

ドイツの「データ所有権」論争に関する 序論的考察（3・完）

——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
 3. 「データ所有権」構想自体に懐疑的な見解
 4. BGB 823条1項の「その他の権利」を介してデータを不法行為法上保護することを志向する見解
 5. データに関わる多数当事者間の関係性を明確化する「データアクセス権」を志向する見解
 6. データ収集という一場面における物所有権者の権能に着目する見解 (以上, 396号)

* 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)

7. 「データ所有権」から「データ占有」へと転向する見解
 - (1) 民法上の占有
 - (2) 刑法におけるデータ所持者の判断に資する基準
 - (3) 民法上の「データ占有」構想
 - (4) 検 討
- 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
 - (1) メリット
 - (2) 問題点および積み残された課題
 - (3) データファイルに対する「データ所有権」構想
 3. 不法行為アプローチ
 - (1) メリット
 - (2) 問題点および積み残された課題
 4. 契約アプローチ
 - (1) メリット
 - (2) 問題点および積み残された課題
 5. 「データ占有」アプローチ
 - (1) メリット
 - (2) 問題点および積み残された課題
 6. 総 括
 - (1) 「データ所有権」アプローチが敬遠される理由
 - (2) 「データ帰属」問題の明確化に向けて
- 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
 - (1) 個人データと非個人データの区別の必要性
 - (2) データの段階的・数量的区別の必要性
 - (3) 「非個人データ」を先行して検討する必要性
 2. 今後の展望
 - (1) 「非個人データ所有権」の成立可能性に関する検討
 - (2) 日本法に関して
 - (3) 結 語

（以上、本号）

Ⅲ. 「データ所有権」論争における学説状況

7. 「データ所有権」から「データ占有」へと転向する見解

以上のように、「データ所有権」ないしは「データに対する排他的権利」構想を提唱する見解(前述Ⅲ.2.)に始まり、それを受けて従来の通説等に従い否定的な意見を表明する見解(前述Ⅲ.3.)、データの法的保護や利活用を「データ所有権」以外の方法(不法行為法や「データアクセス権」など)によって模索する論者等(前述Ⅲ.4.および5.)が登場するといった混戦模様の中、諸州の法務大臣らの研究チーム「デジタル・ノイシュタルト(Digitaler Neustart)」は、「データ所有権」構想を最終的に否定する報告書を2017年に公表した²⁴⁹⁾。そのような状況を踏まえて、——肯定説の旗色悪しと見たのか——「データ所有権」構想を放棄し、データ帰属に関する新方針であると述べ、いち早く「データ占有(Datenbesitz)」構想へと舵を切る論文を2019年に公表したのは、皮肉にも「データ所有権」肯定説の先鋒的存在たるヘーレンであった。

ヘーレンは、2013年時点で自らが手掛かりとしていた「書き込み行為」という基準は、「難しい(*データの)帰属をぴったりと(passgenau)説明するためには、非常に不正確かつ不明確(zu ungenau und zu unpräzise)である」と約6年経った後に、改めて述懐している²⁵⁰⁾。

「所有権という誤解を招きやすい基準によってではなく、『データ占有』によって、データの帰属を根拠づける」モデルが、場合によっては——「データ所有権」を構想していた時分と同様に、StGB 303a条を手掛かりにするという点では共通しているが——再構築され得るとヘーレンは言う。なぜなら、BGH 1996年4月17日判決²⁵¹⁾は、「詳細な理由づけを行わなかったにもかかわらず、BGB 667条²⁵²⁾に基づく引渡請求権(Herausgabeanspruch)が『顧客データ(Kundendaten)に対する事実上の占有(tatsächlicher Besitz)』も含み得るということを出発点とし」ており、この点を踏まえれば「デー

タ占有」という構想が全くもつての外れでもないと思われるからであると、ヘーレンは述べている²⁵³⁾。

(1) 民法上の占有

まずヘーレンは、民法上の占有の基本事項について以下のように再確認している。

占有は、BGB 854条²⁵⁴⁾以下にて規律されており、「所有権とは異なり、占有は、物に対する事実上の支配に関係しており、法的支配には関係していない」。そして、BGB 854条の文言から、占有の対象は同90条にいう物、すなわち有体的目的物であるということは明らかである。よって、——通常一般的な理解に従えば——非有体的目的物は占有の客体ではないため、占有による保護を受けない。

そして、客体が有体物であるという上記要件のほか、「民法上の占有概念の中心的な前提条件は、物に対する事実上の物的支配 (tatsächliche Sachherrschaft) である」。このように事実的性格を有しているにもかかわらず、占有は特定の場合には、以下のような法的地位 (Rechtsstellung) までもが認められていることがある。例えば、まず占有者は、「違法な私力 (verbotene Eigenmacht) に対して自らを實力で防御することができ」たり (BGB 859条²⁵⁵⁾、「本権上の占有保護請求権 (petitorische Besitzschutzansprüche) (同1007条²⁵⁶⁾ および占有上の占有保護請求権 (possessorische Besitzschutzansprüche) (同861条²⁵⁷⁾、862条²⁵⁸⁾を有してい」たりする。それだけでなく、「適法占有 (berechtigter Besitz) は、支配の見解によれば、BGB 823条1項の意味におけるその他の権利である」ので、それが侵害された場合には損害賠償請求権が認められる。最後に、「占有は、公示機能 (Publizitätsfunktion) も有して」おり、「占有移転 (Besitzübergang) は、公示行為 (Publizitätsakt) として、多数の物権的法律行為 (dingliche Rechtsgeschäfte) のための要件であ」り、そして「権利外観の基礎 (Rechtsscheinträger) として、BGB 932条²⁵⁹⁾以下に基づく物の善意取得 (gutgläubiger

Erwerb) のための基礎」でもある²⁶⁰⁾。

ヘーレンは以上のように、占有の主要な性質・機能について再確認をした上で、特に占有の事実的性格に着目して、以下自説を展開する。

(2) 刑法におけるデータ所持者の判断に資する基準

(既存の)法秩序において、「データ占有」のような発想は馴染むのかどうかに関して、StGB 303a条がその最初の拠り所(erster Anhaltspunkt)となり得るのだとヘーレンは述べる。同条によれば、「データを違法に消去し、隠匿し、使用不能にし又は変更した者は処罰される」。

むろん、「データの所持者は、最終的に当然に、まったく処罰されずに自由に『自己の』データを変更する権限がある」のは、疑いがないであろう。

しかし、そもそもデータの所持者は誰なのか——データに対する処分権は本来誰に帰属するのか——という肝要な点について、実は1986年にStGB 303a条を導入させた第2次経済犯罪対策法についての立法資料では明らかにされていないのだと、ヘーレンは言う。データの所持者(データに対する処分権限者)を考えるに際して、以下の三つの基準をヘーレンは可能性として挙げている²⁶¹⁾。これらの基準は、確かに一長一短あるが、結論を先取りすれば、「書き込み行為」を基準とする可能性が、やはり「全体として最も説得力を持つように思われる」と、ヘーレンは——この点に関しては2013年時点と同様に——主張している²⁶²⁾。

a) データ記憶媒体に対する所有権を基準とする可能性

まずヘーレンは、有体物であるデータ記憶媒体に対する処分権限、すなわち所有権によって判断する可能性を再度吟味している。すなわち、所有者はBGB 903条に従ってデータ記憶媒体を自由に(beliebig)し得るので、その所有権が及んでいる当該データ記憶媒体上に存在するデータを変更したり、消去したり、隠匿したりすることも、データ記憶媒体に対する所有権の権能(処分権)の内容として含まれるという考え方である。

しかし、この基準にヘーレンは、やはり賛同しない。データ記憶媒体に対する所有権を基準とする方法は、他者のサーバー上に自身のデータを蓄積するという取引モデルであるクラウドが普及した今日においては、——全く基準にならないわけではないが——少なくとも唯一の基準にはなり得ないとヘーレンは言う。なぜなら、クラウドにデータを蓄積したユーザーは、「どんな場合も決してクラウド提供者の利益になるように、データに対する処分権能を放棄することはない」からである²⁶³⁾。

b) データ内容に対する権利を基準とする可能性

次にヘーレンは、データの内容を引き合いに出して、そのときどきのデータの内容に関係する者に処分権を認めるという可能性の検討も、2013年時点と同様に再び行っている。これは、例えば著作物に該当するようなデータ内容であれば当該著作物の著作権者、あるいは個人データに該当するようなデータ内容であればデータ保護法の意味におけるデータ主体といった人物がデータに対する処分権を有するという考え方である。

だが、ヘーレンはこの方法についても、やはり難色を示している。なぜなら、「データの内容が保護価値のある限りにおいて」、データ内容は著作権法のような特別法によって保護されているので、——わざわざ StGB 303a 条を用いて保護するという屋上屋を架すようなことは行う必要がないどころか、むしろ著作権法が想定していない過剰な保護さえ与えかねないので——データの内容を引き合いに出すことも、「ほとんど説得的ではないように思われる」からである²⁶⁴⁾。

c) 「書き込み行為」を基準とする可能性

最後にヘーレンが挙げているのは、——まさに2013年時点でヘーレン自身が支持していた基準である——データの蓄積を行った人物、いわゆる「書き込み行為」を行った「書き込み行為者」をデータの所持者とする基準である。かつての自身の見解に従えば、「StGB 303a条の意味におけるデータの所持は、プログラムの入力や実行によってデータそれ自体を作成する者に帰属するべきである」と、ヘーレンは自らの見解も再度俎上に載せつ

つ、述べている。

結論として、この方法は、——「データ記憶媒体に対する所有権」や「データ内容に対する権利」といった基準が全くもって説得的ではないという単なる消去法的理由にとどまらず—— StGB 303a条の目的を考慮しても有意義であるように思われるともヘーレンは力説する。なぜなら、データとして具現されている情報 (als Daten dargestellte Informationen) の利用可能性が損なわれたり排除されたりすることからの保護が同条の目的であり、そのことは法務委員会が立法資料において指摘しているからである、とヘーレンは立法の沿革を紐解くことで改めて理由づけている²⁶⁵⁾。

(3) 民法上の「データ占有」構想

以上のようにヘーレンは、刑法におけるデータ所持者を判断する基準として、やはり「書き込み行為」への着目が妥当だということを再度確認したことになる。別の言い方をすれば、2013年時点で自らが打ち出した「データ所有権」の構想過程において、どこで道を誤ったのか、つまり当時言い過ぎてしまった部分はどこなのかについて、ヘーレンは再検証を試みたわけである。そして上述の再検証を通じた結果、ヘーレンは刑法上の「書き込み行為」がデータ帰属の手掛かりになり得るという手ごたえ自体は間違っていなかったという結論に到達したのである。

したがってヘーレンは、「書き込み行為」を基準にして決する刑法上のデータ所持が、民法上の占有と制度的に近いかどうかの検討を次なる分析段階として位置づける。つまり、両者が類似していればいるほど、民法における「データ占有」という構想がより現実味を帯びてくることになるわけである²⁶⁶⁾。

a) 民法上の占有と刑法上の「データ所持」に共通する事実的性格

ヘーレンは、民法上の占有と StGB 303a条の意味における「データ所持」の共通点として、事実的性格を挙げている²⁶⁷⁾。

aa) 民法上の占有

民法上の占有の場合に基準とされているのは、あくまで事実的意味において物を自由にできる可能性である。その際、問題となっている物の所有権が誰に帰属しているのか（法的に誰に帰属しているのか）という点は関係がない。だからこそ、その帰結として、たとえ不当であるとしても、盗人にも占有は認められているわけである²⁶⁸⁾。

bb) 刑法上の「データ所持」

また、——少なくとも、「書き込み行為」をデータ所持者決定のための基準として採用する限りにおいては—— StGB 303a条の意味におけるデータの所持は、データ作成という事実的行為に照準を合わせており、その際に問題となっているデータの保存されている記憶媒体が法的に帰属しているのは誰であるのかといったような点は、ほとんど問題にならないとヘーレンは言う。

そして、StGB 303a条が立法されたことに鑑みれば、立法者が刑法という格別に鋭利な剣（*besonders scharfes Schwert*）をもってしてまで、データの事実上の所持者が無防備なままにならないようにしたことが窺い知れるのだとヘーレンは付け加える²⁶⁹⁾。

b) 「データ占有」における公示機能の欠落

以上のように、両者は事実的性格という点において共通していることから、刑法上の「データ所持」には、民法上の意味においても特別な意義が与えられるべきなのだとヘーレンは主張する²⁷⁰⁾。

ただし、物権法における占有と「データ占有」とを比較した場合、公示機能の点に問題が存在するとヘーレンは言う。すなわち、典型的な物占有であれば、物に対する事実的支配には、原則として外部からの認識可能性が存在する。だからこそ、例えば BGB 1006条²⁷¹⁾によって、占有者の利益となる所有権の推定（*Eigentumsvermutung*）が正当化されるわけである。

他方で、「書き込み行為」を基準にしてデータ所持者を決する場合、外部からの認識可能性が存在するのは、データの作成時点のみであり、それ以降においては、もはやデータ所持者が誰なのかを外部から認識すること

