

## はしがき

本書タイトルの研究テーマ「電子取引時代のなりすましと『同一性』外観責任」に出会ったのは、偶然だがまさに運命的であった。筆者は、2011年9月から1年間、ドイツでの在外研究の機会に恵まれ、ハンブルク大学のラインハルト・ボルク (Prof. Dr. Reinhard Bork)、マックス・プランク外国私法・国際私法研究所のハラルド・バウム (Prof. Dr. Harald Baum) 両教授のご厚意により両施設で研究を開始した。幸運にもその直後、インターネット・オークション取引を舞台にした「なりすましと表見代理の類推適用」問題をBGH (連邦通常裁判所) が初めて扱った2011年5月11日判決 (BGHZ 189, 346) を皮切りに、その注目度と重要性から矢継ぎ早に公表される判例評釈・研究に遭遇することになる。「なりすまし」問題については、日独ともに表見代理の類推適用により解決するのが一般的であり、両国の表見代理の比較法研究をライフワークとしてきた筆者にとっては宿命的なものさえ感じ、その虜となるのに時間を要しなかった。とくに帰責性との関連で刺激的な議論の展開を予感しつつ、逸る気持ちをまずは抑えて、電子取引の登場した時代にまで遡り法状況の調査を開始したわけだが、上記両施設はその要求に見事応えてくれた。本研究の船出をサポートしてくださったボルク、バウム両先生、ハンブルク大学と滞在したゲストハウス、マックス・プランク外国私法・国際私法研究所および各スタッフの方々に心よりお礼を申し上げたい (珍道中については、立命館ロー・ニューズレター71号 (2012年) 6頁以下 [<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/nl/nl71/nl71.pdf>] をご笑覧ください)。

ところが2012年9月に在外研究を終えて帰国し、成果をまとめ公表しようとしていた矢先、病の床に伏すことになる。腹部に感じる激痛を薬でごまかしながら複数の病院を回り救急車のお世話にもなり、ようやく原因を特定し12月最後の講義を終えた翌日に手術の段取りがとれたときは、安堵したが、それは出口の見えないトンネルの入口だった。手術時間が大幅に予定を超え意識を取り戻したのは翌日で、1週間の入院計画もまったくの白紙になった。正月には、腹膜炎の併発、緊急再手術とまさかの異型細胞の発見、1か月近い絶飲食、ア

ナフィラキシーショック、内視鏡手術の繰り返しになり、ドレナージのため散水ホースの様なチューブが腹部に2本刺さり鼻からもチューブを入れた状態がいつ終わるかも分からず、醒めない悪夢のようだった。さすがに注射針を肝臓に貫通させて排液を抜くときは治療を拒否したいほど、人生で一番、過酷な時を過ごした。根気よく治療くださった病院の外科・内科スタッフ、とくに白衣の天使の皆さんの支えがなければ、乗り切れなかったと思う。

退院後しばらく病氣療養するか、かなり迷ったが、リハビリもそこそこにステントを体内に残置したまま無謀を承知で2013年4月の即復帰を決断するにあたり、今後いつ何があっても人生に悔いのないよう、止まったままの本研究を論文という形で順次公表し、ゆくゆくは著書として出版しようと密かに決意した。ただいかんせん講義中などに急な激痛や体調不良に悩まされ、慌てて病院に駆け込んだことも数知れず、眠れない夜は研究に没頭して気を紛らわせた。2014年10月に本書第1章部分を公表して以降、BGH 2011年判決をめぐる法状況を中心に据えて時には脇道（第4章部分）へ逸れながらも3年がかりで第5章部分まで書き終えた。とくに第2章から第4章部分の執筆・公表にあたっては、大変有り難いことに公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団のご助成により励ましていただいた。ここに、あらためてお礼を申し上げる。

ここまでの、電子取引の特殊性を踏まえた「なりすまし」問題の論点洗い出しと整理、判例・学説の動向、いくつかの解決アプローチの存在・可能性、(筆者命名による)「同一性外観責任」という解決の方向性は示せたつもりであるが、具体的な要件定立と判断基準の設定についてはなおも思案中であり、結論にまではたどり着いていない。残すところ、上記議論の活況に呼応して最近毎年一冊ずつ公開された、本研究テーマの集大成とも言うべき三冊の研究書(いずれも博士論文だが秀逸)をとり上げ分析を加えた上で、ファイナル・アンサーを出す必要があるが、それにはもうしばらく時間を要する。

