

13 オープン及びクローズド・ソースの マルチ・ライセンス・モデルとソフトウェア保護： これまで提案されたソフトウェア独自保護モデルの再考^(*)

招へい研究者 ヴィクラント・ナラヤン・ワスデワ^(**)

ソフトウェアに対する知的財産の保護手段、すなわち、著作権、特許権、それとも「独自の権利」(*sui generis*)アプローチによるべきかをめぐって議論が盛んに行われている。「独自の権利」というアプローチの本来の重点は、著作権に基づく権利と特許法に基づく権利のバランスを図ることにある。コンピュータ・プログラム自体は著作権で保護され、また、コンピュータ・ソフトウェアの技術的用途は特許法で保護されている。著作権法及び特許法に対する新たな展望として、オープン・ソースのソフトウェア・ライセンスの仕組みが登場した。一部の企業で利用されているマルチライセンス・スキームは、「オープン・ソース」と「クローズド・ソース」(プロプライエタリ)という複数のライセンス・スキームを利用して、ソフトウェアのライセンスを行う仕組みであるが、これが比較的最近になって発展してきた。このマルチライセンス・スキームの利用実態を研究すると、ソフトウェア保護手段として「独自の権利」アプローチを支持する数多くの研究との親近性が高いことは明らかである。これは、恐らく、ソフトウェア業界が発展を遂げ、現状のソフトウェア保護手段と、より効果的な手段の策定方法に対する見直しが必要な段階にあることの現れであろう。

I. 序論

1960年代以降、特に1970年代及び1980年代には、ソフトウェアに対する知的財産の保護の形態、すなわち、著作権、特許権、それとも「独自の権利」(*sui generis*)によるべきかをめぐって議論が盛んに行われた。「独自の権利」というアプローチは、著作権法に基づく権利と特許法に基づく権利のバランスを図ることに重点を置いている。

産業界では、ソフトウェアの保護の形態として、当初は、主に営業秘密法及び契約法に依拠していた。結局、著作権法が立法によるソフトウェア保護の手段として選択されるようになり、その後すぐに、特許法による保護も司法的に認められるようになった。産業界では、その他の選択肢として技術的保護手段が認知され始め、立法面・司法面でのサポートによってその有効性が強化された。

ここ30年の間に起きた幾つかの出来事は、ソフトウェアの保護の形態に関する意見の対立の深まりを反映している。別の動向からは、「独自の権利」による保護に対する認知度が高まり、また、実施も容易になりつつあることがうかがえる。

このような動きに対応し、著作権法に対する新たな展望として、オープン・ソースのソフトウェア・ライセンスの仕組みが登場してきている¹。一部の企業では、マルチライセンス・スキームが活用されている。これは、「オープン・ソース」と「クローズド・ソース(プロプライエタリ: 所有権のある)」という複数のライセンス構造を利用して、ソフトウェアのライセンスを行う

仕組みである。このスキームにより、ソフトウェアを頒布する者は、両方ライセンス構造から恩恵を受けることができる。

マルチ・ライセンス・スキームの利用実態を見ると、ソフトウェア保護のために「独自の権利」モデルを支持する様々な研究による示唆との親近性が高いことが明らかになる。これは、恐らく、ソフトウェア産業が1970年代及び1980年代から発展を遂げ、ソフトウェアにふさわしい保護形態の再考が必要になっていることの現れであろう。

II. ソフトウェアの法的保護

黎明期においては、ソフトウェア開発は、通常、個人レベルで行われており、大量生産はされていなかった。伝統的に、営業秘密及び個別の契約が、ソフトウェア保護に利用されてきた。コンピュータ技術の進歩と普及に伴い、個別の契約よりも大量市場向けライセンス(*mass-market software licenses*)の方が主流となった。1960年以降には、ソフトウェアの保護に著作権法も利用されるようになった²。1970年代には、ソフトウェア特許³と「独自の権利」の提案に関する議論がされるようになった。

国際的な取組の分野では、WIPOによって「独自の権利」によるソフトウェア保護が提唱された⁴。この時期には、ソフトウェア保護に関する学術研究も幾つか行われた。Galbi⁵、Menell⁶、Samuelson⁷、Stern⁸、Karjala⁹その他数名の研究者¹⁰が挙げられる。

(*) これは特許庁委託平成22年度産業財産権研究推進事業(平成22~24年度)報告書の英文要約を和訳したものである。和訳文の表現、記載の誤りについては、すべて(財)知的財産研究所の責任である。和訳文が不明確な場合は、原英文が優先するものとする。

(***) インド・インド法律研究所、博士課程研究員

日本では、通商産業省のソフトウェア法的保護調査委員会によって1972年に中間報告が発表され、著作権によるソフトウェアに対する法的保護が不十分であることが指摘された¹¹。1973年には文化庁の著作権審議会第二小委員会によって報告書が提出され、ソフトウェアの保護手段は著作権法によるべきことと、若干の改正をすべきことが指摘されている¹²。通商産業省に設置された産業構造審議会情報産業部会は1983年に中間答申を提出し、「独自の権利」によってコンピュータ・プログラムを保護する立法、すなわち「プログラム権法」を提唱した¹³。1984年の文化庁に設置された著作権審議会第六小委員会の中間報告では、日本のソフトウェア保護は引き続き著作権によるべきことが提案されている¹⁴。米国と欧州の強い反対と働きかけを受けて、結局、文化庁の提案が採用されることとなった¹⁵。

しかし、結局は、ソフトウェア保護は明らかに著作権保護の範囲とされるようになった¹⁶。1970年代になって特許法による保護が目目されるようになり、1990年代までには次第に著作権よりも有力なソフトウェア保護形態となった¹⁷。また、その後の展開により、技術的手段によってもソフトウェアが保護されるようになった。不正アクセス目的でのリバース・エンジニアリングの可能性に関しては、法による対処が図られている¹⁸。

「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」(TRIPS協定)をはじめとする国際条約により、著作権法の位置付けがさらに強化されている¹⁹。一部の論者は、TRIPS協定はコンピュータ・プログラムの特許適格性も認めていると解釈している²⁰。WIPO著作権条約もTRIPS協定の方針を強化している²¹。

技術及びソフトウェアが進歩し、その普及度が高まり、また、用途及び応用の多様性が増すにつれ、変化を求める声次第に強まってきて、既存の著作権法²²及び特許法²³を、ソフトウェアに更に適応したものとするため、改正に関する議論が何度か行われてきている。同時に、「独自の権利」による保護に関する議論も、学术界で次第に活発になってきている²⁴。「独自の権利」による保護に反対を唱える論者もいる²⁵。

Ⅲ. 「独自の権利」制度の必要性

ここ30年の間に起きた幾つかの出来事は、ソフトウェアの保護の形態に対する意見の対立の深まりを反映している。別の動向からは、「独自の権利」による保護に対する賛同者が増え、その実施も容易になりつつあることがうかがえる。

