

証書による証明と表示主義

——ベールの事実認定論を契機に——

一 序

- 1 意思主義と表示主義
- 2 事実認定との関係
- 3 本稿の課題

二 「証書による証明」

- 1 証書の真正の問題
 - (1) 証書の真正の証明
 - (2) 真正が証明されたときの効力（推定効）
- 2 証書の内容の効力
 - (1) 両当事者が署名した証書

滝 沢 昌 彦

三 「交渉における錯誤について」

- (2) 当事者の一方のみが署名した証書
- (3) その他の問題

1 通説およびイエーリングへの批判

2 表示主義とその根拠

3 表示主義の適用例

(1) 書面の濫用による錯誤

(2) 目的物の記述における錯誤

(3) 意思伝達における見誤りによる錯誤

4 相手方保護の限界

四 検 討

1 議論の連続性（事実認定論から表示主義へ）

2 議論の非連続性

(1) 第一論文に由来しないもの

(2) 第二論文に受け継がれなかったもの（書面主義）

五 結 語

一 序

1 意思主義と表示主義

法律行為論上の難問の一つに、意思主義と表示主義との対立がある。言うまでもなく、意思表示が表示者の内心の意思と食い違っている場合にどちらを重視するかの問題であり、そもそも法律行為の拘束力の根拠は「本人が望んだのだから」という点にあることを考えて意思を重視する立場が意思主義であり、これに対して、ある者の内心の意思は相手方には分からないことを理由に相手方の信頼を保護する為に「表示したことに対する責任」を根拠に表示を重視する立場が表示主義である。

もっとも右は原理論的な意味での対立であるが、細かく言えば、この対立は二つの相異なるレベルで表れる。先ずは意思表示の解釈において内心の意思をどの程度重視すべきかが問題となるが、この段階では、なるべく表示者の内心の意思に従って解釈する立場が意思主義であり、逆に、表示の客観的な意味に従って解釈する立場が表示主義であろう。これを「解釈」のレベルでの意思主義と表示主義、または、「成立」のレベル（どのような内容で意思表示が成立しているかという意味で）での意思主義と表示主義とも呼べるであろう。しかし、たとえ解釈のレベルでは表示主義の立場によって客観的に解釈したとしても、次に、表示の効力（有効か無効か）が問題となり、表示者の内心の意思を重視する立場から内心の意思とは食い違っている表示は無効とする見解と（「効力」のレベルでの意思主義と言えようか）、相手方の信頼を保護する為に表示を有効とする見解（「効力」のレベルでの表示主義）が考えられる。

民法九五条は文言上は意思主義を採用しているように見えるが（ただし契約が無効となるのは「要素」の錯誤の場合に限定される）、表示主義の立場から、表意者が錯誤に陥っていることを相手方が知りうべき場合に限って錯誤無効の主張を認める見解⁽¹⁾が有力であることは周知の通りである。

もっとも、かつてはこの二つのレベルの区別は必ずしも厳密には意識されていなかったようであり、意思表示の解釈に関する議論が盛んになる以前⁽²⁾は、主に後者の意味（効力のレベル）において意思主義と表示主義の対立が語られていたように思われる⁽³⁾。ドイツにおいても同様であり、表示の解釈において内心の意思を考慮することには限界がある⁽⁴⁾。表示の客観的な意味と余りに離れた解釈は常識的に許されない⁽⁵⁾ので——この「常識」の限界が本稿の主題の一つであるが——通常の場合、意思主義は「ある表示が内心の意思と食い違っている場合に表示を無効とする」あるいは「両当事者の意思が一致していないとして契約の成立を否定する」という形で表れる。本稿における以下の議論でも、この点に注意されたい。

2 事実認定との関係

右の議論は、表示者の内心の意思が表示とは食い違っていることが立証されていることを前提としている。しかし、例えば契約書のような形で意思表示が存在する場合には署名者はその内容を承認していたものと認定されることが多いと思われるので、契約書が実は署名者の内心の意思と食い違っていたことを立証することは困難であろう。そして、この立証に失敗すれば表示に従った効果を認めるしかない——ここまでなら単なる事実認定の問題であり、これは意思主義の立場からも当然である。

ところが、内心の意思の立証が「事実上」困難であるというだけではなく、法律上困難となることも考えられる。

何らかの政策に基づき要式行為として書面を作成することが要求されているような場合には、署名者の真意が書面とは異なっているとしても、その真意には——書面に表れていない以上要式行為としての要件を満たさない——法的効力は認められまい。例えば、「条件付」で署名したのであると主張されて証人尋問等によって立証されても、契約書に何の留保もない場合には無条件の契約とされるであろう（ただし錯誤の主張が許されることはあり得る）。事実、イギリスの詐欺防止法（Statute of Frauds）ではこのような問題が指摘されていた。⁴ 内心の意思が「事実上」立証できない為に裁判において考慮されないのであれば意思主義の立場からもやむを得ない結論であろうが、右の場合には、内心の意思が表示と食い違っていることは明白であるのに無視されることになる。このような法定証拠主義は、事実上（成立のレベルでの）表示主義を意味することにならないだろうか。

さらに、もし、内心の意思の立証が許されない理由に規範的な考慮が入っていたらどうであろう。例えば、ある署名の真正が証明された場合には署名者は証書の内容をも承認したものと推定されるので（民事訴訟法二二八条四項参照）、このときには内心の意思がそれとは食い違っていた旨の立証は困難となる。「純粹な」事実認定の問題なら事実として推定できるか否かのみが問題とされるべきであるが、この場合には「署名した以上『知らない』とは言えないはずだ」という規範的な考慮が入っていないであろうか（入っているなら錯誤の主張も許されないであろう）。もし規範的な考慮が入っているなら、これは「表示に対する責任」（つまり表示主義——しかも効力のレベルでの表示主義——）を事実認定という形で「先取り」していることになる。むしろ、歴史的にはこちらの方が先と思われ、現在我々が意思主義と表示主義との対立として議論している問題は、それ以前は「ある表示から意思（または意思の合致）を認定することができるか否か」という（規範的な）事実認定の問題として処理されていたのではなからうか。

3 本稿の課題

常日頃右のように感じていたところ、オットー・ベール (Otto Bahr) の「証書による証明 (Der Urkundenbeweis)」(一八七五年)⁽⁵⁾ に接した。ベールは学者であり裁判官でもあったが、学者としては初期の表示主義者として有名であり「交渉における錯誤について (Ueber Irrungen im Contrahiren)」(一八七五年)⁽⁶⁾ が代表作とされ、また表示主義の立場からドイツ民法 (以下では「BGB」と略す) 第一草案への批判を発表したことも知られている⁽⁷⁾。表示主義を主張した「交渉における錯誤について」より以前に (しかし同じ年に)、ベールが、証書から意思を認定する方法について論じていたことは——ベールの表示主義の意義が「各地の上級控訴院判例と、かれ自身の実務家生活の経験によって、意思主義の観念性を衝き、表示主義が実際に通用していることを指摘した」点にあると指摘されているだけ⁽⁹⁾——興味深いであろう。そこで、本稿では先ずベールの「証書による証明」を紹介し、次に、表示主義を主張した論文である「交渉における錯誤について」と比較して見たい。ベールの事実認定論に後に表示主義へと発展する規範的考慮が入っていたかの検証が主な課題となるが、意思主義と表示主義の対立を別な観点から見直すことができるのではないかという期待もある。

- (1) 川島武宜『民法総則』二八九頁 (昭和四〇年)、小林一俊『錯誤法の研究「増補版」』四一五頁 (平成九年) 等
- (2) 昭和五〇年代から契約解釈に関する研究が盛んになってきたように思われる。石田穰「法律行為の解釈方法——再構成——」法学協会雑誌九二巻二二号 (昭和五〇年) (法解釈学の方法「昭和五一年」所収)、磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について——信頼責任論への序章的考察——」神戸法学雑誌一七巻三三号、二八巻二二号、三〇巻三三号、四号 (昭和五二年か

- ら五六年)、山本敬三「補充的契約解釈——契約解釈と法の適用との関係に関する一考察——」法学論叢(京都大学)一一九卷二号、四号、一二〇卷一号、二号、三号(昭和六一年から六二年)、鹿野菜穂子「契約の解釈における当事者の意思の探究——当事者の合致した意思——」九大法学五六号(昭和六三年)、拙稿「表示の意味の帰責について——意思表示の解釈方法に関する一考察——」法学研究(一橋大学)一九号(平成元年)、沖野真巳「契約の解釈に関する一考察——フランス法を手がかりとして——」法学協会雑誌一〇九卷二号、四号、八号(平成四年)等。
- (3) かなり早い時期から契約の成否の判断自体に規範的考慮が入っていることを指摘していた文献として内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について——意思表示解釈の原理をめぐり——」法学研究(慶応大学)三八卷一号(昭和四〇年)。
- (4) 高柳他編『英米法辞典』四四八頁(昭和二十七年)
- (5) *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jherings Jahrbücher) Bd. 14, S. 27.
- (6) *Jherings Jahrbucher* Bd. 14, S. 393.
- (7) この論文の紹介として村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」法学協会雑誌七六卷三号(昭和三五年)、『ドイツの近代法学』[昭和三九年]所収——以下引用頁数はこれによる)がある。
- (8) これについては中田邦博「ドイツ民法典における意思表示法の形成過程——第一草案に対する諸批判を中心に——」立命館法学一九八七年六号八三一頁以下参照。
- (9) 村上・前出注(7)三四頁

二 「証書による証明」

ペールの「証書による証明」は簡単な序章と七つの章から成り、序章では、証書は、訴訟法と実体法との両側面よ

り考察されるべきである旨が説かれている⁽¹⁰⁾。

1 証書の真正の問題

(1) 証書の真正の証明

第一章および第二章では証書の真正の問題が扱われる。ペールによれば証書による証明とは一種の検証手続であるが、証書が裁判官の前に提出されたときには、先ず「作成者は誰なのか。証書は、作成者とされる者の意思に基づくものなのか」が問題となる。これが証書の真正 (Aechtheit) の問題である⁽¹¹⁾。

