

「処分証書」概念と「三段の推定」を巡って

——「書面外の合意先行」説の試み——

京 野 哲 也

第一 はじめに

第二 問題の所在の概観的な検討

1 検討の方法

2 実務説の確認

- (1) 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟法編』第4巻
- (2) ジュリスト増刊『[判例から学ぶ] 民事事実認定』
- (3) まとめ

3 Y説－A説による「モデルケース」へのあてはめ

4 処分証書概念の機能——「三段の推定」と「処分証書テーゼ」

- (1) 処分証書概念の実際上の機能
- (2) 「三段目の推定」と実体法の意味表示理論との関係

5 事実認定の過程

- (1) 処分証書があればその成立の真正の審理に集中
- (2) 処分証書があるときはその補助事実が審理の主眼となる
- (3) 判決（事実認定の結論）

6 処分証書概念の問題点（頭出し）

第三 問題点についての簡単な検討

1 処分証書概念の定義の問題

- (1) はじめに
 - (2) 定義についての先行文献
 - (3) 定義の再考
- ### 2 「審理してみなければ分からない」問題——「類型的信用文書」の登場
- ### 3 審理の枠組みが処分証書の形式的証拠力に集中する問題

- (1) 問題の所在
- (2) 直接証拠（書証）を重視する見解
- (3) 間接事実も重視する見解

第四 私見の提示——「書面外の合意先行」説

1 書面外の合意が先行する

2 私見による帰結

- (1) 私見の内容
 - (2) 私見と実務への影響
- 第五 終わりに

第一 はじめに

§1 「三段の推定」という用語は、筆者の造語であるが¹⁾、法律行為の成否が争点となる民事訴訟において、法律行為を記載した契約書が主たる書証となるケースでは、契約書が処分証書であることを前提として、後記のとおりいわば「三段の推定」が働いているように見える（§11）以下。

そして、処分証書概念及びその機能について、実務における処分証書の捉え方としては、第二・2で述べるとおり概ね一致した認識があるとされている（後述第三のとおり、一致していない事柄も多いと思われるが）。

しかしながら、そもそも処分証書なる概念の定義や機能については、それほど十分な検討や議論がなされないまま、実務におけるプラクティスが固まってしまったといえるのではなかろうか。

§2 ところで、国家試験たる司法試験においても、平成24年（第3問）の問題文中に、「処分証書とは何か、それによって何がどのように証明できるかといった基本に立ち返って考えてみましょう。」という問いがあるが、司法試験受験者に対する問いとするならば、学説や実務家において、処分証書とは何であるか、十分に確立した考え方が存在するか、少なくとも、公開の議論がなされたうえでなければならないと思われるが、処分証書概念については、果たしてそのようなものが存在しただろうか。

そこで、網羅的な検討は他日を期することとして、本項においては、まず問題の所在を概観したうえで、処分証書の「定義」及び「機能」を巡って、問題の所在を指摘し、当面の提案（書面外の合意先行）説を簡潔に行うこととし

1) 文献上の初出は、拙著『クロスレファレンス 民事実務講義』（ぎょうせい2011）348p（§472の後注）になると思う（以下、同書第2版（2015）を、「クロスレファレンス民事実務講義」として引用させていただく）。

たい。「基本に立ち返って考え」る端緒とすることが、本稿の意図である²⁾。

第二 問題の所在の概観的な検討

1 検討の方法

§3 (1) 形式的証拠力に争いがあるケースを検討の素材として（以下、「本モデルケース」という）、処分証書概念に関する問題点の所在の概観的な検討をする。

【モデルケース】

原告Xが、債務者の欄に被告Y名下の記名及び捺印のある甲1号証「金銭消費貸借証書」を提出して貸金返還請求訴訟を提起したと仮定する。

Xの主張：弟のYは、大学卒業後も定職につかず、金を無心するので、やむなく平成25年5月1日、期限を定めないで150万円を貸付け、本件消費貸借契約書（甲1）を作成した。よって、甲1により150万円の消費貸借契約が成立していると主張して訴えを提起した。

Yの主張：私は借りていない。たしかに、平成25年5月1日に、兄Xから150万円の贈与を受けた。しかし、甲1は知らない。たしかに甲1にある印影は私の実印のものようであるが、当時、同居していたので、私の実印を勝手に使ったのではないか。

(2) 検討の枠組み

§4 処分証書の概念について、説明の域を超えた検討を行った論考は殆ど見当たらない中で、近時現れた実務家による優れた論考³⁾—以下「榎本論文」として引用する—が提示した「3つの論点」を利用させていただく⁴⁾。以下便宜、論点1について「よってした説」をY説、「記載された説」をK説とよぶことにする。

そうして、処分証書の概念・機能について、現在の実務通説の基礎と思われる重要説及び現在の実務家の共有している認識の骨格を確認したうえで、そ

2) 「クロスレファレンス民事実務講義」において、注1記載の部分のほか同書 §458、§458の「後注」でも問題点について簡単に触れている。

3) 榎本充宏「契約書の実質的証拠力について—処分証書とは—」（判タ1410・26、2015年）

| | テーマ | 各 説 | |
|-----|--------------|--|---|
| 論点1 | 処分証書の定義 | Y説：「よってした説」その書面により法律的行为を行ったもの | K説：「記載された説」その書面に法律的行为が記載されているもの |
| 論点2 | 処分証書の実質的証拠力 | A説：特段の事情の有無にかかわらず、その記載どおりの法律的行为がされたと認められる、という考え方 | B説：特段の事情があれば、その記載どおりの法律的行为がされたとは認められない、という考え方 |
| 論点3 | 処分証書の判断時期・方法 | 甲説：処分証書か否かは審理の結果判明する、という考え方 | 乙説：文書の外形から判断、審理の当初から判明している、という考え方 |

の考え方を本モデルケースに適用しながら、問題点の所在を概観することとする。

2 実務説の確認

(1) 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟法編』第4巻⁵⁾

§5 本書は、裁判実務家に大きな影響を与えてきたものと思われる、非常に詳しい基本的文献である。

同書は、基本的にY説－A説を述べ、論点3についての論及はない。論点1[処分証書の定義]については、法律的行为がその文書によってなされたという説明（253、269頁）のほか、この法律的行为は当該文書を離れては存在しないものであり、「処分証書とは、法律的行为の具現物ないし化身（Verkörperung）であり、この文書を裁判所が検分することによって、証明の目的が達せられる」というように、検証に近いものとする説明がある（同254頁）。このような説明は、例えば「具現物ないし化身、検分」という表現を含め、司法修習生のための教材である司法研修所編「事例で考える民事事実認定」36頁で同様の説明が行われている⁶⁾。

4) 榎本論文は、形式的証拠力が認められるケースにおいて、通謀虚偽表示たる法律行為の成立を要証事実とする実質的証拠力を論じるものである。本稿は、形式的証拠力に争いのあるケースにおいて、処分証書概念の検討をしようとするものである。

5) 有斐閣（1961、昭36）。以下この第4巻を「岩松＝兼子法律実務講座」として引用。

論点2〔処分証書の実質的証拠力〕については、法律的行为が作成者によって行われたことの立証のために提出されたときは「書証の証拠調は、当該書証の形式的証拠力の確定されるとともに終了し、その作成者の思想（当該書証の記載内容）が真実性を有しているかの点についての吟味は、処分証書については、いかなる場合にも発生の余地がないものと解すべきである」とA説を、強い調子で述べる（同書269頁）⁷⁾。

(2) ジュリスト増刊『[判例から学ぶ] 民事事実認定』⁸⁾

§6 (1)と同様にY説-A説を述べ、論点3への言及はない。この文献は、次のような理解が、「実務で異論がない一般的な理解」であると言う点で、意味があると思われるので、やや長いが引用する。

