

# インターネット取引における “同一性外観責任”論の展開（2・完）

——BGH 2011年5月11日判決を契機とした  
発展的学説を中心に——

白 井 豊\*

## 目 次

- I. はじめに
- II. “同一性外観責任”を標榜し電子取引独自の要件定立と  
具体化を試みる学説の展開
  - 1. ヘレストハルの見解
  - 2. エクスラーの見解
  - 3. ゾンネンタークの見解 (以上, 371号)
  - 4. ボルゲスの見解
  - 5. シュテーバーの見解
- III. 学説の整理・分析
- IV. おわりに——契約上の損害賠償責任の可能性について—— (以上, 本号)

### 4. ボルゲスの見解

(1) ボルゲスは、まず本件アカウント冒用なりすまし事例における「契約当事者の確定」という前提問題について、次のアカウントの性質・位置づけから、他人のアカウントで意思表示をする者は「概してアカウント所有者と同一人物であることを前提に行為する」と言う。

アカウントは「通常一般に、具体的な者に割り当てられるため、当該所有者を表意者と呼ぶ機能を有する」。また——本件の eBay 約款がそうであっ

---

\* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

ように——アカウントの使用は当該所有者にのみ許されている。かくしてアカウントを使って契約が締結された場合に重要なのは、当該所有者は誰かである。相手方はアカウント所有者と契約を締結する意思を有し、当該アカウントを利用した実際の行為者とはないのである<sup>67)</sup>。

(2) 上記（アカウント所有者本人を契約当事者と確定して代理法の類推適用へと導く）「他人の同一性の下での行為」論を前提に、ボルゲスは、ネット取引上のなりすましにおける外観責任の考察を始めるにあたり、一般的な権利外観責任の基礎と各要件の関係を確認しておく。

権利外観責任は、相手方負担を原則とする「無権代理または同一性の誤認惹起リスク」を本人に移転させるが、「その基礎は、表示の有効性に対する相手方の信頼保護であり、この信頼は、効率性の求められる商取引では重要であり保護に値する」。ただし、本人保護の観点から、上記危険移転は「これを本人に要求できる限りでしかなされ得ない（傍点筆者）」。

かくして権利外観責任では、「本人と表示相手方間での適切な危険分配」が「二つの本質的メルクマール」、つまり「相互に依存し合う」外観要件と帰責要件により行われ、各要件は「きわめてフレキシブル」なものとなる<sup>68)</sup>。

すなわち、外観は、「本人の容態（たとえば行為者が冒用行為を反復した場合における本人の不作为）から、さらには信頼に値する真正証明（Echtheitsnachweis. たとえば証書、特別な電子署名）の利用からも生じうる」。帰責性も「非常に様々である」が、その指針は、無権限行為の「阻止を具体的事例で本人に期待できる場合に、本人が当該社会生活上の義務（Obliegenheit）を負うことである」。なお概して、外観と帰責性は同じ事情から生じる。たとえば外見代理事例でも、反復された（無権）代理行為により相手方の信頼が基礎づけられ、他方で、当該行為に関する本人の認識義務が不作为と相俟って帰責性となっている<sup>69)</sup>。

(3) いよいよアカウント冒用事例について、ボルゲスは、次のとおり「権利外観責任の動機付け（促進）構造（Anreizstruktur）」を分析し明らか

にした上で当該要件を詳細に検討する。

a 身分証明書(Personalausweis)やパスワードなど認証手段が冒用された場合の同一性外観責任は、「とかく濫用に対する当該手段の安全性と関連づけられる」。「重要なのは、権利外観責任にとって、上記安全性にはどのような意義があるのかであり、——総合的研究はできないにせよ——法律要件事実として具体化する際に考慮されうる「権利外観責任の動機付け構造を考察する必要がある」。

aa まず本人に対して、権利外観責任は、無権代理や冒用なりすまし行為「による損害を阻止する措置を講じるよう促す」。

bb 他方で、相手方に対する上記「動機付け構造はより複雑である」。そもそも相手方はいくら注意深く行為したとしても、上記無権限行為を本人に帰責できない余地(たとえばBGB 172条では代理権授与証書が不真正なものであったり紛失されたものであったりするリスク)が存在するからである。もとより相手方の信頼する外観要件が強ければ強いほど外観責任の認められる可能性は高くなるわけだが、当該責任は、相手方に対して、(強い外観たる)代理権や同一性の証明を行為者に要求することを積極的に動機づけない。「相手方は、確かな証拠(たとえば代理権授与証書)を要求するか、それより不確かな認証手段(たとえばアカウントを保護するパスワード<sup>70)</sup>)でよいとするかを自由に選択できる」。

このような選択の余地について、ボルゲスは、「正当」と評価した上で、相手方は「あらゆる状況下で、自己の視点から見て適切な安全性基準を選択」すればよいと言う。また実務上も、「取引の重要性やリスクに応じて様々な認証手段が求められる」<sup>71)</sup>。

b そして上記「権利外観責任の動機付け構造」から、ボルゲスは、権利外観要件が弱い場合であっても当該責任は完全には排除されていないとして、上記証明手段の意識的交付事例を挙げる。「パスワードを漏洩させて意識的に自己の同一性の下で第三者が表示することを可能にした者」は、「代理権授与証書の交付」に準じて「合意に反する冒用リスクを意識

的に惹起」したからである。この帰結は、——上記 a aa で見た——権利外観責任がアカウント所有者に対してパスワードを意識的に交付しないことを動機づけ促すというその構造からも正当化されよう<sup>72)</sup>。

(4) 以上よりボルゲスは、パスワードについて、本判決に逆らい（弱いながらも）「十分な権利外観」たりうるため「権利外観責任がまったく認められないわけではない」とした上で、帰責性こそが重要であると言う。そして以下、「パスワードの意識的交付」と「不注意な保管」に分けて考察する。

前者事例では、本人は意識的に、合意に反した冒用リスクを招来するため、帰責性を充たす<sup>73)</sup>。本人に対して、パスワードの意識的交付をしないよう求めることは可能であるとともに、冒用リスクは通常一般に十分認識できるからである。ただし「通常一般に、意識的交付は証明できない」ため、この交付に基づく「権利外観責任は、裁判実務では重要な意義を持たない」であろう。

これに対して後者の「不注意な保管」事例では、本人が意識的に危険を増大させていないため、外観責任は否認される。たとえパスワード「より高い安全性を伴う証明手段が利用された」としても、結論は変わらない。保管上の過失では、外観責任を根拠づけることはできないのである。

もっとも両事例の境界を、ボルゲスは「流動的」に捉え、たとえばパスワードのメモ書きをモニターに貼り付けたりパソコン周辺に意識的に放置したりする行為について、「意識的な危険増大」という帰責性の観点から「パスワードの意識的交付」と同等であると評価する点（意識的な危険増大から見た「パスワードの保管に関わる？」重過失≒交付」とでも言うべきか<sup>74)</sup>）には注意を要する（結果的には、「意識的交付」の認定を緩和する3(2)cのゾンネンタークとほぼ同様か）。まさに帰責性は、ボルゲスによれば、本人が意識的にパスワードへの接近を簡単に許し第三者の冒用を予見しなければならなかったことである。また、アカウント冒用に気づいた当該所有者が次なる冒用に備えて対策を取らなかった場合にも、意識的な危険増大が認め

られる<sup>75)</sup>。もっとも、上記パスワードのメモ書きを机の引出しの書類の下に隠すなどしていた場合には、さすがに交付を認定することは困難であろうか。

(5) 最後にボルゲスは、(パスワードの保管上の過失にとどまる本件において)権利外観責任を認めなかった本判決を妥当であると結論づけながらも、——「BGHが暗黙の内に(implizit)確認するように」——「契約または法律上の秘匿義務(Geheimhaltungspflicht)違反を理由とするアカウント所有者の損害賠償責任が考慮される」と付言する<sup>76)</sup>。

(6) かくしてボルゲスは、代理法の類推適用に首の皮一枚つながりながらも、実際は一般的な権利外観法理の(とくにいわゆる「動的体系論」と思しき)観点から、同一性外観責任の独自要件を定立しようと試みていた。具体的に、外観要件については、独自に分析した「権利外観責任の動機付け構造」から——本判決とは異なり——パスワードという弱い外観でも足りるとする一方、BGB 172条から看取される帰責思考「意識的な危険増大」から「意識的交付」を帰責要件とする。ただ「パスワードの意識的交付」の認定にあたり特筆すべきは、むしろ上記「意識的な危険増大」という帰責原理に依拠して、本人が意識的にパスワードへの接近を簡単に許し第三者の冒用を予見しなければならなかったという帰責性の程度で足りるとする点であろう。

## 5. シュテーパーの見解

シュテーパー(Michael Stöber)は、——すでに第3論文Ⅲ 2(3)で紹介した、本判決に関する短い評釈<sup>77)</sup>でその影響を憂慮していたが——翌2012年、本判決を含む——第1論文Ⅱ 1・3で見た——最近の「インターネットや遠距離通信のアクセス(・データ)冒用」事件に触発されて、番号(データ)所有者の法的責任に関する総合研究を行い、当該「解決の基礎となる」独自の責任構想を明らかにしようと試みる<sup>78)</sup>。上記本判決の評釈において当初は、データの保管上の過失事例にも対応できるように「過失を帰責要件とする

