

寄稿



法の支配とその実現の一例

第一東京弁護士会会員

升永 英俊

Masunaga, Hirotoshi

第一部 法の支配

第二部 職務発明制度

第一部で法の支配の問題を論じ、第二部で法の支配が及んだ一例として、職務発明について論ずる。

第一部 法の支配

1 相対的な正義

たった一人の人間が数学上の真理を発見したとしよう。その一人は、論理でもって、地

球上に存在したすべての他人を説得することができる。ところが、法律では、〇〇説というように、一つの説が他の説を説得することはできない。論理で勝負がつかないことが、筆者にとって、法律学が魅力のない理由であった。筆者は、数学に対する劣等感を引きずっていた。

五年前のある日、突然、頭上の霧が晴れ、紺碧の空が広がった。筆者は、「人間にとって、もう一つ大切なことがある。それは、正義である」と思った。筆者にとって、正義という言葉は、とても青臭く、それまで、人前

ではとても言えない言葉であった。しかし、その時、正義が、人間にとって数学の論理性と並んで、大切であると思った。

人間の営みの中には、数学的な処理、論理性の貫徹のみでは、解決できないことがある。その場で機能しなければならぬのが、正義である。

正義には、二つの意味がある。絶対的な正義と相対的な正義である。正義の概念を絶対的な正義の意味にとらえてしまうと、正義の意味をめぐっての論争は、解のない世界に迷い込んでしまう。キリスト教が正義なのか、

イスラム教が正義なのか、イラク戦争が正義なのか、第二次世界大戦が正義だったのか、等々と。これらの問題は、余りにも複雑で、立場によって意見が分かれる。これらの問題につき、全員が正義の意味を共有することは不可能である。

裁判で争われる正義は、単純である。それは、原告の主張する正義と被告の主張する正義とを比べて、どちらがより正義かという、相対的な正義である。

裁判で問われる正義は三つに絞ってよからう。

一つは、「自分が得をして相手が損をするような出来事について嘘をつかないこと」と「これらについて嘘をつくこと」の双方を比べて、どちらが相対的に正義かという問題である。相手を敗訴させようとの目的を持って、法廷で嘘をつくことは、不正義である。

二つは、対等な関係にある両当事者が任意に契約を締結したのであれば、当事者がその契約を守らないことは、不正義である。約三五〇年前のイギリスの哲学者・トーマス・ホブズは、『リヴァイアサン』（一六五二）という書物の中で、「正義とは契約を守ることである」と言い切っている。

三つは、違法な行為をすることと適法な行為をすることを比べれば、違法な行為は、不正義である。

正義とは何ぞやという議論を始めると、一〇〇人には一〇〇人の正義がある、という議論が出てこよう。しかしながら、裁判で争われる、法律家の踏ん張りどころの相対的な正義は、この三つに限定すべきであろう。裁判上の正義の概念を広げてしまうと、結局は説得力を欠いてしまう。

2 裁判所による法の創造

裁判をどうとらえるかということについて、二つの考え方がある。一つは、裁判所は、真実を発見し、法令を正義と憲法に基づいて解釈して、真実にこれを適用して正義を実現する場であるという考え方である。他の一つは、裁判所は、原告の利益と被告の利益を考量することによって当事者間の利害を調整する場であるという考え方である。裁判では、白か黒かという決着の仕方が、争いの解決方法として、常に最良であるというわけではない。グレーの決着、すなわち、和解が、白か黒かの決着より、両当事者にとって納得のいく解

決方法である場合が多々ある。しかし、すべてがグレーの解決でいいのかというと、そうではない。

裁判所は、法を創造するという機能を持っている。訴訟が、すべて和解によって解決され、紛争の内容も公開されないということになると、裁判所は、ルールメーカーとして、機能しないことになる。裁判所が法を創造するという重大な使命に直面したときは、裁判所は、判決を下すべきである。裁判例が、一つの裁判所だけではなく、最高裁により支持され、又は他の多くの裁判例によっても一貫して肯認されるとなると、その裁判例は、判例として固まっていくことになる。判例によってルールが創造されることは、積極的に認められるべきである。

一五八八年、アングロサクソンの国・イギリスは、スペインの無敵艦隊をドーバー海峡で破った。英国は、この海戦以来、第一次世界大戦前まで、海軍力ナンバーワンの地位を、他国と並んだことはあっても、他国に譲っていない。そして英国の判例法を承継しているアメリカも、やはりアングロサクソンの国である。アメリカも、第一次世界大戦直前以降

現在まで、軍事力ナンバーワンの地位を、他国に譲っていない。

英国は、インドのムガル帝国に勝利し、アヘン戦争で中国を屈服させた。アメリカは、ドイツ、イタリア、ソ連に勝利している。日本も、第二次世界大戦でアメリカに敗れた。フランスも、第二次世界大戦でアメリカに解放された。

