

はじめに

日本弁護士連合会公証人制度訪独調査団
団長弁護士 木村達也

私達が訪問したドイツの公証人は口をそろえて「我が国では本人の納得しない内容の公正証書が作成されることはありません。ましてや本人の知らない間に公正証書が作成されることなど絶対ありません。」と断言された。私達はドイツの公証人や法曹関係者、更には市民達からこの事実を確認するために訪独調査を行ったのである。私達が訪問した公証人は全てが30～50歳代の働き盛り、職務に対する強い誇りを持つエリート法曹達であった。

調査団は3月20日から28日までの8日間、ドイツ各都市（フランクフルト、ケルン、ミュンヘン、レーゲンスブルク）を訪ね、日本の公証人制度の母国であるドイツの公証人制度の実態調査を行った。

私達は訪独前、植村秀三元公証人が書かれた『日本公証人論』などから、ドイツの連邦公証人法、証書作成法、連邦公証人執務規範を学び、ドイツにおける公証制度は、公証人に強い教示義務が課せられていること、公証人が個人賠償責任を負うことなどについての知識を持っていた。今回の調査では、消費者契約における本人出頭原則など代理権の濫用を防止する法改正がなされたことがわかった。また、いずれの関係者からも公証制度に寄せる関係者の高い信頼の言葉を聞くことが出来た。また、フランクフルト弁護士公証人ミルデ博士は特別の計らいをもって私達に現実の公証人実務を見学させてくれたが、公証人の両当事者に対する徹底した教示の実践の姿には目を見張るものがあり大きな感動を覚えた。我が国では金銭支払いを目的とする公正証書の多くが、債務者の認識なく作成された委任状を所持する債権者側の代理人の出頭によって安易に作成されており、公証実務における我が国との差異は歴然としたものがある。

我が国の公証制度はドイツの公証制度を継受したと言われているが現実には全く似て非なるものであることが確認できた。ところがそうしたドイツの公証人制度においてなお問題改善のため、1998年、2002年と相次いで消費者保護・公平性の観点から公証人法の改正が行われていることが印象的であった。

我が国では、消費者、国民そして私達日本弁護士連合会による公証人法改正及び公証実務の改善要請（昭和61年5月日弁連意見書）にもかかわらず、公証人の職務懈怠による多くの債務者、保証人らの被害発生に目をつぶり、耳をふさいで、形式的審査権に甘んじた不公正な「公正証書」が作成されている実態がある。公証人法は明治19年に制定されて以降今日まで120年間、抜本的な法改正が行われることなく放置されてきた。

今回の調査によって私達は日本の公証人制度の問題点並びに今後公証人法の改正すべき重要な論点を把握することが出来たと自負している。

末尾になってしまったが、私達の今回の調査に多忙なか快く御協力頂いたドイツの公証人の方々（フランクフルト弁護士公証人ミルデ博士、フランクフルト公証人会事務局長タウヘルト弁護士公証人、ケルン公証人クライ博士、ミュンヘン公証人ガイマー教授、レーゲンスブルク公証人フーバー博士並びにヘニング弁護士、ケルン大学手続法研究所プリッティング教授、レーゲンスブルク大学ゴットヴァルト教授ら各位に深甚なる感謝を申し上げたい。また、中山幸二明治大学法科大学院教授、小田司日本大学法学部助教授並びにレーゲンスブルグ大学留学中の芳賀雅顯明治大学助教授らには、本調査の企画から現地手配まで全面的な御指導、御助力を得た。更には調査期間中私

達のためにドイツ語通訳の労をとられた小田司助教授には心から感謝申し上げたい。これらの先生方の御協力がなければ短期間でこれだけの成果を挙げることは不可能であったと思う。

最後に本報告書中に込められた私達の意見は、今後は我が国の公証人制度の改革運動に向けられなければならないと思う。

(ケルン大学法学部前にて)

