

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—

同志社大学法学部 教授 山根 崇邦

目次

1. 序
 - 1.1. 日本
 - 1.2. 欧州
 - 1.3. 米国
 - 1.4. 本稿の検討課題
2. 欧州
 - 2.1. データベース権 (sui generis right) による保護
 - (1) 概要
 - (2) 課題
 - (3) データベース指令評価報告書
 - (4) 小括
 - 2.2. 欧州委員会による「データプロデューサーの権利 (data producer's right)」の提案
 - (1) 背景
 - (2) データプロデューサーに対する物権的権利の付与——提案その1
 - (3) 事実上のデータ保有者に対する防衛的権利の付与——提案その2
 - (4) 小括
 - 2.3. 営業秘密による保護
 - (1) 概要
 - (2) 課題
 - 2.4. 欧州のまとめ
3. 米国
 - 3.1. データベース権および「データプロデューサーの権利」に対する懸念
 - 3.2. 営業秘密による保護
 - 3.3. 米国のまとめ
4. 結びに代えて

1. 序

近年、IoT や AI などの情報通信技術の進歩を背景として、ビッグデータの利用価値が向上している⁽¹⁾。例えば、自動車メーカーは、自動車にカメラやレーダー、ライダー (LIDAR) などのセンサーを搭載し、クラウドに接続することで、大量のデータを収集することができる。そのようにして収集したデータは、運転支援技術や自動運転技術の開発に用いたり、ドライバーの運転習慣の記録として用いたり、あるいは車両の通行量・渋滞状況に関する情報や車線・道路形状に関する情報として用いることもできる (図1参照)。

(1) ビッグデータについては確立した定義は存在しないとされる。ここでは差し当たり、次のような定義を参照する。「ビッグデータとは、単に『大量のデータ』を意味するのではなく、今まで扱われてきたものとは異なるより大容量かつ多様なデータを扱う新たな仕組みを意味し、その特性は量、頻度 (更新速度)、多様性 (データの種類) によって表される。この3つの特性である量 (Volume)、頻度 (Velocity)、多様性 (Variety) の頭文字の V をとって、ビッグデータの3つの V ともいわれる。」福岡真之介編著、桑田寛史=料屋恵美『IoT・AIの法律と戦略 (第2版)』(商事法務, 2019年) 173頁。

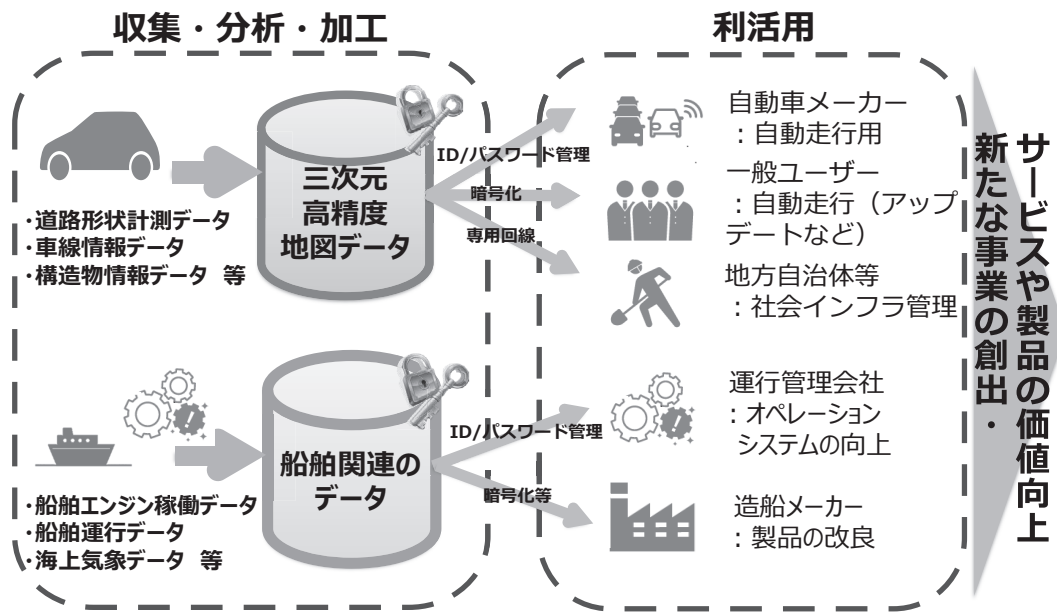


図1 データの利活用のイメージ⁽²⁾

このようにビッグデータは、自社の製品やサービスの価値向上に役立てることができるだけでなく、異業種のアクター（e.g. Google Map等の地理データの提供者）や公共団体（e.g. 道路整備事業を掌る地方自治体等）にとっても有用なものである。こうしたビッグデータの利用価値の向上を受けて、産業界では、データの提供や共有により取引上の利益や事業戦略上の優位性を得ようとする動きが加速している。このため、ビッグデータの流通基盤をいかに整備すべきか、また、そのためのデータ取引市場の法的基盤をどのように整備すべきかということが、各国の法政策上の課題となっている⁽³⁾。

1.1. 日本

この点、わが国は、世界に先駆けてビッグデータを保護するための法制度を構築した。それが、平成30年不正競争防止法改正において新設された限定提供データの不正利用に対する規律である（2019年7月1日施行⁽⁴⁾）。本立法を起草した経済産業省は、この規律の趣旨について次のように説明している。

(2) 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（限定提供データ、技術的制限手段等）」スライド6頁。
 (3) Josef Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data—Between Propertisation and Access*, 8 J. Intell. Prop. Info. Tech. & Electronic Com. L. 257, 262-263 (2017)；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・1頁（2019年）。
 (4) 限定提供データの不正利用に対する規律について詳しくは、例えば、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」L&T81号38頁（2018年）、水野紀子＝津田麻紀子＝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19頁（2019年）、田村善之「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」高林龍ほか編『年報知的財産法2018-2019』（日本評論社、2018年）28頁、田村善之「ビッグ・データの不正利用行為規制の新設について」法学教室462号65頁（2019年）、田村善之＝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4頁（2019年）、岡村久道「平成30年改正不正競争防止法によるデータ保護」ジュリスト1525号16頁（2018年）、奥邨弘司「人工知能に特有の知的成果物の営業秘密・限定提供データ該当性」法律時報91巻8号24頁（2019年）、蘆立順美「データ集積物の法的保護」別冊L&T5号70頁（2019年）、重富貴光「限定提供データ保護について」別冊パテント23号57頁（2020年）、相良由里子「平成30年不正競争防止法改正によるビッグ・データの保護」別冊L&T4号99頁（2018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23頁（2018年）、吉羽真一郎「ビッグデータ等のデータの保護と利活用の促進」Business law journal11巻9号28頁（2018年）、吉羽真一郎「『限定提供データに関する指針』の概要とポイントの整理」Business law journal12巻5号44頁（2019年）、石川智也＝濱野敏彦＝津田麻紀子「限定提供データの創設を踏まえたデータ管理の実務対応（1）-（3）」Business law journal12巻8号86頁、9号85頁、10号97頁（2019年）、渡邊佳奈子「我が国不正競争防止法におけるデータの保護に関する制度の概要」日本知財学会誌16巻2号4頁（2019年）参照。

「気象データ、地図データ、機械稼働データ等については、共有・利活用されて新たな事業が創出され、我が国経済を牽引しうる高い付加価値が生み出されている。このような多種多様なデータがつながることにより新たな付加価値が創出される産業社会の実現に向けては、データの創出、収集、分析、管理等の投資に見合った適正な対価回収が可能な環境が必要である。」「しかし、利活用が期待されるデータは、複製が容易であり、いったん不正取得されると一気に拡散して投資回収の機会を失ってしまうおそれがある。このため、データを安心して提供できる環境整備を目的として、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等、事業者等が取引等を通じて第三者に提供するデータを保護する制度として、『限定提供データ』に係る不正取得、使用、開示行為を不正競争として位置付けた。」（下線筆者）⁽⁵⁾。

このようにわが国では、(i) データの創出、収集、分析、管理等の投資に対する適正な対価回収機会の確保および (ii) データ取引の安定化の2点を主な理由として、限定提供データの保護法制を整備したことが窺える。もっとも、同法制は、データの創出、加工、分析プロセス（図2参照）への関与や投資を保護の要件とはしていない。あくまでも、相当量のデータの電磁的管理・外部提供を行っている者は誰かという観点から「限定提供データ保有者」を判断する建て付けになっている（不正競争防止法2条7項、2条1項14号参照）。その結果、保護対象のデータの種類についても特に限定がなく、生データであれ、加工済データであれ、派生データであれ、電磁的管理・外部提供されているものであれば保護される構造になっている。実際このことは、経済産業省が限定提供データ的具体例として生データ（e.g. 車両走行データ）、加工済データ（e.g. POS加工データ）、派生データ（e.g. 独自の編集を加えた判例データベース）の3タイプすべてを挙げていることから窺える（図3参照）。この点はわが国の法制の一つの特徴といえる。

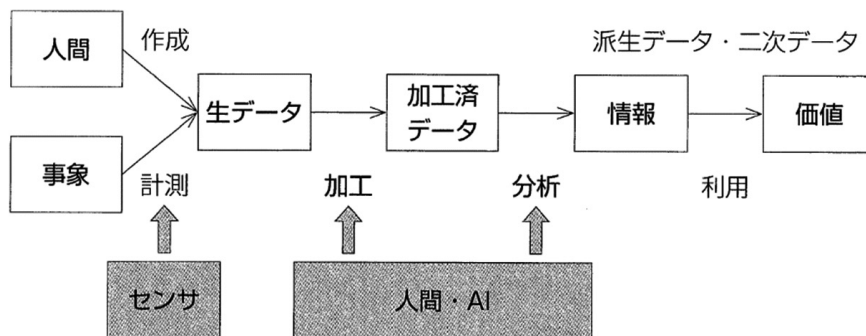


図2 データの創出・加工・分析プロセス⁽⁶⁾

(5) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法（第2版）』（商事法務、2019年）103頁。

(6) 福岡真之介＝松村英寿『データの法律と契約』（商事法務、2019年）11頁の図表1-7参照。

- 第三者提供禁止などの一定の条件の下で、データ保有者が、できるだけ多くの者に提供するために電磁的管理（ID・パスワード）を施して、提供するデータ。

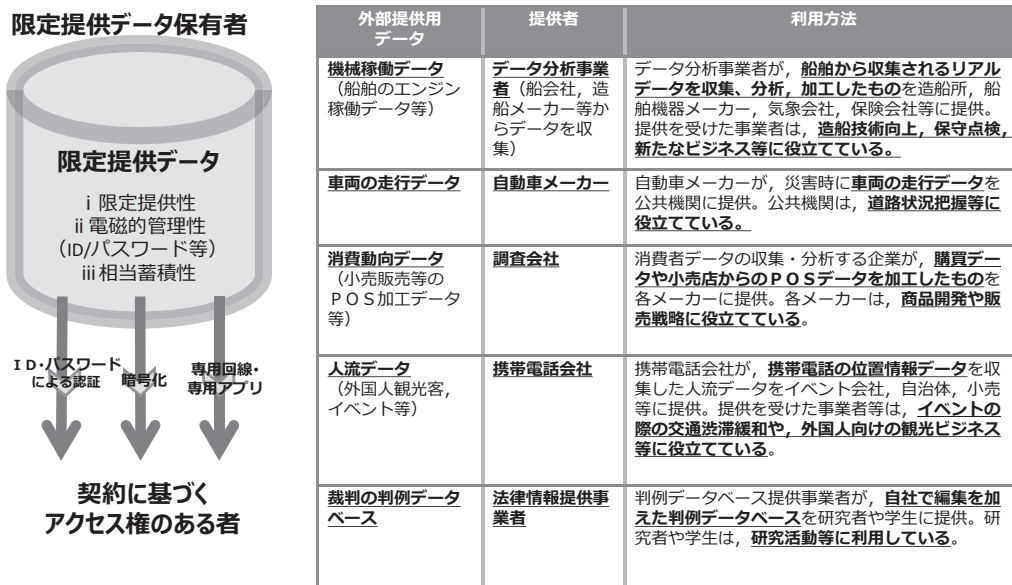


図3 限定提供データの具体例⁽⁷⁾

こうしてビッグデータの保護制度を新設したわが国ではあるが、平成30年改正に関しては、法案が参議院を通過する際に次のような附帯決議がなされている。すなわち、「本法施行後3年を目途として、…データに関連するビジネスの展開、技術革新の動向等を踏まえ、改正後の不正競争防止法の規定の実施状況について検討を加え、所要の措置を講ずること。また、我が国企業が不利益を被らないよう、諸外国におけるデータ保護制度との整合性の確保に努めること」を求めるといものである（下線筆者）⁽⁸⁾。そのため、わが国の限定提供データの保護法制は、今後の運用状況や諸外国の立法動向に応じて適宜見直しが予定されていることが窺える。

