

未公表の知的財産を対象とする信託

-技術上の営業秘密を中心として-

弁理士 鈴木 健治

はじめに

秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものは、不正競争防止法上保護され得る営業秘密となる（不正競争防止法第2条第4項）。この営業秘密は、知的財産ではあるが、営業秘密を秘密管理する主体は、営業秘密の使用を支配する「権利」を有さず、知的財産権ではないと理解されている。不正競争防止法は、あくまで、不法行為法の延長で事実状態を保護するものである¹。なお、知的財産基本法は、知的財産に関して法律上保護される利益に係る権利を「知的財産権」と定義するが（同法第3条第2項）、知的財産基本法は、不正競争防止法上の利益について移転可能な権利を創設するものではない²。

新信託法は、信託の対象を財産権から財産へと改正し、権利に限定されないこととなった（新信託法第3条）。このため、知的財産権を発生させないものの知的財産である営業秘密が、財産として、信託の対象となり得るとの解釈も論ぜられるかも知れない。

しかしながら、信託の本質論の重要性³、特に、信託財産の独立性（倒産隔離機能）には財産の実質的移転が必要であるという解釈⁴が変更されたとも考えられず、従って、営業秘密を直接に信託することは困難である。なお、営業秘密の使用を目的とするライセンス契約が存在する場合には、その金銭債権について信託することは可能である⁵。

不正競争防止法上保護される営業秘密やこれを支配する地位は、特許権や特許を受ける権利とは異なり、事業と切り離して移転することができない。特に、移転について第三者対抗を得ることは難しい。そして、信託によりその倒産隔離機能を発揮させるには、財産（権）の実質的移転が必要である。

また、営業秘密は公開することができず、従って、公示を必要とする登録制度になじまない。本論考では、営業秘密の信託可能性について検討し、続いて、登録制度のない知的財産についての議論へと一般化し、未公表の知的財産という枠組みで、今後の法制度のあり方を展望する。

1. 知的財産権及び営業秘密の性質

(1) 知的財産法

特許法、実用新案法、意匠法、商標法、著作権法や不正競争防止法は、他人の情報の不当な利用を排除し、情報の財産的価値を守る点で共通する（中山信弘『工業所有権法上 特許法第2版増補版・(2000)有斐閣 [以下、中山特許法(2000)] 第5頁』）。発明である技術的思想は情報であり、また、標識も情報である。技術の効用は、有用な製品の作り方に関

する情報であることに求められ、標識の効用はその標識に顧客の信用が化体していることに求められる。

他人の模倣を禁止することのみであれば、特許法や商標法は必要なく、不法行為法及び不正競争防止法による損害賠償請求権と差止請求権とを中心とした制度となったであろう。しかし、上掲中山特許法(2000)第7頁は、「時代の発展とともに、情報を資産化したいという要求が強まってくる。具体的には情報について所有権類似の権利を付与することになる。…その結果、譲渡・ライセンス・担保権設定等が可能となり、自らが情報を独占的に利用するだけでなく、資産化した情報を用いて利益を得たり、技術の移転を促進するという作用も果たすことになる」とする⁶。

例えば、不正競争防止法による差止請求権や損害賠償請求権は、事業と分離して移転することはできない⁷。一方、特許権は、特許法により権利として構成されており、技術的思想である情報が資産化され財産権となり、事業と分離した移転や実施許諾が可能である。

このように、情報を法的に保護するに際して、特許法が権利付与の構成を採用したことは、技術情報を独立した財産権として取引の対象とすることを促し、これをもって、特許法は、技術情報の創作という精神活動及び必要な投資へのインセンティブとされていると考えられる。

商標法についても、時代の要請とともに使用許諾や事業と分離した商標権の譲渡を可能とし、その要件を緩和した規律へと推移した。

また、技術情報や標識という情報を法的に保護するに際して、特許法や商標法が、権利付与の構成を採用することは、歴史的経緯であり、国際的にも調和したものとなっている(TRIPS協定第16条、第21条、27条、28条、商標法条約11条)。

(2) 特許権の性質

特許権の効力は、特許発明を独占的・排他的に業として実施することである(特許法第68)。特許発明は、特許を受けている技術的思想という情報であり(特許法第2条第2項)、特許を受けた発明の多くは、有利な効果の存在によって進歩性(特許法第29条第2項)の存在が推定されたものである。「発明の効果」は、出願時の技術水準が奏する効果と比較して、その発明が奏する有利な効果である。発明を製品の作り方という情報として捉えるならば、その作り方によって得ることのできる利点である。例えば、その特許発明に係る製品が、販売上の工夫ではなく技術的差異により、競合他社の製品よりも高値で販売でき、または、シェアが大きい際には、その「理由(製品市場における優位性)」が発明の効果である。この「理由の存在」は、逆に、発明の進歩性を推認するために役立つ「商業的成功⁸」ともなる。

「特許発明」は、競争市場に参加する事業にとって重要な情報であり、より良い製品を生み出すことに役立ち、競争市場における製品の優位性の確保に役立つものである。

それでは、特許法は、いかにして独占的・排他的な効力を特許権者に与えているのだら

うか。まず、情報と、その情報を利用した有体物とを明確に峻別しなければならない。「有体物」は、知的財産権法上、物（特許法第2条第3項）、プログラム（特許法第2条第3項第1号）、物品（実用新案法第2条第3項、意匠法第2条第1項）、商品、サービスに係る物（商標法第2条第3項）等である。

特許法第100条は、特許権者は、特許権の侵害者に対して、侵害の行為を組成した物の破棄を請求することができる旨を規定する。これにより、特許発明という情報の実施の排他性を侵害行為から回復するのである。権利行使の対象は「物」であって、情報そのものではない。特許法上の効力は特許発明に係る物の生産、使用、譲渡等に及ぶ一方、その特許発明に関連する思索等の精神活動には及ばない。既存の特許発明という情報から刺激を受けて、別途の発明をする精神的活動に対しては、なんら法的効力はない。

また、特許法第68条は、特許法の効力を、「業として」の実施に限定している。これは、個人的家庭的実施には及ばないことを意味する他、特許権に関係する法律関係においては、事業の専門家のみが関与するという前提を法的に与えているものと解される。

例えば、特許法第103条は、他人の特許権を侵害した者は、その侵害の行為について過失があったものと推定する旨規定し、この推定規定は、特許公報発行後について覆された事例はほとんどない⁹。この過失の推定規定は、特許発明の内容が公示され、特許権の効力が業としての実施に限られていることに根拠をもつ。

また、特許権の移転は、登録が効力発生要件であり（特98条第1項第1号）、当事者間の譲渡の合意では足りない。登録を効力発生要件としたのは、取引の安全に配慮したものであるが、効力発生要件としても、特許権の効力がそもそも業としての実施に限られており、取引に関与する者が専門家であることから、懸念なしと考えられている¹⁰。

損害額の推定規定や、刑事罰についても、特許権の効力が「業として」であることを背景にしていると考えられる。

このように、特許権者は、特許発明を業として独占的・排他的に実施する権利を有する者であるが、これは、特許発明という技術情報を業として独占的に使用することができることを意味するのみで、特許発明に係る製品をすべからず独占的に製造販売できることを意味しない。すなわち、その特許発明に係る物が、他の特許権の技術的範囲にも含まれるのであれば、特許権者は、他の特許権について許諾を得なければその製品を製造販売することはできない。この点に着目し、特許権は排他権であるとする整理がある。なお、商標権については、専用権の範囲が重なり合ったとしてもその使用は確保される。

特許権は排他権であるとの整理も重要であるが、法解釈上、特許権には特許発明という有用な技術情報を独占的に実施する権利があるとの整理もまた必要である。例えば、特許権を目的とする質権が設定された後、質権設定者（特許権者）と質権者のいずれに実施権能を認めるかという論点につき、特許法は、産業政策的観点から、第95条にて、質権者は、契約で別段の定めをした場合を除き、特許発明の実施をすることができない、と規定した。従って、特許権者は、質権設定後も、実施権能を持ち、このため、通常実施権の許

諾をすることができると解される。

(3) 特許を受ける権利の性質

特許を受ける権利は、財産権、人格権及び行政上の請求権を兼ね備えた権利である。発明者名誉権（特許法第36条第1項第2号、工業所有権に関するパリ条約第4条の3）は一身専属的な人格権であり、移転することができない。行政上の請求権は、特許庁に対して特許査定及び登録という行政処分を請求する権利であり、この行政上の請求権のみを財産権から切り離して移転することはできないと解される。そして、財産権としての価値を吟味すると、特許権を得る可能性の程度に応じてその財産的価値が評価されるものであるから、特許を受ける権利の財産的価値は行政上の請求権であることに支えられている。

特許を受ける権利の移転については、出願前については、当事者間の合意のみで移転できるものの、移転についての第三者対抗を移転の合意時点に得ることはできない。第三者対抗を得るには、特許出願が必要である（特許法第34条第1項）。出願後については、特許庁への届出が効力発生要件である（特許法第34条4項）。また、残念ながら、現行特許法では、出願後・公開後であっても、特許を受ける権利については質権の目的とすることができない（特許法第33条2項）。

また、特許を受ける権利の段階では、その発明について事実上実施することができるが、他人による発明の実施を制限し得る法的効力を有するものではない。ライセンス（特許権発生後の通常実施権の設定）を排他的権利についての不作為請求権と構成するアナロジーでは、特許を受ける権利についてのライセンスは観念できないこととなる¹¹。ノウハウや営業秘密についてのライセンスのアナロジーでは、当事者間の契約の問題となる¹²。

このように、技術情報の資産化としてみると、特許を受ける権利、特に、出願前の状態では、第三者対抗を得ることができず、資金調達の裏付けとすることが極めて困難である。出願後についても、質権の目的とできず、譲渡担保しかない。譲渡担保は、質権と比較すると、第1に、特許庁に対する手続の遂行者が譲渡担保権者となってしまう点、第2に、第二質権の設定に相当する契約が不能となる点、第3に、処分の際して債権額を上回る換価がなされた際の取扱いに不確実性がある点で異なる。

そして、一般に、2社以上の共同出資等による共同研究開発では、発明の完成前に、特許を受ける権利の帰属に関する契約を取り決めておくことが推奨されているのも¹³、特許を受ける権利の帰属や特定の困難性によるものと考えられる。

(4) 商標権の性質

商標権の本質をその機能から理解するアプローチがある。商標の重要な機能は、出所表示機能と、品質保証機能とである。時代の流れは、出所表示機能の重視から品質保証機能の重視への移行であった。

すなわち、旧商標法（大正10年法）は、商標権の譲渡をその営業とともにする場合に

限り、使用許諾制度を認めていない等の理由から、商標は自ら使用をする意思がなければならぬといえるが、現行法（昭和34年法）は、商標権の自由譲渡と使用許諾とを認めため、旧法と同様には考えられない。この点、特許庁編『工業所有権法逐条解説第16版』（2001）発明協会〔以下、逐条解説（2001）〕は、商標法第3条の解説で、「当初から自ら使用をするものでないものに排他独占的な権利を設定するのは妥当でない反面、いったん権利が設定された以上はその処分は1つの私的財産権として私的自治に委せた方がよい」との見地から、商標登録は、「自己の業務に使用をする商標」に限っている。

そして、逐条解説（2001）商標法第3条では、商標の本質的機能は、自他商品・自他役務の識別力あるいは出所表示機能であり、これを商標の「一般的普遍的適格性」とする。現商標法第24条は、商標権の移転について規定するところ、逐条解説（2001）商標法第24条は、「商標権はその初めには人格権的性質が濃く、その営業と固く結びついていた。また、商標権を営業と分離して移転することを認めると商品の出所の混同を生ずるおそれがあるし、品質保持について保証がないということで自由譲渡を認めなかった。しかし、その後次第に財産権としての地位の強化の傾向が一般的となり、経済界においても、商標に化体された信用そのものに財産的価値を認め、営業と離れての譲渡を認めるべきだという要請が極めて強く、実体的には自由譲渡が行われていたといわれる。また、出所の混同についても、一般消費者は品質についての保証があれば出所のいかんは問わないであろう。これによって、商標権の自由譲渡が認められ質権の対象ともなることになった」とする。

とはいえ、現行法第24条は、その旧3項（1996年改正前）にて商標権の譲り受けに際しては日刊新聞紙への公告をし、旧4項にて商標権の移転登録はその公告後30日経過後でなければならないとしていた。この移転時の公告等の要請は、商標法条約11条に従って廃止され、一方、類似範囲の分離移転については商標法第52条の2の取消審判により手当され、移転当事者間においても混同防止請求が可能となった（商標法第24条の4）。また、現在、営業と分離した商標権の移転は、TRIPS協定第21条の要請でもある。

使用許諾についても、逐条解説（2001）商標法30条は、「使用許諾により出所の混同が生ずることもあるだろうが、品質についての誤認が生じなければ問題は無いだろうということが、使用許諾制度の前提となっているのである」とする。そして、通常使用権者等による使用により品質等の誤認が生ずれば、商標権自体を取り消すという商標法第53条の取消審判制度により弊害防止が手当されている。そして、この使用許諾の登録手続については、さらなる国際的調和が図られている（例えば、シンガポール条約）。

このように、商標法は、その移転及び担保物権についての規律と、一定の弊害防止のための規律とを有する。特に、出所表示機能という人格的要素の強い権利から、財産権としての性格をより強くする改正の過程で、商標の品質保証機能への配慮がなされている。

特に、使用許諾に際しては、商標権者は、使用権者の商品・役務が一定の品質等を保持することに相当な注意を行うであろう、と理解されている。

(5) 営業秘密の性質

上述のように、特許法は、技術の資産化という趣旨の下で、特許権という権利を創設し、事業と分離した移転、使用許諾及び担保物権の設定を可能としている。意匠法も様々な独自の手当の下で、同様にインダストリアル・デザインの資産化を図るものと評価し得る。そして、商標法についても、上述のように、商標権の移転（担保物権）や使用許諾についての制度を導入した。

それでは、不正競争防止法上保護される地位は、資産化できるのだろうか。

民法709条は、故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負うと規定する。不正競争防止法はこの不法行為の延長線上に位置づけられる。そして、不正競争防止法第3条は、差止請求権について規定する。すなわち、不正競争（不正競争防止法第2条）によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれのある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。不正競争防止法第3条第2項は、特許法100条2項と同様に、侵害の行為を組成した物の破棄等の請求権を規定する。損害賠償については、不正競争防止法第5条が損害額の推定等について規定し、不正競争による損害について、単位数量当たりの利益の額×譲渡数量から出発する計算規定が規定されている。

