

他人へのなりすまし取引と 表見代理類推適用論

——電子取引と立法化を視野に入れて——

白 井 豊*

目 次

1. はじめに
2. 名義冒用なりすまし取引と表見代理類推適用論
3. 電子取引上の番号冒用なりすましと権利外観・表見法理
4. 民法改正中間試案
5. おわりに

1. はじめに

(1) 電子取引の匿名時代を迎え、身近なネット・ショッピングやオークション（以下あわせてネット取引と称する）では他人のID・パスワード（本人確認番号）を冒用するアカウント乗っ取りが横行し、他人を僭称して他人と誤認させるなりすましリスクが高まっている。この場合、アカウント所有者を契約当事者と信頼した相手方の保護が問題となるが、わが国には、契約締結上の名義冒用なりすましに「しっくりする民法規定はない」¹⁾。民法上は原則、「名義人と行為者との同一性の調査義務」は470条以下で特別に規定された（債務の弁済に関わる）場合を除き取引相手方の負担となる²⁾。そこでこの者を保護すべく判例・学説は、顕名の一種たる（代理人が本人名で直接契約する）署名代理を広く捉えて表見代理の類推適用法理を形成し（2(2)参照）、民法改正中間試案も、その明文化を民法110条

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

との関連で提案した（4 参照）。

(2) 最近ドイツでは BGH（連邦通常裁判所）2011年 5 月 11 日判決（BGHZ 189, 346）が、ネット取引上の番号冒用なりすましも、名義冒用につき支配的な表見代理類推適用法理を踏襲することを初めて明言した。

従来ドイツでなりすまは、「他人の名をいきなり示した行為」のうち代理とは対比・区別された「他人の名の下での行為」として取引の成否・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・責任をめぐり議論され、「名義人＝（契約締結当事者に限定されない、効果帰属者という広義の）契約当事者」を前提とした代理法の類推適用法理が定着した。ただ実際はなりすまし事例が少なく、肝心の表見代理にまで研究は及んでいなかった。

だがネット取引の普及に伴い番号冒用なりすましが急増し、「他人の名」改め「他人の（ID・パスワード等の総称たる）番号の下での行為」が定着するにつれ、表見代理の類推適用に関する議論は盛り上がりを見せた。そしてリーディング・ケースたる上記 BGH 2011 年判決で頂点に達し、当該判例評釈・研究が続々と現れている（前稿³⁾ I 参照）。

(3) かくして筆者は、現代的な電子取引が法律行為論に突きつけた「なりすまし取引の安全保護」問題を解明すべく、日独で支配的な表見代理類推適用法理の妥当性と要件論について、BGH 2011 年判決を基軸に比較法研究を行うことにした。

まずは手始めに前稿にて、本判決前夜までの判例・学説の到達点と課題の把握・整理に着手した。要約すれば判例・学説は、番号所有者を契約当事者と確定した上で表見代理を類推適用するわけだが、その伝統的要件をそのまま借用するか、番号冒用という電子取引の特殊性を踏まえて要件の修正を図るか、電子取引独自の権利外観責任を構想するかで激しく対立する。具体的には、セキュリティ不安を抱えるネット取引で、本人確認機能を果たす ID・パスワードの利用事実のみをもって保護に値する（「利用者＝アカウント所有者」を示す）外観と判断してよいかという「取引相手方の

善意・無過失」に関わる基礎的問題や、アカウント所有者はID等を冒用者に交付した場合（名義ならぬアカウント使用認容・貸し）はもとより保管・管理上の過失で冒用を可能にした場合まで権利外観責任を負うかという帰責性の問題である。ただ争いは要件論にとどまらず、なりすまし取引では相手方の信頼が「代理権の存在」ではなく「行為者の同一性」に向けられていることから表見代理の類推の基礎があると言えるのか、そもそも名義人（番号所有者）を契約当事者と確定して代理法の類推適用へと導く「他人の名（番号）の下での行為」論に問題はないか、むしろ（他人の）動産取引の場合はなりすまし行為者を契約当事者と構成した方が善意取得規定を適用できるのではないかという「契約当事者の確定」問題にまで及んでいる（前稿IV1参照）。

(4) 本稿は、BGH 2011年判決の本格的分析・検討に先立ち、来るべき時に研究の集大成としてわが国への示唆・展望を最大限得られるよう、わが国のなりすまし議論を現代の電子取引や立法化まで視野に入れて俯瞰するものである⁴⁾。

2. 名義冒用なりすまし取引と表見代理類推適用論

(1) 清水（千尋）教授いわく、署名より捺印を重視する取引慣行ゆえに、代理人が「契約書に本人の氏名を直接記載し本人の印を押捺する」ことから「代理意思の表示がみとめられず代理人を本人と誤認する」事態や、「信用のない者が信用ある他人の印章を濫用・盗用し、名義人の名を冒称して法律行為をおこなうという病理的現象」がしばしば生じる⁵⁾。

(2) 署名代理は、取引相手方の視点から、この者が、署名代理を行った者は代理人であることを知っている（狭義の署名代理）事例、代理人を本人であると誤信した事例、代理人の署名代理した契約書を本人の作成書面と誤信した事例に細分化される。第二事例が本稿の対象たるなりすましであり、最判昭和44[1969]年12月19日民集23巻12号2539頁が、（手形行為に限定

