

ソフトウェアライセンスにおける、 ソフトウェアエスクローの活用について

ライセンス第1委員会
第3小委員会*

抄 録 ソフトウェアライセンスにおいて、ライセンサーの破産や事業売却など何らかの理由で、ソフトウェアの提供をライセンサーから受けられなくなった場合、ライセンシーは、自社の事業に大きな影響を受けかねない。このようなリスクへの対応策の一つとして、ライセンサーから第三者にソフトウェアのソースコードを預託させ、ライセンサーの破産時などにソースコードがライセンシーに開示されるソフトウェアエスクロー（以下、「エスクロー」という）の活用が考えられる。日本では、著作権法第47条の3第1項の規定によって、ライセンサーの破産時に開示されたソースコードの利用範囲が「自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度」に限定されるため、自由に利用することはできないものの、自社内で利用し、かつ、自社の事業運営などに大きな影響をもたらす可能性のあるソフトウェアなどでは、エスクローの利用は検討に値すると考えられる。

目 次

1. はじめに
2. ライセンサーからソフトウェアの提供・保守を受けられなくなるリスクとその対応策について
 2. 1 法的整理以外の理由で、ライセンサーの事業が継続しない場合
 2. 2 ライセンサーが法的整理を申請した場合
 2. 3 リスク回避策としてのエスクロー
3. ソフトウェアエスクローについて
 3. 1 エスクローの利用について
 3. 2 エスクローと著作権法の関係
 3. 3 国毎およびエージェント毎のエスクロー比較
 3. 4 SOFTICへのヒアリング結果
 3. 5 エスクロー利用における留意点
4. 結 論
5. おわりに

1. はじめに

ソフトウェアを使用する場合、通常の物品の

ように物の所有権を移転させる場合とは異なり、一定の条件の下で使用を許諾するソフトウェアライセンスという形を取ることが多い。

また、ソフトウェアのソースコードは、通常、ライセンサーにとって重要な資産であり、ライセンシーに開示されることは少ない。これは、仮にソフトウェアの開発委託を受けた場合であっても、ライセンサー（開発上の受託者）としては、利益の源泉であるソースコードまでライセンシー（開発上の委託者）に提供することは避けたいと考えるのが一般的だからである。

一方でライセンシーの立場からすると、ライセンサーから受け取ったソフトウェアは一定の条件下でしか使用できず、また、そもそもソースコードがライセンサーから開示されなければ、プログラムのバグの修正や、ソフトウェアの改良を行うことはできないため、これらの行

* 2015年度 The Third Subcommittee, The First License Committee

為をライセンサーに委ねるしかなくなってしまう。

このようなソフトウェア使用の状況において、ライセンサーの破産、事業撤退、または事業売却など何らかの理由で、ソフトウェアの提供・保守をライセンサーから受けられなくなった場合、ライセンサーはソフトウェアを継続して使用することが困難となり、ソフトウェアの内容によっては、自社の事業に大きな影響を受けるおそれもある。

よって、ライセンサーとしては、ライセンサーからソフトウェアの提供や必要な保守が受けられなくなるという将来のリスクを想定して、何らかの対応策を講じておくことが必要となる。

当小委員会では、このような課題認識のもと、ライセンサーの破産、事業撤退または事業売却などによってソフトウェアの提供・保守が受けられなくなった場合に、どのような具体的リスクが存在し、それに対してどのような策を講じることができるのかについて、特にソフトウェアエスクローの活用を中心に、その活用可能性と留意点をまとめた。

本稿は、2015年度小委員会のメンバーである、中川健一(小委員長, 富士ゼロックス), 清水隆弘(小委員長補佐, 東京計器), 下村高弘(KADOKAWA), 藤晶子(キヤノン), 日光理紗(キヤノンマーケティングジャパン), 森倫夫(日産自動車), 大野拓哉(KDDI), 川村楨子(ソニー), 齋藤雄一(東芝), 杉山裕章(日立製作所), 丸山裕久(フィリップスライティングジャパン)が執筆した。

2. ライセンサーからソフトウェアの提供・保守を受けられなくなるリスクとその対応策について

ライセンサーからソフトウェアの提供・保守を受けられなくなる可能性が発生する場合として、まず、ライセンサーの事業撤退や事業売却などの法的整理以外の場合が考えられ、次に破

