特許・確認・法政—行政法学からの、特許法上の特許に対するアプローチ

斎藤　誠

目次

はじめに
一　處分令としての特許—『行政法理研究書』—
二　「確認」か「設権」か—行政法の古典学説—
三　「付与か確認か」—清瀬一郎の特許理論—
おわりに

はじめに

「行政行為の分類論」については、従来の「系統的分類」[1]に対する疑義が呈せられてから久しい[2]が、「特許法上の特許」に関しては、それが講学上の「特許」ではなく、「確認」であるという伝統的見解は、いまなお健在である[3]。ことの確認のため、伝統的見解の代表として、田中博士の所論を掲げておこう。

特許は、形成的行為で、相手方のために権利を設定しようとする効果意思の表示であるのに対し、確認は、特定の事実又は法律関係に関し、その存否又は真否を公の権威をもって判断する行為で、かような判断の表示に対し、法律が一定の効果を付与するにすぎない。例えば特許法による特許は、ここでいう学問上の特許ではなく、最先の発明であることの確認行為であり、この確認に対し、法律が財産上の利益を付与しているために、あたかも学問上の特許の性質を持つ行為のように見えるに止まる。その財産上の利益は、効果意思に対して与えられたものではなく、最先の発明であるとの客観的な判断に対し、法律が付与した効果にほかならない[4]。

他方、特許法学の分野においては、現在「特許法上の特許」の法的性質如何について詳述されることはほとんどないが、その中で豊崎博士は、以下のように述べて、特許を確認とみることに異論を唱えている。

私は、特許を受ける権利そのものは純粋な私権として構成してよいと思うが（商号の登記請求権や会社の設立登記の請求権も特に別個の権利とはされていない）、わが国の現行法制の下で、特許庁の行為を単に確認的なものとすることはできないと思う。会社の設立登記のように、実質的には完成している会社の実体に形式的に法人格を与えるにすぎないのと異なり、特許などの場合には、特許を受ける権利は出願公告前には前述のように不完全なものであるが出願公告の時から殆ど特許権と同じものとなり、更に特許登録によって特許権となって、完成することは異論のないところである。この意味で、特許庁の行為、殊に登録は単に既存の法的状態の確認に止まるものではなく、無から有を生ずる創設力はないにしても、上述のような効力を付与する形成力はあるものというべきである。[5]

一方で、行政法学において、準法律行為的行政行為という観念についてその有効性が失われつつあり、[6]他方で、特許法の個々の論点に関しては、実務的・専門的な議論が展開している今日において、「特許法上の特許」の法的性質を論ずることの実際的な意味は乏しいとも考えられる。[7]しかし、それゆえにこそ、何故に行政法学上、「特許法上の特許＝確認」という観念が定着したかを問う事で、日本行政法学の体系形成の「秘蹟」に迫ることができるのではなかろうか。[8]本稿はこのような問題関心から、日本行政法学における「特許法上の特許」観の変遷について考察を加えるものである。

（1）藤田宙靖「行政行為の分類学」（同『行政法学の思考形式』（一九七八）一〇九頁以下所収）の表現。

（2）藤田前掲のほか、同「行政行為の分類」（成田編『行政法の争点（増補）』（一九九〇）五八頁以下）、乙部哲郎「行政行為の観念と種類」（塩野他編『現代行政法体系2』（一九八四））、遠藤博也「なぜか行政行為の諸分類」（同『行政法スケッ

チ』（一九八七）一三九頁以下）、園部逸夫「行政処分の分類」（同『裁判行政法講話』（一九八八）七九頁以下）。

（3）阿部・遠藤編『講義行政法Ⅰ』（一九八四）一八九頁、遠藤『実定行政法』（一九八九）九六頁以下参照。

（4）田中二郎『新版行政法上（全訂2版）』（一九七四）一二六頁。

（5）豊崎光衛『工業所有権法（新版増補）』（一九八〇）一三六頁。なお参照、高林克己『特許行政法』（一九八四）八六頁以下。

（6）塩野宏『行政法（Ⅰ）』（一九九〇）九一頁以下参照。「確認的行為」と裁量の関係についての判例の態度としては、所謂「車両制限令」事件（最判昭和五七年四月二三日民集三六巻四号七二七頁）参照。

（7）外国における「特許性質論」についてはさしあたり、Vgl, R. Krasser, Lehrbuch des Patentrechts, 4 Aufl, 1986, S. 18ff., A. Troller, Immaterialgüterrecht, 3Aufl, Bd. I., 1983, S. 451ff.

