

会務活動における不法行為

- 弁理士法第 73 条についての検討 -

会員 増田 竹夫



目 次

1. はじめに
2. 弁理士会の設置目的
3. 民法第 44 条第 1 項の規定の準用
4. 民法第 44 条第 2 項の規定の準用
5. 民法第 50 条の規定の準用
6. 民法第 55 条の規定の準用
7. 日本弁理士会の代表機関としての会長について
8. 日本弁理士会の民間法人化
9. 民法第 44 条の適用事例
10. 会長選任に関する個人的（私的）現状認識と若干の苦言
.....

1. はじめに

1.1 平成 13 年 1 月 6 日施行の新弁理士法第 63 条第 2 項の規定は、「会長は、弁理士会を代表し、その会務を総理する」と規定し、会長は法人（弁理士法第 56 条第 3 項）である日本弁理士会（以下、「弁理士会」ないしは「本会」という）の“代表機関”と位置付けられている。また、「会務」という言葉は弁理士法「第七章 日本弁理士会」の規定（第 56 条～第 74 条）中唯一この条文でのみ使用されている。「会長」自身は、会員中から 1 名選出された自然人であるとともに、法人の機関でもある。法律学的にはこの「機関」は、「法人の意思決定をし、あるいは法人を代表する者をいう」（有斐閣「法律学小辞典」1994 年新版）とされ、社団法人の理事等が相当する。また、「会務」については別段定義規定も設けられてはいないが、弁理士法第 56 条第 2 項で規定する弁理士会の設立目的で述べられたところの各種「事務」を弁理士会が行うことをいうものと考えられる。

1.2 弁理士会が、会員の指導、連絡、監督に関する事務と弁理士の登録に関する事務を行うこと、すなわち会務を行うこと（会務活動）により他人の権利ないし利益を侵害し損害を与えたとき（不法行為）、会という法人がとるべき責任は、また機関の責任は、という問題について考えてみるのがこの論文の第一の目的

である。そして、会長という機関が、新弁理士法の下では、旧弁理士法の下よりもはるかに重要かつ責任も重くなり、この新しい会長という弁理士会を代表する機関について若干の私的な検討を試みてみたい。また、この法人組織である弁理士会というものの在り方（強制設立制度、強制加入制度）についても、政府が日本弁理士会を含む日本司法書士会連合会、日本税理士会連合会、日本公認会計士協会、日本行政書士会連合会等の公的法人である士業団体を「民間法人」化しようと公表したことも踏まえて、考えてみたい。

2. 弁理士会の設置目的

2.1 弁理士法第 73 条で準用する民法第 44 条第 1 項の規定では、「その職務を行うに付き」という条件が付され、ここでいう「職務」が弁理士会設立の目的と密接に関係してくるので、最初にこの「目的」について検討したい。また、特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編著、経済産業調査会発行の「条解弁理士法」（以下、「条解弁理士法」という）の「第七章 日本弁理士会」の序文（第 171～173 頁）において、弁理士会の在り方に対するネガティブな見方として「弁理士に対する弁理士会の設立義務（強制設立制度）や、弁理士会への強制加入義務（強制加入制度）は、憲法が保証する結社の自由や職業選択の自由を制限するものであり、弁理士会の会則等による制限が過度になれば、弁理士の自由な活動を縛り、弁理士間の自由な競争を阻害することにもつながる虞がある。このような観点から、平成十一年三月に閣議決定された規制緩和推進三ヵ年計画（改定）の中でも、各種資格者団体への当該資格者の強制加入制度をはじめ、広告規制、報酬額表の取り扱い等について、論点として掲げられている」と述べている。そして、弁理士会の自主的な活動の拡大を図り、主務大臣の監督権を緩和することにより、強制設立制度と強制加入制度という両制度の負

の部分はいくらかでも解消するようにした、とされている。なお、この「条解弁理士法」の第三部参考資料第37～39頁の「弁理士会の在り方」において、強制加入制度をめぐる論点が記載されているので、参照されたい。

2.2 弁理士法第56条第2項の規定によれば、弁理士の品位保持のため、弁理士の資質向上と業務の改善を図ることを弁理士会設置の目的とし、かかる目的達成のために、会員の

指導

連絡

監督

に関する事務を行う、こととされている。さらに、弁理士の登録に関する事務も行うこととされている。

2.3 弁理士会は、経済産業大臣に代わって会員である弁理士を指導及び監督する責務を負っている(「条解弁理士法」第174頁参照)のであり、会員に対する退会処分(経済産業大臣の認可必要)を決定し実行できる権限(弁理士法第61条)、経済産業大臣に対し懲戒を申告する義務(弁理士法第69条)、戒告処分権(会則第49条)を有している。上記条解弁理士法の解説によれば、退会、戒告の処分や懲戒申告義務は、弁理士会の会員に対する「自治機能」と捉え、このような自治機能は弁理士の増員や業務の多様化等に伴い強化していく必要があり、「監督」権限も追加した、とされている。この「自治機能」の強化と、弁理士法第33条第1項の「何人も、弁理士に前条に該当する事実(懲戒に値する事実)があると思料するときは、経済産業大臣に対し、その事実を報告し、適当な措置をとるべきことを求めることができる」との規定との間には、何の矛盾も生じないのだろうか。あるいは、旧弁理士法という「指導及び連絡」の他に「監督」権限が追加されたことが、実質的な「自治機能」の強化になるのだろうか。弁理士法第56条の規定に関する「条解弁理士法」の解説には、素直にうなずけない部分がある。なお、「条解弁理士法」第172頁に記載の「自主的な活動の拡大」として、弁理士に対する社会的ニーズが高度化・多様化・国際化するに従い、弁理士の資質の向上のための指導・研修体制の拡充、ユーザーが適切な弁理士を選択する上で不可欠な弁理士に係る十分な情報の提供、今後増大する弁理士に対する職業モラルの維持・向上、弁理士会としての知的財産権制度の

