

# デジタル遺品の相続性に関する 批判的考察（2・完）

—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, 395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, 本号)

### 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

#### 3. 通信相手の基本権としての「通信の秘密」

「ソーシャル・メディア・プロフィールへのアクセス権の相続性」問題について、アウマンたちは——上記 2 では「(被相続人の) 死後の人格保護」の観点から否定的に解したわけだが——さらに「(その通信相手の) 通信の秘密」の観点からも、上記相続を認めることはその侵害にあたりうるとして、FB-BGH 判決の批判的考察を続ける<sup>141)</sup>。

#### (1) SNS 事業者の基本権拘束とその射程

「通信の秘密」という基本権に国家のみならず私企業でしかない SNS 事業者も拘束されることについて、アウマンたちは、BVerfG の「(\*2011 年 2 月 22 日の) フラポート判決 (Fraport-Entscheidung)<sup>142)</sup> および『同様の判

断』をした（\*2015年7月18日の）缶ビール・フラッシュモブ決定（Bierdosens-Flashmob-Entscheidung）<sup>143)</sup>からすれば、「国家の基本権拘束（Grundrechtsbindung des Staates）とはほぼ完全に同等である」と考える<sup>144)</sup>。たとえば前者判決について、「むしろ保障内容や実例に応じて、私人への間接的な基本権適用が国家による基本権拘束としてより身近に現れ、等しく適用されることになる。とくに通信の保護を例にとりて考慮すれば、私企業が公の通信媒体の枠の中で実行され、郵便や電話業務のように、以前に国家が役割分担を示しているような作用を代わりに行うような場合はなおさらである」（判決理由[59]）<sup>145)</sup>という箇所から一部引用して、——また後者決定も同じく確認するように——「とくに通信領域ではほぼ完全に同等でありうることを明らかにした」と分析する<sup>146)</sup>。

その上で上記「私人の基本権拘束」の射程について、アウマンたちは、（「スタジアム運営者の管理権に基づくスタジアム入場禁止措置」（Stadionverbot）が「具体的に問題になった」<sup>147)</sup>）BVerfG 2018年4月11日決定<sup>148)</sup>（いわゆるスタジアム禁止決定（Stadionsverbots-Beschluss））から、「対峙する当事者間の不均衡、特定の給付に関する社会的意味あるいは一方の社会的強大さ」が決め手となるが、それによれば当該FBなどSNS事業者も入ってこようと言う<sup>149)</sup>。チャット、グループ・チャット、公開あるいは一部公開の討論会議論、さらには電子メールなど非常に様々な通信形態（verschiedenste Kommunikationsformen）が提供され、ドイツでは——OLG（上級地方裁判所）Stuttgart 2018年9月6日決定<sup>150)</sup>は3000万人のアクティブなFBユーザーを前提とするように——何百万もの人々により利用されるからである。BVerfG 2015年の缶ビール・フラッシュモブ決定は、（本件では集会の行われる予定であった広場への立入りを禁止した所有者という）「民間の法的担い手（privater Rechtsträger）」について、「一般に開放された場の利用者たちの基本権（\*つまり意見の自由（Meinungsfreiheit）と集会の自由（Versammlungsfreiheit））に間接的に拘束されている」とした。

「この論証が……ソーシャル・ネットワークの民間事業者にも妥当する

にちがいない」と、アウマンたちは考える<sup>151)</sup>。缶ビール・フラッシュモブ決定が「民間の法的担い手の基本権拘束」を根拠づけた二つの本質的メルクマール「(\*Privatheitと反対の)パブリック性(Öffentlichkeit)」と「準備された場の基本権的重要性(Grundrechtsrelevanz)」が存在するからである。「ソーシャル・ネットワークの利用はすべての人に開放されており、「大いに人格権上重要な活動が行われる」。そして「大きなソーシャル・ネットワークの事業者は、私法の手立て、とくに普通取引約款により、自己のプラットフォーム上で行われる通信に関して、提供へのアクセス、さらに通信の内容について基本的枠組み・条件(Rahmenbedingungen)を準備することができる」。その結果——FBによるヘイトスピーチの消去の合法性(Rechtmäßigkeit der Löschung von Hasskommentaren)を扱った——OLG Dresden 2018年8月8日決定<sup>152)</sup>、OLG Stuttgart 2018年決定は、「FBという事業者が『少なからず間接的に基本権に拘束されること』」を承認するに至った。

たとえ(一私企業でしかない)FBについて、上記のような「強められた間接的な基本権拘束が拒絶されるとしても」、アウマンたちは、FB-KG判決を挙げて、「とにかく(\*「通信の秘密」を法律上具体的に規定した、「いわゆる憲法具体化法」たる)TKG 88条を介してGG 10条1項と内容的に同一の審査が行われる」ことから、——「TKG 3条24号<sup>153)</sup>と結びついた88条2項……にいうサービス提供者として」——「保護領域上一致した、法律のレベルで具体化された(schutzbereichsidentisch, einfachgesetzlich konkretisiert)88条3項の通信の秘密に拘束されている」と言う<sup>154)</sup>。

## (2) 「通信の秘密」の保護領域の拡大

上記(1)のとおりFB事件が「通信の秘密」の問題たりうるとしても、果たしてまずそもそも「死亡前すでに被相続人に知られていた情報は、概して通信の秘密の保護領域にある」のだろうか。上記保護領域は、「原則として伝達過程(Übermittlungsvorgang)のみにとどまるからである」。

アウマンたちは、GG 10条1項の目的を「通信の技術的リスクの均衡・調整 (Ausgleich)」に求めた上で、——「すべての利害関係人が同時に存在する」「個人的会話のプロトタイプと異なり——「部外（第三）者が……交換された内容を知覚するリスクが存在する」（SNS 事業者たる）FB 事件において、（通信の秘密という）「基本権が保障するのは『遠隔プライバシー (Privatheit auf Distanz)』である」と言う。その上で問題の「保護領域」について、上記リスクは、「被相続人が（\*通信相手の）情報をすでに知っていたかどうかとは無関係」である。ということは、「当該情報がサービス提供者のサーバーにある限り、もっぱら受領者（名宛人）の支配下にあるというわけではなく、「依然として第三者は誰にも気づかれずに技術的可能性を用いて当該内容にアクセスできる」というリスクが存在するのである<sup>155)</sup>。

以上より、アウマンたちは、——差押え (Beschlagnahme) を規定した StPO（ドイツ刑事訴訟法）94条以下による電子メールを対象とした BVerfG 2009年6月16日決定<sup>156)</sup>、さらには FB-BGH 判決（判決理由[59]）同様——「情報がオンラインサービス提供者のサーバー上で呼び出される限り」、なおも「通信の秘密の保護領域によりカバーされている」と結論づける<sup>157)</sup>。

### (3) 通信の秘密の「侵害」

被相続人の残した（通信相手と交わした）情報内容を他人に引き渡すことは「（通信相手の）通信の秘密の侵害」にあたることから、（相続人への死後承継を認めようとする）FB-BGH 判決としては、その侵害を否認する（正当化する）ための論証を必要とした。そこで「相続人が BGB 1922条により包括的権利承継人として被相続人の法的地位に（\*自動的に）就くこと」（いわゆる当然承継 (Vonselbst- od. ipso-iure-Erwerb)）に着目して、FB-BGH 判決は、相続人を「被相続人と人格上同一に扱」う（つまり相続人は他人ではない）という——GG 14条1項により制度として保障された「相続」の具体的な効果の法的説明に——手間加えた——民法上のロジック<sup>158)</sup>を考えたわけである（判決理由[60]以下参照<sup>159)</sup>。

a) 通信相手から見た「侵害」

だがこのような FB-BGH 判決について、アウマンたちは、(通信の秘密という)「基本権主体の見地から侵害の性質 (Eingriffsqualität) を評価しなければならない」にもかかわらずこのことを「見誤」ったと、批判する。すなわち(被相続人の)通信相手から見れば、「相続人は (\*被相続人とは) 全く別人だ」からである<sup>160)</sup>。そして通信相手は、「被相続人の生前、どのような、そして何人の相続人がいるのか」、決して知ることはない。「通信相手は、死者との会話」を—FB-BGH 判決によればこの者に代わるとされた—「相続人と継続することはできないし、そのつもりもない」のである。

かくしてアウマンたちは、相続人が被相続人に代わって「その通信相手という事実上の地位に一他の一身専属的地位におけるのと同様—法律上就」くことを認めない。この点で、KG 判決が「BGB 1922条の包括的権利承継の方法で、相続人は、たしかに被相続人の権利義務 (\*関係) に入るが、被相続人その人になるわけではない (\*つまり決して被相続人のアイデンティティを引き継ぐわけではない) (判決理由[90][96]) としたのは正当だとして、アウマンたちは評価する。要するに相続人が、死亡した被相続人に代わる通信相手となり会話を継続することなど決してあり得ないというのである。

ただし留意点として、アウマンたちは、当該「侵害が存在するのは伝達サービスの面から起こる場合に限られ」、(通信相手から受け取った) 情報内容をすでに生前に被相続人が自ら他人に引き渡していた場合、もはや通信の秘密は無関係なことを指摘する。かくして当該 FB 事件では、亡娘がすでに生前、両親にパスワード (アクセス・データ) を教えていた<sup>161)</sup>ので、アウマンたちによれば、そもそも「実際に侵害が存在しない」個別 (特殊) 事例であったということになる<sup>162)</sup>。

b) 「侵害」を正当化する「相続権」?

ところで FB-BGH 判決では通信の秘密に対する侵害を正当化するために、「憲法内在的な基本権制約 (verfassungsimmanente Grundrechtsschranke)

として相続権が考慮され」うるであろうことから、アウマンたちは、この点を——LG 判決・BGH 判決と対峙して KG 判決は「通信の秘密」を重視したものの相続権に関わる判断を避けたが——正面から論じる。

たしかに GG 14条1項は、「被相続人にも相続人にも、生前に存在する法的地位の承継の自由」、つまり相続権を「保障する」ことから、「財産権として重要な通信」については、当該性質に着目すれば、「相続人の保護された利益が通常……通信の秘密に勝るであろう」。もっとも当該 FB 事件では、むしろ「ソーシャル・ネットワーク上で行われた通信の大部分が純個人的性質であった」ことに鑑みれば、——「少なくとも……チャットのやりとり（Chatverlauf）の財産権としての意義・重要性を説明」しない限り——機密性（Vertraulichkeit）に対する通信相手の利益の方が上回っている<sup>163)</sup>。

かくして通信の秘密（の侵害）との関係で、アウマンたちは、デジタル遺品の相続性を十把一絡げに判断せず、その財産権的価値の有無により峻別して、有る場合は相続権に、無い場合は通信の秘密に軍配を上げる。このような「憲法上の基本権的価値の衝突を調整する実践的整合性」による発想は、「デジタル遺品」分野の開拓者<sup>164)</sup>ヘーレン、それに続くマルチーニらの有力な少数異説に通ずる。

#### (4) 「アナログ遺品との同一処理」への疑義

FB-BGH 判決が——デジタル遺品の問題解決にあたり——決定的論拠とした「手紙の相続と比較した上での同一処理」（判決理由[62]）による限り、アウマンたちも、むしろ「それ以外の結論には達しない」とする。手紙については、すでに（配達されていて）遺産の中にある場合、もとより伝達過程を終えているので、通信の保護もその役割を終えているからである<sup>165)</sup>。

しかしながらアウマンたちは、以下のとおり、むしろ「FB で交わされた情報は手紙のデジタル版を意味しない」ことから、FB-BGH 判決のようにそもそも「通信媒体（Kommunikationsmedien）である郵便とソーシャル・ネットワーク」を比較すること自体、「きわめて限定的」であるべき

だとして、当該判決による「アナログ遺品との同一処理」アプローチ自体に疑問を呈する<sup>165a)</sup>。

すなわち、両者の本質的差違は、——FB-KG 判決が示したとおり——前者の「手紙では、郵便サービス事業者 (Postdienstleister) が配達後は通常一般にもはや通信内容をコピーできない」が、後者の「インスタント・メッセージ (Sofortnachricht) はその事業者のサーバーに保管され続けるため反復かつ長期的に呼出可能なままであるという点にある」。また後者の「チャットという具体的な技術的形態は、通信相手の不断の結び付き (ständige Verbundenheit) を演出し、そのため、当該インスタント・メッセージは通常、個人的な手紙の交換のようによく考えて書かれたコミュニケーション循環・フロー (Kommunikationsfluss) に比べれば、居合わせた者どうしの短い会話に似ている」。さらに「個人情報暴露につきブレーキをかける心理的障壁 (Hemmschwelle)」についても、「明らかにより匿名と感ぜられるデジタル領域では……はるかに低い」。なお、オンライン・サービスでは「通常一般に、通信の双方 (beide Richtungen) が呼出可能である」。敷衍すれば、「遺産の中にある手紙」などオフラインの物の場合は、被相続人が「受け取った手紙しか存在しない」のに対して、オンライン遺品の場合は「常に双方向で……全通信過程が一瞥で把握され、ゆえによりはるかに簡単に読解されうる」<sup>166)</sup>。

#### 4. 自己総括

死者のデータが自己所有の記憶媒体に保存されていなかった場合において、デジタル内容が「財産権的な」ものであったとき、その限度でアウマンたちは、当該内容へのアクセス権 (を基礎づける利用契約関係) について相続法上の一般的規律 (BGB 1922条) による死後承継を認めた FB-BGH 判決に、結果的に賛成する。「まぎれもなく財産権的な内容にあっては、相続権を (\*マルティニーの表現を借りれば) 『形骸化し実体のない覆い (leere Hülle)』へと成り下がらせないために、説得性がある」というのが、

その理由である。

ただデジタル遺品全般につきあまりに性急な抽象的判示部分については、「死後人格権」・「通信の秘密」という憲法上の両観点から十分解明されなかった点を大いに問題視して、アウマンたちは慎重な研究に取り掛かったわけだが、当該判決のもっぱら「相続権」を全面に押し出した民法上の論証に対峙する、彼らの——憲法学的とでも言うべき——研究成果は次のとおりである。

