

自動化された電子取引の理論的検討 (一)

第一章 序論

第一節 問題提起

第二節 問題状況

一 コンピュータの発達と民法学

二 日本の状況から見た研究の必要性

三 研究の方法

第三節 本稿の構成

第二章 コンピュータを通じた意思表示に関する理論とその検討

第一節 韓国の理論状況

一 コンピュータを通じた意思表示に関する研究の動向

二 自動化された意思表示

(一) 自動化された意思表示とは

孟

觀

燮

(2) 自動化された意思表示論についての検討

三 電子代理人

(1) 電子代理人とは

(2) 電子代理人についての検討

四 電子的意思表示論

(1) 電子的意思表示論の考え方

(2) コンピュータの伝達道具論と意思具体化道具論

(3) 電子的意思表示の概念

(4) 人間の包括的意思形成とコンピュータの意思具体化

(5) 行為と表示の分離

(6) 意思表示の成立時点

(7) 電子的意思表示の展開

五 小括(以上、本号)

第二節 日本の理論状況

一 コンピュータシステムに関する理論の動向

二 契約論からのアプローチと意思表示論からのアプローチ

三 具体的な理論の検討

四 小括

### 第三章 私見の展開、総論

#### 一 意思表示の本質論

#### 二 電子的意思表示論の成立の可否

#### 三 私見による電子的意思表示論

### 第四章 私見の展開、各論—電子的意思表示の適用

#### 一 電子的意思表示が適用される電子取引(韓国、日本、アメリカの判例を中心に)

#### 二 電子的意思表示の瑕疵について

### 第五章 結語

## 第一章 序論

### 第一節 問題提起

本稿は、コンピュータ化が進んだ現代において、伝統的な法律行為論を維持しうるか否か、また法律行為論を變更する必要があるとすれば、どのような構成が望ましいかを検討しようとするものである。

民法学では、人間の行為をともなう取引について法律行為という法律構成が与えられている。例をあげて考えてみよう。AとBとがコンピュータの売買をするとき、Aがコンピュータを二〇万円で買いたいとの申込みの意思表示

示を口頭で行い、Bがそれを口頭で承諾すれば、売買契約はそれによって成立する。この意思表示が口頭でなく、手紙でなされた場合、ファクシミリでなされた場合、またはメールでなされた場合は、機械が介在するが、伝統的な法律行為論の仕組みを変更する必要はない。

しかしながら、次のような例を考えてみよう。システム化されたチェーン店間の取引等々において、店の在庫が二日間を切った場合には、自動的に発注がなされるシステムがコンピュータに組み込まれているとする。この場合に、チェーン店の店主Aの意思が現実には作用する範囲は、コンピュータにプログラムを打ち込んだ時までである。その後、商品の販売等々に伴い、ある商品の在庫が二日間を割り、コンピュータが自動的にBに発注を行い、Bのコンピュータがその発注を受けて発送等々を行ったとしても、それらは自然人であるAまたはBの関与なしに自動的に行われるものである。Aがコンピュータにプログラムを打ち込んだ段階において、潜在的な意思表示がなされてはいるが、個々の意思表示は人間によってなされているわけではない。

このような事例において、伝統的な法律行為論は、はたしてどこまで有効性をもつのであろうか。もし、有効性をもたないのだとすれば、それは全面的な変容を迫られるのであろうか。それとも一部を修正しただけで、依然維持しうるものなのであろうか。あるいは修正の必要はないのであろうか。IT (Information Technology・情報技術) 時代において、従来の法律行為論が妥当するのかを検討することが必要であり、本稿はこの問題を検討しようとするものである。

## 第二節 問題状況

### 一 コンピュータの発達と民法学

近代民法の意思表示論は、コンピュータが発達した現代社会においても、法律行為の当事者に意思表示の効果をも帰属させる根拠とすることができるとの論が、特にコンピュータという機械が、外形上、人間から独立して自動的に行う「電子的意思表示」——本稿では、電子的意思表示を「人間が包括的意思形成をした上で、コンピュータが行う意思表示」という概念として用いることにする——をどのように理解すればよいのであろうか。

この点、「意思表示」理論をもつドイツ法系にそくして簡単にみると、ドイツでは、電子的意思表示の概念とその有用性が論じられており、この概念を用いるか否かにつき、肯定説と否定説に分かれている。<sup>(1)</sup> また、韓国においても、民法改正作業が行われており、電子的意思表示の規定を改正民法に追加すべきかについて、議論が行われている。多くの学説は、追加すべきではないという。日本においても、電子的意思表示という用語が使用されることもあるが、その内容についてはほとんど論じられておらず、単純にコンピュータを通じての意思表示が電子的意思表示と理解されている。しかし、コンピュータを通じてすべての意思表示が電子的意思表示として特殊な取扱いを必要とするわけではない。

例えば、インターネット上で、電子メールを相手に送る場合は、意思表示は電子的過程を経て相手のコンピュータに到達するようになるが、この場合は電子的意思表示と考える必要はない。なぜなら、この過程はファックスを送ることと差異がないと考えられるからである。すなわち、人間の意思表示は、コンピュータという単純な伝達の

道具を通じて行われているだけであり、この場合を電子的意思表示であると定義することには特段の意味はないと考える。

電子的意思表示という概念は、既存の意思表示とは異なった状況でなされた意思表示につき、既存の意思表示論では解決することができない問題を解決するために必要な概念なのである。

## 二 日本の状況から見た研究の必要性

前段で述べたことを具体的にいえば、電子データ交換 (EDI/Electronic Data Interchange) による意思表示の伝達により契約が行われる場合に、従来の民法理論がそのままあてはまるのか、新しい考え方を取り入れる必要があるのかという問題がある。EDIについては、既存の法規範の解釈ではできない問題があり、立法による解決が必要なのかを検討する必要があるという野村教授の見解がある。この見解は、電子データ交換 (EDI) による意思表示のみに限定して、従来の民法理論を再検討する必要があるとしている点で、本稿と一定程度問題意識を共有しているとみられる。

また松本教授は、コンピュータによって行われる意思表示について、法律的に、コンピュータの背後にいる人間の意思が表示されたと思わざるを得ないと述べながら、高度の人工知能を備えるコンピュータが登場し、コンピュータの契約交渉が現実化されて、コンピュータが推論によって独自の判断をする場合には、将来的に、コンピュータに代理権を認める必要があるかもしれないとする。<sup>(4)</sup> この見解は、民法理論が解決しなければならぬ核心問題を見事に指摘しているが、現段階の解釈論としては既存の法律構成を駆使した分析が展開されているにとど

まっている。

筆者は、現段階でもコンピュータをめぐる科学技術の発達により、既存の理論を超えた検討が必要ではないかと考える<sup>(6)</sup>。また、コンピュータが独自の判断力をもって契約の交渉をすることは、遠い未来の事ではない<sup>(6)</sup>。程度の差はあるが、現在でもコンピュータの判断能力は人間と同一、または、平均的人間より高いレベルにまで到達している<sup>(7)</sup>。

この点につき、内田教授は、平均的な人間の能力を上回る例として、以下の例をあげる<sup>(8)</sup>。

例えば、小売店の店舗のレジスターに連動した販売情報 (POS: Point of Sale) に基づいて、小売店のコンピュータが自動的に発注数量を計算して、発注情報を受主のコンピュータに対して送信し、それを受けた売主のコンピュータは、製品の保管倉庫のコンピュータに発送の指令を送り、その指令に応じて製品が指示された場所に配送されるとする。店舗の在庫がいくつぐらい残っているか、在庫がほとんどなければ在庫をふやして、または天気の影響がある物品の場合には在庫をどのぐらい確保するのかなどの判断は、店舗の利潤と直結していると言える。在庫の品切れを回避しながら天気による適正な在庫を確保することなどが、先進的な企業などではすでに実現されている。

このような自動化された発注判断は、経験を蓄積した経営者の判断を再現することになる。その意味では、このようなプログラムが平均的な人間の能力を相当程度上回る水準にあると見ることができると言える。また、内田教授はこのような契約が法的に意味ある契約の類型として確立されている場合には、従来の継続的取引の理解に大きな影響を及ぼすと分析し、その必要性を認めている<sup>(9)</sup>。

また、加藤雅信教授は、電子データ交換取引について伝統的法律行為論の枠内で説明しながらも、次のような点を指摘している。「電子データ交換取引で両当事者間の中で具体的に発生する債権・債務は、コンピュータの上に

表示されてはいるが、それに厳密に対応する内心的効果意思は当事者となった人間の頭のなかにも心のなかにも存在しておらず、コンピュータのなかに計算として存在しているだけである。伝統的法律行為論は、実は、このギャップを埋めることに成功していない<sup>10)</sup>。この点は、今後の学界には課せられたテーマであると述べている。