「書証の実質的証拠力といっても、書証の種類や体裁、記載内容、作成時期、要証事実等によって、同じ文書の同じ記載であっても、持つ意味が変わってくるものであり、一律に論ずることは困難であるが、書証が処分証書（「処分文書」といわれることもある）であるか、報告証書（「報告文書」といわれることも少なくない）であるかで異なることは争いが無い。

処分証書とは、それによって証明しようとする法律上の行為ないし法律的行为（意思表示、法律行為等）がその文書によってされたものであり、契約書、手形、遺言書、委任状、解約通知書等が代表として挙げられる。

この処分証書について、形式的証拠力があること（挙証者がその文書の作成者であると主張する者の意思に基づいて作成されたこと、すなわち、文書の真正な成立が認められること）が確定されると、当該文書の記載内容は作成者の意思であること（具体的には、法律上の行為ないし法律的行为であること）が明らかにされたこ

6) 法曹会（2014）。以下「事例で考える民事事実認定」として引用。

7) その一方、「処分証書は、それが真正に成立したものであることが明らかな以上、その文書の内容である法律的行为の存在に対して反証をあげて争う余地が少なくなる」（254p）とも述べており、この部分は、K説-B説の考え方によっているようにも読める。

8) 有斐閣（2006）「43契約書の記載と供述」[林道晴執筆（司法研修所事務局長・当時）]。

とになるので、作成者が当該法律上の行為ないし法律的行为をしたこともまた証明されたことになる。」、「以上が実務で異論がない一般的な理解といってよい」（同書224頁）。

（3）まとめ

§7 以上の文献においては、論点3〔処分証書の判断時期・方法〕は、当時は意識されていなかったのであろうか、言及はない。その成立の真正が確定された場合のことを説明しているものであり、成立の真正について争いがある場合に一本稿が問題としている一おいて処分証書の概念がいかに機能するか、機能すべきか、との問いには答えてくれていない。

ところで、論点3は、司法研修所の「事例で考える民事事実認定」において「類型的信用文書」という概念により対応が図られている点に関連する。これは、論点3について始めて自覚的に論じられ始めたと思われるものであり、処分証書概念の問題点に対する解決策の試みと言っているので、問題点を概観した後に取り上げることにしたい（→§39以下）。

§8 なお、「契約書は処分証書か」という切り口の問題について⁹⁾、契約書のうち契約条項の部分は処分証書で、日時、場所、立会人などの記載部分は報告文書であるとされる¹⁰⁾。本稿では、この点を前提として検討することとするが、一々「契約書のうち処分証書たる契約条項についての証拠力」という表記の仕方はしないことにする。

3 Y説－A説による「本モデルケース」へのあてはめ

§9 上記のとおり、論点3の甲説か乙説かについては、従前さほど自覚的に議論されてはこなかったこともあり、実務においていずれの考え方によるか明確でない。

9) 榎本論文29頁。「クロスレファレンス民事実務講義」377頁（§458の後注）も参照。

10) 「事例で考える民事事実認定」53頁、「岩松＝兼子法律実務講座」269、277頁参照。

甲説によるときは、争いがあるときは処分証書かどうかは審理してみなければ分からない。審理を始める段階においては、本件消費貸借契約書（甲1）は、その外観上、主要事実であるYの消費貸借契約の意思表示（返還約束）が行われた文書ではあるが、Yが、そもそもその成立の真正を争っているから、処分証書であるということとはできない。そこで、処分証書概念は、審理の初期の時点や途中においては機能しないことになる（但し、§31参照。またこの点についての、最近の司法研修所の考え方について→§39以下）。

もし、審理の結果、甲1の成立の真正が確定すれば、処分証書であることが確定したことになる、要証事実であるYの意思表示が行われたことの証明がなされたことになる（A説によればそれ以上に甲1の実質的証拠力を検討する余地、反証の余地はない。§5参照）。

一方、審理の結果、甲1の成立の真正が認められない場合（処分証書であることが判明しない場合）、形式的証拠力が認められないのであるから、甲1は、当然ながら要証事実であるYの意思表示の存否については、実質的証拠力を有しないことになる。

§10 乙説によるときは、文書の外形から判断されるから、審理の初期の段階においてYが甲1の真正な成立を争っていても、以後処分証書であるとして、その真正な成立について審理し、その結果により結論を出すことになる。

4 処分証書概念の機能——「三段の推定」と「処分証書テーゼ」

(1) 処分証書概念の実際上の機能

§11 2で記した実務説によると、訴訟が提起され、原告がその請求を基礎付けるため提出した（その時期は、多くは第一回口頭弁論期日かその次の期日である）基本的な書証が契約書である場合、その審理の初期の段階から、1(2)（§4）に記した「乙説」によるときは、筆者のいう「三段の推定」が働きうることになる（なお、甲説によった場合でも概念の使用法によれば働きうる→§31）。

すなわち、基本的な書証（甲1とする）についての被告の認否が、その上にある印影が、被告の印章によることを認めるか、認めずとも強くは争わない場

合¹¹⁾、争いのある要証事実である被告の消費貸借契約の意思表示の存否について、被告の側で特段の事情の主張立証に成功しないかぎり、「二段の推定」により甲1の内容の全部について成立の真正（被告の意思に基づいて作成されたこと）が認定され、そのことは、A説によれば直ちに、被告が当該文書の記載内容である法律行為をしたこともまた証明されたことを意味することになる。

P 前提事実：文書に本人の印章の印影あり（本人の印章により顕出された印影がある）

↓ I 〔第一段の推定作用〕経験則の適用による事実上の推定

Q 推定事実：印影は本人の意思に基づいて押印された＝Rの前提事実

↓ II 〔第二段の推定作用〕民訴228Ⅳによる推定（※法定証拠法則）

R 事実の確定：当該文書が真正に成立（文書が本人の意思に基づいて作成された）

↓ III 処分証書の実質的証拠力（処分証書の機能）A説による場合 R=S

S 文書に記載された法律行為の存在の認定

（この表は「クロスレファレンス 民事実務講義」§464を元にして記号を変えて作成）

※ なお二段目の推定の性質は、従前、少なくとも実務説としては当然のように法定証拠法則であるとされてきたが、近時、名津井吉裕教授による優れた論考が発表されている¹²⁾。

§12 B説による場合でも、成立の真正が認められれば、特段の事情の検討の余地はあるが（実質的証拠力、真実性の検討）、同事情が認められない限り、甲1の実質的証拠力により直接に要証事実が認められることになる点では、大きな差異はない。

§13 このように、上記の事実認定のプロセスにおいて、考え方により違いが生じるのは、甲説を取る場合のみであり、その他の点で、1(2)（§4）記載の枠組みのいずれの考え方を取ろうとも、被告は、特段の事情の立証に成功しない限り、一足飛びに、被告が意思表示をした事実が確定されてしまうことになる。

11) 実務のプラクティスとして、「弱い争い方」の場合、弁論の全趣旨により成立の真正が認められることが多い（加藤新太郎編著「民事訴訟実務の基礎【解説篇】」〔第3版〕、弘文堂2011）133頁参照。

12) 名津井吉裕「私文書の真正の推定における証拠法則の再検討」徳田和幸先生古稀祝賀・民事手続法の現代的課題と理論的解明（弘文堂・2017）233頁以下。また、高田・三木・山本（克己）・山本（和彦）編『注釈民事訴訟法 第4巻』（有斐閣2017）745頁以下〔名津井吉裕執筆〕。

違いがあるのは、「特段の事情」の反証活動を、Ⅰ、Ⅱ、Ⅲの3段階でそれぞれ考えるか（B説）、Ⅰ及びⅡの段階でのみ考え三段目Ⅲの段階は存在しないと考えるか（A説）の違いである。