産などの法的整理の場合が考えられる。法的整理の場合、管財人が登場するため、想定されるリスクや、とり得る対応策について特別な注意が必要となってくる。

以下、ライセンサーからソフトウェアの提供・保守が受けられなくなる場合について、法的整理以外の理由による場合と、法的整理による場合に大別して、リスクおよびその対応策をそれぞれ記載する。

2. 1 法的整理以外の理由で、ライセンサーの事業が継続しない場合

ライセンサーが事業を継続できない場合として、まず、ソフトウェアのライセンサーが当該ソフトウェアにかかる事業を第三者に譲渡する、あるいは第三者によって当該ソフトウェアにかかる事業が買収される等の理由により、当該ソフトウェアの提供者がライセンサーから第三者に変更となる場合がある。かかる場合、ライセンサーはライセンサーから継続してソフトウェアの提供・保守等のサービスを受けることができず、ライセンサーの事業を従来通り継続できなくなるリスクがある。かかるリスクへの対応としては、ライセンサーから事業を引き継いだ第三者から元のライセンサーから受けていたものと同等のサービスを受けることが考えられる。吸収合併等の包括承継により、ライセンス契約がそのまま第三者に引き継がれている場合であれば、従前のライセンス契約に基づきライセンサーは引き続きソフトウェアの提供・保守を受けることができるため、ライセンサーの事業継続に与える影響は少ないといえる。問題となるのは、ソフトウェアに関する著作権等の権利が第三者に移転したにもかかわらず、ライセンス契約が当該第三者に承継されない場合である。この場合、著作権法においては、平成23年特許法改正により導入された特許・実用新案・意匠の通常実施権の場合のような当然対抗

制度は存在しないため、従前のライセンサーとの間のライセンス契約にもとづく通常実施権を当該第三者に対抗することはできない。そこで、たとえば予めソフトウェアライセンス契約において、ライセンサーへ許諾した権利を保全することなくライセンサーの権利を第三者に移転することを禁止する等の条項を盛り込むといった予防措置をとることが考えられる。かかる条項により、ライセンサーの権利移転について、ある程度の抑止力が期待できる。しかしながら、当該条項に違反して権利移転がなされた場合には、ライセンサーからはライセンサーへの損害賠償請求が可能となるのみで、権利譲渡を受けた第三者に対してライセンス契約に基づく通常実施権を対抗することまではできないため、ライセンサーの従前の権利を完全に担保するには至らないという点には留意が必要である。

次に、ソフトウェアのライセンサーが事業撤退等により当該ソフトウェアを継続して提供をしなくなる場合がある。ライセンサーが事業撤退等により、それ以降、ソフトウェアを提供しない場合であっても、かかるライセンサーの法人格が事業撤退後も存続し当該ソフトウェアの著作権を引き続き保有するのであれば、ライセンス契約を継続させることで、ライセンサーはソフトウェアの使用を継続することができる。しかし、かかるライセンス契約が継続する場合であっても、提供者であるライセンサーが事業撤退してしまっている以上、ソフトウェアに関する保守等のサービスを受けることができないというリスクがある。かかるリスクに対しては、ライセンサーに対し引き続き保守を継続するよう個別に交渉する他、ライセンサー以外、例えばシステムインテグレーター等から別途保守等を受けることができないか検討していくことになる。

2. 2 ライセンサーが法的整理を申請した場合

次に法的整理の場合を検討する。ソフトウェアのライセンサーが破産した場合、破産管財人は、ライセンス対象の財産たるソフトウェアあるいは当該ソフトウェアに係わる知的財産権を換価して得た金銭を各債権者に配当する役割を担う。その際、ライセンス契約が付着していると譲渡価格が低下するような場合には、破産管財人としては、換価処分前に、当該ライセンス契約を解除しておきたいと考える可能性がある。そのような状況における解除権を定めたのが破産法53条1項¹⁾である。同条項は、双務契約において両債務未履行の場合における破産管財人の解除権を定める。

