

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—

山 倉 愛

1. はじめに

債権法分野を中心とした民法改正が、2017年4月14日に衆議院、5月26日に参議院を通過・成立し、6月2日に公布された。この債権法改正は民法成立以来、120年ぶりとなる大幅な改正で、従来からその必要性等が議論されてきたが、2006年から本格化し、2009年11月から法制審議会民法（債権関連）部会において調査・審議が行われ、継続的な審議・各界にまたがる議論が重ねられた末、成立したものである¹。その改正内容は債権法分野全体を網羅するもので多岐に及ぶ。その中で、保証債務についても改正がなされた。第465条の6・7・8・9・10では、事業に係る債務の個人保証についての特則が定められた。具体的には、事業のために負担した貸金等債務についての個人保証は原則的に禁止されるが、例外的に公正証書のあるときは有効となり、第465条の6・7・8・9に規定が置かれた。このように、債権法改正の中で、具体的な契約を有効にするための手段として、公正証書が必要とされることとなった。必要的公証行為が民法典の債権法部分本体の中に導入されたのである。

このように、一連の債権法改正の保証契約の部分で、公正証書、ひいては公正証書を作成する主体である公証人が脚光を浴びているが、目をフランスに転じると、公証人は、2015年に成立したマクロン法との関係で話題となった²。詳細はここでは論じないが、公証人が日本及びフランス双方で、一定程度の注目を浴びている³。このような近年の動向の中、本稿では、日本法に焦点を当て、そもそも、公証人制度がいかなるものか、また、その現状についての概観を覚書として述べることにする⁴。

2. 債権法改正における必要的公証

導入として、冒頭でも述べたが、債権法改正における必要的公証の導入について紹介する。詳細には立ち入らずにごく簡単に概観する⁵。

改正債権法は、事業のために負担した貸金等債務についての個人保証を原則的に禁止する。例外的に公正証書が作成された場合は有効となり、第465条の6・7・8・9に規定が置かれる。その内容は、保証契約の締結に先立って保証人となる者が、「保証契約の締結の日前1箇月以内に作成された公正証書」で「保証債務を履行する意思」を表示することが有効要件とされている（第465条の6）。その具体的な方式は第465条の7に定められ、公正遺言証書に関する民法969条の2と同様の内容となっている。このように、事業のために負担した貸金等債務についての個人保証を有効にするための手段として、必要的公証が導入された⁶。

事業のために負担した貸金等債務についての個人保証のための公正証書の義務化の導入の背景には、以下のような事情が存在する。従来から個人保証の弊害が取り沙汰される中、債権法改正に先立ち、省庁などが主導して、個人保証を制限する一連の動きが存在した。しかしながら、実務における個人保証の需要も根強く、中間的な案として、内容や主体による制限でなく公正証書作成という手続的制約によって軽率な保証締結を阻止する趣旨の下、導入されたという背景がある⁷。事業のために負担した貸金等債務についての個人保証につき、公正証書の作成という手続の厳格化を図ることによって保証人となろうとする個人を保護する方針である。この導入の経緯については、当初、個人保証自体の制限も検討されたが、個人保証の需要との兼ね合いの中で例外措置を設ける必要性が説かれ、日弁連の提言の下、導入されたことが興味深い⁸。

また、保証意思の確認の意味合いを持つ公正証書の作成の際には、代理人は認められず、本人が公証役場に出頭し陳述をする義務がある（第465条の7）ことも注目に値する。公正証書作成の際には、公証人は「個人保証人の保護の観点から」、保証人に保証契約の「趣旨の周知徹底を図るとともに、契約締結時の情報提供義務を実効的なものとする観点から、保証意思宣明公正証書に記載すること等が適切な事項」になるような実務的な対応を要求され（平成29年4月12日衆議院法務委員会付帯決議四1）、保証意思のあることにつき慎重に確認することが求められる⁹。

さらに、保証意思宣明公正証書に執行受諾文言を付し執行証書とするのは、民法典の条文上の禁止はないが、衆議院及び参議院の法務委員会の付帯決議にて、「保証意思宣明公正証書に執行承諾文言を付し、執行証書とすることはできないことについて、公証人に対し十分に注意するよう周知徹底するよう努めること。」（前述付帯決議四2）と定められた¹⁰。

このように、債権法改正の事業のために負担した貸金等債務についての個人保証の有効要件としての必要的公証は、従来指摘されてきた公証人制度の弊害も踏まえた上で、公証人制度に信頼を置き一定の期待をすることを前提に導入されたといえる。

3. 公証人制度の概観

公証人制度は、明治19年8月11日に主にフランス法の影響を受けた公証人規則ができることにより始まった。その後、明治44年にドイツの法制の影響を受けた公証人法が制定され、現在に至る。

任用形態を概観する。法律上は公証人の任命資格として試験・修習による登用制度を想定する（公証人法12条1項1号2号）が、実施されたことはなく空文化している。実際は、長年の実務経験のある裁判官・検察官が60歳前後で任命されることが多く弁護士からの任用は少ない¹¹。実務経験を何十年も積んだ大ベテラン、法律専門家の中でも実務経験の多い非常に高度な法律専門家が任用されているともいえる¹²。

公証人の職務は、公正証書の作成、私署証書の認証、確定日付の付与にわかれ、付随した職務が派生する。公正証書の作成が主な業務だが、内容は多岐に渡り、金銭債権を内容とする執行証書¹³のような取引法に属するものから遺言公正証書のように家族法に属するものまで多様である。従来は、下記でも詳しく扱うが、特定の債権者（業者）が多数債権者に対して定型的に多量で同種の内容の金銭債権に係る執行証書を作成するような案件（集団事件と呼ばれる¹⁴）が多数係属し、主な業務の1つとなっていたが近年は減少傾向にあり¹⁵、一時期は公正証書離れが叫ばれた¹⁶が、下記のような動きがあり、より業務内容が多角化している。

例えば、公正証書遺言の嘱託件数は増加しており、全国統計でみると、平成元年の40941件から平成22

年には81984件へと倍増し¹⁷、平成24年度には88000件台にまで伸びており、今後も増加が見込まれるという。その背景には社会の高齢化や核家族化などの社会の変化とともに、各種媒体における広報活動の影響もあり、PR活動の成果だという¹⁸。

また、公正証書遺言と併せて締結されることも多いという任意後見制度の利用状況も増加傾向にあるという。任意後見契約公正証書の全国の件数は平成16年が3547件だったが、平成22年には8835件となり、年1000件前後増加している¹⁹。日本公証人連合会は公証人の実務の便宜にかなうべく、「証書の作成と文例（家事関係編）」を出版し、実務上の留意点をまとめた冊子を配布するなどの活動を行っている²⁰。

