



国家のネットワークシステム調達はどうか？

text : 弁護士・寺本振透(西村総合法律事務所)

【その4】

「オープン」とは何か 1

プロプライエタリーなソフトウェア製品とオープンソースのソフトウェア製品との決定的な違い

前々回(本誌2003年6月号)および前回(同2003年7月号)の2回にわたって比較してきたところをまとめてみると、次のようになる。

A. 他から調達したソフトウェア製品に、第三者が著作権を有するプログラム(以下「混入プログラム」)が混入していた場合、混入プログラムを代替するような、第三者の著作権とは抵触しないプログラム(以下「代替プログラム」)を開発して、ユーザーまたはシステムインテグレーターにそれを提供する責任を負っている者が存在するか？

プロプライエタリーなソフトウェア製品とオープンソースのソフトウェア製品のどちらを採用した場合であっても、そのような者は存在しない。プロプライエタリーなソフトウェア製品を採用する場合だと、代替プログラムを提供する義務を当該ソフトウェア製品のベンダーが負っているような錯覚に陥りがちかもしれない。しかしながら、ベンダーは、通常、そのような義務を負わないものである。<sup>注1</sup>

INTERNET AS SOCIAL INFRASTRUCTURE

## B. 代替プログラムをユーザーまたはシステムインテグレーターが開発できる可能性があるか？

プロプライエタリーなソフトウェア製品を採用する場合、ユーザーおよびシステムインテグレーターは、その中身(ソースコード)を知らないのであるから、代替プログラムを開発できる現実的な可能性は、当然、存在しない。

オープンソースのソフトウェア製品を採用する場合には、ユーザーおよびシステムインテグレーター

は、その中身(ソースコード)を知ることができるのであるから、そのスキルさえあれば(そして、ユーザー

はともかくとして、システムインテグレーターは、しばしば、そのようなスキルを有している)代替プログラムを開発できる現実的な可能性がある。さらに、オープンソースのソフトウェア製品については、一組のユーザーおよびシステムインテグレーターだけではなく、他にも多数の利用者たちがその中身(ソースコード)を知っている。それゆえ、いま代替プログラムを開発しようとしているユーザーおよびシステムインテグレーターにとって有用な情報を提供する他の利用者たち、または、当該ユーザーおよびシステムインテグ

レーターと互いに有用な情報を交換することのできる他の利用者たちが存在する現実的な可能性<sup>注2</sup>がある。このことは、当該ユーザーまたはシステムインテグレーターが、より効率的に代替プログラムを開発できる可能性を大いに高めるものである。

## C. 代替プログラムを第三者が開発して、いま困っているユーザーおよびシステムインテグレーターが利用できるように公開してくれる可能性があるか？

**第三者の知的財産権との抵触という法的リスクが発生した場合に、これを解消できる現実的な可能性は、プロプライエタリーとオープンソースとは違ってくる。**

プロプライエタリーなソフトウェア製品を採用する場合には、第三者がそのような代替プログラムを開発して公開する可能性は限りなくゼロに近い。プロプライエタリーなソフトウェア製品のベンダー自身以外の誰もそのソースコードを知らないのであるから、代替プログラムの開発がなされることは現実的に期待できない。さらに、たまたま当該ソースコードが、プロプライエタリーなソフトウェア製品のベンダーから特定の者に対して何らかの秘密保持契約(後記 参照)による制限のもとで開示されていたとしても、その者が

当該情報を利用して開発された代替プログラムを公開することは、当該秘密保持契約に違反するのが通常であると思われる。また、代替プログラムには、もともとのプロプライエタリーなソフトウェア製品の一部分が複製され、または改変されて含まれていることが多いだろうから、その複製や配布は、当該ソフトウェア製品についてベンダーが有している著作権に抵触することが多いと思われる。このような法的リスクを冒してまで、代替プログラムを開発して公表しようとする者が現れることを期待するわけにはいかないだろう。

オープンソースのソフトウェア製品を採用する場合には、多くの者がそのソースコードを知っているし、これら多くの者に対して、いま困っているユーザーおよびシステムインテグレーター<sup>注3</sup>に対するのと同じライセンス条件が適用されており、当該ソフトウェア製品の改変にも改変物の公表にも権利者が異を唱えないことが認識されている。したがって、代替プログラムの開発にも公表にも、大きな法的リスクが伴わないのが一般的であると考えられる。したがって、代替プログラムを第三者が開発して公開してくれる現実的な可能性が生まれるのである。