外見代理の類推適用（？）を射程に収め」たと思いき私見を展開したかのように思われた<sup>79)</sup>が、本研究では、むしろ類推適用されるべき（解決）規律は法律上定められた表見代理規定（BGB 171条、172条）であるとの感触を得て<sup>80)</sup>、当該規定の適用範囲（類推適用をも含む）を詳細に検討する。その上で（後述(2)のとおり外見代理をも取り込むこととなる）表見代理規定の類推適用の観点から、上記最近の事件を、アカウント冒用事例（第1論文II 3(1)のBGH 2009年 Halzband 判決事件や本件）、IP アドレス冒用事例（同II 3(2)のBGH 2010年 Sommer unseres Lebens 判決事件）、電子メール・アカウント冒用事例（同II 1(2) aの OLG Köln 2002年判決事件）、電話接続冒用事例（同II 1(3)のBGH 2006年コレクト・コール判決事件）、ネット・バンキング・データ冒用による無権限振替事例（OLG Schleswig 2010年7月19日判決事件<sup>81)</sup>）の5つの事例群に類型化し各特殊性を踏まえつつ番号所有者の外観責任を考察する<sup>82)</sup>。

(1) シュテーパーは、表見代理規定について——立法段階の議論（起草委員ゲーブハルトの準備草案（Gebhard-Entwurf）の理由づけ）によれば——「第三者は代理権の存在に対する正当な信頼において……『確実な実際上の基礎（feste tatsächliche Grundlage）』が所定であるとき保護される」という一般的な権利外観法理の徴表（Ausdruck）であるとする。そしてこの171条、172条は、信頼を保護する場合として「個別通知、公告や代理権授与証書の交付」を明示するが、これらに限定するという意味の「完結・閉鎖的性質（abschließender Charakter）」を有するものではない。たしかに「第一草案理由書（Motive）には、代理権の存続に対する正当な信頼の保護は、『代理権の授与が第三者に対して代理権授与者により格別<sup>83)</sup>に通知されていた』場合にのみ必要であり『さもなくば不要である』』と記述されているが、「とにかく（何かある）通知の存在は必須であるけれども、ある特定の通知の種類」に限られているわけではない。「善意保護にとって必要かつ十分なのは、上記ゲーブハルト草案の理由づけによれば、『確実な実際上の基礎』であり、これは、BGB 171条、172条で規定された通知の種類

以外の方法でも根拠づけられる<sup>83)</sup>。

(2) かくしてシュテーパーは、表見代理規定は一般的な権利外観法理の「徴表として、その直接適用の範囲外の事例解決にも」類推適用が可能であるとされた上で、171条、172条の順にその類推適用の範囲も含めて検討する。

a aa BGB 171条は、個別通知または公告による代理権授与告知事例を規律する。前者の個別通知とは、「特定の名宛人に向けられた、特定の他人が代理権を授与されていることが看取される、意識的かつ意思的な(bewusst und willentlich) 本人の表示」である。しかし前述(1)のとおり「代理権の存在に対する善意にとっての『確実な実際上の基礎』は、BGB 171条で明示的に規律された通知によってしか根拠づけられ得ないわけではない」。むしろ本規定からは、「一般的な評価(allgemeine Wertung)」として、「上記以外の、本人に帰責できる容態から、第三者が疑う余地なく、この本人が仮装代理人(Scheinvertreter)に代理権を授与している事実を明白に推論できるとき、本人は、この代理人のした意思表示の効力が自らに生じることを認めなければならない(傍点筆者)」ことが窺われる。そして「本人の容態がBGB 171条で格別に規律された通知のように本人に直接由来する積極的行為に存するときは、第三者は、仮装代理人の初めての行為であっても、上記推論をしてよい(傍点筆者)」。

bb それに対して、「本人の単なる不作為……では、代理人が反復して本人のために行為し、この本人が認識できたのに対処しなかったときに初めて(傍点筆者)」(つまり外見代理の伝統的要件を充たすとき)、「上記不作為はBGB 171条の通知と同置されて」その類推適用が可能となる。

かくしてシュテーパーによれば、外見代理(という一判例法理)は、そもそも創造・展開されるには及ばなかったと結論づけられる。この(表見代理判例法理の存在意義に関わる)理解、いわゆる外見代理不要論は、表見代理学説の中でも異彩を放つであろうが、その肝となる上記同置を支える帰責原理は必ずしも明らかにされていない<sup>84)</sup>。

b aa 続いて BGB 172条について、その類推適用を含めた検討に移る。

この172条の規定する代理権授与証書とは、「代理権者と代理権の存在・内容が看取される、本人署名の文書である。署名は、本人の明白な同一性の確認（Identifizierung）を可能にし、この機能を当該証書に付与する。さらに当該証書は、代理人の指名と代理権の存在・内容の告知により、疑いの余地なく代理権者に本人の名において意思表示をする資格付与を証明する（legitimieren）（傍点筆者）」<sup>85</sup>。このように二重の機能を併有した「代理権授与証書は、特別の（qualifiziert）権利外観を根拠づける（傍点筆者）」<sup>86</sup>ため、無権代理行為が初めてなされた場合でも、本人は、前述 a の BGB 171条同様、172条により履行責任を負うことになる。

この172条は、本人による代理権授与証書の交付、つまり「意識的かつ意思的な交付」を要件とする。かくして（前述 I (2) の）BGH 1975年判決・通説は、本人が当該証書の不注意な保管など単なる過失により仮装代理人の入手を可能にした場合、その適用を認めない。

bb しかし次の理由から、シュテューバーは、上記判例・通説に批判的で、保管上の過失事例にも BGB 172条の類推適用は可能であると主張する（上記 a bb も参照）。

第一に判例・通説が、外見代理（という一判例法理）では過失を帰責要件とするにもかかわらず、他方で「代理権授与証書の呈示により根拠づけられた権利外観事例において過失で足りないとする」のは論理矛盾にはかならない（いわゆる「外見代理の帰責性との不均衡」という現状追認からの批判）。第二に（BGB 172条によりその信頼が保護されるところの）第三者から見れば、（仮装代理人の呈示した）「代理権授与証書が取引過程に置かれたのが本人の意思によるのか、単なる過失によるのか」判別できない。前述(1)のゲーブハルト草案の理由づけでも強調されていたのは、「『当該証書がまだ代理権者の手中にあるかどうか』が善意保護にとって決定的に重要であること」であった。第三に、判例<sup>85</sup>が意思表示の成立要件として——表意者が、取引上要求される注意義務を尽くしていれば自己の容態は意思表示として理解され

ることを認識し、かつ阻止することができたという意味での——潜在的な表示意識 (potentielles Erklärungsbewusstsein)<sup>86)</sup>で足りるとして表示意識必要説からの転換を図ったことに鑑みれば、過失により取引過程に置かれた意思表示の存在は通常一般に認められないという (BGB 172条の類推適用に反対するため援用された、上記 aa) の判例の論拠はもはや「時代遅れとなった (überholt)」<sup>87)</sup> (いわゆる現代の意思表示帰責論との運動)。代理権授与証書は、ゲープハルト草案の理由づけで詳述されたとおり「代理権授与者にとって非常に危険な文書になり得」、相手方保護優先の観点から、本人に履行責任を負ってもらうことになる<sup>88)</sup>。

c その上でシュテーパーは、インターネットや遠距離通信のアクセス・データ冒用事例との関連を視野に入れて、BGB 172条を代理権授与証書以外の書面や上記データに類推適用できるかというさらなる問題に言及する。

すでに白紙書面交付事例において、判例・通説は、合意に反した (いわゆる濫用・不当) 補充がなされた場合でも、交付者は「善意の第三者との関係で、BGB 172条の類推適用により当該証書の内容を自己の表示内容として帰責されなければならない」と結論づけていた<sup>89)</sup>。

「さらに代理権授与証書の呈示によるのと同様、データ利用により『確実な実際上の基礎』が根拠づけられる限りにおいて、BGB 172条で表された」権利外観法理は、「有形化されていないデータにも転用することができる」。データも、代理権授与証書と同様「同一性確認と資格付与証明の効力 (Identifikations- und Legitimationswirkung) を有する」ため、その利用により作出された外観は、——保管上の過失によるものであっても——上記証書事例 (上記 b bb 参照) に準じて本人に帰責することができる<sup>90)</sup>。

かくしてシュテーパーによれば、データ冒用事例に外見代理を持ち出すまでもないということになる。

(3) いよいよシュテーパーは、「インターネットや遠距離通信のデータ冒用」事例について——外見代理という一判例法理に依拠する判例とは異なり——

前述(2)で考察したとおり「本人の過失」事例までも射程に収める BGB 171条, 172条の類推適用の観点から、冒頭で類型化した5つの事例について詳細に検討する。

a 第一の（第1論文Ⅱ3(1)のBGH 2009年 Halzband 判決事件や本件に代表される）アカウント冒用事例（ただし、電子メール・アカウントは後述cの第三事例に分類される）では、表意者が他人の（パスワードにより保護された）eBay アカウントを冒用して売買契約を締結した場合、当該所有者が BGB 172条の類推適用により履行責任を負うのかが問題となる。なお、eBay アカウントの信頼性を考える上で、まずはその取得・アクセス方法に言及しておく。

aa 「アカウントは、名前、住所、誕生日、電子メール・アドレスを届け出れば新設できる。この開設に先立って、上記アドレスの有効性は、確認コード（Bestätigungscode）を含むメールの発信により確認される。アカウントは各個人に新設され、譲渡できない。ID は、他人の ID と重複しないよう決定される。かくしてアカウントは、所有者の同一性を明確に確認できる。あわせてパスワードも決定される；アカウントへのアクセスは、上記 ID とパスワードの入力によってのみ可能となる。会員はパスワードを秘匿し、アカウントへのアクセスの安全性を注意深く確保しなければならない」。

bb このような eBay のセキュリティから、シュテーパーは、——本判決とは異なり——「アカウントにより意思表示がなされたときは、相手方は、当該表示が正当なアカウント所有者によるものであることを信頼してもよい」とする。（代理権授与証書の偽造・変造リスク同様）「単なる不正操作（Manipulation）の可能性は……アカウントにおける信頼法律要件（Vertrauensstatbestand）の発生を妨げるものではない；不正操作が確実である場合に初めて、権利外観の帰責を排除できる（傍点筆者）」。

cc かくしてシュテーパーは、（ID・パスワード入力により同一性確認が担保された）eBay アカウントが（本人の署名のある）代理権授与証書に類する

外観要件であると結論づけた上で、上記不正操作リスクについては別途、帰責要件で考慮すれば足りるというわけである。そして、「当該所有者がとにかく上記証書の交付に相応する方法で、表意者をアクセス・データに近づけるようにしていた場合にしか」BGB 172条の類推適用を認めない。この典型例は、——たとえば2(4)のエクスラー同様——意識的なデータ交付事例<sup>91)</sup>であるが、これにとどまらず——シュテーパーは前述(2)b bbで——上記証書に関わる保管上の過失事例で BGB 172条の類推適用を認めていたことから問題となる。

