

インターネット取引における “同一性外観責任”論の展開（1）

——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, 本号)
 - 4. ボルゲスの見解
 - 5. シュテーパーの見解
- 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, 372号)

I. はじめに

(1) 電子取引という非対面・匿名時代を迎え、身近なインターネット・ショッピングやオークション（以下、合成語はネット〇〇と略称する）を中心に他人の（もはや声など個人の特徴さえないアクセス・データたる）ID・パスワード（に代表される本人確認（認証）番号）の冒用（いわゆる「同一性の濫用（Identitätsmissbrauch）」）が横行し、他人を僭称して他人と誤認させる「同

* うすい・ゆたか 立命館大学法学部教授

一性の誤認惹起（Identitätstäuschung）」リスクが高まっており¹⁾、とくにアカウント所有者（Account- od. Kontoinhaber. あるいは同一性所有者（Identitätsinhaber）とも称されるが、筆者は「番号所有者」と呼称してきた）を契約当事者と信頼した相手方の保護が問題となっている。ただ上記のいわゆる“なりすまし”事例において、行為者にはアカウント所有者を代理する意思の存在が疑わしい、つまり厳密な意味での「顕名」がない（たとえばII 1(1)aのヘレストハル（Carsten Herresthal）の分析参照）ため、代理規定の直接適用による解決は望めない²⁾。

そこで筆者は、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、当該取引が登場した1980年代にまで遡り一連の4論文³⁾を公表して、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比較法研究を行ってきた。

ドイツ法において判例・学説は、——取引相手方の保護という顕名主義（Offenkundigkeitsprinzip）の本来的趣旨・機能に鑑みてこの者の視点に基づく客観的解釈（BGB（ドイツ民法）133条、157条）から——名義人（ネット取引では番号所有者）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（Handeln unter fremdem Namen (-er Nummer)）⁴⁾」を前提に、表見代理（Rechtsscheinsvollmacht）⁵⁾を類推適用するわけだが、伝統的要件をそのまま借用するのか、現代の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のかで激しく対立してきた。具体的には、セキュリティ不安を内包するネット取引で、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（「利用（行為者）者＝アカウント所有者」を表す）「同一性」の外観と判断してよいのかという（「取引相手方の善意・無過失」に関わる）問題や、アカウント所有者はパスワード等の意識的な交付（Aushändigung）⁶⁾をした場合にとどまらず保管上の過失により冒用を可能にした場合にまで権利外観責任（Rechtsscheinhaftung）を負うのかという帰責性、とくにその限界をめぐる問題である。ただ対立は、なりすまし取引では相手方の信頼が「代理権の存在」ではなく上記「同一性」に

向けられていることから果たして表見代理の類推の基礎が存在するのか、もはや表見代理を離れて権利外観一般法理から、電子取引独自のいわゆる“同一性”の外観に対する法律行為的(履行)責任を構想すべきではないかという萌芽が現れ始めていた⁷⁾。かくして筆者は、上記で構想された責任を「同一性外観責任 (Identitätsscheinhaftung)」と命名し、以下、この呼称を使用する。

(2) ただ——第3論文Ⅱで紹介しⅣで分析を試みた——BGH 2011年5月11日判決は、現代的なデジタル取引上の番号冒用なりすまし事例においても、今までアナログ取引上の名義冒用事例につき形成されてきた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(リーディング・ケース)。とくに本VIP-Lounge事件(以下、本件と略称する)で上記類推適用(権利外観責任)の成否を左右するのは、本件の冒用なりすまし行為が今回初めてであった点(初回冒用)と、当該原因はアカウント所有者がID・パスワードの嚴重な保管(Aufbewahrung)を怠ったこと(保管上の過失、冒用行為との関連で表現するならばあくまで間接的な過失)による点にあった。そして本件では——ともかく過失つながりということで——、表見代理の中でもとくに(「無権代理行為に対する予見・阻止可能性」という意味で直接的な)過失を帰責要件とする外見代理(Anscheinsvollmacht)という一判例法理の類推適用が中心とされたわけである。

当該類推適用に際して、本判決は、本人を名義人(とくに本件ネット取引では番号所有者)に読み替えた上で、「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の伝統的両要件は——無権代理行為を冒用行為に読み替えただけで——そのまま転用しその成否を検討した。冒用なりすましリスクの取引相手方負担という(代理法に準じた)原則(いわゆる「易々と人を信じるな(Trauschauwem)」⁸⁾)の観点からも、これを破る表見代理の類推適用要件は厳格に論じられたと言えよう。

敷衍すれば、「冒用行為の反復・継続性」という外観要件について、本

判決は、（当時婚約者であった妻Yになりすました）夫の冒用行為は本件が初めてであったことから充足されないとした。たしかに——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・データに同一性確認機能があることは認めつつも、（その不正探知やフィッシング等による不正入手を誘発する）セキュリティの技術的不完全性・脆弱性を理由に——第1論文Ⅱ1(2)aの OLG（上級地方裁判所）Köln 2002年9月6日判決以降、下級審裁判例の潮流であった——セキュリティ方式の信頼性への懐疑的な見方から、アカウントがパスワード等によって十分に保護されているとはいえないとして、ともかく本件の初回冒用事例では上記外観（信頼）要件を充足するには足りないとした。

他方で——第1論文Ⅱ(2)eの OLG Hamm 2006年11月16日判決同様——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）についても、その判断に単なる保管上の過失（間接的過失）は直接影響を与えないとされた。ただ単に（eBay 約款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までは言えないというわけである。たしかにこの判断は、すでに代理権授与証書の「保管上の過失」に関して BGH 1975年5月30日判決⁹⁾が下した法的評価と軌を一にするものである。もっとも、この判断に対しては——第1論文Ⅱ1(2)cの AG（区裁判所）Bremen 2005年10月20日判決、第3論文Ⅲ2(4)aのヘルティンク（Niko Härting）とシュトルベル（Michael Strubel）以外にも——、「アカウントの無権限利用（冒用）は不注意なパスワード保管の当然の結果にほかならない（傍点筆者）」事実に鑑み、保管上の過失事例でも当該所有者に上記「認識・阻止可能性」を認める（要するに「保管上の過失 ≡ 冒用行為の認識・阻止可能性」という）反対説¹⁰⁾があり、その存在には注意を要しよう。

かくして「初回冒用」と「保管上の過失」という本件の外観と帰責性では、権利外観責任の成立は叶わなかった¹¹⁾。結果的に本判決は、上記(1)で

見た「電子取引上の番号冒用なりすましに関わる権利外観責任」をめぐる混沌とした法状況に終止符を打つどころか——第3論文Ⅲおよび本稿Ⅱのとおり——火に油を注いだ感がある。

(3) もとより本判決については、電子取引全般において現在まで判例(たとえばBGH 2016年1月26日判決¹²⁾)のみならず——Ⅱを見れば明らかのように——学説でも数多く引用・参照されているとおり、その意義自体を疑う者はいない。たとえばⅡ4の——「代理法の類推適用」に首の皮一枚つながったと思いき——ボルゲス (Georg Borges)¹³⁾も、本判決について「広く説得力を有し」「実務上も非常に重要である」¹⁴⁾とともに、「長い間争いのあった権利外観責任の核心的要素 (Kernelement) に言及する」ものと一定の評価をする¹⁵⁾。また本件上記事情において権利外観責任を否認した結論自体についても概ね、その理由づけを度外視すれば一定の賛同を得ている¹⁶⁾。

