

「個別報告」

エスクロウ利用によるソフトウェア担保の実現

小川 憲久*

〔摘要〕 ソフトウェア担保を実現する法的制度としてはプログラムについての質権設定、譲渡担保権設定、プログラム特許、ソフトウェアの商標についての質権設定、譲渡担保権設定、仮登録担保権がある。しかし、これらの組み合わせだけでは担保としては十分ではない。ソフトウェアの価値を把握するためにはノウハウ、開発書類、開発技術者情報、顧客リスト等の担保になじまない情報が重要だからである。そこで、担保を十分なものとして把握するために、ソフトウェア・エスクロウ制度の利用を提案する。

〔キーワード〕 ソフトウェア担保、質権、譲渡担保、仮登録担保、ソフトウェア・エスクロウ

1. 背景と問題点

1.1 ソフトウェア開発の形態

ソフトウェア開発の形態は大きく2つに分けることができる。その一つは、発注者が存在し、開発者にとっては開発の目的とその対価が予定されているもので、これを便宜的に受注型と呼ぶ。他の一つは、いわゆるパッケージソフトのように市場での販売を目的としたもので、開発後の販売については市場原理が支配する。これを便宜的にパッケージ型と呼ぶ。

受注型の場合には、開発者にとって開発後の市場リスクは考える必要はなく、又、開発資金

の発注者からの調達と資金需要とをバランスさせたスケジュールで開発を進めることができる。この形態では結果的に発注者が開発リスクを負担することになり、先行的に資金を提供した場合には、その保金をいかになすかとの問題が生ずることになる。また、発注者が先行的に資金提供をなさない場合には、開発者は完成後の対価を引き当てとして金融機関から開発資金を調達することになる。但し、この場合には金融機関には完成までの融資金の保金をいかになすかとの問題が生ずる。そして何れの場合でも、開発者に不動産等の担保力がなければ、開発中のソフトウェア又は完成している別のソフトウェアを担保とするより方法がないことになる。

パッケージ型の場合には、開発後の市場リス

* 弁護士

(原稿受領日：1996.7.8)

クは大きく、開発のための先行投資の回収は確実とは言えない。その意味でソフトウェアの完成販売による回収を引き当てとする資金調達はきわめて難しく、開発資金の提供者は確実な回収を見込める不動産等の担保を要求する。しかし、ソフトウェア開発者は、業界自体の歴史が浅いこともあり、内部蓄積もなく不動産を保有していない場合が多い。そのため開発中のソフトウェア又は完成しているソフトウェアを担保とするより方法がないことにならない。

現在、コンピュータのダウンサイジング、パソコンの高性能化、ネットワークコンピュータの出現等により、新してソフトウェアの需要は拡大しており、そのための開発資金需要も拡大している⁽¹⁾。そしてこの資金需要に対応するためには、投資と融資の選択肢があり得るとしても、いわゆるベンチャーキャピタルの未成熟なわが国においては投資による資金供給は限定されたものになるであろうことから、前記の現実を踏まえた場合、ソフトウェア自体を担保とする融資による資金供給に頼らざるを得ないものと予想される⁽²⁾。

1.2 ソフトウェア担保の問題点

ソフトウェア担保の問題点は、①ソフトウェア資産の価値をいかに正しく評価、把握するかという担保評価の問題⁽³⁾と、②いかなる方法で担保設定し、価値を把握するのかという担保設定の方法論の問題があり、更に後者は、(イ)担保設定のための法律上の方法論—いかにしたら権利を確保できるか、(ロ)担保確保のための実行上の方法論—担保対象をいかにして確保するか、とに分けて考えることができる。本稿はこの後者の(イ)(ロ)の方法論とソフトウェア・エスクロウ制度の利用について検討する。

2. 担保権

2.1 ソフトウェア担保に関わる権利

ソフトウェア担保を考えた場合、担保の対象となりうる権利としては、著作権、商標権、特許権が考えられる。

著作権は、ソフトウェアの中心がプログラムである以上、ソフトウェア担保の中心ということになる。担保の対象となる著作物としては、プログラム（ソースコード、オブジェクトコード）の著作物、フローチャート、仕様書、マニュアル等の言語著作物があるが、その他にメンテナンス履歴資料、ユーザーリスト、開発技術者情報等の著作物か否か疑問があるもののきわめて重要な資料も担保対象としなくては意味がない。なお、著作権には譲渡できないとされる人格権があり、その処理は担保実行にあたって重要な意味を持つ。また、ソフトウェアにはサードパーティーの著作物であるプログラムがモジュールとして組み込まれていることも多く、その権利処理を検討する必要もある。