証書そのものから真正を証明することも可能であり、特に筆跡は人によって大なり小なり異なるので重要な証拠となる。そこで (筆跡によって分かるので) 商取引においては手書きの署名のみによって取引が行われているが、裁判所での証明の際には、その筆跡が裁判所にも知られているのでなければ真正が証明されたことにはならない。公文書なら形式や印章等によって真正であることが分かるので、特に真正を証明する必要はない。ただし、証書によって真正を証明したときでも、偽造である旨の反証は許される。

証書そのものだけでは充分に真正を証明できない場合には、他の手段による証明が必要となる。証書に別の書面を添付して後者 (第二の書面) において公の職員が前者 (第一の証書) の真正を認証することもあるが、これが「認証」(Beglaubigung) である。この場合には、その内容で成立した旨および真正に成立した旨の二つが証明される。この他に、筆跡を比較することによって証明することもできるし、また、宣誓 (Eid) による証明もある。

(2) 真正が証明されたときの効力 (推定効)

さて、ペールによれば、真正の証明にとって重要なのは「ある書面に署名した者は、書面自体は彼が書いたものではなくとも、書面の内容を承認したものとす」という法律上の推定 (Rechtsvermutung) である (第二章)⁽¹²⁾ (とりあえず「法律上の推定」と訳したが「事実上の推定」と対比させる趣旨かは不明であり「法律関係の推定」という程の意味のようにも思える)。これは公の証書にも私の証書にも通用し、証書の署名の真正を認めたる者は、証書が(自分に対して)通用することをも——ある種の抗弁は留保されるが(後述)——認めなければならない。

ただし、この推定は、署名と通常の関係を有する範囲のみにおいて認められる。行間等に追加されたり線を引いて削除されたりしている部分については、署名の時に既に(追加や削除が)存在していた旨の証明か、または、それ(追加や削除)が署名者の意思に基づくものである旨の証明が必要である。さらに、証書が複数の頁に渡っているが署名は最後の頁にしかない場合も同様であり、特別の証明(最終頁への割印)が要求される。

現在(裁判時)は完全な書面であるが署名の時には空欄があった場合に右の推定(署名者は内容を承認していた旨の推定)が認められるかは問題であり、具体例としてペールは、署名の時には全く白紙であった場合や書式の中の重要な事項(例えば債務額)が空欄であった場合等を挙げ⁽¹³⁾。しかし、ペールによれば「署名時には空欄であった」旨を証明しただけでは証書の効力を覆すには充分ではない。空欄のある文書に署名することは(相手方を)「信頼した」ということであり、文書の交付を受けた者は、この信頼に基づいて署名者の意思に従って補充することを委ねられている。署名者が後になって「信頼に反して自分(署名者)が欲したとは異なった補充がされた」旨を主張したいなら、彼(署名者)の方がその旨の証明をするべきであらう。そうでないなら、すなわち、空欄のある文書の交付を受けた側の方が「文書は署名者の意思に従って補充された」旨を証明しなければならないとするなら、信頼を受けた者(文書の交付を受けた者)は正当な期待を裏切られたことにならうとペールは言う。ペールの議論は文書の交付を受

けて補充した者が文書を証拠として提出した場合を念頭に置いて置いているようであるが、文書が第三者の手に渡り、その者（第三者）が裁判所に提出した場合でも同様であろう。空欄を補充する権限を与えたという責任を根拠に立証責任が転換されており、「権限を逸脱して補充されたか否か」という実体法上の問題が意思の推定という事実認定の問題として処理されていることに注目したい。

また、ベールによれば、署名者が「署名はしたが内容を読んでいなかった」と主張してもこの推定（内容を承認していたという推定）を覆すことはできない⁽¹⁵⁾。署名した以上は読んでいたと推定されるのであり、本当に読んでいなかったときでも、署名を求めた者に信頼を与えたことになるので（求められて署名した場合には「内容を承認した」旨の信頼を相手方に与えたことになるという趣旨であろう）、その信頼の効果として、（推定を覆す為には）彼（署名者）の側で「騙された」旨を反証しなければならぬ。ベールによれば単に「読んでいなかった」旨を証明しただけでは不充分であって、「どのような（別の）内容の文書に署名したつもりであったのか」まで証明できなければならぬ。つまり、「読んでいなかった」旨が完全に立証されたのみでは（内容を知らなかったことが「事実として」明らかであるとしても）「署名者は文書の内容を承認していた」と推定されるのであるから、これは、もはや事実上の推定ではない。むしろ、ろくに読まないで署名したという過失に基づく責任（表示責任）が考慮された規範的な推定ではなからうか。ベールは脚注において幾つかの判例を援用しているが、そのうち三つは次の論文「交渉における錯誤」でも引用されているので、簡単に紹介しておこう。

「ドレスデン上級控訴院一八五四年判決」⁽¹⁶⁾ 被告は原告に農園の一部である不動産を売却したが、買主（原告）の主張によれば、農園の他の構成部分も（買主の）求めに応じて特定の価格で譲渡する旨の特約が付いていた。被告は、裁判所に提出された証書は認めたが、「交渉過程ではそのような条項は話し合われなかったし、契約書に署名した際

も読まなかったたのでその条項に気がつかなかった、また、耳が不自由なので契約書の朗読の際にも気が付かなかったし、裁判所において調書を作成する際にも気がつかないで同意した」と抗弁した。

第二審裁判所は、問題の「売却条項 (pactum de vendendo)」については錯誤の為に意識されていなかったところ、このような錯誤は——錯誤者の重過失があったとしても——契約を無効にすると判断した。これに対して上級審裁判所は、署名することによって「(契約内容の) 全体に同意した」旨をお互いに表示したことになる、しかも、個別の条項に気がつかないで被告(売主)が署名したことについて原告(買主)には責任がないことを考慮するなら、被告の抗弁は認められないとした。今日の我々から見ても、契約書の朗読までして、しかも、裁判所での手続の際にも気がつかなかったというのであるから、被告に重過失があったと評価できる事案である。

「カッセル上級控訴院判決一八五九年一〇月二日」⁽¹⁷⁾ 証書の中で債務者は「清算の後においても五三〇ターラーおよび一八四九年九月二四日以降五パーセントの利率による利息の債務が残る」旨を認めたが、訴訟において債務者はこの証書を取り消すと主張した。裁判所は、「証書自体が独立の債務原因となるのだから旧債務の特定は不要であるという理由で取消を認めず、また、「証書を読んでいなかった」という債務者の主張に対しては、読む能力はあったのだから(債務者の主張は)考慮されないとした。さらに、債務者は「熟読する時間が与えられなかった」と主張したが、裁判所は、内容もよく分からずに署名した場合には不確実性自体からして「よく分からずに署名したい加減さ自体からして」という趣旨か) 証書による合意の効力を取り消すことを認めるべきではないと判断した。

「ベルリン上級控訴院判決一八七三年一〇月三〇日」⁽¹⁸⁾ 六〇〇ターラーの保証が問題となった事案であるが、保証人は、「債務者から六〇〇マルクの債務についての保証を頼まれて承諾してその場で契約書に署名したところ、眼鏡を持っていなかったたので書面を読むことはできなかった。また、債務者が朗読したが、その際には「六〇〇マルク」と

「読んだ」と反論した。原審は六〇〇ターラーの保証契約は成立しないとしたが、上級審裁判所は、内心の意思の不合致はそれが当事者に認識できたときのみ契約の成立を妨げると解釈して保証契約の成立を認めた。

結局どのケースにおいても——特に最初の二つ——「ろくに読まないで署名をした」という過失を根拠に責任が認められたのであるから、これは事実認定の問題ではない。裁判所も事実認定の問題とは意識していなかったし、さらに言えば、ベール自身にも——「証書による証明」という論文のタイトルにもかかわらず——事実認定の問題でないことは分かっていたはずである。あるいは、事実の問題と法的評価の問題との区別を余り意識していなかったのであるか。いずれにせよ、ベールの言う「証明」には実体法的な規範的考慮が——当然のように——入っていたのである。

なお、右の最後の判決では保証人は債務者に騙されて契約書を作成したのであるが、契約書が債権者に対して有する効力が問題となっている。保証契約は債権者と保証人との契約なので債権者は厳密には第三者とは言えないが、署名の名場にはいなかったであろうから、その場に居なかったという意味では「第三者」である。この判決に関して、ベールが「文書が第三者に利益を与えることを署名者も知っており、かつ、第三者が文書を信頼したときには、詐欺の抗弁も許されない」と述べていることをも指摘しておきたい。署名者は騙されていたので六〇〇ターラーの保証をする意思はなかったのだから、それにもかかわらず保証契約の成立を認めることは、これも、事実認定の問題を越えた実体法上の表示責任の問題であろう。

2 証書の内容の効力

(1) 両当事者が署名した証書

さて、ベールの論文の本文に戻ろう。証書の真正が証明されれば、次には、証書の内容にどのような効力が認められるかが問題となる（第三章）。ベールは、両当事者が証書に署名する場合と一方のみが署名して相手方に交付する場合とに分け、先ず前者から検討する。この際には、証書の内容が「法的事実（juristische Thatsache——端的に「法律要件」と訳してもよいかも知れない）」である場合と、それ自体としては「証明方法（Beweismittel）」に過ぎない場合とが区別される⁽²⁰⁾。証書の内容自体が法的事実である場合とは——後述するところからも分かるように——契約書のように法律行為がその証書によってなされる場合（いわゆる処分証書）である。そして、ベールによれば一つの証書が両方の性質を有することはあり得るが、しかし、理論的にはこの区別は重要であり、証書による証明における過誤のほとんどはこの区別を充分に認識していないことに基づく。