注1：疑いを持った読者は、読者自身が使用しているプロプライエタリーなオペレーティングシステム、ワードプロセッサなどの使用許諾契約書ないしは品質保証規定をご覧ください。そもそも、ソフトウェア製品が第三者の知的財産権に抵触している可能性があるときに、その抵触している部分を差し替える義務を負ったのでは、利用者が調達可能な程度の「ほどの値段」でパッケージ型のソフトウェア製品を大量に市場で販売することは無理である。したがって、そのような義務を負わないベンダーを非難するつもりは毛頭ない。仮に、

ベンダーがそのような義務を負ったとすると、すみやかに代替プログラムを提供できない場合、契約違反に基づいて多数の利用者から提起される損害賠償請求によって、当該ベンダーは破綻を余儀なくされるのではなからうか。

注2：このような情報交換の場は、しばしば、メーリングリストやBBSとして形成されている。たとえば、下記のURLを参照

URL01 <http://www.linuxml.net/>

URL02 <http://enjoy.redhatlinux.ne.jp/bbs/index.html>

URL03 [http://ja.openoffice.org/ml\\_info.html](http://ja.openoffice.org/ml_info.html)

URL04 <http://www.postgresql.jp/ml/index.html>

URL05 <http://www.apache.jp/misc/announcelist.html>

URL06 <http://ns1.php.gr.jp/ml.html>

注3：オープンソースのソフトウェア製品の利用者たちには、(1)そのソースコードが開示されており、(2)目的を問わず、当該ソフトウェア製品を実行することが許諾されており、(3)当該ソフトウェア製品がどのように動作しているかを研究し、これに、必要

に応じて修正を加えることが許諾されており、(4)当該ソフトウェア製品の複製物を他に配布することが許諾されており、かつ、(5)当該ソフトウェア製品を改良してこれを公表することが許諾されている。前回の記事のVI.fを参照。

## D. 結論

以上から明らかとなり、第三者の知的財産権との抵触という法的リスクが発生した場合に、これを解消できる現実的な可能性は、プロプライエタリーなソフトウェア製品を利用する場合と、オープンソースのソフトウェア製品を利用する場合とはまったく違ってくるのである。もちろん、発生し得るリスクは、ほかにもいろいろと想定されるのであり、それらに対する対処については、引き続き議論を行うこととしよう。

**秘密保持契約の制限のもとに開示された情報がソースコードであったからといって、オープンであると呼ぶことは、法律家の常識からすると違和感がある。**

ソースコードが限定的に開示されているソフトウェア製品を「オープン」と呼んでも構わないのか？

さて、少し議論の切り口を変えてみよう。といっても、結局は同じところ。プロプライエタリーなソフトウェア製品とオープンソースのソフトウェア製品がいかにか違った法的性質を持つかを再確認することに帰ってくることになることは、今から予見されてはいるのだが。

最近、「明らかにプロプライエタリーな」

ソフトウェア製品のベンダーが、諸々の制限のもとで当該製品に含まれるプログラムのソースコードをライセンサーに対して開示するに過ぎないのにもかかわらず、これをもって「オープン」と称する例があるやに仄聞する。このような語法が新聞、雑誌あるいは製品の広告などで用いられると、「プロプライエタリーなソフトウェア製品」と「オープンソースのソフトウェア製品」との間の境界が実は曖昧なのではないかという印象を人々に与えてしまう可能性がある。はたして、そのような印象

を与えてしまうような語法は適切なのだろうか？

そもそも、常日頃より企業間の契約実務に携わる筆者のような法律家からすると、ある企業が秘密に管理しているその情報<sup>注4</sup>を取引先に対して、当該秘密の保持を約束させる契約<sup>注5</sup>を結んだうえで、開示することは特に珍しいことではない。そして、秘密の保持を約束した者に対して情報を開示したからといって、当該情報が「オープン」になったと呼ぶことは、常識的には考えられない。そもそも、「当該情報をオープンにはしない」ことを約束

させたのだから。この点、不正競争防止法の仕組みに即して、ややテクニカルな説明をしておこう。

不正競争防止法2条4項は、「営業秘密」を「『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」<sup>注6</sup>は筆者が付したと定義する。たとえば、プロプライエタリーなソフトウェア製品に含まれるプログラムのソースコードは、かかる「営業秘密」の典型といえよう。

そして、不正競争防止法2条1項4号から9号までは、営業秘密を不正に取得、開示、使用などする行為<sup>注6</sup>をもって、「不正競争」にあたるものと定めている。

