

## 《論文》

## 公証人の責任についての一考察

## —不動産登記申請における公証人の義務を中心に—

西村曜子

## 1. はじめに

公証とは、私人間の法律関係に関する文書の作成について、公の機関が関与し、法定の効果を伴う証明をすることをいう。私人間で作成される契約書その他の文書については、その成立、内容、作成年月日などについて、後日争いが生じることが少なくない。そこで、このような紛争を予防するために、これらの文書の作成や内容について、公の機関が証明をすることにより、文書の証拠力を高め、その内容を明確にするというのが公証制度の趣旨とされる<sup>1</sup>。

わが国の公証人は、法務大臣から任命され、このような公証を証書の作成等の方法により固有の職務として行う者である。公証人には、公証人法のほか、民法、商法、その他の法規で多くの職務が与えられている<sup>2</sup>。近年、注目されている職務としては、平成29年債権法改正により導入された保証意思宣明公正証書の作成があげられる。同制度は、事業用融資のための個人保証契約については、その締結予定日の前1か月以内に、公証人があらかじめ保証人になろうとする者から直接その保証意思を確認して公正証書を作成しなければ、効力を生じないとするものである（民法465条の6第1項）。同制度は、公証人という公平無私の法律専門職に、契約への事後的関与ではなく同時的関与を認めるものであり、契約当事者の慎重な判断を図るための制

---

1 日本公証人連合会編『公証人法』（ぎょうせい、2004年）1頁。

2 日本公証人連合会ホームページの「公証事務」参照（<https://www.koshonin.gr.jp> 最終アクセス2021年7月15日）。

度として期待、評価されている<sup>3</sup>。

もともと、公証人による公正証書の作成あるいは認証の付与が、法や事実  
に反することから、被害者が発生するケースもある。その一つに、不動産取  
引に係わる登記申請での公証人認証の問題がある。平成 16 年度不動産登記  
法改正により、権利に関する登記の共同申請における本人確認手段の一つと  
して、公証人による認証が導入された（不動産登記法 23 条 4 項 2 号）。同制  
度は、申請人が自ら登記義務者であることを証明する登記識別情報を提出で  
きない場合においても、登記申請書や登記申請委任状についての公証人の認  
証を要件の一つとして、登記申請を実現できるという有用な制度である。

しかしながら、このような本人確認制度は、売主のなりすましにより悪用  
され、地面師詐欺事件の要因ともなっている。地面師詐欺に関する訴訟で  
は、本人確認における司法書士の責任が問われるケースが多く、司法書士に  
課される注意義務の内容が、裁判例の蓄積により確立されつつある<sup>4</sup>。一方  
で、本人確認について公証人の責任が争われたのは、東京地判平成 29 年 12  
月 4 日（判タ 1454 号 205 頁）が初めての判決である。

- 
- 3 今村与一「日本の公証人法 一制度と実務の両面からみた問題点」現代消費者法 41 号（2018 年）47 頁、山倉愛「日本における公証人制度に関する覚書 一制度、法的責任、実態」お茶の水女子大学人文科学研究 14 卷（2018 年）243 頁、有吉尚哉「保証に関する規律への対応状況と中期的な課題」Business Law Journal 151 号（2020 年）28 頁等。保証契約締結プロセスへの専門家の第三者関与につき、日本法とイングランド法を比較検討したものとて、拙稿「保証契約締結プロセスの規律—イングランドにおける信頼の濫用法理の考察を中心に—（1）～（4・完）」北大法学論集第 69 卷 2 号（2018 年）672 頁、同第 69 卷 6 号（2019 年）1784 頁、同第 70 卷 1 号（2019 年）37 頁、同第 70 卷 2 号（2019 年）35 頁。
  - 4 司法書士の民事責任に関する研究として、七戸克彦「不動産登記業務における司法書士の専門家責任をめぐる近時の動向」市民と法 58 号（2009 年）52 頁、川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993 年）327 頁〔小野秀誠執筆〕、加藤新太郎「司法書士の本人確認義務と成りすまし対応」加藤雅信先生古稀記念『21 世紀民法学の挑戦〔上巻〕』（信山社、2018 年）等がある。近年問題とされている連件申請に関わる司法書士の責任について判示した最判令和 2 年 3 月 6 日（民集 74 卷 3 号 149 頁）の評釈として、加藤新太郎「判批」NBL1169 号（2020 年）109 頁、同「判批」NBL1171 号（2020 年）89 頁、手嶋豊「判批」論究ジュリ 34 号（2020 年）151 頁、村田大樹「判批」法教 478 号（Web 版 2020 年 12 月 18 日掲載）137 頁、武川幸嗣「判批」新・判例解説 Watch 民法（財産法）No. 201 文献番号 z18817009-00-032011968（Web 版 2020 年 12 月 18 日掲載）、拙稿「判批」札幌法学第 32 卷第 1・2 号合併号（2021 年）27 頁等。