ただ肝心の、本件ネット取引上の番号冒用なりすましに外見代理の厳格な伝統的要件をそのまま類推適用した本判決のアプローチに対する学説の評価は、当初から——第3論文Ⅲで紹介しⅤで本判決の考え方に近い見解から順に分析したとおり——分かれていた。たとえば——あくまで表見代理類推適用論内部の対立にとどまるが——ネット取引上の特殊性から「アカウント利用時のパスワード入力≒(代理権授与証書という)書面上の署名(権利外観の強度の観点における「アカウント≧代理権授与証書」)」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「白紙書面責任」法理(第4論文Ⅰ1(3)以下参照)を手がかりに解決を試みる見解¹⁷⁾に加えて、とくに電子取引上のなりすまし事例では「同一性」に対する信頼の保護が問題になっているという表見代理との構造的差違を直視して、一般的な権利外観法理の観点からなりすまし独自の外観責任を構想する見解などが主張されるに至っている。このように「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、表見代理類推適用論と距離を保ち(中には決別し)172条(あるいは171

条)の価値判断を参考にしつつも一般的な権利外観法理の見地から、ネット取引上の同一性外観責任を構想する段階へと突入したかのようである(詳細については第3論文V参照)。

(4)そして上記(3)の傾向は、詳細な考察・検討が進むにつれて顕著となり、議論の関心は——とくに第3論文Ⅲ3・4で方向性として顕著に認められたBGB 172条の類推(ないし勿論)適用またはその法的思考・価値判断に依拠した——同一性外観責任要件の措定・具体化へと移っている。そこで本稿は、本判決を契機として——第3論文Ⅲでとり上げた比較的簡潔な反応以外ではほぼ同時期に——公にされた5つの発展的な判例研究・論稿(次の論文で考察対象予定のモノグラフィーを除く)を対象にその動向を探りたい。なお考察の順序は、「代理権授与証書の交付に基づく権利外観責任」というBGB 172条(あるいは代理権授与通知による「権利外観の意識的作出」という171条)の価値判断枠組みに固執し「電子署名(elektronische Signatur)¹⁸⁾のみを外観要件としてその「交付」のみを帰責要件とする、いわば厳格な要件を措定する見解から緩和する見解へと行った上で、いかに電子取引上要請される動的な安全保護との調和を図ろうと腐心しているかにも注目したい。すでに上記要請に応える意味から、第3論文Ⅲ4(3)bのハウク(Ronny Hauck)は、支持こそ得られていないが本判決を、(利益較量により「相手方の利益>名義人の利益」と評価される場合という条件付ながらも)「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)新たな外観責任類型を創造した」ものと積極的に位置づけようとしていたからである¹⁹⁾。

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

ヘレストハルは——後述(1)bのとおりなりすまし事例における「他人による行

為の効果帰属・帰責」に着目して「代理法の類推適用」という枠組みには踏み留まるものの——、すでに本判決でも頻繁に参照された論稿「アカウント引渡し・濫用における民法上の責任」(2008年)を公表し、表見代理判例法理の法律要件が他人の番号の下での(冒用)行為には適さないことから、権利外観一般法理に基づいて電子取引独自の同一性外観責任論を展開することを主唱していた²⁰⁾。以下では、上記主張に依拠して大幅かつ大胆な要件の見直しを目論んだ、本判決に批判的な判例研究²¹⁾を中心に紹介する。

(1) ヘレストハルは冒頭、(電子取引上のなりすましに関する)本判決について——第3論文Ⅲ4(4)のヴェルナー(Dennis Werner)同様——「代理法上の権利外観責任の法律要件を評価上適切に(wertungsadäquat)法的現実の機能状態・条件(Funktionsbedingungen der Rechtswirklichkeit)に適合させる機会を逸してしまった」として、次のとおり本判決が今後及ぼす悪影響を大いに懸念する。

判例は、電子取引においてパスワードや暗証番号など(法取引上個人を識別化する)本人確認番号が冒用された事例にまで、(本来は不適切な)代理法上の権利外観責任(つまり表見代理)を拡大している。かくして「上記番号の入力と関連づけられた法取引の信頼は、今後も適切に保護されない」結果、番号冒用リスクを助長し、電子取引の効用を減じる²²⁾。

a ヘレストハルは、表見代理判例法理の「法律要件を大幅に修正しないまま他人の名の下での行為に転用するBGHの試み」について、次の信頼対象の違いを理由に、「初めから挫折すべき運命にあり認められ得ない」と断罪することから始める。

表見代理判例法理は、その要件を見れば分るとおり、(当該行為が認識しうる程度に行為者自身ではなく本人のために代理人によりなされているという意味の)「容態の認識可能な第三者関連性(erkennbare Drittbezogenheit des Verhaltens)」つまり代理に対する法取引の信頼を保護する。そして「信頼の基点(Bezugspunkt des Vertrauens)」となる「代理人としての行為」であることを認識させるのが、代理法上の顕名主義にほかならない。

これに対して（他人の確認番号が利用された場合に問題となる）「他人の名の下での行為」では、顕名がないため、名義人本人が契約当事者であるとの行為者の同一性を誤認させる外観が作出されている。これにより取引相手方は、名義人（ネット取引で言うならば番号所有者）本人が行為しているとの信頼を抱くことになる²³⁾。つまり他人の名の下での行為は、代理人としての行為を欠くため、代理法上の表見代理とは「異なった信頼の基点」に依拠しているのである。

このことを、BGH は、すでに2006年コレクト・コール事件判決（第1論文Ⅱ 1(3)参照）で認識していた²⁴⁾にもかかわらず、「でっち上げられた（insinuiert）」本判決では、他人の名の下での行為について（本人を名義人（アカウント所有者）に読み替えただけで）当該要件はそのままに表見代理を類推適用するという「不適切な」方法での信頼保護論を展開した。しかし上記のとおり（行為者を名義人本人と誤信した）他人の名の下での行為では、当該信頼は（「代理権の外観」要件としての）無権限行為の反復・継続性とは無関係であるため、この（表見代理判例法理から転用した）伝統的要件は（いわば同一性外観責任の要件事実たる）「権利外観の基礎（Rechtsscheinträger）として適していない」²⁵⁾のである。

b もっとも——表見代理要件の転用自体には問題があるにせよ——、ヘレストハルは、他人の名の下での行為について、代理法規律（無権代理規律も含む）の評価の本質（Wertungskern. つまりは他人による行為の効果帰属）の適切性から BGB 164条以下の代理規定の類推適用が正当化されうるように、表見代理判例法理の評価の本質（つまりは他人による行為の帰責）も同様に妥当性を有すると言う²⁶⁾。かくして、番号所有者が第三者の冒用を認識し認容する場合は認容代理（Duldungsvollmacht）に、当該所有者が過失により第三者の冒用を可能にした場合は外見代理にそれぞれ準じた帰責処理が適切であるということになる²⁷⁾（後述(2)b参照）。

(2) 前述(1)aのとおり他人の名の下での冒用行為については、（代理権に対する信頼を保護する）表見代理判例法理の法律要件が適さないことから、

ヘレストハルは、同一性に対する信頼保護の観点から、権利外観一般法理にまで立ち戻りその基本的法律要件(Grundtatbestand)、なかでも外観要件を中心に——前述(1)b・後述(2)bのとおり効果論にも影響及ぼしう——名義人の帰責性に応じた「独自の権利外観責任の要件を展開・発展させることが肝要であり」、「これによってしか保護に値する信頼が適切に把握されない」として、電子取引独自の外観責任の具体化を目指す²⁸⁾。

a まず外観要件の具体化にあたり、ヘレストハルは、——すでに第1論文Ⅲ5(2)のリーダー(Markus S. Rieder)が「パスワード・システムの安全性」に着目していた点を参照しつつ——「本人認証記号(番号)がいつでも自由に使用される可能性を実効的に制限すること(effektive Begrenzung der Dispositionsmöglichkeit über das Legitimationskennzeichen)(傍点筆者)²⁹⁾、つまりその「アクセス防護(Zugangssicherung)」が重要であるとする³⁰⁾。そして、法取引の信頼が保護に値する「保証レベル(Gewährleistungsgrad)」を越えているかどうか、つまり当該番号利用が適切な外観の基礎であるかどうかを決断する基準として、次の三つを掲げる。

