

商取引における契約確認書について

石 原 全

商取引上、契約締結に関連して確認書が作成されるが、これがいかなる効果を生ずるか、特に、受領者が沈黙していた場合どうなるか、についてはわが国では未だ十分解明されていない。そこで、本稿は西独の法状況を参照して真正確認書（以下確認書とする）につき一つの検討をなすものである。

一 注文確認書と確認書

注文確認書は、先行の契約交渉の結果を伝達するものではなく、確認の形をまとった承諾又は申込であり、契約締結のために使用される。送付者は契約が未成立であることを知っている。これは契約交渉段階にあり、原則として受領者は契約申込に対して承諾すべき義務はない

から、沈黙は同意とされず、送付者が注文を変更したとき受領者が異議申立をなさなくても変更に同意したものと信頼できない¹⁾。これに対して、確認書は、口頭で既に成立している²⁾（少なくとも善意の確認者の見解によれば有効に成立しているとされるときも含む）契約を書面で確認し、かつ、口頭合意では欠落しているが規制を要する付随事項を補完するものである。これは、口頭契約における難点（契約交渉における誤解、実際の合意に関する関与者の記憶違い、事後の訴訟での立証困難）の防止を意図するが、それと共に、複雑で分業化された商人的経営組織の要求に対応しえ、取引の円滑な完了への見込が強化される利点を有する³⁾。確認書においては、受領者は異議申立をなさない（沈黙）と確認書内容に拘束さ

れるのが原則である。両者の区別基準は、解釈問題であるが、商人間取引では名称の正確さに決定的重点を置かないから名称によらず、⁽⁴⁾書面内容が決め手とされる。書面内容がそこで表示された送付者の見解に基づき、契約を初めて成立せしめるべきものであれば、前者であり、契約交渉の結果、つまり成立した契約内容を拘束的に確定すべきものであれば、後者である。⁽⁵⁾もともと、契約締結がなされ、かつ、注文確認書と名称表示された書面が真実には確認書であることの立証責任は、送付者が負⁽⁶⁾う。

(1) Baunbach-Duden, HGB, 22 Aufl., 1977, 4D, 6A zu § 346; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Bd. IV, 5 Aufl., 1976, Rdn. 137 zu § 346; Soergel-Lange-Hefermehl, BGB, Bd. 1, Allg. Teil, 11 Aufl., 1978, Rdn. 38 zu § 145; BGHZ 18, 212 (5); 61, 282 (5); BGH, NJW 74, 991 (2); BGH, JZ 77, 602.

(2) 書面による場合も肯定せざる可からざるに争うべき。無条件に肯定せざる可からざる。BGH, NJW 68, 889; Pohle, Anmerkung, MDR 56, S. 216; Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, 1968, S. 244 u. Fn. 207; Schlechtriem, Entwicklung und Rolle des Bestätigungsschreibens im deutschen Recht. In: Vertragsklauseln im Handelsverkehr, 1974, S. 35.

一般には、確認書作成の必要性は、書面による場合には存在しなるとして否定し、例外的に契約内容が確定し難い場合のみ肯定する。Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 110 zu § 346.

(3) Götz-Huhn, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, 1969, S. 15; Kuchinke, Zur Dogmatik des Bestätigungsschreiben, JZ 65, S. 167; Schmidt-Salzer, Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben und kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 71, S. 591; BGH, NJW 62, 104.

(4) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 113 zu § 346; Schmidt-Salzer, BB 71, S. 594; Kramer in Münchener Komm. BGB, Bd. 1, Allg. Teil, 1978, Rdn. 27, 31 zu § 151; BGHZ 54, 236(9); BGH, NJW 72, 45; BGH, NJW 74, 991(2); Lieb, Anmerkung, JZ 71, 136 44, 名称表示を区別しなからざる、濫用せざる法則も非常に異なり、受領者に不利となるから、不作為とする。

(5) 注(4)の文献判例参照。これに対し、法的安全性の見地及び明確な区別基準が存しなからざる、区別を肯定する。Thamm, Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Auftragsbestätigungen hinsichtlich Geschäftsbdingungen, BB 64, 911; Haberkorn, Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben, MDR 68, 108 (1974); Dittmann-Strahl, Allgemeine Ges-

chäftsbedingungen, 1977, Rdn. 139; Götz-Huhn, a. a. O. S. 16 u. 23; Götz, a. a. O. S. 211 f., bes. 214 ff. ⁹ 疑問の疑わしきときは、確認書の原則が適用されるとす (e.g.)¹⁰ Medicus, Bürgerliches Recht, 8 Aufl., 1978, Rdn. 61. Siehe auch, BGH, NJW 74, 991(2).
(9) Schlegelberger-Hefemehl, Rdn. 137 zu § 346; BGH, NJW 74, 991(2).