地面師詐欺における被害を抑止するという観点からは、登記申請前に本人確認を担う専門家の関与のあり方が重要である。そこで、本稿では、登記申請手続における公証人による本人確認の仕組みを概観した上で、公証人の注意義務についての裁判例や学説を確認し、登記申請手続における公証人の本人確認のあり方について若干の考察をする。

## 2. 公証人認証による本人確認

### (1) 登記識別情報の提供に代わる本人確認

不動産登記法 22 条によると、権利に関する登記を申請する場合、申請人は、申請情報とあわせて登記義務者の登記識別情報を提供しなければならない。登記識別情報とは、当該登記名義人自らが当該登記を申請していることを確認するために用いられる符号その他の情報であって、登記名義人を識別することができるものであり（不動産登記法 2 条 14 号）、登記制度に固有の本人確認手段とされる。不動産登記法は、登記識別情報を提出できない場合の登記申請について 3 つの手段を定めており、いずれかの方法により登記申請が許されるものとする<sup>5</sup>。

第 1 は、事前通知制度（不動産登記法 23 条 1 項）であり、登記官は、登記義務者が登記識別情報を提供できないときは、その申請があった旨および申請の内容が真実であると思料するときは一定期間（不動産登記規則 70 条 8 項参照）にその旨の申出をすべき旨を通知しなければならない。そして、この申し出がされないと、その申請に係わる登記は実行されない。この通知は、本人限定受取郵便の方法（不動産登記規則 70 条 1 項 1 号）でなされることになっている。

第 2 は、資格者代理人による本人確認である（不動産登記法 23 条 4 項 1 号）。登記申請の代理を業とすることができる司法書士等の代理人によってなされる場合であり、その代理人が登記義務者の本人性を確認するために必

---

5 山野目章夫『不動産登記法概論：登記先例のブロムナード』（有斐閣、2013 年）87 頁。

要な情報の提供を受け、登記官がその情報の内容を相当と認めるときには、事前通知制度を省略して登記を申請できるとするものである。なお、不動産登記規則72条には、資格者代理人は、申請人と面談した日時や経緯などの記録を提出すべきこと、申請人と面識がない場合に確認すべき書類を限定するなど、本人確認方法が明示されている<sup>6</sup>。

第3は、公証人による本人確認の認証である（不動産登記法23条4項2号）。申請情報、もしくは、委任による代理人申請である場合には、その権限を証する情報を記録・記載した電磁的記録・書面について、公証人が登記義務者の本人性を確認するための必要な認証をし、登記官が、内容を相当と認めるときに登記が実行される。

## （2）公証人認証を導入した経緯

このように、不動産登記法23条4項2号によれば、申請情報に公証人の認証があれば、登記官が事前通知を省略することができる。その立法の趣旨は、公証人の認証付与が、当該私署証書が本人により作成されたものであることを公に証明するものであるということ为基础としている。すなわち、公証人は、法務大臣の任命により、国の公証事務を担当する者であり、一般に、私人が作成した私署証書等について私人が公証人の面前で行った署名等について、公証人が認証を付す権限が認められている（公証人法58条等）。そして、公証人の認証を受けたときは、その私署証書等は本人が作成したものであることが公に証明されることとなることから、申請情報等を記載した書面等に公証人が認証をしている場合には、登記官において当該認証を相当と認めたときは、重ねて事前通知をする必要がない制度としたものと説明される<sup>7</sup>。