その他にも、公証業務がかつての集団事件のような定型処理に依拠しては運営できなくなっている実情に鑑みて、新たな需要を開拓すべきとの認識²¹の下、例えば、知財分野（先使用権など）における事実実験公正証書の作成の活用²²や信託の分野における公正証書活用などにも積極的に取り組んでいる。公証人は、公証人会を構成するほか日本公証人連合会を設立し、公証業務の改善・統一や公証人の品位保持に関する事務を行い、各種通達の連絡や研修を行うなど公証事務の適正を保持するための情報提供を行っている²³。また、公証制度を広く国民に知ってもらうための広報活動にも積極的に公証人側も重視している²⁴。職が存続・発展していくための活動として興味深い²⁵。

4. 公証人の法的責任

以上、公証人制度を概観したが、次に、公証人制度がいかなるものかを表すのに適切な対象として、法的責任を巡る判例法と議論を紹介する。

4.1 法的責任の性質

まず、公証人の責任の法的性質について、1947年に国家賠償法が制定される以前は、公証人法6条が「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」と規定し、公証人の個人責任を認めていた。

ところが、国賠法の制定とともに同条文は削除され、公証人の行為は国賠法の適用を受けることとなったとされている。この点についての最高裁判決は存在しないが、東京地判昭和32年4月20日下民集8巻4号807頁は「公証人は公証人法第一条所掲の職務権限たる公正証書の作成、その他の、所謂「公証作用」を担当することによって、国の機関としてその公権力を行使する公務員に該当するものというべきであるから、仮りに原告主張の如き被告の不法行為が肯認され得るとしても、かような公務員たる被告の明らかに職務行為自体と目される行為に基因する損害賠償請求については、国家賠償法第一条第一項により国においてこれを負担すべく、公務員たる被告に負担せしめらるべきものではない」とし、公務員一般について国賠法上の請求が認められる場合には公務員個人の責任を否定した最判昭和30年4月19日民集9巻5号534頁を引用する。この判決は、公証人の行為に国賠法1条1項が適用される旨と同時に、公証人個人の責任が否定される旨を判示している。また、東京地判平成10年2月18日判タ985号150頁は公証人が個人としての責任を負わない旨を明らかにする。同判決では、原告は国を被告とせず公証人のみを被告とし、公証人は純然たる公務員と異なり、公正証書作成等の職務行為の対価として報酬を得ているので、個人責任を追及しえ、民事上の不法行為責任が発生すると主張したが、独自の見解として排斥された²⁶。

公証人に国賠法が適用される理由につき、上記のように判決は述べるが、その根拠については、公証人

の行う公証作用が「公権力の行使」に該当する点に着目するもの²⁷と公証人が公証事務の従事を固有の職務とする国家機関であることに着目するもの²⁸とがあるが、公証人の法的責任に国賠法が適用されることに異論はない。このように、公証人の行為につき国賠法を適用し個人の責任を否定するのは、比較法的に見ると、特殊である²⁹。なお、公証人は、国家から給与を受けず、国家公務員法上の公務員ではない³⁰。公証人は、囑託人から直接に手数料他の金銭をもらう（公証人法7条）³¹。しかし、国賠法上の公務員は公権力の行使を行う限りでは公務員となり、公証人の行う公証作用も公権力の行使に該当し³²、国の公務を掌るので、実質的意義における公務員にあたる³³。

このように、公証人の法的責任については、その職務につき、国賠法の責任が成立するということで一致している。

4.2 法的責任の内容

次に、公証人の法的責任の内容についての判例と議論を紹介する。

4.2.1 最高裁判決の紹介

公証人の負う法的責任の内容については、下記の通りの最高裁判決が存在しており、その規範は判例上確立されているといえる。様々な批判や反応があるものの、後述の通り、いくつかの後続判決も出ている。

最判第一小法廷平成9年9月4日民集51巻8号3718頁は、公正証書の内容の法令違反につき公証人に過失があるとして国賠上の請求を求めた事案につき、法律行為に係る公正証書作成の際の法律行為の内容の適法性に関する公証人の審査権、審査義務につき最高裁として初めての判断を下したものである。なお、後述の通り、本判決の射程は、作成された公正証書の内容の適法性についての審査権のみに及ぶものではなく、公正証書の作成手続の適法性につき瑕疵のあった場合も含み、つまるところ、公正証書作成にあたり瑕疵があるとき全般についての公証人の審査義務につき判示するものである。事案と判旨を掻い摘んで紹介する。

買掛代金債務（旧債務）を準消費貸借の目的とする公正証書（執行証書）が作成されたが旧債務には割賦販売法及び利息制限法に違反する内容が含まれた。債務者の債務不履行により執行がなされ給与を差し押さえられた連帯保証人Xが原告となり、上記法令違反を内容とする公正証書を作成した公証人Aに過失があったとして、国Yに対し、国賠法1条1項に基づき、上記執行の強制停止のために支出した費用及び信用失墜による精神的損害を損害として損害賠償請求を求めた。なお、上記債務の債権者K協同組合は割賦購入斡旋業を行う協同組合であり、同時に貸金業も行っていた。本件公正証書作成に先立ち、K協同組合は、同種の公正証書を顧客との間に定型かつ多量に作成する便宜のため、本件公正証書作成にも用いられた公正証書作成囑託委任状定型用紙を作成するべく、P司法書士を公証人Aの下に出向かせ、相談を行い、本件委任状定型用紙及び公正証書の定型用紙も作成した。本件委任状定型用紙にはP司法書士を債務者及び連帯保証人の代理人とし、Pの事務長であるQをK協同組合の代理人とすることが記載され、双方代理の可能性があった。

「公証人は、提出された委任状その他の書類、当該公証事務処理及びそれ以前の事務処理の過程で知った事実、事例によってはこの過程において知るべき義務のあった事実等により審査し、法令違反の存在、法律行為の無効等の疑いが生じた場合には、当事者等に必要な説明を求めるなどして、違法な公正証書を作成しないようにすべき義務がある。」とし、公証人Aは、本件公正証書作成に用いられた公正証書作成囑託委任状定型用紙の作成につき相談を受けた際に資料を提出させ、K協同組合と顧客との取引関係を把

