

## 第2章 ケルン（ノルドライン・ウェストファーレン州）での調査結果

### ケルン大学手続法研究所での説明

日時 3月24日（水）午後3時30分～午後5時30分  
場所 ケルン大学手続法研究所  
対応者 プリュッティング教授，公証人クライ博士

#### 1 ケルン大学の概要、プリュッティング教授の経歴

現在のケルン大学の学生数は、ミュンヘン大学を抜き、ドイツ1位であり、学生数は6万人である。学部は7学部あり、法学部はそのうちの1つである。法学部の学生は6,000人ぐらいで、教授は33人である。

法学部の特徴は、各教授がそれぞれ自分の専門に応じて研究所を持っていることである。プリュッティング教授は手続法の研究所を持っている。15年前に、はじめて弁護士法、公証法の研究機関が作られたのであるが、プリュッティング教授らが弁護士法のコンメンタールを執筆するにあたって、上記の手続法の研究所とは別に、弁護士法研究所が設置された。

#### 2 ドイツ公証人制度の種類

ドイツでは公証制度は三種類ある。専門公証人、弁護士公証人と、バーデン・ビュルテンベルク州の公務員公証人がある。しかし、最後の公務員公証人は特殊なものなので、大まかな制度としては専門公証人と弁護士公証人の二つである。

そして、二つの制度には、歴史的な背景がある。それは、弁護士公証人は、かつてのプロイセンで、当時、弁護士とまではいえないような市民に対する法律相談業があり（司法委員。裁判外で依頼者のために法律的介助を行う職業。日本公証人論17頁参照）、その人が公証人のような仕事をするようになった。そして、こうした任務についていた人が弁護士となった。それ故、プロイセンに属していたようなヘッセン州等5州は弁護士公証人となっている。これに対し、それ以外のバイエルン州など9州は専門公証人となっている。このケルンのあるノルドライン・ウェストファーレン州は、高等裁判所の管轄区域によって、専門公証人の地域と弁護士公証人の地域の二つに分かれている。残りは、公務員公証人のバーデン・ビュルテンベルク州であるが、これは無視してよい。

#### 3 公証人と弁護士の共通点と相違点

公証人と弁護士は、国または国の機関によって監督されず、独自の自由業である点では共通である。それぞれの監督は、公証人会、弁護士会が行っている。

資格についても共通しており、裁判官と同様、第二次国家試験に合格していることが必要である。

ドイツにおいて非常に特徴的な点は、公証人、弁護士について賠償保険制度がある。この点は共通している。また、報酬に関することが、法律、規則で完全に決められていることも共通している。

これに対し、公証人と弁護士の大きな違いは、弁護士の業務は依頼人の利益になるような行為をしなければならない。これに対し、公証人は、当事者双方のために行動しなければならない。公平が法律上も要求されている点が、大きな違いである。公証人は一方に有利なことはしてはならないのである。

自由業である点共通していても、公証人の行う業務は公務である点で、大きな違いがある。さらに、公証人と弁護士は、賠償責任に関しても違いがある。民事法の規定に基づく責任の点では公証人も弁護士も共通するが、公証人の場合には民事上の外に公法上の責任が発生することが違う。

さらに、広告の関係でも違いがある。弁護士については、広告禁止は徐々に緩和されているが、公証人については依然として全面的に広告禁止となっている。

#### 4 公証人になるには

ドイツの法曹教育は、第一次国家試験を通り、第二次国家試験を受ける前に司法修習を受けるが、その際、裁判所、弁護士、検察官に分けて、それぞれの実務を知ることができる。しかし、第二次国家試験に合格しても、公証人をやれるだけの実務経験は得られない。

そして、第2次国家試験合格者の大多数は、特別な条件なしに登録料さえ支払えば簡単になれる弁護士になる。現在13万人の弁護士が登録している。

これに対し、公証人は登録すれば簡単になれるというものではない。とりわけ、専門公証人の場合には、試験を通った段階で公証人試補として少なくとも実習期間3年を経て、はじめて公証人になる。しかも、欠員が出ないと募集されない。それ故、公証人は、弁護士と比べて極端に少なく、現在約1万人である。そのうち約1,600人が専門公証人である。だから、第二次国家試験の成績が優秀な人でないと公証人にはなれない。