（8）更にいえば、講学上の特許と法的性質の異なるものの名称がなぜ、同じ「特許」であるのかという、両者の概念関係史の問題でもある。なお参照、萼優美『特許実体法論』（一九八九）二頁以下。

一　處分令としての特許―『行政法理研究書』―

行政法学黎明期の理論枠組みを一覧するのに、甚だ便利なものとして明治三七年にその初版の出た『行政法理研究書』を挙げることができる。同書は、高文試験の参考書であり、時の行政法教科書のダイジェスト版とでも言うべきものである。

同書は、その総論部分で、今日でいう行政行為概念について「處分令」という項目を立て、[1] 以下のようにそれを分

類している。[2]

1. 処分令を決定する状態より為したる分類
(1) 準法処分（或は執行処分）　(2) 裁量処分（或は便宜処分）
2. 処分令を発する目的より為したる分類
(1) 下級官庁を目的と為して発する処分令
(2) 人民を目的と為して発する処分令
甲　臣民の要求による処分令中の重要なるもの
認可・許可・特許・裁決・決定・受理・却下――公証・手数料の賦課・登録登記
乙　臣民の要求に依らざる処分令中の重要なるもの
指定又は認定・公益組合命令・租税賦課及び強制執行・拘留科料及び過料

ここでは、未だ法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別は見られず、なおかつ「確認」という概念は定立されていない。[3] そして特許法上の特許は、以下に見るようにまさに特許として把握されている。

ハ　特　許

一　特許の性質　特許とは或る物品を販売する権利を特定人に対して認め同一の物品を他人をして販売せしめざら

しむる処分令なり例えば発明特許の如き是れなり。

二　立法の精神は発明を保護する目的を以て独占権を与えるにある。

三　特許と許可との差異は私権の生ずると否とにあり。許可は単に公権を生ずるに止まり私権を生ずるものにあらず。元来許可は官庁が特定の私人に対して行為の禁止を解くと云う意味なれば単に官庁と私人との間にのみ関係を生ずるに止まりて私人と私人との間に関係を生ずることなし。故に許可権は官庁により侵害せらるることあるも私人の為に侵害せらるることなし。従って許可権の侵害は行政訴権によりて救済を求むることを得れども民事訴訟によりて之れを救済するの途なし。特許はその特許を受くべき行為が一般に禁止せらるるものにあらず。何人が為すも差支なし。只特許あるに因りて其特定人に限り他の私人に対し独占権を生ずるものなり。故に特許権は私人の為に侵害せらるることあり。この場合に於いては民事訴訟に因り救済を求むることを得るなり。(4)

特許と許可の区別については、後の特許理論につながる部分も認められるが、特許の対象となる行為を「原則自由」とする点であくまでそれは萌芽にとどまっていることが興味深いが、ここでは「特許法上の特許」が独占権を与える形成的なものとして把握されていることに注目する必要がある。(5)

他方、同じ工業所有権の中の意匠・商標権については、行政庁の行為は登録として分類されており、「特許法上の特許」とは異なる扱いがなされている。

ヌ　登録・登記

三　登録の性質　登録又は登記とは一定の事実に対して法の上の効果を与える所の処分令にして権利を創設することあり（例えば現行法に於ける意匠専用権商標専用権の登録に関する処分令の如き是なり）。単に権利の効力を増加せしむるものなり（ママ）（例えば物権の得喪変更に関する登録又は著作権の登記の如き是なり）[6]。

しかしながら、登録もまた「形成的」な行為とされているのであり、両者の概念としての差異は曖昧である。そして同書の各論部分の工業所有権に関する記述（「助長行政」中の「経済に関する行政」の項目で取り上げられている）はそれを裏付けるものである。

工業所有権の性質　特許権意匠および商標権は何れも登録の処分に依りて生ずる権利にして私人に対しては私権たり。国家に対しては公権たり。登録は此等の権利を設定する行政処分なり。[7]

ここではとりあえず、「特許法上の特許＝確認」という観念の不存在を確認して、行政法の「古典」学説の検討に移ろう。

（1）「処分令は国家機関が法規の範囲に於いて特定の事件を規律する目的をもって発する国家の片面的意思表示なり」法曹閣書院編『行政法理研究書』増訂五版（明治四二年）一一三頁。以下著作の引用にあたっては、ひらがな現代仮名遣い新字体として句点を付すものとする。