それでは、アングロサクソンとそれ以外の国とは、何が違うのか。アングロサクソンは、芸術、文学、科学の分野で、歴史上の人物を輩出している。アイザック・ニュートンもイギリス人であるし、シェイクスピアもイギリス人である。しかし、ドストエフスキも、モーツァルトも、レオナルド・ダ・ヴィンチも、ガリレオも、アングロサクソンではない。決して、アングロサクソンだけが、芸術、文学、科学の分野で飛び抜けているわけではない。

又、国土の広さ、資源の大きさだけでは、アメリカが軍事力ナンバーワンである理由を説明し切れない。旧ソ連邦は、国土の広さ、資源の大きさの点では、アメリカに決して劣っていないかった。それでも、旧ソ連邦は、アメ

リカに優越することはできなかった。

それでは、何故にアングロサクソンが過去四百有余年にわたって、軍事力ナンバーワンの地位を、他国に譲っていないのか、その理由が問われる。

アングロサクソンが司法国家であり、それ以外の国が行政国家であるということが、その理由であろう。中国、ソ連、ドイツ、フランス、日本は、すべて、行政国家である。行政国家では、基本的には、国民にとってルールが必ずしも明らかとは言えない。行政指導が大きな役割を果たしている。バブル崩壊前の金融行政は、行政指導が主役であった。そこでは、必ずしもルールが、はっきりしていなかった。役所が行政指導すると、国民、企業は、それに従った。国民、企業は、法律上の議論を組み立てて、裁判で国と争うということをしなかった。行政府が事前規制をするので、国民、企業間に競争が起こらない。行政指導によって、業界の中に落伍者を出さないということは、一番効率の悪い企業が市場から退場しないことを意味する。結局、効率の悪い企業の基準が、業界基準となってしまう。競争のない産業は、競争のある産業と比

べると、競争力で劣る。

司法国家では、事前規制ではなく、事後規制である。ルールは、法令と判例によって、国民に明らかにされる。国民は、自己責任をもって、自らの行為がルールに違反しているか否か、判断して行動する。企業は、行政指導を受けないで、競争する。司法国家・アングロサクソン、すなわち、イギリス、アメリカの四〇〇年の歴史と行政国家の四〇〇年の歴史が、司法国家の効率性と行政国家の非効率性を証明している、と言えよう。

3 国民の裁判に対する尊敬

判決を尊敬するという国民のコンセンサスがなければ、司法国家は、成り立たない。どうすれば、国民が、裁判所が裁判例を積み上げて作ったルールを尊敬し、受け入れるのであろうか。

裁判所が、法廷で真実を発見し、真実に対して、正義に基づいて法律を解釈して得た法を適用して、判決を下すことによって、国民は、初めて、裁判所を尊敬する根拠を持つことになる。裁判所に行けば、法廷で真実が発見され、正義が実現されるという国民の直

感が、国民が裁判所を尊敬するに至り得る鍵であろう。

嘘、すなわち、不真実に対して正義の法を適用すれば、一〇〇%不正義が起こる。それは、裁判の否定であり、法の支配の否定である。判決文の中に、「〇〇の証言は措信し難い」という文章が記述されていることは、決してまれなことではない。「〇〇の証言は、措信し難い」との記述は、「〇〇の証言は、信用できない」と同義であるから、数多くの判決文の中で、「〇〇の証言は、措信し難い」と指摘された多くの証言の一部は、証人が故意に嘘の証言をしている可能性がある。しかしながら、昭和二〇年〜平成一〇年代の間に、刑事事件につき、偽証罪に問われて服役した者の数は、合計で一桁でしかない。偽証は、多くの場合、刑事責任・民事責任を問われず、放置されている。その理由は、日本がデポジション制度（徹底した証拠開示制度）を採用していないため、偽証の立証が困難なためであろう。

アメリカのデポジション制度については、費用が膨大になりすぎるとの批判がある。日本は、不当に費用が大きくなるようなデ

ポジション制度を創るべきであろう。

4 裁判にとつての真実発見の重要度

ある米国新聞の記事は、紙面の写真の男性は、服役していたジャーナリスト、隣の女性は、その夫人、周りで祝福している多くの人々は、ジャーナリスト仲間、写真の場所は、刑務所の門の前であると報じていた。同記事によれば、裁判所は、取材源の秘匿を理由に証言を拒否したジャーナリストに対し、証言拒否の法廷侮辱罪を適用し、実刑を命じた。ジャーナリストが刑期を終えて出所したので、夫人、同僚が出所祝いをしている、とのことである。裁判所は、真実に対し法を適用し、正義を実現するために、ジャーナリストに対し、証言を求めた。しかしながら、ジャーナリストは、真実を報道して民主主義を実現するために、取材源を秘匿した。裁判官は、万感の思いをもって、法廷で真実が開示され正義を実現するために、ジャーナリストに対し、法廷侮辱罪を適用して実刑を命じたのであろう。ジャーナリストも、万感の思いをもって、真実を報道し、民主主義の前提を作るために、刑務所の門をくぐったことであろう。裁判官も、ジャー

