

データの集積・加工の促進と 知的財産法によるデータの保護

神戸大学大学院法学研究科 准教授 前田 健

目次

1. はじめに
2. データを法的に保護する必要があるのはなぜか
 - (1) 保護とは何か
 - (2) 知的財産を保護する必要はどこにあるか
 - (a) 創作のインセンティブの付与
 - (b) 流通の促進
3. 知的財産法におけるデータの取り扱い
 - (1) データの排他権による保護
 - (a) 特許法による保護
 - (b) 著作権法による保護
 - (c) 検討
 - (2) データの自発的管理の保護
 - (a) 営業秘密
 - (b) 限定提供データ
 - (c) 技術的制限手段
 - (d) 検討
 - (3) 不法行為による保護
 - (a) 不法行為法と知的財産法の関係
 - (b) 不法行為法によるデータ保護の可能性
 - (4) まとめ
4. おわりに

1. はじめに

平成 28 年に策定された第 5 期科学技術基本計画において、我が国が目指すべき未来社会の姿として Society5.0 が提唱された。Society 5.0 とは、「サイバー空間（仮想空間）とフィジカル空間（現実空間）を高度に融合させたシステムにより、経済発展と社会的課題の解決を両立する、人間中心の社会（Society）」と定義されている⁽¹⁾。IoT (Internet of Things) ですべての人とモノがつながることにより大量のビッグ・データが集積され、それを AI が解析することで新たな価値が生み出され、それが人間にフィードバックされていくことが期待されている。

このように現代社会においてはデータが重要な役割を担うデータ駆動型社会の到来が予期されている。ここにおいて注意すべきなのは、データは単独で価値があるのではなく、一定以上の量のデータが集められ、それらのデータの加工・分析等を行い、データを事業活動に利用する方法を開発することで初めて価値が創

(1) 内閣府ウェブサイト (https://www8.cao.go.jp/cstp/society5_0/index.html (令和 2 年 3 月 16 日最終検索))。

出されることである⁽²⁾。すなわち、データは、共有・集積・加工されることで付加価値が創出される。AIについていえば、集積された「生データ」を加工して「学習用データセット」を用意し、それを学習用プログラムに学習させて「学習済みパラメータ」が得られる⁽³⁾。学習済みパラメータが組み込まれた学習済みモデルが実際に稼働するAIとなるが、これに至るまで、データは集積・加工を経てその有用性を増加させていつている。

そこで、本稿では、データを最初に創出される「一次データ」と、一次データを集積・加工することで生み出される「二次データ」とに分類することとする。一次データが二次データへと集積・加工されることで、データの持つ価値が劇的に増加するというモデルを前提にして議論を進めたい。ただし、一次データと二次データの区別は相対的なものであり、1つのデータがあるデータとの関係では一次データにあたり、別のデータとの関係では二次データにあたることもある。このようにデータを分類することにより本稿で検討したいのは、データの創出・集積・加工を促すために、知的財産法によりデータを保護する必要は認められるかである。特に、我が国は、データ駆動型社会の創出に向けて、平成30年にデータ保護の強化（不正競争防止法改正）とデータ保護の切り下げ（著作権法改正）という2つの一見相反するような法改正を行っている。この意義は、どう評価すべきなのであろうか。

2. データを法的に保護する必要があるのはなぜか

(1) 保護とは何か

データの知的財産法による保護の必要性を検討する前に、そもそもデータを法的に保護するとはどのような意味かを確認しておきたい。本稿では、「データの法的保護」とは、データを他者が利用することを禁止したいと考える者が、何らかの法的な手段によりそれをエンフォースすることができる状態を意味すると定義する。すなわち、データの独占を管理できる状態が、法的に認められている状態である。このようにデータの法的保護を捉えたとき、さらに次の2つ又は3つのタイプに分類することができる。

第1に、データを排他的に支配する権利を与えて直接的にデータの支配を認める形で、データを保護することである。たとえば、特許権や著作権のような排他的権利をデータに対して与える場合がそうである⁽⁴⁾。この場合、他者がデータを一定の態様で利用すれば直ちに権利侵害行為となり、それを禁止することができる。本稿ではこれを「法的支配」と呼ぶ。法定の利用行為をする者が誰に対しても法的責任を追及でき、支配を予め自ら構築する必要はない。

第2に、データを事実上支配するために自発的な管理を行っている場合において、当該管理体制を破壊する行為に対する法的な救済を認めることで、間接的にデータの支配を認めることである。排他権とは異なり、データの利用行為がそれ自体として法的責任追及の対象となるわけではなく、自ら構築したデータの自発的な管理体制を破壊する行為が対象となる。本稿では、これを「事実上の支配」の保護と呼ぶ。

事実上の支配の保護は、保護される自発的な管理の方法によってさらに2つに分けられる。1つ目は、物理的方法で管理することで事実上の支配を築き上げる方法である。自己の所有する土地建物やコンピュータの中でデータを管理することや、パスワードなどにより物理的にデータを管理し、第三者のアクセスを排除す

(2) 経済産業省「AI・データの利用に関する契約ガイドライン 1.1 版－データ編－」（令和元年12月）2頁。

(3) 経済産業省「AI・データの利用に関する契約ガイドライン－AI編－」（平成30年6月）12頁。

(4) このほか不法行為に基づく損害賠償請求権の付与も排他的権利の付与の一種と言えよう。つまり、他者が一定の態様でデータを利用することが不法行為となる場合、データ自体の利用に対して排他的な支配が認められることになるので、ここでいう法的支配に分類される。ただ、特許権・著作権のような排他的権利の付与と異なり、エンフォースとして損害賠償請求のみが認められ（すなわちライアビリティールによる救済のみが認められ）、差止請求権による救済は認められない（プロパティールによる救済は認められない）という違いがある。ライアビリティールとプロパティールについては、Kaplow, L. & Shavell, S. (1996). Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis. Harvard Law Review, 109 (4), 713-790 参照。

ることなどが考えられる。このような物理的管理を破る行為の一部は、民法上の所有権の侵害となったり⁽⁵⁾、不正競争防止法により禁止される不正競争行為となったりする。それらの行為を禁止することを通じて間接的にデータの独占を法的に守ることができるのである。2つ目は、契約を結ぶことでデータを管理下に置き、事実上の支配を築き上げる方法である⁽⁶⁾。契約を破る行為に対しては民法に基づき債務不履行責任を追及できるほか、契約を破る行為が不正競争防止法のもと不正競争行為とされる場合もある。同じくこれらの行為が禁止されることで、データの独占が間接的に守られる。以上をまとめると、表1に示すとおりである。

データの排他的な支配は、知的財産法に基づく保護が一切ない場合でも、民法に基づいて一定程度保護を受けることができる。所有権を適切に行使すれば物理的な管理に基づく事実上の支配をエンフォースできる場合も少なくないし、契約による管理に基づく事実上の支配もまた同様であるからである。また、データ利用行為に対して不法行為が成立し、排他的権利と同等の保護が認められる場合もある。このように民法一般に基づいてもある程度の保護は受けられる。本稿では、これを前提に、知的財産法による保護の「上積み」が求められるのはいかなる場合かを主として検討し、その過程で民法に基づく保護についてどう考えるべきかについても簡単に触れることにしたい。

表1：知的財産法によるデータの保護

法的支配	事実上の支配（自発的管理）	
	物理的方法による管理	契約による管理
排他的権利		
<ul style="list-style-type: none"> ・法定のデータ利用行為に対して、法的責任を追及できる。 ・データを管理する必要はない。 	<ul style="list-style-type: none"> ・データの物理的管理を破る行為に対して、法的責任を追及できる。 	<ul style="list-style-type: none"> ・契約を破る行為は、債務不履行責任などの法的責任を追及できる。
<ul style="list-style-type: none"> ・特許法 ・著作権法 ・(民法(不法行為法)) 	<ul style="list-style-type: none"> ・民法(所有権・不法行為) ・不正競争防止法 <ul style="list-style-type: none"> ➢ 営業秘密 ➢ 限定提供データ ➢ 技術的制限手段 	<ul style="list-style-type: none"> ・民法(契約法) ・不正競争防止法

