

わが国における近代特許法の形成 とその経済的背景（Ⅱ）

岡 野 多喜夫

目 次

はしがき

序 私法と経済との関係

第1章 特許法の沿革

第1節 西洋諸国における特許法の沿革

第2節 わが国における特許法の沿革

第2章 わが国特許法の近代化における時代
区分

第1節 技術史的区分

第2節 経済史的区分

第3章 「原始的蓄積」時代における法秩序

第1節 明治政府の「殖産興業」政策

第2節 法秩序における3態様

第4章 「原始的蓄積」時代の特許制度
序

第1節 専売略規則の成立（明4）

第1款 当時の社会経済状態

第2款 専売略規則の内容と性格

第3款 専売略規則の廃止（以上前号）

第2節 太政官布告第105号（明5）
（以下本号）

第3節 専売特許条例の成立（明18）

第1款 条例成立の経済的背景

第2款 条例成立の経過

第3款 条例の内容と性格

第5章 「産業資本の確立」時代（第1次産
業革命期）における近代法体系の成立

序 条約改正問題について

第1節 「産業資本の確立」, 「条約改正」
および「近代法体系の成立」の三
位一体性

第2節 わが国産業の発達と不平等条約

第1款 関税自主権の欠如

第2款 産業資本の確立

第3節 条約改正と近代法体系の成立

第1款 近代法体系の欠如

第2款 近代法体系の成立

第6章 「産業資本の確立」時代における
特許制度

序

第1節 特許条例の成立（明21）

第1款 条例成立の経過

(1) 高橋是清の欧米視察

(2) 条例案の審議

第2款 特許条例の内容と性格

第2節 特許法の成立（明32）

第1款 特許法成立の事情

第2款 特許法の内容と性格（以上本
号）

第7章 「産業資本の発展」時代（第2次
産業革命期）における法秩序（以下、
次号）

第8章 この時代の特許制度

第9章 「独占資本の確立」時代における
法秩序

第10章 この時代の特許制度

第2款 太政官布告第105号

1872年（明5）に出された太政官布告第105号は、上述のように、専売略規則の執行を停止させるための、いわば消極的意義を有するとともに、他面、原始的蓄積時代に適応した法としての積極的意義をも有するものである。

すなわち布告第105号は本文において、「尚、御取調ノ上、追テ仰出サレ候品モ之レ有ル可キ事」と規定し、原則的には、専売略規則は暫定的にその執行を停されたが、例外的には、具体的な商品に関し調査の上、専売免許を与えるばあいのありうることを述べている。すなわち、この時代においては、新発明と認むべきものは、ほとんど存在しないという認識に立って、専売免許なる行政処分の執行を原則的に停止したのではあるが、すでに民部省へ提出されたものの中に、新発明と認むべきもののありうることを予想して、このような規定を設けたのであって、混沌たるこの時代に相応しく、法の規定もまた流動的、断片的、暫行的であった。

さらに布告第105号はその但書において、「向後諸物品新発明致シ候者之レ有リ候ハバ其ノ管轄地方官ニ於テ新発明及ビ其ノ工夫ノ手続等、詳細取調書ヲ以テ工部省へ届出ス可キ事」と規定した。すなわち、専売略規則の執行を停止しても、免許の途を残し、発明があったばあいには、地方官である府藩県知事が免許の可否を決定したうえ、これに関する詳細な取調書を作って工部省へ届出さざるべきものとしたのである。

専売略規則の執行停止後、1885年（明18）に専売特許条例の成立するまで、わが国は再び発明特許に関し、明確な法制をもたない状態に戻った。もともと明治政府は、旧幕政府が人民に対し、専制的権力を行使して来た後を承けたものであるから、維新当初においては、農工商の許容、制限の如きことは、政府の専権に属するのが当然とされた。そこで当時は地方官が「雑税」と称する税を徴収して発明者に専売を免許し、一般世人には之を禁ずる例もあったのであるが、布告第105号により、原則的には再びこの状態に還った。その後、1874年（明7）、布告第23号をもって、地方官の徴収する税目が明確にされ、「雑税」と称するものは

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

廃止されたので、雑税の支払を条件として与えられた専売免許もまた自然に消滅した。しかし、「当分地方ニ於テ改メテ収税致シ候分ハ、従前ノ通りト相心得可キモノ」とされた（明 8.3.25, 司法省の伺に対する太政官の指令）

このような不安定な法律状態は専売特許条例の施行された1885年（明18）7月1日まで続いた。また経過法としては同条例附則をもって、「明治4年4月7日、専売略規則布告以後、本条例發布（明18.4.8）以前ニ發明シ、明治5年5月布告第105号但書ニ依リ届出タル事物ニシテ之ヲ専売セント欲スル者ハ、公ニ用ヒラレ、公ニ知ラレタルモノト雖モ本条例施行ノ日（同年7月1日）ヨリ1ヵ年間ニ其ノ使用特許ヲ農商務卿ニ願出ルコトヲ得」るものとされた。