§ 14 このように、出発点—契約書に被告の印章の印影あり—から、結論—法律行為成立の認定—まで、「契約書は処分証書である」ということを前提とすると（この点、§8参照）、「三段目」の反証を許すか許さないか、という差異はあるにしても、特殊な事実認定のプロセスが取られる。すなわち、印影について強くは争えない、処分証書らしき書証があるだけで、「二段の推定」と合わせ「三段の推定」（A説によれば三段目は反証の余地なし）が機能するプラクティスとなり、意思表示の成立を争う側に「特段の事情」の反証を要する、事実上の責任が課されることになる。このような、書証の特殊性に基づくプロセスは仮に「処分証書テーゼ」とでも呼ぶことができようか。

（2）「三段目の推定」と実体法の意味表示理論との関係

§ 15 本モデルケースでは、被告は成立の真正を争っているから、この「三段目の推定」に対する反証活動は問題とならないが、被告が、仮定的主張すなわち「仮に、甲1の成立の真正が認められる場合」として、特段の事情、例えば次のような主張を行うことが考えられる。

Yの主張：もし印鑑の点で私の主張が認められないとした場合、たしか、平成25年5月1日頃に、兄Xから「税金関係の処理のため、これにハンを捺してほしい。」と言われて、甲1のようなものを示された。私は、金を借りたつもりはなかったものの、税金関係のことは全く分からず、また、兄から贈与を受けた手前、あれこれ言うのもためらわれ、文句を言わないで印鑑を兄に渡したので、兄は甲1を作成したのかもしれない。

これは、榎本論文の掲げる設例を、多少変更してみたものである。同論文の提示した設例よりナマの主張に近く、この主張の解釈いかんによっては、二段目の推定に対する反証（表示意思を欠く）とも解されるが¹³⁾、通常は、仮定的

に成立の真正を認めたとえでの、契約不成立の主張ないしは虚偽表示無効の主張と解されよう（表示主義を徹底する立場からは契約不成立の主張はもはや認められないことになろう）。

榎本論文は、このような真意と異なる表示を行った場合について、処分証書概念と意思表示成立の理論を組み合わせ、解釈論の可能性を司法修習生のサマリーペーパーの形で提示しており、極めて示唆的である¹⁴⁾。本考察は、成立の真正についての争いがあるケースを対象として、処分証書概念について考察することを主目的としており、榎本論文の提起した問題点についても、同概念の基礎となる考察を提供しているものと思う。

5 事実認定の過程

(1) 処分証書があればその成立の真正の審理に集中

§ 16 事実認定のプロセスについて、処分証書概念が関わる時、次のように同書証の成立の真正に審理の主眼が絞られる、と説明されることが多い。

すなわち、当該訴訟における要証事実が、本モデルケースのように消費貸借契約書（甲1）による金銭消費貸借契約の締結である場合、処分証書である甲

13) 二段目の推定に対する反証として例えば、司法研修所編『民事訴訟における事実認定』（法曹会2007）128頁は、白紙押印後の悪用完成及び文書作成後の変造・改ざんの2つを掲げるのみである。しかし、他の書類と思ひ込ませて署名押印させた場合（表示意思を欠く場合）も考えられる（立場によるが、司法修習生向けの参考資料である司法研修所民事裁判教官室「民事事実認定のしおり」はこの場合を、推定を破るものとして記載していた。）と思われる。なお、この点前掲注12)『注釈民事訴訟法第4巻』750頁も参照。

14) 実務家の一般的な理解としては、意思表示の成立について表示主義的に解し、意思表示は成立しているとした上で、虚偽表示の「抗弁」と構成することが一般的であろう（司法研修所民事教官室編『民事訴訟における要件事実について』（1963年）12頁）。しかし、意思表示の成立を認めることが表意者に酷であるとみられるケースもあり、意思を重視する見解も有力であると思われる（榎本論文もそうである）。その他、賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」民商法雑誌60巻2号（1969）179頁以下、滝沢昌彦「契約書の真正の推定の実体法上の意義」潮見・山本・森田編『特別法と民法法理』（有斐閣、2006）67頁以下）等がある。

1の成立の真正（形式的証拠力）が認められるときは、同要証事実を直接に、当然に認めるべきである（「岩松＝兼子法律実務講座」269頁→§5参照）。

そうして、A説によれば、成立の真正が認められれば記載の真実性の検討はもはや必要なく（同上）、処分証書の形式的証拠力を認めながら実質的証拠力を否定するというのは違法な事実認定になる（田中豊『事実認定の考え方と実務』（民事法研究会2008）93頁）。すなわち処分証書記載の法律行為の存在が認められる。B説による場合でも、形式的証拠力が認められれば、特段の事情の認められない限り処分証書記載の法律行為の存在が認められる。

（2） 処分証書があるときはその補助事実が審理の主眼となる

§ 17 この、事実認定の過程において、甲1借用証書以外の事実、例えば領収証の存在や、売買契約に至る動機、契約後の行動等の事実、挙げて、甲1の補助事実として機能することになる。

すなわち、審理の目標も立証手段としての事実や証拠も、本来の要証事実「Yの借入の意思表示が行われた」から、「甲1の成立の真正」にシフトする。甲1が処分証書だとされるがゆえに、このような扱いになるのだから、処分証書概念による「処分証書テーゼ」（→§14）は、通常は、要証事実を推認する機能を有する間接事実群を、処分証書の成立の真正の認定に役立つ補助事実として機能させる、という強力な機能を果たしていることになる。

（3） 判決（事実認定の結論）

§ 18 本モデルケースについて、争いのある処分証書甲1について審理をした結果、その成立の真正が認められる場合、事実認定の結論は「……以上検討したとおり、甲1の成立の真正が認められ、この認定を左右するに足りる他の証拠は認められない（特段の事情は存在しない）。よって、争点1（原被告間における平成25年5月1日付金銭消費貸借契約の成否）が認められる。」というようなロジックとなると思われる。争いのある主要事実であるYの消費貸借契約締結の唯一の根拠は、成立の真正が認められた甲1ということになり（直接証拠

だから）、その他の間接事実群は直接には登場しないことになるう。

6 処分証書概念の問題点（頭出し）

§ 19 ここまで述べたような、処分証書の概念及び機能について、学説はさほど興味を持っていないように思われるが、実務上及び法曹養成教育上は極めて大きな機能を果たしていることになる。

そうであるならば、処分証書の概念について、十分な検討がなされたうえで使用されるべきであり、そうでないと、混乱が生じやすいのではないか。この観点から、次のような問題点が指摘できるのではないかと思われる。

(i) 定義それ自体の問題①—説の対立が真に存在するか

Y説とK説がある、というように二つの考え方は、対立ないし併存する「説」といえるのであろうか。Y説「よって行われた」によっても、行われた結果当該文書に同内容が記載されている。そうすると、Y説の処分証書は例外なくK説による処分証書でもある。このようにK説はY説を「包摂」するのであって対立はしていない。

そうであれば、Y説を取る場合は「法律行為が記載されているが、同文書によって法律行為が行われていない文書は処分証書とは呼ばない」という意味を包含するものである。そうすると、「法律行為が文書によって行われている、いない」とは、一体いかなる意味であるのかが問題となるが、この点、訴訟法や訴訟実務の問題の前に、そのような法律行為とはいかなるものか、実体法における議論が必要ではなかろうか。事実認定の場面で機能する処分証書概念との関係で、十分明示的には論じられていないと思われ（但し、近時の滝沢昌彦教授の研究がある→§ 57で触れる）、少なくとも、実務において異論のない見解というものは存在していないのではないかと思われる。実体法と関連した定義の問題については、第三1及び第四において検討したい。

