

フランスにおける公証人の助言義務

—初期の議論を中心に—

山 倉 愛

1. はじめに—問題関心の基礎、現状、議論の射程

1.1 問題関心

フランスにおける公証人の助言義務は、19世紀末からの破棄院を中心とする判例により形成されてきた。本稿は、主に、助言義務生成期である初期の時代の判例及び学説の対応を比較的詳細に取り上げる。

フランスにおける公証人の助言義務はフランスの公証人の民事責任の一翼を担う。フランスの公証人制度、及び、その中でも彼らの担う民事責任への関心は、主に以下の2つの理由による。

第一に、日本でも1990年代以降議論が本格的に存在する専門家責任の一端としての興味である。第二に、フランスにおける公証人という職への関心による。不動産取引の内実を支え、家族法分野でもその保護者として立ち現れ、さらに、意思主義の根幹となる当事者間の合意形成の実質を担う職能として、フランスにおいて、公証人が一定の重要な役割を法律上も実務上も実社会においても担っている。しかも、彼らの多くがお金持ちで社会的地位が高く、文学作品にも多く登場し、文化的にも社会的にも深く根付いているのは、側から見ていて、大変興味深い。同じような職能は、日本には目下見当たらず、また、日本はおろか、ラテン系の公証人制度を有する一部の国を除き、フランス以外の国においても、必ずしも必然的に見られないというのも考察に値する。では、なぜ、フランスにそのような職があるのか、あるいは、残存しているのかは、研究対象として一定の意義を持つと考える。

彼らの存在の正統性を支えている1つの実質的な根拠として、厳格で広範にわたる民事責任の存在¹、中でも、助言義務の存在があるとされている。助言義務は、フランスにおける公証人制度の実質を支えている大切な根幹の1つとも言え、検討の対象とすることは大きな意味がある。

1.2. フランスにおける公証人をめぐる現状

助言義務についての考察を進める前に、フランスにおける公証人を取り巻く最近の状況につき簡単に紹介する。

フランスでは、2015年8月6日に「経済成長、経済活動活性化および経済機会均等化のための法律」第990号通称マクロン法が制定された²。同法は、その中心的な内容として、新自由主義的発想に基づく規制緩和を通じた経済成長戦略路線の下、自由化（規制緩和）が標榜され、公証人もその対象となった。その基本的な柱は、公証人の開業規制の撤廃（官職株officeの撤廃）と公証人の手数料の自由化（法定制を撤廃し、自由化を図ることで料金の低減化を図る）である。

マクロン法は、公証人業界及び学会にとって、従来の公証人制度に対する「攻撃」と捉えられ、同法の

制定の前後に、マクロン法による「攻撃」に反論する形で、公証人とはそもそも何なのかなどの議論が盛んになった。非常に雑駁に述べると、マクロン法において、公証人は、独占的で経済活動を阻害する職として認識され、規制緩和が説かれた。マクロン法における根底的な認識は、公証人職を他の職と同列のものとして位置づけ、公証人職の特殊性を認めず、公証人の自由業化を図るものだった。これに対し、マクロン法に反対する立場でなされたいくつかの学問的な研究の試みは、公証人を独自の特質を持った重要で有益な職であり正当性を持つ存在であるという立場を強調し、実際に有用性があることを示した。その根底に存在するのは、公証人は国から授権された公務を担当する公署官であり、単なる自由業者に還元されない重要性と有用性を持つというものである。

私の研究との関係で付言すると、私が公証人の民事責任の研究を始めたのは2010年前後であるが、その時点と比較すると、この数年の間に、フランスにおいて、公証人を巡る議論状況というのが、非常に活発になり、内容も深化していると感じる。特に、理論面での深化が図られているという感覚を強く持つ。

その代表的な成果が、メキ編による『公証人職の将来』とエネス編による『公署性——法、歴史、哲学』である³。メキ『公証人職の将来』は、様々な視野から、比較法的な視点も交え、網羅的かつ非常に意欲的に、公証人職とは何なのかの再確認を行い、さらに、現代国家における諸様相に合わせる形での再構築も図る。エネス『公署性——法、歴史、哲学』は、公署性の検討を正面から行う意欲作で、公証人職自体の検討は相対的に背後に退くが、極めて理論的で意欲的な書である。

このような、フランスにおける公証人を巡る一連の動きは、助言義務との関係でも無関係ではなく、前述の様々な研究においても、助言義務についての再考もなされている。

1.3 本稿における議論の射程

このように、最近の動向では、議論が深化し、公証人とは何か、公署性とは何か、何が実際上の利点であり、本質的にどのような構造の問題かなどの議論が展開され、理論が再整理される中で再構築されている現象が観察できる。しかしながら、同時に、近年の現象をやや子細に観察・分析すると、古典的な旧来の議論との連続性が観察できる点も多く、あるいは、改めて提唱されている議論も、古典的な議論にその理論の萌芽が観察されるなど、角度を変えた焼き直しのようなものも散見されるのも事実である⁴。これらの現象の本格的な観察及び分析は、それ自体として慎重な検討が必要になるので、別稿に改めたい。

