

文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業
「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」

研究成果報告

2015年8月28日
明治大学法学部教授
夏井 高人

平成23年度～平成27年度（2011年4月～2016年3月）における共同研究分担者としての研究成果は、下記のとおりである。

なお、この報告書内で示した論説等の原文は、少数の例外（商業出版社から出版されたもの）を除き、いずれも明治大学専任教員データベース中の「著書・論文」のところからリンクによりダウンロードして閲覧できるようにして公開してある。

記

1 研究分担項目

情報財の定義、情報財の刑事的保護、情報財概念の法的構造解析・機能・有用性について検討を行う。

2 研究の手法

- ① 「情報財」の概念それ自体について、基礎的な研究を行い、財産建としての情報財の定義を試みる。
- ② 知的財産権の範疇にあるものとならないものを含め、一般に情報財として理解されている何らかの情報資源について、何らかの侵害行為があった場合の刑事法上の対応策とその問題点に関し、国際的な視野に立脚しとりわけ比較法的な検討を踏まえ、内外の裁判事例等を参照しつつ、詳細な検討を行う。
- ③ ①の検討結果を踏まえ、植物を素材として、従来ほとんど研究されてこなかった情報財の混合の場合、または、情報財である財産権と非情報財である財産権の混合の場合における主として民事上の法解釈論について、基本的な学説及び判例を踏まえつつ、近年の自然科学分野における知見を十分に考慮に入れ、これを反映しながら、更に強制執

行の方法や公示方法等に留意した詳細な検討を行う。

④ 以上により、情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築という研究課題に沿った研究成果を示し、今後のあるべき法政策を提案する。

3 研究成果（既往）

3. 1 「情報財—法概念としての意義」

拙稿「情報財—法概念としての意義」明治大学社会科学研究所紀要 52 巻 2 号 213-241 頁（2014）において、経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」を含め、主要な法律論文や各種関連資料等の中から「情報財」を中心的な検討課題として扱っているものを選択し、それらの資料等における用語例を分析して、一般的な用語例としての「情報財」の概念の範疇を明確にした上で、更に進んで、機能論的法解釈論の見地から、法的に保護される法益の一種である財産権の一種としての「情報財」の定義を試みた。そして、その定義においては、「少なくとも、侵害に対して損害賠償請求することのできるものであること」が財産権としての情報財の必須の成立要件となっているとの私見を示した。従来、「情報財」の概念については、米国における用例（翻訳語）をそのまま用いたり、特に定義することなく概念内容を確定しないで用いたりしている例が比較的多いのであるが、本研究における研究分担者として自己の研究対象となる法概念を明確に確定することには成功しているのではないかと考える。

また、その検討の過程においては、知的財産（著作物・著作権など）の共有についても触れたが、この点に関しては、本研究における共同研究者である金子敏哉准教授との間の意見交換を通じて有益な示唆を得ることができ、それを反映した検討結果を示すことができたと考ええる。

加えて、情報財の研究として今後更に研究が尽くされるべき領域についても示唆することができた。ここで今後の研究対象として示唆したものは、電子マネーなどの電子的財産権、クラウドコンピューティングサービスなどの電子的役務提供、電子的な情報財としての個人データである。

3. 2 「サイバー犯罪の研究」

明治大学法学部紀要・法律論叢誌上において、連載として、拙稿「サイバー犯罪の研究」を公表した。2015 年 8 月現在で第 7 回目の連載分まで刊行されている。この「サイバー犯罪の研究」は、上記の情報財の定義に関する研究の応用研究としての位置づけになる。

拙稿「サイバー犯罪の研究」の連載は、必ずしも体系的に整序して構成されたものではない。しかし、これを内容的に整理してみると、全体として、①情報それ自体及び通信の秘密に対する侵害に対する刑事的対応、②情報の侵害による金銭的利益の取得に対する刑事的対応、③国家機密としての情報に対する侵害に対する刑事的対応、④知的財産としての情報に対する侵害に対する刑事的対応、⑤情報に対する侵害の手段としての特殊な電子的攻撃方法に対する刑事的対応をそれぞれ論ずるものと、⑥主要な裁判事例に関する分析・検討結果を示すものとに分かれる。

