

ドイツの「データ所有権」論争に関する 序論的考察（2）

——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
 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
 3. 各法領域におけるデータの法的位置づけとその保護
 4. 小 括 (以上, 395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
 - (1) StGB 303a条の「書き込み行為」概念を手掛かりに「データ所有権」を構想する見解
 - (2) 経済的観点を基準に「データに対する移転可能な排他的権利」を志向する見解
 3. 「データ所有権」構想自体に懐疑的な見解
 - (1) 「データ所有権」構想に対する反対説の諸根拠
 - (2) 「データ所有権」否定論者の今後の方向性

* 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)

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
 - (1) データ記憶媒体とデータの所持者の不一致現象がもたらす今日的な問題点
 - (2) 不法行為法（BGB 823条1項）における「データに対する権利」の承認
 - (3) 法的効果面
 - (4) 小 括
 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
 - (1) 契約による規律およびその問題点
 - (2) 契約によらない「データアクセス権」の規律
 - (3) 「データに対する所有権」という帰属形態の不存在
 - (4) 「データアクセス権」の今日的な重要性
 - (5) 公共サービスにおけるデータアクセス
 - (6) 企業間での「データアクセス権」
——複数関与者間における関係の明確化——
 - (7) 小 括
 6. データ収集という一場面における物所有権者の権能に着目する見解
 - (1) デジタル時代における物所有権規定の目的論的解釈
 - (2) e プライバシー規則案8条1項を一般化する試み
 - (3) 検 討 (以上、本号)
 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)

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

以下では、前述Ⅱ.にて概観した、データの現行法における位置づけを踏まえた上で、各学説が「データ所有権」という——ある種のタブーとも言える——新種の所有権構想に対して、どのような反応を示しているのかについて、基本的な整理および紹介を行う。各学説のスタンスは、「データ所有権」構想に好意的であったり、逆に拒否感を明確に示しているものだけでなく、現行法の枠内で折り合いをつけるべく、不法行為法レベルに限定された保護を主張する見解や、契約等による「データアクセス権」の規律を主張する見解など実に様々であり、論争全体としては——「データ所有権」構想の旗色そのものは決して芳しいものではないが——いまだ決着を見ていないように思われる。

そこで本稿では、以下「データ所有権」論争への導入部分として、取り急ぎ上記論争に関する民法上の学説をおおよそ時系列に沿った形で紹介する。

その具体的な順序として、まずは民法上の「データ所有権」構想を真っ先に打ち出すことで、その先駆けとなった見解を紹介する(後述Ⅲ.2.(1))。それに続き、——必ずしも「データ所有権」とまでは明言していないもの——いわゆる「データに対する排他的権利」の現代的必要性和その帰属主体を経済的観点から決することの意義を述べる見解を紹介する(後述Ⅲ.2.(2))。次に「データ所有権」構想に対して、現行物権法体系になじまないという観点等から投げ掛けられた反対根拠を取り上げる(後述Ⅲ.3.)。

このように肯定説と否定説が一応出揃った上で、「データ所有権」構想の肯定論者が提起している、データそのものに目を向けた保護を行う必要性自体については確かに耳を傾けるべきところがあると共感を示す見解に移る。すなわち、反対説が懸念するような現行法の枠組みに与える影響を

最小限に抑えるべく、物権法から離れた保護の方策として、「データ所有権」という積極的な帰属形態ではなく、BGB 823条1項のいわゆる「その他の権利」を活用することで、データの（少なくとも）消極的な法的保護を不法行為法において模索する見解である（後述Ⅲ.4.）。また、——ドイツ同様、日本の実務界においてもその傾向が顕著であるところの——「データ所有権」構想自体には否定的だがデータアクセスという観点からデータ（帰属・）利用を規律することを志向する見解についても取り上げる（後述Ⅲ.5.）。

「データ所有権」という新たな構想に相接する学説は、以上のように大まかにグループ分けすることができる。それに加えて本稿では、上記以外の興味深い見解についても若干取り上げる。データ収集場面において物所有権者が行使できる権能の内容は何かという観点から分析を行い、データの帰属主体を決する見解（後述Ⅲ.6.）、さらには「データ所有権」構想を諦め「データ占有」構想へと舵を切ることを提唱する見解（後述Ⅲ.7.）である。

2. 「データ所有権」という新たな構想を打ち出す見解

以下では、まず民法上の「データ所有権」構想の先駆け的存在であるヘーレンの見解（後述Ⅲ.2.(1)）を紹介し、次に経済的観点に基づき「データに対する移転可能な排他的権利」を特定人へ帰属させることを試みるツェヒの見解（後述Ⅲ.2.(2)）を見る。

(1) StGB 303a条の「書き込み行為」概念を手掛かりに「データ所有権」を構想する見解

a) 「データ所有権」構想の手掛かりとしての StGB 303a条

民法上の「データ所有権」構想を打ち出した先駆的研究として、ヘーレンが2013年に公表した「データ所有権——民法における StGB 303a条適用試論」¹⁵³⁾および翌年公表の「StGB 303a条によるデータの刑法上の保護およ

びデータ取引法へのその影響¹⁵⁴⁾という論稿が、まず挙げられる。以後の「データ所有権」に関する諸研究が、ほぼ必ずと言っていいほど上記論稿を代表的な先行研究として挙げていることから、「データ所有権」論争における先駆者としてヘーレンが有する存在感は窺い知れる。上記論稿では、データ変更行為の処罰を定めている StGB 303a条を手掛かりとして、民法上のデータ帰属の理論構築が試みられている¹⁵⁵⁾。

このような刑法も関わる「法分野交錯的な性質 (rechtsgebietsübergreifende Natur)」を有する研究を行った理由として、ヘーレンは後に次のように振り返っている。「(……) 2012年に、私は (*自動車メーカーである) ダイムラー (Daimler) からの照会 (Anfrage) を受けた。根本的に問題となったのは、車両のデータレコーダー (Data Recorder) におけるポータビリティデータ (Mobilitätsdaten) は誰のものかという点であった。この問題は、当時はまだ広く研究されておらず、(……) 若干名がこの点について考察を行っているに過ぎなかった」¹⁵⁶⁾。

ヘーレンがなぜ StGB 303a条に着目したのかは、同条の法益や刑法典内部でのその位置づけと関係している。すなわち同条が、「権限者によるデータの利用可能性」を法益としている点のみならず、器物損壊による所有権侵害 (Eigentumsdelikte) の処罰を定めている StGB 303条¹⁵⁷⁾の次条として位置づけられていることから、StGB 303a条と物所有権との密接な関係が明らかなのだと、ヘーレンは刑法上の学説を引用しつつ述べている¹⁵⁸⁾。

b) データの帰属を定める必要性およびその基準

ただ、StGB 303a条が想定している権限者へのデータの帰属の定義は、同条の処罰範囲を明確化するために、そもそも GG (ドイツ基本法) 103条¹⁵⁹⁾ 2項 (罪刑法定主義) の要請からも必要とされるのだと、ヘーレンは同じく刑法上の学説を引用して付言している。

少なくとも刑法上は、権限者へのデータの帰属というのは、「データに対する完全権が BGB 903条の類推により存在しているという程度でおお

よそ理解されている」ようであり、「そこから当然の帰結として生じるのは、帰属の問題は、データ記憶媒体に対する所有権や（*データ）内容に対する（*著作権のような）権利と同じ意味ではあり得ない」ということである。よって刑法上も、何らかの基準によってデータの権限者を確定する必要がある¹⁶⁰⁾。しかし、データをある人物へと法的に帰属させる場合に問題となるのは、はたしてどのような基準によってデータに対する何某かの権利を割り当てるのかという点である。

aa) データ記憶媒体に対する所有権を基準とする可能性

刑法上、そのような基準の一つとして考えられているのは、データ記憶媒体に対する物権（所有権）にデータの帰属も追従させるという方法のようである（データは、記憶媒体所有者の「もの」であるという考え方）。しかし、今日のクラウド等を想定すれば明らかなように、単に他人に自分のデータ記憶媒体の記憶領域の一部を自由に使用させているに過ぎないデータ記憶媒体所有者は、データについて当該データ保存者との利用関係以上の関連性を当該データに対して有していないため、「刑法上の所有権侵害の意味におけるデータに対する唯一の処分権限者ではあり得ない」と、ヘーレンは述べる。そしてこのことは、（貸主たる）賃貸住居の所有者と当該住居にて賃借人が保管している目的物との関係とを見比べれば明らかであるとも言う。

さらにヘーレンは、StGB 303a条がデータに対する権限に独自の意義を付与しなければ、「蓄積されたデータを変更することによる器物損壊とも（*StGB 303a条の）構成要件（Tatbestand）が結びつき得ることになってしまいかねない（*データ記憶媒体に対する器物損壊罪を処罰する StGB 303条と、違法なデータ変更を処罰する StGB 303a条との区別がつかなくなってしまう）」ので、データ記憶媒体所有権と「データ所有権」とを峻別しなければならないと重要な指摘を行っている。

よって、データ記憶媒体に対する物権、すなわち保存媒体の所有者であるということ（Eigentümerschaft）は、——データの帰属を考える上で、全く参

考にならないわけではないが——複数の基準のうちの一つに過ぎないとヘーレンは結論づけている¹⁶¹⁾。

bb) データ内容に対する権利を基準とする可能性

次にヘーレンが検討を行っている基準は、無体財の割当てを行っている著作権などの知的財産法を範とする方法である。しかし、結論としてヘーレンは、これを帰属基準としては認めていない。なぜなら、データ内容——という意味論レベル(前述Ⅱ.2.(2)a)参照)——を引き合いに出している精神的著作性(geistige Urheberschaft)の基準を参考にしてデータ権限が誰に帰属するのかを判断してしまうと、「それにより StGB 303a条が著作権保護の拡大へと変じてしまい、結果として UrhG 4条¹⁶²⁾、69a条以下、106条¹⁶³⁾以下の外側で内容変更行為(inhaltsveränderndes Verhalten)の——著作権制度が予定していない——広範な処罰(weitreichende Pönalisierung)がなされてしまいかねない」ことが懸念されるからだとして、ヘーレンは理由づけている¹⁶⁴⁾。

cc) 「書き込み行為」を基準とする可能性

以上の理由から、最も異論の余地がなく最も実行可能な基準(einwandfreies und operabelstes Kriterium)であるとヘーレンが主張しているのは、「データの技術的な作成のプロセス(Prozess der technischen Herstellung)」である。そのためにヘーレンは、1988年に刑事法学者のJ・ヴェルプ(Jürgen Welp)が、当時は制定されて間もなかった StGB 303a条に関する論稿¹⁶⁵⁾にて打ち出した、「書き込み行為(Skripturakt)」および「書き込み行為者(Skribent)」という概念に着目した。それによれば、——データに対して原始的に権限者である人物としての——「書き込み行為者」とは、データの入力(Eingabe)などによって自らデータを作成する人物であるとされている¹⁶⁶⁾。

ヴェルプの言う「書き込み行為」概念は、「データの原始的帰属の成立(Entstehung)のための決定的な基準」であると、ヘーレンは大いに評価している。なぜなら、「書き込み行為」という概念によって、データの技術

的な「作成者」（つまり「書き込み行為者」）の決定に際して、当該データが誰のデータ記憶媒体上に蓄積されているのかといった点や、あるいは誰が内容を精神的（geistig）に作り出したのかといった意味論レベルなどに左右されなくなるからである。

