

電子取引時代の 「他人へのなりすまし」と権利外観責任(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——

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、355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、本号）

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

Ⅲ. BGH 2011年5月11日判決前夜までの学説状況

ここではⅡの裁判例状況に続いて、BGH 2011年判決前夜までの学説状況、とくに権利外観責任に関する学説を中心に考察し、続稿のテーマ「ネット・オークション取引におけるなりすましと表見代理の類推適用（要件）論」のリーディング・ケースたる当該判決への軌跡を辿り判決内容を読み解くことに生かしたい。なお、ここで紹介する学説の多くは、Ⅱの裁判例で引用・参照されている¹⁸⁶⁾。

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

(1) ボルズムとホフマイスター (Wolfgang Borsum/Uwe Hoffmeister) はすでに1985年、ネット社会到来前の20世紀終わりに注目された VTX が第三者に冒用された問題（Ⅱ1(1)の裁判例参照）について、取引相手方は冒用者ではなく加入者との間で法律行為が成立したと考えていること（いわゆる行為者の同一性の誤認）から、後者を契約当事者とする他人の名の下での行為を前提に、外見代理の（類推）適用問題について論じる。

ボルズムらは、VTX 取引におけるなりすましへの上記類推適用にあたり——BGH 2011年判決を契機に学説上いっそう激しく争われる——無権限行為の「反復・継続性」という外見代理の伝統的要件を放棄する見解（後述(2) a参照）の存在を知りつつも、次の理由から批判する。

客観的な権利外観に関わる反復・継続性要件は、特段の事情が存在する場合にのみ放棄できる。しかし VTX 取引では、行為者が加入者からパスワードを入手したにちがいないという前提に立って、特段の事情を導き出すことはできない。電気通信網を利用する VTX では、スパイ行為者が「配電盤ボックス、地下ケーブル栓……など自由に立ち入れるネットワーク・ポイント」で、あるいは電話回線を通してパスワード情報を不正入手できる¹⁸⁷⁾からである。

このようにボルズムらは、VTX システムにおけるパスワードの安全性・信頼性を疑問視する立場から、たとえ不注意なパスワードの保管が冒用の原因であったとしても、この有責に作出された権利外観を加入者に帰責できないと結論づける。

ただし、「技術的に『より安全に』利用者の本人確認を行うシステム」、たとえば当時の銀行が採用した「口座番号、PIN、(盗み取られないようコード化された) TAN」による三段階システムが導入されているときは一転、(類推適用される外見代理の) 反復・継続性要件は不要となり、利用者の本人確認に必要な「数字の組み合わせの一致」がそれに代わる¹⁸⁸⁾とともに、加入者側が、当該外観の作出につき帰責性がないことを証明する義務を負う¹⁸⁹⁾。この、VTX 取引において特別なセキュリティ・システムの導入を条件に例外的に上記反復・継続性要件を放棄する(さらに帰責性に関する表見証明まで認める)考え方は、自他ともに「ビデオ・テックス(VTX) 外見代理」と称される¹⁹⁰⁾。

(2) a (1)の、外見代理の容易い成立に慎重な見解に対して、ラッハマンは、パスワードについて、VTX システムにアクセスする際に「鍵の役割」を果たしていること、加入者しか変更できないことから、これを自由に使用できる者は直接または間接的に加入者から入手したと推測できるとした上で、取引安全保護の観点から、外見代理の類推適用の範囲を著しく制限することのないよう主張する。かくして外見代理の(反復)継続性要件は、通常一般に必要なが例外の余地も認められ、まさにその例外がVTX 取引である。

もしこの主張に反対するのであれば、加入者が契約締結上の過失法理に基づく信頼利益の損害賠償責任さえ負わないのか、検討すべきであり、さらにこれも否定的に解して、技術的に完璧なセキュリティ・レベルを追求することにでもなれば、せっかくの「新しいコミュニケーション方式は即戦力性を失ってしまう」と、ラッハマンは憂慮する¹⁹¹⁾。

なお、ラッハマンの見解が LG Ravensburg 1991年判決で採用されたのは、II 1(1) a で見たとおりである。

b ブリンクマン（Werner Brinkmann）は、VTX 事業者は加入者の装置で注文がなされたことを証明すれば、（たとえば家族構成員による）冒用なりすましの事実を加入者が証明できない限り自らが取引したものと扱われるとして¹⁹²⁾、証明責任の分配の枠組みで取引安全保護を目指す。

(3) **a** 他方で帰責性重視の観点から、ケーラー（Helmut Köhler）は、なりすまされた加入者の責任について、この者がパスワードを第三者（たとえば家族構成員や従業員）に意識的に伝達した場合とそれ以外の場合に分けて論じる。そして前者事例については、合意に反した白地証書補充（abredewidrige Blankettausfüllung）に関する原則（後述IV1(4)参照）を類推適用して加入者の権利外観責任を認める。他方、後者事例については、BGB 935条（盗品・遺失物の善意取得の否定）の価値判断およびこれに依拠して判断された（とケーラー自身が考える）BGH 1975年5月30日判決¹⁹³⁾との比較均衡から原則、加入者の権利外観責任を否認しつつも、実際はパスワードの変更など冒用防止措置の懈怠を理由に外見代理の類推適用を想定している¹⁹⁴⁾。

このパスワードの（意識的）交付を分水嶺にして権利外観責任を論じる着眼点は、しばしば後の見解やII3(1)で詳述したBGH 2009年判決（【判決理由】中のII1c)bb参照）で注目され取り入れられている。

b ケーラーと相前後して、レデカーは、帰責性について、一概に答えられないとしながらも、「VTXシステムへのアクセスは……パスワードの入力者に限られ」、「パスワードは加入者ならいつでも変更できる」こと¹⁹⁵⁾から、加入者より（信頼を得て）その交付を受けた者が冒用した場合にこれを認めている。さらに冒用者への交付により、加入者自身が冒用リスクを著しく増大させたこと、取引相手方は「自ら表意者の本人確認をする機会を有しないため」「パスワードを知る者を加入者本人またはその同意を得て行為する者と信じるほかないこと」も理由に付加される。この考え方は、「とにかく商人の領域では無制限に当てはま」り、頻繁にパスワードを変更するなど適切な冒用対策が求められる。ただし一般私人、とくに家族関係では、「VTXは、取引上の通信手段にとどまらず情報提供お

よび娯楽（会話）手段として使用される」ことに鑑みれば、パスワードを家族が知っていることは通常一般にあり得ること、加入者に厳格な冒用対策を求めるのは「家族における通常の、GG（基本法）6条（婚姻、家族、母及び子の保護）により保護された信頼関係」にそぐわないことから、商人関係のように厳しい権利外観責任を認めて加入者に冒用リスクを負担させることはできないとした¹⁹⁶⁾点には注意を要する。

c これに対して、クライエアー（Ulrich Kleier）は、VTX 加入者がパスワードを第三者に交付して取引できる状態にした場合のみならず、パスワードの常時変更可能システムにより他人の不正利用から身を守る可能性を有したにもかかわらず怠ったためなりすまされた場合にも、注意義務違反という批判を甘受しなければならないと言う。要するに、パスワードの変更を怠った点を帰責事由と捉えている。

なお外見代理の反復・継続性要件について、クライエアーは、パスワード・システムが他人の不正冒用から加入者を守るという役割を十分果たしているのであればどの条件つきで不要論へと傾くが、その最終判断は判例に委ねる¹⁹⁷⁾。スタンスとしては、VTX という最新技術の普及に好意的なことから、(2)a のラッハマンに近いと言えようか。

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

ハナウは、博士論文「他人の番号の下での行為」を公表した翌2005年、これをまとめた同名の論稿¹⁹⁸⁾を著し、すでにII1(2)・(3)で見たとおり裁判実務で頻繁に引用・参照されているので、ここではその論稿を中心に、彼の見解を簡潔に紹介したい。ハナウの特徴は、何と言っても従来の「他人の名」に代えて「他人の（パスワードやPIN・TANに代表される、匿名化された）番号」の下での行為という新概念を打ち立てて現代的な電子取引の特殊性を反映させたようにした点にある。

(1) ハナウは冒頭、博士論文等のタイトルをあえて『「他人の名の下」ではなく『他人の番号の下』での行為』とした理由について、生活実態の現

代的変容を指摘して丁寧に説明する。

a 「伝統的に、人々は、法取引において自己の名前により身分を証明してきた。それは、公的機関の身分証明書、運転免許証、さらに旅券等においてである。第三者が法律行為を締結する際に名義人と詐称するとき……正当な名義人として行為し、それにより自らは他人であるという印象を抱かせているので、他人の名の下での行為が存在する」。

「だが最近では……名前ではなく番号により身分を証明するという生活実態が存在する。たとえば、EC カード、キャッシュ・カード、クレジットカードによる支払い、ネット・バンキング、（携帯）電話、ネット・サーフィンやオークションでの番号利用が挙げられる」。

b このように名前に代わる、番号による本人確認（証明）という生活実態の変化に伴い、他人の名の下での行為にも変化が見られる。たとえば EC カードによる ATM での引出しを例に取れば、「カード所有者は……現金を引き出す際に自らが権利者であることを確認しそれにより身分を証明するため、銀行の割り当てた個人の本人確認番号（PIN）を使用する」。ただその弊害として、PIN とともにカードを他人が横領すれば、正当な権利者として現金の引出しが可能となる。

かくして現代的な匿名化された他人の名の下での行為について、ハナウは、他人の番号冒用により「正当な口座所有者が自ら現金を引き出しているという印象を抱かせる」なりすましの実態に即して「他人の番号の下での行為」と呼ぶことを提案する¹⁹⁹⁾。

(2) いよいよハナウは、他人の番号の下での行為について、他人の名の下での行為との異同に留意しつつ、後者同様に代理法を類推適用できるかどうかの検討に着手する。

a 「氏名」概念について、BGB は、(氏名権侵害における差止め(停止と予防)という効果のみを規定した) 12条で、法律上の定義をせずに使用する。氏名は、法律上自然人または法人に帰属し、他人と区別するため永続的に使用される対外的記号であり(判例)、法取引では本人を確認することに役立つ。

しかしながら人の特定には、しばしば職業、年齢、住所など他のメルクマールも加わる。名前だけが唯一の本人確認のメルクマールではない。

ククロクの荷物預かり番号札という古典的事例を例にとれば、コート返却時に、証明記号・簡易な本人証明の文書としてその札と番号により、預けた者の確認がなされる。かくして番号も、法取引において個人のメルクマールであり、名前同様、本人確認の記号として他人との峻別に役立っている。また現代的な事例は、EC カードの PIN である。銀行は、口座所有者が ATM で金銭を引き出す際、名前ではなくカードの挿入と PIN の入力により本人確認を行う。銀行は、口座所有者に割り当てた PIN に取引相手方の同一性を結びつけている。さらにより現代的な事例は、ネット・バンキングである。口座所有者の本人確認は、その「鍵」となる PIN・TAN によって行われる。

b 以上から、ハナウは、番号を、本人確認・証明の観点から名前と同列に置かれうるべき存在とした上で、ただ相手方から見れば次の差違が存在すると言う。

他人の名の下での行為では、取引相手方は通常一般に、行為者を名義人本人と考えていて、代理権を授与された代理人であるとは考えていない²⁰⁰⁾ことから、相手方から見れば、名義人が行為者であると解釈される。この場合において、取引相手方が名義人本人と取引を締結する意思を有するときは、代理規律の類推適用が可能となる。

