

ドイツの「データ所有権」論争に関する 序論的考察（1）

——データの法的帰属・保護に関する現代的規律の
必要性を検討する手掛かりとして——

原 田 弘 隆*

目 次

- I. はじめに
 1. 問題の所在
 - (1) データの財貨的価値の高まり
 - (2) データは誰のものか
 - (3) データの法的帰属・保護に関する日本での議論状況
 2. ドイツにおける「データ所有権」論争
 3. 本稿の目的および構成
- II. データをめぐる現在の法状況
 1. 「データ所有権」論争の概観および分析に先立つ
準備作業の必要性
 2. データの定義、種類および性質
 - (1) データと情報の関係
 - (2) 情報の各レベル
 - (3) 個人データと非個人データの区別
 - (4) データの性質
 3. 各法領域におけるデータの法的位置づけとその保護
 - (1) 刑 法
 - (2) 民 法
 - (3) 著作権法
 - (4) データ保護法

* はらだ・ひろたか 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程（独）日本学術振興会特別研究員（DC2）

ドイツの「データ所有権」論争に関する序論的考察（1）（原田）

4. 小 括 (以上, 本号)

III. 「データ所有権」論争における学説状況

1. 考察対象および順序
2. 「データ所有権」という新たな構想を打ち出す見解
3. 「データ所有権」構想自体に懐疑的な見解
4. BGB 823条1項の「その他の権利」を介してデータを不法行為法上保護することを志向する見解
5. データに関わる多数当事者間の関係性を明確化する「データアクセス権」を志向する見解
6. データ収集という場面における物所有権者の権能に着目する見解 (以上, 396号)
7. 「データ所有権」から「データ占有」へと転向する見解

IV. 「データ所有権」論争に関する検討

1. 考察対象および順序
2. 「データ所有権」アプローチ
3. 不法行為アプローチ
4. 契約アプローチ
5. 「データ占有」アプローチ
6. 総 括

V. 結びに代えて——今後の研究の方向性——

1. 「データ所有権」の客体を峻別・類型化する必要性
2. 今後の展望 (以上, 397号)

I. はじめに

1. 問題の所在

(1) データの財貨的価値の高まり

民法学における代表的な財は、言うまでもなく不動産である。しかし近時では、様々な財が不動産を凌ぐ勢いでその存在感を増している¹⁾。

そのような財の代表例は、データ²⁾である。データは、近年 ICT (Information and Communication Technology, 情報通信技術) およびデジタル化の急速な進展に伴い経済的価値を増しており、高度な情報化・デジタル化社会を迎えた21世紀ならではの新たな財として脚光を浴びている³⁾。なぜな

ら、IoT⁴⁾(Internet of Things,モノのインターネット)を通じて大量に収集されたデータ⁵⁾は、AI(Artificial Intelligence,人工知能)による処理を経てビッグデータという新たな価値を生み出す可能性を有しているため、昨今では業種を問わずあらゆる企業がその利活用を通じたビジネスモデルの構築・発展に高い関心を有しているからである。

そのため、ビッグデータを生み出す原材料たるデータは、デジタル化の渦中にある今日において、——例えば本稿で主たる考察対象とするドイツでも——まさにそれ自体が「金の成る木」として高い経済的価値を秘めており、21世紀の「新たな石油(neues Öl)」⁶⁾ないしは「未来の原料(Rohstoff)」⁷⁾などと評されるほどである⁸⁾。遅くともビッグデータ時代の到来以後、固有の種類⁹⁾の財(Güter eigener Art)としての意義が高まったデータは、財産法分野における議論の中心にあると言われている⁹⁾。

(2) データは誰のものか

近時、このようなデータ・ビジネス実務上の高い関心に後押しされる形で、特にデータの法的帰属に関する問題が、法学上、しばしば議論の俎上に載せられている。そしてその際には、「データは誰の『もの』か?」という一文がキャッチフレーズとして盛んに用いられている¹⁰⁾。法律学に明るくない者が、日常会話において「データは私の『もの』である」と述べることも自体も、しばしば見受けられるところではある¹¹⁾。しかし、こと法学世界において上記レトリックを用いることには慎重さが要求される。

なぜなら、例えば日本の法状況を前提とした場合に、データのようないわゆる無体物¹²⁾は少なくとも、財貨帰属一般法としての民法が規定する物権の客体にはなり得ないとされているからである。すなわち、日本民法が採用するパンデクテン体系における物権法は、不動産や動産といった有体物のみを帰属客体として規定しており(民法85条および206条参照)、データのような無体物を原則として、排他的支配権である物権の客体にしないという狭隘性を条文上、示している¹³⁾。

そのため実務では、——データに対する「所有権」が現行法上存在しないことを前提に——当事者間でのデータの法的帰属が、契約条項によって独自に規律されていることも多い¹⁴⁾。もっとも契約には相対効しかないため、仮に契約外の第三者へとデータが一旦流出してしまえば、もはや当該第三者に対して当該データの「返還」は、主張し得ないことになるであろう。

データの帰属・保護に関する法的規律といえば、民法の特別法である（著作権法や特許法といった）知的財産法も確かに思い浮かぶ。しかしながら、たとえ経済的には高い財産的価値を有しているとしても、単なるデータに対して必ずしも知的財産法の規律が及ぶとは限らない。なぜなら、代表的な知的財産権である著作権が「人の思想・感情を表現したもの」を保護客体である著作物として想定していることに見られるように¹⁵⁾、知的財産法が規律対象として念頭に置いているのは、「人間の知的・精神的活動による創作物」であり¹⁶⁾、例えばIoTにおいて機械が自動的に収集しているに過ぎないデータは、そもそも規律対象として想定されていないからである¹⁷⁾。2018年には不正競争防止法が改正され、データ利活用を見据えた「限定提供データ」制度が新たに設けられたが、同制度はビッグデータを念頭に置いていることもあり¹⁸⁾、その射程は必ずしもデータ一般に及ぶものではない。

(3) データの法的帰属・保護に関する日本での議論状況

以上に示した通り、データ（および電子的情報）一般の法的帰属・保護に関して、現行法では必ずしもその経済的価値に見合った対応が取られていない。データ一般に対して望ましい法的帰属・保護の規律を与えるべきかどうか、またその具体的な法的手段として何が望ましいのかという点に迫るべく、まず以下では日本での議論状況の整理を行う。

a) 20世紀後半期

遡ること1970年代頃には既に、デジタル技術の急速な発展とともに、——いわゆる「情報化社会」における——「情報」の経済的価値が高まってい

たことを受けて、私法上の「情報取引」を論じるものが登場している¹⁹⁾。

引き続いてその後の——いわゆるマルチメディアが社会に普及し始めた——1990年代後半には、著作物の望ましくない流通・複製がデジタル化に伴ってより容易となる状況において、紙媒体などアナログでの流通を本来前提としていた著作権法が、いかに上記のようなデジタル化の波に立ち向かうべきなのかという点のほか、——著作権法上、本来は保護のための要件として要求される「創作性」を持たない——データベースの保護権に関する EU 指令などの動向を中心に、知的財産法分野でも議論が行われている²⁰⁾。

また民法分野においては、財の変容が民法学に突き付けている重要課題として、「財産と有体物とをほぼ同義と捉えるという古典的なものの見方から、財産とは経済的な価値そのものあるいは経済的価値を生み出すものであるという発想への転換」が指摘されている²¹⁾ほか、情報の電子化がその利活用の容易化をもたらすことになるため、個人情報の利用価値が大きく変化するという点への言及もされる²²⁾など、情報財に関する高い関心の度合いが見て取れる²³⁾。

なお、同時期の刑事法におけるデジタル犯罪に関する立法動向についても、特筆すべきであろう。なぜなら、罪刑法定主義の要請がある刑法分野では、デジタル化が引き起こす法的問題に対して、明確な態度表明がより一層求められるからである。例えば1999年に制定された「不正アクセス行為等の禁止に関する法律」は、「従来、不可罰のままにおかれていた無権限のコンピュータシステムへのアクセスを初めて犯罪化したものであり、それにより、「結果的にネットワーク上の電子データ形態の情報の刑罰的保護としても働くもの」である²⁴⁾。

b) 21世紀以降のデジタル化現象がもたらす法的問題

以上のような時代においては、デジタル化によってより容易となった「情報の利用・流通とその保護」が、議論の中心であった。言い換えれば、従来は紙媒体に書き留められたり印刷されていたりといったように、特定の「有体物」と一蓮托生であった情報が、データという形でデジタル化さ

れることによって生じ得る新たな法的諸問題に、主として関心が集まっていたように思われる²⁵⁾。それに対して、ICT 機器やインターネットがより人口に膾炙した21世紀以降においては、「情報の利用・流通とその保護」という既存の諸問題が引続き議論されていることは言うまでもないが²⁶⁾、さらにそれに加えて、個別具体的な場面でのデータをめぐる——とりわけ民法上の——法的帰属・保護の問題も、デジタル化の急速な進展に伴って急浮上することになる。

c) バーチャルアイテムと物権法

例えば、オンラインゲームなどの仮想空間上で入手したバーチャルアイテムに代表される仮想財産をゲーム・プレイヤーが「所有」しているのか否か、言い換えれば、「仮想所有権」たる「バーチャル・プロパティ」が私法上存在し得るのか否かをめぐる議論などが典型的である²⁷⁾。もっとも、——現実世界と同じように手間暇を掛けたり、あるいはリアルマネーを支払うことで入手した——バーチャルワールドにおけるバーチャルアイテムを「所有」しているつもりプレイヤーの心情はともかくとして、所有権の客体を有体物に限定している日本の法的状況を前提にすれば、「バーチャル・プロパティ」は、ほぼ存在し得ないと一般に解されている。せいぜいのところ、「典型的には、ユーザが（*オンライン・ゲームの）運営会社に対して、当該情報を適切に維持管理することを求める債権債務関係）でしかないため、「物権のように排他的な権利（返還請求権、侵害排除請求権等）が認められず、また強制執行も非常に想定しにくい点が、利益保護の障害となることが予想される」²⁸⁾。——現行物権法構造の今日的妥当性についての評価は、ひとまず置くとして——データ（ないしは電子的情報）の一つの個別具体的な形態たるオンラインゲームの仮想財産が、「有体性」というハードルに躓くことで、排他的権利を規律する物権法の範疇から外れてしまっていることは、少なくとも明白である。

d) 仮想通貨は誰のものか？

また別の具体例として、昨今ではその私法上の法的位置づけを中心に注

目が集まっている仮想通貨（改正後の資金決済法2条5項によれば、「暗号資産」）も挙げられ得る。ビットコインに代表される仮想通貨は、まさに経済的価値そのものが問題になっているとも言えるため、——語弊があるかもしれないが、ある意味では、特定のオンラインゲーム・プラットフォーム上で多くの場合には完結し得る——上記のようなバーチャルアイテム以上に、その価値が誰へと法的に帰属するのか、すなわち「仮想通貨は誰のものか？」という問題が、より切実かつ現実に差し迫っている。東京地判平成27年8月5日では、倒産したマウントゴックス社の利用者が、自身のビットコインに対する所有権に基づく取戻権（破産法62条）を破産管財人に対して主張し得るかという点が争われたが、東京地裁は、ビットコインには有体性および排他的支配可能性が存在しないことを理由に、ビットコインに対する所有権を否定した²⁹⁾。

ただ同裁判例で、ビットコインの排他的支配可能性の検討まで行われていることは、この問題が単にビットコインの有体性を否定するだけでは解決し得ないことを示しているとの指摘がなされており³⁰⁾、非常に興味深いように思われる。というのも、——あくまでブロックチェーンという仮想通貨への排他的コントロールを可能にする技術の存在が少なからず前提となっていることには留意しなければならないものの——仮想通貨に有体性が欠けているからといって、一概に特定の人物への排他的帰属の法的可能性までもが否定的に解されているわけではなく、むしろ有体性が欠けていることはもとより承知の上で、いかにして既存の法的枠組みを駆使することで、「仮想通貨は誰のものか？」という問いに答えを出すという機運は、高まっているように思われるからである³¹⁾。現に学説では、仮想通貨のような財産的価値のある存在について「排他的な権利を觀念し、それを財産・財産権と捉えることは可能であると考えたい」理由として、「その媒体が電子データという無体物であるがゆえに、民事法上の位置付けが与えられないことがあるとすれば、それは適切ではな」く、「電子データの形態をとる資産（＝媒体が電子データである資産）について、そのような形態の資産＝財産が存

