

処分証書による法律行為の証明

滝 沢 昌 彦*

- I 問題提起
- II 処分証書による証明の理論
- III 証書による事実認定

I 問題提起

1 処分証書概念

筆者は法律行為論を研究しており、当然のことながら、訴訟において意思表示が認定される過程にも興味を持っている。訴訟においては「処分証書」の概念が重視されており、民事訴訟法のテキスト等では、「処分証書とは、意思表示そのほかの法律的行为が行われたことを示す文書であり、行為としては、私法上の行為に限られず、公法上の行為も含まれる。その例としては、判決書、行政処分の告知書、契約書、手形、遺言書、解約通知書などがある」と説明され¹⁾、作成者の見聞等を記載した「報告証書」と対比される。処分証書と報告証書とは証明力が異なり、「処分証書においては、文書作成の意思と記載内容たる行為の意思とが直接に関係しているので、文書の真正、すなわち作成者の真意に基づくことが証明されたときには、記載される行為そのものの存在が認定される」のである。

「文書作成の意思と記載内容たる行為の意思とが直接に関係している」とは、つまり、契約書を作成すること自体が意思表示なのであり、契約書は（合意内容

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第13巻第3号 2014年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

1) ここでは伊藤真『民事訴訟法 [第3版4訂版]』368頁（有斐閣、2010年）を引用したが、他のテキストでもほぼ同様である。

を忘れない為の)単なる「メモ」ではないという趣旨であろう。したがって、契約書が真正であることが証明されて形式的証拠力が認められる場合には契約自体が裁判官の面前に存在することになり、もはや、契約の成立を否定する余地はない(もちろん錯誤等によって契約の効力が否定される可能性はある)。判例においても、公正証書があるのに契約の成立を否定した原審について、「十分首肯するに足る理由を示すことなく、売買の予約の成立を否定したものといわなければならず、原判決のこの判断には経験則に反する違法がある」とされた例がある²⁾。

2 処分証書の証明力の否定

ところが、この論理は一見明快で説得力があるにもかかわらず、契約書から契約が認定できない場合もあることが指摘されている。

(1) 文書が作成者の意思に基づかない場合

まず、当然ながら、契約書が真正であることが証明されないなら契約書を証拠として使えないので(民訴228条1項)、契約を認定することはできない。そして、契約書の真正を証明する際には、まず、契約書の署名・捺印について、契約書の印影と作成者の印鑑とが一致することが証明されるなら署名・捺印の真正が推定され、次に、署名・捺印が真正であるなら文書全体が真正に成立したものと推定される(民訴228条4項)という「2段階の推定」がなされる³⁾。しかし、例えば、「脅迫によって書かされた文書のように、作成者の意思に重大な瑕疵がある場合にも、形式的証拠力ありといえるかは疑問である」と指摘されている⁴⁾。もっとも、民法96条の「強迫」による契約については、取り消される可能性が

2) 最判昭和45・11・26集民101号565頁。その他の判例については、司法研修所・民事訴訟における事実認定(司法研究報告書59輯1号)145頁(2007年)参照。

3) 最判昭和39・5・12民集18巻4号597頁。2段階の推定については多くの研究があるが、とりあえず、坂原正夫「私文書の検真と真正の推定」民商97巻2号218頁、3号389頁、4号522頁、5号668頁および6号833頁を挙げておく。筆者自身も小稿を發表したことがある(拙稿「契約書の真正の実体法的意義」潮見佳男・山本敬三・森田宏樹・特別法と民法法理67頁(有斐閣、2006年))。

4) 吉村徳重・小島武司編・注釈民事訴訟法(7)17頁[吉村](有斐閣、平成7年)

あるにせよ契約として（一応）有効なのであるから、この場合には契約書も真正であろう。しかし、例えば銃を突きつけられて契約書に署名した場合のように自由意思を全く否定されたときには、そもそも署名者の行為と評価することができないのであるから民法96条の適用をまたずとも当然に無効であると認められている⁵⁾。したがって、このような場合には契約書の印影と作成者の印鑑とが一致することが証明されても署名・捺印は行為者の行為ではないと評価され、署名・捺印は真正ではないことになる。