拡充・強化への貢献、が掲げられているが、これらも自治機能の強化といえる事項なのだろうか。

なお、「自治」については、弘文堂発行「条解弁理士法」(第2版補正版)の第274頁の記述によれば、「弁理士の資格審査や弁理士の懲戒を弁理士階層の自律に任せ、またそれ以外の弁理士の職務活動や規律を、裁判所、検察庁、行政官庁の監督に服せしめない原則をいうものとされるが、その用語(弁理士自治)は、必ずしも一義的に使用されているものともいえず、弁理士に関する諸々の規律を弁理士自身に委ねる制度を広く指称する意味で使用されることもある。ただ、弁理士自身の規律に委ねるといっても、個々の弁理士に自己又は他の弁理士を規律する権能を認め得るわけではなく、弁理士の構成する団体、すなわち弁理士会に弁理士に関する諸々の規律を委ねることを意味するものである」と解されている。

2.4 会則では、弁理士法第56条第2項で規定する「目的」を受けて、その第2条で弁理士法と同一文章で再度弁理士会の目的を規定し、続いて第3条の規定において、弁理士会が行う事務及び事業を10項目あげている。(1)及び(2)は弁理士法(この段落では単に「法」という)第56条第2項の規定の後半部分をそのまま引用し、(4)は法第57条第1項第10号、(7)は同条同項第12号、(8)は同条同項第11号、(9)は法第68条の夫々の規定に基づいている。(3)(5)(6)(10)には法の根拠条文は見当たらないが、(10)は「その他本会の目的を達成するために必要なこと」と定めた規定であり、目的の範囲内で行うことであり、問題はない。(3)は特許業務法人が新たに制度化されたことに伴い弁理士会が法人会員を把握しておく必要性から設けた規定であり、(5)は弁理士の業務の改善進歩を図るため(法第56条第2項)のものである。(6)のみが他の各号の規定と趣きを異にしている。会則第3条(6)は、「知的財産権制度の普及及び改善に関すること(事業)」を弁理士会が、会則第2条の目的達成のために行う、と宣言したものである。

3. 民法第44条第1項の規定の準用

3.1 条文

<民法第44条>

一、法人ハ理事其他ノ代理人ガ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ

二、法人ノ目的ノ範囲内ニ在ラザル行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其事項ノ議決ヲ賛成シタル社員、理事及ビ之ヲ履行シタル理事其他ノ代理人連帯シテ其賠償ノ責ニ任ズ

3.2 全国を通じて一個の日本弁理士会（弁理士法第56条第1項）は、弁理士法第56条第3項の規定により「法人」とされている。弁理士会という法人は、会長（その他の代理人）の現実の行為により権利義務の主体となり、その行為により他人に損害を与えた場合にその賠償責任の所在を明確にするために民法第44条の規定が準用された。

3.3 民法は「法人」について、第33条から第84条の2までの規定をおく。「理事」とは、法人の内部的事務を執行し、外部に対してこれを代表する必須常置の機関（民法第52条、53条以下）であり、法人は理事によって行為し、理事が法人代表者として法人の目的の範囲内で行為すればそれが法人の行為となる。弁理士会は、弁理士法により設立される特別の法人（公益法人（民法第34条）ではない）であり、かかる法人における「理事」に相当する機関は、「会長」である。弁理士法第63条第2項は、「会長は、弁理士会を代表し、その会務を総理する」と規定し、民法第52条第1項は、「法人ニハ一人又八数人ノ理事ヲ置クコトヲ要ス」と規定していることからして、正副会長会ではなく、会長が「理事」に相当するものと思われる。そして、「其職務」とは、直接的には弁理士法第56条第2項で規定するところである。すなわち、「弁理士会は、弁理士の使命及び職責にかんがみ、弁理士の品位を保持し、弁理士の業務の改善進歩を図るため、会員の指導、連絡及び監督に関する事務を行い、並びに弁理士の登録に関する事務を行うことを目的とする」ものである。

3.4 法人の不法行為能力を定める民法第44条第1項の規定を、弁理士会に当て嵌めて読み替えると、「弁理士会は、会長（その他の代理人）がその職務を行うに付き他人に加えたる損害を賠償する責任がある」となるであろう。「職務を行うに付き」（職務行為）の解釈は、広く外観上法人の機関の行為と認められる行為なら真実の職務行為でなくてもよく、またこれと適当な牽連関係のあるものならよい（外形理論）、と解されている。

3.5 民法第44条第1項の規定中では「代理人」という表現を使っているが、ここでいう「代理人」とは、

後述する民法第55条の規定中でいう「代理人」とか、一般的に説明される法律用語としての「代理人」の意味とは異なる。この「理事其他ノ代理人」とは、「理事その他の代表機関」あるいは「理事その他の機関」と読むべきであろう。この文言をめぐって民法上は、「代表機関説」と「機関説」の争いがあり、前説は代表権を与えられた法人の機関を「理事その他の代理人」と解し、特定の行為について代理権を与えられた任意代理人は含まれないとする。この説によれば、「理事其他ノ代理人」=「会長」となる。

3.6 「機関説」は、代表権がなくとも、法人の機関であればよく、代表権のない監事の行為についても民法第44条第1項の規定による法人の責任が認められる。この機関説によるならば、「その他の代理人」には代表権のない副会長及び正副会長会が含まれるとともに（弁理士法第63条第3項、会則第69条参照）、その他の役員、各支部長、付属機関長（会則第147条～150条）、執行補佐役（会則第98条～100条）、委員会委員（会則設置も含む）事務総長等も含まれるのであろうか。常議員については、会則第78条の〔職務〕の規定からして、「その他の代理人」に含まれると思われる。上記した各支部長以下の者も、実質上弁理士会の機関として会の目的（会則第56条第2項）を達成するための事務を遂行（民法第44条第1項の「職務行為」に相当）するので、「その他の代理人」に含まれると思われる。

