

わが国における近代特許法の形成 とその経済的背景

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 「資本の本源的蓄積」時代における特許制度

第1節 明治政府の殖産興業政策

第2節 法秩序における三態様

第4章 本源的蓄積時代の特許制度

序

第1節 専売略規則（明4）の成立

第1款 当時の社会経済的狀態

第2款 専売略規則の内容

第3款 専売略規則の廃止（以上本号）

第2節 専売特許条例（明18）の成立

第5章 「産業資本の形成」時代における特許制度

はしがき

特許法（Patent Law）は発明に関する法であり、発明は国際性の高いものであるから、特許法も国際性の高い法である。

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

他方それは産業経済に関する法であるから経済との関係の深い法でもある。私はさきに、「専売特許条例の成立における外交的側面」（中央学院大学論叢第8巻第1号）と、「条約改正と明治32年特許法の成立」という拙文をかくて、多少その国際性の側面をみたのであるが、今回は特許法の近代化における経済的背景を考えてみたい。そしてその期間は明治維新から、明治32年迄に限定した。ただし、明治32年の特許法によって、わが国でも、はじめて欧米先進国並みの近代特許法をもつようになったからである。

序 私法と経済との関係

「どのような国でも私法の変遷発展において、その社会の経済的発展が基礎をなしていないものはない。生産様式の一変は常に私法制度の変革を伴い、生産の高度化はそれに応ずる制度の分化発展を生ぜしめる。かくて資本制社会ではこの関係はまことに密接なものとして、明らかな形をとって現われる。」^(註)

いま、われわれの生活を規律支配している私法制度もすべてこうした歴史的発展の帰結であり、経済の発展に応じて多くの制度慣行が成立し、機能し、やがて死滅して行った。このことはとくに商事法によく現れているところであり、広義の商事法の範疇に属すべき特許法にあっては、とくに顕著であった。そこでこれら死滅した特許制度の跡をもたずね、日本資本主義の発達とも関連して現在にいたるわが近代特許制度の形成を跡づけることは、単に歴史的な研究であるのみならず、現行法の性格をも明確にするものと考えらる。

参考文献 福島四郎「日本資本主義の発達と私法」（法律時報25巻1—9号）

註 同 同（25巻1号51頁）

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

(1) 古代には発明という無形の創作的思想に、排他的独占権を与えるようなことはなかったが、中世になると特権(Privilege)の形で与えられることとなった。イギリスでは13~4世紀のころ同国の産業がいちじるしく大陸の産業におくれ

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

たので国王エドワード3世(1327年~1377年)は自国の産業の発達を図るため、一方では関税政策を採るとともに、他方では盛に外国技術者の入国を奨励保護した。そのため、障害となっていたギルドの独占権から入国した外国技術者を解放するために、特権を与えて営業を許可した。この許可は国王の「公開の文書」(literae patentes, letters patent)によって行われた。この語が今日の特許(patent, Patent)の語源となったといわれる。

その後この形式で一私人に独占的にある事業を営む特権を与えることになった。これが monopoly patent であって、今日の特許と同じ性格のものである。そしてイギリスでは今日でも形式上は恩恵主義すなわち特許は国王の恩恵によるという主義がとられている。ドイツ、イタリア、フランスなどでもはじめはこのような特許権の形での特許が与えられた。

その後イギリスでは、特許が王室の収入を増す手段に利用され、ことにエリザベス女王(1558~1603)はそれを寵臣に乱発したので、生活必需品の不足による価格騰貴を招き、国民の反感を買ったが、そのため1602年には Darcy v. Allin の訴訟事件が発生した。この訴訟で被国 Allin は「イギリスにおいて monopoly patent が認められるのは、内国において新規の事業を興すなどして世を益するときに限る」と主張し、Chief Justice Prophan は被告答弁の主旨を採用し、原告 Darcy の有する特許状を無効と宣言したので、イギリス判例法では monopoly patent の効力に関する法則が確定した。

しかし、その後も特許状の弊が絶えないので、1642年に国会がジェームズ1世(1603—1625)に要求して専売条例(Statute of Monopolies)を發布せしめ、従来認められていた原則、すなわち、

- (イ) 専売特許を与える事物は新規(new manufacture)なものでなければならない。
- (ロ) 特許状をうける者は真実な最初の発明者(true and first inventor)である。

を確認した。これがイギリス現行法であり、また世界各国の特許法の母法でもあ

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

る。

1624年の専売条例は、その後とくに世人の注意を惹かなかつたのであるが18世紀末以来産業革命を迎え、Arkwright, Hargraves, Watt 等が続々新規の大発明をするにおよんで脚光を浴びることになった。政府も従来の専売条例のほかに1852法を發布し、「願書公告」の制度を採用して第3者に異議申立の機会を与えることにした。

