

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——

白 井 豊*

目 次

- I. はじめに
 - (1) 現代におけるデジタル環境の浸透とプライバシーの存在感
 - (2) 本稿の考察対象と順序
- II. 「デジタル遺品」問題と関心を高めた諸要因
 - 1. 「デジタル遺品」という法的問題
 - 2. 「デジタル遺品」への問題関心を高めた技術的・社会的・経済的要因
- III. 現代社会のデジタル化に伴う民法典のアップデート問題
 - (1) 現代社会のデジタル化への法的対応という問題意識
 - (2) 相続法を待ち受ける「デジタル遺品」・「デジタル遺言」問題とアップデート
 - (3) デジタル・アップデートへの及び腰？
 - (4) わが国におけるデジタル問題への関心・対応
- IV. 「デジタル遺品」に関する新たな特別規律の必要性に対するルディガの見通し
 - 1. 前提概念と問題状況
 - (1) 前提となる「デジタル遺品」概念について
 - (2) 「デジタル遺品へのアクセス」問題
 - 2. FB 事件につき対峙する第1審 LG 判決と第2審 KG 判決について
 - (1) 「相続権の保障」か「通信の秘密の保護」か
 - (2) デジタル遺品の相続性を排除する約款と内容規制への抵触（以上、本号）
 - 3. デジタル遺品を構成する「電子メール」の相続性について
 - 4. データ保護法との関係
 - 5. 死後人格権との関係

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

6. 通信の秘密に関する GG 10条と、法律で具体化した TKG 88条

7. 総括

V. FB-BGH 判決に対するルディガの評価

VI. おわりに

1. 筆者の基本姿勢・方向性の確認

2. FB-BGH 判決に関するレスタの比較法研究とヨーロッパ諸国の立法動向

3. 次稿の研究対象：アウマンたちによる憲法上の基本権的アプローチ

4. FB 事件のその後 (以上, 390号)

I. はじめに

(1) 現代におけるデジタル環境の浸透とプライバシーの存在感

a) BGB (ドイツ民法典) 起草時、インターネットやコンピュータ、デジタル・データ (電子情報) が登場するとはよもや思ってもみななかったであろう。だが時は流れ「IoT の発展」・「ビッグ・データ分析」が中核を担う「第 4 次産業革命 (Industrie 4.0)」¹⁾の真っ只中、デジタル事象 (digitale Vorgänge) は日々大量に生じ、現代経済では非常に重要であり、法実務でもよりいっそう頻繁に扱われるが、今日まで、度重なる法改正にもかかわらず、関連する規定は時折見かけるにすぎない。そして、私生活にまでデジタル化が浸透・定着し²⁾、もはや「スマートフォンは終生の伴侶」³⁾となり、望むと望まざるとにかかわらず、デジタル・トレース (digital traces. デジタルの足跡) が至る所に刻まれ⁴⁾ (たとえば閲覧・検索など様々な履歴に代表される「デジタル・ライフログ」⁵⁾)、デジタル・タトゥーとなるリスクさえある。そして死後も、生前に形作られた「デジタル人格 (digitale Persönlichkeit) は、ネットワーク上では原則として不滅である (unsterblich)」⁶⁾。他方で、データを価値的に捉えれば、経済的価値 (たとえばビットコイン、ドメイン名、ウェブショップのトークン)、感情的価値 (デジタル写真、ソーシャルメディア・アカウント上のデータ)、労力・時間投下の価値 (デジタル・プロジェクト、ヴァーチャル・プロパティ (virtual property. 仮想財産)) といった多く

の価値を秘めている⁷⁾。また「全ての人のためのデータ（Daten für alle）」という意味からも、（もはや個人データにとどまらない）「データが、デジタル社会において、私人の競争力（Wettbewerbsfähigkeit）や国家の形成能力（Gestaltungsfähigkeit）にとって重要だ」と言われる⁸⁾。

このように私たちの日常生活にまで根付いた ICT（情報通信技術）は、まさにフロリディ（Luciano Floridi）いわく「実際にはすでに環境なのであり、人類学的な、そして社会的な、世界を解釈する力となっているのである」⁹⁾。そして「現代的な通信技術を利用する者は、アナログ時代にも増して、死後に人生の足跡をより多くはっきりと残す」¹⁰⁾。このような「デジタル遺品¹¹⁾（digital Inheritance）・資産（digital assets）」の研究領域について、さすがに——筆者が研究を開始してからでも５年あまり経ち——（電子メールに関わって“開拓”の始まった）フロンティアの時期¹²⁾は過ぎ去ったものの、「法的に言えば今もなお、地図のない未知の（uncharted）ままである」¹³⁾（いわば法的空白状態）。それでも ICT の飛躍的な進化と新たなデジタル・サービスの登場により、デジタル遺品の対象は今なお拡大を続けている。かくして「デジタル遺品は、多彩なカット面（vielfältige Facetten）をも」ち、純個人的（一身専属的）なデータからデジタル保存された絵の著作権などの財産権的地位、さらには営業上の情報や秘密まで幅広く包含するとも評される¹⁴⁾。その具体例も、「場所的に（lokal * 自己の情報端末（Endgerät）、たとえば自宅パソコンないし周辺の記憶媒体に）保存・蓄積されたデータ、インターネットやクラウド上のデータ、職業的および社会的ネットワーク（berufliche und soziale Netzwerke）のサービス提供者と被相続人の契約関係、オンライン支払サービス、オンライン・バンキング、音楽や言語作品（Sprachwerk）に対する利用権、ストリーミング・ポータル、オンライン・ゲーム、さらには仮想通貨まで」¹⁵⁾というように増え続けている¹⁶⁾。おのずと「デジタル遺品」は、いわば開かれた概念・問題とならざるを得ないことになる。

b) かくして「デジタル現実（digitale Realität）に、（*現行）民法上の

法的枠組みで依然として十分対応できるのかがよりいっそう問われる」¹⁷⁾ことになる。そして、新たなデジタル・リスクへの法的備えは果たして現行法のスキームで万全かという喫緊の問題をとり上げる際にはとくに、以下の「デジタル時代のプライバシー（本稿では、デジタル・プライバシーと略称する）」に関するフーフナグル（Chris Jay Hoofnagle）の指摘を、私たちは重く受けとめる必要があろう。

「情報産業は、消費者の注意をデータに関する慣行や、それによる侵害から逸らすことについて強力なインセンティブを有しており、公衆は無関心であると主張し、プライバシーの問題は個人による自律的な選択によって引き起こされているのであると喧伝している」¹⁸⁾。

とはいえたしかに私たちも、SNS（ソーシャル・ネットワーキング・サービス）提供者¹⁹⁾に「多くの洞察と利益を与えることに不信感を抱きながら」も「プライバシー・データ」と引換えに上記サービスを受け続ける「プライバシー・パラドックス」という「厄介な事態」を惹起していること²⁰⁾自体は間違いなさそうである。そして——ドイツにおける「デジタル遺品」のリーディング・ケースで舞台となった——FB に関しても、ユーザーは、「（米国最大の SNS）にして「世界最大の広告代理店」かつ「ニュースメディア会社である」）FB の「有用性が非常に高く、データとプライバシーに対する大きなリスクに耐えて喜んでいる」²¹⁾とされる。「FB ユーザーの振舞い方、つまり情報に関わる秘密の暴露（informationelle Preisgabe）は、プライバシーに関する伝統的かつ従来の理解では説明することができない」²²⁾。この原因について、武邑氏は、消費者が「プライバシーを犠牲にしてもアプリから得られる利益を重視する」点と、「矛盾や偏向に満ちた存在であるがゆえに「プライバシーの本当の価値を理解」しない点にあると一般に分析されているとした上で、デジタル・プライバシーが混迷を見せた理由を、プライバシー概念自体の解釈が「物理的な空間とオンラインとで異なる」からだと鋭く指摘する²³⁾。この違いは、すでに ICT の発展に歩調を合わせて拡大されてきた BVerfG（ドイツ連邦憲法裁判所）判例における——GG（ドイツ連邦共和国

基本法）１条１項²⁴⁾と結びついた（個別的ではなく包括的基本権を規定した）２条１項²⁵⁾から導出された一般的人格権としての——『『情報自己決定権』から『情報技術システムの機密性と不可侵性に対する基本権（Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme）ないし IT（コンピュータ）基本権（IT-Grundrecht）』へ』というデジタル・プライバシー保護の発展的展開²⁶⁾に反映されている²⁷⁾。

ともかく「デジタル経済の中心的な存在」となった、顧客のデータと引換えにサービスを提供するビジネスモデルは、法的に見れば、人格権・プライバシーの保護が根底にある BDSG（ドイツ連邦データ保護法）・DS-GVO（EU一般データ保護規則。英語略語表記は GDPR）という「データ保護法（Datenschutzrecht）と一般私法（allgemeines Privatrecht）とのインターフェースで展開する」²⁸⁾という現実を押さえておくことも重要である。

（２）本稿の考察対象と順序

a) 筆者の研究は、現代のデジタル時代に新たな問題として認識され始めた「デジタル遺品」について、「相続権の保障」と「デジタル・プライバシーの保護」が激しく衝突する中、どのような法的処理を行うべきかを比較法的かつ法領域・分野横断的に考察し、現行法上望ましい解釈論の探求・提示はもとより積極的な立法的提言を行い、ひいては、死者となるユーザーのみならず GAFA に代表されるデジタル・プラットフォーム事業者を含め社会に向けて解決指針を示すことを最終目標にしてきた。そしてこれまでは、ドイツ初のデジタル遺品訴訟の経過をフォローしつつ論点整理と分析視角の獲得に注力してきた。

ここでは（未成年であった亡娘のアカウントへのアクセスを FB に認めるよう母親が相続人として訴えた）FB 事件の訴訟経過をごく簡単にお復習すると、第 1 審の LG（地方裁判所）Berlin 2015 年 12 月 17 日判決²⁹⁾（以下、FB-LG 判決と称する）は、亡娘のアカウント、つまり FB のサーバーに蓄積された通信データ等へのアクセス権についても、手紙や日記など従来の

「アナログ遺品」同様、BGB 1922条³⁰⁾の包括的権利承継原則による（いわばデジタル）相続を優先的に保障したが、第 2 審の Kammergericht（ベルリン高等裁判所）2017年 5 月 3 日判決³¹⁾（以下、FB-KG 判決と称する）は、——上記「デジタル相続」の認否問題を未解決にしたままで——デジタル環境下ならではのデジタル遺品に特有な「通信の秘密（Fernmeldegeheimnis）³²⁾」を重視して第 1 審判決を覆した（IV 2 (1)も参照）。だが一回転して初の BGH 2018年 7 月12日判決³³⁾（以下、FB-BGH 判決と称する）は、同年から加盟国に直接適用された DS-GVO にまで言及しつつもその抵触を否定し、第 1 審判決の結論を支持することで一応の決着をつけた（詳しくは V 参照。その後の成り行きについては VI 4 参照）。

b) 今回第三弾の本論文では、デジタル遺品の登場により法律、とくに民法の相続編を中心にアップデート（デジタル化対応）を必要とするかの考察に先立って、「デジタル遺品」という法的問題とその関心を高めた諸要因の確認（II）とともに、現代社会のデジタル化に伴う民法典のアップデート問題全般の俯瞰も行う（III）³⁴⁾。その上で本題の「デジタル遺品」問題に移り、FB-BGH 判決を待たずしてルディガ（Hannes Ludyga）が「（通信媒体・役割としてアナログ遺品の（通信相手の³⁵⁾通信（厳密には信書）の秘密が問題となる）『手紙』に酷似するということで比較検討の対象にした）デジタル遺品中の電子メール³⁶⁾」をとり上げて詳細に分析し、第 1 審 LG 判決と第 2 審 KG 判決の対立により鮮明となった「デジタル遺品の相続」を妨げうる複数の価値「（死者の）死後人格権（postmortales Persönlichkeit）³⁷⁾」・「（その通信相手の）通信の秘密」・「データ保護法」との衝突関係を考察した上で最終的にどのような見通しに至るのか、分析的に紹介する（IV）。続いて、時をおかず下された FB-BGH 判決に対して、筆者同様に待ちわび、すでに紹介等をし終えたルディガの評価を整理・分析した（V）上で、「デジタル遺品」関連立法の必要性も視野に入れつつ今後の検討方針を示すとともに、当該問題は国境を越えて生じるという特殊性からより視野を広げる意味で BGH 判決に関するレスタ（Giorgio Resta）の独仏

伊三カ国の比較法研究³⁸⁾とその他ヨーロッパ諸国の動向にも少し触れ、最後に次稿の研究対象を定めたい（Ⅵ）。

なおⅣでとり上げる、2018年に公表された上記ルディガの論稿だが、同年7月のFB-BGH判決でも早速参照されている。また、この判決を単著および共著で評釈するにあたりルディガ本人も、上記論稿を結論部分も含めてかなり参照しており³⁹⁾、ルディガの主張を知る上でも、上記論稿は重要な位置を占めると考えた次第である。

Ⅱ．「デジタル遺品」問題と関心を高めた諸要因

1．「デジタル遺品」という法的問題

すでに筆者は、拙著『電子取引時代のなりすましと「同一性」外観責任』を公刊する際に「はしがき」にて、ICTに支えられた高度情報化社会は技術革新に伴う現代的諸問題への迅速な（時には待ったなしの）対応を迫られる⁴⁰⁾が、「アナログ社会を前提とした既存の法的枠組みでは捉えきれない限界があることをまざまざと見せつけられ」ているとして警鐘を鳴らした⁴¹⁾。上記「なりすまし（他人のID・パスワード等の無権限利用により締結された契約の効果帰属・帰責問題）」しかり、本稿の扱う「デジタル遺品」しかり、研究を開始した——Ⅲ(2)b)で後述する——デジタル遺言 (digitales Testament) や「AIによる契約締結」⁴²⁾もこれまたしかりである。なお「デジタル遺品」関連の研究は、公表に至った博士論文だけでも、2016年に自らも公刊したザイドラー (Katharina Seidler) によれば——筆者も第1論文⁴³⁾で随所にとり上げた——2015年のクッチャー (Antonia Kutscher) 以降、毎年コンスタントに一冊あり⁴⁴⁾、その充実ぶりが窺われる。

a) すでに10年前——某雑誌のフォーラム「デジタル遺品——死後の電子データの取扱い」という欄で——インターネットの急速な普及、FBやTwitterなどオンライン・コミュニケーションの浸透などに直面し、死後の個人データの運命や承継者問題など『『ネットワーク上の死 (Tod im Netz)』に

関する多くの法的問題が未解決」な現状と、その原因として「まだユーザーの年齢層が——現にチャット記録 (Chatprotokolle) をめぐる FB 事件でもそうだったが——若いことが指摘されていた⁴⁵⁾。とはいえ FB の登場から 8 年経過した時点で、すでに 3000 万人のユーザーが死亡し、一日平均で言えば 428 人という計算となるわけだが、死後は追悼化、削除あるいはそのまま残存という選択肢が考えられる⁴⁶⁾。だからこそ、いずれ将来的には「このような法的複雑さが多数の問題を投げかけるであろう」との懸念が示されていた⁴⁷⁾。実際「FB では 21 世紀終わりまでに、少なくとも 140 億のユーザー・プロフィールが死者のものとなるだろう」という研究者の予測もある。むしろ——ヴァーチャル世界では——将来的に、(デジタル)「プラットフォーム上、生者よりも死者の方が多くなるだろう」と言われている⁴⁸⁾。にもかかわらず、死後にデジタル遺品をどのように扱ってほしいか、ユーザーの意思・意向がおおよそはっきりしない。「多くの人は、自らがそのデジタル遺品を自由に処理できること、そしてそれにはどのようにすればよいかを意識・自覚」すらしていない⁴⁹⁾のである。現在はまだ「『デジタル・ネイティブ (digital natives)』世代は、相続法上の相談 (erbrechtliche Beratung) をよりいっそう必要とする人的範囲に属」してはいない⁵⁰⁾からであろうが、タイムラグは生じるにせよいずれ大きな問題となる。

他方で法的規律とは言えば最近、2018 年 5 月 25 日から適用された DS-GVO は——わが国の個人情報保護法 (2 条 1 項によれば「生存する個人に関する情報」) もそうだが⁵¹⁾——死者を適用対象に含めておらず⁵²⁾、もはや個人データ保護の及ばなくなった「データ主体の死亡」場面の「データ承継」に関わる(特別)規律がエア・ポケット状態にある(あるいは言うまでもなく民法一般の相続規律に委ねれば足りるとの判断からか⁵³⁾)。

b) ところで「デジタル遺品」は、「特別な法的カテゴリーを構成する」用語ではなく「むしろ死後にデジタル資産に関して生じる法的問題の総称 (a collective term) として使用される」⁵⁴⁾こともあるが、たとえば FB 事件のように、とくにインターネット経由でしかアクセスできない場合に問題

