

「個人データ」の法的保護:情報法の客体論・序説

林 紘一郎*

概要

本稿は、個人情報保護法が国民の遵法意識を高めた反面、幾つかの不具合も生じさせたとの認識から出発して、その原因を情報財の法的取り扱いの難しさの観点から分析した。その結果、情報の保護方式として従来から認められてきた「秘密型」「知的財産型」に加えて、第3の類型として「個人情報型」を直ちに定立することは、拙速との判断に至った。

そこで、人格権をとりあえず捨象した「個人データ」を対象に、著作権のアナロジーから再出発して、そのあるべき姿を検討した。そして、「占有」から「所有」へと連続的に法的取り扱いを論ずることができる有体物と違って、無体財である情報に対しては、「保有」と「帰属」が異なることを前提に、「ライセンス利用」という行為をどのように規律するか、が重要であるとの暫定的結論を得た。

要は、「一物一権」が成り立つ有体物の法体系とは別に、「一物多権」を前提にした無体財の法体系を検討する必要がある、ということである。しかし、これは飽くまでも暫定的な結論に過ぎないので、今後さらなる検証を続け、将来的には「情報法の基礎理論」に繋げていきたい。

1 はじめに

2005年4月1日に個人情報保護法¹が全面施行されて以降、企業は情報の漏洩に過敏になっている。しかし法が施行されたことによって、漏洩事故がなくなったり、減ったりしたわけではない。むしろ遵法の意識が高まったこともあって(あるいは高まったことを最大の原因として)、漏洩事故(件数と被害者数)は増えているという見方もある。ウェブ上には漏洩の統計を取っているサイトが多数あるが、いずれも増減に関しては明確なトレンドを示していない²。

これは、「事故」が、犯罪における「認知件数」に近い概念であることも関係している。「認知件数」は、「本来、行政機関である警察の事件受理・処理に関する記録であり、犯罪を計測するために作られたものではない」(浜井(編著)[2006]はじめに)ので、「犯罪発生率」と同一視はできないし、代理変数にもできない。警察が認知しない、あるいは認知でき

* 情報セキュリティ大学院大学学長・教授

¹ 「個人情報の保護に関する法律」(2003年法律第57号)ほか関連する4法の総称であるが、前記法律だけを指す場合もある。

² この分野においては、JNSA(日本ネットワークセキュリティ協会)の統計が広く使われているが、これはメディアの報道したものを集計しており、件数、被害者数ともに年によってかなり変動している。

ない件数は、表に出ない数字という意味で「暗数」と呼ばれるが、これは犯罪の種類によって異なるからである。

「情報漏洩事故」の場合は、国民生活センター等への苦情申告を除けば、こうした公的機関の統計さえなく、当事者やマス・メディアが公表・報道すれば「事故」になるし、何らかの事情で公表されなければ暗数となる。したがって、当事者やマス・メディアが漏洩に関心を深め、いち早く公表したり、取材により多くの資源を投入すれば「事故」は自然に増える、といった不確かなものである。

このような事態は、望ましいとも言える。なぜなら、もともと情報の流れは「言論の自由」の発露であるから、情報管理はその保有者と帰属者(この 2 つの概念の厳密な定義については、後刻触れる)の意思とインセンティブを尊重すべきであり、強制力を伴う法の力によって流通を制御すべきではない。しかし今回の個人情報保護関連の諸法は、このような「思想の市場」³優先の原理を超えて、意外にも法が実態を左右する力があることを示す、「法の実効性」あるいは「法の優越」を証明したのではなからうか？

確かに、企業における情報管理は、極限に近づいているかに見える。従業員は私用のパソコンを職場に持ち込めないことはもとより、記憶装置をわざわざ外した「thin client」を使わざるを得ない。外部記憶装置を接続することもできず、ファイルをメールに添付して外部に送ることも出来ない。私用メールは禁止され、ウェブ・アクセスも含めモニタリングされている。工場の機械化を皮肉った「モダン・タイムズ」の戯画⁴が、今やホワイトカラーの職場に蔓延している。

他方で、こうした重装備が出来ない中小企業においては、旧態以前たる「管理以前」の状態が続いていて、放置すれば格差は広がるばかりである。しかし大企業のバリューチェーンは広がり、管理の対象にこうした中小企業も組み込まれていく。そこで起きるのは、上流からの「システムの押し付け」である。下流の企業は有無を言わさず「システムに身の丈を合わせる」ことを求められるが、そこには「やらされ感」が残るだけで、個人情報の保護意識が高まったというのは幻想に過ぎない。

こうした現象は、「過剰反応」以外の何者でもないであろう。日本人は「遵法精神」に富んでいるというのが定評のようだが、「法の主旨」(principle)を守るのではなく、「法の文言」(rule)を守る方に力が入るようであり⁵、欧米人より「リスク回避的」である⁶、「自己情報コントロール権」というあいまいな概念(後述の注 11 参照)も作用して権利意識が強まったことが、こうした混乱に輪をかけている。青柳武彦がかねてから懸念していたことが、現実のものとなったというべきだろう(青柳[2008])。

個人情報保護法が、保護意識を向上させたことは紛れもない事実であるが、当事者は過剰反応について、「一過性のもので、法の趣旨を徹底すれば事態は改善する」と楽天的である。例えば、2007 年に個人情報保護法の見直しの可否を審議した国民生活審議会は、「法の適切な運用等により、個人情報の適切な取り扱いを図っていく必要がある」という、ありきたりのことを言っているに過ぎない(同審議会「個人情報保護に関するとりまとめ(意

³ Marketplace of Ideas: 一般の財貨と同じように、思想も市場において取引され、影響力のあるものが選択されるはずだ、という考え方(林[2005b])。

⁴ 1936 年に、チャーリー・チャップリンが監督・製作・脚本・作曲を担当した、アメリカの喜劇映画。

⁵ したがって、「法令順守」が時として「形式的順法」に陥り、本来の目的を忘れる危険がある。郷原[2005] のいう「法令遵守が日本を滅ぼす」というのも、あながち的外れではないのである。

⁶ 著作権法の複製概念を厳密に考え過ぎて、国産検索エンジンが全滅してしまった、という例が好例であろう。

見)2007年6月29日)⁷。

しかも、ここで取り上げた「過剰反応」とは、災害時要援護者リスト、民生委員・児童委員の活動のための対象者名簿、自治会名簿、学校の緊急連絡網等にも、個人情報提供を拒否するといった、極端な事例が中心である。こうした、明らかに便利で必要性が高いものが消滅しかねないことは「超過剰」な部分である。この報告書には、私が心配する「全般的な萎縮効果」や、「経営効率を無視して安全を重視する」といった「相対的過剰」は含まれていない。

これらを総合的に勘案すると、先の質問に対する国民の常識は「イエス」であろう。なぜなら、個人情報を保護するということは、無体物(ここでも「物」という言葉を使わざるを得ないこと自体が矛盾であるため、以下では「無体財」という用語を使う)を保護するということである。ところがこの分野では、従来「秘密」と「知的財産」という2つの類型しか経験しておらず、個人情報保護法は「第3類型の保護方式を案出する」試みに他ならない。しかし、法制定はそのような基本論議を棚上げしたままなされ、有体物を対象に発展してきた現在の法体系が、無体財にそのまま適用できないために、「不適合」を起こしている面が否定できないからである。

このような意識が、国民の常識化していることは、理系の学生を対象に法学を講じてみれば、すぐに分かる。ところが、法学の世界に閉じこもり、他の分野の人々と交流することの少ない法学者には、こうした常識が通用しないらしい⁸。刑事裁判において、裁判員制度を導入して「しろうとの発想」を取り入れる必要があったように、法学一般にも第三者の視点が欠かせないようである。

本稿は以上の認識に立って、法学部の出身で法学の博士号もいただいた筆者が、敢えて「しろうと」の立場に立ち返り、情報という無体財が主流を占める現代にあつては、いかなる法体系が望ましいかを、「白紙に絵を描く」姿勢で、思考実験したものである。そして運がよければ、この分析を足がかりにして、「禁止の対象となる情報とは何か」を含めた客体論全体(保護や禁止の対象になる情報は何か)に進み、次には主体論(情報主体とは誰か)に取り組み、さらには行為論(有体物の法律行為に対応する無体財に関する行為は何か)へと展開することによって、やがて「情報法の基礎理論」として体系化できることを夢見ている。

もちろん私一人で、この問題を根本的に解明し、解決することは不可能であろう。ここでは、私がほぼ半生をかけて「情報とは何か」という視点から取り組んできた断片的成果を、すべて披露するだけである。思えば、電電公社という組織に何気なく就職したことから始まり、データ通信の創業期に『データ通信による流通システム的设计』(石津・林[1972])を書いたときから今日に至るまで、私はこのテーマに取り組むことを運命付けられていたのかもしれない。

本論の主旨からして、法学者の反応を大いに聞きたいところである。特に、このような学位論文のテーマとしてふさわしくない(というのも、学位がもらえないリスクが極めて高い)テ

⁷ <http://www5.cao.go.jp/seikatsu/kojin/20070629renraku1.pdf> また「個人情報に関する、いわゆる過剰反応への対応に係る調査報告書」(内閣府、2008年3月)によれば、以下のような状況である。「過剰反応」の現状は、「まったくそのような状況は生じていない」、「全面施行当初は『過剰反応』が生じたが、現在ではおさまっている」都道府県が約49%となっている。また、「全面施行当初から『過剰反応』が生じ、現在でも続いている」、「全面施行当初は『過剰反応』が生じなかったが、最近になって生じている」都道府県は約47%となっている。

⁸ 注4で述べた事例に関して「著作権法が国産検索エンジンを殺したという証拠はどこにもない」と言い張る法学者が多いが、こうした発想は「法解釈」のみを重視し、他のアプローチを拒否する「視野狭窄症」をもたらしている、と言わざるを得ない。

ーマに果敢に取り組む「リスク・テーカー」としての若者が、多数出てくれることに期待している。なにせ私の方法論は、科学一般の方法である「仮説の検証」という手法を法学にも適用しようというのだから(林[2008])、リスクは十分過ぎるほどある。

しかし、残念ながら法学者の支援確率が低いと思わざるを得ない現状では、非法学者の応援がいただけると、ありがたい。そのために、本論の記述はかなり噛み砕いているつもりである。逆に専門家には、退屈になる部分があるかもしれない。そのときは、遠慮なく読み飛ばして欲しい。

2 個人情報保護法の不具合:第3類型の未成熟

上記のように、情報の漏洩事故が世間の注目を集める中で、法が予想以上の実効性をもたらしたかの感があるが、果たしてそうだろうか。この点を検証するには、これらの事例では誰がどのような責任を問われているのか、を調べてみるのが良い。実は興味深いことに、誰も法的な責任を問われない場合(「法的責任の希釈化」と、法規範によらず他の社会規範で厳しく責任を問われる場合(「実質的厳罰化」と)、分断されているのである。

前者の代表例は、以下に示す江別警察署の漏洩事件である(林・鈴木[2008])。

[江別警察署情報漏洩事件]

警察官 A は、公務に使用する許可を得て私有パソコンを使っていた。原告 X が未成年のときに引き起こした交通違反も、この私有パソコンで捜査報告書を作成したが、その後通達に反してファイルを消去しなかった。そして警察官 A は許可を得ることなくパソコンを自宅に持ち帰り、2004年3月29日インターネットに接続したところ、コンピュータ・ウイルスに感染し、X等に関する情報の漏洩を招いた。

原告 X は、①当該警察官の職務行為にかかる不法行為責任、②2001年以降道警本部長が捜査用のパソコン導入を怠って、私有パソコンの使用を禁止してこなかったという不作為の不法行為責任、③当該警察官の所属する警察署長及び管理担当者が情報流出を防止すべき管理義務に違反したという不法行為責任を主張し、国家賠償法1条1項に基づき、200万円の損害賠償を求めたものである。

当該事件に関する第一審は札幌地裁、控訴審は札幌高裁であり、それぞれの認定事実はほぼ同じものであったが、その判断は全く異なっている。すなわち、札幌地裁判決が、道警本部長の不作為を除く部分について原告 X の主張をほぼ全面的に認め40万円の損害賠償を認めた⁹⁾のに対して、札幌高裁判決はこれを覆して¹⁰⁾、被控訴人(原告)X の請求を棄却した。

この札幌高裁判決が確定した場合には、結果的に誰も法的責任を負うことはなく、被害者はいわば「泣き寝入り」を余儀なくされる。法律に明るい方々には、行為時における予見可能性、結果回避可能性等の評価の違いという説明もできよう。しかしセミナー等の機会を捉えて、この事例を紹介して受講者の反応をみると、一種の法的責任の希釈化として受

⁹⁾ 札幌地判 2005年4月28日、判例地方自治 268号 28ページ。

¹⁰⁾ 札幌高判 2005年11月11日、公刊物未登録。

けとめる傾向が強かった。

法律専門家ではない国民の法感情としては、容易に想像できるであろう。また、漏洩事故を起こした組織の関係者からは、故意または過失によって漏洩を生じさせた本人には法的責任がない(これは次章で取り上げる「情報窃盗」のアノマリーに近似する)のに、「安全管理措置」(個人情報保護法 20 条)を怠ったとして組織だけが責任を問われるのはおかしい、という恨み節が聞こえてくる。というのも、法的責任の外では、一種の厳罰化が進んでいるからである。

民間企業が同様の事件を引き起こせば、当該組織はマス・メディアの報道にさらされ、その原因と対策を明らかにすることを求められ、同時に漏洩した個人の懲戒などの処分内容まで公表することを迫られる。これらは、アカウントビリティ(accountability)や リスポンシビリティ(responsibility)とでもいうべき新たな社会的な責任であり、法的責任(liability)の萌芽と前向きに捉えることもできる¹¹。

現実に多くの企業は、個人情報保護法における行政処分だけでなく、こうした社会的な責任とそれを尽くさなかった場合の信用の失墜を恐れ、法的責任の範囲を越えて情報セキュリティ対策の過剰な投資へと向かったのである。こうした法的責任の希釈化への社会的不満と、企業等に対する新たな責任負担への社会的ニーズを探ることは、情報漏洩問題を越えて無体財を法的に保護するための、立法政策の手がかりの1つとなるであろう。

ところで情報セキュリティの基本は、主として企業における情報資産を、情報の管理者(後述する所有者)の欲するレベルの安全度で、維持することであるとされている。実はこの概念そのものは、バリューチェーンが長く伸び、情報共有やクラウド・コンピューティングが普遍化した現在では古くなっているが、それは別に検討することにして、ここでは従来の概念に従っておこう。

すると、その際必要な要素は「機密性」(Confidentiality)、「完全性」(Integrity)、「可用性」(Availability)、略称CIAであるといわれている。しかし、企業の有する情報資産には多種多様なものがあるにもかかわらず、その分類とCIAとの対応関係、特に法的な対応関係については、ほとんど触れられてこなかった(林[2006c])。

そこで次の分類を試みてみよう。まず情報は、「公開情報」として保護するものと「非公開(秘匿)情報」として保護するものの2つに、大きく分かれる。前者は、特許発明など原則として公開することを条件に、一定期間の独占権が付与される法制である。後者は、営業秘密、プライバシーに係る情報など、非公知であること、秘密としておきたい(あるいはそのように管理している)ことを、法的保護の要件にしているものである(林[2005c][2005d])。

これらの情報は、さらに2つに分類することができる。1つは法人その他の団体が保有する情報、もう1つは、個人が保有する情報である。ここで「保有」とは、有体物の「占有」に対応する、無体財に関する財産上の権利を示し、現行法では「準占有」(民法 205 条)と同じである。なぜ別の用語にしたかといえば、無体財の法体系を有体物とは別に構想したい、という本稿の主旨を徹底したかったからである¹²。

以上の関係を図示すれば、図表 1 のようになる。この図においては、有体物に体现された情報は除き、情報が何らの媒体に固定されることなく、情報のまま取引されるという究極

¹¹ 他方で公的機関は、こうした厳罰を免れている場合が多いように見える。

¹² 現行法(民法 205 条のほか 163 条など)から出発して、果たしてこれらの規定が無体財にフィットするかという視点から検証を試みた。田村[1999]の視点は、きわめて貴重である。本稿はまず仮説の定立を急いでいるので、こうした漸進的考察については、別の場に譲らざるを得ないのが残念である。

の場合を想定している。

ここで注目されるのが、著作物と個人情報、4つの類型の全てにあてはまることである。著作物は、個人の創作によるものだが、法人著作の場合もある。また、著作物は書籍等のように広く公開される場合もあれば、日記のように著者が非公開を望むものもある。

一方、個人情報の基本4情報とされる「氏名、性別、生年月日、住所」のうち氏名は、公文書その他で広く使われており、公開を求められることが多い。コミュニケーションに欠かせない情報だからである。偽名・匿名を使いたい(あるいは使いたくない)という例外的なケース(例えば、公益通報)を除けば、氏名をプライバシーに近いものとして守る意義は少なく、これを隠しておくことに伴う不利益は、公開のリスクより遥かに大きいと思われる¹³。

ところが、この氏名をキーワードにして、センシティブな情報やプライバシーに係わる情報が検索されるときには、秘匿性を求める要請もまた同時に働くことがあり、上述の公開という要素と非公開(秘匿)という要素の2つの領域にまたがる。

図表 1. 情報資産の法的保護の類型(有体物に体现されない場合)

| | 公開情報 | 非公開(秘匿)情報 |
|------------|------|--|
| 法人等が保有する情報 | 特許発明 | 営業秘密に係る情報 通信の秘密に係る情報 |
| 個人が保有する情報 | 特許発明 | 営業秘密に係る情報 通信の秘密に係る情報 プライバシーに係る情報 |