その後イギリス特許法は数回改正され、また多数の判例を生じているけれども、現在、イギリス特許法の特色とされているのは、

(イ) 1730年（ジョージ2世時代）以後判例法として成立した明細書（specification）の制度

(ロ) 1852年に定められた公告主義

の2である。

(2) 17世紀後半、フランスでは組成的統制のアンシャン・レヂイム（Ancient regime）の中で市民が経済の自由を求める動きが見え始めた。そして1762年の勅令は、従来王によって濫授された特権を規制し、発明心を鼓舞し、産業の発展を促す目的で始めて特許についての一般規定を設けた。それは特許の期間に制限を設けるとともに、発明者が実施しないときはその特権は消滅すべきであるとするものであった。このような発明者の専用権を認める方向への動きは、新興国アメリカの影響でさらに促進された。

アメリカは1789年の憲法を制定するにさいして「国会は学問並に技術の進歩を図るために著作者並に発明者に対して一定期間の排他的権利を与うるの権限を有する」旨を定め、この規定に基づき1790年イギリス法に倣い最初の特許法を定めた。革命期にあった当時のフランスはその影響をうけて1791年の特許法を制定した。これは欧州諸国に継受されたもので天賦人權の思想にもとづき「発明は創作者の所有権（Propriété）である」とし、またその理由にもとづいて無審査主義をとるものであった。アメリカの1793年の特許法はこの影響をうけ、無審査主義をとり、その代り異議の申立を認めた。

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

ドイツではプロイセンの1815年の回章 (Publikandum) が国王の恩恵としての特許付与、厳重な審査、付与された特許の公告、実施義務、などの原則を宣明している。

(3) 19世紀になると産業革命を経て近代経済社会が確立し各国の特許制度もその面目を一新する。すなわちフランスでは1844年法で1791年法を全面的に改正したがその根本は変わらず無審査主義をとり、ただ医療を特許せず、追加特許の制度を設け、外国人にも内国人と同様の待遇を与えた。

アメリカは前述のように1793年の特許法で無審査主義をとったが、弊害が多いので1836年の特許法で審査主義に改め、同時に特許局 (Patent Office) を設けたが、これはその後日本をはじめ各国の立法に大きな影響を与えた。現在フランス法系を除けば、世界各国の特許制度は何等かの形で審査主義を採用している。

ドイツでは1871年に帝国 (Reich) が成立し1877年にはじめて統一的特許法が制定された。それは審査主義と出願公告主義をとり特許局を設けるものであった。そして特許の効力について争のあるときは特許局の無効審判手続によって紛争を解決するのが特色とされた。その後1936年ナチス政権の手によって改正がなされそれが今日に及んでいる。

要するに近代特許制度は市民革命とともに胎動し、産業革命によって発展したものであり、各国での特許法の特色とするところは

(イ) イギリスをのぞいて、いづれも発明者の権利の思想を根底としている (権利主義)

(ロ) アメリカ法では、実際的必要から審査主義をとり、フランス法では人権的立場から無審査主義をとっている。

(ハ) ドイツ法では、特許についての紛争解決には技術的知識が要求されるから、通常裁判所では取扱わず特許局に審判部を置き、その審判に属せしめることとしている。

という諸点である。

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

(参考文献)

- 豊崎光衛著「工業所有権法」(有斐閣, 法律学全集)第2節, 工業所有権法の沿革
清瀬一郎著「特許法原理」第3章, 特許法の起源並に発達
俵静夫著「工業所有権法」(有斐閣, 現代外国法典叢書(22))
織田季明著「新特許法詳解」

第2節 わが国における特許法の沿革

(1) 明治に先立つ徳川時代においては、その現状維持的な政策の一環として、反特許的な政策が行われた。それは享保6年の「新規法度」によく表明されているところで、「呉服物、諸道具、書物類は申すに及ばず、諸商売物、菓子類にて、新規に巧出し候事自今以後堅く停止たり。若し拠なく仔細これある者は役所へ訴出、許を受け仕出す可き事」、また「諸物の内、古来の通にて事済候処近年色品を替、物数奇にも仕出し候類は、追て吟味を遂げ停止申付くべく候間、兼々其旨心得べき事」としていた。

(2) 徳川封建制は、薩長等雄藩の青年武士を中心とするクーデターによって倒れた。維新政府は富国強兵の意気に燃え、産業発展策の一環として明治4年に専売略規則を公布した。これはわが国における近代の特許制度の先駆をなすものである。この規則には「官許」をうけることができる発明、権利の存続期間、明細書図面を添附することの必要性、特許料、官許の標記等近代の特許制度の主要な要件は一応含まれており、規定の形式から考えて1844年のフランス特許法を模倣したものといわれている。

しかしこの規則は公布後1年を経過した明治5年に事実上廃止された。廃止の理由は明かにされていないが、形式的、法制的に近代国家としての体裁を整えようとする強い意欲が、内面的社会経済的な実体を伴わないために空転したものと思われる。

(3) その後近代の特許制度というべきものは無くなったのであるが、明治18年に至って専売特許条例(明18治年太政官布第7号)が施行された。これは内容において専売略規則より進歩したもので高橋是清の立案にかかるものであり、フラン

