

約款による契約の成否

- 一 はじめに
- 二 非商人との取引
 - (1) 原則的組込
 - (1) 明示的指定
 - (2) 合理的認識可能性
 - (3) 顧客の同意
 - (4) 効果と立証責任
- 三 商人間取引
 - (1) 原則
- (II) 当該分野の取引慣行及び商慣習

石
原
全

(Ⅲ) 継続的取引関係

(Ⅳ) 商人間における確認書及び注文確認書

四 インターネットによる契約締結

五 結語

一 はじめに

わが国の約款に関する法理論が一九七〇年代以降格段に進展したことは衆目の一致するところであり、近時は、約款に限定していないが消費者契約法（仮称）の立法化が精力的に進められている。しかし、これらの進展は、どちらかというところと契約内容の規制に重点が置かれているといえる。その反面、その入り口である、約款の個々の契約への組込（採用ともいわれる）面での説明については、もちろん多くの研究成果がみられているのは否定しないが、若干消極的であるようにみられる。これは、わが国の判例が意思推定理論を早くから採用し、判例法といっても過言ではないこと、学説上は約款によるという事実上の慣行が存するという白地慣習説が支配的であること、さらには、約款が適用される取引の日常生活上の重要性から約款の組込を否定しても、契約相手方の保護とはならないという認識などに基づくといえよう。他方、諸外国では、この点の説明は詳細である。そこでは、契約合意が基礎理論であることから、約款現象ではそれがどの程度変容されるかが問題となる。もともと、契約に組込まれてこそ、内容規制が問題となるといえる。既に、約款現象に対して、その内容規制に近時重点が置かれているが、そのみでは解決にならず、

約款による契約の成立要件を確定することが必要であると指摘されている⁽¹⁾。そこで、本稿では、約款理論が非常に発展していて、約款規制法⁽²⁾を有し、約款の組込につき詳細に規定するドイツ法につき、検討する。

約款の組込に関しては、ドイツ法上、約款規制法が制定されているため、従来非商人との取引に使用された場合と商人間取引に使用された場合とに分けて論じられている。同法は永年にわたる判例・学説の発展⁽³⁾が結実したものであるが、同法二条は、次のように約款による契約の成立につき、

「一 約款は利用者が契約締結に際して以下の要件を満たした場合にのみ契約の構成要素となる。

(1) 契約相手方に、明示に約款を指定したか、または明示の指定をなすのが契約締結の態様から相当な困難を伴うときは契約締結の場所で見ることができると見ることができるとの揭示によって約款を指定し、かつ、

(2) 契約相手方に期待できる方法で (Wege) その内容を知り得る可能性を生じせしめ

かつ、相手方がその適用に同意した場合である。

二 契約当事者は、特定種類の法律行為につき第一項で規定された要件を遵守して特定約款の適用を合意することができ。」

と規定する。そして、同法二四条は、約款が営業上又は独立した職業上の活動において取引をなす者 (営業者)⁽⁴⁾ に対して使用される場合及び公法上の法人又は公法上の特別財産に対して使用される場合は二条は適用されないとする。

さらに、ヨーロッパ連合「一九九三年四月五日付消費者契約における濫用的条項に関する指令 (93/13/EWG)」の国内法化のための一九九六年七月一九日付約款改正法⁽⁵⁾ 一条によって約款規制法に二四 a 条が追加された。同条は消費者契約という範疇を約款規制法の中に創設するものであるが、約款規制法二条の適用は明文化されていない。しかし、同条一号では、約款概念は同一であり、ただ、第三者約款も企業が作成したものと看做すという擬制を定めているに

とどまり、約款規制法の適用を否定するものではないから、組込に關しては変更はない。⁽⁶⁾以下、約款による契約の成否につき、非商人との取引、商人間取引に分けて検討する。もとより、約款規制法は、同法三条では不意打条項は契約内容とならないとするし、四条では個別合意の優先を規定しており、これらも検討の対象とすべきであるが、本稿ではこれら個々の条項が契約内容となるかの視点は割愛して、約款全体が契約に組込まれるかを対象とするものである。

- (1) 原島重義「約款と契約の自由」遠藤浩はか監修・現代契約法体系第一卷五二頁以下。
- (2) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976 (BGBl. I 3317). 本法に關するわが国での注釈書としては、石田喜久夫編・注釈ドイツ約款規制法がある。
- (3) 本法制定前の法状態については、多くの文献が存するが、Schmidt-Salzer, J., Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1. Aufl., 1971, D. If.; Ulmer u. a., AGB-Gesetz, 8. Aufl., 1997, § 2 Rdn. 8f. のみを挙げておく。
- (4) 約款規制法の人的適用範圍に關する同法二四条一号は、一九九八年商法改正による商人概念の改正にもなって修正され「營業者」概念に変更されている。この点については、本稿「三 商人間取引」の項参照。なお、約款規制法では約款を使用する者を「利用者 (Verwender)」という文言で示しているが、本稿では企業という文言を主として使用している。場合によっては、例えば、商人間取引の項では、利用者という表現も使用していることをお断りする。
- (5) Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung vom 19. 7. 1996 (BGBl. I 1013). この改正法については、我々は既に検討する機会をもった。拙稿「ドイツ約款改正法について」法学研究年報(一橋大学)三〇号(一九九七)三頁以下。
- (6) Ulmer u. a., AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 3a u. § 24a Rdn. 40.

二 非商人との取引

約款規制法二条は、同条二項を度外視すれば、非商人との取引につき、約款は原則として契約締結時に明示の指定と相手方の合理的な認識可能性の両者が存在してはじめて契約内容となるとする。立法目的は、「約款の個別契約への組込は、再び確定的に BGB に基づき決め手とされている法律行為による契約意思の基礎の上に構築されるのであり、その際、約款の正当な合理化機能に反して法取引を、特に、日常生活における大量取引を不必要に妨げるような要件を定めるものではない」とともに、「契約相手方の保護と法取引の安全のために規定された」ものである。

この立法目的達成に現文で十分なのか、従来の判例が BGB の基礎の下で発展していたかは疑問であるが、いずれにせよ、既に二条は民法総則の契約規定から相当な乖離を示している。したがって、立法過程における規範目的の変化と日常生活における大量取引を不必要に制約しないという立法者の意図を考慮すると、組込規定を制限的にかつ民法総則の契約規定と緊密に結合させて解釈するのが適切であるという指摘がなされている。しかし、二条は民法総則における契約規定の特則と解するのが、約款規制法という特別法が制定された趣旨に適すると考えられ、これに沿った解釈をとるべきと思われる。以下、同条に基づく約款による契約の成否を検討するが、その前に検討すべき点がある。⁽⁴⁾

それは、本条は要式規定なのか、また、強行規定なのか、そして、適用範囲いかなの点である。まず、要式規定か否かの点であるが、ここでいう要式規定性はいわゆる書面行為のことではなく、⁽⁵⁾ BGB 一二五条の意味における要式規定であるかである。有力説はこれを肯定する。これによると、二条の要件を利用者が遵守しないと、約款の不適用

となるがこれは BGB 一二五條一文の要式規定に基づくのであり、当事者の同意が欠けているからではないとする⁽⁶⁾。しかし、一般には法律行為による契約要件の変更にとどまると解されている⁽⁷⁾。この見解が妥当である。BGB 一二五條は「要式行為を遵守しなければ無効」とするが、約款規制法二條を遵守しない場合は当該約款の組込のみが否定されるのであって、同條は警告機能（約款の組込につき相手方に注意を喚起する）と防止機能（企業の推断的意思表示では不十分として、組込は相手方の利益に、企業の負担（*Ungun*）となる）を有することとなり、BGB 一二五條の意味における要式規定ではないと解するのが妥当である⁽⁸⁾。そして、この組込は固有の、個別契約から分離された組込契約ではなく、二條に従った組込要件の遵守が約款の適用についての有効性要件である⁽⁹⁾。その不遵守は約款の組込を生じないにとどまり、損害賠償義務をもたらすものではないし、かつ、同條は全体としての約款適用の指定のみ要求しているにとどまり、約款の重要条項につき特に指定がなされなくとも契約内容となる⁽¹⁰⁾。相手方の同意も全体としての約款の適用に関係し、個々の事前作成された契約条項の内容上の形成についての同意を全く含まない⁽¹¹⁾。

では、本條は強行規定であろうか。ある見解は、本條は強行規定であり、契約相手方は本條一項二號の合理的認識可能性の付与についてのみ放棄できると解する⁽¹²⁾。しかし、約款規制法により日常の大量取引に不当な制限を課さないという立法趣旨からみて、本條を強行規定と解するのは疑問で、組込要件につき顧客の放棄を規定する約款条項は九條違反で無効と解されているから、強行規定とまで解する必要はないであろう。

次に、適用範囲の点について述べると、契約が書式契約（*Formularvertrag*）である場合は二條は適用されないとされる。同條は一般的に事前作成された契約条項がその他の点で個別的に作成された契約に組込まれるべき場合を想定したものであるから、いわゆる書式契約の締結に際しては書式約款の適用ないし組込につき特別な指定を要しないし、契約相手方の特別な同意表示も必要としない。契約書には全ての本質的な規定を含んでおり、契約書自体にお

ける署名は既にその契約内容を完全にカバーしているからである。⁽¹⁴⁾しかし、書式契約も約款と解されるのであるから、二条不適用というよりも、既にその性質上二条の要件は充足されていると解するのが適切である。

さらに、本法の物的適用範囲及び人的適用範囲の關係で、二三条⁽¹⁵⁾及び二四条に適用除外が規定されている。人的適用範囲に関する二四条については商人間取引でふれることにして、ここでは、物的適用範囲における保険約款について簡単に言及しておく。一九九四年七月二十九日以降、保険約款は認可を要しないことになり、二三条三項における二条一項一号、二号の不適用は無いことになる。⁽¹⁶⁾したがって、保険約款にも適用されることになるが、問題はEPCの損害保険及び生命保険に関する第三指令による保険監督法及び保険契約法改正の点である。保険監督法はその一〇a条で、保険者は、保険契約者が自然人である場合は、保険關係にとって重要な事実及び権利に関する消費者情報を契約締結前及び契約期間中に保険契約者に与えなければならないのであり、保険約款は契約締結前に与えられるべき消費者情報に入るとして、業法上の義務を課している。これを受けて、保険契約法五a条は、保険者が保険契約者に対してその申込に際して保険約款を交付しなかったか又は保険監督法一〇a条による消費者情報を与えなかったときは、保険契約者が一四日以内に書面で異議申立をしない限り、契約は保険証券、保険約款及びその他の契約内容にとって重要な消費者情報に基づいて締結されたものと看做すとされる。そこで、保険契約法五a条と約款規制法二条一項との關係が問題となる。これは、申込がなされ、保険証券を送付する際に消費者情報が与えられる場合(申込型)と、保険約款及びその他の消費者情報が保険証券とともに与えられる場合(保険証券型)とは異なる。申込型では、保険約款が保険契約者にこの者が拘束的な申込をなす前又はその際に交付されている場合にのみ契約内容となる。約款規制法二条一項二号により保険約款の内容を知りうる状態となっていることが必要である。したがって、保険約款は直接契約内容となるのではなく、申込書で明示に指定され、しかも、容易に認識できる形態で指定されている場合に

のみ契約内容となる。⁽¹⁷⁾ 保険証券型では、保険契約者が保険証券とともに保険約款を受け取っていて、約款につき知りうる形態であることによって、保険契約法五 a 条に基づき契約に組込まれることになるが、保険契約者が一四日以内に異議申立しないと、保険契約者が保険証券又はその他の保険者の承諾表示を受領した時点で遡って契約内容となる。⁽¹⁸⁾ さて、二条は、約款が組込まれるには、その一項で企業側の明示の指定、顧客側が当然に認識できる状態に置かれていること、顧客側の同意の三要件を規定し、二項では枠組契約を定める。この一項は、約款全体の構造上、本質的に、契約相手方が約款組込の事実を認識し、かつ、少なくとも、内容につき点検する可能性を従来よりも容易化するという機能を有する。⁽¹⁹⁾ 二項は、一項の要件充足を原則としつつも、当事者の便宜を考慮したものと見える。以下、原則的組込として一項につき検討し、ついでその例外としての枠組契約⁽²⁰⁾として二項につき論を進める。

- (1) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), BT-Drucksache 7/3919 S. 13 (以下「Entwurf des AGBG」と略記)。Siehe auch Vorschlag zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1974, S. 37 u. 41. なお、法律名を示していない条文数は、約款規制法のそれを指す。
- (2) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 17.
- (3) Ulmer u. a., AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 2.
- (4) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1992, AGBG § 2 Rdn. 1 (Kötz, H.) (以下「Kötz, MünchKomm. AGBG」と略記)は「将来」組込要件の充足が認定された後は「約款の内容規制につき裁判官が抑制的となる」という危険性がある旨指摘する。
- (5) この点は、書面性を要求することにより取引に不必要な負担を課すのは適切でないとして、立法段階で否定された。Ent-

- wurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 17.
- (9) Koch, E. u. Stöbing, J. AGB, 1977, § 2 Rdn. 15 (『Koch-Stöbing, AGB』); Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1980, AGBG § 2 Rdn. 2 (Schlosser, P.) (『Schlosser, AGB』); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, 27. Aufl., 1987, AGBG § 2 Rdn. 1. OLG Karlsruhe 21. 5. 1980 WRP 1980, 640 (642) 『OLG Karlsruhe 1980』
- (10) Uimer u. a. AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 11, 18; Palandt, BGB, 56. Aufl., 1997, AGBG, § 2 Rdn. 2 (Heinrichs, H.) (『Palandt, BGB』); Dietlein, M. J. u. Rebmann, E., AGB aktuell, 1976, § 2 Rdn. 1 (『Dietlein-Rebmann, AGB』); Erman, BGB, 9. Aufl., 1993, AGBG § 2 Rdn. 2 (Hefermehl, H.) (『Erman-Hefermehl, BGB』).
- (11) Schroeder, D. Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz und die Rechtsschäftslehre, 1983, S. 83f. u. S. 90; Westphalen, G. F. v., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 1997, Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 1 (『Westphalen, Vertragsabschlussklauseln』).
- (12) Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 1.
- (13) Wolf u. a., AGB-Gesetz, 3. Aufl., 1994, § 2 Rdn. 86. 『Wolf u. a., aGO』は『個々の条項の指定が欠けていても、必然的に不意討条項 (三条) が存在する』ことにはならないが、『契約締結上の過失理論により個々の重要条項の指定をなす義務が生じうる』とする。
- (14) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 2.
- (15) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 3; Merz, R., Aktuelle Rechtsfragen der Kreditkartenpraxis, NJW 1991, 2804 (2806). Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 22. 『三条の要件は、約款に付合せる者の保護のために組込契約の法律行為上の最小限の前提条件を形成しており、『強行法的性格を有し』、利用者は約款が顧客に有利であっても同条を遵守しなければならぬ』とする。
- (16) Locher, H., Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufl., 1997, S. 40 u. 51.

- (14) Löwe u. a. AGBG, 1977, § 2 Rdn. 6 u. 10; Seergel-Siebert, BGB, Bd. III, 12. Aufl., 1991, AGBG § 2 Rdn. 3 (Stein, U) (以下「Seergel-Stein, AGBG」を略記) ; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 6; BGH 27. 4. 1988 BGHZ 104, 232 (238) ; BGH 27. 10. 1994 NJW 1995, 190 (190). かつ「Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 8」は「制限的」の肯定である。つまり、本条一項二号は透明性が欠けている場合に組込を妨げるものとする。だが「透明性原則は二条と同様に九条においても、約款及び書式契約に適用されねばならないとする」。Siehe auch Ulmer u. a., AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 2, Kötz, H., aaO, Rdn. II 24, 約款が契約書本文に取り入れられているときは「一号は適用されないが、書式契約が裏面の約款を引用している」約款が相手方に交付されていない場合は「約款は契約内容とならなくとする」。
- なお「書式契約が一条の約款概念を充足するかどうか」 Siehe BGH 29. 3. 1974 BGHZ 62, 251 (252f.) ; BGH 8. 11. 1974 BGHZ 63, 238 (238) ; BGH 8. 6. 1979 BGHZ 75, 15 (20) ; BGH 27. 10. 1994 NJW 1995, 190 (190).
- (15) 本条関係では「後述の保険約款関連以外では一九九四年九月一四日付郵便令に関する新法に基づく約款規制法」三条一項一「書」も注目を浴びた。ついで「Siehe Heinrichs, H., Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996, NJW 1997, 1407 (1410)」。
- (16) これ以前にも「認可約款」の「三条」項は「二条」の指定及び認識を生じしめる義務を排除したことを「保険約款の組込」は「契約相手方の明示又は黙示の意思」一致を要すると解された。Schlosser, AGBG, § 23 Rdn. 38; Ulmer u. a., AGB-Gesetz, § 23 Rdn. 53; OLG Nürnberg 27. 5. 1993 VersR 1994, 164 (164)。この特則は認可約款でも「その」基礎「として」であるから「例外的に認可の対象となることがあるが、認可を受けようとする場合は「約款規制法」二条の要件を充足する」ことを要する。Römer, W. u. Langheid, T., Versicherungsvertragsgesetz, 1997, § 5a Rdn. 29 (以下「Römer-Langheid, VVG」を略記) ; BGH 21. 12. 1981 VersR 1982, 381 (382) ; BGH 9. 5. 1990 VersR 1990, 887 (888)。
- (17) Römer-Langheid, VVG, § 5a Rdn. 31; Lorenz, E., Zum Abschluss eines Versicherungsvertrages nach § 5a VVG, VersR 1995, 616 (618)。
- (18) Römer-Langheid, VVG, § 5a Rdn. 32; Lorez, E., VersR 1995, 616 (620)。また「保険監督法」二〇条の「こと」は「木」

孝治「ドイツ保険監督法上の保険者の情報提供義務及び契約締結(一)〜(三)」阪大法学一八八号・一八九号・一九二号で詳論されている。

(61) Müller-Graff, P.-C.: Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1977, 245 (249). ただし, ders., a.a.O. は、利用者がこの要件を充足しても、契約相手方は従来同様に有利な処置を信頼して、約款を読むとが異議申立をすることはなさないであろうということが予測されると指摘する。

(20) 例外規定であるから、裁判所は常に個々の事案で約款の明示的指定の必要性を放棄できるかを具体的に検討することを要す⁸⁶。Schmidt-Salzer, J., Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., 1997, D. 24 (以下、Schmidt-Salzer, J., AGBと略記)。

(1) 原則的組込

約款規制法二条一項は、原則的組込の要件として明示的指定 (ausdrücklicher Hinweis)、合理的認識可能性 (zumutbare Kennzeichnung)、同意、を規定する。

(1) 明示的指定

明示的指定(二条一項一号)の要件は、従来の判例と異なり、企業側の約款組込につき顧客側の単なる「認識必然性」があり、かつ、異議申立をしない場合であっても、約款組込は生じないことを確保するためである。⁽¹⁾つまり、明示的要件は、契約相手方が、締結されるべき契約には特定約款が基礎となるという企業側の意思につき積極的な認識を得ることを保障すべきものであって、これによって、契約相手方の契約締結の自由及び形成の自由が保護される。⁽²⁾

一般に、制定法が「明示性」を要求している場合は推断的表示では不十分である。法が「明示性」を要求している(例えば、BGB二四四条一項、七〇〇条二項、ZPO三八条三項、一〇二七条一項一号等)のは、多くの場合通常でない又は危険な合意に関する場合であって、明確化機能とともに警告機能の充足を意図している。ここでは、推断的表示では足りず、むしろ、表示は特に明瞭で (deutlich) あることを要することを意味し、したがって、「法状態 (Rechtslage)」に関する完全な明確性を達成することが意図されている。⁽³⁾ このように、「明示性」は、企業側の表示の明確性によって、契約相手方は約款組込に正に同意するものであることに注意を喚起し、かつ、これによって相手方を保護するものである。したがって、明示性には特別な要件が設定されねばならず、指定は明確であって、かつ、曖昧でないことを要するのである。⁽⁴⁾ たとえ、約款が当該分野で慣行的であるばかりでなく、取引慣行となっている場合でも、明示の指定を要するのである。⁽⁵⁾

より具体的にいうと、明示の指定は、契約相手方が企業側の組込意思を疑いもなく認識し理解できるように、文言上も内容上も明確かつ誤解を生じさせないものであることを要する。⁽⁶⁾ このことは、契約締結が書面によるか、口頭によるか、電話によるかを問わず妥当する。⁽⁷⁾ この場合、基準となるのは、取引または専門的知識を有しない平均的顧客の平均的理解力である。⁽⁸⁾ そして、制定法上要求された明示性の理由から、指定は平均的顧客が急いで見た場合であっても、見過ごすことがないような配列で、かつ、そのような形態であることを要するから、⁽⁹⁾ 隠れた場所、しかも小さな文字でなされているのでは不十分である。⁽¹⁰⁾ 明示性の要件は、契約相手方の探知負担を除去し、企業側に約款を契約に適用すべき点につき明確化する負担を課しているからである。⁽¹¹⁾ いずれにせよ、明示性は契約締結の態様により異なるが、約款が考慮に入れられ難いものであればあるほど、指定は顕著であることを要するといえる。⁽¹²⁾

問題は指定で、まず、指定の形態であるが、契約が要式または公証を要求される場合はこれに従うことを要するが、

そうでない限り、法は指定につき特定の要式を規定していないから、任意に選択でき、書面または口頭でなし得る。⁽¹³⁾ 書面上でなした場合はそれで足り、口頭の指定は必要ないし、⁽¹⁴⁾ また、明示の指定は必ず口頭または手書きでなされることを要せず、事前に印刷されたものであっても、それが目立つ形態で、誤解の余地のないものであれば十分である。⁽¹⁵⁾ かつ、指定は全体としての約款に關してのみなされれば足り、原則として個々の条項の指定は不要である。⁽¹⁶⁾

そして、指定は具体的顧客との契約交渉においてなされねばならず、⁽¹⁷⁾ 一般的指定（例えば、日刊新聞紙上とか回状上でのもの）では単なる認識可能性を生じるとどまり不十分である。かつ、指定は特定約款に關連したものであることを要するが、⁽¹⁸⁾ これは通常企業による約款の引用で足り、個々の条項を個別的に列挙するとか、約款を添付することとは不要である。⁽¹⁹⁾ この特定約款の点から、以前の、他の取引に關する指定では足りず、二条一項の要件は全ての個々の契約に際して新たに充足されねばならない。⁽²⁰⁾ さらに、企業が多数の異なる約款を使用しており、契約相手方にとってどの約款が指定されたかが明かでない場合には、指定に特定性が欠け、六条一項により約款なしで契約が成立することになる。⁽²¹⁾ この場合、「当社の約款が適用される」という文言では不十分である。契約相手方に該當する約款を探し出すように要求することはできないからである。

では、指定の形態はどの様なものであれば足りるであろうか。原則として、申込書本文において明示に約款の指定をするならば要件を充足することはいうまでもない。⁽²²⁾ 例えば、「本契約は以下の、かつ、裏面の約款に基づくものとする」旨の表示である。⁽²³⁾ これに反して、申込書本文で指定をしないで、裏面に約款を単に印刷してあるだけであると⁽²⁴⁾ か、申込書では引用せずに別刷の形で約款を添付するのは不十分である。⁽²⁵⁾ 顧客側には契約文書をその全頁にわたって法律行為上重要な表示があるか否かを探求することは期待できないし、この態様では認識可能性が生じるとどまるからである。⁽²⁶⁾ また、申込書の末尾で、しかも顧客の署名が予定された行の下における事前印刷された指定は、明

