

オープンソースソフトウェア活用基盤整備事業

ビジネスユースにおけるオープンソース
ソフトウェアの法的リスクに関する調査

調査報告書

平成 17 年 2 月

(平成 17 年 7 月改訂)

独立行政法人 情報処理推進機構

<日本 O S S 推進フォーラム ビジネス推進WG 監修>

はじめに

(1) 背景

日中韓、3ヶ国による北東アジアオープンソースソフトウェア推進フォーラムの結成を受けて、2004年2月、日本オープンソースソフトウェア推進フォーラムが設立され、オープンソースソフトウェア（以下 OSS と略す）適用の課題解決を図るべく、ステアリングコミッティおよびビジネス推進ワーキンググループ（WG）等4つのWGを立ち上げた。そのうち、ビジネス推進WGは、OSS適用拡大を阻害する要因の一つとして、ユーザ、ベンダ双方に見え隠れするOSSの法的不確実性を取り上げ、それを明確化することでOSSによるビジネス推進に寄与することを目的として活動を行っている。

OSSは特定企業の支配を排し、OSSをビジネスに活用しようとするユーザおよびベンダに大きなメリットをもたらす反面、オープンソースコミュニティによる開発、ディストリビュータによる配布等、従来の商用ソフトウェアとは大きく異なる開発・流通・保守形態をとっている。一部にはこの点を取り上げて、OSSに法的リスクが不可避であり、そのリスクを誇大に吹聴する論調もある。この問題を放置したままでは、企業はOSSへの投資や活用に慎重となり、今後、業界全体でのOSSの採用が進まないことも考えられる。

(2) 調査の目的

本調査は上記ビジネス推進WGの委嘱を受け、OSSビジネスに於ける法的問題を整理し、OSS利用のリスクについて、ユーザ、ベンダのどのような行為がリスクに関わるか、そのリスクがどれほどの大きさのものなのかを、双方の視点から明確化することを目的とした。また、リスク回避・低減のために考えられる解決策を提案することを目的として調査を行った。

本調査がOSS利用拡大の一助となれば幸いである。

商標について

- Linuxは、Linus Torvaldsの米国およびその他の国における登録商標または商標です。
- Windowsは、米国Microsoft Corporation.の米国およびその他の国における登録商標です。
- UNIXはThe Open Groupの登録商標です。
- Oracleは米国Oracle Corporationの登録商標です。
- その他、記載されている会社名、製品名は、各社 の登録商標または商標です。

目次

| | |
|----------------------------------------|----|
| 商標について | 3 |
| 0. OSS入門 | 7 |
| 1. OSSの法的特徴 | 9 |
| 1. 1 オープンソース・ライセンス | 9 |
| 1. 1. 1 オープンソース・ライセンスの法的性質 | 9 |
| 1. 1. 2 オープンソース・ライセンスの分類 | 13 |
| 1. 1. 3 オープンソース・ライセンスの特徴 | 15 |
| 1. 1. 3. 1 GPL | 15 |
| 1. 1. 3. 2 LGPL | 16 |
| 1. 1. 3. 3 MPL | 17 |
| 1. 1. 3. 4 BSDライセンス | 18 |
| 1. 2 OSS開発プロセス | 18 |
| 1. 2. 1 OSS開発プロセスの特徴 | 18 |
| 1. 2. 2 知財の観点で見たOSS開発プロセス | 19 |
| 1. 3 OSS流通プロセス | 20 |
| 1. 3. 1 OSS流通プロセスの特徴 | 20 |
| 1. 3. 2 知財の観点で見たOSS流通プロセス | 21 |
| 1. 3. 3 組み込み機器と汎用コンピュータ・システムとの相違 | 21 |
| 2. OSS利用上の知財面での考慮点 | 22 |
| 2. 1 伝播性のリスク | 23 |
| 2. 1. 1 伝播性とは | 23 |
| 2. 1. 2 「伝播性」の範囲 | 24 |
| 2. 1. 3 「伝播性」の効果 | 27 |
| 2. 2 著作権に関するリスク | 27 |
| 2. 2. 1 OSSにおける著作権リスクの影響 | 27 |
| 2. 2. 2 商用ソフトウェアの混入 | 28 |
| 2. 2. 3 著作者人格権との関係 | 31 |
| 2. 2. 4 使用の継続 | 32 |
| 2. 3 特許権に関するリスク | 33 |
| 2. 3. 1 OSSにおける特許権リスクの影響 | 33 |
| 2. 3. 2 GPL等一般のライセンスについて | 34 |
| 2. 3. 3 特許対応型ライセンスについて | 36 |
| 2. 4 商標権に関するリスク | 37 |
| 2. 4. 1 OSSにおける商標権リスクの影響 | 37 |

| | | |
|---------|-----------------------|----|
| 2. 5 | ソフトウェアの瑕疵等に基づく法的責任 | 38 |
| 2. 5. 1 | 瑕疵担保責任 | 38 |
| 2. 5. 2 | 製造物責任 | 39 |
| 2. 6 | 知的財産権性が明確でないもの | 40 |
| 2. 7 | 国際的紛争に関するリスク | 41 |
| 2. 8 | 損害額の予測 | 42 |
| 3. | 法的リスク対策の現状 | 44 |
| 3. 1 | OSDLの場合 | 44 |
| 3. 2 | HPの場合 | 44 |
| 3. 3 | レッドハットの場合 | 45 |
| 3. 4 | ノベルの場合 | 45 |
| 3. 5 | モンタビスタの場合 | 46 |
| 3. 6 | OSRMの場合 | 46 |
| 4. | アンケート調査 | 48 |
| 4. 1 | アンケートの方法 | 48 |
| 4. 2 | OSSに対するスタンス | 48 |
| 4. 3 | 取り組むべき課題の提案 | 49 |
| 5. | 法的リスク低減策の提案 | 51 |
| 5. 1 | OSSをとりまくプレーヤとユーザとの関係 | 51 |
| 5. 2 | OSS開発コミュニティに対する提案 | 53 |
| 5. 2. 1 | 著作権侵害防止策 | 53 |
| 5. 2. 2 | 特許権侵害防止策 | 55 |
| 5. 2. 3 | 商標への対応 | 56 |
| 5. 2. 4 | OSS開発者に対する教育 | 56 |
| 5. 3 | OSSビジネス関連企業に対する提案 | 57 |
| 5. 3. 1 | OSSポリシーの策定 | 57 |
| 5. 3. 2 | OSSポリシーの運用体制の構築 | 57 |
| 5. 3. 3 | 従業員に対する教育訓練 | 58 |
| 5. 3. 4 | OSS関連ソフトウェア開発に関する注意事項 | 58 |
| 5. 4 | ユーザへの提案 | 59 |
| 5. 4. 1 | OSSリスクに対する理解 | 59 |
| 5. 4. 2 | OSS利用の拡大 | 61 |
| 6. | 今後の課題 | 62 |
| 6. 1 | 相談窓口・法的サービス提供機関の設置 | 62 |
| 6. 2 | 補償ファンドの創設 | 62 |
| 6. 3 | 特許権に対する対応 | 63 |

| | |
|-------------------------|----|
| 付録1. アンケート調査結果まとめ | 65 |
| 用語集..... | 75 |

0. OSS入門¹

(1) OSS の定義

OSSとは、簡単に言えば、ソースコードが公開され、誰でも自由にコピーし、改変し、配布することができるソフトウェアということになるが、一つの目安として、OSS推進団体であるOSI(Open Source Initiative)の10箇条の条件²がOSSの定義として世界的に認められている。

(2) OSS の歴史

①フリーソフトウェア運動

「オープンソースソフトウェア」という用語が登場したのは1990年代後半である。しかし、ソースコードの公開や自由な流通は、「フリーソフトウェア」として以前からごく一般的に行われてきた。フリーソフトウェアの考え方は1983年にRichard Stallmanが発表した「フリーソフトウェア宣言」に遡る。その目標は、あらゆるソフトウェアを誰もが使える「自由なソフトウェア」として開発し、「自由でないソフトウェア」を使わなくても済むような世界を作り上げることであった。この運動は「GNUプロジェクト」と呼ばれ、その目標の実現のために、自由なソフトウェアのライセンス「GNU General Public License (GPL)」を作成し、「Free Software Foundation (FSF)」を設立した。

それまで、特に研究者の間では、ソフトウェアは原則的にソースコードが公開され、互いに自由に利用できるのが一般的であった。しかし、ソフトウェア著作権の法制度化後、ソフトウェアのソースコードを非公開にすることが増え、簡単には他のソフトウェアを利用できない状況が発生し始めた。実際にStallmanの研究室でもソースコードの非公開のために、利用者が自主的にコンピュータソフトウェアのバグ修正や機能改善を実施できないことに対する不満があり、Stallmanはソフトウェアの発展には「ソフトウェアの自由」が不可欠であると思いついた。具体的には、ソフトウェアの利用・再配布の自由、ソースコード入手・改変・再配布の自由等である。このフリーソフトウェア運動が求心力となり、メールサーバ「sendmail」やDNSサーバ「BIND」等、現在でも利用されている数多くの著名なフリーソフトウェアを産み出すことにつながった。

②Linux とオープンソース

1990年代に入りインターネットの普及に伴って、フリーソフトウェアの大規模な開発が急速に広まった。特に注目を集めたのがフィンランドの学生Linus Torvaldsが開発したLinuxである。従来、OSのような大規模ソフトウェアはごく少数の天才的プログラマが慎重に組織的に開発しなければならないと信じられてきた。しかし、LinuxはLinus Torvalds

¹ (財)ソフトウェア情報センター「オープンソースソフトウェアのライセンス契約問題に関する調査報告書」(平成15年2月)より抜粋

² <http://www.opensource.org/docs/definition.php>

が中心となるとはいえ、彼が細部まできっちり管理・統括している訳ではなかった。しかも、開発途中で頻繁にβリリースを繰り返し、多くの開発者がパッチやバグ報告を彼に届けるという新しいスタイルで開発が進んでいった。そしてこの開発スタイルがどうやら非常にうまく機能している事実に皆が気づき始めた。Eric Raymond は著書「伽藍とバザール」において、旧来の組織的な開発スタイルを「伽藍モデル」、Linux のような誰もが自由市場に集まり（ある意味）好き勝手に進める開発スタイルを「バザールモデル」と名付けた。

1990年代後半にはLinuxのビジネス的成功に後押しされ、Linuxに代表されるバザールモデルに注目が集まることとなる。しかし、FSFの掲げる『すべてのソフトウェアは自由に使用、勉強、複写、改変、再頒布できるべきだ』というフリーソフトウェアの理念は、本質的にビジネスとは相容れないと考える人も増えてきた。そこで、Raymond や Bruce Perens が集まり「Open Source Initiative (OSI)」を設立し、フリーソフトウェアの思想を受け継ぎながら、バザール型のソフトウェア開発モデルに焦点を当てた「オープンソースソフトウェア」という用語を定義した。OSSはフリーソフトウェアとほとんど似通っているが、一点だけ大きく異なる。それは、フリーソフトウェアの概念を包含しつつ、GPLが定義する『フリーソフトウェアの派生物もまたフリーソフトウェアである』という「伝播性」を必須としないことである。伝播性がなければ、OSSを利用した商用ソフトウェアの販売など様々なビジネスがやりやすくなる。ただし、Linux自身はGPLソフトウェアであり、フリーソフトウェアであるからこそ、これだけ広まり成長することができたという事実を見逃してはならない。

(3) 代表的な OSS

Linux以外にもOSSは数多くあり、代表的なものとしては、OSとしてFreeBSD、ソフトウェア開発に必要なエディタやコンパイラ等のGNUに属するプログラム、DNSサーバのBIND、メールサーバのsendmail、WWWサーバのApache、ファイルサーバのSamba、アプリケーションサーバのZope、データベースのMySQLやPostgreSQL、デスクトップ統合環境のGNOMEやKDE、ブラウザのMozillaやFirefox、オフィスソフトのOpenOffice.org、スクリプト言語のPerl、PHP、Python等がある。

1. OSSの法的特徴

1. 1 オープンソース・ライセンス

OSSは通常、それぞれのオープンソース・ライセンスに基づいて配布される。すなわち、OSS開発者はOSSに関する著作権等の知的財産権を放棄しているわけではなく、あくまでも知的財産権を保持した上で、オープンソース・ライセンスの条項に規定された条件をユーザが遵守することを条件に、OSSの改変や再配布を許諾するという構造になっているのが一般的である。(なお、OSSを使用するだけで、改変や第三者への配布を行わない場合は、オープンソース・ライセンスによる許諾を必要としないというのが一般的である。)

また、OSSは通常OSS開発者のボランティアな活動により開発され、無償でライセンスされるものである。したがって、OSS開発者は、OSSの瑕疵(バグ)や、OSSが第三者の権利を侵害した場合に何ら責任を負わない(負えない)というライセンス内容になっている。

(バグの修正やプログラムの改良は開発コミュニティのボランティアな活動として行われる。)

1. 1. 1 オープンソース・ライセンスの法的性質

(1) はじめに

本稿は、オープンソース・ライセンスの法的性質について検討することを目的とするものである。ライセンスの法的性質をどのように考えるかは、ライセンスの効力(特に違反があった場合の効力)を左右する重大な問題である。ソフトウェアの「ライセンス」といえば、わが国ではその法的性質は通常契約であるが、OSSの母国である米国では必ずしもそうではないようである。オープンソース・ライセンスの代表であるGNU GPL(General Public License)について、GPLの生みの親であるFSF(Free Software Foundation)の顧問弁護士は、「GPLは契約ではなくライセンスである」と述べており³、その発言がわが国でも論議を呼んでいる。本稿では、オープンソース・ライセンスの代表であるGPLに焦点をおいてその法的性質を検討する。

(2) GPLは契約か

(a) 「GPLは契約か」－従来の分析

GPLは、たとえば改変物の頒布者に対して、ソースコードの公開を義務付けている。第2章で詳しく述べる「伝播性」の効果によって、改変部分(新しく付け加えた部分)についてもソースコードの公開が義務付けられている。仮に頒布者がソースコードを公開しなかった場合の法的効果については、論理的に以下の二通りの結論がありうる。①「違反により、元のGPLソフトウェアの著作権を侵害したものとして差止め・損害賠償請求等を受けるが、事後的に公開する義務まではない」という考え方と、②「一旦頒布した以上、新た

³ “Enforcing the GNU GPL” Eben Moglen, 10 September 2001 GNU公式サイト所収

に付加した部分を含めて当該改変物全体のソースコードについて、事後的にも公開義務を負う」という考え方である。

この点について、わが国では従来以下のような分析がなされてきた。すなわち、GPLを「契約」と考えれば、頒布者は契約上の義務として、前記②の公開義務を負う余地がある。なぜなら、有効な契約上の義務としての「ソースコード公開義務」であれば、ライセンサーはその義務の履行請求権（公開請求権）を有しており、ソースコードを公開しないことは、単に「ソースコード公開義務」をいまだ果たしていない状態が続いているに過ぎないと捉えられるからである。

これに対し、GPLが「改変物のソースコードを公開する限りにおいて、元のGPLソフトウェアのライセンサーは著作権を行使しない」という条件付の著作権不行使の宣言であると捉えれば、条件が守られなかったことによって、不行使がなくなり、当該ライセンサーの著作権行使が可能となる。著作権の効力は、その侵害行為に対して差止め、不法行為に基づく損害賠償請求または不当利得返還請求をなしうるにとどまるものであって、著作権に基づいてソースコードの公開を求めることはできない⁴。ライセンサーは著作権を行使して、前記①の差止め、損害賠償請求等を行行使するのみということになる。

要するに GPL を契約と考えれば、ライセンサーは改変物のソースコードの公開を要求できる可能性があるのに対し、「宣言」と考える構成ではソースコードの公開まで求めることはできないというのが従来の分析である。

この点に関して、前述のとおりGPLの生みの親であるFSFは、少なくともGPLを契約とは考えていないようである。FSFによるGPL違反是正を担当してきた弁護士で、同時にコロンビア・ロースクールの教授でもあるEben Moglenは、FSFのサイトにおいて、「GPLは契約ではなくライセンスである」と明言している⁵。

この「ライセンス」については、若干説明が必要である。日本において「ライセンス」といえば、ライセンス契約のことであり、「契約ではなくライセンスである」というのは意味がとおらない。実のところ問題のフレーズにおける「ライセンス」とは、英米法上の概念であって日本法にはないものである。米国法においては、「ライセンス」はライセンス契約のことを指す場合もあるが、利用権限そのものを指すこともあり、こちらは「許可」「許諾」などと訳される⁶。これは例えば、パーティーに招待された際に発生する「パーティー会場に立ち入る権限」のようなものである。権限とはいってもその射程範囲は限られたものであり、「立ち入っても不法侵入にならない」という限度に留まる。「パーティーをするので何日何時頃会場に来てください。必ず正装をお願いします。」という招待もライセンスなら、「このソフトウェアを改変して頒布してもいいですよ。ただしソースコードの公開を

⁴ これは米国法の下においても同様である。著作権侵害に対する民事上の基本的な救済手段は、差止め、損害賠償および押収であって、著作権の効力としての「ソースコード公開義務」などは認められない。

⁵ 脚注3参照。

⁶ 「私人または公の機関が、ある者に対し、それなしには違法となる行為を許すこと、またはその許可を証する書面を指す」英米法辞典（東京大学出版会1991年）

お願いします。」という許諾もライセンスである。ライセンサーはライセンシーがライセンス条件を遵守する限り、物権的請求権（パーティー会場の場合）や著作権（ソフトウェアの場合）の行使をすることができなくなる。

重要なのはライセンス条件に違反した場合の効果である。パーティーへの招待の場合、正装することが条件となっており、正装でなければ会場内に入る権限がないことになる。仮に汚い格好で会場内にはいつてしまった場合には、つまみ出されるかもしれない、またその場の雰囲気害してパーティーの目的を阻害したとして損害賠償を求められるかもしれないが、会場において正装に着替える義務を負うわけではない。その意味で、正装することは「条件」であって「義務」ではない⁷。

上記 Eben Moglen の発言の趣旨は、GPL が契約ではなくこの意味でのライセンスであるというものである。ちなみに FSF は GPL 違反者に対する対応方針として、改変物のソースコードの事後的公開を求めている。FSF によれば、GPL 違反者は、あくまでもライセンスを失うことにより、著作物の無断利用者としての責任（差止め、損害賠償等）を問われるのみである。

(b) 「GPL は契約か」—わが国における解釈の可能性

FSF の立場が上記のようなものである以上、GPL 違反の効果としては、改変物の頒布等中止し、従前の違反について損害賠償をすれば足り⁸、改変物のソースコードを新たに公開することは必要ない、ということにもなりそうである。しかしながら、ことはそれほど単純ではない。

まず、わが国における「ライセンス」がライセンス契約である以上、わが国の裁判所がこれをライセンス契約と解釈することはごく自然である（ライセンサーが日本人である場合はなおさらである）。仮に契約と解釈される場合、GPL が「契約」であればソースコードの公開義務を負うが「宣言」であれば負わないとする従来の分析にしたがえば、改変物の頒布者は、事後的にもソースコードを公開する義務を負うことになる。しかしながら、そもそも「契約か宣言か」という従来の分析は、米国法の議論をそのまま持ち込もうとするものであって、わが国における裁判所の判断を予測するに際しては、慎重な検討が必要である。特に「宣言」の法的意義が明らかでない以上、「契約か宣言か」の二者択一には疑問が残る。

思うに「契約でないライセンス」の存在しない日本法の下での解釈としては、GPL をライセンス契約と捉えた上で、契約の内容を GPL の趣旨にしたがって検討する方が、無難な分析というべきである。すなわち、契約の内容として、ソースコードの公開がなければ頒

⁷ ライセンスからは離れるが、「条件」と「義務」の違いを説明する分かりやすい例としては「独身者に限って利用できる社員寮」などを考えることができる。独身でないことが発覚すれば利用はできなくなるが、独身に戻る義務を負うわけではない。この意味で「独身であること」は利用の条件であって義務ではない。

⁸ Eben Moglen は、「ここ 10 年間は、損害賠償請求を求めたことはない」とするが（上記 *“Enforcing the GNU GPL”*）、これは損害賠償請求の理論的な可能性を認めつつも、実際には行っていないとの趣旨であると思われる。

布等ができないだけなのか、それとも、一旦頒布等を行った以上、事後的にもソースコードの公開義務があるのか、が争われることになる应考虑すべきである。仮に前者であれば、単なる条件違反として事後的な公開の義務までは負わないことになり、後者であれば、事後的公開義務を負うことになる。(パーティーへの招待の例について考えれば、まずは「招待の合意」を認めることができる。問題は合意の内容が、「正装であることを条件に会場に立ち入る権限を与える」というものか、それとも「会場に入った以上、事後的にでも正装に着替える」というものかである。当事者の合理的な意思解釈として後者のような義務を招かれた者が負うことは通常考え難いため、裁判所は、「正装であることを条件に会場に立ち入る権限を与える」旨の合意があったと解釈する可能性が高い。)