要するに原始的蓄積時代にあつては、社会経済的事情は過度的であり不安定的であつて、専売略規則のような明確、永続的な法規をもって事物を規制することは不可能なことであつた。このような時代にあつては布告第105号のような、暫定的、流動的、断片的であり、しかも行政との限界が、かならずしも明確でない法で規制する以外にないのであつて、ここに布告第105号の適応法としての積極的意義があると考ええる。

- 参考 1. 通産省「商工政策史」14巻，特許，第2篇，法制史。
2. 特許庁「特許制度70年史」第2篇，法制史。
3. 清瀬一郎「特許法原理」第3章，特許法の起源並に発達。

第3節. 専売特許条例の成立（1885年）

第1款. 専売特許条例の成立とその経済的背景

その後1885年（明18）にいたつて専売特許条例が成立した。1885年（明18）という年は、日本近代化の過程において一時機を劃する年であつた。すなわち1881年（明14）に始つた松方デフレ政策は次第に効を奏し、1884年（明17）には不況その極に達し、会社、銀行の倒産するものも多かつたのに対し、1886年（明19）からは企業が動興してきた。端的にいえば1885年はまさに原始的蓄積時代と産業資本確立時代（第1次産業革命期）との転換期に當つていたのである。他方経済

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

の発達に応じ、国家形態も次第に近代性を整え、この年には太政官制度が廃止されて内閣制度が成立し、翌1886年（明19）には各省官制も定められ、また同じ年に外相井上馨によって条約改正の交渉も軌道にのった。

1885年はこのような劃期的な時機であったのであるから、「殖産興業」政策の立場から考えて、この年成立した専売特許条例は、産業資本確立促進のための、あるいは第1次産業革命推進のための先行法であるべきであった。けだし、すでに去り行きつつある原始的蓄積時代に適應した法を制定することは無意味であるばかりでなく、その内容によっては産業の発達を阻む結果となりかねないからである。事実、1878年（明11）に、大蔵省商務局で特許制度の立案審査をはじめてから84年（明17）に制度取調局でその立案審査に当るまで、法案の内容は、暫定的、断片的、流動的で原始的蓄積時代に適應したものから、次第に統一的、恒久的で、産業資本の確立を創出するような内容、性格のものに推移し、発展してきたのであって、成立すべき専売特許条例は、当然に、産業資本確立のための先行法であるはずであった。それが1884年（明17）に参事院内務部の手に渡されるや、突如として、むしろ原始的蓄積時代に相應しいものに改変されたのであった。

参考 「日本における資本主義の発達」 3巻，第1章，産業資本の確立。

第2款 専売特許条例成立の経緯

原始的蓄積時代には、官庁の管轄、権限も不明瞬、流動的であることを免れない。特許制度に関しても、その主管官庁には数度の変更があった。いま特許条例の立案審議についての関係官庁を経過順に述べると次のようであった。

(1) 内務省における立案作業

さきに述べたように、専売略規則が執行停止となってから、工業所有権の保護に関する立案作業は一時停屯した。とくに特許法に関する限り、専売略施行の失敗もあり、政府の態度も慎重になった。他方この時代には、「発明」よりも先に「商品の流通」が発達をみせてきたので、その秩序を形成することが当面の課題となり、また、「商品の流通」に関する制度を設けること自体については、「発

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

明」のそれに比べて、よい問題が少いことから商標制度の方が1歩先に立案されることになった。すなわち、1875年（明8）ごろには、早くも内務省勧商局において商標条例の立案作業が始まっている。しかし、特許に関する法制については何の動きもなく、ただ意匠に関して「免許新型法案」と題する法案が作られた事実がある。

(2) 大蔵省における立案作業

1878年（明11）に内務省の勧商局が廃され、その事務を大蔵省に移し、大蔵省に商務局がおかれたので、工業所有権法の立案作業も、ここに移されて続行されることになった。大蔵省時代にも、内務省時代に引き続いて、まづ商標条例の立案が進められたのであるが、1880年（明13）になって「新發明専用免許条例」案および「新形専用免許例」案が作成され、この両者についてはその年の5月に太政官への上申案が起案された。これによると「新發明」とは「新タニ有益ノ機械器具其ノ他製造物、調和物又ハ物ノ仕方等ヲ發明シ又ハ新タニ之ヲ改進スル」ことと規定され、また「新形」とは、「新タニ發明シタル諸般ノ物品ノ形若シクハ物品ニ諸般ノ仕方ヲ以テ著ス所ヲ云フ」と規定されており、今日の「意匠」を意味することが明かである。この両者はほとんど同じ構成になっており、審査主義をとっているか否かについては疑問があるが、一応新規性の審査を考えていたようである。

この両案は1880年（明13）の中ごろ、大蔵省の省議を通り、太政大臣に対して上申がなされ、太政大臣から議案局へ送付されたが、議案局で審議を終らないうちに1881年（明14）4月に農商務省が設立され、発明に関する事務が農商務省工務局に移管されたため、農商務省では、これらの案を、太政大臣のところから貰い下げて再検討を加えたものと推測されている。