このようななか2017年、ある財団が懸賞論文の募集テーマの一つに「インターネットにかかる民事責任」を指定し、なりすまし問題を例示しているのを学内掲示板で目にした。また、ある研究会では、光栄にも筆者の拙稿を参考文献にくださった若手研究者の報告を拝聴する機会にも恵まれた。さらに、インターネット上のなりすましによるスマートフォン契約トラブル(いわゆる「荷受代行」・「荷物転送」アルバイト)をめぐる読売新聞2017年4月11日付夕刊10

面記事に関して掲載直後に、同新聞記者から取材も受けた（トラブルの内容については、2016年7月22日に独立行政法人 国民生活センターが報道発表資料として注意喚起を促した『「荷受代行」・「荷物転送」 アルバイトにご注意！（速報）』（[http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20160722\\_1.pdf](http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20160722_1.pdf) [2017年12月29日最終アクセス]）参照）。

このように本研究テーマへの関心の高まりを肌で感じたため、未完成は承知の上で、この機会を一区切りに、五つの拙稿をまとめた著書を出版し今後の議論のたたき台としてお役に立てれば本望であると考えた次第である。ドイツにおいて議論はほぼ出尽くした感があるので、筆者も、少し時間をかけて本書と睨めっこしながら、自分なりの結論に到達したいと思う。

ところで本研究テーマへの取組みは、筆者に当初予想もしていなかった研究の広がりをもたらしてくれた。現代社会は急速にデジタル化し、ここから生じる法律上の諸問題への迅速な対応を余儀なくされるが、アナログ社会を前提とした既存の法的枠組みでは捉えきれない限界があることをまざまざと見せつけられたのである（たとえば Gerald Spindler, *Privatrechtsdogmatik und Herausforderungen der ‚IT-Revolution‘*, FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag : *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert* (2017), S. 709ff. 参照)。2016年後半に、デジタル社会が死後にもたらす「デジタル遺品 (digitaler Nachlass)」問題を次の研究テーマとして最初の拙稿「デジタル遺品の法的処理に関する一考察（1）（2・完）——ドイツ初の LG Berlin 2015年12月17日判決を中心に」（立命367号145-169頁, 368号203-235頁）を公表したのも、決して偶然ではない。束縛を嫌って携帯電話を持たない昭和世代のアナログな筆者でさえ、日常の買い物、支払・決済、はたまた趣味の投資は身近なインターネットに代表される情報通信技術 (ICT) に依存し、サービスの利便性・安価さ等の恩恵に浴している。この日常生活への浸透具合に、デジタル問題に取り組むべき待たなしの社会的状況があると考えている。

上記事実を示すものとして、ドイツのノルトライン＝ヴェストファーレン (Nordrhein-Westfalen) 州司法省によるウェブサイト („[www.digitaler-neustart.de](http://www.digitaler-neustart.de)“) 上のアンケート結果 (2016年9月7日最終アクセス) を挙げておきたい。

デジタルの新たな始まりに関するアンケート結果（筆者が人数から割合に置き換えた）

1. 私たちの法は、アップ・デートを必要としますか？  
はい：82%    いいえ：14%    無回答：4%
2. 省略
3. 私たちは、インターネットにおいて人格権のより手厚い法的保護を必要としますか。  
はい：82%    いいえ：15%    無回答：3%
4. あなたは、デジタル・コンテンツに関する契約で法律上の問題を抱えたことがありますか。  
はい：27%    いいえ：70%    無回答：3%
5. 私たちは、デジタル・コンテンツに関する契約について新たなルールを必要としますか。  
はい：76%    いいえ：16%    無回答：8%
6. あなたは、自分のデジタル遺品の整理を考えたことがありますか。  
はい：34%    いいえ：64%    無回答：2%
7. 私たちは、デジタル遺品について新たなルールを必要としますか。  
はい：65%    いいえ：16%    無回答：19%

このアンケートは興味深く、身近な結果も知りたかったので、筆者は、規模こそ違えど2017年度前期講義「民法Ⅱ（債権各論）」でその実施を試みた。以下が、学生諸君の協力してくれた結果である。