は容易ではない。よって、この点が「データ占有」構想にとって不利に働くのかどうかの問題となる。

だがヘーレンは、上記の点について、物占有制度においてすら常に一貫して外部からの認識可能性を問題としているわけではないのだと主張することで、反駁している。

すなわち、例えば他人に物を貸している使用賃貸人 (Vermieter) は民法上の意味においてはなお間接占有者 (mittelbarer Besitzer) である (BGB 868条²⁷²)。あるいは被相続人の死亡によって物に対する占有は (所有権と並んで) 相続人へ移転すると BGB 857条²⁷³ によって定められているわけであるが、これは擬制以外の何ものでもない。

よって、物占有制度自体においても、外部からの認識可能性が一貫して要求されているわけではないので、『書き込み行為』に基づく所持が認識可能性を欠いていることは、『データ占有』の承認に必ずしも不利に働くわけではない』とヘーレンは結論づける²⁷⁴。

c) 「データ占有」構成の利点

以上の分析を経て、ヘーレンは「データ占有」構成の論証を行ったわけであるが、その実益はどこにあるのか。この点に関してヘーレンは、(IoT) 自動車におけるデータの法的帰属問題という例を持ち出すことで、「データ占有」構成の利点が分かる一つの場面について説明を試みている。

例えばコネクテッド・カーにおいてデータが生じたような場合、当該データを発生させたのは誰なのかという問い自体、難問である。なぜなら、自動車の所有者、運転者、技術的な記録機器のメーカー、自動車メーカーといったように複数の候補者が存在し得るからである。StGB 303a条では、データの帰属を考える際に、技術的作成としての「書き込み行為」を誰が生じさせたのかを判断するわけであるが、上記の候補者の内、誰が「書き込み行為」を生じさせたことになるのであろうか²⁷⁵。この点こそ、刑法上の「書き込み行為」理論の限界なのだとされている²⁷⁶。

このようにデータの帰属が問題となる場面では、複数人が関与すること

も珍しくないわけであるが、まさにヘーレンが提唱するような「データ占有」という構成を行うことで、占有補助者（Besitzdiener）や間接占有者といった人物をデータ帰属主体として観念することが可能になり、データに関して複数の人物の（その事実的支配の程度に応じた）支配関係を構成する可能性が開けるわけである²⁷⁷。

（4） 検 討

a) ヘーレンの「データ所有権」構想と「データ占有」構想との比較検討

以上のように、「データ所有権」構想の先鋒的存在であったヘーレン（前述Ⅲ.2.(1)参照）は、——自らの急激な改説理由について必ずしも多くを語っていないため、その心変わりの理由は明確ではないが²⁷⁸——「データ所有権」構想から身を引いた上で、データ帰属に関する新たな試みとして「データ占有」構想を提唱するに至った。

その際ヘーレンは、かつて自らが提唱した「データ所有権」構想に関する分析の全てを無駄な試みであったと捨て去ってしまったわけではなく、その分析過程のどの部分までが今なお通用するのか、言い換えれば、当時はどこで道を誤ったのか、あるいは言い過ぎてしまった部分はどこからなのかという目線でもって、自説を見つめ直しているように——少なくとも筆者には——思われる。

結果としてヘーレンは、刑法上のデータ所持者を決する上で「書き込み行為」に着目するという結論自体は、やはり現時点でも支持できるということを再確認したわけである。よって、2013年論文において誤りであった（とヘーレン自身が考えている）のは、「書き込み行為」によってデータ所持者を決するという刑法における構想を参考にして、民法レベルで「データ所有権」という法的帰属を観念できると主張した部分だということになるう。

ヘーレンの心変わりの理由自体は、少なくない部分を想像で補うしか

いが、事实的性格が前面に出ている刑法上の「書き込み行為」を参考にして、法的帰属規律たる民法上の「データ所有権」を構想するという方向性に立った以上、実は2013年時点で「データ占有」構想へと改説せざるを得ない萌芽は、もしかすると既に見え始めていたのかもしれない。

他方、ヘーレン同様に「書き込み行為」に着目しているという点では、ツェヒの「データに対する排他的権利」構想(前述Ⅲ.2.(2)参照)も、一見同じ命運を辿りそうに思われる。ただツェヒは、「書き込み行為」それ自体というよりも、むしろその背後に存在しているとされる経済的観点を基準にして、民法上の「データに対する排他的権利」を構想しているという点で、ヘーレンの「データ所有権」構想とは、その理由づけに少なからず差異が存在していよう。

そのような点を踏まえれば、ヘーレンの2013年論文と2019年論文の両者を比較した上で初めて言える結果論でしかないが、2013年時点でのヘーレンによる民法上の「データ所有権」構想自体、振り返ってみれば、実はかなり「データ占有」的発想に近いと言えなくもない。

ただそのような経緯を経て打ち出されたこともあり、ヘーレンの「データ占有」構想の理由づけ自体は、かなり譲ける部分も多い。例えば「書き込み行為」という事实的性格が前面に出ている基準を参考に——例えばツェヒのように、その背後に存在する経済的観点を析出するという試みをあまり前面に出さずに——民法レベルでデータ帰属を構想するのであれば、「所有権」という法的帰属形態を直接に構築してしまうのは、やはり一足飛びの印象が拭えないであろう。その点、「占有」という事实的帰属形態であれば、確かにさほど違和感はない。——このようなレトリックには語弊があるかもしれないが——あえて「所有権」からワンランク落とすことで、より現実味が増しているようにも思われる。現に、ヘーレン自身も「データ占有」という方法(Art)は、「『データ所有権』と比較すると、弱められた法的地位(abgeschwächte Rechtsposition)のみをもたらすことになるであろう」と述べている²⁷⁹⁾。

確かに占有であれば、BGB 823条1項の「その他の権利」として——争いはあるようだが——不法行為法による保護も受けられ得るので²⁸⁰⁾、「データ所有権」ほどではないにせよ、一定程度データそれ自体の保護は達成されそうではある。その限りにおいて、ヘーレンの「データ占有」構想は、名を捨てて実を取っているのだとも評価できよう²⁸¹⁾。

さらに、ヘーレン自身が最後に述べていたように、「占有」という形態をとることによって、複数人がデータに関与する場合でも、それぞれの人物においてデータ帰属が観念できることになる。この点は、ヘーレンの「データ所有権」構想時点では言及されていなかった点である。だからこそツェヒは、関与する複数候補者の中から経済的観点によってデータ帰属主体（データ作成者）を法的に決するという構想を提唱したわけであるが、他方でヘーレンは「データ占有」構想によって、データ帰属主体を事実的に——さらには事実的支配の程度に応じたグラデーションのある事実的帰属すらも見据えつつ——決するという可能性を新しく用意したわけである。

b) ヘーレンの近時の動向に関して

もっともヘーレンは、「データ所有権」構想はもとより、最近では「データ占有」構想自体からも、やや距離を置きつつあるように思われる。その理由としてヘーレンは、本来的に有体物を前提とした法制度である占有制度を無体物であるデータへと用いるという構想、すなわち「データ占有」という「占有保護規定の文言の拡張（Ausdehnung）が将来的に望ましいであろうかどうか」という立法論へと慌てて先走る前に、まずは現行法における地に足の着いた現実的な解決を探る重要性を強調している。つまり、「データ占有」という構想を精緻化する可能性・意義はともかくとして、まずは現行法の枠組みでデータの法的帰属・保護をめぐる問題が解決され得るかという点が、取り急ぎ重要なのだとヘーレンは指摘している²⁸²⁾。そしてこの点に関してヘーレンは、——例えば、典型的には車両におけるデータ収集場面のような——データの保護が問題となる局面において、当該データは同時に企業の営業秘密に該当し得ることも少なくないため、

GeschGehG(ドイツ営業秘密法)の要求する要件を充足しさえすれば、同法による保護が受けられるであろうと述べている。ゆえに、(*少なくともGeschGehGによって妥当な解決が導かれる限りにおいては)「——データ所有権、データ占有ないしは何らかの別の法的構成(irgendein anderes rechtliches Konstrukt)といった——データに対する、場合によってはあり得る排他的権利(etwaiges Ausschließlichkeitsrecht)は、おそらくどちらかと言えば二次的(*手段)となるであろう」²⁸³⁾。

以上のようなヘーレンの最新動向を簡単にまとめるならば、次のように言えようか。すなわちヘーレンは、現行法の解釈論と立法論をまずはしっかりと区別した上で、「データ占有」構想を立法論として位置づけ、他方でGeschGehGによるデータの法的保護の可能性を現行法の解釈論として堅実に展開している。よって、「データ占有」構想の可能性自体は、ヘーレンにとっては立法論として、なおも存在しているものと思われる。

c) 「データ占有」構想において考えられ得る課題

ただ他方で、「データ占有」というデータ帰属形式には疑問も投げ掛けられているところではある。

例えば、確かに「データ占有者」には、返還請求権、妨害排除請求権、不作為請求権および損害賠償請求権といった請求権が認められることにはなるだろうが、——所有者であれば当然行使できる——処分権能、利用権能または換価権能までは認められないであろう。言い換えれば、「データ占有者」というのは、純粋に防御的な法的地位に過ぎないのである²⁸⁴⁾。よって、「データ占有」というのは、ヘーレン自身も認めている通り、データを単に形式的に帰属させ得る「相対的に弱い構成」でしかない²⁸⁵⁾。

また、少なくとも——もはや「データ所有権」構想を捨て去ってしまった——ヘーレンによれば、「データ占有」は、その事実的支配の前提となるような本権(例えば「データ所有権」など)を持たないことになろうが、そのような「純然たる(blank)」占有は、GG 14条²⁸⁶⁾の財産権(Eigentum)に該当せず、基本権による保護を受けないとも指摘されている²⁸⁷⁾。

データをそのような法的地位に甘んじさせることになったとしても、なお「データ占有」構成によるデータ帰属構想に聞くべきところが存在するのかどうか、また、「データ所有権」構想が抱える難点を別の角度から解決してくれるのかどうかという点に関しては、「データ占有」に関する研究が——筆者を含め——未だ発展途上ということもあり、今後の研究の発展が大いに待たれるところである。

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

前述Ⅲ.では、——関連文献を全て分析することはできなかったが——ドイツにおける「データ所有権」論争の骨子部分について紹介を行った。それを受けて以下では、一つ一つの見解それ自体をミクロ的に観察した前述Ⅲ.での内容を踏まえつつ、論争全体を通じた分析へと軸足を移していく。

なお便宜上、「データ所有権」構想に前向きな見解（前述Ⅲ.2.(1)および(2)）を「『データ所有権』アプローチ」、BGB 823条1項における「その他の権利」として「データに対する権利」を不法行為法上でのみ保護することを志向する見解（前述Ⅲ.4.）を「不法行為アプローチ」、契約による「データアクセス権」の規律を志向する見解（前述Ⅲ.5.(1)）を「契約アプローチ」、そして「データ占有」構想のみを志向する見解（前述Ⅲ.7.）を「『データ占有』アプローチ」と呼ぶことにする。

2. 「データ所有権」アプローチ

「データ所有権」という概念は、「所有権」という語句が示すように、主に（データに対する）「絶対的処分権」を示唆するものとして用いられている²⁸⁸⁾。すなわち、物所有権が「物に対する完全権であるがゆえに、民法秩序の最も包括的な支配権」²⁸⁹⁾だということとパラレルに考えれば、「データ所有権」の内容とは、まさに「データに対する完全権であるがゆ

えに、(データに対する)最も包括的な支配権」ということになるろう。

(1) メリット

まず、「データ所有権」を認めることでもたらされる恩恵として挙げられるのは、——例えばツェヒによれば経済的観点を基準に——「データ所有者」が明確化されるという点、そしてそれに伴い、データそれ自体とデータが生み出す利益の帰属先も法的に明確化されるという点であろう²⁹⁰⁾。それにより、データ記憶媒体所有権やクラウドサービス利用契約関係などを介して間接的にデータの帰属および保護を説明するといったような迂遠な法的構成に腐心する必要は、もはやなくなる。つまり、端的に自身の「データ所有権」に基づいて法的主張を行うことが可能になる。まさに「データ所有権」とは、データ記憶媒体という有形の器に必ずしも囚われることがなくなった、データの今日の実態に対処するべく構想された権利だと評価できよう。

また、「データ所有権」アプローチが他の各種アプローチに対して持つ機能的優位性は、「データ所有権」の性質が(他人に)移転可能な排他的権利であるという点にもあろう。物所有権のような移転可能な排他的権利には、例えば不作為請求権、妨害排除請求権といった(対第三者効を有する)防御機能であったり、返還請求権や損害賠償請求権、侵害利得(不当利得)といった割当機能であったり、法的取引の対象として処分することができる取引機能が備わっているとされる²⁹¹⁾。他のアプローチにおいて、これらの機能全てを備えているデータ規律形態はない。

よって、有体物に匹敵する勢いで財貨的存在感を増しているデータには、「データ所有権」を認めることで、少なくとも有体物と同じレベルでの帰属規律や保護が保障されることになるろう。