商標権は、市場性のあるソフトウェアの場合に重要となる。ソフトウェアの商標を他に譲渡されてしまった場合に、当該ソフトウェアの価値減価は容易に想像できるからである。ソフトウェアと共に商標権にも担保設定をしておく必要があることになる。

特許権は、ソフトウェア特許権の増加と共に担保対象として重要な権利となってくる。特許権成立前であっても、特許を受ける権利に担保設定は可能であり、特許権成立の場合の担保価値は増大するものといえる。

2.2 担保権設定手続き

2.2.1 著作権

著作権には質権と譲渡担保権が成立する。

a. 質権は著作権法66条に予定されている担保権で、設定契約により成立し、権利質ではあるものの、債権質と異なり要物性は要求されないため諾成契約で成立する。質物より優先弁済を受ける権利があり、物上代位権ありとされている(著作権法66条)。しかし、債権の取立という事態はないため直接取立権(民法367条)はない。また、著作権は特約ない限り著作権者が行使できることとされていて(著作権法66条)⁽⁴⁾、著作権にたいする直接支配のない担保権であり、実体としては抵当権と同じ効力であるといえる。また、商人間では商法515条により流質契約が可能である。

設定登録⁽⁵⁾は質権成立の要件ではないが、対抗要件としては質権設定登録が必要となる(著作権法77条、プログラム登録特例法)⁽⁶⁾。

質権実行の手続は、原則は裁判所に担保権実行の手続を求めることになる。流質契約がある場合には処分清算、帰属清算のいずれも有効であると思われる。しかし、その場合には適正額の評価をなして清算する必要がある。質権の実行であっても権利者が単独で著作権の権利移転登録はできない⁽⁷⁾。移転登録を単独でなすには、移転登録請求訴訟の勝訴判決が必要である。

流質特約のない場合や法的実行をなす場合には、民事執行法に定める「その他の財産権についての担保権実行手続き」によることになる。その場合には、差押命令の申立てを東京地方裁判所(質権の登録機関であるソフトウェア情報センターの所在地を管轄する)になし(民事執行法193条)⁽⁸⁾、差押命令(同法143条)により登録機関に差押登録嘱託がなされ、その後、特別の換価命令(同法161条)がなされる。特別の換価命令とは、(1)譲渡命令—裁判所の定めた

額で差押債権者に譲渡する、(2)売却命令—裁判所の定める方法で執行官に売却を命ずる、(3)管理命令—管理人を選定して著作権等の管理を命ずる⁽⁹⁾、(4)相当な方法による換価を命ずる、のいずれかの方法で換価することを意味する。換価が終了すれば、配当手続により債権が弁済される(同法166条)⁽¹⁰⁾。

b. 譲渡担保

譲渡担保は諾成契約として当事者の合意のみで成立する。そして、著作権移転の登録をなすことにより対抗要件を備えることになる⁽¹¹⁾。移転登録により対外的には著作権者と同一の権限を有することになるが、担保である以上、特約ない限り質権の規定を類推適用して譲渡担保権者は著作権を行使できないと解すべきものと思われる。

設定登録は、譲渡担保を原因とする著作権移転登録で、対抗要件の意味を持つということになる⁽¹²⁾。

実行は、債務不履行により担保物の著作権を確定的に取得する、又は第三者に売却することにより代金の回収をすることになる。譲渡担保は、判例上、清算義務があり、目的物の適正評価の問題が生ずることになり、その意味では流質の場合と同一である。しかし、著作権登録上では既に著作権が担保権者に移転しており、移転登録の問題を残す流質より担保権の実行という意味では優れている。但し、担保権者の取得の場合、譲渡担保の実行を直ちに登録上反映させることができないことにはなる⁽¹³⁾。

2.2.2 商標権

ソフトウェアの商標は流通を考慮した場合にきわめて重要な意味を持つ。流通の考えられるソフトウェアを担保とする場合、特に市場において知られているソフトウェアの場合には商標