第一の基準は、番号の防護・秘匿(Geheimhaltung)を法取引上正当に期待できるかどうかである。この判断は、「番号の種類・目的、プラットフォームの種類やそこで法律行為の締結が一般に行われていること、濫用リスクの大小ならびに……契約上のパスワード防護義務」による。「レターヘッド(Briefkopf)は、名義人の行為であることを十分に保証するものではない」。情報ポータルやオンライン・フォーラムへアクセスするパスワードも、当該ホームページ上で法律行為は一般に行われずリスクも小さいため、法取引上、パスワードの厳重な防護を期待できない。対照的にネット市場の取引では原則、パスワードなどアクセス・データは法律行為に利用されるので、上記防護を期待してよい。続く第二、第三の基準は、番号を発行する側のアクセス・データの安全性(セキュリティ・レベル)と、第三者による侵害からの通信過程の安全性(たとえば安全なネット接続(Secure Dialog; https))である。

そしてこれらの基準により、簡単に模造・偽造されやすいレターヘッド、ファクシミリ・スタンプ、（単なるフォーラムやオークション・プラットフォームの）アカウントを保護するパスワード、特別の電子署名という低い順から段階的に区別され、電子署名のみが十分な保護に値する信頼を根拠づける³¹⁾。

このように本来は「電子商取引における法的安定性と適切な信頼保護のために、認証手段の濫用（事例：筆者挿入）に適した基準を措定する」べきであったにもかかわらず——前述(1)aのとおり——「その機会をみすみす逃」した本判決について、ヘレストハルは、「学説上すでに前もってこの問題領域の特殊性が知られていて議論されてきただけに残念でならない」と繰り返す³²⁾。

b 上記外観要件の存在を前提に³³⁾、ヘレストハルは、——カナリス（Claus-Wilhelm Canaris）による「積極的信頼保護と消極的信頼保護」という信頼保護の複線性（Zweispürigkeit）に倣い——名義人や番号所有者が「外観要件を意識的に作出したかそれとも過失にすぎなかったか」という帰責性の差違により、同一性外観責任の法律効果を区別する。すなわち、名義人や番号所有者が、第三者による名義・番号の冒用を意識的に可能にしたり³⁴⁾、冒用を知ったにもかかわらずあえて阻止しなかったりした場合（いわゆる「外観要件の意識的作出」事例）は、履行責任を負う（BGB 171条の法的考え方）。これに対して過失による場合は、信頼利益の損害賠償責任を負うにとどまる³⁵⁾。

(3) 最後にヘレストハルは、今後も判例は電子取引「独自の権利外観要件につき然るべき検討」を行わないまま（「代理法上の権利外観責任の旧態」たる）表見代理判例法理を類推適用し続けることになるだろうが、その結果、電子取引における「信頼保護に評価上不適切な対応をとる」こととなり「著しい濫用リスクを顕在化させ」てしまうとしてあらためて警鐘を鳴らす³⁶⁾。

(4) かくしてヘレストハルは、名義人（ネット取引上は番号所有者）本人が

契約当事者であるとの同一性を誤認させるなりすましの実態を強調して、本判決との対決姿勢を鮮明にした。これにより、表見代理という代理権の信頼保護を前提とした不適格な要件に縛られることを拒否し、一般的な権利外観法理の観点からいわばフリーハンドで電子取引に適合する要件の定立を試みたのである。とくになりすまし事例に適した外観要件がどのようなものであるかについて、その判断基準を詳細に検討した点は有意義である³⁷⁾。

もっとも結果的には、ネット取引で現在一般に普及していない電子署名のみを外観要件として認め、さらにその意識的作出を帰責要件とすることから、実際に同一性外観責任の成立する場面が本判決以上に限定的となることは必死であろう。そうであるならば、むしろ外観要件や帰責要件を充足しないとされるパスワード事例や過失事例を念頭に、信頼利益の損害賠償責任がどの程度認められるのかを本格的に議論すべきではあるまいか(かくしてこの問題には、IVで言及する)。

2. エクスラーの見解

エクスラーも、すでに——上記1のヘレストハル同様——本判決以前の2008年に「インターネット上の他人の名の下での行為における BGB 172条の意義」と題した研究論稿³⁸⁾を公表しているが、ここでは、基本的にその主張に沿ってなされた本判決に関する判例研究³⁹⁾を中心に紹介したい。

家族構成員(Familienangehörige)間でアクセス・データの単なる保管上の過失により冒用なりすましが今回初めて行われた本件で、本判決が外見代理の類推適用につき当該要件の不充足を理由に否認したことを契機として、エクスラーは、取引安全保護が強く要請される電子取引でアカウント所有者に外観責任を負わせる要件を中心に考察する。

(1) エクスラーは、法律行為帰責に関する本判決では——不法行為帰責に関してアカウント所有者の注意義務違反で妨害者責任(Störerhaftung)を認めた(UrhG(ドイツ著作権法)・MarkenG(ドイツ商標法)等違反に関わる)2009年3

月11日判決や（著作権侵害に関する）2010年5月12日判決（第1論文Ⅱ3(1)・(2)参照）とは決定的に異なり——帰責根拠を代理法体系の中で探求すべきであるとの方向性を示す。なかでも本件なりすましについては、次のとおり——すでに上記2008年の論稿でも指摘したが——「善意保護（Gutgläubensschutz）を代理権授与証書の呈示に関連づけた」BGB 172条1項でなされた立法者の帰責判断に近いこと（後述(2)参照）から、本規定との関連で考察を行う⁴⁰⁾。もとよりこの172条1項は、(126条の書式要件「自筆署名（eigenhändige Namensunterschrift）」を前提に）代理権の範囲が定められた場合にしか直接適用できないが、この要件を、プロバイダで開設されたアカウントが充足しないことは明らかである⁴¹⁾。

さりとて本件なりすましについて、エクスラーは、代理権授与証書事例（BGB 172条1項）よりも取引安全保護の要請が強いことを考慮に入れ⁴²⁾、（代理権授与の通知が有形化された（verkörpert））「代理権授与証書のように強い権利外観の基礎を本人が代理人に手交していたときは本人に帰責できる（傍点筆者）」という BGB 172条1項の基礎にある法的考え方を重視する。もちろん——後述(2)以下で詳しく考察するとおり代理権授与証書とは異なり——（パスワードにより保護された）「アカウントのような、誤りを生みやすく（fehleranfällig）おおよそ正確でない」、つまり（上記証書よりも）弱い外観の基礎については、むしろ BGB 172条1項よりも「軽い要件のもとで当該所有者に帰責することはできない（傍点筆者）」と考えている⁴³⁾（後述(3)参照）。

(2) まず外観に関して、（アルファベットや数字など）「表示記号（Erklärungszeichen）を通して誤った外観が告知される」という点で、エクスラーは、本件なりすましが BGB 172条1項の「代理権授与証書交付」事例と共通することを確認する。

すなわち BGB 172条1項では、代理権授与証書の交付により代理権授与の通知が永続的に有形化されているため、上記交付以外の（方法による）通知を規定した171条1項に比べて——とくに175条（代理権授与証書の返還）、