となる。当該アカウントの相続（可能）性いかんは消費者、プラットフォーム提供者双方にとって重要な関心事である⁵⁵⁾。もしかりに当該相続性について、巨大プラットフォームが——公正な競争秩序の阻害要因ともなりうる「ネットワーク効果」を生かした——市場支配力・優越的地位の下で利己主義的に準備した約款により排除していたならば、持ち主のいない（verwaist）大量のデータ、つまりデータ・ストック（Datenbestände）が死後に発生することになるが、この事実上のデータ所有権（faktisches Dateneigentum）はプラットフォームに帰属してしまい、相続人等の関与なしに半永久的に活用されるリスクが生じる⁵⁶⁾。この「約款」問題については、すでに第１論文⁵⁷⁾で「実際はデジタル遺品の隠れた中心的問題と言えるかもしれない」と指摘していたとおり、内容規制（Inhaltskontrolle）という約款コントロールの視点は非常に重要であろう。いまだ正体不明のデジタル遺品の存在・処理に関しては、企業にとって不都合であったり煩雑であったりするため、だからこそ企業側がユーザーのことを度外視して約款により行き過ぎたリスクヘッジを図ることも懸念されるからである⁵⁸⁾。

以上のような危険を察知して、シューベルト（Christian Schubert）は、衝撃的な比喻を述べる。「新たな農奴身分（Leibeigenschaft）の時代が始まった」。かつて「人は所有権を持たず、常に農場にとどまり、君主（Leibherr）が欲しがったものをタダで渡し」、引換えに「敵の襲撃からの保護」や「水車、炉やブドウ絞り器の使用」という「サービスの供給を受け」ていた⁵⁹⁾。この力（搾取）関係が、現代のデジタル社会における SNS 事業者とユーザーの（いわゆる「データ提供（加工同意付与）」型「サービス利用」契約）関係などにも当てはまるというわけである。このような、データ生産者としてのユーザーの「データ労働」を SNS 事業者がおおそくタダで入手し莫大な利益を上げる「現代的システム」は、ポズナー（Eric A. Posner）とワイル（E. Glen Weyl）によれば「テクノロジー封建主義」と呼ばれる⁶⁰⁾。

この文脈であれば、「データ主権（Datensouveränität）を個人に！市民に！」という今流行のキャッチーなスローガンにも合点がいく⁶¹⁾。かくし

てドイツ連邦データ保護・情報自由監察官 (BfDI. ドイツのデータ保護機関) ケルバー (Ulrich Kelber) も2020年に向け、魅惑的な「ビッグ・データ, 人工知能, そして新しいデータ駆動 (datengetrieben) 型ビジネスモデル」にあっても、「客体としてではなく、自己のデータを常にコントロールし続ける自律した個人」として「人間が中心でなければならない」と述べ、重要なデータ保護法上の問題への立ち位置を示す⁶²⁾わけである。

翻って現状はと言えば、ユーザーの死後も、プラットフォーマーは、「データの墓場」と化した、大量の無主アカウントを (もはや法的裏づけもあやふやなままに) 利用して多くの収益を上げ続けることで自己の市場における独占的地位をよりいっそう拡大し⁶³⁾ 強固なものにしていく。最近では遺族や友人らの思い⁶⁴⁾ と、(死者のアカウントを管理する) 企業側の思惑が相俟って、死者のアカウントの取扱い (つまり「デジタル遺品」) は、非常にデリケートかつ複雑困難、しかも遺族らにとっても企業にとっても避けては通れない問題になっている⁶⁵⁾。

「ソーシャル・メディア・アカウントの保有者の死亡と同時に、この者のインターネット上のヴァーチャル・プレゼンス (virtuelle Präsenz) が消滅するわけではない。それどころか、当該ユーザーが生前に発生させたデータやコンテンツは、その時々のプロバイダのサーバー上に現存したままである。……死者の契約関係を清算するために⁶⁶⁾、家族 (Angehörige) は、オンライン上保存された情報や記録 (Dokument) に再三再四アクセスすることを必要としている」⁶⁷⁾。また——場合によっては——遺産保護人 (Nachlasspfleger)⁶⁸⁾ も、被相続人のパソコン (PC) に目を通す必要がある⁶⁹⁾。

これに対して、(奇しくも場合によっては死者を擁護・代弁する格好で) 「インターネット・サービス提供者が、データ保護法あるいは人格権上重要な異議を主張し、当該データへのアクセスを阻止しようとする」⁷⁰⁾ も想定される。

なお「故人・遺族のプライバシー」、「遺族らによる追悼」の他に、「歴

史的資料」という観点があることも指摘されている⁷¹⁾。

c) 以上 b) のように「デジタル遺品の処理は、被相続人、相続人と IT サービス提供者 (IT-Dienstleister) に重大な挑戦を突きつける」⁷²⁾。そして、私たちの社会がデジタル化すればするほど、遺品のデジタル化にもよりいっそう拍車がかかることになる。

ライマン (Wolfgang Reimann) は、『相続法と財産承継の雑誌』創刊25周年にあたり当該誌名に関わる重要な道標を示す一つとして、「現実が相続法を変える：過去25年の相続法の展開について」と題する論稿 (2018年) を発表し、いっそう勢いを増すデジタル化に伴う「FB, Twitter：相続法における新たな問題」を掲げ、下されたばかりの FB-BGH 判決を中心にデジタル遺品問題に言及する。現代のデジタル社会では、「おおよそすべての市民がラップトップやスマートフォンを持っている」実情からもはやデジタル遺品に関しては「すべての人が実際に被相続人だ」として、現代人にとってデジタル遺品がどれだけ身近な存在になっているかを強調する⁷³⁾。マッケンロート (Mark-Oliver Mackenrodt) も言うとおおり、インターネット関連の製品やサービスの利用増加に伴い、「人のプライベートおよび経済的生活のかなり相当な重要部分が、デジタル領域・分野に位置するようになっている」わけである⁷⁴⁾ (デジタル・インフラ化の加速・定着)。そして、ユーザーは (超) 高齢化すると、認知症など精神疾患に罹患する可能性が高く、前倒しで管理不能になるため⁷⁵⁾、休眠アカウント化し、もはやそのままデジタル遺品化を迎える。このような事態に有用な選択肢として、管理能力に問題が生じたときに発動し死後も引き続き清算・管理まで担ってくれる「死後も存続するデジタル事前配慮代理権 (digitale transmortale Vorsorgevollmacht)」の活用も、考えられよう⁷⁶⁾。

また、ビジネスモデルの前提も「アナログからデジタルへ」と急速に移行・拡大するにつれて、個人と様々なデジタル関係を築くプラットフォームはじめ IT を導入する BtoC 企業にとっても、「デジタル遺品」への対応はもはや到底無視できない時代となった。データ駆動 (データ・エコ

ノミー) 社会にあって、「21 世紀の原油 (Rohöl)」に例えられる⁷⁷⁾「データ」の利活用しだいではとくに個人関連の、だからこそ——少なくともある特定の人(たち)にとっては——希少性が高く経済的に価値が生まれるデータも含め GAFA などの限られた IT 巨大企業に独占される懸念(II 1 b)参照)も相俟って、「デジタル遺品」論争に拍車がかかると言えようか。なお「データ」の特徴としてたとえば、生データという原油のままでは「役に立たず (nutzlos)、精製・加工されて初めて商業上有利になる (interessant)」⁷⁸⁾点、データという「原料は、石油とは対照的に枯渇しない」ところか「——人と機械による——新しいデータ源泉 (Datenquelle) のあらゆる開発により飛躍的に (exponentiell) 増産される」⁷⁹⁾点などが指摘されている。

今後はデータについて、その位置づけからどのような権利・利益を措定するかが法律上重要となる⁸⁰⁾が、一概に「データ」と言っても、「個人データか、機械データ (Maschinendaten) のような非個人データか」、「もっぱら人格的価値のみを有するのか、逆に財産・経済的価値をメインとするのか、両者が重複しているのか」など性質・種類・特徴は一樣でない。そのため、焦点・重心の置き方いかんでは、憲法にはじまり民法、知的財産法、経済法など様々な法領域が複雑に交錯し「情報法」という法分野が誕生し発展を見せ始める。また、AI や IoT などさらなる技術革新からデータ需要・利活用方法も刻々と変化し、巨大プラットフォーム企業・IT 産業に対する各国・地域の法・経済政策・実務対応、ひいては政治的思惑も異なる。かくして上記作業は、決して平坦な道のりとは言えないであろう。

2. 「デジタル遺品」への問題関心を高めた 技術的・社会的・経済的要因

ところで「死後の仮想財産 (virtual possessions) の運命に対する関心の急激な高まり」の背景には——FB-BGH 判決を(独仏伊を中心に)比較法の観点から考察する——レスタによれば、主に以下五つの社会経済的要因 (socio-economic factors) があると分析される。

第一に、現代経済における投資総額のうち無形資産（intangibles）を対象としたものは右肩上がりで、しかも遺産を構成する知的財産権、個人的・非個人的性質のデータ、その他タイプの仮想財産というように範囲もよりいっそう拡大傾向にある。

第二に「ICT は、大量の個人データがその主体の死を超越して存続し、アクセスできる状態を……永遠に保持することを可能にする」。そのような中、「忘れられる権利（the right to be forgotten）⁸¹⁾が生存中広く承認されるのであれば、死後にある種『永遠に忘れられる権利（droit à l'oubli éternel）』のようなものが与えられるべきだと主張するのは合理的である」。

第三に、情報を保存・処理する専門的職業仲介者（professional intermediaries）はユーザーの死後も、その情報を管理下に置き続けるべく多様な技術的・法的手段を使うことから、「相続人との紛争」増加と、それに伴う「死者のデジタル遺品の剥奪（dispossession of the digital remains of the deceased）」傾向が懸念されている。

第四に、デジタル遺品に関わる収益性の高いデジタル死後産業ビジネス（a profitable digital afterlife industry）が出現した。提供されるサービスには、死後の情報管理やメッセージ・サービス、オンライン追悼（online memorials）、再生サービス（re-creation services）など様々あり⁸²⁾、「デジタル・アイデンティティ（digital identity）の商品化」が加速する反面、市場管理ルールは定まっておらず不確かである。

最後第五に、「情報経済（information economy）があらゆる個人の存在を市場にとって価値のあるデータの源に変えた」結果、「潜在的な訴訟の範囲が大幅に拡大した」。

以上のような「技術的・社会的・経済的要因の相互作用」により、レスタは、デジタル遺品という「複雑に絡み合う法的問題が生じ」と分析した上で、「今日いまだ解決されていないようだ」と言う。「その難しさは、相続法（inheritance law）・人格権（personality rights）・契約法など私法の個別領域内部の衝突（interference）だけが原因なのではなく、国境を越えた

デジタル・プラットフォームのガバナンスを得るために競争する法伝統の衝突 (clash of legal traditions) にも起因している」。グローバルな経済目線で見ると、大部分がまだアメリカ中心であり、アメリカの法制度的・文化的制約を受けているため、当該企業のプラットフォーム利用規約 (ToS) による解決は「必ずしも常にヨーロッパ法の基本原則に沿っているわけではない」^{82a)}。つまり「死後、誰が個人データと非個人データを『所有する (owns)』のか。デジタル環境での日常的なコミュニケーションを支える技術的・象徴的インフラ (technical and symbolic infrastructure) を提供するプロフェッショナル・プラットフォームか、それともソーシャル・ネットワークでシェアされた個人データと非個人データの本源としてのユーザーか」という——FB-BGH 判決の核心でもあった——基本的質問に、解答されてはいないのである⁸³⁾。

Ⅲ. 現代社会のデジタル化に伴う民法典のアップデート問題

(1) 現代社会のデジタル化への法的対応という問題意識

a) ところで——筆者が比較法研究の主対象としてきた——ドイツでは、ファウスト (Florian Faust) が、第71回法曹大会 (2016年9月) の民法部会 (die zivilrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentages) において、「デジタル経済—アナログ法：BGB はアップデートを必要とするか」(本稿では以下、BGB のデジタル・アップデート (問題) と称する) を——結果的には否定的な内容となった⁸⁴⁾が——とり上げた⁸⁵⁾。また翌々年、オーストリアでも第20回法曹大会 (2018年5月) の民法部会において、「試される ABGB (オーストリア民法) の契約法：デジタル時代の考察」がとり上げられた⁸⁶⁾。かくして当該テーマは、グリュンベルガー (Michael Grünberger) いわく、「私法学上のメイン・ストリームになっている」⁸⁷⁾。

前後するが2015年6月、ドイツ各州の法務大臣の参集した会議でも、「民法にとってのデジタル化の帰結 (Folge)」について話し合わせ、立法

化の必要性を検討する作業グループ「デジタル・ノイシュタルト（“Digitaler Neustart”）」が立ち上り、「データ所有権（Dateneigentum）」、「デジタル契約法（Digitales Vertragsrecht）」、「デジタル人格権（Digitales Persönlichkeitsrecht. 敷衍すれば、いわゆる「忘れられる権利（現在はドイツに直接適用される DS-GVO 17条）」に代表される「デジタル時代における人格権の保護）」、そして——本（第３）論文の扱う——「デジタル遺品」の四つのテーマ領域が検討対象とされた。その成果として、2017年６月には400頁を超える報告書が出された⁸⁸⁾が、法律系雑誌インタビュー「BGB はデジタル時代においてアップデートを必要とするか」の中で——デジタル遺品に関する質問「最近、個々の裁判所の判決により、いわゆるデジタル遺品にも世間の目が向けられているが、どのようなメッセージを伝えますか？」に関して、上記作業グループを主導したノルトライン-ヴェストファーレン州の法務大臣（Minister der Justiz des Landes NRW）であった——ビーゼンバッハ（Peter Biesenbach）は、「現行の相続法規定により、総じてデジタル遺品を適切に処理できること」が確認されたとしつつも、場合によってはTKG（ドイツ電気通信法）の一部改正の可能性を示唆する⁸⁹⁾。ともかく——特別法・規定による補充レベルの対応にとどまる限り——、民法典自体のさらなる断片化（Fragmentierung）は取り急ぎ回避されよう⁹⁰⁾。

上記「デジタル遺品」と「データ所有権」は、——最近も、ドイツ連邦政府のデータ倫理委員会（Datenethikkommission）の意見書（Gutachten）⁹¹⁾に依拠して、ラウエ（Benjamin Raue）とウンゲルン-シュテルンベルク（Antje von Ungern-Sternberg）が「データ利用（Datenverwendung）」の観点から「データ所有権」と「デジタル遺品」を（「データアクセス（Datenzugang）」と「データ保護」とともに）考察している⁹²⁾ことから分かるように——密接な関連性を有する。デジタル遺品の処理において、データは——BGB 1922条により包括承継される——所有権（物権）の客体となりうるかという形で、まず問題となりうる⁹³⁾からである。また最近、新たに「デジタル遺品」のラインアップに加わった「暗号通貨⁹⁴⁾（Kryptowährung. 法定通貨との混同を避けようとする

るならばわが国のように暗号資産（資金決済法の改正による 2 条 5 項）と呼ぶべきか⁹⁵⁾の相続」問題（後述(2)c 参照）の前提として、「ビットコインは物か？ 権利か？ それとも……」という議論に際しても、これを構成する「データは果たして物か？」という「データ所有権」論争が影響を及ぼすことになる⁹⁶⁾。データの取扱いにおける法的不透明性は、倒産法やカルテル法など民事手続法・経済法上の関連にまで及んでいく⁹⁷⁾。「クラウド・サービス提供者について倒産手続が開始され、ユーザーがデジタル方式で保存された『自己の』データの『返還 (Herausgabe)』を倒産管財人 (Insolvenzverwalter) に求める」支払不能 (Insolvenz) 場面に限って言えば、「現在支配的な見解は、デジタル・データを結果的に動産と同じように扱い、『データ・ヴァインディカツィオン („Datenvindikation“)』の類いを容認するが、(*この動きは) ルクセンブルク法の最近の改正にも相応する」⁹⁸⁾。ただデータ (情報) は、上記所有権のみならず人格権との関連性も有することから、とくにデジタル社会では、もはや個人にとっての基礎をなす重要な存在とさえ言えよう。

b) かくして現代社会のデジタル化の波を受けて、BGB という——日本民法も同様だが——まさに経年劣化した法典が、パンデクテン体系の生命線たる抽象的概念・規定の本領を発揮して柔軟な解釈論の展開や裁判官による法の継続形成 (Rechtsfortbildung、要するに新たな判例法理の創造・発展) を介してなおも現代的なデジタル世界と折り合うことができるのか、それともはやその限界から適宜改正 (最近の趨勢に鑑みれば加盟国ドイツにも直接適用される EU 規則の制定⁹⁹⁾をも視野に入れて) を必要とするのか、今後いっそう問われることだけは間違いない¹⁰⁰⁾。たとえば「契約法、とくに消費者契約の分野で、新たな問題を発生させていて、EU の優先事項の一つである」デジタル単一市場 (Digital Single Market) 構築に関わって、「今後数年間で回答の必要な主要問題」がある。すなわち、「進展を続ける技術とデジタル革命により誕生する諸契約 (contracts resulting in line with the ongoing technological and digital revolution)」について、「適用されるルール