ソフトウェアライセンス契約においてライセンス料の支払いを一括払いでなくランニングロイヤルティによる支払いという形で定めている場合、ライセンサーの将来の禁止権の不行使義務、および、それに対するライセンサーのロイヤルティの支払いは、双務未履行の関係となる可能性が高い。このような状況において、破産管財人は破産法第53条により、いつでもライセンス契約を解除することが可能となる。ライセンス契約が解除されてしまえば、ライセンサーは以降ソフトウェアを使用することができず、既存の事業を継続できなくなるおそれがある。

なお、民事再生および会社更生の場合も同様に、再生債務者および管財人の解除権を認める規定が置かれている（民事再生法第49条、会社更生法第61条）。

このように、契約が解除されうるとなるとライセンサーの地位は不安定な状況に置かれることとなる。この点、民事再生法および会社更生法は、ライセンサーはライセンサーに対して相当の期間を定めて催告し、その催告に対し確答がない場合には再生債務者が解除権を放棄した

ものとみなすと規定することでライセンシーに一定の保護を与える(民事再生法第49条第2項、会社更生法第61条第2項)。一方で、再生を目的とする民事再生および会社更生とは異なり、清算を目的とする破産法においては、期間内に確答がないときは、契約が解除される。

ただ、ライセンサーの破産はライセンシーが関与し得ない事情により起こる以上、破産法第53条による解除を無制限に認めることは、ライセンシーが常に不安定な地位に置かれるという点で不都合が大きい。

そこで、同法の2004年改正に於いては、破産法第53条の適用除外として破産法第56条²⁾が定められた。これは、賃貸借をはじめとする使用収益を目的とした権利設定契約については対抗要件を具備していることを条件として破産管財人の解除権を制限するものである。ただし、通常実施権の当然対抗制度が導入されている特許法とは異なり、著作権法においてはその利用許諾にかかわる対抗要件制度は存在しないため、破産法第56条によりソフトウェアのライセンシーが保護される状況は極めて限定的と考えられる。

このような状況においては、たとえばライセンス料を契約締結時に一括払いで支払う方法を採用することで、双方未履行の状況を回避するという方法も考え得るところである。しかしながら、そのような支払い方法を常に選択することができるとは限らず、また仮に選択した場合でもソフトウェアの保守および機能追加を行うことまではできないという点で、支払方法の変更自体は有効な手段とはなり得ないように思われる。

2.3 リスク回避策としてのエスクロー

ライセンサーの事業譲渡・被買収の場合や、ライセンサーの事業撤退の場合など法的整理以外の場合には、破産管財人によって一方的にライセンス契約が解除されるわけではない。

よって、ライセンサーと合意できることが条件となるが、ライセンサーとの事前の合意によって、特定の事象が起こった場合に、ライセンス契約を存続させる、または、ソースコードを開示させる、などの条項をライセンス契約に盛り込んでおくといった対応が可能である。

しかし、ライセンサーが破産・民事再生・会社更生を申請した場合は、管財人に契約の解除権があるため、上記のような事前の合意をしても解除されてしまえば、ライセンシーは対抗できず、以後当該ソフトウェアについては著作権の利用を伴う使用を行うことはできなくなってしまう。

このような事態への対応策としてエスクロー制度がある。

エスクロー制度とは、ソフトウェアのソースコードを関連資料の複製物として有形の媒体に収納して、それを第三者(エスクロー・エージェント)に預託しておき、ライセンサーの破産等、エスクロー契約で定められた所定の事象が発生した場合に、エスクロー・エージェントが当該ソースコードをライセンシーに引渡し、所有権を移転することによってライセンシーの保護を図ろうとする制度である。

上述したように破産・民事再生・会社更生のような場合に、エスクロー制度を活用することにより、ライセンシーがソフトウェアの複製物を手に入れることができることとなり、詳しくは後述するが、著作権法第47条の3により、一定の範囲でソフトウェアについて著作権の利用を伴う使用を行うことが可能となり、またソースコードや関連資料を利用することによりソフトウェアの修正やアップデートなどを行うことが継続的にソフトウェアの使用を行うことが可能となる。

