



Title	ビッグデータの法的保護に関する一考察
Author(s)	泉, 恒希
Citation	知的財産法政策学研究, 58, 143-214
Issue Date	2021-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/80926
Type	bulletin (article)
File Information	58_04.pdf



[Instructions for use](#)

ビッグデータの法的保護に関する一考察

泉 恒 希

要 旨

本稿では、ビッグデータを念頭に置いて、既存の著作権法により保護されないデータについて、知的財産法の観点から保護の要否を検討する。

近年、情報技術の進歩を背景に、FinTech等のイノベーションを支える基幹技術のひとつとしてビッグデータが注目を浴びている。こうしたなか、ビッグデータの財産法的位置づけの明確化は、今後拡大が予想される金融データの利用、ひいてはデータ産業全体に向けての法的基盤整備を進めるうえで、不可欠な検討課題といえる。一方で、ビッグデータに排他権を認めることは、かえって情報の円滑な流通を阻害するとの指摘もなされており、ビッグデータの財産法的位置づけを議論するに当たっては、データ生産者の投下資本回収という私的なインセンティブと、情報の円滑な流通という社会的便益との調和を意識する必要がある。

本稿では、まず、日本・米国・EUの現行法における、既存の著作権制度によって保護されない財産的価値のあるデータ（財産的データ）の法的保護のあり方について検討する。いずれの国・地域においても、一定の考慮要素のもとで財産的データに何らかの財産法的保護を認める制度や理論は存在するが、いずれも不明確な規範のもとでの個別具体的な判断に依存している面が少なからずあり、かえって市場の縮小を招くおそれが指摘されている。このことから、i) 市場における財産的データ取引の活発化を目指すに当たっては、その保護範囲の明確化が重要となると考えられる。また、欧州における *sui generis* 権（独自の権利）に関する議論において、情報の出所を独占し競争を阻害する行為に対して一定の競争法上の制約を及ぼす議論があることを踏まえると、ii) ビッグデータの財産法的保護を検討する場合にも、知的財産法からだけでなく、競争法の観点からも、情報収集に向けた投資の保護と、情報の自由流通との両立を図る余地があると考えられる。

次に、i)、ii)の観点を踏まえつつ、近時の立法動向の分析を試みる。EUにおいては、権利付与型の保護としてデータ・プロデューサー権の導入が議論されたが、情報独占を誘発する懸念や、対象となるデータの定義の難しさが指摘されており、現在は議論が停滞している。これに対し、わが国では、不正競争防止法の改正

によって、行為規制型のビッグデータ保護が導入された。同改正では、保護要件の内容の明確化が立法段階から意識され、ガイドラインなどによって一定程度の明確化が図られている。今後、改正不正競争防止法による保護が過剰なものとなり、情報独占が誘発されるなどの事態が生じないよう、判例や学説の蓄積による同法の解釈の一層の明確化や議論の進展が期待される。

目 次

1. はじめに
2. ビッグデータの概要
 - (1) ビッグデータの定義、特徴
 - (2) ビッグデータの現在の利用状況
 - (3) 知的財産法以外のビッグデータに関する法整備
3. 検討の前提—知的財産法上の制度の類型化
 - (1) 権利付与型
 - (2) 行為規制型
 - (3) 類型化の意義と実益
4. データベースの著作物としての保護
5. 著作物に当たらない財産的データの保護手段
 - (1) わが国における議論
 - イ. 裁判例の展開
 - ロ. 学説の検討
 - ハ. 小括
 - (2) 米国における議論
 - イ. ミスアプロプリエーションの理論の概要
 - ロ. ミスアプロプリエーションの理論の近時の展開
 - ハ. ミスアプロプリエーションの理論によるビッグデータ保護の可能性
 - ニ. ミスアプロプリエーションの理論に対する批判
 - ホ. 小括
 - (3) EUにおける議論
 - イ. *suigeneris* 権の概要
 - ロ. 情報の自由利用との調和
 - ハ. *suigeneris* 権によるビッグデータの財産法的保護の可能性
 - (4) 小括
 - イ. 各国の制度の比較
 - ロ. ビッグデータの財産法的保護に当たっての留意事項
6. 近時の立法動向
 - (1) わが国における財産的データの保護に向けた立法動向

- イ. 限定提供データの意義
 - ロ. 限定提供データに関する不正競争行為
 - ハ. 改正不競法への評価
- (2) EUにおける財産的データの保護に向けた立法動向
- イ. データ・プロデューサー権の提案
 - ロ. データ・プロデューサー権に対する批判
 - ハ. その後の議論の展開
7. おわりに

1. はじめに

本稿では、ビッグデータを念頭に置き、既存の著作権法により保護されないデータについて、知的財産法の観点から保護の可否を検討する。

近年、情報技術の進歩を背景に、ビッグデータの利用価値が向上しており、金融分野においてもFinTechを支える基幹技術のひとつとして注目を浴びている。なかでも、オルタナティブ・データ（ニュースや企業業績、経済指標といった一般の公開情報には含まれない膨大なデータ）の投資判断への活用など、データの共有、分析を通じて取引・経営戦略上の利益を得ようとする動きが注目されている。こうした動きの背景として、ビッグデータ流通の基盤となりうるデータ取引市場の出現・増加が指摘できる。このような社会的変化を踏まえると、ビッグデータの財産法的位置づけの明確化は、今後拡大が予想される金融データの利用、ひいてはデータ産業全体の法的基盤整備を進めるうえで、不可欠な検討課題といえる。

この点、各国の判例・学説の動向をみると、既存の著作権制度によって保護されない財産的価値のあるデータ（以下、「財産的データ」という。）についても、一定の考慮要素のもとで、何らかの財産法的保護を認めるべきとの考え方が、これまで広く是認されてきた。さらに、近年の立法動向をみると、わが国では、2019年7月1日に改正不正競争防止法が施行され、他国に先駆けて、いわゆるビッグデータに知的財産法的保護を一定程度認めることとなった。これに対し、EUでは、機械生成された未加工データ（raw machine-generated data）の財産的保護の手段として、データ・プロデューサー権を創設することの是非が議論されたが、同権利の導入による弊

害が指摘された結果、現在、議論は停滞している。

こうしたなか、情報の公共財的性格を重視する立場からは、個別のデータに排他権を認めることで、かえって情報の円滑な流通が阻害される可能性が指摘されており、ビッグデータの財産法的位置づけを議論するに当たっては、データ生産者の投下資本回収という私的なインセンティブと、情報の円滑な流通という社会的便益との調和を意識する必要がある。

本稿は、こうした議論の状況を整理し、財産的データの利用の活発化に向けた法解釈および立法に向けた示唆を得ようとするものであり、以下の構成で検討する。まず、近時のビッグデータの利用の状況などを概説したうえで（2節）、データまたはその集合体に対して何らかの財産法的保護を認める法制度について、権利付与型と行為規制型に類型化し、その機能面での差異について考察する（3節）。次に、こうした法制度の代表例として、データベースの著作権を取り上げ、既存の著作権制度におけるビッグデータ保護の可能性を検討したうえで（4節）、財産的データに何らかの保護を与える法制度について、日本、米国、EUにおける議論の状況を概観する（5節）。最後に、ビッグデータの利用促進を目指した立法論として、わが国における不正競争防止法の改正と、EUにおけるデータ・プロデューサー権に関する議論を検討する（6節）。

2. ビッグデータの概要

(1) ビッグデータの定義、特徴

「ビッグデータ」という用語には、明確な定義があるわけではない。データの大量性に着目して、「大規模かつ複雑であり、通常の統計ソフトでは取り扱うことが困難なデータセット」と定義されることがある一方で¹、「事業に役立つ知見を導出するための、『高解像』『高頻度生成』『多様』なデータ」や²、「小規模ではなしえないことを大きな規模で実行し、新たな知の抽出や価値の創出によって、市場、組織、さらには市民と政府の関係

¹ Manyika *et al.* [2011] p.1.

² 鈴木 [2011] 14頁。

などを変えること」など³、データ処理の目的やその社会的機能に着目する定義もみられる。

データの集合体のなかには、顧客データや経理データのように、データ要素間の関係を容易に定義できるデータ(構造化データ)が存在する一方、このようなデータ要素相互の関係を定義することが困難なデータ(非構造化データ)も存在する。ビッグデータの典型である、フリー・テキスト(自由記述文)、ログ情報、空間情報などは、個別のデータ要素を予測することが困難であったり、データ要素の組合せが極めて多様であったりすることから、データの構造化が難しく、非構造化データに属する⁴。以下、本稿では、単に「ビッグデータ」という場合には、非構造化データであることを前提とする。

(2) ビッグデータの現在の利用状況

近年、金融分野においても、米国金融機関におけるオルタナティブ・データの投資判断への活用など、ビッグデータの利用が注目されている⁵。

こうしたデータ利用の拡大の背景として、非個人情報を中心としたビッグデータの第三者共有の拡大が指摘できる。例えば、米国のオービタル・インサイト社(Orbital Insight Inc.)は、米国のプラネット社(Planet Labs Inc.)が運用する小型衛星データと各種の地上データを組み合わせることで分析し、オープンAPI(application programming interface)を通じて広く第三者に提供している⁶。これらの結果は、不動産投資家による商業用不動産の資産状況の調査などに利用されている⁷。また、米国のファクチュアル社

³ Mayer-Schönberger and Cukier [2013] p.6.

⁴ 田辺 [2012] 28～29頁参照。

⁵ 「つぶやき・画像『オルタナデータ』米金融が活用 投資の材料、インサイダーに懸念」(日本経済新聞、2018年2月22日)参照。

⁶ APIとは、特定のプログラムを別のプログラムで作動させるための技術仕様を指し、同プログラムを作動させるために用いる命令文(コマンドや関数)や、送受信するデータの形式などを定めるものである(中村[2018]112頁)。

⁷ オービタル・インサイト社HP (<https://orbitalinsight.com/products/go-consumer/>(最終閲覧2019年6月3日))参照。

(Factual Inc.) が提供する三次元高精度地図データは、地図アプリ等のサービスで利用されている⁸。さらに、こうしたビッグデータ流通の基盤となるデータ取引市場（データ保有者とそのデータの活用を希望する者を仲介し、売買などによる取引を可能とする仕組み）も、近年増加傾向にある⁹。例えば、フランスのダウェックス社（DAWEX Systems SAS）は、あらゆる産業のデータの取引について、自社のプラットフォームを通じて幅広く仲介している（ダウェックス社は各取引の仲介手数料で収益を得ている）。また、スウェーデンのクリック社（QlikTech International AB）は、データの提供者から受領したデータを顧客に提供するだけでなく、自社で分析・可視化した資料を顧客に無償または有償で提供している¹⁰。わが国でも、パーソナル・データ・ストア（Personal Data Store: PDS）等のシステムを活用して情報銀行、事業者、個人などを主体とするデータ取引市場を整備し、ビジネス領域を横断したデータの流通および利用を早期に実現すべきとの議論がある¹¹。実際に、2018年9月には、一般社団法人データ流通推進協議会が、データ取引市場を運営する事業者の認定基準として「データ取引市場運営事業者認定基準_D2.0」を公開したほか¹²、同年10月に、エブリセンスジャパン株式会社が、同基準に対応したデータ取引市場として「企業向け蓄積型データ取引サービス（EverySense Pro）」のサービスを開始するな

⁸ 三菱総合研究所 [2017] 21頁参照。

⁹ データ取引市場の定義については、データ流通環境整備検討会 AI、IoT時代におけるデータ活用ワーキンググループ(以下、「データ活用WG」という。)[2017] 10頁によった。

¹⁰ データ取引市場の具体例について、Carenelley *et al.* [2016] pp.20-24参照。

¹¹ データ活用WG [2017] 25頁。PDSとは、「他者保有データの集約を含め、個人が自らの意思で自らのデータを蓄積・管理するための仕組み(システム)であって、第三者への提供に係る制御機能(移管を含む)を有するもの」のことをいい、情報銀行とは、「個人とのデータ活用に関する契約等に基づき、PDS等のシステムを活用して個人のデータを管理するとともに、個人の指示または予め指定した条件に基づき個人に代わり妥当性を判断の上、データを第三者(他の事業者)に提供する事業」のことをいう(データ活用WG [2017] 9頁)。

¹² 一般社団法人データ流通推進協議会 HP (<https://data-trading.org/2018/09/28/pressrelease/>〈最終閲覧2019年6月3日〉)参照。

ど¹³、データ取引市場を構築する取組みがみられる。

しかしながら、2016年にEUで行われたデータ市場の構造調査の結果をみると、ビッグデータを利用している会社の78%は、自社で収集したデータを自社およびその下請企業の範囲内で利用することどまり（クローズド型）、複数人でデータを共有している会社（シェア型）は全体の20%、オープンデータとして広く第三者にデータを提供している会社（オープン型）は全体の2%に過ぎなかった¹⁴。こうした結果をみると、ビッグデータの利用は、いまだ自社利用が中心であり、積極的な第三者共有を通じたデータ利用が十分に進んでいるとはいえない。

(3) 知的財産法以外のビッグデータに関する法整備

現在、わが国では、本稿の射程とする知的財産法分野からのアプローチにとどまらず、他の法分野においても、データの円滑な流通を目的とした法改正やガイドライン策定に向けた取組みが進められている¹⁵。

例えば、2017年の個人情報保護法の改正では¹⁶、パーソナルデータの円滑な利用を展望し、特定の個人が識別できないように加工された情報（匿名加工情報）を、一定の要件のもとで、本人の同意なく第三者に提供することが認められた（個人情報保護法2条9項、36条以下）。また、経済産業省は、データ契約における合理的な契約交渉・締結を促進するとともに¹⁷、その取引費用を削減してデータ契約の普及を図ることを目的として、「AI・

¹³ エブリセンスジャパン株式会社 HP (https://every-sense.com/wp-content/uploads/2018/09/ESpro_20180928release.pdf (最終閲覧2019年6月3日)) 参照。

¹⁴ Barbero *et al.* [2017] pp.62-63.

¹⁵ 詳しくは、経済産業省[2018]4～9頁参照。

¹⁶ 行政機関等の保有する個人情報の適正かつ効果的な活用による新たな産業の創出並びに活力ある経済社会及び豊かな国民生活の実現に資するための関係法律の整備に関する法律（法律第51号（平成28年5月27日））。同法の改正案には、理由として「個人情報の適正かつ効果的な活用が新たな産業の創出並びに活力ある経済社会及び豊かな国民生活の実現に資する」ことが挙げられている。

¹⁷ ここでの「データ契約」とは「データの利用、加工、譲渡その他取扱いに関する契約」のことをいう（経済産業省[2018]1頁）。

データの利用に関する契約ガイドライン「データ編一」（経済産業省 [2018]）を取りまとめ、公表している。

3. 検討の前提—知的財産法上の制度の類型化

円滑なビッグデータの流通に向けた取組みのひとつとして、知的財産法などを通じて、データまたはその集合体に対する何らかの保護を付与し、データ収集のインセンティブを増大させることが考えられる¹⁸。本節では、こうした取組みを評価する前提として、特許・著作権・営業秘密等の知的財産法上のさまざまな制度を、権利付与型と行為規制型に類型化する議論について概説する¹⁹。

(1) 権利付与型

データ等をあたかも物であるかのようにみて、それに所有権的な効力を与えて保護しようとするものをいう²⁰。こうした制度によって認められた権利を有する者は、同権利の侵害行為に対し、差止めおよび損害賠償を請求できるほか、多くの場合、損害額の推定を受ける²¹。また、同権利は、

¹⁸ 同様の議論として、従来の知的財産法の意義に関する議論においては、データの収集に法的な保護を与えることで、より容易に対価を還流させる手段を与え、データ収集のインセンティブを増大させることが挙げられている（田村 [2001] 5～6 頁参照）。

¹⁹ 広く財の帰属に関する制度を典型的に分析する議論として、ツェヒ [2015a] 62～65頁参照。ツェヒは、ドイツ法における財の割当ての形式を、i) 排他権によって割り当てられた権利（権利付与型に類似）、ii) 事実上形成されている排他的な地位に与えられる、その地位の侵害に対する法的保護（純然たる防御権。行為規制型のうち、営業秘密の不正取得等に対する保護に類似）、iii) 不法行為に基づく損害賠償義務（ドイツ民法典823条1項）における保護法益として承認されているもの（粹的権利。行為規制型のうち、不法行為法上の保護に類似）に類型化している。

²⁰ 中山 [2010] 14頁。

²¹ 多くの知的財産法制では、ある知的財産権への侵害行為に対して、不法行為に基づく損害賠償（民法709条）を請求した場合に、その損害額を特定の値に推定する規

一般に譲渡、相続、ライセンス、担保権設定（以下、「譲渡等」という。）が可能であるほか、行為規制型の制度に基づいて認められる請求権と比べて、長期間の保護が認められることが多い。

この類型に属するデータ流通に関連した法制度として、データベースの著作権が挙げられる（著作権法12条の2第1項、4節参照）。著作権者はこれに基づき、データベースの複製、公衆送信、譲渡等に対する差止請求（同法112条1項）および損害賠償請求（民法709条）をなしうるほか、損害額の推定を受ける（著作権法114条）。また、同権利は譲渡性があり、保護期間は著作者の死後50年（著作者が法人である場合は、公表後50年）である（同法51条2項、53条1項）。

(2) 行為規制型

データ等に対する権利として構成するのではなく、単に不正な侵害から被侵害者を保護しようとする法制度をいう²²。

例えば、クローズド型、および秘密保持契約を付したうえで第三者に提供されるシェア型データを不正に取得する行為は、営業秘密の不正取得（不正競争防止法2条6項・同条1項4号）に当たり、差止請求等の対象となる²³。

営業秘密等の不正取得、不正開示などに対して、営業秘密の保有者は、差止め（不正競争防止法3条）および損害賠償を請求しうるほか、損害額の推定を受ける（同法5条）。しかし、不正競争防止法は、営業秘密を財産権として保護するものではないため、不正競争防止法上の保護を受ける地

定を設けており、これを「損害額の推定」という（著作権法114条など。規定の詳細については、中山[2014]630～638頁参照）。

²² 中山[2010]16頁。

²³ また、不正競争防止法等の一部を改正する法律（平成30年5月30日法律第33号）において、一定の要件を満たした秘密保持契約を付さないシェア型データ（限定提供データ）についても、営業秘密に類する保護を認める制度が創設されている（6節参照）。

位を譲渡等することは原則として許されない²⁴。また、差止請求権、損害賠償請求権のいずれも、侵害行為を知ってから3年の消滅時効に服する(同法15条、民法724条)。

また、不正競争防止法上の保護が認められない場合でも、データの不正使用行為が不法行為を構成するとして、損害賠償請求(損害額の推定なし)が認められる可能性がある(5節(1)イ、参照)。このような不法行為法上の保護も、広義には行為規制型と位置づけることができる。

(3) 類型化の意義と実益

以上のとおり、一般的には権利付与型の方が行為規制型よりも、譲渡性や保護期間等の点で、データの作成者や収集者に、同データに対する強いコントロールを認める傾向がある(表1参照)²⁵。以下、データの財産法的保護に関する諸制度を比較するに当たっては、その保護の程度を評価する観点から、適宜各類型に当てはめて検討を行う。