ナリストも、それぞれ、真実のために行動したのである。

ニューヨークタイムズ事件では、ブッシュ大統領の側近の国家機密の漏洩に関して、一人のジャーナリストは、取材源から、取材源を開示することの同意を得て、証言した。もう一人のジャーナリストは、取材源の秘匿を理由にして証言を拒否し、実刑判決を受け、服役した。真実に基づく証言を求める裁判官と真実の報道のために取材源の秘匿を守り通そうとするジャーナリストのぶつかり合う裁判では、ジャーナリストは、取材源の秘匿のために服役している。米国の裁判所にとつては、それほど、法廷で真実を追究するという理念は譲れない理念なのであろう。

次のエピソードを紹介したい。十数年ほど前に、サンフランシスコの連邦地裁で係属した特許裁判で、筆者の依頼者である日本法人（被告）が、相手方米国法人（原告）から関係文書の提出を要求された。そのための関係書類のコピーは、ダンボール箱で、二〇箱前後に上った。筆者の依頼者（日本法人）の某取締役は、争いとなっている輸出製品について、内外の特許侵害の虞れのある特許番号、その

概要を記載した日本文の三頁の一覧表を作り、個人のファイルとして社内の自らの机の引き出しに保管していた。この一覧表の中に相手方の米国特許が記載されていた。同一一覧表は、米国特許法上、特許権侵害者が損害金の三倍賠償金を支払う義務を負う、という根拠にされ得る。というのは、この一覧表は、メーカーである被告会社が相手方の特許権に抵触することを知った上で、製品を米国に輸出したことの証拠になり得るからである。筆者は、同取締役から、「私は、当時窓際族でした。この一覧表は、仕事がないので、暇つぶしに個人用のメモとして作ったものです。この一覧表を相手方に提出しなければならぬのでしようか。」と質問された。筆者も、何とか理由をつけてこの一覧表を提出しないようにしたいと考え、被告側の弁護団の一員である米国人弁護士ロマリイ氏に相談した。筆者は、その米国訴訟の日本側の弁護人で、被告も筆者の依頼者ということから、ロマリイ弁護士は、それまで、筆者に十分敬意を払いながら訴訟を進めてきた。ところが、ロマリイ弁護士は、「相手方はその書類を出す以外に、方法は無い。法廷では、どんな不利な事実だろうと、

それが事実であれば、法の認めた非開示事項に該当しない限り、それを隠すことは許されない。法廷に出された真実の上に立って、依頼者のために全知全能を傾けて弁護することが、弁護士のプロとしての職責である。」と突然大きな声で筆者に言った。筆者は、このロマリイ弁護士の突然の大きな声に、毅然としたものを感じた。ロマリイ弁護士は、筆者の腹の中を見透かしたのであろう。筆者は、三頁の一覧表を、書類の山の中に紛らわせるようにして、相手方に提出した。筆者は、相手方の米国弁護士が、ダンボール箱で二〇箱分の、しかも大部分日本文のコピーの中から、わずか三頁のこの一覧表を見つけることは不可能であろうと予測した。しかし、六カ月後に、相手方弁護士は、英語の翻訳文を付けて、この一覧表を証拠として提出してきた。筆者は、このことから二つのことを学んだ。一つは、米国弁護士の職業倫理である。弁護士の目的は、依頼者の利益のために勝訴することである。しかし、それには、一つ条件が留保されている。その条件とは、弁護士はあくまでも真実を土台にした上で、依頼者の利益のために全知全能を傾けて弁護す

るということである。

他の一つは、相手方の米国弁護士の真実発見にかける執念である。

アメリカ法の証拠開示の徹底ぶり、弁護士の真実発見のために行動する執念が、米国民が裁判所が法を創造することを許容する根拠の一つなのであろう。

第二部 職務発明制度

ここ数年、特許法三五条の改正、職務発明対価訴訟により企業の職務発明の報奨金制度に大きな変化が見られる。東芝では、複数の発明によって年三〇〇〇万円を超える金員を得て、給与と合わせた年収が社長のそれを上回る技術者がいる、と毎日新聞(二〇〇五・一・二二朝刊)は報じている。大企業で、社長以上の年収を得る社員が生まれたということとは、明治以来初めて起きた歴史的出来事である。又、三菱電機では、二〇〇五年実績については現在調査中であるが、「支給最高額は三〇〇〇万〜四〇〇〇万が予想されている」と、東洋経済(二〇〇六・一〇・七)は報じている。どんな発明報奨金制度を設けているかは、

今や、発明をしようとの意欲ある理工系学生にとっては、初任給の額以上に就職先企業を選択する際の重要事項となっている。

このような発明対価の高額化が果たして企業の利益を圧迫しないのか、という疑問がある。筆者は、「職務発明の対価の支払いは、発明から超過利益が生まれたときのみ、発明者に支払えばよく、このルールを更に徹底すれば、企業はより大きな利益を得ることができると確信する。以下、その理由を論ずる。