二 確認書の要件

確認書として、後述の効力を生ずるには、以下の要件を充足することを要する。

(1) 当事者間に既に契約交渉が存し、この交渉に基づき、契約が成立しているか又は善意の確認者が取引が合意されているという見解を有しうる程に熟していることを要する。⁽⁷⁾したがって、必ずしも、先行の契約交渉は両当事者を拘束する有効な契約締結をもたらすものであるとか、既に確定的契約締結に至っていることを要しない。⁽⁸⁾例えば、受領者のために無権代理人又は行為無能力者が行為した場合でもよい。そして、契約交渉の様態は、口頭、電話、電報、テレタイプでなされていることを要し、書面による契約締結又は書面による申込のみが存すると

きは否定される。

(2) 先行の契約交渉の結果を最終的に完結されたものとして拘束的に確定することを要する。つまり、法關係を最終的な内容として固定すべき法律行為上の表示であることを要し、単に純粹な事実上の結果に関する主張とか、契約締結に関する事項のみを含むとか、交渉の進展の単なる記述では足りない。⁽¹⁰⁾もっとも、確認意思は、何らかの方法で書面の文言から明らかになれば足り、確認すると言文が一般に使用されるが、これは必ずしも要しない。⁽¹¹⁾

(3) 書面上で、契約交渉の結果を指示し、確認者が既に確定されたと解する契約内容を、受領者が明確に知りうるように、一義的に表現していることを要する。先行の合意を単に付随的に触れるにすぎず、その内容を確定的に要約していないのでは不十分であるが、どの程度具体的に先行の契約交渉を示すべきかについては高度な要件は存在せず、書面がその内容に基づき先行の契約交渉の内容を拘束的に確定するという目的を充足するか否かによる。⁽¹²⁾したがって、書面で先行の口頭による合意を明示に言及又は引用するとか、契約締結を逐語的に確認す

(61) 商取引における契約確認書について

るとか、先行の契約交渉のなされた時点及び交渉の相手方は誰かにつき示すとか、は必ずしも要せず、むしろ、書面がその外的印象 (äußerer Eindruck) に基づき先行の契約交渉をその本質的内容につき再現していれば足りる。⁽¹³⁾ もっとも、書面の不明確性は確認者の不利益となる。⁽¹⁴⁾

では、書面に口頭合意を變更又は補充する規定が含まれていても、確認書とされるか。この点は、一般に肯定されている。⁽¹⁵⁾ これは、口頭による契約締結においては、本質的事項のみを合意し、付随事項に関しては費用や時間の点で確認書に委ねることが多く、かつ、確認書はまさに口頭合意の補充をも目的とするものだからである。しかも、商人間取引では受領者が書面を吟味することを期待できる。ただし、變更又は補充は、口頭合意を余りに離れることは認められず、締結された契約から推及できる範囲内であることを要する。つまり、内在的な契約目的に一致することを要する。さもないと、当該契約は確認されず、付加又は變更する条項の点で形成されていないのに、確認書により異なる内容の契約が確定されてしまうからである。⁽¹⁶⁾ 更に、付加又は變更は、送付者が善

意であること、つまり、送付者が書面には合意が正確に再現されているか又は受領者も同意しうような變更であると、信じたか又は信ずることが許容されることを要する。⁽¹⁷⁾ では、確認書に約款が添付されないうで指定のみがなされたときも許容されるか。これについては、確認書の目的は確認者が合意されたとされることを要約し明確化するものであるのに対し、約款は具体的事案を度外視し、かつ、その内容及び定型化に基づき「確認」ではなく契約の基礎となることを欲している条項群 (Klauselwerke) であることから否定する見解も存するが、一般には肯定されている。もっとも、指定は明確かつ誤解なきものであることを要するし、不意打ち条項 (約款法三) に該当すればその限りで約款の有効な組込契約は成立しない。場合によっては、異議申立がなくとも確認書の拘束力が生じないことになる。⁽²⁰⁾

(4) 形式 (Form) の点は秩序立っていることを要し、受領者が注目しないような欄外又は裏面というような普通でない形式での記載では不十分である。⁽²¹⁾ 更に、確認書たるためには、適時に送付され受領者側に到達していることを要する。適時性は個々の事案によるが、法的安全

性上比較的限定され、受領者が到達につき予期し対応策をとりうるように、確認対象とされた契約交渉と時間的に直接接続していることを要し、一般的には、同日ないし三日以内に送付されることを要する。⁽²²⁾ 到達は、取引上慣行的方法で受領者又は受領者側の書面受領権限を有するとされる者の事実上の処分権内に入り、これによって受領者側に認識可能性が生ずれば足り、受領者が書面につき認識したことを要しない。したがって、受領者が書面を読まずに机の中に入れていたとか、旅行中であつたとか、書面が受領者の勢力範囲において到達後消失したとか隠されていたとかは、一切問わな⁽²³⁾い。も⁽²⁴⁾っとも、送付者側で、送付のみならず、いつ到達したかをも立証することを要する。

なお、確認書は、宣言的確認書と創設的確認書 (deklaratorisches od. konstitutives Bestätigungsschreiben) とに區別される。確認書が当事者が既に一致して確定したことをのみを再現しているにすぎないときは、宣言的であり、確認された契約の締結及び内容につき立証手段という機能のみを有する。これに反して、当事者の交渉が取引締結をもたらしめているか疑問であるとか、当事者が

合意したことを確定していないとか又は書面が先行の合意につき変更又は補充を含むときに、遅滞なく異議申立がなされないと確認書は創設的効力を生じ、その内容に従って法関係を創設する⁽²⁵⁾とされる。しかし、確認書が宣言的効果のみを生ずるのは理念型にすぎず、通常何らかの変更などを含み、やはり遅滞なき異議申立がないと創設的効力を生ずるから、この區別は余り実益がない。

(22) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 109 zu § 346; FInme, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, S. 663; Kuchinke, JZ 65, 172; Pohle, MDR 56, 216 u. 217; BGHZ 7, 187 (90); 61, 282(5); BGH, NJW 65, 965(6); BGH, DB 69, 125; BGH, NJW 74, 991(2); OLG Hamm, BB 79, 701.

