

情報財-法概念としての意義-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2015-04-10 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 夏井, 高人 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/17171

《応募論文（2013年度）》

情報財－法概念としての意義

夏井 高人*

Information Asset - Implications in Legal Context

Takato NATSUI

[目次]

- 1 はじめに
- 2 日本国における法解釈論上の用例
 - (1) 日本国政府機関
 - (2) 学説
 - (a) 情報の非排他性（情報財の非競合性）の理論
 - (b) 経済的・財産的価値のある情報を情報財としてとらえる見解
 - (c) 知的財産権一般を情報財とする見解
 - (d) 主として営業秘密を情報財とする見解
 - (e) 主として著作物を含むコンテンツのネット配信を情報財とする見解
- 3 情報財の財産権としての法的保護
 - (1) 着眼点
 - (2) 構成要素に関する検討
 - (a) 情報それ自体の財産価値に主眼のある権利であること
 - (b) 民事上の法的保護の対象としての適格を有する財産権であること
 - (c) データの存在形態に影響されないこと
 - (3) 小括－「情報財」の必須要素
- 4 今後の検討課題
 - (1) 電子的財産権
 - (2) 電子的役務提供
 - (3) 個人データ
- 5 結語

*法学部教授

1 はじめに

情報 (information) は、様々なかたちで定義されている。無論、混同、誤解、混乱等もある¹。しかし、①情報それ自体は人間の脳内または電子計算機内で処理された結果として出力されるものであり²、そして、②処理の対象あるデータ (data) そのものとデータ処理の結果である情報とが一致しているとは限らない。これらのことについては、一般に、共通の理解が存在するのではないかと思われる³。

他方、情報としての有用性という観点からも考察してみる必要がある。例えば、一般に、情報内容の表現であるデータを記録した媒体が、人間の脳内または電子計算機によって直ちに処理可能ではない状態でどこかに別のところに格納されている場合などがそうである。このような場合、そのデータは現実に計算処理可能な対象という意味での情報としては機能しようがない。そして、そのような情報は、情報処理によって利用が可能という意味での有用性をもたず、単に潜在的な有用性があり得るという程度の状態にあると考えることができる⁴。

1 田中秀幸「情報財の構造に関する考察」須藤修編『文科省科研補助金特定領域研究「情報学」柱 A06「情報化と社会制度の構築に関する研究」平成13年度 A06計画研究報告書』(2002) 27~40頁、久保正敏「情報に対する価値意識の変容」情報の科学と技術42巻6号564頁、藤山英樹『情報財の経済分析—大企業と小企業の競争ネットワーク協力』(昭和堂、2005) 5~8頁など。なお、経済数学の領域では、情報とデータを区別しない見解が少なくない。情報もデータも計算可能な対象としてとらえるのでなければ、数学的解析手法それ自体が応用不能という意味で自己破綻を起してしまうので、「データ=情報」という論理を採用せざるを得ないからではないかと考えられる。しかし、理論物理学における定理のような抽象度の高い議論ではなく、人間の脳または電子計算機によって実際に計算処理可能かどうかというレベルの具体性をもった課題としては、「森羅万象の全てを計算可能であるはずがないこと」は自明である。「データ=情報」という考え方は、経済学の対象を計算可能なものに限定した場合の定義と理解すべきである。そして、およそ「情報」一般について適用可能な定義であると理解すべきではない。例えば、認知工学の立場では、経済学における「情報」の定義とは別の定義が可能となるであろう。これらの点については、飯田隆ほか編『岩波講座哲学04知識／情報の哲学』(岩波書店、2008) 121~139頁[河本英夫]が参考になる。

2 根岸哲・舟田正之・石村善之・稗貫俊文『通信・放送・情報と法』(三省堂、1990) 278頁[稗貫俊文]は、「情報とは、その利用により、直接または間接に社会の構成員の効用(企業の利益や個人生活の便宜)に影響を与えるものであって、それを獲得するために、何らかの資源、または労働力の特別な投入が必要とされるもの」と定義している。しかし、一般的に承認されているサイバネティクス(Cybernetics)の理論からすると、生物(人間以外の生物を含む)であると非生物(コンピュータやロボット)であると問わず、情報処理とは、何らかの反応(判断)に基づくフィードバックの契機となるべく外界から受信される信号とその処理であれば足りる。このような処理は、社会という人工的な組織構造の存在を前提とせず、また、センサーとしての器官または機能さえあれば、十分に成立可能である。例えば、オオダンゴムシ(*Armadillidium vulgare* (Latreille, 1804))が触覚等のセンサーで感知する信号によって位置関係を測定するといった最も単純な情報処理においては、通常の生体としての生命活動維持のために投入される生体エネルギー以外には、必要な情報の獲得のために資源または労働力の特別な投入を要しない。人間の場合、資源や労働力の特別な投入が必要となるのが普通であるが、これは遺伝子のみでは不足している部分を脳の発達によって補いながら進化してきた人類にとって宿命的な事柄であると理解するのが正しい(ただし、生物やロボットがフィードバックの機能しか有していないという趣旨ではない。十分な理解を有しないままサイバネティクスの理論で全てを説明可能と誤解する論者が存在し、フィードバックだけで全ての事象を説明しようと試みることもあるが、これは完全な誤りである)。この点については、夏井高人監修『IT ビジネス法入門』(TAC 出版、2010) 486頁で論じた(なお、サイバネティクスの基本理論については、Norbert Wiener, *Cybernetics, Second Edition: or the Control and Communication in the Animal and the Machine*, MIT Press, 1965を参照されたい)。しかしながら、人間の知的社会生活の範囲内に限定して情報財を論ずる場合には、人間社会において何らかの意味で財または資産として機能するものに対象を絞って考察する必要がある。そのため、本論文では、人間の生体脳または電子計算機によって信号(データ)が処理された結果としての出力であって何らかの機能を果たすものをもって情報ととらえる立場を採用する。

これらのことから、厳密には、情報とデータとは区別して考えるのが妥当である。しかしながら、社会一般ではこれらを区別せず、ほとんど同じような意味で用いられるのがむしろ一般的ではないかと思われる⁵。

このように情報の概念とデータの概念とが混同または混用されているような場合を含め、一般に、情報が何らかの社会的価値を有しており、それを財の一種として利用する意味または保護すべき必要性があると認識されると、その情報を情報財 (information asset または information property または information goods⁶) として観念することがある。そして、そのように観念される場合には、財の管理

3 例えば、恋人に対して「大嫌い」という音声を送ったという状況を想定した場合、その音声を符号化した文字列である「だいきらい」は文字通り「私はあなたをひどく嫌っています」という趣旨のことを意味する場合は普通であると思われる。しかし、ときとして、全く同じ符号列「だいきらい」が、文脈の相違により、「私はあなたを誰よりも愛しています」という意味をもつものとして認識・受容されることがある。この後者の場合、符号である文字列「だいきらい」が通常示すものと理解されている意味とは全く反対の意味内容を構成していることになる。この例は、一見奇妙でありながら、同時に普通の人にとって比較的受け入れやすいものではないかと考えられる。それは、この例のように、表示されているところは全く反対の意味 (含意) を有する表現を用いることが人間社会においては比較的頻繁にあり、そのことを現実を経験しながら人間が成長するからだと考えられる。そしてまた、この例によって、データである符号列を処理 (理解) する過程で意味づけが行われることによって、単なる符号列に過ぎないデータが情報として処理され機能することを正確に理解することができる。一般に、物理的に存在するのでデータのみであり、情報はデータを処理した結果としての主観的価値評価の一種であるのに過ぎない。このことは、別の例でも説明することができる。例えば、中国の古代の史書『後漢書』中に「邪馬臺国」という国が存在したとの記述があることは事実である。この記述は符号列としてのデータの一種である。しかし、その符号列である「邪馬臺国」という熟語の正確な読み (発音) を知る者はおらず、その存否や所在地を知る者も存在しない。時間は非線形的な存在であるので、過去に遡って事実それ自体を認識することはできない。それゆえ、現時点において存在する情報としての「邪馬臺国」の実質的意味内容は、中国の史書を読解する読者の頭脳の中のみ主観的評価結果として発生することになる。主観的評価結果に過ぎない以上、情報処理 (思考) をする者によって結果が異なり、処理された結果としての情報 (判断) は、しばしば相互に矛盾した評価結果・価値判断となって現れる。そのことが「邪馬臺国」論争などの議論を発生させる発端ともなる。結局、「データ=情報」という式が常に成り立つわけではなく、当該データが人間の脳内または電子計算機内で処理され、その処理された結果が何らかの機能・作用を発揮する場面で初めて情報としての機能を有するに至るのである。

4 例えば、1等に当選した宝くじ券を机の中にしまいこんだまま忘却してしまったという事例を考えてみると、当選券であるとの情報内容を示す符号 (宝くじ番号) を印刷した媒体である宝くじ券が物理的に存在していることは明らかであるが、その宝くじ券の購入者がその宝くじ券の存在を忘れてしまっている以上、当該購入者にとっては何の意味ももっていないことになる。このことは、当該購入者が、宝くじの当選番号を調べたり確認したりせず、当選の事実を知らない状態にある場合でも同じである。要するに、データそれ自体は物理的に存在しているが、当該購入者にとって情報として機能していない状況がそこには存在している。逆に、宝くじ当選決定の会場において当選番号が決定されても、その当選番号が宝くじ当選番号情報公開用のコンピュータに入力されその番号が公衆送信されるまでは、インターネット上では電子データとしての当選番号は存在しないが、情報としての宝くじ当選番号は既に成立しているという状況があるということができる。

5 教育機関においても情報とデータを区別していないことが多々ある。そのため、例えば、脳や電子計算機による処理がなされる前にエラーや誤差として排除されてしまった信号や符号 (データ) は情報として処理されていないことになる。この場合、排除されたデータから得られたかもしれない情報があっても、そのような排除された情報が存在する可能性を軽視する傾向があることは否定できない。このことは、現実の人間社会においてもしばしば観られることであり、組織の意思決定者が部下から上申されているデータを無視し、情報として適切に処理しないために組織経営の判断 (情報処理) を誤り、組織に破滅をもたらしてしまったという類の実例はいくらでもある。末端の事業所等で違法行為や内規違反行為等が存在していても、それが存在する可能性を合理的な根拠なく軽視または無視する組織では、内部統制が正常に機能しない。このような場合、組織の意思決定者は、自分が受容したデータだけを情報の全てだと誤解・即断することがしばしばある。情報は、データそれ自体ではなく、脳または電子計算機によるデータ処理の結果に過ぎない。それゆえ、「情報処理の対象とされずに存在しているデータのほうが世界の圧倒的大部分を構成しているのだ」という単純な理屈を自覚すれば謙虚になれるはずなのだが、現実にはそうでないことが多々ある。情報とデータとの混同がこのような事態を発生させる主要な原因の一つとなっていることは否定できない。

の一種として、情報管理 (information management) が認識・理解されることになる。

このような意味での情報財を処理するための情報システムや情報ネットワークを安全に管理・運用できるようにすべく、情報セキュリティの領域においては、情報セキュリティマネジメントシステム (Information Security Management System; ISMS) の必要性・重要性が主張され、その構築・運用のための標準が検討・策定されてきた (ISO/IEC 27001、ISO/IEC 17799)⁷。

ただし、情報セキュリティの領域における情報財⁸とは、経済学や経営学における情報財⁹の概念とは異なっているものを含むことがある。例えば、経済財としては無価値なものとして考慮外とされる情報であっても、情報セキュリティの世界では管理の対象となり得る¹⁰。

他方、国家は、法制度により、情報財の維持・管理・運用を支援する。ここでいう法制度による支援とは、①情報財に関係する権利の行使について¹¹、あるいは、②情報財に関係する権利に対する侵害があったときはその侵害行為による損失の補填・回復について¹²、裁判所及び民事執行機関が国家機関としての強制力を行使する。また、③情報財に対する侵害行為が犯罪として法定されている場合には、その侵害行為について国家刑罰権が発動される。そのような侵害行為に対する処罰を現実に執行することにより、社会秩序を維持し、かつ、同種犯罪の発生を事前に抑止すること (一般予防) 及び犯罪者の再犯を抑止すること (特別予防)、これらもそのような国家の法制度による支援の一部である¹³。このような国家の法制度による支援は、法の支配、法律による行政の原理、租税法律主義、罪刑法定主義など法治国家としての基本的な法学上・政治学上の諸原則から、一定の法律上の要件 (法律

6 本論文では、特に指示しない限り、原則として、主として information asset という意味で「情報財」という語を用いるが、文脈上、ある情報を示すデータを記録した物理媒体を含めて物品 (商品) としての情報財を述べる場合には information goods として理解すべきものを指している場合があり、本論文中で引用・参照する論文等の中において information property が用いられている場合にはそれを指している場合がある。

