

# デジタル遺品の相続性に関する 批判的考察（1）

——SNS アカウント事例における  
「死後の人格保護」と「通信の秘密」を中心に——

白 井 豊\*

## 目 次

- I. はじめに
  1. 「デジタル遺品」初訴訟と「デジタル・プライバシー」の軽視
  2. 本稿の目的・順序
- II. これまでの研究成果として判明した論点の再整理
- III. SNS の特性・利用実態から「デジタル・プライバシー」を重視するアウマンたちの批判的見解
  1. FB-BGH 判決に対する分析視角
    - (1) 憲法学的アプローチの必要性
    - (2) データ自体の相続性に関わって
  2. 相続権を制限しうる「死後の人格保護」
    - (1) 死後の人格保護とその代弁者
    - (2) 「死後の人格保護」の現代的意義・重要性
    - (3) アナログ遺品たる「日記」等との比較 (以上、本号)
  3. 通信相手の基本権としての「通信の秘密」
    - (1) SNS 事業者の基本権拘束とその射程
    - (2) 「通信の秘密」の保護領域の拡大
    - (3) 通信の秘密の「侵害」
    - (4) 「アナログ遺品との同一処理」への疑義
  4. 自己総括

---

\* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

#### IV. 筆者の雑感・補足

——アウマンたちの見解の分析・評価を兼ねて——

- (1) 憲法学的アプローチについて
- (2) データ自体の相続性に関わる「データ所有権」論について
- (3) 所有者不明データの企業への帰属について
- (4) 死後の人格保護に関わって
- (5) 通信の秘密に関わって
- (6) 「死者は未成年者であった」という FB 事件における個別特殊事情
- (7) FB-BGH 判決の事例判断的位置づけと限定的射程
- (8) 民法典のデジタル法への脱皮

#### V. FB 事件の終着点

——判決内容の執行に関わる BGH 2020年8月27日決定——

#### VI. おわりに

- (1) 今後の研究について
- (2) デジタル遺品問題の集約された原点回帰事例 （以上、396号）

## I. はじめに

### 1. 「デジタル遺品」初訴訟と「デジタル・プライバシー」の軽視

ようやくわが国でも、「デジタル・デス（デジタルな死）」、「デジタル・アフターライフ（デジタルな死後世界）」にあって、「死後のデータ」を「誰が、どのような手段で管理すべきかは、これから広く議論が行われていくべきトピックになるだろう<sup>1)</sup>と指摘され始めた。自己の電子機器に限っても、ユーザーは平均しておおよそ35,000米ドルのデジタル財産（デジタル化された契約文書、音楽、フィルム、写真、コンピュータ・プログラムなど）を保有している<sup>2)</sup>デジタル世界の現状に鑑みれば、当然のことであろう。なお——あくまで個人情報保護法との関係ではあるが——「死者が死亡時に有していた財産に関する情報」については、「当該財産が相続人や受遺者に移転すること」に付随して帰属するというロジック（いわゆる「関連情報を伴った相続財産の移転」）を一部採用した広島高岡山支判平成29[2017]年8

月17日<sup>3)</sup>がある<sup>4)</sup>。

他方、先を行くドイツでは、すでに法律の世界でも見出・事項索引語として定着した「デジタル遺品 (digitaler Nachlass)」<sup>5)</sup>という現代的問題の解決について、GAFA の一角 FB (フェイスブック) が舞台となった事件の BGH (ドイツ連邦通常裁判所) 2018年7月12日判決 (以下それぞれ FB 事件、FB-BGH 判決と称する) は、「デジタル遺品」の定義自体はペンディングにしたまま<sup>6)</sup>従来の「アナログ遺品」とまったく同様に「相続法上の包括的権利承継原則 (Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge od. Universalsukzession. BGB [ドイツ民法] 1922条<sup>7)</sup>)」に従わせる、要するにデジタル遺品も1922条の「財産 (Vermögen. 相続財産)」に含まれるとの明確な先例的判断を示した<sup>8)</sup>。上記包括承継原則に対する例外としての「法律による特定承継 (Singularsukzession. = Sonderrechtsnachfolge (特別権利承継))<sup>9)</sup>」が、規定されていないためであろう。たしかに民法学的に見れば、FB のチャット記録 (Chatprotokolle) という他人のサーバーに保存・蓄積されたデータへのアクセス請求権 (Zugangsanspruch. 換言すれば SNS (ソーシャル・ネットワーキング・サービス) の利用契約関係<sup>10)</sup>) の相続 (可能・対象) 性 (Vererbbarkeit od. Vererblichkeit) を承認した原則 (= 先例的) 判決 (Grundsatzurteil od. Grundsatzentscheidung) は、相続法の一般承継原則に従った法律上安定的な解決だと言えよう。

さりながら翻ってみれば、「デジタル遺品」論争は、ICT (情報通信技術) に支えられた現代の高度情報化社会ならではの当該遺品の特性・実態から、むしろ従来の「アナログ遺品との差別化」を意識して始まった議論だったはずである<sup>11)</sup>。デジタル遺品を構成するデータ (情報) は「ビッグ・データ時代のデジタル原油 (digitales Öl)」ともて囃されるが、ただこのいわゆる「デジタル財」はむしろん (「物」概念を規定した) BGB 90条にいう有体物でないため、その帰属・(死後含む) 承継に関する法的秩序・規律がアナログ遺品とは対照的に存在してこなかった、あるいはきわめて不十分・曖昧だったからである。加えて「デジタル遺品と遺産有体物

（körperliche Gegenstände des Nachlassvermögens）との本質的違い」として、「デジタル内容（digitale Inhalte）は通常一般的に、有体的遺産（körperliche Hinterlassenschaften）よりも秘密性が強くその量も膨大である」ことも指摘される<sup>12)</sup>。また——複数に及ぶ第三者の——通信の秘密という問題も関係してくる場合もある<sup>13)</sup>。まさに現代的なコミュニケーション・ツールとして急拡大しすっかり定着した SNS に関わる FB 事件は、そのような意味で未着手の領域に切り込むことになった。その話題性はマスコミも含め、日本にいる筆者にまで伝わって研究を始める契機となるほどであり<sup>14)</sup>、とくに「デジタル遺品における純個人的なデータ（höchstpersönliche Daten）の原則的相続性に関する問題は近年、盛んに議論されてきた」<sup>15)</sup>と言えよう。

だがその割には、初めての「デジタル遺品」訴訟であったにもかかわらず、わずか2年半余りでスピード決着し、上記のとおり「相続権の優先」という落ち着き先にとくに目新しいところもなかった。差別化どころか、「結果として被相続人のデジタルとアナログ双方の財産（decedent's digital and analogue estates）を同様に扱わなければならない」<sup>16)</sup>が、むしろデフォルト・ルールとして確認される（いわゆる「デジタル相続」の承認）に至ったのである。かくして、「通信の秘密（TKG〔ドイツ電気通信法〕88条<sup>17)</sup>1項・3項とGG〔ドイツ連邦共和国基本法〕10条<sup>18)</sup>）の侵害（・データ保護）」という観点からデジタル遺品への相続人のアクセスを否認したFB事件の第2審KG（ベルリン高等裁判所）2017年5月31日判決（以下、FB-KG判決と称する）の定着を懸念してデジタル相続を可能にする立法化を目指す動きもあったが、KG判決を覆すBGH判決を受けて、もはやあえて明文化する必要性も乏しくなったとの認識からか瞬く間にフェードアウトしていった<sup>19)</sup>。なお、本当にその必要はないのかについては——第3論文<sup>20)</sup>にて直近メインテーマとして扱ったばかりだが——、たとえばTKG88条との関係で法律違反に問われることを懸念する電気通信事業者からすれば、相続人にアクセスをさせてもむろん守秘義務に違反しないなど「法律

の枠組みにおいて明確にするという意味で」一定の意義は残されていよう<sup>21)</sup>。これにより、相続人へのデジタル遺品の承継がより円滑に行われる<sup>22)</sup>はずである。TMG (テレメディア法) の一部改正により、サービス事業者に対して、顧客にその死後アカウントをどのように扱うか考えておくよう注意喚起を求めるもの<sup>23)</sup>もある。なお、直近のとくに注目すべき立法動向については、IV(5) (の末尾部分) で触れている。

何はともあれ、待望の FB-BGH 判決であった<sup>24)</sup>ため、早々に筆者も第 2 論文<sup>25)</sup>にて、アーペル (Simon Apel) 同様<sup>26)</sup>、リツェンブルガーの評釈<sup>27)</sup>を手がかりに速報を試みた。その後も注目・関心度の高さから、続々と新たな判例評釈・研究が登場した<sup>28)</sup>。2020年には、(コンピュータ・プログラム、音楽やフィルムといった取引などの対象・単位としてイメージしやすい) データ・ファイル (Dateien) を念頭に置きつつ上記 BGH 判決を受け容れるアウスナーの『データ・ファイルとプラットフォーム・アカウントに関するデジタル個人財産の法的観点』<sup>29)</sup>、デジタル遺品の論点を網羅的かつ詳細に検討した上でとくに所有者不明状態の回避を目的に被相続人の財産を全体として承継させる、いわゆる「連続性思想 (Kontinuitätsgedanke)」を採用した BGB 1922条 1 項による処理の法的安定性を重視して BGH 判決の支持に回るポックラント (Carolin Pockrandt) の『デジタル遺品』<sup>30)</sup>という 2 冊の重厚なモノグラフィーが公開されており、「デジタル遺品」研究はいよいよ佳境を迎える。ともかくこれまでの評価は概ね、「民法上論理的な (stringent) 方法で判断し」た FB-BGH 判決に関して「—とくに民法上の観点から—おおよそ満場一致の、一部では陶醉に満ちた (euphorisch) 賛同を得ている」<sup>31)</sup>と言ったところであろうか。ただ中には、FB-KG 判決等を参照して「人格権の観点が妨げない限りで」という条件付きでデジタル相続を認める見解<sup>32)</sup>がないわけでもないし、—少なくとも事実上の—秘密保持者 (Geheimnisträger) たる SNS 事業者としても、FB-BGH 判決の結論は悩ましいところであろう。

さりながら—筆者が第 1 論文<sup>33)</sup>から考察してきたとおり—FB 訴訟の足

跡を辿れば迂余曲折、「現代的な意味でのインターネット等における『(人間の尊厳の不可侵性 (GG 1 条 1 項<sup>34)</sup>)』から導出された) 死後の人格保護 (postmortaler Persönlichkeitsschutz)<sup>34a)</sup>』・『(2 条 1 項<sup>35)</sup>との関係で特別規定に位置づけられる) 通信の秘密 (Fernmeldegeheimnis. 10 条)<sup>36)</sup>』か、所有権を死後も延長して制度保障するという意味での伝統的な『相続権の尊重 (14 条<sup>37)</sup>』か」というように、(私法上も重要な影響を及ぼす) GG 上の基本権的価値観が激しく対立・衝突してきた<sup>38)</sup>。この調和 (調整) 問題 (Konkordanzprobleme)<sup>39)</sup>をめぐって相続権を例外なく優先させた FB-BGH 判決の法的説明に筆者同様必ずしも承服できない両アウマン (Annemarie Aumann/ Christoph Aumann. 以下、アウマンたちと称する) は、FB 事件で問題となったのはチャット記録であったことから、SNS の特性・利用実態を十二分に踏まえ、デジタル時代における「(被相続人の) 死後人格権 (postmortales Persönlichkeitsrecht)<sup>40)</sup>」と「(その通信相手の) 通信の秘密」を重視した慎重な憲法学的アプローチを求める。「オンライン遺品とオフライン遺品 (online- und offline-Erbmasse) を原則として同一に処理するという根本的前提」を FB-BGH 判決は採用したわけだが、とくに SNS アカウントでは配慮の必要な「デジタル・プライバシー」の観点からすれば「性急」すぎるというわけである<sup>41)</sup>。最近ポックラントも指摘するのとおり、被相続人がソーシャル・メディアのアカウントを保有していたということは、「第三者の情報・データにアクセスしていたことを意味する」<sup>42)</sup>がゆえに、この者のプライバシーや (個人) データ保護への配慮も避けては通れない問題だと言えよう。なお GG 自身、その期待される「指標・同定機能 (Orientierungs- und Identifikationsfunktion)」から、デジタル化の時代にどのように向き合うかを問われており、「データ保護に対する基本権」, 「データ所有権 (Dateneigentum)」などが新たな基本権として取り沙汰されている<sup>43)</sup>。

