

## 第2章 日本公証人制度の概要と問題点

### 日本公証人制度の概要

#### 1 日本公証人制度の歴史

##### (1) 公証人規則の制定

わが国の公証人制度は、明治19年(1886年)8月11日の公証人規則により創設された。公証人規則はフランスの法制にならって作られた(日本公証人連合会「公証制度百年史」15頁~16頁。以下、「百年史」という)。

この法律に基づき、公証人登用試験が明治20年2月16日に実施され、第一回任命は、明治22年4月10日に行われた(任命権者は司法大臣、百年史19頁)。明治22年8月24日当時の全国の公証人数は123名であった。その前歴は元判事・元審事12名、元判事補・元検事補28名、元代言人30名、試験及第者は53名であった(百年史33頁)。このように試験による選任が現実に行われていた。この試験は明治20年2月16日から明治35年10月15日までの間に前後5回行われた(百年史526~527頁)。

当時の公証人の職務は、土地管轄が治安裁判所(後の区裁判所)の土地管轄に限られていた。また、単に民事の法律行為に関する公正証書を作ることだけで、認証業務は含まれていなかった。さらに、正本は原本と同時に作り、必ず関係人の前で作り、後に作る時は更に義務者を立ち合わせなければならなかった。そして、遺言のみならず、普通の公正証書にも成年者一名の立会人が必要だった。手数料は、証書の枚数を基準に決められていた(百年史16~17頁)。

公証人制度は、他の制度と同じく、国権の伸張、法律制度の整備の一環として「初めに制度ありき」で創設されたものであり、当時の社会経済的な実際の必要性に迫られてできたものではなかった。そのため、公証人の生活は、たまたま任命された狭い管轄区域内で、公証制度がどれだけ利用されるかにかかっていた(百年史39~40頁、543頁)。

公証制度が一番急速に発達したのは京都だった。次いで大阪、神戸は公証制度がよく利用された。他方、遅れたところで最もひどかったのが東京だった。東京では、ほとんど利用者がなくて事務所維持に困難を極めた。そのため、生活の安定を図るために、囑託人の誘引競争が激化し、問題化するようになっていった。これに対し、例外は浅草馬場役場の小川正直氏で、吉原遊廓を管内に持ち、前借金並びに稼業契約の公正証書を作成し、繁盛していた。なお、この小川公証人は後に東京並びに全国公証人の会長に就任した(百年史39頁)。

##### (2) 公証人法の制定

明治41年4月13日、現行公証人法が成立した。これはドイツの法制になったものと言われている。当時全国に305人の公証人がいた(百年史49頁、59頁)。

この法律により、公証人の職務権限が拡張され、事実についての公正証書を作る権限、私署証書の認証の権限が認められ、管轄区域も区裁判所から地方裁判所の区域に広げられた。さらに、無能力者の行為に法定代理人の同意を要するとされ、代理委任状の真正の確保のため印鑑証明書による証明を求め、立会人の規定を一部を除いて削除した。さらに、手数料は、紙の枚数でなく、法律行為の目的価額によることとなった(百年史57~58頁)。

また試験による登用制度は制度として残ったものの、結局、試験及び実務修習に関する規程は定められず、他方、判事・検事・弁護士は試験及び実地修習をしないで任用ができると

され、登用試験は実際には行われなくなった（百年史526～527頁）。

### (3) 戦時体制下の公証制度

昭和12年7月7日、日中事変の勃発に伴って、わが国の経済は順次戦時体制に移行していった。これは公正証書作成にも当然影響を与え、事件数は激減していき、公証人の生活も下降線をたどり、他の国民と同様、厳しいものであった（百年史84～85頁）。

ただ、この事件数の減少を多少でも喰いとめたのが、昭和15年の定款認証制度の開始であった。同年1月1日施行の会社法改正で、株式会社、株式合資会社及び有限会社の定款はすべて公証人の認証を受けることを要することとなった（百年史86頁）。

### (4) 公証人法の改正以後

昭和20年8月15日の敗戦後、昭和22年5月3日、日本国憲法が施行された。憲法施行により、司法省と裁判所は分離され、司法省は廃止され、かわりに法務庁（現在の法務省）が設置され、公証人は法務総裁（現在の法務大臣）が任命権者となり、同庁所管の司法事務局（現在の法務局）の所属、法務総裁の監督のみを受けることとなった（百年史117頁）。

その後、昭和24年5月31日、改正公証人法が交付され、翌6月1日より施行された。このとき、公証人法施行規則、公証人審査会令、公証人身元保証金令、公証人定員規則、公証人手数料規則等も施行された（百年史123～124頁）。

このときの改正で公証人の職務に必要な学識経験を有するものであって公証人審査会の選考を経た者も試験及び修習を経ないで公証人に任せられることとなった（特別任用者。前職が法務局職員、裁判所職員、副検事他）。また、嘱託人の確認方法として、印鑑証明書その他これに準ずる確実な方法によること等となった（百年史125頁）。

公証人の数は昭和30年には243人、昭和40年には347人、昭和50年には399人、昭和60年には486人（百年史234頁）、平成2年には530人、そして、平成15年7月現在では約520人（定員688人）となっている。このうち、法曹資格を持つ公証人が366人、特別任用者の公証人が154人ということである（平成16年8月11日読売新聞夕刊）。