7 中尾康二・中野初美・平野芳行・吉田健一郎『ISO/IEC17799:2005 詳解情報セキュリティマネジメントの実践のための規範』(日本規格協会、2007) 8~23頁、平野芳行・吉田健一郎『ISO/IEC 27001:2005詳解情報セキュリティマネジメントシステム-要求事項』(日本規格協会、2006) 7~21頁、財団法人関西情報・産業活性化センター情報セキュリティマネジメント研究会編 (岡村久道監修)『企業活動と情報セキュリティ』(経済産業調査会、2002) 93~161頁

8 例えば、英国貿易産業省 (Department of Trade and Industry; DTI) の Information Security Policy Team が「OECD Guidelines for the Security of Information Systems and Networks: Towards a Culture of Security 2002」及び BS 7799-2:2002に依拠して一般向けに作成した「Information security: Protecting Your Business Assets」の中には「情報財は紙の記録、電子媒体人間の脳内に記憶された知的財産などの形態をとり得る。情報がいずれの形態をとる場合であっても、企業は、情報の安全性を保護するためにいかに最善を尽くすかについて考慮しなければならない (Information assets can be in the form of paper records, electronic media or the intellectual property stored in people's heads. Whatever form an information asset takes a business must consider how best to protect its security.)」との記述がある。また、この OECD ガイドラインでは9つの基本原則が掲げられているが、その中で、最初に掲げられている「知る事 (Awareness)」の項には、「会員は、情報システム及びネットワークの安全が必要であることと、その安全性を拡充するために何をすることができるかについて知らなければならない (Participants should be aware of the need for security of information systems and networks and what they can do to enhance security.)」と述べられている。

9 法的概念である著作物を情報財としてとらえた上で、著作物であるデジタルコンテンツのパッケージ版とダウンロード版との流通形態上の相違及び独占可能性の有無に着目し、利潤獲得可能性をシミュレートするという経済学上の数学的手法を用いて検討・考察した結果を示すものとして、宮澤信二郎「情報財の価格差別と著作権保護」知的財産法政策学研究24巻 (2009) 229頁がある。関連するものとして他に松原繁夫・横尾真「新規参入を容易とする頑健な情報財取引メカニズムの提案」情報処理学会研究報告 [知能と複雑系] 2000(3)95頁、山本仁志・石田和成・太田敏澄「実験的アプローチによる評判管理システムの有効性の分析: C2C 市場における協調行動の進化」情報処理学会研究報告 [知能と複雑系] 2005(24)109頁などがある。

要件または構成要件)が充足されている場合にのみ発動される¹⁴。

ところで、本論文中で詳述するとおり、日本国の法制度中における「情報財」の定義は必ずしも明確なものであるとは言えない¹⁵。

たしかに、法学の領域に属する法学研究や法解釈論等において慣用的に「情報財」との語が用いられることは多々ある。しかしながら、その概念内容について明確に意識してその語が用いられている例や明確な定義がなされている例は乏しく、それぞれの論者においていわば所与の前提として定義な

- 10 より正確には、全く無価値な情報であっても、その保有・管理・対応のために何らかの費用が発生する場合には、経済学または経営学における考察の対象となることがある。しかし、そのような場合であっても、当該情報それ自体が財として何らかの価値のあるものとして承認され評価されるわけではなく、当該情報が財としては無価値であることを前提としつつ、当該情報を管理するための施設・設備の維持・管理費用またはそのような無価値な情報を管理するという判断それ自体について経済学的側面または経営学的側面から考察されることになるということに留意しなければならない。また、強制通用力のある通貨(通貨の単位及び貨幣の発行等に関する法律・昭和62年法律第42号)の最小単位未満の金額の値でしか評価されない情報であっても、それが処理され運用されることにより全体としては経済取引や経済社会活動において意味のある経済価値(積極財産または消極財産のいずれか)を生ずる場合、本来の意味で経済学や経営学における考察の対象となることは言うまでもない。例えば、通貨の最小単位未満の金額で算出される銀行預金の利子などはその典型例だということができる(国税通則法119条参照)。この場合、個々の元本について生ずる利子の額が通貨の最小単位未満であるとしても、多数の元本債権を管理する1個の管理主体が全ての元本を統合して計算すると利子の額の合算額が高額となることがある。また、通貨を基準とする金額としては最小単位以下でも数値としては存在しているので、少なくとも何らかの端数処理が必要となる。そのような端数処理を悪用したコンピュータ犯罪の古典的な手口の一つとしてサラミテクニック(salami technique)またはサラミ攻撃(salami attack)と呼ばれるものが知られている(M. E. Kabay, Salami fraud, Network World Security Newsletter, 07/24/02)。
- 11 例えば、特許発明にかかる技術が無権限で実施されたことにより当該特許権に対する侵害があった場合、裁判所の判決に基づき、その侵害行為の差止めが命ぜられる。そして、被告がその命令に従わない場合には、より強い法的手段によって命令に対する服従を強制される場合がその例である。
- 12 例えば、営業秘密が奪われたことにより秘密性が喪失し経済的な損失が発生した場合、裁判所の判決に基づき、その侵害行為に対する損害の賠償が命ぜられる。そして、被告がその命令に任意に従って損害賠償債務の弁済をしないときは、民事執行法に基づく強制執行手続によって被告の財産が強制的に売却・換価され、その代金が債務弁済のために充てられる場合がその例である。
- 13 軍事機密及び産業上の秘密に対する侵害が犯罪となる場合については、夏井高人「サイバー犯罪の研究(五)－サイバーテロ及びサイバー戦に関する比較法的検討」法律論叢86巻2・3号(2013)85頁の中で詳しく論じた。
- 14 立証の問題は別の問題である。例えば、民事上の権利行使の場合には、私的自治の原則から、その権利の行使によって利益を得る者がその権利の発生原因となる法律要件に具体的に該当する事実を特定して主張・立証すべきことになる。また、国家刑罰権の発動の場合には、罪刑法定主義及び適正手続の原則から、検察官が犯罪構成要件に該当する具体的な事実(訴因)を特定して主張・証明すべきことになる。これらに対し、行政権の行使の場合には、行政行為は一応適法有効であると推定される。そのことから、裁判所により当該行政行為を実行する権限の発生要件充足の有無の事前審査を経ないで、行政庁等の判断のみで要件充足性の有無の判断がなされる。もし何らかの問題が発生したときは、事後的な裁判所の判断に基づき、当該行政行為が無効化されまたは取消されるという社会制度が構築されている。この場合、当該行政行為が適法行為であることの立証は事後的になされることがあり得るという程度にとどまる。そのため、法制度の種類、相違により、立証の必要性の有無等が異なることになる。なお、このような行政行為一般に共通する基本的なあり方と比較すると、刑事訴訟法上の強制捜査に関する令状主義の原則は、かなり例外的な法規制の一つであると言える。令状主義は、行政機関である警察・検察による強制捜査権の行使が国家権力の濫用として実行された場合、国民の基本的な権利の一種である自由権等に対する抑圧・弾圧が最も効果的に機能することになるといふ人類の歴史的経験に基き確立された原則の一つである。そして、行政機関である警察・検察による強制捜査は、原則として、裁判所の事前審査の結果として発せられる捜査令状がなければ実行することができない。一般に、ある国が法治国家であるというためには、令状主義の原則が存在し、現実にも有効に機能していることが必要であるとされている。
- 15 中国における「情報財」の概念については、鄭成思(鈴木賢・坂口一成訳)「情報と情報財に関する権利」知的財産法政策学研究第1巻(2004)3頁が参考になる。これによれば、中国では、情報(情報)とデータ(データ)とを区別しないという見解を前提にした上で、知的財産権と情報財とをほぼ同義で用いる見解が有力であったようである。

して用いられているというのが現状である。このことは、ひとり法学の分野においてのみならず、政治学、経済学、経営学等を含め、他の学問領域においても大同小異であるかもしれない¹⁶。

無論、もしそれが可能であり、その有用性が認められるのであれば、それらの用例中で共通に用いられている概念要素を抽出・考察・検討し、より正確で一般に承認可能な概念定義をするための努力を尽くすべきであることは言うまでもない。しかし、仮にそのような手法によって「情報財」の概念定義を確定したとしても、今後の情報社会の更なる進展と共に情報技術や社会情勢が著しく変化し、それに伴って「情報財」という語の意味内容や用法が大きく変容することがあり得る。

そこで、本論文においては、とりあえず、法情報論の立場から、法的概念として「情報財」という語が用いられている主要な事例を概観し、その大まかな分類を試みた上で、特に財産権としての情報財とその法的保護に関し、法制度及びその運用上の問題点等を指摘・示唆することとしたい。これが本論文の目的である。

2 日本国における法解釈論上の用例

少なくとも2013年10月15日現在で有効に施行されている日本国の法令中において「情報財」という語を用いたものは存在しない¹⁷。また、判決理由中で「情報財」という語が用いられている裁判例は、少なくとも2013年10月15日現在で検索可能な公式判例集中には存在しない。

行政文書中で正面から情報財を取り扱っているものとしては、経済産業省の「電子商取引及び情報財取引及び情報財取引等に関する準則」がある¹⁸。

法学上の学説としては、情報財について論ずるものがいくつかある。これらの多くは、特定の法領域における法解釈論における考察のための道具概念として「情報財」という語を用いている。ただ、法学分野中における「情報財」という概念または用語の使用例の分布には顕著な偏りがあり、歴史的には、主として知的財産法の領域で「情報財」という語が用いられてきた¹⁹。

(1) 日本国政府機関

経済産業省は、平成14年（2002年）3月29日、「電子商取引における準則」を策定した。その後、改

16 同様の事象は、情報財または情報管理において密接な関連を有する「情報倫理」という語の用例についてもみられる。この点については、夏井高人「情報倫理否定論」明治大学情報科学センター年報2003年度（16号）79頁で論じた。なお、グローバルな環境において「情報倫理」を論ずることの困難性については、夏井高人「ネットワーク社会の文化と法」（日本評論社、1997）243頁以下で述べたとおりである。

17 前掲鄭「情報と情報財に関する権利」によれば、中国においても同様の状況のようである。

18 この準則は、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（平成12年法律第144号）19条に「高度情報通信ネットワーク社会の形成に関する施策の策定に当たっては、規制の見直し、新たな準則の整備、知的財産権の適正な保護及び利用、消費者の保護その他の電子商取引等の促進を図るために必要な措置が講じられなければならない」と規定するところを実現するためのものである。ただし、同条中に「情報財」という文言はない。

19 林紘一郎「『個人データ』の法的保護：情報法の客体論・序説」情報セキュリティ総合科学1巻（2009）67頁

訂を重ねた後、平成19年（2007年）3月30日の改訂により、その表題を「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」と改め、今日に至っている。

表題改訂の経緯について、経済産業省商務情報政策局情報経済課権利保護係長（当時）は、「今回の改訂により、情報財取引分野が大幅に充実したことを踏まえ」と述べるのみである²⁰。この説明のみでは、「情報財」が所与の概念として扱われていることを推知することができるとはいえ、同準則（2007年版）の中には何ら定義が何ら記述されていないので、結局、経済産業省が何をもって情報財と考えていたのかを直接に示す記述は存在しないと言わざるを得ない。

そこで、同準則中において情報財取引の範疇に含まれるものとして位置づけられている項目を見ると、「Ⅱ-1ライセンス契約」及び「Ⅱ-2知的財産」がそれに該当する。

Ⅱ-1ライセンス契約の項の冒頭には、「ライセンス契約の対象となる情報財とは、音、映像（画像）その他の情報であって、コンピュータを機能させることによって利用可能となる形式（いわゆるデジタル形式）によって記録可能な情報を指すものとする。具体的には、プログラムその他のコンピュータに対する指令、コンピュータによる情報処理の対象となるデータ（音楽、映画、コンピュータグラフィックス等のいわゆるデジタルコンテンツ等）が含まれる。また、いわゆるカスタムメイド型の情報財については、当事者間における契約によってその内容や条件等が定まるものと考えられることから、ここでは完成品として市場で流通する情報財のみを検討の対象とする」とある。すなわち、同準則Ⅱ-1という情報財のライセンス契約とは、デジタルコンテンツの利用契約中の中で約款等によって一律に契約処理されるものを指すと理解することができる。

他方、Ⅱ-2知的財産²¹の項には情報財に関して限定する記述は特にないが、その具体的な内容は主としてソフトウェア等のデジタルコンテンツ及びインターネット上の役務提供等であるので、これらのものに関する知的財産一般を指すものとして情報財という語が用いられていると理解することができる。