筆者も上記アウマンたちとちょうど同時期に、第 2 論文にて、まさに類似の指摘をして研究続行の必要性を説いたところであった<sup>44)</sup>。アウマンたちが FB-BGH 判決の批判的分析・検討を経ていかなる結論を導き主張を

展開するのか、興味深いことこの上ない。デジタル遺品の中でも SNS アカウントへのアクセス権 (Zugangsrecht. ないし SNS 利用契約関係) の相続性について、FB-BGH 判決が言うように果たして本当にアナログ遺品に属する——情報を内包する有体物としての——純個人的な日記、手紙や写真の所有権の相続という従来の処理と同様に考えてもよいのであろうか、クラウド全盛期の今、筆者の疑問も深まるばかりである。

なお、わが国に目を転じてみればほんの少し前まで、(たとえば2013年当時)「憲法学における通信の秘密をめぐる業績」は「教科書だけではなく研究論文のレベルでも」「散発的にみられる程度で」「地味な論点にとどまってきた」<sup>45)</sup>との憂慮が示されていた。ただその後、急速な情報通信社会の発展を受けてインターネット通信を主戦場に、(遠距離電気)通信の秘密、それと密接な関係にあるプライバシーや個人情報の保護は一躍トピックな論題となっている<sup>46)</sup>。「データの世紀といわれる21世紀」、プライバシー権はなおも「技術の発展や社会の変化に応じて、その価値と意味を探求し、絶えず問い直し続けていくことが求められる」<sup>47)</sup>からにほかならない。なお——あまりに大胆ゆえ筆者はその発想自体に追いつけず十分消化すらできていないが——デジタル時代にあっては潔く「プライバシーの死」を受け容れて、「プライバシー保護という古い価値観から脱却し、秘密を持たない透明で公正な社会をめざそう」というパラダイム転換を迫る海外の「ポスト・プライバシー」論まで紹介されている<sup>48)</sup>。

## 2. 本稿の目的・順序

デジタル時代の新たな遺品の登場を前に FB 事件において、(GG 上制度として保障され BGB 上具体的に規定された)相続権は、これを排除する約款までその内容規制 (BGB 307条) に服させる (FB-BGH 判決理由[26]以下参照) ほど優先的に保護されるとはいえ、アウマンたちが問題提起するように、同じく GG 上保障された「死後人格権」・「通信の秘密」による制約を受けないのだろうか。ただ前提問題として、そもそも FB は民間私企

業であるため、GG 上の基本権の適用いかんが立ちはだかろう（詳しくはⅢ 3(1)参照<sup>49)</sup>）。GG 1 条 3 項<sup>50)</sup>によれば、国家のみが基本権に拘束されるからである<sup>50a)</sup>。

しかしデジタル化の流れを受けて、「私的コンツェルン（private Konzerne）によるデータ収集に直面してよりいっそう、私的関係者の基本権拘束（Grundrechtsbindung privater Akteure）という問題が提起される」<sup>51)</sup>。そして「最近、ソーシャル・メディアやインターネット……の領域にまで基本権の第三者効力論が拡張し、しかも直接効力説の可能性も開かれている」<sup>52)</sup>。GAF A に加えて Microsoft など「グローバル・プレイヤーは『国家類似の实在』とみなされる」と言われる<sup>53)</sup>ゆえんであろう。またアメリカにも、FB を「主権国家に類似した存在とみなす『フェイスブキスタン（Facebookistan）』と呼ぶ議論」がある<sup>54)</sup>。憲法学者の山本（龍彦）教授は、ネットワーク効果により「巨大化・広範化して市場支配力をも」ちうるプラットフォーム社会における「対民間・対国家という公私区分」の流動化可能性を示唆した上で、プラットフォームが「多くのビジネスユーザーを抱き込みながら、かつては国家が行っていたような、保険・福祉、教育、通貨発行といった様々なサービスを展開」する方向性を予想する<sup>55)</sup>（Ⅲ 3(1)のアイマンたちによるドイツ判例の分析も参照）。これらは、ドイツ流に言えば「基本権の名宛人の拡大（Erweiterung der Grundrechtsadressaten）」<sup>56)</sup>という問題に連なろう。

そこで本稿は、これまでの研究成果として判明した論点を再整理した（Ⅱ）上で、上記アイマンたちの論稿をとり上げ筆者のコメントも随時交えながら紹介をし（Ⅲ）、その分析・評価も兼ねて筆者の雑感・補足を述べた（Ⅳ）後、引き続き FB-BGH 判決の執行（債務）名義（Vollstreckungstitel）の解釈につき争われたため——本当の意味でようやく FB 事件を終結させるに至った<sup>57)</sup>——BGH 2020年 8 月 27 日決定も簡潔に解説し（Ⅴ）、次の研究へと繋げたい（Ⅵ）。

もっとも本来ならば、民事法をメインに研究する筆者が憲法学的観点か



ら「デジタル遺品」問題にアプローチすること自体、専門性・能力の限界に始まり大いに疑問符が付くであろう。当初、問題の解決は（死亡により相続財産を全体として相続人に移転させる）BGB 1922条が中心であったことから研究を開始したわけだが正直、その後の研究の展開・進展に戸惑い大いに悩んだ<sup>58)</sup>。本（第4）論文であえて場違いを承知で「デジタル・プライバシーの保護」ということで「死後人格権」・「通信の秘密」からのアプローチに挑んだのは、問題解決の本質を見誤り看過することの方を危惧したためである（「単なる民法上の相続問題へと矮小化されていく」ことへの懸念）。

直近、憲法学者たる片桐（直人）教授は、「実際に制定され運用されている条文や制度の内在的な論理を適切に踏まえつつ、そこに憲法学的な分析を加えること」（＝「憲法学者による個別条文の解釈への共同的参画」）を「マイクロ憲法学」と呼び、「越境侵犯の誹りを受ける」危険性を肝に銘じつつも、「当該領域の専門家の間でも十分に議論が詰められていない場合」に上記可能性を探る試みに意義を見い出す<sup>59)</sup>。このような「マイクロ憲法学」的アプローチがまさにデジタル遺品問題について今求められていると、筆者は——その実行者としてふさわしいかどうかはさておき——切実に感じているわけである。日本の相続法で分かりやすく言うならば、「デジタル遺品」問題の解決について民法896条本文とただし書の両規律をそれぞれ解釈・適用する際に「死後の人格保護」や「通信の秘密」という憲法的価値をどのように反映させていくかを考えなければならないということ（憲法の間接適用と同様の機能を有すると思しき、いわゆる「憲法適合的解釈」<sup>60)</sup>・「憲法的価値に依拠した相続法の解釈適用」の問題）である。いくら相続法の具体的な設計が「立法の広範な裁量に委ねられている」<sup>61)</sup>とはいえ、非嫡出子法定相続分規定を憲法14条1項に反して違憲とした最大決平成25[2013]年9月4日<sup>62)</sup>もあることから、急速な高度情報化・デジタル化・ネットワーク化により予想だにできなかった社会の変貌を遂げた今、「デジタル遺品」の相続（以下、デジタル相続と略することもある）を認めるに際して何ら

調整もせずに「(死者とその通信相手の) デジタル・プライバシー」を不問に付すことはさすがに許されないであろう。相続人はあくまで SNS 利用契約関係という法的地位を死後承継したにとどまり、決して「データ主体」になったわけではないからである。

「インターネットによって、私たちは自分たちのために残しておきたい活動の場、つまりプライバシーを定義する空間の概念と『自己決定権』を失った」<sup>63)</sup>が、筆者としては、それを取り戻しデジタル世界に適合させて再生・再構築する必要があると考える<sup>64)</sup>。たしかに、たとえばロックイン効果による自由競争の阻害への懸念・個人へのデータ主権 (Datensouveränität) 回復から DS-GVO (EU 一般データ保護規則) が 20 条で規定した「データ・ポータビリティ」について、実効性の観点からは技術的限界があり疑問視されてはいるものの、「自己情報コントロール権の延長としての意味で」あり「実効性よりは夢として見るべきという印象もある」との指摘<sup>65)</sup>や、さらに「同意の有効性」に関わっても、「情報自己決定権の基本権的地位を諦める」前に、「国家として、そうした (\*「ユーザー・フレンドリーな」インターフェースのデザインの) 取組みに対してインセンティブを付与するようなアーキテクチャを整備する必要がある」との指摘<sup>66)</sup>があり、「デジタル遺品」、とくに SNS アカウントの相続性に関しても同じような意味で、「死後人格権・通信の秘密という死者・通信相手のデジタル・プライバシー」・「データ保護」を重視した構想を標榜したい。とはいえ、この構想を標榜するのは、実際のデジタル遺品訴訟において——半ば都合良く口実に——上記「デジタル・プライバシー」等を持ち出してその相続を否認する SNS 事業者側に肩入れするためでないことだけは強調しておく。むしろ本来「ソーシャル・メディアの利用環境整備」の観点からすれば、SNS 事業者がデジタル・プライバシーに配慮した技術的枠組みをあらかじめ考え積極的に準備しておくべきだからである<sup>66a)</sup> (いわゆるカナダのカブキアン (Ann Cavoukian) 博士の提唱した「プライバシー・バイ・デザイン」<sup>67)</sup>の重要性)。

なお、アメリカにおける、とくにデジタル・ネイティブ世代を対象とした研究調査によれば、デジタル・プライバシーをオンライン上活動するためには放棄してもよいとする「パラドックス」傾向が窺われ、もはや当該プライバシー自体、虚構でしかないという——ともかく様々なリスクを勘案して SNS アカウントを持たない筆者にとってはかなり衝撃的な——議論を今後のデータ経済の動向とともに注視する必要性が指摘されている<sup>68)</sup>。このようなデジタル・プライバシーをめぐる世代間ギャップ、今後の社会的動向についても決して思い込みや固定観念・偏見に囚われることなく、留意していきたい。

## II. これまでの研究成果として判明した論点の再整理

ところで第 3 論文までの研究成果として、いわゆる「デジタル遺品」問題は上記憲法も含めて法領域横断的で多岐にわたる、いわば「IT 法・情報法 (IT- und Informationsrecht)」と呼ばれる開拓途上分野の問題であること<sup>69)</sup>が確認できた。

すなわち——FB 事件を念頭に置いて考えると——、① (ユーザーが SNS 事業者に提供するデータの) 無償・有償性にも関わる SNS 利用契約<sup>70)</sup>の法性決定、② (死者の所有するハードウェアではなく SNS 事業者のサーバーに保存・蓄積された状態の) データの無体物性に見る (物権に準じた排他的) 帰属、いわゆる「データ所有権」問題、③ (②の否定的結果を甘受した上で、①で法性決定された) SNS 利用契約関係の相続性いかん<sup>71)</sup>と (債権的) 帰属形態 (たとえば共同相続人による合有的帰属か)・権利行使方法<sup>72)</sup>、④ 当該デジタル相続を排除した規約等に関わる「約款規制違反」問題<sup>73)</sup>、⑤ (当該規約等が上記違反に当たるとした場合にそれでは) 被相続人は SNS 利用契約に際して死亡を終期とした個別の合意をすることはできるのか<sup>73a)</sup> (さらに終意処分的方式規定を遵守すべきか) という民法上の問題にとどまらない。⑥ 死者の人格に強く関わる純個人的内容を含む点で「死後人格権」に配慮した議論の

必要性、⑦（被相続人の）通信相手も多数その通信過程に関与しているため「通信の秘密」との衝突・侵害問題、⑧ 関連する DS-GVO・BDSG（ドイツ連邦データ保護法）・TKG との抵触いかん<sup>74)</sup>と、それを回避するための一部法（たとえば TKG 88条や相続法）改正の必要性など憲法・データ保護法・電気通信規制法上の（いわゆる「デジタル・プライバシー」に関わる）問題<sup>75)</sup>に加えて新たに、⑨ いわゆるデジタル相続を認めたとしてその「アクセス」とは具体的にどのような状態を言うのか（相続人自らが実際に当該アカウントへアクセスできるのか<sup>76)</sup>、それとも SNS 事業者はデータ等を保存した USB メモリなどの記憶媒体を提供すれば足りるのか<sup>77)</sup>）、当該範囲（相続人が単なる閲覧（閲覧自体は無制限？）にとどまらず自己のために継続利用までできるかという「アクティブな継続利用（aktive Weiternutzung）問題」）・時間的限界（いつまで利用を主張できるのか）をどのように考えるか<sup>78)</sup>という「判決内容の実現・執行」に関わる問題（いわゆる「執行名義の解釈」<sup>79)</sup>問題）も抱え込んでいる<sup>80)</sup>。さらに、⑩ 情報通信はデジタル化によりもはやボーダーレスとなっているがゆえに、国際私法上の問題も生じてこよう。たとえば——重要論点「通信の秘密」に関わって——通信相手が様々な国にいて、様々な国内の通信法のもと EU 内を闊歩するが、加盟国内にすらデジタル遺品関連の法律はほとんど存在せずその調和さえ期待できない現状<sup>80a)</sup>に鑑みれば、各国の温度差から異なった法的評価となりうるという視界不良が危惧されている<sup>81)</sup>。