確に際だつていて明らかに申込の一部をなしているといえる場合にのみ十分といえる。⁽²⁷⁾

では、申込書以外の書面上の指定で充足するといえるかという点、原則として否定される。まず、価格表、カタログ、パンフレット上の指定は、二条一項の保護目的を考慮すると不適切である。⁽²⁸⁾例えば、カタログは、給付につき情報を知らせるもので、カタログ利用者にとって通常不利である約款につき指定をなすには適切な場所とはいえないし、具体的契約との関係が欠けているため、カタログ利用者は約款の指定をたとえ明確な形であっても見過ごしてしまふからである。⁽²⁹⁾注文確認書での指定は、企業が新たな申込をなしていることになる。この場合、原則として組込は肯定されるとする見解⁽³⁰⁾が有力であるが、顧客側の行為、特にこの申込確認に基づいて提供された給付の受領が修正された申込の承諾と評価できるかは、BGB一四七条一項、一五一一条による。顧客側の同意の点につき、二条一項は明示の表示を要求していないし、取引慣行に依拠して同意を期待できないからである。⁽³¹⁾受領書、領収書等での指定は、これらの書面が契約締結後に手渡されるものであるから、原則として約款の組込には不十分である。かつ、交付は先行する契約締結を前提としているし、既存の契約関係に設権的な作用を及ぼしえないからである。⁽³²⁾たとえ、契約締結に際して発行され交付される場合であっても、口頭の契約締結において、特別な指定なしに余り目立たない形態で印刷されたものに気づくことは通常期待できないといえる。⁽³³⁾

口頭の契約締結に際して約款が営業所に掲示されていた場合については、二条一項一号における例外に該当しない限り、たとえ見過ごせない形態であっても、十分ではない。⁽³⁴⁾商品ケース内に存して、契約締結に際し特別な指定がなされない保証書における約款についても、同様である。⁽³⁵⁾コンピュータソフトの売買においては、インストールの際に約款への同意表示が現れ、これは同意表示をクリックしないとインストールができないようになってくる。この場合、本来生じていない約款合意が事後的に生じたことと解し得るかが問題となるが、売買契約はプログラムの送付前に既

に締結されており、否定的に解される。ただ、顧客による契約変更への事後の明示の同意があれば組込は肯定できるが、単に顧客が「確認」をマウスでクリックすることだけで、この承認が存すると解し得ない。顧客がこの時点で商品を手放すことを期待するのは現実離れである。したがって、顧客の単なる同意表示的な行為は、事後の約款合意に関する法的に拘束的な性格を有するとは解し得ない。⁽³⁶⁾

なお、若干重複するが、以上の指定は、明定されているように契約締結に際して、つまり、契約締結前又は契約締結の際に、なされていることを要する。⁽³⁷⁾ これによって、相手方は約款における危険と負担の評価が可能となるし、契約を締結しないという決定が可能となるからである。⁽³⁸⁾ したがって、通常の売買の場合でいえば、種々の説明を聞いて、購入を決定した後、レジで代金支払と商品引渡がなされて契約が締結されるものであるから、説明とレジでなされる一連の行為（商品の受領及び代金支払に関する納品書、請求書、領収書の引渡）とは一体として契約締結とみなされ、約款がレジでの一連の行為に際して交付されたのであっても、「契約締結に際して」の要件を充足する。⁽³⁹⁾ また、交渉が長期に及ぶとか、顧客が承諾を留保しているとかの場合には、契約交渉過程において以前に表示および指定をなしていれば、新たに組込を指定するとか、改めて約款を交付するとかは必要でない。⁽⁴⁰⁾ 要するに、契約交渉のいずれかの時点で明示に約款が指定されていれば足りることになる。

以上の明示の指定に対する例外⁽⁴¹⁾として、約款規制法二条一項一号は契約締結の場所での掲示による組込を規定する。つまり、契約締結の態様（Act）からみて明示の指定が困難であれば明瞭で顕著な形態の掲示による指定で足りるとする。契約締結の態様とはいかなるものを指すかという点、第一に、運送契約、駐車場利用契約、コイン・ロッカー利用契約のように約款の利用者である企業と顧客との間に人的接触の機会が欠けているか、第二に、場屋営業、クリ

ーニング業、修繕業、洗車業のように、日常的な大量取引で、明示の指定は確かに可能であるが、取引の方法を考慮にいれると不必要な形式主義であって、合理的でない費用支出を伴う場合、である。⁽⁴²⁾このように、揭示による代替措置が認められるのは、人的接触の欠缺および効率性の顧慮からみて明示の指定が非常に困難であることを要するから、顧客側の探知負担がとるに足りないものでは足りない。⁽⁴³⁾また、明示の指定が、例えば駐車券などの契約締結に際して相手方に交付する証券上になし得る場合は揭示の要件を充足しないとする見解もあるが、これは取引が日常茶飯事に、かつ、大量的になされている点からみて効率性の面を無視したもので妥当ではないといえる。⁽⁴⁵⁾ただ、揭示は契約締結の場所でなされていることを要するから、この例外規定は営業所などにおいて顧客が契約締結に際して居合わせている取引についてのみ意味を持っており、書面又は電話で締結される契約の場合は除かれる。⁽⁴⁶⁾

揭示は明示の指定の代わりになされるものだから、約款自体を含んでもよいが、必ずしもそうしなければならぬものではなく、約款指定でもよい。⁽⁴⁷⁾例えば、「全ての契約には当社の約款が適用されます。約款はレジで見られます。」⁽⁴⁸⁾という揭示で足りる。

しかし、揭示の代替性から、揭示は、まず第一に、明白で目につくものであるとともに、その文言は明確で理解しやすいものであることを要する。このような揭示であれば、契約締結前に認識が期待され、したがって、顧客の行態は組込への推断の同意と解しうる。⁽⁴⁹⁾顧客が揭示を実際に見たか、かつ、組込の指定として理解したかは問題ではない。ここでは顧客の行態が、企業にとって組込の同意と解されるという認識必然性で足りる。⁽⁵⁰⁾法の要求する揭示に該当するかは、契約締結の方法、顧客の通常の行態、揭示の大きさなどによって判断されるが、決め手は、揭示が当該取引圏の顧客にとって直接に目に触れるものであるかであり、大きさが小さいとか、配置が不適切なため、熱心に探して初めて認識できるのでは不十分である。⁽⁵¹⁾第二に、揭示は顧客が契約締結前に組込に同意するか

を決定する機会を与えるものでなければならぬ⁽⁵²⁾。したがって、掲示は契約締結の場所でなされていることが要求される。例えば、ホテルの室内での掲示では不十分である⁽⁵³⁾。もっとも、契約締結の方法によって異なる。百貨店での物品購入とかスーパーでの食料品購入のように、そこで初めて契約が締結されるのが典型的である場合は、レジでの掲示で足りるといえるが、自動洗濯機の利用に際しては洗濯機利用コインを購入するレジになされていることを要する⁽⁵⁴⁾し、駐車場利用ではその入口になされていることを要する⁽⁵⁴⁾。

なお、掲示による組込が一度なされた後に、約款を変更した場合は、その変更を顕著な形での指定により注意を促す必要がある。さもないと、顧客はなんら変更はないと信頼したままになる。少なくともこの者に対しては信義則上⁽⁵⁵⁾変更への特別な指定が必要となる。これがない限り、新しい約款の組込は認められない。

- (1) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 17; Ulmer u. a. AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 23; Schmidt-Salzer, J. AGB, D. 4f. bes. D. 9f. は「認識必然性」の原則は「客観的要件として約款利用者側の法的に相応な指定表示の存在と」、主観的要件として約款に対する異議申立の不作為が意思表示と帰責されることから成り立っており、法律行為上の重要な行為の適用根拠の一部分を示しているにとまる旨、指摘する。なお、Schmidt-Salzer, J. AGB, D. 18 u. D. 22 は「約款規制法上でも認識必然性の原則は個別契約への組込の判断根拠であることを否定していない」。Siehe auch Schroeder, D. aAO, S. 68.

(2) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 6.

(3) Medicus, D. Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 1997, Rdn. 335.

(4) Schroeder, D. aAO, S. 90f. bes. S. 93. 文字通りの明示性を厳格に要求するのは妥当ではなく、少なくとも明瞭である(Deutschlich) こととされるべきと解せられる。Medicus, D., aAO, Rdn. 409; Schmidt-Salzer, J. AGB, D. 23 は「明確性と明示性は異

なるとして、明示性を欠き約款なしで任意法を基礎として契約は締結されると解する。

- (5) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 18; Ulmer u. a., AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 23; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 5; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 6; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 4.
- (6) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 6; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 8; BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1196); OLG Nürnberg 21. 3. 1990 WM 1990, 1371 (1371). したがって外國人の取引には交渉用語は何ら必要なく、われわれの言語による交渉用語の提示は必要である。Ulmer u. a., AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 24; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 7; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 10; AG Kehl 6. 10. 1995 NJW-RR 1996, 565 (566). それにもかかわらず、Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 7で交渉用語または交渉用語を必要とする理由を、判断における交渉の自由な交渉とみる。
- (7) Ulmer u. a., AGB-Gesetz, § 2 Rdn. 24; BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1196).
- (8) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 7; Dieckeln-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 2; KG 12. 5. 1981 MDR 1981, 933 (933). かつ、Soergel-Stein, aO. 14, 提示を明らかに理解してならぬ場合のみに、例外的には、それ以上の説明しなければならない。
- (9) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 8; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 4; OLG Hamm 14. 3. 1986 WM 1986, 1362 (1366); BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1196).
- (10) Merz, R., NJW 1991, 2804 (2805); BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1196).
- (11) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 7. Siehe auch Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 18.
- (12) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 7; Müller-Graff, P.-C., JZ 1977, 245 (249).
- (13) Schlosser, P., AGBG, § 2 Rdn. 12; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 5; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 6; BGH 2. 12. 1982 NJW 1983, 816 (817). なお、明示の指定には約款の交付を必要とする必要もなしなら。立法過程におけるこの規定は大量取引においては実際的でないとして明文化が否定された。Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 7. ただし、約款の合理的認識可能性を生じせしめるために、広範囲で細字印刷された約款は原則として顧客に交付されねばならぬことを指摘するものと

7. 1981 ZIP 1981, 1220 (1221f.) のこと、明確な順位関係が明かであるか、解釈手段で明かしている場合は、明示性を欠くべきと解する見解も有力である。Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 4; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 10; Schmidt-Salzer, AGB, D. 40; BGH 21. 6. 1990 BGHZ 111, 388 (389).
- (22) Thamm, M. u. Pilger, G., Taschenkommentar zum AGB-Gesetz, 1998, § 2 Rdn. 4 (以下「Thamm-Pilger, AGBG-Commentar」)。
- (23) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 29; Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 54; BGH 27. 4. 1988 BGHZ 104, 232 (238); BGH 16. 12. 1982 NJW 1983, 816 (817); OLG Frankfurt 18. 6. 1986 NJW 1986, 2712 (2713); OLG Köln 18. 9. 1986 NJW-RR 1987, 53 (54). Krusch, C., aao. S. 26 のところ、多くの購入約款では、約款は注文書の裏面に印刷され、表頁で裏面の約款を明確に指定している。注文書では他の内容と異なった色の字体で指定が強調されており、顧客は簡単に組込意図を認識できるのが実体である旨指摘する。
- (24) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 29; Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 5; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 12; Locher, H., aao. S. 42; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 11; OLG Köln 18. 9. 1986 NJW-RR 1987, 53 (54).
- (25) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 29; BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1196); OLG Nürnberg 21. 3. 1990 WM 1990, 1371 (1371). Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 11 以下、契約申込書と別添えられたらば、申込書本文でなら指定をする必要を感する旨指摘する。
- (26) Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 55.
- (27) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 29; Locher, H., aao. S. 42.
- (28) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 30; Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 5; Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 7; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 11; Schroeder, D., aao. S. 14 u. 21. AG Frankfurt 6. 2. 1978 BB 1978, 524 (524) 以下、傍論ながら主催旅行契約につき、当該分野では予約はカタログ上の旅行説明を基礎としており、カタログ上に存する約款はこの説明の構成要素となっており、したがって契約内容となるとする。

- (85) LG Berlin 29. 10. 1979 BB 1980, 1770 (1770) (以下「本件」)は、カタログは直接送付されたのではなく、第三者から入手したもので、しかも、四年前のものであるため、このような事情では約款の存在につき指定があったとはいえないから、約款は効力を失う。Schmidt-Salzer, J. AGB, D. 97. Gansfort, G., TransPR 1989, 131 (134) は「カタログになされた「約款」に基づいて本契約は締結されるものであり、約款は希望があれば提供される」という指定は「明示であっても不十分である。この「約款」の存在は、かつ、かつ、相手方は約款の認識可能性を利用できるのか明確でない」、相手方の積極的な行為を強要するものがあるから、効力を失う。
- (86) Schlosser, P., AGBG, § 2 Rdn. 77; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 20; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 16. 判例、原則として、相手方の行為によって、Palandt+Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 16.
- (87) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 31; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 11. Siehe auch Stein, A., Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977, § 2 Rdn. 27 (以下「Stein, A., AGBG-V-StG」)の「第27条」 Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 68f. 註釋に鑑むべし。
- (88) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 34; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 16; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 23; Palandt+Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 6; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 16; Medicus, D., aao, Rdn. 410; Locher, H., aao, S. 44; Müller-Graf, P.-C., JZ 1977, 245 (249); Schmidt-Salzer, AGB, D. 83; BGH 29. 11. 1983 NJW 1984, 801 (802); BGH 16. 12. 1982 BGHZ 86, 135 (137f.); BGH 27. 1. 1983 NJW 1983, 2026 (2027); LG München I 31. 5. 1979 BB 1979, 1789 (1789). 以下「Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 7」明確な指定がなされつつあるならば、契約締結とされる書面の交付とは時間的に重なるのが通常であり、「二条一項の文言上」指定は契約締結前ではなく、契約締結に際してなし得るといえるから、十分と認められる。Siehe auch Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 20.
- (89) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 34; BGH 29. 11. 1983 NJW 1984, 801 (802); LG Trier 29. 10. 1992 NJW 1993, 1474 (1475). この場合、これらの書面の受領者が契約変更に同意したかが問題となりうるが、原則として、その根拠は欠けていないと解される。Medicus, D., aao, Rdn. 410. なお、契約締結後に送付された請求書、納品書等における指定で、事後

の組込の申込と解することも考えられるが、これは否定される。たとえ、相手方が、異議を申立なくとも承諾したものと解すれば、自らの法的地位を本質的に弱めることと結合して、それから得る。Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 23.

- (36) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 33; Locher, H., aao. S. 42.
- (37) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 33.
- (38) Ernst, S., Der Mausklick als Rechtsproblem-Willenserklärungen im Internet, NJW-CoR 1997, 165 (167).
- (39) BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1196).
- (40) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 35; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 16; Gansfort, G., Transpr 1989, 131 (135); BGH 9. 11. 1989 NJW 1990, 715 (716).
- (41) OLG Hamm 13. 1. 1997 MDR 1997, 628 (628f.).
- (42) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 58.
- (43) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 18.
- (44) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 14; Dietlein-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 3; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 20; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 7; Jauernig (Insg.), BGB, 8. Aufl., 1997, AGBG, § 2 Rdn. 2 (以下「BGB-AGBG」を略記)。ローンロッカー利用の場合における人的接触が欠けて、それによって提示及び取り扱いは、それを指摘したものと同一。LG Essen 29. 6. 1993 VersR 1995, 1198 (1198)。Siehe auch Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 18. 職に就くは、そのこと。Müller-Graff, P.-C., JZ 1977, 245 (249).
- (45) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 19.
- (46) Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 10; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 9; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 19; Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 10.
- (47) Dietlein-Rebmann, AGBG, § 2 Rdn. 2; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 39f.; Locher, H., aao. S. 46; LG Frankfurt 25. 11. 1987 NJW-RR 1988, 955 (955f.).

- (46) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 36; Locher, H., aO. S. 45. 契約は相手方の自己となされた場合、営業所での掲示では不十分である。KG Düsseldorf 1. 8. 1995 NJW-RR 1996, 1170 (1170).
- (47) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 21; Locher, H., aO. S. 46; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 16; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 42; Dietlein-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 3. 条法自体の記載を照らす必要はない。Siehe Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 21; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 10.
- (48) Locher, H., aO. S. 46.
- (49) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 10. Siehe Schroeder, D., aO. S. 97. 提示は、顧客が平均的注意を払えば明白であるべきである。Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 47.
- (50) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 41; Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 9. Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 21. 提示があれば、外部的不認識可能性に關する限り、原則として同時に認識の可能性を主張するべきである。
- (51) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 44; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 10; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 21; Locher, H., aO. S. 46; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 7; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 10; Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 47; Dietlein-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 3.
- (52) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 44.
- (53) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 7; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 22. OLG München 24. 1. 1980 BB 1980, 496 (496) も公共の保養施設利用規定につき、約款規制法二条の類推適用を肯定し、明示の指定は遅くとも契約締結（本件では入場券の購入による利用関係の創設）に際してなされているか、またはこの時点において少なくとも合理的認識可能性が存在しなければならないのであり、本件では入場券を購入しなければ可能でなくとする。
- (54) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 15; Padock, E., Rechtsprobleme bei Schadensfällen in Autowaschanlagen, VersR 1989, 541 (550f.). 条法は、Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 7. 規定文言上、指定は契約締結前である必然性はない。契約締結に際してでも足りるから、駐車場利用等の場合はレジなどの掲示でも足りると解する。

(55) OLG Hamm 8. 6. 1979 BB 1979, 1789 (1789).

(2) 合理的認識可能性

第二の要件は、契約相手方が約款内容につき認識できるように合理的手段が講じられていることである(二条一項二号)。立法者は、取引の柔軟性確保と共に、約款が相当に広範囲であることを考慮して、本来書面又は電話による契約の際に要求された約款の送達の代わりに、この要件を組込要件として規定したのである。⁽¹⁾ これによって、契約相手方に契約締結に際して約款内容につき習熟する機会を与え、契約締結の法効果と危険を判断できるようにしたのである。⁽²⁾ この要件充足は企業側の責務であり、情報開示義務(Informationspflicht)⁽⁴⁾ といえるが、顧客にこの可能性が生じている限り、顧客がこれを利用したか否かは問わない。⁽⁵⁾ このように情報をえる機会を利用するか否かは問題とされないから、顧客は企業による認識可能性の付与を明示的に又は黙示的に放棄できる。⁽⁶⁾ この点について、有力説は、二条は約款の適用につき強行的に、かつ、無条件に変更できないという厳格な要件を定めるものであって、放棄を肯定する見解はこの制定法上の考えに反して、当事者の任意な処置に本条を委ねることになり妥当でないとする。⁽⁷⁾ しかし、顧客は約款内容を知る可能性を利用することを要しない。その限りで存在する決定自由は企業を二条一項二号の要件から免除する権限(Befreiung)を含んでいる。明らかに約款内容の認識を欲しない顧客に対して、企業がこの二号の要件を充足するように要求するのは不合理であるといえる。⁽⁸⁾

では、どのような処置がなされていれば足りるかという点、営業所などにおける口頭の契約締結の場合で、約款条項を含む明らかに目につく形態での掲示がなされている場合は問題ない。掲示がなされていないとか、契約が営業所外で締結された場合には、顧客に約款を交付するか又は携帯するサンプルに目を通す機会を与えなければならない。⁽⁹⁾

カタログ、パンフレット、価格表に基づく契約締結の場合には、約款自体がこれらの顧客に交付された印刷物自体に印刷されて公表されている限り、責務の点では十分である。同様に、書面による契約申込の場合には、当該書面上に約款本文が印刷されているか又は約款自体の交付でも足りる。⁽¹⁰⁾

しかし、認識可能性付与が肯定されるためには、以下の要件を充足することを要する。まず第一に、認識可能性は、相手方が承諾を表示する前に相手方に生じさせておかなければならない。たとえ、企業が適時に約款の指定をなした場合でも、約款の遅れた交付又は送付（例えば、請求書又は納品書上の印刷）では約款の組込をもたらさない。⁽¹¹⁾ かつ、慣行的か又は公表された約款であっても認識可能性を生じせしめることを要するし、⁽¹²⁾ 本条二項に規定する枠組契約が存しない限り企業は契約相手方に以前の契約締結に際して呈示したことを援用できない。⁽¹³⁾

第二に、顧客には約款自体をいつでも任意に使用できる (*verfügbar*) もでなければならぬ。⁽¹⁴⁾ これは、「自己の言表に反することは許されない (*venire contra factum proprium*)」の一種の現れといえる。つまり、一方において企業が自己の約款を指定しておきながら、他方では約款を顧客に渡さないというのは矛盾しているからである。⁽¹⁵⁾ この点から、企業は約款全体を認識のために用意することを要し、二、三の重要な条項のみが抜粋されているにとどまる場合には不十分で、組込は約款全体ではなく、これらの条項に制限される。⁽¹⁶⁾

電話による契約締結においては、注文をなす顧客側に価格表などに印刷された約款が存しないならば、認識可能性要件の充足は相当困難な問題を生じる。電話による場合は、企業は契約締結以前に約款内容を認識できる状態にすることは不可能であるし、約款を読み上げることも実際的な解決策ではない。また、約款を送付するという企業の申出も、認識可能性が契約締結時点で初めて生ずることになるので、二条一項一号の要件を充足しないからである。⁽¹⁷⁾ 取引を不当に困難にしないという立法目的からみて、原則として、電話による注文の場合には約款組込の明示の指定で足

りと解される⁽¹⁸⁾。顧客が約款への指定にもかかわらず注文を取消さないならば、合理的認識可能性に関する放棄があるといえる⁽¹⁹⁾。この場合、顧客が契約の本質的な内容を電話で伝えるよう要請するか、即時の契約締結を留保して約款自体の送付を請求するかは、顧客側の任意である⁽²⁰⁾。

さらに、認識可能な状態にすることが必要であるから、第三に、約款内容が顧客に理解しやすく、かつ、読みやすい形でなされていることが必要である。いわゆる透明性原則の発現⁽²¹⁾である。まず、理解しやすさは、原則として、法律に明るくない平均的顧客の理解力が基準となる⁽²²⁾。もちろん、取引の種類及び顧客圈に応じて区別化は肯定される⁽²³⁾が、当該顧客が自身の個人的能力に基づき約款内容を専門家である第三者の助言なしに理解できるか否かは問題でない⁽²⁴⁾。

「それ相応の」という要件は、企業にとって典型的な契約当事者に関連したものであり、企業は原則として専門的又は法的知識を前提としないし、特別な専門用語の使用や制定法条文の内容を示さずに単に条文数のみをあげることにも許されない⁽²⁵⁾のである。約款が分かりやすい構成となっていないとか、取引の重要性又は客観的な規定内容に比較してカバーする範囲が不均衡であるとか、特定契約タイプのために作成された約款が具体的契約に適合していないというような場合には、理解しやすさという要件を充足するとはいえない⁽²⁶⁾。また、約款で他の約款をさらに指定することができるとについては、肯定する判例⁽²⁷⁾も存するが、妥当でない。というのは、他の約款は原則として添付されず、したがって、顧客はその内容につき合理的な認識を作り出すことができない⁽²⁸⁾。しかも、参照された約款のいずれが具体的に適用されるべきか不明確となることが多いからである⁽²⁹⁾。いずれにせよ、複雑な調査をなして約款の内容を探求するのは顧客側のなすべきことではなく、むしろ、企業自身が一義的に簡潔に表現し、配列形態をとって約款を理解しやすいものにしなければならないのである⁽²⁹⁾。なお、この理解しやすさという要件に関連して、「法律上許される限り」という救済条項 (salvatorische Klausel) が問題となるが、明確性に欠けるため十分でなく無効と解さ

れる。⁽³⁰⁾つまり、顧客は決め手となる制定法上の規定を見いだすことができないばかりでなく、仮にできたとしてもその法的・技術的性格の故に当該規定を理解できないし、かつ、問題となっている条項の、実際上の射程距離を判断できないからである。⁽³¹⁾

次に、読みやすさの点であるが、これに関しては、法律上、文字の最小の大きさとか特別な印刷方法は規定されていないが、立法理由⁽³²⁾からみて、約款は平均的顧客が労力を要せず⁽³³⁾に読める (müheles lesbar) ものであることを要する。企業は相手方が実際に読むことができない約款の内容に同意したとは期待できないのである。⁽³³⁾例えば、過度に小さい字で印刷されていて読むのが非常に困難で、ルーペを必要とするとか、異常な活字体であるとか、鮮明でないコピーであるとかの場合は、不十分である。⁽³⁴⁾いずれにせよ、読みやすさは個別事案の特別事情によることになるが、活字の大きさ、印刷インキ、紙の質、活字書体のきれいさ及びその他の要素が全体を構成し、そこから、結果として相当の読みやすさ又は明白な認識が期待できるかが判断されることになる。⁽³⁵⁾これ以外にも、約款の形式的構成、例えば相応な論理的構成、見出しの工夫なども要求される。読み手に、必要とする条項を発見するために全体を検討することは要求できないし、見出しによると当該条項が含まれているとは思いつかない項目に約款条項がある場合は、組込は否定される。⁽³⁶⁾

要するに、相手方に約款内容についての認識を生じせしめるのは企業側の責務であるから、相手方に照会義務を課すことはできないのである。むしろ、相手方が費用、時間、コスト、努力を要せずに、約款につき認識を得るようにするのは、企業側のみがなすべきことなのである。⁽³⁷⁾

(1) Ulmer u. a. AGBG, § 2 Rdn. 45.