それでは他人の番号の下での行為でも、取引相手方は通常一般に、行為者を番号所有者本人と考えているのであろうか。

EC カードの PIN は、銀行と顧客がその秘匿を合意していることから、EC カードで PIN を使って金銭が引き出されるとき、銀行は通常、カード所有者本人が引き出しを行っていると考えている。

これに対して電話の場合、電話会社は、通話主を電話加入者と推定できるが、実際はこの者から通話を許された他人かもしれない。受話器を取り上げて番号さえ回せば通話できるからである。電話会社に対して加入者が

通話を許可した者全員を伝えることは、家族関係、ましてや従業員の配置転換がある会社組織では、予定されていない。同様に家庭や業務上のネット接続の場合にも、相手方は、番号所有者本人かこの者から代理権を授与された者を行為者と考えている。

かくして他人の番号の下での行為では、取引相手方が誰を行為者と考えるかについて、他人の名の下での行為と差違が生じうるとしても、ハナウは、結果的に代理法により同様に解決されると言う。すなわち取引相手方が、番号を利用する行為者を番号所有者本人と考えているときは、他人の名の下での行為の場合と同様であることから、代理規定が類推適用される。他方、取引相手方が、番号を利用する行為者を代理人と考えているときは、まさに典型的な代理の問題である²⁰¹⁾。

(3) 続いてハナウは、そもそも他人の名の下での行為に表見代理判例法理を類推適用できるかを考察した上で、他人の番号の下での行為も同様に処理できるかの検討に入る²⁰²⁾。

a 他人の名の下での行為では、「第三者が繰り返し本人の名の下で取引相手方と法律行為を締結し、この相手方が信義則上取引慣習を考慮して行為者を名義人本人と考えてよく、名義人が第三者の容態を知りあるいは過失により知らずそれを阻止しないとき」、取引相手方は、行為者を名義人本人と信頼する。この場合に外見代理を類推適用することについて、VTX取引に関する下級審裁判例（II1(1)参照）は「自明のごとく」承認してきた。

ただ一連の下級審裁判例の中で、唯一 OLG Oldenburg 1993年判決（II1(1)b）だけが、他人の名の下での行為への代理法の類推適用を認めたBGH 1966年判決（I2(3)c aa参照）に基づいて VTX 取引上の結論を導き出したとして、ハナウは、この理路整然とした説明を評価した上で、当該関係者の利益衡量の観点からも支持する。取引相手方の満足はもとより、契約当事者として履行責任を問われる名義人も帰責性をもって権利外観を作出したこと、他人の名の下で行為した者も「濫用的に行為していた」以上（後始末として）名義人から償還請求されて然るべきだからである。

b かくしてハナウは、他人の番号の下での行為への表見代理判例法理の類推適用についても、(1)・(2)a のとおり「名前と番号は同じように身分を証明するメルクマールである」こと、暗証番号で本人確認を行う VTX 取引について上記 OLG Oldenburg 1993年判決は外見代理の類推適用を認めたと評価できることから、肯定する。一般論としては、「番号所有者が、その番号の下で他人が行為することを意識してあるいは過失により知らないで放置し、契約相手方が……他人の番号の下で行為する者は番号所有者本人またはこの者から代理権を授与された者であると理解し、かつ信義則上取引慣行を考慮してそのように考えてよい場合」、当該所有者は履行責任を負うことになる。たとえば「ネット・バンキングの PIN を任意に交付した者は、この濫用的使用を予見しなければならない」ため、外見代理の類推適用を受ける²⁰³⁾。

もっともハナウは、BGH 2011年判決を契機により明確に意識される一大争点、つまり外見代理の伝統的要件を他人の番号の下での行為にも転用して他人による番号冒用の反復・継続性を要件とするかについて、すでに次のとおり懐疑的な見方を示していた。

「暗証番号では、番号による身分証明という強い権利外観が反復的行為という要件を克服する。その限りで、隔地者間での暗証番号の申告は、対話者間での個人的な行為よりも強い権利外観を形成する」。これに鑑みて、すでに上記 OLG Oldenburg 1993年判決は、「暗証番号で操作された VTX 方式で、外見代理についてこの要件を完全に放棄した」と考えられる²⁰⁴⁾。

(4) 最後にハナウ説の意義を筆者なりに簡単にまとめておきたい。

ハナウは、現代の電子取引社会における（アクセス・データの総称としての）「番号」の意義について、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。そしてこれを起点に、ハナウは、番号の冒用という現代型なりすましを、「他人の名」ならぬ「他人の番号」の下での行為に改めた上で、従来の他人の名の下での行為との異同を明確にしつつその特殊性を法律上の問題解決に反映させようと試み

た。このアプローチは、実際 II 1(2)の裁判例の多くがハナウ説を引用・参照していたように、大いに注目・評価されるべきである。

かくしてハナウは、（従来の名義人に相当する）番号所有者が、第三者による番号冒用なりすまし行為を意識してまたは過失により知らないで放置し、契約相手方が、この放置から、他人の番号の下で行為する者は番号所有者本人またはその代理人であると考え、かつ信義則上取引慣行を考慮してそのように考えてよい場合において、番号所有者本人と誤信したときは表見代理判例法理の類推適用、代理人と誤信したときはその直接適用により、当該所有者は権利外観責任を負うと結論づける。

ただし上記（類推であれ直接であれ）適用にあたって、ハナウは、電子取引では（第三者の不正アクセスをセキュリティ上予防する）暗証番号自体が信頼に足る本人確認・証明手段であること、すでに同様の保護方式を採用した VTX 取引について OLG Oldenburg 1993年判決（II 1(1)b）が冒用行為の「反復・継続性」要件を放棄したことから、他人の番号の下での行為一般について当該要件を不要とする。他方で、外見代理に準じた帰責要件である「過失」については、具体的ななりすまし行為に対する予見・阻止可能性と捉えた上で、パスワードの意識的交付を伴う場合に限定している。

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

シュミット (Marlene Schmidt) は、II 1(3)の BGH 2006年判決がコレクト・コールの冒用事例に外見代理の伝統的基準は適合しないとして無権限行為の「反復・継続性」要件を放棄し電話加入者の帰責要件「過失」の判断に重きを置いたが、これには「理論上ほとんど説得力がない」と言う。

さらに BGH 2006年判決は、外見代理の類推適用による取引安全保護には限界があることから、電話加入者はなりすまし防止につき最善を尽くしていたことを証明できない限り免責されないという遠距離通信の取引安全保護を図る TKV 16条 3項 3文をやむなく持ち出したわけだが、その意義と影響について、シュミットは次のように分析する。「遠距離通信サービ

ス企業が、電話加入者との間で実際に契約が成立していたことを説明する」手間を省いた。だが反面、「電話加入者は、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をしていなかったことを証明することでしか免責され」ず、(コレクト・コールを受信した)「未成年者の保護は……劣後せざるを得ない」ことになった。

最後にシュミット自身は、「『音声コンピュータによるコレクト・コールの仲介』というビジネス・モデルが遠距離通信サービス企業に多くの、とくに経済的利益を供与する」実情に鑑みれば、「当該企業に生じた不利益を一般的な(外見代理:筆者挿入)原則から外れて顧客に肩代わりさせる理由が実際にあったのか」として、匿名の大量通信取引の一言でもって上記特別法の規定により取引安全保護を拡大することに疑問を呈する²⁰⁵⁾。

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

これに対して、ネット取引におけるなりすましへの表見代理判例法理の類推適用自体は認めつつも、当該取引の特殊性から「無権限行為の反復・継続性」要件を中心に絶対視しない見解について、紹介したい。なおこの学説には、2で紹介済みのハナウも含まれるであろうし、また当時最新の通信技術であった VTX による取引を萎縮させないように(セキュリティ・システムの導入を条件に)取引安全保護に重点を置く1(2)aのラッハマン(あるいは3)cのクライエアー)も、ネット取引で同種の主張を展開することが予想される。なお、コレクト・コール上のなりすましについてはあったが、BGH 2006年判決が外見代理に関する伝統的基準は当該冒用事例には適合しないと判示していたことは、II 1(3)で前述したとおりである。

(1) フェルゼとガシュラー (Dirk A. Verse/Andreas Gaschler) は、ID、パスワード、PIN・TAN など個人認証手段が第三者に冒用された場合において、当該手段をその所有者が交付していたときは、白地代理権授与と証書 (Blankovollmachtsurkunde) の交付と同列に捉えて表見代理に関する BGB 172条 (代理権授与と証書) 1項の類推適用が可能であるとす。

次に外見代理の類推適用が問題となる場合に、第三者の番号冒用行為が（権利外観に関わる）反復・継続性要件を充足する必要があるかについて、外見代理が直接適用される場面でもあくまで「通常一般に」必要とされるにすぎず、現に下級審裁判例のみならず BGH 判決の中にも強い権利外観が存在する場合には上記要件を放棄するものが散見されること²⁰⁶⁾から、絶対的要件とは考えない²⁰⁷⁾。

ただ対照的に過失による権利外観の作出という帰責要件に関して、注意義務違反の認定には慎重である。パスワード全部の暗記を求めるのは不可能であり紙片に書き留めたとしても、その行為自体に非難可能性はない。かくして保管方法が問題となるが、誰の接近も許さないといった完璧性は求められず、紙片を（机の引出しの、便箋束の下に隠すなど）適切に保管してさえいれば、過失は認められない²⁰⁸⁾。なおこの（保管上の）過失が、外見代理の帰責要件である「冒用行為に対する予見・阻止可能性」といかなる関係に立つのか、必ずしも定かでない。

以上のようにフェルゼらは、ネット取引におけるなりすましへの外見代理の類推適用にあたり、個人認証手段が権利外観として強度であれば反復・継続性要件を絶対視しないため取引安全に傾斜するかと思いきや、帰責要件である過失の認定には慎重な姿勢で臨むとしている。ただパスワードの保管状況しだいでは、過失の認められる余地があり、とくに冒用なりすましの横行する家族関係でどのように判断するのか、微妙となろう。

(2) 外見代理の類推適用にあたり反復・継続性要件を踏襲するかについて、ヘルティンク (Niko Härtig) も、取引相手方が番号冒用なりすまし行為に気づく可能性はアカウント所有者に比べてはるかに低いことから、初めての冒用か反復・継続的な冒用かで区別するのは恣意的であると言う。「すでに初めての濫用事例において権利外観責任を認め、過失により濫用を可能にしたことで足りる」として外見代理原則を拡大する判断は、「事実および利益に適合する」²⁰⁹⁾。

5. 電子取引独自の権利外観責任の構築を目指す見解

4(1)の見解は外見代理の類推適用にあたりパスワードなど「権利外観としての個人認証手段の強度」から伝統的な反復・継続性要件を絶対視しないわけであるが、見方を変えて発展的に捉えれば、権利外観責任を認めるためだけに類推適用という法解釈適用技術を駆使しただけで、権利外観一般法理に基づいて電子取引に適合する独自の責任枠組みを模索していると考えられなくもない。この従来の表見代理類推適用論を克服する姿勢を見せようとしたのが、次の見解であろう。

(1) クレース (Andreas Klees) は、遠距離通信サービスに関するBGH 2006年判決 (II 1(3)) により「外見代理に関する争いは新たな段階に突入した」と言う。外見代理の類推適用に際して無権限行為の「一定の頻度と継続性」という伝統的要件を放棄し、さらに (電気通信に関する) 特別法 (当時のTKV) まで持ち出して権利外観責任の拡大へと踏み出したからである。この拡大を内在的に正当化するのは、「実際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こと、つまり取引安全保護の強い要請である。

