

第3章 ミュンヘン・レーゲンスブルク（バイエルン州）での調査結果

ミュンヘン公証人ガイマー教授からの説明

日時 3月25日（木）午前11時～午後12時30分

場所 ガイマー公証人事務所

対応者 公証人ガイマー教授，ルンデル公証人試補

1 はじめに

ガイマー公証人は、権威ある学者でもある公証人だが、ヒアリングの最初に、「テーブルの上に用意されたサンドウィッチや飲み物を遠慮なく手にして下さい。ドイツ人は日本人ほど行儀がよくなく、食べながら話しをすることが多いのです。」などとおっしゃるような大変気さくな方であった。

ガイマー公証人は、事前に送った「ドイツ公証実務に対する質問事項」に対してかなりボリュームのある回答書を用意して下さっていたが、その場で読むことは困難であり、かつ、実質的なヒアリング時間は1時間程度だったので、口頭では要点のみの質疑応答となった。

ガイマー公証人の回答書は中山幸二先生がお忙しいなか和訳して下さいだったので、詳細かつ正確な回答はそちらを参照していただきたい。

2 ガイマー公証人の経歴

国家試験終了後決められた実習を経て、すぐに専業公証人となった。大学でも非常勤で講義を持っている。「国際民事訴訟法」(2001)などの著作のある民事訴訟法学者である。公証人と学者の仕事の割合は、公証人業務が主である。大学では午後6時から講義をしている。

数週間前にロシアの公証制度視察団が来たとのことだった。中国からの視察団も来たことがあるということであった。

3 専業公証人制

ドイツでは、弁護士公証人制度をとっている州と専業公証人制度をとっている州がある。

専業公証人の制度は、フランスの影響を受けており、弁護士公証人制度は、プロイセンで発展した制度である。どちらの公証人も適用される法律は同じであり、連邦公証人法、証書作成法が適用される。

弁護士公証人については、弁護士は依頼者の利益のために行動し、公証人は当事者全員のため公平に介助する義務を負うことから、兼務の制度では、気持ちの切り替えが必要であり、すっきりしない。バイエルン州は専業公証人制度を採用しているため、兼務の制度で起こっている問題は起こらない。その点で専業の方が優れているのではないかと思う。

4 バイエルン州の公証人の数

バイエルン州には500人の専業公証人がいるがそのうち80名がミュンヘンで公証人をしている。女性公証人の割合は全体の20%くらいである。

公証人試補が約100人いる。試補は、非常に優秀な人であり、公証人から与えられた仕事をする。その期間は約6年。ルンデルさんは4年半くらい経つ。公証人試補が公証人になるには欠員が出た場合の公募による。女性公証人の産休の間の臨時採用もある。公証人を一度辞めてまたなることも可能だが、1年をこえるとミュンヘンでは難しい。

バイエルン州の公証人の特徴として、複数の公証人がいる事務所が少ない。一つの事務所に二人までとされている。

5 公正証書作成件数と事件の種類

ガイマー公証人は、もう一人の公証人と二人で事務所をやっている。二人で年に6,000件（認証含む）の事件がある。公正証書作成件数は約3,000件 1人あたり約1,500件。

事件の種類は、会社設立に関する証書と土地の売買契約とが半々くらい。ここミュンヘンは都会だが、郊外の公証人だと、土地の売買と相続が主になる。

遺言証書の作成は公証人と弁護士と競合する部分がある。遺言は手書きの場合弁護士でも良い。しかし費用は公証人の方が安い。その際行為能力などを調査する。ミュンヘンなど大きな都市では公正証書による遺言、郊外では弁護士による遺言が相対的に多い。

6 公証人の平均年齢

だいたい始めるのが30代半ば。35歳くらいから70歳くらいまでに分布している。

7 2002年の証書作成法17条2a項2の改正

2002年の改正で2a項2、すなわち、「消費者が証書作成の対象について事前に検討する十分な機会をもつこと；民法第311条b第1項1文および第3項の証書作成義務に服する消費者契約の場合には、原則として、当該法律行為の予定されている文言が証書作成の2週間前に消費者に届けられていること。」との規定がおかれた。

趣旨は、消費者保護の観点から消費者が証書作成の対象について事前に検討する十分な機会をもつようにすることである。

具体的には、起案を事前に当事者に送付する。それで内容を予め知ってもらおう。ただし、その起案がそのまま公正証書となるわけではない。

しかし、この改正は必ずしも良いとは限らない。例えば、土地売買契約の公正証書を夫が作成すると言ってきた場合に、夫に起案を送った。ところが実は夫婦二人で買いたいとなった場合、再度2週間前に送らないといけないのか。売買の履行期限との関係で問題となる。この17条2a項2は規定が良いとは思えない。やはり法改正する際にはあらゆる事案を想定しておくべき。2週間前に必ず起案を送らなければならないとすると、証書作成が遅れる。

1998年改正は申込・承諾を別の場所で出来ることにした点が大きい。一方がハンブルク、他方がミュンヘンに住んでいる場合、ミュンヘンで証書を作成するとなると、一方がミュンヘンまで出てこないといけない。それで、申込と承諾を別の公証人に作ってもらうことを可能とした。

(ルンデル公証人試補からの補足説明)

証書作成法17条2a項1は、消費者の意思表示が消費者本人または信頼できる人物（Vertrauensperson）によって公証人の前でなされることを必要としているが、これは、建築条件付売買において建築業者が買い手の代理人となる場合がありうるが、そのようなことを防ぐために1998年改正でおかれた。

8 ラテン系公証人国際会議で消費者保護が議論されていることについて

企業などから一人の公証人が専属的に依頼されるケースはあるが、制度として問題にできるようなことではない。シュツットガルトには、ベンツ・シーメンス・ダイムラーらに専属

的に依頼されている公証人はいる。しかし、公証人は守るべき義務は遵守するので、それを禁止することはできない。それぞれの公証人の意識に委ねるしかない。主治医と同じようなものであり、法律で禁止できるようなことではないでしょう。

9 連邦公証人会の公証人執務指針について

連邦公証人会の指針によると、次のような手続のやり方は原則として許されないとされている。

a 無権代理人による機械的な（システムチックな）証書作成

e 囑託人が複数の場合に5名を超える署名で同時に証書作成すること

aについて・・・例えば企業が多数戸のマンションを売りに出す場合、買主はたくさんとなるが、理論的には一人の代理人に委ねれば、多数の証書作成の手間を省けることとなる。しかし、そのような代理人による機械的な証書作成は許されない。原則として本人が来ないとだめ。証書作成法17条2 a項1は、代理は親近者（信頼できる人物）でなければならないとされており、企業側の人に代理権を与えるのは禁止されている。もし、企業従業員の代理人により証書作成がなされた場合、民法上は契約は有効で証書も有効であるが、公証人の職務義務違反となり、損害賠償の対象となる。（双方代理で無効とならないか？との質問に対し）双方代理にはならない。代理人が企業従業員の場合、ドイツ民法181条には該当しない。結局は、17条2 a項1の「親近者」判断の問題となる。「信頼できる者」に該当する者かという判断が重要になる。

eについて・・・同じく、例えば、企業がマンションを作り販売することになった場合、買主はたくさんいるが、証書の内容はほとんど同じ。このようなとき、理論的には何十人も集めて証書を作成することは可能になるが、5名程度にするような指針となっている。実際、フランクフルトでは5人くらい集めて作成しているが、バイエルンでは3人までとしている。

10 助言と教示の限界

法的助言を公証人が与えても良い点は弁護士と同じであるが、当事者の一方に有利となるような法的助言を与えてはならない。教示義務はもちろんある。弁護士の場合は依頼者のために有利になるように考慮するが、公証人は、どちらにも説明、どちらにも平等に説明するので、一方に有利にはなることはない。

11 その他

ドイツでは金銭消費貸借契約で公正証書を作ることはない。日本で利息制限法違反の貸付に公正証書が悪用されているということのようだが、そのようなことがうかがわれるときには執行文を付与しなければいいのではないかと思うのだが。

（担当 釜井英法）

（ガイマー公証人事務所の看板）

（ガイマー公証人とルンデル公証人試補）

〔資料〕質問事項に対するガイマー教授からの回答書（翻訳）

ミュンヘン公証人 ガイマー教授

1. 公正証書の正本・利用状況

この点についての統計はない。

2. 公証人の資格

2.1. 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のか。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。

2.1.2 公証人の国家試験ではどのような要件が課されているのか。

連邦公証人法1条〔公証人の本質と任務〕

法的事実に関する証書作成および予防司法の領域におけるその他の任務のため、各州において、公的職務の独立の担い手として公証人が任命される。

連邦公証人法2条〔公証人の職務〕〈条文訳・省略〉

公証人は、別段の定めのないかぎり、もっぱらこの法律の規定に服する。公証人は職印を運用し、ノターリン（女性）又はノタール（男性）という職業表示を用いる。公証人の職務は営利を目的としない。

連邦公証人法3条〔専業公証人、弁護士公証人〕

(1) 公証人は、専任の職務遂行のため、終身職として任命される。

(2) 1961年4月1日時点で公証人の職務が単に副職として遂行されていた裁判所管轄区域においては、もっぱら弁護士が、特定の裁判所で認可された期間内に限り、弁護士職と並んで同時に職務を行使できる公証人として、任命される（弁護士公証人）。

連邦公証人法4条〔公証人任命の需要〕

適正な司法のため必要に応じた数の公証人が任命される。その際とくに考慮すべきは、権利を求める者に相応しい公証人のサービスを提供する必要性と公証人職の適正な年齢構成の維持である。

連邦公証人法5条〔裁判官資格〕

公証人に任命されうるのは、ドイツ裁判官法により裁判官の資格を取得した、ドイツ国籍を有する者に限られる。

連邦公証人法6条〔公証人の職務の適格性〕

(1) 人格と成績に照らし公証人の職務にふさわしい志願者だけが公証人に任命される。志願者が出願期間内に満60歳に達したときは、その志願者は初めて公証人に任命されることはできない。