在し、それが移転していくことを正面から認めることが望ましい」という指摘も、なされているところである³²⁾。

仮想通貨をめぐる、このような学説上の一連の展開については、——所有権、ひいては物権の法理論を直接的・間接的に用いることが可能か否か、あるいは用いるべきか否かという問題もさることながら——「データは誰のものか？」という問題が、データの個別具体的な形態たる仮想通貨を各論素材として議論されているものだとも言えよう。別の言い方をすれば、——本稿で取り扱う——いわゆる「データ所有権」論争が、日本では、もっぱら仮想通貨に特化した形で、既に展開されているとも評価できよう。

e) データ一般に関する私法上の議論

他方で、仮想通貨から離れ、データ一般に関する私法上の議論へと目を転じた場合、現在に至るまで——仮想通貨と比較すると——それほど多くの議論は行われていないようである³³⁾。また仮想通貨の議論においては、無体物である仮想通貨に競争性を持たせるブロックチェーン技術という技術的基礎の存在もあってか、排他的支配権アプローチ（物権的アプローチ）に親和的な見解も少なからず見受けられた一方で、データ一般に検討対象を拡大した場合には、どうしても「有体性」が欠けていることが、排他的支配権を認めるにあたってのネックとなり得るように思われる。

f) 契約によるデータ利用の規律アプローチ

そこで近時では、対第三者効を伴う「データに対する所有権」は存在していないという現行法の現状を素直に受け入れた上で、特に実務では、契約によってデータの帰属・利用に関する規律を契約当事者間でのみ行うという方向性が、どうやら趨勢になりつつある³⁴⁾。

契約による規律アプローチが実務において趨勢である理由としては、上述の通り、一つには無体物であるデータに対する物権を現行法の枠組みでは観念し難いため、当事者間での契約によって、データの利用関係についてはもとより、——後の法的紛争に際しての備えとして——データの法的帰属主体が誰なのかという点も独自に規律せざるを得ないという事情がある

う³⁵⁾。

ちなみにデータに関する契約の場面において、「データ・オーナーシップ」という用語が使用されることもあるが、これの意味するところは、「データに適法にアクセスし、その利用をコントロールできる事実上の地位、または契約によってデータの利用権限を取り決めた場合にはそのような債権的な地位」であるとされており³⁶⁾、——対第三者効を伴う——文字通りの「オーナーシップ (=所有権)」ではないことには注意が必要である。むろんそのような内容を伴う規律は、契約 (内容) 自由の原則 (民法521条2項) により認められるであろうが、このような地位は言うまでもなく契約当事者間でのみ有効である。

もう一つの大きな理由として、そもそも「データが誰のものなのか」という物権的発想自体が、(有体物とは異なり) 容易に複製・移転され得る性質を有しているデータには馴染みにくいため、むしろ「契約を通じて、個別の利用権限ごとに様々な考慮要素を評価してデータの利用権限を柔軟に調整することが望ましい」という点も挙げられている³⁷⁾。

このような背景において、データ利活用のための契約モデルとして2018年に経済産業省が策定した「AI・契約の利用に関するガイドライン」³⁸⁾のほか、実務家の提案する契約スキーム案などが登場するに至っている。

しかし契約には原則として相対効しか備わっていないため、契約外の第三者に対しては、当然ながら当該契約の効力は及ばない。そのため、——データは容易に複製・移転され得る性質を有している以上——本来当事者の想定外であるはずの第三者がデータを手にしてしまうリスクは常に存在しているにもかかわらず、契約による規律のみではそのような事態への対処について一定の限界が存在していることになる³⁹⁾。

g) 無体財の帰属に関する日仏比較法研究

このような状況の中、近年、情報・データといった無体財の帰属に関する日仏比較法研究が盛り上がりを見せている⁴⁰⁾。日仏比較法を通じたこのような議論は、無体財帰属のあり方に関して、バンデクテン体系という、

我々にとって先入主となり得る枷に囚われない考察を可能にする点では非常に示唆的である⁴¹⁾。もっとも、所有権の内容を規定するフランス民法544条⁴²⁾における「物 (chose)」は、日本民法85条のように有体物に——少なくとも——条文上は限定されておらず⁴³⁾、日本民法と——少なくとも所有権まわりの——法構造が大きく異なる点には注意を要する⁴⁴⁾。

2. ドイツにおける「データ所有権」論争

他方で、日本民法の母法としてフランス民法と双璧をなすドイツ民法に目を転じてみると、仮想世界と現実世界の融合を目指す「第4次産業革命 (Industrie 4.0)」を国家的プロジェクトとして進めているという背景もあってか、情報・データの民法上の帰属をめぐる議論が、法学分野にとどまらず経済界・政界をも巻き込みながら展開されている⁴⁵⁾。

ドイツでは、高い経済的ないし財産的価値を秘めたデータの法的帰属規律、すなわち、いわゆる「データ所有権 (Dateneigentum)」構想に代表されるような「データに対する排他的権利 (Ausschließlichkeitsrecht)」を認めることが、ICT分野におけるデータ収集主体である企業などから切望されている⁴⁶⁾。

この「データ所有権」という目新しいキーワードのもとで論じられているのは、現行法 (de lege lata) において「データに対する排他権的な法的地位 (ausschließlichkeitsrechtliche Rechtspositionen)」は存在するのかどうかという点、ないしは——そのような法的地位が現行法には存在していないのであれば——立法論 (de lege ferenda) においてそのような法的地位の導入を必要としているかどうかという点であるとされる⁴⁷⁾。

BGB は、90条⁴⁸⁾および903条⁴⁹⁾によって所有権の客体を有体物に限定している点では日本民法と問題状況を同じくしているわけであるが、明文のハードルが存在することは重々承知の上で、民法上の「データ所有権」が存在し得るかどうかという可能性をわざわざ再検討する議論が、——論者ごとの最終的な結論はどうあれ——データが無体物だということを理由とし

て必ずしもタブー視されることなく積極的に行われているのは、日本とは対照的であり実に興味深いものである。ゆえに、いわゆる「データ所有権」論争に関する日独比較法研究を試みることで、日本における先行研究として既に存在する一連の日仏比較法研究とは別の角度から、問題を分析するための視座が得られるのではないだろうかという期待も高まる。すなわち——少なくとも所有権に関しては——日本と同様の法構造であるドイツ民法において、「データ所有権」論争がどのように展開されているのかを知ることは、日本における「データの帰属・保護」問題の解決にとっても大いに参考になり得ることが予想される⁵⁰⁾。

3. 本稿の目的および構成

そこで本稿では、そもそもドイツの「データ所有権」論争がどのように提起されたのかという経緯、そして何を争点にして見解の対立が生じているのかという論点整理を中心に、まずもってその大まかな全体像の把握に努めたい。

以下では、まずデータの定義や類型等の確認を行った上で、「データ所有権」論争の土台となるドイツの現行法状況、つまり民法のみならず、刑法なども含めたいくつかの法領域において、データをめぐる法的帰属・保護がどのように行われているのかという現状を概観する(Ⅱ.)。次いで、これを前提に、「データ所有権」論争における各見解の主張を取り上げた上で(Ⅲ.)、それら各見解が有するメリットおよび問題点の検討を行う(Ⅳ.)。最後に本稿での分析を通じて判明した点と今後の研究の方向性を示すことで結びに代えたい(Ⅴ.)。

Ⅱ. データをめぐる現在の法状況

1. 「データ所有権」論争の概観および分析に先立つ準備作業の必要性
「データ所有権」構想については、民法内部での議論にとどまらず、知

的財産法やデータ保護法、競争法⁵¹⁾などの視点からも議論が行われているため、様々な法分野や（経済的・政策的な）観点が複雑に交錯し合うことは避けられない⁵²⁾。分析視角ごとに異なる姿が垣間見え、その結論も自ずと変化し得るため⁵³⁾、「データ所有権」概念は、その多義的な性格を「玉虫色に輝く概念（schillernder Begriff）」だと比喩的に評されることもある⁵⁴⁾。

もっとも、このように法分野横断的・交錯的であること自体は意識しつつも、まずは——「所有権」構想である以上、その中核となるであろう——民法上の「データ所有権」論争に的を絞って、本稿では——後述Ⅲ.以下で——扱っていきたいと考えている。ただいずれにせよ、「データ所有権」の客体たる「データ」に関して、いくつかの予備的作業は必要であろう。

まずは、議論の前提となるデータや情報の定義・種類の確認と性質（後述Ⅱ.2.）の説明を行う。続いて、民法内外で無体物たるデータや情報がどのような取扱いを受けているのかという現状確認も簡単に行う（後述Ⅱ.3.）。

「データ所有権」をめぐる学説状況の概観・分析（後述Ⅲ.）の前段階として、データの取扱いに関する現行法の状況をこのように再確認する必要性は存在する。なぜなら、現行法の枠内でデータの法的保護およびその取扱いに関して妥当な結論が十分に導けるのであれば、「データ所有権」構想を解釈論であれ立法論であれ、あえて持ち出してくる必要はないからである。

つまり、「データは誰の『もの』か？」という「データ所有権」の議論は、「（*人の）行動や機械が発生させたデータ（verhaltens- und maschinengenerierte Daten）およびその帰属や所持（Inhaberschaft）について、あるいは当該データへのアクセス⁵⁵⁾（Zugang）についての法的な（新たな）規律が総じて必要なのだ」という点を想定しているわけであるが、立法論も視野に入れているそのような議論に先行して何よりもまず行われなければならないのは、「既存の法的手段（bisherige Rechtsinstrumente）もそのようなデータの取扱いを規律する可能性を既に十分に準備していないのか」とい

う前提条件の確認なのである⁵⁶⁾。よって現行法の状況を知ることが、まずもって議論の出発点となる。

2. データの定義、種類および性質

さて、「データ」や「情報」といった頻出用語の意味内容を定義することは一筋縄ではない。なぜなら「データ」ないし「情報」が明文で登場する法律は複数あるが、両概念の内容は、それぞれの法律間で必ずしも共有されてはいないからである⁵⁷⁾。

多くの場合、両概念は法律の文言において、同義的 (synonym) ないし互換的 (austauschbar) に用いられている⁵⁸⁾。例えば2018年5月25日に施行された DS-GVO⁵⁹⁾ (EU一般データ保護規則) 4条⁶⁰⁾ 1項では「情報」と「データ」は、「思考、意見、事実およびその他の内容 (andere Inhalte)」を意味する概念として同義的に用いられている⁶¹⁾。しかし他方でデータとは、「機械で読み取りできるようにコード化された情報」であると解される場合もある⁶²⁾。後者のように解する場合には「情報」の方が概念としては広くなるため、両概念は少なくとも同義的ないし互換的ではない⁶³⁾。そのため、「データ」概念についての現状は、非常に見通しが悪い状態 (unübersichtlich) だと評されてもいる⁶⁴⁾。

このように混迷した状況の中、2012年に H・ツェヒ (Herbert Zech) は自身の教授資格論文 (Habilitation) である『保護対象としての情報 (Information als Schutzgegenstand)』⁶⁵⁾にて、データと情報に関する定義・分類を行った。ツェヒによる定義・分類は、以後の学説がデータを論じる際にしばしば参照されており⁶⁶⁾、その存在は無視できない。よってまずはツェヒの定義・分類を確認しておきたい。

(1) データと情報の関係

ツェヒによれば、「データとは、最広義の意味 (weitester Sinn) において、機械で読み取りできるようにコード化された情報として定義可能である

（*すなわち、機械による処理が予定された情報こそがデータである）」とされている⁶⁷⁾。つまり、様々に存在する情報の内、コード化された情報——誤解をおそれずに言えば、「（日本語・英語・ドイツ語といったような）人間の言語（いわゆる自然言語）」の形態から「（二進数などの）機械の言語（いわゆる機械言語）」の形態へと変換された情報——が、データとして定義されることになろう⁶⁸⁾。この定義は以後の論者がデータの定義を求める際に、しばしば参照されていることから、学説によって基本的には受け入れられているようである⁶⁹⁾。

（2）情報の各レベル

ツェヒは上記のようにデータと情報の関係性を整理することやデータを厳密に定義することの必要性を説いただけでなく、一般的記号論 (allgemeine Semiotik) に基づいて、情報を意味論レベル (semantische Ebene) と構文論レベル (syntaktische Ebene) とに分離した⁷⁰⁾。ツェヒによって法学上の議論へと導入されたこのような分離は、定着している (sich einbürgern) と評価されている⁷¹⁾。

a) 意味論レベルの情報

まず意味論レベルでは、情報の内容が問題となる。例えば、文章や楽曲などの著作物が挙げられる。つまり原則として人間にとって理解可能なデータの意味内容 (Aussage) に焦点を合わせたレベルである。この意味論レベルの情報が主に問題となっている法領域としては、著作権法や秘密保護法、あるいは人格権領域やデータ保護法領域などがある⁷²⁾。

b) 構文論レベルの情報

次に記号レベル (Zeichenebene) とも称される構文論レベルとは、機械による処理に焦点を合わせているレベルである⁷³⁾。構文論レベルにて問題となる情報とは、「0と1 (Nullen und Einsen)」から成る多数の数列 (Menge von Zahlenreihungen)、いわゆる2進コード (binäre Codes) の形で表れる⁷⁴⁾。誤解をおそれずに言えば、機械が理解し、処理できる状態になっている情報こそ、「データ」なのである⁷⁵⁾。

(3) 個人データと非個人データの区別

またデータは、当該データが個人関連性 (Personenbezug) を有するか否かという基準によっても、区別され得る (データの意味内容による区別)。個人関連性を有するデータは、——ドイツ国内法である BDSG (ドイツ連邦データ保護法) や EU 加盟国が有する国内のデータ保護法に優先して直接適用される DS-GVO に代表される、いわゆる——データ保護法 (Datenschutzrecht) の対象となる⁷⁶⁾。

a) 個人データ

DS-GVO 4 条 1 項は、個人データ (personenbezogene Daten) を「識別されたまたは識別可能な自然人 (データ主体) に関するすべての情報」と定義している。

b) 非個人データ

他方で非個人データ (nicht-personenbezogene Daten) とは、通常は、例えば暖房設備 (Heizungsanlage) の消費値 (Verbrauchswerte) といった事実データ (Sachdaten) あるいは法人に関するデータ (Daten mit Bezug auf eine juristische Person) などであるとされている⁷⁷⁾。

