

諾否の通知をする義務についての考察

大久保輝

- 一 はじめに
- 二 商法509条の立法趣旨
- 三 「平常取引をする者」について
- 四 「営業の部類に属する契約」について
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

1 申込みと承諾による契約の成立

契約が成立するためには、相対立する数個の意思表示が合致することが必要である⁽¹⁾。そして、契約は、申込みの意思表示と承諾の意思表示により成立するのが普通である⁽²⁾。このことは、2020年4月1日施行予定の改正民法522条1項が、「契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示（以下「申込み」という。）に対して相手方が承諾をしたときに成立する」として明文化している。

筆者は既に、申込みの意思表示と承諾の意思表示とによる契約の成立時期について検討をしてきた⁽³⁾。また、意思表示の効力発生時期についても検討をしてきた⁽⁴⁾。

2 意思の実現による契約の成立

もっとも、契約の成立は、申込みの意思表示と承諾の意思表示とによる場合に限られない。民法は、「申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する」（現行民法526条2項、改正民法527条）として、意思の実現による契約の成立を認めている。筆者は、意思の実現による契約の成立について、若干の問題を考察した⁽⁵⁾。

3 沈黙

沈黙とは、申込みに対して何らの積極的な行為をしないことである⁽⁶⁾。申込み受領者の沈黙は、原則として承諾とみられない⁽⁷⁾。たとえ、申込者が「諾否の回答がなければ承諾されたものとみなす」という趣旨の通知をしても、申込み受領者に諾否の通知をする義務を負わせることはできない⁽⁸⁾。もっとも、当事者間に特約がある場合や、取引上の慣習がある場合は、意思の実現により契約の成立が認められる。

4 契約の成立に関する商法の特則

ところで、契約の成立については、現行商法507条から510条にも規定が置かれている。すなわち、現行商法507条には対話者間における契約の申込み、現行商法508条には隔地者間における契約の申込み、商法509条には契約の申込みを受けた者の諾否通知義務、商法510条には契約の申込みを受けた者の物品保管義務について、民法の特則を定めている。

ただし、改正民法で、対話継続中に承諾がなかったときには申込みは効力を失う旨の規定を置いたため（改正民法523条3項本文）、商法507条は削除されることになっている。

5 商法509条

商法509条1項は、「商人が平常取引をする者からその営業の部類に属す

る契約の申込みを受けたときは、遅滞なく、契約の申込みに対する諾否の通知を発しなければならない。」とし、契約の申込みを受けた者に対して諾否の通知をする義務を課している。そして、同条2項は、「商人が前項の通知を発することを怠ったときは、その商人は、同項の契約の申込みを承諾したものとみなす。」として、諾否の通知義務を怠った場合の承諾擬制を規定している。

6 本稿の目的

商法509条は、契約が申込みの意思表示と承諾の意思表示とにより成立するという民法の原則の例外とみることができる。しかし、この条文の意味するところについては、必ずしも明確ではない上に、民法（債権法）改正に伴う改正もなされないところである。

本稿は、商法509条について若干の考察を図るものである。

二 商法509条の立法趣旨

それではなぜ、契約が申込みの意思表示と承諾の意思表示とにより成立するという民法の原則の例外として、商法509条の規定があるのであろうか。

1 損害賠償責任に代わる便宜規定とみる説

この説は、商法509条について、公益上その商人に遅滞なく諾否の通知を発する義務を負わせる必要があるが、商人がこの義務に背いた場合においては、損害賠償の責任を負わせる代わりに申込みの承諾があるものとみなした一種の便宜規定にほかならないとする⁹⁾。なお、古い説には、商法509条（当時の商法271条）について、後述の説のように、取引先に対して特に忠実であることを必要とするからであるとしつつ、損害賠償責任に代えて申込みの承諾があったものとみなしていると解しているものもあ