(23) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 111 zu § 346; FInme, a. a. O. S. 664; Götz-Huhn, a. a. O. S. 40f, 47; BGH, NJW 64, 1951(2); BGHZ 20, 149(52).

(24) いれ⁽²⁴⁾を肯定した判例として、BGHZ 54, 236(9f). 判例に批評をい⁽²⁴⁾よ。 Lieb, JZ 71, 136; Medicus, a. a. O. Rdn. 60; Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 110 zu § 346.

(25) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 112, 121 zu § 346;

(63) 商取引における契約確認書について

- Ratz in Großkomm. HGB, Bd. III, 3. Aufl., 1968, Anm. 108 zu § 346; Diederichsen, Der „Vertragschluß“ durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Jus 66, 131; Schmidt-Salzer, BB 71, 594; BGHZ 54, 236(9); BGH, NJW 72, 820; BGH, NJW 68, 889.
- (H) Haberkorn, MDR 68, 109; Götz-Huhn, a. a. O. S. 47; BGH, NJW 65, 965(6).
- (G) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 112, 113 zu § 346; Soergel-Lange-Hefermehl, Rdn. 42 zu § 145; Schmidt-Salzer, BB 71, 594; Baumbach-Duden, 6 D. zu § 346; Diederichsen, Jus 66, 131; BGHZ 54, 236(9); BGH, WM 75, 324(5).
- (E) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 113 zu § 346; Kuchinke, JZ 65, 173; Ratz, Anm. 108 zu § 346; BGH, NJW 74, 991(2).
- (T) Kuchinke, JZ 65, 173; Götz-Huhn, a. a. O. S. 49; Soergel-Lange-Hefermehl, Rdn. 37 zu § 145; BGH, BB 68, 354.
- (F) Schmidt-Salzer, AGB, 2. Aufl., 1977, D 78; BGHZ 7, 187(90).
- (P) Schmidt-Salzer, BB 71, 593; Kuchinke, JZ 65, 172 u. 173; Pohle, MDR 56, 217; Ratz, Anm. 106 zu § 346. なおこの輸出・輸入実務上の注意として、この「輸出」は「輸出」の要を（田中○）田中「三」
- 井物産業務本部編・新版輸出の実務（田中○）一五三頁。
- (7) Medicus, a. a. O. Rdn. 62. Siehe auch, Ratz, Anm. 105 zu § 346.
- (8) 約款の添付・指定の両者があつたが、拘束するが、約款が添付されたが指定されなかつた場合は、拘束となる。なお、我が国の輸出取引では、交渉段階中の約款について、合意は、取引を円滑に進めようとするので成立後にしたほかに同意を得ようとするので、確認の段階で約款を添付しようとする（勿論、同意は来るしるべきではないが）藤本・輸出取引の実務（田中○）三〇〇—一頁。
- (9) Schlechtriem, a. a. O. S. 34. Siehe auch, Walchshöfer, Das abweichende kaufmännische Bestätigungsschreiben, BB 75, 723.
- (10) 註釋「Kötz in Münchener Komm. BGB, Bd. I., Allg. Teil, 1978, Rdn. 20 zu § 2 AGBG.
- (11) Diederichsen, Jus 66, 131; Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 115 zu § 346.
- (12) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 116, 117 zu § 346; Soergel-Lange-Hefermehl, Rdn. 45 zu § 145; Kratzer, Rdn. 34 zu § 151; Kuchinke, JZ 65, 172 u. 173; BGH, NJW 64, 1223(4); BGH, NJW 65, 965(6).
- (13) 註(12)の文献を参照。なお、共同で締結した約款の一人に別紙を添付する（BGHZ 20, 149(52)）。Siehe auch, Capelle-Canaris, Handelsrecht, 19. Aufl., 1980,

S. 126.

(24) BGHZ 70, 232(4); Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 118 zu § 346.

(25) Flume, a. a. O. S. 663; Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 107 zu § 346. Hämmerle-Wünsch, Handelsrecht, Bd. III, 3 Aufl., 1980, S. 34. Vgl. Auch, Götz-Huhn, a. a. O. S. 18; Kramer, Rdn. 29 zu § 151.