(4) データの性質

データには、非競合性 (Nicht-Rivalität)、非排他性 (Nicht-Exklusivität) および損耗し得ない (いわゆる損耗可能性の不存在 (Nicht-Abnutzbarkeit)) という三つの性質が備わっているとされる⁷⁸⁾。

まずデータの非競合性とは、データを複数人が同時に利用したとしても、お互いの利用が相互に妨げられないことがないという性質である。

次にデータの非排他性とは、データが技術的方法や法的方法によって排他性を付与されていない場合、一度公開されてしまうと他人による利用を排除できなくなってしまう性質である。

そしてデータが損耗し得ないとは、例えば有体物であるデータ記憶媒体が経年劣化によって損耗するのに対して、データそれ自体は損耗しないこ

とを意味している（老朽化したデータ記憶媒体に保存されたデータが読み取れなくなったことを「データが壊れた」と日常的に表現することもあり得るが、正確に言えば「データ記憶媒体が壊れたことによりデータが読み出せなくなった」だけであり、データそれ自体が経年劣化によって壊れたわけではない⁷⁹⁾。

3. 各法領域におけるデータの法的位置づけとその保護

以上、データと情報の定義・分類といった前提知識の確認を簡単に行った。それらを前提として、ここではデータが各法領域においてどのような位置づけを与えられており、そしてどのような法的取扱いを受けているのかを概観する⁸⁰⁾。

まずは、1986年の法改正によりデータに対する態度決定をいち早く示した StGB（ドイツ刑法典）について見るのが順当であろう。なぜなら、データ探知（Ausspähen）を処罰する StGB 202a条⁸¹⁾はデータへの排他的アクセス（ausschließlicher Zugang）を、そしてデータ変更（Datenveränderung）を処罰する同303a条⁸²⁾はデータの完全性（Integrität）をそれぞれ保護しているという点において、データのより包括的な保護が StGB には見いだせるからである。民法において「データ所有権」構想を論じる学説（後述Ⅲ. 2.(1)における T・ヘーレン（Thomas Hoeren）の見解）が、その理由づけとして StGB 303a条を手がかりにしていることから、データ保護に関する先駆者的役割（Pionierfunktion）に刑法は位置づけられると評価されているほどである⁸³⁾。

(1) 刑 法

a) コンピュータ犯罪に対処することを目的とした、StGB の改正

StGB は、データの違法な取扱いを処罰している⁸⁴⁾。いわゆるコンピュータ犯罪を処罰するこのような規定が StGB へと取り入れられる契機となったのは、1986年5月15日の第2次経済犯罪対策法（Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität）（2. WiKG）である⁸⁵⁾。

増加するコンピュータ犯罪に対して刑事立法によって対処するという各国の動きにドイツも加わる形で、StGB へと新たに導入された規定として、例えばデータの探知を処罰する StGB 202a 条、コンピュータ詐欺 (Computerbetrug) を処罰する同 263a 条⁸⁶⁾、そしてデータ変更を処罰する同 303a 条などが挙げられる⁸⁷⁾。

その後、2007 年 8 月 7 日のコンピュータ犯罪対策のための第 41 次刑法改正法律 (41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität) (2007 年 8 月 11 日施行) によって、StGB 202a 条 1 項の構成要件が変更されたほか、データ変更の予備を処罰する同 303a 条 3 項が新規に追加されるなど、コンピュータ犯罪関連法規のさらなる整備が行われた⁸⁸⁾。

データに関するこのような諸規定の中でも特に重要なのは、StGB 303a 条である。なぜなら同条は、アメリカ合衆国、カナダ、オーストリアおよびスイスの立法動向に合わせる形で導入されたという沿革を有しているだけでなく、コンピュータ・データの多大な経済的価値および経済や行政における電子データ処理や遠距離通信システムの高まる重要性を踏まえ、器物損壊の処罰を定めている StGB 303 条⁸⁹⁾ が及ばない悪用的なデータ変更 (missbräuchliche Datenveränderung) を処罰するために立法されたからである⁹⁰⁾。

b) コンピュータ・データ版の器物損壊罪としての StGB 303a 条

StGB 303a 条が制定された当時の背景には、データの重要性が高まりつつあったにもかかわらず、同 303 条ではコンピュータ犯罪に十分に対処できなかったという事情があった。なぜなら StGB 303 条は、「他人の物を違法に損壊し又は破壊」する行為を処罰しているところ、はたしてデータは同条にいう「物 (Sachen)」⁹¹⁾ なのかという問題に突き当たるからである。

StGB 303a 条が想定するデータの定義については、同条 1 項に明記されているように、同 202a 条 2 項において規定されている。それによればデータとは、「電子的、磁氣的又はその他直接には知覚し得ない形で保存され又は電信されるもののみをいう」とされている。この定義から明らかな通

り、データは(BGB 90条にいう)有体物ではないため、たとえ他人のデータを違法に損壊したり(beschädigen)破壊したり(zerstören)する行為が行われたとしても、データはStGB 303条の意味における「物」ではない以上、同条によって当該行為が器物損壊(Sachbeschädigung)として処罰されることにはならない⁹²⁾。

まさにStGB 303条が有体物のみを念頭に置いていることにより生じた法の欠缺状態へと対処するべく、すなわち同条を補うために同303a条は設けられた⁹³⁾。

StGB 303a条は、データとして蓄積された情報が損なわれることなく利用できるということについて、処分権限者が有している利益を保護法益として、データ変更行為を処罰している⁹⁴⁾。すなわち同条は、蓄積されたデータはもとより、ひいては当該データが有している情報を誰にも邪魔されることなくいつでも利用できるという(情報データに対する)権限者の利益をも、まさに法益(Rechtsgut)としている⁹⁵⁾。

c) 「他人性」要件によって StGB 303a条の射程を限定する必要性

ところでStGB 303条が「他人の物」という文言を置いているのに対して、同303a条はそのような限定を行っていないので、構成要件が広すぎるという批判を受けている。そのため、支配的見解によれば構成要件の限定が必要だとされている。具体的には、所有権者類似の処分権限という形式において直接的かつ法的に要保護性のある利益が行為者(Täter)とは別の人物に帰属しているようなデータのみが、StGB 303a条にて問題となるのだとされている⁹⁶⁾。

つまりは器物損壊罪と同様に、他人が所持するデータを変更した人物のみを処罰の対象としているわけである。なぜなら、StGB 303a条の構成要件をそのように制限しないと、自分が有するデータを自ら変更したことさえも処罰されかねないことになってしまうからである。そして——同条によって処罰されないために必要とされる——処分権限は、例えば自らのデータ記憶媒体上でデータを作成したり蓄積したりした人物のために生じるのだ

と言われている⁹⁷⁾。

平たく言えば、有体物を前提とした器物損壊罪の場合には、自分の物を壊しても処罰されることはないという法構造をデータの場合にも再現しようとしているわけである。そしてその際、自分のデータと言えるための基準 (= 刑法上のデータ帰属主体の判断基準) についての問題が、まさに浮上することになる (この点を含め詳しくは、後述Ⅲ.2.(1) 参照)。

(2) 民 法

民法において無体物たるデータが特に関わってくるのは、(権利客体を規律している BGB 90~103条の民法総則部分も含む) 物権法、契約法、不法行為法および相続法である。

a) 物 権 法

BGB 第3編である物権法が主として規律するのは、人と物との法的関係 (Rechtsbeziehungen) である⁹⁸⁾。物権の典型例は、所有権 (Eigentum) である。所有権とは、物に対する完全権 (Vollrecht) であり、そしてそれゆえに民法秩序 (Zivilrechtsordnung) における最も包括的な支配権 (Herrschaftsrecht) である⁹⁹⁾。所有権に関しては BGB 903条以下が、所有権の客体たる物に関しては同90条以下が、それぞれ規律している。

aa) 無体物と物概念

「データに対する所有権」は、現行法において存在しないと一般に言われている¹⁰⁰⁾。なぜなら所有権は物——すなわち有体的目的物——についてのみ成立し得るところ (BGB 90条参照)、データは無体物だからである¹⁰¹⁾。

データが登場する以前に所有権の客体となり得るか否かという点に関して問題となった代表的な無体物として、電気およびソフトウェアやコンピュータ・プログラムが挙げられる。

電気に関しては特に19世紀から20世紀にかけての電気窃盗事例において、財物として有体物を想定していた刑法上の窃盗罪が成立するかどうかという問題と民法上の物概念とをめぐる——「電気は物か？」という——い

わゆる電気論争が、——日本同様にドイツでも同時期に——判例・学説において繰り広げられた。結果として、刑法上は罪刑法定主義との緊張関係から StGB 248c 条¹⁰²⁾において電気エネルギーの盗取 (Entziehung) を規律することによって立法的に解決を見たこと¹⁰³⁾、また民法上では電気エネルギーは BGB 90 条の意味における物だとはみなされず¹⁰⁴⁾、判例および多数説において電気エネルギー供給契約が売買契約であるとされたことによって、20 世紀後半には既に議論がほぼ途絶えてしまった感がある¹⁰⁵⁾。

そして次に問題となった無体物である、コンピュータ・プログラムについても、有体性 (Körperlichkeit) が欠けていることから、物ではないという結論に落ち着いているとされる¹⁰⁶⁾。もっともデータ記憶媒体 (Datenträger) 上で有形化されていれば、コンピュータ・プログラムであっても物 (動産) だと考えるのが、BGH (ドイツ連邦通常裁判所) 判決¹⁰⁷⁾ および支配的見解である¹⁰⁸⁾。

bb) データ記憶媒体に対する所有権とデータとの関係性

データそれ自体を客体とする所有権は成立し得ないとしても、ハードディスク、CD-ROM、USB メモリといったデータ記憶媒体それ自体は有体物であるので、これらの各種記憶媒体を客体として所有権が成立することについては疑いがない¹⁰⁹⁾。裁判例¹¹⁰⁾でも、データが (他人によって) 消去 (Löschung) された場合は、当該データを保存していた記憶媒体に対する所有権の侵害¹¹¹⁾ (Eigentumsverletzung) に当たると判断されている¹¹²⁾。その限りにおいてデータは、その記憶媒体に対する (物) 所有権を介して反射的な保護を受けている。ただしクラウドの普及した今日においては、データ記憶媒体とデータの所持者が別人格であることは、さほど珍しくないため¹¹³⁾、データ記憶媒体の所有権を介してデータを反射的ないし間接的に保護する上記方法の今日的な妥当性については、疑問が投げかけられている¹¹⁴⁾。

またデータ記憶媒体上に蓄積されているデータは、BGB 93 条¹¹⁵⁾ において当該データ記憶媒体の本質的構成部分 (wesentliche Bestandteile) には当た

らないとされている。なぜなら本質的構成部分とは、「物の構成部分のうち、一方若しくは他方を損壊し又は物の本質を変更しなければ相互に分離することができないもの」であると同条において定義されているところ、データを消去した後に同じデータ記憶媒体へ新たにデータを保存することは通常可能であるため、当該データ消去は、有体物としてのデータ記憶媒体の「滅失 (Zerstörung)」や「本質の変更 (Wesensveränderung)」を導くことはないからである¹¹⁶⁾。

よってデータ記憶媒体上に存在するデータは、本来的には当該データ記憶媒体の本質的構成部分には当たらない (BGB 93条は有体物を念頭に置いているわけだが、仮に同条を類推適用したとしても、おそらく同様であろう)。

これらのことから見えてくるのは、データ記憶媒体が所詮データの入れ物ないし器のような存在でしかないという事実であろう。このことは USB メモリやハードディスクないし SSD といったような外部記憶装置の低価格化、さらにはクラウド・サービスの普及によってますます際立っている。したがって本来的にはデータそれ自体は、その入れ物に過ぎないデータ記憶媒体と法的命運を必ずしも共にしなければならないわけではないといえよう。しかし現実問題として、データはフロッピーディスクやハードディスクのようなデータ記憶媒体上に保存されていることが従来的に多かったという実情から、なかば一蓮托生的にデータ記憶媒体と同じ法的命運を辿ることを余儀なくされてきた¹¹⁷⁾。

cc) 果 実

例えばスマートカーやスマートウォッチといった IoT 機器がデータを収集する場合に、収集された当該データは、スマートカーという所有物に対する所有権に基づき、BGB 99条¹¹⁸⁾にいう「果実 (Früchte)」として整序され得るのか¹¹⁹⁾。

この点に関して、果実の定義規定に過ぎない BGB 99条も、そして果実の配分 (Verteilung) を規定している同101条¹²⁰⁾も、果実の所有権上の割当て (eigentumsrechtliche Zuweisung) を規律していないので¹²¹⁾、同99条を

