

ビッグ・データの保護  
～ 客体に着目するアプローチと行為に着目する  
アプローチの優劣という観点から～

北海道大学法学研究科教授  
田村 善之

# 1. 序

# AI創作物・ビッグデータ等の保護の要否に 関する議論

そこに価値がある以上、保護されなければならないという議論を見かけることが少なくない

## “Vicious Circle”

Felix Cohen Transcendental Nonsense and the Functional Approach 35 Colum. L. Rev. 809, 815 (1935)

“The vicious circle inherent in this reasoning is plain. It purports to base legal protection upon economic value, when, as a matter of actual fact, the economic value of a sales device depends upon the extent to which it will be legally protected. ”

「悪しき意味での循環論法をこの理由付けのなかに見いだすことは容易である。こうした議論は、法的な保護の基礎を経済的な価値に見いだそうとするものであるが、実際には、そうした商売の手段に認められる経済的な価値は、どの程度法的な保護が認められるのかということに依存しているからである。」

他人の成果にフリー・ライドする行為, 即禁止すべき行為となるわけではない

田村善之[コメント]「シンポジウム 財の多様化と民法学の課題」私法77号(2015年)

スカイツリーのようなランドマークとなるべき建造物が建設され、大量の消費者が周辺を訪れるようになったために、周囲の商店街が莫大な利益を享受したとしても、だからといって直ちにスカイツリーに関して権利を有する者に、周囲の商店街に対する何らかの請求権が認められるわけではない

他者の自由を規制するには、フリー・ライドであるということ以上に、なんらかの理由が必要

## フリー・ライドの諸相

ü 新しい商品 (ex. てり焼きバーガー)

ü 新しい営業 (ex. コンヴィニエンス・ストア, ピザの宅配, 新種の雑誌)

いったん世に出ると → 物理的には誰もが模倣自由となる

世の中はフリー・ライドで発展し, 豊かになる  
→フリー・ライドは原則自由と考えるべきである

## フリー・ライドを規制すべき場合

ただし.....

- (a) フリー・ライドにより成果開発者に損害が生じており
  - (b) その損害があるために成果開発のインセンティブが損なわれており
  - (c) フリー・ライドを禁止してまで成果開発のインセンティブを確保する必要がある
- という場合には、フリー・ライドを規制すべきであるという命題が導かれる

→これが、知的財産法の役割

U 新しい商品 (ex. てり焼きバーガー)

U 新しい営業 (ex. コンヴィニエンス・ストア, ピザの宅配, 新種の雑誌)

いったん世に出ると → 物理的には誰もが模倣自由となる

模倣者 = セカンド・ランナーの利点

開発コストが掛からない

ヒットしたものだけを模倣していけば, ビジネス・リスクを負担しない

それにも関わらず, ファースト・ランナーになって新しい商品, 営業を開発しようとする者が後を絶たないのはなぜか?

答) 社会に事実として存在する成果開発のインセンティブの存在

(a) 市場先行の利益

模倣者が出現するまでのタイム・ラグの間.....市場を独占

模倣者が出現した後も.....顧客, 販路開拓に先行することで有利

最初に始めた者だという世間の評判を活用できる

(b) 秘密管理

e.g. ラーメン屋のスープ, コカ・コーラ, 香水の製法

(c) 信用

同じ商品, 営業に同じ名称, マークを付すことにより, ファースト・ランナーの評判を利用できる

他の商品に関しても同じ企業名, マークを付すことにより, 評判を利用できる

さらに.....

マークを付した以上, 信用の維持, 発展を図るよう不断に努力するはず

→ 一般的に商品, 役務の質が向上することになる

## “Carnegie Mellon Survey” + “ NISTEP Survey ”

Cohen, Wesley M., Akira Goto, Akiya Nagata, Richard Nelson and John Walsh. "R&D information flows and patenting in Japan and the United States." In

O. Grandstrand, ed. Economics, Law and Intellectual Property. Kluwer Academic Publishers.

後藤晃 = 永田晃也「イノベーションの専有可能性と技術機会：サーベイデータによる日米比較研究」(概要)

<http://www.nistep.go.jp/archiv/abs/jpn/rep048j/rep048aj.html>

日本企業593社、米国企業826社を対象(1994年)

“Carnegie Mellon Survey” + “NISTEP Survey”

製品イノベーションの専有可能性を確保する方法の有効性(平均値)