まず「死後人格権」（という死者の人格を保護する基本権）の観点から、アウマンたちは、「人格領域の内密の核心領域 (intimer Kernbereich)<sup>167)</sup>に関する（\*非財産権的な）データが問題となっている場合においてアクセス権を相続人に死後承継させることができるのは、被相続人のそういう趣旨の意思にとってのより所が存在するとき」、つまり「死後人格権の侵害への同意」があるときに限られると言う<sup>168)</sup>。もし、そのような意思が確認できないにもかかわらずこのような場合にまで、アナログ遺品である日記・手紙と同一に処理しようとするならば、「さすがに行き過ぎ」である。なお、「保護されたソーシャル・メディア・プロフィールを第三者（相続人を含む）が閲覧する」事態に対しては、最近親者に「防御請求権を主張する可能性」を認めればそれで必要十分であり<sup>169)</sup>、この者にも閲覧させるには及ばない。

次に「通信の秘密」（という死者の通信相手の基本権）の観点から、——もっぱら FB 事件のような SNS を念頭に置いた場合において——純個人的な通信内容へのアクセスを（当該事業者が）他人に認めることはその「侵害」となりうるが、アウマンたちは、これを正当化する「適切な法律上の介入<sup>170)</sup>規範 (Eingriffsnorm)」は存在しないと言う。ただ、「財産権として重要な一たとえば営業上の—通信事象の場合に限って」、当該侵害は、「BGB 1922条1項により、あるいは（\*所有権・相続権を制度的に保障する）GG 14条1項1文との実践的整合性」（その結果としての当該調整による相続権の優先）により、正当な根拠あるものと見なされうる。

最後に——評釈も兼ねていた——FB-BGH 判決について、アウマンたちは、あくまで個別具体的な判断でしかなかったとの評価にとどめ、「デジタル遺品についての最終的な言葉」を「いまだ語っていない」、つまり未解決であろうとの感触を得る。FB 事件とは異なり被相続人が生前 ID・パスワードを相続人に知らせていなかった（いわば不同意）事例においては、「裁判所がどのように判断するであろうか、いまだ不明だ」からである。「デジタル遺品とアナログ遺品がまったく同一に処理されうえることを認めるほどには容易ではない」。「まさにデジタル時代において基本権を実質的に保護すること（effektiver Grundrechtsschutz）」を志向するアウマンたちからすれば、おおよそ FB-BGH 判決のような「最速かつ最も現実的な解決」は、少なくとも純個人的な内容が大部分を占める SNS にあっては「しばしば最良の解決ではない」ということになる<sup>171)</sup>。

#### 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

アウマンたちは、デジタル・コミュニケーション時代を迎えて「死後人格権」、「通信の秘密」いずれもその基本権の担い手・主体こそが重要であることを再確認した上で、前者の場合は（擁護・代弁者にすぎない）最近親者ではなくむしろ死者自身、後者の場合は通信相手の観点から FB-BGH 判決を批判的に考察した。日進月歩の ICT 発展、SNS など新サービスの興隆、クラウドなどデータ保存技術・方法の多様化に伴って「死後人格権」や「通信の秘密」の侵害リスクも増大する現代、アウマンたちがデジタル遺品に関わってこれらデジタル・プライバシーの保護領域の拡大——通信の秘密で言えば「テレコミュニケーション（遠距離電気通信）」を射程に収めること——を論じるのは、まさに有意義であると言えよう。

もっとも、前者の「死後人格権」を例にとっても、かりにデジタル相続によりその侵害が認められるにせよ所詮は、「近親者の防御請求権（Ab-

wehranspruch) を根拠づけうるにすぎない」との批判的見方<sup>172)</sup>もある。つまり、相続権を制約するほどの力を持ち合わせてはいないという主張である。だがこのような救済方法・実行者から見た批判に対しては、アウマンたちが重視したとおり、死後人格権の担い手・主体が死者自身であることを看過してはならない。

## （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

たしかに FB-BGH 判決については、「データに対する所有権 (Eigentum an Daten) の問題とは直接関連性を有しない」ものの、「データに関する処分権限 (Verfügungsberechtigung) が包括的権利承継の方法で相続人に移転する」と判示したことから、「ソーシャル・ネットワークにおける有体化されていないデータの『物(権)化 (Verdinglichung)』というある種の傾向が看取される」との先進的な指摘<sup>173)</sup>もある。

ただ通常一般的には、データを動産(物)とみなす判例の境界線・限界は、コンピュータ・プログラムが(自己の)記憶媒体に有形化されていたか否かであろうと分析されている<sup>174)</sup>。このいわゆる「有形化-判例 („Verkörperungs-Rechtsprechung“)」に沿って、デジタル遺品の法的処理の説明も、「データが死者自身の記憶媒体に保存・蓄積されている場合は記憶媒体の所有権が相続人に移転し、クラウド上などにある場合は当該利用契約関係(アクセス権)が相続人に移転する」というように細分化されるのである<sup>175)</sup>。

いずれにしても、「圧倒的多数の研究調査」が「データに対する新たな『所有権』(ないし無体財産権)の需要(いわゆる立法事実)を確認し得ないというシュヴァイツァー (Heike Schweitzer) の指摘<sup>176)</sup>には留意すべきであろう。実際のところ「所有権」という既成概念の改革については、(オンライン予約された旅行契約を BGB 651a条以下の旅行契約法の保護領域に含めることとした) BGB の651c条1項の新規定、データの変更を処罰する StGB 303a条、はたまた DS-GVO がデジタル化の進展に伴い積極的に新

設してきたデータ関連規定とは対照的に、何ら動きは見られないからである。かくして BGB 903条1文<sup>177)</sup>の類推適用によりデータ所有権を認めようにも、その要件たる「法律の意図せざる規定の欠缺 (planwidrige Regelungslücke)<sup>178)</sup>」さえ存在しないとする<sup>179)</sup>。

またデータについては「所有」からむしろ「利用」へ、ビッグ・データ面でももっぱら当初の「量」から「精度」、「信頼価値性」、「時局性」、「機密性」、「処分可能性」、「譲渡(移転)可能性」など「質」へとその関心が移行しつつあるように思われる<sup>180)</sup>。いずれにせよ、「その消費によって新たな情報財の生産につながるという」「情報財の再生産性までも考慮した上で、経済的価値の帰属もしくは分配を如何に行うかについては、これまでも問題となっていたが、現時点で社会的合意や明確な基準があるわけではな」く<sup>181)</sup>、情報に対する権利・利益を措定・構築する際には、その様々な特徴・特質、さらには社会やマーケットへの影響まで勘案する必要がある。ただコンピュータやモバイル装置などから生成された非個人的な機械データ (Maschinendaten) に限って言えば、その円滑な市場流通の観点から、たとえば新たな無体財産権という枠組みにおいて「データ所有権」なる排他的権利を構想することもあり得ないわけではなからう<sup>182)</sup>。

いずれにしても「デジタル遺品」が、「データ、特定の人への当該帰属、アクセス権」に関わる「データ所有権」と隣接する問題であることだけは間違いなからう<sup>183)</sup>。ドイツの「データ所有権」を含む「データに対する権利」なる議論が一体どのようなものであり、あったのか、私たちに何を示唆しどこへと導いてくれるのか、その行く末を含めて興味・注意深く見守りたい<sup>184)</sup>。ともかく武邑氏が指摘するとおり、「所有権の概念がデジタル市場でどのように変化したかを探り、私有財産の利点について議論する必要がある」<sup>185)</sup>。つまり「デジタル時代・社会の“所有権”」のあり方について、データの支配・帰属をどのように表現・理解すべきかに始まりいわゆる精神的所有(知的財産)権 (geistiges Eigentum) も含めて再考すべきということであろうか。そもそも当該データとそのデータ主体の関係につ

いて、法的にどのように理解し表現するべきなのだろうか。その先に、データについての新たな権利論を構築する必要があるのかもしれない。

なお加速するデジタル時代のデータ帰属について、現在のところ筆者は漠然とだが、たとえば次のようにイメージしている。他人のサーバーに保存・蓄積されているといえども中身のデータについては、アカウントへのアクセスを通して、つまりユーザー名とパスワードによる排他的なアクセス権を介して、データ主体自身が「保有」する、いわば“所有”ないし“占有”するという法的ないし事実的状况にある<sup>186)</sup>。

### (3) 所有者不明データの企業への帰属について

個人に関する「所有者不明データ (the orphaned data)」をインターネット企業に永続的かつ事実上割り当てることについて、マッケンロート (Mark-Oliver Mackenrodt) は、「法的原則と矛盾する」とした上で、DS-GVO 20条の——「ユーザーの地位を強化し、プラットフォーム間の競争を促進する」——データ・ポータビリティ規定の存在から、「立法者 (lawmaker) もインターネット企業ではなくユーザー自身が自己のデータをコントロールし続けることを望んでいた」と結論づける<sup>187)</sup>。同様のことは、——上記(2)で見た——いわゆるデータ所有権の導入議論 (discussion on the introduction of an ownership right in data) から導き出せる<sup>188)</sup>。死亡に伴って「所有者不明のデータやアカウントの数は増加し続け」るが、これらデジタル遺品 (digital inheritance) をインターネット企業に事実上帰属させる事態は、「データ・エコノミーに関する新興の法政策原則 (the emerging legal policy principles for the data economy) に反するであろう」<sup>189)</sup>。ただだからと言って、死者のデータについてその種類・性質を問わず相続人に包括承継させるというのもこれまた短絡的すぎるであろう。上記のことから分かったのは、死者のデータを企業に留めてその運命を企業の自由裁量にゆだねることは大いに問題だということだけであろう。

#### (4) 死後の人格保護に関わって

人格保護の対象が生前から死亡時、そしてさらに死後も死者(被相続人)本人であり続ける以上(換言すれば、生前から死亡後も続く人格保護(transmortaler Persönlichkeitsschutz)), とくに FB 事件については、亡娘のチャット記録は人間の尊厳の核心的部分(内密領域)に属するものであることから、「死後に人格権の擁護・代弁をする者」の決定は慎重かつ細心の注意が払われるべきであるとともに、閲覧自体は本人以外の者には誰であっても認められないというアウマンたちの主張に、かねてより筆者も賛成していたところである<sup>190)</sup>。

ただ「死者のデータの基本権的保護」は、死者が(死後人格権という)「基本権の主体たりうることを前提とする」べきところ、いかんせん「基本権主体性(Grundrechtsträgerschaft)が人の出生により始まりその死亡により終わる」と考える限り困難なようにも思えるが、これを克服すべき意味からも、死後の人格保護の構成をめぐっては争いのあるところである<sup>191)</sup>。たとえば、死者について「死後の部分的権利能力(postmortale Teilrechtsfähigkeit)」という考え方が<sup>192)</sup>。また BVerfG は——この問題に言及していないが——「『暗黙のうちに』死者の主観的権利主体性を認めていると理解することは可能ではある」<sup>193)</sup>。なおわが国でも、こと(ドイツ法で言うところの)死後人格権に限って考えれば、死者の人権享有主体性を前提としたこの者自身の人格権を認めるべきであるとの指摘<sup>194)</sup>がある<sup>195)</sup>。

現在のところ筆者は——死後人格権の法的構成については今後の検討課題としつつ——、死後の人格保護の対象が(近親者でもましてや相続人でもなく)死者本人であるという重要事項を再確認するメッセージ的意味であれば、アウマンたちの主張にも十分同調できるところか、デジタル遺品の相続性を考えるにあたってはとくに重要な指摘であると考えている。

その上で——抽象論にとどまらず——アウマンたちが具体的に、いわゆるデジタル相続が死後の人格保護を理由に制限される基準について——むろ

ん異論はあるにせよ——踏み込んで判断した、その姿勢自体は大いに評価されるべきであろう。すなわち、死後人格権が人間の尊厳を規定した GG 1 条 1 項から導出されるというルーツによれば、死後も人間の尊厳に関わる核心（内密）領域は死守されるべきことから、死者のアカウントへのアクセスを相続人に認めた場合に重い侵害となるかどうかによって判断され、当該アカウントが内密性度合いの高い、純個人的データを保存・蓄積しているかが鍵になるとした点である。この判断基準により、アウマンたちは、とくに——FB に代表される——SNS アカウント関連の非常にセンシティブなデータについては、プロファイリングに利用されるなど人間の尊厳に関わる核心的部分に属することは明白であるとして、死後も引き続き人格保護の要請から、被相続人の別段の意思が表明されていない限り、むしろ当該アカウントへのアクセス権の相続性を否認するという FB-BGH 判決とは逆の結論に至るわけである。

アウマンたちが注目したように、たとえば——シュタージ文書（StUG 15 条）のみならず——医療情報の保護に関わっても、「死者の人格権と遺族の利益の調整」が行われている。具体的には、「医療記録の閲覧ないし医療情報の開示の適否をめぐる、相続人の財産的利益の保護を中心に」判例学説上の議論の蓄積を経て2013年、BGB における医療契約の法典化により立法的解決を見た<sup>196)</sup>。このような BGB における相続法以外の解決、つまり BGB 630g 条 3 項、とりわけ最近親者が非財産的利益を主張したときは、医療記録の閲覧があくまで患者の明示的または推定的意思に反しない限りにおいて、閲覧権等を相続人ではなくこの者に帰属させる 2・3 文の規律は、参考に値しようか。直近、OLG Karlsruhe 2019年8月14日判決<sup>197)</sup>も、死者の医療記録については、デジタル遺品の相続性を認めた FB-BGH 判決は妥当しないとされた。医師側が職業上の秘密保持者である以上——さらに見方によっては患者との関係でセンシティブな医療情報を保護する受託者の地位に立つと考える<sup>198)</sup>のであればなおさら——、上記判決に特段の不自然さは感じない（Ⅲ 2(3)b 参照）。このような職業上の守秘義務（Ver-

schwiegenheitspflicht) という観点も、FB 事件のように SNS 事業者が関わるデジタル遺品にあっては重要となろう<sup>199)</sup>。