手がかりにデータの「所有権者」を決めることは難しいとされている¹²²⁾。

b) 不法行為法

aa) BGB 823条 1項

データそれ自体は有体性を欠いているので、BGB 823条¹²³⁾ 1項にいう所有権として同条の保護を受けることはないとされている¹²⁴⁾。ただし有体物であるデータ記憶媒体に対して（物権法上）所有権は当然に成立し得るので、——例えば保存されたデータを変更したりすることがデータ記憶媒体の変更にあたる場合には——所有権侵害¹²⁵⁾が認められている¹²⁶⁾。

このように不法行為法においてもデータは、有体物であるデータ記憶媒体に対する所有権を介して、間接的に保護されている。言い換えれば、問題となっているデータがデータ記憶媒体上にて有形化されてさえいれば、記憶媒体所有権の反射的効果として、不法行為法においても一定の保護を受けられることになる¹²⁷⁾。

データの所持者がその記憶媒体の所有者と同一人物であれば、上記のような不法行為法上のデータ保護の理論的構成が不都合を生じさせることは、そう多くないと思われる。しかしクラウド時代を迎えた今日では、データ記憶媒体に対する所有権とデータに対する権限が同一人物の手中に存在しない事態も容易に生じるため、記憶媒体とは独立的にデータをそれ自体として法的に把握する需要は存在する¹²⁸⁾。その点において不法行為法の現状は、物権法における現状と軌を一にするものであろう（前述Ⅱ.3.(2)a) 参照）。

もっともドイツ不法行為法特有の構造として、BGB 823条 1項に列挙された法益に該当しない場合でも、いわゆる「その他の権利」に該当すれば損害賠償請求権が認められることがある。つまりデータの文脈に即して言えば、「データに対する権利」が、「その他の権利」として承認されるのであれば、データ記憶媒体の所有権に左右されることなく、データそれ自体が不法行為法による保護を受けられるということになる（この点については、後述Ⅲ.4.にて詳しく論じる）。

bb) BGB 823条 2 項

またこれもドイツ不法行為法特有の構造によるものであるが、たとえばデータがBGB 823条 1 項で保護されないとしても、例えば刑法や競争法といった法領域における、他人の保護を目的とした保護法規 (Schutzgesetz) の存在如何によっては、BGB 823条 2 項を介した不法行為法上の保護を受ける可能性がある。そのような保護法規の典型例は、StGB 202a条や同303a条である。

しかし刑法上のこれらの条文は、データ・スパイ行為 (Datenspionage) やハッキングといった故意による侵害 (vorsätzliche Eingriffe) (StGB 15条¹²⁹⁾参照) の場合には、確かにBGB 823条 2 項の保護法規として機能するものの、単なる過失によるデータの消去や変更の場合はその限りでない。それに加えてBGB 823条 2 項は、保護法規の違反に際して、単に損害賠償請求権を被害者に認めているに過ぎず、データへ無権限アクセスを行った人物が当該無権限アクセスによって獲得するに至った利益を剥奪することはない¹³⁰⁾。

cc) BGB 826条

なおデータの財産的価値を考慮して、被害者が被った純粋財産損害がBGB 826条¹³¹⁾によって不法行為法上救済される可能性も、確かに存在している。しかし同条は、被害者が加害者の加害故意 (Schädigungsvorsatz) を証明し、かつ当該加害が良俗違反態様 (sittenwidrige Weise) において行われていることを要求しており、成立範囲が非常に限定されている。したがって、同条によってデータが不法行為法上の保護を受ける可能性は、極めて限定的である¹³²⁾。

c) 契約法

2002年債務法改正以前のBGB 旧433条¹³³⁾以下の売買法は、売買契約の対象として同90条の意味における有体物を想定していた。しかし判例・学説は、(電気エネルギーやソフトウェア、インターネット上のバーチャル財産、情報などといった) BGB 90条にいう「物」以外についても売買契約の対象に

なると解してきた。そして2002年の債務法改正により、売買契約の対象として物および権利に続き、「その他の対象 (sonstige Gegenstände)」という概念がBGB 453条¹³⁴⁾にて明文上置かれることとなった¹³⁵⁾。ゆえにデータの売買については、物売買に関する規定が準用されることになる(BGB 453条1項参照)¹³⁶⁾。

d) 相続法

BGB 1922条¹³⁷⁾は、包括的権利承継 (Universalsukzession) の原則を定めている。同条によれば、被相続人に属した一切の財産は、相続人に移転するとされている。この原則が無体物である SNS アカウント、いわゆる「デジタル遺品」¹³⁸⁾の相続事例にも適用されるのか否かという点に関して学説では非常に争われていたところ、BGH 2018年7月12日判決¹³⁹⁾によって、(SNS) 利用契約 (Nutzungsvertrag) は原則として相続性 (Vererblichkeit) がある——よって、故人のデジタル・アカウントは相続の対象となる——のだと明らかにされた¹⁴⁰⁾。

ただし注意しなければならないのは、BGH は当該 SNS 利用契約の具体的な法的性質を子細に分析することなく、単に BGB 1922条の原則に従って被相続人の権利義務関係が全体として相続人へと当然に相続されるのだと判断している点である。別の言い方をすれば、SNS 利用契約関係の相続承継に伴う形で、結果的にデータそれ自体へアクセスし得る地位も相続人へ承継されるのだと判断しており、必ずしもデータそれ自体が相続の対象になるとまでは述べていない¹⁴¹⁾。

e) 小 括

データは、長らくデータ記憶媒体というある種の牢獄に囚われ、一蓮托生的に法的命運を共にすることを余儀なくされてきたわけであるが、クラウドのようなデジタル技術の進展によって、もはや有体物たるデータ記憶媒体と容易に袂を分かち得る存在となった。つまり、そもそも重要かつ価値があるのは多くの場合、データそのものであり、他方でデータ記憶媒体は所詮は単なる器に過ぎないという実情が、いよいよ浮き彫りになってい

る¹⁴²⁾。

しかし他方で現行民法の解釈論に目を転じると、そのような実情は必ずしも正確に捉えられているとは言いがたい。すなわちデータそれ自体は、BGB 90条というある意味明確な基準の存在によって物権、特に所有権の客体性だけでなく同823条1項による保護法益としての不法行為法上の保護も基本的には否定されているため、その保護はもっぱらデータ記憶媒体に対する所有権を介した間接的な方法によって行われている。この方法はデータとデータ記憶媒体の所持者が同じ場合には、さほど問題を生じることはないが、それぞれ別の人物が所持者となった場合には、データの保護として必ずしも十分ではないということが露呈する。以上が、データの民法上の帰属・保護に関わる現状である。

次にデータの民法上の移転に関して、少なくともソフトウェアはBGB 453条1項の「その他の対象」として、有体・無体を問わず売買の対象になることは広く肯定されている。また、相続に関してもBGH判例によって、BGB 1922条の包括承継原則に従って無体物たるSNSアカウントも相続の対象になると判断されている。ただしこれは被相続人のSNS利用契約関係が相続人へと包括的に承継されることによる帰結に過ぎず、データそれ自体（へのアクセス可能性）はいわば当該契約関係の権利承継に付き従っているだけである。その限りにおいて、ある意味ではデータのための器が、データ記憶媒体ではなく利用契約関係に置き換わったに過ぎないとも言えよう。

よって民法上の帰属、保護および移転といった各場面では、いずれにせよデータそれ自体は真正面から捉えられてはならず、その器たるデータ記憶媒体であったり、(SNSやクラウドなどの)利用契約関係の法的保護や移転にデータを付従させているという現状が確認された。

そこで次に、民法外の特例法においてデータがどのような法的保護を受けているのかについても確認したい。

（3）著作権法

a) 保護要件としての著作物該当性

UrhG（ドイツ著作権法）によって保護されている著作物とは、「個人的かつ精神的な創作（persönliche geistige Schöpfungen）」である（UrhG 2条¹⁴³）2項参照）。つまり、創作高度性（Schöpfungshöhe）を有する精神的な創作であれば、データは著作権によって保護され得る。

ただし裏を返せば、機械が自動的に発生させたデータ、例えば機械データ（Maschinendaten）や記録データ（Aufnahmedaten）などは、最初から著作権の保護領域から除外されていることになる。つまり（機械が行うような）単なるデータ収集は、ソフトウェア・プログラム（UrhG 69a条¹⁴⁴）3項に該当しない限り、著作権によって保護されることはない¹⁴⁵）。

b) データベース製作者の独自の保護

もっとも創作性を欠いているがゆえにデータベース（およびその製作への経済的投資）が著作権法の保護を受けられずにしたという状況そのものは、UrhG 87a条¹⁴⁶以下の導入によって改善された¹⁴⁷）。その限りにおいて、いわゆるデータベース製作者（Datenbankhersteller）の権利¹⁴⁸によって、データベースは確かに保護されている。しかし、「排他的権利および主観的権利上の法的地位（subjektiv-rechtliche Rechtsposition）として形成されたデータベース製作者の保護（UrhG 87a条）は、複製（Vervielfältigung）、頒布（Verbreitung）および公衆再生（öffentliche Wiedergabe）からの保護のみを根拠づけているが、所有権類似の完全権を根拠づけてはいない」。すなわち当該保護は、データベース製作への投資を保護してはいるが、ある人物へのデータの法的帰属を作り出しているわけではない¹⁴⁹）。

（4）データ保護法

DS-GVO や BDSG といったデータ保護法は、「データ」を保護している。ただしこれらのデータ保護法における意味での「データ」とは、もっぱら個人データのことである。

——DS-GVO が2018年 5 月25日に適用開始となったことに伴い、既に改正済みだが——例えばドイツ国内法としての BDSG 旧 3 条 1 項は、個人データを「特定の自然人又は特定可能な自然人（データ主体）の人的又は物的状況に関する個別の情報（Einzelangaben）」であると当初より定義していた。「すなわち、データ保護法の意味における個人データとは、『情報（Angaben）』およびそれに伴う内容であり、（*前述Ⅱ.2.(2)b)にて既に説明をした構文論レベルの情報としての）技術的意味におけるデータと混同してはならない」¹⁵⁰⁾。

要するに、データ保護法では、いわゆる「非個人データ」までは保護されていない。

4. 小 括

以上、民法以外も含めた現行法においてデータがどのような保護を受けているのかについて、簡単にではあるが概観した。

データは様々な法制度によって一定程度保護されているが、その保護のあり様——保護対象となるデータの種別、要件、保護範囲、処分権限者——は、各法制度ごとに目的が違うこともあって、実に多様であるところか、場合によっては矛盾しかねない法的帰属を予定していたりさえする状況であるということが指摘されていたりもする¹⁵¹⁾。

「それゆえ現行法においては、同質的な『データ所有権』が存在しているのではなく、分散的な保護権（divergierende Schutzrechte）の『パッチワーク（Flickenteppich）』が存在している」に過ぎないと評されている¹⁵²⁾。

- 1) 他方、伝統的な財である不動産それ自体を取り巻く状況も変化しつつある。不動産のいわゆる「負」財化は、不動産が民法学における唯一無二の優位的地位から凋落しつつある現象の一つである。ここ数年来、非常に盛り上がりを見せている不動産所有権放棄論および所有者不明土地問題に見られるように、不動産を所有していること自体がもはや価値を生み出すどころか管理費用や固定資産税といった負担にしかならなかったり、さらには民法717条による土地工作物責任といったリスクすら孕んでいることもある。2019年10月5日に開催された日本私法学会において、「不動産所有権の今日的課題」というタイトルのもとでシンポジウムのテーマにまでなったほどである（同シンポジウムの資料については、吉田克己「**1** 総論：不動産所有権の今日的課題」NBL 1152号（2019年）4頁以下および田高寛貴「**2** 土地所有者が負担すべき責任の限界——土地所有権『放棄（移譲）』制度構築の前提として」NBL 1152号（2019年）13頁以下をはじめとする各論稿を参照）。

このように、無形だが価値を高めているデータとは「逆の」意味で、すなわち有形だが価値を下落させている「負」動産の所有権放棄論にも、従来の所有権理論の動揺が見て取り得よう。

- 2) データの定義、種類および性質等については、後述Ⅱ.2.参照。
- 3) 「21世紀の石油」とも称されるデータの現代的重要性・意義に関して述べる書籍は、近時では数多刊行されているが例えば、スコット・ギャロウエイ（渡会圭子訳）『the four GAFAs 四騎士が創り変えた世界』（東洋経済新報社、2018年）、ビクター・マイヤー＝ショーンベルガー&トーマス・ランジ（斎藤栄一郎訳）『データ資本主義——ビッグデータがもたらす新しい経済』（NTT出版、2019年）および野口悠紀雄『データ資本主義——21世紀ゴールドラッシュの勝者は誰か——』（日本経済新聞出版社、2019年）などが代表的である。

またプライバシー保護の観点から踏まえながら、デジタル資本主義の今後を論じるものとしては、田中道昭『2025年のデジタル資本主義——「データの時代」から「プライバシーの時代」へ』（NHK出版、2020年）など。

- 4) IoTとは、コンピュータやスマートフォンのように元々通信機能の搭載を前提としている情報機器のみならず、自動車（いわゆるコネクテッド・カー）や（スマート）家電など、世の中に存在するあらゆるモノが将来的にインターネットへと接続して通信することであると定義されている（影島広泰編著『法律家・法務担当者のためのIT技術用語辞典』（商事法務、2017年）76頁参照）。今後ますます従来の常識や発想に囚われない形で、実に様々なモノがインターネットと接続する社会の到来が予想されている。
- 5) 例えば、スマートウォッチ等のウェアラブル端末によって収集された、装着者の健康データや運動データ、あるいはコネクテッド・カーによって収集された運行データなどが挙げられる。IoTの今日的な活用事例について詳しくは、福岡真之介編著『IoT・AIの法律と戦略（第2版）』（商事法務、2019年）6頁以下〔福岡真之介執筆部分〕および高橋郁夫ほか編『デジタル法務の実務Q&A』（日本加除出版、2018年）284頁以下〔斎藤綾執筆部分〕など参照。
- 6) Z. B. Michael Dorner, Big Data und „Dateneigentum“ – Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, S. 618.

