

〔最終講義〕

職務上の創作に関する一考察

紋 谷 暢 男

本日、お話ししようと思う内容は、レジюмеに書いてございますように、二つのテーマです。一つめは「教育と研究」について。二つめが「職務上の創作に関する一考察」。この二つをお話ししたいと思います。

なぜ、第一番目が入ったのかというのは、海商法で国際的にも著名な谷川久教授が、かつて成蹊大学の最終講義で、全部、どういう経緯で自分はこの道に入って研究されてきたかということを中心に、語っておられたので、やはり、その点もお話ししなければいけないのかなと思います、急遽、前半においてこの点に触れることにいたしました。

I 教育と研究

一番目の「教育と研究」の問題。諸君は大学生であるから当然に解っていると思うけれど、学校教育法の中にある大学の目的として、教育と研究ということが書いてあります。教育に関しては、私は今迄、単に知識を伝授するだけに止まらず、諸君にまさに体当たりで、迷惑であったかもしれませんが、やってきたわけですので、諸君は十分に体

験しているところであると思います。そこで本日は、あえて教育の問題は省き、研究のほうを中心に、まず、どういう経緯でこのような分野に入って、どういうふうの研究してきたのかということをお話したいと思います。

大学の法学部を卒業してこの分野を選んだときには、実は、「知的財産権」等という言葉はなかった。せいぜい、知的障害者とか、病垂れの「痴的」とかいう言葉の方が一般的に理解され易かった。では、「無体財産権」という言葉はどうだったのかというと、これも一部、日本では用いられておりましたが、当時アメリカへ行ったときには、無体財産権という言葉は通用しなかった。「何を研究していますか?」、「工業所有権と著作権です」と言わないと通じない時代であったのです。

では、なぜこのような分野に私が興味を持ったかといいますと、実は私は高等学校のころ、物象部——物理、化学、地学、天文、写真等といった分野を研究する部の部長をしていて、ほとんどの実験は、危険なものをも含めて経験してきたのです。むしろ理系に興味があったので、大学進学も、初めは一番得意な数学の方面に行こうと思っていました。しかし、親に相談したら、おまえはそこを出て何になるのだと言われてしまいました。昔は、今日のように数学でもいろいろな分野が発達していなかったので、高校か中学の数学の先生にしかねない時代だったのです。そのようなこともあり、法学部に入りました。しかし、やはりこの分野との接点を勉強したいと思って選んだのが、いわゆる工業所有権法であったのです。父が弁理士をしていたという影響もある程度受けたと思いますが、物理、化学等と法律との接点ということで「工業所有権法」を選びました。

その当時、法学部長をされていた石井照久先生のもとに相談に行きました。日本では、どこの大学で誰についたら

研究できるかということをお聞きしたら、「いまは日本に専門の人は一人もない。もし、よかったら自分のもとで研究しないか」と言われたのです。工業所有権の中の「商標」、いわゆるトレードマークと、商法で言うところの「商号」（トレードネーム）、これとは似たような部分もあるので、自分のもとで研究しないかということをお勧めしてください、石井先生のもとに残りました。

残ってみて、なんらかの日本の参考書はないかと思って、いろいろと探してみてもほとんど論文らしきものはないのです。結局、何をやっていたかというところ、いままでの判例、これも少ないものですが、それを全部整理分析して、その後は、帝国議会や国会の委員会の議事録を全部読んで整理し、その後は、日本の工業所有権法がドイツ法を継受したものであったことから、ドイツで有名なジョセフ・コーラー（Joseph Kohler）、この方は知的財産権の分野では、いまでも国際会議等に行くと「コーラーはこう言っている」という話も出るのですけれども、その先生の教科書を読み、更にライマー（E. Reimer）教授の本等を読んで研究を始めました。

石井照久先生のもとに残ったということで、当然のことながら、商法、労働法も研究することになりました。商法では、商号の問題も含めて会社法も研究し、労働法では、今日話題とする職務発明に関して（もっとも日本の職務発明は労働者だけではないのですが）、ドイツのアントン・メンガー（Anton Menger）の「従属的労働関係」というような本も読みました。商法、労働法の研究、更には、後に成蹊大学にいられた、経済法の大家である金沢良雄先生が、経済法学会をつくられるときに、頼まれてお手伝いをした関係もありまして独占禁止法等経済法の研究をする等、随分恵まれた環境にいたわけです。石井先生のもとに残り、マスター論文を終え、ドクターへ入ってすぐの院生のころ、ある程度の年の方々を知っていると思いますけれども、東大の社会科学研究所の先生で民法の専門家だった有泉

亨先生。石井先生とこの有泉先生と、経済法の金沢先生の三人が編集責任者ということで、経営法学全集の一つに『特許等管理』という本を企画していました。そのときに「商標の部分を書かないか」と言われたのです。

そのころの本のしおりを見てみますと、私はこんなことを書いていました。「高校時代のふるさとの同級生と、久しぶりに八ヶ岳の縦走を試みた。その日焼けの跡もまだ消えぬままに夏も終え、上京した折に突然、本稿執筆の機会を授けられた。それは当初、商標の執筆担当予定者であられた豊崎先生が病床に臥されたからであった。小人閑居してなんとやら、勉強の機会を与えてくださった編集委員の諸先生方のご高配には心から感謝したものの、執筆期間がわずか二ヶ月半という少ない日数しかない。更に、この当時、収集し得た商標の管理に関する文献は皆無に近かった。それで、執筆できるか否か、かなり不安にかられていた」と書いています。そういうことでもあり、どうしようかなと思案していた所、石井先生はさすがに私の性格をよくご存じで、ほかの編集委員の先生全員の前で、「先ほど紋谷君に頼んだら、真っ赤な顔をして、べそをかいていた」というふうに言われたので、「では、やります」と言っていました。だったので。さあ大変、その日から二ヶ月間、生活を全部切り変えて、なんとか書き上げたわけです。

その当時、日本でマーク類の保護の本質は何かということですら書かれていない時代に、「顧客吸引力」、つまり顧客を引っ張る力を保護するのだということを初めて書きました。また、コールマン (Callmann) は、商標の機能を出所表示、品質保証、広告機能と言っていました。しかし、コールマンは商標はいわゆる「サイレント・セールスマン」だ、消費者が、それを使って、この商品が良いなと思ったら、消費者がそのマークをまた選んで買うのが広告機能だということだけを指摘していた。それにプラスして私は、経営学でいうプリ・セリング (pre-selling) の問題、前もってマークだけを宣伝すると、知らない者はマークだけにひかれて買う。一時、テレビで「ナショナルのインバー

「タ」を盛んに宣伝していたころ、私が秋葉原に蛍光灯スタンドを買いに行ったら、お年寄りの方が近くで、「インバータをください」と言うのです。その人たちに、「インバータってなんですか」と聞いたら、「テレビで宣伝しているでしょうが」で終わりなんです。そのような形で、マークだけを宣伝することによって、プリ・セリング、前もって購入の動機づけを完了するという意味で、これは宣伝機能もある。従って、私は「広告宣伝機能」という形でこれを発展させたのです。いま、いろいろな本を見ると、広告宣伝機能と書いてありますが、宣伝の意味をどういうふうに解釈しているのかなと思いついて見えております。