(ii) 定義それ自体の問題②—報告文書との区別

§ 20 民事訴訟法における文書は、処分証書と報告文書という、二つのカテゴリーに二分される、と説明されることが通常である（報告証書は「処分証書以外の

文書」であると説明されることが多い)。そして、処分証書について K 説によるときは報告文書との区別が付きにくいなどと議論される（よって、Y 説を取るべきと、民事裁判教官室が考える点につき→§24)。

しかし、報告文書の定義は、ほぼ相違なく「作成者の見聞、判断、感想、記憶等を報告（記載）した文書」と説明されるところ、もし、二分法（dichotomy）と考えるならば、非処分証書は全て報告文書と言えるだろうか（そのような定義の要件を満たしているか）。逆に、非報告文書は全て処分証書であるといえるだろうか（同）。

もちろん、概念の規定の仕方として二分法でなければならないわけではない。既存の定義は、典型的な特徴を捉えたものであろうが、二分法の観点から十分に検討されたものであろうか。もしそうではないとすれば、「報告証書は処分証書以外の文書」というような用法は、廃棄した方がよいのではなかろうか。

§ 21 (iii) 「審理してみなければ分からない」問題

処分証書概念の難問 *enigma* として、挙証者の相手方が当該書証が処分証書であることを争うときは、それが処分証書か否かは、審理の結果判明することであり、審理の始めの時点及び審理の途中において、有意義な機能を果たしえないのではないかという問題があった。

訴訟の実態を考えると、まことに正当な問題点の指摘であり、処分証書概念の根幹に関わると思われるので、第三2において検討したい。

§ 22 (iv) 事実認定プロセスの枠組み問題

前記5において説明した事実認定プロセスは、通常は主要事実の認定に役立つ間接事実を、挙げて処分証書の成立の真正の認定に動員し、成立の真正の審理に集中することになる。このことは、諸間接事実を主要事実の認定のために考慮することを、排除ないし二次的な役割とする（特段の事情においやる）ことを意味しようが、はたしてこのような事実認定プロセスの枠組みは妥当なものといえるだろうか。また判決文においてこのプロセスを忠実に反映した判示方法を取るとするならば、それは市民に分かりやすいものと言えるか、検討の余地があろう。この点、第三3において検討したい。

第三 問題点についての簡単な検討

1 処分証書概念の定義の問題

(1) はじめに

§ 23 問題の書証が処分証書かそうでないかにより、事実認定の過程において大きな差異が生じるとするならば、その概念の定義は明確であるべきである。また、定義の仕方が複数あるとしたら、なぜその定義になるのか、理由が説明できなければならない。この2つの点を満たさないならば、法律学的にみて、疑問というべきではなかろうか。

先に仮置きした二つの定義（第二1、(2)、§ 4）、すなわち、Y説「よってした」及びK説「記載された」について、なぜその定義によるのか、その理由を述べている文献は多くない。

(2) 定義についての先行文献

ア Y説

§ 24 「事例で考える民事事実認定」は、Y説を取っており、少なくとも最近の民事裁判教官室はY説により司法修習生を教育している。同書にはY説によることの理由の説明はないが、K説によると報告文書との区別がつきにくいことがその理由であると推測される。但し、司法研修所の教官室のメンバーは時間と共に変化し、その考え方も当然変化するものであるから、「司法研修所説」と言うべきではないであろう。なお、K説の説明を「広義の処分証書」、Y説の説明を「狭義の処分証書」と呼ぶこともあり、また処分証書の定義について両説あるという中立的な説明をしたり、あるいはK説的に説明していたこともあるようである。

イ K説

§ 25 河村浩判事は、Y説は、「自説の結論を先取りした定義付けである」として、証拠方法としての処分証書の定義はK説によることが相当だとしている¹⁵⁾。

§ 16に前掲の田中豊『事実認定の考え方と実務』55頁は、Y説によると、一つの法律的行为について複数の文書が存在する場合（同書は、1つの売買契約について、本来の売買契約書以外に税務用の契約書と登記手続上の契約書とを作成した場合を例示する）、ある1つの文書が処分証書であるかどうか記載の外形から決定することができないことを理由としている。

ウ 両説あるとしつつ定義の違いの意義を述べる文献

§ 26 大島眞一『完全講義 民事裁判実務の基礎（第2版）』下（民事法研究会2013）576頁は、Y説とK説の違いは、田中豊前掲が指摘するような複数文書が存在する場合にあり、本来の契約書の他に税務申告用の契約書を作成したような場合に、Y説では処分証書とならないがK説では処分証書となるところにある、とする。

エ 定義を明確にしないで説明する文献

§ 27 例えば、伊藤眞『民事訴訟法第5版』（有斐閣2016）411頁は、「法律的行为が行われたことを示す文書」とし、加藤新太郎編『民事事実認定と立証活動第Ⅰ巻』（判夕社2009）4及び5頁では「意思表示などの法律行為がなされたことを示している文書」と記述され〔須藤典明執筆〕、「示す」が単に記載なのか、それとも、よって法律行為をしたという意味なのか、これらの記載からはいずれの意味にも解しうる。

15) 河村浩「契約書（処分証書）による事実認定の証明のプロセス」判タ1101.56（2002）57頁。

また、特に理由は述べられていないが、前掲注13）『民事訴訟における事実認定』18、64頁はK-B説を述べている。そして、河村浩・中島克巳『要件事実・事実認定ハンドブック〔第2版）』（日本評論社2017）は、K説（499頁）、B説と共に甲説にあたる「処分証書か否かは実質的証拠力が確定して初めて最終的にそのようにいえる」と述べるが、では意思表示等が記載されているが最終的にそういえない文書をどのように呼ぶのであろうか。概念定義の問題が残ると思われる。

オ 用語法の混乱(i) Y説-K説

§ 28 文献の中には、Y説とK説を混用しているように見えるものもある。民事証拠法大系第4巻〔古閑裕二執筆〕（青林書院2003）12頁では、菊井＝村松「全訂民事訴訟法〔Ⅱ〕第2版」（日本評論社1989）595頁を引いてK説を述べながら、同じ筆者が同書の18頁においてはY説で説明をしている。

前記「エ」と合わせ、Y説かK説か明瞭でない説明の仕方もありうるといふことは、Y説かK説の区別に、それほど有意な差異はなく、単なる説明ぶりの綾である可能性もある。

カ 用語法の混乱(ii) A説-B説

§ 29 前掲民事証拠法大系第4巻12頁は、処分証書で形式的証拠力が認められれば文書に記載された法律行為はあったものとして事実を認定しなければならない「機能」を有している、と強くA説的な言辞を用い、その「機能」として、「形式的証拠力が認められれば、当該文書の記載内容が真実であるか否かは問題となる余地はない。すなわち実質的証拠力を有している」と述べる。しかしながら、すぐその後に、最判昭42・12・21集民89・457、同昭45・11・26集民101・565、同昭47・3・2集民105・225を引いて、契約書等の処分証書が存在する場合には、その成立が認められれば、「特段の事情がない限り一応」その記載どおりの事実を認めるべき、とB説を述べている（同頁）。

しかしながら、Y説を取るならば、形式的証拠力が認められれば、形式的証拠力の定義からして、作成者が真実その文書に記載された文字という形でその意思を表示したことが確定するのだから、Y説の定義からしてA説にならざるを得ないはずであり（榎本論文30頁参照）、この説明は読者をして混乱させるというべきではないだろうか。

裁判実務を担う裁判官としては、原則による類型的な処理方法を確立しつつ特別な案件では事案に応じた柔軟な解決法を取る途を確保しておきたい、というニーズがあるので、「特段の事情」概念が多用される傾向にあると思われるが、ここでもA説を取りつつも「特段の事情がない限り一応」というB説が混入