これらの中で②及び④が直接的に情報財の保護のための刑事的対応に関する研究成果ということになるが、それ以外の部分も相互に手段・結果の関係を有するものとして連鎖的に理解することができる場合があり、また、事例研究はそれぞれの罪との関連で情報財に関する裁判事例の検討ともなっているものがあることから、全体として情報財の保護のための刑事的対応を論ずるものとなっている。

拙稿「サイバー犯罪の研究(1)－DoS 攻撃（DDoS 攻撃）に関する比較法的研究」法律論叢 85 巻 1 号 197-232 頁（2012）では、DoS 攻撃（DDoS 攻撃）と呼ばれるパケットの大量送信による攻撃手法について解析した上で、海外の処罰法令及び裁判事例等を参照しながら、日本国の刑法における電子計算機損壊等業務妨害罪の成否について論じた。上記の分類では、⑤情報に対する侵害の手段としての特殊な電子的攻撃方法に対する刑事的対応に該当する。

拙稿「サイバー犯罪の研究(2)－フィッシング（Phishing）に関する比較法的検討」法律論叢 85 巻 4・5 号 179-236 頁（2013）では、フィッシング（Phishing）と呼ばれる特殊な情報取得手段について解析した上で、海外の処罰法令等を参照しながら、フィッシング（Phishing）により取得される「情報」の種類の違いに対応して適用可能な日本国の刑罰法令について検討した。上記の分離では、フィッシング（Phishing）という攻撃手法それ自体に関する部分は⑥情報に対する侵害の手段としての特殊な電子的攻撃方法に対する刑事的対応に該当し、適用可能な処罰法令の検討に関する部分は①情報それ自体及び通信の秘密に対する侵害に対する刑事的対応に該当する。

拙稿「サイバー犯罪の研究(3)－通信傍受に関する比較法的検討」法律論叢 85 巻 6 号 363-420 頁（2013）では、電気通信事業法等の通信関連法令及び刑法における対応を検討し、とりわけ通信の秘密に関する罪とそれ以外の罪との罪数論に重点を置いて論じた。理論的な考察としては、憲法学上の「通信の秘密」と刑事法上の保護法益としての「通信の秘密」との理論的な相違点についての考察を行った。上記の分類では、①情報それ自体及び通信の秘密に対する侵害に対する刑事的対応、②情報の侵害による金銭的利益の取得に対する刑事的対応、⑤情報に対する侵害の手段としての特殊な電子的攻撃方法に対する刑事的対応に該当する。

拙稿「サイバー犯罪の研究(4)－電子計算機詐欺に関する比較法的検討－」法律論叢 86 巻 1 号 61-110 頁（2013）では、電子計算機使用詐欺罪が詐欺類型に属する犯罪ではなく窃盗類型に属する罪（利益窃盗の一種）であることを明らかにした（この点は、刑法上の立法形式

と矛盾し、かつ、執筆当時においては刑法上の通説に反する異端的なものであったが、現時点では、私見の正しさが刑事法学の領域でも広く承認されつつある。)。更に、電子計算機使用詐欺罪と関連する主要な裁判事例についての検討を行った。更に、その続編的な位置づけとなる拙稿「サイバー犯罪の研究(7)－オンライン詐欺に関する事例検討－」法律論叢 87 巻 1 号 163-206 頁（2014）では、電子計算機を用いた詐欺罪について検討した上で、電子計算機使用詐欺罪との関係及び罪数関連について述べ、これらの罪の成否が問題となった裁判事例の検討結果を示した。これらの論説は、上記の分類では、②情報の侵害による金銭的利益の取得に対する刑事的対応、⑤情報に対する侵害の手段としての特異な電子的攻撃方法に対する刑事的対応、⑥主要な裁判事例に関する分析・検討結果を示すものに該当する。なお、拙稿「サイバー犯罪の研究(4)－電子計算機詐欺に関する比較法的検討－」では、アンドロイドやサイボーグの問題についても触れた。

拙稿「サイバー犯罪の研究(5)－サイバーテロ及びサイバー戦に関する比較法的検討－」法律論叢 86 巻 2・3 号 85-134 頁（2013）では、サイバーテロ及びサイバー戦の概念について解析した上で、スイス刑法における類似条項及び米国法との比較法的検討を踏まえ、とりわけ軍事機密に属するような国家機密と国防にとっても重要性を有する企業の営業秘密の保護に重点を置いた検討結果を示した。上記の分類では、③国家機密としての情報に対する侵害に対する刑事的対応、④知的財産としての情報に対する侵害に対する刑事的対応、⑤情報に対する侵害の手段としての特異な電子的攻撃方法に対する刑事的対応に該当する。なお、拙稿「サイバー犯罪の研究(5)－サイバーテロ及びサイバー戦に関する比較法的検討－」では、ドローン（ロボット）の問題についても触れた。