(3) 農商務省における立案作業

農商務省工部局では、当時28才の高橋是清を迎えて両案の作成に当らせたが、高橋は非常に熱意でこれに取り組み、商標条例案の作成に努めるかわら、1881年（明14）10月には「大日本帝国特許条例議案心得」と題する特許条例案の要綱

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

を作成した。これは輸入特許制度を認めるほか、特許請求の範囲、審査官による審査、大審院に対する上告等を規定した進歩的なものであった。

1883年（明16）3月頃、この特許条例案心得を基礎にして新らしく草案ができ、翌84年2月には農商務卿から太政大臣に対して上申がなされたが、重要法案であるために、さらに制度取調局へ廻された。

（4）制度取調局における審議

制度取調局では、農商務省案について審議を行い、修正を施してこれを農商務省に返付した。修正については制度取調局長官伊藤博文の説明文が付けられ、「専売条例ノ如キハ其ノ執行上ニ於テ一歩ヲ誤ツトキハ損害ノ及ブ所甚シ。故ニ此ノ条例取扱所ノ組織等ニ付テハ最モ注意スベキ所ナリ。今般特許院ノ組織及ビ権限等ヲ定メ、第2章として条例中ニ加ヘシハ、西洋各国ノ経験ニヨリ役員ノ熟練ヲ計ルガ為ナリ」として、所管官署の組織の重要性を指摘し、さらに彼は参議福岡孝悌宛に、此の条例を施行する前に、一度当事者を欧米諸国へ派遣し、特許制度の運用状況を十分視察させる等準備を十分にすべきであると説いている。

（5）参事院における審議

制度取調局案は産業資本主義の黎明期にふさわしい先行的なものであった。しかし、緊縮財政を標榜する当時の政府としては、政治的経済的に大きな負担であり、他方新しい発明がなされる気運も生れて、特許制度の早期実施論が盛になった。このような事情を背景に、さきの近代的な制度取調局案は参事院内務部において、急に根本的な修正が加えられ、全文28条および附則からなる暫定的で簡略なものにされたのである。

1885年（明18）には、この修正案が元老院に諮詢され多少の字句の修正をうけたが4月18日には専売特許条例として成立した。なおこの条例の布告文但書において、1871年（明4）の専売略規則と翌72年の太政官布告第105号とは、はじめて正式に廃止された。

参考 通産省「商工政策史」14巻特許
特許庁「特許制度70年史」

第3款 専売特許条例の内容と性格

専売特許条例の内容のうち、特色のあるものは次の如きものである。

(1) まづ第1条で恩恵主義の立場を明示している。すなわち、特許処分を農商務卿の裁量に委せている点では、専売略規則と変るところがない。すなわち同条第1項で「……其ノ特許ヲ受クベシ」と規定し、第2項では「農商務卿ハ其ノ専売ヲ特許スヘキモノト認ムルトキハ……」と規定している。

(2) さらに第1条第2項は「農商務卿ハ其ノ専売ヲ特許スヘキモノト認ムルトキハ」と規定するのみであって、「認メル」前提として審査を要するの否かに関し少くも条文上は不明である。これは、元老院へ提出した案では「発明ヲ検査シ之」とあったのを、元老院の審議で「専売」に改めたためである。すなわち、当時は民選議院開設を前に自由民権の声が高かった反面、政府の一部には自由主義的、権利主義的な考えに反発する空気があったので、とくに慎重な態度をとったためであって、高橋是清もこの条例は、審査主義に基くものであると考えていたのである。注

注、高橋是清、欧米諸国視察報告書

(3) 第4条第1号に不特許要件の一として「他人ノ既ニ発明シタルモノ」を掲げているがこれは、専売略規則と同様に先発明主義を示すものである。

(4) 第5条では、軍事上必要な発明または公益に必要な発明については農商務卿ニ於テ専売特許ヲ与ヘス。又ハ既ニ与ヘタルモノト雖モ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ」という収用規定をおき、「富国強兵」政策を謳っている。

(5) 特に注意すべきは公益重視の諸規定である。すなわち第9条第1項では「専売人ノ発明ヲ改良シテ専売特許ヲ得ント欲スル者ハ専売人ノ承諾ヲ経ヘシ」と規定し、実施許諾を条件として利用発明を認め、第2項では、専売人がそれを拒否ししかもその拒否が改良発明の妨げになると農商務卿が認めたときは「其ノ発明ヲ改良ノ部分ト合セテ使用スルノ特許ヲ改良者ニ与フルコトアルヘシ」とし、原発明と改良発明との両方を実施することのできる特許を改良者に与えることができるとしている。これは、わが国独特の立法であるといわれており、公益を重

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景
視して、産業発達に寄与せしめんとする殖産興業政策の表れである。