また、労働関係あるいは役務関係（Arbeits- oder Dienstverhältnis）においてデータが作成される場合、受任者（Auftragnehmer）は、当該データを（委任者へ）引き渡すまでは権限者であるべきだとヘーレンは述べる。こう考えることにより、データの明確な帰属が保障されるだけでなく、（例えば契約で取り決めていないデータ処理を受任者が行ったことを理由とした単なる）契約違反（Vertragsbrüche）を StGB 303a 条によって広く犯罪化してしまうことを防ぐことができる¹⁶⁷⁾のだとヘーレンは主張する¹⁶⁸⁾。

c) データ記憶媒体所有権と「データ所有権」の関係性

以上のように、ヘーレンは刑法における「書き込み行為」概念を手掛かりに、民法上の「データ所有権」の構想を行っている。ヘーレンの構想に従えば、データ記憶媒体所有権と「データ所有権」は、——必ずしも同一人物に帰属するわけではないという意味で——もはや袂を分かち得ることになる¹⁶⁹⁾。

その結果として次に残された問題は、データ記憶媒体の所有権と「データ所有権」の関係性であるところ、ヘーレンはその検討についても着手している。

例えば、データ記憶媒体の所有者の意思に反する形で、第三者が当該記憶媒体上にデータを蓄積した場合、はたして当該第三者は「データ所有権」を取得することになるのだろうか。またこのような場合に、データ記憶媒体の所有者は、「データ所有権者」に対して何らかの法的主張が可能なのか。この点に関してヘーレンは、次のように説明している。

確かにデータ記憶媒体の所有者は、「データ所有権」のような他人の権利が存在することによって、自らの物所有権が損なわれてしまうことを無制限に甘受しなければならないわけではないということは、当然である。

しかし、当該所有者を唯一のデータ所持者だと考えることは、反体系的(systemwidrig)であるように思われる。なぜなら、書き込み行為者が(データの)作成を通じて「データ所有権」を(自己の記憶媒体上に)発生させても構わないかどうかの判断を物所有者に委ねてしまうのであれば、結局のところ、データ記憶媒体所有権が基本的な帰属基準となってしまうからである。つまり、書き込み行為者が「データ所有権」を取得するかどうかは、データ記憶媒体の所有者次第になってしまう。

ゆえに、書き込み行為者が他人(記憶媒体所有者)の(意思に反して)記憶媒体上へ故意にデータを置いたとしても、当該書き込み行為者へデータ所持(Datenihaberschaft)を常に帰属させると同時に、記憶媒体の所有者には、自己の物所有権に基づく民法上の不作為請求権および妨害排除請求権(zivilrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche)のみを与えることにすれば、首尾一貫(konsequent)していようとヘーレンは述べる¹⁷⁰⁾。つまるところ、「データ所有権」に物権的性格を付与するに際して権利衝突(Rechtekollision)が生じるとしても、上記のように請求権を介して解決され得るということは、少なくとも体系的には矛盾していないとヘーレンは主張する¹⁷¹⁾。

d) 検 討

以上のようにヘーレンは、データの法的保護を他の法領域に先んじて明文化した StGB 303a条および同条に関する刑法上の学説等を参照することで、刑法では——あくまでも StGB 303a条の解釈に際して必要な限りにおいて——BGB 903条の類推を通じて観念される程度でしかなかった「データ所有権」という構想を民法において根拠づけることを試みた。

それによりヘーレンは、「データは誰のものか?」という問いに対する解答として従来盲目的に支持されてきた——かつ、それで長らく必要十分でもあったわけだが——「データは、それが保存されているデータ記憶媒体の所有者の『もの』である」という民法上の通説的見解とそれを前提としたデータの法的保護(前述Ⅱ.3.(2)参照)の現代的妥当性をぐらつかせた。

例えばクラウドのように、データ記憶媒体とデータの所持者が別人格であることも珍しくない今日の技術的実情を踏まえれば、データそれ自体の権限者（データ帰属主体）を決定する上で、データ記憶媒体の所有権（およびデータの内容）に左右されてしまうということには、刑法において指摘されているのと同様に、確かに民法でも当然ながら疑問を投げ掛け得るであろう。この点、ヘーレンは民法上の「データ所有権」という（新たな）権利を構想することで、データそれ自体の帰属という現代のかつ本質的な問題に真正面から切り込んだと言えよう。

ヘーレンのこのような「データ所有権」構想が民法学界に与えたインパクトは、かなりのものだったようで、事実ヘーレンに触発されるかのように、論争は加速度的に盛り上がりを見せたと言っても過言ではないように思われる。

「データは、常にデータ記憶媒体の所有者のものとは限らない」という点、別の表現をすれば、「データ記憶媒体とデータは、そもそも法的に一蓮托生の関係とは限らない」ということを踏まえた理論構築を試みた点は、ヘーレンによる研究の功績であろう。

ただ、上記研究で必ずしも十分であったと言えない点、つまり積み残された課題を一例として挙げるとすれば、まず仮に「データ所有権」を民法上認めるとして、その権利者を定める具体的基準は何であるのかという点があろう。すなわち、データを作成したという「書き込み行為」を基準にデータ帰属主体を決ずるとしても、例えばコネクテッド・カーにおいてデータが作成された（ないしは発生した）場合、「データ所有権者」たる「（データの）書き込み行為者」は、当該自動車の所有者、所有者ではない単なる運転者、自動車メーカー、自動車修理工場のうち、誰になるのかという点が疑問としてあり得るであろう。なぜならクラウドの場合には、せいぜいクラウドサーバー所有者とクラウドサーバー利用者という二当事者しか「データ所有権者」の候補者は存在しないが、他方で上述のコネクテッド・カーのようにデータには幾人もの人物が何らかの形で関与するこ

とも十分あり得るからである。むしろ、「データ所有権」というデータそれ自体を客体とする権利を観念する場合、もはやデータ記憶媒体やデータを発生させる機器といった有体物(とそれを目的とする所有権)を唯一の拠り所とすることができない以上、「データ所有権者」を具体的に決する何かの基準がより一層求められよう¹⁷²⁾。

また、「データ所有権」という権利を——現行法の解釈論であれ、立法論であれ——民法において認めることによりもたらされる具体的メリットについても、——データそれ自体の帰属主体が明確になるという点を除けば——少なくとも本研究においてヘーレンはあまり言及していない。

これらの点について、より踏み込んだ分析を行っているのが、次に紹介するツェヒである。

(2) 経済的観点を基準に「データに対する移転可能な排他的権利」を志向する見解

ツェヒは、「経済財としてのデータ——『データ作成者の権利』についての考察：固有の財産権あるいは移転可能な排他的権利は利用者データに関して存在するか?」と題する論稿¹⁷³⁾において、ビッグデータ時代到来後の経済活動におけるデータの重要性およびその財貨的性格に鑑み、「データに対する移転可能な排他的権利」の創設を——最終的には立法論を視野に入れて——提言する。

まず第一にツェヒは、データの特徴と、新種の無体財(neuartiges Immaterialgut)としての重要性を強調する。次いで、現行法の割当てメカニズムが、データを誰にどのように割り当てているのかを分析している。その分析の結果、ツェヒは、現行法の割当てメカニズムがデータに関わる誰か特定の人物へのデータの包括的な割当てを予定していないと結論づけた上で、来るべき立法論上、データのための新たな割当てメカニズムとしてどのような仕組みが望ましいのかという考察へと主軸を移す。その結論を先取りすると、ツェヒは、——ヘーレン同様に刑法上の「書き込み行為」概

念へ着目しつつも、さらに経済的観点も加味することで——経済的な意味でのデータ作成者にデータを割り当てるという、ビッグデータ時代に見合った方向性を打ち出している。そして最後に、「データ作成者の権利」の創設可能性について、立法的提言をもって締めくくる。

a) ビッグデータ時代におけるデータの財貨的重要性

まず初めにツェヒは、IoT 機器の一種である現代的な農業用トラクターの例を持ち出すことで、データの現代的重要性を説く。IoT トラクターは、畑を走行することで畑に関する多数の測量データ (Messdaten) を記録できる。そのようなデータは、「農業経営者にとって、畑の耕作をより効率的なものとするために、莫大な価値を有している」。しかし、このデータにアクセスできるのは、トラクターのメーカーだけである。そこで、データへのアクセス権に関する契約が行われる場合にその前提として、現行法は既にデータ利用の原始的割当てを行っているのか否かという点、あるいは——現行法では、法定のデータ帰属主体が規律されていないとするならば——その原始的割当てを認める規律が立法論として今後導入されるべきか否かという点に関する問題が立てられるのだとツェヒは述べる。

なぜなら、固有の種類財としてのデータの重要性は、遅くとも「ビッグデータ」時代の到来後、高まっているからである。すなわち、——（スマートカー、スマートメーターまたはスマートハウスといった）IoT 機器の台頭によって——何らかの複雑な機器の稼働 (Betrieb) 中に、付随的に大量のデータが発生するようになったからである。従来、そのようなデータは、機器の本来的な稼働の単なる副産物でしかないため、ある意味では廃棄物 (Abfallprodukt) に等しかった。

しかし、大量のデータを処理できるビッグデータ時代の到来により——さらには、データの保存・保管に要するコストの低価格化によって、大量のデータをさしあたっての活用目的なしにストックしておくことが容易になったという背景も相まって、従来とは異なり——予め具体的に問題を設定することなく、データを「蓄えとして (auf Vorrat)」記録しておくことが可能になった。

それにより例えば、現在は必要ないとしても、一応念のために蓄えておいたデータが、将来的に何某かの問題設定が行われた際の分析に用いられたり、場合によっては——データを蓄積した者自身が分析能力を有していないために——他の経済主体（Wirtschaftssubjekte）あるいは企業の手に乗ることによって、分析されたりするようなことも十分あり得ると言う。データは、——もはや廃棄物どころか——原料となる可能性を秘めている。よって、ビッグデータ——およびその分析を行うだけの処理能力を持つに至ったAIの登場——は、データの財貨的性格の強化をもたらしたのだとツェヒは述べる¹⁷⁴⁾。

b) 現行法におけるデータの割当てメカニズム

上記のようにデータは、財としての高い重要性を獲得するに至ったのであるが、少なくとも現行法においてデータは一体どのように、そして誰に割り当てられているのであろうかという疑問に対して、ツェヒは、データ保護法、著作権法、営業秘密の保護、そしてデータ記憶媒体に対する物所有権を中心に据えて、（現行法における財の）割当てメカニズムの分析を試みた（その具体的な分析結果に関しては、前述Ⅱ.3.にて既に取り扱った内容と基本的には同一であるため、ここでは詳細に立ち入らない）。

その結果、従来の割当てメカニズムは、データの蓄積者や作成者へ当該記録データ（aufgenommene Daten）の包括的な割当てを予定していないということが判明したと、ツェヒは述べる¹⁷⁵⁾。

c) データの新たな割当てメカニズム

よって——現行法における以上のような解釈論の状況を前提として——ツェヒは、議論の主戦場がデータの包括的な割当てを内容とする権利を新しく作り出すかどうかという立法論へと移行したものと捉えている。しかもこのような議論動向は、データの取扱いにおける新たな技術的可能性によって、より強まっているとも述べている。

ツェヒが、データの新たな割当てメカニズムを構想する上で着目したのは、以下の三点である。まず、aa) UrhG 87a条に基づくデータベース製

作者のための独自の保護権において、データへの投資保護の理念が従来いかにして実現されてきたのかという点、次に、bb) データの単なる蓄積行為は割当基準として考慮に値するのか、また考慮に値するとすればどのように考慮されるのかという点、そして最後に、cc) 特に記録によるデータの作成に特別な割当効果が与えられるかどうか、あるいは与えられるべきであるのかという点である¹⁷⁶⁾。

aa) データ収集のための投資保護

データベース構築のために行われた投資を UrhG 87a条以下は保護している。しかしこの場合における保護法益は、データそれ自体ではなく、データベース (Datenbank) であり、要保護性のある投資として承認されているのは、データ作成ではなく、データベースの構築 (Aufbau) のみである。