権に担保権設定をする必要はきわめて強い⁶⁴⁾。

商標権には、質権、譲渡担保権、仮登録担保権の設定が可能である。

a. 質権（商標法第30、31、34条）

商標権、専用使用権に対する質権設定は登録が効力発生要件であり、通常使用権に対する質権設定は登録が対抗要件である⁶⁵⁾。質権には物上代位権があるが、質権者は特約ない限り商標の使用は不可とされている。商人間では流質可能な点は著作権と同様である。

実行については概ね著作権の場合と同一である。

b. 譲渡担保

商標権に譲渡担保を設定することは認められるが、譲渡担保を移転登録の登録原因とすることは認められていない⁶⁶⁾。商標権自体の譲渡担保設定には移転登録が、専用使用権への譲渡担保設定には設定登録が効力要件とされる。又、通常使用権への設定は設定登録が対抗要件である⁶⁷⁾。

実行については著作権の場合と同様である。

c. 仮登録担保

商標権には権利移転請求権を保全するための仮登録（商標登録令2条、特許登録令2条）制度があり、この仮登録を利用した担保設定が可能である。この仮登録担保には「仮登記担保契約に関する法律」の適用があり（仮登記担保法20条）、実行により商標権等の移転がなされる。但し、引替えに清算金の支払いが必要となる⁶⁸⁾。

2.2.3 特許権

ソフトウェア特許が成立している場合には、特許に担保設定をしておく必要がある事はいうまでもない。特許権については、商標の場合と同様に、質権、譲渡担保権、仮登録担保権の設定が可能である。

a. 質権（特許法73、77、94、95条）

商標と同様に、優先弁済を受ける権利、物上代位権があるが（同法96条）、質権者は特約ない限り特許の実施はできない（同法95条）⁶⁹⁾。特許権、専用実施権への質権設定は登録が効力発生要件（同法98条）であり、通常実施権への質権設定は登録が対抗要件（同法99条）である⁷⁰⁾。専用実施権者が質権設定するには特許権者の承諾が必要とされ（同法77条）、通常実施権者の質権設定には特許権者及び専用実施権者の承諾が必要とされる（同法94条）。特許申請中の特許を受ける権利は質権の目的とはできない（同法33条）。商人間では流質が可能である。

実行については著作権の場合と同様である。

b. 譲渡担保

譲渡担保の設定は可能だが、商標と同様に譲渡担保を登録原因とすることはできない⁷¹⁾。特許権への設定は移転登録、専用実施権への設定は設定登録が効力要件であり、通常実施権への設定は設定登録が対抗要件である⁷²⁾。質権と異なり、特許を受ける権利にも設定が可能であることに注意を要する（同法33条）。

実行については著作権の場合と同様である。

c. 仮登録担保

商標同様に、特許権等の権利移転請求権を保全するための仮登録（特許登録令2条）を利用した担保設定が可能であり⁷³⁾、「仮登記担保契約に関する法律」の適用がある（仮登記担保法20条）。そこで、実行により特許権等の移転がなされる、但し、引替えに清算金の支払いが必要となる。

2.3 問題点

ソフトウェアは単にプログラムだけで成立しているわけではない。プログラム著作物はソフ

トウェア情報センター（SOFTIC）への登録により、法的な担保権設定は可能といえる。しかし、登録のみで現実に目的プログラムを担保として確保したといえるのかという問題がある。ソフトウェアを構成するフローチャート、仕様書、マニュアルの著作権登録は文化庁であり、これらについて著作権登録する必要もある。また、メンテナンス資料、ユーザーリスト、開発技術者情報については著作物性に疑問があり、登録の対象とならない可能性が強い。更に、権利の登録はなされたとしても、実際にソフトウェア及び資料自体をどうやって確保するのか、又、登録できない場合に契約のみで著作権の確保ができるのかとの疑問も生ずる²⁴⁾。そして、ソフトウェア特許を担保とする場合も同様の問題がある。ここでは、担保物を確保する制度の必要性があることになる。