唐突ではあるが、約一〇万年に及ぶ現代人類（ホモ・サピエンス）の歴史の中で、富がどのように位置付けられるかを考察することから、始めたい。

1 「富のルール」の変遷

(一) 「富のルール」の変遷を見ると、下記(イ)〜(ロ)のとおり、現代人類は、三つの「富のルール」を経験している。

(イ) 「富のルール不在の原始の時代」

現代人類が初めて地球上に出現した時（紀元前一〇万年頃）から農業を発見した時（同数千年前）まで、現代人類は、野、山、川、海で動・植物を採取して生きていた。

「原始の時代」においては、現代人類は、富という概念を知らず、富を蓄積することもなかった。すなわち、この「原始の時代」には、富のルールそのものがなかった。

(ロ) 「農業の時代の富のルール」

その後、現代人類は、紀元前数千年頃、農業を発見した。そして、農産物が、富を具現するようになった。「農業の時代」の登場である。この「農業の時代」（紀元前約数千年から一八世紀まで）の富のルールは、「農産物が富を具現する」というルールである。

(ハ) 「工業の時代の富のルール」

一八世紀の産業革命により、英国で工業が生まれた。富を具現する対象物は、次第に、農産物から工業製品に移転し始めた。「工業の時代」の登場である。英国は、持てる工業力を背景に、七つの海の支配を可能とした軍事力と、地球上に広がる植民地から成る巨大なマーケットを手に入れた。米国の南北戦争で、工業をその産業の中心に置く北軍が、農業をその産業の中心に置く南軍に、一八六五年に勝利することにより、この「工業の時代」が確立した。人類

史上、第一回目の富のルールの変更である。

この「工業の時代」（一八世紀〜一九九〇年代）の富のルールは、「工業製品が、農産物より、より有利に富を具現する」というルールである。先進国と呼ばれる工業国が、この「工業の時代の富のルール」によって、世界の富を支配し、多くの中進国、後進国と呼ばれる農業国が、この「工業の時代の富のルール」によって、富の配分の面で、不利益を被った。

この約二〇〇年続いた「工業の時代」にも、変化が現れた。一九七〇年代の石油ショックを切っ掛けとして、日本製の小型車が、米国市場で、ガソリン大食いの米国車を圧倒するようになった。「工業の時代」の覇者であった米国は、工業製品のチャンピオンである自動車で、日本に劣後したのである。

(ニ) 「知的財産の時代の富のルール」

ここで、一九八〇年代に米国が採った戦略は、日本製工業製品に対抗するために、日本製工業製品より競争力のある米国製工業製品を生産することではなかった。それは、富のルールを、従来の「工業製品優位の富のルール」から「知的財産優位の富の

ルール」に強引に変更することであった。「知的財産の時代」の富のルールとは、知的財産という衣をまとった製品又はサービスが、単なる製品、サービスより、より有利に富を創造する、すなわち、通常利益を超える「超過利益」を生み出すというルールである。

このような一方的な富のルールの変更は、世界の軍事力を支配し、かつ米国市場という巨大マーケットを有している世界の覇者・米国のみが、良くなし得ることであって、おおよそ、日本のなし得る技ではない。

この知的財産の時代の富のルールは、一九八〇年代に米国で生まれ、若干遅れて、一九九〇年代後半から二〇〇〇年初頭に掛けて、世界のマーケットにまで及び始めた。人類史上、第二回目の富のルールの変更である。

ルールの変更で、日本人は過去何度も苦い経験をした。

余談だが、スポーツの世界でも、一九九八年の長野冬季五輪でジャンプの船木選手が金メダルを取った後、欧米各国が主導権をもつ国際スキー連盟は、スキー板は身長

に比例した長さを用いなければならないようにルールを変更した。スキージャンプとは、二枚のスキー板の底の長くかつ広い面積が作り出す浮力を利用してグライダーの様に空中を滑空して飛距離を競う競技である。スキー板の長短は、飛距離の大小に直結する。新ルールの下で、船木選手は、勝てなくなった。

こういった理不尽なルール変更は、筆者の知る限り、スポーツだけでも、七例ある。

2 「知的財産の時代」に、「工業の時代」の

経営を行うことによる営業利益率の低迷

「知的財産の時代」になって、富をより有利に具現する対象が工業製品から知的財産にシフトしたことは、日本人のあらがいない事実である。

この富のルールが、「工業の時代」の富のルールから「知的財産の時代」の富のルールに変わったことは、下記の大手電機メーカー各社の財務諸表から得られる営業利益率（すなわち、営業利益÷売上高）・一〇六％と日亜化学の営業利益率・三六％とを比較対照すれば、容易に知ることができる。

出典：会社四季報2007年3集夏季号（東洋経済新報社）

単位：百万円

メーカー	連結決算期	売上高	営業利益	営業利益率
日立製作所	'07.3	10,247,903	182,512	1.8%
東芝	'07.3	7,116,350	258,364	3.6%
三菱電機	'07.3	3,855,745	233,002	6.0%
松下電器産業	'07.3	9,108,170	459,541	5.0%
ソニー	'07.3	8,295,695	71,750	0.9%
シャープ	'07.3	3,127,771	186,531	6.0%
三洋電機	'07.3	2,308,628	49,568	2.1%
N E C	'07.3	4,652,649	69,976	1.5%
富士通	'07.3	5,100,163	182,088	3.6%