（2）問題点および積み残された課題

a) 民法内外のどちらで「データ所有権」の導入を行うのかという問題

ただし、上記のようなメリットは存在するものの、「データ所有権」構想に否定的な論者が懸念材料として挙げる理由（前述Ⅲ.3.参照）のほか、そもそも客体として有体物を基本的前提としてきた既存の物権法体系が「データ所有権」を認めることで崩壊してしまいかねないリスクは、否定できない。

ツェヒも、「データに対する排他的権利」の立法的導入に賛成するとは述べるものの、——おそらく意識的にであろうが——その具体的法形式は民法上の「データ所有権」であるとまでは必ずしも明言していない。現にT・ハイマン（Thomas Heymann）は、まさにその具体的な中身を明らかにすることが悩みの種（Crux）なのだと言った上で、コンセプトは述べるが「最高権（Superrecht）」という単なる考慮的言い回し（Abwägungstopos）のままにしているツェヒの態度に対して、疑問を投げ掛けている²⁹²。

また、ツェヒ自身も認めているが、「データに対する排他的権利」の理由づけは、経済的観点に負うところが大きいことから分かるように、無体財産権の立法理由と共通する部分も多いため、特別法として民法典の外側に新しく設けるという方策も、可能性としては大いにあり得るように思われる²⁹³。

——筆者の憶測レベルにとどまるが——おそらくツェヒ自身も、「データに対する排他的権利」の将来的な必要性自体には2015年時点で既に感触を掴んではいたが、その具体的な法形式を「所有権」とまで言い切っても良いのか、つまりデータという無体物を客体とする「移転可能な排他的権利」を物権法体系に取り込んでも良いのかという点において、躊躇いがあったのではないだろうか。まさにヘーレンが「データ所有権」を打ち出した（前述Ⅲ.2.(1)参照）にもかかわらず、後にその構想は言い過ぎであったと自ら撤回した経緯を前述Ⅲ.7.にて目の当たりにしたことを踏まえれば、その具体的な法性決定の難しさたるや窺い知れるであろう。ただし見方を

変えれば、ツェヒは慎重に一步步丁寧に論証を行っているのだと、むしろその分析姿勢について好意的に評価できよう。少なくともヘーレンやツェヒによって、「データ所有権」の今日的必要性とその恩恵に関しては、一定程度具体的に示されたように思われる。

b) 「データ所有権」アプローチにおける問題点

その他に「データ所有権」アプローチの問題点として挙げられるのは、そもそも「データ所有権」を誰に割り当てるのが望ましいかという点、そして「データ所有権」という権利の中身に関する具体化ないし明確化が必要な点であろう。

aa) 「データ所有権者」は誰か？

まず、「データ所有権」の割当基準についての課題が挙げられよう。

ヘーレンは当初、「書き込み行為」というデータを発生させる事実的プロセスに着目することで、「データ所有権者」の確定を目指した。またそれを受けたツェヒは、コード化によるデータ発生を経済的観点から生じさせたのは誰なのかという——民法上の加工法理にも通じる——点に着目することで、法的帰属主体を判断するのが望ましいと主張している。このように事実的プロセスや経済的観点に着目する以外にも、「データ所有権」という強力な権利を特定の人物に割り当てる際の判断基準が存在するのかどうかについての検証は、今後の課題として積み残されていよう²⁹⁴⁾。

いずれにせよ、既に誰かに帰属していることがほとんどである有体物の場合とは異なり、データは日々新たに発生し得るからこそ、それに対する「データ所有権」を誰がどのように「原始取得」するのかについての法的正当化根拠が、求められることにはなるだろう。

bb) 「データ所有権」の権利内容を具体化および精緻化する必要性

次に、「データ所有権」の具体的な中身を明らかにしなければならないという課題が挙げられよう。

典型的には、「データ所有権」に基づいて行使できるとされている物権的請求権の具体的内容はどのようなものであるのかという点が、挙げられ

る。

例えば、データが第三者に「盗まれた」場合、「データ所有権者」はおそらく「データ所有権」に基づく物権的「返還」請求権を行使することになるが、その具体的な行使内容とは何か。当該第三者の手元にある自分のデータを完全に消去させることなのか。その「盗まれた」データがさらにコピーされていた場合には、そのコピーにも及ぶのだろうか。

物権的請求権だけでなく、「譲渡」場面についても課題が残っているように思われる。「データ所有権」の利点として他人へ譲渡することができるという点が挙げられているが、例えば他人へ「データ所有権」を譲り渡す場合、その客体はまさにデータであるがゆえに、——有体物の場合とは異なり——譲渡後もなお譲渡人の手元には「譲り渡した」はずの（オリジナル）データがおそらく残っていることになろう（別の表現をすれば、譲渡後も譲渡人はなお「データ占有」をしていると言えようか）。BGB 929条²⁹⁵ 1文に基づく有体動産所有権の譲渡に関する要件として引渡し、すなわち譲渡人から譲受人への直接占有の移転が必要とされている。そのためには、「譲受人側に単独占有が成立し、かつ譲渡人側が完全に占有を喪失し」なければならないというのが判例の立場である²⁹⁶。仮に有体物と同じように考えるのであれば、譲渡人は譲受人へデータをコピーさせた後、遅滞なく自らの手元にあるオリジナル・データを消去する義務を負うことになるのであろうか。あるいはそもそも有体物的発想の延長線上で「データ所有権」を考えること自体が、ナンセンスなのであろうか。

c) 無体財一般の排他的帰属を考える上での一つの試金石として

以上のように、「データ所有権者」を判断する基準および「データ所有権」という権利の具体的内容には、いまだ少なくない部分で曖昧さが残されているように思われる。排他的権利の創設は第三者の自由を制限することに直結する²⁹⁷からこそ、その権利者や具体的内容、すなわち権利の及ぶ範囲を明らかにすることが求められる。そしてその要請は「データ所有権」だからこそ、より強く現れる。なぜなら、物所有権の及ぶ範囲はその

客体である有体物それ自体の物理的な境界とおおむね一致する一方で、無形の存在であるデータの場合には物理的な境界が必ずしも明らかではないからである²⁹⁸⁾。

よって、少なくとも「データ所有権」の導入のためには、排他的権利という強力な権利であるがゆえに、——まさに無体財産権のように——立法化が必要だという方向性自体は、十分理解できるところではある。またその際、民法典内部に「所有権」という形式で導入するのか、あるいは「データに対する移転可能な排他的権利」に関する特別法として民法典外部に導入するのかという問題も積み残されている。

これは単に立法に際しての単なる法技術的問題にとどまらず、財の排他的帰属を規律する物権法体系が今後どのようにあるべきかという将来像にすら関わってくるのが予想され得る問題である。すなわち「データ所有権」構想は、将来的に物権法が財貨帰属に関する一般法として有体・無体を問うことなく財貨一般の法的帰属を規律するべきなのだろうかという問題すら投げ掛けているように思われる。まさにツェヒが近時、「BGB 903条1文に基づく『所有者の権能』——所有権効力の限界に関する基準としての競合性」²⁹⁹⁾と題する論文にて所有権総論研究に取り組んでいることから、その一端が窺い知れよう。

d) 小 括

以上を総括すると、「データ所有権」アプローチのメリットとして挙げられるのは、まずデータの帰属主体が法律上明確化されるという点、次に「データ所有権」に基づく物権的請求権を万人に主張し得る点であろう(前述Ⅳ.2.(1))。他方で克服されなければならない課題として、既存の物権法体系崩壊のリスクにどう向き合うかという点(前述Ⅳ.2.(2)a))はもとより、いわば上記メリットの裏返しとして、「データ所有者」を判断する基準のさらなる検討(前述Ⅳ.2.(2)b)aa)),「データ所有権」という権利の内容の具体化(前述Ⅳ.2.(2)b)bb))およびその権利範囲の明確化(前述Ⅳ.2.(2)c))が挙げられよう。

(3) データファイルに対する「データ所有権」構想

a) データファイルと「データ所有権」構想の親和性？

ところで、「データ所有権」構想にとって追い風となり得る論稿が、E・ティヨンク・ティヒン・タイ（Eric Tjong Tjin Tai）によって公表されている³⁰⁰。同論稿では、——おそらくはドイツ法や英米法といった特定の法体系を前提としているわけではなく、あくまで「データ所有権」一般論としてであろうが——少なくともデータファイルに関しては競合性があるので、「データ所有権（data ownership）」という法的構成は、有益であるという主張が展開されており、興味深い。そこでティヨンク・ティヒン・タイの見解について、筆者の分析的視点も交えながら紹介したい。まずは、ティヨンク・ティヒン・タイの挙げる例を用いることで、データファイルに対する「データ所有権」が問題となる場面についての説明を行う。

b) データファイルに対するデジタル・コントロールの重要性

例えばウェブサイトで音楽を購入した者は、当該音楽のデータファイルをダウンロードし得るのはもちろんのこと、——当該音楽の利用に関するライセンスが許す限りにおいて——再生して楽しむために、自分のノートパソコン、携帯電話あるいは自宅のサーバーにコピーすることができる。その際に、「肝要なことは、ファイルに対して事実上のコントロール（factual control）を有している」という点、すなわち「異なるハードディスクへと動かすことができたり、バックアップのためにコピーすることができたり、インターネットを通じて移動させることができる」という点である。データファイルに対する上記のようなデジタル・コントロール（digital control）は、音楽の購入者が当該音楽データファイルの再生によって当該音楽を楽しむためには欠かせない³⁰¹。

つまり裏返して言えば、音楽の購入者が、自らの購入した音楽データファイルに対するデジタル・コントロールを何らかの理由で失ってしまった場合、当該コントロールが回復されることなしには、購入した音楽を聴くことができない。このことは、有体物の場合と比較すると分かりやすい

であろう。すなわち、例えば所有者は、所有物に対するアナログ・コントロール(=占有)を失ってしまった場合には、当該アナログ・コントロールが回復されることなしには、所有物を実際に使用することができない。

このように、データファイルに対するコントロールを失った場合のデータファイルの「返還(return)」請求場面³⁰²⁾に直面することで、「データ所有権」の一般的構想が存在していないことに起因する、「データ所有者(data owner)の保護における欠缺(lacunae)」が露呈するのだと、ティヨンク・ティヒン・タイは指摘している³⁰³⁾。

c) 予想され得る一般的反論に対する再反論

上記のような主張、すなわちデータファイルへの所有権類似のアプローチ(property-like approach)に対して提起されるであろう一般的な反論(common objection)、すなわちデータは競合的(rivalrous)ではないため、「所有権」アプローチには馴染まない³⁰⁴⁾という当然に予想され得る反論に対しても、ティヨンク・ティヒン・タイは想定した上で、データファイルの実際上の利用・性質に着目することで、以下のように鋭く切り返している。

確かに、「誰かがコピーを行ったならば、当該人物はオリジナル・ファイル(original file)の所有者(owner)(*による利用)を妨害することなくコピーを享受し得る」が、このような反論は、「情報とデータファイルの混成(conflation)に依る」ため、誤りである。例えば、「今日ではたいていの消費者は、電子書籍(ebook)という著作物(corpus mysticum)と自らの電子書籍リーダー(ereader)において書籍を読むために必要とする、実際にダウンロードされた電子書籍ファイル(actual downloaded ebook file)を区別することは容易だと考えて」おり、「実際のデータファイルそれ自体は、奪われ得るという意味において、そしてファイルへのアクセスを他人に現実通常禁止し得るという意味において、競合的である」³⁰⁵⁾。

すなわち、電子書籍を実際に利用するユーザーたる消費者は、著作物としての電子書籍と実際にユーザーの端末へとダウンロードされることにな

る電子書籍ファイルが別物であることは、重々承知の上で電子書籍を購入しているのである。さらに言うならば、その際、消費者の関心事は、自分がダウンロードした電子書籍ファイルを円満に利用可能かどうかという点に尽きるのである。自分が金銭を支払いダウンロードした電子書籍ファイルにアクセスできなくなる事態はもとより、他人が無断で当該ファイルにアクセスするような事態を防ぐことこそが、消費者の関心事なのである。有体物である紙書籍と比較するならば、自分が金銭を支払い手に入れた紙書籍の占有を喪失してしまうことで読むことができなくなったり、あるいは他人が無断で読み耽っている場合に、当該紙書籍に対する所有権に基づいて自己の占有状態を回復させることが、紙書籍購入者の関心事である。

d) 当該データの具体的性質に着目する必要性

もっとも有体物の場合と比して、データファイルの場合には、オリジナル・ファイルと同一内容のコピーを容易に作成し得るので、「まるで複製 (duplication) の可能性はファイルが競合的ではないということの意味しているように思われるかもしれない」と、ティヨンク・ティヒン・タイは述べる。「しかしながら、複製は二番目のファイルが存在することを意味するに過ぎないので、これは誤りである、すなわち両ファイルは競合的であるが、単に別個のファイル (separate objects) として同時に使用され得るのである」³⁰⁶⁾。

このことを敷衍すれば以下のように説明できようか。まずティヨンク・ティヒン・タイは、「データには競合性」がないので「所有権」アプローチは馴染まないという一般的な反論（前述Ⅲ.3.(1)a) 参照）に対しては、問題となるデータの種類・性質に応じた類型化を試みることで応接している。すなわち、問題となっているデータが、もっぱら情動的性質を有している場合には、いわゆる「情報（・データ）に対する排他的権利」構想の否定材料として挙げられているような論拠（情報は原則として公共財であることであったり、競合性がないため排他的権利には馴染まないことなど、前述Ⅲ.3.(1)b) 参照）がおそらくは妥当することになろう。他方でデータファ

