



| | |
|------------------|---|
| Title | 職務発明の奨励に対する規制の理論上のジレンマと現実的な解決の糸口 |
| Author(s) | 蔣, 舸; 山東, 佳帆 (訳) |
| Citation | 知的財産法政策学研究 = Intellectual Property Law and Policy Journal, 52: 41-81 |
| Issue Date | 2018-11 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/72320 |
| Type | bulletin (article) |
| File Information | 52_02ge.pdf |



[Instructions for use](#)

職務発明の奨励に対する規制の 理論上のジレンマと現実的な解決の糸口

蔣 舸*

山東 佳帆(訳)

[内容の摘要]

知的活動は監督するのが難しく、職務発明のエージェンシーコストの高騰を招く。この問題は、発明者が剰余価値の分配に参加することを通してしか解決できない。これは職務発明の利益配分が他の労務提供による成果とは異なる原因でもあり、それは同時に職務発明奨励制度の適用範囲を限定している。奨励によってもたらされた追加のイノベーションを考慮してもなお、制度コストを補うのに不足があるならば、奨励を強く推し進めることは手段を目標に転化することと同じであり、権利の文言が理性的分析に取って代わっている。一つ一つの発明の貢献を全体から分ける難易度が高い場合、イノベーションの構造が使用者の優位な立場を利用して、一回ごとにしてきた価格設定を大まかな価格設定に置き換えることが許される。つまり、価格メカニズムを階層構造に置き換えている。イノベーションの社会化は、各発明の奨励と貢献は符合するという原則に挑戦している。当該原則を強化し、それについてシステム化された規制をしようとすることは、著しく正当性を欠いている。百歩譲って、たとえ規制の細分化の実現を目指すにしても、少なくとも主体の分類、客體範囲と審査方式の三つの方面から規制範囲を制限しなければならない。

[キーワード]

職務発明 エージェンシーコスト 価格メカニズム 階層構造

* 清華大学法学院講師。現在は清華大学法学院准教授。本稿の内容は、本稿の発表前に筆者が田村善之教授の招待を受けて赴いた北海道大学での研究報告で会得したものである。田村教授や他の教授の方々並びに学生たちの貴重な意見に感謝の意を表す。この文章における一切の責任は筆者にある。

近年、立法は労働契約における知的創作活動に対する規制をますます強めている。これはつまり、「創新駆動発展戦略」の体现であり¹、同時に職務発明の重要性の上昇を反映している。『専利法』が制定された後、最初の25年の間は、中国国内の専利出願で授権がなされたもののうち、職務発明の数は半分にも満たなかった。この比率は、2009年に初めて50%を突破し、2014年にはすでに80%に到達していた²。如何にして毎年90万件を超える職務発明出願の法的枠組みを設定するのか、これはイノベーションシステムをめくり、避けては通れない問題である³。

規制強化の中核をなす動きは、すべての使用者にすべての発明について正確な奨励と報酬(以下、奨酬)の計算をする義務を強化することであり、その典型的な表れが『職務発明条例草案(国务院法制弁の公開意見書)(2015)』⁴(以下『草案』)である。『専利法』『契約法』『専利法実施細則』と『促進科技成果转化法』の相对原則の規定を比較した際、『草案』は発明貢献と奨酬は連動するという原則を組織上で強化するのみでなく、詳細な管理強制の枠組みを提供していると言える。具体的には、「発明」の範囲を拡張した上で⁵黙示の奨酬の限界を設けており⁶、使用者への報告と通

¹ 《十二届全国人大三次会议李克强作政府工作报告》、2015年3月5日、第二部分。

² 曆年専利統計年報、<http://www.sipo.gov.cn/tjxx/>、2015年11月30日アクセス。

³ 《国家知识产权局专利业务工作及综合管理统计月报(2015年12月)(国家知識産権局専利業務工作及び综合管理統計月報)》、<http://www.sipo.gov.cn/tjxx/>、2016年4月12日アクセス。

⁴ http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ywzt/zwfmlzl/tlcayj/201504/t20150413_1100584.html、2016年4月12日アクセス。

⁵ 『草案』は新種の植物と集積回路のレイアウト設計図(『草案』第4条)、技術秘密(『草案』第24条)、奨酬義務を引き起こす発明を範囲に入れている。

⁶ 『専利法実施細則(2010)』の規定と比較して、たとえば国家統計局の公布した2012年全国労働者月平均給与の3,966元を、発明者の所属している機関の労働者平均給与としても、発明の奨励は2.6倍、実用新案の奨励は1.3倍に増え、意匠の奨励に至っては4倍に増えた。そのほかのイノベーション活動についても同様に増加した。

国家統計局のデータを根拠に盛来運が編集した『中国統計年鑑(2012)』(中国統計出版社2013年版)133頁参照。

知制度を打ち立て⁷、それだけではなく行政部門による事前⁸と事後⁹の関与を増強させた。特に明確な約定優先の制限(第18条)、奨励と貢献の関連付けの強調(第22条)及び黙示の奨励(第20、21条)を通し、職務発明を労働契約全体から切り離し、特定の単独の価値設定モデルに従う取引対象として固定化している。

しかし、残念なことに現在の研究はこの根本的な問題に対しての関心を欠いている。研究の角度から見て、現在までの研究の多くは権利帰属の点を重視しており¹⁰、奨励について注目したものは少ない。研究のスタイルから見ても、現在までの研究の多くが具体的な問題を特に好んでおり¹¹、巨視的分析がされているものは少ない。たとえ基礎的な研究が時折あったとしても、従業者の利益が引き起こすかもしれない取引コストの高騰を過度に強調しすぎているため、すべてがすべて合理性を持つものではない¹²。研究方法から見ても、現在までの研究は多くが比較法¹³と個別のケース分

⁷ 『草案』第10条～第16条参照。

⁸ 行政部門による奨励約定の記録(『草案』第42条)、監督検査(『草案』第32条)および規定違反の際の是正命令と警告(『草案』第33条)。

⁹ 行政部門の仲裁権(『草案』第40条)と処罰権(『草案』第36条)。

¹⁰ 尹新天(2012年版)『中国専利法詳解(縮編版)』(知識産権出版社)52-62頁。

¹¹ 張玲=朱冬:『论劳动力派遣对职务发明创造规则的冲击及立法建议(労働力派遣の職務発明の創造規定に対する影響と立法意見について論ずる)』、『法学家』2006年第5期。

肖冰:『日本与德国职务发明报酬制度的立法比较及其借鉴(日本とドイツの職務発明報酬制度の立法比較及びその参考点)』、『電子知識産権』2012年第4期。

吳艳:『论职务发明纠纷解决机制—兼评<职务发明条例草案(送审稿)>(職務発明の紛争解決システムについて論ず—職務発明条例草案(審査提出原稿))』、『中国軟科学(中国ソフトサイエンス)』2015年第3期。

劉聘卿:『完善高校职务发明专利权属制度的建议(大学における職務発明の権利帰属制度を改善へのアドバイス)』、『中国高校科技(訳)』2015年第9期。

¹² 何敏:『职务发明财产权归属正义(職務発明財産権の帰属と正義)』、『法学研究』2007年第5期。何敏:『新“人本理念”与职务发明专利制度的完善(新「人本理念」と職務発明専利制度の改善)』、『法学』2012年第9期。

¹³ 王重远:『美国职务发明制度演进及其对我国的启示(アメリカ職務発明制度の発展と我が国に対する啓示)』、『安徽大学学报(哲学社会科学版)』2012年第1期。俞

析¹⁴に重きを置いており、制度の正当性を探求したものは少ない。数は少ないが、確かに時折多くの学問分野にまたがる視点から奨励の正当性を検討したものもある。しかし、区別をせずに強制的な単独奨励を認可することをいい加減に同意するようなことはできない¹⁵。すべての使用者に対し、すべての発明に相当な対価を支払い、貢献するように強制すべきか否かという問題は、職務発明制度の設計における基本的問題であり、はっきりさせないまま制度の詳細を討論するのは、ただ無駄に労力を使うだけである。本論文は、奨励への規制を分析の対象とし、職務発明についての理論を極力深く探求し、制度の評価を「放任」や「干渉」の理論の争いから解放し、焦点を浮き彫りにしようと試みるものである。

一. 異なる規範の表象と理論的本質

職務発明と他の労務提供による成果の利益分配上の差異は、研究の適切な切り口の違いにある。まさに、「種差」が物事を定義する鍵となり、職務発明と他の労務提供の差異もまた職務発明の本質を映す鏡なのである。立法者は使用者に一般の労務提供において出現したすべての剰余価値を所有することを認めているにもかかわらず、往々にして従業者に職務発明の剰余価値の分配に参加することを要求する。この二種の労働は本質が異なるのか、それとも両者を差別化する待遇は実際には不公平なのであろうか。軽率に実際の法の正当性を否定したくないのであれば、差別的待遇を解釈する合理的理論基盤を追求しなければならない。その上で「存在していれば理に適っている」という落とし穴に落ちてしまいたくないの

風雷：『日本职务发明的贡献度问题研究（日本職務発明の貢献度問題研究）』、『知识产权』2015年第6期。

¹⁴ 陶鑫良＝張冬梅：『“中央集権”IP管理模式下职务发明报酬若干问题探讨—从张伟峰诉3M职务发明报酬诉讼案谈起（「中央集権」IP管理モデル下での職務発明報酬の問題と探求—張偉鋒が3Mに対し提起した職務発明報酬訴訟案件から）』、『电子知识产权』2015年第7期。

¹⁵ 孫春燕：『职务发明制度的合理性—以经济学为视角（職務発明制度の合理性—経済学の視点から）』、『知识产权』2012年第4期。

であれば、正当性を持つ境界についても注目すべきである。下述の研究では、「立法は一見すると発明者と他の労務提供者を区別しているようだが、実際はすべて最小の制度コストで最大の生産力をかき立てるためのものである。故に、発明者の剰余価値における対価請求権は手段であり、目的ではない。そのため絶対化すべきではない。」ということを実証する。もし創作産業の動向が、その運用手段をますます損が大きく引き合わないものにする可能性があるなら、正しい対策は運用手段における法的義務を軟化させることであり、そのときの需要に合わない権利の文言を強化することではないはずである。

1. 疑問点が残る発明者への差別的待遇

一般的に言えば、労務提供による成果は使用者に帰属する。労働者は給料を受け取ることを除いて、その市場価値の公平な分配を受けることについて、権利を設定することはできない。労働者が剰余価値の分配に参加できるか否かは、完全に使用者によって決められる。つまり、使用者は報酬と貢献を関連付け、労働者がより良く生産を行えるよう導くこともできる上、固定された報酬のみを支払うことで労働者の尽力不足を大目に見ることもできる。しかし、職務発明については、たとえ異なる国々の法律であっても、往々にして皆、発明者に剰余価値の配分に参加することを要求しているが、これは単に発明者を優遇するだけの方式と程度の違いがある。優遇の程度の低い方から高い方の順に沿って、関連する立法をおおよそ三種類に分類することができる。

一種類目は、極度に契約の自由を尊重する国家で、法律上の優遇と言いつつも発明者に極めて少ない実益しか与えない立法である。例として、アメリカの法政策が挙げられる。アメリカの従業者の発明は三つに分けられる。一つ目は、本来の職務の中で完成させた発明で、使用者に帰属するものである (hired to invent)。二つ目は、本来の職務に含まれる仕事以外のものではあるが、職責と密接に関連している、もしくは従業者が使用者の資源を利用して作り出した発明で、従業者に帰属するものではあるが、使用者が無償実施権 (shop right) を有しているものである。そして、三つ目は、労働契約とは関係のない発明で、使用者に帰属するものである。アメ