以上のように、これまでの日本の学説は、コンピュータを通じて意思表示についてさまざまな問題点を指摘してはいるが、内容的に十分な議論が行われているわけではない。日本の学説については第二章日本の理論状況で詳細に検討する。

### 三 研究の方法

本稿は以下の三点の解明を課題とする。第一に、コンピュータを通じて行われる意思表示が電子的意思表示であると解釈するためには、どのような法的根拠が必要となるのか、という問題である。特に平均的な人間の能力を相当程度上回る自動契約の場合、コンピュータ上に表示された意思表示の内容をどのような法的根拠で人間に帰属させるのかを検討する必要がある。第二に、コンピュータ技術の発展によって、ある程度の差はあるが、コンピュータ自身が判断を行う場合、そのコンピュータの作動過程にどのような法的効果を付与するのかについて検討する必要がある。第三に、コンピュータを通じた取引などは大量の反復的な取引という側面で、取引の信頼保護が重視されるが、このような場合に伝統的な法律行為論をそのまま適用しうるか、特に機械のエラーなどの問題を伝統的錯誤論の問題として解決することができるかという問題がある。以上の問題を電子的意思表示という概念を認めることによって、解決を図ることが本稿の目的である。



本稿は、研究方法として、日本法と韓国法との比較分析を行う。その理由は次のとおりである。まず、韓国は歴史的背景もあつて、一九四五年以前には、日本民法がそのまま適用されていた。<sup>(1)</sup>第二次世界大戦後は、独自の韓国民法が制定されている。<sup>(2)</sup>しかし、新民法が制定された以後も、韓国の民法は物権法上の物権変動の成立要件主義<sup>(3)</sup>（しかし日本と同じく不動産登記の公信力は認められない）、<sup>(4)</sup>物権法上の独特な伝貫権制度などのわずかな部分を除き、ほとんど旧民法の規定を受け継いでいる。したがつて、本稿と関連する法律行為論や契約などの条文は、韓国民法も日本民法も同一であり、学説の解釈も一致する部分が多い。それゆえ、日本民法と韓国民法はほぼ同じ構造の民法をもっているといえる。さらに、本稿と関連する電子取引について、韓国は二〇〇二年現在、超高速インターネット加入率が世界一位となるなど、<sup>(5)</sup>インターネット先進国としての地位を占めるに至っている。このことから、韓国では電子取引に関するさまざまな法律が制定されており、<sup>(6)</sup>電子取引に関する民法上の役割に対して多くの研究成果が発表されるなど、活発な論議が行われている。

このような観点から、日本と同じ構造の民法を持つている韓国法の電子取引についての議論を検討することは、日本にも示唆を与える部分が少なくないと考えられる。

### 第三節 本稿の構成

本稿では、次のような順序で右に述べた問題について検討をすすめていくこととする。まず、第二章で、コンピュータによって具体化され、表示された意思表示の効果人間に帰属させるための根拠として考えられている、ネットワーク構築意思表示理論、電子的意思表示論、さらに電子代理人などについて検討し、これらの学説の提示

する解決が妥当であるかを分析する。ただ、その前提として、このような考えに反対し、伝統的法律行為論を維持しようとする自動化された意思表示論を最初に検討することにする。以上の分析は韓国の理論状況と日本の理論状況に節を分けて両国の理論を比較しながらする。その分析の結果、それらの手段による解決は妥当な結論を導き得るのかを論証する。

その上で、第三章では既存の意思表示と電子的意思表示の差を論証しながら私見による電子的意思表示論で自動的に行なわれる電子取引に妥当な理論的構成の総論的枠組みを提示する。

次に、第四章では、各論的問題として、電子取引の中に、筆者が考えている電子的意思表示論で処理できる取引はどのようなものがあるのかを検討する。この検討には、電子取引が発達されている日本、韓国、アメリカの判例を考察しながら電子的意思表示論が適用される場面を実際論証していく。また、電子的意思表示の瑕疵についても検討して、実際行なわれるコンピュータのエラーなどの処理に関しても意思表示の観点から筆者なりの見解をまとめる。なお、アメリカの判例は具体的問題を考察するさいに与える示唆が大きいものではあるが、アメリカには法律行為論という概念はないので、第二章ではアメリカの理論は検討しないことにする。

さらに、第五章では、結語として、電子的意思表示という理論は、コンピュータを通じた取引が技術的に発達しても、有用な理論として維持しうることを論証する。

## 注

- (1) ドイツでは、電子的意思表示 (die elektronische Willenserklärung)、自動化された意思表示 (die automatisierte Willenserklärung)、コンピュータ表示 (die Computererklärung) などの用語が使われている。ドイツで電子的意思表示を、既存の意思表示とは異なる

意思表示として取り扱う代表的な学者は、Rudolf Clemens である。Rudolf Clemens の考え方は、Die elektronische Willenserklärung - Chancen und Gefahren, NJW, heft 34, 1985 を参照されたい。しかし、ドイツではまだ、電子的意思表示を伝統的意思表示の枠内で説明する立場が通説である。

(2) 電子的意思表示の概念定義は論者によって異なる。たとえば、電子的意思表示の概念について、インターネットを利用した電子取引において行われる意思表示一般を電子的意思表示とする見解がある。この見解によると e メールによる取引、オンライン・ショッピング、電子交換取引における意思表示は、すべて電子的意思表示となる。この立場では、日本における電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律（二〇〇一年六月二十九日制定）による民法の修正も電子的意思表示に含まれることになる（加藤雅信『新民法大系Ⅰ・民法総則』（第二版）（有斐閣、二〇〇五年）三六八頁）。これ以外、日本の学者の中では、内田貴教授と山本豊が電子的意思表示という用語を使っている（内田貴『E 時代の取引と民事法制』（法学協会雑誌第一一八巻第四号）（二〇〇一年）四八六頁）、（山本豊『電子契約の法的諸問題』ジュリスト二二一五号（二〇〇二年）七六頁）。しかし、これらは、特に電子的意思表示の概念の定義はしていない。

(3) 野村豊弘「EDIにおけるデータの確定と契約の成立（上）」NBL五五二号（一九九四年）四八頁。なお、EDIの概念定義につき、（野村豊弘「EDIによる取引の法的諸問題」NBL五四九号（一九九四年）一六頁）。

(4) 松本恒雄「高度情報通信社会の契約法」『新版注釈民法（一三）』（有斐閣、一九九六年）二五四頁。

(5) しかし、このように検討が必要という私見と異なる立場もある。すなわち、EDIによる取引の場合に、応答が人間の介入がないまったくの自動的なものであるときには、それを意思表示と評価できるかが、一応問題となりうるとしながら、しかしそのような機械的なプロセスによって行為することは、そのことを利用者自身が認識し、かつそれを利用する意図があれば、一般にその者の意思表示と評価して差し支えないと考える見解がある（落合誠一「電子社会と商取引」『電子社会と法システム』（新世社、二〇〇二年）一四五頁）。また、加藤雅信教授は、この点について、基本的に伝統的な法律行為論を維持してはいるもの

の、後に紹介するように最初の基本契約の合意と後に個別に発生する債権・債務の内容との対応に欠けるところがあるという点につき、既存の法律行為論の問題性を指摘している（加藤雅信・前掲注(2)三七四頁）。

(6) ただし、人間のように創造的な意思をもっているわけではない。

(7) 松本教授も POS システムについて検討を加えているが、コンピュータが人間の意思を具体化する過程を認めていないようである（松本・前掲注(4)二五五頁）。

(8) 内田貴「電子商取引と民法」『債権法改正の課題と方向―民法百周年を契機として―』（別冊 NBL 五一号）（一九九八年）三〇七頁。内田教授は、この例を挙げながら、どのように法的に把握するかという問題があると指摘する。

(9) 内田・前掲注(8)三一頁。

(10) 加藤雅信・前掲注(2)三七四頁。

(11) これは、韓国では「旧民法」と呼ばれている。この旧民法とは、韓国の民法が施行される前、一九二二年から一九五九年までに朝鮮民事令第十一条により、韓国に適用された日本民法典を指す。

(12) 韓国民法は、一九五八年二月二二日（法律第四七一号）制定され、一九六〇年一月一日から施行されている。

(13) 韓国民法一八六条（不動産物権変動の効力）「不動産に関する法律行為による物権の得失の変更は登記をしてから効力が生ずる」と規定し成立要件主義をとっている。

(14) 加藤雅信『新民法大系Ⅱ・物権法』（第二版）（有斐閣、二〇〇五年）一一五頁。

(15) 韓国民法三〇三条（伝賃権の内容）「一項…伝賃権者は伝賃金を支払とともに他人の不動産を占有し、その不動産の用途に沿って使用、収益し、その不動産のすべてに対して、後順位権利者その他債権者より伝賃金の優先返済を求める権利を有する、