また、開発途中のソフトウェアについては完

成を条件として担保契約は成立する（持ち込み担保）ものと思われるが、一応の完成までは著作権は発生せず、担保権としては成立しない²⁵⁾。そこでは、契約ベースでの担保設定とならざるを得ず、やはり、対象ソフトウェアをいかに確保するか、そのための制度が必要となる。

3. エスクロウを利用した担保物の確保

3.1 ソフトウェア・エスクロウ

取引の一方当事者（甲）が、第三者たるエスクロウ・エージェントに、ソフトウェア自体を、ある一定の条件又は事象の発生まで保管させ、その発生の際には他方当事者（乙）に引き渡されるという預託制度をソフトウェア・エスクロウという。

このソフトウェア・エスクロウ制度を、ソフ

図1 ライセンス契約における形態²⁶⁾

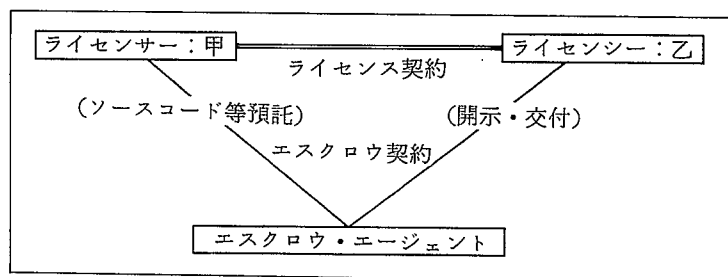
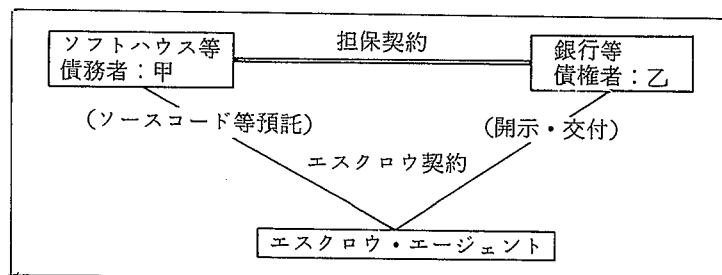


図2 ソフトウェア担保における形態



トウェア担保設定の場合に活用することにより、前記の問題点の解決に資することができるものと思われる。ソフトウェア・エスクロウは対象物の合理的な確保を目的とする制度だからである⁶⁷⁾。

3.2 エスクロウ契約

ソフトウェア・エスクロウを概観すると、

a. 契約形態

債務者を預託者、債権者を受益者、とするエスクロウ・エージェントとの間の信託類似の三者契約⁶⁸⁾。

b. デポジット（預託）

預託者（債務者）はエスクロウ契約に従い預託物をエスクロウ・エージェントに預託する。預託物の所有権は預託者よりエージェントに移転する⁶⁹⁾。

デポジットの対象は、ソースコード及びオブジェクトコードの複製物（FD、CD-ROM、MT、等）、設計書、仕様書、フローチャート、マニュアル、メンテナンス資料等のドキュメント類及びユーザーリスト等、開発技術者情報⁶⁹⁾である。

c. バージョンアップ

対象ソフトがバージョンアップされた場合にデポジットの追加を得ておかないと実行後に対応できなくなる。追加デポジットの条項は担保契約にも必要となる⁶⁹⁾。

d. 検査（確認）

預託された物が正しく担保の対象であるか検査する必要がある。通常は預託時に債権者・債務者立ち会いで内容確認をする。テクニカルな検査が必要な場合もあり得るが、その方法はケース・バイ・ケースである。

e. 通知

エスクロウ契約に明記した債権者・債務者の通知先住所確認とデポジット内容の確認告知のため、エージェントは預託物受領の通知をなす。追加デポジットのあった場合も同様である。

f. 保管

エージェントは受益者（債権者）及び契約毎に施錠若しくは封印された容器に受託物を入れ、善良な管理者の注意を持って保管する⁶⁹⁾。

エスクロウ契約に定める場合を除いては、デポジット後、預託者、受益者、エージェントの三者とも、原則として受託物の内容を見ることは許されない⁶⁹⁾。

g. 開示（引渡）条件

開示条件は担保契約に定める担保実行の条件と同一になる。しかし、担保契約はエージェントを拘束するものではないため、エスクロウ契約に具体的に明記する必要がある⁶⁹⁾。債務者が破産、和議、会社更生、清算、整理の申し立てをした場合や決定を受けた場合などは客観的に証明可能なため開示条件とすることは問題がないが、事実上の倒産の場合にはその判断をエージェントに委ねることは無理がある。そこで、エージェントが債権者（受益者）の申し立てによりエスクロウ契約上の通知先債務者住所に照会通知をなし、一定期間に返事のない場合や送達できない場合に開示するとの手続き的な開示条件を工夫する必要がある⁶⁹⁾。