1. ソフトウェア産業

パーソナル・コンピュータが進歩し、技術がより利用しやすく安価になるにつれ、プログラムも次第に開発者指向からユーザー指向になり、普及度も高まっている。インターネット現象の出現により、ソフトウェアは更にバラエティ豊かになり、量

も増え、普及が進んだ。また、ソフトウェアの応用を開発するための新たな道も開かれた。また、ソフトウェアの二面性が次第に顕著になっている。すなわち、ソフトウェアは有体物と同時に無体物ともなり得るという点である。また、この二面的性質は同時に適用され、又は明らかとなる²⁶。ソフトウェア産業は「ネットワーク効果」に大きく依存している。このことは、特定のソフトウェアに依存し、ある意味、その間接的な保護を促すという更なる形態を生じている。ユーザー・イノベーションにより、ソフトウェア開発の新たなパラダイムが出現した。その顕著な例は、オープン・ソース・ソフトウェアである。

2. ソフトウェアの法的保護

著作権は、その本来の性質上、表現を保護するものであって、その基礎となるアイデアを保護するものではない。コンピュータ・ソフトウェアの場合、著作権法は、保護対象を、基礎となる機能性ではなく表現にシフトすることになる²⁷。その結果、同じイノベーションに対して複数の表現が存在することが可能となる。

ソフトウェア分野での特許付与も、大きな変遷を経た。特許性のない主題であったのが、その統合性を表す実際の物理的な実施態様が特許付与の必要条件として求められるようになった。これにより、除々に、名目上の物理的な実施態様が認められるようになり、現在ではディスクに保存したコンピュータ・プログラムにも特許性があるとされている²⁸。このようなスタンスの緩和により、ソフトウェアの有形的・無形的、また、機能的、産業的といった特質が認識されるようになってきた。このような特質は、著作権法と比較した、特許法の保護対象の伝統的な概念とは異なるものである。このようなシナリオが徐々に発展していき、Mikusは「物理的な実施態様」という基準に代わる新たな基準が必要であると主張した²⁹。

現在、ソフトウェアに関しては、その構成要素が複数の保の選択肢の対象となる場合には、保護が多層化されている。また、特許権・著作権の権利消尽とファースト・セール・ライアビリティを回避するために、ソフトウェアを販売しないでライセンスする場合において、契約法の利用が増えてきている³⁰。同様に、ソフトウェアを保護するために、著作権法に加えて、営業秘密やアクセス制限やコピー制限などの技術的手段などがよく利用されている。これらの手段は、フェアユース、技術的保護手段の回避禁止措置、リバース・エンジニアリング、相互運用性等の規制及び監視に関する法令によって更に保護されている³¹。このように、法の多層化は、「著作権者が、自己とユーザーと競争者の権利のバランス調整のために利用するツールとなった。」³²このように、多層化された法的保護の必要性があるということは、既存のソフトウェア保護制度の有効性に疑問を投げかけるものである³³。また、保護の重複及び法の多層化により、それぞれの形態の保護のため

に投資をしなければならないため、処理費用の増加につながる。

3. 技術と法の相互作用の発展に対する展望

リアルとバーチャルの区別の様相が複雑化するなか、情報製品は次第に複合的なものとなりつつある。ハードウェアとソフトウェアの従来の役割も、次第に、機能的に互換可能なものとなっている。その結果、知的財産法の適用に関する従来の概念が複雑化しつつある。このような技術的融合から生じる複雑性と論争を示す顕著な事例は、オンライン・ストレージ、クラウド・コンピューティング、インターフェイスの保護及びビジネス方法特許である。

4. 開発途上の技術分野の保護に対する法的認知

過去数十年の間に、通常であれば従来の知的財産法の枠組みで解決が図られるべき幾つかの分野において、法律が確立された。「知的財産権のうち、機能的性質と表現物としての性質の両方を備えたものを特別に保護するため、『カーブアウト(切出し)』式の法律が幾つか制定された。」³⁴カーブアウト式の法律には、実用新案法³⁵と意匠法³⁶の他にも、半導体チップ保護法³⁷、船型デザイン保護法³⁸、データベース保護法³⁹などがある。著作権法及び特許法でも、コンピュータ・ソフトウェアに関しては更なる明確性の向上を図る取組が行われている。このような取組は、「コンピュータ・プログラムの法的保護に関する欧州連合指令」⁴⁰、さらには「コンピュータ実施発明の特許性に関する欧州連合指令案」⁴¹をめぐる議論に表れている。これらにより、「独自の権利」によるソフトウェア保護を認めることに対する議論が更に活発となった⁴²。

5. 各国法の国際調和

国際的なコンセンサス形成に向けた現在のシナリオは、比較的実効性の高いものとなっている。現在及び過去において、国際的なハーモナイゼーションを達成するための取り組みが行われている。TRIPS協定が、この最も顕著な例である。米国も、「国際的な知的財産調和に向けた課題に、ビジネス方法特許を追加した。」⁴³さらに、「TRIPSプラス」の取決めが推進され、交渉のための二国間協定への経路が開設された。

IV. マルチ・ライセンシング・アプローチ

一般に、「従来型」「プロプライエタリ」「クローズド」「非公開」「制限付き」と称されるソース・コード・モデルとは異なり、オープン・ソース・ソフトウェアのモデルは、プログラムのソースコードの無制限の入手可能性とコミュニティ・ベースの開発モデルを重視する。「オープン・ソース」とは、単にソース・コ

ードの入手が自由であることを意味するのではない。プロジェクトの先導者である基準設定機関によっては、もっと多くの意味が含まれる⁴⁴。

オープン・ソース・ソフトウェアのコミュニティでは、改良物の取扱いに対して、著作権法に基づく二つの対極的な考え方が基本的に採用されている。一つ目は、開発したコードとその改良物は、原則として、コードに対する完全なアクセス権を、コードをプロプライエタリとすることさえも含めて、認めるライセンスに基づいて、寄付されるというものである。二つ目のオプションは、法的観点からは一つ目よりも重要なものであるが、開発された改良物は、元のコードと同一条件により第三者にライセンスが義務付けられるというものである。このオプションでは、ライセンサーは改良物に対するコントロールを引き続き維持することができる。前者は「アカデミック・ライセンス」と呼ばれており、後者は「相互的ライセンス」と呼ばれる。

この相互ライセンス義務は、幾つかのインフォーマルな名称で知られている。例えば、「ウィルス性(Viral)」、「ウィルスに感染した(Taint)」、「伝染性(Infected)」、「コピーレフトなどである。コピーレフトは、プログラムの著作権を利用する方法の一つである。一般的な概念であり、その最も有名な具体例はGNU GPLである⁴⁵。

