

第2部 ドイツ公証人制度の概要と日本の問題点

〔参考文献〕以下、引用する場合はゴシック字のとおり略記する。

五十部豊久「消費者信用と公証制度」法学セミナー増刊市民のための法律家（1983年）

三堀博『公証手続』（1984年）

五十部豊久＝上原敏夫＝春日偉知郎「近時の公正証書に関する裁判例」民事訴訟雑誌31号
（1985年）

法務局民事局編『公証人法関係解説・先例集』（1986年）

日本公証人連合会『公証制度百年史』（1988年）

植村秀三『日本公証人論』（1989年）＝植村

竹下守夫＝五十部豊久「実態調査の結果から見た公証制度 - 消費者信用公正証書を中心として」
公証法学13号（1989年）

公証実務研究会編『公正証書のここがあぶない』（1990年）

松村和徳「執行証書の債務名義性に関する一考察」公証法学21号（1992年）＝松村

小西飛鳥「ドイツの不動産取引における公証人の介在」法学政治学論究20号（1994年）
＝小西「介在」

出口雅久「日独における公証人損害賠償訴訟の現状 - 予防司法を担う公証人のグローバル・スタン
ダードの素描」公証法学28号（1999年）＝出口

小西飛鳥「ドイツの不動産取引における公証人の責任と義務」公証法学29号（2000年）
＝小西「責任と義務」

山本和昭「ドイツにおける執行証書の対象範囲の拡大について」公証127号（2000年）
＝山本

東京法務局民事行政部総務課編『公証事務ハンドブック』（1984年）

日本公証人連合会『法規委員会協議結果要録』（1990年）

富田善哉『公証人おぼえがき』（1990年）

第1章 ドイツ公証人制度の概要

1 ドイツ公証人制度の歴史

- (1) ドイツの公証制度は、ローマ法に起源し、フランス及びイタリアの影響を受けて中世には導入された。1512年のライヒ公証人法（帝国公証人法）において、既に公証人が公的職業であり、良心に基づき中立的に職務に従事しなければならない、国家の監督に服するとの公証人制度の基本原則が定められ、これが今日も妥当する原則として引き継がれている。ラインラント地方では、フランス法を継受したので、専業公証人制度が発展し、プロイセンでは弁護士公証人制度が成立し、両制度が並存することとなった（この他に公務員公証人制度があることは次項）。
- (2) 1961年に両制度の統一的な職業法として、連邦公証人法が制定され、公証人制度の基本法となっている。

2 ドイツの公証人の分類と証書作成件数など

- (1) 主として歴史的経緯から、三種類の公証人制度がある。一つは専門公証人(Nur Notare、連邦公証人法3条1項)、一つは弁護士公証人(Anwalts Notare、同法3条2項)、一つは公務員公証人(Beamten Notare)である。
- (2) 専門公証人制度を採用するのはバイエルン州、旧東ドイツ地域であり、弁護士公証人制度を採用するのはヘッセン州、ニーダーザクセン州、ベルリン等であり、公務員公証人制度を採用するのは、バーデン・ビュルテンベルク州だけである。
- (3) 弁護士公証人は、弁護士業務において依頼を受けたことのある者については公正証書を作成することができない。しかし、弁護士公証人はどうしても、中立公平性について問題が生じることがあり、また公証人業務についての精通度が劣る場合もあるので、最近では任用が厳格になりつつある。
- (4) ドイツ全国の公証人の数は以下の通りである。弁護士公証人の数はここ数年減少傾向にあるが、任用を厳格にしていることの表れである。

	1995	1996	1997	1998	1999
専門・公務員	1,628	1,651	1,657	1,656	1,663
弁護士兼	8,715	8,801	9,031	9,045	8,925
合計	10,343	10,452	10,688	10,701	10,588
	2000	2001	2002	2003	2004
専門・公務員	1,657	1,665	1,663	1,654	1,627
弁護士兼	8,838	8,897	8,765	8,370	7,728
合計	10,495	10,562	10,428	10,024	9,355

- (5) 公正証書の作成件数については、専門公証人では都市部では年間2,000~3,000件、地方では年間1,500~2,000件位と思われる。弁護士公証人では、公証人業務に割く時間に個人差があるが、専門公証人の半分程度と思われる。

3 ドイツ公証人の任用

- (1) 公証人の任用については連邦公証人法に定められており、司法試験に合格後、実務修習を経て、第二次国家試験に合格して、裁判官となる資格を有する者であることが要件となる。第二次国家試験の成績によって任用までに必要な条件が異なるが、弁護士公証人の場合は、最低5年の弁護士登録と最低3年前から公証人業務を行おうとする管轄区域における実務経験が必要であり、専門公証人の場合は、公証人試補として最低3年間の実務を経る必要がある(連邦公証人法5条、6条等)。
- (2) 公証人は円滑な司法の運営に必要とされる数が採用されることとなっており(連邦公証人法4条)、地域毎に証書作成実績に応じた定員が決められているので、欠員がなければ採用されず、現実には公証人補として6年程度実務を経てから任用されることが多い。採用にあたっては、公証人の年齢構成の維持も考慮される。
- (3) 公証人に就く年齢は、最も早く任用されれば、理論的に30歳で公証人になれるが、実