調査報告書に寄せて

明治大学法科大学院教授

中山 幸二

「西洋各国の景況を観察するに、公証人は最も親切に無智にして法律を知らざる者を教導扶助し以て其権利を保護するの風あり。之を譬ふるに恰も父母の小児に於けるが如し。」

これは、明治19年9月20日、明治法律学校で岸本辰雄が講じた公証人規則の第1回講義の一節である。

明治10年、オランダ人ラパールを顧問として始められた公証人法制の整備は、主にフランス法を範として進められ、「契約の疎漏による訴訟を未発に予防する」ものとして「無学文盲の徒も安心して之に囑託するを得る」公証人制度が構想された(元老院における長森敬斐の公証人規則草案の趣旨説明)。明治19年、遂に公証人規則として結実し、近代的土地所有権を公示すべき登記法とともに公布された。後にドイツ法を継受して明治41年公証人法が制定される。これが現在の我が国の公証人制度の基礎をなしている(ただし、明治29年の民法が肝心の不動産取引につき公正証書強制を採用しなかったことに決定的な違いがある)。爾来100年、日独の公証実務は全く別物として発展し今日に至る。その現実の開きを目の当たりにしてきた。これが今回の訪独現地調査の実感である。

かつて植村秀三公証人(元判事)が『日本公証人論』(平成元年刊)において丹念に描き出したドイツ法とその公証実務、そして日独の比較に支えられた日本の公証実務改善の処方箋(解釈論と立法論)。今回の訪独にあたり、その準備段階から、植村氏の著された本書に我々は多くの示唆を得た。ドイツの公証人法の研究を中心とした著書に氏が何故『日本公証人論』と名付けたか。私は今確信する。日本の公証人にこそ読んでもらいたかったからだ。植村氏の念願を引き継ぎ、少しでもその願いを実現したいと思う。

今回の調査では、訪問受け入れや公証人の仲介を含め、ケルン大学のプリュッティング教授、レーゲンスブルク大学のゴットヴァルト教授、ミュンヘン大学のガイマー教授ら、ドイツを代表する手続法学者の協力を得られた。また、フランクフルト公証人会のミルデ博士には懇篤な配慮を頂戴し、本物の公証実務、教示義務の現実と読み聞け証書作成の実際を見学させていただいた。まさしく今回の調査の最大の成果であった。

現地にあつてゴットヴァルト教授との仲介の労を執っていただいた芳賀雅顕助教授、全行程に同行し長時間にわたる過酷な通訳の労を果たされた小田司助教授には、改めて深甚の謝意を表したい。芳賀氏の独訳した質問書を訪問先に事前送付することにより、我々の問題意識と質問項目を予め認

識してもらい、最新の法律・執務規範を含む精確な回答を受け取ることができた。ミルデ公証人との緊密な連携をはじめ、小田氏の卓越したドイツ語能力とドイツ法の知識は、今回の現地調査で最も重要な役割を果たした。おそらく、小田氏の勧誘こそが私の訪独調査団に対する最大の貢献だったとさえ言えるであろう。

公証制度を取り巻く環境にも国際化の波が押し寄せている。国際民訴法の大家でもあるガイマー教授の公証人事務所には、つい最近、ロシアや中国の公証人会派遣団が訪れ、公証人制度のあり方を聴取して行ったとのことである。我が国でも、国際化の流れを受けて、公証人の職域拡大および公正証書の機能拡大を求める意見が出されているが、その前提問題として、国際水準たる公証人の中立義務と教示義務の履行が徹底されなければならない。ドイツ民事訴訟法学会の現会長を務めるブリュッティング教授は、純理論的観点から、公証人の個人賠償責任制度により教示義務の履行と公正証書の正当性が担保されていること、近年のADR重視の流れの中で調停者・仲介人の中立性モデルとして公証人が注目されていること、を指摘された。前者は、我が国の公証人国賠制度による不当証書に対する個人責任の減退を逆照射し、後者は、21世紀のあるべき公証人像を示唆しているように思われる。

本報告書が、無智にして法律を知らざる消費者をも教導して公正な証書作成に徹する公証実務の確立への一契機となることを期待する。

An dieser Stelle mochten wir herzlich danken Herrn Prof. Dr. Hanns Prutting, Herrn Prof. Dr. Peter Gottwald, Herrn Prof. Dr. Reinhold Geimer, Herrn Dr. Thomas Milde, Herrn Lutz Tauchert, Herrn Rudiger Henning, Herrn Dr. Martin Kley, Herrn Dr. Markus Huber, Herrn Dr. Stefan Gork für die Mittwirkung unserer Untersuchung über deutsches Notarrecht und Notarpraxis.