証書は、視覚によって内容を認識する点においては常に証明方法である。しかし、ベールによれば（証書の）内容は単なる証明方法ではなく、それ（内容）が「法律行為（Rechtssakt）」を含んでいるときには法的事実であり、証書は、法律行為の外部的な発現形体あるいは実体（Körpers）である。法律行為が口頭でされたときには話された言葉は証明方法ではなく法律行為そのものであるが、それと同様のことが、文字によって法律行為が表現されるときにも通用する。

ベールによれば法律行為自体が証書によってなされる例はあらゆる分野で見られ、例として公的な処分（命令・決定等）、遺言、書簡（契約の申込・承諾——両者を合わせれば契約締結になる）および手形が挙げられている。しかし、それ以外の契約書については、その法的性質（法的事実なのか証明方法なのか）は必ずしも明らかではないとベールは言う。そして、「契約と呼ばれる意思の一致は観念的で宙に浮いているものと考えて、契約をなしている書かれた言葉は『証明方法』としての意味を持つに過ぎないと思っている人が多い⁽²¹⁾」と皮肉った後、場合分けをして検討

する。

先ず、ペールは以下のような文面の契約書を想定する。⁽²²⁾

「我々——以下に署名するAおよびB——は、ここに (hiermit)、以下の売買契約を締結する。AはBに……

(Aの署名) および (Bの署名)」

このときには内容そのものが売買契約であるので、この証書によって売買契約が証明される。無論、契約書の作成および署名以前に交渉段階において何らかの(事前の)合意に達していたことが多くであろうことはペールも認める。しかし、その場合でも証書によって契約が締結されるのである。先ず第一に、交渉の際に契約書の作成が(明示または黙示に)予定されていた場合には、現代(ペールの当時)の法意識の中にも生き続けている「形式感覚(Sinn für Form)」に照らしても、当事者は、契約書に署名してはじめて契約が締結されたものと考えているであろう。ペールは同趣旨のプロイセン一般ラント法第一章一七条⁽²³⁾を援用して、これは当然の理を規定していると言う。そして、第二の場合として、先行する(交渉過程での)合意が拘束力のある契約と意識されていた場合でも、その後に契約書を作成して署名することによって契約は第二の形体で表れたことになり先行する口頭の形体は背後に退き、(先行する口頭の合意は)書面による(第二の)契約を説明・補正するものとしての意味しかなくなるとペールは言う。つまり、この場合でも(先行する合意が拘束力のあるものであったとしても)、証書は、証書以外で締結された契約を証明しているのではなく、契約の再現(Reproduction)の効果によって(再度の締結としての効果があるという趣旨か)それ自体が第二の発現形体となる。

次には、以下のような文面の証書が問題とされる。⁽²⁴⁾

「我々——以下に署名するAおよびB——は、以下の売買契約を締結したことを表明する(erklaeren)。」

この場合には証書は、一見したところ、別のところ（証書以外）に契約が存在することを示す証拠にしか過ぎないように思われる（『締結した』ことを表明する」という表現になっているから）。しかし、ベールによればこの場合にも証書は契約締結意思そのものを表現しているものであり、先に検討した文面の証書と何ら異ならない。このことは、この証書以前には合意は存在しなかったことが証明されたとしても、または、先行する合意には瑕疵があって無効であることが証明されたとしても、この証書の作成によって瑕疵が治癒されることから明らかであろうとベールは言う。証書が単なる証明方法に過ぎないならどちらの場合（先行する合意が存在であった場合および無効であった場合）にも反証（先行する合意の不存在または無効の証明）によって証書の効力は失われることになろうが、正しく理解するならば、反証によっても証書の効力は影響を受けないはずである。証書は、新たな契約意思の発現なのであって完全な効力を有する。したがって、ベールによれば「契約を締結する」と書こうが「契約を締結したことを表明する」と書こうが全く同じことであり、後者においても、証書は法的事実そのものとしての効力を有する。

以上のベールの議論のうち、交渉過程において一応の合意に達したが後に契約書の作成が予定されていた場合には契約書への署名によって契約が成立するという点は、当事者の意思にも合致すると思われる。したがって、これは、当事者の意思の認定——事実認定——である。

しかし、ベールによれば、交渉過程において合意に達し、しかも、それが拘束力のあるものとして意識されていた場合でも、後に契約書が作成されたときには後者（契約書）が独立した合意としての効力を有して先行する合意を變更したり瑕疵を治癒したりする。この結論は妥当であろうが、しかし、これを当事者の意思から説明することが可能であろうか。先行する合意が拘束力あるものとして意識されていたのなら「改めて」合意をするのはいかにも不自然であり（契約成立時（＝拘束力の発生時）が二つになる）、まして、「契約を締結したことを表明する」という表現を

選択した場合には当事者の意思としては「既に成立している合意を確認する」趣旨に過ぎないのではなからうか。それにもかかわらず、それ（単なる確認）が先行する合意を変更したり先行する合意の瑕疵を治癒するなら、これは当事者の意思を超えている。つまり、当事者は単に確認するつもりに過ぎず新たに合意をする趣旨ではなかったとしても、法的安定性を重視して、その確認に「確定効」を与えたものであろう（後法は前法を廃する）。この限りで、当事者の意思の探究という事実認定の問題を超えた規範的考慮が入っているように思える。

(2) 当事者の一方のみが署名した証書

ここまででは証書に両当事者が署名した場合に関する議論であったが、当事者の一方が、相手方に権利を与える内容の契約書に先ず自分だけ署名しておいて、その証書を相手方に交付する場合もある。⁽²⁵⁾このときには、相手方は好きなときに自分も署名して契約書を完成させることもできるが、また、署名しなくとも、証書を保管しておいて（裁判において）援用したということ自体（契約に）同意したことを意味するであろう。この議論をきっかけとして、ペールは一方的に発行された証書の検討に移る（第四章）。一方的に発行された証書は一見したところは一方的な法律行為のように見えるが、権利を受けるべき相手方に証書を交付しているので双方向的な行為であると言う（相手方が証書を受領したこと自体が承諾または同意を意味するという趣旨であろう）。一方的に発行された証書を交換することによって双務的な契約を成立させることもできるが（例えば賃貸人が署名した証書を賃借人が所持して賃借人が署名した証書を賃貸人が所持する場合）、通常は、一方的な証書は一方的に権利を与える場合によく使われる。ペールは代理権授与、債権譲渡（Cession）、担保権設定や免除等を挙げる。この場合にも、法律行為そのものの形式をとることもあり（「私は委任する」等）既になされた法律行為の陳述という形式をとることもあるが（「私は委任した」等）、

（後者（既になされた法律行為の陳述）のときであっても証書自体によって行為がなされたことになる。）

一方的に発行された証書は片務的な債権契約（つまり債務負担行為）においてよく使われるとペールは述べて、次に、その検討に移る（第五章）。これには、全く新しい債務を発生させる場合から既に成立している債務を確認するに過ぎない場合まで様々な段階が考えられる。例えば、

「ここに、友人Nに、一八七五年一月一日を期限として一〇〇ターラーの贈与をすることを約束する。」

このような証書がNに交付されれば、証書自体が贈与契約を含んでいるので、これによって贈与契約が証明される。

「NがAに対して負っているこれこれの債務を、ここに、私は連帯保証人 (Selbstschuldner) として引き受ける。」または「NがAに対して負っているこれこれの債務を、ここに、私は保証する。」という場合にも、新たに債務を発生させたり（前者（連帯保証）か）既に成立している債務を別の者に負わせているので（やや疑問もあるが後者（保証）のことか？）、証書そのものが法律行為であることに疑いはない。「ここに、一〇〇ターラーを贈与として約束したことを表明する（または、証明する (bescheinigen) / 認める (Bekennen)」という形で発行された場合でも（既に債務負担行為がなされたことの報告に過ぎないように見えるが）全く同じである。

同様にして、自分が負っている債務をあらためて約束することもあり得る。このときには実質的には何も変わらない、つまり、債務内容も当事者も変化しない。二度目の支払約束は（何かを変化させる為よりは）むしろ債権者の訴追進行を確実にするのである。以下のような約束を考えれば分かるであろう。

「ここに、私は、Nに、これこれの取引より生じた総額一〇〇ターラーを一八七五年一月一日を期限として支払うことを約束する。」

もっとも、ペールによれば実際には次のような表現の方がよく使われる。

「ここに、私は、Nに、これこれの取引より生じた一〇〇ターラーを一八七五年一月一日までに支払う旨を約束したことを証明する。」

最後に、期限等の条件には全く触れず、また、支払約束も含まず、単に債務があることを認めるに過ぎないこともある。

「ここに、私は、Nに対して、これこれの取引より生じた一〇〇ターラーの債務を負っていることを証明する。」

この最後の場合には、証書は、一見したところは既に成立している債務の証拠または「自白 (Geständnis)」に過ぎないように見える。事実そのような意味があることは否定できず、証書が、既に成立している債務を立証する為の証明方法として通用することもある。しかし、ベールによれば、このような「証明的効力 (beweisende Kraft)」と競合して、証書に明示または黙示に含まれている支払約束の「債務負担的効力 (verpflichtende Kraft)」も存在し、しかも、後者 (債務負担的効力) の方がはるかに強く働くので証明的効力はある程度吸収されてしまう⁽²⁷⁾。この区別の実質的な意義は以下のような場合にあると言う。

① 証書が単なる証明手段であるとするなら、単なる反証によって失効するはずであろう。さて、証書は確かに——債務負担的効力があるにもかかわらず——基礎となっている債務が成立していないときには取り消されるが、このときでも、債務の承認に支払約束が含まれている為に、ただ、非債弁済 (condictio indebiti) の原則に従ってのみ取り消すことができるのである。ベールの議論は必ずしも明瞭ではないが、(旧) 債務を承認して支払約束をした場合において旧債務の不存在を理由として支払約束を取り消すときには、ベールの当時は、非債弁済返還請求の要件を満たすときのみ取消が認められたのであろうか。債務が存在しないのに支払約束をすることは非債弁済に類似する状況であると言えるので、それなりに納得できよう。