三 確認書の効力

確認書は、次の効力を生ずるが、これは確認書自体からではなく、適時の異議申立がないこと(沈黙)の効果である。

(1) 確認書は正確性及び完全性(Richtigkeit und Vollständigkeit)の推定を生ずる。これは、商人間取引では一般的に口頭合意成立後に確認書が送付されること、受領者が内容に同意しなければ異議申立をなすべき慣行の存在、更に、当該取引の範囲で確認書が唯一の証拠書類を表わすことから、より強度の事実上の証拠価値が認められることによる。しかし、推定にとどまるから、異議申立をなさない受領者が確認書に含まれていない補充的口頭合意の存在を主張・立証することを妨げない。⁽²⁶⁾こ

れは、書面作成の際に当該合意を作成者たる送付者自身⁽²⁷⁾が脱落させているから確認書の完全性を信頼しえないし、もともと私文書たる確認書は報告文書であり、その実質的証拠力はあらゆる事情を斟酌して裁判官の自由心証によって判断されねばならないからである。確認書により約款が契約内容となっても、約款と口頭合意間では後者が優先することは約款法四条で明定する⁽²⁸⁾。なお、判例は、送付者も、確認書に含まれていないが確認書に対立しない付随合意を主張できるとする⁽²⁹⁾。確かに、推定にすぎないこと及び実質的証拠力は裁判官の自由心証によることからいえば、送付者もこれを主張できるといえるが、送付者自身が確認書作成者であり、自己に有利なときは確認書の利益を享受し、不利であれば確認書に存在しない合意を主張できるとする余地を認めるのは疑問で、先行行為に矛盾する行為として否定すべきである。

(2) 確認書は、創設的効力を生じ、確認書に確認対象である口頭契約を変更又は補充する条項が存しても、この確認書内容をもって契約内容が構成される⁽³¹⁾。これは、実際には未だ有効に締結されていない契約を確認(善意で)したとき、無権代理人が交渉をなし締結したとき、

更に、交渉に際して受領者のために行為無能力者がなしたときであってもこの効力は生ずるし、受領者の内容変更・補充に対応する意思及び受領者の確認書内容に関する認識にも依存しない。⁽³²⁾ この効力は、商人は取引に関連する書面を読み、かつ、場合によっては何らかの対応策をとることが期待されるから、信義則及び取引慣習上、確認書内容に同意しない受領者が遅滞なく異議申立をなすべきことを確認者たる送付者が基礎としうるからである。⁽³³⁾ もっとも、この効力については制限的に解する見解が存する。つまり、確認書はその作成者たる送付者が口頭合意と一致することを確認するものにすぎず、一方的に口頭合意を事後に変更しうるものではない。商人は何らかの利益を得ずに自己の法地位の変更に同意するものではないという経験則からいって、注意深くかつ合理的な書面作成者は、口頭合意と異なる確認書には相手方の同意を期待しえないことを当然知っており、保護するに値しない。むしろ、信頼保護及び取引安全から要求されるのは、合意されたことの適用であり、作成者が一方的かつ不正確に書面化したものの適用ではない。したがって、確認書の宣言的効力は認容されるが、創設的効

力は否定すべきである。ただ、例えば、口頭合意では言及されなかったが、契約の技術的細目の具体化（例えば商品の包装、運送方法など）に関する規定のように、補充又は具体化が受領者の利益に大幅に関連しないときは、これにつき受領者の同意を期待しえ、創設的効力を生じうる、⁽³⁴⁾ とする。確かに、この批判は妥当な面も存するが、これによると、商取引における確認書の必要性が否定される結果を生ずるし、口頭合意において時間費用の点で詳細を確認書に委ねることや約款の組込みも否定され、法取引を阻害する。具体化又は補充につき衡平の原則を基準とするのも明確とはいえない。正規の商人に取引上の書面を吟味し、同意しなければ異議申立を要求するのはそれ程過大な要求とはいえないし、通説判例も一定の要件の下で確認書の濫用ともいえる場合には創設的効力を否定するから、それで処理すれば足りるといえる。⁽³⁵⁾ では、受領者側からの錯誤主張は許されるか。沈黙の意義に関する錯誤は主張できないことは定説であるが、確認書の内容に関する錯誤、つまり、確認書内容が交渉結果と一致すると錯誤で信じたときと確認書内容自体を誤って理解したとき、⁽³⁶⁾ については争いがある。前者につ

いては、主張を認めるのは、口頭合意における過誤を防止して内容を確定するという目的に反するし、動機の錯誤ともいえるのであり、かつ、確認書に関する不適切な行態(Verhalten)に基づくものであるから、否定すべきである。後者については、BGB一一九条の適用ないし類推適用として肯定する見解もあるが、これも、受領者側の危険領域に属することであるし、疑問があれば照会もしくは異議申立により創設的効力を阻止しうるから、否定すべきである。⁽³⁷⁾では、口頭合意に際しての錯誤はどうか。受領者は疑わしきときはあらかじめ異議申立もしくは照会の可能性を常に有しており、これを怠ればその効果を負担させられても不当でないから、この錯誤は創設的効力に影響を及ぼさないとする見解がある。⁽³⁸⁾しかし、確認書の目的は口頭合意内容を確定し過誤防止をなすことにあり、すべての点で新たな独立した基礎を創り出すことではない。沈黙は契約の有効性に関するすべての抗弁の放棄を意味しないし、確認者たる送付者を口頭合意に際しての錯誤主張から有利に取り扱うべき根拠はない。したがって、この錯誤に基づき口頭合意が取消されると、確認対象が消滅するのであり、確認書の創設的効力は生