その上でクレース自身は、BGH 2011年判決の舞台となるネット・オークション取引まで視野に入れつつ、「学説・判例は、(表見代理以外の: 筆者挿入) 他の場所で、保護に値する当事者双方の利益を適切に調整するとともに、電子法取引の特殊性をも斟酌する事実適合的な解決を作り上げるよう求められている²¹⁰⁾」として、すでに独自の権利外観責任を模索する方向性を示していたと言えよう。

(2) リーダー (Markus S. Rieder) は、パスワード冒用という新タイプのなりすまし事例について——カナーリス (C.-W. Canaris) の信頼責任論の影響を受けつつ——隠れた白地証書補充 (verdeckte Blankettausfüllung)²¹¹⁾ や表見代理との違いを踏まえつつ、2 のハナウ同様「定評のある、権利外観理論という同系列的な問題解決に依拠して」、帰責性に配慮しつつさらなる権利外観責任の発展的事例として積極的に位置づける²¹²⁾。なおパスワードは、法取引において本人確認手段でありそのように理解されていることから、

一定レベルのセキュリティが保たれていれば権利外観としての適性自体は備えており、後はレベルに応じてその強度が決定されるという²¹³⁾。

そして問題の帰責性に関して、リーダーは、定評ある過責主義（Verschuldensprinzip）ではなく、「他の権利外観責任事例と同様、危険主義（Risikoprinzip）に従って査定される」べきであるとする。この危険主義によれば、パスワード所有者は、その冒用リスクにつき「少なくとも相手方よりも支配しとくに自己の利益のために引き受けている」という意味で危険を増大させていなければならない。加えて権利外観原則が抱える法倫理的な弱さの克服には、帰責ファクターが一定の重さに達していることが求められる。かくしてパスワードの所有者が、意識的にこれを冒用者に交付していたときは²¹⁴⁾、意識的に危険を増大させているとともに、帰責性の最も重い「権利外観の意識的作出」が存在するため、権利外観責任が認められる²¹⁵⁾。

ところでリーダーは、帰責性のみならず権利外観責任の成立範囲についても、パスワード冒用に類似する白地証書濫用を参考に、限定的に捉える。すなわち後者事例では、当該証書の「空白」部分が多ければ多いほど、重要でない取引しか上記範囲に含まれないが、「パスワードは、ただ単に署名されただけの、完全に『空白の』白地証書と同視される」。かくして、当該冒用で権利外観責任の成立する「範囲は、パスワードを利用して通常一般に行われる取引に強く制限されてい」て、「『著しい』義務負担を含まな」いことになる。具体的には、「信義則や各事例の諸般の事情が決め手とな」り、たとえば長期間、きわめて重要性の低い業務行為しかなされてこなかったのに突然、この範囲を完全に逸脱する取引がなされた場合、相手方は、信義則に従い取引慣習を考慮すれば、パスワード所有者本人が今回の取引を行っていたと信頼することはできないであろう²¹⁶⁾。

以上のとおりリーダーは、危険主義の立場から「パスワードの意識的交付」という厳格な帰責性を要求するとともに、権利外観責任の成立範囲についてもパスワード冒用に類似する白地証書濫用に準じてかなり限定的に捉えていることが分かる。

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

以上見てきた、表見代理の類推適用を支えとする諸見解に対して、レックナーゲル (A. Einar Recknagel) は、ネット・バンキングに考察対象を限定して、「個人認証手段の厳重な保管」という「顧客の基本的義務 (Kardinalpflicht)」の違反に帰責性を見つとも²¹⁷⁾、他の要件を充足することの困難性から最終的に懐疑的な見方を示す。

まず認容代理の類推適用について、ネット取引の特殊性から否定的である。口座所有者が第三者の冒用を知るのは冒用後であり、その後「口座へのアクセスを遮断し……金融機関に連絡する」。つまり口座所有者は、冒用がなされた時点ではいまだ無権限者の行為自体を知らないため、認容代理の要件を充たさないからである。

次に外見代理の類推適用についても、「使用された IP 番号は、通常一般に各プロバイダーから……割り当てられるため」外観として役立たないこと、(コミュニケーション・チャンネルとして) 開かれたインターネットの「利用は……顧客への帰責とは相容れない」こと²¹⁸⁾、さらに当該バンキングでは冒用が長期にわたり継続的に行われなため外見代理の反復・継続性要件を充たさないことを理由に、否定的な見方を示す。

またかりに、冒用が長期間継続的になされているときは、「自己の口座を閉鎖し銀行に濫用的利用を連絡する」という——「契約上の付随義務」としての——「管理義務 (Kontrollpflicht)」違反による「二次的請求権 (Sekundäranspruch)」, つまり損害賠償責任を問題にすれば足りるとする。

ところでレックナーゲルは、——1(1)でボルズムらが首唱した「ビデオ・テックス (VTX) 外見代理」のように——ネット・バンキングに特化した構想について、開かれたインターネットでは、権利外観の基礎をなす「システムおよび個人認証手段の特別な安全性」が欠落していて、冒用は「必ずしも顧客の過失によるものとは限らないので、特殊なネット・バンキング権利外観 (Online-Banking-Rechtsschein) という方法でさえ顧客に帰責できない」として難色を示す²¹⁹⁾。

7. 契約上の損害賠償責任を導く見解

電子取引でなりすましが行われた場合において、II 1(2)の複数の下級審裁判例やIII 2のハナウ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要件の厳格な当てはめを行い結果的に否認する場合や、外見代理の類推適用自体に否定的な6の見解に倣うときは、アカウント等の所有者に権利外観責任以外の、（債務法領域で展開された）契約上の損害賠償責任を負わせて取引相手方を保護できないかが問われる。現に6の見解は、口座所有者の権利外観責任に代えて、「自己の口座を閉鎖し銀行に濫用的利用を伝える」管理義務の違反による損害賠償責任を主張する。ただ「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（契約締結上の過失）責任について、唯一の裁判例であるLG Bonn 2003年判決がこれを認めなかったのは、II 2で前述したとおりである。

(1) a すでに1(3) aのケーラーは、VTX装置を設置したことでいつでも取引ができるようになったことから、第三者の冒用を予防する措置を講じる義務が発生したとして、契約締結上の過失責任を認めていた²²⁰⁾。また近時シュラム（Karl-Heinz Schramm）も、アカウント所有者は「BGB 311条2項により責任を負うことがある」と言う²²¹⁾。

b ところでハナウが、類推適用する外見代理そのままに「冒用行為に対する予見・阻止可能性」を番号冒用なりすましの帰責要件とする結果、番号の意識的交付を伴わない、単なる保管義務違反では権利外観責任を認めないのは2(3) b・(4)で前述したとおりである。

ただ損害賠償責任との関連で、ハナウは、ネット・バンキングを例に、PIN と TAN を厳重かつ別々に保管する義務を負う口座所有者がこの義務に違反して第三者の冒用を可能にしたとき、BGB 280条1項、282条（241条2項の義務違反による、給付に代わる損害賠償）等により損害賠償義務を負うと言う。かくして損害賠償法上は、他人の番号の下での行為における番号所有者の方が、他人の名の下での行為における名義人よりも厳格な責任を負うことになる²²²⁾。

(2) コツホ (Robert Koch) やホフマン (Jochen Hoffmann) は、ネット・ポータル「一般的な利用関係はとくに第三者のための保護効を伴う契約として形成されている」ことから、「契約違反の容態が他の利用者の財産的利益を危殆化している」ときは、当該「保護効を伴う契約という原則と結びついたBGB 280条1項, 241条2項²²³⁾に基づく責任」を主唱する。すなわちプラットフォーム運営者は、取引が妨害や不正操作を受けずに進行するよう、第三者たる他の利用者まで契約の保護領域の中に含めることに正当な利益を有する²²⁴⁾。かくしてオークション・サイトの約款について、コツホは、契約内容に関わる条項は解釈の一助となるが、さらに「第三者の利益になる条項は、第三者のためにする契約原則によりオークション参加者間でも権利義務を生じさせる」²²⁵⁾として、約款の第三者保護効に着目している²²⁶⁾。具体的にホフマンは、パスワードが本人確認の機能を果たすことから、過失により漏洩した者は約款上の保管義務違反として損害賠償責任を負うと言う²²⁷⁾。

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

(1) **a** ドイツにおいて「他人へのなりすまし」は伝統的に、「他人の名をいきなり示した行為」の中でもさらに「他人の名の下での行為」という類型事例群に細分類・整序されてきた。そして後者は理論上、代理とは対比・区別されたが、紆余曲折を経て代理法による解決を借用（法解釈適用上は類推適用）できないかという問題意識のもと議論されてきた。そしてこの問題は、すでに清水教授の基礎研究時点（1978年当時）で判例・学説上一般に肯定的に解され、ひとまず決着を見た。

b その後は代理法の類推適用を当然の前提に、本稿で見てきたとおり、新しい現代的な電子取引上のなりすましへと舞台を移して、とくに重要性を増す電子取引の安全保護の観点から、表見代理を類推適用してなり

すまされた他人（番号所有者）に権利外観責任を負わせることができないか、活発な議論が展開されている。

aa ところでまず上記問題を論じるにあたって、非対面者間で匿名性が支配する電子取引の世界ではなりすましリスクが総じて高まるという特殊事情に留意しておく必要がある。すなわち電子取引では、本人確認・証明方法が「（顔や声など身体的特徴と資力や名声など社会的評価の結びついた）名前」から（アカウント等の所有者に割り当てられた）ID・パスワードに代表される「（匿名化された）番号」へと変わった点を問題解決に反映させることが求められる。番号を構成する数字やアルファベット自体は名前のように個性を持たないが、番号の特性を生かして暗証方式にするなどセキュリティ機能を付与・強化すれば秘匿性が増すにもかかわらず、本人であることを示す外観としては、従来の「名前」よりも強固なものとなろう。この点を重視すれば、ID・パスワード入力によるアカウント等の利用事実から、取引相手方が、実際の利用者は当該所有者本人であったと信頼してもあながち不当とは言えない。ただ他方で、かつてのトロイの木馬に代表される不正ウイルス、フィッシングやファーミング攻撃など番号を探知する不正技術も日々刻々と巧妙化しているため、常にセキュリティを更新することが課題となる。以上の電子取引の特性を踏まえて「他人の名」改め「他人の番号の下での行為」と呼ぶことを首唱したのが、Ⅲ2のハナウであった。この時代を先取りしたアプローチが瞬く間に受け入れられたことは、Ⅱ1(2)の裁判例で必ずと言っていいほど引用・参照されている事実が物語っている。

bb またなりすましの問題とされる前段階で、なりすまされた他人を契約相手と信じ込む取引相手方は真っ先に、他人自らが実際に行っていたとして、この者との有効な契約成立を主張することが考えられる。一般にこの証明責任は、有効な契約成立を主張する取引相手方にあると考えられているが、パスワードが入力されてアカウントが取引上利用された事実から、当該所有者を実際に自ら（効果帰属者として）契約を締結した者（契