結論は、当事者の合理的な意思解釈によって決まるが、当事者の意思を判断するうえで最大の手がかりとなるべき GPL の文言からすれば、事後的にソースコード公開の義務を負うとの合意があったと解される可能性も否定できない。

(c) 「GPL は契約か」小括

以上のとおり、日本法の下においては、「契約か宣言か」を探るよりも、契約と捉えた上で、どのような契約なのか—合意の内容として公開は許諾の条件なのかそれとも独立した債務なのかを検討する方が自然である。裁判所においても、GPL の法的性質は、契約と解釈される可能性が高い。いずれにしても、事後的なソースコードの公開義務の有無に関する裁判所の判断を現時点で予測することは困難であるが、仮に事後的な公開義務が否定されたとしても、差し止めや損害賠償の可能性は残るので、実務上は、ソースコード公開を前提として GPL ソフトウェアを利用すべきである。

(3) 契約としての有効性

GPL が契約と解釈される場合、契約としての有効性が問題となる。

GPL はソフトウェアに添付されているだけであり、ライセンサーはライセンシーを認識しておらず両者の間で明示的な合意がなされるわけではない。この点から、契約としての有効性について、シュリンクラップ契約⁹やクリックオン契約¹⁰と同様の問題があるとする指摘がある。しかしながら、GPL はシュリンクラップ契約やクリックオン契約に比較して契約の効力に疑問を抱かせるような問題は少ないというべきである。まずシュリンクラップ契約やクリックオン契約は、プログラムの単なる使用に関する許諾であることが多く、果たして単なる使用に許諾が必要かとの観点から契約としての有効性が疑問視されるのに対し、GPL は、プログラムの使用に関するものではなく、無許諾で行えば著作権侵害になることが明らかな複製・頒布・改変に関するものである。また、シュリンクラップ契約や

⁹ ソフトウェアの購入者がパッケージの封を破ることで、使用許諾契約に同意したものとみなす契約方式。

¹⁰ ソフトウェア製品にみられる契約方法で、商品代金を支払い、コンピュータにインストールする際、使用許諾画面が表示され、契約内容に同意しなければインストールや使用ができない、という契約締結方法。

クリックオン契約は、ライセンシーにとっては事前に内容がわからず、ライセンシーに検討の機会が与えられないということも問題とされている。しかしながら、GPLの場合には、あらかじめライセンス条項が公開されており、検討の機会は十分に与えられているといえる¹¹。以上のことからすれば、GPLにシュリンクラップ契約やクリックオン契約と共通する問題点があるという指摘は必ずしも当を得たものではなく、この点を根拠に契約としての効力を否定される可能性は低いであろう。

なお、GPLの個別の条項については、消費者契約法などとの関係で有効性が問題になりうるが、その点は第2章において検討する。

(4) 諸法との関係

GPLに代表されるオープンソース・ライセンスについては、著作権法、特許法、商標法、製造物責任法、消費者契約法など様々な法律との関係で検討すべき論点がある。これらの論点については、そのままオープンソース・ライセンスを利用する際の法的リスクとなるものであるから、第2章において検討する。

1. 1. 2 オープンソース・ライセンスの分類

オープンソース・ライセンスといわれるものには数多くあり、OSI(Open Source Initiative)のWebサイト(<http://www.opensource.org/licenses/>)には50個以上のOSI認定オープンソース・ライセンスがリストアップされているが、OSSの本質であるソースコード公開条件および伝播性の強さ¹²に着目することにより、おおよそ以下の3類型に分類される。

(1) GPL(General Public License)類型

伝播性の最も強いライセンスであり、変更部分のソースコード公開は必須であり、またGPL対象コードと他のコードを組合わせてひとつのプログラムとした場合、他のコードについてもライセンス条件が波及し、ソースコード公開その他の義務が生じる。

(2) MPL(Mozilla Public License)類型

変更部分のソースコード公開は必須であるが、伝播性は強くなく、他のコードと組合わせても、他のコードまでライセンス条件が波及することはなく、ソースコード公開を要求されることはない。

(3) BSD(Berkeley Software Distribution)ライセンス類型

変更部分を含めソースコード公開は必須でなく、OSSの商用ソフトウェアへの組み込み

¹¹ 「オープンソースソフトウェアの現状と今後の課題について」(SOFTIC) 72頁～73頁

¹² ライセンス対象コードと他のコードを組合わせてひとつのプログラムとした場合、他のコードにまでライセンス対象範囲が拡張される性質をここでは伝播性と称した。

も可能。

以上の3類型とOSS以外のソフトウェアとの比較を含めて表に示すと、一般的に表1のようになる¹³：

表1. ライセンスの類型

| 類型 | 複製・再頒布可能 | 改変可能 | 改変部分のソース公開要 | 他のコードと組合わせた場合他のコードのソース公開要 |
|-------------------------------|----------|------|-------------|---------------------------|
| GPL | ○ | ○ | ○ | ○ |
| MPL | ○ | ○ | ○ | × |
| BSD ライセンス | ○ | ○ | × | × |
| フリーウェア ¹⁴ / シェアウェア | ○ | × | — | — |
| 商用ソフトウェア | × | × | — | — |

○ は Yes、×は No、—は該当しないことを意味する。

著名なオープンソース・ライセンスを上記3類型に分類すれば、表2のようになる：

表2. 著名なOSSライセンス

| | |
|--------|---------------------------------|
| GPL 類型 | GNU GPL |
| | Q Public License ¹⁵ |
| MPL 類型 | GNU LGPL |
| | MPL (Mozilla Public License) |
| | Interbase Public License |
| | SUN Public License |
| | Apple Public License |
| | CPL (Common Public License) |
| | IBM Public License |
| | Artistic License (Perl License) |

¹³ 一般論であり、個々にはこの表と異なる場合もある。

¹⁴ 無償で提供されるソフトウェアのことで、Richard Stallmanの唱えたフリーソフトウェアのことではない。

¹⁵ OSIのウェブサイトのリストでは"Qt Public License"となっているが、ライセンス本文のタイトルは"Q Public License"である。

| | |
|-------------|---------------------------|
| BSD ライセンス類型 | BSD License |
| | FreeBSD Copyright |
| | MIT License |
| | X11 License |
| | ZPL (Zope Public License) |
| | Apache Software License |
| | ISC License |

1. 1. 3 オープンソース・ライセンスの特徴

以下では典型的なオープンソース・ライセンスとしてGNU GPL (General Public License)、GNU LGPL (Lesser General Public License)、MPL (Mozilla Public License) およびBSD (Berkeley Software Distribution)ライセンスを取り上げ、その特徴について解説する。

1. 1. 3. 1 GPL

(1) 概要

GNU GPL¹⁶はRichard Stallmanによるフリーソフトウェア運動を具現化するために考案されたライセンス契約であり、コンピュータソフトウェアに対する独占的権利の根拠となる著作権法に基づき、対象となるソフトウェアが何者かに独占されることを排除し、誰でも「自由に」使用できるようにすることを目的としている。

すなわち、このライセンス契約はライセンシーに対し、改変部分のソースコードを公開し、同一条件で誰でも使えるようにすることを条件に、対象ソフトウェアの複製、改変、頒布を許諾する。ライセンサーは対象ソフトウェアの著作権を保持し、ライセンシーがライセンス条件に違反して複製、改変、頒布すれば著作権侵害となる。

通常の商用ソフトウェアを開発する企業がLinux等のGPL対象ソフトウェアに関連して開発を行う場合には、企業秘密・資産であるソースコードの公開が場合に応じて要求され、その境界が不明確なため、問題となっているケースもある。

従来からUNIX系のOSSの多くはGPLに基づいて頒布されているが、ビジネス環境におけるLinuxの利用が普及し、Linuxに関連した企業活動が盛んになるにつれて、ビジネス環境におけるGPLの問題点が一躍脚光を浴びるようになった。

(2) 契約の成立

対象プログラムを改変または頒布することにより、契約同意の意図が表示されたものと

¹⁶ <http://www.opensource.org/licenses/gpl-license.php>

される（第5条）。

（3）対象範囲

対象プログラムおよびその派生物（”derivative work”すなわち”work based on the Program”）の複写、頒布、改変が対象（第1条、第2条）。

対象プログラムを改変した場合、その部分(section)が対象プログラムから派生するものでなく、独立した別個の著作物(work)であると合理的に判断され、別個の作品として頒布される場合は、本ライセンスの対象とならない。しかし、その部分が work based on the Program 全体の一部として頒布される場合は、その全体が本ライセンスの対象となる（第2条）。

（4）ライセンス条件の継承

対象プログラムのソースコードを複写して頒布することができるが、本ライセンス条件のコピーも同時に引き渡さなければならない（第1条）。

対象プログラムを改変して頒布することができるが、本ライセンス条件にしたがって頒布しなければならない（第2条）。

（5）ソースコードの開示

オブジェクト／実行形式で頒布することも許されるが、その場合は、ソースコードを同梱するか、最低3年間、頒布に必要な費用を上まわらない料金でソースコードを頒布することを申し出た書面を同梱しなければならない。オブジェクト／実行形式が（ウェブサイト等の）所定の場所へのアクセスにより頒布される場合は、ソースコードへの同等なアクセスを提供すればよい（第3条）。

（6）料金

対象プログラムのソースコードを複写して頒布することができる。頒布費用を徴収できる。また有償で保証を提供してもよい（第1条）。

対象プログラムを改変して頒布することができるが、全ての第三者に対して、本契約に基づいて、原則、無償でライセンスしなければならない（第2条）。

1. 1. 3. 2 LGPL

GPL対象のプログラムと他のプログラムとをリンクしてひとつのプログラムとすると、全体がGPL対象となるため、GPLで提供されたライブラリプログラムは商用プログラムとリンクして使用することができない。この問題を解決するために、伝播性、特に、ソースコード開示義務を弱めて商用プログラムとの共存を可能にしたのがGNU LGPL(Lesser

General Public License)¹⁷である。LGPLにおいては、ライブラリプログラムのソースコードとしての扱いに関してはGPLと同じであるが、ライブラリと商用プログラムをリンクして使用する場合の条件が、以下の点で異なっている。

対象ライブラリの派生物を含まず、対象ライブラリとともにコンパイルまたはリンクして動作するように設計されたプログラムは「ライブラリを使用する著作物」(work that uses the Library)であり、それ自体は、本ライセンスの対象外である。しかし、そのプログラムを対象ライブラリとリンクしてできる実行形式プログラムはライブラリの派生物(derivative)であり、本ライセンスの対象となる(第5条)。

「ライブラリを使用する著作物」と対象ライブラリをリンクした著作物については、どのようなライセンス条件で頒布してもよいが、ユーザ自身による使用のための改変と、このような改変のデバッグのためのリバースエンジニアリングを許可しなければならない¹⁸。

対象ライブラリが使われていることおよびライブラリとその使用は本ライセンスで規定されることを表示し、本ライセンスのコピーを添付しなければならない。(第6条)。

1. 1. 3. 3 MPL

MPL(Mozilla Public License)¹⁹はネットスケープ社がNetscapeブラウザのオープンソース化を始めた時に作られたNPL(Netscape Public License)がもとになっている。原ソースコード改変部分の公開義務はGPLと同様であるが、GPLほど伝播性が強くなく、MPL対象コードと自己開発コードを組み合わせてひとつのプログラムとした場合、自己開発部分のソースコードを非公開とすることができる。また特許への対応、準拠法・裁判管轄の規定等、GPLの不備も解決されている。

なお、MPLによりライセンスを受けたユーザがライセンス対象プログラムの開発者や貢献者に対して特許権侵害の訴訟を提起した場合は、当該ライセンスによりユーザに与えられた権利は無効となる。

MPL をベースとしたライセンス契約は多くの企業で使われており、InterBase Public License、SUN Public License は基本的に MPL と同じものであり、Apple Public License、

¹⁷ <http://www.opensource.org/licenses/lgpl-license.php>

¹⁸ 商用ソフトウェアのパッケージやマニュアルには、製品全体のリバースエンジニアリングを禁止する条項が含まれることが多いが、LGPLを使用した製品の場合、この記述のままではLGPLのライセンス条件と矛盾する。その場合、例えば、リバースエンジニアリングを容認するような但し書きを追加するか、あるいは、製品を構成する各プログラムのライセンスに従う旨の記載に変更する必要があるので注意が必要である。

¹⁹ <http://www.opensource.org/licenses/mozilla1.1.php>

IBM の Common Public License、IBM Public License もかなり MPL に似たものとなっている。

1. 1. 3. 4 BSD ライセンス

米国カリフォルニア州立大学バークレー校により開発されたBSD(Berkeley Software Distribution)系UNIXその他のソフトウェアに使用されているライセンスであり、再頒布時に、著作権表示と再頒布条件表示と無保証・免責宣言を行うことのみを条件とする、極めて制限の緩いライセンスである²⁰。

著作権表示と再頒布条件表示と無保証・免責宣言さえしておけば、BSD ライセンスのコードを他のプログラムに組み込み、しかも組み込み後のソースコードを非公開にできるため、企業からすれば商用化のしやすいライセンスである。オープンソース開発者の立場から見れば、オープンソースとして開発したコードがクローズ化されてしまうことを容認している。

ちなみに、初期の BSD ライセンスには派生物の広告に初期開発者名を表示することが条件として盛り込まれており、多数の開発者が携わった場合、広告に全ての開発者名を表示しなければならないという問題を抱えていたが、現在はこの条項は削除されている。FSF では BSD ライセンスを使用する場合には、この「修正済 BSD ライセンス」を使用するよう薦めている。

なお、BSD UNIX の Intel x86 ファミリー版である FreeBSD にも同じライセンス (FreeBSD Copyright)が使われている。

1. 2 OSS 開発プロセス

1. 2. 1 OSS 開発プロセスの特徴

フリーソフトウェア/OSS の開発は一般に既存のプログラムでは解決されない特定の問題を解決するために一人のプログラマが自らプログラムを開発することから始まる。一応動作するプログラムができたところで、インターネット等を経由してソースコードを含めて公開し、試用/バグ報告、バグ修正/機能改良の面での協力を求めることにより、ユーザや共同開発者が現れ、そのプログラムに関する開発者とユーザからなるコミュニティが形成され、そのコミュニティをベースとしてバグ修正/機能改良が継続して行く。

一人のプログラマが自己の問題解決のためにプログラムを開発することにより始まるという点では所謂フリーウェア/シェアウェアと似ているが、後者においては一般にソースコードは公開されず、バグ修正/機能改良はもとの開発者が行うため、大規模なプログラムを作ることはできない。これに対し、OSS においては開発者コミュニティが形成さ

²⁰ <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.php>

れ、これにより開発が行われるため、商用プログラムに匹敵するような規模のプログラムの開発も可能となる。

OSSが成功する鍵は開発者コミュニティが形成され開発が継続して行くかどうかにかかっている。成功した例として現在脚光を浴びているLinuxの場合、開発者コミュニティの大きさは数万人から数十万人と推測されているが²¹、このうち実際に採用されたコードの開発者数は2000人程度と見られる²²。

一般にOSSの開発プロセスには次のような特徴があるとされている²³：

- 1) 高速なインクリメンタル開発（短期リリース更新）
- 2) 並行開発プロセス
- 3) グローバルに分散した開発者が参画する分散開発プロセス
- 4) 独立したピアレビュー（採用審査）の実施
- 5) コミュニティと呼ばれるユーザや開発者からの迅速なフィードバック
- 6) 高い技術力とモチベーションを持った技術者の存在
- 7) 非OSSに比べユーザの積極的で高度な参画

1. 2. 2 知財の観点で見たOSS開発プロセス

過去にはバークレー版UNIX（BSD UNIX）がAT&TのUNIXの著作権を侵害したとしてUCB（カリフォルニア大学バークレー校）がAT&Tより訴えられた事件があった²⁴。また、最近ではIBM等がSCOより訴えられたため、開発者コミュニティと呼ばれる緩やかな組織により開発されるOSS、とりわけLinuxについて、開発過程で著作権侵害、特許侵害がチェックされず、これらの権利侵害が発生し易いのではないかという議論がある。

ソースコードが公開されるOSSにおいては、商用ソフトウェアに比べて権利侵害を検出し易いのは確かであろう。しかし、OSSの方が商用ソフトウェアに比べて権利侵害が発生し易いということにはならない。そもそもOSSは開発者が必要にせまられて開発するものであり、すでにOSSがある場合はその改良に参加すればいいので、新規OSSが既存OSSの著作権侵害をするということは考えにくい。問題はUNIX等ソースコードが開示されている商用ソフトウェアに対する侵害であるが、そもそもOSS開発に携われるのは開発技術の高さによってコミュニティ内で認められた少数の人々であり、自ずとプライドや権利侵害に対する意識も高く、また開発結果のソースコードは多数の目に触れるのであるから、

²¹ 「オープンソース・ビジネスの動向調査」社団法人 情報サービス産業協会、平成14年3月、P11

²² Donald K. Rosenberg, Open Source: The Unauthorized White Papers, M&T Books, 2000 (<http://www.stromian.com/Book/Chap1.html>)

²³ J. Feller and B. Fitzgerald, Understanding Open Source Software Development, Addison-Wesley, 2002

²⁴ AT&Tの子会社であるUSL(UNIX Systems Laboratories)が商用BSD UNIXを販売するために設立されたBSDI(Berkley Software Design, Inc.)およびUCB理事(Regents of the University of California)を訴えた。USLの訴えは却下されたが、UCB側が逆提訴し、USLがノベルに買収された後和解した。詳細についてはhttp://www.oreilly.co.jp/BOOK/osp/OpenSource_Web_Version/chapter03/chapter03.html 参照。

あえて権利侵害をすることは考えられない。

特許について権利侵害が発生する確率は、OSS も商用ソフトウェアも変わらないと考えられる。あるプログラムの開発者以外の第三者がそのプログラムが実現している技術・手法・アルゴリズムを把握するのは難しく、開発者自身が他者の特許を侵害しないよう注意することが必要である。

このような懸念に応えるべく、Linux 推進団体である OSDL(Open Source Development Labs)では最近 DCO(Developer's Certification of Origin)という制度を制定し、開発者に対して開発者自身が著作権を持つこと（即ち第三者の著作権を侵害していないこと）を宣言するよう義務づけた。このようなシステムにより、開発者の自覚をうながし、第三者に対して安心感を与えることができる。

1. 3 OSS 流通プロセス

1. 3. 1 OSS 流通プロセスの特徴

(1) OSS の基本的配布形態

各 OSS はそれぞれのプロジェクトのサイトから OSS を誰でもダウンロードして使用したり、メーリングリストに参加する等によりサポート情報の交換等を行うことができる。

しかし、個々の OSS をダウンロードし、必要なパッチを適用したり、メーリングリスト等でサポート情報の交換を行うためには、それなりの知識と経験が必要であり、一般ユーザ（企業の IT 部門担当者等）が容易に行える作業ではない。一般ユーザは次項で述べるディストリビュータが提供するパッケージを使用し、ディストリビュータやプラットフォームベンダ等のサポートサービスを受けるのが一般的である。

(2) ディストリビュータ経由の流通

Linus Torvalds が誰でも自由に使える UNIX 互換のカーネルとして最初に開発し、その後開発コミュニティに属する人々により開発されるようになった Linux カーネルは、その名の通り OS の中核部分のプログラムであって、OS 全体からすれば部品のひとつに過ぎず、実行可能なプログラムを作成（すなわち「インストール」）し、実行させるためには UNIX に関する深い知識が必要とされた。このため、Linux が開発者以外のユーザに使用されるようになった当初から、Linux カーネルにその他の必要なプログラムを加えてユーザが容易にインストールできるようにパッケージ化された「Linux ディストリビューション」というものが現れた。

当初 Linux ディストリビューションはコミュニティにより作成され、他の OSS 同様、提供元のサーバから無償でダウンロードして使用されていたが、やがて Linux ディストリビューションを CD-ROM 等の媒体に格納して販売したり、有償でサポートサービスを提供することをビジネスとする企業が現れた。これらの企業はディストリビュータと呼ばれ、

Linux 流通のためにはその存在は必要不可欠となっている。

以上は Linux カーネルおよびその上で使用される OSS の場合であるが、Apache、sendmail 等 OSS は UNIX 系 OS 等でも使用されており、その場合は各 OS の提供元がディストリビュータと同じ機能を果たしたり、あるいはユーザが直接 OSS 提供元からダウンロードすることになる。

1. 3. 2 知財の観点で見た OSS 流通プロセス

OSS はディストリビュータを経由して配布されるのが一般的であり、ディストリビュータはインストーラの開発、配布するソフトウェアの選択、必要な障害修正（パッチ）の適用、動作確認等を行った上で、CD-ROM 等の媒体に格納して製品化する。この過程で発生する法的リスクについて考えてみると、選択したソフトウェアの瑕疵、障害修正自体の瑕疵、障害修正の適用漏れ等により結果としてディストリビューションの瑕疵が顕在化することが考えられる。しかし、ディストリビュータは利用者との契約(End User License)でこれら素材である OSS について責任を負わないとするのが一般的であり、基幹情報システムに適用されるような商用 Linux ディストリビューションでは、有償サポート契約によって保守サポートが提供されている。