そこで、本稿の射程としては、近年に至る議論の全体像を検討するための作業の一段階目として、助言義務が形成された初期の状況を一旦整理することを試みたい。助言義務については、既に先行研究⁵において、十分に紹介されているが、助言義務のみに特化して詳述しているものはない。本稿では、助言義務に特化し、考察を行う。具体的には、第一段階として、判決群を構造的に分析する。事案毎に、その構造を読み解き、そこに判決がいかに対応しているかを、分析する。さらに、判決群の中で、判例論理がいかに関与しているかを考察する。第二段階として、判例の分析を受け、学説がどのような対応をしているかを、Savatierの議論を中心に観察し、その意味するところを明らかにしたい。初期の助言義務を巡る状況を明らかにしていく中で、初期の議論は初期の議論として正確に把握しつつ、現在に繋がる流れとの関連も視野に入れながら、考察する。

後述するように、助言義務は19世紀後半からの判例によって生成されたが、フランス法全体の文脈で見ると、ある特定の義務が判例により形成され、内容が確定し、さらに拡大・展開するのは、必ずしも、少なくとも日本法などとの比較において、一般的とも言えず、その点も興味深いことを付言する。

2. 公証人の民事責任の大枠

公証人の民事責任には、主に、公署行為という公署性を有する証書すなわち公正証書を作成するという公証人の固有の職務から導かれる義務である公署義務と、公署義務から派生し公署義務を支え実質化とも言われる助言義務の2つに大きく分けられると現在考えられている⁶。公署義務が本来的な公証人の義務ではあるが、今や、助言義務は、拡大の一途を辿り、変質もし、さらに、一般的な性質を有するとも言われる。

3. 助言義務の内容と法的性質、歴史

3.1. 助言義務の内容

助言義務の基本的な内容は、証書の作成の対象となる「両当事者によって合意された契約の内容及び効果について両当事者に教示するéclairer義務」とされ、「両当事者の権利を行使するよりよい方法とその行使の結果につき両当事者に対して与えられる」⁷とされ、各論者の中で一致を見ている。

3.2. 法的性質

助言義務の法的性質は、不法行為責任として把握され、異論はない⁸。不法行為責任として扱われる含意は多岐に渡るが、具体的な法的帰結との関係では、免責特約が有効か否かを巡り、解釈論上の帰結が異なると考えられている⁹。

3.3. 歴史

助言義務の法源は、現在の公証人制度を定立する根本法である共和暦XI年（1803年）風月25日法には存在せず、助言義務は、専ら、判例によって形成された。

なお、風月法の起草者は公証人につき、「調停し、紛争を解決する公務員であり、両当事者にとって公平な助言者であると同時に両当事者の意思について書き留める公正な文書作成者であり、公的な平穩に資する存在である／公平なdesinteressé助言者こそが公証人である（抄訳）」旨を述べ、助言義務に連なる精神が見られると言われている。ここでは、公正性や公平性が強調される。また、「結果として、風月法は、個人と個人の自由を尊重するフランス革命における哲学に由来し、個人の自由とすべての人の私的自治の全権利を推し進めるものである（抄訳）」とされている¹⁰。

このように、起草当初から、公証人職が、紛争を解決する任にあり、公正・公平な立場から、両当事者に助言を与えることで、当事者の合意形成に関与し、私的自治の原則や個人の自由に寄与すべきものとして把握され、革命の精神及び共和国の精神に内在的に関係し支えるものとして認識されていたのは、注目に値する。両当事者にとっての公正性・公平性が説かれ、中立の立場から双方に助言を行うことが想定される。その上で、そのような職務を行うことが公的な平穩を導くと位置づけられる。さらに、個人の自由及び私的自治の原則というフランス革命の哲学を推し進めるものとされる。1804年に制定される民法典に前置する形で制定された風月法の精神に革命精神並びに民法典の根本規範となる精神が説かれているのである。公証人制度というものが、革命や民法典の精神及びそこに含まれる制度と密接な関係性を持って構築されたことを示すとも言える。また、これらの点が明記され、個人である両当事者にとっての公正・公平な助言が、私的自治で律せられる個人の権利や個人自身を守り、さらには公的な平穩（ここでは明記

されないが公序とも言うもの)までを保護するとの論理の構造が起草段階で説かれていたことの意義は大きいと言えるだろう。

その後、19世紀に入り、社会経済情勢の変化と法の複雑化、それに伴う法分野も含む専門家の知識の独占のような状況の下、助言義務は判例によって形成され、強行法規性や絶対性を持った専門家責任として発展していったと分析されている¹¹。

4. 助言義務の生成—判例の考察—

次に、判例上、どのように助言義務が形成されてきたかについて、具体的に観察する。助言義務について明示し、内容を固定し、今でも先例として引かれる破棄院1921年7月21日判決及びそこに至るまでの判例を、事案と判旨を概観し考察を加える。