際には早くて32歳、平均的には35歳位である。法律上60歳以上の者は任用されない。定年は70歳である。

- (4) 公証人試補は主として公正証書の文案の作成業務を行うが、公証人が不在の場合には自ら公正証書の作成に携わることもある。報酬は労働量に応じて支給される（連邦公証人法7条4項は、「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、かつ一般的または個別的に、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。」と規定）。

4 ドイツ公証人の職務内容

- (1) 次の契約等は公正証書によることが必要である。

不動産所有権の譲渡または取得する義務を負う契約（民法311条b）

登記の承諾または登記に必要なその他の意思表示（不動産登記法29条）

夫婦財産契約（民法1410条）

公正証書遺言（民法2232条）

会社の定款（有限会社法2条）

社員による持分の譲渡（有限会社法15条）

商業登記簿への登記申請等（商法12条）

以上の他、確定日付も重要な業務である。

- (2) 公証人の報酬は、当該法律行為で表明された経済的利益を基に算定される（費用法に規定）。そして、遺言の認証のような一方的法律行為では一単位、売買契約のような双務的法律行為では二単位として計算される。例えば、販売価格が10万ユーロの売買契約の認証では414ユーロである。これに副本作成費用及び郵送料、16%の売上税が加算される。

5 ドイツ公証人の職務を規律する法律と公証人の責任

- (1) ドイツ公証人の職務を規律する法律

次章で詳細に説明するが、連邦公証人法に一般的規律が定められており、具体的な証書作成にあたっての規律は証書作成法に定められている。そのほかに、各州において公証人服務規程（DONot）が定められ、公証人会も、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）を定めている。

- (2) ドイツ公証人の責任

公証人事務所の経営責任者は公証人自身である。

公証人が故意または過失により、他人に対して職務上の義務に違反したときは、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。過失に止まるときは、被害者が他の方法で賠償を得ることができないときに限り賠償責任を負う。国家が公証人に代わって責任を負うことはない（連邦公証人法19条）。

公証人は、過失により賠償責任を負う場合のために責任賠償保険に加入する義務を負う（連邦公証人法19条a）。最低保険金の額は各保険事故ごとに50万ユーロである。故意の場合には公証人が加入している保険から填補されない（連邦公証人法19条a）。

第2項)、公証人会において加入している信託保険から填補される。

6 ドイツ公証人に対する監督、懲罰

(1) ドイツの公証人は、監督官庁の監督に服する(連邦公証人法92条)。

最下級の監督官庁は、公証人の所属する地方裁判所管轄区域の地裁所長、上級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、最上級の監督官庁は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。監督官庁には、書類、目録、帳簿、電算処理施設などについての検査権限があり、公証人は必要な説明をなす義務を負う(連邦公証人法93条)。

(2) 公証人の公序に反する行為または職務義務違反は、軽微な場合は注意がなされ、重大事件では懲戒手続が開始される。懲戒処分には、戒告、過料、除名がある。実際に懲戒がなされる例としては、脱税や預り金の横領事案などがある。

(3) 公証人の公序に反する行為または職務義務違反については、一般刑事法による刑事罰にも服する。守秘義務違反罪、秘密漏洩罪、マネーロンダリング違反罪、背任罪などが考えられる。

(担当 河野 聡)

7 教示義務(証書作成法17条) - 公証人制度のマグナ・カルタ

日本では、証書作成に際し、公証人に教示義務が課せられておらず、公証人の使命は、単に法律行為及び事実の公証であるとされている。

これに対しドイツでは、当事者の真意を証書中に再現することが公証人の使命であるとされ、公証人に、厳格な教示義務が課せられている。公証人の教示義務を規定する証書作成法17条は、公証人制度の根幹であり、「17条の規定はこの法律の中核部分をなしており、公証人の活動の“マグナ・カルタ”(magna charta)である。」(Karl Winkler, Beurkundungsgesetz, 15. Aufl., 2003, S. 275, Schmitz Valckenberg, DNotZ 1994, 496(ドイツ公証人雑誌 1994年版496頁))といわれている。

以下では、まず、ドイツにおいては、公証人の使命を果たすために教示義務が本質的に重要であるとされていること、第二に、教示義務の具体的な内容、第三に、教示義務の厳格な履行が求められ、実際に厳格に履行されている現状及びその理由について、述べる。

(1) 公証人の使命と教示義務の本質的重要性

公証人の主要な職務は、証書の作成である。証書作成に際しての公証人の活動の目的は、内容上完全な証書の作成に向けられる。つまり、関係人の法律行為に関する意思の完全な実現が、公証人の活動の目的となる。この目的のために、公証人は関係人の意思を探求し、できる限り事実関係を完全に解明することを要求される。そして、そのために、公証人は法律状態を調査し、法的な効果等を関係人に教示しなければならない。ドイツでは、公証人の教示があつて初めて関係人の真の意思形成が可能になると考えられているのである(松村77頁)。そのため、公証人の教示義務は、公証人に対する最も重要な職務上の義務であり(小西「責任と義務」71~73頁)上記のとおり、公証人活動の“マグナ・カルタ”(magna charta)であると称されている。

今回の調査において、ミルデ弁護士公証人は、教示義務を規定する証書作成法 17 条は公正証書作成実務におけるもっとも重要な条文であるとし(28 頁)、また、フランクフルト公証人会においても、「公証人の教示義務は公証制度が始まった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で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。」(53 頁)としており、公証人制度における教示義務の本質的な重要性が強調されている。

