

# 職務著作要件論

## —職務著作成立の許容性を探る—



浅野国際特許事務所 東京理科大学専門職大学院 浅野 卓<sup>※</sup>

### 職務著作要件論 目次

#### 第1章 はじめに

第1節 著作権についての基本的立場 ～創作を促進するための保護と活用の調整～

第2節 本稿の趣旨 ～人格権的アプローチ～

#### 第2章 著作者に関する一考察

第1節 著作者とは ～法人の創作主体性・人権享有主体性の検討～

第2節 著作者の推定 ～14条と75条3項の競合～

#### 第3章 人格権的アプローチの正当性

第1節 知的財産権法全般における正当性

第2節 著作権法特有の正当性

第3節 まとめ ～職務著作要件の解釈において人格権的アプローチをとる正当性～

#### 第4章 職務著作要件の考察

第1節 職務著作における分析の視点 ～構造的・態様の・内容的・利益衡量的・効果帰属的視点～

第2節 総説 ～手続保障的観点からの考察～

第3節 第1要件「発意」

第4節 第2要件①「業務従事者」

第5節 RGBアドベンチャー事件

第6節 第2要件②「職務上」

第7節 第2要件③「著作物」

第8節 第3要件「公表名義」

第9節 第4要件「別段の定め」

第10節 プログラムの著作物・映画の著作物の職務著作

#### 第5章 職務著作規定と共同著作規定の競合

第1節 想定されるケース ～一部の共同著作者との関係で職務著作となる場合、または、異なる法人等の職務著作の場合～

第2節 問題意識 ～持分の経済的価値の変動～

第3節 検討 ～法律効果の相違と、手続保障的観点からの検討～

第4節 ケース③の詳細な検討

#### 第6章 むすび／職務著作に関する契約のドラフティング

第1節 今後の展望・課題、提言

第2節 職務著作に関する契約のドラフティング

#### 収集資料一覧

#### 資料編

### 第1章 はじめに

#### 第1節 著作権についての基本的立場

～創作を促進するための保護と活用の調整～

『知的財産立国』、とりわけ『コンテンツ立国』という目標が掲げられて久しい。

コンテンツ立国という目標の下、近時、既存のコンテンツの『活用の促進』を重視する傾向が見て取れる。著作権法も「インターネット等を活用した著作物等の流通の促進や、障害者の情報利用の機会の確保などを図る」（文化庁）べく、改正されている（平成21年改正）。

確かに、コンテンツの活用が促進されれば、活用による利益が巡り巡って、創作者に還元され、あるいはコンテンツ業界そのもののパイが増加し、雇用を生み、コンテンツの創作がより促進されるとも考えられる（活用→創造→保護の知的創造サイクル参照）。

しかし、コンテンツの創作を促進するためには、より直接的に、創作者の保護、具体的には、創作者が安心して創作できる環境を整備すべきではないだろうか（創作者の保護とそれによる創作の促進。いわば、保護→創造→活用という逆知的創造サイクルである）。近年、中国のコンテンツ産業が急成長し、映画産業の主役がアメリカから中国に代わる日も近いと言われている。日本の強みであるゲームやアニメ等のコンテンツの創作拠点、創作者保護の厚い海外に流出し、日本の国力が低下する懸念もある。極端な話をすれば、活用だけで、それを上回る新たな創作が生み出されなければ、コンテンツはいずれ枯渇する。

<sup>※</sup> 浅野国際特許事務所 国際知的財産戦略研究所 主任研究員  
東京理科大学専門職大学院 総合科学技術経営研究科  
知的財産戦略専攻 石田正泰研究室

およそ政策立法である知的財産法の領域においては、『保護と活用』の相克が問題となり、その調整が重要である。政策立法である著作権法においても、同様に、創作を促進するための『保護と利用』のバランス調整がとても重要である。著作権法では1条の文言上、特許法のように、発明の保護と利用は『車の両輪』とまでは言えないかもしれないが、創作の保護だけで、創作の利用をないがしろにすれば、文化を発展させることはできない。創作しっぱなしでは、文化の発展には大きく寄与しないからである。文化の発展には必ず利用が必要となる。

コンテンツと言われているものには、財としての情報と、人格の投影としての作品の2種類があろう。本来は両者を分けて取り扱うべきだが、両者を完全に分離することはできない。コンテンツに限らず、およそ知的財産には、『財』としての側面と『人格の投影』としての側面が混在していると考える。発明などは人格の投影の側面が極めて希薄になり、財としての側面が全面に出ているが、コンテンツは人格の投影の側面が極めて濃いものから薄いものまで千差万別である。これが著作権法における保護と利用の調整をややこしくしているといえる（それゆえ、著作権法における保護と利用の調整を整理することは、知的財産全体における保護と活用の問題の解決の糸口となる）。

財としての側面は、活用の促進と親和性があり、憲法29条にその根拠を求めることができよう。一方、人格の投影としての側面は、保護と親和性があり、憲法13条にその根拠を求めることができよう。とすれば、『保護と活用』の問題は、憲法13条と憲法29条の利益衡量の問題ともいえる。

## 第2節 本稿の趣旨

### ～人格権的アプローチ～

今日、発明はそのほとんどが職務発明である。同様に、ゲームや映画など、多くのコンテンツが職務著作である。創作実態上、職務著作はとても重要である。

例えば、法人とその従業員（受託者たる中小企業と置き換えてもよい）では、その著作物の流通能力において厳然たる差がある。職務著作の成立を広く認めるといことは、著作物の利用の促進につながる。一方で、職務著作の要件を満たすからといって、いかなる場合にも、著作者人格権もろとも真の創作者から剥奪してしまうのでは、真の創作者が安心して創作するこ

とはできず、ひいては創作がされなくなってしまう。

とすれば、形式的に職務著作の要件を満たしている場合は、すべて職務著作の成立を認めてよいのか、実質的に考えて職務著作の成立を否定すべき場合があるのではないか。逆に、一見、職務著作の要件を満たしていない場合でも、総合的に考えて職務著作の成立を肯定してもよい場合があるのではないか。換言すれば、どのような場合なら職務著作の成立を認めてよいのか、それを探る必要がある。

本稿は、著作物の利用（職務著作の成立）の「必要性」は認めたとすえ、その「許容性」を満たすような解釈を人格（権）の観点から検討しようとするものである。

なお、本稿では、我が国の著作権法が大陸法系であるとか、職務著作制度が英米法系であるとかいう議論には立ち入らない。我が国の著作権法は、もはや我が国独自の体系であると考えからである。また、すでに学者の先生方が十分に論じている、一元的構成論・二元的構成論という議論や、自然権論・インセンティブ論という議論にも立ち入らない（インセンティブ論は著作物利用（職務著作成立）の必要性と親和性があり、自然権論は許容性と親和性がある）<sup>(1)</sup>。

## 第2章 著作者に関する一考察

### 第1節 著作者とは

#### ～法人の創作主体性・人権享有主体性の検討～

#### 1. 著作者の定義

「著作者」とは、「著作物を創作する者をいう」（2条1項2号）。

「著作物」とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」（2条1項1号）。

「創作」とは、著作権法に定義はないが、作成、制作と同義であり、事実行為としての創作行為と解する。なぜなら、「創作」が著作者性判断の重要なメルクマールであることから、ここに規範的評価を入れるべきではないと考えるからである。すなわち、「著作者には著作財産権のみならず著作者人格権も帰属するという事の重大性に鑑みれば、創作行為については基本的には厳格に捉えるのが妥当であり、ここに規範的な評価

を混入させ緩やかな基準を採用すると、創作の有無の判断が緩くなり、いくら「表現」の要件で絞りをかけても底抜けとなり、「表現」との乖離が生じる<sup>(2)</sup>からである。

「者」とは、後述のように、自然人であり、法人は含まれないと解する。

## 2. 法人の本質

法人は、(とくに法律行為の場面においては)擬制ではなく、実質的に法的主体たりうる実体を有する1つの社会的実在であると考えられる。なぜなら、法人が社会的活動をしていることを社会的事実として率直にとらえるべきだからである(法人実在説)。

## 3. 法人の創作主体性

しかし、法人の本質が何であるかということと、法人に著作物の創作主体性を認めるべきかということは別個の議論であると考えられる。すなわち、法人の本質の議論は、権利能力(私法上の権利義務の主体となる資格)または意思能力(有効に意思表示する能力)もしくは行為能力(単独で確定的に有効な意思表示をなす能力)の場面=法律行為の場面における議論であり、事実行為(事実行為としての創作行為)の場面である著作物の創作主体性の議論とは、場面を異にすると考えられる。

法人実在説に立つとしても、法人の創作主体性は否定すべきである。なぜなら、「創作」を事実行為としての創作行為と解するからである。このように解すると、「①法人自体が創作することはあり得ないし(法人の構成員である自然人が創作するのであり、15条の規定ぶりからも法人等の業務に従事する者が作成し得るのである)」また、「②15条の法人著作の規定は一定の要件を充足するときは、法人が著作者となって著作者人格権および著作財産権を享有することを明らかにしているだけ<sup>(3)</sup>といえるからである。法人の創作主体性を否定することは、法人の発明主体性を肯定するという考え方が浸透していないこととも整合する。

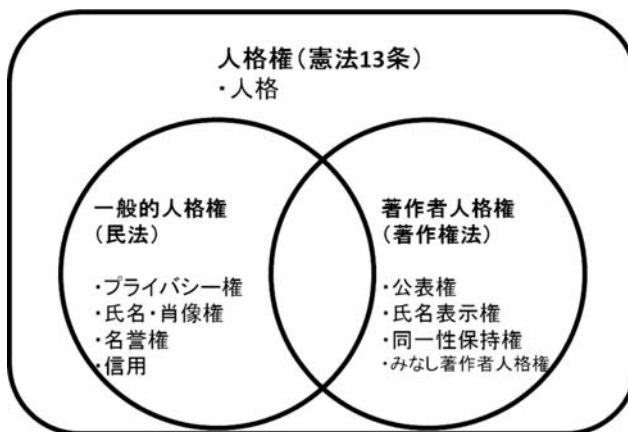
したがって、15条の規定は、法人等を創作の主体と擬制するための規定と考えるのが適当である<sup>(4)</sup>。または、民法の代理制度のようにとらえることもできよう。

もっとも、法人の創作主体性の議論は、職務著作規定の解釈論には直結しないと思われるので、その意味

ではあまり議論の実益はない。

## 4. 一般的人格権と著作者人格権の関係

私は、人格権および一般的人格権・著作者人格権の関係を下図のようにとらえる(いわゆる並存説)<sup>(5)</sup>。



## 5. 法人の人権享有主体性

上記のように人格権をとらえると、法人に著作者人格権が認められる前提として、そもそも法人に人権が認められるかが問題となる。

この点については、法人にも、性質上可能な限り人権が認められると考える。なぜなら、法人は現代社会において1個の社会的実体として重要な活動を行なっているところ、抽象的な実体としての法人の人権を保障することによって、究極的には個人の人権保障につながるからである。それゆえ、個人の人権保障と切り離して、法人の人権・利益だけを追求することは許されないと考える(最判昭和45.6.24八幡製鉄事件参照)。

## 第2節 著作者の推定

～14条と75条3項の競合～

### 1. 問題の所在

著作物の原作品に、又は著作物の公衆への提供若しくは提示の際に、その実名又はその周知の変名が著作者名として通常の方法により表示されている者は、その著作物の著作者と推定される(14条)。一方、「実名の登録がされている者は、当該登録に係る著作物の著作者と推定」される(75条3項)。

では、両者がぶつかった場合にはどちらが優先するのか。両者がぶつかった場合にどのように処理すべきかが、明文がなく問題となる。

なお、中山先生は、「現実問題として、この二つの推



定が衝突する訴訟というものはほとんどない」<sup>(6)</sup>と述べるが、著作権がクローズアップされるにつれ、今後、登録制度（第10節）の活用が増加することも考えられるので、この問題について考察する。

## 2. 学説の状況

### (1) 14条優先説

14条の推定の方が優先するという考え方である。

その理由としては、①「登録の場合、登録原簿を逐一確認する者は多くないと推察されることに比べ、本条により推定を受ける者が真の著作者から異議を申し立てられていない場合には、より推定の信頼性が認められること」、②「僭称著作者でも簡単に実名登録の推定を受け得ること」が挙げられている<sup>(7)</sup>。

### (2) 双方推定否定説

双方とも推定されるということは、双方とも推定されないのと同じであり、通常の挙証責任のルールに戻り、主張するものが挙証責任を負うという考え方である。

その理由としては、14条優先説に対して、①「事実上の表示が登録より優先することには抵抗もある」こと、②「現実の訴訟においては、両当事者から、14条と75条の推定が主張されれば、結局、双方とも推定されるということになり、それは双方とも推定されないのと同じである」こと<sup>(8)</sup>、③「本条の登録は、不動産の登記と異なり実質的審査は行なわれず、形式的審査しか行なわれていないので、公示としての機能は不十分であり、14条の推定と同等の効力を有すると解すべき」こと<sup>(9)</sup>が挙げられている。

## 3. 考察

### (1) 14条と75条3項の関係

75条3項は、何らかの理由で実名を表示できず無名であったり（サラリーマンの場合ありえよう）、変名であっても周知でない（1億総クリエイター時代には多くありえよう）ために、14条の推定が受けられない著作者に、14条と同じ推定を受けることができる途を開いたものといえる<sup>(10)</sup>。すなわち、75条3項は14条の要件を満たさない場合に、それを補う規定といえる。

とすれば、14条と75条3項の競合の問題は、14

条の推定が2つ競合した場合にいかに関与すべきかという問題とパラレルに解すべきと考える。なお、上述のように考えると、14条と75条3項は、厳密には競合関係（同一の目的物に対し2以上の権利等が同時に成立すること、または重複併存すること）に立たないといえる。

### (2) 14条の推定の競合の処理

14条の推定が2つ競合した場合の処理は、著作権法に規定はない。私は、どちらが訴訟を提起するかを問わず、（表示の先行性が立証された）先行表示者が優先すると解すべきと考える<sup>(11)</sup>。先行表示者優先説とでもいうべき考えである。