そのためツェヒは、データベース製作者の保護は、真正な投資保護 (echter Investitionsschutz) を行っているという点や、(保護を受けるかどうか問題となっている) 無体財が (著作権法の保護を受けるためのハードルとして、本来必要な要件である) 精神的な創作に当たるかどうかを不問としている点などを踏まえれば、確かに新しいもの (Novum) ではあるとして、当該保護制度自体は好意的に評価しつつも、ビッグデータを踏まえたデータ利用を割り当て得る適切な保護権 (geeignetes Schutzrecht) を示すものではないと評価する¹⁷⁷⁾。

bb) データの単なる蓄積行為

次にツェヒは、データの単なる蓄積 (ないしは保存) 行為を手掛かりにすることは可能であるのかを俎上に載せている。言い換えれば、データの単なる蓄積者にデータを割り当てても良いのかどうかという点について、ツェヒは分析を行っている。

ツェヒは最初に、いわゆる「データストック (*データを保有すること) に対する権利 (Recht am Datenbestand)」の性質を分析している。その結果、BGB 823条1項の「その他の権利」として概ね承認されている「デー

タストックに対する権利¹⁷⁸⁾は、その記憶媒体所有権とは独立してデータの完全性保護を保障してはいるが、当該権利自体は(単にデータを保有していることを保護しているに過ぎないため、それを超えた)データの複製や利用についての排他的割当てを意味せず、ゆえに新たな割当てメカニズムの参考にはならないとツェヒは結論づける¹⁷⁹⁾。

引き続きツェヒが分析に移ったのは、刑法におけるデータの割当てメカニズムである。(既に、前述Ⅲ.2.(1)b)にて取り扱ったように)刑法ではデータが誰に帰属しているのかという点は、従来あまり詳細には考えられておらず、データ記憶媒体の所有者、データの内容についての著作権者、個人データが問題となっている場合にはそのデータ主体といったような諸基準によって、刑法の意味におけるデータに対する「処分権限者」を定めているという状況である。

もっとも、近時では「書き込み行為」という基準によって、刑法の意味でのデータに対する権限者を決める方法が広く受け入れられており、まさにヘーレンが着目したように、「書き込み行為」は民法においても、データの割当秩序を作り出す上で指針になり得るとツェヒは期待を寄せる。

その際、ヘーレンが書き込み行為の定義に立ち返っていたことは、実に面白いとツェヒは言う。すなわち、書き込み行為の定義では、刑法の意味におけるデータの権限者を決める上で、単なる保存ではなくむしろデータの作成に主眼が置かれているからである。

このことは、「データに対する権利」に関する立法論を展開する上で、データの単なる蓄積ないし保存行為さえあれば足りるのか、それとも記録、計算プロセス(Rechenvorgänge)による作成や創出(Schaffen)といった、単なる蓄積や保存を超えた何某かの行為が必要とされるのかという問題を新たに提起していると、ツェヒは評価する¹⁸⁰⁾。

cc) 新たな割当てメカニズムの基準としてのデータの作成

以上の分析に基づき、「データに対する排他的権利」の原始的発生をデータの作成に結びつけることが打ってつけであるとツェヒは自身の感触

を示す。

なぜなら、ツェヒ自身の定義によれば、データとはコード化された情報であった（前述Ⅱ.2.(1) 参照）。（例えば、機械語の形式をとっている）構文論的情報は、二種類のルートによって発生する。一つには、精神的活動（geistige Tätigkeit）によって作り出された知的財産としての意味論的情報がコード化されることによって、構文論的情報が発生する。他方でビッグデータの文脈において問題となる構文論的情報は、既存の構造的情報（strukturelle Information）が自動化された記録（automatisierte Aufzeichnung）によって構文論的情報へと「翻訳（Übersetzen）」、すなわちコード化されることによって発生する。

構文論的情報、すなわちデータが原始的に発生する過程を分析したところ、コード化こそが、データ作成者を選定する上での明確な結合点（klarer Anknüpfungspunkt）を示しているとツェヒは主張する。まさに例えば、BGB 950条の加工や刑法における「書き込み行為」において見られるように、作成、すなわちコード化を経済的に招来した者にスポットライトを当てることができるのだとツェヒは敷衍する。複雑な機械の場合であれば通常、経済的な稼働者に当たるのは、「記録設備や測定設備を維持（unterhalten）し、効率的に使用するという点に配慮を行い、そしてそのために必要な費用（erforderliche Aufwendungen）を負担している」ような人物、例えば車両の所有者（Halter）であったり、製作機械を使用する企業主（Unternehmensinhaber）であろうと、ツェヒは例示する。

そこでツェヒの次なる分析の対象は、上記のような経済的観点に基づき、データを法的に割り当てるのが、経済的に有意義である（wirtschaftlich sinnvoll）のかという点、あるいはそのような法的割当ては正当化され得るのかという点、そしてそのような法規則（Rechtsregel）を作り出すのは誰であるのかという点へと移ることになる¹⁸¹⁾。

d) 「データ作成者の権利」の創設

aa) 立法的行為の必要性

現行法上、データに対する所有権のような権利が存在しないことについては、「データ所有権」構想に否定的な論者¹⁸²⁾同様にツェヒも賛意を示している。確かに、判例による法の継続形成 (richterliche Rechtsfortbildung), すなわち判例法によって、「データに対する排他的権利」を作り出す可能性自体は完全に否定されるわけではない。しかし、たとえ BGB 823条1項の意味における枠組の権利 (Rahmenrechte) たる「その他の権利」として (判例上) 承認することによって、純粋な防御機能 (Abwehrfunktion) しか有さない絶対権 (absolute Rechte) を作り出すことには問題がなくとも、移転可能な排他的権利の創設に際しては立法的行為 (gesetzgeberisches Handeln) が必要なのだとツェヒは力説する。実際、データベース製作者の独自の保護の例に見られるように、排他的権利による財貨の原始的な帰属は、特に議会留保 (Parlamentsvorbehalt) に服する本質の問題だと評価され得るとも付言している¹⁸³⁾。

また、排他的権利を作り出すということは、同時に第三者の一般的行為自由 (allgemeine Handlungsfreiheit) の制限や企業的領域 (unternehmerischer Bereich) において競争自由 (Wettbewerbsfreiheit) の制限を常に伴うことになる。ゆえに、排他的権利を新たに打ち立てるに相応しいだけの正当化事由が要求される場所、ツェヒはそのような正当化事由は四つ存在するのだと主張している¹⁸⁴⁾。

bb) 「データに対する移転可能な排他的権利」の導入に関する正当化事由

以下、ツェヒが挙げる四つの正当化事由を順に見ていく。

aaa) データ収集についてのインセンティブの付与

まずツェヒは、精神的所有権 (geistiges Eigentum) の背後に存在する経済的考量と同じように、データ作成者の権利を承認することによって、データ収集 (Datenerfassung) のためのインセンティブ (Anreiz) が発生するという点を挙げている。すなわち、データ収集のために費用のかかる記録技術が必要であるとしても、収集された当該データに対する排他的権利を自由にできるのであれば、潜在的なデータ作成者にとって魅力的になり

得るというわけである。「しかしながら、精神的所有権という権利、特に特許権（Patentrecht）や著作権の場合とは異なり、データ作成者の権利は必ずしもイノベーションのための直接的なインセンティブ（direkter Innovationsanreiz）を意味しない」と、ツェヒは注意的に述べる。つまり、「データに対する移転可能な排他的権利」を承認したとしても、知的財産権を法的に保障することによって生まれ得るようなイノベーションを生み出すインセンティブへと直接につながるわけではなく、「単に分析可能なデータ量が増す」に過ぎないのである¹⁸⁵⁾。むしろ、分析可能なデータ量が増えるということは、その利活用によって、従来よりも強度の高いイノベーション活動を間接的にもたらし得ることにはなる。

もっとも、このような理由づけに対しては、技術がさらに発展することで記録によるデータの作成コストは恒常的に下降しており、それに伴い上記のような法的インセンティブについての需要も低くなり続けているという本質的な反論がなされると、ツェヒは併せて述べている。特にデータ保護法上、むしろ議論されているのは、「データの収集が實際上、福祉上昇的（wohlfahrtssteigernd）であるのかどうか、それどころか福祉下降的（wohlfahrtsmindernd）であるのかどうか」という点、すなわち個人データはセンシティブな性質を有しているために、企業による個人データの収集が市民の利益になるどころか、不利益に繋がりがかねないという懸念である。ただ、個人データにまつわる特有の事情を除けば、「収集されたデータを（*他者に）利活用させるという見込み（Chance）は、十分なコード化のインセンティブを（*データ収集者へ）既にもたらしめている」のだと述べてもいる¹⁸⁶⁾。

bbb) 公開についてのインセンティブの付与

二つ目の論拠としてツェヒが挙げているのは、対価（Entgelt）を得られる見込みによって、秘密情報財（geheime Informationsgüter）の公開（Öffentlichmachen）を促進するというインセンティブである。このような考え方は、上述の論拠と同じく、無体財産権を正当化する従来の論拠に基づい

ている。すなわち、収集された記録データは、簡単に秘密にされてしまうところ、「移転可能な排他的権利」をその記録者に認めることで、仮に記録者自身は分析能力を有していないとしても、他の市場参加者(Marktteilnehmer)が分析のために自由に使用することで、マクロ経済的な剰余価値(gesamtwirtschaftlicher Mehrwert)を生じさせることに資する。

よって、ツェヒは、収集されたデータを記録者が公開することについてのインセンティブの観点からも、「データに対する移転可能な排他的権利」の有用性を主張している¹⁸⁷⁾。

ccc) 市場の創設

ツェヒが挙げる第三の論拠は、上記二つの論拠と同様に、無体財産権の分析から周知である論拠、すなわち排他性(Exklusivität)を欠いているがゆえに取引が難しい(schwer handelbar)財のための市場を創設するということに関係している。

他の情報財のように、データの取引では、その交渉に際して多かれ少なかれ(商品たる)データを取引相手方に提示せざるを得ない。しかし、提示することによって(特に秘密なのがウリである秘密情報財のような)データの価値は少なからず減少してしまうので、取引が難しいというジレンマ、すなわち情報パラドックス(Informationsparadox)が存在する。だがこのような事情によって生じる市場の失敗(Marktversagen)は、排他的権利の保障によって除去され得るとツェヒは述べる。

ツェヒによれば、「データを分析する権利は、その分析から最も高い利益(höchster Nutzen)を引き出すことができ、そしてそれゆえに最も高い価格(höchster Preis)を支払う者によって取得される」。したがって、上述した公開についてのインセンティブと(「データに対する排他的権利」を取引する市場の創設によって実現するであろう)この取引可能性(Handelbarkeit)は、データの(市場原理を通じて達成される)最適配分(optimale Allokation)をもたらすとされる¹⁸⁸⁾。

以上の理由からツェヒは、「データに対する排他的権利」がデータの取

引可能性とそれにより実現し得る市場でのデータの適正な配分をもたらすのだと述べている。

ddd) データの利益に関する帰属の明確化

以上の三つの論拠に加えて、ツェヒが最も重要な観点であると前置きをして述べている最後の論拠は、データの利益（Datennutzen）に関する帰属の明確化である。

すなわち、経済的な観点で責任を負っているデータ作成者（wirtschaftlich verantwortlicher Datenerzeuger）のもとに排他的権利が原始的に生じることで、ビッグデータ利活用の場面におけるデータの利益に関する帰属の規律も行われるという点である。

