

産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会「データ利活用促進に向けた検討 中間報告(案)」に対する意見書

2017年(平成29年)12月21日

日本弁護士連合会

産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会の「データ利活用促進に向けた検討 中間報告(案)」(以下「中間報告案」という。)のうち、データの利活用促進のための不正競争防止法(以下「不競法」という。)の改正について検討している部分(第一章 データ利活用促進に向けた制度について)につき、当連合会は以下のとおり意見を述べる。

第1 意見の趣旨

- 1 不競法にデータに関わる不正競争行為類型を追加して差止請求権等の救済措置を設けることについては、必要最低限の規律を設けることを基本方針とし、慎重な検討がされるべきである。
- 2 データの不正取得、不正使用行為に対する不競法上の救済措置を設ける場合、保護客体となるデータ及びデータの同一性を認める範囲、差止請求権等の請求権主体、違法とされる行為の客観的・主観的要件などの基本的事項は、法律の条文に明確に規定すべきであり、ガイドラインなどの法的な性格の曖昧なものに委ねるべきではない。
- 3 管理侵害行為によるデータの不正取得行為及び不正取得したデータの不正取得者による使用・提供行為については、要件がより明確化されることを条件に、これを不正競争行為として差止等の救済措置の対象とすることに賛成する。

他方、善意でデータを取得した者が事後に不正行為の介在につき悪意となった場合、当該取得者によるデータの使用・提供行為は、その基となった契約による権限範囲の内外を問わず、不正競争行為とされるべきでない。この点に関する中間報告案には反対である。

第2 意見の理由

- 1 中間報告案についての全般的意見
 - (1) 中間報告案は、第四次産業革命の時代におけるデータの重要性に鑑み、ビッグデータを念頭に、データの適切な利活用を促進するために、一定の要件

に該当するデータ（以下「保護客体データ」という。）についての不正取得や不正利用行為を「データに係る不正競争行為」として新たに位置づけた上で、これに対する救済措置を認めることを提言している。

当連合会も、社会に新たな便益をもたらす源泉となるデータについて、データ提供者が安心してデータを提供し、データ利用者も安心してデータを利活用できる適切な流通環境を整える必要があるという点については、中間報告案に示された問題意識に賛意を表す。

しかし、データの適切な利活用を促進することの最終的な目的は、データの活用によって新たなサービスや事業が創出され、社会の便益を増進させることにある。そして、データの利活用が促進されるためには、「データ提供者」がデータを安心して提供できるだけでなく、受け取る側も安心して利活用ができることが不可欠である。不競法によるデータ保護を考える際には、長期的な視点に立って、「データ提供者」だけでなく、データを利用する側（その中には提供されるデータを活用して新たな価値のあるサービスを生み出すものが多数含まれ得る）の双方を考慮し、バランスの取れた制度とすることが望まれる。

- (2) また、データを提供する事業やデータの流通形態は多種多様であって、今後も常に新しい形が生み出され、劇的に変化していくことが予想される。その中で、不競法の下でのデータ保護を考える際には、どのような保護の在り方がデータ利用に対する委縮効果をもたらすことなく、データの活用を促進して社会にとっての便益をもたらすかという観点から、「何」を保護の客体とするか、「誰」を保護するかといった基本的な事項につき十分な議論を行い、要件を明確化し、データ取引に関連する産業界のコンセンサスも得た上で、立法化するという道筋が踏まれるべきである。

特に、未知の領域に新たな規制を設ける場合には、その影響が思わぬ形で生じないとも限らないから、データに関連する既存の法律との整合性、競争法やプライバシー保護といった公共的な観点からする規制の妥当性など、データ提供事業者の保護だけに偏らない広い視野からの検討が必要である。不競法による規制の必要性が明確でない領域、データの取引・利活用に与える萎縮効果が懸念される領域、規制による効果とデータ取引への制限効果を比較したときに前者が後者を上回るか否かが不明な領域などについて不競法による新たな規制を設けることについては、とりわけ、慎重であるべきであり、データに関わる産業界のコンセンサスが成立していない事項について性急な

立法措置に踏み込むべきではない。

(3) さらに、データの取引にかかる事業環境は今後ますます、グローバル化することが予想される。その中で我が国だけが突出した規制を行うことのないように、海外の状況も踏まえて慎重な検討がなされるべきである。