約締結当事者) とする表見証明を認めて取引相手方の証明責任を軽減できないかが議論される。

かつて閉じられた VTX の時代には、表見証明を認めた裁判例もあったが、開かれたインターネットの時代になると一転、セキュリティの脆弱性が強調されて否認の方向へと舵を切った (II 1(1)・(2)および4参照)。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、番号所有者本人を実際の行為者たる契約相手と証明するのは困難となる。

cc そこですでに従来から、名義人を取引主体と信じた相手方を (錯誤取消しではなく) 積極的に保護するために、名義人を契約当事者と確定する待望のアプローチとして「他人の名の下での行為」論が主張されたわけである。この「(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」の確定という解釈テクニクを契機に、実際の行為者 (代理人) とその効果帰属者 (本人) とが分離する場合の代理法を、名義使用者と名義人が問題となる「なりすまし」に類推適用することが可能となる。ただ通常一般に、他人の名の下で行為する権能や事後的同意 (追認) を名義人がなりすまし行為者に与えていることはまれであろう²²⁸⁾。かくして実際は、取引相手方の信頼を保護するため名義人に権利外観責任を負わせることはできないかという意味で、もっぱら表見代理の類推適用が問題になると考えてよかろう。この事実を裏付けるかのごとく、II 1(2)c の AG Bremen 2005年や d の OLG Köln 2006年判決事件では、取引相手方は、アカウント所有者本人が実際に行っていたという主張を端から諦めて、いきなり「他人の名の下での行為」を前提に表見代理の類推適用を争っている。結局、他人の名 (番号) の下での行為は、(相手方から取引主体と誤認された) 名義人 (アカウント所有者) を (当該効果の帰属する) 契約当事者と確定することで表見代理の類推適用というパイパスを通して名義人に権利外観責任を負わせるため考案された法律構成にほかならないと言っても過言ではなからう。

(2) かくして他人の名の下での行為は本稿で考察したとおり、とくに1980年代以降、電子取引に舞台を移して実務上重要な表見代理の類推適用を中

心に議論されてきた。なかでも当該類推適用に際して表見代理の要件をそのまま転用すれば足りるのか、それとも——「他人の番号の下での行為」を首唱したハナウ説（Ⅲ2参照）に傾聴して——電子取引という場面の特殊事情を斟酌して当該要件を修正すべきかという要件論に関して、学説のみならず裁判例上も激しく争われてきた。

とくに類推適用で問題となるのは、表見代理判例法理に関してである。結果として認容代理の類推適用が認められるのは、アカウント所有者がID・パスワードを第三者に交付していた事例（いわゆるアカウント（名義）貸し）や、「娘が繰り返し母の名の下で商品をネット注文するのを意識的に母が放置してきた」事例²²⁹である。ただ前者こそⅡ1(2)fのLG Aachen 2006年判決で問題となったが、後者は「おそらく実際にはほとんど起こらず」（意識的放置とまでは言えないがこれに近いのは1(1)bのOLG Oldenburg 1993年判決ぐらいであろうか）、むしろ現実の問題なのは、過失によりなりすましを可能にした事例で争われる「外見代理の枠組みにおける責任」の方であると言われる²³⁰。したがって以下では、——外見代理自体の類推適用を認めず認容代理を限界とする（つまりアカウント貸しに相当する場合に限定する）かのような見解（Ⅲ5(2)のリーダー）を度外視して——外見代理の類推適用を念頭に話を進めていきたい。

a まず、「他人になりすました者を他人本人である」と信頼した取引相手方の要保護性（善意・無過失）判断の基礎となる外観として、外見代理の伝統的な「無権代理行為の反復・継続性」要件を転用して電子取引上の番号冒用なりすまし行為にも反復・継続性を要求すべきかどうかについて、裁判例、学説とも二つに分かれて激しく争っている。Ⅱ1(3)のBGH 2006年判決は、そもそも現代の遠距離通信上のなりすましに上記要件を当てはめること自体に疑問を呈していた。

aa 一方の見解（とくにVTX取引時代の下級審裁判例（Ⅱ1(1)参照）、Ⅲ1(2)aのラッハマン、2のハナウ、4(1)のフェルゼとガシユラーなど）は、セキュリティと本人確認を兼ね備えた「電子取引上の番号」は当該所有者が秘匿す

る義務を負うとともに、匿名化された番号は、暗証方式など一定のセキュリティ・システムの導入によりむしろ名前以上に強い外観を意味することから、外見代理の類推適用にあたって必ずしも上記反復・継続性要件に固執する必要はないとする。もとより電子署名・認証は信頼性が高いことに鑑みれば、もっぱら問題となるのは ID・パスワード、PIN・TAN 等であろう。これとの関連で、なりすましに利用されたのが（閉じられた）電話回線、（開かれたインターネットの）アカウントやアドレス、（利用者特定に役立つ）IP アドレスいずれであったのかも、上記反復・継続性に代わりうる「信頼に足る強い」外観であったかどうかの判断に影響を与えるものと思われる。かりに eBay のパスワードについてレターヘッドと同じくらい信頼性が低いと考えるならば、上記反復・継続性要件は依然必要となり、その限りで次の見解と結論は同様となろう。

bb これに対して、セキュリティ・システムの不完全性・脆弱性から「電子取引上の番号」の安全性・信頼性に疑問を呈する見解（ネット取引に移行してからの裁判例（Ⅱ(2)参照）、Ⅲ1(1)のボルズムとホフマイスターなど）は、電子取引上のなりすましについても従来どおり反復・継続性を要求して、原則この要件を充足しない限り信頼に足る外観は認められないと言う。とくにパスワードについて、探知・不正操作によるなりすましリスクを否定できない現状を重く見て、信頼に足る外観とは認めず、「冒用行為の反復・継続性」という伝統的な外観要件を充たす必要があるとしたわけである。ただ BGB 172 条が信頼に足る強い外観として法律上規定した「代理権授与証書」についても、偽造の危険性は存在するわけであるから、パスワードに限って上記偽造リスクと比較もせずただ漠然と冒用リスクを指摘しただけで、外観としては信頼に足らないと決めてかかるのはいささか早計にすぎようか²³¹⁾。現にファウスト (Florian Faust) は、いくらパスワード保護システムが完全でないとはいえ、インターネット上のなりすましリスクは、書面や電話による場合に比べて少ないことを指摘した上で、当該リスクは「決してネット取引固有のものではなくすべての遠距離通信

取引に付随している」と指摘している²³²⁾。

cc なおこの点、かりに電子取引における本人確認・証明手段としての番号の意義を重視して一定レベルのセキュリティ・システムの導入・稼働を条件にその外観の強度から反復・継続性要件を放棄する前者aaの見解に立ったとしても、なりすまし冒用者の番号入手方法がセキュリティをかいくぐった不正ウィルス（トロイの木馬など）やフィッシングによるものであったためなりすまし行為を当該所有者は認識・阻止する術を一切持たなかった、つまりこの者は当該行為を今初めて知るに至ったことから帰責事由がなかった²³³⁾ときは、bの帰責性の判断で特段の（不可抗力的）事情を考慮に入れて権利外観責任を否認すれば足りるようにも思われる。

b 次に帰責性に関しては、番号所有者が過失によりなりすましを可能にした場合が主戦場となる。ただ一概に過失と言っても、セキュリティの未導入・未更新やID・パスワードの（共用パソコンへの保存、メモ書きの放置や変更懈怠など）保管・管理不備から、（実際に行われた）なりすまし行為の予見・阻止可能性、詐欺によるID・パスワードの無意識的交付まで幅広く考えられる²³⁴⁾。果たして類推適用される外見代理自体が「無権代理行為に関する本人の予見・阻止可能性」という意味での直接的な過失を帰責要件とすることから、電子取引上の番号冒用なりすましについても、冒用行為自体に関する番号所有者の予見・阻止可能性を当該類推適用の帰責要件と安直に考えるべきであろうか。

aa 電子取引の場面では、パスワードなど重要な暗証番号について保管・管理体制に不備があると、番号冒用なりすましへと直結しやすい。この現実を直視すれば、保管・管理上の過失が認められれば、番号所有者に権利外観責任を負担させるのもあながち不当であるとは言えない²³⁵⁾。とくに家族関係では、これら不備を主因としたなりすましが多く見られるため、取引安全保護の要請は強い²³⁶⁾。だが他方で、同居家族間でパスワード等の厳重な保管を求めることは事実上不可能に近く、Ⅲ1(3)bのレデカーが指摘したようにGG 6条により保護された家族の信頼関係や、パス

ワードは家族が通常知っている場合が多い実情に鑑みれば、(なりすましの切迫した危機を予見させるような特段の事情がない限り) 期待できないと考えることもできる。

bb この点、すでに II 1(2) a の OLG Köln 2002年判決は、番号冒用なりすまし行為を予見する可能性が皆無でなかったからと言って、直ちに外見代理の帰責要件に準じた「過失」を認めることはできないとする。外見代理の忠実な類推適用に注力して「なりすまし行為に対する予見・阻止可能性」を帰責要件とするのであれば、その負担は取引相手方に重くのしかかる。

かくして II 1(1) b の OLG Oldenburg 1993年判決は、帰責性に関する (VTX 加入者負担の) 表見証明を前提にむしろ加入者側が (自己の影響領域内で生じた) 「冒用は自己の関与によるものでなかったことを証明しなければ」免責されないという工夫により、取引相手方の証明責任を軽減する。

また (上記 OLG Oldenburg 1993年判決に関連づけた) II 1(2) c の AG Bremen 2005年判決は、アカウント所有者のパソコンを使って家族が取引をした事実からパスワードの保管不備の推定に始まり、この単なる生活上の保管義務違反から当該冒用なりすまし行為の予見・阻止可能性まで導き出した。なお II 3(1)の BGH 2009年判決は、——たしかに権利外観責任に言及した部分では1(2) d の OLG Köln 2006年や e の OLG Hamm 2006年判決を参照して外見代理に準じた「過失」を帰責要件と考えているようだが——不法行為との関連では、パスワードの嚴重な保管を怠ったアカウント所有者について、番号冒用なりすましを生じさせ契約相手の同一性を混乱させたことを理由に当該帰責を認めている。たしかにこの帰責根拠が直接妥当するのは不法行為領域に関してではあるが、法律行為上の帰責が問われる場面でも通用する余地は残されている。

さらに電子取引という匿名の大量取引の安全保護の観点から、もはや帰責要件で限界を来した外見代理ではなく、BGH は、コレクト・コール上のなりすまし事件に関する2006年判決 (II 1(3)) で一種冒險的に、外見代理の理念を遠距離通信サービスにおいて発展的に継承した特別法 (現行

TKG) を持ち出して、電話加入者がなりすまし防止につき最善を尽くしていない限り免責されないとした。まさしく外見代理は、拡大路線への「岐路に立たされている」²³⁷⁾。ただコレクト・コールについては、消費者たる未成年者に魅惑的なサービスを提供して当該事業者が莫大な利益を得ていたことに鑑みれば、消費者や未成年者保護といった別の観点に配慮することも忘れてはなるまい²³⁸⁾。

cc 他方Ⅲで見たように学説は、番号冒用なりすましに関わる「当該所有者の過失」の意味について理解を異にする。とくにセキュリティの不完全性・脆弱性からパスワード等の番号に過大な信頼を寄せない立場から電子取引上のなりすましにも外見代理の帰責要件を転用して「なりすまし行為自体に対する予見・阻止可能性（いわゆる直接的な過失）」を要求するのか、電子取引上の番号が持つ「本人確認・証明手段としての意義・重要性」に鑑みて番号所有者による当該保管・管理の懈怠（いわゆる「間接的な過失」）で足りるとするのかについて、対立が見られる。この点、BGH 2011年判決がいかなる判断をして決着を付けたのか、興味深いところである。