じない。⁽⁴¹⁾

確認書の既述の効力は、異議申立により又はこれがなくとも生じない場合がある。第一は、受領者が遅滞なく異議申立をしたとき、である。異議申立は要式性及び明示性を要しないが、確認書内容に同意しない旨、受領者の表示から明確に生ずることを要する。遅滞なくとは、受領者側に書面内容を吟味し異議申立をなすか否かの考慮期間が必要だし、他面では送付者側にも不当に負担が課されるべきでないから、即時性を意味せず、有責な遅滞なく、かつ、確認書の認識後でなくその到達後である。⁽⁴²⁾その期間は、当該分野及び履行地における商慣習を考慮して、正規の商人の営業過程に基づき可能なものであれば足りるが、通常商取引はできる限り迅速に完了されることを要するから、一ないし三日は許容されるが一週間とか八日後では遅すぎる。⁽⁴³⁾遅滞せる異議申立は確認書への不回答と同視される。適時に異議申立をなしたことの立証責任は、異議申立の懈怠により生ずる法効果を阻止する事実であるから、受領者側に存する。⁽⁴⁴⁾なお、異議申立は受領者が異なる内容の確認書を送付することでも足りるとされるから、両当事者が異なる確認書を送付する

といわゆる書式の戦いと同じ状況が生じ、最後に送付された確認書が契約内容となるとも考えられるが、これは、両当事者の確認書の送付が互いに異議申立を構成し、いずれの確認書も優先されず、契約内容は、口頭合意、場合によっては両確認書における一致する条項、いずれも存しないときは任意法で補充されると解するべきである。⁽⁴⁵⁾ 第二は、確認書到達についての不知が、受領者の有責に基づかないときである。⁽⁴⁶⁾ もっとも、到達につき十分配慮すべきことは正規の商人の経営組織として要請されるから、旅行中とか使用人が書面を伝達しないなどは、受領者の危険領域に入り、確認書の効力は生ずる。⁽⁴⁷⁾ 第三は、確認書内容が受領者を欺罔する意図 (arglistig) ⁽⁴⁸⁾ をもって作出されているときである。これは、悪意で、つまり、確認書が合意に一致しない事実を認識して、交渉を意識的に虚偽に再現することである。⁽⁴⁸⁾ これは、確認書は契約内容の確実化の手段としてではなく、締結された契約の変形 (Umgestaltung) の手段として利用されており、確認書に認められる機能によってカバーされない。⁽⁴⁹⁾ この意図の判断基準としては、法的安全性及び商人間取引における判例の予測可能性の点から、交渉結果とは客

観的かつ本質的相違が存するか否かによるとする見解もあるが、これは非常に異なるときは妥当しても、確認書で受領者を欺罔するような方法で交渉結果を修正し、受領者が交渉の際に同意していない付随条項をとり入れた場合を解決できないから、一般には、確認者の主観的行態が決め手とされる。⁽⁵⁰⁾ もっとも、判例によるとこの意図の立証責任は受領者側に存するとされる。⁽⁵¹⁾ しかし、送付者側が自己の書面が確認書たることを主張・立証することを要し、したがって、確認書自体に欺罔的意図による修正が存しないことの立証を要すると解すべきである。⁽⁵²⁾ なお、単に付加条項を補充することは肯定されるが、一部につき不当に確認し、残余につき契約内容と一致する場合も、異議申立は不要で、確認書の効力は生じない。⁽⁵³⁾ 第四は、確認書内容が先行の合意内容から非常に隔って、送付者自身が受領者の同意を予測できないときである。これは、多くは第三の場合に該当するが、主観的でなく客観的内容によるものである。基準は、受領者が信義則に基づき確認書内容を受忍しなければならぬか又は内容が当該分野で一般的でなく (ungewöhnlich) ⁽⁵⁴⁾ 受領者にとって不意打ちとなるか、である。変更が問題で

あるが、これには誠実な形での変更と善意による変更とがある。前者は、変更が欺罔する意図をもってでなく、かつ、確認者が受領者の負担で利益を享受しようとするものでなく、むしろ、受領者の同意が得られるものとして取引の完了を促進しようとするものである。後者は、確認者が先行の交渉内容を意識的に変更するのではなく、善意に基づき確認書内容が交渉結果と一致するという見解でなしたときである。いずれも、変更が交渉内容及び両当事者の意思から推測される本質的事項に関しては許容されず、この事項に關しない変更のみが正当化され、これについては異議申立をなさない⁽⁵³⁾と確認書の効力が生ずる。なお、確認書内容が先行の合意内容を強度に変更していることの立証責任は、判例上受領者側が負うとされるが、第三の場合と同様に、受領者の沈黙は、確認書による変更にも拘らず例外的にこの者の同意と認めうることを確認者側で立証すべきである⁽⁵⁶⁾。第五に、反対確認を確認書で要求しているときである。これによって、送付者は異議申立なきことを同意したものと理解するつもりはなく、むしろ、これにつき積極的な見解表明を期待しているからである⁽⁵⁷⁾。もっとも、送付者が確認書送付の