以上に鑑みれば、平成30年改正が施行された現在もなお、ビッグデータの保護をめぐる欧米の動向を検討することはわが国にとって重要な課題といえる。

1.2. 欧州

そこで欧州の動向をみてみよう。欧州においては、機械的に生成される生データ（raw machine-generated data）の保護に焦点が当てられることが多い。例えば、欧州委員会は、2017年1月の通達「欧州データ経済の構築（Building a European Data Economy）」⁽⁹⁾に係るスタッフ作業文書の中で、機械的に生成される生データの保護措置として「データプロデューサーの権利（data producer's right）」を創設することを議題として提案した⁽¹⁰⁾。その中で、欧州委員会は、データプロデューサーに物権的な権利（a

(7) 経済産業省知的財産政策室・前掲注2) スライド7頁。

(8) 不正競争防止法等の一部を改正する法案に対する附帯決議（平成30年5月22日参議院経済産業委員会）。あくまで推測の域を出ないが、こうした附帯決議がなされた背景には、「産業界からは、立法化を希望するよりも、それによる萎縮効果を懸念する声のほうが多」くみられ（相良・前掲注4）108頁）、「ビッグ・データを念頭においた行為規制を世界に先駆けて新設するほどの必要性を示す立法事実が、本当に存在したのか」ということについて懐疑的な意見も強くみられた（田村・前掲注4）年報知財31頁。山内・前掲注4）22頁も参照）という事情が影響しているのではないだろうか。

(9) European Commission, *Communication on "Building a European Data Economy,"* COM (2017) 9 final (10 January 2017).

(10) European Commission, *Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy,* SWD (2017) 2 final (10 January 2017), 33ff.

right *in rem*) を付与する案と、事実上のデータ保有者に不正利用に対する純粋に防御的な権利 (purely defensive rights) を付与する案の、両案を併記した。しかし、学界や産業界から同権利の導入に対して強い懸念が示された結果、欧州委員会は、この提案に関する審議を具体的に進めることができないまま現在に至っている。

また、欧州委員会は、上記通達の中で、機械的に生成される生データの集積物の保護を図るために、1996年に欧州議会が採択したデータベース指令⁽¹¹⁾を改正することも一つの案として示唆している⁽¹²⁾。しかし、その後の2020年2月の通達では、生データの集積物の保護という観点は姿を消し、むしろデータアクセスと利用権の強化が施策として打ち出され、そうした観点からデータベース指令の改正が検討課題として挙げられるに至っている⁽¹³⁾。

こうした中で、近時は、2016年に欧州議会が採択した営業秘密保護指令⁽¹⁴⁾を通じてビッグデータの保護と利用のバランスを図ろうとする立場が有力になりつつある⁽¹⁵⁾。

1.3. 米国

次に米国の動向をみてみよう。米国では、これまでのところ、ビッグデータに対する新たな保護制度の導入論はほとんどみられない⁽¹⁶⁾。むしろ文献では、2016年に制定された連邦営業秘密防衛法 (Defend Trade Secrets Act of 2016: DTSA) や契約、技術的手段を通じて、ビッグデータの保護を図ることが可能であるとの認識が示されている⁽¹⁷⁾。それとともに、欧州委員会が機械的に生成される生データの保護を目的として「データプロデューサーの権利」の創設を提案したことに対しては、強い懸念が示されている。例えば、テキサス A&M 大学の Peter K. Yu 教授は、「[1996年に採択された] 欧州のデータベース指令から何らかの教訓を引き出せるとするならば、データ保護によって国際的競争力を強化するという善意の取り組みが常に成功するわけではないということである。実際、識者は、データベース指令の採択が失敗だったことを早々と認めた。すでに現行の国際基準が米国の IT 企業に有利に働いていることを考えると、業界を利するかどうかもわからない新政策 [データプロデューサーの保護] の導入にあえて踏み切ることは疑問を抱かざるを得ない」として、欧州委員会の提案に米国が追随することに警鐘を鳴らしている⁽¹⁸⁾。

1.4. 本稿の検討課題

こうしてみると、欧州および米国は、ビッグデータの保護をめぐる法政策においてわが国とは異なる道を歩みはじめているように見える。とすれば、欧州および米国がなぜビッグデータに対する新たな保護の導入に足踏みをしているのか、また、どのような点を懸念しているのかを確認しておくことは、わが国の今後の

(11) Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, [1996] OJ L 77/20.

(12) COM (2017) 9 final, supra note 9, at 10, 12.

(13) European Commission, *Communication on A European Strategy for Data*, COM (2020) 66 final (19 Feb. 2020), at 13.

(14) Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use or disclosure, [2016] OJ L 157/1.

(15) 例えば、Josef Drexel, et al., *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*, at 6-9 (2016); Tanya Aplin, *Trading Data in the Digital Economy: Trade Secrets Perspective*, in *TRADING DATA IN THE DIGITAL ECONOMY: LEGAL CONCEPTS AND TOOLS*, 59 (Sebastian Lohsse, et al. eds., Nomos, 2017); JOSEF DREXEL, *DATA ACCESS AND CONTROL IN THE ERA OF CONNECTED DEVICES*, 91-106 (BEUC, 2018).

(16) 2019年7月にある議員からビッグデータの保護に関連する法案が提出されたようであるが(筆者未確認)、これまでのところ同法案の審議が進んでいる等の情報は聞かない。

(17) Michael Mattioli, *Data and Intellectual Property Law*, in *RESEARCH HANDBOOK IN DATA SCIENCE AND LAW*, 133 (Vanessa Mak, et al. eds., Edward Elgar, 2018); Peter K. Yu, *Data Producer's Right and the Protection of Machine-Generated Data*, 93 *Tul. L. Rev.* 859, 898 (2019).

(18) Yu, supra note 17, at 892.

法政策上の課題を考えるうえでも有益であるように思われる。そこで、本稿では、ビッグデータの保護をめぐる欧州および米国の議論動向を紹介、検討することにした。

2. 欧州

2.1. データベース権 (*sui generis* right) による保護

(1) 概要

ビッグデータの保護をめぐる欧州の議論において検討の出発点に据えられることが多いのは、「データベース権」と呼ばれるデータベースに対する独自の権利 (*sui generis* right) による保護の可能性である。

1996年に採択されたデータベース指令⁽¹⁹⁾は、データベースの製作にかかる投資の保護を目的とする独自の権利(データベース権)を定め、データベースの製作者(maker)に対し、データベースに含まれる情報の実質的部分の抽出、再利用行為に対する禁止権を付与している。具体的には、データベースの「コンテンツの入手(obtaining)、検証(verification)、表示(presentation)のいずれかに対して質的または/およ比的に実質的な投資(substantial investment)が行われた」場合に、そうした投資を主導しそのリスクを負担したデータベースの製作者に対して、データベースの「コンテンツの全部または実質的な部分を抽出または/および再利用する行為」を禁止できる権利を付与している(データベース指令7条1項)。これによりデータベースの製作者は、データベースの製作完了後15年間にわたって、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ことになった(同指令10条)。

このデータベース権による保護を受けるには、その対象がデータベース指令にいう「データベース」に該当することが必要である。同指令1条2項によれば、「データベース」とは、「著作物、データ、その他の個々の素材を体系的にまたは秩序だった方法で配列した収集物で、電子的またはその他の方法によって個々の素材にアクセスが可能であるもの」と定義されている。

この点、文献では、コネクテッドデバイスによって大量に収集される生データそのものは、通常、体系的または秩序だった方法で配列されていないために、この定義を満たさず、データベース権による保護を受けることができないとの指摘もみられる⁽²⁰⁾。もっとも、欧州司法裁判所(ECJ)の判決によれば、データベース指令1条2項にいう「体系的にまたは秩序だった方法で配列した」とは、データ等の収集物がその中に含まれる個々の素材の検索を可能にするような電子的・電磁的・電子光学的な技術的手段、またはインデックス、目次、特定の分類計画・分類方法等の他の手段を備えていることをいうとされる⁽²¹⁾。したがって、コネクテッドデバイスによって収集される生データの集積物(ビッグデータ)に関しても、そこに含まれるデータの検索が可能となるような加工や一定の分類化を施せば、データベース指令にいう「データベース」に該当するものと解されている⁽²²⁾。その意味で、データベース権はビッグデータ(とりわけ一定の加工がされたデータ集積物)の保護手段として有力なものであるように見える。

(19) Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases. 本指令について詳しくは、梅谷真人『データベースの法的保護』(信山社、1999年)165頁以下、蘆立順美『データベース保護制度論』(信山社、2004年)199頁以下。

(20) P. Bernt Hugenholtz, *Data Property in the System of Intellectual Property Law: Welcome Guest or Misfit?*, in *TRADING DATA IN THE DIGITAL ECONOMY: LEGAL CONCEPTS AND TOOLS*, 75, 88 (Sebastian Lohsse, et al. eds., Nomos, 2017).

(21) C-444/02 *Fixture Marketing v Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou AE (OPAP)* Judgment of 9 November 2004 ECLI:EU:C:2004:697, para 30.