マルチ・ライセンシング・スキームは企業によって利用されている⁴⁶。このスキームでは、ソフトウェアは「オープン・ソース」と「クローズド・ソース」(プロプライエタリ)という複数のライセンス構造に基づいてライセンスされる。ソフトウェアを頒布する者は、「オープン・ソース」と「クローズド・ソース」(プロプライエタリ)の両方のモデルを活用することができる。「すなわち、二重の地位を有するライセンサーが、二者択一の条件を提示し、頒布者であるライセンサーがそのうちの一つを選択する。ただし、二重の地位を有する元のライセンサーは、オープン・ソース側で行われたソフトウェアの改良を、プロプライエタリ側に組み入れることもできる。」⁴⁷

V. ソフトウェア保護のための「独自の権利」とマルチ・ライセンシング(オープン・ソース/クローズド・ソース)アプローチの比較分析並びにソフトウェア法モデルの提唱

日本の通商産業省産業構造審議会情報産業部会の提案(以下、単に、「通産省」、通産省案という。)⁴⁸は、時代を少々先取りしており、全く摩擦が生じない政策とはいえず、1980年代では実施が不可能であったようである。しかし、ソフトウェア分野の発展の実態を見ると、通産省案の多くは現在では極めて妥当な内容であることが分かる。

通産省案その他「独自の権利」の提案と、マルチ・ライセン

シングのアプローチを比較すると、多くの類似点が明らかとなる。マルチ・ライセンスのアプローチは、「独自の権利」案の仮説の正当性をかなりの程度裏付けるものと考えられる。

1. 保護の付与要件

権利付与には、著作権法では独創性、また、特許法では新規性、有用性及び非自明性が要件とされている。Sternは、ソフトウェアの基準を融合させ、「独創性、新規性及び技術的進歩」⁴⁹とすることを提案している。この他、有用性の要件や、額に汗の原則(sweat of brow principle)⁵⁰についても検討の必要がある。独創性と新規性のバランスは、理想的には、完全な複製も、実質的類似物の独自制作も禁止するような形で適用するのが望ましい。複製行為については、完全同一の複製行為にとどまらず、特許法と同様に、明らかにこれと同等と認められる行為も禁止すべきである⁵¹。GPLの相互ライセンス義務⁵²は、「プログラムをベースに作成されたあらゆる著作物」⁵³又はその改変物⁵⁴に及び、また、これらは併せて「対象著作物」と呼ばれる⁵⁵。これを法制度に類推して考えると、技術的進歩の基準においては、非自明性の基準の緩和に加えて、「額に汗」の原則も配慮すべきであろう。「額に汗」の原則の適用により保護される要素については、「技術的進歩」の基準でカバーされる要素よりも保護期間を短くすることも可能である。さらに、権利付与要件とその範囲に関する基準の厳格性を類型化することも可能である。

2. 権利保護範囲: 総論

ソフトウェア保護の範囲を明確化するのは、困難である。また、「独自の権利」モデルでは、著作権法及び特許法の両方に対応させる必要があるため、困難さに拍車が掛かっている⁵⁶。通産省案は、「ソフトウェアは、コンピュータ利用に関する全てのもの(ソース・プログラム及びオブジェクト・プログラム、フロー・チャート、マニュアル、アイデア、アルゴリズム等)を含む」⁵⁷と述べ、その概念を適切に定めている。しかし、保護対象に関しては、「プログラム(ソース・プログラム及びオブジェクト・プログラム)を保護の対象とする」としている⁵⁸。通産省案のような、広範で一般的な類型化を導入するのが望ましい。しかし、保護の対象は、ソース・コード及びオブジェクト・コードだけにとどまらず、コンピュータ・ソフトウェア分野全体とし、ソース・コード、オブジェクト・コード、アルゴリズム、マニュアル、フロー・チャート及びビジネス方法等も含めるべきである⁵⁹。ただし、アイデアそのものは対象外とする。

3. 保護範囲: 技術改良型のイノベーション

数多くのソフトウェア改良物は、伝統的な知的財産制度の下で保護が得られない⁶⁰。ソフトウェア産業の性質上、また、

現行法上、ビルディング・ブロックの利用が難しい。「市場指向のアプローチに基づく法制度により、作業の無駄な重複を防止することができる。」⁶¹オープン・ソースのアプローチでは、コピーレフトの概念を通じて、斬新的イノベーションのユニークな管理方法が採用されているが、これはソフトウェア業界にとって有力な選択肢となり得る。これと同様に、寄与者もソフトウェア特許から生じる利益を受ける権利を有する。*Manifesto*では、制限期間(blocking periods)、すなわちイノベーションの一定の利用が大幅に制限される期間を定めることが提唱されている⁶²。さらに、市場ごとに別の利用制限期間を設けることも提唱されている⁶³。

4. 権利保護期間

「独自の権利」に関する研究の中には、著作権法及び特許法に基づくソフトウェアの権利保護期間は、特にその実用的な性質⁶⁴、イノベーションとソフトウェアのライフサイクルの短さ、ビルディング・ブロックの制限からすれば極めて長いと考えているものもある⁶⁵。ソフトウェア分野においては、単に研究開発費を回収するだけでは十分でないことも念頭に入れる必要がある。産業としてのソフトウェアは、多くの部分が既存のプログラム・コードの上に成り立っている。開発されたコードが2年から5年程度でパブリック・ドメインの一部になるとすれば、ソフトウェア企業の基盤が絶えず奪われることとなる。さらに、後の版のソフトウェアには、旧版のコードが多く組み込まれている。よって、イノベーションのサイクルが短いとはいえ、このことが、次の版が入手可能になったら直ちに旧版の保護を完全にす取り消すことの正当理由にはならない。マルチ・ライセンス・スキームでは基本的に、一方の側面については弱い権利を、もう一方の側面については強い期間を長期間与える傾向になる。マルチ・ライセンス・スキームとの比較を行い、このモデル案において検討の余地のある他の選択肢、特に、即時の権利保護及び強制的ライセンスも勘案した結果、権利保護期間は30年とすべきと考える。将来的には、この権利保護期間は短縮される可能性もある。

5. 権利の付与

通産省案によって、コンピュータ・プログラムの使用、変更(限定的な変更)、複製及び貸与の権利が提案された⁶⁶。これとほぼ同様に、GPLv2では複製、頒布及び改変の権利が付与される⁶⁷。GPLのv2及びGPLv3では、使用权及び実行権については触れられていない⁶⁸。Rosenは、実行権は実質的には使用权であると考えている⁶⁹。GPLv3では、この他特許条項も定められており、寄与物が特許法に定める多くの権利と関連する範囲において、必要な特許ライセンスが与えられる⁷⁰。GPLv3の特許付与条項では、製造委託権(have made right)は付与されないが、製造委託をする場合についてはラ

