

私に関与した特許行政の思い出(10)*

- 私の提案を含めて -



江夏 弘**

3. 政策と予算

(4) 出願の早期公開制度施行に係る問題点の処理について

(ハ) 特許等出願中の発明等に対する国有財産法による制限(つづき)

この回答書に基づき、昭和25年11月、特總第580号をもって、特許庁長官より各省庁の長に対し、次の如き通知を出した。これには、上記特許庁長官より管財局長あての質問状(照会)と回答書とが添付されている。

「国有財産法に於ける特許権等の取扱いに関する件
標記の件については、昭和24年12月24日付特總第349号(別紙(2)参照)を以て照会中であつたが、今般別紙(1)の通り、大蔵省管財局長より回答があつたのでお知らせする。尚、本件回答により、国有特許等につき明らかになった点を摘記すれば左記の通りである。

記

1. 特許権、実用新案権、商標権の外、意匠権も国有財産法上の国有財産に含まれる。

2. 特許又は登録を受くるの権利は、私法上の財産権ではあるが、国有財産法上の国有財産には含まれない。

3. 国有財産権等は、国の行政目的に使用されるものを除き、他はすべて普通財産である。

4. 国有財産権等は、普通財産であっても、これらの権利の特殊性に鑑み、当該技術面を担当する各府、各省、各庁の長が管理処分権を有する。

(5. ~7. は省略)

以上の如き経緯により、「特許又は登録を受くるの権利は、私法上の財産権ではあるが、国有財産法上の財産には含まれない」とし、国は特許又は登録を受ける権利を承継した場合でも、登録を得て権利にならなければ、企業等に実施許諾(又は譲渡)できず、したがって特許等出願中の発明・考案等は、実施権の設定ができないとされた。

以上の如き経緯があつたのにもかかわらず、特許等の早期公開制が法制化され、国の研究機関等(特にこれら研究機関を多数有している工業技術院、各大学ないしこれを総括している文部省、あるいは新技術開発事業団等)から、出願中の発明等の活用方が強く要望されるようになった。

昭和43年11月に、筆者が調査したところによれば、各省庁の出願中の技術に関する使用上の取扱い状況は以下の如く、いわば苦肉の策を用いている感があるのである。

農林省.....出願中の技術は原則として使用させないが、現在出願中の技術で使用させているもの1件(無償)、出願中に使用させ、登録されてから実施契約を締結しているもの(出願中の使用料は無料)1件となっている。

工業技術院.....出願中の技術の使用を認め、使用料は出願中は無料であるが、登録後に上乗せし、現在出願中の技術で使用させているもの43件。出願中に使用させ、現在登録されて実施契約を締結させているもの10件(出願中の使用料を上乗せしている)。出願中に使用させ、その技術が特許庁で拒絶されたため、出願中の使用料を徴収できなかったもの2件。

文部省.....出願中の技術は、原則として使用を許可しない。ただし、出願中に使用させ、現在登録されて実施契約を締結したものが1件(出願中から1本化された契約を締結したが、実施料は登録後に徴収)。

防衛庁.....出願中の技術は認める。使用料は無償。契約はすべて登録後に締結している。出願中の技術の使用を許可した例は3件。

郵政省.....出願中の技術の使用は認めない。しかし、

* (1)は2002年3月号、(2)は4月号、(3)は5月号、(4)は6月号、(5)は9月号、(6)は10月号、(7)は11月号、(8)は12月号、(9)は2003年1月号に掲載

** 元 特許庁業務課長

過去において1件だけの使用を許可した例がある(相手方, 新技術開発事業団)。この場合, 使用料は登録後の実施についてのみ徴収。

運輸省……出願中の技術は認める方針。使用料は登録後の実施料に上乘せすることにしたが, 過去に実例はない。

以上の如く, 大蔵省からの回答に基づき, 制度上(国有財産法上)は出願中の発明等は第三者に実施許諾できず, 実施料の徴収ないし発明者に対する補償金の支払はなし得ないことになっているが, 実際は各企業等からの強い要請により, 運用上 invisible にこれがなされていたのである。