握する義務があり、旧債務に割賦販売法違反が含まれる本件公正証書の作成を避けることができたとして公証人Aの過失を認め、因果関係のある損害4万円（K協同組合に対する請求異議訴訟の弁護士費用及び精神的損害）の賠償を認めた原審に対し、最高裁は以下のように述べ、上告人Yの敗訴部分を破棄し、原告Xの請求を全部棄却すべきものとした。まず、「公証人が公正証書の作成の嘱託を受けた場合における審査の対象は、嘱託手続の適法性にとどまるものではなく、公正証書に記載されるべき法律行為等の内容の適法性についても及ぶ」と判示し、公証人法及び公証人法施行規則の分析を行った上で「このような法の構造にかんがみると、法は、原則的には、公証人に対し、嘱託された法律行為の適法性を積極的に調査することを要請するものではなく、その職務執行に当たり、具体的疑いが生じた場合にのみ調査義務を課している」とし、一定の場合に公証人に調査義務が発生することを認めた上で、公証人に調査義務が発生する場合について、「公証人は、公正証書を作成するに当たり、聴取した陳述（書面による陳述の場合はその書面の記載）によって知り得た事実など自ら実際に経験した事実及び当該嘱託と関連する過去の職務執行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し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嘱託人などの関係人に対して必要な説明を促すなどの調査をすべきものであって、そのような具体的な疑いが無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をすべき義務を負うものではない」とし、公証人の調査義務についての判断基準を判示する。本件については、割賦販売法違反についての具体的な疑いが生じたとはいえず、旧債務について積極的な調査すべき注意義務があったとはいえないと判断し、公証人Aの過失は認められないとの結論を導いた。

まず、本判決が定立した規範によると、公証人の調査義務につき、手続き違法と内容違法を分けていない。それまでは、手続き違法と内容違法を分けて考える見解も存在した³⁴。本判決は、内容違法が問題となった事案だが、後続の下級審判決は、手続き違法の事案について本判決の規範をあてはめて判示している。このことから、本判決の射程は、公正証書の内容のみではなく作成手続の適法性についても、すなわち、公正証書作成に当たり瑕疵があるとき全般についての公証人の審査義務につき及ぶことが確認されるといえるだろう。

また、本判決は公証人の審査権について判示するが、従来、審査権につき、形式的審査権か実体的審査権かの対立を巡る議論が存在した³⁵。簡単に述べると、次のような主張の対立である。現行法の下では、公正証書は、当事者の嘱託に基づき、当事者間に争いのない事項を法定の形式に従って公正証書に録取するだけの制度であり、公証人は司法的な実体判断をする機関ではなく、あくまでも双方当事者の一致した陳述を実際に経験し公正証書を作成する仕組みに過ぎないという現行公証制度の仕組みと制約から、公証人に課せられる審査権限は形式的審査に留まると解する立場である。形式的審査権を支持する立場は、公正証書の内容である法律行為に瑕疵があった場合にも、請求異議訴訟によって争えば足りるとし、不当執行がなされても、金銭賠償によって比較的容易に損害の回復が可能であるとも主張する。これに対し、実質的審査権を支持する立場は、論者によりその主張する範囲について幅のあるものの、公証人が国民の権利に重大な影響をもちうる公正証書作成権限や専門的な知識を持つ側面を挙げ、また、公証制度の予防司法的な側面を重視し、法律行為の内容に瑕疵のない公正証書の作成義務を強調することにより、公正証書作成の際には、提出された関係書類の審査で足りるのではなく、もう一步踏み込んで公証人が職務上知った事実及び知りえた事実も審査の資料に加えるなど一定程度の事実調査にまで踏み込んだ義務があると主張する³⁶。このように、形式的審査権と実質的審査権の対立の根幹にあるのは、公証制度をいかなるもの

として捉えるかないし捉えるべきかであり、根源的な規範論の対立であるとも観察できる。なお、同種の事案について同じく釧路地裁に係属していた事件の控訴審判決である札幌高判平成7年5月10日判時1562号68頁は「公証人の審査は形式的審査権の限度に止まるべき」として、形式的審査権であることを明示した。続けて、「しかし、形式的審査の限度に止まるとはいつても、関係人から聴取した陳述あるいは提出された関係書類のみから審査されれば足りるというものではなく、公証人が当該公証事務処理及びそれ以前の事務処理の過程で知った事情、すなわち職務上知り得た事実を加味して法令違反の存在等の疑いが生じた場合においても、関係人に必要な説明をさせるなどして、違法な公正証書を作成しないようにする義務があると解される」と判示する。形式的審査権という言葉を使っているものの、実質的な判断枠組みは、本判決で示された規範と類似するといえるだろう。当該事案の上告審は最高裁の第三小法廷に係属していたが、平成9年9月30日判決が上告を棄却し、高裁判決を維持した。一方で、最高裁判決の原審である札幌高判平成6年5月31日民集51巻8号3791頁は、実質的審査権を認めたとの見方もあった。本判決では、特にその点について明示することなく、より実質的な議論を行っている³⁷。

そもそも、公証とは、法律行為公正証書についていえば、一応争のない特定の法律行為、それに基づく法律関係の存在を公の権威をもって形式的に証明し公の証拠力を与え公に証明するものであり³⁸、公証行為によって紛争を解決したり、新たな法律行為を創設するものではない。その法律行為の内容は、当事者から「聴取した陳述」（公証人法35条）により把握され、前提として当事者の一致した陳述結果がなければ公正証書を作成することはできず、このことは公証人が紛争解決機関ではないことによる制約であると解される³⁹ことにも留意は必要である。

以上のことを加味した上で、改めて最高裁判決を検討する。最高裁判決が、公証人制度の法の構造を検討した上で、なお、例外的に一定の場合ではあるが、公証人に調査義務を課した点はかなり踏み込んだ判断がなされたと評価できそうである。従来、公証人法施行規則一三条一項に定められた当事者に対する説明を求める義務が訓示規定であり具体的な法的義務を導かないと解されていたことに照らしても、最高裁判決が、明文の形で公証人に調査義務が発生する場合が存在し、その要件について明示した点は大きいと思われる。また、上述したが、本判決の射程が、公正証書の内容の瑕疵のみにとどまらず、手続き上の瑕疵にも及び、すなわち、公正証書を巡る瑕疵全般に及んでいることの意義も大きいだろう。最高裁判決は、公正証書作成を中心として、公証人が職務執行を行う場合全般について、一定の場合に調査義務が発生することを判示していると評価できる。射程及び意味するところは広い。なお、調査義務が発生する要件については、例えば原審と比べると、抑制的なものとなっているが、従来の形式的審査権説に立った主張であると推認される上告理由⁴⁰よりも広く認めている。本件へのあてはめの段階では、抑制的な議論がなされ、結果として公証人の過失は認められなかったが、今後発展しうる柔軟な内容を含んだ判決であると評価できるだろう。

4.2.2 調査官解説の紹介

次に、上記で考察した最高裁判決の調査官解説⁴¹を検討し、同判決の意味するところの理解を深める。

はじめに、公証人の職務につき確認した上で、公証人の注意義務の設定について考察する。以下のような論理を辿る。

まず、公証人制度の仕組みを確認する。公証人は裁判官的審査をする機関ではなく、面前にいる双方当事者の一致した陳述を実際に経験してはじめて公正証書が作成される仕組みなので、違法・無効な内容の公正証書を作成しないようにするための「公証人の注意義務をあまり重くすることには、問題がある」と