そして、戦後、公証実務の需要を賑わせ事件増をもたらせていたのは、相互銀行（現在の第二地方銀行）、信用金庫等の比較的小規模な金融機関による各種資金の貸付け、公庫、共済組合等の長期にわたる貸付け、自動車、機械、建売住宅等の割賦販売契約等の、いわゆる玄人筋からの嘱託による集団事件であった。そのピークは昭和43年ころまでであり、その後は昭和62年までは、若干減少しつつもほぼ横ばいであった（百年史244頁～247頁）。そして、この集団事件が多数を占める傾向は現在でも基本的に変わらないと思われる。

## 2 公証人の法制上の地位

### (1) 公証人の身分

公証人は国家によって任命され公務に従事する公務員（実質的意義もしくは広義の国家公務員）であるが、しかし、国家公務員法上の公務員（形式的意義もしくは狭義の国家公務員）ではない。そして、その職務に対する報酬を国家から受け取ることなく、手数料収入によって、すべてを賄う立場にあることは、一貫して変わっていない（百年史519頁）。

### (2) 公証人の業態

公証人は自ら設けた施設において、自己の負担と責任で雇傭した書記の補助のもとに、当

事者から嘱託を受けて事務を行い、その報酬を嘱託人から手数料をとして徴収し、経営を賄っている点では自由業とされる弁護士等と変わらない。しかし、国は、任命や監督、手数料の基準の決定等のみで金銭的負担は一切していないが、公証人の取り扱う事務はまぎれもない国の事務であり、半官半民的な性格を有している。なお、このような公証人の地位は、後述のとおり個人責任を負わない点を除けば、ドイツ、フランス等のラテン系法制をとる公証人の場合にはほぼ同様である（百年史521～522頁）。

### (3) 任命と定年

公証人の任命については、公証人法は、第12条に試験合格及び実地修習修了者を、第13条にいわゆる法曹資格者を、第13条の2に選考による特別任用者をそれぞれ規定している。

第12条は、本来の任用資格者の規定であり、立法の際に、今後は試験の程度も高めて公証人の地位も高めたい趣旨の立法当局の説明がなされていたが、現在まで、この試験及び実地修習に関する規程は定められておらず、したがって、一度も実施されていない。これに対し、公証人法以前の公証人規則時代には、登用試験が行われ、その合格者から任命されていたことは上述のとおりである（百年史526頁）。

ただ、平成15年、公証人法施行以来初めて、第13条及び同条の2の法曹資格者、特別任用者に関する選考試験を実施した。民間人5名が出願・受験をしたが、結局、1名も合格しなかった。この点、日本公証人連合会の中津川彰会長によれば、「公証人は公平性や正義感、洞察力が求められる。検察庁や裁判所の出身者に比べ、民間人はこうした面で不安がある」と話をしていたとのことである（上記読売新聞夕刊）。

なお、公証人の属性（出身母体・年齢）等は次のとおりである。

平成14年司法大観による公証人の出身母体

判事	131人
検事	204人
法務局	110人
検察事務官	14人
裁判所書記官	3人
合計	462人

なお、公証人の定年については、初期の公証人には定年制がなく終身官であったが、その後、昭和24年の公証人法改正のときに、70歳の定年制が設けられた（公証人法15条1項。百年史618頁～620頁）。

その結果、有資格者の場合、判事の場合には65歳定年前の62、3歳、検事にあっては63歳定年前の60歳前位の者、特別任用者（法務局局長級の法務省職員）では60歳前後で、それぞれ任命されることが多い関係で、公証人の在職期間は、押しなべて7、8年から10年前後ということになっている（百年史620～621頁）。

そして、この公証人の在職期間の短さは、公証人の役場施設の改善が進まない理由の大きな一つとなっている。すなわち、その理由の主たるものは、戦後の地価の高騰に関連するものであるが、さらに、この公証人の在職期間の短さ、公証人の任地が役場施設を得るのに何の手掛りもない不慣れ、不案内な土地に定められる現状であること、これに由来する公証人

個人に多額の費用を支出して相応な施設、設備としたとしても、後任公証人に対し円滑に引き継ぎされる仕組みができていないこと、それら施設の設備、改善はすべて公証人の手数料収入によってすることとなっていること、公証人の収入は不確定で、常に減収の不安を持っていること等の制度上の問題にも関わっている（百年史 739 頁）。

#### (4) 公証人の職務権限

公証人の本来の職務権限は、公証人規則当時は民事の法律行為に関する公正証書の作成のみであったが、公証人法の制定とその後の改正によって法律行為に非ざる私法上の権利に関係ある事実に関する証書の作成、私署証書の認証、執行証書等の送達にまで拡がり、商法の改正によって会社の原始定款の認証まで拡大していった。

また、公証人には、その他、遺言公正証書の作成、秘密証書遺言の方式の取り扱い、財産目録の調製、執行証書の執行文の付与、拒絶証書等の証明書の作成、確定日付の付与、建物の区分所有に関する法律に基づく規約設定等の権限がある。しかし、実際に事件囑託を受ける多くは、遺言公正証書、確定日付のみであり、これに総数としては多くない執行文の付与、拒絶証書があるぐらいで、その他の事件はないに等しい。

そして、執行証書には、「金銭の一定の額の支払い」等の制限（民事執行法 22 条 5 号）がある。そのため、古い時代から公証人の職域の拡大を唱え、とりわけ、執行証書の執行力を特定動産の引き渡しまで拡大すること、極度額の定めのある与信契約にも執行力を認めることの要請を続けてきた。しかし、今日まで実現されていない（百年史 532 ~ 533 頁）。

