

ロースクールと弁理士

東 野 博 文*

抄 録 アメリカ合衆国のヤングレポートから20年後、我が国においても知的財産立国をスローガンとして政府が本腰を入れて政策を立案している。他方で、規制緩和政策の中で、まず弁理士の大幅増員が達成され、次いで司法制度改革の本丸である司法試験制度改革の一環として、ロースクールが開設された。本稿では、ロースクールで現実に行われている講義内容を紹介して、知的財産管理業務や弁理士業務に有用な側面を紹介する。将来は、企業の知財部や弁理士業務の中核部分はロースクール出身者が占めることになると思うが、その理由もロースクールの授業内容から明らかになると思う。

目 次

1. 現在の知的財産業務の課題
 1. 1 従前の状況
 1. 2 現在の課題
2. 現在の弁理士の課題
3. ロースクール（法科大学院）
 3. 1 ロースクールの概要
 3. 2 ロースクールの授業内容
 3. 3 新司法試験対策
 3. 4 付記弁理士との比較
4. ロースクール出身者の可能性
 4. 1 ロースクール出身の弁理士
 4. 2 顧問弁護士
 4. 3 政策立案に関与する可能性
5. まとめ

1. 現在の知的財産業務の課題

1. 1 従前の状況

我が国の知的財産管理は、日本知的財産協会の会員企業によって推進されていることは論を待たない。その中で著名な政策の一つは、日立製作所によって推進された特許倍増計画である。当時の日本企業は、欧米の先進企業から特許権の許諾に付随して実施料の支払を余儀なくされ

ていた。そこで、所有している特許権や特許出願の財産目録（以下、特許ポートフォリオという）の拡充として、まず底辺となる小発明もくまなく出願することで、優れた発明の出願漏れを防止しようとした。この政策は特許制度の利用者からみて一定の成果が得られたものと思う。少なくとも、電気機械系企業においては、これ以降、競業他社の特許出願によって大きな事業上の制約を受けることはなくなったと思う。競業他社の特許出願と類似する特許出願は、自社の特許ポートフォリオに含まれている為、少なくとも競業他社の特許権によって一方的に攻められる可能性が減少した為である。

しかし、特許庁の特許審査には容量的な制限がある。特に、国家公務員の総定員制度のもとで、特許庁審査官のみを大幅増員することは許されず、特許出願の審査遅延が顕著になってきた。そこで、昭和45年に有名な特許出願審査制度を導入したり、或いは昭和60年代にはAP60やAP80¹⁾のような行政指導が行われたりしてきた。丁度、戦前や戦中の統制経済時代の割当制

* 弁理士，大東文化大学大学院法務研究科
Hirofumi HIGASHINO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

度のように、実質的な特許審査枠の割当制度が間接的に導入された。他方で、技術は日進月歩であるから、陳腐化された発明の特許権として保護する必要性が利用者側にはなくなる。そこで、特許出願の審査遅延も平衡状態に移行した。なお、この点に関しては特許庁年報に詳細な暦年データがあるので参照されたい。

1. 2 現在の課題

知的財産部員の経歴は、例えば日本知的財産協会の会員アンケートに集計され、会員向けに公表されている。知的財産部員の多くは、特許に関して技術畑出身者で占められていると思うが、他方で取得した権利の維持には事務方の地道な管理も肝要であり、さらに権利の活用では法務出身者の活躍の場も少なくないと思われる。

このような知的財産部員の陣容で、特許倍増計画を推進した後に発生した問題は、取得した膨大な特許権の維持管理費用の捻出である。高度成長期であれば容易に研究開発費で負担できた特許権の維持管理費用も、その後の経済活動のグローバル化によって、日本国内ばかりでなく欧米や中国・アジア諸国にも特許ポートフォリオを拡充することを迫られて、日本の特許権の維持に廻せる費用も限られている。そこで、キャッシュフローを生み出せる特許権が尊重され、単なる改良発明の価値は大幅に低下しているか、若しくは収益性が著しく低いものとなっている。