以上のとおりまさに「デジタル遺品」問題は、デジタル社会の到来により形成されつつある「IT 法・情報法」という新たな法領域（学問分野）の一端を垣間見せ、当該領域における法の複合的交錯性という特徴を如実に示している。なおわが国でも近時、「情報法」分野には熱い視線が注がれている<sup>82)</sup>が、たとえば個人情報保護法との関係で、現在は「死者情報は個人情報と扱われていないが」（2条1項柱書）、今後のデジタル社会の進展によっては「死後の個人情報も保護すべきかが重要な争点になっていく可能性」も指摘される<sup>83)</sup>。

ただ肝心の FB-BGH 判決はと言えば、この複雑に纏れた——とくに GG 上の複数の基本権にまで遡る「相続権」・「死後人格権」・「通信の秘密」といった——金銀糸を慎重に解きほぐすことが求められていたにもかかわらず、これまで見てきたとおり——トラシュラー (Thomas Traschler) も評するように「かねてより定評のある相続法および契約法上の原則に助けを求め、これを一様にデジタル内容にも適用することにより」実行した<sup>84)</sup>つもりであろうが——、アナログ・モデルをベースとした対応ではもはや限界を来し不十分であろう。第 1 審の LG (地方裁判所) Berlin 2015年12月17日判決 (以下 FB-LG 判決と称する) よりも後退を見せた上記①に始まり<sup>84a)</sup>必ずしも議論は噛み合っておらず、⑤に至っては態度保留のままである。③④に関わって面倒なのは、プロバイダーごとに相続人のアクセスに関する利用ルールが様々な<sup>85)</sup>実情である。

なかでも⑨については——第 3 論文でリアルタイムに報告したとおり実は FB 事件の続きとして——抗告中で、BGH は自らが2018年に出した判決の内実につきより詳細な最終判断を迫られていた<sup>86)</sup>。FB-BGH (2018年) 判決は、「X (\*相続人) には、Y (\*FB) に対して、……被相続人 T のアカウント及びそこに含まれた内容へのアクセスを許可するよう請求する権利がある」(判決理由[17]) と判示したが、その意味するところ (執行名義の解釈) をめぐって疑義を呼んだからである。すなわち——相続人との関係において——、アカウントの内容を認識できるようにすれば足りその方法は FB に委ねられているのか、それとも実際に当該アカウントに直接アクセスさせる状態をなおも維持する必要があるのかということである<sup>87)</sup>。たしかに FB-BGH 判決が相続人は TKG 88条 3 項の「他人」ではないとしたこと (判決理由[63]) からすれば、SNS 事業者は被相続人に代わる相続人にも従来どおりアクティブな継続利用まで認める必要があると考える余地もなくはないからである。そこで BGH が本当の意味で FB 事件を終結させた 2020年 8 月 27 日決定については、V で簡潔に解説する<sup>88)</sup>。

以上のような IT 法の特徴について、シュナイダー (Jochen Schneider)

は、「ほとんど独自の法律上の規律に基づいておらず、それどころか新しい諸テーマを伝統的な領域の中でとり上げ」ていると指摘する<sup>89)</sup>。そして当該解決については、「IT 法を（今後）活発な分野横断的課題（lebendige Querschnittsmaterie）として理解し、新しい実情の評価へと組み入れ、法領域の継続的発展を奨励することであり、その例が「デジタル遺品の場合におけるような相続法」だと言う<sup>90)</sup>。なお DS-GVO の考察から得られた、情報法に関わる示唆として、石井（夏生利）教授も、「他の法領域との交錯」を挙げた上で、当該接点の考察は「裾野の広いプライバシー・個人情報保護法分野の研究を行う上で、不可欠になるものと思われる」と言う<sup>91)</sup>。

かくして門外漢の筆者は、憲法学的アプローチを行うアウマンたち（さらには憲法に関する日独比較法研究）の助力を得ながら、「デジタル遺品」問題を相続法の一般的な死後承継原則により解決した FB-BGH 判決についてとくに「死後人格権」・「通信の秘密」というデジタル・プライバシー保護の観点から、その妥当性の批判的考察を行う。

### Ⅲ. SNS の特性・利用実態から「デジタル・プライバシー」を重視するアウマンたちの批判的見解

#### 1. FB-BGH 判決に対する分析視角

##### (1) 憲法学的アプローチの必要性

FB-BGH 判決に関して、もっぱら民法上の観点からは「おおよそ満場一致」の賛同的評価がなされている（I 1 参照）が、アウマンたちは、そのいささか一面的・偏向的な評価・研究状況を危惧して、他面で重要な「憲法上の含意（Implikationen）」を中心に考察を行う。そしてまず FB-BGH 判決による基本権上の審査（Grundrechtsprüfung）について追検証を行った結果、「（被相続人の）死後の人格保護」がいかなる射程を有するのか解明されてこなかった点と、いわゆるデジタル相続による「（通信相手の）通信の秘

密」の侵害を認めなかったがその際に基本権上の詳細な審査が行われていない点(判決理由<sup>92)</sup>[52]以下参照)から、これら二つの問題はとくに未解決のままだと冒頭から鋭く指摘・批判する。

そして熟考の末、FB-BGH 判決とは異なり、アウマンたちは、「場所に (lokal)」(つまり死者所有のハードウェアに)保存されていなかったデジタル内容に関わって、——むしろ個別具体的な FB 事件から離れるならば——その (SNS 事業者との利用契約から生じる) アクセス権の相続性が対峙する「死後人格の保護」・「通信の秘密」によって制限されうる<sup>93)</sup>とのかかなり大胆な見通しを立て、2と3で順次、具体的検証に着手する。

## (2) データ自体の相続性に関わって

アウマンたちは、——筆者が個人的に注目する昨今のドイツ法上の「データ所有権」論争にも関わる<sup>94)</sup>が——「ユーザー・データそれ自体について FB-BGH 判決は発言して」おらず、ただ単に SNS 事業者に対する「契約上のアクセス請求権について相続可能と判断したすぎない」と釘を刺す。FB-BGH 判決は、「オンライン通信やクラウド・サービスについても重要な意味を持つであろう」が、とにかく「ソーシャル・メディア・プロフィールに含まれたデータそれ自体が相続できるという趣旨の発言」をしたわけではないというのである。

その理由につき、アウマンたちは、データそれ自体に関しては、「排他(性)的権利 (Ausschließlichkeitsrecht)」が認められておらず「おおそ所有権の適性がない (nicht eigentumsfähig)」ことから、「BGB 1922条 1 項にいう移転可能な法的地位 (übertragbare Rechtsposition) ではない」と説明する。こればかりはもはや「今後の法政策上の展開を待つしかない」<sup>95)</sup>ということになる。

## 2. 相続権を制限しうる「死後の人格保護」

「(被相続人の) 死後の人格保護」に関わって、アウマンたちは、あくま

でも未成年の亡娘がすでに生前に母Xにアクセス・データ（Zugangsdaten. = ID・パスワード）を交付していたというFB事件の個別特殊事情から、具体的結論として、Xへのアクセス権の相続が認められるに至ったと緻密な分析をしている（いわゆるFB-BGH判決の事例判断的位置づけ“事例判決”<sup>96)</sup>）。ということはFB事件とは異なり上記交付が存在しない場合は、BGH判決とは異なり「ソーシャル・メディア・アカウントへのアクセス権の相続性」は死後の人格保護により制限されうる（詳しくは後述(2)参照）。「被相続人が……個人データについて誰からもアクセスされないという利益は、死後も引き続き基本権として保護されている」というのがその理由である。アウマンたちによれば、当該FB事件を越えてSNSアカウントへのアクセス権の相続性を一般に承認したBGHの「抽象的な判示」部分<sup>97)</sup>は、「賛成され得ない」ということになる<sup>97)</sup>。

#### (1) 死後の人格保護とその代弁者

「ユーザー・データへの無権限アクセス（unbefugter Zugriff）からの保護」について、アウマンたちは、—BVerfG（ドイツ連邦憲法裁判所）が一般的人格権<sup>98)</sup>の特別な具象化（spezielle Ausprägungen）として1983年12月15日の国勢調査判決（Volkszählungs-Urteil<sup>99)</sup>、それから四半世紀経ってデジタル時代に対応した2008年2月27日のオンライン監視（Online-Durchsuchung）判決<sup>100)</sup>でそれぞれ展開した—「情報自己決定に対する基本権（Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung）」<sup>101)</sup>と「情報技術システムの機密性と不可侵性の保障に対する基本権（Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität. \*IT（ないしコンピュータ）基本権（IT-Grundrecht）とも言われる）」<sup>102)</sup>から導き出されるとしながらも、このようなGG1条1項と結びついた2条1項から導出された諸権利<sup>103)</sup>は「死亡により終了する」と言う。「GG2条1項の保護する自由な人格の発展は、基本権の主体（Grundrechtsträger）としての生者（lebende Person）を前提とする」からである。

それでは問題の死後だがもはや—上記データ保護を根拠づける—人格



保護がないのかについて、アウマンたちは、むしろ GG 上所与であると言う。すなわち BVerfG は、1971年2月24日のメフィスト決定 (Mephisto-Entscheidung)<sup>104)</sup>において、「人格像 (Persönlichkeitsbild. 現代風には**プロファイル**) は**死後も生者の記憶能力 (Erinnerungsfähigkeit) の中に残り続け侵害可能なままであり**、ゆえに (\*人間の尊厳を規定した) GG 1 条 1 項により保護に値しさらに保護を必要とすることを明確にした」。再度 2000年8月25日のヴィリー・ブランド (Willy Brandt) 決定<sup>105)</sup>でもはっきりと「死後の人格保護は、もっぱら人間の尊厳の構成要素 (Menschenwürdekomponente)、つまり GG 1 条 1 項から生じる」とされた<sup>106)</sup>。

このような死後人格権に関する判例法理の形成から、アウマンたちは、「死後は人間の存在の核心 (\*内密) 領域 (Kernbereich) だけが強い侵害から守られている」とした上で、この領域に属するのが——「とりわけ自己表現の権利 (Recht an der Darstellung der eigenen Person)<sup>107)</sup>」のように——「人間の尊厳の部分として保護される人格の価値 (Wert der Persönlichkeit) である」と言う。そして——筆者が第2論文以降、今後の研究で注目に値すると考えてきた<sup>108)</sup>、通信内容の財産権的性質の有無に着目して当該相続性を峻別する有力だが少数異説、いわゆる「分離理論 (Trennungslösung)」に立つ<sup>109)</sup>——マルティーニ (Mario Martini)<sup>110)</sup>を正当な見解として——FB 事件というデジタル初訴訟以前の複数の著作ではあるが——参照し、「死後に自己のより狭義の個人的な生活領域を探查されるという危険もまた (\*上記核心領域に) 含まれる」とする。「人間の生活像 (Lebensbild) は……純個人的で内密な人格の細部を第三者がのぞき見ることによっても侵害されるからである」。この意味からすれば、「相続人、近親者のいづれもが第三者たりうる」。

さりとて FB-BGH 判決 (判決理由[53]) でも、「死後の人格を擁護する代弁者 (Sachwalter) とされるのは、—KunstUrhG (造形美術及び写真著作物の著作権に関する法律 [ドイツ美術著作権法]) 22条<sup>111)</sup> 3・4 文および StGB (ドイツ刑法) 77条 2 項<sup>112)</sup> に依拠して—死者の最近親者である」<sup>113)</sup>が、むしろアウマンたちは、「依然として (\*死後人格権という) 基本権の主体が死

者自身である」ことを強調する。そしてこの死者からすれば、親密でない知人やよく知らない人ばかりでなくおそらく身近な者たち（nahestehende Personen）が生前の死者に対してどのようなイメージを抱いてきたかも重要となろう（いわゆる「デジタル人格（digitale Persönlichkeit）の重要性」）。