イセンス契約に規定がある⁷¹。以上のことから、ソフトウェア法モデルでは、権利者はソフトウェアについて独占的な使用権、複製権、改変権、作成権、製造委託権及び貸与権、さらに、これらの権利を付与する権限を有することとする。

(1) 著作者人格権

通産省案では、コンピュータ・プログラムに対する著作者人格権を認めるべきではないと勧告されている⁷²。反対論の主な根拠は、ソフトウェアが営利性を有すること⁷³、すなわち、著作者が著作者人格権を行使して、その著作物を公表すべきか、また、いつどのような方法で公表するかをコントロールできるのは望ましくないということである⁷⁴。これに加えて、ソフトウェアは技術的性質を有するため、著作者人格権の文化的側面からの根拠は薄弱である。通産省案は以下のように答申している。「人格権を認めることが必要である場合には、民法の一般原則による保護で足りるものと考えられる。」⁷⁵オープン・ソースのアプローチでは、著作者人格権の趣旨を限定的に実現している。GPLv2⁷⁶とGPLv3⁷⁷の両方で、特別の契約条項を追加することを条件に、氏名表示権が認められている。オープン・ソースのアプローチは、契約によってコントロールされる氏名表示権を効果的に利用し、名声という報酬によってプログラム開発者の人気を集めていることから、ソフトウェア法モデルでも限定的な氏名表示権を導入することが考えられる。

6. 独占的権利の制限

著作権法で通常認められる例外規定は、ソフトウェア法モデルでも提案される。この例外規定とは、例えば、アーカイブ／バックアップ・コピー、管理・修復用コピー、「ありふれた情景の理論」(scenes a faire doctrine)、軽微な使用(de minimis use)及びパブリック・ドメイン要素などに関するものである。権利消尽論に関しては、販売権でなく貸与権しか付与されない⁷⁸ことからすれば、ソフトウェアに関連してこの理論が適用されるケースは極めて限定的であろう。フェア・ユースも認められる。GPLv3でもこの例外が明記されている⁷⁹。ソフトウェアのリバース・エンジニアリングは、最近ではもうかなり古い問題点となっている。イノベーションを推進するためには、互換性を向上させるのが望ましい⁸⁰。GPLv3には、「コピーレフト」の相互ライセンス義務に加え、技術的保護手段の利用を制限する特定の条項が含まれている⁸¹。ソフトウェア法モデルでは、元のコードの所有者が、互換性を求める者に対してあらゆる手段を提供する仕組みを定め、そもそもリバース・エンジニアリングをしなくて済むようにすることが望ましい。ただし、この権利は私的使用と商業的使用によって区別を設けるべきである。商業的使用の場合には、ライセンスの仕組みによることとし、利用禁止期間と適当なロイヤリティ支払を課すべきである⁸²。Sternは、デバッグも例外とすることを提唱してい

る⁸³。しかし、頒布の際には、自己使用は適用外であるとしても、斬新的イノベーション及びライセンスと同様のルールが適用されることとなる。故意によらない侵害行為も検討する必要がある。GPLv3では、ライセンスの一時的又は永久的な復活を定め、不注意による侵害者の救済を図っている⁸⁴。

7. 合意によるライセンス及び強制的ライセンス

「大手企業がアルゴリズム市場の大きなシェアを確保して競争を抑制し、その後、ライセンスを拒絶(あるいは高いライセンス料を要求)したり、競争者が、効率性の低い侵害回避策に資源を費やさざる得ない状況に追い込んだりする。」⁸⁵「独自の権利」の研究では、ソフトウェアの強制的な有償ライセンス制度⁸⁶を設け、安定的な収入源を確保し⁸⁷、重複投資を防止し、もって効率性⁸⁸と斬新的イノベーション⁸⁹を達成することを目指している。GPLの「コピーレフト」の相互ライセンス義務条項が、強制的ライセンスの自動設定条項の典型例である。「強制的ライセンス条項により、権利者が有する技術をライセンスしてもらいたいと考えている第三者は、まず、その権利者と『合理的な商業的条件』についてライセンス交渉を試みる必要がある。」⁹⁰強制ライセンスには、市場動向の分析が必要である。また、ライセンシーの地位(事業者か、アマチュアか)やライセンスの目的(営利目的か、個人利用目的か)も関わってくる。また、オープン・ソースのライセンスと同様の相互ライセンス義務や、優先的交渉権などのオプションも可能である。権利管理団体による強制的ライセンス管理も可能である⁹¹。最近でも、フリー・ソフトウェア財産のようなオープン・ソースの団体が権利管理団体と同様の方法でライセンス管理を行っている。

8. 権利侵害

ソフトウェアは、抽象的要素と言語的要素の両方、また、固有の要素と独立部品の要素から成り立っており、さらに、芸術的要素、美的要素及び機能的要素が混在したものであるという点で、独特な性質を有している。侵害の判断基準を明確にするためには、各要素についてそれぞれ異なるアプローチが必要となる。著作権法及び特許法分野の判例は、このような作業が困難であることを浮き彫りにしている。特許法と著作権法に基づく侵害の判断の主な違いは、独自創作の扱いである。ソフトウェア法モデルが達成しようとするバランスに鑑みれば、「被告は実際には技術を模倣したのではなく、独自に侵害品を開発したという事実は、恐らく、抗弁としては認めるべきではない。」⁹²均等論をソフトウェアに適用するという、Soderquistの提案に従うべきだろう⁹³。Samuelson他は、長い論文を発表し、二つの製品の類似範囲を明らかにした⁹⁴。言語的要素の権利侵害とは異なり、抽象的要素の権利侵害に関しては類型化された異なる判断基準を適用すべ

きである。抽象的要素については、「具現化による利用」や「具現物の不正利用」が侵害を構成する、とすることが提案されている⁹⁵。マージ理論も、ソフトウェア法モデルにおいては適用すべきではない⁹⁶。ソフトウェアを構成する様々な要素に対しては、その社会的有用性、美的外観、侵害判断の難しさ等に応じて、類型化された異なるレベルの基準を適用すべきことも考慮しなければならない⁹⁷。

9. 救済手段

侵害事件で最もよく利用される救済は差止処分である。しかし、ソフトウェアの場合には、侵害の発見時期や、そのソフトウェアを基にした後続開発の程度によっては、侵害ソフトウェアの利用を完全に排除することは業界に対して悪影響を及ぼす恐れがある。よって、現在及び将来の使用に対するロイヤリティ支払いを条件に使用を認めるという別の救済方法が利用できるようにするのが望ましい。この場合のロイヤリティは、多少のペナルティとしての効果を含んだもので、本来は強制的ライセンスによって受領するはずだった金額よりも高く設定すべきである。ロイヤリティのレベル設定の仕組みは、侵害行為が故意によるものかどうかの判断を基準とするのも可能である。GPLv3では、ライセンスの一時的又は永久的な復活を定め、不注意による侵害者の救済を図っている⁹⁸。通産省案では、救済手段として「差止請求、信用回復の措置の請求、損害額の推定及び刑事罰の規定」⁹⁹が記載されている。しかし、「刑事罰が妥当かどうかは疑わしい。」¹⁰⁰また、侵害物品の没収及び処分も、救済手段として考えられる。