また、習字のために書いたような場合にも形式的証拠力はないとされるが⁶⁾、それなら、法的効力がないことを前提にして証書が作成された場合すなわち通謀虚偽表示の場合にも、証書が作成者の意思に基づくと言えるか否か疑問も生じる。確かに、民法94条は通謀虚偽表示を「無効」とするので、逆に言えば、契約として成立していることは前提となっているとも解される。しかし、民法94条は旧民法の反対証書に関する規定（証拠編50条）に由来するところ⁷⁾、これは、ある証書から契約を認定できるかという問題を扱った規定である。そうであるなら、この規定が、成立を前提とした無効のみを念頭にしているとは考えられないので、ここで言う「無効」には不成立も含まれると理解することも許されないわけではあるまい⁸⁾。すると、この場合にも、やはり、契約書の印影と作成者の印鑑とが一致することが証明されても、署名・捺印は真正ではないとも言えそうである。もっとも、債権者からの差押えを免れるために所有権の登記を一時的にXからYに移転したという場合には「当事者間では真実所有権を移転する意思はないが、一時的に外見的には所有権をYに移転することにしており、単に売買契約書という書面を作成する意思しかないとは異なり、XY間に売買契約が締結されたと認めることができ、虚偽表示で無効である」との指摘もあ

5) 河上正二・民法総則講義386頁（日本評論社、2007年）

6) 吉村・前出注4）17頁

7) 民法94条の立法の経緯については、鹿野菜穂子「虚偽表示無効」椿寿夫編・法律行為無効の研究354頁（日本評論社、2001年）がある。

8) 例えば賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」民商60巻2号198頁は「民法94条1項の『虚偽ノ意思表示ハ無効トス』とは、不成立ゆえに無効、の意味にほかならない。したがって虚偽表示の主張は、『否認』である」と言う。

る⁹⁾。契約の成立は認められるという趣旨であろう。

(2) 事実の記載

処分証書の論理は、処分証書そのものが意思表示なのだから、証書が真正であれば意思表示の存在が直接に認定されると言う。したがって、証書作成の日付や場所の記載は単に事実を述べただけであり意思の表示ではないのであるから、この部分は報告証書であり、処分証書としての証明力は及ばない¹⁰⁾。同様に、例えば消費貸借契約書に金銭を受領した旨が記載されていたとしても、これも事実の記述であるから、やはり処分証書としての証明力はない¹¹⁾。

なお、日付に関しては、特に日付を遡らせた場合について他にも問題が指摘されている。例えば、「過去のある時期に遡って、例えば何年も前の日付で、売買契約書を作成したような場合には、虚偽表示以前の問題として、そもそも売買の意思表示があったといえるかについて、なお検討すべき問題があるように思われる」との指摘もあるが¹²⁾、何年も日付を遡らせた意思表示を法的効力のあるものとして扱ってよいのかが疑問視されているのであろう。もっとも、まず合意が先行し、後にメモとして契約書を作成することはあり得る。このような場合について、「口頭で売買契約を締結し、後日、証拠を残す趣旨で売買契約書を作成した場合は、その売買契約書は報告文書である」と論じる文献もある¹³⁾。しかし、「書きぶり」との関係でなお考えるべき問題があり、「契約を締結する」という表現が処分証書にふさわしいのは当然であるが、では、「契約を締結した」と過去形で記載されたら、もはや処分証書ではないのであろうか¹⁴⁾。

9) 大島眞一・民事裁判実務の基礎 526 頁（民事法研究会、平成 21 年）

10) 伊藤・前出注 1) 373 頁の注 354

11) 伊藤滋夫・事実認定の基礎 35 頁（有斐閣、平成 8 年）。もっとも、金銭を受領した旨の記載は報告証書であるとしても、借主が受領したと書いたのだから直接証拠であると言う。例えば領収書については、「領収書は、金銭の授受があった場合に作成されるものであり、金銭の授受がないのに作成されることは通常なく、契約書等の処分証書と同様に、一般的に、高い実質的証拠力を有している」とされているので（大島・前出注 9) 527 頁）、消費貸借契約書の金銭受領の旨の記載にも高い証明力を認めることができるであろう。