法律行為の公正証書の具体的事件の大部分が、いわゆる集団事件と呼ばれる分野に偏在している傾向が顕著なため、これらの事件のすう勢が公証業務の実際に直接的な影響を及ぼしており、景気の変動の影響を受けやすい傾向を有しているといえる（百年史 247 頁、780 頁）。

そして、この集団事件における公正証書の利用のされ方が、公正証書の問題の顕著なものである。これについては、上述のとおり、公証制度が必要に迫られたものではなく、「初めに制度ありき」であったという、その沿革の中にその問題点を見出すことができる。そして、日本においては、ドイツにおける教示義務（証書作成法 17 条）と同様の義務を明確に定めた規定はないと解釈されていること、公証人の就任年齢や、在職期間の短さ等と相まって、囑託人の意思の確認が極めて不十分、杜撰であることが致命的欠陥であると言わねばならない。

#### (5) 公証人の責任、所属、監督等

公証人の所属及び監督・検閲・懲戒等については、公証人規則の時代には司法大臣に隷属し控訴院長の監督を受くるものとされていた。その後の、公証人法の時代には控訴院長の監督に服していた。いずれにしても、戦前はかなり厳しい監督を受けていたが、戦後は、現在の監督者（法務大臣）及びその事務分掌者（法務局）と公証人との関係はかなりゆるやかであり、自主独立性と自治は相当に認められている（百年史 531 頁）。ただ、現在の公証実務のあり方に鑑みると、このゆるやかな監督が非常に問題である。

なお、昭和 22 年 10 月 27 日施行の国家賠償法の制定に伴い、従前公証人法 6 条に規定されていた「公証人其ノ職務ノ執行ニツキ囑託人其ノ他ノ者ニ損害ヲ加エタルトキハ其ノ損害カ公証人ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限り之ヲ賠償スル責ニ任ス」との規定は削除された（百年史 521 頁）。そして、公証人は実質的意義での国家公務員であ

ると解釈されていることとの関係からも、従前、公証人の故意または過失により、他人に対し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は、国が負担し、公証人個人では負わないとされてきた（東京地判昭和32年4月20日下民8巻4号807頁）

しかし、日本においても、公証役場の経営責任者は公証人自身であり、その収入が手数料収入による以上、本来的には公証人の個人責任が問われるべきではなかろうか。

（担当 和田聖仁）

## 日本公証人制度の問題点

- 請求異議・国家賠償訴訟の現状と公証人の個人責任 -

### 1 公証人の権限と執行証書

公証人の権限は、法律行為に関する公正証書の作成 事実実験公正証書の作成 私署証書の認証 定款認証に分かれるが（公証人法1条）本稿においては、執行認諾文言が付され、債務名義となる執行証書について検討する。

### 2 執行証書が予防司法の役割を果たすために

執行証書は、「転ばぬ先の杖」と言われ、いわゆる「予防司法」の役割を担うものとされ、強制執行力を有する法的に特別に重要な書類である。

従って、執行証書は、両当事者間（債権者・債務者）の法律関係が正しく表現されていなければならない。即ち、作成嘱託人が、執行証書を作成することを「知らなかった」とか、執行証書の内容が、作成嘱託人らの法律関係を正しく表示していないなどのことがあってはならないのである。

### 3 執行証書作成における問題点

執行証書作成における問題は、「作成」における問題、即ち、執行証書作成嘱託人が、正しく、執行証書作成について「知っているかどうか」という形式的な側面と、「内容」の問題、即ち、執行証書作成嘱託人の依頼した内容の執行証書が作成されているか否かが問題となる。そこで、公証人が、執行証書作成に際して、どのような義務があるか否かが問題となる。

公証人は、公証人法第26条の「公証人は法令に違反したる事項、無効の法律行為及無能力に因りて取消すことを得べき法律行為に付証書を作成することを得ず」との定め、公証人法施行規則13条1項の「公証人は、法律行為につき証書を作成し、又は認証を与える場合に、その法律行為が有効であるかどうか、当事者が相当な考慮をしたかどうか又はその法律行為をする能力があるかどうかについて疑があるときは、関係人に注意をし、且つ、その者に必要な注意をさせなければならない」との規定が、公証人に対して、公証人が執行証書を作成する際に、具体的にいかなる義務を定めたものが問題となる。

これらの規定を素直に読めば、公証人が公正証書を作成するについて、その内容に関して、実質的な審査権を持っているかに解されるのであるが、現実には、これらの規定は、公証人に対して訓示規定的な意味しかないと解されている。即ち、公正証書作成における公証人の義務は、「形式的審査権」のみであり、「実質的審査権」はないと解されている。このような解釈がされる公証人法上の最大の根拠規定は、「公証人は正当の理由あるに非ざれば嘱託を拒むことを得ず」（第3条）という規定である。

そして、形式的審査権の具体的内容は、「公証人証書を作成するは囑託人の氏名を知り且つ之と面識あることを要す」「公証人囑託人の氏名を知らず又は之と面識なきときは官公署の作成したる印鑑証明書の提出其の他に之に準ずべき確実なる方法に依り其の人違いなることを証明せしむることを要す」(法28条)とされていることから、公証人が審査する資料としては、「印鑑証明書がそうでなければそれに相当する証明資料を求め、それによって審査すればよい」と解釈されていた。

