

デジタル遺品の法的処理に関する一考察（2・完）

——ドイツ初の LG Berlin 2015年12月17日判決を中心に——

白 井 豊*

目 次

1. はじめに
2. LG Berlin 2015年12月17日判決 (以上, 367号)
3. 判決の解説・分析
 - (1) デジタル遺品の相続性・包括承継の原則的承認と法的理由づけ
 - (2) 例外的な相続性排除の可能性?
 - (3) 特別法上の守秘規定との比較?
 - (4) 利用規約に関わる問題
 - (5) 死後の人格権を理由としたアクセスの不許可?
 - (6) 通信の秘密によるアクセスの不許可?
 - (7) データ保護法違反の可能性?
 - (8) 相続人の情報請求権の承認
 - (9) 著作権法上の検討をしなかった訳
 - (10) その他雑感
4. おわりに
 - (1) デジタル遺品をめぐる紛争の予防
 - (2) デジタル遺品の相続財産性について
 - (3) 「利用契約」の性質決定と当事者の意思探求・解釈
 - (4) 現代のデジタル社会における民法のアップ・デートの必要性? (以上, 本号)

3. 判決の解説・分析

原則として「デジタル遺品」へのアクセスが許可されるのは、実体法上

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

の権利者に限られるため、本判決は、死亡後のアクセス権の行方、つまり(上記権利を生じさせる)利用契約関係の相続性を中心に論じた。そして——下記(1)~(8)で整理するように——様々な観点から詳細かつ綿密な検討・理由づけを行って——前述1(2)のとおり——いわゆるデジタル遺品の相続性を承認し包括承継原則(BGB 1922条)を適用する方向へと第一歩を踏み出した。

加えて——たとえデジタル遺品の相続が原則認められるとしても——本件では、フェイスブックの「追悼アカウント指針」が相続人によるアカウントへのアクセスを(技術面でも)妨げていたことから、本判決は、この指針を BGB 305条以下の約款とみなした上で307条の内容規制の観点からその有効性を論じる必要があった⁶⁹⁾。

(1) デジタル遺品の相続性・包括承継の原則的承認と法的理由づけ

a) 利用契約の法的性質・要素と当該契約関係の相続財産性

アカウント開設に伴いフェイスブックと締結した利用契約の法的性質について、本判決は、使用賃貸借、請負、(わが国で言う有償の委任契約をも包括する)雇用契約の要素を混合的(gemischt)ないし複合的に(komplex)併せ持った債務法上の特殊な契約(schuldrechtlicher Vertrag sui generis)関係⁷⁰⁾であると分析した上で、BGB 1922条に言う(金銭的価値のある法律関係という意味での)「財産(Vermögen)」を形成するとした。敷衍すれば、フェイスブックの利用に対して利用者が金銭上の対価を支払わない「無償」の契約関係であるにもかかわらず、相続財産に属しうることを認められた⁷¹⁾のである。ただし、無償であるということは、反対給付を伴わないことを意味するわけではない。利用者が個人データを広告目的に提供するという点で、反対給付は存在するからである⁷²⁾。

おそらく本判決が、無償の利用契約であったにもかかわらず、上記三つの有償契約的要素を併有した混合ないし複合契約と解したのは「利用者による個人データの提供」という反対給付の存在(ひいては推測でしかないが

これを使った莫大な広告収入の獲得?)を重視したからであろう⁷³⁾。具体的には、使用賃貸借的要素を認めたのは、利用者がプロバイダからその所有するサーバー上のデータ保存場所を使用賃借していることによるものと思われる⁷⁴⁾。雇用と請負的要素を有するとされたのは、プロバイダが利用者にプラットフォームを自由に使わせ、日々その保守を行い⁷⁵⁾、他の利用者とのコンタクトを可能にするからであり、加えてその結果も重要だからであろうか⁷⁶⁾。利用者がデータを預けているとしても、寄託契約の客体は「動産」である(BGB 688条)ため、金山(直樹)教授⁷⁷⁾がわが国の議論として主張するのと同様、やはり(ドイツでは有償委任を包接する)雇用と請負を問題とせざるを得ないであろう。

b) デジタル遺品の相続財産性

また BGB 1922条の「財産」概念との関係で、物権法上の構成要素すら必要とされていないことから、本判決は、「デジタル遺品の相続性は、データが有形化されていない(nicht verkörpert)ことで挫折しない」⁷⁸⁾とした。つまり、たとえ有形化されていない純個人的なデジタル遺品であっても(当該データを蓄積するサーバーじたいについて利用者は所有権を有しないにもかかわらず)、有形化された死者の手紙や日記と同様、アカウントへのアクセス権さえ認められれば通信内容を入手・了知できることから、(アクセス権と通信内容を包括する)利用契約に基づく法的地位を相続財産の一部とみなし(いわゆる遺産適性(Nachlassfähigkeit)の承認、相続人に移転としたのである⁷⁹⁾。すでに本判決以前、学説上——ともかく財産権的な部分に分類された(下記c)参照)——電子メールについてはこのように考えられていた⁸⁰⁾。

かくして本判決は、デジタル遺品については、アカウントや通信データが有体・有形化されていないという特殊性に鑑み「契約上の地位の包括承継」という観点から、アナログ遺品、なかでも純個人的な手紙や日記になぞらえて法的処理をするオーソドックスな手法を採用したと言えようか。グローザー(Stefan Gloser)も、「プリントアウトされたフェイスブック・

ページ」であれば相続性は認められるであろうことから、結局「データの定着 (Fixierung) 方法 (紙かメディアか)」を問わず同様の処理が正しいとする⁸¹⁾。

c) デジタル遺品中の財産権的な部分のみの相続？

ところでデジタル遺品の、なかでも(本件のSNS, 電子メールやクラウド・サービスで問題となる)純個人的なデータの相続性については、BGB 1922条の「財産」概念の解釈に関わって学説上激しく争われた。当初は「財産」概念に固執して、デジタル遺品を財産権的な部分と非財産権的な部分に区別した上で前者のみ相続を認める(冒頭1(1)の先駆者たるヘーレンにより首唱された)限定(解釈)説⁸²⁾が支持された。この峻別の見解では、前者のみが相続人に包括承継され、後者は最近親者(nächste Angehörige. 遺族とも言われる)⁸³⁾により擁護されることになる。だが2013年以降は激しい批判にさらされ、包括承継原則(BGB 1922条)は上記の非財産権的な個人データも含めて全デジタル遺品に適用されるとの拡大(解釈)説⁸⁴⁾が支配的になっていく⁸⁵⁾。

この点に関して、本判決は、明確な線引きの実際的困難性を理由に上記区別じたいを認めない動向に追随した。さらにこの区別は、——アナログ遺品の非財産権的な部分の象徴であるとともに、デジタル遺品で言うところの個人情報や画像データに匹敵する——家族に関する書類・肖像画も相続財産から除外されずその一部であることを前提とした(つまり、一般的な「財産」概念よりも相続財産を広く捉える)相続法の体系・価値判断(BGB 2047条2項, 2373条2文)に矛盾することも、否定的理由に加えられた⁸⁶⁾。

この点、たとえばグローザーは、上記区別を「業務上のデータと個人データの分類選択(Aussortierung)」と捉えて、本判決同様「実際上の理由から不可能である」とする⁸⁷⁾。かくして本判決により、デジタル遺品の相続可能性を考える際に当初は当然の前提とされてきた上記区別じたい、「時代遅れになったように思われる」⁸⁸⁾。またかりに純個人的なデータという分類ができたとしても、遺言の解釈の手がかりとなるような場合には、

その限りで財産に関連することがある⁸⁹⁾。要するに「デジタル遺品は、多くの側面を持ち「利用者アカウントにおいては通常、互いに関連し合っている」⁹⁰⁾のである。

もっとも、デジタル遺品について、死後承継を認めるとしても果たしてBGB 1922条による包括承継原則によるべきなのか、少なくとも純個人的なデータについては上記原則とは異なる承継ルールに服させる必要はないのか、検討すべき余地があろう。現に本判決も、a)で前述したとおり本件利用契約を使用賃貸借の要素を持った混合ないし複合契約と（法的）性質決定したのであれば、問題の——たしかに住居に限っては——使用賃貸借については、上記包括承継という相続的承継に優先して「一定の密接な人的関係にあった者」に特別に承継させる規律が設けられている（BGB 563条、563条a）⁹¹⁾が、この規律を無視してよいのであろうか。たしかに、この特別権利承継（Sonderrechtsnachfolge）が規定された目的「死亡した賃借人と同居する者として特別の結び付きがあった者の利益のために賃貸借関係の存続を保護すること」⁹²⁾とはいささか異なるであろうが、デジタル遺品の中でも（いわば「思い出」の）純個人的なデータに限って言えば、被相続人と共同の世帯（gemeinsamer Haushalt）にあった身近な者に承継させることも、あながち不自然ではなからう。また固定接続（Festnetzvertrag）に限って立法論としてではあるが、ドイツ弁護士協会のデジタル遺品に関する意見書は、当該電気通信接続は加入者の相続人ではなく——BGB 563条以下に類似して——住居に関する事実上の共同利用権限者（Mitwohnungsinhaber）に移転することを提案する⁹³⁾。利用契約の性質決定を重視してデジタル遺品の法的処理を考えるというのも、アプローチとしては十分あり得よう（詳しくは後述4(3)参照）。

なお——本判決直前だが——クッチャーは、デジタル遺品を全体として相続人に移転させる結論には賛成しながらも、条文上の根拠はBGB 1922条ではなく、著作権について著作者人格権を含めすべて相続させるÜrhG 28条1項によるべきであると考えているようである⁹⁴⁾。このアプローチは、人