なお、公証人が私署証書の認証をするにあたり行った本人確認の内容を明

---

6 本人確認の際、申請人に対して提示を求めべき書類としては、運転免許証、個人番号カードや旅券等のいずれか、もしくは、国民健康保険、健康保険、後期高齢者医療等の被保険者証、国家公務員共済組合若しくは地方公務員共済組合の組合員証、私立学校教職員共済制度の加入者証、国民年金手帳等のうち2以上が必要と規定されている。

7 清水響編著『新不動産登記法：一問一答』（商事法務、2005年）87頁。

らかにするために、「不動産登記法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」において、公証人法 59 条<sup>8</sup>が改正され、当事者の申立があれば、嘱託人ないしその代理人と面識の有ること、印鑑証明書<sup>9</sup>の提出その他これに準ずる確実な方法により人違いでないことを証明させた旨を認証文言と共に記載すべきことが追加された。

### 3. 公証人の法的地位

このように不動産登記法上、公証人の認証が本人確認制度に導入された背景には、公証人による認証の付与に対する信頼がある。ここで、公証人の法的地位や職務上の責務を概観する。

#### (1) 公証人の職務

公証人は、公証人法の規定により、法務大臣によって任免され、その監督のもとに独占的に国の一定の公証事務（執行証書を初めとする公正証書の作成、執行文の付与など）に従事する者であり、実質的意味における国家公務員であるとされている。公証人法 1 条は、公証人の職務を定める。同条によれば、公証人は、当事者その他の関係人の嘱託により、①法律行為その他私権に関する事実につき公正証書を作成すること、②私書証書に認証を与えるなどの権限を有するとされている。

公証人の作成した文書には、公証人法及び他の法律の定める要件を具備するものについては、公証の効力を有するとされる（公証人法 2 条）。ここでいう公証の効力とは、公正証書の有する証拠力、執行力をはじめそれぞれの関係法令によって与えられる効力をいうとされる<sup>9</sup>。そして、2 条の効力規定は、公正証書に限らず、公証人が作成する文書一般について定められたも

---

8 公証人法 59 条は、改正前より、認証を与える証書には、登簿番号、認証の年月日及びその場所を記載し、公証人及び立会人がこれに署名捺印すること、さらに公証人が証書と認証簿に契印をなすことが必要と規定する。

9 吉野衛「公証制度の現状と課題」金法 1472 号（1997 年）6 頁。

のと解されている<sup>10</sup>。

## (2) 本人（嘱託人）確認の意義

このような公証の効力を支える重要な制度として、公証人の本人（嘱託人）確認制度がある<sup>11</sup>。本人確認については、公正証書作成の嘱託に関する条文が公証人法 28 条に置かれ、私署証書の認証に同条が準用されており（公証人法 60 条）、公正証書におけると同様に考えるものとされている。

公証人が、嘱託に際し人違いでないことの証明が必要となるのは、公証人が依頼者にあたる嘱託人と面識がない場合である（公証人法 28 条 1 項、60 条）。この場合、公証人は、官公署の作成した印鑑証明書の提出その他これに準ずる確実な方法によって、その人違いでないことを証明させることを要すると定められている（公証人法 28 条 2 項、60 条）。印鑑証明書以外の資料としては、自動車運転免許証、パスポート、住民基本台帳カード等があげられる。いずれも、官公署が作成して本人に交付した公文書で、被交付者の写真が貼付されており、性別、生年月日の記載と写真によって本人であることを確認できることから、印鑑証明書の提出に準ずべき確実な方法に該当するとされる。また、事柄の重要性から、公証人はどのような確実な方法で嘱託人が人違いでないことを確認したかを公正証書や認証の書面に記載しておかなければならないとされる（公証人法 36 条 6 項、60 条）。