(22) DREXL, *supra* note 15, at 74. また、Drexel教授によれば、コネクテッドデバイスによって直接収集されたデータであっても、自動計測の場合には体系的配列という要件を満たすとする見解(Kirsten J Schmidt & Herbert Zech, 'Datenbankherstellerschutz für Rohdaten—Wie Big Data—Anwendungen die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 87a ff. UrhG erfüllen können' (2017) *Computer und Recht* 417, 418 and 420)も有力に提示されているという(Id.)。このほか、泉・前掲注3)22頁は、サッカーの試合の対戦チームを試合日時順に並べて収集しただけのリストがデータベースに該当すると判断された事例を挙げながら、ビッグデータの場合も、収集したデータを時系列順に並べたようなものであってもデータベースに該当するのではないかと指摘している。

(2) 課題

しかし、データベース権によるビッグデータの保護には、次のような課題や問題が指摘されている。

①実質的投資の対象——データの創出に対する投資の除外

第1に、データベース指令7条1項にいう「実質的投資」の対象がデータ（コンテンツ）の入手に対する投資に限定され、データの創出に対する投資はこれに含まれない点についてである。

欧州司法裁判所によれば、コンテンツの入手（obtaining）と創出（creation）は区別され、データベース指令7条1項にいう「コンテンツの入手」にかかる投資とは、「既存の独立した素材を探し出し、それらをデータベースに収集するために用いられた資源に言及したものと理解されるべきであって、そうした個々の素材を創出するために用いられる資源について言及したものではない」とする⁽²³⁾。欧州司法裁判所はその理由として、データベース権の目的が、既存の情報を基にしたデータベースの創作に対する投資の保護にあるのであって、データベースに組み込むことが可能な新しい素材の創出に対する投資の保護にあるのではない点を指摘している⁽²⁴⁾。つまり、データベース権が保護対象とするのは、あくまで既存のデータを基にしたデータの集合物の創作に対する投資であって、新たなデータの創出に対する投資ではないというわけである。

まさにこの点が争われたのが British Horseracing 事件である。事案は、英国競馬を統括する英国競馬公社がその運営する競馬レースに関する情報の集合物についてデータベース権による保護を求めたというものである。本件では特に、英国競馬公社が当該競馬レース情報に関して行った、競走馬や騎手のデータ登録、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、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、データベース指令7条1項の「実質的投資」の対象に含まれるか否かが問題となった。この問題につき欧州司法裁判所は、これらはいずれも英国競馬公社が自ら競馬レース情報を創出するために行った投資であり、7条1項にいうコンテンツの入手に対する実質的投資とは認められないと判示した⁽²⁵⁾。

このように、データベースの製作者自身がそのデータベースに蓄積されるデータの創出も行っている場合には、データ創出のために投資を行っていたとしてもそうした投資はデータの入手に対する実質的投資とは認められず、データベース権による保護が否定されるというのが、欧州司法裁判所の考え方である⁽²⁶⁾。この欧州司法裁判所の判例に基づけば、ビッグデータに関しても、データベースの製作者自身がそのデータベースに集積されるビッグデータの創出を行っていると評価される場合には、データベース権による保護が否定されることになろう。

この点、センサーを搭載したスマート製品（コネクテッドデバイス）を開発し、それを用いてデータを大量に収集してデータベースを製作した場合に、当該製作者がデータベースに集積されるデータを自ら創出したと評価されるか否かをめぐっては、見解が分かれている。

例えば、論者の多くは、「ビッグデータに関する典型的なシナリオでは、センサーや機械的に生成されるデータの『プロデューサー』が行う投資は、ほとんどの場合、データの『創出（creation）』に対する投資とみ

(23) Case C-203/02 The British Horseracing Board Ltd. and Others v. William Hill Organization Ltd., [2005] 1 C.M.L.R. 15 (ECJ). 以下、Case C-203/02, BHB と略記。同判決について詳しくは、蘆立順美「データベース権によって保護される『投資』の範囲」中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂、2005年）473頁、同「欧州データベース保護指令に関する動向」日本工業所有権法学会年報30号231頁（2007年）。

(24) Case C-203/02, BHB, supra note 23, para. 30-33.

(25) Case C-203/02, BHB, supra note 23, para. 30-33 同様の判断は、Case C-46/02 Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus AB; Case C-338/02 Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB; Case C-444/02 Fixtures Marketing Ltd v. Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou でも踏襲された。

(26) こうした見解の評価につき、蘆立・前掲注23) 還暦475-476頁、蘆立・前掲注23) 年報233-234頁。

なされざるをえないために、データベース権による保護から除外されると結論づけている」とされる⁽²⁷⁾。つまり、スマート製品の開発やセンサーによるデータ収集のために費やした投資はあくまでデータの創出に対する投資であって、データの入手に対する実質的投資とは評価しえないとするのが多数説というわけである。後述のとおり、欧州委員会もさしあたりこの見解を支持している。

これに対し、Leistner 教授は、欧州司法裁判所がこれまで多くの事例で既存の指令の文言を拡張解釈して影響力を行使してきたことに鑑みれば、欧州司法裁判所が今後、センサーや機械的に生成されるデータのプロデューサーが行う投資について「データの入手に対する実質的投資」に含めて解釈する可能性は十分に考えられると指摘している⁽²⁸⁾。また、Drexel 教授も、コネクテッドデバイスは多くの場合、センサーが事象を観測・計測して得られたデータを収集するため、ドイツ連邦最高裁の判例に照らせばデータを自ら創出するケースとは区別され、データベース権による保護は否定されないのではないかと指摘している⁽²⁹⁾。Drexel 教授のいうドイツ連邦最高裁の判例とは Autobahnmaut 事件のことである⁽³⁰⁾。この事件では、ドイツの高速道路を利用するトラック運送業者に対する使用料徴収業務を委託された Toll Collect 社が、利用車両、利用区間、利用日時等を記録するための端末を開発し、各トラックに搭載して収集したデータの集合物が問題となった。ドイツ連邦最高裁は、British Horseracing 事件欧州司法裁判所判決を引用した上で、各トラックに搭載された端末で記録されるデータは Toll Collect 社が「創出」したのではなく、同社の投資とは独立に存在していたものであって、本件は British Horseracing 事件とは区別されるとした。そして、この端末を開発するために Toll Collect 社がなした投資もデータの入手に対する実質的投資に含まれるとして、データベース権による保護を認めた⁽³¹⁾。

このように、スマート製品の開発やセンサーによるデータ収集のために費やした投資の位置づけをめぐる見解が対立しており、欧州司法裁判所がどのような判断を下すか予測ができない。この点は、データベース権による保護にとって一つの課題といえる。

②権利範囲

第2に、権利範囲についてである。

データベース指令7条1項によれば、データベース権の排他的効力は、データベースの「コンテンツの全部または実質的部分を抽出または／および再利用する行為」に対して及ぶ。British Horseracing 事件において欧州司法裁判所は、この実質的部分の抽出 (extraction) または再利用 (re-utilization) という要件に関して、量的・質的にみてデータベースの実質的部分の再構成につながるような行為を禁止したものと解した上で、抽出または再利用された部分の創出に実質的な資源が必要であった場合に限り、量的に実質的部分の抽出または再利用があったことになると判示した⁽³²⁾。それゆえ、この判決に基づけば、データベースから個々のデータを抽出、再利用するだけではデータベース権の侵害とはならず、権利者のデータベースから量的にコンテンツの実質的部分を抽出して自己のデータベースに取り込むような場合に初めて侵害が成立することになる⁽³³⁾。

もっとも、その後の裁判例では、抽出または再利用の概念について広範な解釈がなされている。例えば、Directmedia Publishing 事件では、抽出行為について、データベース製作への投資に対するフリーライド行

(27) ここで引用したのは、Leistner 教授が議論状況についてまとめた記述である（次段落のとおり Leistner 教授自身の見解は異なる）。Matthias Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in *TRADING DATA IN THE DIGITAL ECONOMY: LEGAL CONCEPTS AND TOOLS*, 27, 28 (Sebastian Lohsse, et al. eds., Nomos, 2017).

(28) *Id.*, at 32-33.

(29) DREXL, *supra* note 15, at 71-72.

(30) BGH, Urteil vom 25 March 2010, Case I ZR 47/08 – Autobahnmaut.

(31) *Id.*, para 18-19.

(32) Case C-203/02, BHB, *supra* note 23, para 70-71.

(33) DREXL, *supra* note 15, at 78-79.

為からデータベース製作者を守るという目的に照らして、「データベースのコンテンツの全部または一部を無許可で専有するあらゆる行為」を含むものと解釈された⁽³⁴⁾。また、Innoweb事件では、再利用行為について、「保護対象であるデータベースのコンテンツ、または当該コンテンツの実質的な部分を無許可で公衆に配信する行為」をいうと解釈された⁽³⁵⁾。

このように、データベース権の権利範囲に関しては、データベースのコンテンツの実質的部分という限定があるものの、抽出または再利用の概念については非常に広く解釈されている。この点、ビッグデータの分析過程においては、通常、データベースに蓄積されたデータの全体または大部分のコピー（つまりコンテンツの実質的部分の抽出）が必要となるといわれている。そのため、ビッグデータをデータベース権で保護した場合、ビッグデータの分析過程に対して常にデータベース権が働くことになりかねず、権利者以外の者によるビッグデータ分析を過度に阻害するおそれがあることが懸念されている⁽³⁶⁾。

③保護期間

第3に、保護期間についてである。

データベース指令10条1項によれば、データベース権の保護は、データベースの製作が完了した日から15年間存続する。ただし、量的または質的に新たな実質的投資を行って、新たなコンテンツ収集や既存のコンテンツの検証などのデータの更新を行えば、その時点から保護期間も更新される(10条3項)。そのため、継続的にデータが更新されるビッグデータの場合には、保護期間がたえず更新され、データベース権による保護が永続することになりかねず、また、こうした更新の問題を別としても、15年という保護期間自体、ビッグデータのような動きや変化の激しい世界では長すぎる、といった指摘がなされている⁽³⁷⁾。

(3) データベース指令評価報告書

データベース権によるビッグデータの保護の可能性に関しては、欧州委員会も検討を行っている。欧州委員会は、データベース指令が急速に発展するデータ経済に適合しているかどうかに関する調査を外部の有識者に委託し、その調査結果を2018年に公表している(2018年評価報告書)⁽³⁸⁾。

本報告書によれば、機械やセンサーによってデータ収集が行われるデータベースについては、データの入

(34) Case C-304/07 Directmedia Publishing [2008] ECR I-7565=ECLI:EU:C:2013:850, para 33-34.

(35) Case C-202/12 Innoweb ECLI:EU:C:2013:850, para 37.

(36) DREXL, supra note 15, at 78-79. Leistner, supra note 27, at 30-31も参照。また、ビッグデータ分析以外の場面においても、日々変化し続けるデータセットやリアルタイムのデータサービスに特徴をもつビッグデータに関して、そのコンテンツの「実質的部分」をどのように判断すべきかなど、解決すべき課題が多いことが指摘されている(Drexler, supra note 3, at 268)。

(37) Leistner, supra note 27, at 49-50.

(38) European Commission, *Study in Support of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases, Final Report* (2018). 本調査結果は、欧州のデータベース業界に属する145社(データベースの利用者、製作者など)および92名の専門家から提出されたアンケート調査への回答、データベース利用者・製作者への12回のインタビューおよび7名の専門家へのインタビュー、25名の利害関係者を招いて実施したワークショップの結果をまとめたものである。

欧州委員会がデータベース指令に関して評価報告書を公表するのは2005年に続いて今回が2回目である(Commission of the European Communities, *DG Internal Market and Services Working Paper - First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases* (2005))。2005年の報告書では、主にデータベース権の保護範囲を実質的に制限した2004年の欧州司法裁判所判決の影響、データベース製作者と利用者の利益のバランス、欧州におけるデータベース開発の発展状況について調査している。調査方法としては、データベース業界に属する欧州の企業や団体など500社(出版社、データ・情報の提供会社、データベース開発会社など)に対してオンラインでアンケート調査を実施し、回答のあった101の団体等の結果を分析している。この分析結果に基づき、欧州委員会は、データベース権の効果や運用状況について次のような問題点を指摘した。すなわち、データベース権の保護範囲が不明確であること、基本情報や生データの囲い込みが生じていること、データベース開発へのプラスの影響がみられないことである。とりわけ欧州のデータベース産業の状況に関しては、データベース権が存在しない米国の出版・データベース産業が継続して成功を収めていることと比較して、データベース権が有効に機能しているとはいえ、データベース権の修正が必要であると結論づけている(Id., at 23-25)。2005年の報告書について詳しくは、蘆立・前掲注23)年報236頁以下参照。

手と創出が密接不可分であり、データ創出への投資を実質的投資の対象から除外する現在の欧州司法裁判所の判例を前提とする限り、実質的投資の要件を満たさず、データベース権の保護を受けられないとする。いわく、「現状では、データベース指令は機械やセンサー、その他の新技術（モノのインターネットや人工知能など）によって生成されたデータベースには適用されないように思われる。実際、これらのデータベースの生成はそのコンテンツ（すなわちデータ）の創出と密接に関連しているが、判例法上、データ創出への投資はデータベース権の保護範囲から明らかに除外されているからである。」⁽³⁹⁾