(2) 知的財産を保護する必要はどこにあるか

(a) 創作のインセンティブの付与

以上では、「保護」とは独占をコントロールできる状態だと定義した。その上で問題となるのは、なぜデータに対する独占をコントロールさせる必要があるのかである。伝統的な法と経済学的理解においては、知的財産の保護が必要なのは、既存の手段では、創作（生産）のインセンティブが確保できないからとされている⁽⁷⁾。すなわち、反復利用価値のある情報は、その社会的価値が開発に要する費用を上回っているのであれば、創造されることが社会にとって望ましい。しかし、その情報を開発者以外の者が自由に使えるとなると、

- (5) 民法上の所有権が常に知的財産を守るように活用できるわけではない。最判昭和59年1月20日民集38巻1号1頁〔顔真卿自書建中告身帖〕は、美術の著作物の原作品に対する所有権により当該原作品を撮影した写真の使用収益をコントロールすることはできないと判断している。しかし、たとえば、金庫に機密書類を保管しているとき、その金庫を破壊する行為は金庫の所有権を侵害する行為となるように、所有権を利用して情報に対する排他的な支配を構築することは不可能ではないのである。
- (6) 契約は、契約法により法的にエンフォースされない限りその支配は実効性があるものとは言えないので、「事実上の支配」と呼ぶのは不適切という見方もある。本稿もそのような評価を排除するものではない。ただし、契約というのは確立した制度であり法的なエンフォースがない状態でも社会規範として一定程度順守されることが見込めるし、また、本稿は契約法による保護は既存のものとして扱い、知的財産法による保護の上乗せが必要かに主に関心があるから、このような整理でも大過ないものとする。
- (7) スティーブン・シャベル著、田中亘・飯田高訳『法と経済学』（日本経済新聞社2010）157-165頁。WILLIAM M. LANDES, RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW, (2003) 参照。

その情報から生ずる利益の多くを開発者は受け取ることができないため、開発は過少となるおそれがある。そのため、当該情報が生み出す価値に相当する利益を、当該情報を創出した者が受け取ることができるようにする必要がある。

もっとも、創作のインセンティブが必要だとしても、情報財の独占を認めることは、同時に財の利用を阻害する（購入水準が社会的に望ましい水準よりも低くなる）⁽⁸⁾。このようなインセンティブとアクセスのトレードオフがあるので、保護がなくても創作のインセンティブを別途確保できるなら、保護は利用を阻害するという弊害のみをもたらす。創作物に対する法的な保護が与えられなくても、先行者利益・ブランド・販売網等を用いて、情報財から利益を回収することができる場合があると指摘されている⁽⁹⁾。

また、情報財の法的保護がその利用を阻害するという事は、単にその財の利用が滞ることのみならず、その財を活用して行われる新たな情報財の創作が滞ることも意味する。したがって、ある一次データの独占を認めた場合、そのデータを利用して生み出される二次データの創作のインセンティブが低下する可能性がある。このような「二次創作に対する配慮」⁽¹⁰⁾が特にデータ保護の文脈では重要だと思われる。データは、集積・加工されることで新たな価値が生み出されるのであるから、二次的な価値の創出を阻害しないため、一次データを自由に活用できる環境を整備する必要がある⁽¹¹⁾。平成30年著作権法改正は、このような配慮を理由の一つとして、新たな権利制限規定を設けたとも考えられる。

(b) 流通の促進

もう一つ知的財産を保護する便益は、先ほどの議論と逆説的であるが、情報財の取引を促進し、その流通と利用を促すことである。この点、近時、特許権を創作のインセンティブを付与するものではなく、技術の共有のインセンティブを与えるものと捉え直すことができると指摘されている⁽¹²⁾。

これは、知的財産保護により、①権利化されることで取引の対象が明確化し、取引費用が低下する、②保有者が情報財を独占するためのコストが低下することにより、より取引に供しやすくなるなどの便益があるということである。特に、独占できないと創作のインセンティブは確保されないが、自発的管理に基づく独占が可能な場合、情報財は創出されたうえで、自発的管理に基づく事実上の支配のもとにおかれることになる。このような場合、法的保護を強化すれば、より低いコストで情報財を支配することができるので⁽¹³⁾、情報財を流通させても支配が崩れる可能性は低下する。したがって、知的財産保護を与えた方が、保有者は安心して情報財を取引に供することができ、保護によりかえって情報財の利用が進むことがあり得る。平成30年不正競争防止法改正など、データ保護の強化を志向する動きは、この観点から説明できるものも少なくないように思われる。

(8) シャベル・前掲注7) 163頁。

(9) 田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through」同『知財の理論』（有斐閣 2019）115頁。

(10) シャベル・前掲注7) 169頁。この観点から特許法について論じ、特許の保護範囲の調節により二次創作に対する配慮を示すことができることをしめしたのが、Robert P. Merges & Richard R. Nelson, On the Complex Economics of Patent Scope, 90 Colum. L. Rev. 839 (1990) である。この論点についての筆者の先行業績として、前田健『特許法における明細書による開示の役割』（商事法務 2012）261-264頁、前田健「類似性と二次創作」神戸法学雑誌 66 巻 2 号（2016）11-13頁。

(11) Takenaka 後掲注 12) が指摘するように、一次データの保有者が、二次データ創作の価値を十分に理解していない場合、ライセンスによる二次創作が期待できない。一般にデータ保有者はそれをビッグ・データとして活用することで生み出される価値について理解が及んでいないことも少なくないように思われ、そうであるとすると、データ保護の文脈ではこの問題は深刻でありうることになる。

(12) Toshiko Takenaka, Patents for Sharing, 26 Mich. Tech. L. Rev. 93 (2019).

(13) シャベル・前掲注7) 170頁。

3. 知的財産法におけるデータの取り扱い

(1) データの排他権による保護

以上のデータ保護の必要性・許容性についての検討を踏まえて、近時の我が国における各法におけるデータ保護についての動きを概観し、上記観点からその意義について考察をしてみたい。まずは、データの排他権による保護についての動きである。

(a) 特許法による保護

① データ構造の保護

データそれ自体は、特許権による保護の対象とはならないのが原則である。特許法で保護される「発明」とは、自然法則を利用した技術的思想と定義されるが（特許法2条1項）、技術的思想とは、一定の課題を解決するための具体的手段を提示するものとされている⁽¹⁴⁾。情報の単なる提示は、何らかの課題を解決する手段であるとはいえないから発明ではないと考えられているので⁽¹⁵⁾、データそのものは基本的には情報の単なる提示であって発明には当たらない。

もっとも、特許庁実務においては、従来から、「データ構造」または「構造を有するデータ」は、コンピュータの処理を規定するという点においてプログラムに準ずるものとして「発明」に該当するとされてきた⁽¹⁶⁾。具体的には、「暗号化されたパッケージファイルのデータ構造」「音声対話システムの対話シナリオのデータ構造」「3D造形用データ」といったものが発明に該当するとされている⁽¹⁷⁾。データはそれ自体としては保護されないが、データがハードウェアの情報処理を規定する場合には保護されるのである⁽¹⁸⁾。ただし、「データ構造」の発明の場合、クレームにもその点が構成要件としてクレームアップされているのが通常であると思われるが、その場合データの構造を維持したままの譲渡や使用は侵害となりうるが、データを一部抜き取るなど抜き取り、「構造」を保持しない形でのデータの流用は、ほとんどの場合に非侵害となると考えられる。逆に、異なるデータにより、同じ「構造」のデータを構築した場合に侵害となることもあると思われる。あくまで、コンピュータ・ソフトウェアの特許保護と重なり合う範囲で、データは保護されることになる。