10. 紛争解決

通産省案によれば、法律専門家に技術的知識が必要なこと、秘密保持の必要性、また、ソフトウェアの寿命が短いことが、簡易、迅速かつ公正な紛争処理が必要とされる背景である¹⁰¹。このため、通産省案では、当事者主義の裁判手続よりも「あっせん、調停、仲裁、判定制度」¹⁰²が適切であることが述べられている¹⁰³。オープン・ソースのコードに関する事案の多くは、裁判外で解決されている。オープン・ソースのコードの利用件数や利用されてきた期間を考えると、訴訟は極めてまれであり、判決に至った訴訟はさらに数が少ない。このことは、ソフトウェアの紛争解決手続には裁判外の解決が効果的であることの表れである。したがって、通産省案は問題なく実施できるであろう。

11. 行政手続

著作物の創作と同時に与えられる著作権法上の保護も、特許法の細かい手続も、ソフトウェアには適していない。ソフトウェア法モデルでは、請求項の記載の代わりにコード全体

の寄託を求めることとし、また、この寄託及び基本的書式の提出と同時に登録を行うのが望ましい。コードの秘密保持条項を盛り込んだり、エスクロー制度を設けたりすることも考えられる。「これにより、通常の特許よりも権利取得がはるかに簡素化される。しかし、著作権のように自動的に権利が与えられるのではない。」¹⁰⁴

このスタンスの補強として、審査のような時間の掛かる行政手続は侵害訴訟が提起されるまで実施せず、訴訟提起の時点で実施することとすべきである¹⁰⁵。この制度は、現在実施の初期段階にある「ピア・トゥー・パテント」(P2P)手続と併せて、審査手続を大幅に減らすことが期待される¹⁰⁶。

VI. 結論

この研究の目的は、ソフトウェア保護には「独自の権利」によるモデルが必要であることと、その在り方を論証することにあった。コンピュータ・ソフトウェアを著作権法に基づいてカテゴリー化し、産業財産権の範疇外とすると、法の重点が個人にシフトすることになる。一方、産業界のニーズからは、ソフトウェアは産業財産権として認識される必要がある。このことは、一定の対立を招く。個々で提案したソフトウェア法モデルは、基本的には、ソフトウェアが著作権よりも産業財産権の範疇との重なりが大きいという認識をベースとしている。この研究は、マルチ・ライセンシング・スキームにおける「独自の権利」をベースとする。まず、マルチライセンシングのモデルは、オープン・ソースとクローズド・ソースのソフトウェアの適切なバランスを図り、双方のメリットを活用しようとするものである。「独自の権利」制度を推進するイノベーションも、このようにすることが望ましい。次に、この研究では、マルチ・ライセンシング・スキームが、「独自の権利」によるソフトウェア保護モデルと近接性が高いという見解をとっている。最後に、マルチ・ライセンシング・スキームの実務の展開状況を観察すると、「独自の権利」によるソフトウェア保護モデルがどのように機能するかについて、予測可能性を向上させることができる。このような「独自の権利」モデルの成功の大きな鍵は、コンセンサスの形成にある。幸いなことに、コンセンサスの形成に利用可能なチャンネルは、調和とこれに向けたこれまでの議論の成果により既に確立されている。

¹ この研究では、「オープン・ソース」という用語は、業界で一般的に普及している意味で用いられており、「オープン・ソース・ソフトウェア」「フリー・ソフトウェア」「リブレ・ソフトウェア」及びその他、このカテゴリーの類似ソフトウェアが含まれる。しかし、この研究は、フリー・ソフトウェア財団が配布するGNU General Public License (GPL)に焦点を当てている。

² Jack M. Haynes, *Computer Software: Intellectual Property Protection in The United States and Japan*, 13 J. Marshall J. Computer & Info. L. 245 (Winter, 1995)参照

³ 中山信弘『ソフトウェアの法的保護新版』第一章第二節「立法の経緯」、9-14頁(出版社、1988)

⁴ Model Provisions on the Protection of Computer Software, WIPO No.814 (E) (1978) [以下、WIPO Model Provisions, 1978と略す。]; Draft Treaty for the Protection of Computer Software, WIPO, LPCS/II/3 (1983) [以下、WIPO

Draft Treaty, 1983と略す]。

⁵ Galbi, *Proposal for New Legislation to Protect Computer Programming*, 17 (4) Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A. 280 (1970); Galbi, *The Prospect of Future Legislation and Court Action Concerning the Protection of Programming*, 13 Jurimetrics Journal 234 (Summer 1973).

⁶ Peter S. Menell, *Tailoring Legal Protection for Computer Software*, 39 Stan. L. Rev. 1329 (July, 1987); Peter S. Menell, *The Challenges of Reforming Intellectual Property Protection for Computer Software*, 94 Colum. L. Rev. 2644 (1994).

⁷ Pamela Samuelson, *CONTU Revisited: The Case Against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form*, 1984 Duke L.J. 663 (1984); Pamela Samuelson, *Creating a New Kind of Intellectual Property: Applying the Lessons of The Chip Law to Computer Programs*, 70 Minn. L. Rev. 471 (December, 1985); Pamela Samuelson, *Benson Revisited: The Case Against Patent Protection for Algorithms and other Computer Program-Related Inventions*, 39 Emory L.J. 1025 (Fall, 1990); Pamela Samuelson, Randall Davis, Mitchell D. Kapur, & J.H. Reichman, *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 Colum. L. Rev. 2308 (December, 1994).

⁸ Richard H. Stern, *The Bundle of Rights Suited to New Technology*, 47 U. Pitt. L. Rev. 1229 (Summer, 1986); Richard H. Stern, *A Sui Generis Utility Model Law as An Alternative Legal Model for Protecting Software*, 1 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 108 (Spring, 1993); Richard H. Stern, *Solving The Algorithm Conundrum: After 1994 in The Federal Circuit Patent Law Needs A Radical Algorithmectomy*, 22 AIPLA Q.J. 167 (Spring, 1994); Richard H. Stern, *On Defining The Concept of Infringement of Intellectual Property Rights in Algorithms and other Abstract Computer-Related Ideas*, 23 AIPLA Q. J. 401 (1995).