上記帰属については、契約によって前もって規律しておくということも、確かに十分考えられよう。だが、法律上、原始的な権利者を定めておくこと、言い換えればデフォルトでのデータ帰属主体を法律で予め明らかにしておくことは、契約によって当事者が法律上の帰属とは異なる定めを行ったりする際の基礎として役に立つだけでなく、契約での規律に不備が存在していたとしても、データ利益の配分に関して、そのような不備を補う役割を果たすのだとツェヒは主張する。

例えば前述のIoT農業トラクターの例で言えば、「データに対する排他的権利」の権能の一つである）データに対する利用権（Nutzungsrecht）は、（契約上の定めがない場合には）トラクターに関して経済的に責任を負っている稼働者へ割り当てられるであろう。この場合の稼働者とは、（ツェヒによれば、経済的な観点に基づいて判断することになるので）農場経営者（Hofinhaber）ないしは農作業を委託された下請事業者（Inhaber eines Subunternehmens）であったりする。

もしも、IoT農業トラクターのメーカーや農地所有者といった、経済的に責任を負っていない人物へデータ利用権が（何らかの諸事情のゆえに）帰属することが望ましいのであれば、——法律上のデータ帰属主体とは異なる規律を行う以上——そのような内容を有する契約上の規律（vertragliche Rege-

lungen) が必要であろう。そのような契約がされていない場合に、例えば農地所有者が自動的に権利を取得する (automatischer Rechtserwerb) というようなことはない。なぜなら、農地という有体物に関する記録とそのような記録の利用は、BGB 903条1文によって農地所有者へ割り当てられてはいないからである。ただし、農地所有者が、自身の土地所有権に基づく物権的請求権によって、トラクターによる走行を阻止することは当然可能であるため、——トラクターの走行を許可することと引換えに、農地所有者へデータ利用権を認めさせるという意味において——農地所有者が、(経済的に責任を負う稼働者との間での) 契約で自身のためにデータ利用権を定めるよう強いることは、実際上あり得る。

ともかく、「データに対する移転可能な排他的権利」という法律上のルール (Regelung) を設けることによってデータの帰属を明確化することは、全くもって事実適合的 (sachgerecht) であり、同時にビッグデータ利活用の望ましい促進が生じ得るのだとツェヒは述べる¹⁸⁹⁾。

e) 検 討

以上のようにツェヒは、データを現行法上、包括的に特定の人物へ帰属させている法的メカニズムは存在しないことを確認した上で、「データに対する移転可能な排他的権利」の導入を立法論として提唱している。なぜなら、上記権利を立法で生み出すことによって、以下のようなメリットをツェヒは見据えているからである。

まず、ビッグデータ時代において情報を処理・分析する主役は、もはや人間ではなく AI などの機械であるため、情報は機械が理解できる形式、すなわち構文論の情報でなければならない (要するに情報は、「データ」になっていなければ機械で処理できない)。そしてそのような機械語への「翻訳」に当たる「コード化」は、IoT 機器のような記録設備や測定設備などによって行われている場合が多い。

したがって、ビッグデータ分析の燃料・原料となる構文論の情報 (データ) を生み出す機器の維持などに要する費用を負担している人物 (すなわ

ち機器の経済的な意味での稼働者）へと「データに対する移転可能な排他的権利」を法的に割り当てることは、BGB 950条の加工や刑法上の「書き込み行為」概念などにその法的根拠を求め得るだけでなく、経済的観点からもデータを生み出すインセンティブを当該人物へ付与することになり、その結果としてデータ量の増加が見込まれるというメリットをもたらす。

また、データ作成者自身がデータ分析のリソースを有さないために他者へデータ（に対する権利）を「譲渡」したいと考える場合には、収集されたデータは市場を通じて適正に配分され利活用されることになるというビジョンを「データに対する移転可能な排他的権利」が促進するのだと、ツェヒは考えている。

そして最後に、ツェヒが最も重きを置いている、「データに対する移転可能な排他的権利」導入のメリットは、データ利益の原始的帰属が法律上明確になるという点である。すなわち、データ作成プロセスには実に様々な人物が関与する可能性がある。まさにツェヒが挙げているIoTトラクターの例で言えば、トラクターを実際に運転する農場の従業員、従業員を雇用する農場経営者、（農場経営者とは別の人物である場合には）農地の所有者、そしてトラクターメーカーなどの人物である。

これらの人物のうち、はたして「データは誰のものか？」という難問について、ツェヒは経済的観点という切り口からデータの原始的帰属主体を法律上、規律することを試みた。前述Ⅲ.2.(1)で紹介したヘーレンが主に分析の対象としていたのは、クラウドのようにデータ記憶媒体とデータの所持者が別人格な場合であり、その結論はデータ記憶媒体の所有権に「データに対する権利」を追従させるのではなく、データそれ自体を客体とする「データ所有権」を民法上承認すべきではないかという内容であった。

つまり、「データは誰のものか？」という問いに関して、ヘーレンは「データは記憶媒体所有者のものではなく、データ所有権者のものである」という点、すなわちデータはデータ記憶媒体と命運を共にするわけではな

く、データそれ自体の権利関係と向き合う必要性を論証した。

それに対してツェヒは、——「データ所有権」は民法上、あり得るのだというヘーレンの分析結果を立法論として受け継ぎつつも——データ帰属主体の候補者が複数存在する場合に、はたしてどの人物がデータ帰属主体なのかの判断基準をより具体的に明らかにするべく、——さらには「データに対する移転可能な排他的権利」導入の立法事実も併せて——分析を試みたのだと評価できよう。

なお、ツェヒの言う「データに対する移転可能な排他的権利」とは、民法上の「データ所有権」と同義語なのか否かという点に関しては、後述IV.2.(2)a)にて詳述する。

3. 「データ所有権」構想自体に懐疑的な見解

前述Ⅲ.2.で見たように、「データ所有権」（ないしは「データに対する移転可能な排他的権利」というデジタル社会・デジタル経済を後押しする法的構想がヘーレン（前述Ⅲ.2.(1)参照）やツェヒ（前述Ⅲ.2.(2)参照）によって打ち出されて以降、上記構想をめぐる法的議論は一気に活発化した。

そのような議論動向において、やはり少なからず目立つのは、「データ所有権」構想に対して懐疑的であったり、真っ向から対峙する見解である。「データ所有権」構想に否定的な論者は、データが財貨的性質を有する重要な存在であるという共通認識自体を——「データ所有権」を肯定するヘーレンやツェヒ同様に——有してはいるが、ドイツ民法体系（特にパンデクテン物権法体系）との整合性や無体物であるデータ特有の性質といった種々の理由から、データに対して所有権を認めることはできないという結論に至っている。

その反対根拠を要約すると、以下の通りにまとめられるであろう。

(1) 「データ所有権」構想に対する反対説の諸根拠

a) 有体物との性質の相違

「データ所有権」構想を否定する見解が真っ先に挙げているのは、有体物とデータとの性質の違いである。

土地のような有体物は、誰かと同時に使用することができないという性質を有する競合財である。そのため、他者との衝突を回避するために、所有者へ所有権という形で排他的利用権 (exklusives Nutzungsrecht) を認める必要がある¹⁹⁰⁾。

他方でデータは、非競合性、非排他性、そして損耗し得ないという三つの特徴を有している (前述Ⅱ.2.(4) 参照)¹⁹¹⁾。そのため、データには有体物に対して所有権を認める必要性に至ったような衝突状況 (Konfliktsituation) が存在しておらず、所有権のような排他的権利を認める必要はないと主張されている¹⁹²⁾。

b) 情報の自由な利用が脅かされるリスク

以上のように、潜在的に無数の利用者が自由に利用できるという性質を有していることから、データはその利用において公共財 (öffentliche Güter) の性格を有していると一般的に言われている¹⁹³⁾。

また、言論の自由、情報の自由、出版の自由および学問の自由 (Meinungs-, Informations-, Presse- und Wissenschaftsfreiheit) をGG 5条¹⁹⁴⁾が保障していることに鑑みれば、「データに対する所有権」を導入することで、情報の自由な流通 (freier Fluss) が阻害されてしまう恐れがあるという点も、反対理由として挙げられている¹⁹⁵⁾。既存の所有権規定は、所有者の権利と公共の権利とを上手く調和させるために、その保護領域からデータを排除しているため、その帰結としてデータや (データにおいて具体化された) 情報は排他的な法的帰属から自由な存在なのだとは主張されている¹⁹⁶⁾。

c) BGB 823条2項の「保護法規」を通じた不法行為法上の保護の可能性

さらにドイツ不法行為法特有の構造を前提として、F・ファウスト (Florian Faust) は、以下のように主張している。

「BGB 823条1項は、同条で列挙されている諸権利のいずれかの違法かつ有責な侵害の場合にのみ損害賠償請求権を認めている」ために、「データに対する権利」の存在如何で、結論は確かに変わり得る（ドイツ不法行為法における、いわゆる「権利性」の要件）。しかし、「データに対する権利」が承認されていないために、単なる過失による侵害の場合に被害者が損害賠償を請求できないという問題¹⁹⁷⁾は、(BGB 823条1項の「その他の権利」として)新たな排他的権利を創設する以外の方法によっても解決可能であると言う。例えば、BGB 823条2項の意味における「保護法規の発布(Erlass)」によって上記問題は解決できると、ファウストは述べている¹⁹⁸⁾。

すなわち、たとえ BGB 823条1項の「その他の権利」として「データに対する権利」を新たに創設しないとしても、BGB 823条2項の「保護法規」に該当するような法律を民法の外側に設けることで、「伝達ベルト」たる同条2項¹⁹⁹⁾を通じて不法行為責任を構成する途が存在しているということ、ファウストは述べているものと思われる。

d) 経済的考慮

S・E・シュルツ (Sönke E. Schulz) は、否定的な理由の一つとして、「データ所有権」のようなデータに対する排他的権利を創設することで、確かに法的安定性を高めるという目的は達成されるかもしれないが、そのことによって、「場合によってはさらなるイノベーションや取引モデル (Geschäftsmodelle) にとって邪魔になり得る恐れのある曖昧な権利」が発生してしまう危険の存在を指摘している²⁰⁰⁾。このことは、テクノロジー分野が非常に高速で移り変わり、そしてそれゆえに、短時間で「データ所有権」の法的理解 (rechtliche Erfassung) を (技術が発展するのに合わせてその都度) 適応させなければならない可能性が存在するのであれば、なおさら妥当するともシュルツは付言している²⁰¹⁾。

また、競争法の観点から「データ所有権」構想に否定的な意見も述べられている。すなわち、GAF Aのように力の強い企業が、データを囲い込んでしまうことにより、ますます市場支配力を強めることを「データ所有

権」は助長しかねないという——いわゆるロックイン効果に対する——懸念である²⁰²⁾。

e) 欧州レベルでの規律の必要性

最後に、——必ずしも「データ所有権」構想を否定する趣旨ではないが——データは容易に国境を越えて流通し、利活用されるという性質を有しているがゆえに、EU データベース指令、DS-GVO やe プライバシー指令・規則案に見られるように、データの規律に関してはもはや一国の問題にはとどまらないため、欧州全体で足並みを揃えなければならないのではないかという平準化の観点から、少なくともドイツ国内レベルで「データ所有権」という排他的権利を導入することには疑問が投げ掛けられている²⁰³⁾。