(2) 第3条2項の場合には、原則として、出願期間内に以下の要件を備える者のみが、公証人に任命されなければならない。

1. 少なくとも5年弁護士の認可を受けている者、及び

2. 少なくとも3年間中断することなく就任予定の地域において専業の弁護士として活動している者。

(3) 適格ある複数の志願者の中から誰を選任するかの順序は、人格的適性と専門的適性にしたが

い法学教育修了の国家試験（訳者注 日本の司法研修所における二回試験に相当するもの）と公証人職への準備期間に示された成績とを考慮して決せられる。第3条2項の場合には、特に公証人職への導入的活動を行っていることおよび専門職機関が主催する任意的な研修会に参加して成果を収めていることを評価に加えることができる。候補勤務の期間は、第3条1項の場合には、その志願者が専業の弁護士として活動してきた期間であり、第3条2項の場合には適当に認めることができる。州政府又は州政府から指定された機関は、法令により、兵役期間および代替役務期間、母性保護規定による就労禁止期間、育児休暇期間、妊娠又は育児により弁護士登録を棄権していた期間を候補勤務の期間に算入すること、再任の場合には、第48条bにより辞職していた期間を従来 of 公務期間として算入することにつき規定を定める権限を有する。

連邦公証人法6条a〔任命の拒絶〕

志願者が職務責任保険（第19条a）に加入していることを証明せず、仮の支払保証約束をも提出しないときは、任命を拒絶しなければならない。

連邦公証人法6条b〔募集〕

- (1) 志願者は公募の告示によって探さなければならない。ただし、第48条cによる辞職後の再任の場合はこのかぎりでない。
- (2) 応募は、告示に定めた期間又は州司法省が公告した期間内に提出しなければならない。
- (3) 志願者が自己の過失によらず期間の遵守を妨げられたときは、申立てにより追完が認められる。追完の申立ては、障害が止んだ後2週間以内に行わなければならない。申立てを理由づける事実は、疎明することを要する。応募は申立期間内に追完される。
- (4) 第6条3項により複数の志願者の中から選任する場合には、応募期間満了時に存在した事情のみを考慮しなければならない。州司法省は、第7条1項の場合につき、これと異なる時点を定めることができる。

連邦公証人法7条〔候補勤務〕

- (1) 専業として職務を遂行する公証人の任命は、原則として、公証人試補として3年間の候補勤務を終え、かつ、任命に応募した州の候補勤務をしている者に限られる。
- (2) 適格ある複数の志願者の中から候補勤務の採用者を選ぶには、人格的適性と専門的適性にしがたい法学教育修了の国家試験における成績を特に考慮して、選任しなければならない。志願者は公募の告示によって探さなければならない。第6条b第2項ないし4項はこれを準用する。州司法省が一定期間常設の志願者リストに登録させることによって、応募者を探すことも認められる。志願者リストの設置は公告しなければならない。
- (3) 公証人試補は、州司法省が公証人会の意見を聴いて任命する。公証人会長は、公証人試補を一人の公証人に配属させる。受託した公証人は、公証人試補と握手し、良心に従い義務を履行することを誓約させるものとする。
- (4) 公証人試補は、候補勤務の期間、国家に対し公法上の雇用関係に立つ。公証人試補は、第19条aの場合を除き、公証人と同一の一般職務上の義務を負う。公証人試補は、配属の時点から候補勤務の期間、公証人会より判事補に相当する給与を受ける。公証人会はこれにつき規準

を制定し、かつ一般的又は個別的に、公証人試補の配属先の公証人が給与を支払う義務を負うか否か、並びにその額を定める。

- (5) 公証人試補は、候補勤務の目的にかなった方法で公証人から仕事を与えられる。公証人試補の養成に関する詳細な規定は、州政府又は州政府から指定された機関が法令により定める。
- (6) 候補勤務は、次の場合に終了する。
 - 1 公証人に任命されたとき。
 - 2 職を免ぜられたとき。
- (7) 公証人試補は、辞職を申し出たときは、その職を免ぜられる。公証人試補は、次の場合には、免職されうる。
 - 1 公証人の任命に不適格であることが判明したとき。
 - 2 十分な理由なく、州司法省の定めた2ヶ月以内の期間内に候補勤務に就かないとき。
 - 3 3年の候補勤務を了した後、州司法省の提供する公証人役場で、事前に募集の告示がなされ、かつ適格ある応募者がいないために補充できなかった公証人役場を、十分な理由なく引き受けないとき。

なお、以下のホームページも参照されたい。

[http://www.bnotk.de/Notare und ihre Taetigikeiten/Ueber die Notare](http://www.bnotk.de/Notare_und_ihre_Taetigikeiten/Ueber_die_Notare)

<http://www.justiz.bayern.de/stellen/notare.htm> speziell . . .

2.1.3 公証人就職時の平均年齢は何歳か

この点についての統計はない。公証人に就任するのは通常30代前半である。

2.1.4 公証人数

	2004年	2003年	2002年	2001年	2000年
バイエルン州	494	500	497	491	481
連邦全体	9,355	10,024	10,428	10,562	10,495
専業公証人	1,627	1,654	1,663	1,665	1,657
弁護士公証人	7,728	8,370	8,765	8,897	8,838

典拠：公証人統計 <http://www.bnotk.de/>

2.2 報酬制度

2.2.1 平均報酬

2.2.2 報酬の内訳

公証人の手数料は費用法において連邦内で統一的に定められている。その額は、行為の価額及び個々の事件の労働量に応じて定められている。

典型的な事例についての算出方法の例は、以下を参照のこと。

[http://www.bnotk.de/Notare und ihre Taetigikeiten/Notarkosten](http://www.bnotk.de/Notare_und_ihre_Taetigikeiten/Notarkosten)

[http://www.notare.bayern.de/Unser Beruf](http://www.notare.bayern.de/Unser_Beruf), Kosten

2.2.3 公証役場の経営責任者

公証人の事務所経営の責任は専ら公証人が負う。公証人自らが職務を遂行することはドイツ

ツ公証人の基本原理に属する。すなわち、公証人は職務遂行に必要な業務の中核部分は自ら行い、補助者にはただ準備的業務や補助的業務のみ委ねることが許される。この点につき、連邦公証人法 25 条を参照のこと。

連邦公証人法 25 条 < 条文訳・省略 >

2.2.4 現在の公証制度導入に至るまでの改正の経過

末尾の添付資料を参照のこと。

2.2.5 公証人の指導・監督は誰がするのか。懲罰制度はあるか。

公証人の監督と制裁は、連邦公証人法第 3 編で規定されている。制裁については、比較的軽微な違反のときは注意が、懲戒処分としては戒告、過料、除名がある。

連邦公証人法 9 2 条〔監督機関〕

- 1 地方裁判所所長は、当該地方裁判所管轄区域の公証人および公証人試補につき監督権を有する。
- 2 高等裁判所長官は、当該高等裁判所管轄区域の公証人および公証人試補につき監督権を有する。
- 3 州司法省は、州のすべての公証人および公証人試補につき監督権を有する。

連邦公証人法 9 3 条〔監督機関の権限〕

- (1) 監督機関は、公証人の職務執行と公証人試補の勤務状態につき、定期的な検査と監視を行う義務を負う。そのほか、中間検査および抜き打ち検査も特別な理由なく行うことができる。新任の公証人については就任から 2 年以内に最初の検査を実施する。
- (2) 公証人が職務行為を適正に処理しているか否かが検査の対象となる。検査はさらに、公証人役場の施設、帳簿・目録・書類の管理および保管、個人情報の適正な電算処理、規定に従った有価物の寄託、代理行為の適時の報告、並びに責任保険への加入にも及ぶ。いずれの場合にも、膨大な数の証書および付属書類に目を通し、それと同時に費用計算書を検査しなければならない。
- (3) 検査実施の管轄は、それにつき州司法省の制定する規定により定まる。監督機関は、公証人会の意見を聴いたうえで公証人を検査に付することができる。目録と帳簿の閲覧と検査のため、費用計算書と手数料の精算書類ならびに寄託その他これに類するものの検査のため、司法省の職員を同行することもできる。ただし、この職員は監督権限を有しない。すでに公証人金庫の派遣員による費用計算書の検査がなされたときは、その公証人につき検査は要しない。
- (4) 公証人は、監督機関又はその委託を受けた検査官に、書類、目録、帳簿ならびに保管している証書を提出して閲覧させ、個人情報を電算処理する施設を見せ、かつ必要な説明をなす義務を負う。公証人が共同して職務を遂行するために連携している者又は共同して事務所を運営する者もしくは運営していた者は、共同行為禁止の遵守を検査するのに必要な限りで、監督機関に情報を提供し、書類を提示する義務を負う。

2.2.6 業務管轄はあるか

公証人の管轄は、法律行為の効力を公証人の関与にかからしめる一連の実体法の規定、とくに不動産法、親族法、相続法および会社法の規定から導かれる。

民法 311条b

- (1) 一方当事者が不動産の所有権を譲渡又は取得する義務を負う契約は、公正証書の作成を要する。この方式を遵守せずになされた契約でも、物権行為（アウフラッシング）と土地登記簿への登記がなされたときは、その全内容につき効力を有する。

民法 1410条

夫婦財産契約は、公証人の面前に両当事者が同時に出頭して証書に録取しなければならない。

民法 2232条

公正証書遺言は、遺言者が公証人に彼の最後の意思を表示し、又は彼の最後の意思を内容とする書面を公証人に交付することによって、これを行う。遺言者は書面を開封又は密封して交付することができ、自ら書いたものであることを要しない。