- 7) Herbert Zech, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“ – Gibt es für Anwenderdaten ein eigenes Vermögensrecht bzw. ein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht?, CR 2015, S. 139.
- 8) Vgl. Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder – Bericht vom 15. Mai 2017, S. 5 (https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruhjahrskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf [2019年8月17日最終アクセス]).
- 9) ヘルベルト・ツェヒ (兼平麻渚生訳) 「デジタルの世界における財の帰属——権利客体としてのデータ」法律時報87巻9号(2015年)71頁および Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 137.
- 10) 日本においては例えば、福岡編著・前掲注5)29頁以下〔福岡真之介執筆部分〕など。
- 11) ドイツにおいてであるが例えば、Thomas Kutschaty, Digitaler Neustart für das BGB, DRiZ 2016, S. 87 ; Alexander Bleckat, Das Dateneigentum und die E-Person, RDV 2019, S. 114.

また日本においても、企業間でのデータの帰属が問題となる際、「データの所有権は誰に帰属するか」という形で同様の問題提起が見受けられるようである(福岡編著・前掲注5)29頁〔福岡真之介執筆部分〕参照)。

- 12) 無体物は、「権利」と「権利以外の無体物」に大きく分類される。ボワソナード民法草案を受け継いだ旧民法財産編6条3項に掲げられていた無体物は、主として「権利」である。他方、本稿で主に取り上げる情報・データは、「権利以外の無体物」である(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年)88頁以下参照)。ちなみに旧民法において無体物として把握されていた「権利」が、現行民法ではほぼ完全に「財産権」概念へと変換されたことについては、金山直樹「無体物の所有と占有——民法85条・163条・205条論」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務, 2014年)629頁以下参照)。

ところで、無体物である「債権」が所有権の客体となり得るか否かという点について、かつて議論がなされた(肯定する見解として、勝本正晃「債権の所有権的關係」菊井維大編『加藤先生還暦祝賀論文集』(有斐閣, 1932年)399頁以下および同『民法研究 第1巻』(厳松堂, 1932年)457頁以下)が、最終的には我妻栄「権利の上の所有権という観念について」同『民法研究 Ⅲ 物権』(有斐閣, 1966年)163頁以下(初出, 法学協会雑誌54巻3号(1936年)1頁以下, 4号(1936年)62頁以下, 5号(1936年)45頁以下)によって否定されている。

- 13) 吉田克己「財の多様化と民法学の課題——鳥瞰的整理の試み」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務, 2014年)2頁。なお、例外的に権利を物権の客体として明文で規定する条文として、財産権を客体とする民法362条以下および地上権や永小作権を客体とする同369条2項がある。
- 14) 別の角度から見ると、——データの法的帰属主体を明確化する機能が期待されるはずの——データに対する「所有権」が現行法上存在しないがゆえに、データおよびデータが生み出す利益の帰属をめぐる法的紛争が生じ得るリスクを回避するべく、当事者は、契約によってデータの帰属・利用を独自に規律せざるを得ないと評することもできよ

う。後述 I .1.(3) f) も参照。

- 15) 中山信弘『著作権法(第3版)』(有斐閣, 2020年) 21頁。
- 16) 中山信弘『特許法(第4版)』(弘文堂, 2019年) 13頁。
- 17) 知的財産基本法2条によれば、「(……)『知的財産』とは、発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されるもの(……)」と定義されている。
- 18) 同制度については、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」NBL 1140号(2019年) 4頁以下および水野紀子ほか「『限定提供データに関する指針』の解説」NBL 1140号(2019年) 19頁以下など参照。
- 19) 北川善太郎「取引の目的としての情報」NBL 24号(1972年) 27頁以下など。
- 20) 例えば、中山信弘「著作権保護と情報の利用・流通促進の基本的視点」ジュリスト1057号(1994年) 49頁以下および同「デジタル時代における財産的情報の保護」法曹時報49巻8号(1997年) 1頁以下など。
- 21) 鎌田薫「財——総論」ジュリスト1126号(1998年) 78頁。
- 22) 野村豊弘「情報——総論」ジュリスト1126号(1998年) 177頁以下。
- 23) 他にも「情報法学」という分析軸から情報の利用と保護というアメリカの議論を参考に論じる吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制——情報法学の基礎理論序説」ジュリスト1126号(1998年) 185頁以下、情報が問題となる場面を(データベースのような)財産的利益の場合と(プライバシー・個人情報のような)人格的利益の場合に分けた上で論じる松本恒雄「情報の保護」ジュリスト1126号(1998年) 193頁以下などがある。
- 24) 南部篤「情報、電子データと物概念の変容」日本法学76巻4号(2011年) 548頁以下。
- 25) 小向太郎『情報法入門(第5版) デジタル・ネットワークの法律』(NTT出版, 2020年) 2頁以下および185頁など参照。
- 26) 個人情報の情報財的な側面を踏まえてその検討を行う研究として例えば、村上康二郎「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界——米国における議論の紹介と検討——」InfoCom REVIEW 55号(2011年) 45頁以下、石井夏生利「プライバシー・個人情報の『財産権論』——ライフログをめぐる問題状況を踏まえて——」情報通信政策レビュー(総務省) 4号(2012年) (<http://www.soumu.go.jp/iicp/chousakenkyu/data/research/icp_review/04/ishii2012.pdf [2019年10月14日最終アクセス]) および大谷卓史「プライバシーは財産なのか」情報管理56巻10号(2014年) 719頁以下など。

また昨今、判例・学説におけるトレンドの一つである、いわゆる「忘れられる権利」、ひいては「自己情報コントロール権」も、まさにデジタル化によって情報の流通・伝播がより容易化しているからこそ、自身に関わる情報データにコントロールを及ぼす可能性を与えてくれる権利として、その必要性が説かれている。ただその際は、そもそも「情報データは、誰のものか?」という点が、コントロール権の帰属・行使主体を法的に判断する上でも重要であろう。例えば、上机美穂「口コミサイトと運営者の責任」札幌法学28巻1・2合併号(2017年) 83頁以下は、口コミサイトに他人が投稿した店舗に関する情報を当該店舗側がコントロールできる可能性、すなわち情報が誰のものなのかを明らかにすることは、口コミ投稿の法的責任を追及する場面でも、重要であると指摘している。

- 27) 仮想空間内での法的諸問題に関する研究については例えば、中崎尚「バーチャルワールド(仮想世界・仮想空間)における法的問題点〈1〉～〈3・完〉」NBL 926号(2010年)62頁以下、928号(2010年)46頁以下、930号(2010年)36頁以下および今井鉄男「3Dデジタルと知的財産 第5回 バーチャルワールドと契約法の交錯」NBL 966号(2011年)83頁以下など参照。

また特に仮想空間上の仮想財産の私法上の位置づけなどをアメリカ・中国との比較法を通じることで分析を試みる研究として、角本和理「いわゆる“仮想財産”の民法的保護に関する一考察(1)～(3・完)——オンラインゲームサービス内のデータ保護にまつわる米中の議論を参考に——」北大法学論集65巻3号(2014年)77頁以下、65巻4号(2014年)39頁以下、65巻5号(2015年)287頁以下。

- 28) 中崎尚「3Dデジタルと知的財産 第2回 バーチャルプロパティ論」NBL 963号(2011年)82頁。

なお本稿の本文・脚注部分での鍵括弧引用文における(*……)は、引用元の原文には存在しないが、補足のために筆者が独自に付したものである。

- 29) 東京地判平成27年8月5日(LEX/DB 文献番号25541521)。
30) 例えば、松尾弘「ビットコインは所有権の客体になりうるか」法学セミナー763号(2018年)122頁。なお(少なくとも当該事案に関しては)所有権構成でなくとも理論的には取戻権を認め得るという点については、上記評釈のほか、森田宏樹「仮想通貨の私法上の性質について」金融法研究35号(2019年)26頁も指摘している。
31) 仮想通貨が、私法上どのように位置づけられるのか、あるいはどのように位置づけられることが望ましいのかという点に関する先行研究については、現在ではもはや枚挙に暇がないほど多数存在している。

諸外国の法状況も含めて取り扱うものとしては例えば、金融法務研究会『仮想通貨に関する私法上・監督法上の諸問題の検討(金融法務研究会報告書33巻)』(2019年)(<https://www.zenginkyo.or.jp/fileadmin/res/news/news310339.pdf> [2020年7月15日最終アクセス])に所収の各論稿など。また私法のみならず公法上の観点からも仮想通貨を論じるものとしては例えば、小塚莊一郎「仮想通貨に関するいくつかの『大きな』問題」法律時報89巻11号(2017年)1頁以下および得津晶「日本法における仮想通貨の法的諸問題: 金銭・所有権・リヴァイアサン」法学81巻2号(2017年)83頁以下など。

「物権、債権その他の排他的な帰属関係が認められる財産的利益を広く包摂する」概念である「財産権」として構成した上で、仮想通貨について通貨と同様の法的規律を志向する見解として、森田宏樹「仮想通貨の私法上の性質について」金融法務事情2095号(2018年)14頁以下および同・前掲注30)13頁以下(いわゆる財産権アプローチ)。

このような見解に対して、仮想通貨の帰属・移転を物権法理によって規律することを主張する見解(いわゆる物権的アプローチ)として例えば、森下哲朗「FinTech時代の金融法のあり方に関する序説的検討」江頭憲治郎古稀記念『企業法の進路』(有斐閣, 2017年)771頁以下、同「FinTech法の評価と今後の法制の展開」LIBRA 17巻4号(2017年)22頁以下(https://www.toben.or.jp/message/libra/pdf/2017_04/p02-25.pdf [2020年7月15日最終アクセス])、片岡義広「仮想通貨の私法的性質の論点」LIBRA 17

巻4号（2017年）12頁以下〈https://www.toben.or.jp/message/libra/pdf/2017_04/p02-25.pdf [2020年7月15日最終アクセス]〉, 同「再説・仮想通貨の私法上の性質——森田論文を踏まえた私見（物権法理の準用）の詳説——」金融法務事情2106号（2019年）8頁以下および趙磊「Ⅲ. 仮想通貨の私法的意義——東京地方裁判所平成26年（ワ）第33320号事件判決から——」比較法学54巻1号（2020年）93頁以下など。また、仮想通貨のような現代型の無体物は、民法85条およびそれに影響を与えたローマ法やBGB（ドイツ民法典）の起草段階において想定されていなかったことを指摘した上で、ブロックチェーン技術によって競合性を獲得していることを踏まえれば「物」としての性質を備えているため、所有権が観念されるべきだと主張するものとして、森勇斗「暗号型財産の法的性質に関する『物』概念からの再検討—民法85条の趣旨に関する制定過程からの問いかけ：暗号通貨（仮想通貨）にかかる議論を踏まえ—」一橋研究45巻1・2合併号（2020年）1頁以下（なお「金銭」として位置づけられた仮想通貨が、いわゆる「占有＝所有」論に服するという立場を取っているため、結論としては破産法62条の取戻権の行使のものには否定的である）。

上記のような物権的アプローチに関連して、鈴木尊明「Fintechと財の法：仮想通貨を契機とした無体財の法的位置づけに関する統合的研究」公益財団法人 電気通信普及財団 HP「研究調査助成 第33号2018年度 1. 情報通信に関する法律、経済、社会、文化等の社会科学分野における研究」〈<https://www.taf.or.jp/files/items/1078/File/鈴木尊明.pdf> [2019年10月14日最終アクセス]〉は、仮想通貨を一つの検討素材として、現行物権法の再検討を目指している。

他方で、仮想通貨が新しい技術によって登場した存在であることを踏まえれば、「既存の物権とか債権とかの古典的な枠組み」ではなく、「新しい法的枠組みや法理」を考えて対処することが望ましいと述べるものとして、鬼頭季郎「仮想通貨の機能及びその法律的構成」判例時報2431・2432合併号（2020年）249頁。

なお、ネットワーク参加者全員の「合意」が一種のソフトローとして機能することにより、仮想通貨の取引が行われているという見解（いわゆる合意アプローチ）に立つものとして例えば、末廣裕亮「第3回 仮想通貨の私法上の取扱いについて」NBL 1090号（2017年）67頁以下。

