

電子取引時代の 「他人へのなりすまし」と権利外観責任（1）

——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——

白 井 豊*

目 次

- I. はじめに
 - 1. ドイツにおける電子取引時代のなりすまし
 - 2. 「他人の名の下での行為」概説
 - 3. BGH 2011年5月11日判決の意義
 - 4. 考察の対象・順序
- II. BGH 2011年5月11日判決前夜までの裁判例状況
 - 1. 法律行為上の履行責任としての権利外観責任（表見代理の類推適用）
 - 2. 契約上の損害賠償責任
 - 3. 契約外の（不法行為領域で展開された）損害賠償責任
 - 4. 契約の締結（成立）と相手方に関する表見証明（以上、本号）
- III. BGH 2011年5月11日判決前夜までの学説状況
 - 1. ビデオ・テックス（VTX）取引に特化した外見代理を志向する見解
 - 2. 他人の番号の下での行為という新概念で現代的考察を試みる見解
 - 3. コレクト・コールにおいて外見代理の伝統的要件を踏襲する見解
 - 4. 電子取引において外見代理の伝統的要件を絶対視しない見解
 - 5. 電子取引独自の権利外観責任の構築を目指す見解
 - 6. 表見代理の類推適用に依拠した権利外観責任の成立に懐疑的な見解
 - 7. 契約上の損害賠償責任を導く見解
- IV. おわりに
 - 1. BGH 2011年5月11日判決前夜までの到達点と課題
 - 2. 雑 感
——わが国における電子取引上のなりすまし議論への示唆・展望——（以上、356号）

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

I. は じ め に

1. ドイツにおける電子取引時代のなりすまし

(1) **a** 20世紀末期のビデオ・テックス (以下 VTX と称する)¹⁾ や現在のインターネットに代表される意思・情報の双方向遠距離電気通信 (テレコミュニケーション) が日常生活に与えてきたインパクトは計り知れない。もとより契約の締結 (成立)・履行 (決済) が隔地者間でなされる場面でも現在, eBay, amazon, yahoo などインターネット・プラットフォーム (以下, 合成語はネット〇〇と略称する) でのショッピングやオークション取引, ネット・バンキングでの送金・決済など電子情報通信技術を使用した取引 (以下, 電子取引と略称する)²⁾ が日常幅広く行われていて, なかでも「インターネットを通した商品やサービスの注文はいっそう人気を博している」³⁾。この取引の利点は, 「閉店法に縛られないこと, 買い物に出かけるストレスがないこと, 時間の節約, 簡単な注文, 価格の比較可能性, 詳細な情報提供や製造業者とのコンタクト」など明白である⁴⁾。とくに人気なのが, オークション取引での「スリリングな特価品ハンティングであり」⁵⁾, 現在「オークション・プラットフォームはインターネット上最も頻繁に訪問されるウェブサイトの数えられる」までに成長し, なかでも「eBay は……世界的規模でも圧倒的なマーケット・リーダーである」⁶⁾。「いつしかオークション人気は, 国家も公に利用しようとするぐらい広がりを見せている」⁷⁾。

b しかし他方で, 新しい電子取引という形態は「チャンスだけでなく契約の締結と処理上の著しい危険ももたらす」⁸⁾。すでに従来の電話やテレファックスによる隔地者間の意思表示でも, 表示内容の真正確認や表意者の本人確認には問題があったが, 電話では口頭による表示内容の真正確認や, テレファックスでも署名により表意者の本人 (同一性) 確認が可能であった。これに対して電子的意思表示では通常, 契約締結前に有用な上

記確認は期待できず、また締結後、表意者本人を突きとめようにも、電子メール・アドレス（以下アドレスと略称する）やコンピュータ設備運営事業者の持つデータを調査するなど不十分にしかできない⁹⁾。

かくして対面者間取引に比べて、隔地者間取引ではすでに従来の電話やテレファックスでも「他人になりすまして他人と誤認させること（以下、単になりすましと略称する）」は一定程度危惧された¹⁰⁾が、匿名性の支配する現代的な電子取引では、名前・署名・容姿などによる従来型の本人確認ができないこと、これらに代わる通常一般的なパスワードは声すらない電子データでありセキュリティの技術的不完全性・脆弱性なども相俟って、一段となりすましリスクが高まる¹¹⁾。また（なりすましに使われた）ユーザー・アカウント（以下アカウントと略称する）の所有者側も、電子取引の手軽さからか、（本人確認となりすまし予防の点で本来重要な）ID（ユーザー名）・パスワードを簡単に第三者に教えたりその保管・管理がずさんであったりするなど警戒心が薄い。これを奇貨として、インターネット上好評価を受けた他人になりすましてほしいという輩が現れても不思議ではない¹²⁾。さらにフィッシングやファームングなどスパイ攻撃を仕掛けて他人のID・パスワードを不正入手した者が、他人になりすまして商品を引き渡す意思がないのにネット・オークションに出品を行い、落札者から代金を騙し取る悪質なケース¹³⁾も生じている。かくして、顕名どころか代理意思の存在すら疑われる状態で、なりすましが行われる¹⁴⁾。

c もとよりBGB（ドイツ民法）起草者として、電話という当時最新の通信技術を使用した隔地者間の非対面取引について法的問題性を認識していなかったわけではない。しかしながら、「『適合する枠組みを発見することは困難であり』、学説と裁判実務の解決に委ね、一般的規律は見送った」¹⁵⁾。BGB 147条1項2文が、電話取引は法律上、対面者間取引と同様に扱うと規定するにとどめたのである¹⁶⁾。

(2) かくして電子取引では、なりすまし被害を予防するため、契約締結前の本人確認をどのようにして行うかが喫緊の課題となる。

a 現在の電子取引では、「実際まれにしか利用されなかった」ファクシミリ・スタンプ (Faksimilestempel) とは対照的に、「パスワードなどアクセス識別番号の利用が今日、実務上きわめて重要である」¹⁷⁾。最先端のネット・バンキングでは、TAN (取引番号)¹⁸⁾ 方式が、ドイツのみならず当該システムの普及した国々のほとんどで導入され名前よりも高い証明価値を有するが、「新しくより巧妙な犯罪者の手口」により「かつて秘密であった番号が……わずか数ヶ月でもはや十分に秘密でな」くなりうる¹⁹⁾。現に TAN 方式として早くも、スパイ攻撃により安全性を脅かされている。この攻撃が繰り返されるようだと、TAN の本人認証機能にも当然疑問符が付くことになろう²⁰⁾。現に単純な古典的 PIN (暗証番号)・TAN 方式について、AG (区裁判所) Wiesloch 2008年6月20日判決²¹⁾は、安全性・信頼性を疑問視する。この判決を受けて、銀行はより現代的かつ安全な認証システムへの切り替えを迫られている²²⁾が、現在もなおスパイ攻撃はとどまる気配がない²³⁾。

そこで、これら伝統的な認証手段よりも格段に冒用リスクを縮減させる「電子身分証明」が注目を浴びている²⁴⁾。これは、「インターネットで一般的に使用されうる認証手段であり……従来存在した欠陥をふさぐ」ことから、「電子ビジネスでも電子行政でも重要である」²⁵⁾。現にレデカー (Helmut Redeker) は、「セキュリティは特別な電子署名を使ってしか実現され得ないであろう」とまで言う²⁶⁾。ただ最新技術の導入によりセキュリティは向上しうるが、所詮は、「権利外観責任 (Rechtsscheinhaftung) というテーマに限られておらず……さらにそのドグマティックにおいても新しい観点を示さない、セキュリティ・システムの一般的な問題」である²⁷⁾。

b かくして電子取引では、本人であることを確認 (証明) する「番号」は、あわせて第三者の不正利用から自衛する機能を併せ持つことを期待されるわけだが、本稿が主対象とするネット (ショッピングやオークション) 取引では、費用・技術・操作性の面で安価・単純・容易な ID・パスワード方式が通常一般に好まれ用いられるため、セキュリティ面では不安

を残す。後述 II 1(2) a の OLG（上級地方裁判所）Köln 2002年 9月 6日判決²⁸⁾も指摘するように、今日広く普及したセキュリティ技術であり簡便な本人確認手段でもある ID・パスワードは不正入手・利用の巧妙化に翻弄され、対抗策の強化が十分追いついていない。ネット取引では、「関係者の匿名性と、虚偽の届出をほとんどチェックできないことから、詐欺的行為の予防が必要不可欠となる」²⁹⁾が、せいぜい（過去にこの者と取引をした者から提供される）評価システム（Wertungssystem）を通じて、出品物の品質や出品者の信用力・信頼性に関する情報を閲覧しうるにとどまる³⁰⁾。

これを奇貨として自らの正体を明かさぬまま表意者が他人のアドレス、アカウントやネット口座に割り当てられた ID・パスワードや PIN・TAN などアクセス・データを無権限・無断で使用（以下、冒用と称する）して意思表示を行う「（アクセス・データの総称としての）『番号』の冒用によるなりすまし（以下、番号冒用なりすましと略称する）」の危険性が浮上する。案の定ここ10数年、とくに eBay を舞台としたネット・オークション取引をめぐる紛争が II 1(2)で詳述するとおり裁判を賑わせてきた³¹⁾。この番号冒用なりすましは、推断的な（konkludent）名義冒用なりすまし、いわゆる現代的なりすまし事例にほかならない³²⁾。すでに裁判例でも、OLG München 2004年 2月 5日判決³³⁾や AG Saarbrücken 2008年 2月 15日判決³⁴⁾は、ネット・オークションで他人のアカウントを使用する者は代理人としてではなく他人本人になりすまして行為すると明示した上で、BGB 164条以下の代理法の類推適用を認める（2参照）。また民法総則の基本書³⁵⁾でも、現代版なりすましとして eBay オークション上の番号冒用に関する、3の BGH（連邦通常裁判所）2011年 5月 11日判決（VIP ラウンジ設備事件判決）³⁶⁾が掲げられている。

2. 「他人の名の下での行為」概説

(1) 従来ドイツでは、なりすましに対応する「他人の名の下での行為（Handeln unter fremdem Namen）」という類型事例群について、1928年から

1939年までの間に17本もの博士論文が公表され、取引自体の成否・有効性、顕名主義との抵触・契約当事者の確定や取引の効果帰属・責任問題といった基礎理論レベルで「かつては非常に論争があった」³⁷⁾。ただ実際のところ、上記事例群は「比較的わずかな妥当領域しかなかった」³⁸⁾ため、1996年頃には「一般に承認された解決が必ずしもまだ見つけ出されていないにもかかわらず、かなり下火になった」³⁹⁾。

しかし、「電子法取引の普及と絶えざる増加により大きく様変わりしている」⁴⁰⁾。インターネットという匿名世界では、アカウントを通して表示がなされるが、プラットフォーム上でアカウント所有者本人であるという身分(同一性)証明の方法はID・パスワードの番号入力に委ねられている⁴¹⁾。だが実際は、セキュリティの不完全性・脆弱性から、実際の(入力)行為者がアカウント所有者でないという危険性、つまり当該所有者から見れば「同一性の盗難」、翻って行為者から見れば「なりすまし」が増大する⁴²⁾。この現状を鋭く察知して、ハナウ(Max Ulrich Hanau)は「他人の名」改め「他人の番号の下での行為(Handeln unter fremder Nummer)」と現代風に命名して博士論文の表題に冠する(Ⅲ2参照)⁴³⁾。最近ボルゲス(Georg Borges)は、新旧両なりすまし事例に対応できるよう「他人の同一性の下での行為(Handeln unter fremder Identität)」と称する⁴⁴⁾。また専門教育上も、当該行為は、「ただ代理との関連でわずかにしか顧慮されない」とはいえ、「民法総則の根本的問題が取り扱われているため、興味深い」⁴⁵⁾対象である。

(2) a さりとてすでに20世紀初頭、大量消費時代の到来により量販店等での日常大量取引の場面では、顕名主義を破る重大な例外として、「(隠れた)関係人のためにする行為((verdecktes) Geschäft für den, den es angeht)」という非顕名法理が登場した。これによれば、(たとえば代理関係を明らかにせず本人のためにパンを購入するなど)日常生活の大量取引に見られるように顕名がなくても、代理権はもとより代理意思が存在し、かつ、取引相手方が誰を当事者として契約を締結するかどうでもよいと考えている限りで、この相手方保護を考慮する必要はないため、当該効果を本人に帰属さ

せても支障はないとされる⁴⁶⁾。要するに関係人のためにする行為は本来、間接代理であるが上記要件を充たすときは、あたかも直接代理と同様の法律関係を生じさせるのである（いわゆる「契約当事者のすり替え」）。この顕名主義に抵触するような帰結は、（明示・黙示の顕名がないときは代理人を当事者とした契約が成立するとした）BGB 164条2項の目的論的縮小により正当化されている⁴⁷⁾。

ただ実際、関係人のためにする行為が意味を持つのは、日常生活において契約締結と同時に給付義務が履行される現金取引（Bargeschäft）に限られている⁴⁸⁾。また現金取引であっても、代金の一部しか契約成立時に支払われず残代金は目的物の引渡しと同時の現金払いとされていたときは、売主は買主が誰であるかを重視しているため、上記行為は問題でない⁴⁹⁾。

b かくして日常生活の大量現金取引において、売主は「買主が誰か」に関心を寄せなくなったわけだが、これは、果たして現在のネット取引にも基本的に当てはまるのだろうか。

そもそも現金取引でない場合、売主が代金を確実に回収しようと思えば、支払債務を負う「買主（＝契約当事者）」の存在は無視できないはずである⁵⁰⁾。加えてインターネットでは、その匿名性ゆえに評価システムやクレジットカード情報を手がかりにアカウント所有者を買主として取引をした場合はもとより、アカウント冒用の真偽が問題となる場合や冒用があったとしてその者が不明である場合にはなおさらであろう。また1(2)bのAG Saarbrücken 2008年判決⁵¹⁾は、ネット売買について、日常生活の（その場で直ちに履行まで完了する）現実売買に当たらないとともに、買主にとっても売主の確定は重要でないとは言えないとする。かくしてネット取引では、関係人のためにする行為は原則問題にならないと考えてよからう⁵²⁾。

(3) **a** さてドイツでなりすましは、「代理権を授与された者が本人の代理人としてではなくいきなり本人の名で署名する（mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen）事例」に代表される⁵³⁾「他人の名をいきなり示した行為」⁵⁴⁾（わが国で言う署名代理）のうち、ある者が法律行為を締結する

際に——他人の名において (in), つまり他人の代理人として行為する代理とは異なり——他人の名の下で (unter), つまり他人本人として行為することで、自らは名義人と別人ではなく名義人本人であると取引相手方を誤認させる場合である。かくして他人の名における行為 (Handeln in fremdem Namen), つまり代理とは対比・区別された上で、「他人の名の下での行為」という独自の事例群として類型化され、その法的処理が一般に議論されてきた⁵⁵⁾。翻って取引相手方から見れば、「行為者と行為者により自己の名を用いられた名義人と的人格の同一性の誤認が生ずる特殊な現象」⁵⁶⁾、つまり「契約相手の取り違え (取引主体の誤認)」ということになる。この行為の特徴は、行為者が名義人を装って身分を隠している⁵⁷⁾ことから、そもそも (代理の前提としての)「行為者と名義人とが別人格であること (いわゆる人格の分離: 筆者挿入) が、取引相手方には認識できない」点にある⁵⁸⁾。

b 他人の名をいきなり示した行為の法的処理については、1920年代まで判例・学説上支配的であった無効説 (Nichtigkeitstheorie) に始まりこれを克服しようと、実際の行為者に焦点を当ててこの者との取引が成立したとする行為者取引説 (Eigengeschäftstheorie), そして戦後支配的となった既存の代理法の適用ないし類推適用を主張する代理人説 (Vertretertheorie. 本稿では以下、行為者が代理人またはこれに準じる仲介者として名義人を契約当事者とする取引を成立させたという意味で名義人取引説と称する) へと展開してきた⁵⁹⁾。かくして「代理規定の適用可能性が議論されるのは、特定の第三者の名により、行為の法律効果が……第三者たる本人に生ずることが明らかになるからである」⁶⁰⁾ と言われる。

そして現在は、行為者取引説、名義人取引説いずれかで統一的に解決するのではなく、個別事案の実態に鑑みて意思表示の解釈により事案ごとに、「行為者の自己取引 (Eigengeschäft des Handelnden) か「(真実の) 名義人のための他人取引 (Fremdgeschäft für den (wahren) Namensträger)」かを選択する、つまり契約の効果が帰属する当事者 (以下、契約当事者と略称する) を確定することこそが重要とされる⁶¹⁾。その際、顕名が明示になさ