- (2) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 17. 約款規制法制定前は、判例はしばしば明示の指定があれば、非商人に対しても約款が交付されたとしても契約内容となる。この場合、約款内容につき企業に照会することが相手方に期待されるとした旨、指摘されたこと。 Siehe Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 11 Fn. 13.
- (3) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 45; Loeher, H., aaO. S. 46; Schroeder, D., aaO. S. 86. これは単に責務にとりまわり、似た場合に訴訟の対象となる義務とはなる。 Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 32.
- (4) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 11; BGH 14. 2. 1991 NJW-RR 1991, 727 (728); BGH 19. 5. 1994 NJW 1994, 2547 (2547). したがって、合理的認識にはされた必要な情報開示期間 (Informationszeit) が前提となっている。約款内容が広範囲なものであればあるはず、この期間は長くなければならないといえる。合理的認識可能性は契約締結に際して存しなければならないから、日常の大量取引においては短期間で取引が完了するので、長文で詳細な約款は、その複雑性の故に、この情報開示期間の点で「一条一項」等を充足するかは疑問であるとされる。 Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 29; Riegel, H. u. Friedrich, J.-M., Die Aufstellung von Allgemeine Geschäftsbedingungen in der wirtschaftsrechtlichen Praxis, Jus 1987, 118 (124); Loeher, H., aaO. S. 49; Padeck, E., VersR 1989, 541 (551). したがって「一般的に」約款の範囲の長短を問題とするのは疑問である。範囲の広い約款も読みやすく理解しやすいならば、合理的認識をもたらすことになる。契約上の規定をどの程度詳細にするべきかは、契約当事者に委ねられるべきものである。企業に、具体的取引上約款の範囲をその重要性に応じて適切なものにすることを要求できない。これは、相当の費用負担をもたらして、合理化機能を達成できない。したがって、約款の範囲は読みやすさについてのみに問題とされる余地があるにすぎない。広範囲な約款の非常に詳細な規定は、活字体が細字である場合には、読みやすさの点で準約をもたらすことになる。Krusche, C., Allgemeine Einkaufsbedingungen als Mittel der Vertragsgestaltung, 1994, S. 33 f.
- (5) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 46; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 11; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 17.
- (6) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 17; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 11; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 11 u. 16; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 46.

- (7) AG Krefeld 1. 4. 1996 NJW-RR 1997, 245 (245) ; Müller, S., Ist das Kennrisikomegebot des § 2 I Nr. 2 AGBG abdingbar?, MDR 1997, 608 (610). Wolf u. a. AGBG, § 2 Rdn. 47 u. Westphalen, G. F. v., Allgemeine Verkaufsbedingungen, 2. Aufl., 1993, S. 41 (以下「Verkaufsbedingungen」略記) は、「二条は消費者との法取引の一般的利益 (Allgemeine Interesse) における保護規定であるから、疑わしき場合には放棄を否定すべきとする。なお、認識可能性の付与に関する責務は定型化的約款条項によりして備脱又は変更できない。例えば、「貴社が当方の請求に応じて送付する約款が適用される」旨の指定は不適切である」とする。Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 11; Locher, H., aaO. S. 51; LG Frankfurt 3. 12. 1991 NJW-RR 1992, 441 (442); Metz, R., Aktuelle Rechtsfragen der Kreditkartenpraxis, NJW 1991, 2804 (2806).
- (8) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 11; Dietlein-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 7; 二号は約款付合者の保護のみを意図するところをあげて「積極に解する。なお、Locher, H., aaO. S. 51 は「放棄が正当な事由に基づくものならば、個別合意の形態での放棄は可能である」。
- (9) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 47; Locher, H., aaO. S. 47; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 12; Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 26 u. D. 27 は「個々の顧客に対して約款内容は明確にされねばならぬ」という二条一項二号の目的志向からみて、同号は原則として約款本文の送付を要すると解釈されねばならないが、その結果は、非商人は約款の内容の複雑性と抽象的な文言からみて実際の射程距離を見通すことができず、約款の送付は煩瑣な書類手続と同一ことにならうと指摘する。Jauernig (Hrsg.), BGB-AGBG, § 2 Rdn. 3 は「対面取引でないならば、約款の送付が原則としてなされねばならぬ」とする。OLG Hamburg 14. 1. 1988 VersR 1989, 202 (203) は「細字印刷された約款は読むのに長い時間が必要となるのであり、予測可能性 (Zumutbarkeit) の要件を考慮に入れると、約款は交付されることを要するとする」。
- (10) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 48.
- (11) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 24; Kötz, MünchKomm. ABGB, § 2 Rdn. 12.
- (12) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 9; BGH 9. 11. 1989 BGHZ 109, 192 (196) ; BGH 19. 5. 1994 NJW 1994, 2547 (2547).

- (13) Locher, H., a.o. S. 48.
- (14) BGH 9. 11. 1989 BGHZ 109, 192 (196).
- (15) Schroeder, D., a.o. S. 87. Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 33 は、認識を生じせしめることによる周知性から、企業は契約完了の全期間につき相手方の認識を保持しなければならぬ。契約締結の際に交付されたが、その後、約款がもはや存在しない場合には、その消失とともに契約に対する内容上の形成作用は失われるとする。
- (16) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 48 a.; Erman-Helermehl, AGBG, § 2 Rdn. 11; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 24; Seeger-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 18; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 9; BGH 14. 2. 1991 NJW-RR 1991, 728 (729); BGH 21. 12. 1989 NJW-RR 1990, 958 (959); LG Frankfurt 9. 4. 1984 NJW 1984 (1984); LG Frankfurt 27. 4. 1987 NJW-RR 1987, 745 (746). Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 14 は、広範囲で、細字印刷された約款はその意味に相当長い時間を要するものであるから、顧客に原則として交付せられなければならないことである。Siehe OLG Hamburg 14. 1. 1989 VersR 1989, 202 (203).
- (17) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 11. Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 33 は、認識を生じせしめるべき時点をいつにせよ、相手方が約款の認識可能性を契約締結前に既に得ていたとか、約款を隠かく調べるのに十分な時間を有することは要求されていない。電話による契約の締結における約款粗込の実際上の可能性からみて、指定が適時になされ、かつ、自身が危険表示を甘受するつもりがないならば、約款の交付を契約締結前に要求しなければならぬとする。
- (18) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 49. Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 16 は、文書に反するが、實際上唯一の方法とさえするとす。Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 13 は、確かに大胆であるが、全く合理的である。そして、Müller-Graff, P.-C., JZ 1977, 245 (249) は、無条件に（ただし、要求があれば具体化されるものであるが）約款を伝達する用意がある旨、明示もしくは制限せられるとする。
- (19) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 49; Erman-Helermehl, AGBG, § 2 Rdn. 13; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 26; Schroeder, D., a.o. S. 54; Eckert, H.-W., Teleshopping — Vertragsrechtliche Aspekte eines neuen Marketkonzepts, DB 1994, 717 (720); Horle, U., Allgemeine Geschäftsbedingungen für das Anzeigenwesen nach dem neuen AGB-Gesetz, AfP 1977,

- 266 (269). 二号の任意法性が根拠としてあげられるが疑問である。なお、Ulmer u. a., AGBG, aaO. は、約款組込の一義的な指定による放棄表示が存する旨の立証責任は企業側に存するところ。
- (20) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 49; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 13; Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 16; Locher, H., aaO. S. 45. 根拠として「Siehe Palandt/Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 11. Merz, R., NJW 1991, 2804 (2805) 以下「顧客は電話で調査したか」「電話で約款の内容を確認したか」といふ点にのみ着目するところである。」
- (21) OLG Schleswig 27. 3. 1995 NJW 1995, 2858 (2859); AG Offenburg 12. 3. 1996 NJW-RR 1996, 1014 (1014); Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 9. Thamm, M. u. Detzer, K., Druckgröße und sonstige formelle Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1989, 1133 (1135 u. Fn. 34) 以下「『透明性原則』とこの概念の概略 (Modebegriff) は種々の文脈で一般に「分かりやすさ」(Übersichtlichkeit)」の点を要するところ。なお、約款規制法二条一項に用いられる透明性原則は「抽出」約款における『透明性』原則として「法律研究(一橋大学)二二八号二二頁以下参照。」
- (22) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 51; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 27; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 14 u. 14a; Locher, H., aaO. S. 48; Jaenmig (Hrsg.), BGB-AGBG, § 2 Rdn. 3; Krusche, C., aaO. S. 32; BGH 10. 12. 1980 NJW 1981, 867 (868 f.); OLG Karlsruhe 18. 10. 1985 NJW-RR 1986, 91 (92); OLG Frankfurt 18. 6. 1986 NJW 1986, 2712 (2713); AG Dortmund 14. 5. 1996 NJW 1996, 1355 (1356); LG Karlsruhe 8. 11. 1985 NJW-RR 1986, 152 (152).
- (23) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 51; Krusche, C., aaO. S. 32; BGH 6. 10. 1982 NJW 1983, 159 (162); Medicus, D., aaO. Rdn. 412 以下「高額の商品を購入する者は、少額の商品を購入する者よりも約款を理解するために当然それなりの努力を要するところである。したがって、少額の給付に関する約款は一般的に簡素であるところを要する。やむを得ない場合には認識を得ることは一般に期待すべきなからざるである。」
- (24) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 51; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 29; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 27; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 15.
- (25) Müller, S., AGB-rechtliche Zulässigkeit von Diskonkret-Verzugszinsklauseln, NJW 1996, 1520 (1520); OLG Karls-

- ruhe 18. 10. 1985 NJW-RR 1986. 91 (92) ; OLG Schleswig 27. 3. 1995 NJW 1995. 2858 (2859) ; AG Dortmund 14. 5. 1996 NJW-RR 1996. 1355 (1356) ; LG Karlsruhe 8. 11. 1985 NJW-RR 1986. 152 (152) ; Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 11.
- (92) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 52 ; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 27 ; OLG Hamburg 26. 3. 1986 NJW-RR 1986. 1440 (1440) ; Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 42 24 ; 明確な指定に関連して検討しており、これは、組込の問題ではなく解釈問題で、個別合意の約款に対する優先の原則からみて、なおかつ当該個別事案の特殊性から約款の適用があるか、具体的個別事案の範囲で客観的に正当化しえない結果をもたらすために個別契約の優先原則により約款条項が無効となるかの問題であるとする。Dietlein-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 5 は、約款が不明確か又は理解しにくいものであることは、契約解釈に際して企業の不利(約款規制法51条) となるか、組込にいつては障害とならなうとする。
- (22) BGH 21. 6. 1990 BGHZ 111. 388 (390 f.).
- (98) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 52 a ; Locher, H., aO. S. 48 ; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 27 ; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 13.
- (92) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 27.
- (98) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 53 ; Locher, H., aO. S. 48. 救済条項の効力一般にいつては、近時の文献として、Siehe Michalski, L. u. Römermann, V., Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel, NJW 1994. 886 ; Bauer, J. F., Salvatorische Klauseln, FS für Vieregge, 1995, S. 31.
- (15) Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 14 a ; Jaernig (hrsg.), BGB-AGBG, § 2 Rdn. 3. Siehe auch BGH 10. 12. 1980 BGHZ 79. 117 (120). 同様に、「航空運送人にとつてのワルシヤワ条約、ハーグ条約、クアテマラ条約等の国際条約に基づいて責任額制及び責任制限は、これらの条約に服さない運送にも適用される」条項も理解しやすさの要件に反する。OLG Hamburg 26. 3. 1986 NJW-RR 1986. 1440 (1440).
- (92) Bf. Drucksache 7/3919 S. 18 (約款内容を合理的方法で知ることができるかには、約款が苦勞せず読めることも含まれぬ).

- (35) Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 15; OLG Saarbrücken 22. 9. 1987 NJW-RR 1988, 858 (859).
- (36) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 54; Locher, H., aaO, S. 49; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 19; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 27; Schlosser, P., AGBG, § 2 Rdn. 28; Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 17; BGH 30. 5. 1983 BB 1983, 2074 (2074); BGH 3. 2. 1986 NJW 1986, 1311 (1311); OLG Saarbrücken 22. 9. 1987 NJW-RR 1988, 858 (859); OLG Hamm 20. 11. 1987 NJW-RR 1988, 944 (944). 具体的提案を述べ、Siehe Thamm, M. u. Detzer, K., BB 1989, 1133 (1135). 商人間取引に於ける船荷証券約款については、同様の判示をしたものも述べ、Siehe BGH 30. 5. 1983 aaO.; BGH 3. 2. 1986 NJW-RR 1986, 1311 (1311).
- (37) Thamm, M. u. Detzer, K., BB 1989, 1133 (1135); Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 19; BGH 3. 2. 1986 NJW-RR 1986, 1311 (1311); Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 12.
- (38) Thamm, M. u. Detzer, K., BB 1989, 1133 (1135).
- (39) Gansfort, G., TransPR 1989, 131 (134).

(3) 顧客の同意

以上の要件の他に、二条一項は顧客側の適用合意 (Geltungsvereinbarung) を要する旨規定する。この同意要求により、立法者は組込は法律行為に基づいて生じ、企業の一方的な措置によらないことを明らかにしたものとされる⁽¹⁾。しかし、約款の組込を指定した企業の申込を単に包括的に「イエス (ja)」という表示で足りると解されているから、このように解するのは疑問といえる。むしろ、約款規制法制定前に広く承認されていた可能性の排除、つまり、企業が約款に基づいてのみ契約を締結することを一方当事者が知っていたか又は相応の注意を尽くせば知り得るはずであったならば、この者の同意表示を必要とせず、約款は拘束力を生ずるという原則を排除することを意図したものと⁽²⁾

解される。この同意は、個々の条項につき存することを要せず、約款全体に関連すれば足り、かつ、契約上の同意とは無関係な特別の独立した法律行為をなんら意味しない。⁽⁵⁾そして、この同意には、企業側の明示の指定と異なり、明示性は要求されていないから、BGB一四五条以下が適用され、二条一項はその限りでなんら特別な要件を含むものではない。⁽⁶⁾つまり、二条一項の構造上最後に位置づけられていることは、約款組込には企業による同項一号、二号の前提条件を充足するだけでは十分ではなく、むしろ、約款の契約性に対応して相手方の意思一致が付加されなければならないことを単に明確化したにすぎない。⁽⁷⁾したがって、顧客が契約内容に組込まれるべき約款の内容を知っていることを前提条件としていないし、組込に関する明示の同意を要せず、むしろ、BGB一五一条に基づく推断的承諾をもって足りることになる。⁽⁸⁾相手方が約款適用に同意しないならば、このことを相手方は明示的に表示しなければならぬ。⁽⁹⁾

さらに、給付を無留保で、かつ、異議申立することなく受領した場合、同意が存するといえるかも問題となるが、従来この点で同意を肯定した判例は商人間取引に関するものであり、非商人との取引では原則として法律行為上の同意とは解されるべきでない。⁽¹⁰⁾

また、BGB一四五条を修正して、顧客の沈黙は同意と評価されるという、約款における組込条項は、原則として、約款規制法九条二項一号に基づき効力を有しない。⁽¹¹⁾これに反して、確認条項が、顧客は単に「約款の適用に同意する」旨を表示するものにすぎないときは、二条一項二号末文にも、一条一五号にも、九条にも反しない。というのは、企業が自己の表示責務及び認識を作り出す責務を二条一項一号及び二号に従って充足している限り、この種の確認条項は、法律行為上の結果を顧客の同意という形で繰り返しているにすぎないからである。つまり、事実の確認に留まっている。この前提条件の下では、この条項は結局は無駄であり、自明のことである。⁽¹²⁾

- (一) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 42; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 19.
- (二) Schroeder, D., aao. S. 13.
- (三) Siehe BGH I. 3. 1982 NJW 1982, 1388 (1389).
- (四) Locher, H., aao. S. 49; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 42 u. 43.
- (五) Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 4.
- (六) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 61; Medicus, D., aao. Rdn. 408. 明示又は推断のいずれでも。Dietlein-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 8. そのほか以上の要件は、例として「回復した道」の明示の表示を要求するところ。このような要件は、実際的には「無用な形式行為であるならば」の「Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 18.
- (七) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 61; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 36. Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 27 は「回復を表示しなければならぬ」として「その強う位置」を必要とする。この規定は租法の法律行為性を強調したものである。他面では取引慣行によつて明示の承諾表示が期待される場合は推断的な同意表示で足りるものとする。
- (八) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 61; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 16; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 19; Locher, H., aao. S. 49; BGH I. 3. 1982 NJW 1982, 1388 (1389).
- (九) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 61; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 37; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 27; Locher, H., aao. S. 49; Müller-Graff, P.-C., JZ 1977, 245 (249); Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 32. 条約の締結や何なる契約文書への署名は約款への同意と看做される。Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 53. Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 19 は「拒絶の意思は十分に表わすことを要するが、明示性は必須ではない」とする。
- (一〇) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 16; Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 14. Siehe auch OLG Köln 27. 11. 1969 VersR 1970, 577 (578); OLG Karlsruhe 10. 10. 1973 VersR 1975, 381 (383); BGH 19. 1. 1989 NJW-RR 1988, 655 (657). 又「シマン・カードの使用の点で表示は回復を承認したものと見て」 OLG Köln 23. 1. 1992 (Besch.) WM 1993, 369 (370).

- (11) Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 3; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 63.
- (12) Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 27; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 27. 判例は契約相手方が適用に同意するという要求に関しては、契約締結の局面を正に問題としているものである。締結の構成要件は、たとえこれを構成する意思表示の一部が事前作成された基礎を有するものであっても、元来個別的な性質を有するもので、約款に関連する規定に従って吟味の対象とはならざるとする。Siehe BGH 1. 3. 1982 NJW 1982, 1389 (1390); BGH 9. 11. 1989 NJW 1990, 761 (765); OLG Düsseldorf 19. 11. 1987 NJW-RR 1987, 884 (888 f.); 前者は「反対評釈」として、Bohle, W., Rechtsprechungsanmerkung, BB 1983, 16. 1) の種の条項も内容規制に服すると解すべきである見解として、Hensen, Zur Einbeziehung von AGB in der Vertrag, ZIP 1984, 145 (146 f.); Jauernig (Insgg.), BGB-AGBG, § 2 Rdn. 4. 内容規制に服せざるとして「見解は、契約内容を規制する条項のみが約款であるということを根拠とするが、それでは狭すぎる」として反対する見解として、Siehe Krusche, C., aaO. S. 59. もっとも、判例は存在しない認識可能性を擬制する内容の認識条項は立証責任を転換するものとして約款規制法一一条五号に反するとする。Siehe BGH 9. 11. 1989 NJW 1990, 761 (765); BGH 15. 5. 1991 NJW 1991, 1750 (1753). 約款の交付を確認したという条項も同様の理由で無効である。Erman-Hefemehl, AGBG, § 2 Rdn. 11; BGH 24. 3. 1988 NJW 1988, 2106 (2108).

(4) 効果と立証責任

有効な組込があれば、約款は契約内容となるが、個別訴訟では当然に内容規制に服することになる。団体訴訟においてはいうまでもなく組込問題は生じない。また、当初の約款の代わりに、事後に別の約款が契約に組み込まれ、矛盾が生じた場合は、原則として事後の約款が組込まれることになる。⁽¹⁾ なお、既に締結された契約に約款を事後に組込むことは可能である。これには、二条一項の要件が類推適用⁽²⁾されるが、顧客の同意にはより厳格な要件が課され、原

則として、明示の同意表示を要する⁽³⁾。したがって、事後に送付された約款への署名を直接黙示の組込同意と解することはできない⁽⁴⁾。さらに、契約期間中に企業が約款を改正した場合は契約変更であり、契約締結自体の場合と同一の原則に服し、たとえ変更が顧客に有利であっても、二条一項に従って各要件の充足を要する⁽⁵⁾。つまり、企業は改正点を相手方に明示に指定し、かつ、同時に変更された約款内容を入力できるようにしなければならない。その際、変更された条項は、強調されることを要する。顧客の不利に変更された条項には、このことは特に妥当する⁽⁶⁾。顧客が指定の到達した後に継続的取引関係を変更せず、かつ、提案された変更になんら異議申立をしない場合には、通常、 BGB 一五一条に基づく推断的同意があると解される⁽⁷⁾。企業は一方的に約款を変更する権利を有するという条項は、無効である⁽⁸⁾。もっとも、銀行約款では一方的変更を定め、通知後一か月以内に顧客が異議申立をしないと通知された変更約款が適用される旨定めるが、これは約款規制法一〇条五号に一致しており、有効と解されている⁽⁹⁾。

約款の有効な組込があることの立証責任は、約款の適用を援用する者（通常は企業）にある⁽¹⁰⁾。たとえば、約款を認識しその適用に同意したことを確認するという確認条項があっても、この原則をなんら変更するものではない。この関係で、「顧客は約款内容につき認識した」という確認条項は約款規制法二条一項一号及び二号に関連するし、さらに、利用者はその適用を「指定した」という旨の確認条項も同様である。いずれも、立証責任転換であり、一一条一五号 b に基づき無効となる⁽¹¹⁾。

(一) BGH 20. 3. 1980 NJW 1980, 2022 (2023).

(二) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 57; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 19; BGH 22. 9. 1983 NJW 1984, 1112 (1112); KG 6. 1. 1994 NJW-RR 1994, 1265 (1265). Siehe auch BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1197).

- (e) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 57; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 18; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 19; LG Gießen 24. 1. 1996 NJW-RR 1996, 630 (630).
- (f) Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 19; LG Gießen 24. 1. 1996 NJW-RR 1996, 630 (630); KG 6. 1. 1994 NJW-RR 1994, 1265 (1265).
- (g) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 64; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 20; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 24. Siehe auch OLG Saarbrücken 25. 11. 1987 NJW-RR 1989, 72 (72); LG Frankfurt 26. 3. 1991 NJW-RR 1991, 2842 (2842).
ただし、約款規制法二三条二項一号及び一a号は同法二条の不適用を規定している。郵便及び電気通信の任務は依然として国家の任務であり、その役務給付が私法上の取引形態でなされるものとなってもそうである。このことは約款及び給付対価につきその一様な適用を要求する。約款が顧客関係の基礎となるかにつき企業または顧客の任意にするとは認められないのである。そのため、約款規制法二条の例外が郵便及び通信制度につき規定されたのである。Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost, Bundestag Drucksache 11/2854 S. 66. したがって、ネット・テレコムによる変更約款は従来の契約に当然組み込まれる。Siehe BGH 2. 7. 1998 DB 1998, 1812 (1812).
- (h) BGH 24. 11. 1972 BB 1973, 217 (217) (信義則をあげ)、および、Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 24. 但し、企業は同一約款をかきり期間使用していた場合は、得意先に対して変更を明示に指定する必要がある。なお、改正約款の単なる受領は、その適用に対する顧客の同意を意味しない。Siehe OLG Karlsruhe 26. 4. 1966 DB 1966, 935 (935).
- (i) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 64.
- (j) Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 48; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 20; Ulmer, u. a., AGBG, § 2 Rdn. 65; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 24.
- (k) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 65; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 24. 顧客が異議申立てした場合、銀行は重大事由に基づき即時解約権を有せず、かつ、通常の解約権も行使すれば濫用と解される。Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 20;

OLG Köln (Beschl.) 28. 8. 1995 NJW 1996, 1065 (1065); LG Hamburg 7. 6. 1995 ZIP 1995, 1583 (1583 f.). 特別規定の例をあげれば、一九九五年の電気通信利用者保護令 (Telekommunikations-Kundenschutzverordnung) 六条は、変更された約款は顧客の同意なしに契約内容となることを、この者は解約権を有するものとす。Siehe Michalski, L., Die (Nicht-) Einbeziehung der neuen Telefonarife der Telekom in laufende und neue Verträge, ZIP 1996, 1328.

(9) Ulmer u. a. AGBG, § 2 Rdn. 66; Loecher, H., aO. S. 51; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 28; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 16; Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 26; BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1196); BGH 15. 5. 1991 NJW 1991, 1750 (1753); OLG Hamburg 14. 1. 1988 VersR 1989, 202 (203).

