

## 再論「職務発明は従業者のもの」か？



元 阪南大学教授 野一色 勲

## 要 約

職務発明は従業者の頭脳労働の成果として使用者に帰属する。それを使用者が管理し秘匿することにより財産価値が維持される。

特許制度の目的は、秘匿された発明の公開の促進にあり、この目的の実現のため発明を秘匿する者に出願させなければならない。優れた発明の多くが秘匿されたとすれば、技術の進歩が停滞する。特許制度には発明を奨励する効果、研究投資を促す効果等の効果があるが、これらは特許制度の本来の目的ではない。

特許法 29 条が発明者は特許を受けることができると定める理由は、発明者が自己の発明を管理し秘匿しているからである。発明の譲受人から出願させるには、特許を受ける権利を契約により移転させる方法、又は、法律の定めにより発明の譲受人に出願資格を認める方法がある。その方法の選択は立法技術に過ぎない。特許を受ける権利は、国に対し特許処分を請求する行政法上の権利であり、発明を管理し支配する効力はない。秘匿された発明に財産価値があり、特許を受ける権利には無い。

職務発明を従業者のものとする考えが広く普及しているが、その考えに実定法上の根拠がない。同様の考えが大正 10 年特許法制定の頃から見られる。当時もその根拠が示されていない。それは大正デモクラシーの影響を受けた思想的主張であり現在もその影響下にある。使用者の管理下に在る職務発明を従業者のものとしたのでは、組織の秩序が乱れ従業者の倫理が崩壊する。

職務発明に対する報奨は使用者の責任で対応すべきであり、特許法の介入は不適切である。

付記：既に同じ題号の論文を「阪南論集社会科学編」2015 年 10 月号で公表した。本論文の表現は既発表論文と全面的に異なるが、私の考えは同じで参照資料もほぼ共通である。読者は「再論」を諒とされたい。

## 目次

1. 職務発明も情報である
2. 不正競争防止法第 2 条 1 項 7 号の「示された場合」の意味を巡り混乱が続く
3. 特許制度の目的は発明の公開の促進にある
4. 特許を受ける権利の本質
5. 特許法第 35 条批判

## 1. 職務発明も情報である

従業者の創意工夫は、組織を活性化し生産性を向上させる。

販売部門は、販売の従業者の創意によって躍動し顧客を獲得し、売上金額の増大となって結実する。研究部門には、創作的な研究により収益性の向上に繋がる新技術や新製品を生み出すことが求められる。企画部門の従業者の職務も創作的である。創作は頭脳労働である。研究も企画も、創作を必要とする頭脳労働である。販売にも頭脳労働が必要である。製造の現場にも

頭脳労働が必要である。第三次産業では頭脳労働のウエイトが高い。頭脳労働には常に創作的要素がある。

頭脳労働の成果は情報である。情報は、製造では製品に、販売なら販売活動に、第三次産業ならサービスの提供に、と言うように労働の成果の中に化体され、或いは活用される。情報は管理されることにより財産価値が維持される。研究や企画の頭脳労働には価値ある情報が成果として求められる。職務発明はこの部類の技術情報である。

情報は、基本的には万人共有のものであるが、秘密管理されることにより私有化された財産として存続する。

雇用契約により肉体労働の成果が使用者に帰属すると同様に、雇用契約による頭脳労働の成果も使用者に帰属する。工場で製造された物品が使用者により管理されると同様に、頭脳労働の成果である情報も使用者の下に組織的に管理される。秘密管理されない情

報は、情報の基本的性質に従い公共のものである。

従業者は職務遂行において使用者の管理に服する。雇用契約の下で、従業者が職務上の情報を個人的に独自に管理する余地はない。

発明は技術思想であり（特許法2条1項の定義）、表白された発明は技術情報である。従業者の職務上の発明は、技術情報として上司に報告され使用者の組織の中で共有され管理される。頭脳労働の成果が使用者に帰属する雇用契約の現実において、職務発明のみを従業者のものとする考えは、日々の業務の現実の事象から遊離している。それは、企業の現実に適合せず、雇用契約の法的効果を否定する。職務発明を従業者が個人的自由の下に管理すれば、それは使用者の管理を排除することであり服務規律に違反する。この実情は産業界の部外者でも容易に知ることができる。

雇用関係とは、使用者が物的資金的リスクを負担し従業者の労働に対して賃金その他の報酬を支払う、それに対して従業者は肉体労働と頭脳労働を提供し使用者の業務の成果を挙げる、という関係である。

職務発明を可能にする要因には、使用者に由来する要因と従業者に由来する要因がある。使用者に由来する要因には、人材の配置、研究分野の設定、発明に必要な設備、装置、資材等の充足及び資金の負担がある。従業者に由来する要因には、能力、知識、努力、勘、好奇心、探究心、等の個人的属性がある。従業者の個人的属性は多様であり、適材適所の分担により組織の力が発揮される。

職務発明は頭脳労働の成果として使用者に帰属し使用者の管理に服するが、職務発明を生み出す要因となった発明者の能力、知識等の個人的属性は従業者個人のものである。従業者が転職すれば、転職先に於いてもそれらの属性の発揮は自由でなければならないが、前使用者の営業秘密は転職後も守られなければならない。さもなくば、営業秘密の財産価値が失われる。

恰も、技能労働者が技能を発揮した成果である製品の所有権は使用者に帰属するが、技能労働者が転職先に於いて自己の技能を発揮することは自由であるのと同じである。製品の技能による付加価値が如何に高くても製品の所有権は使用者に帰属する一方、その製品を作り出した技能は従業者個人のものである。

職務発明を使用者が営業秘密として管理する時、発明者である従業者が転職先の会社でその職務発明を使

用し開示することが許されてはならない。もし、許されるならば、そもそも営業秘密としての管理が不十分であり不完全であったことになる。

秘密として管理されている職務発明について発明者が使用者の許諾なしに特許を出願する行為は、業務上の秘密の全国的公表であるから使用者の管理に対する背信行為である。従業者が職務発明を従業者個人のものとして管理する現象があるとすれば、職場の秩序が乱れ組織の管理ができていない会社の現象である。職務発明を従業者のものとしてしまっただけでは組織がもたない。職務発明を従業者のものとする考えは、やがて職場の秩序を崩壊させ従業者の健全な倫理感を腐らせて行く。

頭脳労働の成果は、反復利用が可能であり他部門にも利用可能であるから、普遍性と永続性がある。経済活動の高度化に伴い頭脳労働の成果の重要性は益々高まる。使用者は従業者の頭脳労働を促すために経営上の対策を講ずる。その場合の基本は人事管理である。何故ならば従業者にとっての最大の関心事は賃金と昇進である。使用者は、従業者への給与や賞与の賃金管理及び従業者の昇進と組織に関する管理を通して適正な報酬を支払う。職務発明も雇用関係の下に存在する。職務発明をした従業者も、他の従業者と同様に、賃金と昇進による適正な処遇を望むものと考えられる。