れていないばかりか、諸般の事情から代理意思（いわゆる黙示の顕名）さえ看取されないときは、BGB 164条によれば、法律行為は行為者自身の取引として効力を有することになる。代理行為の成立要件である（代理人により表示されたあるいは相手方により認識可能な）代理意思が存在しないからである。だがこの「型にはまった（schematisch）」考え方では、名義人との契約締結を信じた取引相手方の利益は無視されることになってしまう⁶²⁾。そこで、取引相手方の保護という顕名主義の本来的趣旨・機能⁶³⁾に立ち返れば、行為者の代理意思や代理権の有無に関わらず、相手方が行為者の表示・容態を理性的に判断してどのように理解してよかったか、つまり相手方の要保護性に配慮した客観的解釈（BGB 133条、157条）により、各個別事例の諸般の事情を斟酌して契約当事者を確定する必要がある⁶⁴⁾。

c aa BGH も、1988年1月18日判決⁶⁵⁾で、「RG（帝国最高裁判所：筆者挿入）の諸判決を変更して……代理規定の適用可能性」を「公認し以後BGHの確定した判例理論となっ」たBGH 1966年3月3日判決⁶⁶⁾を今なお踏襲し、行為者の容態に関する取引相手方の理解に重きを置いた上で、次のように判示する。行為者の自己取引と考えられるのは、他人の名をいきなり示して行為がなされたが「これにより他方契約当事者は行為者の同一性につき誤った表象を抱かなかつた、つまり行為者とのみ契約を締結する意思を有する場合である」。これに対して、「行為者の行為が特定の他人を指し示し、かつ、他方当事者が、契約は当該他人と成立すると考えてよかつた場合には、名義人との取引が認められる⁶⁷⁾。この「契約当事者確定」準則は、現在まで判例上踏襲されている⁶⁸⁾。なお、他人の名をいきなり示した行為を研究したヴェーバー（Ralph Weber）は、対面者間では実際の行為者を、非対面者間では名義人を契約当事者と確定すべきであるという原則的判断を示している⁶⁹⁾。

かくして、「名前は法取引上、重要な同一性メルクマルであるが」常に「最も重要であるというわけではない⁷⁰⁾」ことが分かる。結局は取引相手方から見て、行為者の「使った名前が当該法律行為にとって何らかの

意味を有するのか⁷¹⁾、すなわち名前の挙示を通して、取引相手方が名義人を契約当事者と観念していたかどうかが決め手となる。

bb 以上の相手方地平からの客観的解釈の結果、形式上は他人の名をいきなり示して申込みがなされていても、相手方は、その名前から契約当事者を具体的に連想せず実際の行為者が自ら行った取引であると考えている限り、「行為者の同一性につき誤認していない」ので、行為者を申込者とと考えてよい（「誤表は害さず」の原則⁷²⁾）。かくしてこの事例は、単なる「名前の誤認惹起 (Namenstaustauschung)」でしかないと言われる⁷³⁾。電子取引での具体例は、ネット注文が著名人や架空の名義の下でなされた場合であり、明らかに行為者の自己取引とされよう⁷⁴⁾。また孫のアカウントの下で「85歳になる祖母が、自ら売主であることをはっきり示して自家用車を出品した場合」も、「契約はこの老婦人と成立する」⁷⁵⁾。

さらに申込者は別人を名乗ったが、相手方は、名前に関心を示さず実際に対面する者と契約締結する意思を有し、その場で履行まで完了する現金取引の場合にも、申込者の同一性に関する誤認はないため、行為者との間で契約が成立する⁷⁶⁾。類出例はホテルを舞台に、重役Aがお忍びで「B夫婦」と偽って愛人Cと宿泊する場合であり、誰の名前も知らないホテルとの関係で、契約相手の確定が問題となる。ホテル側からすれば、宿泊者の本名はいつでもよいため、今対面するAが契約相手となる⁷⁷⁾。たとえB夫婦が実在する人物であっても結論は変わらないであろう。

以上の場合、まさに——イーネン (Hans-Jürgen Ihnen) がモノグラフィー『他人の名の下での行為』の冒頭で引用する——ゲーテ (Johann Wolfgang Goethe) のファウスト (Faust) 第1部 (Marthens Garten) いわく、「名前とはむなしきもの (Namen sind Schall und Rauch)」である⁷⁸⁾。BGH は、2013年3月1日判決⁷⁹⁾で、「偽名を名乗った自己取引 (Eigengeschäft unter falscher Namensangabe)」と称する。

(4) a これに対して、名義人本人が契約当事者である、つまり名義人のための (行為者の) 他人取引と確定された場合が、本稿で考察する「他人の

名の下での行為」の問題である。古くは RG で問題とされたように、行為者が（とくに名声、信頼や支払能力を有する）名義人本人であると相手方を誤認させた状態で名義人の名を証書に署名した場合であった⁸⁰⁾。この「同一性の誤認惹起 (Identitätstäuschung)」と呼ばれる事例は、従来から対面者間よりも書面や電話を使った隔地者間取引で問題となり⁸¹⁾、最近では、インターネット上で他人の ID・パスワードを冒用して他人のアカウントを乗っ取ってなりすます場合である。とくに、顔が見えないばかりか声すら聞こえないネット取引では、そもそもアカウント所有者以外の者の存在は前提とされずに、（名義人が契約当事者であるとの印象を取引相手方と与える「名前の挙示」に相当する）ID・パスワードを入力したアカウントの利用により当該所有者の同一性は意思表示の内容になる（つまりこの者が契約当事者になる）のが原則だからである⁸²⁾。さらにオークション取引に限って言えば架空名義であっても(3)c bbとは異なり、相手方は実際の行為者ではなく、アカウントを手がかりに（架空名義を登録した）当該所有者と取引したと考えていることから、後者との契約締結が認定されよう⁸³⁾。オークションでは、個人的な接触がなされないこと⁸⁴⁾はもとより、出品者は通常一般に落札まで誰が実際に買主となるか知り得ないことも、アカウント所有者の行為と解される所以であろう⁸⁵⁾。入札に使われたアカウントの所有者についてその評判が評価システムにより示されていた場合は、なおさらである⁸⁶⁾。

b かくして「他人の名（電子取引上はアカウント等を使用する際に入力する ID・パスワード等の番号）の下での行為」では、契約当事者とされた名義人（番号所有者）本人に当該行為の効果が帰属しうるのが問題となるが、結論のみ先取りすれば次のようになる。たしかに行為者に代理意思がないと疑われるばかりか、行為者と名義人が別人であることさえ、取引相手方は認識していないため、BGB 164条以下の代理規定は直接適用できない。しかしながら、法の欠缺状態にある「他人の名の下での行為」について解決方法を考えるとき、取引相手方が真実の名義人を効果帰属したる当事者

として契約を締結しようとする点で、その利益状況は代理と比肩しうることから、Ⅱ・Ⅲで見るとおり判例・学説上——さらに3のBGH 2011年判決も踏襲するように——代理法の類推適用により解決される⁸⁷⁾。「かくして代理権の問題が實際上、事案の重要・基本問題とな」る⁸⁸⁾。行為者が名義人から代理権を授与されていたか、追認を得るときは、有権代理に準じて当該効果は名義人に帰属し、さもなくば無権代理に準じて名義人への効果帰属は原則認められない⁸⁹⁾が、例外的に表見代理 (Rechtsscheinvollmacht)⁹⁰⁾の類推適用の余地が残されている。ただこの可能性について、「今までわずかな研究が行われていただけで」その蓄積はないが、この事実は「驚くに値しない」。身分認証番号に支えられた電子取引時代が到来するまでは、(1)から分かるように實際上、他人の名の下での行為自体あまり行われておらず⁹¹⁾、その先の(今日頻繁に裁判上争われる)表見代理の類推適用による権利外観責任との関連にまで踏み込んだ研究は進展していなかったと考えられるからである。しかし他人の番号の下での行為が問題となる場合、行為者が代理権を有するケースは通常ごくまれでしかないため、番号所有者を契約当事者と誤信した相手方が表見代理の類推適用を主張する潜在的ニーズ自体は高いはずである。このことは、後述Ⅱのドイツの裁判例からも一目瞭然である。

3. BGH 2011年5月11日判決の意義

隔地者間で他人の名の下での行為を容易にする現代の遠距離通信、とくに最新のインターネットではその普及に伴い、他人のID・パスワードなどアクセス・データを入手しこの番号を冒用して他人のアカウントを乗取り意思表示をするケースが後を絶たず、この場合に当該所有者がいかなる法的責任を負うかについて、判例・学説の関心は急速に高まっている。とにかくBGB起草者が予測できなかったという意味で、インターネットにおける他人の番号の下での行為は「一般的な法律行為論に重大な挑戦状を突きつける」⁹²⁾。

最近 BGH は、2009年3月11日判決（Halzband 事件判決）⁹³⁾、2010年5月12日判決（Sommer unseres Lebens 事件判決）⁹⁴⁾ で立て続けに、なりすましに冒用されたアカウントや無線 LAN 接続の所有者は当該行為者が犯した著作・商標権侵害と競争法違反行為につき契約外の（不法行為領域で展開された）損害賠償責任を負うのかという問題を扱い、前者判決は——II 3(1)で詳述するところ——結論としてこれを認める判決を下した。

いよいよ残された法律行為上の履行責任としての権利外観責任、敷衍すれば下級審裁判例がこれまで何度となく扱ってきたネット取引でのなりすまし事件における表見代理の類推適用問題について、BGH は、満を持して2011年5月11日判決（VIP ラウンジ設備事件判決）⁹⁵⁾ で初めてその包括的立場を明らかにした⁹⁶⁾。この判決は、すでに裁判例や学説上——II・IIIで詳しく見るとおり——支配的な見解に倣い、オークション取引で他人のアカウントが冒用された場合にも「他人の名の下での行為」が存在するとしてアカウント所有者を（効果帰属先としての）契約当事者であると確定し、その解決を代理法の類推適用に委ねる。その上で、上記2009年判決と比較対照させて、第三者の不正アクセスからパスワードを厳重に保管すること（unter Verschluss zu halten）を怠ったという意味での「過失」が不法行為領域の帰責根拠になり得ても、この帰責原則を法律行為上の帰責領域に転用できず、表見代理を類推適用してアカウント所有者に権利外観責任を負わせるには足りないとして、両帰責の本質が異なることを明示した⁹⁷⁾。

この BGH 2011年判決の理論・実務のみならず専門教育・資格試験上の重要性も示すかのごとく⁹⁸⁾、多数の判例評釈・研究、研究論稿、学習教材・演習書で続々と取り上げられるとともに最新の基本書・注釈書⁹⁹⁾やこれ以降の裁判例、たとえば OLG Bremen 2012年6月21日決定¹⁰⁰⁾でも早速参照されるなど注目度の高さと影響力の大きさを窺わせる。当該論点は、「電子商取引上軽視され得ない」¹⁰¹⁾、「あらゆる種類の顧客アカウント、電子メール・アカウント、社会的ネットワーク、その他のコミュニケーション・サービスのアカウントに関わる」ものであり¹⁰²⁾、「その実際

的意義は、拡大するネット取引の時代では明白である」¹⁰³⁾。

4. 考察の対象・順序

ドイツ、わが国ともに、いわゆるなりすまし取引の法的処理については法律上規定が整備されていないため、解決に至る法律構成は、判例法理に委ねられてきたが、両国とも一応、代理法の類推適用論で落ち着いている¹⁰⁴⁾。

(1) ドイツでなりすましは、「他人の名をいきなり示した行為」をより細分化した上で代理とは理論上一線を画した「他人の名の下での行為」という類型事例群のもと議論されてきたが、次第に沈静化していった(2(1)参照)。なおこの時代までの萌芽的状況を紹介・検討する民法研究としては、伊藤(進)教授の他に、清水(千尋)教授の貴重かつ本格的な研究¹⁰⁵⁾がある。

だが最近、匿名性の支配する電子取引の登場・普及でなりすましが横行するのに伴い、当該取引に舞台を移して、「他人の名」改め「他人の番号の下での行為」のもと——Ⅱ・Ⅲで詳述するとおり——表見代理の類推適用との関連で盛んに議論が交わされ、とくに要件論で激しく対立する。

(2) 翻ってわが国では、(顕名の一種たる)署名代理の一事例としてなりすましを議論してきたが、手形法上の研究を度外視すれば、ドイツ法の議論を参照しつつ顕名主義と関連づけて代理の枠組みで論じる伊藤、清水両教授の基礎(理論)的研究が存在する程度で、民法学界を動意づかせることはなかった。筆者が関心を寄せる、名義人との取引成立を信頼した取引相手方の保護についても、断片的な関心が一定程度寄せられるにとどまっていた。

だが最近ドイツ同様、電子取引上のなりすましが社会問題化するにつれて、遅ればせながら民法学上の議論も始まりつつある。たとえば河上(正二)教授は、インターネットの普及による取引世界の大変容を察知して、基本書『民法総則講義』の「第8章 代理 第3節 表見代理」の中に「6 電子取引と表見代理」という項目を立て、冒頭でとくに「非対面性にとまなう当事者の情報量の少なさ」から「取引相手方の確認を著しく困難

なものに」する結果、「他者への『なりすまし』……などの詐欺的行為もしばしば発生している」ことを指摘する¹⁰⁶⁾。また、なりすまし問題の解決は契約当事者の確定から始まるが、法律行為・契約解釈に造詣の深い磯村（保）教授が指摘するように、この確定問題は「契約の成立・内容と並んで契約解釈の重要な課題であると考えられるにかかわらず、その一般原則がどのようなものであるかについて、今日の民法総則や契約法の体系書においてもあまり議論がなされておらず、また、中間試案においてもこの点に関する具体的な方針は示されて」おらず、「代理における顕名の原則をめぐる解釈」に依拠している¹⁰⁷⁾。

さらに名義人との取引成立を信頼した取引相手方の保護に関しても、署名代理への表見代理の類推適用を認めた従来の判例法理を電子取引上のなりすましに置き換えて分析したり、当該類推適用にあたり（顕名主義を破る例外たる）署名代理の特殊性を反映させた要件の修正・見直しを図ろうとしたりする動きが垣間見られる¹⁰⁸⁾。

この点、まさに山本（豊）教授が指摘するように、「IT化や電子契約の進展といった新たな現象を目の当たりにすると、そこに法的にも従来にない新たな問題の存在を認めようという心理が働きがちである。しかし契約法や法律行為法の領域に関するかぎり……電子契約が提起している問題は、全く新奇なものというよりは、従来から潜在的には存在していたけれども、十分意識されず、検討されてこなかったという性格のものが多い」。電子契約の諸問題の追究は、現代的な問題への取り組みにとどまらず「契約法や法律行為法の埋もれていた基本問題を発掘し、契約や法律行為に関する民法法理を深化させる」意義を持つ¹⁰⁹⁾と考えられる。

(3) かくして上記諸問題の一つとすべき「電子取引上のなりすまし」の解明に向けて、「他人の名」改め「他人の番号の下での行為」という新カテゴリーのもと問題解決をリードし道標となるドイツの法状況を対象に、先駆的な清水研究ですでに今後の検討課題とされていた¹¹⁰⁾表見代理類推適用論について、3で前述したリーディング・ケースたる BGH 2011年判決

を基軸に、詳細な基礎的考察を行いたい。その嚆矢たる本稿では、BGH 2011 年判決前夜までの法状況に焦点を当て、電子取引におけるなりすまされた番号所有者の権利外観責任を中心とした民事責任に関する裁判例の動向¹¹¹⁾を概観した(Ⅱ)後、権利外観責任をめぐる学説を中心にその動向をたどり(Ⅲ)、BGH が2011年判決目前にいかなる到達点に辿り着くとともにいかなる課題に直面していたのかを明らかにする(Ⅳ)ことで、当該判決とこれを契機に展開される学説を読み解く続稿への布石かつ架橋としたい¹¹²⁾。

Ⅱ. BGH 2011年 5 月11日判決前夜までの裁判例状況

ドイツでは1990年代以降、遠距離通信技術のさらなる発達とそれに伴うビジネス展開を受けて、VTX 取引、ネット取引やコレクト・コール (R-Gespräch) におけるなりすまされた VTX 加入者、アカウント所有者や電話回線契約者 (以下、電話加入者と略称する) の民事責任を争点とした裁判例が頻々と登場し、これと相前後して学説上も充実した議論が発展的に展開されている。ここではまず、BGH 2011年判決前夜までの裁判例状況を見ていくことにするが、順序としては、権利外観責任 (表見代理の類推適用) に関する裁判例を中心に紹介した (1・2) 後で、この責任と対比させて不法行為領域で展開された損害賠償責任を論じる判例にも必要最低限で応接し (3)、最後に訴訟実務上重要な表見証明に関する裁判例に簡単に触れておく (4)。

1. 法律行為上の履行責任としての権利外観責任 (表見代理の類推適用)

(1) 1990年代、下級審裁判例は、1980年代に登場した (暗証番号で本人確認を行う) VTX システムを通して表示がなされた場合 (いわゆる VTX 取引¹¹³⁾) において、加入者が第三者に自己の電話回線の冒用を可能にしたときは、次のとおり、第三者の容態を阻止する可能性を有し帰責されなければならないとして、外見代理の類推適用により当該加入者の権利外観責