このような指摘に類似する記述は、例えば鮫島正洋弁護士の論述にも出現している²⁾。氏の論述は弁理士に対するものであるが、弁理士に依頼しているクライアントにも当てはまる場合もあると思う。氏の論点を簡潔に引用すると、以下の通りである。

- (1) コストメリットの考察なき特許出願
- (2) 成立重視の特許出願・権利化実務
- (3) 判例による権利解釈実務に沿わない特許

明細書・クレーム作成

私見では、欧米企業と比較して我が国企業の場合には、知的財産部員の経歴に法律の素養、とりわけ訴訟実務の経験が不足している場合が少なくないと思う。これは我が国の法曹教育体制が経済のグローバル化に追いついていない面があるためと言われている。ロースクール設立時に言われた内容として、特許権侵害訴訟の例が引き合いに出されている。即ち、特許権侵害訴訟において日本企業は弁護士と技術者が2名で出席するが、米国企業は技術内容が理解できる特許弁護士1名で足りるので、太刀打ちできない。我が国も米国の法曹体制に倣って、『法曹人口を拡充して、技術内容が理解できる特許弁護士を育成し、国際競争に勝ち抜こう。そのためには、従来の法学部⇒司法試験⇒司法研修所というルートに代えて、ロースクールを設立して社会人を一定割合で入学させよう』というスローガンがあった。そして、ロースクール出身者であれば判例についての素養と訓練が弁護士に準ずる水準で行われている為、従前の知的財産部員や弁理士と比較して、特に上述の(2)、(3)に対して有効な対処が可能であると思われる。

2. 現在の弁理士の課題

まず、規制緩和政策の前と後で、弁理士試験に合格すべき水準に大きな変動があったことを指摘しよう。

私が弁理士試験に合格したのは昭和63年であり、弁理士登録番号も9,000番台である。この頃は、弁理士試験の年間合格者枠が80名程度で、合格者の平均総勉強時間は5,000時間程度と言われていた。司法試験の10,000時間程度に比較すると半分の勉強時間であるが、少なくない。受験勉強は基本書と法令の内容をインプットして、次にゼミや答案練習会でアウトプットの訓練を行うものであった。

現在は、弁理士試験の年間合格者枠が500名程

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

度で、合格者の平均総勉強時間は2,000時間程度に減少していると言われている。勉強時間の減少には、予備校による合理的な合格答案の伝授も一因と思われ、過去の基本書には絶版になったものも少なくない。

そして量質転換は弁理士の職務内容にも当てはまると思う。弁理士の数の増大は、弁理士の仕事の質に対して変革を迫っている。従前の特許庁に対する出願手続きの需要は、クライアントの特許倍増計画の反動もあるが、安定的に推移している。そして、増加した弁理士が取り組むべき職務として、クライアントの事業活動により密着した特許取得活動がある。他方で、弁理士とクライアントとの間での、苦情処理も増大している。よって、クライアントにも、弁理士の能力を日本知的財産協会の会員各社のように評価する責務が増していると思う。このような自己責任の増大は、司法制度改革における政策方針が、行政庁による事前抑制から司法による事後解決に大きく転換していることを反映したものである。

3. ロースクール（法科大学院）

3.1 ロースクールの概要

今春、開設されたロースクールは68校で、入学者は5,767人（既修者2,350人、未修者3,417人）³⁾であった。今春は、現行司法試験も合格者枠が増員されているので、法学部卒業者がロースクールに既修者として入学した割合が低くなっている。

法科大学院の卒業に必要とされる単位は、93単位（未修者）で修業年限3年、既修者として入学すると30単位が認定される為、修業年限は2年となる。卒業必要単位の内訳は、以下のようになっている⁴⁾。

- (1) 法律基本科目（講義・演習）：54単位
（憲法等の公法系10単位、民法・商法・民訴

法等の民事系30単位、刑法・刑訴法等の刑事系14単位)