²⁴ 他人の商品等表示(不正競争防止法2条1項1号)の事案であるが、不正競争防止法上の保護を受ける地位の譲渡性を否定した裁判例として、バター飴缶事件(札幌高決昭和56年1月31日無体集13巻1号36頁)がある。なお、中山[1992]49頁以下は、同事件の評釈において、当該商品等表示を営業譲渡の一環として移転させる場合については、譲渡の効果を肯定すべきとしている。同様の判断を示す裁判例として、花ころも事件(東京高判昭和48年10月9日無体例集5巻2号381頁)がある。

²⁵ もっとも、権利付与型においてデータなどを「物」として捉えて権利を觀念することは、一種のフィクションであり、権利付与型についても、実際には行為規制型と同様、類型化した人の行為を規律しているに過ぎないことから、両者の区別は相対的なものであるとする見解もある(Drahoš[2016]pp.177-178、Gordon[2003]p.618、田村[2014]332頁)。

表1 財産法上のデータ保護制度の類型

具体例	権利付与型	行為規制型	
	著作権法	不正競争防止法	不法行為法
なしうる請求	差止請求、 損害賠償請求	差止請求、 損害賠償請求	損害賠償請求のみ
損害額の推定	あり	あり	なし
譲渡性	あり	なし	なし
保護期間	著作者の死後(法人の 場合公表後)50年	侵害行為を知って から3年	侵害行為を知って から3年

4. データベースの著作物としての保護

本節では、権利付与型の代表格である「データベースの著作物」によって財産的データを保護する可能性を検討する²⁶ 27。

わが国著作権法12条の2第1項は、「データベースでその情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するものは、著作物として保護する」と規定しており、データベースが著作物として保護される要件は、i) データベース該当性および ii) (情報の選択または体系的な構成についての) 創作性と整理されている。

このうち、i) データベース該当性は、「コンピュータを用いて情報を探し、引っ張り出せるように情報が蓄積」されていればよいとされており²⁸、非構造化データであるビッグデータであっても、多くの場合、この要件を充足すると思われる²⁹。また、近時の裁判例によると、ii) データベース

²⁶ 本節では、原則としてわが国著作権法について検討を進め、米国およびEU固有の議論については、脚注での紹介にとどめる。

²⁷ わが国現行法におけるビッグデータの法的保護に関して、特許権、著作権、営業秘密、契約の各制度を概説する資料として、上野[2017]がある。

²⁸ 加戸[2013]48頁。

²⁹ データベースの著作権が認められた1986年改正の時点では、データの処理技術が未発達であったため、データベースに当たらないデータの集合体が多く存在した。しかし、データの処理技術が飛躍的に向上している現在では、大半のデータの集合体が、データベースに該当すると考えられる。なお、「データベース」の意義は、EUでも問題となっている(5節(3)イ.参照)。

における創作性とは、「情報の選択又は体系的構成について選択の幅が存在し、特定のデータベースにおける情報の選択又は体系的構成に制作者の何らかの個性が表れて」いることをいう^{30 31}。

ビッグデータは、データ要素間の関係が事前に定義されず、また多くの場合、データがコンピュータやセンサーによって自動的に蓄積される。そのため、データベース作成者が事前にデータ要素間の関係を定義する構造化データよりも、選択や体系的構成についての選択の幅が狭く、作成者の

³⁰ 旅nesPro事件高裁判決(知財高判平成28年1月19日平26(ネ)10038号)。従来、創作性概念は「著作者の個性が表れていること」と理解されてきたが、事実的編集物(電話帳、住所録など素材が事実、データからなる編集物。横山[2003]139頁)を編集著作物として保護することに伴って、編集著作物に含まれる情報内容の正確性や情報検索の効率性・機能性(客観的創作性)を創作性概念に取り込む必要が生じた(横山[2003]153～156頁)。そこで、近時の学説においては創作性を「表現の選択の幅」と捉える見解が有力化している(横山[2003]156～161頁、中山[2014]65～66頁)。旅nesPro事件高裁判決は、これらの見解を折衷的に取り込んだものと評価しうる(同判決が両見解に親和的な文言を含むことを指摘するものとして、丁[2018]303頁参照)。

³¹ 著作物性の判断基準について、英国、アイルランドなど英米法系の国では、創作性ではなく、著作者が作品の作成に費やした人的・物的投資を基準に創作性を判断する「額に汗(sweat of the brow)の理論」が採用されていた。同理論を採用した法制度は、「データベースの法的保護に関する欧州議会および理事会指令(Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Database)」などによるEU域内の法統一の過程で、創作性を基準とする法制度に改められている(蘆立[2004]200～201頁)。EU司法裁判所も、同指令における創作性の解釈について、「データの作成に要した知的努力や技術(とは)…一切の関係を有しない」ことを確認している(Football Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others [2012] Case C- 604/10)。

また、米国では、英国法を継受して「額に汗の理論」を採用する裁判例と、わが国および大陸法系の各国と同様に創作性理論を採用する裁判例が対立していた(1909年に成立した旧米国連邦著作権法下での裁判例をまとめたものとして、蘆立[2004]18～25頁参照)が、1976年の米国連邦著作権法改正において、著作物の要件として創作的(original)であることが明示的に要求されたほか、連邦最高裁が「著作権成立の必須条件は、創作性である」と宣言したことによって、「額に汗の理論」は明確に否定された(Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service co., Inc., 499 U.S. 340 (1991))。

個性を表現する余地は限定されると考えられる。

たしかに、非構造化データであっても、どのようなデータをどのような分類項目で自動蓄積するかについて設定する段階や、蓄積されたデータを加工する段階において、個性を表現する余地は残されている³²。しかし、ビッグデータは、データの網羅性・悉皆性が高まれば高まるほど、より精度の高い分析が可能となることから、できるだけ多くの情報を定型的に収集しようとするため、結果として、収集する情報の設定や蓄積されたデータの加工の方法は画一化される傾向にある。そうした状況を踏まえると、多くのビッグデータの創作性は否定されるものと考えられるほか、特に網羅性・悉皆性が高く、汎用性のあるビッグデータであればあるほど、創作性を認める余地は減少すると考えられる³³。

以上より、ビッグデータは、データベースには該当するものの、データベース作成者の創作性を表現する余地は限定的であることから、多くのビッグデータについては、著作物性が認められないと考えられる。

5. 著作物に当たらない財産的データの保護手段

それでは、著作物に当たらない財産的データは何らの法的保護も認められないのであろうか。

経済財としての情報の性質についてみると、情報は通常の財と異なり、複製が可能かつ容易であり、複製しても元のものが破壊されないという性質をもつ³⁴。そのため、情報の複製と伝達にかかる費用を除けば、情報の利用に関する社会的限界費用はゼロであり、社会的効率の観点からは、ひ

³² 上野 [2017] 31～32頁参照。

³³ こうした議論は、わが国においても、データベースの著作物が創設された1986年の著作権法改正の時点で、すでに存在していた(金子 [1985] 12頁)。こうした一見矛盾した状況は、著作権法によるデータベース保護の限界とされている(中山 [2014] 143頁、金子 [1985] 16頁)。また、こうした限界がある以上、およそデータ収集行為の保護は著作権法に馴染まないとの指摘もある(田村 [2001] 25頁)。

³⁴ 野口 [1974] 40～43頁、ツェヒ [2015b] 73頁。

とたび生産された情報は無料で公開されることが望ましい³⁵。しかしながら、情報の無償公開を前提とすると、データ生産者の投下資本の回収が困難となり、私的主体による情報生産のインセンティブが著しく減殺されるため、情報の生産に関する社会的効率の観点と情報の利用に関する社会的効率の観点が対立すると指摘されている³⁶。

また、知的財産法学においても、データベースのように、網羅性・悉皆性に価値の根拠があるデータは、データ収集投資の額が膨大になりがちであるにもかかわらず、著作権による保護が否定されやすく、立法等を通じてデータ収集に向けた投資を行うインセンティブの維持などを図るニーズが存在すると考えられている³⁷。

このように、データの法的保護に当たっては、情報の円滑な流通という社会的便益と、データ生産者の投下資本回収という私的なインセンティブとの調和が重視されるべきである³⁸。

この点について、日本・米国・EUでは、それぞれ異なる法的根拠に基づいた裁判例または立法例が存在する。本節ではこれらの裁判例・立法例を比較対照し、財産的データの保護における考慮要素を整理する。

(1) わが国における議論

わが国では、著作物に当たらない財産的データについて、これによって

³⁵ こうした点で、「情報は公共財である」と指摘されることもあるが、情報は秘匿または知的財産法上の保護によって排除可能性をもつ可能性があることに留意する必要がある(野口[1974]41頁参照)。

³⁶ 野口[1974]40～43頁、早川[1986]42頁参照。

³⁷ 田村[2001]25頁、中山[2014]143頁参照。もっとも、近時の情報技術の進展に伴い、データ収集にかかるコストが低下していることから、データ収集に向けた投資に対してインセンティブを付与する必要性は低下してきているとの指摘もある(ツェヒ[2015b]81頁)。また、ツェヒ[2015b]81頁は、データを作成した者に排他権を認める主要な根拠として、i) データ把握(収集)にかかるインセンティブの付与、ii) 秘密の情報財を公開するインセンティブの付与、iii) 情報財に排他性を付与し取引対象とすることにより、市場を創設する効果、iv) データを巡る利益の帰属の明確化を掲げる。

³⁸ 同様の指摘をするものとして、梅谷[1999]4～6頁参照。

生じる利益が不法行為法(民法709条)上の「法律上保護される利益」に当たらないかが議論されている。なお、財産的データの不正使用行為が不法行為に当たる場合でも、損害賠償請求しか認められず、差止請求を認めることは現行法上不可能である。

イ. 裁判例の展開

(イ) 翼システム事件

著作物に当たらない財産的データに関する裁判例としては、翼システム事件(東京地裁平成13年5月25日中間判決判タ1081号267頁)が知られている³⁹。同事件では、自動車整備用システムに使用される創作性のないデータベースの無許諾複製行為が、不法行為に当たるかどうかが問題となった。

東京地裁は、まず、不法行為に基づく請求一般について、「不法行為の成立要件としての権利侵害は、必ずしも厳密な法律上の具体的権利の侵害であることを要せず、法的保護に値する利益の侵害をもって足りる」として、著作物に当たらないデータによって生じる利益に対する侵害が、不法行為を構成する余地を認めた。そのうえで、データベースの無許諾複製について、i)「人が費用や労力をかけて情報を収集、整理」して作成したデータベースであり、ii)その者が「データベースを製造販売することで営業活動を行って」おり、iii)「そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、販売地域と競合する地域において販売」している場合には、他人の営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合があるとした。そのうえで、翼システム事件については、原告が、i)データベースの開発に5億円以上、維持管理に年間4,000万円もの費用を支出していること、およびii)原告・被告共に自動車整備用システムを全国で販売しており、iii)販売地域が競合することを根拠に、原告の請求を認容している。翼システム事件は、著作物性のないデータベースの無断複製・使用行為について、客体であるデータの性質(データの収集・整理に対する人的・物的投資の有無)と、侵害行為の態様に関する事情(使用方法の不公正さ、原告と被告の競業関係など)を考慮要素として、不法

³⁹ 同事件に対する主要な評釈として、東海林[2003]160～161頁参照。

行為の成立を認めたものと評価されている⁴⁰。このうち、前者は、不法行為による保護が、創作性を根拠としてデータに保護を及ぼす著作権とは異なり、データ収集に向けた投資を根拠とすることを示している。また、後者について、原告と被告の競業関係を要求した趣旨は明らかではないものの、不法行為による保護対象を、市場において投資の回収を予定しているデータベースに限定し、かつ、規制対象をこの投資回収の機会を直接害する行為に限定しようとしたものであると評価されている⁴¹。翼システム事件の後、北朝鮮映画事件（本節(1)イ.(ロ)参照）までの間に、著作物に当たらない財産的データについて不法行為の成否が争われた事件は複数存在したが、その判断には揺らぎがみられた⁴²。

(ロ) 北朝鮮映画事件

翼システム事件の10年後、最高裁判所は、北朝鮮映画事件（最高裁平成23年12月8日判決民集65巻9号3275頁）において、わが国著作権法上保護されない著作物の不正使用への不法行為法の適用を否定した。もっとも、この判例の射程については、争いがある。

この事件は、未承認国である朝鮮民主主義人民共和国で製作された映画

⁴⁰ 上野 [2012] 12頁参照。

⁴¹ 蘆立 [2001] 26～27頁参照。ただし、翼システム事件の示した一般論に対しては、実際に裁判所が考慮した要素をすべて包含しておらず、実際には、i) 原告と被告のデータベースの目的および機能における競合関係、ii) 両データベースの販売時期の異同、iii) 複製されたデータの量、iv) 被告による独自の投資の有無を考慮して判断されたとみるべきとの指摘もある（蘆立 [2001] 27頁参照）。また、こうした裁判所の事実認定のあり方は、被告による無許諾使用行為によって害される原告のインセンティブの程度を実質的に考慮したものと考えられ、本節(2)イ. で述べる等価性テストとの類似性を指摘できる。

⁴² 例えば、平成14～16年にかけて下された東京地裁における判決（サイボウズ事件〈東京地判平成14年9月5日判時1811号127頁〉、ケイコとマナブ事件1審判決〈東京地判平成16年3月30日平15(ワ)285号〉等）は、不法行為の成立を「特段の事情」のある場合に限るなど厳格に解釈する傾向があったのに対し、平成17年、同18年の知財高裁の判決（YOL事件控訴審判決〈知財高判平成17年10月6日平17(ネ)10049号〉、通勤大学事件控訴審判決〈知財高判平成18年3月15日平18(ネ)10095号・10107号・10108号〉）は不法行為の成立を広く肯定している（前田 [2016] 230～231頁参照）。

(以下、「本件映画」という。)の一部を、テレビのニュース番組において無許諾で放送した行為について、著作権侵害および不法行為の成立が争われた事案である⁴³。最高裁は、「著作権法は、著作物の利用について、…著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定めて、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている」ため、わが国著作権法の保護が及ばない著作物の利用行為は、「同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害する等の特段の事情がない限り」、不法行為を構成しないと判示した⁴⁴。

さらに、「著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害する等の特段の事情」として、原告の営業の自由が害されたといえるかが争われたが、被告の放送行為が、ニュース番組のなかで、2時間を超える本件映画のうち、合計2分8秒間分を放送したものに過ぎないことを考慮し、「本件放送が自由競争の範囲を逸脱し、…原告…の営業を妨害するものとは到底いえない」と判示している。

最高裁が、結果として著作権の保護の及ばないデータの無許諾使用行為について不法行為に当たらないと判断したこともあり、北朝鮮映画事件後の下級審判例で、同行為が不法行為に当たると判断したものは存在しない。しかし、同事件の判決は、自らその射程を「(著作権法6条)各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為」に限定しており、創作性を欠くなどの理由により、そもそも著作物性が認められないデータの使用については、同判決の射程外であるとも考えられる。したがって、同判決が直ちに著作権によって保護されない財産的データの不法行為法による保護を一般的

⁴³ 著作権侵害に基づく請求について、最高裁は、わが国が国家として承認していない国(未承認国)の著作物は、著作権法6条3号のいう「条約によりわが国が保護の義務を負う著作物」に当たらないとして、わが国における著作権の成立を否定している。

⁴⁴ 判旨のように、特別法がある領域では、特別法が保護すべき対象の外延を定めていると解する見解は学説上もみられる。例えば、潮見[2011]91頁は、何が不法行為を構成するかという態度決定に当たって、特別法(適用領域が限定されている法)は、その規律対象となる分野における当事者間の権利利益、公共の利益などを考慮し、不法行為類型の完結的な選択・決定を行っているため、特別法の態度と矛盾するかたちで一般法(適用領域が限定されていない法)たる不法行為法がこれを補充することはできないと論ずる。

に否定したと解することには、慎重であるべきである⁴⁵。

ロ. 学説の検討

以上の議論について、民法学の見地からは、不法行為法によるデータの保護の問題を、「生成途上の権利」という概念を用いて整理する見解が示されている。

こうした見解は、特別法が制定されない限りいかなる利益も不法行為法上保護できないとすることは、過度に硬直的であり、不法行為法は、現行法上権利として承認されてはいないものの、保護法益として容認されるべき財産的価値(生成途上の権利)を保護する役割を果たしうると考える⁴⁶。この見解によると、本節で検討してきたデータベースの不法行為法による保護に関する議論は、『データ収集に向けた投資』が生成途上の権利として不法行為法上保護されるか、という問題として位置づけられる。また、こうした見解は、生成途上の権利の保護を検討するに当たって、対立利益(情報の共有財としての性格など)との緊張関係を調整する必要がある、調整に当たっては、知的財産法その他の特別法の視点を参照することが考えられるとしている⁴⁷。

こうした民法学からの指摘を踏まえ、知的財産法学においては、問題となる事案ごとに著作権法の態度決定を類型化して分析する動きがみられる。例えば、同志社大学の山根崇邦教授は、北朝鮮映画事件における未承認国の著作物のように、著作権法6条の反対解釈によって「わが国著作権法の適用範囲から完全に除外」されているものの無断使用については、不法行為法においてもその保護を否定すべきであるとする。これに対し、4節で述べた網羅性、悉皆性の高いデータベースの無断使用については、「著作権法や不正競争防止法が網羅型のデータベースを無断利用する行為に

⁴⁵ 上野 [2012] 17頁、山根 [2014] 380頁、上野 [2018] 27～28頁参照。このほか、北朝鮮映画事件判決は、データ利用を巡る取引社会における公正な秩序維持を目的とした不法行為法による保護までは否定していないとし、本節(2)で述べるミスアプロプリエーションの理論と同様の趣旨に基づいて不法行為の成立を認めることまでは否定していないとの見解もある(荒井 [2017] 91頁参照)。

⁴⁶ 窪田 [2006] 740～741頁参照。

⁴⁷ 窪田 [2006] 743頁、窪田 [2009] 46頁参照。

について、自由に認めるべきだとする態度決定を示しているといえるかどうかは疑わしい。むしろ、規律の欠缺があると考えられているように思われる。」と評価し、知的財産法の態度決定が明確でない以上、データ収集に向けた投資を、著作権の保護の対象とは異なった法益とみて、不法行為法を適用する余地があると指摘する⁴⁸。このような立場に立てば、データベース、ひいてはビッグデータの財産的価値は「生成途上の権利」に該当しえ、これらの価値を不正に利用する行為について、不法行為法の適用が可能となる⁴⁹。

もっとも、どのような行為があれば、データ収集に向けた投資という利益が害されたと評価できるかは別途の検討を要する。すなわち、収集されたビッグデータのうち、ごく一部のデータが不正に取得された場合まで、同利益が侵害されたと評価することは難しく、ビッグデータの全体または相当量が不正に取得された場合に限って、不法行為の成立を認めるべきとも考えられる⁵⁰。

ハ. 小括

以上のとおり、わが国には、すでに財産的データの不正使用が不法行為に該当するとした裁判例が存在し、ビッグデータの不正使用行為に対して損害賠償を請求する余地がある。講学上は「生成途上の権利」の不法行為法による保護として論じられており、こうした見解によれば、財産的データが不法行為法上保護されるかどうかは、財産的データの自由利用を積極