の格段の柔軟性（a great flexibility）」が求められるが、現行規定による規制で大丈夫か、それとも「この新しい現実を統制するために新しいルールを導入すべきかどうか」である¹⁰¹⁾。

なお——単なる BGB などドイツ国内法レベルにとどまらず——シュレーダー（Meinhard Schröder）によれば、「デジタル化とその帰結を法律上囲い込み（einhegen）たいという願望から、たとえば『デジタル基本権憲章（Charta der digitalen Grundrechten）』として、新しい基本権を求める声も一段と大きくなっている」¹⁰²⁾とのことである¹⁰³⁾。

（２） 相続法を待ち受ける「デジタル遺品」・「デジタル遺言」問題と アップデート

a) 上記ファウストの問題提起を受けて2015年以来、筆者同様「デジタル遺品」訴訟をフォローし続けてきた¹⁰⁴⁾ルディガは、FB-BGH 判決を待つことなくあえてその直前に、なかでも相続法を試金石としてアップデートの必要性を検討する論稿「BGB における相続法についての『デジタル・アップデート』」¹⁰⁵⁾の公表に踏み切った。もとより待望の FB-BGH 判決後は早速ルーティンワークとなった判例評釈・研究論稿を、単独¹⁰⁶⁾および——『「デジタル遺品」というテーマが総じて相続法の古典的体系に適合し BGB 1922条1項の解釈を通して解決される」ことの証明を目的として——ハインツ（Veris-Pascal Heintz）と共同で¹⁰⁷⁾執筆している。前者評釈の冒頭では、当該 BGH 判決について、「非常に丹念に根拠づけられて」いるがゆえに「持続的に歓迎すべきことであり、全面的な賛同に値する」としている¹⁰⁸⁾。

b) 翌2019年にはショルツ（Philipp Scholz）も、相続法において「デジタル化はまず『デジタル遺品』という現象をもたらし」たが「遅かれ早かれ『デジタル遺言』にも実務上取り組まれるだろう」¹⁰⁹⁾と予想して、先取りする二つの研究論稿「デジタル方式による遺言作成」¹¹⁰⁾と——これを要約した——「遺言作成におけるデジタル技術の利用の許容と限界」¹¹¹⁾を公表し、「遺言書作成 2.0（Testieren 2.0. 第2次遺言書作成革命とでも呼ぶべき

か) ないしタブレット遺言 (Tabelt (* Tablet の誤植か) -Testament)』¹¹²⁾ としてにわかに活気づき始めた¹¹³⁾。デジタル遺品問題の現行法上の現実的な解決策の一つではあるがきわめて重要なものとして、生前における死因処分の活用が声高に叫ばれ、デジタル関連の遺言を推奨するデジタル終活本・キットも複数発売されてきた¹¹⁴⁾が、これを積極的に後押しするのは、まさに「デジタル方式による遺言作成の解禁」だと、筆者は考えている¹¹⁵⁾。デジタル遺品の登場により相続財産の対象 (となりうる候補) が拡大・複雑化する中で、当該問題解決にあたっては利便性などから、自筆証書遺言などという時代の遺物になりつつあるアナログ方式よりも今後は、デジタル方式による遺言が最適であろうということにほかならない^{115a)}。デジタル時代の積極的な死因処分それ自体の活用は、すでに現行法上存在するスキームに基づくものである (いわば延長線上にある) とともに、(情報を含めた) 自己決定権の観点からもふさわしいと言えよう^{115b)}。なお、死後に承継されて相続人、最近親者など第三者の目に触れられたくないのであれば、生前にデータの消去 (記憶媒体の廃棄を含む) 等を行っておく、つまりそもそもデータ自体を残さない「デジタル断捨離」も、いわゆる「デジタル終活」の選択肢の一つとして十分考えられる。

ローレンダー (Bernhard Rohlender) は、死者が生前にデジタル遺品のゆくえを規律しておかないと、(死者のデジタル環境をあずかり知らない) 遺族は右往左往する羽目になり迷惑を被ることから、この感情ストレスから家族を解放することをモチベーションにすれば、生前に積極的対応をとってもらえるはずだと言う¹¹⁶⁾。まさに生前の整理準備こそが残された相続人などを助けるのである¹¹⁷⁾。急速なデジタル社会に置いてけぼりにされつつある¹¹⁸⁾ 私たちの現状に鑑みれば、「デジタル遺品」の存在・問題状況をよりいっそう社会に浸透させることで、——すでに多くの紛争を生じさせている従来のアナログ遺品に加えて——新たな火種となる遺品が登場・存在している事実を常日頃から意識させ、その死後のゆくえにも生前から気を配り対処しておくことの大切さを啓蒙していく必要があろう¹¹⁹⁾。リアルな

世界とヴァーチャルな世界を同時に生きる私たち現代人の宿命なのである。

c) さらにアーメント-トラウト（Anja Amend-Traut）と H. ヘルゲンレーダー（Cyril H. Hergenröder）は、2019年公表の論稿冒頭で次の理由から、新たに「デジタル遺品」のラインアップに加わった¹²⁰⁾（ここでも FB が2019年6月に公表した世界通貨構想“リブラ”に代表される）「暗号通貨の相続」問題¹²¹⁾を究明する。すなわちデジタル遺品のなかでも、電子メールやソーシャル・ネットワークのユーザー・アカウントの法的処理が「ここ最近、詳細に研究されてきた」のとは対照的に、「暗号通貨の運命は、相続法の観点からはほとんど解明されていない」。だが「ビットコイン企業の右肩上がりの普及」により、被相続人のデジタル遺品を構成する暗号通貨を「法律上安定的に取り扱うことが求められる」¹²²⁾。

d) ところで筆者は、デジタル遺品の法的処理にあたって、たとえば電子メールの通信（コミュニケーション）内容、FB など SNS アカウント上の投稿内容（公開・非公開等の諸事情をも含む）、仮想通貨や各種サービスポイントなどそれぞれの特殊性（たとえば死者・通信相手のプライバシーへの配慮いかん）・法的性質（いわば法定通貨に匹敵すべき存在?）・著作権法など特別法による保護の有無等に十分配慮・留意しつつ、その相続財産性（死後承継の有無）・（有りとした場合はさらに）承継者・承継方法いかんを論じることが重要だと考える。

そして、その際に留意すべきは、財産的価値があるだけで「デジタル相続」を直ちに認めるという判断が必ずしも被相続人、とくに残された相続人に有利だとは限らない点である。むしろ継続的な支払義務を伴う定期契約などを想起すれば——解約されない限り相続されることになるが——、そのデジタルな存在自体を知らないとか見つけられない場合などは、相続人側にとって著しくリスクが高まることになる（IV 1(2)参照）。むしろ当該リスクはデジタルなビジネスモデルに内在するものとして、相続されない一身専属的な契約と位置づける方がよいこともあろう¹²³⁾。また、被相続人が生前に無権限でダウンロードしていたデータをその死後に相続人が利用し

た場合——特定の要件を充たす必要はあるにせよ——処罰されうる刑法上のリスクも、指摘されている¹²⁴⁾。

(3) デジタル・アップデートへの及び腰？

もっとも、たとえば——次のⅣ以下で中心に扱う——ルディガの検討結果を先取りすると、とにかく「デジタル遺品」に限って言えば¹²⁵⁾、相続法(規定)を改正する必要はないとされている(詳しくはⅣ 7・Ⅴ 4 a)参照)。この点——筆者も「電子取引上のなりすまし」研究以来、大いに悩んできたが——、たしかに「リアルタイムに、『絶えず変化するインターネット上の活動領域 (Betätigungsfeld) にあって立法者に対し、法律で適切に『インターネット法』を規律するよう要求することはおおそ不可能であり、『諸問題は、既存の法律や方法で解決せざるを得ない』との指摘」も一理あり、まさにこの点に「難しさがある」。とにかく各テーマ・問題ごとに「立法的対応の必要性和限界」、裏返せば「『既存の法的枠組みによる対応 (……法解釈論) の可能性と限界』というグレートヒェンの問い (Gretchenfrage)」に向き合っていくほかならう¹²⁶⁾。ちなみに——法律の世界にとどまらず政治の場にまで当該議論は及び——2018年2月当時、ドイツ連邦政府を構成する政党間の政権協約 (Koalitionsvertrag) において、デジタル財産 (digitales Eigentum) の相続性の立法化をめざすことも予定されていた¹²⁷⁾が、FB-BGH の原則 (* = 先例的) 判決 (Grundsatz-Urteil) 後は目下、立法化する必要がなくなった¹²⁸⁾かのである (Ⅴ(3) b) も参照)。

【FB-BGH判決要旨】

ソーシャル・ネットワークのアカウント保有者が死亡したとき、本件利用契約は原則、BGB 1922条によりその保有者の相続人に移転する。(* 被相続人の) 当該アカウント及びそこに蓄積された通信内容に (* 相続人が) アクセスすることを、死後人格権も通信の秘密やデータ保護法も妨げるものではない¹²⁹⁾。

さりながら相続人といえども、アカウントへのアクセス権を包括承継し

たからといって、決して被相続人の通信内容を恣意的に扱うことができるわけではなく、その死後人格権を侵害しないようにする必要があることは言を俟たない。また第三者たる（被相続人の）通信相手は、自己の一般的人格権に基づいて特定の通信内容の消去を相続人に求めることもできると考えられようか¹³⁰⁾。

なお上記法改正にとどまらず、もはや現代社会に情報インフラとして浸透したインターネットに関わるサービス利用等契約について、少なくともBGBにおける医療契約の典型契約化に成功した¹³¹⁾ドイツにあっては、今後どのような議論が展開されるのだろうか（現代社会ならではのサービス提供型契約の充実の必要性、IV 3(1)dも参照）、その動向を注視していきたい。

（４）わが国におけるデジタル問題への関心・対応

他方わが国でも、たとえば海賊版サイトをめぐって世間を賑わせたブロッキングなどはその最たる例であろう¹³²⁾（VI 3 a）も参照）が、デジタル問題への関心自体は決して低いわけではなく、問題しだいではむしろ立法的対応への潜在的ニーズが高いものもあろう。また実際に、公正な競争を阻害するおそれが懸念される巨大プラットフォームを規制すべく、2020年2月18日、特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律案が閣議決定されるに至っている¹³³⁾。

さりながら民法分野に限って言えば、平成29〔2017〕年、平成30〔2018〕年と立て続けに債権法、相続法という二度の改正が行われたが、デジタル問題への対応はお世辞にも十分だとは言い難い。ただ、まったく議論がなかったというわけでもなく、「紙の遺言書を必要とせずに電子情報だけで完結するデジタル遺言」について、法務省が、「遺言者の真意により作成されたものであることを適正に担保する仕組み」作りを主要課題としつつ、「将来的な技術の確立」しだいでは「検討の余地はあ」りうると答弁している¹³⁴⁾。また実際上も自筆証書遺言において、添付する相続財産の目録に限ってではあるが、「パソコン等の機器を利用することができ、その機器

を遺言者自身が操作する必要もない」と緩和されており¹³⁵⁾ (民法968条2項前段)、デジタル化に向けた最初の第一歩と評価しうる萌芽も看取される。この先には、普及し馴染みある IT サポートにより、従来ハードルの高かった「遺言」の使い勝手を良くする「制度の再設計」が待ち構えているようか。すでにこの流れは先取りする形で、民事訴訟の場面では加速している。

IV. 「デジタル遺品」に関する新たな特別規律の 必要性に対するルディガの見通し

前述Ⅲ(1)a) のファウストによる「BGB のデジタル・アップデート」という問題提起に触発されて、ルディガは、むしろ——ファウストが考察対象から除外した¹³⁶⁾——「デジタル遺品」問題の解決に特化する形で、現代社会のデジタル化を契機に立法者は相続法を改正しなければならないのか、つまり「相続法のデジタル・アップデート」という核心的な難問の究明を試みる¹³⁷⁾。

1. 前提概念と問題状況

ルディガは、「デジタル遺品」に関わって、その前提となる当該概念とアクセス問題を今一度確認しておくことから始める。

(1) 前提となる「デジタル遺品」概念について

a) ルディガは、まず「法律文献で定着している」「digitaler Nachlass」概念について、相続法上の法概念ではなく「『記述的 (beschreibend)』かつ『説明的 (erklärend)』類いのもの」でしかないとして、本来的には「デジタル財産 (資産) (digitales Vermögen)」という専門用語の方がより適しているであろうと述べる¹³⁸⁾。なぜなら、(後述Ⅵ 2 e) のとおりデジタル資産分野で先行する)「アメリカ合衆国連邦の各州におけるのとは異なって、BGB には digitaler Nachlass に関するより特別な規律は存在」しておらず、「相続

法は『アナログ世界とデジタル世界』とを区別しないからである¹³⁹⁾。かくいう筆者も、当該研究を始めた当初より漠然とだが正体不明の気持ち悪さから、“digitaler Nachlass”を「デジタル遺産」とはせずにあえて「遺品」と和訳してきた（以下本稿でも引き続き、デジタル遺品とする）。

もっとも、このようなデジタル「遺品」も、——まさに今このⅣで紹介しているルディガ論稿の直後——2018年7月のFB-BGH判決により晴れて「相続財産性」を承認されたという意味ではとにかく判例・支配的見解上は名実ともに、デジタル「遺産」になったと言えようか。

b) 次にルディガは、デジタル遺品について、被相続人の「デジタル財産全部」を包摂する概念であること、被相続人の「『デジタル・サービス提供者に対する権利・請求権』や、莫大な経済的価値を示しうる『全電子データ・ストック』に関連性を有すること」を再確認した上で、その具体例として、自宅で記憶媒体（ハードウェア）に保存されたデータ（いわゆる「デジタル化された情報（digitalisierte Informationen）」）に始まり、インターネットやクラウド上のデータ、……電子マネー（digitales Bargeld）、電子書籍の利用権まで幅広く列挙する。現在においては、網羅的に列挙されている点で大いに参考になるであろうが、ただ日進月歩のICTとデジタル・サービスの進化により、今後もそのラインアップが増えていくこと¹⁴⁰⁾には注意を要しよう。

以上より、デジタル遺品の死後承継に関わって、経済的価値を有している情報・データであっても有体性を欠くことから、その「無形財」的性質が障害になりうるかとも思われたが、ルディガは、必ずしも「デジタル遺品に属すること」を説明するにあたり、（所有権など）「物権と関連づける必要はない」と言う¹⁴¹⁾。たしかに筆者も分析してきた¹⁴²⁾とおり、リーディング・ケースたるFB事件でもすでに第1審のLG判決（判決理由B II 1参照）から一貫して、無体物としてのデータに対する物権に準じた財産権的構成の困難さゆえに、FBアカウントへのアクセス権を生じさせるプラットフォーム利用契約（Plattformnutzungsvertrag）関係（法的地位）の

相続が問題とされてきた。これは、データ保存の「脱ローカル化 (Entlokalisierung) と分散化 (Zersplitterung)」が指摘されるとおり、かつてのユーザー自身所有するハードウェア (での保存) から巨大インターネット企業のサーバー (での蓄積) へと移行している流れ¹⁴³⁾を反映したものである。

(2) 「デジタル遺品へのアクセス」問題

ルディガは、「デジタル遺品では被相続人から相続人への権利承継がしばしば各企業のなすがままである」点、被相続人が定期的に変更の必要な「パスワード方式を採用する多くの電子メールやオンラインのアカウント、クラウドを様々なサービス提供者との間で利用していた場合、デジタル遺品へのアクセスは困難を極める」点、(紙媒体や記憶媒体に上記一覧リストがたいてい残されていないことから) そもそも「相続人は何がデジタル遺品に属するのか、よく知らない」点、(推奨されてはいるが) パスワードが変更されるとアクセスできなくなるリスクなど不都合を指摘する。もっともその上で、何も今に始まった新たな事象ではなく、すでにアナログ時代でも被相続人の雑誌の予約購読を相続人が知らないことなどよくあったと言う。