任を何度か認めてきた。

a LG Ravensburg 1991年6月13日判決¹¹⁴⁾は、無権代理行為の反復・継続性という外見代理の伝統的要件について、VTX 取引ではその特性から必須要件ではないとしたラッハマン (Jens-Peter Lachmann) の見解 (後述Ⅲ1(2)a) を採用した上で、外見代理の類推適用による権利外観責任を認めた。要するに本判決は、VTX という当時最新のコミュニケーション・ツールにおいて上記伝統的要件に固執すれば外見代理の類推適用の範囲、ひいては結果として「当該通信方式の利用範囲が著しく制限される」ため、この要件を放棄することでその事態を回避したと言えよう。

b OLG Oldenburg 1993年1月11日判決¹¹⁵⁾は、「無権限の第三者がコンピュータによる取引において VTX 加入者の名の下で表示をするとき、この加入者の責任は、帰責性をもって作出された権利外観に基づいてのみ考慮される」と判示した。すなわち、「加入者は、自己の電話回線が冒用されたとき、他人の名の下での行為という原則に準じてのみ権利外観により拘束される (Redeker, NJW 1984, 2392; Borsum-Hoffmeister NJW 1985, 1205 参照)。BGH 判例によれば、他人の名の下での行為事例には代理規定が類推適用される (BGHZ 45, 193 = NJW 1966, 1069)。VTX 回線が冒用された場合……代理権は存在しないので、……契約は、当該加入者が事後に追認する (BGB 177条) 場合か、認容・外見代理規律によってしか成立しない。かくして加入者は、自己の名の下で行為する者の容態を知りかつ阻止できたにもかかわらず認容した場合か、認識しなければならずかつ阻止できたと考えられ、かつ、第三者が信義則上、名義人本人が行為している……と考えるてよかつた場合にも、責任を負う。VTX 回線を冒用してなされた意思表示は、加入者が帰責性をもって権利外観の原因を与えたときは、その権利外観に基づいて、加入者に帰責されうる (Redeker, NJW 1984, 2394……)」。かくして保護に値すべき信頼は、代理権の存在ではなく名義人本人が実際に行っていたことに向けられている。そして (加入者 Y (父) の主張するとおり娘が冒用していたとしても、この冒用に Y は約 2 週間後気づいたが口頭で禁

止ただけで適切な処置を講じなかった) 本件では、「これら要件は……充たされている」と結論づけた。

なお帰責性の証明責任の所在については、VTX 回線の冒用が加入者の影響領域 (Einflussbereich) に属する諸般の事情に起因していたときは、加入者が、当該冒用は自己の関与によるものでなかったことを証明 (間接反証) しなければならないとしたため、VTX 取引の安全保護の観点から加入者負担での表見証明 (Anscheinsbeweis. あるいは一応の証明 (Prima-facie-Beweis))¹¹⁶⁾ (裏返せば取引相手方の証明責任の軽減) を前提にしているものと考えられる。直後に同様の判断を示したものとして、OLG Köln 1993年 4月30日判決¹¹⁷⁾がある。

c 以上のように、当時最新の VTX 技術の普及を阻害しないようにとの配慮もあってか裁判例は、なりすましへの外見代理の類推適用により加入者の権利外観責任を認めたものと思われる。ただ類推適用の際に外見代理の伝統的要件をそのまま借用するかについては、とくに「無権限行為の反復・継続性」という権利外観 (= 客観的信頼保護) 要件と「無権限行為に対する予見・阻止可能性」という帰責要件について火種を残すことになった。(2) 21世紀を迎え遠距離通信の主役が VTX からより手軽なインターネットへと交代するのに伴いなりすまは頻発し始めるわけだが、後述 c の AG Bremen 2005年10月20日判決により参照されているように、(1)の VTX 裁判例がインターネット上のなりすまし取引で権利外観責任を認める礎となった¹¹⁸⁾。さりとて次の a, b, d および e の判決は、各事件の結論として権利外観責任を認めていない。

そこで以下、なりすまされたアカウント所有者の権利外観責任に関する数多くの下級審裁判例の中から BGH 2011年判決前夜までの重要な 6 つを時系列順に濃淡を付けつつ取り上げたい。

a OLG Köln 2002年 9 月 6 日判決¹¹⁹⁾は、X が金の腕時計を出品したネット・オークションで、Y のアドレスを通して最低落札価格 (18000ユーロ) に達する入札がなされたが、Y は、この入札は無権限の第三者が行っ

たものであるとして、時計の受領と代金支払いを拒絶した事件を扱った。本判決は、Yの権利外観責任について、次のとおり帰責要件を充足していないなどとして否認した。

【判決要旨】

1. ID・パスワード付きの電子メール・アカウントを保持するというだけでは、この者は、危険領域（Gefahrenkreise）による証明責任の転換により濫用リスクを負担しないが、単にアドレスを保持する場合も同様である。
2. 秘密のパスワードが利用されていたが、当時のネット・セキュリティのレベルでは、パスワードの割り当てを受けていた者を利用者と推論するには足りない。
3. ユーザーが、電子メールにアクセスできないことに気づいたからといって、自己のID・パスワードにより他人がインターネット上で契約を締結していると考えなければならないわけではない。

【判決理由】

（1・2は省略）3. Yの責任は、外見代理の原則でも認められない。外見代理が認められうるのは、本人が偽装代理人の行為を知らないが、注意義務を尽くせば知りかつ阻止することができ、他方当事者が、当該代理人の行為を本人が認容し承認する（dulden und billigen）と考えてよかつた場合である；有責に作出された権利外観の帰責事例が問題である。そもそも本件では、Yが……無権限者の無権代理行為をまったく予見できなかったというわけではない。たしかに……Yは、電子メールにアクセスできないことに気づいていた；しかし最大限の注意を尽くしても、上記事実から……秘密のパスワードを使って他人がインターネット上で契約を締結していると考えなければならないわけではなかった。

さらにXの側にも、LGが詳細かつ適切な理由づけを行っていたように、権利外観責任を認めるのに必要な保護に値すべき信頼が欠けている。ネット・オークションの出品者も、実在する人物の住所氏名の下で濫用的に電話注文を受けたり通信販売で他人のクレジット・カード番号を使って……注文を受けたりする者とおおよそ同様、入札者をアドレスの所有者本人であると信頼したからといって保護されない。

本判決は、外見代理（の類推適用）による権利外観責任を前提としつつも、ネット・セキュリティの脆弱性に鑑みて帰責性、信頼の要保護性を嚴格に判断の上いづれの要件も充足していないと結論づけた。

とくに前者の帰責性について、予見可能性は皆無ではないとしながらも、電子メールにアクセスできないことに気づいていただけでは当該アドレス所有者の過失を認定するには足りないとして慎重な判断が示された¹²⁰⁾。

後者の信頼の要保護性との関連では、(1) b の OLG Oldenburg 1993年判決同様、そもそも取引相手方の信頼は、代理権の存在ではなく「入札者＝アドレス所有者本人」に向けられている。その上で、すでに AG Erfurt 2001年 9 月 14 日判決¹²¹⁾が、パスワードにより保護されたアドレスの下でネット・オークションの入札がなされていても、当該所有者の入札を裏付ける十分な徴憑たり得ないと判示していた。この延長線上にある（信頼の要保護性を否認した）本判決の判断は、セキュリティの安全性・信頼性を疑いそこから生じるなりすましリスクに配慮したものと言えるが、取引相手方には厳しい結果となっている。この結論について、後に LG Münster 2006年 3 月 20 日判決¹²²⁾は、次のように述べて「衡平にも適う」とする。「すべてのネット・オークション参加者は——出品者であれ入札者であれ——、無権限の第三者による不正アクセスの危険にさらされる。とくに考慮されるべきは……インターネットのメリットを享受したいのはまさに売主にはほかならない点である。売主は非常に大きな市場で利益を得る一方、インターネット上周知の安全リスクを負担しなければならない」。

b LG Bonn 2003年 12 月 19 日判決¹²³⁾も、a の OLG Köln 2002年判決同様、当時のセキュリティ・システムでは（本件 eBay オークション上の）なりすましもやむを得ないためパスワードに対する信頼は保護に値しないこと、当該所有者とその冒用者が家族関係（本件では父と未成年の息子）にあったとしてもパスワードを（コンピュータ付近に隠された）ディスクに保存してさえいれば帰責性がないことを理由に、外見代理の（類推）適用を否認した。

ただ帰責性との関連で、（なりすましに冒用された）パスワードの保管状況が引き合いに出されている点は興味深い。この状況いかがが帰責性の判断にいかなる影響を与えるのか、その評価をめぐって、本判決以降、たとえば次の AG Bremen 2005年に始まり BGH 2011年判決まで激しい対立が見られる。

c AG Bremen 2005年10月20日判決¹²⁴⁾は、冗談入札者に対する違約金条項をめぐるものであった。ここでも権利外観責任との関連を中心に、本判決に注目する。

【判決要旨】

ある者が、ネット・オークションにおいて、過失により自己のパソコンで自己のID・パスワードを使って第三者が参加できるようにしたときは、帰責性をもって作出された権利外観及び他人の名の下での行為という両原則により責任を負う。

【事実概要と争点】

Xは、乗用車を eBay オークションに出品したが、その際、買取りがなされないときは入札額の30%を損害額とするという冗談入札を抑止する条項が盛り込まれていた。YのIDの下で二度入札がなされ、乗用車は最終的に5850ユーロで落札された。

Yは、上記価格での乗用車引取りを電話にて拒絶した。そこでXは、Yに対して……書面で、落札価格で乗用車を引き取るか、本件条項で定められた違約金1755ユーロを支払うよう求めたが、Yはさしあたり応じなかった。その2か月後書面で、Yは、自らの知らないところでコンピュータを弟が……操作していたとして、Xに対して、弟に請求すべきであると釈明した。

そこでXは、違約金等総額2100ユーロ余りの支払いをYに請求したところ、この請求は認容された。

【判決理由】

Xが違約金1755ユーロを請求するのは、正当である。……

XY両当事者間では、売買契約は……最高落札価格がYのコンピュータにより入札されていたことで成立している。XY両当事者は、入札者がY本人か弟であるかについてのみ争う。しかしながら、これは問題でない。ともかくYの陳述を踏まえれば、契約はXY間で成立している。要するにXは、Yが少なくとも自らの過失で自己のID・パスワードを弟が利用できるようにしたことにより作出した権利外観を信頼してよかった。インターネットにおける他人のIDの下での行為は、通常、他人の名の下での行為と同様に評価される（たとえば Hanau, VersR 2005, 1215 参照）。代理に関する規律は、類推適用される。かくして eBay ユーザーは、自己の名の下で行為する者の容態を知っていて阻止できたにもかかわらず認容したか、知らなければならず阻止できたように思われ、かつ、第三者が信義則により名義人本人あるいはこの者から決められた者が行為すると考えてよかった場合にも、責任を負う（たとえば、VTX 利用に関する OLG Oldenburg 1993年1月11日判決

……参照)。すなわち X は、Y との契約締結を信頼してよかった。たしかにネット・オークション参加者は、ID・パスワードによるアクセス防護では技術的に十分安全であるとは言えないため、自己の契約相手の同一性を証明しなければならない (OLG Naumburg OLG-NL 2005, 51) が、このこと (= 上記防護システムの脆弱性: 筆者挿入) は、取引上信頼に値する十分な権利外観を妨げるものではない。……技術的に安全でないからこそ、偶発的に権利外観が惹起されうるわけであるが、……いずれにせよこの場合、Y は、自らあるいは代理権を授与した者が行為するという権利外観を過失により作出している。Y はただ、自らの知らないところでコンピュータを弟が操作していたと陳述した。陳述どおり、Y のコンピュータへ弟がアクセスし、そこにパスワードが保存されていたか、さもなくばそれを入手できたと考える。それとは逆に、あらゆる生活上の経験と相容れないコンピュータ・スパイ行為については、何も陳述されていない。Y は、自己の eBay アカウントを弟が利用するであろう可能性を予見し、そのユーザー・データを適切に保管して冒用を阻止しなければならなかったであろう。(次段落以下省略)

本判決は、後述Ⅲ2の「他人の番号の下での行為」に関するハナウの研究を参照して、インターネットにおける他人の ID の下での行為を他人の名の下での行為と同等と捉えた上で、(1) b の VTX 取引に関する OLG Oldenburg 1993年判決を本件のネット取引に引き合いに出して外見代理の類推適用により権利外観責任は認められうるとした。

その上で本判決は、a の OLG Köln 2002年や b の LG Bonn 2003年判決同様、ID・パスワードだけでログインするセキュリティには問題ありとしつつも、その影響は、契約成立を主張する者が相手の同一性 (「行為者 = アカウント所有者本人」) を証明する限度で及ぶにとどまる (つまり表見証明のみ認められない) と考えている。むしろ a や b の裁判例とは異なり、本判決は、「技術的に安全でないからこそ……権利外観が惹起されうる」として、Y を (もとより実際の行為者ではないが) 契約当事者とする「他人の名の下での行為」を前提に代理法の類推適用を認め、とくに代理権不存在の場合に取引安全を保護するため外見代理の類推適用による権利外観責任の成立に前向きな点が特徴的である。実際の結論も、本件でコンピュー

タ・スパイ行為によりパスワードが探知された事実は確認できないことから、自己の「コンピュータへ弟がアクセスし」ていたというYの陳述を聞き入れて、「コンピュータにパスワードが保存されていたか、さもなくばそれを入手できたと考える」として保管の不備を推定する。その上でYは、弟によるアカウント冒用リスクを予見し、パスワードの適切な保管によりその冒用を阻止しなければならなかったとして、すんなりと帰責性を認めた¹²⁵⁾。かくして本判決は、スパイ行為の事実が確認できないことから保管の不備を推定した上で、この単なる保管義務違反を本件なりすましの予見・阻止義務違反と直結させたわけだが、この帰責性判断プロセスは、同じく家族関係でなりすましが問題になったbのLG Bonn 2003年判決と真っ向対峙するものである。この点は、「不当でありかつ詳細な理由づけがない」¹²⁶⁾との批判からも窺い知れるが、BGH 2011年判決で一大争点となったように評価の分かれるところであろう。

他方で、信頼の要保護性を示す権利外観、とくにその強度について、外見代理の「無権代理行為の反復・継続性」要件を借用して判断するかどうかにつき具体的に言及した部分は見あたらない。ただ判決理由を見る限り、「権利外観を過失により作出している」としか述べておらず、(ID・パスワード保護システムの完全性を疑問視しつつも)「取引上信頼に値する十分な権利外観を妨げるものではない」と判示していること、ユーザー・データの重要性から適切な保管を求めていること、権利外観責任の成立に前向きな姿勢に鑑みれば、不要論に傾いているものと推察される。なおそもそも取引相手方の信頼は、(1)bのOLG Oldenburg 1993年判決を参照して、(代理関係を前提とせずに)名義人本人(あるいはこの者から決められた者)が実際に行っていたことを対象とするようである。

d OLG Köln 2006年1月13日判決¹²⁷⁾も、eBayオークションにおいて他人のIDの下で入札がなされた事件における権利外観責任を扱った。

【判決要旨】

(1は省略) 2. eBayで他人のIDで行為する者は、他人の名の下で行為する。

3. ……パスワードが設定されたからといって、濫用可能性が依然減らないことに鑑みれば、保護に値する信頼要件事実(Vertrauenstatbestand)は根拠づけられ得ない。

【事実概要と争点】

X Y両当事者は、ポルシェ（以下、本件乗用車とする）の落札代金につきYが支払義務を負うかどうかについて争う。2004年10月14日、Xは……本件乗用車をeBayに出品したところ、同月20日、74900ユーロで「直ちに購入する」というオプションがCというIDの下でなされたという知らせを聞いた。このIDは、Yをユーザーとして女友達である証人DがeBayに届け出たものであった。……このIDで、Yは、Dのネット接続を使って何度か本件よりも小さな取引を行っていた。

Xは、有効に成立した売買契約に基づいて……Yが売買代金74900ユーロを支払う義務を負っていると主張した。これに対して、Yは、2004年10月20日の入札（以下、本件入札とする）をしていなかったとして、その支払いを拒絶した。

LGがXの請求を棄却したため、Xは控訴したが再び棄却された。

【判決理由】

1. LGが、X Y両当事者間で売買契約が有効に成立していないとして、……Xの請求を棄却したのは正当である。この結論は、……本件入札がYによるものではない……ことから導き出される。Yは、そもそも豪華なスポーツカーを購入する財政的資力を持ち合わせていない。またYは……本件乗用車につき関心も使い道もない。

……ネット取引では関係者が本当の身分を明かさないID……で行うするという特殊性があるからといって、有効な契約の締結を主張する者が、そのつどIDの後ろにいる者が実際に契約相手になっていたことを主張・証明しなければならないことに変わりはない。この証明を、XはYに関して行っていない。かくして、Yを拘束する意思表示自体が存在しない。

a) 相手方Xの地平から見れば、Xは、CというIDの後ろにいる真実の名義人と契約を締結する意思を有していた。しかしながらYは、すでに第1審で詳細な主張をして……本件入札を否定して争っている。これに対して、Xは……具体的な反論をせず……Yが権利外観原則により責任を負うと考えている。さらに……当民事部の口頭弁論でも、Xは、Y本人が行為していたという陳述を行っていない。

b) Yは、第三者の行為についてさえも責任を負わない。YのIDの下でなされた表示をYに帰せしめることはできない。ただ考えられるのは、Yの名の下での行為であり、当該行為については、——ネット取引でも(OLG München NJW 2004, 1328, 1329 参照)——BGB 164条以下が類推適用される。かくして意思表示が、使用

されたパスワードの真実の所有者の同意を得てなされるときは、当該名義人との取引が成立する。この同意がないときは、行為者が、他方契約当事者に対して、BGB 179条（無権代理人の責任）の類推適用により履行又は損害賠償の責任を負う。