(2) 「データ所有権」否定論者の今後の方向性

「データ所有権」構想に否定的な見解が挙げる主な理由は、さしあたっては以上の通りである。ところで反対説が述べるようにデータを民法上の所有権の客体から潔癖に排除するとした場合、次なる疑問として当然に生じるのは、データの帰属をどのように——「データ所有権」以外の方法で——規律することになるのか、ないしは帰属の規律はもはや諦めざるを得ないのかという点であろう。データが財貨的価値を有するということは、「データ所有権」構想に否定的な論者自身も認めるところであり、そして実務上も大きな関心を集めている以上、たとえ上記構想を否定する立場に立つとしても、この問題を避けることは難しいであろう。

さしあたり、「データ所有権」以外の方法でのデータの規律として民法上想定され得るのは例えば、①「データ所有権」という積極的な帰属形態ではなく、不法行為制度を通じた損害賠償請求権を獲得させる可能性を用意することで、いわば消極的にデータを帰属させる方法（後述Ⅲ.4.参照）、② 帰属ではなく利活用さえできれば構わないという観点から「データアクセス権」を契約等によって規律するという方法（後述Ⅲ.5.参照）、ないしは③ データ作成・発生プロセスの事实的性格に着目して「データ占有」

という形でデータの事実的帰属に一定の保護を与える方法（後述Ⅲ.7.参照）などが挙げられるであろう。

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

前述Ⅲ.3.では、「データ所有権」という構想に対して、伝統的通説の立場から投げ掛けられている懸念等について見た。そこで現行法の枠組みに与える負荷を最小限に抑えるべく物権法から離れて、不法行為法レベルで「データに対する権利」が保護され得るのかを探る論者が登場している。

(1) データ記憶媒体とデータの所持者の不一致現象をもたらす今日的な問題点

a) バルチュの具体例

例えばデータの法的保護に関して、M・バルチュ（Michael Bartsch）は、「BGB 823条1項に基づく法益としてのデータ」²⁰⁴⁾と題する論稿において、（フロッピーディスクやハードディスクといった）自身のデータ記憶媒体上に自分のデータを常に保有していた時代であればともかく、クラウドが発達したことでデータ記憶媒体とデータの所持者の不一致が容易に生じ得る今日では、有体物であるデータ記憶媒体の保護を媒介とすること（データ記憶媒体所有権を介した反射的保護）によるのみでは、データをもはや十分に保護し得ないという現代的な事情を踏まえた議論を展開している。

バルチュは具体例を挙げることで、自らの問題意識を分かりやすく説明している。バルチュが挙げている例として、Aがデータ・バックアップ（Datensicherung）のために、Bが所有するPCへデータをコピーした後、技術的故障（technischer Defekt）によってAの手元からデータが失われ、さらにBのPCまでもが盗まれてしまうという設例がある。この場合、有体物であるPCの所有権に基づく物権的請求権や所有権侵害を理由とするBGB 823条（1項）に基づく損害賠償請求権などはともかくとして、Bには当該窃盗犯に対して主張できるような、データに関する何らの請求権も

存在しない。なぜなら、データはBの「もの」ではないからである。また、AによるB所有PCの利用関係が使用賃貸借（Mietvertrag）関係である場合、BGB 599条²⁰⁵によりBはAに対して責任を負わないので、Bは財産的不利益（Vermögensnachteil）を被らず、その限りにおいてデータがPCごと盗まれたことでBは損害を被っていない（むしろPC本体の窃盗に関してはBが有する所有権に基づいて、BGB 823条1項による不法行為法上の損害賠償請求やBGB 985条²⁰⁶による物権的返還請求などを行うことができるであろう）。また、バルチュは、（自身所有のPCを盗まれたBと当該窃盗の間接被害者であるAとの間における使用賃貸借関係に基づく）第三者損害の賠償（Drittchadensliquidation）についても、厳格な要件（enge Indikation）ゆえに問題にならないと言う²⁰⁷。よって、「BGB 823条1項がデータ記憶媒体のみを保護している（*という従来の考え方に依拠する場合）、Aは何らの救済も得られない結果になってしまうとバルチュは述べる²⁰⁸。

上記の他にもバルチュは、データ記憶媒体とデータの所持者が異なるいくつかの具体例を列举することで、有体物であるデータ記憶媒体を介したデータの間接的な保護は、もはや解決策ではなく、むしろペテン（Trick）であるように思われると厳しく批判する²⁰⁹。その上で、データ記憶媒体に固執したために生じた上記結論には問題があるとして、データそれ自体に目を向けた議論の必要性をバルチュは説く。

結論としてバルチュは、有体物であるデータ記憶媒体という物質（Materie）のおまけ（Anhängsel）としてのみデータは不法行為法による保護を受けるのではなく、BGB 823条1項における「その他の権利」としてデータそれ自体が保護されるべきだと主張する。ただし、データそれ自体の不法行為法による保護は、著作権法（特にデータベース製作者に関する規定）の趣旨を踏まえて、一定程度制限されるとも付言している²¹⁰。

b) リームの具体例

T・リーム（Thomas Riehm）もバルチュ同様、今日までの判例・裁判例による法律構成、すなわちデータ記憶媒体に対する所有権・占有を媒介と

したデータの法的保護は、「データそれ自体を把握しているのではなく、単にその（*データ記憶媒体上への）有形化（Verkörperung）を把握しているに過ぎ」ず、クラウドの普及した今日において、このような法的構成による解決はもはや十分ではないと批判している。なぜなら、「BGB 823条1項によれば、データ記憶媒体の所有者のみが所有権侵害に基づく損害賠償請求権者である」ところ、例えばクラウドサービスのような場合には、当該サービスに供している有体物であるサーバーの所有者に該当するのは、実際にデータを当該サーバーに保存した利用者ではなく、クラウドサービス提供者だからである。それゆえに、サーバー上に保存したデータが第三者による変更によって侵害されたとしても、まず、サーバー所有者であるクラウドサービス提供者には、「固有の」損害が発生していないため、当該第三者に対する何らの請求権も発生しない。そして次に、クラウド利用者は、データについて固有の利益を有してはいるが、サーバー所有者ではない以上、固有の請求権を有しないとされている。

なお通常、（データ記憶媒体の所有者である）クラウドサービス提供者は、（データに対する権限者である）クラウド利用者との契約関係を介して拘束されているため、第三者損害の賠償などの構成を介して、利用者を生じた実際の損害を処理する可能性は確かに存在するかもしれないが、特に国境を越えることもしばしば見受けられるクラウドサービスでは、そもそも当該サービスにまつわるあらゆる法律関係がドイツ法に服していない場合には、それすらも疑わしいとリームは述べる²¹¹）。

また、リームは問題状況を明確にするためにバルチュ同様、具体例を挙げている。すなわち、「家宅侵入に際して、他人のメモ、写真やCDを奪い取り、これらを破壊する者は、いずれにせよ疑いなく要件上（tatbestandlich）、所有権侵害を理由として BGB 823条1項に基づき責任を負う」。他方で、メモ、写真や情報が何らかの物理的なデータ記憶媒体上で「（*情報等の）所持者」の所有物として有形化されておらず、サービス提供者のクラウドに存在しているならば、蓄積された情報が第三者によって回復不能なほど

破壊された場合には、「（＊有体物であるデータ記憶媒体を介することを前提とした）上記責任構成は空を打つ（ins Leere gehen）」のだとリームはバルチュと同じく、データ記憶媒体に固執する従来の法的構成を厳しく批判する²¹²⁾。

結論としては、リームもバルチュ同様、「データに対する権利」を BGB 823条 1 項にいう「その他の権利」として構成することでデータそれ自体の保護を試みている²¹³⁾。

（２）不法行為法（BGB 823条 1 項）における「データに対する権利」の承認

従来の法的構成には以上のような問題点が存在していることから、バルチュやリームは、「データに対する権利」を BGB 823条 1 項の「その他の権利」として承認し、不法行為法において保護すべきだと主張するに至っている。

その際、次に検討されなければならないのは、「データに対する権利」を「その他の権利」として承認しても良いのかという点、言い換えれば、「データに対する権利」は「その他の権利」の仲間入りをするための要件を充たしているのかという点である。なぜなら、BGB 823条 1 項の「その他の権利」は、絶対権に限られるとされているからである²¹⁴⁾。

よって、BGB 823条 1 項の「その他の権利」であるためには、問題となっている権利が、例えば所有権のように、——権利がある人物に割り当てられているという——割当内容（Zuweisungsgehalt）および——他者を排除し得るといふ——排他機能（Ausschlussfunktion）を有していなければならないとされている²¹⁵⁾。「その他の権利」に該当する権利として例えば、無体財産権などのほか²¹⁶⁾、一般的人格権（allgemeines Persönlichkeitsrecht）や設立され稼働中の営業に対する権利（Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）なども既に判例によって承認されている²¹⁷⁾。

要するに、「その他の権利」として承認されるためには、「データに対する権利」が割当内容（ないしは割当機能）と排他機能を有していなければな

らない。

a) 割当内容

まず、割当内容が「データに対する権利」に備わっているかについてであるが、リームはこれを肯定する。なぜなら割当内容は、データを蓄積した人物が、蓄積されたデータへの初期の事実上のアクセス可能性 (initiale faktische Zugriffsmöglichkeiten) を有していることから結果として生じるためである²¹⁸⁾。

b) 排他機能

他方で、排他機能が「データに対する権利」に備わっているのだと根拠づけることは、一筋縄ではないとリームは言う。なぜなら、著作権によって保護されたソフトウェア (UrhG 69a条) やその他の著作物、データベース (UrhG 87a条) および特許権などでは排他機能が法的に規律されているが、通常のデータに関しては、第三者によるデータへの干渉に対する絶対的な法的保護は、明文上存在しないからである。

しかし、「(……) データ記憶媒体への物理的なアクセス (*フロッピーディスクや CD-ROM などへ直接にアクセスする従来の事例)、あるいはデータ記憶媒体への事実的支配力の保有者によるデータの漏洩 (Preisgabe) (*クラウド提供者がサーバーに保存されているデータを漏洩させる事例) のいずれか一方」がなされない限り、「データは第三者の干渉から純粹に事実上保護されている」。端的に言えば、例えばクラウドにおいて、その利用者が ID・パスワードを適切に秘匿していれば、ハッキングでもされない限りデータは外部に漏れることはない。また、確かにクラウド提供者はデータ記憶媒体へ事実的支配力を及ぼしてはいるものの、データへのアクセス権限を有していないことがクラウド利用者との契約において定められていることが通常であるため、結果的にクラウド利用者たる「データ権限者」とデータとの関係は「排他的」に形成されていることになる。そしてこのような排他的関係は、StGB 202a条や同303a条によって刑法上も承認されている²¹⁹⁾。

よって、「データに対する権利」は、BGB 823条1項の「その他の権利」として承認され得るのだとリームは結論づけている²²⁰⁾。

(3) 法的効果面

最後に、不法行為法における「データに対する権利」の法的効果面に関して、若干触れることにしたい。

リームは、法的効果面についても基本的には、BGB 249条²²¹⁾以下の一般原則に従うことになると言う。すなわち、まず第一に原状回復（Naturalrestitution）が問題となるため、加害者は——消去したデータのコピーを有しているのであれば——データの復元（Wiederherstellung）についての義務を負うことになる（BGB 249条1項）。実務ではバックアップを用いたり、あるいはハードウェアから「データレスキュー（Datenretter）」したりするために必要な金額の賠償請求権が問題になるであろうと、リームは述べている（BGB 249条2項）。

また、リームによれば、データの復元が不可能である場合やデータの財産的価値と復元費用が釣り合わない場合には、加害者はデータの財産的価値について金銭賠償のみを負い、現物での復元（Wiederherstellung in Natur）は問題にならないとされている（BGB 251条²²²⁾）。