他にも、仮想通貨が担保になり得るかという観点から検討を行っているものとして、道垣内弘人「仮想通貨の法的性質——担保物としての適格性」近江幸治古稀記念『社会の発展と民法学（上巻）』（成文堂、2019年）489頁や、民法のみならず特別法にまで視野を広げ、仮想通貨と振替株式会社には、法的性質において類似性が存在するという点に着目した上で、——仮想通貨に関する立法等を将来的に行うかどうかはさておき——状況が目まぐるしく変化する仮想通貨に関しては、場当たりのな法改正による対症療法よりも、まずは既存の法的枠組みを前提とした解釈論を展開すべきと説くものとして、原謙一「仮想通貨（暗号通貨）の法的性質決定及び法的処遇——ビットコインを中心として——」横浜法学27巻2号（2018年）79頁。同「情報通信技術による暗号的通貨・仮想通貨の活用とその法的位置づけ」公益財団法人 電気通信普及財団 HP「研究調査助成 第33号2018年度 1. 情報通信に関する法律、経済、社会、文化等の社会科学分野における研究」〈<https://>

www.taf.or.jp/files/items/1078/File/%E5%8E%9F%E8%AC%99%E4%B8%80.pdf [2020年7月15日最終アクセス] など参照。

ちなみに初学者向けの解説としては、末廣裕亮「仮想通貨の法的性質」法学教室449号(2018年)52頁以下および神作裕之「仮想通貨から暗号資産へ」法学教室463号(2019年)1頁などが分かりやすい。

- 32) 本多正樹「仮想通貨の民事法上の位置付けに関する一考察(2・完)」民商法雑誌154巻6号(2019年)34頁。
- 33) 代表的な先行研究としては例えば、情報(データ)とその帰属・利用のあるべき姿を模索する林紘一郎による一連の研究(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号(2009年)67頁以下、林紘一郎=中村伊知郎「個人データの知的財産的保護の可能性」情報処理学会研究報告EIP[電子化知的財産・社会基盤]48 No.1(2010年)1頁以下、林紘一郎「情報法の客体論:『情報法の基礎理論』への第一歩」情報通信学会誌29巻3号(2011年)37頁以下、同『『秘密の法的保護』のあり方から『情報法』を考える』情報セキュリティ総合科学6号(2014年)112頁以下、同「情報法の一般理論はなぜ必要か:5つの理由と検討すべき10の命題」情報通信学会誌33巻3号(2015年)1頁以下および同「情報人格権と財産権、主体と客体の関係性」情報セキュリティ総合科学7号(2015年)1頁以下)などが挙げられ得る。
- 34) 福岡真之介=松村英寿『データの法律と契約』(商事法務,2019年)43頁以下など参照。
- 35) 有体物であれば、誰が所有者であるのかは——原始取得の場面を除けば——物権レベルで既に明らかになっていることが通常であるため、当該有体物を第三者が取得・利用した場合には、売買契約や賃貸借契約といった債権レベルのみを問題とすれば足りるわけである(福岡=松村・前掲注34)52頁参照)。もっとも同書14頁では、契約当事者間でデータの「帰属」という点をあまり前面に出しすぎると、データには複数の者が同時に利用できるという性質が備わっているにもかかわらず、一企業のみがデータの処分権限を有するという誤解を招き、利用権限の議論へと目が向きにくいおそれがあるため、「帰属」というマジックワードの過度な強調に懸念が示されている。

また、林いづみ「新たな情報財としてのデータの保護と利活用のバランス~そのデータは誰が利用できるのか~」日本工業所有権法学会年報41号(2017年)229頁以下も、データ利用権に関しては当事者の契約に委ねることが国際的なコンセンサスであり、また「日本独特の排他的な禁止権の創設はかえってデータ流通を阻害するおそれがある」として、データ利用について所有権構成をとることについて警鐘を鳴らしている。
- 36) 経済産業省「AI・データの利用に関する契約ガイドライン—データ編—」(<https://www.meti.go.jp/press/2018/06/20180615001/20180615001-2.pdf>) [2020年5月6日最終アクセス]14頁以下および岡田淳ほか「連載▶ポイント解説 AI・データの利用に関する契約ガイドライン 第1回 データ編(1) 総論、データ提供型契約」NBL1124号(2018年)26頁参照。
- 37) 岡田ほか・前掲注36)26頁。
- 38) 同ガイドラインは、2017年に公表された「データの利用権限に関する契約ガイドライン Ver.1.0」を前身とし、「データ提供型」、「データ創出型」および「データ共用型」という

三つの基本的な契約類型ごとに、データ利活用場面における利益調整のための契約モデルを提示している。

このガイドラインの概要および意義等については、経済産業省の「概要資料」〈<https://www.meti.go.jp/press/2018/06/20180615001/20180615001-4.pdf>〉〔2020年5月6日最終アクセス〕のほか、経済産業省情報経済課編『別冊 NBL No. 165 AI・データの利用に関する契約ガイドラインと解説』（商事法務、2018年）、恩田俊明「データビジネスの基本を押さえる！『AI・データの利用に関する契約ガイドライン』（経済産業省）活用のポイントと課題」会社法務 A2Z 139号（2018年）24頁以下および安平武彦「『AI・データの利用に関する契約ガイドライン』の概要について」コピライト693号（2019年）21頁以下など参照。

39) 福岡＝松村・前掲注34) 18頁など参照。

40) 例えば、「フランス物権法研究会（代表：金山直樹）」によって公表された「第1回・日仏物権法セミナー（2010年9月27～28日）」法律時報83巻8号（2011年）76頁以下の諸論稿および「第2回・日仏物権法セミナー（2011年9月21～22日）」新世代法政策学研究17号（2012年）41頁以下の諸論稿などの研究成果や原恵美「フランスにおける情報に対する所有権」NBL 1071号（2016年）46頁以下などがある。

また、フランスとの比較法的分析・検討を通じて占有によるデータ保護の可能性を検討する研究としては、麻生典「情報の占有理論による保護」NBL 1071号（2016年）37頁以下および同「情報の占有理論による保護—無体物の占有概念を基礎として—」公益財団法人村田学術振興財団成果報告書（2016年12月）〈https://www.murata.com/-/media/webrenewal/group/zaidan/report/study/201612/h27_001.ashx〉〔2019年9月21日最終アクセス〕がある。

41) 吉田・前掲注13) 2頁以下の研究も、パンデクテン体系を前提とした日本の現行物権法が財貨帰属法としては狭隘であるという問題意識に立ち、「パンデクテン体系物権法の拘束からいったん自己を意識的に解き放つて、多様化を特徴とする現代における財の全体を鳥瞰する」ことで、多様化した財の帰属に関する分析を試みている。

42) フランス民法544条〔所有権〕

所有権は、物について法律又は規則が禁じる使用を行わないかぎり、それを最も絶対的な仕方ですべての利益を享受し、処分する権利である。

条文訳については、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典—物権・債権関係一』（法務大臣官房司法法制調査部司法法制課、1982年）9頁から引用した。

43) もっともフランス民法におけるかつての古典派は、所有権の客体を有体物に限定して理解していたようである（原・前掲注40) 48頁参照）。

44) 無体物の現代的な重要性が高まっていることは重々承知しつつも、パンデクテン体系との整合性および有体物概念の歴史的沿革等を踏まえれば、無体物所有権という異物を混入させてはならず、結論としては情報やデータといった無体物を所有権の客体から潔癖に排除するという立場を支持せざるを得ないとする見解が、主張される所以である。この見解において近時代表的なのは、水津太郎による物概念をめぐる一連の日独比較法・歴史的研究（水津太郎「有体物規定に関する基礎的考察Ⅰ——ヨーホウ物権法部分草案1条をめぐる

て——」法學研究（慶應義塾大学）82巻12号（2009年）211頁以下，同「有体物規定に関する基礎的考察Ⅱ——ドイツ民法典90条の成立——」法學研究（慶應義塾大学）83巻1号（2010年）67頁以下，同「物概念論の構造——バンデクテン体系との関係をめぐって——」新世代法政策学研究12号（2011年）299頁以下および同「民法体系と物概念」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務，2014年）62頁以下）である。

- 45) ドイツでの第4次産業革命に関わる動向について紹介するものとしては例えば，阿部・井窪・片山法律事務所『第4次産業革命と法律実務——クラウド・IoT・ビッグデータ・AIに関する論点と保護対策——』（民事法研究会，2019年）5頁以下〔柴山吉報執筆部分〕など参照。

- 46) Vgl. etwa Louisa Specht, Ausschließlichkeitsrechte an Daten - Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen : Eine Erläuterung des gegenwärtigen Meinungsstands und Gedanken für eine zukünftige Ausgestaltung, CR 2016, S. 289. 欧州連合委員会（EU-Kommission）も，デジタル域内市場（digitaler Binnenmarkt）のための戦略において，そのような排他的権利に言及しているようである（dies., a.a.O., S. 289）。

ただ現行法では，そのような権利について積極的な態度を——日本法同様に少なくともも現状では——示してはいないとされているようであるが，詳しくは後述Ⅱ.3.およびⅢ.3.など参照。

また，いわゆる「データ所有権」を議論するに際しては，当該権利を切望しているのは誰かという点について，議論を行う上で明確化させる必要がある。すなわち企業が自ら収集したデータに対する「データ所有権」を欲しているという場面なのか，それとも企業によって（個人）データを収集されている一般市民たるデータ主体が自らが発生源となったデータに対する「データ所有権」を欲しているという場面なのかでは，利益状況が異なるからである。この点に関連して，「データ所有権」の客体たる「データ」を個人データと非個人データに峻別した上で議論を行う必要性については，後述Ⅴ.1.(1)参照。

- 47) Vgl. Louisa Specht, TEIL I : RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE DES ZIVILRECHTLICHEN UMGANGS MIT DATEN IN DEN RECHTSORDNUNGEN DEUTSCHLANDS UND DER USA, in : ABIDA - ASSESSING BIG DATA, DATENRECHTE - EINE RECHTS- UND SOZIALWISSENSCHAFTLICHE ANALYSE IM VERGLEICH DEUTSCHLAND - USA, 2017, S. 9 〈<http://www.abida.de/de/blog-item/gutachten-datenrechte-eine-rechts-und-sozialwissenschaftliche-analyse-im-vergleich> [2019年10月1日最終アクセス]〉。

- 48) BGB 90条〔物の概念〕

この法律において物とは，有体物のみをいう。

なお BGB 第1編総則に関わる条文訳については随時，山口和人（訳）『ドイツ民法Ⅰ（総則）』（国立国会図書館調査及び立法考査局，2015年）から引用する。

- 49) BGB 903条〔所有者の権能〕

物の所有者は，法律又は第三者の権利によって制限を受けない限り，その物を自由に用い，かつ，他人による一切の干渉を排除することができる。動物の所有者は，自己の権能の行使に際して，動物の保護を目的とする特別の規定を遵守しなければならない。

なお BGB 第 3 編物権に関わる条文訳については随時、マンフレート・ヴォルフ＝マリーナ・ヴェレンホーファー（大場浩之ほか訳）『ドイツ物権法』（成文堂、2016年）から引用する。

- 50) なお、ドイツにおける「データ所有権」論争の個別具体的な分析素材の一つとして挙げられ得るであろう、仮想通貨（暗号資産）の民事上の位置づけに関して紹介等を行うものとして、神作裕之「第 5 章 ドイツにおける暗号資産および ICO の監督法上の取扱い」金融法務研究会・前掲注 31）93頁以下などがある。
- 51) シリコンバレーの世界的な大企業である Google, Amazon, Facebook, Apple を総称した）いわゆる GAF A のような一握りの巨大 IT 企業のデータ独占による市場支配力の大きさを懸念した議論が、主に競争法分野で展開されている。GAF A は、その有する影響力の大きさに鑑みて、新約聖書ヨハネの黙示録（第 6 章第 2 ～ 8 節）に登場する、地上の人間を殺す不吉の象徴である人類の四大災害を象徴する四騎士にすら（皮肉交じりに？）例えられているようである。詳しくは、ギャロウエイ（渡会訳）・前掲注 3）参照。
- 52) Vgl. Anne Riechert, Dateneigentum – ein unauflösbarer Interessenkonflikt?, DuD 2019, S. 353.
- 53) Björn Steinrötter, Zur Diskussion um ein auf syntaktische Informationen bezogenes »Dateneigentum«, in : Louisa Specht-Riemenschneider (Hrsg.), Digitaler Neustart : Tagungsband zum Bericht der Arbeitsgruppe der Länder vom 15. Mai 2017 – Diskussion und Ergebnisse des Workshops vom 6. Dezember 2017, 2019, S. 17.
- 54) Sönke E. Schulz, Dateneigentum in der deutschen Rechtsordnung, PinG 2018, S. 72 ; ders., Wie lässt sich Dateneigentum konstruieren und was spricht für und gegen ein solches Recht?, in : Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, 2019, S. 287.
- 55) 本稿に登場するデジタル分野特有の専門的・技術的用語の邦訳に関しては随時、鈴木敦典ほか編著『IT 基本用語辞典 独一日一英』（同学社、2012年）から引用・参照する。
- 56) Jürgen Taeger/Jan Pohle/Christian Czychowski/Luisa Siesmayer, Computerrechts-Handbuch : Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 34. Ergänzungslieferung 2018, 20.5 Rechte an Daten, Rn. 15.
- 57) 夏井高人「情報財一法概念としての意義」明治大学社会科学研究所紀要52巻 2号（2014年）214頁以下も、厳密には情報とデータとは区別することが妥当であると主張しつつも、社会一般では両者の区別はあまり意識されておらず、ほぼ同義的に用いられることの方が一般的ではないかと指摘している。ちなみにフランスにおける情報所有権をめぐる議論においても、情報の定義は多様性を示しているようである（原・前掲注 40）46頁以下参照）。
- 58) Vgl. etwa Specht, a.a.O. (Fn. 46), S. 290 ; dies., a.a.O. (Fn. 47), S. 12 ; Lothar Determann, Kein Eigentum an Daten, MMR 2018, S. 277.
- 59) 独語での正式名称は、Datenschutz-Grundverordnung である。英語での正式名称は、General Data Protection Regulation（略称 GDPR）であるが、もっぱら本稿ではドイツ法を考察対象としているため、以下では DS-GVO という略語を用いる。

なお DS-GVO は、いわゆる規則であるので、EU 加盟国が有する国内のデータ保護法

に優先して直接適用される。

60) DS-GVO 4 条〔定義〕

本規則の目的にとって、

- (1) 「個人データ」とは、識別されたまたは識別可能な自然人（データ主体）に関するすべての情報をいう。識別可能な自然人とは、氏名、識別番号、位置データ、オンライン識別子、特に識別子もしくは当該個人の肉体的、生理的、遺伝子的、精神的、経済的、文化的あるいは社会的アイデンティティとして特定される 1 つあるいは複数の要因を参照することによって、直接的または間接的に識別されうる者をいう。

2 項以下省略。

なお規則訳については、宮下紘『EU一般データ保護規則』（勁草書房、2018年）30頁から引用した。

61) Vgl. Determann, aa.O. (Fn. 58), S. 277.