そして、拙稿「サイバー犯罪の研究(6)－違法な電子メールに関する比較法的検討－」法律論叢 86 巻 6 号 181-243 頁（2014）では、いわゆるスパム（Spam）関連の刑事法令について、日本国における特定電子メール法違反行為に対する措置命令事例を紹介しながら、EU 及び米国などの関連法令との比較法的検討を踏まえた検討結果を示した。この中では、いわゆるサクラを用いた詐欺行為等についても触れた。更に、マルウェア感染を目的とする電子メール送信（特に、2015 年 7 月以降においては「Malvertising」という名称が一般に用いられるようになった商業宣伝広告用電子メールを偽装またはこれをハイジャックしてマルウェアを感染させる手法）に対する刑事的対応について論じた。更に、「Ransom 攻撃」と呼ばれる特殊なサイバー攻撃手法について、詐欺罪と恐喝罪との罪数論との関連で詳論した。上記の分類では、①情報それ自体及び通信の秘密に対する侵害に対する刑事的対応、②情報の侵害による金銭的利益の取得に対する刑事的対応、⑤情報に対する侵害の手段としての特異な電子的攻撃方法に対する刑事的対応に該当する。

以上がこの連載の既刊分の概要である。刑事法である以上、罪刑法定主義の観点から、個々のサイバー攻撃について保護法益（被害利益）を正確にとらえ、合理的かつ妥当な解釈に基づいて処罰を検討しなければならない。それゆえ、単純に「情報財の侵害に対する処罰」として一律に論ずることができない。

連載の構成や内容がややわかりにくくなっているのはそのためであるが、全体としては、情報財の刑事的保護に関する研究としての意図とその検討結果を示すことができていると考える。

3. 3 「艸—財産権としての植物」

明治大学法学部紀要・法律論叢誌上において、連載として、拙稿「艸—財産権としての植物」を公表した。2015年8月現在で第3回目の連載分まで刊行されている。「艸—財産権としての植物」の研究は、上記の情報財の定義に関する研究の応用研究としての位置づけになる。そして、拙稿「サイバー犯罪の研究」は情報財の法的保護に関する刑事的側面に重点を置いてサイバー犯罪全般を論ずるものであるのに対し、「艸—財産権としての植物」は情報財の民事的側面に重点を置いて植物の財産権としての法的位置づけを論ずるものである。植物の知的財産権としての側面については、主として、科学研究費補助金基盤研究(B)「標章の保護と公共政策に関する総合研究」において、その研究結果を示した。

一般に、民法に定める基本原則のみに従うと、「土地の定着物」である植物は土地（不動産）の一部として扱われることになる。しかし、種苗法に基づく品種としての植物や特許の実施物である植物等を含め知的財産権の付着する植物は、知的財産法の領域では不動産である土地の一部としては扱われていない。この点において、情報財の一種としての知的財産権と民法上の財産権との間で理論的・実務的な齟齬が生じていることは明らかである。

そこで、民法学上の条文及び通説・判例とは矛盾するが、土地を動産の集合物としてとらえた上で、一定範囲の集合動産である「土地」を（権利移転、担保化、公示等の場合を含め）一括して法的に処理するための擬制的・便宜的な法制度の一種として不動産に関する法制全体を再構成した上で、植物そのものは常に動産であるという前提で、その適切な公示方法や権利確保方法や強制執行方法等について検討し、情報財としての植物の適切な法的保護の実効性を確保するための基礎的研究成果とすることを目的として執筆・公表している。また、これらの検討と併せて、日本人と植物との長い時代にわたるかかわりを詳細に検討し、植物に関する「伝統的知識」なるものが単なる「知識」としてのみではとらえきれない側面を有するものであるという事実を示すことをも目的としている。論説中の本文で示している本論の部分は、情報財としての植物の法的検討を主体とするものであり、植物に関する「伝統的知識」と関連する部分は主として脚注内で示すことによって、研究手法として2つの意図・目的を併存させた論説であることを形式上でも明確なものとしている。これら2つの要素は、完全に分離して論ずることも不可能なことではないが、「草を育てる民族」としての日本人のもつ世界史的にも極めて稀有な属性に鑑み、情報財としての植物という側面と伝統的知識との連関に十分に留意して全体構成をした結果、このような体裁の論説となった。