(2) 教示義務の内容

教示義務を規定した証書作成法 17 条 1 項及び 2 項は、次のように規定している。

証書作成法 17 条 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 17 条 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。」

教示義務は、公証人に常に義務付けられている一般的教示義務と、特別事情が存在するときに限り発生する特別な教示義務とに大別される。

一般的教示義務は、証書作成法 17 条に定められており、「法的射程教示義務」(広義)と称されている。特別な教示義務は、判例により発展したものであり、証書作成 17 条 1 項 2 文(無経験で不慣れな者の保護)を根拠にする判例と連邦公証人法 14 条 1 項(中立的介助)を根拠にする判例とがあり、「介助的教示義務」(後見的教示義務)と称されている。

以下、法的射程教示義務(広義)、介助的教示義務の順で、その具体的内容について述べる。

a 法的射程教示義務(広義)

法的射程教示義務(広義)は、公正証書作成に際し、当事者らの真意を把握し、かつ法律状態に適合した証書作成を行うために、公証人に課せられる教示義務である。法的射程教示義務は、当事者らの法律行為に関する意思の完全な実現という公証人の任務を履行するために行われることから、すべての公証人の証書活動に内在するものであり、仮に証書作成法 17 条という明文がなくとも、公証人は、確立した判例の定めるところに従い、この義務を履行しなければならないとされている(植村 34 頁)。

証書作成法 17 条は、次の四つの義務を規定している。

当事者の意思の探求義務

事実関係の解明義務

法的射程の教示義務(狭義)

証書明瞭性の義務

以下、各義務の内容を個別に説明する。

当事者の意思の探求義務

公証人は、単に当事者らの陳述、当事者らの提出した完成した契約書その他の証書草案を正確に証書に再現することによって、満足することは許されない。証書の作成に際して、公証人は、当事者らが法律行為によって何を真に意図しているかについて、探求しなければならない。特に、法律に不慣れな当事者に対しては、公証人は必要な質問を発しながら、真の意思に合致した陳述をなすよう、その者を導かなくてはならない（小西「介在」330頁、植村36頁）。

事実関係の解明義務

公証人が当事者らの真意を確認するためには、その基礎をなす事実関係を知らなくてはならない。しかし、公証人は、何ら固有の調査権能を持たないので、通常、事実関係は、当事者らと公証人との討議によって解明されていく。当事者の事実陳述の正確性に疑いがあれば、正しい陳述が必要である旨をどこまでも当事者らに教示すべきであり、これによって、偽装行為、ヤミ取引その他の禁止行為の証書作成が防止される。

また、公証人は、証書作成法17条2項に従い、法律行為の無効の危険につき当事者と論議せねばならず、しかも、単なる懸念と疑問をもっただけでも論議を行わなければならないのであるから、同規定は、特別の重要性を持つ（小西「介在」330頁、植村36頁）。

法的射程の教示義務（狭義）

法的射程について教示するとともに、当事者らが望む目的が法律上達成できるかどうか、どうすれば達成できるかの点についても教示しなければならない。

当事者らに対しては、以下のことが知らされなければならない。

- a 行為の一般的な法的意味
- b 望んでいる結果を実現するための法的要件
- c 法定の方式
- d 行為の効果
- e 行為の実行及び解除

任意代理人が出頭したときには、有効な代理の説明と、代理の意義と効果の教示も、これに入る。

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）とされている（ミルデ弁護士公証人の回答40頁）。

植村元公証人は、法的射程教示義務に関し、次のような具体例をあげている。

例えば、保証に際しては、保証引き受けとは、どういう意味で、どんな結果になるかを説明すると共に、保証は信頼の問題であり、債務者が債務を弁済すると信じ

たときだけ、保証人は保証を引き受けるべき旨を教示する。

物上保証に際しては、「あなたが、お金を借りるAのために自宅を抵当に入れることになれば、Aが債権者に借金を返済しない限り、自宅は競売されてしまう。このような危ない契約を結ぶ以上、Aが弁済すると堅く信用していなければならない。Aを少しでも信頼できないと思うならば、決して自宅を担保に入れてはならない。」と教示することになる。(小西「介在」330頁、小西「責任と義務」75頁、植村36頁以下、101頁)

証書明瞭性の義務

公正証書の内容は、すべての意思表示が簡明かつ何人にも理解できるように表現されなければならない(小西「介在」330頁、植村36頁)。

b 介助的教示義務(後見的教示義務)

介助的教示義務は、特別の事情が存在して、法律行為によって一方当事者が自ら意識していない損害を被るおそれが推測されるときに公証人に負わされる教示義務である。予防司法の担当者としての公証人は、一方当事者が証書作成により重大な損害の危険にさらされており、一言の適切な教示により、その損害を防止できるとき、手をこまねいて座視すべきではないということを根拠とする。介助的教示義務が発生するのは、一方当事者につき、予期しない不利益な結果の発生の危険または求められた結果の不発生の危険が存在するのに、その当事者がその危険を意識していないと公証人が推測せざるを得ない特別事情が存在するときである。