有限会社法 2条

- (1) 会社の定款は公正証書の作成を要する。定款には全社員が署名しなければならない。
- (2) 代理人による署名は、公証人が作成又は認証した委任状に基づいてのみ許される。

有限会社法 15条

- (3) 社員による持分の譲渡は、公正証書による契約締結を要する。
- (4) 持分の譲渡を社員に義務づける合意も公正証書の方式を要する。ただし、この方式によらずになされた合意も、前項の基準により締結された契約によって有効となる。

商業登記簿および土地登記簿に登録する場合も、公証人の関与が法律上規定されている。

商法 12条

- (1) 商業登記簿への登記申請書並びに裁判所に保管するための署名は、公の認証を受けた書式で提出しなければならない。
- (2) 申請の代理委任状についても同一の方式を必要とする。囑託人の権利承継人は、承継の事実を可能な限り公正証書によって証明しなければならない。

不動産登記法 29条

- (1) 登記は、登記の承諾又は登記に必要なその他の意思表示が公の証書又は公に認証された証書によって証明されたときに限り、これを行わなければならない。他の登記の要件は、登記所に明らかでない限り、公正証書による証明を要する。

しかし、公正証書の作成が法律上要求されていない場合でも、公証人が意思表示を証書に作成し、又は認証することを妨げない。

2.2.7 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。

連邦公証人法 19 条〔職務義務違反〕

- (1) 公証人が、故意又は過失により、他人に対して自己の負う職務上の義務に違反したときは、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。公証人に過失の責任のみ存するに止まるときは、被害者において、他の方法により賠償を得ることができないときに限り、これに対する請求することができる。ただし、第 23 条、第 24 条の場合における公証人と囑託人との間の職務行為には、これを適用しない。その他の点では、公務員の行った職務違反の場合における損害賠償に関する民法の規定が準用される。国家が公証人に代わって責任を負うことはない。
- (2) 公証人試補が第 23 条、第 24 条に定めた行為を独立して処理する場合に、義務違反を行ったときは、第 1 項を準用して公証人試補が責任を負う。公証人が公証人試補に業務を委託し独立の処理を任せるときは、公証人は試補と並んで連帯債務者として責任を負う。ただし、公証人と試補の間では、試補のみが義務を負う。試補と国家との雇用関係（第 7 条 3 項）によって国家の責任が発生することはない。試補が公証人の代理として活動したときは、第 46 条により責任が決まる。
- (3) 第 1 項および第 2 項による損害賠償請求権については、訴訟物の価額にかかわらず、地方裁判所が専属管轄を有する。

連邦公証人法 19 条 a〔職務責任保険〕

- (1) 公証人は、公証人の職務活動および公証人の責任下にある職員の活動から生じる財産損害について責任を負う危険を填補するため、職務責任保険に加入する義務を負う。保険は、国内での営業資格を有する保険会社において、保険監督法の規準に従って定められた普通保険約款の下で加入しなければならない。保険は、1 文により付保すべき全ての危険を填補し、公証人に対する損害賠償請求権を惹起しうる個々の義務違反すべてに適用されるものでなければならない。
- (2) 次の償請求権は保険の範囲から除外される。
 1. 故意の義務違反による損害賠償請求権。
 2. EU 域外の法に関する法律相談に関連した活動から生じた損害賠償請求権。ただし、その法律の適用可能性が認識されなかった点に職務上の義務違反が存するときは、この限りでない。
 3. 公証人事務所職員の着服による損害賠償請求権。ただし、公証人が過失により職員を監督する職務上の義務に違反したことを理由に請求されている場合を除く。

職務上の義務違反が存在し、1 号による除外理由が存するか否かだけに争いがあり、それゆえ保険会社が清算を拒否する場合、保険会社はそれでも、故意による損害を填補する保険会社に適用される最低保険金の額までは支払義務を負わなければならない。責任保険会社が損害賠償請求権者に満足を与えた限りで、その損害賠償請求権者の公証人、公証人会、第 67 条 3 項 3 号の保険会社又はその他の賠償請求権者に対する請求権は、責任保険会社に移転する。責任保険会社は、2 文により代わりにその義務を負った者に対して、受託者と同様に、自己の支払った額の賠償を求めることができる。
- (3) 最低保険金の額は、保険事故ごとに 500,000 ユーロである。保険年度内に生じた全ての損害に対する保険会社の支払は、最低保険金額の 2 倍の額までに制限することができる。保険契約は、保険会社に対して、保険契約の始期、終期ないし解約、並びに予め定めた保険の範囲に影響を与える保険契約の変更を、遅滞なく州司法省および公証人会に伝える義務を課さな

ければならない。保険契約の中で、職務行為を処理する過程で生じる全ての義務違反を、それが公証人の行為によるものであろうと公証人の補助者によるものであろうと、保険事故とみなす旨、合意することができる。

- (4) 自己負担額を最低保険金額の100分の1までとする合意も許される。
- (5) 保険契約法158条c2項の意味における管轄官庁は、州司法省である。
- (6) 連邦司法省は、経済状況の変動により被害者の十分な保護を保障するために必要と認められるときは、1項による強制保険の最低保険金額につき、連邦参議院の同意を得て法令により別段の定めを置く権限を有する。

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。

公正証書を作成する際、原則として代理人も公証人の面前に出頭することができる。ごく稀な場合に、法律が本人出頭を命じている。たとえば、相続放棄に関する契約を締結するには被相続人が本人で行わなければならない。

もちろん、事業者と消費者との契約の場合には、公証人は消費者本人が出頭するよう努力(hinwirken)しなければならない(soll)。これはまさに、消費者が公証人の助言を享受できる機会を保障するためである。これに対応した証書作成法17条の改正が2002年になされた。

証書作成法17条

- 1項 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。
- 2項 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、当事者らと論議すべきである。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とを、証書中に付記すべきである。
- 2a項 公証人は1項および2項の義務を遵守することが保障されるようよう証書作成手続を形成しなければならない。消費者契約の場合には、特に以下の点に留意しなければならない。
 1. 消費者の意思表示が消費者本人又は信頼できる人物(Vertrauensperson)によって公証人の面前でなされること、および、
 2. 消費者が証書作成の対象について事前に検討する十分な機会をもつこと；民法第311条b第1項1文および第3項の証書作成義務に服する消費者契約の場合には、原則として、当該法律行為の予定されている文言が証書作成の2週間前に消費者に届けられていること。公証人のその他の職務上の義務は影響を受けない。

連邦公証人会の執務指針

1. 公証人は、法律により証書作成を必要としたことによって追求されている目的が達成されるよう、特に、証書作成の保護機能および教示機能が維持され、従属的又は偏頗の外観が避けられるよう、証書作成手続を形成しなければならない。特に、多数の同じ種類の法律行為が証書作成される場合で、その法律行為が同一人物に関係し、又はその法律行為によって同一人物が経済的利

益を得るような場合に、このことが当てはまる。証書作成の対象につき検討する機会が当該関係人に十分に与えられることも、これに含まれる。

これらの点に鑑み、以下に掲げるような手続きのやり方は、原則として許されない。

- a) 無権代理人による機械的な(システムチックな)証書作成。
- b) 有権代理人による場合でも、本人が事前の証書作成行為によって、これから締結すべき法律行為の内容について十分に教示されることが保障されないような、機械的な証書作成。
- c) 公証人の補助者を代理人とした機械的な証書作成。但し、公証事務遂行行為(Vollzugsgeschaeft)はこの限りでない。公証人が共同の職務遂行のために結びついていた者又は共同の事務所を運営する者についても、同じことが妥当する。
- d) 契約を申込みと承諾に機械的に分離した証書作成。相当な理由により分離が正当化される限り、教示をより必要とする当事者の方から申込みがなされるべきである。
- e) 囑託人が複数の場合に5名を超える署名で同時に証書作成すること。

2. 法律行為の本質にかかわる合意を他の証書(関連証書 Bezugsurkunden)で引用する方法(証書作成法13条a)を濫用することも許されない。

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。

基本的には民法167条が適用される。

民法167条〔代理権の授与〕

- (1) 代理権の授与は、代理人となるべき者又は代理行為が行われる相手方たる第三者に対する意思表示によってなされる。
- (2) 意思表示は、代理にかかる法律行為のために定められている方式を要しない。

特別な場合にのみ、代理に方式を必要とする(例、商法12条。前掲2.2.5参照)。

意思表示を証書に作成する際、公証人は代理委任状を原本又は正本において代理委任状を提出させる。代理人が十分な委任状を持たずに出頭したときは、公証人は代理されるべき本人に証書の謄本を送付し、本人がその法律行為を承諾していることを確認させる。

証書作成法12条〔代理権限の証明〕

提出された委任状および法定代理人の権限に関する証明書は、証書の原本又は認証謄本の中に添付しなければならない。代理権限が商業登記簿の登記又はこれに類する登記簿から明らかなきときは、連邦公証人法21条による公証人の証明書で足りる。

総会議事録の作成の場合には、公証人の調査義務は存しない。この場合には、総会の議長が代理権の審査につき管轄権をもつ。

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。

ドイツで、白紙委任の禁止はない。

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。

通常の場合、代理される本人は公正証書の謄本を受け取る。さらに、本人は、証書作成法51条により、これを求める請求権を有する。

証書作成法51条〔正本・謄本・閲覧を求める権利〕

(1) 以下に掲げる者およびその権利承継人は、正本を請求することができる。

1. 意思表示に関する証書の場合には、自己の名において意思表示をなした者又はその名において意思表示をなされた者。
2. その他の証書の場合には、証書の作成を囑託した者。