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

ス特許法に倣ったものであるが権利主義はとられず、依然恩恵主義の立場に立つものであった。

(4) その後わづかに3年経って明治21年には特許条例が成立した。それは当時の制度取調局長伊藤博文が「この法律（専売特許条例）は今度初めてわが国に施行される大変六ヶしいものであるから、よろしく主任者を欧米に派遣して取調べをさせるようにしたい」と主張したことに起因する。そこで高橋は専売特許条例が公布されたその年の末に、欧米諸国の工業所有権制度を調査のため外遊の途につき、アメリカ、イギリス、フランス、ドイツ等の特許制度を調べ翌19年11月に帰朝して、2年後にはこの特許条例が成立した。この条例は、部分的にはイギリス、ドイツの特許法にならった点もあるが、大綱はアメリカの制度にならったものであり、権利主義の立場に立つものであった。

このように明治18年からはわが国に特許法が定着して行った。これは近代特許法成立の背景である社会経済的状態が発達して法とその経済的基盤との間に間隙がなくなったからである。

(5) 明治32年の特許法は明治21年の特許条例と基本的に変るところはないが、近代的な議会の審議を経て成立した法であり、また、工業所有権保護同盟条約に加入するための法であったところに重要な意味がある。政府はこれに先立ち欧米諸国との間に工業所有権の相互保護の規定を含む協定を締結すると同時に、その議定書において工業所有権保護同盟条約に加入することを約しており、同盟条約への加入は欧米諸国がわが国の条約改正の要求に応ずる条件であった。^註したがって32年の特許法は条約改正の取引条件にふさわしく、欧米各国並みの近代的形式内容を具えていた。しかもそのような近代的特許法の背景をなす日本の経済がそれ相応の発達をしていた。

(6) その後、日露戦争後の産業の躍進に応ずるため、明治42年に特許法の改正があり（被用者発明、外国人の権利能力等）、さらに第1次世界大戦後の経済界の好況による大発展と民主主義的風潮の抬頭に応じ、大正10年の改正がなされた。これがいわゆる「旧法」といわれるものである。

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

第2次大戦後は、新憲法の制定にともない、昭和23年の改正がなされたが、それは部分的なものであり、かつ大正10年以来の社会経済の発展は著しいものがあったので、昭和34年3月に新しい改正法が成立した。これがいわゆる「新法」である。

参考文献 豊崎光衛著、同上

清瀬一郎著、同上

織田季明者、同上

註 拙著「条約改正と明治32年特許法の成立」(中央学院大学論叢第8巻第2号)

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

大正末期に中松盛雄氏は、明治維新以来のわが国発明の発達に関し、(1) 渾沌時代、(2) 適応時代、(3) 覚醒時代、(4) 創案時代の4時代に分けて、次のように述べている。^註

(1) 渾沌時代。

「この時代は維新の時から明治17,8年頃までで、即ちこの時代には特許法というものはなくて、ただヨーロッパの文明、あちらの技術を無意識に応用した時代である。」とし、「日本人は維新前にも特殊の進歩をしていた。即ち、旧き日本において養われて来た勢力が新しい日本を建設する上において大なる働をなしたのである……」。「維新匆々の際にも政府は発明を奨励し之を保護するの政策を採用した。政府部内にも維新事業の1として発明の保護を企てた先覚者の居たことは確かである。一説には当時マッシュウ・スコットと謂える米国人が大蔵省に聘せられて、特に財政のことや特許のことにつき助言せられたと謂われている。即ち明治4年に専売略規則というものが発布された。この専売略規則というものは、外国において発明を保護すると同じような形式を備へ当時の立法としては余程進歩したものであったが、時代が時代であったから遂に実施されず其翌年之を中止するの止むなきに至った。其時代は発明の発達には不適當であったに相違ないが、

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

折角の法律も中止となったため、発明に対しては無法律の時代であって、実に渾沌時代と云って宜い。……」

彼はつづいて、かかる無法律状態にあり乍ら、人力車、綿ネル等の発明があったことは、日本人の発明能力を証明するものだとしている。

中松氏はまた「時代が時代であった。」「其時代は発明の発達には不適當であった」と述べ、発明はほとんど農業関係品にかぎられていた事に言及している。

(2) 適応時代

中松氏はつづいて、「それから次の時代、即ち法律制定の時より、列国との通商条約の改正された時迄、明治 17、8 年から 32、3 年迄の時代をかりに適応時代と称えたい。」とし、「この時代には発明が保護されるようになったが、当時安政条約の結果、治外法権が存在していたために、外国人の発明は保護の外に置かれ、日本人のみの発明を保護したのである。而してこの時代の発明の多くは、外国の発明もしくは外国の技術を変更したり、或は改良して、それを日本に当てはまる様に考案した時代である」とのべ、農商務省の要路にあった前田正名が殖産興業に熱心で特許法規の成立を発意し、高橋是清の努力で明治18年に専売特許条例が成立し、さらに21年には特許条例が出来、32年には特許法ができた事情をのべている。そしてこの時期の発明の特色は、外国の発明の模倣であるとし、この時代における代表的発明として花蒔、茶葉粗柔機、回転式製糸機、養殖真珠等を挙げている。