イルの場合には、もっぱらオリジナル・ファイルに対する、「所有者」としてのデジタル・コントロールの可能性が問題となっているに過ぎない。たとえオリジナル・ファイルが複製されたとしても、このことは単に（オリジナル・ファイルと同一内容を有する）二番目のファイルが存在していることを意味するに過ぎず、オリジナル・ファイル自体に対して、「所有者」が及び得るデジタル・コントロールの競合性それ自体を否定する材料にはならない。つまり、一番目たるオリジナル・ファイルの「占有」と二番目のファイルの「占有」は、確かに互いに競合するものではないが、見方を変えれば、そもそもコピーによって二番目以降のファイルを作り出すかどうかは、オリジナル・ファイルに対するデジタル・コントロールの一内容であろう。要するに、オリジナル・ファイルとは別個のコピー・ファイルの存在をいくつまで「許容」するかは、オリジナル・ファイル「所有者」のデジタル・コントロールが及び得る問題ということになるだろうか。おそらくそのような意味において、ティヨンク・ティヒン・タイは、データファイルには「競合性」が存在するのだと根拠づけているものと思われる。

よって、問題となっているデータが、情動的性質を有するのか、それとも（競合性を有している）データファイルであるのかを見極める重要性を、ティヨンク・ティヒン・タイは指摘している。「データは自由なままであるべきだ」というマントラ (mantra) を繰り返すことは、データファイルが実際にはコントロールされているという事実を見落としている³⁰⁷⁾。

e) 小 括

ティヨンク・ティヒン・タイの上記構想は、もっぱらデジタル・コントロールの可能性が問題となるデータファイルが対象となっているものの、前述IV.2.(2)d) で挙げた、「データ所有権」アプローチの克服されなければならない問題点を解決するための一つの手掛かりになり得るかもしれない。

例えば、「データ所有権」の権利内容を具体化するという要請（前述

IV.2.(2)b)bb))については、データファイルに対するデジタル・コントロールを失った場合には、「データ所有権」に基づく物権的「返還」請求権の行使によって、その回復を求めることになるといった風に、その内容は一定程度具体化されている。同様に妨害排除請求権などに関しても、データファイルに対するデジタル・コントロールが脅かされている場合には問題となるであろう。また、他人への「譲渡」の場面（典型的には、売買や相続）について、ティヨンク・ティヒン・タイはあまり触れてはいるが、おそらくは認められることになるだろう。もっとも、音楽や電子書籍といったデータファイルを個人間で売買することが、——オリジナル・データファイルをダウンロードする際に、購入者がおそらくその利用について同意することになるであろう約款によって、企業と個人の間でそもそも禁止されている場合はもとより——著作権法上の問題を提起する可能性自体はあろう（いわゆる、電子書籍等の中古販売問題）。ただこれについては、むしろ著作権法のような民法とは異なる法目的を有する特別法が別途規律する領域の問題であり、著作権法が音楽や電子書籍のデータファイルの中古販売を制限していることが、そのまま民法上の「データ所有権」までも否定する根拠として直結しているわけではないと理解する方が、どうも素直なように筆者には思われる³⁰⁸⁾。

相続に関しては、約款でこれを排除する電子書籍プラットフォームも存在しているようであるが、仮にデータファイルに対する「データ所有権」が認められるとするならば、そのような内容の約款は、——特にドイツでは、相続権を明文で保障する GG 14条を根拠に——内容規制に服する可能性が十分考えられ得るであろう³⁰⁹⁾。

次に、「データ所有権」の権利範囲の明確化（前述IV.2.(2)c)）の必要性についても、デジタル・コントロールの及ぶデータファイルであれば、権利の外縁は明確であるように思われる。「情報（データ）に対する排他的権利」構想を否定する根拠の一つとして挙げられているような、「他人の行動の自由を著しく制限する」という懸念（前述III.3.(1)b) およびIV.2.(2)c)）

参照)は、こと上記のようなデータファイルには当てはまらにくいであろう。よって、この点についても一定程度クリアされているように思われる。

最後に、既存の物権法体系の崩壊リスク(前述Ⅳ.2.(2)a))については、データファイルが無体物である以上、——上記のようなある種の「手応え」自体は感じつつも——引き続き慎重な検討を要する課題として残されている³¹⁰⁾。

以上のように、「データ所有権」構想には、メリット・デメリット双方が存在するものの、少なくともデータファイルに限って言えば、デメリットを克服し得る可能性が学説によって切り拓かれようとしている動きも看取されるため、その動向には今後とも注視したい。

3. 不法行為アプローチ

まず、不法行為法において考えられ得るデータ保護の方法としては、データ記憶媒体に対する所有権を介する方法(前述Ⅱ.3.(2)b)aa)参照)、BGB 823条2項の保護法規を用いる方法(前述Ⅱ.3.(2)b)bb)およびⅢ.3.(1)c)参照)、そしてBGB 823条1項の「その他の権利」として「データストックに対する権利」構成を用いる方法(前述Ⅲ.2.(2)c)bb)参照)などが、「データ所有権」論争以前より既に提唱されていた。だが、これらの従来の保護方法には、それぞれ一定の限界が存在することは既に見てきた通りである。すなわち、記憶媒体所有権を介する方法ではクラウドのような事例に対応できず、——故意犯処罰が原則である刑法規範を持ち出している——保護法規を用いたBGB 823条2項では過失によるデータ消失等の場合に被害者は損害賠償請求権を得られず、そして「データストックに対する権利」はデータの複製や利用についての排他的割当てまでを保護の対象とはしていない。

そのため、本稿が不法行為アプローチと呼ぶ見解は、「データ所有権」論争において上記のような問題点を克服すべく、BGB 823条1項の「その

他の権利」として「データに対する権利」を承認することで、不法行為法上で提唱されてきた従来の方法よりも手厚い保護をデータに与えることを目指している。

(1) メリット

このような不法行為アプローチを取ることの最大のメリットは、既存の民法体系を脅かしかねない「データ所有権」という排他的権利を物権法において導入することなく、データ記憶媒体とデータの所持者が別人になり得るといふ今日の事情を踏まえたデータ保護を——あくまでも不法行為法の枠組内なので、損害賠償請求の場面が中心になろうが——現行民法の枠組みを維持したまま一定程度、達成し得る機能が期待できる点にこそあろう。

(2) 問題点および積み残された課題

もっとも、不法行為アプローチに関しては、——必ずしもこれが致命的な問題点というわけではもとよりにないが——保護の対象とされている「データに対する権利」の内容が必ずしも具体化されておらず、この点が今後の課題として存在するのだと指摘されている³¹¹⁾。すなわち、「データに対する権利」の内容をどこまで具体化すれば、もっぱら不法行為法上の救済を受けるといふ観点において必要十分だと言えるのであろうかという点は、現段階で必ずしも明らかではない。

この点に関連して、例えば——本稿でも既に取り上げた不法行為アプローチ論者である——リームは、「データに対する権利」の内容を具体化しようと試みている。それによれば、「自己のデータに対する権利は、所有権類似の割当権として、当該データの利用から利益を手に入れるという権限も含んでいる」、すなわち BGB 823条1項における損害賠償請求権という不法行為法上の保護にとどまらず、「絶対的な『その他の権利』の保護の教義上 (dogmatisch) 首尾一貫した補充として」、侵害 (不当) 利得請求権や BGB 1004条1項の類推による準ネガトリア請求権、さらには動産所有権

の移転に関する諸原則（BGB 929条以下）の準用によって、その承継取得の可能性までもが存在するのだと言う³¹²⁾。

このようにリームは、「データに対する権利」が所有権類似の絶対権として認められるための——最低条件である——割当内容と排他機能だけでなく、不当利得返還請求権や譲渡可能性などを備えることについてまでも肯定している。そこにはむしろ、原則として所有権類似の絶対権でなければ「その他の権利」として保護されない³¹³⁾というドイツ不法行為法特有の事情も垣間見えるわけなので、リームによる権利内容の積極的な上記具体化それ自体は、データ保護にとってプラスに働き得るものである以上、好意的に評価できよう。ただ——一步引いて俯瞰してみた場合——、「データに対する権利」に BGB 823条1項の「その他の権利」として不法行為法上の保護を受けさせるために、不当利得返還請求権や譲渡可能性までも肯定する必要性が実際上どこまで存在するのかわかるか、実務上の需要も見定めながら慎重な検討を今後要するものと思われる。

なぜなら、リームのような——不当利得返還請求権や準ネガトリア請求権なども肯定する——上記具体化は、所有権類似の絶対権でなければ原則として保護の対象にならないという不法行為法の構造による単なる帰結の延長線に過ぎないのか、それとも不法行為法において認められるような法的効果だけでは今日的なデータ保護のためには不十分であるがゆえに——不当利得返還請求権なども併せて——必要とされるのかという点については、必ずしも既に十分に議論が尽くされているようには思われないからである。

——リームのように——「データに対する権利」の内容を具体化する試みは、確かに必要であろうが、はたしてどこまで具体化すれば不法行為法上の救済を受け得る「その他の権利」としては取り急ぎ必要十分なのか、そのさじ加減には、ある種の難しさが存在するようにも思われる。

いずれにせよ、「データ所有権」論争において、不法行為法の枠内でのような議論が展開されることになるのか、とりわけ実務上どのような需要が存在するのか、その動向については今後も気を配りたいと考えてい

る。

4. 契約アプローチ

(1) メリット

契約でデータ帰属ないしは利用を規律する最大のメリットは、「データ所有権」のような権利を現行民法体系へと招き入れる必要がないという点に加えて、当事者間で自由にデータの取扱いを規律できるという柔軟性にある³¹⁴。実際に現在の実務では、契約条項によってデータの帰属・利用主体を決定する手段は、比較的ポピュラーに用いられているようであり、その限りでは、契約アプローチは、現在の実務の実態や現行法秩序を踏まえた上で、データの法的規律を試みる穏当な立場だと評することができよう。

(2) 問題点および積み残された課題

a) 「データ所有権」アプローチと契約アプローチが両立する可能性？

もっとも穿った見方をすれば、上記の点は長所というよりも、むしろ現行法およびその通説的理解の枠内における「データ所有権」の不存在を前提に行きつくことになるであろう、一つの落としどころだと言えようか。つまり、「データ所有権」のようなデータの法律上の帰属規律の可能性が存在していない以上、ある意味では必然的にデータ利活用の局面におけるデータの帰属・利用主体を契約によって定めざるを得ないのである。「法において明確に定義づけられていない地位の契約には、難しい法的問題が多い。そうすると、契約内容の決定には、大きな費用がかかる。それにもかかわらず、契約という手法が用いられるのは、排他権の欠缺を補うことができるからである³¹⁵」とツェヒが指摘しているように、そもそも契約アプローチが実務上用いられることが多いのは、「データに対する排他的権利」が存在しないことに起因している。また、ツェヒは、「たしかに、法的な割当てがなくても、財は取引の対象となりうる。しかし、排他権は、

契約による財の取得を容易かつ確実なものとする」³¹⁶⁾とも述べており、このことから導出され得るのは、「データ所有権」アプローチと契約アプローチは必ずしも相反する存在ではなく、むしろ車の両輪として、データ実務を支える存在になり得るのではないかという可能性である。

具体的には、まず契約段階で見落とされていたがゆえに規律されていなかった、データに由来する利益が迷子になることなく、法によってその帰属が規律され得ることになろう³¹⁷⁾。むしろ、「データ所有権」や契約によらずとも、例えば(共同関係に関する規定である)BGB 741条以下の規律を参考にすることによって、データに関する多数当事者間の関係性を明確化できるという試みも主張されていることは、前述Ⅲ.5.(2)~(7)にて見たとおりである。

b) 対第三者効の欠如の補完？

ただ、契約規律に本来的に内在する弱点である「対第三者効の欠如」に起因する問題に関しては、いずれにせよなお課題として積み残されているように思われる。なぜなら、契約条項は、契約当事者間での相対的効力しか有していないので、仮に契約に関与していない第三者へデータが流出してしまったとしても、——例えば流出させるに至った契約相手方に対して、契約関係に基づく損害賠償請求などは可能だとしても——当該データを消去せよと当該第三者に対して直接に要求し得る対世的効力を有する請求権は、当然発生し得ないからである。この点は、契約によるデータ帰属の規律ないしは「データアクセス権」の規律に内在する弱点であろう。また、BGB 741条以下の規律を参考に「データアクセス権」を割り当てる方法(前述Ⅲ.5.(2)~(7)参照)にも、同様の弱点は存在するであろう。

データの流通がますます容易となっている現状において、「データアクセス権」を取り決めた関係者ではない第三者へデータが流出してしまうリスクは、絶えず上昇していることに鑑みれば、対第三者効のない契約等による規律の限界は浮き彫りになっていると言わざるを得ないかもしれない。

c) 小 括

契約アプローチに積み残された課題は、対第三者効の欠如という問題点について——「データ所有権」構成をとることなく——どのような解決があり得るのかという点であろう。いずれにせよ、データ実務は今後、契約手法による「データアクセス権」を中核に据えて動いていくことが十分に予想されるため、その動向については引き続き注意を払いたい。

5. 「データ占有」アプローチ

(1) メリット

データそれ自体は有体物ではないが、——占有規定との関わりでは——物概念は広く解され得るので、占有規定をデータへ類推適用することに対する反発はそれほど見られないとされている³¹⁸⁾。よって、「データ占有」アプローチの利点としてまず挙げられ得るのは、現行法の枠組みをそれほど逸脱せずに「データ帰属」を観念し得るという受皿的機能が期待できる点であろう。すなわち、「データ所有権」構成よりも既存の物権法体系が崩壊してしまうリスクは低い。

次に、ヘーレン自身が掲げるように、「占有」構成であることから間接占有や占有補助者といった、データに対する事実的支配の程度に応じたグラデーションを伴う、複数人のデータ帰属を観念できる点である³¹⁹⁾。

その他には、「データ占有」を占有訴権によって保護することでデジタル空間における自力救済的行為たる暴力行為を国家の独占下へと置くことができるという点（占有の「和平機能（Friedensfunktion）」）も指摘されている³²⁰⁾。おそらくこれの意味するところは、例えばデータの事実的支配をめぐって生じた紛争について、ハッキング攻撃の相互的応酬ではなく、占有訴権を通じて裁判所で解決し得ることが期待されるということであろう。

(2) 問題点および積み残された課題

a) データに対する事実的支配でしかない「データ占有」?