なお、最近では、和解、調停、訴訟外での解決が重要視され、そのために、公証人の中立性が今後重要になってくると思われる。それ故、法曹教育の中に少しずつ、公証実務に関することが取り上げられるようになってきている(今年から法曹教育の中に公証実務に関することが取り上げられることが検討されている)。

#### 5 日本の現状とドイツでの公正証書

日本では高利貸しが跋扈し、この高利貸しが公正証書を使って、給料の差押え等のトラブルを引き起こしていると伺った。しかし、ドイツでは、銀行以外で法外の利息をとる貸金業者が最近少しずつ増えており、徐々に問題となってきたばかりであるが、その問題がなぜ公正証書と結びつくか全く理解できない。

確かにドイツでも金銭消費貸借の公正証書を作成することは可能であり、これに執行文を付与して、給料を差し押さえることも、理論上可能ではある。しかし、そのようなことが実際になされるとはドイツでは考えられない。クライ公証人自身も、このような公正証書を作成したことは一度もない。というのは、ドイツでは第二次国家試験の成績が相当に優秀な人でないと公証人になれず、報酬も、ステータスも非常に高く、エリートである。だから、公証人が裏の商売の人と結びつくことは考えられない。これは法律の問題ではなくドイツ公証人の質の問題である。

また、仮に業者や銀行から依頼があっても、公正証書を作成する際に、公序に反していないか、法律に違反していないか調査する義務があるので、これらに反していれば公正証書を作らない。さらに、すべての点について教示する義務、説明する義務があるので、綿密に調査する。そして、当事者を呼んで目の前で説明に1時間はかけるので、その意味でも日本のような問題はおきない。

さらに、公正証書が間違った内容や法律に違反する内容では、個人的に賠償責任が発生するので、この意味でもリスクの大きい公正証書は作らない。それ故、日本のような公正証書

が作られることはまずない。

## 6 ドイツでの近時の証書作成法の改正

改正された内容の一つは、証書を作成する2週間前に当事者に案文を送って事前に検討する機会を与えた上でよく教示・説明するようにしたことである。これは、とりわけ、弁護士公証人の場合にあり得ることであるが、改正前はこのような手続上の制限なしに公正証書を作成できたので、例えば建築業者が消費者に今日中に契約しないと物件が他の人に売れてしまうなどと申し向けて合意を取り付け、すぐさまその日の深夜のうちに公正証書を作成するような実務があった(いわゆる「深夜公証人」)。このようなことを防止するために、証書作成法の改正がなされた。

ただ、改正法でも、2週間前に送らなかったとしても、公正証書自体は無効にはならない。しかし、公証人の義務違反を問われる可能性はある。それでも、どうしても依頼者が頼む場合(休暇を取る場合等)、依頼者との話し合いで、この期間を10日にしたりすることはある。そして、クライ公証人自身も、14日のきまりを原則として、少なくとも守ろうとしているが、特殊なケースは守れない場合もある。そのときには公正証書にその旨(何日前に送ったかを)記載する。

また、証書作成法17条の代理人に関する改正で、家族や近親者など本人が信頼できる人物でなければ代理人になれなくなった。従来は、例えば、建築条件付の契約の際に建築業者に代理権を与え、公証人と証書作成をやらうとすれば可能であった。しかし、今回の改正で、代理人の資格を近親者など本人が信頼できる人物に限られるようになったので、業者が消費者の代理人を兼ねて業者に有利な公正証書を作成するようなことができないようになった。これは公証人会のガイドラインを法制化したものである。

## 7 事業者と消費者間の公正証書

抽象的な場面はあまり想定できないが、しかし、公証人の職務は公平、どちらにも肩入れしないことが重要である。ただ、場合によっては、企業の方とは何回か面識があるのに対し、消費者とは初対面というような場合には、企業に経済的に有利な公正証書ができることも全くないとはいえない。