12) 伊藤・前出注 11) 35 頁

13) 大島・前出注 9) 525 頁

14) 拙著・契約成立プロセスの研究 216 頁（2003 年、有斐閣）参照。

(3) 記載の不備（空欄等）

また、「ある書面に売買契約書という表題が付けられ、その条項の中に、『甲は乙に対し〇〇の土地を売り渡し、乙はこれを買受けた。』旨の記載がある場合においても、例えば、代金総額の記載がない場合はもとより、その記載があるときでも、『代金は所有権移転登記と同時に支払う』事とされているのに、所有権移転登記の年月日を記載すべき欄がありながら空欄で未記入であり、かつ、手付金の授受もなく、中間金の支払時期欄もありながら空欄で未記入であるような場合（そして全体の趣旨からして、もちろんそれらの履行がすべて即時であるとは到底考えられないような場合）には、果たして、同書面に売買の合意が記載されているといえるか（同書面は単に売買の予約類似のものを記載したに止まるのではないか）、問題が生ずる余地がある」という指摘もある¹⁵⁾。前述した何年前前に日付を遡らせて契約書を作成した場合と同様、余りに不自然な不備があるときには法的効力のある証書とは認められないという問題提起であろう。

(4) 税金対策または登記手続等のための契約書

税金対策の為に、本当の契約書とは別に、金額等を偽った契約書を作成した場合、あるいは、登記手続の為に登記原因証書として（不動産登記法旧 35 条 1 項 2 号、現 61 条）細かい条項を省略した契約書を作った場合も問題となる¹⁶⁾。税金対策や登記手続の為に（見せかけの）契約書も処分証書であるとする、本当の契約書をも含めると処分証書が複数あることになり、売買契約も複数成立していることになりそうである。そこで、「おそらく、ほんとうの契約書のみが処分証書であり、官庁あてに行使すべく作作的にこしらえた契約書は、処分証書ではない、と扱われているものと憶測される」と指摘される¹⁷⁾。

もっとも、税金対策の為に契約書の方が本当の契約書であり、別の書面（念書や覚書というべきか）によってこの（本当の）契約書を補充している場合も考えられる。例えば、前述した旧民法証拠編 50 条 1 項は「当事者ハ秘密ニ存シ置ク

15) 伊藤・前出注 11) 35 頁

16) 賀集・前出注 8) 186 頁が挙げる例である。

17) 賀集・前出注 8) 186 頁

可キ反対証書ヲ以テ公正証書又ハ私署証書ノ効力ノ全部又ハ一分ヲ変更シ又ハ滅却スルコトヲ得……」と規定するが、これは、公正証書や私署証書が本当の契約書であり、反対証書はそれを補充するものに過ぎないことを前提としている。あるいは、「甲土地を1000万円で売買したが、税金対策で売買代金を700万円とする契約書を作成したということが証拠上わかれば、売買代金を700万円とする契約書からそのとおりの事実を認定できないということになる」との指摘もあるが¹⁸⁾、(筆者の曲解かも知れないが)「そのとおりの事実(=代金700万円とする契約)を認定できない」とは、他の証拠と併せて代金1000万円とする契約を認定することはできるという趣旨であるなら、やはり、税金対策の為の書面が(本当の)契約書であり、ただ、代金額については他の証拠を考慮して解釈したことになる¹⁹⁾。

(5) 書面に記載されていない事項(特約等)

原審が、売買契約に付随する、土地の利用方法についての(契約書には記載されていない)特約を認定したのに対して、「原審の認定したように売買の目的たる土地の利用方法に関する特約は、契約の当事者にとっては極めて重要な事項であるから……当事者間に契約書が作成された以上、かかる特約の趣旨はその契約書中に記載されるのが通常の事態であって、これに記載されていなければ、特段の事情のないかぎり、そのような特約は存在しなかったものと認めるのが経験則であるといわなければならない」とされた例がある²⁰⁾。

そして、これを裏返して、「例えば、契約書の内容が極めて簡単な場合、あいまいな条項が記載されている場合や、裏契約として念書が作成されているような場合には、他の証拠によって、比較的容易に契約書記載以外の特約の存在を認めることができる」との指摘もある²¹⁾。確かに、契約書には代金額しか記載され

18) 大島・前出注9) 526頁

19) 問題の局面が異なるので直接の参考にはならないが、当事者が売買契約書を作成したときには、売買の形式を採ったことが税負担の軽減を目的とするものであったとしても、実質的には交換契約であったとして課税することはできないとされた例がある(東京高判平成11・6・21判時1685号33頁。なお税務署長の上告受理申立ては受理されなかった)。