⁴⁸ 山根 [2014] 379頁。

⁴⁹ なお、北朝鮮映画事件では、原告著作物のわが国著作権法による保護を否定したうえで、なお原告の営業上の利益(同映画を自ら上映することによって得られる利益など)が、「著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益」(以下、「保護された利益」という。)に該当するかを問題にしており、「生成途上の権利」論に類似した構成を採っている。

⁵⁰ 田村 [2018b] 30頁参照。このほか、北朝鮮映画事件の調査官解説は、営業の自由は「保護された利益」に該当しうるとしつつ、同事件の判旨が、ニュースにおける映画の放送時間の長さなど、放送行為の具体的な態様を評価してこれを否定したことに言及し、不法行為の成否と不正取得されたデータのデータ全体に対する割合との関係性を指摘する。もっとも、データ全体のうちどの程度の割合を使用した場合に不法行為が成立しうるかは、明言を避けている(山田 [2014] 734頁)。

的に認める旨の知的財産法の態度決定がなされているか、あるいは規定の欠缺に過ぎず不法行為を適用する余地があるといえるかによって異なると考えられる。

もっとも、いかなる態様での財産的データの不正使用であれば、不法行為の成立を認めることができるかについては、裁判例の集積が十分でなく、必ずしも明らかではない。ひとまず、翼システム事件等の下級審判決が示した、i) データの収集、整理に対する人的・物的投資の有無と、ii) 原告と被告の競争関係、あるいは、北朝鮮映画事件においてみられたiii) データの全体量に対する使用されたデータの割合といった要素が、主として参照されることとなろう。

(2) 米国における議論

イ. ミスアプロプリエーションの理論の概要

米国では、合衆国法典 (U.S. Code: U.S.C.) 第17章 (以下、「連邦著作権法」という。) が著作権について規定しているが、これらの規定によって保護されない情報の不正使用に関するコモン・ロー上の法理として、ミスアプロプリエーション (misappropriation: 不正流用) の理論が存在している⁵¹。

ミスアプロプリエーションの理論は、ニュース通信社間でのスクープの剽窃に関する紛争 (International News Service (INS) v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918). 以下、同事件を「INS 事件」という。) で初めて適用され⁵²、

⁵¹ ミスアプロプリエーションとは、ある者が収集し、流布させた著作権法上保護されない情報またはアイデアを、第三者が競争上の利益を得るために、不正に、収集者の意思に反して使用することをいい、「種を播かないところから刈入れをする」とも表現される (International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215, 239-40 (1918))。

⁵² INS 事件当時は、時差の関係で、東海岸で発行された速報や早刷版を入手し、これに掲載された記事を、西海岸の新聞社に伝達すれば、西海岸での新聞発行までに記事を差し替えることが可能であった。同事件は、これを利用した通信社間でのニュース剽窃の是非が争われたものである (同事件を解説した主要な邦語文献として、小泉 [1994] 120～127頁、茶園＝小泉 [1995] 309～310頁、梅谷 [1999] 108～109頁、蘆立 [2004] 168～170頁などがある。)

i) 原告と被告が競争関係にあること、ii) 原告がその情報の収集にかなりの技能・労力・賃金を費やしていること、iii) 被告がその情報を使用することで商業上不正な利益を得ていることを要件に、データの不正使用行為に対する差止請求および損害賠償請求を認める理論として理解された⁵³。また、INS事件判決が、不正使用されたニュースの商品価値が認められる一定の期間に限って被告による同ニュースの使用差止めを認容したことから、使用された情報の価値が短期間しか存続しないこと(裁判例上、“hot news”または“time-sensitivity”などと称される。以下、「ホットニュース」という。)も要件であると解する見解が有力である⁵⁴。

現在は、ミスアプロプリエーションの理論の適用に当たって、連邦法による専占(preemption)が問題となっている。連邦法による専占とは、連邦法が国の最高法規であることから(合衆国憲法第6編2項)、連邦法に違反する州法は無効となるとする法理である。特に、1976年の連邦著作権法改正において、「著作権の一般的範囲内の排他的権利に相当する…すべての権利」について連邦著作権法による専占が認められてからは(17 U.S.C. 301(a))、ミスアプロプリエーションの理論が、同条に反しないかが問題となっている⁵⁵。この点について、合衆国第2巡回区控訴裁判所は、ミス

なお、本件は、一般コモン・ロー(連邦裁判所が州法から離れて形成する、連邦全体に共通する判例法。Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938)において否定された。詳しくは、浅香[1995, 1996]参照)上の不法行為に関する判例であり、その先例拘束力は失われているが、ミスアプロプリエーションの理論それ自体は、一部の州裁判所で州法上の理論として存続している(小泉[1994] 125~126頁、蘆立[2004] 171~172頁)。

⁵³ 米国不法行為法における原告の救済方法は損害賠償が基本だが、例外的に差止めなどの作為、不作為を命じる判決も許容されている(平野[2006] 133頁参照)。

⁵⁴ Ginsburg [1997] pp.162-163.

⁵⁵ 連邦著作権法301条(a)の条文は以下のとおり。

「著作者が作成した著作物…に対する、第106条に定める著作権の一般的範囲内の排他的権利に相当する普通法または衡平法に基づくすべての権利は、1978年1月1日以後は、本編の排他的な支配を受ける。その後は、いかなる者も、コモン・ローまたは州の制定法に基づく上記著作物に対する上記の権利またはこれに相当する権利を受けることができない。」

アプロプリエーションの理論のすべてが専占によって直ちに無効となるわけではないが、同理論による保護を受けるためには、以下の考慮要素を満たす必要があると判示した（National Basketball Association (NBA) v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997). 以下、同事件を「NBA 事件」といい、以下の考慮要素を「NBA テスト」という。）⁵⁶。

- i) 原告が費用を負担して情報を創作、収集していること
- ii) 情報の価値が時間の経過の影響を受けるもの（time-sensitive）であること（ホットニュース）
- iii) 被告の情報の使用が原告の努力に対するフリーライドを構成すること
- iv) 被告の事業が原告によって提供されている製品やサービスと直接の競争関係にあること
- v) フリーライドを認めた場合、その製品やサービスの存在または質を脅かすほど創作のインセンティブを減少させること（等価性テ

なお、1976年の連邦著作権法改正以前にも、合衆国憲法第6編第2項それ自体を根拠として、連邦知的財産法が保護を認めていない無体物について、州法が独自の保護を与えることが許されるかが争われてきた（蘆立[2004]182～184頁参照）。この間の代表的な裁判例として、Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225 (1964) および Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc., 376 U.S. 234 (1964) がある。

⁵⁶ NBA, 105 F.3d 841, 845. NBA 事件は、被告が、原告の主催するバスケットボールの試合情報を、原告の許諾なくポケット・ベルを通じて顧客に同時送信した行為に対し、原告が差止めおよび損害賠償請求を提起したものである。被告による試合情報の配信行為は、NBA テストのうち i)、ii) については充足するものの、被告は、原告の情報提供サービスに依拠せず、自らの人的資源を投下して試合情報を収集して送信しており、被告の行為はフリーライドを構成せず iii) を充足しないと判断された。また、原告は将来において試合情報のポケット・ベルを通じた配信を計画していたが、現在の競業関係はないため iv) も充足しないほか、被告の配信行為が、原告の製品およびサービスを脅かしている（例えば、試合情報の配信が、試合観戦や試合のライブ中継に代替されているなど）とする証拠は認められず、v) を充足しないとされ、原告の請求は棄却されている（*Id.* at 858）。なお、各考慮要素の翻訳は蘆立[2004]189頁によった。

スト)

NBA事件以降、ミスアプロプリエーションの理論は、連邦著作権法301条(a)のもとでも存続しているものの、その適用範囲はNBAテストを基準としたごく限られた範囲にとどまると理解されている。同事件に先立って改版された不正競争法リステイトメントにおいても、ミスアプロプリエーションの理論は「長く生き続けてはいるが…持続的効力をほとんど有していない」と評されている⁵⁷。

ロ. ミスアプロプリエーションの理論の近時の展開

(イ) NBAテストの展開

NBA事件から10年余りの間に、情報通信技術は飛躍的に向上し、高度情報化社会においてミスアプロプリエーションの理論をどのように適用するかが問題となっている⁵⁸。ここでは、代表的な事例として、いわゆるニュースアグリゲーター (newsaggregator: 複数の情報源からニュースを集め、ひとつのウェブサイトで表示するサービス) が他のニュースサイトのデータを無断で使用したことについての判例 (Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc., 650 F.3d 876, 892 (2d Cir. 2011)). 以下、同事件を「Fly事件」という。)を紹介する。

Fly事件は、ニュースアグリゲーターである被告 (Theflyonthewall.com) が、顧客に対して提供するニュースフィード (第三者が発信した金融ニュースを、分類、要約して会員に通知するサービス) において、原告ら (Barclays Capital Inc., Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc., and Morgan Stanley & Co. Inc.) の発行したレコメンデーション (特定の銘柄への投資を推薦するメッセージ。本文は短文だが、詳細なりサーチレポートが添付されることもある。) を許諾なく使用したとして⁵⁹、原告らがミスアプロ

⁵⁷ 不正競争法リステイトメントの訳は、茶園＝小泉[1995] 308頁によった。

⁵⁸ NBA事件以降の裁判例の展開をまとめたものとして、Ekstrand [2015] pp.159-178がある。

⁵⁹ 原審では、被告サイトにおいて、原告らが作成した17のリサーチレポートの大部分が引用されたとして、著作権に基づく差止めおよび損害賠償請求も併合提起された。同請求は原判決で認容され、その後、控訴なく確定した。

リエーションの理論に基づく差止めおよび損害賠償請求を行ったものである⁶⁰。原審は、ミスアプロプリエーションの理論を適用し、原告の請求を認容したが、被告は、これを不服として控訴した。

合衆国第2巡回区控訴裁判所は、ミスアプロプリエーションに関する請求について、NBAテストは、事例判断であり傍論 (*dictum*) に過ぎないとしてこれを採用せず、i) 事実的情報の時間の経過に影響を受ける価値(ホットニュースの価値)について、ii) 被告のフリーライドが認められ、iii) 原告によって提供される製品またはサービスの存在自体が脅かされるかどうかを基準に判断すべきであるとした。

そのうえで、裁判所は、以下の2つの理由から、被告の行為はミスアプロプリエーションを構成しないとして、原審を破棄し、差し戻した。

- a) 争点となっているレコメンデーションは、専ら専門知識と経験に基づいて作出されたもので、単純な労力、賃金などを費やして得た要素ではないため、その付加価値はミスアプロプリエーションの理論より、むしろ著作権法の範囲内で保護されるべきである。
- b) 被告は原告のレコメンデーションから得たニュースを、被告独自のものとして提供するのではなく、情報源への帰属情報を付して提供していることから、原告の利益が被告に不正流用されたとまで評価することはできない(むしろ、こうした情報の価値は、権威ある金融機関や、そのアナリストへの帰属情報が根拠となって生じている)^{61 62}。

Fly事件判決は、ミスアプロプリエーションの理論の判断に当たって、

⁶⁰ *Barclays Capital Inc.*, 650 F.3d 876, 881-85.

⁶¹ 被告が情報元の帰属情報を付して、他社の情報を流用する行為について、合衆国第2巡回区控訴裁判所は、「伝統的な報道機関がトニー賞の受賞やNBAの試合結果を報道することとの間に、有意な差を見出すことはできない」と評価している。

⁶² 裁判所は、ニュースアグリゲーターに関する紛争において、「ホットニュース」のミスアプロプリエーションが適用されうる事例として、あるニュースアグリゲーターが他のニュースアグリゲーターの記事を引用した場合には、同法理の適用がありうるとしている。

これまで先例拘束力のある判決理由 (*ratio decidendi*) と考えられていた NBA テストを、傍論であると評価したことが注目されている⁶³。同判決が NBA テストを傍論とした背景には、NBA 事件以降、ミスアプロプリエーション理論の適用を主張するために、無理矢理 NBA テストに事案を適合させようとする主張が多く、これらの主張が、「常に容易に理解できるものではなく、かつ、常に技術的に正しいものでもなかった」ことがあるとされている⁶⁴。

Fly 事件判決が採用したテストは、前述の ii) および iii) を中心に抽象的であり、その外延が不明確なものとなっている。もっとも、同判決の判決理由は、「専占の例外の狭さ」という項目を設けて、現在、ミスアプロプリエーションの理論は一部の州の下級審裁判例において極めて限定的に認められているだけであることや、州法コモン・ロー解釈の違いによって同理論の適用を広範にしてしまうと、ニュースアグリゲーターの活動に対する法的評価が州によって異なってしまう、問題があることなどを指摘し⁶⁵、同理論に対して否定的な態度を示している^{66 67}。判決理由のこうした姿勢を捉えて、「Fly 事件判決は事実上ミスアプロプリエーションの理論を

⁶³ Miranda [2012] p.1095 参照。

⁶⁴ *Barclays Capital Inc.*, 650 F.3d 876, 898.

⁶⁵ *Id.* at 899.

⁶⁶ また、Fly 事件判決は、「州によって法的評価が異なる現象こそ、1976年の連邦著作権法改正で起草者が最小化しようとしていたことであり、各州コモン・ローの解釈に委ねられる範囲を限定すべきである」とも指摘している (*Id.*)。

⁶⁷ なお、本事件では、ツイッター社とグーグル社が、被告側の法廷助言者 (*amicus curiae*) として意見書 (*amicus brief*) を提出し、ミスアプロプリエーションの理論の否定を求めている。データの活用を積極的に進めている両社だが、同時に大量のデータを自己のアプリケーションを通じて収集しているアグリゲーターでもあるため、ミスアプロプリエーションの理論の拡大・不明確化については否定的な立場を採っていることがうかがえる。なお、イリノイ州第1地区控訴裁判所は、州法コモン・ローにおけるミスアプロプリエーションの理論それ自体の判断は、州裁判所の専権事項であり、連邦裁判所はこれに立ち入らないとした。 *Amici Curiae Supporting Reversal at 3, Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com*, No.10-1372-cv (2d Cir. June 22, 2010).

否定している」とみる見解もある⁶⁸。

(ロ) 各州における判断の不統一

Fly 事件がミスアプロプリエーションの理論を事実上否定したと評する見解がある一方、一部の州では、なお同理論の成立を認める裁判例がみられ、同理論の適用状況はいまだに軌を一にしていない。

例えば、Chicago Bd. Options Exch., Inc. (CBOE) v. Int'l Sec. Exch., LLC, 103 U.S.P.Q.2D (BNA) 1313, 2012 IL App (1st) 102228 では、原告ら (Chicago Board Options Exchange Inc., CME Group Index Services, L.L.C., and the McGraw-Hill Companies Inc.) が、被告ら (International Securities Exchange, L.L.C., and the Options Clearing Corporation) が作成、公表した投資指標は、原告らが作成している投資指標 (ダウ平均株価、S&P500) を許諾なく使用して作成されたものであるとして、同指標の公表の差止めおよび損害賠償を請求したのに対し、被告らは、原告らの主張は、連邦著作権法の専占により無効であると主張した。

イリノイ州第 1 地区控訴裁判所は、連邦著作権法301条の解釈について、「ミスアプロプリエーションの理論による保護は、必ずしも著作権による保護と同質とはいえず、著作権の一般的範囲と異なる根拠づけによって適用される限り、連邦著作権法の専占により無効とはならない」と判断した。

そのうえで、裁判所は、原告の主張が連邦著作権法の一般的範囲に含まれるかについて、「原告らの投資指標は、公表後、広く公衆にコピーされることを前提としており、こうした性質に鑑みると、原告の主張は、連邦著作権法上の複製権侵害に基づく主張とは異なるものと考えられる。むしろ、原告らの主張は、被告らが自身の利益のために原告の投資指標に関連する研究、専門知識、評判、およびのれんを許諾なく使用したことを前提としたもので、著作権の一般的範囲に含まれない主張であるところ、この主張は、連邦著作権法の専占により無効とはならないと解される」と判断し原告の請求を認容している⁶⁹。

⁶⁸ Balganesch [2012] p.141 参照。

⁶⁹ また、同裁判所は、1976年の連邦著作権法改正時の資料 (H.R. Rep. No. 94-1476, at 132 (1976)) を引用し、「州法には、競争者によるあらゆる『ホット・ニュース』(二

ハ. ミスアプロプリエーションの理論によるビッグデータ保護の可能性

データベースやビッグデータにおいて収集・蓄積される情報は、ホットニュースに該当する情報に限られない。このため、ミスアプロプリエーションの理論によるデータベースやビッグデータの保護を検討する場合、同理論の要件としてホットニュースが必須のものであるかが問題となる。

この点について、NBA事件は、ミスアプロプリエーションの理論による保護が連邦法の専占に当たらないとするためには、ホットニュースに該当することが必須であるとしていたほか、NBAテストを傍論として退けたFly事件においても、ホットニュースを重要な考慮要素としている。また、学説上も、『ホットニュース』は、権利主張者の請求が、編集著作物としての保護と異なる性質の権利主張であることを根拠づけるのに必要な概念である」として、ホットニュース該当性はミスアプロプリエーションの理論の適用に当たって必須の要件であるとする見解が有力である⁷⁰。

これに対し、ミスアプロプリエーションの理論において、「ホットニュース」は必要条件ではないとして、データベースやビッグデータに対する同理論の適用を肯定する見解もみられる⁷¹。こうした見解は、本節(2)イ.で述べたINS事件のような、情報の速報性が重視されるビジネスにおいては、投下資本の回収の妥当な機会は、1日あるいは数時間に限定されるが、データベース市場などデータの長期にわたる蓄積が重視されるビジネスにおいては、データの収集に向けた投資の回収には、より多くの時間が必要となることを挙げ、「ホットニュース」の要件を一般化するべきではなく、個別具体的な事案に応じた判断が必要であると主張している⁷²。

ューズ、科学、ビジネス、または財務的なデータベースからの最新のデータ更新)の不正使用に対する柔軟性のある救済が求められている」とも付言している(CBOE, 103 U.S.P.Q.2D (BNA) 1313, 2012 IL App (1st) 102228, 1319-1320)。なお、1976年の連邦著作権法改正時の当該資料およびこれに関する議論については、土井[1981] 11~18頁参照。

⁷⁰ Ginsburg [1997] pp.162-163.

⁷¹ Djavaherian [1998] {30}-{31}.

