

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（1）

——BGH 2011年 5月11日判決を中心に——

白 井 豊*

目 次

- I. なりすまし研究の途中経過と本稿の考察対象・順序
- II. BGH 2011年 5月11日判決（VIP-Lounge 事件判決）
 - 1. 本判決の紹介
 - 2. 本判決の構造と以後の裁判例
- III. BGH 2011年 5月11日判決に関する諸見解
 - 1. 外見代理の伝統的要件を踏襲した本判決に好意的な見解
 - 2. 外見代理の伝統的要件を修正する見解
 - 3. BGB 172条の類推適用を志向する見解 (以上、本号)
 - 4. インターネット取引独自のなりすまし外観責任を構想する見解
 - 5. アカウント所有者による「番号冒用の濫用的主張」を疑う見解
- IV. BGH 2011年 5月11日判決の分析的解説
 - 1. 契約当事者の確定と他人の名（番号）の下での行為
 - 2. 外見代理の類推適用
- V. BGH 2011年 5月11日判決の評価・論点の整理——Ⅲの諸見解のまとめも兼ねて——
 - 1. 本判決の外見代理類推適用に対する複数の評価
 - 2. 本判決に関わる論点整理 (以上、360号)

I. なりすまし研究の途中経過と本稿の考察対象・順序

(1) 21世紀のドイツではインターネット上でのショッピングやオークション取引（以下、合成語はネット〇〇と略称する）の急拡大¹⁾に伴い、他人の

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

ID・パスワード（以下あわせてアクセス・データまたは本人確認（認証）番号と称する）で他人のアカウントを無権限・無断で使用して他人になりすます病理的事象（以下、ネット取引上の（番号冒用）なりすましと称する）が増している。インターネットという匿名のシステム上、なりすましが起こりやすいからである²⁾。そしてこの場合、取引相手方が、たとえば（評価システム（Wertungs- od. Reputationssystem）上のプロフィールで）過去に取引をした者から良い評価を得ているアカウント所有者だから大丈夫だと安心してこの者本人と契約を締結しようとしていた³⁾のであれば、この相手方の信頼を保護する必要が生じる。

かくしてネット取引上のなりすましは、講学上「同一性の誤認惹起（Identitätstäuschung）」という意味で——前々稿⁴⁾Ⅲ2のハナウ（Max Ulrich Hanau）が首唱したところに倣い——（従来の「他人の名」改め）「他人の番号の下での行為（Handeln unter fremder Nummer）」⁵⁾と呼ばれて「番号（アカウント）所有者＝（契約締結当事者に限定されない、効果帰属者という広義の）契約当事者」を前提に、とくに番号冒用事例について表見代理（Rechtscheinsvollmacht）⁶⁾の類推適用論は盛り上がりを見せている。まさにこの時代の流れを敏感に読み取って、ハナウは、電子取引における「番号」の意義を「本人確認・証明の点で従来の名前に代わる同等あるいはそれ以上の存在であると考え」てこの特殊性を上記なりすまし問題の解決に反映させようと試みたのであった（前々稿Ⅳ1(1)b aaも参照）。

（本なりすまし研究の序章たる）前々稿にて、ネット取引上の番号冒用なりすましのリーディング・ケースたる BGH 2011年 5月11日判決（VIP-Lounge 事件判決）⁷⁾ 前夜までの法状況を俯瞰したところ、表見代理、なかでも（その外延類型たる）外見代理を類推適用するに際して（「取引相手方の善意・無過失」判断の前提となる）「無権代理行為の反復・継続性」と当該「行為に対する予見・阻止可能性」という権利外観と帰責性に関わる伝統的要件をそのまま用いる（転用する）か、番号冒用という電子取引の特殊性を踏まえて修正を図るか、電子取引独自の権利外観責任を構想するかで

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（1）（白井）

激しい対立が見られた。具体的には、ネット取引では何某かのセキュリティ方式が採用されている現状に鑑みれば、当該取引の安全保護の観点から、前者の「冒用行為の反復・継続性」を必ずしも絶対的な要件とする必要はなく、今回初めての番号冒用（以下、初回冒用と称する）でも十分保護に値する（「契約当事者＝アカウント所有者」を示す）外観と判断してもよいのではないかと、また後者の帰責性との関連でも、アカウント所有者は、（本人確認機能を果たす）アクセス・データを冒用者に交付した場合（いわゆる名義ならぬアカウント使用認容・貸し）はもとより「冒用行為に対する予見・阻止可能性（いわゆる冒用行為との関連で直接的な過失）」にとどまらず、単なる保管・管理上の過失（間接的過失）⁸⁾で冒用を可能にした場合でも権利外観責任を負わせてもよいのではないかと、という問題である。

しかしながら争いは、上記要件論にとどまらない。なりすまし取引では、相手方の信頼が「代理権の存在」ではなく「行為者の同一性」に向けられていることから、果たして表見代理の類推の基礎があると言えるのか（いわゆる表見代理類推適用それ自体の妥当性）、そもそも名義人（番号所有者）を契約当事者と確定して代理法の類推適用へと導く「他人の名（番号）の下での行為」論自体に問題はないかというなりすまし問題の原点に回帰して考え直そうとする気運も出始めていた（前々稿IV1参照）。

(2) かくしてネット取引上のなりすましへの表見代理類推適用の要件と妥当性をめぐり（前々稿で詳しく見た）混迷する法状況にあって、本稿は、いよいよ——一連のなりすまし研究計画（前々稿I4参照）に従い第三弾として⁹⁾——前々稿I3にてその意義を強調したBGH 2011年判決（以下すべて本判決と称する）に焦点を当て、まずは紹介（Ⅱ）の上、当該判例評釈を中心とした比較的簡潔な諸見解を俯瞰する（Ⅲ）ことにより、本判決について正確な分析・理解に努めた（Ⅳ）上で複数の評価と論点を整理し（Ⅴ）、（続稿にて紹介予定の）本判決を契機に展開された新たな学説動向の追跡・考察に備えたい。

II. BGH 2011年 5 月11日判決 (VIP-Lounge 事件判決)

本判決は、現代のネット取引上の番号冒用なりすましでも、従来の名義冒用なりすましにつき形成された表見代理類推適用法理を踏襲することを初めて明言したリーディング・ケースである。

本件 VIP-Lounge 事件 (以下Ⅲ以降もすべて本件と略称する) でとくに (上記類推適用の成否を左右する) 留意すべき事情は、本件なりすまし行為が今回初めてであった点 (初回冒用) と、冒用の原因はアカウント所有者がアクセス・データの嚴重な保管を怠ったこと (保管上の過失) による点である¹⁰⁾。

なお、本件ネット・オークション取引の特殊性としては、契約締結に至るまでは当事者双方が人的接触を持たず匿名で行為すること (とくに出品者は匿名を望んでいること¹¹⁾)、そのため契約締結当事者がアカウント所有者本人であったのかそれとも (代理人を含む) 別人であったのか、通常一般に見分けるのは困難であること、アカウントは約款で他人使用・譲渡が禁止されていること、秘密のパスワードはアカウント所有者により選択され本来この者しか知り得ないこと、契約成立後に落札者、出品者がそれぞれ入手する支払先、送付先住所ともにアカウント所有者のものであることが挙げられる。かくして——本判決も次に判示するように——当事者双方とも、登録され評価プロフィール (Bewertungsprofil) を持つアカウント所有者を互いに相手方と考えるわけである¹²⁾。

1. 本判決の紹介

ここでは、本稿表題の論点に関わる部分のみを取り上げた。

【判旨】

1. 他人の eBay アカウントを使用して契約締結の意思表示がなされたときは、他人の名の下での行為が存在し、この行為には、代理規定と外見・

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（1）（白井）
認容代理原則が類推適用されうる（BGHZ 45, 193 = NJW 1966, 1069; BGH, NJW-RR 1988, 814; NJW-RR 2006, 701 を踏襲して）。

2. eBay アカウント所有者による代理権授与や事後的追認がないときは、他人の名の下でなされた法律行為上の表示は、認容・外見代理の要件のもとでのみアカウント所有者に帰責することができる。帰責に関しては、アカウント所有者が行為者の不正アクセスから当該データを十分に防護していなかっただけでは足りない（BGHZ 180, 134 = NJW 2009, 1960 - Halzband 事件判決¹³）との区別）。

3. 省略。

【事実概要と争点】

Yは……eBayにおいて“r”というIDの下で、パスワードにより保護されたアカウントを有していた。このアカウントにより2008年3月3日、中古の「VIPラウンジ設備／バー／ピストロ／飲食店用営業設備（以下、本件設備と略称する）」一式が1ユーロの入札開始価格でオークションに出品された。終了9日前の同月4日、Xは……自己のユーザー名“m”の下で1000ユーロの最高額入札をした。……¹⁴。各登録会員の同意を前提としたeBay約款は、2条9号で、「会員は原則、自己のアカウントを使用してなされた全行動に対して責任を負う（…）」と定める。XY両当事者は、……本件設備を出品していたのがY本人であったのか——Yの関与・了解のない——当時婚約者の夫であったのか、争っている。Yと売買契約を有効に締結したと主張するXは……本件設備の時価を33820ユーロと見積もった上で、ここから入札代金1000ユーロを控除した32820ユーロの損害賠償を請求する。