20) 最判昭和47・3・2集民105号225頁

ておらず支払期日などが定められていないような場合なら、他の証拠によって分割払の特約があったと認定しても、特に契約書と矛盾するわけではないように思われる。

契約書は処分証書であるので（それ自体が契約であるので）形式的証拠力さえあれば契約の成立が認定されるとする論理には、以上のような問題が（主に実務家から）指摘されている。いずれも尤もであり説得力も感じられ、実務家としては健全な常識なのであろう。次の課題は、これを理論的にどのように説明することができるかである。

II 処分証書による証明の理論

1 処分証書の効力

前述したように、処分証書はそれ自体が意思表示なのであるから、形式的証拠力が認められれば意思表示が存在することになる。しかし、これだけでは、契約交渉の過程でその意思表示と矛盾する合意がなかったという証拠にはならないところ、もし矛盾する合意があれば（証書を否定・修正するような合意があれば）、全体として見たときには証書通りの契約を認定できない可能性もあるようにも思える。この点については、以下のように考えて補充することができよう。

① 契約交渉の際に最終的には書面を作成することが前提となっていたときは、契約書の作成時が契約の成立時であり、それ以前の合意には法的効力はない。ドイツ民法 154 条 2 項は「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」と規定するが²²⁾、日本でも同様に解すべきであろう。最終的には書面を作成することが前提となっているなら、当事者には、交渉段階での（書面によらない）合意に法的に拘束される意思はないからである²³⁾。

21) 司法研修所・前出注 2) 150 頁

22) 訳は、川井健・ドイツ民法典総則（法務資料 445 号）（法務大臣官房司法法政調査部、1985 年）による。

② 最終的に書面を作成することが前提となっていない場合であっても、当事者が契約書を作成したときには、それ以前の交渉過程における合意は、契約書と矛盾する限度で撤回されたものと考えられる。当事者が、以前の合意とは矛盾していることを意識して契約書を作成した場合には当事者が以前の合意を撤回したと見られるのは当然であるが、そのような意識がなかったとしても（以前の合意との矛盾に気づいていなかったとしても）、以前の合意は矛盾する限度において失効すると解すべきであろう²⁴⁾。民法1023条1項等によって我々にも馴染みの深い「後法は前法を廃する」法理である。

このように考えれば、契約交渉の最後に契約書を作成したときは、交渉段階において契約書の内容とは矛盾する先行合意があったとしても、契約書通りの内容の契約を認定できるように思われる。しかし、実は、これでは未だ足りない。この論法により先行する（証書と）矛盾する合意を排除できるとしても、並行して同時になされる合意により契約書の内容が変更されている可能性があるからである。前述したように、契約書には代金額しか記載されておらず支払時期についての言及がない場合などは、分割払いの特約があったとしても必ずしも不合理ではない。したがって、契約書通りの内容の契約を認定するには、当事者は合意内容をすべて過不足なく書面に記載した（書面に記載されていない特約などない）という前提が必要である。これが、次に述べる書面の「完全性」の問題である。

2 証書の完全性

英米法では、証書を作成したときには口頭の証拠（証言等）によって証書の内容を否定することを禁止する「口頭証拠法則（Parol Evidence Rule）」が認められている²⁵⁾。とりあえず、第2次契約法リステイメントを引用しよう²⁶⁾。

23) 筆者は、この法的に拘束されるという意思はいわゆる表示意思であると思っている。もっとも、意思を表示する意思には、①契約の相手方に対して自分の意思を表示する意思と、②両当事者が外部に対して自分達の合意を表示する意思との二つが考えられるところ、ここで問題となっているのは後者（②）であるから、常識的な意味での表示意思とは異なるかもしれない。この問題については、なお、別の機会に検討したい。

24) 拙著・前出注14) 217頁

25) 口頭証拠法則については、拙著・前出注14) 247頁、拙稿「口頭証拠法則をめぐる」一橋法学3巻1号53頁等参照。

第 209 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書であるとみなされる。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 210 条 完全な完成合意書と部分的な完成合意書