例えば、当事者が保証を引き受けるにあたって、保証人が保証によって被る危険(例えば主債務者の無資力)を認識していないことを公証人が確信したかまたは必要な注意を払えば少なくとも懸念したはずであったときは、公証人には、介助的教示義務が負わされる。

また、同一当事者が、同一の不動産を、(同一の公証人の前で)再び譲渡するときには、公証人は、その旨を相手方当事者に教示する義務を負う。この場合の教示義務は、公証人の守秘義務に優先する(小西「介在」330頁、植村40頁)。

(3) 教示義務の厳格な履行

ドイツの公証人は、かかる教示義務を厳格に履行しなければならない。

前述のとおり、ドイツでは、教示義務は公証人制度の根幹をなすものであり、証書作成法17条は公証人活動の“マグナ・カルタ”(magna charta)として位置付けられているのであり、公証人には、教示義務の厳格な履行が求められている。

ミルデ弁護士公証人の説明によれば、証書作成法17条は、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ないで当事者に不利益な証書を作成した場合、証書作成法17条の義務違反になり、同条は、裁判所によって非常に厳格に解釈されていることから、ドイツの公証人は非常に慎重である(28頁、40頁)。

すなわち、ドイツでは、教示義務違反について、公証人自身が責任を負わなければならない(個人責任)。日本のように公証人に代わって国家が責任を負うわけではない。教示義務違反は、当事者に対する職務上の義務違反であり、公証人は、その当事者に対して民事上の

損害賠償責任を負い（連邦公証人法19条）、また、懲戒処分（同法第3編）の対象ともなる。このように、教示義務違反について、公証人は個人責任を課せられているので、当然ながら、公証人は、教示義務違反とならないよう慎重に職務を遂行する。しかも、「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。囑託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。」とのミルデ弁護士公証人の回答（43頁）からもわかるように、ドイツの裁判所は、公証人の教示義務を非常に厳格に解釈し公証人の過失行為を広範に認めているため、公証人は、教示義務の履行にまさに意を尽くすことになる。

このように、ドイツにおいては、公証人に対し教示義務の厳格な履行が求められており、個人責任の原則によって実際にもその履行が担保されている。

私達は、今回の調査において、ミルデ弁護士公証人が当事者に対し実際に教示する場面に立会い、公証人が当事者の質問に答え、当事者と議論しながら、十分な時間をかけて熱心に教示する場面を見聞き、それが、私達がこれまで日本の公証役場において目にしてきた公証人の姿とはあまりにかけ離れたものであることに驚くとともに、これがあるべき公証人の姿であると実感した（70頁、72頁参照）。ドイツでは、公証人は教示義務を誠実に履行し、当事者は証書作成に主体的に関与しており、このようなあり方であれば、当事者の真意は証書中に正確に反映されるであろうし、公証人に対する信頼も高まるであろう。日本は、ドイツ法を母法としていながら、公正証書に関わる紛争が多発し、公証人がどれほどの信頼を確保しているのか疑問があるといわざるを得ず、また、ドイツと日本の公証実務の実際を見ると、まったく異質な制度であるとまで感じざるを得ないのは、ドイツの公証人には個人責任の原則によって担保された厳格な教示義務が課されているのに対し、日本の公証人には教示義務が課されていないということに、根本的な理由があると考えられる。

8 代理制度の濫用防止

日本では、本人が知らない間に代理人によって公正証書が作成されたり、代理人によって違法な高金利を前提とした公正証書が作成されるなどの問題が生じており、このような代理制度の濫用に対する実効性のある法的な歯止めがない。

ドイツにおいても、代理人によって公正証書を作成することは可能であるが、日本とは異なり、以下のように、(1)教示義務の履行として本人の授権等の確認、(2)代理人による不正使用目的による証書作成囑託の拒否、(3)代理人の行為の有効性に疑いがある場合の教示内容等の記載義務、(4)消費者契約における本人出頭原則など、証書作成法を中心として代理制度の濫用を防止するための法規定が存在し、代理人の行為によって本人が不利益を被ることが回避されている。

(1) 教示義務の履行としての本人意思の確認

代理人が出頭して公正証書を作成する場合でも、公証人は、当事者に対し、教示義務を負

う。但し、ここでいう当事者は、形式的当事者をいい、代理の場合は、出頭した代理人を意味し、出頭しない本人はこれに入らない（植村49頁、ミルデ弁護士公証人の回答48頁）が、公証人は、代理人に対する教示を通じて、本人の意思を確認する。すなわち、公証人は、代理人に対し教示を行う際、法律行為が誰に対して有利、不利に働くかを調査する義務を負い、それによって、公証人は、代理に関する本人の授権があったか否か、また代理人の行為が本人から与えられた代理権の範囲内にあるか否かも確認しなければならない（証書作成法17条1項）。もし、授権がない場合、公証人は、当事者らに、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（ミルデ弁護士公証人の回答26頁・38頁、小西「介在」309頁）。