出典：帝国データバンク財務情報

単位：百万円

メーカー	決算期	売上高	営業利益	営業利益率
日亜化学工業	'06.12	204,117	73,404	36.0%

又、二〇〇七年七月現在の株式時価総額は、工業の時代のチャンピオンであった自動車メーカーでみると、GM・二〇〇億ドル、フォード・一六二億ドルである。他方、二〇〇七年七月一五日付日経新聞朝刊によれば、知的財産の時代のチャンピオン企業の一つである米国のグーグル社の株式時価総額は、二〇〇七・七・一三時点で、一七二〇億ドルである。グーグル社は、創業者が、大学院生としてスタンフォード大学に在学中、技術を開発し、知的財産化したうえ、上場した会社である。創業

者は、現在、三四歳でしかない。これらのデータから、米国において、知的財産に経営の焦点を合わせた企業（グーグル）に富が集まり、知的財産に経営の焦点を合わせているとは言い難い。「工業の時代」のチャンピオン企業（フォード・GM）から富が逃げ出していることが、明らかである。

次に、『農業の時代』、「工業の時代」、「知的財産の時代」という三つの時代区分ごとに、その時代の「富のルール」にかなった富を生む方法が、何であるのか？』について考察してみよう。

3 各時代ごとの富を生む方法

① 「農業の時代」での「富を生む方法」は、土地と労働力の調達・利用である。人々が土地を農耕することによって生産される農産物が、富を具現するからである。

② 「工業の時代」での「富を生む方法」は、生産手段の確保と労働力の調達・利用である。生産手段（工場設備等）に対して労働力を注入することにより生産される工業製品が、富を具現するからである。

リスクを冒して、資金を用いて、生産手

段と労働力を調達し、市場の需要にかなった工業製品を生産、販売した者が、富を得ることが出来る。

③ 「知的財産の時代」での「富を生む方法」は、超過利益を生む知的財産を創り出すことである。知的財産は、最新鋭の研究設備に技術者を投入しただけでは自動的に得られない、やっかいなものである。人が発明をするからである。

知的財産の時代においては、富は、知的財産とは無関係に、事業から得られる通常の利益と、知的財産と関係付けられて生まれる超過利益、すなわち、知的財産によって得られる独占の利益とに二分される。そして、知的財産の時代の富のルールでは、超過利益の額が通常利益に比べて圧倒的に有利に大きくなる、ということである。そして、司法が知的財産を保護することによって、初めてそのルールの実現が実行可能となる。知的財産の時代の現在、日本及び米国の裁判所は、特許法等の知的財産法を厳格に適用し、知的財産を手厚く保護している。

知的財産の時代の知的財産から生まれる超過利益と対比して、農業の時代において

は、通常利益と区別された、知的財産から生まれる超過利益という概念は、一般的ではない。工業の時代においても、知的財産から生まれる、通常利益を超える超過利益という概念が、富の概念の中で果たす役割は小さい。

知的財産の時代においては、知的財産又は知的財産の衣をまとった製品が、単なる製品（すなわち、知的財産の衣をまとわない製品又はサービス）の生む通常利益を超えた大きな超過利益を創り出す。

4 『富を創り出した者が富を得る』という普遍的なルール

農業の時代は、農産物を大量に生産した者が富を得た。広い土地を所有する者が、農民、農奴を用いて大量に農産物を生産することが出来る。富を得る者は、富（すなわち、大量の農産物）を作り出した者（すなわち、国王、地主）である。『富を作り出した者が富を得る』という当たり前のことが、農業の時代の富のルールである。

工業の時代は、リスクを冒して、大量の工業製品を生産する者が富を得る。資本家は、金（資本）でもって、生産手段を取得し、金

(賃金)でもって、労働者、技術者、管理職を雇用して、大量の工業製品を生産する。富を得る者は、富を生む物(すなわち、工業製品)を作り出した者(すなわち、資本家)である。工業の時代の富のルールも、農業の時代と同じく、『富を作り出した者が富を得る』ということである。

以上のとおり、『富を作り出した者が富を得る』という富のルールは、人類が富という概念を発見した時(紀元前数千年前)以来、農業の時代(紀元前数千年～一八世紀)と工業の時代(一九世紀～二〇世紀)のすべてにわたって維持され続けた、『普遍的な富のルール』である。

知的財産の時代は、知的財産が超過利益という富を生む。そして、人(発明者)が超過利益を生む知的財産を創る。

従って、知的財産の時代も、この『富を作り出した者が富を得る』という『普遍的な富のルール』に従って、『超過利益を生む「富」(即ち、知的財産)を作り出した者(すなわち、発明者、著作者、ブランドを創った会社など)が、少なくとも富(すなわち、知的財産)が生んだ超過利益の一部の分配を後払いで得るといふこと』が合理的である。