(2) 前項に掲げられた者は、証書中で共同して、又は管轄機関に対する特別な意思表示により、別段の定めをすることができる。

(3) 正本を請求できる者は、謄本又は認証謄本を求め、かつ原本を閲覧する権限をも有する。

(4) 法令に基づき裁判所又は官庁に報告する義務は、影響を受けない。

3.2 業務の範囲。主な公証事務はどんなものがあるか。

公証人の活動の中心は、都市か地方かによって大きく異なっている。地方の場合には不動産の取引が目立つのに対して、都市部では会社法に関する事件の比重が増してくる。このほか、相続事件と家族法上の事件（夫婦財産契約、離婚に伴う合意、養子縁組）が加わる。

3.3 本人の意思能力の判断はどのようにして行うか。

証書作成法11条〔行為能力の確認〕

(1) 公証人の確信により、囑託人に必要な行為能力が欠如していると思われるときは、証書作成を拒否しなければならない。囑託人の行為能力に疑いがあるときは、公証人は証書の中でこれを確認しなければならない。

(2) 囑託人が重病であるときは、その旨を証書に付記し、かつ、行為能力につき如何なる確認をしたかを記載しなければならない。

証書作成法28条〔行為能力の確認・終意処分の特异性〕

公証人は、被相続人の行為能力について自己の認識を証書の中に付記しなければならない。

公証人は、囑託人の行為能力に疑いがあるときは、可能であれば 病気の場合は治療している医者と話し合い、場合によっては精神鑑定を求めることになる。最終的に、証書作成を拒絶するか、あるいは証書中に疑いを付記するかの判断は、常に公証人にある。公証人は、たとえば質問などによって、囑託人の精神状態について自ら心証を形成しなければならない。

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。

証書作成法は公証人の関与形態につき種々の方式を区別している。

a) 意思表示の証書作成（証書作成法6条～35条）

証書作成法13条〔読み聞け、承認、署名〕

(1) 公正証書は、公証人の面前において、囑託人に読み聞かせ、その承認を得て、これに自筆で

署名させなければならず、証書が図面、記号又は画像を引用しているときは、読み聞けに代えこれを囑託人の閲覧に供しなければならない。証書には、これを実施した旨を確認しておかなければならない。囑託人が証書に自筆で署名したときは、公証人の面前で読み聞けがなされ、又は1文で必要とされる閲覧がなされ、かつ囑託人がこれを承認したものと推定する。請求があれば、承認の前に証書を囑託人の閲覧に供しなければならない。

- (2) 全部又は一部が同一内容の複数の証書を作成する場合には、前項1文により同一内容を囑託人に1回読み聞かせ、読み聞けに代えて閲覧させれば足りる。連邦公証人法18条はこれにより影響を受けない。
- (3) 公正証書には、公証人が自署しなければならない。公証人は、署名に職名を付記する。

b) 意思表示以外の証書(証書作成法36条~38条)

(例、有限会社の社員総会又は株式会社の株主総会に関する証書)

公証人による証書の読み聞けは行わない。

証書作成法37条〔証書の内容〕

- (1) 証書には、以下の記載を含まなければならない。

1. 公証人の表示、並びに
2. 公証人が知覚したことについての報告。

証書の中で引用した文書および証書に添付した文書に記載した公証人の報告は、証書自体に含まれたものとみなす。公証人が図面、記号又は画像を利用して報告を行ったときも、2文が準用される。

- (2) 証書には、公証人が知覚した場所と日付、並びに証書を作成した場所と日付を記載しなければならない。
- (3) 13条3項はこれを準用する。

証書作成法38条〔宣誓、宣誓代替保証〕

- (1) 宣誓の聴取および宣誓に代わる保証の証書作成には、意思表示の証書作成に関する規定を準用する。
- (2) 公証人は、宣誓の意義又は宣誓に代わる保証の意義につて教示し、これを証書に付記しなければならない。

c) 認証(証書作成法40条、41条)

証書作成法40条〔署名の認証〕 <省略>

証書作成法41条〔会社署名の認証〕 <省略>

証書作成法42条〔謄本の認証〕 <省略>

- 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。

意思表示に関する証書を作成する場合、公証人は証書作成法17条により、当該法律行為の適法

性について責任を負っている。

署名の認証の場合には、公証人は、認証すべき意思表示の文言を公証人が自ら起案したときにかぎり、審査義務および教示義務を負う。このようなことは、不動産の登記や商業登記の申請の際にしばしば生じる。しかし、意思表示の文言を囑託人自身が起案したときは、公証人が審査しなければならないのは証書作成法4条によりその職務活動を拒絶すべきか否かのみである。

当該行為の経済的妥当性については、公証人は審査しない。仮に、金銭消費貸借が暴利的な利息ゆえに良俗違反であると認められるようなことがあれば、公証人は証書作成法4条により証書作成を拒否せざるをえないであろう。

3.6 公正証書に執行力はあるか。その範囲 - 裁判との関係。

民事訴訟法750条〔執行開始要件〕

- (1) 強制執行は、これを求める者と受ける者の氏名を判決又はこれに付せられた執行文に表示し、かつ、判決があらかじめ又は同時に送達されたときに限り、開始することができる。債権者による送達で足りる。この場合、判決正本には事実及び理由を含む必要はない。
- (2) 第726条第1項に従い執行力のある正本を付与した判決の執行がされる場合、又は判決が第727条から第729条まで、第738条、第742条、第744条、第745条第2項及び第749条に従いそこに表示された者のために若しくはこれに対して効力を有する場合においてこの者のために若しくはこれに対して判決を執行すべき場合には、執行すべき判決のほか、これに付せられた執行文を、又、公の証書若しくは公の認証ある証書に基づいて執行文が付与された場合にはこの証書の謄本をも、強制執行の開始前に又はその開始と同時に送達しなければならない。

民事訴訟法794条〔判決以外の債務名義〕

- (1) 強制執行は、次に掲げるものに基づいてもすることができる。
 - 1 当事者間又は当事者と第三者との間で争訟を解決するためにその全範囲につき又は訴訟物の一部に関しドイツの裁判所において締結された和解又は州司法行政庁が設置若しくは認可した和解所において締結された和解並びに第118条a第3項に従い裁判官の調書に記載された和解
 - 2 費用確定決定
 - 2 a 非嫡出子の父が支払うべき通常扶養料の額を決定する決定及びその増額又は減額を求める決定
 - 2 b 扶養の債務名義の変更を求める申立てについて簡素化された手続で下された決定
 - 3 抗告をもって上訴することのできる裁判
 - 3 a 第127条a、第620条1文4号乃至9号、及び621条fによる仮処分
 - 4 執行決定
 - 4 a 執行宣言を付した仲裁判断、仲裁人による和解及び第1044条b第1項による和解。ただし、執行力についての裁判が確定し又は仮執行の宣言が付せられた場合に限る。さらに、第1044条b第2項により執行宣言を付された和解。
 - 5 ドイツの裁判所又はドイツの公証人がその職務上の権限の範囲内において正規の方式に従

い作成した証書。ただし、一定の金額の支払又はその他の代替物若しくは有価証券の一定数量の給付を目的とする請求につき作成し、かつ、債務者がその証書において即時の強制執行に服した場合に限る。抵当権、土地債務、定期土地債務又は船舶抵当権に基づく請求も、金額の支払を目的とする請求とみなす。

- (2) 第737条、第743条、第745条第2項及び第748条第2項の規定に従い利害関係人に対し強制執行を忍受すべき旨の判決を必要とする場合においては、利害関係人が第1項第5号により作成した証書において自己の権利に服する目的物に対する即時の強制執行を承諾することをもって、その判決に代えることができる。

民事訴訟法767条〔請求異議の訴え〕

- (1) 判決により確定された請求したいに対する異議は、債務者が訴えをもって第一審の受訴裁判所に主張しなければならない。
- (2) この異議は、この法律の規定に従い遅くとも異議を主張することを要した口頭弁論の終結後においてその原因を生じ、かつ、故障をもって主張することがもはやできない限りにおいてのみ、許される。
- (3) 債務者は、その提起すべき訴えにおいて、訴え提起のときに主張することができたすべての異議を主張しなければならない。

民事訴訟法769条〔仮処分〕

- (1) 受訴裁判所は、申立てにより、第767条、第768条に掲げる異議について判決するまで、担保を立てさせ若しくは立てさせないで強制執行を停止する旨、又は担保を立てたときに限り続行できる旨を命じること並びに担保を立てさせて既にされた執行処分を取り消す旨を命じることができる。申立てを理由づける事実上の主張は、疎明しなければならない。
- (2) 執行裁判所も、急迫な場合には、受訴裁判所の裁判を提出すべき期間を定めて、この命令を発することができる。この期間が徒過された後は、強制執行を続行しなければならない。
- (3) これらの申立てについての裁判は、決定でこれを行う。

民事訴訟法798条〔待機期間〕

判決に付記されない費用確定決定、第794条第1項第2項aによる決定並びに第794条第1項第5号に従い作成された証書に基づく強制執行は、債務名義を少なくとも2週間前に送達した場合に限り、開始することができる。

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。

執行力ある公正証書は、裁判所の判決又は督促手続において発せられる仮執行宣言付支払督促と同等の効力を有する。

強制執行を開始するには、三つの要件が必要である。すなわち、債務名義、執行文、送達である。これら三つの要件すべてにつきドイツの公証人は管轄権を有する。公証人は執行証書の作成によって債務名義を作出し、執行文を付与し、さらに送達も実施することができる。ただし、公証人自身

が送達を実施することは稀であり、通常は、債権者が強制執行を委託する執行官が送達を行っている。

執行文付与の過程では実体的請求権の審査は行われれないというのが、重要な基本原則である。ただし、強制執行が債権者の証明すべき事実の到来にかからしめられている場合には、たとえば強制執行に停止条件が付せられているといった場合には、民事訴訟法726条により、公の証書又は公の認証を受けた証書により条件成就の証明がなされて始めて、執行正本が付与される。この証明義務を免除するため、公証人の面前における強制執行認諾の中で、執行力を基礎づける事実の証明がなくても執行正本を付与できるとする文言を加えることが、しばしば行われている。