する。

一方で、公証制度の信用のために違法・無効な内容の公正証書は好ましくないこと、執行証書の債務名義性ゆえに慎重に作成されるべきであること、双方代理的な事情の多い実態においては双方当事者の一致した陳述を必要以上に重視するのは適当ではないことから「公証人の注意義務を必要以上に軽くすることにも、問題がある」とする。

このように公証人の職務及び公正証書の性質等について、比較衡量を行い、下記の通り、注意義務を導く（最高裁の判断過程の推測を述べる）。

まず、注意義務総論として、「無効等の事由が存在することの明らかな法律行為を内容とする公正証書を作成しないように審査すべき注意義務がある」とし、審査の対象は「嘱託手続の違法性のみならず、法律行為の実体法上の有効性にまで及ぶ」とするが、「注意義務の具体的内容は、」「かなり緩やかなものになる」とする。

次に、具体的な注意義務の内容として、注意義務各論が説かれる。審査方法と審査資料について規定する。第一次審査と第二次審査に分ける。

第一次審査は、a「聴取した陳述など証書の作成に当たり自ら実験した事実の内容（公証人法三五条）」及びb実質的にaと同視できるもの、すなわち、「aと密接な関連を有する職務執行の過程において自ら実験した事実」、公知の事実及び公証人に顕著な事実を審査の資料とする。公証人が積極的な調査活動なしに知り得たもののみを審査資料とすればよい。本件のような定型書式の内容についての相談の機会はbに該当する。第一次審査の結果、「公証人にとって法律行為に無効等の事由があることが明白になったといえる場合」には公証人の公正証書作成は違法となる。

第二次審査は、第一次審査の結果、「法律行為に無効等の事由が存在することについて」明白ではないが、「[具体的な疑い]が生じた場合」に、「公証人は、嘱託人などの関係人に対して必要な説明を促す（公証人法施行規則一三条）などの調査を尽くすべき国家賠償法上の注意義務を負う」とされ、説明を求める義務が提示される。この義務は、無効の可能性が抽象的に存在するに過ぎない場合には発生しない。具体的な疑いが発生した場合には、「任意の説明を促すべき作為義務」が発生する。

このように、ある程度、注意義務の成立範囲を広げた上で、次の段階として因果関係（結果回避可能性）が求められるとし、この要件で国家賠償が認められる場合を大きく絞る。つまり、調査を尽くしても無効等の事由の存在が明白になる蓋然性がないときには因果関係（結果回避義務）が否定され、免責されるが、公証人に強制的調査権限がなく、被質問者にも応答義務がないことから、免責される場合が多いことを示す。

原審につき、当該委任事務処理以前の事務処理過程で知った事情は広すぎ、知るべきであった事実は曖昧であるとして認められないとする。

本件の具体的判断は、公証人が接したabの審査資料からは具体的な疑いが生じたとはまでは言えず、公証人に作為義務は発生しないとした。

以上の論理に対し、実務側からは、實際上、第一次審査と第二次審査を区別できないのではないかとの批判も存在する⁴²。

調査官解説の論理については、公証制度の制度上の制約と違法性のない公正証書作成の要請との利益衡量という実質論を展開した上で、「法律行為の実体的有効性」にまで審査義務の範囲を認めた点、また、一定の場合には公証人に調査義務という作為義務を明示的に認めた点は、かなり踏み込んだ判断がなされたと見るべきだろう。しかしながら、公証人に過失が認められる場合を一見広げるが、因果関係で狭め、

結論としては、調査官解説自身も述べるように、非常に限定的な範囲でのみ公証人の責任を認めることとなりそうである。この点、因果関係については、最高裁判決の明文では示されていないので、今後の課題となるだろう。

4.2.3 既存及び後続下級審判決の紹介と分析

ここで、本判決以前の下級審判決の紹介をごく簡単に行う。本判決のような集団事件といわれる一連の事案（平成元年頃から釧路地裁を中心に係属した）を除くと、印鑑照合や代理権の存在確認など、手続き的違法といわれるものが多いが絶対的な数が少ない⁴³。

京都地判昭和37年4月11日下民集13巻4号713頁は、印鑑証明書及び委任状が偽造であることを看過し、連続して複数の公正証書を作成した事案において、公証人が調査に際し負うべき注意義務は、外観上公文書と認められる文書であっても真否につき疑いのあるときは問い合わせの義務が発生するとし、その判断は、「通常人の注意力をもって観察」すれば足りるとし、当該案件においては公証人の過失を否定した。疑いのあるときに問い合わせという作為義務を課した。

他にも⁴⁴、東京地判昭和60年7月8日訟務月報32巻5号900頁は、印影調査義務について、疑いのある場合に作為義務を認め、公正証書遺言作成時に欠格事由のある証人を立ち会わせた事案につき大阪地裁堺支部平成5年5月26日家裁月報46巻7号63頁は、公証人に関係者への教示義務・作為義務を認めた。

従来の下級審判決においては、個別の事案ごとに、問題となった公証人の職務遂行上の瑕疵を検討しているものの、総論的な議論は行われていないが、一定の事由の下で具体的な作為義務を公証人に課しており、本判決により定立された規範と矛盾しないといえるだろう。

次に、後続の下級審判決を簡単に紹介する。最高裁判決に後続するいくつかの下級審判決においては、最高裁判決の規範のあてはめが行われ、最高裁判決で定立された規範がどのように運用されているかを観察できる⁴⁵。基本的には限定的な責任を認めているものが多い。

東京地判平成16年8月3日公式判例集未搭載Westlaw文献番号2004WLJPCA08030001は公正遺言証書の作成にあたり遺言者の意思能力の有無の判断が問題になった事例で、最高裁判決を引用し、具体的な事情を検討した上で具体的な疑いが生じなかったとし、公証人の調査義務を否定した。東京高判平成21年6月24日公式判例集未搭載判例秘書判例番号L06420345は、連帯保証人に保証意思がないのに保証債務を負う旨の公正証書が作成された委任状冒用事案において、最高裁判決を引用し、具体的な疑いが生じたかを事案に応じて丁寧に検討した。公証人に提出された委任状の捨印と二重線による抹消・訂正につき、実務慣行における意味などを詳細に検討した上で、本件の事案を検討し、公証人に具体的な疑いが発生し積極的な調査義務が発生するとして、公証人の責任を認めた。同事案では、公証人は、委任状の形態に不審を覚え、実際に当事者らに問いただし、説明を受けたが、より疑念が強まるような回答を受けたにも関わらずそれ以上の調査を行わなかった点を指摘して、公証人の義務違反を認めている。かなり踏み込んだ判決であり、最高裁判決の規範の具体的な適用のあり方を一歩進めたものと評価ができそうである。なお、第1審においては、公証人の責任は認められていない。

後続の下級審判決では、手続き違法の事例につき、最高裁判決の規範を具体的に適用する判決も現れ始め、東京高判平成21年6月24日判決のように、意欲的な判決も観察されたので、今後、具体的な適用の中で、規範の具体的な中身がより煮詰められていくことに期待したい。