(3) 氏はさらに第3期として明治 32、3 年頃から明治 42、3 年頃を覚醒時代であるとし、この時代になり外国人にも日本の特許権が与えられるようになった結果、これに対抗しなければならなくなった時代であり、最後に創案時代として明治 42、3 年頃から大正末期を区切り、従来が発明は必要に迫られてなされたものが多いのであるが、この期に入って、経験上から来る発明だけでなく、学理の研究によって多くの発明がなされるようになったと述べている。

以上が中松氏の見解の大要であり、多くの示唆を含むものである。

註 中松盛雄「発明篇」(三宅雄二郎監修「新日本史」第2巻)

第2節 経済史的区分

法ことに私法の変遷発達は、その国の経済的發展——技術をも含めて——に基づいていないものはない。経済の変遷発達は、つねに私法制度の変革を伴うのが原則であり、新しい法の成立と同時に旧い法は死滅して行く。この見地に立つとき、わが国特許法近代化の時代区分は、(1)「資本の本源的蓄積時代」と、(2)「産業資本の展開」時代、分けるのが妥当である。(なおその後については、(3)「産業資本の形成」時代、(4)「独占資本の形成」時代に区分するのが妥当と思われるがそれは次回に譲ることにする。)

(1) 「資本の本源的蓄積」時代

これは中松氏のいわゆる混沌時代に該当するもので、維新当初からおよそ明治18年までの期間である。この期間は、封建社会から出発したわが国が、資本制生産様式をとり入れるために苛烈な応急の措置を構じた時代であって、この時代の法はいつでも過渡的な性格を帯びている。経済史的には、日本はこの時代に資本主義的發展の基礎工事をほぼ完了したといえよう。

明治維新の本質については、いろいろな見解があるが、市民革命の萌芽を含んではいるが本質的には薩長等雄藩の武士団を中心としたクーデターと見るのが妥当であろう。クーデターの指導者達は維新によって政府の要路者となり、啓蒙的専制の立場をとり、上からの指導によってわが国の近代化に全力を傾けた。ことに経済に関しては、地租改正と紙幣整理という苛烈な手段による資本の本源的蓄積を行い、他方殖産興業政策を遂行することによって、わが国の資本主義が、ようやく正常な発展の軌道にのりかけた。これがこの時代の経済情勢である。この時代には国政の全般に汎って強力な指導が行われたので、私法全体として経済の実態に先行しかつ暫定的である傾向があり、また法形式がまだ整わないので法と政治との区別がかならずしも明瞭ではなかった。

専売略規則はこの時代の初期に当る明治4年に布告されたのでその先行性と暫定性が著しく、これに対し、専売特許条例は、この時期の終期の明治18年に成立

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

したので、先行に失せず、わりに当時の経済的実態を反映するものであった。

(2) 「産業資本の形成」時代

この時期は中松氏のいわゆる適応時代に該当するもので大体明治19年から明治30—32年前後の10年余の期間である。経済史的には軽工業を中心としてわが国の産業資本が形成されて一応確立するに至った時期である。明治19年は経済的にも一時期を劃した年であった。すなわち資本の本源的蓄積の手段として明治の初期に始った地租改正は14年に終り、明治14年に始った紙幣整理は18年に終了し、維新以来無秩序なインフレーションに悩まされていたわが国経済は、19年に至ってはじめて新しい第一歩を踏み出すことになった。都市工業は急激な発展をして産業資本の形成に向って行った。23年には、わが国最初の資本主義的恐慌が起ったが、これによって経済界は却って整備された。つづいて起った日清戦争（明治27—8年）はわが国産業資本の形成に決定的条件を与え、30—2年頃にはほぼ産業資本が確立され、日本もようやく近代資本主義国家の列に近付くようになった。

経済の発達にともない政治、法制も近代化して行った。前期の末の明治18年には内閣官制がとられて太政官々制は終ったが、この期に入って間もなく、明治22年には憲法が發布され、23年には第1回国会が開かれるに至った。さらに32年には条約改正が実現して日本ははじめて名実ともに完全な独立国家となった。

明治21年の「特許条例」はこの時期の初期のものであるから過渡的色彩が残り、32年の「特許法」は産業資本のほぼ確立した頃のものであるからそれを反映して近代法の要件を具備していることは、けだし、当然といえよう。

(3) なおその後は「産業資本の展開」時代、つづいて「独占資本の形成」時代が来た。前者はいわゆる覚醒時代に該当するもので、その末期に当る明治42年には特許法の改正があり、後者の時代には、大正10年の改正が行われた。これらの諸法も夫々の経済発展段階を反映するものであった。