次に、この不正競争防止法の差止請求権や損害賠償請求権は移転できるか否かを検討する。

田村善之『不正競争法概説第2版』（2003）有斐閣〔以下、田村不競法（2003）〕第195頁から199頁は、「不正競争防止法第2条第1項第1号〔商品等主体混同行為〕の請求権を行使しうる地位の移転について、その表示が識別している主体がいった誰なのかということが知られている必要はなく、表示が識別している信用の主体が問題なのであり、営業を譲り受けた結果、信用の主体に変化はなく、譲受人の表示に周知性があり請求を認めることはできる」とする。需要者が「何人かの」商品・役務であることを想起できれば足り、その「何人か」の固有名の想起は必要ないと理解できる。しかし、営業譲渡と分離して周知表示を譲渡することで周知表示の承継なるものを認める見解に対して、「対抗要件等の法規制がないところ二重譲渡の規律がなされず、保護すべき信用は営業譲渡を受けた者の表示であるから「周知表示の承継」を直ちに認めるのは困難」とし、「不正競争防止法は事実として混同が存在する場合にその差止めを認める法制度となっており、表示の周知性とはまさに事実状態であるから、この事実状態を契約のみで移転することはできない」とする。

そして、上掲田村不正競争（2003）、第198頁から199頁は、「他方で、商標法においては、登録制度が敷かれている。商標権の移転においては登録の移転が効力発生要件とされており、商標権が譲渡された場合の法律関係を円滑に処理する法制ができています。従って、事実状態とは別個に何らかの権利の移転をしたいのであれば、登録をして商標法に身を委ね

ることを法は予定している」と断言する。

上掲田村不正競争(2003)第319頁は、商品の形態のデッド・コピーについても、「不正競争防止法は、対抗要件その他の規定を置いておらず、差止めを請求しうる地位の譲渡を予定していないのであって、その点についての改正がないかぎりには、不正競争防止法の差止めを請求しうる地位というものを移転できない。」とする。続いて、第367頁から368頁は、営業秘密不正利用行為について、「差止請求及び損害賠償請求をなしうる地位は、不正利用の対象となる営業秘密の管理をなしている者と解される。この点、営業秘密を保護する趣旨は、秘密にしているという価値を保護するべきというところにあり、情報自体の価値は究極の保護の対象ではないと理解されている。」

また、注1の中山譲渡可能性(1992)第44頁は、営業秘密についても基本的には同じことが言えようとしつつ、一般論として、不正競争防止法により保護される法益あるいは地位の譲渡可能性を否定する。一方、営業譲渡と共にあるいは一環としてなされた場合にまで、その譲渡の効果を否定することはあまりに不当な結果となる、と整理する(同49頁)。

そして、不正競争防止法上保護される地位の譲渡可能性は明確に否定されるべきであり、これは対抗要件や効力発生要件等の立法の問題であり、一方、保護の主体の範囲(訴権)の問題は解釈論であると整理なされている。

このように、営業秘密に関する地位の譲渡可能性については、営業と分離した移転についての効力発生や第三者対抗についての規定を欠く現不正競争防止法では、否定されなければならない。もっとも、秘密管理する主体を越えた訴権が認められるか否かは、解釈の問題であり、たとえば、営業秘密のライセンサーは、ライセンサーが営業秘密を秘密管理する範囲でライセンサーとは別途の訴権を認められることは、事実状態を保護する不正競争防止法の趣旨からして考え得ることと解される。しかし、営業と分離して差止請求権をなす地位が移転されることは考えられない。

(6) 営業秘密の保護要件

訴権については、営業秘密を秘密管理するそれぞれの主体に認められ得る。次に、営業秘密の保護要件を客体に関して確認する。

営業秘密としての保護を受けるためには、秘密管理、有用性、非公知が必要である。

有用性については、技術上又は営業上の情報として、利益との関係での客観的有用性を厳格に吟味することなく、営利企業が秘密管理していることをもって、その秘密管理体制を突破する行為に対する保護を認めるべきと解される。有用性については、特許法における進歩性のような客観的水準による吟味は求められておらず、端的には、非公知で、秘密管理されている以上その管理主体にとって有用なのだろうと認定すべきである。特許権との関係では、秘密管理体制という事実状態が、権利の客観的範囲の外延を定める特許請求の範囲に相当するとも考えられよう。特許権の特許請求の範囲の訂正には厳格な手続が定められているが、秘密管理態勢という事実状態は事業活動に応じて随時に変化する。

営業秘密は公開されると法的保護を得ることができず、また、権利として構成されていないことから、不正競争防止法上その内側に営業秘密等の登録制度を導入することは極めて困難であると考えられる。すなわち、営業秘密に関する財産は、登記又は登録できない財産である。なお、特許を受ける権利についても、現行特許法上登記又は登録することはできない財産権である。

2. 現行信託法における信託財産の独立性

(1) 現行信託法について

信託法の改正がなされたが、倒産隔離効果や信託財産の独立性との関係で、信託の本質論の重要性に変化はなく、このため、まず、現行信託法での議論を確認する。なお、現行信託法は、大正11年4月21日法律第62号、大正12年施行の信託法である。信託法改正により、新しい信託法が制定され、大正11年信託法は公益信託法と改正された。新しい信託法を新信託法という。

(2) 登記又は登録できない財産の現行信託法上の取扱い

営業秘密や、特許を受ける権利は、登記又は登録をすることができず、また、営業秘密や出願前の特許を受ける権利については公示を必要とする登録制度の導入は考えられない。このような財産又は財産権が、現行信託法上どのように扱われるかを検討する。

(3) 信託関係人

信託は、当事者として三者が登場する。信託する財産の原所有者で信託目的を定める委託者と、当該財産を譲り受けて当該信託目的に従い当該信託財産を管理処分し、その利益を受益者に配分する受託者と、委託者が信託の利益を与えようと意図した人たち又はその権利承継人である受益者との三者である。

受益者の有する権利を受益権という。受託者は、信託の本旨に従って受益者のために事務をする義務を負う。委託者は、信託契約を締結する受託者を選考し信託目的及び受益者を特定する局面において強力な役割を果たすが、受託者による事務の開始後は、受託者と受益者との関係や、受託者及び受益者と第三者との関係が信託の中心となる。

信託法の理解として、また信託を活用するか否かの判断基準として、最も重要なのは、「信託財産の独立性」にあると考えられる。信託財産の独立性は、委託者の倒産から信託財産を隔離し、また、受託者の倒産から信託財産を隔離するものである。すなわち、信託財産の管理処分としてなされた受託者の行為による請求権等による他、信託財産と無関係な請求権によって、委託者の債権者や、受託者の債権者が信託財産にかかっていくことができない。この信託財産の独立性は、信託法上特有な効果である。なお、受益者の債権者は、受益権にかかっていくことができると解される。

さて、信託には、いくつかの類型がある。これらの類型毎に、信託財産の独立性の内容

を吟味すべきである。

他益信託： 委託者が受益権を一切有さない。

自益信託： 委託者が受益権の一部又は全部を有し、委託者が受益者を兼ねる。

自己信託（信託宣言）： 委託者が受託者を兼ねる。

目的信託： 受益者が不特定（受益者の定めがない）。

受動信託： 受託者が積極的に信託財産を管理処分すべき権利義務を負わない。

名義信託： 受動信託のうち、特に受益者自身が管理処分を行い受託者に一切の義務がない。

委託者と受託者と受益者とが同一人となる形態は、短期間での若干の例外が想定されるものの、一般にこれは信託とはいえないと解される。

信託を他益信託と自益信託とに区分し、他益信託を一義的に信託のあるべき姿ととらえ、信託法理を探求する解釈は、新井誠教授によるものであり、詳しくは新井誠『信託法第2版』（2005）有斐閣〔以下、新井信託法（2005）〕等を参照されたい。

自己信託は、紆余曲折の上、新信託法によって明文で導入される見込みとなっている（新信託法第3条第1項第3号）。自己信託においても、受託者と受益者とを1年以上兼ねることは想定されておらず（新信託法第163条第1項第1号）、委託者兼受託者と、受益者とが信託当事者となる。

目的信託は、受益者が不特定のものであり、やはり紆余曲折の上、新信託法案にて提案されたが（新信託法第258条等）、一部導入時期未定となっている。

名義信託は、受託者が事実上何らの管理・処分権限を有さない典型的な例では、その信託としての有効性を否認し、信託法の適用を否定すべきだろうとする。上掲新井信託法（2005）第116頁は、「受託者が一切の権利義務を負わないのであれば、受託者への財産の移転自体が否定され、財産権の実質的移転がなく、信託財産の独立性も生じない。従って、信託法上の信託としてはその効力を否定すべきである」とする。

一方、名義信託とはいえない受動信託については、信託財産が委託者の支配から離脱したか否かを判断基準とする。すなわち、新井信託法（2005）第116頁から第117頁は、「信託財産の委託者からの支配離脱があれば、仮に広範な裁量権や積極的な管理諸文献が受益権に与えられていないとしても、財産権の信託的移転の実質に最小限対応した受託者の権利義務が具備されることをもって、狭義の受動信託（名義信託を除く受動信託）の信託性が承認されることになる」とする。

（4）実質的移転と信託財産の独立性

信託財産の独立性という信託法上特有な効果を奏するためには、委託者から受託者への財産の実質的移転が必要であると理解されている。

実質的移転とは、新井信託法（2005）第120頁、第210頁等を参照すると、「信託財産が委託者の支配から離脱し、信託目的にそった受託者の管理処分権及び義務がある」ことをい

う。「委託者からの離脱」は、委託者に、信託の撤回権や元本の返還又は買戻特約がなく、委託者が信託後も信託財産からの受益の内容を支配でき又は享受しうる場合には、「委託者の支配から離脱」しているとはいえないと考えられる。「信託目的にそった受託者の管理処分権及び義務」は、委託者の指図権の程度と受託者の義務の程度から評価される。受託者に一切の権利義務のない受動信託は、信託としての効果を奏することができないと解される。受託者の義務として実務的に重要なものは、分別管理義務である。

信託により財産が委託者から受託者に実質的に移転し、受託者が信託目的にそった管理処分権及び義務に従い信託財産のための行為を行うことで、信託財産は受託者の固有財産や、他の信託財産から計算可能に分別管理され、第三者との関係でも独立性を確保し、委託者の倒産から隔離され、受託者の倒産からも隔離される。

このため、他益信託については、信託財産の独立性を容易に導きやすい。一方、自益信託における信託財産の独立性については、委託者兼受益者が有する指図権と受託者の義務とを吟味し、また、信託の撤回兼や買戻特約の有無などから探求することとなる。

この実質的移転については、信託財産に関して生ずるリスクを誰が負担する実質及び契約となっているのか、という視点を法学に導入することで、より予見可能性の高い解釈論が展開されることとなろう。受動信託に関しても、受託者が信託財産についてのリスクを一部負担するのであれば、それは名義信託とは認められないと解される。この「信託財産についてのリスク」は、受託者の行為によるリスクへの対応ではなく、信託目的を達成する阻害要因への対応や、信託目的に内在する信託財産の将来の不確実性への対応である。

(5) 受益権

実質的移転と受託者の権利義務とにより独立性を確保した信託財産は、受益権に性質転換される。受益権の法的性質については、現行信託法下、様々に論ぜられ帰一するところを見いだすがたいが、通説によると、信託法によって規定された特殊な債権と考えられている¹⁴。特に、現行信託法第31条の取消権は、一定の限定のもとではあるが第三者に対して対抗力を認める規定であり受益権の物権的性格の色濃いものと評価されている。一方、受益権を有する者（受益者）は信託財産の支配利用権を有しておらず、信託目的及び受託者の権利義務に従った受託者の行為を請求し得るものであることから、受益権は行為請求権たる債権と把握されている。

受益権は、信託財産から経済的利益を取得できる権利である自益権と、受託者に対する監督権限である共益権とを有する複合的権利である。自益権は、信託目的に従った時期に信託財産の元本を得る元本受益権と、信託財産による収益を受益する収益受益権とにわけられることもできる。また、信託財産の元本及び収益から、優先的に配当を得る優先受益権と、優先受益権に劣後する劣後受益権とにわけられることもできる。信託はその柔軟性に特質があり、受益権の性格を予め定めるべきではないが、元本と収益の分離や、優先劣後の分離は実務上よく用いられる区分である。新信託法では、この自益権は債権（受益債権）である

と定義された（新信託法第2条第7項）。

そして、信託財産が独立性を確保し倒産隔離されても、受益権への強制執行は可能である。すなわち、委託者兼受益者の自益信託の場合、委託者兼受益者の債権者は、信託財産を差し押さえることはできないが、受益権を差押えた後に換価し、債権の満足を得ることはできる。

（6）倒産隔離の意義

信託財産が、実質的移転によって、委託者の支配から離脱し、受託者の管理処分権に服し、受益者の監督権及び受託者の義務によって計算可能に分別されると、倒産隔離された財産が生ずる。なお、受益権は倒産隔離されない。

それでは、現代、倒産隔離が何故注目され、必要とされるのであろうか。

まず、資本主義社会では、信用取引があり、将来の支払いと現在の便益とが交換される結果、状況によっては、債務超過となり支払不能となることが予定されている。債務超過となった主体の財産を複数の債権者で分け合う場合、全ての債権の満足を得ることができない。法は、債権者平等の原則を採用し、各債権者の債権額に応じて、財産を比例按分する。例えば、債務者が債務超過となりデフォルトしたとして、清算をする場合、債権者Aの債権総額が500、債権者Bが300、債権者Cが200で当該債務者の債権の総額が1,000とし、一方、当該債務者が有する財産が400の場合、債権者平等の原則によると、残存している財産400を、5：3：2の比率で按分することになる。