(正確には不法行為帰責に関する) BGH 2009年判決 (いわゆる Halzband) 事件では、アカウント所有者は、(妻も近づける)自身の書斎机で不十分にパスワードを保管し、本件でも、(当時の)婚約者からアクセス・データを防護していなかった。ただ「これら保管が不注意 (sorgfaltswidrig) とみなされうるのは、当該所有者がデータ冒用を少なくとも予見しなくてはならなかった場合に限られる」<sup>92)</sup> (つまり保管上の過失は冒用行為の認識・阻止可能性との関係で捉えられる)が、とくに妻や婚約者など近い(家族)構成員 (nahe Angehörige) にあっては、具体的な拠り所 (konkreter Anhaltspunkt) がある場合にしか予見可能性は認められない。そして両事件とも、上記拠り所は見当たらなかった<sup>93)</sup>。

b 第二の IP アドレス冒用事例について——不法行為帰責に関する BGH 2010年 (いわゆる Sommer unseres Lebens 事件) 判決 (第1論文II 3(2)参照) ではあったがその法律行為帰責にも妥当する判断部分を参考に——、シュテーパーは、無線 LAN 接続へのアクセスは通常パスワードでしかできないが、IP アドレス自体は「特定の者ではなくインターネットと結ばれた装置ないし接続に割り当てられ」ていること、「コード化された無線 LAN 接続はその所有者に限られずより多くの人が利用することは、通常一般的にも法的にも許容されていないわけではない」ことを確認する。これらの実状に鑑みれば、意思表示が特定の無線 LAN 接続によりなされていても、相手方は、「当該表示が接続所有者によるもの……と疑いの余地なく推論するこ

とはできない」。要するに IP アドレスには、BGB 172条の代理権授与証書に準ずる「同一性確認と資格付与証明の効力が欠けている」ことから、当該冒用事例に172条を類推適用することはできないのである<sup>94)</sup>。

c 第三の（第1論文Ⅱ1(2)aの OLG Köln 2002年判決事件に代表される）電子メール・アカウント冒用事例でも、たしかに「特定のアドレスに割り当てられた電子メール・アカウントへのアクセスは、パスワードの入力しかできない」。さりながら「多数の当該サービス提供者は、アカウント新設にあたり、人に関する届け出を要求しなかったり、いかなる同一性の審査もしないため、アカウント所有者は匿名であり続ける。とりわけ電子メールは頻繁に……パスワードが通常一般に保存されていて毎回入力する必要のない、パソコン上にインストールされた電子メール・プログラムにより送信される」。かくして、当該パソコンに近づくことのできる者であれば誰でも、当該アカウントから送信できることになる。

この第三事例も上記bの第二事例同様、電子メール・アカウントは代理権授与証書に匹敵する同一性確認等の効力を欠くため、BGB 172条の類推適用を受けられない。ただし、当該「アカウントによりすでに一度、意思表示がある特定の相手方に対してなされた上で、成立した法律行為……がアカウント所有者により異論なく実行されていたときは（傍点筆者）」、——おそらく判例・通説では認容代理が持ち出されようが、表見代理判例法理の存在自体に懐疑的なシュテーパーにあっては——BGB 171条が類推適用されることになる<sup>95)</sup>。

d 第四の（第1論文Ⅱ1(3)の BGH 2006年コレクト・コール判決事件に関する）電話接続冒用事例では、当該接続は名前と住所を届け出た特定の者に割り当てられるが、通常一般にパスワードの入力などは不要であり、「接続所有者の部屋に立ち入ることさえできれば誰でも自由に利用できる」。

かくしてシュテーパーは、前述bの第二事例・cの第三事例同様「電話接続に、BGB 172条の類推適用を正当化しうるであろう同一性確認」等の効力はないと結論づけた上で、171条の類推適用の可能性を検討する。

他人の電話接続により（遠距離通信サービス自体に関しない）商品の発注がなされたときは、上記cの第三事例同様、この行為を接続所有者が異論なく実行した場合にしか、BGB 171条は類推適用できない。ただし——BGH 2006年コレクト・コール判決事件のように——遠距離通信サービス自体に関する意思表示については、特別法たる TKG（ドイツ電気通信法）45i条4項1文<sup>96)</sup>を顧慮する必要がある。この規定によれば、接続所有者は、冒用阻止に向けて期待されうる、技術的に可能なすべての措置を講じていたことを証明しない限り免責されない<sup>97)</sup>からである。もっとも実際に、接続へのアクセス制限など「注意深い平均的顧客に要求されるであろう」特別措置を講じることが電話接続所有者に求められるのは、「過去すでに冒用がなされていた」など「然るべき理由がある場合」に限られる。しかし上記事件では、過去一度も問題の電話接続によりコレクト・コールは受信されていなかった<sup>98)</sup>。

e 最後に第五の（OLG Schleswig 2010年判決事件に関わる）ネット・バンキング・データ冒用・無権限振替事例で問題となった PIN・TAN は、口座開設時の金融機関の審査を経て口座所有者に割り当てられるため、その同一性を明確に確認する。口座所有者も金融機関も、法律上、つまり——BGB 675条（有償の事務処理）1項1文により適用される——675m条1項1文1号<sup>99)</sup>によれば、PIN・TAN に第三者を近づけてはならないので、当該番号の使用者は、口座の利用権限を有する者とみなされうる。

かくして PIN・TAN には——前述 a の第一事例同様——同一性確認等の効力が認められることを前提に、シュテーパーは、口座所有者が過失により PIN 等に冒用行為者を近づけるようにしていた場合に履行責任が認められるかについて、ZDRL（EU 決済サービス指令：2007年成立）の国内法化に伴う BGB の2009年改正により新たに規定された（第2編 債務関係法 第8章 個別債務関係 第12節 委任、事務処理及び支払役務 第3款 支払役務に関する）675c条（支払役務及び電子マネー）から676c条（責任の排除）<sup>100)</sup>を考慮する。

BGB 675j条1項1文<sup>101)</sup>によれば、支払人が自己の同意、とくに PIN 等に代表される特定の支払認証手段（同条同項4文）を与えた支払行為しか、この者に対して効力を有しない。つまり、支払行為に関する口座所有者の意識的かつ意思的な容態が必要とされる。過失により PIN 等に第三者を近づけるようにしただけでは足りないのである。この帰結は、(ZDRL 61条（無権限取引についての支払人の責任）に基づいて、同意なき支払行為の結果として金融機関に生じた損害に対する口座所有者の賠償義務を負う場合を規定した) BGB 675v条<sup>102)</sup>によって確認される。裏返せば、単なる保管上の過失事例では、BGB 172条の類推適用に基づく「支払行為の帰責と口座所有者の履行責任は排除されているということになる（傍点筆者）」。

かくしてシュテーパーは、口座所有者が特定の振替につき第三者に PIN 等を交付していた場合にのみ、これらの「利用を前提とした支払行為の実行に同意している」ことから、第三者が合意に反して自己の口座へ振替を行っていても口座所有者の履行責任は認められると結論づける。この結論は、前述(2)cの白紙書面交付事例に関する BGB 172条の類推適用法理（第4論文I 1(3)以下参照）により正当化されよう<sup>103)</sup>。

(4) 最後にシュテーパーは、次のように自ら総括する。

他人のインターネットや遠距離通信のアクセス・データ冒用事例について、外見代理という（表見代理）判例法理の類推適用により解決する判例ではなく、権利外観法理の徴表たる「BGB 171条、172条の（直接ではない）類推適用」の観点から、5つに類型化した上で解決を検討した。その際に留意すべきは、——判例・通説では外見代理で問題とされる——「不注意の容態」も、本人が通知や代理権授与証書の交付に相当する「意識的かつ意思的な容態」で外観を作出する場合と同置されうることかという帰責性に関わる法的評価である（その結果シュテーパーによれば、上記類推適用に外見代理は取り込まれ、表見代理判例法理自体の不要論へと行き着く）。

第一の（電子メールを除く）アカウント冒用事例では、（パスワード入力により同一性確認の担保された）アカウントの信頼性から、冒用行為が初めて

であり、当該所有者が過失で行為者をアクセス・データに接近できるようにしていた場合であっても、BGB 172条の類推適用により履行責任を負う。ただし——BGB 675j条1項1文、675v条という特別規定の存在を理由に——第五のネット・バンキング・データ冒用・無権限振替事例では、口座所有者は自らの意思でPIN・TANを交付していた場合にしか履行責任を負わない(172条の類推適用の例外的制限)。

上記以外、第二から第四のIPアドレス、電子メール・アカウント、電話接続の冒用事例では、その外観の弱さゆえにBGB 172条を類推適用することはできない。上記所有者が反復・継続的に行われてきた冒用行為に対抗措置を講じてこなかった場合に初めて、BGB 171条の類推適用により履行責任が認められる<sup>104)</sup>。