著作物
個人情報

さらに個人情報とされるひとかたまりの情報の中には、自己の情報だけではなく他人の情報が含まれることもあり、他人の権利利益との調整も問題となり得る。また、法人等団体の代表者の氏名なども含むため、法人等の情報の一部を取り込んでいるという評価も可能である(林[2005c])。

また通常個人情報は、その情報から本人と識別される当該個人の「もの」(これを法的にどう位置づけるかが難しい問題を提起するが、後刻「帰属」という概念で説明する)だと考えがちで、「自己情報コントロール権」もそのような認識から出ている¹⁴。例えば、インターネット上の検索エンジンによって私に関する情報を収集すると、その大部分に対しては私が何らかの「クレーム」(法的な主張)を発することができる、とするのは理に適っているかに見える。

¹³ 同様のことは、性別にも言えるであろう。性同一性症候群の患者や、性転換をした人々にとっては、これこそプライバシーだとの主張もあり得よう。しかし一方で、男女差の識別が必要な空間(トイレ、公衆浴場など)もあるのだから、これをプライバシーに近いと観念するケースは例外と言うべきだろう。これに対して、住所のプライバシー性は他の2要素に比べれば高く、ATMの悪用事例などを見ると、生年月日がそれに次ぐと思われる(林[2005c])。

¹⁴ 自己情報コントロール権説にも濃淡や異同があるが、「自己についての情報をコントロールする権利(佐藤[2008])や「自己に関する情報の流れをコントロールする権利(コントロール権、自己情報支配権)(堀部[1980])など、公法学者の間では広く信じられている。しかし、コントロールの及ぶ範囲はどこまでか、それが現実的に可能なことなのか、についてはほとんど無視されている。

しかし一方で、収集された情報が「私のもの」というには、躊躇を感ずるようなものもあり、その内容は2つに分かれる。1つは、明らかに私に関する情報であるが、私が見たくもない、あるいは忘れたいものである。これに対しては、上述の「クレーム」の一環として削除などの権利を設定すれば済むことであろう。

問題なのは、もう1つのタイプで、これは私だけの情報というのが憚られる、あるいは私だけの情報としない方が、社会全体のためになるような情報である。例えば私が遺伝子治療を受けているとして、開発中のある薬剤を使用したところ深刻な副作用があったとしよう。その副作用は、私とDNA配列がある確率以上に似ている患者には、ほぼ同様の被害を及ぼす恐れがある。この際、私のDNA情報は私の「もの」かもしれないが、私以外の人にも開示したほうが「みんなのため」である。

しかし、これを開示すると私が難病にかかっていることが広く知られ、極端な場合は私が解雇される、などの不利益を蒙るかもしれない。ここでは開示することによる利益と、それに伴う不利益とを比較考量することにならざるを得ない。あるいは開示するにしても、その不利益の救済措置を同時に準備しなければならない。

つまり個人情報とは、図表1の全ての類型にあてはまり、この4つの類型で示される特徴をすべて有しているが、実は、この図では表現しきれない特徴をも有しており、これが著作物の特徴と異なる点である。要するに、個人情報は、①個人が保有する情報と、②法人等が保有する情報と、さらには③誰が保有するかを論じることができない情報とが、混在してしまう広い概念である(鈴木[2007]。経済学では、この現象を「情報が公共財的性格を持つ」と表現している。巻末の[参考]を参照)。

この点、本人が保有するか否かにかかわらず、本人に帰属するものと構成し得るプライバシーに係る情報(人格権)とは、明確に一線を画するのであり、この特質が、個人情報保護法制とプライバシー保護法制に大きな断絶を生む原因ともなっている。統一した原理が妥当しないからである。なお、ここで「保有」とは別に、「帰属」という概念を用いたことに注意して欲しい。ここで「帰属」とは、当該情報に関して一意に決まる個人(あるいは法人)が、何らかの「クレーム」を主張し得る状態、およびその権原をいう。

これでは、財産権(英米法でいう、広義のproperty概念)として、捉えきれない情報を対象とすることになる¹⁵。保有性を論じられない情報を対象とすれば、物と権利とが1対1で対応することを基礎とする、従前の物権法制の考え方も、その応用型も適用できない。

また誰が「クレーム」を主張し得るのかという帰属性もあいまいなため、財産法制の延長や応用に徹することも、人格権としての構成に徹することもできない。非公開(秘匿)情報として守るということや、自己情報コントロール権的な考え方を採用しての救済も徹底できない¹⁶。これに単一のルール(法的義務)を一律に課したのでは、混乱が起こることは、むしろ当然である。

現在の個人情報保護法は、第1条において「個人の権利利益の保護」という、憲法以下わが国の全ての法律に妥当するような、大きな目的を掲げている。このことは逆に、実質的に機能する解釈指針や指導理念を、法に直接示すことができないことを意味している。実際の条文も、義務規定に例外条項を散りばめる形で立法されているし、細部を行政が示

¹⁵ 村上[2009]は、このような宿命にもかかわらず、propertyの概念で完結した説明をするにはどうしたらよいか、を論じた力作である。なお、著作権について、property概念に代わる新しい概念の必要性を論じたものとして、林[2009b]参照。

¹⁶ 個人情報保護法25条1項の開示の求めの法的性質論とも関係する問題であるが、ここでは詳述しない。詳しくは鈴木[2007]参照。

すガイドライン等に委ねている。

情報法がまさに緒についたばかりであることを示す立法であると同時に、情報の保護方式として法が秘密型と知的財産型に加えて、第 3 類型の方式を定立し得るか、という法の生成過程を同時代的に検証していく、恰好の材料を提供してくれているとみることもできよう(林・鈴木[2008])。

3 情報窃盗のアノマリー:情報の法的保護の両義性

先に、有体物を対象に発展してきた現在の法体系は、無体財にそのまま適用できないために、「不適合」を起こしていると述べた。この点に関して、法には「しろうと」の人々の反応を知るには、「情報」という客体を法的にどう扱ったらよいか、という抽象的なテーマを論ずるよりも、「情報窃盗」という概念が成り立つかという設問を立て、以下のブレイン・ストーミングを試みるのが良い。

これは実際、私が(他の教員と一緒に)「セキュア法制と情報倫理」という科目で、毎年実施しているケース(矢野・林[2008])を若干修正したものであるが、「秘密型」保護にせよ「知的財産型」保護にせよ、無体財に「窃盗」概念を適用することの困難性と、限界を暗示している。

【設問】

物を盗めば「窃盗罪」に問われますし、子供が親から最初に教わる倫理は「人のものを盗んではいけません」ということだといわれています。それでは、情報を盗むことは法的にどう位置づけられているか、倫理的にはどう考えるべきかを、以下のケースごとに、自分の経験にも照らし合わせて、考えてみてください。

- ① 電車で座っているときに、隣の人が読んでいる新聞を盗み見する。
- ② 有料の観光ツアーの一団に密かに加わり、ガイドの案内を盗み聞きする。
- ③ 試験において、隣の人答案を書き写す。
- ④ 書店に行って、他人の著作からレポートの役に立ちそうな部分を書き写す。
- ⑤ 同じことを、カメラ付携帯で写し取る。
- ⑥ 発注先から預かった個人情報、友人に漏らす。
- ⑦ アルバイト先で知り得た営業秘密を、ライバル企業に就職したときに利用する。
- ⑧ カリスマ美容師に弟子入りして、ノウハウを盗む。
- ⑨ 同じことを、許諾なくビデオに収録する。

【考え方のヒント】

法律問題として考える場合、2 つの予備知識が必要です。第 1 は、窃盗罪における「物」(厳密には「財物」とは何かということ。第 2 は、秘密(という情報)を盗んだり漏らしたりすることは「窃盗」と同じように扱われているかということ。なお「知的財産」として守られるべき「情報」は、「窃盗」の対象としてではなく、別の観点から刑事罰の対象になります。

まず、窃盗罪の対象としての「財物」とはどの範囲をいうのか、を考えてみよう。実は明治

時代に「電気窃盗」という事件があり、当時の最高裁判所である大審院は、当時の刑法に明文の規定がないのに、これを「窃盗罪」と認めたという経緯がある¹⁷。

戦後になって新しい憲法が制定され、国民の「基本的人権」が保障され、第 31 条には「法定手続の保障」という条文¹⁸が設けられた。そこで、国民に刑罰という不利益を与える根拠法である刑法は、「罪と罰が法律で規定されていなければならない」という理念(「罪刑法定主義」)に、忠実でなければならないという見方が強くなり、「電気窃盗」を明文化する必要に迫られた。

現在の刑法の関連条文は、以下のようになっている。

刑法 36 章 窃盗及び強盗の罪

235 条(窃盗)

他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する。

245 条(電気)

この章の罪については、電気は、財物とみなす。

ここで「電気窃盗」と「情報窃盗」の関係について、純論理的には、二通りの読み方が可能である。1 つは、235 条が原則を決める条文で、245 条は、そのうちの事例の 1 つを書いたものである。したがって、電気窃盗も窃盗の一種だが、疑念もなくはないので、「念のため」に付記してある、という解釈である¹⁹。これによれば、「情報窃盗」が成り立つか否かは、前者の原則をどう解釈するか依存することになり、後者に対しては特段の配慮をする必要はないことになる。

もう 1 つの読み方は、235 条が「一般原則」で、245 条はその「特例」だというもので、この理解に立てば、前者において「電気」は本来「財物」ではないのだが、窃盗(と強盗)の場合に限って、後者でその対象にすることを「特に」決めている、ということになる。したがって、この「特に」決めるという措置がなされていない「情報」は「財物」に当たらない、すなわち窃盗(や強盗)の罪にはならないことになる。

そして法律的には、「前者は誤りで、後者が正しい」とするのが一般的である(西田[2009])。その根拠は 2 つある。まず「みなす」ということは、「A ということと、元来性質の違う B ということを、ある法律関係では同一に見る」という意味である(林(修)[1975])。したがって、「電気」は「財物」とは違っているが、刑法の「窃盗及び強盗の罪」については、同じに扱うという擬制をしたことになり、このような擬制が定められていない「情報」については、同じ扱いをしてはいけないことになる。

他の根拠は、刑法の「謙抑性」と呼ばれる性格と関連がある。先に述べたように、刑法は個人の基本的人権を制約するものだから、その適用は慎重の上にも慎重でなければならない。そこで刑法学においては、他の法律における以上に、法の適用に「謙抑性」が求められる。したがって先の解釈においても、電気について明文の規定があるのは、電気だけ

¹⁷ 大審院判決明治 36 年 5 月 21 日、刑録 9 卷 874 ページ

¹⁸ 「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、またはその他の刑罰を科せられない」

¹⁹ 財物の意義については「管理可能性説」と「有体物説」があり、大審院の判決も前説を採れば合理的ということになる。しかし管理可能な対象が「無断観劇、無賃乗車、電話の無断使用、ひいては債権侵害(無権代理人が他人の預金通帳と印鑑によって預金の払い戻しを受ける行為)、情報の不正入手(他人の会社に忍び込んで機密書類を複写・撮影する行為)」まで含むという説を唱える人はいない(西田[2009])。

を特別扱いしたもので、他の財物は電気と同列には扱わないことを宣言したものと読むのが普通である(「反対解釈」という)。

窃盗罪により保護される対象は、保有者にとって何がしかの価値のあるものであろう。それが有体物の場合には、刑事法において「財物を窃取する」ことを禁止することが、民事法における「所有権」の有効性を強化することに繋がるため、両者相俟って権利の実効性を高める上で有効であった。しかし無体財については、そもそも「占有」(自己のためにする意思をもって物を所持すること、民法 180 条)に比較すべき状態が不明確な中で、「盗む」という行為が想定しがたいばかりか、うかつに「窃盗」を規定すれば、情報の円滑な流通を阻害する事態もあり得るため、その比較考量に迷うことになる。

参加者は、初めころは自信満々に答えているが、設問が進むにつれて次第に自信がなくなり、「情報窃盗」という規定を設けることの難しさを身をもって知るようになる。「考え方のヒント」を与えたとはいえ、法学に「しろ」との人々には「民事」と「刑事」を峻別することや、「窃盗」という概念が刑法上は極めて狭い範囲に限られていることなどが、なかなかピンとこないようである。

教師がする解説は、単純化すれば(実は法学は、なかなか単純化できない学問なのだ)「有体物を盗めば罪になるが、情報は盗んでも良いものだ」と教えているように聞こえるらしい。また、貴重な情報が詰まった USB を盗んだ場合、USB という有体物を窃取したことに犯罪性があり、中身の情報を窃取したことを問えないのは、なんとも理不尽に思われるようだ。

後者の事例としては、コンピュータ・プログラムが「著作物」とされる(1986 年に改正された著作権法 2 条 1 項 10 号の 2)以前の、新潟鉄工事件²⁰がある。同社社員であった被告は、自分が職務上作成したシステムを外販しよう主張したが容れられず、別会社を設立することにした。その際、同僚と共にシステム設計書等一式を社外に持ち出した行為が、業務上横領罪(刑法 253 条)に問われた。被告は、著作権は自分に帰属するので、正当なコピーだと主張したが、容れられなかった。

この事件には多数の複雑な論点が含まれているが、ここでの問題は、有体物の横領という刑事事件として裁かれていることである。確かに「有体物」でなくても安易に窃盗や横領の対象とされるようであれば、「カンニングや本屋での立ち読みも窃盗罪になってしまう。奪取罪である窃盗罪には、やはり行為客体の有体性の要件は無視できない」という専門家の解説(園田[1999])は、先のケース・スタディを終えた「しろ」とにも分かりやすい。

もともと刑事法は、社会秩序の安定のために国家が一定の行為類型を犯罪と特定し、それに対して相応の罰を課すものである。後述する民事法におけるほど明確ではないにせよ、ここで保護されるべき法益としては、まず有形財が念頭に置かれてきたことは間違いがない。

しかし他方で少なくとも見かけ上は、有形物に体现されない情報そのものが、保護されているかに見える条文もある。たとえば秘密漏示罪(刑法 134 条)は、医師や弁護士、公証人などの者が、業務上知り得た他人の秘密を漏らすという行為を処罰するので、一見直接「秘密」を保護しているように見える。しかし、「本罪の保護法益はあくまで個人の秘密であり、本罪の主体に課せられた職業倫理そのものではない。」(西田[2009])との立場もある

²⁰ 東京高判 1985 年 12 月 4 日 判例時報 1190 号 143 ページ, 中山[1994].

が、特定職業従事者の「守秘義務違反の罪」だという構成をとる説(前田[2006]もある²¹。

またコンピュータ化の推進につれて、これを利用した犯罪が多発したため、1987年の刑法改正において「電子計算機損壊等業務妨害」(刑法234条の2)などの罪が、2001年には「支払用カード電磁的記録に関する罪」の章(刑法18章の2)が新設・追加された。これらの場合の保護対象は「電磁的記録」(刑法7条の2)であるが、後述のとおりデータそのものではなく、有体物に体现されたものと位置付けられていることに注意すべきである。したがって総じて言えば、刑事法は「秘密」のような無形のもの(情報)を直接保護するような態度は取っていない²²。

ただし、2001年6月の法改正によって新設された刑法163条の4は、「支払い用カード電磁的記録不正作出準備罪」として、クレジット・カードその他の代金または料金の支払い用のカードを不正に作出する行為に用いる目的で、これらの支払い用カードの電磁的記録の情報を取得する行為を、処罰することとしている。その情報の提供や保管も、同様に処罰される。これは「特殊な類型ではあるが、刑法典に情報を窃取する罪が新設されたことになる」との評価もある(佐伯[2002])。

以上とは別に、財産上の価値のある情報(財貨としての情報)については、いわゆる2項犯罪(強盗罪・詐欺罪・恐喝罪の各2項)として「財産上不法の利益」が客体とされている(刑法236条, 246条, 249条各2項)。通常は、債権の取得や債務の免脱、債務履行期限の延期などが該当するであろうが、情報を欺網・暴行・脅迫などの方法で取得した場合には、情報それ自体が2項犯罪の保護対象となり得る(佐久間[1991])。

なお前述の「電磁的記録」とは刑法上、「電子的方式、磁気的方式その他の他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるもの」(刑法7条の2)である。データそのものではなく、有体物に体现されたものである点で、従来の有体物を前提にした法体系に属することは事実である。しかし、法的保護ないしは禁止の客体として、有体物である媒体を指定すれば一定の範囲で、その内容そのものを指定することになる点では、優れた法概念である。

こうした着眼が評価され、この「電磁的記憶」という概念は、その後種々の法律において利用されることとなった。とくに、いわゆるe文書法²³の制定以降、文書や書面等に代えて「電磁的記録」によることが認められる範囲が、飛躍的に拡大した。この「代えて」という表現は、従来型の文書などが主であり、電磁的記録は従であることを示すものではあるが、「今後電磁的記録によるものが実行上多数を占めるようになっても、法改正なくしてスムーズな移行が可能となることから、実質的な代替手段を準備したもの」(石井[2006])とも評価できる。

このように「電磁的記憶」という概念が広く応用されていることは、無形財の法的な地位を「無形財そのもの」として扱うのではなく、次章で述べる著作権における「化体」(こうした「しろろ」とに分らない日本語を使うのが、法学者の悪いところである。要は有体物に「体现」されていること)と同様、何らかの有体の媒体を介して処理するという知恵が、有効である