そうだとすれば、いくら上記代弁者とはいえ最近親者に、死者のFBアカウントに現存する純個人的データへのアクセスまで認めるならば、死者のイメージダウンも必至であろうことから、アウマンたちは、「信用・評判を落としかねない情報を与える必要はないであろう」と言う。かくして最近親者は、「死者のソーシャル・メディア・プロフィールに第三者がアクセスするのを裁判上阻止できない」と困るが、さりとてそれで十分であり、「権利管理（Rechtewahrnehmung）」のためだからといって、最近親者自身に死者の「人格上センシティブなプロフィールへアクセスさせる必要まではない」と主張するわけである<sup>114)</sup>。

この点——筆者が第3論文で主に紹介等を行った——ルディガ（Hannes Ludyga）も、いくら「被相続人の死後人格権を擁護するという目的であっても、近親者は、デジタル遺品にアクセスする必要はない」と述べていた<sup>115)</sup>。なお筆者としては、上記アクセスを（最）近親者に認めるには及ばないとした点に賛成だからこそ、さらに同様のことが相続人との関係でも（被相続人の）純個人的内容のデータ・情報については言えるのではないかとの疑問を呈しておいた<sup>116)</sup>。

## (2) 「死後の人格保護」の現代的意義・重要性

いよいよ本題である「アクセス権の相続を死後の人格保護が妨げるか」について、アウマンたちは、死後人格権が（人間の尊厳を規定した）GG 1条1項から導出されること、それにより死後も人間の存在という核心領域は死守されること（前述1)参照）から、相続人にアクセスを認めた場合に「重い侵害（schwere Beeinträchtigung）」となるかどうかにより判断する。その際、個別具体的事例における当該「データの内幕性度合い（Grad der

Intimität)」が重要であり、その度合いが高ければ高いほど強い侵害と（いわば相関関係的に判断・）評価されることになろう。

デジタル遺品初訴訟の舞台となったソーシャル・ネットワークFBについて、アウマンたちは、当該アカウントの内容に着目して、「インターネットを使用する者すべてが絶え間なく」「無意識的に残したたさんの情報」を分析すれば、「当該データが実際にきわめてデリケートなことが判明する」と言う<sup>117)</sup>。「まさに—それを BVerfG がすでに国勢調査判決で認めている—自動化されたデータ処理の条件下では、もはや『重要でないデータ (belangloses Datum)』などありは」せず<sup>118)</sup>、総合的に把握して「人格の正確なデジタル肖像・似姿 (akkurates digitales Abbild) を作り上げる」、つまりいわゆるプロファイリングを行うからである<sup>119)</sup>。実際にケンブリッジ大学の研究者たちは、FB アカウントの「いいね (Likes)」の分析<sup>120)</sup>により、上記「データが人格上重要なことを証明し」ている。なお、分析に際して「いわゆる『特性 5 因子モデル (Fünf-Faktoren-Modell. \*いわゆるビッグファイブ性格特性)』を使えば、ユーザーの人格は……グラフィックで分類され」、率直さ、誠実さ、感情的な不安定さ（情緒不安定さ）、さらには心理的性 (psychologisches Geschlecht)、性的指向、知性、一般的な生活満足度 (Lebenszufriedenheit) が分かる。

かくして FB 事件で問題になったデータについて、アウマンたちは、「ユーザーの内密の人格領域 (intime Persönlichkeitssphäre) に関係する」と結論づける。この見立て (Befund) は、「情報技術システムが純個人的目的のために利用され」ており「とくにユーザーの態度や人格を逆推論できる」（いわゆる「プロファイリング」の可能性）がゆえに、「（情報技術システムの機密性と不可侵性の保障に対する基本権」という新たな）「基本権として多大な保護の必要性がある」とした BVerfG 2008年のオンライン監視判決と一致している。

「オンライン上に残されたデータは原則として実際消え去ることがなく」「インターネットは何一つ忘れない」、そして「自分自身の一番奥底の

望まない暴露（ungewollte Offenbarung des eigenen Innersten）は一少なくとも技術的には可能で「永遠に存在し続ける」というインターネットの特徴（いわゆるデジタル・タトゥー<sup>121)</sup>）から、アウマンたちは、「人格像が特別な危険にさらされること」に鑑みて、「死後の人格保護をソーシャル・メディア・プロフィールに含まれた大量のデータにまで拡張させる必要がある」と主張するわけである。

さらに——マルチーニヤ BGH 1968年3月20日のメフィスト（Mephisto）判決<sup>122)</sup>を引き合いに——アウマンたちは、人が「生前、自己の人格を發展させる可能性すべて」を享受し自由に生きるためには、「死後も引き続き、自己の純個人的な生活領域が探査されること」はないという信頼の担保があらかじめ必要だと考える<sup>123)</sup>。たとえば StGB 203条4項<sup>124)</sup>も、「職業上守るべき秘密を担う者による私的秘（Privatgeheimnis）」について関係者本人の死後も引き続き、侵害された場合には処罰の対象となりうることを明確に規定している<sup>125)</sup>。

以上より、純個人的データに関わっては、死後も引き続き人格保護の要請<sup>126)</sup>を受けて、アウマンたちは、当該 FB アカウントへのアクセス権の相続性を否認するという BGH 判決とは逆の結論に至る。これは、——厳密に言えば、通信内容に着目して非財産的性質を有するモノの相続性は否認するヘーレン（Thomas Hoeren）、マルチーニらの分離理論よりも——純個人的なデータの存在によりアカウント全体が「感染する」というプロイティガム（Peter Bräutigam）のいわゆる「感染理論（Infektionstheorie）」<sup>127)</sup>により似通っているかもしれない（もっともアウマンたちによれば、SNS アカウントであっても当該データの内容に財産的価値が認められる場合はその限りでない、後述(3)b)・3(3)b)・4冒頭部分参照）。

ただ分離理論であれ感染理論であれ類似する上記アウマンたちの考え方に対して、アウスナーは、「プライベートな性質の権利客体を一身専属的権利と同一視」して相続の対象から外すことは「誤りだ」と批判する<sup>128)</sup>。この批判は一見、的を射たもののようにも思われるが、FB 事件であれば

当該 SNS の特徴・利用実態や実際に保存・蓄積されたデータ自体の性質は結局のところ、当該利用契約関係の「法性」決定・「一身専属性」判断に少なからず影響を与えるのではあるまいか。

### (3) アナログ遺品たる「日記」等との比較

ところで FB-BGH 判決は、デジタル遺品に関して純個人的内容を伴う法的地位も相続人に承継されることを「BGB 2047条 2 項<sup>129)</sup>、2373条 2 文<sup>130)</sup>の価値判断 (Wertung = そもそもアナログ遺品において財産権の内容のいかんを問わず手紙や日記も含めてその相続性を認める態度決定)」でもって民法上論証したわけだが、その立場 (判決理由[49]) から、アウマンたちは、自らが (上記(2)のとおり) FB アカウントにつき——BGH 判決とは対照的に——日記などアナログ遺品の法的処理と異なる点を指摘・批判されることを警戒しその反論に備える<sup>131)</sup>。

#### a) オンライン上に残されたデータの特徴「より高いセンシティブ性」など

たとえば日記に書かれた情報の相続人への死後承継を可能にするのは、(情報が「有形化された (verkörpert)」ところの日記という)「媒体に対する所有権 (Eigentum an Medium)」の物権的枠組みである。かくして、情報を包摂する形で日記の所有権が相続人に移転するのに対して、「(データをオンライン上保存・蓄積する) アカウントへのアクセス」権の相続性については、アウマンたちは、上記日記との対比から当該データの特徴を挙げて、両者には——たしかに日記からも死者の人格の内密的要素を逆推論することは可能であるが、とはいえ——大きな隔たりがあるとして否認する。その特徴とは、日記をはるかに凌ぐ (上記(2)参照) 高いセンシティブ性、複数存在しうること (「複製可能性」とでも言うべきか)、自由な伝播可能性、完全破棄・消去ができないこと (いわゆる「デジタル・タトゥー」と言われる危険性を含めて) である。

その他にも、——日記等から人格を調査するには多くの費用と高い専門的知識を必要とするのに対して——プロファイリング (Erstellung eines Persönlich-

keitsbild. 人格像の作成)<sup>132)</sup>は個人データ処理の自動化プロセス (automatisierte Vorgänge) により素人でも即実行可能であること、——日記をつける者はいかなる情報を書き留め閲覧可能な状態にするかをだいたい意識している（分かりやすく言えば、「後々まで残る文書」であるという意識がある）のに対して——SNS ユーザーは、ほんの数個の「いいね」が自己の内密領域への持続的閲覧をいかなる規模で可能にするか（上記(2)も参照）を意識していないことが挙げられる<sup>133)</sup>。

b) 参考となりうる法的規律「『シュタージ文書』や『患者カルテ』に関する情報請求権」

それではデジタル遺品、とくに FB 事件の SNS アカウントの法的処理を考えるにあたり参考となるようなアナログ遺品の法的規律は存在していないのだろうか。

アウマンたちは、——FB-BGH 判決が上記のとおり純個人的な日記等の相続に親和的と思しき BGB 2047条2項・2373条2文を参照したのに対して——「シュタージ文書 (Stasi-Unterlage. = 東ドイツ国家公安局証拠書類)」や——FB 事件の第1審 LG 判決<sup>134)</sup>も言及していた——「患者カルテ (Patientenakte)」の両内容に関する情報請求権 (Auskunftsanspruch) を挙げる。両書類では、情報の影響 (Tragweite) を把握し得なかった当該情報主体に関する内密の情報を、第三者 (Außenstehender) が収集するからである。上記情報のセンシティブ性から、立法者は、「死後の取扱いを明確に (explicit) 規律しなくてはならなかった」わけだが、当該「データへの相続人のアクセス権」を原則認めず、例外的場合にしかその引渡しを許さない。

すなわち、前者のシュタージ文書については、StUG (東ドイツ国家公安局証拠書類法) 15条が、「相続人ではなく—この者と必ずしも同一人物とは限らない—最近親者の情報請求権を規律する」。「当該請求権は、目的に拘束されて」おり、「死者の人格権の回復や保護のために、あるいは行方不明者 (Vermisster) や死者の運命 (Schicksal) の解明のために利用される場合に限られる」<sup>135)</sup>。後者の診療録 (Krankenakte) については、PRG (ドイ

ツの患者の権利法) 成立を受けて2013年に改正された「BGB 630g条3項<sup>136)</sup> 1文が、相続人の閲覧権を規律する」が、「相続人が財産権的利益を証明できる場合—要するにたとえば医療過誤 (Behandlungsfehler) による損害賠償請求の場合—にしか」認めない<sup>137)</sup>。非財産的利益 (immaterielles Interesse) に関しては、BGB 630 (\*g<sup>138)</sup>) 条3項2文が、相続人ではなく最近親者に閲覧権を認める<sup>139)</sup>。このように上記両書類いずれに関しても、「一定のきわめてセンシティブな遺品の構成要素 (Nachlassbestandteile) がまさしく直ちに (\*BGB 1922条1項のみならず FB-BGH 判決が参照した BGB 2047条2項・2373条2文をも含む) 相続法で判断されているわけではない」という立法者による評価が看取される」のである。

以上よりそもそもアナログ遺品についても、アウマンたちは、立法者自ら——FB-BGH 判決が「憲法上の基本権的価値の衝突を調整する『実践的整合性 (praktische Konkordanz)』原則により、GG 14条で保障された相続権」が1条1項により導出された「死後人格権に優先する」ことのより所の一つとした (民法上の) ——「BGB 2047条2項、2373条2文の価値判断を意識的に突破しており相続権に比して人格保護により強い地位を与えている場合が確実に存在」したこと (つまり StUG 15条のみならずまさに BGB 上存在する630g条3項という規定) から、センシティブ性の高い——FB 事件の——ソーシャル・メディア・プロフィールにおいても相続権を制限して問題ないであろうと結論づける。「とくに上記プロフィールでは——ユーザー・アカウント上の、たとえばオンライン支払サービスとは異なって——利用可能なデータは、圧倒的に個人的かつ非財産権的なものであろう結果、生前に取得された所有権の永久化 (Perpetuierung) として志向された相続権はおよそ関係しない」からである。

なお留意されるべきは、アウマンたちによれば、あくまで——(被害者たる) 地下鉄運転士による損害賠償請求からの (加害者とされた) 亡娘の相続人たる母による防御が問題となっていた——FB 事件は「相続人がオンライン・アカウント上で利用可能なデータ (verfügbare Daten) につき財産権的利益を

有する」例外的事例に位置づけられる点<sup>140)</sup>であろう。

- 1) 菅付雅信『動物と機械から離れて——AIが変える世界と人間の未来——』（新潮社、2019年）150頁。類似の指摘、大島義則「●特集●終活と法 死後事務に関する法的スキーム設計と死後事務委任契約」法セ788号（2020年）45頁。なお直近の研究としては、筆者同様 SNS アカウントに焦点を絞った上で、データ帰属に関する「自己主権型アイデンティティ」・データポータビリティ思想などの切り口からデジタル遺品問題にアプローチする栗原佑介「デジタル遺品の法的問題：SNS アカウントのアクセス権の相続性を中心に」情報ネットワーク19巻（2020年）64頁以下がある。
- 2) Vgl. 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), S. 34.
- 3) 金法2123号（2019年）65頁。
- 4) このロジックを採らなかったと思しき上告審・最判平成31[2019]年3月18日 ([https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=88528](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=88528) : 2020年8月7日最終アクセス) の解説については、たとえば仮屋篤子「相続財産にかかる情報の相続人等の『個人に関する情報』該当性」リマックス61号（2020年）6頁以下。なお、第2論文「デジタル遺品訴訟のゆくえ(2)——BGH 2018年7月12日判決の速報と解説・論評——」立命383号（2019年）252頁以下の注62)も参照。
- 5) たとえば第3論文「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)——BGH 2018年フェイスブック判決前後におけるルディガの見通し・評価を中心に——」立命389号（2020年）157頁、182頁の注11)参照。
- 6) Veris-Pascal Heintz/Hannes Ludyga, *Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das „Facebook-Urteil“ des BGH*, jM 2018, S. 398.

