

第1部 調査結果のまとめ

第1章 フランクフルト（ヘッセン州）での調査結果

フランクフルト弁護士公証人ミルデ博士からの説明

日時 3月22日（月）午前11時～午後1時30分
場所 インターコンチネンタルホテルフランクフルト会議室
対応者 弁護士公証人ミルデ博士

1 ドイツ公証人制度の概要

(1) 専業公証人制（Nur Notariat）と弁護士公証人制（Anwaltsnotariat）

ドイツには、専業公証人制と弁護士公証人制の2つの制度があり、専業公証人制を採用している州と弁護士公証人制を採用している州がある。

弁護士公証人は、必ず弁護士の実務を行っていないなければならない。

公証人の地位は、専業公証人制であっても、弁護士公証人制であっても同一である。公証人が行う職務が公職であることに変わりない。公証人は、公平中立に任務を行う者であり、他の機関などに左右されずに職務を行う。

(2) 関連法規

多くの法規が関係するが、連邦公証人法（BnotO）と証書作成法（BeurkG）の2つの法律が重要である。これらは、すべての州で適用される法律である。

それ以外に、各州の公証人会が定める指針（指導要綱）と州が制定する公証人服務規程（DONot）がある。

(3) 公証人の職務

私が仕事をしているヘッセン州は、弁護士公証人制を採用している。

弁護士会と公証人会の両者に参加しなければならない（強制加入）。

弁護士の業務と公証人の業務は異なる。特に重要なのは、弁護士の業務は依頼者の利益のために職務を遂行するが、公証人の業務においては、両当事者の公平確保が重要であるという点である。そのため、弁護士としての業務における依頼者との関係では、公証人として仕事はできないことになっている。

公証人の主な仕事は、公正証書の作成と認証であり、公正証書の作成が最も重要である。

公正証書の作成では、株主総会決議に関する証書作成と当事者の意思表示に関する証書作成の二つが主要なものである。このうち、特に、当事者の意思表示に関する証書作成は重要であり、作成の際には、作成した証書の全部の内容について、当事者に説明することが必要である。

(4) 最近の法改正の内容

当事者の意思表示、特に、消費者の意思表示に関して公正証書を作成する場合について、2002年の法改正で新たな内容が盛り込まれた。契約当事者の一方が企業で他方が個人の金銭消費貸借契約の場合に、証書案を作り、証書作成前にこれを当事者に提示しなければならないとされた。

この2002年の改正の背景には、EUとの関係がある。EU全体として消費者保護の

問題が重視されており、同じ年に、消費者保護の関連で、ドイツの民事訴訟法及び民法も改正された。

ドイツには、民法施行法があり、公証人の証書作成については、民法だけでなく、民法施行法も適用になり、また、普通取引約款法も考慮される。例えば、自動車の売買契約において、契約書の裏面に細かい取引約款が記載されているような場合、ほとんどの消費者はそれを読むことはなく、このような約款は、普通取引約款法により無効となることも多い。公証人は、証書作成の際、普通取引約款法も考慮し、同法に反する取決めでないか否かをチェックし、同法に反する取決めは排除しなければならない。

2002年の改正の前には、1998年に大改正があった。

1998年の大改正の目的は、特に、弁護士公証人を意識した改正であり、弁護士と公証人の実務を明確に分離することを目指したものである。

改正により、公証人と税理士が提携して仕事を行うことが可能になった。

公証人の賠償責任保険制度についても重要な改正がなされた。公正証書自体に特に問題がなくても、当事者に対し十分な説明をしていない場合には、損害賠償責任を問われる可能性が非常に高く、この保険制度に関する改正は特に重要である。

代理に関する事柄も主要な改正点の一つである。消費者契約の場合には、証書作成手続は、本人が出頭するのが原則であり、代理人による場合は、本人に非常に近い人、例えば、家族、親戚、親しい友人等によってなされる必要があるとされた（証書作成法17条2a項1）。

また、申込みと承諾を分けて公正証書を作成する際に、申込みの内容と承諾の内容について、申込みの方が非常に長い文になり、承諾の方が非常に短い文になるので、公証人は、消費者に不利にならないように配慮しながら、公正証書を作成すべきであり、作成する証書の内容についても完全に説明する必要があるとされた。

以上は、すべて強行規定である。規定違反がある場合、作成した証書自体は無効にはならないが、公証人に対する義務違反に基づく損害賠償請求、懲戒請求の手続が可能である。

2 公正証書の作成、利用状況

公正証書の作成件数等に関する統計的数値については、把握していない。

公正証書のオリジナル（原本）は、公証人事務所で保管される。依頼者には、正本が交付されるが、効力においてオリジナルとかわりない。

ドイツの場合、土地の売買契約（債権契約）は、公正証書に作成することが必要である（民法313条）。所有権移転について、公証人の面前で意思表示をさせて、公正証書を作成する。

例えば、土地の売買契約では、ある程度の条件があり、その条件がすべて満たされなければ、公証人は公正証書を作成しないが、そのような決まりがない場合には、公証人は、本人の要求に基づいて証書を作成する。

3 公証人の選任・資格について

(1) 選任方式

公証人になるためだけの特別の国家試験はない。ただ、特別の国家試験導入の動きがあ

り、2011年ころを目処に、特別の国家試験を受けなければならない制度が採用される可能性がある。現在、特別の国家試験なしで公証人になれるというのは憲法違反ではないかという点が争点とされた事件が連邦憲法裁判所に係属中であり、この事件に関する連邦憲法裁判所の判断次第である。

公証人となるためには、第二次国家試験に合格しなければならない。第二次国家試験にパスすれば、裁判官、弁護士または公証人の法律職につける。

資格取得の条件は、専業公証人制の場合と弁護士公証人制の場合とで異なる。

専業公証人制の州では、公証人になる前に3年間の実務実習を経験しなければならない。3年間の実務実習を終え、最終的に専業公証人になれるかどうかは、第二次国家試験の成績で決まる。第二次国家試験にパスしても、公証人になるまでには、実際には、3年以上の時間がかかっている。というのは、公証人の欠員が出ない限り新しい公証人は採用されず、欠員が出るまで4、5年待つのが通常だからである。

ヘッセン、ニーダーザクセン、ブレーメン、ベルリンなどは、弁護士公証人制を採用している。弁護士公証人の場合は、最低5年間の弁護士経験が必要であり、さらに、得点制度で決められている必要得点を獲得しなければならない。弁護士公証人制の州では、1991年までは、比較的簡単に公証人になることができ、弁護士は2、3人に1人の割合で公証人になれた。しかし、公証人の質が低下し、適格でない者までが公証人になり、賠償責任保険の保険請求が増大したため、公証人になるための基準が厳しくなり、現在では、公証人になるのは非常に難しい。弁護士公証人の制度の州では、公証人になるための基準として、得点制が採用されている。弁護士としての経験年数による得点、特別な実習（プログラム）に参加して講習を受け、終了証明書を取得して獲得する得点、第二次国家試験の成績による得点、これらの合計点が45点に達しないと公証人になることはできない。45点を獲得するには、非常に時間がかかり、平均15年程度が必要である。第二次国家試験の成績がよければ、比較的短期間で公証人になることができる。

古い制度の下で採用された公証人が現在も公証人業務を行っているが、欠員が出なければ補充しないという単純なシステムでは、次第に公証人の年齢層が高くなってしまふことから、年齢層のバランスをとるため、4年に1度、若年層から採用するという制度になっている。

弁護士公証人制の州では、公証人の数が従前は多かったが、最近では、どんどん減少している傾向にある。

公証人の数は非常に制限されており、1人の公証人が1年間で作成する公正証書の数を基準にし、それが、現在の公証人の数で達成されるかどうかを考慮し、無理な場合に公証人を増員するという方法がとられている。

公証人の平均年齢は、ヘッセン州の場合は、47歳である。専業公証人制の場合、弁護士の仕事の経験がなくとも公証人になれることなどから、弁護士公証人制の場合より、公証人の平均年齢は若く、おそらく40歳程度ではないかと思う。

現在、ドイツ全体で、公証人の数は、1万0024人である。そのうち、1654人が専業公証人、8370人が弁護士公証人である。弁護士公証人の数は、減少傾向にあり、今後も減少が見込まれる。

(2) 報酬制度（平均報酬、報酬の内訳）

公証人会に問い合わせたが、統計はないということである。個人的な印象としては、公正証書を1回作成すると、平均550～600ユーロ（税抜き）である。

公証人の費用に関する規則に基づいて計算する。株主総会決議に関するものか、土地の売買契約に関するものかといった作成する証書の内容、土地の価格等によって費用の額は変わってくる。大まかな報酬表がある。

報酬の額を依頼者との協議で決めることは禁止されている。

関連する様々な問題が起きている。依頼者が複数の公証人にあたって費用の額を聞き、もっとも費用の安い公証人に依頼をするということが起きてきている。企業売却に関する証書作成の場合、報酬は億単位の額となることがあり、同様に、公証人の費用に関する規則に基づいて算出するが、例えば、ベルギー、フランス、オーストリアはドイツと同様の公証制度を採用していることなどから、ベルギーで依頼して証書を作成し、それをドイツで利用するということが可能であり、費用の安い国で証書を作成するという事態も生じてきている。

(3) 経営責任者

公証業務について責任を負うのは、原則として公証人本人である（なお、連邦公証人法19条は公証人試補の責任についても規定している）。事務職員が公正証書作成の準備などを行うが、責任を負うのは、公証人本人である。

(4) 現在の公証制度導入に至るまでの改正の経過

現在の公証制度は、中世イタリアの実務から生まれた。中世イタリアの市場では、売り買いの契約にあたって証書が作成され、作成された証書に特別の信頼が寄せられていた。その後、ローマ法が継受され、契約には信頼できる人が関わるのが望ましいということが意識されるようになり、公証制度が普及していった。中世においては、公証人は、国王によって任命され、現在の公務員のような地位にあった。

1512年、ドイツでは、帝国公証人法が制定された。1780年から1800年ころには、プロイセンにおいて、弁護士公証人制が採用されていた。

連邦公証人法の沿革は、ドイツ民法典が制定された1900年ころに遡るが、連邦公証人法は1961年に制定された。

(5) 公証人の指導・監督、懲罰制度

公証人を監督するシステムがあり、監督機関は、登録している区域を管轄する地方裁判所の所長である（連邦公証人法92条）。

監督の方法には、依頼者からの苦情に基づく調査、定期的に公証人事務所に調査官が出向き、事務所の書類などを閲覧して、業務の適正をチェックするという定期的な検査、事前連絡なしの抜き打ち検査がある（連邦公証人法93条）。抜き打ち検査の調査時期についての決まりはないが、2、3年に1回突然調査が入る。公正証書の作成が適正になされているかどうか、適正な報酬で仕事がなされているかどうか調査される。

弁護士の業務に関しては調査がないが、公証人の業務は公務であるため、このような調査が入る。

公証人が責任を問われるのは、調査が契機となって懲戒が行われる場合のほか、依頼者から民事上の賠償責任を追及される場合である。ドイツでは、公証人が、依頼者から賠償

責任を問われるケースは多い。

公証人に対する懲戒処分としては、戒告、過料のほか、もっとも重い処分として除名(公証人資格の剥奪)がある。懲戒の手続は、公証人会から派遣された1名と裁判官2名の計3名が参加して、裁判所において行われる。

(6) 業務管轄

公証人は、その職務地を管轄する区裁判所の管轄区域内で職務を行う。

(7) 刑事罰等

公証人に対する制裁は、三つに分類できる。

一つは、地裁の所長が監督権限を持つ懲戒制度である。

一つは、民事上の損害賠償責任であり、公証人が損害賠償請求されることはしばしばであり、賠償額が100万ユーロ以上の高額になる場合もある。

もう一つは、刑事上の制裁である。故意をもって違法に公正証書を作成したときには、5年以下の自由刑を科される。報酬規定に基づかずに高額な報酬を要求した場合にも、罰金等の刑事罰がある。その他、公証人が意図的に強制執行を妨害した場合、詐欺を行った場合、不誠実な行為に出た場合などにも、刑事罰を科される。

4 公証実務の実態

(1) 原則本人出頭主義か、代理人方式でも可か

代理人が出頭することによっても公正証書の作成は可能である。ただ、遺言の場合、有限会社において一人会社を設立する場合などには、本人の出頭が必要とされている。

a 意思確認等

本人が知らないうちに公正証書が作成されることは、ドイツでは起こりえない。

証書作成法4条及び連邦公証人法14条により、公証人は、公正証書作成及び認証の際、内容が信義に反する場合や法的に適正でない場合には、証書作成を拒否できるとされており、問題がある場合、公証人は公正証書を作成しない。公証人は、本人が認識していないとの疑問を抱いたにもかかわらず証書を作成すれば、懲戒処分を受けたり民事上の賠償責任に問われたりする可能性があるため、証書作成を拒否するだろう。

