双方で額について個別交渉し、判例方式で計算した計算書、及び合意書を作成する。

このようにしておけば私は訴訟になることは少ないと見る。

について双方充分に数字を出し合い、また、従業者側が自己の意見を主張することが充分に保障されれば、ここで合意に至ることによって、訴訟まで行く可能性は少ない。ここで決裂すれば訴訟に行く可能性は大であるが、それはやむをえないと思う。一方で、ここで合意したにもかかわらず訴訟が起きる場合、合意に至るまでの使用者側の交渉が適切であれば、判決の額はここでの合意額に近いものとなるはずである。そうならば従業者側もあえてリスクを侵してまで、事後に訴訟を起こすということは少ないであろう。

このように考えると、対価請求権が存在しても、それなりの実務というものは存在し、成り立つものであると私は思う。

12. 最近の職務発明制度に関する動きに対して

(1) 政府の動き等

経済産業省は「産業競争力と知的財産を考える研究会」を終了させ、一応の報告書を出した(2002年6月5日)。一方、内閣総理大臣の直属として、「知的財産戦略会議」を設置して議論が続けられた結果、「知的財産戦略大綱」が決定された(2002年7月3日)。同「大綱」によれば、『2003年度中に結論を得る。(経済産業省)』と記載されている。

さらには、特許庁主催で、産業構造審議会知的財産政策部会「特許制度小委員会」で職務発明に関する議論がなされているが、ここでの配布資料によれば⁽²²⁾2003年3月に結論を得るように書かれているが、その期限についての表記はあいまいであり、また、上記「大綱」等という時期との整合性がいまひとつ不明で国民にわかりにくい。また、民主的でオープンな議論という面でいまひとつ不満が残るところである⁽²³⁾。

政策決定にあっては、決定の方法として合理性があり、かつ、国民全体を巻き込み、国民に論点が明確になるような決定の方法が必要である。

(2) 竹田和彦氏「特許はだれのものか」による竹田氏の説

元日本化薬社長の竹田和彦氏による著書「特許はだれのものか」が出版された。この中で竹田氏は、対価請求権はメジャーインベンションに限れ、との主張をされている⁽²⁴⁾。

竹田氏は、企業の社長を経験された方であるにもかかわらず、単純に対価請求権を廃止する案を批判しておられ⁽²⁵⁾、この点敬意を表したい。しかし、今のままでもダメであるとの意見を主張しておられ、対価請求権はメジャーインベンションに限れ、との主張になっている。そういう意味で中間的な意見であるとも言えようか。

ただ、このようにすると、どこからがメジャーでどこまでがメジャーでないかの判断が微妙であり、また、収益の大小で取扱いを分ける根拠がいまひとつ乏しくはないだろうか。私は、これまで述べてきたように対価請求権は当然の権利だと考えているので、いまひとつ違和感も残るところである。

(3) 中村修二氏への判決

中村修二氏が日亜化学を訴えた訴訟に関して、権利の帰属に関する中間判決があった⁽²⁶⁾。結論は、特許は日亜化学に帰属するとの判決となった。

私としては、終局判決の如何にもよるが、とりあえずこの中間判決だけ見た場合、この結論でやむを得ないと考えている。中間判決においては、権利の個別承継が争点であったので、この詳細な内容については別の機会に述べたいと思う。

この判決は注目度が高く、あちこちで報道された。ひとつ気になったのが、事態の本質についての報道がいまひとつ少なかった気がするところである。この中間判決に関しては、中村氏と日亜化学の契約の問題との色合いが強いと思われるのだが、単に「特許は使用者のものとなった」とステレオタイプに報道されたものが多かったような気がする。どうしても短時間では事態の本質を取り上げた報道は難しいのだろうか。

(4) 成瀬昌芳氏らの提訴

元味の素社員の成瀬昌芳氏や日立金属の元社員の方など、いくつか対価請求権に基づいた訴訟を提起された。今後の動向が注目される。ただ、上述したように、

対価請求権が存在することが訴訟の原因であるとする考え方は妥当でない。対価請求権の意義については関係者でしっかり理解していただきたいところである。

(5) 田中耕一氏ノーベル賞受賞

島津製作所社員の田中耕一氏がノーベル賞を受賞した。そこで対価請求権の問題とリンクして語られる報道がいくつかあった。ノーベル賞を受賞したからといって、発明から独占による利益が上がっていなければ、対価は少なくなるのが対価請求権の本質であると思うし、ノーベル賞をとったから発明対価を払うべきだ、とするのも妙だ。実際のところ発明実施にともなう「独占による利益」はどの程度あったのであろうか。