(2) 不正使用目的による証書作成嘱託の拒否

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、証書作成や認証を拒否しなければならない（証書作成法4条、連邦公証人法14条2項）。したがって、公証人は嘱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（ミルデ弁護士公証人の回答38頁）。公証人が慎重な教示を十分に与えたにもかかわらず、当事者が真意を明らかにすることを渋る場合には、証書の不正使用を意図していることが多く、大抵は、不正意図が認識可能であろうから、公証人は、そのことを理由として証書作成を拒否できるし、また拒否しなければならない（植村29頁）。上記のとおり、代理人によって公正証書が作成される場合、代理人に対する教示の結果、代理権の瑕疵が確定的であると判明したときには、公証人は、法律行為が有効でなく、本人の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が、本人によって追認が拒絶されそうな場合には、公証人は公正証書作成を拒否しなければならない（小西「介在」309頁）。

ミルデ弁護士公証人は、代理人によって「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る可能性があるので、証書作成を拒否するだろう。」（26頁）「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（代理人）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。」（30頁）と説明している。

日本においても、公証人は、法令違反や無効な法律行為について証書を作成してはならないとされている（公証人法26条）。しかし、日本では、かかる職務遵守規定に違反しても、公証人は個人として損害賠償責任を問われることはないのに対し、ドイツにおいては、証書作成法4条及び連邦公証人法14条による公証人の義務は、教示義務同様、公証人の個人責任の原則によって担保されている。

(3) 証書作成法17条2項の事実上の活用

公証人は、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（証書作成法17条2項）。代理人による証書作成の場合も、代理権の範囲の逸脱や代理人の権限濫用について疑念が存在するにもかかわらず、代理人が証書作成を望んだときには、このことを証書の中に明示的に記載しなければならない（小西「介在」309頁）。金銭債務公正証書の場合は、この疑いを記載すれば、強制執行認諾の条項を付することができなくなり、法的取引の上では事実上役に立たなくなるから（植村30頁、65頁）証書作成法17条2項を活用することにより、代理人の行為による本人の不利益を回避できる。

(4) 消費者契約における本人出頭原則

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り（ガイマー教授回答書96頁）、本人の出頭または本人の信頼のおける代理人の出頭に限定されることから、本人が知らないうちに公正証書が作成されるといった事態は回避される。すなわち、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（証書作成法17条2a項）（ミルデ弁護士公証人の回答書38頁）。なお、詳細は、本章第9項を参照されたい。

(5) 執行文付与の要件としての代理委任状の認証

ドイツでは、執行証書作成の段階では、公の証書または公の認証ある証書により、代理権を証明することまでは必要とされていないが、執行文付与の段階、つまり、債権者が代理人により作成された執行証書に基づき執行文の付与を求めるときは、公の証書または公の認証ある証書により代理権を証明する必要があるかという問題がある。

この点、植村元公証人らが紹介するとおり、ヴォルフシュタイナー（Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde [1978], Rdnr. 12. 10, 35. 6）によれば、執行文の付与を受けるためには、ドイツ民訴法第726号の準用により、公の証書または公の認証ある証書による代理権の証明が必要であり、これはドイツの通説であると説明されている（植村69頁～、山本54～56頁）。

ただし、ドイツの代表的なコンメンタール（Stein/Jonas, ZPO, Band 7, 22. Aufl. [2002]）において、ミュンツベルク（Stein/Jonas/Munzberg, a. a. O. § 797 Rdnr. 14, 15）は、ヴォルフシュタイナーの見解に対して、自由な証明（私文書、口頭による承認または追認等）で足りるとしているように、反対説も有力なようである。

今回の調査では、どちらの見解が支配的なものとしてドイツの公証実務を動かしているのか確認するに至らなかった。これは、ドイツでは、第三者の代理人が公証人の前に現れて金銭消費貸借等の執行証書が作成されるようなことが希であることが関係しているのかもしれない。

いずれにせよ、ドイツにおいても、執行証書作成段階で公証人が認証のある証書によって任意代理人の代理権の有無を確認することまで義務づけられているものではないということが出来る。

しかし、ミルデ公証人の追加質問に対する回答によれば、公証人が債務者と面識がない場合や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、代理人による執行証書の作成を引き受けないだろうし、他の同僚公証人からも確実に同様に扱うだろうと明言されている（50頁参照）。

このようにドイツでは、公証人が積極的に権限行使する結果、代理権の濫用によって債務者の利益が害されるような事態の防止が確実に期待できるのである。

（担当 猪股 正）

9 証書作成法 17 条の改正

証書作成法 17 条が公証人の教示義務を定めたものであること、そして公証人の教示義務こそ、公証制度の根幹をなす重要な規定であること（ドイツ公証人制度における「マグナ・カルタ」であること）については既に述べたとおりである。

(1) 2002 年改正による証書作成法 17 条 2 a 項追加

ところで、証書作成法 17 条は、1998 年及び 2002 年に二度改正がなされ、次の条項が付加されるに至った。すなわち、証書作成法 17 条 2 a 項は、「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。」とし（手続過程における教示義務の保障）

「1. 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」（消費者契約における本人出頭の原則：代理人の制限）