債権者平等の原則がすべからく適用されると、資金を融通する金融取引がなされなくなってしまふ。すなわち、債権者平等の原則によると、資金の貸し手は、債務者のデフォルト時にどれだけ回収できるのかが、あまりに不確実となってしまふ。このため、民法は、担保物権を用意し、抵当権者や質権者に優先した回収を認める。上記の例で債権者Bが300について抵当権又は質権を有していたとして、残存財産のうち250は抵当権又は質権の目的物の処分によるものとする、債権者Bは、この250を他の債権者に優先して回収することができるのである。資金調達主体（借り手）の倒産に応じて債権の全額の回収ができなくなるリスク（将来の不確実性）を信用リスクというが、金融機関は、担保物権により、将来の回収不能額を予め計算し管理することで、信用リスクを低減し、管理することができる。

このように、抵当権や質権等の担保物権は、目的物（財産）を債務者の責任財産から切り出しておく役割を果たす。抵当権や質権の目的物は、債務者の倒産から隔離された財産であるともいえる。

特別目的会社（SPC）というペーパー・カンパニーを使用して、資金調達主体全体の信用リスクから特定の財産を切り出し、SPCが所有支配する財産として、この財産を裏付けとする資金調達がなされることがある。すると、資金調達主体の信用リスクが高くとも、切り出した財産の収益性が高く信用リスクが低ければ、より低い利率（低コスト）で

の資金調達が可能となる。SPCは倒産をしないように工夫されており、資金調達の裏付けとなる財産（SPC）は資金調達主体の倒産から隔離されるようにされている。

さて、信託は、現在又は将来の家族のために大切な財産を特定の者に預けておくことを目的として設定されるものもある。家族のために財産を切り出し、委託者及び受託者の倒産から隔離するのである。

現代、この信託法による倒産隔離機能を、資金調達（金融取引）にて活用したいという商事目的のニーズが生じ、既に活用されている。委託者が有する財産を受託者への移転することにより、委託者固有の財産の一部を信託財産として切り出すのである。

そして、信託法上、信託財産の独立性を認めるには、すなわち、倒産隔離機能を認めるには、上述の実質的移転が必要となる。

このような商事目的の強いニーズを背景として、信託法の改正がなされた。以下、信託契約の効力発生、倒産隔離機能に関連する諸規定、特に公示と分別管理義務とについて、改正内容を確認する。

3. 新信託法

(1) 新信託法

寺本昌広他『新信託法の解説（1）』（2007）NBL No. 850に、新信託法の制定の経緯が紹介されている。新信託法は、第164回国会に内閣提出法案として提出され、継続審議となり、第165回国会にて平成18年法律第108号として成立・公布された。

現行信託法が全65ヶ条（公益信託に関する規定を除く）にとどまるのに対し、新信託法は全271ヶ条に及び、実質的改正事項はきわめて多岐にわたる。上掲寺本他（2007）は、それでもなお要点を挙げれば、次の3点に集約できるとする。

第1は、当事者の私的自治を尊重し過度に規制的なルールを改め、受託者の義務の内容を合理化した点にある。例えば、受託者の忠実義務や自己執行義務の合理化である。

第2は、受益者のための財産管理制度として信頼性を確保する観点から、受益者の権利行使の実効性・機動性を高めるための規定や制度を整備した点にある。例えば、受益者による差し止め請求の制度や、受益者代理人の制度等が導入された。

第3は、多様な信託の利用ニーズに対応するため、新たな類型の制度を創設した点である。例えば、自己信託、受益証券発行信託、限定責任信託等の創設である。

(2) 新信託法での効力発生と信託の対抗

i 契約法学の最前線

現代民法での契約観について、道垣内弘人『ゼミナール民法入門第3版』（2005）日本経済新聞社より紹介する。

契約は、当事者の意思表示の合致によって成立し、それが拘束力をもつのは、両当事者が自己の権利義務内容を自己の意思に基づいて自由に決めたからとされる。契約自由の原

則である。強行規定については、契約自由の原則に対する例外となり、また、公序良俗違反の一部又は全部の契約もその拘束力が否定される（同上209頁）。

この契約による義務について、契約成立前にその義務違反について責任を負わされる場合が生じている。すなわち、契約合意に至らなくとも、契約締結上の過失を認め、その責任を追求するものである（同上第213頁から219頁）。

同上222頁は、契約法学の最前線として、必ずしも意思に基づかない契約責任の発生は、不法行為責任の問題とも考えられ、この点、契約の拘束力には意思の要素と信頼の要素とがあるが、信頼の要素がより強調されるようになってきているという。

信託法改正の議論

上述のように、信託契約の効力発生については、当事者の合意のみによって成立するとする諾成契約説と、信託財産の受託者への権利移転及び名義移転が必要とする要物契約説とがある。法制審議会信託法部会は、信託法改正要綱試案第1提案2信託契約の効力について、次のように提案した。

試案第1提案2 信託契約は、委託者となる者と受託者となる者との合意のみによって、その効力を生じるものとする。

法務省民事局参事官室による補足説明には次のような記載がある。

補足説明 現行信託法第1条では、要物契約であると解する余地があるところ、試案第1提案2は、信託契約は意思表示のみによって成立し、かつその効力が生じる旨を提案するものである。諾成契約とするのは、当事者の合意のみで財産の処分がされていない場合には、委託者はいつでも意思表示の撤回が可能となってしまう、受託者の期待が裏切られかねない点、また、財産の処分があるまでは信託契約の効力が発生せず、受託者に忠実義務等の各種義務も発生しないこととなってしまう。

もっとも、財産の譲渡がなされた場合において、委託者から受託者にその所有権がいつ移転することになるかは、物権変動の時期に関する一般的な見解によって決められる問題である。

意見募集の結果は、「賛成意見が大多数を占めたが、要物契約説を採用した上で、委託者と受託者による信託の効力発生時期に関する差異の定めを許容すべきである等の反対意見も3件みられた」となっている。

新信託法第4条

（信託の効力の発生）

第四条 前条第一号に掲げる方法によってされる信託は、委託者となるべき者と受託者となるべき者との間の信託契約の締結によってその効力を生ずる。

2 前条第二号に掲げる方法によってされる信託は、当該遺言の効力の発生によってその効力を生ずる。

3 前条第三号に掲げる方法によってされる信託は、次の各号に掲げる場合の区分に応じ、当該各号に定めるものによってその効力を生ずる。

一 公正証書又は公証人の認証を受けた書面若しくは電磁的記録（以下この号及び次号において「公正証書等」と総称する。）によってされる場合 当該公正証書等の作成

二 公正証書等以外の書面又は電磁的記録によってされる場合 受益者となるべき者として指定された第三者（当該第三者が二人以上ある場合にあっては、その一人）に対する確定日付のある証書による当該信託がされた旨及びその内容の通知

4 前三項の規定にかかわらず、信託は、信託行為に停止条件又は始期が付されているときは、当該停止条件の成就又は当該始期の到来によってその効力を生ずる。

特許権の信託については、特許権の移転は登録が効力発生要件であるから、信託契約の締結によって信託の効力が発生しても、特許権の移転は登録時点にその効力が発生することになる。また、営業秘密に関する地位を信託的譲渡をすることでその信託の効力が発生したとしても、営業秘密に関する地位は営業と分離して譲渡できない。

とはいえ、契約法学の最前線として紹介されている契約締結上の信頼と過失とについては、信託契約についても妥当する構成となっていると考えられ、受託者の義務については、分別管理義務等の信託財産の移転後でなければ果たせない義務を除き、原則として、信託の効力発生時から受託者の義務が発生すると解される。もちろん、受託者の義務の開始時期は、新信託法第4条第4項の特約によって登録日に信託の効力を発生させるとすることも可能と解される。

第三者との関係：倒産隔離；取消権

信託の効力が当事者の合意によって発生するとしても、第三者との関係が当事者の合意のみによって発生するとは考えられない。これは、特許権についての専用実施権を設定する合意が当事者間でなされても、第三者に対して専用実施権者であることを主張し得ないのと同様と考えられる（合意後登録前の専用実施権者となるべき者は、第三者との関係では、独占的通常実施権者であると解される¹⁵⁾）。

信託に関する第三者との関係で、重要な効果は、倒産隔離と、取消権とである。第三者との関係であるため、登記又は登録との関係や、財産権の移転についての第三者対抗のみならず、「信託の対抗」が問題となる。

(3) 信託を対抗することの意義

i 現行信託法での議論

信託の対抗の意義については、受益権の性質の理解や、信託財産の独立性に関連して諸説あるが、第1に、信託財産の独立性を第三者に対しても対抗するために、信託法は信託

財産の公示に関して独自の規定を置いていると理解される（新井信託法(2005)第202頁）。また、受益者による取消権（現行信託法第31条）と登記登録の有無について、新井信託法(2005)第239頁は、「登記ないし登録の存在は単に当該財産が信託財産に帰属しているという事実を第三者に対して公示しているのに過ぎないのであり、当該財産の処分行為が「信託の本旨に反する」処分であることまでも公示できているわけではない」とする。そして、「取消権の趣旨が、忠実義務違反に相当する不適切な処分行為の効果を対外的にも否認するという点にあると理解するのであれば、取引安全との調整という視点から、当該行為の不当性に関する取引相手方の認識の有無を取消権発生基準に据える方が素直であろう」とする。新信託法は、このような趣旨の下で公示の役割を現行信託法よりも限定した。

ii 信託の公示と信託財産の独立性 [要項試案から新信託法]

信託財産の公示について、信託法改正要綱試案第6は、次のように提案する。

現行信託法第3条の規定の趣旨を維持し、登記又は登録すべき財産については、信託は、その登記又は登録をしなければ、これをもって第三者に対抗することができないものとする。

意見募集の結果は、「賛成意見が大多数であったが、信託財産の独立性との関係でも、受益者による取消権との関係でも、信託の公示を要件とすべきではないとする反対意見が1件みられた」とする。

新信託法第14条

（信託財産に属する財産の対抗要件）

第十四条 登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産については、信託の登記又は登録をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができない。

信託財産の独立性について、信託法改正要綱試案第12提案1は、次のように提案する。

試案12提案1 信託財産に対する強制執行等の禁止

次の（1）から（4）までに掲げる権利に基づく場合を除き、信託財産に対しては、強制執行、仮差押え若しくは仮処分をし、またはこれを競売することができないものとする。

- （1） 信託財産について信託前の原因によって生じた権利
- （2） 信託財産のためにする行為であって、受託者の権限に属するものにより生じた権利
- （3） 受託者の権限に属しない行為であって第31の1により取消しがされていないもの（当該行為が信託財産のためにされたものであることを相手方が知っている

場合に限る。)により生じた権利

(4) 受託者の権限に属しない行為であって信託財産に属する財産について権利の設定又は移転をするもの(当該行為が信託財産のためにされたものであることを相手方が知らない場合に限る。)により生じた権利

また、注として、受託者の不法行為による損害賠償に係る債権者が、信託財産に対して強制執行等をできるか否かについては、なお検討することとされた。

補足説明 試案第12は、信託財産に対する強制執行等の禁止に関する提案である。信託法にとって中核となる現行法第16条の規定の趣旨を維持しようとするものである。すなわち、この規定により、受託者の固有財産に属する債務に係る債権者等は、原則として、信託財産について自らの権利を主張することができないこととなるため、信託財産の独立性が確保され、受益者の物権的救済が図られることとなる。

試案12提案1は、信託行為前に信託財産となる財産に一定の権利を有する者の権利であり、提案2は、受託者による信託財産のための正常な行為によって発生する権利である。提案3及び4は取消権との関係での調整である。

意見募集の結果は、「賛成意見が大多数を占めた」とされている。

新信託法第23条

(信託財産に属する財産に対する強制執行等の制限等)

第二十三条 信託財産責任負担債務に係る債権(信託財産に属する財産について生じた権利を含む。次項において同じ。)に基づく場合を除き、信託財産に属する財産に対しては、強制執行、仮差押え、仮処分若しくは担保権の実行若しくは競売(担保権の実行としてのものを除く。以下同じ。)又は国税滞納処分(その例による処分を含む。以下同じ。)をすることができない。

2 第三条第三号に掲げる方法によって信託がされた場合において、委託者がその債権者を害することを知って当該信託をしたときは、前項の規定にかかわらず、信託財産責任負担債務に係る債権を有する債権者のほか、当該委託者(受託者であるものに限る。)に対する債権で信託前に生じたものを有する者は、信託財産に属する財産に対し、強制執行、仮差押え、仮処分若しくは担保権の実行若しくは競売又は国税滞納処分をすることができる。ただし、受益者が現に存する場合において、その受益者の全部又は一部が、受益者としての指定を受けたことを知った時又は受益権を譲り受けた時において債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。

3 第十一条第七項及び第八項の規定は、前項の規定の適用について準用する。

4 前二項の規定は、第二項の信託がされた時から二年間を経過したときは、適用しない。

5 第一項又は第二項の規定に違反してされた強制執行、仮差押え、仮処分又は担保権の実行若しくは競売に対しては、受託者又は受益者は、異議を主張することができ

る。この場合においては、民事執行法（昭和五十四年法律第四号）第三十八条及び民事保全法（平成元年法律第九十一号）第四十五条の規定を準用する。

6 第一項又は第二項の規定に違反してされた国税滞納処分に対しては、受託者又は受益者は、異議を主張することができる。この場合においては、当該異議の主張は、当該国税滞納処分について不服の申立てをする方法です。

このように、新信託法第23条第1項は、信託財産の独立性として、信託財産責任負担債務に係る債権（信託財産に属する財産について生じた権利を含む）に基づく場合を除き、信託財産に属する財産に対しては、強制執行、仮差押え、仮処分若しくは担保権の実行若しくは競売（担保権の実行としてのものを除く）又は国税滞納処分（その例による処分を含む）をすることができない。」旨規定する。「信託財産責任負担債務」は、新信託法第2条第9項にて「受託者が信託財産に属する財産をもって履行する責任を負う債務をいう」と定義されている。また、新信託法第21条に、信託財産責任負担債務となる個別の権利に係る債務が列挙されている。

新信託法第23条第2項は、信託宣言による自己信託の場合の例外であり、自己信託については、委託者の債権者は一定の場合に直接に信託財産を差押え等することができる旨を規定する。

iii 改正信託法での登記又は登録による公示の役割

信託契約の効力発生は当事者の合意であるが（新信託法第4条第1項）、登記又は登録がなければ第三者に対抗することができない財産については、登記又は登録をしなければ信託財産であることを第三者に対抗することができず（新信託法第14条）、そして、受託者の債権者からの強制執行等の制限については、信託財産に属する財産である主張が必要であるから（新信託法第23条）、当事者の信託契約の時点ではなく、登記又は登録された時点で、信託財産について独立性という第三者対抗が得られるものと考えられる。