(特許を受ける権利)

結局, 当該発明を発明者から使用者たる国に譲渡したときに支払う登録補償金, 実施されて実施料収入が納入された場合に支払う実施補償金の実務を担当している業務課が, 本件の解決をはからざるを得ないという状況になった。そこで, 上記の如き各省庁の実状や, 各企業からの要望をも加えて, 大蔵省国有財産課, 主計局(通産省担当及び法規課)と折衝したが, 昭和25年の管財局長の回答による解釈の域を打破することができず, 全く苦慮する状況となった。

約半年間, 上記国有財産課と何度となく出向いて交渉に当たったが解決をみるに至らなかった。たまたま筆者と折衝していた国有財産課の課長補佐が代わられて, 筆者の苦衷を察せられたのか, 国有財産課所管の法律解釈については従来からの考え方を曲げることはできないが, 他の法律により特許庁が考えているような政策ができると解されるところがあるならば, 国有財産課はクレームをつけないという, 筆者にとっては甚だ人情のある解釈論を述べられたので, 六法全書を開いて, 予算や財政関係の各法律条文をかたっぱしから読んでいるうち, 財政法第9条の規定を発見し, これで解決しようと思いついた。これが, 本件を解決する契機ともなったのである。

財政法(昭和22年3月31日, 法律第34号)の第9条(財産の処分, 管理)は, 次の如く規定している。「第9条 国の財産は, 法律に基づく場合を除く外, これを交換し, その他支払い手段として使用し, 又は適正な対価なくしてこれを譲渡し若しくは貸し付けてはならない。

2. 国の財産は, 常に良好の状態においてこれを管理

し, その所有の目的に応じて, 最も効率的に, これを運用しなければならない。」

本条を足がかりにして, 上記大蔵省各課の担当官と十数回にわたり折衝した結果(この間, わが国民間企業の外国からの技術援助契約の状況等, 特許出願中の取扱いについての資料を作成し, 提供した。これらは一種のノウ・ハウとしての財産権を有し, かなりの実施料を支払っている。……「特許管理」1969年(昭和44年)5月号, 7月号の拙稿「特許権の評価, 実施料算定の方法」を参照), 特許出願中の発明は, 国有財産法上の「国の財産」には含まれないが, 財政法第9条に規定する「国の財産」に該当するものとして, 企業等に実施許諾することができるものと解釈できないかと説明を行った。これに対し, 研究のための予算を支出している主計局の方はかなり乗気となり, 通産省担当官と法規課との間で打合せが行われ, 最も効果的に運用されるべき国の財産として, 出願中の発明が認められるに至ったのである。かくして, 出願中の発明, 考案等でも企業からの実施許諾による国庫収入に基づいて, 発明者等に実施補償金を支払うことができるものと制度化することができた(このための予算も主計局で付加してくれた)が, これは, 昭和25年から実に19年を経て実現化された難問解決の一例となったのである。

以上の如く, 一応解決をみたものの, なお大蔵省主計局との間において, 問題点の指摘があり, 特許庁側(筆者)としてそれぞれ以下の如き見解を示した。

拒絶査定が確定した出願に係る発明を, その査定確定前の段階で財産として観念できるか。

出願中の発明につき実施料を徴収した場合において, その出願が後になって拒絶されたとき, その実施料収入が不当利得にならないか。

出願中の発明を実施させた結果, その実施者が第三者の特許権を侵害した場合 国は当該第三者に対し, 損害賠償を支払う責任が生じないか。

以上について, 筆者は以下の如き釈明を行った。

については, 特許を受ける権利は, 特許法上及び税法上のいずれからでも, 発明の特許性にかかわらず, 対価交換されるものであり, 移転できうる財産権であるとされている。すなわち, 特許法第35条第3項は, 「従業者等は, 職務発明について使用者等に特許を受ける権利を承継させたときは, 相当の対価の支払を受