② 証書の証明的効力は、その証書が、基礎となっている債務をどの程度証明するかという証明力 (Specialität) — 能力という意味であろう) にかかっている。この観点 (証明力という観点) からは、ただ一般的に債務を負っている旨を証明している証書 (cautio indiscreta) は「何も証明していない」。これに対して、証書の債務負担的効力は証明力とは全く関係ない。「ここに、さまざまな取引の結果としてNに対して一〇〇ターラーの債務が残っていることを証明する」という文言でも、その額の支払約束を含んでいる以上一〇〇ターラーの債務を「証明する」のである。つまり、ベールは、債務原因を特定しない債務証書 (cautio indiscreta) の法的効力を前提として、これは証明的効力では説明がつかないと言いたいのであろう。

右のベールの議論を検討してみると、証書において新たに債務を負担したり旧債務を変更したりする場合には確かに法律関係を変動させる意思 (効果意思) が当事者に存在するのであろうから、この場合には、証書は——我々の視点から見ても——事実 (表意者の意思) を証明している。しかし、過去の権利関係をそのまま確認したに過ぎず、かつ、証書においても「確認する」という文言しか用いられていない場合には、当事者には新たな債務を発生させる意思はないであろう。それにもかかわらず (当事者には債務を負担する意思はないにもかかわらず) 証書に「債務負担的効果」を認めるのは、旧債務が不成立または無効であったときに瑕疵を治癒して法的安定性を図る為であると思われる (これも「後法は前法を廃する」原則であろう)、その背後ではやはり表示責任が正当化の根拠となっているのではなからうか。この結論は妥当であろうが、ここでも、単なる事実認定の問題を越えた規範的考慮が見られるのである。

さて、しかし、ベールによれば「既に受領した金銭を基礎とする債務を証明する証書 (金銭消費貸借証書)」は例外である。(28) 消費貸借は要物契約なので金銭と引換に証書を交付するのであろうが、実際には金銭が交付されないまま

に証書のみ債権者に渡ってしまうこともある。したがって、この場合には「実際に金銭が交付された」旨の証明がないと債務負担の効果も認められまい。しかし、他方、既に成立している債務の証書が金銭消費貸借証書の形式で作成されることも多いが、このときにも「金銭が交付されていない」という証明を許すと証書の効力が不安定になる。そこでこの証明はある一定期間のみに限って許されることとされたが、これがローマ法の「金銭不受領の抗弁 (*exceptio non numeratae pecuniae*)」の理論であるとベールは言う。これは現代 (ベールの当時) でも未解決の問題であり、「金銭を受領しなかった」という証明さえできれば証書の効力を否定できるのか、「その他いかなる債務も負っていない」旨の証明まで必要なのか争われている。

(3) その他の問題

ベールは、証書の効力に関してさらに幾つかの論点について言及する (第六章)。

① 一方的な証書の場合には、既に述べたように、その証書によって権利を取得する当事者 (相手方) に証書が交付されて初めて意思の合致があったことになる。⁽²⁹⁾ ただし、権利者が証書を占有している場合には「証書の発行者の意思に基づいて (権利者が) 占有しているのである」という推定が働く。しかし、「証書の発行者の意思に反して証書が (現在の) 占有者に渡った」という反証によって証書の効力が否定される可能性は残っている。

証書が一度交付されれば、権利者が証書の占有を失ったからといって権利まで失うことはない。しかし、権利者が (継続して) 占有していないと効力が認められず、「かつて交付を受けたことがある」旨を証明しただけでは (現在占有していないのでは) 不十分なこともある。ベールは例として代理を挙げるが、委任状のことを指しているのである。また、証書の交付によって法律行為が成立すると同様に、法律関係の解消も、義務者 (証書の発行者) へ証書

を返還することによってなされる。この場合には義務者が証書を占有しているなら（権利者から）返還されたものと推定され、そうでないなら（権利者が任意に返還したわけではない旨を主張したいなら）権利者の方で彼（権利者）の意思に反して証書が義務者の手に渡ったことを証明しなければならない。このベールの議論は、日本民法一八八条の適法の推定とはほ同じことを言っているものと解される。

② 署名は常に必要か？⁽³⁰⁾ 一般論としては、契約書は署名によって初めて完成されると当事者は意識しているであろう。債務者が債務を承認する旨の文書を作成しても債務者の署名がないのでは、（本当に）債務者が書いたものであっても借用書としては通用するまい。もっとも、ベールによれば請求書や領収書は必ずしも署名がなくとも有効である。

③ 法律行為を証明する証書には、「完全性（Vorständigkeit）」の推定、すなわち「証書には、当事者間の権利や義務の根拠となるべき法律行為が全体として含まれている」という推定が働く。⁽³¹⁾したがって、「その約束には口頭の特約により条件が付いていた」とか「ある反対給付と引換にのみなされる旨の留保が付いていた」と主張する者は、その側の側でその旨を証明するべきである。「法律行為に条件が付いていた旨の主張がされた場合には行為の効力が否定されて相手方（法律行為を主張する側）に立証責任が転換される」という原則（このような原則が当時あったのであろうか）は、証書により法律行為がされたがその証書に条件が含まれていない場合には通用しないと言う。このベールの議論は、英米法において契約書が完全なもの（integrated）とされるときには証言等によって契約書を否定または変更することは許されないとされていること（口頭証拠法則（parole evidence rule））と考え合わせると興味深い。⁽³²⁾ただし、口頭証拠法則は——極めて手続的な問題ではあるが——実体法上の問題であるのに対して、ベールの議論は——極めて実体法的ではあるが——事実認定の問題である。両者の関係については、さらに後に考えたい。

さて、ベールによれば完全性の推定は、ある法律関係（原因）が法律行為の前提とされていても排除されないし、さらに、債務原因を特定しない証書（cautio indiscreta）でも推定が働く。むしろ、当事者は、証書において表現されているところだけで充分と考えて、背後にある事実関係を抽象化（捨象）しようとしていると推定されるのである。したがって、背後にある事情を基に抗弁しようとする者は、それについて立証しなければならない。ただし、証書そのものが明示的に外部の事情（口頭の特約とか他の書面とか）を援用しているときには推定は排除され、（証書は）これらによって補充されなければならない。

④ 証書は、もちろん、第三者との関係でも法律行為を証明する。⁽³³⁾ただし、法律行為がされた「時」が問題となることも多いが、発行者が遡った日付を付けた可能性は否定できないとベールは言う。したがって、物権（質権等）の設定行為のように第三者に対して効力を有する証書の場合には厳格に判断するべきである。さらに、ベールは、債権譲渡前に弁済がされ領収書が発行されたが日付がない場合に債務者（弁済者）を保護する必要があると論じている。

最後に、証書が、証明手段として用いられる場合が考察される（第七章）。ベールは公文書と私文書とに分けて検討するが、ここでは、後者についての議論を幾つか紹介すれば足りるであろう。私文書の証明力は限られているが、しかし、その内容が作成者に不利なものであるときには信用できる。⁽³⁴⁾それが事実でないなら、わざわざ自分に不利なことを文書に残すとは思えないからである。この場合にも一種の「自白（Geständnis）」であると言えるが、単なる「証明的な自白（beweisende Geständnis）」であって前述したような「債務負担的な自白（verpflichtende Geständnis）」ではない（前述一八頁）。証明的な自白の場合は、発行者の意思に基づいて交付されたものである必要はないし、発行者に行為能力も要求されないし、また、署名も不可欠の要件ではない等の点で債務負担的な自白とは異なっている。そして、私文書が自白に該当しない場合（作成者自身に不利な事実を認めているわけではない場合）には、もは

や、これを信用できる理由はない。ただ、商業帳簿等は例外である。

以上我々はベールの「証書による証明」の内容を見てきたが、事実認定論の形をとりながら単なる事実の確定にとどまらない議論がされていることは適宜指摘してきた通りである。これが、同じ年に書かれた「交渉における錯誤について」とどのようにつながってくるのか——これが次の課題である。

- (10) Bähr, Der Urkundenbeweis, Jherings Jahrbücher Bd. 14., S. 27.
- (11) Bähr, a. a. O., S. 28.
- (12) Bähr, a. a. O., S. 30.
- (13) Bähr, a. a. O., S. 31.
- (14) Bähr, a. a. O., S. 32.
- (15) Bähr, a. a. O., S. 33.
- (16) Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in der deutschen Staaten, Bd. 8, Nr. 26. なお、この判決については村上・前出注(7)三六頁にも紹介がある。
- (17) Seufferts Archiv, Bd. 14, Nr. 16. つれづれにしても村上・前出注(7)三六頁参照。
- (18) Seufferts Archiv, Bd. 29, Nr. 215. ただし、「証書による証明」執筆当時は未だ判例集には掲載されていなかったらしく、ベールは出典を明示していない。この判決についても村上・前出注(7)三九頁参照。
- (19) Bähr, a. a. O., S. 33, Rn. 5.
- (20) Bähr, a. a. O., S. 36.
- (21) Bähr, a. a. O., S. 37.

(22) Bähr, a. a. O., S. 38.

(23) 第一七条 当事者が契約書の作成を合意した場合には（契約書は）単なる証拠ではなく、書面の作成によって契約の拘束力が発生するものと推定する。

なお、ドイツ民法にも同様の規定がある（川井健訳・法務資料四四五号「昭和六〇年」）。

第一五四条二項 目的とした契約について証書の作成を約した場合において、当事者の意思が明らかでないときは、契約は、その証書の作成の時までは、成立しないものとする。

(24) Bähr, a. a. O., S. 39.

(25) Bähr, a. a. O., S. 40.

(26) Bähr, a. a. O., S. 42.

(27) Bähr, a. a. O., S. 44. なお、この議論はベールの債務承認論と合わせて考えると一層興味深い。小川浩三「普通法学における *causa* 論の一考察」法学協会雑誌九六巻六号（昭和五四年）参照。

(28) Bähr, a. a. O., S. 45.