1. 3. 3 組込み機器と汎用コンピュータ・システムとの相違

サーバやデスクトップPCのようなコンピュータにおいてOSSを使用する場合、第3章にて述べるように、ベンダやディストリビュータ等が特別の補償を設ける場合を除けば、OSS 開発者（コミュニティ）、ディストリビュータ、コンピュータベンダ、システムインテグレータ等はOSSに関して責任を負わないとするのが一般的である。OSSの使用によりOSS利用者または第三者が損害を受けたり、第三者の権利を侵害した場合、第2章に説明するように、その影響は、OSS利用者にも及ぶ可能性があることを認識する必要がある²⁵。

これに対し、携帯電話、PDA、HDD レコーダ等に Linux 等の OSS が使用される場合、これらの機器利用者は自らの責任において Linux 等をインストールして使っているわけではないので、Linux 等に問題があった場合、組込み機器ベンダが責任を負うというのが原則である。

²⁵ 商用ソフトウェアの場合でも一般的には商用ソフトウェアベンダによる補償は限られたものである。

2. OSS 利用上の知財面での考慮点

本章では、OSS の利用に伴う知財面の考慮点について述べる。ライセンスの「伝播性」に関するもの、著作権に関するもの、特許権に関するもの、商標権に関するものなどを説明している。

それぞれの考慮点は、OSS 開発コミュニティで開発を行う立場、OSS を利用したビジネスを行う立場、および OSS を利用する立場により異なる。このため、各項では知財権の概要を紹介し、次にそれぞれの立場における考慮点を述べる。

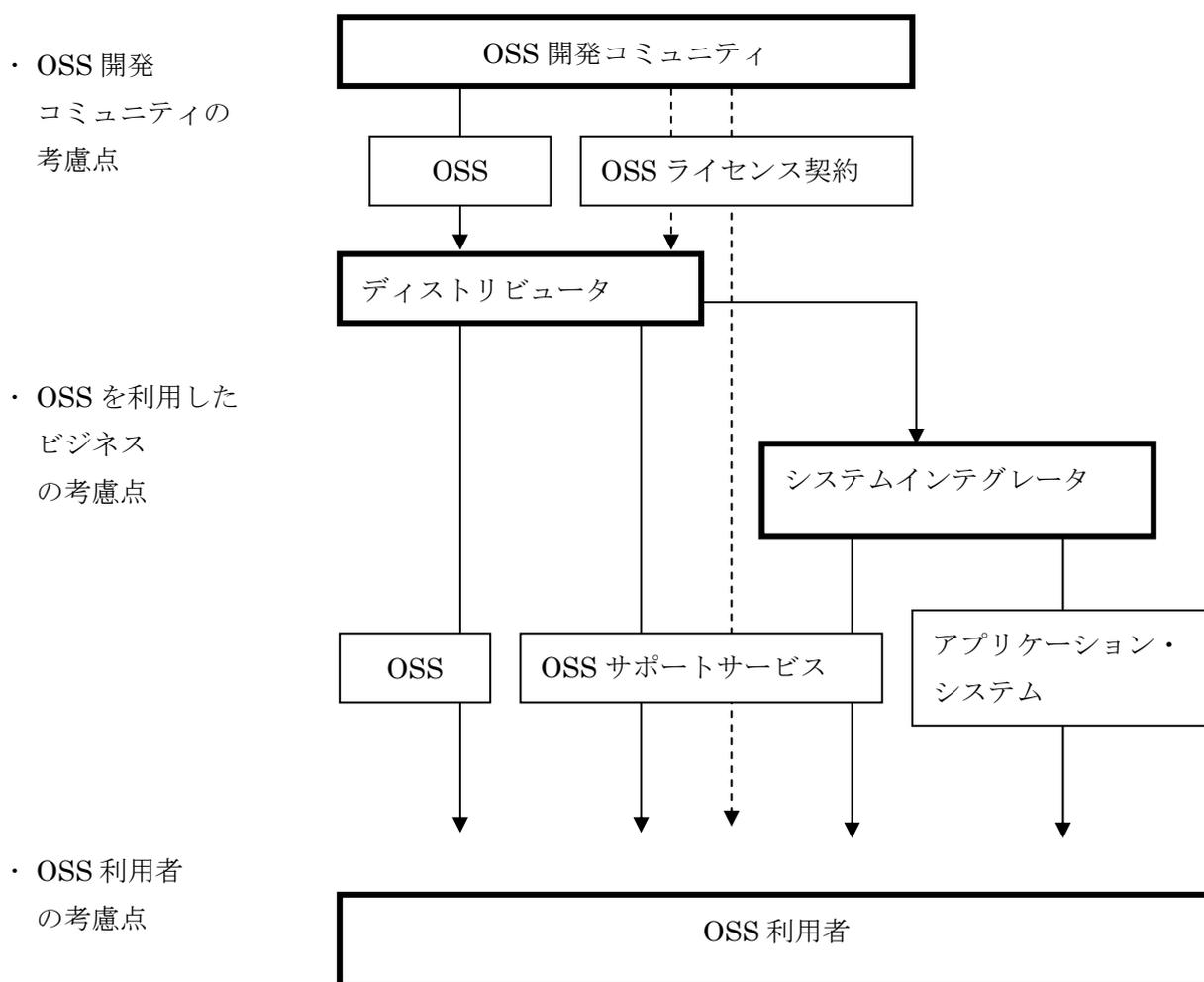


図 1. OSS が開発コミュニティから利用者に届くまで

本章は、次の節で構成されている。

- ・ 2.1 節：伝播性と OSS との関係/考慮すべき点
- ・ 2.2 節：著作権と OSS との関係/考慮すべき点

- ・ 2.3 節：特許権と OSS との関係/考慮すべき点
- ・ 2.4 節：商標権と OSS との関係/考慮すべき点
- ・ 2.5 節：ソフトウェアの瑕疵に基づく法的責任
- ・ 2.6 節以降：その他の考慮点

2. 1 伝播性のリスク

「伝播性」とは、ある OSS と一体化したソフトウェア全体（OSS の派生物）に対して、ソースコードの公開等、該 OSS ライセンス（許諾条件）の影響が及ぶことである（詳細は後述）。伝播性のリスクとして、意図せず伝播性のある OSS を取り込んでしまった場合、さらには、商用ソフトウェアと OSS を結合（リンク）した場合の影響が検討されるべきである。

(1) OSS 開発コミュニティへの影響

OSS 開発に際し、利用する既存 OSS のライセンスについて伝播性を確認し、適切に対処する必要がある。意図せず伝播性のある OSS を取り込んでしまった場合には、あるいは、異なるライセンス条件の OSS を混ぜ合わせてしまった場合、開発コミュニティ（あるいは、技術者個人）に対して、ソースコード公開等のライセンス条件の混乱、損害賠償等の請求の可能性が有る。

(2) OSS を利用したビジネスへの影響

伝播性のある OSS のソースコードを商用ソフトウェアに組み込んでしまった場合、商用ソフトウェアのソースコードの公開、損害賠償等を請求される可能性がある。

また、OSS が提供するライブラリプログラムと商用ソフトウェアを結合（リンク）する場合には注意が必要であり、それぞれの OSS が定めた条件に従うことが求められ、それらに反して OSS のライブラリを商用ソフトウェアにリンクして出荷すると、商用ソフトウェアのソースコード公開等ライセンス条件に沿った取り扱いや損害賠償を請求される可能性がある。

(3) OSS 利用者への影響

利用者の内部利用に関しては、伝播性の影響はないが、OSS ないしは、OSS 関連ソフトウェアの第三者への提供に当たっては、(2) と同様の影響がある。

以下の節では、伝播性の解説、関連した問題の事例の紹介と法的分析を行う。

2. 1. 1 伝播性とは

「コピーレフト」は、GPLをはじめ FSF のフリーソフトウェア・ライセンスにほぼ共通する特徴であり、FSF(Free Software Foundation.)が推進する GNU プロジェクトの考え方

を表している。FSF 自身が用いている言葉ではないが、一般には「伝播性」と呼ばれることが多い。

GNUプロジェクトは、フリーソフトウェアの普及を目的とするプロジェクトである。フリーソフトウェアとは、誰もが4つの自由（実行の自由、修正〔adapt〕の自由、再頒布の自由、及び、改良〔improve〕して公衆に発表する自由）を有するソフトウェアとして定義されている²⁶。

こうした目的を実現するためには、作成者が「誰でも自由に使って下さって結構です」と宣言して、著作権を放棄することによって、当該ソフトウェアをパブリック・ドメインに還元する方法も考えられる（但し日本法の下では伝統的には著作者人格権を放棄できないとされており（近時異論があるが）問題がある。）。しかしこの方法によれば、第三者が当該ソフトウェアを改変して、ソースコードを秘匿したまま商品化してクローズドなソフトウェアに転換することも可能になるから、フリーソフトウェアの普及という目的に反する結果を招くおそれがある。

そこでGNUプロジェクトは、著作権を放棄することなく保有し続けた上で、頒布条件として、そのコードおよびそれから派生したいかなるソフトウェアに対しても、複製・頒布・変更〔modify / change〕の自由を与える一方、これを再頒布する人にも、まったく同じ条件で再頒布させる手法を採用した。GNUプロジェクトが作成したライセンス条項であるGPLには、この手法が明記された。この手法によれば、修正した者は、修正された実行形式ファイルだけをクローズドな製品として再頒布することができないので、元のソフトウェアの作成者からすると、修正されたソースコードを作成者自身や他のユーザへと還元させることが可能になる。このように改変された部分についてもGPL等のライセンス条件が適用されてソースコードの公開等が要求される性質を「伝播性」と呼んでいる。

このようなGPLの手法は、米国著作権法において「著作権」を意味する「コピーライト（copyright）」を逆方向に、つまりソフトウェアを自由に利用させる方向に活用した手法であったので、GNUプロジェクトの提唱者であるRichard Stallmanによって「コピーレフト」と命名された²⁷。

2. 1. 2 「伝播性」の範囲

GPLは、前述の「伝播性」によって、二次的著作物を含めた「本プログラムを基礎とした著作物」が商用ソフトウェアへと転化することに対して歯止めを設けている。その半面、開発者から見れば、GPLソフトウェアに関連して自己が開発したソフトウェアに「伝播性」が及んだ場合にはソースコードを公開しなければならないので、公開を進んで希望しない開発者にとって、「伝播性」の範囲はどこまでかという点が、極めて重要な問題となる。

この範囲内かどうかの基準は、従来は著作権法上の「派生物」（GPL第0節）概念への該

²⁶ FSF, The Free Software Definition

²⁷ FSF, What is copyleft?

当の有無の問題として議論されてきたが、検討した結果、著作権法にいう「二次的著作物」に該当するかどうかの解釈に帰結するものであること、そうであるにもかかわらず、例えば米国著作権法第 101 条にいう「二次的著作物」の定義と GPL 第 0 節のそれとで表現が異なっている点が議論を生み出してきた原因の一端であることが明らかとなった。

「二次的著作物」に該当すべき具体的な範囲の確定には、往々にして困難が伴う。Linux の当初開発者である Linus Torvalds も、GPL にいう二次的著作物とは何かを明確に定義することは困難であると述べている²⁸。中でも最も難問とされてきたケースが、ライブラリとのリンクの場合であり、各種の見解が提唱されてきた。

Debian プロジェクトのリーダー的存在、Bruce Perens は、GPL の適用されたライブラリにリンクされたソフトウェアは、それと単一の著作物を形成する場合にのみ GPL を受け継ぐのであって (Software linked with GPLed libraries only inherits the GPL if it forms a single work)、単に一緒に頒布されるというだけで、ソフトウェアに受け継がれるものではないとしている。

この見解に従えば、いわゆる静的リンク (ひとつの実行ファイルとして統合した場合) であれば GPL の伝播範囲となるのに対し、動的リンク (別ファイル形式で参照する場合) は伝播範囲外となりそうにも思われる。

これに対し、米 Red Hat 社の CTO である Michael Tiemann は、FSF の採用する基準としてリンクが静的か動的かは無関係であるとし、彼による判断基準では、リンクする際に POSIX などの標準インターフェースを用いる場合は GPL に従わなくてよいが、たとえ標準インターフェースを使っても、当該ソフトウェアが GPL で頒布されるカーネルと同じアドレス空間にある場合には、当該ソフトウェアが GPL の伝播範囲となるとする。

組み込み Linux 大手の米 Lineo 社及びモンタビスタ社も、GPL ライブラリへのリンクが静的か動的かで区別すべきでないとするが、静的・動的ともに GPL の伝播範囲となるとしている点で、Tiemann の見解とも異なっている可能性がある²⁹。

MySQL 事件において、MySQL AB 社は、NuSphere 社のソフトウェア製品 Gemini は MySQL のコードと静的にリンクしており、したがって GPL の適用が及ぶと主張しており、FSF もこの主張を支持している。

GPL と同様、FSF が作成したライセンス条項として LGPL がある。その「はじめに」部分では以下のように述べている。「あるライブラリがあるプログラムとリンクされる場合、それが静的にリンクされるか共有ライブラリとして利用されるかは問わず、両者の結合したものは法的に言って結合著作物、すなわち元のライブラリの派生物となる。このような場合、通常の GPL では、全体としての結合物がライセンスの規定する自由の基準に適合する場合のみそのようなリンクを許可している。一方 LGPL では、ライブラリを他のコード

²⁸ Linus Torvalds 「Linux の強味」 Chris DeBona 他編著 (倉骨彰訳) 『オープンソースソフトウェア 彼らはいかにしてビジネススタンダードになったのか』 (オライリー・ジャパン、1999) 199 頁。

²⁹ 以上の見解については、三宅・Keys 「Linux をどう使う 燃え上がる「GPL 問題」」 日経エレクトロニクス 2001 年 12 月 17 日号 73 頁。

とリンクする許可に関して、より緩い基準で評価する。」

したがって、少なくとも FSF の見解として、「静的リンクではないから伝播範囲外となる」という解釈は、採用されていないように思われる。

さらに、**LGPL**第 5 条第 1 段落では、(**LGPL**の適用された)「本ライブラリのいかなる部分の二次的著作物も含まないが、それとコンパイル又はリンクされることによって本ライブラリとともに動くように設計されたプログラムを、『本ライブラリを利用する著作物』という。当該著作物は、単体では本ライブラリの二次的著作物ではないから、本ライセンスの範囲外となる。」と規定されている。したがって、実行時にリンクを予定しているというだけでは、ただちに「二次的著作物」すなわち**GPL**の対象になるわけではない³⁰。

しかし同節の第 2 段落においては続けて、『本ライブラリを利用する著作物』にライブラリをリンクして実行形式プログラムを作成したときは、それは『本ライブラリを利用する著作物』というよりも、本ライブラリの二次的著作物となる(なぜならそれは本ライブラリの一部を含んでいるから)。当該実行形式は本ライセンスによりカバーされる。」と規定している。

さらに続く第 3 段落でも、二次的著作物になるかどうかについて言及されており、『本ライブラリを利用する著作物』が、本ライブラリの一部となるヘッダファイルから採られたコード等を利用する場合、ソースコードはともかくとしても、当該著作物のオブジェクトコードは、本ライブラリの二次的著作物となりうる。そうであるためには、当該著作物が本ライブラリなしでもリンクしうるか、又は当該著作物自身がライブラリであるか、という点が特に重要である。」とする。ここに「当該著作物が本ライブラリなしでもリンクしうる」とするためには、リンクする際に標準インターフェースを用いていることがポイントとなる。

しかし第 3 段落では先の部分に続けて、「そうであるための基準は法律では正確に定義されていない。」と規定されている。このように、明確な基準が明らかになっていない現段階では、結局のところ裁判を行ってみなければ分からない状況であり、こうした曖昧さがリスクの一種として評価され、**OSS** の普及に向けて阻害要因とならないか、検討課題として残されているところであるといえよう。

なお伝播性の範囲について、財団法人ソフトウェア情報センターが公表した「オープンソフトウェアの法的諸問題に関する調査」は、場合を分けて踏み込んだ検討を行っており、この問題について最も参考になる資料である。同調査によれば、静的リンクについては、**GPL**の伝播範囲となるとし、動的リンクについては、「**GPL** 対象プログラムと動的にリンクし、相互にファンクションコールを行ったり、データ構造を共有するプログラムは、**GPL**の対象となると考えられる。ただし、前記**FAQ**にもあるとおり、“main”関数を呼び出すだけで他の関係を持たない場合には、別プログラムと見なされる場合もあるようである」と

³⁰ 宮本和明「ビジネスとオープンソースライセンス (後編)」
<<http://www.atmarkit.co.jp/flinux/special/opensource/opensource02.html>>。

している³¹。

2. 1. 3 「伝播性」の効果

伝播性のリスクについてさらに検討されるべきは、GPL に違反したことによる効力である。例えば、改変物の頒布者には、ソースコードの公開が義務付けられているが、この義務は、①その違反により、元の GPL ソフトウェアの著作権を侵害したものと差止め・損害賠償請求等を受けるという意味での義務なのか、それともさらに進んで、②一旦頒布した以上、新たに付加した部分を含めて当該改変物全体のソースコードについて、事後的にも公開義務を負うものなのか、という問題である。

この点については、第 1 章で検討したとおりであるが、仮に事後的な公開義務までが認められてしまうと、GPL ソフトウェア利用のリスクはかなり大きなものになってしまう。GPL の生みの親である FSF が、違反者に対して事後的なソースコードの公開を要求していないことは、重要である。

なお、報道されたわが国におけるこれまでの GPL 違反の事例を見ると、そのほとんどは、コミュニティの批判を受けて自主的に改変部分のソースコードを公開するに至っており、訴訟にまで発展した事例は見られない。

2. 2 著作権に関するリスク

著作権とは、著作物（ソフトウェアを含む）を作成した人に発生する権利であり、複製権、公衆送信権（例えばソースコードをインターネット上で公開する権利）、翻訳・翻案権等を含む。例えば、個人がボランティアとして開発したソフトウェア著作物に対しては、個人の没後 50 年に渡って権利が付与され、特許権と比べても長い期間の権利保持が認められる。Linux に代表される OSS は、それぞれの開発者（例えば Linux カーネルなら、Linus Torvalds 等）によって著作権が保持されており、OSS 利用者は、当該著作権者の許諾条件（例えば GPL）に従うことを条件に利用できる。

2. 2. 1 OSS における著作権リスクの影響

著作権に関するリスクとして、誤って商用ソフトウェアが OSS に混入した場合の影響が検討されるべきである。一般に OSS 開発コミュニティの技術者は、著作権に対する意識が高く、商用ソフトウェアの一部を OSS として公開するようなミスは犯さないが、万一、そのような誤りがあったときの影響は考えておくべきであろう。

(1) OSS 開発コミュニティへの影響

³¹ 同調査は他にも、Linux のダイナミック・ローダブル・モジュールの場合、Linux のデバイスドライバの場合、Linux のアプリケーションプログラムの場合、組込み機器の場合についてそれぞれ検討を行っている。<http://www.ipa.go.jp/SPC/report/03fy-pro/chosa/15-907.pdf>

商用ソフトウェアの著作権は、当然、尊重されなければならない。商用ソフトウェアのライセンス条件として、ソースコードの公開・出版等は厳しく制限されているのが普通である。万一、開発コミュニティ、あるいは、技術者が商用ソフトウェアを混入させるようなミスをしたならば、商用ソフトウェアの著作権者から、コミュニティ（あるいは、技術者個人）に対して、ソースコード公開の差し止め、損害賠償等の請求の可能性がある。

ただし、OSSのライセンス条件（例えばGPL）には、普通、第三者の権利侵害（この場合、商用ソフトウェアの著作権）に対する免責が含まれているため、OSSを利用したビジネス、あるいは、OSS利用者が蒙った損害を開発コミュニティが賠償する義務はない。

（2）OSSを利用したビジネスへの影響

もしもOSSに商用ソフトウェアの著作権侵害があれば、著作権者から、当該ビジネスの停止、損害賠償等の請求の可能性がある。

（3）OSS利用者への影響

もしもOSSに商用ソフトウェアの著作権侵害があれば、著作権者から、当該OSSの使用停止、損害賠償等の請求の可能性がある。

ただし、日本法の場合、2. 2. 4節に説明するように、著作権侵害の事情を知らずにソフトウェアを使っている利用者に対する救済条項があり、利用者への影響は緩和される。

以下の節では、著作権のリスクに関連した問題の事例、および、法的分析を行う。

2. 2. 2 商用ソフトウェアの混入

（1）KDE 事件

Xウィンドウ用デスクトップ環境構築ツール、KDE（K Desktop Environment）に関するライセンスを巡る事件がある。

KDE自体はGPLソフトウェアであったが、その一方でトロールテック社の商用GUIツールキット「Qt」のグラフィックライブラリを使用していたので、完全にはフリーと言えない状態であった。

こうした状態に抵抗を感じたフリーソフトウェアの開発者たちはKDEに対抗して、完全にGPLに準拠したGNOME（GNU Network Object Model Environment）の開発プロジェクトを開始し、13の企業及び業界組織の後ろ盾を得て「GNOMEファウンデーション」を運営するようになった。さらに「Qt」のそれと互換性のあるフリーなライブラリとして、「ハーモニー」作成プロジェクトも開始された。こうした動向に対応してトロールテック社は、QPL（The Q Public License）³²というライセンス条項に移行し、KDEに関するGPLとの矛盾は、やや解消されることになった。しかし、QPLでは、原則として無料での頒布が認められており（第2条）、原ソフトウェアを改変した場合、ソースコードを頒布する義

³² <<http://www.trolltech.com/developer/licensing/qpl.html>>

務が規定されているが（第4条）、改変ソースコードは、パッチのように原ソフトウェアとは独立した形式でしか頒布することができない（第3条）。したがって、現在でもFSFは、QPLを、フリーソフトウェアのライセンスには該当するがGPLと矛盾するライセンスであると位置づけている。（但し、ソフトウェアの原作者が自己のプログラムにGPLを適用して頒布しようとする際に、GPLに「特別な例外として、Qt以外の実行形式に含まれる全ソフトウェアについてGPLの要件に従うことを条件に、本プログラムをQtライブラリとリンクして実行形式で頒布することを許諾する。」という記載を付加することによって、例外的にGPLとの矛盾を回避しようとしている³³。）

現在も KDE と GNOME との開発競争が続いているが、この事件は、条件の異なるライセンスによってリリースされたソフトウェアが、フリーソフトウェアに混入されることがあるという問題点を浮き彫りにした。

このような問題が発生する原因として、GPLには「抜け道」が存在していることが指摘されている³⁴。すなわち、開発プロジェクトを開始しようとする者が、自分のプログラムにGPLを冠して頒布する際に、一緒にフリーでないライブラリなどの非GPLソフトウェアを部分的に使用することが許されており、KDEのケースでも、この「抜け道」が利用されたという指摘である。

これに対し、すでに頒布されているGPLソフトウェアに、非GPLソフトウェアを加えて作成された改変物が、GPLソフトウェアの二次的著作物（派生物）となってGPL「伝播性」が及ぶときは、当該改変物の頒布者は、非GPLソフトウェア部分を含めて当該改変物全般のソースコードをGPLに従って公開しなければならず、もし公開しなければGPL違反となって、GPL第4条によりライセンスを喪失する。その半面、商用ソフトウェアのライセンス契約ではソースコードの公開は禁止されているのが通常であるから、これを公開すれば非GPLソフトウェア部分に関するライセンス契約違反となる³⁵。

（2）SCO 対 IBM

次に、コミュニティ全体を揺るがす大事件、SCO 対 IBM の訴訟がある。米 SCO グル

³³ FSF, Various Licenses and Comments about Them.