(2) 同書一一七～一一八頁。
(3) 但し、「却下」と「公証」以下の間に表の区分があり、両者の間に何らかの差異を認めていると読めなくもないが、その区分についての説明はない（同一一八頁）。
(4) 同書一二一～一二二頁。
(5) 同書の当時の特許法はいまだ「先願主義」ではなく「先発明主義」を取っていたにもかかわらず（さしあたり中山編『注釈特許法上（第二版）』（一九八九）一二頁以下、『工業所有権制度百年史上巻』（一九八四）第一章以下参照）、「形成的」な行為として把握されていることに注目すべきであろう。
(6) 同書一二四頁。
(7) 同書二三〇頁。この部分は、岡実『行政法論綱』（明治三五年）七一二頁によるものである。岡もまた、「発明特許＝特許」として論じている（同一一三頁）。

二 「確認」か「設権」か？——行政法の古典学説——

1. 美濃部博士の行政行為論については、それが立体的な構造を持ち、美濃部・田中説として一律には論じられないという重要な指摘が遠藤教授からなされたが、[1] 特許法上の特許を、「準法律行為的行政行為」中の「確認」として位置づける点では、先に見た田中説と同様である。

確認は其の効果より云えば、時としては許可又は特許と相類し、確認に基き義務が免除せられ又は権利が設定せらるることあり。（中略）特許法に依れば発明者が発明専用権（特許権）を得る為には特許を受くることを要す。此の所

謂特許は発明専用権を設定する行為に非ず、唯発明が法定の要件を具備することを確認するのみ、発明専用権は確認を条件として直接に法規に基きて生ず[2]

そして、確認行為に「自由裁量の余地」がなく、それが確定力を生ぜしめるとする点で[3]、此処に「特許法上の特許＝確認」論は、既に完成していたとみることができる[4]。

引用部分にいう、特許法上の特許が権利を「設定」するとしても、その効果の発生原因は行政庁の意思ではなく、法規そのものであるので、それは「準法律行為的行政行為」であるという理論には、行政法学上の「継受」すなわち、両者―法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為―の区分理論の「継受」が先行したはずだが、その嚆矢については残念ながら詳らかにすることはできなかった[5]。そこで、ここでは、特許法上の特許につき、総論・各論に明らかな「有機的関連性」を持たせ、特許を確認として位置づけない点で、美濃部の理論と著しく対照的な織田万の理論を検討しておこう。

2. 織田博士も又その「総則」中において、「一方行為としての行政行為」を、法律行為たる行政行為と、準法律行為たる行政行為に二分するが[6]、工業所有権の付与については、後者たる「確認」ではなく、前者たる「個人の権利又は権能を設定又は廃止する行為」として位置づけている。

個人の利益の為に特定の権利又は権能を設定することを目的とする行政行為、竝に之が反対にその既に設定せられたる権利又は権能を廃止するが為に為さるる行政行為は、甚だ多くあって、其の大部分は均しく個人の請求に基づい

て行なわるるが、中には栄典又は恩賞を授与し又は剝奪するが如き又は法人の解散を命ずるが如き、個人の請求とは関係なきものも亦少なくない。而して凡そその種の行政行為に従って設定又は廃止せらるる権利又は権能は、或いは公法上のものなることあり、或は私法上のものなることあるが、その公法上のものなるか将た又私法上のものなるかは、一にその存立を定むる法規の根本的性質に由来するものと見ねばならぬ。公物の特別使用権、道銭又は橋銭を徴収するの権等は公法上の権利を構成し、鉱業権、漁業権、工業所有権等は私法上の権利に属する。[7]

ここでは、特許法上の特許（織田はそういう呼び方をしていないが）は、いわゆる「設権行為」として分類されているが、確認という準法律行為的行政行為の存在を知りつつ、かれが「特許法上の特許＝確認」説をとらなかったのは何故であろうか。

第一に、織田の法律行為・準法律行為の別が、美濃部のそれほどはっきりした「意思」による輪郭をもたない点に注意する必要がある。

(1) 行政行為は竝に公法上の法律行為に acte juridique de droit public に止まらず、法律上の効果を生ずることなくして只その存在を確認又は証明するに過ぎざる準法律行為 acte assimilé をも包含することである。[8]