また第15条も公益を重視し、わが国の産業発達を図るため、一定の場合に、失権する旨を定めている。

本条例の性格については問題がある。本条例の成立した1885年（明18）は、あたかも、原始的蓄積時代から産業資本確立時代への転換期にあたり、したがってこの時期に成立した本条例は原始的蓄積時代の初期に成立した専売略規則に比べてより近代化されている点は否定できない。しかし、依然として恩恵主義に立ち、審査規定が不明瞭であり、あまつさえ、初から暫定的に成立した事情等を考えると、産業資本確立のための先行法としては、聊か無力であり、むしろ、既に去り往かんとする原始的蓄積時代に適応した法とするのが妥当であると思われる。

- 参考 1. 通産省 「商工政策史」14巻、特許、第2篇法制史
2. 特許庁「特許制70年度年史」第2篇法制史

第5章 「産業資本の確立」時代における近代法体系の成立

序…条約改正問題について

わが国における条約改正問題とは、1854年（嘉永7）から1869年（明2）の間において米、英、露、蘭、仏、葡、独、スイス、白、伊、丁。スエーデン、スペイン、およびオーストリア、ハンガリー等の諸国と締結した条約の規定に関し、治外法権の撤廃ならびに1866年（慶2）英、米、仏、蘭諸国と締結した江戸改税約書による片務的関税協定を廃棄し、欧米諸国と同じ対等の国家として、わが国に在留する外国人、わが国に出入する船舶および輸出入貨物に対し、わが領土主権に基づいて裁判権、一般行政権および関税自主権を行使しようように条約を改正することを企図し、1899年（明32）に一応実現するに至った一連の外交交渉という。すなわち、19世紀初頭以来、欧米諸国と法律習慣を異にし、経済発達の段階を異にする東洋諸国は、欧米先進資本主義諸国と締結した条約のために、その主権に制限を蒙るとともに、産業の発達にも大きい制約を受けた。

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

歴代の明治政府当局者は、「条約改正」を至上命令として永い努力を重ねてきたのであるが、1894年（明27）、日清戦争の直前に外相陸奥宗光は、ようやく対英改正条約の調印にこぎつけることができ、その後1897年（明30）までに15ヵ国と新条約を調印し、1899年（明32）にいたって実施されるに至った。

ただし関税自主権の回復はさらに遅れ、1911年（明44）、桂内閣の外相小村寿太郎のときに、実現されたものである。

- 参考 1. 大石嘉一郎外 1 名編「日本資本主義発達の基礎知識」, 条約改正
2. 「中央学院大学論叢」第 8 巻第 2 号（1973 年 11 月）
拙文, 条約改正と明治 32 年特許法の成立

第 1 部 「産業資本の確立」, 「条約改正」および「近代法体系の成立」の 三位一体性

わが国の資本主義は、だいたい 1885 年（明 18）を境にして、原始的蓄積時代から産業資本主義の確立時代へ発展して行った。しかし、幕末維新に欧米先進資本主義諸国家と締結した「不平等条約」に制約され、わが国経済の自由な発達は阻害された。ゆえに、わが国「資本主義の発達」のためには「条約を改正」する必要があるが。

しかし、「条約改正」を実現するためには、その前提として、わが国に「近代法体系の成立」することが必要であり、そのことは、条約改正交渉の初から相手国である欧米先進諸国によって要求されていた。

さらに、「近代法体系の成立」するためには、その基盤としてのわが国経済が、少くも第 1 次産業革命を経て産業資本を確立する必要があると同時に、反面先行的に「近代法体系」を成立させて、「産業資本の確立」を促進させることも必要とされた。

以上のように、「産業資本の確立」, 「条約改正」および「近代法体系の成立」の三者ははじめてから三位一体の関係にあったのであり、明治政府の当局者は早くからこれを自覚していた。そしてその直接の契機は 1871 年（明 4）の岩倉具視等

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景
一行の欧米視察であると言われている。

第2節 わが国産業の発達と不平等条約

第1款 関税自主権の欠如

すでに述べたようにわが国における資本主義は、だいたい1885年（明18）を境にして、原始的蓄積時代から、産業資本主義時代へと発展して行ったのであるが、その間、「不平等条約」の存在によって、その自由な発展を阻まれていた。

もともと日本と条約を締結した列強諸国は、経済発達段階において、すでに産業革命を經過した産業資本の発展期に入っていたのであり、まだ封建経済の段階にあった日本は「開国」によって、世界資本主義のなかへ巻きこまれたのである。彼等は先進工業国として後進農業国である日本に臨んだのであり、その要求する所のものは、何よりもまず、輸出入関税の極度の低率であった。

経済発展段階のいちじるしい差の上に自由貿易政策を基調とした日本の「開国」は、多くの問題を生じた。低率な関税収入は明治政府にとって、財政収入を、収納上最も確実な関税に依存させることができず、農民に対する地租負担に依存させる結果になった。封建貢租と実質的に変らない農民負担は、「地租軽減か、関税自主権の回復か」という形で、条約改正実現まで終始問題を提起した。