他方で、——特にかつてヘーレンの提唱したような本権たる「データ所有権」を前提としない——「データ占有」アプローチには、既に前述Ⅲ.7.(4)c)にて確認した通り、いくつかの問題点が存在する。

その中でも「データ占有」構成の最たる弱点は、「データ占有者」には所詮、データに対する事実的支配状態に対して純粹に防御権的な法的地位が付与されているに過ぎないという点にあらう。と言うのも、ヘーレンが主張する「データ占有」構想では、処分権限たり得る「データ所有権」がそもそも存在していないという前提が置かれているからである。よって、単にデータに対して事実的支配を及ぼしている現状のみが保護されているのであって、当該データの利活用を通じて収益を上げたり、あるいは他人へ譲り渡したりする権限が保障されているわけではなく、また、ひいてはそもそもそのような行為自体が正当化されるのかすらも怪しい。なぜなら、物占有の場合、所有権を持たない占有者は、占有している物を適法に処分する権限は持たないからである。

b) 「データ所有権」アプローチと両立する可能性?

「データ占有」アプローチに積み残された課題は、——少なくとも物権であることは確かなので、この点では「データ所有権」アプローチの課題とも共通するが——何よりもまず「データ占有」の具体的内容の明確化であらう。このような明確化の必要性については、仮に「データ占有」構想を認めるとするならば、私法教義学 (Privatrechtsdogmatik) の使命 (Aufgabe) であると既に指摘されているところではある³²¹⁾。

次に、——ヘーレンはもっぱら「データ所有権」の存在を否定する立場に改めたが——もし仮にヘーレン自身が認めるに至った不備を克服する「データ所有権」が構想され得る場合、「データ所有権」と「データ占有」とが両立する可能性についても、筆者自身気になるところではある。物所有権的発想の延長線上で考える限り、「所有権」と「占有」の両者がデータにつ

いて観念し得ても特段の違和感はないであろう。

ただ、この点に関して奇しくもヘーレンが、「データ間接占有者」や「データ占有補助者」の存在自体は認めていることに鑑みれば、例えば経済的観点によって決まる「データ所有権者（＝「データ間接占有者」）」とデータに対して直接に事実的支配を及ぼしている「データ占有者」とが別人格であるような場面を想定することが——筆者の管見の限りではあるが——あり得るようにも思う。ゆえに、「データ所有権」アプローチと「データ占有」アプローチが両立する可能性自体は、なおも残されているのではないかと思われる。

また、F・ミヒル（Fabian Michl）の分析によれば、ヘーレンの構想する「データ占有」では GG 14条の保護を受けることはないが、「データ所有権」という本権とセットにさえなればその限りではないとされていることから、「データ占有」アプローチにとっても「データ所有権」構想は、「データ占有」が憲法上の保護を享受し得る活路を開き得るものではなからうか。

6. 総括

(1) 「データ所有権」アプローチが敬遠される理由

以上の分析結果を踏まえて指摘し得るのは、「データ所有権」アプローチとその他のアプローチは必ずしも相互に排斥し合っているとは限らないという点である。確かに不法行為アプローチにおいては「データ所有権」が必ずしも必要とされているわけではない³²²⁾が、少なくとも契約アプローチおよび「データ占有」アプローチについては、いずれも「データ所有権」アプローチと二者択一の関係というよりも、むしろ「データ所有権」アプローチと協働することで相乗効果が生み出され得るように思われる。

もっとも、以上のような利点が期待できつつも、「データ所有権」アプローチが受け入れられ難いことを理由として、その他のアプローチがそも

そも提唱されるに至った経緯を無視することはできない。「データ所有権」アプローチとその他のアプローチの決定的な違いは、データの帰属・利活用や保護の問題に対して、既存の法的枠組みを可能な限り維持したまま対応し得るかどうかという点にあらう。不法行為、契約、占有といったアプローチ、あるいはラウエのように物所有権の枠内でデータ帰属を考える(前述Ⅲ.6.参照)のであれば、現行法の枠内で上記問題に一定程度応接することができるのに対して、「データ所有権」というアプローチの場合には、物所有権を前提に構築された民法体系に与える影響・リスクにどう向き合うかという点、つまり現行法の枠組み自体を再編するべきかという点が問題として常に付きまとうことになるため、より踏み込んだ点まで考慮する必要が生じることになる。これは、上述したような「データ所有権」構想の機能的意義(前述Ⅳ.2.(1)参照)を持ち出すだけでは克服されない性質の問題であらう。これこそが、一連の論争において「データ所有権」構想が受け入れられにくい理由であり、あるいはヘーレンが「データ所有権」アプローチの口火を切りながらも、おそらくはその後の旗色の悪さに鑑みて「データ占有」へと改説するに至った理由にも通ずるのであらう。ゆえに、そもそも「データ所有権」構想を避けることを前提にデータの帰属・利活用問題の解決を目指すその他のアプローチを、「データ所有権」アプローチと組み合わせて考えてみること自体、本来であれば避けるべきことなのかもしれない。

(2) 「データ帰属」問題の明確化に向けて

ただ上記のように支持が得られ難い理由は承知しつつも、それでもなお、物権レベルでの「データ所有権」構想があり得るのかという問題の検討自体は今後も必要なのではないだろうか。というのも、まさに物権、特に所有権は財貨帰属秩序の根幹に関わる権利であるため、——経済的価値の高まりを受けて関心が集まっている——データの「帰属」問題を考える上では、どうしても避けては通れない問題だと思われるからである。

確かに現行法の枠内でも、データの帰属（および利活用）問題に一定程度、対応可能なのであれば、機能的なメリットこそあれど、民法体系そのものを揺るがしかねない「データ所有権」をあえて持ち出す必要はないのかもしれない。

しかし、——あくまで現時点での感触に過ぎないが——本来契約による利用関係の規律に際して暗黙の前提となっているのは、契約対象（物）が特定の人物へと既に「(排他的に) 帰属」しているということではないだろうか。つまり、例えば売買であれば、売主に排他的に帰属していたモノ（に対する財産権）の完全な移転が規律対象であり、賃貸借であれば、売主に排他的に帰属している物に対する利用権限の一時的な移転が規律対象である。いずれにせよ通常は、契約での規律にあたっては、その契約対象が特定の人物（通常は所有者）へと既に排他的に帰属しているということが、そもそも大前提となっているのではないのか。別の角度から言うのであれば、物権法と債権（契約）法がこれまで両輪として、財の「帰属」と「移転」を担ってきたという法モデルは、データの場合にも同様に、例えば「データ所有権」によって帰属が規律され、「データ契約」によってその移転・利用関係が規律されるという風に維持し得ないのだろうか。

既に述べた通り、データ実務上は契約による利用関係の規律だけでも、——実際にそのための契約ガイドラインも既に登場していることから——何とか機能するかもしれない。だが、契約によって利用関係を規律する以上、その基礎には、当該データが一方当事者へ既に帰属しているという点について、当事者間での暗黙の前提が存在しているのではなからうか³²³⁾。

データ実務上の運用・需要についての詳細な検討・分析については、今後の検討課題の一つにせざるを得ないため、上述部分は単に筆者が現時点で抱いた感触レベルにとどまる。だが、データが今後も経済財として重要性を増すことは想像に難くないことに鑑みれば、——データ契約が実務で今後どのように運用されていくのかは当然視野に入れつつも——理論的・体系的にデータの帰属という問題を改めてどのように受け止めていくのかという問

題そのものは、民法学における将来的な課題としても避けることができないであろう。その際、——現時点ではその評価についてはさておきが、少なくとも——「データ所有権」のような法的帰属構想は、データという無体物ではあるが経済的価値のある財について、その民法上の帰属を熟考する上で、一つの試金石にはなりそうである。

いずれにせよ、特に「データは誰のものか？」という「帰属」問題に焦点を当てた場合、「所有権」という帰属に関わる根幹的権利について向き合うことを避けたままではいられないかもしれない。なぜなら、財貨帰属を規律する一般法たる民法、特にその中心的権利である「所有権」には、民法内外における財貨帰属の明確化機能が期待されるからである。

例えば、「データ所有権」というデータ帰属を明確化する権利が民法に存在するかどうか如何によっては、データに対する担保権設定や相続場面でのデータ承継の理論的根拠づけが明確化されるか否かといったような民法内部への影響はもとより、——有体物を前提としている——刑法上の窃盗罪³²⁴⁾であったり、倒産・破産などの民事手続場面³²⁵⁾など、無体物たるデータの経済的価値とその帰属主体が問題となり得る、民法以外の各法分野への波及効も予想される³²⁶⁾。逆に言えば、各法分野において浮上した「データは誰のものか？」という問題については、多かれ少なかれ、民法、特に物権法にその明確化が期待され得るとも言えるかもしれない。

よって、学説における「データ所有権」構想自体の旗色が悪くとも、あるいは現行法の枠内での「現実的な」アプローチが既に提唱されていたとしても、いずれにせよ、データ帰属問題を考えるにあたっては、「データ所有権」を試金石として中核に据えて、どのような点に聞くべきところが存在するのか、今後も引き続き考察を行う必要があるのではなかろうか。

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

(1) 個人データと非個人データの区別の必要性

本研究を通じて筆者は、DS-GVO や BDSG などのいわゆるデータ保護法が念頭に置く「個人データ」と、他方でそのような個人関連性を有さない純粋な機械データ・事実データのような「非個人データ」をさしあたり峻別した上で「データ所有権」を論じる必要性を感じた。確かに両者は、必ずしもどこかで境界線を明確に引けるほど峻別可能なわけではなく、場合によっては個人データとも非個人データとも判断しかねるような場合も少なからず存在することもある³²⁷⁾。その限りにおいて両者の区別というのは、所詮はグラデーション的でしかないのかもしれない。

ただ、ドイツにおける「データ所有権」に関する議論でも、当初は個人データと非個人データとは必ずしも区別が徹底されていたわけではなく、まとめて「データ」として論じられている節もあったが、議論が進展するにしたがって、次第に両者の性質の違いを意識した議論が見受けられるようになってきた。察するに「データ所有権」の議論状況が混迷を極めている原因の一端は、各論者の想定するデータの種類が実に多種多様であるにもかかわらず、それらが全て、同じ「データ」という語で一括りにして論じられていた（いる）ことにある³²⁸⁾。

——まさに血液や髪の毛、あるいは臓器や身体に所有権は成立するのかという議論を見れば明らかなように——議論の対象が人格性を帯びているか否かという点は、大きく結論に影響しそうであることは想像に難くないにもかかわらず、「個人データに対する所有権」と「非個人データに対する所有権」の両者が混ぜこぜに論じられてきていたとするならば、実はそもそも議論自体がかみ合っていなかったのではないかという疑念すら浮かんでこよう。

よって、今後「データ所有権」を論じる際には、「個人データ」と「非個人データ」のどちらを念頭に置いているのか、あるいは両者ともを念頭に置いているのかという点をまずもって——筆者も含め——論者自身が意識しなければならないであろう。

(2) データの段階的・数量的区別の必要性

さらには、どの段階でのデータを想定しているのかという点が論者によって異なり得ることも、「データ所有権」論争の混迷ぶりに少なからず寄与していると思われる。例えば、収集された段階での「生データ」であるのか、生データを単に1万件集めただけの状態での「集合物的なデータ」であるのか、それとも集められた1万件のデータが分析を経ることで何らかの意味ある情報を獲得したことにより金銭的価値が具体化した1つの「情報データ」であるのかといった具合である³²⁹⁾。これは、有体物的な例えをあえて持ち出すとするならば、1本の材木を収集した段階における「材木1本に対する所有権」と、それらの材木を1万本集めてストックとして保管している段階における「材木1万本という集合物に対する所有権」と、それらを用いて築造された「木造家屋1軒に対する所有権」とでも言えようか。このような例を踏まえれば、論者によって想定している段階が異なる状態で「データ所有権」を議論することは、ボタンの掛け違いにつながりかねないことが容易に分かるであろう。