従来一部学説で試みられてきた例示列挙的な事実上の定義（前掲注5）参照）では新たなデジタル技術に順応できない（類似の指摘、第3論文(1)・前掲注5）177頁）とともに、法律的な定義とは呼べないとして、アウスナー（Nils Außner）は、「デジタル財産 (digitales Vermögen. デジタル遺品と同義)」の定義の困難性を指摘する (ebenso bereits etwa Pia Elisa Uhrenbacher, *Digitales Testament und digitaler Nachlass* (2016), S. 226)。その上で、「情報技術システムの中にある権利客体に対するあらゆる権利 (*alle Rechte an Rechtsobjekten innerhalb informationstechnischer Systeme*)」と定義し、「的確であろう」と自評する (Außner, a.a.O. (Fn. 2), S. 39ff., 43f.)。たしかに「デジタル世界の発展が恒常的にデジタル遺品の多様さ (Spektrum) を暗号通貨 (Kryptowährungen) にまで広げている現状 (Lucia Pein, *Digitaler Nachlass: Zugang zum Kryptovermögen des Erblassers und praktische Folgeprobleme*, EE 2019, S. 153-157), つまり「次々と登場する新たなデジタル・サービスに伴うデジタル遺品の対象拡大」傾向を目の当たりにすれば、その通りであろう。



本稿では以下、傍点は直接引用部分も含めすべて、筆者が独自に付したものである。

7) BGB 1922条 包括的権利承継

(1) 人の死亡(相続開始)とともに、その財産(相続財産)は、全体として、他の一人又は数人の者(相続人)に移転する。

(2) 共同相続人の持分(相続分)については、相続財産に関する規定を適用する。

BGB 第5編 相続法に関する条文訳・解説については随時、太田武男=佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三省堂、1989年)から引用・参照する。ドイツの相続制度全般については、浦野由紀子「第1部 ドイツ法」大村敦志監修『相続法制の比較研究』(商事法務、2020年)所収1頁以下参照。

なお——日本民法896条ただし書に相応する「一身専属権の非承継」規定は BGB には存在しないが——、かつて EinlALR (プロイセン一般ラント法 (1794年)) 102条では、「その人にのみ固着した権利は、その死亡により消滅する」と規定されていた (vgl. etwa Tristan Barczak, Rechtsgrundsätze: Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung, JuS 2021, S. 1)。ともかくこの考え方は、BGB 1922条の解釈論として引き継がれていると言ってもよからう (たとえば第3論文「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)——BGH 2018年フェイスブック判決前後におけるルディガの見通し・評価を中心に——」立命390号 (2020年) 265頁参照。Vgl. auch Lutz Förster/Dennis Fast, Vererbbarkeit von Daten und digitalen Rechten, ZAP 2020, S. 1016 [IV.2])。

8) FB-BGH 判決の紹介については、第2論文「デジタル遺品訴訟のゆくえ(1)——BGH 2018年7月12日判決の速報と解説・論評——」立命381・382号 (2019年) 192頁以下、その解説等については、同論文(2)・前掲注4) 225頁以下参照。なお本判決は、最新の民法注釈書の相続法冒頭で時事問題として挙げられている (vgl. Staudinger/Meyer-Pritzl, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. (2020), Rz. W. 01)。

9) 詳しくは、たとえば Manuela Schmidt, in Hannes Ludyga, jurisPK-BGB, 9. Aufl. (2020), § 1922 Rz. 76ff. 参照。

10) 敷衍すれば、アカウントへのアクセスと利用などの主たる給付請求権 (Hauptleistungsanspruch) に加えて、アクセスデータや契約データに関する情報を請求する補助請求権 (Hilfsansprüche) や当該契約の解約告知などの形成権である (vgl. etwa Außner, a.a.O. (Fn. 2), S. 132)。

11) Vgl. statt vieler Thomas Traschler, Der Wettlauf um den digitalen Nachlass aus rechtsvergleichender Perspektive: Anmerkung zu Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Juli 2018, ZEuP 2020, S. 170.

12) Florian Deusch, Der digitale Nachlass vor dem BGH und die Praxisfolgen, ZEV 2018, S. 690. Ebenso etwa Carolin Pockrandt, Digitaler Nachlass: Die Übergangsfähigkeit und -weise digitaler Daten unter Berücksichtigung der Rechte Dritter (2020), S. 18.

13) なお「秘密性」は、「電子メールやクラウドチャットなどの特定者間の通信」であれば、通常認められる (藤原総一郎=カオ・ミン・ティ「連載 デジタルプラットフォームの法律問題 第9回 プラットフォーム事例研究③——SNS プラットフォーム」NBL 1147

号（2019年）52頁）。

- 14) その模様については、たとえば第1論文「デジタル遺品の法的処理に関する一考察（1）——ドイツ初のLG Berlin 2015年12月17日判決を中心に——」立命367号（2016年）147頁以下など参照。
- 15) Christian von Oertzen/Hendrik Grosse, Kryptowährungsguthaben im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht, DStR 2020, S. 1652.
- 16) Lucas Wüsthof, Germany's Supreme Court Rules in Favour of "Digital Inheritance", EuCML 2018, 205. Cf. Gary F. Rycroft, Chapter 8 ■ Legal Issues in Digital Afterlife, in Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age, 138 (Maggi Savin-Baden & Victoria Mason-Robbie eds., 2020). 唯一の違いがあるとすれば、「相続人への財産の引渡方法である」(Wüsthof, op. cit., at 205)。当該方法をめぐる争いについて詳しくは、FB事件のその後を紹介した第3論文(2・完)・前掲注7) 271頁以下、さらに本(第4)論文Vを参照。
- 17) TKG 88条は、「『通信の内容および電気通信に関与していたか否かなどの詳細な状況は、通信の秘密となる。』(第1項)と通信の秘密の対象を規定したうえで、『すべての電気通信事業者は、電気通信の秘密を維持しなければならない。その義務は、業務終了後も継続する。』(第2項)と定め、電気通信事業者の取り扱う通信の秘密の保護を規定している」(報告書「サイバー空間に対する諸外国の施策動向調査」(情報通信総合研究所, 2015年) 34頁[www.nisc.go.jp/inquiry/pdf/shisakudoko\_honbun.pdf : 2019年10月20日最終アクセス]。第1論文(1)・前掲注14) 168頁の注64) 参照)。
- TKG 88条(通信の秘密) 3項1文～3文 [筆者試訳]
- (3) 本条第2項により(＊電気通信の秘密を維持する)義務を負う者は、電気通信サービスの技術システムの保護を含めてその業務上の提供につき必要とされた限度を越えて電気通信の内容及び詳細な諸状況(nähere Umstände)を自ら知り又は他人に知らせてはならない。本項第1文の義務負担者は、第1文に掲げられた目的のためにのみ、通信の秘密の対象となる事実の認識を利用することが許される。その他目的、とくに他人への転交付(Weitergabe)のためにこの認識を利用することは、本法又はその他の法律上の規定がこのことを定め、明示的に電気通信過程に関連する限りでのみ許される。第4文省略。
- 本稿では以下、(＊……)部分は、筆者が付けた挿入句である。
- なおわが国でも同様に、電気通信事業法4条2項がいわゆる守秘義務を定めている。
- 18) GG 10条 信書、郵便及び電信電話の秘密
- (1) 信書、郵便及び電信電話の秘密は、不可侵である。
- (2) [これに対する]制限は、法律の根拠に基づいてのみ、これを命ずることが許される。第2文省略。
- 以下、GGの条文訳については随時、初宿正典訳『ドイツ連邦共和国基本法——全訳と第62回改正までの全経過』(信山社, 2018年)から引用する。その他の条文訳には、高田敏=初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第8版〕』(信山社, 2020年)などがある。
- 19) 詳しくは、第3論文(1)・前掲注5) 174頁、同論文(2・完)・前掲注7) 258頁参照。
- 20) 第3論文(1)～(2・完)・前掲注5) 155頁以下、前掲注7) 241頁以下。

- 21) 第3論文(2・完)・前掲注7) 258頁以下, 262頁参照。
- 22) 詳しくは, Uhrenbacher, aa.O. (Fn. 6), S. 224ff. 参照。
- 23) 詳しくは, Mario Martini, Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet, JZ 2012, S. 1154 参照。
- 24) Etwa Bastian Biermann, Der digitale Nachlass: Vorrang des Erbrechts!, ErbR 2018, S. 1; Münchener/Rixecker, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2018), Anh. § 12: AllgPersönlR Rz. 52. さらに, たとえば第1論文「デジタル遺品の法的処理に関する一考察(2・完)——ドイツ初の LG Berlin 2015年12月17日判決を中心に——」立命368号(2016年)221頁も参照。
- 25) 第2論文「デジタル遺品訴訟のゆくえ(1)~(3・完)——BGH 2018年7月12日判決の速報と解説・論評——」前掲注8) 185頁以下, 前掲注4) 224頁以下, 立命384号(2019年)131頁以下。
- 26) アーベルも, リツェンブルガー(Wolfgang Litzemberger)の——最速ゆえ簡潔ではあるが——評釈によるところが大きかった(Simon Apel, Übergang eines Facebook-Nutzungsvertrags beim Tod des Kontoinhabers: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 12.07.2018 - III ZR 183/17, ZD 2018, S. 486ff.)。
- 27) Wolfgang Litzemberger, BGH: Digitale Benutzerkonten sind vererblich: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.07.2018, FD-ErbR 2018, 407688. リツェンブルガーと FB 事件判決の関わりについては, 第2論文(1)・前掲注8) 223頁の注12)も参照。
- 28) 第2・第3論文の文末注の文献参照。
- 29) Außner, aa.O. (Fn. 2). なお, アウスナーはフォローし切れなかった裁判例(第3論文(2・完)・前掲注7) VI 4 「FB 事件のその後」(272頁)の KG 2019年12月3日決定)については, 直ぐさま Erfüllung des Anspruchs auf Zugang zu geerbten Plattformkonten - zugleich eine Auseinandersetzung mit dem US-amerikanischen RUFADA-Act, ErbR 2020, S. 598ff. を公表し対応している(vgl. auch ders., aa.O. (Fn. 2), Vorwort, S. 7)。ただし直後には, 待望の BGH 2020年8月27日決定(本(第4)論文V参照)が出された。
- 30) Pockrandt, aa.O. (Fn. 12).
- 31) Annemarie Aumann/Christoph Aumann, Zwischen Persönlichkeitsrecht, Erbrecht und Telekommunikationsgeheimnis: Verfassungsrechtliche Probleme des digitalen Nachlasses - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. 7. 2018, Az.: III ZR 183/17, Jura 2019, S. 575f. Vgl. auch Staudinger/Meyer-Pritzl, aa.O. (Fn. 8), Rz. W 104; Isabelle Désirée Biallaß, BGH: Digitaler Nachlass - Titelauslegung betreffend Benutzerkontenzugang, NJW 2021, S. 165.
- 32) Thomas Riehm, Rechte an Daten - Die Perspektive des Haftungsrechts, VersR 2019, S. 724.
- 33) 第1論文(1)~(2・完)・前掲注14) 145頁以下, 前掲注24) 203頁以下。
- 34) GG 1条〔人間の尊厳, 人権, 基本権の拘束力〕1項  
(1) 人間の尊厳(Würde des Menschen)は, 不可侵である。これを尊重し, かつ, これを保護することは, すべての国家権力の義務である。