5 技術者の目の色を変えさせる仕組みが必要

「知的財産の時代」に突入している今日、大手電気メーカー・九社の中のトップのシャープですら、二〇〇七年三月期の営業利益率は六%でしかない。他方で、知的財産の衣でまとわれた青色LEDのメーカー・日亜化学の営業利益率は三六%を超えている。この事実が示すとおり、知的財産を十分利用することなく、資金を生産手段と労働力に投資することに頼って事業経営をしたのでは、「知的財産の時代」にかなった大きな富、すなわち、超過利益を得ることは不可能である。

企業が社内で富を生む知的財産を創造するには、技術者に富を生む発明をしようとの動機付けを与える必要がある。それには、技術者の目の色を変えさせるような仕組みが必要である。

発明者が得る発明の対価の大小は、発明に対する会社の評価を表している。会社が富を生む発明をした従業員発明者を尊重し、発明による超過利益の一部を対価として従業員発明者から発明を譲り受けるならば、技術者は自らの人生を賭けて会社からより高い評価を受けようと、富を生む発明をしようとするだろう。

ここで、超過利益とは、①「発明にかかるとる製品が生んだ利益」から「通常利益」と「会社が発明を非独占的に使用できる権利の価値」をひいたもの、②「会社がライセンスから得たライセンス料」、③「会社が買主たる第三者から得た発明又は特許権の売却代金」、④「会社が特許侵害者から得た特許侵害の賠償金」である。

会社は、発明で生まれた超過利益が発生した後、その一部を発明者に支払う後払い方式にすればよい。この場合、超過利益が生まれなければ、発明対価を支払わなくてよいので、発明の対価が企業経営にとってリスクにはならない。「職務発明に対する多額の対価支払いが経営を圧迫する」というのは誤解にすぎない。経営者は「コスト」から「ノーリスクの投資」への発想の転換が必要である。

「事業の損失を分担しないサラリーマン(発明者)に利益の一部を分配するなんてとんでもない」という批判がある。しかし、職務発明は、特許法により、使用者ではなく発明者に帰属している。発明者は、社内規定により職務発明を会社に譲渡しているのであるから、発明にかかわる事業の核心部分に、実質的に

見れば、発明に対する権利を「現物出資」する形で、投資しているのである。しかも、従業員発明者に分配されるのは、通常利益とは別の、超過利益の一部でしかないことに注意されたい。

6 日本発のルールで二一世紀をリード

「現在の日本の国家、社会の基本的な仕組み・要素が、何であるか」を考えてみよう。

① 民主主義、② 選挙、③ 国会、④ 裁判所、⑤ 三権分立、⑥ 文民統治（シビリアン・コントロール。非軍人である内閣総理大臣による自衛隊のコントロール）、⑦ 資本主義、⑧ 株式会社、⑨ 証券取引所、⑩ 特許制度、⑪ 租税法律主義、⑫ 言論の自由、⑬ 報道の自由、⑭ 法の下の平等、⑮ 独占禁止の理念（独禁法）、⑯ インサイダー取引禁止（証取法）、⑰ コンプライアンスのルール等々が挙げられよう。これらの制度・ルールは、現在の日本の国家・社会・産業の中に、重要な仕組みとして組み込まれている。しかしながら、これらの仕組みは、いずれも、明治維新以前、すなわち、奈良時代〜江戸時代までの日本には、なかったものである。これらはすべて欧米発であり、日本に、明治

維新後に初めて輸入された。

それでは、日本の枠組みの方が優れているかもしれない、と米国、欧州が警戒心を持つような日本発の枠組みが果たしてあったであろうかと考えるに、筆者にはおよそ思い当たるものがない。

筆者が中村修二氏の代理人となった青色発光ダイオード（LED）の発明対価をめぐる訴訟で、中村氏に二〇〇億円の支払いを命じた二〇〇四年一月の東京地裁判決（三村量一裁判長）は世界中で広く報道された。

その直後、ある米国知財弁護士は、「米国では、社員は入社時の契約で発明の譲渡対価の請求権を放棄させられるため、従業員発明者は法的には発明の譲渡対価を得ることはできない。発明者に超過利益の一部を分配する日本方式が技術者を勇気づけ、次々と大型発明が生まれ、日本に後れをとるのではないかと危惧している」と筆者に語った。他の米国知財弁護士も、「アメリカでは従業員発明者は冷遇されている。発明が成功したら、その成果は、すべて会社が取得する。従業員発明者は、その成果の分配に与れない。発明者に発明の成果の一部を分配するという日本のや

り方が、日本の発明者に勇気を与え、富を生む発明が日本から続々と生まれるのではないか。結果的に、米国の産業が日本の産業に劣後するのではないか、と危惧している」と筆者に語った。

ただ、筆者は、米国では、転職が当たり前の社会であること、ベンチャー企業に就職してストックオプションを取得できることなど、富を生む発明をすることによって、技術者が金銭的成功を得る道が開かれていることを付言したい。米国では、野心と才能ある人材の一部が技術の分野に流れている。五〇代前半で、その個人資産をゼロ円から一〇兆円超に積み上げたビル・ゲイツ氏は技術者である。三〇代前半のグーグル創業者の一人も、スタンフォード大学の大学院生の時に、グーグルの検索技術を開発した技術者である。