ただ BGB 630g条 3 項を論拠とするアウマンたちに対して、ポックラントは、財産権的利益と非財産権的利益を区別するような上記規定はいわゆる医師法 (Arztrecht) 領域にしかなく、他の法領域には存在しないため、説得力がないと批判する<sup>200)</sup>。だが上記規定以外にも、一般的人格権について、財産権的部分は相続の対象となるが、非財産権的部分はその限りでないとした重要判例<sup>201)</sup>も挙げることができようか。死後の取扱いについては、財産権的地位・利益を念頭に置いた「相続」(BGB 1922条 1 項) を原則としつつも、たとえば死後の人格保護や通信の秘密など少なくともプライバシー保護への配慮を要する非財産権的利益については多様なあり方を探求・議論してもよいように思われる。

FB-BGH 判決は、日記・手紙についても上記包括的権利承継を前提にしている(とされる相続法上の) BGB 2047条・2373条を引き合いに出すが、果たして BGB 制定当時、日記について死後の人格保護、手紙について通信の秘密との関係で相続を認めてもよいのか(一身専属性による相続性の例外的否認)がどこまで意識・議論されていたのか、甚だ疑わしい。人格権やプライバシー自体がそもそも発展していなかったという時代背景の事情が指摘できるからである<sup>202)</sup>。にもかかわらず現状はと言えば、「死後の人格保護には、限られた領土が与えられている」<sup>202a)</sup>にすぎないのである。

むしろ、たとえば死者に対する遺族の『哀惜の念』・『敬虔感情』に根差した「弔い」という観点が強く求められるモノについては、「死者を弔う権利 (Recht zur Totenfürsorge)」に関する規律を幾ばくか参考にすることも考えられる。死体 (Leichnam) については心臓ペースメーカーなど人工臓器も含めて、遺産には属さず取引の対象にもならず、原則として誰もその所有権を取得することはない。死者が別の者を指定していない限り、死者を弔う権利はその死亡により最近親者に発生する<sup>203)</sup>というものである。また DEK (ドイツ連邦政府のデータ倫理委員会) は、FB-BGH 判決からの原

則的な方向転換を勧告するわけではないものの例外的とはいえ、たとえばアルコール中毒者自助組織（Anonyme Alkoholiker）のオンライン・アカウントのようにとりわけセンシティブなものときは、純個人的性質に鑑みて相続法に服させないようにすべきだろうと言う<sup>204)</sup>。筆者としては、とにかくデジタル遺品の中の純個人的内容については、一身専属的性格から、そもそも死後承継されず、また死後人格権の擁護・代弁者であっても当該内容にアクセスすることまではできないという方向で今のところ考えている<sup>205)</sup>。

なお、そもそも前提問題として、BGB 1922条1項の「財産」がどのように定義されるかは、相続（対象）財産性の判断にとって非常に重要である<sup>206)</sup>にもかかわらず、BGBには、当該概念規定も何某かの一般的規律（allgemeine Regeln）も存在しない<sup>207)</sup>。BGBの体系性や、「所有者不明状態を回避する」という1922条1項の目的に鑑みれば、必ずしも金銭的価値を前提としないことが分かる。所詮その文言には、単なる「間接的な意味（indizielle Bedeutung）しかない」<sup>208)</sup>。SNSが舞台になっていて、もとよりデジタル内容が明らかに純個人的な内容であるため非財産権的利益が問題になっているかと思いきや、例外とはいえFB事件（Ⅲ2(3)b)の末尾部分も参照）や「遺言の解釈の手がかりとなるような場合」<sup>209)</sup>のように個別事例の事情いかんによっては、財産権的にも重大な意味を持ちうる場合もあろう。また現実社会では、人の肖像権など「人格的価値が経済的価値を生み出すという意味において、人格権と財産権との境界は、流動化している」というわが国の刑事法学者による指摘<sup>210)</sup>もある。

FB-BGH判決については、筆者同様、アウマンたちも「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」と予想した（Ⅲ1(2)参照）とおり早速、Appleが提供する iCloud 上の写真、電子メール、その他ドキュメントなど保存データの相続（「クラウド・サービスに関わるデジタル遺品」問題）に関わって、LG Münster 2019年4月16日欠席判決（Versäumnisurteil）<sup>211)</sup>がこれを踏襲している<sup>212)</sup>。この事件も、FB

事件と似通った部分があり、それは、相続人が上記データから、旅行中に死亡した父親の死亡理由・原因に関する情報を期待していることである<sup>213)</sup>。もっとも、この相続人の要望が、——被害者からの損害賠償請求を(加害者とされた者の)相続人が払い除ける必要のあったFB事件のように——金銭に関わる財産権的意味によるものなのかどうかまでは——現段階で知りうる限り——不明なわけだが、筆者やアウマンたち(Ⅲ4参照)によれば、この点こそが、デジタル相続の認否を決する重要な分水嶺となろう。

#### (5) 通信の秘密に関わって

アウマンたちがBVerfG 2015年の缶ビール・フラッシュモブ決定から看取した「私企業へのGG 10条1項の適用」を認めるための2つの本質的メルクマール「『公衆性』と『準備された場の基本権的重要性』」(Ⅲ3(1)参照)は、わが国においても十分通用しうるぐらい汎用性を有するようと思われる。なぜなら——いわゆる「忘れられる権利」に関わる、ただわが国ではその独自性を否認する——最判平成29[2017]年1月31日決定<sup>214)</sup>が、プラットフォームたる検索事業者について——その「表現の自由」の重要性を強調するためにはあったが——、公衆がインターネット上で情報を発信したり入手したりするのを支援し「現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている」事実を強調していたからである。

もっとも本来的には、「通信の秘密」の憲法具体化法としてTKG 88条(わが国で言えば憲法21条2項に関わる電気通信事業法4条〔秘密の保護〕1項)が存在するのであれば、もとより(国家ではない)FBとの関係ではいきなりGG 10条ではなくまずはTKG 88条の適用を考えるのが順当であろうか<sup>215)</sup>。たださりながら、もしかりに肝心のTKG自体のデジタル相続対応に不備がある(だからこそ一部では88条5項追加提案が提唱されるのであろう<sup>216)</sup>)のであれば、結局は通信分野におけるFBの国家に匹敵する存在感を強調するなどして、やはり回り回ってGG 10条の適用を問題とせざ

るを得ないのかもしれない。いずれにせよデジタル遺品に関わって、TKG 88条を考察する必要があることに間違いはなからう。

その上で——FB 事件でもそうだが——かりに被相続人がすでに目を通していたデータであってもいまだオンライン・サービス事業者のサーバーにあり、いつでも呼出可能な状態にあるならば、いわゆる「第三者による不正（無権限）アクセス」というリスクからなおも通信の秘密の保護下にあるとして、アウマンたちが通信の秘密の保護領域の拡大傾向を指摘した点は、データの保存媒体・方法がクラウドなど多様化する昨今、非常に重要であろう。

かくして通信の秘密に FB も拘束されることを前提とした上で、アウマンたちは、FB 事件においては当該ソーシャル・ネットワークの性格上、純個人的な情報が交信されている蓋然性が高いこと、手紙に代表されるアナログ遺品との比較自体、限定的であるべきこと（「FB で交わされた情報≠手紙のデジタル版」）から、BGH 判決に逆らって——上記(4)の死後人格権のみならず——通信の秘密もデジタル相続を妨げると結論づけたわけである。FB-BGH 判決は相続の効果である「当然承継」に着目し、「相続人は被相続人と人格上同一の存在だ」という解釈テクニクを駆使して通信の秘密の侵害を否定してみせたが、アウマンたちが鋭く指摘したとおり、その基本権の担い手・主体である通信相手からすれば、そもそも両者を同一人物と見立てることなどできるはずもない。もっともアウマンたちとて、デジタル遺品について財産権的価値が認められる場合にまで相続を否認するわけではない。GG 14条1項が相続権を制度的に保障していることからすれば当然であろう。

このような「憲法上の基本権的価値の衝突を調整する実践的整合性」に、筆者としても基本的に異論はない。

なおそのような中、「デジタル遺品」問題における通信の秘密に関わって、驚くべき「法律のアップデート」情報が飛び込んできた。FB-BGH 判決を受けて、ドイツ連邦政府はあえて立法措置を講じる必要はないとの

立場に方向転換したと思われた（I 1参照）が、その後も一部学説からは、今もなお「立法者は、明確な法律上の規律により規範衝突（Normkollision）という難題を一気に解決することを要求されている」との指摘<sup>216a)</sup>を受けていた矢先のことであった。

2021年2月10日、ドイツ連邦政府は、「デジタル世界におけるデータ保護とプライバシー保護について法的明確性をもたらす」ため、「電気通信とテレメディアにおけるデータ保護・プライバシー保護に関する TTDSG（電気通信-テレメディア-データ保護法）」草案を閣議決定した。この草案は、これまで TKG と TMG で規定されていたデータ保護規律を含み、DS-GVO 等への適合を目指して電気通信、テレメディア双方のデータ保護を一緒にした。そして何より注目すべきは、いわゆる「デジタル遺品」との関係で次の規律を設けようとしていることである。「通信の秘密は、エンドユーザーの相続人……がエンドユーザーの権利を電気通信事業者に対して主張することを妨げない」<sup>216b)</sup>。現段階ではこれ——つまり前述の TKG 88条5項追加提案や FB-BGH 判決に倣った規律を設けようとする——以上の詳細は明らかになっていないが、今後その動向に注視していきたい。

#### (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

ただ FB 事件においては、死亡したユーザーが成人ではなく15歳（という多感な年頃）の未成年であったため、このより特殊な個別事情が何らかの影響を及ぼすのか、気にかかることである。

たしかにマッケンロートの言うとおりに、親は、未成年の子による SNS の利用状況・履歴を監督する法的義務の下、法的保護者として存在する。そして裁判実務では、親に非常に厳しい監督義務が課せられており、未成年の子のオンライン行動をより良く監督できるよう専門家の記事に定期的に目を通すことまで求められる<sup>217)</sup>。また「親には、未成年者を危険から守る義務と権利がある」ことから、「一般的人格権（general right of per-

sonality)の一部として、子の死の状況について通知を受ける権利がある」。なお、未成年者へオンライン・メッセージを送信する者についても、親に隅々まで読まれており、すでに誰か第三者の手に渡っていることに同意していることまで推定されうるとの主張がなされてきた<sup>218)</sup>。

さりとて未成年者といえども、年齢が上がれば親の監督権限も弱まっていき、過干渉もこれまた問題となろう<sup>219)</sup>。「親の監督義務 (Aufsichtspflicht, BGB 1631条 (身上配慮の内容と限界) 1項, GG 6条 (婚姻, 家族, 母及び子の保護) 2項1文)」と「子の人格の発展 (Persönlichkeitsentfaltung des Kindes, BGB 1626条 (親の配慮, 諸原則), GG 1条1項と結びついた2条1項) とがまさに緊張関係に立つ<sup>220)</sup>からである。たとえば「保護者の同意」という形でオンライン上のプライバシー保護を必要とする子どもたちの年齢 (13歳未満か16歳までか) に関するアメリカでの議論ではあるが、「市民的自由の擁護者たち」は、子どもたちには「ある一定のうっとうしい保護者からのプライバシーも必要である」と言う<sup>221)</sup>。

なお、親子関係における子のプライバシー保護という観点で言えば、SNS つながりということで最近散見される「親が子の写真等を安易にSNS に投稿する」事例も興味深い<sup>222)</sup>。もしかりに当該子の年齢が—FB事件のように—15歳であったとするならば、その人格 (発達) 権・データ保護をどのように考えるべきであろうか。ここでは「子の同意」を取り付ける必要があるという議論も十分考えられよう<sup>223)</sup>。なお「憲法的価値に配慮し、基本法上の趣旨を取り込んで体系化されている」BGB にあっては、「子の意思は人格の発展や自己決定権に関わる基本権であって、これが親の基本権と衝突する際には、その調整には民法的視座に基づく解決のみならず、基本法の視座も必要となろう」という重要な指摘<sup>224)</sup>がある。

このようにさらに FB 事件の個別特殊事情を掘り下げて斟酌すれば、アウマンたちや筆者の判断もより慎重なものとならざるを得ない。

#### (7) FB-BGH 判決の事例判断的位置づけと限定的射程

FB-BGH 判決については、アウマンたちが分析したように、「被相続人がすでに生前、相続人に ID・パスワードを知らせていた」個別事例の単なる事例的判断でしかなかった、だからこそ純個人的な FB アカウントでありながらも例外的にその相続性を認めた<sup>225)</sup>と理解すれば、たしかに「デジタル遺品」問題自体、いまだ根本的な解決には至っていないことになる<sup>226)</sup>。すでに筆者も第2論文にて、「本件に限って言えば、娘Tが自ら生前、母Xにアクセス・データを教えていたことから、いささか強引かもしれないがその(情報自己決定)意思を汲み取れば、ともかく死後を含めて自己のアカウントへのアクセスに前向きであったと考えることもできなくはないだろう」としていた<sup>227)</sup>。

なお日独問わず実務書では、「デジタル遺品」紛争を未然に回避する意味で、死後承継を望む被相続人には——FB 事件のように——生前に ID・パスワードを知らせておく方法が推奨される<sup>228)</sup>が、顔認識 (Gesichtserkennung) や指紋 (Fingerabdruck) など生体認証によるセキュリティ技術の浸透いかんではそれも難しくなろう。かくしてポックラントは、「デジタル遺品の処理は将来にわたっても多くの問題を投げかけるであろう」と述べて研究著書を締めくくる<sup>229)</sup>。

#### (8) 民法典のデジタル法への脱皮

ところで——筆者が興味・関心を寄せてきた「法律のデジタル・アップデート」に関わって(とくに第3論文参照)——、中国版の GAF A と称される「BATH (Baidu [バイドゥ], Alibaba [アリババ], Tencent [テンセント], Huawei [ファーウェイ])」が台頭し ICT を活用したシステムやサービスのフロントランナーに躍り出た中国では、民法典に求められるべき現代的変容が着実になされている。2020年5月に採択された民法典(2021年1月1日施行)<sup>229a)</sup>では、「第1編 総則」中の「第5章 民事権利(109条~132条)」の冒頭3か条が「109条(自然人の人身自由・人格の尊厳)」・「110条(人格権)」