(29) Bähr, a. a. O., S. 47.

(30) Bähr, a. a. O., S. 48.

(31) Bähr, a. a. O., S. 49.

(32) 第次契約法リストイメントの条文（松本恒雄訳・民商法雑誌九四巻六号一二九頁「昭和六一年」）を引用しておく。

第二〇九条 完成合意書 (integrated agreement)

① 完成合意書とは、合意の一個または数個の条項についての最終的な表現をなす一個または数個の書面をいう。

② 完成合意書が存在するか否かは、解釈についての問題を決定するにあたっての、または口頭証拠法則 (parol evidence rule) を適用するにあたっての前提問題として、裁判所によって決定される。

③ 両当事者がその完全さおよび明確さから見て完成合意書であると思うのが合理的である書面に合意をしたためた場合、

その書面は完成合意者であるときみなされる。ただし、その書面が最終的な表現をなすものではなかったことが他の証拠によって証明された場合は、この限りでない。

第二二三条 完成合意書が従前の合意に及ぼす効果（口頭証拠法則 *parol evidence rule*）

- ① 拘束力のある完成合意書は、従前の合意と矛盾する限りにおいて、従前の合意を消滅させる。
- ② 拘束力のある完全な完成合意書は、従前の合意がその範囲内に含まれる限りにおいて、従前の合意を消滅させる。
- ③ 拘束力のない完成合意書、または取消可能で実際に取り消された完成合意書は、従前の合意を消滅させない。ただし、拘束力のない完成合意書であっても、合意が完成されていなければ合意の一部となっていたであろう条項を無効とする効力をもちつつがある。

(33) Bähr, a. a. O., S. 51.

(34) Bähr, a. a. O., S. 54.

三 「交渉における錯誤について」

さて、「証書による証明」の後（しかし同年）に、ベールは同じ雑誌に「交渉における錯誤について」を発表した（「Irrungen」をとりあえず「錯誤」と訳したが内容を考えると「過誤」とした方が良いかもしれない。コミュニケーションにおけるミスが問題なのである）。この論文については既に幾つか研究が発表されているので、⁽³⁵⁾ここでは、「証書による証明」とのつながりを考える上で重要と思われる部分に絞って紹介して検討を加えることとする。

1 通説およびイェーリングへの批判

この論文は全部で九章からなるが、先ずは、両当事者の意思が合致していなければ契約は成立しないとする通説への批判から始まる（第一章）。意思が合致していないのは意思が正確に表現・伝達されていないからであるが、しかし、表示を信じて契約が成立したと正当に信頼した者には何の権利も与えられないのであろうかとベールは問い、電信のミスによる伝達の過誤を扱った有名な判決を引用する。⁽³⁶⁾この事件では、ケルンの商社がフランクフルトの商社に対して電信で「国債を一六〇〇口売却する（verkaufen）」ように指示をしたが電信のミスで「購入する（kaufen）」と相手方に伝わってしまったところ、国債の価格が下落したので損害が生じた（実際の事件の経過はやや異なるようだが、⁽³⁷⁾ベールは、分かりやすく簡略化したのであろう）。意思の合致を要求する通説の立場からは、ケルンの商社には購入を委託する意思はなかったのであるから委任契約は成立せず、損失はフランクフルトの商社が負うべきこととなる。しかし、これは自然な法感情に合わないし、判決もそのような結論ではなかった（賠償責任を認めた）。そして、ケルンの商社の責任を理論的に基礎付けようとしてさまざま見解が現れたのである。

ベールは、特にイエーリングの「契約締結上の過失論」に注目する。⁽³⁸⁾イエーリングによれば右のような場合には意思の合致はないのだから契約が成立しないことには疑いはないが、しかし、この過失（*culpa*）について責任がある側は、契約が成立しているかのような外観を創り出して相手方を騙した事になると言う。ただし、この過失から生じる責任は、積極的利益すなわち「契約が履行されることに對する利益」には及ばず、消極的利益すなわち「契約が成立したと騙された事によって無過失の当事者に生じた損害の填補」に限定される。さて、ベールは、責任を負わせるべきであるという点ではイエーリングに賛成するがその他の点については疑問を呈し、特に、なぜ消極的利益に限定したのかを批判する（第二章）。例えば「契約が成立した」と買主が騙された場合、その損害は「契約によって入手できるはずであった目的物を取得できなかったこと」にあるのではないか。⁽³⁹⁾

2 表示主義とその根拠

ベール自身の見解は、イエーリングが提起した問題をイエーリングとは異なった方法で解決しようとするものである(第三章)。意思が合致しないときには契約も成立しないとする原理は、内心の意思のみを基準とする限り正当ではない。内心の意思は表示されなければ相手方には分からないのだから、相手方に意思を表示して法律関係に入るように誘った者は、その表示を法律関係の基礎とすることに同意したとされるべきである⁽⁴⁰⁾。したがって、義務の根拠となる意思は内心の真意ではなく、諸般の事情から相手方が理解するであろう意思——たとえ擬制になろうとも——である。ここから、ベールは以下の定式を導き出す。

「契約交渉においてある者が意思を表示し、かつ、それについて責任がある場合に、相手方がそれ(表示)によって権利を取得したと信じ、かつ、その信賴が正当であるときには、表意者は『実際にはそのような意思を有していなかった』と主張することは許されない。」⁽⁴¹⁾なお、ここではベールは表意者の「責任」を要求しているように見えるが、後には、通常の意味での「過失(Verschulden)」は不要であると述べている(後述する第四章)。表意者の帰責性を問わずに表示責任を負わせており、「極端表示主義者⁽⁴²⁾」と評される所以である。

この原則を一般的な形で述べた法源はないことはベールも認めるが、その具体的な適用例が、ローマ法にも、また、事物の本性上正当性を認めざるを得ない命題としても存在すると言つ⁽⁴³⁾。

① ローマ法では、死亡や撤回によって委任が終了した後でも、善意で(元)受任者に対して弁済した者との関係では代理が継続しているものとされる。代理権授与表示によって(委任する旨の)意思が表示されたところ、死亡や撤回によって(代理権授与)表示は実際の意思が伴わない単なる外観になってしまっているが、ベールによれば善意

の第三者（弁済者）を保護する為実際に存在しない意思が擬制されているのである。

② 営業主が使用人に代理権を与えたときには、代理権を制限または撤回しても公に告知しなければ考慮されない。これをしない限り営業主の（委任する旨の）意思は継続しているものと擬制される。

右のローマ法上の原則は、ベールによれば現代（ベールの当時）の法的取引においても類推適用されている。

③ 包括的な代理権（訴訟とか和解とか）を授与した場合には、代理人が本人の指示に従わなかったとしても代理人のした行為が通用する。

④ 公共企業と契約をするときには契約条件が法律や規則等で定められていることがあるが、それを知らずに別の条件で取引をしたと信じた者がいてもその条件（法律や規則等による条件）に拘束される。同意があったものと擬制されるのである。

⑤ 公の競売においては競売開始前に契約条件を朗読するが、遅れてきた者でも「契約条件を知らなかった」とは抗弁できない。

⑥ 証書に署名した者は内容に同意したのであり、読まなかったので内容を知らなかったとは抗弁できない。実際には同意していなかったとしても同意が擬制されるのであるとベールは述べ、脚注の中で、前論文（証書による証明）でも引用されていた三つの判決のうち最初の二つ（ドレスデン上級控訴院一八五四年判決およびカッセル上級控訴院一八五九年判決）を再び引用している。ただし、証書の内容について騙されていた場合には抗弁が許されるが、しかし、この抗弁が第三者との関係でも通用するか否かという問題が生じるとベールは言う。これは、前論文でも引用されていた三つの判決のうち最後のもの（ベルリン上級控訴院一八七三年判決）で扱われた問題である。

⑦ 表面的には契約に同意すると言っておきながら、相手方の背後で「自分にはその意思はなく契約上の義務を負

うつもりもない」旨の証拠（公証人や証人に述べる等）を作っておいたらどうか。ベールによれば虚偽表示（Simulation）や諧謔表示（Schertz）の抗弁は、一方のみが虚偽の表示をしたり「冗談で表示をした場合ではなく、両者が虚偽または冗談で表示をした場合を前提としている。そうでない場合にまで内心の意思を基準とすると、一方のみが冗談のつもりで本気ではなかったとしても契約は無効となるが（意思が合致しないのだから「無効」ではなくて「不成立」と考えられるが当時は不成立と無効とは必ずしも明確には区別して意識されていない）、では、（その者には）何の責任もない、あるいは、せいぜい締結上の過失を根拠として消極的利益の賠償責任しかないのであらうか。ベールによれば、このような場合にはイエーリングさえも諧謔表示の抗弁を許さない、すなわち、「冗談ではなかった場合と同様の（外観上の）契約による義務を負わせる。⁽⁴⁴⁾しかし、イエーリングは何の根拠も挙げず、ただ「契約解釈の場合と同様の観点が通用する」と述べるのみである。

⑧ 契約解釈においては意思が問題となるところ、契約が成立する為には内心の意思が合致することが必要であるとする、一方当事者の望んでいたものが相手方の理解とは異なっていた場合や両当事者が相異なるものを望んでいた場合には契約は無効となり、ただ、締結上の過失に基づいて若干の賠償が認められるのみとなる。しかし、これが本当に正しいのかとベールは問い、再びイエーリングを引用する。「論理的解釈においては真の意思が知られ得るものであること、つまり、裁判官および相手方が知ることができ、かつ、知るべきであったことを前提とする。ある事実や事情が表意者の真の意思を明瞭に示している場合でも、それ（その事実や事情）を相手方は知らず、また、知るべきでもなかったときには、裁判官はこれを考慮してはならない。言い換えれば、『表意者の真の意思は何であったのか』が問題なのではなく、『当該事情においては相手方はどう理解すべきであったのか』が問題なのである。⁽⁴⁵⁾ベールによれば、これはイエーリングの言葉そのままの引用であり（もっともベールはイエーリングの本文と脚注とを連