ただし、本報告書は、こうした判例が今後変更される可能性があることも認めている。そこで、判例が変更された場合の影響についても検討を進め、機械やセンサーによってデータ収集が行われるデータベースをデータベース権によって保護する場合の課題や、データベース開発への投資を促進し、欧州デジタル産業の国際競争力を高める手段としてのデータベース権の有効性について分析を行っている。

例えば、データベース権による保護の課題としては、機械やセンサーによってデータ収集が行われるデータベースの場合、その製作過程にはセンサーの開発者、データ収集者、収集データの管理者・加工者など多くの者が関与するため、誰がデータベース製作者なのかの特定が容易ではないこと⁽⁴⁰⁾、また、機械やセンサーによってデータベースに蓄積されるデータを他の情報源から独立に収集することが難しく、当該データベースがデータの唯一の出所（sole source）となる場合も考えられるところ、この場合にデータベース権による保護を認めると競争に悪影響を及ぼしかねないこと等を指摘している⁽⁴¹⁾。

一方、データベースへの投資促進や欧州企業の国際競争力の向上手段としてのデータベース権の有効性については、懐疑的な立場を明確にし、データベース権の廃止も一つの考えられる選択肢として提示している。いわく、「欧州連合（EU）では、米国と比較した場合にデータベースの生産において経済的に証明可能な差が認められないことから、多くの人がデータベース権（*sui generis right*）は有効ではなく、したがって不要であると考えようになっている。かなりの数の回答者がこの制度の廃止を主張している。彼らの批判の要点は、EUがこれまで行ってきた法的実験の結果として、データベース権は失敗であることを証拠が示しているのだから、この権利は廃止すべきであるというものである。本報告書は、データベース権の廃止も一つの考えられる『進むべき道』として提示する。もちろん、このような廃止にあたっては、既にこの財産権を付与された者の権利を尊重する必要があるが、データベース権の存続期間は比較的短いために、今後はこの権利を廃止し、既存の既得権については徐々に消滅させていくことも考えられる。」⁽⁴²⁾

ただし、本報告書は、欧州委員会が実際にデータベース権の廃止を選択するうえでは、慎重にならざるを得ない2つの理由があるとする。第1に、データベース製作者をはじめとする一部の利害関係者がデータベース権を高く評価している点である。この点は証拠上疑いの余地がないとする。第2に、より重要なこととして、データベース権がEU域内でのデータベース保護の調和に寄与している点である。データベース権を廃止した場合、EUは創作性のないデータベースを契約法と不正競争防止法によって保護を図る状況に戻るようになるが、この2つの分野は域内調和が遅れている分野である。それゆえ、40年前に政策立案者に当該分野の調和を検討するように促した域内市場の目標は達成されないままになってしまうだろうとする⁽⁴³⁾。そこで本報告書は、結論としてはデータベース権の廃止ではなく、登録制度の導入を提案している⁽⁴⁴⁾。

(39) European Commission, *supra* note 38, at ii.

(40) *Id.*, at 31-32, 43-44. データベース製作者の判断基準が各国ごとに異なり、権利関係が複雑になりやすいことも課題として指摘している。

(41) *Id.*, at 34-43. データの唯一の出所のデータベースを保護することに伴う競争阻害効果への対策として、強制ライセンス制度の導入も一つの選択肢として提示している。

(42) *Id.*, at 138.

(43) *Id.*

(44) *Id.*, at 139.

(4) 小括

このように、学説上有力な異論がみられるものの、機械やセンサーによってデータ収集が行われるデータベースに関しては、データの入手と創出が密接不可分であるため、データ創出への投資を実質的投資の対象から除外する現在の欧州司法裁判所の判例のもとではデータベース権の保護は認められないとするのが、差し当たっての欧州委員会の見解である。そこで欧州委員会は、データ創出への投資の保護を可能にし、データ経済の発展に寄与しうる新たな法制度の検討へと向かうことになる。それが次にみる、欧州委員会による「データプロデューサーの権利 (data producer's right)」の提案である。

2.2. 欧州委員会による「データプロデューサーの権利 (data producer's right)」の提案

(1) 背景

欧州委員会は、2015年以降、欧州デジタル単一市場戦略を優先課題の一つに掲げ、データ経済の潜在的成長力の最大化を重要な施策として打ち出している。欧州委員会によれば、「EUのデータ経済の価値は、2014年には2570億ユーロと推定され、EU全体のGDPの1.85%であった。これが2015年には2720億ユーロ、EU全体のGDPの1.87%に増加した（前年比5.6%の成長）。同様の見積もりに基づけば、もしデータ経済のための政策および法的枠組みが適切に整備されれば、その価値は2020年までに6430億ユーロ（EU全体のGDPの3.17%に相当する）に増加すると予測される。」（下線筆者）⁽⁴⁵⁾

こうした背景のもと、欧州委員会が2017年1月の通達に係るスタッフ作業文書において、データ経済を促進するための法的措置の一つとして提案したのが、機械的に生成される未加工の非個人または匿名化データの保護を目的とした「データプロデューサーの権利」の創設である。この新しい権利の提案は、主にドイツの自動車業界が主導し、ドイツの学者⁽⁴⁶⁾が強く支持したとされる⁽⁴⁷⁾。また、欧州委員会も、この新しい権利が導入されれば、Google, Apple, Facebook, Amazonといった米国の巨大IT企業の競争力を徐々に低下させるのに役立つと考えていたとされる⁽⁴⁸⁾。

(2) データプロデューサーに対する物権的権利の付与——提案その1

欧州委員会は、データプロデューサーの権利に関して、データプロデューサーに物権的な権利を付与する案と、事実上のデータ保有者に不正利用に対する純粋に防御的な権利を付与する案の、両案を提案している。以下ではまず、前者の物権的な権利を付与する案からみていこう。

(45) COM (2017) 9 final, supra note 9, at 1.

(46) データプロデューサーの権利の提唱者とされるのが、バーゼル大学のZech教授である。Herbert Zech, 'Daten als Wirtschaftsgut—Überlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers"', Computer und Recht 137 (2015); Herbert Zech, A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data, 11 J. Int. Prop. L. & Prac. 460 (2016); Herbert Zech, Data as a Tradeable Commodity, in EUROPEAN CONTRACT LAW AND THE DIGITAL SINGLE MARKET, 51 (Alberto de Franceschi, ed., Intersentia, 2016).

(47) 詳しくは、P. Bernt Hugenholtz, Against 'Data Property', in 3 KRITIKA: ESSAYS ON INTELLECTUAL PROPERTY 48 (Hanns Ullrich et al. eds., Edward Elgar, 2018) 参照。関連して、Drexl, supra note 3, at 259は、次のように指摘している。「データ経済とその規則に対する関心が特に高いのは、IoTという新しいビジネスモデルの発展に産業が深く関わっているドイツである。ドイツでは2011年、IoTを含む、現代の情報通信ネットワークにおける製造の統合を特徴とする第四次産業革命の促進を目指し、政府、民間の事業セクター、公的研究セクターが共同で取り組む「Industrie 4.0」が開始された。…この初期段階の取り組みから明らかになるのは、EUの中でも特にドイツにおいて、データ駆動経済の産業的特徴の法規制…の問題が、学界でもステークホルダーの間でもいち早く注目された理由であろう。」

(48) Hugenholtz, supra note 47, at 49; Yu, supra note 17, at 889-890.

①提案内容

一つの考えられる案は、機械的に生成される非個人または匿名化データの経済財としての取引可能性を高めることを目的として、新たにデータプロデューサー権を創設することである。

このデータプロデューサーの権利は、物権的な権利 (a right in rem) として構成する場合、特定のデータの使用許諾権を含め、当該データを利活用する排他的権利を付与することができる。この権利には、データへの無許可アクセスおよび無許可使用の場合の損害賠償請求権など、契約関係にないいずれの当事者に対しても強制力を有する複数の権利が含まれ、その結果、データ使用权を有さない第三者によるデータのさらなる使用が禁じられることになる。⁽⁴⁹⁾

(i) 導入根拠——データ取引市場の安定化およびデータアクセスの向上

前述のとおり、機械的に生成される未加工の生データに関しては、データベース権の保護が及ばない場合が多い。このため、欧州委員会によれば、欧州データベース事業者の交渉力不足、欧州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が生じており、また、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や囲い込みも生じているという。そこで、機械的に生成される生データの経済財としての取引可能性を高め、データを提供する際の権利関係を明確化し、データプロデューサーの選択肢を広げるために、データプロデューサーの権利の創設を検討するとしている。そしてこのことは、結果として機械的に生成される生データへのアクセスの向上に資すると主張している⁽⁵⁰⁾。

また、データプロデューサーの権利の提唱者とされる Zech 教授も、同権利を商品としてのデータの取引市場を安定させ、取引の促進を図るための手段として位置づけている。また、同権利の導入が機械的に生成される生データのオープン化に資する点も指摘している。いわく、「古典的な知的財産権の場合と同じく、次のように主張することができる。すなわち、[データプロデューサーの権利により] データを生成しそれを公にする（そしてその結果、間接的にはあるが、データの使用で実現可能なイノベーションを促進する）というインセンティブがもたらされ、（市場がなければ取引不可能か、あるいは取引はできても高額の取引費用がかかる）情報財の市場が生み出されるということである。これ以外の重要な側面とは、間違いなくそうした法規制によって、データの使用で誰が利益を得るのが決まるといことのように思われる。これは、データが読み取られにくい機械が設計されたり、あるいは事実上の独占を認める他のメカニズムが構築されることを防ぐだろう。そのような規制によって、費用の削減ができるだけでなく、『オープンデータ』と同じように、透明性の文化も促進されるだろう。著作権が『オープンソース』や『オープンコンテンツ』に関して果たす機能と同じものを、データプロデューサーの権利が『オープンデータ』に関して果たすことになるだろう。』⁽⁵¹⁾

(ii) 保護対象——機械的に生成された生データ（個人データおよび意味レベルの情報を除く）

データプロデューサーの権利は、機械的に生成された未加工の非個人または匿名化データを対象とする。個人データについては権利の対象に含まれない。GDPR によれば、自然人は自らの個人データの支配権限をもつべきであるとされており（GDPR 前文 (7) 参照）、自己の個人データに対する支配権限が自然人の基本的権利として保障されているからである。⁽⁵²⁾

(49) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 33 (記述を一部要約した)。

(50) COM (2017) 9 final, supra note 9, at 10–11.

(51) Zech, *A Legal Framework*, supra note 46, at 470.