一般に、情報セキュリティの分野において管理の対象または保護の対象となる情報財は、電子的なものに限定されていない。例えば、物体である紙の上に印刷された固定的な符号列（データ）であっても情報財として扱われる。また、情報セキュリティの分野では、カスタムメイドのコンテンツやサービスなどのように大量かつ広範な流通を前提としていないものに加え、それが情報を処理するために用いられるものである限り、物体である各種機器類や施設・設備や人的資源等もまた情報財として扱われることがある。加えて、行政法上の法規制（各種処罰法令、業法上の規制、輸出入規制等）といった法的リスク（法情報）が情報セキュリティの対象に含められることもしばしばある。このような用例を比較してみると、同準則における情報財の概念は、その適用対象の範囲を電子的なもの（電子的

20 中山信弘編『電子商取引及び情報財取引等に関する準則と解説』（別冊 NBL/No.118、2006）258頁

21 知的財産の概念定義それ自体についても議論がないわけではなく、山口いつ子『情報法の構造』（東京大学出版会、2010）260頁以下に批判的な検討結果がある。準則においては、知的財産の概念に関する理論的な検討には触れず、一般に知的財産法の分野に属すると理解されている法制度に基づく取引関係を扱っている。

な知的財産権、デジタルコンテンツのライセンス契約等)に限定した上で、更に幾つかの限定を加えていると言える。

このような限定が生じている原因の一つとして、経済産業省はその所管業務である情報サービス産業の範疇にあるものについてのみ権限を有しており、その権限外にある事柄(他官庁の所掌事務に属するもの)に対しては経済産業省の行政権限が及ばないということがあるのではないかと推測される²²。

ともあれ、同準則は、その後数次にわたり改訂が重ねられてきた。そして、2013年10月15日の時点における最新の版は、平成25年(2013年)9月6日改訂のものである(以下「現行準則」という。)²³。現行準則中では、「Ⅲ情報財の取引等に関する論点」として、以下のとおりの項目が掲げられている。

- Ⅲ-1 ライセンス契約の成立とユーザーの返品等の可否
 - Ⅲ-1-1 情報財が媒体を介して提供される場合
 - Ⅲ-1-2 情報財がオンラインで提供される場合
 - Ⅲ-1-3 重要事項不提供の効果
- Ⅲ-2 当事者による契約締結行為が存在しないライセンス契約の成立
- Ⅲ-3 ライセンス契約中の不当条項
- Ⅲ-4 ライセンス契約の終了
 - Ⅲ-4-1 契約終了時におけるユーザーが負う義務の内容
 - Ⅲ-4-2 契約終了の担保措置の効力
- Ⅲ-5 ベンダーが負うプログラムの担保責任
- Ⅲ-6 SaaS・ASPのためのSLA(Service Level Agreement)
- Ⅲ-7 ソフトウェアの使用許諾が及ぶ人的範囲
- Ⅲ-8 ユーザーの知的財産権譲受人への対抗
- Ⅲ-9 ソフトウェア特許権の行使と権利濫用
- Ⅲ-10 使用機能、使用期間等が制限されたソフトウェア(体験版ソフトウェア、期間制限ソフトウェア等)の制限の解除方法を提供した場合の責任
- Ⅲ-11 データベースから取り出された情報・データの扱い

2007年改訂版以降平成22年(2010年)10月改訂版までの準則では情報財取引の範疇に含められてい

22 著作権それ自体と関連する行政事務は文化庁の所管に属する。しかし、著作物であるコンテンツの取引に関しては、著作権法制そのものについて所管するのではなく、現行の著作権法制を前提としつつも、経済産業活動の一部である情報サービス産業の範疇に属する商行為及びその業界等を所管している。経済産業省は、その限りにおいて、行政権限を有していることになる。

23 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則(平成25年9月)」

<http://www.meti.go.jp/press/2013/09/20130906006/20130906006-3.pdf> [2013年10月15日確認]

た「知的財産」に関する項目は、平成23年（2011年）6月改訂以降の準則中では「Ⅱインターネット上の情報の揭示・利用等に関する論点」に移動されている²⁴。そのことから、現行準則においては、主としてデジタルコンテンツであるライセンス契約のみを情報財取引として扱っていることになる。

しかしながら、同準則における構成のみを根拠として、日本国政府がデジタルコンテンツのライセンス契約等に限定して情報財の概念をとらえているということとはできない。既述のとおり、経済産業省は、その所管業務の範囲内にある事柄についてのみ行政権限を有するからである²⁵。

(2) 学説

「情報財」という概念または財産権としての「情報」という概念を用いて何らかの法現象をとらえ、その法現象の実質を解明しようという試みや適用可能な法令解釈の試みは、内外共に必ずしも多いとは言えない²⁶。しかも、このような課題と取り組んだ過去の論考の中においても、「情報財」または「情報」について明確な定義をすることなしに、これを所与の前提として論述するものが一般的である²⁷。

ここでは、情報財について論じた論文等の中で法学分野において代表的と思われるものをいくつか検討し、主として何に着目して情報財の概念を用いているのかという観点からの考察を試みる。

(a) 情報の非排他性（情報財の非競争性）の理論

法的概念として情報財を考える場合、情報財の基本的かつ不可欠の構成要素である「情報」それ自体について、排他的に独占することが可能か、排他的に独占することができないかについて考察しておくことは大事なことである。

一般に、この問題は、知的財産権法の領域では、それぞれの法令の立法目的・対象及び個々の知的財産権に固有の法的性質の相違によって顕著に異なった取り扱いとなっている。すなわち、知的財産法の領域における「情報」の排他性または非排他性の問題は、およそ情報であれば全ての領域に共通

24 改訂の経過については、経済産業省「『電子商取引及び情報財取引等に関する準則』について」（2013年9月6日）に概要説明がある。

<http://www.meti.go.jp/press/2013/09/20130906006/20130906006-2.pdf> [2013年10月15日確認]

25 例えば、物体としての有機物で構成される生物を情報財の一種としてとらえる視点は非常に重要であるが、経済産業省が所管する業務に含まれないのが一般的である。例えば、種苗法に基づく動植物の品種登録は農林水産省の所管となる。また、バイオ特許の類は特許庁の所管となる。そして、もし特定の生物種が文化財である情報財としての価値を有する場合やそのような生物種についての符号（データ）の記述が著作物である情報財となる場合には文化庁の所管となるし、それが学術研究の成果である情報財である場合には文部科学省の所管となる。加えて、そのような生物である情報財の開発・生成等について国庫から補助金等が拠出されている場合には、会計検査院の所管となることがある。他方、デジタル領域に属するものではあっても、コンテンツの流通やアプリケーションサービス等ではない通信の媒介を内容とする役務（電気通信役務提供、放送役務提供、無線通信役務提供等）に関しては総務省の所管となっている部分が圧倒的に多い。このように、潜在的には情報財というグループに属する対象として考察可能な対象が複数の官庁の所管業務としてばらばらに点在している。もしこのような意味での情報財全体に対する国家としての政策決定をしようとするのであれば、内閣府に中枢組織を構築するしかないのではないかと思われる。しかし、現実には、そのような横断的かつ統一的な行政組織は存在しない。

するものではない。

そこで、以下、それが情報財として扱われるべきかどうかについては一応措いた上で、特許権の場合、著作権（著作者人格権）の場合及び営業秘密の場合に限定し、分けて考察する。

① 特許権の場合

特許法に基づく特許権の領域では、特許権の共有に基づく共有者間での利用関係に関し²⁸、情報の非排他性²⁹または情報財の非競合性を論ずる見解がある³⁰。

この見解について、通説は「特許権の対象は情報の独占権という無体の財貨であるため、その使用については量的な限界が観念できないことから、そもそも持分に応じた使用ということが難しいし、また法的にはある共有者の実施は他の共有者の実施の妨げともならない」として、実質的に賛同している³¹。

ただし、特許権の共有者間において、その実施について特段の合意がある場合にはその合意の拘束

26 外国における論文等も必ずしも多いとは言えないが、デジタルコンテンツの著作権との関連で財産権としての「情報 (information)」を論ずるものとしては、Pamela Samuelson, Legally speaking: is information property?, Communications of the ACM, Vol. 34, No. 3, 1991, pp. 15-18がある。また、通常とは異なる意味で用いているとはいえ、プライバシー情報の財産権としての側面を論ずるものとして、Jessica Litman, Information Privacy/Information Property, Stanford Law Review, Vol. 52, 2000, pp. 1283-1313などがある。ただし、Litmanの論考は、取引法（契約法）の文脈で「情報財 (information property)」を論ずるものではなく、不法行為法の文脈における損害賠償請求権という財産権に着目するもので、これは財産権に対する侵害があった場合の補填・回復という意味での財産権性を論ずるものだと見える。その上で、同論考は、インターネットやデジタル技術等が発展・普及した時代におけるプライバシー問題の質的変容をとらえ、プロセッサ以来の古典的な不法行為法による解決に代えて、プライバシー保護のために「データプライバシー (data privacy)」という概念を提唱するものである。他方、デジタル著作物についての著作権者の権能をより柔軟で自由なものとし、デジタル著作物の流通における利用者との利益の調整を図ることにより、デジタル著作物の財産権性を維持したままデジタル環境における様々な態様の利用を促進しようとする試みとして、Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, 1999, Basic Books 及び Lawrence Lessig, CODE Version 2.0, 2006, Basic Books がある。Lessigが提唱したCreative Commonsへの賛同者は少なくない。なお、Lessigの提案とは全く異なるアプローチであるが、日本においてもデジタルコンテンツであるソフトウェアの財産権性を維持したままその流通をより円滑にしようとする試みは存在する。例えば、超流通 (Superdistribution) がその代表例である (河原正治・森亮一・大滝保広「デジタルコンテンツの超流通システム」画像電子学会誌26巻2号 (1997) 111頁、Ryoichi Mori, Masaji Kawahara, Superdistribution: The Concept and the Architecture, The Transaction of IEICE, Vol. E73, No. 7, 1990, pp. 1133-1146)。超流通と関連する日本国特許として、デジタル情報を「所持する」のではなく「利用すること」に重点をおいて、情報提供者の利益と情報利用者の利便性を保証する超流通システムを構築可能なソフトウェア処理装置、方法、及びプログラムを提供することを目的とする「ソフトウェア処理装置、方法、及びプログラム」の特許 (特許公開2002-318630)、出願日である1984年3月12日から20年の経過により失効した特許「ソフトウェア利用管理方式」の特許 (特許番号1912248 (1995)) など多数の特許が存在する。

27 例えば、「情報を奪う行為」すなわち「情報を無権限で取得する行為」は、経済財としての情報財 (information goods) の無権限移転という側面を有する場合もあるが、経済財としての側面とは全く異なる観点から考察すべき場合もある。そのため、情報財の定義がそもそも非常に難しいということがある。この点については、夏井高人「サイバー犯罪の研究 (二) - フィッシング (Phishing) に関する比較法的検討 -」法律論叢85巻4・5号 (2013) 181頁でも簡略に指摘したところであるが、十分な検討をしたとは到底言えないものであるので、本論文により、更に踏み込んだ検討結果を示すこととした。

28 特許権が共有 (準共有) されている場合でも、特許権者が非特許権者に対して排他的な権利の行使をすることができることは当然の前提である。

29 中山信弘『特許法 (第2版)』(弘文堂、2012) 301頁以下

30 金子敏哉「知的財産権の準共有 (特許権を中心に)」日本工業所有権法学会年報34号 (2010年) 1頁。

31 前掲中山『特許法』302頁

力により実施に制限が加えられることは当然である。ただ、その合意が合理性を有しない場合には権利濫用理論等により契約としての拘束力が否定されるべきものであろう。加えて、特許権の共有の場合に情報の非排他性理論により他の共有者の実施が妨げられないとしても、経済原理の上では市場が限定されていることから何らかの経済的不利益が事後的に発生することはあり得ることであり、そのために民法上の共有物の分割手続に準じた何らかの調整原理が考えられなければならないことも当然のことである³²。

② 著作権（著作者人格権）の場合

著作物の作者は、著作者人格権の一部として、情報を排他的に支配することができる場合がある³³。例えば、著作物は、それが公表される前の段階では、法的には公表前の著作物であるけれども、情報論上では、単なる情報としてまたは情報を記録したデータとして理解することが可能である³⁴。このような場合において、当該著作物を公表するかしないかを決する権利は、著作者人格権の一種として、著作者の専権に属する（著作権法18条）³⁵。

ところで、共同著作物の著作者人格権の場合には、特許権の共有（準共有）と類似の状況が発生することがある³⁶。この場合、著作物の公表権との関係では、公表されることを前提として出願される特許権とは異なり、公表されていないことに経済的利益が生ずることが多々あり得ることから、特許権の共有（準共有）とは別の扱いが必要となる³⁷。そのことは、著作権法64条の規定からも明らかである³⁸。

なお、他の者が権利を有する著作物に基づく翻案（著作権法27条）のように、翻案者の創作性に基づく部分とそうでない部分とが混在している場合には、共有ではないけれども、権利者相互の主観に