しているようである。

とするならば、A説とB説も、説が対立するというよりは、未だ説として確立していない状態だというべきではなからうか。

キ 判例の立場

§ 30 さきほど引用した（カ）の文献に引用されている判例群は、契約書等の実質的証拠力に関する判例であるが、いずれも「処分証書」という用語は用いておらず、かつ、契約書等の成立の真正が認められる場合に、特段の事情を検討する余地なく事実を認めるべきだとは判示していない。この点、榎本論文が指摘するように¹⁶⁾、最高裁判所の判例といえるもので文書の証拠力に関して処分証書の用語を用いたものはないのではないと思われる¹⁷⁾。書証の証拠力を中心におきつつも、有力な間接事実をも総合して判断すべきとしているのであり、処分証書にあたる書証の証拠力のみによって契約成立の認定をしているのではないと思われる。

（3）定義の再考

ア 説の非対立（処分証書概念の内側で）

§ 31 § 19で述べたように、K説によれば、法律行為等の記載は客観的・外形的に存在するものであり、Y説による場合でも、外形的には法律行為等が必ず記載されるのだから、K説概念はY説概念を完全に包摂している。すなわち、Y説は、K説のうちの特殊な場合を記述するものであるといえよう。だから、両説は、相反するものではなく、説の対立というものではないのではないのか。また、K説によりつつ、記載された事柄から直接に法律行為が行われたことが認められることになるというのであれば（あるいは、そのような場合が「記載が

16) 榎本論文32頁注14)。裁判所ホームページで文書の証拠力と関連する判例で処分証書の用語を用いるものは一件もなかったとのことである（筆者も、「クロスレファレンス民事実務講義」執筆時に試みたが同様であった）。

17) 「クロスレファレンス民事実務講義」380頁（§ 472の後注）で触れたところである。

ある」の意味だと解する場合）、それはY説を述べていることに帰するとも思われる。

相反しないと考えるならば、両説を取り入れて、次のように言えそうである。

- (i) K説の定義により、一般的に、契約書（その契約条項）は広く処分証書に該当する（「甲1は契約書だから処分証書だ」）。
- (ii) 訴訟において甲1の成立の真正が争われた場合でも、K説を下敷きにして「甲1は外観上処分証書らしきものだから、その成立の真正が審理の主眼」になる。
- (iii) 審理の結果、甲1の成立の真正が認められた場合、Y説によって「処分証書である甲1の成立の真正が認められたのだから、作成者が甲1記載の法律行為をしたことが確定する」ことになる（ここで、A・B説がありうる）。

従前の説は、實際上このように機能している面があるといえないであろうか。もし、このように考えた場合は甲説は無意義なものとなり、契約書があれば「三段の推定」（→§11）が常に働くことになる。このようなものとして処分証書概念を構成することも可能ではあるかもしれないが、これは処分証書に2つの意味を与えているのであり、概念を構成する以上は、その定義概念は可能な限り、明確にすべきであると思われる。

私見では、Y説によることが適当な事象は存在すると考えるが、その場合 §19で指摘したように、「法律行為が文書によって行われている」という定義をいかなる意味で用いることにするのか、この点の意義を十分に検討すべきであると考える。この点の私見は本稿の最後第四で触れる。

イ 要式行為との関係

§32 Y説の定義を学んで、最初に感じる素朴な疑問は、文書によって法律行為がなされ同法律行為は文書と離れえないというならば、それは「要式行為」のことではないのか、ということではなからうか。しかし、保証契約以外の殆どの契約は要式行為ではないにもかかわらず、多くの教科書では、一般的に、契約書は処分証書だと教えている。

この点、「岩松＝兼子法律実務講座」は、処分証書において、「この法律的行

為は当該文書を離れては存在しない」ものであり、「処分証書とは、法律的行为の具現物ないし化身（Verkörperung）であ」という（254頁、§5参照。「事例で考える民事事実認定」も「具現物ないし化身」という表現を用いている）。ここでいう、法律的行为が文書に「具現ないし化体」している（verkörpern）ことが処分証書の特徴なのであろうか。

しかし、そもそも人の思想を文書に記載すれば、その人に直接聞かずとも文書に接すればあたかもその人の思想を直接に感得することができるように、比喩的に文書が「化身」（Verkörperung）となっていると言うのであろう。すなわち、思想内容を文書に具現・化体することは処分証書特有のことではなく、報告文書を含めた文書全般についていえることであると思われる。この点、ドイツの民事訴訟法の教科書を見ても、証書一般の概念の説明として（処分証書や報告文書の区分を述べる前に）、冒頭部分に「民事訴訟法における証書 Urkunde は、文字による思想の化体物（Verkörperung）である。」というような説明がある¹⁸⁾。

§ 33 処分証書概念を、要式行為以外の法律行為について、「法律的行为が文書に化体したものであり、それゆえ、当該文書を離れて法律的行为は存在しない」（「岩松＝兼子法律実務講座」254頁、A説の論理的前提であらう）という意味に規定するとしたら、それは文書の性質から（伊藤眞前掲417頁参照）、あるいはその定義から、文書を離れて存在しえないという特別な法律行為の性質を規定していることになろう。

しかし、上述のとおり思想等が文書に化体することは、報告文書を含めた文書全般についていえることであって、処分証書特有のことではない。そうだとしたら、「文書を離れては存在しえない」という特別な法律行為の概念が先行しており、そのような特別な法律行為が実体法上認められると仮定して、同法律行為を文書に化体したものが処分証書と呼ばれるべきものだ、ということになるのではなかろうか。

18) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 119, Rdnr.1

すなわち、文書ありき（文書→法律行為）と考えるのではなく、法律行為ありき（法律行為→文書）と考えるのが、法律的事象を考える通常の思考法ではなかろうか。この点、事実認定の場面で考えても、書証は通常、法律行為の存否を立証する「手段」であるのだから、書証が法律行為に先行するということは例外的な事象を考えていることにほかならないのではなかろうか。

§ 34 次に、「岩松＝兼子法律実務講座」は、要式行為でない法律的行为でも、後日の証明のために当該行為が文書で行われる場合がありその場合の文書は処分証書になるとしている（254頁）。つまり、多くの要式行為でない法律行為の中で「後日の証明のために当該行為が文書で行われる場合」を取り出して処分証書に該当するのだと述べる。

しかし、我々が民事訴訟で出会う契約では、「証明のために文書を作成している」ことが殆どではないかと思われるが（契約書の末尾に、「本契約成立の証として本書を2通作成し各自1通保管するものとする」などと記載されることも多い）、果たして証明のために「文書を離れては存在しえない」法律行為をすることが多いだろうか。この点、次の（キ）「複数文書の問題」を検討した後、（ク）§ 37において私見の出発点を述べる。

キ 複数文書の問題

§ 35 Y説とK説とで差が出るとされる「複数文書」の問題について（§ 25参照）、次の設例をもとにして検討し、複数文書の問題を起点として、私見の主題の要素となる、「要証事実と証書の関係」について検討したい。

- ① 同時に同じ内容の契約書を2通（a、b）作成した場合
- ② 同時に、1通cは代金1000万円の真の契約書、もう1通dは税務署提出用の800万円の契約書を作成した場合
- ③ 平成29年10月1日付契約書eがあるが、拳証者である原告は、「平成29年10月1日に契約締結し、平成29年10月2日にeを作成した」と主張している場合
- ④ 平成29年11月1日付契約書fがあるが、同日、fの内容の一部を補充する覚書gも作成した場合

これらの事案のうち、田中豊前掲55頁（§25）は、上記②の例を挙げて、意思表示成立についての表示主義の立場から、記載の外形から処分証書であると決定できるようにするためにK説を取り、意思表示ないし法律行為の記載があれば処分証書であるとする。大島前掲576頁（§26）も、K説を取るならば法律行為の記載がある処分証書となると説明している（大島判事自身はY説を取るから処分証書としないことになるう）。