る⁽¹⁰⁾。

2 忠実性・信頼関係保護を理由とする説

この説は、商法509条について、取引先に対し特に忠実であることを必要とするからであるとか⁽¹¹⁾、平常取引関係があるため契約の締結が当然予想されうるような場合における相手方の信頼を保護したものであると解している⁽¹²⁾。

3 商行為の営利性・迅速性・取引の安全性、商人の専門性などによる説

この説は、商法509条について、商行為法の要請である行為の営利性・迅速性・取引の安全性などによる説⁽¹³⁾。

4 考察

上記のいずれかの説をとったからといって、他の説を排斥するものではなく、商法509条には複数の立法趣旨があるとみることができよう。平常取引をなす者は得意先か仕入れ先であり、継続的取引関係があるから、その者の申込みは容易に諾否を決しうるのが普通であるとともに、申込人も迅速に回答がくることを期待できるものだからである⁽¹⁴⁾との説明は、複数の立法趣旨を含めたものといえよう。

ただし、「商取引の迅速結了の要請から契約の成否を遅滞なく決すべきところ、承諾を擬制して契約を成立させることが、継続的取引関係にある当事者の利益に合致し、かつそのことが当事者の通常の意味であることを想定したものと解すべきである」としながら、忠実性や信頼関係保護が立法趣旨に含まれていることに疑問を呈する説も存在する⁽¹⁵⁾。

忠実性や信頼関係保護については、商法成立後のあとづけの理由とみることもできなくもない。また、取引の安全についても同様にあとづけの理由であろうか。結局、商法509条は、商行為の営利性・迅速性、商人の専

門性などがその立法趣旨となろう。

なお、商法509条は、契約が申込みの意思表示と承諾の意思表示により成立するという民法の原則の例外を定めたものであり、契約の成立の問題であるから、諾否の通知をする義務に違反したからといって、契約の履行の問題である損害賠償責任の問題となるとみるべきではない。

三 「平常取引をする者」について

商法509条1項は、「商人が」で始まっているのであるから、申込みを受けた者は商人でなければならない。一方、申込者は「平常取引をする者」でなければならないが、申込者が商人であるか否かを問わないし、契約の申込みが申込者にとって商行為である必要はない。それでは、「平常取引をする者」とはなにか。

1 判例

(1) 大審院昭和6年9月22日判決⁽¹⁶⁾

この判決は、売掛代金請求事件につき、商人間に以前1、2回の売買取引があったといっても、これをもって直ちに当時の商法271条（現在の商法509条）にいう平常取引をなす間柄であるとは断ずることはできないとしている。

(2) 最高裁判所昭和35年11月1日判決⁽¹⁷⁾

この事件は、内燃機関等の製造販売・修理等を業とする株式会社と海上物品運送業者との間の陸用ディーゼルエンジン修繕請負契約の解除による原状回復義務の不履行による損害賠償の消滅時効起算点に関するものであるが、その前提として、必ずしも申込み事項に関して継続取引があったわけではないが、両者の間に船舶修繕に関して平常取引関係があり、商法509条により申込みを承諾したものとみなされるとしている。

(3) 最高裁判所昭和59年11月16日判決⁽¹⁸⁾

この事件は、銀行に対する保証契約の保証人を妻に変更する旨の保証人変更の申込みについて、銀行が諾否の回答をせず、受け取った契約書類の返還もしなかったが、申込人である保証人も照会をしなかったものである。判決は、銀行と保証人との間には継続的な銀行取引関係が存在しているものの、銀行と保証人の妻との間には独自に直接継続的な取引を行う関係にはないから、保証人の妻は509条所定の「平常取引をなす者」には当たらないとしている。

(4) 東京高等裁判所平成6年2月28日判決⁽¹⁹⁾

この事件は、出版社と新聞社との間の出版物についての広告掲載契約の成立を前提に、広告を掲載しなかった新聞社に対して、債務不履行による損害賠償を請求したものである。なお、出版社と新聞社との間には広告代理店が介在している。