32 前掲中山『特許法』303頁

33 共同著作物における著作者人格権の行使に関する部分の論述は、金子敏哉氏との意見交換の結果に負うところが多い。

34 著作物の概念について、外部に表現されていることを要するけれども形のある物体上に固定されていることを要しないという意味で観念的な存在で足りると考えるのが通説と思われる。この通説の立場では、作品とは何らかの方法で表現された情報であり得ることになる。この点については、岡村久道『著作権法』（商事法務、2010）46頁、三山裕三『著作権法詳説【第9版】－判例で読む15章－』（レクシスネクシス・ジャパン、2013）74頁などが参考になる。

35 加戸守行『著作権法逐条講義〔6訂新版〕』（著作権情報センター、2013）158頁、作花文雄『詳解著作権法〔第4版〕』（ぎょうせい、2010）232頁、相澤英隆・西村あさひ法律事務所編『知的財産法概説【第5版】』（弘文堂、2013）213頁

36 東京地方裁判所平成22(ワ)38003平成25年03月1日判決

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20130308152516.pdf> [2013年10月29日確認]

37 人格権の共有（準共有）があり得るとしても、その場合の共有（準共有）とは、それ自体がいわば法律上の擬制的なものであって、実際には分割行使や多重行使をすることができないという本質を有していると考えられる（前掲加戸454頁）。ただし、他人の思念を物理的に遠隔操作することを可能とする技術が現時点で既に開発されてしまっていることから、未来社会においては、複数人が思考それ自体を共有するといったSF小説やアニメ作品等に出てくるテレパシー通信類似の現象が現実には発生し得ると考えられる。その場合、現在の法概念における共有（準共有）とは異なる意味になるにしろ、擬制ではなく実質を伴った共有（準共有）を検討せざるを得なくなるかもしれない。これらの点については、Mark N. Gasson, Eleni Kosta & Diana M. Bowman (ed.), *Human ICT Implants: Technical, Legal and Ethical Considerations*, Springer, 2012, pp. 151-179が参考になる。

38 金井重彦・小倉秀夫編『著作権法コンメンタール【上巻】』（東京布井出版、2000）551頁 [小倉秀夫]

においては排他的な権利行使の妨害となりまたは権利侵害となるような状況が発生することがある。しかし、このような場合には、客観的には、共同著作物の著作権または著作者人格権の場合とは異なり、それぞれの創作性が認められる部分について個別にそれぞれの著作権または著作者人格権が認められるだけである³⁹。

③ 営業秘密の場合

ある情報が営業秘密としての法的保護を受けるためには、「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」であることを要する（不正競争防止法2条6項）。

ところで、法人が営業秘密の権利主体である場合、物理的には複数の役員や従業員等が同一の営業秘密を共有しているように見える場合であっても、法的には単一の法人格主体である当該法人のみが権利主体であるので、共有（準共有）の問題は生じない。当該法人に属する役員や従業員等は、社内規則等に定める権限の範囲内で、同一の営業秘密を多重的（非排他的）に利用可能であり、その意味で内部的には排他性は存在しないことになる。そして、このような場合には、当該法人としての情報財管理に関する内部統制（マネジメント）の存否・適否が検討課題となるだけである⁴⁰。

これに対し、法人ではない事業者の場合とりわけ民法上の組合（民法667条）に類する営利組織の場合には、その構成員間で特定の営業秘密の共有（準共有）のような状況が発生し得る。この場合には、構成員間で特段の合意があればそれに従い、特段の合意がなければ合理的な範囲内で特許権の共有（準共有）の場合に準じて考察すれば足りると思われる。

(b) 経済的・財産的価値のある情報を情報財としてとらえる見解

財産権としての情報財の概念について述べた論考として吉岡一男「企業秘密と情報財」がある⁴¹。この論考は、1985年に公表されたものであり、情報財という概念を用いた法学上の考察結果を示すものとしては、かなり初期のものに属する。この論考では、様々な企業スパイ事件の発生という事態⁴²を踏まえ、企業秘密に対する侵害行為について、伝統的な犯罪学における秘密侵害罪という観点から論を進め、情報財に対する侵害として扱うことの妥当性について検討している。同論考でいう情報財

39 最高裁平成13年6月28日判決・民集55巻4号837頁、前掲加戸213頁、岡村「著作権法」202頁

40 知的財産高等裁判所平成23(ネ)10084事件平成24年7月4日判決
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120713165008.pdf> [2013年10月29日確認]

41 吉岡一男「企業秘密と情報財（一）- 刑事学各論の試みのために -」法學論叢117巻3号（1985）1頁、同「企業秘密と情報財（二）- 完 - 刑事学各論の試みのために -」法學論叢117巻4号（1985）1頁

42 当時の社会状況については、佐久間修「いわゆる産業スパイ事件に関する4つの判決について：会社の機密資料を不法に処分する目的でその原本ないしコピーを持ち出す行為と行為者の罪責」名古屋大學法政論集94号（1983）163頁、Griffin Kenneth（舛井一仁訳）「異と米国における取引上の秘密保護 - IBM 産業スパイ事件の教訓」国際商事法務13巻11号（1985）783頁、江原伸一「高度情報産業スパイ事犯に関する一考察 - アメリカ司法省司法研究機関の調査研究より」警察学論集42巻6号（1989）38頁、青山紘一「知的所有権と情報紛争 [II]：情報化時代の知的所有権紛争」情報管理31巻8号（1988）679頁などが参考になる。

とは、「ある事実・情報を秘密にすること、さらにはその探知や漏示を秘密侵害として否定的に対応すること自体が利害の対立状況の中に位置付けられて検討の対象となる」との認識を前提にしている⁴³。このような認識は、経済学の領域において「情報の非対称性 (asymmetric information)」⁴⁴という文脈で述べられているものとほぼ同様の認識であると考えられる⁴⁵。そして、刑事的な保護(処罰)の対象とすべき企業秘密の範囲について、単に「秘密の保護」とすることには理論上の問題があるとした上で、「経済的・財産的価値のある情報」を情報財としてとらえ、財産権としての情報財について、単に秘匿の保護だけではなく財産権としての情報の奪取としての側面からも、立法論を含めた詳細な検討がなされている⁴⁶。この論考の公表後、不正競争防止法の改正により、罰則を含め営業秘密の保護が強化されたことは周知のとおりである⁴⁷。

このように、この論考は、現行の不正競争防止法においては営業秘密として保護されている企業秘密の保護を主眼とするものであるが、内容的にはより広く特許権等も含めた情報財概念を構成しようとするものであり、ただ、それが単なる情報ではなく「経済的・財産的価値のある情報」に限定されているところに特徴がある。

(c) 知的財産権一般を情報財とする見解

知的財産権一般をもって「情報財」とする考え方は比較的広く承認されているように思われる。経済産業省の「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」が平成25年(2013年)改訂よりも以前の版ではそのような見解を前提とする構成が採用されていたことは既述のとおりである。また、後述の「(d) 主として営業秘密を情報財とする見解」においても、基本的には知的財産権一般をもって「情報財」としつつ、特に営業秘密に着目してその法的保護を論ずるものと理解することができる。

このような立場に基づく論考として最も代表的なものは、谷口知平「無体財産・企業の秘密・アイデア・情報」⁴⁸である。同論考では、当時「無体財産権」として扱われていた特許権、実用新案権、商標権、著作権等における法的保護の特徴を論じた上で、秘密情報 (confidential information) などの情報の法的保護を論じている。ここで秘密情報として扱われているものは、あくまでも財産権の文脈におけるものなので、軍事機密や国家機密等の公的な秘密情報を含まず、私人である企業が保有する企業秘密等の秘密情報を主眼とするものである。

43 前掲吉岡「企業秘密と情報財(一)」20頁

44 Brian Hillier, *The Economics of Asymmetric Information*, Palgrave Macmillan, 1997, Markus K. Brunnermeier, *Asset Pricing under Asymmetric Information: Bubbles, Crashes, Technical Analysis, and Herding*, Oxford University Press, 2001

45 プライバシー権論の中で経済学における情報の非対称性理論への言及があるものとして、阪本昌成「プライバシーの権利と個人情報保護 - 情報財の保護か自由な流通か」・発信正典ほか編『佐藤幸治先生古希記念論文集・国民主権と法の支配(下巻)』(成文堂、2008)135~154頁がある。特に同論考100頁以下が参考になる。

46 前掲吉岡「企業秘密と情報財(二)・完」26頁以下

47 経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法[平成21年改正版]』(有斐閣、2010)36頁、棚橋祐治監修『不正競争防止の法実務』(三協法規出版、2010)140頁

48 谷口知平「無体財産・企業の秘密・アイデア・情報(財産法講話 No. 37)」法学セミナー196号(1972)54~59頁

(d) 主として営業秘密を情報財とする見解

主として企業秘密（営業秘密）に着目して「情報財」の概念を用いる論考としては、原竹裕「民事訴訟における情報財の保全と審理公開原則」⁴⁹が代表的なものだと考えられる。ただし、この論考は、1998年に公表されたものであり、数度にわたる不正競争防止法の一部改正等の結果、営業秘密に対する侵害が不正競争行為とされ（同法2条1項4号ないし9号、同条6項）、侵害行為に対して民事上の損害賠償権（同法4条）及び差止請求権（同法3条）が認められた後（GATT ウルグアイラウンド・TRIPS 交渉の状況を踏まえた1990年改正）⁵⁰、刑罰による対処が付加され（同法21条・2003年、2005年及び2009年改正）、営業秘密と関連する訴訟において、法廷（審理）の公開原則（憲法32条、37条1項）をそのまま適用すると、訴訟の場から企業秘密が第三者に公開されてしまうという危険性を阻止することができなくなるというジレンマを解消するため、営業秘密と関連する民事・刑事の訴訟においては特殊な非公開審理方法を導入する必要性が認識され、民事訴訟に関しては2004年の裁判所法等の一部改正により（民事訴訟法92条、132条の2）、刑事訴訟に関しては2011年の不正競争防止法一部改正により（不正競争防止法23条ないし31条）⁵¹、訴訟上の秘密保持制度が導入される前の時点で公表されたものである。したがって、この論考は、不正競争防止法の改正がなされた時代的背景を抜きにして評価することができない。

以上のような前提で、同論考では、情報財を「権利化されている情報財」及び「権利化されていない情報財」の2種に分類する。権利化されている情報財とは、特許権、意匠権、商標権、著作権などの知的財産権が含まれ、その多くは公開されることを前提に権利が認められるという特色を有している。これに対して、権利化されていない情報財とは、法令によって権利が認められていないものを指している。同論考では、とりわけ営業秘密に着目し、「秘密性を維持すること」換言すると「非公開であること」を前提に権利性が承認されるべき営業秘密について、これを情報財として保護すべき必要性があること、そして、秘密性の維持のために非公開による特別の審理方針を導入する必要があることが主張されている。ただ、同論考公表時点において、営業秘密に基づく行為請求権の一種としての差止請求権と侵害に対する補填・回復としての損害賠償請求権は認められていたので、同論考における営業秘密の「権利化」とは、差止請求権及び損害賠償請求権以外の要素を含むものとして想定されていることに留意しなければならない。それは、営業秘密が非公開性を維持しないと意味のないものとされてしまうという本質的要素を含むところに由来する。そのような認識を基礎として、同論考は、民事訴訟における非公開審理方式の必要性について論じている。

今日、同論考の主張する主要な内容は、一連の法改正を経て現行法令中に採用・導入されている。その結果、同論考における「権利化されていない情報財」の中に一体どのような権利が含まれるか（権

49 原竹裕「民事訴訟における情報財の保全と審理公開原則－ノウハウ侵害訴訟における審理方式に関する試論－」一橋論叢120巻1号（1998）18～34頁

50 橋本勇「トレードシークレットの保護と不正競争防止法の改正」・中山信弘編『知的財産権研究Ⅱ』（東京布井出版、1991）143～177頁

51 前掲棚橋235～240頁

利化されていない情報財から営業秘密が控除された後には何が残るか)が明確ではなくなってしまうている。

しかし、技術革新や社会の変化は今後も著しいと予想されることから、法令により権利の内容(法律要件及び法律効果)が明定されているものでないものについて、「権利化されていない情報財」という道具概念を用いて考察するには意味があり、その有用性・合理性が維持されていると考える⁵²。

ただし、このように考える場合、「情報財」という範疇の外延を定義するための特定要素が不明確となるという論理的な弱点があることは否定できない⁵³。

(e) 主として著作物を含むコンテンツのネット配信を情報財とする見解

現行準則が主として著作物を含むコンテンツのネット配信を情報財とする見解に立脚していることは既述のとおりである。このような観点からの論文の中で代表的と思われるものとして、渡邊倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性」⁵⁴及び金子宏直「情報財取引－UCITA再論」⁵⁵がある。