しかし、企業に経済的に有利な内容の公正証書はあるかもしれないが、法律違反、公序違反の公正証書は作成できない。確かに、企業は報酬の面では、たくさん払ってくれるというメリットはあるかもしれないが、ドイツの公証人は企業の公正証書をやらなくても食べていける。だから、法律違反、公序違反の公正証書が作成されることはないと思われる。

それ故、企業に多少経済的に有利なことはあるかもしれないが、公証人の職務は当事者間の公平を保つというのが重要であり、どちらかに助言はしていけない。助言は弁護士の仕事である。

ラテン系公証人国際連合の国際会議の報告を見ると、消費者保護ということが言われているが、これが公証人法や規則の中に反映されているかとの点については、ドイツ、フランス、ベルギー、オーストリアのラテン系の公正証書は消費者保護を重視しており、その中で一番重要なのは公証人が公平であるということである。この点で、アングロサクソン系とは異なっている。消費者保護の具体的な条文は証書作成法17条2a項だとは思われるが、クライ公証人自身は個人的には、この改正は良い改正だとは思っていない。この改正は公平をより一層の確保を図ろうとするものと思われるが、そのような改正がなくとも、今までもやってきたことだか

らである。

## 8 公正証書作成件数等

件数の統計は公証人会にあると思う。詳細な数字はよく分からない。ただ、だいたい、專業の場合、年間1,500件~2,000件ぐらいであり、それよりも多いところもある。大都市は2,000件ぐらいである。これに対し、弁護士公証人の場合にはかなり差がある。公証人業務を趣味的にやっている人だと20~50件ぐらい、公証人業務が主の人は1,000件ぐらいではないか。ちなみに、クライ公証人の祖父は弁護士公証人だったが、年間900件ぐらいだった。

報酬については具体的な金額はご容赦いただきたいが、しかし、都市部では公正証書だけで2,000件だとしても、その中には署名の認証も含まれているので、その数・割合により報酬も変わる。いずれにしても企業人や弁護士と比べても相当によいと思う。また、報酬は経済状況により、景気がよければ、建築条件付きも多くなり、報酬も多くなるのではないかと思われる。

懲戒事案の概要については、公証人会の委員会でないといけないし、公表していないので分からない。

賠償事案の典型的なものは、やはり、土地売買契約の際の土地債務や、登記に関するものである。なお、公証人は経済的に有利なことは説明していけないが、法律的な効果については教示する義務がある。

專業公証人に就く年齢は、かつては平均35歳であった。今は法曹システムも変わってきており、理論的には、非常に早かったら30歳で公証人になれる(ただし、ほとんど例がない)。クライ公証人は32歳でなった。他方、かつては定年がなかったので、ケルンには92歳という公証人がいた。しかし、今日では制限があり、定年は70歳となっている。このように、弁護士と公証人とは自由業という点では共通している。しかし、大きな違いは、弁護士がいつまでもできるのに対し、公証人は定年があることである。

ドイツの国民、市民は、公証人に対して信頼は高い。教授自身も公証人に対する信頼は高いと考えている。クライ公証人自身も、非常に若いですが、それでも銀行や、役所に行ったりする際には、多少扱いが違うと感じている。

(担当 和田聖仁)

(ブリュッティング教授とクライ公証人を囲んで)

〔解説〕深夜公証人とは

中山 幸二

「深夜公証人」の存在は、ヘニング弁護士との昼食会で初めて知った。猪股弁護士が現地で買い求めたコンメンタールにも、深夜公証人の存在が問題になっていることが、確認できたので、該当箇所を仮訳する。

Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz und Denstordnung für Notare, 4. Auflage, 2003,