基本的な処遇である賃金と昇進の外に、特別の施策として、例えば、発明考案報奨制度、従業員提案表彰制度、QCサークルの表彰制度、顕著な功労に対する表彰等がある。

使用者は、基本の人事管理及び補完的な諸施策を常に適切な内容に維持するために改善と工夫を加え経営目的の達成を期す。経営における発明考案報奨制度の位置づけは発明の奨励策である。どのような目的でどのような奨励を行うかは、経営の課題である。基礎研究とその成果の利用を旨とする長期戦略型の経営に於いては職務発明の重要度が高いが、新規技術のライセンスにより短期決戦を旨とする経営にとっては職務発明の重要度は低いであろう。賃金と昇進、及び発明考案報奨制度の内容や運用は、使用者の方針に従って異なる。これらは如何様な内容であろうとも使用者の経営上の目的を実現する為の手段であるから、労働法による制約の外は使用者の裁量に委ねられる。それ故に使用者には全責任がある。

雇用関係の現実の姿は、労働の成果を使用者のものとする従業者と使用者の共通の意識によって支えられている。然し、法曹の一部には職務発明を従業者のものとする考えがある。人の意識は、権威者からの一定の考え方が刷り込まれると徐々に変化し権威者の方に順応同化する。

職務発明を従業者のものとする考えは、明治初期から昭和後期に至る雇用の現場には存在しなかった。一方で、その考え方自体は、既に大正10年特許法制定時に立法部に見られる。

大正10年特許法14条<sup>(1)</sup>の規定は、現在の35条に相当する。大正10年法の同条は、職務発明についての従業者の特許権又は特許を受ける権利を承継した使用者は従業者に補償金を支払うべきことを定めた。同条の補償金の対象は、特許を受ける権利であり職務発明でないことは条文の文言上明らかである。ところが立法部では、特許を受ける権利に対する補償金は、職務発明に対する補償金と解され、それが先入観として普及したと考えられる。大正10年法の制定の当時に衆議院議員であり同法案の審議の特別委員であった清瀬一郎は、その著述において「被用者ノ発明ハ被用者ニ属シ、使用者ニ属セズ」と記す<sup>(2)</sup>。然し、その論拠は示されない。論拠を示すことは不可能であり示せなかったのである。仮に、職務発明が従業者に帰属するものであるとしても、それならば、職務発明を従業者から使用者に承継せしめる条項が必要である。その条項は設けられていない。この問題点は現在の35条にも当てはまる。35条においても、特許を受ける権利の語が職務発明と同義に解されている。

従業者の労働の成果が使用者に帰属する雇用契約の法的効果は、当時も現在も変わらない。清瀬の「被用者ノ発明ハ被用者ニ属シ、使用者ニ属セズ」の認識は、雇用関係の現実の姿の認識ではなく、むしろ現実の変更を希求する思想的主張であったと考えられる。当時は大正デモクラシーの真っ只中であり、自由権や労働権の主張が活発であった。職務発明は従業者のものとの考えは、当時の雰囲気の中では実定法の論拠が無くても容易に受け入れられたのであろう。現在もその影響下に在ると言える。職務発明を従業者のものとする考えが思想的主張であることは、往時も今も変わらない。

特許法の学者も、職務発明を従業者のものとする考えを当然としている。例えば横山久芳は、一般の労働

法の原則では従業者の労働の成果は当然に使用者に帰属するとしながら、「ところが、発明については例外であり、発明は従業者に権利が与えられるのである。このように特許法が発明を特別扱いしているのは、発明というものの特殊性に由来している。すなわち、発明は、一般の労働の給付と異なり、発明者の精神的な創作物であり、その個人的な資質や能力に負うところが大きい。発明の創作を奨励するには、発明者たる従業者に権利を認め、その経済的な利益を特に保障する必要があると考えられたのである。<sup>(3)</sup>」と述べる。使用者から従業者に賃金等の報酬が支払われているにも拘わらず、何故発明が例外なのかについて法律上の根拠は示されない。企業では、発明に限らず何れの専門職種の業務にも精神的な創作が要求され、精神的な創作は情報として使用者の下で組織的に管理され利用される。発明者に特許を受ける権利が認められる理由は、発明者の秘匿する発明の出願を促す為である。特許法は発明を保護するが発明者を保護しない。発明者たる従業者が35条により保護されるとの理解は、特許法の目的を定める第1条と両立しない。

職務発明が従業者に帰属するのは労働保護法による効果とする見解<sup>(4)</sup>もある。労働者の使用者に対する従属関係は労働者の共通問題である。職務発明をした従業者に対して特許法35条が労働法による特別の従属関係の保護を与えると解釈することは、一般的従属関係に加えて特別の従属関係を認めて二重の保護を与えることを意味する。この二重の保護は、平等と公平の原則に反する。又、この見解は特許制度の目的が発明の公開の促進にあることを看過している。発明者である従業者に対し特別の保護を認めるならば、特許法1条の定める「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより」という特許法の役割から逸脱する。特許法は発明を保護する法律であり発明者を保護する法律ではない。

職務発明を従業者のものとする考えは、民法上の雇用の概念に矛盾する。又、この考えは雇用関係の規律と相容れず雇用関係の現実を無視する。この考えは特許を受ける権利を必要としないノウハウにも拡大適用され、ノウハウを従業者のものとする主張は不正競争防止法の営業秘密の定義に矛盾する。この点を次項に述べる。職務発明を従業者のものとする考えは、論理的根拠も実定法上の根拠も無い単なる思想的主張であるから容易に拡大適用され、雇用関係にお

ける従業者のモラルや倫理感を崩壊させる危険がある。

## 2. 不正競争防止法第2条1項7号の「示された場合」の意味を巡り混乱が続く

不正競争防止法は、不正競争の一類型として次の通り定義する。

不正競争防止法第2条1項7号

「七 営業秘密を保有する事業者からその営業秘密を示された場合において、不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、その営業秘密を使用し、又は開示する行為」

事業者が管理する営業秘密には、秘密情報の創作又は入手が事業者により為されたものと、従業者により為されたものに二分できる。事業者が創作又は入手した営業秘密は、事業者から従業者に必要に応じて伝授される。この場合は同7号の「事業者から営業秘密を示された場合」に該当するので7号所定の不正競争として禁止される。これに対して、従業者が入手又は創作した営業秘密は、7号所定の「事業者から営業秘密を示された場合」に該当しない。従って、営業秘密とされている情報を職務上創作又は入手した従業者の当人は、その営業秘密を不正に開示し、或いは不正に使用しても（不正競争防止法上の不正ではないから）7号の適用外となり不正競争とされない。

同法2条6項の定義によれば営業秘密とは、「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって公然と知られていないものをいう。」

営業秘密とされる情報の出所が、事業者であれ又は従業者であれ、その何れであっても不正競争防止法が保護すべき営業秘密であることに変わりはない。営業秘密の定義に明らかな通り、不正競争防止法による営業秘密の保護を受けるためには、情報を秘密として管理すべきことが要求される。一方で、2条1項7号は、従業者が創作又は入手した営業秘密ならば、当該従業者本人による7号所定の不正開示又は不正使用を容認し不正競争でないとする。7号の規制内容は営業秘密の定義に矛盾する。そのみか、営業秘密とされている情報を創作又は入手した従業者である本人こそが、最もよく当該営業秘密の重要性、その適切な管理方法、秘密管理のレベル、秘密とすべき範囲等の秘密管理の内容を知悉し理解している筈である<sup>(6)</sup>。そのよう