<<http://www.gnu.org/philosophy/license-list.html>>. 八田真行氏による邦訳は

<<http://www.gnu.org/philosophy/license-list.ja.html>>.

³⁴ Bruce Perens 「『オープンソースの定義』について」 Chris DeBona他編著・前掲書 329 頁。

³⁵ 同様の問題は、混入の場面だけではなく、すでに販売されているような商用ソフトウェアからの移行についても発生する。すなわち、商用ソフトウェアのコードには、当該ソフトウェア開発元以外の会社（サードパーティ）が作成したソースコードが統合されているケースが見受けられることが少なくない。このようなコードについては、当該ソフトウェア開発元はサードパーティからライセンスを受けて使用している。そうしたライセンス契約では、サードパーティのソースコードを公開することが禁止されているのが通常である。仮に「伝播性」の結果、サードパーティのソースコードにまでGPLが適用されれば誰でも自由に利用できるものになってしまう。こうした結果が前記ライセンス契約において認められないものであることは当然の帰結である。このように、商用ソフトウェアに中途からGPLを適用しようとするれば、サードパーティから同意を取得するか、あるいはソース全体の公開に先立ち当該サードパーティのコードを削除する必要がある点で、中途での適用が可能な場面は実際には限定されざるを得ない。

ープは2003年3月、IBMを相手取って、30億ドルの損害賠償を求める訴えを提起した（提訴当初の訴額は10億ドル、6月に30億ドルに拡大。）。提訴の理由は、自社に属するUNIX技術が、Linuxへと不正流用されたというものであり、当初の請求原因は不正競争、契約違反などであったが、後にUNIXに関する著作権侵害が追加された。

本件は、多くの関係者を巻き込む一大事件に発展する。まず、同年6月に独のLinux支持団体であるLinuxTagがSCOに対して不正競争を理由として、Linuxに関するSCOの表現についての差止命令を求めてこれを得たほか、8月にはLinuxディストリビューション企業の最大手、米レッドハット社がSCOに対して、自社にSCOの企業秘密・著作権の侵害がないことの確認を求める訴訟を提起した。さらに同8月、IBMは、不正競争、契約違反、特許侵害などを理由にSCOに対する反訴を提起した。

他方、SCOはIBMに対する提訴と前後して、同年2月に世界中の大手企業約1500社に対してLinuxのライセンス料支払い義務を示唆する警告書を送り、8月にはユーザ向けのライセンス料を発表するなどした。2004年1月には、SCOのIBMに対する主張に疑問を投げかけていたノベル社を提訴し（ノベルは「SCOに対してUNIXに関する権利を譲渡したもののUNIXの著作権は留保していた」と主張してSCOの提訴を批判していた。）、2月には、IBMに対する訴額を50億ドルに引き上げた。同年3月にはついにLinuxのユーザ企業であるダイムラー・クライスラー社とAutoZoneを提訴した³⁶。このうち、ダイムラー・クライスラーに対するものについては、棄却されたが、残りの一連の訴訟は、未だ決着がつかっていない。

この事件の背景には、UNIXの権利関係をめぐる複雑な経緯が影響しているようである。以下、この経緯について詳細に記述した岡村久道「迷宮のインターネット事件」日経BPから引用する。

「UNIXは、マイクロソフトのWindowsと並んで、最もポピュラーな商用OSであり、30数年にわたる長い歴史を有している。もともと、AT&Tのベル研究所が1969年に開発を始めたプログラムであり、当時のAT&Tは電話業界における独占的なガリバー企業だった。UNIXに関する知的財産権は、その後AT&Tから、子会社のUSL、ノベル、そして旧SCO（現在のSCOとは別会社）へと順次売却され、さらに「UNIXWare」という名称で譲り渡されていった。ただし、UNIXの商標自体は、ノベルからX/Open（後のオープン・グループ）という団体に別途譲渡されたため、旧SCOは取得していない。Linux商用ディストリビュータのカルデラ社は、2001年に旧SCOを企業買収し、自社名をSCOへと翌年変更し、現在に至っている。こうした経緯を根拠に、SCOは自社がUNIXに関する知的財産権の正当な承継者であると主張しているのだ。IBMは、自社版UNIX「AIX」などについて、以前からUNIX技術のライセンス供与を受けてきた。IBMと旧SCOがインテル製の64ビット・プロセッサへのUNIX移植プロジェクト「モントレー」を共同で進めていた時期もあったが、途中で

³⁶ ダイムラー・クライスラーに対する訴訟はUNIXのライセンス契約に基づくUNIXソースコードの使用条件遵守状況の確認書提出義務違反に関するものであり、Linuxとは直接関係がない。AutoZoneに対する訴訟は、UNIXのコードを含むLinuxを使用することによりSCOの著作権を侵害したというもの。

失敗に終わっている。「これらの過程で、IBMがUNIX技術の秘密情報に接してきた」と、SCO側は主張しているようだ。」(同書p345～p346)³⁷

SCO は、現在に至るまで、Linux に不正流用されたと主張するコードを完全に特定・公開していないが、公開された一部のものについては、オープンソース・ライセンスで自由に頒布できる BSD 版 UNIX のものであって、SCO がノベルから購入した UNIX に固有のものではないとの報道もなされている。結局のところ、現時点においても訴訟の帰趨を決定するような材料は出てきていない。

いまだ中心となる訴訟の帰趨が明らかでない現時点において、この大事件の影響を語るのは時期尚早の感がある。しかしながら、本件が、普及したOSSに商用ソフトウェア混入の問題が生じた場合のマグニチュードの大きさを如実に物語るものであったことは確かである³⁸。

こうした商用ソフトウェア混入問題に対し、Linux推進団体Open Source Development Labs (OSDL) は、宣誓書「Developer's Certificate of Origin」(DCO)³⁹を導入することを2004年5月発表している。これは、宣誓書を提出した者だけにLinuxカーネルの開発を担当させ、コードの提出者を特定させることによって、開発プロセスの文書化を行うものである。

2. 2. 3 著作者人格権との関係

次に日本法の場合、プログラムの著作物にも著作者人格権に関する規定が適用されるので、その改変には同一性保持権(日本国著作権法第20条)との関連において、また著作者の表示については氏名表示権(同法第19条)との関係において、それぞれ権利処理が問題となる。これらの権利については、著作者が放棄できないものと解されている一方、その処理についてはGPLなどでは触れられていないからである。

なお、著作者人格権のうち、公表するか否かを決定する権利である公表権(同法第18条)については、まず原著作者の場合、すでに原著作者の意思に基づきプログラムがソースを含めてオープンにされているのであるから、問題になるケースは事実上想定しがたいように思われる。次に取得者において、自己が行った改変部分についてソースコードの公開が強制されているように見える点が問題となるが、それは取得者自身の意思で進んで複製・頒布を行おうとする場合の条件とされているにとどまっており、義務という形式がとられていないことを考えると、ただちに公開を強制したものということとはできない。

米国著作権法にも「一定の著作者の氏名表示及び同一性保持の権利(Rights of certain authors to attribution and integrity)」が規定されている(第106A条)。しかし、その適

³⁷ UNIXの開発経緯については、OSIが本訴に関して作成したポジション・ペーパーにおいても詳細に説明されている。<http://www.opensource.jp/SCO/SCO-vs-IBM.html> (日本語版)

³⁸ なお、USLの商用UNIXとBSD版UNIXの間でかつて発生した類似の紛争についても岡村同書p348以降が詳しい。

³⁹ OSDL, *Developer's Certificate of Origin 1.0*
<http://www.osdl.org/newsroom/press_releases/2004/2004_05_24_dco.html>

用は明文で「視覚芸術著作物の著作者 (the author of a work of visual art)」に限られて
いるうえ (同条第(b)項)、この権利の移転は認められないものの、著作者が署名した文書に
よって明示的な同意で放棄しうるので (同条第(e)項)、日本法の場合のような妨げとはなら
ないのとは対照的である。

この点について、わが国の実務では、著作者人格権の包括的不行使条項をライセンス条
項に挿入することによって対処することが少なくない。米国生まれのGPLでは、何らこの
ような対処がなされていないのも、善し悪しは別として、それが前提とする米国中心の法
制度上、当然の帰結である⁴⁰。問題は、不行使条項のないライセンス条項の下で、著作者人
格権侵害のおそれが生じないかであるが、理論的には可能性を否定することはできないも
の、重大なリスクがあるとまではいえないであろう。

まず、氏名表示権については、GPL では適切な著作権表示を行うべきことが義務付けら
れているが、わが国の氏名表示権は、著作者の著作者名を表示させる権利であって著作権
表示では代替できないことに注意を要する。

次に、同一性保持権については、プログラムに関する特則があり (第 20 条 2 項 3 号)、
バグなどの修正や効果的な利用に必要な改変が例外として許容されている。OSS の場合、
多くの改変はこの例外規定によって救済される余地がある。

2. 2. 4 使用の継続

日本の著作権法では、プログラムの複製・翻案等を伴わない使用行為は、一般的には著
作権侵害とならず、例外的に、著作権侵害により作成された複製物について、使用権原取
得時に「情を知っていた」(侵害品であることを知っていた) 場合に限り、業としての使
用が侵害とみなされる (著作権法第 113 条第 2 項)。従って、プログラムのビジネスユー
ザは、入手時にそれと知らなければ、仮に後になってその複製物が侵害品であることが分
かったとしても、差止を受けたり、損害賠償義務を負うことなく、使用を継続できる。そ
の使用に必要な限りで、第 47 条の 2 第 1 項によりインストールやバックアップ等の複製・
翻案も許される (第 47 条の 2 第 1 項の但書参照)。

もちろん、問題のソフトウェアについて訴訟で著作権侵害である旨確定したことが報道
された場合などでは、その後に当該ソフトウェアを入手したユーザについては第 113 条第
2 項により使用が侵害と判断される可能性があるが、そのような状況では、開発コミュニ
ティが自主的に非侵害部分を作成、置き換えることが予想される。

この意味で、日本では、OSS の配布等を行わず内部で使用するに留まるユーザは、著
作権侵害については比較的风险が低いと考えられる。

⁴⁰ 同様に法制度の違いによってGPLが対応できていないものとして、送信可能化権がある。今日では主要なフリーソフトウェアはインターネットを通じて共同開発が進められ、かつ頒布されている。米国著作権法では頒布権 (第 106 条第(3)号) の問題となるのでGPLの明文上でライセンスの対象になるのに対し、日本法では 1997 年改正で新設された公衆送信権等 (第 23 条(3)) の問題となって、ライセンスの対象としてGPLには明記されていないことになる。

2. 3 特許権に関するリスク

特許権は、各国毎に新規性のある発明を登録するものであり、発明者は、一定期間（日本では、20年間）、当該発明を利用した製品を他社が製造・販売・使用・輸入することを制限できる（許諾できる）。一部、ヨーロッパ諸国や OSS コミュニティには、ソフトウェアに関する特許権を否定する動きもあるが、日本や米国を含むほとんどの国では、ソフトウェア特許も含めて産業社会を構成するルールの一つとして認められており、OSS も特許の制約を免れることはできない。

一般に(OSS か否かにかかわらず)ソフトウェアの開発において、第三者の特許権侵害のリスクを完全にゼロにすることは困難である。なぜならば、第三者が既に行った特許出願が開発時点で全て公開されているとは限らないため、特許調査を尽くしても発見できない場合があるからである。もっとも、特許調査を行う程度に応じてリスクの軽減にはつながると考えられる。

また、ソースコードが公開されているが故に、プロプライエタリ製品ではプログラムの動きでしか見えなかった発明の利用を OSS ではソースコード上で指摘しやすいということもいわれている。一方、OSS コミュニティの側からは、多くのレビュアーによってチェックされている OSS は、商用ソフトウェアのケースよりも、特許権リスクを排除しやすいとの声もある。

最近の傾向は、5. 2. 2項に説明するように、OSS においても、コミュニティ開発者個人や、開発者の属する企業の名前で、特許権を積極的に取得し、あるいは、少なくとも公開技法登録することにより、OSS 外からの特許権主張に対抗できるようにしよう、との方向性も必要となっている。

2. 3. 1 OSS における特許権リスクの影響

OSS における特許権リスクは、OSS と無関係な第三者が OSS のインプリメンテーションに対して特許権を主張するケースが主たるものである。

(1) OSS 開発コミュニティへの影響

第三者の特許権は、当然、尊重されなければならない。しかしながら、著作権の場合と異なり、特許権では、第三者の特許出願から公開までの時間（日本では18ヶ月）、開発者は特許侵害の事実を自覚しようが無いところに問題の根深さがある。万一、開発コミュニティ、あるいは、技術者の提供した OSS が第三者の特許権を侵害したならば、特許権者から、コミュニティ（あるいは、技術者個人）に対して、ソースコード公開の差し止め、損

害賠償等の請求の可能性がある。

ただし、OSS の許諾条件は、普通、OSS の利用は無償である代わりに、第三者の権利侵害（この場合、特許権）に関する補償(indemnification)は含まれていない(ライセンスによっては、明示的にこれを否認するものもある)ため、多くの場合、OSS を利用したビジネス、あるいは、OSS 利用者が蒙った損害を開発コミュニティが賠償する義務はないと考えられるであろう。

上記に加えて、特許権を保有する者（企業）が、当該発明を OSS として公開（大きな企業では、発明者と OSS 開発者が離れていることもある）することにより、当該特許権の主張が困難になることも特許権に関わるリスクとして認識される必要がある。

（２） OSS を利用したビジネスへの影響

もしも OSS に第三者特許権の侵害があれば、特許権者から、当該ビジネスの停止、損害賠償等の請求の可能性がある。ただし、このような事情は商用ソフトウェア製品でも同様であることは留意する必要がある。

（３） OSS 利用者への影響

もしも OSS に第三者特許権侵害があれば、特許権者から、当該 OSS の使用停止、損害賠償等の請求の可能性がある。ただし、このような事情は商用ソフトウェア製品でも同様であることは留意する必要がある。

以下の節では、特許権のリスクに関連した問題の事例、および、GPL 等 OSS ライセンスとの関係を分析する。

2. 3. 2 GPL 等一般のライセンスについて

GPL においては、前述のとおり著作権への対応が図られているのに対し、いわゆるソフトウェア特許に対して、どのような対応方法が採用されているのであろうか。

結論的にいえば、こうした特許に関する正面からの対応を GPL は果たしていない。

まず、GPL ソフトウェアが第三者の特許に抵触するときには、最悪の場合、当該ソフトウェアから抵触部分のコードを取り除かざるをえない。

これを象徴している事件が、LZW (Lempel, Ziv, and Welch) と呼ばれるデータ圧縮アルゴリズムの問題である。LZWはインターネットにおける画像フォーマットのデファクト・スタンダードのひとつとして有名な、GIF形式に使用されてきた。LZWについてはすでにユニシス社の特許⁴¹が成立しているので、侵害のリスクを回避するためには、GPLソフトウ

⁴¹ 2003年6月に失効した。他国の特許も2004年6月乃至7月に失効している。
(http://en.wikipedia.org/wiki/LZW#Patent_issues)

ェアから関連するコードを除去せざるを得なかったという。

こうした点は、現行の特許制度を前提にすれば、好むかどうかを問わず、前記除去措置はロイヤリティの支払いで決着できない OSS ではやむを得ない手段であろう。この問題への対処策としては、他の方法によって当該特許を回避して同一の機能を実現すべくコードを書き直す以外には方策が残されていない。Stallman は、前記 LZW 問題に関しては、今後一切 GIF フォーマットを使用せず、別の画像フォーマットに移行することこそが真の解決であるとしている。

類似した問題として、MP3 の問題がある。MP3 は「MPEG1 オーディオレイヤー3」規格の略称であり、MPEG オーディオとは、動画圧縮技術で著名な MPEG の音声データ圧縮アルゴリズムである。高圧縮率と高音質とを両立させているので、インターネット上において高音質の音楽を送信することを可能にする音声データ圧縮フォーマットとして、1997 年以降、爆発的な勢いでデファクト・スタンダード化してきた。

ところが、MP3 を開発したドイツの Fraunhofer 研究所が、MP3 の普及段階となった 1999 年 9 月から、MP3 変換用のエンコーダ及びデコーダのハードウェア及びソフトウェア、そして MP3 ファイルのストリーム配信に対してライセンス料を請求しはじめた。その結果、MP3 のネット配信を行ってきたサイトの中には、廃業を余儀なくするところも出現した。こうした事態を回避する目的で、MP3 に代わるべきフォーマットとして、GNU GPL に基づき「Ogg Vorbis」プロジェクトが進められ、2001 年 6 月にはバージョン 1 が公表されている⁴²。したがって、このケースでも、特許の対象となる技術を回避して、フリーに使用できるように代替となる技術を独自に開発するという手法が利用されている。

さらに、前記 SCO の事件においても、IBM が SCO の反訴において特許権の侵害を主張したことも、オープンソースコミュニティの懸念を呼んだ。「IBM は今でこそオープンソースを代弁して戦っているが、果たしてそれが未来も続くという保証はあるのか」というのである⁴³。この懸念に答えて、IBM は 2004 年 8 月にサンフランシスコで行われた Linux ワールドカンファレンス・アンド・エキスポにおいて、「自己防衛を余儀なくされない限り、Linux カーネルに対して特許を振りかざして権利を主張するつもりはまったくくない」という趣旨の表明をして、聴衆から喝采を浴びたとのことである⁴⁴。

このような状態を踏まえて、GPL 「はじめに」では、どんなフリーなプログラムでも特許の脅威に絶えずさらされていることが記されている。Stallman 自身も、特許こそがフリーソフトウェア運動に対する「最大の脅威」であると述べている。

米国の Open Source Risk Management (OSRM) 社は、2004 年夏、Linux に 283 件（但し特許としての有効性は未確定）もの特許侵害の可能性があり、うち 60 件を IBM が、20 件をヒューレットパッカード (HP) が、11 件をインテルが、27 件をマイクロソフトが

⁴² The Ogg Vorbis CODEC project <<http://www.xiph.org/ogg/vorbis/index.html>>.