参考文献 楫西光進ほか3氏著「日本資本主義の成立」
同 「日本資本主義の発展」

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

高橋亀吉著「日本近代経済発達史」第3第5章、明治における工業の発達
大江志乃夫著「日本の産業革命」

第3章 「資本の本源的蓄積」時代における法秩制

第1節 明治政府の殖産興業政策

「資本主義社会を前提とした法制度すなわち近代法は、市民革命をとおして形成されてきた市民法（bürgerliches hecht, droit de bourgeoisie droit de citoyen）として捉えられるのが一般である。封建社会の中で次第に形成されてきたさまざまな形の工業生活者——小規模な商品生産者がどのような地位におかれていたかということが前提とされなければならぬ。

一方において伝統的に定着していたさまざまな身分的な制度の下に組み込まれ、経済外的な制度の下におかれると同時に、他面では、封建的な権力者と密着した商業資本、とり分け独占的な力をもつ商業資本による支配下に組み込まれていたのが、新興工業生産者であったということができる。この新興工業生産者——小商品生産者——が、封建的な権力および独占的な商業資本による経済的、経済外的な支配を排除して、経済的な活動の自由を確保すべく推し進めたのが市民革命にほかならず、市民革命は、この意味で、封建社会において強制されていた不自由を、とり分け、経済活動に関して除去することを狙いとするものであるということができる。……このような性格をもつ市民革命の行われた時期、また表れ方に差異があり、場合によっては、市民の形成が見られないまま、上からの改革によって、衣替えが行われたと考えられる場合——日本もそれに含まれよう——もある。」^{註1}

クーデターによって成立した維新政府は、啓蒙的専制の立場をとり「上からの産業育成」によって生産様式の発達を計った^{註2}。これが「殖産興業政策」であり、「資本の本源的蓄積」はそのために強行されたものである。前者は目的であり、後者は手段であったが、同時並行的に行われた。

明治2年の藩籍奉還、4年の廃藩置県によって中央集権的形式を整えた政府が、その発足にあたって、まづ第一に為すべきことは資本制生産様式の確立であった。そこで、それを拒むところの従来の封建的束縛を次々にとり除いて行った。（例

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

えば関所の廃止((明治2年)),株仲間の廃止((明治1—5年))。華士族および農民の商業を営む自由((明治4—5年)),田畑永代売買の解禁((明治5年)),等々)。殖産興業政策は政府の当面の急務であったので維新後早くも着手され、廃藩置県後軌道に乗った。政府は自ら多くの工場、鉱山、農場を官営し、進歩した西洋の生産技術を導入し、新式の経営管理を行って、民間の企業の範を示し、巨額の出費をして民間産業の生育と発展を助成し、これに伴って民間資本を育成することが政府の主要な関心事であり、それは借入金と不換紙幣の発行によって行われた。産業育成のために国がかくも強力な指導、干渉、保護を加えたのは例がないといわれ、ここに明治政府の啓蒙的専制主義の性格が表れていた。

他方「殖産興業」のための手段となった「本源的蓄積」政策にはまづ地租改正がある。それは明治5年に始まり14年に至って完成した(したがって厳密には専売略規則は、本源的蓄積以前のものともいいうるが、本源的蓄積は殖産興業政策と一体的併行的に行われたという意味では本源的蓄積時代の法というべきであろう)。そのねらいは従来現物納で各地区の制度によっていた貢納を、財政近代化の要求から、土地収益を基準とする地価に賦税する金納地租に改めようとするもので土地制度上の大改革であった。それは農民経済に貨幣経済を強く滲透させて農民層の分解をもたらし、また入会山野など村民共有地の官地編入による侵奪を行い、本源的蓄積の強力な手段となった。

さらに明治14年末に大蔵卿となった松方正義は、異常な決意で紙幣整理に着手した。それは維新以来の正貨の流出、貿易の逆調、ことに西南戦争(明治10年)による財政支出の増大等によって不換紙幣の大量発行となり、インフレーションが深刻化して憂うべき事態を来していたためである。彼の意図は租税の増収と歳出の均衡という超均衡財政を強行し、元資を蓄積して不換紙幣を消却し、中央銀行を設立して兌換制度を樹立しようとするものであった。この過程で国民は未曾有の深刻なデフレーションにあえいだ。地租が改正されて金納化されたので、農民は米価変動によって深刻な打撃をうけ高利貸の土地収奪をもたらしたが、農村の破局化にしたがい都市商工業も不況に苦しみ、階級分化が進行した。

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

「殖産興業」政策は紙幣整理と同時に転換した。すなわち、明治14年11月に「工場払下概則」を定め、官業の大部分がきわめて限られた政商に、しかも殆んど無償に近い価格で払い下げられた。

紙幣整理は多くの犠牲者を出しつつ強行されたが明治15年には日本銀行が設立され、18年にはわが国最初の兌換銀行券が発行された。「本源的蓄積」の時代はこの頃で終り、その後19年には紙幣整理が完了し、銀本位も樹立されて「産業資本の形成」時代に入るのである。