	日本	米国
1	市場先行の利益(40.7%)	市場先行の利益(51.8%)
2	特許による保護(37.8%)	技術情報の秘匿(51.4%)
3	製造設備・ノウハウの保有・管理(33.1%)	製造設備・ノウハウの保有・管理(45.5%)
4	販売・サービス網の保有・管理(30%)	販売・サービス網の保有・管理(41.9%)
5	技術情報の秘匿(25.6%)	生産・製品設計の複雑性(40%)
6	生産・製品設計の複雑性(20.2%)	特許による保護(35.7%)
7	他の法的保護(16.3%)	他の法的保護(20.3%)
8	その他(6.5%)	その他(8.6%)

“Carnegie Mellon Survey” + “NISTEP Survey”

工程イノベーションの専有可能性を確保する方法の有効性(平均値)

	日本	米国
1	製造設備・ノウハウの保有・管理(36.1%)	技術情報の秘匿(52.7%)
2	技術情報の秘匿(28.9%)	製造設備・ノウハウの保有・管理(43.3%)
3	市場先行の利益(28.2%)	生産・製品設計の複雑性(38.6%)
4	特許による保護(24.8%)	市場先行の利益(38%)
5	販売・サービス網の保有・管理(22.7%)	販売・サービス網の保有・管理(29%)

「イノベーションの専有可能性と技術機会:サーベイデータによる日米比較研究」(概要) <http://www.nistep.go.jp/archiv/abs/jpn/rep048j/rep048aj.html>

社会に事実として存在するインセンティブが機能している以上は.....

模倣を自由としておいた方が、産業が発展する

- ・競争により価格が低下する等のメリット
- ・新商品、営業を開発した企業が、それで安穩とすることなく、さらなる開発をなすようになる
- ・技術の積み重ねによる発展

# 知的財産法の役割その1

## 社会に存在するインセンティブの支援

社会に存在するインセンティブが自律的に機能しえない場合 →  
法の支援が必要

- (1)商品形態のデッド・コピー → 市場先行の利益の喪失  
商品形態のデッド・コピー規制(不正競争防止法2条1項3号)
- (2)資料の盗取,従業員の買収 → 秘密管理体制の破壊  
営業秘密不正利用行為規制(不正競争防止法2条1項4~9号)(不正競争防止法2条1項10号は救済手段の充実が主眼)
- (3)類似するマークの使用 → 信用の蓄積が無意味に  
商品等主体混同行為規制(不正競争防止法2条1項1号)  
著名表示不正使用行為規制(不正競争防止法2条1項2号)  
商標法による登録商標権の保護