証書作成法17条により、公証人には、当事者の意思を探知する義務があり、当事者の意思に適合する内容であるか否かを調査する義務がある。

本人が出頭せず、代理人が出頭した場合でも、公証人がこのような義務を負うことにはかわりはない。

公証人は、代理に関する授権が本当に本人の意思に基づくか否かを意識的に調査する。代理権の有無について、委任状の原本を調べる。日本における印鑑証明のように、各役所の登録簿を提出させるなどして授権の有無を調査する。また、兄弟、親族等の完全に信頼できる人が代理人になっているかどうかを重視し、友人の場合には親密性を調査する。このような調査義務が公証人に課せられており、これらの調査をせずに証書を作成した場合、証書自体は無効にはならないが、公証人の義務違反となり、懲戒や民事上の賠償責任を負うことは間違いない。債権者の従業員が代理人として来た場合、証書を作成できないわけではないが、義務違反となる可能性があるため、注意し、作成を回避する。授権の有無の確認のため、本人に電話をするということはない。本人が知らない間

に代理人だけが来るという事態が想定しにくく、そのような状況を今まで経験したことがない。とにかく、公証人には調査する義務があり、疑いを持ったなら、証書の作成をしない。

b 白紙委任状について

すべての事項について包括的に代理を与えることはもちろんドイツでもある。代理権の範囲が広範になるので、一つ一つよく確認する。例えば、本人が高齢の場合、判断能力の問題もあるので、代理権に関する取決めをする際、本人だけでなく、その親族等にも種々の説明をするという形で行う。

代理人の名前を空欄にした委任状は、見たことも聞いたこともないが、法的に禁止はされておらず、理論的には可能である。万一、代理人欄が白紙の委任状が持ち込まれるということが起こりえたとして、もし、そのまま公正証書を作成したなら、公証人は間違いなく賠償責任を問われることになるだろう。

c 代理人によって作成された公正証書の本人への送達

原本（オリジナル）は、公証人の事務所で保管され、正本を本人に渡す。債権者と債務者間で作成された証書の場合、債務者本人に渡し、債務者の代理人だけに渡すことはしない。

(2) 主な公証実務

最も頻繁に行われているのは、土地の売買契約に関する公正証書の作成である。明日予定されている公証実務見学も、ほとんど土地の売買契約に関するものである。なお、ドイツでは、建物は土地の構成部分である。

土地の売買、会社の定款、有限会社における持分の譲渡、公正証書遺言、相続契約、株主総会決議、執行認諾の意思表示等については、公正証書が作成されなければならない。遺言は、自筆証書遺言か公正証書遺言でなければ無効であり、相続契約も公正証書によらなければならない。株主総会決議も公正証書を作成しなければ決議は有効ではない。執行証書は非常に重要である。

これに対し、金銭消費貸借契約に関する証書はドイツではそれほど重要ではない。金銭消費貸借契約についての公正証書を作成することは可能だが、実際には、あまり作成されない。抵当権設定の場合に証書を作成するが、担保を伴わない消費貸借契約のみについての証書はほとんど作成しない。その理由としては、担保を伴わない契約の貸付額はそれほど大きくなく、証書作成にはコストもかかることから、公正証書を作成するメリットがあまりないということが考えられる。

(3) 本人の意思能力の判断

本人出頭の場合、公証人は、行為能力の有無を調査する。行為能力があることを原則とし、もし、行為能力がないのではないかと疑いを持った場合、その疑いがなくなる限りは行為能力がないものとして扱う。

代理人が出頭する場合、本人と面談して行為能力の有無を判断することはできないので、証書の内容が明らかにおかしいということはないか、一般的な常識にあうのかといった点から判断する。消費者の場合、代理人は、親族等本人と親密な関係にある者しか認められない（証書作成法 17 条 2 a 項）。

公証人は、本人に行為能力がないと判断した場合は、証書を作成してはならない。公証

人が、本人の行為能力について疑いを持った場合、本人があくまでも証書作成を求めるなら証書を作成しなければならないが、行為能力に疑いがあることなどを証書中に付記する（証書作成法17条2項）。

(4) 証書作成法17条1項及び2項

証書作成法17条は、公正証書作成実務においてもっとも重要な条文である。

同条1項には、「公証人は、当事者の意思を探知し、事実関係を明らかにし、当事者らに行為の法的射程を教示し、当事者らの表示を明瞭かつ一義的に再現すべきである。その際、公証人は、錯誤と疑問を避けるよう、そして又、無経験で不慣れな当事者が不利益を受けないよう注意すべきである。」と規定されている。

同条2項には、「行為が、法律ないし当事者らの真意に合うかどうか疑問があるときは、その疑問につき、当事者らと議論すべきである。公証人が行為の有効性を疑うのに、当事者らが証書作成に固執するときは、公証人は、与えた教示とこれらに対する当事者らとの陳述を証書中に付記すべきである。」と規定されている。

ドイツの連邦通常裁判所は、同条を非常に厳格に解釈している。公証人が、当事者の経験不足や証書の内容に関して十分な情報を得ずに、当事者に不利益な証書を作成することは、同条の義務違反になるので、ドイツの公証人は非常に慎重である。

公証人が同条の義務違反を理由に民事上の責任を問われるのは、土地の売買契約を例にすると、次のような場合である。

ア ドイツでは、不動産の所有権の移転には、契約を有効に成立させる行為（債権契約）の他に、所有権移転の物権的合意（アウフラッシング）と登記が必要であり、物権的合意と登記が所有権移転（物権変動）の要件である。不動産の所有権の移転には、債権契約が公正証書によらなければならないとされている。公正証書には、当事者間で所有権移転の合意があったことが記載され、公証人は、それに基づいて、登記の移転を申請する。不動産の売主が、代金が支払われないのに登記が買主に移転してしまうという不利益を被らないように、移転登記の申請は、代金が支払われた後に行う。他方、不動産の買主からすると、所有権移転登記がなされないのに、売買代金を支払うわけにはいかない。そうすると、移転登記の申請が行われない間に、売主によって不動産が第三者に二重譲渡されてしまう危険がある。そこで、当事者間に所有権移転の合意があったことの仮登記をして第三者への二重譲渡を防止した上で、買主が代金を支払うように約定する。仮に、買主から代金が支払われなかった場合、売主は代金も取得できず、仮登記があるため誰にも譲渡できないという状態が発生してしまうので、このような事態に備え、仮登記を抹消する代理権も得ておかなければならず、これを怠ると、損害賠償責任を追及されることになる。

イ 土地の売買代金の支払は、銀行等でローンを組むことが多い。その際、銀行は、売買の対象となっている土地に抵当権を設定する。売主にとっては、代金受領前に、売買の対象である土地に担保が付いてしまっただけでは困るのであり、公証人は、そのような事態が起きないように業務を遂行しなければならないが、もし、代金受領前に売主の土地に担保が設定されるような事態が発生したら、賠償責任を問われることになる。

ウ 土地の売買に関し、その土地が有害物質で汚染されていた場合、その取引に公証人が関与していた場合、公証人が責任を問われる可能性がある。

明日見学する土地の売買契約に関するケースの場合、証書は15頁くらいある。公証人の義務違反となる場合についての判例が次々に出てきており、それに注意すると、厚いものになる。

(5) 執行文付与の手続はどうしているか

債権者は、一個の証書で1回だけ、執行文付与の申請を行う。申請があると、執行文を付与する。一つの証書について、何回も執行文を付けることはできず、債権ごとに1回だけ付与できる。執行文付与の申請があると、原則として、執行文を付与する。完全に債務者が支払済みであることが資料により裏付けられている場合など債権がないことが明らかに分かる場合には執行文を付けないが、その他の場合には執行文を付ける。

債務者は、支払いをすれば、執行文付与の取消の申請ができる。

すでに支払済みであるにもかかわらず執行文を付けられた場合には、債務者は、請求異議の訴えを起こす。管轄裁判所は、債権者が当該債権について訴えを提起できる裁判所または債務者の住所地を管轄する裁判所である。請求異議の訴えにおける異議事由は、裁判所の判決が債務名義の場合、口頭弁論終結後に生じたものに限られるが、公正証書の場合は、最初から請求権がなかったという理由でもよい。多くの場合、請求異議の訴えと併行して、執行停止の申立てをし、裁判所は、請求異議の訴えの異議事由、勝訴の見込み等を考慮して、裁量により担保について決定する。

執行文付与の際は、債務者に、執行文付与の申請があったことを知らせるが、知らせなくても執行は無効にはならない。

民事訴訟法798条により、執行証書に基づく強制執行は、執行文付きの公正証書が少なくとも2週間前までに債務者に送達されていた場合にのみ開始できる。公証人が知らせなくても、債務者は、遅くとも強制執行の2週間前までには知ることになる。この点、判決の場合とは異なり、執行証書の場合、債務者は、この2週間の間に支払ったと弁明できる。

(6) 日本の実情について

日本では、本人が知らないうちに、公正証書作成委任状に署名をさせられ、特定の業者が、そのようにして取得した委任状を大量に持ち込んで公正証書を作成することがあるという説明を受けたが、そのようなことは、ドイツでは、起こりえない。ドイツの公証人は、内容が適切でなければ証書の作成を拒否する。例えば、法定の上限金利を上回っている場合、証書作成を拒否しなければならない。法定の上限金利を超える高金利を定めた契約であることが委任状から明かな場合に、債権者の申請どおりに、違法な高金利を前提に公正証書を作成するとすれば、ドイツでは、たいへんなことになる。公証人の過誤があった場合、日本では国家賠償の問題となり、公証人が個人責任を負うことはないということだが、違法な公正証書を作成し、間違っただけをした公証人に対し、まったく制裁がないというのはおかしい。自分のしたことに責任をもつ法制が望ましいと思う。「公正証書は、債権者の債権確保の手段であり、公証人は、債権者の利益のために働きがちである。」との批判は、ドイツではあてはまらない。金銭消費貸借について公正証書を作成する場合、公正証書は債権者の利益を確保することになるという面はもちろんあると思う。しかし、ドイツでは、まず、金銭消費貸借に関して公正証書を作成することはほとんどない。また、執行証書の作成は、一方的に債権者に有利になるものを作ることにはならない。今まで、執

行認諾証書作成にあたって、本人ではない者が来ることはなく、本人の意思を確認しているので、債権者に一方的に有利であると考えたことはない。

(担当 猪股 正)

[資料] 日本弁護士連合会会長の質問事項に対する回答 (翻訳)

フランクフルト弁護士公証人 トーマス・ミルデ

・公証人制度の概要

1. ドイツ公証制度の特徴は、連邦主義に基づくことである。各連邦州は、独自の決定権を有する。ドイツには、二つの異なる公証制度が存在する。

- 一つは、専業公証人 (Nur Notare) である。これは、バイエルン州、バーデン・ヴュルテンベルク州の一部、ラインラント・プファルツ州、チューリンゲン州、ザクセン州、ザクセン・アンハルト州、ブランデンブルク州、メッケルンブルク・フォアポメルン州で採用させている。

- もう一つは、弁護士公証人 (Anwaltsnotare) である。これは、ヘッセン州、ノルトライン・ヴェストファーレン州の一部、ブレーメン州、ニーダーザクセン州、シュレーズビヒ・ホルシュタイン州で採用させている。

バーデン・ヴュルテンベルク州には、いわゆる公務員公証人 (Amtsnotare) という制度がある。バーデン・ヴュルテンベルク州では、公証人は自由業を営む者ではなく、公務員であり、通常、遺産裁判所の所長が兼任している。

2. 専業公証人の場合には、公証人は弁護士を兼任してはならず、弁護士公証人の場合には、公証人は公証人であると同時に弁護士でなければならない。弁護士公証人は、“ 弁護士及び公証人 ” として二つの職務を遂行する者である。

公証人の任務は、どこの州においても同一である。公証人の任務については、連邦公証人法 (Bundesnotarordnung:BnotO) が規定している。

a) 連邦公証人法第 1 条によれば、公証人は国家により与えられた公的職務の担い手であり、公証人の職務は、公的職務の遂行である。

b) 公証人の職務は、独立かつ公平になされなければならない。連邦公証人法、証書作成法 (Beurkundungsgesetz:BeurkG) 個々の公証人会の指針、個々の州における公証人に関する法規定、特に公証人の服務規定 (Dienstordnung für Notare:DONot) には、公証人の中立性を確保するための規定が多数存在する。

c) 特に弁護士公証人に関する規定として、証書作成法第 3 条を挙げることができる。証書作成法第 3 条は、本人または事務所の同僚が弁護士として職務の依頼を受けている者に対して、公証人としての職務を行うことを禁じている。

3. すべての公証人は、強制的に公証人会に属さなければならない。弁護士公証人の場合には、弁護士会と公証人会の双方に所属することになる。両者は、互いに独立した組織である。

すでに述べたように、専業公証人、弁護士公証人、公務員公証人のいずれであっても、職

務内容は同一である。

3.1.: 公証人は、主に証書の作成と認証を職務とする。

3.1.1.: 以下の場合には、意思表示の証書作成、または、意思表示以外の証書作成が法律上定められている。

- 土地売買契約
- 合資会社の設立、有限会社の持分の譲渡
- 相続契約
- 株式会社の総会決議
- 強制執行の受諾：執行証書は、ドイツでは公証されなければならない（認証では足りない）。これは、公証人に教示義務及びその他の義務を課すものである。この点については、後で説明する。