3. ソフトウェアエスクローについて

3.1 エスクローの利用について

ライセンサーの破産時におけるライセンシーの法的地位は、現行法において不安定であるという点について既に述べた。それでは、ライセンシーはどのようにリスクを低減できるか。この点、ライセンス契約において、ライセンサーが破産時にソースコードの開示義務を負うことを予め約定しておくという方法も考えられるが、破産という非常時にこの義務が順当に履行される可能性は、必ずしも高くない。それであるならば、前述のエスクロー制度を利用することで、第三者たるエージェントを介在させ、ライセンシーは預託されたソフトウェア複製物の所有権を得ることで事実上の使用権を確保するという建てつけを採用する方が、より現実的な手当てとして期待できる。また、このような手当てが準備できていることを理由に、資力は大きくないが有用なソフトウェアを保有しているようなライセンサーとの取引が促進される可能性があることを考えると、エスクローはライセンシーにもメリットがあるとも言える。

そこでエスクローを提供するエージェントの比較、あるいは制度利用の限界点を明らかにすることで、エスクローの有効な活用方法について考察を行う。

3.2 エスクローと著作権法の関係

まず、エスクローの利用を考えるにあたって、最初に注意しなくてはならないことは、著作権法との関係である。エスクローを利用した結果、預託物を受け取ったとしても著作権法でその預託物を利用してソフトウェアの利用・保守を行うことが許されていなければ何の意味もない。そこで、日本での状況について検討する。

日本の著作権法においては、エスクローによ

るソースコードの開示が実現したとしても、その利用範囲は限定される。

著作権法第47条の3第1項は「プログラムの著作物の複製物の所有者は、自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度において、当該著作物の複製または翻案（これにより創作した二次的著作物の複製を含む。）をすることができる」と規定している。

同規定の「自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度」とは、①バックアップ用複製、②コンピュータを利用する過程において必然的に生ずる複製、③記録媒体の変換のための複製、④自己の使用目的に合わせるための複製等、と考えられている³⁾。

具体的には、表1に示すような場合は、ソフトウェアを利用するためにその複製・翻案が必要な場合に該当すると考えられる⁴⁾。

表1 ソフトウェア利用のために複製・翻案が必要な場合の具体例

①電子計算機において使用するためにソースコードをオブジェクトコードに変換する場合
②プログラムの稼動にあたり適宜CPUからデータを読み込むことができる場所にプログラムデータを記録する場合
③プログラムの複製物の滅失または毀損に備えてバックアップコピーを作成する場合
④プログラムの不具合を修正する場合
⑤自己の利用目的に合わせてプログラムの機能を追加、削除または変更する場合
⑥使用機械や使用OSに合わせるためにプログラムを修正する場合

以上より、エスクローによってライセンシーに所有権が移転されたソフトウェア複製物について、日本の著作権法においては、ソフトウェアの自己利用を継続するために必要な保守の範囲で、ソフトウェアの複製および翻案を行うことは、著作権者の許諾を要せず、可能であるといえるであろう。

3. 3 国毎およびエージェント毎のエスクロー比較

(1) 各国エージェントにおける契約件数

日本のエスクロー・エージェントである一般財団法人 ソフトウェア情報センター (SOFTIC) では、これまで契約件数330件 (平成28年3月31日現在) の実績⁵⁾がある。

それに対して、米国のエスクロー・エージェント大手であるIron Mountain社によれば、Fortune 1000の97%の会社がIron Mountain社のエスクローを使用しているとの事であり、同社は57,000ものクライアントを抱えている⁶⁾。また、英国のNCC Groupも、15,000のクライアントを抱えている⁷⁾とのことである。

(2) 各国におけるエスクロー制度利用における相違点

エスクロー制度を活用した場合の日本と外国との相違点としては、①第三者対抗制度、②産業構造が考えられる。

①第三者対抗制度

米国・欧州と日本では、ライセンスの当然対抗制度に違いがある。

米国では連邦破産法第365条(n)により、ライセンサーの破産後も以前と同様の権利を保持することができるのに対して、日本では著作権についてはライセンサーの破産後については、対抗制度はなく、何らの保護もされない。

なお、ドイツについても著作権法第33条⁸⁾により、著作権ライセンスの当然対抗が認められており、イギリスでは著作権法第90条第4項⁹⁾により悪意者に対して対抗できる制度が導入されている。