リカの裁判所は、契約の自由を支持するとの見解を固めている。したがって、使用者は実際のところ、必ずしも追加的な補償を支払わなくても良いという約定をすることで、雇用期間中のすべての発明を所有することとなる¹⁶。しかし、二つ目の状況は依然として法律の発明者に対する優遇を体现している。

二種類目は、法律は権利の帰属において使用者に偏っているが、奨励の側面においては従業者を優遇しているというもので、フランス¹⁷と中国¹⁸は現在それぞれこのように法整備されている。

三種類目の発明者への優遇は完全なものである。権利帰属と奨励の両方において発明者にその他の労務提供者を超える分配保障を与えている。ドイツの規定を例に挙げると、たとえ職務発明であっても原始的な帰属者はおお発明者であり¹⁹、ただ発明者の持つ権利が財産権型のものでなく責任型のものであるというだけである²⁰。使用者が発明を利用することを禁ずることはできない。ただし、貢献にふさわしい報酬を獲得する²¹。

優遇の程度の大小に関係なく、各国がすべて職務発明者を優遇しているという事実は十分に関心を寄せるに値する。さらに、発明者は相対的にすべての労務提供者集団のマイノリティの地位にあり²²、このことは偶然に

¹⁶ アメリカの裁判所は極端な状況でのみ契約を否定し、法廷を通して従業者の発明に対する補償額を確定している。あるケースでは、会社が立場の低い従業者に発明を譲渡するよう要求する際、会社の支配人はその発明の価値が非常に大きなものであると知りながら、発明者にその価値は1万ドルであると伝えた。これについて、裁判所は会社对原告に対し100万ドルの補償を支払うよう命じた。Roberts v. Sears Roebuck & Co., 573 F.2d 976 (7th Cir. 1978) 参照。

¹⁷ 陳馳：『法国的雇員発明制度及其对我国的启示（フランスの従業者従業者発明制度及びその我が国に対する啓示）』、『江西社会科学』2008年第2期。

¹⁸ 『専利法（2008）』第6条、第16条。

¹⁹ § 6 Patentgesetz.

²⁰ See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, at 1092 (1972).

²¹ § 9 Gesetz über Arbeitnehmererfindungen.

²² 中国を例とすると、2012年の1万人ごとの労働者のうち、たった38人だけが研究開発担当者である。陳勁主編：『中国创新发展報告（中国イノベーション発展報

も一致しており、この事実は思慮に値する。残念なことに差別的な待遇の成因に対する研究では特に突出した成果はない。職務発明の例外性については、中国においては理論的空白が存在するのみならず、職務発明の規範が最も緻密なドイツに至っても人を納得させる理論はない。ドイツの学会は四種の職務発明の特性に関する理論を発展させている。それは厳格独占説、修正独占説、結果特殊貢献説、行為特殊貢献説の四つである²³。ページに限りがあり、それらについて一つ一つ批評することができないため、本論では、『従業者発明法』に受け入れられた修正独占説を例として簡単に現存の理論の限界を示したいと思う。発明者が雇用契約外の補償を獲得する根拠は、特許性のある技術方案が法定排他権に一旦転化してしまえば、使用者は市場競争における優勢を獲得できることにある、と考えるものが修正独占説だ。しかし、当該学説は、その発明が市場競争に優勢をもたらすものに転化できなかった場合に、使用者が依然として補償しなければならない理由を説明することができない。さらに、使用者に市場競争における優勢を与える他の活動（例えば優秀なマネジメントなど）がなぜ法律上同じような優遇を受けていないのかなどの問題に答えることもできない。

各国の立法が発明者を優遇しているという事実は、偶然にも一致している。この事実が観念市場上の勝者であるとみなされようと、自然に発生した秩序であるとみなされようと、このように各国共通の優遇がなされているという事実はすべて、発明者を優遇することがある種の合理性を持つことを暗示している。しかし、各国の異なる制度はその規則と効果において非常に大きな差異がある。この事実は、軽々しく発明者への優遇を強化する前にまずは発明者への優遇の構造を理解することが必要で、発明者への優遇の前提をはっきり把握してから適切な優遇方式を選択するべきであると我々に警告している。

告(2014)』(社会科学文献出版社2014年版)7-8頁。

²³ Ulrich Himmelmann, Vergütungsrechtliche Ungleichbehandlung von Arbeitnehmer-Erfinder und Arbeitnehmer-Urheber, GRUR 1999, 897, 899.

2. エージェンシーコストが提供する共同解釈

発明者に対し差別的待遇をする際に重要となるのは、発明者が報酬を獲得できるか否かではなく、発明の効果と利益に相当する報酬を獲得できるか否かという点である。つまり、剰余価値の分配に参加できるか否かという点にある。発明者の貢献度という側面に偏って過去に遡った視点から差別的待遇を説明しているため、伝統的理論からは差別的待遇の原因を十分に説明することはできない。問題は、発明者の貢献がどれだけ特殊でも、制度化し、剰余価値についての相当の対価請求権の付与だけに頼って公正を実現させる必要はないというところにある。なぜなら、公正かどうかを判断するのは契約履行後ではなく、契約締結時だからだ。締結時に当事者双方がその発明活動が結果をもたらすとは限らないと知っていれば、発明者に発明による剰余価値に対する相当対価請求権を与えるのではなく、固定された報酬のみを与える方が発明者のリスク管理の面から見て適している。剰余価値における相当対価請求権が従業者の貢献にとって最も適した補償とは言えないからには、従業者の貢献度によって剰余価値の分配法則の正当性を説明する試みは、方向性を間違えており、目的を達成できないのである。

視点を遡及的な視点から展望的な視点に変え、注意力を奨励や貢献ではなく発明の促進に向けたときのみ、差別的待遇の理由は明らかとなる。具体的に説明すると、知的創作と多くの労務提供の違いは、前者の方がより監督が難しく、よりエージェンシーコストが高いという点にある。よって発明者を発明の剰余価値の分配に参加させれば、ある程度エージェンシーコストを克服できるため、発明者のイノベーションに対する努力を促進できるということである。

労働者と使用者の関係は経済学で言うところの典型的なプリンシパル＝エージェント（principal-agent 依頼人・代理人）関係である。労働者は代理人を務めるにあたり、依頼人である事業主の利益を最大化する義務がある²⁴。代理人が使用者の利益の増進を怠れば、本来ならば約定された報

²⁴ ジョセフ・E・スティグリッツ（梁小民＝黄陰峰訳）：『経済学（第二版）上巻』（中国人民大学出版社2000年版）449-453頁。本文中の「委託代理関係」、「委託人」、「代

酬を受ける資格はない。問題は、当該依頼人が合理的なコストで代理人を監督できない場合、代理人は依頼人の利益の最大化という義務を怠り、負付られない範囲内で自己の利益の最大化を図る可能性が大いにあるという点である。それゆえに、エージェンシーコストの問題が生まれるのである。

エージェンシーコストの問題は代理人の持つ役割が衝突していることの表れである。代理人は、代理人として依頼人の利益の最大化を図る義務を負う一方で、経済人として自己の利益を最大化したいという衝動を持っている。前者は代理人の法的役割としての特性であり、後者は経済個体としての特性である。また、前者はその社会属性であり、後者はその自然属性であるとも言える。公共管理²⁵から企業統治²⁶に至るまで、いずれにせよ、プリンシパル＝エージェント関係、あるいは多かれ少なかれエージェンシーコストの問題に直面することとなる。もし、依頼人が合理的なコストで監督をすることができれば、代理人がその法的役割から逸脱することは困難となり、エージェンシーコストは高くならない。しかし、監督が難しいとなれば、代理人が自己の利益のための行為を実施できる可能性が大きくなってしまう。企業統治は、いわゆるエージェンシーコストについての生々しい事例である。ここでは、管理層は株主の利益の最大化のために尽力すべきである。しかし、株主は事前に何が株主の利益の最大化を確保する行為なのかを事前に説明できないばかりか、管理層を監督することもできない。事後に管理層を評価することに至っては、非常に困難である²⁷。

理人」はそれぞれ、その経済学上の意味で使用する。

²⁵ E.G. Gary Miller, *The Political Evolution of Principal-Agent Models*, 8 ANN. REV. POL. SCI., at 203-25 (2005).

²⁶ 明確に「エージェンシーコスト」の概念は使用していないが、パールとミーンズは20世紀30年代から早くもすでに、公開会社の株主と経営者の関係について深く分析している。

ADOLF BERLE & GARDINER MEANS, *THE MODERN CORPORATION & PRIVATE PROPERTY* 196-206 (Transaction Publishers 1991) (10th prtg. 2009) (originally published in 1932 by Harcourt).

²⁷ See Stuart Cohn, *Demise of the Director's Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions through the Business Judgement Rule*, 62 TEXAS L. REV. 591, at 591-94

また、契約と監督が綿密すぎても適切とは言えない。細かすぎるとはコストが非常に高くなる上、管理層の動作を束縛することになる。さらに、監督が緩すぎるのも適切ではなく、「管理層の優勢、所有者の劣勢」を引き起こしかねない²⁸。このような板挟みの状況では、株主は最終的にある程度、管理層自身の利益というエージェンシーコストを容認することしかできない。

エージェンシーコストは一見、依頼人の利益のみを損なわせているように見えるが、実際はそうではない。依頼人が猜疑心を持っているとその委託の意思が減少するため、結果的に代理人の利益をも損なわせることになる。ここで取引コストがゼロであれば、双方による自発的な交渉で全体の福利が最も大きい結果を達成することができる。しかし、実際には取引摩擦を取り除くことはできないため、双方の長期的な共同利益を侵害する利己性と怠慢が出てくる可能性がある。幸いなことに、エージェンシーコストを取り除くための方法は様々存在しており、その中には制度設計によるものや、私人の秩序によるものも含まれている。例えば、ジェノヴァ・コミュニティは12世紀末、外部から主要行政官の雇用制度を発展させ、主要行政官の離任監査の際、違法行為が見付かった場合は罰金を納めなければならないと規定した。さらに、任期中に内戦が発生しなければ、報酬を獲得できるとしていた²⁹。当該制度設計の目的は主要行政官の収入と業績とを関連付け、そのコミュニティの利益の最大化を促すことにあった。さらに、清朝の晋商が発展させた「頂身股制度³⁰」は、店主と店員に労働に基づいて株主配当をすることを許した³¹。この目的も、情報管理で優位に立つ代

(1983).

²⁸ MARK ROE, *STRONG MANAGERS, WEAK OWNERS: THE POLITICAL ROOTS OF AMERICAN CORPORATE FINANCE* (Princeton University Press 1996).