⁷² 最近の議論においても、データの性質に応じた個別具体的な判断を志向する見解は存在する。例えば、Ekstrand and Roush [2017]は、ミスアプロプリエーションの理論に関する議論の核心は市場の失敗の防止にあるとし、「個別のデータおよび事実

二. ミスアプロプリエーションの理論に対する批判

一方、ミスアプロプリエーションの概念それ自体や要件の意義が極めて曖昧であり、データの利用を萎縮させるおそれがあるとして、ミスアプロプリエーションの理論自体を否定すべきと主張する見解もある⁷³。

Posner [2003] は、知的財産へのフリーライド行為は、フリーライドされた側の同知的財産へのアクセスを奪うわけではない点で、有形財の窃盗とは明らかに異なっており、知的財産へのフリーライド行為は必ずしも否定されるべきものではないと指摘する。このような特徴から、どのような態様のフリーライド行為を規制すべきかの判断が困難であるため、ミスアプロプリエーションの理論の適用は、個別の事案に応じた判断によらざるをえない。こうした不明確な規範は、データの利用に萎縮効果を与え、結果的に、情報の自由流通を阻害する可能性があるとする⁷⁴。

また、こうした見解は、仮にミスアプロプリエーションの理論を存続させようとするならば、規範を明確化させる観点から、連邦法として規定することが望ましいものの、知的財産の使用に関するフリーライド規制の明文化は困難であり、極めて複雑な規定となるおそれがあるとする⁷⁵。そのうえで、究極的にはミスアプロプリエーションの撤廃こそが、最も法の明

を再利用して新製品の開発などを進めることを認め、これにより新事業の取引コストを低減させ、パブリックドメインを増加させることと、このようなデータへのフリーライドを規制すること（により、データの収集に向けた投資インセンティブを与えること）との比較衡量」によって不法行為の成否を判断すべきであると論じる。こうした見解に立つ場合、これまで裁判所が示してきた考慮要素（ホットニュースを含む）を、事案に応じて組み合わせ、原告と被告の利害を比較衡量することとなる（*Id.* at pp.17-18）。

⁷³ Posner [2003] pp.626, 637-638.

⁷⁴ *Id.* at pp.624-625, 638-639. もっとも、不明確な規範によって無体物を保護することによる悪影響は、古くから指摘されている。例えば、INS事件のブランドイス判事反対意見は、「社会が複雑化するにつれて、公共の利益は遍在する」ことを理由に、「裁判所による私権の創造または認定は、権利の境界が明確化され、これが遵守されない限り、公共に重大な損害を及ぼす可能性がある」とし、ニュースに何らかの法的保護を認めるとしても、あくまで立法によるべきであり、裁判所による類推解釈や拡張解釈によるべきではないと論じている。

⁷⁵ *Id.* at pp.639-640.

確性を確保し、社会厚生を最大化することに寄与するとしている。

ホ. 小括

ミスアプロプリエーションの理論は、フリーライド規制の一般理論として発達したが、判例変更や法改正を経て、その適用範囲は限定的なものとなっている。近時の高度情報化を背景に、改めて、同理論の適用範囲が問題となっており、連邦裁判所は、同理論の適用に消極的な姿勢を示しているものの、明確に否定してはならず、一部の州裁判所では、いまだに同理論の適用を認める裁判例が存在するなど、その判断は軌を一にしていない。

こうしたなか、ビッグデータの財産的保護に関しても、ミスアプロプリエーションの理論を応用すべきとの見解が一部の学者から主張されている。しかし、不明確な規範がデータ市場における取引を萎縮させる可能性を指摘する見解が根強く、同理論の適用範囲の拡大には消極的な立場が有力である。

(3) EUにおける議論

本節(1)および(2)で述べたように、日米両国において、著作権によって保護されない財産的データは、特定の使用行為を不法行為の適用対象とすることで限定的に保護されており、行為規制型の保護を採用したと評価できる。

これに対し、EUは、1996年、欧州議会において、「データベースの法的保護に関する欧州議会および理事会指令 (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Database)」(以下、「データベース指令」という。)を採択し⁷⁶、データベース

⁷⁶ EUの諸機関は、EUの権限を行使するために、法令行為(legal act)として、規則(regulations)、指令(directives)、決定(decisions)、勧告(recommendations)および意見(opinions)を採択できる(EU機能条約288条1項)。指令は、各加盟国に直接適用される規則とは異なり、達成される結果のみが拘束力を有し、その結果を達成する手段と方法は、構成国の機関に任されている(同条3項。詳しくは、中西[2012]115～116頁参照)。

の著作権および著作権によって保護されないデータベースに関する排他的な権利として *sui generis* 権（「独自の権利」）を定め、権利付与型の保護を採用した点に特徴がある（データベース指令 7 条 1 項）⁷⁷。

このように、EU では、データの収集者に、同データに対する日米よりも強いコントロール権を認めている。一方で、データ収集者の過剰保護の結果として、データベースを構成する事実的情報の自由利用が阻害されるおそれが指摘されており、この点について、固有の議論が行われている。

イ. *sui generis* 権の概要

sui generis 権は、「データベースの作成者が、(一定の要件のもとで) データの抽出・再利用から保護される権利」である⁷⁸。同権利は、わが国における不法行為や米国におけるミスアプロプリエーションの理論とは異なり、データベースの作成者と使用者の間の競争関係を要件とせず、また権利の譲渡性も認められている（データベース指令 7 条 3 項）。

sui generis 権の要件は、i) データベース該当性と、ii) 実質的投資である（データベース指令 7 条 1 項）。これらの要件を充足するデータベースの作成者（maker of database）は、データベースの内容の、全部あるいは実質的な部分（substantial part）について、データの抽出・再利用（extraction and/or re-utilization）を禁止する権利を得る。同権利の保護期間は15年である（データベース指令10条）。

(イ) データベース該当性

データベース指令 1 条 2 項は、データベースを「組織的分類法ないし系統的分類法に従って配列した収集物」と定義している。同条について、EU 司法裁判所（EU Court of Justice: EUCJ）は、「電子的・電磁的・電子光学的

⁷⁷ EU で *sui generis* 権が導入された背景として、i) 著作権による保護ではデータベースの要素を保護できないと考えられたことに加え、ii) 欧州のデータベース産業を振興し、米国の同産業と競合させる意図（データベース指令前文11、12参照）があったことや、iii) 不正競争規制によるデータベース保護を志向した場合、EU 各国の不正競争防止法の完全な統一が極めて困難であると考えられたことが指摘されている（Derclaye [2014] para.9.32）。

⁷⁸ Grosheide [2002] p.54（かっこ内は筆者）。

手段（中略）、またはその他の手段（インデックス、目次、または特定の分類計画ないし分類方法）」によって収集されていればよいと判断した^{79 80}。こうした基準によると、収集したデータを時系列順に並べただけでもデータベースに該当し、大半のビッグデータが、データベースに該当すると思われる。

(ロ) 実質的投資

データベース指令 7 条 1 項は、「コンテンツの入手 (obtaining)、検証 (verification)、または表示 (presentation) のいずれかに質的もしくは／および (and/or) 量的に実質的な投資 (substantial investment) をした」(以下、「実質的投資」という。) データベースの製作者に、*sui generis* 権の成立を認めている。

「実質的投資」の具体的な意義および基準について、EUCJはいまだ明確な判断を下しておらず、加盟各国の国内法の解釈に委ねられている。例えば、欧州委員会 (European Commission) が2005年に公表したデータベース指令の事後評価 (European Commission [2005]) では、表 2 の裁判例が紹介されているが、これらの裁判例の考慮要素を統一的に説明することは容易ではない⁸¹。

⁷⁹ Case C-444/02 *Fixture Marketing v. Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou AE (OPAP)* Judgment of 9 November 2004 ECLI:EU:C:2004:697. この判決では、サッカーの試合の対戦チームを、試合日時順に収集しただけのリストを、「組織的分類法ないし系統的分類法に従って配列した収集物」に当たると判断している。

⁸⁰ EUCJは、加盟各国の国内裁判所の訴訟過程において、EU法に関し不明な点が生じた際、その点についての質問を受け付け(付託)、これに対し、先決裁定 (preliminary ruling) という形式でこれに回答することとされている(中西 [2012] 239頁)。

⁸¹ なお、European Commission [2005]は、データベース市場に関する統計調査である *Gale Directory of Databases* を参照し、2004年の西欧におけるデータベースの新規登録数 (3,095件) は、データベース指令の内容が初めて加盟国の国内法に反映された1998年 (3,092件) とほぼ同数であって、EU拡大以前の全加盟国が同指令を国内法に反映させた2001年 (4,085件) と比較すると、むしろ減少していることを指摘している (*Id.* at pp.18-20, 24)。しかし、EU域内の出版産業からは、*sui generis* 権の存続が強く要求されたことから、同指令の改正はせず、運用によって対処する方針が支

表2 各国における実質的投資の判断

事件名 (判決日)	裁判所 (国)	「実質的投資」の程度についての判断
NVM v. De telegraaf (2000/9/22)	ハーグ地裁 (蘭)	数千個の不動産の情報を収集しアップ デートし続けることは「実質的投資」と 評価できる。
Algemeen Dagblad a.o. v. Eureka (2000/8/22)	ロッテルダム 地裁 (蘭)	新聞のヘッドラインは新聞出版事業の 副産物に過ぎず、「実質的投資」に当た らない。
baumarkt.de (1999/6/29)	デュッセルドルフ 控訴審 (独)	ビル建設の情報をウェブサイトに掲載 しただけでは、「実質的投資」に当たら ない。
Hit Bilanz (2005/7/21)	ドイツ最高裁 (独)	国内における音楽ヒットチャート (上位 10曲) を作成するためのデータ収集およ び検証は「実質的投資」に該当し、被告 の編集物 (印刷物およびCD-ROM) にそ の実質的部分が抽出されているとして、 <i>sui generis</i> 権の侵害を認定。

European Commission [2005] pp.11-12 を基に、筆者作成。

ロ. 情報の自由利用との調和

前述のとおり、*sui generis* 権はデータベースに対する一定の排他権を付与するものであるが、同権利を認める結果として、データベースを構成する事実的情報の自由利用が阻害されるおそれが指摘されている⁸²。こうしたなか、データベース指令の運用に当たっては、同権利に対する何らかの

持された (*Id. at pp.24-25*)。なお、2018年にはデータベース指令に関する第二回事後評価の結果が公表されている (補論1 参照)。

⁸² 実際、このような懸念から、初期のデータベース指令案においては、特定の事実的情報の唯一の出所であるデータベース (sole source database) について、同データベースを利用する正当な利益を有する者に対し、強制的に (一定の対価関係のもとで) 使用权を設定する規定が設けられていた (European Commission [1992] Article 8(1)) が、同規定は立法過程で取り下げられている。同規定が取り下げられた背景には、i) 情報の独占は、本節(3)ロ. (ロ) で述べる競争法上の法理によって規制可能であると考えられたほか、ii) 自身が作出したデータを独占的に自己のデータベースに収蔵しているデータベース作成者 (producers of “created” data) からの強力なロビイングがあったとされている (Derclaye [2004] p.407)。

制約を課し、情報の自由利用との調和を図る必要があると考えられている。以下、EUにおいてみられる2つのアプローチを紹介する。

(イ) 実質的投資の対象の限定

第1のアプローチは、データベース指令7条1項の「実質的投資」の意義を限定するものである。

a. 学説の議論：副産物理論 (spin-off doctrine)

学説では、投資の実質性の判断において、「データベースの創作に直接向けられたものでなく、主要な事業の実施のために費やされた投資は…投資の実質性判断においては考慮されない」とする見解（副産物理論：spin-off doctrine）が主張されている⁸³。データベース指令の制定根拠は、EUにおけるデータベース事業への投資促進にあり（データベース指令前文9～12参照）、これ以外の活動の副産物として生成される編集物は、これを生成するための新たな投資がなされていない以上、*sui generis*権の保護を認める必要がないことを根拠とする⁸⁴。

しかし、副産物理論に対しては、データベース指令7条1項の解釈から過度に乖離していることなどから、否定的な見解も示されている⁸⁵。

b. EU司法裁判所（EUCJ）の先決裁定

これに対し、EUCJは、データベース指令7条1項における「コンテンツの入手、検証、または表示」という文言の意義を明確化し、コンテンツの作出に向けた投資を実質的投資の対象から除外することで、一定のデータ

⁸³ 副産物理論は、オランダにおいてデータベース指令に対応する内国法として制定されたデータベース法 (Databankenwet) の制定過程において、「実質的投資の対象となる投資は、投資の第一の目標がデータベースそのものの作出に向けられている (primarily aimed at producing database) 必要がある (それ以外の事業のための投資は考慮しない)」と説明されたことが発端とされている (Hugenholtz [2003] p.2)。その後、他のEU加盟国 (イギリス、フィンランド等) においても副産物理論に類似した解釈を示す裁判例が現れたことについて、*Id.* at p.4 参照。

⁸⁴ *Id.* at p.5.

⁸⁵ Derclaye [2004] p.408.

ベースについて *sui generis* 権の成立を否定する解釈手法を採った (The British Horseracing Board Ltd. and Others v. William Hill Organization Ltd., [2005] 1 C.M.L.R 15 (ECJ), Case C-203/02. 以下、「BHB事件」という。)⁸⁶。

BHB事件は、英国競馬公社 (The British Horseracing Board Ltd. 以下、「BHB社」という。) らが、同社の会員である英国のウィリアム・ヒル社 (William Hill Organization Ltd. 以下、「WH社」という。) に対し、自社のレース関連情報を、許諾なくインターネット上に転載したとして、転載行為の差止めを請求したものである⁸⁷。BHB事件では、主にBHB社の関連会社であるウェザビーズ・グループ社 (Weatherbys Group Ltd.) が行った、競走馬や騎手のデータの登録、ハンディキャップの決定、各レースへの競走馬のエントリー受付 (約30名のオペレーターを利用) や出走資格の確認、ゼッケン番号の割当て等に対する人的・物的投資が、「実質的投資」の対象となるかが争われた。いずれの行為も自らレースの情報を作出する行為であったため、コンテンツの「入手」または「検証」にコンテンツの作出が含まれるかが問題となった。

EUCJは、データベース指令前文9～12を参照し、「(データベース指令7条1項の) 目的は、…情報市場の発展に寄与する、情報『蓄積』および情報『処理』システムに対する投資の保護を目的とした制度であり、コンテンツの入手にかかる投資とは、「既存の独立の素材 (material) を探索し、それをデータベースに収集するために使用された資源 (resource) に言及したものと理解されるべきであり、そうした個々の素材を作出 (creation) す

⁸⁶ なお、「コンテンツの入手、検証、または表示」という文言の意義が争われた先決裁定は、同時期に複数付託され (BHB事件のほか、Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB., [2005] Case C-338/02; Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab., [2005] 1 C.M.L.R 16 (ECJ), Case C-46/02; *Fixture Marketing*, Case C-444/02)、いずれも2004年11月9日に裁定が下されたが、本稿では、代表的な事案として、BHB事件を取り上げる。

⁸⁷ BHB社は、直近のレースに関連する各種情報 (レース前情報) を、賭博サービス会社を中心とした会員企業に提供していた。一般的な賭博サービス会社は、レース前情報を、オッズの決定やレース結果の予想に利用していたが、WH社は、レース前情報をそのまま転載したため、BHB社がWH社に対し転載行為の差止めを求めた。BHB事件の詳細については、蘆立 [2005] 477～481頁参照。

るために使用される資源について言及したものではない」と判示した⁸⁸。また、コンテンツの検証にかかる投資の意義についても、すでに作成されたデータベースの維持管理において、収集された素材の信頼性を監視するために利用される資源に限られ、データ作出段階で行われる検証作業にかかる投資を含まないと解されている⁸⁹。

BHB事件の判断に対しては、副産物理論と問題意識を同じくしつつ⁹⁰、データベース指令の条文解釈を明確化することで、情報の自由利用との調和を図ったものとして、積極的に評価する見解もある一方で、入手と作出の概念の区別が実際の事案においては困難である点や、立法の経緯からみて不自然である点が批判されている⁹¹。このほか、BHB事件の判旨は、主

⁸⁸ BHB, Case C-203/02, para.30-31. なお、EUCJはこれを支持する根拠として、データベース指令前文19が、音楽CDのデータベースとしての保護を否定していることや、同前文39の文言において *sui generis* 権の目的を、「(データベースの)内容の入手または収集 (collection)」への経済的・専門的投資の成果の保護手段と位置づけているところ、この文言にも「作出」は含まれていないことを挙げている (*Id.* para.32-33)。

⁸⁹ *Id.* para.34. ただし、BHB事件のスティクス・ヘックル法務官意見は、コンテンツの作出のうち、作出行為とデータ処理(コンテンツの入手)が同時に行われ、これらの行為が不可分である場合、新しいデータの作出に当たる行為を「コンテンツの入手」と捉える余地があると解している (Opinion of Advocate General Stix-Hackl delivered on 8 June 2004 para.46-49)。

⁹⁰ BHB事件の判旨は副産物理論を採用していると評価する見解として Davison and Hugenoltz [2005] p.114 参照。もともと、BHB事件は、その判決理由において、主要な事業によって生じたデータを含むデータベースに対する *sui generis* 権の成立は必ずしも妨げられないとしており (BHB, Case C-203/02, para.35)、BHB事件が副産物理論を全面的に承認しているとはいい難いとする見解もある (蘆立 [2005] 485頁)。

⁹¹ Derclaye [2004] p.407. ここでの立法の経緯とは、初期の指令案において唯一の出所であるデータベースに対する強制ライセンス規定が検討されており、自ら作出したデータが常にデータベース指令の保護対象外であると解することは、同指令案が採用されなかったことと矛盾すること、および、*sui generis* 権の必要性は、もともと、通信会社が提供する電話帳(自ら付与した電話番号を機械的に羅列したものであり、副産物に該当すると考えられる)が著作権によって保護されないことを主な発端として認識されたことをいう (*Feist Publications, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991)の影響を指摘するものとして、*Id.* at p.407, fn.64がある。)

要な事業活動によって作出されたコンテンツであっても、これを検証・表示させる段階において実質的投資があった場合、*sui generis* 権の成立が肯定される余地があるとしており⁹²、データベース指令制定時に懸念されていた唯一の出所であるデータベースに関する情報独占の問題は、完全には回避されていないとの指摘もある⁹³。

(ロ) 競争法上の制約

第2のアプローチは、データベース指令の解釈ではなく、競争法上の制約によって、*sui generis* 権の濫用に歯止めをかけるアプローチである。

データベースに対する過剰な保護によって生じた競争法上の事件としては、データベース指令制定前の事案ではあるが、Magill事件が知られている⁹⁴。同事件において、EC司法裁判所は、支配的地位の濫用について規

⁹² BHB, Case C-203/02, para.35 参照。特にオンライン・データベースの場合には、データベースを最初に作成するときの検証コストだけでなく、コンテンツの真实性を確保するために事後的に費やされる検証コストが膨大になりうる。また、表示に向けた投資についても、オンライン・データベースのメンテナンス・コストが、これに含まれるかどうか問題となりうる。さらに、データベースを最初に作成する行為の後になされた投資を実質的投資の対象に含める場合、データベース作成者は、*sui generis* 権の始期を自由に設定でき、事実上同権利が無限に存続してしまう可能性が指摘されている (Davison [2003] pp.86-87)。

⁹³ 蘆立 [2005] 492頁。もっとも、同論文は、検証または表示の段階における実質的投資を根拠に *sui generis* 権の成立を肯定することについて、作出における投資の不考慮によるデータベースの過小保護の問題を解決できるとして、肯定的な評価も示している。

⁹⁴ Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission of the European Communities, [1995] C-241/91 P and C-242/91 P。この事件では、TV局3社 (RTE, ITP, British Broadcasting Corporation) が、マギル・テレビガイド社 (Magill TV Guide Limited。総合テレビ情報誌「Magill TV Guide」を発行していた。) による各局のテレビ番組表の使用申請を拒絶したことが、支配的地位の濫用 (EEC 条約86条) に該当するかが争われた (事案の詳細は根岸 [1992] 62頁、白石 [1997a] 49～51頁参照)。当時、英国、アイルランドなどでは、著作者が作品の作成に費やした人的・物的投資を基準に著作物性を判断する「額に汗の理論」が採用されていた (前掲注31参照) ため、通常創作性を欠くと思われるテレビ番組表についても著作権の成立が認められ、著作権の行使と競争法上の制約の関係性が争点となった。