双方ともに表示の先行性を立証できない場合は、どちらの推定も14条の要件を満たしている以上、どちらの推定も否定すべきではないため、結局、双方とも推定されるということになる。これは、双方とも推定されないのと同じであり、通常の挙証責任のルールに戻り、主張するものが挙証責任を負うということになろう（14条と75条3項の競合の処理の双方推定否定説参照）。

### (3) 14条と75条3項の競合の処理

したがって、14条と75条3項の競合の処理は、14条の推定の競合の処理とパラレルに考え、どちらが訴訟を提起するかを問わず、14条の実名・周知変名の表示と75条3項の実名登録の先後により決すべきと考える。そして、双方ともに表示の先行性を立証できない場合は、通常の挙証責任のルールに戻り、主張するものが挙証責任を負うべきと考える。

## 第3章 人格権的アプローチの正当性

第1章で述べたように、本稿は、職務著作の成立の「許容性」を満たすような解釈を人格権の観点から検討しようとするものである。そこでまず、およそ政策立法である著作権法の領域において、あえて人格権的アプローチをとる正当性について述べる。

### 第1節 知的財産権法全般における正当性

#### 1. 人格権の表れ

特許法における人格権の表れとしては、発明者の名誉権の表れである『発明者掲載権』（特許法26条、パリ条約4条の3）が挙げられる。

私は、これに加えて、『特許を受ける権利が与えられ

るべき地位』も人格権の表れであると考え。「特許を受ける権利は、移転することができる」(特許法 33 条 1 項) ので、特許を受ける権利自体を人格権と捉えることはできないが<sup>(12)</sup>、それが与えられるべき地位を人格権の表れと解することは可能であろう。

## 2. 『受ける権利が与えられるべき地位』を人格権と解する理由

人格権が認められる場合とは、いかなる場合か。それは、対象に人格が投影されている場合であると考え

る。では、いかなる場合に人格が投影されるか、換言すれば、いつ保護すべき利益が発生するか。それは、『相当程度汗をかいたとき』であると考え。相当程度汗をかいたときというのは、発明なら発明完成時 (考案・意匠も同様)、商標なら使用の結果ある程度周知になったとき、著作物なら創作時である。

では、誰の人格が投影されるか、換言すれば、誰に保護すべき利益が発生するか。それは、『汗をかいた人』であると考え。汗をかいた人というのは、発明なら発明者 (考案・意匠も同様)、商標なら商標の使用者、著作物なら著作者である。

ところで、特許を受ける権利は、発明完成時に発明者に帰属する。これは、特許を受ける権利が与えられるべき地位が、発明完成時に発明者に認められることを意味する (考案・意匠も同様)。

また、著作者人格権・著作権も、創作時に著作者に帰属する。これは、著作者人格権・著作権が与えられるべき地位が、創作時に著作者に認められることを意味する。

このように、①受ける権利・著作者人格権・著作権が与えられるべき地位の発生時期及び②その帰属主体は、①人格の投影時期 (保護利益の発生時期) 及び②投影人格の主体 (保護利益の帰属主体) と一致していることがわかる。

このことは、『受ける権利・著作者人格権・著作権が与えられるべき地位』が、汗をかいたことにより発生する『人格権』であることを示している。すなわち、『人格権』は、『受ける権利・著作者人格権・著作権が与えられるべき地位』にも表れているといえる。

なお、商標については、これらが一致していない。商標法は、使用により商標に化体された (= 投影された) 業務上の信用 (= 一般的人格権) の保護をその趣

旨とする以上、本来、保護すべき利益は、使用してある程度周知になったときに、その商標の使用者に発生する<sup>(13)</sup>。しかし、商標法は、権利の明確化と安定化のために登録主義を採用している (商標法 18 条 1 項) ため、商標登録を受ける権利 (商標登録出願により生じた権利) は、出願時に、出願人に発生する。もっとも、使用意思をもって出願していることに鑑みれば、出願商標に業務上の信用 (= 一般的人格権) が化体 (= 投影) されている又は化体される蓋然性が高いために、商標登録を受ける権利 (及びそれが与えられるべき地位) が、出願時に、出願人に発生すると考えれば説明がつくであろう。

## 3. 『受ける権利』と著作者人格権の比較

このような視点で、特許を受ける権利を見てみると、下表のように、著作者人格権と対応していることがわかる。あくまでも人格権は、特許を受ける権利が与えられるべき地位であって、特許を受ける権利自体ではない。しかし、このように対応しているのは、特許を受ける権利が与えられるべき地位の性質が、特許を受ける権利自体に影響を及ぼしているためであるといえよう。

著作者人格権	特許を受ける権利(発明者が有する場合)
公表権	発明者は、出願 (特 36 条) するか否か、公開前に取り下げるか否か (特 64 条)、公開請求するか否か (特 64 条の 2)、または、それらの時期を決定できる。
氏名表示権	発明者は、願書に発明者の氏名を記載する (特 36 条 1 項 2 号)。また、冒認が拒絶・無効理由 (特 49 条 7 号、123 条 6 項) である。
同一性保持権	対応なし

同一性保持権については対応がないが、出願発明は特許査定になるまでに補正等で内容が変わっていく以上、当然である。

なお、特許権成立後のライセンスの場面において、発明の場合は、多少変更して実施することも許されるが、著作物の場合は、同一性保持権があるため、多少であろうと変更して利用することは許されない。発明であれ著作物であれ、活用を重視するのであれば、活用の際の変更を認めるはずである。同一性保持権の存在は、著作物の利用より著作者の保護を重視していること、または著作物を広く流通させることを想定していないことの表れではないだろうか。

#### 4. 職務著作要件の性格

職務著作が成立すると、実際には汗をかいていない法人等が作者となり（15条）、著作者人格権をも法人に帰属する（17条1項）。

本稿のように、著作者人格権・著作権が与えられるべき地位を人格権と解すると、職務著作の要件は、著作物に法人等の人格が投影されたと擬制するための要件とも解し得る。とすれば、職務著作の成立の「許容性」を満たすような解釈とは、真の創作者の人格権を考慮しつつ、法人等の人格が投影されたと擬制するための要件の解釈ということになる。

### 第2節 著作権法特有の正当性

#### 1. 法系分類論

我が国の著作権法は、講学上、自然権思想に基づく大陸法系に分類される。

もっとも、このことが、「わが国の立法のあり方を左右すべきものではなく、また、法の解釈運用に影響を与えるべきものでもない」<sup>(14)</sup>。また、我が国の著作権法は、もはや我が国独自の体系であると考えるので、法系分類論から直ちに人格権的アプローチの正当性が導き出されるわけではない。

#### 2. 憲法の人権規定

世界人権宣言や国際人権規約を持ち出すまでもなく、著作権は人権である。

第1章で述べたように、知的財産には、財としての側面と人格の投影としての側面が混在しており、財としての側面（活用の促進と親和性）は、憲法29条にその根拠を求めることができ、人格の投影としての側面（保護と親和性）は、憲法13条にその根拠を求めることができると考える。

したがって、著作権及び著作者人格権は、憲法29条（財産権）及び憲法13条（人格権）に根拠をもつことになる。また、著作者人格権は表現の創作者に認められるものであり、表現の自由の自己実現の価値（＝個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるといった個人的な価値）の表れとして、憲法21条（表現の自由）にもその根拠を求めることができる。そして、著作権法を含むあらゆる法律に対して、憲法が優位する。

なお、法人の人権共有主体性を肯定し（第2章第1節参照）、私人間効力について間接適用説<sup>(15)</sup>をとると、

職務著作の問題は、保護と活用の相克であり、法人と真の創作者の人権の衝突（財産権と人格権・表現の自由の衝突）の調整の問題であるといえる。

### 第3節 まとめ

#### ～職務著作要件の解釈において人格権的アプローチをとる正当性～

以上より、①『受ける権利・著作者人格権・著作権が与えられるべき地位』も『人格権』の表れであること、②著作者人格権は憲法13条・21条に根拠をもつところ、憲法は著作権法を含むあらゆる法律に対して優位することから、職務著作要件の解釈において人格権的アプローチをとる正当性があるといえる。

## 第4章 職務著作要件の考察

### 第1節 職務著作における分析の視点

#### ～構造的・態様の・内容的・利益衡量的・効果帰属的視点～

#### 1. 構造的視点

法人等と真の創作者の構造としては、以下の3つが考えられる。

- ① 法人－個人（外部）の場合
- ② 法人－個人（内部）の場合
- ③ 法人－法人（－個人（内部））の場合

なお、それぞれについて、共同著作が成立する可能性がある。さらに、今日では、多様な雇用形態（正規雇用・パート・アルバイト・派遣・委託（≒委任）、請負、専門職、嘱託（再雇用）、契約社員など）があり、これらについても配慮する必要がある。

#### 2. 態様の視点

創作の態様としては、以下の2つが考えられる。

- ① 多数人の手を経て創作される場合（実際の創作者を特定できないか、実際の創作者が極めて多い場合）
- ② 特定人により創作が完結される場合（実際の創作者を特定できる場合）

現行立法案時において、「職務著作の典型として念頭に置かれていたケースは、雇用契約上の従業員によって作成され、特定の著作者を推定しがたいといった、例外的な場合であった」との指摘がある<sup>(16)</sup>。しか



し、今日では、業務委託のように、創作者が確実に特定できるような場合も多いので、②の視点が重要になる(17)。なお、人格権的アプローチの観点からは、①の場合は②の場合よりも職務著作の成立を認めやすいといえる。

### 3. 内容的視点

一般的には、プログラム、社誌・社内報、学術関係の職務著作が多いであろうが、職務著作要件の解釈にあたっては、どのような著作物を想定するかによって落としどころが異なるであろう。

### 4. 利益衡量的視点

職務著作は、業務従事者、使用者、著作物を利用する第三者の、3者間の利益衡量的問題である。

### 5. 効果帰属的視点

職務著作要件認定の際の基本的な視点として、「経済的な利益の帰属者としての妥当性の側面とともに、当該著作物について、著作者としての人格的利益、つまり社会的な評価を得べき法的主体がいずれの者であるかということ、あるいは、社会的な信頼や責任の帰属する法的主体が何れの者であるべきかという観点からみていく必要がある」(18)。

## 第2節 総説

### ～手続保障的観点からの考察～

#### 1. 趣旨

職務著作規定は「創作者主義の例外」といえるが、その趣旨については、様々なことが言われている。概説書等で述べられているところを整理すると、以下のようになる(19)。

##### (1) 必要性の視点からの趣旨

必要性としては、①今日の創作実態(半田)、②取引の便宜、円滑な利用・流通(辰巳、小畑、田村、中山、半田)、③法人等の創作のインセンティブ(田村)、④業務従事者による著作者人格権の行使防止(茶園、田村、上野、中山)、⑤著作者人格権と著作権の分属による企業活動の支障のおそれ(中山)が挙げられる。

##### (2) 合理性・許容性の視点からの趣旨

合理性・許容性としては、①社会的な評価・信頼・責任の帰属主体(加戸、茶園、中山、作花)、②円滑

な利用・流通(中山、作花)、③費用・リスクの負担(著作財産権について)(作花)、④報酬の受領(辰巳、田村)、⑤人格的利益の付着の度合い(田村)、個性の流出度(中山)、⑥人格的利益の不主張に対する従業者の予定(田村、小畑)、著作権の使用者への原始的帰属に対する従業者の意思(中山)⑦法人等の著作者人格権の保護法益(作花)が挙げられる。

#### (3) 私見

職務著作規定について私は、上述の趣旨とは異なる視点から、後述のように、15条は、法人等を創作の主体と擬制するための規定であるが、私的自治の反映であるとともに、著作者人格権をも原始的に法人等に帰属させる、すなわち、真の創作者に帰属させないという効果を生じさせるための、『不意打ち防止機能・手続保障機能』を果たすものとする。すなわち、上述の必要性および合理性を認めたいので、なぜ現行法のような形の職務著作規定が置かれたかに思いをいたし、15条は、真の創作者の『不意打ち防止機能・手続保障機能』を果たすものである、と考えるのである(20)。

#### 2. 効果

著作者が法人等とされる。すなわち、法人等が、著作者人格権及び著作権を享有する。

法人の創作主体性を否定する立場(第2章第1節参照)からは、15条は、法人等を著作者と擬制するための規定と考えるのが適当である。

#### 3. 要件

##### (1) 積極的要件・消極的要件

15条の規定を分析すると、下記の4つの要件が挙げられる。①～③が積極的要件、④が消極的要件といえよう。

- ① 「法人等の発意に基づ」くこと
- ② 「その法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物」であること
- ③ 「その法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの」であること
- ④ 「その作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定めがない」こと

##### (2) 重要な要件

1) 上記3つの積極的要件のうち、とくに重要な要件はどれであろうか。

2) 第2章第1節で述べたように、創作を事実行為としての創作行為と解すると、下記の3つの帰結が導かれる<sup>(21)</sup>。

①表現の前段階での関与は創作ではない。例えば、創作の依頼やアイデアの提供、抽象的な指示を行ったに過ぎない者は、著作者とは認められない。

②表現の中の非創作的部分への関与は創作ではない。例えば、他人の指示どおりに手伝いをしただけの者は、著作者とは認められない。

③表現の外の周辺部分への関与は創作ではない。例えば、資料や機材の提供、場所の準備、あるいは資金面での援助などの協力を行ったに過ぎない者は、著作者とは認められない。

帰結①より、「発意」の要件は、著作者となるための要件としての重要性はやや低いと考えられる。なお、「発意」を「単に創作の動機づけを行ったということだけではなく、当該作品の完成に至るまで指揮・監督（コントロール）が行われていることが含意されているものと解」<sup>(22)</sup>するのであれば、この限りではない。

3) 53条2項は、「前項の規定は、法人その他の団体が著作の名義を有する著作物の著作者である個人が同項の期間内にその実名又は周知の変名を著作者名として表示してその著作物を公表したときは、適用しない」と規定しており、団体名義が自然人の実名・周知変名に変更される可能性があることを示している。とすれば、「公表名義」の要件も、著作者となるための要件としての重要性はやや低いと考えられる。