な従業者には、「事業者から営業秘密を示された」従業者に比べ、尚一層、営業秘密を守ることに對してより重い責任と義務を厳しく課すべきである。又、これが現場の倫理である。2条1項7号の「事業者から営業秘密を示された場合」という限定条件は、不正競争防止法における営業秘密概念の一貫性を壊す。

勿論、営業秘密の入手又は創作が事業者によるものか従業者によるものかに関係なく、使用者は雇用契約により従業者に対して守秘義務を課す。然し、契約と法律では法的拘束力の要件も効果も異なる。雇用契約により守られる営業秘密を、更に法律の力でサポートすることが不正競争防止法の役割である。又、法律が国民的倫理を否定するものであってはならない。現行の不正競争防止法2条1項7号は、従業者による営業秘密の図利加害目的の不正使用や不正開示について、営業秘密が事業者から示された場合のみにこの役割を果たし、営業秘密を職務上当該従業者自身が入手し又は創作した場合に果たすべき役割を放棄している。これは従業者の倫理感に反する。

このような結果を招いた原因は、特許法35条が職務発明を従業者のもと定めているとする解釈にある。

2条1項7号の条文の文言に従えば、転職者は転職前の会社の秘密として管理される職務発明であっても、従業者本人が創作した発明ならば、それを転職先で開示し或いは使用することは2条1項7号の不正競争に該当しない。国会の意思は、この条文の文言の通りであったことを第118国会(1990)の会議録から確認できる<sup>(6)</sup>。同国会で不正競争防止法の改正案を説明した政府委員は、特許法35条の解釈として職務発明が従業者のものであることを根拠に、当該従業者が転職先で転職前の会社の秘密として管理される職務発明を使用し開示することは、当然に自由に為し得ることと考えた。同政府委員は、更に、職務発明以外の営業秘密についても、従業者が自分で開発した営業秘密を転職先の職場で使った場合、2条1項7号<sup>(7)</sup>の「営業秘密を保有する事業者からその営業秘密を示された場合において」の文言により不正競争に該当しない旨を答弁する。第118国会は、この説明を了承し不正競争防止法改正法案を可決し成立させた。

職務上創作した情報や職務上入手した情報を当該従業者個人のものとする考えに立てば、不正競争行為を「示された場合」に限る2条1項7号の条文は理路整然とするかに見えるが、それでは営業秘密の秘密管理

ができない。

上記の国会会議録によれば、同政府委員は、職務発明を従業者のものとする根拠に特許法 35 条を挙げる。特許法 35 条は、従業者の特許を受ける権利又は特許権の使用者への承継について規定するものであり、職務発明の承継については何ら定めていない。職務発明は業務上の情報であるから、他の業務上の情報と同様に、雇用契約の下で使用者の管理に服する。同政府委員の説明の誤りについて既に別稿で詳論した<sup>(8)</sup>。

善良にして権威に従順な従業者は、権威者の説く通りに職務発明は従業者のものと思い込み、自己の職務発明を不正に開示、或いは不正に使用することに対して罪の意識が薄くなるであろうことを惧れる。

実務における 2 条 1 項 7 号の解釈は、混乱を重ね続けて混沌の状態にある<sup>(9)</sup>。実務家であり研究者である小野昌延と松村信夫は共著において 2 条 1 項 7 号の解釈が混乱する現状を俯瞰し、「諸説が対立し、学説・判例ともいまだ定説をみないことを指摘するにとどめる。」と述べる<sup>(10)</sup>。

2 条 1 項 7 号の解釈論の混乱の原因は何か。それは、国会が企業の雇用契約下の情報管理の実態を無視し、且つ、特許法 35 条の職務発明を従業者のものとする誤れる解釈に依存したことに原因がある。職務発明が技術情報であり、職務上の情報として使用者による管理の対象である事実は普遍的である。

2 条 1 項 7 号の不正競争の行為は、営業秘密を事業者から示された場合のみならず、営業秘密を職務上創作した従業者自身の不正使用と不正開示をも対象にすべきである。改正を待たずに、そのように現行の条文を解釈する説もあるが、解釈に委ねられている現状では混乱が続く。解釈の混乱を解消するために、2 条 1 項 7 号の「営業秘密を示された場合」という限定を廃止する改正を行うべきである。

### 3. 特許制度の目的は発明の公開の促進にある

発明が秘匿されるならば、その間は部外からの発明へのアクセスが困難である。多くの最新技術が秘密管理され社内又は個人の許に秘匿されたなら、社会全体の技術の進歩は顕著に停滞するであろう。

情報は、本来の性質上万人共有の財産である。歴史は如何なる発明も時間の経過と共に万人共有の知的財産となることを示す。人類の技術は時間の経過と共に進歩して来た。秘密とされる発明も早かれ遅かれ公知

となる。公知となるまでの時間を排除し早々に公開されれば、最新の技術情報が短時間で公共の知識となり技術の水準が向上する。技術水準の向上により新しい技術が生まれ技術の進歩が加速される。

特許制度の目的は、秘匿された発明の公開を促進することにある。発明の公開を促進する手段として、発明を公開した者に特許権を与える。発明を秘匿する者に対して発明の開示を促すには、発明を秘密保持することによって得られる将来の利益よりも、発明の公表により特許権を得て、より一層大きな将来の利益が得られる期待の方が勝る必要がある。競争に対して特許権は有害であるが、秘匿された発明の公開を促す手段として是認される。特許権の保護のレベルや内容は目的達成の手段としての適切な範囲で法定される。特許権の保護が弱ければ出願の誘因として働かない。特許権の保護が過大であれば特許権の反競争的効果の特許制度で正当化できない。

秘匿された発明の公開の促進は、特許制度によってのみ合理的且つ効率的に達成される。

特許権者は特許権により経済的独占の利益を受けることができるので、特許制度には特許発明を実施する為の製造投資を保護する効果がある。製造投資の保護はそれに先行する発明の為の研究投資への強力な誘因である。他にも特許制度は様々な効果を発揮するが、これらの効果を以て特許制度の目的と考えるべきではない。その理由は後記する。特許制度の真正の目的は、秘匿された発明の公開を促進することに在る。

先願主義は、特許制度が発明者の保護を目的とするのではなく、発明の公開を目的とする制度であることを示す。先発明主義を採っていた米国が 2013 年から先願主義へ移行した。発明者の保護を目的とするならば論理的帰結は先発明主義である。先発明主義ではなく先願主義が各国で採用され世界に普及している。先願主義は、発明の公開を目的とする特許制度の論理的帰結である。発明の公開が特許制度の目的であり、発明者の保護は目的ではない。

特許法第 1 条（目的）は「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与することを目的とする。」と定める。目的は「発明の奨励」と「産業の発達への寄与」であり、その目的達成の手段は、「発明の保護及び利用を図ること」に限定される。換言すれば、特許法の役割は「発明の保護及び利用を図ること」である。「発明の保