(4) 上記の観点を踏まえ、中間報告案の個別の内容について以下に意見を述べる。

なお、中間報告案が想定する「データ提供者」は、どのような者であるのかが必ずしも明確でないが、この点において、以下では中間報告案の「データ提供者」という表現をそのまま使用する。

2 中間報告案についての個別意見

(1) 保護客体について

① 「保護の客体」について、中間報告案は、ビッグデータを念頭に置いていることを明らかにし、保護客体とするデータを、①技術的管理性、②限定的な外部提供性、③有用性という3要件に該当する「電子データの集合物の全部又は一部」とすることを提案している。そして、有用性に関して「集積することにより商業的価値が認められること」という要件を入れ、また、技術的管理性に関しては「適切な電磁的アクセス制御手段により管理されているデータであること（その例を例示）」とすることにより、小委員会で検討が始まった当初に比べれば、保護客体として予定されているデータの範囲は、一定程度明確化されたといえることができる。

しかしながら、不競法上の救済措置（特に差止請求権）との関係では、保護客体とされるデータ提供者のデータと、不正取得・不正使用であると主張されるデータとの同一性が問題となるところ、「電子データの集合物の全部又は一部」というデータの定義では、同一性の判定基準やどの範囲のデータが差止請求の対象となるのかが必ずしも明確とはいえない。

保護客体となるデータについての定義は、誰が差止請求等の請求権者となるのか、どのような行為が不正競争行為となるのかなど、不競法による規律の根幹に関わる問題であるから、立法に当たっては、疑義を残すことのないような明確な文言をもって特定する努力が払われるべきである。

この点、論点の一部について、ガイドラインの策定による対応が予定されているが、基本的事項は、法律の条文に明確に規定すべきであり、ガイドラインなどの法的な性格の曖昧なものに委ねるべきではない。

② 不競法の保護客体からオープンデータが除かれることは当然である。よ

って、中間報告案で「提供する相手を特定・限定することなく広く提供されているデータと『同一』のデータは保護の対象外」としていることに賛成する。

また、中間報告案は、公序良俗に反するデータは保護客体から除くとしているが、それ以外にも社会公益的な理由から除外すべきデータの範囲について、さらに検討を進めるべきである。

(2) 保護を受ける主体について

中間報告案では、保護客体となるデータについて行われる特定の行為を「データに係る不正競争行為」としているが、誰が救済を受ける主体となり得るかについては明確な言及がなく、この点は、法3条1項の「不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」という一般条項の解釈に委ねられることになると解される。しかし、既存の不正競争行為類型では、保護の客体が、商品等表示、商品の形態あるいは営業秘密といった具体的かつ常識的に認識可能なものとして特定されているため、当該客体との関係で救済を受ける主体はそれなりに明確であるのに対し、今回保護客体として予定されているデータについては、「①技術管理性、②限定的な外部提供性、③有用性」という3要件に該当する「電子データの集合物の全部又は一部」とされているだけなので、誰が請求主体となり得るのかが他の不正競争行為類型ほど明確とはいえない。

この点について、中間報告案では、データ保護に向けた制度の必要性について「データの創出・収集・分析・管理等への投資やその適正な利活用を促す環境」を整備することや「データの提供者と利用者の保護のバランス」を考慮する必要性を述べ、随所で「データ提供者」という用語を使用しているから、保護を受ける主体としては、「データの創出・収集・分析・管理を行う」ようなデータ提供事業者を想定しているようである。

しかし、データについては、例えば、(i) ①特定の事業者の操業サイトに取り付けられたセンサー等から継続的に採取され収集されるデータ(ローデータ)、②そのデータを特定の形式で集積し、これを整理・加工したデータ、③これを分析した結果として得られる成果物たるデータ、④さらにこれを外部に提供できる形で加工したデータ等、様々なレベルが考えられ、各段階においてデータを扱う主体は、必ずしも同一主体とは限らない。また、(ii) 中間報告案でデータ保護を要する場合として挙げられたコンソーシアム内でのデータ共有の例では、①コンソーシアムにデータを提供する各事業者、②提供され