誰がCというIDの下で行為していたのかは、いまだ確定していない。証人Dは、……審問で、本件入札を否認している。この応訴が妥当であるか、つまり実際にいまだ正体不明の第三者が行為していたか、当民事部が解明する必要はない。なぜなら、とにかく認容・外見代理という判例上展開された原則（Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., §173 Rdnr. 11ff. ……参照）による……Yの責任にとっての十分な連結要件事実（Anknüpfungstatbestand）が欠けているからである。それについては、Xの考えるところに反して、Yが……eBayユーザーとして登録されていることだけでは足りない。……パスワードが設定されたというだけでは、——依然減ることのない（Borges, NJW 2005, 3313, 3315 参照）——濫用可能性に鑑みれば、保護に値する信頼要件事実を根拠づけることはできないのである。それゆえ匿名のネット取引ではもとより、取引相手方は、ただ使用されたパスワードに基づいて契約相手を想定できない（OLG Köln 2002年9月6日判決……）。むしろ「代理人」の行為は、個別事例では、具体的な諸般の事情に基づいて名義人に帰責され得なければならない。

しかしこの点について、Xは、十分な事実を陳述していない。かりに証人DがYの名の下で入札者として行為していたとしても、Xは、Yを契約相手として請求できなかったであろう。Dは、Yのためにただ以前にeBayで若干の、本件よりも小規模な取引を行っていたにすぎなかった。しかしこの僅かな委任により、Yは……Dが売買代金74900ユーロで豪華な乗り物を購入する入札権限を与えられていることに対する正当な信頼を基礎づけていたわけではない。本件取引が、Dとの関係で一度も話題になっていなかったことは明白である。本件取引は、——第三者にとっても明らかに——認容された行為の可能な範囲を越えたものである。外見代理の原則さえ適用されない。この適用は、Yが証人Dの（具体的な）行為をたしかに知らなかったが必要な注意を尽くせば知り得たであろうことを要件とするであろう。この点についても、Xは、ある程度基本的な事実さえ陳述していない…

本判決は、インターネット上の匿名取引でも、ユーザー登録された人物が実際の契約相手（行為者）であるという主張・証明責任は有効な契約締結（成立）を主張する者Xにあるが、本件ではこの証明をXは行っていないとした。

その上で本判決は、ID名義人Yを契約当事者とする「他人の名の下で

の行為」としてであれば、ネット取引でも代理法を類推適用できるとする。ただYの同意（承諾）がない本件では、表見代理の類推適用が視野に入ってくるが、aの OLG Köln 2002年判決同様、「パスワードの設定→その使用による本件入札」という一連の流れがあったとしても、冒用リスクが一向に減らない現状に鑑みれば、アカウント所有者Yを契約当事者と信じたXの信頼を保護することはできない。

かくして本判決は、個別具体的な諸事情に基づいて（表見代理判例法理で必要とされる）信頼の要保護性と帰責性の充足いかんを慎重に判断しなければならないとする。ただ奇しくも本件が示すようになりすましでは、名義を冒用して実際に行為した者を突きとめること自体、至難の業であり、表見代理の類推適用の入口で思わぬ壁にぶち当たる。次にかりに冒用者がDであったとしても、Dは今まで本件よりも小規模な取引を行ってきたにすぎず、この事実に基づいて、Xが、本件高額取引の入札権限の存在を信頼していても、この信頼は正当な、つまり保護に値するものとは言えない。また帰責性についても、認容代理の要件たる「Yの認容」は本件的高額取引にまでは及んでいないこと、外見代理の要件たる「無権限行為に関するYの過失」はXによりそもそも主張されていない。かくして本判決は、両要件とも充足していないとした。ただこの帰責性についてアカウント所有者負担での表見証明を認めない判断は、VTX 取引において加入者負担での表見証明を認めた上でこの者に冒用が自己の関与によらないことを証明させる(1)bの OLG Oldenburg 1993年判決とは対峙する。

なお、本判決の考える取引相手方の信頼は、cの AG Bremen 2005年判決とほぼ同様、（代理関係を前提とせずに）本人の名の下で行為することへの同意の付与ないし名義人本人が実際に行為していたことを対象とする。

e OLG Hamm 2006年11月16日判決¹²⁸⁾では、eBay オークション上の契約締結に関する証明責任の所在と（契約違反に基づく損害賠償責任の前提となる）権利外観責任の成否が争点となった。

【判決要旨】

1. ID・パスワードによりログインする eBay の技術システムは、パスワードの利用からこれを割り当てられていた者を利用者と推論するには足りない。
2. 過失によりパスワードの利用を可能にしたことを理由とする（権利外観責任を前提とした：筆者挿入）損害賠償責任は、特段の諸事情が存在しないときは、否認される。

【事実概要と争点】

X は、……2005年10月20日、中古の BMW（以下、本件乗用車とする）を Y にネット・オークションで売却したことを理由に、落札者 Y に契約違反に基づく損害賠償を請求する。これに対して、Y は、本件乗用車の購入を否認している。

LG が X の請求を棄却したため、X は控訴したが認められなかった。

【判決理由】

…X は、Y に対して…BGB 280条（義務違反による損害賠償）1項、281条（給付不履行又は不完全履行による、給付に代わる損害賠償）1項・2項、433条（売買契約の典型的義務）に基づく……支払いを請求する権利を持たない。X Y 両当事者間でなされた……本件乗用車に関する売買契約の締結は……確認できない。

I. Y 本人が拘束力ある入札をしたことは、証明されていない。Y は、……当尋問で、問題の時間にインターネットに接続し eBay でカメラを見ていたと主張している。しかし……本件で決定的な入札をしたことは否認する。これと異なった判断をすることは、本件の総合的諸事情から許されない。……

1. Y が2005年10月20日「入札」を行いそれにより契約を……承諾していたことを証明する責任は、……一般的規律によれば X にある。これに関する、Y が eBay で……すでに多数の取引を行ってきたという理由に基づく表見証明は、正しい見解によれば、考慮されない。当時のネット・セキュリティでは、秘密のパスワードが利用されていたことから、これを割り当てられていた者を利用者と推論するには足りない（OLG Köln, MMR 2002, 813; LG Bonn, MMR 2002, 255, und MMR 2004, 179; OLG Naumburg, OLG-Report 2005, 105 = OLG-NL 2005, 51; LG Köln, BeckRS 2006, 07259; Hoffmann, NJW 2004, 2569 [2571], und ders., NJW 2005, 2595 [2597]……）。それに相応するリスクは、ネット利用者、本件では売主 X が予め考慮に入れておかなければならない。さらに、当民事部が従う OLG Köln (MMR 2002, 813) と LG Bonn (BeckRS 2006, 07259) の詳細な判決理由に関わるところの、濫用の危険及び衡平上の理由からも、上記と異なる評価をする契機は見あたらない。（2省略）

II. 次に——たとえば AG Bremen (NJW 2006, 518) は OLG Oldenburg (VTX 出力

の利用に関する NJW 1993, 1400) と関連づけて認めていたが——、パスワードの利用を過失により可能にしたことのみをもって、Y の (権利外観責任を認めて：筆者挿入) 損害賠償責任を導き出すことはできない。当該責任を認めるには……せめて認容・外見代理の原則により帰責できる程度で代理の権利外観がYにより作出されていたことが必要である。

1. インターネットにおける (行為者の自己取引とされない……) 他人の名の下での行為はまず、通常は他人の名の下での行為と同様に評価され (Hanau, VersR 2005, 1215; AG Bremen, NJW 2006, 518) ……代理に関する規律が類推適用される (BGHZ 45, 193 = NJW 1966, 1069; BGH, NJW 1993, 148; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl.[2006], §164 Rdnr. 10)。この点で、いかなる第三者がYの名により購入していたあるいは購入し得たであろうか、そしてYが誰に対してアカウントの利用を帰責できる程度で可能にしたのかが、本件ではいまだまったく明らかになっていない。とくにYによる代理権授与又は……認容・外見代理規律による権利外観要件事実 (Rechtsscheintatbestand) の作出は、証明されていない。

2. 認容代理が存在するのは、本人が自己のために他人が代理人のように行為することを知らながら放置し、かつ、この認容を取引相手方が信義則に従い代理人として行為する者が代理権を授与されていると理解しそのように理解してよかった場合である (BGH, NJW 2002, 2325; NJW-RR 2004, 1275 [1277]; LM §167 Nrn. 4, 13)。必要なのは、認識した上での認容 (wissentliches Dulden) であり、一度の認容で足りる (Palandt/Heinrichs, a.a.O., §173 Rdnr. 11)。その限りで、本件で実際に……Yの証人又は他の知人が入札をしていたことも、他人がYのために本件乗用車を購入していたことについてYが具体的な拠り所を持ちこれを知りながら認容したことも、確認できない。

次に外見代理が存在するのは、本人が偽装代理人の行為を知らなかったが注意義務を尽くせば知り得たように思われ、かつ、他方当事者が、本人は代理人の行為を認容し承認すると考えてよかった場合である (BGH, NJW 1981, 1728; NJW 1998, 1854; Palandt/Heinrichs, a.a.O., §173 Rdnr. 13)。……偽装代理人の行為に関してYに負担させるべき義務違反のさらなる要件、つまりYが無権代理行為を予見し阻止する可能性もおおよそ確認できない。...

本判決は冒頭で、c の AG Bremen 2005年や d の OLG Köln 2006年判決同様、有効な契約成立を主張する出品者 X が Y 本人の入札 (承諾) を証明

する責任を負うと判示した。その上で、Xがパスワード利用の事実から入札者をパスワード所有者Y本人と推論したことについて、当時のネット・セキュリティでは無理があるとした。この表見証明を否定する判断では、パスワードをY以外の第三者が冒用するリスクを、(当該パスワードの利用者と取引する)Xが予め想定しておかなければならないことになる。

そこで契約相手を取り違えてYと誤認してしまったXの保護が、問題となる。

本判決も例に漏れず、ネット取引でも「(パスワード所有者Yを契約当事者とする)他人の名の下での行為」への表見代理判例法理の類推適用は可能としつつも、その条件としてdのOLG Köln 2006年判決同様、当該帰責性要件・判断枠組みに当てはまることを要求するが、本件では条件を充たさないと判示した。すなわち、認容代理の帰責要件に準じる「なりすまし行為の認容」はもとより、外見代理の帰責要件に準じる「なりすまし行為の予見・阻止可能性」も確認できない。たとえなりすまされたYが過失により第三者のパスワード冒用を可能にした（「間接的な過失」とでも言うべきか）としても、過失の向きが違うことからそれでは足りず、さりとて、問題のなりすまし行為自体の予見・阻止可能性（「直接的な過失」とでも言うべきか）は本件では認められない。たしかにcのAG Bremen 2005年判決は、コンピュータ・スパイ行為が確認できないことから間接的な過失を推定した上でさらに直接的な過失まで比較的容易に認めていたが、そこでは当該所有者と冒用者の関係は兄弟であった。これに対して本判決では、アカウントを冒用した第三者自体特定されておらず不明である。この違いが、帰責性判断に決定的な影響を及ぼしたとも考えられる。

ところで本判決が外見代理の類推適用にあたり、帰責要件とは対照的に、(認容代理で放棄した)「冒用行為の反復・継続性」要件を維持し続けるかどうかは判然とし¹²⁹⁾ない。

最後にいずれにせよ、Yの名の下で行った第三者がいったい誰なのかを特定した上でこの者による本件冒用行為を証明することが、外見代理の類推適用を主張するにあたり必要となるが、本判決は、この証明はYの協

力がない限り難しいことを教えてくれる。

f LG Aachen 2006年12月15日判決¹³⁰⁾は、「終了後に初めて売買契約が物権法上展開される」本件ネット・オークション取引について、「(契約時に履行行為まで直ちに完了する)現金取引」との違いを強調して、(架空名義が好んで利用されるオークションの実情から)「行為者の自己取引」とした原審の判断を覆した。

そして「他人の名の下での行為」を前提に、本件では eBay ユーザー Y が ID・パスワードを家族構成員 (Familienangehörige) に交付することで、この者が Y になりすまして X と取引するのを可能にしていたことから、「X は認容代理として Y の権利外観責任の存在を援用できる」と判示した。本判決は、結論として認容代理の類推適用を認めた貴重な裁判例であり、早速 AG Saarbrücken 2008年判決¹³¹⁾ (I 1(2)b・2(2)b 参照) もこれに追隨する。ただし、アクセス・データの交付事例では、認容代理の類推適用より前に他人の名の下での行為に関する黙示の承諾による Y への (有権代理に準じた) 効果帰属を疑ってみる必要がある¹³²⁾。

(3) かくして2011年になるまで、ネット取引上のなりすましにおける表見代理の類推適用については下級審裁判例しか見あたらないわけだが、当該「取引との類例が存在する」¹³³⁾ とされるコレクト・コールについて、BGH は2006年3月16日判決¹³⁴⁾で同種の問題を扱った。ここでは電話加入者の権利外観責任に関する判決理由を中心に見た上で、若干の検討を加えたい。なお、受信者料金負担というシステムがとくに若者を魅了し¹³⁵⁾、2006年判決以前の下級審裁判例はほとんどが未成年者関連のものであったことから、ビジネス・モデル自体の問題性が窺われる。

ちなみに2006年以前は、権利外観責任を認める裁判例とそうでないものに分かれていた¹³⁶⁾。

【判決要旨】

1. 電話加入者が——認容・外見代理の原則を越えて——自己の回線を第三者が使用して締結した契約により義務を負うのは、当該回線の使用につき責任を負う場合

である（TKV [電気通信顧客保護令] 16条3項3文）。

2. 電話加入者は、技術的予防安全措置（Vorkehrung）により自己の回線を通した第三者によるコレクト・コールの受信を阻止する社会生活上の義務（Obliegenheit）を負わない。これは、当該加入者が、規制庁に備えられた……ブラックリストへの掲載により当該サービスから身を守る可能性を有するときは、変更されうる。（3は省略）

【事実概要と争点】

遠距離通信企業Xは、……コレクト・コールの受信により生じた費用600ユーロ弱を、受信先の電話加入者Yに請求したところ、Y（母）は、自己の了解なしに16歳の娘が友人のかけたコレクト・コールを受信していたとして争った。

一審は、Xの請求を棄却したため、Xが控訴したところ一転、Y敗訴の判決が下された。そこでYが上告したところ、BGHは、原判決を破棄差し戻した。

【判決理由】

（I省略）II.（1省略）2. ……控訴審裁判所は、Yの娘の行為は外見代理によりYに帰責されうることから、Yは自らあるいは娘がコレクト・コールを受信していたかどうかにかかわらず、通話料金債権につき責任を負うとしたが、この見解に当裁判所は与し得ない。それよりも控訴審裁判所は、その限りで——証明義務を負う——Yの提出した証拠を調べなければならなかったであろう。

a) 家庭電話の使用を許可しただけでは、……コレクト・コールの自動接続契約を締結する……推断的な（schlüssig）代理権授与は看取できない。このように解するには、Yが当該サービスに自己の回線が利用されることにつき同意していたことを必要としよう。この認定を、控訴審裁判所は行っていない。それどころか外見代理の存在から審理しようとしている。

b) しかしながら控訴審裁判所の実事認定では、Xから請求を受けた接続料金に対するYの責任を権利外観により認めることは正当化されない。

aa) 下級審裁判所の裁判例では、電話加入者の家族構成員が電話機でのコレクト・コール……契約を締結する際に、ほとんどがそうであり本件でもYの主張するように、家族構成員が当該契約締結について明示に代理権を授与されていない場合であっても、当該加入者を有効に代理するかどうか争われてきた。少数の公表判決（……）では……、電話加入者は外見代理原則により有効に代理されるという法的外観が主張される。これに対して反対説は、ただ単に番号キーを組み合わせるコレクト・コールを受信しただけでは、受信者が費用負担義務を負う接続サービスの締結につき代理権が授与されているという権利外観は作出されないとして……外見

代理の要件（充足：筆者挿入）を否認する（……）。

bb) 外見代理に関する伝統的基準は……電話機で番号を押して（コレクト・コールに関する：筆者挿入）接続サービス契約を締結する事例には適合しないという後者の反対説に与するべきである。外見代理が存在するのは、……相手方が、本人は当該代理人の行為を認容しかつ承認すると信頼しそのような信頼をしてよかった場合である（踏襲判例、たとえば BGH 1998年 3 月 5 日判決……）。未成年者が反復して一定期間継続的に本件通話を受信しておらず、提供者が、電話加入者は自ら勘定を支払うことで当該サービスの利用を認識しかつ認容すると考えることができな以上、コレクト・コールを受信しただけでは、——本件では確認できなかった——対外的な諸般の事情が存在しない限り、外見代理につき必要な信頼要件事実は充たされない（……妥当な見解、Hanau, Handeln unter fremder Nummer, S. 180）。外見代理原則が通常一般に適用されるのは、取引相手方が……代理権授与を推論しうることを信じさせる代理人の容態が一定期間継続し反復している場合に限られる（BGH 1998年 3 月 5 日判決……参照）。Yが本件法的紛争……以前に……コレクト・コール料金を支払った事実はなかったので、前述の……信頼要件事実は存在しない。