しかしながら、このような形式的な審査により、内容にも問題がある公正証書が作成されたとして問題となった国家賠償訴訟において、最高裁判所は、「公証人は、法律行為について公正証書を作成する当たり、聴取した陳述により知り得た事実など自ら実際に経験した事実及び当該囑託と関連する過去の職務行為の過程において実際に経験した事実を資料として審査すれば足り」「その結果、法律行為の法令違反、無効及び無能力による取消等の事由が存在することについて具体的な疑いが生じた場合に限り、囑託人などの関係人に対して必要な説明を促すなどの積極的な調査をすべき義務を負うが、そのような疑いが生じない場合についてまで関係人に説明を求めるなどの積極的な調査義務を負うものではない」とした(平成9年9月4日最高裁第一小法廷判決・民集51巻8号371頁)。この最高裁判決は、集団事件において、継続的に同一の債権者から多数の同種内容の公正証書の作成を囑託される場合において、「過去の職務行為の過程において実際に経験した事実を資料」とするという点で、公証人の調査義務の範囲を広くしたと解される。

#### 4 公証人の職務に関してなされた行政指導

公証人の職務に関連して行政的にどのような指導がなされていたかを以下に明らかにする。「公証人法関係解説・先例集」(法務省民事局編)中の「委任状」関係に関する通達類に、次のようなものがある。

昭和30・9・8民事甲9125号法務局長、地方法務局長あて民事局長通達公証事務の適正化について

要旨 代理人による囑託に基づく公証事務処理上の留意事項

通達 公正証書の作成時に代理人による囑託に基づくものに関する事務処理上の適正化については、過去数回にわたり通達したが(昭和28年11月30日民事甲2235号・昭和29年10月5日民事秘第153号・昭和29年12月28日民事秘第177号等参照)、いまだに過誤が繰り返されている実情にあることは、遺憾に堪えない次第である。ついては、今後一層監督を嚴重にするとともに特に左記事項については、検閲等の際に公証人に注意を与えたにもかかわらず、今後更に同一の過誤を重ねた場合には、直ちに、当該事件の番号及び作成年月日、件名、並びに囑託人(代理人を含む)及び公証人の氏名を明記して過誤の内容を具体的に報告するほか、その公証人の始末書を徴して送付されたい。

右命により通達する。

記

##### (1)、公正証書の原本

ア、公証人又は囑託人(代理人)の署名捺印脱漏

イ、囑託人(代理人)の表示と囑託人(代理人)としての署名との相違

##### (2)、公証人作成のための委任状

ア、受任者の記載脱漏

イ、委任事項の記載脱漏

(3)、前記原本の委任状

原本の記載事項と委任事項との相違

5 日本公証人連合会での協議内容

それでは、日本公証人連合会においては、どのような協議を行っているか。「法規委員会協議結果要録」日本公証人連合会編の中の「委任状」に関する協議結果には、次のようなことが記載されている。

1 委任状の記載方法について（昭和37・9・22法規委協議・公証14号183頁）

（議題）委任状の記載方法について

（1）単に「代物弁済に関する事項」とした委任事項

（2）委任者の住所記載の欠如

（説明）委任状の記載方に関し

（1）代物弁済契約の委任状に委任事項として単に代物弁済に関する事項とのみ記載するは、不当との通達（昭和31・1・30東京法務局長第3・1・（1））があるが、代物弁済契約の具体的内容を記載することは中々煩瑣であるが、他の取扱い例如何。

（2）委任状に委任者の住所を記載しなかったのは、違法だとの通達（前記通達第3・1・（6））があるが、住所職業を記載さず様励行すは望ましき事なれど、右は果たして違法なりや。

（協議結果）

（1）必ずしも不当とはいえない。

理由 債務の内容と当該代物とは既に明記せられてある筈であるから一般的な債務不履行を停止条件とする代物弁済条項である限り、この程度の抽象的な記述でも一応その要件を知ることができるものと思われる。執務上勿論詳細に記載することが望ましいが、一応、この程度でも作成を拒めないものとして取り扱っている。所問の場合は、事案が明らかでないが、なにか特殊な理由があったものではないかと思われる。

（2）違法とはいえない。

理由 委任者が特定できる限り、特に住所の記載が要件であるとは思われない。

執務上勿論これを記載することが望ましいが、一応は作成を拒めないものとして取り扱っている。所問の場合は事案が明らかでないけれども、なにか特殊の理由があったものではないかと思われる。

6 公証事務ハンドブックにみる問題例

現実に作成された公正証書においてどのようなことが問題となっているのであろうか。「公証事務ハンドブック」東京法務局民事行政部総務課編には、「公証役場検閲の際の指摘事例」という章がある。

そこには、証書原本に関する事項として、次のような項目について、不適切な事例が紹介されている。

(1) 作成手続及び形式に関するもの

- ア 一般
- イ 囑託人
- ウ 代理人
- エ 第三者の許可・同意
- オ 委任状
- カ 印鑑証明書

という項目に分けられているが、オの「委任状」の不適切事例として次のようなことがあげられている。

- (a) 添付の有無
  - ・添付を遺漏
- (b) 受任者の記載
  - ・受任者の氏名の記載の遺漏
  - ・債権者及び債務者が同一用紙で委任状を作成している事案で、受任者2名を連記しているため、いずれの代理人か不明なもの。
- (c) 委任者の氏名・住所及び押印
  - ・委任者の住所又は氏名が添付した印鑑証明書の記載と相違
  - ・委任者の氏名の記載を遺漏
  - ・委任者の会社代表者の氏名・資格並びに押印を遺漏
  - ・委任状の押印印影と印鑑証明書の印影とが相違するもの
  - ・委任状に押印した印影が不鮮明なもの
- (d) 委任年月日
  - ・債権契約日以前に作成した委任状を添付しているもの
  - ・記載を遺漏又は誤記しているもの
- (e) 委任事項の記載
  - ・契約当事者の記載がなく具体的を欠くもの
  - ・法律行為の目的の記載がなく、単に「公正証書作成の件」と記載され内容が不明確なもの
  - ・債権額の記載が委任状と一致していないもの
  - ・利息・利率・損害金の定めが原本の記載と相違（他略）