拙稿「艸—財産権としての植物(1)」法律論叢 87巻2・3号 207-244頁(2014)では、「艸

（草）」の概念を検討した上で、民法における有体物と無体物の概念、不動産と動産の概念について、通説の見解を批判的に検討した。

拙稿「艸一財産権としての植物 (2)」法律論叢 87 巻 6 号 129-172 頁 (2015) では、前掲「艸一財産権としての植物 (1)」に引き続き不動産と動産の概念に関する通説の見解に対する批判的検討結果を示した上で、民法に定める「土地の定着物」という場合の「土地」そのものについて考察し、とりわけ土壌の場合には 1 個の物体ではなく無数の微細な動産の集合体以外のなものでもないことを明確に論証した。すなわち、不動産である土地という物体は物理的に存在し得ず、法的・便宜的な擬制の一種に過ぎない。この検討過程において、土壌の概念そのものについても土壌学及び土壌生物学における通説を批判的に検討した。その結果、従来の通説を一部改め、「土壌植物」という概念を構成する必要があることを提案することができた。この提案に含まれる知見は世界的にも初見のものである。以上の検討結果を踏まえ、土地については、不動産として扱うことで全て足りるとする通説・判例の見解を基本的に捨て去るべきであり、本質的には集合動産の一種として理解すべきものであって、ただ、法的に一括して法的に処理することを可能にするために民法上及び不動産登記法上で擬制的に認められている法制度の一種であるとの私見を明らかにした。

拙稿「艸一財産権としての植物 (3)」法律論叢 88 巻 1 号 37-87 頁 (2015) では、植物が動産・不動産のいずれかに関する裁判例や植物をめぐる権利関係に関する主要な裁判例の検討結果の最初の部分を示した。ここにおいては、脚注内において、私見である集合動産説を採用した場合でも、法解釈論上及び法執行上で特に不都合がないことを論証し、後に検討結果を示す予定にしている動産としての公示方法等に関する私見の一部を示唆することにした。

以上のとおり、拙稿「艸一財産権としての植物」は、未完の論説である。今後の予定については後述のとおりであるが、「艸一財産権としての植物 (4)」では「艸一財産権としての植物 (3)」に引き続き主要な裁判例の検討結果を示す予定である。

3. 4 「情報セキュリティポリシー違反行為による懲戒処分」など

拙稿「労働災害・労働事故と損害賠償責任第 80 回：情報セキュリティポリシー違反行為による懲戒処分（東京地裁平成 26.3.17 判決）」判例地方自治 383 号 115-118 頁 (2014) において、セキュリティポリシーに違反して機密のデータを記録したハードディスクをパソコンから抜き取り、そのハードディスクに記録されたデータを複製しようとして失敗した教員に対する懲戒処分と関連する労働事件の裁判例の検討を通じて、情報財の保護における内部規律違反に対する対処（懲戒や処罰など）の問題点を論じた。なお、同誌上では 2015 年 8 月現在で 92 回となる連載記事として、労働災害と職場の安全に関連する裁判例の紹介を行っている。この連載記事でとりあげた事例の中には、上記東京地裁平成 26.3.17 判決の事例のほかにも、情報財の法的保護と関連する事例の紹介が含まれている。

また、Asian Privacy Scholars Network 2nd International Conference - Privacy in the Social Networked World (Tokyo, Japan, 2012)において、英語により、「Censorship, Bullying and Mental Health in Business Office」と題する研究報告をした。ここでは、オリンパスの内部告発事件及びHPの英国における紛議等を素材として、労働現場における情報財の保護、企業の内部統制及び内部者通報制度と関連する事項について研究結果を公表した。

3. 4 パネルディスカッション「東日本大震災における法課題」

情報セキュリティの基本事項は多岐にわたるが、情報システムの物理的な保護も重要な課題の一つであり、とりわけ事業継続性の観点から（地震、津波、台風やハリケーン等の大型熱帯低気圧、火山噴火、山塊崩落、太陽からのフレア放射、隕石の飛来、工場からの排出物による深刻な汚染等を含め）大規模自然災害や大規模環境汚染に対する防御（物理層の保護）が極めて重要な検討課題となっている。