際に契約は既に有効に締結され、これにつき何ら疑問を有しないときに、反対確認を要求するのは、書面による証拠又は名宛人が受領したという事実の確保への要望を意味するから、確認書の効力は生ずる⁽⁵⁸⁾。

なお、確認書の効力の適用範囲については、もともと、これは完全商人間の誠実な取引に基づき生じたものであるから非商人間取引には適用されないが、商人同様に取引生活に關与している非商人にも適用されるかが問題となる。反対見解⁽⁵⁹⁾も存するが、一般には、非商人には異議申立義務はないが、誠実な商取引の要請上、商人的経営をなしている非商人にも適用される⁽⁶⁰⁾。

(26) Schmidt-Salzer, BB 71, 593; Soergel-Lange-Helermehl, Rdn. 53 zu § 145; Schlegelberger-Helermehl, Rdn. 134 zu § 346; BGH, NJW 64, 589. なお、これ以外に受領者が主張できる事由につき、詳しくは、Siehe, Schmidt-Salzer, BB 71, 594.

(27) Diederichsen, Jus 66, 137.

(28) 田中(和)「書証の証拠力」(総判民訴法(5))一〇五頁参照。

(29) Dittmann-Stahl, a. a. O. Rdn. 145 は、確認書の法理から約款優先を認める。

- (36) BGHZ 67, 378(81).
- (37) 我が国の輸出入の実務では、これを認むべし。藤本・前掲書三八〇頁以下、三井物産業務本報編・前掲書一五三頁、中村・前掲書五五頁。一般的に肯定するものとして、神倉・商行総論一(昭四八)五七頁。
- (38) Kramer, Rdn. 13 zu § 151; Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 132 zu § 346; Schlechtriem, a. a. O. S. 30 f.
- (39) Ratz, Anm. 105 zu § 346; Diederichsen, Jus 66, 129 f.; Schmidt-Salzer, AGB, D. 78; Flume a. a. O. S. 667; Ditmann-Stahl, a. a. O. Rdn. 136; BGHZ 61, 282(5); BGH, DB 69, 125. Schlechtriem, The Battle of the Forms under German Law, 23 Bus. Law. 657(1968) 44. 取引者は通常同一致を知らざるが、受領者側には、その旨を指し示す義務を負ふべし。Ratz, a. a. O. S. 667. Bydinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 197 ff.; ders., Die Entmythologisierung des „kaufmännischen Bestätigungsschreibens“, im österreichischen Recht, In: FS für W. Flume, Bd. I, 1978, S. 342 ff.; Hämmerle-Wünsch, a. a. O. S. 35 ff.; Kramer, Rdn. 21 zu § 151. なお、約款法四条の関連から、否定する見解として、Batsch, Abschied vom sogenannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben?, NJW 80, 1732.
- (40) Canaris, Das Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 207 Fn. 50 a; Sandrock, Buchbesprechung, RabelsZ 34 (1970), 380 f.; Eberoth, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, ZVGIRWiss 77(1978), 198 ff.
- (41) 本稿「標準的契約書の起草と標準的契約書の起草」(昭四八)五七頁以下、藤本・前掲書一五三頁以下、中村・前掲書五五頁以下、神倉・商行総論一(昭四八)五七頁以下を参照。
- (42) Canaris, a. a. O. S. 211; Capelle-Canaris, a. a. O. S. 127; Flume, a. a. O. S. 667; Diederichsen, Jus 66, 137; Kuchinke, JZ 65, 175.
- (43) Canaris, a. a. O. S. 211; Capelle-Canaris, a. a. O. S. 127; Flume, a. a. O. S. 668; Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933, S. 134 ff.
- (44) Siehe, Ratz, Anm. 111, 112 zu § 346.
- (45) Götz, a. a. O. S. 273 f.; Götz-Huhn, a. a. O. S. 72 f.; Kuchinke, JZ 65, 168. Siehe auch, BGH, NJW 69, 1711; BGH, NJW 72, 45.
- (46) Canaris, a. a. O. S. 212 f.; Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 121 zu § 346; Diederichsen, Jus 66, 137. なお、隠れたる意思の不一致、代理権の欠缺は、正に確認書による不明確性除去と同一目的の点から、有効要件として共通である。Canaris, a. a. O. S. 212.
- (47) Schlegelberger-Hefermehl, Rdn. 130 zu § 346;

(71) 商取引における契約確認書について

121 Fn. 21.

(58) Ratz, Anm. 117 zu § 346; Schmidt-Salzer, BB 71, 595; Siler, JR 1927, Sp. 293f.; Diederichsen, a. a. O.; Kuchinke, JZ 65, 169 Fn. 20.

(59) Schmidt-Salzer, BB 71, 594; ders, AGB, D. 82; Bydinski, FS für W. Flume, S. 354.

(60) 送付者が非商人で、受領者が商人のときは当然適用され、BGHZ 40, 42(3); Haberkorn, MDR 68, 110; Medicus, a. a. O. Rdn. 64. この原則の適用される人的範囲に属するならば、事情の立証責任は、受領者側にある。Kramer, Rdn. 44 zu § 151.