なお、BGB 254条²²³⁾によって、被害者の共同の故意・過失（Mitverschulden）を理由とする請求権の縮減²²⁴⁾があり得るともリームは付言している。ただこれは、データが消去されることに関して、データの所持者にそもそもどのような責務（Obliegenheiten）が帰せしめられているのかという難しい問題である。ゆえにこの点に関しては、——プロと素人では、責務の具体的内容を同列に語ることは難しいので——個別具体的に判断せざるを得ないとリームは述べた上で、むしろ判例を通じて基準が精緻化されることに期待を寄せつつ、締めくくっている²²⁵⁾。

(4) 小 括

以上が、データを不法行為法において保護することを志向する見解の基本的な主張内容である。

この見解の長所としてまず挙げられるのは、BGB 823条1項の「その他の権利」という民法典自体が有するバッファ的存在において「データに対する権利」を解釈論として受け止めることにより、物権レベルで「データ所有権」を取り入れる場合と比較して民法体系全体に与える負荷が小さいであろう点である。言い換えれば、現行法の枠組みを維持したままで、かつデータ記憶媒体所有権を介することなく、データそれ自体の保護が実現できるというメリットがある。むしろ明確に立法化してしまうと、判例・学説が「データに対する権利」をより精緻化させる上で、妨げにすなりかねないとリームは見ている²²⁶⁾。

確かに、StGB 202a条や同303a条といった保護法規を介した BGB 823条2項による不法行為法上の保護の可能性自体は、既に現行法において存在しているが、その保護は故意による侵害の場合に限定されている(前述Ⅱ.3.(2)b)bb)参照)。ゆえに、「データに対する権利」を BGB 823条1項の「その他の権利」として承認することによって、故意による侵害のみならず過失による侵害の場合にも、データが不法行為法によって保護され得ることになるだろう。

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

(1) 契約による規律およびその問題点

現在の法実務では、「データ所有権」の存在自体について懐疑的であることから、誰がデータを有することになるか、すなわちデータが帰属するのは誰なのか、あるいはデータを利用できる(いわゆる「データアクセス権」を有する)のは誰なのかという点は、契約当事者間での契約条項によって、もっぱら規律されているようである²²⁷⁾。なぜなら、契約対象が有体物で

あることを契約法は前提としておらず、データの取扱いを柔軟に取り決めることができるからである。よって、実務では様々な契約形式によってデータに関する取決めが行われている状況である²²⁸⁾。しかしながら、契約手法によるデータ規律には問題点も存在する。

確かに、データに関して結ばれた契約は当事者間では有効であるため、その一方があたかも「データ所有者」であるかのようなデータ支配も当然取り決め得るが、「このことはデータに対する所有権が発生する」ということをむしろ意味しないので、所詮は債務法上の効力しか有しておらず、万人に主張できるような物権的効力は持たない²²⁹⁾。つまり、契約外の第三者が無権限アクセスを行ったとしても、当該第三者に対して契約当事者は契約条項の効力を主張し得ない²³⁰⁾。

このように、たとえ契約によって排他権的な法的地位や「データアクセス権」を取り決めたとしても、契約の相対効という構造的弱点は常に付きまとうことになる。また、契約上の地位（債権のようないわゆる相対権）が第三者によって侵害されたとしても、BGB 823条1項は原則として絶対権を保護の対象としているので、損害賠償請求権の可能性は用意されてもいない²³¹⁾。まさに契約による規律がそのような問題点を抱えているからこそ、「データ所有権」という絶対権の是非が激しく議論されているわけである。

ただ、「データ所有権」構想に対してどのようなスタンスをとるにせよ、複数の利害関係者間におけるデータの（帰属やアクセスといったような）取扱いを規律する何某かの手段は、いずれにしても必要であろう。その際、上記のような契約手法による「データアクセス権」の設定は、現行法における一つの方策としてあり得る。

（２） 契約によらない「データアクセス権」の規律

ところでこの点に関して近時、「データ所有権」構想には賛同しないという態度表明を行った上で、データ発生に関わる複数関与者の関係を契約

によらない「データアクセス権」という形で明確化することこそが、今の時代では求められているのだと主張する見解も現れた。「データ所有権」論争で主に問われていたのは、データに対する排他的な法的地位が存在し得るかどうかという点であったことを勘案すれば、——契約手法による「データアクセス権」規律と同様に——データの排他的帰属ではなく利活用へと目線を転じている現実的かつ手堅い見解だとも評価できよう。この見解は契約による規律が抱える上記のような法構造的弱点をもとより克服するものではないであろうが、データに関わる多数利害関係者の関係性の明確化を——「データ所有権」や契約といった形式を用いずに——試みているという点において、まさに「データに対する移転可能な排他的権利」の帰属主体を経済的観点によって決するというツェヒのアプローチ(前述Ⅲ.2.(2)参照)とは別の角度から、——すなわち「帰属」ではなく「利活用」という側面から——同様の問題に切り込んでいるとも評価できよう。

この見解を主張する U・コルンマイヤー(Udo Kornmeier)と A・バラノフスキー(Anne Baranowski)は、「データ所有権」のような新たな排他的かつ物権的なデータ権(exklusives dingliches Datenrecht)を創設する必要性は存在しないものの、人工知能やビッグデータ分析などの発展のためには、公共体(öffentliche Hand)のデータや巨大IT企業が蓄えているデータの宝(Datenschätze)へのアクセス、すなわちデータ利活用が問題になるので、データ作成に関与する複数人物の関係を明確にするべきだと述べている²³²⁾。

(3) 「データに対する所有権」という帰属形態の不存在

「データアクセス権」に関する検討に先立ち、コルンマイヤーらは、現行法を前提とした場合に、データ権限者へのデータの帰属がどの程度まで問題となるのかについて考察を行っている²³³⁾。

その際彼らは、(データベース製作者がその作成に関して行った投資を保護するための権利を保障している UrhG 87a条に見いだせる)投資保護の思想や書き

込み行為を基準とすることによってデータ作成者を決めるという試みは、データ権限者の確定のための基礎にはなり得るとして関心を示しつつも、結論として「データに対する所有権」は、現行法を前提とすれば存在しないと述べている²³⁴⁾。

(4) 「データアクセス権」の今日的な重要性

もっともコルンマイヤーらは、「データ所有権」構想を否定しながらも、実務でのデータ利用がもたらす有用性までも否定するわけではない。それどころか、データ駆動型経済（datengetriebene Wirtschaft）やデジタル取引モデルの創設および促進は、まさにデータの収集や処理のみならず、（新規）企業がデータへアクセスできるようにするという点にかかっているのだと力説する。なぜなら、データの事実上の独占が生じることによって、市場力（Marktmacht）の（さらなる）強化（Ausbau）を許してしまうと、より重要で社会的な目標という利益（Interesse übergeordneter gesellschaftlicher Ziele）の点で、妨げとなるからであると言う。すなわち、人工知能やビッグデータ分析などが発展するためには、——分析材料たる大量のデータが不可欠であるがゆえに——データへのアクセスが必要不可欠なのである²³⁵⁾。

(5) 公共サービスにおけるデータアクセス

まずコルンマイヤーらが、データアクセスが問題となる場面として挙げているのは、治安（Sicherheit）、交通、健康、エネルギー管理（Energiebewirtschaftung）などの公共サービス（öffentliche Daseinsvorsorge）である。これらに関する職責を果たすために、公共体は、場合によっては各分野において活動する企業が収集しているデータへのアクセスを要することもある。例えば、大災害が発生した場合に、携帯電話の所在地データ（Standortdaten）へのアクセスを国家的立場（staatliche Stelle）が行うという例を彼らは挙げている²³⁶⁾。

(6) 企業間での「データアクセス権」

——複数関与者間における関係の明確化——

次に公共サービス以外に「データアクセス権」が問題となる場面として、コルンマイヤーらは企業活動を挙げている。例えば、アウディとディズニーが提携して設立したホロライド (Holoride)²³⁷⁾ という共同企業 (Gemeinschaftsunternehmen) は、自動車走行中のバーチャル・リアリティ空間を演出するというユニークな取組みを行っており、まさにこのように複数の企業が、共同のプラットフォーム (gemeinsame Plattformen) を経由して相互にデータへのアクセスを構築するという事例は増えているのだと、彼らは力説する。確かに上記のホロライドの事例に見られるように、第4次産業革命やIoT技術の発展によって、複数の異なる会社が同一のプラットフォーム上でデータを相互に共有したり交換したりするというケースは、今後増えてくるものと思われる。

このように複数の企業や人物が、データ作成には関与し得る。そのような状況を踏まえて、彼らは、BGB 741条²³⁸⁾ 以下によってデータへの相互アクセスを規律する試みを提案している。彼らは、特に BGB 743条²³⁹⁾ 2項によれば、持分共同関係 (Bruchteilsgemeinschaft) の「各持分権者 (Teilhhaber) は、他の持分権者による共同使用を害さない限り、共同の対象 (gemeinschaftlicher Gegenstand) を使用する権限を有する」とされることから、同条に基づいて、データ作成に関与した複数の人物は他の (データ) 共有者 (Joint Owner) のデータに対して相互的にアクセスし得るのだと主張する²⁴⁰⁾。

(7) 小 括

以上のように、コルンマイヤーらは、データに関して (いわゆる「データ所有権」のような) 絶対的な法的地位を創り出すことは必要ではなく、「有意義なのはむしろ、データ発生についての複数関与者の関係性を明確にすることであり、その際 BGB 741条以下の規律が一つの試みを示している」

のだと結論づけている²⁴¹⁾。

6. データ収集という一場面における物所有者の権能に着目する見解

ところで近時、データ収集という一場面に着目した分析を試みている論者も登場している。B・ラウエ（Benjamin Raue）は、物所有権規定について（デジタル時代という）時流に適った目的論的な解釈を試みることで、「データ所有権」は現行法において、既に存在しているのだと主張する²⁴²⁾。ただし留意しなければならないのは、まさに「データ収集場面における物所有者の権利」という論題の通り、限定的な場面を想定した上で、ラウエが「データ所有権」を議論の俎上に載せているという点である。つまり、「データ所有権」論争では多くの場合、データそれ自体に対する包括的な支配権ないしは帰属権の原始的割当てや法的効果、民法体系との整合性といった多岐にわたる論点をめぐって論戦が繰り広げられているわけであるが、その中でもラウエは「データ収集」という特定の場面に限定した分析を行っている。

別の表現をすれば、もっぱらデータ収集という一場面に限っては「データ所有権」をあえて構想するまでもなく、同様の法的帰結を既存の物所有権規定からも導けるのだと、ラウエは主張している——このことをラウエは「物所有権規定の目的論的解釈」と表現している。

(1) デジタル時代における物所有権規定の目的論的解釈

まずラウエは、他の論者同様、非物質的、非競合的な財であるデータの保護は、物所有権の保護とは異なる論理に従うということを前提とする²⁴³⁾。その上で、現状におけるデータの保護が「パッチワーク」的であることは認めつつも、そこに存在する保護の間隙は、「個々の人物へのデータの包括的な帰属によってしか埋め得ないというほど深刻（gravierend）ではな」く、「むしろ有意義なのは、既存の定評のある法制度（bestehende und bewährte Rechtsinstitute）のさらなる発展である」と述べて