(3) a 以上の要件論をめぐる争いは、電子取引における外見代理の拡大的類推適用、つまり伝統的な「反復・継続性」要件の放棄と、「無権限行為の予見・阻止可能性からパスワード等の保管・管理上の過失へ」という帰責要件の緩和的転換の是非をめぐる展開されてきた。だが議論は収束に向かうどころか、表見代理の類推適用という法解釈適用上の枠組みから離れて、電子取引独自の権利外観責任の構築を目指そうとする萌芽さえ見られ、続稿で見るとおり BGH 2011年判決を契機にその機運はより高まりを見せる。電子取引上のなりすましで、初期の OLG Oldenburg 1993年判決(Ⅱ1(1)b)は、取引相手方が「信義則上、名義人本人が行為している」と信頼してよかったと述べていたり、(2) a の OLG Köln 2002年判決の理由からも窺い知れるように、取引相手方の信頼の矛先は、代理権どころか(本人の番号の下での行為への)本人の同意にさえ向けられておらず、直裁に言えば、取引相手方は実際の行為者を番号所有者本人と誤信したのである。

このなりすましでは代理権自体に対する信頼保護が問題とされていない事実を鑑みれば、「電子取引独自の権利外観責任の構築」は理論、実務両面で検討に値すべき潮流と言えよう。

b さらにドイツでは上記議論に触発されて、番号冒用なりすましを（番号所有者を契約当事者とする）「他人の番号の下での行為」に整序して代理法の類推適用に委ねてきた裁判例・通説に対して、そもそも当該行為で「問題なのはまさに表意者の本人確認であり」代理とは無縁である、つまり単なる「取引主体の誤認」にすぎないとして、学説上異論が出始め²³⁹⁾、類推の基礎に疑問が投げかけられている。そして上記異論は、BGH 2011 年判決を契機により激しさを増している。かくして電子取引では、他人の番号の下での行為という契約当事者の確定テクニックを駆使して代理法による解決を借用する法律構成が定着したかのように思われたが、「表見代理の類推適用」という実際の紛争場面を経験することによって今一度、なりすましをいかなる法律構成を経て問題解決へと導くべきかという原点に立ち返った感がある。

c 翻って、次のように実際の行為者との契約成立から出発することも選択肢としてあり得ないわけではない。

aa モーゼル (Dominik Moser) は、他人の名の下で行為する者は自ら当事者になる意思で行為するため、当該行為では「代理の状況が存在しない」ことから、外部に示されなかった他人への効果帰属意思 (Fremdwirkungswille) を考慮すべきであるという (いわゆる顕名主義の例外としての) 問題でさえなく、間違った同一性が利用された場合の後始末に関わるものであると言う²⁴⁰⁾。もっとも、なりすまし行為者すべてに代理意思 (正確には名義人への効果帰属という意味でこの者を契約当事者にする意思) がないとは必ずしも言い切れないかもしれない²⁴¹⁾。

ただ行為者が名義人への効果帰属意思を有していたとしても、イーネンは、「他人の名の下での行為は自己の名においてする行為と同一視されるので、この行為者が常に契約当事者である」と言う。それにもかかわら

ず、取引相手方が名義人を契約相手（他方当事者）にしたいのであれば、「新たに契約を締結するか、行為者と名義人との間で契約引受を行わせるしかない」²⁴²⁾。ただこれに対しては、他人の名の下での行為により取引相手方に名義人との取引であることを信頼させた以上、行為者は、顕名により取引相手方に代理取引であることを信頼させた代理人同様、自ら取引する意思であったと主張できないとも考えられよう。

bb ともあれ他人の名の下での行為というパラダイムから脱却して、なりすまし行為者を契約当事者と確定することから出発するのであれば、いかなる法律構成で（名義人を契約当事者と信頼した）取引相手方を保護するのか、その道筋に予め見当を付けておく必要がある。ドイツにあっては、わが国のような名板貸しに関する規定が存在しないため、法解釈適用上、類推適用すべき条文を見つけ出すのに苦労することが予想されるからである。ただ近時——条文こそ明らかにしないが——ファレンティン（Michael Valentin）は、他人の ID を使用したネット・オークション取引の当事者は名義人ではなく実際の行為者であるとした上で、上記使用を名義人が承諾していた場合に限り当該取引の効果が名義人に生じると言う²⁴³⁾。

d かくして、名義人を契約当事者として代理法の類推適用へと誘導した「他人の名の下での行為」の存在とて、もはや盤石とは呼べない。まさにいわば、代理意思を代理法の類推適用の要件としないと判例変更した BGH 1966年判決（I 2(3) c aa参照）以前の振り出しに戻って、「類推の基礎」が果たして本当に存在するのかが問われている。判例・通説に反対する学説からすれば、代理意思すらないなりすましにおいて問題なのは代理権に対する信頼ではなく「行為者の同一性に関する誤認」にすぎないにもかかわらず、それでもなお代理法を類推適用できるのか、ということであろう。ただ名板貸責任の規定を持たないドイツで名義人を契約当事者と信じた取引相手方を保護する法律構成としては、動産譲渡の譲受人の保護を除けば（後述(6)参照）、（他人の名の下での行為を前提とした）表見代理の類推適用しかなかったものと思われる²⁴⁴⁾。

(4) ところでなりすまし以外に、顕名(代理)方式を不問に付して代理法、とくに表見代理を類推適用する事例と言えば、白地証書所持人が当該証書の空白部分を相手方の知らないところで(つまり隠れて)補充した上で相手方に手交した「隠れた白地証書補充」事例が挙げられよう。この事例で相手方は、使者である当該所持人を通して本人が「完全な債務負担表示をしていると信頼」してしまっている。それにもかかわらず、BGH は、代理権授与証書に関するBGB 172条等の類推適用論を展開し踏襲してきた²⁴⁵⁾。

敷衍すれば、リーディング・ケースたる 1963年 7月11日判決²⁴⁶⁾で、BGH は、補充済みの状態しか知らない相手方は白地証書であった事実さえ知らないため、「白地証書を補充する代理権の存在を信頼していたわけではなかった」が、利益状況はBGB 172条の場合と変わらないことからその類推適用により、「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、補充された証書の内容を、自己の意思表示として対抗されなければならない」と判示した。つまり、書面表示の存在を信頼する者は、外見上、当該表示が合意に反して補充され流通させられた白地証書であるという事実を知らないことから、代理権授与証書を目前にして代理権の存在を信頼する者と同様の保護、つまりBGB 172条の類推適用に値すると結論づけたわけである²⁴⁷⁾。

以上から、代理権授与証書に相当する強い外観(本人確認手段)としてのID・パスワード等が当該所有者から意識的に交付されていた場合にBGB 172条を類推適用する見解(Ⅲ4(1)のフェルゼとガシユラー、5(2)のリーダー)が主張されていたことも頷ける²⁴⁸⁾。なりすましでは、たしかに代理権に対する信頼が問題になっているわけではないが、契約当事者(代理方式では本人、なりすましでは名義人)への効果帰属が問題になっているという利益状況の類似性から代理法、とくに表見代理の類推適用により取引相手方を保護する伝統的なアプローチが、唐突で明らかに不当なものと言えないことだけは確かである。ただBGB 172条の類推適用というアプロー

チを採れば、「交付」という帰責要件に縛られるため、過失によりなりすましを可能にした事例への対応が課題となろう²⁴⁹⁾。

(5) 以上ドイツでは、電子取引におけるなりすましへの表見代理の類推適用に関する要件論について、ハナウが電子取引の匿名性から「他人の名」改め「他人の番号の下での行為」と呼ぶことを首唱したように、その特殊性を法的解決に反映させるべきか否かで、裁判例・学説上激しい対立がある。さりとて争いは要件論一点に収斂されているかと思いきや、表見代理類推適用論に決別して電子取引独自の権利外観責任の構築を目指す萌芽が現れるとともに、盤石と思われた「他人の名（番号）の下での行為」の起点をなす「名義人（番号所有者）を契約当事者と確定する」アプローチの信憑性まで疑われ始めている。後者の契約当事者確定に関する問題は、端的に言えば、取引相手方が契約当事者として信頼した「名義人」を中心に考えるのか、実際の行為者がなりすましただけという実態に即して「取引相手方による取引主体の誤認」から出発するのか、つまり取引効果帰属の観点から大局的に眺めるか、それとも実際に行われた行為レベルで考えるかという見方の違いに帰着するものと考えられる。

かくして上記争いについて、ネット（オークション）取引でのなりすましにおける権利外観責任（表見代理の類推適用）をBGHとして初めて扱ったリーディング・ケースたる2011年判決がいかなる裁定を下したのか、さらに本件は過失によりなりすましを可能にした帰責性の限界事例とも言うべき事件であったことから、とくに帰責性に強い関心を寄せてきた学説がいかなる評価・展開を見せるのか、その議論の行方から目が離せない。

(6) なお電子取引上のなりすまし以外に、本稿では取り上げなかったが他人の名の下での行為に関わる現代的問題として、他人の車検証を呈示してなりすまし他人所有の中古自動車を非所有者が譲渡した事例に関する法的処理が判例・学説上議論されてきた²⁵⁰⁾。一見すると、取引安全保護のためには当該事例でも、他人を契約当事者とする「他人の名の下での行為」を前提に表見代理の類推適用を考える道しかなさそうに思える。

しかし最近, BGH 2013年 3 月 1 日判決²⁵¹⁾は, 現在支配的な学説に倣って, ドイツでは日常生活の大量取引に分類される中古車の (しかも本件では現実) 売買では, 他人の名をいきなり示して行為した者自身がアウフラスングの相手になるとした, つまり名義を冒用して当該売却を行った無権利者との取引を前提にした上で, BGB 932条の善意取得規定の適用により動産取引の安全を保護する道を示した²⁵²⁾。本判決は, 自己に有利な法律構成を戦略的に考え選択する余地を取引相手方に認めたとも言えそうであり, この判断は注目に値しよう²⁵³⁾。ただともすれば本判決は, 他人の番号の下での行為において番号所有者を電子取引の当事者と確定する基礎となった BGH 1988年判決 (I 2(3) c aa参照) との整合性という観点で疑義を生じさせ²⁵⁴⁾, そこで提示された判断枠組み・基準を揺るがしかねない。

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——

(1) a 以上の——ドイツにおいてなりすまし問題解決の鍵となる——「他人の名の下での行為」に関する序章的考察は, 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」を措定した上で, 当該類型事例群で契約当事者と確定された「名義人」への効果帰属については実際の行為者 (代理人) と効果帰属者 (本人) とが異なる代理法, なかでも表見代理 (判例法理) の類推適用へと誘導して取引安全保護を図る枠組み・プロセスを明確にした点で有意義であると考え。わが国でなりすましを論じる際にも, なりすまし行為者となりすまされた名義人が別人であるという認識自体が取引相手方にまったくない (代理の前提となる「取引相手方, 代理人, 本人という三者関係」の構図が存在しない), つまり取引相手方は両者を同一人物と捉えて名義人本人と契約を締結したと信じて疑わないことに鑑みて, 少なくとも誤解を生じさせないためにも, (顕名の一種たる) 署名代理の一事例として曖昧な形で議論すべきではなく, むしろドイツに倣い代理と対比・区別した上で議論を始めるべきであろう。とくに昨今のなりすましの舞台となる電子取引では, 約款で個人パスワード等を秘