LG（地方裁判所）Dortmund 2008年12月23日判決（BeckRS 2011, 14455）は、Xの請求を棄却した。Xは控訴したが、OLG（上級地方裁判所）Hamm 2009年7月20日判決（BeckRS 2011, 13976）はこれを棄却した。Xは上告するも三度、棄却された。

【判決理由】

[5]・[6] 省略。

[7] II. (...) 控訴審裁判所は……Xの損害賠償請求権を否認したが、これに法的誤りはない。XY両当事者間では、YのeBayアカウントにより出品された本件設備につき売買契約は成立していなかった。それゆえYは……（本件契約の成立を前提とした：筆者挿入）当該不履行に基づく損害賠償

責任を負わない。

[8] 省略。

[9] 1. Y 本人は、控訴審裁判所の事実認定によれば、本件設備を……譲渡する申込みをしていなかった。この事実を、上告はやむを得ないものとして受け入れている。しかし上告は、控訴審裁判所が Y の ID を使用して夫のした表示を Y に帰責することを問わなかったのは不当であると主張する。この点について、上告は認められない。

[10] a) ……たしかに——実在する——他人の名の下での行為の場合も、基準となる他方契約相手方から見て、なされた行為が行為者の自己取引 (Eigengeschäft) であることが明らかになる、つまり当該相手方が行為者の同一性につき誤認していないときは、行為者が自ら権利を有し義務を負う (BGHZ 45, 193[195f.] = NJW 1966, 1069; BGH, NJW-RR 1988, 814[unter 2c]; NJW-RR 2006, 701 Rdnr.12 参照)。しかし本件では、そのような事情は存在しない。なぜなら、Y の夫は、自己の名で本件設備を出品する意思を十分言葉に表していなかった (つまり、妻 X の ID を使っているが実は出品しているのは自分 (夫) 自身であると明言していなかった: 筆者挿入) からである。Y の夫は、パスワードにより保護された Y のアカウントを使用し……eBay で Y の ID を使って出品していた。購入希望者から見れば、Y こそが売却申込みをした人にほかならなかった。……その際に決め手となるのは、eBay で呼び出し可能な (abrufbar) アカウント所有者に関する届出とそのアドレスである (OLG München, NJW 2004, 1328 = MMR 2004, 625; LG Aachen, NJW-RR 2007, 565 = CR 2007, 605[606] も参照)。

[11] b) かくして Y の夫は、名義人 Y のために他人取引 (Fremdgeschäft) を行ったわけだが、……本件設備に関する売買契約は、X Y 両当事者間で成立していない。なぜなら、Y の夫の容態を Y に帰責できないからである。当該帰責に関しては上告の見方に反し、Y が……自己のアクセス・データを防護せず、それにより夫がこれを知るに至ったという事情だけでは足りない。

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（1）（白井）

[12] aa) 他人の名が使用される場合において、名義人と取引が締結される状態にあるとの外観を相手方に作出し、それにより行為者の同一性を誤認させるときは、行為者に代理意思がなくても、代理規定（BGB 164条以下）と代理につき展開された原則が類推適用される（BGH, NJW 1966, 1069; NJW 2006, 2113 Rdnr. 11）。これは、ネット取引にも当てはまる（OLG München, NJW 2004, 1328 = MMR 2004, 625; OLG Köln, NJW 2006, 1676 = MMR 2006, 321; OLG Hamm, NJW 2007, 611[612] = MMR 2007, 449; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., §164 Rdnr. 10f., §172 Rdnr. 18）。それゆえ……他人の名の下でなされた法律行為上の表示により名義人が義務づけられるのは、現存する代理権が行使され……たか（BGB 164条1項1文の類推適用；これについてはBGH, NJW 1966, 1069 及び NJW-RR 2006, 701 参照）、事後に追認がなされた（177条1項の類推適用）場合、あるいは外見・認容代理原則が類推適用される（OLG Hamm, NJW 2007, 611[612] = MMR 2007, 449; OLG Köln, NJW 2006, 1676 [1677] = MMR 2006, 321; LG Bonn, MMR 2004, 179 = CR 2004, 218[219]; Schramm, in: MünchKomm-BGB, 5.Aufl., §164 Rdnr. 44 を……参照；さらに Werner, K & R 2008, 554 や Herresthal, K & R 2008, 705[706] 参照）場合に限られる。この判断基準に照らし合わせれば、Yは、帰属・帰責の法律要件(Zurechnungstatbestand)を充足していない。

[13] bb) ……控訴審裁判所の事実認定によれば、Yは、夫に対して事前に出品に関する代理権を授与してもいないし、後日その容態を追認してもいない。したがって、Yの夫のした表示は、BGB 164条1項1文、177条1項いずれの類推適用によってもYに帰属させることはできない。

[14] cc) さらに認容・外見代理原則によって、Yは、パスワードにより保護された自己のアカウントを使用してなされた表示について責任を負う必要すらない。

[15] (1) 認容代理が存在するのは、本人が意図的に（willentlich）自己のために他人が代理人のように行為することを放置し、この認容を信義則により取引相手方が……代理人として行為する者は代理権を授与されている

と理解し、かつそのように理解してよい場合である（確定判例；たとえば BGH, NJW 2002, 2325 = NZM 2002, 836[unter II 3a bb <1>]; NJW-RR 2004, 1275 = NSG 2005, 1005[unter II 3c bb <1>]; Senat, NJW 2007, 987 Rdnr. 19 を……参照）。名義人の身分を使ってなされた行為に認容代理原則を類推適用する際には、本人を名義人に読み替えることになる。しかし Y は……認容という法律要件を作出していない。……控訴審裁判所の事実認定によれば、Y は、eBay アカウントのアクセス・データを夫に明らかにしておらず、その行動すら知らなかった；むしろ Y の住居不在中にその認識・了解のないところで、夫が、偶然知るところとなったアクセス・データで、Y の……アカウントを本件設備の出品に使用していた。

[16] (2) 他方、外見代理が存在するのは、本人が虚偽代理人の行為は知らなかったが、注意義務を尽くしていれば当該行為を予見・阻止できた場合で、かつ取引相手方が、当該代理人の行為を本人は認識し承認すると考えてよかった場合である（確定判例；Senat, WM 1977, 1169 = BeckRS 1977, 31121907[unter IV] ……；NJW 2007, 987 Rdnr. 25；BGH, NJW 1998, 1854[unter II 2a] ……；BGHZ 166, 369 = NJW 2006, 1971 Rdnr. 17 参照）。とにかく外見代理原則が通常一般に（筆者傍点）適用されるのは、取引相手方に……代理権授与を信じさせうる本人の容態が一定の継続・反復性を有する場合である（Senat, Urt. v. 13. 7. 1977 — VIII ZR 243/75, BeckRS 1977, 31121907；NJW 2007, 987；BGH, NJW 1998, 1854；NJW 2006, 1971）。同一性の誤認を惹起した他人の名の下の行為に上記原則を適用するに際しては、本人を名義人に読み替えることになる（たとえば LG Bonn, MMR 2004, 179 = CR 2004, 218[219] 参照）。

[17] 控訴審裁判所の事実認定によれば……住居不在の最中、注意義務を尽くしていれば Y の eBay アカウントを夫が使用するであろうことを予見・阻止できたであろうと Y をなおのこと非難することはできない。この点につき、上告は何も異議申立てをしていない。上告の申立ては、……Y が夫の不正アクセスから当該データを十分に防護していない点にとどまる。しかし、Y の夫が詳細不明な方法で Y のアクセス・データを知るに

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（１）（白井）

至ったというだけでは、Yが……夫の冒用を予見しなければならなかったであろうとするには足りない。

[18] また……控訴審裁判所の事実認定によれば、Yの eBay アクセス (eBay-Zugang) を夫が使用したのは本件が初めてであったので、外見代理は問題にならない。……信頼要件事実 (Vertrauenstatbestand) を、Yは作出していなかった（これについては Senat, Urt. v. 13. 7. 1977 — VIII ZR 243/75, BeckRS 1977, 31121907; NJW 2007, 987; BGH, NJW 2006, 1971 も参照）。（Yの夫による：筆者挿入）Yのアカウントの冒用が一定の反復・継続性を有することという要件を、当該アカウントはネット取引上 eBay でなされた登録に基づいてYにしか割り当てられていないとの理由だけで放棄することはできない。なぜなら、アカウントは譲渡できず、その……パスワードを他人に漏洩してはいけないため eBay のアクセス・データには同一性を確認する機能がある（BGHZ 180, 134 = NJW 2009, 1960 Rdnr. 18 - Halzband 事件判決参照）としても（筆者傍点）、……当時のネット・セキュリティ（アクセス・データの不正探知と「盗難」の多様な可能性については Borges, NJW 2005, 3313 参照）に鑑みれば eBay アカウントでも、登録 ID の下でその実際の所有者本人のみが行為すると考えるのは、信ずるに足り得ないからである（同旨, OLG Hamm, NJW 2007, 611 = MMR 2007, 449; OLG Köln, NJW 2006, 1676 [1677] = MMR 2006, 321; LG Bonn, MMR 2004, 179 = CR 2004, 218[219]; Herresthal, K & R 2008, 705 [708]）。