その後、「複数商標政策」と称しまして、景気が悪くなると、自分のとっておきのマークを使わないで別のマークを使って安く売る。景気がよくなると、またもとのとっておきのマークに戻して従来の高値で売る。これを企業は当然のこととしてやっています。そうでないと、自分の商標に傷がつくということになる。この複数商標政策を勉強して、日本で言っている商標商品の並行輸入、これは当然のこととして認めておりますけれども、なるほど、あれも商標に傷がつくような形になると、商標権の侵害の問題に発展するのではないか、というようなことも考えていたわけです。

この執筆は大変自分の勉強にもなりましたが、その後、かなり高い評価を得ることができまして、それから初めて学者の山登りを公認していただけるようになりました(笑)。というのは、当時、学者を志す者は山に登ったり、海に行ったり、大体、遊ぶ等というのは学者の端くれにも置けないという厳しい雰囲気だったのです。毎日、研究室に通っているというのが学者だった。良いか悪いか今はだいぶ、変ってきているようですね。私に関しては、「山に行けません」とか、「行ってきました」と、気楽にどこでも言えるようになった。ある学会のときに、ほかの教授が、

「先生はうらやましい。山に登ったなんて公然と言える。自分は山が好きだけと言えないのだ」という話をしていた。その頃から、私は、山の勉強のほうも人並み以上にやれるようになったわけです。

さき程、司会の小林先生が紹介されましたように、一九六七年の春、成蹊大学はその当時は政治経済学部しかなかったの、石井先生が法学部をつくられるということでの大学に赴任してこられた。「紋谷君、一緒に行かないか」と言われたので、では一緒に参りますと、成蹊大学に来たわけです。講師ではなくて、いきなり助教授という形で迎えられるまで、翌年、法学部ができました。そして、この大学に、初めて「工業所有権法」の講座を置いたのです。

それは、日本の大学のなかでも、文部省が初めて「工業所有権法」を講座として公式に認可したものでした。その後、著作権法も含めて、「無体財産権法」、その後、「知的財産権法」という形に名称は変わってきましたけれども、講義のタイトルこそ違え、とにかく、この分野をずっといままで研究して参りました。

この成蹊大学に赴任直後のころ、「日本特許協会」という団体がありまして、いまでは「日本知的財産協会」と名称を改めておりますが、そこで、「比較特許法の講義を、隔年おきでよいからやってくれ」と頼まれました。それならばと、アメリカ法、イギリス法、フランス法、ドイツ法という国々のほかに、私がちょうど研究室にいたころ、農学部の大学院でロシア語の講義がありまして、そちらのほうへも顔を出していたので、ロシア法も対象に入れて、おのの各国の沿革から始めて、権利主体、権利客体、手続き、権利内容、活用、侵害というような角度からの切り口で比較法をやりました。これがそれ以降、各知的財産権法の比較法的研究へと繋がる大きな原動力となっております。しかし、当時は農学部のロシア語の講義に出ていると、ロシア大使館から教えに来てくれていたので、年末には大使館でロシアのクリスマスパーティーへ招待してくれるのですね。私はそちらのほうが主目的だったものですから、あま

りロシア語はダメなのです。

更に、私の研究に大きな影響を与えたのは、当時西ドイツに在ったミュンヘンのマックス・プランク (Max-Planck) 研究所での研究生活です。ここは世界中から工業所有権法、著作権法、競争法、こういう分野の優秀な研究者が集まって研究しているところで、この分野では世界で唯一最高の研究機関です。その研究機関に一九七二年(昭和四七年) から二年一ヶ月間という長期にわたって日本から初めて招待されて行きました。一番影響を受けたのは、研究範囲の拡大です。日本では、工業所有権法だけ、特許法だけ、著作権法だけ、それだけでも知的財産権法の学者だという形を通りますが、ここでは範囲が極めて広いのです。全部にわたっている。工業所有権、著作権、いまでは植物品種の保護の種苗法、不正競業法、あらゆる分野にわたって研究をしている人たちが、沢山いるわけです。そのお蔭で、知的財産権法全部だけではなく、競業法、いわゆる独禁法までも含めて研究する一番いい境遇にあって、そういう刺激が、いま考えてみると、自分の研究に一番影響を及ぼしたという感じがしております。

そのころの思い出もいろいろあります。私がミュンヘンの空港に着いたとき、成蹊大学で教鞭をとられていた憲法の久保田きぬ子先生の姪御さんが空港に来てくれるというので、私は空港で待っていた。そのときに一番ショックだったのは、空港の人たちが男同士でも「Du」で話をしているのです。ドイツ語を勉強した人はわかると思いますが、「Du」で話すというのは親しい間だけです。親しくない「Sie (あなた)」と言うわけです。「Du」というのは、私の一番好きなの、「おい、おめえ」です。しかし、その当時、私は駒場のドイツ語の授業で、「Du」で話をするのは恋人同士だ」ということを習ってドイツへ行ったのです。さあ、男同士が「Du」でしょう(笑)。気味が悪いなあと思いました。その後、駒場で習った授業は、古いことがわかりまして、親しくなるとみんな、「おい、お

めえ」なんですよ。「Sie」なんかで話すなんていうのは考えられない。日本からのその後の留学生のほとんどは「あなた」で話していたようですが、親しさが全く違うのです。そういうことがわかりました。

研究所に行きましたら、当時所内唯一の家具付の迎賓室（三部屋）を私のために用意しておいてくれました。所長がバイヤー（F. K. Böier）教授という方で、まず私に、「君、何語で話すか？」と聞くのです。日本人は英語ぐらいしかしゃべれないということなのでしょうね。私はパッと思いついたドイツの古い諺を引用して、「Mit den Wölfen muß man heulen（狼と一緒にいたら一緒に吠える）」という諺がある。私は、かわいい小羊だけでも吠えたい」と言った。そうしたら、ペラペラペラとドイツ語が頭の上を通ってゆく、耳の中は通らないのです。これはなんとかしなければと思って、その後早速、ドイツ人のグループ旅行に参加したのです。そこでドイツ人と相部屋になって、朝から夜までずーっとドイツ語浸り。それで行ったところがエジプト、ユカタン半島のマヤ文化等々。そういう形でなんとか耳をならしました。

しばらくたって、バイヤー教授のご自宅に招待されました。「君、ドイツで何をやりたいか」と聞かれたので、「二番目が山で、三番目が旅行だ」と答えました。正直でしょう。「二番目は何だ」と聞かれるので、「日本人は当たり前えのことは言わないのです」と答えました。だって、研究所へ来たわけでしょう。研究所の費用で招待されたのに研究しないはずはないのですから。そうしたら「君、その当たり前のところに、アルコールを飲むのを習え」と言われた。私はいまだに一滴も飲めないのですよ。ですから、結局、ドイツで一番重要なことはしてこなかった（笑）ということになるのかなと思うのです。その翌日、バイヤー教授が、山の案内本を持ってきてくれました、ヨーロッパ、あるいはドイツのバイリッシュ・アルペン等の案内本等、結構楽しみました。ドイツの雰囲気ですと、学者