原審⁽²⁰⁾は、新聞社への広告掲載については、必ず広告代理店を介在させることになっており、新聞社の広告部員が出版社との間で広告掲載の準備交渉を行っていたが、出版社と新聞社との間に広告掲載契約が締結された事実はなく、新聞社にとって出版社は平常取引をする者とは認められないから、商法509条の適用の前提も欠いているとした。

一方、本判決は、新聞社の広告部員には広告掲載契約締結の代理権があったものと認められ、新聞社の広告部員らが当初の申込みの勧誘から、広告料の取り決め、広告文の校正、決定などの一切の事務を行っていた等から、遅くとも広告文が最終的に決定されたときには、新聞社と出版社との間には、直接、広告掲載契約が成立したとした。ただし、本判決は商法509条の問題とはしていない一方、損害額算定については、1万500円と低く抑えられている。

2 学説

「平常取引をする者」とは、「従来継続的に取引関係があり、今後も取引

の反復が予想される者」⁽²¹⁾とされる。

なお、承諾が擬制され当事者間の契約成立が認められるのは、黙示の承諾と認めるべき事情があるからではなく、継続的取引関係にある当事者間の利益較量⁽²²⁾や当事者の通常の意味であることを想定したものである⁽²³⁾。

3 考察

先の判例を個別に見れば、どれも妥当と思える。

ただし、商法509条は、商人の意思を強制するものである以上、広範な適用は慎重であるべきであろう⁽²⁴⁾。さらには、「商人が」や「平常取引をする者から」という文言にあてはまれば全て適用するのではなく、限定的に適用すべきであると考える。

四 「営業の部類に属する契約」について

つぎに、「営業の部類に属する契約」とはなにか。

1 判例

(1) 東京控訴院明治42年6月29日判決⁽²⁵⁾

これは、肥料卸商と小売商との間の肥料の売買契約が、合意により解除されたか否かについて争われた事件について、解除の申込みは、肥料卸商の営業の部類に属する契約の申込みではないため、当時の商法271条（現在の商法509条）の適用はないとしたものである。

(2) 大審院昭和2年4月4日判決⁽²⁶⁾

これは、取引所における定期米売買取引の委託を受けることを営業とする者が、受託した定期米取引の結果顧客より損失金の支払を受ける債権の決済方法として、証拠金またはこの代用証券をもって代物弁済に充てようとする顧客の申込みは、当時の商法271条（現在の商法509条）の「営業の部類に属する契約の申込み」を受けたときであることに該当せず、取引員

が諾否の回答をしなかったとしても、これを承諾したものとみなすことはできないとしたものである。

(3) 最高裁判所昭和28年10月9日判決⁽²⁷⁾

これは、借地権を主張する商人ら（喫茶店業および水道工事請負業）に対して、金物商である商人が借地権放棄の申込みをしたことについて、商法509条により借地権放棄契約が成立したと主張した事件である。

原審は、「同条は商人が平常取引をする者からその営業の部類に属する契約の申込を受けた場合に関するものであって」、金物商は喫茶店業および水道工事請負業をする商人らと「平常取引をする者でもなく、いわんや右借地権放棄の申込が」喫茶店業および水道工事請負業をする商人らの「営業の部類に属するものと認めるべき事由はない」として、借地権放棄契約の成立を認めなかった。最高裁判所も、「商法509条に関する原判決の判断は正当」であるとした。

(4) 大分地方裁判所昭和36年11月6日判決⁽²⁸⁾

これは、新聞社と新聞販売店との間の新聞販売取引における注文外送紙（いわゆる押紙、増紙）についての事件である。判決は、「注文外の紙数が」新聞社より「送付されてきたとしても、かような注文外送紙は長期の取引期間中にしばしば行われたと推測されるところ」新聞販売店より「その都度その部数を示しこれを拒否したとの事跡の明確でない本件に於ては」新聞販売店において「送付を受けることが本意であったとしても、商法第509条の趣旨に照らし、」「その買受けを承認したものとみなすほかはない」としている。

