

プロパテントから見た新弁理士制度



会員 川北 武長

目次

1. はじめに
2. リーガルマインドとテクニカルマインド
3. テクニカルマインドから見た弁理士試験制度
4. プロパテント = 情報保護強化という考え方への疑問
5. テクニカルマインドから見たプロパテント (特許重視)
6. プロパテント = 発明に対する畏敬の念
7. 近代化されていない我が国の弁理士制度
8. 懸念される弁理士の空洞化
9. プロパテント時代の弁理士試験制度
10. 弁理士の侵害訴訟代理は弁理士制度の近代化の上で
11. おわりに

.....

1. はじめに

弁理士法改正 (第1次) の背景のひとつである「プロパテント」の意味を検討し、新弁理士制度の意義を、本来のプロパテント (特許重視) および歴史的視点から考察するとともに、プロパテントから見た弁理士制度のあるべき姿を探る。

2. リーガルマインドとテクニカルマインド

技術を専門とする多くの弁理士は、一般にリーガルマインド (法学の基礎的素養) に欠けると言われる。現在の弁理士試験には、一般法の科目 (民法等) が含まれていないのであるから、リーガルマインドに欠けると言われても仕方のないことであるが、権利の創設のみならず、権利の活用を期待されている弁理士にとって、その基礎となるリーガルマインドの習得は不可欠のように思われる。

それでは、リーガルマインドとは何であろうか。田中成明教授の「法学入門」によれば、リーガルマインドの特徴としてよくあげられているのは次のようなものである。

- (1) 紛争や意見の対立に直面した場合、錯綜した状況を整理して、その中から法的に何が問題なのか、問題を発見する能力。

- (2) 法的に関連のある重要な事実・争点とそうでないものとを区別し、法的に分析する能力。
- (3) 関係者の言い分を公平に聞き、適正な手続を踏んで妥当な解決案を考え出す能力。
- (4) 適切な理由に基づく合理的な推論によって、きちんとした法的理論構成を行う能力。
- (5) 正義・人権・自由・平等などの法的な価値を尊重する感覚。
- (6) 絶対的状況をふまえて各論拠を比較衡量し、バランスの取れた的確な判断をする能力。
- (7) 思考や判断の理由・過程・結論などを関係者に説得する能力。

ところで、科学技術を習得した弁理士にとって、「テクニカルマインド」というものがあるとすれば、どのようなものになるであろうか。上記の「法的」という用語を『技術的』と言い換えて上記の定義を読めば、リーガルマインドの定義のほとんどはテクニカルマインドの定義に当てはまるのではないだろうか。それらの違いは、リーガルマインドは社会学的、相対的思考能力であるのに対し、テクニカルマインドは自然科学的、普遍的思考能力であるというだけで、思考方法としてはほとんど共通しているのではないだろうか。そうであれば、テクニカルマインドをすでに有している弁理士は、一般法の知識が与えられれば、容易にリーガルマインドを習得し得ると思われる (これは逆の場合も勿論当てはまる)。いずれにしても、最も重要な点は、紛争や意見の対立、あるいは技術的困難に直面した場合、錯綜した状況、現象を整理してその中から何が問題なのか、問題を発見する能力である。そして、そのためには、現場観察と問題意識が不可欠である。たとえば豊島の不法投棄産業廃棄物事件を解決した中坊弁護士は、現地調査と住民の生の声から真実を見出して解決の糸口としたのであり、またノーベル化学賞を受賞した白川先生は、助手の実験の失敗で出来