- (2) 実務基礎科目（司法研修所からの移植科目が含まれる）：7単位以上
- (3) 選択科目（行政法・知的財産法・医事法・消費者保護法等）：26単位以上

3.2 ロースクールの授業内容

話題をロースクールの授業内容に移そう。米国では、1L（ワンエル）⁵⁾と言って、ロースクールの1年目のソクラテス・メソッド⁶⁾による講義に比重がある。英語の単語を用いてはいるが、法務では各術語に特別な意味を貼り付けてある為、カルチャーショックが大きいのである。

一方、我が国では法学部と司法研修所を存置したままロースクールを導入したため、米国とは事情が大きく異なる。法学部を卒業してロースクールの既修者コースに進学すると、学部時代の講義中心の授業もあり、またソクラテス・メソッドを導入した授業もあり、またドイツの法学教育のように充実した演習科目も存在している。この中で特筆すべきは、司法研修所の修習期間が2年間だったときの、前期修習期間の1年目の講義内容がロースクールに移植された点にある。新司法試験合格者には、司法研修所の修習期間が1年間に短縮される為である。

司法研修所の移植科目で、私が最も評価するのは『民事訴訟実務の基礎』における要件事実論である。学部の講義では、民事訴訟法は『眠素』とも呼ばれ、学生の興味を引かない手続き法の解説であった。ところが、同じ民事訴訟法が、司法研修所の移植内容では演習科目として非常に興味深いものになっている。簡易な事案設定に対して、訴状を書く練習をするのだが、請求の趣旨と請求の原因に振分け、訴訟物に対して請求原因 Eg, 抗弁 E, 再抗弁 R, 再々抗弁 D と切り分けて行く。小生の好きな魚料理に例えるなら、ロースクールの学生（将来の裁判官

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

や弁護士の卵)を料理人として、民事事件という魚を、頭を落とし皮と骨を取り除いて刺身を作るように、事件から情緒的な内容のような請求の趣旨にとって本質的でない内容を取り除いて、請求の原因を組み立てて訴状を作成するのである。

この点で、従来の判決文を読むことは、丁度料理された刺身を食べるのに似ている。当事者双方の弁論内容に対して、裁判官が法的評価を行って作成した判決文を読んでいるのであり、事件の内容も争点整理が終わって分かりやすくなっている。しかし、現実の事件に接して、自ら訴状を作成し、判決文を書いたものではない。従って、ロースクールのスローガンである『学問と実務との架け橋』は、実は司法研修所の移植科目に中心があると解する。そして、司法研修所の移植科目を実践するには、実体法と手続法に対する一定の理解が必要なのである。

3.3 新司法試験対策

ロースクールは、新司法試験に合格して司法研修所に入所する為の高度職業人養成機関である。よって、新司法試験対策も実施されている。小生の通学しているロースクールでは、司法研修所の教官だった教授が演習を担当している為、新司法試験対策も司法試験の出題者の側から見た対策がなされている。

新司法試験では、法務省に設置された新司法試験実施に係る研究調査会の報告書(H15.12.11)が存在している。そして、論文式に関しては『十分に問題を解析し、問題点を抽出した上で、それらについて自らの考えを組み立て、論理的かつ説得的に表現させることを可能にする為、答案作成に必要とされる時間に加えて、事例・法令及び答案構成のための時間を十分に確保するのが適当である』との項目がある⁷⁾。新司法試験合格者率は、ロースクール卒業者の1/3~1/4程度と言われているから、平均的な答案で

は新司法試験に合格できず、差をつけることが肝要となる。そして、現行司法試験のような予備校の準備した標準答案を丸暗記した形式では、合格者の水準に達しないように出題形式と採点基準が工夫されるとのことである。ちなみに、司法研修所では卒業試験に相当する『2回試験』があり、現行司法試験を合格した司法修習生の書く答案は、極めて個性が答案に現れており、現行司法試験の合格答案の没个性的な答案とは大いに相違するそうである。