かかる「営業秘密」および「不正競争」の定義を前提として、不正競争防止法3条は「不正競争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」に対して一定の差止請求権を与え、また、同法4条は「故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者」に対して一定の損害賠償義務を課している。このことによって、不正競争防止法は、「営業秘密」が保護されるような手段を提供しているのである。当然のことながら、営業秘密である情報を取

注4：不正競争防止法（平成5年法律第47号）2条4項にいう「営業秘密」に該当する。

注5：一般的に、秘密保持契約、機密保持契約などと呼ばれる。

注6：たいへん粗っぽく書いたので、正確には、条文を参照願いたい。

注7：これが「著しい違和感の存在」を超え、「違法」と評価できる範囲に踏み込んでいるかどうかについては、当該呼称が使われている状況に即した綿密な判断を必要とするだろう。

引先に開示する企業は、かかる開示の後、当該情報が、不正競争防止法上の「営業秘密」としての保護を受け続けられることを望む。

ところが、他人に情報を開示することは、素直に考えれば、当該情報を「秘密として管理」する手段を失うことにほかならない。保護される「営業秘密」とは「秘密として管理」されているものであることを要求する不正競争防止法2条4項の定義に照らしてみると、他人に開示された情報は、もはや「営業秘密」ではなくるのが原則であると考えられる。これでは、秘密の情報を取引先に開示した企業は、想定せぬ第三者が当該情報を勝手に使ったとしても、不正競争防止法3条および4条に基づく保護を受けられなくなってしまう。それが不都合であると考える企業は、当該情報を他人に開示したあとも、その情報を「秘密として管理」する手段を失わないための方策を用意しておくなければならない。その手段が、前記の秘密保持契約なのである。

こうしてみると、秘密保持契約の制限のもとに開示された情報が「たまたま」ソフトウェア製品のプログラムのソースコードであったからといって、当該ソフトウェア製品を「オープン」であると称することが、法律家の常識からすると、「著しく違和感がある<sup>注7</sup>」ことは、議論の余地もなからう。

## ・ どのようなリスクを想定して議論するか？

前2回の記事では、導入したソフトウェア製品の中に第三者が著作権を有するプログラムが混入しており、当該第三者からそのソフトウェア製品の使用について差止請求がなされる場合を想定した。

今度は、より頻繁に発生するであろう身近なリスクを想定してみよう。たとえば、導入したソフトウェア製品に、重大なセキュリティ上の欠陥があり、それを直ちに修正しなければ、プライバシー情報の漏出、身体または生命の安全に関わるような情報(たとえば、医療情報)の書き換え、企業の秘密情報の漏出などの多大なリスクが発生が予想される場合に、いかにして当該ソフトウェア製品の修正がすみやかにできるであろうか、という問題を設定して議論することにしよう。

INTERNET  
AS  
SOCIAL  
INFRASTRUCTURE



## [インターネットマガジン バックナンバーアーカイブ] ご利用上の注意

このPDFファイルは、株式会社インプレスR&D(株式会社インプレスから分割)が1994年～2006年まで発行した月刊誌『インターネットマガジン』の誌面をPDF化し、「インターネットマガジン バックナンバーアーカイブ」として以下のウェブサイト「All-in-One INTERNET magazine 2.0」で公開しているものです。

<http://i.impressRD.jp/bn>

このファイルをご利用いただくにあたり、下記の注意事項を必ずお読みください。

- 記載されている内容(技術解説、URL、団体・企業名、商品名、価格、プレゼント募集、アンケートなど)は発行当時のものです。
- 収録されている内容は著作権法上の保護を受けています。著作権はそれぞれの記事の著作者(執筆者、写真の撮影者、イラストの作成者、編集部など)が保持しています。
- 著作者から許諾が得られなかった著作物は収録されていない場合があります。
- このファイルやその内容を改変したり、商用を目的として再利用することはできません。あくまで個人や企業の非商用利用での閲覧、複製、送信に限られます。
- 収録されている内容を何らかの媒体に引用としてご利用する際は、出典として媒体名および月号、該当ページ番号、発行元(株式会社インプレス R&D)、コピーライトなどの情報をご明記ください。
- オリジナルの雑誌の発行時点では、株式会社インプレス R&D(当時は株式会社インプレス)と著作権者は内容が正確なものであるように最大限に努めましたが、すべての情報が完全に正確であることは保証できません。このファイルの内容に起因する直接のおよび間接的な損害に対して、一切の責任を負いません。お客様個人の責任においてご利用ください。

このファイルに関するお問い合わせ先

**株式会社インプレスR&D**

All-in-One INTERNET magazine 編集部

[im-info@impress.co.jp](mailto:im-info@impress.co.jp)