62) Herbert Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 56.

なお該当箇所の邦語訳については、ヘルベルト・ツェヒ（水津太郎訳）「法的问题としての財の帰属」法律時報87巻9号（2015年）56頁の注3）から引用した。

「情報」と「データ」という概念を切り分けておく必要性については例えば、岩村充＝神田秀樹「データ保護の技術と法」法とコンピュータ13号（1995年）109頁や夏井・前掲注57）214頁以下において既に指摘されている。他にも福岡＝松村・前掲注34）4頁でも、「データ」とは、「コンピュータで処理するために電子化された情報」を意味しているとされている。また、林紘一郎『情報法のリーガル・マインド』（勁草書房、2017年）20頁以下は、「データ」・「情報」だけでなく「知識」も含めた概念整理を行っている。Specht, aa.O. (Fn. 46), S. 290 f. も、「データ」、「情報」および「知識 (Wissen)」の概念整理を同様に行っている。

なお情報・コンピュータ犯罪に関する刑法上の分析に際し、議論の次元を「情報」・「データ」・「存在形式」に切り分けるという「三分法」を提唱するものとして、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（2018年）160頁以下がある。同「第8章 情報刑法一序説」太田勝造編著『AI時代の法学入門—学際的アプローチ』（弘文堂、2020年）249頁以下および同『サイバーセキュリティと刑法—無権限アクセス罪を中心に』（有斐閣、2020年）8頁以下も参照。

ちなみに、国際標準化機構の「ISO/IEC 2382-1」の翻訳として作成された、日本産業規格（旧日本工業規格）の「JIS X 0001-1994情報処理用語—基本用語」2頁によれば、「データ」とは、「情報の表現であって、伝達、解釈又は処理に適するように形式化され、再度情報として解釈できるもの」であると定義されている（<https://www.jisc.go.jp/pdfa5/PDFView/ShowPDF/-AIAAB-WmRGC8Sol3cT5> [2020年9月3日最終アクセス]）。

63) 「情報」と「データ」を同一レベルのものと理解した場合である（同一レベル説）。他方で「情報は意味内容であり、データとは情報の表現である」と捉える別レベル説もあるが詳しくは、福岡＝松村・前掲注34）4頁以下参照。

64) Thomas Riehm, Rechte an Daten – Die Perspektive des Haftungsrechts, VersR 2019, S. 715.

- 65) Zech, a.a.O. (Fn. 62).
- 66) Vgl. etwa Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 715.
- 67) Louisa Specht-Riemenschneider/Herbert Zech/Martin Schmidt-Kessel/Carmen Langhanke/
Zech, Vorwort : Ein Streitgespräch, in : Louisa Specht-Riemenschneider (Hrsg.), Digitaler
Neustart : Tagungsband zum Bericht der Arbeitsgruppe der Länder vom 15. Mai 2017 –
Diskussion und Ergebnisse des Workshops vom 6. Dezember 2017, 2019, S. 7. 邦語訳に
際しては、同旨部分であるツェヒ（兼平訳）・前掲注 9）72頁を引用・参照した。
なお、日本産業規格・前掲注 62）2 頁によれば、「備考 1. データに対する処理は、人
間が行ってもよいし、自動的手段で行ってもよい」とされており、機械のみならず人間に
よる処理も想定されている。
- 68) 情報のコード化（ないしは符号化）の功罪およびコード化に際して二進数が好まれる理
由に関しては、小向・前掲注 25）11頁以下参照。
- 69) ただし、「情報」と「データ」の語が厳密に使い分けられているとは言い難いことには
注意が必要である。ツェヒの定義に従えば、正確には「情報」所有権とする場面におい
て、「データ」所有権とされていたりと、まさに「情報」と「データ」が同義的・互換的
に用いられていることが、条文中・学説上問わず少なからず見受けられる。
そこで本稿でも、このような実情・実態を踏まえ、「情報」と「データ」の語に関して、
（必要な場合はともかくとして）基本的には引用する各文献の論者が用いている用語に従
うこととした。
- 70) Zech, a.a.O. (Fn. 62), S. 25, 35ff.
- 71) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 715.
- 72) Specht-Riemenschneider/Zech/Schmidt-Kessel/Langhanke/Zech, a.a.O. (Fn. 67), S. 7.
- 73) Specht-Riemenschneider/Zech/Schmidt-Kessel/Langhanke/Zech, a.a.O. (Fn. 67), S. 6.
- 74) Vgl. Arbeitsgruppe “Digitaler Neustart”, a.a.O. (Fn. 8), S. 8.
- 75) 林・前掲注 62）20頁は、「データ」を「ある情報に含まれる内容をビット列などの符合
で表記したもので、人間の解釈をいったん捨象したもの、つまりシャノンの情報理論にお
ける構文論的情報」と説明している。
- 76) Vgl. Heiko Richter/Reto M. Hilty, Die Hydra des Dateneigentums – eine methodische
Betrachtung, in : Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, 2019, S.
251.
- 77) Vgl. etwa Maria Cristina Caldarola/Joachim Schrey, Big Data und Recht – Einführung
für die Praxis, 2019, S. 19.
- 78) 曾我部真裕ほか『情報法概説（第 2 版）』（弘文堂、2019年）79頁以下〔林秀弥執筆部
分〕なども参照。
- 79) Vgl. etwa Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 139 ; Arbeitsgruppe “Digitaler Neustart”, a.a.O. (Fn. 8),
S. 30. ツェヒ（兼平訳）・前掲注 9）73頁も合わせて参照。
- 80) なお日本法について同様の概観を行っているものとして、福岡＝松村・前掲注 34）35頁
以下などがある。
- 81) StGB 202a条〔データの探知〕

(1) 行為者のために予定されていなく、不当なアクセスに対して特に安全装置が講じられているデータに対し、アクセス防止措置を乗り越えて、権限なく、自らアクセスし又は他の者にアクセスさせた者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) 第1項の意味におけるデータとは、電子的、磁氣的又はその他直接には知覚し得ない形で保存され又は電信されるもののみをいう。

なおドイツ刑法典に関わる条文については随時、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』（法務省大臣官房司法法制部司法法制課，2007年）および岡上雅美「資料『ドイツ刑法典』翻訳補遺（1）（2008年3月11日の法律による改正分まで）」筑波法政45号（2008年）163頁以下から引用する。

82) StGB 303a条〔データの変更〕

(1) データ（第202条a第2項）を違法に消去し、隠匿し、使用不能にし又は変更した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) 本罪の未遂は罰せられる。

(3) 第1項に定める犯罪行為の予備について、第202条cが準用される。

83) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 143.

84) Till Bitter/Christoph Buchmüller/Philip Uecker, IX, Strafrecht, in : Thomas Hoeren (Hrsg.), Big Data und Recht, 2014, S. 115.

85) Vgl. Jürgen Welp, Datenveränderung (§ 303a StGB) – Teil 1, IuR 1988, S. 443.

86) StGB 263a条〔コンピュータ詐欺〕

(1) 違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、プログラムの不正作成、不実若しくは不完全なデータの使用、データの無権限使用又はその他データ処理過程への無権限干渉により、データ処理過程の結果に影響を与え、これにより他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項以下省略。

87) Vgl. Welp, a.a.O. (Fn. 85), S. 443.

88) 岡上・前掲注81) 165頁および同頁の注12参照。

89) StGB 303条〔器物損壊〕

(1) 他人の物を違法に損壊し又は破壊した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) 権限なく、他人の物の外観を著しくかつ永続的に変更した者も、前項と同一の刑に処する。

(3) 本罪の未遂は罰せられる。

90) Vgl. Münchener/Wieck-Noodt, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (2019), § 303a Rn. 7.

91) 刑法上の意味における「物」とは、BGB 90条にいうあらゆる有体（的目的）物（alle körperlichen Gegenstände）であるとされている（vgl. Münchener/Schmitz, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 25. なお樋口亮介「論説 ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8号（2013年）151頁も参照）。

92) Vgl. Eric Hilgendorf, Grundfälle zum Computerstrafrecht, JuS 1996, S. 890.

93) Münchener/Wieck-Noodt, a.a.O. (Fn. 90), § 303a Rn. 1, 7.

- 94) Münchener/Wieck-Noodt, a.a.O. (Fn. 90), § 303a Rn. 2 ; Judith Arkenau/Judith Wübbelmann, EIGENTUM UND RECHTE AN DATEN – WEM GEHÖREN DIE DATEN?, in : Jürgen Taeger (Hrsg.), Internet der Dinge : Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, 2015, S. 100 f.
- 95) Vgl. Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 92), S. 890 ; Münchener/Wieck-Noodt, a.a.O. (Fn. 90), § 303a Rn. 2.
- 96) v. Heintschel-Heinegg/Weidemann, BeckOK StGB, 43. Edition Stand : 01.08.2019, § 303a Rn. 5.
- 97) v. Heintschel-Heinegg/Weidemann, a.a.O. (Fn. 96), § 303a Rn. 5.
- 98) Münchener/Gaier, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020), Einl. SachenR. Rn. 1.
- 99) Münchener/Brückner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020), § 903 Rn. 2.
- 100) Vgl. etwa Münchener/Stresemann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2018), § 90 Rn. 25 ; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Fritzsche, BeckOK BGB, 55. Edition Stand : 01.08.2020, § 90 Rn. 27.
- なお、GG 1 条 1 項および 2 条 1 項の情報自己決定権 (informationelles Selbstbestimmungsrecht) は、防御権 (Abwehrrecht) であり、データに対する絶対的支配権を規範化しないとされている (vgl. Riechert, a.a.O. (Fn. 52), S. 353)。
- 101) Vgl. etwa Münchener/Stresemann, a.a.O. (Fn. 100), § 90 Rn. 25 ; Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. (2018), § 90 Rn. 2 ; Staudinger/Stieper, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2017, § 90 Rn. 12, 17 ; Florian Faust, Ausschließlichkeitsrecht an Daten?, in : Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, 2019, S. 86.
- 102) StGB 248c 条〔電気エネルギーの盗取〕
- (1) 設備又は装置から正規に電力を引き込むためのものではない導線を用いて、電気設備又は装置から他の者の電気エネルギーを引き込んだ者は、電気エネルギーを違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で行為を行ったときは、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。
 - (2) 本罪の未遂は罰せられる。
 - (3) 第247条及び第248条aが準用される。
 - (4) 第 1 項に掲げる行為が、他の者に対し違法に損害を加える目的で行われたときは、刑は 2 年以下の自由刑又は罰金とする。行為は、告訴に基づいてのみ訴追される。
- 103) ドイツにおける電気窃盗に関する判例・裁判例および立法の経緯に関して、簡潔にまとめているものとして、木村亀二「電気窃盗事件」法学セミナー 2 号 (1956 年) 39 頁参照。
- 104) Münchener/Stresemann, a.a.O. (Fn. 100), § 90 Rn. 24.
- 105) Jan Hövermann, Recht und Elektrizität : Der juristische Sachbegriff und das Wesen der Elektrizität 1887 bis 1938, 2018, S. 3 f.