匿する義務がアカウント等の所有者に課せられているため、そもそも所有者でない別人の行為自体、想定されていないはずである。かくして「他人の名」、最近では「他人の番号」の下での行為に関するドイツの議論は、なりすましに関する基礎研究の停滞したわが国において示唆に富むものと言えよう。

b ただ順番から言えば、番号所有者を契約（締結）当事者と信じる相手方は、この本人が実際に行っていたことを主張し証明するであろうが、その際、パスワードを入力してアカウントを使用した事実からこの使用者を当該所有者とする表見証明を認めて相手方の証明責任の軽減を図るかどうかの問題となる。一方当事者が「契約の有効な成立を主張するとき」、他方当事者が「『不利な取引』から逃れる」ため苦し紛れに「知らない他人がアカウントを利用したとしてこれを争う」²⁵⁵⁾ 事態（いわゆる「番号冒用の濫用的主張」とでも言うべきか）も大いに想定されうること鑑みれば、表見証明を認める実益もあろう。たださりとて通常一般に用いられる簡易なパスワード保護システムでは、スパイ行為による探知リスクが一定程度存在する以上、セキュリティとして脆弱であることも否めない²⁵⁶⁾。

(2) そこで——表見証明に否定的な立場を採ればなおさら——、取引主体を取り違えて名義人を契約当事者と信じた相手方をいかなる法律構成で保護すべきかが問題となるが、そもそも契約当事者の確定という出発点で二つのアプローチに分かれる。磯村教授も近時指摘するように、「他人に名義の使用を許諾し、その名義を信頼して取引をした相手方は、誰と契約を締結したのか、名義許諾者が責任を負う根拠は何か、名義の使用者はどのような立場に立つか等」の議論は、まさに「契約当事者確定の議論と密接不可分である」²⁵⁷⁾。

a 第一のアプローチは、なりすました張本人との契約成立を前提に²⁵⁸⁾、相手方が取引主体の取り違えを理由に民法95条の錯誤無効を主張することが考えられる。だがこの消極的な方法では、名義人本人との有効な契約成立を欲していた取引相手方の期待・信頼にまったく応えられない。

b これを受けてドイツに倣えば、「他人の名の下での行為」という第

二のアプローチが考えられる。すなわち、当該効果が帰属するという意味での契約当事者を措定した上で、なりすましについて、意思表示の一般的解釈原則に従い取引相手方の地平から客観的解釈をすれば、名前が挙示された者との契約締結を信じる相手方は、とにかく名義人を効果帰属者と考えていたことから、名義人が契約当事者と確定される。名前は、代理の場面でしか顕名主義との関係で意味を持たないのではなく、もとより隔地者間でも、取引相手方が名義人の顔や声など特徴を知らないがその名声、信頼、信用力等を当てに契約を締結しているときは、意思表示の内容となり契約当事者を確定する重要なファクターとなろう。

この、名義人を契約当事者と確定する解釈テクニックを駆使することで、顕名（代理意思）の存在とは関わりなく、代理人（実際の行為者）と本人（効果帰属者）とが分離する場合を規律した代理法を、なりすまし行為者と名義人が登場する「なりすまし」にも類推適用することが可能となる²⁵⁹⁾。すでに清水教授が言うように、顕名がないことを理由に代理法による「解決を排除するのは、余りにもドグマ的要件にとらわれすぎたものと思われる」²⁶⁰⁾。取引相手方からすれば、顕名（代理）方式かなりすましかに関わらず、（名義人）本人を契約当事者と信頼したことに変わりはない²⁶¹⁾。むしろ相手方が代理人であることを知ってその代理権を信じた場合よりも代理人を本人と誤認した場合（つまりなりすまし）の方が、「他の手段によって権限を調査することに思い及ばないことが多く」要保護性が強いとさえ言える²⁶²⁾。ただ他人の名の下での行為では通常一般に、（あえて代理権と呼ばないが）当該行為に関する権能が付与されていないため、実際は、当該なりすまし行為者は名義人本人であるとの外観を信頼した取引相手方を積極的に保護する意味でもっぱら（代理制度の社会的信用維持に本来資するはずの）表見代理を借用（転用）していると考えてよい。以上の、名義人に権利外観責任を負わせるために表見代理の類推適用へと誘導する流れは、周知のとおりわが国の判例・通説も採用するところである。

c これに対して、aのように実際になりすまし行為をした者との契約

成立を前提に、表見代理の類推適用以外の方法で、なりすましを可能にした名義人に権利外観責任を負わせて積極的に取引相手方を保護する法律構成は考えられないのであろうか。

aa この点とくにわが国では、名板貸責任を規定した商法14条、会社法9条等（さらにはその源泉たる民法109条）をモデルにした法律構成（法解釈適用上は類推適用あるいは「法理・法意に照らす」）が検討に値しよう²⁶³。名板貸責任が、「別人格の者に代理権を与えたような外観を作出した場合……（代理型）」ではなく「自己自身が行為者のような外観を作出した場合……（本人型）」に関する規定であること²⁶⁴からすれば当然の選択肢であろう。本稿で扱ったドイツでも、実際に表見代理の類推適用を認めたLG Aachen 2006年判決(II1(2)f)は実質的には、わが国で言う「名義貸し」に類似するものであった。IV1(3)dで前述したとおり名板貸しに関する規定がないため、認容代理の類推適用を持ち出すほかなかったと考えられる²⁶⁵。もとより署名代理を他人名義での契約締結と広く捉えれば、名義冒用以外に、(名義人の了解を得た)名義貸事例も射程に入ってくるはずである²⁶⁶。

bb ただこの構成に理論上の難点があるとすれば、おそらく名板貸しに準じた厳しい帰責性「名義（電子取引ではID・パスワード、つまりこの入力によるアカウント）使用の許諾」を要件とすることから、名義冒用なりすまし行為を名義人が知りながらあえて放置する場合に（法的判断として）黙示の許諾を認定するのが限界であり、——ドイツで外見代理の類推適用が問題となる——過失によりなりすましを可能にした場合は権利外観責任の範疇から除外されよう。この点で取引安全保護を優先させようとするのであれば、表見代理の類推適用による判断枠組みの方が柔軟性を有し優れているかもしれない²⁶⁷。

またそもそも論として、「他人に名義の使用を許諾した者は、一般に、取引の相手方……との関係では、あくまで自己が、その取引主体として、法律上の権利義務を取得し得る地位に就くことを承認しているものであり、ただ、当該取引の結果による経済上の利益を名義借主に帰属させる、

という意味を有しているにすぎない」との批判も成り立ち得よう²⁶⁸⁾。磯村教授も、相手方の信頼と名義使用の許諾を重視して契約当事者を確定する一般原則から見れば、むしろ実際に行爲した名義(板)借主との契約成立を前提した「名板貸責任の規定のあり方そのものを見直す必要がある」と言う²⁶⁹⁾。さらに、特別法である商法を一般法である民法が類推適用するのは、「本末転倒(特別の場合だからこそ特別法)であり許されるべきでない」と考えられなくもない²⁷⁰⁾。

(3) ここでは引き続きドイツに倣い、とくに電子取引における(「他人の名」改め)「他人の番号の下での行為」を前提にして考えていくと、表見代理の類推適用論が中心となる。

a aa まず取引相手方の「善意・無過失」判断の基礎となる外観について、ドイツでは、どの程度の強さが要求されるかという点に細心の注意が払われてきた。BGB 171条、172条が代理権授与通知、代理権授与証書をそれぞれ規定している点に鑑みて、表見代理判例法理の権利外観要件として一般に、本人が認容したあるいは予見し阻止できた「無権代理行為が反復・継続的に行われていたこと」が求められている。ただ電子取引では本人確認・証明としてのID・パスワード等の意義・機能に鑑みて、当該なりすましへの表見代理判例法理の類推適用にあたっては、セキュリティ・システムの存在・レベルやID・パスワード等の秘匿義務から上記反復・継続性要件を(例外または原則的に)放棄できないのが今なお議論されている(1(2)a参照)²⁷¹⁾。

bb これに対して、帰責性を(基本代理権ないし基本権限以外に)独立の要件としないわが国では、ドイツ以上に、たとえばID・パスワードでログインするアカウントが信頼に足る外観と言えるかどうかについて慎重な判断が求められることは言うまでもない(後述b参照)。

かりに初めての番号冒用行為で足りると考えたとしても、次に、当該外観がカバーする取引の種類・範囲の線引きという問題が提起されよう。さもなくば、ID・パスワードを当該所有者が意識的に交付していた場合などは

その帰責性を強調する余り、この者に際限ない責任が課せられないとも限らない。極端な話、なりすましてしまえば、できないことはないからである。

cc この点、II 1(2)d の OLG Köln 2006年判決や III 5(2)のリーダーの見解が参考になろう。

前者判決は、自己のアカウントを通じた、第三者（女友達）による日常の小規模な取引を当該所有者が認容していたとしても高額な自動車取引までは予見・阻止できなかつたとして、外見代理の成立を認めなかつた。他方リーダーは、パスワードについて、ただ単に署名されただけの、完全に「空白の」白地証書と同視されるとして、白地証書濫用に準じて権利外観責任の成立範囲を通常一般的な取引に限定した。電子取引上のなりすましがとくに家族関係で多発する現状に鑑みれば、上記成立範囲については、本人との関係で通常一般に許される、たとえば配偶者関係に準じて生活必需品の取引に限定することも考えられよう。このように考えるとわが国の立法論としても、なりすまし取引の安全保護、なかでも名義貸的規律を設けるのは、（民法改正中間試案「第4 代理 9 権限外の行為の表見代理」本文(2)のように）民法110条ではなく（商法の名板貸責任の生みの親である）109条との関連で規定する方が適切なようにも思えてくる²⁷²⁾。

b aa 次に帰責性について、わが国とは対照的に（取引相手方の信頼を惹起した）権利外観に対する本人の関与を帰責要件とするドイツでも、さすがに電子取引上のなりすましでは取引安全保護の観点から軽視するかと思いきや、「（反復・継続的な）番号冒用なりすまし行為への番号所有者の関与」を重視する基本姿勢のもと、慎重な議論が展開されていた。すなわち、なりすまし行為者へのパスワードの意識的交付を帰責要件としていわゆるアカウント貸しを表見代理類推適用の限界とする見解（III 5(2)のリーダー）に始まり、外見代理の類推適用まで射程に収める裁判例や学説でも、第三者に冒用されたパスワードにつき当該所有者が保管・管理を怠ったという意味での「間接的な過失」が認められても、不法行為帰責根拠としてならいざ知らず（II 3(1)の裁判例参照）、（法律行為上の履行責任としての）権利外観

責任では、外見代理の類推適用を忠実に[・]行[・]うのであれば、電子取引でも伝統的な帰責要件を転用して「問題[・]の[・]なり[・]す[・]まし[・]行[・]為[・]自[・]体[・]に[・]対[・]す[・]る[・]予[・]見[・]・[・]阻[・]止[・]可[・]能[・]性[・]」という意味での「直[・]接[・]的[・]な[・]過[・]失[・]」がない限り当該責任は認められないとする見解が[・]い[・]ま[・]だ[・]根[・]強[・]い (1(2)b 参照)。

bb これに対してわが国では、たとえば河上教授は、なりすまされた「本人による ID やパスワード等の本人確認情報の管理がずさんであった」場合に本人への効果帰属を認める約款を「必ずしも無効ではない」と考える²⁷³⁾ことから、約款がなくてもこの場合に表見代理類推適用の帰責要件を充足すると判断することもあり得よう。他方で帰責性重視の観点から、中舎(寛樹)教授は、察するに(「名義」を「アカウント」に置き換えて)表見代理類推適用の限界をアカウントの使用認容(またはこれに類するアカウント貸し)に見い出すことになろう²⁷⁴⁾。大中(有信)教授も、判例・学説の分析から「実印の交付」を「本人の基本代理権授与行為と同等」の帰責根拠と考えていることから、これに相当する ID・パスワードの交付が当該類推適用の限界事例となろうか²⁷⁵⁾。なお——名義貸しつながりでは——東京地判平成21〔2009〕年2月5日判時2051号90頁は、ネット証券口座の冒用なりすまし取引について、口座所有者 Y が ID 等を冒用者に交付していたこと以外に、その後行われた信用取引を知りながら異議を述べていなかったことも付加することで、Y への本件取引の効果帰属を慎重に判断しているようにも思える。