h. 料金の負担

料金の負担者は債務者が通常であろうが、支払を怠った場合を想定して受益者である債権者にも支払権限を付与しておくのが妥当である⁶⁹⁾。

i. 秘密保持義務

エージェントに秘密保持義務があることは当然である。なお、担保実行を考えた場合には、実行後は当該ソフトウェアに関する秘密は債

権者に移転し、債務者（開発者）は秘密漏洩をなさぬよう、秘密保持義務を負うことになるべきであろう。したがって、かかる内容の契約条項が必要となる。

j. エージェントの主体

エスクロウ・エージェントの資格について特に要件はない。米国では倉庫業（特にコンピュータデータの保管を専門とする）を兼業する私企業エージェントが多いが法律事務所もある。仏、英では半官半民に近い団体が行っている。わが国には未だエスクロウ・エージェントは存在しないが、秘密保持及び安全な保管管理の可能な主体であれば官民を問わず可能であり、ソフトウェア担保実現のためには是非とも必要な制度であると考えられる⁽⁹⁾。

注

- (1) 1998年には年間300億円のソフト担保融資が生ずる見込み（通産省・機械情報産業局談／1995.7.7 日本経済新聞）。
- (2) 情報処理振興事業協会（IPA）では、①プログラム開発の委託事業、②開発資金債務の保証、③開発資金の融資を行っているが、当然、総ての需要を賅えるものではない。
- (3) 担保評価については、収益還元方式のうちのディスカウント・キャッシュフロー法が適当であるとの考えが有力である。
- (4) 但し、出版権の設定には質権者の承諾が必要（著作権法79条）。
- (5) プログラムについての質権登録は平成7年6月末現在累計7件で、内2件は質権抹消されている。
- (6) 設定の手数料は3万円（プログラム登録特例法施行令4条）、登録免許税は債権額の1000分の4（登録免許税法別表第1九(2)）で

ある。

- (7) 流質を実行したということのみで、債権者が単独で（債権者代位・著作権法施行令29条により）著作権が債権者又は第三者に移転した登録をすることはできないと考えられる。移転登録請求訴訟の判決による登録申請が必要と考えられる（著作権法施行令16-18条）。
- (8) 申請には著作原簿謄本（著作権法78条）、プログラム登録原簿記載事項証明書（プログラム登録特例法2条）等が必要。
- (9) 管理人は出版権等の設定や複製許諾をなし、対価を徴収して配当する。
- (10) 裁判所の手続きを経る場合にも評価の問題は生ずる。裁判所は換価命令の前提として鑑定評価をする必要があり、鑑定評価人を選任して評価することになる。そこで評価人の費用を申立債権者が予納負担する必要が生ずるとともに、担保価値評価の問題と同様に、適当な評価人が存在しうるかとの問題がある。
- (11) 譲渡担保については法文上の根拠はないので著作権移転の登録をすることになる。しかし、譲渡原因として譲渡担保とすることが認められており、この点は不動産登記と同一である。
- (12) プログラムについての譲渡担保の登録は平成7年6月末現在18件なされている。なお、手数料は3万円（プログラム登録特例法施行令4条）、登録免許税は1万8,000円（登録免許税法別表第1九(1)）であって、質権設定より低額である。
- (13) 実務的には、不動産の場合と同様に、債務者と担保権者とで従前の譲渡担保による著作権移転を錯誤を理由に取り消し、改めて代物弁済等を原因とした移転登録申請をなすという方法がとられる。