及び

「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。」（証書案の事前送付による検討の機会の付与）

と規定されるに至ったのである。

(2) 2002 年改正の趣旨～消費者保護の強化

a EU 指令による消費者保護の強化

今回の調査によれば、上記改正は、EU 内における消費者保護規定強化の指令を受けてなされたものとのことであり（ミルデ公証人弁護士、フランクフルト公証人会）消費者契約に関する公正証書作成過程における消費者保護を強化したものである。もっとも、文言上、17 条 2 a 項柱書は、消費者契約に限定することなく、公証人に対し、教示義務が遵守されるような手続過程を形成するよう求めており、同項 1 及び 2 において、消費者契約の場合に、公証人が遵守すべき手続過程を列挙している。

b 手続過程における教示義務の保障（証書作成法 17 条 2 a 項）

すなわち、まず証書作成法 17 条 2 a 項は、1 項及び 2 項が定めた教示義務の遵守がなされるような証書作成手続過程を形成するよう公証人に義務づけ、もって教示義務の形骸化を避けている。なお、われわれは、ドイツの公証実務において何か弊害があったからこのような改正がなされたのではないかと質問を投げかけたが、インタビューをした公証人らは皆、口を揃えて、このような配慮は、法改正以前から、公証人会のガイドライン（執

務指針)で定められていたことであり、もともと遵守されていた、と述べていた(クライ公証人等)

c 消費者契約における本人出頭の原則：代理人の制限(証書作成法17条2a項1)

そして、特に消費者契約においては、公証人の前で消費者側の意思表示をする人物を、消費者本人、もしくは代理による場合でも、代理人を家族・親戚や親しい友人など信頼できる人物に限定している。これは、作成される証書の内容を公証人から直接教示される者を消費者本人あるいは限りなくそれに近い人物に限定することにより、対象においても、教示義務を実効化するための規定である。

d 証書案の事前送付(同条2a項2)

作成される証書の内容を事前に検討する機会を消費者に与えることを義務づけるとともに、不動産の所有権を譲渡または取得する義務を負う契約については、更に要件を厳格化し、作成予定の証書の文言を原則2週間前に消費者に交付することを義務づけることにより、法律の理解や契約内容の情報量・交渉力にもとる消費者について拙速な証書作成が手続き的に防止されているのである。なお、かかる条項に違反して作成された公正証書は無効とはならないが、それにより損害を被った当事者は公証人に対し教示義務違反に基づき損害賠償を請求しうることとなると解されている。

(3) 2002年改正の背景

今回の調査で複数の公証人から、ドイツでは既に述べたとおり改正前より実務上教示義務が厳格に実践されており2002年改正の必要性は少なかったのではないかと、例えば2週間前に証書の文言を消費者に交付しなければならないなど公証実務から見れば硬直的な感のある規定が盛り込まれるなど過大な改正であったとの感想が聞かれた。要はドイツにおいては不要な改正であったが、消費者保護を重視するEU指令を受けて条文を整合化する作業がなされただけであるとのことであった。

しかし、他方で、マンション建設販売などの様に、一つの建設業者等事業者と多数の消費者が、同一内容の契約を同時かつ多数締結する際に、公証人が機械的(システムチック)な証書作成(重要な事項について記載のない証書の作成・建築業者の従業員が消費者の代理人となる事案・教示義務の希薄化)を行うことが問題視されたことを受けたものとの指摘も聞くことが出来た。

なお、連邦公証人会の執務指針によれば、「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義務が維持され、従属的また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、また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。」とし、「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(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・・・e) 嘱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。」とされており、2002年改正前から実務上は同一の問題意識から弊害を防止する配慮がなされて

きていたものと考えられる。

(4) 改正法と金銭消費貸借執行証書の作成

2002年改正法によらずとも、従来のドイツの実務においても日本におけるような金融業者による金銭消費貸借あるいは債務承認執行証書の「大量生産」事案は生じ得ないとドイツの公証人から説明を受けたことについては既に述べた。更に改正法によれば、教示義務の証書作成過程における保障の観点から、特に消費者契約については、代理人の範囲をきわめて限定することにより、通常は、公証人から本人に対し、教示義務が直接履行されるし、仮に代理による公正証書作成がなされる場合でも、債権者従業員による代理は許されず、債務者の信頼のできる者（親族等）に限定される。しかも証書案は事前に本人に送付され、文言の検討の機会が与えられる。消費者に該当しない場合であっても従来の実務に加えて証書作成法17条2a項により教示義務の遵守がなされるような証書作成手続過程を形成することが義務づけられている。従って、日本におけるような病理現象、すなわち金融業者の従業員が債務者の代理人となり、債務者本人が公証人と接する機会を一度も持つことなく、作成される証書の内容も知ることなく、機械的に公正証書が作成されるなどという事案は発生し得ないのである。

10 公証人の個人責任原則

(1) 連邦公証人法19条（職務義務違反）

連邦公証人法19条1項は、公証人の職務義務違反について次のように定めている。

「公証人は、故意または過失により、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嘱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) 沿革

公証人の責任は、ドイツ民法（BGB）の施行後、同法839条が適用された。その後、実質的に殆ど変更のない1937年帝国公証人法21条に規定された責任規定は、連邦公証人法に関する立法手続の範囲内において実質的に変更なく連邦公証人法19条に継承されたとされている（出口49頁以下）。

(3) 公証人の個人責任の背景

今回の調査の過程で、ミルデ弁護士公証人から、公証人の責任について「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、保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。」との発言がなされた。

また、フランクフルト公証人会訪問の際、タウヘルト事務局長からは、「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。」との説明がなされた。