ける権利を有する」旨が規定され、特許を受ける権利が、発明の将来の特許性に係りなく、対価交換されるべき性質を有することを示している。また、税法上では出願権(「工業所有権に関し特許又は登録を受ける権利」)の取扱について、大蔵省(国税庁長官)は「工業所有権に関する法人税の取扱」(昭和29年12月27日、法1-226)を通達し、次の如く述べ、出願権を財産権とみなしている。

「第四 工業所有権等の譲渡又は使用権の設定を受けた法人の所得計算

(及びは省略)

法人が出願権を取得した場合には、次により取り扱うこと。

1.当該取得のため要した対価の総額を資産に計上するものとし、無形固定資産に準じて当該出願権の目的たる工業所有権の耐用年数により残存価格を零として均等額以内の償却をすることを認めること……(省略)」

については、出願中の発明の実施の対価は、その出願が将来特許されることを当然の前提として支払われるものではないから(外国技術導入契約においても、これは一種のノウ・ハウとして考えられている)、それが将来拒絶査定されたとしても、不当利得といえず、さらにその点を契約で明確にしておけばそのおそれはない。

については、本来発明実施の許諾行為は、単に自己の発明の実施を許諾するという消極的行為にすぎないのであって、実施許諾者が主体となって実施を推進するという行為ではないから、特許法第2条第3項で定義されている実施のいずれの行為にも該当するおそれはないものと考えられ、したがって、第三者の特許を侵害(実施)するに至ったとしても、国に損害賠償責任が生ずるおそれがない(第三者の特許権侵害に関する責任は、あくまで国から実施許諾を受けたものと限定して、契約しておく必要がある)。

以上のほかに、技術的無体財産からその使用実施の対価をとるに当たっての根拠が問題となった。これについては、出願中の発明の実施の対価は、特許権に準ずるものの実施の対価であり、他方、ノウ・ハウの授与に対する対価であるとした。すなわち、特許権の実施の対価は「特許権を実施しても特許権侵害をもって対抗されないという権利」の付与に対する対価であり、

ノウ・ハウの使用の対価は、技術の伝授に対する対価であると考えられる。これに対して、出願中の発明は、特許権の如き独占権は付与されていないから、形式上は第三者がそれを任意に使用することができるが、将来それが特許される場合には、もはやそれを継続し、任意に使用することはできなくなる。したがって、出願中の発明は、実質上、第三者がそれを業として使用するのには、一定の制約があり、その意味では間接的に法の保護を受けており、準特許権とも称されるものである。それ故、出願中の発明の対価は、それを将来に向かい不安なく使用できるという保証に対する対価であり、換言すれば、「それを使用しても将来特許侵害をもって対抗されないという権利」の付与に対する対価ということもできる。さらに、出願中の発明は、一種のノウ・ハウとみることができ。すなわち、その発明に係る技術がノウ・ハウとしての価値を有する限り、出願中の発明の使用の対価は、技術の伝授の対価であるということといえるのである。

この外、特許を受ける権利については(外国特許出願における特許を受ける権利を含めて)、財政法第9条の規定を受けるとともに、その契約の締結の実施に当たっては、「会計法」第29条(契約)及び「予算決算及び会計令」第7章の規定に従うことを要するものと解される(管国第22号、昭和29年10月26日、大蔵省管財局国有財産第一課長飯田良一より工業技術院調整部長あて「外国特許出願における特許を受ける権利の取扱について」による)。

以上の如く、国の研究機関等で創出された出願中の発明(特許を受ける権利)を、早期公開制度の一環として、如何に整合制のあるものにするか、そして、先端技術の早期活用化をはかるかといった点につき、各省庁でなされた職務発明の統一的な業務を行っていた業務課にお鉢がまわってきて、当時の課長をしていた筆者は、課員とともに本当に苦勞を重ねた(こういった官庁内の苦勞話は、特許庁の一般の方々には勿論、一般の工業所有権関係者は、ほとんど御存知ないであろう)。そして「国有財産」と「国の財産」とを区別して、早期公開された出願中の発明(技術)を、国の場合であってもできる限り早く民間に知って頂いて、わが国の技術のレベル・アップをより高めるように努力してきた。