た黒い固まりが金属光沢を發するのを見逃さず、導電性プラスチックの發見（發明）に結び付けたのである。

3. テクニカルマインドから見た弁理士試験制度

ところで本年度から施行される弁理士試験にも、一般法（民法、民事訴訟法）の科目が必須になっていないから、弁理士制度としては、法律（権利の活用等）に弱い弁理士を許容する制度のままである。これは「テクニカルマインド」から言えば、法律に弱い弁理士が多いのであれば、どうしてこれらの一般法の科目を試験科目に加えなかったかということになる。権利の生まれ育ちを熟知している弁理士の、権利化後の契約や侵害訴訟への関与は、ユーザー（産業界）や国民が望んでいたことであり、権利の活用や、いわゆる知的創造サイクル（一貫業務）を完結する上からも切望されていたからである。

にもかかわらず、政府審議会（弁理士審査会）がそのようにしなかったのは、「これからの弁理士」には、一般法の知識よりも、新たに選択必須として加えられた著作権法、不正競争防止法の知識の方が重要であるという時代認識がある。すなわち、これからは情報化時代であり、「情報は物に比べると模倣に弱いので、情報保護が強化されなければ情報産業が成立しない。つまり、情報化時代においては、プロパテントは時代の流れということになる」という情報保護の強化＝プロパテントという考え方（「特許ニュース」、平成13年1月5日）や、デザイン重視や商標重視の考え方がある（「パテント」Vol.53(2000) No.1 P.4）。

そしてプロパテント＝情報保護強化という説は、さらに「プロパテントはある意味では情報化時代の必然であり、アメリカが、官民あげてことさらプロパテント政策を取ったというよりは情報産業が主流を占めるという時代においてはそうならざるをえないと思われる」と強調される（前掲「特許ニュース」の他に、岸宣仁著「特許封鎖」中央公論新社 229頁）。

ここでいう情報産業とは、主として音楽、映画、ゲーム、出版等の著作物に係る産業のことである。平成12年3月に（社）著作権情報センター附属著作権研究所が発表した調査結果によれば、わが国のソフトウェア業、レコード製作業、映画製作配給業などの著作権産業の市場規模は10兆円を越え、電力、鉄鋼、自動車

などの機械産業と同等もしくは凌駕する規模に達し、今後はこれらの著作権産業が、経済活動においてより重要な意味を持つようになると言われている⁽¹⁾。またインターネットやIT技術を利用した電子商取引の普及とともに、ネット上で著作権、商標、ドメイン名等の侵害や紛争が起こりやすくなってきており、これらに対する種々の保護強化の施策がとられつつある（著作権管理事業法、ドメイン名に関する不正競争防止法の改正、デジタルコンテンツの取引に関する消費者保護のための法改正等）。

ちなみに「プロパテント」（特許重視）という言葉が我が国で初めて一般大衆に広めたのは、元特許庁長官（平成8-10年）の荒井寿光氏ではなくて、日本弁理士会であることを読者はご存知だろうか。平成6年度の弁理士会広報委員会が吉本興業と共に企画制作した広報ビデオ「知的所有権とは何や」では、日本とアメリカの特許制度を紹介したが、その中で「ハイヒール」のリンゴ女史が、レーガン大統領の赤ら顔の写真とともに「プロパテント」をテロップつきで説明すると、モモコ嬢が「へえ、プロパンガスってそんな意味？」と呆けたのである。

4. プロパテント＝情報保護強化という考え方への疑問

さて本題に戻ると、21世紀は情報化時代であり、情報産業が主流を占めようになるから、プロパテント＝情報（著作権等）保護強化、すなわち著作権のような表現物の保護や模倣防止が特許（アイデア）の保護よりも重要になるという考え方は時代に合っているだろうか。

前述のビデオ（副読本）でも紹介しているように、米国のプロパテント政策は、1970年代の日本の技術革新（車、カメラ、ハイテク、家電）や経済的成功に対する米国の危機感から生まれたものである。すなわち1980年のカーター教書を背景に1981年の米国特許商標庁（USPTO）の審査官の大量増員、1982年のCAFC設立、1985年のヤングリポート等、1980年の元宇宙飛行士のシュミット上院議員のUSPTOの惨状に対する告発などから始まった（「特許ニュース」平成13年2月16日号参照）。ここで「惨状」とは、予算と人不足のために審査が遅延し、庁内のモラルが低下して悲惨な状態になっていることを意味する。筆者も、当時、