さらにこの様な低率関税は、育成関税による資本蓄積の方法を阻止し、産業資本の形成を妨げた。

かくして明治政府は、外国政府に対抗するには自ら諸外国と同様な産業資本主義を確立すべきであるということを早くから自覚していた。

参考 「日本近代法発達史」2. 条約改正，小山博也，関税自主権の欠如と日本経済。

第2款 産業資本の確立

以上のような条約上の制限を受けつつも、わが国における原始的蓄積は徐々に成功して行ったが1887年（明20）頃から綿糸紡績を中心に近代的諸産業が急激に勃興した。この時期には、一般民営重工業はまだ発達しなかったが、軽工業部門

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

は急速に発達して機械制生産を確立した。なお1890年（明23）頃から、鉄道の建設も投機的に盛になった。

このような急激な近代的軽工業の発達は、1890年（明23）、ついにわが国最初の資本主義的恐慌をひき起したが、この年は第1回帝国議会の開かれた年でもあった。

1894年（明27）にはじまった日清戦争は日本側の圧倒的勝利に終わったが、当時の日本資本主義は、まだ、確立したとはいえなかった。しかし、台湾、澎湖島の割譲と23,000万テール（約36,500万円）の償金など莫大な戦果をともなった日本資本主義は低率関税の桎梏を受けつつも目覚しく発展した。償金の大部分は軍事費に廻されて軍事工業を飛躍的に発展せしめたほか、1部は正貨として日本銀行に預けられ、1897年（明30）には金本位制が確立されて、ここにはじめて日本資本主義が世界資本主義の一環として列強と世界市場で角逐する基礎ができたのである。

日清戦争前後における以上のような日本資本主義の発展は、重工業部門におけるいちじるしい立遅れにもかかわらず、だいたい1897年（明30）頃には、軽工業を中心とする第1次産業革命を了えて、産業資本も一応確立し、ここに「近代法体系の成立」、「条約改正」への社会経済的基盤が成立したのである。

参考 楫西光速ほか3氏「日本における資本主義の発達」3.
第1章、産業資本の確立

第3節 条約改正と近代法体系の成立

第1款 近代法体系の欠如

明治初年におけるわが国対外政策の基本はさきに述べたような意味での、三位一体の実現であった。近代法体系成立への強い要求は、条約改正実現の前提として、早くから自覚されていた。一般的にいつて、近代日本においては、国際的な法関係と国内的な法関係が、きわめて密接に関係して展開した。すなわち「縦前ノ条約ヲ改正セント欲セバ列国公法ニ拠ラザルベカラズ。列国公法ニ拠ル我国律、民律、貿易律、刑法律、税法等公法ト相反スルモノ之ヲ変革改正セザルベカラズ」

ということが自覚されていた注。

注 「条約改正関係、日本外交文書」第1巻、上、38頁

明治4年9月、三条太政大臣より岩倉外務卿宛、諮問案

三条の諮問に表れた基本政策は、江藤新平の立法事業と司法制度改革によって実施に移された。彼の失脚後も憲法以下民法、刑法、治罪法、商法、訴訟法等の諸法典の編纂がなされたが、その中で完成したのはフランス人ポアソナードの担当した刑法、治罪法のみであった。このことは原始的蓄積時代の当時においては、民事商事に関する法典が成立するための社会経済的地盤がまだできていなかったことを示していた。

1877年（明10）の西南戦争が終ってからは、自由民権運動が盛になった。政府はこれに対し、1881年（明14）にいたって、1890年（明23）には国会を召集する旨の詔書を発した。自由民権運動に対抗するためには、弾圧だけでは効果が少く近代的な統治機構を作る必要に迫られたのであり、そのためには統治主体としての強固な官僚制の確立と、その統治手段としての法令の制定、これらを総括する憲法を必要とするものであった。

他方、自由民権運動は不平等条約をも攻撃してきた。それは不平等条約が裁判権だけでなく行政権、さらには立法権をも侵害する端緒となっており、法の一元的適用を困難にしたからである。自由民権運動はこの点をも衝き、条約改正の要望が高まり、その前提としての近代法体系の樹立が急速に必要とされるに至った。

このような理由から、憲法をはじめ、成立さるべき法体系は「近代的」なものでなければならなかった。すなわち、産業資本がまだ形成されていないわが国経済は、すでに産業革命を経過した欧米の高度の技術を導入すことを必要としたのであり、それに必要な社会関係を伝統的社会関係から創出するためにも、近代外国法の導入が必要であったのであって、工業所有権法はまさにその代表的なものであった。

参考 岩波講座「日本歴史」16、近代、3、利谷信義、近代法体系の成立

第2款 近代法体系の成立

さて産業資本主義時代の初期に当たる1889年（明22）には憲法が發布されたが、これとは別に1886年（明19）には、外務省に法律取調委員会が設けられ、外相井上馨は自ら委員長として近代法典の編纂を促進することになった。委員会は間もなく司法省へ移ったが、外相が自ら法律取調委員会の委員長になったということは「条約改正」と「近代法体系の成立」との不可分性を示すものであった。