その他、法律上定められていない場合でも、法的に重要な意思表示は公証することができる。しかし、費用がかかるため、実際にはあまり行われていない。

3.1.2.: 認証の場合には、公証人は署名が文書に記載された者により実際になされたことを確認する。

3.2.: 公証人のその他の職務は、証明書の作成（たとえば、会社の代表取締役あるいは取締役の代理権に関する証明書）、宣誓に代わる保証の証書作成（たとえば、相続証明書の申請の場合）、物の保管（たとえば、金銭の信託保管）、介助に関する法的助言などである。

特に金銭の保管の際には、関連する法規定の改正が著しいという問題がある。これらの法規定は、国の監督官庁により厳しく監視されている。

1998年に、ドイツ公証人法についての重要な法改正があり、主に以下の点について改正された。

- 弁護士公証人の場合、公証人としての職務行為と弁護士としての職務行為の厳格な分離
- 公証人と他の自由業者（たとえば税理士）との共同業務
- 公証人の賠償責任保険に関する規定
- 証書作成手続の形成（特に証書作成手続における代理人の使用と申込と承諾を分離した証書の作成）
- 金銭の保管

4. すべての公証人の任務は同一であるが、専門公証人と弁護士公証人になるための基準は異なる。

4.1.: ただし、公証人に欠員がある場合に、公証人として任命されるという点で、両者は共通する。公証人の欠員については、それぞれ権限を有する公証人会により示された必要数に基づく。フランクフルトの公証人会では、年間、公証人一人当たり平均して450以上の証書作成が囑託されるような場合に、新たに公証人を募集する（すべての証書、署名の認証には番号が付されている）。

専門公証人制度を採用している州では、新たに公証人を募集するのに必要な平均的証書作成の数は高く設定されている。したがって、そのようは州では、弁護士公証人制度を採用している州よりも公証人の数が少ない。

4.2.: 弁護士公証人の場合、13年前よりも公証人になるための基準が厳しくなった。私見によれば、1990年以前は、弁護士2人もしくは3人に1人の割合で公証人になることができたが、今日では、15人もしくは20人に1人の割合で公証人になることができると言える。

その原因は、公証人の募集について、年間の平均的証書作成嘱託数を基準とする制度が採用されたこと、そして、その数が非常に高く設定されたために、多くの地域（人口密集地域においても）において、設定された嘱託数を超えず、公証人募集のための欠員が生じないためである。ダルムシュタットとフランクフルトでは、単に公証人の年齢構成を調整するために、ダルムシュタットでは4年ごとに3人、フランクフルトでは10人の公証人を新たに募集している。それは、1991年以前に任命された“高齢”の公証人だけになることを防ぐためである。

4.3.: 公証人の任命基準については、以下のII.2.において、詳しく説明する。専業公証人、弁護士公証人のいずれについても、任命されるためには第二次国家試験において好成績であるということが重要である。

. 質問事項に対する回答

1. 公正証書の作成・利用状況

公正証書の利用状況に関する統計が存在するか判らない。公証人会に問い合わせる。

公正証書の正本（謄本または認証謄本と異なり）は、法的取引において公正証書原本と同一の効力をもって通用する。自己の名において意思表示をした者、または、その者の名において意思表示がなされた者は、（何度でも）正本の作成を請求することができる。

2. 公証人の資格

2.1.: 公証人の選任方法

2.1.1.: 公証人として活動するための要件にはどのようなものがあるか。国家試験に合格した者のみ公証人になれるのか、それとも他にも方法があるのか。

公証人として任命されるための条件は、裁判官になるための資格を有すること、すなわち、第二次国家試験に合格していることである。

その他の条件として：

2.1.1.1.: 専業公証人として任命されるための条件は、最低3年間、いわゆる公証人試補としての勤務を終えることである。公証人試補になるための条件は、個々の公証人会により定められている。通常、第二次国家試験の平均点が基準となる。公証人試補になるためには、国家試験の成績が重要である。

2.1.1.2.: 弁護士公証人になるための条件は、5年間弁護士として活動していること、公証人職を行おうとする管轄区域内において、3年間弁護士登録をしていることである。それ以外に、候補者リストにおける得点制度が基準となる。得点は、弁護士登録の年数（1年3点、最大45点）、試験を伴う実務講習の受講（1日1点、最大45点）、第二次国家試験の成績（国家試験の点数×5）により計算する。弁護士登録の年数及び実務講習の受講による得点の場合には、弁護士として最低15年間活動しなければ条件を充たすことができないため、通常、

第二次国家試験の点数が決め手となる。

弁護士公証人になるためのその他の条件は、4週間の実務基礎講習を受講することである（得点は与えられない）。

2.1.2.: 公証人の国家試験ではどのような要件が課せられているか。

現在、公証人になるための国家試験は存在しない。しかし、現在の公証人任命制度に代えて、国家試験（第三次国家試験）の制度を導入しようとする動きがある（連邦憲法裁判所の判決次第によるが）。私見によれば、2008年もしくは2009年頃に実現する可能性があると思われる。

2.1.3.: 公証人就職時の平均年齢は何歳か。

2000年から2003年までに、ヘッセン州において新たに任命された公証人の平均年齢は47歳である。専業公証人の場合には、弁護士公証人の場合よりも若く、公証人の平均年齢は38歳位であると思われる（これは、統計に基づくものではない）。

2.1.4.: 公証人数

2003年では、ドイツ全体で10,024人の公証人が登録されている。そのうち、専業公証人は1,654人、弁護士公証人は8,370人である。

専業公証人の数にほとんど変化はないが、弁護士公証人の数は、1991年の新たな規定により明らかに減少する傾向にある（年間3～5%）。

2.2.: 報酬制度

2.2.1.: 平均報酬

公証人の平均報酬について、フランクフルトの公証人会に問い合わせたが、これに関する統計が存在するか否か明らかでない。公証人会事務局長の評価によれば、1回の公正証書作成（認証の場合は別）につき、平均報酬は約550～600ユーロ（付加価値税を含む）であるとされている。

なお、昨年、ヘッセン州では公証人1人あたり平均して339の証書（公正証書及び認証証書）が作成されたと報告されている。

2.2.2.: 報酬の内訳

報酬の計算は、費用法により定められている。行為の価額が報酬算出の基準となる（たとえば、土地売買契約の公正証書作成では、売買価格）。行為の価額に関する具体的な算定方法については、いくつかの規定がある。いずれにしても、行為の価額により公証人の報酬額が決定される。

公証人は、国により定められた報酬額と異なる額の取り決めをすることができない。このことにより、公証人の報酬額の同一性が保障されている。

2.2.3.: 公証人事務所の経営責任者

公証人事務所の職務について、常に職務を行った公証人本人が責任を負う。内部的には、事務上の責任者を定め、通常、この者が事務的処理及び証書作成の準備を行う。しかし、外部に対しては、常に公証人本人が責任を負う。

2.2.4.: 現在の公証制度導入に至るまでの改正の経過

公証人制度の歴史を説明するためには、今までの説明から少しはなれることが必要である。イタリアでは、市の広場で民衆に対して業務を提供するいわゆる“契

約作成者“ という者が存在したが、これが公証制度の起源であるとされている。13世紀に、このイタリアで行われていた制度がドイツに導入された。当時、公証人の権限は皇帝により与えられ、国家権力に基づくものであった。1512年に最初の帝国公証人法が公布され、この帝国公証人法に基づき、試験により公証人が任命された。18世紀にプロイセンにおいて、現在の弁護士公証人の制度が考案された。現行の連邦公証人法は、1961年に公布されたが、本質的には1937年の帝国公証人法を基礎としている。

2.2.5.: 公証人の指導・監督は誰がするか。懲罰制度はあるか。

公職を担う者として、公証人は監督下に服する。監督は、管轄区域内にある地方裁判所の所長（したがって、我々の場合には、ダルムシュタット地方裁判所の所長）により、公証人事務所の調査という形式で行われる。実際の調査には、調査官として地方裁判所の裁判官が派遣される。

公証人の報酬については、報酬調査官により、公証人の職務については、職務調査官により、定期的（2年か3年に一度）に調査される。調査官が公証人事務所を訪ね、公証人の職務遂行について書類の検閲などの抜き打ち調査を行い、調査後、報告書を作成する。

調査官により公証人に対する異議が報告された場合、あるいは、囑託人またはその他の者から公証人に対する苦情がある場合には、監督官庁は懲戒に付することができる。懲戒処分として、戒告、過料、除名（公証人資格の剥奪）がある。最後の最も重い懲戒処分、すなわち除名については、正式な懲戒手続に基づき、懲戒裁判所としての高等裁判所のみが命ずることができる。

懲戒処分を定める場合には、公証人会の意見を聴かなければならない。除名について決定する際には、公証人会は会員1名を懲戒裁判所に派遣する。懲戒裁判所は、2名の裁判官と1名の公証人により構成される。

2.2.6.: 業務管轄はあるか。

公証人は、職務行為が許された区裁判所の管轄区域内でのみ職務を行うことができる。公証人が正当な理由なく、許された管轄区域外で職務を行った場合には、職務違反となり、監督規定に基づく懲戒処分の対象となる。しかし、公証人の職務行為（証書作成及び認証）は有効とされる。

2.2.7.: 公証制度に関係する刑事罰にはどのようなものがあるか。そして運用実績はどうか。

公証人の不正行為に対しては、3種類の制裁が定められている。

2.2.7.1.: 被害者の損害賠償請求権：囑託人に対して損害を与える公証人の職務義務違反がある場合には、連邦公証人法第19条により損害賠償請求権が認められる。

2.2.7.2.: 監督規定に基づく懲戒処分：これについては、2.2.5.参照。

2.2.7.3.: 刑事罰：刑法第348条は、虚偽公証に対して5年以下の自由刑、刑法第352条は、公証人による不当な報酬の要求に対して1年以下の自由刑を定めている。これらの特別な構成要件の他に、当然、一般的な犯罪構成要件、たとえば背任、詐欺、執行妨害、幫助行為等に該当する公証人の職務行為は刑罰の

対象となる。

3. 公証実務

3.1.: 原則本人出頭主義か代理人方式でも可か。

実体法上、代理が禁止されていない限りにおいて（たとえば、1人有限会社の設立の際には禁止）、公証人の前でなされなければならない意思表示（公正証書の作成または認証の際）についても代理は許される。代理人による意思表示は、頻繁に行われている。

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。

この質問事項について回答する前に、あらかじめ説明する必要がある。ここで述べられている日本での問題は、私の経験上、ドイツでは全く生じないか、仮に生じるとしても、頻繁に起こりうるような問題ではない。この点について、フランクフルトの公証人会から詳細な説明がなされることと思われる。

証書作成法には、代理権の濫用を阻止するのに有効な多数の法規定が存在する。

3.1.1.1.: 証書作成法第4条によれば、公証人は明らかに不法もしくは不正な目的を追求する行為への協力を求められる場合には、証書作成（認証の場合も）を拒否しなければならない。連邦公証人法第14条第2項も、同様な規定である。したがって、公証人は囑託された職務行為が不正な目的に資するか否かにつき、調査する義務を負う。日本で生じているような事例では、ドイツの公証人は上記の理由から職務行為を拒否しなければならないであろう。

3.1.1.2.: 代理権の証明書は、公証人により作成された証書の原本または認証謄本に添付されなければならない。公証人は、代理委任状の署名（代理委任状がない場合が多々あるが、この場合には承諾の意思表示）が実際に代理される本人によりなされたことを確認しなければならない。したがって、公証人は証書作成法第17条第1項により、本人の真意を明らかにしなければならない。

3.1.1.3.: 消費者については、証書作成法第17条第2a項が適用される。公証人は、消費者の意思表示が消費者本人または信頼のおける者（兄弟姉妹、配偶者、両親、子）のみによりなされるよう配慮しなければならない。信頼のおける者には、親密な関係にある友人も含まれる。ただし、親密な関係にある友人であるということが、公証人に明白な場合に限られる。

消費者契約とは、契約の一方当事者の行為が営利もしくは営業目的のためになされない場合の契約のことである。

3.1.1.4.: ここで述べた法規定に違反しても無効とはならない。すなわち、公証人が職務上の義務に違反したとしても、公正証書は有効である。しかし、公証人の職務義務違反は、これが明らかになった場合には、確実に懲戒処分の対象とされる。私の経験上、公証人が職務義務違反を繰り返し行った場合には、免職となる可能性が高い。日本で生じているような事例では、ドイツの裁判所は公証人の協力的な行為を故意的な虚偽公証罪に該当すると判断するであろう。なぜなら、このような事例では、裁判所は代理の承諾が代理される本人により全く