USPTO 内で包袋中の書類が破り取られたり、郵便物が時々届かなかったことを耳にしたことがある。したがって米国のプロパテント政策は、冷戦後の日本の産業技術の席卷に対抗するための、米国の官民あげての国家的戦略(結果的に)であったことは明らかであり、決して「情報化時代の必然」によって起こったものではない。

一方、確かに著作権産業(デジタルコンテンツ関連産業)の市場規模は、インターネット等の普及により、前述のように約 10 兆円に拡大したが、電力、鉄鋼、自動車等の基幹産業の規模を凌駕するというのは全く事実と反する(たとえば自動車の市場規模はその 4 倍の約 40 兆円に達する)。また 10 兆円の内訳を調べてみると、著作権が直接関与するコンテンツ(パッケージおよびネットワーク配信)市場の割合は 16%に過ぎず、その大半(55%)はプロダクト(映像、音楽、ゲーム等の各ハード機器)の市場である⁽²⁾。したがって IT による情報化が進んでも、それに伴ってハード機器(たとえばゲーム機器や DVD のような再生機器)の市場も発展するので、すべてバーチャルな世界にでもならないかぎり、情報コンテンツ(著作権)自体が産業の主流になることなどあり得ない。まして著作権の流通産業は、戦前から各種著作権管理団体に集中管理されているから、弁理士が介入する余地はほとんどないのではないだろうか。

このようなことから、弁理士の業務範囲を工業所有権法から著作権法、不正競争防止法にまで拡大し、これらを弁理士試験の必須試験科目としたのは、一見、時代の趨勢にあったように思われるが、科学技術創造立国を目指しての「知的創造サイクル」の実現や、権利の創設のみならず、その活用や紛争解決への関与についての、産業界や国民の要望に全く応えていないように思われる。言い換えれば、わが国の弁理士制度で早急に必要なのは、著作権法等の情報保護法に詳しい弁理士よりも、情報技術(例えばネット間の著作権等の侵害を防止する技術)に詳しく、しかも権利の活用等(一般法)に強い弁理士ではないだろうか。そのような意味では、新弁理士法による弁理士は、産業界(ユーザー)や国民が要望している弁理士像から相当かい離しているように思われるのである。

5. テクニカルマインドから見たプロパテント(特許重視)

平成 8 年に特許庁長官に就任した荒井寿光氏が、その著書の『これからは日本もプロパテント(特許重視)の時代』で述べられるように、プロパテントの「パテント(特許)」は出世魚のように名が変わり、「知的財産権」になったり、果てはどこかの商法のように「特許」が「著作権」にまで化けたりする。

「プロパテント」は、その名のとおり特許を重視する考え方(政策)であるが、具体的には、知的創造活動(技術開発)の成果を知的財産権(特許)に仕立て上げ、その知的財産権を活用して経済的価値を生み出し、これを新たな知的創造活動の源とする、いわゆる「知的創造サイクル」を加速化する政策である。この政策は、前述のように 1980 年代から米国で実施され、現在の米国の産業経済の繁栄のもとになった。我が国においても、「プロパテント」や「知的創造サイクル」は、従来から民間製造業で、たとえば「特許意識」(特許マインド)や「権利意識」を持つことが重要であるとして、社内教育等で教えられているものと共通している。大企業の中には、古くからプロパテントを実施して、1980 年代にすでに技術ライセンスの収支がプラスになっている企業もある。目新しいのは、科学技術創造立国を実現するために、国家的な規模で、前記の大企業のみならず、大学、研究機関はじめ中小企業、国民全体に「特許マインド」を浸透させ、「知的創造サイクル」を推進しようということであろう。