井上につづき大隈重信が外相に就任した。彼もまた井上に代り条約改正に努力したが、近代法典の編纂は、つねに条約改正の前提とされた。かくて1889年（明22）には裁判所構成法、90年（明23）には民法（旧民法）および商法（旧商法）、民事および刑事の訴訟法が、いずれも国会開設の間近に公布を了え、民商法、民事訴訟法を除いてすべて実施に移された。

民法商法に関しては、はしなくも延期論派と断行論派との間に、いわゆる法典論争をまき起した。その論拠にはいろいろあるが、要するに先行的な私法法規を成立させて、産業資本主義を促進させるか、または現実を尊重してこれに適応した法をつくるかのいずれかであった。かくて1892年（明25）には延期が決定された。しかし民商法は自らその性格を異にするものであり、一般社会生活を規定する民法は、本来現実適応的であるのに対し、「殖産興業」を第一とする当時においては、商法は自ら先行的であることが望まれた。ゆえに翌93年には商法の重要部分が施行されたが民法は条約改正の前年にあたる1898年（明31）に至ってようやく施行されたのである。

以上のようにして「条約改正」と「産業資本の確立」と「近代法体形の立」とは1899年（明32）についにその一体性を実現した。特許法も他の工業所有権とともに商事法の先端を行くものとして、1888年（明21）の特許条例から99年（明32）の特許法へと近代化の道をたどった。

参考 岩波講座「日本歴史」16巻（近代、3）
利谷信義。近代法体系の成立。

第6章 「産業資本の確立」時代における特許制度

序

産業資本主義時代はだいたい1887年（明20）ごろからはじまり99年（明32）ごろに確立した。これと併行して、99年（明32）には条約改正も一応実施の運びとなり、近代法の体系も整った。特許法も他の工業所権法とともに、商事法の先端を行くものとして、この時代の初期に当たる1888年（明21）には特許条例として、また終期に当たる99年（明32）には特許法として成立した。したがって、この両者はそれらの時期の経済的背景を反映してニュアンスにはかなりの相違があった。

第1節 特許条例の成立

第1款 特許条例成立の経過

(1) 高橋是清の欧米視察

さきに成立した専売特許条例は、政治的、財政的に歪められた暫定的法規であるが、その歪められる前の近代的な条例案をみた制度取調局長官の伊藤博文は、「この様な近代的な法を施行するためには、その前に当事者を欧米先進国へ派遣して充分研究させないといけない」と言ったことは先に述べた通りである。

そこで専売特許条例が公布された1885年（明18）に、高橋是清は太政官の辞令を受けて海外視察の旅に出た。

彼はまづ米国に渡り、約3ヵ月間滞在して、同国の特許局において特許の制度と運用を十分に調査した。その理由は、彼によれば、85年の条例は、当時もっとも優れていると言われた米国の審査主義をとったのであるから、まづ米国に赴いて、実地にこの制度を調査し、これを基礎にしてその他の諸国の制度を取調べるのが妥当であると考えたためであった^注。

注 高橋是清、「視察報告書」

ついで彼は英、仏、独の諸制度をも調査して翌86年11月に帰朝したが、彼の調

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

査したものはいづれもすでに産業革命を経過した国々の制度であり、彼の着眼の中心は「審査主義か。無審査主義か」という点にあった⁽¹⁾。彼によれば、英米にあっては工業所有権制度の歴史も永く、それ自体が一の法律学となっている国々でも常に改正を加え、条規はいよいよ綿密になっている。「況ンヤ我邦ノ如キ該法律ノ全ク幼稚ナル処ニ在テハ条例ヲ設クルニ殊ニ精密ヲ主トセザレバ実施上種々ノ不都合ヲ生ジ遂ニ条例ノ目的ヲ失フニ至ル」⁽²⁾のであって、わが国のように特許制度が不備な所では、早くこれを近代的に改めなければ、発明の奨励、ひいては産業の発達に寄与しえないというのである。

注 (1) 高橋是清「欧米視察録」第1, 緒言

(2) 高橋是清, 「意見書」第1, 専売特許条の改正を要する理由

(2) 特許条例案の審議

高橋是清は帰朝後ただちに専売特許条例の改正に着手し、1887年(明20)末頃改正案としての特許条例案を立案作成した。これに先立ち、その公布の前提として1887年(明20)12月に、まづ、特許局官制が公布され、その第2条で、特許局におく職員として局長、次長、審判官、審査官、審判官補、属、技手をあげ、第3条では「審査官ノ査定ニ対スル不服申立アルトキハ之ヲ審判ス」と規定された。このことは新条例では高橋是清の意見にもとづき、審査主義をとり、また、審判制度を設けるのを既定方針としていたことを示すものである。

特許条例の成立に関しても、前回同様財政上の理由で反対の空気が強かったが、高橋の献身的な努力で1888年(明21)12月18日について成立した。それは、経済史的には初期軽工業のはじまった時代のものであり、外交史的には外相大隈重信による条約改正交渉が難航していた当時のものであった。