(11) Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 28. 同様に、「私に交付された約款が適用されることに同意します」旨の条項は、事実の確認を含み、立証責任を顧客の不利に転換するもので、約款の構成要素として原則として無効である。BGH 24. 3. 1988 NJW 1988, 2106 (2108); OLG 16. 12. 1991 NJW-RR 1992, 444 (445). 近時、約款組込条項につき、原則として無効であることを詳論したものとす。Siehe Roll, P., Einbeziehungs- und Bestätigungsklauseln in AGB, VuR 1998, 251 ff.

(II) 枠組契約

立法者は、本条一項による要件充足の場合のみ約款が組込まれるとすると取引が困難になることが有りうることを考慮して、特定種類の取引につき特定約款の適用を事前に合意しうるものとする(二条二項)。これは、日常生活上の典型的な大量取引において、本条一項一号における例外に該当せず、したがって、約款の組込につき揭示では不十分とされる場合を念頭においたものである。⁽¹⁾ この結果、従来、枠組合意が契約といえるか否か争われていたが、法は

二条二項で明文化することによって契約性を法認したといえる。⁽²⁾ 銀行及びその他の金融機関の約款の場合が例として挙げられるように、枠組合意 (Rahmenvereinbarung) とは、将来の取引に対して一方当事者の約款の適用を規定する一種の契約である。この場合、約款は、個々の事例において新たに合意されることを要せず、むしろ、枠組合意によって、これによって把握された全ての契約を拘束するものとなる。つまり、事後の個別契約において組込合意をなすことを要しないし、個別契約で枠組合意を指定することも必要でない。⁽⁴⁾ この枠組合意は、一種の独立の契約を意味し、継続的取引拘束 (Geschäftsverbindung) を設定する目的とか、これと関連して締結された個別契約とは無関係であり、締結自体は不要式で、口頭でもなしうる。⁽⁵⁾ 要するに、本項の枠組合意は、固有の種類の継続的債務関係の形における、多数の契約に関連した包括的な組込合意に他ならないといえる。⁽⁶⁾

本条二項における枠組合意が成立するためには、以下の要件を充足することを要する。まず、第一に、約款が組込まれるべき特定の種類の法律行為が示されていることを要する。この要件は、企業が多様な種々の契約を常に締結している場合に意味を有し、枠組契約締結の際に考慮されていなかった契約に約款が適用されるのを防止するためである。⁽⁷⁾ したがって、企業と顧客との間で将来成立すべき全ての契約につき約款の適用を合意するか、企業の当該時点の営業と関連する全ての将来の契約に枠組合意を拡張するということはできない。⁽⁸⁾ 他方、親近的な種類の法律行為で、同一約款の適用になんら混乱を生じせしめない限り、枠組合意を多数の特定種類の法律行為に及ぼすことができることにはなんら問題はない。⁽⁹⁾ 例えば、銀行と顧客との間で、枠組合意をもって、預金取引、手形割引取引、証券取引に及ぼすことは一般的に肯定されている。⁽¹⁰⁾ 第二に、企業の特定の約款に関連していることを要する。⁽¹¹⁾ これは、枠組合意は企業と顧客との間に、特定の約款条項を個々の具体的個別契約を超えて同種の契約に適用すべきことに関して合意が存することに依存しているからである。⁽¹²⁾ したがって、「当該時点で具体的に適用される約款」というのでは不

適切である⁽¹³⁾。この場合には、新たな枠組契約を締結するか又は既存の枠組契約の変更を要する⁽¹⁴⁾。

さらに、本項は一項に挙げられた要件の遵守、つまり、明示の指定と合理的認識可能性の充足をあげる。したがって、この点については一項につき述べたことがほぼ妥当だが、当事者間において多数の同種の契約に約款が繰り返し組込まれたからといって、それでは不十分である⁽¹⁵⁾。ただ、一項と異なり、枠組合意では、約款の組込に關すること制限され、ならん給付と反対給付に關する主たる合意は含まれない⁽¹⁶⁾。つまり、枠組合意が有効に成立すると、約款は枠組合意の範囲に入る全ての取引の構成要素となり、一項の前提条件をいかなる場合でも遵守することを要しないことになる⁽¹⁷⁾。かつ、この枠組合意が成立すると、顧客は当該約款で締結するつもりがないならば、新たな個別契約の締結に際して明確にその意思を表明しなければならぬ⁽¹⁸⁾。なお、企業は一方的に将来の契約締結につき約款を変更できず、そのためには枠組合意の変更を必要とする⁽¹⁹⁾。

枠組合意の存在に關する証明は、約款規制法の保護目的がその効果を失わないように厳格な要件が企業側に課される必要がある、疑わしき場合は企業の負担となると解される⁽²⁰⁾。

- (1) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 70.
- (2) Schroeder, D., aaO, S. 100f.
- (3) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 18.
- (4) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 18; BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1195); Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 55; Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 16.
- (5) Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 27; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 30. Siehe auch BGH 28. 5. 1973 WM 1973, 1198 (1199 f.). 独立性を有するから、枠組契約の解除は個別契約の巻を戻し作用をもちたがらぬ。BGH 4. 12. 1996 WM 1997,

418.

- (9) Schroeder, D., aao. S. 99. Ders., aao. S. 101 以下二条一項以下の枠組合意は規範契約であり、他の個々の契約によって決めるべき規定が合意となる契約であるとみる。
- (10) Dietlein-Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 10.
- (11) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 76; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 52; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 53; Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 23; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 30; Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 27 u. 28. この法律行為の種類は、その法的性質、経済的目的、主たる給付の対象に基づいて決定されるが、決める手は内容の同一性ではなく、取引が特定の契約タイプに属するかどうか。 Siehe Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 53; Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 28.
- (12) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 76; Locher, H., aao. S. 50; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 31.
- (13) Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 28.
- (14) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 3/3919 S. 18; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 19; Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 16; Schroeder, D., aao. S. 100 以下「一方当事者が一方的形成権限が認められるから」 BGB 三二五条以下が適用される。
- (15) Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 31.
- (16) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919, S. 18; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 77; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 54; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 54; Locher, H., aao. S. 50; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 19.
- (17) Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 19.
- (18) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 30; Locher, H., aao. S. 50; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 75; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 20; Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 27; BGH 18. 6. 1986 WM 1986, 1194 (1195).
- (19) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 78.
- (20) Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 20; Schroeder, D., aao. S. 103; Stein, A., AGBG, § 2 Rdn. 36; Dietlein-

Rebmann, AGB, § 2 Rdn. 10 は、枠組契約は将来の契約についても大きな射程距離を有するのであるから、約款の適用につき相手方が同意したかについては、個別契約に制限された個別的組込の場合よりも、より厳格な基準で判断されるべきであるとする。

- (81) Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 27; Stein, A., AGBG, § 2 Rdn. 36; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 57.
- (82) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 18; Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 28.
- (83) Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 27; BGH 8. 11. 1984 WM 1985, 93 (94). 商人間取引における枠組合意についてあるが、Siehe Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 60.

三 商人間取引

既述のように、商人間取引には約款規制法二条は適用されない。しかし、このことは必ずしも法律行為外での約款適用を肯定するものではなく、商人間取引においても原則として法律行為、つまり適用合意を要すると解されている⁽¹⁾。では、二条不適用とされた根拠はどこに求められるのか。約款規制の根拠が利用者による契約形成の一方的行使からの保護にあるならば、商人と非商人、完全商人と小商人⁽²⁾とを区別して取り扱う必然性はない。商人間取引でも、利用者による契約形成自由の濫用的・一方的行使からの保護の必要性はあるからである。商人に関する例外の根拠、ことに二条の要件の例外は、その保護の必要性が少ないこと⁽⁴⁾ではなく、むしろ、商人間取引と非商人との取引における必要性 (Bedürfnis) が異なることに求められる。私的な最終消費者との取引においては、約款の下での取引であることを認識したか、これが肯定されたならばどの約款で締結するのか、に関して保護必要性が認められるが故に、

二条の組込要件が規定されたといえる。他方、商人間取引では、商取引における契約締結の簡便性と迅速性の要請から、約款に関する合意を時間を節約し、かつ、費用を最小限にしてなすことが必要となる。この商人間取引の特殊性が例外取扱の根拠である。⁽⁵⁾と同時に、契約締結に際して、通常の商人としての注意義務の遵守が当然に適用除外の前提となっているといえる。⁽⁶⁾判例上も、商人が自己に呈示されなかったが契約上引用された約款に拘束されるという従来判例が認めた原則の根拠は、商取引の慣行 (Geflogenheiten) の熟知性 (Verrauthheit) と商人はそれ相應の注意をなして取引関係の明確化に努めるべきであるという期待 (Erwartung) に求められるとされる。⁽⁷⁾この見地からいえば、商人といっても小商人は別異の取扱をすることも考えられる。旧二四条一号は、両者を区別せず、単に商人として二条の適用を除外していた。これにつき、立法者は、約款に付合する者が完全商人か小商人かに応じて営業者というカテゴリー内でも保護必要性は異なって判断することは理論的に可能としたが、かかる別異の取扱は商取引における法的安全を減少させ、望ましくないとして、否定され、小商人の保護は一般的に内容規制の面で考慮されれば足りるとされた。⁽⁸⁾学説も、商人には小商人も含み、その保護は約款規制法九条で配慮すれば足りるとする。⁽⁹⁾しかし、このような立場は、近時の商法改正により変更された。つまり、約款規制法二四条一号における約款が「商人に対するもので、かつ、当該契約がその者の商業の経営に属するものであるときは」、同法二条、一〇条、一一条及び一二条は適用されないとしていたが、この文言は約款が「契約締結に際して、自己の営業上または独立した職業上の活動において取引をなす者 (営業者) に対して使用される場合」⁽¹⁰⁾と変更されて、小商人は本稿の關係でいえば、約款規制法二条は適用されることとなったからである。これは、商法改正において商人概念が変更されたことに連動するものである。⁽¹¹⁾商人概念につき商法一条二項は「商業とはすべての営業 (Gewerbebetrieb) をいう。ただし、企業が種類または範囲に基づき商人的方法で設備された営業 (Geschäftsbetrieb) を必要としないものを除く」⁽¹²⁾と改正され、そ

ここでは小商人概念は廃止された。これは、商法の対象としての商人概念の変化、それに対応した統一化、小商人の現状、さらに小商人に商法の厳格な規定を適用する必要性がないこと⁽¹³⁾に基づくといえる。したがって、前述の見地からいえば、この改正法によって約款規制法二四条の適用除外を限定したのは妥当と解される。

- (1) Vorderobermeier, B.-S., Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr, 1992, S. 33 は、今日では、商人間取引でも、約款の適用は既存の準規範的条項への単なる付合によるのではなく、具体的契約当事者の法律行為上の同意表示によるという意識は確定してゐるとする。そのうち、Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 18 は、商人間取引でも約款の明示的指定は原則として必要とする。
- (2) 完全商人と小商人とでは、後者は取引経験が少ないことから粗込に関して差異を生じうることはしばしば指摘されていた。Siehe Müller-Graff, P.-C., AGB-Einbeziehung bei kaufmännischer Geschäftsführung und AGB-Gesetz, FS für K. Pleyer, 1986, S. 412; Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 80.
- (3) Schlosser, P., 10 Jahre AGB-Gesetz, JfR 1988, I (3); Vorderobermeier, B.-S., aaO. S. 36f. 商人間取引でも、取引事情は具体的に異なる場合がある。Siehe Rabe, D., Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 1987, 1978 (1980).
- (4) 二条適用除外の根拠としてこれが一般的であるとされる。Siehe z. B. Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 29.
- (5) Vorderobermeier, B.-S., aaO. S. 37f.
- (6) Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 407 u. 417f. 商人は、非商人に較べて、契約交渉をなす際にはより慎重な注意をなすことが要求される。BGH 6. 10. 1971 DB 1971, 2106 (2106), Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 33. 商人は相応の注意を以て自身で取引関係を明確にしなればならぬことを指摘する。
- (7) BGH 29. 9. 1977 WM 1977, 1353 (1354).

- (8) Entwurf des AGBG, BT-Drucksache 7/3919 S. 43.
- (9) Ulmer u. a., AGBG, § 24 Rdn. 10.
- (10) Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz—HReFG), Artikel 2 (BGBl. I. 1998 Nr. 38, S. 1474) (以下 HReFG と略記)。因みに、約款規制法は一九九七年改正され、そこでは二四 a 条が新設されたが、その本文における「営業上または職業上の活動において取引をなす者(企業)」の文言は「企業(Unternehmer)」という文言に変えられた。
- (11) Entwurf des HReFG, BT-Drucksache 13/8444 S. 47.
- (12) HReFG, Artikel 3, Nr. 1
- (13) Entwurf des HReFG, BT-Drucksache 13/8444 S. 27ff.

(1) 原則

約款の組込には、二条一項と異なり明示に約款を指定することを要しないが、約款適用が商慣習に基づき考慮される場合でない限り、商人間取引においても契約当事者がその適用につき明示又は黙示に合意することが必要である。⁽¹⁾

この点で、二条の完全適用除外を規定する二四条一文との整合性が問題となる。二条の法思想が特別要件を定めたものではなく、むしろ、一般的な法評価を表明している限りで、二四条にあげられた適用除外の人的範囲にも、適用されるのである。商人は、法律行為理論から解放されるのではなく、二条一項一号、二号の特別要件のみ軽減されるにとどまる。したがって、商人間でも両当事者の意思表示が必要なのである。⁽²⁾このためには、一方当事者が、個別契約で合意されたものの他に、特定約款が契約内容となるべきことを表示し、相手方がこれに同意したことが必要である。

つまり、約款の組込は、利用者が契約申込で約款を指定し、相手方が組込に異議を申立てずに申込を承諾したことに基づくのである。⁽³⁾以下、利用者の指定、約款内容の認識可能性、相手方の適用同意の順で検討する。

まず、指定については、利用者は自己の契約申込、注文確認書又は注文書の表頁において明示に自己の約款を指定している場合が一般的⁽⁴⁾で、これで足りることはいうまでもない。これに該当しない場合でも、明示性は商人間取引では要求されていないから、BGB 二三三条、一五七条に基づき組込表示と解されるものであれば、黙示的又は推断的指定で足りる。⁽⁵⁾例えば、申込書に約款が添付されているとか、注文書又は注文確認書の裏面に約款が印刷されているとかである。⁽⁶⁾この推断的指定と認められるかは具体的事情によるが、例えば、営業所における口頭の契約締結では明白で顕著な (deutlich sichtbar) 形態の掲示を要する。⁽⁷⁾たとえ、申込自体において約款の明示の指定がなくとも、申込書の裏面に約款が印刷されていれば原則として十分とされる。⁽⁸⁾商人間取引では、疑わしき場合は組込指定と解されるからである。⁽⁹⁾ただし、パンフレット、カタログ、価格表等に印刷された約款では不十分である。これらは、利用者の給付提供に関する情報を伝えるのに役立つが、利用者の約款に関する情報伝達には役立たないからである。⁽¹⁰⁾また、商人間取引でも、複数の約款を利用している場合は、契約相手方にとどの約款が具体的取引にとって決め手となるかが一義的に明確に知りうるようにされていなければならない。⁽¹¹⁾

次に、約款内容の認識可能性については、商人である相手方が約款内容を知っていたか否かは問わないが、この者には合理的方法で約款内容を知ることができるようになっていなければならないことを要する。⁽¹²⁾この前提条件の下でのみ、組込表示の自己責任上の帰責が正当化される。つまり、何人も自己が一度も認識可能性を有しなかったことに拘束されることはありえないからである。⁽¹³⁾この面から、具体的に基準となる約款の引用はなんら合理的な疑問を生じないような形態でなされていることを要する。⁽¹⁴⁾ただし、非商人と異なり、商人には認識するための基準はより高いものとなる。した

がって、約款が契約書の裏面に印刷されているとか、公表されているとか、容易に見える場所に揭示されているとか、その他困難なしに知り得るようになっていれば足りる⁽¹⁵⁾。もっとも、約款自体を送付するとか、契約締結にとって重要な書面に約款が添付されるとかは必ずしも要求されないし、相手方が約款内容を詳細に知ることも要しない⁽¹⁶⁾。これらの場合には、商人はそれ相応の注意をなして取引関係の明確化を自身でなすことが要求されるから、商人である相手方は自己にとって未知な約款を請求するか又は自身で調達することが求められるのである⁽¹⁷⁾。また、認識可能性には、読みやすさ及び理解しやすさも含まれるが、これは、当該分野の商人に当然期待される取引経験が基準となる⁽¹⁸⁾。例えば異常な細字印刷であり、しかも、カラー印刷による差別化がなされていない結果、判読するのに非常な努力を要するものである場合は、信義則上、商人間取引であっても、約款を異議なく受領したことから約款への同意と解することはできないとされる⁽¹⁹⁾。なお、商人はこの認識可能性の享受を放棄できる。通常、利用者の組込意思が既知であるか又は知りうべきである場合で、かつ、約款の請求が当然期待されるにもかかわらず、自己の手元にはない約款を請求せず、契約を締結したときには、放棄があると認められる⁽²⁰⁾。

以上の組込意思及び認識可能性の付与は、契約締結の際に（厳密にこの時点に限定されるのではなく、当該契約に關する交渉中のいずれかの時点で足りる）存することを要する。したがって、請求書、納品書及びその他の契約締結後に交付される書面での指定は商人間取引でも原則として不十分である。これらは、その機能上、既に締結された契約の変更をなしうるものではないからである。商人は商取引においても、例えば、請求書に約款又はその指定が存するかを調べる必要はないといえる⁽²¹⁾。要は、契約相手方が、契約締結の全事情を考慮して自己に送付された書面がなんら契約構成的な意義を有せず、むしろ、契約の完了（Vertragsabwicklung）のためのものであると考えるものであるならば、その書面上に印刷された表示は法的にはなんら価値を有しない。たとえ、十分読み易いものであるか否か、

目につく場所に存在するか否かを問わず、このことは妥当するといえる⁽²²⁾。また、枠組契約又は継続的取引関係に該当しない限り、以前の取引での指定は、その後の取引に約款を組込には不十分であり、新たにすことを要する⁽²³⁾。このことは、たとえ約款に「全ての申込、契約、給付——将来のものも含めて——は当社の約款に基づく」旨の条項が存しても妥当するし、約款に基づく契約が締結され、この契約に時間的に接近して新たな契約が締結された場合も同様で、時間的な間隔のみでは新たな契約への約款適用には不十分である⁽²⁴⁾。

さらに、商人である相手方が明示に又は黙示的に約款の適用に合意すれば、商人間取引では約款の組込が成立する。問題となるのは、黙示的承諾があるといえるかである。商人間取引でも、単なる沈黙は原則として同意とは評価されない⁽²⁵⁾。ただ、信義則に基づき、申込受領者の異議申立が必要とされる場合には同意と看做されることになる。特に、全ての重要な事項に関する事前交渉に基づき、ほぼ合意に達した後になされた最終的な申込に対する沈黙は、個別事情により承諾と解しえないものでない限り、黙示的承諾と解される⁽²⁶⁾。これ以外にも、少なくとも、契約締結の外的状況から、自己又は一般的に使用されている約款を組込という利用者の意思が相手方に何らかの方法で認識しうるように表示されていなければならない。組込意思の認識可能性は推断的形態で十分であるが、顧客の代理人が、かつては利用者側の使用人で、利用者が約款に基づいて契約するのを常としていたことを知っていたという単なる認識では不十分である⁽²⁸⁾。最初の契約では明示の合意がなされても、これに続くその後の契約でなら組込表示がなされなかった場合も同様である。この場合は、最初の契約の合意は、後の契約につき黙示的承諾を認めることを正当化しない⁽²⁹⁾。特定の契約締結に際しての約款指定は原則として当該法律行為に関してのみ意味を持っているからである⁽³⁰⁾。この相手方の同意に関しては、特に、黙示的同意については、約款による旨の当該分野における慣行、約款自体ないしは約款による旨の商慣習、継続的取引関係の存在、商人間における確認書法理が意味を持ってくるが、これらについては別

に項立てをして検討する。

なお、以上は、組込を要する場合のみを検討したが、特別な組込を要せずに将来の契約に約款が適用される枠組契約の締結も存する⁽³¹⁾。これについては、約款規制法二条二項の適用はないが、約款利用者は枠組契約の内容を明確に契約相手方に指定することを要し、これによって相手方の表示が同意と解されることになる。一連の取引が約款利用の下で締結されたからといって、枠組契約への推断的合意があるとは解されない。また、二条二項の類推により、枠組合意の内容は、特定約款を将来の取引に適用することに限定するものと解され、約款が事後に変更された場合には、この改正約款は自動的に組込まれるのではなく、そのためには枠組合意の変更を要すると解される⁽³²⁾。

- (一) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 79 u. 80; Schroeder, D., aaO. S. 66; Erman-Helfernehl, AGBG, § 2 Rdn. 30; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 61; Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 1; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 22; Jauernig (Hrsg.), BGB-AGBG, § 2 Rdn. 1; BGH 18. 10. 1978 WM 1979, 19 (20); BGH 20. 3. 1985 NJW 1985, 1838 (1839); BGH 3. 12. 1987 BGHZ 102, 293 (304); BGH 12. 2. 1992 BGHZ 117, 190 (192).
- (二) Schroeder, D., aaO. S. 67; Vorderobermeier, B.-S., aaO. S. 44f. 商人間取引では黙示的付合と足りる。BGH 6. 12. 1990 NJW-RR 1991, 570 (571); OLG Karlsruhe 9. 10. 1992 NJW-RR 1993, 567 (568).
- (三) Ensthaler u. a., Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., 1997, vor § 343 Rdn. 12 (以下 'Ensthaler u. a., GemeinHG-B-Commentar'); BGH 12. 2. 1992 BGHZ 117, 190 (192, 194).
- (四) Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 29.
- (五) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 62; Locher, H., aaO. S. 52f.; Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 16. 明示の指定という要件は一般法律行為論から要求される程度を超えないものであろうから、黙示的に表示があれば足りるのである。Schroeder