定した欧州経済共同体設立条約（Treaty Establishing the European Economic Community: EEC条約）86条（現在の欧州機能条約〈The Treaty on the Functioning of the European Union〉102条）のうち「支配的地位（dominant position）」および「濫用（abuse）」の両要件について、以下のとおり判断した。

- i) 支配的地位について、知的財産権を有していることのみをもってこれを肯定することはできないが、新たな商品を作成するのに必要な情報の唯一の出所であり、同情報を事実上独占している場合には、同商品の市場での有効な競争を阻害できる地位にあり、支配的地位を肯定しうる。
- ii) 他人に複製させない権利が著作者に認められている以上、使用許諾を拒絶したことのみをもって濫用ということはできないが、新たな商品を作成するために必要不可欠な基本的情報を他者が使えないようにする行為は、濫用に該当する。

このような競争法上の解釈態度は、唯一の出所であるデータベースに関する情報独占の問題について、知的財産法の側での制約を俟つことなく、競争法上の理論によって妥当な結論を導く試みとして、データベース指令施行後の議論においても積極的に評価できると指摘されている⁹⁵。

ハ. *sui generis* 権によるビッグデータの財産法的保護の可能性

財産的データについて、*sui generis* 権による財産法的保護を検討する場合、これらのデータに向けられた投資のうち、いかなる範囲の投資が「実質的投資」の対象に含まれるかが問題となる。

まず、副産物理論に準拠して検討すれば、これらのデータが本来の業務に付随して集積されたものか、あるいは、データの収集を主目的として事業活動が行われたのが問題となる。副産物理論が主として議論された時期とは異なり、最近では、スマート・スピーカーなど、顧客向けの商品販

⁹⁵ 白石 [1997b] 67頁。なお、知的財産権の行使に対して独占禁止法を適用できるかについては、わが国においても学説上議論があったが、公正取引委員会はこれを一定の要件のもとで肯定しており、学説上も支持されている（公正取引委員会 [2016]、茶園 [2015] 181～182頁）。

売またはサービス展開の主な事業目的が、むしろデータの収集にあると評価すべき事業も少なくない。このような場合、同事業によって集積されたデータが、*sui generis* 権によって保護されるかどうか、副産物理論に従った場合、必ずしも明らかでない。

これに対し、BHB事件との関係では、データの作出主体が誰であるかが問題となる。ユーザーがデータの作出主体であると認定された場合、すでに存在するデータの収集に向けられた投資として、センサー付き製品の製造および販売にかかる投資や、ウェブサイトの維持管理および同サイトにおけるサービス提供にかかる投資などを実質的投資の判断対象に含める余地が肯定されよう。これに対し、(ユーザーを手足として用いた) 企業自身がデータの作出主体であると認定された場合、自ら作出したデータをストレージに記録するプロセスにおける投資のみが実質的投資の判断対象となると思われる。

また、ビッグデータのメンテナンス・コストが実質的投資の対象として評価できるかどうかも問題となろう。ビッグデータの場合、個々のコンテンツの検証(真実性の確認など)は、一般的には重視されなくなるものの、データを保存するサーバーの容量が大きく、メンテナンス・コストが膨大となる場合があり、これをコンテンツの表示に対する投資とみることで *sui generis* 権の成立が肯定される可能性がある。

以上のとおり、「実質的投資」の要件の検討に際しては、近時のデータ利用のあり方を踏まえた再考を迫られる部分が少なからず存在すると思われる。そのうえで、唯一の出所であるデータベースに関する情報独占の問題については、Magill事件のように、権利の成立を認めようとして、競争法上の制約を及ぼすことで対処することが妥当であると思われる。

(4) 小括

イ. 各国の制度の比較

本節(1)～(3)で述べたとおり、財産的データに関し、わが国・米国・EUのいずれにおいても、一定の考慮要素のもとで保護を与えることが議論されてきた。各国の裁判例上考慮されてきた要素をまとめると表3のようになる。

表3 各地域の財産的データに関する保護制度の考慮要素

考慮要素	日本	米国	EU
適用法理	一般不法行為	ミスアプロプリエーションの理論	<i>sui generis</i> 権
類型	行為規制型	行為規制型	権利付与型
データベースであること	×	×	○
情報の収集・整理にかかる人的・物的投資	○	○	○ (データの作出に関する投資を除く)
原告と被告の競争関係の有無	○	○	×
情報の価値が時間の経過の影響を受けるものであること(ホットニュースの要件)	×	○ (必須の要件であるかは議論がある)	×
フリーライドを認めた場合における、その製品やサービスへの影響	△ (不正使用されたデータの全体における割合の考慮)	○	×

わが国においては、主に i) データ収集に向けた投資の多寡、ii) 競争関係、iii) 不正使用されたデータの全体における割合を勘案して、財産的データの使用行為に対して不法行為法を適用する、一種の行為規制型の保護が、裁判例上図られている。米国も、同様の趣旨に立つ法理としてミスアプロプリエーションが存在したが、連邦著作権法301条の制定や連邦法の専占に関する近時の裁判例を通じて、その適用範囲は極めて限定されており、学説上もその存在意義が疑問視されている⁹⁶。

これに対し、EUでは、*sui generis* 権を導入し、情報収集投資を根拠とした権利付与型の保護を一定の限度で認めているが、「実質的投資」の意義は、十分に明確であるとはいえない。また、唯一の出所であるデータバー

⁹⁶ なお、不法行為法による救済を一定の財に対する権利と捉える概念はEUにも存在する。前掲注19参照。

スに関する情報独占の問題については、競争法上、一定の権利制約が設けられている。

ロ. ビッグデータの財産法的保護に当たっての留意事項

以上より、財産的データに、一定の考慮要素のもとで何らかの財産法的保護を認める議論の存在が確認できた。一方、こうした保護に対する反論および制約原理として、以下の2点を挙げることができる。

(イ) 規範の明確性

本節(2)ニ.の指摘を踏まえると、不明確な規範によるデータの財産的保護は、かえって市場の縮小を招くと考えられる。一方で、本節の各項目で議論した各国の保護制度における考慮要素は、データ収集に向けた投資の多寡など、不明確な規範に依拠している面が少なからず存在する。

規範の明確性を担保するためには、データ収集に向けた投資に、何らかの立法による保護を与えるなど、規範が不明確になりがちな一般不法行為法やコモン・ローによって解決すべき領域を可能な限り縮小することが必要と考えられる。

一方で、データ収集に向けた投資の保護とデータ流通の双方のバランスを維持した制度を設計するのは非常に困難であり、このことが、ビッグデータの財産的保護に当たって、不明確な規範を採用せざるをえない要因となっている。そのため、立法による保護を検討するうえでは、データ収集に向けた投資の保護の必要性と、これを保護することによって生じるデータ流通の阻害効果を慎重に衡量しつつ、規範を明確化させることが求められる。また、規範の明確化が困難または不可能である場合には、立法よりも柔軟な対応が可能な、契約ガイドラインなどのソフトローを活用したビッグデータの財産的保護を検討することも一案と思われる(2節(3)参照)。

(ロ) 唯一の出所であるデータベースに関する情報独占との調整

情報収集に向けた投資を保護する場合、情報の自由流通との両立を図るための権利制限が必要となる。とりわけ情報の出所を独占し競争を阻害する行為に対しては、本節(3)ロ.(ロ)で述べたMagill事件の判断のように、

一定の競争法上の制約を検討する余地がある⁹⁷。こうした議論は、主に*sui generis* 権を巡ってなされてきたが、ビッグデータを念頭に新たな保護制度（6 節(1)参照）を導入するわが国においても、この点を意識する必要性は高いと思われる。

6. 近時の立法動向

ここまで、現行法におけるビッグデータ保護に向けた制度を概観してきたが、本節では、近時のわが国およびEUにおける立法を巡る動きについて紹介する。

日米欧の立法動向を比較すると、米国については、データの財産法的保護は営業秘密ないし契約によって図るべきとする姿勢が根強いように思われる。これに対し、わが国およびEUにおいては、データ産業を新たな産業政策の柱に位置づけ、ビッグデータの財産法的保護のための新たな制度を構築しようとする議論がみられる。

(1) わが国における財産的データの保護に向けた立法動向

わが国では、ビッグデータの財産法的保護について、不正競争防止法を適用し、行為規制型の保護を志向する改正が行われた（不正競争防止法等の一部を改正する法律（平成30年5月30日法律第33号）。以下、同法施行後の不正競争防止法を、「改正不競法」という。）⁹⁸。

⁹⁷ 白石 [1997b] 66～69頁、公正取引委員会競争政策研究センター [2017] 33～34頁参照。また、これに類する近時の議論としては、ビッグデータにおけるデータの特性と市場支配力の関係について、essential facilities 理論（ある市場で競争するために不可欠な商品を保有している事業者は、一定の条件を満たす場合には、同商品の利用を希望する競争者にこれを利用させなければいけないとする理論）を適用できるか、という論点が議論されている（林 [2017] 150～152頁）。しかし、少なくとも現時点においては、どのようなデータが不可欠であるかが定かでなく、適用は困難との見解が示されている（猪俣＝田部井 [2018] 52～53頁〈スヴェン・エルベック発言〉）。

⁹⁸ 法令の概要について水野ほか [2019b] 参照。また、改正の経緯および改正の概要については、経済産業省知的財産政策室 [2018a, b] に詳しい。

改正不競法では、「データの提供者と利用者の保護のバランスを考慮しつつ、全体としてデータの流通・利活用が促進されるよう、悪質性の高い行為に限定して、無権原者による侵害行為や民事当事者間による取引に関する必要最低限の規律を設けること」を基本方針としている⁹⁹。このような基本方針のもと、*sui generis*権のような権利付与法制はむしろデータ流通を阻害するおそれがあるとして、行為規制法制による財産的データの保護が図られた¹⁰⁰。このようなアプローチは、要件の明確化が困難な「データの財産的価値」（または同データの価値を根拠づける情報の収集および整理にかかる人的・物的投資）を主たる基準とせず、比較的予測可能性の確保しやすい「行為の不正性」に着目して保護の要否を判断するものとして、基準の明確性の観点から積極的に評価できる¹⁰¹。

もっとも、改正不競法の立法段階の議論や法案成立直後の評価のなかには、過度なデータ保護はかえってデータ利用を萎縮させるとの指摘や、限定提供データの定義などについて、ガイドラインなどによる要件の明確化を求めるものも多く¹⁰²、経済産業省は、これを受けるかたちで2019年1月に「限定提供データに関する指針」（経済産業省 [2019]）を公表している¹⁰³。

限定提供データに関する不正競争行為類型の概要は、以下のとおりである。

イ．限定提供データの意義

限定提供データとは、「商品として広く提供されるデータや、コンソーシアム内で共有されるデータなど、事業者が取引などを通じて第三者に提供する情報」を想定し¹⁰⁴、「業として特定の者に提供する情報として電磁的方法…により相当量蓄積され、及び管理されている技術上又は営業上の情報」と定められている（改正不競法2条7項）。

⁹⁹ 産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会（以下、「不正競争防止小委員会」という。）[2018a] 4頁。

¹⁰⁰ 知的財産戦略本部 [2017] 18～21頁参照。

¹⁰¹ 田村＝岡村 [2019] 6～7頁（田村発言）参照。

¹⁰² 不正競争防止小委員会 [2018a] 4頁、同 [2018b] 12頁以降、高部 [2018] 1頁。

¹⁰³ 同指針の解説として、水野ほか [2019a] がある。

¹⁰⁴ 経済産業省 [2019] 8頁。

限定提供データ該当性の要件は、i) 限定提供性（業として特定の者に提供されていること）、ii) 電磁的管理性（特定の者に提供する情報として電磁的方法により蓄積、管理されていること）、iii) 相当量蓄積性（電磁的方法により相当量蓄積されていること）などとされており¹⁰⁵、経済産業省[2019]において、各要件の明確化が図られている¹⁰⁶。

なかでも、規範の明確性の観点からは、iii) 相当量蓄積性の判断基準として、「当該データが電磁的方法により蓄積されることで生み出される付加価値、利活用の可能性、取引価格」のほか、「収集・解析に当たって投じられた労力・時間・費用等」を勘案することを明記したことが注目される。このことは、5節で述べた各制度で主要な考慮要素とされていた「情報の収集・整理にかかる人的・物的投資の多寡」を、限定提供データ該当性においても考慮することを明らかにしたものと評価できる。したがって、データの「作出」にかかる投資を相当量蓄積性の判断材料に含めるべきか（5節(3)ロ、(イ)参照）といった5節で検討した論点や¹⁰⁷、規範の不明確性による萎縮効果が、改正不競法においても問題となる可能性があるろう。もっとも、限定提供データの保護を、「主として行為の不正性に着目して保護の可否を判断する」制度と評価すれば、相当量蓄積性の要件を厳格に運用

¹⁰⁵ 経済産業省知的財産政策室[2018a] 15～17頁、同[2018b] 40～41頁。このほか、iv) 秘密として管理されていないこと（営業秘密との重複回避）、v) 適用除外（本節(1)ハ、参照）に当たらないことも要件として挙げられている。

¹⁰⁶ 経済産業省[2019] 8～17頁。具体的には、i) 限定提供性について、業として提供する意思が認められれば、データ提供を開始する前であってもこの要件に該当することや、データ取得者の多寡によって限定提供データ該当性が否定されないことを明確化している（同8～9頁）。また、ii) 電磁的管理性については、「特定の者」以外の第三者の予見可能性を確保する観点から、「特定の者に対して提供するものとして管理する意思が、外部に対して明確化」されていることを求め、具体的な措置の例として、パスワードなどによる認証、データの暗号化、VPN (virtual private network) や専用回線の利用などを挙げている（同10～11頁）。

¹⁰⁷ 例えば、「メーカーが自工場の工作機械の稼動記録を蓄積したデータを有している場合、同データの相当量蓄積性の判断において、工場を稼動させるコストを考慮できるか。」といった場面で問題となる可能性がある。BHB事件の議論を前提とすれば、ガイドラインの文言が「収集・解析」に限定されていることから、これを否定することとなると思われる。

する必要はないとの考え方もありえよう¹⁰⁸。いずれにせよ、施行後の運用状況を踏まえたさらなる明確化が期待される¹⁰⁹。

ロ．限定提供データに関する不正競争行為

改正不競法は、限定提供データに関する不正競争行為として、不正取得類型、信義則違反類型、転得類型を設け（表4）、これらの行為に対する差止請求権、損害賠償請求権を認めた¹¹⁰。なお、これらの行為に対する差止請求権は、限定提供データを保有する者（以下、「限定提供データ保有者」という。）が、不正競争行為による営業上の利益の侵害およびその行為者を知ったときから3年の消滅時効および行為時から20年の除斥期間に服する（改正不競法15条2項）。

限定提供データの不正利用行為に対する規制は、原則として、営業秘密の不正利用行為に対する規制がベースとなっているが、データの流通性を確保する観点から、規制対象となる行為が限定されている¹¹¹。以下、営業秘密に関する規制との差異を中心に、限定提供データに関する不正競争行為について概説する。

¹⁰⁸ 田村＝岡村[2019]7頁〈田村発言〉参照。

¹⁰⁹ 不正競争防止小委員会[2018c]22頁〈長澤発言〉は、ガイドラインに書き切れていない点があることや、施行後の運用を踏まえた見直しの必要性を指摘する。また、立法担当者による法令解説等においても、「今後も、データの取引実態や技術革新、経済社会状況をも見つつ、適時適切に制度やガイドライン等の見直しを行う」とされている。（水野ほか[2019a]27頁、同[2019b]16頁）。

¹¹⁰ 不正競争防止法上、不正競争によって営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがある場合、被侵害者は侵害者に対し侵害行為の停止または予防を請求しうる（不正競争防止法3条1項）ほか、侵害行為を組成した物（侵害行為によって生じた物を含む）の廃棄等必要な行為の請求をなしうる（同法同条2項）。また、侵害者は侵害行為によって生じた損害を賠償する責任を負う（同法4条）。

¹¹¹ 経済産業省知的財産政策室[2018a]17頁、高部[2018]1頁、田村[2018b]31頁参照。

表4 改正不正競争防止法2条1項における限定提供データに関する類型

行為類型	根拠条文	定義	具体例
不正取得類型	11号	<ul style="list-style-type: none"> 窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により限定提供データを取得する行為 前述の不正の手段によって取得した限定提供データを使用し、または開示する行為 	<ul style="list-style-type: none"> 限定提供データへのアクセス権を有する者のIDおよびパスワードを不正に使用し、限定提供データを自己のパソコンにコピーする行為
信義則違反類型	14号	<ul style="list-style-type: none"> 限定提供データの保有者からその限定提供データを示された者が、不正の利益を得る目的、またはその限定提供データの保有者に損害を加える目的で、限定提供データを使用(その限定提供データの管理に関する任務に違反して行うものに限る)または開示する行為 	<ul style="list-style-type: none"> データ提供者が会員に限定提供データを提供する場合において、契約書上第三者への提供が明確に禁止されているにもかかわらず、会員が、金銭を得る目的で、限定提供データをデータ・ブローカーに転売し、不正の利益を得る行為
転得類型	12号 13号 14号 15号	<ul style="list-style-type: none"> 不正取得・不正開示の介在について悪意の第三者が、限定提供データを取得、使用、開示する行為 限定提供データの取得後に不正取得・不正開示の介在について悪意となった第三者(事後的悪意の転得者)が、同限定提供データを開示する行為(使用する行為は含まれないほか、同限定提供データ取得時の取引によって取得した権原の範囲内において開示する行為については適用除外(19条1項8号イ)) 	<ul style="list-style-type: none"> 不正アクセス行為によって取得されたデータであることを知りながら、同行為を行ったハッカーから限定提供データを受け取る行為 データ流通事業者が、データを仕入れた後において、そのデータの提供元が、不正取得行為を行った事実を知ったにもかかわらず、その後も、自社の事業としてデータの転売を継続する行為(ただし、当初の契約で認められている販売行為は除く)

産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会[2018a]8～11頁を基に、筆者作成。

(イ) 信義則違反類型における悪質性の評価

信義則違反類型について、不正競争行為の範囲を「その限定提供データの管理に係る任務に違反して行うもの」に限定し、委託信認関係の存在とこれに基づく任務への違背を要求している(改正不競法2条1項14号かっ

こ書き)。立案担当者は、同条の趣旨について、営業秘密に関する不正競争行為と比べて高度の悪質性（横領、背任に相当する行為であること）を要求することで適用範囲を限定したものと説明している¹¹²。

（ロ）転得類型の適用範囲

a. 重過失のある善意者の除外

転得類型については、営業秘密に関する規定（不正競争防止法2条1項8号）とは異なり、転得者の主観的要件から重過失が除外され、不正取得または不正開示の介在を知って限定提供データを取得・使用・開示する行為に限定されている（改正不競法2条1項12号、同13号）。入手経路への注意義務が転得者に課されることでデータの流通が害されることを懸念したものとされている¹¹³。

b. 事後的悪意の転得者

改正不競法の立法段階においては、限定提供データの取得後に不正取得または不正開示の介在について悪意となった第三者（以下、「事後的悪意の転得者」という。）をどの程度保護すべきかが、転得者の取引安全と限定提供データ保有者の静的安全の調整という観点から議論された¹¹⁴。