なされていないと判断せざるを得ないからである。また、このような事例では、少なくとも詐欺の幫助として刑罰が課せられるであろう。

3.1.2 : 白地委任状取得禁止についての法規制はあるか。

日本における問題が、白地委任状とどのように関係するかが明確でない。ドイツでは、考えられうるすべての法的行為（実体法上、法的行為が本人によりなされること規定されていない限りにおいて）について、代理人に代理権を授与する一般包括代理は適法であり、このような包括代理権の授与は普通に行われている（とりわけ、高齢者介助のための代理権の授与）。白地署名、すなわち、代理人が自由に委任事項を定めることができる本人と代理人との取り決めは、ドイツでは全く行われていない。しかし、白地署名による代理権の授与を禁止する法規定は存在しない。

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。

公証人は、公正証書の原本を送達しない。原本は、原則上、公証人が保管する（例外として、遺言証書、相続契約）。嘱託人が公正証書の正本を求める場合には、公証人は嘱託人に正本を送付する。

3.2 : 業務範囲。主な公証事務はどのようなものであるか。

公証人の業務範囲の詳細については、I. 公証人制度の概要において説明した。公証人の主な業務は、認証（登記所、裁判所に対する申請のため）と公正証書の作成である。公正証書の作成では、土地売買契約（分譲マンションの売買契約を含む）土地債務の設定及び会社の設立が中心となる。土地売買契約及び土地債務の設定の場合には、通常、執行受諾に基づく執行証書（執行文の付与）が作成される。

3.3 : 本人の意思能力の判断はどのようにして行うか。

当事者の意思能力は、行為能力の問題に含まれる。公証人は、常に当事者の行為能力を調査しなければならない。証書作成における当事者の態度、あるいは、当事者が締結しようとする契約の内容から、行為能力を疑うことについてなんらかの根拠が存在しない場合には、通常、公証人は当事者に行為能力が備わっているものとして扱うことができる。

公証人が行為能力の欠缺を認めるときは、証書作成を拒否しなければならない。公証人が単に行為能力について疑いを抱いた場合には、証書の作成を拒否してはならないが、疑いがあることについて証書中に記載しなければならない（証書作成法第11条）。

行為能力に関する絶対的な判断基準は存在しない。したがって、通常、当事者の態度等により公証人の受けた印象が判断基準となる。

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。

まず、公正証書原本の作成と公正証書正本の作成は、異なるということに留意しなければならない（訳者注：ドイツ語の *Erstellung* と *Ausfertigung* は、日本語に訳した場合、いずれも作成となるが、ドイツ語では、公正証書原本の作成〔*Erstellung der Urkunde*〕の場合と公正証書正本の作成〔*Ausfertigung der Urkunde*〕の場合で用語を使い分けている。ドイツ語質問状では、「公正証書正本の作成方法」となっているため、このような指摘がなされたと思われる）。

3.4.1 : 証書作成の中心は、意思表示の証書作成、すなわち、遺言または契約に関する公正証書の作成である。意思表示の証書作成の際には、公証人が必ず証書の内容の

すべてについて読み聞かせを行わなければならないことが規定させている。読み聞かせを行わない場合には、証書は無効である。証書作成法第17条第1項及び第2項は、以下のように規定している。

証書作成法第17条第1項：

「公証人は、当事者の意思を探求し、事実関係を明らかにし、当事者に行為の法的射程を教示して、当事者の意思表示を誤解のないよう明確に証書中に再現しなければならない。その際、公証人は錯誤と疑問を避けるよう、さらに、無経験で不慣れな当事者が不利益を受けないよう注意しなければならない。」

証書作成法第17条第2項：

「行為が法律に適合するか、あるいは、当事者の真意と一致するかにつき、疑いがあるときは、その疑問について当事者と論議しなければならない。公証人が行為の有効性について疑いを抱いたにもかかわらず、当事者が証書作成に固執する場合には、公証人は当事者にした教示内容とそれに対する当事者の釈明を証書中に記載しなければならない。」

判例は、証書作成法第17条第1項及び第2項において定められている公証人の教示義務を非常に厳格に解している。判例によれば、公正であるべき公証人は、当該条項から生じる危険について両当事者に指摘し、さらに、- とりわけ土地売買契約の場合には - 可能な限り生じうる危険を回避しつつ、両当事者の要求に合う条項を定めるよう配慮しなければならない。危険を回避することができないときは、公証人はこのことについて指摘しなければならない(証書中にも記載する)。

意思表示以外の証書作成(認証を含む)の場合には、公証人が認識したことについて証書を作成しなければならない。たとえば、株式会社の株主総会に関する証書の作成の場合である。公証人が署名者と証書に記載された者との同一性の認証を行う場合も同様である。

3.4.2.: 公正証書正本とは、法的取引において公正証書原本と同一の効力をもって通用する証書のことである(証書作成法第47条)。

3.4.3.: 公証人は、宣誓に代わる保証を受ける権限を有する。宣誓に代わる保証は、契約に関する公正証書の構成要素ではなく、特に法律が宣誓に代わる保証をなすことを規定している場合になされるものである。たとえば、相続証明書の申請の場合に規定されている。通常裁判所での仮処分手続における証拠方法として、宣誓に代わる保証をなすことも可能であるが、費用の理由からほとんど行われることはなく、宣誓に代わる保証は、直接、裁判所に対してなされる。

公証人による宣誓に代わる保証の証書作成については、意思表示の証書作成に関する規定(3.4.1.参照)が準用される。

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き審査することはあるか。

すでに、上記において(特に3.1.1.及び3.4.1.)説明したように、公証人は契約の内容について調査する義務を負う。意思表示の証書作成の際に、公証人が両当事者に対して不利益を与えるような条項を含む証書を作成したときは、これに

ついて責任を負う。公証人が当該条項から不利益の生ずることを明確に、かつ、容易に理解できるよう教示したときは、責任を免れることができる。

その他の証書作成、または、すべての公証行為の際に、明らかに不法もしくは不正な目的を追求する行為への協力が求められた場合には、公証人はその行為への協力を拒否する義務を負う。したがって、暴利な利息を内容とする金銭消費貸借契約の場合には、たとえ認証のみが求められたとしても、公証人はそのような行為への協力を拒否しなければならない。協力した場合には、公証人は被害者に対して民事上の賠償責任を負わなければならない。

3.6.: 公正証書の執行力。その範囲 - 裁判との関係。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。

3.6.1.: 執行文付与手続の段階では、以下の二つに分かれる。

3.6.1.1.: 公正証書に表示された債権者は、公証人に対して一度限り（複数回はできない）執行力のある正本の付与を求めることができる。

公証人は、債務名義に表示された請求権の不存在または消滅が明白でない限り、執行力のある正本を付与しなければならない。公証人が請求権の存在に疑いを抱いた場合には、債務者に対して請求異議の訴えを提起するよう指示しなければならない。

3.6.1.2.: 公証人が請求権の不存在または消滅が明白であるとの理由で執行文の付与を拒否したか、あるいは、権利承継の場合に承継執行文の付与を拒否したときは、債権者は執行文付与の訴えを提起することができる（民事訴訟法第731条）。管轄裁判所は、内国における債務者の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所である（民事訴訟法第797条第5項）。

適法要件の欠缺を理由（たとえば、条件事実が到来していない、債権者の権利承継が証明されていない、その他の手続法規定に違反している等）に、債務者が執行文の付与を違法とする場合には、債務者は公証人の所在地を管轄する区裁判所に対して、相当な訴え（たとえば、執行文付与に対する異議の訴え等）を提起することができる（民事訴訟法第732条、第797条第3項）。

上記の場合には、裁判所は債務名義に表示された請求権の存在または不存在について、実体的調査を行わない。債務者が請求権の不存在を主張する場合には、請求異議の訴えを提起しなければならない（これについては、以下の3.6.2.参照）。

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か。

請求異議の訴えは、第一審の受訴裁判所、通常、債務者の住所地を管轄する地方裁判所に提起しなければならない。請求異議の訴えは、公正証書及び裁判所の判決に対して提起することができる。判決に対して請求異議の訴えを提起する場合には、口頭弁論終結後に生じた異議事由のみ主張することができる。公正証書に対して請求異議の訴えを提起するときは、証書作成前にすでに存在した異議事由も主張することができる。したがって、裁判所は実体的請求権について、すな

わち、債務名義に表示された請求権の存在または不存在について実体的調査を行わなければならない。公正証書に対する請求異議の訴えは、民事訴訟法第767条、第797条第4項において規定されている。

請求異議の訴えを提起したときは、裁判所に対して一時的執行停止命令を申立てることができる（民事訴訟法第769条）。その際、裁判所は担保を立てさせて強制執行の停止を命ずるか、あるいは、これを立てさせないで執行の停止を命ずるかにつき、裁量により判断しなければならない。この判断の際には、以下のことが顧慮される。

- 請求異議の訴えに奏功の見込みがあるか、あるいは、これが無謀なものか。
- 担保を立てさせないで強制執行の停止を命じた際に、債権者にいかなる損害が生じるおそれがあるか、また、担保を立てさせて強制執行の停止を命じた際に、債務者にいかなる損害が発生するおそれがあるか。

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。

すでに説明したように、公証人は囑託人に対して損害を与えたすべての職務義務違反について責任を負う（連邦公証人法第19条）。この公証人の責任は、補充的なものである。すなわち、被害者が他の方法（一次的には、契約の相手方に対する損害賠償請求）により損害賠償を求めることができない場合に限り、公証人が責任を負わなければならない。

通常の場合、ドイツの裁判所は公証人の過失行為を非常に容易に認める傾向にある。公証人には、すべての法律を遵守する義務が課せられる。公証人は、たとえ施行前の法律であっても、公布されているときは、これを遵守しなければならない。同様に、公証人は専門雑誌に公表されている判例も顧慮しなければならない。さらに、公証人は囑託人に対して目的を達成するのに最も確実で安全な方法を提示しなければならない。公証人に対して危険が生じるときには、このことについて指摘しなければならない。公証人がこれらのすべてのことを遵守した場合にのみ、公証人の行為は過失行為とならない。

国家賠償の制度は存在しない。公証人は、賠償責任保険に加入しなければならない（継続して）。賠償責任保険に加入しなければ、公証人登録は許されない（継続して加入していなければ、登録が抹消される）。公証人は、保険により＝補される額が年間最低100万ユーロの賠償責任保険に加入する必要がある。通常、公証人のほとんどがそれより高額の保険に加入している。私が加入している賠償責任保険の保証額は、その4倍である。

それに加えて、公証人会は信頼保険制度を設けている（この保険金は、個々の公証人の分担金により調達される）。この保険の他に、さらに信頼損害基金がある（この基金も、個々の公証人の分担金により調達される）。これらの保険及び基金は、賠償責任保険では＝補されない場合、すなわち、公証人による故意の義務違反があったときに用いられる。このような補充的保険制度により、公証人に対する公衆の信頼、そして、違法行為に対する公証人の責任が確保ないし維持されている。

4. ドイツ公証実務の問題

貴国における公証制度運用上の問題点、改善すべき点は。

以下において述べることは、私個人の見解によるものであり、確実な情報または統計によるものではない。ここでの問題については、フランクフルト公証人会に対しても回答を求めた。

4.1.: 国民の認知度について

私個人の評価によれば、国民が公証制度の詳細について知っているとは言えないが、少なくとも、契約の際（特に土地売買契約、契約ではないが、株式会社の設立についても）に公正証書の作成が必要であるということについての知識はある。

4.2.: 国民の信頼性について

公証人に対する国民の信頼は、非常に高いと思われる。その理由の一つは、平均して公証人の教育水準が高いということである。専業公証人の教育水準が高いことについては、言うまでもないが、同様に弁護士公証人の場合にも、1991年の法改正以来、その教育水準が急激に高まった。その他の理由は、公証人の義務違反により生じた損害について、確実に賠償請求を行えるということである。

私見によれば、公証人に対する国民の評価は非常に高いと思われる。

4.3.: 公証人の立場の公平性について

確かに、公証人の公平性については、常に問題とされる事柄である。特に弁護士公証人の場合には、弁護士業務における依頼人の関与する証書作成の際に、利益相反が生じるため、その公平性が問題となる。このような理由から、すでに説明したように、1998年に広範な法改正が行われた。この法改正により、公証人としての職務行為と弁護士としての職務行為の厳格な分離がなされた。

弁護士公証人が一方の囑託人の利益のために、他方の囑託人の不利益となる行為を行ったという具体的事例は、私の知る限り存在しない。確かに、以前は、特に専業公証人の側から（専業弁護士からも）弁護士公証人の二重職務に対して“抽象的”な疑念が述べられていた。

その他、専業公証人の際にも、ある特定の囑託人からの報酬が全体報酬額の大部分を占める場合に、その囑託人に依存するような状況が生じうる。このような状況が生じるとしても、公証人の不公平な行為は職務義務違反となるため、不公平な行為が行われた場合には、懲戒規定に基づく懲罰、そして、場合によっては、民事上の賠償責任が課せられる。