## 知的財産法の役割その2 人工的なインセンティブの創出

社会に存在するインセンティブでは、インセンティブに不足が生じる場合

→

法的に人工的にインセンティブを創出してやる必要

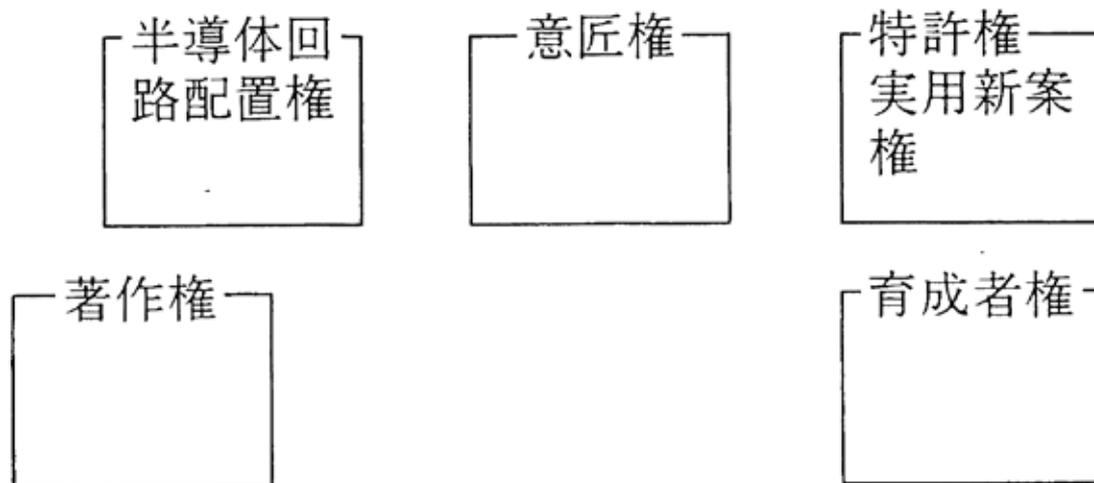
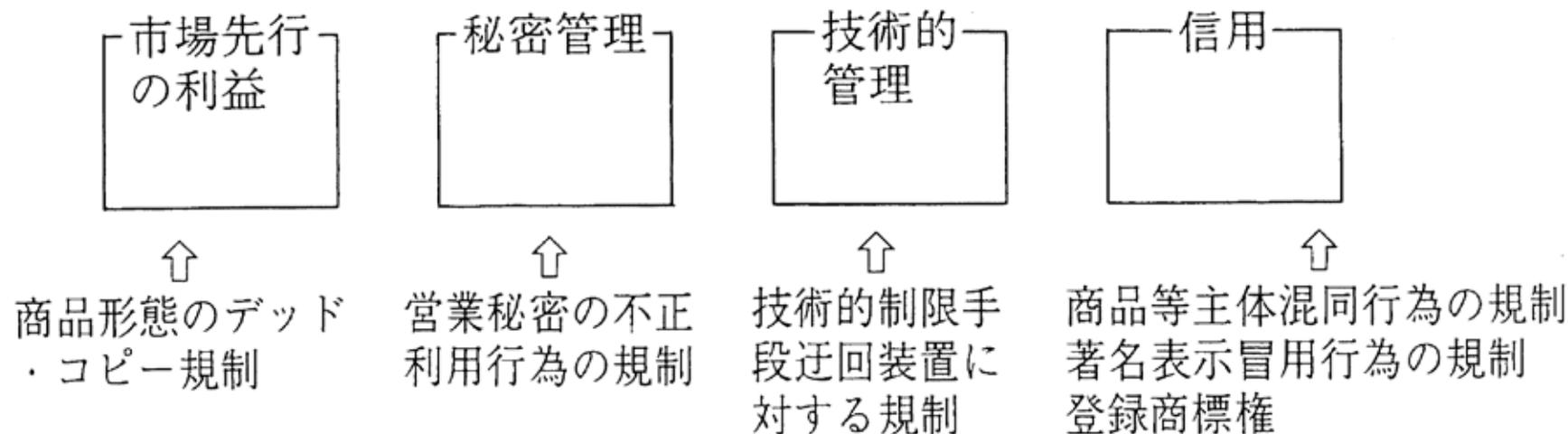
e.g. 開発に多くの投下資本を必要とする場合

→ 市場先行の利益だけでは不足

模倣行為を法により禁止する e.g. 特許権

〔現行知的財産諸法の位置関係〕

社会に事実として存在するインセンティブ



法によって創設されたインセンティブ

# 多様な保護の可能性

ビッグ・データにより収集した成果に対して  
著作権の保護が及ばない(場合がある)とし  
ても、だからといって直ちに無保護となるわ  
けではない

## 秘密管理・プロテクションによる保護

秘密として管理していれば  
営業秘密としての保護

アクセスやコピーに対して技術的にプロテクションをかけておけば  
不正競争防止法による技術的制限手段の保護(2条1項11号・12号)、不正アクセス禁止法による保護

これらの保護を前提としたうえでライセンス契約により対価を回収している

支援型の知的財産法に馴染む

## 秘密管理・プロテクションによる保護の限界

- ü 情報が公知となった場合には、それ以降の利用行為に対しては不正競争防止法の営業秘密としての保護は失われる
- ü 不正競争防止法上の技術的制限手段の保護は、そのような制限手段を迂回する装置・プログラムを提供する行為に及ぶに止まり、迂回行為自体は放任されている
- ü 不正アクセス禁止法は刑事罰を課すに止まり、民事的な救済を提供するものではない