② データの加工方法の保護

一方、データは集積・加工により価値が創出される場所、その集積・加工技術の特許として保護することが考えられる⁽¹⁹⁾。そのような方法を「物を生産する方法」として保護することでデータを排他権の対象

(14) 中山信弘『特許法（第4版）』（弘文堂2019）112頁。その旨述べる判決として、知財高判平成25年3月6日・平成24年（行ケ）第10043号〔偉人カレンダー〕がある。

(15) 審査基準Ⅲ部第1章2.1.5(2)。審査ハンドブック附属書A〔事例3-2〕リンゴの糖度データ。

(16) 審査ハンドブック附属書B第1章によると、「データ構造」とは、データ要素間の相互関係で表される、データの有する論理的構造、「構造を有するデータ」とは、データ要素間の相互関係で表される論理的構造を有するデータと定義される。同2.1.2.は、「構造を有するデータ」及び「データ構造」がプログラムに準ずるもの、すなわち、データの有する構造がコンピュータの処理を規定するものという点でプログラムに類似する性質を有するものである場合には、これらは（コンピュータ）ソフトウェアと判断され、コンピュータ・ソフトウェアと同様に発明該当性を有しうると述べる。

(17) 審査ハンドブック附属書B〔事例2-12〕、〔事例2-13〕、〔事例2-15〕。それによると、「そのデータ自身が有する構造により、3D造形装置の制御部による情報処理を規定する」ということがなければ、発明には該当しない。「発明」に該当しない例としては、審査ハンドブック附属書A〔事例3-3〕人形の3D造形用データが挙げられる。

(18) ソフトウェア委員会「データ関連発明の発明該当性に関する調査・研究」知財管理68巻10号（2018）1357頁、平成29年度特許委員会第3部会AIグループ「第四次産業革命によるデータ時代の特許保護」パテント72巻2号（2019）109頁、平成29年度特許委員会第3部会3Dグループ「特許・実用新案審査ハンドブックにおけるデータ構造の事例の検討」パテント72巻2号（2019）119頁。この点に関連して、酒井将行「AI・IoT技術によるビジネスモデルに対する知的財産権—特許権による保護のためのクレームと明細書—」パテント71巻11号（別冊20号）（2018）238頁では、「『学習処理の具体的な方法』から一切独立した『学習用データ』の構造のみをその技術的範囲とするようなクレームの記載は、一般には、困難であろう。」と指摘されており、学習用プログラムから独立してデータ構造のみをクレームすることが困難であることが指摘されている。

(19) 酒井・前掲注18）248頁は、「データ構造」の生成法に加えて、端末側における学習用データ収集方法についてのエッジコンピューティング技術の特許保護の可能性を指摘する。

とすることができないだろうか⁽²⁰⁾。請求項に係る発明が物を生産する方法の発明か単純方法の発明かはクレームの記載によって定まるのが原則であるところ⁽²¹⁾、クレームの記載の仕方によっては、物を生産する方法と解することができる場合も十分にあると思われる。

しかしながら、クレームの記載上はデータの集積・加工方法を物を生産する方法の発明として保護できる可能性があるものの、そう解した場合に当該方法により生産されたデータの譲渡・使用にも権利行使できることになる(2条3項3号)ことが、明細書に開示された技術的思想を上回る保護を与えることにならないかを検討する必要がある⁽²²⁾。確かに、最終成果物たる物が有用な課題解決手段を提供するものであり、それが専ら特許方法の技術的貢献によりもたらされているといえるならば、最終成果物に対する排他的支配を肯定しても明細書の開示を上回るとはいえないであろう。しかし、そうでないときに排他的支配を肯定すると、当該方法を利用した更なる技術革新を阻害するおそれがある。請求項に係る方法に特有の特徴が、その生産物の特徴を規定しており、当該特徴が専ら特定の課題を解決する手段となっている場合に限り、物を生産する方法に当たると解すべきであろう。以上に照らせば、データの加工方法が「物を生産する方法の発明」にあたり、当該方法により生産されたデータの譲渡・使用を禁止できる場合は、かなり例外的な場合に限られると思われる⁽²³⁾。

(b) 著作権法による保護

①著作物を記録するデータの保護

画像、音楽、文章、プログラム等を記録するデータは、その内容たる情報について著作物性(著作権法2条1項)を肯定できる場合には、著作権法により排他的な保護を受けられる。著作物と認められれば、複製権(著作権法21条)、公衆送信権(著作権法23条1項)などが認められることになるので、著作物を記録するデータのコピー・送信には著作権が及ぶ場合がある。以上からすると、著作権法に基づき、データに対する排他権の行使が可能な場合があることになる。

しかし、実際にはそれらデータを利用することに著作権行使が可能な場合はかなり限定的であり、ビッグ・データとして利用する場合には実際には著作権はほとんど及ばない。それは、平成30年改正によりいわゆる「柔軟な権利制限規定」が創設されたことによる⁽²⁴⁾。著作権法30条の4は、著作物に表現された思想・感情を享受することを目的としない利用(非享受目的利用)を自由に行える旨定めている。また、著作権法47条の5は、コンピュータを用いた情報処理により新たな知見・情報を創出し、その結果の提供を行う場合に、一定の範囲で、著作物を自由に利用できる旨を定めている。これらの規定によれば、たとえば、データに記録された著作物を人間が享受しない形でのデータの収集、集積、加工は適法となるので(著作権法30条の4)、AI学習用データ構築のための利用は著作権侵害とならない⁽²⁵⁾。そのようにして生産されたデー

(20) そもそも生産されたデータが特許法上「物」に含まれるかが問題となるが、物には「プログラム等」を含み(2条3項1号)、プログラム等には「電子計算機の処理の用に供する情報であってプログラムに準ずるもの」が含まれるので、少なくとも「構造を有するデータ」は「物」に該当する余地があると思われる。

(21) 最判平成11年7月16日民集53巻6号957頁〔生物活性物質測定法〕は、「いずれの発明に該当するかは、まず、願書に添付した明細書の特許請求の範囲の記載に基づいて判定すべきものである。」とする。

(22) 前田・前掲注10)378頁参照。中山信弘・小泉直樹編『新・注解特許法〔第2版〕〔上巻〕』(青林書院2017)〔平嶋竜太〕54頁は、「スクリーニング方法関連発明(いわゆるリーチ・スルー・クレーム)が物を生産する方法か方法の発明かとの論点があることを指摘し、もし物を生産する方法の発明であるとする、極めて広範な範囲に効力が及びうという問題が生じることを指摘している。

(23) 酒井・前掲注18)251頁も「学習済みモデルを規定するデータ構造の生成方法」の発明は、「物を生産する方法の発明」であるかにつき論じ、これに否定的な見解を示している。

(24) 文化庁著作権課「著作権法の一部を改正する法律(平成30年改正)について」コピーライト692号(2018)23頁は、改正の背景に大量の情報を集積・解析することで付加価値を生み出す新しいイノベーションの創出が期待されていたことを指摘している。

(25) 文化庁著作権課「平成30年著作権法改正の概要」L&T81号(2018)49頁及び文化庁著作権課「平成30年著作権法改正の概要」時の法令2069号(2019)8頁は、30条の4が適用される具体例として、人工知能開発のための学習用データとしての著作物をデータベースに記録する行為を挙げる。