4.4.: その他

現行の公証制度全体に関する重大な問題は存在しない。

個別的には、法定報酬と異なる額の取り決めの禁止が問題となりうる。報酬額が高額となる証書作成（たとえば、企業売却契約）の際には、当事者が隣接する諸外国、たとえば、スイス、オーストリア、または、ベルギーにおいて、証書の作成を求める場合がある。外国で作成された証書についても、- 実体法上 - ドイツ法が適用されるため、この場合には、囑託人に対して最適な法的保護が与えられるとは限らない。さらに、経済的理由から、公証人が囑託人の要求、すなわち、法定報酬と異なる額の取り決めに譲歩せざるを得ない状況が生じうる。このことは、さらに、他の公証人に対して経済的な圧力となる。なぜなら、囑託人はより好条件（より低額）で証書の作

成を行うことができると主張するからである。

ラテン公証制度（たとえば、オーストリア、スイス、イタリア、スペイン及びフランスの公証制度は、ドイツの公証制度に類似する）は、目下、ブリュッセルのEU委員会から攻撃を受けている。EU委員会は、全く経済上の観点に基づき、たとえば株式会社の設立、土地売買契約について、公正証書の作成を義務づけることが、無用な費用と遅延をもたらし、経済発展を妨げる要因になると主張している。公証人の任務は、個々の国民及び企業に、法的安定性と不利益に対しての保護を与えることであるが、EU行政機関の一部の者は、このことを重要視していない。この問題は、今後、EU加盟国の中で議論されることになるであろう。

（翻訳 小田 司）

（ミルデ弁護士公証人）

〔資料〕追加質問に対する回答書

調査団が帰国した後に、代理人が執行証書を作成囑託した場合の手続について、確認すべき事項が生じたので、小田助教授に無理を申し上げて追加質問をお願いしたところ、以下のとおりの回答を得た。

フランクフルト弁護士公証人 トーマス・ミルデ

〔質問1〕

代理人による執行証書作成の際に、公証人は委任状を認証しなければならないとされているが、この点について条文上の根拠はあるか。

〔回答〕

証書作成法第12条第1文により、公証人は提出された委任状を証書の原本または認証謄本に添付しなければならない。しかし、このことは、代理権授与の意思表示が認証されなければならないということを意味するのではない。代理権授与の意思表示を認証することは、大体の事例において不可能である。なぜなら、証書作成の際に、通常、本人は出頭せず、代理人が出頭するからである。証書作成法第12条の意味は、公証人が（認証されていない場合も含む）委任状の原本（オリジナル）を証書に添付するか、あるいは、公証人が委任状を複製し（委任状原本のコピーを作成し）委任状原本が公証人に提出されたことを確認することができるということである。公証人により確認された複製（原本のコピー）を“認証謄本”という（認証謄本の場合には、公証人は複製を作成した文書の原本が公証人に提出されたということだけを認める。これに対して、署名の認証の場合には、公証人は署名が公証人の面前でなされるか、あるいは、署名者自身により承認されたことを確認し、署名者と署名の同一性について確信することを要する）。

証書作成法第12条は、代理権授与の意思表示の認証を求めるものではないが、証書作成法第12条の規定から、公証人は公証人の面前に出頭する代理人に有効な代理権があることを確信しなければならないということが推論される。したがって、公証人が有効な代理権の存在について疑いを持つ場合には、証書作成行為を拒否しなければならない。このような場合に、証書を作成すれば職務義務違反となる。

ドイツ公証実務における執行受諾の典型的な事例において、代理人が出頭する場合には、認証された委任状があるのが一般的である。執行受諾の典型的な事例は、土地売買契約の際に、売買代金についてなされる執行の受諾、または、銀行に対する土地債務設定の公正証書において、消費貸借債権者に対してなされる執行の受諾である。このような事例では、公証人は常に公証された代理権授与の意思表示があるか否かについて注意する。なぜなら、公証された代理権授与の意思表示がない場合には、登記所は代理人が証書作成において行った意思表示の登記を拒否するからである。公証された委任状が必要とされるのは、専ら登記法上の理由によるものである。公証人による執行証書の作成については、公証された代理権授与の意思表示は必要とされていない。

〔質問 2〕

- a) 執行証書を作成する場合、公証人は委任状の認証に際して証書作成法第 17 条の教示義務を負うか。
- b) 公証人が委任状の認証に際して教示義務を負う場合、条文上の根拠はあるか。

〔回答〕

- a) 上記の質問 1 で回答したように、公証人は執行証書を作成する際に、代理権授与の意思表示について認証しない。
- b) 上記の質問 1 の回答を参照。

〔質問 2 . 1 .〕

公証人が委任状を起案した場合にのみ教示義務を負うのか、あるいは、委任状が当事者により起案された場合にも、公証人は教示義務を負うか。

〔回答〕

この質問が公証人の認証に関するものであるということを前提とする。すなわち、認証すべき署名がなされた文書を公証人が自ら起案した場合と、文書がその他の者により起案された場合とに分けられる。

- a) 公証人が認証すべき意思表示の文言を自ら起案した場合には、証書作成法第 17 条の教示義務に関して、意思表示に関する証書を作成した場合と同様の義務を負う。
- b) 第三者により起案された意思表示の認証の場合には、公証人は職務行為を拒否すべき理由があるか否かについてのみ調査しなければならない(証書作成法第 40 条第 2 項)。すなわち、要求された職務行為が公証人に課せられている職務上の義務に反する場合、とりわけ、明らかに不法もしくは不正な目的を追求する行為への協力が求められた場合には、公証人は証書作成法第 4 条により職務行為を拒否しなければならない。

本来の意味での教示義務は課せられていない。公証人が証書の作成により不正な目的が追求されていると認める場合には、絶対に職務行為を拒否しなければならない。例えば、- あなた方が提示した事例のように - 本人が全く知らずになされる執行受諾の意思表示、または、債権法上、債務を負わない者の執行受諾の意思表示の場合には、公証人は職務行為を拒否しなければならない。

- c) 誤解を避けるためにもう一度説明すれば、代理人によってなされる執行受諾の意思表示の場合には、公証人は執行証書の作成に関して(単なる認証では、有効な執行受諾とはならない)

証書作成法第17条の教示義務を負う。執行を受諾する者が代理されている場合には、この教示義務は公証人の面前に出頭した代理人に対してなされる。

代理権に基づき代理人が代理行為を行う場合には、公証人は代理権が有効であるか否かにつき調査しなければならない。しかし、公証人は代理権授与の意思表示を認証するのではなく、公証人に提出された委任状の原本から認証謄本を作成するのみである。したがって、本人に対して教示する機会はない。

〔質問 2.2.〕

公証人が教示義務を負う場合：

- a) 例えば、公証人が他人の債務を保証するための委任状や物上保証をするための委任状を認証する際に、どのようなことを教示しなければならないか。
- b) この点について、指導的な裁判例はあるか。

〔回答〕

- a) すでに説明したように、単なる認証の場合には、公証人は非常に制限された調査義務を負うのみである。公証人は、囑託された職務行為が明らかに不正な目的に資する場合には、職務行為を拒否しなければならない。このような調査義務の他に、公証人が教示義務を負うということはない。
- b) 公証人が意思表示の文言を自ら起草した場合、または、公証人が証書を作成する場合には、当然に証書作成法第17条による一般的教示義務を負う。公証人は、表意者が他人の債務を保証すること、あるいは、物上保証を引き受けることの意味について理解しているか確かめなければならない。さらに、公証人は必要に応じて、債務の保証及び物上保証の法的射程について教示しなければならない。

判例は、以下の一般原則を示している：

教示の範囲は、当事者の理解力を目安とする。行為能力を有する当事者の際には、法的取引における基本概念について理解しているものと推測することができる。公証人が証書作成に關与する当事者の一方にそのような理解力が欠けていると判断した場合には、その者に対して、証書作成により負わなければならない義務の範囲について説明しなければならない。

土地債務設定の場合には、公証人は土地債務の設定が可能であり、かつ目的に適うものであること、そして、土地債務債権者は債務者に対して、目的の範囲内でのみ請求権を行使しうることについて説明しなければならない。

〔質問 2.3.〕

公証人が教示義務を負わない場合、公証人は委任状の署名が本人のものであることを確認するだけか。

〔回答〕

- a) この点については、上記の説明を参照していただきたい。代理人が出頭し、公証人に委任状提出したときは、公証人は法的に委任状の署名が真正であることについての証明を求めることができない。公証人は、委任状について署名の認証または証書作成などの公証行為を行わない。

b) 公証人が提出された委任状の署名の真正について疑いを抱いた場合には、代理人による執行書を作成してはならない。実務において、このような問題が起こることはほとんどない。私がこれまでに経験した公証実務において、例えば、私と全く面識のない者の代理人が執行証書の作成を求めたというようなケースは一度も起きていない。それは、我々が金銭消費貸借契約 - 銀行が関与しない私人間の - について、通常、公正証書を作成しないということと関係する。銀行貸付との関係では、土地債務が設定される貸付の場合、つまり、土地債務設定との関係においてのみ執行受諾の意思表示がなされる。

銀行に対する土地債務の設定は、その他の財産（土地債務が設定される不動産以外）に対する執行の受諾を含む。したがって、銀行は証書中の貸付金返還請求権に基づき、債務者のその他の財産に対しても強制執行を行うことができる。

このような事例では、例外なく債務者自身が執行受諾の意思表示のため出頭する。例えば、婦共有で不動産を購入し、土地債務の設定について、配偶者の一方が他方を代理する場合のように、債務者自身が出頭しないとしても、債務者と面識があるのが一般的である。銀行の代理人、すなわち債権者の代理人が債務者に代わって執行受諾の意思表示をしようとしたというケースは一度もない。

c) 最近、土地債務の設定以外にも、執行受諾を伴う債務の承認がなされる場合がある。債権者が債務者に対する債務名義を必要とし、債権者・債務者双方が督促手続において支払督促を得るよりも、執行証書を作成した方が安価であると了解し合っている場合である。このような事例において、債務者が第三者によって代理されたということは今まで一度もない。債務者と面識がないか、または、債務者自身が執行証書の作成のために出頭できないという特別の事情があることについて知らない場合には、私は公証人として代理人による執行証書の作成を引き受けないであろう。

他の表現でいえば：

ある者が我々の事務所に現れ、委任状を提出し、執行証書の作成を求める場合には、そのような行動は委任状の真正について疑うべき不可解なものであるとみなすであろう。したがって、そのような場合には、執行証書の作成を拒否するであろう。また、ドイツの同僚公証人達も、確実に同様の扱いをされると思われる。この点に関する裁判例は存在しない。なぜなら、そのような問題は一度も起きていないからである。

さらに、上記のような事例では、本人が消費者であるか否かについて調査しなければならない。なぜなら、消費者の場合には、証書作成法第 17 条第 2 a 項が適用され、信頼のおける者（両親、兄弟姉妹等）による代理のみが許されるからである。

〔質問 3〕

実体法上、代理が禁止されていない限りにおいて、代理人によってなされる意思表示の証書作成は許されている。我々の質問に対する回答（質問 3 . 1 . に対する回答参照）では、代理は頻繁に行われているとされている。

a) 当事者自身による意思表示の証書作成に対して、代理人による意思表示の証書作成はどの程度の割合を占めているか。代理人による意思表示の証書作成の方が多いか。

b) 代理人によってなされる意思表示の証書作成において、最も多い事例はどのようなものか（例

え、土地売買契約の場合か、あるいは、その他の場合か。

〔回答〕

a) 代理人によってなされる意思表示は様々である：

- (1) まずは、法定代理、つまり、子を親権者が代理する場合、あるいは、会社を会社代表者が代理する場合である。法定代理は、非常に多い。しかし、あなた方の質問はこのような法定代理を想定するものではないと思われる。
- (2) いわゆる任意代理、つまり委任状に基づく代理は稀である。公証実務における任意代理の主な事例は、委任が公証人により公証される場合である。すなわち、以下のような事例において任意代理がなされる。

土地売買契約の場合には、売主及び買主自身が出頭する。この契約において、売主は買主に（証書中において、つまり公証人の前で）売主名義（この時点では、登記簿上、まだ売主の名義である）の土地に対する担保権の設定について代理権を授与する。買主は、後日、同一公証人によってなされる土地債務設定の証書作成の際に、この代理権を行使する。土地債務設定の公正証書において、買主は銀行に対して、売主により授与された代理権に基づき、担保された土地に対する強制執行を受諾し、さらに、買主は自己の所有する財産に対しても強制執行を受諾する。

私の経験上、証書作成において土地債務が設定されるケースは、全体の約20%程度であるが、土地債務設定の際に、売主が買主に対して上記のような代理権を授与するケースは、全体の約80%である。このようなケースにおいては、上記の理由から、代理に関して全く問題が起こらない。

- (3) その他の任意代理は、私の今までの経験では全く稀であり、すべてのケースの10%がそれよりも少ない。それは、団体構成員のある者がその団体の他の者により代理される場合である。例えば、定款変更のための社員総会において、ある社員が他の社員により代理される場合、あるいは、土地売買契約において、売主あるいは買主が他の共同売主あるいは買主により代理される場合である（特に、個々の共同相続人が遠隔地に住んでいるような場合）。