・「111条（個人情報の保護）」を規定し、また127条（データ・仮想財産の保護）が「データ・インターネット仮想財産の保護について、法律に規定がある場合は、その規定に従う。」と規定している<sup>230</sup>。「中国民法典のデータ保護規定」は、DS-GVO と随時比較しつつ説明を加えるヘーレンとピネリ（Stefan Pinelli）によれば、「個人データとプライバシーの保護という法的地位を向上させてデータ保護の意義を民法レベルで高める」ものと分析されており<sup>231</sup>、最先端の、一つのあるべき民法典の姿として注目すべき動向と言えよう<sup>232</sup>。

さらに上記民法典は、「第4編」として（「第6章 プライバシー権と個人情報保護（1032条～1039条）」を含む）「人格権編」を設けており<sup>233</sup>、この「編の単独化」は「社会の変貌に応じた新しい試み」である<sup>234</sup>。「物権同様に排他性、絶対性を有する」「人格権に光を当てて民法上の特別な地位を与えること」については、「個人の人格の尊重や個人情報の保護という時代の趨勢には適うものかもしれない」<sup>235</sup>。死者についても、プライバシーなど人格的利益を保護する規定（994条）が設けられている<sup>235a</sup>。なお、プライバシー権と個人情報に関する各規定の競合事例については、前者の優先適用となる（1034条3項<sup>236</sup>）が、「従来からのプライバシー権保護の要請と新たなネット時代の個人情報保護の要請との整合を図った」とされる<sup>237</sup>。

ただこのような中国でさえ——日独のみならず——、肝心の「デジタル遺品」に関する規定は、その定義に始まり存在していない。またこれまでに、その法的処理に関する判決もまだ出されてはいない<sup>237a</sup>。もっとも——ドイツのFB-BGH 判決・通説とは対照的に——、むしろ中国の多数説は「第三者のプライバシー（\*通信の秘密）の優越に賛成している」と、ヴィンクラー（Vincent Winkler）により分析されている<sup>237b</sup>。この学説動向は、本（第4）論文で紹介したアウマンたちや筆者の考え方に近接しているように思われ、非常に興味深い。

## 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——

いわゆるデジタル相続を認めた FB-BGH (2018年) 判決を受けて、FB は、14000頁にのぼる未整理で閲覧しづらい PDF ファイルを USB メモリにコピー保存して相続人に引き渡したわけだが、このような「明らかに意地の悪い」とも受け取られかねない対応<sup>238)</sup>に、相続人は納得せず、あらためて当該アカウントに直接アクセスできるように求めた。これは、上記 BGH 判決が被相続人の FB アカウントおよびそこに保存・蓄積された被相続人の通信内容への相続人のアクセスを認めた、その「判決内容の実現・執行」ないし「執行名義の解釈」という今回新たに浮上した争点であった(IIの問題⑨参照)。

かくして振り出しに戻り LG-Berlin から再スタートした<sup>239)</sup>わけだが、BGH は2020年8月27日決定<sup>240)</sup>(以下 FB-BGH決定と称する)で、PDF ファイルを USB メモリや電子メールなどで相続人に引き渡したり送付したりするだけでは足りず、むしろすでに FB-LG (2015年) 判決・BGH (2018年) 判決から自明ではある<sup>241)</sup>が、被相続人の FB 利用契約上の地位を当然承継した相続人に対して従前通り、つまり被相続人が生前アクセスできたのと同じように、当該アカウントに直接アクセスすること自体を認めなければならないとして——2年前の2018年判決同様に今回も BGH と相性の悪い——KG の原決定を覆した。つまり、「相続人=被相続人」という承継法上(相続法上)の同一性原理(sukzessionsrechtliches(erbrechtliches) Identitätsprinzip)が適用される<sup>242)</sup>からである。ともかくアナログ、デジタル問わず当該内容を評価・判断するために確実に知りうる事が常に重要だと考えれば、従来までの手紙や写真などアナログな内容については、「手にすること („in-den-Händen-halten“)」が不可欠であったのに対して、ソーシャル・ネットワークにおけるデジタルな内容については、もはやユー

ザー・アカウントそれ自体へのアクセスを通してしか十分に知り得ない<sup>243)</sup>。上記 FB-BGH 決定に賛成するザイドラー (Katharina Seidler) が指摘するように、被相続人 (FB 事件では15歳の亡娘) の自殺意図の有無を解明するには、この者のアカウントの視覚的コンテキストでしか個々のテキストや画像を追体験することはできない<sup>244)</sup>からである。かくしてデジタル世界にあっては、単なる通信内容の引渡しという (なぜかここだけいかにも) アナログな対応と、アカウント自体へのアクセスを決して同列に論じることができないことが分かる。

ただし——FB-BGH (2018年) 判決の評価について、「被相続人の通信内容の単なる閲覧 (schlichte Kenntnisnahme) 以外の利用」自体を扱ったものではないとされる<sup>245)</sup>ように、当該 FB 事件では争点になっていなかったが——FB-BGH 決定は、相続人が自己のために当該アカウントを継続利用すること (いわゆるアクティブ利用) までは認めなかった<sup>246)</sup>。分かりやすく言えば、「相続人は、あれこれ見て回り、過去の通信、投稿、写真などを観察し、クリックし、場合によってはダウンロードすることは認められる」が、「自ら書き込んだり新たな投稿をしたり『友達』をつくったりすることは許されない」<sup>247)</sup> (アクティブな利用権 = 被相続人の一身専属権) ということである。かくして FB は、「たとえばアクティブな利用可能性のない、ただ純粋な読む機能のみを装備」したり<sup>248)</sup>「当該アカウントにおいて権利承継が生じたことを分かりやすく注意喚起」したりすることによって「敬虔の念を込めて (pietätvoll)」行動することが求められる<sup>249)</sup>。もし相続人が上記アクティブ利用を行ったときは、FB-BGH 決定によれば、FB はその停止を請求することができる<sup>250)</sup> (決定理由[46])。

なお、FB-BGH 決定が認めた「FB アカウントへの相続人のアクセス」ではあるが、さすがにその期間についてまでは言及していない。すでにこの点、たとえばシャック (Haimo Schack) は、被相続人のアカウントを閲覧することでその債権・債務を把握するという相続人の利益<sup>250a)</sup>に鑑み、むしろ上記期間を限定的に捉えていて、契約上の合意がない限り、プロバ

イダは時代に即した遺産整理 (Nachlassabwicklung) に必要な期間よりも長く当該アカウントを提供するには及ばないとしていた<sup>251)</sup>。

以上のとおり FB 事件では、死亡したユーザーの相続人が二度までも、つまり最初はデジタル遺品の相続を、二度目はその実現方法として当該アカウントへのアクセス自体を認めさせるために BGH の法廷に出向く羽目になった。この事態を重く受けとめて、メトマン (Felix Methmann) は、今後はこのようなことがないようソーシャル・ネットワーク側には対処してもらわなければならない<sup>252)</sup>と皮肉たっぷりである。BGH 決定を受けて今後は、「相続人の請求を正当に評価する技術的解決を開発すること」、つまり当該インフラの整備こそが、デジタル・サービス提供者に課せられた任務である<sup>252a)</sup>。当該サービスを提供する以上、もはや技術的には不可能だという上記提供者の言い訳や泣き言は通用しなくなったと言えよう。

上記 BGH 決定はわずか1か月余りで、その重要性から BGB 1922条に関する注釈書の更新で補足・収録されている<sup>253)</sup>。オーストリアの「デジタル遺品」研究者であるツァンクル (Wolfgang Zankl) も速やかに、著書のアップデート情報として本決定を掲げデジタル更新を図る<sup>254)</sup>。

## VI. おわりに

### (1) 今後の研究について

今しばらくは引き続き、FB-BGH 判決に懐疑的・批判的な考察を行う研究に焦点を当てていきたい。とくに——筆者もすでに第2論文にて注目し、アウマンたちも正当な見解として頻繁に参考にした<sup>255)</sup>——各デジタル遺品の財産権的性質の有無に着目して相続性を峻別する分離理論の本家マルティエニ説 (2012年登場)<sup>256)</sup>の紹介・分析検討に関わって、最新の主張をフォローすべく——サブタイトルが示すとおり FB-BGH 判決は相続権に劣後すると評価した——「通信の秘密 (GG 10条・TKG 88条)」・「データ保護法 (DS-GVO を筆頭に)」の観点から今一度、判例評釈を兼ねてマルティエニ

がキーンレ（Thomas Kienle）を従えて7年ぶりに公表した批判的な<sup>257</sup>論稿「フェイスブック、生者と死者：遠距離通信およびデータ保護法上の観点からのデジタル遺品」<sup>258</sup>をとり上げたい。

あわせて、FB-BGH 判決について理論上「深遠な根拠づけを行う」としながらも「死後人格権」の考慮を提案してきたが受け入れられなかったことを憂慮する——マルティニ説の登場を遡ること7年前の2005年に登場した、上記峻別の見解の元祖とでも評すべき——ヘーレンの短い判例評釈<sup>259</sup>と、筆者やアウマンたち同様マルティニの見解を引用・参照しつつとくに被相続人が——若干15歳の未成年であったFB事件とは異なり上記判決の射程が及ぶか判断の分かれうるであろう——成年の場合<sup>260</sup>も念頭に「死後人格権」の観点からFB-BGH判決を疑問視するピッツ（Svenja Pitz）の判例研究論文「両親によるFBアカウントの相続」<sup>261</sup>も研究対象に加えたい。

ところで——無体財産に造詣の深い——シャックは、「遺伝上およびデジタル上の遺品（genetischer und digitaler Nachlass）」を対象として考察する——サブタイトルこそ違えど同じタイトルの——論稿「死後も生き続けること—その期間は？ 死後の権利の限界」<sup>262</sup>を30年ぶりに公表した。——本（第4）論文で紹介してきた——財産権的利益の有無によりデジタル相続の認否を峻別するアウマンたちの手法に対して、シャックは、その非現実性から批判的であり、相続人は被相続人のアカウントを閲覧することでその債権・債務を把握するという格別の利益を有していると主張する<sup>263</sup>。ただだからこそ、相続人のアクセス期間については限定的に捉える（すでにV参照）とともに、相続人が自己のために被相続人のアカウントを継続利用すること（いわゆるアクティブ利用）についても、死後人格権が許さないであろうと言う<sup>264</sup>。もっとも、たとえば起業家の死後も相続人が販売プラットフォームでの事業活動等を継続することに関心を持っているとの指摘<sup>265</sup>もあり、このようなニーズがある場合にどう吸収すべきか、問題となろう。

このようにシャックは、アクセス権の相続性自体は認めつつも、さりとてもっぱら遺産整理を念頭にその期間・用途をきわめて限定的に捉えてい

ることから、その位置づけ・評価はいささか難しい。筆者としては、——クラウド（Benedikt Klaus）とメーデルケ-ゾボレヴスキィー（Christine Möhrke-Sobolewski）がすでに主張していた——いわゆる「『情報提供という付随的請求権の相続』構成」と共通する部分を感じずにはいられない。クラウドらは、「遺産を整理し必要な法律行為をするために、相続人は BGB 1922条により被相続人の契約上の地位を包括承継した、つまりプロバイダの契約相手方になったことを理由に当該契約関係に基づいて付随的義務（Nebenflicht）の履行として情報提供を請求できる」としていた<sup>266</sup>。上記アクセスの期間・用途についても、今後の検討課題としたい。

## (2) デジタル遺品問題の集約された原点回帰事例

筆者は、わが国ではいまだ社会的に広く認知されたとはいえない「デジタル遺品」問題について少しでも関心を持ってもらい、様々な関係者にトラブル回避につなげてほしいという思いから発信を続けてきた。最後に——本研究の原点回帰という意味も込めて——、デジタル遺品に造詣が深く筆者の研究でも頻繁に引用・参照してきた<sup>267</sup> プルンス（Matthias Pruns）ならではの——今般のコロナ感染拡大に伴う在宅リモートワークでより身近になったと思われるが——次の典型的な実情が、いかに複雑な法的断面を当該テーマが有するかを教えてくれる。どのような答えを出せばよいのだろうか、今後あらためて考えていきたい。なお、雑多なアカウント利用がなされている場合<sup>268</sup>）について、シュヴァルトマン（Rolf Schwartmann）とオール（Sara Ohr）は、「死後の人格保護に服する純個人的データ」と「財産権的データ」のより綿密な峻別作業が求められるだろうが、その「必要な技術的諸条件を作り出すのは、サービス提供者の任務であろう」と言う（いわゆる IT インフラ・システムという環境整備責務）<sup>269</sup>。

Aは成功を取めた建築家であった。Aは、経営する株式会社であった建築事務所を加齢により譲り渡した。ただ引き続きフリーランサー（freier

Mitarbeiter）として、建築事務所のためにいくつかのプロジェクトを担当する。

Aは、自宅で仕事をし、デスクトップ、ノートという両パソコン、タブレット端末やスマートフォンなど定番の情報機器を使っている。

Aは、アメリカのサービス事業者が提供する無料の電子メールサービスについてアカウントを持っている。当該メールアドレスは、プライベート、仕事の両方に使用していた。それ以外にも、様々なソーシャル・ネットワークのアクティブ・ユーザーであった。

Aは、クリエイティブな仕事にほとんど自分のデスクトップ・パソコンを使用する。電子メールの送受信にもその他のインターネット上の活動にも、Aは、あらゆる手持ちの電子機器を使用する。

建築設計図を描く際、Aは、使用許諾の必要なプロ仕様のプログラムを使用する。ただ僉約家のAは、自宅で使用する当該プログラムの最新バージョンをライセンス・キーともどもインターネット上に「見つけていた」。当該使用についてAは、2週間前にソフトウェア開発者の警告を受けていた。さらに様々な情報機器で、種々雑多な手紙、メモ、写真に代表される多数の個人データも保存している。

ところでAには、疎遠となっている子が二人いる。子らは、ワーカホリックな父Aに対して、自分たちのことも亡母のこともないがしろにしてきたと非難した。すでにかなり前にAは、上記二人の子と一時金保証（Abfindung）と引き換えに相続・遺留分の放棄契約を結んでいた。かくして子らは、遺産とは極力関係がないこととされている。

Aの単独相続人は、生活を共にする女性（Lebensgefährtin）Lであった。Aは、そのことを記載しただけでそれ以外にはまったく何も書かれていない遺言を作成する。

上記事情にあって、Aが死亡したとき、相続人Lは法律上どのような立場に置かれるのだろうか。またAとしては、デジタル遺品に備えて生前にどのようなことに注意しておけばよかったのだろうか<sup>270)</sup>。

141) Vgl. A. Aumann/C. Aumann, aa.O. (Fn. 31), S. 580.