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。

債務者は、したがって、抗弁をもって執行文の付与を妨げることはできない。むしろ、民事訴訟法726条により請求異議の訴えを提起しなければならない。もちろん、民事訴訟法769条が、担保を供して又は担保なしに強制執行を停止させる可能性を与えているし、強制執行の開始前に置かれた民事訴訟法798条の2週間の待機期間も、債務者に相当な申立てをなす機会を与えたものである。

したがって、債務者の権利保護の可能性は、強制執行認諾によって縮減されているわけではない。当事者の役割が変わるだけである。すなわち、すでに債務者が自発的に即時の強制執行に服したのであるから、債権者は支払を求めて訴えを起こす必要はなく、請求権の全部又は一部がその間に消滅したと債務者が考えるのであれば、債務者のほうで請求異議の訴えをもって裁判所に赴かなければならない。執行証書に対する請求異議の訴えは、事前の判決手続と同じ争訟プログラムをもった事後的埋め合せの判決手続である。強制執行認諾がなされても証明責任の転換をもたらすことはなく、債務者は通常の裁判所の判決手続におけると同様に実体法上の抗弁を提出することができる。

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。

過失による職務義務違反の場合には、連邦公証人法19条により責任を負う(2.2.7参照)。過失ある行為の例として、以下のようなものがある。

売買契約の場合で、一定の条件が存在して始めて代金の支払時期が到来すべきときに、公証人が囑託人に弁済期を早まって示した場合。

合資会社の社員のために遺言書を作成するときに、会社の定款に特別な相続順位を定めた結果、遺言に定めた相続人が会社の配当で劣後する可能性があるのを、公証人が看過した場合。

付録：ドイツ公証人制度の歴史概観 (ヴォルフガング・ペーター著)

1. 神聖ローマ帝国末期まで
2. ドイツ帝国の成立(1871年)から1937年の帝国公証人法に至るまで
3. 帝国公証人法から連邦公証人に至るまで

(翻訳 中山幸二)

(ルンデル公証人試補を囲んで)

レーゲンスブルク公証人フーバー博士からの説明

日 時 3月26日(金)午前9時30分~午前11時15分

場 所 フーバー公証人事務所

対応者 公証人フーバー博士

1 フーバー公証人の経歴

第一次国家試験を受けてから2年間の司法修習を経て、1994年に第二次国家試験に合格。実務を6年経験し、2001年から公証人としての業務を行っている。

2 公証人試補の研修及び身分

連邦公証人法で公証人試補の資格が規定されている。実務研修中は公証人試補と呼ばれ、公証人のもとで研修を行うが、主に証書作成の準備の仕事を行っている。公証人不在の場合には代理で証書作成の業務も行う。代理で作成した場合には、公証人試補自身が責任を負う。実習内容には特別な規定はない。報酬に関することや、休暇など労働条件に関することについては規定がある。

3 公正証書作成件数と内容の内訳

フーバー公証人の場合、年間約600件である。公証人を始めたばかりなのでまだ少ない。レーゲンスブルクの平均的な事務所では1,000~1,500件程度と思われる。

内訳としては、土地の売買が40%、会社設立が30%、相続・家族法関係が30%である。業務時間については、月曜から金曜までの朝9時半から午後8時まで仕事をしている。

4 レーゲンスブルクの公証人の数と年齢

レーゲンスブルクには公証人が10人いる。フーバー公証人が一番若くて36歳であり、最も高齢な公証人は64歳で、平均は40代と思われる。

5 専業公証人制のメリット

専業公証人の方が弁護士公証人より優れていると思われる点は二つあると考える。

一つは弁護士兼任の場合、弁護士の業務と公証人の業務の切り替えが難しい。

二つ目は、弁護士兼任でも、弁護士業務を主にしている人と、公証人業務を主にしている人がいるが、前者の場合、証書の作成を年間150件程度しかしていないような者もあり、そのような公証人については公証実務についての経験が乏しく、ミスが多いと思われる。この点、賠償保険において、弁護士公証人の方が保険支払い額が多いと思われるので、保険会社で確認してみれば分かるのではなかろうか。

6 教示義務の限界

公証人の教示義務に関して、理解力の乏しい者に介助的教示を十分にすることが一方に偏した助言に当たるとして、相手方から追及されるようなことはないかは、よく議論される問題である。しかし、一方当事者の判断能力が乏しい場合には、その当事者に十分な説明をすることは中立性を欠くことにはならない。例えば土地売買について、一方当事者に対して、これはあなたに条件が悪いので止めた方が良いというような助言を与えてはならないのであるが、売買

契約に至る判断材料が一方当事者には乏しい場合や、一方当事者の判断能力が乏しいような場合には、両当事者が同じようなレベルになるように情報を提供することは公証人にとって必要なことである。

そもそも教示義務は消費者などの弱い者にも不利益が及ばないようにするためのものだから、公証人が消費者などの弱者に対して不利益を被らないように教示をすることには何の問題もないのである。

7 保証契約に関する公正証書

フーバー公証人自身は保証人のいる公正証書を作ったことはない。親が子どもに対して保証人になるようなことは考えられるが、普通は保証人にはならないからである。

ドイツでは一般に保証人制度が広く利用されているが、それは銀行からお金を借りるような時であり、その場合には公正証書は作成されていない。

8 委任状の認証が必要的な場合

土地売買の登記をする場合に代理委任状の認証(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公証人が確認すること)をすることは多いが、それ以外で代理委任状の認証を行うことはあまりしない。

執行証書について、代理委任状の認証をすることはあり得ると思うが、そのような依頼をされたことはない。

認証がされていない代理委任状で公正証書を作ることはしない。代理の場合、代理が信頼されるようなものかどうかを調査するので、認証を受けていないようなものでは公正証書作成はしない。証書作成法 12 条で代理の場合は委任状の認証を受けていなければならないと規定されている。

認証を受けていない代理についてケースを考えてみると、夫婦共有の家について夫婦の一方が売ろうとして売買契約がなされる場合に、夫婦の一方が公正証書の作成を依頼して来た場合を考えてみても、結局代理委任状について認証を受けていなければ、夫婦の他方について再度公正証書を作成するために来てもらわざるを得ない。

9 執行文の付与

執行文を付与するにあたり本人に通知する内容はどのような内容かについて、それは公証人が通知するのではなく、執行官が通知するものであるが、執行文が付与されて執行されるということ以外は通知されないと思う。債務者は執行証書作成段階において、自分がどのような内容で執行を受けるのかを知っているのだからである。認証を受けた代理権に基づいて執行証書を作ってくれとの依頼があった場合は、執行証書の写しは必ず債務者本人に交付するので、執行文付与にあたり、詳しい内容を通知する必要はないのである。

10 公証人の個人賠償責任

ドイツでは公証人の個人賠償責任があることから、内容的に(暴利行為など)公序に反するのではないかが微妙なケースにおいて、執行認諾証書の作成を拒否することが多くなり、公正証書作成依頼数が減るということにはならないかとの質問であるが、執行認諾証書の作成時に明確に調査し、公序に反するものや危ないものは作成することはない。公正証書の起案自体、99%公証人自身が行うので、問題が生じるような規定が含まれること自体が考えられない。まれに当事者が問題のある条項を入れてくれと求めてそれを拒絶するという場合が考えられる。拒絶が多いと証書作成数が減るということはあるが、銀行との関係では法律に則って

作成する必要があるので、そのような心配はない。一番問題となるのは建築業者との関係である。建築業者との関係では断っているとその公証人に対する依頼が減る可能性はあるが、法律・ルールを守って作成するのが公証人の任務であるから、公序に反するような証書の作成は当然に断る。

高利貸はドイツにはいないのでよく分からないが、日本で起きている問題は、公正証書制度の問題ではなく、高利貸がいること自体の問題ではないかと思われる。公正証書制度より、そのような高利貸を排除する方法を考えた方が良いのではないかと思う。金利については経済情勢によって変わる。現在は年18%までなら良い。

日本では、高利貸が公正証書を悪用することを公証人が黙認し、加担しているとの説明であるが、ドイツではそのようなことをしていれば、その公証人は資格が無くなることになる。利息については、法律の定めた範囲を超えた高い設定をしたら公証人は資格を剥奪されるであろう。

バイエルンにおいて現在懲戒が問題となっている事例としては、脱税問題と、銀行からの預かり金を私的に流用したというものが係属している。

1.1 公正証書で定めた以外の合意の効力

ドイツでは公正証書作成が義務づけられているものと、そうでないものがあるが、土地売買や相続など法律で作成が義務付けられているものについては、公証人の面前で作成したものと違う合意をしても効力がないが、公正証書の作成が義務付けられていないもの（例えば合名会社・合資会社の設立）については、多少当事者間の合意で内容を変えても構わない。

1.2 深夜公証人

バイエルンにも、かつて4人の「深夜公証人」がおり、夜10時とか11時に公正証書を作成していた。それは主に建築事件に限られていた。もともと法的には証書作成の時間は規制されていないので、何時に作成しても構わないのであるが、建築業者との関係で問題が生じて来たので、証書作成法17条2a項2の消費者保護規定（2週間前に文案送付）が設けられたのである

3、4年くらい前のケースで、重要な事項が記載されていない2、3ページの簡単な公正証書が作成されたという事例があったが、連邦通常裁判所の判決では、それは法律違反ではないが、懲戒手続きにつながるものであるとされた（資格剥奪までには至らないであろう）。