- ① 完全な完成合意書とは、合意の条項を完全にかつそれのみを述べるものとして両当事者によって採用された完成合意書をいう。
- ② 部分的な完成合意書とは、完全な完成合意書以外の完成合意書をいう。
- ③ ある合意書が完全な完成合意書であるか、それとも部分的な完成合意書であるかは、解釈の問題を決定するにあたっての、または口頭証拠則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。

第 213 条 完成合意書が従前の合意に及ぼす効果 (口頭証拠則 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 項は省略)

第 214 条 従前にまたは同時になされた合意および交渉についての証拠

書面の採用前またはそれと同時になされた合意および交渉は、以下の事実を証明するための証拠として許容される。

- a 書面が完成合意書であること、または完成合意書ではないこと

26) 訳は、松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳」民商 94 巻 6 号 129 頁による。

b 完成合意書である場合に、それが完全なものであること、または部分的なものであること

c 完成合意書であるか否かを問わず、その書面の意味

d 違法、詐欺、強迫、約因の欠如、もしくはその他の無効原因（e号は省略）

第215条 完成された条項の否認

前条に定める場合を除き、完全なものであれ、部分的なものであれ、拘束力ある完成合意書が存在する場合、従前にまたは同時になされた合意または交渉についての証拠は、書面の条項を否認するための証拠としては許容されない。

第216条 矛盾しない追加的条項

① 完成合意書を補充するために、矛盾しない追加的条項についての証拠が許容される。ただし、合意書が完全に完成されていたと裁判所が認定する場合は、この限りではない。（2項は省略）

第217条 条件に関する口頭の要求に服する完成合意書

書面による合意の両当事者が、合意の履行は一定の条件の成就を待ってなされることを口頭で合意した場合、その書面による合意は、当該口頭の条件に関しては完成されていないことになる。

第218条 虚偽の記述（recital）、約因についての証拠

① 完成合意書における事実の記述は、虚偽であると証明することができる。（2項は省略）

213条が「口頭証拠規則」と題されているが、口頭証拠法則の効果（他の証拠による書面の否定の禁止）は215条に規定されているので、213条は根拠を示すのであろう。ところが、213条は「後法は前法を廃する」法理であって従前の合意を消滅させる根拠にはなるが、同時になされた合意を排斥する理由にはならないところ、口頭証拠法則は、同時になされた（書面と）矛盾する合意をも排斥する（215条）。同時になされた矛盾する合意が失効するのは、むしろ、当事者が、書面は「最終的な表現」であるとしたからである（209条1項）。書面には証拠として高い価値が認められるから書面に記載されていない合意は存在しないと推定されるのは当然であるが、ここで念頭に置かれているのはそのような事実上の推

定ではなく、当事者が書面は完全であると合意したことに基づく法的効果（書面に記載されない合意の失効）なのである。そして、合意が完成しているか否かは基本的には書面の完全さ明確さにより判断されるが、その他（書面以外）の証拠を考慮しないわけではない（同条3項）²⁷⁾。

当事者は、部分的にのみ合意を完成することもできる（210条）。例えば、農場を譲渡した証書に買戻権が留保されていたが、譲渡人が破産して管財人が買戻権を行使したのに対して、譲受人が、財産が家族から散逸するのを防ぐ為に譲渡人個人のみを買戻権が与えられたのであり管財人が行使することはできない旨の口頭の合意があったと主張した事件がある²⁸⁾。管財人側は、譲受人の主張は口頭証拠法則に反すると反論したが、裁判所は、合意は部分的にのみ完成されたものなので譲受人の提出した証拠は排除されないとした²⁹⁾。

そして、従前または同時にされた合意または交渉を援用して書面を否定することは認められないが（215条）、例外もある。まず、書面が完成されているか否かの証明は認められるし（214条a号）、書面の意味の解釈の為、または、無効原因を証明する為の証拠も認められる（同条c号およびd号）。さらに、部分的にのみ完成されている場合には、書面と矛盾する条項は認められないが、書面を補充する追加的条項を証明することは許される（216条）。また、（部分的な完成とも言えるが）契約には条件が付いていた旨の証拠は認められるし（217条）、さらに、書面に記載された事実が虚偽であると証明することもできる（218条）。事実の記載は合意ではない（この部分は報告証書である）からである。

以上のような口頭証拠法則は古臭い形式主義の名残でもあろうが、しかし、他方で、近時の国際取引法にも同様の規定があり（ユニドロワ国際商事契約原則2・17条やヨーロッパ契約法原則2：105条等）、比較的普遍的なものであることが伺われる。日本では書面を完成させる旨の合意がされることは稀であろうが、例えば、和解契約の最後に「これ以外には当事者間には権利や義務がないことを

27) かつては、書面が完成されているか否かは書面のみから判定すべきであるとされていたが、近時は書面以外の証拠をも考慮する傾向にある（拙稿・前出注25）65頁）。第2次契約法リステイメント209条3項は折衷的な妥協案のように思われる。

28) 68 Cal. 2d 222, 436P. 2d 561.