本件のように電話を通して、遠距離通信サービス提供者と回線利用者間で人的接触がなされない場合、電話加入者に帰責される権利外観の契機は……電話回線が単に繋がっていることである。しかしこのことから、利用者の代理権に関する信頼要件事実は発生し得ない。その時々利用者は……匿名である。当該提供者は、……接続サービスを利用するのが電話加入者本人であるか、この者が通話を許した者であるか、それとも無権限の第三者であるか、分からない（かくして妥当なもの、LG Potsdam 2005年 5 月 19日判決……）。

cc) もっとも……家族構成員が電話サービスを利用した場合、電話加入者の契約上の責任が常に問題にならないわけではない。法取引に関わる者はともかく自己の危険領域に分類される第三者の容態につき契約上責任を負わなければならないという外見代理の基礎にある法的考え方は、従来の事例群にとどまらず遠距離通信サービスの領域でも応用できる。この特性は、TKV 16条 3 項 3 文において表出され法的に基礎づけられる。この規定によれば、当該提供者は、電話回線への接続が顧客に帰責され得ない範囲で利用されていたことが証明されたとき、接続料金を顧客に請求する権限を有しない。この規定は、顧客が回線の利用につき責任を負わなければならないかという客観化された観点で、回線接続への第三者の不正アクセスに関する当該提供者と顧客間の危険領域をそれぞれ明確化する（BGHZ 158, 205 [207];

連邦政府の TKV 草案理由も参照……。かくして接続サービスの提供では、実際上完全に技術化された、匿名の大量取引が問題になっている事実を鑑みれば、個々に作出された信頼要件事実はもはや重要でない。(dd) 以下省略)

本判決は、遠距離通信サービスの一つ、コレクト・コール上のなりすまし問題の解決について、表見代理判例法理にとどまらず、おおそ知られていなかった電気通信の競争を規制する TKV 16条3項3文(現在は2007年に廃止の上統合された TKG(ドイツ電気通信法)45 i 条4項1文)にまで言及した¹³⁷⁾。

冒頭で流すアナウンス・テープから、番号のプッシュを承諾と捉えて契約が成立することは自明であった。コレクト・コール事業者の契約相手となりうるのは、匿名の通信サービスでは電話加入者に限られ、本件では16歳の娘の母Yであった。かくしてYを契約当事者とする他人の名の下での行為を前提に、「——多数の類似事件におけるように——外見代理原則により……母に帰責できたかどうかという問題が提起される」¹³⁸⁾。

本判決は、匿名の大量取引への外見代理原則の不適合を認めつつも、かりにこの類推適用により本件を解決したならば次のような結果になるという。すなわち、「本人が偽装代理人の行為を注意義務を尽くせば認識しかつ阻止できた」という伝統的な帰責要件は通常一般に、代理人がすでに過去に無権代理人として行為していたことを前提とする。かくして本件のように偽装代理人が初めてした行為では、個々に作出された信頼要件事実と、本人に対して過失ある行為を非難する基礎がいずれも欠けている。たしかに、容易く外見代理の成立を認めた下級審裁判例も存在するが、本判決は、単なる「電話回線の繋がりは信頼要件事実を作出し得ないため、外見代理の要件を充たしていないとした」¹³⁹⁾。「有料のコレクト・コールが日常一般にかかってくることはない」ため、電話加入者に当該有料通話を予見するよう期待できないこと¹⁴⁰⁾からすれば、当然の結論と言えようか¹⁴¹⁾。

しかし本判決は、外見代理の枠組みでは取引安全保護に限界があることを意識したからこそ、「本当のクライマックス」¹⁴²⁾ と言うべき TKV 16条

3 項 3 文の法的考え方による帰責を検討した¹⁴³⁾。すなわち本判決は、危険領域による責任分配という外見代理の基礎にある考え方に依拠しつつ遠距離通信サービスの特性「匿名の大量取引」を斟酌して特別に規定された TKV 16 条 3 項 3 文から、自己の勢力範囲にある電話回線の冒用が当該加入者（顧客）に帰せしめられるべき範疇に属したかどうか、つまり「加入者がコレクト・コールの受信を妨げるため自己に期待されうるすべてのことをしていたかどうか」が重要であるとする。かくして加入者は、なりすまし防止につき最善を尽くさなかった以上免責されることはなく、「偽装代理人の初めての帰責可能な行為でも」支払義務を負う¹⁴⁴⁾こととなる。これにより本判決は、匿名大量通信サービスの取引安全保護の御旗を掲げて（各事件で個別具体的に問われるべき）「冒用行為の反復・継続性」という外見代理の要件まで放棄し、子に対する親の拡大責任を認める方向性を打ち出した¹⁴⁵⁾。もっとも注意すべきは——割愛した判決理由（II 2 b) dd)）の中で——、「わけても母 Y に、電話回線の完全な遮断や……トーン（プッシュ）信号方式の切断を期待できなかった」ことから、Y の免責を認めている¹⁴⁶⁾。つまり家族構成員との関係では、電話加入者は、技術的予防安全措置により受信を妨げる社会生活上の義務を負わないと最終的に結論づけた点である¹⁴⁷⁾。かくして通信業者の取引安全保護は「消費者保護の陰に隠れてしまった」わけであるが、この結論は「消費者保護を補強するものとして歓迎されるべきであ」ろう¹⁴⁸⁾。そもそも料金未回収リスクは、通信取引一般に内在するものであり、とくに高額なコレクト・コールではすでにその料金に反映されていると推測される¹⁴⁹⁾。

本判決については、「TKV 16 条 3 項 3 文に依拠することで、事実適合的に危険領域の境界線を引くことに成功した」と評されるものの、わざわざ特別法・規定まで持ち出す必要があったのか¹⁵⁰⁾、外見代理を匿名の大量通信取引に適合するよう修正して類推適用すれば足りたのではないかという点が、今後の課題とされている。ただとにかく「大量通信時代において外見代理を熟考する端緒が BGH にはあったわけで」、今後「とくにネッ

ト・ショッピングでは……同種の問題が提起され」よう¹⁵¹⁾。

以上のような、TKV(現在の TKG) という特別法上の取引安全保護規定に基づいて外見代理の伝統的要件に縛られない独自の権利外観責任を模索しようとする姿勢は、大量の匿名取引という遠距離通信サービスの特徴を踏まえたものであり、ネット取引に代表される電子取引の安全保護を考える上でも興味深い¹⁵²⁾。なお本判決後、AG Berlin-Mitte 2009年8月7日判決¹⁵³⁾は、TKG 45 i 条 4 項により、携帯利用者の容態を携帯所有者に帰責する余地を認めている。また学説上も、「電話サービスが家族構成員や第三者により利用された場合における当該加入者の契約上の責任は通常、認容・外見代理原則に直接従うわけではない¹⁵⁴⁾」との説明が定着しているようである。

なお本判決は冒頭で、家庭電話の使用を許可していたとの一言をもって、コレクト・コール契約の締結についてまで黙示の代理権授与の存在を認めることはできないとの見方を示す¹⁵⁵⁾。もっとも、「電話加入者の世帯で複数人（家族構成員や住居共同体の同居者など）が暮らす場合、これらの者に加入者が通信を許す」実情から、範囲の確定は困難であるにせよ（何某かの）黙示の代理権が授与されている¹⁵⁶⁾と考えられる。また夫婦関係では、日常家事に関する法定の共同債務負担授權を規定した BGB 1357 条の適用も問題となろう¹⁵⁷⁾。

2. 契約上の損害賠償責任

ネット取引でなりすましが行われた場合において、1(2)の下級審裁判例のように外見代理の類推適用の可能性自体は認めつつも当該事件で結果的に当該適用による権利外観責任を否認するときは、契約上の損害賠償責任が問題となりうる。

契約締結上の過失法理に基づくなりすまされた本人の損害賠償責任については、下級審で「今までわずか一度、検討されたにすぎない¹⁵⁸⁾」。唯一の LG Bonn 2003年判決(1(2)b)は、本人と取引相手方との間には契約交渉の開始、勧誘 (BGB 311条 2項 1号・2号)いずれも認められず、契約準備段階の信

頼関係は存在しないとして、「法律行為類似の債務関係に基づく義務違反(280条1項, 311条2項・3項)」による責任を認めなかった。その後、本判決の判断は、たとえば LG Münster 2006年判決(1(2)a 参照)により参照されている。

3. 契約外の(不法行為領域で展開された)損害賠償責任

ところで BGH は、インターネット上のなりすましについて、表見代理の類推適用による権利外観責任を扱う2011年判決に先駆け、2009年、2010年の両判決で——I 3で前述したとおり——第三者が(他人の)アカウントや無線 LAN 接続を冒用して著作・商標権を侵害したり競争法に違反したりした場合に、当該アカウントや接続所有者がパスワードの保管不備やセキュリティ設定の懈怠に基づいて損害賠償責任を負うかについて論じている。とくに前者判決には、権利外観責任にまで言及した部分が見受けられる。そのためか上記2011年判決は、権利外観責任を論じる際に両判決を意識し不法行為領域で展開された責任原則との違いを強調し結論を違えていた。かくしてここでは、とくに権利外観責任に言及した2009年判決を中心にしておきたい。

なお、なりすまし行為者に対して、取引相手方が、——StGB(ドイツ刑法)263条(詐欺罪)を「他人の保護を目的とする法律」として適用を主張する——BGB 823条(損害賠償義務)2項および826条(良俗違反の故意による加害)に基づいて不法行為責任を追及できることは言うまでもない¹⁵⁹⁾。

(1) BGH 2009年3月11日判決(Halzband 事件判決)¹⁶⁰⁾は次のとおりである。

【判決要旨】

eBay アカウント所有者がアクセス・データを他人の不正アクセスから十分に防護していなかったため、第三者が当該データを得て保護権を侵害し競争を制限・阻害するのにアカウントを使用するときは、当該所有者は、誰がアカウントの下で行為して契約違反又は保護権侵害の場合に請求されうのかを不明確にする危険を自ら生み出したことを理由に、あたかも自らが行為していたかのように扱われなければならない。

【事実概要と争点】

X₁ は、ドイツで時計・装飾品につき保護を受ける IR 商標（国際登録商標）……Cartier の所有者である。X₂ は、Cartier の装飾品を商い、豹をあしらったデザインの特徴的な Mahango シリーズを展開している。Y は eBay 上 s という ID で登録されている。……この ID の下で、表題「もの凄く …… 素敵な …… ネックレス（Cartier アート）」をつけて、上記シリーズの特徴を備えたデザイン・ネックレス（実際は模造品：筆者挿入）が最低落札価格30ユーロで出品された¹⁶¹。

そこで X₁ は、本件出品が上記 IR 商標から生じる自己の権利を侵害するとともに、営業標識の高い価値を他人がみだりに利用する行為（Rufausbeutung）及び混同惹起（Irreführung）にあたるとして、UWG（ドイツ不正競争防止法）に違反したと主張する。X₂ は、Mahango 装飾品シリーズは芸術作品として著作権の保護を受けるとして、ID „s“ の下で出品された本件模造品は、自己に帰属する UrhG（ドイツ著作権法）上の利用権を侵害するとともに、UWG による補充的給付保護（Leistungsschutz）という観点で請求権を根拠づけると主張する。かくして X₁ は、Y に対して、UrhG 97条（不作為又は損害賠償を求める権利）、MarkenG（ドイツ商標法）14条（商標の所有者の排他的権利；差止命令による救済；損害賠償）、UWG 8条（差止請求権）、9条（損害賠償）により差止め、損害賠償義務等の確認を求めている。

これに対して、Y は、知らないところでアカウントを妻が個人的な目的物の売却に使用し本件ネックレスをオークションに出品していたとして、本件出品につき責任を負わないと反論した。

LG、OLG いずれも、Y は妻の本件出品自体を知らなかったとして、X₁らの請求を棄却した。そこで X₁らが上告したところ、BGH は、原判決を破棄差し戻した。

【判決理由】

（I 省略）II. …… X₁らの上告は正当であり、本件を控訴審裁判所に差し戻す。その……認定に基づけば、本件訴えに理由がないと考えることはできない。

1. 控訴審裁判所は、そもそも Y が妻の犯したであろう権利侵害につき責任を負っていないことから、X₁らには主張された請求権が帰属しないと判示している。この判断は、法律上の再審査に持ちこたえられない。

a) ともあれ控訴審裁判所が、Y が妻の犯したであろう権利侵害につき共同行為者又は関与者として責任を負わないと考えたのは正当である。共同行為者関係（Mittäterschaft共同不法行為）は……意識かつ意図的共同を前提とする（BGB 830条¹⁶²1項1文……）。……関与者として責任を負うのは、少なくとも未必の故意で他人の違法な態度を煽

り又はそれにつき教唆している者に限られる。……これらの要件は、本件で充足されていない。……たとえ Y が、eBay アカウントを通して妻が商品を売却していたことを一般に認識し承認していたはずであったとしても、このことから……本件の権利侵害とされる出品を Y が知っていたとは考えられないであろう。(b) 省略)

c) ……UrhG 及び／又は MarkenG 違反並びに競争制限・阻害の行為者としての責任は考慮される。なぜなら、Y は、アカウントのパスワードを妻が……入手したことに十分注意を払っていなかったからである。当該アカウント所有者がこれを第三者の不正アクセスから十分防護していなかったために、第三者が、この他人のアカウントを入手して使用するとき、当該所有者は、自ら行為していたかのように扱われなければならない。その限りでアカウントに関するアクセス・データを保管する際になされた義務違反は……独立した固有の帰責根拠を意味する。

aa) ……X らの陳述によれば、eBay でアカウントを開設する者は、……その普通取引約款では、登録の際に ID とパスワードを決めておかななければならない。パスワードを、ユーザーは秘匿しておく義務を負う；eBay も、パスワードを第三者に教えない。アカウントの登録は、法人と行為能力の制限を受けない自然人にしか許されていない。アカウントは譲渡できない。

それゆえ、eBay アカウントの……パスワードは、特別な本人確認手段として——契約上も締結前の範囲でも——対外的に特定の名の下での行為を可能にする。その際、アクセス・データの本人確認機能はたとえば便箋、名前や住所の使用を凌駕するものであるとともに、当該データはあらゆる者が……不正利用する可能性を孕むことが、社会生活上知られている。かくして eBay アカウント所有者は、アクセス・データを誰にも知られないよう厳重に保管する一般的な責任と義務を負う。ただし、この義務は、とくに著作権及び商標権などの権利侵害について危険は日常的に高まったであろうから、存在しない。敷衍すれば、第三者でも、eBay のユーザー登録は無料であるため容易くアカウントを開設できるわけだが、この手続きをした後で上記権利侵害を犯すことができる。それゆえ、eBay アカウントのアクセス・データを安全に保管していないことが、著作権や商標権侵害の危険……増大に直結するわけではない。というよりもむしろアクセス・データを厳重に保管していない者の帰責根拠は、当該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るという自ら生み出した危険にあり、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侵害される。

bb) 判例及び学説は、第三者が定めに反してアカウントを……利用したことについて、アクセス・データを第三者に譲渡したアカウント所有者が権利外観原則により責任を負うかという問題と、ともかく第三者に当該データの利用を可能にした者が権利外観責任を負うかという問題を別々に異なって評価する（OLG Köln, NJW 2006, 1676 [1677]; OLG Hamm, NJW 2007, 611 [612]; LG Bonn, CR 2004, 218 [219f] ……; LG Aachen, NJW-RR 2007, 565 ……; AG Wiesloch, MMR 2008, 626 ……; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., §172 Rdnr. 18; Spindler/Weber, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, §164 BGB Rdnrn. 8ff.; Mankowski, CR 2007, 606; Werner, K & R 2008, 554; Herresthal, K & R 2008, 705 [706ff.] 参照）。当該アカウント所有者の責任は、とくにこの者が無権限者の行為を少なくとも知るに及ばなかったであろう（OLG Köln, NJW 2006, 1676 [1677]; OLG Hamm, NJW 2007, 611 [612] 参照）場合や、取引相手方が行為者の自己取引であると考える（Werner, K & R 2008, 554 [555]）か、当該濫用を知り又は過失により知らない（Herresthal, K & R 2008, 705 [709]）場合には当然問題にならない。このように、第三者のアカウント冒用に対する当該所有者の契約上（傍点筆者）の責任が制限されうるのは、……取引相手方の正当な利益が……本人である者の利益よりも保護に値する場合しか責任は正当化されないからである。しかし……無体財産及び給付保護法違反に対する（不法行為上の）責任が問題となっている本件では、eBay アカウントのアクセス・データを嚴重に保管しておかなかった義務違反者は原則として問題の法益の保護よりも優先する利益を主張できないので、なおのこと初めから上記利益較量の余地はない。

cc) ……控訴審裁判所の認定によれば、Yは……パスワードを嚴重に保管しておらず、ともかく妻が難なく知り得たぐらい近づきやすい書齋机に保管する。かくしてYは、第三者が知り得ないようアクセス・データを秘匿する義務に、このデータを使って妻が犯すおそれのある権利侵害に対して責任を負うという意味で、違反している。……出品につき法律違反が犯されうる（BGHZ 173, 188 Rz. 41f. …… eBay における未成年者有害メディア判決参照）場合、考慮される帰責事由は、当該アカウント所有者が、第三者によるアクセス・データの不正利用を知った後も引き続き当該データを十分防護していなかったときに初めて生じるわけではない。というよりもむしろ、すでに初めての、ユーザー・データの不十分な防護に基づく第三者の権利侵害が、自己自身が行為者たる[自己行為者関係上の]行為（*eigenes täterschaftliches Handeln*）として当該所有者に帰責される。ただ通常、損害賠償請求につき要求される過失は、Yが少なくともアクセス・データを妻が権利侵害行為に使用すること