護」は特許権の賦与により実行され、「発明の利用を図ること」は出願の公開の制度によって実現される。これは、秘匿された発明の公開の促進を図る特許制度を意味する。発明者の保護は、特許法の目的にも手段にも謳われていない。特許制度の目的が、秘匿された発明の公開の促進であることが、特許法第1条（目的）の条文からも確認される。

特許制度が、発明者の発明を奨励する効果は甚だ不確定であり漠然としている。発明は短期間で完成する場合もあるが、実験と試行錯誤に月日を要し全てが失敗の連続の場合もあろう。発明が首尾よく完成した場合でも、発明の完成時期と特許権による経済的独占の利益が実現する時期との間には、相当な時間的な隔たりがある。然も、特許の成否は不確実である。発明者の自信溢れる発明が完成され出願されても、先願があれば特許されない。特許権による経済的独占の利益が発明者の発明の奨励として作用するには、発明の時点と独占の利益の収穫の時点の両時点間の時間的隔たりを乗り越える仕組みが用意されなければならない。又、発明者は特許権取得の不確実性も乗り越えなければならない。

元来、発明は、発明者の好奇心、探究心、閃き、集中力、忍耐力などの個人的な素質や能力を原動力として生まれて来る。発明者の発明に至る創作力の発揮の動因が何でかかは、その人の内心に属することであり部外者には、わからない。動因は、自然の摂理の探究と応用への情熱、自己満足、自己実現、私的又は組織のための名誉心、或は、金銭的欲望、その他様々であろう。それは人に依って異なり、同じ人でも環境や年齢によっても変化するであろう。個々の発明者の発明の動因を知る者が居るとすれば、その家族であり同僚であり使用者等の個人的に最も密接な関係に在る者であろう。

広い視野から見れば、発明の奨励には多様な方策があり、産業の発達のためには更に多様な方策が存在する。特許制度には発明者に対し発明を奨励する効果があるが、それは副次的効果であり特許制度の目的ではない。

発明の奨励には、研究費の支援、最新技術情報の伝播の促進（ここに特許公報も含まれる）、研究者の研究会議や国際交流の支援、研究所の新設及び増設、大学の研究部門の増強、最新の研究用装置の供給、研究補助者の派遣、等多様に考えられる。

特許制度により特許発明の実施の経済的独占が保障されるから特許品の製造投資が進み、発明の為の研究投資が促進されることは明らかである。現に、研究開発志向型の企業が、特許権による経済的独占の利益を目的に研究投資のリスクを負担する例は多い。然し、この効果も特許制度の目的から見れば副次的な効果である。研究投資の促進策は特許制度以外にも存在する。例えば、財政による資金援助や税制上の優遇措置が考えられる。

発明の奨励や研究投資の促進を特許制度の目的に据えるならば、発明の奨励政策や投資の促進政策の為に特許権を強化せよとの論法に与する。この論法は特許権を恒常的に強化する方向に向かはしめ、特許権による経済的独占の弊害に対して盲目になる懸念がある<sup>(11)</sup>。

特許権の排他力は絶対的であり不特定の第三者の負担に於いて成立するから、特許権の保護のレベルは必要最少限でなければならない。もし、特許制度の目的が発明の奨励や研究投資の促進にあるのなら、発明の奨励の実行や研究投資の状況が十分であるかの判定の基準が必要である。秘匿された発明が特許制度の下で十分に公開されているかの検証は現実には困難であるが、理念として判断の基準は、秘匿された発明の公開が十分な状況にあるか否かである。発明の奨励や投資の増強には、際限がない。秘匿された発明の公開には、際限がある。

結局、特許制度は、秘匿された発明の公開を促進するための唯一の制度である。特許制度には、制度の運用に伴って生ずる発明者の保護、発明の奨励、或いは研究投資の保護等の多様な効果があるが、それ等は特許制度固有の目的ではない。

#### 4. 特許を受ける権利の本質

特許を受ける権利は、如何なる目的の如何なる性質を有する権利であるか。この問い掛けに対する答は、特許制度の目的にこそ見出すことができる。特許制度の目的の下では、発明を秘匿する者に出願の資格を認めることが合理的である。特許出願がなければ特許制度は無意味である。特許制度の稼働は発明を秘匿する者から出願させることに始まる。

発明を秘匿する者とは、先ず発明者である。発明者が管理し秘匿する発明の出願を促すことが特許制度の運営の出発点である。明治18年専売特許条例は「専

売特許ノ願出」の手續を定めた。同条例は発明者又は発明の譲受人に出願の資格を認めた<sup>(12)</sup>。特許を受ける権利の用語が初めて使われる年代は明治42年特許法からである。明治42年特許法が、職務発明について使用者に特許を受ける権利を認めたことはよく知られる。使用者は発明者ではないが、従業者の労働から生まれた発明を管理し秘匿する。秘匿された発明の公開を促進するという特許制度の目的から、職務発明を秘匿する者である使用者に出願の資格を与えることは合目的的である。同法は「新規ナル工業的発明ヲ為シタル者ハ其ノ発明ニ付本法ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得(1条)」と定めた上で、職務発明についての使用者からの出願を認める為に特許を受ける権利の用語を新規導入し、「職務上又ハ契約上為シタル発明ニ付特許ヲ受クルノ権利ハ勤務規程又ハ契約ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外其ノ職務ヲ執行セシムル者又ハ使用者ニ属ス(3条)」と定め、その権利を使用者に帰属せしめた。特許を受ける権利の語は、それまでの出願の資格を言い換えた用語であるから、新たな権利の創設を意味しない。特許を受ける権利は、権利の語を用いるが、文言の通り国に対して特許の行政処分を請求するという行政手続上の資格である。同法は「特許ヲ受クルノ権利ハ之ヲ移転スルコトヲ得(10条)」の規定を設け、権利の移転性を明確にした。発明の譲受人が出願の資格を得るには特許を受ける権利を譲受る必要が生まれた。

この状態は現行法に引き継がれる。発明者の出願資格が29条に、特許を受ける権利の移転性が33条に、使用者の出願資格が35条3項に、それぞれ規定された。

発明者には二つの顔がある。発明の創作者の顔と発明を事実上秘匿する者の顔である。発明の創作は非代替的であり当該発明者のみが為し得たことである。発明の秘密管理は代替的であり発明者の外、第三者も為し得る。特許制度の理念に副って考えるならば、特許を受ける権利は、発明者の発明の創作に対して与えられるのではなく、発明者が発明を秘匿する事実に対して与えられるのである。

著作者の権利は創作の事実に基づいて発生する。著作物の創作は非代替的な営為である。従って、著作者の権利を創作者以外の者に原始的に賦与することは非論理的であり許されない。特許を受ける権利とは異なる。

発明は一つの事実であり発明の内容は技術情報である。発明者が発明を支配又は管理する現実には、発明者が発明した立場を利用して事実上自己の発明を支配又は管理しているのであり、特許を受ける権利に基づくものではない。特許法の歴史を見れば、特許を受ける権利の名称の以前から、発明者は自己の発明を支配し管理してきた。発明者は自己の発明を第三者に譲渡することも公表することもできる。発明者は事実上発明を秘密管理することにより発明の財産価値を確保し維持できる。更に、発明者は秘密管理された発明を第三者に譲渡することができる。