格に関連し制度化された著作権の死後承継ルールを借用するものであり、これも十分検討に値しよう⁹⁵⁾。

d) 使用賃貸人との比較

さらに本判決は、SNS 利用契約が混合ないし複合契約として使用賃貸借的要素を有する点を考慮して、使用賃借人が死亡した場合における使用賃貸人の置かれた状況との比較まで行ったと考えられる。その上で、使用賃貸人は当該住居への相続人の立入りを無条件に認めなければならないことから、フェイスブックもアカウントへの相続人のアクセスを無条件に許可すべき同様の立場にあると補強的に結論づけたわけである。

(2) 例外的な相続性排除の可能性？

a) 利用関係の特別な人的関連性？

本判決は、相続人Xに被相続人Tのアカウントへのアクセスを許可することが(債権の譲渡性の排除を規定した) BGB 399条の類推適用⁹⁶⁾により相続性を排除しなければならないほど契約内容に本質の変更をきたす(換言すれば、利用者Tとソーシャル・ネットワークY間にT以外の他人のアクセスを一切排除するほどの特別な信頼関係が存在するという意味⁹⁷⁾であろう)場合には、利用関係の特別な人的関連性(特別な信頼関係からの一身専属性の演繹とも言うべきか)を理由に当該相続を排除する余地がある⁹⁸⁾として検討する。これは、債権の譲渡性を排除する法的評価を手がかりに、相続性の排除を導き出そうとするアプローチである。たしかに——譲渡性を否認した趣旨によるため——絶対的とまでは言えないが、たとえば用益権について、BGB 1059条1文がその非譲渡性を定め、1061条1文が用益権者の死亡による消滅、つまり非相続性を定めている⁹⁹⁾。

この点、たしかにフェイスブックのユーザー・プロフィールは、利用規約上、利用者その人に強く関連づけられている。また、利用者の自己表現に役立つことも否定できない。だが他方で、ソーシャル・ネットワークは、利用「契約の締結を利用者の特別な個別化(Individualisierung)に結び

つけていない」。というよりは、「自己のサービスを無償で自由に使わせる大部分のソーシャル・ネットワークは、商業目的に個人データを有益に使用するため、できる限り利用者の審査は簡便にしてデータ入手に注力する」。要するに、「フェイスブックは、個々人の属性（individuelle Eigenschaft）や人に関わる特殊性（personenbezogene Besonderheit）を理由に、自己の契約相手を排除してはいない。それどころか、あらゆる希望者と利用契約を締結するというビジネス・モデルなのである」¹⁰⁰⁾。本件では利用者T側にしても、Y（フェイスブック）に人的信頼を求めてはいない。

かくして本件では相続人Xにアクセスを許可しても、BGB 399条を類推適用して相続を排除しなければならないほどの契約内容に本質的変更が生じるとは認められないことから、本判決は、T・Y間の利用関係については、特別な人的関連性を理由にその相続性を排除することはできないとした。

グローザーは、SNS 利用契約については「人的関連性」が推定されるとしながらも、アカウントに蓄積されたデータ自体は業務上のデータでありうることを指摘する。それにもかかわらず利用契約じたいの人的関連性を理由にその相続性を排除すれば、業務上のデータに、相続人は目を通すことができなくなってしまうという不都合を指摘して、本判決に好意的な立場を示す¹⁰¹⁾。

さりとて、利用契約関係の相続を認めることは、とりもなおさず SNS の利用により故人が築き上げてきた人的ネットワークという信頼関係を承継させることにほかならないから、この点を重視すればどうなるであろうか。また——たしかに本判決が言うように——利用契約じたいはそれほど一身専属性は強くないかもしれないが、SNS の特性・実態上、当該契約に基づいてプロバイダに蓄積された通信内容じたいは純個人的なものである可能性は決して低いとは言えないだろう¹⁰²⁾。

b) 相続の認められない「社団における社員たる地位」との比較？

ソーシャル・ネットワークの利用について、とくに本件では相続人Xは

ただ単に過去に蓄積されたデータへのアクセスを求めているにすぎないことから、本判決は、「社団における社員たる地位」（譲渡性も相続性も認めない BGB 38条1文参照）に準じて相続性を否定することを明確に拒絶し、本件契約上の地位の包括承継を認めた。

この結論について、リツェンブルガー（Wolfgang Litzemberger）は、ソーシャル・ネットワークには「通信プラットフォームの単なる提供にとどまらない共同の目的（gemeinschaftlicher Zweck）はもとより、（共同の目的で）設立された団体（Vereinigung）に特有の人的関連性のある入会手続きさえも存在しない」ことから「正当である」とする¹⁰³⁾。本件でもXは上記のとおり、アカウントの継続使用ではなく、ただそこに蓄積されたTのデータへのアクセスを求めているにすぎなかった¹⁰⁴⁾。

(3) 特別法上の守秘規定との比較？

特別法の領域には、相続人との関連で（たとえば医師など一定の資格者に）重大な秘匿利益（Geheimhaltungsinteresse）や守秘義務（Schweigepflicht）の存在する場合がある。

ただインターネット・アカウントへのアクセスについて、本判決は、たとえば守秘義務に関わるカルテの閲覧と法的評価において同じレベルと考えることはできないとした。また刑事法も、プロバイダに対しては——医師等に関する StGB 203条とは異なり——守秘義務を課しその違反を処罰したり証言拒否権を認めたりしていない。

必ずしも特別法上の守秘規定と平行に考えない本判決の立場について、ヴェレンホファー（Marina Wellenhofer）は、正しいと評価する¹⁰⁵⁾。

(4) 利用規約に関わる問題

a) 利用規約によるアカウントの相続性の排除？

本判決は、フェイスブック利用規約、具体的には「他人へのパスワードの伝達・譲渡禁止」条項の趣旨について、あくまでアカウント、ひいては

インターネットの安全性のためであり、遺産の規律の目的のためではないことを確認し、上記伝達・譲渡禁止条項から「アカウントの相続性の排除」を導くことには無理があるとした¹⁰⁶⁾。

もっとも今後は本判決を受けて、SNS 運営者は、大量の相続証明 (Erbfolgenachweis) の煩雑な審査を回避すべく、利用規約の変更により相続性を一般的に排除することも想定されよう。ただこの変更が、大多数の利用者のためになるかどうかは、当然疑われてよい。この点、リツェンブルガーは、むしろ現在一般に行われている、「アカウント開設時にクリックして——死亡証明書の呈示を条件に——死亡後におけるアカウントへのアクセス許可の有無、アクセス権者を決定しておく方法」が、アカウント所有者の一般的人格権の観点からも死亡時に適用しやすい解決の発見という観点からも好ましいと考えているようである¹⁰⁷⁾。

b) 約款規制への利用規約の抵触

利用規約が BGB 305条以下の約款規制、とくに307条の内容規制に抵触するかどうか、本件フェイスブック (Y) もアカウントの相続性を否認すると思しき一部条項を定めていたことから分かるように、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。現に Y は、まさに上記条項を盾に相続人 X のアクセス請求を拒んでいたからである¹⁰⁸⁾。

この点、本判決は、Y の追悼アカウント方針を約款とみなした上で¹⁰⁹⁾、その移行後はもはや有効なパスワードを入力しても X のログインを認めないとの条項について、BGB 307条1項・2項1号によれば利用者とその相続人の「不適切な不利益」扱いであり、効力は生じないと判断した。上記アカウントへの移行は、権利の相続性の原則的承認という BGB 1922条の基本的考え方¹¹⁰⁾と矛盾するからである（いわゆる「相続法の空洞化」¹¹¹⁾）。

さらにグローザーは、「無関心な第三者が『追悼アカウント』の申請により相続人のデータ・アクセスを永久的に阻止しうる」¹¹²⁾ことで、「プロバイダ契約の目的、具体的には通信内容の引渡請求権が危うくされる」ことから、「BGB 307条2項2号にも違反する」と言う¹¹³⁾。

(5) 死後の人格権を理由としたアクセスの不許可？

a) 争点

一般的人格権は、その帰属上の一身専属的性質から死亡により、「GG 2条1項に基づく、人格の自由な発展に対する権利が問題になっているという意味において消滅する」が、その財産権的な部分は、死後も残存しBGB 1922条により相続人に包括承継される¹¹⁴⁾。非財産権的(精神的)な部分については、上記のとおり死者自身の尊厳あるいは人間存在(Menschsein)であるため相続の対象にはならないものの、あらゆる種類の誹謗(Herabwürdigung)や歪曲(Verfälschung)からこの者の人格的利益を保護するため、一般的な尊重要求(Achtungsanspruch)が存続するという意味で死後の人格権がGG 1条1項を根拠に承認されていて、その擁護については——UrhG 60条2項¹¹⁵⁾等の類推適用により——代弁者として、最近親者が差止・撤回請求権(Unterlassungs- und Widerrufsanspruch)という防御請求権(Abwehranspruch)を行使する社会生活上の(いわば受託者的な(treuhänderisch))義務を負う(その際、被相続人の推定的意思に拘束される)¹¹⁶⁾。かくして本来であれば、「死後の人格権は、デジタル遺品にとって決定的なものとなり得」たであろう¹¹⁷⁾。

b) 本件の個別事情とその影響

それにもかかわらず(被相続人Tが未成年者であった)本件では、死後の人格権もまた、Yが相続人Xにアクセスを許可することの妨げにはならなかった。なぜなら、相続人Xは養育権者・監護権者(Erziehungs- und Sorgerechtigter)、つまり子の人格権の代弁者でもあり、子の生存時に起こりうる人格権侵害を訴追する(verfolgen)権限を有するとともに、死後も最近親者としてTの死後の人格権の代弁者でもあるという本件事情ゆえに、Y側に蓄積された通信内容にアクセスしたからといって、死後の人格権が侵害されるおそれはないからである¹¹⁸⁾。——前述2の判決理由では割愛した部分だが——子は死亡時わずか15歳、いまだ責任弁識能力(Einsichtsfähigkeit)の境界線上にいた。両親は、身上配慮を有する者(Inhaber der