²⁹ アヴナー・グライフ(毛娜訳):『后中世紀熱那亞自我強制的政治体制与经济增长(中世後期ジェノヴァの自己強制的政治体制と経済成長)』、『经济社会体制比較』2001年第3期。

³⁰ 訳者注:明、清の時代に登場した山西の商人である晋商の株式システムの一つが頂身股制度である。彼らは主に塩業や金融業などを行い、特に金融業に長けていたとされる。

³¹ 黄立君=夏広興:『晋商东掌制度的历史制度分析』、『制度经济学研究』2011年第

理人と株主である依頼人との利益の一致である。また、現代の会社役員の高給についても同様で、役員に熱心な職務履行を奨励する意図がある³²。エージェントコストを取り除くための方法について、事前の約定、契約中の監督、そして事後の責任追及によって代理人に義務を果たすよう催促することができなければできないほど、依頼人が剰余価値分配請求権を通してエージェントコストを解消する可能性は高くなる。また、ここで分配に参与する範囲内で依頼人は代理人の利益のズレを解消し、代理人の社会的役割と自然的役割の統一を図ろうとするため、この段階でエージェントコストが存在することはない。

上述の理論によって労務提供の成果の分配を分析することで、差別的待遇の原因を理解することはそれほど困難なものではなくなる。多くの労務提供は監督しやすく、代理人はほとんど自己の利益を求める機会がない。例えば、パイプライン労働者の労働方式は、その頻度と結果の両方がコントロールしやすく、依頼人も代理人に対し契約履行をするよう要求すれば十分であり、剰余価値の分配によってインセンティブをもちやす必要はない。しかし、知的活動のエージェントコストは高額である。知的活動のプロセスは、必ずしも客観的に識別できる物理的活動を伴う必要はないため予測するのが難しい。さらに、知的活動の結果には一定の偶然性があるのが普通で、その予測を強要することは多くの場合難しい。同様に、経験のあるプログラマーの間でも生産効率の相違は10倍もあり、各プログラマーが最大限に潜在能力を発揮できるよう、彼らに対しどのようにインセンティブを行っていくかという問題は簡単に解決できる問題ではない³³。また、数学者の張益唐は、数十年間の自身の最も典型的な仕事の状態を「散

2期。

³² 米国企業のCEO報酬に関する実証的研究によれば、実際の報酬は会社の株式の業績と非常に高い関連性がある。

Steven Kaplan, *Empowering Shareholders on Executive Compensation: H.R. 1257, The Shareholder Vote on Executive Compensation Act*, cited from FOUNDATIONS OF CORPORATE LAW 466 (Roberta Romano ed., 2d ed., Foundation Press 2010).

³³ フレデリック・フィリップス(汪穎訳):『人月神話(人月の神話)』(清華大学出版社2015年版)30頁。

歩しながら考える」ものであったと描写し、長期にわたって何も生み出していなかった時期があることを説明している³⁴。この例は極端なものであるが、使用者が発明者を監督する際の、策が全くない状態を理解するのに役立つ。使用者の発明者に対する心理は複雑で、発明者の創造力は企業に最も価値のある財産をもたらす可能性がある一方で、発明者は他の従業員と比べてより高い道徳的リスクをもたらすのではないかという心配もある。良い監督を行うことができないのであれば、道徳的リスクに対応する三つの手段のうち、奨励に代表される支払延期や追加的なインセンティブを行うことが、自然と依頼人にとって最善の策となる³⁵。

各国が偶然にも一致して採用した差別的待遇は、経済参加者が自ら行った長期的選択に対する信頼の表れである可能性が高い。当然、各国は立法時に、必ずしも経済的理由の角度から利益分配構造の成因を説明しようとする意図があったわけではなく、発明者の特殊な貢献及びその特殊権利というような、規範の正当性の基礎としてより受け入れられやすい言語体系を選択しただけである。しかし、長期的な視点で見ると、利益構造はしばしば権利設定時の想定よりも深く社会関係の発展や変化を決定付ける。残念なことに、職務発明の奨励制度は変化のプロセスでの議論であり、権利の表象のみに焦点が当てられていて、背後にある正当性の根拠についての議論を無視している。よって、条件が変化しても、規則がそれに伴って変わることができない可能性が高い。規則はまだ形成途中であり、その権利想定的基础が確かなものであるか否かについては慎重な検討を行うに値する。法的手段の確立ないし、職務発明と他の労務提供による利益の構造の差別化を強化する前に、差別的待遇が常に最適の選択であるか否かを検討する必要がある。

³⁴ Alec Wilkinson, *The Pursuit of Beauty*, *Yitang Zhang Solves a Pure-Math Mystery*, *New Yorker*, Feb. 2, 2015 Issue.

³⁵ グレゴリー・マンキュー（梁小民＝梁礪訳）：『経済学原理（微观经济学分冊）（経済学原理 マクロ経済学分冊）』（北京大学出版社2012年版）470頁。

3. 差別的待遇の正当性の限度

エージェンシーコストは、他の労務提供による成果の取扱いに対し、職務発明における成果を差別的に待遇する合理性を説明すると同時に、この差別的待遇を適用する前提についても示している。つまり、代理人を剰余価値の分配に参加させるというのは、ただエージェンシーコストを減らすための手段なので、その手段を用いるときのコストが収益を下回るときのみ、資源分配の意義として合理性を持つと示している。言い換えれば、剰余価値がかき立てた創造力の価値を分配する際、それが分配のために支出する社会的費用より大きいときのみ、発明者を優遇することが正当だということである。

しかし、発明の社会的価値を計算することは容易ではないので、そうした剰余価値の分配を通してエージェンシー問題を緩和しようとするならば通常はあくまでも費用がかかる。一つの発明が技術的解決手段の段階から商業的な成功を収めるまでには、多くの困難を経験しなければならない。大量の資源を投入しなければ、最終的な成功から一つの発明の価値を分離することはできない。エジソンも白熱灯の特許を取得したのち、多くの人々の家庭にそれを導入するためにまずは都市全体の電力実用化問題を解決しなければならなかった。中心となる発電所の建設や地下に鉄条網を敷くことから、コンセントやスイッチの開発、ヒューズや分線ボックスの生産に至るまで、一つでも欠けていれば、電灯が生活の基準となり、巨大な効果と利益を上げることはできなかったであろう³⁶。また、「アメリカ第一の国際企業」と呼ばれているシンガー (Singer) は、かつて世界のミシン市場の大半を占めていた。確かに、創始者のシンガーと同時代の発明者も技術の進歩に貢献し、一部の重要な特許を取得したが、当時としては画期的な分割払いの計画を導入したシンガーだけが、非常に高価なミシンを「ごく普通の一般家庭に普及させる」ことができたのである³⁷。発明による貢献を、商業化された発明の創造した財産からどのように「リバースエンジ

³⁶ HAROLD EVANS, *THEY MADE AMERICA: FROM THE STREAM ENGINE TO THE SEARCH ENGINE: TWO CENTURIES OF INNOVATORS 196-200* (Little, Brown and Company 2004).

³⁷ EVANS, *supra* note 36, at 94-105.

ニアリング」するのか、ということは非常に難しい課題である。そして、たとえ発明の価値を計算できたとしても、そこから発明者の貢献の比率を分離することは困難極まりない。さらに、使用者は、往々にして発明の目標を設定し、組織の枠組みを作り、物質的な支援を提供しているが、その一方で、発明者が使用者から獲得した低リスクの労働報酬も、使用者が発明を促すために行っている貢献の一つと言える。したがって、発明者が通常の報酬の範囲外で発揮した創造力を如何にして定量化し、発明価値における分配額とするのかも同様に簡単な課題ではない。

現代における知的創作の発展の動向は、財産権分割の難易度をさらに引き上げている。多くの人々の頭の中の発明者のイメージはまだ、天才的な直感のひらめきによって発明を生み出すものだという時代で止まっているであろう。このイメージでは、知的創作はニュートンにリンゴが落ちて来た瞬間のようなインスピレーションによるものか、そうでなければその多くは「屋根裏部屋の孤独な発明家症候群³⁸」という気配をまとっている。そこでの発明は、ある時に思いがけず起こるもので、バラバラで、予測不可能で、その発明を促進する経済構造は小さく、工房的な方式である。しかし、現代社会における発明の真実は、より組織的イノベーション (the corporate nature of innovation) に近いものである³⁹。中国⁴⁰、アメリカ⁴¹それからドイツ⁴²における職務発明の比率は80%を超えており、これは発明活動の非個人化の明らかな証明である。一見すると偶然の発明に見えるものについても、より大きな規模で組織的に研究開発中のケースであったりす

³⁸ テレグラフの発明者モールスによる説明。EVANS, *supra* note 36, at 78.

³⁹ 個人の発明は機械などの少数の分野においては可能であるが、多くの業種において組織的な発明をする状態こそが通常の状態である。John Allison & Mark Lemley, *Who is Patenting What? An Empirical Exploration of Patent Prosecution*, 53 VAND. L. REV. 2099, at 2101-02 (2000).

バイオテクノロジーや医薬品などの高額な費用がかかる分野では、もう組織化されていない発明はほぼ存在しえない。Dan Burk & Mark Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 VA. L. REV. 1575, at 1581, 1676 (2003).

⁴⁰ 前掲注2。

⁴¹ Allison & Lemley, *supra* note 39, at 2101.

⁴² Brent Schwab, *Arbeitnehmererfindungsgesetz*, 2. Aufl., Nomos, 2014, Einleitung, Rn. 1.

ることが良くある⁴³。同時に、発明が社会的価値を実現する方式もますます社会化している。かつては、一つの製品上にある発明の数は少なく、発明価値と発明者の関連付けがしやすかったが、今日では多くの製品における特許の密度が大きく上がっている。例えば、半導体のチップには同時に多くの特許が存在していることが多い⁴⁴。また、通信分野の特許はさらに高度に密集している。例えば、3G技術に必要な標準特許数は数千にも及び、スマートフォン一台ともなれば、特許の権利要求はいとも簡単に膨大な量になってしまう⁴⁵。このような状況下で、発明価値と発明者を関連付けようとするならば、その難易度並びにコストはともに大きく上昇する。また、非技術的要因が発明の発生させた価値に与える貢献の割合はますます高くなってきている。携帯電話であろうと自動車であろうと、コンピューターであろうとエレベーターであろうと関係なく、同じ価格帯の市場でしばしば異なる技術が浸透することがある。特定の技術が大きな市場シェアを獲得できる要因は、技術の優劣ではなく、市場調査・研究あるいは製品のプロモーションの違いにあるのだ。これに加えて、使用者の全体的な戦略、融資能力、マネジメントのレベルが発明を徐々に深く市場に浸透させ、市場の成功から発明の価値を分離することをますます困難にしている。

イノベーションの社会化が職務発明の奨励制度に与えた影響は、中国や海外での実務から見て取れる。中国の数多くの職務発明奨励のケースを例に挙げて見てみると⁴⁶、裁判所が職務発明への合理的な奨励を認定することへの困難さは明らかに増えている。まず、使用者が発明を実施したか否かですらも明確にすることができず、その判断の難易度は特許権侵害を判

⁴³ Burk & Lemley, *supra* note 39, at 1581.

⁴⁴ Burk & Lemley, *supra* note 39, at 1694.

⁴⁵ Mark Lemley & Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 TEX. L. REV. 1991, at 1992 (2007).