3.4 付記弁理士との比較

次に、付記弁理士とロースクール出身者の受ける教育内容を比較しよう。付記弁理士とは、弁理士のうち、特定侵害訴訟代理業務試験に合格して特定侵害訴訟に関する訴訟代理人となりうる者(弁理士法15条の2)の通称である。

第1に、ロースクール出身者の修学する要件事実論は、特定侵害訴訟代理業務試験の受験要件として課される研修でも教授される。しかし、その研修では、要件事実論を含めた総研修時間は45時間である。他方、ロースクールの既修者コースでは、要件事実論を含めた総授業時間は、例えば720時間であり、付記弁理士の受験要件研修と比較して16倍の量をこなすことになる。即ち、ロースクールの既修者コースでは、演習科目1コマが1週間1.5時間の演習講義として15週あり、これを例えば半年間に8コマとる。そして、ロースクールの既修者コースの標準履修期間は2年間であるから、総計32コマの720時間が履修時間となる。なお、演習科目では、予習と復習が履修時間の数倍必要となる。

第2に、特定侵害訴訟代理業務試験の受験要件として課される研修を受けるために、理工系の学部教育を受けている弁理士に対して、民法と民事訴訟法の研修を要求している。そして現在の付記弁理士に要求される一般法に対する法律的素養は、商法を除く民事系科目に限定され

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ているが、この民事系科目の総研修時間は60時間程度である。

他方、ロースクールの未修者コースでは、既修者コースの2年に、さらに1年が加算されるが、この内容は概ね法学部の学部教育2年間の内容に相当している。そして、法学部の法律専門科目は、2年間で約64単位程度であり、約720時間が履修時間となる。

第3に、弁理士試験の工業所有権法に関する設問は、手続法に関するものであるため、新司法試験のような自らの考えを組み立てるような問題は出題しにくい。工業所有権法の内容は手続法であるから、行政官庁の法律に基づく通達行政に対して、いかに従順に事務処理できるかを問う試験になっている。

他方、工業所有権法も広義の行政手続法に含まれており、公法的性格を有している。そして、ロースクール出身者は、新司法試験が現行司法試験よりも公法系に重点を置く関係で、従来の司法試験合格者と比較しても公法系に強くなる。即ち、ロースクール出身者は、政策立案者として立法作業に従事したり、裁判官として行政訴訟を担当したり、弁理士として行政事件を取扱うのである。このような、一般的な公法関係を熟知しているロースクール出身者の中には、工業所有権法を重点的に履修する者もいて、充分クライアントのお役に立てると思う。

従って、理工系の学部教育を受けた学生が、企業で研究開発者として従事して現場経験を積み、さらに法務や知的財産業務の経験を積んでいけば、時間と費用さえ許せば、付記弁理士もさることながら、ロースクール進学に挑戦することを提唱する。

4. ロースクール出身者の可能性

4.1 ロースクール出身の弁理士

ロースクール出身者は、司法研修所の移植科

目である要件事実論と、これを実践する前提としての実体法と手続法に対する一定の理解がなされている。よって、ロースクール出身の弁理士は、要件事実論に基づく事実の法的解釈によって、判例による権利解釈実務に適合する特許明細書・クレーム作成が期待される。このような判例には、例えばリパーゼ事件判決（最判H3.3.8，民集45巻3号123頁）がある。

4.2 顧問弁理士

次に、ロースクール出身者の代表的進路である顧問弁理士の責務について説明しよう。顧問弁理士は常に六法全書に戻って、国会の制定した法律を尊重し、従前からの実務では対処できない例外的な事案に対して、自ら考えて対策を立てる点に特徴がある。そして、最近では法改正が頻繁に行われている関係で、常に研鑽を継続する必要性が高まっている。

4.3 政策立案に関与する可能性

ところで昨今、知的所有権の担保価値を高めたり、流通性を高める議論がある⁸⁾。現在、我が国の知的財産権法は、ドイツ民法の影響を受けて、特許無効審判制度において、特許庁審判官による専門技術的な判断を尊重しており（特許法123条）、無効審決は対世的効力（絶対的効力）を付与されている（特許法125条）。しかし、英米法では、普通裁判所において特許権の無効が争われた場合、判決による当事者間の相対的な無効を認めており、これによって特許権の流通性や実施許諾の容易性を高めている。