結して一連の文章であるかのように再構成している)、ここでも意思の擬制が見られる。

ここまですて直してみると随所で「意思の擬制」について語られており、これを捉えてベールは表示主義者としては徹底していないと見る見解もある⁽⁴⁶⁾。しかし、ベールは、前の論文「証書による証明」においては事実認定の問題とされていた議論に——単なる事実の確定を超えた——規範的考慮が入っていたことを正面から認め、責任の根拠は内心の意思にはないことを明確にしたのであるから、やはり表示主義の先駆者ではある。また、これを裏返せば、やはり「証書の証明」におけるベールの事実認定論には規範的考慮が入っていたのであり、しかもベールもそのことを意識していたのである。

なお、ベールが挙げる典拠(①から⑧)の中には、今日の意思表示論の観点からはやや異質と考えられる問題が含まれていることも注目に値しよう。つまり、①から③までは代理(または表見代理)の問題であるし、この内①は善意弁済者の保護にも関係する。また、④は約款論ではなからうか。

3 表示主義の適用例

ただし、ベールによれば、意思を擬制するには相手方が善意であることが必要とされる(第四章)。しかし、他方——前述したように——表意者に通常の意味での過失がなくとも外観上の意思を帰責してよいと言う。表意者に過失がないとしても、相手方にはもつと過失がないからである⁽⁴⁷⁾。

そして、ベールは、イエーリングが考察した諸事例を表示主義の観点から再検討する。イエーリングが問題としたのは、第一には「主体の不能」による契約無効、第二には「目的の不能」による無効、第三には「意思の不確定(Correspondenzprinzip)」による無効であるが、第一は要するに無能力者の問題であり第二は原始的不能論なので、本稿で

は最後のもののみを検討すれば足りるのである。この最後の事例群も、「書面の濫用による錯誤」、「契約目的物の記述における錯誤」および「意思伝達における見誤りによる錯誤」に分けられるが、我々に特に興味があるのは最初のものである。

(1) 書面の濫用による錯誤

「手形の形式がどのようなものであるかを説明しようと思って、自分を振出人、相手方を受取人、第三者を支払人とする手形を書いてみせた。相手方はこの書面を持ちかえり、裏書した。被裏書人は振出人に対して償還を請求することができ⁽⁴⁹⁾るか。」

右のような説例で検討が始まる。ペールによれば、ここでもイエーリングは契約締結上の過失論による賠償義務で解決しようとする。つまり、被裏書人は手形を買った代金額を損害として請求できるのであり、ただで（手形を）貰ったのなら何も請求できないことになる。ペール自身は、振出人は、善意で取得した被裏書人（または転得した第二被裏書人）に対して手形上の責任を負うべきであるし、また、善意で支払をした支払人、あるいは、善意で手形を取得した者に対して支払をせざるを得なかった支払人に対しても償還するべきであると主張する。これは手形制度からの必然的な要請であり、それが嫌なら、意思に反した手形を作成したりしなければよかったのである。ただし、（手形通りの責任を振出人に負わせる）被裏書人が無償で取得したときには不当利得となるので振出人に抗弁を認めるべきかが問題となるが、それでも、これは、賠償責任を消極的利益に制限することとは異なるとペールは言う。（なお、現在から考えると若干の疑問もある。ペールも自認するように手形制度の特殊性に基づく責任であるとも言えるので、これを表示責任として一般化できるかは問題であろう。さらに、被裏書人が無償で取得した場合には支払を受けるこ

とは不当利得になると言うのでは結局は賠償責任を消極的利益に限定したのと同じ結論になるように思われるが、この点については後に検討されている。

その他の証書については、第三者との関係で使われることを予定していたものか否かで区別され、「我々の原則」(表示主義)は前者(第三者との関係で使われるべき証書)についてのみ通用し、後者(第三者との関係で使われることを予定していない証書)には適用されないとベールは言う⁽⁴⁹⁾。例えば、委任状が盗まれたときには、その委任状による(自称)代理人と善意の第三者との間で行われた行為について責任を負うべきである。また、債権譲渡証書を作成したところ盗まれてしまい、債務者が善意で証書の所持人に弁済したときも弁済は有効である。

これに対して、Aが作成した金銭消費貸借証書をCが盗んでBに買い取らせたときに、Aに責任を負わせうるかは疑問である⁽⁵⁰⁾。消費貸借証書を占有しているのみでは、Cに弁済の受領権限があるとBが信じるべき理由はないからである。ただし、B自身が消費貸借証書を盗んで譲渡したときには譲渡人は善意であっても弁済を請求することはできないことは明らかであるとベールは言う。譲渡人が譲渡人以上の権利を取得することはあり得ないからである(Cが盗んだ場合とB自身が盗んだ場合とを区別するべき充分な説明となっているのだろうか——筆者注)。これに対して、消費貸借証書ではなく領収書が問題となる場合には、ベールによれば他人に弁済の受領を委任する際には領収書を交付することが一般的であるので、債権者の意思に反して領収書が所持人の手に渡った場合でも債務者が所持人に弁済したときには弁済は有効であると言う。また、弁済の受領権限を与える旨の証書が偽造(Fälschung)された場合は困難な問題となるが、本人の側にも帰責性はほとんどないが相手方には全く過失はないのであるから、偽造証書の内容を本人に対して通用させてよいであろうとベールは言う。特に、空欄があった為に偽造されたときには(厳密には「変造(Vertäuschung)」と言うべきではないか)空欄のある証書を発行すること自体が不注意であると言えるので、

いよいよこれが当てはまる。

以上のベールの議論は、書面を交付した相手方ではなく第三者との関係を論じたものであるので射程範囲は意外と狭い。そもそも今日の我々が「意思主義と表示主義」を論じるときは、行為の相手方との関係を念頭に置いているのではなからうか。また、ベールは盗難または偽造のような場合でも責任を認めるので非常に厳格な責任を負わせているように見えるが、他方、実際に論じられているのは手形、代理、さらに債権の弁済の問題であってやや特殊なケースであることにも注意を要する。逆に言えば、今日の我々から見れば特殊な問題（手形等）をも一般論として議論しなければならなかった点に当時の苦勞があったのであろう。

(2) 目的物の記述における錯誤

劇場支配人が歌手と出演契約をしたが勘違いによって同じく歌手である妹と契約をした場合、通説によれば契約は無効となるし、イエーリングは締結上の過失に基づいて旅費等の賠償を認める。しかし、ベールは、相手方（妹の歌手）が錯誤に気付いていないなら支配人は契約を守るべきであると言⁽⁵⁾う。ある薬屋が本屋で「Wurzel」辞典を購入したがインドールゲルマン語源辞典であったという場合（「Wurzel」には「植物の根」の他に「語源」という意味もある）も同様である。

以前（ベールの時代を基準として）ドイツでは貨幣や度量衡の錯誤に関する事例が多くあったが（国家としての統一が遅れた為であろう）、このようなときに、当事者が主観的な錯誤を主張することを許すなら契約は取り消されることにならう（ベールは無効と取消についても必ずしも厳密には区別していない）。しかし、ベールによれば実務で意思は客観的に解釈され、実際⁽⁶⁾の意思が客観的な意味に合わない場合には（勝手な理解をしたという）過失に対す

る制裁として意思が擬制されていたのである。「(契約書の) 表現について争いがあるときには締結地の慣習によって定める」という原則は正当な規則として認めてよいとベールは言う。プロイセン人がブレーメンで車屋に「一〇ターラー」を約束したときには一〇ターラーの金を支払わなければならない。ブレーメンでは金をターラー単位で数えることを知っていなければならないのである。同様に売買代金を「quatre-vingt Frans」と定めたときには、二四という意味だと思っていたとしても八〇フラン支払うべきである(フランス語では「四一〇 (quatre-vingt)」は八〇を意味するが、他方、ドイツ語では二四を「四と二〇 (vierundzwanzig)」と表現するので誤解が生じたのである)。
それが嫌なら(生半可なフランス語など使わずに)はっきりと表現するべきだったのである。

したがって、ベールによれば錯誤を理由として契約が無効となるのは、錯誤があることが交渉過程において客観的に明らかであって両当事者に同じ位過失があるか、または、両当事者とも同じ位過失がないので、どちらか一方に不利となるように契約を解釈することができない場合に限られる。⁽³²⁾このような場合は実際上は稀であり、現実にはどちらかの解釈において契約は成立しているものとされる。当事者の一方が実際には異なった理解をしていたとしても同意したものと擬制されるのである。例外的に無効とされるときには(両方とも同じ位過失があるか同じ位過失がないかのいずれかなので)どちらか一方に締結上の過失に基づく損害賠償責任を負わせることは問題とならない。

(3) 意思伝達における見誤りによる錯誤

最後にベールは見誤りによる錯誤を検討するが(第八章)、ベールによればもちろん間違えた者の責任となるので、単なる消極的利益の賠償責任を負わせるのではなく意思の外観を通用させるべきである。⁽³³⁾使者を使った場合も同様であり、さらに、電報を使用したときも、電報には間違いがあり得ることを覚悟するべきであるので責任を負う。もっ

とも、不利益を負うのは電報の発信者とは限らない。例えばAが「電報で返事を下さい」と求めてBが電報で返事をした場合にはBではなくAが電報のミスによる不利益を負う。この結論自体は納得がいくが、「電報がAの『使者』になっている」というベールの説明にはやや無理があるのではないか。しかし、意思表示の仲介者が存在する場合に、その者をどちらの側の使者と考えるべきかは興味深い問題ではある。

4 相手方保護の限界

しかし、ベールは、相手方保護にも制限を付ける(第九章)。相手方の信頼保護の為に意思を擬制された者は、少なくとも、その擬制によって相手方が積極的な利益を得たときにはその旨の抗弁を許されるべきであると言う。⁽⁵⁴⁾ 例えはこの論文の冒頭の説例(一〇六頁)で、フランクフルトの商社は実際には国債を購入しておらず差額取引として(Ⅱ以前の売り注文の清算の為に)買い注文を出したに過ぎなかったことをケルンの商社が立証できれば、誤った電報について責任を負う必要はない(このときにはケルンの商社が発した電報とフランクフルトの商社の国債購入との間には因果関係がないようにも思えるが)。