昭和44年6月25日、大蔵省より財政法の規定に基

き、出願中の発明・考案も第三者に実施することができる旨の通知が主計局よりあったので、昭和44年7月11日に、各省庁特許担当者連絡会議を特許庁新庁舎4階会議室で行った。

そして、44特総第684号、昭和44年7月18日付で各省庁あてに、特許庁長官より、「国家公務員の職務発明に対する補償金支払い要領の改正について」と題して通知を行った。

当時、これまで述べてきた「出願中の発明」についてのみでなく、各種の解釈運用上に混同した面がみられ、学者や団体等で統一されていない面もあったので、これについても、庁内で検討し、大蔵省と折衝した結果、本支払い要領の中で明確にすることにした。以下、その点をも含めて列記することとする。

補償金支払の限度額が、従来は登録補償金又は実施補償金において、発明者1人につき年額最高50万円であったのを100万円まで引き上げた。

登録補償金は職務発明の権利1件につき3,000円であったが、2以上の発明（併合出願の発明）のある特許権に対し、1発明を1権利として補償することを明確化した。

登録補償金は、従来国内出願のみに支払われていたが、外国出願についてもこれを適用し、かつ、各国で登録を受けたときは各国ごとに1件ずつの登録補償金を支払うこととした（わが国の特許法は属地主義による）。

実施補償金は、従来国有財産法との関係から、国内の権利が確定した後（権利取得後）に実施して発明者に支払われていたが、これを改正して、出願中のものでも第三者（企業等）に実施許諾することができ、その収入に伴い、実施補償金を支払うこととした。これは、外国に出願中の発明・考案の実施許諾の場合も同様である。

職務発明以外の発明であっても、発明者の申し出により国が権利を承継したときは、この支払要領を適用することとした。

備考 早期公開制度の実施に関し、民間の技術の開発状況の早急な把握等が可能となったが、国の研究機関・大学の研究室等で生じた発明については、出願しても特許権を取得するまでは不確実なものであるため、国有財産法上の国有財産となりえず、第三者（企業等）に実施許諾できないとされていた。そこで、各企業から、かかる制限を受けないで、早期に公開されたものは、できる限り早急に企業等と実施許諾できるようにという要望があり、発明者たる研究員にも実施補償金が早急に得られ、結局当時業務課長であった筆者のもとで何とか解決できたことは、全く想い出深い事項であった。なお、当時のことを回顧すると、国家公務員の発明に関係する担当者はかなり早く担当が変わる傾向にあり、一つの法令を定めるに当たっても、過去の経緯や、関係官公庁との事前了解を十分に得ておくことが必要であると感じられるのである。特許権の早期公開制についても、たまたま筆者が特許庁に在職していたために、過去の実情等の資料をファイルしており、むしろ同情的に大蔵省主計局の通産省担当課、法規課の方々が協力されたといっても過言ではないように思われる。

注

- (1) 『属地主義』光石士郎著「特許法解説」(昭和24年刊) P.27, 高林龍著「標準特許法」(2002年刊) P.85, 及び特許法第2条第3項第3号の「輸入する行為」を参照。
- (2) 志賀武一稿「職務発明と外国特許請求権」(本誌昭和29年2月号)は、「(旧)特許法第14条の規定は、外国特許請求権を含まないので、特許法第14条の支配を受けるのではなく、契約自由の原則により取扱われるべきである」旨述べている。

お詫びと訂正

2003年1月号「私が関与した特許行政の思い出(9) - 私の提案を含めて - 」について、82頁右段上から34行目及び40行目の「第2条第1項第6号」は「第2条第1項第5号」の誤りでした。ここにお詫びして訂正します。

(原稿受領 2002.4.23)