

# 公証人法の改正を求める意見書

2005年2月18日

日本弁護士連合会

## 【意見の趣旨】

一部の商工ローン業者・ヤミ金融業者等の囑託により、濫用的な執行認諾公正証書が作成されている現状を改善するため、

1. 次の内容の公証人法の改正を早急に行うべきである。
  - (1) 公証人の教示義務の法制化
  - (2) 本人出頭の原則と代理人制度の厳格化
2. 法的に有効に存在する債務額の確認の義務付けを内容とする公証人法改正を検討すべきである。

## 【意見の理由】

### 第1 はじめに

近時、商工ローン業者から金銭を借入れ、又は連帯保証人になったところ、支払いを怠った場合に、公証人役場に行ったこともなく、業者から公正証書を作成すると説明されたこともないにもかかわらず、公正証書によって差押えを受けたというようなトラブルや、弁護士に債務整理を依頼した直後に差押を受けたが、利息制限法による充当計算を行うと過払いであったというようなトラブルが多発しており、放置できない状況となっている。また、ヤミ金融業者や家財道具リース金融・車金融のような違法・悪質金融業者が公序良俗に反する高金利の債権を回収するために公正証書を濫用している事案も増えている。

当連合会は、1986年5月に「公証人法に関する意見書」を採択し、クレジット・サラ金業者等の「集団事件」と呼ばれる公正証書において、実質的に債務者が全く知らない間に債権者の意のままに作成されている実態を指摘し、執行力を生ずる公正証書は、原則として債務者側の本人出頭を求めるべきこと、代理人により囑託する場合には、公証人は本人が公証役場に出頭できない理由等を十分釈明することなどの改正を求めた。

しかし、現在まで当連合会の意見が実現されていないことによって、深刻な被害が発生し続けている現状を踏まえ、ドイツにおける公証人法の改正経緯も参考としながら、改めて公証人法の改正を提言する。

### 第2 被害の実態と問題点

1. 当連合会では、2004年3月5日から4月30日まで、全国の弁護士会を通じて主として消費者問題に携わる会員を対象としたアンケート調査を実施した。

回収数172件のうち、特定の手商工ローン業者に関するものが110件と圧倒的に多く、これを含む商工ローン業者に関するものが122件、消費者金融業者が33件、ヤミ金融業者が12件であった。

## 2. アンケート結果にみる問題点

### (1) 本人不出頭

圧倒的多数の例において、本人が公証人役場に出頭せず、その代理人は債権者の従業員、債権者側で手配する司法書士及びその従業員であった。さらに、金銭消費貸借契約書にカーボン複写で署名し、委任状の認識がないと指摘するものもあった(25件)。

### (2) 公正証書の正確な内容が理解されていない

本人が不出頭であったり、代理人として債権者側の者が出頭して作成されているばかりでなく、その作成時期も弁済が遅れた時期が多数(63件)である。さらに、公正証書が送達される時期も弁済が遅れた時期が多数(59件)となっている。債務者は、原契約時に、公正証書が作成されること自体を知らされていないことが殆どで、作成される内容については全く知らされていない。

### (3) 利息制限法違反の約定を含む公正証書作成の問題

アンケート結果でも利息制限法により計算すると過払いなのに差押をされたとの回答が多かった。公正証書は利息制限法の範囲内でしか作成されない実務となっているのに(同法26条)、どうしてかとの疑問が出されている。

### (4) 取引履歴の開示

アンケート結果によれば、債務者が支払いを怠った時期になって初めて公正証書が作成されているケースが多いことが判った。

これは、公正証書が本来の予防司法としての機能ではなく、訴訟を回避し、安易に執行する手段として利用されていることを示す。

## 第3 公証人の法的地位と「集団事件」

### 1. 公証人の法的地位

我が国の公証人制度は、1886年(明治19)年8月11日の公証人規則により創設され、1908(明治41)年4月13日現行公証人法が成立している。同法はドイツの法制にならったものといわれている。

公証人は国家によって任命された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、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)と異なって、職務に対する報酬は国からの給与支給ではなく、囑託人が支払う手数料によって賄われている。

## 2. 「集団事件」とは

前述のアンケート結果でも、一部商工ローン業者による集中利用とそこに多くの問題が生じていることが明らかとなったが、このように特定の業者が同種の執行認諾公正証書の作成嘱託を大量に同一の公証人に持ち込む事件は「集団事件」と呼ばれ、これまで、繰り返し国家賠償訴訟の対象となったり、行政通達で改善が指摘されて来た。

## 3. 「集団事件」の問題点

- (1) 形式的な手続が履践されていない場合が多い。1990年7月発行の「改訂増補公証事務ハンドブック」では、公証人役場検閲指摘事例の中で、公証人の署名、押印の遺漏、嘱託人の住所が印鑑証明と符合していない等、基本的な形式の不備が多数指摘されている。また、内容についても債務が特定されていないもの、利息制限法に違反するもの、「利息は期限までのものを前払いした」とのみ記載し、利率が不明確なもの等、その不備は多数に上っている。
- (2) 形式的不備を理由とする国家賠償請求事件も提起されており、国が過失を認め、和解条項の中で、国が「今後このような事態の発生しないよう指導に努める。」と約束した事件も複数あるが、それにもかかわらず、その後も同種事案が繰り返されている。
- (3) なお、これら「集団事件」についての問題点は、最近に限ったことではなく、既に1980年代から指摘されてきた。1985年に出された「近時の公正証書に関する裁判例 - 公証制度の実態と機能に関連させて - 」(五十嵐豊久、上原敏夫、春日偉知郎 共著 民事訴訟雑誌31・129頁以下)では、「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」とし、「個々の裁判例の問題をこえた現在の公証制度がかかえる問題であるといえよう。」(129頁)とされている。