二項…農地は伝賃権の目的とすることはできない」。

(16) 東亜日報（韓国）二〇〇二年二月五日付け（www.donga.com）七頁の九九番記事。

(17) 韓国の立法の代表的なものとしては、「電子取引基本法」(法律第 五八三四号) が一九九九年二月八日に制定され、その後二〇〇二年一月一九日(法律第六六一四号)に改正された。この電子取引基本法には、電子文書(EDIと呼ばれる電子データ)に関する規定、電子取引の安全のための規定などが含まれている。その他にも、二〇〇二年三月には、「電子商取引等における消費者保護に関する法律」が制定されている。日本では二〇〇一年「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」が制定され、意思表示の到達、消費者側の錯誤問題などを扱っている。しかし、日本はいまだに電子取引に関する法律を、韓国のように新しい包括的な法律として制定することなく、既存の法律に電子取引に係わる条文を挿入するという形式を取っている。

## 第二章 コンピュータを通じた意思表示に関する理論とその検討

### 第一節 韓国の理論状況

#### 一 コンピュータを通じた意思表示に関する研究の動向

韓国では、一九九〇年代からコンピュータを利用する電子取引が急速に増えている。このような状況で、民法学者たちは、コンピュータの利用によって新しい法律問題——特に現在の法律行為論で電子取引の全般をカバーできているのか——が出現したのではないのかについて疑問をもち始めた。特にネットワークを通じた電子データ交換取引

については一九九六年呉炳喆教授が「電子的意思表示に関する研究」という論文を発表して以来さまざまな見解が登場し活発な研究がなされている。呉炳喆教授は電子的意思表示という新しい概念を導入して、特有の構成要件論と本質論を提示している。その上、電子的意思表示という概念を使って、電子取引について新しい理論を展開した。これに対して池元林教授などは電子的意思表示という新しい概念の必要性について疑問を呈する批判的な立場に立っている。以下では、まず批判的立場である韓国の自動化された意思表示論を検討した上で、次いでコンピュータ時代の新理論として提示された電子代理人論、電子的意思表示論を順次紹介するとともにそれらの学説の問題点も指摘したい。

どころで、コンピュータによる意思表示を人間に帰属させるための理論として、これまでに論じられてきたものは、次の三つの理論に分類できると考えられる。<sup>(1)</sup>

第一に、電子的意思表示と自然的意思表示の間に、構成上の差異を認めず、コンピュータは電話、ファックスなどの表示手段とまったく同じであり、分けて論じる必要はないとする見解がある。この見解では、電子的意思表示を当然にコンピュータ利用者の意思表示であると認める。このような理論には、自動化された意思表示理論とネットワーク構築意思表示理論<sup>(2)</sup>などがある。自動化された意思表示論については、韓国の理論状況で検討し、ネットワーク構築意思表示理論<sup>(3)</sup>は日本の学説として日本の理論状況で紹介する。

第二に、電子的意思表示がコンピュータ利用者の意思と表示によるものではないという見解がある。この見解は、民法上の代理制度などの特殊な意思表示制度を類推適用する立場をとる。このような立場は電子代理人で紹介する。この見解は、第三の電子的意思表示論より電子的意思表示の特殊性をもっと強調する。

第三に、電子的意思表示の特殊性が、コンピュータが既存の表示道具とは異なり、利用者が設置したプログラム

や入力したデータに基づいて、意思表示の内容を判断し、具体化するという点で、既存の意思表示とは違うとする見解もある。このような理論は電子的意思表示理論として紹介する。

## 二 自動化された意思表示

### (一) 自動化された意思表示とは

電子的意思表示と自然的意思表示の間に、構成上差異を認めない見解として、自動化された意思表示論があげられる。自動化された意思表示を主張する韓国の池元林教授は、次のような理由から電子的意思表示論に反対する。<sup>(4)</sup> 自動化された意思表示は、以下のような内容である。「複雑な自動データシステムといっても、コンピュータが創造的な決定をすることはできないし、むしろ人間の包括的な意思の範疇の中で先行されたプログラムによる論理操作を遂行する意思決定の手段に過ぎないので、その装置による表示は人間の意思に還元される。電子的意思表示論が、その特質として提示するコンピュータの意思具体化もその限度内でコンピュータが利用者の代わりをするのではなく、実は利用者の包括的意思の具体化を補助することに過ぎない。また、表示なき行為と行為なき表示が結合されて、一つの電子的意思表示が成立すると考える見解があるが、意思表示というのは、人間の意識的な行動であるから、表示は原則的に意思を表現する補助的な意味を持つだけなので、意思と表示が結合されるといっても、行為により大きな意味が付与されなければならない。したがって、コンピュータによって作成、交付された表示は、表示を行う前段階において、機械を利用して、それを表示目的に使う人間の意思に起因する。そのため、自動化された意思表示が伝統的な法律行為論を変更させることはないであろうし、自動化設備を利用してしている取引に関して

も、行為能力及び意思表示に関する一般理論が適用されなければならない。それゆえ、別途の電子的意思表示という概念を認める必要はない<sup>(6)</sup>。

また、池教授は、電子的意思表示という名称も適切ではなく、自動化された意思表示という用語を使った方が良いと主張している。自動化された意思表示という概念は、通常の意味表示と異なる経過をとって、表意者の意思が具体化され、またはその意思が他の形態で表示されることを意味するという。したがって、自動化された意思表示という概念が、必ず人間の干渉なしにコンピュータが自動的に意思表示をするというのではなく、孤立的で個体的な存在としてのコンピュータの作動のみを考慮した概念であるとの説明がなされている<sup>(7)</sup>。

## (2) 自動化された意思表示論についての検討

自動化された意思表示論についての私見を述べれば、この説はコンピュータの表示を人間の行為の結果として見て、コンピュータの独自性と自律性を否定するものである。この見解は、今までのコンピュータの発達過程において、コンピュータが単純に意思表示を伝達する道具にすぎない段階では、一応妥当であったと考えられる。この構成によれば、自動販売機、ファックス、または、電話機などと区別されなければならない理由がないことになる。しかし、コンピュータはこのような単純な機能のみを遂行するのではなく、自ら決めた判断を遂行して、これを外部で表示する機能を持つこともある。この段階からは、自動化された意思表示論には問題が発生すると筆者は考える<sup>(8)</sup>。序論に紹介した内田教授があげる例——小売店の店舗のレジスターに連動した販売情報、九一頁——をみてもわかるように、コンピュータの自律性が認められる場合には、人の介入なしに意思表示が成立し、最終的に表示された具体的な意思表示の内容を、当初プログラムを設置した人間も分からない場合が発生する。このような場合を



ファックスによる意思表示や自動販売機取引と同じようにみることには無理な解釈であると考える。したがって、これからはコンピュータが意思を詳細に具体化して、それを表示する場合、コンピュータが意思決定をしていると考えられるのか、または、意思決定を完全に行っていることはできないとしても意思を具体化するコンピュータの作用にどのような法的意味を付与すべきであるのかについて、さらなる議論が必要であろう。

### 三 電子代理人

#### (1) 電子代理人とは

以下では、電子代理人に関する理論を検討する。電子代理人は、アメリカで論じられているが、韓国でも類似の条文が存在し、これについて検討した論文が少なくないので、ここで紹介する。<sup>(9)</sup> この理論は、内田教授と松本教授らによつて日本にも紹介されている。<sup>(10)</sup>

電子代理人の概念については、以下のように定義されている。「電子代理人とは、履行や応答の時点において、人間の介入なしに全体的あるいは部分的に電子的記録行為に応答、または履行を開始するために利用されるコンピュータプログラムあるいは自動化された手段である」。<sup>(11)</sup> ここで、人間の介入なしにコンピュータによつて契約が締結される過程を説明するために、電子代理人の概念が使われている。これは結局、一定の機能を遂行するコンピュータプログラムを意味するようになる。<sup>(12)</sup>

序論に紹介した松本論稿が示唆するようにコンピュータの表示による効果の帰属根拠として、一番簡便に処理することができる方法は、電子代理人制度であるかもしれない。実際、アメリカの U C I T A (Uniform Computer In-

Formation Transactions Act) 二〇六条では、契約は、電子代理人の作動によって締結できると規定されている。<sup>(4)</sup>

韓国でも、電子取引基本法第七条一項で電子代理人の概念と類似した規定を置かれた。<sup>(5)</sup> その内容は、以下のようである。「作成者の代理人、または作成者の代わりに自動で電子データを送受信するように構成されたコンピュータプログラム、その他の電子的手段によって送信された電子データは作成者が送信したとみなす」。この条文の中で作成者の代理人は、人間を意味するが、この条文におけるコンピュータプログラムは、事実上、電子代理人と類似な法的効果を認めているという評価がなされている。<sup>(6)</sup>