なお、被相続人と各サービス提供者とが死亡に伴うユーザー・アカウントの消去につき有効な合意に至っていれば——AGB (普通取引約款) 規制に抵触しないことを前提に (後述 2(2)参照) ——、上記アクセス問題自体が起こらない¹⁴⁴⁾。

2. FB 事件につき対峙する第 1 審 LG 判決と 第 2 審 KG 判決について

(1) 「相続権の保障」か「通信の秘密の保護」か

ルディガは、まずデジタル遺品のリーディング・ケースたる FB 事件について、第 1 審 LG 判決と第 2 審 KG 判決双方の対峙する結論を確認しておく¹⁴⁵⁾。

LG 判決は、被告 FB が（被相続人たる未成年者の）ユーザー・アカウントおよびそこに蓄積された通信内容へのアクセスを原告たる相続人（未成年者の母）に認めなければならないと判示した。これに対して KG 判決は、いわば相続法上の問題を棚上げにしたままで、「（通信相手の）通信の秘密」に焦点を当てて、相続人への被相続人のデジタル情報の引渡しを認めなかった¹⁴⁶⁾。

たしかに FB の広報担当者も、遺族たる両親に対して哀悼の意を表しながらも、（死亡した）「娘とプライベートでコミュニケーションしていた者は彼女の両親に読まれないことを信頼している」¹⁴⁷⁾がゆえに「FB は通信内容に鍵をかける」と説明していた¹⁴⁸⁾わけだが、これが第 2 審 KG 判決では認められた格好となった。

それにもかかわらずルディガは、むしろ第 1 審判決を支持して、FB との被相続人の SNS 利用契約（関係）が BGB 1922 条 1 項により包括承継されると言う。すなわち財産（Eigentum）は、ドイツ弁護士協会（Deutscher Anwaltverein）のデジタル遺品に関する意見書¹⁴⁹⁾のとおり、『『契約の締結に依拠する債務法上の債権（Forderungen）』を包含する。『通信内容の物体化（Materialisierung. *つまり通信内容が被相続人の記憶媒体に保存・蓄積されて有形化していたかどうか）』は、当該請求権の相続性にとって重要ではない。契約上の義務に基づいて、FB は相続人に、被相続人のユーザー・アカウントへのアクセスを認めなければならない』¹⁵⁰⁾。

（2）デジタル遺品の相続性を排除する約款と内容規制への抵触

a) ところで——FB 事件では、生前に「友人」として登録された者しかアクセス・投稿させないという（いわば死後の変更権留保？と思しき）追悼（Gedenkzustand）¹⁵¹⁾ 条項が約款に組み入れられていること自体、否認されたが、かりに認められたという前提に立っても——LG 判決が、ユーザーおよびその相続人の不利益的扱い（unangemessene Benachteiligung）になるという理由から BGB 307 条¹⁵²⁾ 2 項 1 号により効力を生じないとした点（判決理由 B II 2 d)）につ

いても、ルディガは正当と評価する。そして、問題となる条項が法的規律の基本原則から逸脱して相容れない場合において、疑わしいときは、上記不利益的扱いが推認される。これを FB 事件に当てはめれば、アカウントの相続性を排除する条項は、(被相続人と FB との債務法上の契約も含めてその範疇とする) BGB 1922条 1 項の包括的権利承継という相続法上の一般原則と相容れないということになる¹⁵³⁾。

また、「プロバイダとの契約の意義・目的がユーザーおよびその権利承継人へのデータの返還であること」¹⁵⁴⁾に鑑みれば、追悼条項は、「BGB 307条 2 項 2 号にも違反する」¹⁵⁵⁾。さらに FB ユーザーに対して「AGB……に注意を払うことを期待するのは、完全に『実生活とかけ離れ (lebensfremd)』」¹⁵⁶⁾ている。

かくしてルディガは、被相続人の死後に、FB アカウントの存続を判断するのは相続人であり、FB が自らデータを消去すること¹⁵⁶⁾について、そのような被相続人の意思がない限り許されないと結論づける¹⁵⁷⁾。ともかく、遺産の迅速な清算を望む(被相続人の)取引相手の利益や、(UrhG (ドイツ著作権法) 28条・30条¹⁵⁸⁾、BGB 1922条 1 項により相続人に移転する)「著作権法上保護される作品がアカウント上に存在し」うることに鑑みても、好都合と考えているようである¹⁵⁹⁾。ただ例外的とはいえ果たして、上記データ消去を欲する被相続人の意思とはどのような場合にその存在が看取されるのか、より具体的に知りたいところではある。

b) なお筆者としては、SNS 提供者の準備した規約等がこの者の有利(裏返せば多くの場合は消費者たるユーザーの不利)になる危険性を危惧し内容規制を視野に入れておくことにもとより異論はないが、ただ相続権 (GG 14条 1 項、BGB 1922条 1 項)の優位性¹⁶⁰⁾を強調しすぎるあまり、FB アカウントの運命を安易に相続人の手に委ねてしまう点には本研究当初より¹⁶¹⁾違和感を覚えてきた。とくに SNS アカウントに保存された(純)個人的な情報・内容を念頭に置けば、「法定相続」よりもこれに優先する「(被相続人の人格の実現と保護に資する¹⁶²⁾遺言・相続契約による)任意相続」へと誘

導するような、被相続人の終意尊重を第一に考えるシステムを構築・整備すべきではなかろうか。たとえば消費者に対する契約締結前の情報提供として、企業側は「アカウントの譲渡可能性（transferability）・相続可能性（inheritability）」について事前に可能な限り通知する必要があるとすることで、デジタル遺品問題は解決できるだろう¹⁶³⁾。かくして登録時など適宜機会を見つけて、死亡したときどのようにデータを取り扱ってほしいか、つまりアカウントの存続か消滅か、はたまたデータの保管か相続人あるいは最近親者への引渡しか、（いずれは死者となる）ユーザー自身に考えさせ生前に決定を促すサービス・ツールの技術開発と丁寧な案内は、少なくとも SNS 提供者の責務であろう¹⁶⁴⁾。このようなユーザー目線の細やかなサービスを提供する（いわゆるアーキテクチャの設計・管理を含む）責務が、プラットフォーム等を提供・運営する事業者にとって今後重要となろう¹⁶⁵⁾。サービスの差別化こそが、真の意味での企業の競争力強化にもつながるはずである。

1) 見通しのよいレジュメとして、澤田朋子「ドイツ政府の第４次産業革命 Industrie 4.0 (2014年9月17日)」[<https://www.jst.go.jp/crds/pdf/2014/FU/DE20140917.pdf> : 2020年3月18日最終アクセス]。同「連載 各国の研究開発戦略 第3回 ドイツ 製造業高度化プロジェクト『インダストリー 4.0』」産官学連携ジャーナル2014年10月号 [https://sangakukan.jst.go.jp/journal/journal_contents/2014/10/articles/1410-10/1410-10_article.html : 2020年3月26日最終アクセス] も参照。Vgl. auch etwa Peter Bräutigam/Thomas Klindt, Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, S. 1137ff.

なお、“Industrie 4.0”をはじめドイツのデジタル関連用語については、Oliver Bendel, 350 Keywords Digitalisierung (2019) が非常に役立つ。

2) Vgl. Michael Liepin/Gero Götz, MMR FOKUS: Braucht das BGB ein Update?, MMR-aktuell 2016, 379185; Eva Lux/Michael Liepin, Digitaler Neustart: Braucht unser Recht ein Update?, in Matthias Weller/Matthias Wendland, Digital Single Market: Bausteine eines Digitalen Binnenmarkts (2019), S. 133. なお本稿の傍点は、直接引用部分も含めて傍点原著者などくとくに断りのない限り、筆者が独自に付けたものである。

3) Katharina Seidler, Der digitale Nachlass – ein Zwischenstand, NZFam 2020, S. 141.

4) Bram Maeschaelck, Digital Inheritance in Belgium, EuCML 2018, 37.

5) わが国におけるライフログの実態や問題点については、水町雅子「ライフログにおける法的問題」NBL 947号（2011年）38頁以下、日本弁護士連合会編著『デジタル社会のプラ

イバシー 共通番号制・ライフログ・電子マネー』(航思社, 2012年) 60頁以下参照。

- 6) Solange van Rens, Der digitale Nachlass – Oder: Wie stirbt man digital? (2019), Editorial.
 - 7) Maeschaelck, supra note 4, at 37.
 - 8) Thomas Wischmeyer/Eva Herzog, Daten für alle? – Grundrechtliche Rahmenbedingungen für Datenzugangsrechte, NJW 2020, S. 288.
 - 9) ルチアーノ・フロリディ [先端社会科学技術研究所訳]『第四の革命 情報圏 (インフォスフィア) が現実をつくりかえる』(新曜社, 2017年)「はじめに」ii 頁。
 - 10) Benjamin Raue/Antje von Ungern-Sternberg, Ethische und rechtliche Grundsätze der Datenverwendung, ZRP 2020, S. 50.
 - 11) たとえばドイツにおいて “digitaler Nachlass (デジタル遺品)” は, 本研究も扱うフェイスブック (FB) 事件 (詳細については, 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) 151頁以下参照) による認知度の向上もあってか, 法律用語辞典に加えられた (Carl Creifelds, Rechtswörterbuch, 23. Aufl. (2019), Stichwort “Nachlass, digitaler”)。 「デジタル遺品」は, 「遺産を構成しうるデジタル関連の部分・内容」を表す集合概念 (Sammelbegriff) と説明できようが, 詳しくは, 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) 222 頁の注 1), Veris-Pascal Heintz/Hannes Ludyga, Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das „Facebook-Urteil“ des BGH, jM 2018, S. 398f. 参照。
- ところで, 面識のあるデジタル死生ライターの古田雄介氏は, 最近 (2019年10月) の小学館タイム (DIME) の取材で「デジタル遺品」の定義等について尋ねられた際, ある意味, 「アナログ遺品 (analoger Nachlass)」と比較しながら絶妙に特徴を捉えた返答をしている。端的に「“デジタル環境を通してしか実態が掴めない遺品”」だとした上で, 「紙焼き写真はそれ単体で何が写っているかわかるのに対して, 「デジタル写真はスマホやパソコンなどのデジタル環境で表示しないと実態がつかめ」ない点を指摘する。具体的には, スマホなど「デジタル機器とそこに保存されたファイルやアプリ, インターネット上のファイルや権利 (アカウント)」を挙げた上で, デジタル機器について, 「通電しなくても物品としては存在」するものの「持ち主がどう使って何を保存しているかといったことは, 電源を入れてログインしないとわか」らず, 「実態がデジタル環境の先にあるので, “デジタル遺品”だ」と説明する (「亡くなった人のスマホや PC に入っている『デジタル遺品』みんなはどうしてる?」[<https://dime.jp/genre/790053/>: 2019年10月18日最終アクセス])。
- 12) 詳しくは, 第 1 論文(1)・前掲注 11) 146頁参照。
 - 13) Maeschaelck, supra note 4, at 37.
 - 14) Mario Martini, Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet, JZ 2012, S. 1152.
 - 15) Kubis/Naczinsky/Selzer/Sperlich/Steiner/Waldmann, Der digitale Nachlass: Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht 27. Dezember 2019, S. 36 [<https://>

www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/2019-12-Studie-digitaler-Nachlass.html から2020年3月23日最終ダウンロード]. Vgl. auch dies., aa.O., S. 29f.

なお本稿の(※……)部分は、筆者が付けた挿入句である。

- 16) 第1論文(1)・前掲注11) 160頁以下の注2)も参照。
- 17) Liepin/Götz, aa.O. (Fn. 2).
- 18) クリス・フーフナグル [宮下紘ほか訳]『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) 8頁。なお、連邦プライバシー法制定の動きについては、たとえば寺田麻佑「ミニ・シンポジウム プライバシーと個人情報保護法制の国際比較—GDPR への対応を中心として— EU と日本における個人情報保護法制の比較と課題」比較81号(2019年) 170頁、日本貿易振興機構(ジェトロ) サンフランシスコ事務所 イノベーション・知的財産部 スタートアップ支援課「カリフォルニア州消費者プライバシー法(CCPA) 実務ハンドブック」(2019年12月) 5頁 [https://www.jetro.go.jp/ext_images/_Reports/02/2019/c74bb9695c95edf9/20191225.pdf : 2020年1月13日最終アクセス] 参照。
- 19) 近時わが国でも盛んに、プラットフォームの法的責任が議論・検討されているが、その前提として、単に情報交換の場などを提供するにすぎない SNS プラットフォームは、「(非マッチング型プラットフォーム)のソーシャル」「メディア型」に分類される(藤原総一郎=殿村桂司=伊佐次亮介「デジタルプラットフォームの法律問題 第1回 デジタル・プラットフォームとは」NBL 1131号(2018年) 79頁の表など参照)。詳しくは、SNSを「コミュニティ型の会員サービス」と位置づける藤原総一郎=カオ・ミン・ティ「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) 46頁以下参照。
なお、「プラットフォーム」の種類・分類と「プラットフォーム」の定義・性質については、たとえば田中志津子「プラットフォーム事業者(プラットフォーム)の責任」沖野眞己=笠井修=銭偉栄編著『比較民法学の将来像 岡孝先生古稀記念論文集』(勁草書房, 2020年) 459頁以下、初学者にも分かりやすい成原慧「連載●情報法ナビゲーション【第1回】プラットフォームはなぜ情報法の問題になるのか」法セ783号(2020年) 54頁以下参照。あわせて、特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律案要綱 (https://www.meti.go.jp/press/2019/02/20200218001/20200218001-2.pdf [2020年2月28日最終アクセス])の「第二 定義」等も参照。ドイツでは——デジタル・プラットフォーム(digitale Plattform)と同義の——「オンライン・プラットフォーム(Online-Plattform)」概念について、たとえば Fabian Vilgertshofer, Online-Plattformen und vertragliche Haftung (2019), S. 7f. 参照。
- 20) 武邑光裕「ベルリン発! デジタル・プライバシー考① プライバシー・パラドックスの壁」時の法令2077号(2019年) 41頁。寺田麻佑「欧州(EU)における先端技術をめぐる規制の動向と日本法への示唆」法時91巻6号(2019年) 77頁も参照。
- 21) 実積寿也ほか「情報法制学会通信政策セミナー報告書『GAFA ビジネスの分析』(1) 情報法制研究4号(2018年) 112頁以下 [第1章第3節 Facebook のビジネス: 川田大輔]。だが他方で FB は、「アップロードしたコンテンツを分析することでユーザーより

もユーザーに詳しくなる」(実積ほか・同上112頁 [川田])という驚愕すべき実情がある。同旨、福家秀紀『IoT 時代の情報通信政策』(白桃書房, 2017年) 198頁も参照。

- 22) Kwon Il Lee, Grundrechtsschutz vor informationeller Selbstgefährdung in sozialen Netzwerken (2019), S. 85. ソーシャル・ネットワーク時代のプライバシーの価値については, ders., aa.O., S. 77ff. 参照。

- 23) 武邑・前掲注 20) 42頁以下。すでに同旨, たとえば船越一幸『情報とプライバシーの権利——サイバースペース時代の人格権』(北樹出版, 2001年) 121頁以下。

- 24) 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。

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。その他にも, 畑博行=小森田秋夫編『世界の憲法集 [第五版]』(有信堂高文社, 2018年) 323頁以下 [永田秀樹]。

- 25) 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德律に違反しない限りにおいて, 自己の人格を自由に発達させる権利を有する。

上記規定は, 「仮面を着けた人, すなわち法的な人格が, それぞれの生活領域において異なる『アイデンティティ』を形成することのできるような『法的な自己表現 (rechtliche Selbstdarstellung)』をすることを可能にするものと理解」され, 学説上の当該議論は「ヴァーチャル・アイデンティティ」にまで及ぶ (ペーター・A・ヴィンデル [長野史寛訳]「法的な人格と人格権」民商154巻2号 (2018年) 252頁以下)。

- 26) Vgl. etwa Wolfgang Hoffmann-Riem, Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, AöR 134 (2009), S. 23ff.; ders., Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data, in ders., Big Data – Regulative Herausforderungen (2018), S. 32f.