かくして(外見代理自体の不要論を唱える)シュテューバーによれば、類推適用されるべき規定、つまりBGB 172条かそれとも171条かを決める分水嶺は、冒用されたアカウント等が——172条の代理権授与証書に匹敵しうる——「同一性確認と資格付与証明」を担保されていたか、つまり外観の強度しだいと言えよう。外観が弱いときは、BGB 172条は類推適用できず、なりすまし冒用行為が反復・継続的に行われることにより相手方の信頼に足る強度を備えて初めて171条の類推適用が可能となる。なお帰責要件としては、前述(2)のとおりアカウント等所有者の過失で原則足りるとされている点が特徴的である。

### Ⅲ. 学説の整理・分析

Ⅱで紹介した5つの発展的見解に至りそのすべてが、本件「パスワードの保管上の過失に基づくアカウントの初回冒用」なりすまし事例に関して外見代理を伝統的要件そのままに類推適用する本判決のアプローチに疑問を呈した。そして各見解は、分析手法などに違いこそあれ、なりすまし独自の「同一性」外観責任を標榜する点で一致している。——Ⅱ1のヘレスト

ハルが再三懸念するように——なりすまし事例にしっくりこない表見代理の要件を適用し続けることは、なりすましへの有効な対応の放棄を意味し、現代社会で重要性を増す電子取引の信頼性を損なわせることになるだろう。かくして以下では、同一性外観責任の要件がどうあるべきか、その具体化も含めて、（外観責任一般に共通する基本的な）外観要件と帰責要件との相互関連性に留意しつつ、学説の整理・分析を行うことにする。

（1） まず、表見代理判例法理の（つまり認容代理と外見代理に共通する）権利外観要件「無権代理行為の反復・継続性」が電子取引上のなりすまし事例に妥当するかについては、——たとえばすでに第3論文Ⅲ2(4)aのヘルティンクらに加えて——本稿Ⅱ1(1)aのヘレストハルや3(1)bのゾンネンタークも否定的に解する。（行為者とアカウント所有者が別人であることさえ認識され得ない）非対面・匿名のネット取引では、なりすましが今回初めてなされたのか過去にも反復してなされてきたのか、知る由もないからである。メイヤー（Susanne Meyer）も、取引相手方は「今までアカウント使用時に行為していたのが当該所有者なのか第三者なのかという情報をどこから手に入れるべきなのか」と疑問を投げかける。というのも、「行為者と直接接触する場合とは異なり、アカウントの利用では、いかなる自然人が入力しているのか、まったく認識できないからである」<sup>105)</sup>。これが、ネット取引のなりすましにまつわる現状・実態にほかならない。

（2）a それでは一体なぜ、なりすまし行為者をアカウント所有者本人であるとしてその同一性を誤信してしまうのであろうか。ともかく建前上は、アカウントがパスワードにより十分保護されていてその他人利用や譲渡が約款上禁止されているからである。

たとえばⅡ2(2)のエクスラーは、（パスワードにより保護された他人のアカウントを使用した）なりすましについて、（アルファベットや数字など）「表示記号を通して誤った外観が告知される」点で BGB 172条1項の「本人の署名ある代理権授与証書交付」事例と共通することを確認している。この共通項から、上記なりすまし事例の解決にあたっては、表見代理判例法理

ではなくむしろ BGB 172条の規定を参考にすべきであるという主張に繋がる。その結果、電子取引において、II 5(3)aのシュテューバーが分析したとおり、本人の署名のある代理権授与証書の「資格付与証明」に相応する「同一性確認」がID・パスワード等により実質的にも担保されていると考えてよいのかが問題となろう。

b とすれば取りも直さず、パスワード等のアクセス・データの信頼性が問われることになる。この評価が、当該データ（入力によるアカウントの——初めてか継続的かを問わず——使用）が外観要件としてふさわしいのかを決する分水嶺となろう。この点で、多様な「インターネットや遠距離通信のデータ」を扱ったシュテューバーの総合研究（II 5参照）は示唆的であるが、ここでは——本件との関連で——、パスワードにより保護されたアカウントを中心に扱うにとどめたい。

aa まず電子署名については、II 3(2)a aaのゾンネンタークが言うように、セキュリティの高さと、データ不正探知の難しさ（インターネット接続の安全性など）から外観としての適格性を有することは間違いない。また——本稿ではあえてその特殊性からほとんど取り扱わなかったが——ネット・バンキングで使用されるPIN・TANも、セキュリティの強固さから同様に考えてよかろう。ただ気軽さが売りのネット取引で、仰々しい電子署名等が果たして有用であるかは、現段階では疑問符が付こうか<sup>106</sup>。

bb そこで問題は、（費用・技術・操作性の面で安価・単純・容易ゆえに）最も普及している本件パスワードの信頼性に関する法的評価であるが、代理権授与証書の窃取・偽造リスクと同程度（もしくはそれより低い）と見るか、あるいはそれより高いとしても——たとえばII 2(1)のエクスラーらのように——ネット取引の動的安全保護の強い要請を強調するなどして弱いながらも外観として足りると評価するかである。

aaa 「アクセス防護」の観点を重視するII 1(2)aのヘレストハルによれば、（法律行為の締結に関わるネット取引市場の）パスワードについては一応、当該所有者にその保管・秘匿を法取引上期待できるとは言うものの、

その安全性基準等から結局は十分な信頼を基礎づける外観要件たり得ないとされる。

bbb これに対して上記懸念を考慮しつつも、II 3(2)a bbのゾンネンタークは、——第3論文III 5(1)のマンコフスキー同様——BGB 172条の規定する代理権授与証書・署名の偽造に比べればパスワードの不正探知の方がむしろ困難であることを理由に、後者も外観として適格性を有すると結論づける。また4(3)以下のボルゲスは、相手方は「あらゆる状況下で、自己の視点から見て正しい安全性基準を選択」すればよく、実務上も「取引の重要性とリスクに応じて様々な確認手段」が存在することから、パスワードは外観として弱いものの必ずしも当該責任の成立を排除しておらず、帰責要件しだいであると言う。5(3)aのシュテーパーは、eBay アカウントの取得・アクセス方法からその信頼性を確認した上で、当該パスワードについては、代理権授与証書と同様「同一性確認（と資格付与証明）」の効力・機能を有することから、BGB 172条の類推適用を認める。シュテーパーによれば、同一性の確認効力・機能を有するか否かが、上記類推適用を判断する決め手となる。かくして（代理権授与証書の偽造・変造同様）単なる不正操作リスクの存在自体は、「アカウントにおける信頼法律要件の発生を妨げるものではなく」、帰責要件で考慮すればよいと考えられるわけである。

ccc ともかく上記のヘレストハル、ゾンネンタークともに、ネット取引に関わるパスワードについては、その所有者に保管・秘匿を法取引上期待できるとする点では一致している。違いは、(いささか心許ない)安全性や不正操作リスクを外観要件の適格性判断にまで影響を及ぼすものと評価するか、帰責要件で考慮すれば足りると考えるかにある。

なお、理想のセキュリティとして——II 1(2)aのヘレストハルの主張にも通ずるところがあるが——欧州中央銀行（Europäische Zentralbank: EZB）の公表した指令<sup>107)</sup>は、オンライン・バンキングを含むあらゆる遠距離手続（Fernverfahren）に妥当する点で、興味深い<sup>108)</sup>。

(3) ただパスワードについて、——Ⅱ 2(3)bのエクスラーや3(2)bのゾンネンタークのように——代理権授与証書との差違、つまり弱い外観であることを承知した上でなおも外観要件たりうると考えるならば、なおさら帰責性が要件としての重みを増してくる。ともかく(多少なりとも懸念されている)パスワードの不正探知・入手とその濫用リスクに鑑みれば、アカウント所有者保護の観点からこの者の外観(履行)責任を限界づけるという意味で、帰責要件が果たす役割は大きいはずである。

a aa 冒用行為の反復・継続性を外観要件としない(つまり本件のような初回冒用でも構わない)なりすまし事例では、表見代理判例法理の権利外観要件との違いから、Ⅱ 3(2)b bbのゾンネンタークは、帰責性についても(本人の過失に関わる)外見代理とは異なった要件を措定すべきであると主張する。

1(2)bのヘレストハルは、一世を風靡したカナーリスの「信頼保護の複線性」論に倣い BGB 171条の法的考え方から、外観要件(厳密に言えば自身は電子署名に限定するわけだが)の「意識的作出」に限定する。

2(3)bのエクスラーは、パスワードについて——(1)・(2)において、文字などの「記号」、「有形化」と「濫用リスク」つながりで近似するとした——代理権授与証書よりも弱くて濫用されやすい外観であることから、(上記証書に関する) BGB 172条の勿論解釈によれば(「意識的な危険決定」という意味を持った)「交付」は当然必要であると言う。この172条から看取される帰責思考「意識的な危険増大」の観点を重視する4(4)のボルゲスも、パスワードの意識的交付を帰責要件とする(なお萌芽として、第1論文Ⅲ 5(2)のリーダーの見解が挙げられよう)。彼らの見解のベースには、危険主義的な帰責原理<sup>109)</sup>の存在を窺い知ることができる。

bb それでは具体的に、何もって「交付あり」と考えるべきであろうか。BGB 172条重視のアプローチを採れば——すでに第1論文Ⅳ 1(4)で課題として指摘したとおり——この帰責要件に縛られるため、——本稿Ⅳで見る契約上の損害賠償責任も視野に入れた——「過失」事例への対応を迫られるから

である。

すでに第3論文Ⅲ3(2)bのシンケルスは、パスワードをブラウザの自動入力機能により家庭のパソコンに保存していれば「当該パソコンを通常一般に利用する者すべてに意識的に交付した」ことになるとして乗り切ろうとした。さらに本稿Ⅱ4(4)のボルゲス（おそらく3(2)cのゾンネンタークも）のように、「意識的な危険増大」という（いわゆる危険主義的な）帰責原理と関連づけた上で、パスワードのメモをパソコン周辺に放置する行為や、アカウント冒用に気づいた当該所有者がさらなる冒用に備えて対策を講じなかった不作為を「意識的交付」と同価値と評価するのであれば、後記bの「保管上の重過失」を帰責要件とする見解に接近しようか<sup>110)</sup>。