渡邊倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性」中には、「インターネットや携帯電話という革新的なツールの普及も手伝って、コンピュータ・ソフトだけでなく音楽や映画を始め様々な著作物を含む情報財が、有体物を介することなくネット上で簡単にかつ大量に取引される時代となってきた。無体物であるそれらの情報財の価値を中心とした取引が大量に行われる時代にあつて、これまでの有体物を前提とした取引法一般のルールでは処理しきれないような新しい情報契約が普及してきている」との定義的な状況認識に関する記述がある⁵⁶。そのような意味での情報財に関する取引において、当事者間の契約(債権としての法的拘束力)により、著作権保護期間が経過して権利が消滅してしまったコンテンツ(パブリックドメインとなったコンテンツ⁵⁷)の場合を含め、事実

52 法令によって明定されているわけではないけれども今後非常に大きな重要性をもつことになると推測される三次元プリンタ(3D printer)用の印刷データについては、前掲夏井「サイバー犯罪の研究(五)」で触れたとおりである。

53 同論考における「情報財」の概念としての外延は、同論考の本文中における定義に従えば「知的財産権の範疇に含まれるもの」ということになると理解することが可能である。なお、同論考の脚注39(34頁)によれば、インターフェイスの法的保護に関して派生的な論点があることが示唆されている。

54 渡邊倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性－著作権法の視点からの考察」コピライト479号(2001)10頁～23頁

55 金子宏直「情報財取引－UCITA再論」・小野秀誠ほか編「松本恒雄先生還暦記念・民事法の現代的課題」(商事法務、2012)1123～1150頁

56 前掲渡邊10頁。なお、「情報取引」という語について、同論考の脚注1(22頁)は、初期の用例として北川善太郎「取引の目的としての情報」NBL24号(1972)27頁を引用しつつ、「本稿では、主としてシュリンクラップ契約やクリックオン契約に代表されるような、昨今のデジタル化・ネットワーク化に伴い普及した情報財取引のための契約を念頭において用いるものとする」と定義している。

57 著作権法に規定する権利保護期間が経過して権利が消滅したコンテンツ等の法的問題については、夏井高人「PDSをめぐる法律問題(上)」判例タイムズ681号(1989)18頁、同「PDSをめぐる法律問題(下)」判例タイムズ682号(1989)27頁で詳論したとおりである。なお、これらの論文では、ディスクなどの物理媒体に記録されて流通するコンテンツに着目しているため、「コンテンツの利用契約+物理媒体の売買契約」という論理構造を念頭に置いた論述をしたが、ネット配信されるコンテンツに関しては「コンテンツの利用契約+提供役務利用契約」という論理構造で置き換えて考えると、ほぼ同じような構造の法的課題が存在することに気づくことができよう。

上、強行法である著作権法に基づく法的保護以上のものをライセンス権者に与えてしまう結果となっていることについて著作権法の観点から論じている。

同論考は、更に、このような意味での情報財取引と関連する法的枠組みの中で当時最も注目されていた米国統一コンピュータ情報取引法 (Uniform Computer Information Transaction Act; UCITA)⁵⁸ で示されている契約規制等について詳細に論じ、かつ、UCITA の仮訳を提供している。UCITA (最終改訂版2002年⁵⁹) は、全米統一州委員会全国会議 (National Conference of Commissioners on Uniform States Laws: NCCUSL) が起草・提案したモデル法の一つであり、2013年10月現在、メリーランド州⁶⁰及びヴァージニア州⁶¹が UCITA を州法として採用している⁶²。

現行準則における「情報財取引」の定義の検討経過については不詳であるが、同論考と同様、UCITA における発想を根底に置くものであることは疑うべき余地がない。

ただ、同論考は、ネット配信されるデジタルコンテンツに限定して「情報財」の概念を用いるべきであるとの見解を前提とするものとは思われず、単に多種多様な情報財の中でネット配信されるデジタルコンテンツに主眼を置き、その法的課題を論じたものと評価すべきである。その意味で、同論考においても「情報財」の概念の外延は不明である。

他方、金子宏直「情報財取引－UCITA 再論」は、渡邊倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性」と同様に UCITA に着目した上で、「情報財取引」の定義として「コンピュータのソフトウェアをはじめとするデジタルコンテンツ」を指すものと明記する⁶³。しかし、他方では「知的財産 (情報財)」⁶⁴との表現もあり、必ずしも論旨一貫しているとは言えない。そして、同論考では、「情報財は物品かサービスか」⁶⁵に関する WTO における議論を踏まえた上で、一般理論として、下記のように、ライセンス契約の基本構造にかかわる2つの命題を提示している⁶⁶。

命題1：権利者 (ライセンサー) のもつ権利以上の権利は、利用者 (ライセンシー) に付与できない。

58 Uniform Law Commission: Computer Information Transactions Act

[http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Computer Information Transactions Act](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Computer%20Information%20Transactions%20Act) [2013年10月27日確認]

59 UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT (Last Revisions or Amendments Completed Year 2002)

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/computer_information_transactions/ucita_final_02.pdf [2013年10月27日確認]

60 2010 Maryland Code: COMMERCIAL LAW: TITLE 22 - MARYLAND UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT

<http://law.justia.com/codes/maryland/2010/commercial-law/title-22> [2013年10月27日確認]

61 Code of Virginia: Title 59.1 - TRADE AND COMMERCE

<http://leg1.state.va.us/cgi-bin/legp504.exe?000+cod+TOC590100000430000000000000> [2013年10月27日確認]

62 米国各州における UCITA 導入をめぐる議論及び反対論の論拠等については、前掲金子1126～1129頁が詳しい。

63 前掲金子宏直1123頁

64 前掲金子宏直1147頁

65 前掲金子宏直1124頁

66 前掲金子宏直1148～1149頁

命題2：実体法上認められた権利は、合意に基づいて、他人に処分ないし制限させることができる。

提示された2つの命題は、しかしながら、特段新規性のあるものではない。これらの命題は、民法学における債権法論の基礎的な部分を構成するものの一部であり、何百年も前から主としてドイツ民法学の世界において明確に認識されてきたものであると同時に、日本国の大学法学部における民法(債権法)の通常の講義においても常識に属するものとして講じられてきたものである。著作物であるコンテンツであるからといって格別に権利者の法的保護を強化することのできるような特殊な法原則等が存在するわけではなく、ライセンス契約は単に債権契約としての当事者の合意の一種に過ぎないのであり、それ以上でもそれ以下でもない⁶⁷。

ともあれ、同論考は、この種の論考が玉石混交状態で濫立する中であって、しごく正常かつ冷静な視点を提供するものであると言える⁶⁸。

3 情報財の財産権としての法的保護における問題点

(1) 着眼点

一般に、情報は、水と似ているところがある。

水が人類の生存にとって欠かすことのできない物質であることは言うまでもない。ところが、一般に、水は不断に沸いてくるものまたは雨として降ってくるものだとの観念があることから、その重要性を切実に感ずる機会に乏しい⁶⁹。とりわけ、日本国においては、水が絶えず潤沢に存在しているという前提で「水は自由に消費できるものだ」という観念が一般化している。古くから「湯水の如く」という表現があるが、まさにそのような観念の存在を端的に表すものと言えよう。

しかし、全ての経済財がそうであるように、需要と供給とのアンバランスから希少性が発生すると、水についても排他的な利用を権利として主張する者が出現することになる。水利権⁷⁰や温泉権⁷¹等は、その代表例である⁷²。

67 ライセンスを供与する側の一方的条件に服さなければならないという問題は、経済学的には企業経営における画一的処理によるコスト削減の問題として扱われるかもしれないが、法的には古くからある約款論の一部であると同時に消費者保護の問題であり、かつ、より具体的には消費者契約法の解釈問題の一部であることに加え、事案によっては、独占禁止法上の論点を含み得るものである。いずれにしても、知的財産に関するライセンス契約においてのみ肯定され得るような特殊な例外处理的な法理といった類のものは、成立し得ない。

68 前掲夏井「PDSをめぐる法律問題(上)」及び「PDSをめぐる法律問題(下)」において、ソフトウェアのライセンス契約といっても特殊な法律要件が生成されたわけではなく、単に債権契約の一種に過ぎないという前提で論じたとおりである。

69 古代ローマ帝国の諸都市から現代の東京都に至るまで、大都市などの人口密集地においては、物理的に存在する水源が限られている結果、水の需要と供給とのアンバランスが不可避的に生ずることから、慢性的に水資源に不足することになるのが通例である。そのため、かなり大規模に上水道施設が設置・管理されてきたし、それらは社会の重要なインフラの一つだと考えられてきた。それゆえ、上水道施設を狙ったサイバー攻撃というものが成立し得る。この点については、前掲夏井「サイバー犯罪の研究(五)」で詳しく論じた。

情報の場合も同じであり、「情報は自由であるべきである」との一般観念がある一方で、情報の生成者や情報の独占の支配者は当該情報を他者が利用できない関係にあることそれ自体から経済的価値を生み出すことができるので、「情報の独占を法的に是認すべきである」との主張を強めることになる⁷³。

ところで、ある情報について非排他的な状況が認められる例外的な場合（前述の知的財産権の共有の場合等）を別とすれば、一般に、ある情報について、その人間の社会生活上における財産的価値または経済的価値に着目し、財産権の一種としての情報財を觀念することは可能である。また、ここまで検討してきた経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」における情報財の理解、法学領域における学説上での情報財の取り扱いのいずれもがその財産権としての性質（とりわけ無体財産としての知的財産権の特質）に着目したものであった。

しかしながら、財産権である以上、情報セキュリティの文脈においては情報財の一種として情報セキュリティマネジメントの対象となり得るものであっても、法的な意味での財産権としては保護されない場合があり得る⁷⁴。他方では、主として著作物をもって情報財ととらえる見解にしばしば見られるように情報財の範囲をデジタルコンテンツに限定すべき合理的な根拠を見出すことはできない。

以下、情報財が法律上の財産権として扱われることを可能とするための必須要件について若干の検討結果を示す。ここでいう必須要件とは、そのような属性要素を欠くときは国家権力（司法権）によって権利としての法的保護を受けることができないという意味で用いている。そして、民事上の権利の一種としての財産権である以上、訴訟上の請求権として行使することにより債務名義を獲得し得る資格及び債務名義（民事執行法22条）に基づいて民事執行による強制執行を可能とする資格という要件が最も重視されなければならない。なぜならば、大陸法流の排他的な独占権または物件的な権利とし

70 武井群嗣・安田正鷹共編『水ニ關スル學說判例實例總覽』（松山房、1931）、武田軍治『地下水利用権』（岩波書店、1942）、大谷貞夫『近世日本治水史の研究』（雄山閣出版、1986）、フレッド・ピアス（古草秀子訳）『水の未来』（日経BP社、2008）など参照

71 川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三『温泉権の研究』（勁草書房、1964）、川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三『続温泉権の研究』（勁草書房、1980）

72 水利権に関する河川法上の行政規制としては、流水の占用の許可（23条）、土地の占用の許可（24条）、工作物の新築等の許可（26条）、河川保全区域における行為の許可（55条1項）などがある。水利権の管理と財産権としての情報またはデータの管理とはそれぞれ全く異なる世界（法領域）に属するものである。しかし、水利権に関する河川法上の行政規制の基本構造は、情報またはデータに対する私権としての支配・管理の態様について考察する際に示唆するところが多々ある。

73 前掲山口『情報法の構造』143頁以下

74 例えば、コンピュータシステム内におけるデータ処理のために一時的に生成され、処理後には瞬時にして消滅してしまう一時的なデータについては、その発生・処理・消滅の記録については別途考察の対象になるにしても、一時的データそれ自体としては財産権としての独自性を有しない場合が多い。それでもなお、そのような瞬時にして完了してしまうデータ処理が情報セキュリティの目的である場合には、その財産価値の有無や流通性の有無とは無関係に、当該一時的データが情報セキュリティの対象として扱われることがある。同様の例は、デジタルコンテンツをコンピュータ上で再現・表示するような場合にキャッシュメモリ内に生成される一時的なデータをもって著作物の複製物として扱うべきかどうかという議論とも重なっている。この場合、キャッシュメモリ内で正常に一時データが生成・処理・消去されなければ当該コンテンツを正常に再現・表示することができないので、そのような一時的データが著作権法上では権利保護の対象とされていなくても情報セキュリティの対象となり得ることは疑問の余地がない。なお、このような一時的データなどに関する著作権法上の取り扱いについては、前掲加戸356頁～366頁、岡村久道監修『インターネットの法律問題－理論と実務』（新日本法規、2013）192～197頁が詳しい。

て理解するにしろ、英米法流の専有権 (proprietary rights) として理解するにしろ、そのいずれの場合であっても、「自力救済の禁止を原則」⁷⁵とするのであれば、法定の執行手続に基づき当該権利の履行強制または損害の補填・回復を実現することが可能かどうかだけが全ての理解の鍵を握るからである。単に観念的に「独占的である」と思念するだけでは、法的には全く無力であり、かつ、無意味である。