4.1. 判例の紹介

①破棄院1872年4月2日D.P.1872.1.363¹²

[事案]

売買証書の作成に当たった公証人は、両当事者の受任者でも事務管理者でもなかった。資産状況が芳しくない売主に対し、買主が即時の支払いを行ったため、買主に損害が発生した。

[判旨]

購入の対価の即時の支払いの危険性を、証書に挿入されている条項の説明の形で、買主に伝えていても、公証人の責任は免責されない。他方（以下は原審の認定を追認）、売主が負債を負い困窮している状況を公証人は正確に把握していたにも関わらず、買主に教える *reveler* ことをせずに、無知で無学な田舎人（買主）に十分に教示 *éclairer* せず、不明確な情報しか伝え *transmettre* なかったのは、フォート *faute* に該当し、公証人は損害賠償責任を負う。

[分析]

公証人の教示 *éclairer* すべき義務、すなわち、助言義務の内容について判示したとされる初めの判決である。本判決では、①同様、②以降の判決で見られるような、助言義務についての一般的な定義規定や言及はなされない。公証人の行った具体的な行動（買主にとって損害が発生しうる状況について把握していたにも関わらず教示 *éclairer* しなかったこと）についてフォートが認められている。教示 *éclairer* という文言は明記されている。証書に記載された条項の危険性の説明を一般的抽象的に行っても十分ではなく、教示 *éclairer* すべき内容につき、買主の無知や無学といった属性を重視し、かなり具体的で踏み込んだもの（具体的な状況に応じ危険が発生しうる帰結の可能性）を想定し、責任を導いている。また、両当事者との間に、委任関係や事務管理者の関係が認められないことを明記した上で、不法行為責任を認めている。

①破棄院1890年1月22日D.91.1.194

[事案]

婚姻契約に際して、妻と妻の父が嫁資及び嫁資のための抵当権を不動産に設定し、公証人がその旨の証書を作成した。同一の不動産に、夫が娘に相続させる旨の遺言を作成したが、公証人は当該不動産に抵当権が付いていることにつき、夫に知らせなかった。尚、公証人は、妻及び妻の父及び夫の双方から証書の作成についての委任を受けていた。

[判旨]

妻らが設定した抵当権などの負担につき、証書の作成を請け負い、また、完全で正確な不動産の状態を、夫に知らせ connaitre なかったことは、重い非行（重過失）faute lourdeに当たるとして、公証人の責任を認めた。

[分析]

本判決では、⑩判決同様、後の判決で言われるような助言義務を一般的に定義する文言及びéclairerやrenseignerといった文言は見られず、当該事案において具体的に公証人が行うべき具体的な義務が述べられている。その義務の内容が、実質的に、助言義務の内容となっている。また、公証人に故意とも同視すべき重い非行が認められた。

尚、本判決は、Dallozにて、②判決が先行し②判決に後掲する形で、②判決（助言義務一般についての定義規定を明記した判決）と連続した形で掲載されており、①②両判決に共通のコメントが付されている。

また、Dallozのコメントには、遺言の対象となる第三者（ここでは娘）の利益のためにも証書が作成されたこと、そのような職務を公証人が担うことについて言及されている。

②破棄院1890年8月6日D.91.1.195

[事案]

不動産（小さな家）につき、売買契約が締結され、その旨の証書を公証人が作成した。即日で買主は支払を現金で行い、その旨も証書に記載された。この売買契約に関する証書と同日に、売主が借入を行い、その旨の証書を公証人が作成した。不動産には売主らの抵当権が付されており（抵当権は固有名詞の記載につき誤記があったりと予想外のものだった）、抵当権が執行された結果、買主は金銭の拠出を迫られた。公証人は、不動産取引に関する経験が少なく無知な買主に、抵当権の滯除の手続の前に代金を支払う危険性につき、全く知らせなかった。

[判旨]

公証人は、両当事者の合意に適法で真正な形式を与えるために設けられているが、同時に、両当事者に契約の結果について教示éclairerし、法規範についての両当事者の無知を補うことを任務とする。

[分析]

本判決は前述の1890年1月22日判決から進んで、助言義務に関する一般的な定義規定を明記した。実質的には、（Dallozにて①判決に先行する形で掲載がなされていることに鑑みても）助言義務について本格的に述べた最古の判決と評価しうる。本判決では、文言はéclairerが使われているが、Dallozコメントにおいては、既に、当該定義規定の解説として、renseigner情報提供を行うという文言が使用されている。

また、本判決の判旨においては、⑩判決や①判決のように、具体的な個別の事実を指し示すのではなく、事実の総体全体に起因して、助言義務違反が導かれる旨が判示されている。（尚、原審は、公証人の予知不能性を認め、責任を否定している。）

③破棄院1910年2月16日D.1912.1.183

[事案]

依頼者が嫁資の買換えを行ったが、その際に購入した不動産の評価が過大であり、均衡を失していたため、嫁資の総量が減り、依頼者に損害が発生した。

[判旨]