タ（集合体）の譲渡も適法となる（著作権法 47 条の 7）。また、情報処理により新知見を創出し、その結果を提供する場合には、その準備のために、データの収集・集積・加工をすることや、そのようにして準備されたデータ（集合体）の頒布も適法となる（47 条の 5 第 2 項）。したがって、たとえば、書籍検索サービスを提供するために書籍の著作物のデータを収集することは、最終的にサムネイル表示などにより著作物が（わずかとはいえ）享受されることが想定されるので著作権法 30 条の 4 は適用できないが、著作権法 47 条の 5 により適法となると考えられる⁽²⁶⁾。

②集積されたデータの保護

集積されたデータについては、従来から「データベースの著作物」として排他権の対象となる可能性があった。データベースの著作物として認められるためには、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と認められる必要がある（著作権法第 12 条の 2 第 1 項）。本稿で注目しているビッグ・データもデータベースの著作物として排他権による保護を受けられる可能性があるが、そのためには創作性が認められなければならない。

AI に関するデータについても創作性が認められる場合があると指摘されているが⁽²⁷⁾、フォーマットが標準化されていることなどから創作性が認められる場合は限定的ではないかとの指摘もある⁽²⁸⁾。データの構成の仕方は定型化している部分が多いのだとすると、そこに創作性を認めるのは難しいが、そうだとした場合、情報の取捨選択にはなお創作性を認める余地がある。いずれにしろ、単純な生データの段階では創作性を認める余地は小さいが、データの取捨選択を行い、定型的ではない集積・加工を施した学習用データは、創作性が認められる場合も少なくないと思われる。つまり、一次データの段階では創作性が認められなくても二次データに加工される過程で創作性を獲得する場合もあると考えられる。

また、仮にデータベースの著作物として保護された場合、データベースの全体を複製するなどの行為は侵害となるが⁽²⁹⁾、データベースからのデータの一部の抜き取りをする行為は、創作的表現の利用がないので非侵害となると思われる。つまり、基本的には、そのデータベースをデータベースとして使うことを目的とする場合にのみ侵害となる。

(26) 文化庁著作権課・前掲注 25) L&T52-53 頁、文化庁著作権課・前掲注 25) 時の法令 14 頁。

(27) 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 - 平成 30 年不正競争防止法改正の検討」高林龍ほか編『年報知的財産法 2018-2019』（日本評論社 2018）29 頁は、多くのデータベースの機能が充実し、複雑な体系の下で様々な選択の結果を表示するものとなっているために、データベースが著作権を取得すること自体はそれほど高いハードルではなくなっているように思われると指摘する。井奈波朋子「機械学習におけるデータセットの著作権法における扱い」L&T 別冊『知的財産紛争の最前線 No.5』（2019）83 頁は、教師付きデータ、教師なしデータ、生データについて、柿沼太一「AI ビジネスの最前線からお送りする「AI・データの利用に関する契約ガイドライン（AI 編）」の概説」知財管理 69 巻 5 号（2019）646 頁は、学習用データセットについて創作性を認める余地があると指摘する。

(28) 駒谷剛志「医療ビッグデータと知的財産：各種法制度の現状と今後の課題」知財管理 69 巻 4 号（2019）563 頁は、医療データベースについて、フォーマット自体が「標準化」される方向にある（逸脱すると、データクレンジングの問題等で嫌がられる傾向にある）ことも考慮すると、むしろ創作性はないことを前提として論じるほうが賢明であると指摘する。また、酒井・前掲注 18) 238 頁は「対象データと正解ラベル」の単純な組み合わせの構成に対して、著作権法上の「創作性」が認められる場合は、限定的と考えられると指摘する。上野達弘「自動集積される大量データの法的保護」パテント 70 巻 2 号（2017）32 頁は、自動集積される大量データは、著作権法上の著作物として保護される場合があるが、「情報の選択」や「体系的な構成」において人間による個性の発揮された創作的表現が行われたと評価できない場合は、著作物としての保護を受けられない点で、その法的保護には限界があると指摘する。

(29) ただし、当該データベースを本来の用途に従って使用することを目的とするものに限られ、それと異なる目的で使用する場合、30 条の 4 が適用される可能性がある。この点に関して、データベースの著作物について、平成 30 年改正前著作権法 47 条の 7 ただし書きは「情報解析を行う者の用に供するために作成されたデータベース」を情報解析を行うことを目的として記憶媒体へと記録・翻案等することは、権利制限の対象とならないとしていた。改正後の 30 条の 4 第 2 号にはその旨の明記がない。しかし、改正後もなお、情報解析を行う者の用に供するために作成されたデータベースについて情報解析を行うことは、当該データベースの著作物の享受に該当し、権利制限規定の対象とはならないと考えられる。文化審議会著作権分科会報告書（平成 29 年 4 月）42 頁の注 54 も参照。

(c) 検討

データは、特許権・著作権により排他的な保護を与えられる可能性がある。しかし、保護される可能性があるのは二次データであって、一次データはほとんど保護されない。著作物を記録するデータは保護の対象となる可能性があるが、平成30年に新設された柔軟な権利制限規定のもとでは、ビッグ・データの文脈において一次データとして利用する場合に、著作権が及ぶことはほとんどない。

一方、加工された二次データは、データ構造として特許法により、データベースとして著作権法による保護を受ける余地がある。しかし、これは、データがデータとして保護されるというより、「技術的思想」「創作的表現」を保護する過程で、データの保護が結果として認められるにすぎない、と評価しうるように思われる。別の言い方をすると、「データ保護」それ自体について特許法・著作権法は沈黙しており、特許法・著作権法がそれ自体の論理として創作のインセンティブ付与が必要と考えるものに保護が与えられているにすぎず、それとデータに重なりがある限度で、保護が与えられているにすぎない。

このように現在の知的財産法制は、データの排他的保護に対して謙抑的である。それは、一部の二次データを除いて、データ創出のインセンティブを確保するために知的財産保護をする必要性は高くないからだと思われる。それよりは、一次データが独占され、二次データへの集積・加工が滞ることを懸念しており、平成30年著作権法改正はまさにその点を懸念するものと考えられる。

(2) データの自発的管理の保護

(a) 営業秘密

次に、データの自発的管理の保護について検討する。まず、データは、「営業秘密」としての要件を満たせば、不正競争防止法により保護される。不正競争防止法2条6項によると、営業秘密とは、①秘密として管理されている（秘密管理性）、②事業活動に有用な情報（有用性）、③公然と知られていない（非公知性）の3要件を満たすものである。この要件を満たすデータについて、不正競争防止法2条1項4号乃至10号に掲げられる行為をすることは不正競争行為となる。

営業秘密として保護されるには、データが「有用」なものである必要があるが、有用性が認められるためには、その情報が客観的にみて、事業活動にとって有用であることが必要である⁽³⁰⁾。当該情報が現に事業活動に用いられていることは要しないが、用いられることによって事業に何らかの意味で役立つことが必要である⁽³¹⁾。保護の可否が問題になる多くのデータは、有用性要件は問題なく満たすであろう。

一方、営業秘密となるには非公知でなければならないが、非公知とは保有者の管理下以外では一般的に入手することができない状態をいう⁽³²⁾。このため、ある程度共有され流通していくことが想定されるデータの多くは本要件を満たすことができず⁽³³⁾、営業秘密としての保護を受けることはできないことになる⁽³⁴⁾。

そして、秘密として管理されていなければ、データは保護の対象にはならない。秘密管理性を満たすには、保有者の特定の情報を秘密として管理しようとする意思（秘密管理意思）が、秘密管理措置によって明確に示され、当該秘密管理意思に対する認識可能性が確保される必要がある⁽³⁵⁾。秘密管理措置は、パスワードに