特許権、実用新案権、意匠権及び商標権を財産とする信託については、登録が効力発生要件であるから、登録時点で第三者対抗をも得て、その後、信託財産の独立性を得ることができる。専用実施権、専用使用权及び質権についても同様である。

登録のできる知的財産権については、当事者間の信託の合意ではなく、譲渡の登録によって、信託法上の実質的移転の一要件を満たすと解される。

受益者の取消権

信託法改正要綱試案第31提案1（権限違反行為の取消し）について提案する。

受託者が信託財産のためにした行為がその権限に属しない場合において、相手方が、当該行為が信託財産のためにされたものであることを知り、かつ、当該行為が受託者の権限に属しないことを知り、又は重大な過失により知らなかったときは、受益

者は、当該行為を取り消すことができる。

補足説明

試案第31提案1について、現行信託法第31条について見直しを提案している。現行信託法第31条は、

・信託の登記又は登録をすることができる財産について登記又は登録がされている場合には、受益者は、取引の相手方の主観的要件を問題にせず常に取消しが可能であるとされていること

・「信託の本旨」に反する受託者の行為が取消しの対象とされていること

・受託者の「処分」行為のみが取消しの対象とされていること

・取引の相手方が、受託者が信託財産のために行為をしたことを認識していない場合の取扱いが明確でないこと

について、以下の1から4までのとおり、その見直しを提案するものである。」

として、補足説明は、次のように説明する。

1 信託の登記又は登録をすることができる財産について、実際に受託者の行為が信託の本旨に反するかどうかは、登記又は登録事項からは必ずしも明かでないにもかかわらず、相手方が善意（無重過失）であっても、受益者が常に取消権を行使できることとなり、取引の安全に対して十分な配慮がなされていない。

2 「信託の本旨」という基準は受託者の対外的な権限を画する基準としては不明確であるため、「受託者の権限内であるか否か」によって取消権を行使できるか否かを決する。

3 現行信託法第16条（信託財産の独立性）と、第31条（取消権）との整合性を図る必要があり、取消権の対象を信託財産の「処分」に限定することなく、受託者の違反行為一般を取消の対象とする。

4 取消権の対象を、受託者が信託財産に属する財産のためにされたものであることを取引の相手方が知っている場合に限定した。

意見募集の結果は、「賛成意見が大多数を占めたが、信託財産への権利の設定又は移転が行われた場合で、当該行為が信託財産のためにされたものであることを相手方が重過失により知らなかった場合も、受益者は当該行為を取消し得るものとするべき等の反対意見も5件みられた」とする。

新信託法第27条

（受託者の権限違反行為の取消し）

第二十七条 受託者が信託財産のためにした行為がその権限に属しない場合において、次のいずれにも該当するときは、受益者は、当該行為を取り消すことができる。

一 当該行為の相手方が、当該行為の当時、当該行為が信託財産のためにされたも

のであることを知っていたこと。

二 当該行為の相手方が、当該行為の当時、当該行為が受託者の権限に属しないことを知っていたこと又は知らなかったことにつき重大な過失があったこと。

2 前項の規定にかかわらず、受託者が信託財産に属する財産（第十四条の信託の登記又は登録をすることができるものに限る。）について権利を設定し又は移転した行為がその権限に属しない場合には、次のいずれにも該当するときに限り、受益者は、当該行為を取り消すことができる。

一 当該行為の当時、当該信託財産に属する財産について第十四条の信託の登記又は登録がされていたこと。

二 当該行為の相手方が、当該行為の当時、当該行為が受託者の権限に属しないことを知っていたこと又は知らなかったことにつき重大な過失があったこと。

3 二人以上の受益者のうちの一人が前二項の規定による取消権を行使したときは、その取消しは、他の受益者のためにも、その効力を生ずる。

4 第一項又は第二項の規定による取消権は、受益者（信託管理人が現に存する場合にあつては、信託管理人）が取消しの原因があることを知った時から三箇月間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から一年を経過したときも、同様とする。

新信託法第27条によると、取消権を行使できるのは、第1に、登記又は登録できる財産であるか否かにかかわらず、取引の相手方が権限違反を知っていたか又は重過失の場合のみである。第2に、「信託の本旨」という要件ではなく、「受託者の権限違反」との要件を満たす場合である。第3に、「処分」のみではなく、受託者の権限に属しない行為一般が対象となる。第4に、「登記又は登録できる財産の権利設定や移転については、信託の登記又は登録は、「当該行為が信託財産のためにされたものであることを知っていたこと（新信託法第27条第1項第1号）」に等しい効果を生じさせる。

すなわち、取引の相手方は、登記又は登録がある場合には、「当該行為が信託財産のためにされたものであることを知らなかった」と主張することができない。そして、登記又は登録がある信託財産に対して受託者の債権者が強制執行等をすることもできない。

一方、新信託法により、「当該行為が受託者の権限に属しないこと」については、公示の効果の範囲外と位置付けられたと解される。

（4）特許権が信託された際の「信託の対抗」

特許権、実用新案権、意匠権及び商標権は、登記又は登録することができる財産権であるから、信託財産である旨の登録をしなければ、信託財産に属する財産であることを第三者に対抗することができない。

特許権の信託については、特許登録令第6節に「信託に関する手続」が規定されている。

信託である旨の登録は、特許権については、特許登録令第58条により、次の事項が登録される。

特許登録令第58条 信託の登録を申請するときは、申請書に次に掲げる事項を記載した書面を添附しなければならない。

- 一 委託者、受託者及び受益者の氏名又は名称及び住所又は居所
- 二 信託管理人があるときは、その氏名又は名称及び住所又は居所
- 三 信託の目的
- 四 信託財産の管理の方法
- 五 信託の終了の理由
- 六 その他の信託の条項

上述のように、新信託法では、登録できる財産については、登録をしなければ信託財産であることを第三者に対抗することができず（新信託法第14条）、そして、受託者の債権者からの強制執行等の制限については、信託財産に属する財産である主張が必要であるところ（新信託法第23条）、当事者の信託契約の時点ではなく、登記又は登録された時点で、信託財産の独立性という第三者対抗が得られる。また、受益者の取消権については、登録公示による効果は、「受託者の行為が信託財産のためにされたものであることを知らなかったと主張できない」ことであり、「当該行為が受託者の権限に属しないこと」については公示の効果の範囲外となった。

すると、特許権の移転の原因が信託であることを登録公示すれば足りる。しかし、この現特許登録令第58条は、信託法上要求される「信託の対抗」を得る以上の詳細な事項を登録しなければならない重い登録制度となっている。現行信託法は、受益者の取消権の要件として、「信託の本旨」であるところの「受託者の権限の範囲」について取引の相手方の悪意を擬制する必要から、信託の目的や、信託財産の管理の方法や、その他の信託の条項について登録公示すべきであった。しかし、新信託法では、特許権の譲渡の原因が信託であることが登録公示されれば足り、登録公示にそれ以上の効果は信託法上得られないため、過度に詳細な登録事項を求めるべきではないだろう。

なお、特許登録令については、受益者代理人の登録等、信託法の整備法による不動産登記法第97条の改正に相当する見直しが必要であるか否か検討すべきと思われる。

信託の終了の理由については、信託の終了によって、直ちに特許権が移転すると観念することは困難で、やはり、終了という当事者間を拘束する合意があったとしても、終了による特許権の変動に関する申請を待って、終了による権利変動の効果をその登録により発生させるべきであるから（例えば、特許権移転及び信託抹消登録申請書による（特許登録令第61条））、信託の終了の理由を登録事項とすべきか否かは検討を要する。

また、特許庁出願支援課登録室編著『工業所有権登録の実務改訂第4版』（2004）（財）

経済産業調査会は、第 544 頁の注にて「特許法第 9 8 条第 1 項第 1 号の規定が、信託の登録の効果を第三者対抗要件とする現行信託法第 3 条の規定に優先すると思われること、また、特許法第 9 8 条第 1 項第 1 号においても信託による特許権の移転を効力発生要件の適用除外としていないことなどからみても、当該信託においては、その登録を効力発生要件とした方が妥当性があると思われる。」とする。確かに、現行信託法では、信託の効力発生につき、諾成契約であるのか、要物契約であるのかは帰一するところとならず登録を信託の効力発生要件と解する理解も有力と思われる。しかし、新信託法では、信託の効力発生を当事者間の合意に求め、一方、信託財産の独立性や、受益者の取消権については、登録を要件としている。従って、新信託法では、信託の効力発生は両当事者間の合意であると理解すべきである。通常実施権の信託についても、登録は効力発生要件ではなく、第三者対抗要件であろう。

(5) 登記又は登録することのできない財産

i 現行信託法の議論

登記又は登録することのできない財産については、一般動産、金銭債権、一般債権を内包した議論として、通説は、公示方法の定めのない財産権については、何らの公示なくして、当該財産権が信託財産であることを善意の第三者に対しても対抗できると解しており、実体的な信託関係の証明だけで完了することとなる。能見善久『現代信託法』(2004)第 9 4 頁は、「信託財産は、受託者の名義の財産になるとはいえ、受託者個人の財産とは区別され、信託目的に従って管理・運用されるべき独立の財産である(信託財産の独立性)。実体的には受託者の財産と区別され、受託者個人の債権者は信託財産にはかかっていけないが、このような保護を受けるためには、債権者から差押えを受けた財産が信託財産であることが証明できなければならない。すなわち、信託財産を特定できなければならない(信託財産の特定性)。信託財産が受託者固有の財産から分別管理されていると、この信託財産の特定が容易となる」とする。

上掲新井信託法(2005)第 230 頁は、「公示方法の定めのない信託財産についても、受託者は、それぞれの受益者のために保管している財産権を受益者の表示等により特定する」ことで固有財産との区別がなされているときにはじめて、信託財産としての第三者への対抗が可能になると考えたい」とする。受益者の表示による区分と、物理的な分別との一方でも足りることがあるだろうとの趣旨と思われる。例えば、動産設備信託で鉄道車両につき、信託財産性を明示したプレートを用いた表示を一例として掲げている。

このネームプレート等を用いた表示は、一般に、即時取得(民法第 1 9 2 条)を抑止するためにも用いられるところ(上掲道垣内民法(2005)第 408 頁)、信託の対抗としての役割も果たすと考えられる。

このように、登記又は登録することのできない財産について信託の対抗を主張するためには、信託関係の証明を有効に主張する必要があり、そのためには分別管理によって財産

の特定性が確保されるべきである。また、この財産の特定性は、受益者の表示によっても行うことができ、さらに、受託者及び信託である旨の表示がなされている際にも、信託の対抗を主張し得ると考えられる。

ii 新信託法の分別管理義務

試案第 2 1 提案 1 受託者は、信託財産と固有財産及び他の信託財産とを分別して管理しなければならないものとする。ただし、信託財産について信託の登記又は登録をすることができないものである場合において、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めに従うものとする。

補足説明試案 2 1 分別管理義務の趣旨は、第一義的には、受託者の倒産から信託財産を隔離する必要があるからである。もっとも、試案 1 0 により識別不能な場合には共有擬制するから、分別を要さないこともあるのかも知れないが、分別管理をしないと信託財産に属する財産の的確な把握が困難となり、分別管理により受託者の忠実義務違反行為を抑止し、信託財産の損失を受益者が立証しやすくなるという意義もあるところ、物理的な分別を第一義的なデフォルト・ルールとする提案である。

意見募集の結果は「提案を支持する意見が大多数を占めたが、信託行為の定めにより分別管理義務を一切免除することは信託の本質に反し許されない等の反対意見も 4 件みられた」とする。

試案第 1 0 提案 1 信託財産と固有財産とで識別不能状態にある各財産の共有擬制

ある信託の信託財産に属する財産と当該信託の受託者の固有財産に属する財産とを識別することができなくなったときは、信託財産及び固有財産がその当時における価格の割合に応じて識別不能となった各財産を共有するものとして取り扱うものとする。

試案第 1 0 提案 2 ある信託の受託者が他の信託の受託者を兼ねる場合において、各信託の信託財産に属する財産を識別することができない状態に至ったときも、試案第 1 0 提案 1 と同様とするものとする。

試案第 1 0 提案 3 試案第 1 0 提案 1 及び 2 による共有に係る共有持分は、均等であると推定するものとする。

補足説明試案 1 0 識別不能となった財産の全部又は一部について、受託者の固有財産に係る債権者から差押えがあったときは、受益者は、信託財産に属する共有持分に基づき、異議の訴え（新信託法第 2 3 条第 5 項）をすることができ、受託者の破産

に際しても、破産管財人を相手方として共有物分割を請求できるものと考えられる。

意見募集の結果では、「提案１・２について 賛成意見が大多数を占めたが、「その当時における価格の割合に応じて識別不能となった各財産を共有するものとして取り扱う」とする提案に関し、時点についてその処理が硬直的であるとの反対意見等も２件示された。提案３について、賛成意見が大多数を占めたが、法律上の推定規定を設けることは妥当でなく、実体法上の説明責任の法理に従い判断されるべきであるとの反対意見等も４件示された」とする。

iii 新信託法の分別管理義務及び識別不能の効果

新信託法第１８条

第十八条 信託財産に属する財産と固有財産に属する財産とを識別することができなくなった場合（前条に規定する場合を除く。）には、各財産の共有持分が信託財産と固有財産とに属するものとみなす。この場合において、その共有持分の割合は、その識別することができなくなった当時における各財産の価格の割合に応ずる。

２ 前項の共有持分は、相等しいものと推定する。

３ 前二項の規定は、ある信託の受託者が他の信託の受託者を兼ねる場合において、各信託の信託財産に属する財産を識別することができなくなったとき（前条に規定する場合を除く。）について準用する。この場合において、第一項中「信託財産と固有財産と」とあるのは、「各信託の信託財産」と読み替えるものとする。

新信託法第３４条

（分別管理義務）

第三十四条 受託者は、信託財産に属する財産と固有財産及び他の信託の信託財産に属する財産とを、次の各号に掲げる財産の区分に応じ、当該各号に定める方法により、分別して管理しなければならない。ただし、分別して管理する方法について、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。