## EUデータ・ベース指令(1996年)

データ・ベースに対する著作権法の保護に限界があることに鑑み、  
データ・ベース制作にかかる投資を保護するために、  
独自立法(sui generis) によって  
構築に相当な投資がなされたデータ・ベースの制作  
者に、質的または量的に実質的な部分の抽出、再利用を禁止する権利を15年間(条件付きで更新あり)、  
認める

cf. 蘆立順美『データベース保護制度論』(2004年・信山社)199～218頁

このような欧州の動向に追従すべきかについて米国、日本においては議論がなされたが、結局、独自立法は見送られた

しかし、だからといって、日米におけるデータ・ベース産業が欧州のそれに比して遅れをとっていることを示す証拠は上がってこない

データ・ベースの構築には、市場先行の利益、秘密管理、信用等による事実としてのインセンティブが十分に機能してきたといえるのではないか？

そうだとすれば、ビッグ・データの時代を迎えつつあるからといって、ただちに予測可能性の低い、ゆえに萎縮効果のあるEU型の独自立法による保護を導入することは、データの利用に対する弊害が生じるリスクを招来する可能性があることに鑑みると、時期尚早であると考えられる

当面は、既存の法律の枠組みを維持しつつ、  
技術的制限手段に対する不正アクセス行為自体に対する  
民事的な規律を設ける等の対策をまずは検討すべき  
であろう

cf. 亀井正博「第4次産業革命に向けた知的財産制度に  
関する検討の視点」知財管理67巻4号470・474頁(2017  
年)

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34～35頁(2017年)

# 二つの方向性

## 二つの方向性

- ü保護される客体に着目して、その保護の要件を調節することを主眼とする法技術
- ü規制される行為に着目して、その態様を特定することを主眼とする法技術

両者は必ずしも排斥的なものではない、

むしろほとんどの知的財産法は両者の性格を兼ねる

しかし、濃淡の問題はあり、どちらに主眼を置くかで、規制の態様が大きく異なってくる

保護すべき客体に着目するアプ  
ローチ

## 具体例:EUデータ・ベース指令(1996年)

(夏井高人訳)

[http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel\\_h/doc/intnl/direct-database.htm](http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel_h/doc/intnl/direct-database.htm)

### 「Article 7 保護の目的

1.加盟国は、コンテンツの獲得、検査、表示のいずれかについて質的及び/又は量的に大きな投資をしたことを証明したデータベースの作成者に対し、当該データベースのコンテンツの全部あるいは量的及び/又は質的に重要と評価できる部分の抽出及び/又は再利用を排除する権利を与えなければならない。」

### 「Article 10 保護期間

1. Article 7に規定する権利は、データベースの作成が完了した日に始まる。この権利は、完了日以後の最初の1月1日から15年で失効する。

3. 後になされた増補、削除もしくは追補の蓄積の結果としての重要な変化を含め、データベースのコンテンツの質的または量的に重要と評価できる変更は、新たな大きな投資がそのデータベースについてなされた結果であると質的もしくは量的に評価できるのであれば、その保護期間内の投資の結果としてそのデータベースを扱わなければならない。」

## 客体に着目するアプローチ

ビッグ・データの場合、データ自体に着目することになる

データの財産的価値の高低を保護の要否の分かれ目と捉えて、

財産的価値の高いものを炙り出す要件を設定することを試みることになる

# 保護すべきデータと保護されるべきデータとの区別の可能性

## 質的な区別

e.g. 公知データとの区別

## 量的な区別

e.g. 相当量の集積を要求する?