小生はロースクールで手形法を学んだ。手形訴訟では、手形関係と原因関係とを遮断することによって、手形の流通性を高めて動的安全を確保することに成功している⁹⁾。

そこで、ロースクールで実践的な法律を体系的に学ぶことにより、一見すると無関係な手形法と特許法に関して、権利の流通性を高めると

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

いう共通の視点を得ることができる。そこで、手形訴訟の考え方を知的所有権について当てはめる可能性も存在しうる。

このように、ロースクールでは実践的な法律を体系的に学ぶと共に、公法系科目の研鑽も積んで政策立案の訓練も行うから、現行法の延長ばかりでなく、ゼロベースで自説を展開する能力が高くなる。従って、ロースクール出身者は政策立案に関与する可能性も開けている。

5. ま と め

我が国のロースクールは、『学問と実務との架け橋』を合言葉に設立されたものである。ロースクールでの勉学は、我が国が世界に誇る司法研修所の研修科目を一部移植している点で、従来の法学部教育で欠けていた実務の側面が充実している。よって、多数当事者間におけるバランス感覚と理由付けにおける相手の説得力が身につくと思う。このようなロースクール出身者が、さらに司法研修所での研修を受けて、社会に出て行くのは概ね5年先である。従って、我が国の法曹教育システムが、明治に導入されたドイツ流のキャッチアップ型から、英米流の創造型に転換し、その影響は企業の知財部や弁理士業務にも及んで行くと考ええる。

注 記

- 1) AP60とは、アクション・プログラム60の略称で、日本国特許庁が出願・審査請求の適正化政策の一環として昭和60年に行ったものである。公告率60%以上という定量的な行政指導を出願人に行った。AP80は、AP60に続いて昭和62年から行われた行政指導で、公告率80%以上に設定された。この間の事情に関しては、例えば上田育弘、*パテント* Vol.57, No.3, p.63 (2004) や特許庁編「工業

所有権制度この10年の歩み」(平成7年刊) p.257等がある。

- 2) 弁理士業務対策委員会 平成16年度報告書『弁理士の新しい業務領域である契約代理について』 pp.26~27
- 3) 日本経済新聞 2004年5月24日朝刊
- 4) 大東文化大学大学院法務研究科履修要項, p.18 (2004)
- 5) “One L: The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School” Scott Turow (著) (1997)
- 6) 「ソクラテス・メソッド」とは、ロースクールで行われる授業形式の一つで、比較的小人数のクラス(例えば15~50名)において、教授がアトランダムに学生に質問して回答を求めることにより、少ない授業時間で学生の勉強状態に応じた解答を引き出すことをいう。例えば米国の名門校であるハーバード・ロースクールでは、教授が事前に今回の講義で扱う判例の範囲を指定し、学生はインターネット等で判例を取出して読解し、授業の準備を行う。準備不足だと、質問に対する適切な解答ができず、逆に準備を完璧に行えば確かな解答が可能になるため、学生の授業準備に要する時間は、深夜に及ぶことも少なくない。
- 7) 新司法試験実施に係る研究調査会の報告書, pp.10~11 (例えば法務省HPより入手可能 <http://www.moj.go.jp/SHIKEN/IKEN/index2.html>)
- 8) 日本知的資産研究会 金融・証券化委員会第一期報告書 (<http://www.shobi.ac.jp/chiteki/kin.htm>)
- 9) 動的安全とは、取引を行った者の利益を図ることをいう。例えば、AがBの所有する物をAの物と偽ってCに売却した場合、Cに所有権を移転させれば動的安全の要請にはかなうが、本来の権利者たるBの静的安全を害する。また、静的安全とは、社会生活の静的秩序、人が従来享有している利益が他人にみだりに害されないよう法的に保護することを言う(有斐閣法律用語辞典)。

(原稿受領日 2004年5月11日)