一 第十四条の信託の登記又は登録をすることができる財産（第三号に掲げるものを除く。） 当該信託の登記又は登録

二 第十四条の信託の登記又は登録をすることができない財産（次号に掲げるものを除く。） 次のイ又はロに掲げる財産の区分に応じ、当該イ又はロに定める方法

イ 動産（金銭を除く。） 信託財産に属する財産と固有財産及び他の信託の信託財産に属する財産とを外形上区別することができる状態で保管する方法

ロ 金銭その他のイに掲げる財産以外の財産 その計算を明らかにする方法

三 法務省令で定める財産 当該財産を適切に分別して管理する方法として法務省令で定めるもの

２ 前項ただし書の規定にかかわらず、同項第一号に掲げる財産について第十四条の

信託の登記又は登録をする義務は、これを免除することができない。

登記又は登録できる財産については、必要な時期に登記又は登録されるため、登記・登録制度にもよるが、識別不能となる可能性は低い。一方、登記又は登録することができない財産については、法務省令で定める財産を除き、原則として、新信託法第34条第1項第2号イ又はロの方法により分別することとなる。知的財産権及び知的財産は、動産ではないため、同号イ「その計算を明らかにする方法」により分別することが期待される。

(6) 登録制度のない知的財産権についての「信託の対抗」

信託を対抗するためには、登録することができる財産については、登録しなければ信託を対抗することができない。信託を対抗できなければ、その信託財産の独立性は弱いものとなる。一方、登録制度のない財産については、少なくとも財産の特定をすることができれば、登録をせずに信託を対抗することができるものと解される。固有財産又は他の信託の信託財産と分別管理されていると、この特定性の要件を満たしやすくなる。すなわち、受託者が信託財産を分別管理していれば、信託財産の独立性を主張しやすくなる。

それでは、営業秘密をどのように分別し、「その計算を明らかにする」ことができるだろうか。

4. 営業秘密の信託可能性

(1) 特許権及び特許を受ける権利の分別管理義務

特許権は、新信託法第34条第1項第1号により、登録をすることができる財産であるから、信託の登録をしなければ、信託を第三者に対抗することができない。そして、新信託法第34条第2項により、特許権の信託の登録義務は免除されない。この分別管理義務に違反して信託財産に損失又は変更が生じた場合には、損失のてん補又は原状の回復が義務づけられる（新信託法第40条第1項）。この責任は、受託者が、分別して管理していたとしても損失又は変更が生じたことを証明しなければ、免れない（新信託法第40条第4項）。

一方、特許を受ける権利について信託が可能であるとして、信託されると、その分別管理義務は、新信託法第34条第1項第2号ロの規律するところとなる。すなわち、受託者は、その計算を明かにする方法によって特許を受ける権利を分別しなければならない。なお、この「計算」には、計算をするために必要となる対象の特定が含まれると解される。そして、この分別管理義務は、同法第34条第1項但書きにより、信託行為の別段の定めとすることができる。出願前の特許を受ける権利や営業秘密の分別管理についても、法務省令で規定されない限り、この計算を明らかにする方法によることとなるだろう。

(2) 分別管理義務と不競法上の営業秘密の特定性

不正競争防止法上保護される営業秘密に関する地位は、営業と分離した移転をすることができない。従って、信託を原因とする譲渡は考えられない。このため、営業秘密は信託の対象とすることができない。

しかし、信託の効力は当事者の合意によって発生するから、無理を承知で営業秘密が信託されたとの仮説を立てる。例えば、当事者間で、譲渡人が営業秘密を譲受人に開示し、譲渡人はその事業に当該営業秘密を使用しない特約とし、譲受人が営業秘密を秘密管理することで譲渡人の訴権とは別途差止請求権と損害賠償請求権とを得たとすると、外観上、営業秘密の移転とも考えられ得る。

この仮説の下で、次に問題となるのは、その信託財産の独立性である。営業秘密及び営業秘密を支配する地位は、登記又は登録することができないから、分別管理は新信託法第34条第1項第2号口「その計算を明らかにする方法」によることが、デフォルト・ルールとなる。この「計算」には、対象の特定が含まれるから、まず、営業秘密の外延又は内包の特定が必要となる。営業秘密の外延は、「秘密管理体制の下で秘密管理されている範囲」であるとする立場では、秘密管理体制によって、対象が特定される。すなわち、受託者の秘密管理体制と、委託者の秘密管理体制とがあり、非公知の要請から委託者の秘密管理も求められるが、差止請求権及び損害賠償請求権を得ることのできる秘密管理体制は、受託者の体制である。秘密管理することで、他の財産から分別管理すると考えられる。

続いて、計算を明らかにする方法は、通常、営業秘密を利用することによる事業の利益の一部（営業利益等のうち営業秘密の寄与による部分）を収益受益権による計算とし、営業秘密自体の元本の価値を元本受益権の計算の対象とする。しかし、受託者自身がその営業秘密を利用して事業を営むことは想定されていないため、営業秘密のライセンス収入の計算ということとなろう。営業秘密についてのライセンスというのは、法的に観念することは困難であるものの、秘密管理されている情報を得るための対価を想定することはできる。受託者が、営業秘密のライセンシーから得る対価について、期間損益を含め計算をすることは、可能だとする見解もあるであろう。

しかしながら、営業秘密という情報を識別不能とならないように管理又は処分することは、決して容易ではない。「計算を明らかにする方法」を構築するためには、その前提として、識別不能とならず、他の財産（情報）とは相違する財産として外延又は内包を特定することができなければならない。

もちろん、分別管理義務は信託契約により軽減できるが、固有財産又は他の信託の信託財産と識別不能とならないような情報の管理は、極めて困難である。これは、分別管理義務を軽減することで解決することは、できない。

(3) 営業秘密の識別不能の効果

i 営業上の営業秘密の識別不能の例： 顧客名簿

顧客名簿を題材としよう。委託者が技術と信託とに明るいビジネス・パーソン200人の顧客名簿を有していたとする。この200人の顧客名簿を信託し、受託者がライセンサーを探索しその対価を受益者に配分するとする。一方、受託者である信託銀行も給与水準の高い一定面積以上の不動産を所有した顧客（見込）3000人の顧客名簿を有していたとする。この顧客名簿という情報は、受託者の固有財産である。200人の顧客名簿の情報という信託財産と、3000人の顧客名簿の情報という固有財産とがある。

200人の顧客名簿のうち、50人は、3000人の固有財産の顧客名簿と同一人であることも容易に想定しうる。すなわち、受託した瞬間に、信託財産の情報と、固有財産の情報とが重なり合うのである。また、受託者が、金融商品である信託を別途受託したところ、その委託者兼受益者200人のうち、30人が、信託財産である200人の顧客名簿と同一人であるとする。これにより、事後的に「情報」が混ざり合ってしまう。委託者からすると、信託した瞬間に、50人分の情報が識別不能となり、その後、30人が識別不能になってしまう。新信託法第18条の識別不能は、数えることのできる財産が、信託財産であるのか、固有財産であるのかを識別できなくなる状態をいうと解される。一方、情報の識別不能とは、同一の情報が信託財産でもあり固有財産でもある状況である。情報は、有体物と異なり占有を観念することができず、同一の情報を多数の者が同時に使用することができる。例えば、特許発明であれば、その特許発明は唯一の特許権の客体であることが特許法及び行政行為によって明確となるが、かような権利付与法ではない営業秘密については、特定の情報を特定の者に唯一に帰属させることはできない。もちろん、信託財産である顧客名簿200人の情報を固有財産と分けて秘密管理することはできる。しかし、この顧客名簿200人の情報を開示する対価を得た際、そのうちの50人及び30人分については、信託財産の情報を提供したのか、固有財産の情報を提供したのか、客観的に証明することはすこぶる困難である。すなわち、信託財産である営業秘密の内包を特定できなくなる。もちろん、個人情報保護の観点から、この名簿での対価を得ること自体が困難と想定されるが、それでもなお、信託財産でもあり固有財産でもある200人の顧客名簿を提供し対価を得たとして、その対価はどのように配分されるべきなのであろうか。

知的財産という情報の識別不能は、「知的財産の寄与による利益」の識別不能なのである。利益を識別することができずに計算の方法を明らかにしても致し方ない。忠実義務や公平義務を議論する以前に、情報については、対象の特定が困難であり占有を観念できず識別不能となりやすい点に留意すべきである。受託者が上記50人及び30人の顧客名簿を固有の業務のために使用することも、受託者の義務の観点から種々の問題を生じさせてしまう。

ii 技術上の営業秘密の識別不能の例： プログラム開発の方法

プログラム開発に際して、生産性を高め、保守性を高め、再利用性を高めることで、全体として開発費用を低減させつつ一定の品質のプログラムを開発するノウハウがある。このような営業秘密の信託を検討しよう。上記仮説の下、受託者に当該プログラム開発の営業秘密が信託されたとして、顧客名簿の場合と同様に、プログラムの開発は受託者においても行っているところであり、受託者もプログラム開発の営業秘密を有するところである。受託者のプログラム開発に関する営業秘密の秘密管理体制と、信託財産である営業秘密の秘密管理体制とを別途のものとし、人的な交流も遮断したとする。しかし、その遮断や、信託を対抗するには、少なくとも分別管理が必要と考えられる。情報を記録した媒体や、文書である紙を分別することはできるであろうが、情報自体を分別管理することは極めて難しい。例えば、受託者が新規開発するソフトウェアに、信託財産である営業秘密を「使用していない」ことを証明することを想起してみると良い。情報は、物的管理もできず、情報にネームプレートを貼り付けることもできない。ある営業秘密をソフトウェア開発に使用しているか否かの判断も困難であり、信託財産である営業秘密を受託者固有のソフトウェア開発に使用していないことを証明することが困難であるというのは、すなわち、営業秘密の外延の特定が困難なのである。

iii 技術上の営業秘密の識別不能の例： 製造方法

新規有用な製造方法について、信託会社自身はその情報を使用することがないことから、識別不能による不都合が生じないと考えることは、できない。すなわち、委託者Aによる製造方法の営業秘密と、委託者Bによる製造方法の営業秘密とが、情報として一切重なり合わないことは、保証されていない。営業秘密の保護は、秘密管理、有用性及び非公知にあり、同一の情報が別々の委託者A及びBにて創作され秘密管理される際には、双方が別途保護されるのである。特許権であれば、特許法第39条及び29条の2の要件が審査官により審査され同一の発明がないとして登録により権利発生するところ、営業秘密については、同一の情報が別途有効に創作され保護され得るのである。例えば、業種・業界に共通する課題がある場合、その課題を解決するための営業秘密・ノウハウというのは重なり合いが生じやすい。

委託者Aから製造方法について受託した後、委託者Bからの信託の申し出を検討したところ、委託者Aの製造方法と一部情報が重なり合うことを理由として、委託者Bの申し出を謝絶することは、できない。受託者は、委託者Aの営業秘密を秘密管理しなければならず、委託者Bにその存在を知らせることはできないのである。

(4) 情報及び情報を支配する権利の実質的移転

実質的移転とは、上述のように、「信託財産が委託者の支配から離脱し、信託目的にそった受託者の管理処分権及び義務がある」ことをいう。すなわち、対象への支配が譲渡人に

残存せず、譲受人の支配に服する状態へ変化する。有体動産の実質的移転は、物と、その物を支配する権利（所有権等）との両方が、譲受人（受託者）に移転することが必要であろう。この支配をする主体の変化について、当事者以外の第三者に対してもその変化したことを主張するには、移転の第三者対抗と、信託の対抗とを必要とする。

無体物、特に情報（例えば発明）については、その情報と、その情報に関連した物を支配する権利（特許権等）とがある。情報についての実質的移転は、上記定義の理解によると、不可能である。すなわち、情報は占有できず、譲渡人はその知識をなくすことができない。情報の移転とは開示であり、開示する側にも情報が残る。特許権を移転すると、譲渡人はその後の特許発明を実施する権利を有さなくなる。このため、技術情報である特許発明の支配を移転することができるのである。一般的な技術情報については、「開示」ともかく、「移転」を考えることは困難である。特に、情報の移転について第三者対抗を得ることはできない。

特許を受ける権利は実質的に移転することができる。これは、特許を受ける権利の行政上の請求権の側面と、特許法第39条及び第29条の2の規定とによる。同一の発明について、異なる主体が別々に特許権を得ることはない。発明という情報について、譲渡人から譲受人への開示により、双方の支配によることとなっても、特許を受ける権利が行政上の請求権という側面を兼備しており、そして、特許法第39条という規律があることにより、情報に関連する物を支配する権利を得る可能性を唯一に特定することができるのである。

知的財産は情報であるため実質的移転を観念することができないが、知的財産権については個々の法制度により情報を支配する権利の移転を実現することができる。これが権利付与法であり、知的財産の資産化である。

（5）信託可能性

不正競争防止法上保護される営業秘密は、事業と分離した移転はできない。従って、営業と分離して営業秘密のみを信託を原因として譲渡することはできない。また、信託の合意があったとしても、分別管理が極めて困難であり、識別不能状態を惹起しやすく、どれだけ受託者の義務を信託契約により軽減したとしても信託法の効果を認める実質を持ち得ない¹⁶。

一方、営業秘密の開示に対する対価がある場合、その金銭債権を特定して信託することはできる。金銭債権の債権者、債務者、始期及び終期を特定できれば良いのではないだろうか。

さらに、営業秘密を事業の一部として、その事業が信託される可能性が期待される。事業信託の場合には、事業と一体として営業秘密が移転すると考えられるため、営業秘密に関する訴権も一体的に移転すると認められる。

また、営業秘密を中心として資金調達をするには、その営業秘密を管理する主体を株式

会社やLLC等として、その株式や出資持分を担保とすることが考えられる。

(6) 特許を受ける権利との関係

出願前の特許を受ける権利についても、信託の対象とすることは困難である。

出願と同時又は出願後については、特許出願は登録制度ではないため登録できないが、明細書及び図面の開示事項が補正の根拠となる最大範囲であることから、技術情報の外延又は最大範囲は特定されていると考えられる。第三者対抗についても、特許法第34条第4項の効力発生要件の規定から、特許庁長官への届出により第三者対抗を得ることができるため、特許出願を単位として信託する際には、特許庁長官への届出により、信託の対抗をすることができるものと考えられる。しかし、特定の製品に係る発明を単位としたり、出願していないノウハウと一体とした技術情報として「信託の対抗」を得る手段はなく、上述のように、移転や分別管理も困難である。