(2) 内容に関するものの項には、

ア 「消費貸借契約・債務承認弁済契約に関するもの」として、

- (a) 債務が特定しないもの
- (b) 割賦弁済について
- (c) 利息及び損害金に関するもの
- (d) 期限の利益喪失約款に関するもの
- (e) 事由不明確・客観性のないもの
- (f) 自力救済に関するもの

があげられている。

イ 「貸借契約に関するもの」として

- (a) 借地法・借家法の規定に違反するもの



- (b) 賃借物が特定しないもの
  - (c) その他の項目
- があげられている。

ウ 「抵当権等に関するもの」として、

- (a) 目的物権が特定していないもの
  - (b) 債権の範囲が特定していないもの
  - (c) その他の項目
- があげられている。

エ 「遺言・遺産分割に関するもの」として、

- (a) 遺言に関するもの
  - (b) 遺産分割に関するもの
- があげられている。

オ 「内容の齟齬及び文理・つじつまの合わないもの」の項がある。

## 7 学会からの問題点の指摘

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 3 1 号 1 2 9 頁) は次のように公正証書の問題点を指摘する。「近時の判例といっても、法適用の問題としてみる限り、とくに新たな問題が数多く加わっているわけではない。今日の裁判例の多くの争点は、過去の裁判例においても見いだすことができる。むしろ、同種同類の問題が繰り返し、繰り返し時と所を異にして再生産されていることは驚きに値する。なぜそうなっているのであろうか。それは、個々の裁判例の問題をこえた現在の公正証書がかかえる問題であるといえよう」。

そして、同人らは、代理嘱託による執行証書作成の実態と問題点を次のとおりの確に描写している。「執行証書作成の典型は、代理嘱託であって、ことに債務者本人が公証役場に赴いて本人嘱託をする場合はきわめて少ない。債権者が経済的優越的地位に基づいて画一的に債務者から公正証書作成のための代理人空欄の委任状と印鑑証明書及び費用を徴し、債権者またはその代理人が行きつけの公証役場に債権者の指名した債務者の代理人とともに出頭し、債務者の代理嘱託委任状と印鑑証明書を提出し、作成さるべき当事者間の合意に基づく公正証書作成の嘱託が行われる。保証人あるいは連帯保証人についても代理人空欄の委任状と印鑑証明書が徴せられ、代理嘱託によって公正証書が作成されるのが一般である。債権者が同一公証役場において恒常的に嘱託を行う場合には、公証人は債権者ないしその代理人、及び債務者の代理人の氏名を知り面識があるから、公証人の嘱託人確認作業は主として債務者(以下保証人等を含む)の委任状と印鑑証明書の照合点検にむけられる。作成さるべき当事者間の合意、即ち、嘱託の本旨は、多くの場合定型的であり、当事者氏名、契約年月日、債権総額、弁済期等の個別事項を除けば、各債務者に共通であるから、この共通部分は印刷され、個別事項のみが記入あるいは別紙添付の形でなされることがおおい。債務者本人出頭の嘱託ではないから、列席者に対する読み聞けはなく、内容の閲覧は形式以外には必要でなく、嘱託人と公証人の署名・押印によって終了する。債務者によってこの種の嘱託が 5 0 件、1 0 0 件といった数で一括して行われるときは、集団事件と称せられる。ここでの執行証書作成の手続きは、双方本人嘱託による公正証書作成の伝来的手法といちじるしく乖離している。公正証書の執行力付与の根源をなす執

行認諾の意思表示や代理権の授与方式、嘱託の本旨の表示など、形式的には債務者の授権に由来するとはいえ、公正証書作成の現実過程は、債務者の側からみれば、公証人と債権者の間でのみ進行する窺い知ることのできない過程となっている。

公証人法施行規則第13条の2は、代理嘱託による場合は、公証人は証書を作成した日から3日以内に、(ア)証書の件名、番号及び証書作成の年月日、(イ)公証人の氏名及び役場、(ウ)代理人及び相手方の住所及び氏名、(エ)債務者が直ちに強制執行に服する旨の陳述の記載の有無を本人に通知しなければならないことになっているが、この通知は、必ずしも一般的に行われているわけではない。委任状の写は、債務者に交付されていないのが普通であり、債権者から公正証書の原本が伝達されることもないとすれば、債務者は執行の時点までその内容を具体的に知らないのが一般のようである。現代の大量取引社会に随伴する公正証書のこうした作成手続き過程の中に現代の公証判例が生まれる原因があるといえよう。」

これは、今から20年近く前の昭和60年の民事訴訟雑誌に掲載された論文の抜粋である。しかし、この実態は、現在も全く同じである。

## 8 請求異議訴訟と国家賠償訴訟の現状

(1) 執行証書の内容に疑義がある場合、執行証書による執行力を排除するためには、請求異議訴訟を提起することができる。公正証書を債務名義として強制執行を受けたが、その強制執行に異議がある場合には、強制執行停止もしくは強制執行処分取消の申立てをして、強制執行停止決定、もしくは、強制執行処分取消決定を得ることもできる。