(52) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 33, 34 (記述を一部要約した)。

以上とは別に、データプロデューサーの権利においては、意味レベル (semantic level) の情報ではなく、構文レベル (syntactical level) の情報のみが保護されるように制度を構築することが重要である。また、データに対する新しい権利がスーパー知的財産権とみなされないように注意する必要がある。同権利の対象は、構文 (データ、コード) レベルに限るべきであり、符号化された元のアイデアや情報にまで権利の対象を広げるべきではない。

データ上のメタデータについては、そのような新しい権利の対象となるデータを使用するために必要な情報を含んでいるため、権利範囲の一部に含まれるだろう。⁽⁵³⁾

欧州委員会は、データプロデューサーの権利の対象を機械的に生成された未加工の非個人または匿名化データ (メタデータを含む) に限定し、個人データについては権利の対象から除外している。また、情報という概念を構文レベルと意味レベルに分けたうえで、データプロデューサーの権利の対象を構文レベルの情報に限定すべきだとしている。

欧州委員会によれば、構文レベルの情報と意味レベルの情報には次のような違いがある。「例えば、電子書籍や写真画像には、思想の表現や対象・人物の表示といった意味レベルの情報が含まれている。著作権が対象とするのはこのレベルの情報である。しかし、そのような電子書籍や画像のデータファイルは、通常その情報の内容を表示するためのツールを必要とする、情報を符号化した記号表現 (representation of signs) にすぎない。」⁽⁵⁴⁾ また、Drexl 教授も、両者の違いを次のように説明している。「私たちが『デジタルデータ』という表現を用いる場合、通常私たちが言わんとするのは、『機械で読み取り可能な形で符号化された情報』である。しかし、『データの保護』という場合、その関心はこれらのビットやバイトに符号化された元の情報に関連している。この情報という概念に関しては、記号論 (semiotics) に基づいて異なるレベルの情報を区別することができる。データの保護に関しては、構文レベル (syntactic level) と意味レベル (semantic level) を区別することが鍵となる。構文レベルは、特定の記号による——例えばテキスト、写真、映像としての——情報の表現 (representation) に関連している。これに対し、意味レベルは意味に関係している。例えば、公共の広場で映像を撮るためのカメラを例にとろう。構文的情報 (syntactic information) とは、映像そのものであって、それはさまざまなキャリアに保存可能である。これに対し、その映像から抽出される意味——例えば、1日に何人の人や何台の車がその広場を横切っていくのか——は、意味的情報 (semantic information) である。」⁽⁵⁵⁾

以上のような構文レベルの情報と意味レベルの情報の区別というのは、わが国の議論でいえばデータの概念と情報の概念の区別に相当するものであろう⁽⁵⁶⁾。つまり構文レベルの情報とは、情報の内容をビット列やバイト列などの符号で表記した符号的表現 (データ) のことであり、意味レベルの情報とは、データに解釈を加えた情報の意味内容のことであると解される。

(53) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 34.

(54) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 34 note 156.

(55) Drexl, supra note 3, at 263.

(56) 例えば、林紘一郎『情報法のリーガル・マインド』(勁草書房、2017年) 20頁は、情報理論に基づきデータと情報を次のように区別している。すなわち林によれば、データとは、ある情報に含まれる内容をビット列などの符号で表記したものであって、人間の解釈を一旦捨象したものであり、シャノンの情報理論における構文的情報 (syntax) がこれに当たるとする。一方、(狭義の) 情報とは、データに解釈を加えたもので、ウィーナーのサイバネティックス的発想における意味論的情報 (semantics) がこれに当たるとする。このように林は、データと情報の区別を構文的情報と意味論的情報の区別として整理している。

同様に、西貝吉晃「コンピュータ・データへの無権限アクセスと刑事罰(1)」法学協会雑誌 135 巻 2 号 375～372 頁(2018年)は、情報学・記号論の議論に基づきデータと情報を次のように区別する。すなわち西貝によれば、データとは、情報を符号や符号列によって表現したもの (representation) であり、例えば、文字、モルス信号、バイナリコード等の組合せがこれに当たるとする。一方、情報とは意味内容であり、例えば、知識 (knowledge)、精神状態 (state of mind)、思想 (アイデア、idea)、思考 (thoughts) の内容がこれに当たるとする。このように西貝は、データと情報の区別を情報の符号的表現と意味内容の区別として整理している。

欧州委員会がデータプロデューサーの権利の対象を構文レベルの情報に限定すべきだとする趣旨は必ずしも明らかでないが、一つには、権利の対象を機械的に生成される未加工の生データ（構文レベルの情報）に限定することで、ビッグデータ分析によって生成される情報（意味レベルの情報）を保護対象から除外することを意図しているのだろう（データの創出・加工・分析プロセスにつき図2参照）。例えば、Drexl 教授は、ビッグデータ分析によって生成される情報にまでデータプロデューサーの権利の保護を広げることへの懸念を次のように述べている。

「ビッグデータ分析においても、構文レベルのデータと意味レベルのデータの違いを考慮する必要がある。ビッグデータアナリティクスとは、未だ観察されていない『新しい』意味——（意味レベルの）情報という意味で——を発見するために大規模なデータセットを解釈することである。ビッグデータアナリティクスは、さまざまなデータ——この場合も、情報という意味で——間の相関性を明らかにすることによって、異なる方法でデータを解釈し、そうした相関性から何らかの結論を引き出すことができる人物のような役割を果たす。したがって、ビッグデータ分析から生み出される情報は、既存のデータセットの中に隠れているのである。しかし、私たちがこうした意味レベルの情報を見つけられるのも、ビッグデータアナリティクスのおかげである。このことから、既存のデータセットに含まれる意味レベルの情報の保護をこれらのデータセットへのアクセスを支配する者に認めることが、いかに多くの問題を孕んでいるのかが分かる。実際には、データアナリストの貢献があればこそ、こうした情報が発見できるのである。」⁽⁵⁷⁾

(iii) 保護の主体——データプロデューサーとは

データプロデューサーの権利が物権的な権利として創設され、機械的に生成される未加工の非個人データに限って権利が付与される場合、この権利を誰に割り当てるのか（e.g. 「データプロデューサー」をどのように定義するか）は、そのような権利の割り当てに関連するすべての要素を徹底的に分析することによって決せられることになるだろう。

この権利の割り当てを決定する一つの基準は、当該データの創出に費やされた投資と投入されたりソースの量を考慮に入れることであろう。そのような投資は、ほとんどの場合、2つの側面から行われる。一つは、（データを生成する）センサーを搭載した機械、ツール、デバイスの製造業者によって行われる当該機械等の開発や商業化に係る投資であり、もう一つは、それらの機械、ツール、デバイスの業務ユーザーによって行われる当該機械等の購入費用やリース料の支払いに係る投資である。

複数の個人または事業体が、機械、ツール、デバイスを介したデータ収集に共同で投資を行う場合、生成されるデータに関して共有の権利をもたらし可能性がある。契約の自由はそうしたルールからの逸脱を許容すべきである。

その他の考慮事項としては、機械、ツール、デバイスの製造業者と業務ユーザーのいずれが、その法的責任ないし義務を負うのかということが考えられる。

論者の中には、多くのデータには複数の権利者が絡んでいるため、一人または複数の所有者を特定することは概念的にほぼ不可能であると考える者もいる。それゆえ、彼らによれば、「オーナーシップ」の概念をデータに適用することは困難である。ステークホルダーもまた、オーナーシップを定義することよりもデータへのアクセス権を定義することの方が重要であると考えている。⁽⁵⁸⁾

(57) Drexl, supra note 3, at 265. 以上をもとに Drexl 教授は、「こうした意味レベルの情報に対する何らかの権利をもし認めるとすれば、それは分析されるデータセットの保有者に対してではなく、むしろデータアナリストに付与されるべきである」と結んでいる (Id.)。

(58) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 34-35 (記述を一部要約した)。

データプロデューサーの権利において最も議論になっているのが、この権利を誰に付与すべきかという権利の割り当ての問題である。権利の対象が機械的に生成される未加工の生データに限定されているとはいえ、生データの創出や管理に関与する者は数多く考えられる。そのため、誰に権利を割り当てるのか、誰をデータプロデューサーとみなすのかをめぐって、欧州委員会の内部で意見が分かれたとされる⁽⁵⁹⁾。

欧州委員会は、この権利の割り当てを決定する一つの基準として、機械的生成データの創出に関与した事業者の中でも機械やデバイス等の製造業者と業務ユーザーに注目し、両者が費やした投資の量や投入したリソースの量を考慮に入れることを提案している。また、この両者のうちのどちらが当該機械やデバイス等に係る法的責任を負うのかという点も、その他の考慮要素として挙げている⁽⁶⁰⁾。

このように欧州委員会は、データプロデューサーとして、データ収集用センサーを搭載した機械やデバイス等の製造業者と業務ユーザーの二者を主に想定している。そして、両者が機械やデバイス等を介したデータ収集に共同で投資を行っている場合には、その生成されるデータについて両者が共同でデータプロデューサーとなる（権利が両者の共有に係る）可能性があることを示唆している⁽⁶¹⁾。

ここで欧州委員会が、機械やデバイス等の業務ユーザーもデータ収集への投資を行っており、データプロデューサーとみなしうるとする点については、異論も呈されている。例えば、Drexel教授は、業務ユーザーを通じてデータが生成されるとしても、業務ユーザーによる機械やデバイス等の購入費用の支払いをもってデータ創出への投資とみなし、データプロデューサーの権利の付与を正当化することには無理があるとする。いわく、「コネクテッドデバイスの購入者またはユーザーは、当該機器の対価を支払うことで、データの生成（production）に投資を行っているという委員会スタッフの主張にはあまり説得力がない。…機器の使用によってデータが生成されるからといって、機器の対価の支払いはデータ生成への投資にはならない。投資だと主張するには、投資を行う者が、排他的財産権に基づいて後日そのコストを回収できるだろうという期待のもと、そうしたコストを最初に負担することが必要である。これに対し、コネクテッドデバイスを購入する事業者の場合、投資は、第三者へのライセンスなど商品化が可能なデータの生成を目的として行われるのではなく、購入者の主たる事業に付随して行われるにすぎない。農業従事者がスマート農機を購入するのは、その機械がきわめて実用的であり、収穫量の増加を見込めるからである。技術的、財政的にも、また組織的にも、機器の所有者または長期ユーザーは、自身の事業の一環としてデータを『生成』しているのではない。データ生成との唯一の接点は、機器を使用しなければデータが生成されないという事実だけである。こうした使用は、ユーザーにとってコネクテッドデバイスを購入する最大の動機ではあっても、当該ユーザーに財産権を割り当てることを正当化する根拠とはみなしえない。」⁽⁶²⁾

以上をもとにDrexel教授は、機械やデバイス等の業務ユーザーにもデータプロデューサーの権利を付与しようとする欧州委員会の趣旨を別の点に見出している。すなわち、同教授によれば、欧州委員会は業務ユーザーによるデータ収集への投資を保護しようとしているわけではなく、むしろ業務ユーザーに対して機械的生成データへのアクセスの利益を保障することを意図しているとする。具体的には、「機器の所有者または

(59) DREXL, *supra* note 15, at 96. 関連して、Yu教授も、スマートカーのネットワークセンサーによって生成されるデータを例に挙げながら、この場合にネットワークセンサーの開発者、スマートカーの所有者、自動車メーカーのいずれに当該生成データに係るオーナーシップを認めるべきかを確定することの難しさを指摘している。なお、Yu教授は、誰でも使えるように当該データをパブリックドメインとすることも魅力的な第4の選択肢だとする。以上につき、Yu, *supra* note 17, at 901-907.

(60) なお、データプロデューサーの権利の提唱者であるZech教授は、データプロデューサーについて、「データを生成する装置を経済的な責任をもって操作する者」と定義している。Zech, *A Legal Framework*, *supra* note 46, at 469.