(2) 準法律行為たる行政行為は、（中略）行政行為にして、其本質上法律行為に属することなく只其の効力よりして法律行為と同視せらるべきものであって…。[9]

（傍点は筆者による）

(2)の説明は、美濃部のそれに近いといえなくはないが、それを(1)と整合的に解釈することははなはだ困難である。しかしながら、織田が行政庁の意思と行為の効果との関連を美濃部ほど詰めていないのは事実であり、それはかれが、引用部分にみるように、フランス法にも、準拠した故ではないかとも考えられる。[10]

第二に問題となるのは、織田の「個人の権利又は機能を設定又は廃止する行為」という分類は、いわゆる講学上の特許とどういう関係に立つのかという点である。

この問題は、彼の『行政活動編』の記述から明らかにすることができる。すなわち、総則部分では彼は、「特許」なる概念を用いてはいないが、「行政活動編」において、「保育行政」を「公企業」と「特定の私権の設定及び保護」に大別し、前者において「公企業の特許」について論じているのである。[11]

織田においては、この両者はきわめて対照的に捉えられている。公企業の特許は、それによって「被特許者」に発生する権利は「公権」であり、その法律関係は、「必然行政権の固有の限界内」にある。それに対して、「特定の私権の設定及び保護」については、以下のように論じられる。

私権の設定及び其の証認は原則として司法権の作用に帰し、行政権の作用の及ぶべき限りではない。[12]

それゆえ、国家の「公行政の主体」としての「私法上に於ける種々の活動形態」への干渉も、司法権の干渉とは異なり、私権の設定又は証認とは無関係なものとされる。[13]

しかしそれでは、かような位置づけにもかかわらず、なぜ織田においては、「特定の私権の設定及び保護」が、「保

育行政」の二大部門の一として登場しえたのであろうか。ここで、鍵となるのは、その対象となる権利の「特殊性」であり、それを彼は次のように説く。

前示の原則に対して全然特例を形造るものは鉱業権、漁業権、森林所有権、工業所有権、並びに文学的美術的所有権に関する事項であって、総て此等の権利の設定又は証認に関する行為は行政庁の管掌に帰するものとせられてある。蓋し此等の権利は一般の財産権とは其の性質を異にし、**公益と私益とを調和するの精神**に基づいて認めらるるものであって、実際の事情が此等の権利の存立に必要な条件に適合するや否やを調査したる後に非ざれば、その権利を設立又は証認するわけにはゆかぬのであるが、かかる調査は**専門的技術**に属し、司法権の職務とするよりは行政権の職務とするを適当とする。而して其の行政権の職務に属する以上は、その職務の性質上当然保育行政の範囲に帰せねばならぬ[13]。

これらの権利における「公益と私益」の調和の必要性が、「特定の私権の設定及び保護」を行政作用として認めさせたのであり、ゆえに、特許法上の特許をして、「形成的」な、行為として把握することがその帰結となる。

発明権は一人又は数人の精神的労作の結果として何等国家の干渉に持つことなく当然発明するに反し、特許権は特定の発明の利益の為に国家の与える**特許**に因って発生するのであって、従って国家に依って設定せらるる権利であるということを妨げぬ[14]。

そして、実はこの「工業所有権」を如何なる権利と把握するかにおいて、「特許法上の特許＝確認」説を取る美濃部との間に差異を見ることができるのである。

それ（工業所有権―筆者注）は鉱業権・又は漁業権の如き国家から与えられた公権たる性質を有するものではなく、純然たる私権であり、国家がその形成に関与し又はこれを保護統制する作用は、性質上から云えば民事作用に属する。唯工業所有権が産業上の利益保護の為に認めらるるものであり、又産業に関する考案をその客体とすることの性質に基づき、商号の登録が専ら裁判所の所管に属し行政庁の関与する所でないことを除いて、工業所有権に関しては一般にこれを商工業行政の主管庁たる商工大臣の管轄に属せしめ、商工大臣の下に特許局を置き、これをして工業所有権に関する事務を掌らしめて居る。即ち工業所有権は性質上は私権でありながら、一般の私法上の財産権と異なり、行政上の統制に服するもので、性質上は民事作用たるものが、管轄から言えば行政作用に属する[15]（傍点は筆者）。