このような抗弁を認めると、結論としては消極的利益の賠償で解決するイエーリングの立場と似てくるが(手形に関する一一一頁の説例も参照)、それでも法律構成が異なるとベールは言う。ベールによれば消極的利益の概念は実際ではなく、算定が困難である。例えば製作物を納品したところ「錯誤による注文であった」として返品されたとき、梱包や郵送にかかった費用が(賠償されるべき)消極的利益に含まれることは分かるが、原材料費はどうだろうか。また、歌手を雇ったが(出演契約が)錯誤であったと言うときに(歌手が費やした)旅費を請求できるのは当然であるが、他の劇場への出演の機会を失ったことによる賠償を請求できるのであるか。このように消極的利益の

概念はあいまいなので、むしろ法律行為そのものを通用させた上で、相手方に利得が生じているなら——賃借人が実際に利用しなかった物の賃料を賃借人が請求したときに「賃借人が他の者に当該物件を賃貸して利得を得ていた」旨の抗弁が許されるように（納得はできるが奇妙な例ではある）——その旨の抗弁を許した方がよいとベールは言うのである。そして、前論文でも引用されていた三つの判決のうち最後の判決（ベルリン上級控訴院一八七三年判決）で締めくくる。⁽⁵⁶⁾ 前述したように（前述九一頁）この事件では保証人が債務者に「六〇〇マルクの債務」と騙されて六〇〇ターラーの保証契約書に署名したのであるが、原審は契約の成立を否定して損害賠償のみを認めたのに対して（ただし損害の主張がないとされた）、ベルリン上級控訴院は保証契約を認めたのであった。

しかし、「相手方に積極的な利益があった」旨の抗弁を許すなら——ベール自身も自認するように——結論はイエーリングと似てくる。結局、ベールの表示主義は、消極的利益の立証の困難を理由に立証責任を転換することが主な目的であったに過ぎないようにも思われ、「羊頭狗肉」という印象を受けるのは筆者だけであろうか。

(35) 村上・前出注(7)三四頁、大久保憲章「錯誤者の『過失』」(原島編『近代私法学の形成と現代法理論』[昭和六三年])二九六頁等。

(36) Bähr, Über Irrungen in Contrahiren, Jherings Jahrbücher, Bd. 14, S. 394. なお、この判決については、野田龍一「電報による意思表示の誤任」法学論叢(福岡大学)三五巻四号(平成三年)において詳しく紹介されている。

(37) 野田・前出注(36)二五三頁。

(38) Bähr, a. a. O., S. 395.

(39) Bähr, a. a. O., S. 398.

(40) Bähr, a. a. O., S. 400.

- (41) Bähr, a. a. O., S. 401.
- (42) 岡松参太郎『法律行為論』二二七頁(第三版大正一一年)。
- (43) Bähr, a. a. O., S. 401.
- (44) Bähr, a. a. O., S. 404.
- (45) Bähr, a. a. O., S. 405.
- (46) 例えば大久保・前出注(35)二九八頁はペールを「意思主義の束縛を脱しきれていない」と評している。
- (47) Bähr, a. a. O., S. 407.
- (48) Bähr, a. a. O., S. 412.
- (49) Bähr, a. a. O., S. 413.
- (50) Bähr, a. a. O., S. 414.
- (51) Bähr, a. a. O., S. 416.
- (52) Bähr, a. a. O., S. 417.
- (53) Bähr, a. a. O., S. 419.
- (54) Bähr, a. a. O., S. 421.
- (55) Bähr, a. a. O., S. 422.
- (56) Bähr, a. a. O., S. 424.

四 検 討

さて、主だった材料が出そろったところで、「証書による証明」(以下では「第一論文」と呼ぶ)と「交渉における

錯誤について」（以下「第二論文」とする）との関係について——適宜指摘してきたつもりであるが——検討してみよう。今まで見てきたように「交渉における錯誤について」（第二論文）においては随所で意思の擬制が語られているので事実認定論との関係が深いのは当然であるが、具体的には以下のようにまとめられよう。

1 議論の連続性（事実認定論から表示主義へ）

既に指摘したように「証書による証明」（第一論文）においても単なる事実認定を越えた規範的考慮が入った議論が見られ、この多くは——当然ながら——意思の擬制として第二論文にも受け継がれている。もっとも、若干のニュアンスの差が感じられるところもある。

例えば「文書の真正が認められれば内容を承認したものとす」という推定について第一論文で考察された際には、署名時には空欄があった場合でも、空欄のある文書に署名すれば補充する権限を与えたことになるので署名者の方で「自分の意思に反した補充がされた」旨反証するべきであるとされていた（前述八九頁）。第二論文においても空欄のある証書を発行すること自体が不注意であるとして表示主義が適用されている（前述一一二頁）。ただし、第一論文で認められていたような「自分の意思に反した補充がされた」旨の反証が可能であるかには触れられていない。意思に反した補充をした者が相手方であるときには「悪意の抗弁」が許されるのであろうが、一般論としては相手方が善意である限りは反証を許さない趣旨ではなからうか。

また、第一論文では右の推定が認められる場合には署名者が「読んでいなかった」旨証明しただけでは反証として不十分であって積極的に「別の内容であると騙された」旨証明しなければならぬとして幾つかの判決（ドレスデン上級控訴院一八五四年判決およびカッセル上級控訴院一八五九年判決）が引用されていたが（前述九〇頁）、第二

論文でも——既に見たように——同じ判決を引用して表示主義の根拠としていた。このときに、「騙された」旨の抗弁が許されるのか否かについては第二論文でははっきりとは言及されていない。しかし、ペールは「この抗弁が第三者との関係でも通用するか否かは問題である」と述べているので騙した相手方との関係では抗弁の主張を許すのであろうし、また、第二論文における表示主義でも相手方が善意のときのみ保護されるのである以上騙した相手方との関係で抗弁を主張できるのは当然であると思われる。また、第一論文では、「騙された」旨の抗弁が可能な場合でもこれは第三者には主張できないとして判決（ベルリン上級控訴院一八七三年判決）が引用されていたが、この判決は第二論文の末尾で「締めくくり」として使われている。

さらに、第二論文において意思表示は客観的に解釈されるべき旨主張されているが、これはまさに第一論文全体の趣旨でもある。もっとも、根拠は若干異なる。第一論文においては、証書自体が法律行為である場合（契約や債務負担行為）には証書以外に存在する意思を立証する余地はないとされていたのであるが（前述九四頁）、第二論文では表示したことに對する責任を根拠に意思を擬制している。「証書自体が法律行為である」という議論に擬制が入っていたことを正面から認めたものと思われるが、この点についてはなお後述したい。

2 議論の非連続性

(1) 第一論文に由来しないもの

しかし、第二論文におけるアイデアがすべて第一論文に由来するわけではない。文書が第三者（文書を交付した相手方ではなくて）に渡った場合について、第二論文では、文書が第三者との関係で使われることを予定していた場合（委任状や債権譲渡証書）とそうでない場合とを分けて細かく議論されており（前述一二二頁）、むしろ前者（第

三者との関係で使われることを予定している書面）が議論の中心である。しかし、第一論文では文書が第三者に渡った場合については、右に述べたように「騙された」旨の抗弁との関係で（この抗弁は第三者に対しては主張できない）脚注の中で触れられ（前述九二頁）、さらに、法律行為がされた「時」の証明との関連で僅かに言及されている程度である（前述一〇二頁）。第一論文では裁判所において書証が提出された後の事実認定の問題が論じられているので、その書証が、署名者から交付を受けた者から提出されたのかそれ以外の第三者から提出されたのかは余り念頭に浮かばなかつたのであろうか。

また、第二論文においては、意思の擬制によって相手方が積極的な利益を受けた場合には（返還または控除する旨の）抗弁を許すべき旨が論じられているが、事実認定論を扱った第一論文でそこまで論じられていないのは当然であろう。

(2) 第二論文に受け継がれなかったもの（書面主義）

他方、もったいなくも第二論文に受け継がれなかったアイディアもある。既に指摘したように、第二論文では表示した者の責任が根拠となつて証書を客観的に解釈すべきことが主張されているが、第一論文ではその理由はやや異なつていて以下のような議論がされていたのである。

〔真正性〕 書面が真正であるか否かの判断の際には署名が認められれば真正であることが推定され、署名時には空欄があつても、また、読んでいなかつたとしても推定は覆されない。これには規範的考慮が入っていることは既に指摘した通りである。日本では民事訴訟法二二八条四項が適用されることになるが、これはどれ程強い推定なのか、また、その推定に規範的考慮が入っていないかが問題となる⁽³⁷⁾。

「処分証書性」 証書において法律行為（契約や債務負担行為）そのものがされているときには、証書の真正さえ確定できれば証書以外の意思を問題とする余地はないと第一論文では主張されていた。日本においても、証書自体において法律行為がされている場合（いわゆる「処分証書」）には証書の真正さえ立証されれば法律行為が直接証明されたことになる⁽⁵⁸⁾と解されている。また、そもそも意思を「表示」すること自体が規範設定行為なのであり意思表示とは意思を「伝達」することではないとする「通用理論」も——抽象的な法理論なのでややレベルは異なるが——同様の指摘をするもの⁽⁵⁹⁾と言えよう。

処分証書の場合には証書以外の意思を問題とする余地はないという理論は手形等についてなら説得力があるが、しかし、契約書については問題がないわけではない。特に要式行為とされない限りは書面も口頭の会話も表示としての価値に理論的な差はないので、いかに真正に成立した契約書であっても口頭の特約等によって内容が変更（場合によっては否定）されている可能性を否定することはできないはずなのである。書面の方が証拠としての確実性が高いことは当然であり書面を重視することは実務家としては健全な「常識」であろうが、契約書が処分証書であるとしても、だから証書以外の意思が問題とならないと断定するのは理論的には誤りである。ベールの議論は、さらに、以下に述べる根拠（「後法は前法を廃する」や「完全性の推定」）によって補充されることを当然の前提としているのであろう。