日本評論社が発行した基本法コンメンタールシリーズ中、遠藤浩編「民法総則」（第五版）中第44条の規定についての解説（第106～108頁）では、「不法行為という事実行為をめぐって、代表権限のない者を除くということは、合理性を欠く。代表権限を有しない理事・監事・社員総会についても、44条または715条を適用しもしくは類推して法人の責任を認めるべき場合もありうるであろう。……もともと、これら代表機関でない者が不法行為をなしたときは、法人は使用者責任（715条）を負うことになるだろう」と、「機関説」をとっている。弁理士会の会務の実態を考えると、この「機関説」で解釈することが、民法第44条の規定を弁理士法が準用した意義によりいっそう沿うのではなかろうか。ただし、通説は、「代表機関説」である。

3.7 「他人」とは、弁理士会の会員以外の者のみならず、「会員」も含まれる。弁理士会の会長その他の（代

表) 機関(以下、「会長ら」という)が、会員に対して「不法行為」を行う場合もあり得る。例えば、弁理士法第57条第1項第12号に「会員に関する情報の提供」に関する規定を会則で定めなさい、という規定があり、会員情報をどこまで公開するかによっては「プライバシーの権利」を侵害することになるおそれもあり、かかる情報公開が不法行為を構成することになれば、弁理士会も会長らとともに損害賠償責任を負う。あるいは、会長らが、「品位保持」(弁理士法第56条第2項)を根拠として、会員独自の料金表の規定内容(例えば低価格)に干渉し規制したり(指導し)、会員の広告活動や依頼者獲得活動を制限することは「営業活動の権利」「自由競争の権利」等の侵害となり不法行為を構成し、かつ独禁法違反のおそれもある(平成13年10月24日に公正取引委員会が公表した「資格者団体の活動に関する独占禁止法上の考え方」参照)。侵害される「権利」は、具体的に「権利」の名で呼ばれているものばかりではなく、生活上の各種の利益も含まれる。

3.8 民法第44条第1項の規定では、法人(弁理士会)の賠償責任のみを規定しているが、会長らの行った不法行為であることにかわりがないので、会長らも連帯して不法行為責任を負わなければならない、と解するのが通説である。法人の責任と会長らの責任とは競合し、その関係は、いわゆる不真正連帯債務関係にたつ、と解されている。ここで、「不真正連帯債務」とは、同一内容の給付を目的とする債務が偶然に競合した場合をいう(前出の「法律学小辞典」による)、とされる。

4. 民法第44条第2項の規定の準用

4.1 本条第2項の規定は、目的範囲外の行為による会長らの責任を定めている。例えば、会長が、弁理士法で定める目的外の事業行為をなし、それによる不法行為によって他人に損害を与えた場合には、行為者である会長は勿論、それに賛成した副会長らも共同責任を負う。いわゆる共同不法行為責任を定めている。仮に、弁理士会の総会で決めた事項を実行したとき、不法行為となり他人に損害を与えたならば、賛成した人は賠償責任を負うこととなるのだろうか。そうであるならば、そのとき反対の立場にいた人を特定し、記録しておかなくていいのだろうか。それとも、共同責任の範囲は、もう少し限定的なものであろうか。なお、前出の「条解弁理士法」によれば、「弁理士会の目的の

範囲外の行為による場合には、その行為をなした役員等だけでなく、その事項の議決に賛成した会員が連帯して賠償責任を有する」とされている。総会への委任状(会則第94条第2項)提出は、委任した代理人が委任者の意に反する行為をしたとき(その事項の議決に反対なのに代理人は賛成したとき)、その委任者も連帯して賠償責任を負うことになることになるのかもしれない。委任者に「過失」が認められないとするならば、賠償責任は現実に総会に出席した代理人のみとなるのであろう。

4.2 本条第2項の規定では、法人(弁理士会)は責任を負わない。「理事その他の代理人」について先の「代表機関説」を採用したときは、代表権限のない機関(会長以外の全て)が行った不法行為は、この条文の1,2項では規制できないことになる。会長以外の機関が行った行為の結果は、弁理士会を唯一代表する会長にすべて帰属することになるのかもしれない。あるいは、後述する民法第55条の〔代表権の委任〕の条文で代表権限のない機関に代表権が委任されていると考える、のではないかとと思われる。

5. 民法第50条の規定の準用

5.1 本条は「法人ノ住所ハ其主たる事務所ノ所在地ニ在ルモノトス」と定めている。自然人については、住所を生活の本拠地に求めたが、法人についてはそれが観念的存在に過ぎないことから生活は存在せず、そのために法人活動の中心となる主たる事務所の所在地とした。上述した「条解弁理士法」の解説によれば、「法人は自然人と同様に、管轄裁判所や債権履行地等の基準として住所が必要である。本法により、弁理士会は第三者への対抗要件として登記が必要であることから、民法第50条を準用し登記された事務所の所在地が弁理士会の住所となる」と記述されている。

5.2 会則では、第1条第2項に「本会の事務所は、東京都に置く」と規定し、旧会則のように千代田区霞ヶ関○丁目○番○号とまでは規定しなかった。これは、「旧弁理士法では弁理士会の設立場所を『特許庁所在地』に限定していたが、近年の情報通信手段や交通機関の発達により、必ずしも特許庁と同じ所在地になくても十分な連携が可能であることから、新弁理士法では削除した」(「条解弁理士法」第174頁)という理由の他に、諸般の事情により弁理士会が移転の必要にせ

まられたとき移転しやすいようにし、さらには法人として登記するので具体的住所は、登記簿上明らかになる、という理由による。

6. 民法第55条の規定の準用

6.1 条文

＜民法第55条＞ 理事八定款、寄附行為又ハ總會ノ決議ニ依リテ禁止セラレザルトキニ限り特定ノ行為ノ代理ヲ他人ニ委任スルコトヲ得

6.2 前出のコンメンタル「民法総則」によれば、「理事は、その法人の活動を遂行するに際しての技量と能力のある者として選任され、総括的・継続的な職務権限を与えられたものであることから、理事自身でその職務執行を遂行するのが原則である。ただ、場合によっては、みずから遂行できないこともあるであろうし、また、適切でないこともあるかもしれない。そこで、本条は、定款・寄附行為・總會の決議で禁止されていないこと、特定の具体的行為についてだけ（包括的復任権は認められない）という二つの制限をして、復任権を認めたのである。この復任できる事項は、理事の代表権限に限定されることなく、業務執行一般に関して認められている」と解説されている。