いる²⁴⁴⁾。ラウエが言うところの「既存の定評のある法制度」とは、BGB 903条以下に定められている物所有権規定である。

(2) e プライバシー規則案 8 条 1 項を一般化する試み

ラウエが着目したのは、e プライバシー規則案²⁴⁵⁾ (E-Privacy-VO) およびコネクテッド・カーでのイベントデータレコーダーについてのアメリカ合衆国における規律の基礎を成している構想である。

e プライバシー規則案 8 条 1 項²⁴⁶⁾ は、エンドユーザー (Entnutzer) が収集に同意していない、または提供された役務 (angebotene Dienste) にとって (収集が) 必要でない限りにおいて、「エンドユーザーの端末からの情報の収集」を禁止することを意図している²⁴⁷⁾。

つまり、上記 e プライバシー規則案 8 条 1 項によれば、例えば有体物である (IoT) 自動車において収集されたデータへアクセスするという一連のプロセス、すなわちデータ収集プロセスに際して、自動車の所有者とデータ収集者が異なる場合には、データ収集者は当該自動車へのデータアクセスを行うために「物理的」アクセス権限を当該自動車の所有者から付与してもらう必要がある。このような方法で行われているデータ割当ての一般化をラウエは試みる。

すなわち、ラウエが自説の出発点としたのは、ある人物の所有物に第三者がデータ収集センサーを取り付けたいと考える場合、何らかの物理的アクセス (physischer Zugriff) を必要とするという点である。例えばデータ収集者たる第三者が、ある所有者の土地上にセンサーを取り付けるのであれば、当該土地への立入り (Betreten) という物理的アクセスを当該所有者に許可してもらう必要がある。あるいはコネクテッド・カーのような所有物それ自体が記憶装置も兼ねている場合には、当該自動車上に蓄積されているデータを読み取る (Auslesen) ための物理的アクセスを同様に当該所有者に認めてもらわなければならない。

もっとも、上記のようなラウエの構想は、「自己の物のデータに対する

権利」を志向するわけではないということに注意しなければならない（データそれ自体を所有権の対象にする意図ではない）。あくまでも、データ収集のために当該有体物との何らかの物理的接触関係（*physische Fühlungnahme*）が必要な限りにおいて、所有者は伝統的な物所有権の権能（物権的請求権）によって、第三者のデータ収集を禁止することができる。ゆえに例えば、「交通量調査に際して、（*道路を行き交う自動車という）他人の所有物（*fremdes Eigentum*）を単に観察しているに過ぎない者は、（*物理的接触関係を伴わない態様でデータ収集を行っているに過ぎないので、当該自動車の所有者が有する）所有権を侵害していない」のだとラウエは例示している²⁴⁸）。

（３） 検 討

ラウエは、——少なくともデータ収集という一場面に関しては——上述のように従来の物所有権規定をデジタル時代に合致するように目的論的解釈を試みることで、その限りにおいて「データ所有権」は、わざわざ構想するまでもなく存在しているのだと述べている。これはつまり、何らかの有体物への物理的アクセスを要するデータ収集場面に限っては、収集されるデータは事実上、当該有体物の所有者の「もの」であるに等しいような状態に置かれるからであろう。ゆえに、収集されたデータとの帰属関係という点において物所有者が「データ所有権」を既に有していると、ラウエは表現しているのだと思われる。

a) 物所有権規定に依拠することの限界？

しかし、ラウエの構想する意味での「データ所有権」は、結局のところ——現代的に目的論的解釈を行っているラウエ自身は述べているが——物所有権が及ぶ範囲に限定されるであろう。というのも例えば、土地所有者の所有権が及んでいる限りにおいて、自身の土地上でのデータ収集を土地所有権（ラウエ風に言えば、所有権規定を目的論的に解釈した「データ所有権」）に基づいて禁止するという結論自体には全くもって違和感はないが、それはつ

まるところ、単なる物所有権の行使そのものだからであろう。

b) ラウエの構想の射程

もっとも、注意しなければならないのは、ラウエがeプライバシー規則案を手がかりに私見を展開しているという点である。

「データ所有権」論争が勃発した当初、声高に叫ばれていたのは、クラウド時代においてデータの所持者とその記憶媒体の所有者が一致しない現象に対処する必要性であり、それゆえにデータ記憶媒体の所有権とは独立的な権利であるところの、「データ所有権」の必要性が主張されていた。このような問題意識に基づいて「データ所有権」の必要性を主張する者(例えば前述Ⅲ.2.(1)のヘーレンなど)の目には、確かにラウエの構想は結局のところ物所有権の枠組みから脱し切れていない、名ばかりの「データ所有権」としか映らないかもしれない。

ただし、eプライバシー規則案に依拠して自説を展開しているという特徴を踏まえれば、クラウドのような場面、すなわちデータそれ自体に対する包括的な支配権としての「データ所有権」が問題となる場面ではなく、もっぱら「エンドユーザーの端末からの情報の収集」のようなデータ収集事例における法的帰属問題を念頭に置いていることが窺えよう。

つまり、——既に触れたように——ラウエの見解は元々「データ所有権」一般を論じるものというよりも、むしろ——その論稿の表題にある通り——データ収集という一場面において、物所有者が第三者による当該データ収集に際してどのような内容をどの程度、法的主張として正当に要求することができるのかという点に関して論じられているのだと、その分析射程を正確に把握するべきであろう。確かにデータ収集場面というのは、データが新たに発生する場面であることは間違いなく、そのような場面こそ、「データは誰のものか？」という法的帰属の問題が際立つ。

ゆえにラウエの見解は、まだ草案段階に過ぎないeプライバシー規則案というデータ収集場面における規律の最新動向を敏感に察知した上で、その考え方をデータの帰属についての自説へと積極的に反映させている、す

なわちどこまで現行法の枠組み内であったかも「データ所有権」を認められたかのような結論へと無理なく近づけられるのかを探る見解であると評価できよう。

- 153) Thomas Hoeren, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, S. 486 ff.
- 154) Hoeren, a.a.O. (Fn. 149), S. 303 ff.
- 155) なお、ヘーレンが後に、「データ所有権」構想から「データ占有」構想へと自説を改めたことに関しては、後述Ⅲ.7.参照。
- 156) Thomas Hoeren, Dateneigentum und Datenbesitz, in : Tereza Pertot (Hrsg.), Rechte an Daten, 2020, S. 39.
- 157) 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。
- 158) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 486.
- 159) GG 103条〔法律上の審問、週及的刑法・二重処罰の禁止〕
- (1) 裁判所においては、何人も、法律上の審問を請求する権利を有する。
 - (2) ある行為がなされる以前にその可罰性が法律によって規定されていた場合にのみ、その行為を罰することができる。
 - (3) 何人も、一般の刑法の根拠に基づいて、同一の行為のゆえに重ねて処罰されてはならない。
- なおドイツ基本法に関わる条文については随時、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集(第7版)』(信山社, 2016年)から引用する。
- 160) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 487.
- 161) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 487.
- 162) UrhG 4条〔編集著作物及びデータベースの著作物〕
- (1) 著作物、データその他独立の素材からなる編集物で、その素材の選択又は配列によって個人的かつ精神的な創作であるもの(編集著作物)は、その個々の素材に場合によっては存する著作権又は著作隣接権にかかわらず、独立の著作物として保護を受ける。
 - (2) この法律の意味におけるデータベースの著作物とは、編集著作物で、その素材が、体系的又は組織的に配列され、かつ、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をいう。データベースの著作物の作成のために、又はその素材へのアクセスを可能にするために用いられたコンピュータプログラム(第69a条)は、データベースの著作物の要素にあたらぬ。
- 163) UrhG 106条〔著作権の保護を受ける著作物の不法な利用〕

- (1) 法律により許される場合を除き、著作物又は著作物の翻案物若しくは改作物を、その権限を有する者の同意を得ることなく複製し、頒布し、又は公衆に再生する者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- (2) 未遂は、罰に処する。
- 164) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 487 ; ders., a.a.O. (Fn. 149), S. 308.
- 165) Welp, a.a.O. (Fn. 85), S. 443 ff. ; ders., Datenveränderung (§ 303a StGB) – Teil 2, IuR 1989, S. 434 ff.
- 166) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 487 ; Vgl. auch Welp, a.a.O. (Fn. 85), S. 447.
なお、「書き込み行為」という邦語訳および「書き込み行為者」の定義に関する邦語訳に際しては、該当箇所の訳出が行われているツェヒ（兼平訳）・前掲注 9）80頁の注33）を引用・参照している。
- 167) つまり、委任者へ引き渡すまでの間、データは受任者に帰属していることになるので、たとえ契約に違反するデータ処理を受任者が行ったとしても、刑法レベルでは自分のデータの変更でしかなく、他人のデータを変更する行為を処罰する StGB 303a条の構成要件には該当しない。
- 168) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 487.
- 169) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 487 ; ders., a.a.O. (Fn. 149), S. 309.
- 170) 誤解をおそれずにあえて有体物の例で考えるならば、ある土地に第三者が物を置いたとしても、当該土地の所有者は、その物の所有権を取得するわけではなく、単にその第三者に対して物権的請求権を主張できるに過ぎないというケースが近いだろうか。
- 171) Hoeren, a.a.O. (Fn. 153), S. 487 f. ; ders., a.a.O. (Fn. 149), S. 309.
- 172) もっともヘーレンは、その後の——「データ所有権」構想から改説して新たに提唱した——「データ占有」構想において、複数人へのデータ帰属についても言及しているが、詳しくは後述Ⅲ.7.(3)c)参照。
- 173) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 137 ff.
なお、ツェヒが2015年1月22日に関西大学において行った講演会記録を日本において紹介するものとして、ツェヒ（兼平訳）・前掲注 9）71頁以下がある。関西大学における講演会とほぼ同時期に前掲注 7）独語論稿が公表されたというやや特殊な事情もあってなのか、前掲注 7）独語論稿と前掲注 9）邦語論稿は、内容上かなりの重複が見られた。以下、本稿においては基本的に重複部分に関しては前掲注 7）独語論稿を参照しているが、ツェヒ（兼平訳）・前掲注 9）による邦語訳や注釈等も随時参照している。
- 174) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 137 ff.
- 175) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 142.
- 176) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 142 f.
- 177) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 143.
- 178) 当該権利を肯定する代表的なものとして例えば、Klaus Meier/Andreas Wehlau, Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung, NJW 1998, S. 1588 f. など。反対に否定的なものとして例えば、Andreas Spickhoff, Der Schutz von Daten durch das Deliktsrecht, in : Stefan Leible/Matthias Lehmann/Herbert Zech

(Hrsg.), Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 243 ff. など。

- 179) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 143.
- 180) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 143 f.
- 181) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 144.
- 182) Etwa Dorner, a.a.O. (Fn. 6), S. 617 ff.
- 183) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 144 ff.
- 184) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 144.
- 185) なお、まさにデータベース製作者のための独自の保護権が産業政策の観点から思うような効用をもたらさなかった点から、たとえ法制度を整えたとしても産業が必ずしも成長するわけではないという教訓が読み取れるとの指摘が日本でもなされている(小塚・前掲注148)102頁)。
- 186) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 144 f.
- 187) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 145.
- 188) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 145.
- 189) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 145.
- 190) Daniel Zimmer, Fragwürdiges Eigentum an Daten, in : Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, 2019, S. 318.
- 191) Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart", a.a.O. (Fn. 8), S. 30.
- 192) Etwa Zimmer, a.a.O. (Fn. 190), S. 318.
- 193) Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 139.
- 194) GG 5条 [意見表明の自由, 知る権利, 学問の自由]
- (1) 何人も、言語、文書及び図画によって自己の意見を自由に表明し流布させる権利、並びに、一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由並びに放送及びフィルムによる報道の自由は、これを保障する。検閲は、これを行わない。
 - (2) これらの権利は、一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定、及び個人的名誉権によって制限を受ける。
 - (3) 芸術及び学問、研究及び教授は自由である。教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除するものではない。
- 195) Lothar Determann, Gegen Eigentumsrechte an Daten : Warum Gedanken und andere Informationen frei sind und es bleiben sollten, ZD 2018, S. 507.
- 196) Vgl. etwa, Determann, a.a.O. (Fn. 58), S. 277 f.; ders., a.a.O. (Fn. 195), S. 508; Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2019, S. 293; Niko Härting, Acht Thesen zum "Dateneigentum", CR-online.de Blog (<https://www.cr-online.de/blog/2016/02/17/acht-thesen-zum-dateneigentum/> [2020年6月11日最終アクセス])。]
- 197) BGB 823条2項の意味における保護法規である StGB 303a条は、故意犯を前提としている (StGB 15条参照) ためである (vgl. Faust, a.a.O. (Fn. 101), S. 95 Fn. 37)。
- 198) Faust, a.a.O. (Fn. 101), S. 94 f.
- 199) BGB 823条2項の有する機能および意義に関しては、ケッツ=ヴァーグナー (吉村=中