⁴³ http://news.zdnet.com/2100-9595_22-5067526.html

⁴⁴ <http://japan.cnet.com/news/ent/story/0,2000047623,20070265,00.htm>

保有していることを公表した。

日欧のような先願主義のもとでは、当該 OSS 開発プロジェクトの中心となる者が、防御の目的で先に出願することによって、少なくとも当該 OSS への使用が自由に認められる状態にしておくのが良い。

特許との関係における問題は以上の点にとどまらない。当該特許を有する者が OSS に対し当該特許に関するコードを埋め込んで改良を施したうえ再頒布するような場合にも問題が残されている。すなわち、例えば GPL ソフトウェアを改良する場合、GPL によって著作権的側面においては改良されたプログラムは自由な再頒布が可能な形での頒布が義務づけられる。しかし、GPL は当該特許の再ライセンスを含んだ再頒布を義務づけているものと解釈することができるか疑問があるので、これに基づく特許紛争が後日発生する可能性を残している。

以上のような問題が存在していることを踏まえて、GPL の前文においては、「どのフリー・プログラムもソフトウェア特許に絶えず脅かされています。我々は、フリー・プログラムの再頒布者が個人的に特許権を取得し、事実上そのプログラムを自分の財産にしてしまうという危険を避けたいと願っています。これを防ぐために我々は、いずれの特許も、誰でも自由に使用できるように許諾されるべきか、あるいは何人に対しても全く使用させないかの、いずれかにすべきであることを明らかにしてきました。」と述べられている。

この点は、後述の MPL のような契約法理による対処の可能性が残されていないわけではない。しかし少なくとも GPL ではこうした対処が明確に行われていない結果、そうしたコードを意図的に埋め込むことによってクローズドなソフトウェアへ転化するという危険を防止しきれていない点で、なお問題が残されている。

GPL が内包する特許制度に対する以上の脆弱性は、GPL ソフトウェアに開発者として加わろうとする者にとっても、不測のリスクを生じさせる。

すなわち、B が第三者の特許権侵害に該当するコードを記述して頒布した後、C がこれを組み込んだ機器を販売した場合、B による特許権侵害について、B だけでなく C も責任を負わされるおそれがある。特定の者だけがコードを書く商用ソフトウェアと異なり、GPL ソフトウェアの場合には、広範囲にわたる多数の者によってコードが書かれるという特性を有しているから、そうした危険が生じる可能性も高くなる。こうした事態を避けるために規定されている GPL の無保証条項によっても、どの程度免責を受けられるのか明らかでない（この点については 2. 5. 2 に詳述する。）。

結局のところ、特許権侵害のおそれをほぼ完全に払拭するためには、入手した GPL ソフトウェアについて侵害の有無を先行調査するほかない。

2. 3. 3 特許対応型ライセンスについて

MPL は、ネットスケープ社が自社ブラウザのオープンソース化を始めた際にライセンスとして作成した NPL をベースとするものであり、MPL 対象コードと自己開発コードを組

み合わせた場合、自己開発コードは任意のライセンスによって頒布することが許され、ソースコード公開が要求されないなど、GPLに比べると自由度の高いライセンスである。1.

1. 3. 3項を参照のこと。

MPLの場合、ソースコードをプロジェクトに提供する者は、提供したソースコードにより将来発生しうる特許に関する主張を放棄することになっている。GPLが特許に関する正面からの対応を果たしていないのと対照的であり、この条項によって、特許権侵害に基づいて攻撃される危険をある程度防止することが可能となっている。

2. 4 商標権に関するリスク

商標権とは、製品やサービスを他者のそれらと区別するために、付ける名称、マークを保護するための権利である。他の財産権(特許、著作権)と異なり、権利者は、商標登録を更新することが認められているので、無制限の期間に渡り商標権を維持することができる。

2. 4. 1 OSSにおける商標権リスクの影響

OSSで、商標権が関係するものは、OSSそのものの名称、または、プロジェクトの名称、または、マークとなる。例えば、Linuxという名称、ペンギンマークも対象となり得る。従って、OSSでも、商用ソフトウェア同様、商標権の関係で、問題が発生する場合があります。

(1) OSS・開発コミュニティへの影響

特定のOSSの名称が先に第三者に商標登録されてしまった場合、もはや当該OSS・開発プロジェクト自体がその名称を継続使用できなくなり、プロジェクト継続のためには改名を余儀なくされてしまう危険性がある。実際に米国では1996年に、「Linux」の名称を勝手に商標登録した第三者William Della Croceが、Linux関連企業に対し利益の5%を使用許諾の対価として請求して騒動になったという事件が発生している。この事件は、Torvalds氏に対し商標の登録を移転するという内容で示談解決した⁴⁵。

また、わが国においても、2004年12月30日現在までに「Linux」で6件の商標出願・登録がなされている（特許電子図書館 <http://www.ipdl.ncipi.go.jp/homepg.ipdl> の検索ベース。日本Linux協会のホームページ <http://jla.Linux.or.jp/WG/TradeMark/index.html> でも同じ情報（2003年6月のもの）を見ることができる。）。このうちTorvalds氏が商標権者であるものは、指定商品区分を「9」の電子応用機械器具及びその部品とする1件のみであり、後は無関係な第三者が商標権者である。このうち指定商品区分の「16」紙類、文房具類などとするものについては「印刷物」についての登録を無効とする審決が出ている。審決は、印刷物に「Linux」の字句を使用すれば、取引者にフリーソフトウェアであるLinuxと何らかの関連を有する商品であるとの誤認が生じうるとして無効審判請求を認容してい

⁴⁵ Linus Torvalds & David Diamond・前掲書 205頁。
(<http://japan.cnet.com/news/ent/story/0,2000047623,20070400,00.htm>)

る⁴⁶。これに対して、商標権者は審決を不服として出訴したが、東京高裁は審決を支持し、商標権者の審決取消請求は棄却された⁴⁷。

以上のような事態を避けるためには、少なくとも一定の時期までにプロジェクトの成果物の名称について商標登録を受けておく必要がある。

(2) OSS を利用したビジネスへの影響について

OSSを導入して、自分の製品群に使用する場合と、自社でOSS開発を行う場合とがある。

前者に関しては、導入先(OSS開発コミュニティ)が商標関係の登録等、必要な処置を行う必要があるが、導入元としては、特に作業やリスクが発生することは無い。但し、開発コミュニティが、商標(名称、マーク)の使用について、何らかの条件を付している場合、考慮する必要がある。

他方で商用ソフトウェアについて途中からオープンソース・ライセンスに基づいて開発を進めようとする場合、オープンソース・ライセンスの対象とすべきソフトウェアの名称として、前記商用ソフトウェアの名称の使用を許してしまうと、以後、従来の開発元は当該名称の独占的な使用を諦めなければならなくなってしまう。

(3) 利用者への影響

OSS利用者が、商標権関係で、何らかのリスクを負うことは無い。

OSS名称が商標権関係で、訴訟等の問題が発生した場合でも、権利関係者同士(権利保持者、侵害者)の問題であり、OSSの利用者には、影響を与えない。

2. 5 ソフトウェアの瑕疵等に基づく法的責任

2. 5. 1 瑕疵担保責任

OSSにバグ等があって動作上の不具合が発生するような場合、OSSの著作者やOSSを基礎としてシステムインテグレーション(SI)を請け負うベンダが民法の瑕疵担保責任(民法第570条、第634条)を負うか否かが問題となる。

⁴⁶ 審決発効日：平成14年10月25日、審判番号無効2000-35313(T2000-35313/J3)以下審決の理由から抜粋。「してみれば、被請求人が本件商標をその指定商品中の「印刷物」について使用した場合には、これに接する取引者・需要者は、前記した実情よりして、取引者・需要者の間に広く認識されている「Linux」を想起し、該商品がLinus Torvaldsの業務に係る商品又はLinus Torvaldsと組織的若しくは経済的に何らかの関係を有する者の業務に係る商品であるかのように誤認し、その商品の出所について混同を生ずるおそれがあるものといわなければならない。しかしながら、本件商標の指定商品中の「印刷物」以外の指定商品については、コンピュータのOSとは、生産部門、販売部門、需要者、用途等を全く異なる異種、別個のものであるから、これらの商品について本件商標を使用しても、商品の出所について混同を生ずるおそれはないものとみるのが相当である。」

⁴⁷ 東京高判平成14年4月30日判決(平成13(行ケ)435)以下、判決の理由から抜粋。「このような「Linux」OSの周知・著名性と、コンピュータソフトについては開発者や開発者から情報を受けた者が執筆したものを含めて他種多様の解説書が刊行されることが多いという事情を考慮するとき、周知・著名なOSである「Linux」と同一の欧文字とその日本語読みと認められる「リナックス」の片仮名文字より構成される本件商標を、その指定商品中の「印刷物」に使用した場合には、これに接する取引者・需要者は、直ちに周知・著名なOSの名称である「Linux」を想起し、本件商標を使用した商品がOSの「Linux」の開発者又は推進主体と組織的若しくは経済的に何らかの関係を有する者の業務に係る商品であるかのごとく誤認し、その商品の出所について混同を生ずるおそれがあるというべきである」

どのようなバグ等が「瑕疵」にあたるかは微妙な問題であるが、一般には、①取引の通念に照らし合理的に期待される通常有すべき機能・品質をソフトウェアが有していない場合であって、かつ②通常予見可能な使用環境・使用方法の範囲内で動作上の不具合が発生した場合、そのプログラムのバグ等は瑕疵に該当するものと解されている。

(1) OSS 開発コミュニティへの影響

一般に、瑕疵担保責任は有償契約に認められるものであり、ユーザとの間の契約が無償契約である場合、瑕疵担保責任は生じない。以上からすれば、OSS の著作者は OSS を無償で提供しているので、ユーザに対して瑕疵担保責任を負わないと考えられる。

(2) OSS を利用したビジネスへの影響

SI においては、全体としては有償契約であるが OSS 部分は基本的に無償である。これは SI ベンダが受け取る対価は OSS の提供によるものではなく、他のシステム構成部品との整合等の作業に伴うものと考えられるためである。しかし、契約でこの点に関する明記がない場合に責任の有無、範囲について疑問が生じ得る。

(3) OSS 利用者への影響

一般には、OSS の使用がユーザの指示・提供によるものであれば、OSS の瑕疵のリスクはユーザの負担となろう(民法第 636 条)し、契約で OSS の使用を明示し該当部分に関するリスク負担を規定することも多いであろう。もちろん、有償のサポートサービスが市場で提供されていれば、ユーザはそれを選択して、OSS の動作上の不具合に関するリスクを低減することができる。

2. 5. 2 製造物責任

また、製造物責任が問題となることもありうる。すなわち、製造物責任法に基づく責任は、「製造物」すなわち「製造又は加工された動産」を対象とするものであるから、原則としてソフトウェアは対象とならない。ただし、ソフトウェアが携帯端末や専用機器などの製品の ROM に焼きこまれて一体化するなどの場合において、ROM に記録されたプログラムに瑕疵があること等により、当該プログラムの瑕疵が当該製品（動産）の欠陥となっている場合には、当該製品（動産）の製造業者等は、製造物責任法に基づく責任を負う場合がある。

(1) OSS 開発コミュニティへの影響

OSS が組み込まれた消費者向け製品については、(著作者の) 瑕疵担保責任に関して消費者契約法によって免責規定が無効となるのは、有償契約の場合に限られている(消費者契約法第 8 条 1 項 5 号)。OSS の著作者は、OSS のライセンスが原則として無償であることから、同法によって免責規定を無効とされるおそれはない。

(2) OSS を利用したビジネスへの影響

製造物責任を GPL の無保証条項のようなライセンスに組み込まれた免責規定だけで回避

することは困難である。なぜなら、

- ① このような免責規定はライセンサーの責任を免除するものであって、ディストリビューションを行う者の責任を免除するものではない。
- ② ライセンスを必要としない単なる製品(製造物)の利用者、つまり複製・頒布・改変をしないユーザは、それだけではライセンスに拘束されないので、このようなユーザについて免責規定を適用できない。

ただし、OSS が組み込まれた消費者向け製品について、製造物責任を消費者から追及される場合には、消費者契約法によって免責規定が無効とされることがある(消費者契約法第 8 条) 点は注意が必要である。

(3) OSS 利用者への影響

OSS が組み込まれた製品に関しても、他のソフトウェアが組み込まれた製品同様、利用者がリスクを負うことはなく、消費者としての保護が行われる。

2. 6 知的財産権性が明確でないもの

2003 年 6 月、日本語 Linux ディストリビューションの多くに収録されているフリーの日本語フォント「東風(こち)フォント」に第三者の権利侵害の疑いがあることが判明した。具体的には、東風フォントの開発者が開発ベースとして利用したフリーの日本語フォントである通称「渡邊フォント」が、日立製作所と(株)タイプバンクによって開発された商用フォント(現在でも日立製作所の関連会社が商品として販売している。)をほとんどそのまま流用したものであることが発見されたのである。

これを受けて東風フォント開発者と日立・タイプバンクは協議を行い、日立・タイプバンクは Linux システムでの使用については理解を示し、一定の条件の下に東風フォントの公開・頒布を認める提案を行った。しかし、開発者は「自由なフォントが欲しい」という開発動機が維持できなくなったと判断し、同年 10 月に東風フォントの開発を中止する旨を発表した。2004 年 6 月には、東風フォントに代替する日本語フリーフォントとして開発中の「さざなみフォント」が公開された。

この事件において注意すべきは、フォントには原則として著作権や意匠権(意匠登録性)が認められないということである。フォントの開発には、多大な労力とコストを要するが、これまで公開された裁判例上、フォント作成者の無断利用者に対する差止請求等が認められたのは、不正競争防止法に基づくもの 1 件だけであり(東京地裁昭和 63 年 1 月 22 日判決「形態周知写真植字機文字盤製造」事件 判例時報 1262)、無断利用者の不法行為責任の可能性についても一般論として認めたものが若干あるだけである。

この事件は、OSS に混入したものの知的財産権性が明らかでない場合であっても、当該 OSS が利用できなくなってしまう事態が生じうることを示唆しており、OSS 利用のリスクを検討する上で重要な教訓を含んでいる。

2. 7 国際的紛争に関するリスク

(1) 背景

OSS を利用する場合には、日本国外の権利者との間で紛争が発生する可能性がある。OSS については、オリジナルのソフトウェアの作成者だけが著作権を有するのではなく、各改変を行った者も著作権を有している。単一の OSS についても複数の著作権者が国籍を横断して存在する可能性があるのである。

(2) 国際裁判管轄

これらの権利者との法的紛争における最大のリスクは、外国で訴訟を提起されることである。例えば、日本の企業がOSSを利用したところ海外のA国の著作権者から、ライセンス条件違反を理由として損害賠償・利用の差止めを求める訴えがA国裁判所に起こされるような場合である。このような場合、A国の裁判所が当該提訴についての管轄を認めるかどうかは、A国の裁判所の判断次第であり、国際的なルールも確立していないことから、事前に予測をすることは困難である⁴⁸。

一般に、外国の裁判所に訴訟が係属する場合には、当事者となった日本の企業は、通常の訴訟に比してはるかに大きな時間的・費用的な負担を強いられることになる。実際に現地の裁判所で防御を行う法律事務所を選任する必要があるほか、多くの場合は、日本側でこの訴訟を担当し現地弁護士と連絡をとりあって指示を出す国内の法律事務所を選任も必要となる。これらに要する費用は、国内で完結する類似事件の倍を優に超えることが普通である。

(3) 準拠法

国際的紛争の場面で管轄と共に常に問題になるのが、準拠法（どの国の法律が適用されるか）である。外国の裁判所に国際管轄が認められて訴訟が係属する場合、当該裁判所がどの国の法律を適用するかは、当該外国の抵触法の解釈の問題であり、予め全般的な予測をすることは不可能である⁴⁹。上記の設例でいえば、A国の裁判所は、A国法を適用することも、日本法を適用することも考えられる。ライセンスを契約ととらえて契約違反で提訴を受けるのか、著作権侵害の不法行為で提訴を受けるかによっても結論は異なりうる。

仮に日本の裁判所で提訴され訴訟が係属した場合には、以下のようになると考えられる。まず、請求原因がライセンス契約違反である場合には、法例第7条、第9条の解釈により、ライセンサーがオープンソース・ライセンスに付する旨を宣言した場所またはライセンサ

⁴⁸ 東京地裁平成11年1月28日判決は、OSSに関する事件ではないが、日本の企業である円谷プロダクションが、海外の主体による著作権侵害行為の差止め・損害賠償等を求めた事案である。裁判所は、「どのような場合にわが国の国際裁判管轄を肯定すべきかについては、国際的に承認された一般的な準則が存在せず、国際的慣習法の成熟も十分ではないため」と述べており、この点に関する明確な国際的ルールが存在しないことを明らかにしている。

⁴⁹ 著作権侵害について、ベルヌ条約加盟国は、条約により保護国（著作物利用地）法の適用が要求されていると解する立場が有力である。作花文雄「詳解著作権法（第2版）」p674 [道垣内正人「国境を越えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト1227号52号]

一の住所地となる⁵⁰。次に、請求原因が著作権侵害に基づく不法行為である場合には、法例第 11 条により、不法行為の原因事実発生地（日本）となる⁵¹。

2. 8 損害額の予測

以上に述べたようなOSSの法的リスクが実現した場合の損害額は事案に応じて大きく異なりうる。しかしながら、これはOSSの利用可能な場面が多岐に渉ることの裏返しに過ぎない（商用ソフトウェアに問題があった場合の損害額が様々でありうるのと同じことである）。仮に特定の場面におけるOSSの利用態様と予想される法的リスクの種類が特定できれば、発生しうる損害の性質と規模が予想できるため、大雑把な損害額の予想は可能であろう⁵²。

著作権や特許権などの知的財産権の場合には、そもそも前提として損害額をどのように考えるかという問題がある。すなわち、これらの独占的権利の侵害の場合、理論的な損害額は、独占権の侵害による売り上げの減少量と単位あたりの利益を乗じることによって求められる。しかしながら、一般には独占権の侵害と売り上げの減少の因果関係を証明するのは極めて困難である。そこで法はこの点に配慮して、救済規定を設けている。

例えば、著作権法第 114 条 1 項は、損害額は侵害者による侵害物の譲渡数(無償含む)に権利者の単位当りの利益を乗じた金額を賠償額として推定するとしている⁵³。また、同条 2 項においては、損害額を侵害者が受けた利益と同額と推定している⁵⁴。さらに、同条 3 項は、当該違反行為について受けるべきライセンス料相当額を損害額と推定することができるとしている⁵⁵。

50

第 7 条 法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム

2 当事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ル

第 9 条 法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ対シテ為シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ發シタル地ヲ行為地ト看做ス

2 契約ノ成立及ヒ効力ニ付テハ申込ノ通知ヲ發シタル地ヲ行為地ト看做ス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ為シタル当時申込ノ発信地ヲ知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行為地ト看做ス

51

第 11 条 事務管理、不当利得又ハ不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ハ其原因タル事実ノ發生シタル地ノ法律ニ依ル

2 前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外国ニ於テ發生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス

3 外国ニ於テ發生シタル事実カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス

⁵² たとえば知的財産権の侵害の場合、頒布数が 10 倍になれば原則として損害額も 10 倍になる。また、製造物責任の場合、楽器に利用される場合よりも自動車に利用される場合の方が損害額が大きくなる可能性が高いことが予想される。

⁵³ 特許法第 102 条 1 項、商標法第 38 条 1 項もまったく同旨の規定である。

⁵⁴ 特許法第 102 条 2 項、商標法第 38 条 2 項もまったく同旨の規定である。

⁵⁵ 特許法第 102 条 3 項、商標法第 38 条 3 項もまったく同旨の規定である。

したがって、仮にユーザ（侵害行為によって作成されたものを譲渡・公衆送信等しておらず、かつ、侵害行為によって利益を得ていないことを前提とする）が訴訟の対象となり、損害賠償が認められたとしても、その額は高々侵害のあった著作物あるいは特許権のライセンス料×使用ソフト本数であり、リスクは小さいとすることができる。

3. 法的リスク対策の現状

本章では、ウェブサイト等の公開情報をもとに、OSS に携わる各企業・団体が提供している法的リスク対策について述べる。

3. 1 OS DL の場合

OSDL(Open Source Development Labs)⁵⁶はLinuxの成長と企業におけるLinuxの採用を促進することを目的として、2000年にCA、日立、富士通、HP、IBM、インテルおよびNECにより設立されたNPO(非営利団体)であり、本社は米国オレゴン州ビーバトンにあり、東京と北京に支社がある。2003年からはLinux開発者であるLinus Torvaldsも所属している。

OSDLのLinux Legal Defense Fund⁵⁷はSCO対IBM訴訟を契機に設置された補償(indemnification)システムであり、SCOによる訴訟の対象となったLinux利用者に対して訴訟費用を補償するものである。対象利用者および補償額はOSDL理事会でケース毎に決められる。

SCO訴訟に関連して発生するLinus TorvaldsおよびOSDLの訴訟費用も補償する。

資金はOSDLの会費とは別に集められる寄付からなる。OSDLのウェブサイトによれば1千万ドルの寄付を集める目標にしているとのことである。

3. 2 HP の場合

2003年10月1日以降、条件を満たすHPの顧客に対してSCOが訴訟を提起した場合、HPが補償を行う。補償を受けるためには顧客は以下の条件を満たさねばならない⁵⁸：