(30) 経済産業省『営業秘密管理指針平成15年1月30日（最終改訂：平成31年1月23日）』（以下、「秘密管理指針」として引用）16頁。

(31) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法 令和元年7月1日施行版』（2018）45頁

(32) 前掲注31)『逐条解説 不正競争防止法』46頁。

(33) 大阪地判平成15年2月27日・平成13（ワ）10308号〔セラミックコンデンサー積層機〕は、リバースエンジニアリングによって、本件電子データと同じ情報を得るのは困難であるものと考えられ、また、仮にリバースエンジニアリングによって本件電子データに近い情報を得ようとすれば、専門家により、多額の費用をかけ、長期間にわたって分析することが必要である場合において、非公知性を認めた。流通するデータにおいて、自発的管理措置により非公知性を保つことは不可能ではない。

(34) 上野・前掲注28) 33頁。

(35) 前掲注31)『逐条解説 不正競争防止法』43頁。

よる管理などの物理的管理により行われるほか、特に企業内外において共有する場合には、秘密保持契約などの契約による管理により行うこともできる⁽³⁶⁾。

以上によれば、データは、一次データであっても二次データであっても、非公知な状態を保ち、秘密管理を行うことができれば、営業秘密としての保護を受けることができる。また、一次データが営業秘密でなくても、それを集積・加工した二次データは営業秘密に該当する場合もある⁽³⁷⁾。個々の一次データについて非公知性・秘密管理性が認められなくても、総体としての二次データについてそれが認められれば良い。秘密保持契約によって秘密を管理することもできるので、クローズドな集団でデータを共有する場合でも、営業秘密としての保護を受けられる可能性はある⁽³⁸⁾。しかし、コンソーシアム内でのデータ共有についてどこまで及ぶかは不透明である。商品としてデータを提供している場合には、多くの場合、秘密管理性を肯定することは困難である。「秘密管理」をしながらデータの流通を実現することは困難なので、データに対する支配を保ちつつその共有や流通を望む者にとっては、営業秘密の保護は必ずしも使いやすいものではない。

営業秘密に係る不正競争として具体的に規制される行為は、①営業秘密不正取得行為とその後の使用・開示（2条1項4号）、②正当に取得した営業秘密の図利加害目的での使用・開示（2条1項7号）、及び③営業秘密不正取得行為または営業秘密不正開示行為の介在につき故意・重過失の転得者の行為（2条1項5号・6号・8号・9号）である。さらに、④技術上の秘密についての不正使用行為によって生じた物の譲渡等（2条1項10号）も不正競争となる。いずれも、「秘密管理」を破る行為が不正競争に該当するといえ、この意味において営業秘密保護はあくまで自発的管理の保護の一種である。

自発的管理を保護することは、データの囲い込みを正当化するものという批判はあり得るが、営業秘密保護はデータを支配する必要性が現実として避けられないことを前提に、囲い込みのコストを下げるにすぎないものと思われる。いずれにしる行われる囲い込みのコストを下げるだけであれば、データの共有・集積を積極的に阻害するとはいえない。これ以上のデータ共有を促すためには、むしろ、データの共有・集積とデータの支配とを両立しうるようなデータ保護が求められることになる。そのような要求にこたえるのが、新設された限定提供データの保護である。

(b) 限定提供データ

限定提供データの保護は平成30年不正競争防止法改正により新設された。背景には、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、データを安心して提供でき、データの創出、収集、分析、管理等の投資に見合った適切な対価回収が可能な環境を整備する必要性が示されていたことがある⁽³⁹⁾。そのため、限定提供データとして保護されるのは、ビッグ・データを念頭に、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、事業者が取引等を通じて第三者に提供する情報が想定されている⁽⁴⁰⁾。

不正競争防止法2条7項によれば、限定提供データとして保護されるには、①特定の者に提供される（限

(36) 前掲注30) 秘密管理指針15頁は、営業秘密を企業内外で共有する場合の秘密管理性について、営業秘密を特定した秘密保持契約（NDA）の締結により自社の秘密管理意思を明らかにする場合が典型的であると述べる。

(37) 前掲注30) 秘密管理指針18頁は、「『営業秘密』とは、様々な知見を組み合わせると一つの情報を構成していることが通常であるが、ある情報の断片が様々な刊行物に掲載されており、その断片を集めてきた場合、当該営業秘密たる情報に近い情報が再構成され得るからといって、そのことをもって直ちに非公知性が否定されるわけではない。」とする。

(38) 前掲注30) 秘密管理指針8頁、15頁。水野紀子ほか「『限定提供データに関する指針』の解説」NBL1140号（2019）26-27頁参照。

(39) 水野紀子ほか「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）平成30.5.30公布」時の法令2074号（2019）5頁、水野・前掲注38）20頁。

(40) 水野・前掲注39）9頁。

定提供性)、②電磁的方法により相当量蓄積されている(相当蓄積性)、③電磁的方法により管理されている(電磁的管理性)、④技術上又は営業上の情報であるという要件を充足する必要がある。また、秘密として管理されているものは営業秘密として保護され限定提供データとしては保護されない。重要なのは①～③であり、それぞれ営業秘密の3要件に相当する。

まず、相当蓄積性要件の趣旨は、ビッグ・データ等を念頭に、有用性を有する程度に蓄積している電子データを保護対象とすることにある⁽⁴¹⁾。データが蓄積されることで付加価値が生み出されている場合に限り保護するということであり、本規定には、データの共有・集積による新たな付加価値の創出を促すという趣旨があると捉えられる。したがって、インプットの場面で相当量の情報を収集して解析した結果得られたアウトプットであれば、その情報の量そのものは大きくなかったとしても、保護の対象となると考えられる⁽⁴²⁾。また、相当量蓄積されて付加価値を生じている状態が保護の根拠となるから、原則として、データを全体として利用する場合に限り保護の対象となると考えられる⁽⁴³⁾。

限定提供性要件の趣旨は、一定の条件の下で相手方を特定して提供されるデータを保護対象とすることにある⁽⁴⁴⁾。一定の範囲にのみ提供されているデータのみが限定提供データとして保護されることを示すもので、非公知の情報のみが営業秘密の保護対象となることを示す非公知性要件に対応する⁽⁴⁵⁾。公知となっても流通範囲が限定されていればなお不正競争防止法により保護を受けられるようにすることで、データを取引に供しつつデータの独占を維持する新たな方法を用意するものである。

電磁的管理性要件の趣旨は、データ保有者の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ることによって、特定の者以外の第三者の予見可能性や、経済活動の安定性を確保することにある⁽⁴⁶⁾。保有者は保護してほしいデータに対して第三者が認識可能な形で管理を行うことが要求され、趣旨として営業秘密の秘密管理性と通じるものである⁽⁴⁷⁾。管理措置は「電磁的に」行われる必要があるため、パスワードによる管理などの物理的管理が必要となる。これに加えて、秘密保持契約などの契約による管理を追加することはもちろん排除されない。限定提供データは、もともと不特定多数に提供されるデータが想定されていることから、第三者にとっての予見可能性を担保する必要性が高いと考えられる。

限定提供データに係る不正競争として規制される行為は、営業秘密に係る不正競争行為とパラレルな形で、①不正取得類型(2条1項11号)、②著しい信義則違反類型(2条1項14号)、③転得型の3つに分けられる(2条1項12号・13号・15号・16号)。①不正取得行為類型は、アクセス権のない者が、パスワード等のアクセス制限を施した管理を破り、保有者から限定提供データを取得する行為や不正取得後に使用・開示する行為である⁽⁴⁸⁾。②著しい信義則違反類型は、限定提供データに対するアクセス権がある者が、示されたデータを、図利加害目的で開示する行為である。使用する行為については、図利加害目的があることに加えて、データの使用者側の萎縮効果を配慮し、正当取得者が限定提供データの管理に係る任務を負っており