また、「条解弁理士法」では、「弁理士会の活動は多岐に渡っており、本法により会長のみが弁理士会を代表し、また限られた役員のみで会としての職務を全て処理するのは困難であることから、会長から委任を受けてこれらの職務を行うことが必要となるため、民法第55条の規定を準用した」と解説されている。

6.3 復任権の性質

任意代理人における復代理人と同じ

法廷代理人と任意代理人との中間的なもの

法定代理人のそれに準ずるもの

復任権によって選任された代理人の行為に関し、理事（弁理士会では会長）に、選任監督上の責任を負わすべきであると考えれば、上記の中間的なものと解すべきである（前出「民法総則」）。選任された代理人は、法人の代表機関であるとの説もあるが、多数説は否定する。

6.4 弁理士会の会長も、会務活動を遂行するに際しての技量と能力のある者として選任されるべきことは当然であり、会務活動の全てを会長みずから遂行することはきわめて困難であることは明白である。した

がって、会長を補佐する副会長が居て、その他の役員、付属機関の長等が機関として存在するのである。先に論述した「理事其他ノ代理人」の解釈としては、「代表機関説」と「機関説」とがあり、通説である「代表機関説」を採用するならば、弁理士会という法人では、この「理事其他ノ代理人」とは、唯一「会長」のみである。そして、この民法第55条の規定により、代表機関である「会長」は、他の役員や委員長、委員、支部長、研修所長等の「他の機関」に会務活動を委任していると考えることができる。例えば、正副会長会設置の委員会（新会則の下では総会設置の委員会は廃止）の委員になるとき「平成○年○月○日の正副委員長会において、貴殿を標記委員会の委員に選任しましたのでご通知します」との文面の書状を、差出人が会長名で会長印を押して各委員に宛てて送ってくる。このような通知は、まさに準用する民法第55条の規定に基づく委任であろう。このことを十分意識して「他の機関」に対し、「代表機関」である会長が、明確に委任をなしているのだろうか。あるいは、受任する会員もこのような法律関係を十分に理解しているだろうか。

7. 日本弁理士会の代表機関としての会長について

7.1 旧弁理士法下における会長

旧弁理士法では、「会長」に相当する代表者の定めを欠き、第15条が、「弁理士会ノ組織、権限及監督ニ関スル事項ハ政令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、政令である旧弁理士施行令第24条において「役員」として理事と常議員とを定め、理事が弁理士会を代表し会務を執行する、と定められていた。そして、旧会則（会則第1号）では、

- | | |
|--------|---|
| 第42条 | 理事八理事会ヲ組織ス
会務ノ執行ハ理事会之レヲ決ス |
| 第42条ノ2 | 理事ハ会長一名及ビ副会長八名トス
会長ハ本会ヲ代表ス
会長欠ケタルトキ又ハ事故アルトキハ弁理士登録ノ先ナル副会長ノ順ニテ会長ノ職務ヲ代行ス
副会長ハ会長ヲ補佐ス |

と規定してあった。政令では、「理事」が代表機関であるが、会則では複数の理事中「会長」が本会を代表すると規定し、同じく理事である副会長は本会を代表しないかのような規定の仕方であった。会則よりも政令が優先するから、旧法時代は、理事が本会を代表して

いたと考えられる。また、会則において会長たる理事制度ができる前は、単に「理事」の名称のみを用いていた歴史的事実からしても法令規定事項を素直に読めばよい。したがって、旧弁理士会の代表機関としては、「会長たる理事」と「副会長たる理事」が存在したことになる。

7.2 新弁理士法下の会長

先にも述べたように、会長が唯一弁理士会を代表する機関となった。いままで複数の理事にいわば“分散”されていた権限と責任が一人の会長に集中することになった。そして、民法第55条の準用により、会長には復任権が与えられた。この復任権の行使により会務執行機関の数は増えたが、これらの機関がなした結果に対しては、「目的の範囲内」であれば、会と会長が責任を負い、「目的の範囲外」では、行為者自身が責任を負う。しかしながら、会長が目的の範囲外のことを弁理士会の或る機関に選任してやらせた場合には、会長には選任監督上の責任を負わずことができる、と考えられる（民法第55条の解釈）。

8 日本弁理士会の民間法人化

8.1 現小泉内閣は、行政改革の一環として、特殊法人等の改革を行う方針を打ち出し、各府省からの報告を求め、2001年9月4日に「特殊法人等の廃止又は民営化に関する各府省の報告」がなされた。その報告によれば、「廃止の可否」については、「廃止できない」と結論付け、その理由として、「“会員の指導・連絡・監督、弁理士の登録”に関する事業は、弁理士の指導監督を行うことにより、業務の改善進歩及び品位の保持を図るものである。これらの事業は、ユーザー保護を図り、弁理士の業務の品質を高く保つために、いずれも必要不可欠なものであるから、廃止することはできない」としている。また、他の運営主体に移管できない理由として、「弁理士の登録に関する業務は、昭和35年の弁理士法改正時に、日本弁理士会（弁理士会）の自主性の強化に資するため、国から日本弁理士会（弁理士会）へ移管されたもの。また、弁理士の職責を全うするためには、弁理士の自治的な団体により、構成員が相互に監視し、自主的に弁理士の公共的役割の達成に努力し、違反行為の防止に努めることが効果的である点に鑑み、国に移管することは適当ではない」としている。さらに、「なお、日本弁理士会は、国から補

助金・出資金・支援等を受けておらず、事業見直しによって、国からの補助金・出資金・支援等の負担の削減が図られるものではない。また、日本弁理士会については、その目的に鑑み、特殊法人改革の趣旨を踏まえ、事業運営の効率性、透明性の向上等の努力を継続していくべきと認識」と結んでいる。「民営化の可否」については、「日本弁理士会は、国等からの出資金・補助金等は一切受けておらず、事業の運営は主として会員からの会費収入により行っている。また、役員の選任は、総会における選挙によって自主的に行われている。したがって、事業を自主的に行っているという点において、既に実質的に民間法人と同様の自立性を有するものである」としている。