たデータを管理し、(技術的管理手段を付したうえで)外部に提供する主体(管理・提供の主体はコンソーシアム自体である場合もあろうし、コンソーシアムから委託を受けた事業者である場合もあろう)など、種々の形態が考えられる。さらに、上の二つの例では、データが特定の者の同意に基づく制限された関係に基づいて得られる性質のものであるのに対し、(iii) データ自体は誰でも得ることのできる性質のもの(オープンデータ)であっても、それを大量に収集することで一定の価値ないし有用性が生じるという態様のものもあり得る。そして、どの段階についても、データ自体に着目すれば、特定の者への提供が予定され、それぞれの段階において何らかの技術的管理手段が施され、その量において有用性を有するデータであるという要件を形式的には満たす可能性が高い。

これらを考慮すると、一定程度の集積度を持ったデータ集合体に関して、どのレベルの者が、どのようなデータを対象とする差止請求等の請求主体となり得るのかについては、将来的な混乱の防止とデータ保護法制の本来の目的という観点から十分な議論をしたうえで、条文に明確な基準を示すべきである。

(3) データに係る不正競争行為について

① 不正取得類型(権限のない外部者が、管理侵害行為によって、データを取得する行為、及び当該取得データを使用又は提供する行為)について外部提供を予定したデータであって、現に、外部に提供されているものについては、営業秘密における秘密管理性の要件を満たさない場合があるところ、これらのデータが、データ提供者の管理を侵害する形で不正に取得された場合については、そのデータの使用や転々流通を防止するために、不競法による救済措置(特に差止請求権)を認める必要性があると考えられる。したがって、「不正取得類型」として挙げられている行為に対する差止請求権を認めるという点は、大筋において賛成する。

ただし、「管理侵害行為によるデータの取得」については、「管理侵害行為」及びデータの「取得」の意義を法文に明確に定義すべきである。また、それらの行為が「正当な目的」に基づく認められる場合には不競法の対象とならないことも、法文に規定すべきである。

② 「著しい信義則違反」類型について

中間報告案は、データ提供者からデータの提供を受けた者が、利用権限を超えてデータを使用し又は第三者に提供する行為のうち、「著しい信義則

違反」と評価される態様のものを「不正競争行為」とし、これに対する救済措置を設けることを提言している。

しかしながら、この類型は、データ提供者とデータ受領者との間にデータのやり取りの基礎となった直接の関係があることを前提としており（この点で無関係な者による管理侵害型の不正取得とは類型を異にする）、両者の関係は、通常、契約により規律されている。そのような関係に敢えて踏み込んで不競法で規律すべき必要性が真に存在するかは、慎重に検討する必要がある。

この点について、中間報告案は、データ提供者から取得したデータを、(1) (i) 「不正の利益を得る目的又は提供者に損害を加える目的（図利加害目的）」で、(ii) 「横領・背任に相当すると評価される行為態様で「使用」する行為、及び(2) (i) 「不正の利益を得る目的又は提供者に損害を加える目的（図利加害目的）」で、「提供」する行為を、「委託契約等に基づく当事者間の高度な信頼関係を裏切る態様」であるとし、これを不正競争行為とすることを提案しており、単なる契約違反を超えて、加重した要件に基づく「著しい信義則違反」行為のみを不競法の適用対象行為とすることで、契約自治論からする疑問に答えようとする意図がうかがわれる。しかし、中間報告案に、「<該当例>」として示された行為は、いずれも、法的には単なる契約違反と評価され得る事例であって、このようなものまで「著しい信義則違反」行為に含まれるとすると、使用行為について(ii)の要件により行為態様についての要件を加重したことになっているのか否かは疑わしい。また、(i)の「図利加害目的」で、主観的要件について、営業秘密に関わる不正競争行為におけるのとほぼ同じ文言が用いられており、「不正の利益を得る目的」の解釈如何では、広範な契約違反行為が不競法の射程に入ってくる可能性がある。これは、契約紛争が不競法に基づく請求という形をとって係争化し得ることを意味する。

もともと、データ提供者とデータ利用を目的にデータの提供を受ける受領者との間に契約関係が存する場合、両者間の権利関係は、契約によって定めることが予定されており、データを受領した側の権限の範囲及び権限を超えた場合の救済手段等についても、契約法の枠内で対処できる事項がほとんどであると考えられる（例えば、契約に定めた不作為義務については、民法上、特定履行の請求が可能であり、これにより差止と同じ効果が得られる。）。そして、データの形態や利活用の態様について急速かつ不断