176条(代理権授与証書の失効公告)による特別な外観除去の手続が示すとおり——より危険性が大きい。「代理権授与証書を介して……観念の表示(Wissenserklärung)が長期間、実際に無制限の名宛人に対して継続し、誤った外観を幅広く、永続的に惹起しうる」ことになる。他方、本件なりすましでも、無権限の第三者が初めてであっても他人のアカウントへの不正アクセスにより「プロバイダのシステムに接続された全利用者に対して……誤った外観を惹起し」、アクセス可能な限りこの危険な状態は存続することから、「BGB 171条1項……よりも172条1項による継続された観念の表示を想起させる」⁴⁴⁾。

(3)a 次に帰責性に関しても、以下のとおり BGB 172条1項が代理権授与証書の「交付」を帰責要件とすることにより——当該証書作成者を保護する意味で——外観責任を限界づけている点を、エクスラーは重視する。

「交付とは、意識的に取引過程に置くこと (bewusstes Inverkehrbringen) あるいは自由意思に基づいて代理人に引き渡すこと (freiwillige Überlassung) であり、BGB 172条1項は、「証書作成者が意識的な危険決定 (Risikoentscheidung) をした」ことを要求する。かくして自由意思により当該証書を交付した場合に限り、「この証書に由来する、重大な権利外観リスクを帰責される」。単なる過失による証書の紛失では足りないのである⁴⁵⁾。

b その上で、上記172条の帰責思考を、代理権授与証書事例との違いに留意しつつアカウント冒用事例に応用する。

上記違いとは、「アカウントは代理権授与証書に比べて明らかにより弱い権利外観の基礎であろう (傍点筆者)」こと、「代理権の範囲に関する明示的な確定はなされず、誤った外観は本人による個人認証 (persönliche Autorisierung) に基づかず、権利外観の基礎が……相手方に呈示されない」点で BGB 172条の代理権授与証書事例とは異なること、「権利外観の基礎たるアカウントは代理権授与証書よりも明らかに濫用されやすい」ことである。とくに最後に挙げた差違から、アカウントの冒用事例では、この所

有者の保護、つまり帰責性に配慮することも重要となろう⁴⁶⁾。

かくしてエクスラーは、BGB 172条1項の限定的な帰責要件のもとで、つまり外観の基礎たる秘密のアクセス・データを交付していた場合にしか、アカウント所有者が——代理権授与証書の作成者同様——権利外観責任を負わないのはなおさら当然と結論づけることになる（172条1項の勿論解釈・適用論（Erst-Recht-Schluß）であり、法適用上はその類推適用という形を取る）⁴⁷⁾。

（4）そして——上記(3)で帰責要件とされた——「アクセス・データの交付」が認められる場合を、エクスラーは下級審裁判例から抽出・分析する。

a 「アカウント所有者が秘密の鍵（geheimer Schlüssel）を第三者に意識的に知らせる（offenbaren）場合」は、上記交付が常に認められよう（たとえば、認容代理の類推適用を認めた第1論文II 1(2)fのLG（地方裁判所）Aachen 2006年12月15日判決⁴⁸⁾）。さらに第三者が無断で他人の会員登録をしたが、後にこの他人が無断開設されたアカウントを実際に利用した場合も、同様である（第1論文II 1(2)dのOLG Köln 2006年1月13日判決）。たしかにアカウント所有者の帰責性は、上記登録自体には認められないが、登録後この者が意識的な危険決定を行った上でアカウントを利用した点に認められよう。なお裁判実務は、当該所有者が不正探知に精通しない第三者によるパスワードの冒用を主張する場合に、取引安全保護の観点から交付に関する表見証明を認めている。

これに対して、第三者が不正探知によりパスワードを冒用していたことが確かな場合（LG Stralsund 2006年2月22日判決⁴⁹⁾）、アクセス・データの交付は認められない。「この場合には、せいぜい契約準備段階の債務関係に基づく消極的利益の責任にとどまる」⁵⁰⁾（詳細については、IV(2)b参照）。

b かくして最終的には「アカウント所有者によるパスワードの意識的交付」に関する証明責任の所在が問題となるが、エクスラーは、履行を請求する契約相手方負担を原則とした上で、証明の軽減（Beweiserleichterung）という困難な問題について次のように述べる。

パスワードは様々な技術的方法で容易に探知されうるため、アカウントは冒用されやすい。そのため、「アカウント所有者またはこの者から代理権を授与された者が行為しているという内容の経験則 (Erfahrungssatz)」を持ち出すのは困難であり、相手方の証明責任を軽減するにはかなり限界がある。

さりとてアカウント所有者が、問題の時間に eBay サイトを訪問していた事実を認めているにもかかわらず、OLG Hamm 2006年判決 (第1論文 II 1 (2) e 参照) は、この事実だけでは「当事者本人の尋問 (Parteivernehmung) にとっては……いまだ不十分 (ZPO 448条 [職権による尋問])」とした (つまり問題の入札を行ったとまでは言えないとした) が、さすがにこのようなアカウント所有者の過大な保護は「確実に行き過ぎである」。アカウント所有者が自ら「危険を孕んだパスワード保護」を利用した場合において、対外的事情から、「この者自身が表意者であると考えられるときは、当該利用につきあらゆる責任から免れられない⁵¹⁾。

(5) 最後にエクスラーは、次のように自己の見解を総括する。

たしかに (パスワードによる不十分な保護では不正操作されやすい) アカウントは、代理権授与証書よりも弱い外観の基礎であるが、これが冒用された場合、代理権授与証書の濫用事例 (BGB 172条) よりも取引安全保護の要請が強いことから、本人が (代理権授与の通知が有形化された) 当該証書を代理人に交付していたときは、つまり意識的な危険決定を根拠に権利外観責任を認めるという172条1項の基礎にある法的考え方を妥当させることができる。かくして上記ネット取引上のなりすまし事例でも、法適用上は BGB 172条1項の類推適用という形で、アカウントの所有者はパスワードを冒用者に意識的に交付していたときに限り履行責任を負うことになる。すなわち、代理権授与証書より弱い外観ゆえ最低でも172条1項と同様の意識的交付という帰責性が必要であるという勿論解釈・適用論から導かれる。ただ通常は、当該所有者本人 (またはこの者から権限を与えられた者) が行為していたとの表見証明は認められないばかりか、相手方が原則負担す

る証明責任を軽減する余地すらほとんどない⁵²⁾と付け加える。

(6) ところで本判例研究後にも、エクスラーは、(ネット・ショップ経営者がパスワードを友人に教えて代理権を授与した後で撤回して消滅させた場合(BGB 168条2文)においてパスワードの変更を怠った)「なりすまし」設例で基本的に同様の解説・検討を行っている。外見代理の権利外観要件たる「無権代理行為の反復・継続性」要件を類推適用することについては、「誤った外観を取引上生じさせる」のは嚴重管理されるべきパスワードが利用された事実にはかならないことから懐疑的である。アカウントが「不正操作されやすい」からといって、体系的にそもそも外観が問題にならないというわけではない。むしろ——上記(3)以下同様——、なりすましの中心的問題を帰責性に関連づけた上で、BGB 172条の類推適用アプローチから、アカウント所有者が秘密のアクセス・データを自由意思により引き渡していたという「交付」を重視する。

なお蛇足だが、上記設例に関わって特徴的であったのは、インターネットというバーチャル世界の(いわゆる仮想)店舗もHGB 56条⁵³⁾の店舗へ含めようとする拡大解釈の可能性を示唆した⁵⁴⁾点であろうか。