このような特許庁の報告に対し、行政改革推進事務局は、2001年10月5日に「特殊法人等の組織見直しに関する各府省の報告に対する意見」を公表した。その中で、士業団体として本会の他に、司法書士、税理士、公認会計士、土地家屋調査士、行政書士、社会保険労務士の7つの団体について意見が述べられている。本会に対しては、「本来民間法人、共済組合その他国の政策実施機関以外の法人として整理されるべきもの（他の士業団体も同様）との意見が述べられている。このような行政改革推進事務局の意見は、おそらく現政権が変わらない限りは変更されることはないであろうと予測され、近い将来、本会が民間法人化するものと考えられる。

また、平成13年11月24日の日本経済新聞朝刊の第5面には、「特殊法人改革、根強い抵抗」と題し、所管省庁が政府の行政改革推進事務局に提出した文書を情報公開法に基づいて入手したものの概要を掲載している。「こじつけ・言い訳続々 各省庁、現状維持に腐心」、「軒並みゼロ回答」、「矛盾する言い分」、「反論のための反論」との見出しが目玉を引く。省庁が抵抗するのは、「天下り、高報酬」（商工中金で3千万円）の“場”確保であることが明白になった。さらに乱立する関連会社の実態を明らかにしている。日本道路公団のファミリー企業がため込んだ剰余金は950億円超にも及ぶ。このようなケースは、まさに特殊法人の一部の問題であり、公的法人である弁理士会は無関係のように信じ込まれている会員も多いことかと思われる。しかし、このことは対岸の火事ではなく、経済産業省が18法人についてA4版で約8千枚の文書を上記事務局に提出

した中に、「日本弁理士会」も含まれていることは上述したとおりである。各省庁はこぞって特殊法人等改革に反対の立場であるが、この改革反対の立場を本会も支持し、長期的に公的法人でありつづけられるとの前提で事を進めることは、洞察力とか状況の変化に対応する能力を欠如することではないのか。

8.2 政府がいうところの「特殊法人等」とは、特殊法人と認可法人を併せたものをいい、特殊法人とは、「例えば政府が必要な事業等を行おうとする場合、その業務内容が企業の経営になじむものであり、国が自ら行おうとした場合、様々な制度上の制約から能率的な経営を期待できない時などに、特別の法律によって独立の法人を設け、国の監督下で、できる限り法人自身に自主的かつ弾力的な経営を認め、能率的な業務の実施を行わせようとしたもの等」があり、認可法人は「特別の法律によって設けられる独立の法人ですが、特殊法人と異なるのは、認可法人は民間等の関係者が集まって任意に設立したものであるというところ」で、行政改革推進事務局のホームページは述べている。本会の場合は、「任意に設立」したものではなく“強制設立制度”をとっている。また、本会が行う弁理士の登録事務は、行政代行的な事務（本来は特許庁が登録事務を行う、昭和35年の弁理士法改正前までは特許庁が行っていた）であろう。

8.3 本会が「民間法人」になると、どのような機能を有する「法人」となるのであろうか。そもそも法人とは、自然人以外のもので、法律上、権利義務の主体たりうるものをいう、とされ、大別すると、「私法人」と「公法人」に分類され、本会や弁護士会はこの「公法人」に属する。そして、人の集団を「社団法人」、財産の集合を「財団法人」という。法人の目的に基づく分類は、「公益法人」、「営利法人」、「中間法人」に分けられ、これらは全て「私法人」である。本会は、民法第34条に規定する公益法人ではなく、営利法人でもない、“非営利法人”であり、特別法があってはじめて法人として認められる「公法人」の範疇に属し、弁理士法という特別法によって認められた“公的法人”（条解弁理士法）と位置付けられている。前出の「条解弁理士法」の第31条第2項（「弁護士会は、法人とする」）の解説（第284頁）によれば、「現行法では、強制設立、強制加入に加えて、国の有する懲戒権を行使する権能が認められており、その公的性質が顕著であるので、

公法人であることに疑いを容れる余地はないとの見解がある。しかし、法人を公法人と私法人とに区別することは、その区別の基準が必ずしも明確であるとはいえず、また区別する実益にも乏しい。法人については公益的性格の濃淡を考慮しながら、それぞれの法律関係について、その取り扱いを検討することが適当と考えられる。従って、懲戒権の行使その他の法律関係については、弁護士会が公共的性格の極めて強い法人であることを考慮しながら、検討することが相当であろう」と解説している。さらに、この解説書では、「弁護士会が行った懲戒処分について、国を相手として国家賠償を求めた事案につき、弁護士会は、国家賠償法第1条にいう『公共団体』に該当し、弁護士会がその会員たる弁護士に対して行う懲戒処分は、同条にいう『公権力の行使に当る公務員』に当たるとの判例がある（東京地判昭和55.6.18下民集31巻5～8号428頁）」との記述が続く。現在の取扱いは、行政審査不販法により弁護士会が行った「懲戒処分」を争う。このような公法人あるいは公的法人と対極にあるものとして“民間法人”が存在するようだ。弁理士法第59条は、本会の設立が準則主義によることを規定している。法人の設立に対する国家による関与の度合いが小さいのは、法律の定める要件が具備している場合に、設立が認められる、とする準則主義であり、商法上の会社（商法第57条）や弁護士会（弁護士法第34条）の設立も準則主義により設立される。最も関与の度合いが大きいのは、公益法人の許可主義である、とされている。なお、特許業務法人も準則主義により設立できる（弁理士法第44条）。