- (14) 商標権は工場抵当法の財団抵当権、企業担保法の企業担保権の対象となるが、本件とは場面を異にする。
- (15) 設定登録の登録免許税は債権額の1000分の4である（登録免許税法別表第14(3)）。
- (16) 譲渡担保の場合に信託譲渡を登録原因とすることができる（商標登録令8条、特許登録令56-70条）が、現実には単に譲渡を原因とする例が多いと思われる。
- (17) 登録には登録免許税3万円（登録免許税法別表第14(1)(2)）が必要である。
- (18) 登録には登録免許税1,000円（登録免許税法別表第14(7)）が必要である。
- (19) 逆に、特許権者は質権設定後でも質権者に無断で専用実施権、通常実施権を設定できる（吉藤幸朔・特許法概説5版388頁・有斐閣）。
- (20) 設定の登録免許税は債権額の1000分の4（登録免許税法別表第11(3)）である。
- (21) 譲渡担保の場合に信託譲渡を登録原因とすることができる（特許登録令56-70条）が、現実には単なる譲渡を原因とする例が多い。実際には質権より譲渡担保が多用されているといわれる。
- (22) 登録免許税は1万5,000円（登録免許税法別表第11(1)(2)）である。
- (23) 登録免許税は1,000円（登録免許税法別表第11(7)）である。
- (24) ソフトハウスにとってはプログラムのみならず仕様書、マニュアル、メンテナンス資料、ユーザーリスト等は企業秘密に属する物であり、たとえ担保のためとはいえその開示には大きな抵抗があると思われる。特に、秘密が漏洩される恐れがある場合には債権者に交付することはあり得ない。
- (25) アイデアが著作権で保護されないことはい
- うまでもなく、予め担保化することは不可能である。但し、特許は別である。
- (26) ライセンス契約において、ライセンサーの倒産等の事態に備えるため、エスクロウ契約が締結される。ライセンサーはソースコード、ドキュメント類をエスクロウ・エージェントに預託しておき、倒産等の事態が発生した場合にライセンサーはエスクロウ・エージェントから預託物の引き渡しを受けて自らメンテナンス等を継続できる。一方、ライセンサーは正常時にはソースコード、ドキュメント類がライセンサーその他に漏洩される危険を回避することができる。欧米では一般的な制度である。
- (27) エスクロウ契約は担保契約の従たる契約として締結される。したがって、担保契約中にエスクロウ契約を結ぶこと、エスクロウに何を預託するのかを明記しておく。又、エスクロウ契約と担保契約の整合性に注意が必要。
- (28) 債務者・エージェント間の債権者を受益者とする第三者のための契約もありうる。
- (29) 預託物は著作物の複製物であり、所有権を移転しておかないと債務者が所有権を移転した場合や差し押さえされた場合に受益者に開示交付できなくなる。
- (30) 開発技術者情報はソフトウェアのメンテナンスをする場合特に重要となる。
- (31) バージョンアップについては契約条項だけでは不十分で、債権者側で常に注意しておく必要がある。
- (32) エージェントは必ずしも自ら保管を実行する必要はない。エスクロウ契約において定めれば、必要な設備のととのった営業倉庫に寄託することもできる。
- (33) このことが徹底されてこそ、預託者は安心

してデポジットできる。

- (34) 担保契約との関係では担保契約を解除した場合にエスクロウ契約がどうなるのかとの問題がある。エスクロウ契約はその根拠が担保契約にある以上、基になるデポジットの開示引渡権限も消滅してしまうことになる。
- (35) 争いがあれば裁判手続き又は仲裁手続きにより開示の可否を決することになるが、その場合の当事者は誰か、請求の趣旨はどうなるのかとの訴訟上の手続き問題がある。
- (36) 従前はデポジットの義務者は預託者であるとの観点から預託者が料金負担をするのが原則と考えられたが、料金不払いの場合に困るのは受益者であり、又、エスクロウによって

利益を確保できるのは受益者であることから、受益者負担とするのが妥当と思われる。

- (37) 米国では西海岸、東海岸にそれぞれ数社ある。仏ではAPP (Agency for the Protection of Programs) が、英ではNCC (The National Computing Centre Limited) が、オランダではCUC (Computer Uitwijk Centrum) が行っている。わが国では、SOFTICの行った1994年の調査では、エージェントの主体としては回答者の約60%が公的機関を、26%が民間会社を、10%が法律事務所を妥当としている。(「ソフトウェア・エスクロウ制度」SOFTIC、1995.3)