そして、このような緩和的認定を志向するのであればなおさら、アカウント所有者が履行責任を問われる範囲・内容に関する議論は——第1論文Ⅲ5(2)のリーダーら一部学説を除けば——ほとんどなされていないが重要となろう。この問題を考える上で、同じくBGB 172条の類推適用が問題となる白紙書面の濫用責任論は大いに参考になると思われる。このような意味・理由から起稿したのが——ここでは触れないが——第4論文であった（当該示唆についてはⅦ2参照）。

なお、とくに（アカウント所有者の保護機能を担う）帰責要件との関連では、「交付」に関する表見証明は、Ⅱで見たとおり各見解で温度差があり困難な問題となろう。

b 他方で上記aの、パスワードの意識的交付に帰責性を厳格化した見解に対して、Ⅱ5のシュテーパーは、（判例・通説により承認された）過失を帰責要件とする外見代理との均衡、代理人による代理権授与証書の入手経路を相手方は知り得ないこと、表示意識を意思表示の成立要件としない判例変更、さらに危険な代理権授与証書から取引安全を保護する必要性を根拠に、表見代理規定（とくにBGB 172条）を代理権授与証書の保管上の過失事例に類推適用できると主張した。そしてこれをテコに、アクセス・データも同一性確認機能を有することから、それにより作出された同一性

外観は保管上の過失による場合であっても、上記証書事例と同様 BGB 172条を類推適用することは可能であるとの見方を示したわけである。もっともシュテューバーによれば、保管上の過失は、「データ冒用を当該所有者が少なくとも予見しなくてはならなかったこと」と理解されていて、とくに濫用が問題となりやすい妻や婚約者など近い家族関係にあっては、具体的な拠り所があった場合に限定される点には注意を要しよう<sup>111)</sup>。

(4) そして、上記到達点を踏まえた研究書<sup>112)</sup>が2014年から2016年にかけて毎年1冊ずつ出揃うに至って、いよいよ議論は煮詰まってきた感がある。次の論文では、上記最新のモノグラフィーをとり上げ、今まで整理された論点について各著者がどのように考えているのかを考察した上で、筆者の考えるところ・方向性をまとめてみたい。

#### IV. おわりに——契約上の損害賠償責任の可能性について——

ところで本件「パスワードの保管上の過失による初回冒用」なりすまし事例に関して——外見代理の類推適用を検討する本判決も結論自体は否定的であったし、Ⅱ・Ⅲで見たとおり最近の研究では外見代理とは異なった独自の要件を指定した上でとくに帰責要件を厳格化する傾向にあるわけだが——権利（最近の研究を踏まえれば正確には「同一性」）外観に基づく履行責任が否認されるとき、引き続き相手方保護の観点から——Ⅱ 1(2)bのヘレストハルもカナーリスの「信頼保護の複線性」に倣ったように——保管上の過失とはいえこの（いわば間接的）過失を根拠に、契約上の損害賠償責任であればアカウント所有者に負わせることができないのか、考えてみる必要がある<sup>113)</sup>。たとえば本件パスワードについて、eBayは、ネット取引上その入力を重要な本人確認手続きとするがゆえに、約款で「厳重な保管義務」を課しているからである。またこのような認識は、国を問わずデジタル社会一般に浸透しているものと思われる（だからこそこのリスクを察知して、わが国の高齢者などは、そもそもアカウントを開設すること自体、躊躇うのであろう）。

上記損害賠償責任に関する本判決前夜までの判例・学説状況は、——第1論文Ⅱ2・Ⅲ7で紹介したが——以下(1)a・(2)aで要約するとおりである。なお——本稿Ⅱ4(5)のボルゲスにより「パスワードの秘匿義務違反に基づく損害賠償責任」を視野に入れているはずであると評される——本判決を受けて、第3論文Ⅲ3(3)b bbのリナルダトス (Dimitrios Linardatos) は「紛失した意思表示 (abhanden gekommene Willenserklärung)」原則による信頼利益の損害賠償責任を、4(5)cのファウストは——自らは否定的だが第1論文Ⅲ7の見解や第3論文Ⅲ2(1)のノイナー (Jörg Neuner) 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 (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte) 構成の可能性を検討していたが、その後どのような展開が見られるのであろうか。以下(1)b・(2)b以降では、本稿のおわりにを兼ねて、Ⅱ2・3でそれぞれとり上げたエクスラー、ゾンネンタークが上記可能性についてどのように考えているのかを中心にフォローしておきたい。

(1) a 第1論文Ⅲ7(2)のコッホ (Robert Koch) やホフマン (Jochen Hoffmann) は、ネット・ポータルの利用関係が (契約の保護領域に第三者 (=被害を受けたユーザー) を取り込んで契約上の保護を与える) 「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、この原則に関わる BGB 280条1項<sup>114)</sup>、241条2項<sup>115)</sup>に基づく損害賠償責任を主張していた。

b だがこの見解に対して、ゾンネンタークは、加害、被害ユーザーは「ともに同じようにネット・ポータルと対峙する結果、第三者のための保護効を伴う契約の要件とされる債権者との近接性 (Gläubigernähe)<sup>116)</sup>が欠けている」ことから、否定的な見方を示す。(債権者たる) プラット・フォーム運営者 (Plattformbetreiber, 本件 eBay) は、加害、被害両者「の地位の同等性 (Gleichrangigkeit) を根拠に」、(契約外の第三者たる) 被害を受けた後者を契約関係に取り込むことにつき正当な利益を有しないからである<sup>117)</sup>。

c 上記 a の法的構成の長所を認めつつ、ノイバオエアー (Mathias Neubauer) とシュタインメッツ (Wolfhard Steinmetz) も、上記「保護効を

伴う契約」に関する要件の厳格さを理由に懐疑的である<sup>118)</sup>。

d なお他にも、登録に際してオークション・ハウス (Auktionshaus) との間の契約とともに締結される「参加者間の枠契約 (Rahmenvertrag zwischen den Teilnehmern)」という構成も、主張されている<sup>119)120)</sup>。

(2) a 他方で、契約締結上の過失責任 (BGB 280条1項, 241条2項, 311条2項<sup>121)</sup>) については、唯一の下級審裁判例 LG Bonn 2003年12月19日判決 (第1論文Ⅱ2参照) は、なりすまされた番号所有者と (なりすまし行為者と当該契約を締結した) 相手方との間には (311条2項1文の要件たる) 契約交渉の開始も (同2文の要件たる) 準備 (Anbahnung) も認められず、契約準備段階の信頼関係が存在しないことを理由に否定的であったのに対して、第1論文Ⅲ7(1)の学説は肯定的であった。

b この動向に関して、エクスラーは、次のとおり白紙書面責任との比較検討から、「名義人または番号所有者が同一性確認記号 (署名, パスワード, 暗証番号) を交付しておらず」その保管上の過失により冒用を可能にした事例では契約締結上の過失責任が問題となるが、BGB 675v条2項に則って重過失の場合に限定されると結論づける。

aa 判例は、「表示意識なき意思表示」事例において、意思表示の成立を前提に BGB 119条1項による錯誤取消可能性を表意者に認めつつ (錯誤取消しをした) 表意者には122条により信頼利益の損害賠償責任を負担させるが、保管上の過失に関する「白紙書面責任」事例でも「それに準じた態度をとる」。「白紙部分により、証書作成者は特殊な方法で (in spezifischer Weise) 取引を危険にさらす」ことから、保管上の過失により白紙書面が当該作成者の意思に反して取引過程に置かれるに至った場合には、契約締結上の過失責任が認められる (BGB 122条の類推による「紛失した意思表示原則」に準じた損害賠償責任)。この白紙書面責任の基礎にある法的考え方は、債務法改正後の新体系下において BGB 311条2項3号で規定された。かくして、白紙書面による債務負担の成立と範囲につき取引上の期待 (Verkehrserwartung) が危殆化することで、「BGB 311条2項1号・2号の

事例に準じるであろう取引上の接触（geschäftlicher Kontakt）」が生じる。

bb その上でアカウント冒用事例でも、エクスラーは、上記aaと同じような方法で取引上の期待が損なわれることから、白紙書面責任事例との比較が「有効である」とする。アカウントを所有者が第三者により濫用されるとき、同じシステムに接続する他の利用者との関係でも、（BGB 311条2項3号の要件たる）「取引上の接触」が生じる。かくしてアカウント所有者が、当該冒用につき帰責性を有するときは、相手方に対して信頼利益の損害賠償責任を負わなければならない<sup>122)</sup>。

cc ところで上記帰責性の内容・程度について、BGH 2004年3月4日判決（Dialer 事件判決）<sup>123)</sup>は、ネット利用者は「危険のないと思しきデータ・ファイルに危険なプログラムが潜伏することを予見するには及ばない」<sup>124)</sup>として、重過失という（上記利用者に）「最も寛容な基準をあてがった」。しかしこの基準は、（第1論文II 3(2)の）BGH 2010年の Sommer unseres Lebens 事件判決により「妨害者責任の領域では放棄された」。