4. 2. 4 最高裁の規範への反応と制度的な背景と運用実態

基本的には、最高裁の規範が支持されているようだが、ここで裏にある背景や公証人の法制度（建てつけ）、運用実態について概観する⁴⁶。

最高裁で定立された限定的に責任を認める規範が導かれる背景には、次のような考慮が認められるだろう。調査官解説でも触れられていたが、公正証書の実体的な内容の公正性・正確性の確保について、特に執行証書で顕著だが、執行証書による執行がなされた場合、請求異議での執行力排除で争えば足り、請求異議訴訟における実体審査による救済で足りるとの理解がある。あくまでも、公正証書作成には、簡便性や迅速性が要求されるので、それとのバランスで、実体的な判断は要求されず、実体的な判断は、司法権つまり裁判所に任せればよいという、公証制度と司法制度とのすみわけ論があるように観察される。また、執行証書に執行力を発生させてよいとする理由に、不利益を被る債務者が同意していればよいというある種の当事者主義的な判断がある⁴⁷。とはいうものの、この点、債務者にとっては、執行がなされた時点で大きな打撃になるし、請求異議訴訟を行うというのは、時間的にも経済的にも精神的にも大きな負担になるので、可能な限り、請求異議訴訟に持ち込ませないためにも、執行証書の内容の正確性の担保を求める指摘もある⁴⁸。この点は当然といえよう。なお、公証人の国賠上の責任を問う上記の裁判例の大半では、現に、請求異議訴訟にかかった費用などが損害として主張されている。公正証書の適法性についての実体判断は司法で行うというすみわけを前提とした制度（建てつけ）には一理あるように思われる。しかし、実体的に理由のない執行による権利侵害をされる債務者の立場を考えるならば、やはり未然にそのような事態は避けるべきであり、殊に、公証人制度の予防司法としての側面を掲げるのならば、違和感を覚える。

公証人制度の批判は、つまるところ、公証人が実体的な判断をできないことへの批判が主要であるが、様々な立場からの批判がある⁴⁹。公証人側としても、実体的な判断ができないことにつき、違和感を覚え、よしとしない見解も見られる。2. で述べたように、公証人の任用の実態に鑑みると、そのほとんどが裁判官ないし検察官としての長年の実務経験を経た法律専門家である。実体的な調査権を持たず、いわば片手落ちの権限の下、思うような審査実務を遂行できないことに違和感を覚え、もどかしく残念に感じるといふ⁵⁰。また、限られた審査権につき、義務としての範囲は限定的でも、実際に調査権を行使する局面ではより積極的に運用をしようとする姿勢も強い⁵¹。運用に負うところもあるだろう。

なお、運用について、公証人側からの非常に興味深い実態も吐露されている。上述の最高裁判決の事案もその一つだが、集団事件のように、対大企業などでは、作成依頼される証書に定型性があり、また、大量に同種の内容のものが一度に作成されることも多く、約款性を帯びているという実態がある⁵²。また、証書を作成しにくる者は、企業の一社員に過ぎない場合が多く、債務者側の代理も兼ねていることが多い⁵³ことから、作成証書の中身の作成や変更について、実質的な権限を持たないことが多く、公証人側が質問ないし指導を行っても、実質的な意味を全く持たないことも多い。これは、企業内部の問題でもあり、また、集団事件などの企業が証書を利用するメカニズムに起因するものだが、運用上の実態として意に留めておくべきだろう。

他にも、証書作成にあたり、日本においては、すでに当事者間で合意が出来上がり、細かな規定に至るまで、話し合いの済んだ時点で公証役場に持ち込まれるケースも多く、そのような場合には、公証人が指導をしても、意味をなさない場合も多い⁵⁴。この点、公証人が仮に、作成される証書の内容に疑義を抱いても、証書作成義務がある（公証人法3条）ので、作成せざるえない。近年増加してきている公正証書遺言や任意後見契約の事案などは、個人の依頼のものも多いと推測されるが、企業が仲介し、締結されるものもあり、同様の事態は発生しうるだろう。

なお、冒頭で触れた債権法改正における事業のために負担した貸金等債務についての個人保証における公正証書作成は、本人出頭・陳述義務があるので、集団事件で指摘されていたような代理の問題などは発生せず、本人の凶らぬところで本人の意図とは異なる証書が作成されることはないだろう。しかし、公証人が本人の保証の意思があることを面前で確認することは可能なものの、保証契約の合意に公証人が関与するものではなく、本人が合意をしていれば、その内容に従った証書を作成しなければならないので、定型性や約款性の問題などが生じる可能性はある。債権法改正が掲げる個人の保護がある程度は手続きの厳格化によって進むものの、徹底されるかは疑問である。執行証書の執行力の淵源の議論で出された当事者主義的な主張、すなわち、不利益を被る債務者自身が不利益を自認しているのだから効力を認めてよいという論理は、執行力はなくても、自己に不利益な証書を作成する当事者（例えば個人保証の債務者など）にも通底し、民法法の基礎をなすものであるが、その実質化・適正化には、不利益を当事者が真に合意していることが必須である。この点を重視して、債権法改正も行われ、事業のために負担した貸金等債務についての個人保証における必要的公証も導入されたが、真にその目的が達成されるかは今後注視していくべきところだろう。

5. 若干の考察

以上、日本における公証人制度及び公証人の法的責任論また公証人制度の運用実態を含んだ概要について概観してきた。ここで、筆者の従来の研究とも関連付けて、若干の考察を加える。

日本における公証人は、制度設計としても、また実際の運用としても、当事者間ですでに出来上がった「合意」を書き留めるものである。これに対し、フランスにおける公証人は、当事者間の合意形成のための合議の場に積極的に関与する。公証人が実体的に合意形成に関わっていく制度を採るのかは、合意とは何であるか、合意の質、ひいては、契約の質にも関わるものである。フランスなどでは、公証人が関与する法律行為は、貸金のような金銭的な取引は少なく、不動産取引のような物を対象とした取引が多いという実態の差はあるが、日本においても、公証人という職が合意にいかに関わっていくか、どのような役割を担うか、どのような職であるかにつき、参考となるだろう。今回、債権法改正で公証人という職が着目をされたことを契機に、今一度、公証人の職としての在り方を考えるよい機会なのではないかと思う⁵⁵。