⁴⁶ 2015年に発表された研究結果の統計によれば、各地の裁判所の27,000の知的財産に関する判例のうち、職務発明に関する判例は合わせて143件あり、そのうち権利の帰属を争うものは多数あるのに対し、奨励を争うものは非常に少ない。

《我国职务发明权属和奖励纠纷诉讼情况调研报告》、载罗东川主编：《职务发明权属与奖励纠纷典型案例精选与注释》（法律出版社2015年版）254-255頁。

断するのに等しい⁴⁷。次に、たとえ実施をしたことに争いはなくても、その職務発明が製品上で占める技術的割合を判断するのも難しい問題である⁴⁸。さらに、企業グループの複雑化と共同研究開発の一般化により、使用者のいる企業と、権利者のいる企業、発明を実施する企業が一致しないこともしばしばあり、これが奨励義務を負う主体の判断をますます困難なものにしている。裁判所は、特許権者ではない者の使用者である企業に奨励義務を負わせるよう判断する可能性もあれば⁴⁹、特許権者の使用者ではない企業に奨励義務を負うことを要求する可能性もある⁵⁰。また、使用者の関連企業と提携企業について言えば、上述した合理的奨励の判断に含まれる不確定性が、企業の研究開発やそのマネジメントへの投資を必要以上に慎重にさせてしまう。しかし、裁判所が奨励義務の主体を使用者に限定してしまえば、企業は奨励義務を簡単に免れてしまう。予測可能性と公正性の矛盾は、規制を通してイノベーションの促進をしようとする政策の制定者が否応無しに対峙しなければならない厳しい現実である。

剰余価値の分配をエージェンシーコスト解消の手段とすることは、その手段を用いること自体の難しさによる限界のほかにも、その手段によってもたらされるインセンティブに限りがあるという面でも限界がある。一つの発明による貢献が製品の最終貢献において占める割合は多くなく、これが一つの発明の奨励総額の限界を決定付けており、発明主体のチーム化によって各発明者が得る奨励が極めて少なくなる可能性があることを意味

⁴⁷ 翁立克与上海浦东伊维燃油喷射有限公司等职务发明奖励纠纷案(翁立克と上海浦东伊维燃油喷射有限会社等の職務発明の奨励に関する訴訟案)、上海一中院(2005)沪一中民五(知)初字第220号、上海高院(2008)沪高民三(知)终字第23号。

⁴⁸ 前掲注47・翁立克与上海浦东伊维燃油喷射有限公司等职务发明奖励纠纷案参照。

⁴⁹ 3M中国有限公司、张伟锋与3M创新有限公司职务发明奖励纠纷案(3M中国有限公司と張偉鋒が3M創新有限公司に対して提起した職務発明奨励についての訴訟)、上海高院(2014)沪高民三(知)终字第120号。

⁵⁰ 许祖泽诉中国钢研科技集团有限公司、宝钢集团有限公司等职务发明创造发明人报酬纠纷案(許祖澤が中国鋼研科技集团有限公司、宝钢集团有限公司等を職務発明の発明創作者の報酬について訴えた事案)、北京一中院(2010)一中民初字第465号、北京高院(2011)高民终字第3343号。

している。中国のすべての発明専利の平均発明者人数は5人以上である⁵¹。これに加え、各発明の奨励総額が高くないことも良くあるとなれば、従業者が獲得する分け前は自然と非常に少ないものとなる。奨励について言えば、たとえ『草案』が最も気前の良い待遇をしている発明専利であろうと、どの発明者への奨励も、使用者が労働者に与える平均月収の二倍にも満たない。全国平均水準では⁵²、総額はおよそ8,000元を超えることはなく、発明者一人あたり平均1,000元ほどしか得られない。このような極めて少ない奨励がもたらす追加のインセンティブは、過大評価されるべきではない。

剰余価値の分配にかかるコストが高額であるにもかかわらず、発明の効果に限りがある場合、使用者が当該手段を用いる積極性は自然と弱まる。使用者にとって、発明者の利己的行為は当然好ましくないものであるが、コストが非常に高い解決方法も同様に受け入れ難いものである。発明者の職務怠慢によって出た損失であろうと、収益の分配がもたらした支出であろうと、発明者による労働を獲得するために使用者が支払うコストであることには変わらない。使用者はコストの種類ごとに異なる扱いをすることはできないが、コストの額に対してだけは敏感である。従業者の怠慢によってできた損失が、怠慢を解消するために支出するコストより小さければ、使用者は怠慢を容認することを選択する。ところが、偶然にも、多くの法域の職務発明制度はすべて、発明者が剰余価値の分配に参加する権利を認めることから始まっている。このことは、発明の剰余価値を分配するコストが発明者の職務怠慢による損失よりも小さい可能性が高いことを意味している。しかし、法域ごとにその権利を認める程度は異なっており、これはまさしく各法域がすべて財産権の分割が常に合理的な選択であると考

⁵¹ 彭茂祥＝王亚玲＝冀小強＝李隽春：『基于专利文献信息的全球（主要国家）技术创新活动研究（专利文献情報に基づく全世界（主要国家）技術創新活動研究）』、甘紹寧主編：『專利文獻研究2015』（知識產權出版社2015年版）195頁表8。（本論で示した各省の専利の平均発明者数は5人に満たないため、当該数字は正確なものではない。196頁表9を参照。しかし、31の省級行政区画のうち、平均発明者数が3人を超えるところは26もある。故に、中国の平均発明者数は比較的高いという結論は全体的に見れば正しいものとなる。）

⁵² 盛・前掲注6。

えているわけではないことの証明である。職務発明の奨励に対する干渉が少なれば少ないほど依頼人に自由選択の空間を与えることとなり、最適な全体効果を得るために、エージェントコストを下げる様々な手段を積極的に講じ組み合わせることが可能になる。したがって、差別的待遇は多くの場合に経済的合理性を持つものであるが、普遍的なものではない。当然、使用者に職務発明ごとに単独で奨励を計算する制度を要求することは、普遍的な正当性を欠いているというべきである。

二．資源配分の二種類の模式及びそれに対応する職務発明制度

使用者に職務発明ごとに単独での奨励の計算を強制することは、エージェントコストの角度から見て合理性を持たないだけでなく、公司法⁵³の資源配分二元的模式に関する理論から見ても、合理性を持たないことが説明できる。特に、イノベーションが社会化していく時代の趨勢の下、単一の発明による貢献を分離する難易度が大きい場合、イノベーション構造は使用者優位になるべく偏っているべきである。つまり、その都度行う個々の価格設定を大まかな価格設定に置き換え、階層構造が価格メカニズムに取って代わるのを許すべきである。これは、契約の自由を制限するという名目で、すべての職務発明に価値判断をすべきか否か、如何にしてそれを行うべきか、という使用者の決定を阻害するものとは異なる。

1．資源配分の価格メカニズムと階層構造

職務発明制度改革の目標は「イノベーション型国家の建設」であり⁵⁴、その手段は使用者内部の資源配分を最適化することである。資源配分の最適化を促進する一般的な手段は価格メカニズムであり、その核心は経済主体が見返りに基づいて資源の投入をしていると信じている点にある。ある領域において十分な収益の見込みがあれば、資源は絶えずそこに投入され

⁵³ 訳者注：「公司」とは中国語で会社のこと。

⁵⁴ 『关于〈职务发明条例草案(送审稿)〉的说明(〈职务发明条例草案(送审稿)〉に関する説明)』1頁。

るはずである。価格メカニズムに対する上記の理解に基づけば、『草案』は、発明者にすべての職務発明から相応する利益を獲得する権利を保障することで、発明への積極性が高まることを期待している。

この思考回路は、一見すると、理論的根拠が十分と思えるが、価格メカニズムが唯一のインセンティブのパラダイムではないという事実を無視している。価格メカニズムは、市場主体同士の間で機能する資源配分の模式の一つに過ぎない。市場主体である企業内部で資源流動が従っているのは、価格シグナルではなく階層指令で、企業の経営戦略決定者が資源の流れの決定権を持っている。『草案』の制定者は、新制度派経済学以前の経済学者と同じように、膨大な量の資源が価格メカニズムの予想に反して流動しているにもかかわらず、価格メカニズムによって資源を引導することのみ注意を向けており、資源が一つ一つ市場から離れていく「ブラックボックス」のような企業を無視している⁵⁵。価格メカニズムに基づけば、生産要素の方向性は価格によって決まる。つまり、一つの生産要素は、まずその評価が最大限となる利用の方向に流れ、限界効用が引き起こした価格の降下の過程で次第に他の利用にも分岐していき、最終的には各利用の限界価格が一致したときに均衡が実現する。しかし、生産要素の企業内部の流動は、「価格付け—価格決定」を経ることなく企業の経営戦略決定者の意思によって支配されている⁵⁶。ここで従っているのは、ケースバイケースの価格付けや価格決定のプロセスがなくても、企業が効果的に資源配分を行うことができる階層モデルである。企業外部では、価格を連結点として協力が実現し、企業内部では命令を基礎として協力が実現する。一方で、企業外部では経済主体は意識的に調整をしなくても良い。企業内部では意識的な計画が基礎となり、企業外部では価格メカニズムがすべてを決め、内部では階層構造が主流となっている。企業の外での資源流動のメカニズムは価格メカニズムの解説によって透明なものとなったが、企業内部の資源配分は価格理論では照らすことのできないブラックホールである。

⁵⁵ FOUNDATIONS OF CORPORATE LAW 1 (Roberta Romano ed., 2d ed., Foundation Press 2010).

⁵⁶ See Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, *ECONOMICA* Vol, 4, Issue 16, 386, at 387 (1937).

価格メカニズムの神話を破るのは、「新制度派経済学が初めて作った」と言われている「企業の性質」である⁵⁷。取引コスト理論を初めて唱え、ノーベル委員会に賞賛された論文で⁵⁸、コースは「価格メカニズムを利用するには代価を支払う必要がある」という事実を鋭く指摘した⁵⁹。実際、価格メカニズムのコストがゼロであれば、階層構造によって企業の内部リソースを配分する必要はなくなる。なぜなら、この時すべての資源の運用は、買手の取引依頼を受けて売手が価値を出すことで完了させることができ、多数の契約を連携させれば、複雑な資源流動を実現できるからである。問題は、価格見積り・交渉・契約締結・契約の履行のすべてにおいてコストが付いてまわるということである。経済主体について言えば、その見返りは投資による収益自体ではなく、収益全体からコストを差し引いた余額である。したがって、経済主体は収益を増やすことだけでなく、その収益を与える際のコスト削減についても追求している。階層式の資源配分方式は、しばしばコストを減少させる効果的な手段となる。企業の構成要素となる契約は長期的なものであり（典型的なものとして、企業と従業員が署名した契約）、繰り返し契約を結ぶコストを削減するだけでなく、同時に双方のリスクを抑え、外部でリスクに対する保険を探す手間を省くのである。

価格メカニズムと階層構造の取引コストは確かに異なるが、両者の取引コストは情勢の変化に伴って変動していくという点では同じである。需要が短期的又は急速に変化しているときは、その時々ではっきりさせていく価格メカニズムの配分がより適切である。しかし、需要が長期にわたるもので安定しているときは、取引回数が多くなることを避ける階層構造の方がより効率的である。故に、価格メカニズムと階層構造の間には、コスト面での絶対的な優勢はなく、最適な資源配分の方式は両者を組み合わせることにあると言える。さらに、具体的な様態については時と場合に応じて

⁵⁷ 盛洪＝陳郁：『译者的话（翻訳者の言葉）』、コース（盛洪訳）（陳郁翻訳添削）：『企業、市場と法律』（格致出版社2009年版）2頁。

⁵⁸ http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/press.html, 2015年11月10日最終アクセス。

⁵⁹ Coase, *supra* note 56, at 390.