それにもかかわらずエクスラーは、次のとおり「慎重に BGB 675v条2項から体系的に論証」した結果、アカウント所有者の損害賠償責任を重過失の場合に限定する。

BGB 675v条2項は、支払認証手段が濫用された場合において、当該所有者が保管の懈怠により損害を生じさせていたときは重過失の場合にのみ賠償責任を負うと規定する。「たとえば通信販売（Mailorderverfahren）で、上記支払認証手段としてクレジット・カード番号が利用される」ことを想起すれば、本件と「酷似しているように思われる」。かくしてクレジット・カード番号やアカウントのパスワードといった「同一性確認番号が非常に濫用されやすい」ことや、「その利用に関する複雑な技術上の基本条件（Rahmenbedingung）」に鑑みれば、BGB 276条（債務者の責任）2項の注意義務違反の基準を厳格化したり、「——法的安定性の理由からより説得力をもって——675v条2項に則って重過失に限定したりすること」が考えられる<sup>125)</sup>。

c 上記bのエクスラーの見解に、ゾンネンタークは諸手を挙げて賛成する<sup>126)</sup>。

(3) すでに筆者としては、「申込み(取下げを含む)・承諾」に関わるネット・オークション取引の締結方法や「パスワードの保管・秘匿義務」など当該取引秩序の維持・形成に関わる eBay の(少なくとも個別)条項については、約款に同意した会員全員を対象(名宛人)として、出品者・入札者(つまりオークション参加者)間でも直接的な効力を有するのでないかとの見通しを立てていた<sup>127)</sup>(これを足がかりに、少なくとも契約上の損害賠償責任を導けないだろうか)。たしかに本判決で、BGH は、「eBay と各アカウント所有者との間で個別に合意されているにすぎないため、出品者・入札者間では直接的な効力を有」しないと<sup>128)</sup>した<sup>129)</sup>が、翌月8日判決<sup>129)</sup>では、オークション出品物が紛失等で販売できなかった場合にその取下げを留保した個別条項について「事実上の『対外的効力』」を認めている(第3論文Ⅱ2(3)a参照<sup>130)</sup>。

また、それとは別に上記(2)bのエクスラーの見解も、本件アカウント冒用事例の解決にあたり、保管上の過失に関する白紙書面責任事例の処理、——BGB 2009年改正時に新設された——契約締結上の過失責任に関する311条2項や支払認証手段の濫用に関わる675v条2項の規定を参考にして大変興味深い。ネット取引では——アカウントがなりすましに濫用された際——同じシステムに接続する他の利用者との関係でも(BGB 311条2項3号の要件たる)「取引上の接触」が生じているのではないかと、鋭くエクスラーが指摘した点は注目すべきであろう。他方で、コンピュータの性能向上に伴いパスワードをはじめとするセキュリティ技術の安全性が危殆化されやすい、だからこそエクスラーは、保管上の重過失事例に損害賠償責任を限定する配慮をしたものと思われる。

(4) 最後に、そもそもなりすまし自体を予防するにあたっては、電子署名に匹敵するぐらい安全性の高い、加えて利便性にも優れた認証手段の開発・導入が必要不可欠となるが、これには、eBay などのプラット・

フォーム運営者たちに重い腰をあげてもらおうほかなかろう<sup>131)</sup>。

- 67) G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2400f. Vgl. auch Eva Muchowski, eBay - "besser kaufen und verkaufen"?, JA 2015, S. 929; Kroiß/Kröger/Kummermehr/Wegner, FormularBibliothek Zivilprozess - Grüter, Schuldrecht, 3. Aufl. (2016), § 1 Rz. 12f.
- 68) それにもかかわらずボルゲスによれば、権利外観要件は「帰責性との関連で厳密に説明されていない」(G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2401)。
- 69) G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2401f.
- 70) 要するに単純なパスワード保護 (Passwortschutz) の場合、PIN・TAN 手順のような「二重の信頼性 (認証) 保護 (doppelter Authentizitätsschutz)」は存在しない (Georg Borges, Rechtsfragen des Phishing - Ein Überblick, NJW 2005, S. 3317) ため、後者手続に比べれば弱い外観ということになろう。
- 71) G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2402.
- 72) G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2402.
- 73) ただし、当該交付が欺罔によるときは、「意識的な危険増大」が認められないので、本文の限りでない (G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2403)。
- 74) この判断は、わが国において民法94条2項・110条の重畳類推適用を肯定した最判平18 [2006] 年2月23日判決民集60巻2号546頁の (なかば苦渋に満ちた) 帰責性判断を想起させる。本文のような (当該規定から看取される) 帰責原理からのアプローチは、上記判決を説明するに際して大いに参考になろうか。
- なお、甲土地の真正権利者Aになりすました第三者Bが偽造したAの印鑑登録証明書に基づいて甲土地をY<sub>1</sub>に売却し虚偽の所有権移転登記を行った上で、Y<sub>2</sub>らに甲土地が転売された事件において、Aから甲土地を相続したXがY<sub>1</sub>らに本件所有権移転登記の抹消を請求したところ、東京地裁平成27 [2015] 年6月16日判決 (金法2035号91頁) は、「Aによる真正の印鑑登録証明書の保管状況に問題があったこと、そのことにより本件印鑑登録証明書が偽造されたことを認めるに足る証拠」をいずれも認めず、民法94条2項・110条の重畳類推適用によるY<sub>2</sub>らの保護を否定した。それではもしY<sub>2</sub>らの主張どおり、印鑑登録証明書につきAに保管上の過失があり、これにより上記偽造、ひいては虚偽登記がなされていたとするならば、どのような判断がなされたのか、一般的な権利外観法理からのアプローチに関心のある本稿との関係で非常に興味深い。
- 75) G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2402f. なお、本文(2)から(4)の内容を後日要約した論稿として、Georg Borges, § 18 Zivilrechtliche Aspekte des Identitätsmissbrauchs im Zusammenhang mit Internet-Auktionen, in ders. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 13 [Rechtsfragen der Internet-Auktion, 2. Aufl. (2014)]), S. 391ff.
- ただ本文の諸事例は一般に、外見 (あるいは認容) 代理の類推適用事例として把握されているように思われる (第1論文Ⅱ1(1)bのOLG Oldenburg 1993年1月11日判決・OLG Köln 同年4月30日判決, vgl. Hoeren/Sieber/Holzner/Kitz, Handbuch Multimedia-Recht, 39. Ergänzungslieferung 2014, Teil 13 Rz. 138)。
- 76) G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2403. ただ結果的に否定的な立場を後日明らかにしたと思

しき論稿として、G. Borges, a.a.O. (Fn. 75), S. 394ff.。

- 77) Michael Stöber, Kurzkommentar zu BGH, Urteil v. 11. 5. 2011, EWIR 2011, § 164 BGB 1/11, S. 552.
- 78) Michael Stöber, Die analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB am Beispiel der unbefugten Benutzung fremder Internet- oder Telekommunikationszugänge, JR 2012, S. 225.
- 79) 第3論文(1)・立命359号251頁参照。
- 80) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 226, 228. もとより本文事件では、相手方は利用されたアクセス (Zugang) を手がかりに (通常目には見えない) 実際の行為者ではなく当該所有者と契約を締結する意思がある、つまり後者を契約当事者であるとして (いわゆる他人の名 (番号) の下での行為論に従って)、シュテーパーは、BGB 164条以下の代理規定の類推適用論を前提に考える (M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 226)。
- 81) BeckRS 2010, 21573. なおごく最近、BGH 2016年1月26日判決 (BGHZ 208, 331) が出された。
- 82) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 225, 228ff.
- 83) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 226f.
- 84) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 227.
- 85) BGHZ 91, 324. 詳しくは、佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡法46巻3・4号 (1997年) 917頁以下参照。
- 86) 拙稿「ドイツにおける表見代理法律行為説 (Rechtsgeschäftstheorie) の再興——メルクト (Merkt) の唱える『法律行為説への回帰』を中心に——」立命310号 (2007年) 126頁の注37) 参照。
- 87) なお、占有離脱物の善意取得を認めない「BGB 935条1項の価値判断も、代理権授与証書が過失により取引過程に置かれた場合に172条の類推適用を認めることに不利に働かない。当該証書が本人の署名に基づいてこの者に帰せしめられうるのは、明らかである。この同一性の確認効力は、通常一般的な動産の占有に由来するものではない (傍点筆者)」(M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 228)。  
ただ本文および本注で挙げたシュテーパーの論拠に反対するものとして、第6論文で紹介予定の Michael Müller-Brockhausen, Haftung für den Missbrauch von Zugangsdaten im Internet (2014), Rz. 681f.。
- 88) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 227f.
- 89) 詳しくは、第4論文(1)・立命365号303頁以下、同(2)・立命366号125頁以下参照。
- 90) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 228.
- 91) 「白紙書面規律に準じて、当該所有者は、表意者が当該データを利用して行った、合意に反する取引も」帰責されなければならない (M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 229)。
- 92) もっともシュテーパーによれば、帰責性に関する証明責任は、相手方ではなく本人が負担する。つまり本人がいわば免責的に、第三者による冒用の事実に加えて、冒用を予見する必要がなかったこと (帰責性の不存在) まで主張・証明することになる (M. Stöber, a.a.O. (Fn. 77), S. 552, 第3論文(1)・立命359号252頁参照)。