(41) 経済産業省『限定提供データに関する指針』(平成31年1月23日)9頁。奥邨・後掲注45)28頁は、営業秘密の有用性要件と通じると指摘する。

(42) たとえば大量の学習用データセットを学習させた結果生じた学習済みパラメータは、それ自体が少量だとしても保護の対象となり得ると考えられる。田村・前掲注27)34頁は、条文上、「相当量」が「蓄積」と「管理」双方にかかるとの読み方ばかりでなく、「蓄積」を限定しているに止まり、「管理」は修飾しないという読み方も不可能ではないからとして、この点に肯定的な見解を示している。

(43) 前掲注41)『限定提供データに関する指針』9頁、田村・前掲注27)34頁(「条文の構造に鑑みれば、保護の客体として必要とされている要件であるので、保有者のほうで相当量蓄積されているだけでは足りず、利用者が利用したデータも相当量蓄積性の要件を充足しない場合には、保護が否定されると解さざるを得ない」)。

(44) 前掲注41)『限定提供データに関する指針』8頁。

(45) 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(特集 AIがもたらす知的財産法の変容と未来)」法律時報91巻8号(2019)27頁。

(46) 前掲注41)『限定提供データに関する指針』10頁。

(47) 奥邨・前掲注45)28頁。

(48) 水野・前掲注39)12頁。

それに違反して行う行為に限定されている⁽⁴⁹⁾。③限定提供データの転得類型については、営業秘密と異なり、重過失により不正な経緯を知らない転得者は規律の対象とせず、悪意の者のみが対象となっている。また、取得後に悪意になっても、悪意に転じる前の取引で開示を許された範囲内の開示は適用除外となっている(19条1項8号イ)。いずれも取引の安全の保護に配慮するものである。

以上の通り、限定提供データも営業秘密と同様に、情報(データ)の自発的管理を保護するものであるが、本制度は取引の安全にかなり配慮している。たとえば、データを商品として入手した顧客は、契約に反して使用してしまっても基本的には不正競争とはならない。また、善意にデータを取得した人が、法的責任を追究される可能性を極力回避している(2条1項13号・16号, 19条1項8号)。データの流通が委縮することに配慮するものと思われる。

このような限定提供データの保護は、データの流通を阻害するとの批判もある⁽⁵⁰⁾。確かに、データの独占ができなくても、その他のインセンティブによりデータが十分に創作され得るなら、限定提供データの保護はデータの流通を阻害する可能性がある。しかし、いずれにしろ独占ができないと創作のインセンティブが確保されないなら、新たな保護手段の整備により独占のコストを下げるができるので、独占を保ちつつ流通に供することがより容易になるはずである。もちろん、データの正当な利用につき、法的責任を誤って負わされるリスクが高いと、データの流通が委縮する場合があることには注意する必要がある⁽⁵¹⁾。今回の改正は、独占のコストを下げて流通をより容易にしつつ、正当利用者が萎縮して流通が委縮することがないようにするものであると解される⁽⁵²⁾。この意図が十分に達成されたかどうかの検証には、今後の状況を見守る必要がある。

(c) 技術的制限手段

平成30年不正競争防止法改正は、技術的制限手段の保護も拡充し、保護対象にデータ(電磁的記録に記録された情報)が追加された⁽⁵³⁾。「技術的制限手段」(不正競争防止法2条8項)の定義が「電磁的方法により影像若しくは音の視聴、プログラムの実行若しくは情報の処理又は影像、音、プログラムその他の情報の記録を制限する手段であって…」(下線が改正部分)などとされ、データ一般が保護の対象となった。

この改正も、データの物理的管理のコストを下げるといえるので、限定提供データ保護と同様に、データの共有・集積を促す可能性がある。もっとも、物理的管理を破る行為そのものは規制の対象とはならないので、極めて弱い保護である。

(d) 検討

不正競争防止法は、データの自発的管理によりデータの事実上の支配を築く者に対して、3つの保護の手段を用意している。すなわち、営業秘密、限定提供データ、技術的制限手段の保護である。それぞれに利害得失があるが、従来は主にデータを囲い込んで他者には利用させないという場面での活用が想定されていた

(49) 同上。限定提供データ保有者と正当取得者の間に委託信頼関係が存在し、その委託信頼関係に基づく任務(限定提供データの管理に係る任務)に違反して行う行為(横領・背任に相当する悪質性の高い行為)に限定される。

(50) 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)26頁は、データ取得行為に対する規律を導入する本改正法のような政策は、データの流通に萎縮効果を及ぼしかねないとし、データを抱え込む事業者の権利を強化するのではなく、事業者が抱え込んで離さない有用なデータに対し、事業者によるアクセスを促進する方向での施策も考えられると指摘する。

(51) 田村・前掲注27)31頁は、立法過程で過度にデータの利用行為が萎縮しないように慮る声が強かった結果、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指摘する。

(52) 蘆立順美「データ集積物の法的保護—不正競争防止法における限定提供データの保護を中心として」別冊L&T5号(2019)71頁は、限定提供データに関する保護制度が新たに設けられた背景には、既存の法制度による保護が十分ではないためにデータの共有や流通が妨げられているという問題認識があると指摘している。

(53) 水野・前掲注39)14頁。

ものが、限定提供データの保護が加わったことで、データを共有・流通させる場面でも活用の余地が広がった。これは、大量のデータを集積・加工して生み出されるデータについては、特に集積・加工を行うインセンティブを確保する必要性が高いうえに、それらのデータの共有・流通を促すためにも保護が必要と考えられるからである。

保護のメルクマールとしては、データの自発的管理が重要な役割を果たしている。これは、データを自発的に管理しているということは、当事者が独占の必要性が高いと考えていることの指標といえ、不正競争防止法は、そのようなものに限って保護を追認するものであるといえよう。別の言い方をすると、独占を認めるべきものとそうでないものの選別は、当事者に任せているということである。しかし、独占を認めるべきものとそうでないものの選別の基準について、公共政策的観点から、より議論を深める必要があると思われる。今回、限定提供データの保護要件において、相当蓄積性が求められたのは、ビッグ・データについては公共政策的観点から創作のインセンティブの付与の必要性が高く認められたからだと解され、そのような選別に一步踏み込んだともいえるだろう。どのような種類のデータについて、創作あるいは共有のインセンティブを確保する必要があるかについて、実証的な検討を続ける必要があるだろう。

(3) 不法行為による保護

(a) 不法行為法と知的財産法の関係

本論文ではデータの保護につき、法的支配の保護と事実上の支配の保護の2つに分けて論じてきた。前者の典型例がデータに対する排他的権利の付与であり、後者の典型例が営業秘密・限定提供データの不正競争防止法についての保護などの、保有者が自発的に築いた管理を破る行為を規制することである。不法行為法は、この2種類の保護のいずれにも関係しうる。

もともと、知的財産法による保護と不法行為による保護には大きく2つの違いがある。第1は、立法と司法の役割の違いである。特許法・著作権法・不正競争防止法といった個別の知的財産法による保護は立法府の明示的な決断により行うものである一方で、不法行為法は民法709条を出発点にして司法による判例形成によってこれらの保護を実現しようとしている点が異なる。第2はエンフォースの違いである。知的財産法による保護の場合、差止請求権が伴い、禁止の実効性は相対的に高い。一方で、不法行為の保護は差止請求権がなく、損害賠償請求権はあるが、填補賠償の原則があるため、行為抑止は副次的な効果に止まる⁽⁵⁴⁾。つまり、不法行為法は、立法府において保護のための措置がいまだ取られていない分野において、司法府がよりマイルドなエンフォース手段による保護を提供するという形での補完的な作用を果たしうるのである。