## データに着目する方策の問題点

公知のものを含めて情報の集積に財産的価値が生じており、その利用を規制しようとする以上、

条文の文言としても、その解釈としても境界の確定は生来的に困難

過少ないし過大な保護を生んだり、  
予測可能性に乏しく、取引や利用を過度に阻害するおそれがある

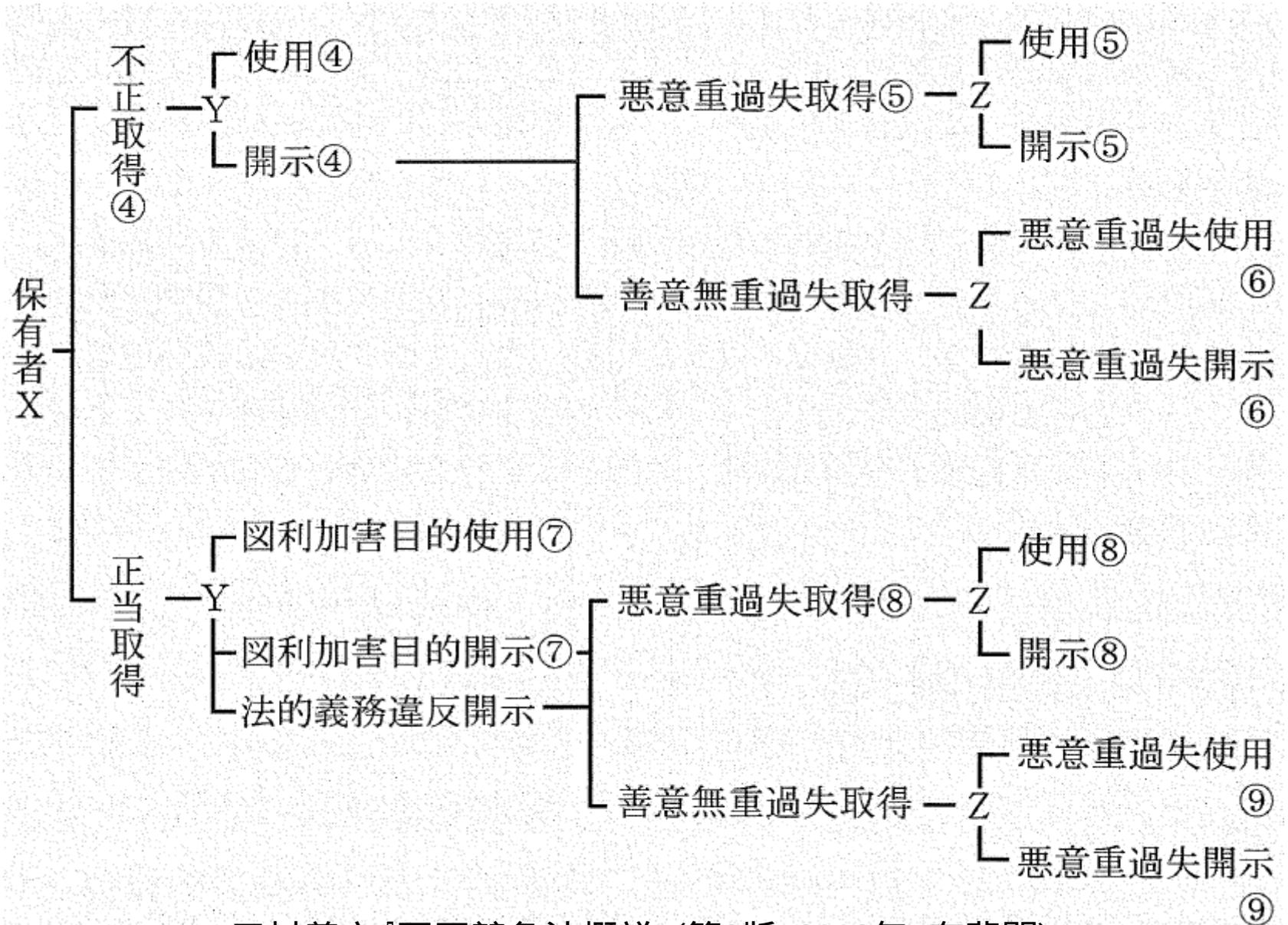
規制すべき行為に着目するアップ  
ローチ

# 具体例：営業秘密不正利用行為規制(1990年不正競争防止法改正)

秘密管理に焦点を当て、

秘密管理体制を不正に突破する行為の有無を規制の要否を区別するメルクマールとしている

# 営業秘密不正利用行為として規制される行為



# 特徴その1:規制行為の特定

規制行為は、下記の二つに限定

ü 秘密管理体制を不正に突破する行為  
(正当取得者の目的外利用を含む)

ü 上記不正突破行為を利用する行為

## 特徴その2:客体の特定

不正競争防止法2条6項:「営業秘密」の定義

「この法律において「営業秘密」とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう。」

# 営業秘密の定義

秘密管理性

最も重要な要件

cf. 田村善之「営業秘密の秘密管理性要件に関する裁判例の変遷とその当否(その1) - 主観的認識 vs. 『客観的』管理 - 」知財管理64巻5号・6号(2014年)

秘密管理体制を突破する行為があったか否かを判別するための結節点(行為と客体の連結点)として機能する

公知性

有用性

秘密管理性で外延が画定された営業秘密のなかから、明らかに保護の必要性がないものを除くために機能する

一部の裁判例で、文言上、有用性要件に特許法にいう進歩性(非容易推考性)に類似する機能を発揮させるかの如く語るものがあるが、公知情報から自明の範囲を保護から除くことを目的としていると観察できる