3. ゾンネンタークの見解

(1) ゾンネンターク(Michael Sonnentag)は、インターネットにおける他人の名(番号)の下での行為に表見代理判例法理を類推適用できるかという一大争点について、判例・学説の状況を一瞥することから始める。

a 本判決へと至るそれまでの判例は、本人を名義人に読み替えた上で表見代理判例法理の類推適用を認めていて、——第3論文Ⅲ1(3)で見たリルヤ(Anna-Julka Lilja)に代表される——本判決の一部評釈もこれを支持する。また中には、外見代理の反復・継続性要件を放棄して初めての冒用行為への拡大を主張した——第3論文Ⅲ2(4)aのヘルティンクらのような——評釈まである。

だがこのような表見代理判例法理の類推適用論について、第3論文Ⅲ4

(1)および本稿Ⅱ1(1)aのヘレストハルや第3論文Ⅲ4(5)aのファウスト(Florian Faust)らは、「他人の名の下での行為では、行為者の代理権に対する信頼ではなくその同一性に関する誤認が問題であることを理由に、すでに端っからの外れであると評する」⁵⁵⁾。

b 上記対立を踏まえた上で、ゾンネンタークは、「表見代理判例法理では、取引相手方が権利外観に基づいて行為者の代理権を正当に信頼してよいかどうか問われている(傍点筆者)」として後者の懐疑的見解に与する。他人の名の下での行為において、行為者は、——すでに上記ヘレストハルが評したとおり——決して代理人として行為しておらず、同一性を誤認させているので、(代理権という)「権利外観に基づく代理関係への信頼はそもそも考慮されない」からである。つまり——すでに上記ファウストが指摘したとおり——、「他人がアカウント所有者本人として行為するため、代理の事例が問題であることを契約相手方は認識できない(傍点筆者)」のである。

かくして(行為者とアカウント所有者が同一人物なのか別人なのか認識できない)ネット取引においては、冒用なりすまし行為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、そもそも取引相手方が知る由もないので、表見代理判例法理の「無権限行為の反復・継続性」は(他人の名の下での行為における)同一性の外観要件として適切でない⁵⁶⁾。それにもかかわらず本判決では、上記判例法理の類推適用により——第3論文Ⅲ3(2)aのシンケルス(Boris Schinkels)の表現を借用すれば——(代理権という)「権利外観なき権利外観責任が根拠づけられ」てしまった。BGHは、すでに2006年コレクト・コール判決事件(第1論文Ⅱ1(3)参照)において「外見代理原則が適さないことを確認してい」ながら、これに基づくことなく⁵⁷⁾本件アカウント冒用事例において外見代理の類推適用を認めたのは——ヘレストハルも指摘する(本稿Ⅱ1(1)a参照)ように——「奇妙である(interessant)」⁵⁸⁾。

(2) 以上からゾンネンタークは、他人の番号の下での行為について、独

自の同一性外観責任論を展開する必要性を唱える。その際——前述1(2)のヘレストハルや第3論文Ⅲ4(5)bのファウスト同様——、一般的な権利外観責任の要件、つまり外観の存在、外観の帰責性、外観を信頼して相手方が取引をしたこと（因果関係）、この相手方の要保護性（BGB 173条の類推適用による善意・無過失）という四つが基本となる⁵⁹⁾。とくに前二者の要件の具体化に重点を置いて考察が行われる。

a 第一に外観要件との関連で、パスワードにより保護されたアカウントが外観たりうるかについては、次の見解が対立する。本判決に至る判例および一部学説は、パスワード入力により「ネット・ログイン時に同一性を効果的にコントロールできない」ことから否定的である。これに対して、後述5(3)aのシュテーパーは、使用されたパスワードの秘密性を理由に肯定的である（なお、前述1(2)aのヘレストハルも、「パスワードの嚴重な保管を当該所有者に期待できる」として第一関門をクリアーすることは認めていた）。

aa 上記対立を踏まえた上で、（秘密のアクセス番号たる）パスワードに代表される特定の同一性確認（・資格付与証明）を識別する指標（Identifizierungs- und Legitimierungskriterium）の利用が外観たりうるかについて、ゾンネンタークは、当該番号を行為者が（その所有者たる）権利者自身として（あるいは権利者の同意を得て）利用したものであると取引相手方が信頼してよかったかどうかを決定的に重視する。これとの関連でとくに重要なのは、当該番号の信頼性、つまりセキュリティの高さと、第三者によるデータ不正探知の難しさ（ネット接続の安全性など）である。「スキャンされてインターネットで利用されるレターヘッドのごく簡単に模造・偽造されうるときは」、外観は否認されうるのに対して、電子署名は外観としての適性を備える。

bb 問題のパスワードの扱いについては、当該所有者に特別な防護を期待できるかどうか重要となるが、ネット取引に関わるパスワードであるときは、冒用リスク（さらにはネット・ポータル運営者の約款）を根拠に、確実な防護を期待することができる⁶⁰⁾。結局パスワードも、電子署名と同

様、「特定の者に割り当てられ、決まった範囲での法取引への参加資格を認められている」ことに鑑みれば、同一性確認等の識別指標として外観を根拠づける。

さらに上記帰結は、BGB 172条1項との比較からも導かれる。立法者は、本人の意思に反した代理権授与証書の濫用リスクは「当該交付に起因することから」、当該証書を「資格付与証明の識別指標」とみなして、その交付・呈示を代理権授与の個別通知(BGB 171条)と同置した。この状況に、「ネット・ポータルのパスワードが交付される場合はまったく比肩しうる」のである。

なお、パスワード濫用の容易さからその安全性を疑問視して外観に値しないとした OLG Köln 2006年判決(第1論文II 1(2)d参照)等に対して、ゾンネンタークは、代理権授与証書や署名も簡単に偽造できるし、むしろ——第3論文III 5(1)のマンコフスキー(Peter Mankowski)同様——「通常はパスワードの不正探知の方がかなり難しい」として安全性を強調する。そして、立法者が BGB 172条1項で「代理権授与証書に確かな権利外観効(Rechtsscheinwirkung)を譲歩して認め」ている以上、法取引において「パスワードの確かな秘密保持を期待してよい」ときは、当然(これにより保護された)アカウントも外観としてふさわしいはずであると言う⁶¹⁾。

b かくして——前述3(3)bのエクスラーや後述4(4)のボルゲス同様——まさにその帰責性しだいであるとして、ゾンネンタークは、パスワードをアカウント所有者が意識的に交付した場合と、(その濫用に備えた防護を怠ったという意味での)過失により当該冒用を可能にした場合に分けた上で、後者を中心に論じる。もとより前者事例では、(アカウント所有者との取り決めに反した)濫用リスクが意識的に作出されているため、帰責性の観点から、当該事例が代理権授与証書の意識的交付事例(BGB 172条)に匹敵しうるのは明白だからである。

aa 後者事例では、まさに単なる過失で帰責性を充たしうるのかが争われている。下級審裁判例(第1論文II 1(2)cのAG Bremen 2005年判決)や一

部学説（たとえば結果的に免責要件に位置づける第3論文Ⅲ2(3)b・cのシュテーパー）は、家族構成員間など健全な関係（intakte Beziehung）ではアカウント所有者にデータ冒用の予見可能性を容易に期待できるとして、帰責性を認める。

ただこれに対して、後述Ⅱ4(4)のボルゲスに代表される見解（第3論文Ⅲ3(2)b・cのシンケルス、4(5)b bbのファウストも）は、意識的な危険増大（Risikoerhöhung）という帰責の観点を重視して、単なる過失では足りないとする。

bb 上記対立を踏まえた上で、ゾンネンタークは、次のとおり「パスワード交付の必要性」から後者の見解に与する。

たしかに外見代理は、本件「パスワードの保管上の過失」事例同様、（「無権代理行為の予見・阻止可能性という意味での」）過失を帰責要件とするが、無権代理行為の反復・継続性を権利外観要件とする（上記ファウストの見解を参照して敷衍すれば、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んでこなかった場合に代理権の存在が推論される）点で、今回初めての冒用なりすまし行為が問題となった本件とは基本的に異なる。この違いから、「両事例では……帰責性について異なった要件が措定されうる」。