歴史を振り返れば、プロパテントの元祖である米国は、英国から独立した 11 年後の 1787 年に、発明者等の権利を議会が保障する旨を規定した連邦憲法を制定し、1790 年に最初の法律として特許法を作った。つまりアメリカは、建国当初から基本的にプロパテントの国である。

さてその当時の日本はと言えば、江戸後期(田沼意次の時代)で、エレキテル(起電機)、石綿布等を創始した才人平賀源内が知られているが、「功ならず名ばかり遂げて年暮れぬ」という川柳を残し、不遇のうちに獄死した。また、備前岡山では、表具師の浮田幸吉が、鳩の重さと自分の重さを比べ、それに相応する翼を作り、胸前で操縦するハンググライダー - を発明し、1785 年(天明 5 年)に飛行したが、この飛行のことが知れ渡って役所に呼び出され、「人のせめことをするは慰めと言えども一罪なり」ということで、翼を取り上げら

れ、所払い(追放)となった。驚いたことに、その約20年後に幸吉は静岡で再び飛行を試み、再追放か、一説には斬罪にされたと言われている⁽³⁾。飛行機の原型であるハンググライダーを作り、最初の飛行に成功したと言われるのは英国のG.ケーリー(1804年)であるが、それより約20年前に鳥人幸吉は飛行に成功した。これはドイツのリリエントール兄弟(1893)や、米国のライト兄弟(1903)と較べても約100年以上も前のことであった。

上記の発明を罪とする考え方からすれば、ヨーロッパの産業に対抗するために、真っ先に特許法を制定したプロパテントの国アメリカと比べると、日本は基本的に「アンチパテントの国」であったといえる(ちなみに日本の特許法は1885年に制定されたが、国内産業の振興のためというよりは、不平等条約の改正のためであったと言われている)。

これで思い出されるのは、「怒りのブレイクスルー」の著者で青色発光ダイオードの発明者の中村修二氏である。氏が日亜化学工業株式会社に勤務していた頃、学会で知り合った米国の研究者仲間から「スレーブ(奴隷)中村」と言うニックネームで呼ばれていた。米国の研究者仲間から見れば、偉大な発明をした人物が、人格的尊厳も失われるような薄給で働くのは奴隷(スレーブ)でしかないと思われたのであろう。カリフォルニア大学サンタバーバラ校教授に転身した氏は、最近、青色発光ダイオード等の発明に対する相当な対価その他を請求して会社に対して訴訟を起こしたが、日本では、昔から社会(会社)の秩序を乱すような独創者に対する評価は極めて低く、特に発明者(創造者)に対しては未だにアンチパテントの国である。中村氏は、「日本が経済大国になったのは製造業とそれを支えている技術者のおかげだ。それなのに日本の技術者の待遇はあまりにもひどい⁽⁴⁾」と述べているが、中村氏の訴訟提起に対して、司法が、発明者の「ブレイクスルー」の価値(ひいては日本のプロパテント)をどのように判断するかが注目される。

6. プロパテント = 発明に対する畏敬の念

筆者の考えでは、米国のプロパテントの背景には、基本的に発明(新しい科学技術)、ひいては人間の創造物に対する畏敬の念があると思う。これは、前述のように米国の憲法に発明者や著作者の権利が保障されて

いることや、国際的に「先願主義」が主流になっているにもかかわらず、あくまでも「先発明主義」を貫こうとする米国の姿勢にも現れている。たとえば先発明の立証(インターフェアランス手続)により後願が勝つ確率(逆転率)は統計上全出願数に対して0.1%以下という極めて少数であるにもかかわらず、議会で先願主義への移行が否決されるのは、少数ではあるが、真の先発明者の権利を保護するためである。また米国の仮出願制度は、名目上は特許権の存続期間についての内外の不平等を是正するものであるが、仮出願が先発明の証拠にもなるので、前述の逆転率はさらに小さくなるはずである。さらに先発明主義は、争いになった時の個人の負担が大きいのであるが、「されど先発明主義」なのである。発明(者)に対する尊敬の念は、生物特許やビジネスモデル特許を認めるように、「太陽の下、人間によって造られた全てのもの」は特許になり得るとする連邦最高裁の判決にも現れている。