1. 私たちの法は、アップ・デートを必要としますか？  
はい：83%    いいえ：10%    無回答：7%
2. 省略
3. 私たちは、インターネットにおいて人格権のより手厚い法的保護を必要としますか。  
はい：71%    いいえ：22%    無回答：7%
4. あなたは、デジタル・コンテンツに関する契約で法律上の問題を抱えたことがありますか。  
はい：2%    いいえ：92%    無回答：6%
5. 私たちは、デジタル・コンテンツに関する契約について新たなルールを必要としますか。  
はい：76%    いいえ：17%    無回答：7%
6. あなたは、自分のデジタル遺品の整理を考えたことがありますか。  
はい：23%    いいえ：71%    無回答：6%
7. 私たちは、デジタル遺品について新たなルールを必要としますか。  
はい：80%    いいえ：14%    無回答：6%

質問項目4を除けば(わが国の平和さの現れ?), ほぼ似通った数値となっている(項目6の「はい」がやや低いのは対象者が20歳前後の若者限定だったからであろうか), 日独ともにデジタル問題への関心と立法的対応のニーズは高いことがうかがえる。

それにもかかわらずわが国では, 平成29[2017]年民法(債権法)改正でも, デジタル問題への対応はお世辞にも十分だとは言い難い。現在このような法的限界・不備への対応を電子取引等に限ってだが引き受けているのが, (随時見直しがなされてきた)「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」(松本恒雄編『平成28年版 電子商取引及び情報財取引等に関する準則と解説』別冊NBL 158号(2016年)参照。なお2017年も, 「アプリマーケット運営事業者の責任」を新たに設けるなど14回目の改訂がなされたが, その概要(端的にまとめられた当該準則の意義等も含めて)については, 岡北有平『『電子商取引及び情報財取引等に関する準則』平成29年改訂』NBL 1100号(2017年)82頁以下参照)であり, その存在意義・役割は大きい。他方ドイツでは, 第71回ドイツ法曹大会(2016年9月)民法部会(Die zivilrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentages)において, 「デジタル経済—アナログ法: BGBはアップ・デートを必要とするか」がとり上げられた(Florian Faust, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016 Bd. I: Gutachten Teil A: Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? (2016)参照(議論の概要をわが国に紹介するものとして, 芦野訓和「講演」デジタル社会における「人」と「法」① 連続シンポジウム『デジタル社会における「人」と「法』』について)洋法61巻2号(2017年)126頁以下)。この問題意識からとくに相続法を念頭に「デジタル遺品」へアプローチする最新の論稿として, Hannes Ludyga, „Digitales Update“ für das Erbrecht im BGB?, ZEV 2018, S. 1 ff)。技術革新は, 新たな法律問題を登場させるのである(直近では盛んに議論され始めた「自動運転」, 「人工知能(AI)」や「ロボット」に関わる法律問題を想起されたい)。まさにBGB(ドイツ民法)や日本民法のような100年以上経った古い法典がなおも現代的なデジタル世界と折り合うのか, それとも適宜改正を必要とするのかが, 今後いつそう問われてこよう(現に一部問題につき, ドイツではBGB自体が適宜, EU指令を受けて312i条・同j条からなる「電子商取引(elektronischer Geschäftsverkehr)における契約」規律や675 c条から676 c条の(電子マネー・支払を含む)「支払役務(Zahlungsdienste.いわゆる決済サービス)」規律を新設・改正し, わが国では, 電子消費者契約法などの特別立法により対

応している)。ただ他方でリアルタイムに、「絶えず変化するインターネット上の活動領域 (Betätigungsfeld) にあって立法者に対し、法律で適切に『インターネット法』を規律するよう要求することはおおよそ不可能であり」、「諸問題は、既存の法律や方法で解決せざるを得ない」との指摘 (前掲拙稿・立命368号227頁参照) ももっともであり、ここに、上記対応の難しさがある。いささか唐突だが——2016年度に留学院生を指導した際に学んだ——中国では、インターネット取引上の消費者問題に対応すべく2013年に改正された消費者権益保護法 (44条) が、わが国の上記準則では原則否定的な「取引プラットフォーム提供者の賠償責任」に関して、販売者等の正確な名称、住所および有効な連絡方法を消費者に提供できなければ免責されないとの規定を新設している。このような、インターネット取引特有の「プラットフォーム提供者の介在」から生じた問題に対応する法的ルールの新設は、非常に興味深い動向である。引き続きグローバル目線からインターネット法の研究を深めることで、「立法的対応の必要性と限界」、裏返せば「既存の法的枠組みによる対応 (民事法解釈論) の可能性と限界」というグレートヒェンの問い (Gretchenfrage) とも真摯に向き合っていきたい。