このようにパスワードの意識的交付と保管上の過失を区別することについて、ゾンネンタークは、代理権授与証書の意識的交付を帰責要件としたBGB 172条1項により正当化されると言う。さらに「理論教義学上の観点では、BGB 172条1項の交付基準は、物の善意取得を排除する935条1項の離脱に匹敵しうる」。「両事例では、物ないし正当性承認符号を意識的に流通過程に置くことが問題になっているからである」。「帰責を根拠づけるのに……物ないしパスワードの盗難または単なる紛失で足りてはならない」。

なお——パスワードを直接交付したわけではなく——後に冒用を知った場合であっても、パスワードを変更するなど対抗措置を意識的に講じなかったときは「認容代理事例に類似し」、信義則上例外的に外観責任を認めるべ

きである⁶²⁾。

c 次にゾンネンタークは、いかなる事情をもって「パスワードの交付」を認定するか、この基準の具体化は難問であるとして——前述 2(4)a のエクスラーや後述 4(4)ボルゲス等を参照しつつ——その判断基準の具体化に腐心する。

帰責要件としての上記交付は、その決められた目的に反して冒用された場合に認められる。また、「他人から頼まれていないのにある者が他人のためにアカウントを新設したところ、後に他人がこれを使用した場合」も、同様である。さらに「パスワードが意識的に事務机に放置されたままである」とか、通常一般にパソコンを利用できる身近な者との関係でパスワードがパソコンに入力済みである場合も、同様であろう⁶³⁾。これに対して、パスワードが不正探知されていた事例では、上記交付は認められない⁶⁴⁾。

かくしてゾンネンタークによれば、かなり幅広く柔軟に上記交付が認められると言えよう。

d ともかく——上記(2)b で見たとおり「帰責性」を充たさなかった——保管上の過失事例について、ゾンネンタークは、契約締結上の過失を明文化して信頼利益の損害賠償責任を規定した BGB 311 条 2 項からも、1(2)b のヘレストハル同様、履行責任を認めることに反対の姿勢を示す⁶⁵⁾ (IV(2)c 参照)。

(3) 最後に、パスワードの意識的交付を帰責要件とする自説を本件に当てはめて、ゾンネンタークは、上記交付の事実が確認できない以上、アカウント所有者の履行責任を否認した本判決の結論は正当であったとしながらも、やはり法律構成として表見代理判例法理の類推適用に固執した点を再批判する。「他人の番号の下での行為」(いわゆる「ネット取引上のなりすまし」)に合わせた独自の外観責任を構想・展開することを怠ったからである⁶⁶⁾。

(4) 以上より、ゾンネンタークは、もはや表見代理の類推適用という伝統的枠組みではなく一般的な権利外観法理の観点から、なりすまし独自の

要件論を展開する。まず外観要件については、本人確認番号の信頼性、とくにセキュリティの高さと、第三者による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、電子署名がその適格性を有することを認める。問題のパスワードについて、その保管・秘匿を法取引上期待できることに加えて、BGB 172条の規定する代理権授与証書・署名の偽造に比してパスワードの不正探知の方が難しいことから、——1(2)aのヘレストハルとは対照的に——外観としての適格性を認める点が特徴的である。かくして無権限行為の反復・継続性を外観要件としないなりすまし事例（本件のような初回冒用でも足りる）では、この（表見代理判例法理との）外観要件の違いから、帰責性についても（過失を要件とする外見代理とは）異なった要件を指定すべきであり、（代理権授与証書の交付に関する）BGB 172条1項を参照してパスワードの意識的交付を帰責要件とする（このような、外観と帰責性を相関的に判断する考え方は、第3論文Ⅲ4(5)bのファウストも主張していた）。ただ実際はネット取引の安全保護に配慮してか、「交付」の認定基準がかなり柔軟かつ緩やかであり、保管上の重過失事例をも含むかのようである。

- 1) ただ「通常一般にテクノロジーの濫用リスクについては、アクセス・データを注意深く取り扱っていても、無権限者が当該データを入手しうることが容易く考えられるので、ユーザーの責任を問うことはできない」（Volker M. Haug, Grundwissen Internetrecht, 3. Aufl. (2016), Rz. 578）。

——本文の「同一性の濫用」としばしば混同されやすい——「同一性の盗難（Identitätsdiebstahl）」については、Georg Borges/Jörg Schwenk/Carl-Friedrich Stuckenberg/Christoph Wegener, Identitätsdiebstahl und Identitätsmissbrauch im Internet (2011), S. 9ff. 参照。

なお、初学者向けのなりすまし設例課題および解説として、たとえば Thomas Pfeiffer, Hausarbeit im Zivilrecht für Anfänger - Der Abiball, StudZR 2015/2, S. 163ff. があるが、非常に丁寧で分かりやすく良くできている。

- 2) Statt vieler Bert Eichhorn/Björn Heinze/Gerrit Tamm/Ralph Schuhmann, Internetrecht im E-Commerce (2016), S. 21f. なお最近、顕名主義との関連で代理意思の問題を扱ったものとして、Johannes Heyers, Handeln unter fremdem Namen im elektronischen Geschäftsverkehr, JR 2014, S. 227ff.; Florian Bartels, Die Bestimmung der Vertragssubjekte und der Offenheitsgrundsatz des Stellvertretungsrechts, Jura 2015, S. 438ff.

- 3) 本稿において、第1論文とは1980年代からBGH(連邦通常裁判所)2011年5月11日判決(VIP-Lounge事件判決。以下、本判決と称する)直前までの法状況を扱った「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)——BGH2011年5月11日判決前夜までのドイツの法状況について——」立命355号(2014年)163頁以下・356号(同年)190頁以下、第2論文とはわが国の法状況を扱った「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——」立命357・358号(2015年)57頁以下、第3論文とは本判決に関する「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(1)(2・完)——BGH2011年5月11日判決を中心に——」立命359号(2015年)233頁以下・360号(同年)65頁以下、第4論文とはなりすまし外観責任論に影響を及ぼすと思しき白紙書面責任(Blanketthaftung)を扱った「白紙書面の濫用補充と交付者の法的責任(1)(2・完)——BGB172条類推適用法理の意義・可能性と限界を中心に——」立命365号(2016年)293頁以下・366号(同年)124頁以下をさす。
- 4) なお——最新のモノグラフィー Alla Hajut, Handeln unter fremder Identität—Die Verantwortlichkeit des Identitätsinhabers—(2016)のタイトルに見られるように——、従来のアナログ・タイプの「他人の名」と現代のデジタル・タイプの「他人の番号」を総称して「他人の同一性の下での行為」という概念が使用されることがある(第1論文(1)・立命355号168頁も参照)。
- 5) 表見代理には、BGB171条(あるいは170条も含めて)から173条までの規定(いわゆる表見代理規定(Scheinvollmacht)と、認容代理(Duldungsvollmacht)・外見代理(Anscheinvollmacht)という判例上創造・発展した法理(以下あわせて表見代理判例法理と称する)がある(後者判例法理の要件については、たとえば第3論文II2で紹介したBGH2011年5月11日判決の【判決理由】[15]・[16]参照)。