②産業構造

次の相違点としては、産業構造的な相違点が考えられる。

産業構造的な相違点としては、下記図1のベンチャーキャピタル投資額の差が示すように、日本においてはベンチャー企業が少ないという点も関係しているように思われる。

エスクローを検討するという事は、ライセンサーの破産等の可能性が高いと考えた場合やライセンサー側でソースコードを開示しないで信用を得る必要がある場合であり、やはりベンチャーが多い国の方がエスクローの検討をせざるを得ない状況におかれる可能性が高い。

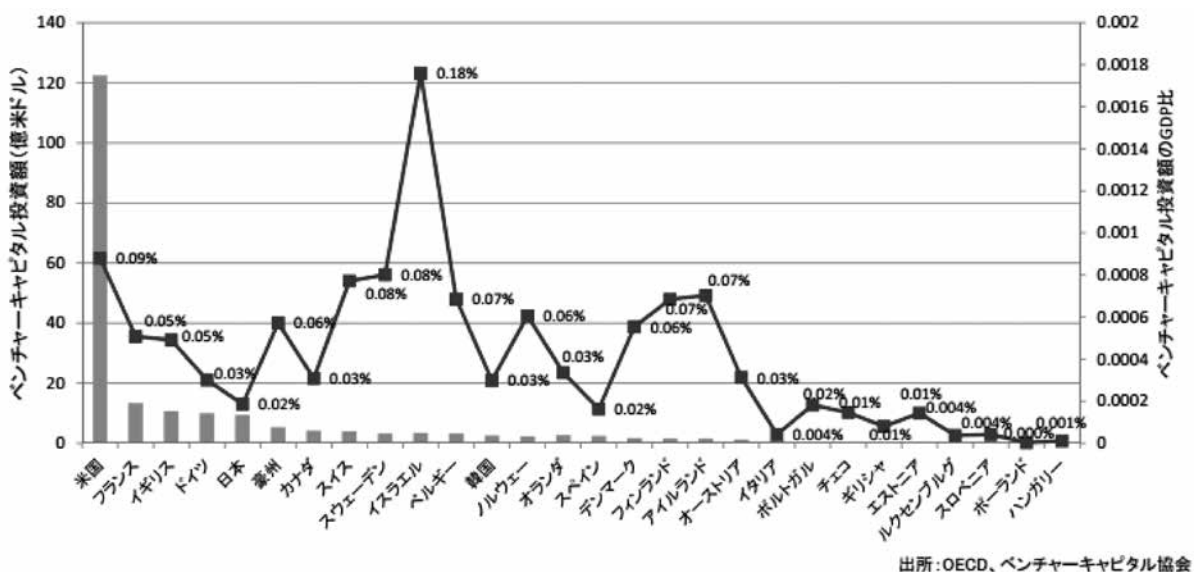


図1 世界各国のベンチャーキャピタル投資額¹⁰⁾

(3) 各国エージェントの概要とエスクロー利用にかかる費用

では、各国でのエスクロー・エージェントについて、確認する。

日本は、SOFTICがある種、業界の要望を受けてエージェントを行っているのに対して、米国、イギリスでは、上場企業がビジネスとしてエージェントを行っている実態がある。日本ではSOFTIC以外のエージェントはほとんどいないが、米国では、IT企業やローファームなどがエージェントを業として行っており、数多くのエージェントが存在する。

下記に代表的なエスクロー・エージェントについて紹介した表2を記載する。

表2 代表的なエスクロー・エージェント

日本	<p>一般財団法人 ソフトウェア情報センター (SOFTIC)</p> <p>ソフトウェアプロダクトに関する普及啓発および調査研究、ソフトウェア等の権利保護に関する調査研究、プログラム著作物に係る登録事務等を行うことにより、情報化のための基盤整備を促進し、高度情報化社会の健全な発展を図り、もって我が国の産業・経済および文化の発展に寄与することを目的として、1986年(昭和61年)に設立された。</p> <p>ソフトウェアエスクローを平成9年7月より行っている。</p>
米国	<p>Iron Mountain Incorporated</p> <p>1951年に設立した米国マサチューセッツ州ボストンの統合情報管理サービス会社。</p> <p>ニューヨーク証券取引所上場企業であり、S&P500¹¹⁾に組み入れられている。</p> <p>1982年よりエスクローサービスを行っている。</p> <p>57,000以上のクライアントを抱える。</p>
イギリス	<p>NCC Group</p> <p>1999年に設立したイギリスマンチェスターの情報保証会社。</p> <p>ロンドン証券取引所上場企業であり、FTSE250¹²⁾に組み入れられている。</p> <p>エスクローに関して世界中で15,000以上のクライアントを抱える。</p>