を予見しなくてはならなかったときにのみ肯定されうる。(dd) 以下省略)

本判決は、妻の UrhG・MarkenG・UWG 違反行為を知らない（冒用されたアカウントを所有する）夫 Y の責任について、BGB 830条 1 項の共同行為者あるいは同条 2 項の部分的関与者（教唆者・幫助者）としての共同不法行為は成立しないことから、第三者の不正アクセスから特別な本人確認機能を有するアクセス・データを十分防護しなかったという知的財産法・競争法上固有の帰責根拠に基づいて、Y に著作・商標権侵害ならびに競争法違反の併存的行為者（Nebentäter）として自らが行為していたのと同じ責任を負わせた（いわゆる“Halzband”判決原則）¹⁶³。すなわち Y は、権利侵害を直接犯しておらず、その事実さえ知らないため、共同不法行為の要件を充たさない¹⁶⁴が、X らの絶対的に保護された法的地位（絶対権）が侵害されていた点を重視して、本判決は、「取引相手方の正当な利益が……本人である者の利益よりも保護に値する」かどうかという比較衡量を行うまでもなく、Y に損害賠償責任を負わせたのである¹⁶⁵。かくして絶対権侵害に基づく不法行為責任は、利益較量を重視する（法律行為上の）権利外観責任とは異質であることが分かる¹⁶⁶。なお本判決は踏み込んで、権利外観責任について「取引相手方の正当な利益が……本人である者の利益よりも保護に値する場合」には認められるとしているが、この指針は、「曖昧かつ法律から乖離した比較衡量であり疑義を生じる」¹⁶⁷と言われる。

この不法行為帰責にあたって本判決は、約款上のパスワード秘匿義務の存在から導き出される「アクセス・データの果たす本人確認機能」を重視して、アカウント所有者に、第三者の不正アクセスから当該データを厳重に保管する社会生活上の義務を課した¹⁶⁸。かくしてこの義務に違反したアカウント所有者は、たとえその不十分な防護に基づく第三者の権利侵害が初めてなされたものであっても、アカウントの下で行為している人物が一体誰なのかを「取引上不明確にするおそれがある」危険を自ら生み出した結果、この行為者の同一性を混乱させたこと（Identitätsverwirrung）を

理由に、自ら行為者としての責任を負わなければならない¹⁶⁹⁾。本人確認機能を持つアクセス・データの不十分な保管がなりすましを招くインターネットの世界では、上記の新たな責任モデルが必要とされたのである¹⁷⁰⁾。

かくして本判決は、アクセス・データを第三者の不正アクセスから防護するという厳しい社会生活上の義務を当該所有者に課した上で、この義務違反の事実さえ証明されれば、アカウントを通してなされた UrhG 等違反行為に対する「逃れ得ぬ責任」を認めた点で、「傑出した理論的かつ実務的意義を有する」¹⁷¹⁾。今後、アカウントを第三者が冒用していたという当該所有者の言い逃れは、通用しなくなるだろう¹⁷²⁾。

なお本判決は、UrhG 等違反の侵害行為について、プロバイダーなど中間介在者やアカウント所有者に対して調査義務（Prüfungspflicht）違反を要件に差止責任を負わせる妨害者責任（Störerhaftung）法理¹⁷³⁾や、上記侵害行為者と意識かつ意図的共同のあった合力者を共同不法行為者として損害賠償責任を負わせる構成に加えて、アクセス・データの防護懈怠という社会生活上の義務違反に基づき併存的行為者として当該所有者に損害賠償責任を負わせる帰責モデルを新設することで一段と、当該責任の射程を拡大したものと評価できよう。

ところで学説の一部には、本判決の射程について、ネット取引でなりすまされたアカウント所有者の権利外観責任まで認めたと拡大的に評する向きもあるが、本判決を正確に読む限り、むしろ抑制的であったと考えられる¹⁷⁴⁾。現に——続稿の先取りとなるが——2年後のBGH 2011年判決は、上記の拡大的見通しに「明らかに異論を唱え」、不法行為帰責に関する“Halzband”判決原則は「別の（より厳格な）要件を有する、法律行為上の表示に対する責任義務を根拠づけないことを明確にした」¹⁷⁵⁾。

ともあれ本判決が、パスワードの厳重な保管を怠ったアカウント所有者の帰責根拠について、アカウントの下で実際に行われたのが一体何者なのかを取引上不明確にすることが「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」の著しい侵害につながる

説明した点は、注目に値しよう。パスワードの重要性に依拠した本判決の判断は、不法行為のみならず法律行為上の帰責が問われる次元でも通用する余地が残されているからである。

(2) これに対して、BGH 2010年5月12日判決 (Sommer unseres Lebens 事件判決)¹⁷⁶⁾ は、無線LAN接続に割り当てられた IP アドレスの (第三者) 冒用により著作権 (本件では事件名となった音楽データ) が侵害された場合に、接続所有者の損害賠償責任を認めなかった。(1)の“Halzband”判決原則は、IP アドレスには eBay アカウントに比肩しうる本人確認機能はないこと¹⁷⁷⁾ から、本件に適用できなかつたためである。なお、接続所有者の (妨害者としての) 差止責任については、「無線 LAN ルーターの購入時点で市場一般に行われているセキュリティを目的どおり使用することを怠つたこと、つまり期待される通常一般的なアクセス防護の懈怠 (なかでもプレインストールされたパスワードにつき工場出荷時の初期設定のまま変更を怠つたこと) を理由に認めている。

4. 契約の締結 (成立) と相手方に関する表見証明

ここまで「他人へのなりすまし」を前提にこの他人の権利外観責任を中心に見てきたが、ただ本来は前段階で、他人を契約相手と勘違いする取引相手方は、他人自らが実際に契約を締結していたとしてこの者との有効な契約成立を主張し証明することになろう。その際、「ネット・オークションにおいて……アカウントの下で入札がなされたが、その後、当該所有者がオークションへの参加や意思表示の発信を争うとき……証明責任の緩和」、つまりパスワードを使った入札の事実から入札者をアカウント所有者と逆推論してよいかという表見証明の問題が提起される¹⁷⁸⁾。

裁判例を辿ると、かつての VTX 取引では、1(1) b の OLG Oldenburg 1993年判決は、加入者を実際に自ら効果帰属者として契約を締結した者 (以下、契約締結当事者と略称する) とする表見証明を認めていた。しかしネット取引に移行して一転、複数の下級審裁判例が、セキュリティの不完

全性・脆弱性を理由に、単純なパスワード方式により保護されたアカウント所有者を契約締結当事者とする表見証明を認めない¹⁷⁹⁾。LG Magdeburg 2003年10月21日判決¹⁸⁰⁾は、AG Erfurt 2001年、OLG Köln 2002年（いずれも1(2)a 参照）や LG Konstanz 2002年 4月19日判決¹⁸¹⁾を引用して、「……とくにいわゆる『トロイの木馬』を使い秘密のパスワードを探知して濫用的に使用のおそれがあることが考えられる。かくして……セキュリティ・レベルは不十分だったので、秘密のパスワードが利用されたことから、これを割り当てられていた者が使用していたと十分確実に推論できない。ただ単に……アカウントを保持しているという理由のみをもって、当該所有者が濫用リスクを負担しなければならないわけではない」とする¹⁸²⁾。また1(2)e の OLG Hamm 2006年判決も、c の AG Bremen 2005年や d の OLG Köln 2006年判決に続けて、オークション取引でアカウント所有者本人が入札をしたことの証明責任に関して、落札者と考えられる「Yが eBay で……すでに多数の取引を行ってきたという理由に基づく表見証明は……認められない。当時の……セキュリティでは、秘密のパスワードが利用されていたことから、これを割り当てられていた者を利用者と推論するには足りない」として、各訴訟当事者が自己に有利な諸事情を主張し証明するという証明責任の一般原則に従い、出品をしたX側にあると言う¹⁸³⁾。

このような表見証明を認めない契約締結当事者確定論によれば、取引相手方が、アカウント所有者本人を実際の締結者たる契約相手と証明することは困難となる。かくして上記 AG Bremen 2005年や OLG Köln 2006年判決では、取引相手方たるXは、アカウント所有者が実際の行為者であるという主張を初めから諦めて、名義人（＝アカウント所有者）本人を（必ずしも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）契約当事者と確定する「他人の名の下での行為」を前提にいきなり表見代理の類推適用によりこの者の権利外観責任を争ったわけである。

なお上記の、表見証明をめぐる裁判例の態度変更について、1993年当時はインターネットがまだ緒についたばかりであったが、これ以降、「開か

れた」インターネットでは VTX に比べて、(不正ウィルスやフィッシングなど) 他人のアクセス・データの不正探知・操作の技術的可能性が著しく高まり¹⁸⁴⁾、当該冒用が必ずしもアカウント所有者の過失によるとは限らない現状を指摘することで矛盾なく説明できるかもしれない。LG Münster 2006年判決 (1(2)a 参照) も、なりすまされた「Yは、パスワードにより保護されたアカウントを eBay に保持するというだけでは、危険領域による証明責任の転換により濫用リスクを負担しない(……)。VTX とは異なり、家庭の接続にとどまらず電源及びデータ接続のある、世界中好きな場所からネット・オークションに参加でき、有効な本人確認ができない」とする。ただ一連の表見証明を認めない裁判例に対して、たしかに出品者はネット・オークションの恩恵に与っているとはいえ、アカウント開設者も当該危険なシステムに身を置いたことから、なりすましリスクを一時的に出品者に配分することには説得力がないという指摘¹⁸⁵⁾がある。

- 1) VTX とは、電話回線とコンピュータを使用して文字・画像情報等を家庭の TV 等と受信するネットワーク・サービス(システム)であり、ドイツ・テレコムが1983年から2001年まで“Bildschirmtext”という商標で提供した。わが国では1984年から18年間、“CAPTAIN”という商標で提供され、ホーム・バンキング、チケット・電車・飛行機予約、通販購入等で利用された(技術・安全面の問題は消費者庁のホームページ参照)。
- 2) 「電子取引」概念について詳しくは、Markus S. Rieder, Die Rechtsscheinhaftung im elektronischen Geschäftsverkehr (2004), S. 26ff.
- 3) Dirk A. Verse/Andreas Gaschler, >Download to own<- Online-Geschäfte unter fremdem Namen, Jura 2009, S. 213.
- 4) Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 7. Aufl. (2011), Rz. 159.
- 5) Jana Kieselstein/Sylvia Rückebell, 1, 2, 3... Probleme bei Internetauktionen, VuR 2007, S. 297.
- 6) Niko Härting, Internetrecht, 5. Aufl. (2014), Rz. 460.
- 7) Volker Haug, Internetrecht, 2. Aufl. (2010), Rz. 732. ネット・オークションの歴史と功罪については、Biallaß/Werner, §1 Arten und Anbieter von Internet-Auktionen, in Georg Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion (2007), S. 2, 8f. 参照。
- 8) Kieselstein/Rückebell, a.a.O. (Fn. 5), S. 297. Vgl. etwa auch Johannes Heyers, Manipulation von Internet-Auktionen durch Bietroboter, NJW 2012, S. 2548ff.
インターネット上の法律問題の普遍的特徴については、岡村久道「第1章 総論」同編著『インターネットの法律問題』(新日本法規, 2013年)14頁以下参照。

- 9) Köhler/Arndt/Fetzer, a.a.O. (Fn. 4), Rz. 171. たとえばネット・オークションでは、契約相手となる他方当事者を確かめる術はほとんどなく、「主催者による身分確認と信頼性審査を広範に当てにする」ほかない (Dirk Heckmann, juris Praxis Kommentar: Internetrecht, 3. Aufl. (2011), Kap. 4.3 Rz. 134)。「代理との関連でも、インターネットはいくつかの陥穽 (Fallstricke) を仕掛ける」(N. Härting, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 550)。
- 10) もっとも対面取引でも本人と面識がなければ、本人確認は、司法書士など資格者代理人であっても「国を問わず、悩ましい問題である」(山野目章夫「不動産登記の申請における本人確認情報と資格者代理人の過失」登情574号 (2009年) 11頁)。
- 11) Vgl. Jürgen Oechsler, Die Bedeutung des §172 Abs.1 BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet, AcP 208 (2008), S. 565.
- 12) Jens M. Schmittmann, Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht, K&R 2004, S. 363.
- 13) Georg Borges, §16 Zivilrechtliche Aspekte des Phishing, in ders., a.a.O. (Fn. 7), S. 214.
- 14) Vgl. etwa Ronny Hauck, Handeln unter fremdem Namen, JuS 2011, S. 967.
- 15) Helmut Köhler, Rechtsgeschäfte mittels Bildschirmtext, in Hübner/Schnoor/Florian/Dittrich/Köhler/Katzenberger/Steiner, Rechtsprobleme des Bildschirmtextes (1986), S. 51. ただだからこそ、今日もなお新たに登場する情報・コミュニケーション手段を民法の体系とその価値判断に融合統一することが可能となる (ders., a.a.O., S. 51. Ebenso Stefan Friedmann, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre (1986), S. 6f.; Peter Trinks, Die Online-Auktion in Deutschland (2004), S. 122f.)。
- 16) S. Friedmann, a.a.O. (Fn. 15), S. 6f.
- 17) Carsten Herresthal, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, JZ 2011, S. 1172.
- 18) TAN(トランザクション認証番号)とは、ネット・バンキングの本人認証の一要素として、一定期間または一回限り有効な(いわゆるワンタイム)パスワードを指す。TANは、ID・パスワード認証や指紋・虹彩等の生体認証と並ぶ、フィッシング等への対抗策の一つである。
- 19) Max Ulrich Hanau, Handeln unter fremder Nummer, VersR 2005, S. 1219f. Vgl. Martin Hossenfelder, Pflichten von Internetnutzern zur Abwehr von Malware und Phishing in Sonderverbindungen (2013), S. 185.
- 20) Vgl. Spindler/Schuster/Anton, Recht der elektronischen Medien, 2.Aufl. (2011), BGB § 164 Rz. 10.
- 21) MMR 2008, 626 m. Anm. Tobias Mühlenbrock/Paul H. Dienstbach.
- 22) Mühlenbrock/Dienstbach, Anmerkung zu AG Wiesloch, Urteil v. 20.6.2008, a.a.O. (Fn. 21), S. 631. なお新方式として、番号が事前に決まった「iTAN (indexed TAN)」と、リアル・タイムに生成される「mTAN (mobile TAN)」、 「SmartTAN」、 「ChipTAN」がある。
- 23) Vgl. Georg Borges, Haftung für Identitätsmissbrauch im Online-Banking, NJW 2012, S. 2385.
- 24) 詳しくは、 Köhler/Arndt/Fetzer, a.a.O. (Fn. 4), Rz. 205ff., 米丸恒治「電子取引における認証と個人情報保護——ドイツ新電子身分証明書における認証と個人情報保護技術——」L&T 51号 (2011年) 54頁以下参照。
- 25) Georg Borges, Rechtsfragen der Haftung im Zusammenhang mit dem elektronischen Identitätsnachweis (2011), S. 25, 308. 詳しくは, ders., a.a.O., S. 29ff. 参照。

- 26) Helmut Redeker, IT-Recht, 5. Aufl. (2012), Rz. 1189. Ebenso Köhler/Arndt/Fetzer, a.a.O. (Fn. 4), Rz. 173, 202; P. Trinks, a.a.O. (Fn. 15), S. 122.
- 27) M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 312.
- 28) MMR 2002, 813. Vgl. auch bereits Jörg Birkelbach, Sicherer Homebanking – Ist der Kunde zukünftig das Hauptrisiko?, WM 1996, S. 2099f.
- 29) Kieselstein/Rückebeil, a.a.O. (Fn. 5), S. 302.
- 30) Vgl. etwa Niko Härting, Internetrecht, 4. Aufl. (2010), Rz. 403; D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 108.
なお評価システムについては, Martin Sebastian Haase/Christian Marcel Hawellek, Heise Online-Recht, 3. Ergänzungslieferung (2011), IV Rz. 127ff.; D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 28ff., これを抱える問題については, Ruth Janal, Profilbildende Maßnahmen: Möglichkeiten der Unterbindung virtueller Mund-zu-Mund Propaganda, NJW 2006, S. 870ff. 参照。
- 31) Vgl. etwa Michael Stöber, Die analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB am Beispiel der unbefugten Benutzung fremder Internet- oder Telekommunikationszugänge, JR 2012, S. 225.
なりすましに限らず, 「現在もなお『eBay モデル』は, 契約法上の観点で問題を提起し続ける」(Andreas Klees/Johanna Keisenberg, Vertragsschluss bei eBay – „3...2 (...1)...meins“?, MDR 2011, S. 1214. その経過については, dies., a.a.O., S. 1214f. 参照。Vgl. auch Helmut Hoffmann, Die Entwicklung des Internetrechts bis Mitte 2013, NJW 2013, S. 2646f.)。
- 32) Vgl. Max Ulrich Hanau, Handeln unter fremder Nummer (2004), S. 1; Thomas Lobinger, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 16. 3. 2006, JZ 2006, S. 1078; Carsten Herresthal, Haftung bei Account-Überlassung und Account-Missbrauch im Bürgerlichen Recht, K&R 2008, S. 705.
- 33) NJW 2004, 1328. 【判決要旨】 1. ネット・オークションで他人の識別番号(いわゆる ID)を利用する者は……他人の名の「下で(unter)」行為する。
2. この意思表示が利用された識別番号の真正所有者の同意を得てなされるときは, 当該名義人の取引が成立する。
3. 上記同意がないときは, 行為者は, BGB 179 条(無権代理人の責任)の類推適用により, 他方契約当事者に対して履行又は損害賠償の責任を負う。
- 34) BeckRS 2008, 07470.
- 35) Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 35. Aufl. (2011), Rz. 530; Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. (2012), § 49 Rz. 52ff., § 50 Rz. 107ff.; Burkhard Boemke/Bernhard Ulrici, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2013), § 13 Rz. 114 Beispiel ほか多数。
- 36) NJW 2011, 2421 (= BGHZ 189, 346).
- 37) Ralph Weber, Das Handeln unter fremdem Namen, JA 1996, S. 426 Anm. 1. 詳しくは清水千尋[「他人のの下にする行為』に関する一考察」上法21巻2・3号(1978年)152頁以下参照。
- 38) Michael Sonntag, Vertragliche Haftung bei Handeln unter fremdem Namen im Internet, WM 2012, S. 1614.
- 39) R. Weber, a.a.O. (Fn. 37), S. 426.
- 40) M. Sonntag, a.a.O. (Fn. 38), S. 1614.