の変化が予測されるデータ取引において、起こり得る問題に対する対応策は、むしろ、当事者間の契約による規律に委ね、データ取引の実態に即した契約技術の高度化を促す方が、より適切かつ効率的なデータの利活用と、関係する当事者の利害調整を実現する可能性が高いとも考えられる。これらを考えると、契約による規律が本来予定されている領域に、不競法に救済措置を取って設けるからには、その救済措置の必要性についての十分な根拠が示される必要があるというべきである。中間報告案は、このような観点でみたときに、不競法による規律の必要性を十分に説明しているか疑問がある。

また、契約自治に対する過度の干渉とならないよう、不正競争行為とされる行為の範囲は、極力限定されたものとすべきであり、例えば、初めから契約を遵守する意思がないのにそれを秘してデータの提供を受けるなど、詐欺的な要素がある場合などに限定すべきである。

なお、「著しい信義則違反類型」を不正競争行為に追加しても、その救済措置の実効性は、厳格な規定を契約上定めた場合と比べて格段に高まるわけではない。契約関係のある当事者間では、むしろ、実情に即したより精緻な契約条項が果たす役割は大きく、中間報告案においては、契約にきちんとした定めを置くことの重要性は不競法に救済措置が設けられた場合でもいささかも減じるものではないことについて、改めて注意を喚起するべきである。

③ 転得類型について

ア 悪意転得者について

中間報告案は、(i) 管理侵害型の不正取得行為によって取得されたデータ、及び(ii) 正当に取得されたが著しい信義則違反行為によって不正に提供されたデータを、「不正行為が介在した」データとし、不正行為が介在したデータであることにつきデータの転得者が「取得時に悪意」の場合、当該転得者による当該データの取得、使用、第三者への提供行為を不正競争行為とすることを提言している。

これらの取得時に悪意の転得者は、不正行為者と通じていることが多いという点で、悪性において不正行為者と同視してよいと考えられるから、これらの者を不正競争行為者とするには賛成である。

イ 事後悪意の転得者について

中間報告案は、転得者が取得時に善意であっても、その後、不正行為

の介在を知った（悪意に転じた）場合には、悪意に転じた後に当該データを「第三者に提供する行為」を不正競争行為とするとし、その上で、「転得者が悪意に転じる前の取引で定められた権限の範囲内での提供は、適用除外」とすることを提案している（9頁）。

しかし、善意取得者が悪意に転じた後のデータの提供行為を不正競争行為とするという提案には、賛成できない。理由は以下のとおりである。

(ア) 他の不正競争行為類型との権衡

中間報告案の考え方は、他の不正競争行為類型との関係でも均衡を失する。例えば、商品形態模倣行為（不競法1項3号）については、譲受け時にその商品が模倣品であることについて「善意・無重過失」であれば不競法の適用はない（すなわち取得時悪意者のみが規制対象となる。不競法19条1項5号ロ）。また、営業秘密については、取得時に重過失のある転得者について、悪意に転じた後の行為が不競法で規制されるが、その規制は営業秘密と認められるための3要件（秘密管理性、非公知性、有用性）を厳格に満たすことを条件に認められるものであって、秘密管理性に対応する要件がより緩やかな「技術的管理性」とされているデータに関して、営業秘密と同列には論じられない。そもそも、営業秘密は、本来、第三者に取得されてはならない重要な情報であるのに対し、不競法の保護対象とされるデータについては、元々第三者への提供が予定され、その不正利用による被害はデータ提供者の対価獲得機会の喪失という性質のものであるから、この点においても営業秘密と同列には論じられない。

(イ) 論理的な説明が成り立たないこと

転得者（D）が、悪意に転じる前の取引（Cとの契約）で定められた権限内の利用（提供行為）をしている場合には、不正競争行為から除外されるが、そこで定められた権限を超えている場合には元のデータ提供者（A）関係で、当該提供行為が違法になるというのは、論理的に見て説明がつかない。

不正使用者（著しい信義則違反と評価された者。仮にCとする）との比較でも、Cについては、データ提供者Aとの関係で著しい信義則違反行為があった場合にはじめて不正競争行為とされるのに対し、Dについては、直前の取引相手（C）との間で定められた権限の範囲を逸脱したという単なる契約違反を理由に不正競争行為とされるとい