秘匿された発明の譲受人は、守秘契約により譲渡人の発明者に守秘義務を課し、秘匿された発明の財産価値を維持する。このように、発明の譲受人が発明を管理し秘匿する場合には、譲受人に出願の資格を認めて譲受人から出願させるのが合理的であり特許制度の目的に合致する<sup>(13)</sup>。特許制度の目的から言えば、特許を受ける権利は出願させる為の権利であるから、発明の所在する処に認められるべき権利である、即ち、秘匿された発明の所在に付随する権利(資格)である。

発明者に次いで発明を管理し秘匿する譲受人、及び職務発明を管理し秘匿する使用者等は、秘匿された発明の公開を促すことを目的とする特許制度の下では、当然に出願の資格を認められるべきである。明治42年特許法は、特許を受ける権利の用語とその移転性により、これらの者から出願できる仕組みを整えた。

特許を受ける権利は人工的に作られた法概念である。発明は技術情報であり事実として存在するものである。特許を受ける権利と事実としての発明とは、区別されなければならない。発明の譲渡と特許を受ける権利の譲渡は、別箇の法律行為である。発明は守秘契約を締結の上で譲渡される。特許を受ける権利の譲渡に守秘契約は要らない。

商取引の実務では、特許を受ける権利と発明が一体のものとして扱われるので、発明の譲渡と同時に特許を受ける権利の移転が行われる。この場合の財産価値は、特許を受ける権利と発明を一体にして考えられる。大正から昭和の間の長期間は、商取引としての発明の譲渡の場合と同様に、職務発明の使用者による管理と同時に特許を受ける権利も使用者への移転が行われていたと考えられる。

職務発明は発明の当初から使用者に帰属し使用者が管理する状況にあるが、特許を受ける権利だけが従業

者に残留する。そこで従業者の特許を受ける権利を35条3項により使用者の勤務規則の定めに従い使用者が取得できるようにした。明治42年特許法3条の如く法律の定めで発明の時から使用者に特許を受ける権利を与えれば済む処を、現行法35条は従業者から権利を移転させることとし技巧的にも勤務規則を介在させた。この技巧的な立法技術、その解釈、それに誘発された対価請求訴訟の判例が相俟って従業者の特許を受ける権利の財産化を引き起した。特許を受ける権利の金銭評価に根拠が有る筈はなく、不安定な評価は必然であり混乱を避けることはできない。特許を受ける権利の金銭評価の混乱を避けるには、特許を受ける権利の本質の再認識から出発する外ない。

明治42年特許法が特許を受ける権利の語を使用して以来、後続の特許法も現行の特許法も特許を受ける権利という用語で出願の資格を示す。出願の資格を認める必要のある者に特許を受ける権利を与える方法は、立法により特許を受ける権利を与える方法と契約により特許を受ける権利を移転させる方法がある。法律によるか契約によるかの選択であり、どの方法を選択するかという立法技術の問題である。契約による方法を用いる時には、特許を受ける権利に移転性が必要になる。特許を受ける権利の移転性は、経済価値の無い立法技術的属性である。

35条3項が定める勤務規則の定めにより使用者が特許を受ける権利を従業者から取得する方法は、契約による移転ではなく立法による移転に分類できる。職務発明の場合には、発明者は勤務規律の下に職務発明を上司に報告し使用者が管理する。従業者の発明者は特許を受ける権利を有するが、特許を受ける権利は自己の職務発明を支配し管理する効力を有しない。特許制度の目的からすれば、勤務規則を介在させることなく、法律により使用者が職務発明に関し特許を受ける権利を有することを直截に定めることが合理的である。

特許を受ける権利の承継が当然に発明を随伴するかの如き解釈が普及している。これは、特許を受ける権利に発明を支配し管理する権能を法律上の根拠なしに認めることを意味する。

所有権ならば民法により、所有者は法令の制限内に於いて自由にその所有物を使用、収益及びその処分を為す権利を有する(206条)、と定める。特許権ならば特許法により、特許権者は業として特許発明の実施を

する権利を専有する(68条)、と定める。斯くの如く所有権も特許権も明文により法的効力が明確に規定される。特許を受ける権利に発明を支配し又は管理する権能を認める条文は存在しない。特許を受ける権利の法的効力は、特許を受けることができることに尽きる。発明と特許を受ける権利は別概念であり別個の存在である。

特許を受ける権利が芽となって特許権に成長する、と考える人が多い。これは誤解である。特許を受ける権利の「権利」と特許権の「権利」は、共に「権利」の語を使用するが、権利の性質が異なる。特許を受ける権利は国に対する行政法上の手続請求権、特許権は民法上の財産権である。権利の性質が異なるから連続的な関係にはならない。むしろ不連続の関係である。両者の関係は、秘匿された発明、その公開、公開された技術情報、公開された特許発明、という形で連続する。この連続を維持するための手続上の権利が特許を受ける権利である。秘匿された発明の財産価値は、管理と支配の事実に於いて実現される。特許発明の財産価値は、特許権の排他力により実現される。秘匿された職務発明には財産価値があるが、特許を受ける権利は手続の為の立法技術の産物であり権利の呼称を有するが財産価値は認められない。

商取引の感覚からは、特許を受ける権利は発明と一体のものとしてされる。現行法の下では、両者は法律上別箇に区別される概念である。特許権と特許を受ける権利とを同列に扱った35条の条文、及び両者を同一視する対価請求訴訟の判決理由が誤解を引き起こし現在の混乱を招いた。

## 5. 特許法第35条批判

2015年7月に特許法35条が第189回国会により改正された。改正により産業界に対する後見的色彩が濃くなったが実質は改正前と変わらない。以下第2項を除き各項の批判を記す<sup>(14)</sup>。

### 35条1項

1項に今回の改正はない。1項は35条全体の根底の思想を反映している。批判しておきたい。

職務発明をした従業者が特許権を取得した場合、又は職務発明をした従業者から特許を受ける権利を承継した第三者が特許権を取得した場合、その特許権について使用者は法定通常実施権を有すると定める。

通常の雇用関係であれば、従業者が独断で自己の職務発明を出願すること、或は第三者に開示することは勤務規律に違反し使用者の営業秘密を侵害する。

使用者の同意がある場合、或いは使用者が放任する場合には、従業者又は第三者が職務発明について特許権者となる事例が現れるであろう。その場合は使用者を保護する必要がない。

使用者の法定通常実施権は、使用者と従業者の間の衡平を保つために設けられたと説かれる<sup>(15)</sup>。使用者の管理に違反する行為によって従業者又は第三者が職務発明についての特許権を取得した場合には、適切に使用者を保護する必要がある。その方法として、使用者に法定通常実施権が認められる。この使用者は、市場競争に於いて特許権者である従業者或いは第三者の実施に対して明らかに不利な立場に置かれる。職務発明のための従業者の投資コストはゼロであるのに比べ、使用者は全投資コストを負担しているため、その償却分だけ販売価格を高くする必要がある。法定通常実施権で衡平が保たれたことにはならない。