電子代理人という形で構成する場合のメリットとしては、代理制度は他人の独立した行為によって、その法律効果が本人に帰属する制度であることがあげられる。すなわち、本人が詳細な内容を認識せず、また、自分がしなかった意思表示も本人に帰属させることができ、行為主体と帰属主体との分離を法律上認めることができる。この側面だけを見ると、コンピュータは与えられた業務を人間より迅速、正確に遂行するという点を考えると、人間以上にまじめな代理人であるといえるかもしれないという見解もある。<sup>(7)</sup> 結局、外形上、コンピュータに認められる表示の自由は代理の状況と類似しているといえる。

この点については、また、以下のような評価がなされている。「電子代理人が、代理と外形上類似するのは、代理の場合に代理人の意思によって、代理人が意思表示を本人の名義で行い、その法的効力は行為主体ではない本人に発生するようになることにある。代理権授与者は一般的な大体の条件のみを決めるだけで、具体的な意思と表示行為は代理人によることになる。コンピュータの場合にも、利用者の意思に一致しなくても、事前にプログラミングされた一定の条件に形式的符合がなされると、コンピュータ自ら独自の決定と表示を行うという点で類似性が認められる」。また、韓国の鄭敬永教授は、電子代理人について以下のように述べている。代理で構成する場合、

取引当事者が自分のコンピュータが予期しない無権限の行為をしたと主張することで、契約上の義務を履行しないようにする場合には、表見代理を含んだ代理理論は非常に有用性があるという。<sup>(9)</sup>もし、利用者が電子契約を行うコンピュータを間違つてプログラミングした場合、コンピュータによる行為は有権代理として認めなければならないし、また、コンピュータのエラーが発生した場合には、利用者が自分のコンピュータを電子契約システムに連結することで、もう代理権を授与しているとして、表見代理の法理で説明することができるという特徴もあるという。<sup>(10)</sup>この立場からみると、利用者が入力したプログラムを行う過程でコンピュータエラーが発生した場合、自分の行為なしに、電子契約を成立させることができるプログラムを設置する行為は、一種の授権行為となる。しかしながら、電子代理については、無権代理の概念はほとんど認められないと述べている。その理由については、次のように述べる。「コンピュータ利用者自身のプログラムが実行される範囲で電子代理の概念が認められるので、自分のプログラムではない自分の名義を盗用したプログラムが、他人によつてコンピュータに入力されて作動すると考えても、これは名義を盗用された人の電子代理ではない。したがつて、電子代理は概念的に無権代理を排除している」。<sup>(11)</sup>また、コンピュータに民法上の代理規定を類推適用すれば、その範囲はどこまでなのかの問題もあるといながら、コンピュータに代理能力を認めても、コンピュータは自然人ではなく、責任能力がないので代理人の責任と関連する規定は類推適用の余地がないという。<sup>(12)</sup>

このような観点から、代理人が代理権を証明することができずに、本人の追認を得ることもできなかった場合に、相手の選択に従つて契約履行、または損害賠償の責任を負担する<sup>(13)</sup>という規定は電子代理人には適用されないと考えなければならないと主張している。<sup>(14)</sup>

## (2) 電子代理人についての検討

しかしながら、筆者は、コンピュータの表示が代理制度と類似するように見えても、コンピュータと代理人を同一視することはできないと考える。その主な理由は、次の指摘のとおりである。「代理人とコンピュータに認められる表示行為の自由についていえば、代理人が行為をするにおいて認められる自由と同じぐらいの自由がコンピュータに認められるためには、コンピュータが創造的に意思を形成して自分の表示を支配することができなければならない」。これは結局、民法上意思能力と係わる部分として、代理人は能力者なのを要しないが、意思能力は必要であると解釈されていることと関係する。

このことは、コンピュータ技術がいくら発達しても、右の指摘のように、意思能力が認められるのは人間のみであり、人間のプログラミングや操作なしに作動することができるとコンピュータは存在できないという点をかんがえたと、ここに電子代理人制度の大きな理論的欠点があるといえる。

この点について、また、韓国の呉炳喆教授は、以下のように述べる。「人間の知識とコンピュータのデータ間の類似性を検討すると、コンピュータは固有の意思を新たにつくることができない。さらに、コンピュータは原則的にただ決まった意思選択による表示結果のみを作るのである。このような結果がどのような内容なのかはプログラムと入力されたデータによって決まるわけである。結局、コンピュータにはデータは存在するが、自らの知識は存在しないので、コンピュータを代理人として根拠づける理論構成は不可能であり、人間の知識とコンピュータのデータとの類似性を認めることはできない」。この見解に筆者も賛意をするものである。

また、アメリカでの電子代理人については、次のように紹介されている。「最初には、法で用いられた電子代理人

(electronic agent) という言葉よりも、代理の概念上の含蓄性を避けるために (electronic device) という言葉で表現しようと考えていた。しかし、agent という単語がこの法で表現しようとする内容と一番近接しているので electronic agent という用いることにした。しかし、この法の制定に参加している委員たちは agent の意味を両当事者の道具としての機能に焦点を合わせているという。すなわち、electronic agent という単語を使っているが、コンピュータに代理人としての地位を付与するという意図ではなく、コンピュータは単純な人間の道具に過ぎないという点を明らかにしている」。

韓国での電子代理人に準ずるという法規定も、コンピュータに代理人としての能力を付与するという意図に制定されたのではなく、無権限者の電子データの送信に対する解釈基準と電子データに対する原則を説明する趣旨で制定されたといわれている。以上の検討からわかるように、電子代理人を規定しているアメリカと、また、電子代理人と類似な規定をしている韓国でも、電子代理人の意思能力を認めているわけではない。したがって、電子代理人の導入による民法解釈との衝突という点を考えると、大陸法系国家である日本と韓国では意思表示論が法律行為論の基礎となるので、電子代理人理論の導入には反対せざるをえない。

#### 四 電子的意思表示論

##### (1) 電子的意思表示論の考え方

以上、コンピュータが行う表示をどのような法律構成によって、人間に帰属させるかに関して、韓国で議論されていた自動化された意思表示と電子代理人について検討しながら、それぞれの理論の長所と短所を考えてきた。

しかし、コンピュータは第一章の例に見たように平均的な人間の能力を上回る判断をすることができるまでに発達している。もちろん、このような場合にも人間のプログラミングが必要である。電子的意思表示論は、このような場合を既存の意思表示理論と等しく規定しようとすることは、現実的な技術の発達にあまりにも遅れる解釈であつて賛成することはできないとし、既存の表示道具と異なるという点を強調しながら、理論を展開するものである。また、コンピュータは既存の意思表示道具とは異なるとすると、このようなコンピュータの判断部分をどのように考えるかという問題を取り扱うものでもある。

この点について、韓国の呉炳喆教授は、次のように述べる。「コンピュータは、人間の意思領域の一部と表示領域に介入するという特殊な形態をもつ。すなわち、コンピュータ利用者が意思を具体的に完成した後、表示するのはなく、コンピュータが具体的にどのような表示をするはずなのかを正確に認識することができない状態で、コンピュータにプログラム、データなどのみを入力するだけで、コンピュータがそれを具体化して人間の介入なしに表示するようになる。たとえ、電子的意思表示をコンピュータ利用者の固有な意思表示と認めても、コンピュータ利用者が入力をする時点では完成された意思形成は存在しないし、それはコンピュータの意思具体化を通じて完成されると把握しなければならない。したがって、電子的意思表示と自然的意思表示との成立過程上の差異を認めて、電子的意思表示という特殊性に適切な構成要素と解釈論により、コンピュータ利用者に意思表示の効果を帰属させる方法が妥当である」<sup>30)</sup>。以下では呉炳喆教授の電子的意思表示論の内容と電子的意思表示の展開過程について検討する。その後、電子的意思表示論の特徴と問題点について考察する<sup>31)</sup>。

呉炳喆教授は、コンピュータの機能を二つに分けて新しい理論の前提としている。その分類は次のようになる<sup>32)</sup>。

(2) コンピュータの伝達道具論と意思具体化道具論

例えば、コンピュータネットワークを通じて注文が行われる場合がコンピュータを伝達道具として使う場合になる。その過程は、コンピュータネットワークに接続してコンピュータ運営者が用意した販売注文様式に、注文者の名前またはアイデンティティ (Identification) と受領場所、パスワード、購入する物品の選択と数量、決済方式等をコンピュータ利用者がキーボードやマウスなどの入力装置を通じて表示して相手に送るようになる。この場合は、電子的意思表示論でもテレビや電話を通じて行うホームショッピング、カタログを通じて行う通信販売などと、法的構造の差は存在しないという。<sup>(4)</sup>