(5) 大阪高等裁判所昭和40年3月24日判決⁽²⁹⁾

これは、商法509条の営業の部類に属する契約とは申込みを受ける商人の営業の目的たる行為に属する契約と解するべきであり、定期預金債権の譲渡につき金融機関の承諾を求める申込みは、商人の営業の部類に属する契約の申込に該当せず、金融機関に諾否通知義務はないとするものである。

(6) 最高裁判所昭和59年5月29日判決⁽³⁰⁾

これは、銀行と継続的取引関係がある者のために保証人となった者による保証人脱退申込みについての事件である。原審⁽³¹⁾は、「銀行取引における保証人の脱退申込は、銀行と主債務者との間に継続的取引関係があるからといって、その取引の申込とは異なり、承諾が当然に予想されるものではないことが明らかであるから、右申込について商法509条を適用ないし類推適用して諾否の通知がない場合にこれを承諾したもののみなす余地はない」とし、最高裁判所は原審の判断を正当として是認している。

2 学説

(1) 基本的商行為に限るとする説

この説は、営業の部類に属する契約を、その商人にとって基本的商行為に属する行為であるとする⁽³²⁾。この説にしたがえば、契約解除の申込み、代物弁済の申込み、商人の営業所の借地権放棄契約の申込みなどには商法509条の適用はないとみることができる。

(2) 当該営業の目的である契約と同種類の契約であるとする説

この説は、競業避止義務に関する他の商法の規定と同様に、当該営業の目的である契約と同種類の契約であるとする⁽³³⁾。もっとも、競業避止義務の規定と商法509条の規定とは目的が異なるため、このように解することは無理であろう。

(3) 付属的商行為であっても「営業の部類に属する契約」であるとする説

この説は、必ずしも営業的商行為に限らず、問屋がなす販売買入れのような付属的商行為でもよいが、資金借り入れのような日常の業務として行われないものは除くとする⁽³⁴⁾。

この説を支持する者は、「商人は附属的商行為を行う場合でも、顧客との取引関係を継続することによって相手を選択する煩瑣と費用を省くとともに、受給の安定をはかっているのであるから、顧客に対する商人の忠実

性は軽減されるべきでなく、集团的反復的に行う附属的商行為の申込みを受けたときも迅速に諾否の通知を発すべきである⁽³⁵⁾とする。また、「商人が集团的反復的に行う附属的商行為は、基本的商行為と不可分に結びついて計画の一体をなしているから、迅速確定化が必要とされることはもちろん、その申込みに対する諾否は通常容易に決定しうるはずである⁽³⁶⁾とする。さらに、「申込者は被申込者の沈黙を承諾と予想するときに少なくないであろう。けだし、承諾が予想されるのは申込みの内容が今後も継続の予想される行為に属するものだからであるが、行為の継続性が予想されるのは、一般に行為の集团的反復性によると考えられるからである⁽³⁷⁾とする。

3 考察

先に示した多くの判例の結論は、概ね妥当なものであろう。しかし、判例の中には、微妙なところで営業の部類に属する契約に該当しないとされたものも多い。

たしかに、文言上は「その営業の部類に属する契約」となっているだけであり、基本的商行為に限定する文言ではないため、微妙なところで判例が「営業の部類に属する契約」に該当しないとしているのはもつともである。また、学説も、基本的商行為・営業的商行為のみならず附属的商行為まで含むという説が有力に唱えられている。

しかし、商法509条の立法趣旨が、商行為の営利性・迅速性・取引の安全性、商人の専門性にあるとすれば、商人が、商行為の営利性・迅速性・取引の安全性、商人の専門性を発揮できるところに限定すべきということになり、それは基本的商行為ということになろう。基本的商行為に限定したとしても、まだ広い可能性がある。

なお、新聞のいわゆる押紙・送紙に関する先の大分地方裁判所昭和36年11月6日判決に関して言うと、専門性を有する商人同士の取引といえども、新聞社と新聞販売店との間には、専門性に関して差が生じている。と