しかし、最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁〔北朝鮮映画〕以来、そのような不法行為法の役割は、事実上限定的なものとなった。同判決は、保護を受ける範囲を定める著作権法6条所定の著作物に該当しないとされた場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保護の対象とはならないとし、著作権法6条所定の著作物に該当し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などの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではない」と判示した。これ以降、下級審裁判例は、知的財産法違反がない場合の不法行為の成立に否定的な立場を採っているとされ、データ保護の場合に限らず、不法行為が認められた事例は管見の限りない⁽⁵⁵⁾。

たとえば、営業秘密保護が否定された場合に不法行為を否定した裁判例として、知財高判令和元年9月20日・平成30年(ネ)第10049号〔Purolite Core Technology〕がある。この判決では、原告情報が非公知性要件を満たさないため営業秘密には該当せず、被告の行為が営業秘密の不正開示に該当しない場合にお

(54) 鈴木将文「侵害者利益と損害賠償に関する覚書—特許権侵害の観点から」加藤雅信先生古希記念『21世紀民事法学の挑戦(下巻)』(信山社2018)688頁は、特許権侵害賠償制度については侵害抑止の効果は主たる目的でなく二次的に期待される効果と指摘する。知的財産に関する損害賠償全般について同様の指摘が可能のように思われる。

いて、ある情報が不正競争防止法上の「営業秘密」に該当しない場合、当該情報の使用の利益は法的保護の対象とはならないとされた。また、大阪地判平成 28 年 9 月 29 日・平成 25 年（ワ）第 10425・10428 号〔設計図〕は、設計図に記載された無体情報の利用行為が、著作権法および不正競争防止法の営業秘密の保護対象とならない場合には、特段の事情がない限り不法行為を構成するものではないと判断している。すなわち、設計図の著作物性が否定され、設計図の無断使用行為が営業秘密の不正取得・使用等に該当しない場合には、設計図を無断で取得・使用等し成果へのただ乗りがあつたとしても、その観点から直ちに不法行為が成立するわけではないと判断している。この事件では、著作物性が否定された場合の不法行為成立を否定しているが、著作権の事例として東京地判平成 27 年 1 月 30 日・平成 25 年（ワ）第 22400 号〔不動産登記法テキスト〕も参考になる。この事件では、書籍の著作物の創作的な表現部分の利用がないことを理由に著作権侵害が否定されているが、原告書籍（及びそれに依拠したほとんど同一の書籍）を経済的に利用されない営業上の利益侵害による一般不法行為の主張に対し、それはまさに著作権法が規律の対象とする原告書籍の著作物の利用による利益だとして、不法行為の成立を否定している。

知的財産権侵害ないし不正競争該当性が否定された行為について、一般不法行為の成立を認めることができないのは、司法府の行う解釈論としては、立法府の規定した知的財産法体系全体を逸脱する判断を下すことができないからと考えられる⁽⁵⁶⁾。換言すると、一般不法行為の成立の余地は、知的財産法の体系が関連する利益を考慮し尽くし、自由な行為と規制される行為とを完結的に定めたといえるか否かに依存すると考えられる⁽⁵⁷⁾。

(b) 不法行為法によるデータ保護の可能性

以上の観点から、不法行為のデータ保護について考えてみると、問題はデータ保護の可否について現在の知的財産法体系が完結的にそれを定めているかどうかである。北朝鮮事件最判以前においては、著作物性の否定されたデータベースの不法行為保護を認めた裁判例として東京地中間判平成 13 年 5 月 25 日判時 1774

- (55) 知財高判令和元年 9 月 20 日・平成 30 年（ネ）第 10049 号〔Purolite Core Technology〕、知財高判平成 30 年 12 月 6 日・平成 30 年（ネ）第 10050 号〔SAPIX 解説〕、知財高判平成 29 年 10 月 5 日・平成 29 年（ネ）第 10042 号〔行政書士広告チラシ〕、大阪地判平成 28 年 9 月 29 日・平成 25 年（ワ）第 10425・10428 号〔設計図〕、知財高判平成 28 年 4 月 27 日・平成 26 年（ネ）第 10059 号・10088 号〔接触角計算（液滴法）プログラム〕、東京地判平成 27 年 9 月 11 日・平成 25 年（ワ）第 20534 号、東京地判平成 27 年 3 月 20 日・平成 26 年（ワ）第 21237 号〔キャッチフリーズ〕、東京地判平成 27 年 1 月 30 日・平成 25 年（ワ）第 22400 号〔不動産登記法テキスト〕、大阪高判平成 26 年 9 月 26 日・平成 25 年（ネ）第 2494 号〔ディスプレイフロント〕、東京地判平成 26 年 3 月 14 日・平成 21 年（ワ）第 16019 号〔リレーショナル・データベース〕、東京地判平成 26 年 1 月 24 日・平成 25 年（ワ）第 1062 号〔全国共通お食事券〕、知財高判平成 26 年 1 月 22 日・平成 25 年（ネ）第 10066 号〔シャトー勝沼①〕、知財高判平成 25 年 12 月 17 日・平成 25 年（ネ）第 10057 号〔シャトー勝沼②〕、知財高判平成 25 年 9 月 10 日・平成 25 年（ネ）第 10039 号〔光の人〕、大阪地判平成 25 年 4 月 18 日・平成 24 年（ワ）9969 号〔星座板〕、東京地判平成 24 年 12 月 27 日・平成 22 年（ワ）47569 号〔大道芸研究会ウェブサイト〕、大阪地判平成 24 年 7 月 5 日・平成 23 年（ワ）13060 号〔近世錦繪世相史〕。
- (56) 潮見佳男『不法行為法 I 〔第二版〕』（信山社 2009）92 頁は、特別法のもとで不法行為類型の完結的な選択・決定がなされている場合に、「規律の欠缺」はなく、この選択・決定と矛盾する一般不法行為法による「補充」は認められないのが原則であると指摘する。また、窪田充見『不法行為法』（有斐閣 2007）132 頁は、特別法は一定の場合の利益保護を承認する一方、それから外れる場合についてはむしろ活動の自由を承認していると理解する可能性があるとの、知的財産法では保護されないが一般の不法行為法によって保護されるということをや安易に述べることはできないとする。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）351 頁、373 頁は、知的財産法の規律がその種の行為をより積極的な意味で自由に認めるべきだとする態度決定を示していると考えられる場合には一般不法行為を認める余地はなくなるが、既存の知的財産法の態度が明確でない「準則未形成類型」については肯定の余地があると指摘する。
- (57) 村田健介「不法行為法による情報保護のあり方」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』別冊 NBL155 号（2015）131 頁によれば、一般不法行為成立の余地は、ある情報が知的財産として保護に値するのかという「知的財産法的観点」と営業利益・競争利益の観点から検討を加える「競争法的観点」の 2 つの観点から検討することができる。既存の知的財産法体系がこれら 2 つの観点をどれほど考慮しつつしたものを見ることができるか否かに依存するとの整理をしている。さらに同論文は、第 3 の観点として、情報の「占有」がある場合にはその占有が保護の対象となるという森田の議論（森田宏樹「財の無体化と財の法」NBL1030 号（2014）34 頁、森田宏樹「財の無体化と財の法」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務 2014）85 頁）を紹介している。

号 132 頁〔自動車データベース事件〕がある⁽⁵⁸⁾。しかし、同最判以降においては、著作物性が否定されたデータベースについては、著作権法が排他的な支配を否定している以上、その利用に関して独占的な支配を維持する利益は、不法行為法上保護される利益には該当しないと理解もありえるところである。このような立場に立てば、特許性、著作物性が否定されたデータについて、その排他的な利用が害されたことのみを根拠として不法行為を認めることはできないことになろう。また、不正競争防止法は保護されるべき自発的管理について完結的に定めていることから、不正競争防止法上は違法にならない態様によって他社のデータの自発的管理を破る行為にも原則として不法行為は成立しないと解することになろう。