法定通常実施権の前提となる特許権の取得の正当性に明確な障害があるにも拘らず、この立法が実現した背景は大正期から昭和期にかけて従業者の職務発明を従業者個人の成果として高く評価し従業者個人の特許権取得を当然とする思想が優勢であったからと考えられる。

現在では、技術の進歩、産業の国際化、それに第三次産業の拡大等により産業が高度化し、職務発明に限らず頭脳労働の成果の重要性が高まって来た。最近の状況は20年前と比べても様変わりである。我国の営業秘密の保護立法<sup>(16)</sup>は、ウルグアイラウンドに急ぎ立てられて実現した。営業秘密に関する不正競争防止法の改正の前後から情報管理への関心が高まり、現在では職務上の情報の価値とその重要性が十分に認識されるに至った。職務発明を従業者のものとする考えや従業者の特許権取得を是認する考えは、早々に払拭されなければならない。

### 35条3項

今回改正の新設項である。

改正法によれば、勤務規則に取得の定めを置くことにより特許を受ける権利は従業者に発生した時から使用者に帰属する。改正前の承継による権利の移転時期は、発生時に限られず任意に定められた。改正後の取

得では、権利の移転時期は画一的に発生時である。改正の利点に、従業者が特許を受ける権利を第三者へ譲渡する余地を無くしたこと、及び共同研究の場合の特許を受ける権利の事務手続の簡素化が挙げられている<sup>(17)</sup>。従業者の特許を受ける権利が使用者へ移転するという基本の扱いは改正前と変わらない。

改正前の承継及び改正後の取得は、何れも勤務規則の定めにより実現する。これは特許法が勤務規則の定めで与えた特別の法的効果である。本来なら勤務規則にそのような効力は無い。何故このように勤務規則を介在させての迂遠な立法技術が用いられるのか。

承継或いは取得への立法の拘りは、発明と特許を受ける権利が同一視されるからである。この同一視は、発明が発明者によって管理されている場合には妥当である。しかし、職務発明の場合は、発明の時から使用者によって発明が管理され秘匿される。従業者の特許を受ける権利は有名無実である。発明に財産価値があることを既に詳論した。特許を受ける権利は発明に付随する従たる権利である。使用者に職務発明の出願の資格を与えるのが特許制度の目的に合致する。使用者が当初から特許を受ける権利を有することを直ちに法律で定めるべきである。そうすれば、使用者に特許を受ける権利を従業者から取得させる必要は無い、又、勤務規則の定め依存する必要も無い。特許を受ける権利の存在理由は、既に論じた通り、発明を管理し秘匿する者から出願させる為の立法技術であり、この権利は出願資格の別呼称に過ぎない。

「取得」の語義には原始取得と承継取得がある。2項及び3項によれば、取得の原因として選択的に契約がある。契約は契約当事者の意思の合致により成立する。2項及び3項における取得の語は、承継取得の意味で使用されている。然らば、取得の語を新規使用する必要は無く承継でよかった。

### 35条4項

改正法では、使用者が特許を受ける権利を取得した場合又は特許権を承継した場合に、従業者は使用者から相当の金銭その他の経済上の利益（「相当の利益」という。）を受ける権利を有する。

改正前の3項が改正後では4項に移り、特許を受ける権利の「承継」が「取得」の語に、「相当の対価」の語が「相当の金銭その他の経済上の利益（相当の利益）」の語に置替えられた。

特許を受ける権利の取得は、改正前の「承継」と同義である。

「相当の利益」と「相当の対価」の語義は異なるが、35条における両者の内容は同じであるとされる。

改正法を審議した国会は、従業者が受けるべき相当の利益の内容は改正前の法定対価請求権と実質的に同等の権利であるとしている<sup>(18)</sup>。対価の語は経済取引を前提にするものであるから金銭の支払を意味するが、改正後は金銭以外の処遇も含めての「相当の利益」が求められる。改正前の相当の対価の算定においても従業者の処遇が考慮されたのであるから、結局は変わっていないということであろうか。

特許法の役割は、発明の保護である。特許法が従業者の発明者に相当の利益（或いは補償金や対価）を受ける権利を与えることは、特許法による発明者の保護である。発明者の保護は、特許法の役割でも目的でもない。

特許を受ける権利が、行政上の手続請求権であり財産価値のないことは既に論じた。35条は、「特許を受ける権利」と「特許権」を同列に並べて規定するが、両者の法的性質は全く異なる。特許権の客体の特許発明は公開の情報である。特許権は排他力のある対世権であり民法上の財産権である。特許権の名宛人は不特定多数の万人である。特許を受ける権利の名宛人は国であり、第三者に対しては何の効力もない。特許を受ける権利には発明に対しての効力もない。35条は、この性質の違いを無視し、両者が近似するかの如く同列同等に扱う。

職務発明の出願には、それを秘匿し管理する使用者に特許を受ける権利を持たせることが特許制度から来る必然である。必然の結果は35条によって実現されたが、遠回りの方法である。

職務発明をした従業者への報奨は企業が行うことであり、特許法が従業者を保護する必要は無い。元々財産価値が無い特許を受ける権利に対して従業者が相当の利益を受ける権利を有するとことを定める4項は不条理である。

特許を受ける権利の承継の時に僅少の定額の金銭を支給する実務は妥当である。

特許庁の年次統計によれば、出願人の97.3%が法人で占められ個人の出願人は2.73%である<sup>(19)</sup>。我国の特許発明の内容を優れたものとし、その件数を増大させるには従業者の職務発明を活発化させることを措い

て外にない。その方策を最も知悉する者は各企業の使用者である<sup>(20)</sup>。職務発明の奨励も職務発明をした従業者の保護も、使用者に任せればよい。特許された職務発明が実施された結果として経営上の利益が挙げられた場合の報奨は使用者の報奨規程に委ねられるべき事項である。特許法による職務発明の発明者の保護は、結局は従業者と使用者間の紛争の火種である。

#### 35条5項

5項は旧4項を引継ぐ。旧4項は平成16年改正で新設された。相当の対価を決定する手続の要領を法律で定めることで法的安定性を高め、従業者からの対価請求訴訟を減らそうとした。

労働者にとって最も重要な給料や昇進の決定手続に法律の介入が少ないことと対比すれば、職務発明の従業者の「相当の利益」の決定手続の在り方を定める5項の規定は奇妙な程に産業界に対して後見的である。旧4項では「相当の対価」であったが、それを引き継いだ5項は「相当の利益」である。改正前の「相当の対価」に較べ「金銭その他の経済的利益」の範囲は広い。対価を含みその他の拡大された対象事項についての手続に旧4項の後見的介入が続く。使用者は相当に煩雑な手続きを強いられる。

公表された対価請求訴訟の事案を見れば、被告の使用者が特許を受ける権利を承継し特許権を取得している。特許を受ける権利と職務発明を同一とする解釈が生まれ、特許を受ける権利の経済的価値の算定が職務発明の評価によって行われる。このような評価の方法は、従業者の労働の成果が使用者に帰属すべき処、職務発明のみを例外とし従業者に帰属する扱いを意味する。これは雇用契約の当事者の意図しない例外の扱いであり、解釈ではなく法律の定めが必要である。このような法律の定めが無いことを既に指摘した。特許を受ける権利は、手続上の権利という性格から経済価値は0円である。この実態は今日でも多くの従業者の理解するところであろう。この後見的な5項を必要とした理由は、法外な金額の対価請求権が認められたことにある。原因は、対価請求権の存在自体にあった。