この、美濃部『日本行政法』「各論」における工業所有権の性質論は、それを「純然たる私権」として、鉱業権・漁業権などの公権と区別し、「性質」はあくまで民事作用であり、管轄が行政にあるにすぎないとする点で、織田の議論と極めて対照的である。

即ち、美濃部のように、工業所有権を「純然たる私権」と判断すると、行政庁の関与を、「形成的」なものとしてでなく、「確認的」なものと把握することになるのは、当然といえば当然であった。

特許権は特許に依って完全にその効果を生ずるものであり、法律には『特許権は登録に依り発生す』（三四条）と明言して居るのであるが、登録はその性質上唯公の証明を為す行為たるに止まり、権利を授与する行為でないことは勿論、特許査定も確認行為たるに止まり、新たな権利を設定する行為ではない。法律はこれを特許と称して居るのであるが、それは旧専売特許条例からの沿革に基づくもので、其の所謂特許は、公企業の特許・公物使用権の特許又は鉱業許可・漁業免許のように、国家から其の権利を授与する行為ではなく、法定の用件を備えた発明であることを確認してこれを公に証明する行為に外ならない。（中略）特許権は法律が発明の事実に対して認めて居る権利で、唯法定の要件を備えた証明であることの確認と公証を得て、その効力を完成するものに外ならない。[16]

そして、行政法の体系という観点から注目すべき点は、特許法上の特許の位置づけに関し、織田における「私権の設定・証認」をめぐる、総則と「行政活動編」との有機的関連にも似た、総論・各論の連携が、織田におけるほど明確であるとは言えないとしても、美濃部の『日本行政法』にもみられる点であろう。

両者に共通するのは、私権への関与としての民事作用と行政の関係の「特殊性」の認識であり、それがために、工業所有権としての特許につき、それぞれの理論構成が必要だったともいいうる。私権と行政作用の関係の「特殊性」に関して美濃部は、行政による私法関係への関与について、『撮要』においては、「法政」という観念を立てて、工業所有権をその範疇で捉えていたのであるが、[17] 工業所有権法が、他の行政作用法と並列的に、行政法各論に「埋没」してもなお、その特殊性は、行政法学説を呪縛していたのである。

(1) 遠藤前掲『行政法スケッチ』一五一頁以下。
(2) 美濃部『行政法撮要』(昭和八年) 一五五頁。
(3) 同右一五五頁。
(4) この点で、「完成」に至る過渡的な理論として興味深いのは、市村光恵の説である。市村は、特許法上の特許を「私権を設定する処分」として把握しつつ、「権利は法を待ちて初めて生ず」るゆえに、それは「裁量の余地」のない処分とする(市村『行政法原理』(明治三九年) 一七九頁)。
(5) 「準法律行為的行政行為」の継受については、従来美濃部・田中にコルマンの影響が大であると説かれるにとどまっている。その指摘自体は、かなり以前からなされていた。柳瀬良幹「行政行為」(行政法講座2巻 (一九六四) 八三頁) 及び遠藤前掲『行政法スケッチ』参照。
(6) 織田万『日本行政法原理』(昭和九) 八一頁以下、法律行為的行政行為と、準法律行為的行政行為の観点からの分類を図示すると以下の通り。

1. 法律行為たる行政行為
イ 命令及び禁止
ロ 許可及び義務免除
ハ 認可
ニ 個人の権利又は権能を設定又は廃止する行為
2. 準法律行為たる行政行為
イ 確認
ロ 公証
ハ 受理
＊拒否