この点、まさに例えばラウエが——物所有権規定を目的論的に解釈することで存在しているという——「データ所有権」について、もっぱらデータ収集という一場面を念頭に置いて議論を展開しているように（前述Ⅲ.6.参照）、どの段階でのデータを議論しているのかを論者は意識する必要があるだろう。

(3) 「非個人データ」を先行して検討する必要性

もっとも、筆者は以上のような混迷状況を否定的に捉える必要はないと考えている。なぜなら、議論対象を類型化する必要性は、「データ所有権」

に関する研究が一定程度進展した現時点だからこそ、ようやく見えてきたことだからである。

たとえ、「個人データ」と「非個人データ」が混ぜこぜに論じられていたとしても、そのような渾沌ぶりは裏を返せば、——まさに「データは誰のものか？」という素朴な疑問を一つの切っ掛けに火が付いた——初期の「データ所有権」論争が良い意味で当初有していたのかもしれない（「個人」と「非個人」の両者を包含し得る）データ帰属や保護に関する問題意識の本来的な裾野の広さすら示しているとも受け取れよう。ただ、「データ」と名の付くものであれば、「個人データ」であれ「非個人データ」であれ（ひいてはビットコインのような経済的価値そのものと言える仮想通貨（暗号資産）に至るまで）射程に収めんとするような広い意味での「データ所有権」構想は、少なくとも現時点ではやや手に余る大風呂敷を広げ過ぎていたのかもしれないということが、まさに議論が進展するに従って判明したに過ぎない。

よって、「データ所有権」研究に今後取り組むにあたり、まずさしあたりは「個人データ」と「非個人データ」を切り分けて別々に分析する必要がある³³⁰⁾。また、その際——今後の研究方針とも関わるが——「非個人データ」を念頭に置いた「データ所有権」構想を先に分析しておく方が都合が良いと思われる。なぜなら、「個人データ」を念頭に置いた場合、取りも直さず人格性の問題も常に考慮せねばならず、煩雑になることが予想されるからである。そこで、財産的価値のみならず人格性の問題をも併せ持つ「個人データ」という一種の応用問題を将来的には見据えつつも、さしあたりは純粹に財産的価値のみが問題となり得ることが予想される「非個人データ」³³¹⁾を研究対象とすることで、「データ所有権」構想の基礎的分析を行いたいと考えている。そうすればその後、応用問題たる「個人データ」に対する「データ所有権」問題に取り組むにあたって、「非個人データ」の場合との比較検討が可能になるので、人格性を帯びているという「個人データ」特有の事情も、より鮮明に描き出せるのではなかろうか³³²⁾。

もっとも、「個人データ」の帰属や保護を検討するにあたり、従来通り人格権で規律する（つまり、所有権で規律すること自体ナンセンスである）という考え方も十分あり得る。そのため、「個人データ」に関してはあくまで人格権による帰属・保護の規律とは異なる規律もあり得るのか（ないしは望ましいのか）という点を探るにあたり、「データ所有権」が一つの検討素材になり得るかもしれないという感触レベルに——「個人データ」にまで筆者の検討が十分に及んでいない現時点では——とどまらざるを得ない。

いずれにせよ、データの種別毎の実情へとより迫ることによって、「私のデータは私の『もの』である」という謳い文句の下で、なぜ「データ所有権」構想が提起されるに至ったのか、また、既に見てきたように法体系上のハードル等を抱えていながらも、それでもなお当該構想を、データ帰属・保護問題の解決策として今後も議論の俎上に載せ続けるべきなのか、その解明に繋がるかもしれないという期待も高まる。

2. 今後の展望

最後に、今後の研究の方向性について若干言及して、本稿を締めくくりたい。

(1) 「非個人データ所有権」の成立可能性に関する検討

まず、次なる研究対象として、「データ所有権」という権利構想の分析を行う上で、(物)所有権理論と比較的馴染みやすいことが予想され得る「非個人データ」、例えば機械データや事実データなどを差し当たっては取り上げたいと考えている。

また、技術的に排他的コントロールが十分可能である、データファイルについても、より深掘りしたい。例えば、この問題に関してドイツでは近時、電子書籍などのデータファイルがBGB 90条にいう「物」であるとの主張を展開した上で、電子書籍には「データ所有権」をわざわざ認めるまでもなくBGB 903条の(物)所有権が成立するのだという見解が登場しており、非常に興味深い³³³⁾。つまりこの見解に従えば、電子書籍などの

データファイルは、——もはや「データ」という枕詞を付けるまでもなく——BGB 903条の所有権の客体であり、譲渡などの場面においては、物権法規定が直接に適用されることになろう³³⁴。いずれにせよデータファイルについては、競合性を有する無体物という点では仮想通貨と類似しているにもかかわらず、日本では仮想通貨ほど——知的財産法のような特別法上はともかくとして民法上は——議論が尽くされていないように思われるので、比較法研究を行う意義は存在するであろう。

(2) 日本法に関して

本稿では、もっぱらドイツにおける「データ所有権」論争を主たる考察対象として据えていたため、日本におけるデータの帰属・保護に関する法分野横断的な現状の確認に関しては、不十分とならざるを得なかった³³⁵。最終的に日本法に対する何らかの法的示唆の獲得を目指す日独比較法研究の着地点を見据える意味でも、——前述Ⅱ.3.にて行ったような——現行法におけるデータの法的位置づけとその保護の実情についての分析作業を日本法に関しても今後行いたいと考えている。

少なくとも、日本民法に関して現時点で言えるのは、「データ所有権」を物権レベルで認めてしまうと民法体系が崩壊してしまいかねない、言い換えれば所有権の客体を有体物に限定することには合理的理由があるのだと主張する伝統的通説の立場からなされ得ると予想されるもっともな反論に対して、——仮に今の状態のまま、日本法へ示唆を得ようとするならば——「データ所有権」アプローチはまだ十分な答えを返せる段階にはないという点であろう。

既に述べたように、「データ所有権」アプローチはその意義とメリットの論証（すなわち、「データ所有権」の機能的有用性）については、確かに一応成功しているように思えるが、他方で——例えば、パンデクテン民法体系との整合性といったような——物権レベルでの詳細な理論的検討については未だ不十分であると言わざるを得ないであろう。ただ、この点に関して

は、ツェヒも慎重な姿勢で検証を行っていることに鑑みれば、物権レベルでの根拠づけを「データ所有権」アプローチが現時点で成し得ていないとしても、それほど問題ではないように思われる。むしろ、物権レベルで「データ所有権」が存在し得るのか否か、つまりパンデクテン物権法体系と調和し得るのか否かという点について、場当たり的ではない明確な理論的解答を獲得するためにも、一見すると「データ所有権」構想は単に現行民法体系との整合性がないゆえにこれ以上の理論的検討は不要ののだと一刀両断に切り捨てられてしまってはならないのではないだろうか。そもそも物概念に関する日本民法起草過程において、「(……) 起草者は無体物として権利のみを想定し、(……) デジタル・データは想定していなかったといえる」³³⁶⁾という指摘がなされていることに鑑みれば、現行民法体系における物権と債権の峻別が崩壊するという懸念³³⁷⁾が、「(債権のような) 権利としての無体物」だけでなく、「(データのよう) な権利以外の無体物」に対しても同様に妥当するのだろうかという点——言い換えれば、物権債権峻別論の立場から投げ掛けられるであろう批判の射程の見極め——は、今後慎重に検討されるべきであろう³³⁸⁾。

a) 日本における「データ所有権」論の萌芽？

少なくとも日本においても、「データ所有権」に関して議論される素地自体は既に存在していると思われる。なぜなら、物権による強力な法的保護を有体物以外の客体に「与えることが適当ではないかとも考えられる場合に、必ずしも与えられ」ず、「特別法によるか、判例法によって図られるしかない」ことは、日本民法典の大きな欠点の一つであると既に指摘されているところ³³⁹⁾、この欠点を補うべく、物概念を「法律上の排他的支配可能性」へと拡張するという見解³⁴⁰⁾であったり、必要に応じて物の規定を類推するという見解³⁴¹⁾が主張されているからである³⁴²⁾。

また、もっぱら仮想通貨に特化した形ではあるが、「データ所有権」論争が日本でも各論的かつ部分的に展開されていることは、既に確認した通りである(前述 I.1.(3)d) 参照)。そこでは、有体性が欠けていながらも、

仮想通貨を特定の人物へと排他的に帰属させる法的可能性は存在し得ないのかという点を追求する動きが看取される。

そのため、「データ所有権」を論じる上で重要な点、別の言い方をすれば、日本でドイツ同様の議論を展開する際に突き付けられることになる究極的な命題は、まさに財産的価値があり、取引の対象となっている（データのような）無体物について、「帰属の決定や保護のルールが必要ではないか」という点、すなわち「物権以外の権利にも、物権に類する一定の効力が認められるのではないか。また、仮に物権に準じる効力を与えるとして、どういう要件を設けてその限界を明確化するか」という点であろう³⁴³⁾。この命題は、まさに「データ所有権」アプローチが積み残している課題そのものであるだけでなく、物所有権の本質すらも浮き彫りにするような問題提起を含んでいる。すなわち「データ所有権」論争は、——個人・非個人の区別をさておけば——「データ」の体現する経済的価値によって所有権理論そのものが揺さぶりをかけられている現象として巻き起こったとも評せるであろう。

まさに、日本における非典型担保の発展過程を振り返ってみれば、経済的価値を担保として把握する実務的需要に後押しされる形で、——本来的には、民法175条が定める物権法定主義に反しているにもかかわらず——現行物権法体系に非典型担保という類型が存在することを認めざるを得なくなったという現象が見られる。つまり、実需は腰の重い物権法理論さえも時には動かし得るのである。現に「データ所有権」論争の先陣を切ったヘーレン自身が述懐しているように、そもそもこの問題に取り組むことになった切っ掛けは、自動車メーカーから「データは誰のものか？」という照会を受けたことであった（前述Ⅲ.2.(1)a) 参照）ことを踏まえれば、学説上の「データ所有権」論争を引き起こしたのは実需だと言っても過言ではなからう。

b) 現代的諸問題に直面した所有権理論の揺らぎ

他方でデータから視線を転じれば、近時、不動産所有権の放棄が可能か

どうかという点に関して議論が活発化しているところ、その際に念頭に置かれている不動産とは経済的価値がほとんど存在していないとされたり、場合によっては税負担や管理費用が当該不動産から得られる収益を上回っているような状態であったりする。これは、いわば「データ所有権」論争の文脈において経済的価値をいかにして所有権で把握し得るのかということの裏返しである。すなわち、経済的価値を喪失した有体物の所有権をいかにして手放すことができるのかという問題なのである。以上のように「データ所有権」論争はもちろんのこと、それ以外の文脈でも所有権の本質であるとされる経済的価値の全面的支配の再考が余儀なくされていると言える。

なお、一連の命題に取り組んだ結果が、たとえ「データ所有権」構想を最終的に否定する内容であったとしても、それはそれで改めて物所有権理論の現代的意義・妥当性を再確認する契機になったと捉えれば、少なくとも「データ所有権」に関する研究の全てが無駄な試みであったとまでは言えないであろう。昨今の民法改正ブームに流されることなく、物権という帰属秩序の根幹をできるだけ維持しようという伝統的通説の姿勢そのものは十二分に理解できるものであり、むしろその姿勢に疑問を投げ掛けている「データ所有権」アプローチの側にこそ、十分な理論的根拠を用意する義務があろう。その点に関しては、日独で大きく異なるところはない。

c) 所有権の各論研究素材

いずれにせよ、「データ所有権」論争の動向は今後とも注目に値するが、それと同時に所有権放棄論であったり、死体・人体・ヒト由来物質に対する所有権論³⁴⁴、ひいてはパブリシティ権に関する議論など、経済的価値を有するがゆえにその法的保護・帰属が問題になり得る他の所有権各論問題からも目が離せない。

また、「データ所有権」の議論自体を相対化する視座を獲得するという意味で、かつての電気やソフトウェアといった無体物に関する日独の議論を中心に洗い直してみるというのも、今後の方向性としては十分あり得る

ように思われる。

(3) 結 語

近時の学説上の関心・トレンドが「データ所有権」構想から契約等による「データアクセス権」構想へと移りつつある傾向自体は、確かに見て取れる³⁴⁵⁾。その点では、「データ所有権」構想の旗色は、決して良いとは言えないであろう。

だが、「データ所有権」という新たな構想が、経済的価値を有するに至ったデータの帰属や保護のための法手段になり得る萌芽は、データの種別に応じた温度差には留意しなければならないが、——技術的に排他的コントロールの可能性を有しているデータファイルや仮想通貨などにおいては特に——存在しているということについて、臆気ながら見えてきたように思われる。また、もっぱら今後の検討の結果次第だが、やはり「データ所有権」構想は実現し得ないという結論に至った場合であっても、——まさにヘーレンが、かつて自身が打ち出した「データ所有権」構想の分析過程を上手く活用しながら「データ占有」構想を新たに構築したように——「データ帰属」問題の解決に際して、「データ所有権」論争を引き続き分析することで、その過程から何某かの有益な分析視角が得られるかもしれない。

もっとも、本稿は「データ所有権」論争における各見解の整理・分析を通じて、「データ所有権」構想には少なくとも限定的な場面においてデータ帰属を明確化し、そしてデータにその経済的価値に見合った保護を与え得る機能的有用性が存在するという可能性を確認したに過ぎない。仮に「データ所有権」構想に関して前向きな態度を取るのであれば、民法（物権法）体系の見直しも含めた将来像にも関係してくるため、「物」所有権規定の現代的妥当性についての再検討という所有権総論研究も視野に入ってくるであろう。だが、まずは引き続き、既に述べた通り、データファイルや非個人データ、そして個人データといったような具体的な素材を慎重に分析した上で、上記のような総論問題へ展開する必要性が存在するの

どうかを細心の注意を払いながら判断したいと考えている。

結局のところ、「データ所有権」構想が、いかなる景色を我々に見せてくれるのか、そしてそれは民法起草時から連綿と続く物権法の伝統を揺るがすことになるのかどうか、そのポテンシャルやリスクについては今なお不明確な部分も多いが、いずれにせよ既に述べた研究課題を一つずつ丹念に執り行うことでしか、その全貌には迫れないであろう。

249) Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, a.a.O. (Fn. 8), S. 88 ff.