¹¹² 経済産業省知的財産政策室[2018a]18頁。また、経済産業省[2019]32～34頁は、「その限定提供データの管理に係る任務」の意義について、限定提供データ保有者のためにする任務の存在を要求している。これにより、信義則違反類型に該当する事案は、限定提供データ保有者からの委託を受けて分析を行う場合や、共同プロジェクト実施のために組織されたコンソーシアムのなかでデータを共同利用する場合などに限定される。

¹¹³ 不正競争防止小委員会[2018a]11頁。当初の事務局案では重過失の場合も転得類型に該当するとされていたが、議論の過程で削除されている。不正競争防止小委員会第6回会合参考資料1 田村委員提出資料 (http://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/006_s01_00.pdf 〈最終閲覧2019年6月3日〉)参照。

¹¹⁴ 例えば、不正競争防止法改正案の中間とりまとめ案に対するパブリック・コメントでは、取引安全を確保する観点から、限定提供データ取得時に善意であった者の使用行為は一律不正競争行為から除外すべきとの意見と、限定提供データ保有者の

こうした議論の結果、事後的悪意の転得者が、悪意となった後に限定提供データを「使用」する行為は、営業秘密に関する規定（不正競争防止法2条1項9号）とは異なり、不正競争行為に当たらないこととされ（改正不正競争防止法2条1項16号反対解釈）、事後的悪意の転得者の不正競争行為は、悪意となった後の「開示」行為に限定された。このような転得者の取引安全を重視した規定は、データの流通および利用の促進という立法目的に合致するものと評価できる。

さらに、悪意となった後の開示行為のなかでも、「自らの権原の範囲」において限定提供データを開示する行為については、改正不正競争防止法の適用対象から除外されている（同法19条1項8号イ）¹¹⁵。この点について、基準の明確性の観点からは、「取引によって取得した権原の範囲」という文言の不明確さが、データ流通を阻害することが懸念される。経済産業省 [2019] は、「取引によって取得した権原の範囲」の意義について、「限定提供データを取得した際の取引において定められた条件（開示の期間、目的、態様に関するもの）」としたほか、契約期間満了後も契約関係の継続が合理的に期待される場合には、契約期間満了後も「権原の範囲内」となるとしており、契約締結時の転得者の期待を可及的に保護する方針を示すことで、データの流通および利用への萎縮効果を防止する趣旨がうかがえる¹¹⁶。

利益保護の観点から、事後的悪意の転得者の開示行為について適用除外を設けるべきでない（不正取得または不正開示について悪意になった時点で、一切の開示行為が不正競争に該当するとすべき）との意見の両方がみられている（不正競争防止小委員会 [2018a] 12頁）。

¹¹⁵ 営業秘密において設けられている同様の適用除外（不正競争防止法19条1項6号）に対しては、営業秘密の第三者への開示行為は、営業秘密の要件である非公知性を失わせるおそれがあり、これによって営業秘密の保有者が被る不利益が甚大であることなどから、その妥当性が疑問視されている（田村 [2003] 352頁、茶園 [2015] 84頁）。一方、限定提供データは、非公知性を要件とするものではないため、こうした批判は必ずしも妥当しないと思われる。

¹¹⁶ 経済産業省 [2019] 41頁。また、立案担当者とは異なる見解としてではあるが、転得者の期待を保護する観点から、善意の判断の基準時をデータ取得時ではなく権原取得時と解すべきとの見解も示されている（田村 [2018b] 40頁）。契約締結後に継続的にデータの提供を受ける契約の場合、悪意に転じた後に取得するデータの使用

(ハ) 相当量の公衆に利用可能な情報が蓄積された限定提供データ

蓄積された情報の相当量が無償で公衆に利用可能となっている情報と同一である限定提供データの取得・使用・開示行為は、改正不競法の適用対象から除外されている（改正不競法19条1項8号ロ）。同条は、相手を特定・限定せず無償で広く提供されているデータ（オープン型データ）の自由な利用を促進する観点から設けられたものである¹¹⁷。もともと、限定提供データの保護の根拠が、*sui generis*権のように既存情報の収集等に向けた投資にあるとするならば、複数のオープン型データを収集、加工して得られるデータであっても、これに何らかの付加価値や実質的投資が認められる場合には、なお保護に値するとも考えられる¹¹⁸。

(ニ) 刑事罰の不適用

限定提供データに関する不正競争行為には、営業秘密に関する不正競争行為と異なり、刑事罰が設けられていない。法案作成の過程において、電磁的管理性概念が営業秘密の秘密管理性などと比較して広範であり、刑事罰の構成要件の明確性に欠くことや、立法事実が現時点では曖昧であることなどが批判され、刑罰規定が削除された¹¹⁹。

ハ. 改正不競法への評価

改正不競法は、わが国が世界に先駆けて導入したビッグデータの財産法的保護に関する法律である一方、現時点でビッグデータを念頭に置いた行為規制を設けるほどの必要性を示す立法事実がどの程度存在するのか不

が禁止されると、当初の契約における転得者の期待を害することが、その理由とされる。

¹¹⁷ 経済産業省知的財産政策室[2018a]16頁。この点について、高部[2018]1頁は、データの流通性に対し「一定の配慮」をしたものと評価している。

¹¹⁸ 田村[2018b]36頁参照。

¹¹⁹ 不正競争防止小委員会第4回参考資料3末吉委員・林委員提出資料 (http://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/004_s03_00.pdf〈最終閲覧2019年6月3日〉)参照。なお、刑事罰の要否については今後の状況を踏まえ、引き続き検討すべきとされている（不正競争防止小委員会[2018a]13頁）。

明であるとの指摘もなされている¹²⁰。こうした議論を踏まえて、過剰なデータ保護や、不明確な規範によってデータの流通および利用への萎縮効果を及ぼさないよう、「必要最低限」の規制が志向されたこともあり、同法の実務への影響は小さいと考えられる¹²¹。もっとも、同法が、ビッグデータの財産法的保護に関する漸進的な取組みの第一歩として、わが国知的財産法に及ぼす影響については、注視していく必要があると思われる¹²²。

また、改正不競法に対する批判として、プラットフォームのような大量のデータを保有する企業によるデータの囲い込みを助長するとの懸念が示されることがあるが¹²³、5節(4)イ。(ロ)で述べたように、競争法上の制約を課すことによってこうした問題を解決することも可能であり、両者があいまってデータの円滑な流通が実現されることが期待される¹²⁴。

(2) EUにおける財産的データの保護に向けた立法動向

イ. データ・プロデューサー権の提案

(イ) 概要

EUでは、2014年にジャン＝クロード・ユンカー欧州委員会委員長の就任を契機に、電気通信規則・著作権法・個人情報保護法などの統一的な整

¹²⁰ 田村[2018b]31頁、山内[2018]23頁。

¹²¹ 田村[2018b]31頁は、「立法過程では、過度にデータの利用行為が萎縮しないように慮る声も強く、その結果…規制されるべき行為類型は…相当程度に(ときとして隣接する行為類型間で平仄があわないほどに)刈り込まれることとなった。」として、立法過程においても実務への影響を最小限にすることが意識されていたことを示している。

¹²² 田村[2018a]177頁は、特許制度について「イノベーションの促進に果たして有効なものであるのか否かということについて確たる実証がないなかで、より細かな制度の運用によって実際に効率性が改善されるか否かということを検証することには困難が伴う。結局、漸進的にトライ・アンド・エラーのプロセスを繰り返しながら、何とか切り抜けていくほかない(muddling through)」としている。ビッグデータに関する法的枠組みの整備についても、これと同様の状況にあるように思われる。

¹²³ 山内[2018]26頁。

¹²⁴ *sui generis* 権を題材とした議論ではあるが、白石[1997b]69頁参照。

備を目指す一連の施策（欧州単一デジタル市場戦略（A Digital Single Market Strategy for Europe））が実施されている¹²⁵。これらの施策の一環として、機械生成された未加工データ（raw machine-generated data）の財産的保護の手段として、データ・プロデューサー権の創設が議論されている¹²⁶。

データ・プロデューサー権は、データが格納されたデバイスの所有者または賃借人などの長期使用者（データ・プロデューサー）に、データを使用し、かつデータ使用を認可する権利を認めるものと定義されている¹²⁷。

データ・プロデューサー権を導入すべき根拠として、欧州委員会は、*sui generis* 権が成立しない財産的データの保護の不足を指摘している。European Commission [2017a] によると、こうした状況は、結果として、データベース事業者の交渉力不足や、データベース産業のイノベーションの停滞、新規参入事業者の減少といった事態をもたらしており、ひいては、製造業者やサービス・プロバイダーによる、自社収集データの独占的利用を引き起こしていると評価されている¹²⁸。そのうえで、同権利の導入は、データを提供する際の権利関係を明確化してデータ・プロデューサーの選択肢を広げ、結果として機械生成データの公開に資すると主張している。また、同権利の保護の根拠を、データ生成およびデータ取引市場の創出へのインセンティブづけにとどまらず、データ分析により得られる利益の公正な配分に求める見解もある¹²⁹。

¹²⁵ Juncker [2014] p.4; European Commission [2015]. 欧州単一デジタル市場戦略および、これに関するコミュニケーション・ペーパー（European Commission [2015]; European Commission [2017a]）の概要については、三菱UFJリサーチ&コンサルティング [2017] 29～32頁参照。

¹²⁶ European Commission [2017a] p.13. データ・プロデューサー権の創設に関する議論の動向を詳細に検討した邦語文献として、本稿のほか山根 [2020] 101～111頁がある。このほか検討されている制度として、i) 契約において非個人データ（non-personal data）のコントロール権を確保する手法に関するガイダンスの公表、ii) API などを利用した、信頼してデータを共有できる技術的環境の促進、iii) 標準契約ルールの制定、iv) 公共目的、学術目的でのアクセス権の確保、v) 報酬に対する異議申立制度（FRAND条項）の整備などが示されている（*Id.* at pp.12-13）。

¹²⁷ *Id.* at p.13.

¹²⁸ *Id.* at pp.10-11.

¹²⁹ Zech [2015] p.197.

(ロ) データ・プロデューサー権の法的性質

データ・プロデューサー権の法的性質については、データ利用に関する制限付きの排他権として創設すべきとして、権利付与法制を志向する見解がある¹³⁰。しかし、このような排他権の創設については、個人情報保護をはじめとするデータ主体の基本的な人権との抵触が問題視されている¹³¹。

他方、データ・プロデューサー権を、純然たる防御権 (a set of purely defensive rights) とみる見解もありうる¹³²。こうした見解によると、同権利は、事実上のデータ保有者 (*de facto data holder*) に、データの不正使用に対する差止請求権にとどまり、本節(1)で論じたわが国の改正不競法に近い法制度となる¹³³。

この見解に対しては、事実上のデータ保有者が、同データの利用に当たって利益を得るに値する者であることを前提としているが、事実上のデータ保有の定義によっては、一部の事業者のみにデータの不当な独占権を与え、むしろデータの流通を阻害するおそれがあるとの指摘がなされている¹³⁴。この指摘は、わが国の改正不競法の解釈を論ずるうえでも留意する必要があると思われる。

(ハ) データ・プロデューサー権の対象

欧州委員会は、データ・プロデューサー権の対象は、著作権や *sui generis* 権で保護される水準に達していないデータとしているが¹³⁵、本来公衆に広

¹³⁰ *Id.* at p.197.

¹³¹ European Commission [2017b] p.33. 例えば、EU一般データ保護規則 (General Data Protection Regulation: GDPR) 前文7では、「自然人は自身のパーソナルデータをコントロールすべきである」と定められている。

¹³² *Id.* at p.33. 純然たる防御権の意義について、前掲注19参照。

¹³³ European Commission [2017b] pp.33-34は、このように解する場合、データ・プロデューサー権は営業秘密保護指令 (Trade Secrets Protection Directive) 上のノウハウの保護に準ずるとする。また、同権利に基づく差止請求以外の請求権として、濫用データによる成果物の除却請求権、損害賠償請求権を認める可能性が議論されている。

¹³⁴ *Id.* at p.34.

¹³⁵ *Id.* なお、ここでの「データ」の意義について、単位時間ごとの生成データの集合体を指すのか、生成された各個別データを指すのかは明らかでなく、法的明確性に反するとの批判がある (Hugenholtz [2017] p.12)。

く共有されるべき（パブリックドメインであるべき）と解されているアイデアそれ自体にまで保護が及ぶことは許されないと考えられる¹³⁶。

この点について、データ・プロデューサー権の創設に肯定的な論者は、記述上（syntactical level）の情報、すなわちデータそれ自体と、概念上（semantic level）の情報、すなわちアイデアを区別して、同権利はあくまでも前者を対象としており、後者は対象に含んでいないため問題とならないと説明する¹³⁷。しかし、このように区別しただけでは、あるアイデアの記述方法が一意または相当程度に限定される場合に、記述上の情報を保護することが、結果的に概念上の情報をも保護することにつながるおそれがある¹³⁸。特に、同権利の保護対象であるビッグデータについて、標準化されたありふれた記述方法により特定の情報を記述するものの方が利用価値は高いとも考えられるため、記述上の情報と概念上の情報を区別するだけでは、情報独占のリスクを回避することは困難と思われる¹³⁹。

（二）データ・プロデューサーの定義

データ・プロデューサー権を排他権として捉える場合、同権利を誰が最初に取得するかを明らかにするためには、あるビッグデータのデータ・プロデューサーが誰であるかを検討する必要がある。これを確定する基準としては、データへの投資の額や、費やした資本の量を勘案することが提案されている¹⁴⁰。

ただし、データ収集への関与の態様は、データ収集に向けた発意および方針決定、サーバーの提供、センサーなどを利用した実際の情報収集などさまざまであり、どの関係者が最も同データの収集に寄与したかを定量的

¹³⁶ わが国でも、表現であることを著作物の要件とし、アイデアそれ自体の著作権による保護は否定されている（アイデア・表現二分論）。

¹³⁷ Zech [2016] p.10.

¹³⁸ わが国著作権法においても、あるアイデアの表現方法が一意または相当程度に限定される場合には、「ありふれた表現」であり創作性に欠くとして著作物性が否定されている（マージャー理論）。

¹³⁹ 同旨の批判として Hugenholtz [2017] pp.11-12 参照。

¹⁴⁰ European Commission [2017b] p.35; Zech [2016] p.10.

に判断することは極めて困難である¹⁴¹。こうした複雑性を踏まえて、データ・プロデューサー権を排他権ではなく、データへの共同のアクセス権と捉えるべきとする見解もある¹⁴²。

ロ. データ・プロデューサー権に対する批判

EU加盟国の知的財産法学界では、データ・プロデューサー権をはじめとする、欧州委員会によるビッグデータの財産的保護の強化に向けた動きに対し、こうした取組みはむしろ情報独占 (information monopolies) を助長するものであるとして、反対する見解も少なからず存在する。

例えば、知的財産法研究の世界的権威として知られるマックス・プランク知的財産法・競争法・租税法研究所は、2016年と2017年に、それぞれ、現行法以上にデータの財産的保護を強化することに反対する声明 (Drexl *et al.* [2016, 2017]) を公表している。同声明は、i) データに対する排他権を創設することで、データ流通が阻害され、かえって情報独占を引き起こす可能性があること、ii) データは、すでに契約や技術的保護手段によって十分に保護されていること、iii) データの定義や、排他権の原始取得者の確定などについて、多数の技術的問題が生じうること、iv) 既存の競争法上の規制を用いれば、新たに排他権を創設しなくても、市場取引者の不正行為を規制できることなどの理由から、データ・プロデューサー権を創設する根拠 (justification) も必要性 (necessity) もないとした¹⁴³。また、真に必要な制度は、データに対する排他権ではなく、未加工データへのアクセスに関する特別法 (a special regulation of access to raw data) であり、デー

¹⁴¹ 例えば、センサーの付いた機械や道具、デバイスを開発した者は、機械や道具、デバイスの技術的・商業的発達のために投資したといえるし、その機械や道具、デバイスを購入したり、リースしたり、譲渡した者も投資者たりうる。

¹⁴² European Commission [2016] p.4.

¹⁴³ Drexl *et al.* [2016] pp.2-3, 6. また、*Id.* at p.4は、*sui generis* 権の適用範囲にも言及し、BHB事件においてデータの作出にかかる投資を「実質的投資」の対象としなかったことを「個々のデータベースの内容 (contents) は保護すべきでないことと整合的である」と評価している。そのうえで、こうした限定的な法適用にもかかわらず、唯一の出所であるデータベースについては、なおデータベースのコンテンツに対する事実上の (*de facto*) 保護が及ぶおそれがあると指摘する。

タ・ポータビリティ権（一般データ保護規則〈General Data Protection Regulation〉20条）に関する議論を推進すべきとしている¹⁴⁴。

また、データ・プロデューサー権の保護範囲は既存の知的財産権（著作権、*sui generis*権など）と相当程度重複するとして、同一のデータに生じる権利関係が多層化・複雑化することで、かえってデータの円滑な流通を阻害する可能性を指摘する見解もみられる¹⁴⁵。

ハ．その後の議論の展開

近時の立法動向をみると、EUは、まずデータの流通環境の整備を優先しており、データの財産法的保護に関する議論は停滞している¹⁴⁶。こうした動向の背景には、本節(2)ロ．で述べた学界からの批判にあるように、ビッグデータへの権利付与が情報の自由利用を阻害することへの懸念が挙げられる。

7. おわりに

最後に、ビッグデータを念頭に、財産的データの法的位置づけに関する各国の裁判例、立法例および立法論を総括する。

既存の法制度においてデータの集合物に何らかの権利を付与するものとして、データベースの著作権がある。もっとも、センサーなどの機械によって自動集積されたデータに創作性を認める余地は限定的であるほか、データベースの網羅性・悉皆性が高まる（すなわちデータベースとしての

¹⁴⁴ データ・ポータビリティ権について概説する資料として、佐々木[2016]参照。

¹⁴⁵ Hugenholtz [2017] pp.10-11.