[19] dd) 上告が述べるところとは異なり、Yは、重要なアカウント・データへの夫の不正アクセスに対して自ら十分な安全措置を講じていなかったという理由だけで、夫がYの eBay アカウントを使用してした表示を帰責されるには及ばない。たしかに BGH は、営業上の権利保護及び著作権の領域で、配偶者の一方が eBay アカウントを使用して犯した UrhG（ドイツ著作権法）及び／又は MarkenG（ドイツ商標法）違反につき、独自の帰責根拠として、当該データの不注意な保管で足りるとしている（BGH, NJW 2009, 1960 Rdnr. 16ff. - Halzband 事件判決; BGHZ 185, 330 Rdnr.14 = NJW

2010, 2061 – Sommer unseres Lebens 事件判決)。しかし、不法行為責任の領域で展開された上記原則は、アカウントを冒用して第三者がした法律行為上の表示の帰責に転用することはできない。なぜなら、不法行為法では、絶対権の保護が……優先されるのに対して、契約締結の表示がなされる場合には、パスワードにより保護されたアカウントの冒用を可能にした者の履行責任は、この者の利益と比較して取引相手方の正当な利益が保護に値する場合にしか正当化されないからである (BGH, NJW 2009, 1960 Rdnr. 19 参照)。本件では、アカウント所有者がパスワードにより保護された eBay アカウントを開設していて、eBay 運営者との関係ではアクセス・データを秘匿しておく義務を負っているが、これを理由とするだけでは、取引相手方の利益を優先的に保護する場合には当たらない (異なる見解, Herresthal, K & R 2008, 705[708f])。

[20] 法律 ((有権代理に関する: 筆者挿入) BGB 164条, (無権代理に関する: 筆者挿入) 177条, 179条 [類推適用] 参照) が行為者の代理権欠缺リスクを分配するのは、取引相手方であって (筆者意識によれば) 本人又は名義人ではない (Senat, Urt. v. 13. 7. 1977 – VIII ZR 243/75, BeckRS 1977, 31121907 参照)。この危険分配を破ることは、「本人」が注意義務を尽くせば第三者の行為を予見・阻止できるというだけでは正当化されない (Senat, Urt. v. 13. 7. 1977 – VIII ZR 243/75, BeckRS 1977, 31121907 参照)。より正確に言うときさらに……第三者によりなされた表示の帰責については、取引相手方が、第三者の容態を「本人」は認識し承認すると考えてよかったことも要件とされうる。このさらなる要件を充足して初めて、「本人」又は名義人により……有責に作出された権利外観は法取引上、第三者の行為が「本人」に帰責されるという意味で保護に値する (Senat, Urt. v. 13. 7. 1977 – VIII ZR 243/75, BeckRS 1977, 31121907)。だがこの信頼要件事実を——上記 II 1b cc(2)で詳述したように——, eBay アカウントのアクセス・データには同一性確認機能があるとの一言でもって導き出すことはできない (OLG Hamm, NJW 2007, 611 = MMR 2007, 449; OLG Köln, NJW 2006, 1676 [1677] = MMR 2006, 321; LG Bonn, MMR

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（1）（白井）
2004, 179 = CR 2004, 218[219]；異なる見解，Herresthal, K & R 2008, 705[707ff.]。
[21] 省略。

2. 本判決の構造と以後の裁判例

本判決について、より分析的な解説は、Ⅲで本判決に関する諸見解を俯瞰した後に行うこととし（Ⅳ）、ここではその構造と以後の裁判例を簡単に確認しておきたい。あわせて（権利外観責任以外の論点に関する）割愛部分についても、若干言及しておく。

(1) 本判決は、まず本件を「他人の名をいきなり示した行為」（わが国でいう署名代理）の中でも（名義人（番号所有者）を契約当事者と確定する）「他人の名（番号）の下での行為」に整序した（【判決理由】[10]・[11]¹⁵⁾上で、当該行為への代理法の類推適用論を踏襲する（【判決理由】[12]）。

ただ（アクセス・データの保管上の過失に関わる）本件では、名義人（Y）本人への効果帰属要件（代理権、追認ともに）が存在しないこと（【判決理由】[13]）から、本判決は、（最高額入札者（X）が広告でその成立を主張した）表見代理、とくに過失を帰責要件とする外見代理という判例法理の類推適用を中心に扱った（【判決理由】[14]～[18]）。そして、本人を名義人に読み換えた上で「無権代理行為の反復・継続性」と当該「行為に対する予見・阻止可能性」という権利外観と帰責の伝統的両要件は（無権代理行為を冒用行為に置き換えただけで）そのまま転用し、（Ⅱ冒頭で指摘した）留意すべき本件事情を斟酌して当てはめを行いその成否を検討した（【判決理由】[16]～[18]）。

また本件では上記「保管上の過失」に関わる（法律行為上の）帰責が問題となっていたことから、本判決は、すでに当該過失が不法行為帰責上問題とされた BGH 2009年3月11日の Halzband 事件判決との関連にまで言及する（【判決理由】[19]）。さらに冒用なりすましリスクの取引相手方負担という（代理法に準じた）原則を破るという観点からも、表見代理類推適用を認めるための要件を厳格に論じている（【判決理由】[20]）。

(2) a これ以後、法律行為帰責（権利外観責任）に関わる本判決の判断は、たとえば OLG Bremen 2012年 6 月 21 日決定¹⁶⁾で引用され、結果的に外見代理の類推適用は、その要件が厳格なこともあって見送られている¹⁷⁾。また AG（区裁判所）Bremen 2012年 3 月 1 日判決¹⁸⁾は、本判決の判断を基に、商品販売者のホーム・ページ上で売買契約が締結された当該事例では使用されたパスワードが暗号化されていなかったこと（つまり権利外観の弱さ）からその保管上の過失で権利外観責任を認めることはできないとした。

b ただ他方、本件同様の eBay オークション取引に関する OLG Celle 2014年 7 月 9 日判決¹⁹⁾は、本判決を全面的に引用・参照した上で、アカウント所有者が当該データを冒用行為者（息子）に自由に使わせていた事実をもって——前々稿 II 1(2) f の LG Aachen 2006年 12 月 15 日判決に続き——認容代理の類推適用を認めている。

また外見代理類推適用要件との関連で、電子決済取引に関する LG Darmstadt 2014年 8 月 28 日判決²⁰⁾は、「冒用行為の反復・継続性」を本判決が要求したのは eBay の脆弱なセキュリティのせいである（つまりあくまで本判決はセキュリティの強度との相関関係で上記「反復・継続性」の要否を判断したにすぎない）と相対的に評価して、本事例では「不正操作の可能性はわずかしかな高度なシステムの安全性」の存在が上記「反復・継続性」に代わりうるとして、権利外観要件として絶対視しない。さらに——ネット取引に関するものではないが——他人の名の下での行為に関する LG Fulda 2011年 9 月 19 日判決²¹⁾は、本判決を引用しつつ、そもそも外見代理の直接適用事例で例外的に「無権代理行為の反復・継続性」を「その他の考量に基づいて」必要としない裁判例の存在を指摘した上で、そうであれば類推適用に関する本事例でも、非難されるべき名義人の義務違反と取引相手方の要保護性を衡量して後者が上回るときは同様の判断ができるとする。

(3) a ところでネット・オークション取引の法的責任に関わる本件では、

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（1）（白井）
——本稿の上記論点以外に——「出品者・入札者間の法律関係への（アカウント所有者が認容・外見代理による帰責を越えて当該冒用を含む全事象につき無過失責任を負うと定めた eBay の）約款の直接適用可能性」も問題とされた。本判決は、本件約款について「eBay と各アカウント所有者との間で個別に合意されているにすぎないため、出品者・入札者間では直接的な効力を有」さず「せいぜいこれを前提にしてなされた表示の解釈につき意味を持ちうるにすぎない」と判示して、上記問題に否定的な見方を示した（1で割愛した【判旨】3・【判決理由】[21]）²²⁾。

b なお、ネット・オークションではしばしば問題の前提となる「売買契約の成立」について、本判決は、リーディング・ケースたる BGH 2001年11月7日判決（ricardo 事件判決）²³⁾ を踏襲し、（競売では競売人による獲得権の承認（Zuschlag）により初めて契約が成立すると規定した）BGB 156条ではなく「（申込みと承諾による契約成立を想定した：筆者挿入）145条以下の規定により行われる」とした（1で割愛した【判決理由】[8]）²⁴⁾。

Ⅲ. BGH 2011年5月11日判決に関する諸見解

前々稿Ⅱ・Ⅲで紹介したとおり、電子取引時代を迎えてなりすましが容易になったことから、講学上は「他人の番号の下での行為」と呼ばれて、なかでも表見代理類推適用の要件と妥当性が、（下級審）裁判例・学説上議論の中心となっていた。そして本稿Ⅰ(1)で要約したとおり、裁判例・学説はおおむね（本人から名義人（番号所有者）への読み換えを条件とした）表見代理の類推適用自体に異論はないものの、ネット取引上も表見代理判例法理の伝統的要件を踏襲するか、当該取引の特殊事情（たとえば「名前」に代わる「番号」という権利外観の強度を増しうるセキュリティの信頼性）を反映させた（緩和的）修正を行うか、あるいはネット取引独自の権利外観責任を構想して新たに自前の要件を定立するかという要件論において激しく対立していた。