⁹ Dennis S. Karjala, *Lessons from the Computer Software Protection Debate in Japan*, 1984 Ariz. St. L.J. 53 (1984); Dennis S. Karjala, *The Limitations on the Protection of Program Works Under Japanese Copyright Law*, 8 Mich. YBI Legal Stud. 25 (1987); Dennis S. Karjala, *Copyright, Computer Software, and The New Protectionism*, 28 Jurimetrics Journal 33 (Fall 1987); Dennis S. Karjala, *The Protection of Operating Software under Japanese Copyright Law*, 29 Jurimetrics Journal 43 (Fall 1988); Dennis S. Karjala, *A Coherent Theory for The Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations*, 66 U. Cin. L. Rev. 53 (Fall, 1997).

¹⁰ Duncan M. Davidson, *The Future of Software Protection: Common Law, Uncommon Software*, 47 U. Pitt. L. Rev. 1037 (Summer, 1986); Max W. Laun, *Improving the International Framework for the Protection of Computer Software*, 48 U. Pitt. L. Rev. 1151 (Summer, 1987); Rochelle Cooper Dreyfuss, *Information Products: A Challenge to Intellectual Property Theory*, 20 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 897 (Summer, 1988); Tohru Nakajima, *Legal Protection of Computer Programs in Japan: The Conflict Between Economic and Artistic Goals*, 27 Colum. J. Transnat'l L. 143 (1988-1989); Glynn S. Lunney, Jr., *Copyright Protection for ASIC Gate Configurations: PLDS, Custom and Semicustom Chips*, 42 Stan. L. Rev. 163 (November, 1989); John C. Phillips, *Sui Generis Intellectual Property Protection for Computer Software*, 60 Geo. Wash. L. Rev. 997, 1012 (1992); A. Samuel Oddi, *An Uneasier Case for Copyright than for Patent Protection of Computer Programs*, 72 Neb. L. Rev. 351 (1993); Kenneth W. Dam, *Some Economic Considerations in the Intellectual Property Protection of Software*, 24 J. Legal Stud. 321 (June, 1995).

¹¹ KENNETH L. PORT AND GERALD PAUL MCALINN, *COMPARATIVE LAW: LAW AND THE LEGAL PROCESS IN JAPAN*, 670 (Carolina Academic Press) (2nd ed. 2003) citing Welch and Anderson, *Copyright Protection of Computer Software in Japan* 11 Computer J.L. 287 (1991).

¹² 前掲注3 中山

¹³ 同上

¹⁴ 前掲注3 中山

¹⁵ 同上。また、注3 Haynesも参照

¹⁶ 米国著作権法17 U.S.C. § 101 & § 102 (1976)、米国下院報告書No. 96-1307 Part 2, 96th Cong. 2d Sess. 19 (1980)、米国下院報告書No. 94-1476, Cong., 2d Sess. 54 (1976)、オーストラリア著作権法第31条 (1968)、日本国著作権法第10条第1項第9号(1970)、コンピュータ・プログラムの法的保護に関するEU理事会指令91/250/EEC OJ L 122, (1991年5月17日)

¹⁷ 米国特許商標庁(USPTO)「特許審査便覧」§ 2106、USPTO「コンピュータ実施発明審査ガイドライン」61 Fed. Reg. 7478 (1996)、「欧州特許付与に関する条約」第52条第2項及び第3項(1973)、欧州特許庁(EPO)「EPO審査便覧」(2001)、日本国特許庁(JPO)「コンピュータ関連発明の審査基準」(1993)、JPO「コンピュータ関連発明の審査基準」(1997)、JPO「特定技術分野の審査基準」第1章コンピュータ・ソフトウェア関連発明(1999)、JPO「コンピュータ関連発明の審査基準」(2000)

¹⁸ Arts. 11 & 12, WIPO Copyright Treaty (1996)(WIPO著作権条約11条及び12条; U.S. Digital Millennium Copyright Act 17 U.S.C. § 1201 (1998)(米国

デジタルミレニアム著作権法); European Directive 2001/29/EC Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in The Information Society (2001)(情報社会における著作権及び関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州連合指令)2001/29/EC)。

¹⁹ 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定 (TRIPS) 10条1項 (1995)。

²⁰ Eloise Gratton, *Should Patent Protection be Considered for Computer Software-Related Innovations?*, 7 Comp. L. Rev. & Tech. J. 223 (Winter, 2003) 参照

²¹ WIPO著作権条約第4条、第11条、第12条(1996)

²² Kristina Soderquist, *Yet Another Suggestion for Solving the Computer Program Dilemma*, 6 Va. J.L. & Tech. 14 (Fall, 2001); Catherine Parrish, *Unilateral Refusals to License Software: Limitations on the Right to Exclude and the Need for Compulsory Licensing*, 68 Brooklyn L. Rev. 557 (Winter, 2002); Susan Corbett, *What Ifs and other Alternative Intellectual Property and Cyberlaw Story: What If Object Code Had Been Excluded from Protection as A Literary Work in Copyright Law? A New Zealand Perspective*, 2008 Mich. St. L. Rev. 173 (Spring, 2008).

²³ Vincent Chiappetta, *Patentability of Computer Software Instruction as an "Article Of Manufacture:" Software as Such as The Right Stuff*, 17 J. Marshall J. Computer & Info. L. 89 (Fall, 1998); Mark Aaron Paley, *A Model Software Petite Patent Act*, 12 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 301 (August, 1996); Chad King, *Abort, Retry, Fail: Protection for Software-Related Inventions in The Wake of State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, 85 Cornell L. Rev. 1118 (May, 2000); Richard S. Gruner, *Intangible Inventions: Patentable Subject Matter for an Information Age*, 35 Loy. L.A. L. Rev. 355 (January, 2002); Gratton, *supra* n. 20.

²⁴ Glynn S. Lunney, Jr., *E-Commerce and Equivalence: Defining the Proper Scope of Internet Patents*, 7 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 363 (2000-2001); Toshiko Takenaka, *E-Commerce and Equivalence: Defining the Proper Scope of Internet Patents Symposium: Commentary: International and Comparative Law Perspectives on Internet Patents*, 7 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 423 (2000 / 2001); Vincent Chiappetta, *Defining the Proper Scope of Internet Patents: If We Don't Know Where We Want to Go, We're Unlikely to Get There*, 7 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 289 (2000-2001); Jean-Paul Smets-Solanes, *Patent or Sui Generis Right: What Protection Should Be Considered for Software and other Intangible Innovations?*, (2001); Scott J. Hill, *Restructuring The Law: Proposing A New Section of Title 35 and The Effect Of Amazon.Com v. Barnesandnoble.Com on Business Method Patents*, 48 Wayne L. Rev. 1239 (Fall, 2002); Bruce Abramson, *Promoting Innovation in The Software Industry: A First Principles Approach to Intellectual Property Reform*, 8 B.U. J. SCI. & TECH. L. 75 (Winter, 2002); Aaron D. Charfoos, *How Far Have We Come, and Where Do We Go From Here: The Status Of Global Computer Software Protection Under The TRIPS Agreement*, 22 Nw. J. Int'l L. & Bus. 261 (Winter, 2002); Richard S. Gruner, *Everything Old is New Again: Obviousness Limitations on Patenting Computer Updates Of Old Designs*, 9 B.U. J. Sci. & Tech. L. 209 (Summer 2003); Vincent Chiappetta, *Trip-Ping Over Business Method Patents*, 37 Vand. J. Transnat'l L. 181 (January, 2004); Allen Clark Zoracki, *When is an Algorithm Invented? The Need For A New Paradigm For Evaluating an Algorithm for Intellectual Property Protection*, 15 Alb. L.J. Sci. & Tech. 579 (2005); Steven B. Toeniskoetter, *Protection of Software Intellectual Property in Europe: An Alternative Sui Generis Approach*, 10(2) University of San Francisco Intellectual Property Law Bulletin (2005); Matt Flinders, *Protecting Computer Software—Analysis and Proposed Alternative*, 7 J. High Tech. L. 172 (2007); Katherine J. Strandburg, *What if There Were A Business Method Use Exemption to Patent Infringement?*, 2008 Mich. St. L. Rev. 245 (Spring, 2008).