このような考え方は、意思表示の成立について表示説を徹底すれば違和感なく認められるのであろうが（仮に、税務署用の契約書dを楯に取って契約金額が800万円だという主張があれば、そのような契約は成立しているが、効力発生を障害する事由＝虚偽表示等があると考えるのであろう）、真の契約書以外の契約書に記載された内容の契約も同時に成立しているという見解は、やや常識に反するようにも思われるところである¹⁹⁾。

§36 ここで、③のケースについてみると、Y説による場合、原告の主張によれば、平成29年10月2日に作成された契約書eは、それによって原告主張の契約が行われたものではないから処分証書ではない。では、仮に被告は契約書eは10月1日作成されたものだと言主張する場合、被告の主張によればeは処分証書だということになりそうであるが、1つの書証eが同時に処分証書であり処分証書ではないということになるのだろうか（契約内容の一部について争いがあるケースなどが想定される）。

①及び④のケースについてみると、2通の処分証書が存在することになりそうであるが、契約の個数をどう考えることになるのだろうか。また仮に、そのうちの1つの書証の形式的証拠力は認められるが他の書証の形式的証拠力が認められない場合、契約の成否をどのように考えることになるのだろうか。

19) 前掲注14) 引用の賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」186頁は「なんとしても不自然」であるとして、真の契約書のみが処分証書と扱われているものと憶測する、と書いている。

ク 私見の出発点

§ 37 このように、定義の問題から浮かび上がってくるのは、文書の外においてなされる合意と、文書との関係をどのように考えるかという課題である。

前記③のケースが示唆するのは、文書の記載そのものからは何も決定することはできず、訴訟当事者が「その文書によって契約をした」と主張する場合に、その当事者（挙証者。③の被告はeを乙号証として証拠提出することになろう）の主張との関係で処分証書となりうるということであろう。だから、当事者の主張内容と無関係な意味でのK説は無内容というべきと思われる。そこで以下ではY説の意味での処分証書について検討する。

思うに、一般に当事者間の合意の成立と文書作成との関係は、次の二つ場合があると思われる。(i)文書作成に先行して契約の合意が成立し、立証の便宜のために文書を作成する場合は、文字どおりその文書は証明のために作成された文書であり、当事者も突き詰めた意味で「よってした」とは主張しないであろうから、処分証書ではないと解するのが自然であろう。その場合の要証事実、もちろん文書の外での契約締結合意の存在である。

一方、(ii)単に立証の便宜のための文書でなく、文書によって法律行為を行うこととする事象もありうる（文書上の合意が完全なものとして文書外の合意を排除するような特別な合意→§ 54の文献参照）。その場合は、同文書はY説「よって行われた」定義によく合致しよう。ただし、その場合の要証事実、単なる契約締結でなく、「文書によって契約をする合意」、厳密には、契約締結合意と、それに加えてその契約締結を「完全に文書によることにする、という合意」の存在となろう。

そうすると、処分証書とされる文書の有する性質・特徴である「よって行われた」かどうかは、文書の外においてどのような合意がなされたかという事実が確定されなければ確定できないことになる。この出発点から、私見を後に第四で述べる。

2 「審理してみなければ分からない」問題

——「類型的信用文書」の登場

§ 38 訴訟になるようなケースにおいては、その証書によって法律的行為をしたか否かが争われることが多いのだから、審理の決着が着くまでは、その証書が処分証書であるか否かは判らない。ということは、同概念は少なくとも訴訟の審理においては実質的な機能を果たすことはできず、Y説の意味での処分証書は無用の概念であるということになる。

この難点を克服するためか、近時、司法研修所民事裁判教官室において「類型的信用文書」概念が形成された²⁰⁾。

§ 39 「事例で考える民事事実認定」によれば、事実認定の枠組み及びプロセスは次のようにして行われる。

- (i) 要証事実との関係で「直接証拠」があるか（同書 13、47 頁参照）。
- (ii) 直接証拠として文書がある場合、それは、「類型的信用文書」か（同 35、48 頁）。
- (iii) 類型的信用文書がある場合で、成立の真正に争いがない場合は、第1類型として、処分証書の場合は、特段の事情の存否は問題とならず、その書証記載内容どおりの事実を認定する（同 49 頁）。
- (iv) 類型的信用文書がある場合で、成立の真正に争いがある場合は、第2類型として、成立の真正の立証が問題となる（その際、二段の推定が働くかが判断の中心となる、同 50 頁）。成立の真正が認められれば(iii)と同様の結論が確定する。

§ 40 このような類型的な事実認定の枠組みは、様々な事実や証拠を思いつくままに拾い上げて羅列するような認定でなく、論理的に整理された合理的な事実認定を行うための教育的方法として、有意義なものであるといえる。そして、類型化につきまとう弊害である、硬直化したパターン思考に陥らないように、と

20) 類型的信用文書が登場する以前は、「挙証者がその文書の作成により法律行為が行われたと主張している文書」を「判断枠組みとしての処分証書」として、審理の結果が判明するまでの間は「仮説としての処分証書」である、というような整理がされていた時期があると聞いている。

いう注意喚起も十分になされている（同書54頁）。

ただ、このような教育的見解は、法律実務家に大きな影響を与えるだけに重要であり、研究者も加わって慎重に、その論理や学理的な検討（議論）がなされてしかるべきではないと思われる。

筆者自身未熟な考察にしか至っていないが、さしあたり、次の疑問点ないし議論を深めるべきポイントを提示しておきたい。

§ 41 類型的信用文書概念と処分証書との関係をどう解するかが問題である。同書では、処分証書の外観を有する文書は、審理の初期の段階から、類型的信用文書と取り扱ってよく、争いがある場合、その成立の真正が認められた時点で、すなわち、その事案についての結論が出る時点で、処分証書であることが確定し、特段の事情の有無を検討する必要はないとしているように読める（37頁。なおB説もあることを説明しつつ、A説によることを示している）。

思うに「処分証書の外観を有する」とは、取りも直さず法律行為が記載された処分証書らしきものであることを意味しようが、その成立の真正が認められることと、要証事実すなわち当事者が同文書によって法律行為を行ったこととは、厳密には異なる事実である。従って、その文書の成立の真正が認められることによって、当然に、直接に要証事実の立証ができることにはならない。その要証事実が、成立の真正により直ちに認められるとすれば、同文書がY説による意味での処分証書である場合であるが、ここでは、その処分証書の確定が正に問題となっているのだから、問題は循環する。文書は雄弁ではあっても文書外のことを直接に語ることはできない（§ 37参照）。処分証書の外観を有する文書の成立の真正の確定だけで、要証事実を認定することはできないのである。

§ 42 そうすると、処分証書概念を用いるとすれば、処分証書らしき文書の成立の真正に加えて、その文書が処分証書であることが別途確定されなければならない。これを行うことは、「処分証書らしき文書の成立の真正＋処分証書であることの確定」、という2つの立証命題を立てていることになる。しかし、そうであるならば、最初から、文書の外にある「甲1によって金銭消費貸借契約

を締結する合意」の存否が立証命題であると解す方がよいのではなかろうか。これを本来の立証命題とすれば、その書証はもちろん重要ではあるがあくまでも立証手段である点は通常と変わらない。この立証命題が充足されるときは、同時に処分証書であることも確定することになるが、比喩的にいうと、「飛車」が「竜」に成る一手により相手玉が詰む場合、処分証書性が確定する（竜になる）と同時に要証事実の立証が成る（王が詰む）わけであるが、審理の目的や訴訟の結果は、あくまでも「王が詰む」ことであろう。書証の成立の真正＋その書証の処分証書性の確定は、重要ではあろうが、審理の目標である立証命題との関係では、なお手段と位置付けられるのではないだろうか。