そのような中、初めて BGH としてネット取引上のなりすましへの類推適用に際して表見代理判例法理の伝統的要件をそのまま転用する態度を明らかにしたのが、II で紹介した 2011 年判決であった。

本判決は、リーディング・ケースという位置づけ・性格から、多数の評例評釈、学習教材、最新の基本書・注釈書、さらに研究論稿・モノグラフに至るまで幅広い関心を集めている。ここでは I (2) で前述したとおり、取り急ぎ本件 VIP-Lounge 事件に関する比較的簡潔な諸見解の俯瞰にとどめたい。その際（後述 5 の見解を除き）、表見代理判例法理、（なかでも外見代理の類推適用を要件そのままに行った本判決の考え方に近い（好意的な）見解から遠い（批判的な）見解へと順に見ていくことにする。

1. 外見代理の伝統的要件を踏襲した本判決に好意的な見解

(1) a まず本件の第一印象として、クレース (Andreas Klees) とカイゼンベルク (Johanna Keisenberg) は、オークションが中止された本件では商品の「市場価格」が未形成の段階にあったことから、すでに同旨の LG Fulda 2010 年 11 月 12 日判決²⁵⁾を掲げつつ「(予期しない)『お得な買い物』への期待」は正当なものとは言い難い²⁶⁾として、履行責任を否認した本判決の結論に賛成する。その上でアクセス・データの単なる保管上の過失が問題となった本件では、(なりすまされた) アカウント所有者の「契約上の履行責任という『鋭い刀』は鞘に収まっていて、そもそも問題になり得ないと言う。

かくして本判決は、クレースらによれば、従来の(表見代理)判例実務に基づいて「通常一般に合理的な結論に達しうることを示した」ものであり²⁷⁾、外見代理の伝統的判断枠組みでアカウント所有者の権利外観責任の成否を判断した点がむしろ評価されることになる。

b もっとも——前々稿 III 5(1) で紹介したとおり——クレース個人は、すでに BGH 2006 年 3 月 16 日 (コレクト・コール事件) 判決 (前々稿 II 1(3) 参照) を中心とした論稿で、当該判決が外見代理を越えた権利外観責任の拡大を目指

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（1）（白井）

したこともあって、その影響からかインターネットという匿名かつ大量の電子取引の強い安全保護要請に耳を傾けていた。とくに権利外観要件に関しては、「冒用行為の反復・継続性」を放棄して電子取引独自の権利外観責任の構想を見据えていたように思われたが、上記 a のとおりとにかく帰責要件に関しては慎重な様子が窺える。

(2) 本件取引相手方が代理特有の「『三者関係（Dreierkonstellation）』（契約相手—代理人—本人）」の存在をまったく想定していないどころか、なりすまされた者と直接契約を締結したと誤認させられている点を強調して、シュタドラー（Astrid Stadler）は、まさに（この本人を契約当事者と確定した上で代理法の類推適用へと導く）「『他人の名の下での行為』という法形態」の問題にほかならないと言う。その上で、本件が eBay アカウントの冒用という点で BGH 2009 年判決の Halzband 事件（詳細は前々稿 II 3(1) 参照）と同じであるとしても、アカウントの防護懈怠という社会生活上の義務違反で不法行為を認めた上記事件判決の帰責原則は契約の成否に関わる本件法律行為帰責とは何ら関係がなく「契約締結を根拠づけることはできない」として、両帰責の領域を明確に区別した本判決に全面的に賛成する²⁸⁾。

(3) リルヤ（Anna-Julka Lilja）も、上記区別を前提に本判決が法律行為「帰責要件は別物（より厳格なもの）であることを明確にした」ことから、問われていたのはアカウント所有者が第三者による当該冒用を法律行為上帰責される要件であったと強調する。そして両帰責の明確な区別を前提とした本判決の判断について、次のとおり——(2) のシュタドラーより詳細に——上記 Halzband 事件判決と比較対照させつつ、「他人の名の下での行為」として類推適用される）代理法上の無権代理リスク分配に関する原則と例外の観点から「説得力ある」と評価する。

「Halzband 事件判決の核心は、アクセス・データの不十分な保管による絶対権侵害という義務違反の（共同）惹起（Mit-Verursachung）が不法行為上の賠償を義務づけるという考え方である。この帰責根拠を、BGH は、『eBay アカウントの下で行為している人物を取引上不明確にするおそれが

あり、これにより、行為者の同一性を確認し場合によっては（法律行為上又は不法行為上）請求する可能性が著しく害される』という危険の中に見た。かくして妨害者責任原則および競争法領域における社会生活上の義務が問題とされた」のである。

これに対して、本判決は、「絶対権の侵害ではなく法律行為上の表示帰責」を争点としていたため、上記 Halzband 事件判決とは「違った要件に服する」。まず前提として、本判決が、「eBay 評価システムを基に利用者が重視するのは、まさに真実の ID 名義人と契約締結することであり、それ以外の第三者とではない」ことから、——上記(2)のシュタドラー同様——（名義人を契約当事者と確定して代理法の類推適用を導く）「他人の名の下での行為を認めたのは妥当である」。ただその上で本判決が、外見代理の類推適用を検討しつつも結果的にその成立を否認したのも頷ける。なぜなら（類推適用される）代理法は、行為者の代理権欠缺リスクを取引相手方に負担させるのを原則とし、これを破る例外を、「(1)取引相手方にとって信頼に値する権利外観が作出されていて、(2)この外観が『本人』に帰責可能である場合」に限っているからである。他人の eBay アカウントが保管上の過失により今回初めて冒用された本件は、上記要件をいずれも充足していない²⁹⁾。

(4) a （本件ネット取引上のなりすましに類推適用される）外見代理の権利外観要件「無権代理行為の反復・継続性」との関連で、『法実務注釈書（第3版）』（2011年）の編著者たるヘックマン（Dirk Heckmann）は、アカウント冒用が（過去になされておらず）今回初めてであった本件では当該要件を充足せず、（インターネットの匿名性やセキュリティ不安に起因する）「アクセス・データの濫用可能性」に鑑みれば信頼要件事実が欠けていることを指摘する。また帰責性に関しても、アクセス・データの「不十分な保管」（いわゆる間接的過失）は注意義務を尽くせば冒用行為を「知り得たであろう」という（外見代理類推適用の）帰責要件（直接的過失）の存在に直結するものではない。とにかく本判決は、「契約領域では——契約外領域とは異なっ

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（1）（白井）
で……——アクセス・データの不十分な防護を……任意代理権、追認、表見代理と並び称される独自の帰属・帰責根拠と見なさな」かったのである³⁰⁾。
b ただその後改訂（第4）版（2014年）で、ヘックマンは、とくに後述3（3 [a]）のリナルダトス（Dimitrios Linardatos）や4（3 [a]）のハウク（Ronny Hauck）などの本判決批判に触れて、次のとおり本判決の表見代理類推適用論に懐疑的な声に傾聴する。

なりすまし取引では、相手方はそもそも代理事例を想定していないため、代理権の外観が問題になっていない。相手方は、アカウント所有者本人を実際の行為者であると信じているにすぎないのである（この点は2)のシュタドラーも同様の認識であった）。それにもかかわらず本判決は、——後述3（2[a]）のシンケルス（Boris Schinkels）の批判的表現を借用する形で——（代理権という）「権利外観なき権利外観責任の一形態」を創造してしまった、と³¹⁾。

この追加された記述は、なりすまし問題を代理法、とくに本件では外見代理の類推適用により解決する従来の支配的立場が揺らぎ始めたことを示すものと言えようか。

2. 外見代理の伝統的要件を修正する見解

この見解は、外見代理の類推適用可能性を追求した本判決に異を唱えるものではないが、アクセス・データの保管上の過失による初回冒用という本件に外見代理の伝統的要件をそのまま転用した点に再考を促す。

(1) 基本書『民法総則』第50節「任意代理権」に「電子法取引」というトピックな項目を設けたノイナー（Jörg Neuner）は、インターネット上のなりすまし注文という典型事例の権利外観責任に関して、本判決を中心に要件の整理を試みる。とくに（本判決が外見代理の伝統的な権利外観要件を置き換えた）「冒用行為の反復・継続性」について、次のとおり絶対視しない。

なりすまし外観としては、アカウント所有者本人が法律行為をしている可能性が十分明確に示されていなければならない、その前提として電子署名

に代表される特別なセキュリティが必要となる。なるほど「この種の判断は本書では、法的事実の観点において検証できない」が、とにかく十分なセキュリティが確保されていれば、上記「反復・継続性」は放棄される。ただ本判決の判断によれば、eBayはこの条件をクリアしない³²⁾。

(2) 他方で帰責性に関して、ヴェルテンブルフ (Johannes Wertenbruch) は、アカウント所有者が特別の信頼関係にない者に勞せずして番号を察知・冒用させることを可能にした (たとえば教授がパスワードを付箋にメモし研究室のパソコン・モニターに貼り付けていたところ、清掃会社の従業員がこれを見て何度も教授のアカウントを冒用して商品を購入した) 場合にはこれを充たすとして、本判決とは異なり通常一般的には保管上の過失で足りるとする。