- 27) 詳しくは, 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) 251頁の注 59), 251頁以下の注 60), 同論文「(3・完)」立命384号 (同年) 160頁以下の注 134) 参照。

なお, わが国における ICT の発展に伴うプライバシー権の展開については, たとえば山本龍彦「自己情報コントロール権について」辻村みよ子編『〈特集〉「個人の尊重」と家族』憲法研究4号 (2019年) 44頁以下参照。

- 28) Philipp Hacker, Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, S. 148. ビジネスモデルとの関係で, データの有償・無償性に関わる研究著書・論稿など様々な発行物は最近, 枚挙にいとまがないほどである (statt vieler Konrad Ždanowiecki, Data is Cash – Daten als Entgelt, in Jürgen Taeger, Rechtsfragen digitaler Transformationen – Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht: Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2018, S. 559ff.; Wolfgang Kilian, Personenbezogene Daten als schuldrechtliche Gegenleistung, in Stiftung Datenschutz, Dateneigentum und Datenhandel (2019), S. 191ff. あわせて第2論文(2)・

前掲注 27) 253頁の注 67), 同論文（３・完）・前掲注 27) 158頁の注 115) も参照。

なお, BDSG の歴史的展開と DS-GVO 成立に伴う改正については, 大西楠・テア「ミニ・シンポジウム プライバシーと個人情報保護法制の国際比較—GDPR への対応を中心として— ドイツにおける個人情報保護法制の構築」比較81号（2019年）184頁以下参照。

- 29) 本判決については, 第 1 論文(1)・前掲注 11) 151頁以下の紹介, 同論文「(2・完)」立命368号（2016年）203頁以下の解説等を参照。

- 30) 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。

ところで——大半が同じドイツ語圏の——ZGB（スイス民法）560条 1 項も, 包括的権利承継原則を規定する。

Art. 560

(1) Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes.

第560条

(1) 相続人は, 法律に基づいて, 被相続人の死亡によりその相続財産を全体として取得する。

上記スイスの「デジタル遺品」関連の文献として, 少し古いが ZHAW School of Management and Law, *Sterben und Erben in der digitalen Welt* (2013), insb. S. 38ff.; Hans Rainer Künzle, *Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht, successio 9* (2015), S. 39ff. (= in: 7. Deutscher Testamentsvollstreckertag 2013, Tagungsband, Angelbachtal 2014, S. 111ff)。

- 31) 本判決の簡単な紹介については, 第 2 論文(1)・前掲注 11) 190頁以下参照。

- 32) 関係法令条文としては, 通信の秘密に関する GG 10条と, これを具体的に法律で規定した TKG 88条, とくに 3 項が挙げられる。いわば TKG 88条は, 通信の秘密に関する「憲法具体化法」と言えよう（なお「憲法具体化法」とは「憲法規範を私人間において具体化するための法律という意味」で呼称される, 山本龍彦＝河嶋春菜「憲法的観点からみた医療情報の法的保護と利用」甲斐克則編『医事法講座 第 9 卷 医療情報と医事法』（信山社, 2019年）25頁参照）。FB-LG 判決, これと結論を違える KG 判決いずれも, TKG 88条 3 項までとり上げていた（第 1 論文（１）・前掲注 11) 158頁以下, 第 2 論文(1)・前掲注 11) 191頁参照）。

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。

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。

TKG 88条については、第1論文(1)・前掲注11) 168頁の注64) 参照。この88条は、ePrivacy-RL (eプライバシー指令) が国内法化された規律であるため、これに代わる——加盟国ドイツに直接適用される、DS-GVO の特別法としての——ePrivacy-VO (eプライバシー規則 (詳細は後掲注99) 参照) が今後制定された場合の影響には十分注意を要しよう。

なお、通信の秘密を侵害したときは、StGB (ドイツ刑法) 201条 (言葉の信頼性に対する侵害) により処罰せられる (Hannes Ludyga, Vererblichkeit eines Facebook-Kontos – Anmerkung zu KG Berlin, Urteil vom 31. Mai 2017 – 21 U 9/16, jM 2017, S. 415)。

- 33) 本判決については、すでに第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11) 185頁以下、前掲注27) 224頁以下、前掲注27) 131頁以下で紹介・解説等を終えている。
- 34) 本稿副題から見ると、Ⅱ・Ⅲが冗長となった感は拭えないが、後続の第4論文「ドイツにおける『デジタル遺品』初判例の批判的考察——デジタル時代における『相続権』と『プライバシー』の衝突——(仮題)」の「はじめに」部分も兼ねているということでご容赦いただきたい。
- 35) なお死亡した被相続人については、通信の秘密は生者に限られるため、そもそも問題にならない。
- 36) 電子メールは、当初より議論の対象とされてきた典型的なデジタル遺品であると言える。その先駆的論稿として、Thomas Hoeren, Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers, NJW 2005, S. 2113ff。
なお、わが国でもその3年後に希少な研究として、池田秀敏「死者宛ての電子メール」信法11号(2008年)113頁以下。電子メールに関して、池田教授は、「差出人のプライバシー権ないし人格権侵害」および「インターネット・サービス・プロバイダ (ISP) による通信の秘密の遵守」の観点から、「特定の名宛人に宛てられた電子メールを閲覧したりダウンロードしたりできる権利には一身専属性があり、その相続は否定されるべきである(民法896条但書)」とする(前掲132頁以下)。
- 37) たとえば第1論文(1)・前掲注11) 165頁の注49)、同論文(2・完)・前掲注29) 212頁、230頁の注114) 参照。
- 38) Giorgio Resta, Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling, EuCML 2018, 201-04.

なお他にも同じく、デジタル絡みの様々な EU 指令、ドイツの FB-BGH 判決も含めと
り上げて（いまだわが国同様、デジタル遺品に関する裁判所の判断がない）自国クロアチ
アへ示唆を得ようとする比較法研究として、「デジタル世界におけるユーザーの権利がど
のように自己の相続財産（estate of inheritance）に影響するか」を考察する Romana
Matanovac Vučković & Ivana Kanceljak, DOES THE RIGHT TO USE DIGITAL
CONTENT AFFECT OUR DIGITAL INHERITANCE?, EU AND COMPARATIVE
LAW ISSUES AND CHALLENGES SERIES – ISSUE 3, 724-46 (2019)。上記「両国の法
律において現存する法的解決策の類似性から」FB-BGH 判決の結論は重要であるとされ
る（Matanovac Vučković & Kanceljak, op. cit., at 738）。まさに筆者の比較法研究スタン
スと同様である。

- 39) ハインツとの共著研究論稿（Heintz/Ludyga, aa.O. (Fn. 11)）では、脚注の20カ所以上
で参照している。
- 40) 最近さらなる要因として、小塚教授は、「主として取引に着目して」AI 利用の普及に
よるデータの価値増大時代がもたらす三つの社会変化「モノからサービスへ」、「財物から
データへ」、「法／契約からコードへ」を挙げている（小塚莊一郎『AI の時代と法』（岩
波書店、2019年）「はしがき」ii 頁参照）。あわせて野村総合研究所『IT ロードマップ
2019年版』（東洋経済新報社、2019年）10頁以下も参照。
- 41) 拙著『電子取引時代のなりすましと「同一性」外観責任』（法律文化社、2018年）「はし
がき」iii 頁。
- 42) AI の学習レベルの進・深化を見据えて現行民法の枠組み「（人を当然の前提とした）
意思表示・法律行為」による解決可能性を疑う最近の論稿として、たとえば Malte
Grützmacher/Jörn Heckmann, Autonome Systeme und KI – vom vollautomatisierten
zum autonomen Vertragsschluss? Die Grenzen der Willenserklärung, CR 2019, S. 553ff。
なお、上記とは対照的な David Paulus/Robin Matzke, Smart Contracts und das BGB –
Viel Lärm um nichts? –, ZfPW 2018, S. 431ff., insbes. S. 438ff. も参照。
- 43) 第1論文(1)・前掲注11) 149頁など参照。
- 44) Vgl. Seidler, aa.O. (Fn. 3), S. 141 Fn. 4.
- 45) Karsten Dopatka, Forum: Digitaler Nachlass – Der Umgang mit elektronischen Daten
nach dem Tod, NJW-aktuell 2010, S. 14. なお、わが国における若者、とくに中高生のス
マホ利用を通して「SNS とネットの現状」をリアルに分かりやすく年配の筆者にも教え
てくれるものとして、鈴木朋子「親が知らない子どものスマホ イマドキ中高生 驚きの
SNS & ネット事情」（日経 BP, 2019年）がある。「ネットに気軽さと緩いつながりを求め
る今の若者にとって、実名で『友達』と深くつながる Facebook は『重い』」（鈴木・同上
40頁以下）など興味深い分析も、随所に見られる。
- 46) Vgl. Edina Harbinja, Chapter 9. Post-mortem social media: law and Facebook after
death, in David Mangan & Lorna E. Gillies, The Legal Challenges of Social Media, 177
(2017).
- 47) Dopatka, aa.O. (Fn. 45), S. 14.
ところで、（サービス・プロバイダとユーザーとの契約で作成されるとはいえ）アカウ

ントそれ自体や基本 OS (ソフトウェア) はもとより前者プロバイダの (知的) 財産に属する (Harbinja, *supra* note 46, at 177-78)。そもそもアカウント自体, BGB 90条の有体物ではないがゆえに, 被相続人は所有者たり得ない (Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass* (2015), S. 26. BGB 903条 (条文訳は後掲注 169)) も参照)。

BGB 90条 物概念

この法律において, 物とは, 有体物のみである。

ただこのアカウントが, デジタル世界では次のとおり重要な役割・鍵を担っていることを認識しておく必要がある。アカウント作成は, 「技術的には, このアカウントに関連付けて保存またはアクセスされるデータを『所有する』こと (to “possess” data stored or accessed) を意味するように思われ, いわばデータの新しい所有方法である。換言すれば, ユーザー名とパスワードはデータに到達するための手段であり, それらを知っている人だけがデータにアクセスしデータを『所有する』立場にある」 (Matanovac Vučković & Kanceljak, *supra* note 38, at 730-31)。

48) BT/Drucks 19/14044, S. 1.

49) Kubis/Naczinsky/Selzer/Sperlich/Steiner/Waldmann, a.a.O. (Fn. 15), S. 32.

50) Winfried Kössinger, in Nieder/R. Kössinger/W. Kössinger/Najdecki/Zintl, *Handbuch der Testamentsgestaltung: Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen*, 6. Aufl. (2020), § 1 Feststellung der gesetzlichen Erbfolge und des mutmaßlichen Nachlasses, Rz. 100a.

なお, 筆者の第2論文を補足情報に挙げて下さった大塚智見「第1部 あなたと法学が会う16のシーン Act 5「将来」について考える ③電子の世界は『屍者の帝国』——デジタル・アカウントの相続可能性」法教475号 (2020年) 別冊付録 (大学生生活と法学) 51頁以下に接した。これから法学の世界に船を漕ぎ出すデジタル・ネイティブ世代に「デジタル遺品」問題の心髄を分かりやすく伝えて下さったことに, 一言感謝申し上げたい。

51) ただ, 匿名加工された医療情報の利活用を推進する次世代医療基盤法は, 本文の「生者」限定をせず, 死者の情報も含んでいる (福岡真之介=村松英寿『データの法律と契約』(商事法務, 2019年) 246頁, 藤原総一郎=東崎賢治=羽鳥貴広「デジタルプラットフォームの法律問題 第10回 プラットフォーム事例研究④——医療・薬事プラットフォームと MaaS プラットフォーム」NBL 1149号 (2019年) 54頁参照)。宇賀克也『個人情報保護と利用』(有斐閣, 2019年) 28頁も参照。

52) 詳しくは, VI 2 b) 参照。

ただ現在見直し議論の進む, わが国の個人情報保護法 (APPI) が (ドイツ流の「情報自己決定権」を具体化した) DS-GVO への接近を見せつつも——データ・ポータビリティ権や忘れられる権利を盛り込まないなど——独自路線を歩むことについては, Christian Geminn, *Japan: Evaluation des Act on the Protection of Personal Information*, ZD-Aktuell 2020, 06927。この両権利は, 個人がデータに対して有する重要なコントロール・ツールであるため, 今後その距離感が注目される。わが国の後者権利をめぐる法状況については, 秋山瑞季「個人情報保護法見直しの概要」調査と情報1089号 (2020年) 7頁以下参照。

53) ただ筆者には、どうしても理解・納得できない次の一般的論法 (たとえばⅣ 1 (1) a) 参照) がある。それは、現行相続法について、当時はアナログ世界の^みを念頭に置いて起草されたとしながらもたいした説明もせず直ちに、デジタル世界との間で区別していないという、本当にそうなのか? と疑いたくなる内容である。

54) Mark-Oliver Mackenrodt, Digital Inheritance in Germany, EuCL 2018, 41.

「デジタル遺品」は、本文からも分かるように多義的に用いられる。たとえば定義づけにおいても、実際に重要な「データや情報」に焦点を当てることもあれば、法律目線で相続に関わって権利関係に焦点を当ててなされることもある。後者の場合は、データ・情報を保存・蓄積する (いわば包み込む) 当該主体の USB メモリやハードディスクなど記憶媒体の所有権 (ないし占有権)、あるいは——それが他人の所有であるときは——その記憶媒体に「アクセスする権利」を根拠づける利用契約関係が「デジタル遺品」とであると説明される。たとえば第1論文(1)・前掲注 11) 160頁以下の注 2) 参照。

いずれにせよ、ただ単に「デジタル遺品」という用語を使用しただけでは、「特定の人の有利なように法的権利を承認することを含意するわけではない」(Mackenrodt, op. cit., at 41)。また厳密には、そもそも「相続財産の対象となりこれに含まれるのか (いわゆる「相続財産性」)」という第一関門も通過していないはずである (詳しくは、第1論文(2・完)・前掲注 29) 223頁以下、第2論文(3・完)・前掲注 27) 135頁以下参照)。

55) Ludyga, aa.O. (Fn. 32), S. 414.

56) Mark-Oliver Mackenrodt, Der »digitale Nachlass« und die Verweigerung des Zugangs zu einem Internetaccount gegenüber den Erben – Anmerkung zu KG ZUM-RD 2017, 524, ZUM-RD 2017, S. 541f.

たしかにリツェンブルガー (Wolfgang Litzénburger) が FB-BGH 判決を評価した (BGH: Digitale Benutzerkonten sind vererblich: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.07.2018, FD-ErbR 2018, 407688) とおり、デジタル遺品の相続を認めるメリットとしては、当該解決の法的安定性と、いわゆる「データの墓場 (Datenfriedhof)」の発生・拡大を回避できることが挙げられる (第2論文(2)・前掲注 27) 238頁参照)。

ただ本文の「プラットフォームによる利潤独占」懸念は、上記相続を認めずとも、ユーザーから付与された個人データ権がその死亡と同時にそもそも消滅すると考えることでも解消されるであろう (第2論文(2)・前掲注 27) 249頁の注 52) 参照)。

57) 第1論文(2・完)・前掲注 29) 211頁。第2論文(2)・前掲注 27) 248頁参照。

58) 他にも FB の約款をめぐることは、権利移転条項 (Rechteeräumungsklauseln) の有効性が問題となり、——本稿で扱った FB 事件同様——BGB 307条 (内容の規制) 2項 1文 (条文訳は後掲注 152) 参照) に抵触するとした裁判例がある (vgl. Christian Solmecke, in Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Werkstand: 49. EL Juli 2019, Teil 21.1 Social Media, Rz. 6ff.)。

なお——筆者はすでに第2論文で紹介・解説等を終えた——FB-BGH 判決を素材に約款問題をクローズアップする研究として——脱稿時は判例紹介の段階にとどまる——小笠原奈菜「デジタル遺品の相続性に関する条項への消費者契約法10条の適用可能性(1)——ドイツ連邦通常裁判所2018年7月12日判決 (Facebook 判決) を契機として——」山法

70・71 合併号 (2019 年) 89 頁以下。Vgl. auch Münchener/Leipold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020), § 1922 Rz. 42ff.