すれば、商法509条の趣旨にしたがえば、むしろ商法509条の適用を否定すべき事案であったと考えるべきであろう。

五 むすびにかえて

契約が申込みの意思表示と承諾の意思表示とにより成立するという民法の原則の例外として、商法509条が諾否の通知義務を定め、さらには承諾擬制を定めている。しかし、「いずれの解釈をとるにせよ、商法509条の承諾擬制の範囲は、規定を文言通りに解すると、広すぎて相当でない。申込みの内容が、条件等の点で合理的か否か等の要素を勘案し、申込みに対する沈黙が承諾を意味すると当然に予想される種類の取引にのみ、同条の適用は限定されるべきである」⁽³⁸⁾との指摘があるが、その通りであろう。

なお、沈黙が詐欺、強迫あるいは錯誤等の意思の瑕疵、欠缺に基づく場合があることが指摘されている⁽³⁹⁾。そして、「契約の申込人は、その相手方が明示の承諾の意思表示をした場合には、その承諾の意思表示が錯誤、詐欺、強迫を原因とする場合には、それを理由とする無効、取消の主張を認めねばならず、商法509条の取引関係の早期確定の要請も、このような無効、取消の許容性を排除するものとは考えられない」⁽⁴⁰⁾であろう。「そうだとするならば、被申込商人が沈黙している場合の申込人の正当な利益は、被申込商人の沈黙が承諾とみなされれば十分に保護されるのであって、被申込商人が沈黙している場合には、明示の承諾の意思表示がある場合よりも、申込者が大きな安全を確保するというのは、不当といわなければならない」⁽⁴¹⁾ことになる。

また、民法の商化が言われて久しく、民法（債権法）改正においても、商法の規定が民法に取り入れられた箇所がある。しかし一方で、現代は消費者取引の問題も大きく、ここにおいては、商法的な迅速性や取引の安全性、商人の専門性などは、むしろ犠牲にすべきところである。いわゆる送りつけ商法（ネガティブオプション）などにも注意しなければならない。

消費者取引と全く同じというわけではないが、新聞社と新聞販売店との新聞販売取引における押紙・送紙問題などは、商人同士の取引とはいえ、消費者取引に類似するところである。

本稿は、民法を中心に契約の成立について研究し、意思の実現による契約の成立について考察をした筆者が、その延長として、商法509条について、若干の考察を図ったものである。不十分なところが多々あるため、今後も引き続き考察を続けていきたい。

注

- (1) 我妻栄『民法講義 V 1 債権各論上巻』(1954年) 54頁。
- (2) 我妻・前掲註(1) 56頁。
- (3) 大久保輝「高度情報化社会の契約関係」日本大学大学院法学研究年報28号(1998年) 337頁、大久保・「契約の競争締結」日本大学大学院法学研究年報31号(2001年) 255頁、大久保・「契約の成立時期に関する一考察」中央学院大学法学論叢23巻第1号(2010年) 28頁、大久保・「意思表示の効力発生時期」中央学院大学法学論叢25巻第1・2号(2012年) 95頁。
- (4) 大久保・「民法97条1項について」中央学院大学法学論叢29巻2号(2016年) 107頁、大久保・「民法改正法案97条2項について」中央学院大学法学論叢30巻2号(2017年) 95頁。
- (5) 大久保・「意思の実現についての考察」中央学院大学法学論叢32巻2号(2019年) 59頁。
- (6) 我妻・前掲註(1) 71頁。
- (7) 遠田新一「§526 隔地者間の契約の成立時期」谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13) 債権(4)(増補版)』(2006年) 496頁。なお、商事売買については、神崎克郎「商事売買における当事者の沈黙」私法28号175頁。また、商法509条と沈黙については、服部育生「商法五〇九条による商人の諾否の通知義務」法学新報107巻11・12号(2001年) 463頁。
- (8) 遠田・前掲註(7) 496頁。
- (9) 松本烝治『商行為法(34版)』(1930年) 57頁。
- (10) 松波仁一郎『改正日本商行為法(4版)』(1913年) 209頁、田中耕太郎『商行為法講義要領』(1935年) 27頁。
- (11) 田中・前掲註(10) 27頁。
- (12) 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法(全訂1版)』(1978年) 12