²¹ 保護対象はたとえば依頼人の弁護士(司法制度)に対する信頼感であり、一般人の一定の職業に対する信頼感を保護することによって、その反射的效果として「秘密」が保護されているに過ぎないとの見方(園田[1999])もある。

²² 不正競争防止法によって「営業秘密」についても民事上、刑事上の保護が及ぶが、刑事罰が課されるのは商品等表示又は原産地表示などを不正の目的をもって行った場合に限られる(同法2条1項1号および13号, 同14条)。

²³ 正式名称は、「民間事業者が行う書面の保存等における情報通信の技術の利用に関する法律」(2004年法律149号)および「民間事業者が行う書面の保存等における情報通信の技術の利用に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」(2004年法律150号)で、前者を通則法、後者を整備法という。

証左と考えられる。

4 秘密の法的保護:パッチワーク

情報窃盗について論じた繋がり、盗まれたくない情報の代表格である「秘密」という法益について、現行法(特に刑事法)が、どのように整備されているか、あるいはないかを検討しておこう。秘密とは一般に、「公開されない情報で、公開されないことに意味があるもの」と考えられる。

ここで秘密は、保有する主体と、それが生産・流通・消費される過程、保護の態様の3つの要素で分類することができる。まず主体の面から分類してみると、①国家、②企業、③個人の3種類が考えられる。また侵害の態様によって「秘密の探知、漏示、窃用(盗用)」に区別されるが、「刑法典は、信書開封罪と秘密漏示罪により個人的秘密の探知と漏示のごく一部を処罪するにすぎない」(西田[2009])のが現状である。そこで勢い、以下では種々の法律を横断的に記述せざるを得ない。

まず①国家について考えてみよう。近代市民社会において国家は、生まれながらにして基本的人権を享有する国民の、負託に応じて形成されるものとされているから、その保有する情報は基本的には国民のものである²⁴。そこでは情報公開が原則であって、国家の秘密は存在しないし、存在すべきでないように見える。

しかし、国家が他の国家との交渉や主体間の利害調整を行なう過程では、情報を秘匿しておくことがどうしても必要な場合がある。これらの情報は、国家機密・外交秘密・防衛秘密などと呼ばれ、一定期間保護の対象となるべきであろう。もちろん一定期間経過後は、公表されるべきである²⁵。

②企業についても秘密がある。国家と同様企業も、株主はじめ多くの利害関係者(ステークホルダー)の利益を代表するものであるから、とりわけ株式上場企業においては、できるだけ多くの情報を公開しなければならない。近年、企業の不祥事が多発している現状に鑑み、コンプライアンスとかコーポレート・ガバナンスの観点から、情報公開の要請が高まっているのは、当然とも言える。しかし企業は同時に、市場において多数の事業者と競争しているから、競争力の源泉であったり交渉を優位に導くための情報は秘匿せざるを得ないし、またそれを保護していくことは、市場を十全に機能させるためにも必要である。これらは企業秘密あるいは営業秘密と呼ばれる。

③個人の情報は、これまであまり注目されてこなかったが、個人情報保護法の完全施行を機に、ある種のフィーバーが起きていることは縷々述べたとおりである。

以上の秘密保有主体に関する分類について、情報の生産・流通・消費という過程による分類がある。ここでは④有体物に体现された秘密と、⑤無体財としての秘密の2分類が可能であり、重要である。情報はもともと無形であるが、その内容を正しく定義し誤りなく伝えたり、長期間保存する場合には、何らかの媒体に体现させるのが便利であり一般的である。この④の形をとると、秘密情報はそれ自体無形でありながら、文書・書類・CD・DVDなどの

²⁴ このことは、わが国憲法の精神から見ても、自明のこのように思われる。ところが、わが国著作権法にはパブリック・ドメインの明文の規定がないこともあって、政府刊行物の「〇〇白書」の類も、形式論理的には当該官公署に著作権が発生することになる(著作権法13条2号の反対解釈)。

²⁵ 情報の公開は、国民の「知る権利」の面から主張されることが多い。それが第一義的であることに異論はないが、公開は同時に、統治する側の学習に資することにも留意しなければならない。いつまでも秘匿しておく、後の世代が教材として生かすことができないからである。

有形物と一体として取り扱われる(電磁的記録は、この特性を利用したものである)。一方⑥の形の秘密情報は、口述伝承や電話など記録に残らない手段で伝えられる。

しかし、アナログの時代までは⑤と⑥の区別は有効であったが、今日ではあらゆる情報がデジタル形式で生産・流通・消費されることが多くなった。コンピュータに一時的にせよ蓄積された情報は、何らかの秘密保護手段をとっておかないと、後刻再生される確率も高くなったので、秘密情報は一旦「秘密」という地位を与えられれば永久に秘密であるのではなく、「秘密として守るための不断の努力を要するもの」に変化したと考えられる(この点はIDと保有・帰属の一体化技術の必要性を論ずる第8章で再説する)。

最後の保護の態様は、いかにも逆説的であるが、⑦あくまでも秘匿を続けることによって守るべき秘密と、⑧公開することによって公的手段によって守られる秘密に分けられる。後者はもはや秘密ではないのだから、概念矛盾と言われればそうかもしれない。

しかし、知的財産制度とりわけ特許の例を考えてみよう。特許とは産業上有用な発明に対して、国家が一定期間独占的権利を付与することによって、社会全体の効用を高めようとする施策に他ならない(特許法 1 条ほか)。そこでは、企業内に閉じて行なわれてきた研究の成果を、誰にでも利用できるようにすることが、社会全体の利益になるし、公開を前提にして一定期間の独占権を付与することが、発明のインセンティブを高めるとの認識がある(田村[2003])。

したがって発明家ないしは彼(彼女)の属している企業は、あくまで秘密を貫き通して利潤最大化を考えるか、特許を取得(すなわち公開)して一定期間の利潤最大化を目指すかの選択肢を持っていることになる。前者のリスクは秘密の漏洩であり、後者のリスクは後発企業が特許を迂回した新たな発明をすることである。したがってここでは、特許は秘密の一形態という理解も、あながち強弁とは言えないであろう。

さて以上のように、秘密に関する刑法上の規定は少ないが、特例法が多数あることで、法的保護の仕組みは完備しているかに見える。しかし、個々の法律にも問題点があるほか、全体としての整合性が取れているとも言えない。個々の事例について述べればきりが無いし、既に別の機会に論文として公表したので(林[2006])、紙幅の関係上ここでは省略せざるを得ない。

その代わりに、一覧して分かる具体例として、各保護法における刑事罰を比べてみた図表 2. を見て欲しい。ここには、代表的な秘密保護規定を並べ、刑の代表例として懲役刑の軽重を比較してみた。なお、通信傍受法とプロバイダ責任(制限)法²⁶は、秘密を保護するのではなく、一定の条件の下での保護の例外を定めているので、括弧に入れておいた。例外規定を裏読みすれば保護規定になるので、そのように理解していただきたい。

この図表を見て、幾つかの不整合に気づかれるだろうが、ここでは刑の長期に注目して欲しい。直罰がない個人情報を除けば、懲役 1 年から 10 年までの幅があるが、それは合理的だろうか? 例えば、防衛秘密について「特別防衛秘密」と一般の「防衛秘密」の差が、刑の長期で 2 倍も違うということは常識的だろうか?

²⁶ 「プロバイダ責任(制限)法」と()を入れたのは、制限することになるのか、新しい義務を課すのか評価が難しいからである(林[2005]参照)。

図表2. 秘密の漏洩に対する刑事罰

| 秘密の保有主体 | 秘密の流過程 | 保護される秘密(実定法の具体例) | 懲役刑の内容(選択肢としての罰金刑は省略) |
|---------|--------|---------------------------|-----------------------|
| 国家 | | 特別防衛秘密(秘密保護法) | 10年以下 |
| | | 防衛秘密(防衛者設置法) | 5年以下 |
| | | 国家公務員の守秘義務(国家公務員法) | 1年以下 |
| | 通信 | 信書の開封(刑法 133 条, 郵便法) | 1年以下 |
| | | 電気通信の秘密: 事業者の場合(電気通信事業法) | (有線)3年以下 (無線)2年以下 |
| | | 無線通信における暗号復元(電波法) | 1年以下 |
| | | (通信傍受法) (プロバイダ責任(制限)法) | — — |
| 企業 | | 営業秘密(不正競争防止法) | 10年以下 |
| 個人 | | 個人情報(個人情報保護法) | 直接罰はない |

あるいは、現行憲法の下で「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼」(憲法前文)を置くのは良いが、「国家機密」や「外交機密」などの特別の保護規定を持たず、「スパイ防止法」もない国が、自国の安全を守れると考えるのは、あまりに無防備に過ぎないだろうか？

これらの特別規定がなく、国家公務員の守秘義務違反がわずか懲役 1 年だとは、どう考えても公平を欠くと言わざるを得ない。「官僚は誤りを犯さず」(官の無謬性)は神話に過ぎず、官僚が不正をしたり、義務を遂行しなかったときの方が、被害が甚大であることは言うまでもなからう。

刑の長期だけで、すべてを判断することは偏りを生むかもしれない。それでは、次のような指摘をしよう。刑罰を定める一般法である刑法の「秘密を侵す罪」(第 13 章)には、図表 2 の信用開封罪(133 条)と、前述の秘密漏洩罪(134 条)しかないが、それで十分なのだろうか、と²⁷。こうした常識テストに耐えられない法律が、国民に受け容れられるはずもなからう。総じて言えば、わが国における秘密の保護体系はパッチワークに過ぎず、種々の矛盾を内包しているため、一日も早く整合性のある体系を検討すべきであろう。

5 著作権のデジタル対応：「知的財産型」保護の有効性と限界

「情報窃盗」や「秘密の保護」と並んで、無形財の法的扱いの難しさを示す格好のケース

²⁷ 刑法は明治 40 年(1927 年)に制定され、翌年施行された古い法律である。もちろん何回かの改正を経ており、1995 年には現代語化もなされたが、骨格は変わっていない。その間、改正刑法準備草案(1961 年)を経て、改正刑法草案(1974 年)が法制審議会で決定されたが、30 年以上が経っても法律案として国会に提出されるに至っていない。

は、著作物と、それに関する権利である著作権である。著作物とは後述するように「思想又は感情を創作的に表現したもの」であり、わが国では必ずしも体現や固定を要しない。しかしアナログ時代には、何らかの形で有体物に固定しないと、大量に流通することも消費することも難しかった。したがって、創作者も消費者も、媒体という有体物に着目することを当然と受け止めたので、この特性に気づく人は稀であった。

ところが新しい時代の到来とともに、デジタルで創作された著作物が、デジタル情報のままネット上を流通し消費されるようになった。そこで、従来は隠されていた「著作物とは情報を格納した容れ物のことではなく、情報そのものに他ならない」という特性が露わになり、種々の問題を提起している。デジタル時代の著作権に関する論議は数多いが、この特性について深掘りしたものは必ずしも多くはないので、ここではその点に焦点を当てて論じたい(さらに詳しくは、林[2009b]参照)。

私たちは、無体財よりも有体物の方が直感的に理解しやすいし、有体物に関する法体系に慣れてもいる。あるいは、無体財に関する法体系は発展途上にある、と言い換えてもよい。そこで、期間の定めがあるとはいえ長期の排他権を設定された著作権について、所有権とのアナロジーで考えがちである。英米法に引き移せば、**property** という概念の中で論ずることになる。**Intellectual Property** というネーミングが、まさにその好例である。

有形財を中心とする民事法体系の根幹は、時代の変化にもかかわらず、ほとんど変化していない。民法 85 条において「本法において物とは有体物をいう」とあるのが象徴的である²⁸。そしてそれには、十分な理由がある。有形物の場合には、「自己のためにする意思をもって物を所持する」ことが可能で、法的にはこの「占有」(民法 180 条)を前提に、権利者の排他権を認めたものが「所有権」であり(民法 206 条)、所有権には「使用」「収益」「処分」といった包括的な権利が含まれる。これを(第三者を含む)社会一般に担保する仕組みが、登記や引き渡しなどの「対抗要件」である(民法 177 条, 178 条など)。

もっとも「情報の保護」と真正面から銘打たなくても、実行上これに近い効果を与えてくれる規定は存在する。たとえば民法の「不法行為」(709 条以下)においては「他人の身体、自由又は名誉を害したる場合」に「財産以外の損害に対しても」損害賠償の責任を課している(710 条)から、名誉など「非財産的損害」も保護されていることになる。

しかし不法行為によって事後的に救護される場合(一般不法行為規制、アメリカ法では **Liability Rule**)よりも、事前に排他権が与えられて他人の利用や妨害を排除できる場合(権利付与法制 **Property Rule**)の方が保護の程度が強いことは明らかである。知的財産制度はこの後者の代表例といえる (**Calabresi & Mamed**[1972])。この中間に、保護されるべき利益を害する行為を特別に禁止する方法(特定行為規制)があるが、この三者を比較して見ると、権利付与 > 特定行為規制 > 一般不法行為規制と権利の強弱が異なることが分かる(図表3)。

このように考えてくると、改めて「所有権」が極めて強い排他権であることが確認できよう。所有権は図表3の権利付与方式の「効力」欄に掲げるすべての機能を有している。また所有権に代表される財産権(=物権)は民法等の法律に特定されていて(物権法定主義)、「財産権はこれを侵してはならない」と憲法に明記されている(29 条 1 項。ただし例外はあ

²⁸ 70 年代以降わが国でも、ソフトフェアを特許法によって保護するようになったが、「発明」の 3 分類(物、方法、物を生産する方法)のうち「物」として位置づけた(特許法 2 条 3 項一号)ところにも、有体物中心の発想が現れている。しかも当初は、プログラムが媒体に記録されていることを要件としてきたが、2000 年末からは記録されていない場合も「物の発明」であるとした。後述の「著作権は所有権とは違う」という記述と対比せよ。

るが)²⁹.

図表3. 知的財産の保護方式

| 方式 | 内容 | 現行法 | 効力 |
|----------|--------------------------------|---------------|---|
| 権利付与 | 創作者に権利を付与する | 特許法 著作権法など | 妨害排除, 損害賠償請求, 譲渡, 相続, 実施許諾, 第三者への対抗, 担保権の設定など |
| 特定行為規制 | 不正競争により創作権等営業上の利益を害する行為を禁止する | 不正競争防止法 | 差止請求, 損害賠償請求, (損害額の推定の規定あり) |
| 一般不法行為規制 | 故意または過失により, 創作者等の利益を害する行為を禁止する | 民法 | 損害賠償請求のみ |

ところで, 著作権が本来保護しているのは, 「思想または感情を創作的に表現したもの」(2条1号)であって, 媒体に体现されていること(とりわけ固定)は, ごく限られた著作物について要件とされている(たとえば8条2号)だけで, 一般的な要件ではない. たとえば即興演奏のように瞬時に消え去るものでも, 音楽の著作物としての保護が及ぶことに変わりはない(斎藤[2000]). しかも一般には誤解され易いが, 固定された「物」の「所有権」と, そこに体现されている「情報財」の「著作権」とは別である(顔真卿自書建中告身帖事件³⁰参照).

しかし一般に, 無体物に権利を付与しようとするれば, それを他と区別する必要があるから, 体现と固定は, 保護を受けやすくする手段として有効である. 前述の即興演奏のケースでは, いかに権利があっても, それを裁判で証明しようとするれば, とてつもない困難に遭遇するであろう³¹.

以上を要すれば, グーテンベルグの印刷術の登場と平行して発展してきた近代著作権制度は,

- ①「著作物」という言葉に表されるように創作の結果は「物」³²に体现される(したがってオリジナルは明確であり, 複製物と識別可能である),
- ②複製にはコストや時間がかかり, 品質は必ず劣化する,
- ③伝送による複製は品質の劣化で不可能か, 極度に高くついたり時間がかかりすぎる,
- ④改変は容易にはできない,

²⁹ このような所有権の特徴を知ってか知らずか, 「知的所有権」という用語が使われることがあるが, 情報が所有の対象になり得ないことは繰り返すまでもないだろう. この問題は一言言葉の問題のように見えるが, 実は権利の強弱をどう捉えるかに関係している. そして, 公的機関に対する出願・審査や登録を要件とする特許権の場合(特許法36条, 47条以下, 66条など)より, 何らの手続きを必要としない(無方式主義の)著作権の場合(著作権法17条2項)に, より先鋭な形を取る.

³⁰ 最二小判1984年1月20日, 民集38巻1号1ページ, 判例時報1107号127ページ, 判例タイムズ519号129ページ.

³¹ 有体物中心の考え方では, 特許や著作権は「信託財産」になり得なかった. しかし無形財貨の価値が高まったため, 2004年度から信託業法の改正によって知的財産も対象に加えられた. また著作権を証券化し, ファイナンスをやりやすくする動きもある.

³² 法律上「物」と「もの」(さらには「者」)は, 一応物件とそれ以外(人の場合には人格をあらわす「者」とそれ以外)で書き分けることになっている(林(修)[1975]). しかし実際には, 混同されている場合もある(著作権法においては著作「物」の中に「もの」が入るなど. 同法2条1項1号).

