

公証人法の改正を求める意見書

2005年5月17日

佐賀県弁護士会

会長 山口 茂 樹

意見の趣旨

一部の商工ローン業者の囑託により、濫用的で違法な執行認諾公正証書が作成されている実態等に鑑み、下記内容に基づく公証人法の抜本的改正を求める。

記

- 1 本人出頭の原則と代理人制度の厳格化
- 2 公証人の助言・説明義務の明定
- 3 利息制限法違反の契約に関する公正証書作成の禁止
- 4 法的に有効に存在する債務額の確認の義務づけ
- 5 公証人の個人賠償責任の明定

意見の理由

一 問題の所在

- 1 2005年2月18日、日本弁護士連合会において、「公証人法の改正を求める意見書」（以下「日弁連意見書」という。）が提出されたが、当会としてもこれを追認するとともに、公証人法の改正を強く求めて、本意見書を提出するものである。
- 2 公証人法改正の必要性については、先の日弁連意見書にも詳細に記述されているところであるが、当会所属会員の担当した事件においても同様に、以下のような濫用的で違法な公正証書作成事例の発生が報告されている。
 - ・ある商工ローン業者の連帯保証人になっていたところ、主債務者が支払を滞ったとしていきなり公正証書に基づく給料の差押がなされたが、公正証書を作成すると説明されたこともなければ、公正証書という言葉すら聞い

たり見たりした覚えがない。

- ・ある商工ローン業者の債務整理を弁護士に依頼したところ、いきなり差押をされたが、取引履歴の開示を受け利息制限法に引き直し計算をしてみると、過払いであった。公正証書の作成日は、弁護士が受任通知を送付した翌日であった。

3 日弁連によるアンケート調査の結果

日弁連は、先の日弁連意見書をまとめるにあたり、2004年3月から4月にかけて、全国の弁護士会を通じて会員対象に、公正証書をめぐるトラブルのアンケート調査を実施しているが（以下「日弁連アンケート」という。）、それによれば回収数172件のうち、1社の大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33件、ヤミ金融業者12件となっていた。特定業者による集団事件の多さを物語っている。

作成にあたって本人が公証人役場に出頭したか否かについては、出頭していないが155件、出頭したは15件にすぎず、ほとんどが代理人による作成であった。

そして、代理人についても、債権者の従業員69件、司法書士54件、司法書士事務職員、主債務者関係者8件などとなっていた。大手商工ローン業者では司法書士事務所に大量に依頼し、債権者側、債務者側で同一の司法書士事務所の司法書士又はその事務員が代理人となるといわれていたが、それが裏付けられた。

公正証書作成の意思確認がなかった（91件）とされ、代理人による作成であるにもかかわらず、公証人法施行規則13条の2の通知がなされていないとするものも52件と多数あった。

本人の知らない内に公正証書が作成された（111件）、公正証書の作成委任状と理解していなかった（60件）、利息制限法で計算すると債務がなかったり少ない金額なのに債務額を上回る金額で差押えがなされた（75件）、弁護士の受任通知後に差押がなされた（64件）、など、濫用的で違法な公正証書作成の実態が明らかとなった。

そして、日弁連アンケートの結果は、当会会員の認識とも一致するものであり、現実に濫用的で違法な公正証書が、これまで作成されてきたことを当会としても再認識した次第である。

4 訴訟手続との対比

執行認諾公正証書は、それ自体が債務名義となりうるものであり、執行法との関係では、訴訟における判決や訴訟上の和解と同一の法的効力を有している。上記のような法的効力が認められる根拠は、当該当事者らに一定の手続保障が与えられた上で、裁判所や公証役場といった公的（な）機関が関与して作成されることに由来する。

にもかかわらず、日弁連アンケートの結果からうかがわれることは、公正証書が極めて杜撰な手続を経て、一方当事者だけにはほとんど手続保障が与えられずに作成されてしまっているということである。

当会としては、先の日弁連意見書を踏まえて、訴訟上の和解との対比において、現在行われている公正証書作成手続が濫用的で違法であることを主張し、当会としての改正の方向性に関する意見を述べる。

二 本人出頭の原則と代理人制度の厳格化

1 実態

日弁連アンケートの結果によれば、圧倒的に代理人による作成が多く、その代理人も債権者の従業員、債権者側で手配する司法書士やその従業員などが多く、公正証書が知らぬ間に作成されたとする回答も非常に多かった。

2 訴訟上の和解と公正証書作成

訴訟においては、当事者本人が訴訟の提起を知らない（公示送達手段を除く）とか、代理人によって和解をしたのに和解したことすら認識していないことはあり得ないことである。

また、訴訟上の代理人の資格についても、弁護士や支配人などに限定的に法定されており、原告の意を受けた者が被告側代理人となることなどあり得ない（双方代理の禁止）。

しかしながら、公正証書作成においては、日弁連アンケートの結果に見たとおり、債権者の従業員や債権者側の手配した司法書士が、債務者の代理人になっている実態がある。かかる実態が、濫用的で違法な公正証書作成の温床となっている根本原因であることは明らかである。