なお、53条2項は、15条が法の擬制によることを示す根拠にもなる。

4) 以上より、とくに重要な積極的要件は、②の「その法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物」であること、であるといえる。

### (3) 特有の要件

積極的要件②がとくに重要だとしても、その他の要件が重要でないというわけではない。下表のように、職務著作と職務発明の要件を比較すると、積極的要件①と③が職務著作特有の要件であることがわかる。

著作権第15条1項	特許法35条1項
①法人等の発意に基づくこと	対応なし
②その法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物	①（従業者等がなした発明であって（自由発明）） ②その性質上当該使用者等の業務範囲に属し（業務発明）、かつ、 ③その発明をするに至った行為がその使用者等における従業者等の現在又は過去の職務に属する発明（職務発明）
③その法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの	対応なし
④その作成の時ににおける契約、勤務規則その他に別段の定めがないこと	対応なし

## 4. 私見

上述のように、職務著作の要件としては積極的要件②が中心となるが、業務従事者ごとに雇用形態等が異なり、その結果、発意や公表名義についての実態が異なるであろうから、職務著作の各要件は、密接な関連性を有しており、職務著作成立の判断にあたっては、各要件を総合的に勘案すべきと考える。

また、積極的要件①と③は、職務著作特有の要件であることから、これらには特別の意義があると考えられる。

まず、15条の積極的要件は下表のように、①創作開始（および遂行）の段階、②創作の段階（創作の内容の問題）、③創作の終了の段階に分けることができる。

①法人等の発意に基づくこと	①創作開始（および遂行）の段階
②その法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物	②創作の段階（創作の内容の問題）
③その法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの	③創作の終了の段階

このように分けると、これらの要件は、民事訴訟法の処分権主義（＝訴訟の開始、訴訟の内容、訴訟の終了について、当事者に処分権能を認め、自由に決定できるとする原則）と同様に捉えることができる。すなわち、これらの要件は、法人等を創作の主体と擬制するための要件であるが、私的自治の反映であるとともに、著作者人格権をも原始的に法人等に帰属させる、すなわち、真の創作者に帰属させないという効果を生じさせるための、『不意打ち防止機能・手続保障機能』



を果たすものと考えられることもできる。

人格権的アプローチの観点からは、真の創作者に、著作者人格権をも原始的に法人等に帰属させることを甘受させる・心構えさせるには、どのような要件が必要かを考察することになるところ、上記のように捉えることは妥当と考える。

上記私見を前提に、以下、職務著作の各要件について、論点を中心に（許容性の観点から）検討する。また、各要件の相関性についても検討する。

### 第3節 第1要件「発意」

#### 1. 発意の意義

法人等の発意とは、「単に創作の動機づけを行ったということだけではなく、当該作品の完成に至るまで指揮・監督（コントロール）が行われていることが含意されているものと解される。つまり、当該法人等が著作者であると評価し得るだけの実質的な関与が明示的または黙示的になされている必要があるといえる」<sup>(23)</sup>との指摘は妥当である。

#### 2. 論点

著作物の作成について法人等の具体的な指示や承諾のないまま業務従事者が自らの判断で著作物を作成した場合、発意要件を満たすか<sup>(24)</sup>。下記の学説がある。

- ① 著作物作成前において法人等の具体的な指示あるいは承諾がない以上、法人等の発意はないとする説。
- ② 著作物作成後において法人等の承諾が得られた場合、さらに法人等（法人の場合、意思決定機関、執行機関、指揮監督権限を有する上司）の意図に反しない場合を含むとする説。
- ③ 法人等が業務従事者を一定の職務に配属し、かつその職務上当然に当該業務従事者による一定の著作物の作成が予期ないしは予定される場合には発意があったといえるとする説。

人格権的アプローチ（真の創作者の不意打ち防止機能・手続保障機能）の観点からは、真の創作者が職務著作の成立を覚悟していればよいから、①または③の考え方をとり得る。

しかし、②の考え方はとり得ない。著作物作成後の承諾等によって、著作者人格権等が取り上げられる形になり、真の創作者にとって不意打ちとなるからである。

著作物の利用の促進にも配慮して、③の考え方をとるのが妥当であろう。

なお、真の創作者の不意打ち防止機能・手続保障機能を重視すれば、真の創作者に「法人のため」という意思があれば、「発意」を擬制してもよいとも考えられる。しかし、互いに異なる2社の従業員が共同著作をした場合に、職務著作が成立し、著作権等が共同創作の意思のない2つの法人の共有となってしまうという不都合が生じるため、否定すべきである。

#### 3. 要件の相関性

法人等の発意の程度や時期等については、「一律の判断をするのではなく、上記1でも述べているとおり、他の要件との相関において、捉えるべきものである」。

すなわち、「法人等と創作従事者とが正式な雇用契約関係に立つ場合、「法人等の発意」の要件の認定においては、雇用契約関係以外の場合（委任・請負類型）に比して、より幅広く認定することが可能と解される。つまり、創作従事者が法人等と雇用契約を締結している場合においては、法人等から著作物の創作についての企画が具体的に指示されたり、創作段階において個々具体的な指揮・監督を受けていなくても、およそ従業員としてその職務上期待される創作行為であれば、「法人等の発意」に基づくものと解することが妥当である。また、例えば、職員が自分で企画を出して上司の了承を得て創作活動を行う場合でも、法人等の発意に基づくものになると解される」。

また、「法人等と創作従事者とが雇用契約関係には立たず、例えば委任（準委任）、請負その他無名契約により創作従事者が実際の創作活動を行った場合においても、下記のとおり、実際の創作活動に対する指揮・監督の態様などからみて、「法人等の業務従事者」の要件を充足し得る場合があることも否定できないが、このような委任・請負類型の場合においては、「法人等の発意」の要件は、より厳格に解されるべきであり、当該著作物の創作に対する具体的な主導性が法人等に存するといえるだけの明確な意思表示があることが求められる」<sup>(25)</sup>との指摘は妥当である。

### 第4節 第2要件①「業務従事者」

#### 1. 雇用契約の要否

法人等の業務従事者の要件は、「創作従事者が法人

等と雇用契約関係に立つ場合を典型的なものとして想定されている。しかし、当事者間に雇用関係がある場合に限定されるものではなく、通常の従業員と同様に法人等の指揮監督の下に当該著作物の創作に従事している者は、本条での業務従事者と解され得る。つまり、本条の業務従事者にかかる要件は、従業員（雇用）類型を基本としつつ、委任・請負類型の場合をも包含し得るものとして解釈運用する必要がある<sup>(26)</sup>との指摘は妥当である。

## 2. 要件の相関性

法人等の業務従事者の要件の解釈運用の際には、「上記に述べたように、各要件の相関性および総合的な把握の観点から、法の適用を図るべきである」。

つまり、「当事者間に雇用関係がある場合の従業員（雇用）類型の創作活動の場合は、当該創作従事者は「業務従事者」要件を基本的には充足し得るものであり、他の法人等の発意や職務上作成の要件の充足性を検証することにより法人著作の成否を判断することとなる」。

他方、「当事者間に雇用関係がない、いわば委任・請負類型の場合においては、当事者の人的関係の存続期間の長さや、報酬の支払方法、福利厚生等の供与の有無、当該創作活動に対する指揮監督の程度、資金・リスクの負担者、法人等業務における当該創作活動の組織性や通常業務性の程度、創作従事者の独立行為性の程度、当事者の認識、社会的な評価の帰属主体など多面的に考察した上で「業務従事者」要件の充足性を検証する必要がある。同時に、法人等の発意等の要件の充足性を検証する必要があるが、従業員（雇用）類型に比してより充足度の高さが求められる<sup>(27)</sup>との指摘は妥当である。

## 第5節 RGBアドベンチャー事件

### 第1款 事実の概要

#### 1. 原告と被告の説明

(1) X（原告、控訴人、被上告人）は中国（香港）国籍のデザイナーであるが、平成五年七月一五日観光ビザで来日して以降、数回来日した。Y（被告、被控訴人、上告人）は、アニメーション等の企画、撮影等を業とする株式会社である。

(2) Xは、平成五年（一九九三年）七月ころから平成

六年（一九九四年）十一月ころまでの間に本件図画を創作した。

(3) Yの株式会社セガ・エンタープライゼス及び株式会社バンプレストに係る企画は採用されなかったが、RGBアドベンチャーに係る企画が採用されたため、本件図画はすべて、RGBアドベンチャー用として使用されることになった。

(4) Yは、本件図画を使用したRGBアドベンチャーを製作し、これをショウスキャン用として米国のタレントファクトリー社に配給した。日本では、東京都世田谷区のテーマパーク「ナムコ・ワンダーエッグ2」におけるアトラクションとして上映されたが、Xの氏名は、同作品において本件図画の著作者として表示されていない。

(5) Xは、Yに対し、本件図画に係る著作権（複製権、翻案権）及び著作者人格権に基づいて、本件図画を使用したアニメーション作品の頒布、頒布のための広告及び展示の差止め並びに損害賠償を請求している。

## 2. 当事者の主張

### (1) 職務著作の成否

ア、Yの主張 XとYは、平成五年七月一五日、Xが翌一六日からYの指示に従ってキャラクターデザインの原画の作成その他の労務を提供し、YがXに対しその対価として毎月給与を支払い、かつ、賄い付きの下宿を提供するという内容で雇用契約を締結した。本件図画は、右雇用契約に基づき職務上作成されたものである。

そして、Xの本件図画の創作は、法人であるYの発意に基づくもので、Yの名義の下に公表することが予定されていたものであるから、法人著作物に該当し、その著作権はYが取得する。

イ、Xの反論 XとYは、平成五年七月二〇日、XがYに対しキャラクターデザインの原画を作成提供し、YがXに対しその対価を支払うという請負契約又は準委任契約を締結した。Xの創作した本件図画は、右請負契約又は準委任契約に基づくものであるから、その著作権はXが取得する。

### (2) 損害額

ア、Xの主張 Xの著作権使用料相当の損害金は、一〇〇〇万円を下らない。また、Xの著作者人格権侵害による損害は五〇〇万円を下らない。

### 3. 第1審と第2審判決の概要

#### (1) 第1審判決（東京地判平成11.7.12 平成9年（ワ）5220）

裁判所は、以下に示す理由により、Xの請求を棄却した。

裁判所は、X-Y間に締結された契約は雇用契約であると解するのが相当であるとした。その理由は、Y代表者による就労条件の説明及びXによる了承の内容は、雇用契約と解するのが合理的であること、Yによる給与等の名目での毎月定額の支払い及び給与支払明細書の交付がなされたが雇用保険料の控除及び所得税の源泉徴収に対してXは異議を述べなかったので、これを請負等の業務に対する対価と解する余地は全くないこと、Yによる賄い付き住居の提供やXのアニメーション技術習得の希望に沿って協力している事情を考慮すると、毎月支払われた金額は給与として必ずしも低額であるとは言えないこと、就業に必要な作業場所、道具はすべてYが用意し、YがXに対してデザインを個別的具体的に指示し、Yの指示に従いXが作業したことである。

#### (2) 第2審判決（東京高判平成12.11.9 平成11年（ネ）4341）

Xが地裁判決を不服として控訴したところ、裁判所は、以下の理由に基づき、平成5年8月～平成6年2月の間に作成された本件図画についてXの主張を認容した。

裁判所は、平成5年8月～平成6年2月におけるX-Y間の契約関係については、「控訴人が創作した著作物が雇用契約に基づくものであると認めるには、控訴人が就業規則を提示されたことの確認書あるいは雇用契約書の存在など何らかの明確な客観的な証拠が要するところ、本訴においてはこれらの証拠はない」として、雇用契約の締結を否定した。一方、平成6年6月～平成8年6月におけるX-Y間の契約関係については、「控訴人は雇用契約に基づき被控訴人に勤務するようになったものと認めることができる」として、雇用契約の締結を肯定した。その結果として、裁判所は、平成6年2月以前に創作された本件図画は、雇用契約に基づき職務上作成されたものであるとは認められず、平成6年5月以降に創作された本件図画については、Yが著作作者であると認められるとした。

## 第2款 判旨

### 1. 判旨第1点

著作権法15条1項の「法人等の業務に従事する者」について、「法人等と雇用関係にある者がこれに当たるとは明らかであるが、雇用関係の存否が争われた場合には、同項の「法人等の業務に従事する者」に当たるか否かは、法人等と著作物を作成した者との関係を実質的にみたときに、法人等の指揮監督下において労務を提供するという実態にあり、法人等がその者に対して支払う金銭が労務提供の対価であると評価できるかどうかを、業務態様、指揮監督の有無、対価の額及び支払方法等に関する具体的事情を総合的に考慮して、判断すべきものと解するのが相当である。」

### 2. 判旨第2点

「被上告人は、1回目の来日の直後から、上告人の従業員宅に居住し、上告人のオフィスで作業を行い、上告人から毎月基本給名目で一定額の金銭の支払を受け、給料支払明細書も受領していたのであり、しかも、被上告人は、上告人の企画したアニメーション作品等に使用するものとして本件図画を作成したのである。これらの事実は、被上告人が上告人の指揮監督下で労務を提供し、その対価として金銭の支払を受けていたことをうかがわせるものとみるべきである。」

## 第3款 研究

### 1. 本件判決の判例上の地位

#### (1) 問題の所在

ア、職務著作と似て非なる制度として、職務発明（特35条）がある。職務発明の発明の主体は「従業者等」であり、職務発明が成立する場合でも、あくまでも従業者等は発明者であり、対価請求権を有する。すなわち、「特許法上の職務発明については、発明者たる地位は従業者に与え、これを当事者の合意により変更することのできない一身専属の地位とした上、特許権または財産権的側面を持つ特許を受ける権利については、当事者の合意により、その帰属者を決定することができる」とする構成がとられている<sup>(28)</sup>。一方、職務著作の作成の主体は「法人等の業務に従事する者」であり、職務著作が成立する場合、法人等の業務に従事する者は著作作者ではなく、対価請求権も有しない。