は山に登ってはいけないということはなさそうなので、だいぶ山の勉強もしました。

その後、バイヤー教授の前の研究所所長であるオイゲン・ウルマー (Eugen Ulmer) 教授、著作権法の世界の權威ですけども、この方の古稀論文を出すというお触れが出たのです。では、ひとつ私も書いてみようと思って、とりあげたのが、ちょうど日本で研究していた実用新案法。これはドイツ法を継受して、日本の国情にマッチする形に修正して立法したわけですので、論文は、その間の具体的事情を分析して批判的に書いたものです。そうしたら、ウルマー教授が、早速、私に感謝状を送ってくれまして、国際的にかなり高い評価を得たということ、その後、途上国で実用新案法を制定した国が三〇ヶ国以上あるのですが、そのような影響も出たのです。これには嬉しかった。尤も、私が書いた最初の論文をドイツの友人に見てもらったら、「お前の文章は実に格調が高い。ゲーテやシラーの時代の文章だ」と冷やかされ、駒場で習ったドイツ語の文章を全部変えて口語調の短い文章に急遽書き直したことも、今は楽しい思い出の一つです。

また、今日来られている方々の中には、独占禁止法や競争法に携わっている方もおられると思います。この分野の世界的權威であるフィケンチャー (W. Fikentscher) 教授、その後も世界のあちこちで講演しておられますけれども、山の関係で特に親しくなりました。彼が家族で山へ行かれるときには、ほとんど私のところに連絡してきて、「一緒に行かないか」というので、よく出かけておりました。山と言ってもハイキング程度で、いわゆるドイツ語で言う「wandern」です。その頃、フィケンチャー教授が、「僕は日本人でドイツ語を完璧にしゃべる人を二人知っている。一人は君で、一人は慶應大学の正田 (彬) 教授だ」と話されていました。帰国してから正田先生にそのことをお伝えしたら、「じゃあ、君のドイツ語も大したことないね」と言われました(笑)。正田先生はそもそもドイツで生

れ育った方ですから、それは完璧でしょう。私は上州弁のドイツ語ですから。

特に、この研究所で私が一番得たものは何かというところ、世界各国から来ている研究員の方々と、随分議論して親しくなった事です。あるときは、抹茶も点てた。私はお点前なんて、正直言って習ってはいない。昔、学生時代に京都に悪友がいて、旅行中にその下宿に居候していたら、下宿のおば様がお茶の師匠で、裏流だったかな、毎晩、抹茶を教えて下さるのです。こちらは、早く寝たいから布団を先に敷いておいても、布団を折られて、毎晩、抹茶を習わさせられた。そこでそれなりに覚えたものですから、ドイツで、研究室の連中を呼んで抹茶を点てたわけです。向こうの部屋は大体、下は絨毯でしょう。彼らをみんなそこに正座させて、私一人あぐらをかいて、「日本のお茶の流派は三つある。表流と裏流と自己流だ。しかし、今、自己流はこのミュンヘンに来ているので、日本には二つの流派しかない。」と(笑)。たまたま東京から羊羹を送ってもらってあったので、羊羹を抹茶と一緒に食べたり飲んだりさせたいのです。そうしたら、私の直後に留学された方が、都立大学の私より年配の教授で、商号の研究をされていた方でした。その方の奥様がお茶の名取りで、私の帰国した後にお茶会をやってしまったのです。早速、私のところに悪友から電話がかかってくる、「プロフェッサーの抹茶のほうがうまかった」と。そりゃそうです。抹茶というのは先に羊羹を食べて、しばらく抹茶が来るのを待っているでしょう。私は一緒にさせたのだから、これはうまいに決まっています。あの抹茶ばかりは、初めて飲む人にとってはうまいはずがないのだから(笑)。

こうして、皆さんと親しくなると、研究室にいる友人から、一時帰国するから自分の国へ一緒に来ないかとよく誘われもしました。ある日、デンマークに招待されたときに、私はピクニックという言葉を知らなかったのですが、「あしたピクニックしよう」と言うから、どこかへ出かけるのか、ナップサックに何を入れて用意しようかと思っ

いたら、自分の家の庭にテーブルを出して、ご飯を食べるのをピクニックと言うのですね。私の小学校のころ、ピクニックというのは遠足だったからね。山の友達とは、バイリッシュ・アルペンだとか、スイス、オーストリア、あちこちの山々に行きました。そんなことで、帰国後も、国際会議に行くと、必ず親友の誰かに会うのです。お互いに援護射撃をしたりね。また、そればかりではなくて、EUで法律の草案をつくるというと、私のところに、「直してくれ」とそのまま送ってくる。自分の国へ戻って法律草案をつくっても、「手を入れてくれ」というのが来る。これは山の友達ならではです。一切、秘密が保てるから。そのようなことで、いまだに悪友がいっぱいできているというのは私の大きな財産だと思っています。

帰国が近づいた頃、所長のバイヤー教授が、「もうちょっといられないか？」と言うので、大学に連絡をとってみたら、日本の大学は、カネは出さないけれど口は出すのです（笑）。「帰って来い」と。別れるときにバイヤー所長から「君ぐらい議論で、Nein (No)」を言った人はいない」と言われました。日本人はあまり「No」を言わないのですね。私は自分の見解と違うと「Nein」と言って、相手を徹底的にやつけるような議論をやっていたので、「君のお爺さんはもしかしたらドイツ人ではないか。紋谷とメイヤー (Mayer) は同じではないか」と言うのです。ドイツ人のメイヤーというのは、日本で言う田中、佐藤のたぐいの名字です。それこそ「Nein」と言ってやりました（笑）。そうしたら、面白い本をお土産に持ってきてくれました。表紙を見てみたら Ludwig Thoma の『Lausbubengeschichten (わんぱく小僧物語)』と書いてある。さっそく「これはあなたの自伝ですか？」とバイヤー教授に言いました。そうしたら、「とんでもない、君のことが書いてある」と言う。開いて見たら、「シュンヘン時代の思い出に」と記して署名されている。しかし、頁をめくって見ると、「主人公はプロイセンからやって来た」と書いてある。バイヤー

教授はベルリン生まれなのです。「ほら、あなたのことが書いてある」と言ってお互い大笑しました。そのようなこともあって、どうしても帰らなければならぬということになったとき、「いつ来ても奨学金は出す。もちろん今回の帰りの費用も全部支給する」というので、私は「ネパールに恋人がいるのだけれど」と言ったら、「恋人とのおデートのお金も出す」と言う。それで私はネパールに寄って、ヒマラヤの山々とおデートして東京に帰国したのです(笑)。その後も私の名札は研究所の入口に一〇年ぐらいは残されていたようです。

帰国後は皆さんご存じのように、工業所有権法、著作権法、あるいは種苗法等々の審議会の委員をしたり、国立国会図書館の納本制度審議会の委員等もしました。こういった立法の関係、あるいはWIPO(世界的所有権機関)の国際会議等に招待されたり、あとはUPOV(植物新品種保護国際同盟)の関係であちこちに飛びまわっていて、この間数えたら、コインの種類が六〇幾つかありました。外国へ出張したときにはその国のコインを持って帰るのが趣味なので、今迄大体六〇何ヶ国か、遊びも含めて、あちこち飛びまわっていたことになりました。

帰ってきてから、集中講義等で、北は北海道から南は九州まで、全国を飛び回りました。集中講義というと、国立大学では朝から夜までではなくて、楽にして下さるうと、一日に二時間ずつぐらいで一週間も続くのです。これがたまらない。私は、朝から夜まで全部続けてやりますからと言って、三日ぐらいに縮める。そうすると、終わった後に山に行ける。ところが東北大に行った折、仙台の駅のロッカーに山の道具を隠しておいた。三日間の集中講義を終えて、さて、山に行こうと思ったら、皆さんもご存知のあの著名な商法の服部栄三東北大学教授が駅の中まで送りに来られた。これには参ってしまった。ロッカーから山の道具が出せない。仕方がないから汽車に乗って、一駅来て、ま