(2) 構成要素に関する検討

(a) 情報それ自体の財産価値に主眼のある権利であること

情報それ自体は無体のものである⁷⁶。

例えば、オーケストラやジャズバンドなどのライブ演奏を想定してみると、そのような演奏は、それ自体としては、瞬間的に発生し(録音・録画をしない限り)直ちに消滅してしまうものである。そのような実演が記録(データ)として残されず⁷⁷、実演的がデータではない情報として存在している場合でも、実演(著作権法2条1項3号、90条ないし92条)としての保護を受けることができる⁷⁸。

このような実演は、経済学的には、それ自体として商業的な利益の淵源となり得る。例えば、実演家自身がコンサート会場を保有しており、興行主などを介さないで直接にコンサートを主催・実演するような場合、当該コンサート会場の入場券代金の中には、コンサートを実行するために必要な光熱費や公租公課などの実費部分以外に実演それ自体に対する課金が含まれている場合がある⁷⁹。また、実演を固定せず、直接に有償で放送または有線放送する場合(著作権法92条1項)や送信可能化する場合(92条の2第1項)、その実演の放送等の受信・視聴の対価についても実演に対する対価として経済的に評価することが可能である。

75 前述の UCITA における自力救済条項に関する議論は、基本原則の例外を著作権者やライセンス権者にのみ与えることの理論的根拠が社会的にも経済的にも完全に欠如していることに起因するものと評価することが可能である。著作権者等について自力救済が認められるべきであるとすれば、著作権や債権よりも強い権利であるはずの所有権について自力救済が認められないこととのバランスが失われているという論証、すなわち権利付与の合理性を承認すべき正常な理論的根拠を提供する必要がある。しかし、現時点で、そのような理論的根拠を納得のいくレベルで提供する論考は存在しない。法的観点を無視し経済取引上における独占権を主張しようとするだけでは、納得できるレベルの理論的根拠があるとは言えない。

76 著作権法の領域において、著作物である「作品 (works)」の概念について有体物であると理解する考え方は、理論上は可能である。例えば、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約 (Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) の解釈上そのように解すべき余地はある (明治大学研究・知財戦略機構研究推進員澤田悠紀氏の示唆による)。ただし、著作権法上の通説は、著作物の概念について無体説を採用している。一般に、著作物であるためには単なるアイデアや感情だけでは足りず、文字、符号、音、映像など何らかの方法によって具体的に表現されている必要があると解されていることから、その表現 (情報) を固定した記録 (データ) やその記録媒体等との相互関係について難解な問題が常に伏在している。この点については、前掲作花84頁が参考になる。

77 聴衆が演奏等の感動を記憶している場合でも、その記憶は、実演を聴衆に伝える音波、光線、振動といった物理的構成要素を聴衆が受信し、その脳内で情報処理した結果である脳内の信号状態を記憶しやすいように変容させて脳神経細胞網に記録しているというだけのことなので、当然のことながら、当該実演そのものとは全く異なるものである。強いて言えば、実演によって受けた印象という意味での処理結果とでもいうべきものであり、当該実演を契機として発生したものであるとしても、そもそも当該聴衆自身の脳神経細胞網が作りあげたものであるという意味では当該実演とは独立して成立する。

78 当該ライブ演奏におけるアレンジ等が音楽の著作物となるような例では、音楽の著作物として法的保護を受けることができる場合がある。

他方で、このような実演である情報が録音・録画され、データとして何らかの記録媒体上に記録・保存された場合、その記録（データ）の複製物（派生品という意味での二次的著作物）を製造することは可能であるので、そのような複製物（二次的著作物）の頒布等に関して法的保護を図るべきであるとの社会・経済的要求が生ずることとなる⁸⁰。著作権法は、そのような複製物の頒布等について、著作権隣接権としての保護を与えている（著作権法93条～95条の3）⁸¹。ところで、一般に、著作物である実演（情報）を記録した媒体それ自体が物体である場合、民法上は動産（民法86条2項）であり、その媒体の購入者には所有権がある。一般に、所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をすることができる（民法206条）。著作権法は、著作物そのもの（情報）ではなく著作物をデータとして記録した物体である媒体に対しては何ら法的効力を及ぼすものではないので、著作権の存在は、民法所定の所有権に対する「法令の制限」とならない。したがって、著作権を記録した物理媒体の所有者は、所有権に基づき、物体である動産としての当該媒体を自由に処分することができるはずである⁸²。そして、そのような所有者による物理媒体の処分の過程において、媒体上の記録を消去し、単なる物体（何も記録されていない媒体）として処分・流通させることがあり得る⁸³。

このような場合において、当初の情報またはデータとは無関係な物理媒体だけになった物品をもって情報財として観念することは無意味である。そのような物品は、単純に、民法上の動産（民法86条2項）であるのに過ぎない。

ただ、現実には、情報やデータそれ自体と物理媒体とを理論的に切り離して考察することが難しい場合がある。例えば、電子的な著作物（複製物）に限定すると、ストリーム方式（ストリーミング）でインターネット上のサーバから通信回線を介してデータが送信され、端末装置側で受信した信号（データ）に基づいて音や映像等（情報）が再生・再現された後、瞬時にしてその情報が消滅し、記録（データ）が一切残らない場合⁸⁴においても、通信中の信号（フロー）との関係で同じような問題が生ずる⁸⁵。

79 正確には、コンサート等の主催者や契約条件等により、チケット代金が直接に実演に対する課金部分を含む場合とそうでない場合とがあり得る。他方、実演家が主催者に雇用された労働者である場合には、別途、労働法や関連業法等の問題が生ずるほか商慣行等の適法性に疑問が生ずることもあり得ることから、現実にはやや複雑困難な法的課題を含むことがあるという意味で単純な課金とは異なる場合があり得る。なお、実演家自身がコンサート等を直接に主宰し、チケットを発行してその対価を取得している場合、その対価の合計金額が売り上げとなり、会場費や公租公課等は経費として控除の可否が検討され得るだけであると考えられるべき場合が多いと思われる。とりわけ、実演家が単独で実演内容及び公衆送信可能化を実行することができる場合において、インターネット上で仮定の有償ライブコンサートが実演され、その実演が直ちに公衆送信された後、記録として固定されることがないといったような事例を想定すると、そのような事例においては、このように考えるしかない。

80 金井重彦・龍村全『エンターテインメント法』（学陽書房、2011）15頁～101頁〔秀間修一〕

81 前掲作花481頁以下

82 著作物を記録した媒体を売買契約により第三者に譲渡した場合、意思表示のみで所有権移転の効果が生ずるが、当該譲受人と著作権者との間においては、著作物の無許諾保有という結果が生ずることがある。しかし、これは著作権者と第三者との間の法律関係の問題である。このことは、他人物売買（民法560条、563条、564条）を考えれば容易に理解することができる。

また、様々な技術上の基本的構成要素（アーキテクチャ）で構成されるクラウドコンピュータシステム⁸⁶の中には、現行著作権法が予定していないような非一時的な複製に相当する処理を自動的に実行するものがある。そのような場合のクラウドサーバ内でのデータ処理でも情報やデータそれ自体と物理媒体とを理論的に切り離して考察することが難しい状況が発生し得る⁸⁷。これらの場合には、更に慎重な検討を要することに留意しなければならない。

(b) 民事上の法的保護の対象としての適格を有する財産権であること

一般に、財産権であるというためには、①当該権利の強制履行を求めることができること⁸⁸、②情報財に対する侵害がある場合には侵害による損失の金銭的な補填・回復のために損害賠償請求権が認められること、以上の2点が法的に保障されている必要がある⁸⁹。しかし、経済学上の概念としてはともかくとして、法学上の概念としての財産権においては、対価性を有するものであることは財産権として成立するための必要条件ではない⁹⁰。

前者の強制履行に関して、当該権利が知的財産権に属する権利（特許権、商標権、意匠権、営業秘密、著作権、育成者権など）である場合には、それぞれの根拠法令（特許法100条、商標法36条、意匠法37条、不正競争防止法3条、著作権法112条、種苗法33条など）に規定するところに従い、差止請求

83 著作権管理団体等の中には、逆に、著作権が所有権に優越すると解する見解を示す者がある。すなわち、そのような立場では、物理媒体上の記録を消去する行為は著作物の破壊または改変に該当するものであり法的に許されない行為であると解することになる（ただし、厳密には破壊と改変とを区別することができず、単なる数量的な相違があるのに過ぎない）。このことは、故意ではなく過失による場合でも異ならないはずであるので、例えば、ハードディスクを間違えてフォーマットしてしまった場合、そのような過失による記録の消去行為をもって過失による著作権侵害（利益侵害）を理由とする不法行為（民法709条）を構成すると解することは極めて不当である。このような事例において、ディスクフォーマットをすることは、故意の場合でも過失の場合でも自由であるべきである。私見によれば、このような記録の消去行為は、観念的には、著作物の破壊・改変（違法行為である侵害行為）ではなく、著作物（複製物）の利用の終了（適法行為）として理解すべきである。そして、特定の著作物の利用者（著作物の使用許諾を受けた者）が、任意の時機に、任意の方法によって、著作物の利用を終了させることを一切禁止するような内容の約款は、奴隷契約の一種のようなものであって、公序良俗に反するものとして無効である。それだけではなく、そのような約款は、事案によっては、独占禁止法違反の問題を顕在化させることもあり得ると考える。瑣末なことであるが、物体であるハードディスクの再利用を無意味に制限することは、資源の有効な利用の促進に関する法律（平成3年法律第48号・リサイクル法）の立法趣旨にも明らかに反するものである。無論、理論的には、文化的価値が著しく高い著作物（複製物）については、別途、文化財保護法のような強行法による立法的措置を考えることは可能である。しかし、処分や破壊を一切禁止するような法的規制の下にある物理媒体については、物体としての流通や再利用等が禁止または制限されていることになるので、そのような制限を受ける部分の経済的価値を何らかの形で埋め合わせるような補償とった法的仕組みを同時に考えるのでなければ、法令の存在それ自体によって国民の基本的な人権及び経済的利益に対する侵害を構成することがあり得る。

84 データのバッファのためのキャッシュメモリ内の一時的な記録等については別の考慮を要する（著作権法47条の8、47条の9参照）。

85 前掲作花495頁

86 John W. Rittinghouse & James F. Ransome, *Cloud Computing . Implementation, Management and Security*, CRC Press, 2010. George Reese, *Cloud Application Architectures . Building Applications and Infrastructure in the Cloud*, O'Reilly, 2009, Aiden E. Williams & Alexander L. Robinson, *Public Cloud Computing . Security and Privacy Guidelines*, Nova, 2012

87 一般財団法人ソフトウェア情報センター編『クラウドビジネスと法』（第一法規、2012）、38～95頁、岡村久道編『クラウドコンピューティングの法律』（民事法研究会、2012）72～108頁〔宮川美津子・岡村久道〕、夏井高人・町村泰貴・森亮二「クラウド・コンピューティングの法的課題」情報ネットワーク・ローレビュー10巻（2011）254頁

その他の行為請求権というかたちで強制履行が可能となっている⁹¹。ところが、例えば、一般的な意味での「知る権利」のように、憲法上では基本的人権として認められ得るものであり、かつ、情報公開法や情報公開条例に定めるところに従い、国や地方自治体等に対して情報の開示を請求することが可能であっても⁹²、私人間においては、一方当事者が他方当事者に対して一方的に権利行使をすることのできる法的根拠がないため、単に「知る権利がある」というだけでは何らの請求もできない。一般に、憲法上の基本的人権は、国家に対する国民の権利（公権）の一種なのであり、私人間において強制力を有する請求権（私権）として常に成立可能なものではない⁹³。その意味で、基本的人権である

88 ここでは、民法上の債権の行使としての債務履行の直接強制（民法414条1項）の場合だけではなく、特別法である特許法や著作権法などに基づく差止請求権等の行為請求権の行使の場合も含む趣旨で、比較的広い意義を有する概念として「権利の強制履行」という表現を用いている。特許法等の特別法に基づく差止請求等の行為請求権は、当事者間の合意に基づく債権・債務関係に起因するものではないので、厳密には債務の履行という概念は成立せず、したがって、法的には履行の強制または強制履行もあり得ないことになる。しかしながら、特別法に基づく差止請求等の行為請求の場合でも、原則として自力救済が認められない以上、適法に債務名義を得た上で民事執行法に基づく執行手続によってその権利が行使されなければならない。この執行の段階において、実際に採用可能な強制手段は、民法上の債権の行使としての履行の強制の場合と全く同じものとなる。これは、一般に、強制執行手続は、観念の形成ではなく、執行の結果として事実状態を変化させてしまう国家権力の物理的発動そのものなので、現実採用可能な手段が論理必然的に限定されてしまうという物理的な制約によるものである。このことは、民事保全法に基づく仮処分及びその執行等の場合でも全く同じである。以上のことから、執行手段の共通性に着目し、便宜、非常に広い意味で「権利の強制履行」という表現を用いることにした。