## (3) 公証人の審査義務

公証人は、正当な理由のない限り、嘱託を拒むことはできない（公証人法 3

---

10 吉井直昭編『公正証書・認証の法律相談〔第 4 版〕』（青林書院、2013 年）13 頁、今村・前掲注 3）52 頁によれば、私署証書の認証は、当該証書による契約締結後の手続であり、本人が自筆・押印したものであることに相違ない、という証書の真正な成立を証明する形式的証拠力が認められる。しかし、それ以上に私文書の内容を証明するものではない点で公正証書と異なるとされる。

11 吉井・前掲注 10）25 頁。

条)<sup>12</sup>。そして、公証人が公正証書作成等の職務を行うには、囑託人、代理人等から聴取した陳述等を録取してすることとされる（公証人法 35 条、60 条）。もっとも、常に囑託人等から聴取した陳述に従って証書を作成すべきものではなく、法令に違反した事項、無効の法律行為及び無能力により取り消し得べき法律行為に付き証書を作成することはできないと規定される（公証人法 26 条、60 条）。この規定を受け、公証人法施行規則 13 条は、「法律行為につき証書を作成」するにあたっては、「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いがあるときは、関係者に注意し、且つ、その者に必要な説明をさせなければならない」と定める。したがって、公証人は、違法無効の法律行為を内容とする公正証書を作成すべきでない責務を負っているとされる。しかし、それ以上に、公証人の実質的な資料収集権限や関係者に対する文書等の資料提出義務を定める規定はない。そこで、予防司法の担い手として公証人が公証制度に対する信頼を確保するためにどのような審査を行うべきなのか、法的義務を負うのかについては、後述（4.（2）②（ii））のとおり、議論がなされてきたところである<sup>13</sup>。

#### 4. 公証人の責任

では、公正証書の作成や認証の付与において、公証人は、どのような義務を負うのか。すなわち、公証人がこれらの義務を怠ったことを理由に法的責任が問われるのかという問題である。

---

12 ここでいう正当な理由として、例えば、法令違背の事項、無効及び無能力により取り消しうる法律行為（公証人法 26 条）に関する証書作成の囑託である場合、囑託人又はその代理人が人違いでないことの証明手続を履践しないこと（公証人法 28 条 2 項）等があげられる。このような規定は、公証人の職務においては、手続面と実体面での適正な処理が求められているのであり、その遂行には、一定の審査や調査が必要となることを示すものである。

13 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 年）99 頁。

### (1) 公証人の責任の沿革

1947年に国家賠償法が制定される以前は、公証人の職務を規制する法規自体に公証人の個人責任が定められていた<sup>14</sup>。我が国における公証人に関する初めの立法といえる公証人規則（明治19年法律19号）79条は、「公証人の此ノ規則ヲ犯したるにより損害を生セシメタルトキハ之ヲ賠償ス可シ」としていた。また、同規則に次いで制定された公証人法（明治41年法律第53号）では、6条により、「公証人其ノ職務ノ執行ニツキ嘱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」とされ、故意又は重大な過失のある場合に限り、公証人の個人責任が認められていた。しかしながら、国家賠償法の制定により、これらの条文は削除されるに至った。そのために、公証人の不法行為についても、国家賠償法が適用されるとの現在の判例法理が成立したとされる<sup>15</sup>。

現行法下では、国が責任を負う場合に、併せて公証人個人も責任を負うことがあるのかが論じられてきた。この問題は、公証人の場合に限らず、その職務の執行が公務員としての公権力の行使にあたりと解釈される場合の一般的な問題として位置づけられてきたところである。最高裁判所は、古くから公務員個人の責任を否定してきたのであり、（最判昭和30年4月19日民集9巻5号534頁、最判昭和47年3月21日裁判集民事105号309頁、最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁）、実務上は否定的に解することで確定している。これらの最高裁判例は、公証人の個人責任を否定する裁判例において引用されている（東京地判平成10年2月18日判タ985号150頁等）。