¹⁴⁶ 例えば、三菱UFJリサーチ&コンサルティング[2017]64頁では、欧州委員会へのヒアリングでのコメントとして「データ所有権については否定的で、データアクセス権を保護する志向」としている。また、2018年11月14日に可決されたEU域内における非個人データの自由流通に関する規則(Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union)は、公共の安全の目的以外での非個人データのローカライゼーションの禁止(同規則案4条)や、サービス提供者間におけるデータの移転を促進することなどを目的としたEUレベルでの自主規制の行動規範(codes of conduct)を策定する旨(同規則案6条)などを定めている。

価値が高まる)ほど、創作性が否定されやすくなるという法形式上のジレンマを抱えている。

データベースの著作権として保護されないデータについて、わが国および米国では、創作性の認められないデータベースの無許諾での使用に対し、一定の条件のもとで不法行為法を適用することで、行為規制型の保護を志向してきた。これらの裁判例においては、データ収集者に投下資本を回収させる必要性と、データの内容となるアイデアそれ自体は公衆に広く共有されるべきとの観点の対立がみられている。この点、両者間の調整のために、i) 競争関係、ii) データ収集に向けた投資、iii) データの価値の一時性といった要素が勘案されている。一方、こうした多様な要素を総合的に勘案する手法については、取引上の予測可能性を害し、データの流通を促進する観点から望ましくないとの批判がある。

これに対して、EUでは、*sui generis* 権を導入し、権利付与型の保護が志向されている。同権利は、創作性に保護の根拠を置く著作権とは異なり、実質的投資を要件とすることで、網羅的、悉皆的であるがゆえに創作性を欠くデータベースについても財産法的保護の余地を認めるものであった。しかし、同権利による情報の自由利用の阻害が問題視され、同権利の要件である「実質的投資」の意義を縮減したり、競争法上の制約を及ぼしたりすることによって、その適用範囲を限定することが試みられている。

以上のように、これまでの財産的データの保護制度は、データ収集投資の保護と、情報やアイデアの共有のバランスを保つ必要があり、不明確な規範のもとでの個別具体的な判断に依存している面が否定できない。市場における財産的データ取引の活発化を目指すに当たっては、その保護範囲の明確化が重要となろう。

こうした観点から、近時の立法動向を評価すると、まず、EUにおいてデータ・プロデューサー権の議論が停滞していることにみられるように、権利付与型によるビッグデータの財産法的保護は、情報独占を誘発する懸念や、対象となるデータの定義の難しさから、少なくとも現時点では妥当でないと思われる。一方、行為規制型の保護については、わが国が、他国に先駆けて、不正競争防止法の改正によって対応した。同改正は、財産的データの無許諾使用行為に対する差止めを認めることでデータの安全流通に資すると考えられる反面、「限定提供データ」の定義など保護要件の内

容を明確にできなければ、かえってデータ流通を阻害することになりかねない。こうした問題点は、立法段階から意識され、ガイドラインなどによって一定程度の明確化が図られている。今後、改正不競法による保護が過剰なものとなり、情報独占が誘発されるなどの事態が生じないよう、判例や学説の蓄積による同法の解釈の一層の明確化や議論の進展が期待される。

[付記]

本論文は、泉恒希「ビッグデータの法的保護に関する一考察」(東京大学ビジネスロー・ワーキングペーパー・シリーズNo.2019-J-01、金融研究第39巻第1号75頁)の転載である。

本稿の作成に当たっては、小泉直樹慶應義塾大学教授、上野達弘早稲田大学教授、神作裕之東京大学教授、白石忠志東京大学教授の各氏ならびに金融研究所スタッフから有益なコメントを頂いた。また、草稿段階では、故・相澤英孝元武蔵野大学教授、飯田高東京大学准教授および東京大学先端ビジネスロー・プログラム参加者諸氏から有益なコメントを頂いた。ここに記して感謝したい。ただし、本稿に示されている意見は、筆者個人に属し、日本銀行の公式見解を示すものではない。また、ありうべき誤りはすべて筆者個人に属する。

【参考文献】

- 浅香吉幹「19世紀アメリカのコモン・ローの構造(1)ースウィフト対タイスン判決の再評価」法学協会雑誌112巻12号(1995年)1635～1678頁
- 同「19世紀アメリカのコモン・ローの構造(2・完)ースウィフト対タイスン判決の再評価」法学協会雑誌113巻1号(1996年)1～41頁
- 蘆立順美「判批」コピーライト2001年10月号(2001年)25～27頁
- 同『データベース保護制度論ー著作権法による創作投資保護および新規立法論の展開ー(知的財産研究叢書6)』(信山社、2004年)
- 同「データベース権によって保護される『投資』の範囲」相澤英孝=大淵哲也=小泉直樹=田村善之編『知的財産法の理論と現代的展開』(弘文堂、2005年)473～494頁
- 荒井俊行「契約実務における実世界データのデータオーナーシップ」Law & Technology別冊『知的財産紛争の最前線ー裁判所との意見交換・最新論説ー』3号(2017年)83～91頁
- 猪俣賢太郎=田部井靖典「パネル・ディスカッションの概要についてー公正取引委員会競争政策研究センター第15回国際シンポジウム『ビッグデータとAI活用がもたらす新しいビジネスと競争政策』の概要」公正取引815号(2018年)51～53頁

- 上野達弘「判批」A.I.P.P.I. 57巻9号(2012年)2～23頁
- 同「自動蓄積される大量データの法的保護」パテント70巻2号(2017年)30～36頁
- 同「著作権法に関する最高裁判決の射程－最高裁判決のミスリード?－」コピライ
ト686号(2018年)2～35頁
- 梅谷真人『データベースの法的保護－現行法制度の機能・限界と立法論的検討－(知的
財産研究叢書4)』(信山社、1999年)
- 加戸守行『著作権法逐条講義 六訂新版』(著作権情報センター、2013年)
- 金子博人「高度情報化社会におけるデータベースの法的保護(下)」NBL348号(1985
年)11～19頁
- 窪田充見「不法行為法から見たパブリシティー生成途上の権利の保護における不
法行為法の役割に関する覚書」民商法雑誌133巻4・5号(2006年)721～748頁
- 同「不法行為法と知的財産法の交錯」著作権研究36号(2009年)29～57頁
- 経済産業省「AI・データの利用に関する契約ガイドライン」(2018年)
- 同「限定提供データに関する指針」(2019年)
- 経済産業省知的財産政策室「不正競争防止法平成30年改正の概要」NBL1126号(2018
年)a、13～21頁
- 同「不正競争防止法平成30年改正の概要」Law & Technology 81号(2018年)b、38～
46頁
- 小泉直樹『模倣の自由と不正競争』(有斐閣、1994年)
- 公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針(平成28年1月21日
改正)」(2016年)
- 公正取引委員会競争政策研究センター「データと競争政策に関する検討会報告書」
(2017年)
- 佐々木勉「欧州におけるデータ・ポータビリティの在り方を巡る議論の動向」(総務
省、2016年)(http://www.soumu.go.jp/main_content/000414766.pdf〈最終閲覧2019年
6月4日〉)
- 産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会「データ利活用促進に向けた
検討中間報告」(経済産業省、2018年)a
- 同「産業構造審議会知的財産分科会第9回不正競争防止小委員会議事録」(経済産業
省、2018年)b
- 同「産業構造審議会知的財産分科会第10回不正競争防止小委員会議事録」(経済産業
省、2018年)c
- 潮見佳男『不法行為法 第2版』(信山社、2011年)
- 東海林保「判批」判例タイムズ1125号(2003年)160～161頁
- 白石忠志「データベース保護と競争政策[上]」公正取引562号(1997年)a、45～54
頁
- 同「データベース保護と競争政策[下]」公正取引563号(1997年)b、64～70頁

- 鈴木良介『ビッグデータビジネスの時代』(翔泳社、2011年)
- 高部眞規子「ビッグデータの利活用促進」金融・商事判例1539号(2018年)1頁
- 田辺里美「ビッグデータを支えるデータベース技術—注目される非構造化データベースのビジネス価値—」ITソリューションフロンティア2012年4月号(2012年)28~31頁
- 田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣、2001年)
- 同『不正競争法概説 第2版』(有斐閣、2003年)
- 同『知的財産』はいかなる意味において『財産』か—『知的創作物』という発想の陥穽」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、2014年)329~350頁
- 同「プロ・イノベーションのための特許制度の **muddling through** (5・完)」知的財産法政策学研究50号(2018年)a、175~254頁
- 同「限定提供データの不正利用行為に対する規制の新設について—平成30年不正競争防止法改正の検討」高林龍=三村量=上野達弘編『年報知的財産法 2018-2019』(日本評論社、2018年)b、28~41頁
- 同=岡村久道「《対談》限定提供データ制度の導入の意義と考え方」NBL1140号(2019年)4~18頁
- 知的財産戦略本部「新たな情報財検討委員会報告書—データ・人工知能(AI)の利活用促進による産業競争力強化の基盤となる知財システムの構築に向けて—」(2017年)
- 茶園成樹『不正競争防止法』(有斐閣、2015年)
- 同=小泉直樹「アメリカ不正競争法リステイトメント試訳(五)」民商法雑誌112巻2号(1995年)305~350頁
- ヘルベルト・ツェヒ(水津太郎訳)「法的問題としての財の帰属」法律時報87巻9号(2015年)a、56~70頁
- 同(兼平麻渚生訳)「デジタルの世界における財の帰属—権利客体としてのデータ」法律時報87巻9号(2015年)b、71~82頁
- 丁文杰「リレーショナル・データベースの著作権侵害が争われた事例(2・完)—**unesPro**事件—」知的財産法政策学研究51号(2018年)273~312頁
- データ流通環境整備検討会 AI、IoT時代におけるデータ活用ワーキンググループ「データ流通環境整備検討会 AI、IoT時代におけるデータ活用ワーキンググループ中間とりまとめ」(2017年)
- 土井輝夫『アメリカ新著作権法の解説』(第一法規出版、1981年)
- 中西優美子『法学叢書 EU法』(新世社、2012年)
- 中村啓佑「OAuth2.0に対する脅威と対策:金融オープンAPIの一段の有効活用に向けて」金融研究37巻3号(2018年)111~142頁
- 中山信弘「不正競争防止法上の保護を受ける地位の譲渡可能性」『判例不正競争法
- 200 知的財産法政策学研究 Vol. 58(2021)

- 小野昌延先生還暦記念論文集』(発明協会、1992年) 41～54頁
- 同『特許法』(弘文堂、2010年)
- 同『著作権法 第2版』(有斐閣、2014年)
- 根岸哲「米国・EC独禁法判例研究第一回テレビ番組リストの利用許諾拒否と支配的地位の濫用—EC独禁法八六条と国内著作権の行使」公正取引504号(1992年) 62～65頁
- 野口悠紀雄『情報の経済理論』(東洋経済新報社、1974年)
- 早川英男「『情報の経済学』について—概念的整理と理論的可能性—」金融研究5巻3号(1986年) 39～82頁
- 林秀弥「AIとビッグデータを見すえた今後の競争政策」福田雅樹＝林秀弥＝成原慧編著『AIがつなげる社会—AIネットワーク時代の法・政策』(弘文堂、2017年) 138～169頁
- 平野晋『アメリカ不法行為法』(中央大学出版部、2006年)
- 前田哲男「判批」小泉直樹＝田村善之＝駒田泰土＝上野達弘編『著作権法判例百選 第5版』(有斐閣、2016年) 230～231頁
- 水野紀子＝津田真紀子＝大手昌也＝瀧澤希美「『限定提供データに関する指針』の解説」NBL1140号(2019年) a、19～27頁
- 同＝瀧澤希美＝上原英司＝佐伯昌彦「法令解説 データを安心・安全に利活用できる事業環境の整備あわせて、知的財産や標準の分野でビッグデータ等のIT技術に対応した制度を導入不正競争防止法等の一部を改正する法律(平成30年法律第33号) 平30.5.30公布」時の法令2074号(2019年) b、4～35頁
- 三菱総合研究所「安心・安全なデータ流通・利活用に関する調査研究の請負報告書」(三菱総合研究所、2017年)
- 三菱UFJリサーチ&コンサルティング「平成29年度産業経済研究委託事業海外におけるデータ保護制度に関する調査研究調査報告書」(経済産業省、2017年)
- 山内貴博「平成30年改正不正競争防止法への実務的対応」ジュリスト1525号(2018年)
- 山田真紀「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成23年度(下)』(法曹会、2014年) 727～735頁
- 山根崇邦「情報の不法行為を通じた保護」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務、2014年) 351～380頁
- 同「ビッグデータの保護をめぐる法政策上の課題—欧米の議論を手がかりとして—」パテント73巻8号(別冊23号)(2020年) 91～116頁
- 横山久芳「編集著作物概念の現代的意義」著作権研究30号(2003年) 139～179頁
- Balganesh, Shyamkrishna, “The Uncertain Future of ‘Hot News’ Misappropriation after Barclays Capital v. Theflyonthewall.com,” *Columbia Law Review*, 112, 2012, pp.134-146.
- Barbero, Martina, Diana Cocoru, Hans Graux, Annette Hillebrand, Florian Linz, David

- Osimo, Anna Siede, Patrick Wauters, “Study on Emerging Issues of Data Ownership, Interoperability, (Re-)Usability and Access to Data, and Liability, Final Report,” European Commission, 2017 (available at https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2018/EU_Data_ownership_en.pdf 〈最終閲覧2019年6月4日〉).
- Carnelley, Philip, Helena Schwenk, Gabriella Cattaneo, Giorgio Micheletti, David Osimo, “Europe’s Data Marketplaces - Current Status and Future Perspectives,” International Data Corporation, 2016 (<http://datalandscape.eu/data-driven-stories/europe%E2%80%99s-data-marketplaces-%E2%80%93-current-status-and-future-perspectives> 〈最終閲覧2019年6月4日〉).
- Davison, Mark J., *The Legal Protection of Databases*, Cambridge University Press, 2003.
- Davison, Mark J. and P. Bernt Hugenholtz, “Football Fixtures, Horse Races and Spin-offs: The ECJ Domesticates the Database Right,” *European Intellectual Property Review*, 27 (3), 2005, pp.113-118.
- Derclaye, Estelle, “Databases ‘*Sui Generis*’ Right: Should We Adopt the Spin-off Theory?,” *European Intellectual Property Review*, 26 (9), 2004, pp.402-413.
- Derclaye, Estelle, “The Database Directive,” *EU Copyright Law: A Commentary*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2014, pp.298-354.
- Djavaherian, David, “Hot News and No Cold Facts: *NBA v. Motorola* and Pro Database Contents,” *Richmond Journal of Law and Technology*, 5, 1998.
- Drahos, Peter, “A Philosophy of Intellectual Property,” ANU eTEXT, 2016 (<https://press.anu.edu.au/publications/philosophy-intellectual-property> 〈最終閲覧2019年6月4日〉).
- Drexl, Josef, Reto Hilty, Luc Desaunettes, Franziska Greiner, Daria Kim, Heiko Richter, Gintare Surblyte, and Klaus Wiedemann, “Data Ownership and Access to Data - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate,” *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, No. 16-10, 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165 〈最終閲覧2019年6月4日〉).
- Drexl, Josef, Reto Hilty, Jure Globocnik, Franziska Greiner, Daria Kim, Heiko Richter, Peter R. Slowinski, Gintare Surblyte, Axel Walz, and Klaus Wiedemann, “Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission’s ‘Public consultation on Building the European Data Economy’,” *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, No. 17-08, 2017 (https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Statement_Public_consultation_on_Building_the_EU_Data_Eco_28042017.pdf 〈最終閲覧2019年6月4日〉).
- Ekstrand, Victoria S., *Hot News in the Age of Big Data*, LFB Scholarly Publishing, 2015.

- Ekstrand, Victoria S., and Christopher Roush, "From 'Hot News' to 'Hot Data': The Rise of 'Fintech,' the Ownership of Big Data, and the Future of the Hot News Doctrine," *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 35, 2017, pp.303-339.
- European Commission, "Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases," *Official Journal of the European Communities*, 92/C 156/3, 1992, pp.4-10.
- European Commission, "DG Internal Market and Services Working Paper - First Evaluation of Directive 96/9/EC on Legal Protection of Database," 2005.
- European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'A Digital Single Market Strategy for Europe'," COM (2015) 192 final, 2015.
- European Commission, "High Level Conference on Building a Data Economy Summary of the Discussion," 2016.
- European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Building A European Data Economy'," COM (2017) 9 final, 2017a.
- European Commission, "Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy Accompanying the Document Communication 'Building a European Data Economy {COM (2017) 9 final}' ," SWD (2017) 2 final, 2017b.
- Ginsburg, Jane C., "Copyright, Common Law, and *Sui Generis* Protection of Databases in the United States and Abroad," *University of Cincinnati Law Review*, 66, 1997.
- Gordon, Wendy J., "Intellectual Property," *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003.
- Grosheide, F. Willem, "Database Protection - The European Way," *Washington University Journal of Law & Policy*, 8, 2002, pp.39-74.
- Hugenholtz, P. Bernt, "Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive -The 'Spin-off' Doctrine in the Netherlands and Elsewhere in Europe," Presented at Fordham University School of Law Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, 2003 (<https://www.ivir.nl/publicaties/download/spinoffordham.pdf> (最終閲覧2019年6月4日)).
- Hugenholtz, P. Bernt, "Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP," 2017 (https://www.ivir.nl/publicaties/download/Data_property_Muenster.pdf (最終閲覧2019年6月4日)).
- Juncker, Jean-Claude, "A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change: Political Guidelines for the Next European Commission," Opening Statement in the European Parliament Plenary Session, Strasbourg, 15 July 2014, European Commission, 2014.

- Manyika, James, Michael Chui, Brad Brown, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Charles Roxburgh, Anguela Hung Byers, “Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity,” McKinsey Global Institute, 2011 (<https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>〈最終閲覧2019年3月18日〉).
- Mayer-schonberger, Viktor, Kenneth Cukier, *BIG DATA A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, John Murray Publishers, 2013 (斎藤栄一郎『ビッグデータの正体 情報の産業革命が世界のすべてを変える』(講談社、2013年)).
- Miranda, David P, “New York Intellectual Property Law Review,” *Albany Law Review*, 75, 2012, pp.1091-1120.
- Posner, Richard A., “Misappropriation: A Dirge,” *Houston Law Review*, 40, 2003, pp.621-641.
- Zech, Herbert, “Information as Property,” *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 6, 2015, pp.192-197.
- Zech, Herbert, “A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Right to Use Data,” *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11, 2016, pp.460-470.

【補論】

(補論 1) データベース指令に対する第二回事後評価の結果について

調査時点で未公表だったことから原論文では言及することが叶わなかったが、*sui generis* 権によるビッグデータ保護の可能性は、2018年に実施されたデータベース指令の事後評価(第二回)(以下、「事後評価」という。)¹、およびその添付資料となる研究レポート(以下、「研究レポート」という。)においても詳細に検討されている²。本誌への転載に当たり、同レポートの内容についても簡単に言及する³。

(1) データベースを巡る環境の変化

研究レポートは、「データベースを巡る技術環境変化を踏まえると、…IoT・人工知能・機械学習・アルゴリズム・センサーで自動生成されたデータ・ビッグデータといった技術が非常に重要であることは明らかである。」としつつ、それらをどのように規制すべきかについては明確でないと評価する⁴。具体的には、主に製造業者においてこれらをデータベース指令によって保護すべきとの主張がある一方で、データのユーザー側の観点からは、データへのアクセス権を認めるべきとの主張もあり⁵、意見が二極化しているとする。

さらに、事後評価は、IoTの発展に伴い、近年「主たる業務の結果として

¹ European Commission, “Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases,” SWD (2018) 147 final.

² Radauer, Alfred, María del Carmen Calatrava Moreno, Anna Gkogka, “Study in Support of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases Final Report,” European Commission, 2018 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5e9c7a51-597c-11e8-ab41-01aa75ed71a1> (最終閲覧2019年9月23日)).

³ 事後評価および研究レポートについて言及した邦語文献として山根崇邦「ビッグデータの保護をめぐる法政策上の課題—欧米の議論を手がかりとして—」*パテント* 73巻8号(別冊23号)(2020年)99~100頁がある。

⁴ Radauer *et al.*, *supra* note 2, at pp.30-32.