- (13) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 68.
- (14) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 68.
- (15) Locher, H., aaO. S. 52. Siehe BGH 6. 12. 1990 NJW-RR 1991, 570 (571). Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 35 は、注文書又は注文確認書の裏面のみに組込の文言が印刷されているときには指定とはいえない。商人といえども、全ての書面を詳細に調べて約款条項を知る義務を負ってはいないと指摘する。カタログが一五二頁に及び、二頁にわたる目次の最後に「約款は表紙三頁」という文言が存するにすぎないときは、商人間でも不適切である。LG Berlin 29. 10. 1979 BB 1980, 1770 (1770).
- (16) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 79; BGH 30. 6. 1976 NJW 1976, 1886 (1887); BGH 20. 12. 1984 BB 1985, 884 (884); BGH 3. 12. 1987 BGHZ 102, 293. うちまづめまいが、約款が申込書に同封されている場合は、約款を直接引用しなくとも、商人間取引では十分に明確な指定であるを解される。Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 33; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 62.
- (17) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 68; Erman-Helfermehl, AGBG, § 2 Rdn. 33; Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2493); BGH 3. 2. 1982 NJW 1982, 1749 (1750); BGH 30. 12. 1978 BB 1979, 185 (186). 1) ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ㏀ ㏁ ㏂ ㏃ ㏄ ㏅ ㏆ ㏇ ㏈ ㏉ ㏊ ㏋ ㏌ ㏍ ㏎ ㏏ ㏐ ㏑ ㏒ ㏓ ㏔ ㏕ ㏖ ㏗ ㏘ ㏙ ㏚ ㏛ ㏜ ㏝ ㏞ ㏟ ㏠ ㏡ ㏢ ㏣ ㏤ ㏥ ㏦ ㏧ ㏨ ㏩ ㏪ ㏫ ㏬ ㏭ ㏮ ㏯ ㏰ ㏱ ㏲ ㏳ ㏴ ㏵ ㏶ ㏷ ㏸ ㏹ ㏺ ㏻ ㏼ ㏽ ㏾ ㏿ 㐀 㐁 㐂 㐃 㐄 㐅 㐆 㐇 㐈 㐉 㐊 㐋 㐌 㐍 㐎 㐏 㐐 㐑 㐒 㐓 㐔 㐕 㐖 㐗 㐘 㐙 㐚 㐛 㐜 㐝 㐞 㐟 㐠 㐡 㐢 㐣 㐤 㐥 㐦 㐧 㐨 㐩 㐪 㐫 㐬 㐭 㐮 㐯 㐰 㐱 㐲 㐳 㐴 㐵 㐶 㐷 㐸 㐹 㐺 㐻 㐼 㐽 㐾 㐿 㑀 㑁 㑂 㑃 㑄 㑅 㑆 㑇 㑈 㑉 㑊 㑋 㑌 㑍 㑎 㑏 㑐 㑑 㑒 㑓 㑔 㑕 㑖 㑗 㑘 㑙 㑚 㑛 㑜 㑝 㑞 㑟 㑠 㑡 㑢 㑣 㑤 㑥 㑦 㑧 㑨 㑩 㑪 㑫 㑬 㑭 㑮 㑯 㑰 㑱 㑲 㑳 㑴 㑵 㑶 㑷 㑸 㑹 㑺 㑻 㑼 㑽 㑾 㑿 㒀 㒁 㒂 㒃 㒄 㒅 㒆 㒇 㒈 㒉 㒊 㒋 㒌 㒍 㒎 㒏 㒐 㒑 㒒 㒓 㒔 㒕 㒖 㒗 㒘 㒙 㒚 㒛 㒜 㒝 㒞 㒟 㒠 㒡 㒢 㒣 㒤 㒥 㒦 㒧 㒨 㒩 㒪 㒫 㒬 㒭 㒮 㒯 㒰 㒱 㒲 㒳 㒴 㒵 㒶 㒷 㒸 㒹 㒺 㒻 㒼 㒽 㒾 㒿 㓀 㓁 㓂 㓃 㓄 㓅 㓆 㓇 㓈 㓉 㓊 㓋 㓌 㓍 㓎 㓏 㓐 㓑 㓒 㓓 㓔 㓕 㓖 㓗 㓘 㓙 㓚 㓛 㓜 㓝 㓞 㓟 㓠 㓡 㓢 㓣 㓤 㓥 㓦 㓧 㓨 㓩 㓪 㓫 㓬 㓭 㓮 㓯 㓰 㓱 㓲 㓳 㓴 㓵 㓶 㓷 㓸 㓹 㓺 㓻 㓼 㓽 㓾 㓿 㔀 㔁 㔂 㔃 㔄 㔅 㔆 㔇 㔈 㔉 㔊 㔋 㔌 㔍 㔎 㔏 㔐 㔑 㔒 㔓 㔔 㔕 㔖 㔗 㔘 㔙 㔚 㔛 㔜 㔝 㔞 㔟 㔠 㔡 㔢 㔣 㔤 㔥 㔦 㔧 㔨 㔩 㔪 㔫 㔬 㔭 㔮 㔯 㔰 㔱 㔲 㔳 㔴 㔵 㔶 㔷 㔸 㔹 㔺 㔻 㔼 㔽 㔾 㔿 㕀 㕁 㕂 㕃 㕄 㕅 㕆 㕇 㕈 㕉 㕊 㕋 㕌 㕍 㕎 㕏 㕐 㕑 㕒 㕓 㕔 㕕 㕖 㕗 㕘 㕙 㕚 㕛 㕜 㕝 㕞 㕟 㕠 㕡 㕢 㕣 㕤 㕥 㕦 㕧 㕨 㕩 㕪 㕫 㕬 㕭 㕮 㕯 㕰 㕱 㕲 㕳 㕴 㕵 㕶 㕷 㕸 㕹 㕺 㕻 㕼 㕽 㕾 㕿 㖀 㖁 㖂 㖃 㖄 㖅 㖆 㖇 㖈 㖉 㖊 㖋 㖌 㖍 㖎 㖏 㖐 㖑 㖒 㖓 㖔 㖕 㖖 㖗 㖘 㖙 㖚 㖛 㖜 㖝 㖞 㖟 㖠 㖡 㖢 㖣 㖤 㖥 㖦 㖧 㖨 㖩 㖪 㖫 㖬 㖭 㖮 㖯 㖰 㖱 㖲 㖳 㖴 㖵 㖶 㖷 㖸 㖹 㖺 㖻 㖼 㖽 㖾 㖿 㗀 㗁 㗂 㗃 㗄 㗅 㗆 㗇 㗈 㗉 㗊 㗋 㗌 㗍 㗎 㗏 㗐 㗑 㗒 㗓 㗔 㗕 㗖 㗗 㗘 㗙 㗚 㗛 㗜 㗝 㗞 㗟 㗠 㗡 㗢 㗣 㗤 㗥 㗦 㗧 㗨 㗩 㗪 㗫 㗬 㗭 㗮 㗯 㗰 㗱 㗲 㗳 㗴 㗵 㗶 㗷 㗸 㗹 㗺 㗻 㗼 㗽 㗾 㗿 㘀 㘁 㘂 㘃 㘄 㘅 㘆 㘇 㘈 㘉 㘊 㘋 㘌 㘍 㘎 㘏 㘐 㘑 㘒 㘓 㘔 㘕 㘖 㘗 㘘 㘙 㘚 㘛 㘜 㘝 㘞 㘟 㘠 㘡 㘢 㘣 㘤 㘥 㘦 㘧 㘨 㘩 㘪 㘫 㘬 㘭 㘮 㘯 㘰 㘱 㘲 㘳 㘴 㘵 㘶 㘷 㘸 㘹 㘺 㘻 㘼 㘽 㘾 㘿 㙀 㙁 㙂 㙃 㙄 㙅 㙆 㙇 㙈 㙉 㙊 㙋 㙌 㙍 㙎 㙏 㙐 㙑 㙒 㙓 㙔 㙕 㙖 㙗 㙘 㙙 㙚 㙛 㙜 㙝 㙞 㙟 㙠 㙡 㙢 㙣 㙤 㙥 㙦 㙧 㙨 㙩 㙪 㙫 㙬 㙭 㙮 㙯 㙰 㙱 㙲 㙳 㙴 㙵 㙶 㙷 㙸 㙹 㙺 㙻 㙼 㙽 㙾 㙿 㚀 㚁 㚂 㚃 㚄 㚅 㚆 㚇 㚈 㚉 㚊 㚋 㚌 㚍 㚎 㚏 㚐 㚑 㚒 㚓 㚔 㚕 㚖 㚗 㚘 㚙 㚚 㚛 㚜 㚝 㚞 㚟 㚠 㚡 㚢 㚣 㚤 㚥 㚦 㚧 㚨 㚩 㚪 㚫 㚬 㚭 㚮 㚯 㚰 㚱 㚲 㚳 㚴 㚵 㚶 㚷 㚸 㚹 㚺 㚻 㚼 㚽 㚾 㚿 㜀 㜁 㜂 㜃 㜄 㜅 㜆 㜇 㜈 㜉 㜊 㜋 㜌 㜍 㜎 㜏 㜐 㜑 㜒 㜓 㜔 㜕 㜖 㜗 㜘 㜙 㜚 㜛 㜜 㜝 㜞 㜟 㜠 㜡 㜢 㜣 㜤 㜥 㜦 㜧 㜨 㜩 㜪 㜫 㜬 㜭 㜮 㜯 㜰 㜱 㜲 㜳 㜴 㜵 㜶 㜷 㜸 㜹 㜺 㜻 㜼 㜽 㜾 㜿 㝀 㝁 㝂 㝃 㝄 㝅 㝆 㝇 㝈 㝉 㝊 㝋 㝌 㝍 㝎 㝏 㝐 㝑 㝒 㝓 㝔 㝕 㝖 㝗 㝘 㝙 㝚 㝛 㝜 㝝 㝞 㝟 㝠 㝡 㝢 㝣 㝤 㝥 㝦 㝧 㝨 㝩 㝪 㝫 㝬 㝭 㝮 㝯 㝰 㝱 㝲 㝳 㝴 㝵 㝶 㝷 㝸 㝹 㝺 㝻 㝼 㝽 㝾 㝿 㞀 㞁 㞂 㞃 㞄 㞅 㞆 㞇 㞈 㞉 㞊 㞋 㞌 㞍 㞎 㞏 㞐 㞑 㞒 㞓 㞔 㞕 㞖 㞗 㞘 㞙 㞚 㞛 㞜 㞝 㞞 㞟 㞠 㞡 㞢 㞣 㞤 㞥 㞦 㞧 㞨 㞩 㞪 㞫 㞬 㞭 㞮 㞯 㞰 㞱 㞲 㞳 㞴 㞵 㞶 㞷 㞸 㞹 㞺 㞻 㞼 㞽 㞾 㞿 㟀 㟁 㟂 㟃 㟄 㟅 㟆 㟇 㟈 㟉 㟊 㟋 㟌 㟍 㟎 㟏 㟐 㟑 㟒 㟓 㟔 㟕 㟖 㟗 㟘 㟙 㟚 㟛 㟜 㟝 㟞 㟟 㟠 㟡 㟢 㟣 㟤 㟥 㟦 㟧 㟨 㟩 㟪 㟫 㟬 㟭 㟮 㟯 㟰 㟱 㟲 㟳 㟴 㟵 㟶 㟷 㟸 㟹 㟺 㟻 㟼 㟽 㟾 㟿 㠀 㠁 㠂 㠃 㠄 㠅 㠆 㠇 㠈 㠉 㠊 㠋 㠌 㠍 㠎 㠏 㠐 㠑 㠒 㠓 㠔 㠕 㠖 㠗 㠘 㠙 㠚 㠛 㠜 㠝 㠞 㠟 㠠 㠡 㠢 㠣 㠤 㠥 㠦 㠧 㠨 㠩 㠪 㠫 㠬 㠭 㠮 㠯 㠰 㠱 㠲 㠳 㠴 㠵 㠶 㠷 㠸 㠹 㠺 㠻 㠼 㠽 㠾 㠿 㡀 㡁 㡂 㡃 㡄 㡅 㡆 㡇 㡈 㡉 㡊 㡋 㡌 㡍 㡎 㡏 㡐 㡑 㡒 㡓 㡔 㡕 㡖 㡗 㡘 㡙 㡚 㡛 㡜 㡝 㡞 㡟 㡠 㡡 㡢 㡣 㡤 㡥 㡦 㡧 㡨 㡩 㡪 㡫 㡬 㡭 㡮 㡯 㡰 㡱 㡲 㡳 㡴 㡵 㡶 㡷 㡸 㡹 㡺 㡻 㡼 㡽 㡾 㡿 㢀 㢁 㢂 㢃 㢄 㢅 㢆 㢇 㢈 㢉 㢊 㢋 㢌 㢍 㢎 㢏 㢐 㢑 㢒 㢓 㢔 㢕 㢖 㢗 㢘 㢙 㢚 㢛 㢜 㢝 㢞 㢟 㢠 㢡 㢢 㢣 㢤 㢥 㢦 㢧 㢨 㢩 㢪 㢫 㢬 㢭 㢮 㢯 㢰 㢱 㢲 㢳 㢴 㢵 㢶 㢷 㢸 㢹 㢺 㢻 㢼 㢽 㢾 㢿 㣀 㣁 㣂 㣃 㣄 㣅 㣆 㣇 㣈 㣉 㣊 㣋 㣌 㣍 㣎 㣏 㣐 㣑 㣒 㣓 㣔 㣕 㣖 㣗 㣘 㣙 㣚 㣛 㣜 㣝 㣞 㣟 㣠 㣡 㣢 㣣 㣤 㣥 㣦 㣧 㣨 㣩 㣪 㣫 㣬 㣭 㣮 㣯 㣰 㣱 㣲 㣳 㣴 㣵 㣶 㣷 㣸 㣹 㣺 㣻 㣼 㣽 㣾 㣿 㤀 㤁 㤂 㤃 㤄 㤅 㤆 㤇 㤈 㤉 㤊 㤋 㤌 㤍 㤎 㤏 㤐 㤑 㤒 㤓 㤔 㤕 㤖 㤗 㤘 㤙 㤚 㤛 㤜 㤝 㤞 㤟 㤠 㤡 㤢 㤣 㤤 㤥 㤦 㤧 㤨 㤩 㤪 㤫 㤬 㤭 㤮 㤯 㤰 㤱 㤲 㤳 㤴 㤵 㤶 㤷 㤸 㤹 㤺 㤻 㤼 㤽 㤾 㤿 㥀 㥁 㥂 㥃 㥄 㥅 㥆 㥇 㥈 㥉 㥊 㥋 㥌 㥍 㥎 㥏 㥐 㥑 㥒 㥓 㥔 㥕 㥖 㥗 㥘 㥙 㥚 㥛 㥜 㥝 㥞 㥟 㥠 㥡 㥢 㥣 㥤 㥥 㥦 㥧 㥨 㥩 㥪 㥫 㥬 㥭 㥮 㥯 㥰 㥱 㥲 㥳 㥴 㥵 㥶 㥷 㥸 㥹 㥺 㥻 㥼 㥽 㥾 㥿 㦀 㦁 㦂 㦃 㦄 㦅 㦆 㦇 㦈 㦉 㦊 㦋 㦌 㦍 㦎 㦏 㦐 㦑 㦒 㦓 㦔 㦕 㦖 㦗 㦘 㦙 㦚 㦛 㦜 㦝 㦞 㦟 㦠 㦡 㦢 㦣 㦤 㦥 㦦 㦧 㦨 㦩 㦪 㦫 㦬 㦭 㦮 㦯 㦰 㦱 㦲 㦳 㦴 㦵 㦶 㦷 㦸 㦹 㦺 㦻 㦼 㦽 㦾 㦿 㧀 㧁 㧂 㧃 㧄 㧅 㧆 㧇 㧈 㧉 㧊 㧋 㧌 㧍 㧎 㧏 㧐 㧑 㧒 㧓 㧔 㧕 㧖 㧗 㧘 㧙 㧚 㧛 㧜 㧝 㧞 㧟 㧠 㧡 㧢 㧣 㧤 㧥 㧦 㧧 㧨 㧩 㧪 㧫 㧬 㧭 㧮 㧯 㧰 㧱 㧲 㧳 㧴 㧵 㧶 㧷 㧸 㧹 㧺 㧻 㧼 㧽 㧾 㧿 㨀 㨁 㨂 㨃 㨄 㨅 㨆 㨇 㨈 㨉 㨊 㨋 㨌 㨍 㨎 㨏 㨐 㨑 㨒 㨓 㨔 㨕 㨖 㨗 㨘 㨙 㨚 㨛 㨜 㨝 㨞 㨟 㨠 㨡 㨢 㨣 㨤 㨥 㨦 㨧 㨨 㨩 㨪 㨫 㨬 㨭 㨮 㨯 㨰 㨱 㨲 㨳 㨴 㨵 㨶 㨷 㨸 㨹 㨺 㨻 㨼 㨽 㨾 㨿 㩀 㩁 㩂 㩃 㩄 㩅 㩆 㩇 㩈 㩉 㩊 㩋 㩌 㩍 㩎 㩏 㩐 㩑 㩒 㩓 㩔 㩕 㩖 㩗 㩘 㩙 㩚 㩛 㩜 㩝 㩞 㩟 㩠 㩡 㩢 㩣 㩤 㩥 㩦 㩧 㩨 㩩 㩪 㩫 㩬 㩭 㩮 㩯 㩰 㩱 㩲 㩳 㩴 㩵 㩶 㩷 㩸 㩹 㩺 㩻 㩼 㩽 㩾 㩿 㪀 㪁 㪂 㪃 㪄 㪅 㪆 㪇 㪈 㪉 㪊 㪋 㪌 㪍 㪎 㪏 㪐 㪑 㪒 㪓 㪔 㪕 㪖 㪗 㪘 㪙 㪚 㪛 㪜 㪝 㪞 㪟 㪠 㪡 㪢 㪣 㪤 㪥 㪦 㪧 㪨 㪩 㪪 㪫 㪬 㪭 㪮 㪯 㪰 㪱 㪲 㪳 㪴 㪵 㪶 㪷 㪸 㪹 㪺 㪻 㪼 㪽 㪾 㪿 㫀 㫁 㫂 㫃 㫄 㫅 㫆 㫇 㫈 㫉 㫊 㫋 㫌 㫍 㫎 㫏 㫐 㫑 㫒 㫓 㫔 㫕 㫖 㫗 㫘 㫙 㫚 㫛 㫜 㫝 㫞 㫟 㫠 㫡 㫢 㫣 㫤 㫥 㫦 㫧 㫨 㫩 㫪 㫫 㫬 㫭 㫮 㫯 㫰 㫱 㫲 㫳 㫴 㫵 㫶 㫷 㫸 㫹 㫺 㫻 㫼 㫽 㫾 㫿 㬀 㬁 㬂 㬃 㬄 㬅 㬆 㬇 㬈 㬉 㬊 㬋 㬌 㬍 㬎 㬏 㬐 㬑 㬒 㬓 㬔 㬕 㬖 㬗 㬘 㬙 㬚 㬛 㬜 㬝 㬞 㬟 㬠 㬡 㬢 㬣 㬤 㬥 㬦 㬧 㬨 㬩 㬪 㬫 㬬 㬭 㬮 㬯 㬰 㬱 㬲 㬳 㬴 㬵 㬶 㬷 㬸 㬹 㬺 㬻 㬼 㬽 㬾 㬿 㭀 㭁 㭂 㭃 㭄 㭅 㭆 㭇 㭈 㭉 㭊 㭋 㭌 㭍 㭎 㭏 㭐 㭑 㭒 㭓 㭔 㭕 㭖 㭗 㭘 㭙 㭚 㭛 㭜 㭝 㭞 㭟 㭠 㭡 㭢 㭣 㭤 㭥 㭦 㭧 㭨 㭩 㭪 㭫 㭬 㭭 㭮 㭯 㭰 㭱 㭲 㭳 㭴 㭵 㭶 㭷 㭸 㭹 㭺 㭻 㭼 㭽 㭾 㭿 㮀 㮁 㮂 㮃 㮄 㮅 㮆 㮇 㮈 㮉 㮊 㮋 㮌 㮍 㮎 㮏 㮐 㮑 㮒 㮓 㮔 㮕 㮖 㮗 㮘 㮙 㮚 㮛 㮜 㮝 㮞 㮟 㮠 㮡 㮢 㮣 㮤 㮥 㮦 㮧 㮨 㮩 㮪 㮫 㮬 㮭 㮮 㮯 㮰 㮱 㮲 㮳 㮴 㮵 㮶 㮷 㮸 㮹 㮺 㮻 㮼 㮽 㮾 㮿 㯀 㯁 㯂 㯃 㯄 㯅 㯆 㯇 㯈 㯉 㯊 㯋 㯌 㯍 㯎 㯏 㯐 㯑 㯒 㯓 㯔 㯕 㯖 㯗 㯘 㯙 㯚 㯛 㯜 㯝 㯞 㯟 㯠 㯡 㯢 㯣 㯤 㯥 㯦 㯧 㯨 㯩 㯪 㯫 㯬 㯭 㯮 㯯 㯰 㯱 㯲 㯳 㯴 㯵 㯶 㯷 㯸 㯹 㯺 㯻 㯼 㯽 㯾 㯿 㰀 㰁 㰂 㰃 㰄 㰅 㰆 㰇 㰈 㰉 㰊 㰋 㰌 㰍 㰎 㰏 㰐 㰑 㰒 㰓 㰔 㰕 㰖 㰗 㰘 㰙 㰚 㰛 㰜 㰝 㰞 㰟 㰠 㰡 㰢 㰣 㰤 㰥 㰦 㰧 㰨 㰩 㰪 㰫 㰬 㰭 㰮 㰯 㰰 㰱 㰲 㰳 㰴 㰵 㰶 㰷 㰸 㰹 㰺 㰻 㰼 㰽 㰾 㰿 㱀 㱁 㱂 㱃 㱄 㱅 㱆 㱇 㱈 㱉 㱊 㱋 㱌 㱍 㱎 㱏 㱐 㱑 㱒 㱓 㱔 㱕 㱖 㱗 㱘 㱙 㱚 㱛 㱜 㱝 㱞 㱟 㱠 㱡 㱢 㱣 㱤 㱥 㱦 㱧 㱨 㱩 㱪 㱫 㱬 㱭 㱮 㱯 㱰 㱱 㱲 㱳 㱴 㱵 㱶 㱷 㱸 㱹 㱺 㱻 㱼 㱽 㱾 㱿 㲀 㲁 㲂 㲃 㲄 㲅 㲆 㲇 㲈 㲉 㲊 㲋 㲌 㲍 㲎 㲏 㲐 㲑 㲒 㲓 㲔 㲕 㲖 㲗 㲘 㲙 㲚 㲛 㲜 㲝 㲞 㲟 㲠 㲡 㲢 㲣 㲤 㲥 㲦 㲧 㲨 㲩 㲪 㲫 㲬 㲭 㲮 㲯 㲰 㲱 㲲 㲳 㲴 㲵 㲶 㲷 㲸 㲹 㲺 㲻 㲼 㲽 㲾 㲿 㳀 㳁 㳂 㳃 㳄 㳅 㳆 㳇 㳈 㳉 㳊 㳋 㳌 㳍 㳎 㳏 㳐 㳑 㳒 㳓 㳔 㳕 㳖 㳗 㳘 㳙 㳚 㳛 㳜 㳝 㳞 㳟 㳠 㳡 㳢 㳣 㳤 㳥 㳦 㳧 㳨 㳩 㳪 㳫 㳬 㳭 㳮 㳯 㳰 㳱 㳲 㳳 㳴 㳵 㳶 㳷 㳸 㳹 㳺 㳻 㳼 㳽 㳾 㳿 㴀 㴁 㴂 㴃 㴄 㴅 㴆 㴇 㴈 㴉 㴊 㴋 㴌 㴍 㴎 㴏 㴐 㴑 㴒 㴓 㴔 㴕 㴖 㴗 㴘 㴙 㴚 㴛 㴜 㴝 㴞 㴟 㴠 㴡 㴢 㴣 㴤 㴥 㴦 㴧 㴨 㴩 㴪 㴫 㴬 㴭 㴮 㴯 㴰 㴱 㴲 㴳 㴴 㴵 㴶 㴷 㴸 㴹 㴺 㴻 㴼 㴽 㴾 㴿 㵀 㵁 㵂 㵃 㵄 㵅 㵆 㵇 㵈 㵉 㵊 㵋 㵌 㵍 㵎 㵏 㵐 㵑 㵒 㵓 㵔 㵕 㵖 㵗 㵘 㵙 㵚 㵛 㵜 㵝 㵞 㵟 㵠 㵡 㵢 㵣 㵤 㵥 㵦 㵧 㵨 㵩 㵪 㵫 㵬 㵭 㵮 㵯 㵰 㵱 㵲 㵳 㵴 㵵 㵶 㵷 㵸 㵹 㵺 㵻 㵼 㵽 㵾 㵿 㶀 㶁 㶂 㶃 㶄 㶅 㶆 㶇 㶈 㶉 㶊 㶋 㶌 㶍 㶎 㶏 㶐 㶑 㶒 㶓 㶔 㶕 㶖 㶗 㶘 㶙 㶚 㶛 㶜 㶝 㶞 㶟 㶠 㶡 㶢 㶣 㶤 㶥 㶦 㶧 㶨 㶩 㶪 㶫 㶬 㶭 㶮 㶯 㶰 㶱 㶲 㶳 㶴 㶵 㶶 㶷 㶸 㶹 㶺 㶻 㶼 㶽 㶾 㶿 㷀 㷁 㷂 㷃 㷄 㷅 㷆 㷇 㷈 㷉 㷊 㷋 㷌 㷍 㷎 㷏 㷐 㷑 㷒 㷓 㷔 㷕 㷖 㷗 㷘 㷙 㷚 㷛 㷜 㷝 㷞 㷟 㷠 㷡 㷢 㷣 㷤 㷥 㷦 㷧 㷨 㷩 㷪 㷫 㷬 㷭 㷮 㷯 㷰 㷱 㷲 㷳 㷴 㷵 㷶 㷷 㷸 㷹 㷺 㷻 㷼 㷽 㷾 㷿 㸀 㸁 㸂 㸃 㸄 㸅 㸆 㸇 㸈 㸉 㸊 㸋 㸌 㸍 㸎 㸏 㸐 㸑 㸒 㸓 㸔 㸕 㸖 㸗 㸘 㸙 㸚 㸛 㸜 㸝 㸞 㸟 㸠 㸡 㸢 㸣 㸤 㸥 㸦 㸧 㸨 㸩 㸪 㸫 㸬 㸭 㸮 㸯 㸰 㸱 㸲 㸳 㸴 㸵 㸶 㸷 㸸 㸹 㸺 㸻 㸼 㸽 㸾 㸿 㹀 㹁 㹂 㹃 㹄 㹅 㹆 㹇 㹈 㹉 㹊 㹋 㹌 㹍 㹎 㹏 㹐 㹑 㹒 㹓 㹔 㹕 㹖 㹗 㹘 㹙 㹚 㹛 㹜 㹝 㹞 㹟 㹠 㹡 㹢 㹣 㹤 㹥 㹦 㹧 㹨 㹩 㹪 㹫 㹬 㹭 㹮 㹯 㹰 㹱 㹲 㹳 㹴 㹵 㹶 㹷 㹸 㹹 㹺 㹻 㹼 㹽 㹾 㹿 㺀 㺁 㺂 㺃 㺄 㺅 㺆 㺇 㺈 㺉 㺊 㺋 㺌 㺍 㺎 㺏 㺐 㺑 㺒 㺓 㺔 㺕 㺖 㺗 㺘 㺙 㺚 㺛 㺜 㺝 㺞 㺟 㺠 㺡 㺢 㺣 㺤 㺥 㺦 㺧 㺨 㺩 㺪 㺫 㺬 㺭 㺮 㺯 㺰 㺱 㺲 㺳 㺴 㺵 㺶 㺷 㺸 㺹 㺺 㺻 㺼 㺽 㺾 㺿 㻀 㻁 㻂 㻃 㻄 㻅 㻆 㻇 㻈 㻉 㻊 㻋 㻌 㻍 㻎 㻏 㻐 㻑 㻒 㻓 㻔 㻕 㻖 㻗 㻘 㻙 㻚 㻛 㻜 㻝 㻞 㻟 㻠 㻡 㻢 㻣 㻤 㻥 㻦 㻧 㻨 㻩 㻪 㻫 㻬 㻭 㻮 㻯 㻰 㻱 㻲 㻳 㻴 㻵 㻶 㻷 㻸 㻹 㻺 㻻 㻼 㻽 㻾 㻿 㼀 㼁 㼂 㼃 㼄 㼅 㼆 㼇 㼈 㼉 㼊 㼋 㼌 㼍 㼎 㼏 㼐 㼑 㼒 㼓 㼔 㼕 㼖 㼗 㼘 㼙 㼚 㼛 㼜 㼝 㼞 㼟 㼠 㼡 㼢 㼣 㼤 㼥 㼦 㼧 㼨 㼩 㼪 㼫 㼬 㼭 㼮 㼯 㼰 㼱 㼲 㼳 㼴 㼵 㼶 㼷 㼸 㼹 㼺 㼻 㼼 㼽 㼾 㼿 㽀 㽁 㽂 㽃 㽄 㽅 㽆