た戻って、山の道具を出して登山して帰省した。しかし、さすがに気づいていらしたみたいで、その次に集中講義で行ったときに、「紋谷君、山の道具は僕の家に置いてよいな」って言われた。バレたかと思いましたよ(笑)。

その後、バイヤー教授が日本に来られた頃、ちょうど日本では通産省の肝入りで知的財産研究所がつけられていた。バイヤー教授は、「あれは御用学者の集まりだ、世界では通用しないよ」と言われ、「Max-Planckの学者は政府と反対の見解も堂々と機関誌(GRRU)に載せる。これが国際的な学者なのだ」ということを盛んに言われていました。私は、なるほど、それならやめてしまおうと思い、知的財産研究所のほうは、一回出席しただけで、お断りし、ずっと中立。言いたいことをいまだになんでも言っています。そんなこともありまして『Who's Who in the World(世界著名人名事典)』には日本では私の名前だけが知的財産権法の学者として載っている。これもウルマー教授もさることながら、バイヤー教授のお蔭かなと思っております。

その他、ご存知の方もおられると思いますが、独禁法の有賀美智子先生。公正取引委員会の委員もされ、その後、研究所をつくられた先生ですが、この先生とも面白い思い出が沢山あります。UNCTAD(国連貿易開発会議)の会議によく御一緒したのですが、あるときバグダッドに行った折、この国の国際会議では三時間ぐらい昼休みがあるのです。「紋谷さん、遺跡を見て回ろう」というので、タクシーに乗った。有賀先生はものすごく流暢な英語で運転手に行き先をいくつか話されたのです。しかし、タクシーの運転手の返事は「アラアラフー」です。何を言っているかわからない。早速、私は地図を出して、ここと、ここと、ここと言ったら、「オーケー」と。料金については、紙とボールペンを渡して金額を書いてもらったけれど、高そうな感じがしたから、私は二重線で消して半額にして、「オーケー?」と聞いたら、「オーケー」と言いました(笑)。その後、「先生、英語以外の言葉の国へ行ったら、私に

みんな任せてくれ」と、気楽なことを言っていました。実は皆さん、外国に行って英語が話せないからどうだとか、これは一番考える必要がないことです。一番語学ができない国民はアメリカ人です。アメリカ語しかできない。国際的な場に出ていったときに重要なのは言葉の問題ではない。「中身」なのです。何を言うかということが一番重要です。そういうことも、種々の国際会議の場で習得した一つです。

更に、吉藤幸朔先生、特許法を勉強した方々はご存じだと思いますが、特許庁の技監で、その後いろいろと特許法関係の本を書かれていた方。この方には、昔、論文の資料を集めるときにいろいろとお世話になっただけではなくて、弁理士の試験委員も一緒にいました。「シボリヤ(絞谷)」はそのときにつけられた私のペンネームです。私は、面接試験にストレートで来た人に、受かってまだまだ勉強してほしいという思いで、とてもよくできた人にはわざと難しい問題をいろいろ質問していました。それによって落とされた人は一人もいません。しかし、「絞ってばかりい」と言うので、「シボリヤ先生」という名前がついてしまいました。最近、弁理士試験の受験生の学生が、どこかのゼミに行ったら、「シボリヤ先生の名前がまだ出ていました」なんて報告にきましたが、絞って落としたことはありません。尤も、絞るのは好きだけどね(笑)。それは勉強との関係です。

II 職務上の創作に関する一考察

はじめに

いよいよ次は、「シボリヤ」のほうで、今日の講義に入っていきたいと思えます。今日の講義中はあまり絞っていると時間ありませんが、職務上の創作についてお話ししたいと思います。日本では、特許法だけ、商標法だけ、種

苗法だけ、あるいは著作権法だけを知っていれば実務に役に立つと誤解をしている人が多い。しかし、国際的にも社会的にもそうではないという意味で、このテーマを選びました。

具体的に考えてみましょう。特許権を取りうる発明をした。出願するに当って明細書や図面を書く。これは著作物の問題でしょう。WIPPOの国際会議では、明細書、図面は著作物性があるということはPCT（特許協力条約）をつくるときに確認されています。この点に関して日本では、誰が書いても殆んど同じではないかという人もいます。しかし、小学校一年生の算数の教科書は誰がつくっても似たようなものでしょう。でも、著作権は発生するのです。明細書や図面にも著作権があるということを考えてみると、企業は特許権の取得ばかり夢中になって、著作権は全然気にしていない。そのところをきちっと処理しておかないとならないということになりますね。

次に、コンピュータ・プログラムは、いまでは著作権法でも、また技術的なものは特許法でも保護されています。一つのものが二つの法律で保護される。建築や模型の著作物も同様です。そればかりではない。創作物が発展的につくられる場合、例えばコンピュータ・プログラムを作成するとき、初めにフローチャートをつくる。これは著作権法で保護される。それに基づいてプログラムができると、これは特許法と著作権法で保護される。最後にマニュアルをつくると今度はそれは著作権法で保護されます。また、半導体をつくるときには初めに電気配線図を書く。これは著作物です。次に、半導体チップのレイアウトを考える。これは「半導体集積回路の回路配置に関する法律」というのがあって、それで保護されます。それに基づいて半導体ができれば、今度は特許法で保護される。このようにみると、社会では知的財産権法の一つだけを勉強していても通用しない時代だという事が解ると思います。

また最近、食糧事情との関係で植物の新品種の問題が脚光を浴びている。実は今日の講演のテーマに最初はこの

種苗法を考えたのです。皆さん、「コシヒカリ」を食べたことがありますか？ ないでしょう。「コシヒカリ」はいもち病に弱いので、つくり難い。「コシヒカリB₁L」という品種が売られている。このような植物品種には、育成者権が認められ、種苗法で保護されています。その生産方法は特許法で保護されている。最近、官庁の縄張り意識のせいか、植物品種自体を特許庁でも保護しだした。農林水産省と特許庁で奪い合いというような状態です。

このような例をみると、同一の創作物が別々の法律の下で、別々の要件で保護されている。また、半導体の例のように、相互発展的関係にある創作物も、それぞれ異なる法律で異なる要件の下で保護されている。従って、各々の権利者も各々の法律によって異ってくる可能性が生じています。特に、創作をした者が企業の従業者であって、しかも従業者が使用者に対する職務として創作した場合、これを「職務上の創作」と称しますが、これも各法律によりその要件や範囲が異っていて、かつその権利の帰属関係も異っております。これらをどのように解決し、かつ一体的に捉えることができるか。その点を考慮して、本日はまず一番目に「職務上の創作」全部にわたる問題を選びました。

(一) 職務上の創作

皆さん、本日のレジュメの(1)の「職務上の創作」の表を見て下さい。一番左が職務上の創作の種類で、一番右がその権利の法律上の帰属です。そして、その間の①～④が各法律上の要件です。創作の対象は同一でも、今説明したように法律上は別々の評価を受け、又法律が異っているので職務上の創作の要件も各々異っていますね。

まず①の「法人等の発意」という列を見て下さい。これを要件にしているのは、職務著作と職務プログラムの著作権法だけです。法人等の従業者等が創作すること、②法人等と③従業者等というのは全部要件になっている。