現在は代理が制限されたので、このような問題は起きないと思われる。

なお17条の解釈はまだ固まっているとは言えない。

（担当 河野 聡）

（フーパー公証人事務所にて）

（公正証書保管庫）

〔解説〕ドイツの土地債務と執行認諾公正証書の関係について

中山 幸二

ドイツの公証実務で極めて頻繁に登場する「土地債務」という概念は、日本法には馴染みがなく

理解しにくい面があると思われるので、ここで簡単に説明しておこう。

ドイツの不動産担保権で実務上とくに重要なものとして、抵当権と土地債務とがある。

抵当権 (Hypothek) は、債権担保のための不動産担保権であり (BGB 1 1 1 3 条 1 項)、物権的合意と登記によって設定される (BGB 1 1 1 5 条)。これに対して、土地債務 (Grundschuld) は、特定の被担保債権なしに、土地の担保価値をとらえ、その土地から優先的に支払を受ける物権である。設定後に他者に譲渡することが可能であり、抵当権に転換することも可能である。土地所有者は弁済の義務はないが、弁済期に弁済をしないと権利者が強制執行により土地を換価して弁済を受けることができる。抵当権は債権に付従するが、土地債務は物権法上債権とは無関係であり、原因関係たる債権が消滅しても土地債務自体には変更を生じない。その意味で、土地債務は原因関係から切り離された無因的な不動産担保権である (BGB 1 1 9 1 条)。なお、原因関係が消滅したときは、設定者は不当利得を理由として土地債務の返還を請求しうる。

ドイツの公証実務において抵当権が設定されるのは、たとえば建築のための貸付を受ける場合であるが、手順としては以下のような形で行うのが通常である。まず、貸付金の支払前に、貸付を受けようとする者が自分の土地に (被担保債権のない) 土地債務を設定する (これを所有者土地債務という)。ここでは、BGB 1 1 9 6 条によって、土地所有者の登記官に対する意思表示と登記がなされる。この際に、原因関係から切り離された無因的な債務に対する執行認諾の意思表示を伴う公正証書が作成されるわけである。その後、貸付金の支払と引換えにその土地債務を貸付者のための抵当権に転換するという形をとる。ここで改めて公正証書が作成され、物権的合意と登記がなされる。なお、抵当権も土地債務も、所有権との混同によって消滅することはない (BGB 8 8 9 条)。

ドイツの公証人にとって最も重要な仕事のひとつが、土地債務の公正証書作成である。

以下に、フーバー公証人から貰った土地債務公正証書の略式見本を紹介しておこう。

公正証書記録簿 番号 *** / 2 0 0 4

囑託人名 Mustermann

書類番号 0 4 0 1 9 5 0

分類記号 2 0 0 2 : 0 1 9 2 7

土地債務 (GRUNDSCHULD)

本日、 2 0 0 4 年 3 月 2 6 日付で、
〒 9 3 0 4 7 レーゲンスブルク市 マクシミリアン通り 2 5 番の事務所内で、
当職、レーゲンスブルクの公証人 Dr. Markus Huber の面前において、
囑託人、ヨハン・ムスターマン氏 (仮名：甲野太郎の類い)

生年月日：1 9 5 0 年 1 月 1 日生まれ、

住所：〒 9 3 0 4 7 レーゲンスブルク市ムスター通り 1 番、

既婚：法定夫婦財産制に則り婚姻、

身分証明書：写真付き職務証明書、

のなした意思表示に従い、以下の公正証書を作成する。土地登記簿の内容については当職が調査済みである。

．土地債務

1．ヨハン・ムスターマン氏（以下、「所有者」と表示する）は、本書を以って、ムスター市所在のムスター貯蓄銀行（以下、「債権者」と表示する）のために、後述第 章記載の土地の上に

金 1 0 0 . 0 0 0 . 0 0 EUR の土地債務

を設定する。なお、この土地債務につき証券は発行しない。

2．この土地債務には、証書作成の日から年 1 8 パーセントの利息を生ずるものとする。

3．土地債務の弁済期はすでに到来し、利息については以後の暦年に対応する最初の日に弁済期が到来するものとする。

．強制執行の受忍

土地債務の元金及び利息その他の付帯請求を理由として、所有者は、土地債務を設定した土地につき、この公正証書に基づき即時の強制執行に服する。土地所有者が変わった場合でも、当該土地のその時々所有者に対して強制執行が許されるものとする。

．執行認諾を伴う無因的債務約束

ヨハン・ムスターマン氏（以下、「債務者」と表示する）は、債権者に対して、本日設定した土地債務とは無関係に、付帯請求を含む土地債務額相当の直ちに弁済期の到来する額（民法 7 8 0 条）につき、支払義務があることを承認する。この支払義務を理由として、債務者は、この公正証書に基づき自己のすべての財産につき即時の強制執行に服する。

．登記申請、同意

所有者は、以下の事項につき、土地登記簿に登録することに同意し、登記を申請する。

1．第 章による一定順位の土地債務。付加的条件に係る個々の担保目的物。

2．第 章による土地に対する強制執行の受忍。

3．第 章に定める順位を確保するために必要とされる意思表示。

．付加的条件

1．その他、この公正証書に添付する付加的条件が適用される。付加的条件の A から F の条項は単に債権法上の意義を有するに過ぎず、土地登記簿には登記しない。

2．囑託人（関係人）らは、提示された付加的条件を閲読し、互いに議論した上で、これを承諾した。付加的条件の読み聞けは放棄した。

．担保の目的物

土地債務は、以下の土地の上に設定され、これを登記する。

ムスター簡易裁判所の保管する土地登記簿

ムスター地区土地登記簿 第 1 1 1 1 冊

登記番号 2 2 2 / 3、ムスター通り 7 番地

建物面積及び土地面積 1 0 0 0 平米

．順位

この土地債務は、土地登記簿の乙区及び丙区において排他的に第 1 順位を取得する。

上記の順位を得ることができないときは、登記所から公証人にその旨の通知がなされる。その場合、土地債務は次に空いている順位に登録するものとする。

．許可

2.所有者は債権者に、先順位および同順位の土地債務を有する債権者に対する現在又は将来の条件付又は期限付の請求権を、譲渡、放棄又は抹消による土地債務の全部又は一部の返還を求める全ての付帯請求を含めて、移転させる。土地債務を換価した際に生じる剰余（被担保債権を超える差益）の返還請求権も又同じ。土地債務につき証券が発行されたときは、証券の返還請求権も同様である。土地債務に関連して無因的債務約束が存在するときは、この債務約束の返還請求権も同時に移転する。債権者は、これらの不動産担保の各債権者（担保権者）に、その価格査定に関する情報を何時でも何度でも照会する権利を有する。

D. 担保保存義務

所有者は、法定の義務のほか、次のような付加的義務を負う。

- 担保の目的物を、土地債務の効力が及ぶ対象を含め、良好な状態に保たなければならない。所有者がこの義務を十分に果たさないときは、債権者が自己の計算で必要な保全措置を講じ、費用を立て替えることができる。建築上の改変は、債権者の事前の同意がある場合にのみ許される。
- 土地債務の効力が建物に及ぶとき、又は火・水・嵐によって損壊しうるその他の目的物に及ぶときは、その価値の全額につき保険を掛けなければならない。所有者が十分な保険の付保を証明しないときは、債権者が自己の計算で保険を締結し、その費用を立て替えることができる。
- 債権者の事前の同意がなければ、賃借人との間で、賃料の前払い、又は賃料の相殺予約ないし支払留保を定める合意をなすことはできない。現在そのような合意が存在しないことを保証する。
- 債権者は、いつでも担保の目的物を視察することができる。債権者の要求があれば、担保目的物に係るすべての資料を閲覧させなければならない。債権者は、直接自ら税務署その他の機関に照会し、資料を取り寄せる権利を有する。

E. 弁済充当

債権者に対する支払は、土地債務それ自体又は無因的債務約束には効力を持たず、付加的条件によって担保された債権者の債権の弁済に当てられる。所有者（ないし第 3 章に基づく債務者）の法定の清算権限は影響を受けない。

F. 費用

この証書作成の費用および事務遂行の費用の全部を、第 3 章に掲げた者が連帯債務者として負担する。

債務者は債権者に、かかった手数料を提示し、債務者の口座の負担とする権限を与える。

G. 正本・謄本

1. 債権者は、この公正証書につき、
 - a) 民法 873 条による拘束力を作出するため、直ちに正本を受け取る。
 - b) 申立てにより土地債務の登記前に、第 3 章の義務に関する執行力ある正本を受け取る。
 - c) その他、土地債務の登記後、執行力ある正本を受け取る。
2. 登記所は、この公正証書の認証謄本を受け取る。
3. 債務者は、この公正証書につき認証なしの謄本を受け取る。

H. 委任

1. 夫婦の場合は、必要があるかぎり、配偶者の一方が他方の意思表示に同意する。
2. 所有者は当職公証人に、所有者に代わって登記手続に必要なすべての申請をなし、取り下げ、変更し、補充する権限を付与する。土地債務はその時点で空いている最優先順位で登記されよう、公証人はその旨明示して申請する。公証人は、変更があれば遅滞なく債権者に報告し

なければならない。

3. 債権者は、この証書作成の費用および事務遂行の費用の全部を、債務者の計算において清算する権限を有する。

I. 登記所に対するその他の意思表示

1. 所有者は、一定順位の土地債務の登記後、当該登記簿の謄本を債権者に付与するよう登記所に申請する。

2. 証券付き土地債務を設定した場合は、債権者は登記所から土地債務証券の交付を受ける権利を有する。所有者は証券を交付するよう登記所に申請する。

3. 土地債務が当面は第 章に掲げられた担保目的物のすべてを対象として登記していない場合、土地債務は一つの目的物の登記によってすでに個別土地債務 (Einzelgrundschuld) として成立するものとする。複数ではあるが全ての担保目的物を同時に登記していないときは、登記されたかぎり、共同土地債務 (Gesamtgrundschuld) として成立する。