決めるのが適当である。企業が価格メカニズムに欠陥があると気が付けば、外部の生産要素を階層モデルに組み込もうとする。このようにして、企業の合併・買収(M&A)は発生する。逆に、企業が階層構造を通して資源配分を行うことのコストが高すぎると気が付いたとき、価格による手段を採用するようになる。アウトソーシングや部門ごとの決算、並びに役員報酬の計画を行うことはすべて、企業が価格メカニズムを補足的な手段とし、資源配分の最適化をしていることの表れである。いつでも価格メカニズムと階層構造の二元的モードを調整できる自由は、まさに企業の効率性の源である。「<企業の性質>の生命力は、[……] その会社構造から合理的な選択をするまでの強調にある⁶⁰」のである。立法者がこのことを知っていれば、企業に特定のイノベーション資源の配分モードを選択することを指導する際も、さらに謙虚な姿勢でいるべきである。

2. 発明のインセンティブとなる奨励の自己決定と強制決定のモード

イノベーション資源の配分には、価格メカニズムと階層構造という二つの手段がある。企業は状況に応じて、この二種類のモードを切り替えたり組み合わせたりすることが必要となる。職務発明における奨励制度の本質は、法律による企業内部のイノベーション資源の分配モードに対する規制である。十分に信頼できる理由がある場合を除き、イノベーション資源の配分において、企業に資源配分の選択と組み合わせを許す二元的モードは、利益より弊害の方が大きい。そうでなければ、制度の枠組みが企業の職務発明の奨励問題において自己決定の余地を残しているはずである。

使用者に職務発明の価値と奨励の関連付けを強制することは、実際には、企業に階層式のイノベーション資源分配手段ではなく価格メカニズムによって発明のインセンティブを実現するよう要求していることにほかならない。価格メカニズムによるインセンティブの核心は、各資源を利用するごとに行う単独の価値設定である。対して階層式インセンティブは、一つ一つの単独の価値判断を必要とせず、大まかな契約で長期間の同じ生産

⁶⁰ Jason Johnston, *The Influence of The Nature of the Firm on the Theory of Corporate Law*, 18 J. CORP. L. 213, at 244 (1993).

要素への複数回の対価提供をカバーするものである。中国の職務発明奨励制度に対する修正の全体的な動向は、発明者の利益をますます強調する傾向にあるものの、すべての使用者に対し発明ごとに個別の対価支払いを強制するまでには至っていない。『専利法』における職務発明奨励に関する条項の適用では、規範による制限は比較的合理的な範囲内で体系化されてきた。2010年『専利法実施細則』の修正前は、少数の使用者のみ発明ごとの奨励計算を必要としていた⁶¹。修正後は、第76条、第77条において明確に契約優先の原則が導入され、使用者と発明者の間で「奨励、報酬の方式と額」について自由に契約を定めることが認められた。つまり、奨励を基本労働による報酬の中から排除することはしていない。しかし、『草案』中の三つの規定で、発明と奨励の一対一の関係の確立を要求しており、使用者と発明者による発明活動についての大まかな価格設定の可能性を否定した。

草案の三つの規定はそれぞれ、契約優先に対する特別な制限（『草案』第18条第2款）、貢献に基づいた報酬の支払要求（『草案』第22条）、黙示の奨励基準（第20条、第21条）に分けられる。職務発明の契約設定の自由を明確に制限することは、契約法又は労働契約法の一般規定に依拠しているだけとは言えず、職務発明の領域における契約優先の制限がさらに厳格になるのではないかという疑念をもたらす。職務発明の奨励を労働報酬の契約に含ませることは、「発明者が本条例の規定に基づいて有している権利又は前述の権利の所有もしくは行使について、不当な条件の契約もしくは規定を追加すること」だと認定される可能性があり、その場合は『草案』第18条により無効となる。これは『草案』によって使用者にもたらされるリスクの一つである。また、ひとたび一つ一つの発明ごとに報酬を支払う必要ができれば、貢献と報酬の関連付けの要求が企業を束縛するであろう。「使用者が報酬の額を確定させる際、それぞれの職務発明が製品全体もしくは工業技術に与える経済的効果による貢献、及びそれぞれの職務発明者とその職務発明に対する貢献を考慮するべきである」。たとえ、労働契約

⁶¹ 奨励義務を担う主体の範囲は、「全民所有制企业」（《専利法実施細則（1984、1992）》）から「国有企事业单位」（《専利法実施細則（2001、2002）》）に拡大し、最終的にはすべての使用者へと広がった（《専利法実施細則（2010）》）。

の双方で取決めがあっても、取決め報酬額に発明の価値を反映させなければならぬ。さもなければ、第22条に基づき調整を行う必要がある可能性がある。これは、『草案』が使用者にもたらす二つ目のリスクである。そして、労働契約の双方が奨励に関して『草案』の要求に符合する取決めを締結していない場合、従業者を発明活動に従事させるインセンティブの対価が労働報酬の中にすでに含まれているとは認められない。よって、さらに使用者に対し、労働関係の報酬以外に黙示の奨励基準によって、発明者に追加の支払いをするよう要求している。実際のところ、労働の報酬が発明のインセンティブを含んでいない状況で、従業者が発明活動に従事しているところを想像するのは困難である。常に競争の最中にある企業は、イノベーションボーナスを増やす発明者を誘致することにプレッシャーがあり⁶²、合理的に推測すると、使用者による契約時の価値設定において、すでに発明活動の対価を含んでいるはずで、その逆ではない。言い換えれば、たとえ労働に対する報酬が細かく一つ一つの職務発明に対応するものでなくても、それは従業者の発明活動への一括払いの対価を含んでいるのである。『草案』は労働報酬が発明に対する対価を含んでいないという点を出発点とし、使用者が別途職務発明の奨励を計算していない場合のみ、使用者に黙示の奨励基準に基づいて追加の奨励を支払わせるというものである。これは、『草案』が職場にもたらす三つ目のリスクである。

以上の三つのリスクを避けるため、企業にとって最も確かな選択は、職務発明一つ一つに個別に奨励を支払い、支払額と職務発明の価値がなるべく同じになるよう努めることである。これは、企業から発明労働を買う際の大まかな価値設定の可能性を剥奪するに等しく、また企業が一種の効果

⁶² 「競争の中で」という前提は非常に重要で、もしこの前提が成立しないのであれば、当然、使用者が従業者の発明に向けて適切な報酬を支払うという結論に至ることはない。例えば、企業間で通謀して従業者の流動を制限し、従業者の報酬を削減しようとする場合などが挙げられる。代表的な事件としては、アップル、グーグル、インテル、アドビなどの会社が「互不挖角協議」を締結したとして訴えられ、最終的に4.15億ドルで従業者との和解が成立し、原告となったすべての従業者は平均でおおよそ6,500ドルの補償を獲得した。In re: High-Tech Employee Antitrust Litigation, 2015 WL 5158730 (N.D. Cal.). このような欠陥は独占禁止法で処理すべきで、職務発明の規範によって解決すべきではない。

的資源配分の模式的な存在となっていることの意義を否定することにも等しい。もともと、個別の価値判断を通して発明エージェンシーコストの問題を解決し、価格メカニズムに依拠してイノベーション資源を分配しようという企業に対して、『草案』は質的な面では影響を及ぼさない。しかし、報酬と貢献の関連付けの要求から、計算コストの発生の方面には量的な面には影響が及ぶ。一方で、はなからエージェンシーコストを認容し、階層式の制度によるイノベーション資源配分モードを選択した企業に対して、『草案』は確かな質的影響を及ぼし、企業内部の資源調達構造を根本から変化させる。強制的にモードの方向性を転換をさせることが、最終的に企業にどれだけの損失を与えるかは、該当状況下で、一つの職務発明の貢献を計算する社会的費用がどれだけかかるかによって決まる。前述したように、多くの業界において、一つの製品上の発明の密集度及び発明の社会化の程度が高くなるに連れて、一つ一つの発明の貢献をそれぞれ分離することは、完了させることができない使命というよりむしろ、得るものより失うものの方が多き行為という方が的を射ている⁶³。「企業に対し割に合わない活動に従事するよう強く要求し続けることは、イノベーション活動のインセンティブになり得るのか」という点は熟考に値する。ドイツでは、『従業者発明法』成立前の1907～1933年の間に、製造業の1,000人あたりの国内特許出願数が1件から3件と飛躍的に増加した。ところが、『従業者発明法』の施行以降（1957～1982年）、上述の指標は2.5件以下をさまようことになった⁶⁴。このことからわかるように、職務発明の奨励に対する

⁶³ 『草案』の大部分はドイツの『従業者発明法』に基づいている。そのため、ドイツが実施している類似の制度による経験から学ぶことができる。ドイツ工業所有権・著作権協会が2000年にドイツ連邦司法部長に提出した『従業者発明法改革意見』によれば、企業が特許による保護を獲得した職務発明ごとに投入する平均管理コストは、補償を含まないものとしても、すでに最大で4,300マルクに達している。さらに、すでに職務発明価値が金字塔の上層部に位置する調停済みの発明に至っては、大多数の発明者が最終的に得られる補償は毎年2,000マルクに満たない。

Gloy & Loschelder: Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen, GRUR 2000, 385, 385.

⁶⁴ Axel Brune, *Bewährtes Deutsches Arbeitnehmererfindergesetz?* Carl Heymanns Verlag, 2009, SS. 146-149.

規制は、国家のイノベーション能力に影響を及ぼし、その影響はポジティブなものとは言い難い。

『草案』は、労働契約の双方が長期の大まかな契約のみを通してイノベーション資源を配分することを許していないが、これは企業のリスクと負担を増加させただけでなく、別の側面から発明者の利益をも侵害している。この一見直感に反するような断定は、少なくとも以下の二つの側面から説明することができる。

一つ目は、長い目で見たとき、報酬の区分を細分化することによって発明者の所得水準を下げる可能性があるという側面である。項目ごとに分けて計算された報酬は、短期的には発明による収入をますます高くしていくような錯覚を覚えさせるが、実際には、発明者の所得水準を決定しているのは報酬の項目数ではなく報酬の総額である。企業が発明者に支払うことのできる報酬の総額が、報酬計算方式の細分化によって増加することではなく、その反対に細分化計算のコストによってさらに減少してしまう。たとえ『草案』が一時的に個々の案件において発明者の収入を増やしたとしても、発明者の貢献を反映させ、なおかつコストも削減させた均衡価格の減少傾向を止めることはできない。

もう一方は、発明に対する報酬の基礎を努力という過程から成功という結果へと変化させたことは、発明の商業リスクを企業から発明者に移転させてしまうことになる側面である。雇用契約中、職務発明の奨励は列挙こそされていないが、実際の労働報酬には従業者の発明能力に対する従業者、企業双方の事前評価が体现されている。発明者にとって、定額報酬は発明が成功したときには明らかに不足している一方で、発明が失敗したときのことを考えれば高すぎる。労働契約の双方が、それぞれのケースで発生する不公平な表象を大目に見ていることは、双方が協力してリスクを分配した結果である。雇用契約の締結時点では、双方とも発明を成功させることができるかどうか分からない。このとき、彼らは一方がリスクを負担するか、双方がともにリスクを負担するか、あるいは第三者主体がリスクを負担するか、の三種類の取引の枠組みの中から選択をせまられることとなる。多くの場合、真っ先に排除されるのは三番目の方法である。なぜなら、外部保険はさらに複雑な取引構造とさらに高い取引コストがかかるだけでなく、外部主体によるリスク評価によって効率が上がることもないからで

