

職務発明制度の立法論と問題点

弁理士 帖 佐 隆

質 問

大橋 良輔（弁理士）

帖佐さんは、職務発明制度に関する特許法35条改悪論、とくに「3項4項廃止論」と「35条廃止論」について批判されていますが、2002年5月10日の日本経済新聞朝刊に掲載された東京大学先端科学技術研究センター教授の玉井克哉氏の「知的財産、法制度見直しを」と題する提言の中にも、特許法35条の改正について言及されています。

以下に、その部分を引用します。

「最近話題になることが多い企業内発明者の権利についても同様のことがいえる。日本の特許法では、従業者の発明について企業などが権利を取得すると、「相当の対価」を従業者に支払うことになっている。だが、具体的な金額も算定方法も明らかでないため、経営上の不安定を招くとして改善を求める声が強い。

米国はそれを雇用者と従業者の間の個別的な契約で決めているが、日本に導入することには、法学者の間で批判が強い。ドイツでは日本と同様の制度で

非常に細かい基準が設定されているので、むしろそちらを見習うべきだというのである。

しかし、当のドイツではその先を行く法案を連邦政府が起草している。「相当な対価」といったあいまいな決め方をやめ、一定額を労働者に対価として保障したうえで、それを超える部分は雇用者との個別契約に委ねる、というのがその基本方針である。法改正の行方は九月に予定された総選挙の結果待ちだが、最低保障の定額化と個別契約という方式は野党にも異存がなく、法制度の大転換は現実視されている。

半世紀近い実験を経て失敗とされたドイツの現行法制度を、いまさら日本がまねる必要はあるまい。最低保障額は法定するとしても、基本的には個別の契約で発明の対価を決めるべきであろう。」

帖佐さんは、玉井氏のいう「最低保障額は法定するとしても、基本的には個別の契約で発明の対価を決める」方式についてどう思われますか？

私は、玉井氏の考え方に賛成です。

大橋様、拙稿に対するご質問、ありがとうございます。謹んでご回答させていただきます。

1. ご指摘の「最低保障額は法定するとしても、基本的には個別の契約で発明の対価を決める」方式であります。やはりこの案に関しても、現状、私は反対であるとの結論に達しました。

2. 理由は、次のとおりです。

(1) 前回発表論文で述べたこととも一部重複するのですが、日本社会には、使用者達の間で、「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」という風土がないからです。

契約に委ねるといって、「優秀な技術者には、より高額の報酬が得られるようになる」との錯覚が起きやす

いのですが、現状では、私はこの考え方に懐疑的なのです。

対価を契約自由の原則にすべてを委ねるならば、優秀な技術者であろうと、優秀でない技術者であろうと、現状の日本社会においては、すべて報酬は低額に抑えられることになる。私はそう考えています。

例えば、市場における物の値段は、需要と供給のバランスで決まります。これと同様に、労使間で、契約自由の原則がうまく機能するためには、「高い金を払ってでも、よい技術者をとる」という風土が必要です。

例えば、ある技術者（従業者）の価値が真に100万円だったとします。一方で、使用者側がその技術者の価値は30万円であると主張したとしましょう。交渉が

決裂します。そのときに、「100万円出すからその技術者を欲しい」とする他の使用者の存在がなければ、この契約自由至上論は成り立ちません。

現在の日本社会では、100万円の価値があっても、使用者側が30万円しか提示しないとすると、従業者たる技術者はおそらく30万円で妥結しなければならいでしょう。いや30万円すら支払われない事例も多いのではないかと私は推測しています。それは、次の受け皿がないからです。受け皿がないのは、「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」という風土がないことに起因します。よその会社に転職しようとしても、多くの場合、契約条件は今より悪くなりがちであるし、また優秀な技術者を好条件でヘッドハントする事例も少ない。このことは前回発表論文にも少々書きました。

この結果、「契約に委ねる」という文言は、現在の日本社会においては、事実上、「使用者側の言い値」という文言とイコールになると考えます。このことをしっかりと考えておく必要があります。