- ・HPからLinuxディストリビューションを直接購入するか、HP再販業者からHPが認定したLinuxディストリビューションのコピーを入手すること。
- ・HPハードウェアの上でのみLinux OSを動作させること。
- ・ソースコードを変更しないこと。
- ・HPからLinuxサポートのための標準サービス契約またはプレミアム・サービス契約を購入すること。
- ・HP Linux補償契約を締結すること。

HPの2004年6月付けFAQ(Frequently Asked Questions)⁵⁹によれば、補償金額の上限はない。

⁵⁶ http://www.osdl.org/about_osdl

⁵⁷ http://www.osdl.org/about_osdl/legal/lldf

⁵⁸ <https://h30201.www3.hp.com/Default.asp>

⁵⁹ <http://h10018.www1.hp.com/wwsolutions/linux/download/sco-indemnify-qa.pdf>

3. 3 レッドハットの場合

レッドハットのOpen Source Assuranceプログラム⁶⁰ではRed Hat Enterprise Linuxの顧客に対し知的財産ワランティを提供している。この内容は、レッドハットのLinuxに関して知的財産権に関する紛争が発生した場合、ソフトウェアを入れ替えることにより顧客が中断することなくLinuxを使用できるようにすることを約束するものである。

Red Hat Enterprise Linux のサブスクリプション（年間契約）を購入している顧客が対象となる。

また、Open Source Assuranceプログラムのもう一つのコンポーネントとして、Open Source Now Fund⁶¹が設けられており、GPLあるいは他のオープンソース・ライセンスで開発したエンジニアあるいは企業／組織体が、知的財産権に関する訴訟に巻き込まれた際に訴訟費用を補償するものである。当然日本の企業も対象となるが、具体的な適用に際しては、個別ケース毎に相談を受け、検討するとのことである。

3. 4 ノベルの場合

ノベルは2003年11月4日にLinuxディストリビュータであった独SuSE Linux AGの買収を発表し、2004年1月13日に買収の完了を発表した。同時に以下の内容のNovell Linux補償プログラムを発表した⁶²：

- ・SUSE LINUX Enterprise Server 8を購入し、2004年1月12日以降にアップグレード・プロテクションを購入し技術サポート契約を結んだ顧客に対して、著作権侵害クレームに対する補償を提供する。
- ・顧客がクレームを受けた時から遡る1年間にノベルから5万ドル以上のライセンス、アップグレードまたはアップデートをNovell Upgrade Protectionにより購入していること。
- ・補償対象製品についてNovell Upgrade Protectionが維持されていること。
- ・Premium Service Level契約が維持されていること。
- ・補償対象製品を入手してから10日以内にNovell Linux補償プログラムにノベルのウェブサイトで登録すること。

さらに以下の条件がある：

- ・ノベルが支払う損害賠償の上限は、(i)1,500,000ドルと、(ii)顧客が補償対象製品のライセ

⁶⁰ <http://www.redhat.com/software/rhel/assurance/>

⁶¹ <http://www.redhat.com/opensourcenow/fund.html>

⁶² <http://www.novell.com/licensing/indemnity/>

ンス、アップグレードまたはアップデートに支払った総額の 125%とのどちらか少ない方の金額である。さらに、ノベルはこの上限とは別に弁護士費用も支払う。

- ・顧客が Novell Linux 補償プログラムに加入した時に補償対象製品に関して既に訴訟を行っていた場合は、ノベルには何の義務もない。
- ・顧客が補償対象製品を購入しても Novell Linux 補償プログラムへの加入は必須ではない。

なお、2004 年 12 月 16 日現在、補償対象製品は以下のとおりである：

- ・ SUSE LINUX Enterprise Server 8
- ・ SUSE LINUX Enterprise Server 9
- ・ Novell Linux Desktop

3. 5 モンタビスタの場合

モンタビスタは組み込み機器ベンダ向けのLinuxディストリビューションを提供している。同社のウェブサイトにかつて掲載されていたSCO対IBM訴訟関連のQ&A⁶³によれば、以下の手段により顧客を技術的および法的リスクから保護するとしている：

- ・ MontaVista Linux のすべての版に対して保証を提供している。
- ・ モンタビスタが作成し配布するコードに関するクレームに対して、顧客に補償を与える：即ち、クレームのついたコードを置換するか、第三者から適切なコードのライセンスを受けるか、または顧客に返金することを誓約する。

また、モンタビスタは IBM、インテル等とともに OSDL の Linux Legal Defense Fund に参加するとしている。

3. 6 OSRM の場合

OSRM(Open Source Risk Management, Inc)は 2003 年に設立された会社であり、ベンダに中立な立場で OSS のリスク評価とリスク軽減のコンサルティングと、OSS 利用者に対する補償(protection)を提供しているとしているが、実績は不明である。

OSRMの提供するサービスは以下の通り⁶⁴：

- (1) リスク評価とリスク軽減のコンサルティング

コード走査ツールを用いて顧客の OSS コードを調査し、法的リスクを評価し、リスク軽減策を策定する。

- (2) Open Source Legal Defense Center

⁶³ <http://web.archive.org/web/20040203143947/http://www.mvista.com/sco-ibm.html>

⁶⁴ <http://www.osriskmanagement.com/>

会員である OSS 開発者と顧客に対して OSS に強い弁護士を提供するサービスと思われる。

企業顧客の場合の年会費は 10 万ドルである。

Linux カーネル開発者の場合は年会費 250 ドルであり、訴訟の対象となった場合は 25,000 ドルが支払われる。

(3) ベスト・プラクティス・プロトコルのセミナー

OSS 使用に関するベスト・プラクティス・プロトコルを教育するセミナーを実施する。

(4) 補償

Linux カーネルのバージョン 2.4 および 2.6 を使用する利用者に対して補償を提供する。補償の費用は顧客毎に異なるが、平均して補償額の 3%が年間の費用となる。OSRM の補償は保険ではないとのことである。

なお、OSRMは 2004 年 8 月 2 日にLinuxカーネルに対する特許レビューの結果を発表し⁶⁵、Linuxカーネルは裁判で認められた特許は 1 件も侵害していないが、283 件の潜在的な特許権侵害があるかもしれないとし、Linuxカーネル・バージョン 2.4 および 2.6 の特許に関するリスクは保険によりカバーすることができ、OSRMは 2004 年内に著作権と特許権に関する保険の引受けを行う予定であると発表した(その後の同社webサイトの記載から見ると、「保険」との言い方は止めた模様である)。

⁶⁵ http://www.osriskmanagement.com/pdf_articles/linuxpatentpaper.pdf

4. アンケート調査

各社が提供している法的リスク対策の現状を調査することを主目的としてアンケート調査を行った。法的リスク対策については、既に各社が公表しているもの（第3章にて説明）以外のものはなかった。

4. 1 アンケートの方法

アンケートは、2004年7月、日本OSSフォーラム参加企業、および日本情報システム・ユーザー協会会員企業を対象として行い、以下の回答を得た：

- ・システムインテグレータ： 4社
- ・ディストリビュータ： 2社
- ・プラットフォームベンダ： 3社
- ・組込み機器ベンダ： 2社
- ・ユーザ企業（Linux使用中）： 10社

アンケート対象グループ（システムインテグレータ、ディストリビュータ、プラットフォームベンダ、組込み機器ベンダ、ユーザ）毎のまとめを付録1に示す。

4. 2 OSSに対するスタンス

OSSの知財リスクに対する回答者のスタンスを表3にしめす。予想されたとおり、OSSに関するリスクの認識についてベンダとユーザの意識の乖離が顕著であった。

表3. OSSの知財リスクに対するスタンス

| システムインテグレータ | ディストリビュータ | プラットフォームベンダ | ユーザ | 計 | 設問 |
|-------------|-----------|-------------|-----|---|----------------------------------------------------|
| 2 | 2 | 2 | 1 | 7 | (a)OSS 使用による IP リスクはユーザが認識し、ユーザの責任で OSS を利用すべきである。 |
| 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | (b) OSS 使用によるリスクはシステムインテグレータが負担すべきである。 |
| 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | (c) OSS 使用によるリスクはプラットフォームベンダが負担すべきである。 |
| 0 | 1 | 0 | 3 | 4 | (d) OSS 使用によるリスクはディストリビュータが負担すべきである。 |
| 0 | 0 | 0 | 5 | 5 | (e)ベンダ横断的な組織によりリスクを救済すべき。 |
| 2 | 0 | 1 | 2 | 5 | (f)その他 |

(注) ディストリビュータの(f)は(a)と(d)にカウントした。

4. 3 取り組むべき課題の提案

法的リスク対策として今後取り組むべきものとしては、以下のものが挙げられた（表4を参照のこと）：

- ・オープンソース・ライセンスに関する情報提供、啓発資料の充実、OSS 推進フォーラムの見解を出すこと。
- ・補償ファンドの創設、保険の整備、損害補填、訴訟支援の仕組み作り。
- ・OSS 開発者を明確にするような仕組みの導入、OSS となったことが公知になったことに等しいような仕掛け。

また、表4の優先順位の欄に「特許権」で表しているように、OSS に関わる特許権の問題に対する懸念が多く挙げられているが、既存の知財権・特許システムの変更を要望しており、専門的な分析が必要であろう。

表4. リスク軽減のために考えられる方策

| No. | 提案内容 | 提案数 | 評価 | 今後取り組む優先順位 |
|-----|---------------------------------------------|-----|-----------------------------|------------|
| 1 | ファンドの創設、保険の整備、損害補填、訴訟支援 | 4 | OSS を普及させるために必要。 | ② |
| 2 | OSS を使わない。 | 1 | OSS の利用拡大は避けて通れない。 | |
| 3 | 信頼できるコーディネータによる書直し | 1 | 実現困難と思われる。 | |
| 4 | Originator を明らかにするような仕組みや文化の育成。 | 1 | OSDL DCO 等にて実現しつつある。 | ③ |
| 5 | 開発コミュニティによる特許調査 | 1 | 行われているが、さらに、強化する方策。 | 特許権 |
| 6 | 特許侵害を親告罪にする。 | 1 | 特許システムの体系の変更、実現困難、効果も明確でない。 | 特許権 |
| 7 | 侵害の通知を受けてから一定期間内に侵害コードを改修すれば免責されるように法律を変える。 | 1 | 知財権の体系の変更、実現困難と思われる。 | 特許権 |
| 8 | 特許侵害を届け出る国全体の仕組みを作る。 | 1 | 特許システムの体系の変更、実現困難、効果も明確でない。 | 特許権 |

| | | | | |
|----|--------------------------------------------------------|---|----------------------------------|---|
| 9 | OSS に関する契約、ライセンスを整理し、情報提供する。啓発資料の充実。OSS 推進フォーラムの見解を出す。 | 7 | 積極的に推進すべき。 | ① |
| 10 | OSS を公的機関に登録・公開し、一定期間内に知財クレームをつけないと請求権を失うようにする。 | 2 | 知財権の体系の変更、実現困難と思われる。 | |
| 11 | 原著作者へのシビアな対応 | 1 | 実現しつつある。No.4 と同様。 | ③ |
| 12 | OSS となったことが公知になったことに等しいような仕掛けを作る。 | 1 | 現状でも先行技術にはなる。OSS より先に取られた特許には無力。 | ③ |
| 13 | OSS において新しい考え方を実装する際には論文として発表する。発表できる場を作る。 | 1 | 先行技術の開示として有効性あり。No.12 と同様。 | ③ |
| 14 | ディストリビュータがクローズドソフトウェアにする。 | 1 | OSS の意味が無くなる。 | |

5. 法的リスク低減策の提案

OSS、商用ソフトウェアにかかわらずソフトウェア使用に関する法的リスクを100%回避することは不可能であるが、リスクを低減する方策を考えることには意義がある。

第3章および第4章で述べた法的リスク対策の現状、および今回実施したアンケート調査の結果を踏まえ、法的リスク低減に向けたガイダンスを以下の通り提案する。

5. 1 OSS をとりまくプレーヤとユーザとの関係

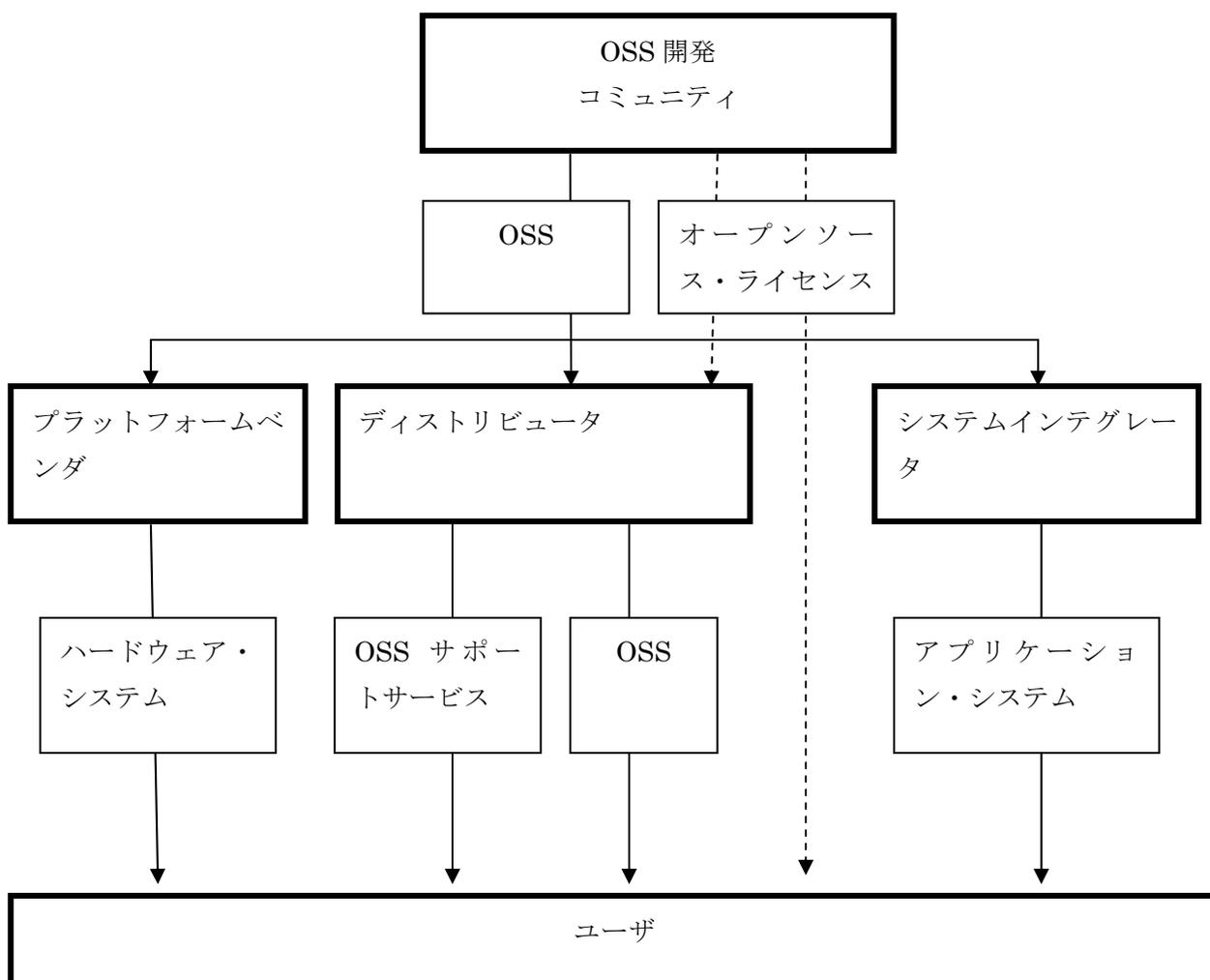


図2. OSSを取り巻くプレーヤとその役割

以下の議論の前提として、Linux および Linux 上で動作する OSS をとりまくプレーヤとユーザとの関係を単純化して模式的に表したのが、上図である。以下では、各プレーヤとユーザの関係について説明する。

(1) 開発コミュニティとユーザの関係

開発コミュニティは OSS を開発して、オープンソース・ライセンス契約に基づいて（ウェブサイト等で）公開・提供する。オープンソース・ライセンス契約を遵守する限り誰でも OSS を入手して、無償で利用することができる。

Linux および Linux 上で動作する OSS の場合、ユーザはほとんどの場合ディストリビュータから OSS を入手することになるが、OSS のライセンス（利用許諾）は OSS 開発者（著作権者）からユーザに対して行われる。（このライセンス関係を上図では点線で示してある。）

（2）ディストリビュータとユーザの関係

ディストリビュータは必要な OSS を選択・収集し、パッケージ化してユーザに配布するとともに、OSS に関するサポートサービスをユーザに提供する。

ディストリビュータは（OSS 開発者からの）オープンソース・ライセンスに基づいて OSS をユーザに配布し、受け取ったユーザは（OSS 開発者からの）オープンソース・ライセンスに基づいて OSS を利用する。

GPL に基づいて配布される Linux 等の OSS の場合、配布に要する費用およびサポートサービスの対価を得ることは許されており、これがディストリビュータのビジネスの源泉となる。

（3）プラットフォームベンダとユーザの関係

プラットフォームベンダはユーザが使用するハードウェア・システムを提供する。

Linux プレインストール機の場合は、プラットフォームベンダはディストリビュータと連携して、Linux をハードウェアにプレインストールして提供することになるが、OSS（Linux）自体に関するライセンス契約は OSS（Linux）開発者とユーザとの間に取り交わされることに変わりはない。

（4）システムインテグレータとユーザの関係

システムインテグレータはアプリケーション・システムを提供する。

以上で述べたように、ユーザが OSS を利用することに関しては、OSS 開発者からユーザに対してオープンソース・ライセンス契約に基づき利用が許諾される。

このような契約関係は、商用プログラムの場合でも類似している場合が多く、OSS 特有のことではない⁶⁶。ただし、商用ソフトウェアの場合、ディストリビュータは存在せず、商用ソフトウェアのベンダがディストリビュータの機能を兼ねることが多い。

⁶⁶ ユーザが商用 OS を使用する場合、商用 OS のベンダとユーザの間でライセンス契約が取り交わされ、プラットフォームベンダやシステムインテグレータは商用 OS については責任を負わない。プレインストール OS の場合、プラットフォームベンダが商用 OS ベンダの代理を務める場合もあるが、最終的には商用 OS ベンダが責任を負うと考えられる。

商用ソフトウェアと OSS の根本的な相違は、商用ソフトウェアについては商用ソフトウェアのベンダが一定の責任を負うとすることが多いのに対し、OSS の場合は契約上は誰も責任を負わないという点である。しかし、現実には OSS の修正・改良は日々行われており、商用ソフトウェアと同等の OSS 製品が使用可能である。また知的財産権に関するリスクに対しても、以下に述べるリスク低減策や OSS 業界による対応により、一般ユーザが心配する必要がない程度に低減することができると考えられる。

5. 2 OSS 開発コミュニティに対する提案

SCO 訴訟により、OSS に関する知財リスクが注目されるようになったが、OSS が第三者の知的財産権を侵害した事例は少ない。しかしながら、OSS 導入に対する不安を緩和するためには、開発コミュニティにおいて、知財侵害を未然に防止するためのメカニズムの導入・推進が必要である。

5. 2. 1 著作権侵害防止策

開発者を明確にし、開発者に著作権侵害をしていないことを宣誓させ、開発者の責任を明らかにすることが有用である。

著作権侵害の防止は、基本的には開発者の自己管理に頼らざるをえない。一般的に、OSS の開発コミュニティは著作権に関する意識が高く、プライドをもってソフトウェア開発に臨んでいるので、他人が書いた非 OSS コードを権原なく OSS に取り込むことは考え難いと言われている。

しかし、上述の「宣誓」アプローチは、著作権侵害に対する一定の抑止的効果を持ち、また第三者に対して安心感を与えるためにも有効な手段であると考えられる。

以下では FSF および OSDL が採用しているメカニズムを紹介する。

(1) FSF の Copyright Papers

FSF(Free Software Foundation)のGNUプロジェクトでは、開発者が著作権をFSFに譲渡し、著作権をFSFに集中させることにより、権利帰属と訴訟における地位の明確化を図っている。"Information For Maintainers of GNU Software", Richard Stallman, last updated June 28, 2004⁶⁷ の第4章では、以下のことをこと細かく規定している：

- ・プログラムに対する変更を書いた者は **copyright papers** に署名し、FSF が受け取り、署名したことを確認すること
- ・約 15 行以下の小さい変更は法的に重要でなく、**copyright papers** は不要であること。

⁶⁷ <http://www.gnu.org/prep/maintain/>

- ・誰がどの部分を書いたかの記録を維持すること
- ・10行を超えるファイルには法的に有効な著作権表示とライセンス表示をつけること

Copyright PapersはFSFのウェブサイトには見当たらないが、他のウェブサイトにあるもの⁶⁸から上記copyright papersの一端が窺える。これによれば、著作権をFSFに譲渡すること、および;

- ・現在および将来にわたり開発者が対象作品の唯一の著作権者であること
- ・開発者が本保証に違反した場合の損害について、FSFには責任がないことに同意すること

等が規定されている。

(2) OSDL の DCO

OSDL(Open Source Development Labs)は2004年5月24日にDCO(Developer's Certificate of Origin)の採用を発表した。これはLinuxカーネルの開発者がはっきりせず、開発過程で著作権侵害があったかどうか不明であるというSCO等の批判に答える形で、Linux開発過程(開発者)の明確化を図るとともに、開発者が自ら開発したことを宣誓(certify)させることにより、開発過程で権利侵害がなく、正当に行われていることを明らかにしたものである。Developer's Certificate of Origin 1.0の内容⁶⁹は以下の通りである:

本プロジェクトに投稿することにより、私は以下を宣誓する。

- (a) 本投稿は私が全部又は一部を創作したものであり、私はファイル中に示すオープンソース・ライセンスの下で本投稿を寄稿する権利を持つこと、又は
- (b) 本投稿は、私の知る限り、適切なオープンソース・ライセンスが適用される既存作品に基づくものであり、私は当該ライセンスの下で、当該作品と修正物(私が全部又は一部を創作したか否かを問わない)を、ファイル中に示す同一のオープンソース・ライセンスの下で

⁶⁸ 例えば<http://web.archive.org/web/20001209011000/http://gcc.gnu.org/fsf-forms/assign.future> (2005年1月6日現在)

⁶⁹ http://www.osdl.org/newsroom/press_releases/2004/2004_05_24_dco.html
原文は以下の通り。

By making a contribution to this project, I certify that

- (a) The contribution was created in whole or in part by me and I have the right to submit it under the open source license indicated in the file; or
- (b) The contribution is based upon previous work that, to the best of my knowledge, is covered under an appropriate open source license and I have the right under that license to submit that work with modifications, whether created in whole or in part by me, under the same open source license (unless I am permitted to submit under a different license), as indicated in the file; or
- (c) The contribution was provided directly to me by some other person who certified (a), (b) or (c) and I have not modified it.