当事者間に委任に基づく合意のような契約関係がなく、公証人が事務管理者でなくても、職務fonctionに基づき課された義務違反に由来する職業的責任responsabilité professionnelleを負う。

嫁資の買換えにおいて、買い受けようとしている不動産の価値が過大評価されているような場合に、当

該買換えがいかに異常で危険かについて公証人は依頼者に告げなかったのは、職業的な重大な非行 *faute professionnelle grave* にあたる。

当該夫婦財産契約におかれた免責規定の条項によって、公証人は免責されない。公証人の責任は職業上の義務 *obligations professionnelles* であり、その職務 *fonction* によって責任を負う。

[分析]

本判決は内容面で特筆すべき点が含まれる。

破棄院1902年6月29日判決D.1902.1.451は、不動産賃貸借につき、貸主が主導的な役割を担い、公証人が依頼者の関与なしに行動することはなく、当事者間によって定められた合意を書面に記したに過ぎず、公証人が受任者や事務管理者として認められないような場合には、免責される旨を判示したが、判旨の第一点目は、この破棄院1902年6月29日判決に対する応答と思われる。

本判決では、助言義務に関する定義の文言などが正面から直接的に語られることはないが、嫁資の買換えがもたらす結果の危険性を告げなかったことに対する義務違反という具体的な義務を示し、実質的に助言義務について判示を行っている。

また、公証人の助言義務について、職務から導かれる職業上の義務であり職業上の責任であると明示した意義が大きい。つまり、専門家責任一般との関係で明示している判決である。

さらに、公証人の行動が詐害的であったとして、職業的な重大な非行を認めた事案でもある。本事案は、公証人が売主と共謀して、詐害的な行為を行っていたと認定されている事例であり、そのような事情が勘案されていると考えられる。本判決においては、重大な非行の判断に留まらず、職業的なフォートを持ち出している点が特徴的である。

④破棄院1916年5月9日D.1921.1.24

[事案]

依頼者らの金銭消費貸借の取引全般につき、公証人が主導的に関与した。公証人は金銭消費貸借の対象物である金銭につき、(取引の円滑化のため) 受寄者 *dépositaire* であり一時的占有者 *détentuer* であった。

[判旨]

公証人は、両当事者の合意に適法で真正な形式を与えるために設けられているが、同時に、特に当事者らが無経験 *inexpérimenté* のときには、両当事者に契約の結果について情報提供 *renseigner* し、法規範についての両当事者の無知を補うことを任務とする。

特に、公証人が依頼者に帰属している金銭の受寄者 *dépositaire* であり、自ら、消費貸借の仲介者 *négociateur* である場合には、調査の後、依頼者に対して、借主の資産状況や実行の見込まれる返済の保証について、知らせ *connaître* なくてはならない。

[分析]

②判決と、助言義務についての定義を述べる部分はほぼ同じだが、本判決にて、*renseigner* の文言が初めて登場する。この *renseigner* という文言は、②判決を紹介するDallozのコメント欄において使用されていたものである。助言義務の内容を指し示すものとして早い段階から認識されていたようだが、④判決にて、判決上、明示的に採用された。

本判決においては、当事者が無経験の場合には、という文言が付された。これは、当該事案においては、公証人が主導的な立場を担ったという事情が影響している可能性がある。

また、公証人が契約対象物の受寄者や取引の仲介者として積極的に関わっていた点に言及し、具体的な情報提供義務の内容を導いていることも本判決の特徴である。尚、本判決では、公証人は既に調査を行っ

ていたので、後述の⑤判決で出てくるような調査義務は問題となっていない。

⑤破棄院1921年7月21日D.1925.1.29

[事案]

後得財産共通特約付きの嫁資制に基づく財産の取戻しを妻が図り、財産分離について、夫婦間での合意が形成された。しかしながら、合意の中に含まれる不動産には、受遺者についての登記がなされており、嫁資の回復が十分にできないこととなった。

尚、原審は、公証人の行為は単に定められた合意を記述する行為に留まるとして、公証人の責任を否定した。

[判旨]

公証人は、両当事者の合意に適法で真正な形式を与えるために設けられているが、同時に、両当事者に契約の結果について情報提供 *renseigner* することを任務とする。

公証人は、依頼者が、自発的に、不動産の登記に関する状態の調査を依頼していなかったとしても、不動産につき、調査する義務を負う。

[分析]

本判決は原理判決であり、助言義務についての定義が判決冒頭のシャポー *chapeau* において明示され、固定化され、今現在に至るまで先例的価値が継続している。

本判決でも、④判決で述べられた *renseigner* という表現が踏襲され、また内容も今までの判決の共通項をほぼ踏襲している。助言義務の一般的な定義規定を述べる②判決や④判決と比べると、文言は最低限のものとなり、「当事者らの無知を補うことを任務とする」という②④判決に共通の文言は削除され、④判決で明示されていた「特に当事者らが未経験のときには」という文言も書かれておらず、汎用性の高い表現となっている。残されているのは、「両当事者に契約の結果について情報提供」を行う義務の部分のみである。このような姿勢は3.1.にて確認した現在における定義に繋がり、継続している。

