

## 日本弁護士連合会意見書からの抜粋

## &lt;対象意見書&gt;

- イ 2012年(平成24年)10月23日付け「弁理士法改正による弁理士業務の範囲拡大に関する中間意見書(以下、本資料で「中間意見書」という。)
- ロ 2013年(平成25年)1月25日付け「日本弁理士会『日本弁護士連合会の「弁理士法改正による弁理士業務の範囲拡大に関する中間意見書」について』に関する意見書」(以下、本資料で「追加意見書」という。)

## 1 意見の趣旨

弁理士の業務範囲を拡大する次の弁理士法の改正に反対する。

- 1 弁理士法4条3項に規定する産業財産権等の契約に関する相談等を、産業財産権等に関する相談等に拡大すること
- 2 同法2条4項に規定する特定不正競争の範囲の拡大・・・(省略)
- 3～5 (省略)
- 6 特定侵害訴訟について付記弁理士が単独受任をすること

(中間意見書1頁)

## 2 全体的な理由

## 2-1 当事者対立紛争を前提とした職業倫理、懲戒制度の観点

・・・弁護士法は、依頼者ひいては国民(ユーザー)の利益を保護し、法的秩序を維持するとの公益的見地から、対立当事者間の法律上の紛争処理に携われる資格を原則として弁護士に限定しているが、その趣旨を達成するため、資格の取得には、法律一般の知識・素養を試す司法試験に続き、司法研修所を含む実務庁での裁判、紛争実務に関する一定期間の研修が必須とされ、さらに資格取得後も各弁護士会等での研修が継続的に実施されている。そして対立当事者紛争を前提とする職業倫理を確立するとともに、懲戒制度等による規律維持という法律上の堅固な仕組みが弁護士法により構築されているのである。このような法律上の紛争処理能力の獲得、蓄積に裏付けられた資格及び制度が、弁護士法に基づく弁護士資格であり弁護士制度である。

これに対し弁理士法に基づく弁理士資格及び弁理士制度は、本来は産業財産権の出願手続代理業務を主眼として構築されたものであって、対立当事者紛争を前提とした資格及び制度ではなく、また、弁護士制度のような職業倫理、懲戒制度等が必ずしも確立され、機能しているとはいえない。

したがって、産業財産権を含む知的財産権分野という一定の分野とはいえ、弁理士の業務範囲を拡大することにより、弁護士と同様の法律業務ができる可能性を孕む弁理士制度の見直しは、依頼者ひいては国民の利益を害する可能性を否定できず安易に認められるべきものではない。

(中間意見書2頁)

## 2 - 2 依頼者ニーズの観点

これまで、平成14年、17年、19年の弁理士法改正によって、特定侵害訴訟代理、税関の輸入手続代理、特定不正競争業務の範囲拡大など、弁理士の業務範囲が拡大されてきた。当該改正の大きな理由の一つとして、依頼者等の利便性や依頼者ニーズの存在があり、今回の改正も同様に依頼者ニーズが、業務範囲の拡大の根拠に挙げられている。

しかしながら、今回、「今後の弁理士制度の在り方に関する調査研究」会が行った依頼者向けのアンケートの結果において明らかになったことは、これまで拡大されてきた範囲の業務に対して、依頼者ニーズが非常に少ないという事実であり、また今回の法改正による業務拡大に対する要望の低さである。

前記アンケート結果では、従前拡大されてきた業務に対して、依頼したことがないとの回答が大半を占め、そして今回の改正の是非についても、現状で問題がないとの回答が大半を占めていた（別紙参考資料を参照）。

（中間意見書2頁～3頁）

## 3 個別の理由

### 3 - 1 相談業務の拡大について

・・・産業財産権等の権利行使についての相談等に応じるためには、産業財産権法の知識だけではなく、民法及び民事訴訟法の素養が不可欠であるところ、弁理士資格はそれらについての素養を担保するものではないため、民法、民事訴訟法等の知識や裁判実務に関するプラクティスを欠くことにより、総合的な判断ができず、処理方針を誤り、依頼者、ひいては国民に不利益を与えるおそれが生じる。また、産業財産権等に関する法律問題が単独で生ずることは稀であり、その他の法律問題と相俟って生ずるのが通常である。専門家として法律相談を受ける以上は、それらの法律問題についても分析し、説明することが求められる。例えば、特許権者から被疑侵害者に対する権利行使について相談を受ける場合には、訴訟提起前、訴訟係属中、又は判決確定後に、もし当該被疑侵害者につき法的整理手続が開始されたときには、手続法・実体法の両面においてどのような影響が生ずるのか、ということを経済者に説明できなければならない。それができなければ、依頼者は、権利行使の利害得失や時期について適切な判断をすることができず、著しい不利益を受けるおそれがある。