上記のようなケースは、大体、無権代理の場合が多く、本人の追認により処理される。なぜなら、追認による処理が本人の意思を確認するのに最も確実な方法だからである。事前に授与された代理権に基づく代理行為は、私の経験上、全体の1%か2%にすぎない（上記(1)及び(2)において述べた代理を除く）。事前に代理権が授与されている場合には、我々は例外なくあらかじめ文書により本人の意思を確認しているか、あるいは、その他の方法により、代理権が実際に本人により授与されたこと、そして、代理権の内容が公証される行為と一致していることについて確信している。

b) この質問については、上記a)(2)における説明を参照。代理人によってなされる証書作成において、最も多い事例は土地売買代金の融資のためになされる土地債務の設定である。つまり、土地債務の設定において、買主が売主を代理する場合である。

（翻訳 小田 司）

フランクフルト公証人会からの説明

日 時 3月22日(月)午後2時~午後4時

場 所 フランクフルト公証人会

対応者 タウヘルト事務局長, 弁護士公証人ミルデ博士, サスト助手

1 フランクフルト公証人会の概要

ヘッセン州には、フランクフルト公証人会とカッセル公証人会があるが、いずれも弁護士公証人制度を採用している。つまり、すべての公証人が同時に弁護士でなければならない。当会の概要については、2001年9月発行フランクフルト公証人会40周年記念冊子を参照されたい。

2 公証人会の役割・任務

連邦公証人法は公証人会の役割につき付表でカタログを提示している(BNotO 67条・付表)。公証人会は、法律の規定の枠内で公証人の職務義務及び公証人のその他の義務につき指針(指導要綱)を定める義務を負う(BNotO 67条)。それらの指針は、公証人服務規程(DONot)と同様に、職務遂行の際に管理規定として遵守しなければならない。公証人の仕事は公的な職務であるから、国家公務員に近い性質がある。その職務の適正と信頼を確保するために公証人は公証人会に強制加入となっている。詳細については、フランクフルト公証人会40周年記念冊子を見て頂きたい。

3 公証人会の会員数

フランクフルト地裁区域には約600人の弁護士公証人がいる(人口は約60万人)が、弁護士公証人の数は減少する傾向にある。およそ1年に約7%減少している。

4 執行証書利用状況

公正証書全体の作成件数の統計については冊子の方を参照されたい。正確な数字を即答することはできないが、公証人一人あたり年間約340件を作成している。そのうち約半数近くが執行証書である。具体的には「土地債務」や家の明渡しなどについて執行証書が作成されている。遺言状の作成や会社関係の書面については御承知のとおり執行文という問題は該当しない。

5 物の引渡し執行証書

1999年1月1日改正法により、物の引渡しに執行証書を認める制度が導入された。物の引渡しについても公正証書を債務名義とすることができるようになったが、当初は、あまり公証人が慣れていなかったためか、あまり利用されなかった。しかし、現在では家屋の家の明渡しに関する執行証書が増えてきている、今後も増えてくるであろう。しかし、物の引渡し執行証書をめぐり特に問題は生じていない。

6 執行証書の活用状況

上記のうち約150件が執行証書であるが、実際に強制執行に使用される事案は少ない。執行証書は債権者の権利の確保のため、安全のために作成されるものであるが、実際に執行に至るとい状況になることは非常にまれである。執行証書のうち、およそ1~2%が実際に執行に利用される程度である。更に請求異議訴訟に至る事案は非常に少ない。まして請求異議が認容される事案は更に少ない。以上については、正式な統計資料はない。

7 執行に至る事案や請求異議訴訟に至る事案が少ない理由

これは公正証書を作成する段階で、内容を綿密に調査するからであり、内容に誤りや不備があることが少ないからである。公証実務をする上で最も重要なのは教示義務である。執行証書の場

合、公証人は債務者に執行認諾をつけた場合の法的効果をきちんと説明する。しかも公正証書による執行の場合、2週間前に債務者に執行文の送達がなされなければならないので、債務者は遅くとも2週間前には債権者が執行に着手した旨の情報を得て、言い分を述べる機会が確保されている。

8 教示義務

公証人の教示義務は公証制度が始まったところから原始的に課せられていたものであり、教示義務こそ公証人制度の根幹であり、本質である。少なくともラテン系公証制度を採用する国において、教示義務の伴わない公証制度は考えられない。もちろん、国の政策により、異なる義務を課すことはあり得ることはあるが、少なくともドイツにおいては、教示義務のない公証制度は全く考えられない。

9 代理による公正証書作成

消費者契約の場合、代理人は信頼できる人物（例えば、本人の身内・親せき・友人）に限定されている（証書作成法17条2a項）。これは2002年の改正による。これまで、全く問題がなかったとまでは言えないが、何か具体的な弊害があって改正されたものではなく、従来の実務がそのまま条文化されたものである。消費者保護を重視するEU統一指令に条文を整合させるといった目的があった。確かに教示義務を適切に行使すれば代理人に制限を設けなくとも問題は生じないのではないかと指摘もあるが、かかる規定を設けることにより、より本人保護に資することになるということである。しかも代理人による作成の場合には、公証人が、本人に、代理人により公正証書を作成することについて承諾をとっている。その際、代理権を与えたらどういう効果が生じるのかを公証人が本人に説明し、本人の承諾を公証人が確認している。代理人選任の委任状には公証人の認証が必要であるので、公証人と本人が接する機会が確保されている。

10 公証人の賠償と国家賠償

公証人の違法行為が存した場合のすべてが直ちに懲戒となるわけではなく、むしろ民事賠償事案となる場合が多い。賠償責任の場面における義務違反の判定基準と懲戒における判定基準は同一ではないので賠償責任を問われたからといって自動的に懲戒処分となるわけではない。

ところで公証人の職務は、確かに国から与えられた公務ではあるが、経済的には報酬制である。報酬をもらう本人が責任をとるのが当然である。公証人は、公職だが国家公務員ではない。したがって、損害賠償責任は公証人個人責任とされており、国家は責任を負わない。

11 賠償保険

公証人は、利用者から損害賠償請求される事案が多い。そのため各公証人自身が、損害賠償保険に入っているが、会員であるすべての公証人のために公証人会としても損害賠償保険に入っている。また各公証人が金銭を出し合い、賠償を問われるときはそこから賠償金を捻出するという制度もある。ドイツでは、公証人個人の責任が問われるのであり、国家賠償ではなく公証人の個人賠償責任となる。公証人会が保険に入るのは、所属公証人が責任追及された場合に被害にあったものの救済することを目的としている。公証人個人が賠償できない場合に備えてのことである（この場合は後に公証人個人に求償することもある。）公証人の故意による損害賠償責任には保険は出ないが、その公証人が賠償する資力を欠く場合があり得る。その時に公証人への信頼を確保するために公証人会も保険に加入するのである。信頼を裏切ったことへの賠償という考え方であり、信頼損害保険と呼ばれている。弁護士会にはかような制度はないが、国民の公証人への信頼は弁護士より大きいことから、その信頼を裏切ることへの賠償の制度を設けているのである。

損害保険事案は年に約30件である。そのうち公証人会負担事件は約5～6件である。公証人会は各公証人と利用者間の非常に少額な紛争については把握ができない。100万ユーロ以上の事案は公証人会へ報告が必要とされている。もちろん、理由のない賠償請求もあるから一概に何件が賠償すべき事案であるとは言えない。悪意の依頼者が保険金を目当てに些細な義務違反をついてくることがある。

この賠償保険の支払の過程は、利用者が直接保険会社に請求するのではなく、まずは公証人本人へ請求し、公証人が保険会社に届け出て、保険会社がこれを調査し事案によっては訴訟とならなくても払うことになるが、逆に公証人に義務違反がない、よって賠償責任を負わないと判断した場合は、民事訴訟となるというものである。

1.2 懲戒

直近の懲戒事例として記憶しているのは、大体1件くらいのものである。その事案は、公証人は公平であることが原則なのに一方当事者に有利な内容の証書を作成した、具体的には支払期日が到来していないのに期日が到来した旨の内容の公正証書を作成したという事案である。しかも公証人が故意に作成した事案である。一方に不利な内容の公正証書が意図的に作成された場合には重い懲戒の対象となる。かつては、預かり金員を使い込みしたという事案もあった。しかし懲戒はここ数年ほとんどない。もちろん、フランクフルト公証人会に対する利用者からの苦情はあるが、その内容については十分な説明がなかったという苦情が多い。なお、懲戒手続については、地裁所長が公証人を調査した上で裁判官二名と公証人一名で組織される懲戒裁判所において判断される。

(担当 辰巳裕規)

(タウヘルト事務局長)

[資料] フランクフルト公証人会40周年記念冊子
1961 - 2001 (2001年9月発行、全53頁)

<目次>

まえがき

特別寄稿「フランクフルト公証人会の発展とドイツ公証人の将来」

・・・ Dr. クラウス・ディーター・ハルトマン

(弁護士公証人、元フランクフルト公証人会会長)

法的基礎と法的根拠

弁護士公証人への道

公証人(ドイツ呼称 女性:ノターリン、男性:ノタール)の職務

連邦各州の地方公証人会

ヘッセン州とその公証人会

フランクフルト公証人会

1. 本質

2. 使命

3. 機関

- 4 . 部会・委員会
- 5 . 会員数 (2 0 0 1 年)
- 6 . 会員数と公正証書作成件数の統計数値
- 7 . 歴代役員名・会費 (1 9 6 1 年・2 0 0 1 年)
- 8 . 公証人会事務局

連邦公証人連合会との連携 (派遣委員)

公証人責任保険制度

- A) 職務責任保険
- B) 信託損害保険
- C) 保険事故の数と額

監督機関

公証人会案内図

< 内容 : 要点抽出 >

法的基礎と法的根拠

国家は、公証人にいかなる役割を委託するかを法律で定め、法定の人的要件及び物的要件の遵守と遂行を保障している。

連邦共和国では、以下の法律がこれを規律している。

- a) 連邦法 連邦公証人法 (BNotO)、証書作成法 (BeurkG)、手続費用法 (KostG)、
(いかなる役割を公証人に託するかは、民法など種々の実体法において、および手続形成と効力については民事訴訟法などの手続法において、規定されている。)
- b) 公証人会 連邦公証人法は公証人会の役割につき付表でカタログを提示している (連邦公証人法 6 7 条・付表)。公証人会は、法律の規定の枠内で公証人の職務義務および公証人のその他の義務につき指針 (指導要綱) を定める義務を負う (連邦公証人法 6 7 条)。それらの指針は、公証人服務規程 (DONot) と同様に、職務遂行の際に管理規定として遵守しなければならない。
- c) 州の立法者 公証人服務規程 (DONot) は、連邦国家の構造に基づき、州が制定すべきものである。服務規程は、連邦の統一性が保たれるよう各州で同一内容とする。
- d) 州の司法省 最下級の立法レベルとして、州司法省が、公証人の任命や職務行使等の周辺規定につき定める。

ヘッセン州では、他の連邦諸州と同じように、州の司法行政は次の部門に分けられている。

司法省 (司法大臣)

高等裁判所 (高裁長官)

地方裁判所 (地裁所長)

(ヘッセン州には、カッセル公証人会管轄区域に 3 庁、フランクフルト公証人会管轄区域に 6 庁、計 9 庁の地方裁判所がある。)

弁護士公証人への道

ヘッセン州では弁護士公証人制度を採用している。つまり、すべての公証人が同時に弁護士で

なければならない。

公証人の選任につき、ヘッセン州では複雑な段階を踏んだシステムを採用しており、本質的に、専門職の適格を有する法律家を公証人の職務に投入するとともに、住民に満遍なく公証人の職務提供を供給するよう図っている。それゆえ、公証人は需要に応じて任命され、基本的には公証人一人当たりの証書作成数を基礎とし、たとえば1箇所に1万人以上の住民が集中しているなどの特別な事情があれば調整するという方式をとる。原則として、区裁判所管轄区域において新任が付加されて各公証人に平均450件の証書が分配される場合に、需要が認められる。当面、そのような需要は認められないので、4年ごとに行われる年齢構成ポストの創出により一定の調整がなされている。年齢構成ポストの数は、1区裁判所管轄区域に1つずつ、人口10万人以上の都市ではさらに3つずつ当てられる。ヴィースバーデンでは付加されるポストが4、フランクフルトでは10である。

公証人になるには、弁護士として懲戒申立てなしに最低5年職務を行い、数多くの研修コースを修習しなければならない。さらに、法律と州の法令に詳しく定められている種々の基準を満たさなければならない。志願者はたいてい全ての要件を満たしているので、選任される最も重要な基準は第二次国家試験の成績が優秀であることになる。

公証人ポストに空席が出たときは、当該年度の7月に、ヘッセン州司法省広報誌で告示される。公証人の選任にあたっては、州司法省と公証人会が密接な連携をとってこれを行う。

公証人の職務

公証人は、独立した公職の担当者としてその職務を行う（連邦公証人法1条）。公証人の活動領域は、基本的に連邦公証人法20条乃至32条に規定されている。公証人はその活動につき自ら手数料を受け取る。