④の職務上というのも全部要件になっている。しかし、その内容はちょっと違っている。特許法の場合には、現在、

職務上の創作に関する一考察

(1) 職務上の創作(特35,実11③、意16③、種苗8、著15、半導体5)

	㉑法人等の 発意	㉒法人等 (使用者等)	㉓従業 者等	㉔職務上	㉕業務 範囲	㉖法人等名 義公表	権利 帰属
職務発明 等	×	○	○	○ (現在・過去)	○	×	従業 者等
職務育成 品種	×	○	○	○	○	×	従業 者等
職務著作	○	○	○	○	×	○	法人 等
職務プロ グラムの 著作物	○	○	○	○	×	×	法人 等
職務回路 配置	×	○	○	○	×	×	法人 等

過去の職務に属すると書いてある。また、特許法と種苗法には
 ㉕業務範囲に属さなければならぬと書いてある。更に、著作
 権法では、職務プログラムは㉑の法人等の発意、職務著作は㉑
 の法人等の発意の他㉖の法人等名義で公表するものという要件
 がある。立法機関が別々だから、みんな、バラバラなのです。
 更に、このような職務上の創作に係る権利は誰に帰属するか。
 一番右に、職務発明等、職務育成品種は従業者等が権利を持つ。
 それ以外のものは初めから法人等に権利が帰属するということ
 になっている。「職務上の創作」と認める要件が各法律によっ
 て異なっていて、しかも権利主体が違っていたら、どうなるか。
 社会は動きませんね。そのようなことを考えて、どのようにこ
 れらを考えていったらよいかという事を取り上げたのが本日の
 第一点です。

まず、権利の帰属に関しては、著作権法や工業所有権法を習っ
 ている人は知っていると思います。職務著作や職務プログラム
 は「著作者は法人等とする」と書いてある。職務回路配置も法
 人等を「創作した者とする」と書いてある。法人等が作った

ものでありますとは書いていない。法人等「とする」というのは法人等と擬制しますという意味です。それを日本では、法人が著作物等を作るのか等という議論もあるけれども、あくまでも著作者、創作者は法人と擬制されているということ。他方、特許法では、職務上発明すると、特許を受ける権利は、日本では発明者に属します。しかし、使用者たる会社はその権利を承継しうる権限が認められている。職務育成品種の場合もこれと同じです。従って、職務上の創作全てにわたってその権利を法人等ないし使用者等に集中することは容易です。

しかし、職務上の創作に関する要件について、これらをどのように解釈したら一体的解釈ができるかということが困難な問題です。まず簡単なほうから見てゆくと、⑤の「法人等(使用者等)」という要件がある。この主体要件はほとんど同じです。違うのは、著作権法の職務著作、職務プログラムにおいては、「法人格なき社団・財団で、代表者・管理人の定めがあるもの」も、この法人の概念に含まれているのです。これが具体的にどういうものかはご存じですね。民法や民訴法で「法人格なき社団・財団で代表者・管理人の定めのあるもの」というのは習いましたね。例えば皆さんが山岳部をつくる。最初に同好者を集める。集めたら、規約をつくらうとって定款のようなものをつくる。代表者である部長や役員を決める。それを登記すれば法人となる。登記しないままだと、法人格なき社団ですよ。そういうのは世の中にざらにある。法律を知らない人は登記なんか考えていない。そういうものにも、職務著作、職務プログラムでは権利主体を認めています。だとしたら、工業所有権法でも、そういうものを法社会学的な意味で入れたらどうかという感じがするけれども、いまだ日本では、そんな気配はない。

⑥の「従業者等」の意味は全て同じです。重要なのは、従業者等を労働者と考えないでください。ドイツでは、職務発明には労働者しか含まない。ですから、この規定をめぐって弱者保護だとか労働者保護だという議論がある。し

かし、日本では、会社の理事や役員も、ここで言う従業者等という概念に含まれます。従って、日本の職務発明において、弱者保護だとか労働者保護ということ自体が、本質を間違っています。世界ではドイツぐらいですよ、労働者だけに限定しているのは。

では、従業者等の本質はどこにあるのか。嘱託、顧問、臨時工、社外工、出向社員、派遣労働者等はどういうふう考えたらよいのかという問題が出てくる。先ほどお話ししたアントン・メンガーの本、「従属的労働関係」に、指揮監督関係があれば、それは従業者概念に入ってくるといえることが書いてあります。これは随分参考になりました。日本の労働基準法、労働組合法等は、賃金をもらっている人でなければ労働者とは言わない。しかし、就労関係における本質は何かという点、指揮監督関係のもとに立てば従業者と言ってよい。ですから、そのように解すると、これは各法全部同じ意味に解釈される。最近の最高裁の判決も、指揮監督関係というものを中心に従業者等を見ています。そうすると、悪い者は何を考えるか？ 職務上の著作とするために、明細書を書くときに弁理士さんを指揮監督関係に置いたらどうか。まあ、そんなことを考えても面白い。法律というのは、よいことだけ考えていたら面白い。どこまでしたらできるかな、面白いな、これがないとだめです。

その次に、④の「職務上」とは何かという点、特許法だけが、現在または過去の職務を含んでいる。それ以外は職務。そうすると、特許法だけが職務上の創作の範囲を拡大している。これはちょっとどうかと思う。なるべくそろえてくれないと、同じものが別々の保護、別々の権利主体になってしまう。さき程お話しした法人等の概念と同じですね。しかし、よく見ると、まだ違いがある。職務発明や職務育成品種に関しては、発明するに至る過程が職務ならばよいということです。ですから、営業をしている人が営業に関する発明をした。発明に至る過程が、現在または過去

の職務である営業との関係であるという点、それも職務上の創作に含まれます。ところが、職務著作、職務プログラムや回路配置に関しては、それを創作すること自体が職務でなければならない。早い話が、職務著作、職務プログラム、職務回路配置というのは、「おまえ、これを創作しろ」と言われて、創作しなければ職務違反で首にすればよい。そういう関係に立っている職務が、職務著作、職務プログラム、職務回路配置です。具体的な規定によって違いが生じてくるということも理解してほしい。

次に、⑥の「業務範囲」という要件が上の特許権と育成者権の二つにはある。昔は業務を、会社の目的と関連して理解する見解もあった。しかし、会社の目的は何のためにあるのか。構成員の保護のためでしょう。これは民法、会社法を習った人は当然に解っていると思う。その構成員保護の考え方をここに持つてくる必要はまったくない。比較法的に見ても、職務発明等の規定の中に業務という要件を重畳的に要求している国はほとんどない。私は、業務は職務を全部足したものと解釈している。具体例を挙げよう。例えば、石炭採掘販売会社がある。石炭が何年後かに尽きる。そこにもし清水がわいていたら、ヌタウナギ（以前はメクラウナギと呼ばれていた）でも養殖して美容と健康のために販売しようと思ひ、石炭がなくなった後に備えて、ヌタウナギの養殖の研究のために私を雇ったとする。会社は、私の研究が成功しなければ潰れるのだから、ものすごく私を優遇すると思う。そして、研究が完成した後に、それは石炭の採掘販売という会社の目的と違うから、職務発明には入らないよというバカなことを言っただけか。会社の目的は、構成員保護のためであるということをお社法で習っていれば、職務上の創作に関しては、職務を全部足したものが業務だということのほうが、私的的確だと思う。最近では、「会社が現にしていること、または、しようとしてしていることを含む」という考え方もある。しかし、この考え方は新しい発明等が出てくると、それもしようとし