よって、具体的にどのような者が上記主体に該当するかが重要になってくる。

イ、職務発明の「従業者等」には、従業者だけでなく、法人の役員、国家公務員又は地方公務員も該当する。嘱託や臨時雇も従業者に該当し、常勤・非常勤を問わない。また、これら以外の名称であっても、使用者が労働に対する報酬を支払うことにより雇用関係（民 623 条）にある限り、従業者に該当する。出向社員については、「一般的には、給与を出向先か出向元のいずれから受けているかによって定めるべき」<sup>(29)</sup>とされている。

ウ、職務著作の「法人等の業務に従事する者」に該当する典型例は、法人等との間に雇用契約を締結している従業員である。従業員だけでなく、取締役等、法人の役員も該当すると解されている。しかし、著作物の作成を外部の者に依頼したに過ぎないような場合は該当しない。上記については争いがないようである。では、「法人等の業務に従事する者」は雇用関係がある者に限定されるのか、「法人等の業務に従事する者」の意義が問題となる。

## (2) 従来の学説

ア、「法人等の業務に従事する者」の意義については、「狭く雇用関係にある者に限定する説と、反対に広く法人等の指揮監督関係があれば委任、請負等による者も含まれるとする説があり、折衷説としては、雇用関係の有無に関わりなく、法人等の組織上または事業上の一体関係の中に組み入れられて、その指揮監督の下で、法人等によって割り当てられた職務を遂行する関係にある者がこれに当たるとする説がある」<sup>(30)</sup>。

イ、なお、従来の学説は、「労働法ないし労働契約の解釈として雇用契約が成立する場合でも、職務著作規定にいう「法人等の業務に従事する者」にあたらぬ場合があるのかは検討されていない」<sup>(31)</sup>との指摘もある。

## (3) 従来の裁判例

ア、従来の裁判例は、「原告と被告のいずれが創作行為を行ったかや、職務著作規定の公表名義の要件などが争われ、職務著作規定における「法人等の業務に従事する者」の認定は争われていない」<sup>(32)</sup>。

イ、『法人等－第三者間（外部関係）の訴訟類型』では、職務著作規定の適用が広く認められている

（東京地判平成 10.10.29，東京高判平成 10.2.12）。

ウ、『法人等－法人等間の訴訟類型』では、「創作者がいずれの法人の指揮監督下で創作していたかという形で問題となり、雇用関係以外の委託関係の場合にも職務著作規定を適用」<sup>(33)</sup>している（東京地判平成 14.12.18，東京高判平成 15.7.10，東京地判平成 14.2.25，東京高判平成 14.10.2）。

エ、『創作者－法人等間（当事者間）の訴訟類型』では、『法人等－第三者間（外部関係）の訴訟類型』よりも「厳格に、著作物の性質や創作行為の有無等を実質的に判断している」<sup>(34)</sup>（東京地判平成 5.1.25，東京地判平成 10.11.30）。

## (4) 本判決の判例上の地位

ア、このような状況の中、「最高裁が、職務著作に関する著作権法 15 条 1 項における「法人等の業務に従事する者」の意義について、初めて明らかにした」<sup>(35)</sup>のが本判決である。

イ、本事案は、『創作者－法人等間（当事者間）の訴訟類型』にあたる。

## 2. 判旨ごとの検討

### (1) 判旨第 1 点

ア、判旨第 1 点は、2 つのことを述べている。すなわち、①法人等と雇用関係にある者が「法人等の業務に従事する者」に該当することの確認と、②雇用関係の存否の判断基準、である。

イ、上記判断基準には「法人等の指揮監督」といった考慮要素が含まれていることから、本判決はいわゆる非限定説を採ったようにみえなくもない」<sup>(36)</sup>。しかし、本事案では雇用関係の成立の有無が争われたに過ぎず、それゆえ、本判決は雇用関係の存否の判断基準を示したに過ぎない。よって、本判決は、従来の学説・裁判例を整理・統一するものではなく、「法人等の業務に従事する者」は雇用関係がある者に限定されるのかという問題については、未だ判例の立場は明らかになっていないと考える。

ウ、また、上記判断基準は①「法人等の指揮監督下において労務を提供するという実態にあ」ること、②「法人等がその者に対して支払う金銭が労務提供の対価であると評価できる」こと、という 2 つの要素を挙げている点に特徴がある。このような

判断基準は、「職務著作に関する従来の学説および裁判例にはみられないものであり注目される」<sup>(37)</sup>。その後の下級審判例では、「直ちに雇用関係があるとはいえない場合であっても、上記の2要素を考慮して「法人等の業務に従事する者」に当たるかどうかを判断するものがみられるようになって」<sup>(38)</sup>いる。本判決を引用している判例としては、大阪地判平成19.7.26、知財高判平成18.12.26、知財高判平成18.9.13、東京地判平成17.3.15、東京地判平成16.11.12が挙げられる。

## (2) 判旨第2点

ア、判旨第2点は、雇用関係の存否の判断の際の具体的事情の例を述べている。

## 3. 私見

本事案においては、本判決は結論・理由ともに妥当（賛成）と考える。

なお、「法人等の業務に従事する者」は雇用関係がある者に限定されないと考える。なぜなら、第1に、ビジネスにおいて職務発明は必ずなされるとは限らないが、職務著作は必ずなされるどころ、現実の社会では非典型契約も多くなされるが、著作権法15条の適用にあたり、その契約が雇用契約に当たるかどうかをいちいち判断しては、ビジネスが滞ると考えるからである（必要性）。第2に、職務発明制度の趣旨は、使用者と従業者の利害の調和だが、職務著作制度の趣旨には、実情に合わせた著作権取引の便宜もある。とすれば、現実の社会の実情に合わせて解釈するのが妥当と考えるからである（妥当性）。第3に、著作権法は、「法人等の業務に従事する者」という「固有の法概念を用い、その使用者の契約上の地位について規定することを避けているのであるから、民法や労働法が使用する法概念を殊更借用して、従業者を雇用契約上の従業員や、労働契約上の労働者に限る必要はない」<sup>(39)</sup>と考えるからである（許容性）。第4に、真の創作者が個人（外部）の場合および真の創作者が法人の場合（第1節参照）、または、今日の多様な雇用形態および今後生み出されるであろう新たな雇用形態に、柔軟に対応できる余地を残しておく必要がある。そして、職務著作成立の判断にあたって、各要件を総合的に勘案する本稿の立場からは、「法人等の業務に従事する者」を広く捉えても、それによる不都合を回避することができるからである（必要性・妥当性および許容性）。

さらに言えば、各要件を総合的に勘案するのであれば、「法人等の業務に従事する者」について、解釈として成り立ちうる最も広義な解釈を採用することも可能であろう。

## 第6節 第2要件②「職務上」

### 要件の相関性

法人等の業務従事者の要件を充足する場合、「当該行為が職務上のものであるか否かの認定は比較的容易と考えられる」<sup>(40)</sup>との指摘は妥当である。

## 第7節 第2要件③「著作物」

### 創作性の程度

「著作物」とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」（2条1項1号）である。

著作物の人格の投影としての側面を重視するなら、人格の投影の程度＝創作性の程度（個性の発揮の程度）によって、取扱いに差を設けるべきとも考えられる。しかし、それではあまりにも職務著作要件の判断が難解になり事務が滞って利用が阻害されてしまうし（必要性）、そもそも何らかの人格が投影されている以上、投影された人格を差別することはおかしい（妥当性）。結局、創作性の程度によって差を設けるべきではなく、通常の著作物と同様に著作物性の判断をすればよいと考える。

## 第8節 第3要件「公表名義」

### 1. 趣旨

「対外的にみて誰が著作者であるか明確である必要があることや、法人等の内部における著作物の創作過程に照らし法人等が著作者となるのが合理的であるとの実態が存し、従業者もそれを前提に創作活動に参加していることを明らかにする徴表（メルクマール）として、法人等が積極的に自己の名義を付して公表することが求められていると考えられる。さらに、著作者人格権の観点から、当該著作物の成果について評価を受ける主体として位置づけるためにも法人等の公表名義が求められていると解される。また、別の観点からみると、他の要件を充足している場合であっても、当事者の判断により、実際の創作従事者が著作者となり得る選択肢を付与しているともいえる」<sup>(41)</sup>と説明されている。

## 2. 論点1

著作物の創作時において法人等の名義の下に公表される予定であったにもかかわらず、無名または他人名義で公表された著作物の場合、公表要件を満たすか<sup>(42)</sup>。下記の学説がある。

- ① 公表名義の要件を厳格に捉えて否定する説。
- ② 公表名義の要件を広く捉えて肯定する説。

人格権的アプローチ（真の創作者の不意打ち防止機能・手続保障機能）の観点からは、真の創作者が職務著作の成立を覚悟していればよいところ、論点の状況では、真の創作者は創作時において覚悟していると考えられるから、①と②どちらの考え方もとり得る。

著作物の利用の促進にも配慮して、②の考え方をとるのが妥当であろう。

なお、逆に、著作物の創作時において無名又は職務従事者個人名で公表される予定であれば、その後法人等の名義で公表されても、人格権的アプローチの観点からは、法人等は当該著作物の著作者とはならないと考えるのが、自然である。

## 3. 論点2

公表が予定されていないが、仮に公表されるとすれば法人等の名義で公表される著作物の場合、公表要件を満たすか。

肯定説と否定説とが対立しているが、東京高判昭和60年12月4日は、「業務上横領罪の成否が問題となった刑事事件において、公表が予定されていないプログラムであっても、仮に公表されるとすれば、法人等の名義で公表されるものについては、「法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの」に当たるとして、肯定説を採用しており、「その後の下級審の裁判例（東京地判平成7年10月30日）においても、同旨の判断がされている」<sup>(43)</sup>。

人格権的アプローチの観点からは、真の創作者が職務著作の成立を覚悟していればよいところ、論点の状況では、真の創作者は少なくとも自分の名義で公表されるものではないと覚悟していると考えられるから、肯定説と否定説どちらの考え方もとり得る。

否定説では、内部文書がすべて、職務従事者個人の著作物となり、職務従事者が排他的な権利をもつという不合理性も指摘されるので、肯定説をとるのが妥当であろう。

## 4. 論点3

著作物の公表に際し、法人等の名義に加え職務従事者の個人名が表示されているときは、公表要件を満たすか<sup>(44)</sup>。下記の学説がある。

- ① 単に内部分担責任を明らかにしただけのものか、対外的な著作者人格権の表示を意味するものかによって判断するとする説。
- ② 創作者である職務従事者個人が特定される場合は、公表要件を満たさないとする説。

東京地判平成7年12月18日は、「雑誌の休廃刊にあたっての挨拶文のうち執筆者名等が表示されているものにつき、「本件記事は、当該雑誌の休刊又は廃刊にあたっての挨拶文であり、会社の機関ないし一部門として当該雑誌の編集作業に携わった者が会社を代弁して挨拶するために、これらの者が法人内部の職務分担として執筆したものと認めるのが相当」であるとした。具体的には、肩書付きの「(雑誌名) 編集長 (氏名)」といった表示の他、単なる「(氏名)」といった表示も法人内部の職務分担表示とされた」<sup>(45)</sup>。

本論点は、場合を分けて考える必要がある。

1つ目の場合として、法人等の名義が『職務従事者の肩書き』と認められる場合は、公表名義は職務従事者であり、公表要件を満たさないと考える。すなわち、この場合は、実名・周知変名の表示による著作者の推定（14条、第2章第2節参照）の問題であって<sup>(46)</sup>、職務著作の問題ではない。

2つ目の場合として、法人等の名義が『職務従事者の肩書き』とは認められず、かつ、表示されている職務従事者名により職務従事者個人を特定できる場合が、ここでの問題である。この場合は、商標法的に言うなら、商標が2つ表示されている場合、または要部（独立して識別力を有する部分）が2つある場合である。業務上の信用が化体する宛先としての商標と同様に考えるなら、職務従事者の個人名が表示されているときは、その著作物の社会的評価・信頼・責任は、少なからず当該個人にも帰属するところ、個人名を表示する職務従業者は当該社会的評価等の帰属を欲しているかまたは甘受していると考えられる。とすれば、人格権的アプローチの観点からは、②の考え方をとるのが妥当であろう。

なお、この場合、著作者の推定規定（14条）と職務著作規定の競合が問題になるように思われるが、否定すべきである。14条は、著作者の「推定」だからであ



る。

3つ目の場合として、表示されている職務従事者名により職務従事者個人を特定できるが、著作者名とは認められない場合は、公表名義は法人等であり、公表要件を満たすと考える。例えば、『本件担当：日本太郎』のような場合である。

## 第9節 第4要件「別段の定め」

### 1. 趣旨

「著作者性は、本来、法により画定されるべきものであり、当事者の契約により変動があるべきものではないが、他の要件の充足性から当該著作物について法人著作の成立を認め得る場合であっても、業務の特性や当該著作物の特性、創作従事者の創作行為への関与の態様などからみて、なお創作従事者を著作者とすることが妥当である場合はあり得るものと考えられ、法に規定する各要件の充足により法人著作の成立を認めることが、必ずしもすべての場合に妥当性を有するとは限らないことから、個々具体のケースに応じて現実的な解決を図り得るよう、措置されている」<sup>(47)</sup>と説明されている。

### 2. 別段の定め

職務著作の積極的要件①ないし③を充足していても、著作物の「作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定め」がある場合は、別段の定めが優先する。

「作成の時にける」であるから、著作物作成後に、業務従事者を著作者とするとの別段の定めをしても、業務従事者は著作者とはならない。

積極的要件①ないし③のいずれかを充足していない場合には、法人等を著作者とするとの別段の定めをしても、法人等が著作者となることはできない。著作者人格権は、契約によって譲渡することができない（59条。放棄もできないと解釈されている）からであるが、人格権的アプローチからは当然の帰結である。

## 第10節 プログラムの著作物・映画の著作物の職務著作

### 1. プログラムの著作物の職務著作

プログラムの著作物については、法人等の公表名義が不要である（15条2項）。

しかし、「プログラム以外の著作物であっても、設計

図面のように公表されないことが多い著作物があり、また、無名で公表される著作物もある」し、「プログラムの作成に付随する設計書やフローチャートなどのドキュメント類にかかる法人著作には公表名義が必要とされることとの不均衡をどのように考えるのか」<sup>(48)</sup>という課題がある。