Personensorge) として、子の行動や通信事象につき必要不可欠な情報を収集する権限を有する¹¹⁹⁾。

ただだからこそ、もしTが成年であった場合には、——多くの事例では同一人物であろうが——必ずしも相続人Xが（最近親者としての）上記代弁者であるとは限らない（つまり両者が乖離する場合において考えが対立・衝突する最悪な事態も想定されよう¹²⁰⁾）ため、本判決では、被相続人が成年者である場合の法的判断はいまだ明らかにされていないと見てよい¹²¹⁾。それどころか今後、さらなる火種となる可能性もあり¹²²⁾、「事例しだいでは、本判決と異なった判断がなされうる」¹²³⁾。

もともと、リンク（Gerhard Ring）は、被相続人が成年者の場合でも、代弁者たる地位は相続人に付随するであろうことを根拠に、未成年者の場合と同様であると解する¹²⁴⁾。またグローザーは、「デジタル遺品中の純個人的なデータも包括承継原則に従う」という命題を立てた以上、成年者「事例についてもすでに方向性が示唆されている」と言う¹²⁵⁾。要するに彼らによれば、デジタル遺品の法的処理は、相続人を軸に行われることになる。

c) アカウントの相続性と当該所有者の一般的人格権

aa) ところで——「評釈欄は上記問題を深く探求しうる場ではない」と断りながらもその必要性から——リツェンブルガーは、上記b)の本件事情を度外視して、「アカウントの相続性が当該所有者の（財産権的な部分を除けば一般に相続され得ない¹²⁶⁾：筆者挿入）一般的人格権と相容れるか」という中心の問題を正面から考察しているので、見ておきたい。

まず人格権を——最近の時流に乗って——すべての人間に保障された、自己の情報コントロールを自由に決定できる権利（情報自己決定権）と積極的に位置づけた上で、相続人との関係でも存在し、とくに医師、弁護士や公証人は守秘義務（Verschweigenheitspflicht）として課せられていると説明する。かくして一般的に、そもそもアクセス権の相続性は原則否認されうる。

もっとも、アカウント所有者がすでに生前——利用規約に違反するもの——アクセス・データを相続人に渡していたとき（本件がまさにそうだが）は、基本権享有者の同意（Einwilligung des Grundrechtsinhabers）が看取されうる。これが示唆するところ（Andeutung）を汲み取り、相続法に携わる専門家は、この判決を基礎として、デジタル遺品の相続に関する規律を、自ら起案した死因処分に取り込むことを熟考しなければならないだろう（デジタル遺品に関する死因処分の活用）。そして、かりに終意処分がアクセス権に関する表出を含む（つまりアクセス・データの現実の引渡しがなくとも上記同意の存在が認められる）ときは、相続人は、もはや被相続人の一般的人格権を侵害するとの抗弁（Einwand）にさらされなくてすむ¹²⁷⁾。

bb) これに対して、リーダーらは、死後の人格権は生前の肖像（lebzeitiges Abbild）に関する死者の尊厳保護（Würdeschutz）を担うとした上で、——たとえ秘密裏にされていた純個人的な内容を相続人が了知することになったとしても——死亡時に存在した範囲でのみ相続人がアカウントにアクセスするにすぎないのであれば、上記肖像が脅かされる心配はないと言う。他方、フェイスブック上のチャットのやりとり（Chatverlauf）から被相続人の請求権の存在を証明しようという点で、相続人自身が当該データにつき真の利益（veritables Interesse）を有しよう。

おそらく死後の保護が問題となるのは、故人のアカウントを継続利用しようとする相続人が考えてアクセスする場合に限られよう。ただこの場合は、近親者が、BGB 823条1項、1004条の類推適用によりいわゆる準ネガトリア不作為請求権（quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch）を主張する社会生活上の義務を負っている¹²⁸⁾ため、この請求を通して死後の人格権は守られる。

(6) 通信の秘密によるアクセスの不許可？

（GG 10条が保護する「通信の秘密」を単純法律上（einfachgesetzlich）具体的に規定した¹²⁹⁾）TKG 88条3項によれば、Yは、電気通信サービス（定義は3

条24号参照)の提供者として、通信の秘密を遵守しなければならない¹³⁰⁾。死亡したTの通信相手も、Yに秘密を遵守するよう請求することができること(死者の通信相手の保護利益)から、YがXにアクセスを許可する行為は、通信相手の通信の秘密を侵害する可能性がある¹³¹⁾。

かくして、個人の基本権(Individualgrundrecht)としても法制度としても保障された¹³²⁾相続人の「相続権」(GG 14条1項¹³³⁾)と通信相手の「通信の秘密」(10条1項)というGG上保護された二つの基本権が、対峙・衝突することになる。この場合、ゾルメツケは、「どちらの基本権が具体的な事例においてより強いのかを、あらゆる事情を熟慮して利益較量により確かめなければならない」と言う¹³⁴⁾。

本判決は、Yが原則、相続法上の規定(BGB 1922条)によりXに(相続財産の一部たる)アカウントへのアクセスを許可する義務を負っていること(いわゆる「十分な授權の基礎(Ermächtigungsgrundlage)」)から、自ら蓄積した通信内容をXに知らせたとしても、TKG 88条3項1文に言う(電気通信サービスの)「業務上の提供」につき必要とされた限度を越えてはいないので、差し支えないとした¹³⁵⁾。そもそも相続人への無制限なデータの引渡しに対する通信相手すべての同意は、必要とされないことになる¹³⁶⁾。

かくして本判決が行った「電気通信法および相続法上の結論との首尾一貫した比較」について、グローザーは、「説得力を持つ」と評価する¹³⁷⁾。また電子メールについて言えば、それが営業に関するものであったときは、「送信者も相続人への引渡しをはっきりと期待していたであろう」¹³⁸⁾。

他方で、ドイチュ(Florian Deutsch)は、「控訴手続(Berufungsverfahren)では……相続人への情報提供(Auskunftserteilung)が電気通信サービスの業務上の提供につき必要とされるかどうか、まさに検討されるべき問題の対象である」として¹³⁹⁾、本判決の相続法優先に懐疑的であると思われる。

なお、立法による解決策として、ドイツ弁護士協会のデジタル遺品に関

する意見書は、BGB ではなく TKG 88条に次の5項を追加するよう提案する。

「(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¹⁴⁰⁾」。

上記提案は、本判決前になされたものではあるが、結果として本判決の判断にお墨付きを与える形になっている。

(7) データ保護法違反の可能性？

Yが相続人Xに故人Tのアカウントへのアクセスを許可することが BDSG 違反にならないかについて、本判決は、BDSG が死者の保護を目的としていないことから、Xとの関係で BDSG は適用できないとした。

さりとて、Xが上記アクセスによりTの通信相手のデータを閲覧するときは、BDSG 違反が問われうる。——前述2の判決理由では割愛したが——本件においてXは、アカウントの内容をもっぱら（適用除外を規定した）BDSG 1条2項3号にいう個人または家族の目的に使用しようとしたことを援用できない。なぜなら、Xは、地下鉄運転士Fからの損害賠償請求を防御するために情報収集しているからである。

ただこの点についても、本判決は、データ保護法よりも相続法上の価値判断を優先した。相続人に被相続人の地位を包括承継させる BGB 1922条の存在を重視した上で、相続人が読んでも差し支えないとされる——アナログ遺品中の純個人的な——手紙と比較して、Xによる通信相手の権利の侵害を否定したのである。

（8）相続人の情報請求権の承認

ところで（人格の自由な発展を保護目的とする）BDSGの34条の情報請求権について、本判決は、相続人を被相続人の包括承継者、つまり本人と位置づける（そしてこの相続人は生存しているから問題ない）ことにより、簡単に相続人に認めただけらいがある（正確に言えばBDSG34条の類推適用?）。案の定ドイツは、本判決について、死者にBDSGが適用されないこと、類推適用の要件の欠缺、本人の死亡による情報請求権の消滅¹⁴¹⁾、(死後の人格権の場合同様)最近親者たる地位が相続人には要求されることなど「多くの問題を矮小化する (ausblenden)」として不満を口に¹⁴²⁾する。

かくしてクラウス (Benedikt Klaus) とメールケ-ゾボレヴスキ (Christine Möhrke-Sobolewski) は、BDSG34条によらずとも、遺産を整理し必要な法律行為をするために、相続人はBGB1922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 (Nebenpflicht) の履行として情報提供を請求できると言う¹⁴³⁾ (いわゆる「情報提供という付随的請求権の相続」構成)。

ただこれに対して——すでに本判決以前に——ゾルメツケらは、自ら包括承継する「被相続人の契約関係を突きとめて契約相手方にその死亡を知らせるのが、相続人の任務である」とするならば、それにはBDSG34条の情報請求権が有用であるとして、実務的観点を重視する。この情報請求権は、(多くの場合——本件は異なるが——その請求先となる)「契約相手方に権利承継と同時に、それに関わる債務者同一性 (Schuldneridentität) の交替をも知らせる」ことから、遺産整理を行う相続人のみならず、自己の請求権を行使する契約相手方をも手助けし、両者の法的安定性に資する¹⁴⁴⁾。

なお本判決が、YのなすべきことはTのアカウントを調査した上での個人データすべての引渡しなどではなく、アクセスの許可で足りるとした点はまさに「簡便」でありYの負担の軽減にも一役買うはずである。