参考文献 梶西光速ほか3氏 「日本資本主義の成立」第2巻第3章
大江志乃夫 「日本の産業革命」

- 註 1. 正田 彬 「法と経済社会」8—9頁（NHK市民大学講座）
2. 大来佐武郎 「先進国の条件」66頁

第2節 法秩序における3態様

封建社会の古い生産様式から新しい生産様式に移行したのが「本源的蓄積」時代であり、移行に際して私法は大きな変化と混乱を生じた。しかし、私法の変化は、一般的、均一的に生じたのではなく（1）農事法、において最も緩慢であり、（2）民事法これにつき、（3）商事法にあっては一般に先行的、かつ暫定的であった。そしてその先端にあったのが特許法であったのである。

（1）農事法

「本源的蓄積」の過程は階級分化をおし進めながら都市と農村を分けて行った。これは資本主義の下では避けえないことであった。しかし都市では「営業の自由」が徹底的に推し進められたのに反し、農村では、明治5年大蔵省達の「草分、水呑、家抱の称」や「旧慣ヲ私法トナス」ことの禁令はほとんど死文に近かったといわれる。

農業は、その性質上停滞的なものであり、他方「殖産興業」政策の直接の対象でははかった。したがって地租改正に関する土地改革があり、それが本源的蓄積の手段とされたのは事実であるが、それは地租改正の目的に限られたから土地の

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

解放と言っても単にその所有権の移転が認められたに止まり、所有権の内容、機能は従来通り何の改革もなかった。かくて農村土地の生産面における法的秩序は依然として封建的なものが支配し、事実上、土地解放はなされなかったのである。

(2) 民事法

維新当初、数々の解放法令により、たしかに人間の解放はなされた。しかしその後はいくつかの断片的な単行法令が時随制定されただけである。この時代における一般民事法は、成文法としてはきわめて貧困であり、体系として整備されず啓蒙の専制主義もここでは余り発揮されなかった。けだし殖産興業政策は明治政府が当面していた問題で、これを強力に推進する必要がある、その法的規制も当然要求される。これに対し民事法制は、直接その様な関連をもたないからである。また他方において近代的・体系的な本格的民商法典の編さんが長期計画として進行していたが、実現するに至らず、急を要するものは、単行法で糊塗したのである。

(3) 商事法

維新政府は、後進国日本における資本主義の発達のために全力を傾け、立法によって殖産興業政策を推進しようとした。その代表的なものは会社制度、手形制度の商事法制である。西欧の近代的諸制度は政府の手により輸入され普及された。しかし、これらも、手形法を除いては、ほとんど成文化するに至らず、商事法制の実態は不完全そのものであった。

もともと西欧諸国では前期的資本の集積の形態として会社の方式が確立し、それがブルジョア革命のために偉大な力を発揮したのであったが、その発展の過程は、わが国では、まさにさかさまになっているのである。本源的蓄積時代には継承さるべき固有の発展は何もなく、ただ開明的な専制主義の政府が積極的に人民に会社企業を教育啓蒙し、実現を強要したが臆病なわが国の前期的資本（商人・高利貸等）はすこぶる消極的であった。

これに対し手形はわが国にも慣習があり、これを基にし新に裏書の制度をも加えて明治15年に手形条例が発布された。しかし当時の官民は大いにその流通に努

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

力したにも拘らずその実績は上らなかった。それには、明治16、7年は松方デフレーションの時代であったという理由もあるが、根本的にはわが国取引界の現実がまだ近代化されるに至っておらず、したがって裏書譲渡という近代手形行為を必要とする段階に達していなかったからである。

参考文献 福島正夫「財産法」(頸草書房, 日本近代法発達史1巻)

同 「日本資本主義の発達と私法」(法律時報, 25巻, 2号 3—65頁)

第4章 本源的蓄積時代の特許制度

序

クーデターによって急激に近代国家の仲間入りをしたわが国に継承さるべき特許制度の何物もなかったことは会社等の他の商事諸制度と変るところはない。政府は殖産興業政策の一環として発明を重要視し、きわめて先行的な特許制度を創設した。しかし本源的蓄積時代の当初に成立した専売略規則は失敗し、その後期すなわち産業資本形成がいささか現れ初めた時機に成立した専売特許条例はその定着に成功した。

第1款 当時の社会経済的状态

明治政府は、維新の直後、明治元年4月12日に「機械を製造し人工を省略するなど国家の有益を計るものは忌憚なく建言せよ」との布告を発しており、ここに殖産興業の一環として特許行政を重視した消息が示されている。^註 それに続き4年4月には専売略規則が布告された。