ただし、本件 (婚約中の) 冒用者・被冒用者は共同生活を営む特別な信頼関係にあったため、冒用者は犯罪的行動に出なくてもパスワードの入力に遭遇し簡単に知ることができたし、被冒用者にも両者の信頼関係を壊すため (当該入力時に「ちょっとあっちを向いていて」と言うなど) 盗み見を妨げる言動を求めることはできないことから、本判決の結論自体は正当であった³³⁾。

(3) シュテーパー (Michael Stöber) は、本件では (取引相手方が証明すべき「冒用行為の反復・継続性」という) 権利外観要件の不存在から当該責任が認められなかったが、かりに冒用者が未成年者であったときは無権代理人に準じた (冒用なりすまし張本人としての) 責任すら免れる結論 (BGB 179条3項の類推適用) となることから、(アカウント所有者が「第三者による冒用」を主張しただけで契約責任を免がれさせうる) 本判決の帰結を憂慮する³⁴⁾。

a そこで (権利外観責任を妨げた上記反復・継続性に代わる) ネット取引特有の権利外観要件として、シュテーパーは、次の理由からアカウントに着目する。「アカウントは、明らかに特定の者に割り当てられていて、この者のパスワードでしか利用できない」ため、相手方は、アカウントの下でなされた意思表示について、当該所有者本人またはこの者から (代理権に準ずる) 資格を付与された者によるものと信頼してよい。要するに「アカ

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（1）（白井）
アカウントは、代理権授与証書に比肩しうる、同一性確認と資格付与証明という機能を有し、上記証書のように適格な権利外観を基礎づける」からである。

この「アカウント≒代理権授与証書」という法的位置づけから、シュテーパーは、（パスワードによらない）不正操作による冒用リスクを承知しつつも、「当該証書の場合同様、おおよそ権利外観の発生を妨げることはない」として、（代理権授与証書の交付による表見代理を規定した）BGB 172条³⁵⁾の類推適用を解決策の一つとする（そして同様の法的位置づけから172条の類推適用を前面に出すのが、次の3の見解である）³⁶⁾。ただこの172条の枠組みにとどまる以上、権利外観責任は——代理権授与証書の保管上の過失事例に関するBGH 1975年5月30日判決³⁷⁾の「紛失した意思表示（Abhandengekommene Willenserklärung）」原則に準ずれば代理権授与証書の交付に相当する——アクセス・データの意識的交付事例に限定されるであろうとして³⁸⁾、せっかく上記反復・継続性要件を克服しても帰責要件の壁にぶち当たってしまう。

b かくしてこれを克服すべく、シュテーパーは、——前々稿Ⅲ4(1)のフェルゼ(Dirk A. Verse)とガシュラー(Andreas Gaschler)の見解に依拠して——（表見代理の外延類型たる）過失を帰責要件とする外見代理の類推適用(?)を射程に収めつつ、次のようなネット取引に適合した一部要件の修正を試みる。

ネット取引上の権利外観要件に関しては、前述 a のとおりアカウントが代理権授与証書に比肩しうる程度の信頼に値する「正当な権利外観の基礎(Rechtsscheinträger)」であるため、必ずしも冒用行為の反復・継続性という外見代理の伝統的要件に固執する必要はない。

ただ他方、(上記 a の「交付」からは緩和された)「注意義務違反」という帰責性について、アカウント所有者によるアクセス・データの保管上の過失では足りず、——その伝統的な帰責要件をネット取引へそのまま置き換えた——冒用行為に対する予見・阻止可能性が必要とされる。そしてこの可能性は、被冒用者と冒用者が婚約者・夫婦間という健全な関係にあるときは、とくに具体的な拠り所がない限り認められないであろう³⁹⁾。結局、

上記保管上の過失に関わる本件では、外見代理の類推適用の助けを借りても権利外観責任を認めることはできないことになる。

c 以上、シュテーパーは、権利外観責任の否認という本判決の結論自体には賛成しつつも、アカウントがパスワードにより保護されている本件ネット取引の特殊性から、冒用行為の反復・継続性を放棄し初回冒用であっても（本判決が否認した）権利外観要件の存在は認める一方、帰責性については本判決同様「冒用行為に対する予見・阻止可能性」と捉えてその存在を否認したわけである。ただこの厳格な帰責要件に関する証明責任との関連で、アカウント所有者は「単に第三者の冒用行為を援用しただけで権利外観責任を免れ得」ず、「むしろ第三者によるアクセス・データの濫用的利用を予見する必要はなかったことを主張し、場合によっては証明しなければならない」⁴⁰⁾とした点（いわば免責要件的な位置づけ）には、留意すべきであろう。

(4) a ヘルティンク (Niko Härting) とシュトルベル (Michael Strubel) は、外見代理の類推適用に際して番号冒用行為の「反復・継続性」という伝統的要件に固執した本判決について、「遺憾ながら思い切って外見代理原則をネット時代に置き換えなかった」と批評する。

aa その上でヘルティンクらは、たとえ本件で出品者が冒用行為を反復していたとしてもこの事実を入札者は知る由もないことから、上記「反復・継続性」要件はネット取引上機能し得ないとしてこれを放棄する。さらにアカウント所有者が「アクセス・データ取扱い時の過失」⁴¹⁾によりなりすましを可能にした場合にもこの者に権利外観責任を認めることで、「外見代理原則は満足いくよう濫用事例を解決でき」と言う。このように本件「初回冒用事例でも権利外観責任を肯定し、本人が過失により冒用を可能にしたことで……足りるとするのが、事実および利益に適合しよう」。

たしかに本判決は、無権代理リスクの取引相手方負担を原則とした代理法 (BGB 164条, 177条, 179条) に鑑みて (侵害された絶対権が優先的保護に値

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（1）（白井）
する）不法行為帰責とは異なる厳格な法律行為帰責を正当化したが、ヘルティンクラに言わせれば、「BGHが外見代理原則を適合的に拡大する機会を逸したのは同情に堪えない」。むしろアカウント所有者が過失によりなりすましを可能にした場合にまで外見代理の類推適用を拡大することにより、法律行為帰責は不法行為帰責と歩調を合わせることになろうとして、ヘルティンクラは、両帰責を明確に区別した本判決を批判する。

bb 本判決の実務的影響について、ヘルティンクラは、「冒用行為の回復・継続性」要件の充足を取引相手方が証明するのは困難であろうと危惧する。その結果、なりすましの張本人と名指しされた者（配偶者・愛人、親族や友人など）に対する責任追及（BGB 179条の類推適用）も考えられようが、この者の資力が実際乏しかったり——(3)のシュテーパーも指摘したように——免責される未成年者（同条3項2文）であったりする場合はもとより、そもそも冒用者が一体どこの誰であるかさえ突きとめられない最悪の事態も想定される⁴²⁾。

cc かくしてヘルティンクラは、冒用行為の回復・継続性要件を疑問視したシュテーパー説（(3[b])参照）に同調するにとどまらず、当該行為に対する予見・阻止可能性という帰責要件についてもアクセス・データの保管上の過失へと緩和する方向で本判決と対峙するのである。

b その後ヘルティンクラはあらためて個人的にも、「eBayアカウント所有者が……無権限者の不正アクセスを——とくにパスワード保護により——妨げる可能性に比べれば、相手方が冒用に気づく可能性ははるかに小さい」という現実（「冒用阻止の可能性」観点における「アカウント所有者>相手方」）から、当該所有者は「冒用防止措置を過失により怠っている」れば初回冒用でも権利外観責任を負うべきであり、回復・継続的な冒用事例に当該責任を限定するのを「恣意的である」と言う。そして、このように（上記aでも主張した）外見代理を拡大していく方向性は「事実にも利益にも適合する」として、本判決に批判的な態度（前々稿Ⅲ4(2)も参照）を貫徹する⁴³⁾。

3. BGB 172条の類推適用を志向する見解

以上1・2の両見解は、本件ではアクセス・データの保管上の過失が問題となっていたことから、「冒用行為に対する予見・阻止可能性」という意味ではあるが過失を帰責要件とする外見代理の類推適用による解決を模索したが、ネット取引上のアカウントの特殊性を踏まえ「アクセス・データの入力⇐(代理権授与) 証書上の署名」に着目して本来、番号冒用なりすましに類推適用すべきはBGB 172条であるとの見方が示される。要するに3の見解は、類推適用すべき表見代理の類型が間違っていると本判決を批判するわけである。

(1) 電子取引上のなりすまし問題についても(署名・交付された)白地証書の補充問題同様、「外見代理規律の拡大されかつアウトラインすら示されない処理」よりもBGB 172条を類推適用する方がより良い解決を導くとの方向性が、たとえばアッカーマン(Thomas Ackermann)により示される⁴⁴⁾。

(2) a シンケルスは、本判決について、一般的な「権利外観の観点からの帰責を検討する限りで必要に迫られて認容・外見代理を引っ張り出し」その関係上、(代理人が本人から授与された代理権に基づいて行為すると正当な信頼を惹起する)「(無権代理行為の) 反復・継続性」要件のもとで本件を判断したと分析する。その上で、このような代理関係を前提とした「反復・継続性」という権利外観要件は本件のような、アカウント所有者とは別人たる行為者の存在さえ認識できない「同一性の誤認惹起」(なりすまし)事例に適合しないことから、代理権の外観すらないのに「権利外観責任の一形態をでっち上げた」に等しいとして、いわば「権利外観なき権利外観責任」であるとの辛辣な批判を浴びせる。