されない) 一般の法律行為に関するリーディング・ケースである⁶⁾。

a 本判決は、代理人が本人から交付された実印・印鑑証明書等を悪用した越権なりすまし取引について、「相手方がその行為を本人自身の行為と信じたときは、代理人の代理権を信じたものではないが、その信頼が取引上保護に値する点においては、代理人の代理権限を信頼した場合と異なるところはない」として、「一般の民法110条の適用場面とは違い、『本人であると信じたこと』を信頼の対象として取り出し、それに対応して正当の事由の判断も、『本人であると信じたことについて過失がないこと』と捉え⁷⁾ 110条類推適用論を採った。吉井(直昭)調査官は、相手方が代理人の代理権を信じた場合よりも代理人を本人であると誤信した場合の方が「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い」要保護性が強いので、「少なくとも……類推適用は認めるべきであろう」と言う⁸⁾。

かくして本人と信ずべき正当理由の判断も、「本来の表見代理事例とは微妙に異なり」「本人への意思確認」ではなく「本人かどうか疑念を持つべきかが問題とされ⁹⁾」、「比較的ゆるやかになされるべきである¹⁰⁾」と言われる。ただこの点、本判決は、印鑑証明書記載の年齢に留意すれば、多年の不動産取引経験を有する相手方が自己と同年輩の代理人を15歳も年上の本人と誤信することはなかったとして、過失を認定し民法110条の類推適用を否認した。

b 学説も、上記判例法理に「贅意を示し……積極的に反対する論者はいない¹¹⁾」。たとえば北居(功)教授は、相手方が(債務弁済場面とは異なり)契約締結場面で行為者の同一性を誤認した場合の保護規定はなくその欠缺補充に必要であったと言う¹²⁾。民法110条が類推適用されたのは、なりすまし取引の相手方が信頼した効果帰属主体の点で表見代理と共通の基礎があるからであろう¹³⁾。かくして信頼の対象が、代理権の存在から「権限のある者の表示であること」にまで拡大され¹⁴⁾、なりすましも表見代理の守備範囲となる。

ただ長尾（治助）教授は、手形法上の署名代理でない事例を扱った民集登載判例であっただけに「代理人による本人名義の行為に関する理論を余裕をもって述べることであってもよかったのではないだろうか」と本判決に注文を付けた¹⁵⁾。たしかに前稿で見たとおり、なりすましに対応する「他人の名の下での行為」、最近は電子取引を念頭に改称された「他人の番号の下での行為」という基礎理論が充実するドイツとは対照的である。

(3) 清水教授によれば1978年当時、「相手方において行為者と行為者により自己の名を用いられた名義人とその人格の同一性の誤認が生ずる特殊な現象」に着目して法的処理を論じたものは、手形法上の研究を除けば伊藤（進）教授の先駆的研究以外に「ほとんどな」く、判例・学説の整理も含めて「十分な研究がなされていな」かった。表見代理の類推適用法理が形成されてきたとは言え、代理法を類推適用できるかという根本的問題への関心は低かった。この原因は、「記名捺印の代行という署名の形式が許されていることも相俟って、理論的検討を通さずして安易に代理行為の成否が論じられてい」たからであろう。

かくして清水教授は、ドイツ法の議論を参考に、名義人を「効果実現を期待しうる当事者」と観念した相手方の期待・信頼を、単に詐欺・錯誤としてではなく「現象的にも、関係当事者の利益の調整という観点からも」代理規定を適用して積極的に保護できないかという比較法的问题意識から、上記類推の基礎を探る貴重な基礎研究を行った¹⁶⁾。

a 清水教授は、わが国の判例分析を足掛かりに、関係当事者の利害調整を重視しつつ代理法以外の諸制度・法理まで視野に入れて解決可能性を詳細に検討する。その結果、行為者が代理権を有する場合に名義人への効果帰属を認めても差し支えないこと、代理権がない場合は名義人による追認の余地を残す方が相手方のためにもなること、追認もない場合は名義人を効果帰属主体と誤信させたなりすまし行為者に無権代理人の責任という重責を当然負わせるべきであることから、代理法による解決の優位性に辿り着く¹⁷⁾。

b ただこの結論を支える理論的根拠を検討する必要性から、清水教授は、「判例は少ないが……学説上詳細に研究されてきた」ドイツ法上の「他人の名をいきなり示した行為」に手がかりを求めて考察し、「(無効説→) 顕名の欠如と (この場合に代理人との契約が成立するとした) BGB (民法典) 164条 2 項により行為者の自己行為とする説→代理規定により処理する代理説」という変遷を丹念に跡づける¹⁸⁾。

その上で清水教授は、相手方には「代理人の人格の認識可能性がない」ため、顕名主義に「合致しない」が、「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、隠れたる (本人の名の下にする) 行為者ではなく、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」と言う。前提となる契約当事者の確定について、「名前の挙示は意思表示の内容になる」ことから解釈により、「行為の性質および事情にしたがって、相手方が誰と行為を締結するかが行為の内容から見て重要であるか否か」が基準とされる。以上より、「他人 (= 第三者たる本人: 筆者挿入) が経済的な損失の危険を負担する場合、他人が信用を与えている場合のように、その行為の内容において名義人が重要な意味をもつ場合」、名義人が契約当事者と確定されて代理規定が類推適用される (「他人の名の下での行為」法理)¹⁹⁾。

c いよいよ上記成果をわが国の問題解決に生かそうと、清水教授は、(代理の法的構成・本質論における顕名の意味ではなく) 顕名の必要性・機能との関連で代理法の類推の根拠を検討する。

取引相手方は「通常、行為を本人との間で直接交渉して締結するか、代理人を媒介して行為を締結するか」ではなく、「自己が観念した契約当事者に効果が発生すること」を重視する。この点、他人の名の下での行為では「効果が……特定の第三者たる名義人に生ずることが明らかにされており、相手方もその者を契約当事者として行為を締結している」。それゆえ顕名がなくても相手方の利益保護の観点から代理規定を類推することは、かえって顕名主義の取引安全保護機能をいっそう発揮させうる。この処理

は、「本人のためにすることを示」してという民法99条1項の文言や捺印重視の取引慣行にも添った解決となる。

かくして顕名主義の上記機能に依拠すれば、「行為者が名義人に関する人的要素が重要視される行為を、その名義人の名の下に相手方と締結した場合」、行為者の内心的代理意思を問わず、「名義人の名の下にする表示は、『代理行為であることの明示もしくはその認識可能性』に代わるべき表示と理解し」て、代理規定の類推適用が正当化される。この結論は、「当事者の意思及び信義則に合致」し相手方の信頼保護にも資する²⁰⁾。

d 最後に清水教授は、——筆者が関心を寄せる——表見代理類推適用に関わる要件論等を今後の課題に挙げた上で、「名義人本人（の行為）であるという外観に対する相手方の信頼の保護」が問題になっていることから、「表見代理よりは広く、その基礎となっている表見法理ないし禁反言の法理によるべきか否かも併せて検討」する必要性を示唆していた²¹⁾。

(4) 最近、代理を「三当事者法律行為」形象と位置づけ（本人の代理許諾意思表示、代理人の代理行為意思表示と相手方の代理承諾意思表示の協働により成立する）「代理なる法律行為」として再構成する伊藤教授は、代理研究の集大成たる著書に(3)冒頭の先駆的研究を修正・加筆の上再録し、行為の有効・無効、効果帰属者が誰であるか、行為者の責任等が問題となる署名代理について「顕名の関係にのみ論点を絞り、検討」する姿勢を貫徹する。「代理と非常に類似し」た署名代理が「代理行為と異なる現象面は行為者が代理人であることを示して行為したか否かにあるにすぎない」からである。

代理の再構成に伴う顕名の位置づけから、伊藤教授は、代理なる法律行為の成立には「代理人の意思作用として、自己の行った効果内容に係わる意思形成によって生じる法律効果を……本人に生じさせるとする『効果転置意思』」の表示が必要であるとして、署名代理につき行為者自身の行為とする見解に改める。当該表示を認めるには、「表意者以外の本人が存在すること、その本人に当事者効果を生じさせ、表意者は当事者効果を免れ

ることが客観的解釈によって判断できること」が最低必要であるが、署名代理では原則、上記「解釈を導き出すことはできないといわざる得えない」からである²²⁾。ただ上記行為者行為説に立つとき、名義人本人の行為と誤信した取引相手方をどのように保護するかが困難な課題となろう。

(5) (3)の清水研究以降、手形法上の署名代理研究が充実した²³⁾のとは対照的に、民法レベルの基礎研究は盛り上がりせず、どちらかと言えば関心は表見代理類推適用論にある。

a 署名代理を整理・分析した大中（有信）教授は、相手方に代理行為の認識させないなりすましについて、要件面で「本来の民法110条と利益状況は近接する」ことから類推適用を正当化する。すなわち、代理人が本人への効果帰属意思を有すること、相手方が「当該行為は当然有効であると信頼した」ことに加えて、署名代理の一因となった捺印重視の取引慣行下では、「本人の表示である」との外観作出を可能にした「代理人への本人の実印交付」が「本人の基本代理権授与行為と同等の帰責根拠と考えられる」²⁴⁾。

b aa（他人による行為が無権限で行われた場合に関する）表見法理の帰責構造・根拠の全容解明をとくに法律行為・意思表示論との関係で試みる中舎（寛樹）教授は、代理権の存在とは無関係の「本人であるとの信頼が問題であるなりすまし取引では、従来のように顕名主義との関連や取引相手方の視点ではなく、「本人名義で行為することの認容」（意思的な行為・関与）という本人の帰責性を重視し²⁵⁾、「認容の有無とその程度に応じて法律構成を区別すべき」であると言う。実際になされた本人名義での行為をはじめから本人が了解していた場合は有権代理を、本人名義での行為は認容していたがその範囲を越えた行為がなされた場合は民法110条の類推適用を認める²⁶⁾。名義貸しは、法律効果の帰属主体への信頼が問題になる点上記場合と同様であるが、本人の認容は、「行為者が本人の名を利用することによって自己の行為を有利に展開することを保証する意思を有している場合に近い」。それゆえ、表見代理単独の類推適用ではなく名板

貸規定（商法14条等）も加えることで行為者の責任に対する連帯責任の負担として構成する方が、上記認容実体に適合する。

かくして表見代理類推適用の帰責構造・根拠は、無権代理行為に対する本人の認容を基礎としながら、本来的適用の場面を離れるなりすましでは代理制度に対する信頼保護という要素は機能せず、その認容の有無・程度に応じて多様化する²⁷⁾。

bb 北居教授も、行為者の同一性への信頼が問題となるなりすましでは、本人の帰責性を「(踰越される余地のある)基本代理権を与えたこと」から自己「名義での行為を他人に許した」ことへと読み替える²⁸⁾。

c より信頼の中身にこだわる平野（裕之）教授は、(なりすまし)取引対象が動産の場合は「『所有者と取引をしている』という信頼」が問題であり、どちらかと言うと「その物の所有者であることについての信頼」に近いとして、民法192条を類推適用する方が「適切かもしれない」との感触を得る。ただ登記に公信力のない不動産の場合に困難を生じることから、やむなく（代理権に対する信頼を保護する）民法110条の類推適用に従うが、「信頼の内容が随分と異なるという疑問はあり」「大いに悩む問題である」と言う²⁹⁾。

3. 電子取引上の番号冒用なりすましと権利外観・表見法理

ところで電子取引の急激な発展に伴い、なりすまし研究の現代的意義・重要性が、取引安全保護との関連で急速に増している。非対面取引では、番号冒用なりすましが容易だからである。「ウェブ・アドレスが手がかかりとなるにしても、本人確認の決め手にはなりにく」く、「虚偽の外形が生まれやすい環境にある」³⁰⁾。さらにネット取引では、(名義ならぬ)アカウント貸しに対する「心理的抵抗が薄まる」³¹⁾ ようである。かくして電子署名・電子認証制度等の基盤整備が始まった³²⁾ とはいえ「『なりすまし』……が生ずる局面では、表見法理に一定の役割が期待されることになる」³³⁾。

(1) a 2(2)の最判昭和44年の「基本代理権授与」を電子取引では「ID・パスワードの使用許諾」へと置き換えた上で、松本(博)教授は、本人から当該許諾を得た冒用者がその範囲を越えて取引を行い、相手方が冒用者を本人と誤認したことに正当理由があれば、民法110条の類推適用を認める³⁴⁾。

b 夏井(高人)教授は、電子取引上の上記類推適用の要件として、①ID所有者・冒用者間での基本代理権またはこれと同視できる法律関係の存在、②ID所有者の帰責性、③当該冒用に関する取引相手方の善意・無過失を挙げる。①とは別に②の帰責性を独立の要件とした点が特徴的だが、実際②は、取引相手方のシステムのバグや誤作動あるいは(この者のシステムの物的・人的セキュリティの脆弱性に起因する)ハッキングやマルウェア等によりID所有者・相手方に「契約が締結されたのと同じような状態が電子的に形成されてしまった場合」は認められないというように免責要件として作用する³⁵⁾。

c 河上(正二)教授も、電子取引上のなりすましについて「様相はおそらく対面取引とはかなり異なったものとなろう」と言う。すなわち従来の(名義冒用なりすましへの)表見代理類推適用の要件①名義人「本人の行為であるとの外観」の存在と、②取引相手方の善意・無過失は、「構築されたシステムの設計・管理のセキュリティに置き換え」て論じられる結果、ID・パスワードによる本人確認システムが適切に行われていたとき、「本人の行為である」と信頼したことは正当であったと評価される。要件③上記外観作出に関する名義人の帰責性については、ID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」としない³⁶⁾ことから、察するに(約款のない)表見代理の類推適用が想定される場合にも、管理上の過失で足りる余地が生じよう。

d (要件事実に基づく立証負担に関心を寄せる)吉田(祈代)裁判官は、事業者Xが消費者YになりすましたAと電子取引を締結した事例に「表見法理の一環を具現した表見代理規定」を類推適用する場合の要件事実として、「①Xと『Y』と名乗る者が契約締結の意思表示をしたこと……②X

が契約の相手方をY本人と信じたこと、③Xが……信じるについて正当の理由があることを基礎付ける具体的事実、④『Y』という外観の作出についてYの帰責性を基礎付ける事実」を挙げる。要件①②の立証は通常容易であるため、③④の立証の可否が鍵を握るとして、現在普及したウェブページ上の入力フォーム提示事例について検討し次の結論を導く。

（要件②を基礎づける）③は、上記Xの「ウェブページにおける本人確認の項目、パスワードの設定方法やXの個人情報の管理方法に不備がないこと等を総合的に立証する」とした上で、当該不備の判断は「当時の技術等に照らして判断され」よう。要件④は、本人確認方法とそれの際必要な個人情報（ID・パスワード等）の管理状況による（たとえば過去にパスワードをAに教え使用を許諾したYがその変更を怠っていたときは帰責性がある）とした上で、ただX側の立証は一般に困難が予想されよう³⁷⁾。

(2) ネット・ビジネスの法的安定性を確保するため、経済産業省は、既存の法解釈の指針として「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（平成23年6月改訂）を策定・公表してきた³⁸⁾。——(1)dの吉田裁判官も注目する——当該準則は、（ネット通販決済の前提となる）名義を冒用された本人と売主間の契約成否について、電子取引でも「本人による基本代理権の授与やこれに相当する本人の帰責性が認められる」場合、表見代理の類推適用が可能であるとする。ただし継続的契約関係では、「通常合理的に期待できるセキュリティ」（他人から推測されやすいパスワード設定の防止も含めた）システムの存在を前提に番号冒用なりすましが行われた場合にも本人への効果帰属を認める特約が対等な立場で締結されているときは、契約自由の原則により尊重される³⁹⁾。消費者契約法10条や民法90条が適用されない場合に限られようが、帰責性を等閑視する余地（危険性?）を残す点は留意すべきであろう。

4. 民法改正中間試案

中間試案は、「第4 代理」の中でなりすまし規律の新設を試みた。

(1) 第4-1 (代理行為の要件及び効果) が、(1)で民法99条1項の規定を維持した上で、(2)で新たに「代理人がその権限内において自らを本人であると称してした意思表示もまた、本人に対して直接にその効力を生ずるものとす。」と規律してなりすましに対応しようとした。

敷衍すれば、民法上の代理行為の方法には、「①代理人Aが本人Bのためにすることを示してする方法、②代理人Aが自分は本人Bではないことを前提に本人Bの名義の署名をしてする方法、③代理人Aが自分を本人Bであると称してする方法」があるが、(狭義の署名代理たる)②は、①の顕名代理方法と同様に「本文(1)の範ちゅうに属する」。これに対して③のなりすまし方法は、「民法第99条の解釈においても、形式上は顕名主義に反するが」、2(2)の最判昭和44年は「有効な代理であり得ることを前提としていけると見ることができる」し、「異論なく認められている」。「この確立した解釈を明文化」したのが、第4-1(2)にほかならない⁴⁰⁾。

(2) 第4-9 (権限外の行為の表見代理) も、(1)で民法110条の規定を維持した上で、(2)で新たに冒用なりすましにつき第4-1(2)に対応する形で、「代理人が自らを本人であると称してその権限外の行為をした場合において、相手方が代理人の行為が本人自身の行為であると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。」と規律した。この第4-9(2)は、2(2)の「民法第110条の類推適用を認める判例法理(最判昭和44年……)を明文化」した⁴¹⁾越権なりすましとでも呼ぶべき規律である。

(3) ただ上記(1)・(2)の規律はいずれも、2014年8月に決定された要綱仮案から脱落した⁴²⁾。

5. おわりに

(1) なりすましは、とくに顕名主義と関連づけて代理法の判断枠組みの中で論じられてきた。最近では電子取引という新舞台でのなりすましを契機に、表見代理の類推適用へとより関心がシフトする中、電子取引の特殊性から当該類推適用にあたり要件の独自修正・見直しが行われているフシがある。

具体的には、取引相手方がアカウント所有者本人と信ずべき正当理由（善意・無過失）を基礎づける外観として、ID・パスワードによる本人確認システムの適切な導入・稼動を条件にアカウントの（とくに初めての）利用事実のみで足りると判断してよいかが問われよう（3(1)c・d参照）。

アカウント所有者の帰責要件に関しては、類推適用される民法110条に即し「基本代理権授与」を物差しとしてネット取引上は「これに相当する本人の帰責性」を要求するならば（2(5)a・b bb, 3(2)参照）、（取引相手方の信頼を基礎づけた）ID・パスワードをアカウント所有者が冒用者に交付していたとか、その使用自体は認容・許諾していたことが必要とされよう（3(1)a参照）⁴³⁾。これに対して、（電子取引の普及促進のため）取引安全保護を意識した見解（3(1)c・d）は、ID等の管理上の過失で足りる可能性を排除しないようである。かくして民法110条の「基本代理権」要件は、なりすましへの類推適用を前に「外観惹起に対する帰責性」、具体的には（基本代理権授与行為に相当する）「実印等の交付」や「本人名義での行為の認容」へと巧妙に読み替えられ（2(5)a・b bb参照）、なりすましの頻発するネット取引ではさらなる安全保護のため、（実印に相当する）ID等の交付（アカウント使用認容・貸し）に限らずその管理上の過失で足りるのではないかとして動揺を隠せない。

以上より電子取引では、表見代理類推適用の要件論に踏み込んだ研究が求められよう。その際（証明責任の所在も含めて）、「ID・パスワード等により保護されたアカウントの所有者本人が行為している」と誤信させる番号

冒用なりすましの実態やセキュリティ問題など電子取引の特殊性を反映・斟酌しなければならない。この点、前稿から考察を開始したドイツの判例・学説は充実した要件論を展開しているため大いに参考となろう。

(2) a これに先立ちドイツでは、なりすまし取引における取引相手方の信頼は「代理権の存在」ではなく「行為者の同一性」に向けられていることから、表見代理の類推の基礎があると言えるのかという根本に関わる問題提起もなされていた（前稿IV1(3)参照）。

b aa 翻ってわが国でも本来、表見代理は、顕名による代理行為の存在を前提とした「代理権に対する信頼」を保護する規定のはずである。かくして仙台高判昭和35[1965]年5月2日下民集11巻5号972頁は、「たとえ代理権があるとしても……相手方が本人と誤認して取引した場合には表見代理の観念を容れる余地はない」としていた⁴⁴⁾。2(5)aの大中教授も、このように「考えることも不可能とはいえない」とする⁴⁵⁾。この場合の取引安全保護は、自己（名板貸人）自身が行為者のような外観を作出した場合に関する名板貸責任規定の商法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」）が考えられる（前稿IV2(2)c aa）。

bb にもかかわらず、「契約相手の同一性を取引相手方に誤認させた」なりすましに民法110条を類推適用しようとするれば、顕名代理、なりすましいずれの方法による場合にも「効果の帰属する契約当事者が本人である」という外観に対する信頼の保護が問題になっている点で変わらないことを理由とするほかなさそうである。ただその場合は(2(3)dの清水教授の問題提起への答えにもなるが)、厳密に言えば民法110条自体の類推適用というよりは、不実登記の信頼保護に関する94条2項類推適用法理に110条が加わるように、実はなりすまし事例でも「表見代理という一制度にとどまらず権利外観理論・取引安全保護のシンボルと化し」た⁴⁶⁾110条の法理・法意に照らして権利外観・表見法理一般が問題になっているようにも思われる⁴⁷⁾。またこのように考える方が、代理に縛られずなりすましに

適合した責任要件を定立することが可能となろう（後述(4)c参照）。

(3) さらに——紙幅の都合上言及できなかったが——そもそも論として、代理法による解決へと誘うアプローチは、名義人を契約当事者とする暗黙の準則を前提としている。単なる「偽名を名乗った自己取引の可能性」も排除できないからである（前稿I 2(3)c bb参照）。かくして「契約当事者の確定」は、なりすまし問題解決の起点であり看過できない⁴⁸⁾。

a 従来から学説上一般に、相手方が契約を主張し本人が否定する（「よく問題とされる」）紛争類型では（なりすましを含む）署名代理を「代理の一形式として認めるべき」とする最近の主張⁴⁹⁾にも象徴されるとおり——「代理における顕名の位置づけ」にも関わるが——（顕名の一種たる）署名代理を広く捉えていささか強引に代理構成（代理法の直接適用）を採るきらいがあった⁵⁰⁾。（急先鋒である）佐久間（毅）教授は、顕名を、「相手方に自己の法律行為の相手が誰であることを認識させ、それによって、行為者がその意思表示の効果を免れるために行われるべきもの」と捉えて、「本人の名が挙げられており、かつ、相手方がその法律行為を本人との間のものであると正当に考えてよかった」ときは、「代理意思の存在、すなわち、代理人と本人が別人格であり、行為者が他人のために行っていることが明らかでなくても」代理権さえあれば「代理行為の成立を認めてよい」と言う⁵¹⁾。この延長上に、4の中間試案までの路線もあったと思われる。

ただ名義冒用なりすまし事例で（「行為者の同一性」を信頼した）取引相手方の保護を図る際、さすがに「代理権に対する信頼」の問題ではないため、2(2)の最判昭和44年は、（なりすましへの転用とでも呼ぶべき）民法110条の類推適用を問題にせざるを得なかったと考えられる（もっとも4(2)の中間試案第4-9(2)の新設により、晴れて直接適用となるはずであったが）。上記類推適用を例外と位置づける河上教授（3(1)c）によれば、「代理の要件（授権+顕名主義）を満たさない」場合は原則、いかなる名称を用いようとも契約締結者を特定できる限り、無権代理人でさえなく、単に同姓同名を通称とする当事者として取引関係を形成したに等しいとされる⁵²⁾。

b かくしてそもそもなりすまし自体、「顕名主義の原則の下では、本来、代理行為と目すべきではない」から理論上は代理法の類推適用が正しいと、2(2)の長尾教授は主張した⁵³⁾。この点、より深く当該類推の基礎を(ドイツ法を手がかりに)探求したのが2(3)の清水教授であり、なりすまし問題の解決では、顕名が(本人への代理効帰属の根拠に関わる)代理の法的構成で果たす意味ではなくその必要性・機能に着目すべきであるとした。なりすましは、本人・代理人という二人格関与の事実を示す顕名を欠くため代理行為とは言えないもの、本人が契約当事者である点は明示されているため、代理類似の状況にあり顕名が確保しようとした取引安全保護を損なうものではない。この点に、清水教授は代理と同一に処理する類推の基礎を見出したわけである。

c もっとも契約当事者の確定は、「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、つまり名板貸構成と代理構成のいずれを取引相手方が戦略的に選択するかにも関わる問題であり⁵⁴⁾、さらに(他人の)動産取引の場合は「実際の行為者=契約当事者」を前提とした即時取得構成も選択肢に加わる(1(3)参照)点には注意を要しよう。

(4) 最後に——要綱仮案で脱落したが——民法改正中間試案はどのように評価すべきであったか。

a (とくに冒用)なりすまし規律の新設は、契約締結上の名義冒用に関する規定を欠くことや、取引安全保護への潜在的要請が高いことに鑑みれば評価されてよかったはずである。

b とはいえ代理法の中で立法化を目指した点は、顕名では効果帰属先(本人)さえ示せば足りるとする特定の見解に偏った感を否めず⁵⁵⁾早計に過ぎたように思われる。

たしかに中間試案が例示した「②代理人Aが自分は本人Bではないことを前提に本人Bの名義の署名をしてする」狭義の署名代理では、取引相手方が上記人格の分離を認識しているため、本人への効果帰属意思を黙示の顕名(代理意思)と見て有効な代理行為の存在から出発しても差し支えな

かろう。

だが（本人への効果帰属意思の¹内心的存在すら疑わしい）なりすましでは、もとより²顕名による人格分離（つまり代理行為であること）の告知がないため、取引相手方は、そもそも行為者を（正当な代理権を有する代理人ではなく）³名義人本人と誤認している。なりすましが、⁴授權と並び代理⁵周辺の法欠缺に関わる問題（いわゆる「他人による行為」）であることは間違いないが、代理制度の⁶枠組みに収まり切るかどうかが（代理の問題？）は、当該制度の在り様（⁷再設計）も含めて慎重な議論と高度な判断を要しよう。

c 次に⁸冒用なりすまし取引の安全保護を図るべく、中間試案が、⁹越権代理に関わる第4-9の(2)で¹⁰越権型のなりすまししか規律しなかった点も疑問なしとししない。

たしかに¹¹補足説明のとおり、表見代理の適用場面と¹²パラレルに規律しようとするれば、民法109条の「代理権授与表示において代理人と表示された者が自らを本人であると称して無権代理行為をすることは通常考え難い」。また民法112条の『¹³善意』の意味を『過去に存在した代理権が代理行為の時までに消滅したことについての善意』と解する以上、かつての代理人が¹⁴今度は本人になりすまし無権代理行為をすることも想定できない⁵⁶⁾。

さりとて¹⁵冒用なりすましは、基本代理権（・権限）を有する代理人があえて¹⁶顕名をせずに本人と称してその範囲を越えて行為した（越権）事例に限られるものではない。判例・通説の表見代理類推適用論では(2) b bbで¹⁷指摘したように、実際は（表見代理の基礎にある）¹⁸権利外観・表見法理¹⁹一般が持ち出されているに等しいと考えるならば、中間試案（上記補足説明）のように²⁰代理権の不存在・範囲踰越・消滅という表見代理の適用場面²¹に囚われて取引安全保護を越権場面に限定してしまうのはいかなるものであろうか。現に中間試案でも、本人の名義使用許諾を「代理権授与表示の一種と評価して」民法109条の成立を認めうる考え方が紹介され、少なくとも本条との関連で当該規律を設けるべきか、引き続き検討の余地ありとされていた⁵⁷⁾。かりに越権なりすましのみを規律した中間試案にとどめると

しても、3(2)の経産省「電子商取引」準則のように基本代理権の授与に限定せず「これに相当する本人の帰責性」でも足りるとの幅を持たせた射程拡大の現実的工夫が、最低限求められたはずである。

- 1) 平野裕之『民法総則（第2版）』（日本評論社，2006年）356頁。
- 2) 林脇トシ子「判研」法研33巻6号（1960年）63頁以下。
- 3) 「電子取引時代の『他人へのなりすまし』と権利外観責任（1）（2・完）」立命355号（2014年）163頁以下，356号（同年）190頁以下。また本稿脱稿間際にも，Michael Müller-Brockhausen, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet (2014) を入手した。
- 4) 前稿で得られたわが国への中間的示唆・展望については，前稿IV2参照。
- 5) 清水千尋「『他人の名の下にする行為』に関する一考察」上法21巻2・3号（1978年）98頁。氏名の機能・重要性については，升田純「氏名の名義貸しの法的な責任」中央ロー5巻3号（2008年）33頁以下参照。
- 6) 大中有信「[民法から] 手形の偽造と表見代理」潮見佳男＝片木晴彦編『民・商法の溝をよむ』別冊法セ223号（2013年）68頁以下参照。
なりすましの変型として，代理人が第三者に本人と詐称させて越権代理行為を締結させた裁判例（東京地判昭和62[1987]年6月29日判時1270号96頁，大阪地判平成12[2000]年7月18日金法1598号53頁等）がある。
- 7) 大中・前掲注6)69頁。
- 8) 「判解」曹時22巻3号（1970年）680頁。
- 9) 平野裕之『民法総則（第3版）』（日本評論社，2011年）363頁。
- 10) 黒田喜重「判批」愛学14巻1号（1971年）84頁以下。
- 11) 大中・前掲注6)69頁。
- 12) 「民法改正と契約法【第15回】人の取り違え」法セ701号（2013年）82頁以下。
- 13) 中倉寛樹「表見法理における帰責の構造」名法242号（2011年）44頁以下。なお本論文は，脱稿直前にご惠贈いただいた『表見法理の帰責構造』（日本評論社，2014年）に収録されている。
- 14) 大中・前掲注6)73頁。
- 15) 「判批」判タ247号（1970年）91頁。
- 16) 清水・前掲注5)97頁以下，102頁以下，105頁以下，183頁。
- 17) 清水・前掲注5)111頁以下，143頁以下。
- 18) 判例・学説の変遷・動向については，清水・前掲注5)148頁以下，152頁以下参照。
- 19) 清水・前掲注5)173頁以下。代理意思を代理法の類推適用の要件とするかについては，同・前掲180頁以下参照。
- 20) 清水・前掲注5)185頁以下，193頁以下。
- 21) 清水・前掲注5)200頁。
- 22) 伊藤進『代理法理の探求』（日本評論社，2011年）475頁，484頁。ただし，代理人の

「効果転置意思」表示と解しうる「特別の事情が相手方に示されている」ときはその限りでない（伊藤・前掲484頁）。

- 23) たとえば大中・前掲注6)67頁以下参照。拙稿「112 無権限の署名代理による手形振出し」松本恒雄＝潮見佳男編『判例プラクティス民法Ⅰ総則・物権』（信山社、2010年）119頁も参照。
- 24) 大中・前掲注6)70頁、73頁以下。
- 25) すでに同旨、林脇・前掲注2)65頁以下。
- 26) 本人名義での行為につき認容すらないが「同等に評価できる事情が存する」ときは、「行為者が本人であるという表示をしたことに対する本人の表示責任を問うべ」く、民法109条が類推適用される（中舎・前掲注13)45頁）。
- 27) 中舎寛樹「表見法理の帰責構造と『認容』（下）」民研672号（2013年）12頁以下、同・前掲注13)45頁以下。
- 28) 北居・前掲注12)83頁。
- 29) 平野・前掲注1)419頁以下、同・前掲注9)440頁。
- 30) 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）498頁。
- 31) 升田純「インターネット取引をめぐる昨今の裁判例の概要」中央ロー9巻1号（2012年）105頁。アカウント貸しの裁判例については、同・前掲104頁以下参照。
- 32) 詳細は、河上正二『民法学入門（第2版増補版）』（日本評論社、2014年）250頁以下参照。
- 33) 河上・前掲注30)498頁。
- 34) 『情報化社会の法学入門（第2版）』（法律文化社、2009年）98頁。
- 35) 松本恒雄ほか編『電子商取引法』（勁草書房、2013年）90頁以下。
- 36) 河上・前掲注30)499頁。
- 37) 吉田新代「他人名義の電子契約の法的処理」中大院34号（2005年）126頁以下。かくしてなりすまし取引における損失分担の予測可能性の観点から、吉田裁判官は、約款による立証内容の定型化・明確化の可能性を探るが、詳しくは前掲128頁以下参照。
- 38) 当該準則が多く論点に関する法的解釈や新しい論点に関する改訂を行うことから、その重要性を指摘するものとして、岡村久道編著『インターネットの法律問題』（新日本法規、2013年）356頁〔川村哲二〕。
- 39) 松本恒雄編『平成23年版 電子商取引及び情報財取引等に関する準則と解説』別冊NBL 137号（2011年）50頁以下、とくに55頁以下。
- 40) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（2013年）34頁。
- 41) 商事法務編・前掲注40)43頁以下。もっともなりすましについて、第4-「1(2)の有権代理に関する規律のみを設け」、同9(2)の「表見代理（無権代理）に関する規律は設けず」同1(2)の「規律の応用に委ねるという考え方も」ありうる（前掲44頁）。
- 42) 中間試案に対するパブリック・コメントは、「部会資料 71-2」41頁以下、54頁参照。
- 43) 帰責性重視の観点から本人名義使用の認容を要求する見解(2(5)b)は、察するにネット取引では本文の見解と類似しよう。
- 44) 後藤清『総合判例研究叢書 民法(20)』（有斐閣、1963年）129頁。すでに同旨の判決については、長尾・前掲注15)91頁参照。

- 45) 前掲注 6)70頁。
- 46) 拙稿「ドイツにおける表見代理法律行為の再興」立命310号(2007年)124頁。
- 47) 「法意を類推適用」する裁判例として、高知簡判昭和34年7月9日判時206号23頁。なお東京地方裁判所厚生部事件を素材に、道垣内(弘人)教授は、「一般法理の抽出・樹立を正面に出す方法」として判例は「法理に照らす」という言い方をしたと分析する(「いくつかの最高裁判決に見る『〇〇条の類推』と『〇〇条の法意に照らす』の区別」『現代民事法の実務と理論 上巻[田原古稀]』(金融財政事情研究会, 2013年)113頁)。
- 48) 当該研究として、判例分析を中心とした太田知行「契約当事者の決定と名義(一)~(四・完)」法学53巻6号(1990年)671頁以下~56巻1号(1992年)27頁以下、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『市民法学の歴史的・思想的展開 [原島傘寿]』(信山社, 2006年)362頁以下等がある。
- 49) 滝沢昌彦「署名代理」椿寿夫=伊藤進編『代理の研究』(日本評論社, 2011年)320頁。
- 50) ただ厳密には顕名がないとして、平野教授は、民法99条の類推適用を主張する(前掲注9)362頁)。
顕名に関する最近の論稿として、佐々木典子「顕名の意義」同法65巻2号(2013年)129頁以下、吉永一行/吉本健一「会社法・商法の代理権」潮見ほか編・前掲注6)52頁以下、野々上敬介「代理における顕名の意義」静法18巻3・4号(2014年)63頁以下等がある。
- 51) 『代理取引の保護法理』(有斐閣, 2001年)20頁。すでに同旨・類似の判例・学説については、清水・前掲注5)116頁以下参照。民法(債権法)改正検討委員会も、民法99条に相応する【1.5.24】(代理の基本的要件)において、「本人の名であることを示して」という文言に改めることで、署名代理も包含しようと考えた(『詳解・債権法改正の基本方針 I 序論・総則』(商事法務, 2009年)185頁, 188頁)。
- 52) 河上・前掲注30)498頁以下。
- 53) 前掲注15)92頁以下。なお、代理構成を採る(一部)判例の根拠は不明確かつ希薄であるとの指摘がある(伊藤・前掲注22)482頁)。
- 54) 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)98頁。
- 55) 伊藤・前掲注22)485頁参照。
- 56) 商事法務編・前掲注40)44頁。
- 57) 商事法務編・前掲注40)44頁。

【追記】 脱稿後、他人の名をいきなり示した行為(いわゆる署名代理)について「代理人が代理意思を持って行為したか否か、すなわち代理行為であるか否かに分けて考察する」石田穰『民法体系(1)民法総則』(信山社, 2014年)782頁以下に接した。

なお本稿は、公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団の助成に基づく研究成果の一部である。