250) Thomas Hoeren, Datenbesitz statt Dateneigentum : Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, S. 7 Fn. 15.

251) NJW 1996, S. 2159 ff.

252) BGB 667条〔引渡義務〕

受任者は、委任者に対して、自己が委任の遂行のために受領したものと及び事務処理から得たものの全てを引き渡す義務を負う。

253) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 6.

254) BGB 854条〔占有の取得〕

- (1) 物の占有は、物に対する事実上の支配を得ることによって、これを取得する。
- (2) 取得者が現に物を支配するときは、占有は、前の占有者と取得者との間の合意のみによって、これを取得することができる。

255) BGB 859条〔占有者の自力救済〕

- (1) 占有者は、違法な私力に対して自らを實力で防御することができる。
- (2) 動産が違法な私力によって占有者から奪われたときは、その占有者は、侵奪をした者から、侵奪がされた現場において、又はその者を追跡する間に、当該動産を實力によって取り戻すことができる。
- (3) 土地の占有者は、その占有を違法な私力によって奪われたときは、その侵奪の後、直ちに侵奪者を排除することによって、占有を取り戻すことができる。
- (4) 占有者は、第858条第2項により占有の瑕疵を承継した者に対しても、前3項に規定する権利を有する。

256) BGB 1007条〔前の占有者の請求権・悪意者の除外〕

- (1) 過去に動産の占有を有していた者は、占有者が占有を取得した時に善意でなかったときは、この占有者に対して物の返還を請求することができる。
- (2) 物が前の占有者から盗まれ、紛失し、又はその他の事由により離脱したときは、前の占有者は、善意の占有者に対しても物の返還を請求することができる。ただし、この占有者が物の所有者であり、又は前の占有者が占有を始める前に物が当該占有者から離脱していたときは、この限りでない。この規定は、金銭及び無記名証券には適用しない。
- (3) 前の占有者は、占有の取得時に善意でなく、又は占有を放棄したときは、前2項の請

求権を行使することができない。本条に規定のない事項については、第986条から1003条までの規定を準用する。

- 257) BGB 861条〔占有侵奪を理由とする請求権〕
- (1) 占有者は、違法な私力によって占有を奪われたときは、自己に対して瑕疵ある占有をする者に対して、占有の回収を請求することができる。
 - (2) 前項の請求権は、侵奪された占有が現在の占有者又はその前主に対して瑕疵あるものであり、かつ、その占有が侵奪された時から遡って1年以内に取得されたものであるときは、これを行使することができない。
- 258) BGB 862条〔占有妨害を理由とする請求権〕
- (1) 占有者は、違法な私力によって占有を妨害されたときは、侵害者に対して妨害の排除を請求することができる。さらなる妨害が行われるおそれがあるときは、占有者は、その不作為を求める訴えを提起することができる。
 - (2) 前項の請求権は、占有者が侵害者又はその前主に対して瑕疵ある占有を有していた場合において、当該占有が、それが妨害された時から遡って1年以内に取得されたものであるときは、これを行使することができない。
- 259) BGB 932条〔無権限者からの善意取得〕
- (1) 物が譲渡人に帰属しない場合においても、譲受人は、第929条に従ってされた譲渡によって、その所有者となるものとする。ただし、この規定により譲受人が所有権を取得する時に善意でなかったときは、この限りでない。第929条第2文に規定する場合においては、本条は、譲受人が譲渡人から占有を取得したときに限り、これを適用する。
 - (2) 譲受人は、物が譲渡人に帰属しないことを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、善意でないものとする。
- 260) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 6.
- 261) 前述Ⅲ.2.(1)におけるヘーレンの「データ所有権」構想の過程で行われた検討とも重複するが、ヘーレンの論理展開を跡づけるために繰り返すことになることを厭わずに叙述した。
- 262) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 6 f.
- 263) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7.
- 264) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7.
- 265) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7.
- 266) ヘーレンの2013年論文と2019年論文の違いは、この点にある。すなわち、刑法上のデータ所持者を決する基準たる「書き込み行為」に着目するという基礎部分自体はなお共通しているが、あくまで刑法上の構想である「データ所持」を民法レベルで捉えるに際して、「所有権」という方向性を目指すのか、あるいは「占有」という方向性を目指すのかという点において、両者は袂を分かつことになる。
- 267) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7.
- 268) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7.
- 269) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7.
- 270) また、ヘーレンは、StGB 242条1項の窃盗における事実的保持 (tatsächlicher Gewahrsam) が民法上の占有概念に非常に類似していることも、「データ所持」に民法上の特別

な意義が与えられるべき理由として挙げている。

271) BGB 1006条〔占有者のための所有権の推定〕

- (1) 動産の占有者は、その者の利益のために、これを物の所有者と推定する。この規定は、物が前の占有者から盗まれ、紛失し、又はその他の事由により離脱したときは、この前の占有者に対しては適用しない。ただし、金銭又は無記名証券についてはこの限りでない。
- (2) 前の占有者は、その者の利益のために、占有を継続していた間については、物の所有者であったものと推定する。
- (3) 間接占有があるときは、前2項の推定は、間接占有者について、これを行うものとする。

272) BGB 868条〔間接占有〕

用益権者、質権者、用益賃借人、使用賃借人若しくは受寄者として、又はこれらに類する関係において、他人に対してある期間の占有をする権原を有し、又は義務を負う者が物を占有するときは、その他人も占有者とする（間接占有）。

273) BGB 857条〔相続〕

占有は、相続人に移転する。

274) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7.

275) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7 f.

276) Vgl. Fabian Michl, „Datenbesitz“ – ein grundrechtliches Schutzgut?, NJW 2019, S. 2730.

277) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 8.

278) なお、最新の論稿においてヘーレンは、「データ所有権」をめぐる議論が混迷状況に陥った責任の一端は、火付け役たる自分にもあると述べている（Hoeren, a.a.O. (Fn. 156), S. 39）。

279) Hoeren, a.a.O. (Fn. 156), S. 42.

280) 椿 = 右近編・前掲注132) 77頁〔潮海一雄執筆部分〕およびケッツ = ヴァーグナー（吉村 = 中田監訳）・前掲注125) 81頁以下〔中田邦博 = 木村和成共訳部分〕参照。

281) 「データ占有」構想に賛同する近時の学説として例えば、Simon Adam, Daten als Rechtsobjekte, NJW 2020, S. 2063 がある。他方で否定的な見解を述べるものとして例えば、Herbert Zech, Besitz an Daten?, in : Tereza Pertot (Hrsg.), Rechte an Daten, 2020, S. 91 ff. など。

282) Hoeren, a.a.O. (Fn. 156), S. 42.

283) Hoeren, a.a.O. (Fn. 156), S. 46 f.

284) Vgl. Michl, a.a.O. (Fn. 276), S. 2730.

285) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 8 ; ders., a.a.O. (Fn. 156), S. 42. Vgl. auch Michl, a.a.O. (Fn. 276), S. 2729 ff.

286) GG 14条〔所有権・相続権・公用収用〕

- (1) 所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める。
- (2) 所有権には義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである。
- (3) 公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、補償の方法及び程度を

規律する法律により、又は法律の根拠に基づいてのみ、これを行うことが許される。その補償は、公共の利益及び関係者の利益を正当に衡量して、これを定めるものとする。補償の額につき争いのあるときは、通常裁判所で争う途が開かれている。

- 287) Michl, a.a.O. (Fn. 276), S. 2732.
- 288) Vgl. etwa Schulz, a.a.O. (Fn. 54), 2018, S. 72.
- 289) Vgl. Münchener/Brückner, a.a.O. (Fn. 99), § 903 Rn. 2.
- 290) 前述Ⅲ.2.(2)d)bb)ddd) 参照。また、「データ所有権者」を決定する基準として経済的観点をを用いることの実務上の意義については、後掲注293)参照。
- 291) ツェヒ（水津訳）・前掲注62)65頁以下参照。
- 292) Heymann, a.a.O. (Fn. 152), S. 654.
- 293) もっとも、ツェヒのように経済的観点を前面に押し出すことが、民法「内部」において「データ所有権」を観念することによって必ずしも不利益に働くというわけではない。
- 例えば、日本でも契約実務において、データ帰属を仮に当事者間で規律する場合の基準が提唱されている（福岡＝松村・前掲注34)55頁以下）。「データ・オーナーシップ（≒「データ所有権」）」が現行法において存在しないことを前提として上記見解が述べられていることには当然留意しなければならないもの、上記の基準は、ツェヒが「データに対する移転可能な排他的権利」の帰属主体を決する上で参考になると感触を示している（前述Ⅲ.2.(2)参照）経済的観点がその背後に少なからず垣間見えており、非常に興味深い（特に、「データの創出に対する各当事者の寄与度」という基準など）。すなわち、データ帰属主体を決する上で、経済的観点に着目するという点には、実務的観点から見てもそれなりの意味を有しているという実情が反映されているのではないだろうか。
- 294) なお一例として、もっぱらユーザー個々の行動によって発生する個人データに関してではあるが、——当該権利を「データ所有権」と呼ぶことが適切かどうかはともかくとして——主に当該個人データに備わっている人格性を理由に、ユーザー各人へ「データ所有権」が付与されることが望ましいという見解も存在する（vgl. etwa Karl-Heinz Fezer, Dateneigentum der Bürger : Ein originäres Immaterialgüterrecht sui generis an verhaltensgenerierten Informationsdaten der Bürger, ZD 2017, 99 ff.）。
- 295) BGB 929条〔合意及び引渡し〕
- 動産の所有権を譲渡するには、所有者が取得者に物を引き渡し、かつ、当事者双方が所有権の譲渡を合意しなければならない。取得者が物を占有するときは、所有権の譲渡に係る合意をすれば足りる。
- 296) ヴォルフ＝ヴェレンホーフアー（大場ほか訳）・前掲注49)93頁以下参照。
- 297) ツェヒ（水津訳）・前掲注62)68頁参照。
- 298) 水津「民法体系と物概念」・前掲注44)77頁参照。
- 299) Herbert Zech, Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen, AcP 219 (2019), S. 488 ff.
- 300) Eric Tjong Tjin Tai, Data ownership and consumer protection, EuCML 2018, 136.
- 301) Id. at 137.
- 302) 「返還」の具体的内容は、「データファイルに対するデジタル・コントロールを自分に戻

せ」ということである。

- 303) Tjong Tjin Tai, supra note 300, at 138.
他にも、「データ所有権」構想が存在していないことによる不都合な場面として、データの原始的所有者 (original owner) が死亡した後の相続問題 (当該データの次の「所有者」は誰なのかという「デジタル遺品」問題) やデータファイルの上に担保権 (security rights) を設定可能かどうかという問題が挙げられている。
- 304) Tjong Tjin Tai, supra note 300, at 137.
- 305) Ibid.
- 306) Ibid.
- 307) Tjong Tjin Tai, supra note 300, at 140.
また、日本でも仮想通貨を試金石にする森・前掲注31)11頁以下によって、従来一括りにして論じられるくらいのあった「無体物」概念について、「一般の情報無体物」と「暗号通貨型無体物」に大別した上で、少なくとも後者については、——本稿で取り上げたデータファイル同様に——競合性があるため「所有権」構成に親和的なのではないかという可能性が指摘されている。
- 308) 著作権法上、データファイルの中古販売が制限されることによって、少なくとも「譲渡」の場面に関して、「データ所有権」を認める実益が実質的に縮減されてしまうという事は、あり得るであろう。ただこの場合でも、ティヨンク・ティヒン・タイが言うように、データの「返還」請求の場面等では、十分に「データ所有権」構成の実益は、存在するであろう。
- 309) 「電子書籍等のデジタル・コンテンツ利用 (著作権法上の利用権)」に関する契約関係の相続可能性が、サービス事業者の約款によって排除される実務的現状へと疑問を投げ掛けるものとして、白井「デジタル遺品の登場により法律はアップデートを必要とするか(1)」・前掲注138)202頁以下の注153)。
- 310) 今後の方向性とも関連するが詳しくは、後述V.2.(1)参照。
- 311) Münchener/Wagner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020) § 823 Rn. 336.
- 312) Riehm, a.a.O. (Fn. 64), S. 721, 723 f.
- 313) Vgl. etwa Lange, a.a.O. (Fn. 215), § 823 Abs. 1 Rn. 18.
- 314) Vgl. Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, a.a.O. (Fn. 8), S. 34 f.; Specht, a.a.O. (Fn. 47), S. 40 f.
- 315) ツェヒ (水津訳)・前掲注62)67頁。
- 316) ツェヒ (水津訳)・前掲注62)67頁。
- 317) Vgl. Zech, a.a.O. (Fn. 7), S. 146.
- 318) Vgl. Michl, a.a.O. (Fn. 276), S. 2730.
- 319) Hoeren, a.a.O. (Fn. 250), S. 7 f.
- 320) Vgl. Michl, a.a.O. (Fn. 276), S. 2731.
- 321) Michl, a.a.O. (Fn. 276), S. 2730.
- 322) Münchener/Wagner, a.a.O. (Fn. 311), § 823 Rn. 338.