そもそもなりすまし事例において実際の行為者をアカウント所有者本人であると誤認させるのは、冒用行為が反復して行われたからではなく、本人の秘密のアクセス・データが利用されたからにほかならない。それにもかかわらず本判決は、外見代理を類推適用してしまったがゆえに、(その伝統的要件を置き換える形で)冒用行為の反復性を要件とせざるを得なかつ

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（1）（白井）

た。これにより、上記事例に本来ふさわしい外観は、実際の行為者が「公然と……アカウント所有者の秘密のアクセス番号を自由にできた点にある」のに、この事実は隠蔽されてしまうことになったわけである⁴⁵⁾。

なお、上記シンケルスの「権利外観なき権利外観責任」というキャッチーな批判的フレーズは早速、前述1（4[b]）のヘックマンにより借用されていた。

b かくして他人の番号の下での行為について、シンケルスは、「アクセス番号の入力は書面表示上の署名に匹敵し」「自己のアクセス番号を交付した者は不完全な表示に署名し手交した者とまったく同様、保護に値しない」として、次のBGB 172条の勿論解釈・適用（Erst-Recht-Schluss）から、「自ら署名して白地証書を手交する者は、自己の意思に合致しない補充がなされたとしても、証書の呈示を受けた善意の第三者との関係では、補充された表示の内容を、自己の意思表示として対抗されなければならない」とする）白地証書責任（Blanketthaftung）という伝統的な判例法理⁴⁶⁾を参照するよう示唆する。

たしかに本件 eBay の ID については、セキュリティの著しい脆弱性を理由に権利外観として原則適さないとの否定的な裁判例（前々稿II(2)dのOLG Köln 2006年1月13日判決）もあったが、シンケルスは、——IDの不正探知に比して真正な代理権授与と証書の窃取の方が難しいかどうかはともかく——偽造に限って見れば明らかに後者証書の方が格段に容易い事実を指摘して上記理由づけに異論を唱える。この事実にもかかわらずBGB 172条が、権利外観の基礎として（上記「安全面でおおよそ劣った」）証書を規定したことに鑑みれば、より安全な（秘匿を通常期待してよい）パスワードにより保護されたIDは当該基礎として「勿論十分であるにちがいない」（172条の勿論解釈・適用）。

かくしてIDの初回冒用でも、シンケルスは、上記白地証書責任の考え方に準ずれば、IDを冒用者にアカウント所有者が意識的に交付していたときは、権利外観責任を負うと言う。このとき何をもって「意識的交付」と評価するかが問題となるが、シンケルスは、パスワードをブラウザの自

動入力機能により家庭のパソコンに保存していれば「当該パソコンを通常一般に利用する者すべてに意識的に交付した」ことになるとする⁴⁷⁾。

c ただ結局本件では、シンケルスは、上記bの「意識的交付を越えて一般的な過失の観点によっても権利外観帰責を認めようとするかどうか」という「答えに窮する決定的な問いかけ (Gretchenfrage)」がなされたにほかならないと言う。

シンケルス自身は、本判決により類推適用された(過失を帰責要件とする)外見代理は所詮「法律から乖離した裁判官による法の継続形成」(いわゆる判例法理)でしかなく、むしろ本来類推適用されるべきであったBGB 172条は過失による代理権授与証書の紛失という帰責性では足りないと規定することから、本判決が最終的に「不注意な保管」などという「通常一般的な過失では足りない」と判示したのは正当であろうと結論づける。この判断は、「過失という基準による権利外観帰責を原則承認しないこと」を意味しよう⁴⁸⁾。

(3) リナルダトスは、本判決について、——すでにBGH 2006年判決(前々稿II1(3)参照)はネット取引に類したコレクト・コール上の冒用なりすましに反復・継続性という外見代理の伝統的要件が適さないことを認めていたにもかかわらず——「少なくとも目下不十分なセキュリティ」から懸念される不正探知など多様な冒用リスクに鑑みて、eBay上の取引では上記要件を放棄できないことを確認するなど「アカウント所有者の十把一絡げの履行責任」を排除したわけだが、その結論自体は積極的に評価する。ただその上で本判決の判断枠組みに対しては、後述a以下のとおり「その理由づけはより子細に考察すれば不^レ明^ク確^クさを露呈する」と批判するとともに、高度のセキュリティを装備したネット・サービスではアカウント所有者「本人が行為しているとの十分高い蓋然性が得られる」として、上記「反復・継続性」要件を放棄する余地も認める⁴⁹⁾。

a そこでリナルダトスは——随所に直前(2)のシンケルスの見解を参照しつつ——、次のとおり「他人の番号の下での行為」という特殊性から代理との

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（1）（白井）
構造的差違を重視した上で、本判決の採用した外見代理類推適用の意義とその要件を批判的に分析する。

表見代理判例法理では、取引相手方の信頼はもとより代理権の存在に向けられているため、この相手方は、本人と代理人が関与する代理という（自らも含めた）三者関係を前提としている。他方「他人の名の下での行為」では、名義人本人が法律行為をしているかのような外観が作出されているため、相手方は、代理の問題ではなく直接本人と行為していると考えている。とくにネット取引では、上記なりすまし外観はセキュリティが低ければ低いほど作出されやすい傾向にあり、実際の冒用事例では——あくまでもリナルダトスの感触であろうが——本人側に属する者ではなく「赤の他人である第三者が行為している」。

かくして代理法上の権利外観要件と「他人の名の下での行為」上のそれとの構造的差違は決定的である。この差違を無視して、本判決は、後者なりすまし事例で表見代理判例法理の類推適用を前提にその伝統的要件の存否を検討したわけだが、所詮はリナルダトスによれば（(2[a])のシンケルス同様）、「一般的な権利外観原則による責任」と変わらないぐらいの意味で「権利外観要件を『類推』適用」したにすぎないということになる⁵⁰⁾。

b aa 次に各要件との関連で、リナルダトスは、まず——外見代理の類推適用を前提に本判決が重視した——冒用行為の反復性という（信頼保護・責任を制限すると同時に正当化する）メルクマールについて、一般的な権利外観法理の観点から「本人確認システムのセキュリティ」がこれに代わりうるという。その安全性が高ければ高いほど、アカウント所有者本人が行為している蓋然性は高くなるから、上記反復性は要らないというわけである。

bb 帰責要件との関連では本判決について、リナルダトスは、ネット取引上はその内在する構造的特性から過失による履行責任を排除しないとのシンプルな考え方のもと（過失を帰責要件とする）「外見代理への近接性」を広範に追求したと分析する。ただ本来、アクセス・データの単なる保管上の過失が帰責根拠たりうるかという本件争点は、次のとおり BGB 172条

との体系的比較で検討されるべきである。

たとえば証書の保管を怠った作成者は履行責任を負わないと一般に解されていること、BGB 172条 1 項は代理権授与証書の「交付」を要件とすること、「法律行為上の履行効果は原則、少なくとも準法律行為を要件とする」ことに鑑みれば、上記保管上の過失に関わる本件に172条は類推適用できない。それにもかかわらず（権利外観にしか関わらないはずの）本人確認システムの安全性に基づいて、上記保管上の過失でも帰責性を充たしうると考えるのは、BGB 172条の価値判断との整合性から見て疑問であろう。

またアカウント冒用事例の状況は、「ある意味（白地部分がすでに相手方の知らないところで補充されている：筆者挿入）『隠れた』白地証書濫用事例に存在しBGB 172条 1 項の類推適用へと導く状況」と比較しうる。両事例とも、相手方は、いずれも権利者が完全な表示をしたと考えているからである⁵¹⁾。そして（比較対象となる）後者の白地証書濫用事例では、「いわゆる本人の容態が信頼責任にとって決定的であることから」、（合意に反して表示内容たる白地部分が補充されたとしても）「交付者は相手方に信頼を生じさせたことを予見していなければならない」という意味で、「交付」というメルクマールが強調される。単なる過失では足りないのである⁵²⁾。たしかに、『『通常の』商取引に比べて本人確認手段が独占・排他的かつ安全であることから』BGB 172条の帰責基準「交付」を引き下げる余地はあり得ようが、高度なセキュリティを備えた決済取引手続でも、（決済サービス業者に対して支払人が不当な支払事象により生じた全損害の賠償義務を負う場合を規定した）BGB 675v条（決済認証手段の濫用的使用における支払人の責任）2 項によれば、あくまで例外的であり重過失の限度にとどまる。

かくして——前述aaのように（外見代理の伝統的な）無権代理行為の反復・継続性という権利外観要件を本人確認システムの安全性に置き換えてこの要件を放棄することに成功したとしても——過失を帰責要件とする外見代理の類推適用可能性を認める本判決は、リナルダトスによれば、BGB 172条の価値判断と矛盾を来すことは確実であり「決して説得力あるものではない」と結論