142) BVerfGE 128, 226. ただ正確には、BVerfGは、被告フラボート株式会社の「50%以上を公の株主が保有しているが故に、基本法における基本権が直接及ぶ」（石村修「38 フラ

ンクフルト飛行場における集会・デモ規制——フラボート判決——」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注100)所収173頁以下)と判示しており、(判例上伝統的な間接適用ではなく)混合企業への「直接適用」事例ということになる(第1論文(2・完)・前掲注24)231頁の注130)で筆者は能力不足から評価しあぐねていたが)。また本判決で「注目すべきは、『パブリック・フォーラム』(oe(\*ö)ffentliches Forum)論が採用されていること」だ(木村・前掲注49)20頁)とされる。詳しい解説・分析については、石村・同上174頁以下、同「人権(基本権)と私法上の公的主体——混合企業への人権適用——」新報120巻1・2号(2013年)10頁以下参照。Vgl. auch Stefan Muckel, Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung – Wer kann sich auf Grundrechte berufen und wer wird durch sie verpflichtet?: Neue Aspekte zu scheinbar gefestigten Kategorien der allgemeinen Grundrechtslehren, JA 2020, S. 412.

- なお——忘れられる権利(Recht auf Vergessenwerden)に関わって——BVerfG 2019年11月6日決定(NJW 2020, 300. 決定理由[88])は、フラボート判決を参照しつつ、「基本権の間接的第三者効力(mittelbare Drittwirkung)は特定の状況下において国家の基本権拘束と類似的効力を有しうることを強調している」(Hebeler/Berg, aa.O. (Fn. 51), S. 91)。
- 143) BGH NJW 2015, 2485. このフラッシュモブ決定を詳しく紹介・検討するものとして、岡田俊幸「私有地における集会の自由」日法85巻2号(2019年)177頁以下。
- 144) ちなみに本文の両事件では、「市民の集会の自由」と「土地所有者などに認められる私法上の管理権(憲法上の財産権保障)」が衝突していた(玉蟲由樹「ドイツ憲法判例研究(215) 一般的平等原則の私法への照射効[2018年4月11日ドイツ連邦憲法裁判所第1法廷決定]」自研95巻4号(2019年)159頁)。
- なお、両判決・決定を関連づけて分かりやすく説明するものとして、玉蟲・同上158頁。
- 145) 本判決理由部分の邦訳については、石村修「判例研究 フランクフルト飛行場における集会・デモ規制 2011年2月22日 ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷判決(1BvR 699/06) BVerfGE128, 226f. NJW 17/2011,1201f.」専修ロー8号(2013年)139頁から引用した。
- 146) なお、「アメリカ法の国家同視説あるいは国家類似説の影響が見られる」(木村・前掲注49)21頁)とも言われる(I2も参照)。
- 147) 玉蟲・前掲注144)158頁。
- 148) BVerfG NJW 2018, 1667. 詳しくは、玉蟲・前掲注144)154頁以下、木村・前掲注49)5頁以下、Matthias Ruffert, Privatrechtswirkung der Grundrechte: Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?, JuS 2020, S. 3f. 参照。本決定は、「基本権が私法解釈においても考慮されなければならない」とした「1958年のリュート判決以来の」伝統的な間接的第三者効力説を踏襲して、従来「未解明であった」一般的平等原則(GG 3条1項)についても——「『大衆に開かれて』しており、そこからの排除が人々の『社会生活への参加を左右するような』イベント」という例外的事例であったとはいえ——当該「効力を承認した初めての判断という点に意義をもつ」(玉蟲・同上158頁以下)。「原則的に基本権の間接的第三者効力説を採用しながら、例外的に『特殊事態』において直接的第三者効力説を採用した」(木村・同上5頁。同20頁も参照)とも評される。Vgl. auch Simon Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, S. 11f.;

Hebeler/Berg, a.a.O. (Fn. 51), S. 91; Sophie Tschorr, Soziale Netzwerke als Akteure für ein „besseres“ Internet?: Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Praxis, MMR 2021, S. 206.

GG 3条（法律の前の平等、男女同権、差別的取扱いの禁止）1項

(1) すべての人は法律の前に平等である。

なお、上記判例の間接適用説を批判的に考察する民事法学者の最新文献として、Jörg Neuner, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, S. 1851ff. がある。

149) この2018年4月11日決定を早速翌年、強大なソーシャル・ネットワーク（wirkmächtige soziale Netzwerke）にまで転用したと評されうる（vgl. Daniel Holznagel, Put-back-Ansprüche gegen soziale Netzwerke – Quo Vadis?: Bestandsaufnahme nach BVerfG v. 22. 5. 2019 zu „Der III. Weg“ (1 BvQ 42/19) und vor dem Hintergrund aktueller rechtspolitischer Forderungen, CR 2019, S. 518, 520) BVerfG 2019年5月22日決定（NJW 2019, 1935）が登場しており、アウマンたちの本文予想はある意味、的中したと言えようか。Vgl. auch Henning Schaaf, Drittwirkung der Grundrechte – Dogmatik und Fallbearbeitung, Jura 2021, S. 257.

150) NJW-RR 2019, 35.

151) Ebenso Jobst, a.a.O. (Fn. 148), S. 11ff.

152) NJW 2018, 3111.

153) TKG 3条（概念規定）24号〔筆者試訳〕

24. 「遠距離通信サービス（Telekommunikationsdienste）」とは、遠距離通信網（Telekommunikationsnetze）を通じた信号の伝送（Übertragung von Signalen）において完全に又は主に存在する、ネットワーク（Rundfunknetze）上の伝送サービスを含む、通常一般に有償で提供されるサービス、である。

154) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 580f.

155) たとえば GG 10条に関わっては、「空間的な距離と第三者の把握可能性のゆえに、この場合とくにプライバシー Privatheit が危険にさらされている」（ビエロートほか（永田ほか訳）・前掲注107）291頁[Rn 848]）点が指摘されている。この観点からすれば、「プロバイダーのもとになお保管されている情報」も「利用者の支配領域にはない」（同上295頁[Rn 860]）。Vgl. auch etwa Hubertus Gersdorf, in ders./Boris P. Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 28. Edition Stand: 01.05.2019, GG Art. 10 Rz. 17.

なお上記プロバイダは、住居の不可侵を規定した GG 13条1項により保護される（Volker Epping, Grundrechte, 8. Aufl. (2019), Kapitel 14: Schutz der Privatsphäre Rz. 695）。

156) BVerfGE 124, 43. 当該決定は、「プロバイダのメールサーバ上に保存されているメールを既読未読を問わずすべて通信の秘密による保護対象に含めた」（宮地基「40 プロバイダのメールサーバ上にある電子メールの差押と通信の秘密」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注100）182頁）。詳しい紹介と解説については、同上180頁以下参照。Vgl. etwa auch Ines M. Hassemer, in Astrid Auer-Reinsdorff/Isabell Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. (2019), § 43 Strafrecht im Bereich der Informationstechnolo-

gien, Rz. 186.

- 157) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 581. たとえば第3論文(2・完)・前掲注7) 251頁も参照。
- 158) 誤解をおそれず言うならば、わが国の「無権代理と相続」問題の<sup>1</sup>学説でいうところの「相続による人格融合・地位同化」チェックであろうか。
- 159) Vgl. A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 581.  
なお本文の FB-BGH 判決の論証以外に一部学説では、「通信相手の同意(黙示を含む)」、「BGB 1922条がTKG 88条3項3文の例外事例に該当すること」なども主張されている(vgl. Außner, a.a.O. (Fn. 2), S. 276ff.)。
- 160) Ähnlich Merle Bock, Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses, AcP 217 (2017), S. 406f.
- 161) 本文事実については、第1論文(1)・前掲注14) 152頁参照。
- 162) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 581. なお「介入」、つまり通信の秘密の侵害を正当化しうるには必ず、「法律の留保(Gesetzesvorbehalt)」と「明示(Zitiergebot)」要件(TKG 88条3項3文。条文訳については前掲注17)参照)を充たすことが要求される(「介入の基礎(Eingriffsgrundlage)」の存在)。ただ当該具体的な規範を、いまだ——ドイツ弁護士協会のデジタル遺品に関する意見書(Bräutigam/Herzog/Mayen/Redeker/Zuck u. a.: Stellungnahme Nr. 34/2013 des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass. 詳しくは、第1論文(2・完)・前掲注24) 215頁以下、第3論文(2・完)・前掲注7) 252頁以下参照)により「TKG 88条への5項の追加」提案(いわゆる「基本権衝突の法律による解決」策の提示)を受けたものの実現はせず——TKG 自体は有しない(A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 581)。

上記の「TKG 88条5項」案

(5) 電気通信サービスに関する契約関係又はその通信内容に関する個々の請求権が BGB 1922条により包括的権利承継の方法で移転するときは、本条3項2文によるサービス・プロバイダの権限は、包括的権利承継者……との関係でも存在する。サービス・プロバイダは、包括的権利承継者……に、とくに当初の加入者と同じ方法で自己に蓄積されたデータへのアクセスを許可することができる。

ただ2021年、上記 TKG の周辺で風雲急を告げる動きが見られたが、詳しくはIV(5)の末尾部分参照。

- 163) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 581f.
- 164) 詳しくは、後掲注259)参照。
- 165) なお、被相続人の死亡時点で郵便には出されていたもののいまだ配達されていない場合についても、「<sup>1</sup>デジタル通信の領域におけるのは異なつて—PostG(ドイツ郵便法) 39条(郵便の秘密)4項2文により相続人への配達に関する法律上の授權の基礎(Ermächtigunggrundlage)が存在する」ため、結果的に同様となる(A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 582)。
- 165a) すでに同旨、たとえば第3論文(2・完)・前掲注7) 246頁以下。

- 166) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 582.
- 167) BVerfGは、——領域「理論によると」「比例原則を厳格に遵守すれば介入することの許される私的領域 Privatsphäre」と区別される——「公権力にはそもそも閉ざされている内密領域 Intimsphäre」を「私的な生活形成の核心領域としてとらえる」（ピエロートほか（永田ほか訳）・前掲注 107）129頁[Rn 413]。
- なお上記領域理論については、たとえば Juliana Klaus, Negative Informationsrechte im Privatrecht: Vergleichende Darstellung der Rechte auf Uninformiertheit und auf Vergessen(werden) zum Schutz der Persönlichkeit vor unerwünschten Informationen (2019), S. 34ff. も参照。
- 168) 当該同意（さらには情報自己決定権）の延長線上に、デジタル・アカウントの死後承継に関する被相続人の「遺言」利用の契機があるように思われる。
- 169) たしかにこの点は、すでに FB-KG 判決も指摘していたところ（判決理由[71]参照）である。
- 170) 当該訳語については、實原・前掲注 99）9 頁の脚注(20)を参照した。
- 171) A. Aumann/C. Aumann, a.a.O. (Fn. 31), S. 582f. Ähnlich Gerrit Hornung, in ders./Ralf Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media (2021), 5 Datenschutzrechtliche Aspekte der Social Media, Rz. 121.
- 172) Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 198.
- 173) Mitterer/Wiedemann/Zwissler, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zu Industrie 4.0 und Digitalisierung 2018, BB 2019, S. 10. 筆者もすでに類似の指摘をしたことがある（たとえば第3論文(1)・前掲注 5）194頁の注 93）参照）。
- 174) Vgl. etwa Außner, a.a.O. (Fn. 2), S. 48ff.
- 175) 詳しくは、たとえば第3論文(2・完)・前掲注 7）242頁以下参照。
- なお、ユーザーが自己のデータを他人のサーバーに保存・蓄積しても、当該行為は、ただ単に記憶媒体を決まりどおり利用しただけで新たな動産を製造したわけではないので、BGB 950条にいう加工には当たらず、よってユーザーが加工により所有権を取得したという説明をすることもできない（vgl. Florian Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass: Eine Untersuchung zum postmortalen Geheimnisschutz (2019), S. 24）。
- BGB 950条（加工）1項1文
- (1) 一個若しくは数個の材料を加工又は改造することによって新たな動産を製造した者は、その新たな物の所有権を取得する。
- BGB 第3編 物権法に関する条文訳については随時、マンフレート・ヴォルフ＝マリナー・ヴェレンホーフアー（大場浩之ほか訳）『ドイツ物権法』（成文堂、2016年）から引用する。
- 176) Heike Schweitzer, Datenzugang in der Datenökonomie: Eckpfeiler einer neuen Informationsordnung, GRUR 2019, S. 570. なおスイスでも類似の指摘, Thouvenin/Weber/Früh, Elemente einer Datenpolitik (2019), S. 56f.
- 177) BGB 903条（所有権の権能）1文
- 物の所有者は、法律又は第三者の権利によって制限を受けない限り、その物を自由に用