それでは、出願前の特許を受ける権利や、営業秘密については、倒産隔離をすることができないのであろうか。

まず、信託法によらなくとも、一定の未公表の知的財産及びその物については、民事執行法第131条第12号の差押禁止財産として、当該知的財産を支配する主体の倒産から隔離されていることを確認しよう。すなわち、信託法による信託財産の独立性を得るために、知的財産を実質的に移転し、委託者や受託者の倒産から隔離しようと試みるのであれば、まず、未公表の知的財産がそもそも倒産隔離されていることを、確認すべきである。すなわち、信託法による倒産隔離を検討する以前に、財産の性質として強制執行が可能なかを問うべきである。例えば、未公表の著作物の著作権や、その著作物に係る物は、倒産隔離されている。営業秘密や特許を受ける権利については議論がある。

5. 未公表の知的財産との比較

(1) 未公表の知的財産という捉え方

上述のように、出願と同時以降に特許出願を単位として信託するのであればともかく、出願前の特許を受ける権利について信託により倒産隔離することは、極めて難しい。技術上の営業秘密についても同様である。また、未公表の知的財産は、法定の要件を満たすように「完成」しているか否かも不明であり、完成・未完成について第三者が客観的に精査可能な手続も存在しない。

未完成の知的財産は、将来完成する知的財産と位置付けることもできる。将来完成する知的財産を、完成前に公表することはできないため、将来完成する知的財産であるところの未完成の知的財産は、未公表の知的財産と捉えることができる。

知的財産の完成・未完成を議論することは極めて煩雑で議論が抽象化し帰一するところがなくっていく。議論の実益を得るためにも、完成・未完成を問うことなく、公表・未公表を着眼点として知的財産に関する利益や権利の性質を検討すべきである。

(2) 未公表の知的財産の性質

知的財産が完成しているとして、その数を数えることは難解で煩雑である。発明についての規定をみると、特許法第36条第5項後段は、特許請求の範囲の記載について「一の請求項に係る発明と他の請求項に係る発明とが同一である記載となることを妨げない」と規定する。一の請求項に係る発明と、他の請求項に係る発明とが同一であれば、これは、技術情報である発明としては1つである。従って、請求項の数は、発明の数ではない。そして、この規定により、審査において発明の数が数えられることもない。1つの出願に二以上の発明が含まれている際には、特許法第37条の規律に従うこととなり、特定の関係を満たさない発明が1つの出願で権利請求されていることが明かであれば、拒絶の理由が通知されるのであって、1つの出願にいくつの発明が含まれているかが数えられ確定することはない。1つの出願にいくつの発明が含まれているか不明であるため、出願を数えることは、発明という技術情報の数を数えることにはならない。

また、発明の完成・未完成については、これを問うことなく実質的に未完成な発明を拒絶査定し得る規定がある。特許法第36条第4項第1号は、明細書の発明の詳細な説明について、「経済産業省令の定めるところにより、その発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者がその実施をすることができる程度に明確かつ十分に記載したものであること」を要求する。「開示要件」という。仮に、審査官が発明について未完成との心証を得た場合であっても、特許法は、未完成という特許法第29条1項柱書の拒絶理由を通知するのではなく、その（未完成が疑われる）発明の作り方及び使い方が発明の詳細な説明に開示されていないとして、開示要件違反の拒絶理由を通知することを認めているのである。

特許法は、発明の同一性の判断を回避することでその数を数えず、完成・未完成の議論をすることなく記載要件違反とすることができることとしている。その理由を鑑みるに、法は、発明という知的財産を計数し、完成・未完成を精査することが思考経済として生産性が低いと考えているのであろう。

出願後の特許を受ける権利では、特許法に従った書類が整備されていることが想定される。例えば、特許請求の範囲という書面が存在するであろう。しかし、出願前の特許を受ける権利については、かような書面の存在を前提とすることはできない。従って、完成・未完成を問うこと、及びその数を数えること、外延を把握すること、内包を特定することは、それぞれ、極めて難しい。

(3) 未公表の知的財産に関する規律

i 規律の種類

未公表の知的財産について、譲渡可能性、担保物権、強制執行の適格性などについて、表として取り纏めた。未公表の知的財産・知的財産権として、下記がある。

- (a). 出願前の発明・その特許を受ける権利（特許法）
- (b). 営業秘密（不正競争防止法）
- (c). 未公表の著作物・その著作権（著作権法）
- (d). 秘密意匠（意匠法）
- (e). 未完成の創作物（将来完成する可能性のある発明、著作物、営業秘密）
- (f). 特許等についての未公開のライセンス契約・通常実施権（特許法）
- (g). 未公表の知的財産・知的財産権に裏付けられた金銭債権（民法、動産・債権譲渡特例法）

そして、未公表の知的財産についての法制度について、信託との関係を主眼とし、以下の要件を整理する。

ii 各項目と信託との関係

移転可否	信託財産の独立性を確保するには実質的移転が必要。
特定性	実質的移転、信託の対抗及び分別管理の前提
移転の効力発生	実質的移転の効力発生時期
移転の第三者対抗	実質的移転及び信託の対抗
担保物権	信託財産の性質
登録制度	信託の登録、信託財産であることの第三者対抗
未完成	未完成知財の取扱い
差押可否	差押禁止財産であるか否か
事業との関係	主に、未公表の段階で有している事実状態

iii 出願前の特許を受ける権利

移転可否	移転可能（特33条1項）
特定性	特定する制度なし [発明届出書等の文書か、弁理士関与の文書]
移転の効力発生	当事者の合意
移転の第三者対抗	なし [二重譲渡時は特許庁への先の出願、特34条1項]
担保物権	1：質権の目的とすることができない（特33条2項） 2：譲渡担保は可能 [出願後の特許を受ける権利については、立法論として、公示方法と補正に関する規定を設けることで、質権設定は認められるべき ¹⁷ 。 この場合も、出願前は不可と解する]
登録制度	なし（特許出願は登録ではない）
未完成	活用の局面にて、特許法の規律する対象とならない（未完成の発明は特許を受けることができない、特29条1項柱書、特36条4項）
差押可否	1（発明品）： 差押禁止（民事執行法131条12号） 2（発明）： 両論 [強制執行手続により公開されないようにし、

	対象の特定を運用にて解決できれば、執行可能 ^{18]}
事業との関係	実施に関して特別な権利は発生しない。第三者の実施を差し止めることも、損害賠償請求することもできない。第三者の特許権の侵害となる可能性もあることから、特許を受ける権利に係る発明を実施できるとの積極的な権能すらない

iv 営業秘密

移転可否	譲渡人から譲受人への開示として移転可能（根拠条文なし）。不正競争防止法上保護される地位の移転は不可。但し、営業譲渡や相続の場合には可能。
特定性	特定する制度なし [秘密管理体制の範囲が外延か]
移転の効力発生	当事者の合意
移転の第三者対抗	なし
担保物権	なし
登録制度	なし
未完成	営業秘密は順次成長していくものであり、その企業が秘密管理しているところに財産的価値を見いだすから、秘密管理されていれば、有用性の観点による完成・未完成という対象の吟味をすることなく、財産的価値を認めるべきと解される。すると、未完成の営業秘密という概念での検討は不要と考える ¹⁹ 。
差押可否	不明
事業との関係	不正競争行為から保護され、秘密管理体制を突破して営業秘密を入手した者等に対する損害賠償請求権や、差止請求権を有する。

未公表の著作物

移転可否	可能（著61条1項）
特定性	未公表での譲渡の登録が可能であるが、客体（著作物）そのものではなく、文章表現された要約であるため、著作物の内容の完全な特定は困難
移転の効力発生	当事者の合意
移転の第三者対抗	譲渡登録時（著77条1号）（未公表の段階で、公表年月日を登録することなく、譲渡の登録をすることができる）。未公表の場合に第三者対抗を得ることができないという例外規定は存在しない。
担保物権	1. 質権の目的とできる（著66条）。（特33条2項のような規定は著作権法にはない） 2. 譲渡担保が可能

登録制度	プログラムについては、創作年月日の登録が可能。 その他の著作物は、未公表であっても譲渡の登録は可能であり、登録が第三者対抗要件
未完成	未完成と想定される著作物の譲渡登録があるが、文化庁は書面主義として完成・未完成の実体審査をしていない。
差押可否	未公表の著作物に係る物（動産）は差押不可（民事執行法131条12号） 未公表の著作物の著作権は差押不可（作者の公表権（著18条第1項）による） 未公表著作の著作権が譲渡された際には、公表権は制限される（著18条第2項第1号）ため、譲受人が有する未公表著作権の差押えは可能と解される。
事業との関係	完成後公表する権利がある。

秘密意匠

移転可否	可能（意36条で準用する特98条1項）
特定性	意匠登録出願の内容 [差止請求権との関係では、意匠公報掲載事項（意20条3項各号）に掲げる事項を記載した書面で特許庁長官の証明を受けたもの]
移転の効力発生	移転登録時 [秘密意匠の特例はない]
移転の第三者対抗	移転登録時 [秘密意匠の特例はない]
担保物権	1. 質権の目的とできる（意35条） [秘密意匠の特例はない] 2. 譲渡担保可能
登録制度	特許庁の意匠登録原簿、内容の公示は秘密期間経過後の意匠公報による（意20条4項）
未完成	未完成の秘密意匠登録はない [意匠登録出願と同時に秘密請求期間等を記載した書面を提出しなければならない（意14条2項）]
差押可否	譲渡についての制限がないため、差押可能と考えられる。但し、執行実務にて未公表のままの売却命令をどう考えるかが課題。
事業との関係	権利を取得しつつ、その内容を事業開始まで非公開とすることが可能。ただし、秘密期間は、意匠法上設定登録日から3年以内との制約あり（意14条第1項）。

将来の長期間にわたる債権の包括的譲渡

移転可否	可能（例えば、最判平成11・1・29） ²⁰
------	-----------------------------------

特定性	発生の基礎となる法律関係、譲渡に係る額、期間の始期及び終期
移転の効力発生	当事者の合意
移転の第三者対抗	債権譲渡登記ファイルへの登記日
担保物権	質権の目的とできる
登録制度	動産・債権譲渡特例法による
未完成	発生原因なしとなるか。
差押可否	強制執行はその時点から将来1年以内について可能 ²¹
事業との関係	事業利益のうち知的財産権の寄与による部分を金銭債権として取り出す。

(4) 未公表の知的財産の執行適格（差押禁止財産）

i 情報と物

情報は物ではなく、何らかの媒体を必要とする。発話や音楽であれば、空気及び相手の鼓膜又は骨という媒体の振動が必要である。絵画や文章は例えば紙に表現される。音は光や磁気の物理現象の変化を記録する媒体に保存され再生される。発明は文章と図面とで表現され読み手の知識に依存して思想として把握される。意匠は図面で表現されやはり読み手の知識に依存してその形態が把握される。商標は指定商品役務に係る物等に使用されることで需要者を吸引する。

情報（発明・著作物）と、その情報が伝達又は記録される物（明細書、発明届出書等の書類・著作物が表現された原媒体）と、情報に係る物（発明品・著作物に係る物）と、情報に係る物についての行為を支配する権利（特許権・著作権）とを明確に区別しなければならない。

法は、有体動産と、無体物である情報とを区分している。まず、未公表の著作物という情報と、未公表の著作物についての著作権と、未公表の著作物についての有体動産とについての執行適格を検討する。

ii 未公表の著作物の著作権の執行適格

未公表の著作物の著作権を差押禁止財産とする明示的規定はないが、明治32年旧著作権法第17条は、「未だ発行又は興行せざる著作物の原本及びその著作権は債権者の為に差押えを受くることなし但し著作権者において承諾をなしたるときはこの限りにあらず（原規定カタカナ）」と規定されていた。著作者の人格的利益の保護を図ることを立法趣旨としながらも、差押禁止という手段を通じて間接的に保護を実現しようとしたものと考えられている²²。昭和45年制定現著作権法は、著作権法において著作者人格権として公表権が規定されているため、重ねて差押禁止規定を置く必要はないとして、上記旧著作権法第17条に相当する規定を置かなかった。従って、現行著作権法上、未公表の著作物に係る著

作権は公表権によって差押が禁止されていると解するべきである²³。但し、民事執行法第132条を著作権という動産ではない権利に類推適用し、執行裁判所により許可される際には著作権の差押えを可能とすべきと考えられる。

また、昭和54年改正前民事訴訟法570条第1項第12号は、「債務者又はその同居の親族の未だ公にせざる著述の稿本」は差押禁止物とされていた。差押禁止の対象は、「稿本」という著作物及びそれを表現した物（原本）であり、著作権ではない。この12号は、昭和54年改正により民事執行法第131条第12号となったのであるが、この民事執行法制定準備時、当該12号の残すべきか否かが検討された。

仮に、当該12号「発明又は著作に係る物で、まだ公表していないもの」との規定がなかったとするならば、著作物に係る物（動産）が差し押さえられ、譲渡されることとなる。譲渡された後も、現行著作権法の公表権により譲受人は著作物を公表することができない。しかし、転々譲渡されてしまえば、公表権侵害の蓋然性が高まる。この点、民事執行法第131条第12号により、著作物に係る動産の差押が禁止されると、公表権はより一層保護されることになる²⁴。

なお、公表の対象と物との関係については、未公表なのは著作物という表現であって、例えば小説が出版された場合でも、その手書きで推敲された直筆原稿の用紙自体（動産）は未公表であるが、小説という表現である著作物が公表された以上、直筆原稿の用紙という動産は「発明又は著作に係る物で、まだ公表していないもの」には該当しないと考えられる。公表権は、著作者をしてその著作物の完成を決定する権利と考えられるから、小説を出版した以上、著作物の完成を著作者自身が決定しているのであり、原稿は未公表著作物に係る物にはあたらないと解される²⁵。

科学技術その他の分野における学術論文についても、論文として完成しているか否かの判断は著作者の人格的判断となろう。発明を説明する文章及び図面についても、発明としての完成性や、発明の位置付けの明確さなど自らなした発明について思うところを表現することができたか否かの判断は、表現である著作物の完成をコントロールする発明者である著作者の権利に服するのである。そして、その完成の判断をする権利は、著作者兼発明者の有するところであり、発明者の意に反して未完成とされる表現の状態では公表されることは、著作権法上禁止されていると解される。