4. 第 章の登記申請は、証書を作成した公証人が、所有者および債権者に代わってこれを行う。

関係人の署名：

頻度は少ないが、金銭消費貸借についても公正証書が作成されることがありうる。

以下に、フーバー公証人から貰った執行認諾公正証書の略式見本を紹介する。

執行認諾付き債務承認の公正証書

本日、 2004年3月26日付で、
〒93047 レーゲンスブルク市 マクシミリアン通り25番の事務所内で、
私こと、レーゲンスブルクの公証人 Dr. Markus Huber の面前において、
囑託人、ヨハン・ムスターマン (甲野 太郎) 氏、
生年月日：1950年1月1日生まれ、
住所：〒93047 レーゲンスブルク市ムスター通り1番、
既婚：法定夫婦財産制に則り婚姻、
身分証明書：写真付き職務証明書、
のなした意思表示に従い、当職は以下の債務承認公正証書を作成する。

. 無因的債務承認

ヨハン・ムスターマン氏 (以下、「債務者」と表示する) は、ここで、
ムスター市所在のムスター有限会社 (以下、「債権者」と表示する) に、
金 50.000.00 EUR (五万欧元) の債務額につき、
2003年1月1日以降、年6.5%の利息付で、弁済期***までに支払う義務があることを承認する。

上記の債務承認は、債務者の義務がそれ自体独立して発生する形式でなされるものとする (無因

的債務承認、民法781条)。

・強制執行

債務者は、この証書に基づき、承認した債務額及び利息につき、自己の全財産に対して即時強制執行に服するものとし、この公証人に、弁済期には更に証明を要せず執行文を付した正本を与える権限を付与する。

・注意事項の指摘

公証人は、債務者に対して、債権者が弁済期到来後は何時にても承認された債務額につき債務者の全財産を対象に強制執行できることを、明確に指摘した。

・費用、謄本

この公正証書の費用は債務者が負担する。債権者は、費用の支払及び弁済期到来後、執行正本を受け取り、債務者は認証謄本を受け取る。

公証人が読み聞かせ、出頭した債務者がこれを承認し、自筆で署名した。

署名：

公証人署名：

レーゲンスブルク大学ゴットヴァルト教授表敬訪問

日時 3月26日(金)午前11時45分~午後12時15分

場所 レーゲンスブルク大学

対応者 ゴットヴァルト教授

木村団長よりゴットヴァルト教授に「急な要請であったにも拘らず、ゴットヴァルト教授からガイマー公証人、フーバー公証人を紹介して頂き同公証人らから大変貴重な話をうかがうことができた」「今回の調査の成果は日本に帰って日弁連の報告書にまとめる。その報告書を踏まえて、日本における公証人制度の法改正を提案し改正を実現したい」と御礼を述べる。

ゴットヴァルト教授からは「お役に立てて嬉しい。芳賀先生が色々お世話をされたと思うが今後必要があれば資料の送付など協力をする」旨お話があった。

日弁連からの御土産をお渡しして、約20分で退席。ゴットヴァルト教授は「大学を見学して帰って下さい」とお見送りを頂いた。

既に調査団としても全ての調査を終えていたのでドイツ公証人制度についての議論は行わなかった。

(担当 木村達也)

〔資料〕質問事項に対するドイツ公証人連合会からの回答書(翻訳)

連合会事務局長 Dr. シュテファン・ゲオルグ

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。

この種の統計は各州の司法省が有している。一部は司法省の冊子で公表されている。しかし、ドイツ連邦公証人連合会は全体の統計を把握していない。

2. 公証人の選任・資格について

2.1 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のか。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。

公証人になるための基本要件は、連邦公証人法5条などにより、ドイツ裁判官法に基づく裁判官に任官する資格を有することである。この資格は、裁判官法5条1項に基づいて取得するが、それによると大学法学部の課程を第一次国家試験によって修了し（訳者注：日本の司法試験第二次試験合格に相当する）、それに引き続いて各州での修習を第二次国家試験（訳者注：日本の司法修習終了時の二回試験に相当する）で修了した者が資格を有する。これに対して、この公証人任命のための基本要件を別の方法でクリアすることは、認められていない。

2.1.2 公証人の国家試験ではどのような要件が課されているのか。

国家試験では、これまで公証人だけに特別な範囲は課されていない。しかし、公証人になるには、公証人職を全うするに足りる能力を有する応募者だけが選任される（連邦公証人法6条1項1文）。その際、とりわけ法学教育を修了させる国家試験（第二次国家試験）の成績が考慮される（連邦公証人法6条3項1文）。

2.1.3 公証人就職時の平均年齢は何歳か

約30歳から40歳にかけて。

2.1.4 公証人の数

目下、約9,500人。

2.2 報酬制度

2.2.1 平均報酬

報酬額は法律・・・費用法・・・が強行法規として定めている。

平均報酬はない。むしろ公証人の報酬は、公正証書が作成された法律行為が対象とする個々の法律行為の価額から算出される、いわゆる価額に応じた手数料（Wertgebühr）制である（2.2も参照）。

2.2.2 報酬の内訳

公正証書作成の基本手数料の算定のためには、まず法律行為が対象とする価額を定めなければならない。これは、通常は、当該法律行為で表明された経済的利益で算定される（詳細は費用法18条以下）。

次に、さらに手数料率が区別される。たとえば、遺言の認証のような一方的法律行為では、いわゆる1単位（sog. volle Gebühr. 参照、費用法32条）になるが、売買契約のような双務的法律行為では2単位になる。

個々の法律行為の価額が何単位になるのかは、同様に費用法に定められている。その際、実務にとって重要であるのは、費用法の付表に掲げられている報酬表である。そこでは100万ユーロま

での法律行為の価額まで定められている。

販売価格が10万ユーロの売買契約の認証では、2単位となり414ユーロになる。

さらに、コピー作成費用および郵送料を徴収し、現時点では16%の法定の売上税を請求する義務を公証人は負う。

2.2.3 公証役場の経営責任者。

専ら公証人自身である。連邦公証人法25条によると、公証人はとりわけ自ら職務の行使について責任を負っている。

2.2.4 現在の公証制度導入に至るまでの改正の経過。

公証制度はその起源をローマ法にまで遡る。フランスおよびイタリアの影響を受けて、中世にはドイツでも公証制度が導入された。公証人という職業の基本原則は、すでに1512年のライヒ公証人法において次のように定められていた。すなわち、公証人は、公的職業であり、良心に基づき中立的に職務に従事しなければならず、また国家の監督に服するというものである。これらの諸原則は、地域的に異なった発展を遂げたこととは無関係に、今日においてもなお全ての公証人について妥当するものである。そして、とくにラインラント地方ではナポレオン時代のフランス法を継受したため、専門公証人制度(ein hauptberufliches Notariat)が発展し、後に他の州においても継受された。これに対してプロイセンでは、弁護士公証制度(Anwaltsnotariat)が成立し、その特徴は一人の人間が二つの職、すなわち弁護士と公証人を兼業するところにある。二つの職業が結びついた原因となったのは、18世紀に双方の機能がいわゆる司法委員(Justizkommissar・国家公務員)に委ねられたことによる。今日では、専門公証人と弁護士公証人について統一的な職業法である、1961年の連邦公証人法が適用される。

2.2.5 公証人の指導・監督は誰がするのか。懲罰制度はあるか。

公証人は、いわゆる監督官庁の監督に服する。連邦公証人法92条。その際、最下級の監督官庁は公証人が所属する地方裁判所管轄区域の地裁所長、より上級の監督官庁は、公証人が所属する高等裁判所管轄区域の高裁長官、そして最上級の監督官庁は個々の連邦各州の司法省である。

監督官庁は、公証人の職務行使を審査し監督する(連邦公証人法93条)。

公序に反する行動または職務義務違反は、軽微な事件では注意(Ausspruch einer Missbilligung)、重大事件では懲戒手続の開始が考えられる。この懲戒手続は、公務員におけるそれに相当する。懲戒処分としては、戒告、過料または除名が考えられる。

2.2.6 業務管轄はあるか

この質問には、より詳細な説明を要する。

2.2.7 公証制度に関係す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。

懲戒処分を課することによる職務義務違反に対する追求の他に(この点については、すでに2.2.5で言及した)公証人は、一般刑事法により、とくに刑法典により刑事罰に服する。その際、公証人の職務との関係では、とくに守秘義務違反(Verletzungen der Vertraulichkeit des Wortes. 刑法201条)または個人の秘密(刑法203条)、マネーロンダリング(刑法261条)、背任(刑法266条)ならびに職務上の刑罰行為(刑法331条以下)が考えられる。上記の犯罪では、

自由刑を言い渡すことも出来る。

上記二つ（訳者注：懲戒手続と刑事手続）いずれのケースでも、その追求は職権でなされる。両者の機能については、消極的なものとして認められているのではない。

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。

実体法上、代理は原則として適法である。例外は、若干の家族法ないし相続法上の法律行為、たとえば、死亡に基づく処分などに限られる。そこでは、人格の最大限の尊重が定められ、代理人の意思表示は家庭裁判所または後見裁判所の許可を要するとしている。

公証人による認証手続（証書作成法に規定がある）は、上記原則に従う。しかし、証書作成法17条2a項は、いわゆる消費者契約（＝企業と消費者間の契約。民法310条3項を参照）について次のように定める。すなわち、消費者本人が証書作成に関与しなければならず、もしくは少なくとも信頼のおける者によって代理させなければならない、と。その際、企業とは、自然人、法人または権利能力を有する人的会社で、自己の営業上の活動ないし独立した職業上の活動において契約を締結した者をいい（民法14条）、消費者とは、自己の営業上もしくは独立した職業上の活動とみなすことのできない目的で契約を締結した自然人を指す（民法13条）。

さらに実体法上の規律ないし手続法に基づき、代理ないし代理行為の（事後的な）追認に関する特別な方式規定がある。たとえば、不動産登記手続において代理を用いる際には、公証人による認証が必要とされる。