請求異議訴訟においては、執行証書上の債務に関する事、すなわち、執行証書上の当事者(債権者・債務者・連帯保証人)間の法律関係が問題となるのみであり、公証人の公正証書作成上の職務義務違反は問題とはならない。公証人が公正証書作成上の職務義務違反をしたことにより、違法な公正証書が作成されたという場合には、国家賠償訴訟を提起することとなる。すなわち、公証人は、公正証書を作成することによって、手数料収入を得てこれが公証人の所得になるにもかかわらず、公正証書の作成に問題があった場合には、公証人個人の責任は問われず、国が責任を問われることとなるのである。

(2) 公正証書手続面だけではなく、その内容にも問題があるとして、昭和62年以降多数の国家賠償訴訟が提起された。集団事件における国家賠償訴訟において、公正証書を作成した公証人の証人尋問が採用されることはきわめて稀である。

国は、公正証書国家賠償訴訟において、次のような裁判上の和解を数回行っている

「公証人法施行規則13条の2所定の通知の履行につき周知徹底を図るとともに、今後とも引き続き適正な公正証書が作成されるよう公証人を指導監督していく」

債務者が死亡した後、公正証書が作成され、公正証書による強制執行の予告がされた事例でも、和解において、国は、前記と同様の約束をしている。

しかし、国が、このように公証人法施行規則に定められた公証人の義務について、公正証書国家賠償訴訟において和解をしても、公証人がそれを遵守しているという現実はない。現在においても、この通知がなされていないという事例は多数見受けられる。

(3) 下記のような明らかに「白紙委任状」によると思われる委任状によって作成された公正証書について、国家賠償訴訟が提起された事例もある。

新洋信販公正証書国賠訴訟(平成8年)において、新洋信販を債権者とする公正証書作

成に用いられた委任状には、次のような特約が記載されていた。

「本書の再貸付日、金額及び返済日の記入、消込及び公正証書作成時の貸付元金及び委任日付等の記入を債権者が記入することを債務者、連帯保証人は異議なくこれを承諾した。  
承諾 年 月 日」

このように白紙委任状であることが明らかだと解される委任状によって、公証人が公正証書を作成した場合においてすら、公証人には過失がないとする判決がなされている。

## 9 日本の公正証書の病理現象

前掲の「公証人法関係解説・先例集」「法規委員会協議結果要録」「公証事務ハンドブック」に紹介されている内容は、「これが、わが国の公証事務の実態か？」と目を疑うようなものである。執行証書がきわめて重大な権利・義務に関する書面であるがゆえに、その落差の大きさに唖然とするほかない。現在の公正証書は、公証人には「形式的審査権しかない」との解釈の下に作成されているが、現実に作成されている公正証書には、形式的審査権の立場からしても、きわめて杜撰で、到底、公正証書としての体をなしていないとも言える公正証書が作成されていることが明らかとなっている。即ち、公証人が、少なくとも、公証人法が求めている公正証書作成の最低の職務上の義務である「本人確認」「印鑑証明書による本人確認」すら満足にはなされていないという現実が厳然として存在していると言わねばならない。

日本弁護士連合会は、現行公証人法及び公証人法施行規則の改正を求めて、昭和61年5月に「公証人法に関する意見書」を公表し、さらに、法務省、日本公証人連合会にこれを送付して、法改正及び法が改正されるまでの間の実務の改善を求めた。

「1、執行力を生ずる公正証書は、原則として、債務者側（債務者・保証人・連帯保証人等）は本人が出頭して作成するものとする。

2、前記1の例外として、債務者側が代理人に囑託して公正証書を作成しようとする場合には、公証人はその各本人が公証役場に出頭できない理由、各本人と代理人との関係、その他代理権の存在について十分釈明したうえで、公正証書を作成するものとする（但し、代理人が弁護士である場合を除く）。

3、前記2の場合には、その公正証書謄本を債務者側の各本人に書留郵便又は特別送達の方法により送達するものとする。その場合には、現行公証人法施行規則13条の2第1項の通知を省略することができるものとする。

4、現行公証人法施行規則第13条の2第1項但書を削除すること。

5、右2の釈明事項については規則を持って定め、釈明の結果を書面にし、これを公正証書に連綴すること。

（右釈明事項は次のとおりとするとし、具体的な釈明事項を提案している）

6、割賦販売法、貸金業の規制等に関する法律に関する公正証書は債務者の住所地を管轄する公証人役場においてのみ作成することができるもの（専属管轄）とする。」

（担当 今 瞭美）

あるべき日本公証人制度に向けての提言

### 1 はじめに

我々は、ドイツ調査に先立ち植村秀三元公証人が書かれた『日本公証人論』によって、ドイツにおける法規制の状況を把握し、その上で調査に赴いた。やはり、日本の母国法のドイツは、日本の公証制度と異なった発展をしていた。特に我々が直接立合ったミルデ公証人の具体的な公正証書の作成現場では、両当事者が立会い、公証人の証書の読み聞けは、単に条項を読み上げるのではなく、読み上げた条項の意味するところが教示され、これに対し、双方が意見や疑問を述べ、公証人がこれに答えてゆき、次第に事前に当事者に送付された案文が修正されて、オリジナル（公正証書の原本）が作成されてゆく。当事者が公正証書作成過程に実質的に関与しつつ証書が作成されていく様を垣間見た時、日本とは明らかに違っていることを体感した。