²⁵ Jane C. Ginsburg, *Four Reasons and A Paradox: The Manifest Superiority Of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software*, 94 Colum. L. Rev. 2559 (Dec, 1994); John M. Griem, Jr., *Against A Sui Generis System of Intellectual Property for Computer Software*, 22 Hofstra L. Rev. 145 (1993-1994); Paul Goldstein, *Comments on A Manifesto Concerning The Legal Protection of Computer Programs*, 94 Colum. L. Rev. 2573 (1994).

²⁶ 前掲注10 Davidson 1072頁

²⁷ 前掲注24 Abramson 123頁、前掲注9 Karjala, *Computer Software, and the New Protectionism* 94頁、前掲注9 Karjala, *A Coherent Theory* 57頁

²⁸ 注17参照

²⁹ Jean-Philippe Mikus, *Of Industrious Authors and Artful Inventors: Industrial Works and Software at the Frontier of Copyright and Patent Law*, 18 I.P.J. 187, 253 (Aug 2004).

³⁰ Stacey L. Dogan and Joseph P. Liu, *Copyright Law and Subject Matter Specificity: The Case of Computer Software*, 61 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 203, 230 (2005)

³¹ 例えば、WIPO Copyright Treaty (WIPO著作権条約); 17 U.S.C. § 1201 The Digital Millennium Copyright Act, 1998 (デジタルミレニアム著作権法)

³² 前掲注60 Dogan and Liu 228頁

³³ 前掲注7 Samuelson, *Creating A New Kind Of Intellectual Property*. 515頁。また、前掲注20 Gratton 248頁も参照

³⁴ 前掲注24 Flinders 195頁

³⁵ 工業所有権の保護に関するパリ条約第1条(WIPO, 1883)、ドイツ実用新案法(1986)、日本実用新案法(1959年法律第123号)、韓国実用新案法(1961年法律第952号)

³⁶ 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定25条(1995)、35 U.S.C. § 171 (2000) (米国特許法)、EU Directive on the Legal Protection of Designs 98/71/EC(1998)(意匠保護に関する欧州連合指令)

³⁷ Washington Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits(1989)(集積回路についての知的所有権に関するワシントン条約); 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定35条 (1995)、U.S. Semiconductor Chip Protection Act of 1984 Act of Nov.8, 1984, Pub. L. 98-620, 98 Stat. 3347 (17 U.S.C. § § 901-14)(米国1984年セミコンダクターチップ保護法)、EU Directive on The Legal Protection of Topographies of Semiconductor Products (87/54/eec 16 December 1986)(半導体製品のトポグラフィの法的保護に関する欧州連合指令参照)

³⁸ U.S. Vessel Hull Design Protection Act (Act of Oct. 28, 1998), Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860 (17 U.S.C. §§ 1301-1332)(米国船型デザイン保護法)。

³⁹ 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定10条(1995)、EU Directive on the Legal Protection of Databases 96/9/EC (1996)(データベースの法的保護に関する欧州連合指令)。

⁴⁰ EU Directive on the Legal Protection of Computer Programs (91/250/EEC) (1991)(コンピュータ・プログラムの法的保護に関する欧州連合指令)。

⁴¹ The European Commission, Proposal for Directive on the Patentability of Computer-Implemented Invention (CII Directive -2002/ 0047/COD) (2002)(コンピュータ実施発明の特許性に関する欧州連合指令案)。

⁴² 前掲注24 Zoracki 604頁、前掲注24 Flinders 195-196頁

⁴³ 前掲注24 Chiappetta, Trip-Ping参照

⁴⁴ United Nations Development Programme, *The International Open Source Network (IOSN)* <http://www.apdip.net/projects/2003/iosn> にて閲覧可能(最終アクセス日:2011年10月17日)。「フリー/オープン・ソース・ソフトウェア(FOSS)とは、制限を付されずに使用、複製、研究、変更及び再頒布が可能なソフトウェアである。」また、World Intellectual Property Organization, Open Sourceも参照 http://www.wipo.int/patent-law/en/developments/open_source.html にて閲覧可能(最終アクセス日:2011年10月17日)。「一般的に、オープン・ソース・ソフトウェアとは、そのソースコード(基礎となっているプログラムコード)を自由に利用、解説、変更、ソフトウェアの別バージョン作成(変更の追加も含む)できるソフトウェアをいう。オープン・ソース・ソフトウェアは、様々な形態のプロプライエタリでないソフトウェアの一般的表現として用いられている。プロプライエタリのソフトウェアとの主な違いは、ライセンス条件においてソースコードの変更バージョンの再頒布が認められているという点である。」)

⁴⁵ S.2(b) GNU GPLv2 (「ライセンサーは、このプログラムのコピー又はその一部を変更し、このプログラムを基礎とした成果物を作成し、そのような変更又は成果物を複製しこれを頒布することができる。ただし、ライセンサーは、以下の条件に従う必要がある。... ライセンサーが配布する成果物のうち、その全部又は一部がこのプログラム又はその一部で構成されているか、又はプログラムに由来するものについては、その全体を本ライセンス契約の条件下でライセンスするものとする。」)S.5(c) of GPLv3 (「ライセンサーは、このプログラムを基礎とした成果物、又はこのプログラムの改変物のコンベイ(convey)が認められる。ただし、以下の条件に従う必要がある。... ライセンサーは、このライセンス契約の条件下で、成果物の全体をライセンスするものとする。したがって、このライセンスは、パッケージ方法にかかわらず、当該成果物の全体及びその全部の構成部分に適用される。」)

⁴⁶ <http://www.oss-watch.ac.uk/resources/duallicence2.xml>参照(最終アクセス日:2011年10月26日)(MySQL ABのデータベース、ノキア(元はTrolltech)のQt(GUI開発に用いられるクロスプラットフォームのツールキット)、オラクルのBerkeley DB(データベース・システム)(元はSleepcatソフトウェア)、DigiumのAsterisk(オープン・ソースの通信ソフトウェア・スイート))

⁴⁷ Greg R. Vetter, *Exit and Voice in Free and Open Source Software Licensing: Moderating the Rein over Software Users*, 85 Or. L. Rev. 183, 224 (2006).