い、かつ、他人による一切の干渉を排除することができる。

- 178) これについては、たとえば平易な Michael Jaensch, Juristische Methodenlehre: Rechtsgeschichte, Auslegung und Rechtsfortbildung - mit zahlreichen Beispielen und Klausurfällen (2016), S. 83f. 参照。
- 179) Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 156. なお、占有保護規定の類推適用に関わって本文類似の判断をした OLG Brandenburg, BeckRS 2019, 27106[Rz. 42] も参照。
- 180) Vgl. Michael Pruß/Frank Sarre, Datenqualität - ein beherrschbares Thema aus technischer und juristischer Sicht im Zeitalter der Digitalisierung?, in Jürgen Taeger, Rechtsfragen digitaler Transformationen - Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, DSRITB 2018, S. 545ff., insbes. S. 548ff. データの「信頼性」が重要とされる傾向については、第 3 論文(1)・前掲注 5) 192頁の注 77) 参照。
- 181) 宍倉学「メディア市場における新規参入の影響——情報財の中立性と質——」情報法制研究 3 号 (2018年) 26頁。
- 182) Vgl. Martin Fries/Marc Scheufen, Märkte für Maschinendaten: Eine rechtliche und rechtsökonomische Standortbestimmung, MMR 2019, S. 725. 他方で、「個人が自己のデジタル世界摘要に残したデータ足跡 (Datenspuren) は、自己人格の最も内面的な層へと至る道を教える」現状から、個人データについて、データ所有権は「非常に場違い (deplatziert) だ」と指摘される (Lahusen, a.a.O. (Fn. 95), S. 27)。
- 183) Vgl. Sendlmeier, a.a.O. (Fn. 81), S. 113.
- 184) 第 3 論文(1)・前掲注 5) 168頁以下、同論文(2)・完)・前掲注 7) 273頁の注 168) も参照。かくして筆者は、ドイツの「データ所有権」論争の意義を探る原田弘隆氏 (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 (DC 2)) の具体的成果の公表 (立命館法学前号から 3 回連載予定) を待ちたい (第 2 論文(3)・完)・前掲注 25) 167頁の注 185) も参照。
- なお——少しユニークな例を挙げれば——A の USB メモリに保存されている B のデータについて、データ所有権を認める立場をとるならば、記憶媒体の所有者 A は当該データについてはあくまで占有者にすぎず、B が所有者ということになろうか。そしてこのデータのみを C が抜き盗った場合、有体物たる記憶媒体自体は盗まれておらずしかも USB メモリの所有者は B ではなく A であるし、当該データを抜き盗った C とデータ主体 B は契約関係にない。この場合にこそデータ所有権に基づいて、B は、C にその返還や削除を求められることができるはずである。これが——(民事) 一般法としての民法上——「財産権としてのデータ所有権」を観念する意味の一つかもしれない。
- 185) 武邑・前掲注 48) 155頁。
- 186) 詳しくは、第 3 論文(1)・前掲注 5) 187頁以下の注 47) 参照。なお、わが国における情報の占有については、小粥太郎編『新注民法(5)物権(2)』(有斐閣, 2020年) 336頁以下[金子敬明]参照。
- 187) 詳しくは、宇賀克也『個人情報保護と利用』(有斐閣, 2019年) 45頁以下、56頁以下参照。
- 188) Mark-Oliver Mackenrodt, Digital Inheritance in Germany, EuCML 2018, 45.

ただこの点から、筆者は、一方で人格権であり他方で財産権でありながら「情報自己決定権」と「データ所有権」はとくに権能面で近接性を有しているかのようであり、研究を続けるほどにデータ所有権論の多義性と難解さを感じる。この混乱の原因の一つは、「民法上の議論の立ち後れ」、つまり個人データを主対象とした「情報自己決定権」という憲法上の議論が先行してきたことによるのかもしれない。データ支配・帰属問題へのアプローチとしては、物権法、債務法、あるいはいわゆる人格権法いずれが優れているのであろうか。Vgl. auch Lahusen, a.a.O. (Fn. 95), S. 20.

- 189) Id. at 47. 「データ・エコノミー」は、大量に集めた「データの緻密な解析と活用」により費用削減の効果を生み「より利便性の高い多岐に渡るサービスの創出」を可能にする反面、強者はより強大となり寡占・独占状態を生む危険を伴う（パソナ総合研究所運営委員会「デジタル・データ・エコノミー時代の競争政策——テクノロジーの進化とデジタル・データ・エコノミーの流れを妨げるな！——」（2019年）3頁[<https://www.pasonagroup.co.jp/Portals/0/resources/pi/docs/proposal03.pdf> : 2019年11月22日アクセス]）。

- 190) たとえば第1論文（2・完）・前掲注24）218頁以下参照。

このような考え方は、たとえば世間で物議を醸した「第70回（2019年大晦日）NHK 紅白歌合戦での AI 美空ひばり」問題（AI を使って美空ひばりを蘇らせる権利が本人以外の者にそもそもあるのか、あるとして誰にあるのか）を考える際にも指針となろうか。テクノロジーの発達が個人データの利用により死者の擬似的復活を可能にした状況を「D.E. A.D (Digital Employment After Death = 死後デジタル労働)」と名付けて当該世論の整理、理解の深化、自身の意思表示をサポートするクリエイティブ・スタジオ Whatever Inc. の開設した <https://dead.work/>（2021年3月24日最終アクセス）がある。

なお、「死後のプライバシー（post-mortem-privacy）」の先駆的研究者としてかねてよりイギリスのデジタル遺品も考察してきたハービンジャ（Edina Harbinja. たとえば第3論文（1）・前掲注5）187頁の注46）、同論文（2・完）・前掲注7）285頁の注288）参照。最近では、「死者の自律性の尊重によるデータ保護」というフランス法モデルを「遺言自由の拡大」・「死後のプライバシー保護」に加えて「AI 技術の活用」も視野に入れて模索する Id., *Emails and Death: Legal Issues Surrounding Post - Mortem Transmission of Emails*, *Death studies* 43(7), 2019, p. 444）らによれば、現在のところ、「デジタル転生（digital reincarnation）」を規定した法律は存在しないため、「死後のデータ・プライバシー権（right to data privacy）」はいまだ定まっていないとされる。デジタルで復活させられることをオプトアウトする方法さえなく、法的に不確かな状況であるため、AI 技術の活用により、死後にデータからチャットボットを民間企業が作ることも考えられる（テクノロジーが死を無視して最愛の人をチャットボットにする危険性・不条理も生じようか）。『「安らかに眠れ」と書かれた墓石の下に遺体が横たわっている人をデジタルで復活させるのは、プライバシー権の侵害のように思える』ことから、ハービンジャらは、このような「墓の向こうから来たチャットボット」が日常一般的になるようであれば、これを統制する新しい法律の制定の必要性を示唆する。そして具体的に、死後のデータに関する法整備の一つの方法として、「生きているときに本人が別の方法を指定しない限り、死者の臓器は提供されたものとして扱う」「オプトアウト」方式を採用したイギリスの臓器提

供法 (organ donation law) を参照する。この方式によれば、「死者のプライバシーや相続人の意思を尊重しつつ」「データ提供者も臓器提供と同様に人命救助に貢献できる」という「提供されたデータから得られる利益も考慮することが可能となる」(https://theconversation.com/chatbots-that-resurrect-the-dead-legal-experts-weigh-in-on-disturbing-technology-155436 : 2021年3月25日最終アクセス)。以上は、死後のデータ・プライバシー保護に関わる有益な提言であると言えよう。

- 191) Vgl. Johann Bizer, Postmortaler Persönlichkeitsschutz? – Rechtsgrund und Länge der Schutzfristen für personenbezogene Daten Verstorbener nach den Archivgesetzen des Bundes und der Länder, NVwZ 1993, S. 654. 詳しくは、安次富・前掲注104)[1980年]43頁以下参照。
- 192) Münchener/Spickhoff, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2018), § 1 Rz. 61. 詳しくは、Christoph Luther, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte (2009), S. 76ff. 参照。
- 193) 玉蟲由樹「死後の人格権保護について」仙台白百合女子大学紀要8巻(2004年)54頁。
- 194) 詳しくは、戸波江二「1・胎児の人権、死者の人権——人はいつからいつまで、人権を享有するか」同ほか編著『生命と法』(成文堂, 2005年)所収43頁以下参照。
- 195) 田辺肇「●特集● 終活と法 葬送の自由と死者の尊厳」法セ788号(2020年)21頁も参照。
- 196) 村山・前掲注124)[2019年]160頁。
- 197) OLG Karlsruhe, a.a.O. (Fn. 139), insbes. S. 163f.[18].
- 198) なおこのような信認関係的考え方を、SNS事業者(デジタル・プラットフォーム)と利用者間に妥当せしめたのが「情報フィデュシャリー」論(第3論文(2・完)・前掲注7)274頁の注171), 詳しくは林秀弥「特集 デジタルプラットフォームと消費者の保護 ⑥ デジタルプラットフォームと消費者の権利——競争法と『信頼(trust)』の観点から——」現消48号(2020年)55頁以下参照)と言えようか。
- 199) Vgl. Pein, a.a.O. (Fn. 85), S. 81–86.
- 200) Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 38.
- 201) Etwa Münchener/Wagner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020), § 823 Rz. 420ff. 第1論文(1)・前掲注14)165頁の注49), 同論文(2・完)・前掲注24)230頁の注114)も参照。
- 202) 第3論文(2・完)・前掲注7)263頁以下, 281頁の注244)参照。
- 202a) Vincent Winkler, Rechte an Daten im Zivilrecht: Eine vergleichende Betrachtung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China (2021), S. 198.
- 203) Vgl. Neuner, a.a.O. (Fn. 106), § 11 Die Rechtsfähigkeit Rz. 26; Schmidt, a.a.O. (Fn. 9), § 1922 Rz. 96.
- 204) Datenethikkommission, a.a.O. (Fn. 133), S. 111[34.3].
- 205) 詳しくは、たとえば第3論文(2・完)・前掲注7)264頁。
- 206) Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 21. なお第1論文(2・完)・前掲注24)230頁の注114)参照。
- 207) Neuner, a.a.O. (Fn. 106), § 26 Unkörperliche Gegenstände Rz. 15.

- 208) Pockrandt, aa.O. (Fn. 12), S. 21ff. なお、BGB 1922条1項の「相続財産」該当性についてデジタル遺品を含めて具体例を列挙しながら分かりやすく簡潔に解説するものとして、Anne Röthel, Was ist eigentlich »Vermögen« i. S. von § 1922 Abs. 1 BGB?, Jura 2020, S. 1186ff.
- 209) 第1論文(2・完)・前掲注24) 206頁以下。
- 210) 長井圓『死の概念と脳死一元論の定礎——生物学説と規範学説——』（信山社、2020年）279頁。
- 211) LG Münster, ErbR 2019, 455. なお貴重な当該評釈として、Matthias Pruns, Die Erben haben Anspruch auf Zugang zu einem iCloud Benutzerkonto des Erblassers: Anmerkung zu LG Münster, Versäumnisurt. v. 16.4.2019 – 014 O14 O 565/18, ErbR 2019, S. 456f.
- 212) 第3論文(2・完)・前掲注7) 253頁参照。「いずれにせよ SNS, クラウド・サービスにより各ユーザーの利用目的・実態など傾向が違おうであろうから、問題解決の出発点としてその特徴把握は重要となろう」（同上278頁以下の注216)）。
- 213) 第2論文(3・完)・前掲注25) 170頁末尾の括弧囲みを参照。
- 214) 民集71巻1号63頁。
- 215) 第3論文(2・完)・前掲注7) 261頁参照。GG 10条よりも TKG 88条3項との関連でデジタル遺品の相続性を掘り下げて考察する最近の研究として、今後とり上げる予定の Martini/Kienle, aa.O. (Fn. 110), S. 235ff.
- 216) 具体的提案については、前掲注162) 参照。
- 216a) Martini/Kienle, aa.O. (Fn. 110), S. 236 Fn. 21.
- 216b) PRESSEMITTEILUNG des BMWi v. 10.02.2021, Schutz der Privatsphäre und innovative Geschäftsmodelle – neuer Rechtsrahmen sorgt für Ausgleich und Rechtsklarheit: Kabinett beschließt Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz [<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2021/02/20210210-schutz-privatsphaere-innovative-geschaeftsmodelle-neuer-rechtsrahmen-sorgt-ausgleich-rechtsklarheit.html> : 2021年2月11日最終アクセス]. Vgl. auch Schwartmann/Benedikt/Reif, Entwurf zum TTDSG: Für einen zeitgemäßen Online-Datenschutz?, MMR 2021, S. 99ff.
- 217) Vgl. auch Nicole Seier, Aufsichtspflicht von Eltern gegenüber ihrem minderjährigen Kindern – Inhalt und Umfang ihrer Verantwortung, FuR 2020, S. 683.
- 218) Mackenrodt, supra note 188, at 46-7.
- 219) 第2論文(3・完)・前掲注25) 143頁参照。
- 220) Vgl. etwa Marie Herberger, Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer – ein Orientierungsversuch aus familienrechtlicher Sicht, jM 2020, S. 444f, 449.
- 221) クリス・フーフナグル（宮下ほほか訳）『アメリカプライバシー法——連邦取引委員会の法と政策』（勁草書房、2018年）96頁。
- 222) なお脱稿直前、親子関係におけるデジタル問題として「ソーシャル・ネットワークにおける子の写真公開」、「デジタル監視（子ども監視アプリ/デバイス）」、「デジタル遺品」をとり上げる Leeb/Starnecker, aa.O. (Fn. 57), S. 97ff. に接した。