という暗黙の前提の上に成り立っていた、といえよう³³。

デジタル技術の進展とネットワーク化によって、上記 4 つの困難性は薄れたか、完全に無くなってしまった³⁴。このうち「伝送の困難性」と「改変の困難性」は「体現または固定」のそれと連動する面が強いので、今後の制度設計にあたっては、体現の困難度と複製の困難度を両軸に、著作権の対象になる創作物を分類してみることが有効であろう。

図表4は、そのための分類表であるが、この表の原点に近い「体現困難・複製困難」の代表が、かつての出版や、古くからある彫刻である。この対局にあるのが、「デジタル財」とでも呼ぶべきもので、「体現も複製も容易」であることから、従来の著作権の概念だけでは律せられない問題を提起している。

図表4 体現と複製の難易度による著作物の分類

| | | |
|------------------|-----------|--------|
| 容易 | 実演 | デジタル財 |
| 困難 | 初期の出版, 彫刻 | 音楽, CG |
| 体現(縦軸) 複製(横軸) | 困難 | 容易 |

その両者の間に「体現は容易だが複製が困難」なものとして、実演(パフォーマンス)などの例がある。かつて実演は体現するのも困難であったが、デジタル録画装置などの発達によって、体現そのものは容易になった。しかし、そのような方法で体現されたものが、実演そのものと同等の価値を伝えているかとなると、いささか疑問である。ベンヤミンのいう「アウラ」が伝わらないからである(Benjamin[1936])。同様の意味で、絵画にも本物と複製の差がありそうである。

もう一つの中間的存在は、「体現は困難だが複製は容易」のパターンで、CG(Computer Graphics)が代表例である。CGの作業は、コンピュータへの入力に時間、労力と創造力が必要だが、一旦制作されたものを複製するのは、いとも簡単である。したがって著作権侵害にもっとも弱いメディアと考えられる³⁵。

加えて、権利侵害に対して裁判による救済を求めようにも、デジタル財には次のような特性があって、うまく機能しないことが分かってきた(林[2004a])。

- ① オリジナルがどれかも判然としないので、複製がオリジナルに「依拠」したものかどうか判断が難しい。
- ② ネットワークを介して複製が行なわれると、被害は世界規模になり、加害者を特定し難い(林[2001b])。
- ③ 被害額が膨大で、短期間に発生し、かつ一度流出したら取り戻せない(「取引の不可逆性」)ので、差し止めの効果が無い。
- ④ そこで勢い、情報の仲介者の責任を問うことになりがちである。
- ⑤ 国境を越えた紛争になりやすく、準拠法・裁判管轄などの問題が発生する。

このような状況の下では、従来通り著作者や著作権者の権利を守ることは、極めて難し

³³ この問題点にいち早く着目し、包括的な論点整理をしたレポートに OTA[1992]がある。

³⁴ 逆に第4の特徴として、一つの創作物を多数の違ったメディアに変換できるという機能が加わった。これによって「ワンソース・マルチユース」が可能になる。

³⁵ CG作家でもある河口洋一郎が、著作権に強い関心を示しているのは、音楽の著作物について現に起きていることは、やがてCGにも起きると懸念しているからである(河口[2002])。

い。なぜなら実効担保のコストがきわめて高くなった訳だから、知的財産権という権利付与がそれを上回る効用を社会にもたらしているのか、が改めて問われている訳である。そこで、デジタル時代の著作権をめぐる多数の論文が書かれ、膨大な議論が蓄積されている。しかし私の見るところ、その鍵の1つは「登録」(ID付与を含む)という仕組みではないかと思われる。

アナログ技術が中心の時代には、著作物というバーチャルな存在は、何らかの形で物に体现され、加えて複製を繰り返せば品質は自然に劣化するので、複製権の侵害も技術的な制約のため限界があった。このような時代には、損害の回復は違法複製物という「物」を取り戻したり廃棄したりすることで、効果を発揮できた。つまり無体財産法を有体物の法体系の延長線上に位置づけても、さほどの齟齬を生じなかった。

ところがデジタル技術の登場によって、著作物が「物」とは切り離されたバーチャルな存在であることが顕在化することになった。デジタルの場合には、原本という概念が不明確になるばかりか、複製しても伝送しても品質は劣化せず、しかも侵害行為は瞬時にグローバルに拡大してしまう。ここでは、有体物の法体系では有効な差止めや損害賠償が、救済措置として従前ほど有効ではなくなっている。p2p ソフトウェアによる音楽著作物の違法流通は、著作権者の懸命な努力によって合法的な流通手段へと変質しつつあるが、ビジネス・モデルは全く違ってしまっている。

もともとバーチャルな権利である知的財産権は、情報という財貨に対して一定の支配権を付与するものである。ところが情報という財貨は、公開を前提にして権利を設定する以上、保有者が独り占めを続けることはできない(非排他性)、同時に多数の人が使っても何の支障も無い(非競争性)。すなわち法的には「占有」の状態が明確でないのみならず、ある情報を他人に伝えても、発信者が忘れない限り同じ情報を保持しているわけだから「占有の移転」も不明確である(中山[1995])³⁶。このような財貨に排他権を付与するには、それなりの工夫が必要である。

事実現行の法制度においても、期間の定めのない(永久の)所有権に対し著作権の保護期間は有限であり、また物に体现された著作権は最初の販売において原則として消尽するものとされるなど、排他権の設定において配慮がなされている(それ以外の工夫については、林・福井[2008]参照)。このことは著作権法の目的である、権利の保護による創作インセンティブの付与(事前の最適化)と、創作後における創作物の利活用(事後の最適化)とのバランスを調整することと、対応していると考えられる³⁷。

しかし、同じ知的財産制度の中でも、出願—審査—登録という厳密な方式主義をとる特許権と対比した場合、著作権の無方式主義(17条2項)は権利の存在や第三者対抗要件等の点で、脆弱性を持っていると言わざるを得ない。商標その他の産業財産権も総じて方式主義をとっており、不正競争防止法というやや違った保護法益として守られる営業秘密も、公的な方式は不要であるものの、企業としての秘密管理性を要件とする点で、一種の緩やかな方式主義であるとも言える。このように著作権は、知的財産権の中で唯一とも言

³⁶ なお以上の点は、法学で説明するよりも、経済学の「公共財」「コモンズ」等の概念を使って説明した方が分かりやすいかと思われる。ところが法学者の前に経済学を持ち出すと、著しいアレルギーを生ずる向きがあることを知った。そこで本稿では、末尾の[参考]にまとめておいたので、随時参照されたい。

³⁷ 経済学では、次のような説明をする。情報財を生産する際に、それが容易にタダ乗りされてしまうとすれば、インセンティブがない。つまり事前の段階では、強い権利が付与されるとの期待を抱かせるのが望ましい。他方情報財が生産されてしまった後では、なるべく多くの人に利用されることが社会的効用を高めるので望ましいが、この観点からは権利は弱いほど良い。この事前と事後の要請の矛盾のバランスを取るのが、知的財産制度の課題である。

える無方式主義である(矢野・林[2008])が、デジタル時代にはその利点よりも欠点のほうが深刻化しつつある。

ここで方式の一つとして電子的な登録制度を採用すれば、権利の存在を証明するのに有効な手段であることを超えて、現在では次のような効果をも期待できる。①許諾が得られにくい最大の理由は、権利者の拒絶というよりは、権利者の探索が難しいことにある。電子登録システムは、この探索コストを大幅に低減させる。②とりわけ従来は需要の少ない著作物は、検索コストの故に利用度が低かった。検索技術の進展により、いわゆる「ロング・テール」に属する部分も容易に検索可能になり、著作物の利活用は飛躍的に向上する可能性がある。③ライセンス条件を明示し利用を促進することができる。④著作物をパブリック・ドメインに開放することを宣言でき、利用が促進される³⁸。

かくして著作権についても、従来の任意的登録制度(著作権法 75 条以下)を超える仕組みを検討すべき時期ではないかと考えられる(林[1999a][1996][2004a][2004b][2008a]など)。その場合に効果として期待される最大のものは、現在の対抗要件としての効果(著作権法 77 条)を超えて、裁判において真正な著作者であり、真正な著作物であると認定されることであろう。

その効果に最も近い方式は、著作者や著作物の登録を権利発生要件とすることであるが、それではベルヌ条約(その一部は WTO の仕組みに組み込まれているため、WTO 条約で追認されていることになる)に定めた無方式主義(ベルヌ条約 5 条(2))を否定することになってしまう。これに準ずる方式は、現在のアメリカがそうであるように、内国著作物については登録を実質的な訴訟要件とすることであろうか³⁹。これでもなお「無方式主義」を国際標準とするベルヌ条約違反の疑いは消し去れない。

より現実的で、国際的調和を乱さない方法は、登録に裁判上の証拠能力を付与すること、すなわち「登録された著作者または著作物は、真正の著作者または著作物と推定する」との効果が付与することであろう。これは裁判実務の積み重ねでも可能であろうが、立法化の方が即効性があり、法的安定性の面でも優れていると考えられる。

なお一般的な証拠能力については上記のとおりであるとして、ここで公的な登録機関を設置した全国統一システムを前提とするのか、複数の(民営を中心とした)システムを認めるのかどうかは、立法政策上の大きな問題である。私は、次の 3 つのシステムのいずれについても証拠能力を認めるが、証拠力が A>B>C の順で弱くなるという制度設計が妥当ではないかと考える。

- A. 原本保証モデル
- B. 証書発行モデル
- C. 自己登録モデル

ここで、各モデルの概念は以下のとおりである。なお、後述のように、著作権保護期間そのものも見直しを要するので、登場方式と噛み合わせれば新しい弾力的な方法を工夫す

³⁸ 日本の現行著作権法には、著者または著作者による著作権の放棄(すなわちパブリック・ドメインにする)の明文の規定がない。実際には権利を行使しなければ、自由に複製することができるので、権利の放棄と同じことになると思う人もいる。しかし、権利不行使の場合には、権利者がいつ翻意するかもしれないので、法的安定性の点で問題がある。

³⁹ アメリカは 1989 年にベルヌ条約に加盟し無方式主義に移行したが、現在でも著作権の登録に一定の恩恵が与えられている。第 1 に、著作物の発行後 5 年以内に著作権登録がなされれば、その著作権登録証に記載された事項および著作権の有効性について裁判上一応の証拠となり、これについて法律上の推定を受けることができる(米国著作権法 410 条(c))。第 2 に、登録された著作権の侵害については、著作権者に法定賠償請求権と弁護士費用請求権が与えられる(同 412 条)。前者は現実損害額の証明なしで、一定額の損害賠償を請求することができる権利であり(同 504 条(e))、後者は勝訴した場合に、その訴訟に要した弁護士費用を侵害者から取り立てることができる権利である(同 505 条)。米国においては、弁護士費用がすぐに億(円)の単位になるので、弁護士費用の賠償請求権は実務上重要であるという(山本[2004])。

ることできる(林[2008a]).

A. 原本保証モデル

現在のアメリカで実施している著作権登録制度に近く、著作物の真正な著作者が信頼できる第3者登録機関に著作物のコピーを貼付して申請する仕組みである。この登録機関は、著作物の真正な著作者である証として登録証書を発行し、著作物のコピーを厳重保管する。著作権関係者や裁判所からの要請により、登録謄本などを発行する。

B. 証書発行モデル

e 文書法で規定される電子文書の保存に関連して、電子データの存在時刻と非改竄を証明するタイムスタンプの技術を用い、著作物の存在時刻や同一性を証明する仕組みである。著作物の真正な著作者が電子証書の発行を申請する仕組みで、申請者本人を証明する仕組みとして電子署名を付加することもできる。

C. 自己登録モデル

信頼できる著作物登録 Web サイトに、真正な著作者が自ら登録、公開することで、著作物の真正性を担保する仕組みである。著作物登録サイトでは、証書発行モデルを組み合わせ、著作物の存在時刻や同一性を証明することも可能である。既に広汎に利用されているクリエイティブ・コモンズ⁴⁰や、私のアイデアである®マークなどが、実例である。

3モデルの鼎立を認めるべきだと考える理由は以下の3点である。①無方式主義が原則の中で例外的に方式主義に近い制度を導入しようというのであるから、緩やかな制度設計が望ましい。②言論の自由の発露である著作物については、検閲あるいは自主規制の危険を最小化すべきである。③電子認証制度が民間主体で運用されていることと整合性を保つことが望ましい。④新会社法が採用した「法は合法的な選択肢のセットを示すだけで、どれを採用するかは市場に任せる」という方式は、ほかの法制にも有効と考えられる。

著作権登録制度の基本となる要件は、著作者の認証、否認防止、存在証明、改竄防止などであり、真正な著作者と著作物との関係証明や著作物の等値性を証明する。これらの技術はすでに、電子署名・電子認証技術として確立しており、著作権について特別に開発を要するものではない。

こうした制度を考案しても、利用者がいなければ絵に描いた餅に終わってしまうが、デジタル・コンテンツ協会の平成18年度のニーズ調査によれば、個人に近い立場で制作を行なうクリエイター、コンテンツ業界への投資企業、大学研究者などに強いニーズがあることが分かった(デジタル・コンテンツ協会[2007])⁴¹。

6 個人データ保護方式の検討

それでは、上記2章から5章の分析を踏まえて、従来「個人情報」と定義されてきた情報を、法的にどのように位置づけ保護したら良いのだろうか？ まったく個人的な思考実験をしてみよう。そのために、まず3つの大原則を提起しよう。

大原則1. 個人情報という用語を捨て、個人データとする。

⁴⁰ クリエイティブ・コモンズ概念と利用実態については、レッシングほか[2005]、野口[2009]参照。

⁴¹ また他方、需要が十分にあって、システム供給側のコストが高すぎれば、制度を考えても意味がない。アメリカにおける年間登録件数を元に日本における年間登録件数を10万件と仮定し、3モデルについて費用便益分析を行なった結果、それぞれにフィージブルであるとの見通しを得ている。

大原則2. 個人データに関する保護は、基本的には財産権とする(人格権はあるが、アメリカの著作権に著作者人格権がある、という程度の軽いものとする)。プライバシー権の一部としての「情報プライバシー権」は、別に存在するものとする。

大原則3. 行政法ではなく、私法に属するものとする。

以下に若干の補足説明をしよう。まず、個人情報保護法のもたらした混乱のある部分は、「個人情報」という用語にあると思われる。わが国の法律において、「情報」が真正面から定義されたものはない、という事実を直視すべきである(同様に「電子計算機」や「インターネット」も、未定義のまま使われている)。このように、定義できない、あるいは定義しようとすると現象の方が先に変化してしまうような事物や用語を保護の対象として規定することは、安定性と保守性を旨とする法の世界になじまない。

「個人情報」という用語には、別の欠陥もある。それは「0か1かのビット列」という無機的な感じが伝わらず、何やら人格にも関係しそうな「ウェット」な響きがあることである。個人情報保護法も基本的には「無味乾燥」ともいえる「データ」を扱っているに過ぎないのだから、「個人データ」の方が適している⁴²。

ただし、ラベルを変えても内容は従来に準じ、「生存する個人に関するデータであって、当該データに含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの(他のデータと容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。)」で十分と思われる⁴³。

第2原則として、人格権(氏名表示権を除く、以下同じ)⁴⁴を捨て財産権としての「個人データ」を考えたい。これまで、個人情報保護法の法制化を推進したり、そのあり方を論じてきた人々は、主として憲法学や行政法学といった、「公法」の学者が多かった。しかし、現実の社会で起きていること、あるいは要請されていることは、「個人データを実務に生かしたい」ということであって、人格権とは程遠い。しかも、個人データの生かし方が、当該企業の競争優位と関係しているだけでなく、当該国家全体の競争優位にも関連が生じている。

「自分の姿は自分では見えない」というが、法学者は、わが国における個人情報保護をめぐる混乱が、自国の産業競争力さえ削ぎつつあることに思いをいたすべきであろう。こうした「生の需要」に対応しようとするれば、人格権は捨象し、財産権に重点を置いた法制に切り替えるしかない。

ただし、「個人データ」を保護する面では人格権を捨象するのであるが、それは人格権を全面的に否定することを意味しない。むしろ、人格的要素を「情報プライバシー権」⁴⁵として明確にし、その両者を切り分けることを主張しているに過ぎない。

第3の原則は、現行の個人情報保護法のような行政権が関与する余地を最小限にし、

⁴² 現行法において「個人データ」とは、「個人情報データベース等を構成する個人情報」である(個人情報保護法2条4項)から、電子的情報のみに焦点を合わせる本稿の立場に繋がるものと思われる。

⁴³ 内容が同じなら現在の用語をそのまま使って欲しい、というのが法学者の気持ちであることは承知している。しかし個人情報という概念には、過剰反応を引き起こすだけの誘因が浸み込んでいるので別の用語を使いたい、というのが私の思惑である。

⁴⁴ 氏名表示は個人データの最大の構成要素であるため、別扱いするのが妥当であろう。同様のことを無意識のうちに考え、著作物に適用したのが、©マークの発想である。またクリエイティブ・コモンズでも、当初オプションとしていたAttributionを結局はデフォルトに変更したことは、氏名表示権の必需性を裏付けるものと思われる。

⁴⁵ プライバシー権としては、「情報プライバシー権」のほかに「自律に関するプライバシー権」「領域に関するプライバシー権」があると考えると、分かりやすい(村上 [2009]による分類)が、村上自身は「情報プライバシー権」の中の人格的要素を捨て切れないようである。

対等な民間同士の関係として、純粋に私法的な扱いを考えるべきだという点である。アメリカでも、「プライバシーを財産権として構想する」というアイデアがあるが、その際根拠とされることの 1 つとして、「財産権とすれば政府の介入を最小限にできる」という点がある (Samuelson[2005]など)。

連邦政府への懐疑心が強いアメリカならではの発想とも言えるが、わが国にとっての教訓にもなり得よう。なぜなら、現行法では行政の関与が必須であることから、「主務大臣」(個人情報保護法 32 条～36 条)という概念を導入せざるを得なかった。これは規制下にある産業分野の人にとっては何でもないことであったが、例えば新聞業など「主務大臣」も「業法」もない世界の人々にとっては、驚くべき「規制強化」になったことは否めない。民一民で円滑に行くなら、行政の関与がないに越したことはない。