- 頁。
- (13) 石井照久・鴻常夫『商行為法上巻(商法V-1)』(1974年)60頁、服部・前掲註(7)461頁、西原寛一『商行為法(3版)』(1990年)128頁、長谷川雄一『基本商法講義(商取引法)』(1999年)27頁。
- (14) 小町谷操三『商法講義卷二商行為・保険(9版)』(1962年)25頁。同旨のものとして、平出慶道『商行為法(2版)』(1989年)120頁、森本滋『商行為法講義(3版)』(2009年)19頁、江頭憲治郎『商取引法(8版)』(2018年)10頁、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法(3版)』(2019年)99頁、近藤光男『商法総則・商行為法(8版)』(2019年)127頁。
- (15) 田邊光政『商法総則・商行為法(4版)』(2016年)181頁。
- (16) 大判昭和6年9月22日法学1巻上233頁
- (17) 最判昭和35年11月1日民集14巻13号2784頁、判時242号29頁。判例解説として、北村良一・法曹時報13巻1号(1961年)51頁、山中康雄・民商法雑誌44巻6号(1961年)43頁、戸塚登・商法(総則・商行為)判例百選(1975年)134頁などがある。なお、原審は、札幌高判昭和33年4月15日判時150号330頁。
- (18) 最判昭和59年11月16日金法1088号80頁。判例解説として、宮川不可止・西尾信一・手形研究29巻9号(1985年)4頁、関沢正彦・金法1183号(1988年)50頁がある。なお、原審は、東京高判昭和58年12月21日判時1104号136頁、判タ523号220頁、金法1061号35頁、金判695号16頁であり、判例解説として、盛岡一夫・金判704号(1984年)42頁がある。
- (19) 東京高判平成6年2月28日判タ851号250頁。
- (20) 東京地判平成3年11月26日判時1420号92頁、判タ771号185頁。判例解説として、長尾治助・立命館法学221号(1992年)132頁などがある。
- (21) 西原寛一『商行為法(3版)』(1973年)129頁。
- (22) 竹田省・後掲註(26)976頁。
- (23) 田邊・前掲註(15)181頁。
- (24) 遠山聡・後掲註(27)。
- (25) 東京控訴院判明治42年6月29日新聞586号9頁。
- (26) 大審院昭和2年4月4日民集6巻125頁。判例解説として、竹田省・法学論叢18巻5号(1927年)973頁がある。
- (27) 最判昭和28年10月9日民集7巻10号1072頁。判例解説として、西島彌太郎・関西学院大学法と政治5巻2号(1954年)1689頁、今井潔・商法(総則・商行為)判例百選(第4版)(2002年)88頁、遠山聡・商法判例百選(2019年)66頁などがある。

- (28) 大分地判昭和36年11月6日下民集12卷11号2670頁。判例解説として、西島梅治・ジュリスト295号（1964年）84頁がある。
- (29) 大阪高判昭和40年3月24日金法407号11頁。
- (30) 最判昭和59年5月29日金法1069号31頁。判例解説として、堀内仁・手形研究29巻1号（1985年）49頁がある。
- (31) 東京高判昭和58年9月28日判時1092号112頁、金法1061号35頁。
- (32) 西原・前掲註（13）129頁、神崎克郎『商行為法Ⅰ』69頁、弥永・前掲註（14）99頁、近藤・前掲註（14）127頁。
- (33) 竹田・前掲註（26）976頁。
- (34) 鈴木・前掲註（12）9頁。
- (35) 今井・前掲註（27）。
- (36) 今井・前掲註（27）。
- (37) 今井・前掲註（27）。
- (38) 江頭・前掲註（14）10頁。
- (39) 神崎・前掲註（7）175頁。
- (40) 神崎・前掲註（7）178頁。
- (41) 神崎・前掲註（7）178頁。