- 223) Vgl. etwa Ulrich Rake, Kinderrechte und Sorgerechtsbefugnisse bei elterlichen Foto-Postings in sozialen Medien, FamRZ 2020, S. 1064ff.
- 224) 佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重——憲法と民法の協働の視点から——」立命317号(2008年)272頁以下。
- 225) 加えて本判決では、両親Xらは相続人であると同時に最近親者かつ——被相続人は未成年者だったことから——親権者でもあったというさらなる特殊事情もある(vgl. auch Theodor Ludwig, Wer erbt meine Daten?: Ein Ratgeber zum digitalen Nachlass (2019), S. 23)。
- 226) なお——デジタル相続を排除した約款の規制に関わって——「欧州法上、連邦レベルで……解決されうる」が「依然として未解決の問題のままである」(Zugang zum digitalen Nachlass regeln, ZD-Aktuell 2019, 06817. 詳しくは, Deutscher Bundestag, Drucksache 19/14044, S. 2f.)。
- 227) 第2論文(3・完)・前掲注25)165頁以下の注171)の末尾部分。
- 228) 直近も同旨, Magdalena Naczinsky, Die digitale Vorsorge des Erblassers, ZEV 2020, S. 670。
- 229) Pockrandt, aa.O. (Fn. 12), S. 200。
- 229a) この最新かつ優れた概説書として, 胡光輝『中華人民共和國民法典～2021年1月施行～立法経緯・概要・邦訳～』(日本加除出版, 2021年), 孫海萍編著『新しい中国民法』(商事法務, 2021年)がある。
- 230) 小田美佐子=朱擘「◇資料◇中華人民共和國民法典(1)」立命390号(2020年)412頁以下, 427頁以下。なお, 劉新宇「中国における『民法典時代』の到来——ビジネスの観点からみたその要点」NBL 1174号(2020年)56頁以下も参照。
- 231) Thomas Hoeren/Stefan Pinelli, Datenschutz im neuen chinesischen Zivilgesetzbuch, DuD 2020, S. 680 参照。
- 232) 「デジタル遺品」問題の解消を担う「デジタル遺言の解禁」について, 筆者はかねてより関心を寄せてきた(たとえば第3論文(1)・前掲注5)171頁以下参照)が, 中国では今般の民法改正により印刷遺言(1136条)・ビデオ遺言(1137条)という2つの遺言方式が新設されている(石佳友(著)叶周侠(訳)中田邦博(監訳)「◆同志社法学会講演会◆中国における民法改正——法典としての『民法』の成立とその課題——」同法72巻3号(2020年)105頁)。两条文訳については, 小田美佐子=朱擘「◇資料◇中華人民共和國民法典(2・完)」立命391号(2020年)494頁参照。

なお「デジタル遺言」という用語は, 現行法の方式規定にあって有効に作成された遺言のうちデジタル遺品に関する部分をさす場合に使われることもあるが, とにかく上記では, 現行法上有効なものと認められていない遺言方式, つまり「デジタル方式で作成された遺言」の意味で使っている。この「電子遺言」についてはさすがに, 上記2つの遺言方式を新設した中国民法典でさえ, 「まだ時期尚早であるという判断」からか新設は見送られたようであり, 「今後の技術発展及び立法等に期待したい」とされる(孫海萍・前掲注229a)310頁[孫夢潔])。最近ドイツでも, 遺言の方式規定(BGB 2247条)が果たす役割・機能に留意した上であれば(つまり特定の要件の追加を前提に), タブレット上で手書き

入力した遺言（＝タブレット遺言）を認めてもよいのではないかとする Anne Sanders/ Kevin Goldner, Das Tablet-Testament, ErbR 2020, S. 337 が出された。デジタル化が高齢者にまで広く浸透した現代社会において「終意」を尊重する遺言自由の原則を実現しようとするのであれば、デジタル遺言の解禁問題に取り組むことが早急に求められよう。

233) より詳しくは、湯野基生「中国民法典とその人格権編」外法286号（2020年）103頁以下、とくにプライバシー権・個人情報の保護については112頁以下参照。条文訳については、小田＝朱・前掲注232）477頁以下参照。

234) 小田＝朱・前掲注230）413頁参照。

235) 住田尚之「中国民法典の登場（１）～全体構造～」際商48巻7号（2020年）888頁。

235a) 胡・前掲注229a）98頁以下参照。

民法994条 死者の人格的利益

死者の氏名、肖像、名誉、栄誉、プライバシー及び遺体等が侵害されたときは、その配偶者、子又は父母は、法の定めるところにより、行為者に民事責任を負うよう請求することができる。死者に配偶者も子もなく、かつ、父母がすでに死亡したときは、その他の近親者は、法の定めるところにより、行為者に民事責任を負うよう請求することができる。

上記条文訳については、胡・同上237頁から引用した。

236) 民法1034条（個人情報保護）3項

個人情報の中のプライベートな情報は、プライバシー権の規定を適用する。規定がない場合は、個人情報保護に関する規定を適用する。

上記条文訳については、小田＝朱・前掲注232）482頁から引用した。

237) 劉・前掲注230）60頁。

237a) 脱稿間際に入手した Winkler, a.a.O. (Fn. 202a), S. 195. デジタル遺品に関する独中の比較法的考察については、ders., a.a.O., S. 196ff. 参照。

237b) Winkler, a.a.O. (Fn. 202a), S. 201. Vgl. auch ders., a.a.O., S. 199f. 参照。

SNS アカウントのような「個人情報と密接につながる場合が多い」「インターネット上のバーチャル財産」については、個人情報保護との関連で、「一旦相続財産として認められた場合」相続人など第三者に利用されるおそれが懸念される（孫海萍・前掲注229a）322頁[孫夢潔]）。

ただ中国民法典1122条は、「相続財産」について、「バーチャル財産等新しいタイプの財産」も視野に入れ、その種類を列挙する方式から「個人の合法的財産」と総括的に定める方式へと改め、その対象拡大を図ったとの解説（孫海萍・同上305頁、320頁[孫夢潔]）がなされている。「インターネット上のバーチャル財産」の死後承継可能性について詳しくは、孫海萍・同上321頁以下[孫夢潔]参照。

238) Thomas Hoeren, KG: Form der Auskunftserteilung über Facebook-Nutzungsvertrag nach dem Tod des Kontoinhabers: Anmerkung zu KG, Beschluss vom 9.12.2019 – 21 W 11/19, MMR 2020, S. 185f.

239) KG 2019年12月3日決定までの詳細については、第3論文（２・完）・前掲注7）271頁以下参照。

240) BGH NJW 2021, 160. かくして、FB-BGH 判決は „Digitaler Nachlass I“, 本文決定は

- „Digitaler Nachlass II“ とも呼ばれる (Reto Mantz, Die Entwicklung des Internetrechts, NJW 2021, S. 520)。
- 241) Felix Methmann, BGH: Form der Auskunftserteilung über Facebook-Nutzungsvertrag nach dem Tod des Kontoinhabers, MMR 2020, S. 692. Ebenso Uwe Gottwald, Digitaler Nachlass: Erben erhalten auf Verlangen vollen Zugriff auf die Account-Inhalte bei Facebook, EE 2020, S. 164-165; Veris-Pascal Heintz, BGH: Anspruch der Erben auf Zugang zu Nutzerkonto der Erblasserin bei sozialem Netzwerk, ZEV 2020, S. 719. Vgl. auch Jan Lieder/Daniel Berneith, § 888 I ZPO: Umfang des Zugangs von Erben zu Facebook-Konto, FamRZ 2020, S. 1761.
- 242) Lieder/Berneith, a.a.O. (Fn. 241), S. 1761.
- 243) Jan Lundberg, BGH: Zugang zum Facebook-Konto der verstorbenen Tochter, CR 2020, R112.
- 244) Katharina Seidler, Erben müssen Zugriff auf das Facebook-Konto des Erblassers erhalten, NZFam 2020, S. 983.
- 245) Christian Gomille, Information als Nachlassgegenstand - Zugleich Besprechung vom BGH, Urteil vom 12. 7. 2018 - III ZR 183/17 (ZUM 2018, 711), ZUM 2018, S. 660. Ähnlich Münchener/Leipold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020), § 1922 Rz. 37. Vgl. auch Seidler, a.a.O. (Fn. 69), S. 144f.
- 246) Statt vieler Redaktion beck-aktuell Nachrichten, Pressemitteilungen, Fachnews: Digitaler Nachlass beinhaltet Zugang zum Facebook-Konto, becklink 2017403; Redaktion MMR-Aktuell, EMR - die medienrechtliche Monatsschau, BGH : Erben berechtigt zum Zugriff auf volles Nutzerkonto auf sozialen Netzwerken, MMR-Aktuell 2020, 432866. なおすでにこの点については, FB-BGH 判決の判決理由[36]・[38] (第2論文(1)・前掲注8) 199頁以下), Nicola Preuß, Digitaler Nachlass - Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk, NJW 2018, S. 3148 も参照。
- 247) Methmann, a.a.O. (Fn. 241), S. 692.
- 248) Ähnlich Gottwald, a.a.O. (Fn. 241), S. 164-165.
- 249) Heintz, a.a.O. (Fn. 241), S. 719.
- 250) Vgl. etwa Biallaß, a.a.O. (Fn. 31), S. 165.
- 250a) たとえば電子メールを例に論じるルディガの指摘については, 第3論文(2・完)・前掲注7) 247頁以下参照。
- 251) Haimo Schack, Weiterleben nach dem Tode - wie lange? Postmortale Begrenzungen subjektiver Rechte, JZ 2019, S. 870. このようなシャックの「遺産整理のためのデジタル相続の容認」という発想は, デジタル遺品の法的処理をめぐる判例・通説と有力な少数異説との架橋になるやもしれない。
- 252) Vgl. Methmann, a.a.O. (Fn. 241), S. 693.
- 252a) Matthias Pruns, Digitaler Nachlass: Anspruch der Erben auf „Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto“ der Erblasserin bei dem sozialen Netzwerk Facebook - zugleich Anmerkung zu BGH Beschl. v. 27.8.2020 - III ZB 30/20, ErbR 2021, S. 27.

- 253) Vgl. Schmidt, a.a.O. (Fn. 9), § 1922 Rz. 75. 1.
- 254) <https://www.facultas.at/rws/zanklupdate> の Zankl.update 2020/10 - Oktober 2020 [2020年10月16日最終アクセス].  
なお第3論文(1)・前掲注5) 201頁の注138)も参照。
- 255) その他同様に支持する——FB-BGH 判決直前ではあるが——見解として、たとえば Rolf Schwartmann/Sara Ohr, in Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. (2018), 11. Kapitel Rechtsfragen beim Einsatz Sozialer Medien, Rz. 44.
- 256) Martini, a.a.O. (Fn. 23), S. 1145ff.; ders., „Wenn ich einmal soll scheiden...“: Der digitale Nachlass und seine unbewältigte rechtliche Abwicklung, in Hill/ders./Wagner, Facebook, Google & Co. - Chancen und Risiken (2013), S. 77ff. 詳しくは、第1論文(2・完)・前掲注24) 206頁参照。
- 257) Erman/Lieder, a.a.O. (Fn. 76), § 1922 Rz. 14a.
- 258) Martini/Kienle, a.a.O. (Fn. 110), S. 235ff. 「デジタル遺品へのアクセスは原則、第三者たるサービス・プロバイダの介在 (Vermittlung des Dienstbieters) の下でのみ可能である」ため、「その内容は、通信の秘密の保護下にありうる」(dies., a.a.O., S. 235)。なお前掲注155)も参照。  
ところでマルティニニらは、2019年11月22日に否決され先行きがデジタル遺品との関係でも注目される ePrivacy-VO-E (e プライバシー規則案) にまで言及しており (vgl. dies., a.a.O., S. 240f.)、興味深いのが、当該規則案の動向については、取り急ぎ Thomas Stögmüller, Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2020, NJW 2020, S. 3763 参照。
- 259) Hoeren, a.a.O. (Fn. 96), S. 749f. 第2論文(1)・前掲注8) 223頁の注10)も参照。  
「デジタル遺品というテーマは長年、『未開の地 (terra incognita)』であった」わけだが、「唯一、ヘーレンだけがすでに2005年 (\*論文 “Der Tod und das Internet - Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers [NJW 2005, S. 2113ff.]”にて)、当該テーマを心にかけていた」(Stephanie Herzog, Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem, NJW 2013, S. 3745. Vgl. auch Fußeder, a.a.O. (Fn. 175), S. 19) と言われる (ちなみにヘーレンは、データ所有権論争についても火付け役であり (vgl. Thomas Hoeren, Dateneigentum - Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, S. 486ff.)、その千里眼には驚かされるばかりである)。ようやく法学の世界で動き出したのは7年後の2012年のことであり、第7回ドイツ相続法大会 (Erbrechtstag) にてプロイティガムが「デジタル遺品」問題を提起すると同時に、奇しくも FB 事件が発生した (第1論文(1)・前掲注14) 149頁, 152頁。Vgl. auch Pockrandt, a.a.O. (Fn. 12), S. 17f.)。  
なおスイスでも「死者のプライバシー」を重視するものとして、Thouvenin/Weber/Früh, a.a.O. (Fn. 176), S. 50。
- 260) かくして FB 事件とは異なり實際上、相続人と最近親者が同一人物でない可能性も考えられるわけである。
- 261) Svenja Pitz, Eltern erben Facebook-Account, Jura 2019, S. 393ff.