- (20) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 69.
- (21) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 70; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 35; Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 17; LG Karlsruhe 9. 10. 1992 NJW-RR 1993, 567 (568); Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 88; OLG 9. 10. 1992 NJW-RR 1993, 567 (568). LG Karlsruhe 29. 12. 1995 BB 1996, 1580 (1581). たゞし、継続的取引関係が存する場合に異なる。Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 37; OLG Karlsruhe 9. 10. 1992 NJW-RR 1993, 567 (568).
- (22) Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 88.
- (23) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 35; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 24.
- (24) BGH 12. 2. 1992 BGHZ 117, 190 (197f.). たゞし、Rüffert, D., Einbeziehung von AGB im kaufmännischen Geschäftsverkehr, MDR 1992, 922 (923) は、かかる約款条項が存し、最初の取引で黙示的に組み込まれたとき、二回目の取引にも同条約款は適用せらるゝと解するのが適当である。
- (25) Vorderobermeier, B.-S., aaO, S. 56.
- (26) Vorderobermeier, B.-S., aaO, S. 56; BGH 14. 2. 1995 NJW 1995, 1281 (1281).
- (27) Vorderobermeier, B.-S., aaO, S. 56.
- (28) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 34; BGH 18. 10. 1978 WM 1979, 19 (20).
- (29) Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 17; BGH 12. 2. 1992 BGHZ 117, 190 (196). たゞし、Rüffert, D., MDR 1992, 922 (923) は、必要は迅速な取引結了と商人としての取引経験を考慮すると、相手方の沈黙は約款組込への同意と解するの適当である。
- (30) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 33.
- (31) 約款規制法二条の適用が商人間取引にのみならず、枠組合意(契約)が許容されることは自明のことである。Schmidt, K., Handelsrecht, 4. Aufl., 1994, S. 610.
- (32) 以上は、Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 36 に於て、Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 23 は、二条一項と異なる

当該時点で具体的に適用される約款による旨であってもよいが、利用者は相手方に遅滞なく新約款につき知らせなければならぬこととなる。Siehe auch Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 27.

(II) 当該分野の取引慣行及び商慣習

約款の利用が当該分野で取引慣行となつている場合は、これによって約款は組込まれる。これは、非商人との取引の場合よりも緩やかな基準で肯定されている。商人間取引の迅速性の要請と、商人は非商人よりも取引経験が豊かであることによるのであり、約款規制法制定以前における認識必然性の原則は商人間取引では同法制定後も大きな意味を持つことになる。⁽²⁾ ただし、そのためには、商人間取引でも、約款利用が当該分野で慣行であることだけでは不十分で、顧客が約款適用に黙示的に同意したという結論を肯定できるような事情が付加しなければならぬ。⁽³⁾ つまり、約款が当該分野で一般的に利用されており、かつ、当該業界でそれに相応した認識が存する場合に認められることによる。⁽⁴⁾ これは、この種の慣行は特定分野における事実上の慣行(Dünng)であつて、これのみに基づいて約款が既に組込まれたという規範ではないからである。⁽⁵⁾ この種の取引慣行が肯定された事例としては、運送取扱人普通約款(ADSP)、銀行約款、保険約款があるが、これら以外では個別的に認められる場合に限定され、通常の売買約款には妥当しない。⁽⁶⁾

この当該分野での取引慣行に該当すれば、利用者はそれ相応の指定をなさなくとも、その申込は約款を包含することになる。⁽⁷⁾ そこで、商人はその専門的な営業活動から、特定約款が当該取引分野で慣行的に利用されていることについての認識を有するか又は少なくともこの種の知識をえること(Kundig machen)が期待されるからである。⁽⁸⁾ そ

して、この場合、相手方が利用者の黙示的な組込表示を事実上知っており、かつ、理解していたかは問題とならない。⁽⁹⁾そこで考慮されるのは、必要とされた注意をなせば、必然的に認識されえたであろう事情についてであるからである。⁽¹⁰⁾つまり、契約相手方の個人的認識・経験によるのではなく、客観的に典型的に存する認識と経験によるのである。⁽¹¹⁾ただし、典型的に当該取引分野に属する取引であると共に、利用者からみて当該分野に通暁している者であることを要する。⁽¹²⁾

なお、この当該分野での慣行が肯定される場合には、顧客が約款の適用に同意しないならば、承諾表示に際して、約款組込につき異議申立をすることを要する。⁽¹³⁾

約款が商慣習である場合は、当該分野においては、明示又は黙示の合意なしに、制定法上の指定（HGB三四六条）に基づき約款は適用される。⁽¹⁴⁾契約相手方が商慣習を認識していることは必要ではない。⁽¹⁵⁾したがって、相手方は商慣習となっている約款の組込に対しては、これを否定するつもりならば、明示に異議申立をしなければならぬ。⁽¹⁶⁾HGB三四六条は修正可能であり、契約相手方が約款適用に異議申立をし、それにもかかわらず契約が締結された場合は、約款は商慣習であっても契約内容とならない。⁽¹⁷⁾また、約款の組込に関する商慣習も考えられる。この場合の商慣習は、約款全体の組込又は個々の条項の組込に制限され、個々の条項の内容には及ばない。したがって、個々の条項の変更があっても、約款全体としての組込に関する商慣習の適用は妨げられない。⁽¹⁸⁾単に組込の商慣習に基づいて契約内容となった条項は約款規制法による規制に服し、ことに不意討ち条項であれば契約内容とならない（同法三条）⁽¹⁹⁾。これに反し、個々の条項の内容が商慣習に基づいて適用される場合は、約款として契約に明示ないし黙示的に採り入れられたか否かを問わず、HGB三四六条により適用される（いわゆる規範的商慣習）。この場合は、約款組込問題は生じないし、約款規制法による規制も及ばない。⁽²⁰⁾

しかし、商慣習の成立要件は、長期間の事実上の慣行の存在と関係者の圧倒的多数による自主的な確信であるから、約款の利用が商慣習となるのは非常に稀である。約款利用の目的は原則として利用者の一方的な営業の維持及び確保 (Stützung und Absicherung) にあるから、約款に付合する者の任意の同意を確認することができるのは非常に稀である⁽²²⁾。かつ、商慣習の存在に関する要件にはより高度なものが要求されるからである。商慣習は、一方では具体的分野において私的自治からみて自己拘束なしに、他方では立法手続なしに、生じるものであって、少なくとも商人間の専門的予測可能性 (Erwartkeit) の存在が最小限必要とされる。したがって、全く特別な場合においてのみ、商慣習に基づく特定約款の組込又は遵守が肯定されることになる⁽²³⁾。従来、商慣習性が肯定された約款は、普通ドイツ海上保険約款 (Allg. Deutsche Seeverversicherungsbedingungen)、木材取引におけるテージェルンゼー慣行 (Teegernsee Gebräuche) 等それほど多くはなく、運送取扱人普通約款 (ADSp)、銀行約款、建築請負工事規定 (VOB) は否定されて⁽²⁴⁾いる。

- (一) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 82. Siehe auch Erman-Helfmehl, BGB, § 145 Vorbem. Rdn. 34.
- (二) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 82; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 24. Siehe auch Schroeder, D., aaO, S. 68. ただし、認識必然性原則の評価につき消極に解する見解も有力である。例えば、Vorderobermeier, B.S., aaO, S. 55 は、立法者の意図は組込を法律行為に基礎づけることにある。したがって、商人間取引においても認識必然性の原則は時代遅れといえる。むしろ、黙示的組込に際しても、具体的事案において法律行為による組込という前提条件につき吟味されねばならないとする。Schlosser, P., AGBG, § 2 Rdn. 17 も、約款規制法施行は商人間取引においても非常に誤解を生じる認識必然性という公式を解消するきっかけとなるべきで、組込意思を知らねばならなかったということは商人にとっても十分ではないと指摘する。Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 24 の限定して肯定している。

- (c) Soergel/Stein, AGBG, § 2 Rdn. 36; Erman/Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 40; Westphalen, G. F. v., Vertragsabschluss-Klauseln, Rdn. 34 u. 39; Enshaler u. a., GemeinHGB, vor § 343 Rdn. 13; BGH 4. 2. 1992 NJW-RR 1992, 626 (626f.); BGH 20. 3. 1985 NJW 1985, 1838 (1840) (当該分野の慣行は、契約相手方が黙示的に約款適用に同意したと見なすことについての一時的な例外であり得る)。Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 37, 17, 認議必然性を肯定するに非ず、単なる当該分野における慣行では不十分である。Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 32, 14, 両当事者の有効な組込表示という法律行為上の要件を弱めないことが要求されねばならぬから、たとえ特定約款が慣行的に利用されていても、当該約款を指定することが原則として要求されねばならぬことである。
- (4) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 64; Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 412; Schroeder, D., aaO, S. 69; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 63.
- (5) Vorderobermeier, B.-S., aaO, S. 69; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 62, 4, 取引慣行は規程ではなく、一般的行態の抽象的な得たる基準 (Regeln) にとりなすこととを指摘する。
- (6) Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 19, 当該分野での取引慣行を肯定した事例として、BGH 22. 1. 1954 BGHZ 12, 136 (139); BGH 18. 6. 1971 WM 1971, 987 (988); BGH 21. 12. 1972 WM 1973, 635 (636); OLG Hamm 16. 4. 1984 WM 1601 (1602); OLG München 31. 7. 1992 NJW-RR 1993, 167 (167f.)。及び、右記した事例として、BGH 4. 2. 1992 NJW-RR 1992, 626 (626f.) (織物加工業)。判例の詳細については、Siehe Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 85; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 29.
- (7) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 83; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 29; BGH 26. 9. 1989 BGHZ 108, 348 (352)。これは又、この場合にも明示の指定を要するとのことについて、Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 32; Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 37, Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 67, は、取引慣行が成立するのは、利用者が決め手となる約款を完全に表示したものであると限定的に解する。
- なお、指定が取引慣行なのであるから、約款が変更されても、約款指定の取引慣行はならん変更されない。したがって、指

- 定が再び取引慣行となるために、変更された約款が取引上長期間利用されることを要しないこととなる。Siehe Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 65.
- (8) Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 411f. したがって、同じ商人として、小商人は除かれる。Capelle-Canaris, Handelsrecht, 22. Aufl., 1995, S. 352 だ。取引慣行は BGB 一五七条 HGB 三四六条による解釈の一要素であり、表示の取引上典型的な意味の推定であるから、当事者の表示は通常契約締結は約款を基礎として締結されるべきと解釈されるのであると
たろ。
- (9) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 84; OLG Hamburg 23. 2. 1995 RIW 1997, 70 (70).
- (10) Schroeder, D., aaO, S. 70.
- (11) Erman-Helermehl, AGBG, § 2 Rdn. 41.
- (12) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 83; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 63; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 29; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 64; Locher, H., aaO, S. 53; Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 412; Schroeder, D., aaO, S. 70; BGH 21. 11. 1975 BB 1976, 1386 (1386); BGH 7. 7. 1976 NJW 1976, 2075 (2075). 企業が慣行的に約款を利用してはならない場合、当該分野での慣行と異なり、契約締結の前又は際として指定しなければならない。Erman-Helermehl, AGBG, § 2 Rdn. 40.
- (13) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 84; Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 411; Schroeder, D., aaO, S. 70; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 70.
- (14) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 90; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 30; Locher, H., aaO, S. 54; Schroeder, D., aaO, S. 71; Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 34. Siehe auch BGH 3. 12. 1992 NJW 1993, 1798 (1798).
- (15) Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 40; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 81; Erman-Helermehl, AGBG, § 2 Rdn. 42; Schroeder, D., aaO, S. 71 u. 82f.; OLG Koblenz 10. 3. 1988 BB 1988, 1138 (1139). Vgl. auch BGH 7. 3. 1973 BB 1973, 635 (636).
- (16) Ulmer u. a., AGBG, § 2 rdn. 90; Locher, H., aaO, S. 54.

- (17) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 81.
- (18) (91) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 82.
- (20) Vorderobermeier, B.-S., aaO. S. 79; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 83; Basedow, J., Handelsbräuche und AGB-Gesetz, ZHR 150 (1986), 469 (486). 個々の条項が商慣習であるべき例としては、Siehe BGH NJW 1993, 1798 (国際毛皮取引における仲裁条項)；LG Marburg 17. 6. 1993 NJW-RR 1993, 1505 (1505) (繊維工業における所有権留保).
- (21) Schroeder, D., aaO. S. 71.
- (22) Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 409f.
- (23) 詳細は、Siehe Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 91; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 40.

(Ⅲ) 継続的取引関係

継続的取引関係が存する場合に、従前の取引の際に有効に組込まれた約款が、その後の取引にそのまま適用されるか、つまり、将来の取引についても黙示的な組込に基づき適用されるかについては、肯定される。つまり、当事者間に継続的な取引関係が存し、一方当事者が従前の契約締結に際して、自己の約款に基づいてのみ締結することを再三にわたり指定しており、相手方がこれに対して異議を申立てない場合には、新たな契約締結に際して新たに指定がなされなくとも、両者は新たな契約への約款の適用につき同意したものとされる。⁽²⁾この場合、信義則に基づき、かつ、取引慣習、特に取引関係の種類、範囲及び期間を考慮して、契約締結に際しての当事者の行態がどのように評価できるかを具体的事案に応じて慎重に吟味することを要するが、その際には、疑わしきは約款を使用する側の負担となる。この者には、法的安全性及び法的明確性の要請に一致して自己の約款を契約に組み込むことにつき配慮すべきことが

求められるからである。⁽³⁾以下、具体的に検討する。

継続的取引関係の点では、以前に一回だけ契約が締結された⁽⁴⁾とか、当事者間でたまたま偶然に法取引が成立した⁽⁵⁾とか、従来の取引関係が単に短期間であった⁽⁶⁾とかの場合には、一般に黙示の組込を肯定するには不十分である。⁽⁷⁾これに反して、多年に渡る取引関係が存し一〇〇回を超える契約締結がなされているとか、約三年間に三七回の注文があり、その内一四回は最初の一年内になされているとか、二年の期間中に一連のかんりの取引がなされたとか、多数回の供給⁽⁸⁾とか、半年以内に四通の請求書が送付された⁽⁹⁾とか、約三ヵ月内に多数の契約が締結された場合は、肯定される。この点から、継続的関係による組込には、取引関係が一定期間存することを要し、かつ、一定数の取引が締結されていることを要することになる。⁽⁹⁾

さらに、黙示的組込への同意を肯定するには、継続的取引関係の存在のみでは不十分で、利用者が、規則的に自己の約款でのみ取引をなすことを相手方に誤解の余地がないように認識させたことを要する。⁽¹⁰⁾継続的取引関係が存在して、この種の措置がなされ、相手方が異議申立をしないならば、利用者と顧客とは、両者の客観的な、相手方に認識し得る、それ相応の意思を表示しているといえるからである。⁽¹¹⁾そして、継続的取引関係では、平均的顧客が約款組込に関する利用者の意思を認識できるものであったかではなくて、当該契約相手方にこれが可能であったかに依存する。⁽¹²⁾したがって、納品書における指定は、必ずしも契約締結権限を有する者の認識するところとなるとは限らないから原則として不適切⁽¹³⁾であるし、請求書における指定も同様である。⁽¹⁴⁾しかし、請求書に存する条項に従って処理が既に一度なされた場合には、利用者は請求書に存する約款は周知されたものと信頼できる。同様に、表頁には指定がないが、契約締結の際に添付された請求書の裏面に約款が印刷されていたとか、請求書で約款の指定がなされると共に約款が添付された場合も、このことは妥当する。⁽¹⁵⁾もっとも、請求書を受領した者が代理権限を有しない場合には、添付され

た約款は代理権限を有する者に呈示されることを要する⁽¹⁶⁾。さらに、最初の注文の際に約款が有効に組込まれていて、追加注文がなされた場合には、一般に当初の契約及びその約款が推断的に引用されたものとして適用される⁽¹⁷⁾。

なお、継続的な取引関係における推断の同意が肯定できるのは、取引が継続的取引関係にとって典型的なものであることを要し、非典型的な取引の場合は特別な指定を要する⁽¹⁸⁾。また、継続的取引関係で約款の変更がなされた場合には、請求書における明確で一義的な指定で十分とする判例も存するが⁽¹⁹⁾、変更が相手方にとって著しくその法的状態を不利とするものであれば特別な指定を要し、推断の同意を肯定すべきではない⁽²⁰⁾。

(1) 継続的取引関係の存在はいかなる要件の下で肯定されるかについては、当事者の意思が決め手とされる。つまり、取引関係の開始に際して、両当事者に、将来相互に特定種類の取引を規則的になすという明確な意思が存することである。したがって、個々の契約の法的独立性は重要でなく、当事者間の取引関係が当初は短期間であって、さらに継続するか否か不確かであることが肯定される。Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 18.

(2) Larenz, K., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 43 Rdn. 29 (Wolf, M.) (以下「Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB」) ; Ullmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 86; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 37; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 24; Ensthaler u. a., GemeinHGB, vor § 343 Rdn. 14; BGH 15. 6. 1964 BGHZ 42, 53 (55); BGH 20. 7. 1973 DB 1973, 1393 (1394); BGH 28. 9. 1977 WM 1977, 1353 (1354); BGH 6. 12. 1990 VersR 1991, 480 (481); BGH 21. 11. 1991 NJW 1992, 1232 (1234); OLG Hamburg 15. 5. 1986 NJW-RR 1986, 1177 (1178); OLG Celle 28. 10. 1987 WM 1987, 1569 (1570). 「われど対しつ」 Vorderbermeier, B.-S., aao. S. 58f. bes. 68 は「継続的取引関係にならば」法律上の合意を要するとして「反対し、枠組合意の締結による方法をとるのが望ましく」とする。

(3) Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 25; Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 418; BGH 28. 5. 1973 WM 1973, 1198 (1199).

- (4) BGH 12. 2. 1992 BGHZ 117, 190 (1951.); Lindacher, W. F., Urteilsanmerkung, WuB IV B. § 2 AGBG 1. 92, S. 877 (879); Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 37.
- (5) BGH 28. 5. 1973 WM 1973, 1198 (1200); OLG Hamburg 1. 6. 1979 NJW 1980, 1232 (1233) (三井物産の輸入契約); BGH 28. 5. 1973 DB 1973, 1394 (1394).
- (6) BGH 7. 6. 1978 NJW 1978, 2243 (2244) (契約期間の入口期間中の三回の契約).
- (7) Uimcr u. a., AGBG, § 2 Rdn. 86; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 24; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 35; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 38.
- (8) Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2492). 折衷として Siehe z. B. OLG Hamburg 15. 5. 1986 NJW-RR 1986, 1177 (1178); OLG Celle 28. 10. 1987 WM 1987, 1569 (1570).
- (9) Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2492). 具体的最低数を定めるのは困難であるが、Fische, F. O., aao. は、最低限五回の取引を必要とする期間にこの取扱いがなされるべきであると主張する。
- (10) BGH 28. 5. 1973 WM 1973, 1198 (1199); BGH 12. 2. 1992 BGHZ 117, 190 (195); OLG Celle 28. 10. 1987 WM 87, 1569; Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 36 u. 37; ders., Verkaufsbedingungen, S. 18; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 37; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 60; Schroeder, D., aao. S. 72. 約款は将来の契約に適用されるべきである。この約款条項はもはや単純な指針にすぎないものである。Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 18; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 38. Siehe BGH 1992, 660, Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2493) は、契約相手方の約款が事実上周知である限りは有効である。
- (11) Schroeder, D., aao. S. 72.
- (12) Schroeder, D., aao. S. 73.
- (13) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 63; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 60; Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2492); BGH 7. 6. 1978 NJW 1978, 2243 (2244); OLG Hamburg 19. 9. 1984 ZIP 1984, 1241 (1242); OLG Hamburg 1. 6. 1979 NJW 1980, 1232

- (1233).
- (14) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 63; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 24. 契約締結後に「自己」の約款を指定した者は、相手方に将来の契約締結に際しての異議申立の責務を生じせしめなければならない。Lindacher, W. F., WuB IV B, § 2 AGBG 1. 92, S. 877 (879). 「自己」の Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2491) は、判例は請求書の場合には肯定して「自己」である。請求書に「自己」の特別なメモの形態で明確かつ「義務」の指定がなされている場合に肯定した例として、Siehe BGH 6. 12. 1990 BB 1991, 501 (502). Löwe u. a., AGBG, § 2 Rdn. 37; BGH 7. 6. 1978 NJW 1978, 2243 (2243f.) は、請求書上の約款が存在すれば、継続的取引関係では、推断的意思表示に基づく組込契約の承諾が根拠づけられるとするが、請求書上の文言は「当社は約款に基づき供給する……」という類べ、これは基礎とされている契約の完了にのみ関するもので、なされた合意を想起せしめるか又は客観的に不正確な法見解を示しているにとどまり、将来のための法律行為上の表示を全く含んでいないから、疑問である。Siehe Philippowski, R., Mehrfache widerspruchslöse Entgegennahme von AGB-Vermerken auf Rechnungen, DB 1979, 248 (249).
- (15) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 63. 無効と「自己」 Siehe OLG Hamburg 15. 5. 1986 NJW-RR 1986, 1177 (1178); OLG Hamburg 19. 9. 1984 ZIP 1984, 1241 (1242); BGH 6. 12. 1990 NJW-RR 1991, 570.
- (16) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 63; BGH 6. 12. 1990 NJW-RR 1991, 570 (571).
- (17) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 63; Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 18f.; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 60. Siehe auch BGH 17. 2. 1965 BB 1965, 435. Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2493) は、追加注文は信義則上約款の適用があるとのと解されることである。
- (18) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 63; Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 419.
- (19) BGH 6. 12. 1990 WM 1991, 459 (460). 継続的な保険契約に「自己」の約款が変更された場合、その組込には契約変更として契約上の合意が前提条件である。OLG Hamm 17. 3. 1993 VersR 1994, 37 (37).
- (20) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 86; Müller-Graff, P.-C., FS für K. Pleyer, S. 419; Fischer, F. O., BB 1995, 2491 (2492);

OLG Koblenz 6. 5. 1983 BB 1983. 1635 (1635); BGH 6. 12. 1990 NJW-RR 1991. 570 (571).