8.4 「規制改革推進3ヵ年計画」が平成13年3月30日付けで公表された。その中の「共通的事項」の「改革方針」として、経済的規制は原則自由、社会的規制は必要最小限との原則、より緩やかな規制への移行、民間移行等規制方法の合理化、国際的整合化、手続の簡素化、迅速化、透明化、社会的な公正の確保等、が述べられている。また、「横断的措置事項」の中の「資格制度関係」において、資格制度関係の基本方針が、業務独占資格については、資格の廃止、相互乗り入れ、業務範囲の見直し等により、競争の活性化を通じたサービスの向上、価格の低廉化、利便向上等を図る、（必置資格等についての方針）、と述べられている。この3ヵ年計画の「（別紙1）」の「業

務独占資格の見直し」の中の第13番目で、「公正有効な競争の確保等の観点から、登録・入会制度の在り方について検討する」と述べられ、「別添2」の「資格制度に係る個別措置事項」ではこの別紙1の第13番目の項目を受けて、「登録・入会制度の在り方検討」の項目で次のように述べている。

a. 資格者間における公正有効な競争を確保する観点から、法律で強制設立・強制入会制を採っている資格(弁理士を含む)を対象として、資格者団体が行っている自主規制の実態を把握し、その結果に基づき所要の改善措置を講ずる。

b. 上記の実態把握及び資格者団体の特性等を踏まえ、資格者団体の活動と独占禁止法との関係を明確にし、公表・周知する。また、今後参考となる相談事例が生じた場合には、その内容を可能な限り明らかにし、独占禁止法違反行為の未然防止に努める。

c. 上記 a の資格者団体に対して独占禁止法コンプライアンスプログラムを作成するよう懇請するとともに、必要な支援措置を講ずる。

(以上3項目は公正取引委員会が行う)

d. 業務及び財務等に関する情報を公開していない資格者団体(弁理士会は対応済み)について、それらの情報を公開するよう要請する。

e. 強制入会制を採る各資格について、それぞれの団体の役員に資格者以外の者を任用することを要請する(弁理士会は役員として“外部監事”を導入済み)。

f~h は他資格について述べている。

a ないし c の項目は、公正取引委員会主導で、平成15年度までの間に計画的に実施される。

この3ヵ年計画は、弁理士会が現状のままの強制設立、加入制度を採用していることを条件に計画されているので、この3ヵ年のうちに「民間法人」になるならば、また変更ないし廃止されるのであろう。

8.5 民間法人になると、強制設立制度、強制加入制度が廃止され、業務独占資格ではなくなる、ときわめて短絡的に考える人もいるが、民間法人化する趣旨というものを十分に考慮し、個々に検討すべき事柄である。行政改革推進事務局の意見では、本会を「国の政策実施機関以外の法人として整理すべし」と述べている。このことは「登録代行事務」を廃止し、国の監督権の代行業務もやめることを意味するものかもしれない。とすれば、強制的な設立や加入は必要がなくなる

のかもしれない。しかしながら、これらのことが独占資格の廃止には論理的にはむずびつかない。2001年4月号の本誌で、私が「日本弁理士会の会則と独占禁止法」と題した論説の中でも述べたように、本会が任意入会制に移行しても、資格者団体すなわち本会の活動が資格者(弁理士)にとって有意義なものであれば、入会者数の減少を防ぐことは可能である。しかしながら、企業勤務弁理士にとっては、多額の会費を支払ってまで本会へ入会することが、現状のままでは有意義かつ魅力的なものと言えるかどうか疑問ではある。また、任意入会制であっても、資格による社会的効果が明確であり、国民にとってもその資格の有用性が認められるならば、資格そのものの存在意義は認められるのであるから、我々の業務独占範囲が極端に狭まったり、非独占になることは、任意入会制への移行に伴う必然ではない。

9. 民法第44条の適用事例(仮定の事例であり現実におきた事例ではない)

9.1 会員Aが本誌に特許庁の政策を批判(弁理士会ないしは会長等の批判でもいい)する論文を投稿した。会誌委員会の委員長Bは担当副会長Cと相談の上、この論文の掲載を断った。あるいは勝手に訂正した上で掲載した。会長の復任権により選任された代理人B、C(準用する民法第55条)の行為が、Aの「表現の自由」、「著作権」を侵し、不法行為を構成するならば、会長Dは選任監督上の責任を負うのであり、代理の効果としても、B、CがDのためにAに対して意思表示をなし、また、Aから意思表示を受けることによって、その法律効果がごとく直接会長Dに帰属することになるのであるから、Aの同意なしにB、CがAの原稿を没にしあるいは訂正して掲載したならば、先の「表現の自由」、「著作権」を侵害することになるであろう。この事例では、準用する民法第44条第1項の規定が適用されることとなる。B、Cの行為が不法行為に該当するならば、これは会長Dに責任があることとなり、本会と会長Dとが損害賠償責任を負う(不真正連帯債務)。

9.2 税理士会が政治団体に献金するために特別会費を徴収することを決議した件が無効とされた事例(事実)を弁理士会に当て嵌めて考えてみると、弁理士会Xが、弁理士法を有利に改正するための工作資金として政治団体Yに献金することを目的として、特別会費

1 万円を徴収する旨の決議をした。Xの会員Aは、この決議に反対して特別会費の納入を拒否したところ、Xは、会則に基づき、Aの役員選挙・被選挙権を停止（会則第49条）したまま役員選挙を実施した。このような政治団体への献金は目的の範囲外であり、準用する民法第44条第2項の規定が適用される。本会は強制加入の団体であり、その会員に脱退の自由は実質的には保障されておらず、そのような法人（弁理士会）Xが多数決原理によって政治団体への献金を決定できるとすると、構成員すなわち会員の思想・信条の自由が不当に侵害されることになる、と考えられる。