うのは明らかに均衡を失する。

(ウ) データを善意で取得する転得者は、そのデータを利用できることを前提に事業活動に投資していることが殆どである。そこで不正行為が介在したデータであることが発覚したからといって、事業を容易に停止することはできず、また、停止したのでは投資の回収ができないということにもなりかねない。善意で取得したデータについて、不正行為の介在を理由にAから差止請求を受ける可能性を払拭できないという事態は、取得したデータに基づき費用をかけて新たな商材・サービス等を開発しようとする事業者等にとって看過できないリスクであり、データを利活用する事業への意欲を失わせることにもなりかねない。

なお、中間報告案は、契約で与えられた権限の範囲内の利用行為は適用除外とするとしているが、これはデータの転得者にとっては安心して利用できることの保証にはなっていない。特に、データ提供事業者Aが差止を請求した場合、データ利用の可否が直前の取引相手であるCとの契約で定められた権限の範囲内か否かで決まるとすると、DはCに対する権限の有無を当該契約とまったく関係のないAとの間で決しなければならない。これは不合理であるうえ、予測可能性を著しく害する。

また、契約期間が満了した場合を考えると、その後の利用は「権限外」として不競法の規制対象となる可能性がある（仮に契約更新するにしても不正競争行為となることのリスクは、契約更新時の交渉を歪ませかねない）。

(エ) 中間報告案は、不正行為の介在した違法なデータであることが分かった場合には、データ提供事業者と改めて契約を結んで利用するはずであり、それが望ましい解決だと考えているのかもしれない。しかし、既に当該データの利用に基づく事業を展開してしまっている場合、差止の脅威の下ではDの交渉上の地位は著しく不利になりかねない。知的財産権として認知されているわけでもなく、公示もされない「データ」について、当初の取引に落ち度のない者に対して差止請求権まで認めるのは、中間報告案が表明している最小限の規制を設けるという基本方針を逸脱しており、行き過ぎである。

(オ) データ取引に対する委縮効果

結局、取引で得たデータを利用してビジネスを創出しようとする事

業者は、取得したデータについて、「データ提供者」とされる者からの不競法に基づく請求の可能性を常に意識しなければならず、どこまでデータの出所を確認すれば安全なのかが分からなくなる。結局は、遵法意識の高い者ほどデータの利用に慎重になり、結果として、健全なデータ利活用を委縮させかねない。

ウ なお、中間報告案は、悪意に転じる基準、「権限の範囲」等についてはガイドライン等において明確化を図る、としているが、これらの問題はいずれも事業者の予測可能性に関わる事項であるから、法に明確な文言を入れることで、疑義の余地がないようにすべきである。ガイドラインなどの法的根拠の曖昧なものに委ねるべきではない。

(5) その他

① 正当な目的で行われる行為

中間報告案に賛成する。

② 不正使用行為によって生じた物の譲渡等

中間報告案に賛成する。

③ 救済措置

民事的な救済措置について述べられた内容に特に異論はない。

刑事措置については、今後の状況を踏まえて引き続き検討するとされているが、刑事罰まで必要とする明確な立法事実が示されない状況下での検討は見送られるべきである。

(6) 結語

中間報告案が提言している不競法によるデータ保護規制がデータ利用に係る事業活動に与える影響は極めて大きいことが予測されるが、現時点で、その影響（データの利活用促進に及ぼす積極的効果及び消極的効果）を的確に予測することは容易ではない。このような状況の下での立法措置の方向性としては、積極効果が消極効果を確実に上回ると予測される領域についてのみ規制を導入し、不明な部分については、実情を見ながら追加的な規制を検討するという慎重な対応がとられるべきである。

また、不競法による規制については、違法行為への該当性につき事業者に「迷い」を生じさせない明確な基準が法律の規定自体に示される必要がある。曖昧さが残れば、遵法意識の高い事業者ほど、慎重になり、データの利活用に過度に消極的になるという委縮効果が生じかねないからである。今後、立法措置が具体化されるに当たっては、規制の実効的な効果よりも副作用が大

きいという本末転倒な事態が生じることのないよう十分な配慮を望むものである。

以上