ドイツ	<p>TÜV SÜD</p> <p>1866年に設立したドイツミュンヘンの第三者認証企業。</p> <p>全世界に800の拠点を構えており、約20,000名もの従業員を擁する。</p>
-----	--

エスクローにかかる費用としては、①初期費用、②年間維持費用、③リリース費用、④各種保守関連費用(預託物の変更、預託物の検証)が挙げられる。

費用について公開を行っているエスクロー・エージェントは少ないものの、具体的な例として表3に示す。

表3 エスクローにかかる費用(一例)

SOFTIC (SOFTIC会員企業には割引あり)	<p>①162,000円(初年度費用)</p> <p>②143,000円/年</p> <p>③なし</p> <p>④7,700円/1回(預託物更新費用)</p>
EscrowTech International, Inc. (米国)	<p>①\$995(初期費用はなし。初年度は年間維持費用のみ)</p> <p>②\$995/年</p> <p>③\$250</p> <p>④預託物更新費用年4回まで無料 4回目以降は\$95/1回 \$2,995~(預託物の検証)</p>

日米ともに、基本的には10数万円程度が年間の費用として掛かることには大きな相違はなさそうではあるが、それ以外の初期費用、リリース費用、各種保守関連費用が発生し、特に預託物の検証に関しては比較的多額の費用が掛かるようである。ライセンサーとライセンシーで、エスクローにかかる費用をどのように分担するかは、両者の力関係等によって異なるが、エスクローを活用する場合の多くが継続的なソフトウェアの使用を目的としたライセンシーの発意に基づくものであり、費用についてもライセンシーが負担することが多いようである。

3. 4 SOFTICへのヒアリング結果

エスクローの実情を把握するため、国内の代表的なエスクロー・エージェントである、SOFTICにご協力をいただき、ヒアリングを行った(2016年2月5日に実施)。

以下、ヒアリングの内容とその回答である。

Q 1 : これまで取り扱ってきたエスクローの案件数は?

A 1 : 2016年1月時点で、継続中の契約総数が135件である。

Q 2 : これまでのソースコードの開示件数は?

A 2 : サービス開始から19年目で、11件のソースコードを開示した。

Q 3 : エスクロー契約の契約形態は?

A 3 : ライセンサー、ライセンシー、およびSOFTICの3者契約である。

Q 4 : エスクロー契約締結までの大まかな流れは?

A 4 : SOFTICが提供する標準契約書式の内容について当事者(ライセンサーとライセンシー)で合意した後、両当事者で、契約書3通と預託物をSOFTICに持参する。

Q 5 : どのような内容あるいは性質のソフトウェアのエスクローが多いか?

A 5 : ソフトウェアの中身には一切タッチしないので、不明である。

Q 6 : 費用負担をライセンサーとライセンシーで折半というケースもあるか?

A 6 : 原則はない。しかし、どうしてもという場合は窓口をどちらか一方にさせていただく。

Q 7 : ソースコードの開示事由として、破産以外にどのようなケースを設定しているか?

A 7 : 開示条件は、基本は破産のみ。しかし、どうしてもという場合は、会社更生や民事再生の場合も追加を認めたケースがある。

Q 8 : エスクローにかかる費用は?