もしも、このような「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」という風土がすでに日本にあるのなら、あちこちでヘッドハントがあり、高年俸を得る人も多く出ているはずですが、しかしながら、今の日本はそうはなっていない。技術者との契約条件も日本国内ほぼ横並びです。技術者に支払う金銭はとにかく抑える方向で日本全体が動いています。

前回発表論文にも書きましたが、中村修二氏は、日本企業からは一切ヘッドハントの話はなかったというし⁽¹⁾、日本社会全体の雰囲気として、他社で金銭関係が折り合わずに退職した技術者を、使用者側はまず敬遠する方向にあるのではないのでしょうか。その辺、外国とは異なる事情が日本には存在する、と私は思います。

このように考えていくとやはり日本国内において、特許の対価を契約自由の原則オンリーに委ねるというやり方は、技術者たる従業者だけが損をする（優秀な人も含めて）方向に進むと考えます。よって前にも述べたとおり、このことは、発明へのインセンティブを失わせ、発明保護による産業の発達という特許法の法目的（1条）に反する事態となると私は思うのです。

お尋ねのドイツ改正案方式ですが、「最低補償+アメリカ方式」という形をとったものだと考えます。この

最低補償がどのような額になるのかという問題もあります。しかしながら発明も玉石混交なので、対価の最低補償を高額にするわけにはいかないでしょう。そうすると最低補償額は現状日本における出願時（承継時）報償と登録時報償との加算額程度に落ち着かざるを得なくなると私は推測します。そうするとその額は1万円から2万円でしょう。そうすると高額の稼ぎを生み出した基本特許なのに対価は1~2万円にすぎないといった現在の中村修二氏の問題がそのまま残るような形となります。そしてそのような問題を裁判所に解決してもらう道を従業者から剥奪することにもなります。ただ、この第一の使用者から得られるものは1~2万円であっても、これを契機に年俸数億円を払ってくれる第二の使用者のほうへ転職できるのならば、それはそれで発明意欲は維持されるでしょう。だけど、そうならないのが現在の日本社会なのです。前回発表論文で述べたように、中村氏をヘッドハントして高額で雇う日本企業はなかったというし⁽²⁾、技術者の求人広告はほとんどが35歳以下です。こういったことが、日本の技術者の転職事情が良好でないことを示していると思うのです。

中村氏の例を出すと、特殊な例だと反論されそうですが、対価数百万円クラスの発明をなした技術者は多数存在するでしょう。でもアメリカ方式やドイツ改正案方式は、そのような人々も同様に幸せにはしないと思います。つまり、これらの案を日本社会に適用した場合、成果の分だけ報酬が得られる社会にはならず、成果を上げて技術者の報酬は上がらない社会が構築されていくと私は考えるのです。ある程度技術者も競争にもまねなければならないとする論も理解できます。ただ上記の案は、現在の日本社会では決してうまく機能しない。私が反対する理由はそこなのであります。(2) 但し、私は、契約自由至上論にもまったく可能性がないというわけではないと思っています。

上で申し上げたことから言えば、逆に、「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」という風土や、真に優秀な技術者が、交渉が決裂した場合に次の使用者の下へ移れる風土がしっかりと日本国内に形成されれば、上記アメリカ方式やドイツ改正案方式を採りうる余地はなくもない、と考えています。しかし、日本社会のしくみはこのままにして35条だけ改正するというやり方をする以上、私は現状の

35条廃止論に与するわけにはいかないと思っています。

35条全体の廃止論は、「35条があるがために、優秀な人材は日本企業に集まらない」といった論調であります。換言すれば、35条廃止論者は、「35条があるがために、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に対する弊害となっている」、換言すれば、「あたかも日本には『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』が存在し、この風土に基づく契約締結を阻害しているのが35条である」と主張していて、技術者をめぐる状況が活性化しないとする根拠を35条に求めていると私は解釈していますが、これは違うと思います。仮に現状「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」という風土が日本にあるとするならば、35条の範囲内においてもある程度、契約内容に自由度はあるわけですから、上記の論が正しいとするならば、その自由度の中で、優秀な契約条件を競い合うという現象は起きているはずで、また、中村修二氏獲得に多くの日本企業は名乗りをあげたはずであるし、もっといろんなところでいろんな動きが起きているはずであります。ところがそうはなっていない。そして契約条件はすべて横並びです。このことは「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」のは35条に原因があるわけではないことを意味していると私は思います。