- 93) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 228. Ebenso bereits M. Stöber, a.a.O. (Fn. 77), S. 552. すでに同様の指摘, 第1論文(2)・立命356号211頁以下。
- 94) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 229. また「単なる接続状態の維持 (Unterhalten) は, 前述した理由から, 当該接続を介してなされた, BGB 171条の類推適用による意思表示帰責にとって基礎たりうる容態を意味しない」ので, 「当該所有者は, 意思表示が自己の接続によりなされているという理由だけで」権利外観責任を負担させられるには及ばない, つまり, 最低限の権利外観要件にも満たない。かくして「当該所有者がアクセスを十分に防護していたかどうか」という帰責性を論ずるまでもない (M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 229)。
- 95) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 229f.
- 96) TKG 45i条 (異議申立て) 4項1文  
(4) 電話加入者がサービス提供者の給付を利用したことにつき責任を負わされ得ないことを証明する限りで, 提供者は, 加入者に対して報酬を請求する権利を有しない。
- 97) なお, この規定が昨今の (モバイル・テレフォンやスマートフォンなど) モバイル付加価値サービス (mobile Mehrwertdienste) に適用されるかについては, Aegidius Vogt/Marcus Rayermann, Die Haftung des Mobiltelefon-Anschlussinhabers nach dem TKG Anwendbarkeit des 45i Abs. 4 TKG auf die Abrechnung mobiler Mehrwertdienste von Drittanbietern, MMR 2012, S. 207ff. が詳しい。
- 98) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 230.
- 99) BGB 675m条 (支払認証手段に関する支払役務提供者の義務, 送付の危険) 1項1文1号  
(1) 支払認証手段を発行した支払役務提供者は, 次に掲げる義務を負う。  
1. 支払役務利用者の義務を妨げることなく, 前条の規定に従って, 支払認証手段の個人化されたセキュリティ番号が, 利用の権利を有する者にもみアクセス可能であることを保証すること。  
なお BGB 第2編 債務関係法に関わる条文訳は, 山口和人 (訳) 『ドイツ民法2 (債務関係法)』(国立国会図書館調査及び立法考査局, 2015年) から引用する。
- 100) これら一連の規定群については, 平田健治「EU 支払サービス指令とドイツ法——多様な支払手段の統一ルール創出の試みとその意義——」阪法61巻2号 (2011年) 287頁以下が詳しい。Vgl. auch etwa Johannes Köndgen, Das Neue Recht des Zahlungsverkehrs, JuS 2011, S. 481ff.; Matthias Koch, Missbrauch von Zahlungsauffertigungsinstrumenten - Haftungsverteilung zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer (2012); Christian Hofmann, Haftung im Zahlungsverkehr, BKR 2014, S. 105ff.; Benjamin Sorg, Die zivilrechtliche Haftung im bargeldlosen Zahlungsverkehr (2015).
- 101) BGB 675j条 (同意及び同意の撤回) 1項1文  
(1) 支払行為は, 支払者が支払行為に同意 (認証) したときに限り, 支払者に対して効力を有する。
- 102) BGB 675v条の責任については, Matthias Casper/Theresa Pfeife, Missbrauch der Kreditkarte im Präsenz- und Mail-Order-Verfahren nach neuem Recht, WM 2009, S. 2346f.; Jürgen Oechsler, Die Haftung nach § 675v BGB im Kreditkartengeschützten

Mailorderverfahren, WM 2010, S. 1381ff.; M. Koch, a.a.O. (Fn. 100), S. 119ff.; Dimitrios Linardatos, Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie (2015), S. 176ff.; ders., Die Rechtscheinhaftung im Zahlungsdienstrecht - Zugleich eine Anm. zu LG Darmstadt, Urt. v. 28.8.2014 - 28 O 36/14, BKR 2015, S. 96ff.; B. Sorg, a.a.O. (Fn. 100), S. 241ff. など参照。Vgl. auch Friedrich Graf, Umsetzung der Zahlungsdienst-Richtlinie - Nachteilige Auswirkungen für den Verbraucher, Recht ohne Grenzen: FS für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag (2012), S. 1068f.

BGB 675v条(決済認証手段の濫用の場合の支払人の責任) 1項・2項(3項は省略)

- (1) 認証されていない支払行為が、逸失し、盗取され又はその他の紛失した支払認証手段を利用して行われたときは、支払者の支払役務提供者は、支払者に対し、これによって生じた損害のうち、150ユーロまでの金額の賠償を請求することができる。損害が、支払認証手段のその他の濫用から生じ、支払者が、個人化されたセキュリティー記号を確実に保管していなかったときも同様である。
- (2) 支払者が、無権限の支払行為を欺罔の意図で可能にし、又は、次に掲げるいずれかの行為により生じさせたときは、支払者は、自己の支払役務提供者に対し、無権限の支払行為の結果生じた全ての損害を賠償する義務を負う。
  1. 第675i条の規定による一又は複数の義務の故意又は重大な過失による違反
  2. 支払認証手段の発行及び利用についての一又は複数の約定された条件に対する故意又は重大な過失による違反

なお上記675v条2項の責任を根拠づける注意義務の基準は、たとえば1文によれば(支払認証手段の安全確保を規定した)675i条による(Martin Hossenfelder, Onlinebanking und Haftung, CR 2009, S. 791. 詳しくは C. Hofmann, a.a.O. (Fn. 100), S. 105ff. 参照)。

BGB 675i条 支払認証手段に関する支払者の義務

支払者は、支払認証手段の受領後直ちに、個人化されたセキュリティー記号[*die personalisierten Sicherheitsmerkmale*]を無権限のアクセスから守るため、全ての期待可能な対策を講じる義務を負う。支払者は、支払役務提供者又はこの者により指定された機関に対し、支払認証手段の紛失、盗難、濫用又はその他の無権限の利用を、これらについて知った後、遅滞なく通知しなければならない。

- 103) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 230f.
- 104) M. Stöber, a.a.O. (Fn. 78), S. 231.
- 105) S. Meyer, a.a.O. (Fn. 63), S. 3689.
- 106) Vgl. T. Hoeren/V. Bensinger/J. Eichelberger, a.a.O. (Fn. 22), Kapitel 4 Rz. 147.
- 107) [https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Presse/EZB\\_Pressemitteilung\\_en/2013/2013\\_01\\_31\\_internetzahlungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Presse/EZB_Pressemitteilung_en/2013/2013_01_31_internetzahlungen.pdf?__blob=publicationFile)[2017年2月23日アクセス].
- 108) Vgl. Thomas Hoeren/Maria Kairies, Der Anscheinsbeweis im Bankenbereich - aktuelle Entwicklungen, WM 2015, S. 551ff.
- 109) 権利外観に関わる一帰責原理としての「危険主義 (Risikoprinzip) とは、信頼保護の場

面を、実質的権利関係とは異なる外観に依拠した取引がなされる危険性が現実化した場面として把握し、そのような危険への関わり方の中に真正権利者側の帰責根拠を求める考え方である」と説明される。「その関わり方としては、そのような危険を支配する可能性が相手方よりも大きかったという状況をそれに当てるのが一般的である」が、「個別の分野に即して展開されている」中では、「真正権利者の行為中に危険の引受けがあった」とか「真正権利者がそのような危険な状態を作り出した」と説明するものも含まれている（詳細については、多田利隆『信頼保護における帰責の理論』（信山社、1996年）149頁以下）。

110) ともあれ、家族間での交付はより難問となろう（vgl. Helmut Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. (2017), Rz. 878）。

111) この点に関する判例・学説の評価は分かれているが、詳しくは、たとえば第1論文(2)・立命356号211頁以下参照。

なお、信頼性の高い電子署名の場合、「過失」、ひいては帰責が否認されるのは、当該所有者が銃を突きつけられた脅迫事例に限られる（Markus Köhler/Hans-Wolfgang Arndt/Thomas Fetzer, Recht des Internet, 7. Aufl. (2011), Rz. 227）。

112) M. Müller-Brockhausen, a.a.O. (Fn. 87); Matthias Schneider, Die rechtsgeschäftliche Haftung für den Accountmissbrauch im Internet (2015); A. Hajut, a.a.O. (Fn. 4).

113) 最近も漠然とこの可能性を示すものとして、たとえば S. Meyer, a.a.O. (Fn. 63), S. 3689.

114) BGB 280条（義務違反による損害賠償）1項

(1) 債務者が、債権関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。

115) BGB 241条（債権関係から生じる義務）2項

(2) 債権関係は、その内容により、他方の当事者の権利、利益及び利益を顧慮することを、いずれの当事者にも義務付けることができる。

116) 「債権者との近接性」とは、契約外の「第三者が契約関係の保護領域に取り込まれること」に対して、契約の債権者が正当な利益を有していることである（久保寛展「投資家に対する格付機関の契約責任——ドイツにおける『第三者のための保護効を伴う契約』法理を基礎として——」同法62巻6号（2011年）490頁）。なおこの近接性は、「債権者の保護利益（Glaubigerschutzinteresse）」ないし「債権者の取込利益（Einbeziehungsinteresse des Glaubigers）」とも称される（vgl. etwa Christoph Brömmelmeyer, Schuldrecht Allgemeiner Teil (2014), § 14 Rz. 28ff.）。

117) M. Sonntag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1619.

118) Hoeren/Sieber/Holznapel/Neubauer/Steinmetz, a.a.O. (Fn. 75), Teil 14 Rz. 27ff. Ebenso Spindler/Schuster/Spindler, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 164 Rz. 13; H. Redeker, a.a.O. (Fn. 110), Rz. 1188. 当該要件（具体的には前掲注116）の「債権者との近接性」に加えて、「給付との近さ（Leistungsnahe）」、「債務者にとっての責任リスクの認識可能性（Erkennbarkeit des Haftungsrisikos）」および「第三者の要保護性）」については、花新發元紀「契約責任の第三者効についての一考察——ドイツ法における『第三者のための保護効を伴う契約』法理を中心に——」明大院42号（2015年）351頁以下参照。たしかに本文の保護効を伴う契約を安易に認めることは取りも直さず、債務者のリス