§ 43 この考察からも、次のような考え方が導かれる。そもそも実体法上の理解として、いわゆる処分証書によって法律行為が行われるという法現象は、§ 33、§ 37でも述べたところであるが、「書面によって法律行為を行う合意」が書面外で行われ、その実行として（たとえ同時であったとしても論理的には合意が先行して）書面が作成されていることではないか。そのように見るのが実体に合致しているのではないであろうか→ § 54 以下。

3 審理の枠組みが処分証書の形式的証拠力に集中する問題

(1) 問題の所在

§ 44 本モデルケースで、主たる書証である甲1消費貸借契約書に加えて、甲2（領収書）が提出されたとする。中心となる書証以外の証拠や間接事実、主要事実（要証事実）を推認させるものではあるが、主要事実の直接証拠ではない。争いのある主要事実であるYの消費貸借契約締結の意思の唯一の直接の根拠は、成立の真正が認められた甲1ということになるのである。

§ 45 このような事実認定の検討が行われる場合、当然、甲2（領収書）の存在やYの借入の動機、XとYとの関係や交渉経緯、甲1作成時の事実関係、資金交付に関係する事実関係やその後の事情等の間接事実や証拠が検討されることになる。そして、認定できる場合、信用できる証拠の総合的検討により、甲1の成立の真正や特段の事情が存在しないことの認定ができたのであろうが、その

場合は同時に、YはXから金を借りる意思のもとに甲1を作成したという、厳密に言うと甲1を離れたYの意思の存在が認定できているはずである。すなわち、§17でも述べたとおり、間接事実群は甲1の成立の真正の認定にも働くし、同時に、本来の要証事実の認定にも働くのである。

§46 この「間接事実の補助事実的機能」について、「事例で考える民事事実認定」は、ダブルチェック、すなわち、直接事実から主要事実を認定することと並行的・重疊的に間接事実から主要事実を推認できるかを検討するのが望ましいとしている（同書15、54頁）。この点は、同感であるが、ただし、この考え方の枠組みは、なお、直接証拠たる書証が主、間接事実からの推認を従としている点でなお問題なしとしない。

（2）直接証拠（書証）を重視する見解

§47 たしかに、従前から、直接証拠の意義を重視する考え方は存在していた。例えば、伊藤滋夫教授は、Y-A説を取り、形式的証拠力のある売買契約書があれば直接に（何ら他の事実の認定を介在させることなく）同契約書記載の売買契約が成立したことが当然に認められる、この契約書それ自体によって売買契約の成立が当然に認定できる、等述べる（伊藤「事実認定の基礎」（有斐閣1996）34頁）。そして、間接事実については、直接証拠があって信用できることが明らかになればその直接証拠によって要件事実を認定するという方法によればよく、間接事実によって要件事実を推認するという方法によるべきではない、等述べる（同80頁）。

§48 このような考え方の枠組みは、大島眞一「新版完全講義民事裁判実務の基礎・発展編」（民事法研究会2016）220頁にいう、「直接証拠型」に該当すると思われる。そして、これらは「補助事実的機能を果たす間接事実」を、補助事実の機能に専念させる説ともいえよう。

（3）間接事実も重視する見解

§49 土屋文昭・林道晴編著『ステップアップ民事事実認定』（有斐閣2010）62頁

は次のように指摘する。「処分証書がありながら訴訟までに至る事案においては、特段の事情が認められて、文書に記載されたとおりの意思表示その他の法律行為がされたとは認められない事案が決して少なくない」「つまり、処分証書の形式的証拠力が認められる場合に、当然に実質的証拠力もあると安易に考えると、間違った事実認定をする危険がある」〔森純子執筆〕²¹⁾。このような注意喚起は、若手裁判官に警鐘を鳴らす趣旨で、「二段の推定」でも同様に行われているものと認識しているが、「三段目の推定」の場面でも同様の注意喚起が必要であることを示しているともいえよう。そうならないようにするためには、やはり、重要とはいえ書面の形式的証拠力を過度に重視せず、背後にある間接事実や事情から、本来の立証命題の認定を丁寧に行うというマインドが必要とされるのではなかろうか。

§ 50 この点、前掲注14) 賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」181頁以下は、大意、次のように述べている。

コミュニケーションの過程で用いられる記号は、あたかも真空のなかで存在するかのように、固定化して考えることはできないし、完全な指示機能をもつ記号はありえず、その意味は多義的で、その使用される状況から全く独立に機能しうるものではない(190頁)。重要なのは、コミュニケーションの送り手がその記号に託した「意味」である。裁判における証拠の評価も、文書については、それが当時においてあらわそうとした意味を、裁判官は汲み取らなければならない(191頁)。文書の実質的証拠力とは、文書の記載内容の真実性と同義語として用いられているけれども、記載内容の具体的な意味が分からなければ、その真偽を判定することはできない。ある文書が処分証書にあたるかどうかを判定するには、その前提として、当該文書を作成した意図ないしねらいを確かめておかなければならない(191頁)。文書の成立の真否については、作成者とされている者自身の「意思」はかなり重視されるが、

21) 前掲注13)『民事訴訟における事実認定』22頁も同旨。また二段の推定の場面で同旨として、須藤典明「文書成立の真正の推定」(『判例から学ぶ民事事実認定』ジュリスト増刊2006) 56頁、前掲『民事訴訟における事実認定』135頁以下、前掲注11) 加藤新太郎編著『民事訴訟実務の基礎』134頁〔村田渉執筆〕など。

それならば、実質的証拠力（証明力）の検討にあたっては、作成者が伝えようとした具体的な思想ないし意思を問題とするのが筋であると思われる。ところが、とくに処分証書の場合には、いつのまにか、それが文書の客観的な記載内容にすりかえられてはいしないだろうか（209頁注（35））。

賀集判事は、いわゆる処分証書の性質を持つ文書であっても、記載された内容の意味は、文書の外にある当事者の意思を重視して受けとめなければならないケースがあることを示唆しているように思われる。「文書の客観的な記載内容にすりかえ」と言われるところは、処分証書の形式的証拠力が認められるときにその記載内容から直接に当事者の法律行為の存在及び意味まで規定してしまうことの問題点を示唆するものと解することができるのではないか、と感じられるところである。

§ 51 § 48で引用した大島眞一・前掲219頁以下では、直接証拠型も紹介しつつ、大島判事自身は「総合判断型」、すなわち主要事実の認定のために、成立の真正の認められた契約書に加えて、そのほかの間接事実も総合的に判断する方法が妥当であるとの考えが述べられている（221頁）²²⁾。

§ 52 これらの見解は、実務家のプラクティスの問題であるから、どのように実践されるかはそれぞれの実務家次第であって、枠組みによる差異は大きくないかもしれない。しかし、やはり、後者の考え方の方が、より民事紛争の実態に沿うもので市民にとってより了解しやすい枠組みであろうと思う。実務家の意見として、二段の推定の局面についても、二段の推定だけで判決を書くとき冷たい判決になりがちであるから、使える場面でも使わないことが多いとか、当該法律行為自体の存在を二段の推定によることなく認定できるかどうかにも意を払

22) 大島同書220頁では、総合判断型による場合、書証成立のために考慮する事実を、契約書の筆跡や印鑑の保管状況等契約書に関する事情のみに基づいて判断すべきとされるが、成立の真正という立証命題を認定するにあたっては、それ以外の間接事実も補助事実として機能するのが自然であり、なぜ排除されるべきなのか、筆者には理解できていない。この点、実質的に説の分岐を生じるポイントの1つになると思われる。