また、最初の契約で有効に組み込まれた約款における「約款は将来の契約にも及ぶものとする」旨の条項は、相手方に実際
に約款が知らされていた場合にのみ有効とされる。BGH 12. 2. 1992 BGHZ 117. 190 (198f.).

(IV) 商人間における確認書及び注文確認書

商人間における確認書及び注文確認書については、従来判例学説により独自の法理の発展がみられるが、約款規制
法はこれにつきなんら影響を及ぼしてはず、従来の法理がそのまま適用される。

契約当事者が契約交渉をなし契約締結に至ると、将来の紛争を避けるために、一方当事者が他方に対して契約締結
とその内容につき書面を以て確認することが一般的に行われる。この場合、確認書内容が交渉の結果とは異なっても、
相手方がこれに対して書面受領後遅滞なく異議を申立てない限り、確認書内容が合意されたものと看做される。確認
書の異議なき受領によって、書面内容に対する同意と、同時に書面上明示に引用された約款についての同意を表明し
ているとされる。⁽¹⁾つまり、異議申立がなされないと、契約は確認書の内容に従って変更されるか又は補充される。例
えば、合意されていなかった約款の組込が生じる。契約が口頭でなされ未だ最終的に締結されていなかった場合には、
確認書内容でもって成立する。⁽²⁾合意された約款における書面条項（変更には書面によることを要するという条項）が
存しても、確認書による契約内容の変更を阻止できない。⁽³⁾この場合、確認書に約款が添付されていなくとも、また、
相手方が何らかの機会に知っていたか否かを問わないし、⁽⁴⁾沈黙の意義に関する錯誤による取消は信頼原則上認められ
ない。⁽⁵⁾かつ、約款は契約交渉の対象となっていないなくとも、また、事後の指定であってもよいとされる。⁽⁶⁾

一般に、沈黙は同意ではなく、むしろ、なんらの表示でもないか又は拒絶と解され、このことは商人間取引でも妥当するのであるが、商人間における確認書についてはこの沈黙に関する一般原則が変更されるのである。商人間取引では、取引の迅速かつ明確な開始 (Anbahnung) が要求されるからである。口頭の契約締結には迅速であるとはいへ、明確性に欠ける危険性がある。したがって、口頭の合意を確認書の形で書面にまとめる者に特権が与えられ、明確な法状態を促進するために、確認書の受領者に同意しないならば、異議申立をすることが要求されるのである。⁽⁸⁾したがって、この法理の人的適用範囲も、受領者が非商人であっても、商人と類似の形態で商取引に参加する場合には適用されると拡大されることになる。送付者についても同様に解されている。⁽¹⁰⁾このような確認書に対する沈黙によって契約が成立するとされる理論的根拠には、沈黙は意思表示と解する見解、意思表示の擬制とする見解、義務違反又は責務違反説、契約締結上の過失理論、信賴保護説等の諸見解があるが、一般には意思表示としての沈黙、義務又は責務の違反に基づく効果ではなく、商慣習によるものであるとされる。⁽¹²⁾しかし、近時は商慣習法と解する見解が有力である。⁽¹³⁾これによると、確かに確認書に関する法原則は、商慣習から発展したが、時の経過とともに慣習法上の法規範へと凝固し、商取引における責務へと確定されている。その規範目的は、商法三六二条一項と同様に取引安全の保障である。客観的な取引保護に関するもので、この取引保護は法外観責任⁽¹⁴⁾とはなんら関係を有せず、客観法の構成要素となつていとされる。⁽¹⁵⁾

この法理が適用されるには、まず第一に、契約交渉が行われていて、契約が口頭で既に締結されているか又は交渉が相当進展していて確認書は既に合意されたものの形式的な確定 (Abschluss) と解されるものであることを要する。⁽¹⁶⁾第二に、確認書自体が先行の契約交渉と時間的に近接して送付されていることを要する。⁽¹⁷⁾例えば、五日後の送付はよいが、三週間後の送付では不適切とされる。⁽¹⁸⁾送付の時間的限界はいつまでかは一概にいえず、個別事案の具体的事情

によるが、書面の受領者がその到着を予測しており、不意打ちとならないことが必要である⁽¹⁹⁾。第二に、確認書自体における約款の指定は、明確で誤解を生じせしめないものであることを要し、その場合には約款の当該分野における慣行が考慮される⁽²⁰⁾。第四に、確認書の内容は、意識的に不正確であるとか又は歪曲したものであってはならないし、合意されたものとは相当に隔っていて、確認者自身が当然に受領者の同意を想定し得ないものであってはならない⁽²¹⁾。この種の場合には、確認書という確認の意味に沿うものではなく、不安定性を除去するという必要性に欠けるし、もとも確認書の原則は誠実な商人間取引を保護することにあるからである⁽²²⁾。この場合、確認書の法原則の適用を否定するには、送付者の不誠実さが指摘されるが、これは立証可能ではないから、客観的相違で十分であって、不誠実さを立証する必要はない⁽²⁴⁾。第五に、受領者が遅滞なく異議を申立てるか、確認者が従来の取引関係から自己の約款に対して相手方が拒否的な態度を執っていることを知っていた場合には適用されない⁽²⁵⁾。異議申立は、口頭、電話又はファックスでもなしうるが、商人間取引に適切な相応の短期間内に表示することを要し、例えば、三日、場合によっては七日後でも適時とされるが、これより遅れると適時とはいえないとされる⁽²⁶⁾。この異議申立は推断的でもよいが、受領者が送付者に対して確認書の内容に同意しないことを示すものであれば足りる⁽²⁷⁾。

なお、確認書法理により組込まれた約款条項と具体的な個別契約の内容とが解消できないほどの相当な乖離がある場合には、確認書の範囲内で組込まれたにも拘らず、個別契約の内容が優先する。約款規制法四条の適用である⁽²⁸⁾。この点から、論者によっては四条の明文化により「商人間の確認書からの別離」が主張されているが、確認書に関する⁽²⁹⁾沈黙に基づく擬制は、相手方の約款全体への包括的同意についてのみ機能するにとどまり、約款条項の全ての個々の内容が個別契約上のものとして交渉されたと看做されるという意味での広範囲な擬制は信頼状態から根拠づけられない⁽³⁰⁾。また、変更又は補充に関する書面条項(Schriftformklausel)が存しても、確認書法理の適用を妨げない。確

認書はその書面性をもって立証目的を果たすものであり、かつ、確認書法理は法的安全性及び信義則から引き出される信頼保護に資するものであって、これは約款規制法九条により原則として約款によって排除できないからである。⁽³¹⁾

以上の確認書に対する沈黙の法原則に対し、注文確認書に対する沈黙はその内容に対する同意とは解されない。確認書は事前になされた交渉の結果を伝達するものであるが、注文確認書は契約申込に対する書面による承諾であり、そこで約款の指定がなされたときは、修正された承諾であり、新たな申込と評価され、これに対する沈黙はそれに同意したものとされない。⁽³⁴⁾つまり、注文確認書は未だ契約締結とはなっていない事前交渉を締め括るもので、これによって商人は自己になされた申込（注文）を承諾し、原則として契約を最終的に取り決めるのである。⁽³⁵⁾この種の書面を送付する商人は、契約が未だ成立していず、注文確認書はなによりも契約締結のためであることを知っている。したがって、相手方の申込を修正するならば、異議申立をしない相手方が変更に同意したとは直接的に信頼できないことになる。むしろ、自身で変更して提案した約款が契約内容になるように配慮するのは明らかに確認者の側でなすべきことである。⁽³⁶⁾この種の変更の承諾には沈黙では不十分で、相手方から確認者に到達した承諾によってのみ契約の成立をもたらず。⁽³⁷⁾しかし、この原則は無制限に適用されるものではない。注文確認書が最終的な契約承諾に役立つばかりでなく、契約締結の場合には合意を達成することを意図し、詳細に立証目的のために規定しているときには、注文確認書は内容目的の点から商人間の確認書に相応するといえる。⁽³⁸⁾したがって、具体的事案において受領者の行態の結果、注文確認書における変更への同意があるとされることが有りうる。⁽³⁹⁾例えば、注文確認書において変更がなされた場合、契約給付の異議なき受領は変更された申込（BCB一五〇条二項）の黙示的承諾と看做される。⁽⁴⁰⁾特に、事前に明確に自己の約款に基づいてのみ給付をなすという意図を明示している場合はそうである。相手方は約款の適用を回避したいならば、商品の受領に際して異議申立をしなければならない。⁽⁴¹⁾もっとも、商品の受領とか代金支払があつて

も、相手方が約款適用につき明示に異議申立をしているか、つまり、約款はいかなる場合でも承諾しないことを明確に以前の書面のやり取りの過程で (Vorkorrespondenz) で指定したか、購入者側に供給者による修正された約款に対する防止条項が存する場合には、黙示的承諾は否定される^(セ)。

(1) Locher, H., aaO. S. 63; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 25; Dücker, H.-G. v., Das kaufmännische Bestätigungsschreiben in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, BB 1996, 3 (8). 一方当事者が確認書を送付したのに対し、相手方が異なる内容の確認書を送付した場合は、先に送付した者が異議申立をしないと相手方の確認書の内容が契約内容となる。BGH 14. 3. 1984 WM 1984, 639 (641)。しかし、この場合は、誤解を回避するために口頭の契約締結が確認されるのではなく、契約内容の事後の変更のための手段として確認書が濫用されているといえ、不誠実な行為であって、異議申立をなさないことは同意とは評価されな^ス。Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 79.

(2) 確認書に対する沈黙の効果は、確認書の内容によって宣言的か創設的かに区分される。つまり、確認書の内容が合意されたものと一致する場合には、純粹に宣言的效果を生じることとなり確認書は単なる立証機能のみを有する。異なる場合は、創設的に契約を根拠づけ内容変更的效果を生ずる。Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 46; Schmidt, K., Handelsrecht, S. 580 u. 582f.

(セ) Thamm, D. u. Delzer, K., Das Schreiben auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, DB 1997, 213 (213); Dücker, H.-G. v., BB 1996, 3 (3); BGH 20. 10. 1994 NJW-RR 1995, 179 (180); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, 29. Aufl., 1995, § 346 Rdn. 20. 有効な確認書は完全性の推定を受け、いずれの当事者によるかを問わず、確認書内容と矛盾しないが付加的な合意がなされたという証明を排除する。かつ、いずれの当事者も確認書の効果を援用でき、選択権ではな^ス。Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 17 u. 28; Hopt, K. J., Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsrecht, AcP 183 (1983), 608 (693).

- (4) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 44; Hohmeister, F. u. Küper, A., Die Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr, BuW 1997, 702 (705); Röhrich u. a., HGB, § 346 Rdn. 46.
- (5) 論議は、信託保護ならんは取引保護の必要は、確認書の交付、本法眼の本質的決定等について、異なる、仮定は、取引の公正性を争ふべき。Dücker, H.-G. v., BB 1996, 3 (8); Capelle-Canaris, Handelsrecht, S. 346; Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1992, BGB § 119 Rdn. 58f. (Kramer, E.) (以下「Kramer, MünchKomm. BGB-45版」); Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 48; Medicus, D., aaO, Rdn. 442. Siehe Koch-Stübing, AGBG, § 2 Rdn. 6.
- (6) Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 17. Siehe BGH 5. 5. 1982 NJW 1982, 1751 (1751); BGH 29. 9. 1985; BGH 29. 9. 1985 BGHZ 18, 212 (216); BGH 9. 7. 1970 BGHZ 54, 236 (242).
- (7) Thamm, D. u. Detzer, K., DB 1997, 213 (213); Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlüßklauseln, Rdn. 4; Schwerdtner, P., Schweigen im Rechtsverkehr, Jura 1988, 443 (443 u. 445); Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 37; BGH 29. 9. 1985 BGHZ 18, 212 (216); BGH 26. 9. 1973 BGHZ 61, 282 (285); BGH 17. 8. 1995 WM 1996, 181 (183). 以下「商標部」をいう。BGH 2. 11. 1995 WM 1996, 181 (183). 非商人への取引における確認書は、取引、非商人による相手方とは異議申立義務は存在せず。給付の受領があることを確認書は、多くの同意とは解せなからんこと、非「Siehe Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 62f.
- (8) Thamm, D. u. Detzer, K., DB 1997, 213 (213); Hohmeister, F. u. Küper, A., BuW 1997, 702 (704). Dücker, H.-G. v., BB 1996, 3 (4) の「商取引の法的安全性」明確性の確保、および「書面と統合された取引の多岐制限」の「取引の公正な確保」の「取引の公正な確保」。
- (9) Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 18; Schmidt, K., HGB, S. 576f.; Medicus, D., aaO, Rdn. 441; Vorderobermeier, B.-S., aaO, S. 86f.; Schwerdtner, P., Jura 1988, 443 (446); Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 78; Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 45; BGH 27. 10. 1953 BGHZ 11, 1 (3); BGH 25. 2. 1987 NJW 1987, 1940 (1941). 或は認むべき

破産管財人、弁護士、建築家等は商人と同様に取り扱われている。これらについては、Siehe Thamm, D. u. Detzer, K., DB 1997, 213 (213); Dücker, H.-G. v., BB 1996, 3 (7)。このような区分の基準が曖昧であり、個々の具体的事案で、確認書の行われる分野か否かで異なりうることを指摘するものとして、Hopl, K. J., AcP 183 (1983), 608 (692); Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 83 も、両者の限界づけが困難であること、法的安全性及び判例の予見可能性の見地から、否定的に解する。Hohmeister, F. u. Küper, A., BauW 1997, 702 (706f.) は、一般的に非商人に適用肯定するには疑問で、事例ごとに非商人も商人間の確認書に関する沈黙の原則に服するか否かを検討すべきであるが、商法改正によりこの点の疑問は多くは商人概念に該当することになることから解消するとする。Enshaler u. a., GemeinHGB, § 346 Rdn. 51 は、小商人についても限定的で、この者が少なくともより大きな範囲で取引生活に参加しているような経営を営んでいることが適用要件とする。

(10) Schmidt, K., Handelsrecht, S. 578; BGH 26. 7. 1963 BGHZ 40, 42 (43f.). Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346, Rdn. 19 は、送付者は純粋に私人でもよいとする。Schmidt, K., aao. S. 579 は、送付者につき受領者と同様の範囲で無制限に肯定するのは疑問で、BGB 一五七条、一四二条から生じる一般的民事法上の信頼保護と処理するにつきも否定すべきなるとする。Hopl, K. J., AcP 183 (1983), 608 (692) は、私人でもよいとするにつき、職業関連性 (Berufseinschlägigkeit) の点から疑問とする。Röhrich u. a., HGB, § 346 Rdn. 33 も、送付者が純粋に私人でもよいとするのは否定すべきとする。これは、非営業的取引における受領者は確認書の作用を考慮に入れることを要しないからであるとする。Enshaler u. a., GemeinHGB, § 346 Rdn. 52 も、この場合は商慣習の拘束性に関する認識が前提となっていないから、受領者である商人はこの原則の厳格な効果で負担を課されるのは妥当でなるとする。

(11) これらの見解は、Kramer, MünchKomm. BGB, § 151 Rdn. 12ff.

(21) Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 17; Röhrich u. a., HGB, § 345 Rdn. 44; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 39; BGH 26. 6. 1963 BGHZ 42 (45); BGH 6. 5. 1975 WM 1975, 881 (831f.). Siehe ROHG 26. 10. 1870 ROHGE 1, 76 (81); ROHG 26. 11. 1873 ROHGE 11, 432 (435); ROHG 23. 11. 1874 ROHGE 15, 94 (97); RG 24. 3. 1903 RGZ 54, 176 (182)。条文については、HGB 三四六条から五七条、Westphalen, G. F. v., Vertragsabschlussklauseln, Rdn. 4; BGH 27. 10. 1953

BGHZ II, 1 (5) : BGH 29. 9. 1955 BGHZ 18, 212 (216). Schmidt-Salzer, J. AGB, D. 78 49, □頭の契約締結につき、これに内在する誤解とつう危険のために書面で確認するところ、商人間取引における事実上の慣行に基づくとする。

- (27) Schmidt, K., Handelsrech., S. 572f. ; Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 22 u. 24; Palandt-Heinrichs, BGB, 57. Aufl., 1998, § 147-148, Rdn. 8 (274) Palandt-Heinrichs, BGB, 75. Aufl. (1993), § 608 (691); Heymann-Horn, HGB, 1990, § 346 Rdn. 49; Röhrich u. a., HGB, § 346 Rdn. 31. Schwerdtner, P., Jura 1988, 443 (446) 47, 確認書に関する法理は一部は慣習法に、一部は商慣習に基くところ、この慣習法説を詳論して Schmidt, K., Handelsrech., S. 575 は次のように説いている。つまり、沈黙自体はなんら意思表示ではなく、何も表示してないのである。この不作為の効果は法定の効果である。沈黙は慣習法規範の構成要件であり、申込の承諾ではない。かつ、確認書の法理は創設的な確認書と古典的な宣言の確認書の両者に妥当するところを要し、純粋な契約確認は契約変更へのなんらの申込を含まず、したがって、なんら受領者の意思表示を期待することはできない。むしろ、統一的解释は、確認書に対する沈黙を意思表示とか表見的意思表示と解することを放棄して初めて可能となるとする。

- (14) Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 36 は、確認書に関する法理が HGB の商人に適用される範囲を超えて適用されたのであるから、信義則に由来する一般の信頼責任にその正当化の根拠が求められるとする。法外観責任説 (Rechtsscheinhaftung) 249-250 40-41 27. Siehe Capelle-Canaris, Handelsrecht, S. 339f. u. S. 341f.

- (25) Schmidt, K., Handelsrecht, S. 572f.

- (9) Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 38; Schmidt, K., HGB, S. 581; Schmidt-Salzer, J., AGB, D. 60; Kramer, MünchKomm. BGB, § 151 Rdn. 27, 27 27 の契約成立は事実上のものであるか又は確認者側の見地からそのように思われるものであることを要する。この場合、確認書はその内容上一義的に作成され、法律行為上の表示と認識されるものであることを要する。この場合、確認書という表示は必ずしも必要ではないが、結果の単なる記述ではなく、法律行為上の拘束的な確定をなすという意思を認識させるものであることを要する。全ての不明確性は送付者の負担となる。

Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 44; Schmidt, K., Handelsrecht, S. 586; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 21; Röhrich u. a., HGB, § 346 Rdn. 37. 交渉による契約の成立は口頭による。Siehe z. B. Schmidt, K., Handelsrecht, S. 574; Ensthaler u. a., GemeinHGB, § 346 Rdn. 56; BGH 9. 7. 1970 BGHZ 54, 236 (241); BGH 18. 10. 1979 WM 1979, 19 (20); BGH 25. 2. 1987 NJW 1987, 1940 (1941); OLG Hamm 3. 2. 1991 CR 1992, 268 (270)。また、十分な交渉が既になされた上で、契約締結が存在する以上、この口頭締結は確認手続である。Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 20; BGH 25. 5. 1970 DB 1970, 1777 (1777); BGH 20. 3. 1974 NJW 1974, 991 (992); BGH 27. 9. 1989 NJW 1990, 386 (386)。一般には、確認書は口頭で締結されたものを契約締結として認識される。両者の間で契約表示がなされた場合は、適用がもたらされる。Capelle-Canaris, Handelsrecht, S. 343。また、コメントは口頭確認書性を肯定したものでない。Siehe OLG Hamm 22. 3. 1994 NJW 1994, 3172 (3172)。

(17) Ducker, H.-G. v., BB 1996, 3 (5); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 21; Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 41; Röhrich u. a., HGB, § 346 Rdn. 34 u. 38; Hohmeister, F. u. Küper, A., BuW 1997, 702 (704); OLG Hamm 3. 2. 1991 CR 1992, 268 (270)。交渉中の口頭締結は、交渉の進展や交渉の完了を証明する。Schmidt, K., Handelsrecht, S. 587; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 23; Ensthaler u. a., GemeinHGB, § 346 Rdn. 59。また、交渉当事者は口頭締結した事実のみならず、口頭締結の存在を証明する必要がある。Röhrich u. a., HGB, § 346 Rdn. 39; Ensthaler u. a., GemeinHGB, § 346 Rdn. 75。

(18) Thamm, D. u. Detzer, K., DB 1997, 213 (214); BGH 13. 1. 1975 WM 1975, 324 (325); OLG München 9. 11. 1994 BB 1995, 172 (172)。

(19) OLG Hamm 3. 2. 1991 CR 1992, 268 (270)。

(20) Locher, H., aao, S. 53; Schmidt, K., Handelsrecht, S. 586。また、Schmidt, K., aao, S. 585は、交渉中の口頭締結は、交渉の進展や交渉の完了を証明する。また、交渉の進展や交渉の完了を証明する。交渉の進展や交渉の完了を証明する。交渉の進展や交渉の完了を証明する。

(21) Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 27; Schmidt, K., HGB, S. 588; Soergel-Stein, AGBG, § 2 Rdn. 39; Erman-

- Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 45; Locher, H., aO. S. 53; Schwertner, P., Jura 1988, 443 (446); Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 Rdn. 42; Hopt, K. J., AcP 183 (1983), 608 (693f. 1). 判例は多数をなす。とりて BGH 31. 1. 1994 NJW 1994, 1288 (1288); BGH 14. 3. 1984 WM 1984, 639 (641); BGH 30. 1. 1985 BGHZ 93, 338 (343); BGH 17. 9. 1987 BGHZ 101, 357 (365); BGH 30. 10. 1990 NJW-RR 1991, 763; BGH 31. 1. 1994 NJW 1994, 1288 (1288) をあつておられる。なぜこの例外は譲渡者によりおこなわれるのではなく責任は受領者側にある。Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 27; BGH 20. 3. 1974 NJW 1974, 991 (992); OLG Hamm 3. 2. 1991 CR 1992, 268 (271).
- (23) Medicus, D., aO. Rdn. 443; Dücker, H.-G. v., BB 1996, 3 (4) 14. 信頼原則の適用における Capelle-Canaris, Handelsrecht, S. 349 の「信頼保護の客観的前提条件が欠ける」とも。
- (24) Hohmeister, F. u. Küper, A., BuW 1997, 702 (705).
- (25) Schmidt, K., Handelsrecht, S. 591. 確認書によって送付者のための信頼保護は合意された内容と確認書の内容が客観的に異なる場合に生ずる。BGH 30. 1. 1985 BGHZ 93, 338 (343)。この場合、全く修正を許さないとせよ。口頭合意や補充による追加受領者によって不意にならざるは「許容される」と「約款の粗大の肯定による」。Siehe Ensthaler u. a., GemeinHGB, § 346 Rdn. 62.
- (26) Locher, H., aO. S. 53. 送付者が口頭の確認書に、受領者がある締結を明示した拒絶してした契約を採用した場合に、BGH 31. 1. 1994 NJW 1994, 1288 (1288).
- (27) Dücker, H.-G. v., BB 1996, 3 (5); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 25; Schmidt, K., Handelsrecht, S. 588; Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 24 14. 原状として「田次郎は」の「問題」は長手知事である。Siehe BGH 11. 10. 1961 NJW 1962, 104; OLG Köln 15. 7. 1970 BB 1971, 286 (286); Palandt-Heinrichs, BGB, § 148 Rdn. 17; Ensthaler u. a., GemeinHGB, § 346 Rdn. 67. この点を確認書内容の複雑さからなすものである。「概して」は「田次郎は」を指す。Schmidt, K., Handelsrecht, S. 588.
- (28) Hohmeister, F. u. Küper, A., BuW 1997, 702 (704). 推断的であり得る証拠にした判例として「Siehe OLG Düsseldorf

MDR 1985, 940.