- ク負担の増大を意味することになるから、厳格な要件それ自体はやむなしと言ったところであろうか。Vgl. auch BGHZ 181, 12.
- 119) 詳しくは, Hoeren/Sieber/Holzngel/Neubauer/Steinmetz, a.a.O. (Fn. 75), Teil 14 Rz. 30; Spindler/Schuster/Spindler, a.a.O. (Fn. 118), Vorbem. §§ 145ff. Rz. 11 参照。
- 120) 本文 a～c と d の両法律構成を検討したものとして, たとえば Bernhard Kreße, Die Auktion als Wettbewerbsverfahren (2014), S. 370ff.; ders., Vertragsschluss bei der Internetauktion und Geltung der Auktionshaus-AGB im Marktverhältnis, NJ 2015, S. 449ff。
- 121) BGB 311条 (法律行為又は法律行為に類する行為による債務関係) 2項  
(2) 第241条第2項の規定による義務を伴う債務関係は, 次に掲げる行為のいずれかによっても発生する。  
1. 契約交渉の開始  
2. 当事者の一方が, 何らかの法律行為上の関係で, 相手方に対して自己の権利, 法益及び利益に対して影響を及ぼす可能性を与え, 又は相手方に対してこれらを委託する契約の着手 (準備: 筆者挿入)  
3. 同様の取引上の接触
- 122) なお消極的利益には, たとえば無駄になった費用 (Aufwendung) の賠償や弁護士費用の償還が含まれるにすぎない。給付に代わる損害賠償は契約の成立を前提するので, 契約締結上の過失責任 (BGB 311条2項) では, ただ例外的に, たとえば当該契約が契約準備段階の義務違反がなければ加害者との間でより有利な条件で成立していたであろう場合 (コスト・ダウンの見込まれる事情が秘匿されていた事例) にのみ不履行損害 (Nichterfüllungsschaden. = 履行利益) が考慮されうる (Winfried Klein, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11. 5. 2011, MMR 2011, S. 450. Vgl. auch Erman/J. Kindl, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Aufl. (2014), § 311 Rz. 29)。
- 123) BGHZ 158, 201 (第1論文(1)・立命355号215頁の注144) 参照)。詳細な検討については, Jürgen Oechsler, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Internet (I. Teil), Jura 2012, S. 422ff. 参照。
- 124) また, パスワード等の「探知プログラム (トロイの木馬) についても, 同じようなことが言えよう。当該利用者には, コンピュータの定期点検や……アカウント閉鎖の義務はない」(J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 17), S. 582)。
- 125) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 633. Ebenso Dirk Heckmann, juris PraxisKommentar: Internetrecht, 3. Aufl. (2011), Kapitel 4.3 Rz. 131. Vgl. auch Jürgen Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse (2013), Rz. 1352ff.
- 126) M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1619f. Vgl. auch G. Spindler, a.a.O. (Fn. 8), S. 333.
- 127) 第3論文(1)・立命359号261頁の注22) 参照。Ähnlich etwa Michael Kind/Dennis Werner, Rechte und Pflichten im Umgang mit PIN und TAN, CR 2006, S. 354; Malte Stieper, Vorzeitige Beendigung einer eBay-Auktion - Die Ausgestaltung von Willenserklärungen durch AGB als Herausforderung für die Rechtsgeschäftslehre, MMR 2015, S. 631.

- 128) 第3論文Ⅱ(1)で本判決を紹介する際に割愛した「約款の効力」に関わる判決理由 [21] を、以下に掲げておきたい。

[21] 2. 結局Yの責任は、eBay 約款2条9号から導き出すことさえできない。たしかにこの条項は、自己のアカウントを使用してなされる「すべての活動」に対して会員が原則責任を負うと定めている（\*筆者挿入：ただ現在、会員アカウント責任条項（Mitgliedskonto-Haftungsklausel）と呼ばれる本9号は存在しない、vgl. Spindler/Schuster/Spindler, aa.O. (Fn. 118), § 164 Rz. 13 Anm. 81; <http://pages.ebay.de/help/policies/user-agreement.html#anmeldung> [2017年3月18日アクセス]）。しかしながらこの約款は、eBay と各アカウント所有者との間で個別に合意されているにすぎないため、出品者・入札者間では直接的な効力を有しない。当該約款は、せいぜいこれを前提にしてなされた表示の解釈について意味を持ちうるにすぎない。……—本件では適用されなかった—認容または外見代理原則……を越える責任を当該約款が根拠づけるのは、この約款中に、来るべき契約相手方のことを考えて、BGB 328条による第三者のためにする契約または第三者保護効を伴う契約が認められうるであろう場合に限られる（学説状況についてはBorges, NJW 2005, 3313[3315] 参照；さらに Herresthal, K&R 2008, 705[709] も参照）。本件がこうした場合に当たるかどうかは、判断を必要としない。なぜならこのような、できるだけ多くの潜在的なオークション参加者に対するアカウント所有者の、その範囲において無制限な責任義務（Haftungsverpflichtung）は、……顧客に最も敵対的な解釈（kundenfeindlichste Auslegung）をとれば、アカウント所有者がその無権限使用を知らなかったし阻止することもできなかったであろう事例についても効力を生じるであろうから、権利外観責任の法原則を著しく逸脱し、BGB 307条1項1文による内容規制に該当したからである（詳細についてはBorges, NJW 2005, 3313[3315] 参照……）。それゆえ、eBay 約款2条9号で定められた責任規律は、せいぜい——ECカード発行者の約款の場合がそうであるように（たとえばBGHZ 160, 308[312]……参照）——プラットフォーム運営者に生じた損害についてこの者に対するアカウント所有者の責任義務しか根拠づけない。

BGB 307条（内容の統制）1項1文

- (1) 普通取引約款の規定は、それが、利用者の契約の相手方に対し、誠実及び信義の命令に反して不適切な不利益を与えるときは、効力を有しない。

- 129) なお最近の判例としては、BGH 2015年9月23日判決（NJW 2016, 395）がある。
- 130) このような「ネット・オークションにおいて約款を（とくにユーザー間で締結された）契約に取り込む」問題（いわゆる「取込解決（Einbeziehungslösung）」）を詳細に扱った最近の文献として、B. Kreße, aa.O. (Fn. 120[2014]), S. 368ff.; ders., aa.O. (Fn. 120[2015]), S. 449ff.; Murat Can Atakan, Der Vertragsschluss und das Widerrufsrecht im Rahmen von Internet-Auktionen (2015), S. 68ff.。

なおわが国では、大村氏が、事業者・利用者間のネット・オークション利用契約と利用者間の売買契約について、「必ずしも、別個独立の契約ではなく、ネット・オークションという物の売買を目的とするシステムを利用した包括的な取引形態をもつ契約である」との興味深い見方を示していた（大村和子「インターネット・オークションにおける事業者

と利用者の法的問題について」情報ネットワーク3巻(2004年)25頁)。

131) より具体的に言及するものとして、G. Spindler, aa.O. (Fn. 8), S. 335f.

わが国でも、非対面であるネット取引の特性からシステム利用契約上のモール運営者の義務として、一定の技術水準確保等により「安全な取引環境を整備する義務」を觀念しうると主張されている(窪幸治「インターネットショッピングモール運営者の法的責任——取引環境整備義務について——」総合政策16巻2号(2015年)223頁以下)。ネット・モールやオークションに代表されるプラットフォームの運営者については、その実態・役割等を斟酌・反映した法的地位(たとえば現代型の新たな仲立人?)と、それに基づく法的義務・責任を検討することが今後重要な課題となろう(すでに同旨、大村・前掲注130)24頁。「仲介人」に否定的な見解として、たとえば池田秀敏「インターネットオークションにおける諸問題——名古屋高等裁判所平成20年11月11日〔控訴審〕判決——」信法13号(2009年)203頁以下)。なお、2016年度に修士論文の指導をした留学生に、中国では「特殊な仲介人」説が有力であることを教わった。

**【追記】** 脱稿後、インターネット上のなりすまし契約に関する2017年4月11日(火曜日)の読売新聞夕刊10面記事に関して、筆者は、同新聞記者から取材を受けた。

事件は、「荷受け代行」アルバイトに関わって応募者Aに住民基本台帳カードの画像を送信させた詐欺グループBが、インターネット上でその画像を本人確認に悪用しAになりすまして格安スマートフォン事業者Cと契約を締結したというものであり、Aは、(その後転売され利用された)端末代金・利用料を含めて約20万円をCから支払うよう請求されている。Aは、別の被害者数人とともに、Cに対して上記支払義務が存在しないことの確認を求めて提訴準備を進めている。

論点は、「行為者B = 名義人A本人」と信じた相手方Cの信頼を保護するために、表見代理の類推適用により、なりすまし契約といえどもあたかも名義人本人が締結したかのように扱うか、である。

本件において(同一性の外観を前提とした)Cの善意・無過失との関連で、Cは「法で定められた本人確認をきちんとやっ」たと反論しているが、身分証の現物を直接確認したわけではなく、ただ単にその画像を送信させていたにすぎないことから、問題となる。格安スマホ以外の大手通信事業者がどのような本人確認方法を実践しているのか(つまりより慎重な本人確認方法を採用しているのか)、そもそもインターネットによる非対面方式の契約締結を認めているのか、比較してみる必要がある(格安スマホ事業者のビジネス・モデルに起因する問題であるということ

になれば、消費者に当該リスクを押しつけるのは大いに問題となろう）。また、「契約者とカードの名義人が異なるなど不自然な点があり」Cは「不正な契約だと見抜けたはずだ」というA側の主張についても、契約者と支払名義人の関係性に配慮した慎重な検討を要しよう。

次にAの帰責性について考えてみれば、たしかにAも「荷受け代行」被害者だが「安易に個人情報を提供した契約者側の過失だ」とCが反論するように、名義人A自らが身分証の画像をBに送信している点で、重いと判断される可能性がある。とはいえ、当該身分証がまさか（スマホ）契約の締結に利用されるとまでは、Aは考えていなかったであろうから、この点を斟酌すれば、（とくに、民法109条を表示責任と捉えたり、110条の帰責要件として「基本代理権」に固執したりする立場からは95条の類推適用も含めて）判断は微妙となろうか。またかりにAが同一性外観責任を問われるとしても、請求された金額が高額の場合には、当該責任を負う範囲を限定する余地もあろう。

（筆者は恥ずかしながら詳細をおおよそ知らなかった）携帯電話不正利用防止法が講じる「身分証の確認と本人への商品送付」という法的措置を、詐欺グループが巧みにいかくぐる悪知恵に閉口した。