この立場からみると、人間の意思を伝達する道具としてコンピュータを使う場合には、コンピュータを利用する者が自分の意思を確定的に決めた後、表示手段として、既存の電話やファックスなどより複雑な仕組みを持つコンピュータを利用するだけである。この場合には、技術的な差は存在するが、法的な差は存在しない。すなわち、人間が自ら具体的、確定的意思を形成したという点で両者は同一であり、意思を伝達する道具として機械装置を使うことは既存の法理論でも説明することができるようになるという主張が可能になる。<sup>(5)</sup> このような見解を自動化された電子取引にも適用して、コンピュータは単純に意思の伝達道具にすぎないと見る見解が伝達道具論である。既存の法律行為でコンピュータを通じた意思表示を説明する立場では、コンピュータは意思を伝達する道具という側面を重視する。

しかし、電子取引においてコンピュータの特性を利用して、コンピュータが人間の意思決定領域に介入して、人間の意思の一定部分を具体化する場合を電子的意思表示論では、自動化された電子取引であると説明している。<sup>(6)</sup> この場合には、コンピュータを利用する者が一定の法律行為を図ろうとする意思を包括的に形成し、そのような意思

によってプログラム、データなどのソフトウェアを選定し、それをコンピュータに入力する<sup>(8)</sup>。このような過程のみが人間によって行われ、コンピュータが、その包括的意思を具体化して、その結果として、相手に意思を自動的に伝達するに至る<sup>(9)</sup>。このような意思を具体化する道具としてのコンピュータに焦点を合わせて、理論的な分析を展開するのが電子的意思表示論である。このような電子的意思表示論では、人間にコンピュータの表示が帰属される根拠として包括的意思をあげて、コンピュータのエラーなどの問題も電子的意思表示の過程の錯誤として処理ができるといふ観点から新しい理論を展開している。

### (3) 電子的意思表示の概念

呉炳喆教授は、電子的意思表示の定義としては、人間が事前に入力した包括的意思を電子的自動化装置が電子的コードに変換して、その設備に固有な符号に定型化した後、一定のプログラムによって、表示内容を具体化して成立する意思表示であると定義している<sup>(10)</sup>。すなわち、電子的意思表示にはコンピュータによる意思の具体化と表示が必要で、そのような点で自然的意思表示と差があるという点を強調している<sup>(11)</sup>。このような定義によると、電子取引を成立させる両当事者の意思表示は大きく二つの形態に分けることができる。その一つは自然的意思表示である。もう一つは電子的意思表示である。この二つの区別の基準は、コンピュータのプログラミングを利用して、人間の意思の具体的な事項をコンピュータが決めるように任せて、その表示機能までコンピュータに任せるとは否かによって決まることになるといふ<sup>(12)</sup>。したがって、電子取引が必ず電子的意思表示によって成立するのではなく、自然的意思表示によって成立する場合もあることになる。このような自然的意思表示の具体例は、右で述べているが、呉炳喆教授は、特殊な例としてマウスのクリックが挙げながら以下のように説明する。「クリックは、隔地者間の間



でも、すぐに認識されることができるのが一般的特色である。このようなクリックは既存の意思表示と異なる方式を用いている。このような意思表示も自然的意思表示の一の形態にすぎない。なぜならば、現実には相手が提供した画面の一定の部分に対してクリックをする方式で、契約が成立することは、表意者が文書を作成する苦勞を減らすための相手方がなす便宜提供に過ぎないと見られるし、相手が文書で、ある趣旨を表現している部分に対するクリックはその内容と同じ文書の作成及び発信と等しく扱われるからである<sup>(43)</sup>。また、呉炳喆教授は、電子的意思表示の分析として次の六つの点を指摘する。すなわち、①人間は包括的意思を持ってプログラム等を通じて具体的ではない状態で入力するという点、②電子的意思表示においてはコンピュータが表示をするという点、③電子的意思表示においてはコンピュータの表示時点が意思表示の成立時点になる点、④電子的意思表示をする表意者の領域を擦する余地がない点、⑤電子的意思表示は自然的意思表示とは異なり、人間の感知活動によって認識することではないので、互換性によって読解不可能の問題が発生するという点、例えば口頭的意思表示ならば聴覚作用を通じて、表意者の挙動ならば視覚作用を通じることなど、そして最後に、⑥電子的意思表示は反復的な大量の取引で成り立つので相手の信頼保護が重視されるという点である。

(4) 人間の包括的意思形成とコンピュータの意思具体化

電子的意思表示論では、電子的意思表示の構成要素として、コンピュータ利用者(人間)の効果意思(包括的意思)と入力行爲、コンピュータの意思具体化と表示があげられる。この構成要素の中でポイントになる特徴は、人間の包括的意思形成とコンピュータの意思具体化という概念である。電子的意思表示論では、コンピュータ利用者が包括的に形成した意思を効果意思として認める。その上、以下のように説明する。すなわち、「電子的意思表示の

特質上、自然的意思と異なつて意思表示の詳細な内容まで確定することはできないが、包括的意思はコンピュータの表示に対する判断基準を決定している点で効果意思として認めてもいい。そして、電子的意思のために必要なプログラム、データ等を選定するのは、包括的效果意思を形成する過程に含まれるので、電子的意思表示の効果意思は心理的な意思形成以外に、電子の形態の意思を内心で選択することまで含む。したがって、コンピュータ利用者が心理的形態で形成した包括的意思と一致しないプログラムとデータなどの作動によつて発生される結果もコンピュータ利用者に帰属される」と述べている。また、コンピュータ利用者が自分の心理的な包括的意思に符合するようにプログラム、データの電子的意思を準備しても入力されなかつたら、電子的意思表示の準備行為にすぎないので、電子的意思表示において人間の領域で発生する入力行為も電子的意思表示の構成要素として認めている。このような立場で、電子的意思表示論では、電子的意思表示をコンピュータ利用者に帰属させる根拠としてコンピュータ利用者の包括的意思という概念を使っている。すなわち、電子的意思表示においては人間の包括的な意思がプログラム、データ等に基づき抽象的な状態でコンピュータに入力される。このようなコンピュータ利用者の包括的意思はコンピュータによる意思具体化過程を通じて、はじめて電子取引で利用される水準となるという。<sup>(48)</sup>

また、呉炳詰教授は、包括的意思について自動化された意思表示が事実上の前提条件を形成し、包括的行為意思と包括的な表示意思のみを用いて、コンピュータを通じて行う意思表示を法律行為としての効果を本人に帰属させることができるかどうかを考察しながら、電子的意思表示においては、行為意思や表示意思以外に効果意思が完成された表示の内容とはならず、すべての要素を含んだ状態で包括的意思形成がなされているという。<sup>(49)</sup> コンピュータは、その包括的意思（プログラム、データ、作業命令）を具体的な意思に発展させる。

コンピュータの意思具体化については以下のように説明する。「コンピュータの意思具体化は、コンピュータ利

用者の心理的な現象ではなく、機械の作動によって行なわれる。しかし、コンピュータの意思具体化過程が不存在の場合には、コンピュータは表示ができないのである。また、コンピュータの意思具体化過程に瑕疵がある場合にも、歪んだ表示がなされるという結果を考えると、コンピュータによる意思具体化過程を考察することは意義がある」と述べている。<sup>(47)</sup>特に詐欺について、プログラムとデータに含まれた意思形成と入力行為は、相手の詐欺が成立する前に存在しているから因果関係が存在しておらず、詐欺の対象はコンピュータで、欺罔の成立の時点はコンピュータに誤れた情報が入力された時点であるという。<sup>(48)</sup>また、このようなコンピュータによる意思具体化過程において瑕疵が発生する場合を規律するためには、コンピュータによる意思具体化を電子的意思表示の構成要素として説明しなければならぬと述べている。<sup>(49)</sup>そして、コンピュータの意思具体化がない場合は、当然にコンピュータの表示も存在しないので、電子的意思表示は不成立し、意思具体化の過程で発生した電子的形態の意思とコンピュータの表示の間に不一致が存在する場合には、電子的意思表示の錯誤で処理するのが妥当であると説明している。<sup>(50)</sup>