調査目的

わが国において、執行証書の執行力の排除を求める請求異議訴訟が多く提起されている。本来、公証人制度は予防司法の役割を果たすことが期待されているのにかえって紛争を招く事態が生じているのはなぜだろうか。

われわれ弁護士が債務者から相談を受ける場合、相談者らは一様に突然給料が差し押さえられたとか、公証証書が作成されているとは知らなかったとか、そもそも公正証書の何たるかを知らないとか訴えられることが多い。このような問題は、高利の貸金業者など債権者が委任状や代理権を濫用し、公証人がこれを適切に防止する手立てを講じていないという実態から生じている。残念なことにもこのような実態は、日弁連が昭和61年5月に公証人法の改正等を求めて公証人法に関する意見書を公表したときから何ら改善されていない。

この間、幾度となく公証人の職務義務違反を問う国家賠償訴訟が提起されたが、いかに違法な内容の執行証書を作成されても国や公証人は責任を負わないとの判決が繰り返されている。われわれは、当事者の真意を正確に反映した公正証書を作成し、立場の弱い当事者を保護することが公証人の職務として義務づけられていないこと、職務義務違反について公証人が何ら責任を負わないことが、債権者による委任状や代理権の濫用といった事態が一向に改善されない元凶であると考え、調査を企画した。そうしたところ、植村元公証人の『日本公証人論』に接し、わが国の公証人法の母

国であるドイツでは、公証人に教示義務が厳格に課され、職務義務違反に個人責任を負うこと、代理権の濫用を防止するための手立てが講じられていることを知った。そこで、『日本公証人論』で説明されていることがドイツの実務ではどのように実践されているか、現場をみて、今後の日本公証人実務のありかたの指針を得るため、今回の調査訪問先をドイツに定めた。

ドイツでは、文献を調査するだけでは知り得ない、公証人実務の実態を調査することを第一にして、可能な限り、公証人実務の現場で活躍している公証人らにインタビューを行い、実際の公正証書作成の現場を見学できるよう日程を組んだ。また、公証人だけではなく、学者やユーザーの立場から弁護士にもインタビューを行なった。

調査先として、フランクフルト、ダルムシュタット（ヘッセン州）、ケルン（ノルドライン・ヴェストファーレン州）及びミュンヘン、レーゲンスブルク（バイエルン州）を選定した。ドイツでは、大まかにいって、州により専業公証人制と弁護士公証人制の二つの制度があるところ、ヘッセン州が弁護士公証人制を、バイエルン州が専業公証人制を、ノルドライン・ヴェストファーレン州が専業公証人制の地域と弁護士公証人制の地域の二つに分かれていることから、それぞれの制度の違いにより、公正証書作成の実態が異なるかどうかを調査できるだろうと考えて調査先を選定したものである。

調査内容としては、後掲の質問事項を事前に送付して、インタビューを行なった。公証人の業務は、執行証書の作成だけではなく、定款の認証や遺言の作成、事実実験証書の作成など多岐にわたるが、執行証書の作成実務の調査に重点を置いて調査を行なった。各調査先では、事前に送付した質問事項に対し、相当の時間と御苦勞をかけて、詳細にわたる回答書を準備していただき、感謝に堪えない。本調査報告書の正確さを記するうえで非常に役立った。もっとも、本報告書の内容に誤りがあるとすれば、それらは全て、調査にあたったわれわれ弁護士の責任にある。

（法律専門書店にて）

（ミルデ弁護士公証人事務所の看板）

調査日程

月日	時間	訪問都市	訪問先	対応者
3/22	午前11時～午後1時半	フランクフルト	インターコンチネンタルホテル会議室	弁護士公証人トーマス・ミルデ博士 Dr. Thomas MILDE (Rechtsanwalt und Notar)
	午後2時～4時	フランクフルト	公証人会 ルッツ・タウヘルト事務局長 Lutz TAUCHERT (Rechtsanwalt und Notar)	弁護士公証人トーマス・ミルデ博士 Dr. Thomas MILDE (Rechtsanwalt und Notar)
3/23	午後1時～5時30分	ダルムシュタット	弁護士公証人事務所	弁護士公証人トーマス・ミルデ博士 Dr. Thomas MILDE (Rechtsanwalt und Notar)
			弁護士マティアス・コンラディ博士 Dr. Matthias CONRADI (Rechtsanwalt)	
3/24	午後0時30分～2時	ケルン	レストラン	

リューディガー・ヘニング弁護士 Rudiger HENNING (Rechtsanwalt)
午後3時30分～5時30分 ケルン大学手続法研究所
ハンス・ブリュッティング教授

Prof. Dr. Hanns PRUETTING (ドイツ民事訴訟法学会会長)

公証人マルティン・クライ博士 Dr. Martin KLEY (Notar)