9.3 弁理士法第31条の「利益相反行為」の内容について、弁理士会名ないしは或る委員会名でその解説書を会員に配布した。その解説書によれば、本条各号の「事件」には、「出願等」は含まれず、「弁理士業務における利益相反の客体は、紛争事件と解される。しかしながら、弁理士業務の中で、紛争事件といえるのは、補佐人として関与する侵害訴訟、あるいは侵害仲裁事件のみである」と解説してあったがために、A、B間の特許無効審判事件（特許異議申立事件でもいい）の権利者A側の代理人甲は、この事件が特許庁に継続中に相手方Bからの新規特許出願の依頼（以前からのお客であってもなくても）も受任した。その後、Aの特許権に対し無効の審決がなされ、Aから甲に対して、甲の行為は弁理士法第31条第3号に違反する行為であり、不利益を被ったので損害を賠償しろという請求があった。賠償しない場合は、経済産業大臣に対し、弁理士法第33条第1項の規定に基づく懲戒の手続をとる、と迫った。そして、弁理士法第33条の規定による「必要な調査」や「審議会」の意見を聞いても「事件」には「出願」が含まれると解された時、さらには訴訟で争った結果も同様であったときは、弁理士会としてはどのように責任をとるのだろうか。単に解釈上たくさんの説があり、論点を羅列したうちのひとつを会員が勝手に信じたに過ぎないのだからAと甲との間の問題であり、本会並びに会長は全く責任がないというのだろうか。しかも、解説書中において種々羅列されている各「説」の主張者ないしは責任者の名前は隠され、各「説」の責任の所在は闇の中であり、このような解説書の各「説」中自分にとって利益ある「説」を信じたことを会及び会長は、信じた人の責任である、と断じるのであるだろうか。弁理士甲にしてみれば、弁理士会（委

員会委員も会長の復任権により選任されている）が会員に対して「指導」したことを信じたのだから、Aに対して自分が賠償責任を負うことは納得できない。この場合Aも甲も、準用する民法第44条第1項の規定に基づき、弁理士会と会長を相手に損害賠償責任を問えるのではなかろうか。

9.4 同様に、弁理士法第31条第1号の規定の解釈で、条解弁理士法では「代理人として事件を受任する前であっても、一旦相談を受け、アドバイスを行った事件に関して相手方の代理人となることも、依頼者の信頼を損ない、弁理士の品位をおとしめる行為であり禁止すべきである」（第120頁）と解説していることに對し、弁理士会の解説書では十分な反論の根拠も示さず、しかも条解弁理士法の説明に反対するような「説」はどなたの「説」であるのかを公表もせず、「事件」から出願、異議申立事件、情報提供等を除いてしまった場合、弁理士甲はAさんから或る特許出願（公開されている）について特許阻止手段の相談を受け、対処方針として情報提供ができること、特許になってしまったら異議申立、無効審判が請求できることを助言した後、その特許出願の出願人Bから甲に中途受任の依頼がきたとき、解説書の記述内容を信じてその出願を受任してしまった。しかしながら、この出願は、相手方（A）の協議を受けて賛助した事件であり、弁理士法第31条第1号に該当するのではないのだろうか。結局、最終判断は司法に委ねられるからといって、判決が出るまでは、どのように解釈しようが勝手放題であるとしても、判決なりその権威筋の解釈によれば、解説書の解説が明らかに間違いであることが判明したときは、会と当時の会長の責任が問われることとなるべきではなかろうか。

9.5 弁理士会の付属機関として、研修所、中央知的財産研究所、知的財産支援センターがある。そして、弁理士法第56条第2項の規定を読むと、弁理士会の目的として、いわゆる内向きの事項のみが記述され、外向きの事項すなわち知的財産支援センター（以下、「支援センター」という）の業務ないし事業については直接的に記述されてはいない。現状の支援センターの活動は、「会員の指導、連絡及び監督に関する事務」の範囲を超えているというか逸脱している、あるいは他の付属機関とは毛色がかなり違っても考えられる。なお、会則第3条(6)には、「知的財産制度の普及及び改善に

関すること」との規定はある。この支援センターは、主として会員外の外の人々に働きかけ、出願の援助、TLO の支援、知的財産権に関する啓発、教育、指導、相談等を行う。このような活動は、弁理士の社会奉仕活動として十分に評価されるべきものではあるが、本会設立の目的とは少しずれがあるような気がする。そこで、ひとつの事例として、仮りに支援センターの構成員が他人に対し不法行為を行ってしまったとき（いろいろなケースが考えられる）、会の目的外の行為として構成員のみに損害賠償責任を負わせることが正しいことかどうか。それとも、会の目的内の行為として会と会長に責任を負わせるべきか。

不法行為の例としては、支援センターの構成員が、支援センター主催の全国発明相談会において、特定地域の相談員（弁理士甲）としてAさんからの相談を受け、その発明の内容がとても奇抜なものであったため、甲の依頼者Bにその発明内容を話してしまい、Bはその発明に興味を持ち、自ら特許出願をしてしまった。Bの出願の後願としてAは出願したので、Aの出願は先願の存在により拒絶された。Aは甲に損害賠償を請求した。甲が発明相談を受けてその内容を漏らしたことは、「業務上取り扱ったことについて知り得た秘密」（弁理士法第30条）を漏らしたのではなく、「本会の役員又は委員その他の役職に就任したときは、その職務に関し知り得た秘密」（会則第37条）を漏らしたことに該当し、Aに損害が生じている場合は、準用する民法第44条第1項あるいは同条第2項の規定により損害賠償責任が生じる。このケースでは、支援センターは弁理士会の付属機関であるから、相談業務は職務行為であり、弁理士甲は会長の復任権により選任された「特定の行為の代理を委任された」者であり、甲自身にではなく、会長と本会に損害賠償責任が生じる、と考えることもできるのではなかろうか。

9.6 正副会長会でのみ検討し、他の外部団体と弁理士会との間で、ある種の契約（覚書）を取り交わした。この覚書に基づき本会の会員甲がAに損害を生じさせる行為を行った場合、この覚書自体が「政治団体への献金決議」と同様に「目的外」であり、「不法行為」を認容する内容を含むものと考えられるので、「正副会長会」で賛成した者すべてがAに対して賠償責任を負う（準用する民法第44条第2項）。したがって、従前の「理事一体の原則」（？）というような不明確な理論を