このように②④判決から文言が変化した理由及び最低限の文言ののみがシャポーにおいて維持されているのは何を意味するのか。②④判決に観察された当事者の無知や未経験といった当該事案の具体的な事情を捨象し、より抽象的な内容とする意味合いがありえるだろう。また、③判決で明示されていた職業的な責任といった、素人である証書作成の依頼者と専門家である公証人という非対称的な関係の性質を強調するような傾きを捨象し、より広範な関係一般にまでその対象を広げる意図があった可能性もある。本稿では詳述しないが、現に、その後の判例の流れを観察すると、近年において、助言義務は絶対性 *absolu* を持つと言われ、具体的には、当事者の知識の多寡や他の専門家の関与の状況などの事情に関わらず、助言義務は免責ないし軽減されることはない¹³とされ、その程度はより高度で画一的なものとなって展開している¹³。このような展開が可能となったのは、⑤判決において、助言義務の内容が抽象化され、汎用性の高い内容として広範な範囲を覆いうる規範化されたものとして規定されたことにも端を発していると評価できるだろう。

また、本件における具体的な帰結として、明示の依頼がなかったとしても、対象不動産に関する調査義務を認めた。

さらに、本判決は、助言義務が制限的 *limitatif* でない旨も判示する。

4.2. 判例の分析

このように、一連の判決群では、助言義務 *devoir de conseil* という文言は使われないものの、具体的

な内容は、助言義務であり、情報提供義務となる。具体的には、作成される証書がもたらす結果について両当事者に教え、情報提供を行うことを内容とする。助言義務は、両当事者の未経験や無知を補うために存在すると明記する②④判決もあるが、前述の通り、現在も先例性を有する⑤判決では言及されない。また、助言義務は不法行為責任とされる。

また、事案との関係で検討すると、①判決や③判決のように、そもそも公証人に故意にも同視すべきほど重大である非行（不誠実性が公証人に認められ、故意とも同視すべきほどであった場合）が認められた例も散見される。助言義務生成期の判決においては、公証人の義務違反 *faute* が認められやすい事案において、まず認められてきたという側面もある。

さらに、①③判決のように、具体的な事案の事情から直接に具体的な義務違反が導かれ、結果として助言義務の存在が記されているほか、②④判決のように助言義務一般についての定義規定が明記された判決においても、具体的な事案の特性や当事者の状況、公証人の関わり方など個別具体的な事情に着目した判断がなされている。④判決までにおいては、個別具体的な事情に応じて、比較的柔軟に判断がなされてきたとも評価できる。尚、先例的な価値に疑問はあるが、前述の1902年6月29日判決においては、公証人の関与が低かったという理由で責任が否定されており、個別的な公証人の関与の仕方を問題とする態度も残存していたと考えられる。

その後、⑤判決において、抽象的で一般的で汎用性の高い定義規定が定立され、助言義務は一般化し、規範化されたと考えられる。そして、現在に至る高度な規範化の流れに続いている。

当初は個別具体的な事情から立ち上がった具体的な内容を持つ義務が、一般化・規範化して確立し、一度確立した義務が射程を広げ、無限大に展開していく様子の萌芽が観察できる。

改めて、それぞれの判決における事案の構造と判決の解決・帰結、判決が意味するところの構造を分析すると、次のようなことが観察されるのではないか。すなわち、証書作成を依頼した両当事者、第三者（①判決における受遺者など）、公証人の証書作成に関係する関係者全員の不利益を回避して利益の最適化を図る任務を担うのが公証人である。それは、両当事者との間に委任関係や事務管理関係が認められるか否かに関係なく肯定され、不法行為責任として成立する。公平性や公正性を重視し、個人の自由を保護し、私的自治の全権利に資すべきものとして想定され、個別具体的な関係者の総利益はもちろんのこと、個別的な利益を超え、公的な平穏を担保すべきものとされた起草者の意図にも合致する。不法行為の原理を導くとされる公序にも通底する精神である。公証人の助言義務がこのように機能・展開し、公序を基礎原理とする不法行為責任の一例として存在しているのは論理的に整合的である。また、近年における助言義務の特徴の1つとされる絶対性が公益 *intérêt public* や一般利益 *intérêt général* との関係で語られる近年の議論とも整合性を有する¹⁴。以上が、構造的分析である。

このように、助言義務生成の一次資料でもある、助言義務生成期の判決群を考察することは、公証人の助言義務の本質が何であるかを構造的に理解し、探るのに有益であるし、現在に至る助言義務の展開や議論の基礎となる核を構成する。

5. 学説—Savatierの紹介

このように判例上生成した助言義務を学説はどう受け止めたのか。比較的早く、権威あるものとして、Savatierの議論を紹介する。Savatierは比較的早い段階から公証人の助言義務に関心を示し、体系書¹⁵においても、まとまった記述を行っている。こちらの記述を中心に考察を進める。