3/25 午前11時～午後0時30分 ミュンヘン 公証人事務所

公証人ラインホルト・ガイマー教授 Notar Prof. Dr. Reinhold GEIMER

シルヴィア・ルンデル公証人試補 Sylvia Rundel (Notarassessorin)

3/26 午前9時30分～11時15分 レーゲンスブルク 公証人事務所

公証人マルクス・フーバー博士 Dr. Markus HUBER (Notar)

午前11時45分～午後0時15分 レーゲンスブルク大学

ペーター・ゴットヴァルト教授 Prof. Dr. Peter GOTTWALD

(ミルデ弁護士公証人主催のレセプションにて)

調査参加者

【アドバイザー・通訳】

中山 幸二 明治大学法科大学院教授
小田 司 日本大学法学部助教授
芳賀 雅顯 明治大学法学部助教授

【団長】

木村 達也 大阪弁護士会

【団員】

河野 聡 大分県弁護士会
伊澤 正之 栃木県弁護士会
猪股 正 埼玉弁護士会
江野 栄 秋田弁護士会
花島 敏雅 福岡県弁護士会
釜井 英法 東京弁護士会
今 瞭美 釧路弁護士会
辰巳 裕規 兵庫県弁護士会
茆原 洋子 横浜弁護士会
新里 宏二 仙台弁護士会
和田 聖仁 東京弁護士会
小寺 啓二 司法書士
盛岡 登志夫 司法書士