適用して正副会長会の連帯責任ということではなく、上記覚書締結賛成者のみが責任をとるようにすべきであろう。

9.7 支部が独自に弁理士報酬の「統計表」なるものを作成し、これを支部地域における“標準料金”のように取り扱い、支部会員に配布した。支部は支部長名で、この統計表記載の金額よりもかなり安価な費用で事件を受任した支部会員に対して、「統計表」を守るように「指導」した。また、この「統計表」も支部のいわば執行部数人のデータを集めて作成したに過ぎず、支部会員の3分の1とか過半数のデータを集め、分析したものではなく、「統計表」と呼べるかどうか疑問がある。「統計表」を守るように「指導」された支部会員(A)は、依頼者(甲)に先に提示した報酬額の訂正を申し入れたところ、依頼をキャンセルされた。Aも甲も損害が発生したので、この損害を本会と会長に対し賠償するように請求できると思われる。支部による行為（「統計表」に記載の金額を守るように「指導」したこと、さらには「統計表」の作成自体も含まれるかもしれない）は不法行為であり、支部長は会長の復任権により選任された者であり、かつ会員外の者である甲は、支部長名で作成された「統計表」については、本会の「目的の範囲内」の「職務行為」と思うであろう（外形理論）、民法第44条第1項の適用があると考えられる。なお、このような「統計表」の作成が、独禁法違反であるとし、支部の行為は、本会及び会長が責任を負う範囲を逸脱しているものと考えられるならば、同法同条第2項の適用があり、支部長が賠償責任を負うことになるであろう。

9.8 委員会活動について

新会則になり、例規設置委員会以外の委員会は、会則第101条第1項で「常議員会、正副会長会において必要があるとみとめるときは、委員会を設けることができる」と規定し、会員には会則第40条第2項、3項において、「委嘱事項の辞退不可」と「会務運営の積極的参加義務」を定めている。従前認められていた「総会設置」の委員会がなくなり、正副会長会の裁量の範囲内で委員会の存廃が可能になったし、委員の徴集も徴集された委員に「正当な理由」がない限りは辞退できず、一旦引き受けたからには積極的に活動しなければならないのであり、会則第40条違反は、会長による処分対象である（会則第49条）。委員としての活動は、

いわゆる“ただ働き”であり、“無料奉仕活動”である。委員会の運営が恣意的かつ高圧的で、委員の大半に十分な動機付けも与えることもできず、少数意見、反対意見に耳傾けず、正副会長の望む結論をもっともらしい理由付けで飾った答申書ないしは報告書を出すだけならば、そしてその結論が世の中には受け入れがたいものとして評価されたとき、“無駄働き”させられた委員は、会や会長に対して何らかの責任を追及できないものだろうか。また、たくさんの委員会で部分的に重複する事項を二重三重に検討させられるという、貴重なかつ高価な労力の重複投資が行われ、“費用対効果”が悪い運営に対して委員は義務としてただただ従うのみであろうか。委員会活動（あるいは運営）に際しても、その運営責任者は本会ないし会長であり、“不法行為”が生ずる余地はあると考えられる。

10. 会長選任に関する個人的（私的）現状認識と若干の苦言

10.1 上述したように、新弁理士法下の会長は、旧弁理士法下の会長よりもはるかに責任が重くなり、不法行為に関しては時効にならない限り、会長を退任後も会長時代の責任は問われる。

10.2 少し古くなるが、2001年3月11日の日本経済新聞朝刊には、「森首相来月退陣」と一面トップに記載され、編集委員の田勢氏が“指導者の劣化が国を滅ぼす”とのタイトルをつけた論説を載せていた。ここで述べられていることは、そっくりそのまま現状の日本弁理士会という組織に当て嵌めることが出来るかもしれない。この国は滅びるのではないかという不安の原因は、「国家戦略も理念もなく、ただ永田町の人間関係だけで政治指導者を選び続けてきた政治」にある、という。本会においても、「資格者団体の今後の在り方、資格者としての弁理士の在り方、ユーザーに対するサービスの在り方、国家にIP（インテレクチュアルプロパティ）戦略の実行を迫るパワーとか、個々の会員が自己中心にものを考えず社会奉仕の精神を高めること等々の本会としての“戦略と理念”は口先だけで、派閥の人間関係だけで会長を選び続けてきたこと」が、“指導者の劣化”原因である、と考えられなくもない。また、この田勢論説は、「派閥間の駆け引きで、もっといえば最大派閥が推す人間だけが国家運営の最高責任者に選ばれる。実績も見識も、もちろん志の高さも選

考基準にはなりえず、密室の協議で決まる。引きずり降ろすのも、もちろん密室だ。準備も覚悟も不足したまま『総理の座』について、うまくやれるはずがない」と言い切り、まさに本会の派閥と派閥の中での抗争と酷似するような話ではある。田勢氏はさらに、「首相がつとまる政治家とそうでない政治家の識別機能をわれわれは失ってしまった」と言う。会長がつとまる弁理士とそうでない弁理士の識別機能を本会も失ってはいいのだろうか。田勢氏の最後の言葉として、「危機は心がけひとつでチャンスになりうる。『政治指導者の墮落した国家は滅びる』ということを今こそ真剣に思い知るべきときである。その上で未曾有の人材飢饉から抜け出す手立てを真剣に考えよう」と結んでいる。

10.3 本会も会長の権限と責任が拡大された今、この田勢論説の内容をわが身のこととして熟考し、会長選任に際しては、選挙制度、復任権による選任の仕方と内容、責任の在り方、会務遂行を補佐する役員制度、委員会等々の見直しを継続的に根気よく行っていくべきであろう。このことは、特殊法人等改革の趣旨からしても、本会が事業運営の効率性、透明性の向上等の努力の継続を図っていくことでもある。また、そろそろ正副会長の本会への無償奉仕は当然と考えることはやめ、有償制度の検討も始める時期ではなかろうか。有償制度と自己責任の明確化が今後の、たとえ民間法人となっても、本会の発展には欠かせないのではないだろうか。

（原稿受領 2002.1.27）