発明者の代理人である「弁理士」(米国でいう特許弁護士)は、ブレイクスルー(独創的発明)の域に達した無形の技術思想を、あらゆる表現手段を駆使して記述し、描き、実証して明細書を作成する。かつて言われたように「弁理士は明細書に始まって明細書に終わる」のである。弁理士の明細書作成は、その発明の技術分野(市場)や技術レベルの理解の上に、発明者の頭脳からいかにその発明を忠実に探り出し、長期間生き長らえる強力な権利に仕立て上げるかという創作作業であり、巷で言われるような単なる作文や機械的な「加工」(これはひどい言葉である)ではない。時にその過程では、発明者に対して新たな発明に対する重要なヒントを与える場合もある。例えば半導体集積回路の発明者R.ノイス博士は、その基礎となったプレーナ技術の特許出願を担当した特許弁護士が「このアイデアで外に何か出来るのではないかと質問したことが、IC発明誕生のきっかけだったと述べている⁽⁵⁾。このような事実が、発明者の証言から、また一般メディアによって世間に周知されるように、米国では発明者に対する評価(尊敬の念)とともに、発明者と協力して知的財産を創り上げる弁理士(特許弁護士)に対する社会的評価も極めて高い。

7. 近代化されていない我が国の弁理士制度

前述のように新弁理士制度自体が著作権等の情報の

保護重視政策をサポートする方向性を有し、周りの状況（弁護士制度等）が変わろうとすると、今更ながら、弁理士とは何か（弁理士のアイデンティティ）が問題となる。

特許代理人としての弁理士の歴史をたどれば、その発祥の地、英国において 1776 年、まず発明者に代わって特許出願の「手続をする人」が現れ、間もなくこれに発明（技術）を「記述する人」が合体し、近代的な弁理士制度（特許出願代理業）ができあがった（1820 年）⁽⁶⁾。したがって欧米の弁理士（特許代理業）は技術的知識（素養）を持っていることが前提であるが、我が国の弁理士は、技術的知識がなくても、法律的知識さえあれば資格を与えられる。つまり、我が国の弁理士制度は未だに「手続する人」の、前近代的な制度のままである。これは代理される発明者（プロパテントの立場）からみれば、人を愚弄した話ではある。

それでは、どうしてこのような前近代的な制度が温存されたのであろうか。筆者の考察によれば、弁理士法が制定された約 80 年前（大正時代）は、特許よりも意匠、商標出願のほうが多く、弁理士は「手続する人」のままでもよかった。戦後、特許出願数は飛躍的に増大したが、国はアンチパテント的な政策をとったため、弁理士制度の近代化への改正は行われず、弁理士は合格後の「自己研鑽」により「近代的な弁理士」にならざるを得なかった。そのため弁理士の業務の習熟度に個人差を生じるようになった。平成 10 年に行われた弁理士アンケート調査によれば、「一人前の弁理士」になるのに約 8 年を要するという回答結果が出ている（これは「自己研鑽」の非効率性を示すデータでもある）。技術革新による高度成長時代に入り、出願が急増すると、熟練した弁理士が不足し始め、プロパテント的な大企業は、社内で特許エキスパートを養成するなど、特許部門を充実させる一方、企業の特許管理部門の団体である日本特許協会（現在の日本知的財産協会）での研修等を強化し、弁理士制度の不備を補うようになった。企業は、相当規模の特許事務所や能力のある外部弁理士をアウトソーシング的に利用し（前者は量的処理、後者は質的処理）、一方、弁理士は特許庁による増員の調整と報酬規定によって保護されていたため、経営能力さえあれば「手続する人」のままでも弁理士業務を続けることができた。今回の弁理士法改正の際には、このような弁理士制度の不備を突かれ、日本知