特許を受ける権利に財産価値を認めない立場に5項は不要である。

#### 35条6項

新設項である。

経済産業大臣は、5項に挙げられた考慮すべき事項についての指針を定め公表しなければならない。6項は「経済産業大臣は、発明を奨励するために、…」と、発明を奨励することが明示された。35条の解釈や運用において「発明の奨励」や「発明者の保護」が、殊更に強調されるが特許法の目的との調和が必要である。特許法1条が目的とする「発明の奨励」は、「発明の保護とその利用を図ることにより」達成されなければならない。目的とされる「発明の奨励」の為の手段である特許法の役割は明確に限定されている。特許法は、発明者の保護を目的としていない。35条の後見的役割を拡大すべきでない。

特許を受ける権利に財産価値を認めない立場に6項は不要である。

### 35条7項

相当の利益の決定において、勤務規則に定めが無い場合、又は、決定された相当の利益が不合理と認められる場合は、「その発明により使用者等が受けるべき利益の額、その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献及び従業者等の処遇その他の事情を考慮して定めなければならない。」

ところで、相当の利益の不合理性を判断するに当たり、特許を受ける権利と特許権が同列同様に扱われる。特許を受ける権利に対応する職務発明は、使用者の管理下にある。特許を受ける権利に職務発明を支配する法的効力は無い。特許を受ける権利の取得に対する相当の利益を決定するために「発明により使用者等が受けるべき利益の額」の考慮を法律が命じることは非論理的で不条理である。

特許を受ける権利の評価と称して発明を評価することは、職務発明を従業者のものとする看做すことである。裁判所は、特許を受ける権利の対価請求の訴訟の判決文において、「特許を受ける権利の対価」と言うべきところを「職務発明の対価」の語を用いる場合が多い<sup>(21)</sup>。特許を受ける権利の対価と発明の対価は別者であるが、両者を同一視することにより特許を受ける権利の性質が見失われ論理が混乱する。特許を受ける権利を特許権と同視し、使用者が管理し秘匿する職務発明を公開の特許発明と同視するに至る。35条の解釈以外に、その法律的根拠は示されていない。

使用者が管理する職務発明を、従業者の特許を受ける権利により従業者のものとすることはできない。発

明が盗取された場合、発明者は特許を受ける権利により盗取された発明を取戻すことはできない。頭脳労働の成果が使用者に帰属するという雇用契約の法的効果を職務発明の場合にのみ排除する法律の定めはない。

特許を受ける権利は特許権と不連続である。特許権へ連続するのは発明である。先願が在れば如何に優れた発明に対しても拒絶は手続上当然である。特許を受ける権利は手続の権利である。

特許を受ける権利の対価請求訴訟の判決は、結局は当然の如く特許権の対価を計算する。使用者に帰属した職務発明を生み出した従業者の労働に対しては、給料が支払われている。特許を受ける権利は、元々財産価値の無い行政手続上の出願資格である。従業者の手許に在っても名目のみであり出願資格の意味すら無い。

特許を受ける権利を、使用者が管理し秘匿中の職務発明と同等のものとして置換し、職務発明が運よく特許された結果として得られた利益を基に特許を受ける権利の対価が計算されて来た。それは従業者や使用者の常識からは法外な高額の対価である。改正法の相当の利益の計算も改正前の対価の計算と同様に為されるであろう。改正後も「相当の利益」は改正前の「相当の対価」と同様であることが国会で明言されているからである。長年にわたり、従業者の意識に於いても実務に於いても無価値と解されていた特許を受ける権利が35条の解釈を通じて最近十数年の間に急速に財産化された。

特許を受ける権利の財産化が正当化されないことは、特許制度の目的、職務発明の帰属に関する従業者と使用者双方の共通認識と慣行、特許を受ける権利と発明が別概念であること、特許を受ける権利の法的効力と発明の関係、それ等の何れの論点からも明らかである。

特許を受ける権利の財産化の不当性は、国際競争に晒されている日本の産業が早急に再検討すべき課題である<sup>(22)</sup>。

職務発明について使用者から従業者への補償金の支払制度が初めて導入されたのは大正10年特許法からである。同法14条<sup>(23)</sup>が補償金支払を定める。これが現行法の35条の原型である。

大正10年法は、従業者は相当の補償金を受ける権利を有すること、及び使用者が従業者に既に報酬を支払った場合に裁判所が補償金を定めるときはその報酬

を斟酌できることを定めた。これは裁判所が追加支払を命ずる場合を予定した定めと言える。昭和34年特許法制定に先立ち、産業界は補償金を一旦支払った後での追加支払命令を許す制度に強硬に反対した。産業界は、この要求が工業所有権法改正審議会に受け入れられ答申に反映されていると解した<sup>(24)</sup>。この答申はそれ迄の「補償金」の用語に替えて「対価」の語を用いた。答申を受けて制定された昭和34年特許法35条も「対価」の語を用いた。「対価」の用語は、特許法が命じる法律上の義務としての補償金支払は一回限りとする産業界の要望が受け入れられた結果の用語であると考えられていた。昭和34年特許法制定後の当時の研究者の座談会では、結局立法者は35条において従業者からの対価増額請求権を認めなかったとの発言が見られる<sup>(25)</sup>。

企業が職務発明をした従業者へ報奨として支払う補償金は、特許発明の実施実績に応じて計算され複数回支払われる慣行は昭和34年法施行後も続く。対価以外の複数回の支払は報奨であり対価とは考えられていなかった<sup>(26)</sup>。法定の義務的補償金の支払いは一回限りとする要望が実現したと考えていた産業界の安堵は、その後の実態を見れば完全な糠喜びに終わった。今回の2015年改正法は、「対価」ではなく「金銭その他の経済上の利益」であるから、「対価」の語に込められた一回払いの含意は払拭されてしまった。使用者には「その他の経済上の利益」までもが35条により義務化された。35条の使用者に対する後見的色彩が一段と濃くなった。国際競争に晒される産業政策として、全く望ましくない方向である。

特許法は、特許制度の目的に合致するように出願資格を適正に規定しなければならない。35条の相当の利益の問題は、特許権については別に論ずるとして、特許を受ける権利の発生と所在に関する合目的性の検討が先決である。その検討により、特許を受ける権利に財産価値の無いことが自ずと明らかになる。

経済取引における発明の経済的評価は取引当事者に委ねるのが適切である。その意味で、企業における職務発明の評価は雇用関係の中で最適の処理が為される。

使用者は従業者の頭脳労働により望ましい成果が得られるよう様々な経営上の施策を実施できる。使用者は事業の内容と従業者の実態を掌握し、企業に最もふさわしい内容の職務発明規程を制定することができ

る。職務発明規程には通常、発明の時又は出願の時に少額の一定金額を支払うことを定め、特許権が成立した場合には登録の時及び実施期間中の実績に応じ相当高額な報奨金を支払う仕組みが定められている。報奨金額、複数回の分割払、計算の方法等は全て使用者の責任である。