### 2. 映画の著作物の職務著作

「映画の著作物の著作者は、その映画の著作物において翻案され、又は複製された小説、脚本、音楽その他の著作物の著作者を除き、制作、監督、演出、撮影、美術等を担当してその映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者とする。ただし、前条の規定の適用がある場合は、この限りでない」（16条）。

「映画の著作物（第15条第1項、次項又は第3項の規定の適用を受けるものを除く。）の著作権は、その著作者が映画製作者に対し当該映画の著作物の製作に参加することを約束しているときは、当該映画製作者に帰属する」（29条1項）。

すなわち、映画製作会社がその従業員である監督やプロデューサーに映画を製作させる場合には、当該映画の著作物の著作者は、映画製作会社となる。

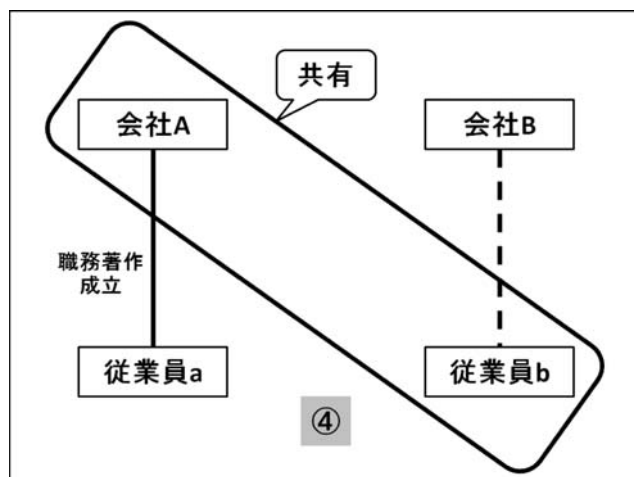
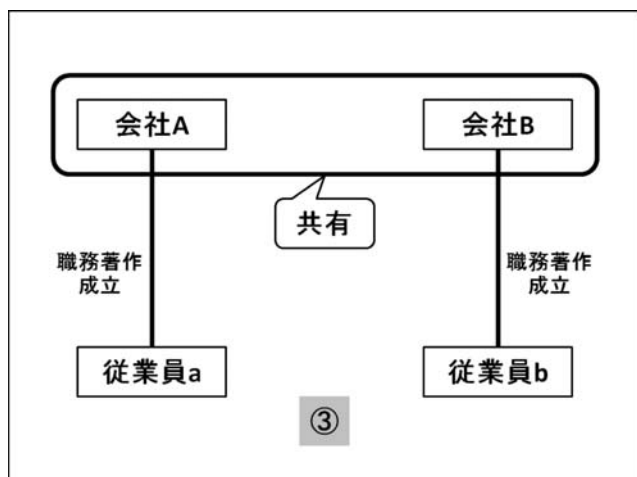
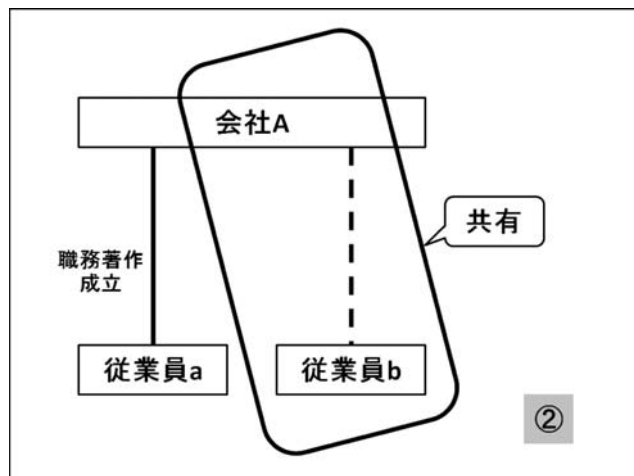
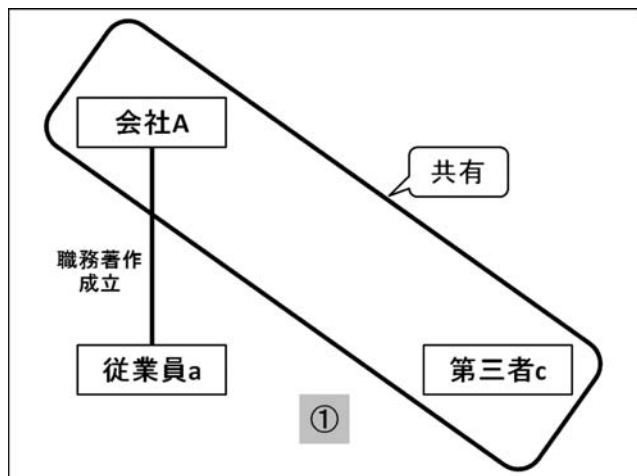
## 第5章 職務著作規定と共同著作規定の競合

### 第1節 想定されるケース

～一部の共同著作者との関係で職務著作となる場合、または、異なる法人等の職務著作の場合～

職務著作規定と共同著作規定の競合が問題となるケースとしては、以下の4つが想定される（次頁図参照）。

- ① 従業員 a と第三者 c との共同著作であって、かつ、従業員 a と会社 A との間で職務著作が成立する場合（会社 A と第三者 c が著作権を共有する場合）
- ② 同一の会社の従業員 a と従業員 b との共同著作であって、かつ、従業員 a と会社 A との間で職務著作が成立する場合（会社 A と従業員 b が著作権を共有する場合）
- ③ 異なる会社の従業員 a と従業員 b との共同著作であって、かつ、従業員 a と会社 A との間、従業員



bと会社Bとの間でそれぞれ職務著作が成立する場合（会社Aと会社Bが著作権を共有する場合）

④ 異なる会社の従業員aと従業員bとの共同著作であって、かつ、従業員aと会社Aとの間で職務著作が成立する場合（会社Aと従業員bが著作権を共有する場合）

## 第2節 問題意識

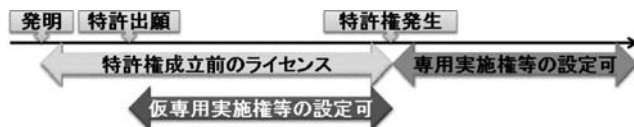
～持分の経済的価値の変動～

後述のように、共同発明と職務発明が組み合わさった場合は、共有者の変更による他の共有者の持分の経済的価値の変動が起こりうる。すなわち、発明の場合、他の共有者の資本力や経営力、信用力、技術力等により自己の持分の経済的価値に大きな影響を受けるが、同じ知的財産である著作物の場合でも、同様なかが問題となる。

そこで、まず、共同発明と職務発明が組み合わさった場合の論点を確認したうえで、次に、共同著作の効果を確認し、持分の経済的価値の変動が起こりうるのか、起こりうるとした場合、どの程度で、許容性は認められるのかを検討する。

### 1. 論点1

共有に係る特許を受ける権利について、ライセンス許諾はそもそも可能か？明文の規定がなく、また、発明完成から特許登録に至るまでその内容は常に変化する可能性を有しており<sup>(49)</sup>、特許を受ける権利を有していても、実施に関して特別な権利が発生するものではない<sup>(50)</sup>ことから問題となる。なお、下図のように、特許権成立前のライセンスのうち、特許出願段階におけるライセンスについて、『仮専用実施権・仮通常実施権』制度が新設された<sup>(51)</sup>ので、本論点は、発明完成から特許出願までの特許を受ける権利についてのみ意味を有する（特許法33条4項参照）。



私は、共有に係る特許を受ける権利についても、ライセンス許諾は可能と解する。なぜなら、①契約自由の原則である。また、②特許を受ける権利の性質については種々の学説があるが、いずれの説も、譲渡性がある財産権であるとする点では一致している<sup>(52)</sup>。と

すれば、これを対象にしたライセンス契約を締結できるのは当然で、その理は、共有の場合であっても変わらないと考えるからである。

## 2. 論点 2

では、共有に係る特許を受ける権利について、単独のライセンス許諾は可能か？特許法 33 条 3 項との関係、および、73 条 3 項に対応する規定がないこととの関係で問題となる。

私は、共有に係る特許を受ける権利について、単独のライセンス許諾はできないと解する。なぜなら、共有者同士は潜在的に経済的競争関係にあり、他の共有者の資本力や経営力、信用力、技術力等により自己の持分の経済的価値に大きな影響を受けるところ、33 Ⅲは、共有者の変更による他の共有者の持分の経済的価値の変動に基づく不測の不利益を防止するため、持分の譲渡には他の共有者の同意を必要としている（73 Ⅰと同一の趣旨。73 Ⅲも 73 Ⅰと同一の趣旨）。そして、その利益状況は、ライセンス許諾の場合であっても変わらないと考えるからである。

## 3. 論点 3

一部の共同研究者との関係で職務発明の場合、または、使用者が異なる職務発明の場合、共有に係る特許を受ける権利について、事後承継は可能か？特許法 33 条 3 項との関係で問題となる。

私は、33 Ⅲの規定通り、他の共有者の同意を得なければ、事後承継はできないと解する。なぜなら、33 Ⅲは、共有者の変更による他の共有者の持分の経済的価値の変動に基づく不測の不利益を防止するため、持分の譲渡には他の共有者の同意を必要としている（73 Ⅰと同一の趣旨）。そして、その利益状況は、職務発明の場合であっても変わらないか、または、より顕在化すると考えるからである。

## 4. 論点 4

一部の共同研究者との関係で職務発明の場合、または、使用者が異なる職務発明の場合、共有に係る特許を受ける権利について、予約承継は可能か？特許法 33 条 3 項および 35 条 2 項との関係で問題となる。

この点について、他の発明者の同意を得ることができなければ、たとえ権利承継等の定めがあっても、使用者は権利の承継等ができない<sup>(53)</sup>という説もある。

しかし、私は、職務発明に該当することを事前に知りまたは知り得た場合には、予約承継は可能と解する。

なぜなら、① 35 Ⅱは、職務発明の場合を除き、予約承継は無効である旨を規定しているにすぎず、職務発明についての予約承継は、いかなる場合も無条件で有効である旨を規定するものではないと考えるからである。また、② 35 条は、産業の発達という公益的立場から使用者と従業者の利害の調和（対内的な関係）について定めたにすぎず、各共有者の利益保護（対外的な関係）を図る 33 Ⅲの適用を排除していないと考えるからである。さらに、③他の共同研究者との関係で職務発明に該当するかどうか、研究開始前または研究中にわかる場合には、他の共有者の持分が予約承継されても、共有者の変更による他の共有者の持分の経済的価値の変動に基づく不測の不利益は生じないと考えるからである。①と②は、35 条 2 項のみの適用を否定する理由であり、③は、手続保障と自己責任の観点からの理由である。

なお、共同研究開発契約締結の際、予約承継について、他の共同研究者から事前の同意（同意書）を得ておくべきと考える<sup>(54)</sup>。

## 第 3 節 検討

### ～法律効果の相違と、手続保障的観点からの検討～

#### 1. 共同著作の効果

共同著作の効果を定めた規定としては、① 64 条（共同著作物の著作者人格権の行使）、② 65 条（共同著作権の行使）、③ 117 条（共同著作物等の権利侵害）、④ 51 条 2 項括弧書き（保護期間の原則）が挙げられる。本節では、持分の経済的価値の変動の検討なので、65 条と 117 条に焦点を当てて検討する（次頁表参照）。

#### 2. 検討 1 ～持分の譲渡・質入れ（特許法 73 条 1 項と著作権法 65 条 1 項・3 項の比較）～

「特許権の共有持分の譲渡・質入れには、著作権の場合よりも厳しい制限があることがわかる。他の共有者の同意を要するとされている一方、他の共有者には本条 3 項のような同意義務は課されていないからである」<sup>(55)</sup>との指摘がある。



特許法 73 条	著作権法 65 条
<p>【1 項】特許権が共有に係るときは、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、その持分を譲渡し、又はその持分を目的として質権を設定することができない。</p>	<p>【1 項】共同著作物の著作権その他共有に係る著作権（以下この条において「共有著作権」という。）については、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、その持分を譲渡し、又は質権の目的とすることができない。</p>
<p>【2 項】特許権が共有に係るときは、各共有者は、契約で別段の定をした場合を除き、他の共有者の同意を得ないでその特許発明の実施をすることができる。</p>	<p>【2 項】共有著作権は、その共有者全員の合意によらなければ、行使することができない。</p> <p>【3 項】前 2 項の場合において、各共有者は、正当な理由がない限り、第 1 項の同意を拒み、又は前項の合意の成立を妨げることができない。</p> <p>【4 項】前条第 3 項及び第 4 項の規定は、共有著作権の行使について準用する。</p>
<p>【3 項】特許権が共有に係るときは、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、その特許権について専用実施権を設定し、又は他人に通常実施権を許諾することができない。</p>	

特許法	著作権法 117 条
対応なし	<p>【1 項】共同著作物の各著作者又は各著作権者は、他の著作者又は他の著作権者の同意を得ないで、第 112 条の規定による請求又はその著作権の侵害に係る自己の持分に対する損害の賠償の請求若しくは自己の持分に応じた不当利得の返還の請求をすることができる。</p> <p>【2 項】前項の規定は、共有に係る著作権又は著作隣接権の侵害について準用する。</p>

### 3. 検討 2 ～権利行使（特許法 73 条 2 項・3 項と著作権法 65 条 2 項・3 項の比較）～

「ライセンス契約により他人に実施ないし利用させる場合には、特許権の方が厳しい制限に服することがわかる。他の共有者の同意を要するとされている一方、他の共有者には本条 3 項のような合意成立協力義務は課されていないからである。しかし一方で、自ら実施ないし利用する場合（法人が著作者である場合など、著作権においても起こりうる）については、特許権では各共有者は原則として自由に権利行使できるが、著作権では相互に制限に服することがわかる」<sup>(56)</sup>との指摘がある。

なお、「権利行使」という用語は、特許法と著作権法で用法が異なる。特許法では、消極的効力の発現たる差止請求や損害賠償請求等を指すのが一般的である。一方、著作権法では、著作物の利用や利用許諾・出版権の設定を指す（著作物の利用は、特許法でいうところの積極的効力の発現たる自己実施や第三者への実施権の設定に対応する）<sup>(57)</sup>。