(異なるライセンスの下で寄稿することを許可されていない限り)寄稿する権利を有すること、又は

(c) 本投稿は、(a), (b)又は(c)を宣誓した第三者が直接私に提供したものであり、私はそれを修正していないこと。

5. 2. 2 特許権侵害防止策

(1) 特許調査

企業が自社のプログラムを OSS 化する場合などには、特許調査を行うべきである。

著作権については独自開発すれば侵害はないため比較的対策を講じやすいが、特許では独自開発は言い訳にならない。特許権侵害を防ぐためには開発しようとしているプログラムが登録済みの特許を侵害していないか調査することが必要であるが、これが完璧に行えたとしても、出願中の特許は出願から 18 ヶ月⁷⁰経過しないと公開されないため、100%侵害を防ぐことは不可能である。この状況は商用ソフトウェアも OSS も同様であるが、OSS ではソースコードが公開されるため、侵害が見つかり易いと言え、したがって事前の特許調査はより重要であると言える。純粋なボランティアによる OSS プロジェクトでは資金的人材的に特許調査を行うことは難しいと思われるが、企業が自社のプログラムを OSS 化する場合などには、再度念入りに特許調査を行うべきである。

(2) 先行技術のデータベース化

OSS が実現している新規技術を学会論文集、企業内論文集、雑誌等に投稿したり、発明協会の公開技法 Web へ登録することにより、先行技術として容易に参照可能な形で公開すべきである。

他者からの特許権侵害訴訟に対する防御策として、自らのプログラムが実現している技術の特許出願することは、企業が通常行っていることであるが、ボランティアによる OSS 開発プロジェクトでは資金的に難しい。これに対し先行技術を容易に登録・公開できるようなデータベース (Prior Art Repository) が欲しい、それによって自らは特許を取得しないが他者にも特許を取らせない、また争いになった際に先に開発・利用していたとの証拠にしたいという声は多い。

日本では、特許庁が CSDB (Computer Software Database) として学会論文集、企業内論文集、雑誌、マニュアル等からソフトウェアに関する技術情報を収集してデータベース化し、審査官の用に供している。したがって、OSS 開発者は OSS が実現している新規技術

⁷⁰ 日米とも。米国の場合、米国のみに出願される特許については登録されるまで公開を拒否することができる。

を学会論文集、企業内論文集、雑誌等に投稿することにより、實際上、CSDBに収録されるようにすることができる⁷¹。

また、発明協会は公開技報 Web への登録サービスを提供しており、これを利用すれば安価に先行技術を公開することができる。

国内では上記の方法により先行技術を公開すれば、特許審査官による検索対象としたり、訴訟に際しての証拠として利用できるが、現状ではこれらは日本語情報のみであり、国内における他者の特許出願・訴訟に対しては有効であるが、米国における特許出願や訴訟に対しては効果が小さい。

(3) 侵害プログラムの書換え

プログラム開発後に特許侵害が判明した場合は、速やかにプログラムを書換えるべきである。

プログラム開発時に他者の特許を侵害しないように調査を行っても、100%侵害を防ぐことはできない。運悪くプログラム開発後に他者からのクレームあるいは訴訟により特許侵害が検出された場合は、侵害の継続による賠償額の拡大や差止による業務停止を避けるため、速やかにプログラムを書換える必要がある。(勿論すべての場合に書換えにより回避できるとは限らない。)

5. 2. 3 商標への対応

他者の登録商標を調査し、重複しない命名をし、登録することが重要。

ソフトウェアに限らず製品名の決定にあたっては、他者が登録している商標を調査し、他者の商標と重複しない製品名を命名する必要がある。OSS ソフトウェアについてもこの手順を省略することはできない。

製品名命名後は直ちにその製品名を商標登録し、他者による同一名称の濫用に備える必要がある。

5. 2. 4 OSS 開発者に対する教育

OSS 開発者は、知的財産およびオープンソース・ライセンスにつき十分な知識を持つべきである。

以上に述べたとおり、OSS の開発にあたっては商用ソフトウェアの開発と同様に他者の知的財産を尊重し、自分の知的財産を防御しなければならず、OSS 開発者は知的財産およびオープンソース・ライセンスにについて十分な知識を持たねばならない。

⁷¹ 全ての出版物の全ての論文・記事がCSDBに登録されるわけではないことに注意。

5. 3 OSS ビジネス関連企業に対する提案

ここでは OSS ビジネスに携わる企業すなわちディストリビュータ、プラットフォームベンダ、システムインテグレータ等に対する一般的な提言を述べる。実際の採用にあたっては、企業の置かれている状況に応じ、企業毎の検討・判断が必要とされる。

5. 3. 1 OSS ポリシーの策定

OSS の取扱に関するポリシーを策定することが有用である。

OSSを使用する場合、特にOSSを変更して第三者に頒布する場合には対象となるOSSに適用されるオープンソース・ライセンスを遵守することが重要である。またそれに限らず、より広く第2章で前述した影響やビジネス戦略等について、各社がその研究・開発部門、製品・サービス部門、法務・知財担当部門などを交えて検討を行った上で、企業としてOSSの取扱に対する方針や手順(以下「ポリシー」という)を明確化することは、適切なリスク管理の観点から賢明であろう。例えば、以下の項目を参考に、ポリシーを策定してはどうか⁷²。:

- ・ポリシーの対象とするソフトウェアの範囲(OSS の定義)の明確化
- ・OSS のダウンロード、使用、社内プロジェクト間での共有、コード変更、商用製品への採用等に際しての審査・承認の要否、レベル
- ・OSS の変更または他製品への混入の禁止
- ・OSS に関する教育訓練プログラムの準備
- ・OSS コミュニティへの係わり方
- ・従業員の就業時間外の OSS 活動

5. 3. 2 OSS ポリシーの運用体制の構築

OSS ポリシーが確定したら、それを実現するための仕組みを構築し、実施していかなければならない。

多くの場合、上述のような OSS ポリシー検討の関係部門を中心に、OSS 使用、変更、配布等の審査・承認を行う体制づくりを行うことになると思われる(既存の部門にそのような機能を持たせたり、部門横断的な委員会組織を設けることも考えられる)。そのような運営主体の任務として例えば以下のものが考えられる:

- ・OSS ポリシーの管理

⁷² 以下、5.3.3.まで、Olliance Groupによる報告 (<http://www.olliancegroup.com/opensource/Olliance%20-%20IP%20and%20Licensing%20Best%20Practices.pdf>)等を参考にした。

- ・ OSS に関する各種申請の審査・承認
- ・ 例外的なケースの審査
- ・ オープンソース・ライセンスの更新管理
- ・ 企業にとって有益な主要 OSS プロジェクト動向の監視
- ・ 従業員に対する OSS 教育訓練の管理

5. 3. 3 従業員に対する教育訓練

OSS に関与する従業員に対する教育訓練も重要である。例えば、教育訓練の内容として以下のものが考えられる：

- ・ 知的財産の基礎
- ・ OSS とは何か、OSS の歴史
- ・ GPL その他の重要なライセンスの理解
- ・ OSS に関してしてよいことと、してはいけないこと
- ・ 企業の OSS ポリシーと具体的手順
- ・ オープンソース・ライセンス違反の影響

5. 3. 4 OSS 関連ソフトウェア開発に関する注意事項

OSS に関連するビジネスでは OSS 自体を変更したり、OSS と同時に動作するソフトウェア（Linux 用アプリケーションプログラム等）の開発が必要になる。ここでは、Linux 等、GPL でライセンスされる OSS に関連するソフトウェア開発に関する注意事項の例をまとめる。

（1）ユーザ内部で使用するために OSS を変更する場合

この場合、変更した OSS を第三者に頒布することは無いため、GPL が規定するソースコード開示義務も無い。

システムインテグレータ等がユーザでの使用を目的として開発する場合は、システムインテグレータがソースコードを納品することにより、GPL の規定するソースコード開示義務を果たしたとみなすこともできるが、さらに、ユーザに対して秘密保持義務⁷³を負う形で開発を行うこともできる。またユーザに対しては納品物が GPL の対象となることを十分に説明すべきである。ユーザのソースコード公開要否は、ユーザ自らが OSS を変更した場合に準ずる。

（2）外販用に OSS を変更する場合

⁷³ 秘密保持契約の内容については FSF の FAQ (<http://www.fsf.org/licensing/licenses/gpl-faq.html#DevelopChangesUnderNDA>) を参照。

OSS を変更して第三者に提供する場合には GPL 等当該 OSS の定める条件を遵守しなければならない、とりわけソースコード開示義務が発生することに注意しなければならない。

(3) Linux 用商用ソフトウェアの開発

Linux 上で動作するアプリケーションプログラムは Linux カーネルとは別のプログラムであって、任意のライセンス契約により提供することができる。

商用ソフトウェアから Linux カーネルの機能呼び出すために LGPL でライセンスされるライブラリが提供されており、これを使用すればソースコードを開示する義務は発生しない。ただし、リバースエンジニアリングの許容等、LGPL の定める配布条件の存在に留意すること。1. 1. 3. 2 項を参照のこと。

(4) 自社開発ソフトウェアの OSS 化

自社で開発したソフトウェアを OSS 化する場合は、外注先が開発した部分等を含めて、すべての部分に関する著作権を自社が保有していること、著作権が第三者にある場合には OSS 化することを含めて著作権者の許諾があることを確認する必要がある。

次に、どのオープンソース・ライセンスに基づいて提供するか検討する必要がある、特に OSS 化したソフトウェアが自社保有の特許を実施している場合、その特許の扱いに応じて採用するライセンスを選択または新規作成する必要がある。

5. 4 ユーザへの提案

ユーザは OSS を使用することによって発生するかもしれない影響についてよく理解すること、その上で、欧米を中心として OSS の採用が広まっている状況等を参考にして、OSS を採用すべきかどうか判断することが望まれる。

5. 4. 1 OSS リスクに対する理解

(1) OSS のバグに関して

OSS においては、OSS にバグがあってもオープンソース・ライセンス上は OSS 開発者は責任を取る義務を負わない。

一方商用ソフトウェアにバグがあれば、当該ソフトウェアのベンダがバグ修正に一定の責任をもつとすることが多いが、典型的なライセンスについてその内容を見てみると、一切のバグがないことやすべてのバグが直ることを保証することはなく、損害賠償もユーザが払った金額を限度とするのが一般的と思われる。(例えば Microsoft Windows 2000 Professional の使用許諾契約書では、(a)マニュアルどおりに動作しないソフトウェアの瑕疵に対しては 1 年間のみ修補する、(b)ソフトウェアの特定の目的に対する適合性は一切保証しない、(c)ソフトウェアの使用または使用不能から生ずる損害には責任を負わないとし

つつ、(d)いかなる場合においても、責任はソフトウェアに対してユーザが支払った金額を上限とするとしている。) また、サポートサービスについては別途有償でサービス会社と契約を結んで受けるのが普通である。

OSS においては上記のとおり、ライセンス上は OSS 開発者は責任を取る義務はないが、現実には開発コミュニティによりバグは迅速に修正されており、OSS は商用ソフトウェアに十分対抗できる製品となっている。サポートサービスについてもディストリビュータのサービスを有償で受けるのが一般的であり、商用ソフトウェアの場合と同等なサポートが受けられると考えてよい。

(2) OSS の知的財産侵害に関して

OSS の場合は一部のベンダによる部分的補償を除いて、通常は知的財産権侵害に対する補償はない。

一方、商用ソフトウェアベンダーのマイクロソフトは、2004年11月10日すべてのユーザに対して知的財産権侵害に対する補償額を無制限にすると発表した⁷⁴。

これらの状況を見ると、一見商用ソフトウェアの方がユーザにとって安全なように見えるが、商用ソフトウェアの場合、知的財産侵害があれば、最近の松下電器産業対ジャスト・システムの特許権訴訟に見られるとおり、当該商用ソフトウェアのベンダを訴えのが普通であり、ユーザが訴えられる可能性は極めて低い。したがってユーザに対する補償額を無制限としてもユーザのリスクが格別小さくなるわけではない。

これに対し OSS が知的財産権侵害を起こした場合、開発コミュニティには損害賠償金を支払う能力がないため、訴訟の対象としても意味がなく、その代わり、OSS に関連して利益を上げる企業が標的となる恐れがあり、現に SCO 対 IBM 訴訟で現実化したことにより、OSS に関する知的財産リスクが一時脚光を浴びることになった。

しかし、SCOが未だに具体的な侵害についての同社主張の詳細を明らかにしていないことやOSDLによるLinux Defense Fundの創設等による業界あげての対抗手段がとられたこともあり、米国等のメディアの論調、調査会社の報告等によれば、知的財産リスクがあるからOSSの採用を控えるべきといった意見は少なく、Linuxサーバの市場は成長しており、もっぱらコストやセキュリティの面からOSSの優劣を議論するものが多い⁷⁵。

OSS形態によるソフトウェア開発は今後ますます拡大する状況にあり⁷⁶、リスクがあることは認識した上で、OSSを積極的に選択肢に加えて行くべきであろう⁷⁷。

⁷⁴ <http://japan.cnet.com/news/ent/story/0,2000047623,20075691,00.htm>

⁷⁵ 例えば、

<http://www.itmanagersjournal.com/article.pl?sid=05/04/11/2238229>
を参照。

⁷⁶ 最近米国SunはSolarisのOSS化を発表した

(<http://japan.cnet.com/news/ent/story/0,2000047623,20080432,00.htm>)。

⁷⁷ Linux採用を計画したミュンヘン市は特許リスクの評価のために計画を一時中断したが、計画続行を決定した(<http://www.groklaw.net/article.php?story=20040811094816824>)。

5. 4. 2 OSS 利用の拡大

前項で述べたとおり、ライセンス上は、OSS に関する補償はないことになっているが、現実には OSS 開発コミュニティは OSS の修正・改良を日々行っており、また、知的財産権に関して訴訟等が発生すれば、SCO 対 IBM 事件における OSDL の Linux Defense Fund の創設に見られるように、OSS 業界共通の問題として何らかの対応が行われることが予想される。

この意味で、ユーザにおいても OSS の開発・修正・改良の状況⁷⁸を見極めて利用することにより、OSS の実質的なリスクを抑えることにつながるであろうし、他方、OSS 利用が拡大し、企業の基幹業務、公的機関のシステムなどが OSS に依存する割合が増えれば増えるほど、OSS 開発コミュニティの充実、参加者の増大により OSS の機能強化・バグ修正が迅速に行われ、また訴訟等が発生すれば OSS 業界による対抗手段の重要性が増すという好循環が期待できるという考え方もある。

5. 4. 3 OSS 利用に関するポリシー策定

第2章、5. 4. 1 および 5. 4. 2 で前述した影響やそれらに対する考え方も含め、OSS を利用するにあたってのビジネス的・技術的得失⁷⁹、代替手段がある場合にはそれとの比較等、各々のユーザにおいて総合的に判断して OSS の採用を決めることになると思われる。5. 3. 1 を参考に、OSS の取り扱いに対するポリシーを明確化することは、ユーザにとっても適切なリスク管理の観点から賢明と考えられる。

⁷⁸ 主要な OSS の状況について、日本 OSS 推進フォーラム サポートインフラワーキンググループ編「オープンソースソフトウェアが開発コミュニティからユーザーに届くまでの仕組み」(<http://www.ipa.go.jp/software/open/forum/SupportInfraWG.html>)を参照されたい。

⁷⁹ OSS の TCO について、日本 OSS 推進フォーラム ビジネス推進ワーキンググループ編「オープンソースソフトウェアの TCO ガイド」(http://www.ipa.go.jp/software/open/forum/Contents/BusinessWG/oss_tcoguide.pdf)なども参照されたい。

6. 今後の課題

第4章のアンケートにて提案された幾つかの課題について、具体化の可能性を検討してみた。今後の取組みの方向性として；①OSS が知財侵害を起こさない仕組みを強化して、OSS の信頼性を上げる取組み、②OSS の取り扱いに関する注意喚起の強化、③万一、OSS が知財侵害問題を起こしても、利用者への影響が少なくなる仕組み、④OSS が社会の共通財産として受け入れられることを前提に、OSS への知財訴訟が訴訟を起こす側のコスト・リスクとなる仕組み（一種の社会的抑止力）、が考えられる。

①、②については、5章で取り上げており、本章は、③を中心に説明するが、6. 3節に挙げた「パテント・コモنز」は、④に相当する。

6. 1 相談窓口・法的サービス提供機関の設置

アンケート調査では、紛争発生時の相談窓口・訴訟の援助等を内容とする法的サービスに対する期待が挙げられた。

企業内に法務部門を持つような企業ユーザはともかくとして、ボランティアで運営されるOSSプロジェクトや一般のOSS利用者の知的財産に関する相談を受け、訴訟等に際しては弁護士による法的サービスを提供、あるいは、斡旋するような公的機関があれば、OSSプロジェクトにおける法的問題の予防・解決に、あるいは、OSS利用者の知財問題に対する不安の緩和に有効であると思われる。

参考になる動きとして、米国では2005年2月1日にSoftware Freedom Law Centerの設立が発表された⁸⁰。Software Freedom Law CenterはFSFの法律顧問でGPLの維持・改版を担当しているEben Moglenコロンビア大学法学教授が主催する非営利団体であり、2名の知財問題担当弁護士が常勤し、OSSプロジェクトに対して無料で法律相談、法的サービスの提供を行うとしている。ただし、利用者に対するサービスは用意されていない模様である。

6. 2 補償ファンドの創設

アンケート調査では、OSS リスクを補償する業界横断的なファンドの創設に対する要望が多く挙げられた。

しかし、実際にこのような施策を実施することについては、実際に資金提供に応じる企業がどの程度あるか、そもそも紛争が多発するとは思われない等の慎重な意見も多い。

その一方で、OSDL や企業の中には、知財紛争に際して補償など何らかの対応を行うことを表明することにより、OSS に対するユーザの不安の減少策を講じる動きのあることは第3章で説明した。

⁸⁰ http://www.osdl.org/newsroom/press_releases/2005/2005_02_01_burlingame.html

もしも、エンドユーザにおいて知財問題が OSS 採用を躊躇する大きな要因であるという状況に至れば、あるいは、知財問題の保証が OSS を活用するビジネスの過大なリスク負担となるなら、政府、業界団体を中心にして何らかの補償システム設立の検討が望まれる。今後の市場状況を注視し、知財問題が OSS 普及に及ぼす影響を継続的に確認することが必要である。

なお、商用ソフトウェアベンダの中には自社製品について、知財問題の補償をうたって、OSS に比した優位性を主張している例もあるが、多くの場合（商用ソフトウェアであろうと、OSS であろうと）、実際の知財訴訟の標的となるのはソフトウェアの利用者ではなく、当該商用ソフトウェアベンダ、あるいは、OSS を活用するビジネスの場合が多いであろうということには留意する必要がある。2. 2. 2項にて触れた SCO と AutoZone (Linux の利用者) のケースのように個々のユーザを訴えるアプローチは、訴訟を起こす側の経済効率の観点からみても、異例なものである。

6. 3 特許権に対する対応

2. 3節でも述べたとおり、OSS（商用ソフトウェアでも同様）における第三者特許権侵害の危険は、開発技術者の最大限の注意を以ってしてもゼロにできないという点で根の深い問題である。アンケート調査でも、特許権侵害への対応を社会的・世界的な枠組みで解決することが求められている。