以上の 3 大原則を守りつつ、「個人データ保護法」を制定するとすれば、以下の諸点を検討する必要がある。

6.1 直罰方式の可否

まず最初に、直罰方式を導入して、実質厳罰化を法的にも取り入れる案を考察しよう。漏洩事故に悩まされたことのある企業からは、「行為者が罰せられることがない(これは第 3 章で検討した情報窃盗の不可罰性のことである)のに、安全管理義務を負う企業だけが責任を問われるのでは公平でない」という声が強し、現に直罰方式の提案が少なからずあるからである(堀部[2004]、石井[2009]など)。

現在の法制では、主務官庁の改善命令が出たにもかかわらず、それに違背した場合に初めて刑事罰が課されることになっている(間接罰)が、「個人情報漏洩罪」を新設し行為者を直接罰することにして、抑止効果を高めたいとの主張で、それ自体には合理性がある。また、諸外国においても「データ保護法」における「データ漏洩罪」のような形で先例があり、立法論として可能な提案である。

漏洩行為の主体である個人(社員)が刑事責任を問われないのに、安全管理義務を怠った企業だけに責任(しかも厳罰)を問う声が多い中で、個人責任の原則を明確にすることができるのは利点である。しかし刑法との兼ね合いでは、以下の諸点が問題になる。①刑事罰をもって守られる情報としては、現時点では一定範囲の秘密と知的財産しかない中で、なぜに個人情報を同じレベルで保護しなければならないのかの根拠が薄弱、②ただでさえ過剰反応が心配されている中で、その動きに拍車を掛ける恐れがある。

上記のうち①は、本稿で論議しようとしている論点に他ならない。「はじめに」で述べたように、こうした本質論をさておいて個人情報保護法を制定したこと自体が「拙速」であったとすれば、この「直罰案」に乗ることは、「新たな拙速」を繰り返すことになるし、刑法の謙抑性からしても、許される案ではないだろう。ただし、「秘密型」情報の保護は、結局のところ刑事罰で担保するしかないということが証明できれば、この案にも復活の余地がある。

6.2 行政・民間峻別方式

刑事罰が問題であるとすれば、行政機関保有データと民間保有データを峻別し、前者を「自己情報コントロール権」的に再構成する一方、後者については保護のレベルを緩める案が考えられる。現状でも、行政機関と民間に適用される個人情報保護法は別建てであ

り、前者には詳細な開示・訂正の手続きが定められているのに、後者にはそうした規定が手薄であるから、この案にはそれなりの理由がある。

利点としては、相互理解が進んでいるとは言えない「自己情報コントロール権」に関する論争を、行政機関に対してだけ適用可能な概念として、明確にすることができる⁴⁶。先例がない新しい考えなので、根拠付けを明確にする必要があるが、対権力関係と、対等な当事者同士の関係を別の法体系と見るのは自然なことであろう。

そこで以下では、この考え方を所与として、対等な当事者同士の(民—民の)関係として、さらにどのような仕組みを組み合わせることができるか、という視点からいくつかの案を検討しよう。

6.3 著作権アプローチ

上記 6.2 とセットで、民間保有データに関する権利について、著作権と同じく「人格権と財産権がハイブリッドに結合したもの」と考える案である。情報の保護法式には、秘密保護型と知的財産保護型がある中で、人格権と財産権を結合した著作権の方式はユニークであり、それに学ぶ点があるはずだ、というのが根拠である。つまり、プライバシー的要素(人格権)とパブリシティ的要素(財産権)が、ハイブリッドに結合した権利と考えることで、理論的にすっきりする(林[2005b])。

しかし現在「著作権の再構築」が力説されているのは、まさにこのハイブリッドな性格の曖昧さに由来しており、そのアナロジーで考えると混乱を増すばかりではないか、といった反論が予想される。前述の「登録制度」などが、その解決策になり得るか慎重な検討が必要になろう。

6.4 パブリシティ権アプローチ

上記 6.2 とセットで、民間保有データについては、判例によって形成されてきたパブリシティの権利と同様のものと捉えなおす案である。パブリシティの概念は、わが国では珍しく、制定法がないにもかかわらず発展してきた。こうした自然発生的概念には、それなりの存在意義があるはずだ、というのが論拠である。

上記 6.3 のうち、財産権の部分だけを切り離すことによって、取り扱いが簡素化される点が優れている。しかし制定法に根拠を持たず、判例で認められて来たに過ぎないので、わが国のような制定法中心の国では、根拠が弱い。また、個人データに特別な価値を持つ人(パブリシティにおけるセレブリティ)しか保護されず、一般大衆は保護されない恐れがある。

6.5 営業秘密アプローチ

上記 6.2 とセットで、民間保有データについては、不正競争防止法において保護されている営業秘密と同様のものと捉えなおす案である。つまり不正競争防止法を改正して、一

⁴⁶ 私のように「保有」と「帰属」が分離することを常態と考える者からすれば、「自己情報コントロール権」は、民—民の関係に関する限り、自己矛盾でしかない(夏井[2003]も同旨)。しかし、私人と公権力の関係について言えば、もともと「基本的人権の尊重」の観点から、公権力が収集する個人データは最小限にすべきであるから、これに対して強いコントロール権を設定するのは理に適っているし、また技術的にも実現可能と思われる。

定範囲の個人データに、営業秘密の保護と同程度の保護を与えることを目指すものである。これにより、差し止め、損害賠償のほか刑事罰も揃い、抑止効果は十分と思われる。

ただし、不正競争防止法は競業者間のみ適用されるので、競業者以外に窃用・悪用された場合には救済できない。アメリカは契約社会なので、守秘義務協定のようなものが普及すれば、それ以外の分野や、最終的には個人が関係する取引まで、このアプローチで対応できるとの主張もある(例えば, Samuelson[2005])。しかし、わが国では不正競争防止法という制定法に頼るしかないと思われる。

また管理している企業にとって、営業秘密を保護するインセンティブは十分にある(なにせ、それが漏れたら競争に負ける可能性が高いのだから)が、個人データ一般について、それに匹敵するインセンティブが働くだろうか。営業に必須の顧客情報など、営業秘密に準ずる個人データもあるが、他のデータについては、保護するインセンティブが働くかどうか疑問がある。

6.6 一般不法行為アプローチ

最後の案として、そもそも個人データを特別に扱う必要はなく、民法 709 条等の不法行為の救済を認めれば、十分であるとの考えもある。もともと個人情報保護法は、理念だけを規定し、後は個別法に委ねるつもりだったこと⁴⁷⁾に照らせば、救済は別法でという発想は「原点回帰」かもしれない。ただ、個人情報保護法がこれだけの社会的存在になった現時点で、その廃止を提案することはいかなるものか、という反論に会うだろう。

また、情報財の特質の 1 つである「いったん流出した情報は取り返せない」という「取引の不可逆性」を考慮すると、何らかの形で「差し止め」ができないと、情報漏洩に対する保護は十分でないことになろう。

7 個人データ保護法(試論)

以上のように、どれか 1 つが決定的に優位というわけにいかず、「帯に短し襷に長し」という印象は否めない。そこでここでは、6.3 の「著作権アプローチ」について、もう少し立ち入って検討してみよう。図表1が示唆するように、この案が最もフィージブルだと思われるからである。

私の直感の裏には、「有体物の世界では、占有と所有は重なり合う場合が多いが、無体財の世界では、秘密情報については保有と帰属が一致するが、他の情報については保有と帰属は、別の主体に担われる場合が多い」「情報の利用の仕方は多種多様であり、法に典型契約を規定することは望ましいが、支分権的なものを幅広く規定したとしても、最終的にはライセンスという契約に依らざるを得ない」という認識がある。

先に述べたように、有体物の法体系は「占有」を前提にした「所有」という概念が、中心的位置を占めている⁴⁸⁾。しかし無体財である情報はどこかに静止している場合(秘密型)も

⁴⁷⁾ 現行法は当初、高度情報通信社会推進本部の中の「個人情報保護部会(座長:堀部政男教授)」で検討が開始され(1999年7月)、同年10月の座長私案では基本方針だけを盛り込んだ「基本法」あるいは「理念法」を目指していた。ところが担当が同本部内の「個人情報保護専門委員会」になってから、現行法のように民間部門の規律を併せて盛り込むことになった(2000年10月)。

⁴⁸⁾ 20世紀の冷戦構造が崩壊したのは、結局のところ私的所有を前提にした市場システムの方が、計画経済システムよりも、経済社会を律する方法として適していたことに他ならない。しかし逆に、この所有概念があまりに有効に機能したため、私たちが何にでもこれを適用しがちで、「知的所有権」という誤解を生じているほどである。

あるが、転々流通することが多い。流通するとすれば、元の情報について何らかの権利を持つ人(著作者であれ、個人データによって識別される当該自然人であれ)と、その情報を現に管理し支配下においている人とは違うことが常態である。前者を「帰属」とし、後者を「保有」として区別するのは、自然の流れであろう。

ところで、情報をデジタル的に表現すれば0か1かのビット列に他ならないので、人間が直接感得することは難しい。また、コンピュータは人間よりよほど情報処理能力が高いといっても、0か1がどれだけ続くか分からない情報を、いつも最初から処理していたのでは、資源の無駄使いである。そこで、通常は情報を圧縮して処理するが、復元すれば元のままに戻る方法の開発が進められている。しかし、一番単純な方法は「情報にID(Identifier)を付ける」ことであろう。

デジタル社会の情報処理効率の観点から見れば、IDのない情報は「処理して欲しくない」と意思表示しているかのようである。つまりアナログ社会では、IDを付けることがオプションであるのに対して、デジタル社会ではIDを付けることがデフォルト設定である。しかしこのことは、「IDを付けない」というオプションを、情報財を超えて個人にまで全否定するものであってはならないだろう。夏井[2003]がいう「デジタル化されない権利⁴⁹」に似たものを準備しておかないと、プライバシーの領域が限りなく狭くなる恐れがある⁵⁰。

さてここで、当該情報を生み出した人(あるいは生み出すための元情報を提供した人)には、何らの権利がなくても良いのか、という疑問が生ずるだろう。例えば私が遺伝子治療を受けているとして、その過程で新しい治療薬が開発できたとしよう。治療薬が特許を取れたり、営業秘密の内容になったりすることが考えられる。その場合には、開発者の権利に関しては、既存の特許法なり不正競争防止法で対処可能であり、そうした情報に対して、私に何の権利も生じないとしても、一応納得がいくだろう。

ところが、この治療薬は、きわめて稀なDNA配列の人にしか効かないものだとしよう。すると被験者である私のDNA配列と当該治療薬との組み合わせ情報が、この薬品の営業秘密的な情報(営業秘密に該当するかどうかは、事情にもよるので裁判をしてみなければ分かるまい)になる。この場合も、私に何らの権利も生じないとなると、公平を欠くようにも思える。

これに類似のケースについては、カリフォルニア州最高裁判決(1990年)以降の、判例の積み重ねがある。リーディング・ケースとなったムーア事件では、白血病の治療のためと称して脾臓の組織と血液を採取し、これを基に取得した特許によって30億ドルもの利益を上げたカリフォルニア州立大学に対して、患者のムーアが「横領」の裁判を起こした。

カリフォルニア州最高裁⁵¹は、横領の訴えを退けたが、医師の忠実義務違反やインフォームド・コンセントを求める救済なら、可能性があると付け加えた(名和[2006])。その要点は、杓子定規な制定法を援用するよりも、当事者間の契約の問題だとして処理してはどうか、という点にある。

この直感を支えている論拠は、「情報のような未だ法的な扱いが確定していない事象については、制定法に依らず契約法で処理するのが良い」という信念である。特許権にせよ、さらに支分権が多い著作権については言うに及ばず、それぞれの法律に書いてあることは

⁴⁹ これは、opt-inの具体例と考えることもできるが、「自己情報コントロール権」の限定的利用例(恐らく唯一の提案可能事例)と見ることもできよう。

⁵⁰ コンテンツIDフォーラムを主宰していた安田浩氏と、この点について大論争を展開したことがある。林[2003c]参照。

⁵¹ Moore V. Regents of the University of California, 51 cal. 3d 120 (1990)

「原則」であって、実際の利用条件の細部は「ライセンス契約」に依っていることが多い。

制定法中心の国であるわが国においては、法律の解釈に重点を置くのは当然とはいえ、「ライセンス契約」の重要性に、もっと注目すべきではないかと考える。『ライセンス契約』という興味深い書物に、編者の1人である椛山敬士氏が「周辺領域におけるライセンス」という章を書いているのが目に付いた。情報という未だ全容が解明されていない対象を扱うには、いきなり法律を制定するよりも、まずは契約による「慣らし運転」が必要と思われる。

ただし次の点にも、注意が必要である。つまり、現在知的財産権として保護されている情報は、先に述べたとおり有体物のアナロジーから脱却できていないため、ライセンス契約の大本である「許諾権」について、権利者の自由意志を最大限に重んずる法制となっている。しかし、個人データについてそのような取り扱いをすれば、特定の誰かの名前を呼ぶときでさえ「事前許諾」が必要、という戯画が成り立つ恐れもある。

ここに、有体物のアナロジーと無体財の特質との乖離が、象徴的に現れている。解決策は、無体財にはそれにふさわしい法的措置を選択し、しかる後に現行の知的財産制度について、無体物らしい修正を加えることであろう。「物」を中心とする近代社会が、所有権という法システムによって支えられ発展してきたとすれば、情報化社会においては「情報」に関する新しい法律の構築が求められている、と言えよう(松本・升田[2003])。

個人データ保護についていえば、その取得に関して「自然取得」という新たな概念を設け、公表された情報源から個人情報を取得した場合には、当該取扱事業者が公表する利用目的の範囲内なら、自由に利用できることとすべきであろう。また典型契約⁵²としてのライセンス契約には「拒否権」を含まず、「目的外利用禁止権」のみとすべきである⁵³。

なお、財産権とすると「譲渡自由」が原則と考えがちだが、それも有体物のアナロジーに毒された考えであろう。「占有」も「占有の移転」も明確でない対象に、「譲渡」も起こり得ないので、再ライセンスは禁止すべきである。また、契約の解除、ライセンシーの死亡・解散などの場合には、ライセンス契約自体が消滅すると考えるべきである。

以上の検討結果を踏まえて、個人データに関する諸権利を、ここでは以下の「権利の束」だと考えよう。これは著作権が多くの権利の束であることと、類似である。

- (a) 帰属権:当該情報に関して一意に決まる個人(または法人)が、何らかの「クレーム」を主張し得る状態、およびその権原。その発現の1つとして、当該情報の開示・訂正・削除を請求する権利。
- (b) ライセンス利用権:上記「クレーム」の発現の1つとして、当該情報の利用を許諾する権利。保有者は拒否することは出来ないが、目的として指定された範囲を越える利用を禁止することができる。
- (c) 保有権(と義務):有体物の「占有」に対応する、無体財に関する財産上の権利を示し、現行法では「準占有」(民法 205 条)と同じ。ただし、占有と異なり「安全管理義務」が発生する。なぜ「準占有」とは別の用語にしたかといえ、無体財の法体系を有体物とは別に構想したい、という本稿の主旨を徹底したかっただけである。なお現行の個人情報保護法は、権利を明定せず義務だけを規定したため、混乱の一

⁵² 典型契約とは、民法典第2章第2節から第14節までに規定された13種類の契約類型のことである。現行法を改正する場合には、ここに第14番目の類型として「ライセンス」という節を追加することになる。もちろん、無形財取引に関する特別法を制定する案もあり得る。

⁵³ 拒否権の無い典型契約は、「契約自由の原理」という近代法の大原則に反するのではないかと、との批判が想定される。情報法は近代法を超えたところにある、と言いたいところだが、なお検証を続けよう。

因を内包してしまったので、権利と義務を対で規定したい。

(d) その他の権利:損害賠償請求権や差し止め請求権など。

これらを一覧表にし、著作権の代表的支分権と比較したものが、図表 5 である。

図表 5. 著作物と個人情報に関する諸権利の比較

(注)著作権の欄の支分権は代表例のみ,個人データの欄はすべて。

| 著作物に関する諸権利＝著作権 | | | 個人データに関する諸権利 | | |
|----------------|------------------|-------------------|--------------|--|-----------------------|
| 人格権 | 公表権 | 著作者の権利 | 帰属権 | 公表権. デフォルトとしては, opt-in だが, 「自然取得」を除く | 情報帰属者の権利 (以下, すべて財産権) |
| | 氏名表示権 | 同上 | | 氏名表示権 | 同上 |
| | 同一性保持権 | 同上 | (同一性保持権に類似) | 開示請求権・訂正請求権・削除請求権 | 同上 |
| 財産権(利用許諾権) | 複製権 | 著作(権)者の権利(その代表例) | ライセンス利用権 | 契約により自由に設定可だが, 典型契約としては拒否権はなく, 再ライセンスも禁止 | 同上 |
| | 譲渡権・貸与権 | 同上(情報を格納した有体物に着目) | | 目的外利用禁止権 | 同上 |
| | 翻案権 | 同上(情報の改変に着目) | | | |
| | 上演・口述・展示権等 | 同上(アナログ的伝達方法に着目) | | | |
| | 公衆送信権 | 同上(デジタル的伝達方法に着目) | | | |
| 財産権(保有権に類似か?) | レコード製作者と放送事業者の権利 | 同上(放送に有線放送を含む) | 保有権と義務 | 目的内利用権 | 情報保有者の権利 |
| | | | | 安全管理義務 | 情報保有者の義務 |
| 財産権(報) | 私的録音録 | | | | |

| | | | | | |
|---------|---------------------|--|---------|-----------|--|
| 酬請求権) | 画補償金 | | | | |
| 権利存続期間 | 一般の場合, 著者の存命中と死後50年 | | 権利存続期間 | 当該自然人の存命中 | |
| 損害賠償請求権 | 損害額の推定の規定 | | 損害賠償請求権 | | |
| 差止請求権 | 法に根拠がある | | 差止請求権 | | |
| 見なし侵害 | 同上 | | | | |