(5) 行為と表示の分離

電子的意思表示論で他の特徴は、自然的意思表示においては、人間が表示をすることがほとんどであるが、電子的意思表示においては、コンピュータが表示を行うという点があげられる。すなわち、人間の入力行為では表示の機能がなく、コンピュータの表示ができるように条件を設定する行為だけが存在しているという。したがって、電子的意思表示論の立場からは、人間は行為だけをして表示はしないので、表示なき行為と行為なき表示が結合されて電子的意思表示が行なわれると見られる。<sup>(51)</sup>これと関連して電子的意思表示の相手は、意思と表示の分離によって電子的意思表示を利用する者の領域を通擦しにくくなり、電子的意思表示をする者の善意・悪意、過失などを認識

する方法がほとんどないので既存の取引とは異なる保護方法が必要となる。また、呉炳喆教授は、このような表示の分離を電子的特質として説明するものの、人間の行為ではないコンピュータの表示に行為意思は存在しえず、人間の行為である入力行為に行為意思が存在するという<sup>64)</sup>。

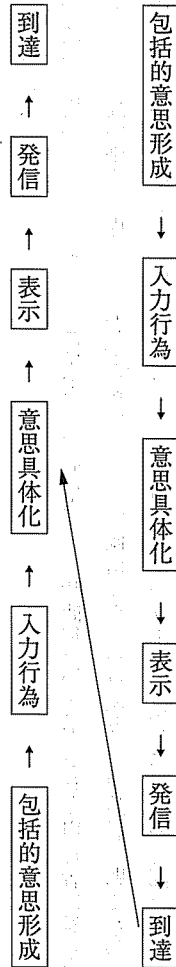
#### (6) 意思表示の成立時点

最後に、電子的意思表示論では、意思と表示が分離するので、その成立時点がいつであるかという問題が存在すると説明している。人間の行為が表示機能を果たす自然的意思表示では、人間の意思形成と表示すべてについて人間を基準として判断することが可能であるが、電子的意思表示では人間が入力してからコンピュータの表示まで相当な時間がかかるから、人間の入力行為が直接的な表示機能を果たすわけではないという意味で、人間のみを基準にしてその成立時点を決めることはできないという<sup>65)</sup>。したがって、電子的意思表示の成立時点はコンピュータが表示をした時点であるとみられる。また、コンピュータの表示をコンピュータ利用者の側面から把握して、コンピュータ利用者は、自動化された沈黙をしていると見る見解もありうるが、電子的意思表示論では、以下のように説明している。すなわち、「現実的に表示の受領者は、コンピュータ利用者の自動化された沈黙を法律的な表示として理解することではなく、コンピュータの表示を法律的な表示として理解するので、コンピュータの表示が電子的意思表示の成立過程で無意味なことはない」<sup>66)</sup>。

#### (7) 電子的意思表示の展開

呉炳喆教授は、以上、説明した特徴を持っている電子的意思表示の展開過程を以下のような図で説明している。

(図) (56)



また、このような過程を、例をあげて説明している。<sup>67)</sup>

「甲は円滑な販売のため、必要な商品の適切な在庫維持のために商品の販売量と販売速度をコンピュータのPOSシステムを利用して把握し、当時の販売速度を基準として二日分の在庫が残った時点で、該当物品の供給業者にその時点の販売速度を基準として十日分の販売量を従来の価格で購入するようにする包括的な意思形成をする。このような包括的意思形成は自然的意思想表示と異なり、どの商品をいつ、どの位、購入するかについての意思は、具体的には存在していない。すなわち、さまざまな物品中、どれが二日分の在庫として残るか、それがいつなのか、そして、十日分の在庫に当たる数量が具体的にいくらなのか、認識することはほとんど不可能である。このような意思を具体化して表示するために、甲または彼の補助者は必要なプログラムとデータ作業命令を入力する。<sup>68)</sup>このような入力行為が終わると、前にインストールされたプログラム、データ及び作業命令によってコンピュータによる意思具体化が成立するようになる。<sup>69)</sup>

再び具体的事例に照らして考えてみよう。突然の社会不安によって米の販売量が急激に増えて、一日の販売量が五〇〇〇キロ（以前は五〇〇キロ）となり、POSシステムによって米の販売量、販売速度、在庫量がコン

ビュータに入力されて米の在庫が 一〇〇〇〇キロ（二日分の在庫であるから）になる時点で、コンピュータは適正在庫である。十日分 五〇〇〇〇キロを既存の取引先である乙に注文し、コンピュータ利用者の意思を具体化した。このようなコンピュータの具体化過程が終了してから、電子的意思表示の詳細事項が全部決定される。したがって、電子的意思表示によりコンピュータの意思具体化は電子化されて、前に入力されたコンピュータ利用者の意思を具体的に完成する重要な構成要素となる。また、一つの問題は、このような意思具体化が成立する時点に、甲はどの物品がいくらで注文されたのか、誰が売渡人かも知らない。のみならず、甲は現在の一日販売量が分からないので意思具体化が成り立ったかも知らない。この場合に意思具体化とコンピュータの表示、発信がほとんど同時に起こる。もちろん、相手コンピュータへの到達は電子的な記憶装置を経る場合には同時に起こらないこともあるが、電子的な記憶装置を経ずにコンピュータネットワークを通じて直接乙に送信される場合には、これらのことがほぼ同時に起こる。したがって、意思具体化時点でのような意思具体化が成り立ったのか認識することができないコンピュータ利用者は、同時に行われるコンピュータの表示、発信、到達が成立することも認識することができない。具体的な事例で甲のコンピュータが米 五〇〇〇〇キロを以前の価格で購入するという表示をし、同時に乙のコンピュータに向けて発信した。その後、同時に、あるいは一定の時間が経過した後乙のコンピュータに到達するようになる。<sup>6)</sup>

一方、乙の立場からみてみよう。乙は米を一定価格で、一時間毎に、入力された申込者に対して自分の在庫限度内で、もつとも高い価格を提示した者から順に、等しい価格ならば数量が多い申込者の順で承諾するように包括的意思形成をしていた。そこで、甲のコンピュータの申込は乙の立場から見れば一つの外部データの入力であると言える。したがって、このようなデータが入力されれば乙のコンピュータはそれぞれのデータを評価して乙の意思を

具体化する。すなわち、甲の購入受注文を乙の包括的意思によって評価して、甲の申込に対して承諾をするかを決めて乙の意思を具体化する。もし承諾することができない申込ならば、甲に電子的意思表示をしないであろうし、承諾する価値がある申込ならば、甲に承諾の意思表示をするだろう。このような表示は即座に発信されて甲のコンピュータに到達するようになる。このような電子的意思表示で、その時点で甲と乙の売買契約は有効となり、その後には履行過程においての問題が残されるようになる。したがって、履行過程ではない契約成立過程において、人間は電子的意思表示の事前に必要な入力行為さえ完成すれば、自動的にコンピュータが電子的意思表示を通じて人間の介入なしに大量の取引を反復的に遂行するようになる。したがって、電子的意思表示では契約の成立に関与する構成要素として、人の領域とコンピュータシステムの領域に分けることができ、最終的な表示はコンピュータのみが行うこととなる」。

以上、吳炳喆教授の電子的意思表示論を具体的な事例に即して紹介してきた。

以下では、韓国の理論について、筆者なりの見解をまとめることにする。

## 五 小括

本節では、コンピュータを通じた意思表示の帰属に関する韓国の理論の長所・短所を検討した。そのような理論は結局、コンピュータが自動的に判断する部分をどのような意味で受け入れるかという問題に帰着するようになる。

自動化された意思表示論のように、意思能力は人間のみが持つものであり、コンピュータがいくら発達しても結

局人間の意思に過ぎないと考えることもできる。確かに、コンピュータがこれからも発達しつづけるとしたら、電子代理人を考えてもよいという見解もありうる。しかし、コンピュータがいくら発達しても、人間のプログラミンクが必要ないコンピュータは存在することができないことを考えると、コンピュータに代理人の資格を付与することは想像しにくい。結局、自動化された意思表示がいうように、コンピュータを通じた意思表示も、人間の意思表示として構成しなければならぬことは妥当であろう。しかしながら、人間の行為はコンピュータにプログラムをインストールすることと入力行為等によって終わり、その後の過程は人間も知らない間に起きるという点をどう説明すべきかと言う問題が残る。このような観点から見ると、コンピュータは人間の意思形成能力を代替することではないが、人間が具体化していない詳細な意思表示の内容と成立に関与して表示を行うという見解もありうる。したがって、コンピュータの役割は代理人のように独立した主体として意思を形成することではないが、使者とは異なり、人間が具体的に完成した意思を伝達する水準以上であると思われ、このようなコンピュータの役割を法的にどのように規律すべきかの問題が電子的意思表示論の出発点になる。