A 8 : 新規契約手数料として、1件につき162,000円(消費税別)。契約更新手数料として、1件につき143,000円/年(消費税別)である。なお、ライセンサーかライセンシーのいずれか一方がSOFTIC賛助会員の場合は会員割引価格が適用される。

3. 5 エスクロー利用における留意点

(1) 留意点1 : エスクローの利用に適したソフトウェアについて

日本において、エスクローの利用によって、ライセンサーの破産時等にライセンシーにソフトウェア複製物の所有権が移転され、著作権法第47条の3第1項の範囲内でライセンシーがソフトウェアを利用することは事実上可能であると考えられるが、当該ソフトウェアを継続的に利用するために必要となりうるソフトウェアの改変などは、著作権法第47条の3第1項の範囲に限定されており、この範囲内で、実際に手にしたソースコードが自社において有効に利用可能でなければ、ソースコードをせっかく手に入れても、現実には事業運営に支障を生じるといった結果を招きかねないため、十分な検討が必要である。特に、著作権法第47条の3第1項によって、ソフトウェアの利用は自らの利用に限定されるため、エスクローによって開示されたソフトウェアの頒布はできない。よって、エスクローの利用は、自社内で利用し、かつ、自社の事業運営や研究開発に大きな影響をもたらす可能性のある、例えば、社内の基幹システムや研究開発用のシミュレーションソフトウェアなどのようなソフトウェアについて、よりエスクローの利用価値が高いと考えられる。

(2) 留意点2 : 著作権法第47条の3の性格

著作権法第47条の3第2項において著作権者の別段の意思表示がありうることを認めている

ため、本条は任意規定と考えられている¹³⁾。したがって、本条に反する合意をした場合には、原則としてその合意は有効であると考えられる。つまり、エスクロー契約において、第47条の3で認められる利用を否定・排除する合意をした場合には、第47条の3で認められる利用もできなくなる可能性があり、留意が必要である。

(3) 留意点3：瑕疵・特許のクリアランス

エスクローの留意点として、最後に考えられる点としては、エスクローにより預託されたソフトウェア複製物に関連する瑕疵がある場合である。

エスクローに預託されたソフトウェア複製物はソースコード形式であることもあり、事前にはライセンサーに対して一切開示がなされず、内容を知ることはできない。いざ、問題が起りエスクローにより預託されたソフトウェア複製物の開示を受けた後、使用しようとしたら、バージョンが古かったり、アップデートされていない内容であったり、内容に瑕疵があったりして実際には使い物にならなかったというケースが存在するようである。

外国ではエスクローにより預託されたソフトウェア複製物の内容に問題がないか検証(Verification)を行うサービスを提供しているエスクロー・エージェントも存在するようであるが、ライセンサー側の協力が必要であることと検証に多大なコストがかかるという問題点がある。

また、権利上の瑕疵として、エスクローにより預託されたソフトウェア複製物が権利侵害を構成してしまうケースも存在する。

具体的には、エスクローにより預託されたソフトウェアが著作権だけでなく、特許権によっても保護されているような場合で、ソフトウェア複製物を所有することで自己が使用するために必要となる範囲での著作権の利用は、著作権

法第47条の3によって著作権侵害を構成することはないが、特許法にはそのような例外規定がないことにより、ソフトウェア複製物を使用することで特許権侵害を構成してしまう可能性がある。

いずれも対応策としては、あくまで合意できればという条件付きではあるが、ライセンサーとのエスクロー契約締結時に、別途覚書などで、①エスクローにより預託されたソフトウェア複製物の内容に関する保証を求めること(ただし、実際には、ライセンサーが破産した場合、その保証も役には立たないことがほとんどである可能性も高い)、②ソフトウェアのバージョンアップやアップデートした場合には、預託されたソフトウェア複製物の更新を行うこと、③特許権の存在確認と特許権が存在する場合には、そのソフトウェア複製物を使用する範囲で当該特許権の無償実施許諾を受けること、などを合意することが必要であると考えられる。

4. 結 論

以上見てきたように、日本において、ソフトウェアライセンサーは、当然対抗制度を有する特許権と比較して、ライセンサーの破産や事業譲渡などに対して非常に不安定な法的地位にある。このような状況において、ライセンサーがソフトウェアの利用継続を確保し、さらには、当該ソフトウェアの保守や改良まで行えるようにするためにソースコードを手に入れることが可能なエスクロー制度の活用は、検討に値するであろう。

また、エスクローの利用価値として、大手企業と比較して資金力が小さい中小企業やベンチャー企業などのライセンサーが、自らエスクロー制度の利用を提案することによって、ライセンサーの信用を獲得するといったメリットを得ることも考えられる。