### 4. 検討 3 ～訴訟行為～

「著作権法 117 条 1 項に相当する規定は、特許法には存在しない。しかし、各共有者は単独で自己の持分権に基づいて差止請求をなし、また、自己の持分割合に応じた損害賠償や不当利得返還の請求をなし得ると解されている」<sup>(58)</sup>ので、著作権と特許権に差はない。

### 5. まとめ

#### (1) 経済的価値の変動の可能性

著作物の場合でも、知的財産である以上、発明と同様に、共有者同士は潜在的に経済的競争関係にあり、他の共有者の資本力や経営力、信用力、技術力等により自己の持分の経済的価値に大きな影響を受け、共有者の変更による他の共有者の持分の経済的価値の変動は起こりうるといえよう。

#### (2) 行為ごとの経済的価値の変動の程度

ライセンスについては、著作物の場合は、共有者全員の合意が必要であるものの、合意成立協力義務があることから、発明と著作物とで大差はないといえよう。

自己実施・利用については、発明の場合は、何らの制約もなしに実施できるのに対し、著作物の場合は、（合意成立協力義務はあるものの）共有者全員の合意が必要であり、合意の際、使用量等の制限を課す契約をすることができるので、発明の場合に比べて、共有者同士の経済的競争関係は緩和され、共有者の変更による他の共有者の持分の経済的価値の変動は減殺されるといえよう。

逆に、持分の譲渡・質権設定については、両者ともに、他の共有者の同意を必要とするが、著作物の場合は、同意義務があることから、かえって発明の場合に比べて共有者同士の経済的競争関係は激化し、共有者の変更による他の共有者の持分の経済的価値の変動は増大するとも考えられる。

(3) 経済的価値の変動についての許容性

以上の検討内容は、先に述べたケース①ないし④のいずれにも当てはまるが、各ケースにつき、さらに検討する。

ケース①では、従業員 a と会社 A との間で職務著作が成立するのは、第三者である c にとっては、いわば寝耳に水といった状況であり、手続保障的観点から、経済的価値の変動についての許容性は低い。とすれば、このケースでは、職務著作の成立を否定する、または、職務著作に該当することを事前に知りまたは知り得た場合にのみ職務著作の成立を認めるという考え方も取り得るのではなかろうか。

ケース②では、従業員 a と会社 A との間で職務著作が成立するのは、同一の会社の従業員である b にとっては、(ケース①に比べて) ある程度予期または覚悟していると考えられるので、手続保障的観点から、経済的価値の変動についての許容性はケース①よりは高い。

ケース③については、そもそも、どういう場合に職務著作の要件を満たすかがまず問題となるので、次節で検討する。

ケース④については、異なる会社の従業員 b は、ケース①の第三者 c と同じ立場といえる。よって、従業員 a と会社 A との間で職務著作が成立するのは、いわば寝耳に水といった状況であり、手続保障的観点から、経済的価値の変動についての許容性は低い(ケース①と同じ利益状況)。とすれば、このケースもケース①と同様、職務著作の成立を否定する、または、職務著作に該当することを事前に知りまたは知り得た場合にのみ職務著作の成立を認めるという考え方も取り得るのではなかろうか。

第4節 ケース③の詳細な検討

1. 想定されるケース

ケース③の場合、すなわち、異なる会社の従業員 a と従業員 b との共同著作であって、かつ、従業員 a と会社 A との間、従業員 b と会社 B との間でそれぞれ職務著作が成立する場合とは、いかなる場合であろうか。候補として、以下の5つが考えられる(下図参照)。

- ③-1 会社 A と会社 B の業務範囲が重複せず、かつ、共同事業が会社 B の業務範囲に属する場合
- ③-2 会社 A と会社 B の業務範囲が重複せず、かつ、共同事業がいずれの業務範囲にも属しない場合
- ③-3 会社 A と会社 B の業務範囲が重複し、かつ、共同事業が重複する業務範囲に属する場合
- ③-4 会社 A と会社 B の業務範囲が重複し、かつ、共同事業が会社 B の業務範囲に属する場合
- ③-5 会社 A と会社 B の業務範囲が重複し、かつ、共同事業がいずれの業務範囲にも属しない場合

2. 検討

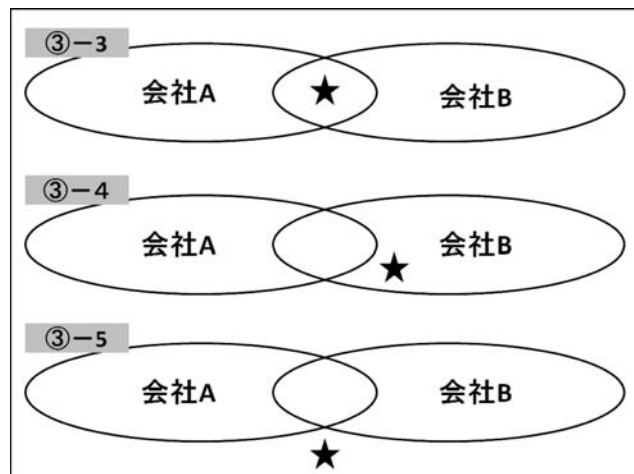
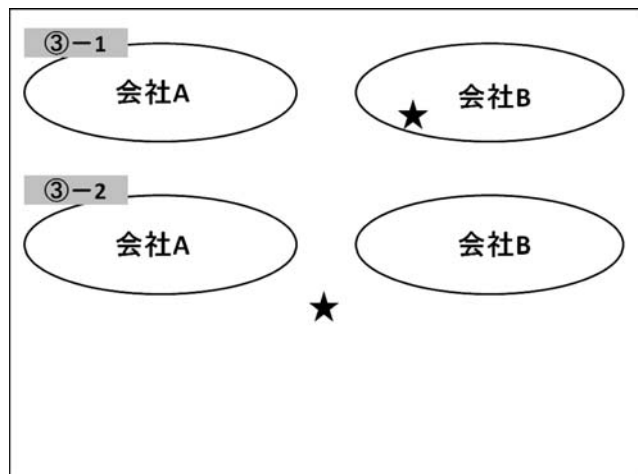
(1) 職務著作が成立する場合

ケース③-3は、職務著作要件の充足性にとくに欠けるところもない。よって、職務著作の成立を認めてよいであろう。なお、「別段の定め」がA社にあって、B社にないときは、なお検討を要する。

(2) 職務著作が成立しない場合

ケース③-5は、共同事業がいずれの業務範囲にも属しないので、会社A・会社Bの共同の業務とはいえない。よって、職務著作は成立しない。

ケース③-2(映画の製作委員会はこのケースだ



と思われる)は、共同事業がいずれの業務範囲にも属しないので、会社A・会社Bの共同の業務とはいえない。よって、職務著作は成立しない。

### (3) 職務著作が成立するか微妙な場合

ケース③-4は、共同事業が会社Bのみの業務であって、会社A・会社Bの共同の業務とはいえない。よって、職務著作の成立は否定すべきである。

ケース③-1も、共同事業が会社Bのみの業務であって、会社A・会社Bの共同の業務とはいえない。よって、職務著作の成立は否定すべきである。なお、会社Aと会社Bの業務範囲が重複していないことから、ケース③-4よりも職務著作の成立は認めにくいであろう。

ケース③-4および③-1については、なお検討を要する。

### (4) まとめ

結局、職務著作が成立するのは、ケース③-3だけである。

ケース③-3については、会社Aと会社Bは、あらかじめ共同事業について合意しているはずであるから(そうでなければ、共同で「発意」できない)、従業員aと会社Aとの間、従業員bと会社Bとの間でそれぞれ職務著作が成立するのは、会社Aにとっても会社Bにとっても、想定範囲内であり、手続保障的観点から、経済的価値の変動についての許容性は高い。

## 第6章 むすび／職務著作に関する契約のドラフティング

### 第1節 今後の展望・課題、提言

#### 1. 今後の展望・課題

今日、既にゲームや映画など、多くのコンテンツが職務著作であるが、今後ますます職務著作が増加すると思われる。また、著作権に対する意識の高まりにより、職務著作をめぐる紛争も増加すると思われる。

職務著作要件の解釈・運用については、まだ明確でないところが多々ある。また、新しいタイプの雇用形態についても、十分にフォローできているとはいえない。

RGBアドベンチャー事件最高裁判決(最判平15.4.11)を引用した近年の裁判の、上訴率が80%(5件中

4件)と高いことも気になる。その原因を検討する必要があるだろう。

いずれにせよ、紛争を未然に防止するには、職務著作について「別段の定め」をしておくことが有効である。そこで、次節で、職務著作に関する契約のドラフティングについて述べる。

#### 2. 提言 ～モノの出し手の保護と資産活用の調整～

本稿の構想を練り始めた頃、近年の活用促進の流れから、フェアユースの議論が活発であった(現在は、若干下火になっている)。フェアユースの一般条項をおくことについて、私は否定的である。

ところで、憲法の論点であるが、憲法の人権カタログに列挙されていない新しい人権も憲法13条によって導き出すことができるが、新しい人権として認められるかどうかはいかなる基準で判断すべきかというものがある。これについては、私は、その権利が、①個人の人格的生存に不可欠なものか、②長期間国民生活に基本的なものであったか、③多数の国民がしばしば行使しもしくは行使できるものか、④他人の基本権を侵害するおそれがないかなど、種々の要素を考慮して慎重に判断しなければならないと考える(人格的利益説=芦部説)。

人格的利益説の②や③は、フェアユースの議論においても、そのまま当てはまる。

フェアユースの議論は著作権に関するものであり、財産権(憲法29条)が公共の福祉により制約される一場面といえ、著作者に重大な影響を及ぼすので慎重に検討すべきである。

著作権の制限のある態様について、全国民が必要性と許容性を感じたとき(全国民が合意したとき)にはじめて、その意思は国会を通じて立法されるべきであるから、多少機動性には欠けるが、フェアユースの一般条項をおくべきではないと考える。

職務著作にしる、フェアユースにしる、保護と活用の調整の問題である。

保護と活用の調整と聞いて思い出したのが、不動産賃貸借である。不動産賃貸借については、①もともと民法上の賃貸借規定で処理されていたが、②借主に不利であったため、借地借家法が制定された(借主保護)。しかし、③貸主の貸控えを招き、かえって遊休地の有効活用がされなくなったため、定期借地権を規定した(貸主保護)、という流れがある。借地借家法は、



不動産所有者（貸主）にとっては不利益であるため、「苦勞して不動産を買うより借りた方がよい」という風潮を生み出したとも言われている。

著作権法（ひいては知的財産権法）の分野でも、活用を重視しすぎると、「利用できるなら、苦勞して創作しなくてもよい」となりはしまいか。

創作の減少は、文化政策上も産業政策上も問題である。もちろん、権利の濫用は許されないが、モノ（不動産、知的財産）の出し手を締め付けてしまうと（結果的にそうになってしまう場合も含む）、かえって、活用もされなくなってしまう。すべからく、バランスの問題であるが、活用の前提として、モノの出し手の保護には最大限留意すべきと考える<sup>(59)</sup>。

## 第2節 職務著作に関する契約のドラフティング

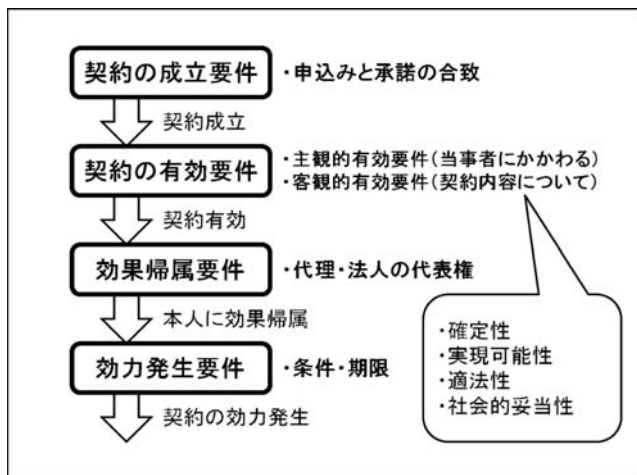
### 1. 総説

#### (1) 契約の成立から効力発生まで

契約の成立から効力発生までを下図に整理した。職務著作に関する契約で重要なのは、契約の有効要件の客観的有効要件である。

客観的有効要件の内容は、①確定性（i 強行規定、ii 当事者の目的、iii 慣習、iv 任意規定、v 信義則）、②実現可能性（原始的不能と後発的不能）、③適法性（強行規定と任意規定）、④社会的妥当性（公序良俗）である。

客観的有効要件を欠く場合は、契約は無効となる（強行規定違反・公序良俗違反の法律行為は絶対的無効）。



#### (2) 15条1項の「別段の定め」

第4章第9節で述べたように、「作成の時ににおける」であるから、著作物作成後に、業務従事者を著

作者とするとの別段の定めをしても、業務従事者は著作者とはならない。

職務著作の積極的要件①ないし③のいずれかを充足していない場合には、法人等を著作者とするとの別段の定めをしても、法人等が著作者となることはできない。したがって、「別段の定め」はもっぱら、業務従事者を著作者とする場合になされる。

「別段の定め」は、①著作者の確定、②著作者人格権、著作権、著作物の所有権のそれぞれの帰属、③利用について明確に規定するのが望ましい。①著作者の確定については、依頼の仕方・内容によって決まるであろう。具体的には、受託者が依頼者の手足のような場合は、依頼者が著作者となり、依頼者がアウトラインだけを示したような場合には、共同著作者または受託者が著作者となろう。

### 2. 著作者人格権

職務著作が成立する場合は、著作者人格権は法人等に帰属するから、「別段の定め」では通常、①著作者人格権が業務従事者に帰属すること、②著作者人格権は行使しないこと、について定めることになろう。

とくに、③同一性保持権（および翻案権）に関して特約を設けるべきである。具体的には、著作物の内容や題号を変更等をする場合には、業務従事者の事前チェックが必要である旨を盛り込むべきである。