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。

代理の有効要件は、代理人が第三者のためになすことを明らかにして意思表示をなし、かつこの者が内部的代理権を有していること、である（民法164条）。代理権は、法律または法律行為による授權にその根拠がある（民法166条2項）。

公証人は証書の作成に際して、関係者に法律行為の法的意味を教示しなければならないので（証書作成法17条1項）、証書作成の対象となる法律行為が誰に対して有利そして不利に働くか調査する義務を負っている。それによって、公証人は、代理行為が存在したか否か、また代理人の行為が代理権の範囲内にあるのかについても確認しなければならない。さもなければ、公証人は、関係者に、（まず）法律行為が有効ではなく追認いかんにかからしめられていることを指摘しなければならないであろう。

手続法上、公証人は、さらに委任状または法定代理人の資格に関する証明書を公正証書の原本または認証謄本に添付しなければならず（証書作成法12条）、もしくは、とくに法人または商事会社については、商業登記簿の閲覧をして代理権を証明しなければならない（連邦公証人法21条）。

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。

実体法上の制限は、個別事例についてだけある。たとえば、消費者信用契約を締結するための代理（民法492条4項1文）、または保証の引き受け（民法766条類推）がある。

その他については、ドイツ法はいかなる種類の代理も適法であることを前提にする。とくに、代理は、代理権の範囲を具体的に定める個別代理が存在する場合に限定されない。むしろ本人は、い

わゆる包括代理権を授与することが出来る。これによって、代理人は、法律が代理を許容した、考えられるあらゆる法律行為の領域で本人のために行うことが可能になる(この点については3.1を参照)。

これと区別すべきは、公証人は付属文書のない署名の認証、つまり白地署名の認証をなすかという問題である。法律がこれを認めるのは、認証が書類の内容を確定する前に必要であることが示された場合だけである(証書作成法40条5項)。さらに証書作成法17条2a項により、消費者契約について次のような必要性が生じることがある。すなわち、消費者による代理権授与の証書作成に際しては、消費者はすでに代理権の書類で範囲および効果について知っているということである。

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。

まず、代理人も本人も、公正証書の書類を作成し、付与してもらう権利がある(証書作成法51条1項1号)。書類は、通常、公証人が郵送する。

強制執行に服する関係人に対する執行証書を作成すべきときには、執行債務者に対して事前もしくは遅くとも同時に証書が送達されることを要する(民訴法795条、750条1項1文)。送達は通常、執行官に対する適切な委任に基づき実施される。

3.2 業務の範囲。主な公証事務はどんなものがあるか。

公証人の主たる業務活動は、不動産法、すなわち土地所有の売買または贈与の認証、もしくは土地担保権または役権(Dienstbarkeiten、訳者注:地役権、用益権などを含む概念)といった不動産に対する物権の設定である。さらに、公証人は、夫婦財産契約および/または遺言といった相続契約の認証のような、家族法および相続法上の認証に従事するのみならず、会社法上の事柄(株式会社または有限会社の設立、営業譲渡、定款変更)に関与する。

3.3 本人の意思能力の判断はどのようにして行うか。

証書作成法11条によると、公証人は、関係者、すなわち証書の作成に直接関係する者の行為能力を確認する義務を負う。これは、通常は、それまでになされた会話を通じてなされる。必要とされる行為能力がないときには、公証人は証書作成を拒否しなければならない。たんに疑いが残るに過ぎないときには原則として証書を作成するが、同時に証書に疑念があることを記載しなければならない。それ以外では、医師による鑑定書をまず入手し、それを証書に添付する可能性がある。

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。

ドイツ証書作成法は、意思表示の証書作成(証書作成法8条以下)とそれ以外の証書作成で区別している(証書作成法36条以下。たとえば、株式会社の株主総会議事録)。それによると、執行認諾宣言や宣誓に代わる保証の受入(この点は証書作成法38条)は、意思表示の証書作成に関する規律に服する。意思表示の証書作成については、公証人は、関係者に公正証書を読み聞かせ、関係者の同意を得、そして公正証書に全員の署名を書かせなければならない。

債務者の財産が滅失するおそれがある場合になされる宣誓に代わる保証の審査は、区裁判所が管轄を有する(民訴法899条)。それ以外では、公証人も宣誓に代わる意思表示の記載をすることができるが、それは官署もしくはその他の役所に対する事実に関する主張を認証するときや(連邦

公証人法 22 条 2 項) または相続証書の証書作成の場合 (民法 2356 条 2 項) など、法律がこの者に特別に委ねているときに限られる。

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いて審査することはあるか。

関係者に対してとくに法的重要性を教示することを定める証書作成法 17 条に基づく公証人の包括的審査義務および教示義務から (この点については前述の 3.1.1 を参照)、公証人は、契約の法的有効性を審査する義務を負う。法律は暴利を公序に反するとし、また暴利的法律行為を確定的無効とみなしている (民法 138 条)、公証人は原則としてこの点に関して審査をする義務を負っている。

しかし、その際に問題となるのは、公証人には法律違反とくに公序違反を確認する手段がないことである。公証人は証拠収集権限がなく、むしろ関係者への質問を通じて事実関係を確認するため、この審査権は、実際には明白な法規違反のケースに限定される。このことは、認証が公証人の職務義務と合致しない場合、とくに違法または不誠実な目的でなされることが「認識可能な」行為について公証人の協力が求められたときにのみ認証を拒絶することを定める証書作成法 4 条からも明らかである。

さらに、公証人はあらゆる関係者に対して中立でなければならない (連邦公証人法 14 条 1 項)。したがって、公証人は原則として関係当事者のうちの一方に対して与することは許されない。これにより、通常、ある法律行為の「経済性」について教示ないし助言することも排除される。証書作成法 17 条から生ずるいわゆる教示義務によってのみ、公証人は、とくに弱者を不利益から守ることになる。

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。

執行文により執行可能な文書は、公正証書については公証人が付与し、その公証人が証書を保管する。付与は、権利を有する当事者の申立による。その際、公証人は、執行文付与の要件を満たしているのかを審査しなければならない。要件とされる意思表示および事実関係は、公証人に、公の文書によって証明されなければならない。もちろん、この審査が、執行すべき債権の存否および実現可能性をも含むかどうかは、執行文付与の基礎となる合意に左右される。

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。

民事訴訟法は法的救済について区別している。すなわち、執行文付与に対する手続法上の異議を対象にする (民訴法 732 条による異議) ものと、実体法上の請求権に関するものである (民訴法 767 条による請求異議の訴え)。双方の法的救済方法は、執行証書に対しても適用がある (民訴法 795 条)。双方のケースの裁判は、公証人が所在する区裁判所管轄区域の区裁判所がこれをなす。この裁判所に対して、相当な訴えないし異議を提起しなければならない。その際、債務者の申立に基づき、裁判所の言い渡しまで担保を立てさせまたは担保提供なしに強制執行を中止し、または担保提供とひき替えにのみ強制執行を続行したり、もしくは担保とひき替えに強制執行

処分の取消を命ずることが出来る。申立を根拠づける事実上の主張は、疎明しなければならない(民法796条1項参照)。

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。

連邦公証人法19条によると、公証人は、故意または過失による職務義務違反については損害賠償責任を負うとしている。もちろん、過失についての責任は、補助的にその他の賠償可能性がある。これに対して、この責任を国家に向けることは原則として認められない(連邦公証人法19条1項4文)。

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。

一般的に、多くの国民に公証制度の基本は知られていると考える。

4.2 国民の信頼性について。

基本的に信頼されている。これは、まず公証人の職業的な立場に基づく。また、特別な資格を有する法律家だけが公証人として任命されることもよく知られている(この点については前述の2.1.2を参照)。最後に、公証人の選任が必要とされるのは、通常は、不動産の売買や遺産に関する遺言状の規律といった、より高度の投資に関するものである。ここで、関係者間で紛争が生じないよう公証人によりなされる処理は、公証人に対する特別な信頼を示している。

4.3 公証人の立場の公平性について。

これまで、懲戒が相当とする手続が実施された若干のケースがある。

4.4 その他

ない

(翻訳 芳賀雅顯)

〔コラム〕「市民の声」

辰 巳 裕 規

1 聴取の目的

公証人制度を調査する上で、法律家だけではなく市井の人々が公証人に対して如何なるイメージを抱いているかを知ることが重要であると考えた。そこで、厳しい調査スケジュールの合間をぬってドイツ市民の街の声を聞いてみた。

2 聴取結果

ミュンヘン旧市庁舎近くのピアホールの若い女性従業員

(ノタールを知っていますか? という問いに対し、スタンプを押すようなジェスチャーをし

ながら) ええ、知っているわ。あの、スタンプを押す人でしょ。でも私は(若いから) それ以上の事は知らないわ。

ミュンヘンからレーゲンスブルグへ移動する列車のコンパートメントで同乗した中年男性(我々が、ノタール法の文献を精読している姿を横目に見た上で) 君たちは、ドイツに公証人を調べに来たのか、それは良いことだと思う。公証人はとても信頼できる人達だ。悪い話? そんなことは聞いたことがないな。

レーゲンスブルグのタクシー運転手(中年男性)

ノタールの世話になったことはあるよ。不動産を買う時に世話になった。ノタールは国にかわって大切な取引に関わってくれる、とても良い制度だともうよ。

レーゲンスブルグ滞在先のホテルのバーの若い女性従業員

私は、公証人は知らないわ。それよりお客さん、今日はカンバンよ。

3 まとめ

ドイツにおいても、市民(特に若い世代の人)には、やはりあまり実態が知られていないという印象を受けた反面、中年層を中心に不動産取引という市民にとり生涯における数少ない重大な取引の場面において公平な立場でアドバイスをくれる法律家として高度の信頼を受けていることも伺われた。