## 証書作成法 17条 2a 項

### <立法趣旨、成立史>

「…………最近、特に投資としての不動産販売に関連して、厄介な事が知れ渡るようになった。いわゆる組織的販売業者が躍起になって、法外な値をつけた不動産を消費者に売りつけており、そこでは多くの場合、これから締結する契約書に仲介人が「銀行及び公証人の審査済み」と記載していた（シュムッカー、ドイツ公証人雑誌 2002年 5 10 頁参照）。そして、往々にして不慣れな買主が考える暇もなく、販売交渉に続いて直ちに たいいてい遅い時間帯に（「深夜公証人」）、契約（不動産売買契約、土地債務の設定など）の公正証書が作成されていた（ブラムプリック、不動産法雑誌 2002年 5 9 7 頁の叙述：「もし貴方が今日中に署名しなければ、この住宅（物件）はなくなってしまいますよ」）。立法者は、数多くの消費者が被害を受けたとの印象を受けて（連邦公証人連合会・内部資料 2002年 4 月号 5 頁参照）再度、消費者契約に関する公証人の手続義務を強化し、2002年 8 月 1 日施行の 2 a 項 2 文以下で消費者契約につき広範な規定を定めた。これは、証書作成の前と証書作成の中で消費者に十分な情報と教示を与えることを目的としたものである（官報 14 / 9 2 6 6 S 5 0 参照）」

### ヘニング弁護士からの説明

日 時 3月24日（水）午後12時30分～午後2時  
場 所 レストランアルト・ケルン  
対応者 ヘニング弁護士

ケルン大聖堂前のレストランアルト・ケルンにて昼食を共にしながら、インタビューをし、ドイツの弁護士から見た公証人について語っていただいた。

#### 1 ヘニング弁護士について

ヘニング弁護士は、ケルン近郊の人口約 5 万 5 0 0 0 人の街で弁護士をしている。事務所には同僚弁護士が 5 人おり、弁護士歴は約 2 0 年である。その街には弁護士公証人は 1 名いる。ヘニング弁護士は主に労働事件や市民生活に関わる事件などを手がけている。

司法修習生のときに東京御茶ノ水にある法律事務所で実務修習したこともあり、大変な知日家でもある。高校時代に柔道の代表で東北地方をまわったことがあり、そのときの縁で日本人の妻と結婚をされ、しばしば日本を訪れている。日本の法律家がケルンを訪問する際には、ほとんどの場合ヘニング弁護士の協力を得ている。木川統一郎古希記念や石川明古希記念の論文集にも寄稿され、日本の学界にも名の知れた弁護士である。一昨年、日本弁護士連合会の業務改革委員会の訪独団にも協力した。彼らは、弁護士やパラリーガルの業態について福岡県や鹿児島県で開催された業務改革シンポジウムの準備で訪問したと記憶している。日弁連には知り合いが多い。去年、日本に訪問した際も、日本の弁護士にたくさん囲まれて訪独時のお礼をされた。是非、仕事だけではなくドイツという国を楽しんで行って欲しい。小さなきっかけから大きなネットワークができ、その人脈は宝になる。

## 2 公証人業務についての弁護士から見た認識

公証人は、一年間で約3,500件の公正証書を作成している。公証人のもとに行き公正証書を完成させる際の時間は事件の種類によるのであろうが、土地の売買契約書で約1時間との認識である。弁護士専業よりも公証人を兼業する人の方がおそらく業務量も倍増していると思う。

ドイツの公証人は、一般に高収入であり、それは弁護士よりも高い。ドイツでは土地の売買契約の際には、必ず公証人が関与する制度なので、公証人は机に座っているだけでも仕事が入ってくることになる。公証人手数料は、作成する公正証書の種類や目的物の価額により異なるが、土地の売買や抵当権の設定などでは手数料は3,000~4,000ユーロくらいが一般的であるとの認識である。勿論対象となる土地が高いと手数料も高くなる。そのため地価の高い都心部の仕事の方が収入も高い。デュッセルドルフなどでは大変競争が激しい。

## 3 弁護士から見た公証人の実態

公証人にとっては、やはり建築契約が一番収入面で良い仕事となる。そのため、公証人は建前では競争が禁止されてはいるものの、実際にはやはり競争が存在すると感じる。また、公証人の仕事は公平でないといけませんが、公正証書の条項について「ぎりぎりの場面」では、一方依頼者から「良い公証人」という評価を得たいがために、売主や買主の一方に有利となるように記載することが起こってしまうのではないかと考えている。中には依頼者となる建設業者と一緒にゴルフをする公証人もおり、このような公証人の行為は中立性の観点から問題があると思う。もっともドイツでは、日本と異なり職務を離れた場面では、裁判官と弁護士が私的なつきあいをしたり、裁判官の個人的事件を弁護士が弁護することも普通に見られるので、私的なつきあいが直ちに許されないという考え方はしない。