しかし、呉炳喆教授の電子的意思表示論にも少なからぬ欠点があると思われる。

まず、電子的意思表示という新しい概念をなぜ導入しなければならないかという批判に対してこの説は回答を迫られているといえようであろう。このような批判は、基本的に従来の意思表示で解決できない問題があるか否かという疑問から始まるものである。すなわち、呉炳喆教授の電子的意思表示論では、理論的な側面を検討するにとどまって、実際の電子取引の類型を分類しながら電子的意思表示がどのような場面で必要なかを検討していない。この理由で、現実の必要性についての検証がなされておらず、理論だけが存在するという批判もありうるであろう。



また、既存の意思表示論でも、表意者が自分の具体的意思を認識しなかったとしても、意思表示の成立に問題がないという見解もありうる。したがって、コンピュータの意思具体化という過程を法的に認める必要があるかの疑問もありうる。もちろん、このような場合、既存の意思表示論の立場からなぜ意思表示が成立するかを理論的に立証しなければならぬといふべきであろう。その上、認識しなかった場合に、どの範囲まで意思の成立を認めるかを判断するにも適切な理論が必要であると考ええる。例えば、全く認識しなかった場合まで自然人の意思表示があったと考えてよいのだろうか。この問題は、後に意思表示の本質論を検討する際に詳しく分析したい。

呉炳喆教授の電子的意思表示論では、また、電子的意思表示は大量の反復的取引に行なわれる場合が多いので、相手の信頼を重視するために表示主義的前提で判断しなければならぬという。さらに、呉炳喆教授は、電子的意思表示の錯誤についてもこの前提のもとで、錯誤による取消（日本は無効）を制限するのが妥当であると主張している。

しかし、そのような前提をとると、包括的意思形成をした表意者の意思とは無関係に電子的意思表示が行なわれた場合は表意者を保護する道がほとんどなくなる結果になる。表意者は発達されたコンピュータを利用しただけで、そのようなリスクを負担しなければならないのだろうか。

このような批判を基礎として、私見による電子的意思表示を第三章、第四章で詳細に展開することとする。

注

(1) 本文では、韓国の学説を大きく三つのカテゴリに分けた。このような考え方は、呉炳喆教授の分類に基本的には従うものであ

る。ただ、韓国で最初に電子的意思表示を研究した呉炳喆教授は、電子的意思表示と自然的意思表示との間で、構成上の差異を認めない見解と、理論構成上完全に同じではないが本質的差異はないという学説があり得ると言い、四分類を提示している(呉炳喆『전자거래법(全訂版)(全訂版)』(電子取引法)(法元社、二〇〇〇年)一五一頁)。(これは、呉炳喆教授の韓国延世大学大学院博士学位論文(一九九六年)を中心に公刊されたものである)。しかしながら、構成上の差異を認めない見解と、構成上完全に同じではないが本質的差異はないという学説は結論において大同小異なので、本稿では三分類を採用することにした。

(2) 本稿では「自然的意思表示」の語を、電子的意思表示と比較するために用いる。自然的意思表示は、伝統的な意思表示(例えば、対話者間的意思表示、ファックスを利用した意思表示など)とコンピュータネットワーク上でなされるものの、本稿にいう電子的意思表示としてのコンピュータによる具体化の機能をもたない意思表示の双方を含んでいる。詳細は、後に述べる。

(3) 内田貴「電子商取引と民法」『債権法改正の課題と方向―民法百周年を契機として―』(別冊NBL 五一号)(一九九八年)三一〇頁)。詳細な検討は、日本の理論状況で行うが、この見解(ネットワーク構築意思表示理論という用語は、筆者が内田教授の理論を説明するために使うだけで、内田教授は、このような用語は使っていない)は、EDIによる先端的な自動契約の場合、本来の意味での「契約的合意」と呼ぶにふさわしいのは、最初のネットワーク構築の段階しかないと考ええる。すなわち、ネットワーク型の取引関係を構築する段階を組織型の契約ととらえ、その後の取引情報の流れは、構築されたシステムの中に情報が流れるだけで、法的には履行過程にすぎないと考える立場である。

(4) 韓国で論議されている電子的意思表示論については本節の四で紹介する。

(5) 池元林「자동화된 의사표시」(自動化された意思表示) Justice 第三二巻二号(韓国法学院、一九九八年)四三頁以下。

(6) 池元林・前掲注(5)五〇頁。

(7) 池元林・前掲注(5)五一頁。

(8) 鄭敬永教授は、この点につき、私見と同じ趣旨を以下のように述べる。「多数の行為可能性のなかでいろいろな条件を判断し、

行為を決定する機能、また、人間の干渉なしに行為をする機能は、既存の機械と異なるコンピュータの特徴である」(鄭敬永「전자 의사 표시의 주체에 관한 연구」(電子意思表示の主体に関する研究) 比較私法第五卷二号(韓国比較私法学会、一九九八年)四〇一頁)。

(9) 鄭敬永・前掲注(8)四〇一頁も同旨。鄭教授は人工知能技術の発達によって、コンピュータが学習を通じてコンピュータ利用者が指定した条件も修正するのが可能であると言う。筆者も、コンピュータを単純な周辺器械と同一視する立場は技術の進歩を無視する主張であると考える。

(10) 大陸法系の代理人と英米法系の agent は同一なものではないが、ここでは、韓国の議論に即して、検討する。

(11) 内田貴・前掲注(3)三〇八頁。松本恒雄「高度情報通信社会の契約法」『新版注釈民法(二三)』(有斐閣、一九九六年)二五四頁など。

(12) これは、UETA (Uniform Electronic Transaction Act) Section 102(6)(July 30 1999)を翻訳したものである。「Electronic agent means a computer program or an electronic or other automated means used to initiate an action or respond to electronic records or performances in whole or in part without review by an individual at the time of action or response」

(13) これに対し、鄭敬永教授は、次のように述べる。「コンピュータはハードウェアを意味し、プログラムはソフトウェアを意味する。しかし、電子代理人はプログラムを指称するが、コンピュータはいつも一定なプログラムを遂行するという意味で、プログラムを遂行するコンピュータとプログラムを同一視してもよいと説明する。また、代理人の概念を取り入れるにおいても、プログラムのような無形的なものよりは、コンピュータのような有形的な対象を代理人として観念することが容易である」(鄭敬永・前掲注(8)四二二頁)。

(14) これ以外にも、人間に帰属するコンピュータの作動、コンピュータ作動の危険の帰属も規定されている。このような U.C.I.T.A の規定は、コンピュータの作動が人間の意思表示や行為と同価値の取扱いが難しい点を立法論的に解決するもので意味があ

るといふ見解がある（呉炳喆「디지털정보계약법」(デジタル情報契約法)（法文社、二〇〇五年）八五頁）。UCITAについては、第四章で詳細に検討する。

(15) この規定は、本来十条に規定されていたが、二〇〇二年一月一九日法律六六一四号で電子取引基本法が改正されて七条になつている。

(16) 呉炳喆・前掲注(14)三一〇頁。

(17) 鄭敬永・前掲注(8)四一四頁。

(18) 呉炳喆・前掲注(1)一一九頁。

(19) 鄭敬永・前掲注(8)四一三頁。

(20) 鄭敬永・前掲注(8)四一七頁。

(21) 鄭敬永・前掲注(8)四一七頁。

(22) 鄭敬永・前掲注(8)四一八頁。

(23) 日本民法一一七条と韓国民法一三五条の内容は全く同じである。

(24) 鄭敬永・前掲注(8)四一八頁。また、鄭敬永教授は、結論としては、以下のように述べる「代理制度をコンピュータに類推適用する問題において、コンピュータに意思能力がないため、既存の民法解釈と衝突する点は否認できない。したがって、電子取引関連法を制定する時、特殊な代理として、電子代理人の規定を定めるほうが望ましい」（鄭敬永・前掲注(8)四一九頁）。

(25) 呉炳喆・前掲注(1)一一二頁。

(26) 日本民法一〇二条と韓国民法一一七条は同じ内容で、代理人の資格で、行為能力は規定されていない。

(27) 呉炳喆・前掲注(1)一一二頁。日本では、電子代理人について呉教授のこのような見解と異なる理由で、批判的な立場をとる学者もいる。すなわち、加藤雅信教授は、次のような理由で電子代理人の導入に批判的な立場に立っている。「電子代理人は、興