ドイツ側に事前に送付した質問事項（和文）

1．公正証書の作成、利用状況

統計的数値があればご教示ください。

2．公証人の選任・資格について

2．1 選任方式

試験制度？ 受験資格は？ 公証人の就職時の平均年齢？ 現在の公証人の人数？

2．2 報酬制度

平均報酬、報酬の内訳

2．3 公証役場の経営責任者

2．4 現在の公証制度導入に至るまでの改正の経過？

2．5 公証人の指導・監督は誰がするのか？ 懲罰制度はあるか？

2．6 業務管轄はあるか？

2．7 公証制度に係る刑事罰にはどんなものがあるか？ そして運用実績はどうか？

3．公証実務の実態

3．1 原則本人出頭主義か代理人方式でも可か？

3．1．1 代理人方式の場合の許可条件と意思確認の方式？

日本では印鑑証明で本人確認するのみで委任事項の確認はしないが、貴国ではどうか？

3．1．2 白地委任状取得禁止についての法規制はあるのか？

3．1．3 代理人によって作成された公正証書は必ず本人に送達されるか？

3．2 業務の範囲

主な公証事務はどんなものがあるか？

3．3 本人の意思能力の判断はどのようにして行うか？

3．4 証書作成の方式（内容確認のため読み聞かせは行うか？ 宣誓はするか？）

3．5 公証人の実体的審査権の有無・程度

貸金が暴利行為・過剰与信であるか否かについて審査することはあるか。

3．6 公正証書に執行力はあるか？ その範囲？ - 裁判との関係

3．6．1 執行文付与手続はどうしているか？

執行文付与の段階で債権の存否などの審査をしているか。

3．6．2 公正証書の無効を争う方法？ 異議のある場合の手続

請求異議の方法と執行停止のための保証金があるのか？

3．7 公証実務に伴う公証人の故意・過失責任は誰が負うのか？

公証実務に伴う国賠訴訟はあるか？

具体的にどんな故意・過失責任を問われる事件が多いか？

4．貴国における公証人制度運用上の問題点、改善すべき点は？

4．1 国民の認知度について

4．2 国民の信頼性について

4．3 公証人の立場の公平性について

4 . 4 その他

ドイツ側に事前に送付した質問事項（独文）

Fragepunkte über die notarielle Praxis in Deutschland

- 1 . Die Umstände der Ausfertigung oder Benutzung der notariellen Urkunde
Gibt es eine Statistik über die Benutzung der notariellen Urkunde?
- 2 . Die Qualifikation des Notars
 - 2 . 1 Die Methode der Auswahl
 - 2 . 1 . 1 Welche Voraussetzungen muss man erfüllen, um als Notar tätig zu sein, z.B. man kann nur nach bestandener Staatsprüfung als Notar tätig sein oder gibt es auch andere Möglichkeiten?
 - 2 . 1 . 2 Welche Voraussetzung gibt es für die Staatsprüfung im Bereich des Notars?
 - 2 . 1 . 3 Welches ist das durchschnittliche Alter, mit dem man erstmals die Notartätigkeit aufnimmt?
 - 2 . 1 . 4 Wie viele Notare arbeiten in Deutschland?
 - 2 . 2 Das Gebührensystem
 - 2 . 2 . 1 Wie hoch ist die durchschnittliche Gebühr?
 - 2 . 2 . 2 Wie berechnet sich die Gebühr im Einzelnen?
 - 2 . 2 . 3 Wer trägt die Verantwortung bei der Geschäftsführung in der Notarkanzlei?
 - 2 . 2 . 4 Wie stellt sich der historische Hintergrund bis zur Einführung des geltenden Notarsystem in Deutschland dar?
 - 2 . 2 . 5 Wer kontrolliert die Notare, und gibt es ein Sanktionssystem?
 - 2 . 2 . 6 Gibt es eine Geschäftskompetenz für die Notararbeit?
 - 2 . 2 . 7 Welche Art der Strafhafung gibt es im Zusammenhang mit dem Notarsystem und funktioniert diese Haftung gut?
- 3 . Die Notarpraxis
 - 3 . 1 Gilt in Deutschland ausschließlich der Grundsatz des "Parteierscheinens", oder kann auch ein Vertreter bei der Beurkundung von notariellen Urkunden vor dem Notar erscheinen?
 - 3 . 1 . 1 Soweit Vertretung zulässig ist, welches sind die Zulässigkeitsvoraussetzung für die Vertretung, und wie wird sichergestellt, dass es dem Willen der Parteien（insbesondere des Schuldners）entspricht, dass eine notarielle Urkunde durch die Mitwirkung eines Vertreters zu Stande kommt? In Japan bestätigt der Notar nur den Willen der Parteien durch die Registerbescheinigung für die Echtheit des Namensstempels;er bestätigt jedoch nicht, ob der Vertreter auch ordnungsgemäß bevollmächtigt bzw. beauftragt worden ist. Wir möchten wissen, wie die Umstände in Deutschland sind.
 - 3 . 1 . 2 Gibt es in Deutschland eine gesetzliche Regelung, welche die Blankovollmacht

verbietet?

- 3 . 1 . 3 Wird die durch den Vertreter zu Stande gekommene notarielle Urkunde der Partei zugestellt?
 - 3 . 2 Der Geschäftsbereich des Notars
Der Geschäftsbereich des Notars ist sehr weit; Worin liegt in der Praxis der Hauptbereich der notariellen Tätigkeit in Deutschland?
 - 3 . 3 Wie kann man die Willensfähigkeit der Partei korrekt beurteilen?
 - 3 . 4 Die Methode der Ausfertigung der notariellen Urkunde
Liest der Notar bei der Beurkundung den Parteien den Inhalt der Urkunde vor, um die Parteien den Inhalt verstehen zu lassen, und werden bei der Ausfertigung eidesstattliche Erklärungen abgegeben?
 - 3 . 5 Kann der Notar den Vertrag inhaltlich überprüfen oder nicht? Falls er prüfen kann, auf welcher Weise prüft er? Kann der Notar, zum Beispiel, überprüfen, ob der Darlehensvertrag wuchergeschäftlich ist oder nicht?
 - 3 . 6 Die Frage über den Umfang der Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunde
 - 3 . 6 . 1 Wie wird das Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel geführt? Kann in diesem Verfahren der Richter zum Beispiel das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung prüfen?
 - 3 . 6 . 2 Wie kann man vor Gericht die Unwirksamkeit der notariellen Urkunde geltend machen, und wie kann man eine Vollstreckungsgegenklage über die notarielle Urkunde erheben? Muss der Schuldner Sicherheit leisten, wenn er die Aussetzung der Vollstreckung begehrt?
 - 3 . 7 Wer trägt die Haftung für Fahrlässigkeit in der notariellen Praxis?
Gibt es ein Staatshaftungssystem für die Notarpraxis? Im konkreten Fall, welches Verhalten des Notars beurteilen deutsche Gerichte als fahrlässig?
- 4 . Es stellt sich auch die Frage, ob es in der deutschen Notarpraxis Probleme gibt, insbesondere:
- 4 . 1 ob die Bürger das Notarsystem gut kennen oder nicht?
 - 4 . 2 ob die Bürger dem Notarsystem gut vertrauen oder nicht?
 - 4 . 3 Gibt es Probleme mit der Unparteilichkeit der Notare?
 - 4 . 4 Gibt es sonstige Probleme?

(翻 訳 芳 賀 雅 顯)