的財産協会から専権廃止の要望がだされたりした。今回の改正では、GATS（サービス貿易一般協定）による弁理士の規制緩和と、隣接分野である著作権等の業務拡大に改正の重点がおかれ、肝心の制度の根幹に関わる改正が行われないまま、現在に至った。以上が「前近代的な弁理士制度」が温存された理由であると考えられる。

我が国の弁理士が、このように前近代的な「手続をする人」のままである限り、弁護士は、当然、弁理士の業務をすることができ、弁護士法第 3 条第 2 項の規定は改められないと言える。

8. 懸念される弁理士の空洞化

前近代的で、しかもアンチパテント的な現在の弁理士制度で懸念されるのは、「弁理士の空洞化」である。技術的素養や実務能力がなくても資格を与えられるという欠点の他に、弁理士試験の短答式試験科目（および論文式試験の選択科目）に著作権法等が入ったことにより、技術系志望者にとっては規制となり、弁理士全体の技術レベルが低下すること、また若い有望な技術系弁理士志望者は、弁理士試験を受けて弁理士にならなくても、ロースクール（法科大学院）を出て比較的簡単に弁護士になれるとすれば、より可能性の高い弁護士の道を選ぶようになるのではないかということである。

したがって弁理士のアイデンティティを確立するのであれば、「手続する人」の上に「発明を記述（説明）する人」であることを明らかにし、近代的な資格制度として、欧米並に技術的知識（素養）、さらには実務修習（または OJT）の修了を弁理士の資格要件とすべきであろう（なお、このようなことは筆者が論ずるまでもなく、弁理士法改正の際に弁理士会が主張していたことであったが⁽⁷⁾、初志を貫くことができなかった）。

それでは「知的創造サイクル」を実現するための専門家は、ロースクール（法科大学院）や弁護士制度で養成されるのであろうか。法科大学院構想は、あくまでも司法（その役割は具体的事件・争訟を解決し、……法の維持・形成を図ること⁽¹⁾）における法曹（裁判官、検察官、弁護士）の教育改革を目指すものであるから（プロセスとしての教育改革と大量増員）、「知的創造サイクル」やプロパテントのような産業経済政策に偏することはあり得ず、また弁護士は紛争解決の専

専門家であるが、発明を権利化する専門家ではないから、ロースクールや弁護士制度から真の「知的創造サイクル」を担う専門家が生まれるはずがない。つまり、技術的素養を有する弁護士志望者がロースクール（法科大学院）を経て弁護士兼弁理士になったとしても、弁護士は権利の創設や権利の有効性判断の専門家ではないから、本物の「知的創造サイクル」を担う専門家にはなり得ない。したがって、ユーザー（産業界や国民）が望む真の「知的創造サイクル」を担う専門家は、法科大学院経由の弁護士制度からも、新弁理士制度からも生まれ得ないのである。

このようにして我が国は、米国の特許弁護士（約2万人の特許エキスパート）に対抗する、「知的創造サイクル」を担う専門家集団が制度的に生まれぬまま、21世紀を歩まざるを得ない。このような制度上の不備は、新弁理士試験の合格者をいくら増加しても改善されないだろうし、もはや弁理士や弁護士個人の「自己研鑽」や企業努力では補えないのではないだろうか。科学技術創造立国の人的基盤である「知的創造サイクル」を担う専門家の不在は、我が国の国際競争力の低下につながる重大な問題である。

9. プロパテント時代の弁理士試験制度

そこで「知的創造サイクル」を担う専門家実現のために、「21世紀の弁理士制度のあり方を考える懇談会」（平成10年）の意向をうけて作られた下記の弁理士試験科目案は、再考に値するのではないだろうか。