情報財と関連する自然災害等からの物理的防御と関連しては、第36回法とコンピュータ学会研究会パネルディスカッション「東日本大震災における法課題」（2011）において、パネルディスカッションの司会を担当して討議を尽くした。このパネルディスカッションの内容（概要）は、大野幸夫「東日本大震災における法的諸問題の展望（特集ネットワークビジネスの現状と法律問題/コンピュータ・ウイルス罪の論点/東日本大震災における法課題：第36回法とコンピュータ学会研究報告）」法とコンピュータ 30号 65-100頁（2012）として公表されている。

3. 5 「サイバー法ブログ」など

「サイバー法ブログ」（<http://cyberlaw.cocolog-nifty.com/>）では、従来から、サイバー犯罪、電子商取引、個人データの保護等を含めサイバー法（Cyberlaw）の領域に属する事項については無論のこと、それ以外にも、著作権法や特許法等を含め知的財産権と関連する事項についても最新の報道や論説等を収集し、インターネット上で公表してきたが、本研究における情報財と関連するものについても（ネット上のコンテンツのみならず紙媒体の出版物等を含め）各種情報・資料を鋭意収集し、その結果を公表してきた。また、同ブログ上において、サイバー法及び法情報学の見地から情報財の保護に関する私見について、その要点をまとめて公表してきた。加えて、本研究において実施されたシンポジウムの開催等について一般公衆に対する情報提供に務めた。なお、同ブログの記事総数は、2015年8月現在で1万3000件を超過しており、アクセス総数は同月現在で225万アクセスを超過している。

また、「Natural Disaster ブログ」（http://cyberlaw.cocolog-nifty.com/natural_disaster/）において、日本及び世界の主要な地震発生記録を保存すると同時に、関連する資料を収集した結果をインターネット上で公開している。情報セキュリティにおける物理層の防御の重要性に

については上記のとおりであるが、大規模自然災害に対する防御との関連では、大規模自然災害の発生に関する既存の理論を認識しているだけではなく、現実には発生している大規模自然災害をリアルタイムで認識することが大事であるし、また、この分野及び関連分野における最新の知見を得ることが極めて重要である（現在では、従来の通説を覆すような知見がどんどん公表されているので、10年以上前に習得した知識は基本的に全く役に立たないと認識したほうが良い。）。そのような意味で自然災害の記録であるデータ及び関連資料等を可能な限り収集し、その結果を公表して一般に提供してきた。なお、同ブログの記事総数は、2015年8月現在で1万1000件を超過しており、アクセス総数は同月現在で3万4000アクセスを超過している。

なお、上記のような地球の地殻変動に関する研究結果は、前掲「**「艸一財産権としての植物(2)」**」における考察にも反映されている。

4 研究成果（研究年度内の予定）

明治大学法学部紀要・法律論叢 88 巻 2・3 号（2015）に「サイバー犯罪の研究(8)」(仮題)と題する論説及び同誌 88 巻 6 号（2016）に「**「艸一財産権としての植物(4)」**」(仮題)と題する論説を執筆・公表する予定である。

「サイバー犯罪の研究」及び「**「艸一財産権としての植物」**」は、上記の論説（予定）によって完結するわけではない。しかし、サイバー犯罪の中で情報財に関する部分は研究年度内に一応完結に至ることができる見込みである。「**「艸一財産権としての植物」**」については、研究年度内において主要部分を完結することができず、2017 年度以降の連載において完成させ研究成果を公表する予定であるが、研究結果としての結論は既に得ており、「**「艸一財産権としての植物(3)」**」(既刊) 及び「**「艸一財産権としての植物(4)」**」(未刊) の中でその結論の一部を示唆してある。

「サイバー法ブログ」及び「Natural Disaster ブログ」は、今後も記事を継続して追加し、収集した最新の情報を蓄積・公開し続け、研究成果を一般に提供するとともに、この分野における研究者にとって有用だと判断する各種資料を提供し続ける予定である。

5 まとめ

以上により、本研究の共同研究者としての研究分担部分に関する研究成果としては、十分な研究成果を示すことができたと考える。

以上