(9) 著作権法上の検討をしなかった訳

上記の点について、レープ (Christina-Maria Leeb) は本来的には、「ソーシャル・メディアのアカウントにある写真、言語の著作物 (Sprachwerk)、ビデオ、音楽などが著作権につき必要とされる独自性の基準 (Schöpfungshöhe) を充たしている限りで」(UrhG 1条, 2条2項)、「著作権の対象となることを原則として顧慮すべきである」とする¹⁴⁵⁾。しかし相続の開始に伴い、相続人が UrhG 28条1項, 30条¹⁴⁶⁾により上記写真等につき利用権 (Verwertungsrecht 15条) も著作人人格権 (12条~14条) も取得し (一元論の採用)、プロバイダにアカウントへのアクセスを請求しうる以上、「著作権は、プロバイダに対する相続人の情報提供・引渡請求権 (Auskunfts- und Herausgabeanspruch) を妨げない」。かくして、「必ずしも著作権法上の観点に立ち入る必要はなかった」¹⁴⁷⁾。

(10) その他雑感

かくして本判決は——上記(1)~(8)で整理したように——デジタル遺品のトラブル解決にあたり斟酌すべき様々な観点や留意点を提示してくれた点で、その判断の是非はともかく大いに参考となろう。

a) 純個人的なデータへの配慮の必要性

もっとも本判決のように、アカウントへのアクセス権の相続性からスタートすれば、そこに蓄積された死者の秘密が相続人を通して白日の下にさらされてしまうおそれも否定できない。本判決は、(有形化されているが所詮は純個人的な) 手紙・日記や現像写真といった「アナログ遺品」と同様の扱いなので問題はないとするようだが (たしかに、たとえば日記帳じたいは有体物であるが、その内容に踏み込んでみれば財産的価値の乏しい「個人の秘密の塊」を相続の対象としてよいのか、かつては問題意識が必ずしも高くなかったのだろうが)、果たしてそれでよいのだろうか¹⁴⁸⁾。なぜなら、デジタル社会では、よもや死後に (自ら許可した者以外の) 誰かの目に触れるとは思わずに、他人には知られたくない個人情報や見せられないプライベート画像

を削除せず安易に蓄積しておく傾向があるように思われるからである¹⁴⁹⁾。奇しくもアカウントが有体物でなくサーバーはプロバイダのものであることから、そこに蓄積されたデータの内容・性質がにわかにはクロージングされることになったと言えよう（上記リスクが意識され初めて、ようやく近時、「投稿が消える SNS」が登場し人気を博している）。この点、本判決は、相続人と（死後の人格権を擁護する権限を有する）代弁者とが同一人物であったという本件事情から、本来であれば重要であったはずの「死後の人格権を理由としたアクセスの不許可」という問題（(5)a参照）への深入りを取り急ぎ避けることができた。「死者のプライバシー・遵守・秘密保持」がどの程度尊重されるかについて、今後の判例のより踏み込んだ判断が待たれる¹⁵⁰⁾。

ただこの問題が一筋縄でいかないのは、死後の人格権を介して「死者の秘密・プライバシー」を保護すると考えた場合、その代弁者は「最近親者（遺族）」ということになろうが、実は故人としては、この最近親者にこそ見られたくない、知られたくないということが考えられる。そうすると、フェイスブックが相続に後ろ向きなのも理解できないわけではない（もっとも、コストや労力・手続きの煩雑さなどが大きな理由であろう）。

また、「インターネット上に故人が残した少なからぬものが、遺族にとってつらかったり（schmerzhaft）気まずかったり（peinlich）することも考えられる（傍点筆者）」¹⁵¹⁾ので、遺族目線からの配慮も必要となろう。

以上より、インターネット上のプライバシー保護の観点では、——東京高裁平成28[2016]年7月12日決定ではその存在が否定されたが——「忘れられる権利」よりも前段階にある「そもそも（許可した者を除いて）誰にも知られたくない権利」、またセンシティブな現代らしい「他人が本来立ち入るべきではない領域」が看過されているように思われる。この権利・領域まで実質的に保障されてこそ、故人は生前から自由に人格を発展させることができるのではないだろうか。かくしてシュヴァルトマン（Rolf Schwartmann）とオール（Sara Ohr）は、「故人は自ら生前演じた人格像（kreiertes Persön-

lichkeitsbild) に敬意を払ってもらふ権利を当然与えられなければならない」と言う。故人が自己の純個人的なデータを相続人に引き渡すことについて明示または黙示の意思を表明していない限り、プロバイダは、アクセス・データを相続人に引き渡す権限はないのである¹⁵²⁾。

b) 純個人的なデータの死後処理の難しさ

本件はとくに利用者が閲覧者を限定したと思しき SNS 事例であったことから、それにもかかわらず包括承継原則よるとした本判決にいささか違和感を感じてきたわけだが、——以下、ゾルメッケが弁護士事務所のインターネット・アーカイブで正当にも指摘したように——もしこれが電子メール事例であり、純個人的なものから金銭的に重要な内容のものまで幅広くこのアカウントに含まれている¹⁵³⁾とするならば、どうであろうか。

ドイツでは、相続放棄は「6週間以内に限」られていて(BGB 1944条1項)、この期間経過後は「相続を承認したものとみな」される(1943条)ことから、デジタル社会の現代にあつて、相続人が、たとえば電子メール・ボックスにアクセスして決済されていない可能性のある債務を徹底的に調べておきたいと考えることは当然であろう¹⁵⁴⁾。もとよりこの場合にも、電子メールの内容にまで踏み込んで、たとえばインターネット通販での売買確認書やオンライン定期購読の請求書は相続される(かくして後者の定期購読は不要であれば解約を要する)が、パーティーの招待状やいかがわしい電子メールは相続されないと振り分けて処理できれば、プライバシーや秘密を知られることなく、理論上は満足のいく結論となろう。ただいったい誰がその分類をするのか¹⁵⁵⁾、まずは電子メールの内容をすべて読まないといけないことを考えれば意味がない¹⁵⁶⁾。たしかにゾルメッケの言うとおり、今のところ非現実的と言わざるを得ない。上記振り分けに対応しうるシステムの開発・構築とその周知徹底が、運営者側には求められよう¹⁵⁷⁾。

c) 本件事例への個別対応の可能性?

ところで、本件において相続人Xが真に要求したのは、娘Tの死後も引き続き彼女のアカウントを包括的に利用することなどではない。その死に

絡んで自殺との疑いから地下鉄運転士Fより請求を受けた慰謝料等の支払いという火の粉を払い除けるために死亡原因を探るべく、ただ単にTが生前行っていた通信内容にアクセスし閲覧することでしかなかった¹⁵⁸。あくまで「何らかの紛争の証拠となる」場合に限ってだが、わが国では吉井（和明）弁護士が、「民事訴訟手続において、文書提出命令がなされた場合（民事訴訟法223条）、準文書として裁判上データが開示され得る」と述べている¹⁵⁹が、この事例適合的な助言は的を射ている。ドイツでは、ZPO（ドイツ民事訴訟法）第2編「第一審における手続」第1章「地方裁判所の手続」第9節「書証」によることになろうか¹⁶⁰。

4. おわりに

本件は二審に舞台を移した（前述1(2)参照）ためその行方は気にかかるところだが、ともかく——ヘルツォーク（Stephanie Herzog）が言うように——「上級裁判所、ひょっとすると……BGHがデジタル遺品に関わる多数の問題につき判断する機会があるかもしれない」点で「喜ばしい」。「これは実務上——とくにプロバイダにとって——より多くの法的安定性をもたらすであろう」¹⁶¹。おそらくは、デジタル遺品問題に「今後数年のうちに繰り返し裁判所は取り組むものと予想される」が、——まさしくリツェンブルガーが締めくくったように——「願わくば本判決が、デジタル遺品に関連した問題の多くに事実かつ利益に適合した解決を見つける判例の端緒となればよいのだが」¹⁶²と言ったところであろうか。なお本判決は、その内容をどのようにして執行すべきかという新たな問題も提起している¹⁶³。

(1) デジタル遺品をめぐる紛争の予防

ところで、上記紛争予防を目的とする「相談実務（Beratungspraxis）にとって、当該遺品に関する明白な規律が望ましい」¹⁶⁴こと（わが国風に言えば「デジタルないしパソコン終活」の重要性）は、言うまでもない。

a) 既存の「任意相続」制度の利用

本来、被相続人は、遺言（遺言執行者の指定を含めて）に代表される既存の任意相続（gewillkürte Erbfolge）制度を活用して死因処分を行うことが考えられよう¹⁶⁵⁾。その際グローザーは、デジタル遺品特有のパスワードに関して、（その管理用の）「暗号化されたパスワード・データバンク（verschlüsselte Passwortdatenbank）や、公証人によるマスター・パスワードの文書化（notarielle Niederschrift des Masterpasswords）」を構想する¹⁶⁶⁾。また本判決を契機に、（利用者として）ツイッターする（twittern）弁護士などは、デジタル遺品に関して事前配慮代理権（Vorsorgevollmacht）¹⁶⁷⁾を与えたり終意処分中に当該規律を書き込んだりするだろうとの希望的観測もなされる¹⁶⁸⁾。「先ず隗より始めよ」というメッセージとも受け取れる。「デジタル事前配慮代理権」や「デジタル遺言」のススメを多くの論者¹⁶⁹⁾、また最近ではドイツ連邦政府までもが説く¹⁷⁰⁾にもかかわらず、いまだ実践する者はごくまれであるという現状¹⁷¹⁾からすれば、当然と言えようか。

b) デジタル遺品管理サービスの選択と拡充

「オンライン・アカウントを提供した企業は、正確な約款表記により利用者交替に関する予防措置（Vorkehrung）を講じることができる」¹⁷²⁾。それと同時に、生前から「早めに法的・技術的観点でデジタル資産（digitale assets）へのアクセス可能性を気にかけておくよう、注意喚起をすることも求められよう」¹⁷³⁾。

たとえば本件フェイスブックは、アカウントの相続性に消極的な立場から、成人利用者に対して——オプションではあるが追悼アカウントに移行した場合に備えて——プロフィールを管理させる「デジタル遺品管理人」を選定しておくよう提案する¹⁷⁴⁾が、これで問題はすべて解決というわけにはいかない。この管理人は、フェイスブック友達から故人に送られた通信内容の閲覧を許されないばかりか、故人のアカウントから投稿を削除する権限すら与えられていないからである¹⁷⁵⁾。すでに追悼アカウント方針について、本判決は、BGBの約款に関する内容規制に抵触し効力を生じない

