

非弁理士による弁理士活動の取締りの実効性確保について

1. 検討の背景

工業所有権（特許権、実用新案権、意匠権及び商標権）の手続に関する業務は、高度な技術的・専門的知見を要するため、弁理士制度は、これらに係る業務の遂行を弁理士という職業専門資格士に限定することで、工業所有権に係る手続の円滑化を図り、国民が迅速、的確に権利を取得できるようにしている。

具体的には、弁理士又は特許業務法人でない者は、他人の求めに応じ報酬を得て、特許等に関する特許庁における手続等についての代理等を業とすることができないこととされ（弁理士法第 75 条）、その違反には刑事罰が科されている（同法第 79 条第 3 号）。

このように非弁理士による業務を規制する規定は、旧弁理士法（大正 10 年法律第 100 号）の制定時には存在せず、その一部改正（昭和 13 年法律第 5 号）において導入された。その際、本条の導入趣旨については、当時の帝国議会における政府委員の説明において、「工業所有権の出願等が非常に増加しており、弁理士の業務がその重要性を増していることから、弁理士の資格を高め、品位の向上を図り、依頼者の信頼を深化させ、その利益を擁護するとともに、弁理士の業務を明確化し、かつ弁理士でない者による弁理士類似の行為を取り締まることが喫緊の課題であるため」とされている。

2. 問題の所在

弁理士法第 75 条には「報酬を得て」という要件（以下、「報酬要件」という。）があるが、同条に違反する疑いがあるケースであっても、報酬の受け渡しの確証を得るのは困難である。そのため、同条は、非弁理士による弁理士業務に対する抑止力にならないとして、報酬要件を廃止すべきではないかとの指摘がある。

なお、士業法のうち、非資格者による業務の制限として「報酬を得ること」、又は「報酬を得ることを目的としていること」を要件としていないものとして、司法書士法、土地家屋調査士法及び税理士法がある。

3. 対応の方向性

弁理士法第 75 条に違反した場合、第 79 条第 3 号に基づいて刑事罰が科せられることから、第 75 条における報酬要件の削除は、刑事罰を予定する取締りの範囲を拡大するものであり、その改正に当たっては慎重な検討が求められる。

「報酬を得て」要件を撤廃すれば、当該要件についての証拠収集が不要となるため、本条の適用はより迅速に行うことができるようになる可能性はある。しかし、本条は、該当する行為が非弁理士によって行われた場合であっても、無料の奉仕として行われたものであれば明示的に除外し、取締りの範囲を限定する趣旨で設けられたものであると考えられる。さらに、本条違反には刑事罰が科せられているところ、刑罰は常に謙抑的、抑制的であるべきであり、当罰的行為のうち真に処罰の必要のある行為を抽出し、かかる行為についてのみ刑罰を科さなければならない（刑法の謙抑性）との要請に鑑みれば、取締りが容易との理由のみで上記のような無料の奉仕行為にまで処罰範囲を拡大してよいかどうかは、慎重な検討が必要ではないか。

この点、特許庁においては、弁理士又は特許業務法人でない者が特許庁における手続の代理をする際には、当該行為が弁理士法第 75 条に違反するものでないことについて、当該行為を行った代理人に対して確認を求め、要すれば出願人に改任命令を発する等の必要な措置を講じることとしている¹。まずは、このような運用の見直しにより、同条違反の蓋然性の高い行為を減少させていくことが適当ではないか。

¹ 特許庁「非弁行為の防止に向けた措置について」、
http://www.jpo.go.jp/tetuzuki/t_tokkyo/shutsugan/hiben_boushi.htm