- 41) たとえば eBay の約款でも、アカウントの利用は当該所有者にしか許されていない (Georg Borges, Rechtsscheinhafung im Internet, NJW 2011, S. 2400)。
- 42) N. Härting, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 550f. ネットの匿名性のジレンマについては、たとえば Dirk Heckmann, Persönlichkeitsschutz im Internet - Anonymität der IT-Nutzung und permanente Datenverknüpfung als Herausforderungen für Ehrschutz und Profilschutz, NJW 2012, S. 2632 参照。
- 43) A.a.O. (Fn. 32).
- 44) A.a.O. (Fn. 25), S. 133.
- 45) R. Hauck, a.a.O. (Fn. 14), S. 967.
- 46) Christian Förster, Stellvertretung - Grundstruktur und neuere Entwicklungen, Jura 2010, S. 352. 詳細は, Dorothee Einsele, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, JZ 1990, S. 1008ff.; Historisch-kritischer/Schmoeckel, Kommentar zum BGB (2003), §§ 164-181, Rz. 12; Georg Bitter, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung (2006), S. 221ff.; Münchener/Schramm, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. (2011), § 164 Rz. 47ff., ディーター・ライポルト (円谷峻訳)『ドイツ民法総論』(成文堂, 2008年)296頁以下参照。
- 47) Vgl. BGH NJW-RR 2003, 921 (= BGHZ 154, 276); Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), § 164 Rz. 49; Prütting/Wegen/Weinreich/Frensch, BGB Kommentar, 8. Aufl. (2013), § 164 Rz. 36. BGB 164条 (代理人のした表示の効果) 1項・2項
- (1) ある者がその有する代理権の範囲内において本人の名においてすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。その表示が本人の名においてすることを明示してなされたか、本人の名においてすることを示してなされたことが諸般の事情から明らかになるかは問わない。
- (2) 他人の名を示してする意思が明らかにならないときは、自己の名においてする意思が欠けていたことは斟酌されない。
- 48) その重要性の低さを指摘する文献として, Dominik Moser, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung (2010), S. 33, 87。
- 49) OLG Celle MDR 2007, 832. Vgl. Thorsten S. Richter, Vertragsrecht, 2. Aufl. (2013), S. 225.
- 50) Vgl. Köhler/Arndt/Fetzer, a.a.O. (Fn. 4), Rz. 172.
- 51) A.a.O. (Fn. 34).
- 52) Vgl. D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 110. Ebenso etwa LG Berlin NJW 2003, 3493.
- 53) Jens Petersen, Examinatorium Allgemeiner Teil des BGB und Handelsrecht (2013), § 35 Rz. 11. Vgl. Heinz Holzhauser, Der praktische Fall - Bürgerliches Recht: Der flotte Autohandel, JuS 1997, S. 47; Dieter Leipold, BGB I : Einführung und Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2013), § 22 Rz. 17.
- 54) この表現は、清水・前掲注37)96頁を参考にした (後掲注59)も参照)。
- 使用される他人の名前は、フィクション、実在する場合の両方が考えられる (Georg Bitter, BGB - Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2013), § 10 Rz. 58)。
- なお当該行為では、「一見したところ真実の名義人、取引相手方双方の侵害を目的とした犯罪事象が問題となっているように思える」が、必ずしも「そうではな」い (Johannes

Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2012), §28 Rz. 13)。

- 55) なお他人の名の下での行為は、他人の名をいきなり示した行為という上位事例を指す広義で使用される場合も多く混乱を呼ぶ (vgl. Thius Vogel, Eigentumserwerb an einem unterschlagenen Kfz bei Auftreten des Veräußerers unter dem Namen des Eigentümers, Jura 2014, S. 421 Anm. 8) ため、本稿では原則、なりすましに限定した狭義で使用する。
- 56) 清水・前掲注37)97頁参照。
- 57) 清水・前掲注37)172頁以下。
- 58) R. Weber, a.a.O. (Fn. 37), S. 426. Ebenso G. Bitter, a.a.O. (Fn. 54), §10 Rz. 58 usw.
- 59) Vgl. etwa R. Weber, a.a.O. (Fn. 37), S. 427ff. この判例・学説史 (とくにすでに克服された無効説以外) を詳細に紹介したものととして、伊藤進『授権・追完・表見代理論』(成文堂, 1989年) 80頁以下 (初出1965年)、清水・前掲注37)145頁以下、Hans-Jürgen Inhen, Das Handeln unter fremdem Namen (1989), S. 17ff. とくに清水論文は、自己行為 (行為者取引) 説に原則依拠しつつも利益状況の類似性や結果の具体的妥当性から例外的に無権代理人の責任に関するBGB 179条、追認に関する177条・178条、さらに代理法自体の類推適用を認める見解が現れ、その後、例外が逆転し原則となった代理説が登場し支配的となった過程を詳しく紹介・分析する (前掲148頁以下, 152頁以下参照)。
- ただし、婚姻など自らなすべき行為はもとより、アウフラッシングも所轄官庁 (登記官) が関与するため、他人の名の下での行為は無効である (Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), §164 Rz. 40)。
- 60) 清水・前掲注37)173頁。すでに同旨、伊藤・前掲注59)87頁以下。
- 61) 後掲注64)の文献参照。
- 62) G. Bitter, a.a.O. (Fn. 54), §10 Rz. 58.
- 63) より厳密に言えばドイツでは、顕名の意義は、「行為相手方に自己の契約相手方が誰であるかを示す」という相手方の保護にとどまらず「第三者の利益、例えば、代理人の債権者が顕名に対して有する利益の保護」や「間接代理との、直接代理の区別の明確化にも」資すると解されている (顕名の意義をドイツ民法の議論と比較・再考する佐々木典子「顕名の意義——民法100条但書について——」同法65巻2号 (2013年) 184頁以下)。
- ところで最近シュラインドルファー (Benedikt Schreindorfer) は、顕名主義について、法律行為論との関連で興味深い説明を試みる。すなわち、「顕名主義は、法律行為の両当事者はその締結時にその本質的部分 (essentialia negotii) の要素として確定していなければならないという一般的な法律行為論から生じる原則を貫徹するものである。この原則を、ドイツの立法者は……代理法の枠組みでも不可欠のもののみとした」(Verbraucherschutz und Stellvertretung - Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Einschaltung einer Hilfsperson auf Kundenseite beim Abschluss von Verbraucherverträgen (2012), S. 143)。
- 64) Vgl. etwa D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 106ff.; Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), §164 Rz. 36, 41; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 37. Aufl. (2013), Rz. 528ff.; Johannes Heyers, Zurück aus der Zukunft - von Internet-Marktplätzen zu Gebrauchtwagenmärkten, Jura 2013, S. 1038f.; Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. (2014), §164 Rz. 10 usw.

なお、「意思表示は相手方の立場に置かれた客観的な第三者が理解しなくてはならないよう解釈されるべし」という相手方の地平理論（Lehre vom Empfängerhorizont）とその適用範囲を簡潔に説明するものとして、Alexander Stöhr, Der objektive Empfängerhorizont und sein Anwendungsbereich im Zivilrecht, JuS 2010, S. 292ff.

- 65) NJW-RR 1988, 814.
- 66) NJW 1966, 1069 (= BGHZ 45, 193). 【判決要旨】他人の名の下で行為し、この行為者の表示を解釈した結果、名義人自身の行為であると見られるときは、行為者に代理意思がなくとも、代理に関する BGB 164条以下の規定が適用されうる。
詳細については、清水・前掲注37)151頁以下参照。
- 67) この準則は、表見代理が問題となりうる債権行為、無権利者からの善意取得（BGB 932条）も問題となりうる物権行為双方に妥当する（vgl. T. Vogel, a.a.O. (Fn. 55), S. 421）。
- 68) Etwa BGH NJW-RR 2006, 701; BGH NJW 2013, 1946.
- 69) R. Weber, a.a.O. (Fn. 37), S. 430.
- 70) Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), §164 Rz. 45.
- 71) Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. (2011), Rz. 1406.
- 72) Vgl. R. Weber, a.a.O. (Fn. 37), S. 427; Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), §164 Rz. 41.
なお、たとえ行為者が、決して自ら契約当事者となる意思はなくただ名義人を代理する意思しか有しなかったとしても、本文のようになる（BGB 164条2項。条文訳は前掲注47)参照）。
- 73) Vgl. etwa G. Bitter, a.a.O. (Fn. 54), §10 Rz. 59.
- 74) Vgl. etwa N. Härtling, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 553. もっとも、行為者が著名人と瓜二つであったため、本物と勘違いしていたときはその限りでなく、本文後述(4)の問題となる。
- 75) N. Härtling, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 561.
- 76) Vgl. etwa BGH NJW-RR 2006, 701(a.a.O. (Fn. 68)); Boemke/Ulrici, a.a.O. (Fn. 35), §13 Rz. 112f.; Florian Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2013), §25 Rz. 7.
すでに清水教授は、「偽りの名の下にする行為」として紹介した上で、「他人の名を自己の表示手段として用いた場合」と分かりやすく表現する（前掲注37)101頁以下参照）。
ただし対面取引でも、相手方が名義人と契約を締結する意思を有していたときは、本文の限りでない（F. Faust, a.a.O., §25 Rz. 7; Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 64), §164 Rz. 11）。
- 77) Christian Förster, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. (2011), Rz. 460, 514. その他、Dieter Medicus/Jens Petersen, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. (2011), Rz. 83 など多数。この事例で、「行為者はただ身分を知られたくないだけである」（J. Petersen, a.a.O. (Fn. 53), §35 Rz. 12）。本文の宿泊事例が手紙による場合でも、結論は変わらない（Nomoskommentar/Stoffels, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2012), §164 Rz. 72）。
- 78) H.-J. Inhen, a.a.O. (Fn. 59), S. 1. Vgl. etwa Staudinger/Schiemann, Eckpfeiler des Zivilrechts (2012/2013), C. Das Rechtsgeschäft Rz. 208.
講学上、「偽名の下での自己取引（Eigengeschäft unter falschem Namen）」（M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1215 Anm. 5）や「偽名を名乗って行為した者の自己取引（Eigengeschäft des unter falscher Namensangabe Handelnden）」（Nomoskommentar/Stoffels, a.a.O. (Fn. 77), §164 Rz. 72）などと呼ばれる。

- 79) NJW 2013, 1946 (a.a.O. (Fn. 68)). Ähnlich J. Petersen, a.a.O. (Fn. 53), §35 Rz. 12.
- 80) M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1215. Vgl. RGZ 59, 217; RGZ 131, 1.
- 81) Vgl. BGH a.a.O. (Fn. 65).
- 82) Vgl. Boemke/Ulrici, a.a.O. (Fn. 35), §13 Rz. 114. 書面に名前が記載されている場合には意思表示の内容となるがゆえに、名義人が契約当事者と確定されやすいのと同様であろう。ただ例外的に、行為者が自ら契約当事者になる意思で取引をしていたことを相手方が知っているときは、誤表は害さずの原則により、行為者の自己取引と考えて差し支えない (Nomoskommentar/Stoffels, a.a.O. (Fn. 77), §164 Rz. 73 Anm. 242)。
- 83) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), S. 567f.; N. Härtling, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 560.
- 84) D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 109.
- 85) Martinek / Semler / Habermeyer / Flohr / Krüger / Biehler, Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Aufl. (2010), §33 Rz. 62.
なおネット・オークションによる売買契約は、(チャットでのライブオークションを除き) その終了と同時に(出品を申込み、入札を承諾として BGB 145条以下により) 最高価格入札者との間で成立する (vgl. etwa N. Härtling, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 469f.)。
- 86) Vgl. G. Borges, a.a.O. (Fn. 13), S. 214; D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 108; Spindler/Schuster/Anton, a.a.O. (Fn. 20), BGB §164 Rz. 5; G. Bitter, a.a.O. (Fn. 54), §21 Fall Nr. 57 (S. 328). ただし、買主が売主のところで商品を受け取る際に売買代金を支払うことが合意されていたときは、LG (地方裁判所) Bonn 2012年3月28日判決 (NJW-RR 2012, 1008) によれば、売主は ID・アカウントのみを手がかりに(契約相手たる) 買主を観念していないため、その限りでない (ähnlich Peter Gottwald, BGB - Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2013), Rz. 181)。
- 87) Vgl. Jürgen Oechsler, Haftung beim Missbrauch eines eBay-Mitgliedskontos, MMR 2011, S. 631 Anm. 2.
これに対して、「行為者の単なる内心的意思は代理にとってなんら重要でない」ことから、代理意思がなくても直接適用を唱える最近の学説として、Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil : Rechtsgeschäftslehre (2011), §4 Rz. 98f.; J. Petersen, a.a.O. (Fn. 53), §35 Rz. 11。Vgl. auch Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1992), S. 778. わが国でも同旨、佐久間毅『代理取引の保護法理』(有斐閣, 2001年) 20頁。
いずれにせよ他人の名の下での行為は、類推適用であれ代理法の借用により解決される結果、その限りで顕名主義は、関係人のためにする行為(本文前述2(2)a参照)同様、実質的には制限されていると言えるかもしれない。
- 88) T. Lobinger, a.a.O. (Fn. 32), S. 1078.
- 89) なりすまし行為者が、OLG Köln 2006年1月13日判決(II 1(2)d)等によれば、BGB 179条(無権代理人の責任)により責任を負う(ebenso OLG München a.a.O. (Fn. 33); BGH NJW-RR 2006, 701 (a.a.O. (Fn. 68))。ただ行為者がそもそも誰であるか、アカウント所有者の協力がなければ分からない場合や、当該所有者たる両親の同意を得ていない未成年者である(BGB 179条3項2文)場合、上記責任追及は空振りに終わる(vgl. C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 32), S. 706;

Peter Mankowski, Anmerkung zu AG Berlin-Mitte, Urteil v. 28.7.2008, MMR 2008, S. 697)。

- 90) 表見代理には、BGB 171条（ないし170条）から173条までの規定（いわゆる表見代理規定）と、認容代理（Duldungsvollmacht）・外見代理（Anscheinsvollmacht）という判例上創造・発展した法理（以下、表見代理判例法理と称する）がある。

なかでも本稿との関連で重要な後者の要件は、次のとおりである（詳しくは、たとえば拙著『戦後ドイツの表見代理法理』（成文堂、2003年）16頁以下、55頁以下参照。簡潔に説明する最新文献として、Lars Stegemann, Zwei Klassiker des Stellvertretungsrechts: Die Duldungs- und Anscheinsvollmacht, AD LEGENDUM 2014, S. 65ff.)。

認容代理の要件は、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「代理権の外観」）、②本人はこの行為を認識した上で阻止できたのにこれをせず（＝本人の帰責要件「意識的認容」）、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。

外見代理の要件は、②の帰責要件のみが認容代理と異なる。すなわち、一定の反復・継続性を有する無権代理行為を本人は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認識し阻止できたこと（＝「過失（予見・阻止「回避」可能性）」）である。

- 91) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 32), S. 706.
- 92) Johannes Heyers, Handeln unter fremdem Namen im elektronischen Geschäftsverkehr, JR 2014, S. 233f.
- 93) NJW 2009, 1960 (= BGHZ 180, 134 = CR 2009, 450 m. Anm. Markus Rössel usw).
- 94) MMR 2010, 565 m. Anm. Reto Mantz (= BGHZ 185, 330).
- 95) A.a.O. (Fn. 36).
- 96) R. Hauck, a.a.O. (Fn. 14), S. 967. Vgl. auch C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 32), S. 705.
- 97) Etwá G. Borges, a.a.O. (Fn. 41), S. 2403; Niko Härting/Michael Strubel, BB-Kommentar zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, BB 2011, S. 2188; J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 87), S. 631.
- 98) Vgl. Florian Faust, BGB AT: Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos, JuS 2011, S. 1029f.
- 99) 【判例評釈・研究】Boris Schinkels, Anmerkung, LMK 2011, 320461; Astrid Stadler, Handeln unter fremdem Namen durch Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos, JA 2011, S. 627ff; Dimitrios Linardatos, Handeln unter fremdem Namen und Rechts-scheinhaftung bei Nutzung eines fremden eBay-Accounts, Jura 2012, S. 53ff. ほか多数。【学習教材・演習書】R. Hauck, a.a.O. (Fn. 14), S. 967ff.; J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 54), §31 Rz. 21 ほか多数。【研究論稿】M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 38), S. 1614ff.; M. Stöber, a.a.O. (Fn. 31), S. 225ff.; J. Heyers, a.a.O. (Fn. 92), S. 227ff. ほか多数。【基本書】前掲注35)の文献参照。【注釈書】Prütting/Wegen/Weinreich/Frensch, a. a. O. (Fn. 47), § 164 Rz. 45ff.; Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 64), §164 Rz. 11, §172 Rz. 18 ほか多数。これら文献を含む BGH 2011年判決に関する考察は、別稿にて詳細に行う。
- 100) NJW-RR 2012, 1519.
- 101) R. Hauck, a.a.O. (Fn. 14), S. 967.
- 102) G. Borges, a.a.O. (Fn. 41), S. 2400.