この図表について, 若干の補足説明をしておこう。

- ① 両者には, 公表権や氏名表示権といった共通項がある. ただし著作権法の混乱に学び, 個人情報の場合には, 人格権侵害についてはプライバシー訴訟に極力譲り, 財産権的に運用するのがベターであろう. これは, 人格権があると言いながら, 実質的に財産権のみで運用されている, アメリカ著作権法の実態に学ぶという姿勢である.
- ② その際, 企業等の保有者が最初に個人データを取得する際(当該個人からすれば最初の提供時点)の, 手続きが問題になる. これには, **opt-in** と **opt-out** という2つの方式がある. **opt-in** は最初の時点で, 個人データが帰属する個人から承諾を得なければならないとするやり方(事前承諾)である. 一方, **opt-out** とは, 企業等が個人データを取得し利用するのは自由だが, 当該個人から削除(あるいは会員を辞める)などの申し出があったなら, 事後は当該データを利用できなくなるというやり方(事後退出)である. ここでは, 前者の **opt-in** を **default** 設定するものと考えた.
- ③ 個人データの取得について, 前述の「自然取得」という概念を設け, これに該当する場合には, 前項の **opt-in** の義務はないものとする.
- ④ 著作権の同一性保持権に近似するものを, 帰属権に含むものと考えた. これはさらに, 開示・訂正・削除の3支分権に分かれる. 同一性の保持こそ, 個人が個人として同定され得る基本である. しかし, この権利が強くなり過ぎると, 次項のライセンス利用権は利用禁止権と同じようなものになってしまう. 対公権力には「自己情報コントロール権」的な物権的構成が有効であろうが, 民-民関係ではあくまで「請求権」にとどまるものとして設計したい.
- ⑤ ライセンス利用権は, この権利の中心をなすものである. もちろん理論的には「許諾」は任意であり, 「許諾しない」自由もあるが, 許諾がごく稀では「実質的には禁止権」という状態になり, 著作権が陥っているような悪循環をたどることになる. そこで許諾の条件は, 原則として契約により自由に設定可だが, 典型契約においては拒否権はなく, 他方「目的外利用禁止」が義務付けられるものとした. 「ライセンス権」と呼ばず, 「ライセンス利用権」としたのは, 保有と利用のバランスが大切だということを示したかったからである.
- ⑥ その意味では, ①の公表権のデフォルト設定を **opt-out** にしたいところであるが, 迷惑メールなどの実態を見ると, **opt-in** しかないようである(宿南[2008]).

- ⑦ ここで、再ライセンス(ライセンシーが同一の情報について、第三者にライセンスする)やライセンスの承継が問題になる。情報には占有がない以上、譲渡や承継もないものと考えたい。ただし実行上は、個人データが何らかの媒体に固定されている場合が多いから、当該媒体は(有体物なので)譲渡や承継の対象になる。現に、アマゾンなど有力なサイトは、事業売却などの際には個人データも対象になる旨の宣言をしているが、それを禁止するのは難しいかもしれない。情報財の法的扱いに関する、最大の難問であろう。ひょっとすると、Calabresi and Memaled[1972]の優れた分析にもかかわらず、情報財はinalienable propertyという特殊な分類に属するのかもしれない。
- ⑧ 個人データに関する権利の存続期間は、当該自然人の存命中である。プライバシー権や著作権の存続期間とは、違った発想で考えたい。
- ⑨ 損害賠償請求権と差し止め請求権は必要だが、損害額の推定や見なし侵害規定は、必要ないと判断した。

なお、こうして比較してみると、当初の想定に反して両者はあまり似ていない、と思われるかもしれない。確かに許諾権とライセンス利用権などは、その通りかもしれないが、実はそれは現行の著作権制度を固定して考えたときの話である。第3類型としての個人データ保護を構想するのであれば、これに応じて著作権制度そのものも、また変らざるを得ない。この点は章を改めて論じよう。

8 試論の拡張

前章において展開した試論は、従来の発想とは全く異なる点を多数含むので、それ自体として何回ものフィードバックが必要であろう。読者の忌憚のない批判をお願いしたいところである。しかし実はフィードバックが必要なのは、前章だけで終わらない。試論が革命的であればあるほど、既存の法制度との間の不整合をもたらすので、その間の調和や調整が必要になる。以下で主要な点を検討しておこう。

まず現在の秘密保護法制については、一般原則の明確化(それは多分、刑法における秘密漏示罪を一般化し、拡張して規定することに繋がるだろう)と、個別法における諸規定間のバランス(とくに刑の軽重)調整が必要であろう。改正刑法準備草案において、防衛上、外交上の重大な機密探知、収集、外国への通報を処罰する規定(136条)を予定していたが、この規定は、改正刑法草案には継承されなかった。他方、改正刑法草案318条は、企業の役員または従業員が、企業の生産方法その他の技術に関する秘密を漏示する罪(企業秘密漏示罪)の新設を予定したが、反対が強く実現には至っていない(西田[2009])。

次に知的財産制度においては、まず著作権の無方式主義は、何らかの手直しをせざるを得ないだろう。この点については第5章で詳述したので、ここでは繰り返さない。他の修正点としては、まず前者については、前章末尾で注意を喚起しておいたとおり、権利者に許諾するかしないかの完全な自由を与えることは、情報財の公共財的性格からみて行き過ぎであろう。現在著作権について、「日本版フェア・ユース規定」の導入が検討されているが⁵⁴、それも一方法であろう。しかしそれに加えて、何らかの「強制許諾」の仕組みを考える必要がある。

⁵⁴ アメリカ著作権法 107 条には、108 条から 122 条までの個別的な権利の制限(著作権の範囲が制限され、自由利用ができる)に先立って、一般的な権利制限が規定されており、これを「フェア・ユース規定」と呼んでいる。

特許権においては、許諾権は専用実施権(特許法 77 条)と通常実施権(78 条)に分かれるが、日本国内において 3 年以上にわたって適当に実施されていないとき(ただし出願後 4 年以内の場合を除く)は、実施しようとする者が特許権者(または専用実施権者)に対して許諾の協議を求め、これが不調の場合には特許庁長官の裁定を求めることができるものとされている(83 条)。この裁定により実施が求められる場合が、一般に強制許諾と呼ばれている。

一方著作権法においては、著作隣接権者相互間において、許諾なしの利用が認められており(例えば、放送局が商業用レコードを利用する場合の、著作権法 97 条)、これを強制許諾と称する向きがある。しかし一般的には、著作権者を探し出して交渉することが不可能な場合に、文化庁長官の裁定により通常の使用料を供託して利用する場合(67 条)を指すことが多い。

いずれの方式も、わが国では利用例が少ないが、ここでより多くの問題をはらんでいるのが、著作権の場合である。なぜなら、特許の権利保護期間は「出願後 20 年」(特許法 67 条)と比較的短いのにに対して、著作権の方は一般的に「著者の存命中および死後 50 年」(著作権法 51 条)と著しく長いからである。

しかもこの保護期間が、欧米では 70 年に延長されたこともあって(ただし、米はともかく欧においては、延長したくて延長したというより、EU の域内調整のため、長い方に合わせたという要素が強いようである。酒井[2008]参照)、わが国の権利者からも延長論が提起された。しかし福井健策弁護士等がいち早く反対論を展開したこともあって、この動きは一旦鎮静化している(林・福井[2008])。

ただ、情報財の特質から考えて、延長問題は議論の方向が全く逆で、「なぜ著作権は著者の死後も続くのか」といった点をこそ、疑問視しなければならないだろう。現行の「死後 50 年」は「著者の孫の代にも効果が及ぶ」ことを想定してのようだが(林・福井 [2008])、ドッグ・イヤーの時代に 100 年以上前のベルヌ条約の発想を持ち出していたのでは、「文化の発展に寄与する」という目的(著作権法 1 条)とは、反対の方向に進んでしまうのではないかと気にかかる。

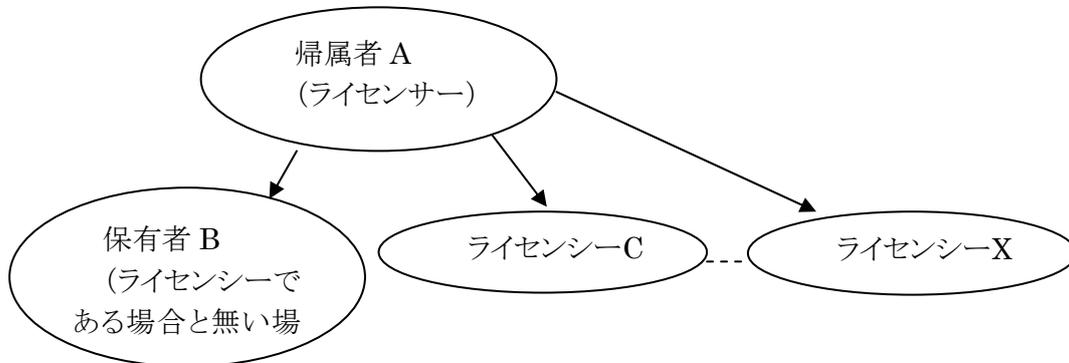
私の「個人データ保護法」の提案は、直観的に「著作権アナロジー」を指向したものであったが、ここまで来れば私が「現行の著作権制度」を前提にしていたのではなく、その「あるべき姿」と対比させていたことが、お判りいただけるだろう。

つまり私の頭の中では、④マークにおける著作権が前提であり、そこでは①穏やかな登録制度による登録が条件で、②保護期間は最長でも 20 年程度であり、③氏名表示権は重視されるが、他の人格権よりも財産権が重視される。④フェア・ユース規定も含めて利用規定が拡張されているものであった。この点をご理解いただければ、個人データ保護と著作物保護とが、かなり似通っているとの私の主張にも、それなりの理があることを認めていただければよい。

さて、私の提案をもう一度図式化してみると、帰属者・保有者・ライセンシーの間には、図表6のような関係が成り立つ。個人データの帰属者(A)は、現にそのデータを保有している者(B)、あるいは将来に保有したいとする者(C, …X)に対して、その利用をライセンスする。その際ライセンスそのものを拒否することができない代わりに、目的外使用禁止と再ライセンス禁止を取り決めることができる。なお、個人データを自然取得した者(B)は、ライセンスなしでこれを利用できるが、目的外使用禁止と再ライセンス禁止は守らなければな

らない。

図表6. 帰属者・保有者・ライセンシーの関係



このような「一物多権」とも呼ぶべき状況は、有体物に関しては「一物一権」が成り立つことと対比して、情報財の著しい特色である。しかし、一見全く違った対象に見える「個人データ」と「著作物」が、この点に関する限り、かなり似通って見えるのは、私だけだろうか？この辺りに、情報法の客体論として統合した論理の可能性が、潜んでいるように思えてならない⁵⁵。

さて本稿は、秘密と知的財産の2つの保護法式に加えて、第3の類型として個人情報という概念が新設されたが、それは必ずしも成功を収めていない、という分析から出発した。そして何章にもわたる検討を踏まえて、「個人データ」という形で第3類型を再構築することを提案した。ここで改めて3つの方式を比較してみると、図表7のようになろう。このような型で「個人データ型」を第3類型として維持すべきか、それとも「知的財産型」を見直して、その中に吸収し得るのか、あるいは逆に刑事罰を主眼にした「秘密型」に近づけるのか、が今後の課題となろう。

図表7. 情報財保護の3類型

| 保護の類型 | 秘密型 | 個人データ型 | 知的財産型 |
|-------|-------------------------------------|--------------------------------------|--------------------------------------|
| 保護の要件 | ①秘匿の価値(実質秘) ②非公知性③秘密管理性を満たす情報 | 生存する個人を識別し得る情報 | ①思想の表現または創作 ②社会的に有用 ③一定期間の排他権に価する情報 |
| 保護の効果 | 窃取・漏示の場合の民事責任(損害賠償), 特別法による差止請求や刑事罰 | 帰属者に帰属権, ライセンス利用権. 保有者に目的内利用権と安全管理義務 | 許諾権を中心とした各種支分権(ここでは, 人格権はなるべく捨象), 損害 |

⁵⁵ この点を突き詰めるには、「占有権」と「所有権」の関係や「準占有」の位置づけを明確にする必要がある。なにせ「占有権はわかりにくい権利だと言われる」と現代の標準教科書とも呼ぶべき内田 [2008]が認めるほどだから、この難題の解決はなかなか大変である。そのような中で、早くから準占有と知的財産権の関係に着目していた田村[1999]の指摘は出色であることを、繰り返し指摘しておこう(注12参照)。

| | | | |
|-------|--|-----------------------------------|---|
| | も | | 賠償, 差止請求権 のほか刑事罰も |
| 保護期間 | 秘密として管理し得 る限り無限 | 帰属者の存命中 | 特許のように出願 後 20 年のもの, 商 標のように 10 年単 位で更新可のもの, 著作権のように 著者の死後 50 年 のもの等 |
| 今後の課題 | 刑法典における秘 密保護の一般化, 国家機密・外交機 密・スパイ罪などの 法定化 | 窃取, 漏示に対して 秘密型の効果を付 与するかどうか | 現在の法制が権利 者に有利すぎるの で, むしろ権利の 制限が必要(強制 許諾的なもの) |

なお最後に, 若干の技術的検討を加えておこう. 1 物多権が成立するにしても, 「1 物」は確定しなければならないから, ID が不可欠であることは既に述べた. 加えて図表 6. からは, 当該 1 物に対して複数の権利関係が成立する以上, これらの紐帯関係を示す「権利情報」が必要になるだろう. これは何らかの媒体(電磁的記録)に記録されるという, 有体物の延長線上での処理もあり得るが, 当該情報そのものに埋め込まれることも多かろう(DRM = Digital Rights Management のような場合).

こうした情報の意味解釈や権威づけが, 誰によってなされ, また維持されていくかは, それこそ文化の発展として意味が深いものがある(曾根原[2004]). また上記の「情報」「権利情報」に加えて「権利者情報」が加われば, 電子商取引が完全に電子化されるが, この課題は, 情報の主体は誰かという「主体論」の際, もう一度検討することにして, 取っておこう.

9 先行研究から学ぶもの

何事につけ, 先人の業績は尊いものである. これまでのところでは, 本稿の考えは私独自のもので, 独力で考えたかのごとく説明してきた. しかし, 必ずしも直接的に影響を受けた訳ではないにしても, 私が考えを練る際には, 先人のアイデアを下敷きにさせていただいていることが多い.

そこで以下では, 既に幅広く世界中の認知を得ているクリエイティブ・コモンズの運動と, わが国の情報に関する判例を克明に分析した松本・升田両氏の労作や, 本稿のアイデアに近似する提案をされている橋本誠志氏と村上康二郎氏の業績を紹介し, 両者とは対極にありそうな, 名和小太郎氏の鋭い分析にも触れることによって, 私の考えをより鮮明に映し出してみよう.

まずローレンス・レッシング氏たちがボランティアで始めた, クリエイティブ・コモンズについて触れておこう. その内容については, 例えばレッシングほか[2005]などを参照いただくとして, ここでの論点は情報財に対する法的取り扱いの一般論としてである. 実は, クリエイテ

イブ・コモンズの発想よりも、私の©マークの提唱の方が時期的にやや早かった(林[1999a][1999b])のであるが、両者を含めて情報財に関して次のようなアイデアを表明したものと考えることができる。

- ① 情報財に対して権利を有する者は、利用条件(自由利用を含めて)を自由に契約で定めることができることが望ましい。
- ② それを何らかのマークで示すことが、情報の利用を促進することに繋がる。
- ③ その表示は、同時に権利のありかを示すことになるので、一種の自主登録制度でもある。

なお私の©マークの場合には、以上の3点を超えて「権利保護期間」も「公表後0年(すなわち直ちにパブリック・ドメイン入りする)」「公表後5年」「公表後10年」「公表後15年」の4パターンに制限しよう、という意図を持っていた。先に述べた「長過ぎる権利保護期間」を権利者自身の自由意思で制限ないし放棄することを認めようという主旨である⁵⁶。ここで揚げた論点は、本論文の随所に散りばめられているので、レッシングのアイデアは直接的ではないにせよ、先行研究の一部に当たると言えるであろう。

次に松本・升田[2003]は、民法・商法など私法の分野における事例を中心に、情報に直接関係すると思われる判例・法令を幅広く調査している。現行法の解釈・適用が中心であるため、伝統的な法学の方法論に依拠している。その意味では、地道な積み上げを捨てて、トップダウン式に新しい概念を提案する私の方法論とは、全く逆方向にあるとも言えるが、両者の突合が可能な時期になれば、大いに参考にしたいところである。

橋本[2007]は、わが国ではおそらく初めて、個人データのうちでも「電子的」なものに着目して、その流出の容易さに比して回復が難しいことに思いをいたし、「電子的自力救済型」の保護制度を提案した書物である。著者の出身学部は法学部だが、大学院は政策科学を専攻したこともあり、法学の書としての新規性もある(例えば、**property right** 型の個人データ概念の提案)が、どちらかといえば政策科学としての新規性を評価すべきであろう。

とりわけ、法的救済は事後救済にならざるを得ないので、「ドッグ・イヤー」のインターネット社会では実効性が乏しいとして、アメリカの電子情報取引法の下で展開されている制度を参考に、また最新の情報処理技術(カプセル化技術)に期待して、流出した個人データを素早く使用不能にする制度を考案した点が目新しい。本稿の検討でも、流出対策の実効性が問われているので、参考になる指摘かと思われる。

こうした考え方は、レッシングがその著『コード』(レッシング[1997])以来一貫して主張している、「技術が事実上の法規範になる」という傾向を逆手にとって、「技術によって法の実効性を担保する」という発想に通ずるものがある。前出の DRM や P3P(Platform for Privacy Preference)といった技術が普及すれば、橋本案も具現化するかもしれない。しかしその際には、「法の理念」が先にある、「技術がそれをサポートする」という主従関係が維持されなければならない点に、十分な配慮が必要だろう。

一方、村上[2009]の提案は法学の専門家らしく、プライバシー権を、①情報に関するもの、②自律に関するもの、③領域に関するものに3分した上で、①の部分について日米それぞれの理論状況を俯瞰し、その一部である個人情報保護の基礎理論を探ろうとする。

⁵⁶ 同様の案をレッシング教授も思いつき、クリエイティブ・コモンズの理事会にも提案したが、否決されたとのことである。

アメリカの「法と経済学」が頻繁に援用する財産権理論に由来する, **property right** 型の個人情報概念のわが国への適用可能性について, 日米比較を取り入れながら, なるべく著者の主観を排除して, 客観的に評価しようとした労作である. 私の問題意識と共通する部分が多く, 大いに参考にさせていただいたが, かなりの認識の差があることも教えられた.