多枝選択試験

- ・必須科目：「工業所有権法四法，条約」および「民法，民事訴訟法」
- ・選択必須科目：1科目（物理，生物，化学，情報から選択）

論文試験

- ・必須科目3分野（権利取得，権利活用，紛争処理）（出題範囲：工業所有権四法，条約，民法，民事訴訟法）
- （なお，技術系大学卒業者，技術士は「選択必須科目」の免除，法科系大学卒業者，司法書士は「民法，民事訴訟法」の免除あり）

この試験科目案の出所は定かではないが、「知的創造サイクル」を担う専門家を選抜するのにふさわしい、我が国独自の弁理士試験制度になっているように思わ

れる。つまり、これまでの弁理士は、権利の創設から権利の成否を争う審決取消訴訟の代理で業務は一応完結し、それ以降の「権利の活用」への関与に対するユーザーのニーズは少なかったが、これからの新しい弁理士は、ユーザーの「権利の活用」への関与のニーズが増大し、そのために、弁理士も、権利侵害など、権利の活用が妨げられたときの侵害訴訟等への対応または関与が不可欠になってくるからである。その意味で上記の弁理士試験制度は、米国の特許弁護士に相当する特許エキスパートを早急に生み出す我が国独自の資格試験制度といえるのではないか。さらに上記の試験制度は、「知的創造サイクル」の理解や専門レベル（特に専門技術と訴訟対応能力）の高い弁理士を養成することとなるが、弁理士志望者にとっても、そのような試験科目は応用範囲が広く、実務的であり、勉強のし甲斐があるように思われる。

なお、上記の試験科目を難しすぎるとして反対する論者は、規制緩和に便乗し、国益である「知的創造サイクル」の実現に弓を引く者であり、ユーザー（産業界）や国民の代理人への期待を裏切るものと言わざるを得ない。時代の要請に応えることができない資格制度は、やがてその存在価値を失うのみであろう。

10. 弁理士の侵害訴訟代理は弁理士制度の近代化の上で

弁理士の侵害訴訟代理は、上述のような近代的な弁理士制度（弁理士のアイデンティティ）の確立の上で議論されるべきものと思われる。そうでないと、たとえば著作権の侵害訴訟代理を含めるべきというような妄論がでて、弁護士との区別がつかなくなってしまうからである。筆者の考えでは、侵害訴訟の段階でも、弁理士は「明細書に始まって明細書で終わる」（その成果が試されるという意味で）、すなわち権利の創設過程や権利の有効性の判断に関して専門性が生かされるからこそ、一般的な紛争解決の専門家である弁護士とは異なるアイデンティティを主張できるのではないだろうか。

プロパテント時代の弁理士制度になったと仮定して、私見を述べれば、弁理士が侵害訴訟を代理することは、いわば「伝家の宝刀」（または不意の権利侵害を受けたときの自衛手段）として、侵害を未然に防ぎ、または被害が拡大しない内に紛争の早期解決を図ることに貢献できるという点で、具体的事件・紛争を契機

として受任し、その解決を目指す弁護士の訴訟代理受任とは本質的に異なるように思われる。すなわち、特許等は形のない財産権であるため、侵害の有無、侵害品の特定、損害額の特定等の準備に時間と手間を要するので、通常は訴訟での請求の価額（訴額）が相当程度になってから訴訟を起こすことになる。一般に弁護士が裁判の代理人となるのを引き受けて損益が合うのは訴額が300万円以上の場合であると言われているから、実際には訴額がある程度高額になってから提訴しようとする数多くの潜在的紛争があると思われる。これらの紛争は、不当に安い金額で和解したり、いわゆる「泣き寝入り」に終わることが多いのである。そしてこのような潜在的被害者を知りうるのはまずその特許等を扱った弁理士である（弁護士は、具体的事件・紛争を契機に活動するので、事件を受任するまでは蚊帳の外である）。したがって、前述の試験制度と相当の能力担保研修等を前提に弁理士単独での侵害訴訟の代理権が与えられるならば、特許等の活用の上で、侵害に対する「泣き寝入り」を防ぐための有効な手段（伝家の宝刀）となるとともに、「侵害のし得」という社会的悪弊をなくす上で社会的な利益がある。また特許等は、ガラス細工のようにその形成過程に傷があると無効になってしまう相対的な権利であるから、その形成過程を知っている弁理士がまず事件を担当するのが自然である。このように権利の生まれ育ちをよく知り、権利者からの情報によりその侵害を早期に知る立場にある弁理士は、被害が拡大しない内に紛争の早期解決を図り、被害者の泣き寝入りを未然に防ぐことに貢献できる点で、具体的紛争を契機とし、訴額が高額になってから事件を受任する弁護士とは根本的に異なるといえる。