Savatierの議論は、例えば、現代における議論などと比較したときに、歯切れの悪さのようなものが含まれ、ある種のわかりにくさを伴う。同時に、様々な点に考察が及び、非常に示唆に富み、参照に値する。

まず、Savatierは現在における通説的な枠組みである公署義務と助言義務の二分論を採らない。Savatierは、公証人は公務員としての身分fonction publiqueの地位qualitéを持ち、その性質から公署義務や助言義務などの不法行為責任が導かれるとしつつも、同時に、公証人と依頼者との間に委任の契約関係が認められるとの認識に立つ¹⁶。そして、具体的帰結として、一定の場合に、契約責任を認める。

例えば、免責特約との関係で、依頼者に契約責任のほうが有利な場合には、契約責任を優先していいとする¹⁷。ただし、依頼者にとって不利な特約は排除されると考え、免責特約は禁止される。免責特約の禁止は、公務員としての地位から導かれるとし、公序ordre publicを担うものとし、公序との関係を明記し、助言義務の精神に通ずると分析する¹⁸。

遺言につき第三者の利益のために証書を作成し、第三者が損害を被った場合には不法行為責任を負うべきことも述べ、その際に、証書の実効性efficacitéを担保すべきと述べる¹⁹。

また、証書作成に至るまでの前段階の交渉などの場面に付き、Savatierは黙示を含む委任関係ないし事務管理の関係を認め、別途契約責任の成立を認める。ここで、黙示を含む委任関係が認められるか否かは明示的な合意の存否に関わらず、全事情を考慮して決定され、裁判官が認定すべきものとする²⁰。その委任関係に基づく契約責任について、Savatierは専門家に課される善管注意義務であり、厳格なものと捉え、公署行為の周囲に（具体的には、前段階や後段階で）付随的に広がり、助言義務を強化できるものとして捉える²¹。また、証書作成前に課される一部の調査義務（当事者の同一性や当事者に正当な権原が帰属しているかなどを確認する義務）については、Savatierは、公署義務の一環として捉え、公署義務で捉えられなかったものを助言義務で拾い上げることとする。

一方、助言義務については、Savatierにおいても、不法行為責任と捉えられ、公署官という性質から導かれるとする。Savatierの議論にて特筆すべき点は、個別具体的な事情に応じ、助言義務は柔軟に拡大縮小するものだとも認めるところである。つまり、当事者の状況や公証人の関わり方によって、公証人に課せられる義務が重くなったり軽くなったりすることを認める。具体的には、当事者の経験不足の程度に応じ、依頼者の知識や属性、契約の複雑さに応じて拡大する。特に、当事者が弱者や無能力者の場合には、公証人が保護すべき立場にあるので、助言義務は拡大するとする²²。公証人と当事者の間にかかりつけのような継続的な信頼関係が認められる場合には、責任が強化されることを説く²³。同時に、当事者の知っている、あるいは知っているべき事柄については助言義務は発生しないと明示する²⁴。有害な助言を与えた場合はより責任は重くなる²⁵。また、事案の性質に応じた具体的な助言義務の範囲は、事実審判事の専権事項である旨も述べる²⁶。

さらに、Savatierは大きな議論の流れ・議論の大枠において、公証人の責任論を専門家責任との関係で捉え、構造化している点が興味深い。

具体的には、Savatierは、現代における意思自治の減退傾向から不法行為責任への比重の移行という一般的な現象の1つとして専門家責任を位置づけるが、その典型例として、公署官officier publicすなわち公証人を念頭に置いて議論を進める。専門性に基づく規範が課され、それに違反すると民事責任を負い、職業的な公序違反の結果として不法行為責任が成立するとする²⁷。このような大きな枠組みの中で、公序が規律するものの一例として、助言義務を含む公証人の民事責任が捉えられている点に留意すべきだろう。

以上に述べたSavatierの認識は、下記のように分析できる。

第一に、義務の範囲につき、個別具体的な事情によって事案ごとに柔軟に拡大縮小することを認める認

識は、前述の③～④判決に見られる助言義務生成の初期における判例の動向を念用を置いていると推認され、整合的である。Savatierにおいては、判例におけるよりもさらに踏み込んで、公証人と当事者との（専門性や情報の）非対称性や具体的な関係性に積極的に言及し、公証人が絶対的なないし相対的な弱者としての当事者を保護すべき立場にあることを強調し、厳格な責任論を展開する。また、助言義務の具体的な範囲について事実審判事の専権事項である旨を認める点も判例と整合的である。

第二に、Savatierは、さらに踏み込んで、当事者に有利に働き、当事者保護的に機能する方向において、契約責任を付随的に認め、助言義務を強化すべきものとして位置づける。この点は、Savatierに独自である。