国家は、特別な専門知識を要するか、または国民に満遍なく世話をすべき領域において、さまざまな主権活動の役割を自然人に譲り渡している。公証人の活動はこの両方の前提を満たしている。国家は、第三者に主権活動を譲渡することによって、その活動を行う者に国家権力を委託しているのである。かくして国家は公証人にさまざまな役割の遂行を託したのであり、とりわけ裁判所の判決に匹敵する執行力ある証書を作成する権限を与えたのである。連邦公証人法1条が定めるように、公証人は予防司法の領域における法的事実に関する証書の作成およびその他の任務のために任命される。この任務と執行証書を作成できる権限により、公証人は裁判官と同様に活動するのであり、それゆえに公務員類似の地位を有するのである。

国家は、公証人に基本的に以下のような役割を委託している。

国家の領域に関して	不動産	企業法 / 会社法
家族の領域に関して	親族法 / 相続法	
消費者保護の領域に関して	消費貸借	土地債務などの形式による保全

すべての領域において、当事者の意思を探求し、事実関係を明らかにし、当該行為の法的効果について当事者に教示し、当事者の意思表示を明確かつ一義的に証書に再現することが、公証人の最も重要な役割である。その際、錯誤および疑念を避け、経験のない未熟な当事者が不利益を受けることがないように留意しなければならない（証書作成法17条）。

規定によれば、口頭で表示された当事者の意思を証書に録取し、自州の市民のため、場合によっては他の州の市民や国家のためにも法的確実性を確保すべきものとしている。

連邦各州の地方公証人会

・・・・・・・・省略・・・・・・・・

ヘッセン州とその公証人会

ヘッセン州には、フランクフルト高等裁判所の管轄区域内に、二つの公証人会がある（フランクフルト公証人会とカッセル公証人会）。カッセル公証人会は、カッセル、フルダ、マールブルクの各地方裁判所管轄区域を担当し、フランクフルト公証人会は、ダルムシュット、フランクフルト、ギーゼン、ハーナウ、リムブルク、ヴィースバーデンの各地方裁判所管轄区域を担当している。2001年1月1日現在、フランクフルト公証人会には1,373人の公証人が所属しており、そのうち、ダルムシュット地裁区域に342人、フランクフルト地裁区域に590人、ギーゼン地裁区域に114人、ハーナウ地裁区域に74人、リムブルク地裁区域に100人、ヴィースバーデン地裁区域に153人の公証人が事務所を設置している。

フランクフルト公証人会は、カッセル公証人会と同様に、1961年に設立された。カッセル公証人会の会員は、2001年1月1日現在、301人を数える。したがって、ヘッセン州では合計1,674人の公証人がいることになる。これに対して、弁護士数は合計12,746人であり、このうちフランクフルト公証人会の区域に11,434人、カッセル公証人会の区域に1,312人の弁護士がいる。

なお、ヘッセン州の人口は約600万人であり、フランクフルト公証人会の区域に約430万人、カッセル公証人会の区域に約140万人が住んでいる。

フランクフルト公証人会

1. 本質 <略>
2. 使命 <略>
3. 機関 <略>
4. 部会・委員会 <略>
5. 会員数（2001年）
6. 会員数と公正証書作成件数の統計数値

2001年1月1日現在の公証人数は 1,373人（うち男性1,257名、女性116名）

2000年度の公正証書作成件数は 464,662件

（統計は下の表参照）

年	公証人数	公正証書作成件数
1961	779	
1971	945	396,164
1981	1,155	399,327
1989	1,299	412,506

1990	1,376	436,242
1991	1,487	451,977
1992	1,453	503,702
1993	1,434	569,885
1994	1,421	554,450
1995	1,407	538,248
1996	1,443	523,075
1997	1,432	499,839
1998	1,408	526,644
1999	1,367	505,448
2000	1,378	464,662

7. 歴代役員名・会費（1961年・2001年）

公証人会の年会費は、1961年が30マルク（約3千円）、2001年が3,300マルク（約33万円）

8. 公証人会事務局

事務局長のルッツ・タウヘルト氏（弁護士公証人）は、フランクフルト弁護士会の事務局長を兼務している（1978年以来）

連邦公証人連合会との連携

フランクフルト公証人会からドイツ連邦公証人連合会の各種委員会に13人の委員を派遣している。

公証人責任保険制度

- ・ 保険制度には
 - 1 個人加入責任保険
 - 2 団体保険（過失）
 - 3 信託損害保険（故意）の三種類がある。

・ 弁護士公証人は職務責任につき強制保険に加入している。専門公証人の地域では公証人の職務責任については公証人金庫が管轄しているが、そのような地域と異なり、各弁護士公証人が自ら保険を掛けなければならない（職務責任保険）。法律により、最低100万マルクの保険金額を必要としている（連邦公証人法19a条）。

A) 職務責任保険

1. 個人加入の責任保険・・・最低100万マルク
2. 団体加入の責任保険・・・過失による損害、最低200万マルク

B) 信託損害保険

1. 信託損害保険・・・故意による損害、1回につき50万マルクまで。年4回限度。
2. 信託損害基金・・・さらに1981年に全公証人会加盟で基金設立。
最低2,000万マルク、最高3,000万マルクを予定。

C) 保険事故の数と額

1970年に最初の信託損害保険の事故が報告された。1972年に初めて保険金の請求(6万マルク)がなされた。

2000年には3人の公証人が惹起した33件の信託損害保険事案が報告されている。2000年までの被害額は、総計62万5,000マルクとなっている。

監督機関

会員は、州司法省の監督に服する。登録をしている区域を管轄する地方裁判所の所長および高等裁判所の長官が代表して監督権を行使する。

新任の公証人には最初の2年以内に、それ以外は4年ごとに、権限を委託された裁判官による監査と地区会計検査官による会計監査が実施される。そのほか、抜き打ち的に、預託金を保管する公証人の別口座の監査が行われることがある。監査対象となる公証人の選択は抽選方式で行われ、該当者には書面による通知の後、24時間以内に監査が実施される。

(翻訳 中山幸二)

(フランクフルト公証人)

ミルデ弁護士公証人事務所における公証実務見学

日時 3月23日(火)午後1時~午後5時30分

場所 ダルムシュタット

対応者 弁護士公証人ミルデ博士, 弁護士コンラディ博士

1 説明

フランクフルトでミルデ弁護士公証人からドイツの公証人制度について講義を受けた翌日、われわれは、貸切バスで移動してミルデ弁護士公証人のダルムシュタット事務所を訪問し、公証人実務を見学した。

ダルムシュタットは、フランクフルトから南へ列車で約30分のところにある人口約10万人の都市である。

ミルデ弁護士公証人のダルムシュタット事務所は、ダルムシュタットの街中の住宅街にあった。ドイツでは、博士号を取得した人には、格別の敬意を払われており、ドクトルの称号をつけて名前を呼ぶ必要があるし、ホテルに宿泊する際の宿泊者カードにも称号を記載する欄がある。ドイツの公証人事務所の看板は、法定された記載事項以外に表示が許されないが、博士号を取得していることの表示は許されている(12、87頁の写真参照)。ダルムシュタット事務所には、ミルデ弁護士公証人のほかに9名の弁護士が在籍しており、公証人に専属する補助職員だけで3名雇用しているそうである。ミルデ弁護士公証人が所属する事務所は、フランクフルトとダルムシュタットのほかにグリースハイムという町にも事務所を置いているそうである。

ミルデ弁護士公証人とともに対応いただいたコンラディ弁護士は、32歳で弁護士5年の経験があり、現在ダルムシュタットの裁判所に登録して活動している。あと3、4年の経験を積んでから公証人になる予定だとのことである。

公証実務の見学は、5、6人ずつ三つのグループに分かれて実施した。

一つめは、午後2時30分から、ダルムシュタット郊外の土地の売買契約に関する契約証書の作成であり、売主も買主も私人であった。買主が銀行から融資を受けて代金8万4000ユーロを払うので、売買契約に関する契約証書のほか、土地債務について執行証書が作成されるというものであった。

二つめは、午後3時30分から、両親から娘に対し遺産の生前贈与に関する証書を作成するというものであった。相続税の関係で生前にした方が有利なのだそうである。出頭する当事者は、両親と娘である。一定の条件のもとで、財産を両親に戻す条項を入れる。例えば、両親より先に娘が死んだら両親に戻すとか、娘が破産宣告を受けた場合や強制執行を受けた場合は両親に戻すとか、トラブルがあった場合、虐待した場合には戻すとの条項を入れる。

三つめは、午後4時30分から、建築に関する建築会社と私人間の証書作成の実務であり、建築条件付きで土地売買し、建築会社との間で請負契約を締結することに関する契約証書と土地債務の執行証書を作成するというものであった。

〔ミルデ弁護士公証人からの説明〕

見学に先立って、ミルデ弁護士公証人から一般的な説明がされた。

まず、弁護士公証人として、絶対確認しなくてはいけないのは、依頼者と事務所の他の弁護士との間に依頼関係がないかどうかである。この売買契約に関して関与している場合はもちろん、過去に依頼関係があった場合もダメである。

説明中に質問があればその都度、教示する。そのため、最初にどんな質問であっても、途中で質問しても、良いということを説明する。

次に、土地の売買契約の内容とその効果について説明する。土地債務に関する執行証書には執行認諾の文言が入ることも説明する。土地債務の設定は、所有者単独で行うので(契約ではない)、融資を行う銀行の人は来ない。

その次に土地に関することについて説明をする。場所や形状、担保関係について説明をする。証書には、二重譲渡できないように、所有権移転登記の合意があったことを記載する。これが登記簿に記載されることを説明する。価額についての説明と払えなかったときには土地債務について執行を認諾することを説明する。

一つめの売買契約で特殊なのは、建物の一部については、売主の子供に所有権を持たせ、購入者と売主の間で売主の子供を住ませるという合意をすることである。これは、日本ではあまり見ない契約の仕方であるが、土地を売って、それを借りて住むことがドイツでは多いそうである。買う人にとっては投資になる。所有権は、銀行から代金が支払われたときに移転する。銀行との関係では払えなければ、強制執行について執行認諾する。売買契約と土地債務設定(いわば単独行為)の2つにつき公正証書を作成する。当事者の一方は知っているが、他方は初めて会う。だからといって、不公平にすることはしない。補助職員が協力して事前準備を行う。税金の問題がわかるのは、ほかにいないので、自分で行う。電話や書類のやりとりで重要な点は準備したので、明日かあさってに証書の作成は終わる。

なお、登記申請する際に登記簿にどのような記載がされるのかを説明する。公証人が代理人となって登記をすることを説明する。賃貸借がある場合はその内容を説明する。その後の手続の流れがどうなるかを説明する。

銀行への支払いが困難と思われる場合、例えば1か月600ユーロの返済が払えそうもないと思われる場合、それは言うだろう。しかし、売主が代金を確保できるのであれば、構わない。銀行が融資しなければ、契約を解除する。強制執行してもいいけれども、期限を定めて契約解除する。買主は通常は銀行から融資の承諾をとっているはずだし、公証人も銀行と連絡を取って融資が実行されることを確認している。

当事者間に争いが発生しないよう丁寧に説明をするが、それでも当事者がわからない場合もあるので、できるだけ丁寧に説明する。最終的に当事者間にトラブルが発生した場合は、公証人にどうにかしてほしいと当事者がやってくることもあるが、それに応じてはいけない。応じると公平性を害する。弁護士に当事者が依頼して訴訟になることがある。

土地債務について、登記簿に記載されたものと、証券になるものの二種類がある。通常、銀行は土地債務が記載された登記簿の写しをもっている。登記簿の写しは、利害関係がないととれない。土地債務に銀行は最初から執行文を付けておく。しかし、銀行はそう簡単には強制執行をしない。公証人は、インターネットでコードを入力して登記簿をみることができる。

トラブル防止のためにビデオや録音をすることはしない。証書作成前に公正証書の案文を全部準備し、それは事前に当事者も見ているが、最終的に作成する段階で当事者の真意がそうではなかったとなれば、新しく作り直す。それまでのは無効にする。写しは清書したものを渡す。証書の中にどういう教示をしたのかを記すので、訴訟になってもビデオを証拠に出す必要はない。

[コンラディ弁護士からの補足説明]

以上のとおり、ミルデ弁護士公証人から説明を受けた後、われわれは、三つのグループに分かれて、交代で公正証書作成実務を見学した。見学の空き時間を利用して、コンラディ弁護士から、ミルデ弁護士公証人が時間不足のため昨日の講義で説明できなかった点について補足説明をいただいた。

公証人は、事前に当事者と電話や手紙でかなり打ち合わせをする。起案して、これをみてもらった上で、直してゆく。できあがったものを読み聞けする。重要な点については、教示して、教示した内容を記載する。疑いがあるこれを指摘したのに契約をする場合には、この点を付記する。これは、公証人の免責につながる。重要なのは、読み聞けは、形式的に読むということではなく、内容が理解しているかどうかを確認することである。