89 権利の強制履行を確保するための適切な法制度が用意されていない場合、そもそも当該権利が強制履行を許さない性質を有するものであるときは自然債務またはそれに類するものと考えらるべき場合があり得る。しかし、単に現行法上では適切な法制度が存在しないというだけのことであって理論的には適正に直接強制を実行し得ることから立法論として新たな執行手段の制定を論ずるべき場合には、当該権利それ自身が自然債務またはそれに類するものだと理解すべきではないと解する。また、約定の違約金や不法行為に基づく損害賠償金の支払いを求めて金銭債務として差押え手続（民事執行法43条、93条、112条、122条、143条）や仮差押え（民事保全法20条、47条、48条、49条）が奏功せず当該金銭債権の満足を得られない場合においても、当該権利それ自身が存在しないのではなく、単に執行手続による満足が得られなかったというだけに過ぎない。

90 一般に、民法上の片務契約では「対価」という構成要素が発生しない。例えば、無償の利用をライセンスする法律行為である使用貸借契約（民法593条）では、貸主が目的物を貸与した後は、借主の目的物返還債務だけが存続し、その目的物の利用の対価という概念が一切登場しない。借主は、この使用貸借契約が有効である間は、当該目的物の利用のライセンスを受けていることになるので、その利用は適法行為であり、不当利得とならない。無償でソフトウェアやコンテンツの利用をライセンスする場合も全く同じである。このような例から極めて容易に理解できるように、ライセンスに対する対価の獲得をもって情報財としての必須の本質的構成要素であると考えことは、法律論としては是認されない。

91 差止請求等の行為請求を執行するための法制度としては、代替執行（民法414条2項、同条3項、民事執行法171条1項）、間接強制（民事執行法172条）、意思表示の擬制（民事執行法174条）などがあり、それらに対応する民事保全処分としては、仮処分（民事保全法24条）がある。なお、間接強制制度における問題点を指摘するものとして、中山信弘・大淵哲也編『知的財産とソフトロー』（有斐閣、2010）7～19頁〔城山康文〕がある。

92 例えば、自己の勤務評価等に関する情報の公開を求めるという事案を考えた場合、観念的には自己情報コントロール権の行使として情報の開示を求めることになることと説明することは可能ではあるが、しかし、実務的観点からすると、情報公開法や情報公開条例に規定する開示請求の要件充足性の有無だけが問題になることから、自己情報コントロール権の有無とは全く無関係に、所定の開示要件の具備だけが問題になる。そして、逆に、過去の多数の裁判例によって明らかにされたとおり、プライバシー権等は開示する側の者（この例では勤務評定をした者）の利益を保護し、防衛のための法的根拠として作用するのみである。換言すると、情報公開法等の制定の際の政治的動因としての政治思想としては自己情報コントロール権という論理が機能したかもしれないが、具体的な請求という場面ではほとんど意味のない観念的な存在でしかあり得ないという現実が存在する。政治思想または政治的信条と法律上の権利とは明確に分けて認識・理解しなければならない。

93 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第4版）』（岩波書店、2008）107～113頁、最高裁昭和48年12月12日判決・民集27巻11号1536頁

というだけでは民事上の財産権（私権）としての実質を有していることにはならない⁹⁴。

他方、後者の損害賠償請求権については、その請求訴訟の勝訴判決において少なくとも1円以上の請求認容額を示すことができなければ、強制執行（民事執行）手続に基づいて損害賠償請求権の強制履行をすることができない。強制執行を実行するためには、侵害による損失について少なくとも1円以上の金額に見積もることができること（強制通用力のある通貨の最小単位以上の金額で評価可能な額の損失が認められること）が必要となる。その結果、仮に何らかの損失があると観念することが可能な場合であっても、その損失が強制通用力のある通貨の最小単位以上の金額で評価可能な額に達しない場合には、法的救済の途が存在しない。その意味で、そのような権利は、法哲学的な趣旨では「権利である」ということは可能であるとしても、法的に意味のある財産権としての実質を有しないというべきである⁹⁵。

以上の2点の要件を充足する請求力のある権利という意味での情報財としては、主として知的財産

94 例えば、プライバシー保護や個人情報保護の文脈において、いわゆる自己情報コントロール権説の最大の欠点はこの点にある。憲法上の理論として自己情報コントロール権を承認する立場を採ったとしても、民事上は全く無力であるから、強制力がない意味で権利（私権）としての実質を有しない。また、私権としての一方的な強制力を認めることが妥当であるとも思われぬ。なぜなら、例えば、AのことをBが脳裏に思い浮かべている状況では、Aの個人情報BがBの脳裏に記憶され格納されて存在していることになる。この例においては、Bは思想信条の自由があるので、BがAのことを脳裏に思い浮かべることそれ自体はAによって妨げられないはずである。ところが、極論として、もし自己情報コントロール権を貫徹しようとするのであれば、AはBの思考を停止することやBの脳裏にあるAの記憶を消去するように求めることができなければならないことになるはずである。そのような結果を承認する見解はないと考える。同様に、例えば、BがAに関する記録（個人情報）を自宅内で記録・保存していると仮定した場合、それはBの自由であるはずであるが、もし自己情報コントロール権を貫徹するとすれば、AはBに対して、BがAに関する記録を保持しているか否かを問い合わせ返答させる権利を有していることになるはずである。しかし、ここでもまたそのような極端な権利行使を承認する見解はないであろう（国家権力の一部である警察が犯罪捜査という適法行為として警察権に基づき被疑者の家屋内を捜索する場合とせよ、刑事訴訟法に定める厳格な要件を充足していることを証明し、裁判所の発する令状に基づくのでなければ、その捜索行為は違法である。つまり適法な公権力の行使であるとは認められない。私人間において、そのような家宅捜索を一方的に認めることは、自力救済の一種となるし、自己の情報を管理したいという期待と自己の家屋内における静穏と秘密を保持したいという期待のどちらが優越するとも認めがたいので、結局、私人が裁判所に対して家屋内の記録の公開を求め訴訟を提起しても、その請求が認められる余地は全くない）。さて、Bが単なる私人ではなく営利企業である場合、論者によって見解が異なる可能性がある。しかし、営利企業であるBは単なる私人としてのBと同様、法的にはやはり一私人に過ぎないから、この場合にAがBに対して情報の開示を求めることができるとすれば、それは、自己情報コントロール権の法律効果としてそのようにできるというのではなく、Bが営利企業であることからくる全く別の法理に基づき可能であると説明するほうが妥当である。要するに、ここでもまた、自己情報コントロール権という概念は不要かつ有害である。このように検討してみると、個人情報に関する自己情報コントロール権があるというだけでは、その権利に基づく私人に対する強制履行が認められる余地はなく、その限度で、自己情報コントロール権は私権としての実質を有しないと考えるしかない。一般に、私人間の問題として個人情報に関する行為請求権を是認するためには根拠となる法令が必要であるが、日本の個人情報保護法がそのような意味での根拠法令足り得ないことは、夏井高人「個人情報保護法第50条（適用除外）に関する要件事実論的検討」判例タイムズ1131号68頁で触れたとおりであり、関連する裁判例も同旨である（東京地裁平成19年6月27日判決・判例時報1978号27頁）。なお、損害賠償請求については事案により異なる検討を要する場合があり、例えば、板倉陽一郎「個人情報保護法違反を理由とする損害賠償請求に関する考察」情報ネットワーク・ローレビュー11巻（2012）1頁などがその点について論じているが、この論考においても、論拠としては、自己情報コントロール権という概念が一切用いられていない。これらの論考のほか、前掲版本94頁以下には「法と経済学」の立場からの批判的考察が示されている。

95 経済学的には別の考察を要することがある。単なる期待権に過ぎず、請求力を一切もたない観念的・主観的な権利であっても、もし適法に投資の対象となし得るものであれば、経済財として扱うことが可能となるからである。経営学や会計学等の領域においても同じである。この点において、法学領域における財産権としての情報財と他の分野における情報財との間でその概念内容にかなり大きな相違・齟齬が生ずることがあり得る。

権の範疇に属するものが代表的なものとなる。一般に、知的財産権の範疇に属する権利は、特許法や著作権法等の特別法に基づいて強制履行（差止請求などの行為請求）が認められ、かつ、民法709条に基づき損害賠償請求も認められる。

知的財産権以外の権利の範疇に属する情報財の例としては、例えば、人格権の一種である名誉権やこれに類する権利（第三者に対して主張し得る物権的な権利または排他性のある権利）などがある⁹⁶。

(c) データの存在形態に影響されないこと

実演が著作権法によって法的に保護されることは既述のとおりである。そして、実演は、例えば、演劇や舞踏といったもののようにな電子的存在であるのが普通である。実演を内容とする情報が、電子的な存在ではないという理由だけで「情報財」としては全く保護されないとする論者はないと考える。

たしかに、実演を記録した媒体上の符号（データ）はデジタルコンテンツとして様々な電子的経路で流通するかもしれない。しかし、それは、実演の情報をデータとして符号化した複製物に過ぎない。このことから、一般に、デジタルコンテンツとは、情報財そのものというよりはオリジナルの情報財を符号化した翻案または編集著作物的な複製物として理解すべきである。無論、デジタルコンテンツは、情報財としての要素に欠けるものではない。しかし、「デジタルであること」は、情報を符号化したデータの存在形態の種別に過ぎず、情報財の成立要件ではない。

情報は、様々な形態で存在し得る。デジタル信号として何らかの電子記憶媒体に記録されるものであることもあるが、単なる音であったり煙であったりすることもある⁹⁷。そして、今後、水の状態、空気の状態、温度の状態といった非電子的な構成要素によって情報技術が組み立てられる方向で技術革新が進む可能性が高い。そのことから⁹⁸、デジタルな存在だけに限定して情報財を考察することには疑問がある。加えて、例えば、ある実演それ自体を「情報」として位置づけた場合、その実演をデー

96 最近の裁判例としては、例えば、タレントの肖像写真等のパブリシティの権利に関する最高裁平成24年2月2日判決・民集66巻2号89頁、葬祭場の目隠しフェンスに関する最高裁平成22年6月29日判決・裁判集民事234号159頁、住民基本台帳ネットワークシステムに関する最高裁平成20年3月6日判決・民集62巻3号665頁、モデル小説によるプライバシー及び名誉感情の侵害に関する最高裁平成14年9月24日判決・裁判集民事207号243頁、宗教上の信念に基づく輸血拒否に関する最高裁平成12年2月29日判決・民集54巻2号582頁、テレビ放送のニュース番組における在日韓国人民名の日本語読みに関する最高裁昭和63年2月16日判決・民集42巻2号27頁、新聞紙上における政党間の批判・論評の意見広告に対する反論権に関する最高裁昭和62年4月24日判決・民集41巻3号490頁、モンタージュ写真に関する最高裁昭和55年03月28日判決・民集34巻3号244頁などがある（情報財と直接の関係のないものを含む）。いずれも、人格権またはこれに類する権利に基づく作為・不作為請求事件の上告審、あるいは、人格権またはこれに類する法的利益の侵害を理由とする不法行為（民法709条）に基づく損害賠償請求事件の上告審判決である。なお、ドイツ連邦憲法裁判所における人格権の考え方と関連する論説としては、巻美矢紀「自己決定権の論点—アメリカにおける議論を手がかりとして」レファレンス664号（2006）77頁、齋藤純子「【ドイツ】監視国家化にブレーキをかける連邦憲法裁判決」外国の立法235-1号（2008）14頁、上村都「ドイツにおける人格権の基本構造」岩手大学文化論叢7・8輯（2009）93頁、倉田原志「ドイツにおける労働者のプライバシー権序説—情報自己決定権を中心に—」立命館法学299号（2005）1頁、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法學論集42巻1号（1998）115頁などがある。

97 星名定雄『情報と通信の文化史』（法政大学出版局、2006）には、古今の情報通信の技術史が詳細に述べられているが、その実例の圧倒的多数は非電子的なものである。

タとして記録したアナログの録画・録音もデジタルの録画・録音も等しく情報財である。

営業秘密その他の秘密情報についても同様のことが言える。そもそも不正競争防止法は、営業秘密が「電子的なものであること」を要件としていない。非電子的なものであっても、同法2条6項所定のとおりに秘密のものとして管理されている情報であれば営業秘密となし得る⁹⁹。

結局、データとしての符号の存在形態やそれを記録する媒体あるいは流通手段とは完全に切り離して、「情報それ自体が必須の構成要素となっていること」が情報財の本質である。情報を記録する際に用いられるデータの形態、記録媒体、流通手段の相違は、情報財としての成立要件ではなく、権利としての具体的な行使の方法や強制執行手段の相違をもたらすオプションな要素であると考えるのが正しい。