なお、そもそも契約書が処分証書であるか否かも問題である。特に、口頭の特約等によって契約書の内容が変更・否定されている場合でも契約書が処分証書たり得るかは、契約の「単位」をどのように数えるかに関係しよう。契約書と口頭の特約とを合わせて「一つ」の合意であると考ええるなら契約書は処分証書ではないことになろう⁽⁶⁰⁾。当事者には契約書通りの効果を発生させる意思はないからである。これに対して、契約書自体が「一つ」の合意であり口頭の特約も独立した「もう一つ」の合意であると考えることができればなら、契約書が処分証書であることを否定する必要

はない。例えば、先ず契約書を作成して、その後の特約によって契約書を変更・否定した場合を考えてみよう。契約書を作成した時点では書面通りの契約を締結する意思があったのだから、この契約書は——後に変更・否定されていくとしても——処分証書なのである。(なお、契約の「単位」の問題は、条件等のいわゆる「付款」についても考えられる。条件等は「付款」であるとして契約の「本体」から切り離して考えるなら、例えば解除条件が成就した場合には契約は「無効」となる。しかし、条件をも含めて一つの契約であると考えるなら、解除条件が成就した場合に効果が発生しないのはまさに契約に基づく効果なのであり「無効」ではない。⁽⁶¹⁾) 本稿では契約の「単位」の問題は考察しない。ここでは、かりに契約書が処分証書であるとしても、それ(契約書)以外の意思は問題とならないとするべし。この断定は誤りであることを確認するにとどめよう。契約書以外の意思が問題となるか否かは、後述する契約書の「完全性」の問題なのである。

「後法は前法を廃する」 契約書に先行する合意があったとしてもその後契約書が作成された場合には新たな契約が締結されたことになる。と第一論文では主張され(前述九四頁)、また、一方的な債務負担行為についても、証書に債務負担の効果があることを根拠に同様の議論がされていた(前述九八頁)。先行する合意の瑕疵を治癒する為であるが、また、内容についても、先行する合意が契約書と矛盾する場合には契約書によって変更されたものとするのであろう。「後法は前法を廃する」原則の一つの現れであり、日本民法一〇二三条等によって我々にも親しい原理である。また、ドイツにおける「商事確認書」理論も同様の方向を指向している。⁽⁶²⁾

この結論は妥当であらうが、これをどう理由付けるのかは問題である。当事者が本当に新たに契約を締結する意思を有することもあろうし、このときには後の合意が優先するのは当然である。しかし、例えば当事者が前の合意を失念して再度の合意をした場合はどうであらうか。このときでも後の合意が優先するのであろうが、これを当事者の意

思から根拠付けることは難しい。また、先行する合意と全く同じ内容を確認するだけのときには、そもそも再度の「合意」をする意思が存在するのかが疑問である。(なお、これは、右の「処分証書であるか否か」という議論と関係する。つまり、再度の合意をする意思が存在しないときには契約書は処分証書ではない。)このように、後の合意が「常に」優先することを「再度の合意」という観点から基礎付けることは無理と思われるが、他方、「後法は前法を廃する」原則はまさにこのような場合(当事者には前の合意を変更する意図がない場合)においてこそ存在理由が認められるはずである(当事者が意図的に変更した場合に「後法が前法を廃する」のは当然過ぎる)。つまり、これは、法的安定性の為に、当事者の意思を超えた(一種の)「確定効」を後の合意に認めたものではなからうか。

「完全性の推定」 交渉の後に書面を作成した場合には書面は完全なものであると推定されると第一論文では主張されていた(前述一〇一頁)。したがって、書面にはない条件等が付いていた旨主張しようとする者は反証をしなければならぬ。前述したように英米法においても同様の原理が認められており、契約書が完全なものとされた場合には口頭証拠法則が適用されて証言等によって契約の内容が契約書とは異なっていたことを立証することは許されない。もっとも、ベールは立証責任を転換したに過ぎないが、英米法の口頭証拠法則はより強いルールである。両者の類似性は明白であると思うが、系譜的な考察は別の機会に委ねたい。

口頭証拠法則は当事者が契約を完全なものと合意したことに基づく効果であり、右の「後法は前法を廃する」原則に基づいて説明されることもある。⁽⁶³⁾しかし、前述のように、そもそも「後法は前法を廃する」原則を当事者の意思から説明することは必ずしも容易ではない。口頭証拠法則についても、当事者が契約書を完全なものとする意思を有することもあろうが、契約書に先行する合意と全く同じ内容を確認するのみである場合に、契約書に何か特殊な効果を与える意思があったか否かは疑問がないわけではない。

「処分証書」にせよ「後法は前法を廢する」にせよ「完全性の推定」にせよ、これは結局、契約書に（日本民法六九六条類似の）「確定効」を与えることを指向しているように思われる。そうであるなら、これは、相手方保護の為に外部に表れた意思のみを問題とするべきであると言う「表示主義」とは異なるレベルでの取引の安全を考えているものであり、一種の「書面主義」とでも言うべきものであろう。表示主義とは異質であるから第二論文には受け継がれなかったのであろうか。

五 結 語

我々は、ベールの表示主義が、いかにも実務家に似つかわしく、事実認定における意思の擬制に由来することを確認できた。第一論文において——規範的考慮が入ることを知りつつ——事実認定論として主張されていたものが、第二論文においては——意思の擬制という手法を採りつつ——実体法上の問題として主張され直したのである。第一論文の冒頭でベールは「全く新しい理論を展開しようとする目的はない」と断っているがおそらくその通りであり、ベールの時代以前から事実認定において規範的考慮に基づく擬制が行われていたのであろう。ベールは事実認定に潜んでいた規範的考慮を取り出して、新たに実体法の問題として再構成して見せたのである。

他方、第一論文におけるベールの議論がすべて第二論文における表示主義に吸収されたわけではないことをも確認した。受け継がれなかった部分は、要するに、契約交渉の後に契約書を作成した場合には一種の「確定効」が認められて後から争うことは許されないとする「書面主義」とでも言うべきものである。これは最近の国際取引法等においても採用されており、ベールの事実認定論は——第二論文に表示主義として受け継がれなかった部分も——現代的意

義を失っていない。

また、これは初期の表示主義のイメージをも変えることにならないだろうか。「意思主義と表示主義」と言うとき我々は意思と表示とを「横並び」にして考えがちであるが、契約交渉を一連の時間的過程（「縦の流れ」）として捉えるなら、表示は、ある程度まとまった段階での「まとめ」としてなされるものである。表示主義者の言う「表示」とは最終段階で作成される契約書のことであろうから、これに効力を認めることは、つまり、最終的な内容を確定する為だったように思われる。「内心の意思は表示されない限り相手方には分らないのだから相手方を保護すべきである」というのは理屈であり、表示主義の実際の機能は右のような点にあったのではなからうか。そして、これは必ずしも意思主義とも対立しない。伝統的な意思理論においても「表示意思」が要件とされているのは——内心の意思は常に変化するので——右のような「最終性・確定性」を与える為であろう。つまり、この最終性・確定性は、意思や表示とは又異なったレベルの問題として把握され考察されなければならないのである。

(57) 署名と文書の真正性との関係を扱う文献として坂原正夫「私文書の検真と真正の推定」民商法雑誌九七巻二号（昭和六三年）がある。

(58) 契約書が処分証書であるか否かについては賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」民商法雑誌六〇巻二号（昭和四四年）が扱っている。

(59) 通用理論については、Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, 1997, S. 479. 参照。

(60) 例えば賀集・前出注（58）一九八頁は、虚偽表示について「仮装の契約書の（文言どおりの）証明力を否定し、原告主張の契約の成立を認めない、という扱いをすべき」と主張するが、契約書が真正であっても証明力を否定するのであるから、つまり、この場合には契約書は処分証書ではないと考えているわけである。

- (61) 亀田浩一郎「停止条件付法律行為無効」(椿編『法律行為無効の研究』[平成一三年])四三〇頁。
- (62) 商事確認書に関する文献は無数にあるが、とりもえず、Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2., 4. Auflage, 1992, S. 661. 参照。
- (63) このことは、第二次契約法リストイメント二二三条が、完成合意は「従前の合意を消滅させる」と規定していることから分かる(前出注(32)参照)。さらに例えば、Corbin, *The Parole Evidence Rule*, 53 *Yale Law Journal* 603, 606 (1944) 等をも参照。
- (64) 例えばユニドロフによる国際商事契約原則は以下のように定める(広瀬久和訳・ジュリスト一三二二号(平成一〇年))。第二・一二条(確認書) 契約締結後、合理的期間内に送達された、契約の確認を意味する書面の中に、付加的な条項や異なる条項が含まれていても、それらの条項は契約の一部となる。ただし、それらの条項が契約を実質的に変更するとき、又は、その受取人が不当に遅滞することなくその相違に異議を述べたときは、この限りではない。
- 第二・一七条(完結条項) 書面による契約中に、両当事者が合意した条項はこの書面にことごとく示されているものとする旨の条項が存するときは、それに先行する言明や合意についての証拠により、その契約が否認され又は補充されてはならない。ただし、そうした言明や合意はこの書面を解釈するために用いることができる。
- また、ランドー委員会によるヨーロッパ契約法原則にも次のような規定が含まれている。
- 第二・二〇一条 商人間で契約が締結されたか契約者が作成されなかった場合において当事者の一方が遅滞なく契約を確認する書面を送ったときには、追加的な条項や異なる条項が含まれていても、それも契約の一部となる。ただし、
- (a) その条項が契約内容を本質的に変更し、
- (b) 相手方が遅滞なく異議を述べたときには、この限りではない。