明治4年4月といえば同年7月に行われた廃藩置県の前ではあるが、すでに明治2年6月の版籍奉還をへて、この頃になると明治維新を推進してきた指導者達が、新しい中央集権的政府の下で急速に近代的官僚へと脱皮し、開明的政策の実現のために努力していた頃である。財政経済面では明治2年5月に大隈重信が政府の財政を担当したが、資本の本源的蓄積の線に沿いつつ、積極的な殖産興業政

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

策が推進されることとなり、とくに明治3年閏10月に開設された工部省が官営事業をつかさどることとなった。4年から5年にかけては製鉄、紡績等の官営企業も発足し、本格的な殖産興業政策の具体化が始まろうとしていた。他方、法律制度の面では江藤新平が明治3年2月以来、制度局において、法制整備、とくに民法の編集に努力し、3年12月には新律綱領が頒布され、また4年4月には戸籍法が太政官布告として発布されるなど、新政府は法制整備にも意欲的であった。

しかし、技術的な面ではいわゆる「混沌」時代の初期に当り、見るべき新工夫、新発明に乏しかった。もともとわが国に自然科学を基礎とし、機械制生産を特徴とする近代的技術がはじまったのは、幕末に西洋諸国に対抗できる軍事力を具えようとして、幕府と一部の雄藩が西洋式の軍事工業を輸入したのにはじまる。また薩摩藩等では1851年(嘉永3年)頃からガラス、陶磁器、紙、胡粉、油等の製造について、藩営マニュファクチュアを設けた例もあるが、明治新政府が成立してから政府は国の富強を実現するために工部省を設置して近代産業移植の中心機構とし、軍事産業の移植を推進した。このように明治4年前後の時期は、政府の技術移植もようやく本格化してくる頃であった。

このような時代環境にあって西洋での特許制度に関する知識を普及し、当時の世人に大きな影響を与えたと思われる第1人者は福沢諭吉であろう。彼は幕末再度の洋行から帰朝するや、早くも慶応3年には「海外事情外篇」3巻を著したが、その中「私有ノ本ヲ論ス」なる章において、「世ニ新発明ノ事実アレハ之ニ由テ人間ノ洪益ヲ成スコト拳テ云フ可カラズ云々」と述べわが国における発明に関する近代的思想の先駆をなし、ついで慶応4年には諭吉と同学の神田孝平、渡部一郎等の先覚者も新聞、書籍により西洋における発明事情を紹介するとともに、わが国における発明思想の必要を鼓吹した。当時の新聞も、西洋の事情を知ろうとする官民の要望に応え、競って海外記事の取材に努め、当時の知識層における近代的思想の涵養に資した。このようにして近代的発明に対する理解も深まり、やがて「専売略規則」の発布になったものと思われる。

参考資料 通産省編「商工政策史、14巻、特許」(第2篇、法制史)

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

特許庁編「特許制度70年史」(第2篇, 法制史)

註 通産省 「商工行政史」上巻 136—137頁

第2款 専売略規則の内容

専売略規則は啓蒙的専制の立場にある政府が殖産興業政策の一環として、わが国の発明を助長発達せしめる意図をもって発布されたものであるから、一面権力的であるとともに他面当時の実情に沿うよう、細かい配慮がなされている。

それは本文と別紙の19カ条から成り立っている。

(1) まづ本文で「何品ニ寄ラス新發明致候者ハ爾來専売御差許相成候間府藩県管下ニ於テ願人有之節ハ別紙規則ニ照準シ当分ノ内民部省ヘ可伺出事」と宣べている。

「爾來専売御差許相成候」とは「新發明」に関する従來の封建的拘束がとり払われたことであり、新時代の到来を告げたものである。「願人」すなわち出願者については「府藩県管下ニ於」ける者に限り、外国人を予想していないがこれは当時の実状として当然のことであろう(横浜等外国人居留地における特許関係は治外法権に属していた。拙書「条約改正と明治32年特許法の成立」中央学院大学論叢第8巻第2号140頁)

「当分の内」とは、この法の暫定法であることを意味する。本源的蓄積時代の法は暫定的である特徴を有つが、商事法の一としての本規則もこの特徴をもっているのである。

(2) 権利の実体につき別紙においてまづ「是迄御国内ニ未タ開ケサル新發明及有來リノ器物トイヘトモ別ニ工夫ヲ為シ一層世用ノ便利ヲ為スノハ年限ヲ以官許ヲ与フヘシ」と述べている。「官許ヲ与フ」とは特許権が恩恵主義に基いて「与えられる」こと意味するが、他方与えられるべきものは単に「新發明」に限らず「有來リノ器物トイヘトモ別ニ工夫ヲ為シ一層世用ノ便利ヲ為スモノ」すなわち「利用發明」をも含めており、ここにも發明奨励の政府の意図が表れている。