- 103) F. Faust, aa.O. (Fn. 98), S. 1029. Ebenso Spindler/Schuster/Anton, aa.O. (Fn. 20), §164 Rz. 9.
- 104) わが国のリーディング・ケースは、最判昭和44[1969]年12月19日民集23巻12号2539頁である。
- 105) 伊藤・前掲注59)77頁以下、清水・前掲注37)95頁以下。
- 106) 『民法総則講義』(日本評論社、2007年)498頁。
- 107) 「契約当事者の確定をめぐる」早稲田ロー7号(2013年)93頁以下。名板貸構成と代理構成から(その前提となる)「契約当事者の確定」問題を再考する論稿として、行澤一人「名板貸責任法理と代理法理の交錯」法教370号(2011年)92頁以下。他にも、鹿野菜穂子「『名義貸しにおける』当事者の確定と表見法理」河内宏ほか編『市民法学の歴史の・思想的展開:原島重義先生傘寿』(信山社、2006年)所収362頁以下など。
- 108) 本稿の骨格部分はドイツ・ハンブルクでの在外研究期間(2011年9月から1年間)中に執筆したため、本文のわが国の現況については統稿に委ねる。
- 109) 「電子契約と民法法理」法教341号(2009年)95頁。
なお「電子コミュニケーションのバーチャルな世界」の発展が伝統的な「法律行為論の領域でヨーロッパやドイツの立法者」に及ぼした影響を指摘するものとして、Rolf Stürner, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012 S. 23 参照。
- 110) 前掲注37)201頁。
- 111) 遠距離通信関連の判例一覧として、N. Härtig, aa.O. (Fn. 6) の付録 (S. 645ff.) が役立つ。
- 112) なお本稿の「はじめに」は長冗になったが、今後続く研究の「はじめに」も兼ねている。
- 113) 詳細は、Ulrich Kleier, Bildschirmtext - Wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen, WRP 1983, S. 534ff.; Helmut Redeker, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 1984, S. 2390ff. 参照。
- 114) NJW-RR 1992, 111.
- 115) NJW 1993, 1400.
- 116) 「表見証明は、生活経験上特定の原因や結果を示していて、特段の個別的諸事情が意味を失うほど通常一般に生じる典型・類型的な事件経過が個別事例で存在する場合に、裁判実務上用いられる。表見証明の要件事実の存在を証明する責任を負うのは、本証をしようとする者である」(D. Heckmann, aa.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 137)。
- 117) NJW-RR 1994, 177.
- 118) Vgl. etwa Georg Borges, aa.O. (Fn. 13), S. 215.
- 119) A.a.O. (Fn. 28).
- 120) その後 AG Wiesloch 2008年6月20日判決 (a.a.O. (Fn. 21)) は、本判決を引用して、ネット・バンキングにつき口座所有者の帰責性を否認した。
- 121) MMR 2002, 127 m. Anm. Andreas Wiebe.
- 122) BeckRS 2007, 04441.
- 123) MMR 2004, 179 m. Anm. Peter Mankowski.
- 124) NJW 2006, 518 = CR 2006, 136 m. Anm. Matthias Wenn.
- 125) ただ筆者個人的には、妻が回収した代理権授与証書を保管不備が原因で夫に窃取・冒用された事件で外見代理の帰責要件「無権代理行為の予見・阻止可能性」を否認した BGH 1975年5月30日判決 (BGHZ 65, 13) と対比すれば、AG Bremen 2005年判決の判断には疑

間が残る（筆者のコメントを含む1975年判決の詳細は、拙著・前掲注90）35頁以下参照）。

- 126) Martinek / Semler / Habermeier / Flohr / Krüger / Biehler, a.a.O. (Fn. 85), § 33 Rz. 64 Anm. 7.
- 127) MMR 2006, 321 (= NJW 2006, 1676).
- 128) MMR 2007, 449 (= NJW 2007, 611).
- 129) なお、本判決で随所に引用されるパラント (Palandt) 注釈書は、帰責性の差違から今なお回復・継続性を外見代理の要件としている (vgl. Palandt / Ellenberger, a.a.O. (Fn. 64), § 173 Rz. 9.12)。
- 130) NJW-RR 2007, 565.
- 131) A.a.O. (Fn. 34).
- 132) Vgl. Spindler / Schuster / Anton, a.a.O. (Fn. 20), BGB § 164 Rz. 7; P. Gottwald, a.a.O. (Fn. 86), Rz. 181.
- 133) N. Härting, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 576.
- 134) A.a.O. (Fn. 32) m. Anm. T. Lobinger (= BGHZ 166, 369).
- 135) Marlene Schmidt, Haftung des Telefonanschlusshabers für die Annahme von R-Gesprächen durch Dritte, Jura 2007, S. 205. Ebenso N. Härting, a.a.O. (Fn. 6), S. 576.
- 136) 詳しくは、Raimund Schütz / Tobias Gostomzyk, Sind von Minderjährigen angenommene R-Gespräche vergütungspflichtig?, MMR 2006, S. 9; M. Schmidt, a.a.O. (Fn. 135), S. 207 Anm. 27; Geppert / Schütz / Ditscheid / Rudloff, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. (2013), § 66j Rz. 15 参照。
- 137) Vgl. Geppert / Schütz / Ditscheid / Rudloff, a.a.O. (Fn. 136), § 45i Rz. 5. ただし、TKV 16条 3項 3文はネット取引に適用できない (vgl. G. Borges, a.a.O. (Fn. 13), S. 216)。
TKG 45 i 条 (異議申立て) 4項 1文
電話加入者がサービス提供者の給付を利用したことにつき責任を負わされ得ないことを証明する限りで、提供者は、加入者に対して報酬を請求する権利を有しない。
- 138) Niko Härting, BGH-R 2006, 868. 外見代理による帰責で問われる行為能力は、代理人ではなく本人に関してであるため、実際の行為者が未成年者であるという本件事実は、その限りで影響を及ぼさない (Schütz / Gostomzyk, a.a.O. (Fn. 136), S. 9)。
なおこれに対して、未成年者を当事者とする契約から出発すれば、法定代理人の同意がない限り、不確定的無効である (BGB 108条 1項)。
- 139) N. Härting, a.a.O. (Fn. 138), S. 868f.
- 140) Ähnlich AG Dieburg MMR 2006, 343.
- 141) Vgl. Spindler / Schuster / Anton, a.a.O. (Fn. 20), BGB § 164 Rz. 10.
- 142) M. Schmidt, a.a.O. (Fn. 135), S. 207.
- 143) Geppert / Schütz / Ditscheid / Rudloff, a.a.O. (Fn. 136), § 45i Rz. 67.
- 144) M. Schmidt, a.a.O. (Fn. 135), S. 208. Vgl. Geppert / Schütz / Ditscheid / Rudloff, a.a.O. (Fn. 136), § 45i Rz. 5. なお BGH 2004年 3月 4日 判決 (Dialer 事件判決. LMK 2004, 114 m. Anm. Jürgen Oechsler = MMR 2004, 308 m. Anm. Peter Mankowski (= BGHZ 158, 201)) が、利用者は「危険のないと思いきデータ・ファイルに危険なプログラムが潜伏することを予見するには及ばない」としたことから、パスワード等を探知するプログラムについても同様であり、「コンピュータの定期点検や……アカウント閉鎖の義務はない」との分析

- (J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), S. 582. Vgl. ders., Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Internet (1. Teil), Jura 2012, S. 422ff.) がある。
- 145) Vgl. Medicus/Petersen, a.a.O. (Fn. 77), Rz. 99; Spindler/Schuster/Anton, a.a.O. (Fn. 20), BGB § 164 Rz. 10. かくして「未成年者保護の問題は、本判決の標的ではな」い (M. Schmidt, a.a.O. (Fn. 135), S. 205)。
- 146) N. Härting, a.a.O. (Fn. 138), S. 869. Vgl. auch Geppert/Schütz/Ditscheid/Rudloff, a.a.O. (Fn. 136), §45i Rz. 70.
これに対して、子に対する親の監護 (教育) 等を強調して本判決の結論に反対する見解として, Schütz/Gostomzyk, a.a.O. (Fn. 136), S. 10, 12。
- 147) Vgl. Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 64), §172 Rz. 18.
- 148) Georgios Zagouras, Eltern haften für ihre Kinder? – R-Gespräche zwischen Anscheinsvollmacht, Widerruf und Wucher, NJW 2006, S. 2369. Vgl. auch ders., Mehrwertdienste und Verbraucher im TKG, NJW 2007, S. 1914ff.
ただツァゴウラス自身は、遠距離通信に関する法律の構造的不備をただ断片的に補う「パッチワーク的な消費者保護」でしかないと批評する (ders., a.a.O. (NJW 2006), S. 2370)。
- 149) Ruth Janal, Rechtliche Fragen rund um das R-Gespräch, K&R 2006, S. 279.
- 150) ヤナル (Ruth Janal) は、TKV 16条 3 項という「顧客保護の規定は、顧客の債務法上の義務範囲を拡大することに適さない」として反対する (a.a.O. (Fn. 149), S. 278)。
- 151) N. Härting, a.a.O. (Fn. 138), S. 869. Ebenso N. Härting, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 579ff.
- 152) Ähnlich Andreas Klees, Rechtsscheinshaftung im digitalen Rechtsverkehr, MDR 2007, S. 187.
- 153) MMR 2009, 783 m. Anm. Peter Mankowski.
- 154) Geppert/Schütz/Ditscheid/Rudloff, a.a.O. (Fn. 136), §45i Rz. 67.
- 155) Vgl. M. Schmidt, a.a.O. (Fn. 135), S. 207.
- 156) R. Janal, a.a.O. (Fn. 149), S. 274. Ebenso Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), §164 Rz. 45a; Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 64), §172 Rz. 18. ただ本判決同様, BGH 1992年 5 月 13日判決 (VersR 1992, 989.) も、親族関係 (本件では父子関係) において (黙示の代理権が広範に授与されているという) 経験則の存在自体は否定した上で、個別具体的事情を精査して黙示の代理権授与を認定する余地は残されていると言う。
なお未成年者であっても、制限行為能力さえ有すれば代理行為を有効にしうる (BGB 165条) が、制限行為能力を理由に無権代理人の責任は負わない (179条 3 項 2 文)。
- 157) Vgl. etwa H. Redeker, a.a.O. (Fn. 113), S. 2394; Wolfgang Borsum/Uwe Hoffmeister, Rechtsgeschäftliches Handeln unberechtigter Personen mittels Bildschirmtext, NJW 1985, S. 1205f.; Spindler/Schuster/Anton, a.a.O. (Fn. 20), BGB §164 Rz. 5.
- 158) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 87), S. 633. ただすでに LG Bonn 2001年 8 月 7 日判決 (MMR 2002, 255 m. Anm. Andreas Wiebe) もごく簡単に触れていた。
- 159) G. Borges, a.a.O. (Fn. 13), S. 214f.
なお刑事責任との関連では、「過失によりアクセス・データを扱っていたり、ましてや意思に基づいて当該データを (転) 交付するときは、……幫助犯として刑法上も責任を負う場合がある」 (V. Haug, a.a.O. (Fn. 7), Rz. 761. Vgl. BGH CR 2008, 726)。

- 160) A.a.O. (Fn. 93).
- 161) とくに ... Halzband, Art Cartier ... Mit kl. Pantere, tupische simwol fon Cartier Haus ...”という記載があったが、この多数のスペルミスは、控訴審裁判所によれば、「ラトヴィア生まれの妻により作成されていたことを示すものである」。
- 162) BGB 830条（共同行為者、関与者）
(1) 数人が共同して行った不法行為によって損害を生ぜしめたときは、各自が、その損害について責任を負う。複数の関与者のいずれがその行為によって損害を生ぜしめたか明らかでないときも、同様である。
(2) 教唆者及び幫助者は、共同行為者とする。
条文訳は、E. ドイツユ/H.J. アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008年）338頁から引用した。
- 163) Vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bergmann/Goldmann, UWG-Kommentar, 3. Aufl. (2013), § 8 Rz. 107f.
- 164) D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 122.
- 165) 「権利者の要保護性がアカウント所有者のそれを通常上回る著作権や商標権では、絶対的に保護される権利の強化が重要である」（vgl. J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 87), S. 631）。
- 166) Vgl. Stefan Maaßen, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11.3.2009, FD-GewRS 2009, 280600; D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 120.
- 167) Nomoskommentar/Stoffels, a.a.O. (Fn. 77), § 167 Rz. 84.
- 168) ただ当該義務の程度について、「家族共同体では弓を強く引きしほってはならない」として厳格にならないようにとの指摘がある（Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Aufl. (2013), Rz. 768a）。
- 169) D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 124f. なお当該義務の範囲と違反の効果については、D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 126ff. 参照。
- 170) Vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz-Kommentar, 3. Aufl. (2010), Vor §§ 14 - 19d Rz. 31.
- 171) Thorsten Beyerlein, Kurzkomentar, BGH EwIR § 14 MarkenG 1/09, 454. Ebenso V. Haug, a.a.O. (Fn. 7), Rz. 760.
- 172) S. Maaßen, a.a.O. (Fn. 166).
- 173) 詳しくは、たとえばハンス＝ユルゲン・アーレンス（浦川道太郎監訳）「講演 ドイツにおける妨害者責任」早比44巻3号（2011年）49頁以下参照。
- 174) Winfried Klein, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, MMR 2011, S. 450.
- 175) G. Borges, a.a.O. (Fn. 41), S. 2403. Ebenso etwa Anna-Julka Lilja, Kommentar zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, NJ 2011, S. 427.
- 176) A.a.O. (Fn. 94). なお本判決を（妨害者責任につき）引用する最新判決として、BGH NJW 2014, 2360. Vgl. auch Georg Borges, Die Haftung des Internetanschlussinhabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte, NJW 2014, S. 2305ff.
- 177) 敷衍すれば、IP アドレスは、アカウントとは違い、実際の利用者ではなく、自己のネット接続へのアクセスを許可する権限を有する接続所有者に割り当てられている。かくして IP アドレスは用途上、具体的時点における利用者の情報を提供するものではない。

Vgl. Stefan Leible/David Jahn, Anmerkung, LMK 2010, 306719; Reto Mantz, Anmerkung, a.a.O. (Fn. 94), S. 568ff.

- 178) D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 135ff.
- 179) Ebenso Georg Borges, Rechtsfragen des Phishing - Ein Überblick, NJW 2005, S. 3317; D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 138 Anm. 208; Köhler/Arndt/Fetzer, a.a.O. (Fn. 4), Rz. 324. これに対して表見証明を認める学説として, Ralf Winter, Anmerkung zu LG Konstanz, Urteil v. 19.4.2002, MMR 2002, S. 836; Peter Mankowski, Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, NJW 2002, S. 2822ff.; ders., Anmerkung zu LG Bonn, Urteil v. 19.12.2003, a.a.O. (Fn. 123), S. 181; Leible/Sosnitzer/Hoffmann, Versteigerungen im Internet (2004), Rz. 182ff.; C. Herresthal, a. a. O. (Fn. 32), S. 710. 詳しい状況は, D. Heckmann, a.a.O. (Fn. 9), Kap. 4.3 Rz. 138ff.; N. Härtling, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 582ff. 参照。
- 180) CR 2005, 466.
- 181) A.a.O. (Fn. 179), m. Anm. R. Winter.
- 182) これに対して場面こそ異なるが, 判例は, EC カードを使い正しい PIN が入力されて現金自動支払機 (以下 ATM と称する) から引出しが行われた場合, 「カード所有者本人またはその代理人が引き出しを行った」という表見証明を原則認める (vgl. M. U. Hanau, a.a. O. (Fn. 19), S. 1219)。
- 183) 最近の表見証明に否定的な裁判例として, OLG Bremen a.a.O. (Fn. 100)。Vgl. auch Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), §164 Rz. 45b.
- 184) Vgl. Martinek/Semler/Habermeier/Flohr/Krüger/Biehler, a.a.O. (Fn. 85), §33 Rz. 63 Anm. 2.
- 185) R. Winter, a.a.O. (Fn. 179), S. 836. 出品者 X が特定のアカウントで最高落札価格による入札があったこととアカウント所有者が誰であるかを主張・証明し, 当該所有者 Y が冒用の事実を証明するという (表見証明を前提とした) 証明責任の分配が, 実情 (つまり冒用のない通常一般的な場合) に適っていよう (ders., a.a.O., S. 836)。