29) 拙稿・前出注25）64頁

確認する」旨記載するのは一種の完成合意であろう。また、ドイツにおいても証書には「完全性と真実性の推定」が認められており、ある証書と異なる合意内容を主張する者は、そのような契約解釈の根拠となる（証書には記載されていない）事情についての立証責任を負う。もっとも、これは（書面の証拠価値が高いことに基づく）単なる事実上の推定であるとする理解もある³⁰⁾。

Ⅲ 証書による事実認定

1 処分証書の事実認定における意義

さて、以上のような検討から、処分証書による事実認定に関してどのような示唆を得ることができるであろうか。まず、処分証書の合意としての効果については、以下の三つの命題にまとめることができよう。

① 処分証書は、それに先行する、証書と矛盾する合意を失効させる。

先行合意とは矛盾することを意識して証書を作成した場合には先行する合意は撤回されたものと考えられるが、意図していなかった（矛盾に気づいていなかった）場合でも、先行する合意は矛盾する限りで失効すると考えるべきであろう。「後法は前法を廃する」からである。また、最後に契約書を作成することが前提となっていた場合には、当事者には、契約書作成以前の交渉段階での合意に法的に拘束される意思がない。いずれにせよ、処分証書は先行する合意を排除する。

② 処分証書を完結させる合意（契約内容をすべて証書に記載する合意——完成条項または完結条項）があった場合には、証書に記載されなかった合意は失効する。

このような場合には、当事者には、証書に記載されなかった合意に法的に拘束される意思がないからである。他方、完成条項がない場合でも、証書には証拠として高い価値が認められるので、証書に記載されていない合意はないものとの推定を受けるであろう。しかし、これは、経験則に基づく事実上の推定に過ぎない。

もっとも、前述したように、証書を補充する合意はあり得る。何度か言及した

30) 拙稿「証書による法律行為の証明——ドイツ法における完全性の推定について——」下森定先生傘寿記念論文集『債権法の近未来像』33頁（酒井書店、2010年）

ように、契約書に支払時期について言及されていない場合には、代金を分割払にする特約があったと認定しても契約書と矛盾するわけではない。また、証書を解釈することも許される³¹⁾。そこで、これらをまとめて、以下のような第3の命題としよう。

③ 処分証書を補充・解釈することは許される。

2 処分証書であるか否かの判定

ある証書が処分証書であるか否かは、まずは、書面そのものの完成度や明確性などから判断される。前述のように、何年も日付を遡らせた書面や空欄が多い書面などは、本当に当事者がこの書面でもって法律行為をしたのか疑われてもやむを得ないであろう。

しかし、書面そのものは一見完全なものに見えても、諸般の事情から処分証書ではないとされることもある。税金対策の為の契約書を例に考えてみよう。

(1) 本当の契約書は別に存在して、税金対策の為に売買代金を安くした契約書を作成した場合

この場合は、前述した賀集説の指摘するように、本当の契約書のみが処分証書であり、税金対策の書面は処分証書ではないと考えるべきであろう。確かに、税金対策の為の契約書も処分証書であり、2枚の証書から1つの売買契約を認定する解決策も考えられる。証書の数と認定される契約の数とが一致すべき論理的必然性はないからである。しかし、本当の契約書が別に存在するなら、税金対策の書面を作成する際の当事者には、この（税金対策の）書面に拘束される意思はない。したがって、この（税金対策の）書面は処分証書とは言えまい。