官許の期間については「發明ノ次第ニ寄り」15年、10年、3年の3号級に分けているが、「年限中損失償ヒ兼候節ハ必要闕クヘカラサル品柄篤ト取調ノ上延期

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

聞届クヘシ」として期間の延長を認め発明者の立場を考慮している。

官許の効力については「官許相成候者八年限中我名前ニテ所々へ出店ヲ設ケ或ハ他人へ発明ノ品ヲ伝授スルコト苦シカラス」と規定している。

「税銀」すなわち特許料については1年間金5両としているが、「発明ノ品柄」によってはその増減を認るほか、とくに「売試」の制度を設けて6カ月以内は税銀を納めなくてもよく、また6カ月以内ならば売行がよくないとの理由で「御免願」を提出して官許を辞退することもできるとしている。

「共同発明」については「数人心ヲ合セ発明シタル品ハ官許状ヲ与フルニ各通ニ相渡サス社中連名ニ認メ下ケ渡スヘシ」とされ、官許の権利につき、その譲渡、権利者の死亡した場合には「身寄りノ者」が譲受けてもよいとされている。

(3) 手続に関しては、明細書の制度をとり、出願は「明細書図面等相添其管轄地方官」へ願ひ出るものとし、中央集権の立前から地方官からさらに民部省へ差し出して免許が行われるとしている。図面、願書には発明者および証拠人が調印すべきこと等の手続も規定されており、さらに「民部省へ差出候願書ハ都テ著倒ノ順序ヲ以テ前後ヲ分ツヘシ」として先願主義を採用している。

審査について、「世上有益ノ品ニテ某ノ発明ニ相連ナク現ニ其本人存在スト雖モ既ニ世間ニ年久シク流布スル分ハ官許ヲ与フヘカラス」として、発明の新規性を掲げている。

なお官許は「民部省ヨリ免許状相渡候ハハ其地方官ニ於テ本人並証人へ請書文為差出候上相渡スヘシ」とし、官許がされた場合には「何管轄所何国何郡何町何町村誰何品新発明ニ付専売免許相成候趣」をそのたび民部省から布告することとしている。

このほか、官許されたものについては、官許の文字および発明者の氏名を必らず発明品に記入して売出すことを義務づけ、発明者の氏名を偽り、官許されない品物を官許であると偽った者には過料を課すことを規定している。

この専売略規則は、その内容からみて1847年のフランス特許法を範として作成したものといわれる。しかし母法であるフランス特許法が権利主義を基礎とする

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

のに反し、専売略規則は恩恵主義を採用している。けだし、両者のちがいはフランス法は天賦人權の思想の上に成り立っているのに対し、わが国では上からの指導育成によって発明の進歩を促そうとしたところにある。そしてわが特許法が、権利主義をとるに至ったのは17年たった明治21年の専売条例からであり、外国人にも特許権を認めたのははるか28年経った32年特許法からであった。

しかし規定の欠陥、体裁不備は本源的蓄積時代の法にとって避け難いものである。専売略規則成立の意義は「法に従って発明に独占権を与えることによってこれを保護する」という近代特許法の原則を宣明したところにあると考える。

参考資料 通産省編「商工行政史，14巻，特許」（第2篇 法制史）
特許庁編「特許制度70年史」（第2篇 法制史）

第3款 専売略規則の廃止

明治政府における殖産興業政策の一翼とし、また近代法制の一環として明治4年4月に成立した専売略規則は、早くも翌5年3月29日には太政官布告第105号をもって、「新発明品専売免許ノ儀昨年月及布告置候処御詮議ノ次第有之当分被廃止候」として「効力の停止」という意味で「当分」の間廃止されることとなった。なお例外として「尚御取調ノ上追テ被仰出候品も可有之事」とし、将来の措置については「但向後諸物品新発明致シ候者有之候ハハ其管轄地方官ニテ発明品及其工夫ノ手続等詳細取調書ヲ以テ工部省へ可届事」として、発明品であっても専売免許とは関係がないものとした。^{註1}

要するに専売略規則は原則的に効力停止となったのであるが、その理由は布告の文面からは明ではない。しかし、明治14年から特許制度の創設に尽した高橋是清は

「だいいち新発明であるから特許して呉れろと言ってみた所が、果してそれが新発明であるや否やと云うことを吟味するのが甚だ困難である。またそれを十分吟味することになると少くも50人ぐらいの外国人を雇わなければならぬ。また当時は50人ぐらいの外国人を雇うと、悉くそれに通弁通訳官をつけねばなら

わが国における近代特許法の形成とその経済的背景

ぬからなかなか莫大の経費を要する。それならどの位の発明があるかと云うと、其時分よく例に出ましたのは人力車くらいのものでありました。」

と述べている。註²

当時は本源的蓄積時代の初期であり西洋の新技術の移植がはじまった頃で、この新しい技術体系の中から有用な発明を生み出すまでには到達しておらず、まさに「混沌」としていた。結局専売略規則の目指すところと、その基盤たるべき技術・経済の実状との間の距離があまりに大きすぎたからであると思われる。

参考資料 同前

- 註 1. 高橋是清「特許局の思い出」(「発明」昭9年10月号)
2. 同上 「我国特許制度の起因」(工業所有権雑誌第32号)