従業者の特許を受ける権利を職務発明と同視する解釈により、職務発明に対する経営上の施策である報奨金支払が、35条により法律上の義務にまで変質されている。これは禍根である。

## 注

(1) 大正10年(1921)特許法(大正10年4月30日公布法律第96号大正11年1月11日施行) 第14条

被用者、法人ノ役員又ハ公務員ノ其ノ勤務ニ関シ為シタル発明ニ付テハ性質上使用者、法人又ハ職務ヲ執行セシムル者ノ業務範囲ニ属シ且其ノ発明ヲ為スニ至リタル行為カ被用者、法人ノ役員又ハ公務員ノ任務ニ属スル場合ノモノヲ除クノ外予メ使用者、法人又ハ職務ヲ執行セシムル者ヲシテ特許ヲ受クルノ権利又ハ特許権ヲ承継セシムルコトヲ定メタル契約又ハ勤務規程ノ条項ハ之ヲ無効トス

2 使用者、法人又ハ職務ヲ執行セシムル者ハ被用者、法人ノ役員又ハ公務員ノ其ノ勤務ニ関シ為シタル発明ニシテ性質上使用者、法人又ハ職務ヲ執行セシムル者ノ業務範囲ニ属シ且其ノ発明ヲ為スニ至リタル行為カ被用者、法人ノ役員又ハ公務員ノ任務ニ属スル場合ノモノニ付其ノ被用者、法人ノ役員若ハ公務員カ特許ヲ受ケタルトキ又ハ其ノ者ノ特許ヲ受クルノ権利ヲ承継シタル者カ特許ヲ受ケタルトキハ其ノ発明ニ付実施権ヲ有ス

3 被用者、法人ノ役員又ハ公務員ハ前項ノ発明ニ付テノ特許ヲ受クルノ権利又ハ特許権ヲ予メ定メタル契約又ハ勤務規程ニ依リ使用者、法人又ハ職務ヲ執行セシムル者ヲシテ承継セシメタル場合ニ於テ相当ノ補償金ヲ受クルノ権利ヲ有ス

4 使用者、法人又ハ職務ヲ執行セシムル者ニ於テ既ニ支払ヒタル報酬アルトキハ裁判所ハ前項ノ補償金ヲ定ムルニ付之ヲ斟酌スルコトヲ得

5 本条ニ於テ法人ノ役員ト称スルハ法人ノ業務ヲ執行スル役員ヲ謂ヒ公務員ト称スルハ刑法第七条第一項ノ公務員ヲ謂フ

(2) 清瀬一郎(1884-1967)『特許法原理』巖松堂書店1929年改訂再版105頁。

(3) 横山久芳「特集変革期の知的財産制度職務発明制度の行方」ジュリスト1248号(2003年7月1日号)36頁、37頁。

(4) 土田道夫「職務発明の対価に関する基礎理論的な研究」民商法雑誌2003年128巻4・5号1頁、通巻447頁参照。

(5) 秘密管理性の認定が客観説から主観説(認識可能性)へ移行していることを説くものとして、田村善之「営業秘密の不正利用行為の規律に関する課題と展望」『知的財産法政策学研究』47号、Nov.2015、41頁参照。

- (6) 第118回国会平成2年6月21日参議院商工委員会会議録7号。
- (7) 当時は、不正競争防止法1条3項4号、用語は漢字片仮名文である。
- (8) 野一色勲「「職務発明は従業者のもの」か？」阪南論集 社会科学編第51巻第1号2015年10月65頁以下参照。
- (9) 茶園成樹「営業秘密の民事上の保護」日本工業所有権法学会年報第28号『営業秘密の保護』有斐閣2004年43頁参照。最近の文献として山根崇邦「不正競争防止法2条1項4号・7号の規律における時間軸と行為者の認識の構造」『特許研究』No.57, 2014/3, 43頁参照。
- (10) 小野昌延・松村信夫『新・不正競争防止法概説』青林書院2011年331頁, 335頁。
- (11) 田村善之『知的財産法 第5版』「3. 自由統御型知的財産法の視点」24頁参照。
- (12) 1885年(明治18年)専売特許条例 第1条 有益ノ事物ヲ發明シテ之ヲ専売セント欲スル者ハ農商務卿ニ願出其特許ヲ受クヘシ (以下省略)  
第4条 左ノ諸項に觸ルルモノハ専売特許ヲ願出ルコトヲ得ス  
一 他人ノ既ニ發明シタルモノ  
但シ他人ヨリ譲受ケタルモノハ此限ニアラス  
(二号以下省略)
- (13) 1899年(明治32年)特許法 第1条 工業上ノ物品及方法ニ関シ最先ノ發明ヲ為シタル者若ハ其ノ承継人ハ此ノ法律ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得 (以下省略)
- (14) 論拠は異なるが35条を批判し廃止を主張する永野周志「特許権制度の存在理由と職務発明制度—特許法35条批判(1)(2)(3)」『パテント』2004, Vol.57, No.4~6がある。
- (15) 編集特許庁『工業所有権法(産業財産法)逐条解説[第19版]』発明推進協会2012年113頁。
- (16) 不正競争防止法改正1990年6月29日公布により営業秘密の保護規定が新設された。
- (17) 特許庁ホームページ「平成27年度特許法等改正説明会テキスト」参照。
- (18) 参議院本会議国務大臣(宮沢洋一)発言による説明, 官報号外平成27年6月17日第189回国会参議院会議録第27号(その1)6頁参照。
- (19) 特許行政年次報告書2015年版 統計・資料編47頁。
- (20) 同旨, 松居祥二「特許を受ける権利の対価として1.6億円の支払を製薬会社に命じた判決と特許法35条の研究—平成24年4月27日言渡・東京地裁平21(ワ)第34203号事件—」日本国際知的財産保護協会月報AIPPI・JAPAN2013年3月号202頁, 210頁。
- (21) 例えば, 2003年4月22日最高裁判決キャノン事件の原審の東京高判の場合は判例時報1753号25頁, 第一審の東京地判の場合は判例時報1690号152頁。
- (22) 筆者の所見: Isao Noishiki “Who should own patentable inventions and copyrightable works created during employment?” Ian S. Forrester QC LL.D. A Scot without Borders Liber Amicorum – Volume I, Concurrences, 2015, pages 241–253.
- (23) 大正10年特許法14条全文は注1参照。
- (24) 特許委員長 井上一男報告 事業者工業所有権協会『特許管理 資料』1957No.1, 6頁。野一色勲「職務発明と特許を受ける権利—職務発明は企業の情報管理の客体の一部であり特許を受ける権利は特許手続の為に発明者に与えられた権利である」AIPPI・JAPAN月報2014年4月号40頁で引用。
- (25) 発言者 吉藤幸朔『発明 特許法セミナー(1)ジュリスト選書』有斐閣1969年489頁。
- (26) 松居祥二「職務発明対価請求訴訟の多発を招いた特許法35条の問題点 医薬品産業の研究開発の実態を考慮して」AIPPI・JAPAN月報2012年4月号220頁参照。

(原稿受領2016.1.29)