なお、著作者人格権は、契約によって譲渡することができない（59条。放棄もできないと解釈されている）ことに注意を要する。

#### 【ドラフト例】

本件著作物の著作者は、〔業務従事者名〕とする。著作者人格権は、〔業務従事者名〕に帰属する。

〔業務従事者名〕は、〔業務従事者名〕の名誉声望を害さない限り、本件著作物について著作者人格権を行使しないことをあらかじめ承諾する。

本件著作物を改変する場合は、あらかじめ〔業務従事者名〕の同意を得なければならない。

第2項の承諾及び前項の同意は、反対の意思表示しない限り、〔業務従事者名〕の承諾及び同意を得た者からさらに許諾を得た者及び権利承継人にも及ぶものとする。

### 3. 著作権

職務著作が成立する場合は、著作権は法人等に帰属

するから、「別段の定め」では通常、①著作権が業務従事者に帰属すること、②譲渡または利用許諾（ライセンス）について定めることになろう（内部の場合はほとんどが譲渡、外注の場合は譲渡と利用許諾が半々と考えられる）。

とくに、③「著作権を譲渡する契約において、第27条又は第28条に規定する権利が譲渡の目的として特掲されていないときは、これらの権利は、譲渡した者に留保されたものと推定」される（61条2項）ので、これらの権利を特掲すべきである。

著作権の共有の場合（基本的には、発注者側に単独帰属するというのではないであろう）、上記に加えて、④持分割合や、⑤65条は任意規定なので、持分の譲渡・質入れ及び権利行使に関して定めることもできる。

また、⑥通常の著作権譲渡契約や著作物利用許諾契約と同様の項目（例えば、著作権等非侵害の保証および侵害判明時の責任など）を盛り込むことも考えられる<sup>(60)</sup>。

#### 【ドラフト例】

本件著作物の著作者は、〔受注者名〕とする。

本件著作物の著作権は、完成と同時に、〔受注者名〕から〔発注者名〕に譲渡されるものとする。

本件著作物についての翻訳し、編曲し、変形し、脚色し、映画化し、その他翻案する権利及び2次的著作物の利用に関する原作者の権利も、前項の著作権の譲渡と同時に、〔受注者名〕から〔発注者名〕に譲渡されるものとする。

#### 4. 著作物の所有権

著作物が有体物の場合は、当該著作物の所有権は業務従事者が原始取得する（民法239条1項）。これは、職務著作が成立する場合でも変わらない。「別段の定め」では通常、①譲渡または賃貸借（民法601条）について定めることとなろう。賃貸借の場合は、②著作物の善管注意義務を盛り込むことも考えられる。

#### 【ドラフト例】

本件著作物の所有権は、完成後すみやかに、〔業務従事者名〕から〔法人等名〕に譲渡されるものとする。

#### 5. その他

「著作権が法人等に帰属するとしても創作従事者に相応の報酬が支払われ、あるいは処遇がなされてしかるべき場合があるものと想定されるが、法制度上は関与していない。この点、特許法35条の職務発明制度とは異にしている。著作権制度としては、法による関与ではなく、創作のインセンティブや優れた人材の確保等の観点から、当事者において妥当な状況が自ずと生成されることを期待しているといえる」<sup>(61)</sup>との指摘もある。すべての職務著作の対価が給与等に含まれているとまでは言い難いので、①業務従事者の報酬について個別に定めることもできる。

## 収集資料一覧

本稿作成に当たっての参考文献は本文中に掲げた。そのほか、職務著作・共同著作に関して下記資料を収集した（収集したものの、目を通せていないものもある）。下表は自己の整理のために作成したものであるが、参考までに掲載する。

#### 概説書

著者	文献名	発行所	発行日
金井重彦 小倉秀夫	著作権法コンメンタール（上巻）	東京布井出版	2000.03.31
田村善之	著作権法概説 第2版	有斐閣	2001.11.10
潮海久雄	職務著作制度の基礎理論	東京大学出版会	2005.04.26
加戸守行	著作権法逐条講義 五訂新版	著作権情報センター	2007.03.31
斉藤博	著作権法〔第3版〕	有斐閣	2007.04.30
中山信弘	著作権法	有斐閣	2007.10.10
作花文雄	著作権法 制度と政策 第3版	発明協会	2008.04.30

半田正夫 松田政行	著作権法コンメンタル1～3	勁草書房	2009.01.30
半田正夫	著作権法概説〔第14版〕	法学書院	2009.02.15

## 学会誌

著者	論文名	掲載誌	発行日
岡邦俊	職務著作と著作者人格権	著作権研究第23号	1997.03.31
—	著作権法制と人格権 シンポジウム質疑応答	著作権研究第23号	1997.03.31
小泉直樹	職務著作 総論	著作権研究第30号	2004.07.20
上野達弘	大陸法から見たわが国「職務著作」	著作権研究第30号	2004.07.20
長塚真琴	集合著作物との対比	著作権研究第30号	2004.07.20
潮海久雄	大陸法（ドイツ法・フランス法）から見たわが国職務著作制度－比較法の視点から－	著作権研究第30号	2004.07.20
前田哲男	著作権法29条と15条	著作権研究第30号	2004.07.20
岡邦俊	職務著作と契約関係	著作権研究第30号	2004.07.20
茶園成樹	日本法の視点から	著作権研究第30号	2004.07.20
—	シンポジウム『職務著作』討論	著作権研究第30号	2004.07.20
田村善之	創作者の保護と知的財産の活用の相剋	日本工業所有権法学会年報第29号	2006.05.20
潮海久雄	職務発明制度における対価請求権の変容および職務著作制度との均衡	日本工業所有権法学会年報第29号	2006.05.20

## 判例評釈（職務著作関連）

著者	評釈名	掲載誌	発行日
大山盛義	職務著作の成立要件と「雇用関係」の存否：エーシーシープロダクション製作スタジオ（アール・ジー・ビー・アドベンチャー）事件	法律時報76巻7号130頁	(2004)
上野達弘	職務著作における「法人等の業務に従事する者」	民商法雑誌130巻1号132頁	(2004)
村井麻衣子	職務著作における雇用契約の存否判断：RGBアドベンチャー事件	北海道大学／知的財産法政策学研究4号189頁	(2004.10)
永野秀雄	(平成15年度重要判例解説) 著作権法15条1項の「法人等の業務に従事する者」：エーシーシープロダクション制作スタジオ事件	ジュリスト臨時増刊1269号213頁	(2004)
潮海久雄	(平成15年度重要判例解説) 職務著作規定における法人等の業務に従事する者：RGBアドベンチャー事件	ジュリスト臨時増刊1269号262頁	(2004)
青木孝之	[平成15年度主要民事判例解説] 著作物法15条にいう「法人等の業務に従事する者」の該当性判断に関する一事例	判例タイムズ臨増1154号184頁	(2004)
津幡笑	職務著作における「法人等の業務に従事する者」：グリーン・グリーン事件	北海道大学／知的財産法政策学研究8号189頁	(2005.08)
中平健	(平成18年度主要民事判例解説) 映画の著作者・職務著作・映画製作者への該当性、著作権譲渡の成否、映画の著作物の複製・翻案・同一性保持権侵害の成否、著作権法114条2項・同法114条の5の適用等について判断した事例	判例タイムズ1245号177頁	(2007)
藤野忠	従業員が作成した著作物の利用関係が争われる事例における「公表名義」要件の意義－講習資料職務著作事件－	北海道大学／知的財産法政策学研究14号355頁	(2007)
渡邊修	映像コンテンツの利用権の帰趨：キャロルDVD事件	知財管理58巻1号75頁	(2008.01)
伊藤隆史	著作権譲渡と優越的地位の濫用：ソニー・コンピュータエンタテインメント（損害賠償）事件	ジュリスト1380号124頁	(2009)



森義之	職務著作	牧野利秋＝飯村敏明編『新裁判実務大系 22 著作権関係訴訟』（青林書院）237 頁	2004
-----	------	---	------

## 判例評釈（共同著作関連）

著者	評釈名	掲載誌	発行日
斉藤博	商業広告とその著作者	ジュリスト臨時増刊 862 号 239 頁	1986
斉藤博	著作者の信義則上の付随義務——「商業広告」事件——	別冊ジュリスト 91 号 104 頁	1987
斉藤博	著作者の信義則上の付随義務——商業広告事件	別冊ジュリスト 128 号 124 頁	1994
斉藤博	著作者の信義則上の付随義務——商業広告事件——	別冊ジュリスト 157 号 100 頁	2001
渋谷達紀	英語教科書の補助教材用録音テープの無断製作販売	ジュリスト 1052 号	1994
角田政芳	著作編集に関与した出版社の共同著作——教科書朗読テープ事件	別冊ジュリスト 128 号 120 頁	1994
半田正夫	（1）教科書出版会社の従業員が著作編集に関与した英語教科書について教科書出版会社の共同著作が認められた事例，（2）著作権法 80 条 3 項にいう「出版権の目的である著作物の複製」の意義，（3）教科書の内容を補助教材として自由に利用することができるとする実定法上の根拠はないとした事例	判例時報 1436 号	1993
三村量一	共同著作物	牧野利秋＝飯村敏明編『新裁判実務大系 22 著作権関係訴訟』（青林書院）266 頁	2004

## 資料編

## 職務著作規定の趣旨

下表は、概説書等の職務著作規定の趣旨に言及する箇所を抜き出し、並び替えたものである。自己の整理のために作成したものであるが、参考までに掲載する。

なお、下線は筆者が付与したものであり、発行所および発行年は省略した。

## 1. 必要性の視点からの趣旨

論者	職務著作規定の趣旨
半田正夫	「今日における著作物創作の実際においては、法人の団体内部における創作の場合など、複数人の共同作業により創作される事例が多く、これらの場合における複数人の関与の度合と態様もさまざまであって、具体的に創作者を自然人の中に求めることが実状に反することから、法人などの団体に原始的に著作者の権利を附与することを意図したものである。」（『著作権法概説〔第 14 版〕』63 頁）
半田正夫	「本条は、著作行為をなすのはあくまでも自然人であるとの前提に立ちながら、一定の要件を具備した著作物について <u>だけ著作権取引の便宜上</u> 、法人を著作者と擬制したにすぎないと解すべきものと思われる。」（『著作権法概説〔第 14 版〕』64 頁）
小畑明彦	「本条の趣旨は、「著作者は自然人であるとの前提に立った上で、法人等の業務に従事する者の職務上作成する著作物について、法人等がそれを業務上取扱う際に支障のないよう便宜を図ること、…加えて法人等の従業員が職務上作成する著作物取引の円滑化を図ること等のために、そうした著作物につき発生する著作権及び著作者人格権の帰属主体を単純化する法技術として、法人等を著作者として擬制することにより、法人等に原始的にこれらの権利を帰属させる」（辰巳）ところにあると解される。」（金井重彦＝小倉秀夫『著作権法コンメンタール（上巻）』258 頁）
中山信弘	「特許権は登録主義が採用されており、発明者・権利者は登録から判明するのに対し、著作権の場合は創作主義が採用されており、著作物を利用しようとする第三者にとって権利の発生やその淵源の探索が非常に困難である。その限りにおいては、外部から見て誰が創作者であるのかが判り易い制度が好ましいといえる。」「いずれにせよ 15 条は、著作物の利用・流通に力点を置いた規定であるといえよう。」（『著作権法』172～173 頁）

田村善之	「第一に、法人等のなかにおける著作活動にインセンティブを与えるためには、資金を投下する法人等を保護する必要があること、第二に、法人内における著作の実態は外部の者には判然とせず(中山)、また多数の者が関与するために内部の者にとっても著作活動を行った者の特定が困難となることもあるところ、著作者が不明確なままだと許諾を求める先が不明確となり、またかりに確定できたとしても多数の者が共同著作者となって権利を行使する可能性があるために(作花=紋谷他)、著作物の円滑な利用に支障が生じかねないことに鑑みて、個別の創作者の権利行使を制限し、権利の所在を法人等に一元化することを図った規定であると理解するほかあるまい。」(『著作権法概説 第2版』376～377頁)
田村善之	「著作権に関しては、前述したように、著作物の創作活動を可能とする経済的な環境を整えている使用者に、著作権という見返りを与えることが著作物の創作活動を促すインセンティブとなると説明しうる。」(『著作権法概説 第2版』378頁)
田村善之	「現行法が著作権の原始的帰属の問題に止めず、法人等を著作者とする大胆な決断を採った背景には、従業員を著作者としたままでは著作者人格権が行使されるおそれがあり、これを防ぐ必要があるという判断が存するものと解される。」(『著作権法概説 第2版』377頁)
中山信弘	「特許法における人格権と比べると格段に強力な著作者人格権を従業者に残しておくこと、人格権を行使された場合に、事実上財産権が無意味になる場合もありうる。そこで譲渡することができない権利である著作者人格権も使用者に原始的に帰属させるためには、使用者を創作者とする必要があった(茶園)。つまり15条は、契約で処理することが困難な著作者人格権を使用者に帰属させる、少なくとも従業者には行使させない、という点に意味があるのである(田村、上野)。」(『著作権法』173頁)
中山信弘	「法人等の内部では、日常的に無数の著作物が創作されており、それらにつき人格権と著作権の帰属が異なると企業活動に大きな支障を来すおそれがある。その意味からは、著作権と著作者人格権とを一体として使用者に一元的に帰属せしめる実質的理由もある。しかしながら…」(『著作権法』174頁)