- 34a) 詳しくは, Kerstin Schmitt, in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht: Presse- und Medienrecht, 2. Aufl. (2019), § 29 Das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen, Rz. 1ff. 参照。
- 35) GG 2条〔人格の自由, 生命及び身体を害されない権利〕1項  
(1) 何人も, 他人の権利を侵害せず, かつ, 憲法適合的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて, 自己の人格を自由に發展させる権利を有する。
- 36) もっとも, GG 10条の規定する Fernmeldegeheimnis は「インターネットにも適用可能とされる」ため, 「今日, Telekommunikationsgeheimnis (テレコミュニケーション (遠距離電気通信) の秘密) として解釈され」ており, 「GG 10条は, »Kommunikationsgeheimnis« という包括的な基本権にまで發展する」という最近の基本書の記述 (Frank Fechner, Medienrecht, 20. Aufl. (2019), 12. Kapitel: Multimedia, Rz. 124) によれば, Fernmeldegeheimnis と Telekommunikationsgeheimnis は厳密には区別され得ようが, 本稿では, 両用語とも「通信の秘密」と訳出することにした。Vgl. auch Enrico Peuker, Verfassungswandel durch Digitalisierung: Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild (2020), S. 308ff.
- 37) GG 14条〔所有権・相続権・公用収用〕1項  
(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。
- 38) 第3論文(2・完)・前掲注 7) 260頁。
- 39) Vgl. Kurt Graulich, in Fetzer/Scherer/ders., TKG: Telekommunikationsgesetz Kommentar, 3. Aufl. (2021), § 88 TKG Rz. 77.
- 40) すなわち死後人格権に関しては, 「相続人がたとえば被相続人の内密な電子メールや写真にアクセスしうることにより被相続人の人格をのぞき見るとき, 被相続人の人格権が侵害されているかどうか」が, 議論されてきた (etwa Förster/Fast, a.a.O. (Fn. 7), S. 1017 [IV.4])。詳しくは, III 2 参照。
- 41) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 575. 本(第4)論文の予告をした第3論文(2・完)・前掲注 7) 268頁以下も参照。  
なお——ドイツの法状況と比較しつつ——FB-BGH 判決とは対照的に, 秘密保持の利益 (Geheimhaltungsinteresse) が相続権に優先するというスイス相続法の独自性を強調するものとして, Daniel Hürlimann/Silvio Hänsenberger, Zugangsdaten zu Online-Accounts im Todesfall, in Schweizerischer Notarenverband, Aktuelle Themen zur Notariatspraxis(2020), S. 82, 84. これに対して FB-BGH 判決同様, スイスでも一般的な包括的権利承継原則が妥当し「特別な相続法 (Sondererbrecht)」は必要とされていないとする Stephanie Hrubesch-Millauer, Der digitale Nachlass und die Frage nach einem Sondererbrecht, in Hrubesch-Millauer/Wolf/Eggel, Digitales Erbrecht - Beiträge zum Einfluss des »Digitalen« auf das Erbrecht und die erbrechtliche Planung(2021), S. 138f.
- 42) Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 44.
- 43) Vgl. Wibke Werner, Schutz durch das Grundgesetz im Zeitalter der Digitalisierung, NVwZ 2019, S. 1167. より詳しくは, ders., Schutz durch das Grundgesetz im Zeitalter der Digitalisierung, NJOZ 2019, S. 1041ff. 参照。

なおわが国でも、国民民主党憲法調査会が2020年12月4日に「憲法改正に向けた論点整理 新時代の人権保障と統治機構の再構築を通じて憲法の既判力を高めるために」を公表した(同党HPより同月23日にダウンロード。ちなみに第1回は講演会「山本龍彦教授による『AIと憲法～健全なデジタル社会の構築に向けた新しい憲法提案のすすめ』」であった)が、その中で「I 人権保障のアップデート」の「1 デジタル時代の人権保障」として、急速なデジタル化の進展に対応すべく「サイバー空間を含めた『個人の尊重』・『個別具体的権利としての『データ基本権(=情報自己決定権)』の明記』の必要性などを挙げており(詳しくは10頁以下)、非常に興味深い。

44) 詳しくは、第2論文(3・完)・前掲注25)132頁以下参照。

45) 曾我部真裕「インターネット時代における通信の秘密2 通信の秘密の憲法解釈論」Nextcom 16号(2013年)14頁。

46) たとえば有意義な最新論稿として、神足祐太郎「通信の秘密をめぐる議論の諸相」レファレンス834号(2020年)44頁以下、とくに近年の主要論点に関する議論については57頁以下。

なお、ドイツでも類似的指摘をするものとして、たとえば Johannes Eichenhofer, Das Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG), Jura 2020, S. 684。

47) 成原慧「連載●情報法ナビゲーション【第7回】データの世紀におけるプライバシー」法セ789号(2020年)72頁。佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』(成文堂, 2020年)206頁以下も参照。

なお樋口(陽一)教授は、「営利本位の大量伝達手段が成長している」現況から、自己情報コントロールの手段としてのプライバシー保護の重要性がいっそう増していると指摘する(『憲法 第四版』(勁草書房, 2021年)296頁)。

48) 武邑光裕『プライバシー・パラドックス データ監視社会と「わたし」の再発明』(黒鳥社, 2020年)139頁。詳しくは、同48頁以下参照。

49) 第1論文(2・完)・前掲注24)231頁の注130)、第3論文(2・完)・前掲注7)261頁。

ドイツにおける基本権第三者効力論については、木村俊夫「ドイツ連邦憲法裁判所における基本権の実質的直接効力説の衝撃」熊法148号(2020年)1頁以下が分かりやすい。

50) GG 1条〔人間の尊厳、人権、基本権の拘束力〕3項

(3) 以下の基本権(Grundrechte)は、直接に適用される法として、立法、執行権(vollziehende Gewalt)及び裁判を拘束する。

50a) Vgl. etwa Philipp Nikolaus Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke: Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten (2020), S. 67ff.

51) Timo Hebel/Katharina Berg, Die Grundrechte im Lichte der Digitalisierung – Teil I: Allgemeine Grundrechtslehren, JA 2021, S. 90.

52) 木村・前掲注49)3頁。

53) Daniel Timmermann, Datenschutz im Wandel der Zeit, DÖV 2019, S. 249. 小塚莊一郎『AIの時代と法』(岩波書店, 2019年)180頁以下も参照。

54) 森亮二[司会]「座談会 プラットフォーマーの法律問題—政府におけるプラットフォーム事業者規制の検討を踏まえて—」L & T 87号(2020年)25頁[山本龍彦発言]。

なお後掲注146)も参照。

- 55) 曾我部真裕=山本龍彦【「誌上対談」自己情報コントロール権をめぐる」情報法制研究7号(2020年)130頁以下[山本発言]。
- 56) Werner, a.a.O. (Fn. 43)[NVwZ 2019], S. 1167. なお、より詳しいders., a.a.O. (Fn. 43)[NJOZ 2019], S. 1045も参照。
- 57) Vgl. etwa Christina-Maria Leeb/Tobias Starnecker, Rechtliche Grenzen des digitalisierten Alltags von Eltern und Kindern, NZFam 2021, S. 99. 前者の新進気鋭のレーブ(Christina-Maria Leeb)は、FB-LG判決以前からデジタル遺品問題に注目してきた(vgl. dies., Bekannt verstorben - Rechtsfragen des Umgangs mit Social Media Daten Verstorbener, K&R 2014, S. 693ff. 第1論文(1)・前掲注14)165頁の注45)等も参照)。
- 58) たとえば「通信の秘密」一つ例にとってみても、まずわが国の場合は「表現の自由と同じ憲法21条の中に規定されているという比較憲法上まれなスタイル」であることが指摘されていたりする(宍戸常寿「通信の秘密について」『特集・憲法と経済秩序IV』企業と法創造9巻3号(2013年)17頁)からである。
- なお、現実味を帯びる「憲法改正」がなされた場合の「通信の秘密」の規定ぶりも気になるところだが、たとえば——かなり初期だが——「自民党 新憲法草案 2005年10月28日」19条の2、「新日本国憲法ゲンロン草案全文 2012年7月17日」79条がそれぞれ同一の条文の中で個人情報の保護と通信の秘密を規定しており(様々な草案等については「第三部 資料編」法律時報編集部編『法律時報増刊「憲法改正論」を論ずる』(日本評論社, 2013年)115頁以下)、興味深い。
- 59) 片桐直人「新連載 ミクロ憲法学の可能性 1-1 新しい葬法の登場と『申う秩序』」法時92巻9号(2020年)110頁。
- また伝統的な法領域である民法学の側からも、インターネット法、さらにはAI法へと拡大・発展する情報法など新領域への民法学者の積極的応接・参加が「今後いっそう求められ」ようとの声(田高寛貴「新領域の実定法学」法時91巻9号(2019年)69頁)が上がっている。かくして筆者は、新たに「AIによる契約締結」問題の研究にも着手した(拙稿『「コンピュータ・AIによる契約締結」に関わる法律行為法上の論点整理と解決手法の覚書——ドイツの演習教材にうかがえる、デジタル時代における「法律行為論の動揺・限界」——』立命392号(2021年)138頁以下。同時期に公表された長谷川貞之「スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論」日法86巻2・3号(2020年)37頁以下も参照)。
- 60) この日独含めた比較法研究としては、第2論文でもお世話になった土井真一編著『憲法適格的解釈の比較研究』(有斐閣, 2018年)がある。
- 61) 金澤孝「第1部 憲法と民法の関係 4章 日本における憲法と民法の係り合いについて」中村民雄編『民事法の解釈適用と憲法原則——中国民法編纂に向けた日中比較——』(成文堂, 2018年)所収94頁。
- 62) 民集67巻6号1320頁。
- 63) 武邑・前掲注48)27頁。
- 64) 詳しくは、武邑・前掲注48)139頁以下も参照。

- 65) 宍戸常寿ほか編著『AI と社会と法——パラダイムシフトは起きるか?』(有斐閣, 2020年)の「第2章 データの流通取引——主体と利活用」46頁以下[小塚莊一郎・大屋雄裕発言]。
- 66) 曾我部=山本・前掲注 55) 134頁[山本発言]。
- 66a) たとえば第3論文(1)・前掲注 5) 180頁以下, 本(第4)論文VI(2)参照。
- 67) これについては, 第1論文(2・完)・前掲注 24) 234頁の注 177) 参照。
- 68) 詳しくは, 武邑・前掲注 48) 96頁以下参照。  
また「新型コロナウイルス感染症の接触アプリの利用率」は, プライバシーの侵害に対する畏怖からか当該「意識の高い地域では総じて低調であった」と分析される(河島茂生『未来技術の倫理——人工知能・ロボット・サイボーグ』(勁草書房, 2020年) 227頁以下)ように, プライバシーを神格化してしまうと公共・公益性が阻害されるという負の側面もある。
- 69) Ebenso etwa Katharina Seidler, Der digitale Nachlass – ein Zwischenstand, NZFam 2020, S. 141.
- 70) 株式公開や広告ビジネスの急拡大による利益成長など FB の経済的実態も踏まえて当該利用契約を有償契約に位置づけるものとして, Außner, aa.O. (Fn. 2), S. 98ff. 情報自己決定権の経済的利用(商業化)を可能ならしめ助長するビジネスモデル「対価としての(als Entgelt) 個人データ」から同じく有償契約と位置づけるものとして, Franziska Leinemann, Personenbezogene Daten als Entgelt: Eine Untersuchung anhand schuldvertrags-, datenschutz- und kartellrechtlicher Fragestellungen (2020), S. 73ff., 223ff.  
なお, 「かつてデジタル・サービスは無料だと考えられていたが, 今では」グーグルなどの「監視資本家が私たちを『無料』だと考えている」というズボフ(Shoshana Zuboff)による「社会的・経済的『転回』」現象の指摘(武邑・前掲注 48) 119頁)は, 筆者を驚愕させた。
- 71) ただもし FB 事件において, 被相続人たる15歳の娘がかりに両親の同意を得ずに SNS 利用契約を締結していたとすれば, 当該契約は取消しにより効力を生ぜず(BGB 107条)相続も問題にならないため, 当該アカウントに保存・蓄積されたデータの法的帰趨は大いに問題となったはずである(vgl. Pockrandt, aa.O. (Fn. 12), S. 148)。
- 72) Vgl. etwa Erman/Bayer, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 2047 Rz. 3.
- 73) なお, Google は2021年6月より2年以上使わず放置しているサービスの保存データを削除するという新たなポリシーをアナウンスした(<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/2012/07/news083.html>: 2020年12月7日最終アクセス)が, 「デジタル遺品」問題にどのような影響を及ぼすのだろうか(第3論文(1)・前掲注 5) 202頁の注 153) 参照)。たとえばサービス利用者の死亡直後に, 上記2年の期間が経過した場合, 判例により相続が認められたアクセス権は結果的に相続を否定したかのごとく有名無実化するが, 果たして問題ないのであろうか。
- 73a) Vgl. etwa Förster/Fast, aa.O. (Fn. 7), S. 1019[V.1.a)].
- 74) すなわちデータ保護法(Datenschutzrecht)の観点からは, (通信相手のデータをも保