注

- 1 詳しくは、法務省のHP <http://www.moj.go.jp/MINJI/minji99.html>（審議会の議論の詳細などはリンク先を参照）に資料が公開されている。
- 2 マクロン法について久保宏之の「〔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 筆者は、お茶の水女子大学「人文科学研究」第12巻において、「フランスにおける公証人の民事責任—職、公序、不法行為責任—」の表題の下、フランスにおける公証人制度について、また、東京大学大学院法学政治学研究科総合法政専攻実定法学講座助教論文「フランスにおける公証人の民事責任の生成～職能論から専門家責任論まで～」（未公表、2011）においてもフランス及び日本における公証人制度についての論考を執筆している。近年の動向は、筆者としては、大変興味深いものであり、公証人制度について、改めて考察するよき機会となっている。
- 4 なお、後述の通り、本稿での議論は、一部、行政法や民事執行法の分野にも及ぶが、筆者は民法を専門とす

日本における公証人制度に関する覚書

るので、門外漢からの叙述となってしまうことを事前にお詫びしておきたい。

- 5 債権法改正についての解説及び概説書は非常に多く存在するが、本稿では次の書籍を紹介したい。立法経緯から細かな解釈に至るまで参考文献も含め詳しく説明がされているものとして潮見佳男『新債権総論Ⅰ、Ⅱ』（信山社、2017）。また、より簡略な記載のものとして同『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017）、実務家側が解説したものとして日弁連『実務解説 改正債権法』（弘文堂、2017）など。
- 6 注5 潮見『新債権法Ⅱ』770-774頁など参照。
- 7 詳細は、注6 潮見766-770・774-778頁、注5 日弁連235-238頁参照。
- 8 注6 潮見775頁注339。2014年の第2ステージの整理を受け、第3ステージ中盤の段階で初めて提示されたという。部会資料70A（5頁）で保証契約の有効性には保証人の自発的意思を確認することが必要であるとの指摘の下、部会資料76A（6頁）で、公正証書作成による意思確認の提案がなされたという。注5 日弁連238頁。
- 9 注5 日弁連239頁。公正証書作成にあたっての保証意思の確認を促すことが付帯決議で明記され、何よりも、民法典の条文上明記した形で本人に出頭・陳述義務を課したことは下記の事項との関係でも注目に値する。日弁連は1986年5月に「公証人法に関する意見書」、2005年2月18日に「公証人法の改正を求める意見書」を提出している。前者では、後述の集団事件という事態を受け、執行証書につき、原則としての本人出頭義務を課すことを、後者においても、本人出頭の原則と代理人制度の厳格化と併せ、公証人の教示義務の法制化を提案している。後述の通り、現行の公証人制度には批判も多く、殊に代理人制度の濫用防止や公証人の審査権限の強化を求める声は根強い。この点との関係で、個人保証の必要的公証において、本人出頭・陳述義務が明文上課されたこと、付帯決議ではあっても、公証人に十分な保証契約の趣旨の周知徹底と意思の確認の要請が明記されたことは注目に値する。大きな前進と評価できそうである。後述の現行の公正証書作成実務や公証人制度の弊害として指摘されてきたことは該当しにくい制度設計となっている。
- 10 この点につき、例えば、辰巴裕規弁護士は、個人保証人の保護を目的とし、「安易・軽率な保証を予防し、保証のリスクを認識したうえで契約を締結させるため」の債権法改正の趣旨から、保証契約に執行認諾文言付公正証書の形式にて締結することに強い警戒感を表している<http://www.kobegodo.jp/LawyerColumn.asp?FId=20&SId=602>。
- 11 飯塚和之「第九章公証人の責任」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993）247頁。
- 12 なお、公証人の取り扱う業務は民事実務を主な内容とするものであるが、現状としては検察官出身者が最多であり（伊東幸人他「座談会—予防司法としての公証制度の現状と展望第1回」法の支配83号（1990）80頁）、民事業務の習熟度に関し、検察官出身者と裁判官出身者を一括りに取り扱うのが適切に疑念も生じうる（民事法的判断の必要性ゆえに裁判官や弁護士からの任命を要求するものとして神谷成吉郎「弁護士からみた公証人・司法書士」法学セミナー増刊総合特集シリーズ24『市民のための法律家』（日本評論社、1983）260頁）。公証人の実態に関し、各公証役場や公証人毎に様々な差が存在することも事実のようである（同伊東他81頁、斎藤隆「公正証書による強制執行と執行実務の実際」公証155号（2009）66頁）。しかしながら、公証人を巡る議論の中で出自による違いにつき指摘するものはなく、出自を問わずに一括りに論じた上で、現状のような司法法務の熟達者による制度運営につき不都合のなく長所が存在することを指摘するものが多い（昭和62年9月1日参議院法務委員会千種民事局長答弁、竹下守夫他「類型からみる日常の業務—公証人《座談会》公証人—その職務と活動—現代社会と公証制度—」同法セ24頁など）。この点、今後の調査で明らかにしていきたい。
- 13 三ヶ月章『民事執行法』（弘文堂、1981）74頁は裁判手続きを敬遠する「裁判からの逃避」という風潮がある日本において執行証書が国民の嗜好に合致し広く利用される点、中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』（青林書院、2010）211頁は執行証書の簡易迅速性につき経済的価値を有し、現代の信用取引のニーズに適応し一般の利用度が高い点を指摘する。
- 14 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（1984）7頁。
- 15 とはいふものの、2004年3-4月現在においても、集団事件のような案件が引き続き多く存在している（注