確かに、不正競争防止法は、そもそも第三者に予測可能な形で管理措置を取った場合に限り保護を認めるものであり、そうでない形での措置を取った場合でも不法行為の成立を認めると、この立法趣旨が没却されるおそれがある。したがって、不正競争行為該当性が否定された場合において、あるデータの自発的な管理を破りそのデータの排他的な利用を侵したことをもって直ちに、不法行為の成立を認めることはできないであろう⁽⁵⁹⁾。

しかし、特許法や著作権法においてデータが排他権の対象となっていないことには、データに対する創作のインセンティブを確保するために排他的支配を認める必要性はなく、自由な利用を認めるべきであるという、立法による積極的な政策決定までは読み取ることができないと考える。「発明」や「データベースの著作物」の定義規定には、特許法は産業応用可能な科学技術を保護するという政策決定や著作権法は文化的所産を保護するという政策決定を読み取れても、この定義から外れるデータは積極的にパブリック・ドメインに置くべきであるという政策決定までは含まれていないと思われるのである。特に、特許法や著作権法の制定時において現代のようなデータが価値を持つデータ駆動型社会の到来は予期されていなかったことからすると、その後の立法の不作为を考え併せてもなおデータの不保護という積極的含意は読み取れないであろう。そうすると、一次データ、二次データの両方を含めて、創作にコストがかかり、他の有効なインセンティブ確保手段もないデータについては、それにフリーライドすることは不法行為だと認める余地があると考え⁽⁶⁰⁾。また、不法行為の保護は、排他権の保護よりも緩やかなエンフォースしか認めないものであることから、不法行為を認める裁判例の蓄積により、新たな権利が判例法上生成されたり、あるいは、立法論へとつながっていくことが考えられ、過渡期の保護として不法行為を活用する意義があるだろう⁽⁶¹⁾。

(4) まとめ

現在の知的財産法制において、包括的なデータ保護制度は存在せず、一部のデータのみに対して、データの排他的保護ないし自発的管理による事実上の支配の保護が認められている。

特に、集積・加工がされていない一次データは、集積・加工された二次データと比較してより限定的な保護しか受けることができず、排他権による保護を受けることはほぼない。特許法で保護されるべき発明に当たるケースは考え難いし、著作物を記録したデータであっても、それをデータとして解析・集積・加工する

(58) 同事件では、人が費用・労力をかけて情報を収集・整理することで作成されたデータベースについて、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データベース作成者の販売地域と競合する地域において販売する行為について不法行為の成立を認めた。蘆立順美「判批」別冊ジュリスト 231 号（著作権判例百選〔第 5 版〕）（2016）51 頁参照。

(59) なお、秘密管理性・電磁的管理性要件のいずれをも欠くがゆえに不正競争防止法による保護を受けられなかったデータについては不法行為の成立は認められないと考えるが、非公知性を欠くため営業秘密とならないデータ、限定提供性・相当蓄積性を欠くゆえに限定提供データとならないデータについては、別途創作のインセンティブの確保の必要性が明らかと認められる場合には、不法行為成立の余地はあると考える。

(60) 小島崇弘「著作権法による保護を受けない情報と不法行為法」別冊ジュリスト 242 号（著作権判例百選〔第 6 版〕）（2019）211 頁は、北朝鮮事件最判の枠組みの下でも、フリーライドを放置しておくこと成果開発に関するインセンティブが過少となるのが裁判所にとって明らかである場合に不法行為の成立が認められる可能性があるとして指摘する。

(61) 上野・前掲注 28) 33 頁、蘆立・前掲注 52) 73 頁。上野達弘「未承認国の著作物と不法行為」AIPPI57 巻 9 号（2012）574 頁は、不法行為法は、柔軟な侵害判断のもとに損害賠償のみによる救済という中間的な解決を提供するものであり固有の意義を有すると指摘する。

ようなケースでは柔軟な権利制限規定により著作権が及ばないことがほとんどである。また、自発的に管理をして事実上の支配を築こうとする場合であっても、営業秘密の保護や技術的制限手段の保護を受けることはできるが、相当蓄積性などが欠けることから限定提供データとして保護を受けることはできない。

一次データがこのような限定的な保護しか受けることができないのは、一つには創作のインセンティブを付与する必要性が一般には高くないからである。一次データは副次的に得られる場合もあり、特段のインセンティブを与えなくても社会的に十分なだけ生産されているものも少なくないように思われる。また、1つには、一次データは二次データへと加工・集積されることによって価値が出るのだから、二次データの創出を促すためには一次データをより自由に利用させるべきだからである。平成30年著作権法改正は、まさにこれに沿うものとして、著作物の創作インセンティブ確保に不要な権利を制限し、著作物を記録するデータを利用した二次データの創出を促すものと評価できるだろう。

もっとも、一次データといえども、場合によっては創作のインセンティブ付与が必要な場合もあるだろう。そのような場合には、現行知的財産法において不保護が含意されている場合を除いては、排他的な地位を脅かす者に対し不法行為による保護を認めてよいと思われる。

一方で、集積・加工された二次データについてはより強力な保護が用意されており、二次データは排他権による保護を受けられる場合がある。すなわち、データ構造など技術的思想とみなせる物は発明として特許法による保護を受けられることができる場合があるし、データベースの著作物として著作権法により保護を受けられる場合もある。また、二次データは、自発的に管理をして事実上の支配を築こうとする場合において、相当蓄積性の要件をクリアすることになるから、限定提供データとして保護を受ける道が開かれることになる。

このように二次データについてより強力な保護が用意されているのは、一般にデータの集積・加工を促すインセンティブを用意する必要性が高いだと考えられる。その一方で、二次データは取引に供され共有されていくことでさらに価値が高まることがあるから、自由な取引が行われることも求められる。平成30年不正競争防止法改正においては、インセンティブとアクセスのバランスを取る観点から、ビッグ・データについて保護を拡充して、ビッグ・データが安心して取引に供されるよう促している。

現行の知的財産法制においては、データ創出のインセンティブのために保護が認められている領域は限定的なものに留まっている。しかし、データの種類によっては、なおインセンティブを確保すべき必要性が認められるべき場合があるだろう。発明該当性やデータベースの著作物性が否定され、かつ、相当蓄積性を欠くため限定提供データとして保護を受けられないデータでも、創作インセンティブ確保のためにフリーライドを抑止すべき必要性が認められるなら、不法行為の成立を認めることは、北朝鮮最判を前提にしてもなお排除されないと考える。

4. おわりに

知的財産法により保護されるデータはごく一部であり、パッチワーク的に保護が認められているに過ぎない。データの創出のために創作のインセンティブを確保する必要性が一般的には認められないのだとすると、この措置は妥当だといえる。

一方、データの種類によっては、創作のインセンティブを確保する必要がより高いものもあり、またデータの共有を促すために知的財産保護が必要な場合もある。平成30年不正競争防止法改正により、データの自発的管理に対する保護が新設され、緩やかな保護が認められることになった。これにより創作のインセンティブを確保しつつ、データの共有を促す工夫がなされている。一方で、データは集積・加工されることで価値を増していくことから、一次データの集積・加工を阻害しないことが必要であり、一次データの強力すぎる保護はデータ集積・加工を阻害するおそれがある。平成30年著作権法改正は、柔軟な権利制限規定を創設して創作のインセンティブに影響しない限度で権利を制限し、結果としてデータの集積・加工を促して

いる。

データに対する保護は、創作のインセンティブの確保と、利用（二次創作含む）の促進との2つの観点を見据える必要がある。現行法で足りない部分が認められるのであれば、不法行為による緩やかな保護も活用しつつ、将来の立法的措置に向けて慎重に漸進することが得策であろう。

〔付記〕本研究は、JSPS 科研費 19K01422, JSPS 科研費 18H05216, JSPS 科研費 17H00959 の助成を受けたものです。