⁵ この点について、詳しくは本論6.(2)ロ.を参照。

生じたデータ」の経済的重要性が向上している点についても指摘する⁶。これらのデータは、言うまでもなく BHB 事件や副産物理論が *sui generis* 権の対象から除外しようとしてきたものである。こうした点を背景に、事後評価のインタビュー参加者からは、このような潮流のなかでは、データベース指令の内容自体が不十分かつ時代遅れであり、ヨーロッパのデータの共有・再利用・マイニングといった市場における主要な活動の妨げとなる事で、国際データ市場における欧州の競争力を減じているのではないかとの懸念も示された⁷。

(2) 機械によって作成されたデータへの *sui generis* 権の成立について

事後評価は、機械によって作成されたデータベース (Machine-generated data) は、同データベースを構成するデータの多くが「入手」されたものではなく「作出」されたものと評価されることから、一般的には「実質的投資」の要件を充足しないとしている⁸。また、こうした「作出」と「入手」を区別するアプローチについて、情報の唯一の出所であるデータベースへのアクセスを阻害することを回避する有効な方法であると同時に、データベース作成にインセンティブを与えるという立法趣旨に適うものと評価している⁹。

もっとも、事後評価は、ドイツの *Autobahnmaut* 事件を例に、拡大解釈によって機械によって作成されたデータベースに *sui generis* 権を成立させる

⁶ European Commission, *supra* note 1, at p.36.

⁷ Radauer *et al.*, *supra* note 2, at pp.26-27.

⁸ European Commission, *supra* note 1, at pp.35-36.

⁹ *Id.* at pp.24-25. もっとも、①同判決のいう「作出に向けた投資」と「入手に向けた投資」をどのように区別するかについては、多くの実務的な困難が残っているほか、②どのような既存のデータの記録が「入手」に該当するか (体温・湿度・車の速度といったデータを単に記録したものがこれに該当するか) も明らかでない。さらに、③同判決は「検証」および「表示」の意義について判断をしていない。事後評価がこうした解釈の不明確さ、およびセンサーによって自動生成されたデータの重要性の増加によってデータベース指令の役割が不明確になっていると指摘していることは留意すべきである (*Id.* at p.25)。

余地があることも指摘している¹⁰。そのうえで、研究レポートにおいては、拡大解釈や判例変更等を通じてビッグデータに *sui generis* 権の保護を及ぼそうとする場合を想定し、いくつかの問題点を示している¹¹。以下、主要な問題点について概説する¹²。

a. 実質的投資の閾値に関する問題 (Threshold Issues)

技術環境の変化によって、データベースの作成に要するコスト環境には大きな変化が生じている (特にデータベースを自動作成する場合はなおさらである)。このことが *sui generis* 権の成立にどのような影響を及ぼすのだろうか。

この点についてルートヴィヒ・マクシミリアン大学ミュンヘンのマティアス・ライストナー (Matthias Leistner) 博士は、研究レポートのインタビューのなかで、「データベース指令は、こうした変化に対応できる曖昧さをもって起草されている。データベースの作成コストがあまりにも安価に

¹⁰ BGH, Urteil vom 25. 3. 2010 – I ZR 47/08. 同事件の概要は以下のとおり。高速道路の管理会社である原告 (Toll Collect 社) は、道路使用料管理システムの提供会社 (AGES International GmbH & Cokg. 以下、「AGES」という。) に、燃料カード番号や車両登録番号、通行日、走行経路の長さ等のデータを毎日送信していた。AGES の親会社である被告が、同データを道路ユーザー向けの使用料照会システムに転用し、原告の許可なく道路ユーザーに提供したことから、原告が自社の *sui generis* 権の侵害を主張して訴えを提起したのが本件である。これに対しドイツ連邦最高裁判所は、原告が AGES に送信していたデータは、「原告が記録しなくても存在しているもの」であり、「料金の計算にとどまらず、収集した手数料データの処理や編集に及んでいる」として、原告の *sui generis* 権を肯定している (*Id. para 18-21*)。

¹¹ Radauer *et al.*, *supra* note 2, at pp.30-44.

¹² 研究レポートは、このほかに、テキストおよびデータ・マイニング行為に対する著作権法およびデータベース指令の権利制限を設ける必要性についても検討しているが (*Id. at pp.33-34*)、この点についてはデジタル単一市場における著作権に関する指令 (DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC) において権利制限規定が設けられ、一応の立法解決をみているため、ここでは詳述しない。同指令の概要については、濱野恵「EU デジタル単一市場における著作権指令」外国の立法 No.281-2 (2019年) 10～13頁参照。

なってしまった場合、シンプルに『実質的投資』がないと評価すればよい」として、同規定が「実質的投資」の要件を通じて技術的変化に対する十分な柔軟性と明確性を併せもっていると主張している。

もっとも、データの収集に対する投資コストは現代においては千差万別であり、一概にセンサーによって自動作成されているからといってコストが下がるといえるわけでもない¹³。例えば、研究レポートによると、スポーツ業界においては、ブックメーカー社等を通じたオンライン・スポーツ・ベッティングの拡大等を背景に、対戦表だけでなくライブ・マッチ・データの価値が急速に向上し、各種スポーツの協会はライブ・マッチ・データの収集のためのセンサーに相当の投資を行っているという¹⁴。こうした環境のなかで「実質的投資」の閾値の設定（どの程度のセンサーへの投資がなされれば当該ビッグデータが保護に値するか）は非常に複雑な問題となりえ、法制上の介入には慎重を要する。

b. 原始取得者の特定問題（Ownership Issues）

データベース指令は *sui generis* 権の主体である「データベース製作者」について、前文41において「（データベースの製作について）主導権と投資のリスクを取る者であり、特に下請業者については、これを製作から除外する。」としているが、従業員と使用者の関係および共同製作者の取扱いについては各加盟国の国内法に委ねており、実際にその規定は加盟国ごとに異なっている。センサーで自動作成されたデータは、データベースの製作者を特定することが困難であり、複数の主体が主導権やリスクを負う可能性が高いことから、このような加盟国間の規定の異なりが大きな影響を及ぼすおそれがある。

この点について、マティアス・ライストナー博士は主導権やリスクを分

¹³ 研究レポートは「（素粒子観測のために用いられる）大型ハドロン衝突型加速器（Large Hadron Collider: LHC）のような巨大な投資を要するものから極めて安価なものまで千差万別である」とのインタビュー結果を引用している（Radauer *et al.*, *supra* note 2, at p.30）。

¹⁴ *Id.* at pp.30-31. なお、「ライブ・マッチ・データ」については研究レポート上も明確に定義されていないが、スポーツの試合中に測定されるデータ（野球における打球の軌道や自動車レースにおける速度情報など）ではないかと推察される。

担したものの間で共同所有権を有したうえで、契約によって共同所有権者間の問題を解決することを示唆している¹⁵。このほか、研究レポートは、実情に照らすとセンサーを通じたデータ収集の主導権やリスクを負うのはセンサーの製造者である可能性が高いことから、原則として製造者が *sui generis* 権を有することとする余地もあるとする¹⁶。このような割り切りは共同権利者間の取引コスト削減につながるが、実際にセンサーを搭載した機器を操作したオペレーターといったセンサー製造者以外の主体を、どのようにしてデータにアクセスさせるかが重要となると思われる（唯一の出所であるデータベースの問題）。

c. 強制ライセンス制度（compulsory licensing）の是非

上述 a. b. の問題を解決する方法として、研究レポートは、データベース指令制定時に議論された強制ライセンス制度（compulsory license）の導入を再評価している¹⁷。この点については、Magill 事件の紹介やデータベース指令草案における強制ライセンス条項の存在およびその削除の経緯など、本論文 5. (3) ロ. における内容と大部において重複するため、そちらを参照されたい。

(3) 制度の存否と代替的な制度設計

上述のような問題点を前提に、研究レポートは *sui generis* 権の廃止についても言及しているが、商業出版社等を中心に制度の存続を望む声もあるほか、同権利の廃止によって、同権利の存在がこれまで代替していた、他人の著作物・商品・デザインなどをほぼそのまま模倣する行為（隷属的模倣：slavish imitation）に対する規制について、加盟国間での不統一が顕現化するおそれがあることから、これを強く支持してはいないようである¹⁸。

¹⁵ *Id.* at p.32.

¹⁶ *Id.* at p.32.

¹⁷ *Id.* at pp.34-39.

¹⁸ *Id.* at pp.87-88, 126, 140. 研究レポートでは、EU 域内における隷属的模倣からの法的保護の状況を以下の 3 種類に大別している。i) 虚偽表示によって自己の商品が

一方で、*sui generis* 権の制度を単に維持することは上述のとおり問題が少なくないため、登録制の導入、唯一の出所であるデータベースに対する強制ライセンス制度の導入、「実質的投資」や「データベース製作者」といった定義の明確化といった対応の必要性を指摘している¹⁹。

(補論2) 中国におけるビッグデータの知的財産法上の保護

原論文脱稿後に、中国におけるビッグデータの知的財産法上の保護に関して調査する機会を得た²⁰。本誌への転載に当たり、この点についても簡単に言及しておく。

(1) 不競法2条の「一般条項」

中国の司法実務上、すでにくつものデータ・クローリングに関する判決が存在している²¹。これらの裁判例において、各裁判所は中国不競法第

他の商人の商品であるかのように消費者に思わせる行為(詐称通用: *passing off*) に対する場合に限って法的保護を及ぼす(英国・アイルランド)、ii) 不正競争防止法上、奴隸的模倣からの一般的な保護を与え、*sui generis* 権を補完する(ベルギー・チェコ・フランス・ギリシャ・ハンガリー・イタリア・ポーランド・スロバキア)、iii) 限定的な条件下で隷属的模倣からの保護を及ぼす(フィンランド・ドイツ・ルクセンブルク・オランダ・ポルトガル・スペイン・スウェーデン等)。

なお、最近のEU各国における隷属的模倣を巡る法制度の動向をまとめた邦語資料として、英国に関してNeville Cordell=Alex Woolgar(鷲健志訳)「英国の詐称通用法による商品の形態及び外観の保護について」*パテント*72巻1号(2019年)52~60頁、イタリアに関して、Luigi Mansani=Federico Fusco(鷲健志訳)「イタリアにおける民法の不正競争防止条項による商品の形態及び外観の模倣防止について」*パテント*72巻1号(2019年)36~41頁、ドイツに関して、Anja Barabas(鷲健志訳)「ドイツ不正競争防止法及びその模倣品からの保護」*パテント*71巻14号(2019年)53~60頁がある。

¹⁹ Radauer *et al.*, *supra* note 2, at p.141.

²⁰ 泉恒希「知産法中的大データ保護制度：日本、美国和欧盟比较研究」东亚研究第二輯(2020年)96頁。なお、調査においては、復旦大学法学院の丁文杰講師、および東京大学大学院法学政治学研究科博士課程の朱子音氏の協力を得た。

²¹ 代表的な例として、大众点评诉百度不正当竞争案(上海知识产权法院(2016)沪73

2条の一般条項に基づいて判決を下している²²。同規定はその適用範囲が広範である反面、規範が抽象的かつ不明確であり、規範の明確性をどのように確保するかが問題となっている²³。

中国不競法第2条の裁判規範性を最初に認めた海帯配額案において²⁴、最高人民法院は自由競争によるメリットと公正性のバランスを考慮し、「同条の適用条件は厳格に判断する必要がある、不適切な干渉により市場における自由競争を阻害しないようにすべきである」と述べている。そのうえで、i) 法律上当該競争行為に対して、いまだ特別な規定を設けていないこと、ii) 事業者の正当な利益が、競争行為の結果実質的に害されていること、iii) 当該競争行為が誠実および信用の原則と商業道徳に反し、不正性または非難可能性を有することを要件として要求している。

さらに、2016年の新浪微博起诉脉脉抓取使用微博用户信息案（以下、「脉脉事件」という。）では²⁵、インターネット産業の技術形態や競争形態の特

民終242号民事判决书)、新浪微博起诉脉脉抓取使用微博用户信息案(北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书)などがある。

²² 同条は「経営者は、生産経営活動において、自由意思、平等、公平、誠実信用の原則に従い、法律および商業道徳を遵守しなければならない。本法において不正競争行為とは、経営者が生産経営活動において、本法の規定に違反し、市場競争秩序を攪乱し、ほかの経営者または消費者の適法な權益を損なう行為をいう。」と規定している。同法は第6条以下に個別の不正競争行為を別途規定してはいるものの、これらは一種の例示列举であり、最高人民法院は海帯配額案((2009)民申字第1065号)において、「市場における競争は開放的かつ熾烈であり、市場における競争行為に多様性や変化が生じることは避け難い。不正競争防止法は市場競争の秩序をコントロールする規定だが、ありとあらゆる行為・方式を具体化し、予測可能性のある規定を設けておくことは不可能である。それゆえ、具体的な事案において、人民法院は、不正競争防止法2条1項および2項の一般条項に基づいて、第2章に列举された不正競争行為に属しない市場競争行為を調整し、以て市場における公平な競争を保証することが認められている(と解される)。」として、同条が一般条項として裁判規範性をもつことを認めている。吴峻「反不正当竞争法一般条款的司法适用模式」法学研究2016年第2期(2016年)139~140頁参照。

²³ 许可「数据保护的三重进路—评新浪微博诉脉脉不正当竞争案」上海大学学报(社会科学版)2017年第6期(2017年)20頁参照。

²⁴ (2009)民申字第1065号。

²⁵ 北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

殊性に鑑み、さらに2つの要件を定めている。すなわち、iv) 当該競争行為が採用する技術的手段が消費者の利益を害し、消費者の自主的な選択を制限し、消費者の知る権利を保障し、または消費者のプライバシーを侵害するなどしていること、v) 当該競争行為がインターネット上の公開・公平・公正な市場秩序を破壊し、これによって不正な競争を引き起こしていること、あるいはそのような事態を引き起こす可能性があることである。vi) なお、インターネットにおける新しい技術や新しい商業モデルを利用した競争行為に対しては、正当性があることを推定し、同競争行為が不正等であることについての立証をする必要がある²⁶。

このように、裁判所は一般条項の適用要件を厳格に設けているが、実際の事案への適用は比較的積極的に行っている。例えば、脉脉事件では、裁判所は脉脉（人材マッチングアプリの開発・運営）側が新浪微博（SNSの開発・運営）のオープンプラットフォームにおける「アプリ開発者契約」に違反しており、その結果、誠実に同契約を遵守しているその他の事業者およびプラットフォームの正当な利益およびインターネットを利用する消費者の利益を侵害し、インターネット産業の競争秩序を破壊したとして、新浪微博側の差止請求および損害賠償請求を認容している。中国国内においても、「同様の一般条項をもつドイツやアメリカと比較すると、中国のインターネット産業における不競法一般条項の運用は明らかに積極的だ」との指摘もある²⁷。

（2）知的財産法と不競法上の一般条項の関係

著作権法や特許法などと、不正競争防止法の一般条項の関係について、中国では両者は特別法と一般法の関係にあると捉えられており、不競法の一般条項は知的財産法の保護の欠缺を補うものと考えられている²⁸。しか

²⁶ 許・前掲注23・21頁は、iv)～vi)を「追加の3要件(额外三要件)」と表現しているが、vi)についてはあくまで事実の推定による立証責任の転換であると考えられる。

²⁷ 吳・前掲注22・151～152頁参照。

²⁸ 韦之「论不正当竞争法与知识产权法的关系」北京大学学报(哲学社会科学版)1999

しながら、米国の議論で述べたとおり、一般法の規範が不明確である場合、かえって市場を萎縮させる可能性があることには留意すべきであろう。

清華大学の蔣舸副教授によると、不競法の一般条項を活用して知的財産法を補完しようとする場合には、裁判所は極力知的財産法の考慮要素（保護の客体、原告の権能、権利制限、救済方法、権利主体など）を借用すべきであると主張する。同氏はまず、現代社会の複雑性の下では、立法においてあるべきすべての問題を想定することは不可能であり、規定の完全性を犠牲にしつつ、生じうる問題を類型化したかたちで立法し、これにより予測可能性（認知経済性）を高めることが望ましいと指摘する。そのうえで、非典型的な事案については、一般条項によって一時的に対処することが望ましいが、このときに、一般条項の解釈が既存法の考え方から乖離しないようにすることで予測可能性を維持すべきと述べる²⁹。

同様の観点から、2017年不正競争防止法の改正に際しては、「（不競法2条）1項の適用に当たっては他の法律、または本法の他の条文の立法目的と矛盾抵触することはできない」との条項を追加するべきであると主張する者もいた³⁰。

以上の解釈論は、不正競争防止法に一般条項を設けていない日本にとって直接の関係はないが、広範な一般条項の適用に当たって個別法の規定ぶりや解釈を参照させる議論に限っては、日本における「生成途上の権利」論の内容と重なる部分があると評価できる。

(3) 「データおよびインターネット仮想財産の保護」の具体化

上述のとおり、現在中国では不競法の一般条項によってビッグデータを保護する動きがあるが、このような保護方式は立法による保護がないことによる次善の策とみられており、一定のタイミングでは立法による類型化

年第6期(1999年)25～33頁、郑成思「反不正当竞争—知识产权的附加保护」知识产权2003年第5期(2003年)4頁参照。

²⁹ 蔣舸「知识产权法与反不正当竞争法一般条款的关系—以图式的认知经济性为分析视角」法学研究2019年第2期(2019年)134～135頁参照。

³⁰ 刘维「论反不正当竞争法对知识产权补充保护之边界」『竞争法律与政策评论』第3卷(2017年)78頁。

が望まれると考えられている³¹。

実際、2020年5月28日に可決された「中華人民共和国民法典」およびその前身となる「中華人民共和国民法総則」の第127条では、「法律がデータおよびインターネット仮想財産の保護について規定を有する場合には、同規定による。」と定め、データおよびインターネット仮想財産に対する財産法的保護の余地を認めている。もっとも、現在同条に対応する下位法令はいまだ存在していない³²。

学説においては積極的に「データ権」を認めるべきだとする意見も認められるが³³、権利付与アプローチを採用する場合には、EUの議論のうち特にデータ・プロデューサー権に対する学界からの批判と同様に、データ権がかえって情報独占を生じないか、誰がデータ権を原始取得するのか、といった問題に直面することとなる。反面、行為規制アプローチを採用するのであれば、日本の限定提供データの規定やその運用状況を参照し、中国の実情に合わせつつこれを採用する余地があるように思われる³⁴。

³¹ 許・前掲注23・23頁。

³² 同条は条文の構造上、所有権等の伝統的な財産権と、弱者救済のための特別の権利規定の間に規定されており、必ずしも所有権等に準ずる「データ財産権」を規定することを志向しているとまで解することはできない。そのため、同条の存在を以て直ちに権利付与アプローチを採用したものと断じるべきではないと考えられる(龍卫球「再论企业数据保护的财产权化路径」东方法学2018年第3期(2018年)54頁)。

³³ 許・前掲注23・23～24頁。

³⁴ 日本の限定提供データの規定について紹介する中文資料としては、刘影＝睦纪刚「日本大数据立法增设“限定提供数据”条款及其对我国的启示」知识产权2019年第4期(2019年)88～96頁がある。