- 59) Christian Schubert, Der Neue Weg zu Sklaverei, Frankfurter Allgemeine Zeitung 15. Nov. 2019 [ProQuest ID: 2314439358].
- 60) その弊害を含めて詳しくは、エリック・A・ボズナー=E・グレン・ワイル [安田洋祐 監訳=遠藤真美訳]『ラディカル・マーケット 脱・私有財産の世紀』(東洋経済新報社, 2019 年)の「第 5 章 労働としてのデータ——デジタル経済への個人の貢献を評価する」297 頁以下、とくに 328 頁以下参照。

仮想現実 (VR) の開発者ラニアー (Jaron Lanier) も、「現在のデジタル資本主義においては、プライバシーの欠如によって、個人データが本人ではなく他人の富の増加につながっていると論じている」(岩田一政編『2060 デジタル資本主義』(日本経済新聞出版社, 2019 年) 228 頁)。

「好調が続く GAFA」に対する牽制の動きについては、たとえば松原義明「特集 I デジタルプラットフォームをどのように受け入れるべきか① デジタルプラットフォームビジネスの現状と動向」現消 46 号 (2020 年) 9 頁以下参照。

- 61) 最近「データに対するデジタル市民所有権 (digitales Bürgereigentum an Daten)」に言及するものとして、Karl-Heinz Fezer, Die Bürger haben ein Recht auf ihre Daten, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 05. Nov. 2019 [ProQuest ID: 2311810151].
- 62) BfDI: Vertrauen ist der Rohstoff des 21. Jahrhunderts, ZD-Aktuell 2020, 06931.

なお、個人データに関する世界の流れについて「CRM (顧客関係管理) の時代 → 個への移行期 (現在はこの最終段階) → 個の時代」という「個の影響力の拡大」に着目し俯瞰するものとして、花谷昌弘「第 1 章 情報銀行とは何か」花谷=前田幸枝編著『情報銀行のすべて』(ダイヤモンド社, 2019 年) 24 頁以下。

- 63) Mackenrodt, aa.O. (Fn. 56), S. 541f. だが本文のような事態は、あるプラットフォームに提供した自己のデータを競合他社に移転できる権利を当該ユーザーに認めた DS-GVO 20 条のデータ・ポータビリティ規定などと緊張関係に立つことになる (ders., aa.O., S. 542)。

なおデータ・ポータビリティには、上記のように「個人の基本的権利を強化する」側面以外に、「既存企業のデータの囲い込みによる優位性は薄れ、企業間の競争が促される」という「経済的意義もある」(岩田・前掲注 60) 68 頁以下) 点には注意を要する。

- 64) ケースバイケースの遺族らの心境と、公開・非公開という雑多な情報を蓄積する SNS の特徴から「情報の公開とプライバシーや名誉の保護との均衡」を踏まえた死者情報の取扱ルール作りの必要性を示唆するものとして、たとえば大谷卓史「インターネット上の死者の記憶」情報管理 59 巻 12 号 (2017 年) 859 頁以下。

なお、この一端を垣間見ることのできる興味深いアンケート結果として、折田明子=湯浅壘道「死後のデータを残すか消すか? : 追悼とプライバシーに関する一考察」信学技報 Vol.2018-EIP-81 No.9 3 頁以下。自分自身のデータについては削除を望む傾向があり、その最多が「Twitter や Instagram のアカウント」であった点 (折田=湯浅・同上 4 頁) は、従来筆者の抱いていた感触 (たとえば第 2 論文 (3・完)・前掲注 27) 134 頁以下, 138

頁以下参照）が上記アンケート結果により裏付けられたかのようで非常に興味深い。「家族・友人のは残したいが自分ののは消したい」（折田＝湯浅・同上５頁）というのが裏腹ではあるが本音なのだろう。

- 65) 第１論文(１)・前掲注11) 149頁も参照。

なお、休眠アカウント削除の方針を示したが即撤回した Twitter 騒動〔<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/1911/27/news125.html>：2019年11月29日最終アクセス〕と〔<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/1911/28/news058.html>：2019年11月29日最終アクセス〕に関わって、古田雄介氏の記事「Twitter 休眠アカウント問題で考える：更新が途絶えた SNS アカウントは無価値じゃない 死者の“生きた証”に私たちはどう向き合うべきか（2019年11月28日公開）」〔<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/1911/28/news059.html>：2019年11月29日最終アクセス〕などが興味深い（古田・後掲注119) 94頁以下でも簡単に触れる）。Vgl. auch Eva-Maria Weiß, Twitter löscht inaktive Konten und gibt Namen wieder frei, heise online 27.11.2019 10:18 Uhr [https://www.heise.de/newsticker/meldung/Twitter-loescht-inaktive-Konten-und-gibt-Namen-wieder-frei-4597128.html：2019年12月15日最終アクセス]。

- 66) また時には——リーディング・ケースとなった FB 事件のように——被相続人の不法行為に基づくとされた損害賠償責任の不存在を明確にするためというイレギュラーな目的も考えられる。

- 67) Rolf Schwartmann/Sara Ohr, in Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. (2018), 11. Kapitel Rechtsfragen beim Einsatz Sozialer Medien, Rz. 43.

- 68) 遺産保護人は、遺産の保全のために遺産裁判所により選任される（BGB 1960条２項）。その法的地位について詳しくは、たとえば Walter Zimmermann, Erbrecht Lehrbuch mit Fällen, 5. Aufl. (2019), Rz. 908ff. 参照。

- 69) この権限付与（Ermächtigung）いかなが問題になった裁判例として、OLG Karlsruhe 2016年12月19日決定（ErbR 2017, 427）がある。

- 70) Bernd Müller-Christmann, in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB 53. Edition Stand: 01.08.2019, § 1922 Rz. 99.

- 71) 折田明子＝湯浅巖道「ソーシャルメディアの日常利用とその死後の扱いについて——日米仏比較調査より——」信学技報 Vol.2019-EIP-85 No.22 1頁。

なお、筆者は第２論文（（３・完）・前掲注27) 159頁の注125)）にて、歴史的資料でもある『アンネの日記』をとり上げプライバシー保護との関連で所感を述べたことがある。

- 72) Florian Deusch, Digitales Sterben – das Erbe in web 2.0, in Jürgen Taeger, Law as a Service, – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter: Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, S. 444.

- 73) Wolfgang Reimann, Die Wirklichkeit verändert das Erbrecht; Zur Entwicklung des Erbrechts in den letzten 25 Jahren, ZEV 2018, S. 556.

- 74) Mackenrodt, supra note 54, at 41.

- 75) Vgl. auch Stephanie Herzog, Der digitale Nachlass, in Louisa Specht-Riemenschneider,

Digitaler Neustart: Tagungsband zum Bericht der Arbeitsgruppe der Länder vom 15. Mai 2017 – Diskussion und Ergebnis des Workshops vom 6. Dezember 2017 (2019), S. 111.

なお直近、病氣知らずの父が重い脳梗塞で倒れ、筆者も家族として本文の事態に遭遇し戸惑っている。3 か月前の正月に近況報告がてら「デジタル遺品」も含めた話をしていた矢先、父がどの程度「断捨離・終活」を行っていたか、心配だったが、スヌメておいたエンディングノート（不動産権利証や生命保険証書など重要書類と一緒に）にびっしり書かれていた。もはや意思疎通は叶わないからこそ、今後はこの意向を最大限尊重しつつ最期まで看取りたいと思う。

- 76) 第2論文(2)・前掲注27) 255頁の注85), FB-BGH 判決を踏まえた Malte B. Bartsch/Herbert Bartsch, Das aktuelle Erbrecht: Erbfolge – Testament – Steuern, 21. Aufl. (2018), S. 98 も参照。被相続人に情報整理の役割を期待する観点からの「遺言執行者の活用」可能性については、たとえば Dirk-Ulrich Otto, in Münchener Vertragshandbuch, Bürgerliches Recht II, 8. Aufl. (2020), 4. Testament mit Vermächtnisanordnungen verschiedener Art, Testamentsvollstreckung und Auflagen, Digitaler Nachlass 参照。

なおわが国において——デジタル資産を想定したわけではないが——認知症に備えた「財産に関する情報の整理」という観点から、「エンディングノート改め“自分の意思で生きるためのノート”の活用」を推奨するものとして、小松紗代子「第4章 お金の面での見守り 2 認知症になった場合の財産管理に対する備え」藤田卓仙ほか編『公私で支える高齢者の地域生活 第3巻 認知症と情報』(勁草書房, 2019年) 142頁以下, 149頁。たとえば法定後見が利用されていた場合の「死後事務」に関する民法873条の2 (2016年追加) などでも問題となろうか (第2論文(2)・前掲注27) 255頁の注85) 参照)。

- 77) もっとも——前述II 1 b) の——ケルバーは、「個人データは……21世紀の地下水であることをはっきりさせる」。「個人データはきれいなままでなければならない」(vgl. Stefan Meinhold, Tagungsberichte: Künstliche Intelligenz vs. Mensch?, MMR-Aktuell 2019, 422455)。さらに——とくにデータを収集する AI に関わって——「21世紀の原料(Rohstoff) はデータではなく、信頼である」(aa.O. (Fn. 62), ZD-Aktuell 2020, 06931; Ulrich Kelber, Nicht Daten sind der Rohstoff des 21. Jahrhunderts, sondern Vertrauen, DuD 2020, S. 226f.)。このような信頼性の担保(≒データ保護・管理)は、わが国のめざす「情報銀行(預託)」構想に親和的であろうか。とくに強調すべきは、この構想には「データ活用の果実を個人に広く分配するのに貢献することが期待される」(岩田・前掲注60) 71頁) 点であろう。なお、情報銀行は自らも、「当然ながら高い信頼性が求められる」(野村総合研究所『IT ナビゲーター 2020年版』(東洋経済新報社, 2019年) 30頁[小林慎太郎])。
- 78) Vorsicht vor dem Dateneigentum, Frankfurter Allgemeine Zeitung 05. Oct. 2019 [ProQuest ID: 2300823487].
- 79) Behnam Sadough, in Martin R. Schulz/Anette Schunder-Hartung, Recht 2030: Legal Management in der digitalen Transformation (2019), Kapitel 21: Daten als Rohstoff bei juristischer Bewältigung von „Big Data“ Rz. 3.
- 80) 詳しくは、すでに第2論文(3・完)・前掲注27) 152頁。なお——日独同様、所有権の客

体を有体物に限定する——スイス（ZGB（スイス民法）641条〔所有権の内容〕１項、Thouvenin/Früh/Lombard, Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung, SZW 2017 S. 26 参照）にあって、経済財（Wirtschaftsgut）としての「データの占有・所有」に前向きな興味深い論文として、Martin Eckert, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 2016, S. 265ff.

- 81) なおドイツでは「忘れられる権利（Recht auf Vergessenwerden）」について、2019年11月6日、2つの注目すべきBVerfG決定（BVerfG（Erster Senat）, Beschluss vom 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, BeckRS 2019, 29201 と BVerfG（Erster Senat）, Beschluss vom 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2016（*2019の誤植か）, 137494）が登場し、かの有名なEuGH（欧州司法裁判所）2014年5月13日（いわゆるグーグル・スペイン）判決とは異なり、人格権の優位性よりも言論・出版や情報伝達（コミュニケーション）の自由（Kommunikationsfreiheit）というその他基本権の同等性（Gleichrangigkeit）を強調し慎重に検討する（Niko Härting, Recht auf Vergessen: BVerfG stärkt die Kommunikationsfreiheit und widerspricht dem EuGH, CR-online.de Blog [https://www.cr-online.de/blog/2019/11/27/recht-auf-vergessen-bverfg-staerkt-die-kommunikationsfreiheit-und-widerspricht-dem-eugh/: 2019年12月7日最終アクセス]）。Vgl. auch Einheit in Vielfalt: Frankfurter Allgemeine Zeitung 28. Nov. 2019 [ProQuest ID: 2319089414]; BVerfG, v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, CR 2020, 30; BVerfG, v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, CR 2020, 40; Jürgen Kühling, Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG – November(r)-evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, S. 275ff.
- 82) 本文サービスについては、折田＝湯浅・前掲注64）2頁も参照。なおルディガが、近時は「営利的なデジタル遺品管理人が報酬と引換えにデジタル遺品を整理する」が、「このような実務が、おそらく被相続人の意思にかなうことはまれでしかない」と否定的に述べている点（Hannes Ludyga, „Digitales Update“ für das Erbrecht im BGB?, ZEV 2018, S. 2）は興味深い。
- 82a) なおより詳しくは、フーフナグル [宮下ほか]・前掲注18）229頁以下参照。
- 83) Resta, supra note 38, at 201-02.
- 84) Florian Faust, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht : Braucht das BGB ein Update?, NJW-Beil. 2016, S. 29.
- 85) Florian Faust, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016 Bd. I: Gutachten Teil A: Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? (2016). 第1論文(1)・前掲注11）149頁、拙著・前掲注41）「はしがき」v頁参照。当該議論の概要を紹介したものとして、芦野訓和「『講演』デジタル社会における「人」と「法」①連続シンポジウム『デジタル社会における「人」と「法」』について」洋法61巻2号（2017年）126頁以下。
- 最近の研究書としては、Jens Grabosch, Analoges Recht in der digitalen Welt: Braucht das BGB ein Update? Eine Untersuchung am Beispiel Digitaler Inhalte (2019), S. 70ff., 137ff.
- 86) Nikolaus Forgó/Brigitta Zöchling-Jud, Verhandlungen des 20. Österreichischen

Juristentages Salzburg 2018 Bd. II/1: Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter (2018).

- 87) Michael Grünberger, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), S. 215.
- 88) https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf [2020年2月11日最終アクセス]. Vgl. auch Lux/Liepin, aa.O. (Fn. 2), S. 133ff.
- 89) Peter Biesenbach, Braucht das BGB in Zeiten der Digitalisierung ein Update?, jM 2018, S. 305ff., insbes. S. 307.
- 90) Vgl. Lux/Liepin, aa.O. (Fn. 2), S. 134f.
- 91) Gutachten der Datenethikkommission der deutschen Bundesregierung (2019) (以下 Gutachten der DEK と略称する) [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6: 2020年3月7日最終アクセス].
- 92) Raue/Ungern-Sternberg, aa.O. (Fn. 10), S. 49ff.
- 93) 最新の研究書として、大勢に従いデータ所有権に否定的だが Florian Fußeder, Soziale Netzwerke im Nachlass: Eine Untersuchung zum postmortalen Geheimnisschutz (2019) の「第1章 個別データに対する権利」「A 所有と占有」参照。

FB-BGH 判決について深読みすればとの条件付きではあったが、筆者は、「いわゆる『データ所有権 (Dateneigentum)』の観点から、プラットフォーム事業者による個人データの独占 (自由な利用・処分) を許さない、つまりは……物と同様に相続人ではあるが個人に承継・擁護させるべきであるという BGH の秘めたメッセージが見えてはこないだろうか」との第一印象を述べたことがあった (拙著・前掲注 41) 「はしがき」vii頁)。その後、塩原教授も、FB-BGH 判決について「データに財産上の価値を認め、その無形財産への何らかの権利を明確に認めた」とした上で、「その権利が所有権と呼べるものであるかどうかは微妙だが、少なくともフェイスブックのアカウント保有者が自分のアカウントデータに多少とも権利を有することがはっきりしたことになる」と述べる (塩原俊彦『サイバー空間における覇権争奪 個人・国家・産業・法規制のゆくえ』(社会評論社, 2019年) 198頁)。

もっとも一般的には、(所有権の客体を有体物に限定した) BGB 90条の存在ゆえに、データそれ自体に所有権は観念できないと解されている。

- 94) ドイツにおける仮想通貨の民法上の性質については、岩原紳作「第4章 仮想通貨に関する私法上の諸問題」金融法務研究会『仮想通貨に関する私法上・監督法上の諸問題の検討 [金融法務研究会報告書③]』(2019年) 96頁以下 [<https://www.zenginkyo.or.jp/fileadmin/res/news/news310339.pdf>: 2020年3月10日最終アクセス] 参照。

なお、デジタルマネー・デジタルアセットの法的分類 (分かりやすいフローチャートも含めて) については、河合健「デジタルマネー・デジタルアセットの法的整理 (第1回) 法的分類と枠組み」NBL 1157号 (2019年) 51頁以下参照。

- 95) もっとも、仮想通貨を取り巻く状況は流動的であり、その法的性格・位置づけがドラスティックに変わることも十分予想されるため、要注意である。とくに最近、各国「中央銀

行を含む政府が法的な裏付けを持つ「デジタル通貨を発行する動きを、加速させて」きた(金子邦彦『現代貨幣論——電子マネーや仮想通貨は貨幣とよべるか——』(見洋書房, 2018年) 133頁以下)が、いよいよ2020年1月21日、日本銀行から、公表資料「主要中央銀行による中央銀行デジタル通貨(CBDC)の活用可能性を評価するためのグループの設立」がリリースされている。その目的は、「カナダ銀行、イングランド銀行、日本銀行、欧州中央銀行、スウェーデン・リクスバンク、スイス国民銀行、国際決済銀行(BIS)」が各国・地域で「中央銀行デジタル通貨の活用可能性の評価に関する知見を共有すること」にある(http://www.boj.or.jp/announcements/release_2020/rel200121a.htm/ [2020年1月22日最終アクセス])。中央銀行のデジタル通貨発行議論と世界共通通貨を目論むFBのリブラ(Libra、古代ローマの通貨単位と同一名)構想との関係については、本内登英『決定版 リブラ 世界を震撼させるデジタル通貨革命』(東洋経済新報社, 2019年) 164頁以下参照。また、Jan Ceyskens, *Europarecht im Digitalzeitalter – ein Rechtsrahmen für Kryptovermögenswerte*, EuZW 2020, S. 81f., 仮想通貨が否定した(中央集権的な)管理者の存在こそが必要不可欠だと主張する倉橋雄作「信用の基礎理論構築に向けて 2 仮想通貨バブル崩壊序曲から見る『信用』の存立基盤」法時92巻3号(2020年) 80頁以下も参照。

96) Vgl. Alexander Weiss, *Zivilrechtliche Grundlagenprobleme von Blockchain und Kryptowährungen*, JuS 2019, S. 1054.