民事執行法第131条第12号は、債務超過に際しても著作者の人格的利益を保護すべく、未公表の著作物に係るものを差押禁止財産としていると考えられる。このように、著作者人格権の公表権により、未公表の著作物の著作権の差押えが禁止され、民事執行法第131条第12号により未公表の著作物に係るものの差押えが禁止されている。従って、未公表の著作権及び著作物に係る動産は、著作者の倒産から隔離されている。もちろん、著作者である債務者が未公表の著作権及び著作物に係る動産の任意譲渡による換価に同意すればそのような取引が可能であり、強制執行手続においても、著作者兼著作権者の同意があれば、執行裁判所は申立により、民事執行法第132条による差押えの許可をすべき

と考えられる。

それでは、未公表の状態、著作権等が取引された場合にはどのように考えられるであろうか。

著作権法第18条は、著作者人格権の公表権として、「著作者は、その著作物でまだ公表されていないものを公衆に提供し、又は提示する権利を有する。当該著作物を原著作物とする二次的著作物についても同様とする」と規定する。この公表権には例外があり、未公表の著作物の著作権を譲渡した場合には、譲受人の著作権の行使により公衆に提供し又は提示することについて、著作者の同意があったと推定される（著作権法第18条第2項第1号）。未公表の著作物は譲渡することができ、その登録により第三者対抗を得る。未公表の著作物の譲渡の登録に際しては、公表年月日にかえて、「未公表」である旨を登録する（著作権法施行令第21条第2項第1号ハ）。

従って、未公表の著作物の著作権を著作者が譲渡し、公表権について同意が推定され覆されない際には、譲受人の債権者が当該未公表の著作物の著作権を差押え、民事執行法第161条の方法により換価することは許容されると解される。また、質権を設定する際には、質権実行時に譲渡されることについて同意していると解されるから、未公表の著作物の著作権が質権の目的とされ登録された際にも、差押禁止財産とはならないと考えられる。

上述のように、未公表の著作物についての著作権及び著作権に係る有体動産は差押禁止財産であり、倒産隔離されている。とはいえ、著作者から未公表の著作物の著作権を譲り受けた譲受人の債権者は、同意の推定が覆されない際には、当該著作権を差押え可能と解される。

このように、未公表の著作物に関しては、取引の対象とされていない場合には差押え禁止となり、取引の対象とされた場合には差押えが可能となると考えられる。

iii 未公表の発明の特許を受ける権利の執行適格

現行法解釈上、未公表の発明に係る有体動産は、民事執行法第131条第12号により差押禁止財産とされている。未公表の発明に係る有体動産としては、発明についての試作品や、発明に関する機械や道具である。

未公表の発明そのものである特許を受ける権利については、学説に両論有り帰一しない。しかし、通説は、強制執行手続において発明を公表しない工夫をすることで、差押可能であり、執行実務においても、執行適格は認められるべきとしている²⁶。

しかしながら、未公表と未完成とを明確に分けることができないとする立場では、この特許を受ける権利の執行適格については、やはり、出願の前後で区分して検討をすべきであり、出願前の特許を受ける権利については、原則として執行適格を否定し、未公表の状態で行がされている際に限り、執行適格を認めるべきであると考えられる。

第1に、出願前の特許を受ける権利の譲渡は特許庁への出願が第三者対抗要件であり、強制執行によって特許を受ける権利を債権者又は第三者に移転し換価したとしても、その

債権者又は第三者が特許出願をしなければ、第三者に対抗可能な権利を取得したこととならないのでは、国家機関による執行としてあまりに不安定である。強制執行の執行適格を原則として明確に否定しておくことで、両当事者間の任意な契約の工夫を促すべきである。

第2に、特許を受ける権利の客体は情報であり、文章や図面に表現されなければその内容を伝達することはできず、発明者の頭脳にのみ宿る情報及びその権利を対象として、国家が強制執行することはできないといわなければならない。国家機関が強制的に発明者を拘束し、発明の内容の文章化及び図面化を強いることはできない。

第3に、文章や図面に一定の表現がなされていても、発明というものは特許出願のために特許法の要件を満たす書類を作成していく過程で変化し、特定され、完成していくものである。そして、特許を受ける権利の財産的価値は将来取得する可能性のある特許権の客観的範囲による。最終的な財産的価値は特許権発生時の特許請求の範囲の記載と、その後の発明に係る製品の実施状況とにより判断される。かような外的・内的な変化を前提とすると、出願前の特許を受ける権利に係る発明の外延及び対象製品を特許出願前に特定することは極めて困難で、不安定極まる。

第4に、未公表の発明を表現した文章及び図面は、一体として、作成過程の学術論文と同様に、著作物であると考えられる。従って、出願前の特許を受ける権利の執行適格が認められるとしても、未公表の著作物を著作者である発明者の同意なしに差し押さえることは、できない。

第5に、法人が債務超過となり法人の債権者が未公表の発明についての特許を受ける権利を差し押さえようとする際には、当該法人が、発明者である従業員から特許を受ける権利を譲り受けていなければならないところ、法人の破産により転職を余儀なくされる可能性がある際に、従業員である発明者がその精神的活動の全てを法人に譲渡すべきであるか否かは、労働法的観点からも検討されなければならないが、そのような既存の検討を見いだせない。この点、民事執行法第131条第6号の趣旨とも整合的な検討が必要であろう。

第6に、法人の役員又は従業員が発明者である際に、その発明者が債務超過となり、職務として行っている発明の特許を受ける権利を発明者の債権者が差し押さえ、強制執行の対象とすると、当該法人の事業活動への多大な支障となり得る。従業員から法人への特許を受ける権利の譲渡は、一定程度発明の内容を書面により表現された後になされることが通常であるから、従業員から法人への譲渡前の差押えの可能性についても、検討されなければならない。

上記のように、出願前の特許を受ける権利の執行適格を原則として否定したとしても、製品や技術分野を特定したノウハウの提供について対価を得ている際には、その金銭債権を差し押さえることができ、著作権法の公表権についての同意の推定と同様に、出願前の発明が取引の対象となっている際には、その取引で特定された内容を外延として差押え及び換価をなしえるものと解される。

また、出願前の特許を受ける権利や営業秘密が資金調達の裏付けとされた場合には、そ

の管理は民間に委ねるべきとも考えられるのである。未完成の知的財産についても同様である。すなわち、作家が将来完成する小説を裏付けとして出版社から原稿料の前借をすることが行われているところ、作家が小説を創作しようとしなない際には、出版社の編集者は宿泊施設を用意して作家をカンズメとし、小説の記述に集中させ、完成した原稿という有体動産を編集者は直ちに占有する。作家は、宿泊施設へのカンズメと原稿の引き渡しに同意しているとみられ、当事者間のこのような任意的な行為は契約自由の原則によるものと評価できる。これは、日本近代文学の成立時と考えられる明治時代から行われている民間の契約の工夫である。しかし、国家機関が、公権力の行使として、発明者を宿泊施設に拘束し取引の対象とされていない発明の内容の表現を強制することはできないであろう。

特許出願後については、「公表」の解釈が問題となるが、著作者の同意の推定規定と同様に、将来公開されることに同意したと認められるか否かに着目して判断すべきと解される。すなわち、特許出願をすると、出願公開がなされるから、一般に、公開されることに同意をしていると解される。また、特許出願の内容の公開は、国家によってなされ、権利取得の対価として公開されるものであるから、出願公開や特許公報の発行に対して、著作権や著作者人格権を行使することはできない。出願公開等は出願人の意思により公開するものではないが、出願人は公表されることについて積極的な同意をしていると認められる。出願日から1年以内又は1年3月以内に出願の取り下げがなされる場合は別段、一般的には特許出願という行為によって公表への同意と考えることができるであろう。

その他、特許出願の明細書及び図面には特許発明となる可能性のある技術情報の外延が示され、強制執行による譲渡についても届出時に第三者対抗を得ることから、出願後の特許を受ける権利については、執行適格が認められてしかるべきである。しかし、特許出願の出願日から1年以内に処分が制限された場合に、出願人が出願取下をなしえないとする結論を得ることができるか否かは、多様な観点からの検討を必要とすると思われる。

なお、未公表の発明に係るもの（発明品）については、民事執行法第131条第12号により、差押禁止となるが、発明品が、取引の対象とされた場合や、債務者が同意する場合や、極めて高額な発明品²⁷で換価しなければ債権者に酷である場合や、債務者が当該発明品の存在を知らせつつ債権者が取引に入った場合などの事情がある際には、執行裁判所は、債務者及び債権者の生活の状況等も鑑みつつ、民事執行法第132条により差押えを許可することもあると考えられる。

（5）思索中又は着手予定で将来完成する知的財産の執行適格

発明に関して表現された内容が方向性や概要のメモに止まり、科学技術的知見により整理されていない実験データが蓄積されてはいるものの、多くが人間の頭脳に宿り、発明の目的を達成するための具体的構成の選択肢が多く発明の効果を奏するといえる程度の有機的結合が表現されていない状態では、その特許を受ける権利は、執行適格がないと考える。

また、概要のメモや未整理の実験データに止まり、発明者である著作者がその発明を説

明する表現について完成したという意思表示をなしていない場合、その著作物の著作権と、表現された記録媒体とは、著作権法の公表権及び著作物についての民事執行法第131条第12号により差押禁止となると解される。

当該未公表の発明についての試作品は、発明についての民事執行法第131条第12号により、差押え禁止となると解される。

(6) 分別管理による第三者対抗

情報を分別管理することは極めて困難であり、これは、情報を特定することの困難性による。情報を特定できなければ、その情報を使用することにより生ずる利益の計算を明らかにすることもできない。従って、未公表の情報を分別管理し、また、特定することは困難である。従って、未公表の情報一般について、信託の対抗を得る可能性はほとんどない。なお、分別管理されていることを前提としてか、特許を受ける権利の信託の対抗について、委託者の債権者との関係では、受託者による出願を要するが、受託者の債権者との関係では、受託者の出願を要しないといえるであろうとする説²⁸もある。しかし、私見は、この登録制度のない財産の対抗についての信託法の解釈をする以前に、情報の分別管理が困難であり、識別不能を惹起しやすく、そのため、そもそもの特定ができず、従って、信託の対抗を得る可能性がないとする考えである。

(7) 解釈論

民事執行法第131条第12号「物」は、発明品という有体動産を含むが、発明が表現されたものを含まないと解しても、発明の内容を文章や図面で表現した表現物は、著作物である。

このため、発明が表現された著作物は、著作者人格権により公表が制限され、このため、特許を受ける権利の執行適格が認められたとしても、その発明の内容を知るための文書図画が表現された媒体を差し押さえることはできないと解される。

出願前の特許を受ける権利については、未だ取引とされていない場合には、我が国では、原則として執行適格があるといえるような十分な検討は、未だされていない。現状では、出願前については、執行適格を否定すべきである。

一方、取引の対象とされた場合には、その取引での外延を最大範囲として、完成した発明又は営業秘密について、執行適格が認められるべきである。この場合、処分の制限を実効的に行うことが困難であるが、債権者は、発明を表現した文書図画や、試作品等事実上その発明を利用するために必要な動産の差押えを求めることで、実効性のある実務を構築することは不可能ではないと考える。

また、未公表の著作物の著作権は譲渡の登録により第三者対抗を得ることができるため、営業秘密や発明の内容が表現された文書図画の著作権について、強制執行し、その譲渡を未公表での著作権の譲渡の登録とすることが考えられる。これにより、債務者は当該文書

図画を複製し対価を得ることができなくなる。

なお、未公表の著作物についての登録も、閲覧の対象となる。著作権登録では、著作物そのものが登録されるのではなく、400字程度の要約が登録されていることから、未公表の著作権登録について閲覧の制限はされてい。しかしながら、未公表の著作権譲渡の登録を用意しつつ、閲覧の制限についての手当がされていないのは、登録制度としてあまりにも不備である。早急な制度的手当が望まれる。

意匠及び商標については、不正競争防止法上の地位等を信託するのではなく、意匠権及び商標権の信託をすることが推奨される。

(8) 立法論

上記の困難性は、産業財産権の登録制度が物的編成を採用していることによる。著作権登録は、著作者又は題号をキーとする柔軟な編成であることから、公表年月日にかえて未公表とする登録が可能となっている。

そして、人的編成を採用し、必ずしも対世的な公示を行わない登録制度も提案されている²⁹。

未公表の知的財産を物的に個別に特定することは困難であるが、人的編成とし、始期及び終期の定めをすると、その間に創作される知的財産を事後的に一意に特定することができる³⁰。

未公表の知的財産及びその知的財産権について、発明者又は職務発明を譲り受ける法人等（譲渡人）と、譲受人（受託者）と、始期及び終期とを特定し、包括的な譲渡を行う際に、その譲渡の登録を可能とする登録制度の構築が望まれる。この登録の対象となる客体は未公表の状態に財産的価値を有する知的財産及び知的財産権であり、発明、著作物、意匠及び営業秘密が該当する。登録に際しては、どの知的財産であるか明確に分別する必要もないであろうし、分別は不可能でもであろう。この包括譲渡の後、特許出願をするのは譲受人となる。著作権者も譲受人となる。未公表の技術情報で秘密管理されている情報のうち、特許出願されなかった情報が営業秘密であり、この営業秘密は譲受人が秘密管理し、訴権を有することとなる。

この提案では、譲受人が、包括登録された客体のうち、信託財産の管理又は処分として特許出願を行う必要があり、そして、内容を非公開としたまま第三者対抗の効果を生じさせようとするものであることから、これを外部から検証することには膨大なコストを要する。このため、以下点についての工夫が望まれる。

- ・ 譲渡人のガバナンス・内部統制が強固であるとの評価を得られること³¹。特に、譲渡人の従業員が未公表の知的財産について文書化する能力が高く、かつ、適時になされる態勢が整備され、内部統制されていること。