(7) 織田前掲八七頁。
(8) 織田前掲七一頁。
(9) 織田前掲八八頁。
(10) フランスにおける行政行為論についてはさしあたり、リヴェロ（兼子他訳）『フランス行政法』九五頁以下参照。
(11) 織田前掲三三三頁以下。
(12) 織田前掲三三八頁以下。
(13) 織田前掲三三八頁、ゴシックは原文。
(14) 織田前掲四七九頁、ゴシックは原文。
(15) 美濃部『日本行政法（下巻）』（昭和一五年）三五七頁。
(16) 美濃部『日本行政法（下巻）』三六三〜四頁、それゆえ、美濃部が、特許権の付与につき、実定法が先願主義をとっているにもかかわらず、理論上は、「先発明主義」が正しいとしたのも当然であった（同三六四頁）。織田の場合は、「特許権」が行政庁の形成的行為によるとしつつも、それが「発明権」に基づくゆえに、「先発明主義」を理論的には正当であるとしており（織田前掲四八五頁）、結論としては美濃部と同様であっても、その理論構成は全く異なる。
(17) 美濃部『行政法撮要』（大正一三年）一三頁、二二九頁以下。ここで既に、私法関係に関与する行為は、「形成権」として類型化されながら、「行為自身は形成を目的とする意思行為」ではないとされている（二三七頁）。私権と行政の関係につき『行政法理研究書』においては、特許が「私権」を生ずるものとして許可と区別されていたが、その行政作用としての特殊性はいまだ認識されていない。市村前掲は、二注（4）で見たように、その特殊性を認め、更に、「行政処分と私権との関係」についても論じている（同一八七頁以下）。法政観念の形成と消滅は、行政法体系論の観点から甚だ興味深いものであるが、その詳細の検討は他日を期したい。

三　「付与か確認か」―清瀬一郎の特許理論

工業所有権の特殊性と、その特許の性質論との結合は、特許法学においては、如何なるものであったろうか。美濃部・織田の理論と対比する意味でここでは、清瀬一郎博士の理論を検討することとする。

1.　特許法についての、我が国最初の本格的論考である、学位論文「発明特許制度の起源及び発達」において、清瀬は、明治二一年特許条例を我が特許法の画期として、以下のように論じている。

我明治四年より二十一年迄の特許の制度に依れば特許即ち「専売の免許」は上に記したるが如く行政権の裁量処分なりしといえども二十一年以降我法制が主として米国の制度に依るに及び真の発明者は権利として特許を受けることを得ることを以て主義と為すに至れり。（中略）かくの如く発明者は発明行為に依り一種の権利を取得し其の保護を求める為め特許を請求することを得となすの主義を取る以上は其特許手続は、裁量的行政処分の範囲を脱し司法手続（非訟事件）の性質を帯ぶ可く、又特許の有効無効の争いは民事訴訟たるの性質を帯ぶ可し。[1]（傍点は筆者による）

注目すべき点は、二十一年以前の法制との比較という観点において、裁量的行政処分と司法手続が対比されていることであろう。清瀬の場合、この段階では、特許について「権利」としての定立に重点がおかれ、[2]裁量的行政処分＝任意処分＝権利の不存在という構図が描かれるにとどまり、「司法手続」の性質を帯びた行政庁の行為について詳論さ

れることはないが、私権[3]に関与する行政の特殊性についての認識はすでに存在したということができよう。とすれば、清瀬においても、美濃部同様に、特許＝確認という位置づけに至るのではないかと推定できる。

2. 清瀬は、同所で司法手続に「非訟事件」という説明をつけているが、その文脈からして、それは、現在の民事訴訟にいういわゆる「非訟」とは異なり[4]、その逆に、「権利取得・確認」に係わるにも係わらず、行政庁が行う故に「非訟」という位置づけがなされたのではないかと考えられるが―前章でふれた「法政」と同値の観念といいうるであろう―その点も含めて、次に彼の主著たる『特許法原理』における理論を検討してみよう。

3. 『原理』においては、「付与か確認か」という項目がたてられており、特許の性質につきより詳細な検討がなされている。清瀬は、我が国の特許法が「大陸並びに米国の観念」に従って、「権利思想を以て構成したる法律」であるとして以下のように述べる。

而して権利主義の立法に於いては国家が発明者の自己のものと考える「発明」の存在を認むるとき（或いは有無を審査し或いは審査に及ばずして）は、茲に之を登録して世に公示し、世に公示せられたる発明に対しては、法律は排他的管轄権を認めるものなり。乃ち知る、我特許法に於いても「特許は登録に因りて発生す」と曰うは、只に特許権の発生が国権の恩典的付与に在ることの意味を含まざるのみならず、無より有を生ずる意味（創設的意味）をも含まずして、反て国家は既に発明者の有する発明権（少なくとも「発明」に対する利益）を確認すべく、この確認を経たるときは発明権は以後特許法第三五条以下の排他的専用効を発揮するに至るべきを言わんとするに在ることを。[5]

ここでは、従前の法制との対比を越えて（「恩典的付与」でない「のみならず」）、明確に行政庁の行為が「確認的」なものとして位置づけられている。清瀬にあっても特許権の基礎として私権としての「発明権」（ないし発明利益）を想定する以上、行政庁の行為を創設的なものとは見放せなかったといえよう。