現在の日本の技術者をめぐる状況が問題であるとするならば、それは、むしろ特許法35条以外の労働法制や日本固有の風土にあると思います。法改正問題の上流はその辺にあり、35条全体の改正問題はむしろ下流であり、最後に出てくる問題であると思うのであります。

よって、もう一度「終身雇用か競争主義か」「セーフティネットの問題はいかにあるべきか」から国民的論議を起し、今後の日本が契約自由至上論で行くのかどうか、といったことに対し、使用者側と従業者（技術者）側双方を含めた国民的コンセンサスが形成されることがまず必要なのです。もし国民が契約自由至上論に賛同したならば、次には、労働諸法制の見直しが必要で、ある企業での契約条件に納得ができなければ、他の企業への転職がしやすい法制、転職の自由をより広く認める法制、そういったものが必要でありま

す。例えば、転職における求人年齢差別を禁止する法制とか、競業他社であっても技術者がより安全に転職できる法制とかそのようなものを構築する必要があります。そのような法制を構築して、「処遇に不満があるときは他の使用者のもとへ行ける」とする風土を確立しないと、技術者の市場価格は適正に決まらない。すなわち、「契約自由イコール使用者の言い値。技術者の報酬が安くても泣き寝入り。」という状態は改善されません。

つまり労働法制全体を根本から見直した上で、最後に35条の見直し、という方法論でなければダメなのです。この方法論が遂行されていないばかりか、35条ばかり槍玉に挙げられるので、私は対価請求権存置論に回らざるを得ないのです。よって、現在の日本の基本的な労働法制が続く限り、やはり、私は契約自由至上論的35条改正論には反対ということになります。

(3) 35条改正論議の手続的瑕疵

このように、35条改正問題には技術者の雇用に関する国民的コンセンサス、及び、労働諸法制の問題が絡んでくるのですから、35条改正に関する政府側の現在の対応は適切なものではないと考えます。

経済産業省主催の研究会⁽³⁾の議事は非公開であり、委員の誰が何を発言したかわからないようになっていきます。いくら議事要旨を公開したからといって、これでは国民的コンセンサスは得られないと思います。どうも国民的コンセンサスよりも、一部の関係者のみで秘密裏に法改正を遂行してしまえという意図が感じられます。

また、委員の構成比であります。使用者側の立場で発言するであろう人が多数入っているのに対し、従業者側の立場で発言する人が一人も入っていないのであります⁽⁴⁾。職務発明制度は労使間の調整規定という性格もあり、当事者は使用者側と従業者側の双方です。にもかかわらず、何故、使用者側からは多数の「委員」を出しておきながら従業者側は「アンケート」のみなのでしょうか。これでは、民事裁判において原告の話のみを聞いて判決を出すようなものです。また、いわゆる大学関係者や法曹界も知的財産関係の方ばかりで労働法を専門とする人は入っていない（職務発明制度の議論のためには、こういった方々の意見も必要のはずです）のです。また、何よりも、このような審議会を行うのならば、経済産業省のみではなく、厚生

労働省と共催でやるべきでしょう。なぜならば、上記の通り、労働諸法制の問題がリンクするからです。よって、ここに縦割り行政の弊害という問題も少なからず存在している気がします。

また政府主催の知的財産戦略会議にも一部上記と同様の問題が含まれています⁽⁵⁾。

このような状況で「報告書」や「答申」が出されても、こと職務発明制度に関しては、その「報告書」や「答申」の内容は偏り、かつ、現状を的確に把握していないものにならざるを得ないのではないのでしょうか。よって、それらの「報告書」や「答申」等が出されても、それらを尊重すべきである、という風には考えるべきではないと思います。