- 存・蓄積する）死者のアカウントへ相続人をアクセスさせるべくプラットフォーム事業者がデータの処理を行うことが適法であるかが、問われる（vgl. Rolf Schwartmann/Robin Lucien Mühlenbeck, in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG: Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. (2020), Art. 4 DS-GVO Rz. 17ff.）。
- 75) 第2論文(1)・前掲注8)187頁など。たとえば最新の実務家解説書（Solange van Rens, Der digitale Nachlass – Oder: Wie stirbt man digital? (2019), S. 44）は、本文③～⑧（⑤を除く）を簡潔に列挙する。
- 76) ただ相続人が被相続人からID・パスワードを生前に知らされていなかったときは、SNS事業者に対してその情報を提供するように求めることができるのかという形で問題となろう（なお前掲注10）も参照）。Vgl. auch Erman/Lieder, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 1922 Rz. 14a.
- 77) ちなみにアメリカのRUFADAA（デジタル資産への受託アクセス法）は、もっぱら本文の問題をプラットフォーム事業者の裁量に委ねる（vgl. etwa Aufßner, a.a.O. (Fn. 2), S. 384; ders., a.a.O. (Fn. 29), S. 602f.）。
- 78) Vgl. etwa Christine Budzikiewicz, Digitaler Nachlass, AcP 218 (2018), S. 570ff.; Seidler, a.a.O. (Fn. 69), S. 144.
- 79) Vgl. Sarah Rachut, Anmerkung zu BGH Beschluss vom 27.08.2020, in jurisPR-ITR 25/2020 Anm. 3.
- 80) 第3論文(2・完)・前掲注7)271頁以下も参照。
- 80a) 第3論文(2・完)・前掲注7)266頁以下参照。
- 81) Kilian Sendmeier, Digitalisierung und Recht: Einige Gedanken aus Anlass der Jahrestagung 2019 der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung, GPR 2020, S. 113.
- 82) たとえば大学生など学習者を主対象として始まった全12回の連載企画「情報法ナビゲーション」（曾我部真裕＝寺田麻佑＝成原慧「【プロログ】連載開始にあたって」法セ783号（2020年）51頁以下）や、「様々な法分野と情報法」が交錯する諸問題をピックアップした企画「特集1 情報法というフロンティア」（宍戸常寿「情報法への招待」法教479号（2020年）6頁以下）参照。なお、情報関連の立法や判例の動向を簡潔に俯瞰するものとして、造詣の深い藤原静雄「特集 平成の立法と判例（下）情報をめぐる問題」法時92巻8号（2020年）32頁以下。
- 83) 大島・前掲注1)45頁。  
ドイツにおいても、DS-GVOとの関係で同旨の指摘、第3論文(2・完)・前掲注7)266頁以下。なおDS-GVOの運用実態を知る上で、その裁判例等を考察した宮下紘「GDPRの裁判例と執行例——GDPR適用開始から1年を振り返る——」EU法研究7号（2020年）39頁以下は有意義である。
- 84) Traschler, a.a.O. (Fn. 11), S. 182.
- 84a) 第3論文(2・完)・前掲注7)255頁参照。Vgl. auch etwa Eggel/Guidotti/Wolf, Überlegungen zur rechtlichen Einordnung des «Digitalen» im Erbgang, in Hrubesch-Millauer/Wolf/Eggel, Digitales Erbrecht – Beiträge zum Einfluss des «Digitalen» auf das



Erbrecht und die erbrechtliche Planung(2021), S. 68.

- 85) Vgl. auch Lucia Pein, Digitaler Nachlass: So gelingt der Zugang zu den Daten in der Praxis, EE 2019, S. 81-86.
- 86) 詳細については、第3論文(2・完)・前掲注7) 271頁以下参照。
- 87) Vgl. Außner, a.a.O. (Fn. 29), S. 599.
- 88) この決定をたとえば2020年9月8日付で報じた記事として、Claudia Kornmeier, BGH-Urteil zu Facebook: Erben dürfen auf kompletten Account zugreifen (<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/facebook-konto-erben-tod-101.html> : 2020年10月21日最終アクセス)。Vgl. auch Claus-Henrik Horn, Praxisrelevante Rechtsprechung im Erbrecht seit 2019, NZFam 2021, S. 295.
- 89) なお、そもそも「すべての新しい、きわめて技術的に誘導された発展が IT 法に包摂されうるわけではない」(Jochen Schneider, IT-Recht - Ein Rechtsgebiet im Wandel, MMR 2019, S. 485)。
- 90) Schneider, a.a.O. (Fn. 89), S. 485。  
なおわが国でも、情報法など「新領域において提起された研究課題やその成果は、すべてではないにしても、民法学へ順次フィードバックされ、発展の契機とされていくのではなかろうか」という前向きな指摘(田高・前掲注59) 69頁)がなされている。
- 91) 石井夏生利『EU データ保護法』(勁草書房, 2020年) 375頁。
- 92) FB-BGH 判決の理由については適宜、第2論文(1)・前掲注8) 193頁以下参照。
- 93) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 575.
- 94) たとえば第3論文(1)・前掲注5) 169頁以下、同論文(2・完)・前掲注7) 273頁の注168) 参照。
- 95) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 576。  
他方わが国では——論争以前の問題で——、そもそも「データ所有権」の発想自体が不評であると言えようか(たとえば福岡真之介=松村英寿『データの法律と契約』(商事法務, 2019年) 14頁以下参照)。もっともドイツでも、決して旗色がよいというわけではない(vgl. etwa Sendmeier, a.a.O. (Fn. 81), S. 112)。デジタル遺品との関係でもデータ所有権を根拠づける必要はないとした最新の文献として、Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 151ff., 164, 198。なお、たとえば第3論文(1)・前掲注5) 194頁の注93)も参照。直近も、「データの扱いを物権法に組み入れようとした試みは結局、著しく勢いを失っている」(Benjamin Lahusen, Verdinglichung durch Datenschutz: Personenbezogene Daten zwischen Sachen- und Schuldrecht, AcP 221 (2021), S. 7)と評されるほどである。
- 96) Ebenso etwa Thomas Hoeren, Übergang eines Facebook-Nutzungsvertrags beim Tod des Kontoinhabers, MMR 2018, S. 750.
- 97) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 576.
- 98) なお BGB には「一般的人格権」の概念定義をした規定は見当たらず、ただ唯一具体的に規定されたのが、言わずと知れた12条の氏名権(Namensrecht)である。かくして民法上は、憲法上承認された一般的人格権を——伝統的な間接適用説を前提とする限り——そのまま持ち出すわけにはいかないので、BGB 823条(不法行為の損害賠償義務) 1項によ

る「生命、身体、健康、自由」との類比を通して一般的人格権が導出されるが、妥当であろう（Hannes Ludyga, Entschädigung in Geld und postmortales allgemeines Persönlichkeitsrecht, ZEV 2014, S. 334）。詳しくは、ハイン・ケッツ／ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一＝中田邦博監訳）『ドイツ不法行為法』（法律文化社、2011年）85頁[増田栄作]、179頁以下[木村和成]参照。

BGB 12条 氏名権

姓名を使用する権利がその権利者から他人により否認される時、または、権利者の利益が、他人が権限なく同じ名前を使用することにより侵害されるとき、権利者は、その他人に侵害の除去を求めることができる。さらなる侵害のおそれがあるとき、権利者はその不作為を求めることができる。

上記邦訳は、ディーター・ライボルト（円谷峻訳）『ドイツ民法総論——設例・設問を通じて学ぶ——[第2版]』（成文堂、2015年）550頁以下から引用した。

- 99) BVerfGE 65, 1ff. 詳しくは、平松毅「7 情報自己決定権と国勢調査判決——国勢調査法一部違憲判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）所収60頁以下参照。

この国勢調査判決は、人格権から「『情報自己決定権』を導出した」BVerfG 判決として「最もよく知られてい」て（實原隆志『情報自己決定権と制約法理』（信山社、2019年）6頁）、「ドイツでのデータ・個人情報保護の『マグナ・カルタ』と位置づけられる」（小貫幸浩「情報的自己決定権とIT基本権のはざま・覚書——とくにドイツ憲法とヨーロッパ基本権憲章の場合——」駿河台32巻2号（2019年）44頁）。

- 100) BVerfGE 120, 274ff. 詳しくは、石村修「9 コンピュータ基本権——オンライン監視事件——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年）所収50頁以下参照。
- 101) 情報技術の発展を背景とした国勢調査判決とその後の判例の展開については、たとえば實原・前掲注99) 19頁以下、平松毅「第10章 個人情報保護——ドイツ・EU・日本の現状——」ドイツ憲法判例研究会編『講座 憲法の規範力 第3巻 憲法の規範力と市民法』（信山社、2020年）所収260頁以下参照。
- 102) 「個々の情報収集ではなく情報技術システム全体に対して（\*オンライン監視事件で言えば国家により秘密裏に）アクセスがなされる場合には」本文前者「による保護では十分ではな」く後者の「基本権が基準となる」（實原・前掲注99) 27頁）。本文後者の基本権の必要性や両基本権の関係性等については、小貫・前掲注99) 46頁、平松・前掲注101) 266頁以下参照。なお「デジタル・プライバシー保護の発展的展開」については、第2論文（2）・前掲注4）251頁以下の注60）なども参照。
- 103) 原文では「このような GG 2 条 1 項と結びついた 1 条 1 項から導出される権利（dieses aus Art. 1 Abs.1 i.V.m. 2 Abs.1 GG hergeleitete Recht）」と書かれている（vgl. A. Aumann/C. Aumann, aa.O. (Fn. 31), S. 577）が誤植であり、正しくは本文のとおり“dieses aus Art. 2 Abs.1 i.V.m. 1 Abs.1 GG hergeleitete Recht”と思われる。
- 104) BVerfGE 30, 173, 194. 第1論文（1）・前掲注14) 165頁の注49) 参照。詳しくは、保木本一郎「30 芸術の自由の憲法的統制——メフィスト決定——」ドイツ憲法判例研究会

編・前掲注 99) 所収190頁以下参照。

なお、死後の人格保護に関する詳細かつ貴重な比較法研究として、安次富哲雄「ドイツ私法における死者の人格保護」*琉法*27号(1980年)35頁以下、とくに43頁以下、同「死者の人格権」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『損害賠償法の課題と展望』(日本評論社、1990年)所収171頁以下がある。

105) BVerfG NJW 2001, 594.