- 9日弁連意見書(2005)2頁)。
- 16 以上、注12竹下他22頁、古川元晴「公証業務の現況と展望—真の予防司法の充実・発展に向けて」公証法学34号(2004)1頁など参照。
- 17 雨宮則夫「遺言執行者の職務権限について」公証168号(2013)3頁。
- 18 伊東正彦「遺言公正証書及び任意後見契約公正証書の利用状況と実務上の諸問題」公証172号(2014)4頁。加藤哲夫「『公証法学』の歩み—公証制度への評価と提言」公証179号(2016)22頁。
- 19 注18伊東18頁。
- 20 奥林潔「任意後見契約の実務(付利用の実務)」公証162号(2011)52-53頁。
- 21 箕康生「今、なぜ知的財産保護の専門研修か」公証149号(2007)3-4頁。注12伊東他90-91頁の公正証書の証拠力に着目したものである。
- 22 竹田稔「公証人専門研修(講演会)産業界における知的財産公証業務の利用状況と公証人への期待」公証149号(2007)7頁。
- 23 注18伊東3頁。渡部正和「公証人の品格について考える—会長就任に当たって—」公証150号(2007)4頁。
- 24 注18加藤22頁。
- 25 フランスでは、公証人は法律専門家として非常に高い社会的地位を築いている。その理由は、法制度に負うところも大きい、高い地位を当然に獲得してきたわけではなく、市民に身近な法律専門家として、公証人制度の有用性についての周知活動を行い、助言義務など自ら厳格な法的な責任(民事責任)を引き受けてきたとの経緯がある(注3拙稿参照)。
- 26 同判決は、国賠法の立法趣旨につき、「資力の十分な国又は公共団体が損害をてん補する以上、被害者の救済に欠けることはないのであって、かえって、公務員個人の責任を肯定しては、公務の執行を委縮させ、円滑な国家活動が阻害されるおそれが生じる」と述べる。
- 27 宇賀克也「公証行政に関する国家賠償(下)」ジュリスト1010号(1992)61頁。
- 28 吉井直昭「公証人の責任」川井健=塩崎勤編『新・裁判実務体系 専門家責任訴訟法』(青林書院、2004)68-69頁。
- 29 注11飯塚246頁。フランスにおいてもドイツにおいても公証人は個人として責任を負う。フランスにおいては高度な民事責任である。
- 30 公証人が国家公務員法上の公務員ではないことを示したのものとして東京地判昭和27年7月24日行集3巻6号1328頁。
- 31 公証人が嘱託人その他の利害関係者に対して有する手数料等の請求権は私法上の権利とされている。注11飯塚248頁。
- 32 注27宇賀61頁。
- 33 法務省民事局編『公証人法関係解説・先例集』(商事法務研究会、1986)9頁、注28吉井68頁、注11飯塚245-246頁。同法務省民事局10頁注同吉井は、公証人法6条の廃止と国賠法の制定が連動していることを公証人が実質的意味における国家公務員であることの証左とする。
- 34 注28吉井73頁など。
- 35 最高裁判決の評釈である松浦馨「法律行為の法令違反等と公証人の調査義務」私法リマークス1998(下)156-157頁にも詳しい。
- 36 福永政彦「公証人の実質的審査義務と公証業務の姿勢」公証法学31号(2002)104-105・110-111、106-107頁にうまくまとめられている。
- 37 小林久起「公証人が違法な内容の公正証書を作成したことにより損害を被ったと主張する国家賠償の請求が棄却された事例—平成九年九月四日最高裁第一小法廷判決・平成九年九月三〇日最高裁第三小法廷判決—」民事法情報134号(1997)54頁は、本判決を従来の形式的審査か実質的審査かというステレオタイプな区分により直線的に結論を導こうとする傾向に比べ、公証制度の個別具体的な制度や手続きの構造を踏まえ、よりふさわしい結論を導き得ると評価する。綿谷修「損害賠償上告事件」訴訟月報44巻6号(1997)890頁は本判決を「公証人の審査義務が形式的審査であるという通説の立場を基礎とするもの」とする。
- 38 田中二郎『行政法総論』(有斐閣、1957)311-312頁。

- 39 筧康生「公証人の国家賠償法上の注意義務」公証法学31号（2002）177頁。内田博久「公証人が違法な内容の公正証書を作成したことを理由とする国家賠償請求」みんけん（1998）46頁も同旨。
- 40 上告理由において、国は、公証人は紛争解決のための判断機関ではなく契約締結等の事実を形式的に証明する機関にすぎず、最終的な実体的な判断は請求異議訴訟にて裁判所が判断すること、公証人に資料収集権限がないことなどを理由に、「公正証書を作成する公証人の審査資料は、公証事務を処理する際の当事者の陳述及びその提出資料に限定される」こと、双方代理的な状況の下ではたとえ疑いをもったとしても十分な説明を受けることはできず結果回避可能性がないことなどを主張した。
- 41 野山宏「公正証書の内容となる法律行為の法令違反等に関する公証人の調査義務」最高裁判所判例解説民事編平成九年度（下）1128-1145頁。
- 42 例えば、注36福永114頁は「第一次審査と第二次審査といっても、実際問題として、両者は流動的であり、」混然一体となって、法律行為の瑕疵の存在についての疑念が抽象的なものから具体的なものへと転化し、可能性に止まっていたものから現実的なものへ顕われ」と述べる。
- 43 注39に執筆時点における公証人の国賠訴訟を巡るほぼ網羅的な判決例の事案と判旨が紹介されているので参考となる。
- 44 代理人嘱託事案につき代理権の授与の確認を怠った事例として東京地判昭和46年7月2日下民集22巻7・8号731頁、代理人嘱託事案につき本人通知義務を怠った事例として福岡地判昭和60年3月27日判時1181号124頁、大阪地判平成9年2月28日判時1625号71頁。
- 45 最高裁の規範を適用するものではないが、東京地判平成20年10月30日登記情報590号133頁、上告審の東京高判平成21年4月8日登記情報590号130頁は、公正証書遺言の作成の中止には違法がなかった旨を判示した。登記情報590号（2011）131頁は解説において、公正証書遺言の作成にあたり無効事由にあたりうる事情が発生した場合に、作成を中止するか否かについて公証人に裁量の幅を持たせたものとする。また、東京地判平成28年5月25日訟務月報62巻12号2162頁及び上告審の東京高判平成28年11月16日訟務月報62巻12号2186頁は、私署証書の認証にあたり嘱託人から提出された偽造の印鑑登録証明書につき、一見して不自然な点があればよいとして公証人の責任を否定した。
- 46 尚、平成9年の最高裁判決後、集団事件で利用されたような金銭消費貸借公正証書への非難を中心とする公証人制度への批判等も説かれた中で、2006年12月に改正貸金業法が成立し、行為規制の強化の一貫として、特定公正証書（執行証書）に係る規制の強化が導入された。公証業務との関連については満田忠彦「改正貸金業法等について（改正貸金業法等と公証業務）」公証161号（2011）103頁に詳しい。また、福永政彦「金銭消費貸借公正証書への非難に対する公証実務の現状と課題—改正貸金業法の成立によってどこまで解消されるか—」公証150号（2007）52頁は、予防司法の担い手としての公証制度への期待（同53頁など）から、予防司法の担い手としての信頼性のために制度的保障が必ずしも十分でない中でも運用の実情を改善して対処していくべき（同58頁）と論じる。同福永60頁は貸金業法改正についても、法の目的の実効性を担保するために運用の実態が重要であることも指摘する。
- 47 注13中野212頁は、執行証書の執行力の正当性の保障につき、自己の権利関係は自らが最もよく判断できる故、自ら強制執行に服するからにはそれだけの給付義務を負っているに違いないという推測（「欲する者には害はなされない」の原則）に求めざるを得ないとする。同様に、注14竹下=五十嵐27-28頁は、執行証書の執行力の淵源につき、権利存在について有する高度の蓋然性ないし信頼性とその文書の存在についての債務者の主体的関与ないし自己責任の2つの要素を実質的な根拠として挙げる。また、注12齋藤48頁は「債務者が直ちに強制執行に服する旨の陳述」が「執行力付与という訴訟法的効果を直接発生させる根拠となる」とする。同時に執行認諾は私人間の合意のみでなされるものではなく、公証人に対する執行行為である点も指摘する（同59頁）。また、同52頁は執行証書の請求権は金銭債権しか認められていないが、金銭債権については、仮に不当な執行が行われても金銭賠償によって損害が補填されるので原状回復が容易であり、債務者の意思に任せても比較的問題が少ないとする。前掲の札幌高判平成7年5月10日も、公正証書の債務名義性について、嘱託者自身の承諾があるのであれば、違法無効な瑕疵は少ないと言及し、公証人の審査権は形式的審査権で足りるとする。