ブロックチェーン技術を使った支払手段に関わる所有権論争については、たとえば Sebastian Omlor/Alexandra Spiegel, in Florian Möslein/Omlor, *FinTech-Handbuch: Digitalisierung Recht Finanzen* (2019), § 19 Blockchain-basierte Zahlungsmittel im Geld- und Währungsrecht Rz. 39ff., とくにビットコイン(Bitcoin)の法的整序については、たとえば Katja Langenbucher, *Digitales Finanzwesen: Vom Bargeld zu virtuellen Währungen*, AcP 218 (2018), S. 405ff. 参照。

ここでは、次のオムロアー(Sebastian Omlor)の叙述を挙げておきたい。「反(貨幣)金属主義(Anti-Metallismus)が一般に承認され名目的貨幣価値(nominales Geldwert)が物価価値(Substanzwert)から切り離されて以降、もっぱら存在するのは——クナップ(*Georg Friedrich Knapp)の専門用語では——表券の支払手段(chartale Zahlungsmittel)だけである(*本文章の意味の理解および一部邦訳については古川顕「アリストテレスの貨幣起源説」甲南経済学論集 58巻1・2号(2017年) 88頁以下参照)。同時に貨幣発展史(Entwicklungsgeschichte des Geldes)は、漸進的な脱物体化(fortschreitende Entmaterialisierung)の一つである。抽象的な意味で、貨幣の特徴をなしているのは、その機能性(Funktionalität)の優先的考慮である。……」(Sebastian Omlor, *Geldprivatrecht: Entmaterialisierung, Europäisierung, Entwertung* (2014), S. 139)。

なお脱稿直前に、仮想通貨の経済的機能を論じた鬼頭季郎「仮想通貨の機能及びその法的構成」判時2431・2432合併号(2020年) 245頁以下、とくに248頁以下に接した。仮想通貨(情報資産)に対する法的スタンスとして、鬼頭弁護士は、物権等既存の法的枠組みではなく「新しい技術による新しい法的権利等が生まれた場合には、新しい法的枠組みや法理を考えて対処するのが望ましい」とする(同上249頁)。

97) Vgl. Thomas Hoeren, *Big Data und Zivilrecht*, in Wolfgang Hoffmann-Riem, *Big Data –*

Regulative Herausforderungen (2018), S. 189.

- 98) Jan Felix Hoffmann, „Dateneigentum“ und Insolvenz, JZ 2019, S. 960. なお当該分野における独日各国の最新の研究著書としては、「データ所有権」・「デジタル・アップデート問題」まで視野に考察する Silvio Schulze, Daten als Kreditsicherungsmittel mit Bestand in der Insolvenz (2019), 橋本誠志『倒産手続と情報資産』(信山社, 2020年)がある。

なお, 所有権の客体を有体物に限定する諸国では経済的に価値を増す「デジタル・データ」の法的地位が曖昧かつ不安定であり, 「デジタル遺品」問題の解決にも陰を落とすことから, これを払拭するため近時ドイツで盛り上がる「データ所有権」論争も十二分に意識しておく必要がある。

- 99) 最近では, DS-GVO, さらには——2019年11月22日に否決され今後の成り行きがデジタル遺品との関係でも注目される——電子通信サービスに関わる特別法的な位置づけの, いわばクッキー (Cookie) 利用を厳しく規制する ePrivacy-VO-E (eプライバシー規則案) が挙げられようか。後者概要については, 岡田淳=田中浩之=杉本武重編著『実務担当者のための欧州データコンプライアンス——GDPR から eプライバシー規則まで』別冊 NBL 168号 (商事法務, 2019年) 220頁以下, 石井夏生利『EUデータ保護法』(勁草書房, 2020年) 233頁以下参照。なお, 後者規則の新たな提案が2020年2月21日に公表されているが, 詳しくは, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5979_2020_INIT (2020年3月10日最終アクセス) 参照。

このような EU の動向, さらには GAFA お膝元のアメリカ (カリフォルニア州) における初めての CCPA の制定 (前掲注 18) 参照) など個人情報保護・規制の世界的趨勢を見越して, 企業は新たなビジネスモデルへの転換を急いでいる。

- 100) 拙著・前掲注 41) 「はしがき」v 頁参照。現に EU 指令を受けて, BGB 自体が312i 条・同 j 条からなる「電子商取引 (elektronischer Geschäftsverkehr) における契約」規律や675c条から676c条の (電子マネー・支払いを含む) 「支払役務 (Zahlungsdienste, いわゆる決済サービス)」規律を新設・改正した (国内法化の) 実績がある (同上「はしがき」v 頁以下)。

なお BGB の展開・危機については, 特別立法, 判例法, 基本法, ヨーロッパ化・国際化などをキーワードに説明する水津太郎「第 5 章 ドイツ民法典と法典論」岩谷十郎ほか編『法典とは何か』(慶應義塾大学出版会, 2014年) 80頁以下参照。

- 101) Kristin Nemeth/Jorge Morais Carvalho, Current Challenges for Consumer Law, EuCML 2019, 119-20.
- 102) Meinhard Schröder, Neue Grundrechte für ein digitales Zeitalter?, JZ 2019, S. 953. Vgl. auch Graf von Westphalen, Digitale Charta - Erweiterung der europäischen Grundrechte für das digitale Zeitalter, BB 2018, S. 899ff.
- 103) かれこれ20年近く前, 分野を跨がる壮大な情報法典を予言したのとして, トーマス・ヴェルテンベルガー [松本博之訳]「基調講演 情報社会における法の変遷」松本博之ほか編『インターネット・情報社会と法——日独シンポジウム——』(信山社, 2002年) 16頁以下。
- 104) FB 事件の第 1 審 LG 判決の評釈として, Hannes Ludyga, Der digitale Nachlass -

- zivilrechtliche Aspekte, jM 2016, S. 442ff., 第2 審 KG 判決の評釈として, ders., a.a.O. (Fn. 32), S. 414ff. がある。
- 105) Ludyga, a.a.O. (Fn. 82), S. 1ff.
- 106) Hannes Ludyga, Übergang des Nutzungsvertrags eines sozialen Netzwerks bei Tod des Kontoinhabers – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12. Juli 2018 – III ZR 183/17, ZEV 2018, S. 592f.
- 107) Heintz/Ludyga, a.a.O. (Fn. 11), S. 398ff.
- 108) Ludyga, a.a.O. (Fn. 106), S. 592.
- 109) Philipp Scholz, Zulässigkeit und Grenzen der Verwendung digitaler Technologien beim Testieren, ErbR 2019, S. 617.
- 110) Philipp Scholz, Digitales Testieren: Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda, AcP 219 (2019), S. 100ff. なお第2 論文(2)・前掲注 27) 255頁の注 86) も参照。
- 111) Scholz, a.a.O. (Fn. 109), S. 617ff.
- 112) Münchener/Sticherling, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020), § 2231 Rz. 2; ders., a.a.O., § 2247 Rz. 15.
- 113) その他にも, Cyril H. Hergenröder, Testieren 2.0: Einrichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?, ZEV 2018, S. 7ff.; Dorothea Ludwig, Die Form des ordentlichen Privattestaments: Überlegungen zum Videotestament (2019), S. 45ff.
- 114) 筆者もときおり, 購入してその内容・工夫を確認している(第1 論文(2)・完)・前掲注 29) 233頁以下の注 164), 第2 論文(3)・完)・前掲注 27) 165頁以下の注 171) 参照)。ただ, いまだユーザーによる「デジタル遺品」問題への取組みが改善傾向にあるとはいえ十分にない現状・死後の濫用リスクを伝えるものとして, フランクフルター・アルゲマイネ(Frankfurter Allgemeine) 電子版2019年11月21日14時58分 (<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/soziale-netzwerke-kaum-einer-regelt-seinen-digitalen-nachlass-16496725.html>) [2019年11月23日最終アクセス]。Vgl. auch Redaktion FD-ErbR Aktuelle Nachrichten, BITKOM: Nur jeder Dritte regelt sein digitales Erbe, FD-ErbR 2019, 422392.
- 115) 第2 論文(2)・前掲注 27) 255頁以下の注 86) 参照。「デジタル・サービス提供者に対する権利(「デジタル遺品」)に関する終意処分も相続法上の処分である」ことに変わりなく, 「これに適用されるすべての BGB 規定に服する」(Wolfgang Litztenburger, in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 53. Edition Stand: 1.2.2020, BGB § 2065, Rz. 2) 以上, 現行の相続法を, デジタル時代のニーズに対応するよう見直さざるを得ない。
- その他——わが国を例に——「デジタル遺言」の効用としては, 「自書」要件(民法968 条1 項)との関連で「自書能力」を欠く身体障害者にとっても朗報となろうか(なお, 他人の添え手による補助を受けて作成された自筆証書遺言が上記要件を欠くとして無効とされた東京地判平成30 [2018] 年1 月18日金法2107号86頁を紹介・解説する浅井弘章「[\[5\] 自筆証書遺言](#)」銀行法務21 854号(2020年3 月増刊号) 28頁も参照)。
- 115a) すでに21世紀を目前に, 野村(豊弘)教授は, 「コンピュータ通信技術の発達」という

通信手段（伝達方法）の変化と、これに関連した「情報の電子化・デジタル化」という情報の表現方法の変化が民法に与える影響の一つとして「情報の保存」につき、「民法967条以下は、普通遺言が文書によるものであることを当然のこととしているが、将来的には技術の発達により電子的な方法による遺言も有効としうようになることも考えられる」と述べていた（「第一部 民法の基本概念の変容と再構築 6 情報 情報——総論」【特集】民法100年 新時代の民法を展望する」ジュリ1126号（1998年）176頁・178頁）。

- 115b) なお、わが国では最近、「プライバシー（権）＝情報コントロール権」と位置づける憲法学的通説に疑問を呈する向きもある（この疑問に対する応答を試みる山本・前掲注 27）52頁以下参照）が、民法上で考えれば、とくに死後承継の場面ではいまだ馴染む法的発想であるように思われる。

- 116) Bitkom Berlin, 21. November 2019, Nur jeder Dritte regelt sein digitales Erbe [https://www.bitkom.de/Presse/Presseinformation/Dritte-regelt-digitales-Erbe : 2019年11月23日最終アクセス].

- 117) Vgl. Wolf-Dieter Tölle, Der praktische Umgang mit dem digitalen Nachlass – unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung vom 12.7.2018 (III ZR 183/17) –, FF 2019, S. 107.

- 118) Ähnlich Merle Bock, Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses, AcP 217 (2017), S. 417.

- 119) 死に備えて自己の「デジタル・ドッペルゲンガー（digitales Ich）」と向き合う10のアドバイスを掲げる最新文献として、Rens, a.a.O. (Fn. 6), S. 95。このデジタル分身に対する現代的理解として筆者は、平野啓一郎氏の唱える「分人主義」に関心を寄せているが、詳しくは、第2論文（3・完）・前掲注 27）142頁以下、平野氏本人の参加した「第2 パネル ディスカッション デジタル社会における便利さとプライバシー」日弁連編著・前掲注 5）47頁以下参照。直近、平野氏の分人論を手がかりに民法の諸問題を考察するものとして、小粥太郎「個人と分人——『民法における人間』を考えるためのノート——」東北83巻4号（2019年）73頁以下。

なお、わが国では最新の実用書として、一般社団法人デジタル遺品研究会ルクシー（2016年設立）の代表理事を務めながら綿密な調査取材を行い精力的に「デジタル終活」を推奨してきた古田雄介氏（前掲注 11）参照）の『スマホの中身も「遺品」です デジタル相続入門』（中央公論新社、2020年）が公刊された。最近の「決済サービス」、「クラウドソーシングの報酬」や「アフィリエイトサービス」にまで言及するなど、読み物として興味深い。脱稿直前には、北川祥一『デジタル遺産の法律実務 Q & A』（日本加除出版、2020年）も出版され、実務上は関心が高まりを見せる。

- 120) Vgl. etwa W. Kössinger, a.a.O. (Fn. 50), Rz. 100e.

- 121) 敷衍すれば「実際上の問題は、相続人が必要なプライベート・キー（秘密鍵）を入手するかどうかにある」（Münchener/Leipold, a.a.O. (Fn. 58), § 1922 Rz. 31）。「被相続人が設定していた秘密鍵が分からなければ、仮想通貨の取得や法定通貨への換金ができない」（鬼頭・前掲注 96）254頁以下）からである。解決策として、被相続人が生前に綿密な遺産プランニングを立て準備しておくことが考えられる（vgl. Nadja Medler, Sterben 2.0:

Erben und Vererben von Kryptowährungen, ZEV 2020, S. 268)。Vgl. Anja Amend-Traut/Cyril H. Hergenröder, Kryptowährungen im Erbrecht, ZEV 2019, S. 118.

かくして、いわば「秘密鍵が相続法上の基準対象（Bezugsobjekt）である」。秘密鍵が被相続人自身のハードウェアに保管されていれば、BGB 1922条1項により、その記憶媒体の所有権とともに、その中のデータ、つまり秘密鍵の法的帰属も相続人に移転する。他方、オンライン・ウォレットで秘密鍵が保管されていたときは、相続人は、被相続人とウォレット事業者との契約関係に入り、原則として情報および返還請求権（Auskunfts- und Herausgabeanspruch）を主張することができる（Medler, a.a.O., S. 268）。

- 122) Amend-Traut/Hergenröder, a.a.O. (Fn. 121), S. 113. Vgl. auch Medler, a.a.O. (Fn. 121), S. 262ff. いよいよ切迫してきた「仮想通貨の相続」問題を知らしめる興味深いものとして、Alyssa Hertig, How to Protect Bitcoin for Your Heirs With the Push of a 'Dead Man's Button' [<https://www.coindesk.com/how-to-protect-bitcoin-for-your-heirs-with-the-push-of-a-dead-mans-button> : 2020年3月20日最終アクセス]（邦訳は石田麻子「ビットコインを安全に相続『デッドマンボタン』とは？」 [<https://www.coindeskjapan.com/40382/> : 2020年3月20日最終アクセス]）。

なおわが国で、「デジタル遺品としての暗号資産」を誰にでも分かりやすく解説するものとして、古田・前掲注119) 60頁以下、「遺産分割における暗号資産」問題を考察するものとして、福市航介「第1章 特集——遺産分割 [2] 仮想通貨（ビットコイン）の遺産分割——その私法的性質を踏まえて」道垣内弘人＝松原正明『家事法の理論・実務・判例3』（勁草書房、2019年）26頁以下、とくに54頁以下。仮想通貨の法的性質（権利性）について「プログラム・コードの内容」を法的評価に反映させて考察するものとして、加毛明「第1章 仮想通貨の私法上の法的性質—ビットコインのプログラム・コードとその法的評価」金融法務研究会・前掲注94) 13頁以下。相続税法との関係でとくに秘密鍵等が相続人に承継されていない場合につき論じるものとして、たとえば酒井克彦「仮想通貨実務家協会における議論【第4回】 仮想通貨は相続税法上の『財産』か—経済的価値はあるものの換価可能性がない資産—」税務50巻12号（2018年）28頁以下。

- 123) 他にも——すでにアナログ遺品としてではあるが——保証人が死亡した場合において相続人による保証債務の相続が問題となる場面でも、同様のことが言えよう（第1論文(2・完)・前掲注29) 229頁の注97)、第2論文(3・完)・前掲注27) 160頁の注126)も参照）。

- 124) Vgl. Rens, a.a.O. (Fn. 6), S. 51.