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（１）（白井）
づけられる。そして保管上の過失に関わる本件では、権利外観責任の法欠缺補充機能にも留意して、優先すべき特別規定による解決、たとえば（錯誤取消しをした者の損害賠償義務を規定した）BGB 122条の類推あるいは契約締結上の過失責任（280条1項、241条2項、311条2項）による「紛失した意思表示」原則に準じて（履行利益を上限とする）信頼利益に対する損害賠償責任が相当とされる⁵³⁾。

c 結局、（代理とは構造的に異なる）「他人の番号の下での行為」という（しかも高度なセキュリティを通常備えた）ネット取引の特殊性や過失による履行責任の反体系性を踏まえて、リナルダトスは、BGB 172条、675v条（2項）との比較検討から権利外観責任を追求したと言えよう⁵⁴⁾。もっとも権利外観要件にいたっては、一般的な権利外観法理の観点から見直しを提言しているため、もはやBGB 172条の類推適用という表見代理の枠組みから飛び出し、次の4のネット取引独自のなりすまし外観責任を構想する見解へと発展する萌芽を内包していたとも考えられる。

- 1) 代表的な eBay を例にとれば、2013年、ドイツ国内の市場だけでも購入者（Aktive Käufer）は1700万人以上に上っている（vgl. <http://presse.ebay.de/fakten-deutschland> (Stand: 8/2014)）。
- 2) Vgl. etwa Alexander F. Bourzutschky, Rechtliche Fragestellungen bei Internetauktionen am Beispiel der Auktionsplattform eBay(2014), S. 166.
- 3) Vgl. Hoeren/Sieber/Holznapel/Kitz, Handbuch Multimedia-Recht, 39. Ergänzungslieferung 2014, Teil 13.1 Rz. 131. 評価システム自体、アカウント所有者本人が契約当事者になるという前提がなければ、成り立たない（Alexander Stöhr, Der Einfluss des Internets auf das Zivilrecht, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2013 Metamorphose des Zivilrechts, Berner Tagung, 4.-7. September 2013(2014), S. 98）。
- 4) 「電子取引時代の『他人へのなりすまし』と権利外観責任（１）（２・完）——BGH 2011年5月11日判決前夜までのドイツの法状況について——」立命355号（2014年）163頁以下、356号（同年）190頁以下。以下、後注欄では前々稿・前掲注4）(1)、同(2)として引用する。
- 5) ネット取引にとどまらず電子決済取引（銀行カードとPIN（暗証番号）の冒用など）について本文と同様の表現をする最近のものとして、たとえば Münchener/Haertlein, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6 Bankvertragsrecht, 3. Aufl.(2014), E Rz. 37. このように電子取引全般を包括する意味で、本文のハナウも「番号」を広く捉えていたこ

とについては、前々稿Ⅲ2参照。

- 6) 表見代理には、BGB (ドイツ民法) 171条 (あるいは170条も含めて) から173条までの規定 (いわゆる表見代理規定 (Scheinvollmacht) と、認容代理 (Duldungsvollmacht) ・外見代理 (Anscheinvollmacht) という判例上創造・発展した法理 (以下あわせて表見代理判例法理と称する)) がある。本稿との関連で重要な後者の要件については、II 1のBGH (連邦通常裁判所) 2011年5月11日判決における【判決理由】 [15]・[16]を参照いただきたいが、なかでも重要な外見代理の伝統的要件は、次のとおりである。①無権代理行為が一定の反復・継続性を有し (=取引相手方の客観的信頼保護要件、いわゆる「代理権の外観」要件)、②本人はこの行為を認識していなかったが、取引上要求される注意義務を尽くせば予見し阻止することができ (=本人の帰責要件「過失 (=予見・阻止 [回避] 可能性)」、③取引相手方が、信義則上取引慣習を考慮して上記事情から、代理人は本人から代理権を授与されていると考えてよかったこと (=取引相手方の主観的信頼保護要件「善意・無過失」) である (前々稿・前掲注4)(1)213頁の注90)も参照)。
- 7) BGH NJW 2011, 2421 (= BGHZ 189, 346).
- 8) なお、アカウント所有者がパスワードを肩越しに第三者に覗き込まれてなりすましに冒用された場合も、本文の過失に含まれよう (vgl. Thomas Hoeren, Internet- und Kommunikationsrecht, 2. Aufl.(2012), S. 299)。
- 9) ちなみに、第二弾の前稿「他人へのなりすまし取引と表見代理類推適用論——電子取引と立法化を視野に入れて——」立命357・358号 (2015年) 57頁以下は、ドイツを離れてわが国の法状況を俯瞰した。
- 10) なお結論とはまったく無関係だが本件を考える際には、冒用なりすましに利用されたアカウントの所有者 (Y) が、従来の裁判例で大多数だった落札者ではなく出品者側であった点 (「本人 = 出品者、取引相手方 = 落札者」) は、取り違えないよう注意する必要がある。
- 11) Vgl. Thomas Jandach, Identität und Anonymität bei der elektronischen Kommunikation, Informatik - Wirtschaft - Recht: Regulierung in der Wissensgesellschaft; FS für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag(2004), S. 443, 450.
- 12) Vgl. etwa A. F. Bourzutschky, aa.O.(Fn. 2), S. 161f.; A. Stöhr, aa.O.(Fn. 3), S. 98.
- 13) 詳しくは、本文 Halzband 事件判決を紹介・分析した前々稿Ⅲ3(1)参照。
- 14) なお本件では、「次の日……オークションは出品取下げにより期限前に終了し……この時点で、Xが最高額入札者であった」というやや特殊な事情がある (取り下げられたのは、本件設備の一部が夫の所有物でなかったためであるというYの説明がある)。ただ普通取引約款 (以下 eBay 約款と称する。なお現在の類似条項は6条6項) によれば、取下げに正当な理由がない限り、契約は成立し、本件でも上記取下げを理由に契約の成立が妨げられることはない (vgl. Michael Müller-Brockhausen, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet(2014), Rz. 278 Anm. 16) ため、これ以上は立ち入らない (詳しくは、第一審 LG Dortmund BeckRS 2011, 14455 参照)。
- 15) 本文中の「他人の名をいきなり示した行為」と「他人の名の下での行為」(その関係を含めて) については、前々稿 I 2、とくに(3)・(4)参照。
- 16) OLG Bremen NJW-RR 2012, 1519.

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（１）（白井）

- 17) 同旨の裁判例, LG Gießen BeckRS 2013, 08243.
- 18) AG Bremen BeckRS 2012, 05273.
- 19) OLG Celle MMR 2014, 663.
- 20) LG Darmstadt BeckRS 2014, 18219.
- 21) LG Fulda BeckRS 2013, 22697.
- 22) ただ翌月 BGH は, 2011年6月8日判決 (NJW 2011, 2643) で, オークション出品物が紛失等で販売できなかった場合にその取下げを留保した eBay 約款条項については「事実上の (筆者傍点)『対外的効力 (faktische Außenwirkung)』」を認めた (詳しくは Andreas Klees/Johanna Keisenberg, Vertragsschluss bei eBay - „3..2(..1)..Meins“?, MDR 2011, S. 1216f. 参照。最近では同旨, BGH NJW 2015, 1009 m. Anm. Patrick Meier)。Vgl. auch Stephan Lorenz, BGH: Grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei Internetauktion, LMK 2015, 365443 2 a)・3.

なおあくまで未熟な見通しにすぎないが, もとより eBay 約款全体について, 上記対外的 (直接的) 効力は認められないであろうが, オークション取引秩序の維持・形成に関わる個別条項については, (約款に同意した) 会員全員を対象 (名宛人) とするのであれば, 例外的に事実上認められるのではあるまいか。たとえば約款の定めた「パスワードの秘匿義務」について, 本判決は, eBay との関係でのみアカウント所有者が負う義務にすぎないとして, 取引相手方との関係には直接影響を及ぼさない, つまり上記対外的効力を認めなかった (【判決理由】 [19]参照) が, 果たしてそう断言できるか, 上記例外的認められる場合に当たらないのか, 考えてみる必要がある。その結果しだいでは, 上記義務違反たる「保管上の過失」に対する法的評価が変わってくるからである。

- 23) BGH NJW 2002, 363(= BGHZ 149, 129), 詳しくは, 右近潤一「外国判例研究 インターネット・オークションにおける売買契約の締結とその効力」同法54巻1号 (2002年) 312頁以下参照。
- 24) 通説も同様である (vgl. Jessica Schmidt, Der Vertragsschluss - ein Vergleich zwischen dem deutschen, französischen, englischen Recht und dem CESL(2013), S. 233f.; Spindler/Schuster/Spindler, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl.(2015), Vorbem. §§145ff. BGB Rz. 5)。本文の, ネット・オークションが BGB 156条の適用対象たり得るかという問題は, 撤回権 (BGB 旧312 d 条 4 項 5 号。現在は (EU 消費者権利指令 (VRRL) を受けてその文言を変えた) 312 g 条 2 項10号) との関係で意味を持つ (vgl. etwa BGH NJW 2005, 53; Georg Bitter, BGB - Allgemeiner Teil, 2. Aufl.(2013), §5 Rz. 39; Münchner/Glossner, Anwaltshandbbuch IT-Recht, 3. Aufl.(2013), Teil 2 Rz. 376; Erman/Koch, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. (2014), §312g Rz. 19; Spindler/Schuster/Schirmbacher, a.a.O., §312g BGB Rz. 63ff.)。

ところで本文の ricardo 事件判決は, 出品と入札のどちらが「申込みであり承諾であるか」については, 「法律効果とは無関係であるために考える必要はな」として明確にしなかった (右近・前掲注23)327頁)。