（中間意見書3頁）

弁理士会意見書は、「紛争性ある事案など必要なものは弁護士に依頼する、あるいは弁護士と共同で対処するなど、ユーザニーズの振り分けを」、まさに弁理士単独で行おうとするものであることを認めている（弁理士会意見書5ページ）。

当連合会の懸念は、弁理士資格は、そのような「ユーザニーズの振り分け」を行う素養を担保するものではない、という点にある。紛争性の有無の判断を含めたユーザニーズの正確な把握とその振り分けのためには、当連合会中間意見書3ページに例を挙げて述べたように、民法及び民事訴訟法の素養が不可欠であるばかりか、前述のとおり、対立当事者紛争を前提とした職業倫理を身に付けていなければならない。

（追加意見書4頁）

## 3 - 2 特定不正競争の範囲の拡大について

不正競争防止法に関して依頼者の利益を護るためには、複雑な事実関係の中から、故意・過失、不正競争行為の存在、損害の発生、不正競争行為と損害との相当因果関係など、権利義務の発生を基礎付ける原因事実（又はそれらの障害となり、若しくは消滅を基礎付ける原因事実）を不足なく拾い出し、適切な法律構成を行うことが必須である。そのためには、産業財産権法と不正競争防止法の知識だけでなく、民法及び民事訴訟法の素養が不可欠であるところ、弁理士資格はそれらについての素養を担保するものではなく、上述したように、依頼者、ひいては国民に不利益を与えるおそれが生じる。

さらに、不正競争防止法に関する法律問題は、それ単体で、又は知的財産権法のみと関連して、生起するわけではない。実際、最高裁判所判例検索システム<sup>1</sup>を利用して、直近一年間（平成23年7月1日～平成24年6月30日）の間に不正競争防止法に関して下された地方裁判所判決を検索すると、合計20件が抽出されるが、そのうち、不正競争防止法のみが争点となった事件は7件のみであり、残りの13件では、民法上の不法行為、雇用契約やその取引に関する契約の違反、氏名権・肖像権侵害など、知的財産権法以外の法律に関する争点と一緒に主張・立証・審理・判断が行われている。

特定侵害訴訟代理業務試験に合格した付記弁理士であれば、民法及び民事訴訟法については一定の素養を有することが担保されているが、それは弁護士との共同訴訟代理を前提としたものであり、かつ前記に例に挙げたようなその他の法律問題についての対応を可能とするものではない。

現行法は、一部の不正競争行為については、前記の依頼者が受けるおそれのある不利益と、反対に弁理士の知見を活用することによる利便性とを比較した上で、弁理士の業務として加えている。しかし、もし、特定不正競争の範囲が現在以上に拡大されたり、特定不正競争に関する鑑定その他の事務が弁理士の業務範囲に加えられたりすることとなれば、依頼者、ひいては国民が受けるおそれのある不利益が利便性を上回ることとなり、容認できるものではない。

以下、さらに個別に問題点を述べる。

意匠・商標に関する営業秘密（不正競争防止法2条1項4ないし9号）

未発表の意匠・商標に関する紛争の具体例として、会社の一部役員・従業員が退職して競争会社を設立し、持ち出した未発表の意匠・商標に関する情報を利用して事業を開始したという場合を想定する。

この場合、まず争点となるのは、当該情報が不正競争防止法2条6項の「営業秘密」に該当するか否かであり、特に重要な要件は、「秘密として管理されていたか否か」である。この点、未発表の意匠・商標に関する情報の管理は、設計図面等の技術上の営業秘密の管理と比べてより一層、技術的手段よりも、社内規則、閲覧手続、社員教育などに頼る度合いが強いものと考えられる。弁理士資格は、これらの関連事実や、その積み重ねによる立証活動への素養を担保するものではない。