ある。しかも、外部による価格付けはしばしば取引をする双方の保険費用の支払いの希望額を超える⁶⁵。さらに、二番目の方法と比較して言えば、一番目の方法がより双方のリスクへの態度に符合する。これは、発明者は通常喜んで高い報酬と引き換えに安定性を取るのに対し企業は喜んで安定性を放棄し高い結果を追求するからである。いずれにせよ、労働の報酬は発明者の生計に関係していて、企業はその存亡を一つの発明にかけなくとも、大数の法則に頼ることができる。しかし、労働者は通常、労働契約の中で、波のある生活を保険収入により安定させることを期待しており、雇用主が重視しているのは剰余価値における相当の対価請求権による刺激である。実際には、定額報酬の尊重は従業者のリスクを避ける方を尊重することに偏っている。労働契約の双方にそれぞれ従業者の発明能力を評価することを強く要求すれば、使用者の自然な反応としては、固定労働報酬を下げ、奨励準備金によってそれを補填し、発明の成功を待って支払うことになるだろう。これは発明失敗のリスクを使用者から従業者に転化しているということである。⁶⁶ また、これは安定した報酬という従業者が求める本来の意図に反する可能性が非常に大きい。

したがって、企業内の資源配分規律に反する価値判断の個別化政策は、効率を上げることもなければ、再分配の方面においても特に指摘しておくべき良い点はない。

三. 報酬自己決定の正当性の基盤

前述のとおり、エージェンシーコストと資源配分の二元的モードの視点から分析を展開しても、たどり着く結論は同じである。結論はすべて、発明する度にその貢献と見返りの間に関連を持たせることが経済的合理性を

⁶⁵ 故に、一部の学者は、企業が通常具備している有限責任自体がリスクに対抗する手段であり、ただ外部保険を内部保険に置き換えただけであると指摘している。

Frank Easterbrook & Daniel Fischel, *Limited Liability and the Corporate*, 52 U. CHI. L. REV. 89, at 89-93 (1985).

⁶⁶ See Robert Merges, *Law and Economics of Employee Inventions*, 13 HARV. J.L. & TECH. 1, at 16 (1999).

体現しているとは必ずしも言えない、という所に行き着く。さらに、立法により規制を増やすことで、発明と貢献の関連付けを強く推し進めるという具体的な方式は、任意の契約をすることへの使用者への心理的圧力を一層大きいものとする。このように、表面上可能な限り黙示の基準と一致するよう使用者に強制することで一時は高い安心感が得られるかもしれないが、このような規制は技術の進歩を促すことができないだけでなく、かえってイノベーションを阻害する。本章では、まず、なぜ使用者に奨励の自己決定を許すべきなのかを正面から説明し、その後それに対する反対理由についての反論を述べていく。

1. 奨励自己決定は、逆効果をもたらす奨励措置と貢献度の測定における課題、モチベーションの多様化が制限されるという問題を解決する

強制的な奨励の規定には、エージェントコストと資源配分の二元的模式のほかに、三つの方面からの懸念があり、奨励自己決定でなければこれらの懸念を消し去ることはできない。

まず、奨励措置による効果とインセンティブの目標の背離は、企業に絶えず奨励措置の方法の調整を許すことによってしか、是正することができない。「イノベーション」は本来、「発明」に限らず、知識の蓄積量を増やすすべての行為を指す。連鎖しているイノベーション構造の中では、発明者という一部分だけに奨励を与えることで、そのほかのイノベーションにネガティブな影響を与える可能性は大きい⁶⁷。職務発明奨励によるインセンティブの下での、従業者の主な目標はできる限り仕事の結果を奨励の要求に符合させることである。商業構造の最適化と職務発明の実行を例に取ると、たとえ前者が企業に有益でも、従業者にとっては後者の方が魅力的である。極端な例になると、従業者が報酬を獲得できる時間を引き延ばす

⁶⁷ Manly, D.G., *Inventors, Innovators, Compensation and the Law*, 21 *Research Management* 29-32 (1978). Cited from Dietmar Harhoff & Karin Hoisl, *Institutionalized Incentives for Ingenuity – Patent Value and the German Employees’ Invention Act*, Discussion Paper 2006, at 11, http://epub.ub.uni-muenchen.de/1262/1/German_Inventor_Compensation_230106_DP_LMU.pdf, 2014年7月14日アクセス。

ため、長期にわたって時代遅れの技術を使い続け、より優れた方案を避けて使わない状況もあり得る⁶⁸。このようなことが起こる心配は、発明者が管理職も兼ねている場合にさらに現実味を帯びてくるだろう。というのも、代理人が多方面の任務を負っている際、依頼人の判断の指標が代理人の一つの任務のパフォーマンスの成果だけになる場合、代理人はそのほかの任務を完了させることを怠る可能性が非常に高い。これこそが、プリンシパル＝エージェント関係におけるマルチタスクの問題である。また、『草案』が認可している発明活動以外に、企業の運営やニーズを理解し特許性を持たない改善意見を提出したり、経験をほかの従業者に伝えたりするなど、企業の利益の最大化を実現するために従業者がしている努力は決して少ないとは言えない。企業にあまりに多くの資源を特定の種類の知的活動に投入するよう強制することは、従業者がそのほかの価値のある行動を軽視することにつながる⁶⁹。まさに、ある人が特許件数や、論文数、引用率でイノベーション能力を判断することを批判したように、「評価してどうする。それで何が得られるのだ。より多くを得ることを決して期待するな。」⁷⁰ と言うことである。

同じ理論で、企業は奨励義務を逃れるために、たとえそれが社会にとっては最善の選択ではなかったとしても、(例えば、著作権の獲得はできるが特許性は持たない作品のみを創作し、イノベーション資源の配分を歪ませるような⁷¹) 追加の奨励義務を引き起こさないイノベーションの形式を選ぶ可能性がある。インセンティブの指標化には、もともと、本来の意図から外れ、逆効果をもたらす奨励措置となるリスクが存在している。例え

⁶⁸ Klaus Brockhoff, Ist die kollektive Regelung einer Vergütung von Arbeitnehmererfindungen wirksam und nötig? Zeitschrift für Betriebswissenschaft 1997, 683.

⁶⁹ PAUL MILGROM & JOHN ROBERTS, ECONOMICS, ORGANIZATION AND MANAGEMENT 394 (Englewood Cliffs 1992).

⁷⁰ Arthur Chester, *Measurements and Incentives for Central Research*, 38.4 RES. TECH. MGMT. 14 (1995).

⁷¹ ドイツ工業所有権専門家協会主席が1999年で行った年次総会のスピーチ参照：Begrüßungsrede des Präsidenten des VPP, Herrn PA Dr. K. Höller, anlässlich der Frühjahrstagung am 29. und 30. April 1999 in Dresden, VPP-Rundbrief 2/1999, 28.

ば、会社の収入を指標とした役員報酬計画によって、役員が会社の長期的な健康を犠牲にして短い期間で発展しようとする問題は起こりやすくなる⁷²。さらに、同じ理論で、知的創作の積極性を変化させる動機付けシステムは非常に複雑であり、単に純粋な収益化や単一化というようなストレス反応と理解されるべきではない。そのように理解してしまえば、社会化・協力化の進むイノベーションに対する動機付けの作用に影響を与えてしまう⁷³。心理学者は、インセンティブの強さと仕事のパフォーマンスは常に正比例になるとは限らず、一定以上のインセンティブを与えても追加の効果をもたらすことはできないとした⁷⁴。また、この種の逆効果をもたらす奨励措置は知的労働の領域でさらに目立ったものとなる⁷⁵。

次に、チームワークと貢献度の測定における課題の間の矛盾についてだが、これは奨励の自己決定によってのみ解決できる。いわゆる測定における課題とは、情報の獲得と運用にはともにコストがかかり、チーム内での単独貢献の測定は正確であればあるほど良いといわけではないという問題を指している。「部分的な要素の合計が全体よりも小さくなる」ことの原因は、チームの成果を細かい要素ごとに分ける過程で資源を消耗しすぎるという点にある⁷⁶。故に、多くの研究開発プロジェクトのマネジメント業務の中心となるのは、チームで研究開発することの優位性を発揮し、相乗効果を実現することである⁷⁷。測定における課題は集団性を持つ知的活動において特にはっきりと現れる。多くの場合、単にどの製品が発明を利

⁷² Lucian Bebchuk & Jesse Fried, *Executive Compensation at Fannie Mae: A Case Study of Perverse Incentives, Nonperformance Pay and Camouflage*, 30 J. CORP. L. 807, at 809-12 (2005).

⁷³ Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369, at 423-36 (2002).

⁷⁴ DAN ARIELY, *THE UPSIDE OF IRRATIONALITY: THE UNEXPECTED BENEFITS OF DEFYING LOGIC AT WORK AND AT HOME* 17-21 (Haper 2010).

⁷⁵ *Id.* at 34.

⁷⁶ Armen Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs and Economic Organization*, 62 AM. ECON. REV. 777, at 778-81 (1972).

⁷⁷ Gary P. Pisano, *The Governance of Innovation: Vertical Integration and Collaborative Arrangements in the Biotechnology Industry*, RES. POL'Y. Vol. 20, Issue 3, at 237 (1991).

用したかを判断するだけでも、すでに高いコストを払わなければならない。ドイツの特許商標局のもとに設立された職務発明調停機関の機関長も、かつて、「売上高のうちどれだけの額が、特定の職務発明と関連があるのかを分析することは非常に難しい。どの製品のどの部分、あるいはどの生産段階において自分の発明が使われたかは、発明者のみ知ることができるという場合さえある」と述べている⁷⁸。企業の研究開発マネジメントが常に困難なことの重要な原因は、イノベーション活動の各項目には強い相補性があり、正確に分けることができないことにある。さらに、新製品を開拓する「非連続性を持つイノベーション活動」では、プロジェクトが成功しようが失敗しようが関係なく、研究開発とマーケティングの足並みをそろえて推し進めることは、研究開発が原因で非常に困難なものとなる⁷⁹。変動性のある収入によってインセンティブを行うことができる可能性は、業績の測定の難易度によって決まる。業績の測定が難しければ難しいほど、変動性を持つ収入によるインセンティブは副作用を引き起こす可能性が高まる。⁸⁰ 発明活動の業績を測定することはしばしば困難であり、企業に固定収入によるインセンティブという道を残しておいてこそ、状況に応じた最適なインセンティブの方策を定めることができる。

さらに、硬直化した奨励システムは、発明者のモチベーションの多様化を制限してしまう。融通のきく奨励政策によってのみこの制限を取り払うことができる。『草案』によって発生する法的リスクを避ける最適な方法は、できる限り『草案』の黙示の基準に近い取決めをすることである。問題は、黙示の基準では奨励の収益化にのみ焦点が置かれている。ここでは、企業が収益化されていないインセンティブを与えることは認められない

⁷⁸ Ortwin Hellebrand, Änderungsbedarf für das ArbEG aus der Sicht der Schiedsstellenpraxis (Vortrag anlässlich der VPP-Fachtagung Frühjahr 1999), VPP-Rundbrief 2/1999, 39-40.