この間にあつて, 名和[2005][2008]の指摘は, ユニークで「はっとする」点を多数含んでいる. とりわけ, プライバシーが昔からあったわけではなく, 近代に至って「発見」されたものであるとか, プライバシーの侵害として「ビッグ・ブラザー」を頭に描く時代は終わり, 今や「スモール・ブラザーズ」を心配しなければならない時代になったという指摘は, 他の論者の常識を遥かに超えている.

特に後者の点については, 制度設計にも重要な影響を与えるもので, 十分に注意しなければならない. コンピュータが集中処理型であった時代には, 集中化の悪影響が心配になるのは当然であるが, その反面インシデントの抑止も比較的簡単であった. ところが, 分散処理が徹底して, しかもインターネットを介して世界が繋がっている状態では, 誰も全体を見ていないので, 全体は「雲(**cloud**)」に喩えられるが, これは一種のアナーキーに他ならない(名和[2005]).

そのことが, 自由を確保している限りはハッピーであろうが, 一旦異常な事態を招いた場合も, 全体のシステム管理者がいないことを意味するから, その修復は「みんな(**crowd**)」の知恵」ですしかない. この **cloud** と **crowd** の関係がうまく機能するかどうかは, どこにも保証がない. すべてに部分最適化で進んでいて, 全体が見えない分, 安心とも言えるし, 不安が増したとも言えるのであろう.

名和[2008]の最後で, 著者が次のように独白するのは, 本稿で縷々述べてきた情報財の取り扱いの困難さを先取りし, 象徴しているかに思われる.

「21 世紀初頭における私たちの社会は, 矛と楯の論理をよしとする企業人によって支配されてしまった. この論理のなかに『プライバシー保護』も『監視システム』も組み込まれてしまう.

矛と楯の論理は, この社会をアナーキズムに導きこれによって事業機会を作り出すことによって, 自己を貫徹するのである. この矛と楯の論理を, それがもたらすアナーキズムも相互監視も含めて, 経済学者は『イノベーション』と呼んでいる.

最後に一言. 私は矛と楯の論理がまかり通る社会をよしとしているのではない. 私の理念や懸念にかかわらず, そうなるだろう, と呟くのである.」

最後に, 私自身の過去の研究に触れておこう. 「はじめに」で述べたとおり, 私が情報財に関心を持ったのは, データ通信という仕事に携わっていた 1970 年前後のことである. その成果は, 石津・林[1972] にまとめてあるが, 情報財が「データ」「情報」「知識」という 3 つの顔を持ち, その財を利用する主体の見方次第で, 如何様にも変化するとしている点などは, 今日でも有効な指摘である.

その後私は, 優秀な(?)社員として職務に全精力を注いだので, 学問的活動からは遠ざかっていた. ところが, 1985 年の NTT の民営化を担当したことから, 再び学界との交流が始まった. 関心は, もちろん電気通信事業をはじめとした IT 産業の競争政策が中心で

あって、コンテスタビリティの理論を生かして、新しい産業秩序を論ずることができた(林[1984]など)。また同時に「ネットワーク」現象を視野に入れたことは、その後の私の研究にとって、大いに役に立った(林[1989]併せて[2009a]も参照)。

1996年夏にNTTを退社して、しばらく浪人していた私は、その間を利用して新しいテーマに取り組むことを考えた。そして何気なく「著作権」に焦点を絞った。通信ネットワークという無味乾燥な事業に従事していた私には、コンテンツそのものを理解することはできないが、著作権なら法学の知識で何とかなる、と思ったからであった。

ところが、著作権ほど理解が難しい法律はないということ、嫌というほど教えられた。結局、七転八倒の末、現行の著作権を離れて、「こういう制度であれば望ましい」という自分なりの制度設計に転ずることにし、④マークという新しい着想に行き着いたところから、やや学問的な論文が書けるようになった。林[1999a][1999b][1999c]の3部作は、その成果である。

そして、著作権についての分析が、ほとんどそのまま情報財の経済分析と法的な制度論に生かせることを知ったのは、思いもかけぬ福音であった。ここでビジネスマン時代からの情報通信産業論と、学者になってからの著作権理論＝情報財の制度設計が相乗効果を発揮する可能性が見えてきた。つまり片方で、著作権そのもののあり方も論じつつ(例えば、林(編著)[2004a]、林[2006]、田中・林(編著)[2008])、その流過程にある産業群の制度設計を提起する(例えば、林[2005b])というハイブリッドな見方が可能になったのである(この間の経緯については、林[2004c][2005a][2007]を参照されたい)。

そして2004年に、情報セキュリティ大学院大学に移ってからは、こうした経験を生かして、「情報セキュリティの法と経済学的分析」に力を注いでいる。大学院設立の当事者である私たちも、当初は「情報セキュリティは主として技術問題である」という潜在意識を持っていたが、研究が進んだ現在では、「情報セキュリティとは、情報という資源を最大限に活用する企業活動を動脈とすると、その静脈的部分を担う活動である」というように、考えを改めつつある。

こうして、情報セキュリティを法学的に分析するのであれば、情報財の法的性格の理解と、そのあるべき姿の追求は、私たちの使命でもあることになる。本稿によりその端緒を開き、さらなる発展を期する所以である。

10 暫定的なまとめと今後の課題

以上をまとめると、概ね以下のようなろう。

- ① 情報を法的に保護する手段として、従来は「秘密型」と「知的財産型」の2類型しかなかったが、個人情報保護法は第3類型を目指している。しかし、それが有効かつ有益に機能するためには、情報財に関する深い理解が不可欠である。
- ② 情報財の法的保護の難しさを知るには、「情報窃盗」という概念が成立し得るか否か、そして成立するとした場合の留意事項は何か、を考えるのが良い。
- ③ 「秘密型」の保護方式は、整備されているようでいて、実はパッチワークになっている。「秘密情報の保護は如何にあるべきか」という観点から、全法体系の見直しが求められる。その際、この類型のサンクションとしては、刑事罰が最も適しているかどうかを見極めたい。

- ④ 「知的財産型」の保護方式の利点と限界を知るには、無方式主義の著作権を検討するのが良い。しかし検討の結果は、方式主義ではないが自主的取り組みも含めた、何らかの登録制度を構想することになろう。
- ⑤ 「個人データ保護法」の私案を提起したが、これを叩き台にして、「情報法の客体は何か」という議論が沸きあがることを期待したい。その際の鍵は、「保有」「帰属」「ライセンス利用権」の3つになるであろう。
- ⑥ 情報を客体として特定するため、何らかの ID を付与することは、不可欠と思われる。これは無形財に適用されるのみならず、情報主体である個人にも期待される機能であるため、制度設計如何でプライバシーへの配慮が欠かせない。

一方、こうした検討過程で明らかになった問題点や今後の課題は、以下のとおりである。

- ① 情報法を構想するとき、有体物の法体系がアナロジーとして有効である側面もあるが、アナロジーに引きずられる危険もある。とりわけ、「占有」「所有」「譲渡」といった概念が使えないので、注意を要する。
- ② 情報そのものは、それ自体として取引される場合(サイバー取引)もあるが、何らかの媒体に体现されて取引される場合(リアル取引)もある。この両者に齟齬が生じる場合を如何に裁くかが、今後の大きな課題になろう。
- ③ その際、「電磁的記録」は1つの知恵ではあるが、これはサイバー取引をリアル取引に引き付ける発想である。サイバー取引をサイバーらしく裁くには、さらなる工夫が必要である。
- ④ 情報は、一旦開示されたら、取り戻すことができない(「取引の不可逆性」)。そこで、侵害行為があったら直ちに「差し止め」ないと、意味がない。この点は未だ検討されていないので、早急な対応が望まれる。

[参考] 法と経済学による財貨と排他権の説明

(以下の説明は、林[1999c][2001][2003a][2003b][2004a]、池田・林[2002]における記述を集大成したものである)

世の中で起きる紛争を回避して、取引を円滑化したり正義を実現するための手段は、いくつも考えられよう。しかし資本主義社会では、財産を私的に所有できることを前提に、これに強い排他的権利としての財産権(Property Right)を与えること(財産権ルール⁵⁷)が第一義的であるとされている。排他性の主なものは、①使用権(方法を問わず無期限に使用できる)、②収益権(他人に利用させて対価を得ることができる)、③譲渡権(自由に売却できる)であるが、派生的には担保を設定したり他人の利用を排除するなど、ほとんどあらゆる手段が可能である。しかもここで、妨害排除のために差し止めを請求できる点が、情報財との関連では大切である。この意味では「財産権は権利の束」であり、「財産権は絶対である」という命題は、一応の妥当性を持っている⁵⁸。

⁵⁷ 以下では property right を「財産権」と、property rule を「財産権ルール」という訳語に統一しており、一般の経済学の書物が使う「所有権」「所有権ルール」という用語は、明らかに所有権を指す場合以外には使っていない。

⁵⁸ 後者の命題は、問題の設定自体が大陸法系の発想かも知れない。もともと絶対的所有権と雖も「公共の利益」のための制約を免れることはできない。「土地収用法」などによる収容は、その好例であるが、日本では意外にも発動が極めて限られ

「なぜ財産権ルールが必要なのか」(あるいは有効なのか)について、経済学者が加える最も素朴な説明は「Commons の悲劇」の寓話である(Hardin[1968])。誰も権利者がおらず、誰もが羊を連れてきて自由に牧草を食べさせることができる、共同利用地(コモンズ)があるとす⁵⁹。出入りが自由なのだから、羊を連れてくる人は次第に増え、やがて牧草が再生不能なまでに食べ尽くされてしまうという「悲劇」に陥る。

これは経済学的には、取引当事者の行為が他人にも影響(外部性)を及ぼしていることだから、それを内部化する仕組みが必要だ、ということになる(Demsetz[1967])。法的には排他権を設定すれば、権利者は自分の土地を最大限に活用しようとするから、柵を設けて料金をとることによって羊の数を制限し、資源を維持可能にするだろう。このときの権利が、財産権だという訳である⁶⁰。

一方この対極に、「アンチ・コモンズの悲劇」という現象がある。これは社会主義の崩壊直後に旧ソ連などで広く観察された現象で、国有・国営(コモンズ)であった資産を、市場原理に委ねた(アンチ・コモンズ)としても、コモンズの悲劇と同様うまく行かなかったことのとえである。なぜうまく行かないかといえば、所有権のように完全な排他性を付与しない中間形態であったり、区分所有の概念が不明確なため取引が実行上不可能になって(アパートの一室の権利をもらっても、他人に貸そうにも家賃は統制されているとか、転売は当局の承認が必要というように)、結局はマフィアによるenforcementに頼らざるを得なくなったからである(Heller[1998])。

そこで最新の経済学の発展は、財産権の説明をもう少しエレガントにしている。経済活動の主体が意思決定をするに当たって、あらゆる情報が入手可能でしかも無料だとし、また契約を締結したり実行するに当たっても同じ条件であるとする。そうすれば、契約の当事者はあらゆる条件を想定して事細かな契約書を作成できるので、事前に何らかの形で権利が与えられていなくても不都合はない(Hart[1995])。

しかし現実の社会では、以上に述べたことは全くの虚構であろう。入手できる情報には限界があるし、コストもかかる。将来を予見することはさらに難しいし、仮に予見可能であったとしても、契約書に細かく規定することは難しい(清水・堀内[2003])。また取引当事者の経済行為が第三者にも影響を及ぼすとすれば、その外部効果を「内部化」しなければ社会全体のコストが分からない。

このような中で取引を可能とするためには、特定の契約のパターンを「バンドル」して権利として付与し、不確実性と取引コストを最少限にしておくことが望ましい(Landes & Posner[2003])。またその権利者も一人に絞っておく方が良い。なぜなら権利者が多いと、アンチ・コモンズの悲劇に陥り易いからである。

このようにして所有権を代表とする「権利の束」が生まれ、取引を個々に判断しなくてもよくなったことから、迅速かつ大量な取引が可能になった。また、このことは同時に意思決定が集中的・権力的になされるのではなく、分散的・市場的になされる(なされ得る)ことを意味する。私有財産制度が、資本主義経済システムや民主主義政治システムと分かち難く

ている。

⁵⁹ コモンズは通常「共有地」と訳されているが、わが国の法制では「共有」は「共有持分が特定されていて持分の処分がかなり自由」なケースを言うので(民法 249 条以下)、一般用語と語感が著しく異なることから、本文のように訳した。併せて入会権に関する民法 263 条と 294 条を対比されたい。

⁶⁰ しかし歴史的事実は全く逆で、資本主義登場以前の社会ではコモンズは法律以外の規範(たとえば村八分という制裁)によって維持されており、市場経済システムが逆にコモンズを破壊した(牧草地にしておくより宅地開発に転用するなど)という見方が、当たっているかも知れない。

結びついているのは、このような事情による。

ところで、あらゆる物に財産権が付与されるべきだろうか？ また付与可能だろうか？ 経済学では市場における取引の対象を「財貨」と名づけるが、それには排他性があるもの(他人の利用を排除することが物理的にもコスト的にも可能なもの)とそうでないものがあり、また私が使っていれば他の人が使えないもの(競合性があるもの)とそうでないものに分けることもできる。このマトリクスは図 4 のようになり、4 つのケースが生ずる。

最も一般的なものは排他性も競合性もあるもので、私的財(private goods)と呼ばれる。この対極にあるのが排他性も競合性もない「純公共財」(pure public goods)であり、国防・警察・消防などが代表例とされる。その他の 2 つのボックスは通常コモンズと呼ばれることがあるが、狭義のコモンズは「排他性はないが競合性がある」もの、つまり「悲劇」を伴うような混雑現象が生ずるものに限定される。残った部分は、「排他性はあるが競合性がない」もので、クラブ財と呼ばれている。

ここで 3 つの点に注意が必要であろう。一つは財産権が関連しているのは、私的財の領域に限られていることである(もっとも著作権のところでも述べたように、財産権だけが正義の実現手段のすべてではない)。しかし数量的に見れば、世の中に存在するものの大多数は、私的財として取引可能である。

2 点目はこれと相反するようだが、財産権(中でも所有権)は最も強力で最も権利者に有利だから、私的財以外のケースもなるべくこれに依った制度にしようというベクトルが働くことである。知的財産権は既に述べたように財産権(とりわけ所有権)とは本来異質のもので、経済学的性質は準公共財に近い。しかし図表 8 の中に \rightleftarrows で表示したようにクラブ財的に扱い、さらには私的財として扱いたいとする人が多い。

第 3 点は、この表は経済学が取り扱いの対象とする財貨の分類図であって、経済学が扱わない「自由財」は入っていないことである。自由財というのは、資源が無限にあって「有限性(あるいは希少性)」の故に資源配分のあり方を論ずる必要がないもの(制約から自由)のことである。しかし、それも時代と共に変化する。たとえば水が自由財であった時代もあったろうが、今日では私的財である(もっとも公的供給の例が圧倒的だが)。かつては空気は自由財であったが、今日では汚染を心配する限りにおいて、空気に対する「負財」(bads)の存在を考えなければならなくなった。

ところで、財産権のような予め明確にされた何らかの権利が無ければ、この世の中の正義が実現されないか、というそうではない。たとえば私の家は空港の近くにあるが、私は古くから住んでおり空港が後からできた。風向きにもよるが、離発着の際の騒音に悩んでいるとしよう。私は財産権に基づく妨害排除も請求できそうである。

しかし、所有権が上空どこまでも、地下のどこまでも及ぶとすれば、飛行機が飛んだり地下鉄を走らせたりすることが、著しく困難になってしまう。そこで法的には「土地の所有権は法令の制限内においてのみ「その上下に及ぶ」こととされ(民法 207 条)、こうした事例は「所有権」の問題ではなく「不法行為」(民法 709 条以下)として扱っている(Liability Rule=不法行為ルール)。

図表8. 排他性と競合性による財貨の分類

| | | 競合性 rivalry | |
|----------------------|---|----------------------|--|
| | | 有 | 無 |
| 排他性 excludability | 有 | 私的財 private goods | クラブ財 club goods 知的財産権 intellectual property |
| | 無 | commons | パブリック・ドメイン (public domain) 純公共財 pure public goods |

注 1.  広義の commons

注 2. 自由財(free goods)は経済学の対象外

不法行為とは、故意又は過失によって他人の権利や利益を侵害した者が、その損害賠償の責任を負う仕組みで(民法 709 条),ここでの権利は財産権のような排他的権利だけを意味しない. このケースで侵害されているのは、土地の所有権ではなく「平穏な生活」というような一般的利益(保護されるべき法益)である. また加害者と被害者の間には契約のような法的関係はなく、両当事者はいわば赤の他人である.