2. 合理性・許容性の視点からの趣旨

論者	職務著作規定の趣旨
作花文雄	「法人等において創作された著作物を利用しようとする場合において、創作従事者が原則的に著作者となる制度をとる場合、契約による処理が極めて煩瑣となるおそれが生じる。この場合、財産権だけであれば、創作従事者の権利を契約により使用者である法人等に移転していれば、利用者としても権利処理が煩瑣にならないで済ませられるものの、著作者人格権については一身専属である以上、例えば当該創作従事者から著作権の移転を受けた当該法人等が自ら利用または第三者に利用許諾を行う場合において、その著作者人格権を行使しない旨の契約を締結していたとしても、いかなる範囲の利用の同意が有効に成立しているかについて必ずしも客観的に明らかでなく、なお円滑な利用が困難となるおそれがある。したがって、法人等において創作される著作物の著作者を原則的には当該法人等とする(例外的に当事者間の契約で著作者を創作従事者とする)ことが、著作物の円滑な利用という観点からも、その合理性を見出し得る。」(半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタール1』668～669頁)
作花文雄	「法人等の内部で職務上作成された著作物について、社会的に評価や信頼を得て、また、その内容について責任を有するのはその業務従事者というよりは、法人等であると一般に考えられ、また、著作物の円滑な利用という観点からも、法人等が著作者となることに合理性が認められる。」(『著作権法 制度と政策 第3版』73頁)
加戸守行	「本来、著作物というのは人間の知的活動として生み出されるものでありますから、著作者は自然人というのが建前ですけれども、現実には会社が著作物を作成し出版するという形で、社会的にもその著作物に関する責任を会社が負い、会社として対外的信頼を得ているという場合が多いわけですので、そういう性格のものについては、その会社を著作者とするという規定が本条であります。」(『著作権法逐条講義 五訂新版』144頁)
作花文雄	「当該使用者の主導性の下に、当該使用者の金銭その他の投資、当該使用者の負うべきリスク等により当該著作物が作成されることに鑑み、個々の創作従事者ではなく、その使用者に財産権(著作権)を帰属させることに合理性が見出される。」(半田=松田編『著作権法コンメンタール1』667～668頁)
作花文雄	「財産権の帰属という側面からは、組織内で職務上作成される著作物に要する人件費や物件費などは、当該組織が負うところから、当該組織に権利を帰属させることに合理性を見出し得るという考え方も背景としてはあると思われる。」(『著作権法 制度と政策 第3版』73頁)
田村善之	「現行法は、職務上の作成者は労務に対する報酬の形で経済的な埋め合わせを受けていると考えられること(辰巳)、くわえて、職務上、法人等の指揮監督下で創作されるものは他の一般の著作物に比すれば愛着等の点で人格的利益の付着の度合いが相対的に低いと認められる場合も少なくないと推察され、しかも、その著作物が個々の創作者名義ではなく法人等の名義で公表されるものは、当事者間の契約や就業規則、職務命令等により、従業者個人が人格的利益を主張しないことを予定されていると理解されることから、その著作者人格権までも奪う帰結を採用してもあながち酷ともいえない、と判断したのであろう。」(『著作権法概説 第2版』377頁)

小畑明彦	「業務従事者としては、通常、報酬の形で対価を受領していること、法人等の名義で公表される著作物は、業務従事者個人が人格的利益を主張しないことを予定されていると言えることからすれば、著作権および著作者人格権を取り上げられてもあながち酷であるとはいえない（田村）」（金井＝小倉『著作権法コンメンタール（上巻）』258頁）
中山信弘	「著作物の中には、法人等のパンフレットやメモ類等のように個性の流出度が極めて低いものも多数存在する。発明の場合と比較すると、これらについては量も多いし、また法人等の使用者の名義で公表される著作物に関しては、従業者としても著作権を原始的に使用者に帰属させるという意思の存在することが多く、またその社会的評価を受ける主体は名義人である使用者であるという実態があるということもいわれている（茶園）。いずれにせよ15条は、著作物の利用・流通に力点を置いた規定であるといえよう。」（『著作権法』173頁）
作花文雄	「人格権と呼ばれる権利の保護法益には、個人の内心の自由にかかるものから社会的な名声・評価にかかるものなどさまざまなものがあり得る。著作者人格権の保護法益は、著作者が自然人の場合、個人の内心面から社会的な名声・評価までのものが想定される場所であるが、当該著作者が法人等である場合であっても、その著作物に関する法人等の社会的な名声・評価に係る法益が存在することは、必ずしも否定されるものではない。例えば、法人等が発行する新聞、雑誌等についてみれば、その著作物に存する編集方針や個別具体的な表現は、当該法人等の販売している商品ということにとどまらず、当該法人の主義、主張や理念に基づき表明されているもの、つまり当該法人等の思想の表現と捉え得るものであり（単に個々の執筆者の思想の表現というものととどまらない）、そこに法人等としての著作者人格権による保護法益を認めることに合理性が認められる。」（半田＝松田編『著作権法コンメンタール1』668頁）
中山信弘	「著作権審議会答申説明書では、今日の著作物の創作の実態からすれば、法人等の活動として著作行為がなされるものと解することを適当とする事例も多いと認められるが、職務上著作される著作物の創作態様は様々であるため、一定の要件の下に創作された著作物に限定して法人等を著作者とする他は、特に法で規定せずに契約に委ねることにした、と述べられている。コンピュータ・プログラム等の技術的著作物が増加し、かつ創作活動も変化している今日の実態からすれば、法人等に権利を帰属させることが妥当な場合もあるであろう。しかしながら…」（『著作権法』172頁）

## 注

- (1) 岡本薫『インターネット時代の著作権 第5版』（全日本社会教育連合会、2003年）では、著作権の本質的な部分を、「人権としての著作権」「インセンティブとしての著作権」「ルールとしての著作権」という三つの観点から解説している。
- (2) 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（勁草書房、2009年）55頁
- (3) 半田＝松田・前掲注2 55～56頁
- (4) 半田正夫『著作権法概説〔第14版〕』（法学書院、2009年）63頁では、15条を法人等の著作行為を容認したものと解することには疑問があるとして、「まず第1に、法人の著作行為を容認するならば、法人の機関ないし手足として実際の著作行為を担当した者の創作になるあらゆる著作物について、その著作者を法人としなければならないはずであるが、法文上は「法人等が自己の著作の名義の下に公表するもの」に限り法人を著作者とし、それ以外の著作物は、たとえそれが法人の機関ないし手足として創作活動に従事した者の作成したものであっても、法人を著作者としていないこと、第2に、法人の著作行為を認め、法人が著作者となりうるのが当然だという前提に立つならば、理論的にみてその法人のもとで職務に従事する者が著作者となりうる余地はないは

ずであるが、法文上は著作物作成の際の契約、勤務規則その他による例外を許容していること、第3に、映画著作物の著作者に関して、16条が映画の全体的形成に創作的に寄与した者を著作者として映画製作会社それ自体を著作者から除外し、著作者を自然人に限定しているのと対比させるとき、首尾一貫しないことが指摘されよう。したがって本条は、著作行為をなしうるのはあくまでも自然人であるとの前提に立ちながら、一定の要件を具備した著作物についてだけ著作権取引の便宜上、法人を著作者と擬制したにすぎないと解すべきものと思われる」と述べる。

- (5) 松田政行「著作者人格権の新論点」第二東京弁護士会知的財産権法研究会『著作権法の新論点』（商事法務、2008年）226頁を参考に筆者作成。
- (6) 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）170頁
- (7) 半田＝松田・前掲注2 662頁
- (8) 中山・前掲注6 170頁
- (9) 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2』（勁草書房、2009年）698頁
- (10) 半田先生は、「実名の登録は、著作物またはその複製物に実名を表示することに消極的な著作者の人格的利益を尊重しながらも、無名・変名とすることによって生ずる保護期間の点の不利益を回避させる目的を有する



- ものである」と述べる。
- (11)三山先生は、半田＝松田・前掲注2 663～664頁で、『著作者名の表示が競合したときの取扱い』として、①異なる著作者が時を異にして表示されたときの取扱いと②推定規定が抵触した場合の取扱いに分けて、先行表示者が優先すると解すべき理由を詳細に検討している。
- (12)吉藤幸朔、熊谷健一補訂『特許法概説〔第13版〕』（有斐閣、1998年）186頁では、特許を受ける権利の性質については、「特許を受けることを請求する権利であるとする説（公権説）、発明の支配を目的とする私権であるとする説（私権説）及び両者の結合であるとする説（結合説）等」の種々の学説があり、「いずれの説も、譲渡性がある財産権であるとする点では一致している」。そして、「特許を受ける権利は、発明者の創作によって発生するものであるから、人格権ことに名誉権を伴うことについては疑う余地はないが、同時にこの名誉権は、特許を受ける権利の一部を形成するものでないことも明らかである。特許法が特許を受ける権利を移転することができるものとしている（33条1項）ことは、人格権的な要素を含まない、純粋な財産権としているからにほかならないからである」。と述べる。
- (13)商標法は、使用により商標に化体された業務上の信用の保護をその趣旨とする以上、本来は、信用が化体した商標を保護するものである。それは、未登録周知商標と同一・類似範囲にある商標等の登録を排除し（商標法4条1項10号、15号、19号）、さらに未登録周知商標について、一定条件下で継続的な使用を確保している（商標法32条、33条、60条）ことからわかる。
- (14)半田＝松田・前掲注2 670～671頁
- (15)間接適用説とは、直接的な私法的効力をもつ人権規定を除き、その他の人権については、私法の一般条項（民法90条等）に、憲法の趣旨をとり込んで解釈・適用することによって、間接的に私人間の行為を規律すべきとする考え方（最判昭和48.12.12三菱樹脂事件参照）。
- (16)小泉直樹「シンポジウム 職務著作 総論」著作権研究30号70頁（2004年）
- (17)私は、立法論としては、①職務著作規定の立法当初は予定していなかったが近年多々見られる『特定人との関係での職務著作』と、②『不特定多数人との関係での職務著作』は分けて規定すべきであると考え。
- (18)半田＝松田・前掲注2 674頁
- (19)概説書等の記載内容は、巻末の資料編を参照。
- (20)私は、立法論としては、職務著作に限らず、①商業目的のために「記号」（≡パターン化した表現）を組み合わせたとような著作物（近年の漫画、アニメ、ゲーム等のコンテンツに多くみられる）と、②人格の投影といえるような著作物は別異に取扱うべきであると考え。そして、①については、権利の集中（著作権、著作者人格権、著作物の所有権を同一人への帰属）を認め、取引の便宜・円滑な利用をより重視する必要がある。一方、②については、著作物の利用より著作者の保護を重視する必要がある。
- (21)三山裕三「創作者の判定」東京理科大学専門職大学院MIP著作権実践特論講義資料（2009年）参照
- (22)半田＝松田・前掲注2 675頁
- (23)半田＝松田・前掲注2 675頁
- (24)金井重彦＝小倉秀夫編『著作権法コンメンタル（上巻）』（東京布井出版、2000年）259頁参照
- (25)半田＝松田・前掲注2 675～676頁
- (26)半田＝松田・前掲注2 676頁
- (27)半田＝松田・前掲注2 676～677頁
- (28)渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』（有斐閣、2004年）55頁
- (29)吉藤・前掲注12 230頁
- (30)角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法〔第4版〕』（有斐閣、2008年）288頁
- (31)潮海久雄「職務著作規定における法人等の業務に従事する者」ジュリスト臨時増刊1269号262～263頁（2004年）
- (32)潮海・前掲注31
- (33)潮海・前掲注31
- (34)潮海・前掲注31
- (35)永野秀雄「著作権法15条1項の「法人等の業務に従事する者」」ジュリスト臨時増刊1269号213～214頁（2004年）
- (36)上野達弘「展開講座 知的財産法の重要論点 第11回」法学教室330号150～151頁（2008年）
- (37)上野・前掲注36
- (38)上野・前掲注36
- (39)渋谷・前掲注28 51頁
- (40)半田＝松田・前掲注2 681頁
- (41)半田＝松田・前掲注2 681～682頁
- (42)金井＝小倉・前掲注24 262頁参照
- (43)牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 著作権関係訴訟法』（青林書院、2004年）242頁
- (44)金井＝小倉・前掲注24 263頁参照

- (45) 金井 = 小倉・前掲注 24 264 頁
- (46) 14 条の表示の「通常の方法」とは、「書籍であれば表紙，奥付，レコードであればラベル，ジャケット，放送であればアナウンス，テロップ，映画であればタイトル，演奏会であればプログラムなど一般に社会慣行として行われている表示場所であり，かつ，一般人に著作者として認識させ得る表示名である場合」をいう。
- (47) 半田 = 松田・前掲注 2 682 頁
- (48) 半田 = 松田・前掲注 2 683 頁
- (49) 中山信弘『工業所有権法（上）特許法〔第 2 版〕（弘文堂，1998 年）159 頁
- (50) 中山・前掲注 49 161 頁
- (51) 特許を受ける権利を有する者は，その特許を受ける権利に基づいて取得すべき特許権について，当初明細書等に記載の範囲内において，仮専用実施権を設定（仮通常実施権を許諾）することができ，特許権の設定登録があったときは，設定行為で定めた範囲内において，専用実施権を設定（通常実施権が許諾）されたものとみなす，とされた（特許法 34 条の 2，34 条の 3）。
- (52) 吉藤・前掲 12 186 頁参照
- (53) 中山・前掲注 49 87 頁
- (54) 吉藤・前掲注 12 189 頁では，共同研究契約で取決めすべき事項として，「①共同研究における発明者の決定の方法（手続，機関等），②特許を受ける権利又は特許権の帰属（共同研究の成果を必ずしも共有とすべき必要はない），③出願手続，審判手続等の遂行者と費用負担者，④特許発明の実施や実施権の許与，⑤特許発明の実施によって得た利益の分配」等を挙げる。
- (55) 半田 = 松田・前掲注 9 631 頁
- (56) 半田 = 松田・前掲注 9 631 頁
- (57) それゆえ，知的財産権法による「権利の行使と認められる行為」は独占禁止法の適用が除外されるが（独禁法 21 条），独禁法 21 条にいう「権利の行使」は，差止請求等を指すのか，実施・利用を指すのかが問題となる（結論としては，独禁法 21 条は両方含むと解される）。なお，消極的効力は，他人の実施を否定（＝消極）する効力という意味であり，排他的効力ともいう。積極的効力は，自己の実施を肯定（＝積極）する効力という意味であり，独占的効力ともいう。
- (58) 半田 = 松田・前掲注 9 631 頁
- (59) モノの出し手の保護としては，例えば税金の優遇など，経済的側面からの保護も考えられるが，権利的側面からの保護がとても重要だというのが本稿の立場である。
- (60) 著作権譲渡契約書および著作物利用許諾契約書については，石田正泰『知的財産契約実務ガイドブック』（発明協会，2008 年）206～224 頁に詳しい。
- (61) 半田 = 松田・前掲注 2 670 頁

（原稿受領 2010. 2. 17）