## 行為に着目するアプローチ

ビッグ・データの場合、

秘密管理ないし技術的プロテクションを突破するところを規制の要否のメルクマールと捉えて

秘密管理・技術的プロテクション不正突破行為

+

不正突破行為の利用行為

を規制することになる

行為アプローチをとった場合の客体の特定のあり方

秘密管理ないし技術的プロテクションを突破したところに不正性を見いだしている

不正突破行為があったか否かを判別するための結節点として秘密管理性ないし技術的プロテクションを客体の要件とすることは必要

秘密管理ないし技術的プロテクションを突破したところに不正性を見いだしている

保護の客体についてうるさく吟味する必要はない

- ü 規制すべき行為のほうで予測可能性は確保しており、それ以上に客体を絞る意味に乏しい
- ü 管理者も財産的価値を見いだしているからこそ、管理を施しているとともに
- ü 突破者は財産的価値を見いだしているからこそ突破行為に及んだと考えられるから、客体に財産的価値が備わっていない場合がかりにあるとしても例外的なものに止まる

# 具体例：1993年不正競争防止法改正 商品形態のデッド・コピー規制

〔デッド・コピー禁止制度の具体的設計プラン〕

田村善之「他人の商品の模倣行為と不正競争防止法  
- デッド・コピー規制の具体的提案 - 」ジュリスト1018号  
(1993年)

趣旨：新商品の開発を促進させるため，商品のデッド・コピー行為を禁止して市場先行の利益というインセンティブを保障し，商品化のために掛けた労力，時間，費用の回収を困難にしないようにする

## 要件:三原則

### 1.規制行為 = 商品のデッド・コピーに限定

市場先行の利益を定型的に失わせる行為だから  
それ以上の保護は、特別の要件を課した工業所有権で保護を図るべき

### 2. 対象 = すべての商品 創作的価値を問わない

- ・創作的価値の判断は微妙な場合がある
- ・保護は3年に過ぎない
- ・デッド・コピーをなした者は価値を認めているからコピーをしている

### 3.行為態様 = デッド・コピーであれば原則禁止 不正競争の目的などは不要

それだけで市場先行の利益は失われているから

## 客体の特定の方向性

- ü 秘密管理ないし技術的プロテクションは、保護の外延を画すものとして要求する
- ü 他の要件は、そこから保護されるべきでないことが明らかかなものを除くための要件と捉える  
(必ずしも請求原因か抗弁かという問題と直結しない←証明責任をいずれに負担させるべきかで決定させるべき問題)  
データの集積度などは、保護の境界線を不明確なものとするから不要ではないか

## 要件の候補

財産的価値? データの集積度?

法技術的に保護の境界線を不明確なものとするから不要ではないか

営利性?

法技術的に区別が可能

保護の必要性がないものを落とせるので、入れた方が良いのではないか

有用性?

脱税情報など、保護すべきでない情報を保護しないようにするために必要ではないか?

ただし、保護の境界線を不明確なものとしなないように、高度の財産的価値は要求しない

## 既存の規制との関係

既存の規制に付加するのか、独自規制とするのかということ、

法技術的に、いずれのほうに分かりやすい要件となるかで決定すべき

## 営業秘密の不正利用行為規制の趣旨

利用者を限定することで、自己利用が限られた者への利用に対するライセンスで投資を回収する手段の保護

## ビッグ・データの不正利用行為規制の趣旨

多数の者に利用させることで、それに対するライセンスで投資を回収する手段の保護

客体の要件が質的に異なってこざるを得ない

その他

不正「競争」防止法である以上、競争行為以外は規律できないのか？

e.g. 1990年改正時：営業秘密の不正取得行為自体は直接の「競争」行為ではないから規制すべきではない？

e.g. 1999年改正時：迂回行為自体は直接の「競争」行為ではないから規制すべきではない？

当該行為を規制すべきか否かという政策判断で決すべきであり、

他の法律であれば、あるいは新たな法理であれば規制すべき行為が、概念的に不正競争防止法に入らないという理屈はない

もっとも・・・

不正競争防止法はこれまでは営業上の利益を守ろうとする規制ばかりであったので、これまでは請求権者が営業上の利益を害される者に限定されているなどの特徴がある

そのような特徴を維持したまま、新たな制度を導入することが不正競争防止法のこれまでの規制どおりの要件・効果になじむのか、という議論であれば話が分かる