- ・ 譲受人において、完成後特許出願する際には、未公表登録済のものであるか否か客観的に説明可能とすること。

・投資家が、完成された発明を出願するか否か及びその出願時期の判断等について強固な内部統制によるコントロールされていることを信頼する仕組みとすること。

すなわち、未公表のまま公示と同様の効果を生じさせる登録制度を検討するには、公示をしないのであるから、登録制度によって必要な信頼を得ることに限界がある。このため、将来発生する知的財産を資金調達の裏付けとしようとする者に対しては、必要な内部統制を要求し、プロセス・チェックを可能とすることによって、未公表であることを補完すべきである。信託の場合には、受託者の忠実義務等の内容の最低水準を要求することになると思われる。

例えば、このような制度を想定しても、職務発明について、発明者による正確で十分な発明に関する文書図画が適時に作成されなければ、始期及び終期と、発明という事実行為をなした時期との関係とが不明確となってしまふ。すると、信託の効果を得るための実質的移転の要件との関係が吟味されることとなる。信託財産を対象とする債権者は信託財産の差押え、強制執行が可能であるが、文書化されていなければ強制執行の実務の構築が困難であるから、未公表の知的財産を資金調達の裏付けとするには、適時・適切な文書化能力と、その管理態勢とが求められるであろう。コンピュータ・ソフトウェアに関する著作権を想定しても、プログラムがあるのみで、説明の文書図画がなければ、範囲の特定や、適用可能な技術分野の検討を初めとして、その知的財産の活用に余分のコストを要することとなる。このように、将来発生する知的財産を裏付けとして資金調達しようとする譲渡人は、知的資産の管理方針と、文書化の方針及び態勢の構築が必要となろう。この態勢は、内部統制であり、外部からは、その内容を吟味することなく、プロセスをチェックすることとなる。

この登録制度の提案は、ライセンサー保護の議論に影響を受け、未公表の知的財産という捉え方を出発点として、将来発生する知的財産を資金調達の裏付けとするために必要な「対抗」について思索した途上のものであり、少なくとも、第1に、物的編成の登録制度を想定しても限界があるため、人的編成を検討すべきであり、第2に、未公表の状態では著作物であるか発明であるかは渾然一体となり分別しえないから、将来の知的財産についての包括的な登録を検討すべきであり、第3に、将来は発生するとして包括登録された後、完成し、かつ、特許出願する際には、それが包括登録されたものであることを外部から証明することは極めて煩雑でコストを要するところ、譲受人の忠実義務や法令遵守についての強固な内部統制を要件とすることが考えられる点とを提案するものである。

より具体的な要望等については、さらに検討したい。

6. 結語

技術上の営業秘密や、出願前の特許を受ける権利の信託は困難である。金銭債権や、株式（出資持分）や、事業信託という捉え方での信託が考えられる。

未公表の知的財産権については、執行適格を十分に検討しなければならない。未表現・

未取引で頭脳にあるのみの知的財産を、国家による執行の対象とすべきではない。

出願後公開前の秘密状態について、出願人の意思により移転することはできるが、営業秘密としてとらえて執行することは難しい。

将来発生については、現行法上では、株式会社やLLCを設立し、営業秘密や出願前の特許を受ける権利に関する価値を含む株式等を裏付けとすることが考えられる。

将来発生について、立法論としては、譲渡人、発明者若しくは職務発明の譲渡を受ける法人等、始期及び終期とを特定して、内容を非公開としたまま、担保又は譲渡について第三者対抗を得ることのできる登録制度の創設が考えられる。これにより、将来発生する知的財産に関する安定的な信託が可能となるであろう。

¹ 『小野昌延先生還暦記念 判例不正競争法』・(1992)発明協会、中山信弘『不正競争防止法上の保護を受ける地位の譲渡可能性』41頁以下[中山譲渡可能性(1992)]は、「不正競争防止法は、営業秘密を含めて、そもそもその保護対象を所有権のような権利として構成しておらず、従って譲渡等の権利変動に関する規定は一切置かれていないのである。勿論、譲渡が一切認められないのではなく、営業譲渡を伴う場合や相続の場合には認められるであろう。(中略)商品表示は営業と結びついているため、商品表示が譲渡されたというよりは、営業の一部として営業に伴い移転されたというべきであろう。」としている。不正競争防止法上、商品表示や営業秘密の正当な承継人が複数存在することを前提とした対抗要件についての規定を欠くため、営業と分離した移転は考えられない。

経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法平成16年・17年改正版』(2005)、有斐閣、第18頁から第21頁。

² 半田正夫他編『知的財産権事典』(2004)丸善、第4頁は、知的財産基本法第2条第2項は、知的財産に関して法律上保護される利益に係る権利との定義しているが、営業秘密は知的財産ではあるが、知的財産権ではないと解されており、しかし、知的財産基本法はこれらのものも知的財産権と定義している、と解説する。知的財産基本法に知的財産権一般についての対抗要件等の定めは置かれていないから、営業秘密に関して法律上保護される権利と定義されたことにより、営業秘密に関する権利が創設されたと考えすることはできない。

³ 道垣内弘人『有斐閣法律講演会2006 新しい信託法と実務 基調講演 信託法改正と実務』・ジュリストNo.1322(2006.11.1)有斐閣、第13頁は、信託法改正によって受託者の義務の多くを任意規定としたが、特約によって受託者の義務をまったくの骨抜きにしまうと、今度は、その取引は信託ではなく、倒産隔離の効果も生じないというべきであり、信託であると認められるためには最低限どこまでの内容が必要かという問題が存在する。この問題は、信託の本質とはなにかという議論によって支えられて明らかになるのであるから、信託の本質論の重要性は変わらない、と強調する。

⁴ 新井誠『信託法』第2版・(2005)有斐閣は、信託行為と信託の実質についての議論として、第118頁から第120頁、第210頁等にて、信託の効果を奏するには、実質的移転が必要であると論ずる。

⁵ 奈須野太『知的財産信託のニーズ』知的財産信託の活用法、別冊NBL No.102(2005)、第6頁は、営業秘密・ノウハウについては、記録媒体により有形的に秘密管理されている場合は格別、役員・従業員の頭の中にも記憶されているものは、移転又は処分によって委託者の財産権から分離することができない。ただし、営業秘密・ノウハウ自体の信託的な移転が困難であるとしても、その使用・開示を許諾する事務によって得られる金銭債権の信託という法的構成や、当該事務の委任のような手法により、実務上は対応可能であろう、とする。

⁶ 上掲中山特許法(2000)、第15頁は、「(特許法等の)権利付与法とは、ある種の情報をあたかも物であるかのように見て、それに物権的な効果を与えて保護しようとする方法である。それにより、権利の譲渡、相続、担保権設定等が可能となる。(中略)行為規制法とは、不法行為法と類似の法制であり、ある種の情報を権利として構成することはせず、単に不正な侵害から保護するという方法である。不正競争防止法で保護される対象は「権利」として構成されていないので、侵害を排除し損害賠償請求できるものの、譲渡、相続、担保権設定等ができないため、経済財としては確固としたものとはいえない」とする。

⁷ 上掲注1中山譲渡可能性(1992)

⁸ 特許庁編『特許・実用新案審査基準』(2004)発明協会、第II部 第2章 新規性・進歩性、第21頁は、2.8進歩性の判断における留意事項として、「(6)商業的成功又はこれに準じる事実は、進歩性の

存在を肯定的に推認するのに役立つ事実として参酌することができる。ただし、出願人の主張・立証により、この事実が請求項に係る発明の特徴に基づくものであり、販売技術や宣伝等、それ以外の原因によるものでないとの心証が得られ場合に限る。」としている。発明の効果によって製造に必要なコストを低減でき、それが当該製品の市場における優位性となっている事実や、出願中にライセンスの申込等があり一定条件下でライセンスをした事実などが参酌されるべきと考えられる。

⁹ 増井和夫=田村善之『特許判例ガイド第3版』、(2005)有斐閣 [増井=田村特許判例(2005)] は、第333頁から336頁にて損害賠償論の過失推定に関する判例を紹介しつつ「公判裁判例を見る限り、ほぼ例外なく侵害者には過失ありと認定される」とする。上掲中山特許法(2000)、第336頁から337頁は、「法律上は推定規定であるが、事実上は見なし規定に近いとも言えよう。」とする。

¹⁰ 上掲中山特許法(2000)は、第426頁から第427頁にて「特許権の譲渡は専門家の間でなされるのが通常であり、登録を効力発生要件としても特に不都合は生じないと考えられる」とする。

¹¹ 最判平成5.10.19につき、上掲増井=田村判例ガイド(2005)は、第474頁にて、「当事者が特許となることを前提として契約を締結していたような場合には実施料の支払い義務は最終的に特許された請求範囲に属する製品の実施行為のみとなる」とする。

¹² 東京地昭和48.1.31につき、上掲増井=田村判例ガイド(2005)は、「ノウハウの開示に対するライセンス契約のように当事者が特許付与が前提とされていない事例で、許諾者が一定のノウハウを有していたとして実施契約の錯誤による無効を否定した」とする。

¹³ 上掲中山特許法(2000)は、第64頁にて、「共同研究開発の場合はトラブルが生じやすいし、また事後的に各人の寄与度を確定することも困難なことが多い。従って、共同開発をするにあたっては、あらかじめその成果物の取扱いについて契約しておくことが望ましい」とする。

¹⁴ 上掲新井信託法(2005)、第55頁から第57頁にて、受益権を、信託法によって規定された特別な債権として捉えるべきとし、我が国の信託の基本構造を「信託財産の名義は受託者に移転されることとなっており、受益者は信託財産に対する支配利用権を有しておらず、受託者に対する行為請求権を有するに過ぎない」と説示する。

¹⁵ 中山特許法(2000)第434頁

¹⁶ 渡辺宏行『ノウハウの現物出資・信託』、早稲田大学21世紀COE<企業法制と法創造>総合研究所「季刊企業と法創造第1巻第2号」(2004)、第127頁から第137頁は、事実実験公正証書の作成等によるノウハウの文書化を前提として、信託の適格性があると論ずるが、移転ないし処分の可能性について、不競法上の地位の譲渡可能性や、実験について文書化したとしてもなお情報が識別不能となる可能性の高さや、製造活動の進歩によってノウハウが変化していくことなどについての考慮がまるでなされておらず、論旨の信託の適格性があるとする結論に妥当性があるとは考えられない。

¹⁷ 中山特許法(2000)、第162頁

¹⁸ 中山特許法(2000)、第164頁から第167頁は、民事執行法第167条の譲渡命令により債権者に譲渡を命ずることで、強制執行による公開という自体を避けつつ、出願前の特許を受ける権利の換価を可能とすることが示唆されている。また、中山信弘編『注解特許法第2版増補版(1994)第33条(中山)第271頁から274頁

¹⁹ 田村不競法(2003)、第335頁から第336頁は、「(営業秘密である)情報の価値を吟味してから保護を与えるという制度は思考経済に反し、また実際に運用するには困難が生ずる」とする。判例では、技術上の不成功の情報(ネガティブ・インフォメーション)についても有用性が肯定されており、したがって、未完成の営業秘密という取扱いは不要と考えられる。

²⁰ 詳細は、例えば、升田純『将来債権に関する最高裁判決と実務のガイドライン』、森井英雄他『債権譲渡特例法の実務新訂第2版』(2002)商事法務、第193頁から第285頁

²¹ 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会著『民事執行の実務 債権執行編 上』(2003)金融財政事情研究会、第115頁は、「将来債権譲渡について、当事者間の任意的な債権譲渡と国家権力の介入による強制的な債権差押えと同視することは相当ではないとし、実際、最判11.1.29が8年3ヶ月という診療報酬債権の譲渡を有効とした後も、なお将来1年分を限度として差押えを認める運用である」とする。

²² 河野愛『未公表著作物と差押禁止物—公表権についての一考察—』法律のひろば第31巻第3号(1978)、第58頁から第61頁

²³ 栗田隆『著作権に対する強制執行(2)』、金融法務事情No.1461(1996)、第38頁から第44頁

²⁴ 上記注21河野(1978)

²⁵ 中村稔『講演 未公表著作物に関する問題など』著作権研究第29号(2002)著作権法学会第167頁から第179頁は、公表権を考える場合に、非常に厳密に考えると公表されたものというのは印刷された最終形だけであって、その途中稿(例えば、推敲された手書原稿)というのは公表されていない、ことになる。しかし、それほど公表権というものを厳格にみるのが果たして正しいのか、と問い、文化遺産としての利益という公益的な面も考えて公表権を検討すべき、とする。

また、田村善之『著作権法概説第2版』(2001)有斐閣、第413頁は、著作物を創作した著作者は、それを世に出すには未だ手を加えたいと思ったり等、その意に反して著作物が世に知られると精神的苦痛を受けるが、公表権により、この人格的利益を守ることができるとする。

²⁶ 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会著『民事執行の実務 債権執行編 下』(2003)金融財政事情研究会、・第147頁

²⁷ 阿部史『発明の執行と法的問題-「未公表発明と動産執行」と「特許を受ける権利の執行」をめぐって-』慶應義塾大学大学院法学研究科論文集(2005)慶応技術大学法学部内法学研究会、第1頁から第32頁は、民事執行法第131条第12号の規定のうち、未公表の発明に係る物を本規定から外し、執行適格を認めるべきと論ずるが、そのような解釈論を展開せずとも、民事執行法第132条の実務により対処可能と思われる。

²⁸ 新井誠『信託と特許権』、知的財産研究所編「知的財産権の信託」(2004)雄松堂、第132頁から第135頁

²⁹ 債権譲渡特例法は登録事項について二段階の開示制度を有する。また、第166回国会提出産業活力再生特別措置法等の一部を改正する法律案により導入が図られる通常実施権の対抗に関する特例では、特許権の番号を特定しない人的編成の特定通常実施権登録制度の導入が提案されている。この制度では、登録の全部の閲覧は、利害関係人に限定される。

³⁰ 上掲新井信託と特許権(2004)第145頁から第148頁は、将来の発明に関する包括的な信託契約の有効性について論説し、「発生原因として、発明者と、発明の分野とを特定し、その他、譲渡人と始期及び終期とを特定することで、将来の発明に関する包括的な信託契約の有効性を認めうる」とし、期間については、将来債権譲渡の議論を参酌し、実務的には5年間程度であろうとする。

³¹ 例えば、経済産業省『営業秘密管理指針』(2005)は、営業秘密についての内部統制の指針とも把握されるところ、営業秘密に限らず未公表の知的財産の内部統制を構築する上で参考になると思われる。