(4) もうひとつ申し上げますと、引用された提言の中の「半世紀近い実験を経て失敗とされたドイツの現行法制度」とありますが、何を以て「失敗」と言えるのかが私にはいまひとつわかりません。中立の立場であるはずの学者、法曹界の人々の多くがオリンパス高裁判決には賛成の意を表明し、法改正に反対していることを考えれば、現行35条は必ずしも失敗とも言い切れないと思うのです。されど、力関係的に強い立場である人々が反対であれば、法改正へと進もうとする力が働いてしまいます。こう考えると、どうも「失敗」というのは、法改正論者のプロパガンダではないかと疑ってしまいます。少し言いすぎでしょうか。時間がなかったのでこの辺り深く論じられなくて申し訳ありません。継続して調べていきたいと考えております。

(5) 最後にひとつ気がかりなことを申し上げておきますと、営業秘密の漏洩に刑事罰を導入する法制の検討が進行しています⁽⁶⁾。もとより私は、営業秘密の保護については重要な問題であり、営業秘密の漏洩はもつてのほかであると考えております。しかしながら、刑事罰を導入することは慎重であるべきだと考えております。

なぜならば、現在の日本社会において転職の自由を阻止する理論的根拠として、「営業秘密の保護」が主張されることが多いからであります。「トレードシークレット漏洩を防止するために競業他社へ行くな！」との主張がまかり通る風潮が日本にはあります。

もちろん、転職後に転職前の企業秘密をペラペラしゃべるなどはもつてのほかです。しかしながら、大して漏洩のおそれや事実がなくとも、漏洩のおそれあ

りとして、転職を阻止しようとする事例は結構あるのです。中村修二氏の対価等請求訴訟にも米国での営業秘密問題を理由とした前使用者との紛争が絡んでいるようです⁽⁷⁾、また、営業秘密の保護をあまりにも強く言われるようになると、事実上、技術者は競業他社への転職ができなくなります。中村修二氏の問題は、この辺のことも影響していると思います。

よって営業秘密の保護に関して厳しく罰則を適用するということになると、告訴をちらつかせて転職を阻止する、ということが起きそうで非常に気がかりです。また、転職後に転職前の使用者から告訴され、転職後の企業活動に影響するおそれや、このような紛争に巻き込まれたくないとの心理から、技術者が転職を躊躇する方向へ進むおそれがあることも心配です。

このようなことから、私は刑事罰の導入には慎重であるべきだと考えます。

なぜこのようなことをここで述べさせていただいたかということ、職務発明制度における「契約に委ねる論」や「契約自由至上論」は、先に述べたように競業他社を含めた自由な転職活動を保障することによってはじめて成立すると考えるからです。一方で、この「営業秘密の漏洩に対する刑事罰の導入」は、自由な転職活動を阻害するおそれ、さらには転職の自由を奪うおそれをもたらします。だとすると、このような刑事罰の導入がなされるならば、35条廃止論（「契約に委ねる論」や「契約自由至上論」）は成り立たない、私はそう考えています。

35条廃止論者（契約自由至上論者）と同一の論者が、転職の自由や転職活動の活発化に反するようなこの「営業秘密漏洩刑事罰導入論」を何の躊躇もなく主張するのは、ある種、矛盾もあり、そのような方々は現状を的確に把握していないのではないかと考えているのですが、いかがでありますでしょうか。

ご質問ありがとうございました。今後もこの種の問題について、十分に考えて参りたいと思います。

注

- (1) 中村修二氏著「怒りのブレイクスルー」198頁等。
- (2) 中村修二氏著「怒りのブレイクスルー」198頁等。
- (3) 経済産業省「産業競争力と知的財産を考える研究会」
- (4) 職務発明制度を議論する前記「産業競争力と知的財産を考える研究会」のワーキンググループ1においては、公表された委員19名の内訳は、企業の知的財産部のトップク