原本は公証人が10年間保管する。当事者に対し認証された正本が各1通を渡すことが証書作成法によって義務づけられている。謄本はいろんな官庁に届ける場合に何通か渡す。

宣誓に代わる意思表示をするのは非常にまれ。後で違うということになると偽証罪になる可能性がある。そんなに滅多にはなされていない。遺言とか死因贈与の場合に行うことがある。官庁や裁判所に書類を提出するような場合に限られる。死亡した場合は区裁判所に提出する。

当事者が外国人などの場合には、まず、ドイツ語が理解できるかどうかを確認する。例えば、天気の話など日常的な話をして確認する。問題がある場合は、通訳を連れてこさせる。通訳は宣誓して公正証書の通訳をする。通訳を介して公正証書を作成した場合、内容を理解していなくても証書は無効にはならない。そこまでやって証書は有効になる。以上の手続きを怠ると、懲戒になる。2回やると資格を剥奪されるだろう。ベルギーの公証人がそうだった。なお、公証人が外国語を解する場合は、その外国語で作成しても構わない。

公証人の賠償責任について、いかなる過失行為についても個人責任を負う。過失の場合は、個人の責任賠償保険で賠償される。保険金の最低額が1億円である。故意の場合はこの保険により填補されない。扱う事件の多寡により増えていき、4億円を填補することもある。故意による損害については、連邦法により特別の保険を創出した。結構以前には故意による損害賠償の事例があった。そのような場合は、保険会社が払わないので、基金を作った。25万ユーロを超える損害については、公証人会に責任を負わせる。

公証人の報酬は法定されており、当事者で決めることができない。フランスなどの方が報酬は高いだろう。不動産売買の場合、原則は買主が払う。手数料は、最終的に契約が成立しない場合でも請求することができる。

教示をした内容が全て証書になるわけではない。重要な部分だけである。
ドイツの不動産業者は、法律的なことには全く関与しない。

ドイツでも、金銭消費貸借の公正証書を作ることはできるが、実際には、費用の関係で作られることは余りない。給料差押えができる範囲に制限があることも関係あろう。また、ドイツではノンバンクの貸金業者は少ない。非合法的な業者もいるかもしれないが、銀行で融資を受けるのが一般的だ。

弁護士公証人の場合は、弁護士としての依頼人について、公証人として証書を作成することが最も不公正である。その場合、証書は無効にはならないが、公証人として賠償責任を負う。

建築業者が、区分所有の不動産の公正証書作成で大量の案件を持ち込むことがありうる。その場合は、買主を5人ずつ呼んで証書作成することがある。

一方が経済的強者で、一方が経済的弱者の契約も、それはあるだろう。公序や法律に反しない限り、経済的弱者に不利な契約であっても証書を作成することになる。公序に反するかどうかは判例の積み重ねがあるので、それによって判断する。

不動産取引の場合、証書作成に弁護士が代理人につくことは少なく、本人が多い。紛争がある場合に証書を作成する場合は、弁護士がつくことが多い。ダルムシュタットでは弁護士が代理につくことは少なく、本人が多い。

公証人は、以前は定年がなく80歳までやっていたが、現在では70歳を定年に行っている。遅

くとも59歳までに公証人になる必要がある。弁護士活動をやめて公証人を主にする人もいる。弁護士の方がより疲れる。

裁判官も公証人も、なるには、両方とも国家試験で高い得点が必要である。社会的には公証人の地位が高い。収入が影響している。裁判官は公務員なので収入に限定がある。

公証人の補助者との役割分担については、8割方は公証人が準備している。登記や税務署の関係は補助者が準備してくれている。弁護士はディクテーションをして文書を作成する。公証人は一つ一つの文言を重要なので、自分で打つ。書式がコンピュータにあって、自分で重要な条項を追加訂正していく。

委任状による証書の作成は大変危険な行為なので、本人の住所地の公証人に委任状を作成してもらって、認証してもらうのが一般的である。

ダルムシュタットには、3人の弁護士公証人がいる。誰を選ぶかは特別基準がなく、知人から紹介さえるとか、以前に頼んだとかで決めているようだ。費用を出す人が決める。

取り扱う事件としては、不動産取引の事件が圧倒的に多い。その次に建築の事件、相続関係、夫婦財産契約が多い。会社の議事録が多い。税金関係。ミルデ弁護士は会社法のスペシャリスト。署名の認証も多い。

公証人の賠償責任事例集のようなものはないが、法律雑誌で紹介されたりする。

〔見学を終えて、ミルデ弁護士公証人からの説明〕

今日お見せしたのは、いつも通りで、たいていの場合、当事者から活発に質問がされる。なるべく全部説明するようにするが、どうしても当事者が理解できないところもある。重要な事柄は特に詳しく説明する。

当事者立会いのもとで、証書案に手書きで訂正削除したところは、そのままオリジナルになる。当事者には清書した正本を渡す。

多忙のために、説明する時間がなくなり、十分な説明がなされないことは、非常に問題だが、それは起こりうることである。公証人は自由業なので、何時間働いてもよい。

(担当 江野 栄)

(ミルデ弁護士公証人事務所会議室)

(コンラディ弁護士)

2 見学記録

ミルデ公証人事務所の執務室(15~20畳くらい?濃い紫のカーペットに白いクロス。壁に

は絵画が飾ってあって、観葉植物も2つ置いてあった。また本棚には、黄色や赤の専門書があり、カラフル。部屋は清潔で明るいイメージである。室内は公証人の執務机と、反対側に関係者が座る大きな楕円テーブルあり)

建築条件付の不動産(土地)売買の事案

15:37 見学開始

関係者すでにテーブルについている。ミルデ公証人をはさんで、向かって右側に、売主の女性と、建築会社の男性が着座。向かって左側には買主の夫婦と幼児の3人が着座。

15:38 ミルデ公証人 パスポート確認(本人確認)。読み上げスタート。

両当事者、公正証書のコピーを見ながら公証人の話を聞く。

公正証書案は事前に当事者にコピーが送られている。当事者は当日そのコピーを見ながら話を聞くわけである。

以降、ミルデ公証人、公正証書案(全部で28ページ)をずっと読み上げる。途中、当事者から質問が出れば、公証人は読み聞かせを中断し、その都度、質問に答えていた。笑いあり(笑いの内容は不明)のにこやかなムードで進行していった。

15:50 買主から質問 ミルデ公証人 答える。

15:51 買主から質問

15:52 買主から質問

買主から質問

ミルデ公証人 公正証書原本に書込み(訂正か加除をしていた模様)

買主も頻繁にコピーに書き込んでいた。

買主から質問

ミルデ公証人書込み。ゆっくり読み上げ(大事な部分らしい)

ミルデ氏書込み(訂正、削除)

買主から売主に質問 売主答える

買主から質問

ミルデ公証人答える

買主質問 書類書込み

16:05 執行認諾条項の説明

買主に、支払えない場合執行文付与・強制執行する旨の説明

土地債務を代金支払い後、抹消する旨の説明

買主質問

支払いについて説明

16:10 建築費用について説明

16:12 買主質問 「建築に不備(瑕疵)があった場合、支払いするのか」

16:14 建物の引渡しについて説明

16:15 買主質問 「土地債務は譲渡されるのか」

16:16 契約の解除について説明

どういふ場合に損害賠償の対象になるのか説明

(買主が法律に疎いので特に詳しく丁寧に教示しているとのこと。小田先生解説)

16:25 買主質問 (詳しい質問のよう)

16:27 土地債務について説明(普通の人にはよく知らないので銀行との関係の事などをくわしく説明。小田先生解説)

「売買価格について、当事者間で証書記載の売買価格となる異なる合意をしても無効です」と説明

16:30 仲介料について説明

最後に、全部確認した事を確認

16:32 署名(公証人が加除訂正した原本そのものに)

後日、当事者にはタイプし直したものを送るとのこと。

は、横に座っていらっしやった小田先生に小声で通訳してもらったものです。

(担当 小寺敬二)

〔コラム〕ミルデ公証人事務所での公正証書作成見学記

椋 島 敏 雅

3月23日のミルデ事務所での公正証書作成現場の見学は、前日に同氏から聞いて感じていたドイツ公正証書の高い信頼性を納得させるものであった。当日、午後3時30分から作成予定の建築条件付き土地売買公正証書について、ミルデ公証人は当事者の了解を貰っていないので、見学できるかどうか分からないと言っておられた。しかし、その場で当事者に日本から公正証書制度改善のために調査に来ていることを説明され同意をいただいた。

公証人の執務室にはいっていくと、楕円形のテーブルに両当事者が公証人を挟んで座っておられた。見学させてもらうことに感謝の挨拶をして公証人の対面に着席した。

当事者の一方は、2~3歳くらいの子どもを連れた夫婦であった。子供は母親に抱かれてテーブル上においてある絵本やおもちゃで遊んでいる。夫婦は40代前後に見えた。これから、マイホームが持てる喜びを膨らまして着席されているのだろう。他方当事者側には土地の売主の女性と建築会社の人に着席されていた。事前に当事者に送られている公正証書案を全員が開いており、私たちが着席すると、ミルデ公証人がそれを最初から読み聞かせるかたちで開始された。当事者は証書案を目で追いながら読み聞かせに真剣に聞き入っている。買主側の公正証書にはところどころに黄色のマーカーが引かれている。公証人が読み聞かせを区切って行い、説明をし、質問を受けそれに答え、そして、さらに読み聞かせ、説明をするという繰返して進んでいく。読み聞かせは当事者が内容を理解しているかどうかを確認する大切な業務であるとのことである。(ドイツにも外国人が多く居住しておられるが、ドイツ語を理解できない人には通訳をつける必要がある。ドイツ語を理解しない人に通訳をつけずに作成した場合はそれだけで懲戒の対象になるとのことである。それだけ読み聞かせが重要であるのだろう)。この時公証人が当事者に教示した内容は同席されていた小田司日本大学助教授によると、執行認諾条項、瑕疵担保責任、代金の支払い、建築費用、建物の引渡、

契約の解除、土地債務の譲渡、損害賠償などであり、これらが読み聞かせの途中でその都度教示されたとのことであった。また、読み聞かせの途中で買主側のご主人がマーカーをしているところまで進んでくると、読み聞かせが終わったところで、質問や意見やらを良く出されていた。それに対して公証人がひとつひとつ丁寧に説明をしたり、相手方に意見を聞かれていた。そこで当事者同士の協議みたいなものも行われ、公証人が新たな合意を確認する。その結果、当初の証書案に加除訂正する必要が生じた場合は、その都度、当該箇所ペンで訂正等されていく。この訂正したものが公正証書の原本となり、公証人事務所に備え置かれるというのであるから驚きである。公証人への高い信頼の表れであろう。当事者には訂正部分を清書したものが渡されるそうである。3時37分から約1時間後、公証人が分厚い証書案の読み聞かせを終え、両当事者と公証人が署名をされて、建築条件付土地売買契約公正証書が完成した。この一連の作成過程を見学して、これだけ証書の全文を読み聞かせ、その都度重要なところで説明をして作成される公正証書は、日本のように知らない間に公正証書が作成された等の問題は起こらないだろうと確信した。証書の作成を終え、当事者に見学させてもらったお礼を述べて退席した。

印象的だったのは、栗色の目をした子どもがとてもかわいらしく、一家の生活が想像され、このような依頼者の信頼を保護するのが公証人の職責であると確信し、日本の公正証書制度の改善のためにがんばらなければと思った次第である。

〔コラム〕これが中立的予防司法だ！（ミルデ公証人の実務を見学して）

辰 巳 裕 規

私は、親子間における負担付財産贈与契約に関する公正証書作成の現場を見学した。何よりも驚いたのは、やはり、頭脳明晰で品が良くルックスも素晴らしいミルデ公証人が両当事者の間にたって、両当事者に熱意をもって条項の意味を説明し、また、それについての両当事者の質問に答え、意見を受け容れていた業務姿勢である。

日本においても、例えば裁判所における和解や調停の成立の際に、和解・調停条項について裁判官がそれなりの説明をする場面を見ることができるが、これは紛争発生後の対立当事者間における紛争解決のための合意である。また、我々弁護士は依頼者からこれから締結しようとする契約書を示され、その内容についての説明を求められたり、あるいは依頼者の代理人として契約書を作成することがあり、これは予防司法の一場面ではあるが、弁護士はあくまで依頼者の一方の利益を図ることに専念するのであり、極論をすれば、相手方の理解の有無、被る不利益を問わず、契約書に依頼者に有利な条項を盛り込ませれば、それが「手柄」になるとも言える。中立的予防司法を担う「第4」の法曹・法律機関が存在していない。

ドイツのように若くて熱意ある優秀な法律家が率先して公証人となり、中立的な立場から両当事者の重要な法律関係形成に関与する、そして紛争予防を執行力という威力で実現しようとするのではなく、後見的な立場から教示義務の徹底により実現させるというシステムが、必ずしも個々人の法的知識・権利意識が高くない我が国において、より必要なのではないかと考えた。ただし、現状の我が国の公証人の執務態度を前提に職域拡大だけを許せば百害あって一利なしである。教示義務の徹底的実践を存在意義とする真の「公証制度」を我が国に創造する必要があると感じた。