しかし、日本では、エスクローの利用によっ

て手に入れたソースコードの利用範囲は、著作権法第47条の3第1項の規定によって限界があるため、その点を理解して、エスクローの活用を考える必要がある点には十分注意が必要である。

なお、著作権法第47条の3第1項によってソースコードの利用が自らの利用に限定されることを考慮すると、エスクローの利用は、自社内で利用し、かつ、自社の事業運営や研究開発に大きな影響をもたらす可能性のあるソフトウェア（例えば、社内の基幹システムや研究開発用のシミュレーションソフトウェアなど）について、利用価値が高いと考えられる。

また、エスクロー・エージェントについて、対応可能な契約内容や費用などもそれぞれ異なるため、利用目的や当該国の法制度に照らして、場合によっては、日本に加え、海外のエスクロー・エージェントも比較考量の対象とすることも一考である。

5. おわりに

当小委員会で、エスクローの調査研究にあたるきっかけとなったのは、過去にエスクローの利用を実務で検討した委員がいたことであった。また、ライセンス委員会全体においても、過去にエスクローを利用したことがあるという委員の声も聞かれた。

本調査研究によって、エスクローの利用には一定の限界があることが明らかになったが、一方でエスクローの利用価値があるソフトウェアについても一定の結論を得ることができたと考えている。

本稿が、エスクローの利用可能性に目を向けるきっかけとなれば幸いであるし、また、エスクロー活用の検討を一から開始する実務者にとって、エスクローの全体像を把握する一助となれば幸いである。

注 記

- 1) 破産法53条1項：双務契約について破産者及びその相手方が破産手続開始の時ににおいて共にまだその履行を完了していないときは、破産管財人は、契約の解除をし、又は破産者の債務を履行して相手方の債務の履行を請求することができる。
- 2) 破産法56条1項：第五十三条第一項及び第二項の規定は、賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利を設定する契約について破産者の相手方が当該権利につき登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えている場合には、適用しない。
なお、民事再生、会社更生の場合も対抗要件の具備による解除権の制限についても破産法を準用することで同様の制限を規定している（民事再生法第51条、会社更生法第63条）。
- 3) 大阪地判平12.12.26 平成10年(ワ)第10259号損害賠償請求事件
- 4) 小倉秀夫、金井重彦、著作権法コンメンタール、p.808（2013）レクシスネクシス・ジャパン
- 5) 一般財団法人 ソフトウェア情報センター ソフトウェア・エスクロー
<http://www.softic.or.jp/service/escrow.html>（参照日：2016年11月14日）
- 6) Software Escrow for Dummies：
<http://www.ironmountain.com/Elq/Escrow/Software-Escrow-for-Dummies.aspx>（参照日：2016年11月14日）
- 7) <https://www.nccgroup.trust/uk/our-services/software-escrow-and-verification/overview/>（参照日：2016年11月14日）
- 8) ドイツ著作権法第33条（使用権の持続効）
排他的使用権及び単純使用権は、後続して許与される使用権に対して、引き続きその効力を有する。その使用権を許与した権利の保有者に変更があるとき、又はその者がその権利を放棄するときも、同様とする。
http://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_cla.html#1_52より（参照日：2016年11月14日）
- 9) イギリス著作権法第90条（譲渡及び許諾）
(4) 著作権者により付与される許諾は、対価を支払った善意の購入者であって許諾の通知（現

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

実の又は推定による)を受けていない者又はそのような購入者から権限を得ている者を除き、著作権上の利益についてのすべての権利承継人を拘束する。また、この部における著作権者の許諾を得て又は得ずにいずれかのことを行うことへの言及は、それに従って解釈される。

http://www.cric.or.jp/db/world/england/england_c5.html#15_90より(参照日:2016年11月14日)

- 10) 総務省, 「ICT産業のグローバル戦略等に関する調査研究」, p.25 (2013)

http://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/linkdata/h25_01_houkoku.pdf (参照日:2016年11月14日)

- 11) 米国投資情報会社であるスタンダード・アンド・プアーズ社が算出している米国の株価指数
12) ロンドン証券取引所における株価指数
13) 中山信弘, ソフトウェアの法的保護(新版), p.78 (1988) 有斐閣

(原稿受領日 2016年9月30日)