- 味深い考え方ではあるが、暴走したコンピュータに無権代理人の責任をとることが出来るわけでもない。したがって、この説のように法主体性を欠くコンピュータを代理人として位置づけても、別段実益がある結論を導くことはむずかしいであろう」
- (加藤雅信『新民法大系Ⅰ・民法総則』(第二版)(有斐閣、二〇〇五年)三七三頁)。
- (28) 李忠熙『전자거래관여자의 민사법적 지위』(電子取引関与者の民事法的地位) 韓国延世大学大学院博士学位論文(二〇〇〇年)五六頁。
- (29) 李忠熙・前掲注(28)五六頁。
- (30) 吳炳喆・前掲注(1)一五三頁。
- (31) 韓国で電子的意思表示という語は、吳炳喆教授以外の学者も使っているが、電子的意思表示論を展開して新しい構成をした学者は吳炳喆教授が最初である。
- (32) 吳炳喆「컴퓨터를 이용한 계약의 법적규율」(コンピュータを利用する契約の法的規律) 法学論叢五号(一九九八年)一三六頁以下。
- (33) 吳炳喆・前掲注(32)一三八頁。
- (34) 吳炳喆教授は、このように説明しながら、しかし、本質的には同一であるが、法的処理においては、その過程や手続に差があるので法的規律の問題を考える必要があると述べている(吳炳喆・前掲注(32)一三八頁)。この点につき、韓国では電子取引基本法(一九九九年二月八日制定、法律第五八三四号、二〇〇二年一月一九日法律第六六一四号)、日本では、電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律(二〇〇一年六月二九日制定)で意思の錯誤などの問題について規定している。
- (35) 吳炳喆・前掲注(32)一三八頁。
- (36) 吳炳喆・前掲注(32)一四〇頁。このようなソフトウェアなどはもちろん、コンピュータを利用する者自身が直接プログラムをせず、プログラム会社により開発、設置されることもあるが、コンピュータに入力された以上はコンピュータを利用する者の意

意思表示のための道具として使われると考えられる。

(37) 吳炳喆・前掲注(32)一四〇頁。

(38) 電子的意思表示論とは異なり、人間の包括的意思形成とコンピュータの意思具体化を認めない見解でもコンピュータのエラーなどの問題は法的に難解な問題である。金善光教授は、このような問題についてコンピュータを通じて行なわれる契約の締結方式は、既存の契約と異なる問題が発生すると述べながら、以下のように説明する。「他の機械と同じようにコンピュータのハードウェア上のエラーについては、一般的な契約類型と同様に契約書に具体的な方法を規定して解決できる。しかし、ソフトウェアのエラーは診断も難しいし、契約上に規定するのにもむずかしい。さらに、ソフトウェアのエラーによって問題が生じたと判断できる場合にも、プログラムの全体の構造が理解できないかぎり部分的な修正は他のエラーを発生させる可能性がある。したがって、契約締結の過程で瑕疵がある場合には、契約の成立の可否が問題になる」(金善光「전자적 의사 표시에 의한 계약의 성립상의 법적 문제」(電子的意思表示による契約成立上の法的問題) 通商情報研究第一卷一号(韓国通商情報学会、一九九九年)一五九頁)。

(39) 吳炳喆・前掲注(1)一一七頁。

(40) これに対して、電子的意思表示を、コンピュータに閉鎖的、あるいは開放的に繋がれた通信回線を通じて相手に表示された意思表示であると定義する学説がある(鄭敬永・前掲注(8)三九五頁)。また、表意者が電子通信施設を利用して一定の法律効果の発生を目的とする意思を外部に表示することと定義する学説もある(崔明龜「전자의사 표시의 법적 효력 문제」(電子意思表示の法的効力問題) 比較私法第五卷一号(韓国比較私法学会、一九九八年)四三九頁)。このような学説は、コンピュータを通じて意思表示を全部電子的意思表示として考える立場である。このような定義は、序論で検討した加藤教授の定義と内容的に同一となる。

(41) 吳炳喆・前掲注(1)九六頁。

- (42) 吳炳喆・前掲注(1)九八頁。
- (43) 吳炳喆・前掲注(1)一五六頁。
- (44) 吳炳喆・前掲注(1)一九二頁。
- (45) 吳炳喆・前掲注(1)一五六頁。
- (46) 吳炳喆・前掲注(1)一三四頁。
- (47) 吳炳喆・前掲注(1)一八九頁。
- (48) 吳炳喆・前掲注(1)一八九頁。
- (49) しかし、このような意思具体化過程について、具体化する過程を当事者が分からなかったとしても意思表示の帰属には問題がないという見解がある。その根拠としては、表意者が意思表示の内容を分からなかったとしても、それが表意者の意思表示になる現象は代理でも現われるし、そういった意味で当事者の意思表示としてみなすことは問題がないという（金学東「자동정보처리장비에 의한 의사표시에서의 법적문제」(自動情報処理装置による意思表示における法的問題) 『考試研究』一一〇号(韓国考試研究社、一九九七年)一十二頁)。しかしながら、この根拠は、代理制度が民法上認められているから意思表示が本人に帰属されるにすぎず、民法上根拠のない電子的意思表示を当事者の意思表示として直ちに帰属させることは他の根拠が必要であると考ええる。詳細には後述する。
- (50) 吳炳喆・前掲注(1)一九〇頁。
- (51) しかし、自然的意思表示でも、次のような例では機械が表示をするという主張も可能であろう。例えば、自動販売機に伍コービーの代金として百円を投入した場合、自動販売機が百円を受領すると同時に物品を提供する場面と何が違うのか。同じ現象にすぎないのではないのか。このような場合には、具体的意思表示が自動販売機中に設定されている。自然的意思表示においては表示道具を利用する前に、すでに具体的な意思を持って表示道具を利用しており、人間が表示道具を利用する行為も、ある程

度表示の機能を果たすと呉炳喆教授はいう。このような例として、コンピュータ通信網の対話機能や電子メールを利用して売買契約を締結する場合をあげている。このような場合に、表示はコンピュータがするとしても、コンピュータの表示は人間が表示内容を完全に決定して文字で現わすためにキーボードを操作することに全面的に寄り掛かるので、コンピュータがどのような表示をするかは、キーボードを押す行為が完全に決めると言う。したがって、キーボードを押す人間の行為は表示をする機能をもつことであると把握する。すなわち、コンピュータネットワークの対話機能を利用して売買契約を締結する場合は、完全に具体化されたコンピュータ利用者の意思を人間が直接的にキーボードを操作してコンピュータで表示する自然的意思表示であり、手紙を通じて行う意思表示やファックスを通じて行う意思表示と違いがないと述べる(呉炳喆・前掲注(1)一五七頁)。ここに述べられた問題意識は、序論の第二節に紹介した加藤教授の指摘と内容的に同一となる。

(52) 呉炳喆・前掲注(1)一三五頁。

(53) 呉炳喆・前掲注(1)一五八頁。

(54) 第二章二節の日本の学説で紹介するが、黙示の意思という見解もこのような立場である。すなわち、意思主義といっても厳密に言えばフィクションにすぎないと割り切り、個々の契約申込に対応する意思を申込者もっていないなくても、仮にもらえない場合であっても、プログラムを採用した時点で将来の個別の申込についての黙示の意思があり、具体的な場面でのコンピュータによる契約申込はそれが表示されているにすぎないと説明する立場である。この紹介は、(内田・前掲注(3)三〇七頁)参照。

(55) 呉炳喆・前掲注(1)一六五頁。

(56) 呉炳喆・前掲注(1)一六一頁。

(57) 呉炳喆・前掲注(1)一六一頁から引用。

(58) このような作業命令を呉炳喆教授は包括的意思という(呉炳喆・前掲注(1)一六二頁)。



- (59) ここでいう意思を具体化するということは、人間の意思を具体化するということで、意思を形成することと同様に独創的な意思ではない。呉炳喆教授はコンピュータ利用者の意思を具体化する機能は、厳密な法的意味で人間の自由な意思決定とは完全に違うが、コンピュータ利用者が定めていない詳細事項に対してもプログラムという包括的基準設定によって表示し、コンピュータ利用者が電子的意思表示の内容や成立を完全に予想して支配することができないという点を考慮すれば、意思決定や意思形成という用語を使うことは望ましくなく、意思具体化という用語を使うのが適切であると言う（呉炳喆・前掲注(1)一三〇頁）。
- (60) もちろんこの場合に到達時点に関してさまざまな解釈があり得る。
- (61) 呉炳喆教授は、このような到達において、次の例をあげて説明している。「乙は急に通常より10倍以上の注文を受けたため、この現象はコンピュータの誤作動によるものではないかと疑って、注文者たる甲に電話で、注文内訳を確認したところ、甲はそのような注文内容はもちろん甲申込その自体が行ったことも知っていなかったという。しかし、甲のコンピュータには、社会的経済的変動時には自動的に注文量を調節するようにプログラミングされていた」。この場合において、甲のコンピュータの表示した申込の拘束力を既存の意思表示理論によって甲に認めさせるには限界があると指摘している（呉炳喆・前掲注(1)一六三頁）。
- (62) 池元林・前掲注(5)五〇頁。