- 125) ただ他方で、デジタル・ニューバージョンの実現例として直近、ルディガは、2019年6月に施行された「Urh-RL（デジタル単一市場における著作権指令）」を取り扱う（Hannes Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update“, jM 2019, S. 442ff.）。当該概要については、濱野恵「【EU】デジタル単一市場における著作権指令」外国の立法281-2号（2019年）10頁以下参照。

さらにその他、デジタル時代の、いわゆる第2次製造物責任革命（product liability 2.0）の可能性を扱うものとして、Bernhard A Koch, Product Liability 2.0: Mere update or new version?, in Sebastian Lohsse et al. eds., Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV,

99-116 (2019); Charlotte de Meeus, The Product Liability Directive at the Age of the Digital Industrial Revolution: Fit for Innovation?, EuCML 2019, 149-54; Kristin Nemeth & Jorge Morais Carvalho, Time for a Change Product Liability in the Digital Era, EuCML 2019, 160-61 がある。

- 126) 拙著・前掲注 41) 「はしがき」 vi 頁 (すでに掲載した第 1 論文(2・完)・前掲注 29) 226 頁以下)。

なお同じく現代的な「仮想通貨」問題について、原教授は、「発展途上の新たな財貨に関して、その活用を促すためとはいえ、立法を繰り返すことは合理的」ではなく、「一定の見通しがたつまでは、むやみな立法を控えるべき」と主張する。当面は解釈による対応を志向するが、その意味で「仮想通貨の法的性質及び法的処遇を明らかにする現実的意義は大きい」と言う(原謙一「仮想通貨(暗号通貨)の法的性質決定及び法的処遇——ビットコインを中心として——」横法27巻2号(2018年)82頁)。

- 127) Vgl. auch Wilfried Bernhardt, Quo vadis Digitalisierung der Justiz, jM 2018, S. 310ff., 316; Fußeder, aa.O. (Fn. 93), S. 19. なお、プライバシーに対する各政党のスタンスについては、少し古いがマルティン・ボール「第 1 基調講演 深化か破壊か? インターネット時代のプライバシー——企業活動および行政におけるバランスのとれたアプローチ」日弁連編著・前掲注 5) 21 頁以下参照。
- 128) Münchener/Leipold, aa.O. (Fn. 58), § 1922 Rz. 49; Jan Lieder/Daniel Berneith, Digitaler Nachlass – Sollte der Gesetzgeber tätig werden?, ZRP 2020, S. 87. Vgl. auch Mark T. Singer, Je digitaler die Gesellschaft, desto digitaler ihr Nachlass, NWB 2018, S. 2500.
- 129) 第 2 論文(1)・前掲注 11) 192 頁参照。
- 130) すでに同旨、第 2 論文(2)・前掲注 27) 237 頁。Vgl. auch Münchener/Leipold, aa.O. (Fn. 58), § 1922 Rz. 38.
- 131) 詳しくは、たとえば村山淳子『医療契約論——その典型的なるもの』(日本評論社, 2015 年) 175 頁以下の「補論 2 解釈類型から法定類型へ——ドイツ法からの示唆」参照。なお本稿主題との関係では、村山教授の「患者の権利法(医療基本法)に関する研究」の集大成である「適切な法とは何か——ドイツ医療契約法の法的視点」西南51巻3・4号(2019年)89頁以下は非常に興味深く、立法化問題を考えるにあたりテーマを問わず普遍的な多くの示唆を含んでいる。
- 132) 周知のとおり紆余曲折の末、法制化は頓挫したが、たしかに「すべての利用者を検知対象とする必要があり、通信の秘密の観点からは重大な問題を提起する」(福島力洋「IX 通信法・インターネット法 1 通信の秘密」鈴木秀美=山田健太編著『よくわかるメディア法 [第 2 版]』(ミネルヴァ書房, 2019 年) 177 頁)。
- 133) <https://www.metigo.jp/press/2019/02/20200218001/20200218001.html> [2020 年 2 月 29 日最終アクセス]。詳細については、薄井蘭実「デジタル・プラットフォームのルールの整備——競争政策の観点から——」立法と調査422号(2020年)3頁以下参照。
- 134) 鈴木達也「約40年ぶりの相続法の大改正」立法と調査406号(2018年)33頁。第2論文(2)・前掲注 27) 256 頁の注 86) も参照。ビットコインの技術的基盤をなすブロックチェーンによれば概念的には「本人が生前に署名したものであると証明」できるとしてデジタル

遺言への応用可能性に言及するものとして、岩倉正和〔司会〕「座談会 ブロックチェーンは社会・経済を変えるか——現状・課題と将来の展望——」L&T 84号（2019年）410頁以下〔斉藤賢爾〕。

- 135) 増田勝久「22 自筆証書遺言の作成の方式」潮見佳男ほか編著『Before/After 相続法改正』(弘文堂, 2019年) 45頁。堂園幹一郎=竹下慶「連載 相続と法実務 第10回 自筆証書遺言に関する見直し」ジュリ1540号（2020年）56頁以下も参照。

136) Faust, a.a.O. (Fn. 85), A 10.

137) Vgl. Ludyga, a.a.O. (Fn. 82), S. 1.

- 138) 同じドイツ語圏のオーストリアでも、熱心な議論がなされている (statt vieler Wolfgang Zankl/Claus Spruzina, Der digitale Nachlass: Implikationen für die Gesellschaft und das Notariat (2018); Wolfgang Zankl, Erbrecht, 9. Aufl. (2019), S. 19, 29ff.) が, “digitale Verlassenschaft” との呼称も見受けられる (Jacqueline Gebauer, Digitale Verlassenschaft: Was passiert mit Facebook-Accounts & Co. (2015). Vgl. auch Martin Schauer, Der Erblasser ist tot – es lebe der Verstorbene!, in Manfred Umlauf, Festschrift für Bernhard Eccher (2017), S. 1017f.)。これは, 2015年相続法改正により「遺産 (Nachlass)」が「捨て去られた財産」という意味の「遺産 (Verlassenschaft)」に現代語化された (半田吉信「2015年オーストリア相続法改正(2)」駿河台31巻1号 (2017年) 3頁以下, 45頁以下) ためであると考えられる。お馴染みの「被相続人 (Erblasser)」も, 以下のとおり「死者 (Verstorbener)」に改められた (半田・同上47頁)。

ABGB 531条は, 遺産を次のように定義しその範囲を定めるが, アカウント契約関係も通常一般に, 上記遺産に含まれると解される (Peter Apathy/Matthias Neumayr, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB, 5. Aufl. (2017), § 531 Rz. 1)。

§ 531 Verlassenschaft

Die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen bilden, soweit sie nicht höchstpersönlicher Art sind, dessen Verlassenschaft.

第531条 遺産

死者の権利及び義務は, 一身専属的なものでない限り, 死者の遺産を構成する。

- 139) Ludyga, a.a.O. (Fn. 82), S. 1.

140) Vgl. auch Heintz/Ludyga, a.a.O. (Fn. 11), S. 398f.

141) Ludyga, a.a.O. (Fn. 82), S. 1f.

142) たとえば第1論文(2・完)・前掲注29) 204頁以下参照。

- 143) Vgl. Nicolas von zur Mühlen, Zugriffe auf elektronische Kommunikation (2019), S. 2f. 「通信アーキテクチャ (Kommunikationsarchitektur) の変化」に伴う現代的な通信の特徴的現象として, 「ユビキタス (Ubiquität)」, 「スピード (Geschwindigkeit)」に加えて「分散化 (Dezentralität)」と「複雑性 (Komplexität)」, 「大容量性 (Massenhaftigkeit)」, 「コントロール耐性 (Kontrollresistenz)」などが挙げられている (詳しくは, ders., a.a.O., S. 17ff. 参照)。

- 144) Ludyga, a.a.O. (Fn. 82), S. 2.

- 145) 両判決の直ぐ分かる違いについて、たとえばクノーケ (Friederike Knoke) は、GG 10 条 1 項の通信の秘密を法律上規定した TKG 88 条 3 項の「(*電気通信サービス業者が通信内容等を知らせてはいけない) 他人」に相続人が該当するかに関わる論証にあるとして (BGH: Facebook – Erbrecht vor Fernmeldegeheimnis und TKG, ZD-Aktuell 2018, 06269) 端的にまとめる。第 2 論文 (1)・前掲注 11) 192 頁, 同論文 (3・完)・前掲注 27) 144 頁以下参照。
- 146) Ludyga, a.a.O. (Fn. 82), S. 2. 第 2 論文 (1)・前掲注 11) 190 頁以下参照。
- 147) なお、わが国でもすでに手紙の公開に関わって類似の指摘をするものとして、上机美穂「信書とプライバシー」札大 19 卷 2 号 (2008 年) 28 頁。
- 148) BGH beendet Unsicherheit: Digitaler Nachlass gehört den Erben, DPA International (German); Hamburg 12. July 2018 [ProQuest ID: 2068347576].
- 149) Bräutigam/S. Herzog/Mayen/Redeker/Zuck u.a., in Stellungnahme Nr. 34/2013 des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass [https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf : 2020 年 4 月 1 日最終アクセス].
- 150) Ludyga, a.a.O. (Fn. 82), S. 2f.
- 151) FB の追悼アカウントの (日本語) 説明については、https://ja-jp.facebook.com/help/1506822589577997 [2020 年 2 月 19 日最終アクセス] 参照。
なお追悼に関わって、インターネットによる死亡通知 (Todesanzeige) の公表と哀悼の意の表明 (Kondolenzbekundungen) (いわゆるバーチャル墓地やネット霊園) は、名前、誕生・死亡データなど価値中立的なデータ (ただしわが国の個人情報保護法にいう「個人情報」に該当しようが) の告知が死者の尊重要求 (Achtungsanspruch) を侵害しないことを理由に、死者の死後人格権により妨げられないとした裁判例として、LG Saarbrücken 2014 年 2 月 14 日判決 (NJW 2014, 1395) がある。
- 152) BGB 307 条 (内容の規制) 1 項・2 項 (* 3 項は省略)
- (1) 普通取引約款の規定は、それが、利用者の契約の相手方に対し、誠実及び信義の命令に反して不適切な不利益を与えるときは、効力を有しない。不適切な不利益は、その規定が明確でなく、理解できないことから生じる可能性がある。
- (2) 次に掲げるいずれかの場合において、疑いのあるときは、不適切な不利益と推認する。
1. 法律に反する規定が、法律の規律の本質的な基本思想と相容れないとき。
2. 契約の性質から生じる本質的な権利又は義務を制限しているため、契約目的の達成が危うくなっているとき。
- なお、BGB 第 2 編 債務関係法に関わる条文訳については随時、山口和人訳『ドイツ民法Ⅱ (債務関係法)』(国立国会図書館調査及び立法考査局, 2015 年) から引用する。
- 153) ということは、本文のように当該相続性を真正面から否認する条項でなくとも、一定期間アカウントが利用されていなければ利用契約関係を終了させる (いわば非アクティブ) 条項も、同様の約款規制に抵触するのだろうか。当該条項は BGB 1922 条 1 項と両立しうるだろうとして抵触を否認する見解として、たとえば Seidler, a.a.O. (Fn. 3), S. 144。

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）（臼井）

またシステム上、ユーザー死亡時における（データを含む）アカウントの非承継をデフォルト設定とした上で、希望があった場合に限り相続（死後承継）を認めることとする条項も、効力を有しないのであろうか。

なお対照的に——同じくデジタル遺品に属する——電子書籍等のデジタル・コンテンツ利用（著作権法上の利用権）に関わって、当該契約関係の相続性を排除する「一身専属」条項の有効性を疑問視する向きは少ないが、なぜであろうか。紙媒体の書籍を購入した場合について、その電子書籍版とほぼ同じ値段を前提にして考えたとき、前者は相続可能であり古本として幾らかで処分することも可能なのに対して、なぜ電子書籍は……という筆者の素朴な疑問である。Vgl. auch Theodor Ludwig, Wer erbt meine Daten?: Ein Ratgeber zum digitalen Nachlass (2019), S. 14f.

154) マッケンロートも、賃貸借契約（rental agreement）では終了時に保管品（stored good）を返還することは契約上の義務であり、また相続人は銀行口座と金庫室（storage room）へのアクセスを許可される必要があるのとまったく同様に、プラットフォームやクラウド契約の目的もデータの保存・蓄積とアクセス権にあるとする（Mackenrodt, supra note 54, at 45）。

155) なお、当該約款規制をわが国で考えるならば、改正民法で導入された「定型約款」規定（548条の２第２項）、さらにユーザーが消費者である場合には消費者契約法（10条）の適用が問題となろう。

156) あるいは——消去に準じて——守秘（Geheimhaltung）を取り決めた場合も挙げられようか（vgl. etwa Rens, aa.O. (Fn. 6), S. 56）。

157) Ludyga, aa.O. (Fn. 82), S. 3.

158) UrhG 28条（著作権の相続）１項

（１）著作権は、相続することができる。

要するに——死者の著作権が成立するデジタル写真・動画等に限って言えば（後掲注185）も参照）——著作権は、まさに人格に関わる著作者人格権（Urheberpersönlichkeitsrecht）ともども相続されるということである（vgl. etwa Wolfgang Spautz/Horst-Peter Götting, in Hartwig Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, 26. Edition Stand: 15.10.2019, UrhG § 28 Rz. 2）。なお、上記人格権侵害が生前、死後いずれの時点であったかにより具体的構成が異なることなどについて詳しくは、Hannes Ludyga, Entschädigung in Geld und postmortale Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts, ZUM 2014, S. 374ff. 参照。

UrhG 30条 著作者の権利承継人

著作者の権利承継人は、別段の定めがないかぎり、この法律に基づいて著作者に帰属することとなる権利を有する。

上記条文献は、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」[http://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_cla.html : 2019年12月5日最終アクセス] から引用した。

159) Vgl. Ludyga, aa.O. (Fn. 82), S. 3.

160) 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。

このように相続権は、時間的観点から所有権の保障 (Eigentums-garantie) を延長する制度である。GG 14条 1 項が相続権を制度的に保障し、BGB 1922条が重要な基本構造を形作る (Volker Epping, Grundrechte, 8. Aufl. (2019), Kapitel 9: Eigentum und Erbrecht (Art. 14 GG) Rz. 457f.)。

- 161) 第1論文(2・完)・前掲注 29) 218頁以下, 223頁以下。
- 162) Etwa Gregor Christandl, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft: Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung (2016), S. 57f. Vgl. auch Joachim Goebel, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (2004), S. 37ff., 307ff.
- 163) Matanovac Vučković & Kanceljak, supra note 38, at 742.
- 164) Vgl. Schwartmann/Ohr, a.a.O. (Fn. 67), 11. Kapitel Rz. 44. Ähnlich Gutachten der DEK, a.a.O. (Fn. 91), S. 110f.; Münchener/Leipold, a.a.O. (Fn. 58), § 1922 Rz. 49; Lieder/Berneith, a.a.O. (Fn. 128), S. 89. また, 第2論文(3・完)・前掲注 27) 143頁以下も参照。
- 165) 第2論文(3・完)・前掲注 27) 165頁以下の注 171) 参照。情報プライバシーの保護を、秩序維持等の義務を介してプラットフォームに期待するものとして, 山本龍彦=大野悠介「特集Ⅰ デジタルプラットフォームをどのように受け入れるべきか④——デジタルプラットフォーム事業者の規整のあり方を考える(3) デジタルプラットフォームと個人情報保護」現消46号(2020年)53頁以下。

【追記】 第2論文から注釈書等の編(著)者・執筆担当者に関わる20年来の表記方法を一部変更した(ただ現在も試行錯誤中)ため, 第2論文の文末注部分で以下6冊につき同様の誤植が生じた。お詫びして訂正させていただきます。

- ・ 56) Peter Bräutigam/Wolfgang Burandt/Dieter Rojahn
(従来表記: Wolfgang Burandt/Dieter Rojahn/Peter Bräutigam)
- Peter Bräutigam, in Wolfgang Burandt/Dieter Rojahn
- ・ 96) Robert Selk/Eugen Ehemann/Martin Selmayl
- Robert Selk, in Eugen Ehemann/Martin Selmayr
- ・ 96) Horst-Peter Götting/Götting/Christian Schertz/Walter Seitz
- Horst-Peter Götting, in Götting/Christian Schertz/Walter Seitz
- ・ 97) Silke Jandt/Alexander Roßnagel/Michael Schenk/……/Roßnagel
- Silke Jandt/Alexander Roßnagel, in Michael Schenk/……/Roßnagel
- ・ 133) Udo Di Fabio/Theodor Maunz/Günter Dürig
- Udo Di Fabio, in Theodor Maunz/Günter Dürig
- ・ 134) Stefan Söder/Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal
- Stefan Söder, in Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal