

インターネット取引上のなりすましにおける 表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)

——BGH 2011年5月11日判決を中心に——

白 井 豊*

目 次

- I. なりすまし研究の途中経過と本稿の考察対象・順序
- II. BGH 2011年5月11日判決 (VIP-Lounge 事件判決)
 - 1. 本判決の紹介
 - 2. 本判決の構造と以後の裁判例
- III. BGH 2011年5月11日判決に関する諸見解
 - 1. 外見代理の伝統的要件を踏襲した本判決に好意的な見解
 - 2. 外見代理の伝統的要件を修正する見解
 - 3. BGB 172条の類推適用を志向する見解 (以上, 359号)
 - 4. インターネット取引独自のなりすまし外観責任を構想する見解
 - 5. アカウント所有者による「番号冒用の濫用的主張」を疑う見解
- IV. BGH 2011年5月11日判決の分析的解説
 - 1. 契約当事者の確定と他人の名(番号)の下での行為
 - 2. 外見代理の類推適用
- V. BGH 2011年5月11日判決の評価・論点の整理——Ⅲの諸見解のまとめも兼ねて——
 - 1. 本判決の外見代理類推適用に対する複数の評価
 - 2. 本判決に関わる論点整理 (以上, 本号)

Ⅲ. BGH 2011年5月11日判決に関する諸見解

4. インターネット取引独自のなりすまし外観責任を構想する見解

以上1から3の見解は、代理法の類推適用へと誘導する伝統的な「他人の

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

番号の下での行為」に基づいた表見代理類推適用論における内部対立でしかなかった。これに対して「行為者の同一性の誤認」という番号冒用なりすましの本質を鑑みれば、そもそも本件で問題となっているのは代理権の外観などではなく（アカウント所有者の秘密のパスワードを冒用することにより作出された）「名義人（番号所有者）本人が自ら行為している」との外観にほかならない点を直視して表見代理類推適用論との決別を図るのが、ここで紹介する見解である。

(1) 表見代理判例法理を類推適用した本判決に対して、グリゴライト (Hans Christoph Grigoleit) とヘレストハル (Carsten Herresthal) は、本件なりすまし事例では（本人確認）番号所有者が実際の行為者に代理権を授与していたなどという権利外観がまったく作出されていないことから、当該法理が本件に「適合」しないことを見誤っていると批判する。そもそも（番号所有者とは別人の）第三者が他人の番号を冒用した事実さえ分からないからである。

かくして判例に対して、グリゴライトらは、他人の番号の下での（冒用）行為について一般的な権利外観法理から独自のなりすまし責任を構想し発展させることと、（冒用された）パスワード等の番号が（当該所有者本人による行為であるとの）正当な信頼を抱かせるに足るセキュリティを装備していると判断されるための条件を明確にすることを要望する⁵⁵⁾。

(2) ノイバオエアー (Mathias Neubauer) とシュタインメッツ (Wolfgang Steinmetz) は、たしかに「eBay アカウントが家族や友人間で『貸し出される』ことは、まま見受けられ周知のところではある」⁵⁶⁾ が、さりとて「アカウント所有者に、自ら契約当事者になるつもりはないという意味が看取されるときは……おそらく代理権授与の権利外観さえ生じていない」として、3 (2[a]) のシンケルスによる「権利外観なき権利外観責任」という本判決批判に同調する。ただ本判決による表見代理判例法理の類推適用については、取引安全保護の観点から「個別事例を斟酌し適切な利益調整」を行うことができるものと受け止めているようである。

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

だがさらにノイバオエアーらは、——3 (2[b]) のシンケルスによる「白地証書責任」法理の参照に加えて、カナリス (Claus-Wilhelm Canaris) ばりの——より一般的な信頼責任原則による帰責をも模索した上で、とりわけ権利外観を十分根拠づけるだけの諸事情の存在を重視する。この点、本件パスワードは、eBay 約款自体が当事者の同一性に対する責任を排除していることから分かるように、十分な信頼性を有しているとは言えない⁵⁷⁾。(3) a 代理法の類推適用により解決される「他人の名の下での行為」では、とりわけ冒用なりすまし行為について「権利外観責任原則により名義人に帰責する要件」、本件で言えばアカウントの防護懈怠が重要な問題であるとして、ハウクは、次の電子取引の特殊性を踏まえつつ検討する。

本判決も示唆するように、「とくにネット『オークション』では(架空)IDの利用により……そもそもある程度の匿名性が支配することから、(ID等所有者を契約当事者と確定する)他人の番号の下での行為という事例群は「重要な意義を持つ」。ネット取引では、(パスワードにより保護された)アカウント所有者のIDの下で行為がなされた事実により、その本人が行っているとの(なりすまし)外観が生じるからである⁵⁸⁾。

b かくして、本件ネット・オークション取引で問題になるのは行為者の同一性(「行為者=アカウント所有者本人」)に関する外観にほかならないことから、ハウクは、次のとおり「おそらくこのようなコンテキストで」本判決は表見代理判例法理の類推適用という手法を採ったと分析する。

すなわち(判決理由[19]を参照すれば)本判決は、電子取引上、行為者の同一性に関する外観の保護という意味において、外見代理類推適用の帰責要件「冒用行為に対する予見・阻止可能性」を拡大しアカウント防護という社会生活上の義務に違反した(つまりアカウント所有者の不作为)という独自の主観的帰責根拠により当該所有者の権利外観責任を認めることが可能であると考えたのである。もとより(表見代理判例法理に隣接する)新たな権利外観責任類型は、代理権の外観に関わる表見代理判例法理よりも電子取引上のなりすましに適合的であろう。

ただし（判決理由[20]を参照すれば）本判決は、無権代理リスクを取引相手方負担とする代理法上の原則を根拠に、それを破る例外たる権利外観帰責には、権利外観要件の存在に加えて「相手方の正当な利益が名義人の利益よりも保護に値することが必要である」とする。相手方が、（なりすました）第三者の容態を当該所有者は「認識し承認する（kennen und billigen）」と考えてよかった場合に初めて、権利外観責任が認められるのである。番号冒用なりすましによる絶対権侵害事例で直ちに認められた不法行為帰責（前々稿Ⅱ3(1)のBGH 2009年 Halzband 事件判決）とは対照的に、本判決は、本件法律行為帰責には（相手方の利益が侵害されていれば直ちにというわけではなく）名義人の利益との比較較量という厳格な物差しをあてがった⁵⁹⁾と言えよう。

c 以上ハウクによれば、本判決は、形式的な法解釈適用上は表見代理判例法理の類推適用によりながらも（かくして「冒用行為に対する予見・阻止可能性」を帰責性の限界とするかと思いきや）実は、アクセス・データの保管上の過失でも（利益較量により）「相手方の利益>名義人の利益」と評価される場合には権利外観責任を認めうる、新しい（電子取引における「他人の番号の下での行為」に適合させた）責任ラインアップを拡充したと説明されることになろうか。このようなハウク独特の積極的説明は、本判決の意義をより高める興味深い分析と言えようが、必ずしも学説上一般的な理解とはなっていない。また、肝心の（「相手方の利益>名義人の利益」と評価される）「相手方が、アカウント所有者は第三者の容態を『認識し承認する』」と考えてよかった場合とは具体的にどのような事例を指すのかも、定かでない。

(4) a ヴェルナー（Dennis Werner）も、アカウント所有者が代理規律、（ただ実際は代理権も追認も認められないため）もっぱら表見代理判例法理の類推適用により第三者による番号冒用なりすましにつき権利外観責任を負うべきか、とくにその帰責性としてアクセス・データの防護懈怠で足りるかが本判決で問われていたとして、その批判的分析を行う。

まず(表見代理判例法理の類推適用を可能とした)本判決によれば、アクセス・データの不正探知による冒用事例では、当該事実の発覚前にアカウント所有者がこれを阻止する可能性を有しないことから、外見代理類推適用の帰責要件「冒用行為に対する予見・阻止可能性」を通常充たすことはない。また外見代理の反復・継続性という(ヴェルナーに言わせれば付加的な)要件も(電子取引上の当該類推適用に際して)踏襲する本判決によれば、取引相手方が冒用行為の反復・継続性を認識している必要があるため、アカウント所有者への権利外観責任の追及は「ほとんど成功しないであろう」。さらに本判決によれば、本件アクセス・データ防護懈怠では、権利外観帰責は認められない。かくして単なるアカウントの登録は、冒用なりすましを取引相手方に負担させる(代理法に準じた)原則を破る信頼法律要件とはなり得ないとされる。

このように外見代理を電子取引上の冒用なりすましに類推適用するに際してその厳格な伝統的要件を転用してその成立を否認した本判決について、ヴェルナーは、電子取引分野の権利外観理論をさらに発展させ当該分野の実情に適合させる機会を逸したばかりか、アカウント所有者は匿名の第三者が冒用したと主張すれば契約から解放される点で「eBay、その他の電子商取引事業者の取引モデルを危殆化」してしまったと手厳しい⁶⁰⁾。

b そもそも(パスワードにより保護された)アカウントの冒用事例について、ヴェルナーは、表見代理判例法理の類推適用では権利外観責任の成立する「余地はわずかしかない」と言う。電子取引では、実際の行為者がアカウント所有者本人か、この者からアクセスを許された者か、それとも無権限の第三者か、一切分からず、通常は(本人・代理人という)代理関係が想定されていない。そのため、「代理権に対する信頼を保護する」表見代理判例法理の「要件はごくまれにしか存在しないか、とにかく証明しうるのは困難だ」からである。

かくして電子取引において、ヴェルナーは、セキュリティの信頼性しいではアクセス・データの入力によるアカウントの使用事実それ自体が権

利外観たりうとする。ただその上で本件 eBay の ID・パスワード保護システムでは、その脆弱性から否定的に考えざるを得ない⁶¹⁾。

c 最後にヴェルナーは、表見代理判例法理をその厳格な伝統的要件を維持したままネット取引に類推適用するとした本判決について、アカウント所有者に対する権利外観責任の追及を困難にしたばかりか、アカウントを通したあらゆる電子取引へのその拡大的影響を憂慮する。その上で、上記 b のとおり権利外観責任の鍵となる（アカウント保護システムの）セキュリティ向上に期待を寄せて稿を閉じる⁶²⁾。

(5) a ファウスト (Florian Faust) は、拡大するネット取引の時代における本判決の実際の意義を強調した上で、番号所有者に権利外観責任を負わせなかった本判決の結論自体は支持する。ただ肝心の表見代理を類推適用する出発点（つまり類推の基礎）については、本件は「既成の『引き出し』のどこにも詰められない」他人の番号の下での行為に関する事例であったにもかかわらず、本判決は「このことを見誤り、問題意識を持たずに不適切な外見代理に当てはめていることだけが残念である」と述べて疑問視する。当該行為では、表見代理が前提とする「代理権の外観」は問題にならず、番号所有者本人が行為者であるとの（なりすまし）外観が存在するにすぎないからである。

さりとて他人の番号の下での冒用行為も権利外観責任という一般的観点で見れば、ファウストは、なりすまし外観といえども、「代理権授与の権利外観同様、権利外観の基礎たりうる」ことを認める。それどころか（本人・代理人という二人格の関与を前提とした）代理の場合よりも（代理人という）「『中間者 (Mittelsmann)』の存在をまったく知らない」相手方は、「より保護に値」する⁶³⁾。なお（表見代理の場合と同様）帰責要件を充たさない限り、番号所有者が権利外観責任を負わされることはない⁶⁴⁾。

b かくして一般的な権利外観法理の観点から、ファウストは、その基本的要件を通して（冒用された）番号の所有者が履行責任を負うかどうかを判断し（表見代理類推適用論を踏襲した）本判決の是非を問う。その要件と

は、十分な権利外観の存在、番号所有者の帰責性、権利外観に基づいて相手方が取引を締結したこと（因果関係）、相手方の善意・無過失（BGB 173条参照）である。ただその際ファウストは以下aa・bbのとおり、とくに前者の二要件を取り上げてBGB 172条との整合性の観点から検討している点の特筆されよう。

aa まず権利外観との関連で、「冒用行為の反復・継続性」という（外見代理に準じた伝統的）要件を踏襲した上でその存在を否認した本判決に対して、ファウストは次の理由から反対する。本来、「無権代理行為の反復・継続性」という外見代理の権利外観要件は、反復・継続的な無権代理行為に対して本人が異議を差し挟まない場合に代理権の存在が推論されるという意味で、代理権の外観に関わる事例にのみ適するからである。

これに対して他人の番号の下での行為では、アカウント所有者本人が行為しているとの外観が問題となっていて、このなりすまし外観を基礎づけるのは、反復・継続的なアカウント使用の事実ではない。「アカウントはパスワードにより保護されているがゆえに通常は当該所有者によってしか使用され得ない（筆者傍点）」という事実」にはほかならない。

ところでパスワードの不正探知や「盗取」（「フィッシング」）など多様なリスクに鑑みて、本判決は、パスワード保護だけではセキュリティとして心許ないとするが、この判断は、BGB 172条の価値判断に照らし合わせれば説得力をもたない。この172条は、本人の署名を通常知らない相手方が代理権授与証書の真正さを判断できないにもかかわらず、その（相手方への）呈示を、代理権の存在を推認するに足る権利外観と規定するからである。

かくして当該証書に比べれば格段に、パスワードにより保護されたアカウントの冒用リスクは低いにもかかわらず、本件初回冒用を十分な権利外観と見なさない本判決について、ファウストは、BGB 172条の価値判断と矛盾することになろうとして、3（2[b]）のシンケルスの見解に同調する。

bb 次に番号所有者の帰責性との関連で、ファウストは、アクセス・データの防護懈怠は冒用リスクを生じさせる限りで過失を意味する（BGB

276条2項⁶⁵⁾)と言う。ただ本判決は、本件の冒用者・被冒用者が当時婚約者という関係にあったことから、「特別な徴候がない限り、家族構成員が周知のパスワードを濫用するであろうことを予見する必要はない」と判断したと分析した上で、ファウストは「共感できるとともに、実際に即している」と評する。

だがファウスト自身は、上記防護懈怠(保管上の過失)が十分な帰責根拠たりうるのかを根本的に問うべきであるとして、その結果、次のとおり否定的に考える。

たしかに——学説上、商取引以外では現在もその認否が争われている——外見代理において、通説は過失を帰責要件とするが、次の理由から、他人の番号の下での行為における番号所有者への帰責問題には転用できない。この帰責では——前述aaのとおり——すでにアカウントの初回冒用で権利外観要件の充足を認める代わりに、過失よりも厳格な帰責性を要件とするのが「まったく適切だ」からである。現に、無権代理行為の反復・継続性を要件としない(代理権授与通知・公告による表見代理を規定した)BGB 171条1項、172条1項は、「本人が意識して……代理権の存在を通知していたことを要件とする」。判例も、代理権授与証書の不注意な保管が原因で窃取・濫用された事件⁶⁶⁾で、保管上の過失は帰責根拠たり得ないと判示した。この法的判断は、アクセス・データの不注意な保管にも当てはまると考えられる。かくして帰責性に関しては、上記評価矛盾を避ける意味でも、「当該所有者がパスワードを知らせていた場合に限られる」。本件では、この事実は証明されていないため、番号所有者(本件Y)の権利外観責任は認められないことになろう⁶⁷⁾。

cc このようにファウストは、(番号冒用行為の)反復・継続性要件は初回冒用へと緩和し、他方で当該行為に対する予見・阻止可能性要件は「アクセス・データの交付」へと厳格化するとして、相関関係的要件論とも呼ぶべき立場から、権利外観と帰責性の両要件について本判決の考え方を批判しているのである。

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

なお、無権代理リスクを取引相手方に負担させる代理法上の原則を本判決がネット取引上の番号冒用を含むなりすまし全般についても貫徹した点は、次のように分析する。ネット取引上のなりすましリスクといえども、「決して当該取引固有のものではなくすべての通信取引に付随するもの」であり、もとより書面や電話取引でも、発信者として告げられた者が実際自ら行為していることは保証の限りでないからである⁶⁸⁾。

c かくして本件で取引相手方(X)に残された道は、せいぜい——前々稿ⅡのLG Bonn 2003年12月19日判決では認められなかった——契約締結上の過失責任(BGB 280条1項, 241条2項, 311条2項)や——前々稿Ⅲ7(2)でコッホ(Robert Koch)やホフマン(Jochen Hoffmann)により主唱された——「第三者のための保護効を伴う契約」という枠契約(Rahmenvertrag)的発想により信頼利益の損害賠償責任を追及するぐらいであろう。ただファウスト自身は、たとえば前者の契約締結上の過失責任について、「単なるeBayの会員資格がそもそもXY両当事者間における契約前の債務関係を根拠づけるかどうかは疑わし」として否定的である⁶⁹⁾。

5. アカウント所有者による「番号冒用の濫用的主張」を疑う見解

(1) a 本判決の結論を左右した(アカウントの信頼性に関わる)パスワードによる保護システムについて、マンコフスキー(Peter Mankowski)は、「最後通牒的な正念場」の中にあるとしながらも、その脆弱性を指摘する大勢に対しては、すでに本判決以前の類似裁判例の評釈等で呈してきた疑問を、本判決の評釈でも繰り返す。当該システムは、電子メール・アドレスに加えてパスワードも必要とすることでセキュリティを高めるものである。この——eBayも採用する、実装(インプリメント)・管理コスト面でも優れた——二重セキュリティによれば、「『電子上の同一性』が窃取される蓋然性はともかく従来より格段に少ない」はずである⁷⁰⁾。

b このパスワード・システムの安全性に基づいて、むしろマンコフスキーは、冒用事件の本質について、アカウント所有者が「気に入らない取

引から逃れたり、実際に権限を与えた者が行為した事実を揉み消したりするために「第三者による濫用を口実にしている」のではないかと大いに疑い、本判決を違った角度から眺める。かくして当該所有者は、濫用リスクが一般に存在し第三者が濫用した可能性は否定できないとの月並みな主張をするだけでは足りない。「パスワードは、アチコチ歩き回っていない。たしかに……ハッキングやスパイ・ソフトウェアの潜入は起こりうる」が、その実際上の蓋然性は特段大きくないどころか相対的に小さい。フィッシングの蔓延は「ハッキングがそれほど簡単でないことの証左にほかならない」⁷¹⁾。

(2) 上記マンコフスキーの疑った「番号濫用の濫用的主張」の可能性について、2(4[a])のヘルティンからは、アカウント所有者が都合の悪い請求書や督促状を受け取った際に責任を逃れようとする上記主張を「二重の濫用」と称した上で、なりすまし事例に詳しい実務家であれば周知の事実であると言う⁷²⁾。また4(3)のハウクも、マンコフスキーの主張を参照して「『不利な取引』から解放されるために」濫用的主張をしたい衝動に駆られる現実を指摘する⁷³⁾。

かくして上記実情にもかかわらず、本判決は厳格な表見代理類推適用要件からその充足を否認したため、アカウント所有者が「ただ単に第三者による冒用だと主張すれば……契約責任を免れる可能性を開いたとして、今後の実際的影響、つまり当該所有者に冒用行為の濫用的主張という責任逃れの口実を与えることが、2(3)のシュテーパーにより危惧されている⁷⁴⁾。

この点を考慮してか、クライン (Winfried Klein) は、アカウント所有者が過去の取引で受けてきた評価を手がかりに、悪い評価を受けてきたのであれば、そもそも当該所有者の「冒用」主張に信憑性があるか、詳細に検討すべきであるとアドバイスする⁷⁵⁾。要するにクラインは、「eBay 評価システムによる市場統制を頼りにしている」と言えようか⁷⁶⁾。

また4(2)のノイバオエアーらは、(取引相手方が負担させられる「アカウント

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井
所有者本人=契約締結当事者」という) 証明責任を軽減することに消極的な
判例を尻目に、自己のアクセス・データが濫用されたことを援用するアカ
ウント所有者はその可能性について具体的に申述しなければならないであ
らうと言う⁷⁷⁾。

IV. BGH 2011年 5月11日判決の分析的解説

本判決についてはII1で紹介した後、2(1)で簡単にその構造を見てみた
が、ここではその内容にまで立ち入って分析し解説を加える。その際あわ
せて、前々稿で考察した本判決直前までの「電子取引上の番号冒用なりす
ましへの表見代理の類推適用」をめぐる混迷した法状況(とくに裁判例)
に、本判決がどのような決着をつけたのかについても、確認しておきた
い。

1. 契約当事者の確定と他人の名(番号)の下での行為

(1) 本判決は、本件が「他人の名をいきなり示した行為」に関する事例で
あったため、当該行為の効果が帰属する当事者(契約当事者)を確定する
ことから始める(【判決理由】[10]参照)⁷⁸⁾。

すなわち本件ネット・オークション取引では、Y(妻)のeBayアカウ
ントにより出品が行われていたが、この出品を実際に行ったのはY本人で
はなく(当時婚約者で後の)夫であった(この事実認定を、上告で最高額入札
者Xも受け入れている、【判決理由】[9]参照)。かくして法的には、「他人の名
をいきなり示した行為」(とくにその現代「電子取引」版たる「他人の番号(ア
カウント)をいきなり示した行為」とでも言うべきか)が問題となる。この場
合、Xの契約相手(効果帰属先)となる当事者は実際の行為者たるYの夫
なのか、それとも(ID・パスワードという本人確認)番号により保護された
アカウントを所有するY本人なのかを確定することが、法的解決の出発点
となる。

(2) この契約当事者の確定について従来、(本判決も踏襲する)判例は、通説同様、取引相手方の保護という顕名主義の本来的趣旨・機能を重視して、この相手方の視点に立った客観的解釈 (BGB 133条, 157条)を基準に決定してきた⁷⁹⁾。かくして (Yのアカウントで夫が出品をした)本件で言えば、入札者Xが、Yの夫、Y本人いずれを本件売買契約の効果が帰属する当事者 (売主) であると考えていたかにより、「実際に行爲した者の自己取引」であったか「名義人 (番号所有者) のための他人取引」であったかが決定される。

a この点、本判決は、もしYの夫が自ら出品者であることを明示してYのアカウントを使用していたのであれば、(上記解釈の基準となる)入札者Xは出品者をあくまでYの夫と認識している(「同一性の誤認惹起」の不存在、つまり単なる「名前の誤認惹起 (Namenstäuschung)」)ため、夫自らを契約当事者とする取引が成立したと考えてよいとする⁸⁰⁾。ただ本件では、そのような特段の「明示」事情は看取されない。

b むしろXは、本件出品がパスワードにより保護されたYのアカウントを使用しYのIDでなされていたことから、(eBayにアカウント所有者として届け出られた)Y本人を出品(売却申込み)の効果帰属当事者(契約当事者)であると誤認させられていたとして⁸¹⁾、本判決は、Yのための他人取引、つまり「他人の名(番号)の下での行爲」であると認定したのである(【判決理由】[10]・[11]参照)。この認定は、前々稿II(2)cのAG Bremen 2005年10月20日判決やdのOLG Köln 2006年判決に代表される下級審裁判例の流れや通説に即したものである⁸²⁾。

2. 外見代理の類推適用

かくして本判決は、他人の名の下での行爲に関する判例・通説⁸³⁾を——前々稿II・IIIで見た下級審裁判例・学説に従い——(電子取引という現代版の)「他人の番号の下での行爲」についても踏襲し、たとえ実際の行爲者に代理意思がなくても、代理規定 (BGB 164条以下) と認容・外見代理と

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

いう表見代理判例法理の類推適用により解決する。かくして(自己のアカウントが冒用されてなりすまされた)当該所有者は、(事前または事後の同意という意味で)行為者に代理権を授与していたか、当該冒用後に追認した場合、それぞれ BGB 164条1項1文、177条1項の類推適用により、当該取引の効果帰属を引き受けることになる。

ただし本件なりすましも例に漏れず⁸⁴⁾、Yによる代理権授与、追認いづれの事実も存在しないため、——無権代理リスクに準じて——冒用なりすましリスクは取引相手方が原則負担する⁸⁵⁾ことになる(【判決理由】[12]・[13](あわせて[20]も)参照)。これは、ネット取引では上記リスクがそもそも潜んでいるから、「各自参加者が注意せよ」ということを意味しよう。

ただ——本件でもXが上告で最後まで争った(【判決理由】[9]参照)ように——ネット取引の安全保護の観点から、表見代理の類推適用という可能性が残されている。

(1) 本判決は、(表見代理判例法理たる)認容代理と外見代理それぞれの伝統的要件を再確認の上「他人の番号の下での行為」にもそのまま類推適用する。

ただ当該類推適用に際して、本件なりすまは本来の代理事例ではないことから、本判決は、「本人」を「(従来の名義人に相応するネット取引上の)アカウント所有者」に読み換えるよう丁寧な配慮・説明をしている(【判決理由】[14]~[16]参照)。また本件なりすましで保護されるべき取引相手方の信頼についても、その対象は、「名義人と取引が締結される状態にあるとの外観を相手方に作出し、それにより行為者の同一性を誤認させるとき」との判決文(【判決理由】[12])から窺えるように、——すでに前々稿II 1(1)bの(インターネット以前の)VTX(ビデオ・テックス)取引に関するOLG Oldenburg 1993年判決で意識され始めていたが——「代理権やそれに準ずる行為権限の付与」などではなく「行為者の同一性」であることが明確にされたと言えようか。ただこのように考えると、表見代理の類推適用の法的意味が、「類推の基礎」との関連で問題となつてこよう。もはや本判決で言

う「類推適用」とは、単なる権利外観法理一般を持ち出すという意味（いわゆるわが国の「法理・法意に照らす」という判決表現）でしかないのではないかとの疑問である。

(2) そして本判決は、表見代理判例法理の類推適用要件への本件事実の当てはめを行うが、とくに問題となるのは、本件がアクセス・データの保管上の過失に関わることから、後述 b のとおり（「冒用行為に対する予見・阻止可能性」という意味ではあるが）過失を帰責要件とする外見代理の類推適用に関してである。

a 認容代理の類推適用に関しては——前々稿 II 1(2) f の LG Aachen 2006 年判決、最近は OLG Celle 2014 年判決（本稿 II 2(2) b 参照）で認められたが——本件では、アカウント所有者 Y がアクセス・データを夫に知らせていないことはもとより、その冒用行為さえ知らなかったこと、Y の住居不在中に関知しないところで夫が偶然知った上記データにより Y のアカウントを冒用していたにすぎないことから、本判決は、Y による「(夫の冒用行為に関する) 認容」は存在しないとして否認した（【判決理由】 [15] 参照）。

b そして問題の外見代理の類推適用について、本判決は、（その要件を置き換えて）とくに「冒用行為に対するアカウント所有者の予見・阻止可能性」という帰責性と（取引相手方の善意・無過失要件に関わる）「冒用行為の反復・継続性」という権利外観を要件とする（【判決理由】 [16] 参照）。

aa その上で前者の帰責要件は、本件の単なるアクセス・データの防護懈怠では充足されないとした（【判決理由】 [11]・[17] 参照）。この点は、（前々稿 II 1(2) a の OLG Köln 2002 年 9 月 6 日判決を端緒として）従来の下級審裁判例で争われてきたが、単なる保管上の過失（いわゆる間接的過失）は、本判決によれば、前々稿 II 1(2) e の OLG Hamm 2006 年 11 月 16 日判決同様、当該帰責要件たる「冒用行為に対する予見・阻止可能性」（直接的過失）の判断に直接影響を与えないとされたのである。かくしてネット取引の安全保障を重視して上記影響を（少なくともアクセス・データに近づき濫用しやすい家族関係では）認めた前々稿 II 1(2) c の AG Bremen 2005 年判決の判断は、

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

一般論としては否定されたと言えようか。

これとの関係で、BGHは、すでに前々稿Ⅱ3(1)の2009年 Halzband 事件判決において、上記保管上の過失により絶対権が侵害された場合に不法行為帰責を認めたが、本判決では、本件法律行為帰責について、優先的に保護される絶対権に関わらない点を強調し不法行為帰責と厳格に区別した上で、——すでに Halzband 事件判決(判決理由Ⅱ1c) bb)により示されていたとおり——冒用されたアカウントの所有者本人の利益と比較衡量して取引相手方の利益がより保護に値する場合にしか認められないとした。本判決は、(学説上一部争いのあった⁸⁶⁾) 上記 Halzband 事件判決の射程について、不法行為帰責とは異質の、利益較量を重視する法律行為帰責にまでは及ばないことを明確にしたと言えよう。かくして(不法行為帰責よりも)厳格な帰責性が要件とされる結果、(異説の存在を承知の上で)単なる(eBayとの関係でアカウント所有者が負う)パスワードの秘匿義務に違反しただけでは、取引相手方の優先的保護が必要であるとは考えられないと結論づけた(【判決理由】[19]参照)。

なお、被冒用者と冒用者が家族など特別の信頼関係にあるとの個別事情が上記帰責性の判断に(プラス、マイナス含めて直接、間接的)影響をまったく及ぼさないのかについては、言及されていない。前々稿Ⅱの下級審裁判例でも多くは親子や兄弟の問題であったが、このような共同生活を営む関係ではたとえ秘密のパスワードでも比較的容易に察知・冒用されやすいとの特性について(上記 AG Bremen 2005年判決のように)斟酌する必要がなかったのか、疑問として残る。たとえば前々稿Ⅱ1(2)b)の LG Bonn 2003年12月19日判決は、帰責性との関連でパスワードの保管状況に言及していたからである。

bb) また後者の「冒用行為の反復・継続性」という権利外観要件も、夫による冒用行為は本件が初めてであったことから充足されなかった。もっとも本判決が、上記 Halzband 事件判決を引用して、(eBay 約款によれば)アカウントは特定の者に割り当てられること、他人へのアカウント譲

渡やパスワード漏洩は禁止されていることから、アクセス・データに行爲者の同一性を確認する機能があることを認めている点には留意すべきである。この理解に立てば、必ずしも冒用行為の反復・継続性を（当該所有者との取引が締結されているとの）権利外観（信頼）要件とする必要がなくなるからである。

ただこの点、本判決は、（アクセス・データの不正探知やフィッシング等を誘発する）セキュリティの不完全性・脆弱性というネット環境を取り巻く現状に鑑みて、前々稿Ⅱ(2)aのOLG Köln 2002年判決以降の多くの下級審裁判例同様、アカウントがパスワードにより十分に保護されていると言い難いことから、その初回冒用では上記権利外観（信頼）要件を充足するには足りないとした（【判決理由】[18]参照）。本来（代理法から看取されるように）取引相手方の原則負担すべき（無権代理に準じた）冒用なりすましリスク⁸⁷⁾を表見代理の類推適用により名義人（アカウント所有者）に移転させるには、「冒用行為に対する予見・阻止可能性」という帰責要件だけでは足りず、「取引相手方が、第三者の容態を『本人』は認識し承認すると考えてよかったこと」、つまり「冒用行為の反復・継続性」という権利外観を前提とした「取引相手方の善意・無過失」も要件として加わることが重要だというわけである（「有責に作出された権利外観」という本判決の表現も参照）。あらためて——繰り返しになるが——後者の要件は、アクセス・データが同一性確認機能を持つとはいえ、その初回冒用では充足させることはできないとした（【判決理由】[20]参照）。

かくして下級審裁判例の中には、少数ながら電子取引の安全保護の観点から（権利外観の指標となる）「冒用行為の反復・継続性」要件を放棄すると思しき判決（前々稿Ⅱ1(1)aのLG Ravensburg 1991年6月13日判決や(2)cのAG Bremen 2005年判決）もあったが、本判決は、一応この立場を否定したと考えられる。この判断を強く後押ししたのは、——上記OLG Köln 2002年判決からの大きな流れであった——ID・パスワードというセキュリティ方式の信頼性に対する懐疑的な見方であった。

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

それでは、もし高度なセキュリティが確保されていれば初回冒用でも足りるとするつもりがあるのかについて、本判決は残念ながらそこまで明らかにしていないと言えよう⁸⁸⁾。ただこの点、II 2(2)b の LG Darmstadt 2014年判決は、「冒用行為の反復・継続性」を要求した本判決について、あくまでセキュリティの強度との相関関係で上記要否を判断した（その結果 eBay の脆弱なセキュリティゆえに本件では必要とした）にすぎないと相対的に評価して、権利外観要件として絶対視しておらず、興味深い。

(3) ところで本判決は、(表見代理の類推適用という枠組みを越えた) より一般的な権利外観(信頼責任)法理という(前々稿Ⅲ5で紹介した電子取引独自の権利外観責任構想に相応する)観点から、アクセス・データの保管上の過失による初回冒用でも当該責任を認めることは考えていないのであろうか。なぜなら、BGH は、コレクト・コール上のなりすまし事件(2006年)判決ではあったが、匿名の大量通信取引に外見代理法理が(もとより当該事件ではその類推適用要件を充足しないことまで確認しつつ)適合しないことを認めた上で、その基礎にある「危険領域による責任分配」という考え方に依拠しつつ電気通信の競争を規制する特別法上の取引安全保護規定(現在の TKG(ドイツ電気通信法)45 i 条4項1文)を持ち出して、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していた(前々稿II 1(3)参照)からである。ただこの点については、前述Ⅲの諸見解を見る限り、4(3[b])以下のハウクを除き否定的な(というか踏み込まない)評価が大勢となっている。

V. BGH 2011年5月11日判決の評価・論点の整理

—Ⅲの諸見解のまとめも兼ねて—

最後に以下では、本判決に関する複数の評価と論点について、Ⅲで見た本判決に関する諸見解のまとめも兼ねて整理を行い、本判決を契機に展開される新たな学説動向を追跡・考察する続稿への架橋としたい。

1. 本判決の外見代理類推適用に対する複数の評価

本判決が、すでに以後多くの裁判例や学説で引用・参照されていることから分かるように、アカウントによる電子取引すべてに影響を及ぼすことは明らかであり、その意義を疑う者はいない。また権利外観責任を否認した結論自体については、その理由づけを度外視すれば(次の2参照)一定の賛同を得ている⁸⁹⁾。本判決は、アカウント所有者にとにかく一律に権利外観責任を負わせるべしとの十把一絡げの結論を下さなかったからであろう。反面その弊害として、冒用なりすましが問題となる場面で実は——Ⅲ5の見解で言われているように——アカウント所有者が「第三者による濫用を濫用的に主張している」(いわゆる二重の濫用)とするならば、当該所有者に自ら行為しておきながら「第三者が冒用した」との責任逃れの口実を与えてしまうことが懸念されている。

ただ肝心の、本判決が本件ネット取引上の番号冒用なりすましについて(代理法の類推適用へと導く「他人の番号の下での行為」を当然の前提として)外見代理を厳格な伝統的要件そのままに類推適用したことに対する評価は、前述Ⅲのとおり分かれている。ここではまず、この評価を次のとおり本判決の考え方に近い順から簡潔にまとめておく。なお、本判決により表見代理の類推適用が抑制される悪影響として、電子取引のビジネス・モデルが危殆化させられる点や、本件のようなアクセス・データの不正探知・冒用事例では上記要件を充足せず権利外観責任の追及が困難になる点が、Ⅲ4(4)のヴェルナーから懸念されていた。

(1) a 本判決を好意的に受け止めるⅢ1の見解は、本件なりすましについても外見代理の「冒用行為の反復・継続性」と当該「行為に対する予見・阻止可能性」という権利外観と帰責性に関わる伝統的要件・判断枠組みで合理的な結論が得られることを示した点(Ⅲ1(1[a])のクレースら)や、本件法律行為帰責を(アクセス・データの保管上の過失で足りるとした)不法行為帰責と明確に区別した点((2)シュタドラー、(3)のリルヤ)を評価する。また帰責性に関する判断において、BGBの契約責任体系との整合性に鑑

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

みれば、単なる上記保管上の過失という契約締結前の、しかも社会生活上の義務の違反では（履行利益の賠償責任に比肩しうる）権利外観責任を認めなかった点でも、本判決の結論は評価されようか⁹⁰⁾。

b ただ上記見解に立った場合、「冒用行為の反復・継続性」要件に関して、具体的にどの程度の期間に冒用が何回行われればこれを充たすのか、——いくらその判断が個別事件次第であるとはいえ——必ずしもはっきりしない。また「冒用行為に対する予見・阻止可能性」要件に関して、本件で問題となった「アカウントの防護懈怠」があれば通常一般に冒用リスクが生じると考えれば、——Ⅲ1(4[a])のヘックマンとは異なり——上記保管上の過失だけで当該予見・阻止義務に違反したと判断できるのではないかということも、問題となろう。その際、一体どのような防護措置を講じていれば予見・阻止義務を尽くしていたと判断されるのであろうか。この点、クライアントは、不測のアカウント冒用を察知できるよう当該所有者が定期的にアカウントを訪れることであり、本件オークションでは開催期間が通常1週間なので、週に一度ログインして自己のIDの出品履歴を辿ることで足りると言う⁹¹⁾。

(2) これに対してⅢ2の見解は、本判決の採った「冒用なりすましへの外見代理の類推適用」という解決手法自体を否定するわけではないが、当該類推適用に際して外見代理の伝統的要件をネット取引上という現代型のなりすましに適合するよう置き換えず、その拡大的機会を逸した点に不満を漏らす（Ⅲ2(4[a])のヘルティンクラ。同旨、4(4[a])のヴェルナー）。この不満は、本判決の立てた上記類推適用要件では、アクセス・データの保管上の過失による初回冒用という本件事情を多少なりとも汲み取った解決、つまりネット取引の安全保護への現代的対応がまったく見込めない点に向けられたものであると言えよう。

(3) 上記(1)・(2)の見解は、本件ではアクセス・データの保管上の過失が問題となっていたことから（「冒用行為に対する予見・阻止可能性」という意味であるにせよ過失を帰責要件とする）外見代理の類推適用可能性を検討したわ

けだが、これに対して、判例法理ゆえに不安定な外見代理は適さないとして、類推適用すべき表見代理の類型が間違っている点を批判するのが、Ⅲ3の見解である。この見解は、(無権代理とは構造的に異なる) ネット取引上の番号冒用なりすまし (= 他人の番号の下での冒用行為) の特殊性を踏まえ「アカウント利用時のパスワード入力 ≡ (代理権授与) 証書上の署名」に着目して (法律上規定された表見代理規定である) BGB 172条の類推適用により、すでに判例上確立した「白地証書責任」法理を参照して解決すべきであると主張する。

(4) 以上(1)から(3)の表見代理類推適用論内部の対立に対して、本件なりすましではその「同一性の誤認惹起」という本質から、外観と言っても問題になっているのは代理権の外観ではなく (アカウント所有者の秘密のパスワードを冒用することにより作出された) 行為者の同一性に関する「名義人 (番号所有者) 本人が自ら行為している」 (たとえばⅢ4 (3[a]) のハウク, (5 [a]) のファウスト参照) との外観 (なりすまし外観) にほかならない点を直視したのが、Ⅲ4の見解である。

たしかに本判決も、「名義人と取引が締結される状態にあるとの外観を相手方に作出し、それにより行為者の同一性を誤認させるとき」が本件なりすましであると言っている (【判決理由】 [12]参照)。かくして本件なりすましでは代理権の外観が問題になっていない (換言すれば、取引相手方の信頼は代理権の存在に向けられたものではない) にもかかわらず、この代理との構造的差違を無視して、本判決は、不適切かつ強引に (代理権に対する信頼保護を目的とする) 表見代理を類推適用したと批判されるのである (Ⅲ4の見解以外に、3(3)のリナルダトスも同旨の主張をする)。本判決が、Ⅲ3 (2[a]) のシンケルスにより (代理権という) 「権利外観なき権利外観責任」を認めてしまったと揶揄され4(2)のノイバオエアーも同調するゆえである。正確には本判決に言う「表見代理の類推適用」とは、一般的な権利外観法理を持ち出すという意味でしかなかった (分かりやすく言えばわが国で言う「法理・法意に照らす)) と言うべきであろうか (たとえばⅢ4 (3[b]) のハウ

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)
ク。同旨の評価、3(3[a])のリナルダトス)。だからこそ、Ⅲ4(1)のグリゴライトらは、判例に対してなりすまし独自の外観責任を構想するよう求めるのであろう。なおこれとの関連で本判決が、アカウントの防護懈怠という電子取引独自の主観的帰責根拠により(表見代理に隣接する)新たな権利外観責任類型を創造したと分析・解説するⅢ4(3[b])のハウクのいささか先走った分析には——その信憑性はともかく——留意すべきであろう。

結局、上記Ⅲ4の見解は、そもそも表見代理の類推の基礎が存在するかどうか、つまり表見代理類推適用論自体の妥当性を、なりすまし問題の本性に立ち返り今あらためて問い直していると言えよう。この問題提起は、Ⅲ1(4[b])のヘックマンが昨年の注釈書改訂時に追加したことからも要注目であろう。

(5) 以上、本判決による外見代理の類推適用という解決に対する複数の評価を整理してきたが、なかでも本判決に批判的な上記(2)から(4)の評価は、それぞれの立場から次のとおり本判決に複数の論点を提示する。

2. 本判決に関わる論点整理

それでは以下、本判決に関わる論点、とくに問題の出発点と言うべき「なりすまし事象の法的理解・構成」と「(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支配的な「他人の名(番号)の下での行為」論を前提とした)表見代理、なかでも外見代理の類推適用の妥当性」に立ち入って、Ⅲの諸見解を参考に、とくに後者の論点については上記1で整理した本判決に対する複数の評価と対応させながら整理していく。

(1) そもそもなりすましという不健全な現象を法律上どのように捉えて問題解決を図っていくのが、重要な出発点であることは言うまでもなからう。この捉え方いかんでは、なりすまし問題の解決へと至る道程を示すのに苦戦することが十分予想されるからである。

a そもそも本件なりすまし取引において——Ⅲ1(2)のシュタドラーの認識に代表されるように——、相手方は、代理の特徴である「三者関係」、つまり

向こう側に実際の行為者たる代理人とその効果の帰属者たる本人という二人格が存在することをまったく想定していない。つまり、単なる「行為者の同一性の誤認惹起」事例でしかないのである。この点は、本件なりすましへの表見代理の類推適用に際して、本判決を含めた最近の裁判例や学説が、「アカウント所有者本人が行為しているとの外観」という表現を明確にし始めたことから明らかであろう (IV2(1)参照)。ただこの「同一性の誤認」というなりすましの本質的理解を前面に出しすぎると、なりすまし行為者をアカウント所有者本人と誤信した取引相手方の保護に適した現行法上の制度・規定が見あたらないということにもなりかねない。

b この事態を回避すべく判例・学説は、「法の欠缺状態にある『他人の名の下での行為』について……、取引相手方が真実の名義人を効果帰属先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、この名義人のために実際の行為者が行った他人取引であると考えて、なりすまし問題を代理法の類推適用により解決してきたと言えよう。ただ——理論上はともかく——実際のなりすまし事例では、代理権授与も追認も存在せず、大半が冒用なりすましであるため、もっぱら表見代理の類推適用が問題となる (前々稿 I 2(4) b 参照)。しかも本件では、アカウント所有者によるアクセス・データの保管上の過失が問題となっていたことから、本判決は、III 3 (3[b bb]) のリナルダトスが分析したとおり、「無権代理行為に対する予見・阻止可能性」という意味ではあるが) とにかく過失を帰責要件とする外見代理が本件解決に最も近接していると考えてこの類推適用を問題にしたと考えられる⁹²⁾。

(2) 次に上記外見代理の類推適用にあたり、本判決は、その「無権代理行為の反復・継続性」と当該「行為に対する予見・阻止可能性」という(権利外観と帰責性に関わる)伝統的要件を——ただ無権代理行為を冒用行為に読み替えただけで——そのまま本件ネット取引上の番号冒用なりすまし事例に転用したが、この外見代理類推適用論を支持する上記1(2)の評価からも、ネット取引上のなりすましという本件特殊性を踏まえて、次のとおり上記

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)
要件の妥当性を疑問とする声が聞かれる(従来の攻防については、前々稿IV1(2)a以下の学説まとめを参照)。

a aa 前者の、権利外観要件に位置づけられる「冒用行為の反復・継続性」に対しては、電子署名に代表される特別なセキュリティを備えたアカウントであれば、初回冒用であっても、アカウント所有者本人の行為であると取引相手方が信頼するに足る外観であると考えられることから、ネット取引上は必ずしも必要でないという批判がなされている(この萌芽は、すでにVTX取引に関する前々稿Ⅲ1(1)のボルズム(Wolfgang Borsum)とホフマイスター(Uwe Hoffmeister)や(2)aのラッハマン(Jens-Peter Lachmann)の見解に見られた)。もともと本件eBayのパスワード・システムでは、上記セキュリティ条件を充たさない(Ⅲ2(1)のノイナー。類似、4(2)のノイバオエアー)。

かくしてこの不要論によれば、どのような保護システムであれば上記「特別なセキュリティ」という条件をクリアーするのか明らかにすることが求められる(Ⅲ4(1)のグリゴライトら)とともに、セキュリティの一層の技術的向上が求められるよう(4(4[c])のヴェルナー)。この点、たしかに特別な電子署名(SigG(ドイツ電子署名法)2条3号)が理想的であろうが、さりとて現実とはとにかく私的領域では普及しておらず、その実際の意義はネット取引の簡便性・コスト面から乏しいと言わざるを得ない⁹³⁾。

bb またネット取引特有のパスワードにより保護された「アカウント」の存在に注目した上で、その使用事実は信頼性においてBGB172条の代理権授与証書の呈示に相応する、いやそれ以上の権利外観を意味すること(権利外観の強度の観点における「アカウント \geq 代理権授与証書」)から、上記「冒用行為の反復・継続性」を不要とする見解(Ⅲ2(3)のシュテーバー)も主張されている。この見解によれば、一定程度の冒用リスクの存在は否定できないがさりとて権利外観の承認を妨げるほどのものではなく、上記aaの見解ほどネット取引のセキュリティに神経質になる必要はない。所詮この問題は、帰責性、とくに第三者によるパスワードの窃取など不可抗力に関する免責問題に還元されようか(前々稿IV1(2)a ccも参照)。

b 後者の「冒用行為に対する予見・阻止可能性」という帰責要件は、まさに本件アクセス・データの保管上の過失との関連でその適格性が大いに問題とされている。たとえばⅢ2(2)のヴェルテンブルフは、本判決に反対して上記保管上の過失を帰責要件とした上で、ただ本件では冒用者・被冒用者が当時婚約中という特別な信頼関係にあったことから当該過失を問えないとして、権利外観責任を否認した本判決の結論を正当化している（すでに類似、前々稿Ⅲ4(1)のフェルゼら）。

c さらに上記 a・b のようにどちらか一方の要件ではなく双方について、見直しを迫る見解がある（Ⅲ2(4)のヘルティンクラ）。すなわちネット取引では、冒用が今回初めてであったか繰り返し行われていたかという事実を相手方が知る術をもたないため、前者の「反復・継続性」は権利外観要件として機能し得ない。後者の「冒用行為に対する予見・阻止可能性」は、相手方による証明が困難であることに加えて、相手方が冒用に気づく可能性に比してアカウント所有者がパスワードの適正管理により冒用行為を阻止できる可能性は格段に大きいことから、帰責要件として不適格である。

(3) 本件なりすましに本来類推適用すべきは外見代理ではなく BGB 172 条であるとの上記1(3)の評価から、本判決の要件論を批判する考え方も主張されている。

a Ⅲ3 (2[b]) のシンケルスは、「アカウント利用時のパスワード入力＝書面表示上の署名」と捉えて BGB 172 条の類推適用により、すでに定評のある「白地証書責任」法理を参照するよう主張する。

この見解によれば、次のとおり伝統的な権利外観要件、帰責要件ともに見直される。前者の「冒用行為の反復・継続性」については、セキュリティ面で本件インターネット上のアクセス・データは代理権授与証書よりも格上であることから、アクセス・データの初回冒用でも十分な権利外観たりうるため緩和されることになる（類似、Ⅲ2(3)のシュテーバー（上記(2) a bbも参照）。ただ後者の「冒用行為の予見・阻止可能性」は、BGB 172 条

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

が類推適用される結果、前者要件とは逆に「意識的交付」へと嚴格化されてしまう。これによりネット取引の安全保護の停滞が懸念されるため——それゆえ上記シュテーパーは早々に BGB 172条を諦めて(?) 外見代理の類推適用を射程に入れることを余儀なくされたが——、この見解は、パソコンにパスワードを保存した場合は当該利用者すべてに交付したと考えてよいと緩やかに解することにより乗り切ろうと考えているようである。ただそれでもパスワードをめぐる本件事情が上記交付には包摂され得ないであろうことは、この見解の認めるところである(Ⅲ3(2[b・c])参照)。

b Ⅲ3(3[b])のリナルダトスも、帰責要件については BGB 172条との体系的整合性を重視して、白地証書を作成し交付した者と同様、アカウント所有者は「相手方に信頼を生じさせたことを予見していなければならない」という意味で(自ら設定した)「パスワードを交付していたこと」が必要とされると言う(ただし高度のセキュリティを条件に、BGB 675v条2項を参考に「重過失」に引き下げる余地を残す)。他方、権利外観要件たる「冒用行為の反復・継続性」は、一般的な権利外観法理の観点から、セキュリティが高い場合には上記要件に代わりうるため、絶対的な要件とは見なされない(すでに類似、前々稿Ⅲ5(2)のリーダー(Markus S. Rieder))。

リナルダトスにいたっては、表見代理それ自体の類推適用論から脱却し始めたとも受け取れなくはない。

(4) かくして本判決の表見代理類推適用自体の妥当性を疑問視する上記1(4)の評価から、当該類推適用論と決別し一般的な権利外観法理からアプローチを試みる見解が主張される。この方向性を漠然と示しているのが、Ⅲ4(1)のグリゴライトら、(2)のノイバオエアーらである。そのような中、——前述1(4)で指摘したとおり——本判決を、アカウントの防護懈怠という電子取引独自の主観的帰責根拠により(表見代理に隣接する)新たな権利外観責任類型を創造したと積極的に(自説有利に)分析したのが、Ⅲ4(3[b])のハウクである。

上記見解にあってより具体的にⅢ4(5)のファウストは、なりすまし外観

は信頼保護の観点で見れば代理権の外観と同じかそれ以上であるとして、一般的な権利外観法理の観点からその基本的要件を基に BGB 172条の価値判断を参考にしながら、とくに本判決で問題とされた権利外観と帰責性について、ネット取引上のなりすましに適った独自の外観責任要件を定立しようとする。前者については、アカウント所有者本人が行為しているのなりすまし外観を基礎づけるのは、パスワードによって保護されたアカウントが使用されたという事実であるとして、本判決の要求した「冒用行為の反復・継続性」を不要とする。この判断は、代理権授与証書に関する BGB 172条の法的判断と矛盾を来すこともない。後者の帰責性については、権利外観の強度と相関的に把握する立場から上記172条の判断を参考に、初回冒用で十分な権利外観たり得るとしたため、このやや劣る強度との関連でアカウントの防護懈怠では足りず「交付」が要件とされることになる。

(5) 以上より、いよいよ学説は本判決を契機に、なりすましと代理の構造的差違を直視して、「外見代理か BGB 172条か」という類推適用すべき表見代理の類型をめぐる争いから、当該類推適用論と決別し一般的な権利外観法理の見地から BGB 172条の価値判断を参照しつつ、ネット取引上のアカウント冒用なりすましに適った独自の外観責任を構想する段階へと突入したかのようである。この流れが今後、加速していくであろうことは想像に難くないが、その考察は続稿に委ねることとする。

もっとも上記構想にあたっては、ネット取引の安全保護を全面に押し出して無限定に恣意的なりすまし外観責任論を展開してはならず、上記(3)・(4)で見たとおり「アカウント利用時のアクセス・データ入力≒(代理権授与) 証書上の署名」から BGB 172条の法的評価⁹⁴⁾やその類推適用により形成された「白地証書責任」法理を、さらに一般的な権利外観法理の観点からはその帰責原理(たとえば前々稿Ⅲ1(3)bのレデカー (Helmut Redeker) や5(2)のリーダーの採用した危険主義 (Risikoprinzip)⁹⁵⁾)を参照すべきであろう。またネット取引の特殊性とも言えるセキュリティつながりということ

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)
であれば——Ⅲ3 (3[b bb・c]) のリナルダトスに倣って——, 最近 BGB 675v条2項が, 高度なセキュリティを備えた決済取引について, 当該認証手段の濫用に対する支払人の全損害賠償責任を過失にまで広げず重過失に限定した規律を設けた点も注目される。

(6) 最後にその他課題として, アクセス・データの保管上の過失に関わる本件で権利外観責任を否認した本判決に従う場合には, ネット取引の安全保障の観点からそれ以外の責任の成立する余地がないか, 検討されるべきであろう⁹⁶⁾。たとえばⅢ3 (3[b bb]) のリナルダトスは「紛失した意思表示」原則に準じた損害賠償責任を, 4 (5[c]) のファウストは(自ら, そしてすでに前々稿Ⅱ2の LG Bonn 2003年判決は否定的だが前々稿Ⅲ7の見解や本稿Ⅲ2(1)のノイナーが認めた) 契約締結上の過失責任や第三者のための保護効を伴う契約形態の活用の可能性を検討していた。

また——Ⅲ5の見解が指摘するように——「アカウント冒用なりすまし」の実態が少なからずアカウント所有者の責任逃れ(?)であるとするならば, 取引成立・(不成立の場合)の権利外観責任に関する証明責任の所在や(この所在が取引相手方に不利な場合には)表見証明による証明責任の軽減についても, 検討に値しよう(Ⅲ5の見解参照)。たとえばアカウント所有者が権利外観責任の追及から免れるには, 単なる「第三者による冒用行為」の援用では足りず当該冒用行為を予見できなかったことを主張ないし証明までする必要があるとして帰責要件をいわば免責要件的に機能させるのも(Ⅲ2 (3[c]) のシュテーパー), その一つであろうか⁹⁷⁾。

55) Hans Christoph Grigoleit/Carsten Herresthal, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl.(2015), Rz. 644. 共著者たるヘレストハルが本判決を契機に執筆した研究論稿については, 続稿で紹介する。なお本判決以前の論稿としては, 本判決でも頻繁に(とくに【判決理由】[19]・[20]では異なる見解として)参照された Carsten Herresthal, Haftung bei Account-Überlassung und Account-Missbrauch im Bürgerlichen Recht, K&R 2008, S. 705ff. など。

56) なおこの場合に, 黙示の代理権授与の認定に前向きな見解として, 前々稿・前掲注4)(2)229頁の注236)参照。

57) Hoeren/Sieber/Holzsnigel/Neubauer/Steinmetz, a.a.O.(Fn. 3), Teil 14 Rz. 56f.

- 58) Ronny Hauck, Handeln unter fremdem Namen, JuS 2011, S. 967, 969.
- 59) R. Hauck, a.a.O.(Fn. 58), S. 969f.
- 60) Dennis Werner, Kommentar zu BGHZ 189, 346, K&R 2011, S. 499f.
- 61) D. Werner, a.a.O.(Fn. 60), S. 500f.
- 62) D. Werner, a.a.O.(Fn. 60), S. 501.
- 63) わが国でも同旨, 吉井 (直昭) 調査官解説 (前稿・前掲注 9)60頁参照)。
- 64) Florian Faust, Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos, JuS 2011, S. 1028, 1030.
- 65) BGB 276条 (債務者の責任) 2 項
(2) 取引に必要な注意を怠った者は, 過失により行為する。
- 66) 前掲注37)参照。
- 67) F. Faust, a.a.O.(Fn. 64), S. 1028f. なお本文の内容は, ders., Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl.(2013), §26 Rz. 41f. にて要約されている。
- 68) F. Faust, a.a.O.(Fn. 64), S. 1030. もっとも, ネット取引上のなりすましリスクは, 「——完全でないにせよ——パスワードによる保護を理由により小さい」(ders., a.a.O., S. 1030) ことは事実であろう。
- 69) F. Faust, a.a.O.(Fn. 64), S. 1029. なお後者の責任についても否定的であるが, 詳しくは ders., a.a.O., S. 1029 参照。Vgl. auch Spindler/Schuster/Spindler, a.a.O. (Fn. 24), §164 BGB Rz. 13.
- 70) Peter Mankowski, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11. 5. 2011, CR 2011, S. 458. Vgl. auch Christoph Meinel/Harald Sack, Sicherheit und Vertrauen im Internet (2014), S. 19f.
- 71) P. Mankowski, a.a.O.(Fn. 70), S. 458.
- 72) N. Härtling/M. Strubel, a.a.O.(Fn. 42), S. 2189.
- 73) R. Hauck, a.a.O.(Fn. 58), S. 967. なお, 本文事態への eBay 側の対応策としては, たとえば決められた期間内に当該取引に異議を唱えなかったときは追認したものとみなすとの条項を設けることが考えられる (vgl. B. Schinkels, a.a.O.(Fn. 45), 3 c)。
- 74) M. Stöber, a.a.O.(Fn. 34), S. 552.
- 75) Winfried Klein, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11. 5. 2011, MMR 2011, S. 451.
- 76) D. Werner, a.a.O.(Fn. 60), S. 499 Fn. 1.
- 77) Hoeren/Sieber/Holzner/Neubauer/Steinmetz, a.a.O.(Fn. 3), Teil 14 Rz. 59. 同旨の裁判例として, AG Bremen a.a.O.(Fn. 18)。
- 78) なお本文の「契約当事者の確定」問題は, 前々稿IV1(6)で紹介したとおり, 他人の名をいきなり示して中古車を売却する事例でも盛んに議論されている。これを素材に上記問題を再検討する最近の論稿として, たとえば Stefan Soergel/Romen Link/Kerstin Löffler, Die Maßgeblichkeit des Namens beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts, NJOZ 2013, S. 1321ff.。
- 79) 前々稿 I 2(3)以下参照。
- 80) 前々稿 I 2(3) c bbの「祖母による孫のアカウント借用」事例も参照のこと。
- 81) 前々稿 I 2(4) a も参照。
- 82) Vgl. auch M. M.-Brockhausen, a.a.O.(Fn. 14), Rz. 285.

インターネット取引上のなりすましにおける表見代理類推適用の要件論と妥当性(2・完)(白井)

- 83) 従来の「他人の名の下での行為」については前々稿 I 2(3)c 参照。
- 84) 追認はまれにしかなされず、また代理権の証明も不可能か、困難であろう (D. Werner, aa.O.(Fn. 60), S. 499f.)。前々稿 IV1(1)b cc も参照。
- 85) Vgl. auch R. Hauck, aa.O.(Fn. 58), S. 968.
- 86) 前々稿・前掲注 4)(1)203頁。
- 87) 本文のリスク負担を実際に正当化するの、次の(とくに eBay を取り巻く)実情であろう。他人の ID の利用を締め出すことができないことから、「eBay で登録された会員が契約当事者でないことも常に覚悟しておかなければならないことは、法取引上周知されている」(MünchKer/Glossner, aa.O.(Fn. 24), Teil 2 Rz. 103)。
- 88) D. Linardatos, aa.O.(Fn. 49), S. 54.
- 89) Vgl. etwa auch M. M.-Brockhausen, aa.O.(Fn. 14), Rz. 370.
- 90) Vgl. W. Klein, aa.O.(Fn. 75), S. 450f.
- 91) W. Klein, aa.O.(Fn. 75), S. 451.
- 92) もっとも外見代理についてその民法上の認否をめぐる争いがある点は、本稿に直接関係のない外見代理固有の問題ではあるが、本稿の問題解決にも間接的な影響を及ぼすことが考えられる(現にこの影響を受けたものとして、III 2(1)のノイナー(前掲注32)参照)。
- 93) Vgl. etwa Hoeren/Bensinger/Eichelberger, aa.O.(Fn. 54), Kapitel 4 Rz. 147.
なお、電子署名は偽造・濫用リスクがきわめて低いため十分信頼に足る外観たりうることについては、たとえば Torsten Spiegelhalter, Rechtsscheinhaftung im Stellvertretungsrecht bei der Verwendung elektronischer Signaturen (2007), S. 136f. 参照。Vgl. auch Daniel Schnell, Signaturmissbrauch und Rechtsscheinhaftung (2007), S. 141f.
さらに帰責性との関連でも、上記電子署名の特性から、当該所有者による IC カードとパスワードの単なる保管上の過失で外見代理の類推適用を認めるものとして、Spindler/Schuster/Spindler, aa.O. (Fn. 24), §164 BGB Rz. 10。
- 94) もっとも白地証書責任のように BGB 172 条を類推適用することについて懐疑的な見解として、前々稿・前掲注 4)(2)226 頁の注202)および229 頁の注248)参照。
- 95) なおわが国でも「白紙委任状の濫用」との関連で、(BGB 172 条に相応する)民法109 条の「代理権授与表示」規定を「信頼保護の原則的な帰責原理たるべき」「危険主義に立脚した」と理解するものとして、多田利隆「白紙委任状の濫用と表見代理——帰責理論の観点から——」五十嵐敬喜ほか編『民事法学の歴史と未来 [田山古稀]』(成文堂, 2014 年) 76 頁。
- 96) なお、あくまで取引相手方が訴訟上「履行」に固執するのであれば、アカウント所有者に対する(権利外観責任追及)訴訟が棄却された際にはこの者から実際の行為者と名指しされた者への履行責任(BGB 179 条の類推適用)を別途請求することになるだろうが、その事態に備える意味で、先の訴訟における訴訟告知(ZPO 74 条 3 項, 68 条)の活用が有用であろう(vgl. B. Schinkels, aa.O.(Fn. 45), 3 d)。
- 97) III 3(2)のシンケルスは、PIN システムを導入した支払カードの濫用に関する従来の判例(前々稿・前掲注 4)(1)218 頁の注182)参照)によれば、本判決がアクセス・データを実際に使用した行為者をアカウント所有者本人とする表見証明を否認したからといって、当該

使用を可能にしたことに関する過失の表見証明まで排除したとは言えないとする (B. Schinkels, a.a.O.(Fn. 45), 2 d)。

なお、上記表見証明の問題は、本稿では言及していないが、詳しくは前々稿Ⅱ4, IV(1)b bb参照。

【追記】 脱稿後、筆者と同様の問題意識・研究関心に基づいて最終的に権利外観法理の一般的観点からネット取引独自のなりすまし外観責任を構想する時流に乗る Matthias Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet (2015), 契約当事者の確定に関わる Florian Bartels, Die Bestimmung der Vertragssubjekte und der Offenheitsgrundsatz des Stellvertretungsrechts, Jura 2015, S. 438ff. 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。