⁴⁸ 通商産業省「産業構造審議会情報産業部会中間答申」1983年12月[以下、「中間答申」という。]中山信弘『ソフトウェアの法的保護新版』214頁(1988年)、資料2掲載

⁴⁹ 前掲注8 Stern, *The Algorithm Conundrum* 218頁参照

⁵⁰ 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2355頁

⁵¹ 前掲注4 WIPO Model Provisions, 1978参照

⁵² GNU GPLv2セクション2(b)、GNU GPLv3セクション5(c)参照

⁵³ GPLv2 セクション0参照

⁵⁴ GNU GPLv3セクション0参照

⁵⁵ GPLv3 セクション0参照

⁵⁶ 前掲注10 Oddi 447頁(「独自の権利」によるアプローチによって、特許と著作権の接点における明確な線引きができるかどうかは不明であり、既に不明確なこれらの保護の相互関係をさらに複雑化させる可能性がある。)

⁵⁷ 前掲注48 MITI報告書

⁵⁸ 同上(MITI「プログラム権法」第2条)

⁵⁹ 前掲注23 Paley 377頁、前掲注8 Stern, *The Algorithm Conundrum* 213頁、前掲注8 Stern, *Defining The Concept of Infringement* 519頁 (1995)、前掲注8 Stern, *Sui Generis Utility Model Law* 112頁

⁶⁰ 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2365頁

⁶¹ 同上2409頁

⁶² 同上2371頁

⁶³ 同上

⁶⁴ 前掲注7 Samuelson, *CONTU Revisited* 766頁

⁶⁵ 前掲注23 Paley 317頁、前掲注24 Toeniskoetter 78頁、前掲注24 Zoracki 595頁、前掲注22 Corbett 181頁、前掲注7 Samuelson, *CONTU Revisited* 766頁、前掲注8 Stern, *Bundle of Rights* 1250頁

⁶⁶ 前掲注48 MITI報告書(MITIプログラム権法案第3条)、前掲注23 Paley 374頁、前掲注4 WIPO Model Provisions, 1978(第5条 権利者の権利)、前掲注4 WIPO Draft Treaty 第4条(1983)も参照

⁶⁷ GNU GPLv2 セクション0、GNU GPLv2 セクション1、GNU GPLv2 セクション2

⁶⁸ GNU GPLv2 セクション1パラグラフ2、GNU GPLv3 セクション2

⁶⁹ LAWRENCE ROSEN, OPEN SOURCE LICENSING: SOFTWARE FREEDOM AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 225 (2005) <http://www.rosenlaw.com/osbook.html>にて入手可能(最終アクセス日:2011年4月25日)

⁷⁰ GNU GPLv3 セクション11

⁷¹ GNU GPLv3 セクション2パラグラフ2

⁷² 前掲注48 MITI報告書

⁷³ 同上、前掲注9 Karjala, *Software Protection Debate in Japan*, 66頁

⁷⁴ 前掲注9 Karjala, *Software Protection Debate in Japan*, 64頁、Max W. Laun, *Improving The International Framework for The Protection of Computer Software*, 48 U. Pitt. L. Rev. 1151, 1177 (Summer, 1987)

⁷⁵ 前掲注48 MITI報告書

⁷⁶ GNU GPLv2 セクション1、GNU GPLv2 セクション2(a)

⁷⁷ GNU GPLv3 セクション5(a)、GPLv3 セクション7(c)

⁷⁸ 前掲注23 Paley 347頁

⁷⁹ GNU GPLv3 セクション2パラグラフ1

⁸⁰ 前掲注7 Samuelson, *Creating A New Kind Of Intellectual Property*. 524頁、ただし前掲注8 Stern, *Bundle of Rights* 1252頁参照

⁸¹ GNU GPLv3 セクション3

⁸² 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2404頁、前掲注23 Paley 344頁

⁸³ 前掲注8 Stern, *Defining The Concept of Infringement* 484頁

⁸⁴ GNU GPLv3 セクション8

⁸⁵ John Swinson, *Copyright or Patent or Both: An Algorithmic Approach to Computer Software Protection*, 5 Harv. J. L. & Tech. 145 at 168-69 (1991)を引用する前掲注23 Paley 340頁

⁸⁶ 前掲注48 MITI報告書(MITIプログラム権法案第8条)、前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2371頁、前掲注24 Toeniskoetter 77頁、前掲注23 Paley 378頁

⁸⁷ 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2414頁

⁸⁸ 同上2418頁、前掲注9 Karjala, *Software Protection Debate in Japan*, 68頁

⁸⁹ 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2415頁、前掲注24 Toeniskoetter 79頁

⁹⁰ 前掲注24 Toeniskoetter 77頁、前掲注23 Paley 378頁も参照

⁹¹ 前掲注23 Paley 341頁

⁹² 前掲注8 Stern, *Bundle of Rights* 1256頁、前掲注11 Phillips 1040頁、前掲注4 WIPO Model Provisions, 1978参照

⁹³ 前掲注22 Soderquist

⁹⁴ 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2380頁

⁹⁵ 前掲注8 Stern, *Defining The Concept of Infringement* 442頁

⁹⁶ 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2398頁

⁹⁷ 前掲注8 Stern, *Bundle of Rights* 1252頁

⁹⁸ GNU GPLv3 セクション8

⁹⁹ 前掲注48 MITI報告書(MITIプログラム権法案第9条)

¹⁰⁰ 前掲注8 Stern, *Bundle of Rights* 1257頁

¹⁰¹ 前掲注48 MITI報告書参照

¹⁰² 同上(MITIプログラム権法第10条第1号)

¹⁰³ 前掲注7 Samuelson et al., *Manifesto* 2411頁

¹⁰⁴ 前掲注24 Toeniskoetter 79頁

¹⁰⁵ 同上80頁、前掲注23 Paley 348頁、前掲注8 Stern, *Bundle of Rights* 1247頁

¹⁰⁶ 例えば、(U.S.) Peer To Patent <<http://peertopatent.org/>>; (Australia) Peer To Patent <<http://www.peertopatent.org.au/>>; (UK) Peer To Patent <<http://www.ipo.gov.uk/peertopatent.htm>>; (Japan) Peer To Patent <http://www.iip.or.jp/e/e_p2pj/>(最終アクセス日:2011年11月7日)