もっとも対価とは別に、「処遇」として優秀な研究を評価できるような体制は必要である。

あと対価請求権の問題と、田中氏のような報酬に関心が少ない技術者の存在とが対価請求権不要論とリンクされることが少し懸念されることである。

13. おわりに

依然として職務発明制度への関心は高く、かつ、改正に向けての論議や政府サイドの検討が行われている。

一言申し上げるのなら、職務発明制度の基本線、特に対価請求権については法律を変えないことをおそれないで欲しい、ということである。

審議会や検討会を立ち上げておいて、法律の基本線を変えないということは、非常に勇気がいることかもしれないし、変えないことを批判する勢力もあるだろう。また、法改正担当者の自身が受ける査定や評価等を考えると法律を変えないとする結論は出しにくいかもしれない。法律を何かしら変えたほうが立案者としての実績をアピールしやすいと思われるからである。

しかしながら、考えてみて欲しいことは、35条3・4項の廃止、すなわち対価請求権の廃止論については、現状通りの実務を認めて欲しいとする使用者側の欲求からスタートしている⁽²⁷⁾。よって、対価請求権を廃止することが現状の実務を維持することになり、対価請求権を存置することこそがむしろ変革につながることを忘れてはいけない。ここがいまひとつわかりにくい構図になっているが、ぜひしっかり事態を見つめる必要がある。

前掲「知的財産戦略大綱」によれば、『知的財産立国を実現し』、かつ、『職務発明制度について、企業内の

研究者の発明に対するインセンティブを一層高める』との記載がなされている。しかしながら、万が一、対価請求権という国家に認められた権利を廃止するようなことがあれば、それはどのような理屈をつけようとも、技術者の発明へのインセンティブという面では現行法からの後退となる。「権利」なるものをなくしておいて前進だ、などということはどう考えても矛盾するからである。この点、廃止論者からはいろいろなプロパガンダがなされているが、関係者はそこをしっかりと把握しておくべきであろう。

上記のように、我が国では『知的財産立国を実現』するとしているが、スタートは発明を提案するところから始まるはずである。そしてその提案の源が発明者の発明意欲である。そうなる職務発明制度の方向性は明らかではないだろうか。関係者がそのことを理解されることを切に望むところである。

注

- (1) ここでは骨格とも言える大きなもの2つを挙げた。その他にも問題点はいくつか存在するが、それらについては、拙著「これだけは知っておきたい職務発明制度 技術者のための特許法の常識」(日刊工業新聞社)「第6章 職務発明制度の立法論 改正論議へ向けて」に掲げたので併せて参照していただければ幸いである。
- (2) (2)の理由については、前掲「これだけは知っておきたい職務発明制度 技術者のための特許法の常識」(日刊工業新聞社)、パテント1999年5月号 10頁「特許法35条についてのさらなる考察」、パテント1998年5月号 49頁「特許法35条と非職務発明について」、パテント2002年5月号 37頁「職務発明制度の立法論と問題点」に掲げたので参照していただきたい。
- (3) 特許関係者には常識であるが、35条2項はなにも強制的に特許権を使用者側へ移転することを認めているわけではない。ただ、職務発明において契約や勤務規則による予約承継を有効と解しているにすぎない。よって予約承継をしない契約(勤務規則)は現行法においても締結できる(制定できる)のである。前掲「職務発明制度の立法論と問題点」第4章(2)注(10)も参照のこと。
- (4) 産業競争力と知的財産を考える研究会 ワーキンググループ1・2(第7回/合同会合) 議事要旨 <http://www.meti.go.jp/kohosys/gather/0000300/>
- (5) 立法論とは別に感情論にはなるが、このような発言は技術者の立場からすれば、はなはだ遺憾であり、また容認しがたい意見である。技術者の日夜の努力に対して、自動的に出て来るなどと言うのはいかにも失礼ではなからうか。
- (6) この研究会でも発言者名は伏せられている。研究会・審議会はやはり政府の会議であり、法律の制定改廃に影響を