(61) 関連して、泉・前掲注3) 40頁注141)は、「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」とする。

(62) DREXL, *supra* note 15, at 140. このほか、Drexel教授は、欧州委員会の基準では業務ユーザーと消費者（consumer）を区別することが難しく、結果としてデータの共同プロデューサーの範囲から消費者を排除することが困難となる点も問題として指摘している（*Id.*, at 141）。

長期ユーザーがデータへのアクセスに正当な利益を有している場合であっても、機器の製造業者が戦略的な理由から事実上のデータ保有者としての立場を濫用してアクセスを阻止する可能性がある」ため、その対抗手段として機器の所有者または長期ユーザーに権利を付与しようと考えたというわけである⁽⁶³⁾。

もっとも、センサー搭載機器の製造業者と業務ユーザーの双方をデータプロデューサーとみなして、生成データに係る権利を両者の共有とする場合、当該データの利用を希望する第三者からすれば権利関係が複雑になって、かえって取引が円滑に進まなくなるおそれも考えられる。この点に関する欧州委員会の基本的な立場は、市場に解決を委ねるといふもののようである。いわく、「コースの定理によれば、ある財を最初にもどどのように割り当てるかということは、その財が自由に取引可能であり、かつ取引コストが十分に小さい場合にはさほど影響をもたらさない。したがって、データに対する権利は、市場の力や交渉時の立場次第で、その利用から最も利益を得るであろう行為者に取引されることが可能となりうる。」⁽⁶⁴⁾

(iv) 保護の期間

データプロデューサーの権利の保護期間についても問題となりうるが、欧州委員会はこの点に関する具体的な提案を行っていない。

データプロデューサーの権利の提唱者である Zech 教授は、短期間の保護を支持している⁽⁶⁵⁾。データプロデューサーの権利を支持する他の論者も、延長可能であることを条件に、2年から5年程度の保護期間が望ましいとする⁽⁶⁶⁾。このほか、データプロデューサーの権利の目的が、データプロデューサーやその協力者に生成されたデータを分析する機会を確保することにあるとするならば、それほど長期間にわたって保護を行う必要はないだろうとの指摘もみられる⁽⁶⁷⁾。

(v) アクセスの確保

最後に、欧州委員会は、データプロデューサーの権利に固有の制限というわけではないが、同権利がもたらす競争阻害効果への対策として、一定の場合に、「公正で、合理的かつ非差別的 (FRAND)」条件でのライセンス許諾を義務づけ、もって機械的生成データの利活用を促進することも一案として示唆している⁽⁶⁸⁾。

②提案に対する批判

(i) 産業界からの批判

以上のような欧州委員会によるデータプロデューサーの権利の提案に対しては、自動車産業を除いて、産業界から懐疑的な意見が出されたとされる。「ステークホルダーに関しては、ドイツ産業連盟 (Bundesverband der Deutschen Industrie) が、データ駆動経済の法律問題に関する研究を発表し、その中で特に、データオーナーシップという新しい権利の導入に反対した。バイエルン産業連盟 (Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft) も報告書の中で、些細なデータや小規模なデータセットにオーナーシップが認められれば、データは不足し、ビッグデータアナリティクスによるイノベーションに歪みが生じるだろうと指摘した。」⁽⁶⁹⁾

Drexel 教授は、産業界がデータプロデューサーの権利に反対する理由として、次の2点を指摘している。「第

(63) Id., at 141.

(64) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 36.

(65) Id.

(66) Wolfgang Kerber, *A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis*, 65 *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* [GRUR Int] 989, 991 (2016).

(67) Yu, supra note 17, at 908.

(68) COM (2017) 9 final, supra note 9, at 13.

(69) Drexel, supra note 3, at 259.

1に、多くの企業が、データのプロデューサーであると同時に、他のプレーヤーが保有するデータへのアクセスに依存せざるを得ない点が挙げられる。そのため、新しい権利の導入が、自分たちに不都合をもたらす以上の恩恵をもたらしてくれるのかどうか、彼らには分かりかねているのである。第2の理由として、誰が新しい権利の保有者となるのかの基準が全く明確でない点がある。多くのステークホルダーは、何らかの形でデータに基づく同じビジネスモデルに貢献しており、非常に多岐にわたる利害関係を有する可能性がある。したがって、データオーナーシップを誰に割り当てるのかは極めて大きな問題であると同時に、…かなり複雑な問題でもある。』⁽⁷⁰⁾

(ii) 学界からの批判

データプロデューサーの権利に対しては、学界からも強い懸念と批判が示された。その急先鋒がマックスプランク研究所による反対声明である。以下、少し長くなるが引用する。

❖ マックスプランク研究所による反対声明

「現時点における知識に基づけば、データに対する排他的権利を認めるべきいかなる経済的理由も存在しない。逆にこのような権利を認めれば、事業活動の自由や競争の自由を阻害するリスクや、データへのアクセスに依存している他の市場プレーヤーの事業を妨げるリスクが生じ、下流データ市場の発展に悪影響もたらされるだろう。何よりも懸念されるのは、既存のデータの影響力が強化され、データによって新たな市場支配力が生み出され、その結果として、市場参入を阻む反競争的な障害が生じることである。自由な情報のパブリックドメインという一般原則は、今まさに生まれようとしている『情報の独占』よりも優先されなければならない。デジタル経済の明白かつ動的な発展に照らせば、一般的な市場の失敗は観察されていないし、予想されてもいない。したがって、データの収集または創出に対する法的インセンティブは必要ではない。データはいずれにせよ、多くの場合、副産物として生成されるからである。」(下線筆者、強調原文。以下同じ)⁽⁷¹⁾

「現在、実際には排他的権利は認められていないものの、すでにデータは日々取引の対象になっている。問題となっている企業は、事業の過程で生成され、かつ企業自身が保護の価値ありと考えているデータを第三者から保護する技術的手段を常に有している。実際、契約に基づくこうした事実上の排他性は、データへのアクセスを認めるうえで十分である。これによって当事者間で有効な保護が認められ、市場のプレーヤーのために実現可能な行為の利用可能性が確保されるからである。特に各企業は、『自らの』データを支配し、誰にアクセスを許可するかを決めることができる。契約上の義務の遵守については、たとえば、データが無断で開示された場合には契約に基づき制裁を科すなどの方法で確保することができる。このように、法律上の排他的権利が存在しなくても新しい市場は発展可能である…。こうしたすでに確立され機能しているシステムにデータに対する法的権利を個人に割り当てることによって介入する場合、経済的な観点から市場の状況が改善する保証はない。むしろ、すでに機能している市場を乱すリスクがある。」⁽⁷²⁾

「経済的な議論に加え、データに対する排他的権利の創設は、短期間では十分に解決できない**実際的な問題**を数多く引き起こすことになる。まず考えられるのは、保護の対象と範囲を決める必要が生じ、結果として『データ』という文言をいかに定義するかといった複雑な問題が生じるということである。さらに立法機関は、権利保有者の権原や具体的な権利を定義しなければならない。このことは、特にさまざまなステークホルダーが潜在的な権利保有者となりうる場合には大きな問題になるだろう。データ駆動経済では、それぞ

(70) Id., at 260.

(71) Drexler, et al., supra note 15, at 2.

(72) Id., at 2-3.

れの価値が相互につながり連携しながらバリューチェーンを構成しているため、データに対する新しい権利の創設は法的な不確実性をもたらす可能性が高い。最後に、こうした権利によって影響を受けるすべての当事者の利益のバランスを取り、保護の範囲を正確に特定することが難しいという問題もある。』⁽⁷³⁾

❖ Hugenholtz 教授による批判

以上のマックスプランク研究所による反対声明のほかにも、アムステルダム大学の Hugenholtz 教授による次のような批判もみられる。すなわち、同教授によれば、データプロデューサーの権利の保護範囲は既存の知的財産権と相当程度重複しているとする。例えば、デジタルカメラで撮影された写真は、著作権保護の対象となる著作物であるだけでなく、データプロデューサーの権利が適用される機械的生成データでもある。これと同じく、財務データベースにおける株式市場の集計データは、データベース権によっても、データプロデューサーの権利によっても保護されるであろう。なぜならこのデータは、コンピュータ化された株取引によって自動的に記録されているからである。このように、同一のデータにおけ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おそれがあるとするのが、データプロデューサーの権利に対する同教授の批判の要点である⁽⁷⁴⁾。

③物権的権利の提案に関するまとめ

以上のとおり、データプロデューサーに物権的権利を付与する案に対しては批判が強い。とりわけ、契約や技術的手段に基づく現状の保護ではデータ生成や収集に対する法的インセンティブが不足することを示す証拠がみられないとする批判（立法事実の欠如）や、データプロデューサーの権利を認めることでかえってデータの円滑な流通や取引が阻害される可能性が高いとする批判、利害関係が複雑で誰をデータプロデューサーとして保護すべきかの線引きが難しいといった批判が目をひく。また、学界のみならず、自動車産業以外の産業界からもこうした懸念が示された点は注目される。

一方、欧州委員会は、記号論の視点に基づいて構文レベルのデータ（e.g. 生データ）と意味レベルの情報（e.g. ビッグデータ分析により生じる情報・派生データ・二次データ）を区別した上で、データプロデューサーの権利の対象を前者の構文レベルのデータに限定することで、情報独占の弊害を回避しようとしていた。こうした視点は、わが国ではあまり馴染みがないものであり、示唆に富む。

(3) 事実上のデータ保有者に対する防御的権利の付与——提案その2

続いて、欧州委員会が提案したデータプロデューサーの権利のうち、事実上のデータ保有者に不正利用に対する純粋に防御的な権利を付与する案についてみてみよう。

①提案内容

(i) データプロデューサーの権利を物権的な権利として創設するのではなく、これを、**一連の純粋に防御的な権利** (a set of purely defensive rights) として考えることも可能である。この選択肢は、営業秘密保護指令でノウハウに対して認められている保護制度の設計の選択に準ずるだろう。その目的は、少なくとも物権的権利の防御的要素——すなわち、事実上のデータ保有者 (*de facto* data holder) が、データを違法に不正利用した第三者を訴えることができる能力——を与えることで、データの共有を促進することだろう。したがってこのアプローチは、『オーナーシップ』の概念ではなく、『事実上の占有

(73) Id., at 3.

(74) Hugenholtz, supra note 47, at 62.

(*de facto possession*)』の保護に等しい。

この点で、以下のような多数の民法上の救済策を導入することが可能となる。

- ✦ データの使用権限を有しない第三者によるデータのさらなる使用を禁ずる差止命令を求める権利
- ✦ 不正利用されたデータに基づいて作られた製品を市場で商業化する行為を排除する権利
- ✦ データの不正利用に対して損害賠償を請求することができる可能性

学者らは、利用可能なデータリソースの発見可能性がこれ以上制限されるのを防ぐために、この権利の保護を求めうる違法な使用行為の類型を限定して、データの使用を伴わない（非個人的）データの単なる配布行為（*dissemination*）を適法化し、データ保有者の側に権利が生じることがないようにすべきかどうかを議論している⁽⁷⁵⁾。

しかしながら、そのようなアプローチが機能するのは、事実上の状態がすでにバランスのとれた効率的なデータ市場であるとの仮定を前提とした場合であろう。そのような仮定が正しいとは限らない。このアプローチが他の手段との組み合わせではなく単独で採用された場合、それは逆効果をもたらし、市場の失敗につながる事実上の状況を固定化してしまう可能性がある⁽⁷⁶⁾。

(ii) データプロデューサーの権利を物権的な権利ではなく、一連の純粋に防御的な権利として検討する場合、そのような権利は、データを適法に占有する事実上のデータ保有者を他者による違法なデータ使用から守ることができる。この権利は、データ保有者が自己のデータを保護し、契約関係をもたない第三者にそのデータが送信されるのを防ぐために現在講じている技術的努力を補完するものである。営業秘密保護指令が採用しているアプローチと同様に、この防御的な権利は、現に行われている技術的手段の努力に依存するように構成することさえ可能である。「情報」の「秘密性」を保持するための努力がなされていなければならないという営業秘密保護指令の要件（第2条）は、「データ」に適用される場合、他の第三者によるデータ使用を禁止しつつも、広範なビジネスパートナーの間では相互接続された状態でデータを共有する必要がある場合が多いという事実を考慮して、再定義が必要となる可能性がある⁽⁷⁷⁾。

以上の提案内容から分かるように、欧州委員会が提案した事実上のデータ保有者に不正利用に対する純粋に防御的な権利を付与する案は、わが国の限定提供データの不正利用に対する規律に近いものである。この防御的権利がデータ共有の促進を目的としている点も、わが国の法制と共通する。Drexel教授は、こうした防御的権利の特徴として、次の4点を指摘している。

第1に、防御的権利の法的性質として、営業秘密の保護と同じく、データの不正利用があった場合に、他の当事者を訴えることができる可能性を権利者に提供するにとどまる点である。したがって、防御的権利の本質とは、データ使用の差止やそうした不正利用に基づいて開発された製品の市場化の差止を請求できる権利（差止請求権）および損害賠償請求権にあるといえる⁽⁷⁸⁾。

第2に、防御的権利の保護対象に関して、物権的権利としてのデータプロデューサーの権利と同じく、保護対象が機械的に生成される生データ（構文レベルの情報）に限定されており、生データを加工・分析することで生じる派生データなどの意味レベルの情報は保護対象に含まれない点である。この点で営業秘密の保護と異なる可能性がある。なぜなら、営業秘密の保護では有用性が要件とされており、基本的には意味レベルの情報を保護対象としていると解されるからである⁽⁷⁹⁾。

(75) ここで欧州委員会は、Michael Mattioli, *Disclosing Big Data*, 99 Minn. L. Rev. 535, 579 (2014) を引用している。

(76) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 33-34.