### (2) 裁判例

公証人の職務執行は、公証人法、公証人法施行規則、民法などに根拠規定

---

14 公証人の責任の沿革について詳述するものとして、川井健・塩崎勤編『新・裁判実務大系8 専門家責任訴訟法』（青林書院、2004年）68頁〔吉井直昭執筆〕、今村・前掲注3）47頁等。

15 川井編・前掲注4）250頁〔飯塚和之執筆〕。

があり、これらの法規に従って行われている。そのため、これらの法規に従わない場合には法令違反となりうるが、その違法は、裁判手続と同様に①手続法規違反と②実体法規違反とに分けて理解されてきた<sup>16</sup>。

## ①手続法規違反を理由とする国家賠償請求

### (i) 裁判例の紹介

手続法規違反の事案としては、当事者ないし代理権の確認行為における違法が争われたものを中心である。

公証人の過失が認められた事案として、東京地判昭和46年7月2日（下級民集22巻7・8号731頁）がある。私署証書による委任状につき印鑑証明書の提出を欠いた事案である。裁判所は、公証人が公正証書を作成する際に囑託人と面識がない場合には、印鑑証明書などの提出により人違いでないことを確認すること、代理囑託においては、代理人の権限を証すべき書面のほか、代理人についても同様の方法により人違いでないことを確認すべきとの規定（公証人法28条、31条、32条、60条）をあげた。その上で、代理囑託である本件では、囑託人が印鑑証明書を提出しなかったのに対して、公証人が提出を要求しなかったという懈怠の責任を認めた。また、広島地判平成2年4月24日<sup>17</sup>では、委任状の印影が印鑑証明書の登録印と明確な相違がある場合にこれを看過した点に公証人の過失が認められた。

京都地判昭和37年4月11日（下級民集13巻4号713頁）では、偽造委任状・偽造印鑑証明書を看過したことにつき公証人の過失が争われた。囑託人ないし囑託人の代理人と称する者の囑託により、同人とXとの間の譲渡担保付金銭消費貸借契約公正証書が作成されたが、委任状と印鑑証明書が偽造されたものであったために、Xが貸与金相当額の損害を受けたとして国

---

16 荒井真治「公証人に関する国家賠償請求事件の概況」公証21号（1966年）1頁、小田泰機「公正証書」村重慶一編『裁判実務大系18 国家賠償訴訟法』（1987年、青林書院）396頁、川井編・前掲注4）251頁〔飯塚和之執筆〕、川井編・前掲注14）72頁〔吉井直昭執筆〕。

17 石口俊一「公正証書作成につき国が責任を認めた事例」日弁連消費者問題ニュース18号（1990年）10頁による。

に賠償請求をした。

裁判所は、印鑑証明書の真偽の調査についてのぞむべき態度は、裁判所が民事訴訟において成立に争いのある公文書の真偽の調査についてのぞむべき態度と同一とみてよい、とした。その上で、民事訴訟法 323 条をあげ、文書は外観上公文書と認められれば真正な公文書と推定される（同条 1 項）とし、例外として外観上公文書と認められる文書であっても真偽について疑いのあるときは、職権をもって当該官公署に問い合わせることができるとした。ここで、「真偽につき疑いのあるとき」とは、通常人の注意力をもって観察した場合に偽造の疑いある場合をさすのであって、官公署への問い合わせについては、そのような義務を負うものであることを判示した。そして、公証人が印鑑証明書を審理する際に要求される注意義務は、この範囲に限られるとした。裁判所は、このように述べた上で、当該印鑑証明書と真正な印鑑証明書の紙質、書式体裁、印刷された文字の大きさ、字体、押捺されている町長印の大きさの同一なことを挙げ、「右偽造の印鑑証明書自体から直ちにこれらが偽造であるという疑を抱くことは困難である」とし公証人の職務執行上の過失を否定した。