と判示したわけだが、この点からすれば、いまだ上記フェイスブックのサービス対応には、とくに相続人側から見れば不満足な部分が散見される。結局のところ私たち利用者が、各社のサービス内容を踏まえて「将来どのように自分の軌跡を残したいのかによって、それに見合った利用条件を備えているサービスを選択するという『終活』が求められているように思われる」¹⁷⁶⁾。このような姿勢で臨めば、プロバイダ側も、様々な利用者のニーズをくみ取り法的ルールに則ったサービスの拡充に努めるであろう¹⁷⁷⁾。

(2) デジタル遺品の相続財産性について

そもそも「デジタル遺品」問題の解決にあたっては、「財産的価値の乏しい（なかでも誰の目にも触れてほしくないという利用者が考えていたような）純個人的なデータも含めて当然に相続の対象となりうるのか」という¹⁷⁸⁾原初的な難問が立ちはだかった。

とくに本件の「SNS 利用契約関係の相続性」については、次の¹⁷⁹⁾利用実態を踏まえた限定的な見解にも耳を傾ける必要がある。すなわち BGB 1922条の包括承継原則は、「契約関係が一身専属的であるとみなされ得ず（みなされた場合は死亡により終了するわけだが）、故人の死後の人格権を妨げない限りで」妥当するにすぎない。とくに「結婚生活以外の関係、ポルノに関わる散財や恩知らずの相続人（となるであろう者：筆者挿入）への批判」など（利用者であった）「故人が第三者への引渡しを欲しなかった」場合（つまりできる限り誰にも、とくに親しい関係にある人であればあるほどその人には知られたくない私事・秘密）を想起すれば理解できよう。それゆえ「通常一般に——いずれにせよ……デリケートな話題やデータの場合には——利用契約について、当事者双方が一身専属的なものと理解していたと考えるべきである」。SNS 運営者側も、利用者の「信頼を裏切らないことに関心を払っているからである」。運営者は利用者の死後も引き続き、秘密遵守義務（Geheimhaltungspflicht）を負う結果、故人のアクセス・データを知らない

相続人が、パスワード等を教えるよう求めることはできないということになる¹⁷⁸⁾。

そもそも相続財産性一般に関して、わが国では山畠教授が、「被相続人に属する非代替的債務以外の権利・義務・法的地位の承継は、実定法によってどうにでも決められる性質のものであり……法政策の問題である」との身も蓋もない説明をする¹⁷⁹⁾。より具体的に鈴木(緑弥)教授が、「問題となるのは、なにが遺産に属するかというドグマではなくて、相続人相互間および相続人・非相続人間の衡平、そして、被相続人の意思をどこまで尊重するか、という政策的問題である」と述べていて¹⁸⁰⁾、傾聴に値しよう。

(3) 「利用契約」の性質決定と当事者の意思探求・解釈

上記(2)の鈴木教授の見方に倣えば、アカウントやそこに蓄積されたデータの源泉たる、被相続人の意思をも含んだ「利用契約」に焦点を当てるべきではないだろうか。本件トラブルの元を遡っていけば、「通信内容の入手→アカウントへのアクセス→利用契約」に行き着くからである。

すでに本判決直前、クッチャーは、SNS「利用契約の法的性質は、無償性にもかかわらず、契約類型論的には画一的に(vetragstypologisch einheitlich) 評価されない」と言う¹⁸¹⁾。本判決は、使用貸借、請負、雇用といういずれも有償契約的要素を併有した混合ないし複合契約であると説明した(詳しくは前述3(1)a参照)わけだが、すでにより積極的にプロイティガム(Peter Bräutigam)は、上記説明について、広告目的での個人データ提供・利用はITサービスの代価(Preis)にほかならないという「生の実態(Lebenswirklichkeit)」にそぐわないと批判し、「双務的な給付交換契約関係(synallagmatisches Austauschverhältnis)」に位置づけようと試みる¹⁸²⁾。

他方で、無償性を重視するレデカー(Helmut Redeker)は、そのまま直裁に「委任契約関係」と捉えていた¹⁸³⁾。たしかに利用契約について、かりに——個人データをただ単に広告目的でプロバイダに供与しているにすぎないとの利用者側の軽い意識に鑑みて——無償の継続的契約である点を重視する

のであれば、本判決が上記いずれも有償契約的要素を抽出したことにはむしろ問題があろう。レデカーが言うように本来、「無償性は、契約類型論的な整序について重要な」はずだから、使用賃貸借契約と言うぐらいなら使用賃貸借契約（Leihvertrag）、雇用ないし請負契約と言うぐらいなら委任契約と考えるべきであろう¹⁸⁴⁾。

ただレデカーの「委任」アプローチでいくと、受任者とされる SNS 運営者は、「自ら委任を遂行するために受け取ったもの及び事務処理をすることによって取得したもののすべてを引き渡す義務を負」い（BGB 667条）、他方で委任者とされる利用者は、委任の執行のために支出された費用を償還する義務を負う（670条）ことになる。この点、レデカーは抜かりなく、上記双方の義務は「当該利用契約で明らかに意図されておらず……期待されていない」として¹⁸⁵⁾、当該契約の性質決定により選択した任意規定の適用結果よりも契約当事者の意思を重視する姿勢が窺える。

かくしてまずは——上記争いに見られるとおり——利用契約の問題解決にあたって、その法的性質（要素）決定が重要となるが、これに拘泥しすぎてはならない。むしろインターネットという予想だにされなかった ICT（情報通信技術）上の、しかも SNS という新しいサービス利用契約では、「無償契約でありつつも利用者による個人データの提供が反対給付となっていて、これを広告目的に使って運営者が稼ぐ」という複雑な現代型のビジネス・モデルを踏まえつつ、当該契約やその背後にある諸事情・実態から明らかになる「当事者の意思・（当該サービスに関わる第三者をも含めた）利益」を手がかりに、SNS 運営者と利用者双方がデジタル遺品の扱いについてどのように考えていて、どのような処理が望ましいのかを探求すべきであろう。

本件利用契約に限って言えば、この関係を利用者死亡後も相続人に包括承継させて引き続き代わりに利用させるという意図を利用者本人もフェイスブックも有していたと果たして考えられるであろうか。むしろ問題は、利用者死亡までに蓄積されたデータがサーバーに遺されているので、その

後始末をどのようにすればよいのか、つまりは、その相続性を認めるべきか、認めたとして民法上の包括承継原則に従わせるべきかどうか、ではないだろうか（おそらくは大半が純個人的なデータであるという点から、上記原則を例外的に修正した「相続人ではなく最近親者とする」特別承継ルールも視野に入ってくる）。その際——頻繁に比較される「日記」とは明らかに違う点として——、アカウントに蓄積されたデータには被相続人のみならず通信相手の個人情報等も多数含まれている点¹⁸⁶⁾（むしろこの点で手紙に近い）、当該データは故人のパソコンや記憶媒体に保存されているわけではなくいまだプロバイダの元にある点¹⁸⁷⁾、これらの特徴を斟酌する必要もあろう。

(4) 現代のデジタル社会における民法のアップ・デートの必要性？

ところで筆者はここ数年、現代的な電子取引が伝統的な法律行為論に突きつけた「なりすまし取引の安全保護」問題を研究してきたが、奇しくも——「アカウント」つながりの——本稿で「デジタル遺品の法的処理」を考察した結果、「BGBのような100年以上経った古い法典がなおも現代的な『デジタル世界 (digitale Welt)』とうまく折り合うのか、それとも『アップ・デート』を必要とするのか」¹⁸⁸⁾というまったく同様のグレートヒェンの問い (Gretchenfrage) にぶつかった。本判決は、あくまで現代的なデジタル遺品についてその内容いかに問わず、BGBの想定したアナログ遺品（とくに「日記」等）になぞらえて相続法上の包括承継原則による問題解決を試みてきたが、このアプローチ方法に限界が来るのも時間の問題かもしれない¹⁸⁹⁾。たとえばノルトライン・ヴェストファーレン (Nordrhein-Westfalen) 州では、司法省が新たに作ったオンライン・プラットフォーム „www.digitaler-neustart.de“ 上のアンケートにおいてデジタル遺品の立法化を望んだのは「目下、参加する市民の65%弱に上っている」¹⁹⁰⁾とのことであり（以下、2016年9月7日にアクセスし閲覧したアンケート結果参照）、おそらく万国共通、そのニーズは高そうである。

デジタルの新たな始まりに関するアンケート結果

（なお筆者が人数から割合に置き換えた）

1. 私たちの法は、アップ・デートを必要としますか？
はい：82%　いいえ：14%　無回答：4%
2. 省略
3. 私たちは、インターネットにおいて人格権のより手厚い法的保護を必要としますか。
はい：82%　いいえ：15%　無回答：3%
4. あなたは、デジタル・コンテンツに関する契約で法律上の問題を抱えたことがありますか。
はい：27%　いいえ：70%　無回答：3%
5. 私たちは、デジタル・コンテンツに関する契約について新たなルールを必要としますか。
はい：76%　いいえ：16%　無回答：8%
6. あなたは、自分のデジタル遺品の整理を考えたことがありますか。
はい：34%　いいえ：64%　無回答：2%
7. 私たちは、デジタル遺品について新たなルールを必要としますか。
はい：65%　いいえ：16%　無回答：19%

ただ他方で——言うは易く行は難しで——「絶えず変化するインターネット上の活動領域（Betätigungsfeld）にあつて、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よそ不可能であり、「諸問題は、既存の法律や方法で解決せざるを得ない」¹⁹¹⁾ ようにも思える。

69) S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 545. Vgl. auch Niko Härting, Internetrecht, 5. Aufl. (2014), Rz. 772.