第2款 特許条例の内容と性格

特許条例は45ヵ条より成立っているが、その中で特色のあるのは次の如きものである。

(1) まづ第1条において「……発明シタル者ハ此ノ条例ニヨリ特許ヲ受クルコ

わが国における近代特許法の形成的とその経済背景

トヲ得」と規定することにより、特許における権利主義を宣言したことである。これによって、特許制度における「個人の自由」が認められることになったのであって、このことは、わが特許制度史上一時期を劃するものである。

(2) 次に第4条は「特許ヲ出願スル者アルトキハ特許局長ハ特許局審判官ヲシテ其ノ發明ヲ審査セシメ……」と規定し、さらに12条で審査官の拒絶査定に不服な者は「再審査ヲ請求シコトヲ得」るものとし、権利主義の下での審査手続を明瞭にした。

(3) 審査制度の整備に応じ、第15条以下に新たに「審判」制度を設け、かつこれを終審とした。

(4) 以上のような近代的規定を設けた反面「外国人」に対しては依然として特許権を認めなかった。

思うに当時は軽工業時代の初期に当り、中松氏のいわゆる適応時代であった。「この時代の発明の多くは、外国発明、もしくは外国の技術を変更したり、あるいは改良して、それを日本に当てはまるように考案した時代であった。また代表的発明が花菱、茶葉粗柔機、回転式製糸機、養殖真珠等であった」（中松盛雄氏）ことを考えるばあい、特許条例はその近代性において、まさに現実に先行するものであって、その先行性は産業資本の早期育成のためであった。

また外国人に特許権を認めなかったのは、それを条約改正の取引条件にしようとする高橋の配慮に出たものであった^注。

注 「特許70年史」参照

参考 通産省「商工行政史」第14巻 特許、第2篇、法制史
特許庁「特許70年史」第2篇、法制史

第2節 特許法の成立

第1款 特許法成立の事情

すでに述べたように、「産業資本の確立」と「条約改正」と「近代法体系の成立」とは三位一体の関係にあった。商事法としての工業所有権法、中でも特許法

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

は技術開発に関する法であるから、この三位一体的関係はとくに顕著であり、1899年（明32）の特許法も、「条約改正」と「産業資本の確立」との、両者との密接な関連において成立したのである。

この両者はいずれも「32年特許法」成立の要因ではあるが、しかし、直接の原因となったのは条約改正との関係であった。

条約改正の交渉は明治開国後間もなく始められたが、本格的交渉は1882年（明15）、井上外務卿の手によって始められた「条約改正予備会議」によって、ようやく軌道にのったものと見るべきである。この会議には、英、独、仏、奥等の15ヵ国代表が出席したが、会議の議題として早くも工業所有権に関し「日本政府において、商標、専売免許および出版免許を外国人にも附与すること」が論議されて、各国はこれに賛成した。それ以来条約改正の交渉においては、つねに条約改正の前提としての「近代法の成立」という立場から、いわゆる「泰西主義」すなわち自然法思想に基づく近代法体系の一環としての近代工業所有権法の成立が要望された。

わが国産業が産業資本主義時代に入って間もない1890年（明23）に青木周蔵が外務大臣になったが、イギリス側は条約改正附属議定書第4項で、「日本政府ハ領事裁判権ノ廃止ニ先立チ、工業所有権、版權ニ関スル國際条約ニ加入シ、右実施ニ必要ナル法律ヲ公布ス」べき旨を提示し、翌91年10月下旬、青木に代った榎本外相は、「条約改正ニ関スル断案乙号ノ第3」において、「我政府ハ現行条約ノ終了ト同時ニ、工業所有権、版權ニ関スル万国同盟ニ加入スベキコトヲ約スルコト」を閣議に提出している。最後に陸奥宗光外相も1896年（明26）の条約案において「工業所有権ニ付キ、相互ニ内国民待遇ヲ与フヘキ旨」を明示した。

このように、工業所有権に関する内国民待遇は、つねに論議の対象になったが、条約改正は2国間協定という形式で、日清戦争開始直前の1894年（明27）7月16日の英国との調印にはじまり、97年（明30）1月26日、ポルトガルとの調印で終り、その多くは1899年（明32）の7月17日から一斉に実施されることになった。（ただし、税権は1911年（明42）に至って回復された）。【他方、これに先立って同年4月18日に「万国工業所有権保護同盟条約」に加入し7月17日に同条約は公

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

布された。そこで予め同条約との調和を考慮して立案された特許法その他の工業所有権法規を3月1日に公布し7月1日から施行することになったのである。

参考 特許庁「特許70年史」第2篇法制史

第2款 明治32年特許法の内容と性格

明治32年特許法は、商事法の一環として成立した。すなわち条約改正の前提として、その近代性を要求されて成立したものであるから、その内容も近代法の名に相応しいものである。すなわち