106) かくして人間の尊厳は、生者に限定される一般的人格権とは異なり死亡によっても少なくともいまだ直ちに終わらない(いわば余後効を有する)ということを意味しよう。

たしかに死亡により、人間は、権利主体としての法的地位を喪失するが、本文のとおり「死後の人格保護」に加えて「死体の特別な保護」(後述IV(4)も参照)により引き続き保護を受ける(Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 24 Die Grundstrukturen Rz. 20)。

107) 「一般的人格権が個人に保障している」自己表現の権利とは、「自己を誹謗し、改変し、歪曲する形で、かつ勝手に公の場で表現されたり、また勝手にこっそりと自己を利用されたりすることから身を守ることができる権利である」(ボード・ピエロートほか著(永田秀樹=倉田原志=丸山敦裕訳)『現代ドイツ基本権〔第2版〕』(法律文芸社、2019年)130頁[Rn 414])。

108) 第2論文(3・完)・前掲注 25) 153頁以下参照。

109) 第1論文(2・完)・前掲注 24) 206頁、第3論文(2・完)・前掲注 7) 257頁以下参照。

なお本文の考え方は、ブラジルでは——自らは批判的でもむしろ FB-BGH 判決を支持するが——ヌニェス・フリッツ (Karina Nunes Fritz) によれば、どうやら通説のようである(vgl. Carl Friedrich Nordmeier, Digitalisierung und Verfahren im deutsch-lusophonen Rechtsvergleich: Jahrestagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Karlsruhe am 8. und 9.11.2019, IPRax 2020, S. 190; Sendmeier, aaO. (Fn. 81), S. 113)。

110) キーンレ (Thomas Kienle) と共著したマルティエーニの最新論稿 (Facebook, die Lebenden und die Toten: Der digitale Nachlass aus telekommunikations- und datenschutzrechtlicher Sicht - zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 12. 7. 2018 - III ZR 183/17, JZ 2019, S. 235ff.) については今後、紹介等を行う予定である(後述VI(1)参照)。

111) KunstUrhG 22条 (自己の肖像に関する権利)

肖像は、肖像本人の同意がある場合に限り、頒布し、又は公衆に展示することができる。肖像本人が、自らを描写させることにつき報酬を受けている場合において、疑いがあるときは、この同意は与えられたものとみなす。肖像本人の死後は、10年の期間が終了するまでの間、肖像本人の近親者の同意を要する。この法律の意味における近親者とは、肖像本人の生存配偶者又はパートナー及び子をいうものとし、配偶者、パートナー又は子のいずれも存しない場合には、肖像本人の父母をいうものとする。

上記条文訳については、公益社団法人著作権情報センター HP の著作権データベース「外国著作権法一覧ドイツ編」(<https://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>) の [https://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany\\_c2.html](https://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_c2.html) [2021年1月26日最終アクセス] から引用した。

112) StGB 77条（告訴権者）2項

（2）被害者が死亡したとき、法律が規定している場合には、告訴権は、配偶者、パートナー及び子に継承される。被害者に配偶者もパートナーも子も残されていないとき、又はそれらの者が告訴期間満了前に死亡したときは、告訴権は両親に継承され、両親も告訴期間満了前に死亡したときは、兄弟姉妹及び孫に継承される。親族が行為に関与しているとき又はその親族である身分が解消したときは、告訴権の継承に際して、その者は除かれる。訴追が被害者の明示の意思に反するときは、告訴権は継承されない。

上記条文訳については、法務省大臣官房司法法制部司法法制課『ドイツ刑法典』（2007年）65頁以下から引用した。

113) BGH 2017年1月18日決定（NJW 2017, 1480）によれば、代弁者は、死者を弔う権限者（Totenfürsorgeberechtigter）であるけれども、通常一般には同様に最近親者である（A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 577 Fn. 15）。なお——とくにドイツにあっては——、最近親者は、必ずしも相続人と同一人物とは限らない。

114) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 576f.

115) Hannes Ludyga, „Digitales Update“ für das Erbrecht im BGB?, ZEV 2018, S. 5（第3論文（2・完）・前掲注7）250頁）。

116) 第3論文（2・完）・前掲注7）250頁。

117) すでに同旨、第1論文（2・完）・前掲注24）209頁。

118) 「もっぱらデータ利用の背景（Verwendungskontext）こそが、人格の危殆化にとって決定的である」（Dan Wielsch, Medienregulierung durch Persönlichkeits- und Datenschutzrechte, JZ 2020, S. 110）。

119) かくしてティンマーマン（Daniel Timmermann）は、「データのセンシティブ性の評価はデータの収集から利用へと一段と変化すると鋭く指摘する（a.a.O. (Fn. 53), S. 250）。

120) ちなみに、「平均的なフェイスブック・ユーザーは1か月あたり約150のいいねを与える」が、「総じて70のいいねさえあれば」「数秒以内に問題なく」「専門家の行ったスタンダード・人格テストの結果」と同程度に「ユーザーの人格を分析することができる」（A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 578）。

「いいね！」ボタンについては、たとえば藤田晶子「第4章 SNS 利用と情報セキュリティに関する法的論点 Q3 SNS と利用者の個人情報・個人の権利保護」東京弁護士会インターネット法律研究部編『Q&A インターネットの法的論点と実務対応（第3版）——ネットトラブルから AI・仮想通貨・裁判手続の IT 化まで——』（ぎょうせい、2019年）123頁以下、若江雅子＝森亮二＝吉井英樹「オンライン広告におけるトラッキングの現状とその法的考察——ビッグデータ時代のプライバシー問題にどう対応すべきか」情報通信政策研究2巻2号（2019年）II-8頁以下参照。

なお、FB が「いいね！」ボタンのない実験を始めたことを報じる Facebook entfernt den Gefällt-mir-Button teilweise von Seiten (<https://t3n.de/news/facebook-entfernt-testweise-1302900/>；2020年8月29日最終アクセス）も参照。

121) なお、いわゆる「忘れられる権利」に関わって、「デジタル記憶は、不確実な技術の進歩、破壊された規範、多様な価値観を伴う複雑な脅威である」（メグ・レタ・ジョーンズ

(石井夏生利監訳)『Ctrl+Z 忘れられる権利』(勁草書房, 2021年) 2 頁。同上207頁以下も参照)と指摘される。

- 122) BGHZ 50, 133. この判決に関わって, 第 1 論文(1)・前掲注 14) 165頁の注 49) 参照。
- 123) すでに同旨, Martini, a.a.O. (Fn. 23), S. 1150f., 第 1 論文(2・完)・前掲注 24) 219頁以下(古くは安次富・前掲注 104) [1980年]39頁, 同・前掲注 104) [1990年] 185頁, 191頁以下も参照)。さもなくば自由に生きられないということであろう。たしかにそのように考えれば, きわめて重要である。

なお, わが国における——著作者の死後の人格的利益を保護する——著作権法60条の意義・趣旨について, 田村(善之)教授らが, 「著作者が安寧の下, 死を迎えることができるようにする」, 換言すれば「生前の人格的利益の保護を十全なものとする」ための規定であると説明する(田村善之=高瀬亜富=平澤卓人『プラクティス知的財産法Ⅱ 著作権法』(信山社, 2020年) 254頁)のは, 示唆に富む。

- 124) StGB 203条は, 「一定職種の者に対し, 私的秘秘の侵害に対する罪」に関するが, 4 項は, 「協働者およびデータ保護委託者の守秘義務, また協働者の守秘義務違反への注意義務についての規定」である(村山淳子「7 ドイツにおける医療情報の保護と利用——人格権の先進国からの示唆——」甲斐克則編『医事法講座 第 9 巻 医療情報と医事法』(信山社, 2019年) 145頁。同「ドイツ医療情報法」早法84巻 3 号(2009年) 259頁以下も参照)。

なお StGB 203条の2017年改正について詳しくは, たとえば Christian Geminn, Die Forschungstätigkeit des Arztes im Spannungsfeld zur Schweigepflicht, RDV 2019, S. 116ff. 参照。

- 125) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 577f. 患者の死亡後も, StGB 203条 4 項の明文規定ないしその保護目的である一般的人格権の死後存続から, 医師の守秘義務も存続する(村山・前掲注 124) [2009年]261頁, 273頁) からである。

なお医師の守秘義務に関わって, 患者が未成年者である場合に親権者との関係をどのように考えるかについて未成年者に同意能力がある場合とない場合に分けて考察する Hannes Ludyga, Die Schweigepflicht von Ärzten bei der Behandlung Minderjähriger, NZFam 2017, S. 1121ff. は, FB 事件でも被相続人が15歳の未成年者であったことから, 非常に興味深い。第 2 論文(3・完)・前掲注 25) 143頁も参照。

- 126) 「死者の人格権の保障は, 一般法の世界においても, ドイツ法のきわめて目を引く特徴的な個性であるといわれる(村山・前掲注 124) [2009年]273頁)。

- 127) Bräutigam/Herzog/Mayen/Redeker/Zuck u. a.: Stellungnahme Nr. 34/2013 des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, S. 24f. [<https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SNDVAV34-13.pdf>: 2020年 9 月12日最終アクセス]. 分離理論はいかんせん非現実的な解決であるとの批判を免れないが, この難点を克服するのが——いささか強引かもしれないが——感染理論であると言えようか。なお両理論について詳しくは, Außner, a.a.O. (Fn. 2), S. 147ff. 参照。

- 128) Außner, a.a.O. (Fn. 2), S. 150.

129) BGB 2047条（剰余財産の分割）2項

(2) 被相続人の身上、家族又は遺産全体に関する書類については、共同関係が存続する。

130) 相続財産の売買に関わる BGB 2373条（売主にとどまる部分）は、2文で、家族に関する書類又は肖像画についても、1文同様、「疑わしいときは、ともに売買されたものとみなすことはできない」と規定する（たとえば第3論文（2・完）・前掲注7）275頁の注183）。なお上記2文の規定は、「敬虔の念という利益（Pietätsinteresse）に基づく」ため、当該目的物の価値は重要でないことから、手紙、日記なども適用対象となる（Wolfgang Litzemberger, in Wolfgang Hau/Roman Poseck, BeckOK BGB, 57. Edition, Stand: 01.02.2021, § 2373 Rz. 1）と言われる。

131) Vgl. A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 579.

132) 定義については、たとえば DS-GVO 4条4項参照。

DS-GVO 4条（定義）4項

(4) 「プロファイリング」とは、自然人に関する一定の個人の特性を評価する、特に当該自然人の仕事の成績、経済状況、健康、個人的選好、興味、信頼度、行動、位置もしくは移動に関する特性を分析または予測するために個人データの利用から成る個人データの自動処理のすべての形態をいう。

なお上記条文訳については、宮下紘『EU一般データ保護規則』（勁草書房、2018年）30頁から引用した。

133) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 579. その他にも、Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten der Datenethikkommission (2019), S. 110 参照。すでに同様の傾向的特徴を示唆するものとして、たとえば佃貴弘「信託法理の観点による個人情報保護の可能性」情報ネットワーク13巻1号（2014年）85頁以下。

ただ真っ向から反対するものとして、Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 38f.

134) 第1論文（1）・前掲注14）155頁以下、同論文（2・完）・前掲注24）210頁。

135) 後者は、FB 事件にも当てはまりそうである。

なお——日本人の筆者にも分かりやすく——シュタージとグーグルを対比させて論じる文献として、武邑・前掲注48）23頁以下。

136) BGB 630g条（医療記録の閲覧）3項

(3) 患者が死亡した場合には、第1項および第2項に基づく権利（\*〔筆者挿入注〕医療記録の閲覧およびそのコピーを請求する権利）は、患者の相続人の財産法上の利益を保護するために、患者の相続人に帰属する。患者の近親者（nächsten Angehörigen）には、その者が非財産的な利益を主張する限りにおいて、同様のことが適用される。閲覧が患者の明示的または推定的意思に反する場合には、これらの権利は認められない。

上記条文訳は、村山淳子『医療契約論——その典型的なるもの』（日本評論社、2015年）205頁以下の「PRG の BGB 改正部分」翻訳208頁以下から引用した。なお、この「医療契約の法典化は、とくに情報にかかわる患者の権利を中心に、それまでの判例法理の基本的部分を条文化」したものである（村山・前掲注124）[2019年]147頁、150頁以下。Ebenso etwa Christian Katzenmeier, in Wolfgang Hau/Roman Poseck, BeckOK BGB, 56. Edition, Stand: 01.11.2020, § 630g Rz. 15）。

- 137) ただし「死者の明示的または推定的意思が対立するとき」は、たとえ財産権的利益が相続人により証明されても、情報の引渡し認められることはない (BGB 630 (\*g) 条 3 項 3 文) (A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 579)。
- 138) 正しくは「630g条」の誤植であろう。
- 139) なお近親者には、事前配慮代理権 (Vorsorgevollmacht. 第 3 論文(1)・前掲注 5) 165 頁も参照) に基づくといえども、死者の意思に反しその医療記録を閲覧する権利はない (OLG Karlsruhe, NJW 2020, 162)。事前配慮代理権について詳しくは、たとえばフォルカー・リップ (熊谷士郎訳) 『《日本成年後見法学会第10回学術大会：特別講演》 自分ことは自分で決める 法定成年後見制度に代わるものとしての『事前配慮代理権』 (Vorsorgevollmacht)』リップ (新井誠編訳) 『人間とその権利 ドイツ私法学における理論と実践』(日本評論社, 2020年) 229頁以下参照。
- 140) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 579f.