本書出版にこぎ着けるまで、体調不良に見舞われ再入院することもあったが、その都度、周囲の方々のサポートやご理解があった。2017年度立命館大学法学部長兼大学院法学研究科長 宮井雅明教授、副学部長 石橋秀起教授、法学部事務長 崔幸浩氏をはじめ皆様方に深謝を申し上げる。

また (デジタル化に伴い) 出版事情が厳しさを増すなかにあつて民法改正特需に沸く今、あえて本研究書の出版にご尽力下さった営業企画部長の小西英央氏には、感謝の念に堪えない。刊行準備・校正作業にあたっては、立命館大学法学アカデミーの赤塚みゆきさん、大学院法学研究科博士課程前期課程 (研究コース) 在籍の原田弘隆くんにお手伝いいただいた。丁寧な作業に心より篤くお礼を申し上げる。原田くんには、本書を反面教師にして何か学ぶところがあつたならば幸いである。

私事で恐縮だが、弱音や愚痴を吐いて (時にはやり場のない怒り・苛立ちをぶつけて) 困らせた「専属運転手、(校正のたび辛口な) 秘書、マッサージ師、主婦」四役兼務の妻 陽子には、それでも温かく見守ってくれたことに本当に有り難

うと言いたい。病気を患ったことで、頭では分かっていたつもりだったが、働き盛りのサラリーマンが「泣こうがわめこうがあるがままを受け入れざるを得ないこと」の大変さ・難しさ・悲哀を嫌というほど味わい思い知らされた。ただ幸いにして、筆者は、経験が重視される社会科学分野の研究者である。「働き方改革」が叫ばれる現在、この貴重な経験を今後の研究・教育等に生かし、微力ながら社会の健全な発展に貢献できれば報われよう。その際、デジタル・ツールには辟易とさせられるのではなく、私たちアナログ人間のサポートをし生活にゆとり・豊かさをもたらす存在となってくれることを願ってやまない。

最後に、心配ばかりかけた両親、とくに闘病する母 道代の回復を祈念して本書を捧げたい。

2018年4月

京都・北山、賀茂川の満開の桜を臨む自宅書斎にて

白井 豊

\* 予定より遅れた再校中、デジタル遺品につき初めてのBGHの判断が、7月12日に  
出され、「現代的な『通信の秘密 (Fernmeldegeheimnis)』か伝統的な『相続権の  
尊重』か」という新旧価値観の衝突からマスコミで即日一斉にとり上げられた。最  
最終的に、通信相手の人格権を保護するという意味で通信の秘密を重視した原審の判  
断を覆して、SNS利用契約（関係）の包括的権利承継 (Gesamtrechtsnachfolge)  
による相続人への移転 (BGB 1922条1項) を認めた (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=85390&pos=1&anz=116> [2018年7月13日最終アクセス])。その結論は、第  
1審のLG Berlin 2015年判決と同様になったため、この1審判決を紹介した前掲拙  
稿も、上記BGHの理解・分析に多少なりとも役立とうか。今回の判決により、生  
前に自己のデジタル遺品を（事前消去から死後の管理まで含めて）整理整頓してお  
く必要性・重要性が示されたと言えよう（これを怠れば、秘密が死後に知られてし  
まうおそれがあるとともに、通信相手も、その内容が白日の下にさらされるリス  
クを予め覚悟しておかなければならない）。また本判決を深読みすれば、いわゆる  
「データ所有権 (Dateneigentum)」の観点から、プラットフォーム事業者による個人  
データの独占（自由な利用・処分）を許さない、つまりはプライバシー情報も同様  
に相続人ではあるが個人に承継・擁護させるべきであるというBGHの秘めたメッ  
セージが見えてはこないだろうか。いずれにせよ当該研究も続行していきたい。