手数料を徴収することによって生計を維持する業務である専門公証人と弁護士公証人においては、公証人自身が責任を負わなければならないのである（植村秀三著『日本公証人論』13頁）。確かに特別な地位にある公証人は、非訟事件の領域において公法上の役割を果たしている。しかし、その職務は、その性質によれば、公権力の行使とはみなされ得ない。権利保護を求める国民に対する公証人の職務義務は、単なる証書作成に留まらない。かかる職務義務は、個人的な相談、法形成の協力、とりわけ信頼を要求する。国家責任、すなわち、公証人の公務員化、それに伴う匿名性は、国家との関係において、基本的には個人的な相談義務、守秘義務および中立性と両立することは困難である。公証人の完全な公務員化は積極性の喪失に繋がる。国民のための法律専門家として公証人の役割が拡大すればするほど、個人責任が強調されることになる、との指摘がある（出口50頁以下）。

(4) 公証人が故意・過失責任を問われる事例

ガイマー教授からの回答書では、過失ある行為の例として、以下のようなものが揚げられている。

- (1) 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、公証人が嘱託人に弁済期を早まって示した場合。
- (2) 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。

ミルデ弁護士公証人によれば、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、また、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ある、とのことであった。

(5) 損害賠償責任保険

公証人の個人責任を担保する制度として、損害賠償責任保険制度がある。1983年1月1日に施行された連邦公証人法19条aは、公証人個人に職務責任保険への加入を義務づけている。その他、公証人会によって締結される団体加入責任保険制度や信頼損害保険制度がある。詳細は、フランクフルト公証人会報告書、同会パンフレット及びガイマー教授回答書を参照されたい。

(6) 教示義務と公証人の責任

「(ドイツにおける公証人の)教示義務は、その内容と範囲を判例によって形成してきたのである。そして、その形成は、公証人の職務義務(教示義務)違反に対する訴訟、つまり公証人の責任訴訟を通して行われたのである。これは、わが国においてはあまり論じられていなかった点である。しかし、教示義務を考察する上では、必要不可欠な考察であろう。教示義務と公証人の責任はパラレルに論じられるべきであろう。」との指摘がある(松村和徳「執行証書の債務名義性に関する一考察」公証法学21号86頁)。

公証人を公務員と位置づける制度のもと、国家賠償責任制度という枠組みの中で、教示義務を考察することも論理的にはあり得る。しかし、公証人の責任面における公務員化は、公証人の積極性の喪失=教示義務の無視・軽視・形骸化に繋がるものであり、教示義務を中核とした公証実務の実現には、これを担保する公証人の個人賠償責任制度が不可欠であろう。

民事訴訟法学会会長でもあり、弁護士法研究でも実績のあるプリュッティング教授によれ

ば、なぜ日本において利息制限法に反する金銭消費貸借契約に関する公正証書が作られるのか、ドイツではこの様な事象は起こりえないと回答した理由の一つとして、「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。」と述べられた。

公証人に個人責任というリスクを負わせることこそ、教示義務を中核とする公証人の職務の適正化、公証人の不正確あるいは違法な公正証書作成の回避ひいては国民の公証制度に対する信頼を担保することを示唆されているのである。

(担当 辰巳裕規)

〔コラム〕「民事訴訟法学者からみたドイツ公証人」

日本大学法学部助教授

小 田 司

1. はじめに

わが国の公証制度は、ドイツの公証制度を継受したものであるとされている。公証人の主な職務は、ドイツ及びわが国においても、契約・遺言などの法律行為に関する公正証書の作成、私文書の認証、執行受諾に基づく執行証書（執行文の付与）の作成等であり、その職務内容は類似している。しかしながら、証書作成における公証人の使命には、ドイツとわが国では雲泥の相違がある。

わが国では、証書作成に際し、公証人に教示義務が課せられておらず、公証人の使命は単に法律行為及び事実の公証であるとされている。これに対して、ドイツの公証人には厳格な教示義務が課せられ、当事者の真意を証書中に再現することが公証人の使命であるとされている（ドイツ証書作成法第17条）。

公証人の作成した文書は、強度の証明力を有し（民事訴訟法第228条）取引社会において、請求権の存在についての信頼性を与えるものである。社会における公正証書の機能を考えるならば、公証人の使命は、積極的に当事者の意思を探求し、事実関係を明らかにし、当事者の真意を証書中に再現することではなかろうか。

2. ドイツ公証人の職務上の義務と自己責任

ドイツの公証人に対する印象は、証書の作成に際し、考えられうるほとんどの事項につき職務上の義務を負うということである。公証人の職務調査官であるヴァインゲルトナーは、公証人に対する職務調査の実体験に基づき、公証人の職務義務違反とされたほとんどの事例について、回避可能な過誤であるとしている（Weingartner, Vermeidbare Fehler im Notariat, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag KG）。

連邦公証人法第14条第2項及び証書作成法第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、証書の作成を拒否しなければならない。したがって、公証人は囑託された職務行為が不法もしくは不正な目的に資するか否かにつき、調査する義務を負う。たとえば、虚偽婚姻への協力のように不法な目的を追求する行為への協力

が求められた場合には、公証人は職務行為を拒否しなければならない。公証人は、原則上、契約当事者の信頼性または信用性について教示する義務を負わないとされているが(BGH, DnotZ 1967, 323) 無経験で不慣れな当事者が他方当事者に騙されていることが明白な場合には、このことについて教示しなければならず、守秘義務により教示することができない場合には、証書の作成を拒否しなければならない。