- (8) Westphalen, G. F. v., Verkaufsbedingungen, S. 23f.; Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 72; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 76; BGH (Besch.) 20. 10. 1994 NJW-RR 1995, 179 (180); Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 17. 4222' Wolf u. a., aaO. 15' 不意に於条項 (紛争規程法三条) の適用に於て之を認む。
- (9) Batsch, Abschied von sogenannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben?, NJW 1980, 1731.
- (10) Coester, M., Kaufmännische Bestätigungsschreiben und Allgemeine Geschäftsbedingungen: Zum Vorrang Individualabrede nach § 4 AGBG, DB 1982, 1551 (1552); Vorderbermeier, B.-S., aaO. S. 92f.
- (11) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 72; OLG Düsseldorf 15. 11. 1990 NJW-RR 1991, 374 (374f.).
- (12) 書面上の表題に於て之を認む。 Siehe Dücker, H.-G. v., BB 1986, 3 (4); Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 16; BGH 9. 7. 1970 BGHZ 54, 236 (239); OLG Hamm 3. 2. 1992, CR 1992, 268 (270).
- (13) Locher, H., aaO. S. 53; Schwerdtner, P., Jura 1988, 443 (445).
- (14) Thamm, M. u. Detzer, K., DB 1997, 213 (214); Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 34 u. 35; Ensthaler u. a., Ge-meinHGB, § 346 Rdn. 79. 適時に交付せられた注文確認書を申込より一致せざるは、契約は締結せられたと見えるが、注文確認が申込を受領者の不利に変更したときは BGB 一五二条一項により拒絶であり、新たな申込と解される。かかる注文確認書に対する沈黙は原則として申込の拒絶と同一効果を生ずる。 Schmidt, K., Handelsrech., S. 585.
- (15) Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 16.
- (16) Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 43; BGH 26. 9. 1973 BGHZ 61, 282 (285f.); BGH 9. 2. 1977 JZ 1977, 602 (603). Schwerdtner, P., Jura 1988, 443 (445) 15' のよんで確認書と注文確認書の区別は、余りの主観的であり、確認者側の主観を重視して之を認む。
- (17) Baumbach-Duden-Hopl, HGB, § 346 Rdn. 16; Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 43.
- (18) BGH 9. 2. 1977 JZ 1977, 602 (603); BGH 23. 3. 1995 NJW 1995, 1671 (1672). Schmidt, K., Handelsrech., S. 586 15' 確

認書に関する法原則が慣習法に遡源することからいえば、注文確認書による申込との相違が当事者には明かでなく、特に、口頭の申込に対して注文確認が書面でなされ、この注文確認が明らかに申込とは異なっていない場合には、確認書と同様に処理されるべきである。なまないと、沈黙した側は訴訟になると契約は未だ存しなると主張できるところとなるからであるところである。

(39) 非商人との取引においては修正された注文確認書に対する沈黙は常に拒絶である。Westphalen, G. F. v., Vertragsabschl. IuBklauseln, Rdn. 2. Schmidt-Saizer, J., AGB, D. 68f. 49. この場合でも、給付の受領とらう契約承諾が約款の推断的承認に該当するかは解釈問題として、約款の組込が肯定される場合があることを否定しない。

(40) Westphalen, G. F. v., Vertragsabschl. IuBklauseln, Rdn. 4.; BGH 17. 9. 1954 LM BGB § 150 Nr. 3.; BGH 14. 3. 1963 LM BGB § 150 Nr. 6.; BGH 18. 10. 1982 WM 1983, 313 (314); LG Rottweil 4. 3. 1992 NJW-RR 1992, 688 (688); Baumbach-Duden-Hopt, HGB, § 346 Rdn. 34.; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 29. Siehe auch BGH 29. 7. 1955 BGHZ 18, 212 (216).

(41) BGH 22. 3. 1995 NJW 1995, 1671 (1672); Erman-Hefermehl, AGBG, § 2 Rdn. 43.; Schlosser, AGBG, § 2 Rdn. 75.; BGH 17. 9. 1954 LM BGB § 150 Nr. 3.; BGH 14. 3. 1963 LM BGB § 150 Nr. 6.; BGH WM 1977, 1353.; LG Rottweil 4. 3. 1992 NJW-RR 1992, 688 (688). 判例によれば、信義則をもちて、正規の商人の慣行に相応しう、具体的事案の状況に基づいて拒絶の場合には信義則上異議申立が必要とされる。BGH 14. 2. 1995 BB 1995, 694 (694). なお、注文確認書と真正の確認書の区別が困難で流動的であり、信頼原則を把握するならば、注文確認書とも確認書と同様の原則が適用されるとするのが妥当とする見解がある。Dücker, G.-H. v., BB 1996, 3 (6).

(42) BGH 26. 9. 1973 BGHZ 61, 282 (288); BGH 9. 2. 1977 WM 1977, 451 (452); BGH 20. 3. 1985 WM 1985, 694 (695); BGH 5. 3. 1986 WM 1986, 643 (644); Palandt-Heinrichs, AGBG, § 2 Rdn. 25.

四 インターネットによる契約締結

近時におけるテレビ画面上の表示 (Bildschirmtext) を媒介としたインターネットによる契約締結の場合も検討を要する。これが約款に該当するかは、約款規制法一条二文によれば、文字の態様について限定されていないから、約款伝達の形態は任意であり、直接顧客のコンピュータの画面上に表示するのでも妥当することになる。⁽¹⁾ 非商人との取引では約款規制法二条の組込要件の充足を要することについては争いが無い。画面上の提供者の給付表示は拘束的なオファーではなく、申込の誘因にとどまり、顧客の注文が契約締結への申込となる。⁽²⁾ この場合、約款を適用するという指定を含む提供者の表示は修正された承諾となり、相手方の新たな承諾を要するといえる。しかし、これは、インターネットによる取引が本来意図した法取引の迅速性を害する。したがって、顧客の注文に既に提供者の約款が明示に引用されていることが必要となるが、これは、提供者によって事前作成されている、画面を経由して伝達される顧客の申込表示のフォームに、約款が明白で誤解を生じさせない形で組込まれていなければならない。⁽³⁾ 例えば、「全ての申込と取引は、当社の「XYZ」番号の下で呼びだしでできる約款を基礎としてなされるものとする」という挿入文言で足りる。⁽⁴⁾ 実際には、極く僅かな条項からなる約款の場合はプログラム処理過程で強制的に注文書画面 (Tale) の前におかれており、約款を見ずに注文アイコンに達することは無い。長文の約款の場合は、分離されて記憶されることになるが、見逃しようなない形の指定が注文画面上にか又は強制的に注文画面のまえになされていることが必要で、主メニューにおいてのみ供給者のホームページを指定するのでは不十分である。⁽⁵⁾ 銀行取引を行う金融機関では、約款規制法二条二項による枠組契約を既に利用して、インターネット取引に約款を組込んでいいる。⁽⁶⁾

問題は、感覚によって知覚するのが通常の約款に比べて困難であることから、合理的認識可能性の点である。インターネットの場合には、注文の際に画面上に呼び出すことにより契約締結時には約款を認識できるが、契約締結後は直接的に入手不可能であり、ことに約款利用者側で任意に画面上の約款を変更でき、顧客側はこれを知り得ないのであるから、画面上に表示された形での約款の組込は原則として有効でないとする有力説もあるが、一般には給付申込と共に、画面を経由して完全な約款本文を伝達することは可能である。約款がごく僅かな条項数から成り立っているときは、約款は事前作成され、画面を通じて伝達された顧客の注文という形で直接組み込まれることになる。⁽⁸⁾ 全貌を把握できる程度の条項からなる約款の場合は、顧客に約款本文が無償で画面上に呼び出すことができるようになってくるならば原則として十分とされねばならない。どのキーを押せば呼び出すことができるかという情報は、明確にかつ分かりやすい形で示されていると共に、約款の指定と連動してなされることを要する。⁽⁹⁾ これを超える多数の条項からなる約款の場合は、画面を通じて合理的な認識を得る可能性はないといえる。しかし、この場合も、顧客が画面を経由した契約締結の利益を享受しているといえるならば、顧客による認識可能性の放棄があれば十分とされねばならない。⁽¹⁰⁾ この放棄は、争いが生じた場合は、約款利用者が立証しなければならぬ。⁽¹¹⁾

このような条項の多寡による区分については、基準が不明確であるという批判があるが、極く僅かな条項の場合は、申込の誘因である画面上での掲載が可能であるから、認識可能性は肯定しやすいといえる。どの程度かは、掲載される画面の許容限度による。⁽¹³⁾ そうでない場合は、つまり、非常に長文の約款の場合は、連続して画面を交換する必要がある、印刷された約款とは異なって、このような画面上の約款を読むのは人間の目にとっては非常な努力を要するものであって、期待できないともいえる。⁽¹⁴⁾ しかし、今日の技術の発達では僅かな頁に約款を収めることができ、しかも、速度を調節して読むことも可能となっている。さらに、顧客は通常印刷機を保有しており、約款を必要に応じて又は

関心をもった部分につき通常の書面の形にして読むことができるといえる⁽¹⁵⁾。何よりも、インターネットを操作して注文をなす者はそれなりの知識を有するといえ、文明の利器を使いこなすにはそれなりの負担が生じるといえる⁽¹⁶⁾。このようにみると、長文の約款でも認識可能性については問題ないといえる。

なお、商人間の確認書に関する法理が商慣習（法）に基づき沈黙は同意と看做されるのであるから、これはインターネット取引にも妥当するといえる。つまり、注文が電子的になされる場合には、確認書もこの方法で可能である。その場合、商人が自己の電子取引上のアドレスを発信すれば、自己に対して拘束的表示が電子的になされることを予期すべきことになる⁽¹⁷⁾。

さらに、言語の問題が存する。インターネットは、自国民のみならず、世界的に瞬時の取引を可能とするものであるから、指定ならびに約款はいかなる言語で作成すべきかは大きな問題である。想定される言語でなすことを要するとするのは、實際上不可能を強いるものである。この点につき、交渉言語でない、提供者の言語での約款の組込は、当該言語を消費者が明らかに通じている場合にのみ肯定されるとか、事前交渉の行われない世界的な隔地取引では提供者の常居所の言語で足りるが、実際上は商取引上重要な言語で準備することになるとする見解が主張されている⁽¹⁸⁾。しかし、インターネットでの法取引では、消費者は、通常約款に使用された言語で作成された表示の中から選択するのであり、かつ、多くの場合、消費者は注文書を約款言語と同一の言語で空白を埋めて完成する。このことは、消費者は使用された言語を十分に使用でき、約款を理解できることを前提としているといえる⁽¹⁹⁾。約款言語と注文書ないし申込リストの言語とが異なる場合は、約款利用者は、契約締結前に確実に顧客が約款につき認識し理解するように説明をなすべきであるとする見解もあるが、むしろ、この場合は注文書などの言語が優先すると解され、約款組込は否定されることになると解すべきである。注文をなすことは注文書に使用された言語は理解していると推定されるから

- (一) Löhnig, M., Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, NJW 1997, 1688 (1688).
- (二) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 35a. 申すに當りては Siehe Palandt-Heinrichs, BGB, § 146 Rdn. 2; Brinkmann, W., Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext, BB 1981, 1183 (1185); Bartl, H., Aktuelle Rechtsfragen des Bildschirmtextes, DB 1982, 1097 (1100); Köhler, H., Rechtsgeschäfte mittels Bildschirmtext, In: Hübner, H. (Hrsg.), Rechtsprobleme des Bildschirmtextes, 1986, S. 56 (以下 Hübner, H. (Hrsg.), Rechtsprobleme 之整理). Schneider, G., Die Geschäftsbeziehungen der Banken mit ihren Kunden auf dem Wege des Bildschirmtextes, 1990, S. 134f.; Waldenberger, A., Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet, BB 1996, 2365 (2365); AG Kassel 16. 2. 1990 NJW-RR 1991, 1146 (1147). ホントにハ、今もまだこの問題は未だ解決されず Eckert, H.-W., DB 1994, 717 (718).
- (三) Ulmer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 35a; Paefgen, T. C., Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht, 1988, S. 38; Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 7.
- (四) Marly, J., Softwarenüberlassungsverträge, 1991, Rdn. 192. Siehe auch Waldenberger, A., BB 1996, 2365 (2368); LG Aachen 31. 10. 1996 CR 1997, 153 (155).
- (五) 以下は Löhnig, M., NJW 1997, 1688 (1688f.) に於て Siehe auch Ring, W.-D. u. Hartstein, R., Bildschirmtext heute, 1 Aufl., 1983, S. 54.
- (六) Köhler, H., In: Hübner, H. (Hrsg.), Rechtsprobleme, S. 58.
- (七) Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 24. かつ、極く僅かな条項からなる場合は肯定す。 Wolf u. a., aO. Rdn. 29. かつ、電子的約款は、かつ、任意に変更可能なという根拠は説得的でなくである。と、このは、利用者の営業所に掲げられた約款に於ては、その問題は問題と見なすことになり得る。 Siehe Ernst, S., Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des Internets,

VuR 1997, 259 (261)。ゆゑに、Köhler, H., In: Hübner, H. (hrsg.), Rechtsprobleme, S. 59 以下、現在のごとき提供者はカタログに印刷された約款を指定し、しかも、頁数をも指定するのが、現行法に一致するとする。とまれ、将来的には事後のかつ、秘かに改正するのを防止する技術が開発されると予測されるが、それまで、利用者が年月日を記載された約款を顧客が無料でダウンロードディング (downloading) してパソコンでできるようにすること十分とされねばならぬ。これによつて、顧客は契約締結時の約款を確定し得る。Waldenberger, A., BB 1996, 2365 (2369); Thamm-Pilger, AGBG, § 2 Rdn. 7.

(8) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 49a; Bartl, H., DB 1982, 1097 (1101)。この場合の各組込を肯定するゆゑに、LG Aachen 24. I. 1991 NJW 1991, 2159 (2160); LG Freiburg 7. 4. 1992 NJW-RR 1992, 1018 (1018); Erman-Hefemahl, AGBG, § 2 Rdn. 11. Wolf u. a., AGBG, § 2 Rdn. 24 u. 29. 合理的認識可能性の点では短文の場合は肯定するが、しかし、約款変更が容易である点から、相手方には契約締結後はいつでも参照し得る可能性 (Verfügbarkeit) が欠けるとして最終的には組込を否定する。

(9) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 49a; Bachmann, B., Internet und Internationales Privatrecht, In: Lehmann, M. (hrsg.), Internet- und Multimediarrecht (Cyberlaw), 1997, S. 174 (以下、Lehmann, M. (hrsg.), Internet- und Multimediarrecht の略記) 以下、これをなごじきせば、契約相手方が実際に呼び出したかは問題とされなごじきすに指摘する。

(10) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 49a; Siehe Paefgen, T. C., aaO. S. 40 u. 166; Kötz, MünchKomm. AGBG, § 2 Rdn. 13; Klier, U., Bildschrimtext—Wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen, WRP 1983, 534 (537) 以下、放棄を否定する。Marly, J., aaO. Rdn. 196 は、原則として放棄し得ることは肯定するが、放棄表示の存在については厳格な要件を要し、利用者も全ての顧客に対して放棄の意思表示を要求するといふ約款条項で対処することは認められないとする。

(11) Uimer u. a., AGBG, § 2 Rdn. 49a.

(12) Deville, R. u. Kalhegener, R., Wege zum Handelsverkehr mit elektronischer Unterschrift, NJW-COR 1997, 168 (168).

(13) Marly, J., aaO. Rdn. 194. したがって、Marly, J., aaO. Rdn. 195 は、約款は一個の表示画面に制限されねばならぬとす

- 8° LG Bielefeld 30. 10. 1991 NJW-RR 1992, 955 (955) は、約款は一枚のドイツ工業規格 A (DIN-A) のタイプに通俗の大衆の字體で記載されたもので、不審は感なく受け取らなくてはならない。
- (7) Marly, J., aao. Rdn. 193. この原則は、Marly, J., aao. は無効である。Bachmann, B., In: Lehmann, M. (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht, S. 174 の「範囲に属しては、契約相手方が約款の記載された全ての頁を読むことを期待するものではない」という見解は、不適切である。
- (8) Löhnig, M., NJW 1997, 1688 (1689); Ernst, S., NJW-CoR 1997, 165 (167) (約款の多寡を区別しなからば立言してはならない)。なお、回覧の点については、顧客が約款を知らず申込を受理するよりもむしろ、Löhnig, M., NJW 1997, 1688 (1689)。
- (9) 上記の原則は、LG Aachen 24. 1. 1991 NJW 1991, 2159 (2160) は、平均的顧客を基準とするが、取引種類に応じて区別することは許される。
- (10) Ernst, S., NJW-CoR 1997, 165 (167)。
- (11) 幸福の状況については、概略的な「Siehe Waldenberger, A., BB 1996, 2365 (2369), Bachmann, B., In: Lehmann, M. (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht, S. 174 は、提供者が市場で大きな地位を占めることを意図するならば、少なくとも英語とその意思表示をなすべき及びしたがって、約款の指定も約款自体も英語で作成すべきであり、この場合には一般的に合理的認識可能性を生ずるものとして受け取るべきである。
- (12) Waldenberger, A., BB 1996, 2365 (2369). Siehe auch Ulmer u. a., AGB-Gesetz, Anh. § 2 Rdn. 18, Heinrichs, H., NJW 1997, 1407 (1409) は、消費者の使用可能な言語版の約款を作成する必要があると主張している。
- (13) Waldenberger, A., BB 1996, 2365 (2369)。

五 結 語

以上で、ドイツ約款規制法に基づく約款による契約の成否についての検討を終わる。元来、ドイツでは古くから約款現象が着目され、理論的にも、実務的にも発展がみられるが、これらの成果を集積して一九九七年に約款規制法が制定された。それ以降、約款規制法に関する判例も膨大なものとなっている⁽¹⁾。本稿では、文献・判例の参照は同法施行後のものを中心とした。同法施行前における文献・判例にも注目すべきものが多々あることはいうまでもないが、本稿は歴史的叙述を意図するのではなく、現行法の解釈を検討対象としたためである。

ところで、ドイツ約款規制法二条に基づく約款の個別契約への組込は、約款を契約説で把握する立場から規定されていると解するのが通説的見解である。これに対して、有力説は、約款法規範説の見地から同条を理解する。つまり、二条の重点は、企業の責務として、顧客に約款を指定し、かつ、合理的手段を以て約款を認識せしめることを詳細に規定している点である⁽²⁾。この規定を以て、立法者は約款の周知性 (Publizität) を確保すべきものとしたといえる。法規範説の立場からは、この規定は、部分社会の法 (Partikularrecht) の「公示 (Verkundung)」の方式に関する規定と解される⁽³⁾。したがって、法規範説に立たない見解においても、認識を生じせしめる責務に関して、契約の私的自治的な機能の再生という考え (Gedanke) は従属的な役割のみを果たすにとどまるとされ⁽⁴⁾、かつ、二条の規定の唯一の実際の機能は、契約相手方をして契約の進展中に争いが生じた場合及び約款を理解するため容易に約款本文を参照できる状態にすることであるとされる⁽⁵⁾。契約相手方は、企業によって採り入れられた規制が正に存在することを知らされるべきであるし、かつ、その内容をなんらの困難もなく認識できるものでなければならぬ。正に、これが

二条の意味である。⁽⁶⁾ 約款は法規範であるが、選択規範にとどまり、具体的に適用を見るには、個別契約への組込が必要で、この組込を約款規制法は二条で規定しているのである。⁽⁷⁾

二条は、企業に約款の存在を指定し、その内容の認識を得るようにすることを要求している。これは責務であるが、顧客側における「同意すること (Einverstanden-sein)」と対をなすものではない。企業は、自己の責務を純粋な事実上の行為 (現実行為) によって果たすのであり、二条一項の関連ではなんら意思表示ではない。契約相手方 (個別契約の相手方) には、約款の「適用」につき「同意」することが要求される。この同意は、個別契約の構成要素とするという約款の「組込」、つまり、契約への「適用」を目的とするものであるから、一種の意思表示である。⁽⁸⁾ ところが、顧客が約款の適用に同意すべきとされるならば、このことは企業にも要求されねばならないのに、二条一項では顧客の同意に一致すると考えられる企業の表示に関してはなんら言及されていない。⁽⁹⁾ そこで、問題は企業の適用要求と顧客の同意との関係である。ここでの顧客の同意は、約款の内容に関しては全く関連づけられず、約款の諦念的甘受にとどまっている。⁽¹⁰⁾ 決して、BGB 一四五条以下の契約ではなく、事前に認識することなく法関係が成立する。⁽¹¹⁾ 法も、企業の責務として明示の指定と合理的な認識可能性を生じせしめれば足りるとする。ここでは、顧客の同意は「規範選択」に構造上は重点が移動しているといえる。⁽¹²⁾ 二条一項二号は、その内容が相手方に合理的方法で認識される約款のみが個別契約の内容となることを規定しており、これは事前作成された約款の合意を超えて「契約のための規範」へと転換する基準を定めているのである。⁽¹³⁾ 法規範といっても、国家法とは異なるのであるから、企業側の、平均的顧客圏を対象とした相応の情報開示が要請されるのであり、これを約款規制法二条は規定したと解しうる。

従来、支配的見解は約款を契約法的見地で把握し、約款規制法二条もその見地で理解されているが、法規範説で二条を理解するのは可能であり、かつ、その方が適切と考えられる。もちろん、約款の個別契約への適用の面に関する

従来の判例学説の成果は、法規範説といえども十分斟酌できるものであるといえる。

わが国についてみると、既に「約款による旨明示し、到達することを要し、相手方が約款内容につき了知可能な状態に置かれることを要する」⁽¹⁵⁾、「契約相手方が約款の存在を知って、それを契約内容とする意思を明示した場合は約款内容の知・不知を問わず契約は成立するが、そうでないときは企業側で相手方が理解できるように約款内容を説明し、相手方が納得して合意したときにのみ契約が成立する」⁽¹⁶⁾との指摘がなされ、企業側の開示を約款による契約の成立の前提として考察するのが近時の傾向⁽¹⁷⁾といえる。このことは、法規範説でも妥当といえるのであり、より具体化するのが今後の課題である。その際、本稿で検討したドイツの約款規制法二条に関する判例・学説の成果は、多くの示唆を与えるものと思われる。

(1) 例えば、一九七七年以降一九九七年五月までのBGHの判決だけに絞ったUlmer u. a., AGBG, S. 1713ff.の判決一覧表によれば、約一三七〇件に及んでおり、下級審を合わせると相当な数の判決が約款規制法施行後二〇年にして存在していることになる。

- (2) Pflug, H.-J., Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, S. 319.
- (3) Pflug, H.-J., aaO, S. 320
- (4) Schlosser u. a., AGBG, 1977, § 2 Rdn. 47, 48 u. 52. Sine auch Koch-Stübing, AGBG, § 2 Rdn. 16.
- (5) Schlosser u. a., AGBG, § 2 Rdn. 52.
- (6) Pflug, H.-J., aaO, S. 320.
- (7) 法規範説の根拠を慣習法に求めようとするが、Siehe Pflug, H. J., Allgemeine Geschäftsbedingungen und "Transparenzgebot", AG 1992, 1 (10). 約款規制法二三条以下は団体訴訟として組込前の約款を訴訟の対象としているが、このことは、約款

はこの段階で法的に評価をされていることを示しているといえる。二三条以下は抽象的規範コントロールであることを指摘するものとして、Siehe Fehrl, N., Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1979, S. 116f. (ただし「約款規制法」三条乃至七条は「一般契約法の発展として把握する。Ders., aao. S. 95ff. 二条については S. 96f.)。

- (8) Pflug, H.-J., AG 1992, 1 (10f.).
- (9) Pflug, H.-J., AG 1992, 1 (11).
- (10) Pflug, H.-J., AG 1992, 1 (12); Schmidt, E., AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB, ZIP 1987, 1505 (1506) 以下なる適用評註 (Geltungsplacet) に拠るものとす。
- (11) Schmidt, E., Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz, Jus 1987, 929 (932).
- (12) Pflug, H.-J., AG 1992, 1 (12f.); Ders., AG 1992, 1 (18) は「二条を「規範化のための規範 (Normen für Normierung)」と位置づける。
- (13) Pflug, H.-J., AG 1992, 1 (18).
- (14) Vgl. Pflug, H.-J., AG 1992, 1 (18).
- (15) 原島・前掲論文五三頁。
- (16) 石田喜久夫・金融取引法の諸問題一一頁。
- (17) 学説の詳細は潮見佳男「普通取引約款」新版注釈民法一三卷一七六頁以下参照。