第三に、助言義務ないし助言義務を包含する公証人の民事責任一般を、公序との関係で位置づけ、公序と整合的なものと捉え、公序が具体的に発現する一例として分析している点が、Savatierの議論に特徴的である。後述の通り、公証人の職能論や助言義務を分析する文脈において、近年、公益や一般利益との関係で捉える見解が散見されるが、整合的な方向性の一端が垣間見られると言えるだろう。

6. 結びに代えて―付随する問題

公証人を巡る問題、中でも、助言義務を巡る問題は、非常に古典的でもありつつ、現代に連なり、今なお、重要性がある。本稿では、現代に連なる議論の萌芽ないし議論の前提となる基礎を確認した。

最後に、本稿では、正面から取り上げることが叶わなかったフランスの公証人の助言義務に関し、付随する問題を並べ、本稿の結びとする。

まず、公証人職や公署性に関するさらなる考察の必要性を挙げる。公証人職や公署性を巡っては、現在、様々な意欲的な理論的分析がなされている。具体的には、公署性を持つ文書の持つ法的安全性から導かれる市場における信用財に資する側面から経済合理性や有用性を分析する見解²⁸や、法的安全性が適法性を導き、さらには社会秩序を形成する可能性を示唆する見解²⁹、社会的需要に着目する見解³⁰、公署官性が国家からの国家機能の一部の授權からなることに着目する見解³¹、さらには、近年最も頻繁に見られるようになったともいえる公益や一般利益との関係で捉える見解³²など、多岐で多面的に及ぶ。助言義務を考えると、公証人職のあり方は理論的前提となり、内実化する。例えば、破棄院1958年5月12日 Bull. civ. I no233は、公証人の役割につき、法を尊重すべき旨を説くが、公証人の助言義務につき、公証人が一般利益 *intérêt général* を体现する公署官 *officier public* であることに着目し、両当事者の目下の個別の利益のみでなく、一般法 *les lois générales* との調和を図る役割にも資するものとする指摘もある³³。公証人職や公署性に関する一般論の理解の深化との関係で助言義務や責任論をいかに捉え構築していくかの検討が必要となる。今後、さらに、公証人職のあり方の考察自体も深め、助言義務との関係も考察したい。

次に、専門家責任論との関係である。公証人の民事責任は専門家責任の一環として扱われる³⁴。本稿でも見てきたとおり、公証人の民事責任は、その法的性質が不法行為責任と捉えられ、また、国家からの授權に基づき、公益的一般利益を体现する公務担当者ないし公署官として認識され、法的性質の帰結が導かれていた。このような公証人の民事責任論の特質は、（主要な議論が契約責任の文脈で語られることも多い）専門家責任一般との関係、また、他の専門家の責任との関係でいかに捉えるのか、捉えられているのかは今後考えていくべき問題である。この点、専門家責任は職業的公序から導かれ、不法行為責任を構成するとし、その1つの現れとして助言義務を含む公証人の民事責任を捉えるSavatierの認識は、1つの示唆となる。今後、他の叙述や文脈との関係でも考察を深めたい。

そして、1960年代以降展開され³⁵、消費法典³⁶にも置かれる情報提供義務一般との関係である。公証人の

助言義務と一般的な情報提供義務は内容面で重複の見られるものの、情報提供義務は一般に契約責任とされる³⁷⁾など、差異も存在する。情報提供義務との関係において、今後、慎重な検討が必要となると考える。