(1) 侵害ソフトウェアの改修

Linux の有力ディストリビュータ(レッドハット、ノベル、モンタビスタ)は、3. 3～3. 5節に述べたとおり、万一、Linux で第三者特許権侵害の事実があれば、OSS コミュニティと協力して侵害ソフトウェアの改修に当たることを宣言している。特許侵害の回避のためには、当該ソフトウェアの機能を除去するしか手段がないケースも考えられるものの、バグ修正と同様、OSS コミュニティの迅速な対応が期待できる。

(2) パテント・コモンズ

OSS 開発者が著作権を保持した上で、原則無償で OSS の利用を許諾するというコモンズの考え方を特許権についても適用しようとするものである。

Linux ディストリビュータであるレッドハットや、コンピュータ/ソフトウェア分野で多くの特許権を保有する IBM はパテント・コモンズに基づいた社会的枠組み作りに向けて踏み出しており、今後この動きが拡大することが期待できる。

ア) 2002年6月、レッドハットは自社の保有する特許が、Linuxを含む一定のOSSにて自由に利用できること宣言した⁸¹。

⁸¹ http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html

イ) 2005年1月11日、IBMは自社の所有する500件の米国特許および他国で発行された同等特許の使用をOSSコミュニティに許諾すると発表した⁸²。IBMはこの寄贈により業界横断的なパテント・コモンズの基礎を作り、情報技術のイノベーションを促進したいとしている。

IBMは、ソースコードが公開され、誰でもが検証・使用のために入手可能で、料金やロイヤリティの支払いがなく、そのプログラムのソースコードをコピー・改変・修正することを許容するライセンス合意のもとで入手可能なあらゆるコンピュータソフトウェアプログラムを同社のいう「オープンソースソフトウェア」と定義したうえで（OSIがオープンソース・ライセンスであると認定したライセンス条件で配布されるOSSはこれに含まれる）、オープンソースソフトウェアに対して、同特許の使用を許可するが、OSSに対して特許権その他の知財権を主張して訴訟を仕掛ける者に対しては本特許許諾を撤回する権利を留保するとしており⁸³、OSSが特許紛争に巻き込まれる危険を少なくしようとする意図が見て取れる。

ウ) OSSに知財権訴訟を仕掛ける者に対して、OSSのライセンスの停止で応ずるという仕組みは、MPL等、いくつかのOSSライセンスにも組み込まれている。1. 1. 3. 3項を参照のこと。現在のGPLにはないが、将来の改版時に、同様の仕組みが組み込まれる可能性はある。

(3) 特許クリアランス

OSSが他社の特許権を侵害し、OSSユーザが訴えられるのではないかという不安を緩和する方法の一つとして、特定のOSSが他社の特許権を侵害していないかを組織的に調査する活動（特許クリアランス）を求める声がある。

特許調査には多くの費用が必要であることから、実効性や、費用対効果等の検証が必要である。ただし、本活動を実施する場合、特許クリアランスを個々のOSSビジネス関連企業、ユーザ企業がバラバラに行ったのでは調査結果も共有されず、資源の浪費となるので、業界横断的な組織により推進することが望まれる。

⁸²<http://www-1.ibm.com/press/PressServletForm.wss?TemplateName=ShowPressReleaseTemplate&SelectString=t1.docunid=7473>

⁸³ <http://www.ibm.com/ibm/licensing/patents/pledgedpatents.pdf>

付録 1. アンケート調査結果まとめ

OSS リスクに関するアンケートまとめ (システムインテグレータ向け)

回答社数：4

1. OSS の IP リスクに対するスタンス

- (2) (a)OSS 使用による IP リスクはユーザが認識し、ユーザの責任で OSS を利用すべきである。
- (0) (b) OSS 使用によるリスクはシステムインテグレータが負担すべきである。
- (0) (c) OSS 使用によるリスクはプラットフォームベンダが負担すべきである。
- (0) (d) OSS 使用によるリスクはディストリビュータが負担すべきである。
- (0) (e)ベンダ横断的な組織によりリスクを救済すべき。
- (2) (f)その他
- ・本来論で論じるのであれば、(a)だと思いますが、日本の企業文化の場合、(a)は無理だと思います。実質的には、SIer, ベンダ, ディストリビュータの区分に関係なく、ユーザと相対する企業がリスクを負うべきだと思います。ただし、1社がリスクを背負うという方向性は、企業にとって、OSS を採用するリスクとなるため、IT 企業全体で、ファンドなどを創設し、リスク回避の施策を講じるべきだと思います
 - ・OSS 使用による IP リスクはユーザが認識し、ユーザの責任で OSS を利用すべきであるが、システムインテグレータをはじめとするベンダ横断的な組織や仕組みによりリスクを救済するための方策を提供すべき。

2. OSS の IP リスクに対するユーザへの説明

- (2) (a)ユーザとの契約書に明記。内容 ()
- (0) (b)サービス説明書・マニュアル等にて説明。
- (0) (c)GPL 等にて説明されており、特段の説明は不要。
- (2) (d)その他
- ・ユーザとの契約書で考慮しているが、IP リスクについて明記していない。OSS を使用する場合は、ユーザに説明を行ない、ユーザが使用するのを補助する形でシステム構築している。
 - ・必要に応じて説明。

3. 貴社は OSS の IP リスクに対するユーザの救済策を提供していますか

- (0) (a)救済策を提供。

(1) (b)救済策提供せず。

(3) (c)その他

- ・現在、救済策は用意していませんが、策は講じるべきだと思います。
- ・現在のところ救済策は提供していないが、検討を行なっている。
- ・対象ソフトウェアに応じて、救済策を提供、もしくはディストリビュータ等の救済策を利用してもらう。

4. OSS 使用に係るリスク回避のために考えられる方策

・IT 企業全体と政府で、ファンドを創設し、リスク回避の施策を講じる。ただし、OSS のプロダクトを出している企業は、自分でリスク対策を講じるか、もしくは、このファンドへの支出を行うか、のいずれかを行う必要がある。

・リスク回避策

使わないというのも一つの選択肢。OSS を使用する前提での回避策は今のところ考えられない。

・リスク予防策

著作権問題：コミュニティに **Contribution** されたコードは、コーディネータによってすべて書き直すのも一つの手である。**Originator** を明らかにするような仕組みや文化の育成が必要だが、具体的な方策は思いつかない。

特許問題：最も厄介な問題。開発コミュニティでは、できる限り特許について調査する。新規コードだけでなく、既存コードとの組み合わせで特許侵害になる可能性もある。

特許侵害は、刑法上は「非親告罪」であるが、政府等では再度「親告罪」にすることを検討していただきたい。親告罪から非親告罪に変わった経緯を考えれば、すべてを親告罪にするのは難しいと思われるが、オープンソースのような特異な対象に対しての例外などを設けることはできないだろうか。

また、親告があってからコードの改修に到る期間の猶予などを加味したい。

オープンソースに対する特許侵害の民事面についても、同様にコードの改修期間の目安などを作成し、親告から改修までの期間や改修後リリースしてユーザが入れ替えを行なうまでの期間の猶予について加味した法律を作れないものだろうか。

特許侵害を届け出る、国全体の仕組みがあると良い。オープンソースのように複数の開発者がそれぞれに集まって、主体がなく侵害したような場合、特許保持者は訴える先が不明瞭なために、使用者や販売者(SIer)を訴えるという方策に出る。これを少しでも避けるために、ウィルス被害や情報セキュリティ脆弱性情報のように届出機関を設けて、訴訟の前の

緩衝材となるような国全体の仕組みが作れないかどうか、政府を中心として検討してほしい。これは、OSS 以外の特許侵害についても有効な仕組みであると考え。

- ・リスク移転策

ファンドの設立。保険の整備。

ファンドはベンダ、SIer など供給者側の救済、援助、支援。保険はユーザサイドの救済。併せて、入れ換え作業の費用分担などについても、社会的なコンセンサスを得ておく必要がある。JISA/JUAS などの協力による、ガイドラインの作成なども必要。

- ・ OSS コミュニティが救済策を準備（損害補填、訴訟支援）
- ・ 業界団体にて、OSS に関する様々な契約、ライセンス体系等を整理し、情報を OSS 利用者、ベンダ等に提供する。

- ・意見 1

基本的に係争問題なので、立法、司法、行政の関与なしに「リスクを軽減」できるとは思えません。日本の場合、「サブマリン特許」はなく、全て公開なのが救いですが、それでも膨大な特許のなかから、関連するものが「ない」ことを、係争のリスクも含めて調べあげることには不可能です。特に、係争の有無は相互の認識の違いの問題ですから、客観的に判断できないわけです。

私の意見としては、特許の公開同様に、オープンプロジェクトの情報公開用の公証人制度を設けることです。公証人は、特に人間というわけではなく、公的機関が「公開」する内容を保証する(資意的に誰かがどこかで書き換えたりしていない)ことを保証するサイトでいいと思います。

ここで、たとえば1年間公開しているうちにIPクレームをつけないと、この内容の係争の請求権を失うといった制度を作ることです。

通常、IPを守るためには、特許その他の公開情報をしっかりとフォローするのは当たり前です。オープンプロジェクトの場合は、「どこを見ればよいのか」がわからないのが問題で、これを内容証明つきで公開する場を設けようということです。

特許と違い、オープンプロジェクトは必ずしも対価を求めているので、公開のためのコスト負担が問題になります。「公開されたものは社会資本として運用できる」と考えて、これこそ税金をしっかり投入してもよいのではないのでしょうか。

- ・意見 2

OSSの立脚する法的根拠として、立法府としては、OSSのような用途を想定しておらず、有効性を司法の場に持ち込まない限り、判断しかねるというのが大きな問題です。

したがって積極的にリスクを避ける方策は、使わない以外にないと考えます。

しかし、技術および社会の進歩のためには、社会通念上、正しいと思われる考え方を採用して、先に進むことが重要と考えます。したがって、OSSのIP上の課題としては、どのように役割分担にするのかを社会的な合意をとっていく活動が、結果としてリスクを下げることにつながっていくものと考えます。また、著作権の侵害に敏感なのが、実はOSSコミュニティであり、シビアな著作権や原作者への対応を求めていくことが、無駄なリスクをとらない方法と考えます。

特許との関係では、OSSとなったことが、すでに公知になったことに等しいとなるような、社会慣習や仕掛けを作ることが有効と考えます。OSSにおいて新しい考え方を実装する際には、論文として発表する、また発表できるような場を作っていくことも大変重要です。

OSS リスクに関するアンケートまとめ
(ディストリビュータ向け)

回答社数：2

1. OSS の IP リスクに対するスタンス

- (1) (a)OSS 使用による IP リスクはユーザが認識し、ユーザの責任で OSS を利用すべきである。
- (0) (b) OSS 使用によるリスクはシステムインテグレータが負担すべきである。
- (0) (c) OSS 使用によるリスクはプラットフォームベンダが負担すべきである。
- (0) (d) OSS 使用によるリスクはディストリビュータが負担すべきである。
- (0) (e)ベンダ横断的な組織によりリスクを救済すべき。
- (1) (f)その他 (a および d)

2. OSS の IP リスクに対するユーザへの説明

- (2) (a)ユーザとの契約書に明記。内容 ()
- (0) (b)サービス説明書・マニュアル等にて説明。
- (0) (c)GPL 等にて説明されており、特段の説明は不要。
- (0) (d)その他

3. 貴社は OSS の IP リスクに対するユーザの救済策を提供していますか

- (1) (a)救済策を提供。内容 (免責保証プログラム)
- (0) (b)救済策提供せず。
- (0) (c)その他

4. OSS 使用に係るリスク回避のために考えられる方策

- ・「全ては自己責任である」という一文に集約されるものではありませんが、より積極的にユーザ、ベンダ、政府等が採用可能なように、啓蒙普及を図る必要性を認識しています。当社としても各関係企業、教育機関、政府公共機関、NPO 団体と協力し、オープンソースの普及・促進に貢献できるよう努力してゆく所存です。

OSS リスクに関するアンケートまとめ
(プラットフォームベンダ向け)

回答社数：3

1. OSS の IP リスクに対するスタンス

- (2) (a)OSS 使用による IP リスクはユーザが認識し、ユーザの責任で OSS を利用すべきである。
- (0) (b)システムインテグレータがリスクを負担すべきである。
- (0) (c)プラットフォームベンダがリスクを負担すべきである。
- (0) (d)ディストリビュータがリスクを負担すべきである。
- (0) (e)ベンダ横断的な組織によりリスクを救済すべき。
- (1) (f)その他 (基本はユーザ責任だが、ベンダとユーザが責任をシェアすべきである。)

2. OSS の IP リスクに対するユーザへの説明

- (1) (a)ユーザとの契約書に明記。内容 ()
- (1) (b)サービス説明書・マニュアル等にて説明。内容 ()
- (1) (c)GPL 等にて説明されており、特段の説明は不要。
- (0) (d)その他

3. 貴社は OSS の IP リスクに対するユーザの救済策を提供していますか

- (1) (a)救済策を提供。内容 (OSDL に加盟)
- (2) (b)救済策提供せず。
- (0) (c)その他

4. OSS 使用に係るリスク回避のために考えられる方策

- ・OSS リスクをユーザに負担させる為には、リスクを含め OSS についての世の中全体の理解の浸透が前提と思われます。その為ユーザ、ベンダ等 OSS 共通の理解の為に SOFTIC 等で啓蒙資料の検討が必要と思われます。(当社教育資料の一部も必要に応じ提供する用意あり。)
- ・ユーザ・ベンダ・エンジニアにおいて、OSS に対する正しい理解を広めることが重要。啓発資料の充実等の手を打つべき。
- ・「OSS の特徴、利用上の注意点、リスクの負担等に関して、ユーザ向けにわかりやすくまとめた、業界各社がユーザに提示できるような啓発資料を今回の OSS 推進フォーラ

ムから S O F T I C への委託研究において作成していただければ、当業界にとっても、ユーザにとってもたいへん有用と考えられるので、是非ご検討をお願いします。

なお、ユーザ向けの啓発資料作成の際には、エンドユーザ向けの啓発資料のほかに、ユーザが開発を行う場合の管理に役立つような啓発資料も必要と思います。」

OSS に関するアンケートまとめ
(組込み機器ベンダ向け)

回答社数：2

1. 組み込み機器における OSS の IP リスクに対するスタンス

- (0) (a)OSS 使用による IP リスクはユーザが認識し、ユーザの責任で OSS を利用すべきである。
- (2) (b)OSS 使用によるリスクは組込み機器ベンダが負担すべきである。
- (0) (c)OSS 使用によるリスクはディストリビュータが負担すべきである。
- (0) (d)ベンダ横断的な組織によりリスクを救済すべき。
- (1) (e)その他 (弊社が企画・設計する機器では基本的に(b)。しかし、その OSS を使うことがお客様の仕様、要求に基づく場合は(a。))

※1社で2個選択。

2. 組み込み機器における OSS の IP リスクに対するユーザへの説明

- (0) (a)ユーザとの契約書に明記。
- (0) (b)取り扱い説明書・マニュアル等にて説明。
- (1) (c)特にユーザ説明する必要はない。
- (2) (d)その他
 - ・弊社が企画・設計する機器には基本的に(c)。しかし、その OSS を使うことがお客様の仕様・要求に基づく場合は(a)。
 - ・ a+b+c 特にユーザ説明する必要はないがあちこちに記載すべき。

※1社で2個選択。

3. OSS 使用に係るリスク回避のために考えられる方策

- ・ OSS を公的機関への登録制にする。
 - 公開期間を設け、異議あるものはその期間内に限って訴えられる
 - 公開期間経過後は、低料金で誰でも利用可能とする。

OSS リスクに関するアンケートまとめ

(ユーザ向け)

回答社数：10

1. OSS 使用状況

- (10) (a)OSS を使用している。使用 OSS (RedHat(3)、Linux(3)、Apache(2)、PostgreSQL、Tomcat、NetBSD、Namazu)
- (0) (b)OSS は使用していない。

2. OSS 採用に対する方針

- (3) (a)OSS は積極的に採用する。
- (3) (b)OSS の採用は必要最低限に止める。
- (0) (c)OSS は採用しない。
- (4) (d)その他
- ・現在そんなに推進して使用しているという訳ではない。処理的に影響度の低い所に最近採用。(テスト的な意味も。)
 - ・必要に応じて導入する。
 - ・動向による。
 - ・まだ明確ではありません。

3. OSS の IP リスクに対するスタンス

- (1) (a)OSS 使用による IP リスクはユーザが認識し、ユーザの責任でOSS を利用すべきである。
- (0) (b) OSS 使用によるリスクはシステムインテグレータが負担すべきである。
- (0) (c)OSS 使用によるリスクはプラットフォームベンダが負うべきである。
- (3) (d) OSS 使用によるリスクはディストリビュータが負担すべきである。
- (5) (e)ベンダ横断的な組織によりリスクを救済すべき。
- (2) (f)その他
- ・正直そこまでまだシリアスに考えていない。
 - ・建前は(a)、本音は誰かが助けてくれるのではないかと。

4. OSS 使用に係るリスク回避のために考えられる方策

- ・OSS のリスクについての統一見解を出す。(その意味で OSS フォーラムで取り上げるのはありがたい。)
- ・保険の充実
- ・リスク発生時に公的機関に弁護士を含めた相談窓口を設ける。

- さらに訴訟にも参画できないか？ そのための会費制の組織もありうる。
- ディストリビュータがクローズドにする。オープンである限り責任の所在が不明。
- 情報収集、法的理解。

用語集

静的リンク

アプリケーションプログラムに必要なライブラリをリンク時に含めてしまう方式。

動的リンクと比べて、必要な API やライブラリのバージョン間の互換性を気にしなくてもよいという利点がある。

(Wikipedia 日本語版より)

著作者人格権

公表権（公表されていない著作物を公表する権利、著作権法第 18 条）、氏名表示権（著作者名を表示したり、表示しないこととする権利、同第 19 条）および同一性保持権（著作物およびその題号を著作者の意に反して改変されない権利、同第 20 条）からなり、複製権等のその他の「著作財産権」と異なり、他者に譲渡することができない（一身専属性）。

米国著作権法には著作者人格権がないため、米国製のオープンソース・ライセンスでは著作者人格権に関する規定がなく、それを日本で使用した場合に著作者人格権の扱いが不明確であるとして問題とされることがある。

動的リンク

コンピュータのプログラム作成時においては、一般に大規模なプログラムをモジュールに分割して、コンパイル後に、オブジェクトファイルを汎用ライブラリと共につなぎ合わせて実行可能形式のバイナリを作成する。これを静的リンクと呼ぶ。

それとは異なり、プログラムを実行する時に初めて他のモジュールやライブラリと結合される方式を動的リンクと呼ぶ。この動的リンクを使ったライブラリを、共有ライブラリあるいはダイナミックリンクライブラリ（DLL）と呼ぶ。

利点として、実行可能形式のプログラムサイズを小さくできること、共有ライブラリをバージョンアップしたときにプログラムを再コンパイルする必要がないことがあげられる。

欠点としては、暗黙的に特定のバージョンの共有ライブラリの内部処理や仕様に依存していたプログラムがライブラリのバージョンアップによって動作しなくなること、バージョンアップした共有ライブラリに不良が作り込まれているとコンピュータ全体に影響が及ぶこと、バージョンアップによる影響範囲を事前に特定できないこと、複数のバージョンのライブラリがシステム内に存在するときの動作が特定できないこと等がある。

(Wikipedia 日本語版より)

ライブラリ

汎用性の高い複数のプログラムを、再利用可能な形でひとまとまりにしたもの。ソースコードの場合と、専用の形式を用いる場合とがある。

(Wikipedia 日本語版より)

リンク

リンカ(linker)またはリンクエディタ(link editor)は、コンパイラによって生成された一つ以上のオブジェクトプログラムを入力とし、一つの実行可能なプログラムを作成するプログラムである。

OS/360 等の IBM メインフレーム環境では、このプログラムはリンケージエディタ(linkage editor)として知られている。

(Unix 環境では、リンカと同義語としてローダ(loader)がよく使われるが、コンパイル時の処理と実行時の処理の区別が曖昧になる。ここでは前者を linking、後者を loading と呼ぶこととする。)

オブジェクトプログラムは、機械語命令とリンカに対する情報を含んだプログラムモジュールである。リンカに対する情報は主としてシンボルの定義であり、以下の2種類がある：

- ・ 定義された (またはエクスポートされた) シンボルは当該オブジェクトモジュール内にある関数や変数であり、他のモジュールから使用される。
- ・ 未定義の (あるいはインポートされた) シンボルは当該オブジェクトモジュールから呼ばれる関数や参照される変数であり、当該オブジェクトモジュール内では定義されない。

リンカの仕事は、未定義のシンボルが他のどのモジュールで定義されているか見つけ出して、シンボルのアドレスをプレースホルダに書き込むことにより、未定義のシンボルに対する参照を解決することである。

(Wikipedia 英語版より)