70) Vgl. etwa A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 45f.; J. Lieder/D. Berneith, a.a.O. (Fn. 38), S. 743（「複合的な契約関係」と表現する）; W. Litzemberger, a.a.O. (Fn. 30).

71) Vgl. R. Podszun, a.a.O. (Fn. 18), S. 37.

72) Etwa Dirk Heckmann, juris PraxisKommentar Internetrecht, 4. Aufl. (2014), Kapitel 9 Rz. 471.

73) なおプロバイダ契約一般に問題となりやすい契約類型的要素は、本判決の挙げた要素以外に、BGB 675条の事務処理契約（Geschäftsbesorgungsvertrag）、433条以下の売買契約が挙げられる（Auer-Reinsdorff/Conrad/Auer-Reinsdorff, Handbuch IT- und Daten-

- schutzrecht, 2. Aufl. (2016), § 21 Rz. 3f., 11f.)。)
- 74) Vgl. etwa Auer-Reinsdorff/Conrad/Auer-Reinsdorff, a.a.O. (Fn. 73), § 21 Rz. 12.
- 75) Vgl. Isabel Gläser, Anwendbares Recht auf Plattformverträge - Fragen des IPR bei sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook, MMR 2015, S. 700f.
- 76) Vgl. Helmut Redeker, IT-Recht, 5. Aufl. (2012), Rz. 1173, 1090f.
- 77) 「IV 1 無体物の所有と占有——民法85条・163条・205条試論」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(商事法務, 2014年) 630頁。
- 78) W. Litzemberger, a.a.O. (Fn. 30).
- 79) Vgl. R. Podszun, a.a.O. (Fn. 18), S. 37.
- 80) S. Herzog, a.a.O. (Fn. 2), S. 3747.
- 81) S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 546.
- 82) Etwa T. Hoeren, a.a.O. (Fn. 6), S. 2114; M. Martini, a.a.O. (Fn. 8), S. 1147ff., 1150; Palandt/Weidlich, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. (2014), § 1922 Rz. 34.
- 83) (最)近親者とは、「生存配偶者, 子, 両親, 兄弟姉妹, 直系卑属, 生活パートナー (Lebenspartner)」である (vgl. A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 96)。
- 84) Etwa S. Herzog, a.a.O. (Fn. 2), S. 3747f.; Benedikt Klaus/Christine Möhrke-Sobolewski, Digitaler Nachlass - Erbschutz trotz Datenschutz, NJW 2015, S. 3474; C. Solmecke/T. Köbrich/R. Schmitt, a.a.O. (Fn. 25), S. 291; Anton Steiner/Anna Holzer, Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass, ZEV 2015, S. 263.
- 85) Vgl. etwa S. Herzog, a.a.O. (Fn. 38), S. 173.
- 86) すでにこの理由を重視した見解として, たとえば A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 92。
- 87) S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 546. Ähnlich J. Lieder/D. Berneith, a.a.O. (Fn. 38), S. 743; C. Solmecke/R. Schmitt, a.a.O. (Fn. 19), S. 186; Lucas Wüsthof, Anmerkung zu LG Berlin, Urteil v. 17.12.2015, ErbR 2016, S. 230.
- 88) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195.
- 89) A. Steiner/A. Holzer, a.a.O. (Fn. 84), S. 263.
- 90) A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 105.
- 91) BGBにおける同居使用賃借権の特別承継について詳しくは, 常岡・前掲注 52) 105頁以下, 藤井俊二『ドイツ借家法概説』(信山社, 2015年) 311頁以下参照。Vgl. auch A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 101 Anm. 504.
- 92) 藤井・前掲注 91) 311頁。
- 93) P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S. 5.
- 94) A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 161ff. Vgl. auch L. Wüsthof, a.a.O. (Fn. 87), S. 230.
- 95) ただわが国で導入する際は, 上記ドイツ・ルールとの違い (つまり著作者人格権の相続を認めない点, 後掲注 114) 参照) をどのように考えるか, 注意を要しよう。
- 96) なお相続法上の包括承継について, リーダー (Jan Lieder) とベルナイト (Daniel Berneith) は, BGB 399条1選号の「譲渡の制限 (Abtretungsbeschränkung)」規定はとにかく直接適用できないと言う。法律による特定承継 (Singularsukzession. 個別的権利承継 (Einzelrechtsnachfolge) とも言う) については, BGB 412条が上記399条を準用す

るが、法律による包括承継はその限りでないからである（a.a.O. (Fn. 38), S. 743）。

- 97) わが国で言えば、保証債務の承継の判断に一部似通っているところがあるかもしれない。詳しくは、谷口知平＝久貴忠彦『新版注釈民法(27) 相続(2) (補訂版)』(有斐閣, 2013年) 17頁以下〔右近健男〕参照。
- 98) Statt vieler Münchener/Leipold, a.a.O. (Fn. 57), § 1922. Rz. 23; L. Wüsthof, a.a.O. (Fn. 87), S. 229.
- 99) 他方で特別法ではあるが、著作権について UrhG は、29条1項1文で非譲渡性を原則定めながら（ただし「使用権の供与」(31条)は認める）、28条1項で相続性を認める（前掲注49）も参照）。Vgl. etwa M. Martini, a.a.O. (Fn. 8), S. 1147 Anm. 8.
- UrhG 29条（著作権に関する法律行為）1項
- (1) 著作権は、譲渡することができない。ただし、死因処分を理由とする執行において譲渡され、又は遺産分割の方法によって共同相続人に譲渡される場合は、このかぎりでない。
- UrhG 31条（使用権の供与）1項1文
- (1) 著作者は、その著作物を個々の又はすべての使用方法によって使用する権利（使用権）を、他人に供与することができる。
- 100) J. Lieder/D. Berneith, a.a.O. (Fn. 38), S. 743.
- 101) S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 546.
- 102) たとえば、純個人的なデータの存在によりアカウント全体がそれに「感染する」という考え方（いわゆる感染説（Infektionstheorie））もあり得ようか（vgl. P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S. 24f.）。
- 103) W. Litzzenburger, a.a.O. (Fn. 30).
- 104) J. Lieder/D. Berneith, a.a.O. (Fn. 38), S. 743.
- 105) M. Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 28), S. 654.
- 106) Vgl. auch A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 127.
- 107) W. Litzzenburger, a.a.O. (Fn. 30).
- 108) Vgl. etwa S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 548.
- 109) なお、BGB 305条以下の約款である以上は、黙示にはなされ得ずすべての人々が理解しうる条項でなければならない（vgl. W. Litzzenburger, a.a.O. (Fn. 30））。
- 110) BGB 1922条1項の「包括承継原則は強行法規と解されている」（常岡・前掲注52）95頁）。
- 111) S. Herzog, a.a.O. (Fn. 38), S. 173. かくして、プロファイルの相続性を一切認めない約款も、本文と同様に扱われよう（C. Solmecke/R. Schmitt, a.a.O. (Fn. 19), S. 186）。ただし、プロバイダが、利用者自身に死後のデータの扱い方を決めるようゆだねていた場合において、死亡によりデータを消去させる付随的合意をしたときは利用者の意思にほかならないため、この限りでない（A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 158）。
- 112) ただ上記申請をした第三者（本件ではフェイスブック友達の誰か）が、事務管理の要件を充たしている場合もあり得よう。
- 113) S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 548f. なお、プロバイダが利用者の死亡を知った場合に内容

ともどもアカウントの削除を定めた約款も、「相続人のアクセス権を非常に厳格に制限する」ので、本文と同様に扱われるべきである (ders., a.a.O., S. 549)。

- 114) 敷衍すれば、死後の人格権を認めた判例(前掲注49)参照)も、「死者には損害は発生しない」との理由から効果として防禦請求権しか認められなかったが、1999年のマレーネ・ディートリッヒ事件判決(BGHZ 143, 214. 詳しくは中村哲也「人格権侵害と財産的損害—BGH マルレーネ・ディートリッヒ判決をめぐって—」新潟35巻1号(2002年)131頁以下参照)は、人格権の財産権的な部分について BGB 1922条による相続を認め「相続人は死者の意思を顧慮して行動すべきであり、この権能は相続人にもみ帰属するものとした」(五十嵐・前掲注49)119頁以下)。

この判決は、「BGB 1922条1項の財産概念に添ったものであり」、「相続法のドグマティック(Erbrechtsdogmatik)に順応するであろう」(A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 161)。そしてこれ以降、「学説の議論は急速に活発化し、特定人の氏名・映像・音声等の情報につき、それらが人格権の範囲内に含まれることを認めつつも一定の範囲で譲渡性・相続性を承認する見解が主張されている」(米村・前掲注23)82頁)。

ただし、著作権に限って言えば、UrhG 28条1項は——わが国の著作権法およびドイツの一般的人格権に関する判例(前掲注49)と本注参照)とは異なり——、人格的(非財産的)利益に関わる「著作人格権」も含めすべてが相続人に移転すると規定している。上記BGH判決を含む一般的人格権に関する判例との関連でUrhG上留意すべきは、「たとえば財産権的な権限は相続人に、人格権的な権限は著作者の最近親者にというように分割されていない」(Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Aufl. (2013), Rz. 344. Vgl. auch Peter Lutz, Grundriss des Urheberrechts, 2. Aufl. (2013), Rz. 207)ことである。このような一元論(monistische Theorie)にUrhGは——わが国の二元論とは異なり——「立脚し」、「著作者の権利というのは人格的権能と財産的権能が不可分に混成した権利だと考えられている」(上野達弘「講演録 国際社会における日本の著作権法 —クリエイタ指向アプローチの可能性—」コピーライト613号(2012年)5頁)。「ドイツでは、著作人格権と『民法上の一般的人格権』については、両者の本質的な関連性は認めつつも、前者の客体は著作者と著作物との人格的な繋がりであり、後者の客体は人そのものであるとして、別個の権利と捉える見解が優勢である」(戸波美代「『歪曲された『著作者の人格像』の伝達からの保護』と人格権」中山信弘=齊藤博=飯村敏明『牧野利秋先生傘寿記念論文集 知的財産権 法理と提言』(2013年)所収1080頁の脚注*63)。