手続規定を守らない公証人も皆無ではないと思われるが、それは公証人の姿勢によると思う。例えば、2002年改正により、公正証書作成2週間前に条項案を当事者に渡すという規定ができたが、中には守らない公証人がいるかもしれない。

代理人による公正証書作成の場合は、作成した公正証書の正本は本人に渡されているはずである。

民法等で公正証書によることが要求されていない契約についても公正証書を作成することは理論上あり得るが実際はほとんど作成されていない。執行証書もあまり作られていないのではないか。

## 4 判断能力劣る当事者が公証人の前に来た場合の扱い

公証人は、当事者の意思能力を調査しなければならないので、その者に様々な質問をしていく。その質問の結果、能力が劣ると判明した場合には、裁判所から介助者（後見人）が選任されなければならない。しかし、その能力の判断は公証人の裁量となる。従って、場合によっては、能力に疑いが残る相続事件は存在する。

## 5 公正証書をめぐる具体的紛争事案の例

2004年1月に公正証書上の条項の法律違反に関わる訴訟を経験した。依頼者はソーラーシステム会社である。その会社は20件の住宅に20機のソーラーシステムを設置した。費用は、約40万ユーロである。しかし、買主が代金を支払わなかった。この事案では公正証書による契約書が作成されており、ソーラーシステムの所有権は代金支払時までには売主に留保されるという条項があった。しかし、ドイツにおいては、ソーラーシステムは不動産に

「附合」するので、所有権は不動産所有者に帰属するのであり、この所有権留保条項は無意味なものとなった。そこでソーラーシステム会社は買主を相手に訴訟を提起し、相手方はこれを認諾した。この事案では相手方が責任を認めたので公証人の責任追及まで至らなかった。

同僚などとの間で良く話題に上る事件であるが、ある男性弁護士が結婚する際に夫婦財産契約に関する公正証書を作成するにあたって（その弁護士は再婚か3回目の結婚であるが）、養育費を払わない条項をつけた。公証人が弁護士に、かかる条項自体が公序良俗に反することを教示しなければならないか争われた。一般的な感覚では、弁護士であればかような法解釈を知っているだろうから教示義務は生じないと考えるところ、高裁判決では教示義務があることを認めた。同僚とこの事件について議論する際には、この結論はおかしいと話し合うのであるが、公証人には素人には勿論のこと、専門家でも教示義務を負う場合があることを示している（弁護士が、自分は家族法が専門外で知らない、という場合もありうる。）

## 6 金融業者と公正証書

近時ドイツ国内でも、スイス系の金融会社が進出し融資を行うことが多くなってきた。ドイツの会社もある。しかし、金融業者が公正証書をつくることはほとんどない。そもそも、このような金融会社にお金を借りる人は銀行から借入ができない人であるが、この層の人々は担保を有していない。したがって、公正証書を作ることもない。その代わり金利は高めに設定される（但し、暴利基準があり、市中金利に連動して規律されている。）が、返済を受けられなくなれば貸し倒れで終わる。

## 7 ヘニング弁護士からの質問

ヘニング弁護士から、「日本の公証人には責任保険はないのでしょうか。なぜ公証人ではなく、弁護士がドイツの公証人制度を調べに来たのでしょうか。」と質問された。そこで、われわれは、日本では債務者が、公証人の教示を受けることなく、債権者の従業員を代理人として公正証書が作成されてしまう実態を告げた。すると、ヘニング弁護士からすぐさま、「代理人に委嘱する際には委任状を作成すると思うが、委任状作成段階で公証人によるチェックを受けないのですか。立法者も、代理人による公正証書作成の場合には、委任状作成を公正証書によること、公証人の認証を要求すればいいではないでしょうか。」と、適確に問題点の指摘がなされたことが印象深い。

（担当 辰巳裕規）

（ヘニング弁護士との昼食会）