ていたのだと言って無限に広がってしまってしまふ。ですから、やはり職務を全部足したものがここで言う業務だといふふうを考えるのが良いと思う。このように業務範囲を解釈すると、さき程の④の「職務」に属していればよいので業務範囲の要件は不要となる上、要件が一つ減り、他の職務著作以下の要件と揃うこととなります。

その次に、著作権法の、職務著作、職務プログラムには⑤「法人等の発意」という要件がある。「成蹊大学の創立百年史をつくりましょう」ハイ、つくります。これは積極的な発意です。しかし、従業者は常に企業の発意で仕事をやっているのか。そうではないので、通説は「積極的発意の他、消極的発意を含む」といふふうに解しています。消極的発意というのは何か。従業員等が仕事をやっていて、上役が黙認していることです。職務外のことをやっているとしたら、これは上役が認めているはずがない。そうすると、上役が黙認する範囲は、職務上の仕事を行っている場合に限られてくる。従って、この法人等の発意は、④の「職務上」の要件に既に包含されていることになる。このように見てくると、「法人等の発意」の要件も減り、他の職務上の創作の要件と同じようになります。

あと、一つ残った要件が、①の「法人等名義の下に公表するもの」という要件です。これに関しては、「新潟鉄工事件」というのがありました。未だ、著作権法上一五條二項の職務プログラムの規定の無かった時代のものです。新潟鉄工に勤めている人がプログラムを沢山作成していた。でも、その会社を退職して別にプログラムの会社をつくって、昔つくったプログラムを持ち出してきて、これをコピーして返却した。プログラムというのは通常公表しないでしよう。これが業務上横領になるかどうかということが問題となった。このプログラムが会社のものだとすると、これは刑法の「自己の占有する他人のもの」として業務上横領罪が成立する。要は未公表のプログラムが会社のものかどうかという事が問題となった事件です。このケースでは、プログラムは公表していません。公表していなくても、

会社のものであるから、横領罪が成立するという判決が出された。どういう理論で認めたのかというと、現在、公表しているにもかかわらず、将来、「法人名義」で公表する可能性がある場合には、「公表するもの」に含まれるのだという解釈をしている。私は、そんな可能性で決める必要はないと思う。条文は「公表したもの」ではなく、「公表するもの」と規定している。従って、「法人名義で公表する性質があるもの」と解すればよいと思う。

実際に法人名義で公表したかどうか。或はその可能性で権利主体が変わってきたら大変です。元来、著作権はいつ発生するか。創作と同時にしよう。創作と同時に発生する権利に、その権利者が後で公表する名義によって、ちょっと変わってしまうことがありますか。創作と同時に著作権が発生したら、権利者は既にそこにいる筈です。そして、その権利者は、法人名義で公表する性質があるかどうかで、初めから決めていけばよい。条文も、「法人名義の下で公表するもの著作者」と規定しており、「現にしたもの」とは書いていない。大体、著作権は創作と同時に発生する。そのときに権利者がいなければおかし。後から名前がどうのこうので権利者が変わるといのもおかしいのです。そして、法人名義で公表する性質があるということをどう判断するか。「職務」でしょう。職務概念で決めればよい。そうすれば、職務上創作したものならば、それは法人名義で公表する性質があると解される。そうすると、この「法人名義の下に公表するもの」の要件も既に④の「職務上」の要件に含まれていることになる。このように解すればこの要件も減り、他の職務上の創作の要件と全く同じになります。

さて、やっと要件が揃いました。法人等（使用者等）、従業者等、職務上、この三つになる。そうすると、権利主体が表(1)の、下の三つの権利は法人等に帰属し、上の二つの権利は従業者等に帰属する。しかし従業者等に帰属しても、これらは既に説明したように、使用者等に権利は移転される。そうすると、権利を一カ所に集中することにな

ります。

日本では、各官庁が好き勝手にいろいろと立法しているので、現在のように一つの知的財産が各知的財産権法で重畳的保護を受けたり、或は半導体のように相互発展的關係にある知的財産が出現してくると、実際に仕事に携わっている人はたまったものではない。

要は、法律は既にあるけれども、制定の趣旨がどうのというのも重要ですが、それよりも、いかに現在の社会にマッチした形に解釈してやってくかが重要となる。外国では既にこの様な知的財産権法の全体的視野に立っての研究がなされており、またそれに精通した実務家もいる。しかし、日本ではこの様な角度からの研究は全くなされてはいないし、実務家も少い。要は、各知的財産権法を社会に実際に使えるようにするにはどう解すればよいのか。これが一番重要な考え方だと思う。そういう意味で、これを一番目に取り挙げました。

(二) 従業者発明（職務発明）制度の各国の比較

二番目に、(一)の「職務上の創作」のうち、「職務発明」について、各国の制度を比較検討してみようと思います。（権利又は権限とその帰属）

その前に、一般的に、発明をするどのような権利が認められているのかについてお話ししましょう。まず、発明をすると、発明者には「発明者人格権」というものが認められている。これは、特許証に発明者として掲載される権利で、日本では「発明者掲載権」とも呼んでいます。この権利は、工業所有権の代表的な条約であるパリ条約に規定されていますが、その性質は、国内法でこれに反する規定を設けてはいけない、発明者はその権利を放棄することができるという程度のもので解釈されています。従って、日本、アメリカ、イギリスでは特許証に発明者の氏名は、放

棄しない限り自動的に書かれることになっています。しかし、フランスでは、発明者は「名前を書くな」ということも言えるし、「書け」ということも言える人格権です。ドイツでも、「書くな」とさき程言ったけれども、「撤回するから書け」と言うこともできる。いわゆる完全な人格権として扱っている。これは著作権法で言う「氏名表示権」と似ている。ですから、この発明者掲載権を英語で「moral right」と呼んでいます。ところで著作者人格権も、英語で「moral right」と言いますね。copyrightとmoral right。英語では同じですね。「発明者人格権」。これは人格的な権利ですから、発明者に専属しています。

他方、発明をする時、これと同時に財産的には「特許を受ける権利」が発生します。このような権利を規定しているのはドイツです（Recht auf das Patent）。アメリカでは「ownership of invention」。イギリスでは「title of invention」、フランスでは「titre d'invention」です。それぞれの内容も多少違います。ところが、日本の法律書を見ると、どこどこの国における「特許を受ける権利は」等ということが書いてあるのがほとんどですね。ドイツ法や日本法でいう「特許を受ける権利に相応する権利又は権限」と言うべきでしょう。

さて、この権利又は権限は誰に帰属するのか。原則として発明者たる自然人です。ドイツ法及びそれを継受した日本法はそれを原則として来しました（発明者主義）。しかし、事実行為である発明をするのは自然人ですが、その成果である財産権の帰属を誰に認めるのかは法政策の問題であります。そして発明は企業の経済活動の一つと考えられている現在、その権利の帰属を使用者たる企業に認めている国が殆んどです。イギリス法、フランス法、その他にオランダ法等がそれで、これらの国の植民地であった国々が第二次大戦後独立して宗主国の法律を殆んど継受しているで、世界の大多数の国々がこの権利又は権限の帰属を使用者に認めています（使用者主義）。発明者主義を採用して