⁷⁹ 馬玲:『面向不连续创新的企业协同产品研发管理研究(非連続的に創新される企業コラボレーション製品の研究開発管理についての研究)』、復旦大学管理科学与工程专业2005年博士論文61頁。

⁸⁰ 張維迎:『理解公司: 产权、激励与治理(会社を理解する: 財産権、インセンティブ、ガバナンス)』(上海人民出版社2014年版) 424-425頁。

可能性があるということである。たとえ、使用者が発明者に昇進の機会を与えたり、その研究開発の予算を増やしたりしても、やはりそれとは別に黙示の基準に沿った奨励を与えなければならない可能性が高い。しかし、実際のところ、収益化報酬は仕事に対する唯一のインセンティブではなく、労働者にインセンティブを与える際には、仕事に意義を見出すことも同じく重要である⁸¹。集積回路について大きな貢献を果たしたロバート・パウワーが使用者から与えられたのは巨額の賞与ではなく、昇進や研究チーム、それから数百万ドルの研究費だった。「これこそが報酬である。アイデアを実践できることは、発明者にとって夢が叶うこと」なのだ⁸²。同時に、組織心理学で、チームメンバーのモチベーションは主に平等感や期待に似合う見返りを受けたという心理から来ていると説明されている⁸³。収益化によるインセンティブを過剰に強調してしまうと、企業に様々なインセンティブの手段を講じる柔軟性を損なわせてしまう。それだけでなく、結果を過度に強調しすぎて分割によってインセンティブを与えるというもともとの意図を無視することは、従業者の公平な報酬システムへの期待に反する可能性がある⁸⁴。企業の研究開発マネジメントの発展史は、絶えず適切なインセンティブの組合せを模索してきた歴史である。企業は場合によって、ある特定の指標のインセンティブを低下させることで、その他の企業にとって非常に重要であるものの、指標によるインセンティブの貢献からは得ることができない従業者間の協力や調整などを得ようとすることもある⁸⁵。使用者に、発明のインセンティブを給料の中に含ませることも、収益化によらないインセンティブを実行することも許さず、さらに企業に貢献度から離れて奨励を支払うことも許さないのであれば、企業が確信を

⁸¹ ARIELY, *supra* note 74, at 53-82.

⁸² Merges, *supra* note 66, at 39.

⁸³ リチャード・ゲリッグ＝フィリップ・ジンバルド：『心理学と生活（第18版、英文版）（心理学と生活）』（人民邮电出版社2011年版）371-372頁。

⁸⁴ ヨハイ・ベンクラー（簡学訳）：『企鵝と怪物：互联时代的合作、共享与创新模式（ペンギンと怪物：インターネット時代の合作とシェアとイノベーションのモデル）』（浙江人民出版社2013年版）137-138頁。

⁸⁵ See Bengt Holmstrom & Paul Milgrom, *The Firm as an Incentive System*, 84 AM. ECON. REV. 972, at 989 (1994).

持つて十分な実験を行い、最適なインセンティブのメカニズムを見付け出すことは不可能である。

2. 予想される反論に対する考察

反対者は様々な角度から奨励の自己決定について問題を呈するだろう。以下で、予想される各方面の問題に対して回答していく。

第一の問題点は、契約の自由はすでに保障されており、制限の緩和はイノベーションにとって有害なのではないかという点である。

職務発明領域の契約優先による自由には、二つの側面がある。一つ目は、職務発明ごとに単独で奨励を与えるか否かという側面で、二つ目は、どのように単独で奨励を与えるかという側面である。『草案』は一つ目の側面での自由を認めず、同時に二つ目の側面においても厳格な制限をしており、契約の自由が十分に保障されているとは言い難い。実際、自由に契約を締結する選択の空間があることで、イノベーションへのインセンティブが減少するようなことはない。もし、使用者がイノベーション活動の収益性を予見できれば、通常の場合、適切なコストで従業者にインセンティブを与えることを選択するはずである。アメリカの法律では企業に職務発明奨励を要求していないにもかかわらず、多くの企業では職務発明奨励によるインセンティブを会社政策の重点に置いている。また、近年ではその奨励額も日々増加している⁸⁶。国家知的財産権局の調査では、『職務発明条例』がない状況下でも、調査を受けた200の使用者のうち59.5%が職務発明の奨励方法について規定を設けており⁸⁷、調査を受けた356名の発明者のうち82%が自己の法的権利と利益が保障されていると感じていると答えた⁸⁸。

⁸⁶ See *Merges, supra* note 66, at 38-42.

⁸⁷ 国家知识产权局条法司＝北京君途管理咨询有限公司：『职务发明制度实施情况及完善发明人调研报告（職務発明制度の実施状況及び発明者の調査研究の改善のための報告）』、2012年6月、9頁。<http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ywzt/zwfntzl/>, 2015年11月5日最終アクセス。

⁸⁸ 中国发明人协会＝国家知识产权局条法司：《职务发明人权益保护状况调查报告》、2013年9月、5頁。<http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ywzt/zwfntzl/>, 2015年11月5日最終ア

すべての使用者が必ず職務発明奨励の規定を設けなければならないわけではないことを鑑みると、(たとえ設定したとしても自己の権益保護の現状に不満を抱いている少数の発明者を救済することはできない可能性は残るにしろ、) 上述の二つの数値は、『草案』がなくとも雇用者は職務発明者に必要な奨励を与える動機を持っていることを良く表している。

第二の問題点は、海外の立法は奨励を肯定しており、規定を定めることを放棄するのは主流ではないという点である。

職務発明改革の過程で、比較法は常に政策決定と推論・分析における重要な道具である。しかし、実際のところ比較法の経験則は、一つ一つの職務発明ごとに単独で奨励を与えることを支持しているわけではない。イギリスでは、発明は原則発明者に帰属する。ただし、使用者は従業者の任務としての発明と役員の上の発明という二つの法定事由によって発明を原始取得することも、契約を締結して発明を継承取得することも可能である⁸⁹。従業者は非常に厳しい実体的手続要件を満たして初めて追加の補償を取得することができる⁹⁰。デンマークの特許法では原則、職責の範囲内での発明はすでに補償を獲得したものと推定され、使用者は追加の報酬を払う必要はない。オーストリアとイタリアの法律では、研究開発担当者はすでに給料の中から職務発明の十分な補償を得ていると推定される。フランスの特許法は職務発明に対する補償請求権は契約時に合意があるこ

クセス。

⁸⁹ 従業者発明は発明が発明者の通常あるいは特定の職責の範囲にあり、従業者が前述の職責のプロセスの中で生み出すことができる発明であると使用者が合理的に期待できることを指す。役員発明は、発明者の職責あるいは地位が特殊な責任を負担することを要求していることを指す。できる限り使用者の利益を増加させることなどがその特殊な責任にあたる。通常の場合は、上級管理職が完成させた発明ならばすべて使用者に帰属する。LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, *INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, at 601-02 (4th ed., Oxford University Press 2014).

⁹⁰ 使用者が発明を原始取得した状況下での実体的方面の要求は、発明が使用者に通常と異なる利益 (*outstanding benefit*) を与えることである。使用者が従業者から発明を継承取得した状況下での実体的方面の要求は、従業者が雇用契約から十分な補償を得ていないことであり、手続方面の要求は、従業者に関連する事実の挙証責任を負わせるということである。BENTLY & SHERMAN, *supra* note 89, at 657-62.

とことが前提であると規定されている⁹¹。上述の国家ではいずれも、使用者に一つ一つの発明ごとに単独奨酬を与える要求をしていない。さらに、すべての職務発明に正確な奨酬を与えることを徹底してきたドイツは、長年にわたり制度コストが高すぎるという批判を受けており、制度が本当にイノベーションを促進しているのかという問題に関しては終始疑問が残る。ミュンヘン大学経済学部のハーホフ教授が以前行ったアンケート調査の結果では、『従業者発明法』がイノベーションに対するインセンティブとなり得る効果を持っていると感じている従業者は、60%に満たないことが明確に示されている⁹²。当該法規定は、その効果はまざまざであるにもかかわらずコストが非常に高かったため、最終的に2009年の大改正以降、企業内部の事務への干渉を減少させる方向に転換した⁹³。

第三の問題点は、発明者は弱い立場であり、立法によっては是正を図る必要があるのではないかということである。

中国では発明者に不利であるため、特に法的手段を用いて発明者に利があるように枠組みを調整する必要がある、と指摘する人がいるかもしれない。しかし、職務発明規則の精緻化により発明者の利益の保障を図ることは現実的ではない。一方で、企業は固定報酬を減らしたり別の奨酬基金に頼ったりすることによって奨酬の負担を避け、発明失敗のリスクと奨酬計算のマネジメントコストを移転させ、発明者に利益を上げさせないことが可能である。また、もう一方で、各国の職務発明制度の細かいところでの差異を無視し、各国の発明者の全体収入と地位を比較することで、職務発明奨酬の精緻化や発明者の福利が良くなる結論を得ることは難しい。ドイツの発明者に対する保護は最も周到なものであるが、これに対して⁹⁴アメリカの職務発明政策は「天才という情熱の炎から利益という油を取り出す

⁹¹ *Id.* at 6.

⁹² Harhoff & Hoisl, *supra* note 67, at 32.

⁹³ 蔣舸：『德国〈雇员发明法〉修改对 中资在德并购的影响（ドイツ「従業者従業者発明法」の改正が中国資本のドイツでの買収合併に与える影響）』、『知识产权』2013年第4期。

⁹⁴ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Erfindungen von Arbeitnehmern und Beamten, BT-Drucks. 02/1648, S. 14.

制度である」⁹⁵と批判されている。しかし、アメリカの発明者グループの状況はドイツのそれに劣ることはなく、むしろアメリカの科学技術における新参者を挙げることはドイツのそれを挙げることよりも簡単である。収支コストの衡量にあたっての常識と干渉失敗の経験をどちらも重視しなければ、このような出発点から間違っている立法からは自動的に発明者の権益が増長するという終着点にたどり着くことはできない。

第四の問題点は、より大きな資産特殊性を持つ投資がもたらすリスクは、立法によってバランスを取る必要があるのではないかという点である。

資産特殊性は契約交渉の立場に影響をもたらす重要な要素である。資源の現在の価値に影響が及ばない状況下では、資源を別の用途に転用する可能性があり⁹⁶、その可能性が低いほど資産特殊性は高い。中国での戸籍の取得や、家の購入、学校選択などの制度は、従業者に比較的大きな職業転換のコストをもたらす。しかし、これによって発明者が雇用契約を行う際、強制的に法定された職務発明奨励に基づいて保護を与えるという理論は成立しない。まず、資産特殊性を持つ投資のリスクは、労働契約の締結後の段階に存在している。契約締結時には、発明者は異なる使用者の間で誰と契約をするか選択を行うことができる。これはまさに一部の使用者が早いうちから手厚い職務発明奨励の計画を立てている原因でもある。契約締結後のリスクによって契約締結時の交渉の幅を制限することは、不合理である。次に、資産特殊性投資のリスクについて、発明者がこれを一方的に負担することはなく、高い費用のかかる新入社員研修や適応にかかる長い過程のために、企業は発明者の入替を簡単にはできず、発明者と同様に資産特殊性の投資のリスクを負う。同時に、現行法は発明者に保護を与えていないわけではなく、労働契約法の2008年改正で特に被雇用者の権利が強化された。これを基礎として発明者に追加の保護を与える正当性は、現在までの議論では十分に明らかにされていない。

⁹⁵ Catherine Fisk, *Removing the “Fuel of Interest” From the “Fire of Genius”: Law and the Employee-Inventor, 1830-1930*, 65 U. CHI. L. REV. 1127 (1998).

⁹⁶ Oliver Williamson, *Transaction Cost Economics*, 1 Handbook of Industrial Organization, at 135-182 (1989). Cited from *supra* note 55, at 13.