(3) 小括一「情報財」の必須要素

以上検討してきたとおり、ある情報が財産権の一種である情報財となるためには、「(a) 情報それ自体の財産価値に主眼のある権利であること」、「(b) 民事上の法的保護の対象としての適格を有する財産権であること」及び「(c) データの存在形態に影響されないこと」が必要である。

「(b) 民事上の法的保護の対象としての適格を有する財産権であること」の実質的な内容としては、

①「当該権利の強制履行を求めることができること」及び②「侵害があった場合にその損失の補填・回復を請求することができること」ということになる。これら「(b) 民事上の法的保護の対象としての適格を有する財産権であること」の要件の中で、②が必須の要件である。①の要件は、権利の特質及び執行可能性の有無により左右されるものであり、全ての種類の情報財に通有するものではない。①と②の両方を具備する権利の代表例は、特許権等の知的財産権に属する権利である。それゆえ、伝統的に、情報財とは主として知的財産権を指すものと観念されてきたと理解することができる。

しかし、論理的な必然性という意味では、情報財は知的財産権に限定されるものではなく、ましてデジタルコンテンツのみに限定されるものでもない。

98 例えば、IBMは、水(水圧)を応用し、従来のものとは全く異なるコンピュータアーキテクチャを構築し続けることが報じられている。水(水圧)の変化それ自体は、電子的な変化(磁気の変化)とは全く異なるものであり、本質的にはアナログな存在であってデジタルではない。このようなIBMの技術開発に関しては、例えば、次のような報道がある。

IBM unveils computer fed by 'electronic blood'

BBC: 18 October, 2013

<http://www.bbc.co.uk/news/science-environment-24571219> [2013年10月27日確認]

IBM reveals tech advances of the future

BBC: 9 November, 2012

http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/click_online/9768132.stm [2013年10月27日確認]

99 極論になるが、少なくとも理論的には、「何もないこと(φ)」が企業経営上の重要な機密事項であることはしばしば存在する。具体的には、例えば、企業の資産がゼロである場合、会社法や企業会計原則上の適法性の具備を一応無視すれば、これが取引上の駆け引きにおける極めて重要な秘密事項であることを疑うべき余地はない。「φ」であることが特定の企業にとって最重要な機密情報である場合、それが電子的な存在であり得るはずがない。ただし、そのような機密情報について、不正競争防止法所定の営業秘密として法的保護が与えられるかどうかは全く別論である。

4 今後の検討課題

以上のとおり、法学分野においては、主として知的財産権を指すものとして情報財の概念が用いられてきた。そして、近時においてはデジタルコンテンツ配信等を中心に情報財が論じられてきた。

しかし、ここまでの検討結果から明らかなように、情報財が知的財産権に限定されるべき合理性は存在せず、また、電子的な存在について限定されるべき必然性も存在しない。ある法的利益が、①情報を主眼とする権利であり、かつ、②民事上の財産権としての法的保護を受ける適格を有している限り、それがどのようなものであるとしても、理論的には、そのような法的利益をもって「情報財」の範疇に含まれ得る。

今日の社会において生起する様々な現象をそのような視点から観察してみると、今後、情報財の一種として検討すべきものが多々存在することに気づくことができる。網羅的ではないし体系的でもないが、情報財概念との関係においては、次のようなものが今後の検討課題とされるべきものと考えられる¹⁰⁰。

(1) 電子的財産権

資本主義的自由経済を基盤とする社会において、通貨（紙幣・貨幣）や有価証券の汎用的な価値代表物は、財産権として大きな重要性を有している。また、証券投資などの場合を含め投資による法律効果を法的に確保するための道具概念として債権という法概念が社会における必須の構成要素となっている。これらの極めて抽象化された価値代用物は、まさに情報財そのものであると言うことができる。従来、通貨、有価証券、債権等が情報財という文脈で議論されることが比較的少なかったのは、自明であり議論の余地がなかったからではないかと考えられる。

今後の社会において、電子マネー（electronic money, electronic currency）¹⁰¹その他の電子的決済手段を始めとする抽象化された価値代用物または電子的決済手段¹⁰²について、情報財としての観点からのアプローチが極めて重要になると予想される。

そのような決済手段や債権等をもって情報財の中心的な部分（コア）を形成するものであると考えたとすれば、従来からある知的財産権を主要な対象とする情報財研究は、情報財に関する法学研究のごく一部分でしかなかったことになる。

100 従来からも議論の対象とされてきたものとしては、EUのデータベース保護指令（Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases）に規定する「sui generisの権利」も情報財という観点から検討対象とすべきである。関連論文として、長塚隆「EUのデータベース保護政策」情報の科学と技術49巻7号（1999）340～345頁がある。詳細は割愛する。

101 大森審士「インターネットにおいて利用される電子マネーの法律構成に関する一考察」情報ネットワーク・ローレビュー9巻1号（2010）34～51頁

102 前掲岡村久道『インターネットの法律問題』381～412頁[杉浦宣彦]

(2) 電子的役務提供

従来、対価性を有するコンテンツの流通という観点からは、純粋な役務提供を内容とする業務及びその法的解析がかなりなされてきたと言える。現行準則において、デジタルコンテンツの流通に関する事項をもって「情報財取引」の範疇に含ませていることは、その端的な表現の一つとして理解することが可能である。

しかし、今日の電子技術の著しい発展及びそれを応用したビジネスの展開を考えると、コンテンツ提供ではない役務提供の勃興という事態を予想せざるを得ない。

例えば、クラウドコンピューティング (cloud computing) に代表される仮想コンピューティング (virtual computing) やスマートグリッド (smart GRID) を技術的基盤として、プラント、送電網、交通網などのインフラだけではなく、個々の企業その他の組織の施設・設備について、リモートで集中的に管理するという役務が存在し、そのような役務がアウトソースされる場合には、通信網を介したコンテンツの提供ではなく純然たる役務提供それ自体を情報財として観念することが可能である。

そして、今後、脳科学その他関連諸科学の発展により、多種多様な機能を実現するロボットをリモートで操作する役務提供だけではなく、生きている人間 (自己または他人) の思念・判断や身体の行動などをリモートで操作する役務提供が現実のものとなる。無論、これらの役務提供について適法性や社会的妥当性あるいは倫理性等が論議を呼ぶであろうことは明らかである。しかし、そのような議論とは全く関係なしに、利益獲得の機会が到来すると考えビジネス参入する事業者等が多数出現することは間違いなく。とりわけ、そのような技術は軍事的にも極めて大きな重要性を有しているため、最初は巨額の国費を投入した軍事技術の開発がなされ、その産物が民間でも応用されるということが繰り返されることになるであろう。

このように、誰かが他者 (ロボットや施設・設備のような物体である場合と人間や動物のような生体である場合の両者を含む。) をリモートで操作する役務が情報財として保護されるべきだと主張されないはずがない。

これらの役務提供を実現するための技術的要素については、従来どおり、特許権等の知的財産権の領域にある問題として対処可能である。しかし、他者に対するリモート操作という役務提供それ自体については、知的財産法や民法 (債権法)¹⁰³の範疇をはるかに超えた重大かつ深刻な問題を胚胎していることに注目すべきである。

(3) 個人データ

従来、個人データの権利性については、人格権またはプライバシー権という範疇にあるものとされ、

103 法務省民法 (債権法) 改正検討委員会全体会議第7回 (2008年9月23日)「役務提供契約・請負・委任」に関する改正試案 (第4準備会報告) が明らかにされている。しかし、この報告の時点から5年以上経過している現在、「役務」に含まれる法現象が標準的な法学者が予想可能な範囲をはるかに超えたところまで来てしまっていることに留意すべきである。意思主義を基盤とする契約法理では解決不可能な事実状態が既に現実のものとなっている。

そして、主として、当該個人データによって識別される個人¹⁰⁴の側の権利が議論されてきた。

しかし、OECDのプライバシー保護ガイドラインに始まる個人データ保護のための世界的な法的枠組みは、たしかに個人のプライバシー保護という目的を含んではいるが、基本的には、個人データを取り扱う事業者（企業等）が保有する財産権としてのデータベースに対する法的保護を主要な目的とするものでもあったことは否定できない。その意味で、個人データを集積したデータベースを保有・管理する事業者の側からしてみると、当該データベースは、当該事業者が専有する経済的利益または財産権の一種であり、そして、それは法的に保護されるべきものである。ただ、企業による個人データの商業的利用により、当該個人の人格的利益等が侵害される危険性が定型的に認められる場合、行政官庁等が当該事業者を行政監督することにより、個人の権利・利益に対する侵害を防止しようとするところに個人データ保護法制の基本的な眼目があったと考えることができる。

このようなデータベースの内容を構成するデータ要素（個人データ）は、固定的なものではなく、常に変動する流動的なものであり得る。また、同一の個人データの集合体は様々な異なる角度から電子的に解析可能なものである。それゆえ、個々の解析手法の相違により、ディスク上の物理的な記録状態とは異なる仮想的なデータベースが生成され、企業活動等で利用されるようになった。そのような仮想的な状態としてのデータベースの生成や利用こそが、現代的な意味での情報財としての本質的部分の一つであると考えられることは可能である。

他方、そのような個人データを集積したデータベースがまるごとデータブローカーによって第三者に売却されるような事態が日常茶飯事になっている¹⁰⁵。そのような行為の適法性の有無を一応措いて経済現象として観察する限り、データブローカーによる個人データの流通やその市場のようなものも情報財の一部として考察する必要性が出てくる可能性がある。

加えて、仮にそのようなデータベースを構成する要素としての個々の個人データがデータベース全体を構成するための原材料としての経済的意義を有するとすれば、当該個人データによって識別される個人は、そのようなデータベースの操作によって事業者等が得た利益に対する分配請求権のような権利を有するという考え方も理論的には成立可能である。

このような意味におけるデータベースが、ビッグデータ（big data）と呼ばれるタイプのものであっても、その本質において何ら異なるところはない。

このような場合、従来の意味でのプライバシー権の文脈や個人データ保護の文脈とは若干異なるものとして、「利益分配請求権の根拠とすべき情報財の一種としての個人データ」といったような論理構造を考えることも可能であろう¹⁰⁶。

104 「個人」を定義することが実は非常に難しいことであることについては、松本恒雄・齋藤雅弘・町村泰貴編『電子商取引法』（勁草書房、2013）76～116頁〔夏井高人〕で論じたとおりである。

105 この点に関連する米国連邦議会上院における興味深い報道がある。

Senator Intensifies Probe of Data Brokers

New York Times: October 24, 2013

<http://bits.blogs.nytimes.com/2013/10/24/senator-intensifies-probe-of-data-brokers/>〔2013年10月27日確認〕

この問題は、当然のことながら賛否両論があり得ると予想される。今後、関連各分野において多角的に深く検討されるべきである¹⁰⁷。

5 結語

以上により、極めて簡素かつ概略的な考察結果ではあるが、本論文における検討を一応終える。

本論文でとりあげた先行研究や学術成果等は網羅的なものではない。また、基本的には日本国の文献や判例等に依拠するものである。今後、より多くの先行研究業績を継続して調査・検討すると共に、海外の法令・裁判例・実務慣行等について比較法的な研究を更に深めたいと考える。

加えて、今後の研究課題として示唆した事柄については、その全てを単独で研究し尽くせるはずもなく、この分野における関連研究者とりわけ若手研究者による画期的な研究成果の発表を心から待つ部分が少なくない。

法学分野における以上のような意味での学問研究の進歩のために本論文が些かでも寄与することがあれば、望外の喜びである¹⁰⁸。

106 個人データによって識別される個人について利益分配請求権を承認した場合、事業者にとっては原料調達のためのコストとして経済学的には観念されるであろうし、それは、利益を低減させる要素のとして機能することになる。しかし、ここで考えなければならないことは、調達費を支出しないで原料を調達することが今後も許されるかということである。古くから狩猟民族は野生の動物を殺すことによって、いわば無償で原料を調達してきた。漁民でも同じである。もちろん自然の資源が潤沢であれば何も問題はない。しかし、濫獲は資源の枯渇をもたらし、生態系を崩壊させ、最終的には人類を滅亡に導くことになる。情報については、野生動物資源と同じような意味では枯渇という概念が適用されないのかもしれないが、無償で濫獲することが無条件で許容され続けるとすれば、いわば人類の情報社会における生態系の崩壊のような現象をもたらし、結果的に情報社会の滅亡を導くことになるといったような理論的可能性は否定できないように思われる。この点に関しても、前掲阪本100頁は興味深い考察結果を提示している。

107 個人に関する情報におけるパブリシティ権という側面での法的機能については、佐々木秀智「パブリシティ権とアメリカ合衆国憲法修正第一条」法律論叢84巻2・3合併号(2012)331～364頁が参考になる。

108 本論文は、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業(平成23年～平成27年度)による研究成果の一部である。