四 拘束性の根拠

受領者が異議申立をなさない(沈黙)と確認書内容が契約内容となるとされるが、その根拠については争いがある。確認書に対する沈黙は、表示の一種でなく、むしろ、なにも表示していない(Nicht-Erklären)のであり、かつ、確認書の効力は沈黙者の意思に依存せず、まさにこれに反して生ぜしめられるから、同意そのものとはいえない。そこで、この難点を排除するために、商人の沈黙は、契約内容変更への同意として推定もしくは擬制さ

れるという見解が生ずる⁽⁶⁴⁾。しかし、意思表示理論に立脚する限り、推定もしくは擬制の根拠は明らかでない⁽⁶⁵⁾。この点につき、判例はニュアンスに相違が存するが、商取引に適用される慣習および信義則を顧慮して、確認書内容に不同意であればその旨回答すべき義務を負い、これに対して沈黙していればその沈黙は同意とみなされ、確認書内容が両当事者の権利義務の決め手とされる、とす⁽⁶⁶⁾。この場合、商慣習は、契約交渉を確認すること、合意と異なるときは異議申立をなすべきこと、なすべき異議申立の不作為は定型的に同意と評価されることという三種の慣行で構成されることになる。かかる商慣習の存在は疑問であるし、受領者の沈黙はこの者の意思によらずに確認書内容への同意とみなされるという規範的効力を説明できない⁽⁶⁷⁾。そこで、一説によると、HGB三六二条は客観的見地において沈黙に規範的効力を伴う定型的表示行為としており、確認書の場合も既に契約締結行為が存するし、定型的表示行為の効力の規範化は取引見解および商慣習によっても生ずるから、確認書への沈黙にはHGB三六二条が類推され、規範的効力を伴う定型的表示行為である、とする。しかし、確認書においては、

他人の為に事務を処理するのではなく個々の取引を合意しているにすぎないし、HGB 三六二条とは利益状況が異なるから、類推適用は妥当でない⁽⁶⁹⁾。しかも、この説は、定型表示行為として意思表示の範囲内で処理するが、法律行為上の意義についての意識が欠けており、かつ、表示者側における表示行為が何ら存しないのに、同意という一定の解釈可能性を適用する理由は十分でない⁽⁷⁰⁾。以上のように、意思表示理論による解決を図るのには無理が存するので、ある見解は、確認書は法秩序の一法形態 (eine Rechtsfigur der Rechtsordnung) であり、沈黙の規範的効力は、異議申立なき確認書についての法原則 (Rechtsätze) を特別な法形態として設定した学説および判例によって生ずるのであり、この法原則は確認書の内容が適用されるという沈黙の法効果である⁽⁷¹⁾、とする。しかし、そこまで断言できるかは疑問である⁽⁷²⁾。これに対して、異議申立義務が受領者側に課され、その不遵守により確認書が適用されるかもしくは同意効果が生ずるとする見解がある。その理由づけとして、表示責務性理論、契約締結上の過失理論、社会的行態理論が論者により援用される⁽⁷³⁾。しかし、その義務づけの根拠はそれほど明確

でなく、義務違反の効果は一般には損害賠償義務に尽き履行請求権を生ぜしめないとされるから、確認書内容適用を結論づけられない⁽⁷⁴⁾。

われわれは、異議申立なき確認書の効力の根拠は、狭義の法外観説⁽⁷⁵⁾に求めようと考える。商人間取引では、口頭による契約締結後、これに接続して契約交渉結果を確認することが通例なされることは広く認められている⁽⁷⁶⁾。そして、商人は受領した書面 (Korrespondenz) を詳細に吟味し、必要がある限り、特に、契約締結に関する不適切な記述が存するときは、不適切な書面に何らかの意見表明をすることが、誠実な商人として要請される⁽⁷⁷⁾。この要請は、慣行とは言えないとしても、商五〇九 (HGB 三六二)、五二六 (HGB 三七七) に発現しているといえる。確かに、確認書についてはこれらの条文に該当しないが、契約交渉段階と異なり既に契約成立後の段階であり、確認書は時間的に直接接続して送付されるのであるから、当該契約に関する送付者の見解 (送付者は、自己は確認書内容をもって契約内容とする旨相手方に表示している) を遅滞なく検討するのは、取引の迅速かつ安全な結了を意図する商人としては当然なすべきことで

(73) 商取引における契約確認書について

ある。⁽⁷⁹⁾ かくして、商人間取引では、かかる要請に一致した行為をなすという正当な期待を生ぜしめる。この行為期待から、不一致の行為のときも、あたかも一致して行爲したかの如く取り扱われ、異議申立をなさなければ確認書内容に疑念を有しない、いわゆる同意という外観を生ぜしめ、善意の送付者はこれに信頼しうる。⁽⁸⁰⁾ したがって、この場合、受領者は確認書内容に拘束される。⁽⁸¹⁾ しかし、異議申立をなせば、送付者は受領者の不同意を明確に知りうるから、書面内容が契約内容を正しく再現したことおよび受領者は変更・補充に同意していることを信頼しえなくなる。更に、行為期待は、書面の到達および書面を知りうべきことを前提とするから、書面到達不知につき受領者側が有責でないときも生じないが、これは受領者側の危険領域に属するから極く稀といえる。⁽⁸²⁾ もっとも、保護に値するのは正当な信頼であるから、契約成立という段階に達していないことを知りながら確認するとか、欺罔する意図をもってする確認とか、書面内容が口頭合意を非常に変更して受領者の同意を予測しえないときとか、異なる確認書が相互に送付されているときは、異議申立がなくとも信頼を正当化せしめず、確認