なお同書は、戦後久しく議論が途絶えていた電気の法的位置づけに関する本格的な研究

書であり、しかもその序章部分では後世のソフトウェアやデータといった非有体的目的物 (unkörperliche Gegenstände)、いわゆる無体物の法体系における位置づけに関する議論と電気論争との驚くような類似性を見て取ることができるとの指摘がなされている (ders., a.a.O., S. 3)。データの問題を考えるにあたり、電気やソフトウェアの理論史研究から何某かの示唆が得られることが期待されるという点で、上記指摘は非常に興味深い。

- 106) Münchener/Stresemann, a.a.O. (Fn. 100), § 90 Rn. 25.
- 107) NJW 2007, S. 2394.
- 108) Vgl. etwa Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Fritzsche, a.a.O. (Fn. 100) § 90 Rn. 26.
- 109) Vgl. etwa Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart", a.a.O. (Fn. 8) S. 30.; BMVI, „Eigentumsordnung“ für Mobilitätsdaten? – Eine Studie aus technischer, ökonomischer und rechtlicher Perspektive, 2017, S. 59 (https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/eigentumsordnung-mobilitaetsdaten.pdf?__blob=publicationFile [2019年10月6日最終アクセス]); Faust, a.a.O. (Fn. 101), S. 86.
- 110) OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.11.1995 – 3 U 15/95, NJW 1996, S. 200 ff.; OLG Oldenburg, Beschl. v. 24.11.2011 – 2 U 98/11, CR 2012, S. 77 ff.
- 111) 詳しくは、後掲注125) 参照。
- 112) Vgl. etwa Taeger/Pohle/Czychowski/Siesmayer, a.a.O. (Fn. 56), 20.5 Rechte an Daten, Rn. 23.
- 113) データそれ自体についての「所持者 (Inhaber)」ないし「権限者 (Berechtigter)」とデータ記憶媒体所有者は、今日では必ずしも一致しない状況が容易に生じ得るようになった (Arkenau/Wübbelmann, a.a.O. (Fn. 94), S. 98.)。
- 114) Taeger/Pohle/Czychowski/Siesmayer, a.a.O. (Fn. 56), 20.5 Rechte an Daten, Rn. 24.
- 115) BGB 93条〔物の本質的構成部分〕
物の構成部分のうち、一方若しくは他方を損壊し又は物の本質を変更しなければ相互に分離することができないもの (本質的構成部分) は、別箇の権利の対象とすることができない。
- 116) Arkenau/Wübbelmann, a.a.O. (Fn. 94), S. 98.
- 117) 臼井豊「デジタル遺品訴訟のゆくえ (3・完) ——BGH 2018年7月12日判決の速報と解説・論評——」立命館法学384号 (2019年) 137頁以下も、被相続人のパソコンやSNSアカウントといったような、いわゆる「デジタル遺品 (digitaler Nachlass)」の相続の場面において、情報通信技術の発達によって、いよいよ保存された情報それ自体へと着目しなければならぬ状況が差し迫りつつあり、まさに「(*特に相続の場面では、故人の生前のプライバシーに関わるような一身専属的性質を有するデータについては、そもそも財産的価値の承継を主眼に置く相続ルールの対象にしないと) データの内容・性質を反映させたより詳細な本質」に目を向ける必要性を説いている。
- 118) BGB 99条〔果実〕
- (1) 物の果実とは、物の産出物及び物の用法に従って取得されるその他の收穫物をいう。
 - (2) 権利の果実とは、権利がその定めに従ってもたらす収益、特に土地構成部分の取得に対する権利の場合に取得される構成部分をいう。

(3) 物又は権利が法律関係によりもたらす収益も果実に属する。

119) Vgl. Arkenau/Wübbelmann, a.a.O. (Fn. 94), S. 98.

120) BGB 101条〔果実の配分〕

物又は権利の果実を特定の時まで又は特定の時から收取する権利を有する者に対しては、別段の定めがない限り、次に掲げるものが与えられる。

1. 第99条第1項にいう産出物、及び收取権者が権利の果実として收取すべきものであっても、権利の存続期間中に物から分離された限りでの、物の構成部分
2. 権利の存続期間中に満期となる限りでの、その他の果実であるが、果実が、使用若しくは果実利用の許容に対する弁償、利息、取得持分又はその他の規則的に反復される収益に存するときは、権利者に対しては、その権利の存続期間に応じた部分

121) Vgl. etwa Staudinger/Stieper, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2017, § 99 Rn. 1.

122) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 142 ; Arkenau/Wübbelmann, a.a.O. (Fn. 94), S. 98 f.

123) BGB 823条〔損害賠償義務〕

- (1) 故意又は過失により、他人の生命、身体、健康、自由、財産その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- (2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同様の義務を負う。当該法律の内容上、これに対する違反が故意・過失がなくても可能な場合には、損害賠償義務は、故意・過失のあるときのみ発生する。

なお BGB 第2編債務関係法に関わる条文訳については随時、山口和人（訳）『ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年）から引用する。

124) Vgl. etwa BMVI, a.a.O. (Fn. 109), S. 59.

125) 「所有権侵害」要件の中核に含まれているのは、「物それ自体を損傷や滅失から保護することであり」、「その物自体が壊れない場合であっても、その物が所有者の同意なしに他人によって奪われたり使用されたりする場合や、所有者による所有物の使用を他者が妨害したり困難にしたりする場合にも生じる」とされる（ハイン・ケッツ＝ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一＝中田邦博監訳）『ドイツ不法行為法』（法律文化社、2011年）74頁以下〔中田邦博＝木村和成共訳部分〕参照）。よって、データ記憶媒体上に保存されたデータの消去や変更が、当該データ記憶媒体という（有体）物に固定された利用可能性（in der Sache fixierte Benutzbarkeit）の侵害（Beeinträchtigung）にさえ当たれば、所有権侵害が肯定される（vgl. BMVI, a.a.O. (Fn. 109), S. 59）。

126) BMVI, a.a.O. (Fn. 109), S. 59.

127) Vgl. BMVI, a.a.O. (Fn. 109), S. 60.

128) BMVI, a.a.O. (Fn. 109), S. 59.

129) StGB 15条〔故意行為及び過失行為〕

法律が、明文で過失行為を処罰の対象としていないときは、故意行為のみが罰せられる。

130) Vgl. etwa Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 718.

131) BGB 826条〔良俗に反する故意の加害〕

善良な風俗に反する方法で、故意に他人に損害を与えた者は、これによって生じた損害

を賠償する義務を負う。

- 132) Vgl. etwa Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 720.

なお BGB 826条に関しては、椿寿夫＝右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）115頁以下〔床谷文雄執筆部分〕およびケッツ＝ヴァーグナー（吉村＝中田監訳）・前掲注 125）122頁以下〔中田邦博翻訳部分〕も合わせて参照。

- 133) BGB 旧433条〔売主と買主の基本的義務〕

(1) 売買契約により、物の売主は、買主に物を引き渡し、かつ、その物の所有権を移転する義務を負う。権利の売主は、買主に権利を移転し、その権利が物を占有する権利を含むときは、その物を引き渡す義務を負う。

(2) 買主は、売主に約定した売買代金を支払い、かつ、買い受けた物を引き取る義務を負う。
なお条文訳については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）3頁以下〔田中克志執筆部分〕から引用した。

- 134) BGB 453条〔権利の売買〕

(1) 物の売買に関する規定は、権利及びその他の対象の売買について準用する。

(2) 売主は、権利の設定及び移転の費用を負担する。

(3) ある物の占有を正当化する権利が売買されたときは、売主は、買主に対し、物の瑕疵及び権利の瑕疵のない物を引き渡す義務を負う。

- 135) ドイツ法における無体物売買の判例・学説の状況を分析する研究として、例えば晴山秀逸「ドイツ法における無体物売買の法的性質」法学研究論集44号（2016年）223頁以下がある。同「売買契約法における『財産権』の概念とその射程に関する一考察」法学研究論集45号（2016年）265頁以下も、日本民法555条における「財産権」概念と無体財の関係性を考えるうえで興味深い。

- 136) Vgl. etwa Christopher Peschel/Sebastian Rockstroh, Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste, MMR 2014, S. 576.

- 137) BGB 1922条〔包括的権利承継〕

(1) 人の死亡（相続開始）とともに、その財産（相続財産）は、全体として、他の一人又は数人の者（相続人）に移転する。

(2) 共同相続人の持分（相続分）については、相続財産に関する規定を適用する。

なお条文訳については、太田武男＝佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』（三省堂 1989年）27頁〔佐藤義彦執筆部分〕から引用した。

- 138) デジタル遺品の相続性に関して争われた本事件を LG（地方裁判所）判決から BGH 判決までフォローし、一連の判決を受けて矢継ぎ早に公表されたドイツ法学説の緻密な整理と分析を行う研究として、白井豊「デジタル遺品の法的処理に関する一考察（1）（2・完）——ドイツ初の LG Berlin 2015年12月17日判決を中心に——」立命館法学367号（2016年）145頁以下、368号（2016年）203頁以下、同「デジタル遺品訴訟のゆけえ（1）～（3・完）——BGH 2018年7月12日判決の速報と解説・論評——」立命館法学381・382号（2018年）185頁以下、383号（2019年）224頁以下、同・前掲注 117）131頁以下および同「デジタル遺品の登場により法律はアップデートを必要とするか（1）（2・完）——BGH 2018年フェイスブック判決前後におけるルディガの見直し・評価を中心に——」

立命館法学389号（2020年）155頁以下、390号（2020年）241頁がある。

- 139) BGHZ 219, 243 ff. = NJW 2018, S. 3178 ff.
- 140) Vgl. etwa Münchener/Leipold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020), § 1922 Rn. 32.
- 141) 臼井・前掲注117) 226頁参照。
- 142) オーストリア法が検討の素材とされているが、同様の問題提起を行い、データ（ファイル）をデータ記憶媒体から物権法的にも「解放（Emanzipation）」すべきだと主張するものとして、Gregor Klammer, Dateneigentum – Das Sachenrecht der Daten, 2019, S. 9 f., 372 f.。なお今後の方向性に関わる部分については、後述V.2.(1)参照。
- 143) UrhG 2条〔保護を受ける著作物〕
- (1) 保護を受ける文学、学術、及び美術の著作物には、とりわけ、次に掲げるものが属する。
 1. 文書、演説及びコンピュータ・プログラムのような言語の著作物
 2. 音楽の著作物
 3. 無言劇の著作物 舞踊の著作物を含む。
 4. 造形美術の著作物 建築及び応用美術の著作物並びにそれらの著作物の下図を含む。
 5. 写真の著作物 写真の著作物と類似の方法により作成される著作物を含む。
 6. 映画の著作物 映画の著作物と類似の方法により作成される著作物を含む。
 7. 図画、設計図、地図、略図、図表及び立体描写のような学術的又は技術的方法による描写
 - (2) この法律の意味における著作物とは、個人的かつ精神的な創作のみをいう。

なおドイツ著作権法に関わる条文訳については随時、公益社団法人著作権情報センターHP（本山雅弘訳）「外国著作権法令集（57）— ドイツ編 —（2007年3月アップロード、2010年3月、2016年12月、2020年1月一部修正版）」（<http://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>）〔2021年4月26日最終アクセス〕から引用する。
- 144) UrhG 69a条〔保護の対象〕
- (1) この法律の意味におけるコンピュータ・プログラムとは、仕様書資料を含め、あらゆる形態のプログラムをいう。
 - (2) 付与される保護は、コンピュータ・プログラムに係るすべての表現形式に及ぶものとする。コンピュータ・プログラムの要素の基礎にある思想及び原則は、インターフェースの基礎にある思想及び原則を含め、保護を受けることがない。
 - (3) コンピュータ・プログラムは、それが作者の独自かつ精神的な創作の成果であるとの意味において個性的な著作物にあたる時、保護を受ける。その保護能力を定めるために、他の基準、とりわけ質的または美的な基準は、適用しないものとする。
 - (4) コンピュータ・プログラムには、この節に別段の定めがないかぎり、言語の著作物に適用される規定が適用される。
 - (5) 第32d条、第32e条、第36条、第40a条及び第95a条乃至第95d条の規定は、コンピュータ・プログラムに適用されない。
- 145) Vgl. Riehm, aa.O. (Fn. 64), S. 718 f.

146) UrhG 87a条〔定義〕

(1) この法律の意味におけるデータベースとは、著作物、データその他独立の素材からなる編集物で、その素材が、体系的又は組織的に配列され、電子的手段を用いて又は他の方法によって個別に使用可能であるもので、かつ、その入手、検証又は記述が、性質又は規模に照らして重要な投資を要するものをいう。データベースで、その内容において性質又は規模に照らして重要な変更が加えられたものは、その変更が性質又は規模に照らして重要な投資を要するものと認められるときは、新たなデータベースとみなす。

(2) この法律の意味におけるデータベース製作者とは、前項の意味における投資を行った者をいう。

147) Vgl. Wandtke/Bullinger/Hermes, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. (2019), Vorbem. Vor §§ 87a ff. Rn. 1.

148) データベース製作者の権利が導入された背景およびその評価については、小塚莊一郎『AIの時代と法』（岩波書店、2019年）100頁以下において簡潔にまとめられている。

149) Thomas Hoeren, Der strafrechtliche Schutz von Daten durch § 303a StGB und seine Auswirkungen auf ein Datenverkehrsrecht, in : Isabell Conrad/Malte Grützmacher (Hrsg.), Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, 2014, S. 304.

150) Hoeren, a.a.O. (Fn. 149), S. 304.

151) BMVI, a.a.O. (Fn. 109), S. 60 ; Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2019, S. 291.

152) BMVI, a.a.O. (Fn. 109), S. 60.

なお現行法における状況を「パッチワーク」という表現を最初に用いることで端的に説明したのは、Thomas Heymann, Rechte an Daten – Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen, CR 2016, S. 657 である。Vgl. auch Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2019, S. 291.