- 及ぼす公的な会議である反面、委員になれば私的意見を表明できる。よって一部の私的意見で法律の制定改廃がなされることがないかどうかを国民がチェックできるよう、また、各委員に責任を持った発言をさせるためにも、この種の会議では、記名入り議事録の公表は必要不可欠である。よって記名入り議事録の公表は単なる行政サービスではない。この点、経済産業省や特許庁の扱いは妥当でない。また、記名入り議事録の公表を拒むような者がもし存在するならば、その者は委員にすべきでないと思ふ。
- (7) パテント 2002年8月号 21p 「職務発明制度の立法論と問題点」 質疑応答の部にも述べた。
- (8) これを機能させるためには労働法制全体の根本からの見直しが必要となる。前掲 パテント 2002年8月号 21p 「職務発明制度の立法論と問題点」 質疑応答の部も参照。
- (9) 例を挙げると、丸島儀一氏「キヤノン特許部隊」194p以降で、丸島氏は「金銭以外の処遇も重要」「ずば抜けたものというのは特別表彰ということで金銭以外の処遇を別途考えてあげべきだと思うんです。」と述べており、対価は処遇であるとの考えを持っているようだが、誤りだと思う。
- (10) 仕事ができる人なのに、なぜかよく処遇されていないという人はどこの企業にもいるようだ。そのようなことが起きるのは、どうしても処遇には評価者等の恣意が入るからであろう。だが、対価は発明奨励という使命があるわけだからそのようなことがあってはならないのである。よって、どんなに彼が変人であっても、対価請求権によってその発明に関しての(独占による)市場利益に基づいた金銭を受け取れるとするのが一番妥当であり、また当然である。
- (11) 対価請求権(特許法35条3・4項)が廃止されると、「負の対価」を中心として、発明を提案させようとする使用者も現れてくるのではないかと私は懸念する。
- (12) 荒井寿光氏+知的財産国家戦略フォーラム編 「知財立国 日本再生の切り札」83 職務発明規定を廃止する」の項の内容。
- (13) NIKKEI NET ビジネストレンド 馬場錬成氏 第2回「職務発明規定を廃止せよ」
http://bizplus.nikkei.co.jp/colm/colCh.cfm?i=t_baba02
 馬場氏は上記注(12)の知的財産国家戦略フォーラムのメンバーである。
- (14) 前掲「職務発明規定を廃止せよ」では、『ただし企業だけが有利になるような個別契約を考えているようなら、国際競争力を持つ企業は生まれまいだろう。』とあるが、契約自由の原則にすべて任せると、企業側に有利な方向に流れるのが自然の理である。また、いくら実績をあげた技術者でもそれ以上の待遇で転職するということが非常に難しいことは本文中に述べた。それを、このような建前論のみで、制度として定めている対価請求権を廃止するのは問題がある。上記建前論どおりにならない場合はどうするのか。技術者は黙って我慢しておれ、ということか。
- (15) 本文の3(4)で述べた、日本は横並び社会であると同時に、契約条件を競い合うことによってよい技術者を獲得し

- ようとする風土がないということも大きな理由の一つである。
- (16) 本文中に掲げた日経エレクトロニクス 2002年8月12日号の荒井寿光氏へのインタビュー記事内の「インタビューを終えて」の欄にもそうした記述がある。
- (17) 2002年9月18日に開催された産業構造審議会知的財産政策部会第1回特許制度小委員会の配布資料「10. 職務発明規定の在り方について」
http://www.jpo.go.jp/tousi/pdf/tokkyo_7.pdf
 4pには、『判例の積み重ねにより「相当の対価」の概念は確立されるものであり、現時点でこれが不明確であるとの理由で立法措置を採るべきでない。』との意見が掲載されている。
- (18) 日本工業新聞サイト JIJweb 「経産省が職務発明制度見直し、委員会設置し実態調査へ」記事(2002年9月2日)
- (19) オリパス高裁判決(ピックアップ装置事件 H13.5.22 東京高裁 平成11年(㊟)3208号)は、「特許法35条3・4項は、強行規定である」とした。これに対して、日本知的財産協会政策部会「職務発明制度の承継に係る補償金に関する東京高裁について」(知財管理 Vol. 51 No. 8 2001)では、『本判決は、(中略)、我が国の主要産業のほとんどが策定し、長年実施してきた補償制度を実質的にすべて否定し、(以後略)』と述べている。その点でこの論文は裁判所の判断と異なる実務が行われてきたことを認めている。その後、日本知的財産協会「特許法第35条 職務発明規定についての提言」(2001年12月7日)で前記オリパス高裁判決及び現行特許法35条を批判して特許法第35条第3・4項を削除すること等を提案している。
- (20) 前掲 丸島儀一氏「キヤノン特許部隊」194pによれば、丸島氏もそのように認識しているようである。
- (21) 前掲 馬場錬成氏 第2回「職務発明規定を廃止せよ」他。「職務発明規定を廃止せよ」では、『1921(大正10)年に、旧特許法で取り入れた職務発明制度は、それからほとんど手が付けられずに80年以上も経過している。もはや時代に取り残された遺物と化しつつある。』とある。だが企業の技術者から見れば、現状を全然認識していない意見と言わざるを得ない。
- (22) 産業構造審議会知的財産政策部会第1回特許制度小委員会 配付資料8「今後のスケジュールについて」
- (23) 労働行政全般の話となりうるのに特許庁の一部署のみで主催されていること(縦割り行政的決定手法)、議事の公開が不足していること(上記6に述べた、記名入り議事録の公表は拒んでいる)等、私は不満であり、また、客観的に見ても政策決定のあり方として妥当でない。
- (24) 竹田和彦氏 「特許はだれのものか」 第10章
- (25) 前掲「特許はだれのものか」第9章「5. 企業にフリーハンドを与えるのは妥当か」
- (26) 2002年9月19日 東京地裁 平成13年(ワ)17772号
- (27) 注(18)参照

(原稿受領 2002.11.3)