もっとも、2003年に新設されたUrhG 76条4文は、実演芸術家(ausübender Künstler)の権利について、その死亡後は「近親者(Angehörige. 60条2項[邦訳は後掲注115])参照)」に帰属すると規定した(vgl. A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 166; Spindler/Schuster/Wiebe, a.a.O. (Fn. 64), 3. Aufl. (2015), § 76 UrhG Rz. 2)。この規定は、相続を認めたものではなく、死後の芸術家の人格権に関する擁護権限(Wahrnehmungsbefugnis)を近親者に付与したものと一般に解されている(vgl. etwa Ahlberg/Götting/Stang, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 13. Edition (Stand: 1.7.2016), UrhG § 76 Rz. 8)。

- 115) UrhG 60条(肖像)2項

(2) 前項第1文の意味における近親者とは、配偶者又はパートナー及び子をいうものと

し、……いずれも存しない場合には、父母をいうものとする。

- 116) Vgl. etwa S. Herzog, a.a.O. (Fn. 2), S. 3748f.; C. Solmecke, a.a.O. (Fn. 25) ; A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 95f. 具体的には、たとえば相続人に指定された（後掲注 120）参照）仕事仲間が、電子メール・ボックスにアクセスし被相続人のプライベートな（ラブレターならぬ）ラブレターを読んだ後でこれを別の仕事仲間へ転送するとき、故人の遺族は、訴訟による対応をとりうる。「これは、もとよりデジタル遺品の相続性それ自体を制限するわけではないが、その取扱いに影響を与え（傍点筆者）」（C. Solmecke, a.a.O. (Fn. 25). Vgl. auch C. Solmecke/T. Köbrich/R. Schmitt, a.a.O. (Fn. 25), S. 292.）

本文以外にも、慣習法上家族関係に基づいて認められた、死者を配慮する権利（Recht der Totenfürsorge）、つまり死体の埋葬方法等を決定する権利・義務は、相続人ではなく最近親者が有する（詳しくは、黒田美亜紀「死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序」明学93号（2012年）59頁以下参照）。

- 117) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195.
 118) M. Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 28), S. 654.
 119) C.-M. Leeb, a.a.O. (Fn. 45), S. 140.
 120) Vgl. C.-M. Leeb, a.a.O. (Fn. 45), S. 141. とくにドイツでは、最近親者でない者が死因処分（Verfügung von Todes wegen）により相続人に指定されうるからである（前掲注 116）も参照）。
 121) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195; W. Litzemberger, a.a.O. (Fn. 30); M. Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 28), S. 655. Ähnlich Daniel Lehmann/Rebecca Hahn, ZEV-Report Zivilrecht, ZEV 2016, S. 185.
 122) L. Wüsthof, a.a.O. (Fn. 87), S. 230.
 123) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195.
 124) G. Ring, a.a.O. (Fn. 29), S. 249.
 125) S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 547. Ähnlich L. Wüsthof, a.a.O. (Fn. 87), S. 230.
 126) なぜなら、「死亡により故人の人格の自由な発展はもはや考慮されないからである」（B. Klaus/C. Möhrke-Sobolewski, a.a.O. (Fn. 84), S. 3474.）
 127) W. Litzemberger, a.a.O. (Fn. 30).
 128) J. Lieder/D. Berneith, a.a.O. (Fn. 38), S. 743f.
 129) Etwa Spindler/Schuster/Eckhardt, a.a.O. (Fn. 64), § 88 TKG Rz. 1.
 130) 通信の秘密は、GG 10条1項で保障されているため、本来は国家との関係で問題になるように思われるが、BVerfG 2011年2月22日判決（BVerfGE 128, 226. いわゆるフラポート判決（Fraport-Entscheidung））によれば、電気通信サービスを提供する私企業も遵守することが求められている（C. Solmecke, a.a.O. (Fn. 25). いわゆる間接適用？）。Vgl. auch P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S. 69ff.; Burandt/Rojahn/Bräutigam, a.a.O. (Fn. 11), Anhang. Digitaler Nachlass, Rz. 13ff.
 なおドイツにおける通信の秘密については、笠原・前掲注 64）215頁以下が詳しい。
 131) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195. なおわが国でも同旨、吉井・前掲注 16）82頁。
 132) Etwa P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S.

- 78; Ingo von Münch/Ute Mager, Staatsrecht II- Grundrechte, 6. Aufl. (2014), Rz. 612.
- 133) 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。
- 134) C. Solmecke, a.a.O. (Fn. 25). 換言すれば、両基本権の衝突は、「比例原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)および実践的整合性を遵守して解決されなければならない」(P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S. 78)のである(前掲注67)も参照。
- 135) Vgl. F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195. わが国では、吉井(和明)弁護士が、「利用契約の承継があった場合」などアクセス権が相続人に移転するときは「正当業務行為と認められ……違法性が阻却される」と言う(前掲注16)82頁)。
- 136) 本判決以前にさらなる理由を付け加えるものとして、A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 139ff. 参照。
- 137) S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 547f.
- 138) A. Steiner/A. Holzer, a.a.O. (Fn. 84), S. 264.
- 139) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195. Ebenso C.-M. Leeb, a.a.O. (Fn. 45), S. 140; L. Wüsthof, a.a.O. (Fn. 87), S. 230.
- 140) P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S. 6. TKG 88条の邦訳については、前掲注64)参照。
- 141) 敷衍すれば、BDSG 6条1項は、本人の絶対的な権利として、「当事者の開示を認める権利(19条, 34条)……は法律行為により排除又は制限できない」と規定しているため、この一身専属性を重視すれば、情報請求権も相続できないと結論づけられようか。
- 142) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195.
- 143) B. Klaus/C. Möhrke-Sobolewski, a.a.O. (Fn. 84), S. 3474ff. Ebenso bereits S. Herzog, a.a.O. (Fn. 2), S. 3749.
- 144) 詳しくは、C. Solmecke/T. Köbrich/R. Schmitt, a.a.O. (Fn. 25), S. 292ff.
- 145) なお、「著作物が筆記その他の方法によって有体物に固定されているかどうかは問われない」し、「ほんのわずかの創作性しかないもの」も(「大したことはないもの」という意味で)「『Kleine Münze』の著作物と呼ばれ、著作物として保護される例が少ない」(『外国著作権法概説—英・米・独・仏・伊—』(社団法人著作権情報センター、2003年)118頁 [上野達弘])。Vgl. auch A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 30.
- 146) 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。
UrhG 28条1項によれば、著作権は、人格に関連するにもかかわらず、その内容いかなを問わず相続することが認められている(S. Herzog, a.a.O. (Fn. 2), S. 3748)。
- 147) C.-M. Leeb, a.a.O. (Fn. 45), S. 140f.
- 148) Vgl. auch P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S. 88. なおスイスでは、「インターネット上に蓄積されている多くのデータは、故人の人

- 格権と密接に関連し財産権を表さないので、相続し得ない」との主張（ZHAW School of Management and Law, a.a.O. (Fn. 36), S. 51）がなされている。
- 149) かくして萩原氏は、個人的考えとしながらも「プライベートな画像をはじめ、誰にも言えない、知られたくない秘密は、デジタル機器内にも『遺さない』が基本です」とアドバイスする（前掲注 3）147頁）。
- 150) Vgl. auch C.-M. Leeb, a.a.O. (Fn. 45), S. 141.
- 151) W. Kuntz, a.a.O. (Fn. 10). Ähnlich M. Martini, a.a.O. (Fn. 8), S. 1146. わが国でも同旨、萩原・前掲注 3）14頁以下のエピソード 1, 147頁。
- 152) R. Schwartmann/ S. Ohr, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 47.
- 153) Ebenso Burandt/Rojahn/Bräutigam, a.a.O. (Fn. 11), Anhang. Digitaler Nachlass, Rz. 10.
- 154) また利用者の死亡後も、（表意者が意思表示の発信後に死亡してもその効力に影響しないとした）BGB 130条 2項、（申込者が承諾前に死亡しても原則契約の成立を妨げないとした）153条により、新たに債務が発生している可能性も考えられる（A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 19）。
- 155) たとえば「中立的な第三者」として、遺言執行者、プロバイダ自身、遺産裁判所（Nachlassgericht）が想定されていた（vgl. S. Herzog, a.a.O. (Fn. 2), S. 3747）。
- これに対して、クッチャーは、遺言執行者についてのみ可能性はありうるが、ただ被相続人が費用を考慮に入れて明示的に指名していなければならない（BGB 2197条）ことから、実際には難しいと考えているようである（vgl. A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 114）。
- 156) C. Solmecke, a.a.O. (Fn. 25). Ebenso B. Klaus/C. Möhrke-Sobolewski, a.a.O. (Fn. 84), S. 3474.
- 157) Vgl. auch R. Schwartmann/ S. Ohr, a.a.O. (Fn. 1), Rz. 47.
- 158) Vgl. R. Podszun, a.a.O. (Fn. 18), S. 37.
- 159) 吉井・前掲注 16）85頁。東海林保「第 4 章 民事訴訟における電子証拠の取扱い II 証拠収集手続における電子証拠の取扱い」町村泰貴＝白井幸夫編『電子証拠の理論と実務 収集・保全・立証』（民事法研究会, 2016年）所収291頁以下も参照。
- 160) あるいは BGB 810条（証書の閲覧）の類推適用であろうか（小林秀之『民事訴訟法がわかる（第 2 版）』（日本評論社, 2007年）369頁以下参照）。電子証拠の取扱いについて詳しくは、米丸恒治「第 2 章 電子証拠をめぐる比較法 II ドイツにおける電子証拠の取扱い」町村＝白井・前掲注 159）所収75頁以下参照。
- 161) S. Herzog, a.a.O. (Fn. 38), S. 173.
- 162) W. Litzenburger, a.a.O. (Fn. 30).
- 163) S. Herzog, a.a.O. (Fn. 38), S. 173. Ähnlich F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195.
- 164) F. Deutsch, a.a.O. (Fn. 40), S. 195. Ebenso S. Gloser, a.a.O. (Fn. 17), S. 549; W. Litzenburger, a. a. O. (Fn. 30). Vgl. auch Stefan Gloser, „Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ - Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis - Teil II, MittBayNot 2016, S. 103ff.
- 筆者は、『遺産セット（Das Nachlass-Set: Testament, Vermögensübersicht, Digitaler Nachlass, Bestattungsverfügung）』なる実用書を試しに購入したが、デジタル遺品につい