うと判断の確実性が増すとか、第1類型と第2類型（→ § 39）でも処分証書だけに頼ることは好ましくなく、やはり色々な間接事実の総合判断が重要だ、というようなことを耳にすることもある。

§ 53 そもそも、直接証拠といっても、主要事実を推認させる間接事実との差異は程度の差異であり、推認の過程が直接的であるというにすぎないのである²³⁾。程度問題であることを、絶対的に枠組みが異なるものであるかのように扱うことは、危険な面があるのではないかと感じられる。

第四 私見の提示—「書面外の合意先行」説

1 書面外の合意が先行する

§ 54 第三において、定義の問題、審理してみなければ分からない問題、審理が形式的証拠力に集中する問題をそれぞれ検討し、論理的に、あるいはプラクティスにおいて当事者の意思も重視する姿勢の側面から、文書外の当事者の合意を要証事実として認識することによる解決法、及び従前言われる処分証書の概念に合致するのは「書面による」特殊な合意が存在する場合ではないかという見解の出発点を記した（§ 37、§ 42）。以下、この私見を、契約の場面に限定して、まとめとして記しておきたい。

§ 55 (1)契約が締結される際、書面が作成されることが殆どであるが、書面が作成される全ての場合において、書面の作成に先行する当事者間の何らかの合意が存在するはずである。当事者間で交渉が行われた結果としての合意に基づいて契約書が作成され双方が調印する場合はもちろん、一方が先に作成した書面により契約申込みが行われ、他方がこれを承諾して調印する場合でも、論理的には他方の、文書外に生じた承諾意思が、文書への調印を通じて表示されるとみることが可能であろう（後者の場合は、論理的な意義しかないだろうが、現実には承諾意思を生じさせるために、当該契約条項をなす文書の他に様々な働きかけがあるはずである）。

23) § 47 前掲伊藤滋夫「事実認定の基礎」83頁注（1）。

§ 56 (2)書面を契約成立の証拠として民事訴訟を提起する場合、要証事実は、概括的にいえば、「○年○月○日原告被告間における○○契約締結」となるが、挙証者が、「書面によって契約が締結された」と主張する場合、その主張の趣旨には、二つの場合がありうる（→§ 37）。すなわち、(i)立証のために書面を作成した場合、(ii)書面によって法律行為を行う特別な合意があり、それに基づいて書面が作成される場合である。いずれの場合においても、書面との関係でいえば、要証事実は書面の外においてなされた合意の存在である。

§ 57 (ii)の書面によることの特別な合意としては、いくつかのケースが考えられよう（→§ 60）。この点、滝沢昌彦教授による、契約の成立と書面の関係についての研究が参考になる²⁴⁾。滝沢教授は、契約書を作成すること自体が意思表示で（Y説の理解）、その形式的証拠力が認められれば契約の成立が当然認定されることになるが、その論理どおりにならないケースがあることを紹介され（1008頁以下）、同形式的証拠力が認められたとしてもその意思表示と矛盾する合意がなかったことの証拠にはならず、書面上の意思表示と矛盾する合意が存在する場合には処分証書のどおりの契約を認定できないことがあること等を明らかにされている（同1013頁）。

§ 58 ただ、本稿は、処分証書概念の訴訟実務において果たすべき機能という点に絞って再考するものであり、処分証書らしき書証による契約成立が主張される場合に、同書証取扱いの問題を、文書外の当事者の合意を要証事実として認識する方法により解決することを提案するにとどまるものである。

2 私見による帰結

(1) 私見の内容

§ 59 私見（提案）の帰結としての内容を、本モデルケースに当てはめる形でまとめる。

(i) Xは甲1によりXY間本件消費貸借契約が成立したと主張している。そ

24) 滝沢昌彦「処分証書による法律行為の証明」一橋法学13巻3号（2014）1007頁以下。

ここで、裁判所は、甲1記載の契約内容・その日付等とX主張の契約内容・その成立日等を対照検討し、そのずれが有意に大きい場合には、甲1の実質的証拠力は、特に強くないといえるので、成立の真正が認められた甲1は他の間接事実同様に要証事実を推認する機能を果たすに過ぎない。

(ii) 特にずれがない場合、要証事実であり争点である本件消費貸借契約の成立を、甲1の成立の真正を中心において審理し、それが認められる場合は、特段の事情がない限り要証事実を認定する。この場合でも、甲1はあくまでも立証のための手段だから、甲1の実質的証拠力だけに依拠するのではなく、総合的な判断（→§51）を行うことが望ましい。

XY間の人間関係や経緯といった間接事実は、甲1の作成についての補助事実として機能するが、要証事実推認のための間接事実としても機能する。市民のために分かりやすく納得感のある判示方法としては、なるべく丁寧に間接事実による認定過程を判示するのが相当であると思われる。

§ 60 (iii) もし、Xが、本件消費貸借契約は甲1によって行うという特別な合意があったと主張する場合、裁判所は釈明して、例えば、書面外の合意を一切排除する、あるいは抵触する合意を排除する、あるいは、書面外の合意や事情による書面内容の補充・解釈を許容する、あるいはしない等いかなる合意があったと主張するのかを明確にさせる²⁵⁾。そして、その主張内容に応じて要証事実は変化する。甲1は、釈明を通じて定まった争点＝要証事実の立証のための書証であり、書面によって合意がなされたという主張からして、従前言われる処分証書に該当しうることになるが、要証事実はあくまでも書面外の合意であるから、事実認定の構造や判決のロジック等は、突き詰めれば(ii)と変わるところはない。

25) これらの合意のバリエーションについて、滝沢前掲注24) 1018頁以下「処分証書の合意の3つの命題」を参考にさせていただいた。但し、私見は、合意の内容としては様々なものがありえ、処分証書の合意というものの内包を一律に決定できる性質のものではないと考えるし、そもそも処分証書という用語を使用する必要性がないのではないかと考えるものである。

§ 61 結局のところ、これらの審理及び判決のロジックにおいて、処分証書という中間概念は必ずしも使用する必要がないことが分かる。なお、類型的信用文書という概念は、通常重要な証拠力を持つ文書というくらいの意味合いであるから、教育的場所を離れたところでは使用する必要性は必ずしもないのではないと思われる。

（2）私見と実務への影響

§ 62 私見は、「処分証書」という概念を訴訟実務で用いた場合の問題点を指摘し、その概念及びその元になる認識の枠組みを明確にしようとする試みであった。結論として、かかる中間概念を用いなくとも、十分に実務として運用できるのではなかろうか。(1)で述べたように、事案の処理について、現行実務を実質的に変えるものではないものと思われるからである。

§ 63 ただ、私見のように、要証事実を事案に応じてより厳密に認識しようとする試み（その反面で不要な中間概念の使用はやめる）は、教育的な場面において、学修者や司法修習生をして、中間概念をケースにあてはめる際の混乱や（例：§ 35に掲げた複数文書のケース）、パターン化した思考に陥ることを未然に防ぐだけの一定の効果が認められるのではないかと考えている。

本稿の未熟な問題提起が、今後に開かれた議論に一定の視点を提供することになることを願う。

第五 終わりに

「処分証書」については、司法研修所の民事弁護教官を拝命し司法修習生を教えていた頃から（平成20年～22年）、その概念について、私自身よく分からないでもやもやとしていたところであり、また、パターン化思考に陥りがちな司法修習生に、どのように指導するのがよいのか、悩みが多かった問題の1つでした。

植草先生は、民事弁護教官の先輩でもある経験豊富な先達であり、間近にその警咳に接することができたことは、私自身の職業人生にとり大変幸福なこと

「処分証書」概念と「三段の推定」を巡って

であったと感じております。その植草先生のご退職記念号に、本稿を掲載できたことは僥倖に感じています。

(きょうの・てつや 筑波大学法科大学院教授)