(77) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 35.

(78) DREXL, supra note 15, at 102.

(79) Id. ただし、営業秘密は構文レベルの情報を保護対象から明確に除外しているわけではないので、同一のデータについて両制度の保護が重複することはあり得る。

第3に、防御的権利の保護の要件に関して、営業秘密の保護よりも緩やかに設定されている点である。防御的権利が認められるかどうかは、基本的に、機械的に生成された生データを実質的に保有ないし占有しているかどうかという事実のみによって決まる。営業秘密の場合のようなさまざまな要件は課されていない⁽⁸⁰⁾。

第4に、防御的権利の主体に関して、防御的権利と物権的権利とで欧州委員会が想定している権利の主体が必ずしも一致しない点である。すなわち、欧州委員会は、防御的権利について事実上の「占有」の保護ないし事実上のデータ保有者のための制度として位置づけた上で、この権利の主体としては、主に、機械的に生成されるデータを管理する立場にあることが多い機器の製造業者を想定している。一方、物権的権利に関しては、欧州委員会は前述のとおり機器の製造業者と業務ユーザーの双方に権利を割り当てることを想定していた。このような想定されている権利の主体の相違に鑑みれば、同じデータプロデューサーの権利ではあるが、防御的権利が物権的権利に代替するものといえるのか判断が難しい⁽⁸¹⁾。

②提案に対する批判

以上のようなデータの不正利用に対する防御的権利の提案に対しては、データ共有の促進という観点から一定の評価がなされている一方で、事実上のデータ保有者に対して既存の営業秘密の保護とは別に新たな保護を与える必要があるのかという観点から批判もなされている。

❖ Drexler 教授による批判

例えば、Drexler 教授の見解をみてみよう。Drexler 教授はまず、「この防御的権利が適切かどうかの評価は、この権利の目的に照らして行わなければならない」とする。そして、こうした観点からは、欧州委員会の提案にも一理あるとしている。いわく、「欧州委員会は、この防御的権利によってデータ共有が促進されると主張している。確かに、データを他者と共有することは、データの不正利用のリスクを高めることになるため、欧州委員会の主張には一理ある。つまり、不正利用に対する法的保護を追加することで、事実上のデータ保有者がデータを共有しようとする意欲を逆に高める可能性がある。これこそ、欧州委員会が事実上のデータ保有者に防御的権利を認めることを検討している理由であろう。」⁽⁸²⁾

しかし他方で、Drexler 教授はこうも主張している。すなわち、「もしデータへのアクセスを管理する製造業者が既存の営業秘密保護に依拠しうるのであれば、そもそもこうした防御的権利による保護が必要なのか、という疑問について考える必要がある」というわけである⁽⁸³⁾。とりわけ Drexler 教授が懸念するのは次の点である。すなわち、「もし営業秘密保護の要件を満たさなくても…機械的に生成された生データが自動的に保護されることになれば、営業秘密保護が営業秘密保有者の商業上の利益と情報の自由に対する公益との間で維持してきたバランスが崩れてしまう」という点である⁽⁸⁴⁾。例えば、営業秘密の不正利用が成立するのは、営業秘密の不正取得（または不正取得後の使用・開示）がなされるか、秘密保持義務に違反した使用・開示がなされる場合に限られる。このように「営業秘密保護が知的財産権ほど介入性が低い理由は、主に不法行為法制度としてのその性質にあるのではなく、営業秘密の使用のあらゆるケースに対して救済を認めるわけではないという事実にある。」⁽⁸⁵⁾しかし、機械的に生成されるデータに関して、営業秘密保護の要件を満たさなくても防御的権利によって同一の救済が自動的に認められるとすれば、「営業秘密保護は不正利用に対する新たな保護のロールモデルとして機能するのではな〔く〕…、むしろ不適切な制度として駆逐されてしまうだろう。」⁽⁸⁶⁾

(80) Id.

(81) Id., at 102-103.

(82) Id., at 103.

(83) Id.

(84) Id.

(85) Id., at 104.

(86) Id., at 103.

もちろん、以上のような Drexl 教授の懸念に対しては、欧州委員会は防御的権利の対象を構文レベルの情報である生データに限定することで、主に意味レベルの情報を保護対象とする営業秘密保護との重複を避けようとしている点を指摘することができるだろう。しかし、これに対して Drexl 教授は、「意味レベルの情報の自由な流通に悪影響を及ぼさず、構文レベルの情報のみを保護することはできない」のであって、「こうした防御的権利を生データのみ認めるといふ意図は何の役にも立たないだろう」と反論している⁽⁸⁷⁾。

以上をもとに Drexl 教授は次のように結論づけている。「まとめると、不正利用に対して防御的権利を導入するという発想は否定せざるを得ない。営業秘密保護がデータに含まれる情報の不正利用に対して適切でバランスの取れた保護を提供することができるのとは対照的に、機械的に生成される生データの不正利用に対する防御的権利を導入すれば、営業秘密保護制度を弱体化させ、情報の自由を不当に制限することになるからである。」⁽⁸⁸⁾

❖ その他の批判

この他にも、欧州委員会の防御的権利の提案に対しては、欧州委員会は事実上のデータ保有者が同データの利用にあ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者の定義によっては、一部の事業者のみにデータの不当な独占権を与え、かえってデータの流通を阻害するおそれがある、といった指摘がなされている⁽⁸⁹⁾。

③防御的権利の提案に関するまとめ

以上をまとめよう。機械的生成データの共有の促進を目的として、事実上のデータ保有者にデータの不正利用に対する防御的権利を付与するという欧州委員会の提案は、その制度目的も含め、わが国の限定提供データ法制と通底するところがあり、注目に値する。

こうした防御的権利の提案に対しては、データ共有の促進という観点からは一理あるとされる一方で、防御的権利の保護要件が緩やかなことによる営業秘密保護の形骸化や情報の自由な流通への悪影響が懸念されていた。この点、わが国の場合には、限定提供データの保護対象から秘密として管理されている情報が除外されており（不正競争防止法2条7項）、また、限定提供データ保護のほうが営業秘密保護よりも要件が厳格に定められている（例えば、前者の制度では、限定提供データを相当量蓄積された情報の形で不正利用しない限り、不正競争が成立しない建て付けになっている）。そのため、こうした批判はわが国の限定提供データ保護には当てはまらないように思われる。

(4) 小括

以上のとおり、欧州委員会によるデータプロデューサーの権利の提案に対しては、学界や産業界から強い懸念が示された。その結果、欧州委員会は、この提案に関する審議を具体的に進めることができないまま現在に至っている。こうした中で、最近では、営業秘密保護を通じてビッグデータの保護と利用のバランスを図ろうとする立場が有力になりつつある。そこで次に、営業秘密による保護について検討することにしよう。

2.3. 営業秘密による保護

(1) 概要

近時、欧州においてビッグデータの保護制度として見直されつつあるのが、営業秘密保護である。欧州議

(87) Id.

(88) Id., at 104.

(89) 泉・前掲注3) 38-39頁。

会は2016年に営業秘密保護指令を採択した⁽⁹⁰⁾、同指令に基づく保護は、データの自由な流通を不必要に歪めることなく、データ経済におけるデータ保有者の保護のニーズをより適切に実現しうる点で評価されている。

例えば、マックスプランク研究所は、データオーナーシップに反対する声明の中で、欧州委員会に対し営業秘密による保護を検討するよう求めている。「既存の法的枠組みは、データ駆動経済にかかわる特定の形態の不法行為をすでに禁止している。」「こうした規制アプローチは、データ駆動経済に多くの**利点**をもたらす。特にこのアプローチを柔軟に適用すれば、急速な経済の変化に対応することができる。また、データなどの特定の対象に対する排他的権利の創出を抑制し、原則としてこれら対象に誰でもアクセスできる状態を維持することができる。さらに、保護の基盤を不法行為に置く…規制の場合、十分に機能しないことが分かれば容易に修正することもできる。」「この点に関し、2016年6月8日に採択された営業秘密保護に関する新しい指令（営業秘密保護指令）の範囲を検討すべきである。技術的措置によってデータの事実上の排他性が実現する場合、**営業秘密保護**は事業者にとってきわめて実用的である。営業秘密保護指令では、『営業秘密の違法な取得、使用および開示に対する保護』に関するルールを定めている（1条1項）。したがって、データの事実上の排他性がこの範疇に入るかどうかは決定的な要素である。こうした不確実性に照らし…、何よりも重要なことは、欧州委員会がこれらの問題に対する立場を速やかに明らかにすることである。」（強調原文）⁽⁹¹⁾

また、Drexel教授も次のように評価している。「営業秘密保護指令は、データ経済のニーズに合わせて起草されなかったとはいえ、営業秘密保護は、データ経済においてある程度企業を守るための完全なアプローチを提供することができる。知的財産制度で通常行われるような保護対象の情報の使用に対する排他的支配を認めるのではなく、欧州の営業秘密法は、不法行為に基づくアプローチを採り、不正とみなしうる営業秘密の取得、拡散および使用に関連する特定の行為を禁止している。したがって、情報の保護と自由な流通との利益のバランスを図るうえでは、営業秘密保護は財産権アプローチよりも優れている。」⁽⁹²⁾

(2) 課題

このように欧州では、ビッグデータの保護と利用のバランスを実現しうる制度として営業秘密保護指令が注目を集めている。もっとも、営業秘密による保護に対しては、次のような課題も指摘されている。

第1に、機械的に生成される個々のデータには保護が及ばない可能性がある点である。例えば、欧州委員会の2017年1月の通達に係るスタッフ作業文書は、そうした個々のデータには商業的価値が認められないことが多いため、個々のデータそれ自体を営業秘密保護指令のもとで保護しうるかは疑わしいとする。ただし、個々のデータを組み合わせたデータセットであれば、営業秘密としての保護が可能となるとしている⁽⁹³⁾。同様にDrexel教授も、通常、秘密保持のための措置が講じられるのはデータセット全体なのであるから、営業秘密の保護が関係するのは個々のデータではなくデータセットであるとする⁽⁹⁴⁾。

第2に、機械的に生成されるデータの集合物の中には営業秘密の要件を満たすことが難しいタイプのものが存在する点である。例えば、営業秘密の保護を受けるには、「当該種類の情報を日常的に扱う集団に属する人びとの間で一般的に知られていないか、それらの者が容易にアクセスできないという意味で秘密である

(90) Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, [2016] OJ L 157/1.

(91) Drexel, et al., supra note 15, at 6-7.

(92) Drexel, supra note 3, at 291.

(93) SWD (2017) 2 final, supra note 10, at 20.

(94) DREXL, supra note 15, at 93-94.