3 当会の意見

そこで、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り、例外的に代理人により囑託

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を受けることとするべきである。

また、代理人の資格についても、親族や弁護士等の一定の者に制限して厳格に代理人資格を審査するものとし、実質的な双方代理、利益相反のおそれの決してない制度にするべきである。

三 公証人の助言・説明義務の明定

1 実態

公正証書作成の際には、本人は出頭せずに、債権者側の者が代理人として出頭して作成していることが多く、かつ作成時期も支払が遅れた時期以降であることが多いため、結果的に債務者は、公正証書が作成されたこと及びその内容についてほとんど理解することのないまま、公正証書が作成されてしまっているのが実態である。

2 訴訟上の和解と公正証書作成

訴訟上の和解においては、これがいつ作られたか、訴訟上の和解の内容がどうなっているのか、当事者本人が知らないということはある。

本人訴訟であれば、必ず裁判官から和解条項の確認、その後の読み上げの機会が保障されているし、弁護士を代理人とする訴訟においては、必ず弁護士から本人に対する説明が事前に行われているはずである。

3 当会の意見

公正証書の公正さを担保する上で、公正証書の内容が理解されなければならず、公正証書の内容の助言・説明義務の明定が不可欠と考えられる。

さらに、公正証書の内容を事前にチェックをしたり、作成時点で作成された内容をチェックできることも重要であり、その点についての手続的な定めも必要である。

四 利息制限法違反の契約に関する公正証書作成の禁止

1 実態

公正証書は、利息制限法違反では作成できない（公証人法26条）にもかかわらず、実際には利息制限法を超過する約定利息を定めた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のは、紛れもない事実である。

これは、法務省が利息制限法を超過する約定利息を定めた内容の公正証書作成の委任状によって、利息制限法の所定の制限利率での公正証書作成を認めていることによる。

しかし、当事者間で現実に交わされた契約内容と公正証書上で交わされた契約内容とが齟齬すること自体、根本的におかしいし、上記公正証書がその内容に反して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実態は無視できない。

2 訴訟上の和解と公正証書作成

訴訟上の和解において、裏で利息制限法違反の利息の支払を約定した上で、和解調書上は利息制限法以内の利息の支払を約定させる、といった理解不能なことが行われることはあり得ない。

3 当会の意見

原契約が利息制限法に違反する金利の約定を含む金銭消費貸借である場合、執行力付与等の法的助力を与えるべきではなく、利率の異なる複数の約定を併存させることによる混乱を避けるためにも、全面的にその公正証書作成を禁止するべきである。

五 法的に有効に存在する債務額の確認の義務づけ

1 実態

日弁連アンケートの調査でも、利息制限法の制限利率により充当計算すると過払いなのに差押をされた、という回答が多数あり、利息制限法以内の契約内容となっている公正証書に基づいて、実際は利息制限法を超える約定金利に基づく強制執行が横行している実態が浮かび上がっている。

しかも、その公正証書作成時期についても、契約締結当時ではなく、債務者が何度か支払をした後に、支払を怠り始めた段階であり、かつ支払額を考慮しないで貸付額をもって公正証書が作成されている傾向にある。

2 訴訟上の和解と公正証書作成

訴訟上の和解や判決においては、弁護士が代理人についていればもちろん、本人訴訟であっても、裁判所が職権で貸付及び弁済の経過を確認した上で、支払義務を確定している。

そもそも、貸付後、何度か支払がなされているのに、支払された事実に触れることなく、貸付額全額をもって提訴し、そのまま判決なり和解となるこ

とは起こり得ない。（これは、訴訟手続を使った詐欺に等しい）。

3 当会の意見

金銭消費貸借契約の締結から長期間経過した後に公正証書を作成する場合には、それまでに何度か支払がなされていたと考えるのが合理的であるから、執行力等の重大な法的効果を有する執行証書を作成する公証人は、その作成に際し、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作成の囑託を受けてはならないと定めるべきである。

六 公証人の個人賠償責任の明定

1 問題の所在

我が国の公証人法が模範としたとされるドイツにおいては、公証人の個人責任が認められている。しかし、日本においては、通説的な理解に従えば、公証人は個人責任を負わず、国家賠償責任の問題になるに過ぎないと解されている。

しかしながら、以上みてきたような、濫用的で違法な公正証書が作成されてきたことは、公証人が個人責任を負わないことも1つの要因となっていることは間違いない。公証人に個人責任を負わせることが、濫用的で違法な公正証書作成の防止に極めて有効なものであると考える。

また、公証人の業務は手数料収入によって事業を行う自由業としての側面も存在しているのに、その業務において個人責任を負わないということは不合理きわまりない。同じく公的な業務も行う自由業者である弁護士等も個人責任を負う以上、公証人が個人責任を負わないということに何ら正当な根拠はないのである。

2 よって、公証人の故意・過失に基づく損害については、国のみならず公証人個人にも損害賠償請求できるような法改正を求める。

以 上