【表見代理規定】

BGB171条 表明の場合の存続期間

- (1) 第三者に対する個別通知又は公告によって他人に代理権を授与したことを表明したときは、その他人はその表明に基づき、前者の場合はその第三者に対して、後者の場合はすべての第三者に対して代理権を有する。
- (2) 代理権は、表明と同一の方法でその表明が撤回される時まで存続する。

BGB172条 代理権授与証書

- (1) 代理権授与者が代理人にその授与証書を交付し、代理人がそれを第三者に呈示するときは、代理権授与者による代理権授与の個別通知の場合と同様とする。
- (2) 代理権は、その授与証書が代理権授与者に返還される時又はその失効が宣言される時まで存続する。

BGB173条 消滅の認識

第170条、第171条第2項及び第172条第2項の規定は、第三者が法律行為の締結時に代理権の消滅を知り又は知るべきであったときは、適用しない。

【表見代理判例法理】

[認容代理の要件] ① 無権代理行為が一定の反復・継続性を有し(=取引相手方の客

観の信頼保護要件、いわゆる「代理権の外観」要件)、② 本人はこの行為を認識した上で阻止できたのにこれをせず(=本人の帰責要件「意識的認容」)、③ 取引相手方が、信義則上取引慣習を考慮して上記事情から、代理人は本人から代理権を授与されていると考えてよかったこと(=取引相手方の主観的信頼保護要件「善意・無過失」)である。[外見代理の要件] 要件①・③は上記認容代理と共通し、要件②のみが異なり、無権代理行為を本人は認識していなかったが、取引上要求される注意義務を尽くせば予見し阻止することができたこと(=本人の帰責要件「(直接的)過失(=予見・阻止[回避可能性])」)である。

- 6) なお筆者は、第1論文以来、たとえばID・パスワードで保護されたアカウントの所有者がこれらを他人に知らせることを「交付」としてきたが、「引渡し(Überlassung)」あるいは「転交付(Weitergebung od. -gabe)」との表記もあり得よう。
- 7) 第1論文(2)・立命356号213頁以下参照。
- 8) Gerald Spindler, Rechtsgeschäftliche Haftung des Anschlussinhabers - Friktionen zwischen Telekommunikationsrecht und Internetrecht, FS für Wolfgang Schlick zum 65. Geburtstag (2015), S. 332.
- 9) 詳しくは、拙著『戦後ドイツの表見代理法理』(成文堂、2003年)35頁以下参照。
- 10) Elena Dubovitskaya/Leonhard Gehlen, Postmortaler Persönlichkeitsschutz und Haftung von eBayAccount-Inhabern, JuS 2013, S. 534. すでに同様の指摘、第1論文(2)・立命356号211頁。また、かつて前述BGH 1975年判決の分析でも、筆者は同様の可能性を示したことがある(前掲注9)37頁以下)。
- 11) この判断は、従来多くの下級審裁判例に沿ったものと言えようが、上記AG Bremen 2005年判決とは異なる。
- 12) BGH MMR 2016, 382.
- 13) なおボルゲスと言え、2003年には著書『電子商取引における諸契約(Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr)』を、2007年には編著書『インターネット・オークションの法律問題(Rechtsfragen der Internet-Auktion)』(2014年には第2版)を、また2011年には著書『電子的同一性証明に関する責任の法律問題(Rechtsfragen der Haftung im Zusammenhang mit dem elektronischen Identitätsnachweis)』と共著書『インターネットにおける同一性の盗難と濫用』(a.a.O. (Fn. 1))を刊行しており、その見解がBGHにより頻繁に引用・参照されることから分かるように、電子取引分野に造詣が深い(詳しくは<http://www.ruhr-uni-bochum.de/ls-borges/html/de/borges.html>参照)。また本稿で紹介する論文「インターネットにおける権利外観責任」(後掲注14)参照)以降に公表されたボルゲスの論文として、たとえばHaftung für Identitätsmissbrauch im Online-Banking, NJW 2012, S. 2385ff.; Die Haftung des Internetanschlussinhabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte, NJW 2014, S. 2305ff.
- 14) Georg Borges, Rechtsscheinhaftung im Internet, NJW 2011, S. 2403.
- 15) G. Borges, a.a.O. (Fn. 14), S. 2401.
- 16) 第3論文(2)・立命360号82頁参照。
- 17) この見解は、(交付者自身がすべて作成し完成させた書面であると誤信させる)「隠秘の

白紙書面による意思表示(verdeckte Blanketterklärung)補充事例について判例・学説がBGB 172条の法的考え方を妥当させてきた点に注目している(第1論文(2)・立命356号216頁,第3論文(1)・立命359号254頁以下,同論文(2)・立命360号84頁,88頁以下,第4論文(1)・立命365号301頁参照。本稿でとり上げるエクスラー(Jürgen Oechsler)が本判決以前に執筆した論文(Die Bedeutung des § 172 Abs.1 BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet, AcP 208 (2008), S. 565ff.)もこれに位置づけられよう)。最近の見解として,次稿で扱う予定のA. Hajut, a.a.O. (Fn. 4), S. 112ff., 144ff.)

- 18) 電子署名は,「ZPO(ドイツ民事訴訟法)416条(私文書の証明力)を準用する371a条(電子文書の証明力)によれば,表意者の同一性を完全に証明する」(J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 17), S. 581)。
- 19) 第3論文(2)・立命360号67頁以下,85頁。
- 20) Carsten Herresthal, Haftung bei Account-Überlassung und Account-Missbrauch im Bürgerlichen Recht, K&R 2008, insbes. S. 707ff.
- 21) Carsten Herresthal, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, JZ 2011, S. 1171ff. なお最近の関連文献としては, ders., Anscheinsbeweis und Rechtsscheinhafung beim Online-Banking, JZ 2017, S. 28ff.
- 22) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1171f. Ebenso Thomas Hoeren/Viola Bensinger/Jan Eichelberger, Haftung im Internet (2014), Kapitel 4 Rz. 146.
- 23) なお取引相手方は,他人の番号の下での行為の場合,行為者が番号所有者なのか第三者なのかを見分けることができないし,さらにしばしば電子取引では,「別のコミュニケーション手段での調査確認(Rückfrage)によりアカウント所有者の同一性を確かめる」可能性も欠けている(C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 20), S. 707)。
- 24) つまり,「外見代理に関する伝統的基準は……電話機で番号を押して(コレクト・コールに関する:筆者挿入)接続サービス契約を締結する事例には適合しないという……説に与するべきである」(第1論文(1)・立命355号194頁)。
- 25) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1172f. 「無権代理行為の反復・継続性」という外見代理の要件は,当該代理人が代理行為を繰り返すことにより,代理人としての行為をあたかも本人が認識し認容しているかのような代理権の外観が作出されることをさす。
- 26) また,結果的に表見代理の類推適用が否認された本件において——実際には資力がある事例に限られようが——冒用なりすまし行為者に対して責任追及するとき,なるほど当該行為者の存在自体を取引相手方は認識すらしていないとはいえ,当該取引の効果が帰属する当事者の同一性を誤認させたこと(つまり行為者がまさにその張本人であること)に鑑みれば,無権代理人の責任を規定したBGB 179条を類推適用することはなおも有用であろう(vgl. Jens Prütting/Paul Schirmmacher, Vertragsnahe gesetzliche Schuldverhältnisse: § 179 BGB, Jura 2016, S. 1160ff.)。もっとも,「行為者がそもそも誰であるか,アカウント所有者の協力がないと分からない」(第1論文(1)・立命355号212頁の注89)。第3論文(1)・立命359号253頁も参照)であろうから,上記適用は非現実的かもしれない。
- 27) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1173.
- 28) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1172.