いずれ日本も、労働市場が流動化するであろうし、ベンチャー企業で働く人材も増加してこよう。そうなれば、日本は、労働市場の流動化とベンチャー企業の一般化に加えて、職務発明制度があるわけであるから、ますます日本の技術者は勇気がわき、日本から富を生む発明が生まれることが期待できよう。

冒頭で述べたとおり、日本の企業は、今後更に徹底すべきだとは言え、知的財産が生み出した超過利益の一部を従業員発明者に分配するというルールを、すでに実行し始めている。

更に、二〇〇六年一月一七日、最高裁判所（日立事件）は、発明からの超過利益を一億円弱と認定したうえ、その二〇％（二億三五〇〇万円）を共同発明者（全二名）の発明の譲渡対価と認め、発明全体の七〇％の貢献度を有する共同発明者・米澤博士に対し、米澤博士分の発明の対価・一億六五〇〇万円を認定した、東京高裁判決を維持した。日立裁判の発明から生まれる超過利益の額・一二億円弱は、知的財産の時代の発明の生む超過利益の額としては、甚だ物足りないものである。日本の技術者は、日立事件で最高裁判所が認めた米澤博士と他一名の合計二名の共同発明者の発明の対価・二億三五〇〇万円の額が少なくと嘆く必要は全くない。技術者は、一二億円と言わず、一〇〇億円超、一〇〇〇億円超の超過利益を生む発明をすればよいだけのことである。そうすれば、企業は、一〇〇億円超、一〇〇〇億円超の超過利益の相当部分を取得でき、技術者もその一部を発明の

譲渡対価として取得しうるのである。この日立最高裁判決のルールの下では、技術者は、大きな超過利益を生む発明をしさえすれば、十分なる発明の譲渡対価を得ることができ、日立最高裁判決は、知的財産の時代の扉を開いた規範である。同最高裁判決は、サラリーマン技術者が超過利益を生む発明をしようとするの色を変えるに十分な規範を設けたのである。

人類史上二回目の富のルールの転換期である知的財産時代到来の号砲が鳴ったばかりの二一世紀初頭に、日本は、国の産業の盛衰にかかわる日本発の独創的な枠組みをつくり出し、すでにその第一歩を踏み出した。このようなことは、日本の長い歴史の中でかつてなかったことと言えよう。

筆者は、知的財産の時代に、日本が発明によって得た超過利益の一部を従業員発明者へ分配するという日本発の枠組みによって成功し、他国がこの枠組みを後追いするようになってほしいと願っている。

7 残された三つの論点

① 知的財産を創ることとリスクとの関係、
② 製品化、製品化のラインの改良、営業の貢

献、③ 職務発明の対価と法の支配の三つの残された問題について論ずる。

① 知的財産を創ることとリスクとの関係
上記4（本書九六頁）でも述べたとおり、農業の時代では、大量の農産物を作ることが出来る者（すなわち、国王、地主）が富を得た。土地は、国王、地主に帰属し、その地位は、いずれも、世襲なので、損失が出た時に損失を負担するというリスクとは無関係に、世襲の国王、世襲の地主は、富を得ることができた。すなわち、農業の時代は、富を得ることは、富を得る者（国王、地主）が事業上のリスクを取ったか否かとは無関係である。

工業の時代では、競争市場の中で事業を営んでタイムリーに大量の工業製品をつくらせた者（資本金）が富を得た。資本金は、事業を営んで生産した工業製品がニーズに合わなければ、損を被る。利益と損失とは、裏腹の関係に立っている。工業の時代は、農業の時代と異なって、富の取得とリスクとは、裏腹の関係になる、という特徴がある。ところが、知的財産の時代は、必ずしも、工業の時代のように富を生む原因とリスク

とは、不可分一体（裏腹）の関係にあるというわけではない。この点が、工業の時代と知的財産の時代とを分けるポイントである。ただし、超過利益を生む発明は、リスクを取らないサラリーマン技術者でも、発明し得るからである。例えば、中村修二教授は日亜化学の社員時代（一九九三年）にサラリーマンとしての地位を保証されながら超過利益（富）を生む青色LEDを発明した。ところが、メーカーがリスクを掛けて、巨額の資金を投入して最新鋭研究開発設備を設けたうえ、大量の研究者、技術者を投入しても、必ずしも、超過利益を生む知的財産が生まれてくるとは限らない。このことは、年四〇〇〇億円前後の研究開発投資をしている大手電機メーカーの売上高・営業利益率が一〜六％前後（二〇〇一〜二〇〇六年）という低い数字にとどまっているという現実が証明している。人が発明をするからである。

サラリーマン技術者は、共同事業者と異なって事業上のリスクをとっていないから、会社は、サラリーマン技術者に超過利益の一定割合を発明対価として支払うべきでは

ない、という議論がある。しかしこの議論によっては、サラリーマンは、大きな超過利益を生む発明をしようとの動機付けを与えられない。サラリーマン技術者が事業上のリスクをとっていないことは、後払いの超過利益の配分割合を、事業上のリスクをとった企業と事業上のリスクをとらなかつたサラリーマン発明者との間で決定する際に、企業側のプラス要素、サラリーマン技術者側のマイナス要素として、考慮すれば足りる。