また、秘密情報の持ち出し・利用については、不正競争防止法違反の有無が一つの争点となるが、それだけではない。大量同時退職・引き抜き行為による不法行為（民法709条）の成否、就業規則・労働契約・秘密保持契約違反の有無、取締役忠実義務違反の有無など、民法・会社法・労働関連法規に関する争点も、不正競争防止法の争点と同じく、又はそれ以上に重要である。

したがって、未発表の意匠や商標が現実に存在することをもって、この問題の解決に弁理士を起用する理由になるものではない。

技術的制限手段回避関連規制（同項10，11号）

技術的制限手段は，技術に関するものではあるが，主たる争点となるのは，技術的制限手段やその回避の仕組みではない。むしろ，その回避機器・装置・プログラムの流通に関わる者の主観面（故意・過失）などが争われる局面が多くなると考えられる。弁理士が実際に輸入差止め等の代理が認められているといっても，それは，主観面などの要件が必要とされていないことが大きいと思料される。

特許・実用新案・意匠に関する原産地等誤認惹起行為（同項13号）

特許・実用新案・意匠に関する原産地等誤認惹起行為として想定されているのは，具体的な材料，製造方法，効能・効果などを，例えば広告に記載しているが，その記載が虚偽である，という場合である。この場合，まず必要なのは，虚偽であるか否かの判断であるが，それは，広告に記載された字面だけから認定できるものではなく，対象とする需要者層を念頭に置いた上で，商品の包装や説明書になされたその他の記載や商品の使用場面を総合考慮した上で，初めて行うことができるものである。また，材料，製造方法，効能・効果などに関する虚偽の表示については，不正競争行為の一つである原産地等誤認惹起行為への該当性のみならず，景表法（不当景品類及び不当表示防止法），薬事法，JAS法（農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律），食品衛生法などの法令違反の有無も，重要な争点となる。

このような虚偽の表示が存在するという事実をもって，この問題の解決に弁理士を起用する理由になるものではない。

形態模倣・技術的制限手段に関する競争者営業誹謗行為（同項14号）

形態模倣は特定不正競争に既に含まれる行為であるが，形態模倣に関する競争者営業誹謗行為をそれに対する反訴と位置付けてやはり特定不正競争に含めようというのは，強引である。

形態模倣に関する告知が不正競争行為とされるか否かは，産業財産権侵害に関する告知と比較して，より一層，告知の具体的な態様や状況を総合考慮した上での判断となることが多いと考えられるのであって，現行法が依頼者にとって不便であるという根拠はない。

（中間意見書4頁～6頁）

## 3 - 3 特定侵害訴訟に関する付記弁理士による単独受任について

我が国の制度において、弁護士は、司法権の担い手であり、基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とする（弁護士法1条）のに対し、弁理士は行政の一翼を担い、産業の発展に資することを目的とする（弁理士法1条）のであって、そもそも、その役割は本質的に異なる。

特定侵害訴訟代理試験に合格した付記弁理士は、2004年4月に付記弁理士の資格を得た者が最初に誕生して以降、順調に増加している。しかし、特定侵害訴訟代理に関する能力担保研修の水準は、弁護士との共同受任を前提とした能力担保として制度設計されているものであるところ、単独受任の能力まで担保しているものではない。単独受任と共同受任との間には、備えるべき法的判断能力に本質的な差異がある。

実際、特定侵害訴訟のユーザーから、付記弁理士による単独受任を求める声は出されていないし、弁護士と付記弁理士とが共同代理をする特定侵害訴訟においては、弁護士と付記弁理士とが事案に応じて適当と考えられる役割分担と相互協力を行っている。付記弁理士による単独受任が適当と認められる事案が現実に存在するとは考えられない。

また、新司法試験合格者は、2006年から2011年の合計で11,102名であるが、そのうち知的財産法を選択科目とした者は合計1,608名にのぼり、既に技術的バックグラウンドを有する知的財産法律家の有力な供給源となっている。加えて、医療過誤訴訟、建築紛争事件等、専門知識を要する専門分野は、知的財産だけに限らないところ、知的財産のみを特に取り上げて、法曹資格のない弁理士に単独訴訟代理権を付与する必要性は認められない。

（中間意見書8頁～9頁）

以上