いたドイツですら、二〇〇九年に法改正をし、発明者たる自然人が発明した事を使用者に通知して四ヶ月経過するまでに使用者がそれを放棄しない限り、特許を受ける権利は自動的に使用者に移転することになりました。そうすると現在日本と同じような国は今ではアメリカだけ。発明者に権利ないし権限が属することになっています。しかし、アメリカでは後で説明するように、契約によって全部使用者たる会社がこの権限を取得できるようになっています。日本では、残念ながら、発明者が権利を持つのは当たり前という考え方しかなかったのです。しかし、理論的に考えてみると、誰が発明をしたかという問題と、誰にその権利ないし権限を認めたらよいかという問題は別ですね。

(職務発明の範囲)

では次に、この職務発明の範囲について、各国の相異をみてみましょう。(2)の「各国の従業者発明制度の比較」の表をみて下さい。従業者が行った発明中、◎印の部分が各国で職務発明とされているものです。A〜Fの分類は具体的対応においては重複する可能性もありますが、これはフランス法に倣って区分したものです。

Aは特定課題解決のための雇用、あるいは、雇用後にそのような職務に変更された場合。例えば、時間になったら自動的に電気が消えるような器具を開発するために雇用され、また、そのような職務に後から変更された場合。Bは研究・調査機関に雇われた場合で、特定の具体的な発明課題が与えられていない場合。従って、Aはこのモノを開発しろと指示されて、開発できなかったら職務違反ですから解雇されても仕方がないが、Bは研究だけしていれば、発明が開発できなくてもよいということになる。CはA、B以外で、職務遂行上発明がたまたま行われた場合です。さき程お話ししたように、営業をやっている人が営業に関する知識を利用して発明するに至った場合です。次にDは会社のノウハウや技術、資料等を用いて発明した場合。Eは、A、B、C、D以外でなされた発明で、それが企業の事

(2) 各国の従業者発明制度の比較

	従業者発明の種類	イギリス	フランス	ドイツ	アメリカ	日本
A	特定課題解決のための雇用、あるいは雇用後にそのような職務に変更された場合	◎	◎	◎	◎	◎
B	発明的職務（調査、研究）遂行上行われた場合	◎	◎	◎	◎	◎
C	A、B以外で職務遂行上行われた場合	(◎)	混	(◎)	◎	◎
D	使用者固有の知識、技術、経験、蓄積資料を用いて行われた場合	○	混	◎	◎	◎
E	使用者の業務活動の範囲の場合	○	混	○	◎	(◎)*
F	上記以外で従業者の雇用期間中に行われた場合	○	×	×	◎	×

◎=いわゆる職務発明 混=混合発明 ○=自由発明で使用者実施可 ×=自由発明
*業務を職務の総括的概念と解する限り◎となる。

業活動の範囲に属する場合。Fは趣味だけの問題です。私がA～E以外で、趣味として自宅で登山道具を開発するとか、ダイビングの用具を開発する。これらは私の勝手だが、そういうのを雇用期間中に行った場合です。このような場合に分けて各国毎にみてまいりましょう。

イギリスでは、AとBは、合理的に期待される範囲であったら職務発明です。Cは、従業者が総支配人のように、使用者に対して利益を増進する義務を負っている場合は職務発明だということになっていて、これらの権限は使用者に帰属する。それ以外の発明（D、E、F）は自由発明として従業者に帰属します。しかし、使用者はこれらの自由発明に対しても、イギリスでは無償の非独占的実施権を有する他、譲り受け、独占的实施権を得ることができるようなシステムになっています。

フランスでは、AとBは職務発明としてその権限は

使用者に属する。この点、イギリスと同じです。C、D、Eは「混合発明」という考え方を取り入れていますが。昔は発明者と使用者の「共同発明」となっていた。ところが、フランス法の共有はかなり複雑なのです。一例を言うと、皆さんと一緒に私が発明をした。共有ですね。皆さんの中の一人が実施してお金を儲けたとする。そのときは、実施しない人にもそのお金を分配しろという規定まである。そうすると、私は寝ていてもよいのですね。フランスの共有というのはちょっと複雑なのです。そこで現行法では、混合発明という概念を導入し、原則としてそれは発明者に属するようにしました。しかし、発明者に権限があるからといっても、そんなに強いものではない。フランスでは発明者は全ての発明に対して使用者たる会社に申告義務がありますが、混合発明の場合には、その申告から四ヶ月以内に使用者はその特許権の全部または一部を無条件あるいは条件付きでよこせと言えることになっています。ただし、AとE以外のFの自由発明に関してはそれは言えません。

では、ドイツはどうか。ドイツを語るときに一番注意しなければならないのは、ドイツの職務発明は、対象が労働者だけ。会社の役員等の発明は入らない。ですから、ドイツ法では、弱者保護だとか労働者保護ということも言われている。ところが、日本の最高裁の判決で、日本の職務発明を労働者保護だ等と言っているものもありますが、あれはまったくの間違いです。日本では会社の役員の発明も職務発明の範囲に属しますから。とにかく、職務発明に関しては、先にも説明したように、ドイツでは発明者主義をとっています。しかし、ドイツでもフランスと同様に、発明したら発明者は全部会社に自分の発明を申告・通知しなければいけない。職務発明の範囲は、職務より生じたA、B、Cおよび明らかに使用者の経験、活動に基づくDですが、これらに対して使用者は昔は、その後、四ヶ月以内によこせと請求したら自動的に使用者のものになった。しかし、今では二〇〇九年改正で、申告して四ヶ月以内に使用者が

それを放棄しない限り、自動的に使用者のものになる。こういう形で権利の帰属を使用者に認めている。そして、この表のEとFは一応、自由発明として、労働者個人のものとなっている。しかし、これらの自由発明についても、労働者は自分で実施する場合を除いて、労働法上の忠実義務からEに関してはその非独占的実施権の許諾をする旨使用者に申し出る義務があり、使用者はこの提供の申出後三ヶ月以内にこの実施権を相当の条件で取得できることになっています。

日本は、さき程説明したとおりです。

では、アメリカではどうかというと、全部に二重マルとなっている。契約自由の原則で、従業者のした発明は全部使用者が持っていける。我々がMax-Planck（マックス・プランク研究所）でよく話していたのは、「自由なのは人間のはずだ、契約ではない」と。君たち、民法で習いましたね。民法では、我々は皆平等の“人”でしょう。同じ能力のある“personne”です。ですから、こういうpersonneは、契約を結ぶことによって平等に活動できるというような考え方ですね。しかし、第二次大戦後、personneが“Mensch”になった。食べて生きていかなければならない“人間”となった。従って、労働法や借地法・借家法等の社会法ができた。国民経済の混乱を引き起こさないために経済法もできた。そのような状況下で、“人間”を前提としたときに、契約自由の原則をそのまま適用してよいのかという問題が出てきているわけです。しかし、アメリカでは、契約自由の原則で従業者の発明をみんな使用者が持つていってしまう。

法律上は、発明者は使用者に移転義務があるのはAだけです。しかし、契約によれば使用者は全部とれるのだから、契約しておけば区別する必要はない。また、判例上DとEに関しては、無償で使用者が実施できることになっている。