会社がリスクを掛けて巨額の資金を投入した最新鋭の研究開発設備を用意しても、人（富を生む知的財産を創り出した発明者）に対する配慮をしなければ、社内から超過利益を生む発明を創り出すことは困難である。その人への配慮の中で、ポイントの一つが、『富、すなわち、知的財産をつくった者（発明者）が、自ら発明した知的財産により生じた超過利益の一部を得ること』である。超過利益を生む知的財産は、企業が知的財産を創造する意欲に燃えた技術者（人材）をその企業に吸引・維持し、更に技術者が超過利益を生む知的財産を発明するよう勇気付けることに成功して、初めて手に入れ

ることができる。知的財産の時代は、企業は、金の力でリスクを掛けて巨大な最新鋭の研究設備を用意しても、そのみによつては、超過利益を生む知的財産を創り出すことができない。

知的財産の時代は、工業の時代と違って、富を得るために、「物」（又は「金」）がものを言う、というように簡単にはいかず、「人」が「ものを言う」という、やっかいな時代である。

② 製品化、製品ラインの改良、営業の貢献度の評価

「特許が利益を生むには、発明者だけでなく、製品化をした人や製造ラインを改良した人、営業マンの貢献も大きい。発明者の過度の優遇は新たな不公平感を生みかかない」との指摘がある。

企業が特許を自社実施し、自社の製品が超過利益を生むためには、発明者だけでなく、製品の実用化をする人、製造ラインを改良する人、営業マンの貢献が必要である。筆者は、発明者が発明した知的財産の生んだ超過利益の一部を発明者に分配すべきであると主張しているのである。企業は、知

的財産の生んだ超過利益の残部のすべてを取得する。これに加え、企業は通常利益のすべてを取得する。従って、企業は、その超過利益の残部及び通常利益をもって、知的財産が超過利益を生むために貢献した、製品の実用化をした人、製造ラインを改良した人、営業マンに十分報いることができる。

スズキ（自動車メーカー）の鈴木修会長の二〇〇億円中村判決についてのコメントを紹介したい。渋谷高弘著『特許は会社のものか』によれば、鈴木修会長は、「あれだけ利益を上げる発明なら、二〇〇億円なんて安いものだ。近く社内に（発明を奨励し、それに見合う報酬は惜しまないという）通達を出すつもりだ。具体的な算定式（の策定）などはこれからになるが、二〇〇億円に相当するぐらいの発明をせひやってほしい。二〇〇億円という巨額に見えるが、普通はそれによって上がる毎年の利益から一定比率を支払っていくことになり、一度に支払が生じるわけではない。そもそも（あんなすごい発明の報奨が）二万円なんてことがあっていいはずがない。（日亜化学工業の）あのケースは経営のハンドリングの問題だ

と思う。」と発言している。このコメントに解説は不要である。

③ 職務発明の対価と法の支配

東京高判平一五・五・二二一（オリンパス光学職務発明相当対価請求事件）は、「法の支配」について、左記のとおり判示した（東京高判平一三・五・二二判時一七五三号三九頁、上告棄却により確定）。

すなわち、オリンパス光学が、「裁判所が、特許法三五条三項、四項を強行法規と解して、職務発明の対価に関する社内規定を超える対価を認めることは、現在の企業内の発明及びその実施規定とあまりにもかけ離れたもので、到底採用できないものである。このような事情の下では、裁判所が特許法三五条三項、四項を強行規定と解するとすると、日本の企業の多くが発明の取扱いに窮し、特許管理の崩壊をもたらすことになる。」旨の「事実の支配」の主張をしたところ、東京高裁は、

「一審被告（オリンパス光学筆者注）の主張は、結局のところ、使用者等が相当の対価の上限を任意に定めることができ、特許法三五条四項に基づき算出される相

当の対価が、規定で定めた上限を超えるものであっても、規定を超える額の請求を制限できるとするものであって、明らかに上記強行法規に反する主張である。一審被告（オリンパス光学筆者注）が主張するように、日本企業の多くがこれまで社内規定により相当の対価の額を一方的に定め、どのような場合にもそれ以上の請求はできないとしていた実態があるとしても、それは強行法規に違反する取扱いが事実上行われてきたことを示すにすぎず、そのことは、何ら、上記解釈を採ることの妨げとなるものではない。」

と判示し、オリンパス光学の「事実の支配」の主張を排斥して、「法の支配」が貫徹することを、判決文の中で、明示した。

司法が、このように「特許法三五条三項、四項は強行規定である」との規範を明らかにしたことにより、過去二年間で、決して少数とは言えない企業が、社内規定の発明報償金の額を、従来のそれに比べて大幅に増大している。職務発明の「相当対価」の金額についての既成事実が、「法の支配」により、急速に変化しはじめた。