こと」(営業秘密保護指令2条1項(a):非公知性)が必要であるが、誰もが自由にアクセスできる道路を走行するスマートカーから収集されたデータなどは、多くの自動車メーカーによって収集されるため、非公知性の要件を満たすことが難しい場合があると指摘されている⁽⁹⁵⁾。

第3に、データセットを他社と共有する場合にどのような措置を講ずれば合理的な秘密保持措置と認められるのか不明確な点である。例えば、秘密保持契約を締結すれば足りるのか、技術的な保護措置まで講ずる必要があるのか等、具体的な基準が判然としない点が指摘されている⁽⁹⁶⁾。

第4に、バリューネットワークによって繋がっているさまざまな事業体からなるネットワーク内でデータが生成される場合、誰が秘密管理の主体として営業秘密の保有者となるのかという特定が難しい点である⁽⁹⁷⁾。

2.4. 欧州のまとめ

以上のとおり欧州は、機械的に生成される生データとそれに加工・分析を加えることで生みだされる加工済データ・派生データとを区別した上で(図2参照)、主に前者の機械的に生成される生データの保護のあり方について検討を行っていた。

データベース権による生データの保護の可能性に関しては、欧州司法裁判所の判例上、データ創出への投資が保護対象から除外されているために、センサー搭載機器を開発して大量の生データを機械的に生成・収集してもデータベース権による保護が及ばないとする見解が多数を占めていた。

これを受けて欧州委員会は、生データの創出への投資を保護すべく、データプロデューサーの権利として、データプロデューサーに物権的権利を付与する案と事実上のデータ保有者に防御的権利を付与する案を提案した。しかし、物権的権利に対しては、学界および産業界から、契約や技術的手段に基づく現状の保護では過少投資が生じることを示す事実がなく(立法事実の欠如)、権利を創設することでかえってデータの円滑な流通や取引が阻害されるおそれが高いといった批判がなされた。また、防御的権利に対しても、保護要件が緩やかなことによる営業秘密保護の形骸化や情報の自由な流通への悪影響といった懸念が示された。その結果、欧州委員会はこの提案について具体的な審議を進めることができないまま現在に至っている。

こうした中で、さまざまな課題はあるものの、営業秘密保護を通じてビッグデータの保護と利用のバランスを図ろうとする立場が有力になりつつあるというのが、欧州の現状であるように思われる。

3. 米国

3.1. データベース権および「データプロデューサーの権利」に対する懸念

続いて、米国の動向について検討しよう。米国では、データ駆動経済における変化や機械的に生成されるデータの重要性の増大に鑑みて、積極的に政策の検討を行っている。例えば、オバマ政権では、データ駆動経済における政策上の複雑な問題を強調した複数の報告書を公表している⁽⁹⁸⁾。

しかし、データの大きな価値やその経済的重要性にもかかわらず、機械的に生成されるデータを保護するために新しい権利や制度を導入する必要があるかという点については、これを積極的に支持する意見はほとんどみられない。その理由としてYu教授は、「結局のところ、権利保護の対象とされるデータの多くは、

(95) Drexl, supra note 3, at 269.

(96) Id. 営業秘密保護指令2条1項(c)は、「その情報を合法的に管理する者によって秘密性を保持するための合理的措置が講じられていること」とのみ規定している。

(97) Id.

(98) 例えば、Exec. Office of the President, Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights (2016); Exec. Office of the President, Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values: Interim Progress Report (2015); Fed. Trade Comm'n, Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues (2016); President's Council of Advisors on Sci. & Tech., Exec. Office of the President, Big Data and Privacy: A Technological Perspective (2014).

こうした新しい権利が存在するか否かに関係なく生成されるからである」と指摘している⁽⁹⁹⁾。Yu 教授は、その例証として欧州のデータベース権の失敗を挙げた上で、欧州委員会が提案したデータプロデューサーの権利に対する懸念を次のように敷衍している。

「これまでのところ、米国の IT 企業は自由なデータフローから莫大な利益を得ている。データプロデューサーの新しい権利の提案は、膨大な量のデータを作成できるこれら企業にある程度の利益をもたらす一方で、企業による技術開発を阻害するおそれがある。こうした営利企業が機械的に生成されるデータのより強力な保護の実現を求めてロビー活動を行わなかったのは当然のことである。彼らがロビー活動を行わなかったのは、結局、自由なデータフローが、より強力なデータ保護やデータフローの抑制の実現以上に大きな包括的利益をもたらしてくれるという彼らの信念の現れだったといっても過言ではない。」⁽¹⁰⁰⁾

「〔1996年に採択された〕欧州のデータベース指令から何らかの教訓を引き出せるとするならば、データ保護によって国際競争力を強化するという善意の取り組みが常に成功するわけではないということである。実際、識者は、データベース指令の採択が失敗だったことを早々と認めた。すでに現行の国際基準が米国の IT 企業に有利に働いていることを考えると、業界を利するかどうかもわからない〔データプロデューサーの保護という〕新政策の導入にあえて踏み切ることは疑問を抱かざるを得ない。」⁽¹⁰¹⁾

「データプロデューサーの新しい権利の提案は、オープンサイエンスやオープンデータの取り組みによってデータを共有しようとする研究機関や図書館関係者の現在の試みを阻害するおそれがある。提案されている権利には、実コストと取引コストの両方がかかるだろう。」「科学研究のための自由なデータ交換や、オープンサイエンスとオープンデータの取り組みの成功によって莫大な利益がもたらされることを考えると、…機械的に生成されたデータに独自の保護を付与することは明らかに誤りであるように思われる。」⁽¹⁰²⁾

「以上の評価に基づけば、提案されたデータプロデューサーの新しい権利は、最終的に社会にとって適切ではないと思われる。たとえ提案された権利が機械によるデータの生成を促すという重要なインセンティブを提供するとしても、そのような利益はこの新しい権利で発生する多くの費用を相殺するほどのものではないだろう。」⁽¹⁰³⁾

3.2. 営業秘密による保護

Yu 教授は以上のように述べた上で、結論として、契約や技術的手段、営業秘密保護といった既存の法制を通じてビッグデータの保護を図ることが可能であるとしている⁽¹⁰⁴⁾。

Mattioli 教授も営業秘密によるデータ保護の可能性について次のように指摘している。「近年の判例法から明らかなのは、米国においては、多くの種類のデータが営業秘密として保護されうるとの認識である。ペンシルベニア州東部地区連邦地方裁判所は、2014年の判決で、整形外科用矯正具の費用と使用方法に関するデータの保護に営業秘密保護法を適用するという判断を下した⁽¹⁰⁵⁾。また、2012年にテキサス州の裁判所は、地下の石油鉱床およびガス鉱床に関するデータについて営業秘密の対象となりうると判示した。その際、裁判所が判断の根拠としたのは、当該企業がこのデータを技術的方法によって保護しており、他社にこのデータを開示する場合には秘密保持契約を締結していたという事実である⁽¹⁰⁶⁾。このほか、売上データも営業秘密として保護される⁽¹⁰⁷⁾。ソフトウェア業界では、長年にわたり営業秘密が重要な保護手段を担ってきた。

(99) Yu, supra note 17, at 887.

(100) Id., at 890.

(101) Id., at 892.

(102) Id., at 892, 893.

(103) Id., at 895-896.

(104) Id., at 898.

(105) *Synthes, Inc. v. Emerge Med. Inc.*, 25 F. Supp. 3d 617 (E.D. Pa. 2014).

(106) *In re TXCO Res., Inc.*, 475 B.R. 781 (Bankr. W.D. Tex. 2012).

(107) See, e.g., *Ajuba Int'l, L.L.C. v. Saharia*, 871 F. Supp. 2d 671 (E.D. Mich. 2012).

米国の著名な法学者である Pamela Samuelson によれば、『経験や試行錯誤から…生み出されることの多い実践的な産業技術』はソフトウェア業界において広く営業秘密として保護されているのである⁽¹⁰⁸⁾。⁽¹⁰⁹⁾

3.3. 米国のまとめ

以上のとおり、米国においては、契約や技術的手段、営業秘密保護といった既存の法制を通じてビッグデータの保護を図ることが可能であるとする見解が有力であり、新たな制度を導入することに対しては抵抗が強い、というのが現状のように思われる。

4. 結びに代えて

本稿を結ぶにあたって、ここまでの検討から得られる示唆をまとめておこう。

欧州は、欧州データベース産業の育成を目的としてデータベース権を創設したり、欧州データ経済の促進を目的としてデータプロデューサーの権利の創設を提案したりと、法制度を創設することで産業・経済の発展を実現しようと試行錯誤を重ねてきた。もっとも、そうした取り組みが必ずしも成功していたわけではない。欧州委員会自身、産業育成という観点からみたデータベース権の有効性については懐疑的な評価を示していたのであり、ビッグデータの保護に関する独自立法の試みも停滞していた。

これに対し、米国は、Yu 教授が強調するように、法制度の創設ではなく市場（各事業者の取り組み）に委ねる政策を選択してきた。そこには、産業・経済の発展は事業者間の競争によって達成されるものであって、法制度の介入はかえって競争を歪めるおそれがあるという考え方が垣間見える。「結局のところ、権利保護の対象とされるデータの多くは、こうした新しい権利が存在するか否かに関係なく生成される」のであって、「データ保護によって国際的競争力を強化するという善意の〔立法の〕取り組みが常に成功するわけではない」というわけである。

翻ってわが国は、世界に先駆けてビッグデータを保護するための法制度を構築した。もっとも、その際には、欧州のデータベース権型の権利付与法制を選択せず、不正競争防止法の改正という行為規制型の法制を選択した。これは、市場への法制度の過度の介入はかえって競争を歪めるおそれがあるという発想を取り込んだものといえよう。とりわけ限定提供データの保護が、生データか、加工済データか、派生データかを問わず、あくまで電磁的管理・外部提供を行っている者を保護する構成をとることで、データ生成プロセスに関与する多様な利害関係者の保護のあり方について事業者間の契約による取決めを尊重した点、およびその契約によるデータ管理体制を乱す行為についてのみ法的に規律することにした点は、欧米の動向に照らしても評価できるように思われる。

最後に、わが国の今後のデータ保護のあり方を考えるうえで示唆に富む記述を引用して、筆を擱く。

「この改正法では、限定提供データが管理されていることは前提になっている。ビジネスの仕組みを考えると、限定提供データの管理というときに最も重要な部分は、どの関係者がどの範囲でデータにアクセスできるかという権限を割り振るところである。不正競争防止法の改正という方法を選択し、絶対的な権利の創設を避けたということの意味は、アクセス権限の割り振りを誰が行うのかについて特定しなかったところにある。…それはビジネスの仕組みの問題として関係事業者の間で契約により取り決めるべきことがらであり、法は、どのような仕組みでなければならぬかについて強制はしない。法制度は、そうした契約による秩序を乱す行為について、不正競争行為として規律するところに、役割を限定したわけである。」⁽¹¹⁰⁾

(108) Pamela Samuelson et al., *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 Colum. L. Rev. 2308, 2329 (1994).

(109) Mattioli, *supra* note 17, at 135-136.

(110) 小塚荘一郎『AIの時代と法』（岩波新書、2019年）108-109頁。

「ここには、絶対的な権利を設けるとデータの利用がかえって妨げられるという第2の教訓が意識されていると言えよう。しかし、EUのデータベース権の顛末が教える第1の教訓も忘れてはならない。どれほどよい制度を作ったとしても、それは産業を育成する上での十分条件ではない。日本にデータ経済の時代をリードする企業が生まれるかどうかは、結局は、世界の消費者に広く受け入れられるようなビジネスモデルの成否にかかっているのである。」⁽¹¹¹⁾

※本研究部会において、主任研究員の鈴木將文教授から本稿のテーマに関連した未公開の報告資料（本号掲載の鈴木教授の論稿参照）をお見せいただく機会を得た。記して感謝申し上げます。なお、本稿は、JSPS 科研費 JP20K01435, JP18H05216, JP17K13664, 公益財団法人全国銀行学術研究振興財団の助成を受けた研究成果の一部でもある。

(111) 小塚・前掲注110) 109頁。