

# 企画趣旨

## 西内康人

### 1 はじめに

本企画は、「契約の死」という現象のある側面に注目し、これが現代にも妥当するのではないか、また、この「死」という現象は契約にとどまらないのではないか、という問題意識から、この現象の現代的意味を論じてみようと考えたものである。具体的に、2ではこのような問題意識に至った背景事情をまとめることにする。また、3で企画全体について概観する。

### 2 背景

「契約の死」という言葉が意味する内容やこれが語られる根拠はいくつかの意味を含むが、20世紀の終わりにかけて、この言葉が提起する問題は、震源となったアメリカ法のみならず、我が国の契約法をも揺るがすテーマであった。

#### (1) 「契約の死」とは何か？

「契約の死」が語られ、かつ、現実のものとして意識されるに至った背景は、乱暴にまとめるなら、次の二つを挙げることができるだろう。

第一に、責任を発生させる上での意思の果たす役割の低下、あるいは、消滅である<sup>1)</sup>。たとえば、約款の問題に表れるように、契約の条項を意識することができず、これに対応する意思を持つ

ことが現実的に不可能な場合ですら、これに拘束され責任が生じる現象が一般的となってきた。あるいは、信義則のように、意思を媒介させずに責任を発生させる場面がある。たとえば、契約締結上の過失として信義則を媒介として契約締結前に契約責任を発生させる枠組み、あるいは、契約内容の補充・修正を信義則が行うという形で当事者の意思が関与しない契約内容を拡大する枠組みといったものが、こうしたものにあたる。

第二に、第一の点と関係して、責任を発生させ実現する上での不法行為法の役割の増加である<sup>2)</sup>。たとえば、裁判において中心となる事件が不法行為であることは、現代にいたるまで一貫した現象である。また、取引の場面に限っても、契約締結上の過失や、取引的不法行為のように、不法行為法と同様の責任を認める場面や、また、不法行為法を媒介として責任を認める場面が増加してきた。ここでは、過失にせよ、信頼にせよ、何をなすべきかの基準設定について国家が、民法においてはとりわけ裁判所が、主導的役割を果たしていることが重要である。

以上を背景として「契約の死」を食い止めようとする立場からは、様々な試みがなされてきた。

たとえば、一つ目の点に対しては、約款を意思理論の下に統御することが行われてきた。すなわち、大要を述べると、白地慣習法説や法規説を批判して、合意による約款の組み入れの前提としては約款内容の認識可能性がなければならず、これ

1) 内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990年)(以下、内田「再生」)42-43頁が「当事者の約束を超えた社会的な基準を契約関係(締結前までを含めて)に持ち込み、個々の事案に適合的な形の権利・義務を生み出す」現象が「理論的に見れば、約束原理(意思原理)の説得力の喪失」を生み出していると述べている点を参照。

2) 前掲注1)内田「再生」29頁が、契約の死について「ギルモアによれば、やがてそれ(契約の死=筆者注)は不法行為原理への融合へと至る大きな流れであった」と語る部分、および、内田貴『契約の時代』(岩波書店、2000年)(以下、内田「時代」)19頁以下が契約法に対して不法行為法が融合していく現象を紹介している部分を参照。また、こうした現状認識と我が国の法との関係につき、小林一郎『日本の契約実務と契約法——日本的契約慣行の研究』(商事法務、2024年)94頁注8も参照。