書の効力は生じない。⁽⁸³⁾ これは、西独では判例上信義則及び取引見解を援用して公式化されている。問題は、送付者側の善意である。確認書は口頭合意に対して補充・具体化のみならず、しばしば変更をも含んでいる。補充・具体化の点が善意の障害とならないことは広く肯定されているが、変更については否定説も存する、つまり、法外観説適用を否定する見解では、この場合、確認者たる送付者は、口頭合意の変更を知っており、重大な取引違反 (verkehrswidrig) もしくは重過失に該当し、一方的に確認者を保護するのは信頼原則の行きすぎ、とする。確かに、この外観は自然的外観であるから善意につき重過失あれば保護されないことは法外観説でも肯定されるが、確認書における変更は確認者が変更につき可能とみなしたか又は真の疑問が特定事項につき生じ、異なるときには契約に独立の基礎を設定する意図でなすのであり、相手方の行為を期待してなすものであるから、これを保護に値しないとはいえない。⁽⁸⁶⁾ 不当な変更、つまり、相手方の同意を全く期待できない変更については確認書の効力否定として把握すれば足りる、⁽⁸⁷⁾ といえる。

(61) 諸外国の状況については、Ebenroth, ZVglRWiss 77

(75) 商取引における契約確認書について

- (75) 法外観説については、喜多・外観優越の法理(四五)参照。
- (76) 下級審だが、判例を認めざる。東京地判昭三十一・廿・三一下民八一七―一三六六(一四一六)同判昭三十一・二九下民七一―一三四三〇(四五)同判昭三四・三・二六下民一〇―一三五九四(六〇六)神戸地判三十七・一・一〇下民一三―一―二二九二(七)。
- (77) Schmidt-Salzer, BB 71, 591.
- (78) 法外観説に立脚する見解の多くは、取引慣習による。Diederichsen, Jus 66, 136; Canaris, a. a. O. S. 206 f u. 208 Fn. 57; Capelle-Canaris, a. a. O. S. 120.
- (79) Ebernoth, ZVglRWiss 77(1978), 192 f. Siehe auch, Canaris, a. a. O. S. 206; Capelle-Canaris, a. a. O. S. 120; Larenz, Allg. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1980, 589 ff. など、積極的に注意義務を肯定するものとして、Ebernoth, a. a. O.; Diederichsen, Jus 66, 136.
- (80) Diederichsen, a. a. O.; Capelle-Canaris, a. a. O. S. 123; Canaris, a. a. O. S. 207 f.; Larenz, a. a. O. S. 591 f. (ただし、意思表示論に立脚する); BGH NJW 64, 1223(4). Siehe auch, Schmidt-Salzer, BB 71, 591 u. 592. 沈黙が与因主義を充足することは、既に法外観説を肯定される。Vgl. auch, Canaris, a. a. O. S. 208 Fn. 55.
- (81) Larenz, a. a. O. S. 593. Siehe auch, Fischer, Buchbesprechung, ZHR 125, 208 f.
- (82) Vgl., Ebernoth, ZVglRWiss 77(1978), 196 f.
- (83) Canaris, a. a. O. S. 208 f.; Capelle-Canaris, a. a. O. S. 123 f.; Ebernoth, ZVglRWiss 77(1978), 194 ff. (そのうち、ders., 192 ff. 及び著者の注意義務による); Walchshöfer, BB 75, 720 f.
- (84) Capelle-Canaris, a. a. O. S. 124; Bydlinski, a. a. O. S. 203 f.
- (85) Kuchinke, JZ 65, 171 f.; Bydlinski, a. a. O. S. 204 f.; ders., FS für W. Flume, 344 ff. Siehe auch, Kramer, Rdn. 37 zu § 151.
- (86) Capelle-Canaris, a. a. O. S. 122; Canaris, a. a. O. S. 207 Fn. 50 a; Diederichsen, Jus 66, 136 Fn. 83; Ebernoth, ZVglRWiss 77(1978), 192 f. 立脚点は異なるが、変更が意識的でない場合については拘束力を肯定するものとして、Sandrock, RabelsZ 34(1970), 383.
- (87) Siehe, Walchshöfer, BB 75, 720 u. 722. 必ず「善悪概念の拡大」による「特殊な善意概念の適用」を考慮される。しかし、これは「手形支払人の場合(手四〇Ⅲ)や記名株式の名義書換に関する会社の場合」に「強制的地位」に立つ者の免責に関するものであるから、「無理」がある。

(小樽商科大学助教授)