## 2 ドイツの現状と法改正

我々が目にしたドイツの公証人制度の実情は極めて示唆に富むものであり、調査の内容は既に述べてきたとおりである。ドイツでは、日本のように貸金業者が公正証書を作成するケースはほとんどないものの、建築条件付きの土地売買に関する公正証書につき、「深夜公証人」といわれるような、夜間に業者が交渉をまとめ公正証書を作成しトラブルが発生し、法改正がなされたこともわかった。また、消費者保護の大きな流れの中、公証人制度の「マグナ・カルタ」と呼ばれている証書作成法17条の教示義務の重要性が本調査でも確認された。さらに言えば、教示義務の履行を担保するものとして、公証人の義務違反について個人責任を問われることになっており（連邦公証人法19条）、保険制度の充実と共に十分に機能していた。これらは、日本においても立法にあたり導入されるべき課題である。

## 3 我々が実現を求める3つの原則

日本においては、商工ローン業者等の貸金業者による公正証書のトラブルが多発していることに鑑み、ドイツを範としながら以下の三つの原則に基づいた公証人法の改正が早急に検討されるべきである。

### (1) 教示義務の明定

ドイツにおいては公証人には証書作成法17条、連邦公証人法14条1項により以下の教示義務が課せられている。

#### a 法的射程教示義務

当事者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た教示義務

#### b 介助的教示義務

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。

そして、この証書作成法17条の公証人の教示義務が前述の通り公正証書制度のマグナ・カルタとまでいわれている。日本では公証人法26条、公証人法施行規則13条の2により教示義務が課されているとの見解（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95頁（1992年））があるものの、通説的考えでは、教示義務は法的義務ではないとされており、日本の公証人法の母法がドイツであるとされながら大きく異なっている。この点ドイツの公証人制度にならい上記教示義務を明示的に定めるべきである。

### (2) 本人出頭主義の確立

ドイツにおいて、債務者が知らないうちに公正証書が作成されるトラブルがあることを説

明しても全く理解されなかった。他方、日本では、債務者が知らないうちに公正証書とりわけ執行証書が作成されたと訴えるケースも多発していることや公証人の教示義務を果たすためにも一度は債務者が公証人の面前に出頭しなければ公正証書を作成することができないような制度にすべきである。

例外的に代理により囑託する場合でも執行証書作成のための委任状について本人が公証人役場で認証（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ことを認証という）を受けることとし、代理人も親族等の一定の者に制限すべきである。

つまり、公正証書作成時又は委任状認証時のいずれかに本人が公証人の面前に出頭し、公正証書が作成されることの確認と本人またはその近親者によって意思表示がなされることを義務づけ、現状のように債権者側の従業員等が相手方の代理人となることをドイツ証書作成法17条2a項1にならい許されないとすべきである。

さらに、ドイツでは、一定の契約において、証書を作成する2週間前に本人へ文案を送付して検討の機会を与えることが消費者保護の観点から定められており（証書作成法17条2a項2）、日本でも同様の規定を置くべきであろう。

### (3) 公証人の個人責任の原則

ドイツでは公証人法19条により公証人の個人責任が認められ国の責任は同条により明確に否定されている。

日本においては、国家賠償法の施行に伴って削除された明治41年公証人法6条には「公証人其ノ職務ノ執行ニツキ囑託人其ノ他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其ノ損害カ公証人ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限り之ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定され、当時は公証人の個人責任が明記されていた（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58頁（1999年））。しかし、我が国の通説的な理解に従えば同条文は国家賠償責任に吸収されたものであり、公証人は個人の責任を負う必要はないと解されている。

ドイツ法の公証人の個人責任の原則が、保険制度と結びつき被害救済機能を果たしており、個人責任が追及されることから教示義務の履行が担保されるといった積極的な機能を果たしている。また、公証人が手数料収入をあげながら、故意過失による損害に対し個人責任を負わないことはかえって不合理と考えられることからすれば、個人責任の原則が日本においても導入されるべきである。

## 4 さらに改正が必要な点

さらに、以下の点についても改正が必要である。

### (1) 執行証書の内容の適正化

#### a 利息制限法違反の契約に関する公正証書の作成の禁止

現在、利息制限法に違反して、同法所定の制限利率を超過する約定のある金銭消費貸借契約に関し、利息制限法所定の制限利率を約定する内容の公正証書が作成されている。しかし、債務者側からすれば、契約内容が不明となるだけでなく、利息制限法違反の利息を強制的に徴求する手段として悪用されている。よって、原契約が利息制限法に違反する金銭消費貸借である場合、全面的にその公正証書作成の禁止が定められるべきである。

#### b 法的に有効に存在する債務額の確認を義務づけ

公証人は、執行証書を作成する際、弁済経過を聴取し、法的に有効に存在する債務額を超過する証書の囑託を受けてはならないと定めるべきである。

## (2) 執行文付与の適正化

公証人は、執行文の付与をするにあたっては、執行証書が作成された後の弁済の事実を聴取し、残債権以上の執行文を付与してはならないと定められるべきである。

## 5 中期的課題 - 任用制度の改善

現在、日本の公証人の人数は全国で約520人であり、裁判官、検察官として30年以上の実務経験を有する法曹資格者から任命されるのが原則となっているとされ(法曹有資格者の公証人) それ以外に公証人法13条の2により多年法務に携わり、裁判官や検察官に準ずる学識経験を有するもので公証人審査会の選考をパスした者を公証人に任命できるとされている(選考任用の公証人)。さらに、規制改革委員会の意見・要望を受け、平成15年に初めて両者の公証人につき公募制が取り入れられた。