この点, 後の BGH 2004年11月3日判決 (a.a.O.) は, eBay 約款でオークション終了時に最高額入札者との間で自動的に契約は成立すると定められていることから, 「出品」を

申込み、「オークション期間」を売主たる出品者の定めた承諾期間 (BGB 148条),「オークション終了を停止条件とした(最高額)入札」を承諾と捉えている (vgl. auch Christian Conrad/Janine Bisenius, Besondere Konstellationen des Kaufvertragsschlusses – Schaufenster, Automaten, Online-Handel und Selbstbedienungsläden, JA 2011, S. 742; Jürgen Oechsler, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Internet (2. Teil), Jura 2012, S. 497f.)。この立場を, 本判決も, 「X Y両当事者間での売買契約の成立は, Y本人のした, あるいはとにかくYに帰せしめうる売却の申込みをXが最高額入札者として(有効に)承諾していることを要件とする」((1)で割愛した【判決理由】[8])。この点につき第一審 LG Dortmund a.a.O.(Fn. 14) が詳しく論じると述べていることから, 採用していると言えよう。もともと, 出品を(拘束力ある)申込みとする eBay の取引モデル自体の問題性を指摘するものとして, A. Klees/J. Keisenberg, a.a.O.(Fn. 22), S. 1214, 1218。

なお eBay の法的位置づけは, 上記両 (ricardo 事件, 2004年) 判決によれば, 契約当事者双方の受働代理人 (BGB 164条 3項) とされる。Vgl. auch A. F. Bourzutschky, a.a.O. (Fn. 2), S. 160.

- 25) LG Fulda BeckRS 2011, 18738.
- 26) ただし, 本件同様の入札取下げ事例で落札価格が著しく廉価であっても売買契約は成立するとした最新判例として, BGH NJW 2015, 548。当該問題については, Juan Carlos Dastis, eBay→Schnäppchen« - sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich ?, Jura 2015, S. 376ff.; Jürgen Oechsler, Der vorzeitige Abbruch einer Internetauktion und die Ersteigerung unterhalb des Marktwerts der Sache, NJW 2015, S. 665ff.; Thomas Riehm, Abbruch einer Internetauktion und grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, JuS 2015, S. 355ff. 参照。なお上記判例が引用する BGH 2012年 3月28日判決 (NJW 2012, 2723) については, 渡邊拓「インターネットオークションにおける暴行行為と契約責任——ドイツ連邦通常裁判所2012年 3月28日判決を素材として——」横国21巻 3号 (2013年) 81頁以下参照。
- 27) A. Klees/J. Keisenberg, a.a.O.(Fn. 22), S. 1217f.
通常のネット取引に比べて eBay モデルが総じてより危険であることについても, dies., a.a.O., S. 1217 参照。この eBay で締結された売買契約をめぐる最近の BGH 判決 (前掲注 24) の2004年判決や本判決を含む) については, T. Riehm, a.a.O.(Fn. 26), S. 356 Anm. 1 参照。
- 28) Astrid Stadler, Handeln unter fremdem Namen durch Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos, JA 2011, S. 627, 629.
- 29) Anna-Julka Lilja, Kommentar zu BGH, Urteil v. 11. 5. 2011, NJ 2011, S. 427f.
- 30) Dirk Heckmann, juris PraxisKommentar: Internetrecht, 3. Aufl.(2011), Kapitel 4.3 Rz. 113ff., 124ff.
- 31) Dirk Heckmann, juris PraxisKommentar: Internetrecht, 4. Aufl.(2014), Kapitel 4.3 Rz. 128.
- 32) Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl.(2012), § 50 Rz. 107f. この権利外観要件を前提に, 相手方がなりすましにつき (BGB 173条にいう) 善意・無過失であり, かつ上記外観を信頼して取引していた場合 (いわゆる権利外観と信

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（１）（白井）

頗の因果関係の存在）は保護に値すると判断される（ders., a.a.O., §50 Rz. 109）。

他方で帰責要件は、認容代理の類推適用では、アカウント所有者が第三者による不正アクセスを知り認容することである（ders., a.a.O., §50 Rz. 110）。

これに対して、本件のような外見代理の類推適用が問題となる事例について、ノイナーは、そもそも外見代理という判例法理を認めること自体に懐疑的な立場（ders., a.a.O., §50 Rz. 98）から、「契約締結上の過失法理に基づく信頼損害の賠償のみが事実適合的である」と結論づけている（ders., a.a.O., §50 Rz. 111）が、もはや外見代理（の効果論）固有の問題であるため、これ以上言及しない。

33) Johannes Wertebenbruch, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl.(2012), §31 Rz. 21.

34) Michael Stöber, Kurzkomentar zu BGH, Urteil v. 11. 5. 2011, BGH EWiR §164 BGB 1/11, S. 552.

35) とくに本条（１項）は、Ⅲ3以降で頻繁に登場する重要な規定であるため、簡単に紹介しておく。

BGB 172条（代理権授与証書）１項は、「代理権授与者が代理人にその授与証書を交付し、代理人がそれを第三者に呈示するときは、代理権授与者による代理権授与の特別通知の場合と同様とする」、つまり本人は上記第三者との関係では代理権を授与した場合（有権代理）と同様に扱われるとして、表見代理の一類型を規定する。

36) この詳細な検討は、続稿で紹介予定の Michael Stöber, Die analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB am Beispiel der unbefugten Benutzung fremder Internet- oder Telekommunikationszugänge, JR 2012, S. 225ff. で行われる。

37) BGH NJW 1975, 2101(= BGHZ 65, 13). 詳細については、拙著『戦後ドイツの表見代理法理』（成文堂、2003年）35頁以下参照。

38) M. Stöber, a.a.O.(Fn. 34), S. 552.

39) M. Stöber, a.a.O.(Fn. 34), S. 552.

40) M. Stöber, a.a.O.(Fn. 34), S. 552.

41) 具体例は、ヘルティンク個人によれば——前述(2)のヴェルテンブルフ同様——「アクセス・データ所有者が、たとえば『メモ』にこれを書き記し第三者の近づくことのできるパソコンに貼り付けるといったように不注意に扱う」場合である（Niko Härting, Internetrecht, 5. Aufl.(2014), Rz. 573）。

42) Niko Härting/Michael Strubel, BB-Kommentar zu BGH, Urteil v. 11. 5. 2011, BB 2011, S. 2189.

43) N. Härting, a.a.O.(Fn. 41), Rz. 570ff.

44) NK-BGB/Ackermann, Allgemeiner Teil, 2. Aufl.(2012), §172 Rz. 13.

45) Boris Schinkels, BGH: Rechtsscheinszurechnung des Handelns unter fremder eBay-Nutzerkennung(Account-Missbrauch), LMK 2011, 320461, 2 b aa.

46) 詳細については、前々稿・前掲注4)(2)216頁参照。

47) B. Schinkels, a.a.O.(Fn. 45), 2 b aa・bb.

48) B. Schinkels, a.a.O.(Fn. 45), 2 b bb. ただし、認容代理で問題となる「信義則違反を根拠づける過失」はその限りでない。すなわち、たしかに秘密のアクセス・データを意識的に

交付してはいるが、「当該データが第三者の知るところとなったことを積極的に認識した」にもかかわらず、その変更を怠ったことにつきアカウント所有者に非難可能性があるときは、第三者による初回冒用であっても「それを許容していなかった」と主張することは、「矛盾行為の禁止 (BGB 242条)」に抵触し許されないことになろう (ders., a.a.O., 2 b bb. すでに類似, 前々稿Ⅲ1(3)cのクライエアー (Ulrich Kleier))。この事例に当たるのは、たとえば前々稿Ⅱ1(1)bの OLG Oldenburg 1993年 1月11日判決事件であろうか。

- 49) Dimitrios Linardatos, Handeln unter fremdem Namen und Rechtsscheinhaftung bei Nutzung eines fremden eBay-Accounts, Jura 2012, S. 53ff.
- 50) D. Linardatos, a.a.O.(Fn. 49), S. 54.
- 51) ただし、後者の白地証書補充事例では、補充した第三者がいわゆる使者として行為していること自体は認識できるが、前者のアカウント冒用事例では、当該所有者とは違う別人が行為していること自体、相手方は認識していない点で、両者には違いがある (前々稿・前掲注4)(2)227頁の注211参照)。
- 52) なお——この結論ではずさんな保管、ひいてはなりすましの頻発を助長しかねないが——リナルダトスは、不法行為責任の成立する余地も残されていることから、ネット・ポータル利用者に対しては本人確認手段を厳重に取り扱うよう注意喚起がなされるであろう (D. Linardatos, a.a.O.(Fn. 49), S. 55)。
- 53) D. Linardatos, a.a.O.(Fn. 49), S. 54f.
- 54) その他にも、エクスラー (Jürgen Oechsler)、ゾネンターク (Michael Sonntag) が BGB 172条との比較検討を、2(3)で簡単な判例評釈のみを紹介したシュテーパーはさらに BGB 675v条 2項も含めて詳細に行うが、これについては続稿で紹介する。彼らの影響力の大きさは、本判決を最近解説した Hoeren/Bensinger/Eichelberger, Haftung im Internet (2014), Kapitel 4 Rz. 139ff. の脚注を見れば明らかである。