- 323) 問題となっているデータの利用行為が、知的財産法や不正競争防止法、不正アクセス禁止法といったような法律に抵触する場合、つまり当該利用行為の違法性を阻却しなければならない場面では、契約を締結する積極的動機は確かに存在すると思われる。だが他方で、それ以外のデータ一般の利用行為についても、後の法的紛争に備えて利用関係および将来生じ得る利益の帰属関係を予め契約で定めておく実務的需要が——ツェヒの指摘するように——存在するのであれば、実際に契約が締結される場面では、やはり一方当事者へデータが（たとえ所有権のような「法的に」ではなくとも）既に帰属しているという意識が当事者間にあるからこそ、他方当事者は当該データの利活用に関する契約の締結を望むのではないだろうか。
- 324) 所有権などの財産権の帰属主体を刑法上判断する必要がある場合でも、「法秩序の統一性」の観点から、その判断に際しては、あくまでも民事法上の財産秩序を基本的ベースにするべきだという主張については、松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』（成文堂、2018年）188頁以下参照。
- 325) データの所持者としての自然人が死亡した後に、当該データの承継ルール等が議論の対象となっているのが「デジタル遺品」問題だとするならば、データの所持者としての企業が倒産・破産する局面は、ある意味では「デジタル遺品」問題の法人版とも言えようか。
- 例えば、橋本誠志『倒産手続と情報資産』（信山社、2020年）はしがきiii頁以下も、「企業が倒産、特に法人格が消滅する破産処理」に際して、破産企業が有していた（今日では多くの場合にデジタル化されているであろう）情報（データ）の価値の帰属主体が誰になるのかという問題が浮上する点、また、従来の有体財とは異なり、「破産企業が有していた情報の情報主体という新たなステークホルダー」の存在が絡むことも相まって、円滑な管財業務を行わなければならない破産管財人にとっては、上記帰属問題が非常に悩みの種であるという点を指摘している。
- 326) 他にも、平山賢太郎「特集1 情報法というフロンティア VII 情報法と競争法の相互作用——プラットフォームビジネスに対する規制の視点」法学教室479号（2020年）35頁以下によれば、ホテルや飲食店のための予約サイト上の予約情報データの囲い込みについて競争法の観点から議論するに際して、「そもそも予約情報というデータが誰のものであるのか」が論点となるだろう」とされている。つまり、当該予約情報については、（予約サイトのユーザーたる）ホテルや飲食店の自社保有情報、予約サイト運営企業が消費者等から取得した自社保有情報、あるいは予約を行った消費者自身の情報といったように、複数の側面が存在する。この場合にも、当該情報データの帰属主体は誰なのかという点が、競争法上の論点としても関わってくる。
- 327) 例えば、コネクテッド・カーが自動的に収集した運行データは、機械が自動的に収集しているので非個人データとも評価できる一方で、搭乗者がどこを訪れたのかという情報を含んでいる場合には個人データであるとも評価できよう。
- 328) 前述Ⅲ.にて紹介した各見解が「データ」と呼ぶ場合に、それが意味するのは「個人データ」であるのか、それとも「非個人データ」であるのかという点について、逐一補足することを本稿では基本的に控えた。その大きな理由としては、各論者自身も論文公表時点において、両者の区別をどこまで意識していたのかが必ずしも明らかではないからであ

る。

- 329) Zech, aa.O. (Fn. 281), S. 92 は、この点につき、「(*データは)『処理段階 (Verarbeitungsstufe)』の程度 (Grad) ないしはデータ経済のバリューチェーン (Wertschöpfungsketten) における精製 (Aufbereitung) の段階 (Stufe) に応じて、生データ (Rohdaten)、データの集積 (Datensammlungen) (集積されたデータ, aggregierte Daten) および分析データ (Analysedaten) ないしは分析結果 (Analyseergebnisse)」へと区別可能だと指摘している。
- 330) 例えば、松本・前掲注23)193頁以下も、財産的利益と人格的利益に分類して情報を論じている。
- 331) 機械データや事実データ、電子書籍などのデータファイル、ひいては経済的価値そのものとも言える仮想通貨 (暗号資産) などが、非個人データの具体例として挙げられ得る。
- 332) まさに、米村滋人「人格権の権利構造と『一身専属性』(1)～(5・完)」法学協会雑誌133巻9号(2016年)1頁以下、133巻12号(2016年)98頁以下、134巻1号(2017年)80頁以下、134巻2号(2017年)141頁以下、134巻3号(2017年)67頁以下は、人格性を帯びているというだけで保護客体の譲渡性・相続性を当然に否定することを疑問視した上で、財産権的な部分の譲渡性・相続性に前向きな見解を緻密な日独比較法研究に基づき、述べている。つまり、個人データは人格性を帯びると同時に、その利活用という潜在的な財産的価値をも併せ持っているため、米村研究が試みているようにいかにして「人格メルクマール」を個人データから (例えば匿名化・仮名化などによって) 切り離すことができるのか (あるいはできないのか) という点が、今後一つの鍵となろう。
- 333) Stefan Bucher, Sachqualität und Veräußerung von Dateien : Der Online-Handel mit E-Books, Musik- und Filmdateien, 2018.
- 334) よって、この見解を主張する Bucher, aa.O. (Fn. 333) や、逆に「データファイル所有権」に否定的な立場をとる Nils Außner, Rechtliche Aspekte des digitalen Privatvermögens in Bezug auf Dateien und Plattformkonten : Zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts zu den Themen Zweitmarkt gebrauchter Dateien und Zugang Dritter zu Plattformkonten, 2020 などを後続論文において詳しく検討したいと考えている。
- また、ドイツ法とは所有権まわりの条文構造が異なっている (無体物に対して所有権を認める素地が条文上存在している) ことには十分留意しなければならないものの、——ドイツにおける「データ所有権」の議論も適宜参照されつつ—— ABGB (オーストリア一般民法典) の下では Klammer, aa.O (Fn. 142) がデータファイルに対して、また ZGB (スイス民法典) の下では Martin Eckert, Digitale Daten als Wirtschaftsgut : digitale Daten als Sache, SJZ 2016, S. 245 ff. ; ders., Digitale Daten als Wirtschaftsgut : Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 2016, S. 265 ff. がデジタル・データに対して、それぞれ物権法規定の適用可能性を肯定しており、示唆に富む。よって、今後はドイツ法のみならず、オーストリアやスイスといったドイツ周辺国での法的議論の動向も可能な限り注視したい。
- 335) なお、日本法におけるデータ帰属・保護の現状に関する法分野横断的な確認を行って

るものとして、福岡＝松村・前掲注34)35頁以下および75頁以下などがある。

- 336) 角本「いわゆる“仮想財産”の民法的保護に関する一考察（3・完）」・前掲注27)295頁。また、仮想通貨などについて、森・前掲注31)11頁も同旨。
- 337) 前掲注44)参照。
- 338) なお、——本稿の直接の検討対象ではないが——データ以外の無体物である電気に関しても、消費されてしまった電気そのものは「返還」され得ないので、物権的返還請求権を行使する余地がなく、単に不法行為法上の損害賠償請求権で対処すれば足りるとされている（例えば、松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）14頁以下および道垣内弘人『リーガルベシス民法入門（第3版）』（日本経済新聞出版社、2019年）404頁以下など参照）。だが、単に物権的「返還」請求権の行使が現実的でないという限りで言えば、食料のような有体的な消費財についても盗人が食べた場合に同様のことが当てはまるので、上記の点は有体・無体問わず、いわゆる「消費財」一般に特有の性質だとも言えそうである。また、物権的「返還」請求権の実行可能性がないとしても、物権的「妨害排除・予防」請求権などについてはなお「所有権」を認める機能的実益として問題になり得る余地があるように思われる。そのため、データのみならず電気に関しても、「所有権」の成立可能性は慎重に検討されるべきではないだろうか。
- 339) 佐久間毅『民法の基礎 2 物権（第2版）』（有斐閣、2019年）3頁以下。中舎寛樹『民法総則（第2版）』（日本評論社、2018年）57頁も、「有体物を物とする民法の規定は、現代に適合していない」と述べている。
- 340) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）202頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）204頁など。
- 341) 内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論（第4版）』（東京大学出版会、2008年）353頁以下など。
- 342) なお、民法改正研究会（代表 加藤雅信）『日本民法典改正案Ⅰ 第一編 総則——立法提案・改正理由——』（信山社、2016年）25頁以下および383頁において、無体物についての定義の条文化は見送られてはいるが、物に関する規定を非有体物へ準用することを明文化した立法試案が提示されている。また、ドイツにおいて BGB 90条2項の立法試案という類似の提案を行うものとしては、Peter Bydliński, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter : zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), S. 328 がある。P・ビドリンスキー（Peter Bydliński）による当該立法試案の邦訳については、白井「デジタル遺品の登場により法律はアップデートを必要とするか（2・完）」・前掲注138)273頁参照。
- 343) 松岡・前掲注338)7頁以下。
- 344) 死体と所有権の関係性について論じる近時の研究として、例えば、Robert Korves, Eigentumsunfähige Sachen?, 2014 などがある。
- 345) 「データアクセス権」構想には、データの利活用という現実に差し迫っている（もしくはすでに到来している）問題へ手堅く対処し得るという点や現行法秩序との軋轢も生じにくいという点において、魅力が存在するからであろう。
- 例えば、日本でのデータ実務上の傾向に関しては、前述Ⅰ.1.(3)f) など参照。ドイツについては、前述Ⅲ.5.(1)のほか、Florent Thouvenin/Rolf H. Weber/Alfred Früh,

Elemente einer Datenpolitik, 2019 など参照。

【追記】 脱稿直前、特に前掲注1) および前掲注40) に関わって、現在の日本物権法研究の最新動向である吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』(成文堂, 2021年)を入手した。同書が提示する物権法改正提案でも、——「有体物でない財産, 財産権又は財産の集合」を物権の客体とする案は存在したようであるが(片山直也「第175条の2(代替案)(物権の目的及び内容)」同書213頁以下)——最終的な結論として、所有権の客体を従来通り有体物に限定する現行民法85条の立場が踏襲されており(森田宏樹「補遺1 第1編第4章 〇85条(物:総説)」同書725頁以下), ここでも「データ所有権」構想の旗色の悪さの一端が窺える。いずれにせよ, 同書の具体的分析・検討は今後委ねざるを得ないが, 日独における「データ所有権」構想に対する風当たりの強さと, そのような評価を受けてしまう理由には, 十二分に留意しつつ研究を進めなければならないと考えている次第である。

なお, (3・完)の校正作業中に, 「データ所有権」論争について, ——筆者同様に, ヘーレンヤツェヒによる「データ所有権」構想をその嚆矢と位置づけた上で, さらには——データ保護法や憲法なども視界に捉えつつ, 分析・評価を行う最新の研究書である Berthold Haustein, *Möglichkeiten und Grenzen von Dateneigentum*, 2021 に接した。同書は, ——その旗色は現時点ではあまり芳しいと言えないにもかかわらず——「データ所有権」導入にかなり前向きな態度を取るだけでなく, 本稿で今後の課題とした点である, 例えば「『データ所有権』を仮に導入するとした場合, 民法内外のどちらか?」, 「『個人データ』と『非個人データ』の両者を客体とする『データ所有権』は考えられ得るか?」ないしは「仮に『データ所有権』を導入した場合に, (既存)データ保護法上のルールと抵触しないか?」といった疑問についても分析しており, 非常に興味深い。したがって, 後続論文において, 筆者なりに同書の紹介および分析評価を行っていきたい。

* 本稿は, JSPS 科研費 (21J12083) の助成に基づく研究成果の一部である。