でも分かりやすく解説してあり(早速, 本判決も紹介されていた), また実際に書き込める切取用紙にも充実した「インターネット・アカウント」関連のページ(電子メール, 通信販売, ソーシャル・ネットワーク, 決済サービス, ホームページ, インターネット販売, その他クラウド・サービスなど)が備えられていた。なお, わが国の実用書(『デジタル終活』前掲注3)86頁以下)にも, 同様のエンディング・フォームがあった。

- 165) Vgl. G. Ring, aa.O. (Fn. 29), S. 249.
- 166) S. Gloser, aa.O. (Fn. 17), S. 549.
- 167) 「事前配慮代理権」とは, 「将来自分が援助を必要と有する場合に備えて特定の信頼できる人物に目的を定めて与えておく任意代理権である」(神野礼育「医療行為と家族の同意」広島ロー12号(2016年)238頁の脚注(24))。
- 168) R. Podszun, aa.O. (Fn. 18), S. 37. なお, 本文の代理権および遺言の各モデル案については, A. Steiner/A. Holzer, aa.O. (Fn. 84), S. 266 参照。
- 169) Statt vieler A. Kutscher, aa.O. (Fn. 1), S. 149.
- 170) Vgl. etwa W. Kuntz, aa.O. (Fn. 10).
- 171) ある代表的なアンケートでは, 回答者の93%が何もしていなかったが, 78%は関心を持っていて, 情報不足が指摘されている(vgl. C.-M. Leeb, aa.O. (Fn. 45), S. 139)。
- 172) R. Podszun, aa.O. (Fn. 18), S. 37. なおわが国でも同旨, 吉井・前掲注16)89頁。
- 173) R. Podszun, aa.O. (Fn. 18), S. 37.
- 174) Vgl. etwa G. Ring, aa.O. (Fn. 29), S. 249; M. Wellenhofer, aa.O. (Fn. 28), S. 655.
- 175) G. Ring, aa.O. (Fn. 29), S. 249.
- 176) 志賀・前掲注13)。
- 177) 不勉強ゆえ脱稿直前に教わったが, 「実質的救済の困難な事後救済」から「権利侵害の可能性の低減」へとプライバシー保護「原則」を転換したアン・カブキアン(Ann Cavoukian)の「プライバシー・バイ・デザイン」構想には, 「①リアクティブ(事後)ではなくプロアクティブ(事前):事後の措置ではなく事前の予防」, 「②デフォルト(初期)設定でプライバシー保護」, 「③設計時に組み込むプライバシー保護対策」……「⑦個人のプライバシー尊重:個人を主体に考えること」という7つの基本原則があり(詳しくは, 新保史生「特集 個人情報・プライバシー保護の理論と課題 プライバシー・バイ・デザイン」論ジュリ18号(2016年)16頁以下。なお他に, 堀部政男/JIPDEC 編『プライバシー・バイ・デザイン プライバシー情報を守るための世界的新潮流』(日経BP社, 2012年)85頁以下), デジタル遺品の問題を解決する上でもヒントが多数あるように思われる。
- 178) Volker M. Haug, Grundwissen Internetrecht, 3. Aufl. (2016), Rz. 341. Ähnlich bereits M. Martini, aa.O. (Fn. 8), S. 1152.
- 179) 中川=泉・前掲注23)61頁[山畠]。
- 180) 『相続法講義(改訂版)』(創文社, 1996年)39頁。
- 181) A. Kutscher, aa.O. (Fn. 1), S. 45.
- 182) Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken: Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, S. 635. 詳しくは, ders., aa.O., S.

638ff. 参照。

- 183) H. Redeker, a.a.O. (Fn. 76), Rz. 1174. なおわが国でも、吉井（和明）弁護士が、「準委任」的観点を中心に死亡による利用契約の終了の有無と情報返還の問題を詳しく論じる（前掲注 16）78頁以下参照）。
- 184) Hoeren/Sieber/Holznel/Redeker, Multimedia-Recht, 42. Ergänzungslieferung 2015, Teil 12 Rz. 423f.
- 185) H. Redeker, a.a.O. (Fn. 76), Rz. 1174. より詳しい検討については、Hoeren/Sieber/Holznel/Redeker, a.a.O. (Fn. 184), Teil 12 Rz. 425ff. 参照。Vgl. auch P. Bräutigam/S. Herzog/T. Mayen/H. Redeker/H. Zuck u.a., a.a.O. (Fn. 36), S. 60.
- 186) おそらくアナログ世界では、喫茶店や電話でその場限りの話をし聞き流すだけで、もとより会話は有形化されていないが、デジタル世界では、たわいない会話のつもりでもそのデータを削除しない・されない限りすべて残っているという特性がある。
- 187) Vgl. auch M. Martini, a.a.O. (Fn. 8), S. 1152. ただクッチャーは、デジタル遺品の内容（財産権的か純個人的か）による従来の一部見解（前述 3（1）c）参照）による峻別論を否定した上で、さらにその蓄積された場所（利用者のハード・ディスク等かプロバイダのサーバーか）による峻別も、相続の対象が記憶媒体の所有権なのか利用契約に基づく権利義務なのかという問題に関わるにすぎないと言う（A. Kutscher, a.a.O. (Fn. 1), S. 115）。
- 188) Die zivilrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentages 2016, a.a.O. (Fn. 37). 前掲注 37) のファウスト (Florian Faust) の所見に対する批評として、たとえば Claudius Dechamps, Digitale Wirtschaft - das Instrumentarium des Bürgerlichen Gesetzbuch genügt, AnwBl 2016, S. 628ff. がある。Vgl. auch C. Wendehorst, a.a.O. (Fn. 12), S. 2609ff. なお遠回しにはあるが、拙稿「インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性（２・完）——BGH 2011年 5月11日判決を中心に——」立命 360号（2015年）90頁以下。
- 189) たとえばアメリカの法状況を参考に、西内准教授は、「将来の立法的措置を視野に入れたデジタル・プランニングという分野の発展は必要不可欠であり」、その際「有体物を前提とした相続法の限界のある民法ではなく、より多様な民事信託の可能性を開く信託理論を前提とした信託法」が重要な役割を果たすと言う（西内・前掲注 5）273頁）。なお、人格権における（譲渡性を前提とした）信託設定可能性を検討するものとして、米村・前掲注 23）77頁以下。

また、もはや——物を「有体物」に限った独日両法を対象とする——本稿の域を越え上記「アップ・デート」にとどまらないと思われるが、原（恵美）教授が紹介した「情報に対する所有権」の理論（「フランスにおける情報に対する所有権」（「特集 情報の可用性が導く未来——占有・所有論は活きるか」所収）NBL 1071号（2016年）46頁以下）から「デジタル遺品」問題にアプローチするとどのようになるのだろうか（ドイツでビッグ・データ時代の到来により議論され始めた「データ所有権 (Dateneigentum)」については、Thomas Hoeren, Dateneigentum: Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, S. 486ff.; C. Wendehorst, a.a.O. (Fn. 12), S. 2610f. 参照)。ただこれに対しては、すでに水津教授が、「無体物概念から出発すると、債権法や相続法が〈物の

法)に統合されかねない」として法典のバランス崩壊などを危惧し(前掲注37)25頁),むしろ「基本法としての民法がなすべきことは、『物』から情報を潔癖に排除することで,各人が自由に行動できる領域を守り抜くというスタンスを,はっきり表明することではないか」と言う(同30頁)。なお,無体物に対する現行民法の立場を検討したものとして,たとえば金山・前掲注77)620頁以下がある。

190) C.-M. Leeb, a.a.O. (Fn. 45), S. 141.

191) A. Kutscher a.a.O. (Fn. 1), S. 169.

【追記】 本稿は,2016年度を以てご退職される二宮周平,生熊長幸両教授のご指導・ご厚情に感謝の意を表すべく執筆しましたが,諸般の事情からフライングの公表となりました。二宮教授ご専門の相続法を始めとして,筆者には門外漢の法領域が複雑に交錯する主題でありその内容も含めて,誤謬や不手際などがございましたらご海容ください。

なお脱稿後,松尾剛行『クラウド情報管理の法律実務』(弘文堂,2016年)に接したが,本稿との関連では,クラウドサービス契約の法的性質に関する叙述(74頁以下)が興味深い。校了間際には,Katharina Seidler, Digitaler Nachlass: Das postmortale Schicksal elektronischer Kommunikation (2016),本判決を中心に「デジタル遺品」問題を論じるMartina Knoop, Digitaler Nachlass - Vererbbarkeit von Konten (minderjähriger) Nutzer in Sozialen Netzwerken, NZFam 2016, S. 966ff. — 本稿前掲注114)・189)などで参照した論稿の問題意識と具体的な検討内容を発展させた——米村滋人「人格権の権利構造と『一身専属性』(一)」法協133巻9号(2016年)1311頁以下も公表された。