しかし、契約で全部権利を使用者が持つていく。私の発明した登山道具もダイビングのヒレもみんな持つていかれてしまう。ですから、各州の労働法では、実はFに関しては使用者は勝手に取ってはいけないという規定を置いている所もある。例を挙げると、カリフォルニア、デラウェア、イリノイ、ミネソタ、ワシントン、ネバダ州等です。そのような州では、少なくとも登山道具とダイビングのヒレは使用者は取ってはいけないというような規定を持っている。しかし、このような規定のない州では、全部契約自由の原則で、使用者に移転してしまふ。

さて、このようにみてくると、アメリカでは発明に対する権限 (ownership) の原始的帰属は、日本の特許を受ける権利のそれと全く同じく従業者等に認められています。しかし、日本では従業者等の一定の職務発明に限定して使用者は契約等で承継することができませんが、アメリカでは州の労働法に制限のない限り、従業者等の発明全てにわたって使用者は契約でその権限を取得できることになっています。

(対価)

そこで次に、使用者が従業者に支払うべき対価についてみてみましょう。まず、アメリカですが、二〇〇三年に調べたら、四〇〜五〇%の会社がゼロです。一銭も支払わない。コンピュータ関係会社とか大学関係はお金を出すが、他はほとんど支払っていない。ジュネラル・エレクトロニクスが四〇〇ドルから二五〇〇ドル程支払ったという記録を入手したので、これを後でアメリカの山の友人に調べてもらったら、「あれは発明者が明細書を書くのを手伝ったからで、発明の対価ではない」と。そこで、ここではイーストマンコダックの例を挙げて、お話ししましょう。発明をすると、まず、「偉いね」と盾を幾つか渡す。それがある程度になると、今度は社長が食事会に家族を招待する。これが一番の名誉なのだそうです。それ以上に発明をすると、発明者殿堂に写真を飾ってくれる。それ以上貢献すると、

クリスタルで人形をつくってくれる。それで退職するときには、それを自分の家に持って帰って飾れる。それだけ。金銭は一セントも支給されない。しかし、地位の昇進等はありません。これがアメリカの実態です。発明者主義の下で、そういう状態です。

ただ、アメリカに出願する会社は注意してください。職務発明だから、契約で発明者から ownership of invention を譲り受ける。しかし、アメリカ法は「出願人は発明者でなければならぬ」と規定している。ですから、職務発明とは関係なく、私がアメリカで発明したらどうするか。日本の会社が来たら、まず、ownership of invention を売って対価を取得する。しばらくたって会社は出願してだめだと言われて、私に出願してくれと頼みに来る。そのとき私は、出願してやるから、その対価をよこせという(笑)。これは、ひっかからないようにという例です。

次に、イギリスほどの程度お金を払うのかという点、通常は職人組合と使用者の約束があれば、それに従うことになる。そうでなければ、「職務発明で特別顕著なる利益 (outstanding benefit) が生じたときに払う」と規定している。このイギリス法ができたのが一九七七年。一九七八年から施行されているので、判例があるかとトレースしていたら、やっと一つ見つけた。二〇〇九年に一つだけ。医薬品の発明について総利益の三%を支給している。ですから、outstanding benefit とは、よほど outstanding でないと認められない。そういう感じがしています。

では、フランスはどうかというと、フランスの職務発明では、通常その人が受け取っている年間賃金を基準とするボーナス相当額が支給される。皆さん、自分の懐を考えてみればわかりますね。どのぐらいボーナスをもらえるか。それがフランスで支払われる対価です。

日本の特許法は、相当な対価を受ける権利を有すると書いてある。裁判官や学者の方々との研究会の場で、「それ

相当ですよね」と言ったら、「いや、正当です」と。正当な対価を支払う。だからこそ、日本の職務発明に対してはすごい金額が支払われているのは知っているでしょう。例の青色ダイオード、六〇四億円、第二審で六億円になった。味の素の事件が一億九千……約二億円が支払われている。正当な対価と間違えている。条文は「相当の対価」ですね。日本だけが世界に突出してものすごく高い。ドイツでは、九五%以上が年額、平均二〇〇〇〜二五〇〇ユーロだけです。そういう情報が全く日本には入ってこないのかな。日本の学者は外国に友達がいらないのだな。この前、この対価のことを外国の友人達と話したときに、「日本にうっかり研究所を設けられない」と言うのです。日本だとよほどの金を支払わなければならないから。私は、「研究所を設ける必要はない。研究者となって来ればよいのだよ」と言った。研究者になれば沢山金がもらえる。国際的には日本はそういう位置づけになっている。

私は教科書に、「相当な対価」というのは、それ相当でよいのだと書きました。特定の発明をしなさいと言われた者がそれができなければ、首にすればよい。職務著作と同じように。それなりに職務給が出ていれば、そのような人は発明しても特別にお金を払うことはない。それが研究しなさいとなると、研究一般ですから、特別な発明に発展した場合には、それなりの対価を支払う。次に、営業しなさいと言われた人が営業との関係で発明した場合、これも職務発明となる。この場合に営業に対する職務給を出していても、発明に対してはかなりな金額を出すべきだと。そのような形で考えていかなければいけないのではないかと、教科書に書きました。一律ではない。

日本は国際的なセンスがない。競争力がいずれはなくなりません。今日は時間がないのもう少し具体的な話もしたかったのですが。あと一つ、この対価に関する紛争について簡単にお話ししましょう。フランスやドイツでは、対価の額に関して争いがあると、調停委員会や仲裁委員会というのがあつた。フランスでは、裁判官と従業者・使用者が同

じ数出てきて、調停で対価の額を判断する。それが不満だったら裁判所へ。ドイツでも同じように、裁判官と特許庁の役人二人の仲裁委員会で決める。ところが、ドイツでは仲裁委員会に不服を申し立てられるのは従業員等は在職中であって、会社を辞めた人はそこへは持って行けない。裁判所へ直接行く。裁判所でも、支払うべき対価の額を計算する。しかし、ドイツの裁判所は支払われた金額が認定した金額の半分以上であれば、一切支払を認めない。そこでは会社の主体性が考えられているわけです。

日本も会社の判断に主体性を持たせることも必要であると同時に、要は、今日、誰が発明しているのか、それを考える必要があると思う。いまの資本主義的競争体制の下において、会社は自己存続のために発明活動をせざるを得ない。そういうことを考えると、職務発明の位置づけがだいぶ変わってくる。ですから、さき程言った「誰が発明したか」ということと、「誰に特許を受ける権利ないし権限を認めるか」は別の問題であり、世界はそういう方向に向かっている。日本だけがとどまっている感じがする。そういう現状だということを認識することも必要だと思う。こういうのはむしろ学者が認識しなければいけないのですけれども、比較法的な研究をしている学者が、残念ながら日本には少ない。君たちは実務の上でもそういうことを主張してやっていくとよいかと思う。今日は時間も過ぎてしまったので、このくらいにしましょうか。

皆さん、法律を学ぶのだから、社会へ出たら、法的な見方をすると同時に、不合理な点はどんどん新しく考えていく。要するに、大学というのは基本的な考え方を学べるところだから、社会に出たら自分でそれを敷衍して更にとんどん発展させていくのが、一番重要なことだと思う。あと、いままでゼミに出ていた人は十分にわかると思うけ

れども、能力と体力というのは社会へ出ると同じです。体は十分に強くしておかないと、正直言って悲劇です。第一遊べないぞ（笑）。こんなことを講義で言っただけいけないけれども、そういう問題もあることを指摘して、最終講義として締めくくりにさせていただきたいと思います。どうもご清聴ご苦労さまでした。