ラスや管理職クラス(元職を含む)が8名,その他企業のトップクラスや管理職クラスが4名,大学関係者が3名,法曹界・弁理士が3名,マスコミが1名となっている。議事が公開されていないので,断定することは難しいが,このメンバーの中に従業者側の立場で発言する人がいるとは考えにくい。

(5) 首相官邸HPの中の当該知的財産戦略会議の該当ページ(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/konkyo.html>)によれば,「会議は,内閣総理大臣,内閣官房長官,経済財政政策担当・情報通信技術(IT)担当大臣,科学技術政策担当大臣,総務大臣,法務大臣,外務大臣,財務大臣,文部科学大臣,厚生労働大臣,農林水産大臣及び経済産業大臣並びに別紙に掲げる有識者により構成し,内閣総理大臣が開催する」としている。

一応構成員には,各大臣が含まれているが,やはり公表された「有識者」11名を見ると,企業の社長2名,大学関係者4名,法曹界・弁理士2名,その他3名(荒井寿光氏,桑原洋氏,富塚勇氏)であり,前記研究会と同様に,このメンバーの中で従業者側の立場で発言する人がいるとは考えにくい。

(6) 朝日新聞 2002年6月30日付記事。
知的財産国家フォーラム「世界一の知財立国を作ろう」。
前記経済産業省「産業競争力と知的財産を考える研究会」報告書 26頁,中間論点整理10頁。
(7) 日経エレクトロニクス 2001年9月24日号「僕が会社を訴えたわけ」内76頁,等。

(原稿受領 2002.7.1)

バックナンバーのご案内

購読月号を明記の上,郵便振替(00170-0-0059868 日本弁理士会),又は切手で代金をお送り下さい。入金を確認次第,「パテント」をお送りします。

宛先:日本弁理士会広報課パテント担当 1冊 735円(税込)+送料92円=827円

年	月号	バックナンバー内容
1999 (H11)	1	特集《創刊の頃のpatent》
	3	諸外国の状況
	4	「改正意匠法とその実務 - 平成10年法律第51号 - 」
	5	第6回知的所有権誌上研究発表会(研究発表の部)
	6	弁理士の業務範囲に対する改正提言,特集《均等論》
	7	特集《インターネット》
	8	特集《ソフトウェア》 第6回知的所有権誌上研究発表会(質疑応答の部)
	9	特集《海外事情》
	10	「最高裁ボアースライン事件以後最初に均等が認められた判例」「特許翻訳文の短文化処理について」
	11	「侵害訴訟における弁理士の役割と補佐人」
	2000 (H12)	1
3		「クローズアップされる知的財産紛争」特集《意匠法・商標法の改正》(3)
4		特集《実務研鑽》
6		特集《意匠法》
7		「組成変化を伴う組成物発明の権利解釈」「国内優先権を主張した分割出願と脱法行為性」
8		特集《新弁理士法》
2001 (H13)	9	第7回知的所有権誌上研究発表会(質疑応答の部)
	1	「ソフトウェア関連特許の装置クレームと記録媒体との関係について」「称呼類似と観念の関係」
	2	特集《周辺法と弁理士の役割》
	3	特集《海外事情》
	6	特集《商標保護の各国事情 - 商標侵害に対する救済を中心として - 》
	7	特集《TLO》(1)
	9	特集《電子商取引》
10	特集《中間処理》	
11	「『商標の使用』とネット上の商標権侵害」「仲裁センターパネル体験記」	
12	特集《著作権》	
2002 (H14)	2	特集《ソフトウェア・ビジネスモデル》特集《知的財産の評価》
	3	特集《特許権の効力》
	4	特集《米国特許法入門》
	5	第9回知的所有権誌上研究発表会(質疑応答の部)
	6	「弁理士の鑑定を得て行なった警告等における過失の有無が争点となった判例の概観」
	7	特集《契約》