11. おわりに

就職情報雑誌「とらばーゆ」など、数多くの新規事業を成功させた株式会社リクルートの元新規事業開発室長の倉田学氏は、新規事業が成功する条件として、1) 世のため、人のためになるか（ロマン）、2) 稼げるか、儲かるか（ソロバン）、3) 楽しいか、面白い（ジョウダン）の三つをあげている。

新弁理士法による著作権等を含む弁理士業務を「新規事業」と仮定すれば、プロパテントによる「知的創造サイクル」の確立を目指し、大学や中小ベンチャーの独創的な発明の権利化や活用が叫ばれる中で、この

ような需要にできていない、現在のアンチパテント的な弁理士制度による業務にロマン（古い言葉で言えば大義名分）があるとは思えない。ただ言えるとすれば、「知的財産権」全体の法律知識を持つ専門家として格好よく世間にアピールできるということだけであろうか。こうなると筆者のいうプロパテント時代の弁理士ではなく、情報化時代の「ベンリシ」になるのであるが、成る程、斜陽の我が国の産業競争力（スイスの国際機関 IMD による国際競争力の総合順位 26 位、WIPO 統計（1997）による対外国特許出願数は米国の約5分の1）を支えるにはこの程度の「ベンリシ」で十分なのかもしれない。

2) の稼げるか、儲かるか（土業でいえば、業務の安定性）についても、前述のように新規事業である著作権法、関税定率法、不競法等のマーケットにそれほど仕事があるとは思えない。おそらく弁理士業全体の売り上げの増加には微々たる貢献しかしないのではあるまいか。マーケットとしては、弁理士の専門範囲内で、例えば情報、バイオ、ナノテク、新素材などの先端分野では市場ニーズが多くなるから、そのような分野を担当できる技術系弁理士志望者を多く採用するような事業方針（弁理士法改正）の方が、将来の弁理士業全体の売り上げ増加に大幅に寄与することは間違いない（世のため、人のためにもなる）。

前近代的な「手続する人」のままの弁理士制度では、いくら付録をつけても、源内先生の川柳を借りて言えば、「功ならず品ばかり多くして年暮れぬ」ということにもなりかねない。

注

- (1) 『著作権審議会国際小委員会中間報告書』平成12年7月
- (2) 『デジタルコンテンツ白書 2001』経済産業省商務情報政策局監修、(財)デジタルコンテンツ協会編集発行
- (3) 中川徹「江戸 明治時代の発明観と日本的発想」(『科学史の世界』143 - 159 頁、平成3年、丸善(株)発行)および『始祖鳥記』飯島和一 小学館(平成13年)
- (4) 日経産業新聞、平成13年5月25日
- (5) 『インテルとともに』R.ノイス 玉置直司取材構成 日本経済新聞社(1995)
- (6) David C.Musker: The U.K. Patent Agent Profession (1998)
- (7) 弁理士会「21世紀の弁理士制度のあり方を考える懇談会」資料 平成10年9月16日

(原稿受領 2001.9.22)