田監訳)・前掲注125)113頁以下〔中田邦博翻訳部分〕参照。

- 200) Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2019, S. 298. Vgl. auch Determann, a.a.O. (Fn. 58), S. 278.
- 201) Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2019, S. 298 f.
なおシュルツ自身は、もっぱら「データ所有権」論争について現時点で結論を下すことを保留しており、賛成理由と反対理由を挙げつつ、その行方を見守る立場をとっている (Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2019, S. 297 ff.)。
- 202) Vgl. etwa, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten : Positionspapier des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb vom 16. August 2016 zur aktuellen europäischen Debatte (https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI-Stellungnahme_Daten_2016_08_16_final.pdf [2020年6月24日最終アクセス]); Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Argumente gegen ein „Dateneigentum“ : 10 Fragen und Antworten, 2017 (https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung/Argumentarium_Dateneigentum_de.pdf [2020年6月17日最終アクセス])。)
- 203) Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2019, S. 298.
- 204) Michael Bartsch, Daten als Rechtsgut nach § 823 Abs. 1 BGB, in : Isabell Conrad/Malte Grütmacher (Hrsg.), Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, 2014, S. 297 ff.
- 205) BGB 599条〔貸主の責任〕
貸主は、故意又は重大な過失についてのみ、その責めを負う。
- 206) BGB 985条〔返還請求権〕
所有者は、占有者に対して物の返還を請求することができる。
- 207) 損害賠償請求権者を直接被害者に限定することは、加害者の負担を不当に軽減させることになりかねないため、直接被害者と間接被害者である第三者との法律関係に基づいて間接被害者に損害が転移されることがある (古いが、椿寿夫=右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社, 1988年) 50頁〔右近健男執筆部分〕参照)。
- 208) Bartsch, a.a.O. (Fn. 204), S. 299.
- 209) Bartsch, a.a.O. (Fn. 204), S. 299.
- 210) Bartsch, a.a.O. (Fn. 204), S. 300.
- 211) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 717.
また、第三者損害の賠償自体の要件が厳格であることも、クラウドサービス利用者に不利に働くものと思われる。
- 212) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 718, 720.
- 213) Thomas Riehm, Dateneigentum - Schutz nach allgemeinem Zivilrecht, in : Gerrit Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0 : Datenhoheit-Verantwortlichkeitsrechtliche Grenzen der Vernetzung, 2018, S. 73 ff. も同旨。
- 214) ヨハネス・ハーガー (藤原正則訳)「ドイツの不法行為法」新世代法政策学研究9号 (2010年) 268頁など参照。
- 215) Vgl. etwa Florian Faust, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht : Braucht das BGB ein

Update? : Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, A 79 ; Jérôme Lange, juris PraxisKommentar BGB, 8. Aufl. (2017), § 823 Abs. 1 Rn. 18.

- 216) ハーガー(藤原訳)・前掲注214) 268頁など参照。
- 217) 重要判例については、円谷峻「ドイツ民法における重要判決(landmark cases)——判例による法形成——」横濱法学25巻1号(2016年)1頁以下が分かりやすくまとめている。また一般的人格権については、ディーター・ライボルト(円谷峻訳)『ドイツ民法総論—設例・設問を通じて学ぶ—(第2版)』(成文堂, 2015年)543頁以下も併せて参照。
- 218) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 720.
- 219) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 720 f.
- 220) 本文中で挙げた両名の他に「データに対する権利」をBGB 823条1項の「その他の権利」であると承認する見解として、Münchener/Wagner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. (2018), § 823 Rn. 294 ff. などがある。
- 221) BGB 249条〔損害補填の方式及び範囲〕
- (1) 損害補填の義務を負う者は、補填を義務付ける事情が生じなかったとすれば存在したであろう状態を回復[herstellen]しなければならない。
 - (2) 人の傷害又は物の損壊により損害補填をしなければならないときは、債権者は、状態の回復に代えて、そのために必要な金額を求めることができる。物の損壊の場合には、前文の規定により必要な金額には、付加価値税が事実上課税される場合に、課税される範囲で、付加価値税を含む。
- 222) BGB 251条〔期間設定のない金銭による損害賠償〕
- (1) 状態の回復が不可能又は債権者の損害補填に不十分である限りにおいて、補填義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償しなければならない。
 - (2) 状態の回復が不相応な費用をもってしか可能でないときは、補填義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償することができる。負傷した動物の治療から生じる費用は、それが動物の価値を著しく超えるときであっても不相応とはいえない。
- 223) BGB 254条〔共同の故意・過失[Mitverschulden]〕
- (1) 損害の発生に被害者の故意・過失[Verschulden]が寄与しているときは、損害賠償の義務及びなされるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方又は他方の当事者によって引き起こされたのかに依存する。
 - (2) 被害者の故意・過失が、債務者が知らず、かつ、知り得べきでなかった著しく高い損害の危険性に債務者の注意を喚起する行為をしなかったこと、又は被害者が損害を回避し若しくは減少させる行為をしなかったことに限定されるときも前項と同様である。第278条の規定をこの項に準用する。
- 224) 日本民法でいうところの、いわゆる「過失相殺」制度に相応するとされている(古いが、椿=右近編・前掲注207)60頁〔青野博之執筆部分〕参照)。詳しくは、生田敏康「ドイツ法におけるオプリーゲンハイトについて——民法を中心に——」早稲田法学会誌41巻(1991年)1頁以下および辻博明「わが国における義務研究の到達点——オプリーゲンハイト(Obliegenheit)を中心に——」名城法学53巻4号(2004年)1頁以下など参照。
- 225) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 724.

- 226) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 724.
- 227) Vgl. etwa Bleckat, a.a.O. (Fn. 11), S. 114.
- 228) Vgl. Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart", a.a.O. (Fn. 8), S. 34 f.; Specht, a.a.O. (Fn. 47), S. 40 f.
- 229) Udo Kornmeier/Anne Baranowski, Das Eigentum an Daten – Zugang statt Zuordnung, BB 2019, S. 1221; Vgl. auch Specht, a.a.O. (Fn. 47), S. 40 f.
- 230) Vgl. Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart", a.a.O. (Fn. 8), S. 35.
- 231) 椿 = 右近編・前掲注132)76頁〔右近健男執筆部分〕およびケッツ = ヴァーグナー (吉村 = 中田監訳)・前掲注125)83頁〔中田邦博 = 木村和成共訳部分〕参照。
- 232) Kornmeier/Baranowski, a.a.O. (Fn. 229), S. 1223 f.
- 233) 具体的には、物所有権、物の用益、個人データ、非個人データ、著作権法、刑法上の書き込み行為、取引秘密および不法行為法といった各試みによって、データについての権限者を確定し得るかが検討されている。その詳細および検討結果については、前述 II. 3. に おいて述べた内容と重複する部分が多いため本稿では立ち入らない。
- 234) Kornmeier/Baranowski, a.a.O. (Fn. 229), S. 1223.
- 235) Kornmeier/Baranowski, a.a.O. (Fn. 229), S. 1224.
- 236) Kornmeier/Baranowski, a.a.O. (Fn. 229), S. 1224.
- 237) 「ホロライド」とは、VR ゲームを後部座席に座った人物が VR ゴーグルを装着することでプレイできるプラットフォームである〈<https://getnews.jp/archives/2111446> [2019年10月15日最終アクセス]〉。
- 238) BGB 741条〔持分に応じた共同〕
ある権利が複数の者に共同して帰属するときは、法律に別段の定めがない限り、次条から第758条までの規定を適用する (持分に応じた権利の共同)。
- 239) BGB 743条〔果実の持分、使用権限〕
(1) 各持分権者には、果実に対して、その持分に応じた部分が帰属する。
(2) 各持分権者は、他の持分権者による共同使用を害さない限り、共同の対象を使用する権限を有する。
- 240) Kornmeier/Baranowski, a.a.O. (Fn. 229), S. 1224 f.
- 241) Kornmeier/Baranowski, a.a.O. (Fn. 229), S. 1225.
- 242) Benjamin Raue, Die Rechte des Sacheigentümers bei der Erhebung von Daten, NJW 2019, S. 2425.
- 243) Raue, a.a.O. (Fn. 242), S. 2425.
- 244) Raue, a.a.O. (Fn. 242), S. 2430.
- 245) 電子通信サービス分野におけるプライバシーおよび個人データの処理を規律するために、2002年に採択された「e プライバシー指令」に代わるものとして、ラウエ論文公表時 (2019年 8 月頃) に審議中であったのが、この e プライバシー規則案である。同規則案の全体像および邦語訳を日本において紹介するものとして、岡田淳ほか編著『別冊 NBL 168号 実務担当者のための欧州データコンプライアンス——GDPR から e プライバシー規則まで』(商事法務, 2019年) 220頁以下が参考になる。また、石井夏生利『EU データ保

護法』（勁草書房，2020年）233頁以下も併せて参照。

なお、同規則案は否決されたため、今後内容の見直しが行われた上で、再度提案されるのか、その動向に注視したい。

246) e プライバシー規則案 8 条 1 項〔クッキー〕

1. 端末機器の処理機能及び保存機能の使用、並びにエンドユーザーの端末機器からの情報収集（ソフトウェア及びハードウェアに関する情報を含む）は、当該エンドユーザーによる場合を除き、禁止する。但し、次の各号に掲げる場合を除く。

- (a) 電子通信ネットワーク上で電子通信の伝達を行う目的のみのために必要な場合。
- (b) エンドユーザーが同意した場合。
- (c) エンドユーザーが要求する情報社会サービスを提供するために必要な場合。
- (d) オーディエンス計測のために必要な場合。但し、エンドユーザーが要求する情報社会サービスの提供者又は当該情報社会サービスの提供者を代理する第三者（EU 2016/679第28条に定める条件を満たしている場合に限る。）が、かかる計測を行う場合に限る。
- (da) 情報社会サービスの安全性の維持若しくは回復、詐欺の防止又は技術的不具合の発見に必要な場合（当該目的のために必要な期間に限る。）。
- (e) ソフトウェアのアップデートのために必要な場合。（中略）
- (f) （略）

規則案訳については、岡田ほか編著・前掲注245)225頁から引用した。

247) またラウエは、アーカンソー自動車委員会法（Arkansas Motor Vehicle Commission Act）も同様に、データを読み取ること（auslesen）を原則として第三者に禁じることで、自動車の所有者に自己のイベントデータレコーダーからのデータを割り当てている点に着目している。

248) Raue, aa.O. (Fn. 242), S. 2426.