このようにわが国では一般に、そもそも類推適用されるべき民法110条の「基本代理権」要件が本人のいかなる帰責性を斟酌するののかにつき漠然とした抽象的説明(いわゆる報償責任や危険責任)に終始してきたこと、ただこれとの関連であくまで帰責性を独立した要件として格上げはしないこと、基本代理権要件を本来代理の問題でない「なりすまし」に転用せざるを得ないことから、なおさら電子取引という特殊な場面では、権利外観責任の帰責性をめぐって混迷を来すことが予想される。これを暗示するかのごとく、夏井(高人)教授は、「基本代理権またはこれと同視できる法律

関係が存在していること」に加えて、なりすまされた本人に「帰責事由があること」を民法110条類推適用の要件としている²⁷⁶⁾。

さらにわが国では一般に上記のとおり、民法110条の基本代理権要件以外に、さらなる帰責性を独立の要件とする必要はないと考えられているため、電子取引上のなりすましへの類推適用に際しては、次の問題も生じよう。電子取引における本人確認・証明手段としての「(ID・パスワード等の)番号」の重要性から、当該利用の事実を、番号所有者本人が行っていたことを信頼するに足る外観と取り急ぎ判断してしまうと、コンピュータ・スパイ行為により番号が不可避的に探知されていた場合に、この特段の(不可抗力的)事情を善意・無過失要件で汲みあげて権利外観責任を否認する必要が出てくるが、この作業は想像以上に困難を極める²⁷⁷⁾。一定レベルのセキュリティを装備した電子取引では、「番号」が外観として「名前」以上の強い信頼性を持つことになるが、さりとてスパイ行為による探知リスクも否定できない。本来このような場合に、帰責要件の果たす役割は大きいはずである²⁷⁸⁾。

(4) 以上、ドイツにおける電子取引上のなりすまし、ハナウ流に言えば「他人の名」改め「他人の番号の下での行為」につき展開された——BGH 2011年判決前夜までの——表見代理類推適用(権利外観責任)論からわが国のなりすまし議論への示唆・展望を得ようと試みたわけであるが、その過程で思わぬ副産物として、民法110条の要件自体の問題性(「基本代理権」要件の不適合性、「善意・無過失」判断の前提となる外観の意義・強度の重要性や帰責要件の役割)にもあらためて気づかされた。

なお本稿は、電子取引(とくにセキュリティ面の問題を指摘されつつも最も身近な存在であるネット・ショッピングやオークション取引)上のなりすましにおける表見代理類推適用論の妥当性を研究するプロローグであり、本稿を基に、リーディング・ケースたるBGH 2011年判決とこれを契機に展開された学説に関する考察を続けていきたい。

- 186) なおⅢで紹介する以外にも、ボルゲス、ヘレストアル (Carsten Herresthal)、エクスラー (Jürgen Oechsler) など重要な見解が複数あるが、彼らは、BGH 2011年判決を契機にさらなる発展的研究を行っているので、次稿以降の考察対象に回した。
- 187) これを裏づけるかのように、ヘッセン州の1984年データ保護活動報告には、簡単なパスワード保護に加えて特別な本人確認・暗号化手続きの推進要求や、不正アクセスへの特別な対策を講じないときは当該システムの重大な欠陥とみなされうるとの発言が見られる (Borsum/Hoffmeister, a.a.O. (Fn. 157), S. 1206)。
- 188) Ebenso S. Friedmann, a.a.O. (Fn. 15), S. 93ff.
- 189) Borsum/Hoffmeister, a.a.O. (Fn. 157), S. 1206.
- 190) A. Einar Recknagel, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking (2005), S. 139; S. Friedmann, a.a.O. (Fn. 15), S. 102ff.
- 191) Jens-Peter Lachmann, Ausgewählte Probleme aus dem Recht des Bildschirmtextes, NJW 1984, S. 408f. ラッハマンの見解を支持するものとして、Spindler/Schuster/Anton, a.a.O. (Fn. 20), BGB §164 Rz. 9.
- 192) Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext, BB 1981, S. 1186f. なおお見代理との関連については、各事例の個別問題として言及を加えていない。
- 193) 前掲注125)参照。
- 194) H. Köhler, a.a.O. (Fn. 15), S. 59ff.
- 195) この理由づけを参照するものとして、OLG Köln 1993年判決 (II 1(1)b 参照)。
- 196) H. Redeker, a.a.O. (Fn. 113), S. 2393f. この理由づけに対して、リーダーは、「いわゆる GG 6条により保護された家族の信頼関係は通常一般に表示相手方の信頼に勝るだろう」という意味であり、相手方の信頼保護を広範に制限する理由にはならないとして反対する (M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 198f.)。
- 197) U. Kleier, a.a.O. (Fn. 113), S. 537.
- 198) M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1215ff.
- 199) M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1215. ただハナウは、「当面は……最も有意義な本人確認メルクマールは番号である」としながらも、将来的には「指紋、目の虹彩、顔」といった生体認証が普及する可能性を示唆してすでに「番号」の先を見据えている (ders., a.a.O., S. 1215)。
- 200) なぜなら、本人が代理人に対して代理関係を明らかにせず本人の名の下で行為するよう委任することは通常あり得ないからである (M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1216)。
- 201) M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1215ff.
- 202) なお白地証書責任 (Blanketthaftung) のように BGB 172条を類推適用できるかについて、ハナウはおよそ懐疑的である (詳しくは M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1217f. 参照)。
- 203) —— 続稿で紹介するためⅢでは紹介しなかった —— ボルゲスも、II 1(1)b の OLG Oldenburg 1993年や(2) f の LG Aachen 2006年判決等の下級審裁判例で表見代理の類推適用が認められた結果を引き合いにして、アカウント所有者がパスワード等の個人認証手段を行為者に交付することでこのアカウントの下で行為することを可能にした場合に権利外観責任を限定するとした上で、欺かれて ID やパスワードを無意識に交付させられた場合には外見代理の類推適用が成立すると言う (G. Borges, a.a.O. (Fn. 25), S. 135f.)。

なお、（ハナウ論稿以降に）本文の PIN 等交付事例への外見代理の（類推）適用可能性を認めた OLG Schleswig 2010年7月19日判決（Till Veltmann, Rechtsprechung, RÜ 2010, S. 613ff.）, Michael Misch, Internet-Banking, in Thomas Thöne, Praxiswissen Bankrecht (2011), S. 324f. も参照。

204) M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1217f.

なお表見証明については、EC カード等による預金払戻しの場面が中心であったため、割愛した。当該払戻しについては、ドイツとわが国ではそもそも法律構成が異なり、ひいては相手方（金融機関）保護の手立ても違うことから、本稿では深入りしなかった（詳しくは、川地宏行「偽造・盗難キャッシュカードによる預金の不正引出と責任分担」専法31巻（2006年）9頁以下参照。なお、決済サービス指令（2007年成立）の国内法化に伴う BGB の2009年改正により675 u 条（無権限の決済取引に対する決済サービス業者の責任）・同 v 条（決済確認手段の不正利用の場合における支払人の責任）が規定されている）。

205) M. Schmidt, a.a.O. (Fn. 135), S. 208.

206) 拙著・前掲注90)50頁注(2), BGH NJW 1981, 1727 も参照。

207) Ebenso etwa Peter Kath/Anne Riechert, Internet-Vertragsrecht (2002), Rz. 93f.

208) Verse/Gaschler, a.a.O. (Fn. 3), S. 215ff. ただかりに過失が認定されて外見代理の類推適用が認められたとしても、フェルゼらは、BGB 122条（取消者の損害賠償義務）の類推適用により信頼利益の損害賠償責任に縮減する。そもそも外見代理の場合、現在支配的な表示意識欠缺論との比較均衡の観点から、「自己の容態の法的重要性に関する錯誤を理由」とする本人の取消しを認めているからである（vgl. dies., a.a.O., S. 215f. Ebenso bereits S. Friedmann, a.a.O. (Fn. 15), S. 102ff., 111）。この議論は、外見代理の効果論に連動したものにすぎないため、本稿ではとくに言及しないが、最近では、外見代理を表見代理に整序しつつも取消可能性を認める見解がよりいっそう勢いを増している（vgl. L. Stegemann, a.a.O. (Fn. 90), S. 69f.）。

209) N. Härting, a.a.O. (Fn. 30), Rz. 409ff.

210) A. Klees, a.a.O. (Fn. 152), S. 186ff.

211) 白地証書の空白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「隠れた白地証書補充」との本質的差違は、第三者の行為の認識可能性にある。つまり隠れた補充では、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は認識できるが、パスワード冒用の場合は、当該所有者とは違う別人が行為していること自体、相手方の目には全然見えな（M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 307）。

212) M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 306ff.

213) 詳細については、M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 309ff.

214) なお「当該引渡しが法律行為上の表示をするためであったか否かは、重要でない」（M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 313）。

215) M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 312f. 「パスワードから連想される外観についてこの所有者が意識していたかどうかは問わない」。「周知のとおり、白地証書濫用事例やファクシミリ・スタンプ事例にも同様のことが言える」（ders., a.a.O., S. 313）。

なお帰責性に関するより詳細な記述については、ders., a.a.O., S. 313f. 参照。

216) M. S. Rieder, a.a.O. (Fn. 2), S. 306f.

- 217) Ebenso bereits J. Birkelbach, a.a.O. (Fn. 28), S. 2099f.
- 218) これに対して VTX は、「閉じられた」安全なシステムである (A. E. Recknagel, a.a.O. (Fn. 190), S. 142)。
- 219) A. E. Recknagel, a.a.O. (Fn. 190), S. 137ff.
- 220) H. Köhler, a.a.O. (Fn. 15), S. 63.
- 221) Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), §164 Rz. 44a.
- 222) M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1218.
- 223) BGB 241条 (債務関係に基づく諸義務) 2項
(2) 債務関係は、その内容に従い、相手方の諸権利、法益および利益を考慮することを各当事者に義務づける。
条文訳は、ライポルト (円谷訳)・前掲注46)460頁から引用した。
- 224) Vgl. M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 38), S. 1619.
- 225) Robert Koch, Geltungsbereich von Internet-Auktionenbedingungen – Inwieweit begründen Internet-Auktionenbedingungen Rechte und Pflichten zwischen den Teilnehmern?, CR 2005, S. 505ff., 510.
- 226) 本文の構成に批判的な裁判例や学説として、たとえば AG Berlin-Mitte a.a.O. (Fn. 89), 696 や G. Borges, a.a.O. (Fn. 13), S. 217; C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 32), S. 709f.。近時 BGH 2011 年判決 (a.a.O. (Fn. 36)) も、自己のアカウントを通してなされる全活動につき当該ユーザーが原則責任を負うとした eBay の約款条項について、「出品者と入札者間では直接的な効力を有しない」とした。
ただ対照的に、オークション出品物が紛失・毀損等で販売できなくなった場合にその取下げを留保した eBay の約款条項につき上記効力を認めたものとして、BGH NJW 2011, 2643。
- 227) Leible/Sosnitza/Hoffmann, a.a.O. (Fn. 179), Rz. 122。注意義務違反の判断については、平均的な利用者を基準として高度な義務を課してはならない。具体的には、皆が利用できるパソコンにパスワードを入力しても注意義務違反に当たらないが、そのパソコンにパスワードを保存すれば当該違反と認められる (ders., a.a.O., Rz. 179)。
なおパスワードの交付があったときは、これを代理権授与証書に準じる権限付与確認手段と捉えて BGB 172条の類推適用を認める (ders., a.a.O., Rz. 177)。
- 228) Vgl. etwa Dennis Werner, Kommentar zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, K&R 2011, S. 499f.
- 229) N. Härting, a.a.O. (Fn. 6), Rz. 564f.
- 230) Köhler/Arndt/Fetzer, a.a.O. (Fn. 4), Rz. 324.
- 231) Vgl. J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), S. 579.
- 232) A.a.O. (98), JuS 2011, S. 1030.
- 233) Vgl. etwa Mühlenbrock/Dienstbach, a.a.O. (Fn. 21), S. 630。ただし、アカウント所有者が自らフィッシング攻撃等の被害者になったことを認識したときは、その限りでない。この時点以降、アカウント所有者はさらなる被害を食い止めるためその閉鎖を求めるべきであったと言えるからである (G. Borges, a.a.O. (Fn. 13), S. 216)。
- 234) また場合によってはハナウのように (Ⅲ2(3) b・(4)参照)、ID・パスワードの意識的交付を (番号冒用行為との関連で)「認容」とはせずに「過失」と捉えれば、これも含まれよう。