ここで図表9により権利の強弱を考えてみよう. 財産権のような権利付与は、「事前の権利設定」(ex ante entitlement)であるのに対して、不法行為による救済は事後的な救済(ex post remedy)で、後者の場合は原則として過失責任(negligence)である⁶¹. したがって財産権ルールの方が、排他性や対世効(関係当事者だけでなく、第三者を含む世間一般に対する効力)が強い.

これに対して不法行為ルールでは、加害者による故意や過失があることを被害者の側が立証しなければならないなど、実効性の面で弱い権利であることは否めない. この中間に「契約自由の原則にもとづいた各種の契約」(contract)が成立し得るが、これは締結当事者を拘束するだけで、原則として第三者や社会一般に直接効力が及ぶものではない.

資本主義社会では、この 3 つの制度が相互に競争したり補足し合っている. たとえば、公害を例にすると、先の騒音のケースのように不法行為で処理することもできるが、当事者間の契約によって解決することもできる. また京都議定書で創設された排出権(空気を汚す権利)類似の権利を設定して、それを取引可能にすることもできる.

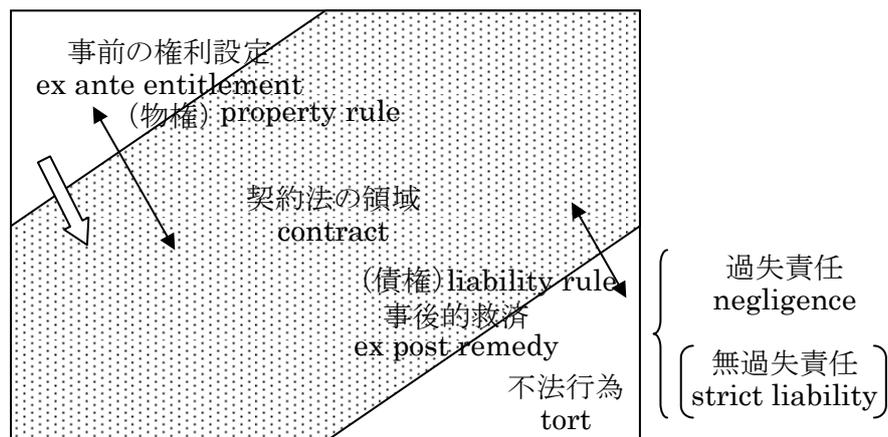
しかし総じて言えば財産権(とりわけ所有権)が最もポピュラーで最も強力な手法と言えよう. 従って権利を主張したいと言う人々が、entitlement を求めてロビー活動を行なう傾向があるのも背ける. 図表8で示した知的財産権を私的財とみなすベクトルに対応して、図表9では権利設定から右下方に矢印が出ているのは、この傾向を示している.

⁶¹ ただし近年、公害や製造物責任の問題がクローズ・アップされたことに伴って、過失がなくても責任を負う(無過失責任, strict liability)とか、損害の証明さえすれば過失が推定されるとか、損害額を推定するなどの手段が導入され、被害者の挙証責任が免除あるいは軽減される傾向にある.

なおこうした仕組みについては、判例法を中心とする英米法の体系と、成文(制定)法が中心の大陸法の体系とでは、論理の積み上げ方に差があることにも注意が必要である。英米法で **property** と呼ぶときには、もともと何が **property** であるか成文法にすべて書いてある訳ではなく、長期間に大量の判例の中で決められてきた。一方大陸法の世界でこれに対応するのは、「所有権」などの限られた「物権」だけで、それらはすべて制定法に明記されていなければならない(物権法定主義, 民法 175 条)。英米法では **property** の反意語は **liability** かも知れないが、大陸法では「物権」の反意語は「債権」⁶²である、などなど。

しかし、ここでは差異に注目するより、類似性により重点をおいて考えてみたい。と言うのも、「法と経済学」の代表的論文の一つである Calabresi & Memaed[1971] の最大の貢献は、まず財産権ルールと不法行為ルールとが、代表的な社会統制の手段であることを明らかにしたこと。さらには、それらには包括され得ない **inalienable** なもの(一身専属的なもの、代表例として基本的人権)があることを明らかにし、現在の法体系全体(彼らの表現では **cathedral**)を眺める共通の視座を提示した点にあると思われるからである。そして、このような視点から見れば、英米法系も大陸法系も、人間の考えることは共通したものであると言えなくもない。

図表9. 私的財に関する法学の見方



[謝辞]

本論文を執筆するに当っては、あまり先行研究のない分野⁶³だけに、私の身近にいる多くの方々のお世話になった。

鈴木正朝氏には、林・鈴木[2008]を踏み台にして、若干の付加価値(保有と帰属の分離など)を加えることができた。宿南達志郎氏には、**opt-in** をデフォルト設定とせざるを得ないことについて、同氏の博士論文から多くのことを教えていただいた。

⁶² 債権を英訳するのは意外に難しい。contractual right, debt claim, account receivable, personal right, chose in action などがあり、文脈に応じて使い分けるしかないようだ(『朝日新聞』2002年2月4日号参照)。

⁶³ 実は、「情報法」か、それに近いタイトルの書物は、2005年時点で和書だけでも20冊もあった(林[2005b])が、それらから直接教えられた点は少ない。おそらく、これらの書物が新しい現象の「解釈」を主眼にしているのに対して、私の関心が「現象の背後にあるもの」を追求しようとする点にあるからであろう。

村上康二郎氏は偶々本学の博士課程に在学中で、『個人情報保護の基礎理論に関する研究』と題する、膨大で緻密な論文を草稿段階から何度も見せていただいた。これがかねてから「情報法の基礎理論」を目指していた私の脳を刺激し、今回の論稿に繋がっている。

その論文審査の過程で、苗村憲司、平野晋両教授には、コメント等を通じて多数の示唆をいただいた。石井夏生利准教授には、論文審査に加えて日常の会話や、彼女が黙々と生産する多くの論文に刺激され、「負けじ魂」を維持することができた。

林・田川[1994]以来、意見交換の機会が多い田川義博氏には、科学技術振興機構の社会技術研究開発センターから助成をいただいている、「企業における情報セキュリティの実効性あるガバナンス制度のあり方」研究会(上記の鈴木、苗村、石井各氏もメンバーである)を通じて、今回も有益なコメントをいただいた。また湯浅壘道氏には、同研究会を通じて新しい視点を、幾つも教えていただいた。

それぞれの方々、および科学技術振興機構に、お礼申し上げます。なお、こうした方々の貢献によって、私の責任の希釈化が生ずるものであってはならないことは、当然である。

参考文献

- [1] 青柳武彦[2008]『情報化時代のプライバシー研究』NTT 出版
- [2] 池田信夫・林紘一郎[2002]「通信政策:ネットワークにおける所有権とコモンズ」奥野・竹村・新宅(編著)『電子社会と市場経済』新世社
- [3] 石井夏生利[2006]「電磁的記録の法的地位」『InfoCom REVIEW』第39号, 情報通信総合研究所
- [4] 石井夏生利[2009]「個人情報の窃取・漏えいと刑事罰」堀部政男(編)『プライバシー・個人情報保護の新課題』商事法務(近刊)
- [5] 石津勝馬・林紘一郎[1972]『データ通信による流通システムの設計』日本経営出版会
- [6] 内田貴[2008]『民法I(総則・物権総論)(第4版)』東京大学出版会
- [7] 内田貴[2008]『民法III(債権総論・担保物権)(第2版)』東京大学出版会
- [8] 河口洋一郎[2002]「あるべき創造の世界:魅力的なサーバースペースを求めて」デジタル著作権を考える会『デジタル著作権』ソフトバンク・パブリッシング
- [9] 郷原信郎[2005]『「法令遵守」が日本を滅ぼす』新潮新書
- [10] 斎藤博[2000]『著作権法』有斐閣
- [11] 佐伯仁志[2002]「刑法による情報の保護」宇賀克也・長谷部恭男(編著)[2002]『法システムIII—情報法—』放送大学教育振興会
- [12] 酒井麻千子[2008]「EU・アメリカはなぜ保護期間を延長したか」田中・林(編著)『著作権保護期間』勁草書房
- [13] 佐久間修[1991]『刑法における無形的財産の保護』成文堂
- [14] 佐藤幸治[2008]「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法論的考察—アメリカ法を教材として」『現代国家と人権』有斐閣
- [15] 清水克俊・堀内昭義[2003]『インセンティブの経済学』有斐閣
- [16] 宿南達志郎[2008]『スパムメール対策に関する総合的検討』情報セキュリティ大学院大学博士請求論文
- [17] 椋山敬士[2007]「周辺領域のライセンス」椋山敬士・高林龍・小川憲久・平嶋竜太(編)『ライセンス契約』日本評論社
- [18] 鈴木正朝[2007]『個人情報保護法制の総合的研究』情報セキュリティ大学院大学博士請求論文

- [19] 園田寿[1999]「刑法における情報の位置づけ」多賀谷一照・松本恒雄(編)『情報ネットワークの法律実務』第一法規出版
- [20] 田中辰雄・林紘一郎(編著)[2008]『著作権保護期間:延長は文化を振興するか?』勁草書房
- [21] 田村善之[1999]「無体財産権と準占有」田村『競争法の思考形式』所収, 有斐閣
- [22] 田村善之[2003]『知的財産法 第3版』有斐閣
- [23] デジタル・コンテンツ協会[2007]『デジタル・コンテンツの真正性認証に関する調査研究報告書』デジタル・コンテンツ協会, 2007年3月
- [24] 中山信弘[1995]「コンピュータ・プログラムと法人著作—新潟鉄工事件」『著作権判例百選(第二版)』有斐閣
- [25] 中山信弘[2007]『著作権法』有斐閣
- [26] 夏井高人[2003]「個人情報保護法の意義と限界(鈴木正朝氏との対談)」『ビジネス法務』9月号
- [27] 名和小太郎[2005]『情報セキュリティ:理念と歴史』みすず書房
- [28] 名和小太郎[2006]「患者由来の試料は誰のものか」『情報管理』Vo.49, No.6
- [29] 名和小太郎[2008]『個人データ保護:イノベーションによるプライバシー像の変容』みすず書房
- [30] 西田典之[2009]『刑法各論(第4版補正版)』弘文堂
- [31] 野口祐子[2009]「多様化する情報流通と著作権制度」『知的財産とソフトロー』(近刊)有斐閣
- [32] 浜井浩一(編著)[2006]『犯罪統計入門』日本評論社
- [33] 橋本誠志[2007]『電子的個人データ保護の方法』信山社
- [34] 林紘一郎・田川義博[1994]『ユニバーサル・サービス』中央公論社
- [35] 林紘一郎[1999a]「デジタル創作権の構想・序説——著作権をアンバンドルし, 限りなく債権化する」『メディア・コミュニケーション』No.49, 1999年3月
- [36] 林紘一郎[1999b]「@マークの提唱——著作権に代る『デジタル創作権』の構想」『Glocom Review』Vol.4.No.4, 1999年4月
- [37] 林紘一郎[1999c]「『情報財』に関する『法と経済学』的覚え書き」『情報通信学会誌』Vol.61, 1999年9月
- [38] 林紘一郎[2001]「情報財の取引と権利保護」奥野正寛・池田信夫(編)『情報化と経済システムの転換』東洋経済新報社
- [39] 林紘一郎[2003a]「デジタル社会の法と経済」林敏彦(編)『情報経済システム』NTT出版
- [40] 林紘一郎[2003b]「情報財への権利付与:経済効率・社会的公正」『計画行政』26巻4号
- [41] 林紘一郎[2003c]「デジタル時代の著作権」『画像電子学会誌』32巻5号
- [42] 林紘一郎(編著)[2004a]『著作権の法と経済学』勁草書房
- [43] 林紘一郎[2004b]「ウェブ上の著作権管理」青弓社編集部(編)『情報は誰のものか?』青弓社
- [44] 林紘一郎[2004c]「デジタル時代の新しい法体系を“情報メディア法”で構築」(矢野直明氏との対談)『Comzine』, 2004年7月号 NTTコムウェア(株)
- [45] 林紘一郎[2005a]「法体系全体の再設計を」『日本経済新聞経済教室』, 2005年2月15日
- [46] 林紘一郎[2005b]『情報メディア法』東京大学出版会
- [47] 林紘一郎[2005c]「秘密の法的保護」『Cyber Security Management』6月号-10月号(一部は石井夏生利氏と共著)
- [48] 林紘一郎 [2005d]「「秘密」の法的保護と管理義務:情報セキュリティ法を考える第一歩として」『富士通総研研究レポート』富士通総研経済研究所 No.243
- [49] 林紘一郎[2006a]「情報セキュリティ法」の体系化の試み」『情報ネットワーク・ローレビュー』第5巻 商事法務
- [50] 林紘一郎[2006b]「著作権, 自己登録制度, 研究者コミュニティ」『日本知財学会誌』 Vol.3 No.1

- [51] 林紘一郎[2006c]「情報と安全の法制度」『日本経済新聞』経済ゼミナール欄にて 2006 年 12 月 7 日～12 月 29 日まで 16 回にわたり連載
- [52] 林紘一郎[2007]「©マークから情報メディア法へ」DNP Museum Information Japan
- [53] 林紘一郎[2008a]「デジタルはベルヌを超える—無方式から自己登録へ」田中・林(編著) [2008]『著作権保護期間』勁草書房
- [54] 林紘一郎[2008b]「見えないものの品質保証・第三者認証と責任」『日本セキュリティ・マネジメント学会誌』Vol. 22, No. 1
- [55] 林紘一郎[2009a]「実学とは何か: 創刊の辞に代えて」『情報セキュリティ総合科学』情報セキュリティ大学院大学
- [56] 林紘一郎[2009b]「著作権と Property, Property Rule, そして Property Theory」日米法学会シンポジウム報告資料
- [57] 林紘一郎・鈴木正朝[2008]「情報漏洩リスクと責任—個人情報为例として—」『法社会学』第 69 号
- [58] 林紘一郎・福井健策[2008]「保護期間延長問題の経緯と本質」田中・林(編著) [2008]『著作権保護期間』勁草書房
- [59] 堀部政男[1980]『現代のプライバシー』岩波書店
- [60] 堀部政男[2004]「現行法ではヤフーBB 事件の再発は防げない—個人情報窃盗罪の新設を」『日本の論点 2005』文芸春秋社
- [61] 前田雅英[2006]『刑法各論講義』東京大学出版会
- [62] 松本恒雄・升田純[2003]『情報をめぐる法律・判例と実務』民事法研究会
- [63] 村上康二郎[2009]『個人情報保護の基礎理論に関する研究—情報プライバシー権の日米比較』情報セキュリティ大学院大学博士請求論文
- [64] 安富潔[2000]『ハイテク犯罪と刑事手続』慶應義塾大学法学研究会
- [65] 矢野直明・林紘一郎[2008]『倫理と法—情報社会のリテラシー』産業図書
- [66] 山本隆司[2004]『アメリカ著作権法の基礎知識』太田出版
- [67] レッシング, ローレンス, 山形浩生・柏木亮二訳[2001]『CODE—インターネットの合法・違法・プライバシー』翔泳社, "Code and Other Laws of Cyberspace"
- [68] レッシング, ローレンス・林紘一郎・梶山敬士・若槻絵美・上村圭介・土屋大洋 [2005]『クリエイティブ・コモンズ: デジタル時代の知的財産権』NTT 出版
- [69] Benjamin, Walter[1936] "Werke Band 2," Suhrkamp Verlag. 佐々木基一(編・解説) [1970]『複製技術時代の芸術』晶文社
- [70] Calabresi, Guido and A. Douglas Mamed[1972] 'Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral,' "Harvard Law Review," Vol. 85, 1089. 邦訳は松浦[1994b]所収.
- [71] Demsetz, Harold[1967] 'Toward a Theory of Property Rights,' "American Economic Review," Vol. 57, No. 2.
- [72] Hardin, Garrett[1968] 'The Tragedy of Commons,' "Science," 162.
- [73] Hart, Oliver[1995] "Firms, Contracts, and Financial Structure," Oxford University Press.
- [74] Heller, Michael A.[1998] 'The Tragedy of Anticommons: Property in the Tradition from Marx to Market,' "Harvard Law Review," 111.
- [75] Landes, William M and Richard A. Posner[2003] "The Economic Structure of Intellectual Property Law," Harvard University Press.
- [76] OTA(Office of Technology Assessment)[1992]"Finding A Balance: Computer Software, Intellectual Property and the Challenge of Technological Change," Office of Technology Assessment.
- [77] Samuelson, Pamela[2000] 'Privacy as Intellectual Property?' "Stanford Law Review," No. 52.