現状は、公証人は、裁判官、検察官の第二の職場とされ、平均年齢も60歳半ばである。

他方、ドイツでは専業公証人の場合、日本の司法修習生考試(通称二回試験)に相当する第二次国家試験合格者について3年以上の公証人試補として研修(具体的年限については州法で決まっている)が義務づけられ、欠員の際公募により採用されている。最低年齢は、男性の場合理論上30歳ということである。また、59歳を過ぎると採用されず、70歳が定年と定められている。若くて優劣で且つ実務研修を積んだ公証人が採用されるシステムが出来ている。

私達が体験した公正証書の作成現場はエネルギーが豊富であり、且つ教示義務が厳しく課され、その違反の場合に個人責任を負う法制度となっており、新たな法律の研修も含めてそれを担いうる公証人が育成されている。

日本の場合は、法曹資格を有し、しかも法律の専門知識に富み、公証実務の研修を積んだバランスある人材が確保されるような改革がなされる必要がある。

(担当 新里宏二)

## 〔コラム〕司法書士から見たドイツの公証人

静岡県司法書士会

司法書士 小寺 敬二

### 1 日本の司法書士とドイツ公証人について

ドイツでは、不動産売買契約は公正証書によることが義務付けられており、登記が物権変動の要件となっている。そのためか、ドイツの公正証書作成の主な対象は不動産売買に関するものである。一方、日本の司法書士も不動産売買の登記は業務の中でもその中核をなすものである。よって今回の公正証書調査は、公正証書問題を考えるという点はもちろんの事、司法書士業務との比較という点でも非常に参考になった。

### 2 ドイツの公正証書作成現場を見て

(1) 司法書士の注意義務として、よく「ヒト・モノ・意思の確認」といわれる。要は本人を確認し、登記意思を確認し、その対象物を確認せよということである。その中で、司法書士も

ヒト（本人）確認という点ではドイツ公証人には負けていないではないかと思った。

一般的な司法書士においては、本人に会うことをなにより重要視する。原則、本人には足を運んでもらうし、来られない時には事前に本人に会っておくのが一般的だと思う。もし当日、本人が急に欠席した場合は、最悪電話だけでも連絡が取れるように手配するし、連絡が取れない場合は立会いの中止さえも検討する。とにかくなんとしても本人確認をしようとするであろう。たとえ、本人の配偶者や子供が実印と印鑑証明書を持ってきても、そのまま本人とコンタクトをとらずに登記申請を受ける事は普通では考えにくい。これは、職務上の使命感という格好いいものではなく、やはり問題が生じた場合に個人的に賠償責任を負わなければいけないという恐怖心、緊張感からくるものであると思う。

- (2) しかし、教示義務という点では一般的な司法書士の執務姿勢とは雲泥の差があると感じた。見学させていただいた公正証書は、建築条件付の土地売買契約についてであった（ドイツでは公正証書作成後に仮登記をつけ、代金決済後に本登記をするようなので、当日は公正証書の作成のみであった）。日本では登記書類受領時に代金決済をするのでこのような場を通常、「決済」とか「立会い」と呼んでいる。日本の場合は、銀行の一室を利用し、不動産業者、銀行員、司法書士、売主、買主が一同に会しておこなうので雑然としており、時間も短く、司法書士の説明部分は5分から20分くらいで終わるのが一般的であろう。それに比べドイツの不動産売買契約の現場では、公証人と売主買主のみが個室でじっくりと時間を掛けて作成をおこなう。その公正証書作成は全部で28ページにも及び、約一時間掛けてじっくり丁寧に説明していくものであった。私は、公正証書作成現場を見て度肝を抜かれる思いを味わい、またドイツ公証人のプロ意識（仕事に対するプライド）のようなモノを感じ、正直感動した。

私達が日頃おこなう説明は相手への一方通行になってしまう事が多く「自分は十分に説明したつもりでも実は相手は理解していない。」ということが往々にしてあるが、今回みたような公証人からの教示と質問に対する対応なら、当事者が“自分の知らない”“理解していない”公正証書や登記申請がされることはまずありえないのだろうと思う。

### 3 公証人と依頼者の関係

一時間に及ぶ説明の中で、当事者（特に買主）のかたが何度も公証人の説明を遮って質問をしていた。公証人はその質問にその都度、丁寧に答え、公正証書案の文面もあちこち加除・訂正の書込みをしていた。「当事者と公証人が共同作業で公正証書を作り上げていく」という印象を受けた。

日本では、あまり意見を言えず黙って聞いていることが多いと思う（2年くらい前に公正証書遺言の作成で公証役場にいった時、公証人に「さあ、今からあなたの遺言を作ってくださいから、よく聞いているのですよ」と言われ、遺言者が「作って頂いてありがとうございました」と言っていた様子は今でも強烈に違和感を覚えている）。

ドイツでは、もちろん、公証人は社会的地位が高く、法律家として市民の信頼を十分に得ていると思うが、その市民と公証人との距離は予想していた以上に近いと感じた。

「町の法律家」という言葉があるが、ドイツの公証人のような存在こそが、まさに市民の間に深く根をはり、身近な町の法律家的な役割を果たしているのだといえるであろう。