注

- 1) 日本における公証人の法的義務は国賠で処理がされ、かつ認められにくいことと好対照をなす。山倉愛「日本における公証人制度に関する覚書—制度、法的責任、実態—」お茶の水女子大学人文科学研究14巻（2018）243頁参照。
- 2) 同法につき詳しく述べられた邦語文献として、吉田克己「フランス公証人制度の特質—マクロン法をめぐる議論を通して—」『日本の司法—現在と未来—（江藤价泰先生追悼論文集）』齊藤誠他編159頁（日本評論社，2018）、久保宏之「〔研究ノート〕フランス公証人制度の現在—マクロン法の衝撃—」関西大学法学論集66巻3号（2016）173頁。
- 3) Mustapha Mekki, L'avenir du notariat, LexisNexis, 2016; Laurent Aynès, L'authenticité: droit, histoire, philosophie, 2e éd., La documentation française, 2013
- 4) 例えば、6. で後述のように、公序との関係で公証人を捉える試みや公署性と国家権力からの授権の関係と執行力を併せて考察する試みなどが近年示されているが、これらの議論ないし議論の萌芽は古典的な文脈でも散発的に語られてきたことである。
- 5) 井上治行「フランスにおける公証人の民事責任」公証法学創刊号（1972）130頁、江藤价泰「比較法からみた公証（人）制度のあり方—フランス公証人制度の一端—」自由と正義32巻41号（1981）13頁、庄田秀麿「フランスの公証制度—ダロズ「仏法辞典」による解説 訳—」公証50号（1981）57頁、鎌田薫「フランスの公証制度と公証人」公証法学11号（1982）1頁、西澤宗英「公証人の職務上の責任—フランスの場合—」公証法学17号（1988）1頁、山本和彦『フランスの司法』431頁以下（有斐閣，1995）、松川正毅「フランスにおける公証人と紛争予防」公証法学33号（2003）1頁、山口齐昭「フランスにおける公証人の民事責任と紛争処理—レンヌ地方公証人評議会フランソワ・シャルル氏へのインタビューを中心に—」公証法学36号（2006）77頁、横山美夏「フランスの公証人制度をめぐる最近の動向」民事研修641号（2010）2頁、ムスタファ・メキ（吉田克己訳）「フランス公証人職の未来」市民と法117号（2019）3頁。
- 6) Jean de Poulpiquet, Responsabilité des Notaires: Civil/Discipline/Pénal, 2éd, 2009, Dalloz, titre0.; Jean-Luc Aubert, La responsabilité civile des notaires, 5éd, par Richard Crône, Defénois, Lextenso, 2008, no61bis.; Nathalie Blanc et Romain Boffa, La responsabilité du notaire: perspectives d'avenir, in Mekki, supra note3, no188 など、二元的に捉えるのが現在の通説的な見解である。尚、後述の通り、Savatierはこのような二元論を採らない。
- 7) J.-CL. RESP. CIV.ET ASSUR., 2006, de Poulpiquet, Fasc.420-30: NOTAIRE.-Devoir de conseil, no1-Définition
- 8) 尚、公証人の民事責任一般に関しては、契約責任と見るべきか、不法行為責任と見るべきか、あるいは両者が場合によってどちらも成立する余地があるのかにつき対立がある。voir. Poulpiquet, supra note6, no11.00bis.
- 9) 近年のものでは、破棄院民事第一部2008年1月23日判決Bull.civ.2008, 1, no27がこの点を明示する。
- 10) Poulpiquet, supra note7, no2-Histoire
- 11) op. cit.
- 12) 本判決を④として扱うのは、Poulpiquet, supra note7においては先例として引かれるものの、Savatier, infra note15において、本判決が引用されていないことによる。
- 13) 近年、行き過ぎた絶対性に対し、批判も多い。voir Cécile Biguenet-Maurel, Le Devoir de Conseil des Notaires, 2006, Defrénois, Collection de Thèse t16, p25, Blanc et Boffa, supra note6, no195
- 14) Aynès, supra note3, no63 etc.

- 15) René Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français; Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, t2, 2éd, Lgdj, 1951
- 16) op. cit. no803
- 17) op. cit.
- 18) op. cit. no809
- 19) op. cit. no813
- 20) op. cit. no820
- 21) op. cit. no821
- 22) 尚、助言義務のみならず、公署義務においても、行為無能力者や未成年者、嫁資に関する女性の権利などには特段注意すべきとされ、なぜなら、公署官 *officier public* として、彼らを保護し監督する存在だからとも述べられ、また、第三者に対して詐欺性を持ちうる証書の作成も拒否すべきことが説かれる。op. cit. no816
- 23) op. cit. no815
- 24) op. cit. no814
- 25) op. cit. no816
- 26) op. cit. no815
- 27) René Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français; Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, t1, 2éd, Lgdj, 1951, no110bis. 詳細な検討は、山倉愛「フランスにおける公証人の民事責任一職、公序、不法行為責任」お茶の水女子大学人文科学研究12巻（2016）319頁参照。
- 28) Mekki, *supra* note3, no11, no37bis., etc.
- 29) op. cit. 48
- 30) Aynès, *supra* note3, Introduction
- 31) Poulpiquet, *supra* note6, no04.31; Mekki, *supra* note3. no24etc.
- 32) Poulpiquet, *supra* note6, no04.32; Mekki, *supra* note3, no11, no31, no32bis.etc.
- 33) Aynès, *supra* note3, no63 etc.
- 34) 判決としては上述の③1910判決。また、Savatier, *supra* note15, no815は公署官として弱者保護をすべきであると言及し、また、Poulpiquet, *supra* note6, no11.52は専門家責任として性質決定されるとし、職務に寄せられる信頼に基づく職業的義務が発生するとする。
- 35) 具体的には、Michel du Juglart, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, RTD. civ., 1945の論稿から、情報提供義務についての議論が始まり、これに対し、Jacques Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, BDP t.41, LGDJ, 1962, no93において、Ghestin は情報提供義務は発生しないのを原則とするとした。後に、Jacques Ghestin, *La reticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971 chron. p247, no14において、情報提供義務につき、特別の資格を持った当事者のみに例外的に課されるものとの認識を示し、その一例として公証人を挙げた。同論文におけるGhestinの認識は、体系書Jacques Ghestin, *Traité de droit civil: contrat*, le éd., 1980, LGDJ. no501 etc.においても、引き継がれた。
- 36) 1993年制定、2016年改正。情報提供義務につき、L111-1以下に一般的な定義規定を置く。
- 37) note35引用の文献の題目にも見られる通り、基本的には、契約責任を想定している。