- 48 注46福永63頁。前裁判官の立場から内田義厚「民事執行と公証事務～執行裁判所からみた執行証書作成上の留意点～」公証170号（2013）114、120頁。注12齋藤66-69頁も同様。また、平成9年最高裁判決の調査官解説も同様の立場に立つといえる。注12齋藤66頁によると、執行証書は内容に個人差地域差などの個性があるのが実情といい、それを踏まえたうえで、68-69頁で、紛争予防的な役割を果たすと同時に簡便で有用な執行証書の特性に鑑み、嘱託人に対する十分すぎる説明、嘱託人の立場への配慮、指導の上、明快な執行証書の作成が要請されることを、執行実務に携わる裁判官の立場から述べる。
- 49 例えば、従来より学者からも指摘される。注13竹下他48-49頁の「公証人に事実調査権を認める方向に動かして言うてよいのではないか。それによって公正証書ないし公証制度に対する信頼性を、より一層確保する方向に進むべきではないか」という竹下守夫発言が参考になるし、注13三ヶ月74頁においても、集団事件のような事例について、「実体に立ち入って問題のある公正証書の作成を阻止するというにはほど遠い」公証人の態度を指摘される。注14竹下=五十嵐28-29頁も、集団事件のような場合には、注47指摘の2つの要素が実質的に確保されているかが疑問であると指摘する。また、政清光博「公正証書の紛争予防機能について」公証159号（2010）59頁は、公証人の立場から、公証人制度について紛争の予防という明文の規制は存在しない（同74頁）ものの、同視点から公証制度の問題点等について意欲的に検討を行う。同74-79頁は学会、弁護士、国会審議、全国銀行協会など多方面からの公証業務に対する批判を紹介し、問題点を真摯に検討している。また、注18加藤は同11頁において、請求異議訴訟の存在が公証実務に対する不信感として作用しているとの見解を紹介する。同14-20頁において、公証制度に対する学界からの評価反応を紹介する。
- 50 例えば、注28吉井81頁は、「裁判官や検察官を経験した者が公証人に任命され、公証事務に従事すると、当初は公証人法二六条が存在するにもかかわらず、事実関係の探索に人的（補助機構の欠如）にも物的（権限規定の欠如）にも無力なことに物足りなさを感じるが、次第に公証人の職務行為の本質が当事者の陳述の過不足なき聴取にあることに気付くという過程を辿ることになるのが一般的である」と述べる。なお、吉井は裁判官の経験後に公証人に任命されている。
- 51 注28吉井82頁は、「公証人は、違法な証書を作成しないことを日常の心構えとしている」のであり、法令違反等がないかについて「具体的な疑いなくとも嘱託人に質問するなど、」「当事者と一緒になって適正な証書を作成するように努力して」おり、「したがって、最高裁判決が問題にしてきたところも、あくまでも義務として調査をすべき範囲についてであって、」「調査権限を行使できる範囲がこの限度にとどまるという風に解すべきものではない」と述べる。また、執筆時公証人であった注36福永112頁も「現行法の制約の中では公証人が公正証書の内容である法律行為について、瑕疵のある公正証書の作成は不可避であり仕方のないことだ」という公証人の消極的姿勢を改め、「これを回避するための積極的姿勢を打ち出すことが期待されて」おり、「一層の努力が求められている」、同117頁は「公証人が関係者からの事情聴取から署名まで主体的主導的に関与し、責任をもって公正証書の作成にあたるのが本来の姿である」と述べる。さらに、同118頁において、現行法の枠内で、実質的審査権を活用し、実務に定着させていく必要性も述べる。他、吉井直昭他「一座談会—公証業務からみた民事法の諸問題(1)」法の支配105号（1997）100頁佐藤発言も同旨。同104頁小倉によると、公証人が積極的に指導すれば、嘱託人自身が自主的に対応することも多いという。
- 52 注49政清84-85頁によると、大量の同種の案件が双方代理的な企業側の固定した代理人によって繰り返し定型化的にほぼ統一かつ画一的な内容及びプロセスで作成されるような公正証書作成の形骸化・約款化のような現象の中では、嘱託を受け証書を作成する公証人に具体的な疑いが生じる可能性が低いし、たとえ疑念が生じたとしても、組織上何の権限も与えられず統一した内容を作ることしかできない代理人の下では、何の示唆も与えられず意味をなさないことが指摘される。また、平成9年最高裁判決の規範の「具体的な疑いが生じたときに限って」という文言も、このような運用実態の下では、「空集合」になりうる可能性があり、形式論にすぎず運用により実質化することが重要と指摘する。
- 53 公正証書作成の実務においては、特に集団事件のような場合に、立場が弱く不慣れな債務者に対し、業者である債権者側が債務者の代理人を選任するケースも多く、債権者側に都合のよい陳述がなされることも多い実情を勘案し、「公証人としては、既に合意が成立している場合であっても、双方の一致した陳述をあまり重視することに問題がある場合がある」ので、事案によっては、債務者本人に直接聴取するなどして疑問の

日本における公証人制度に関する覚書

解決を図り、疑いが晴れない場合には、証書作成の嘱託拒絶を辞さないという姿勢も考えられるとする見解もある。注28福永116-117頁。

- 54 注49政清71頁によると、大企業の嘱託案件では、企業の方針が確立されており、公正証書作成は最後の仕上げの段階に過ぎないという。また、注51吉井直昭他98頁小倉発言も同様のことを述べる。
- 55 なお、公証人の法的責任につき、フランスでは、公証人という法的専門家としての職に基づく責任論、すわなち、専門家責任論としての議論が蓄積し、専門家責任の中心的存在の一つとして認識され、高度な法的責任が課されていたが（注3拙稿参照）、日本における実態を観察する限り、公証人の法的責任を専門家責任の一つとして捉えられるかには疑問が残る。なお、日本における専門家責任論の文脈において、注28吉井・注11飯塚は公証人も専門家責任の一つとして考察するが規範論として展開されているような印象がある。注11飯塚246頁は公証人の法的責任が国賠法の規律に服するとしても、公証人は高度な法的な知識を持ち高い社会的地位を持つ専門家であり、国民の公証制度に対する期待と比例した重大な責任を持つとし、個人責任化、自己責任の原則を提唱する。また、注37小林55頁も、諸外国における公証人と法的責任の在り方にも言及した上で、手数料制である公証人の法的責任が個人責任ではなく国賠責任であることに疑問を呈した上で、公証人の予防司法としての重要性に鑑み、一層の信頼強化のための努力が望まれると提言する。