特許を受ける公権は、本体たる発明権の存するありて、之が保護の為の権利なりと観念すること吾人の法律思想に合する。[6]

前論文で「司法手続（非訟手続）」として位置づけられた審査手続についても、「審査は特許許否の審議にあらず（非訟事件手続なり）」という項目のもとで詳論されている。

我が国の審査手続は特許を与うるや否やを裁量審議するものにあらず。発明権の存否を捜索、審査するものに過ぎず。若し発明権の存在事実を認めながら、之に特許を与えざるときは法律違反として通常裁判所に出訴することを得べし。（中略）之を観るに我が国法が絶対的の審査制度を採用することは特許登録が付与的のもの、創設的のものなりと為す論拠と為らざることを知るべし。而して大陸法系の法制に於て権利発生の要件の存否を捜索、調査し其の存在事実を認むるときは之を確認又は登録し之に法律上の保護を付与するの手続は非訟事件なり。故に特許審査手続は、実に非訟事件手続なりと言うべし。[7]

先に推測したように、ここでの「非訟事件」は、行政庁による既存の私権への「法律上の保護の付与」と解しうるであろう。それは、「既存の権利」の確認であり、「法律上の保護」がそれにより付与されるとしても、行政庁の裁量によるものではない。先に観た「特許権（工業所有権）」なる「私権」と行政との関係の特殊性は、既に認識されておりそれが、行政法上の「準法律行為的行政行為」観念と結合したときに、美濃部の如き「特許法上の特許＝確認」なる定式が登場しえたのではなかろうか。

（1）清瀬一郎「発明特許制度の起源及び発展」（大正八年）二三八頁。

（2）二一年以前の法制に関する以下の記述を参照。（明治一八年の専売特許条例以前について）「此時代の我国専売免許の制度は政府の任意の行為を以て専売を許し或は之を拒みたる者なればElizabeth期以前の英国、革命以前の仏国と同一の状況にありし者と云うべし」（同右二二八頁）。（明治一八年の専売特許条例について、登録主義を取っていないことの記述に続いて）「農商務大臣の認定の為に一定の資格ある審査官をして出願を審査せしめたりやと云うに左にもあらず。故に此点に於いて同条例は依然特許を以て政府の任意行為と為すの主義を捨てざるもの」（同二二九頁）。

（3）清瀬は、後に特許請求権については公権であるとしたが、それは「本体」である私権としての発明権を保護する為のものと構成している。清瀬『特許法原理』（大正一〇年）一三四頁参照。なお豊崎前掲『工業所有権法』一三三頁以下参照。

（4）美濃部『撮要』における非訟の位置づけも類似性を持つと考えられる（同二三二頁）。兼子『民訴法体系』四〇頁参照。

（5）清瀬『特許法原理』一三四頁。

（6）清瀬『特許法原理』一三四頁。織田・美濃部・清瀬三者が共に、技術的性格の強い工業所有権においてさえも、私法関係の独自性に引きずられていた点は興味深い。この点につき、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造（三）」（国家

一〇三巻一・二号）注三五七参照。

（7）清瀬『特許法原理』一四〇頁。

おわりに

外国法の継受関係や、「法政」観念の問題等、積み残した問題は多いが、「工業所有権」の権利としての性質と、「特許法上の特許＝確認」理論が密接に関連していたことを確認して、一応本稿を閉じることとする。

特許をめぐる織田・美濃部らの理論は、行政法の体系形成という観点から興味深いだけではなく（行政による、私法関係への関与の位置づけ）、公法・私法・公権・私権、といった観念が、無反省には維持出来なくなった今日、以上にみてきたように、「特許法上の特許＝確認」理論が甚だ時代制約的な観念として成立したとすれば、特許法上の特許につき、行政法の観点からも、改めて「更地」で考えてみる必要があるのではなかろうか。

＊はなはだ雑蕪な小論でありますが本稿をもって、準法律行為的行政行為論につき、つとに建築基準法の「地道な実証研究」[1]により批判を展開された荒先生に献呈することをお許し頂ければ幸いです。

（1）遠藤前掲『行政法スケッチ』一五〇頁の表現。荒秀『建築基準法論（1）』（一九七六）二頁以下参照。