- 235) 最近では、たとえば R. Bork, a.a.O. (Fn. 71), Rz. 1562。
- 236) Ähnlich H. Köhler, a.a.O. (Fn. 15), S. 61. また家族関係では、パスワードの秘匿義務が約款上存在するにもかかわらず、「ID やパスワードの意識的交付がまま見受けられる」が、この場合は黙示の代理権授与が通常一般に認められるとの指摘 (Leible/Sosnitza/Hoffmann, a.a.O. (Fn. 179), Rz. 175) もある。
- 237) A. Klees, a.a.O. (Fn. 152), S. 186.
- 238) また高額なコレクト・コール・ビジネスが社会問題化していた状況下では、電話加入者ではなくむしろ事業者側が不正利用の確実な予防措置を講じなければならないとして、前者の帰責性を否認することも考えられよう。
- 239) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), S. 568 Fn. 12.
- 240) A.a.O. (Fn. 48), S. 88.
また場面こそ異なるが、顕名はなされたが当の本人が存在しなかった場合にも、判例・通説は、代理人として行為した者が原則 BGB 179条 1 項の類推適用により無権代理人の責任を負うとして代理法による解決を志向する。ただこの場合も、顕名がなされたとはいえ当の本人が存在しない以上、直接代理ではなく取り急ぎ間接代理として当然、当該行為者自らが取引の当事者になると考える可能性も指摘されている (Markus Fehrenbach, Die Haftung bei Vertretung einer nicht existierenden Person, NJW 2009, S. 2173ff.)。
- 241) 中倉寛樹「名義貸しと民法109条」椿寿夫ほか編著『解説 類推適用からみる民法』（日本評論社、2005年）60頁参照。
- 242) H.-J. Ihnen, a.a.O. (Fn. 59), S. 224.
- 243) Bamberger/Valentin, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. (2012), §164 Rz. 33.
- 244) 清水・前掲注37)152頁、184頁参照。
- 245) わが国でも同旨、民法110条を類推適用する最判昭和51[1976]年6月25日民集30巻6号665頁。
- 246) BGHZ 40. 65.
- 247) Gerd Müller, Zu den Grenzen der analogen Anwendbarkeit des §172 BGB in den Fällen des Blankettmißbrauchs und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, AcP 181 (1981), S. 525. Vgl. auch J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), S. 569.
- 248) ハナウは、白地証書を第三者が証書作成者になりすまして補充した場合（他人のの名の下での白地証書補充とでも呼ぶべきか）にも、相手方が当該作成者との契約締結を欲していることなどから BGB 172条の類推適用を認める。これに対して他人の番号の下での行為については、番号が本人確認の指標となるため「BGB 172条の意味での署名と同一視される」としながらも、番号は代理権授与証書という紙媒体を通してではなくデータ移転により伝えられることから、結局その類推適用を否認する (M. U. Hanau, a.a.O. (Fn. 19), S. 1218)。
これに対して III(3) a のケーラーは、VTX 取引について、単純にパスワード（番号）の交付を白地証書の交付と同等に扱うことで BGB 172条の類推適用を支持する (H. Köhler, a.a.O. (Fn. 15), S. 61)。
なお上記問題を詳細に扱う論文として、たとえば別稿にて紹介する J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), S. 565ff.; ders., a.a.O. (Fn. 87), S. 631ff.。
- 249) Vgl. J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), S. 580ff. ただこの点を克服する見解として、たとえば別

稿で紹介する M. Stöber, a.a.O. (Fn. 31), S. 227f. がある。

250) Vgl. Münchener/Schramm, a.a.O. (Fn. 46), § 164 Rz. 43; T. Vogel, a.a.O. (Fn. 55), S. 421f.

251) NJW 2013, 1946 (a.a.O. (Fn. 68)). 本判決を扱う評釈等として, Chris Thomale, Anmerkung, LMK 2013, 352160; Martin Schwab, Handeln unter fremdem Namen und gutgläubiger Erwerb im Gebrauchtwagenhandel, Jus 2014, 265ff. など多数。

252) Vgl. etwa Medicus/Petersen, a.a.O. (Fn. 77), Rz. 83; T. Vogel, a.a.O. (Fn. 55), S. 422.

253) ただし, 中古車が盗難車であった場合, BGB 935条により932条は適用できない (vgl. J. Wertenbruch, a.a.O. (Fn. 54), §28 Rz. 15)。

なおわが国でも, 行澤教授は, 契約当事者を確定する基礎的評価は「一義的に確定されるべき問題というよりは」複数ある保護 (具体的には名板貸構成と代理構成) のいずれを戦略的に選択するかに関わる取引相手方の問題であると言う (前掲注107)98頁)。

254) Vgl. T. Vogel, a.a.O. (Fn. 55), S. 425.

255) R. Hauck, a.a.O. (Fn. 14), S. 967. Vgl. auch Härting/Strubel, a.a.O. (Fn. 97), S. 2189.

256) ただ脆弱だからの一言で, 表見証明を認めないのは早計であろう (詳しくは検討の末, 表見証明に前向きな Leible/Sosnitz/Hoffmann, a.a.O. (Fn. 179), Rz. 184参照)。

257) 前掲注107)114頁。

258) ところで, 「本人の名の下での行為では, 表意者と効果帰属者の人格的分離および表意者にはなく本人に直接効果を生じさせるとの表示がなされていると解釈できないことから, 支配的な代理人行為説によれば「行為者行為説が妥当」であるとの分析 (伊藤進『代理法理の探求』(日本評論社, 2011年)484頁)がある。また河上教授は, なりすましでは架空名義取引の場合と同様に原則, 「自ら行為した者は, 代理の要件 (授權 + 顕名主義) を満たさない限り, どのような名称を用いようとも行為者としての責任 (効果帰属) を引き受けるべき」ことを理由に, 「契約を締結した者が誰であるかが特定できる限り, その者に効果が帰属する」と言う (前掲注106)498頁)。その他同旨, たとえば中田邦博「契約当事者」千葉恵美子ほか編『Law Practice 民法Ⅱ【債権編】』(商事法務, 2009年)4頁。

なお, 仙台高判昭和57 [1982] 年12月10日金商676号22頁は, 「代理人又は使者と名乗って行動した場合は別として」現実にその行動をした者を契約当事者と考えるべきであると判示する。

259) 「顕名が求められる趣旨目的から」相手方地平に立った客観的解釈によりなりすまされた名義人との取引を認めたので, もはや相手方の錯誤を論じる必要はない (池田清治「代理の基本構造——署名代理と表見代理」法セ698号 (2013年) 97頁)。

260) 前掲注37)187頁。

261) すでに同旨, 清水・前掲注37)193頁。

262) 吉井直昭「代理人が直接本人の名で権限外の行為をした場合と民法110条の類推適用」判解民昭44年630頁。

263) 宮川不可止「名板貸責任の効力論——『効果から見た要件』の検討」京園2012年2号94頁, 新法シリーズ試案編3『民法改正中間試案の補足説明』(信山社, 2013年)44頁参照。

264) 前田達明『民法の“なぜ”がわかる』(有斐閣, 2005年)221頁以下。

265) 拙著・前掲注90)53頁注(9)参照。

- 266) 中田・前掲注258)4頁, 中舎寛樹『民法総則』(日本評論社, 2010年)320頁以下参照。
- 267) ただし名板貸規定における取引相手方の要保護性について, 判例は, 無過失までは要求せず重過失に限り悪意に準じて保護しないため, この点では, むしろ当該規定の方が表見代理よりも相手方にとって有利であろう。
- 268) 関武志「クレジットカードにおける名義貸主の責任」上法45巻4号(2002年)79頁。ただし, 過失によりなりすましを可能にした名義人の責任を論じる際, この批判は当たらない。
- 269) 「民法と消費者法・商法の統合についての視点——カタラ論文に寄せて」民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』(信山社, 2009年)所収199頁。
- 270) 中舎・前掲注241)60頁。
- 271) 分かりやすく言えば, ID・パスワードは本人確認・証明の点で「保険証」程度のものでしかないのか, 実印や印鑑証明書等に相当する存在なのか, ということになろうか。(極論であろうが)前者程度のものであることになれば, 「保険証が財産取引のために身分証明書として悪用されるのではないかと疑うべき特段の事情がない限り」, 貸与者は金融会社に対して過失による不法行為責任すら負わないとした名古屋地判平成14[2002]年6月18日金法1670号71頁の法的評価が参考になろう。
- 272) すでに林脇トシ子教授は, 「名板貸の規定, また民法における動産の即時取得の諸規定の基礎にある Hand muss Hand wahren」の考え方に繋がる民法109条の法意を生かすことを提案する(「判例研究 代理権を與えられている者が本人を詐稱してなした行為と表見代理」法研33巻6号(1960年)66頁)。
- 273) 前掲注106)499頁。
- 274) 「表見法理の帰責構造と『認容』(下)」民研672号(2013年)12頁以下参照。詳しくは, 同「表見法理における帰責の構造」名法242号(2011年)45頁以下参照。
- 275) 「[民法から]手形の偽造と表見代理」潮見佳男=片木晴彦編『民・商法の溝を読む』別冊法ゼ223号(2013年)70頁, 73頁以下。
- 276) 「本人認証」松本恒雄ほか編『電子商取引法』(勁草書房, 2013年)91頁。
- 277) このことは, 最判昭和36[1961]年1月17日民集15巻1号1頁を見れば一目瞭然であろう(拙稿「管理権を付与された妻による夫の不動産の売却と正当理由」不動産取引百選(第3版)別冊ジュリ192号(2008年)24頁以下参照)。
- 278) Vgl. etwa Alexander Stöhr, Der Einfluss des Internets auf das Zivilrecht, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2013, Berner Tagung, 4.-7. September 2013, S. 98f.

【追記】脱稿後, Thomas Hoeren/Viola Bensinger, Haftung im Internet (2014), ご惠贈いただいた中舎寛樹『表見法理の帰責構造』(日本評論社, 2014年), 野々上敬介「代理における顕名の意義—民法100条本文を手がかりに—」静法18巻3・4号(2014年)63頁以下に接した。