さらに、ドイツの公証人には、証書作成法第17条の教示義務が課せられており、この教示義務は厳格に解されている。公証人は、証書作成に際し、当事者の真意を証書中に再現するため、当事者の意思を探求し、事実関係を明らかにし、当事者に法的射程を教示しなければならない。実際の証書作成実務においては、公証人が証書の内容のすべてについて読み聞かせを行う。その際、公証人は実体法及び条項の意味するところを教示し、当事者双方の意見や質問に対して答え、必要に応じて当事者と論議し、最終的に当事者双方の要求に合った証書が作成される。

公証人は、契約条項から生じる危険について両当事者に指摘し、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なければならない。たとえば、建築条件付土地売買契約に関する公正証書の作成では、当然、民法上の担保責任規定について教示しなければならないが、一般取引約款(Allgemeine Geschäftsbedingungen:AGB)に反する建設業者に有利な建設法上の契約約款(Verdingungsordnung für Bauleistungen:VOB)が証書中に含まれている場合には、この点について指摘し、一方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てはならない。

公証人の職務上の義務違反について、公証人自身が責任を負わなければならない。すなわち、公証人の職務上の義務の履行は、公証人に対して自己責任を課すことにより担保されている。公証人の職務上の義務違反に対しては、義務違反の内容により、公証人会による注意(連邦公証人法第75条)、懲戒手続に基づく懲戒処分(戒告、過料、除名:連邦公証人法第94条以下)及び民事上の賠償責任が課せられる。

教示義務違反による公証人に対する賠償責任訴訟では、大体、公証人に不利な判断がなされるとされている。なぜなら、公証人は自己が作成した証書のすべてについて教示内容を把握していることは困難であり、多くの事例において、教示した内容を記憶していることが少ないからである。一定の事項、たとえば法律行為の有効性の疑念についての教示(証書作成法第17条第2項)などは、教示内容を証書中に記載することが義務づけられているが(その他、証書作成法第18条、第19条、第20条、第21条第2項など)、実務においては、教示内容の記載が義務づけられていない場合でも、重要事項については教示した内容を記載するのが一般的である。これは、公証人の教示義務違反を理由とする不当な賠償責任訴訟を回避するためである。

公証人の職務調査官であるヴァインゲルトナーは、公証人の職務義務違反にはならないとしながら、公平であるべき公証人は証書作成に際し、当事者に不公平感を与えるような執務態度を避けるべきであるとしている。たとえば、建築条件付土地売買契約に関する公正証書を作成するような場合に、明らかに建設業者によって作成されたと思われる証書案を用いるとか、または、建設業者の事務所等で証書を作成するような行為は避けるべきであるとされている(Weingartner, a. a. O. Rdnr. 28)。

ドイツの公証人には、証書作成法第17条を中枢とする厳格な職務上の義務と義務違反に対する自己責任が課せられている。このことは、公証人が証書作成に際し、細心の注意を払ったとし

ても、証書作成に関して問題が発生した場合には、原則上、公証人の自己責任が問われることを意味する。

3. おわりに

ドイツでは、公証人に対して厳格な職務上の義務と義務違反に対する自己責任が課せられている。このことにより、公証制度本来の目的である予防司法が実現されているといえる。わが国においても、公証制度本来の目的である予防司法の実現に向け、公証人に対する厳格な職務上の義務と自己責任原則の導入について検討すべきではなかろうか。

〔付記〕

個人的な興味から、一定の年齢層の人達(約30人、年齢40歳以上、職業:大学職員、会社員、労務者、年金生活者等)に対して、以下の質問をした(場所:フランクフルト〔弁護士公証人区域〕、マインツ〔専業公証人区域〕)。

質問1 公証人に公正証書の作成を囑託したことはあるか。

質問2 公証人は証書作成に際し教示したか。

質問3 公証人による教示の内容を理解することができたか。

質問事項1については、驚くことにほとんどすべての人が土地売買契約、遺言に関して、公証人に公正証書の作成を囑託したことがあると答えた。

質問事項2についても、公証人に公正証書の作成を囑託したことがあると答えたすべての人が、公証人により証書の内容について教示されたと回答した。

質問事項3については、公証人により証書の内容について教示されたと答えた人の約3分の1の人が教示内容を理解できなかったと回答した。理解できなかったと答えた人に対して、公証人に質問したかとの質問をしたが、数名、質問できるような雰囲気ではなかったため、全く質問しなかったと答えた(公証人が不正な証書を作成するはずがないから、理解できなかったが質問しなかったと答えた者が1人いた)。

上記のことから、公証人が証書の作成に際し、証書の内容について教示しないということはないようであるが、必ずしもすべての人(特に労務者、会社員の一部、年金生活者の一部等、大学教育を受けていない人)が公証人による教示の内容を正確に理解しているとはいえない。もちろん、囑託人が公証人による教示の内容を理解できなかった(質問しなかった)ことをもって、公証人の職務義務違反とすることはできないが、良心的な公証人であるならば、可能な限り囑託人の要求に応えるよう、容易に質問できるような執務態度で接するべきであろう。

なお、余談であるが、ドイツでは弁護士は特別な存在ではないため、多くの人は専業公証人(特別な存在)よりも弁護士公証人に対して親しみを感じているようである。