- 29) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1173.
- 30) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 20), S. 706.
- 31) この電子署名に、セキュリティの強固な「PIN（暗証番号）・TAN（取引番号）」は準
じることになろうか。
- 32) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1173f.
- 33) 「利用者がアカウント所有者以外に考えられないことを十分に保証する資格付与証明番
号」が存在する場合、その表見証明（Anscheinsbeweis）も認められるが、詳しくは C.
Herresthal, a.a.O. (Fn. 20), S. 710 参照。
- 本文の外観要件以外にも、この外観を信頼した上で相手方が法律行為を締結したこと
（いわゆる因果関係）と、相手方が第三者の無権限行為を知らず、知りうべきでなかった
こと（BGB 173条の類推による善意・無過失）が必要とされる（C. Herresthal, a.a.O. (Fn.
21), S. 1174）。
- なお、権利外観制度全般に関わる最近の研究論文としては、Chris Thomale/Marc
Schübler, Das innere System des Rechtsscheins, ZfPW 2015, S. 454ff. がある。
- 34) なおヘレストハルは、「アカウント所有者がアクセス・データ（たとえばパスワード）
に第三者を接近できるようにした限りで、この行為に代理権授与が付随することもありう
る」としつつも、BGH 2006年3月16日判決（NJW 2006, 1971）を参照して「ただ原則、
推断的な種類（筆者挿入：一定の種類法律行為に関する）代理権（Gattungsvollmacht）
とは判断され得ない」と述べる（これに反対して黙示の代理権授与の存在を認める見解と
して、Niko Härtig, Internetrecht, 4. Aufl. (2010), Rz. 405. 家族間について肯定的な見解
として、第1論文(2)・立命356号229頁の注236) 参照。「それよりもむしろ当該所有者の
推断的表示は、この者が第三者のする表示すべての責任リスクを引き受けるという意思を
含まないことから、当該アカウントを第三者が自己の契約締結に利用してもよいという意
味に解釈されうる（傍点筆者）」（C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 20), S. 705）。
- 35) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1174.
- 36) C. Herresthal, a.a.O. (Fn. 21), S. 1174.
- 37) その後——グリゴライト（Hans Christoph Grigoleit）と共著した基本書では一般読者
に向けて——とくに外観要件との関連では、（冒用された）パスワード等の番号が（当該
所有者本人の行為であるとの）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
ると判断される条件を明確にする必要性を主張していた（第3論文Ⅲ4(1)参照）。
- 38) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 17), S. 565ff.
- 39) Jürgen Oechsler, Haftung beim Missbrauch eines eBay-Mitgliedskontos, MMR 2011, S.
631ff.
- 40) このアプローチを支持する基本書として、たとえば Jens Petersen, Examinatorium
Allgemeiner Teil des BGB und Handelsrecht (2013), § 35 Rz. 11。
- 41) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 631. 敷衍すれば、BGB 172条1項は、「その成立史から体
系的には……（取引相手方に対する意思表示による）外部代理権の授与事例と密接に関連
した権利外観規範であ（括弧書きおよび傍点筆者）」り要件も厳格であるため、直接適用
の対象となる範囲は狭いのである（J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 17), S. 582f.）。

- 42) なおわが国でも、「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」との指摘(第1論文(2)・立命356号220頁, 第2論文・立命357・358号60頁)がある。
- 43) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 631.
- 44) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 631f.
- 45) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 632.
- 46) この観点から, エクスラーは, 疑わしいときはアカウント所有者が行為者であるとの表見証明を判例(第1論文II 1(2)eのOLG Hamm 2006年11月16日判決など。詳しくは第1論文(1)・立命355号205頁参照)は認めていないと分析している(J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 632)。
- 47) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 632.
- 48) この場合には, (本判決により外観要件とされた)冒用行為の反復・継続性は問題になり得ない。なぜなら, そもそもパスワード交付の際, 第三者による行為についてすでに承知済みだからである(J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 632)。
なお, 本判決以降に認容代理の類推適用を認めた裁判例として, 第3論文II 2(2)bのOLG Celle 2014年7月9日判決がある。
- 49) LG Stralsund MMR 2006, 487. ただし, LG Stralsund 2006年判決の性急な認定を, BGH 2006年11月23日判決(BGH MMR 2007, 178)は批判するが, エクスラーによれば正当とされる(J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 632)。
- 50) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 632.
- 51) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 632f.
- 52) J. Oechsler, a.a.O. (Fn. 39), S. 633; ders., a.a.O. (Fn. 17), S. 582f.
- 53) HGB 56条 物品販売店の使用人
店舗又は公開の商品販売所において雇用される者は, その種の店舗又は商品販売所において通常行われる販売及び受領について権限を有するものとみなす。
- 54) Jürgen Oechsler, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Internet (3. Teil), Jura 2012, insbes. S. 582ff. なお筆者も, インターネット上の法律関係(たとえば「楽天というネット市場に出店すること」)・財産を「仮想法律関係(楽天市場事例では仮想貸借関係?)・財産」として法的に扱う可能性に興味を持っている。たとえば仮想財産に関する興味深い論稿として, 角本和理「いわゆる”仮想財産”の民法的保護に関する一考察(一)～(三)完——オンラインゲームサービス内のデータ保護にまつわる米中の議論を参考に——」北法65巻3号(2014年)571頁以下～同巻5号(2015年)1413頁以下。
- 55) Michael Sonntag, Vertragliche Haftung bei Handeln unter fremdem Namen im Internet, WM 2012, S. 1614f.
- 56) すでに同旨, 第3論文III 2(4)aで紹介したヘルティンクラの見解。
- 57) この点について詳しくは, 第3論文(2)・立命360号81頁参照。
- 58) M. Sonntag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1615.

- 59) M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1616.
- 60) もっとも、単なるネット情報へのアクセスを可能にするものでしかないときは当該防護を期待できないため、本文の限りでない（M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1616）。
- 61) M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1616f.
- 62) M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1617f.
- 63) この基準を支持するものとして、Susanne Meyer, Gratisspiele im Internet und ihre minderjährigen Nutzer, NJW, 2015, S. 3689。なお、パスワードを専門的に探知できない者が利用している場合には、これが意識的に交付されたという表見証明がなされる（M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1618）。
- 64) M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1618.
- 65) M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1618ff.
- 66) M. Sonnentag, a.a.O. (Fn. 55), S. 1620.

【追記】 本稿テーマとは無関係であるが⁸“仮想遺産（virtuelles Erbe）”問題について、直近の拙稿では LG Berlin 2015年12月17日判決に関わって、敗訴した被告フェイスブックが KG（ベルリン通常高等裁判所）に控訴したところまではお伝えした（「デジタル遺品の法的処理に関する一考察（1）」立命367号（2016年）149頁以下）。その後2017年4月25日に動きがあり、KG は、2週間〔5月9日〕を期限とする和解を勧告した。具体的には、通信相手のデータ保護を気にかける（アメリカ系企業の）被告に配慮して、チャットのやりとりを通信相手の名前は黒塗りにして原告たる相続人に引き渡すよう提案しているが、印刷して渡すのかデータのままなのか、その方法までは決まっていない。原告側は、被告が通信相手にたどり着くような内容まで判読できない行き過ぎた配慮をするのではないかと懸念している。和解が不調に終われば、5月30日に判決が言い渡される（vgl. becklink 2006447. 詳しくは、Kammergericht Pressemitteilung vom 25.04.2017: Entscheidung noch offen im Rechtsstreit über Erbe an Facebook-Account (PM 22/2017) <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2017/pressemitteilung.585181.php> [2017年4月30日アクセス] 参照。)[2017年5月1日執筆]。