もっとも、処分証書ではないとしても、この証書は当事者の意思に基づかないとして、成立の真正を否定すべきか否かは別である。真正が否定されれば形式的

31) なお、意思表示の解釈において、両当事者の主観的な理解が一致しているなら、それが表示の客観的な意味と異なっても、主観的な理解に従った契約の成立を認めるのが通説である（例えば河上・前出注5）251頁）。しかし、筆者自身は必ずしも賛同できない（拙稿「表示の意味の帰責について」法学研究（一橋大学）19巻304頁）。

証拠力がなくなるところ、この証書を解釈の資料とすることはあり得るし、また、第三者との関係で民法94条2項が適用されて証書通りの契約が存在するかのようによろざるを得ない可能性もあるので、証拠能力まで奪うのは行き過ぎであろう。証書の実体法上の効力は否定されるので、当事者の意思を証明する証拠としての実質的証拠力は認められないが、証拠能力については訴訟法独自の観点からの考慮があってもよい³²⁾。

(2) 税金対策の為の契約書とは別に正式の契約書が存在するわけではないが、「代金は〇〇円とする」程度の覚書がある場合

この場合に覚書の方を処分証書と考えるのは無理であるが、他方、不動産取引で正式の契約書を作成しないことは考えられないので、税金対策の為の契約書が処分証書であると扱うべきであろう。覚書の方は、この（税金対策の為の）契約書を補充するメモであると考えられる。証書の補充・解釈は許される（上記の③命題）のである。

(3) 税金対策の為に売買をしたかの如くに仮定の契約書を作成した場合

上記(1)や(2)とは異なり、この場合には、そもそも売買契約をする意思すらない。したがって、この書面は処分証書ではない。しかし、上記(1)の場合と同様、成立の真正は認めてもよいように思われる。

以上の検討と重なる面もあるが、合意の瑕疵の観点から考えてみよう。

まず、詐欺・強迫（96条）や錯誤（95条）がある場合には、契約書は処分証書であり成立の真正も認められる。ただし、前述したように意思の自由が全くなかった場合にはそもそも作成者の行為とは認められないので、真正に成立した文書とは認められまい。

通謀虚偽表示（94条）の場合は、つまり、上記(1)、(2)や(3)の状況である。そ

32) この場合には、証書は当事者の意思を証明する証拠としては認容されない（証拠能力が否定される）が、当事者の意思を証明したいわけではないなら証拠物として扱うという方法も考えられないわけではない。しかし、技巧的に過ぎるように思われる。

の証書が処分証書であると判断され、かつ、成立の真正も認められる場合もあろうが(上記(2))、処分証書ではないと判断されるべき場合もある((1)や(3))。

心裡留保(93条)による表示については、常に処分証書であると扱いたい。もっとも、相手方が悪意または有過失である場合にも処分証書であるとする、通謀虚偽表示については処分証書ではない場合がある(上記(1)や(3))こととの整合性につき疑問もあり得よう。両当事者とも法的拘束力のある表示として意識していない点では共通するからである。しかし、通謀虚偽表示は両者とも法的拘束力を認めない趣旨なので原則として無効なのだから(94条1項)、善意の第三者との関係で94条2項が適用されて有効であるかの如くに扱わざるを得ない場合があるにせよ、処分証書とする必要はない(上記(2)は例外である)。これに対して、心裡留保による表示は原則として有効なのであるから(93条本文)、相手方が悪意または有過失である場合には効力が否定されるにせよ、処分証書とされるべきであろう³³⁾。

このように考えると、契約書は処分証書ではないこともあり、しかも、それは書面のみからでは分からない場合もあることになる(特に上記(1)と(3))。処分証書の論理は、契約書等は処分証書であるから成立の真正さえ認められれば契約が認定できるという明確性に利点があった。書面のみからでは処分証書であることが分からないのではこの利点は大幅減殺されるとの批判もあろうが、しかし、現実問題として、これを認めなければならないように思われる。以前にある裁判官から「処分証書であるか否かは最後に分かる」と言われたことがあるが、この趣旨であろう。

33) 立法論としては、心裡留保による表示は、相手方が悪意または有過失であっても有効であるとする余地もあるように思われる。約束した以上、(相手方が悪意または有過失であっても)約束を守らせるべきではなからうか。拙稿「見抜かれた心裡留保——意思表示成立の問題に寄せて」川井健傘寿記念論文集刊行委員会編『川井健傘寿記念論文集 取引法の変容と新たな展開』40頁(日本評論社、2007年)