四. 合理的な方法選択

理想的な職務発明の奨励制度は、使用者が発明の主力であるという事実を十分に尊重し、企業が試行錯誤によってイノベーションの適切なインセンティブ構造を追求できる柔軟性を維持しているものである。あるタイプの使用者が、既存の契約規則では個別の特殊な発明全般に、最適な結果をもたらせないことが十分な証拠によって明らかにされている状況でのみ、奨励の規制は限られた正当性を持つ可能性がある。しかし、たとえこのような場合でも、奨励の規制を実現するために実行される審査において、主に奨励契約の内容ではなく形式に注目すべきである。立法者が条例という形式によって職務発明制度の規制を詳細化しなければならない場合も、やはりこの思考回路に従うべきであり、少なくとも主体の区分、客体の範囲、審査方式の三方面において自制を保たなければならない。

1. 奨励義務主体の区分制限

立法者が頑なに職務発明奨励への規制を強化しようとするれば、その規制は十分に市場化されていない使用者にしか適さないものになってしまう。この類の使用者は、その性質のせいで効率的な内部統治を展開させることが難しいため、外部の規範により発明者の潜在能力を発揮させる手助けをする必要がある。ただし、この類の使用者は国家のイノベーションにおいて重要な役割を果たしている。重大な意義を持つ一部の領域では、やはり出願人が中核的な存在であるが、例えば、2006年12月31日までの間、中国の生物学分野における発明特許の上位10以内の出願人は、例外なく皆、大学や研究機関であった⁹⁷。この類の機関の重要性と、それらが自分で職務発明のエージェンシーコストを取り除くことの困難性は、この類の機関に対する奨励規制に一定の合理性を持たせる。

どのような主体を十分に市場化されていないと認定するのかについて、

⁹⁷ 《我国生物技术发明态势分析》、《国家知识产权局专利业务工作及综合管理统计月报》、2014年12月、表7、<http://www.sipo.gov.cn/ghfzs/zltj/tjyb/2014/201501/P020150129651237684832.pdf>、2015年2月13日最終アクセス。

立法者はさらに吟味する余地がある。一つの選択肢として、『専利法実施細則』の2010年改正前の文言をそのまま用いて、強制的な奨励制度を国有企業及び機関に制限することが挙げられる。この方法により強制的な奨励の範囲から排除された非国有経済主体は、以前からとくに国家が強制的奨励を推進すべき範囲外にあることが証明されているが、それでもなお非常に大きなイノベーションの活力を生み出すことができる。中関村ハイテクテクノロジーパークエリアの600社の企業のデータ分析に基づけば、民間中小企業の研究開発のモチベーションが最も高く、その成果も最も優秀である。これに対し、国有技術企業の研究開発のモチベーションは最も低く、その成果も最も悪いことがわかっている⁹⁸。非市場化主体を定義付けるもう一つの可能性は、さらに範囲を小さくすることで強制的奨励を適用する主体を国有機関中の非市場化主体に限定し、国有企業に自由なインセンティブ戦略の制定を許すというものである。2014年12月現在、国内の有効な職務発明による特許権者のうち企業は68%の割合を占めており、さらに企業の特許は質の面でもその他の出願人の特許の出願者を上回っている⁹⁹。全体的に見て、企業は比較的良くイノベーション資源を生かすことができている。よって、たとえその形態が国有でも、そのうち企業形式で組織される機関は奨励規制から除外されるべきである。実際、『促進科技成果转化法(2015)』の規定では、国家が建設した研究開発機関と高等教育機関だけが法定された最低奨励比率に拘束され、その他の機関では契約が優先される。これはまさに、異なる性質の機関によって異なる奨励規範を設定することが体现されている¹⁰⁰。

⁹⁸ 郭研＝劉一博：『高新技术企业研发投入与研发绩效的实证分析—来自中关村的证据(ハイテク新技術の企業研究開発への投資と研究開発のパフォーマンスの実証分析—中関村の証拠より)』、『経済科学』2011年第2期117頁。

⁹⁹ 《国家知识产权局专利业务工作及综合管理统计月报》、2014年12月、表7、<http://www.sipo.gov.cn/ghfzs/zltj/tjyb/2014/201501/P020150129651237684832.pdf>、2015年2月13日最終アクセス。

¹⁰⁰ 《促進科技成果转化法(2015)》第45条。

2. 奨励義務を引き起こす発明の範囲への限定

追加の奨励義務を引き起こすことができる発明は、特殊発明に限られる。多くの職務発明は研究開発者の本来の仕事を実行している際に生まれ、これは使用者にとっても従業者にとっても予想の範囲内である。このとき、たとえ契約に個々の職務発明の奨励について特別な規定がなくとも、黙示の法定基準に基づいて再度奨励を支払えと企業に要求するべきではない。奨励義務の引き起こす発明の範囲を定義付けるとき、最も考慮に値する核心的要素は、発明の価値が雇用契約締結時の合理的な予想を明らかに上回っているか否かという点である。雇用契約締結時の予想を超えるということは、発明が使用者にもたらす利益が予想外に大きいのに対し、発明者の職務上の地位が低く、獲得した報酬がその発明の価値を体現していないことの表れと言える。

事実、ほかの国々では、たとえ職務発明奨励の規範があっても、その多くが雇用締結時の予想を超えることを前提としている。イギリスでは発明が使用者に「通常と異なる利益」をもたらすことを要求し¹⁰¹、ノルウェーでは「使用者の主張する権利が、その価値において、報酬又はその他の仕事による利益に対してあらかじめ従業者に提供されたサービスを上回らない」とき、使用者は職務発明に対する奨励を支払う必要はない¹⁰²。さらに、スイスでは使用者は従業者が業務を執行し完成させた発明のために追加の補償を支払う必要はないとしている¹⁰³。これらはすべて、奨励義務を引き起こす発明の範囲に対する制限である。最も従業者発明の補償を強く強調しているドイツに至っては、「貢献の比率と発明の価値がどちらも非常に低いとき、ガイドラインに従って計算した報酬が形式だけのものになる可能性があり、ゼロとすることも可能である」と認めている。ドイツ法の場合、これは奨励額がゼロであることだけを意味しており、雇用主が奨

¹⁰¹ BENTLY & SHERMAN, *supra* note 89, at 657.

¹⁰² 国家知识产权局：《〈职务发明条例〉国内外立法资料及政策汇编（更新版）》、2014年4月、477頁、http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ywzt/zwfmlzl/gnwlfczd/201504/t20150413_1100586.html、2016年4月12日最終アクセス。

¹⁰³ Brune, *supra* note 64, S. 154.

酬義務を負担しないことを意味するものではないが¹⁰⁴、実際にはやはり多くの発明が奨励義務から除外されている。特に、発明の質向上の必要性並びに多くの発明価値が限られているという中国の国情を考慮すれば、すべての発明価値にそれぞれ相当する奨励を与えることを強く要求することは、財産権の境界設定コストが財産権自身の価値を超えてはいけないという法則に反することとなる¹⁰⁵。

3. 合理性審査対象の制限

立法は奨励契約の実質的合理性の判断をなるべく避け、契約の過程が合理的であるか否かの分析を重視すべきである。労働契約では、双方が長い協力の中で形成した相互利益関係を個々の従業者の貢献と個々の使用者の報酬という一対一の対応関係に還元することは不可能である。従業者の労働状態には起伏があり、使用者はいつでも報酬を調整できるというわけではない。故に、従業者の状態の良いときの報酬額が従業者にとって不公平だと思える者もいないし、逆に従業者が低迷期にいるときも通常の報酬を獲得することが使用者にとって不公平だと思える者もいない。個々の職務発明奨励の合意は、同様に雇用主が発明者に支払うすべての対価を体現しているわけではない。奨励の実質的合理性を審査することは危険な試みであり、少しの不注意で、双方が事前に各自のリスクに応じてした真の意思表示に取って代わってしまう可能性がある。相対的に形式的審査の方がより合理的な方法である。奨励が合理的であるか否かを考慮する際は、合意の内容に注意を向けるべきではなく、補償を与える形式と額の条項を確定するときの従業者と使用者の交渉方法や従業者の意見を聞く方式、補償条項が十分に公開されていたか否かなど¹⁰⁶、合意に至る過程に注意を向けるべ

¹⁰⁴ Schwab, *supra* note 42, § 9, Rn. 28-34.

¹⁰⁵ Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347, at 347-50 (1967).

¹⁰⁶ 韓国は上述の形式の合理性について審査している。韓国『発明振興法』の職務発明に関連する規定参照(国家知識産権局編集・翻訳)、第15条第2項、<http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ywzt/zwfmlzl/gnwlfczd/201504/P020150413385483222977.pdf>, 516頁、

きである。

結 び

法規範は権利の文言の力を借りて社会関係を再構築する。再構築された社会関係は、反対に、人々の権利のあり方についての予想に影響を及ぼす。この一連の循環が良性なのか悪性なのかは、規範の設計者の社会の現状に対する把握が正確であるか否かによって決まる。立法者が誤って過度な規制を選択してしまった場合、再構築された社会関係は発明者のイノベーションシステムにおける役割を不当に強調するものとなり、厳格で不合理な奨励を引き起こし、より多くの社会問題をもたらす。さらに、イノベーション活動がますます組織化している社会の現状を鑑みれば、合理的な権利文言は、イノベーション組織者に大きな裁量の空間を与えるものであるべきで、職務発明の問題においては、個別の価値判断や自由契約をどのように行うかだけでなく、その個別の価値判断が十分な試みによって行われてきたものであるかという点も考慮しなければならない。もし、立法者の解決すべき問題がイノベーションの原動力不足であれば、知的財産権の保護水準を最適化することによって発明の利益を確保する方が、(無駄に)雇用者に発明者への補償を幾分か要求することよりも目標を達成しやすい。

発明者の収入と地位の上昇は、その社会への貢献と影響力の結果として起こる当然の現象であり、立法介入による結果ではない。発明者とは、収入がますます増加するだけでなく、社会的地位も絶えず上昇している一つの集団である。武力、身分、資本に続いて、技術は新たな権利の動力となりつつある。「体脳倒挂¹⁰⁷」というどうしようもない状態から、科学技術分野への新規参入者の慣行化に至るまで、ますます多くの富の創造とその分配についての問題が、科学技術の展開についてまわらようになっていく。技術の繁栄とイノベーション志向の背景のもと、発明と奨励が一对一の方式では名ばかりの権利の虚像を作り出すことができるだけであって、現実の相互利益享受関係の基礎を壊してしまう。また、豊かで複雑な機関内部

2015年10月14日アクセス。

¹⁰⁷ 訳者注：頭脳労働者の収入が肉体労働者の収入を下回ること。

の労働市場へのインセンティブは、権利としては固定化されていないが、複雑なイノベーションシステムを実にしっかりと支えている。「多くの状況下で、法律は社会秩序を維持するための核心ではない¹⁰⁸」、法律家の一員として、法にはそれによっては実現できない目標が多くあると気が付くことは、非常に悩ましいことである。しかし、社会の一員として、法律によらなくても実現できる目標が多くあることに気付かされることは、落胆すべきことではないはずだ。

¹⁰⁸ [アメリカ]ロバート・エリクソン(蘇力訳):『无需法律的秩序—邻人如何解决纠纷(法律の要らない秩序—人にどう紛争を解決させるか)』(中国政法大学出版社2003年版)346頁。