- (1) まづ法そのものが、国会の審議を経た「法律」の形式をとっている。
- (2) 第1条で「……発明ヲ為シタル者、若シクハ其ノ承継人」は日本国民に限らず何人たりとも特許を受くるの権利があることを明かにして、いわゆる「泰西主義」——自然法思想に基づく「法の下での平等」を実現した。
- (3) これを前提に第6条で在外者は日本国内に代理人を置くべきものとして権利主義の一層の徹底を図った。
- (4) さらに第14条で、外国人出願者に対する優先権を認め
- (5) 第35条では「審決ニ不服アル者」は、さらに大審院へ上告することを認めている。

このように明治32年特許法は、「個人の自由」と「法の下での平等」の思想に貫かれているが、これは条約改正の前提としての近代法である以上当然のことであった。

ただ、当時はまだ第1次産業革命を了え、産業資本が確立したばかりであって、第2次産業革命はまだその発端にあった。それは中松氏のいわゆる適応時代の終りであり、覚醒時代はこの法律が成立した結果として、この後に来たものである。ゆえに条約改正を一応考慮の外におき当時のこの法律の経済的背景のみに関する限り、やはり経済の発展段階に先行するものであり、その先行性のゆえにその後10年にわたる第2次産業革命遂行に寄与したものと考える。

重要条文抜粋

専売特許条例（明 18. 4. 18 太政官布告第7号）

第1条 有益ノ事物ヲ發明シテ之ヲ専売セント欲スル者ハ農商務卿ニ願出其特許ヲ受クヘシ

農商務卿ハ其専売ヲ特許スヘキモノト認ムルトキハ専売特許証ヲ下付スヘシ

第5条 軍用ニ必要ナリト認メ又ハ広く用ヒシムルコトヲ必要ナリト認ムル發明ニハ農商務卿ニ於テ専売特許ヲ与エス又ハ既ニ与エタルモノト雖モ之ヲ取消スコトアルヘシ

第9条 専売人ノ發明ヲ改良シテ専売特許ヲ得ント欲スル者ハ専売人ノ承諾ヲ經ヘシ専売人其承諾ヲ拒ミ農商務卿ニ於テ改良ニ妨アリト認ムルトキハ其發明ヲ改良ノ部分ト合セテ使用スルノ許可ヲ改良者ニ与フルコトアルヘシ

第15条 左ノ場合ニ於テハ専売ノ權ヲ失フ

(1) 専売特許証ノ日附ヨリ2年ヲ經テ其發明ヲ実施公行セス又ハ事故ヲ届出スシテ2年間之ヲ中止シタルトキ

(2) 専売特許ノ發明品ヲ外国ヨリ輸入シテ之ヲ販売シタルトキ

特許条例（明 21. 12. 18 勅令第84号）

第1条 新規有益ナル工術、機械、製造品及合成物ヲ發明シ、又ハ工術、機械、製造品及ヒ合成物ノ新規有益ナル改良ヲ發明シタル者ハ此ノ条例ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得

特許トハ發明者ニ他人ヲシテ其ノ承諾ヲ至スシテ前項ノ發明ヲ製作、使用又ハ販売セシメサル特權ヲ許スコトヲ謂フ

第4条 特許ヲ出願スル者アルトキハ特許局長ハ特許局審査官ヲシテ其發明ヲ審査セシメ特許ヲ与フヘシト査定シタルモノハ農商務大臣ノ認可ヲ經テ特許原簿ニ登録シ特許証下附ノ手續ヲ為スヘシ

第15条 第12条ノ再査定及ヒ第13条ノ査定ニ服セサル者ハ特許局ニ裁判ヲ請求ス

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

ルコトヲ得

特許法（明 12. 3. 1 法律第36号）

第1条 工業上ノ物品及ヒ方法ニ関シ、最優先ノ發明ヲ為シタル者若シクハ其ノ承継人ハ此ノ法律ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得

第6条 特許ニ関シ出願若シクハ請求ヲ為サントスル者又ハ特許証主ニシテ帝国内ニ住所ヲ有セサルトキハ、帝国内ニ住所ヲ有スル者ニツキ代理人ヲ定ムヘシ

第14条 工業所有権保護同盟条約ニ於テ發明ノ特許ヲ出願シタル者、7ヵ月以内ニ同一發明ニ付キ特許ヲ出願シタルトキハ其ノ出願ハ最初出願ノ日ニ於テ之ヲ為シタルト同一ノ効力ヲ有ス

第35条 第28条第2項第29条及ヒ第30条ノ請求ニ因ル審決ニ対シ不服アル者ハ其ノ審決カ法律ヲ適用セス、又ハ不当ニ適用シタルコトヲ理由トスルトキニ限り、審決書到達ノ日ヨリ60日以内ニ大審院ニ出訴スルコトヲ得

あとがき

1. 今回より「本源的蓄積」の用語を「原始的蓄積」に改めた。
2. 重要条文の掲記は、紙数の都合上、ごく少数に止めた。