- 262) Schack, a.a.O. (Fn. 251), S. 864ff., insbes. 870. Vgl. auch ders., Weiterleben nach dem Tode – juristisch betrachtet, JZ 1989, S. 609ff. なお門外漢の筆者だが, シャックと言えば, 定評ある著作権法の基本書 (Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. (2019)) が思い浮かぶ。
- 263) たしかにデジタル遺品の把握に関わる困難性が指摘されている (Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 226), S. 2) 点に鑑みれば, 一理ある。  
この不都合を解消する意味でも, 被相続人には生前に様々な配慮をしておくことが求められよう (詳しくは, Naczinsky, a.a.O. (Fn. 228), S. 665ff.)。
- 264) Schack, a.a.O. (Fn. 251), S. 870.
- 265) Mackenrodt, supra note 188, at 47.
- 266) 第1論文(2・完)・前掲注24) 217頁参照。
- 267) 最新の関連文献として, FB-BGH 決定を扱った Pruns, a.a.O. (Fn. 252a), S. 24ff.
- 268) このような利用をたとえば労働者がしている場合には, そもそも当該アカウントが一体誰のものなのかも含めて難問となろうが, 詳しくは, 第3論文(2・完)・前掲注7) 276頁以下の注189) 参照。Vgl. auch Christian Solmecke, Teil 21.1 Social Media III. Wer ist „Eigentümer“ des Social Media Accounts?, in Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Werkstand: 54. EL Oktober 2020, Rz. 73ff.
- 269) Schwartmann/Ohr, in Schwartmann, a.a.O. (Fn. 255), 11. Kapitel Rz. 44. Vgl. auch Münchener/Leipold, a.a.O. (Fn. 245), § 1922 Rz. 49.  
あくまで一般的な方針としてではあるが他社とは違い Apple らしく, 「プライバシー」を「基本的人権」と位置づけ自社の「中心にある大切な理念」だと明言した上で, 顧客に自己決定を促すとともに, 自社としても「あなたのプライバシーを守り, 自分の情報を自分でコントロールできるように Apple 製品を設計してい」くと言う (<https://www.apple.com/jp/privacy/>: 2021年3月31日最終アクセス)。「Apple プライバシーポリシー」について詳しくは, <https://www.apple.com/legal/privacy/pdfs/apple-privacy-policy-jp.pdf> (2021年3月31日最終アクセス) 参照。Vgl. auch Redaktion MMR-Aktuell ITM – Nachrichten und Links zum Multimediarecht, Apple: Neue Privacy-Tools für mehr Datenschutz, MMR-Aktuell 2021, 439804.
- 270) かぎ括弧を付けずに引用 (一部意識・省略) した Matthias Pruns, in Fischer/Hoppen/Wimmers, DGRI Jahrbuch 2018 (2019), Digitaler Nachlass und privates Datenmanagement in der anwaltlichen Beratung, Rz. 4.  
その解答として, とくにセンシティブなデータへの相続人のアクセスを認めないのであれば, 死因処分データの消去や SNS 利用契約の解約などについて遺言執行や負担を定めておいたり事前配慮代理権を活用したりする可能性を提案する Förster/Fast, a.a.O. (Fn. 7), S. 1019[V.1・2]参照。  
なおわが国でも, SNS アカウントの削除・パソコン内データの削除に関する「死後事務委任契約」について——遺言よりも様々な点で柔軟であることを指摘しつつも——執行上の注意点などに言及する東京弁護士会 法友会編『死後事務委任契約 実務マニュアル Q&A とケース・スタディー』(新日本法規, 2021年) 171頁以下参照。上記ラインアップ

にデジタル遺品の死後処理も実務上加わったことは、それだけ社会の関心が向けられるようになった証左であり、喜ばしい傾向と言えよう。ただ死後事務委任契約というスキームでは、委任者の地位は相続人に包括承継され（民法896条）、いつでも解除可能となる（651条1項1文）ため、委任者がこれを望まないときは、特約（黙示によるものも含む）で制限しておく必要がある（同上6頁など）。

**【追記】** ところで——かねてより消費者の個人情報保護に関わってとくにその立法動向が注目を集める——カリフォルニア州では新しいデータ保護法として、「DS-GVO に接近した」と評される CPRA（カリフォルニア州消費者プライバシー権利法）が2020年11月3日の住民投票で可決、2023年1月1日より施行される運びとなり、2022年1月1日以降に収集される個人データに適用される（詳しくは Mathias Lejeune, California Privacy Rights Act (CPRA), ITRB 2021, S. 13ff. 参照）。たとえば個人関連情報の新たなカテゴリとして導入されるに至った「センシティブ個人情報 („sensitive personal information“）」などは、原則としてセンシティブ・データの処理を禁じる DS-GVO 9条の定義に似通っており（ders., aa.O., S. 14）、非常に興味深い。

なお余談だが、経費削減・利便性の追求などから様々なサービスのデジタル化が進展する中、みずほ銀行では、預金口座を新規開設する70歳未満の者が紙の通帳の発行を希望する場合、2021年1月18日から手数料の有料化を実施した（<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200821/k10012576801000.html>：2020年8月23日最終アクセス）。この通帳のデジタル化を促す動きに他行も追従することが予想されうる（三井住友銀行に続いて早速、地方銀行でも初めて横浜銀行が2021年2月から実施した [<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20210107/k10012801421000.html>：2021年1月8日最終アクセス]）が、将来的にデジタル遺品化することを考えたとき、デジタル口座の発見は容易ではないため、新規預金者はそのリスクをよく考えておく必要があるとともに、銀行側も何らかの解決策をシステム上講じておくことが求められよう。あわせて——相続放棄の熟慮期間（民法915条1項）の起算点に関わって例外的とはいえ——相続財産に関する相続人の情報不足、相続人らの年齢や被相続人との従前の関係を特別に考慮して具体的説明を受けるまで遅らせた東京高判令和1[2019]年11月25日（判時2450・2451合併号5頁）の射程も、デジタル遺品との関係で気にかかるところである（なお第2論文（3・完）・前掲注25）147頁以下も参照）。

最後に脱稿後、「プロファイリング」時代の到来を念頭にプライバシー権の現代的な核心を「ネットワーク化された自我を造形する権利」と捉えた上でDS-GVOのような「権利基底アプローチ」を推奨する)宮下紘先生の『プライバシーという権利——個人情報とはなぜ守られるべきか』(岩波書店, 2021年)に接した。読みやすい入門書でありつつも、比較法的観点からプライバシー権を支える思想を常に意識してダイナミックかつ中立的に「プライバシー(権)とは何か」を描き出し、ハイレベルな内容がふんだんに盛り込まれている(たとえばわが国への示唆として、「権利に関する規定は、憲法や民法における人格権としてのプライバシー権と個人情報保護法における個人の権利との接合が必要である」と指摘される, 同上103頁)。これは、ひとえにプライバシー・個人情報保護に造詣の深い宮下先生だからこそのなせる技であり、当該分野に分け入る最初の一冊として最適である。また、ドイツ憲法に翻弄される門外漢の筆者にとって今後救世主となるであろう鈴木秀美=三宅雄彦『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』(信山社, 2021年), 中でも38頁以下(「間接的第三者効力法理の展開」部分), 59頁以下(「私的生活形成の核心領域の保護」部分), 67頁以下(「一般的人格権」部分), 74頁以下(「情報自己決定権」部分), III 3(1)に関わって「私人間での空間へのアクセス禁止」事例を考察対象とし(私人間への「集会の自由」の拡大傾向を示す)判例の「パブリック(公共)フォーラム論」や「機能的等価性」メルクマール等に検討を加える門田美貴「私有地における集会の自由と管理権——ドイツにおける空間的保護領域の拡張——」法政論究128号(2021年)127頁以下, たとえば前掲注95)などに関わって, 片山直也「第175条の2(代替案)(物権の目的及び内容)」吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正試案』(成文堂, 2021年)所収213頁以下, 森田宏樹「補遺1 第1編第4章 ○85条(物:総説)」吉田・同上所収725頁以下, Vに関わって, 相続人のみならず遺言執行者も含めた遺産利害関係人(Nachlassbeteiligte)はデジタル遺品についてどのような権利を有し具体的にどこまで何ができるのかを詳しく論じる Magdalena Naczinsky, Möglichkeiten der Nachlassbeteiligten im Hinblick auf den digitalen Nachlass, ZEV 2021, S. 227ff. に接した。その他にも, EUのDS-GVO, アメリカの個別法・州法の解説を個人情報保護法の各条項に織り交ぜた重厚な石井夏生利=曾我部真裕=森亮二編著『個人情報保護法コンメンタール』(勁草書房, 2021年), 音無知展「プライバシー権の再構成——自己情報コントロール権から適正な自己情報の取扱いを受ける権利へ」(有斐閣, 2021年), わが国

の現行法を前提にデジタル遺産の相続性を検討する北川祥一「特集 現代的相続考 デジタル遺産に関する相続関連実務」司法書士587号（2021年）18頁以下、とくに26頁以下、ドイツ法上の「一般的人格権」に関わって「財産権との交錯」、「故人」や「（インターネットという）新たなテクノロジー」にまで言及した齊藤博『人格権法の発展』（弘文堂、2021年）114頁以下、150頁以下、196頁以下、デジタル社会における「『情報としての死』の変容」・それに伴う「死をめぐる社会や文化のあり方」への影響まで考察した澤井敦『『情報としての死』の変容——死の情報学の観点より——』法研93巻12号（2020年）1頁以下、とくに11頁以下、須田祐子『データプライバシーの国際政治 越境データをめぐる対立と協調』（勁草書房、2021年）、暗号資産の相続財産対象性等を扱う藤武寛之「Ⅱ 暗号資産の法的位置づけ 9 暗号資産の各法律における取扱い② 相続時における暗号資産の取扱いと具体的対応」堀天子編『暗号資産の法的性質と実務』金融・商事判例1611号（2021年）59頁以下が公開され入手した。

発行直前に公表された、「デジタル遺品」と呼ばれる様々な対象をその特徴に即して細かく分類し問題解決を個別に検討する池田秀敏「デジタル遺品を巡る権利義務と実務上の課題」信経法10号（2021年）39頁以下（池田教授の従前の研究については、第3論文（1）・前掲注5）186頁の注36）参照）、上記遺品の中でもプロバイダとの利用契約関係を中心に交錯する様々な法分野（とくにDS-GVOとの観点）から考察するChristoph Anton Cordes, Gesamtrechtsnachfolge, Datenschutzrecht und Vertragsgestaltung: Die Rechtsverhältnisse zwischen Provider und Nutzer im Nachlass(2021), 「デジタル時代における『自己決定としてのプライバシー』から『信頼保護としての電子プライバシー』へ」を論じるJohannes Eichenhofer, e-Privacy: Theorie und Dogmatik eines europäischen Privatheitsschutzes im Internet-Zeitalter(2021), デジタル遺品研究者であるブドジキウイクズ(Christine Budzikiewicz. Vgl. dies., aa.O. (Fn. 78), S. 558ff.)を指導教授として完成させた博士論文（定着した感のある「デジタル遺産 (digitaler Nachlass)」概念だが誤った方向へと誘う懸念（なお筆者も類似、第3論文（1）・前掲注5）177頁、186頁の注54）参照）から「デジタルで故人が残したもの (digitale Verlassenschaften)」という中立的な概念に改めた上で、相続法上の「財産」概念を詳細に分析する）を刊行したBenedikt R. Muer, Die Vererblichkeit von Vermögenswerten in der digitalen Welt(2021)も追加しておきたい。

「デジタル遺品」訴訟ニュース

またもや FB をめぐって酷似した訴訟が起きた（便宜上、本論文でとり上げてきた FB 事件を第 1 FB 事件、以下でとり上げる事件を第 2 FB 事件と呼ぶ）。第 2 FB 事件の概要は、次のとおりである（vgl. LG Freiburg (5. Zivilkammer), Urteil vom 30.11.2018 – 5 O 169/18, BeckRS 2018, 54819; OLG Karlsruhe (9. Zivilsenat), Beschluss vom 29.10.2020 – 9 U 1/19, BeckRS 2020, 37589）。

X の娘 T（22 歳）は、2013 年 12 月 6 日から同月 9 日の間に、突然かつ詳細不明の状況下で死亡した。T が Y（FB）のユーザーであったことから、法定相続人であった X は、T の死について考えられる意図、動機や諸事情に関する（万に一つの）手掛かりを T のアカウントを通じて得るべく、BGB 1922 条により T・Y 間の SNS 利用契約を包括承継したとして、Y に対して、当該アカウントへのアクセスを求めて訴えを提起した。これに対して Y は、T のアカウントを X が相続し得ないこと、データ保護法が X による当該アクセスを認めないことを主張した。

なお第 1 FB 事件同様、T のアカウントはすでに（T のアクセス・データを知る X も含めて外部からは原則アクセスできない）「追悼状態（Gedenkzustand）」に切り替えられていたため、X は、Y に対して当該アクセスを認めるよう求めてきたが、Y は、サービス利用規約（Nutzungsbedingungen）を盾に応じようとはしなかった。第 1 FB 事件と大きく違う点は、死亡した子が未成年ではなく成人していたことであろうか。

LG Freiburg 2018 年 11 月 30 日判決は随所に、FB-BGH 判決を参照して X の請求を認容した。まさにヘーレンが、上記 BGH 判決を「今後影響を与えるであろう傑出した原則（先例的）判決（herausragendes Grundsatzurteil）」だと評していた（Hoeren, aa.O.(Fn. 96), S. 750）とおりである。

Y は控訴したが、OLG Karlsruhe 2020 年 10 月 29 日決定は、そもそも ZPO（ドイツ民事訴訟法）511 条（控訴の許容性）2 項によりこれを許容しなかった（上記 LG 判決確定）。

「立法」速報

IV（5）に関わって（連邦政府により閣議決定されていた）Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in

der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz - TTDSG. 電気通信-テレメディア-データ保護法) が、2021年5月20日、連邦参議院により可決され (BR-Drucksache 433/21)、全貌が明らかになった。

その第2編「電気通信におけるデータ保護及びプライバシー保護 (Datenschutz und Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation)」の第1章「通信の機密性 (Vertraulichkeit der Kommunikation)」の「第4条 エンドユーザーの相続人及びその他権限者の権利 (Rechte des Erben des Endnutzers und anderer berechtigter Personen)」が、デジタル遺品に関わって以下のように規定する。

#### 第4条 エンドユーザーの相続人及びその他権限者の権利

エンドユーザー本人に代わって、相続人又はエンドユーザーの権利を擁護する権限を有するその他の者が電気通信サービス事業者に対する権利を行使するとき、通信の秘密は、この行使を妨げない。

#### § 4 Rechte des Erben des Endnutzers und anderer berechtigter Personen

Das Fernmeldegeheimnis steht der Wahrnehmung von Rechten gegenüber dem Anbieter des Telekommunikationsdienstes nicht entgegen, wenn diese Rechte statt durch den betroffenen Endnutzer durch seinen Erben oder eine andere berechtigte Person, die zur Wahrnehmung der Rechte des Endnutzers befugt ist, wahrgenommen werden.

かくして今後は少なくとも法律上、通信の秘密は相続人の権利行使の妨げとならなくなるため、「デジタル遺品」問題は、「死後の人格保護」・「一般的人格権」等との関係で論じられることになるのだろうか。なお、ドイツ国内にも直接適用される EU 規則の変更や新たな成立 (ePrivacy-VO-E の動向) も注視されよう。

\* 本稿は、公益財団法人 大川情報通信基金の助成に基づく研究成果の一部である。

〔謝辞〕 本稿の公表は、本学の「ライフイベントに関わる研究支援員制度」によるサポートがなければ、到底叶いませんでした。関係者各位のご尽力に心よりお礼申し上げます。