## 第4 参考になる母国ドイツの法制と実務

前記した我が国の公証制度の問題点を改善する方向を検討する上で、公証人法の母国であるドイツの法制と実務を検討することが不可欠と思われたことから、当連合会ではドイツへの訪問調査を行った。その結果として判明した要点は次のとおりである。

1. ドイツ公証制度の根幹は、公証人に教示義務(証書作成法17条等)を課していること、教示義務違反等公証人に職務上の違反があった場合には、民事上の損害賠償責任が課され(連邦公証人法19条)、教示義務の履行担保措置が講じられていることにある。さらに教示義務遵守を担保するために、1998年と2002年の証書作成法の改正により、消費者契約の場合、消費者の意思表示が消費者本人又は「信頼できる人物」(Vertraue

ns person) によって公証人の前でなされることや法律行為の予定の文言が証書作成の2週間前に消費者に届けられることが定められている(証書作成法17条2a項)。

2. 教示義務はドイツ公証制度の「マグナカルタ」とも呼ばれており、証書作成法17条1項、同2項が以下のとおり具体的な内容を定めている。

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。

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。

## 第5 あるべき公正証書制度

### 1. 導入されるべき方策

既に指摘したように、近時、我が国において、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、これを防止し、同証書作成の公正さを担保するためには、現在の印鑑証明書による意思確認のみでは全く不十分であり、ドイツの例も参考にして、以下のとおり公証人法の抜本的改正を早急に行うべきである。

#### (1) 公証人の教示義務の導入

1 公証人は、囑託人の意思を探知して、事実関係を明らかにし、囑託人に囑託事項の法律上の効果を教示して当事者の意思表示を明瞭かつ一義的に証書に記載しなければならない。

その際、公証人は公正証書作成にあたり囑託人に錯誤や疑問を生じないように留意し、囑託人が不当に不利益を受けないよう、注意しなければならない。

我が国で公証人法26条、公証人法施行規則13条<sup>2</sup>によりドイツと同様、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、通説の考えでは、教示義務は法的義務ではないとされている。ドイツの公証人制度を参考にして、上記の教示義務を明示的に法定すべき

である。

( 2 ) 本人出頭の原因と代理人制度の厳格化

- 2 執行認諾公正証書の作成を公証人に囑託する旨の囑託人の意思表示は、囑託人が、公証人の面前においてなすことを要する。
- 3 囑託人は、前項の意思表示を代理人によって行うことができる。この場合、囑託人は、公証人役場において、囑託事項を明記した委任状に認証を受けなければならない。但し、代理人が弁護士である場合には、この限りでない。
- 4 前項の場合においても、囑託人と利益が相反する者は、囑託人の代理人になることができない。
- 5 公証人は、執行認諾公正証書を作成した場合は、囑託人に速やかに証書の謄本を送達しなければならない。

債務者が知らないうちに公正証書とりわけ執行認諾公正証書が作成されたと訴えるトラブルが多発していることや公証人がその教示義務を果たす機会を確保することのためにも、債務者本人（囑託人）が、原則として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。

例外的に代理人による囑託を認める場合には、執行認諾執行証書作成のための委任状について、囑託人が公証人役場（この場合の公証人役場は公正証書を作成する公証人役場に限られず、囑託人の直近の公証人役場でも構わないし、病人等の場合は公証人の出張を求めることもできる）で認証（公証人法第58条以下参照）を受けることとすべきである。さらに、代理人も、現在、債権者側が指定した従業員又は一括受任する司法書士事務所で行われていることから、債権者側の代理人について利益相反する者の就任を禁止すべきである。最高裁判所昭和26年6月1日判決等は執行証書作成について双方代理を否定していることから、現状の代理囑託の問題点に鑑み、代理人の要件として囑託人との「利益相反する者の禁止」を定めることが不可欠である。

事後的に当事者に作成された事実及びその内容を知らしめるため、速やかに証書謄本を送達することも必要である。現行法は、代理人により公正証書が作成される場合、「証書を作成した日から3日以内に」通知を発することになっているが（公証人法施行規則第13条の2第1項）、同規定は訓示規定とされ、それゆえ、その履行がなされていないケースが多発している。

## 2. 検討すべき項目 - 法的に有効に存在する債務額の確認の義務づけ

- 1 公証人は、執行認諾公正証書を作成する場合又は執行認諾公正証書に執行文を付与する場合、当事者から弁済経過を聴取する等して法的に有効に存在する債務額を調査しなければならない。
- 2 公証人は、法的に有効に存在する債務額を超過した執行認諾公正証書を作成し又は執行文を付与してはならない。

利息制限法による引き直し計算をしないまま、執行調書が作成されたり、執行文が付与されたりしないために、公証人は、執行証書を作成する際、および執行文を付与するにあたり、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旨、公証人法の改正を検討すべきである。

以 上

### \* 1 公証人法 26 条 [ 証書を作成できない事項 ]

公証人ハ法令ニ違反シタル事項、無効ノ法律行為及能力ノ制限ニ因リテ取消スコト得ヘキ法律行為ニ付証書ヲ作成スルコトヲ得ス

### \* 2 公証人法施行規則 13 条 [ 法律行為の有効性等に疑いのある場合 ]

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、当事者が相当の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、その者に必要な説明をさせなければならない。