同様に印鑑証明書の真偽の確認に関する裁判例として、東京高判昭和 61 年 11 月 26 日（民事月報 42 卷 3 号 146 頁）がある。実兄の所有不動産の無断売却を企てた者が、実兄の印鑑登録証明書を不正に入手しその印影によって実印を偽造した上、実兄になりすまして売買契約公正証書の作成を囑託し、公証人の前で偽造印を用いて署名捺印をしたというものである。実兄が国家賠償請求訴訟を提起して、印鑑登録証明書の印影と押捺された印影との照合について公証人の過失を主張した。裁判所は、公証人が印影の照合についてどの程度の注意義務を負うかについて、「特段の事情がない限り、折り重ねたり拡大鏡を使用したりする方法による照合をする義務はない」として公証人の過失を否定した第 1 審（東京地判昭和 60 年 7 月 8 日・訟務月報 32 卷 5 号 900 頁）を支持した。

これらの裁判例によれば、印鑑証明書の真偽の確認において、公証人は、外観上公文書と認められる文書のうち、真偽について疑いのあるときに限

り、職権をもって当該官公署に問い合わせるといふ調査義務が生じることとなる。そして、真偽の判断に要求される注意力とは、「通常人の注意力」をもって判断すれば足りるとされている。

## (ii) 学説

このように公証人の調査義務を限定的にとらえる裁判例については、肯定的な見解もある<sup>18</sup>。すなわち、嘱託人ないし代理人による印鑑証明書の提出は、嘱託人の同一性や代理権の存否を確認するための合理的な補助手段として採用されているものであるから、厳格な審査義務を課して印鑑証明書自体の真偽確認に手間を要するのは、このような方式を採用した趣旨を没却するものであるとする。そして、公証人による印鑑証明書自体の真偽確認は、提出された書面の審査で足りるとされる。

しかし、一方で、印鑑証明書の外観を「通常人の注意力をもって観察すれば足りる」としていることについては、批判もある<sup>19</sup>。すなわち、注意力の基準は、通常人ではなく専門職たる公証人を基準にすべきであり、専門職としての相当の注意をもってしても外観上偽造の疑いが生じない場合に限り、過失がなかったとみるべきであるとするのである。

## ②実体法規違反を理由とする国家賠償請求

### (i) 裁判例

実体法規違反について判断した最高裁判決として、最判平成9年9月4日(民集51巻8号3718頁)がある。同判決は、公正証書の作成における法律行為の内容等の適法性審査権、調査義務を判示した初めての最高裁判決である。

同事案は、クレジット会社を債権者とし、原告を債務者として作成された消費貸借契約、準消費貸借契約等の公正証書(いわゆる集団事件について作成される公正証書)について、利息制限法違反、割賦販売法違反等を違法事

---

18 川井編・前掲注14) 68頁 [吉井直昭執筆]。

19 川井編・前掲注4) 245頁 [飯塚和之執筆]。

由として公証人の過失を理由に国家賠償請求がなされたものである。

最高裁判所は、公証人法及び公証人法施行規則の構造を根拠に、公証人の審査義務を制限的に解している。

まず、最高裁は、「公証人は法令に違反した事項、無効の法律行為及び無能力により取り消すことのできる法律行為について公正証書を作成することはできない」とする公証人法 26 条をあげ、「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、嘱託手続の適法性と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もの」と判示した。しかし、つぎのような公証人法及び公証人法施行規則の構造から、公証人の調査義務を制限的に解している。すなわち、公証人法 3 条は、公証人は正当な理由がなければ嘱託を拒むことができないという嘱託受託義務を定めているものの、公証人に事実調査のための権能を付与する規定も、関係人に公証人の事実調査に協力すべきことを義務付ける規定も置かれていない。そして、公証人法施行規則 13 条 1 項では、「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いがあるときは、関係人に注意をし、かつ、その者に必要な説明をさせなければならない」と規定するにとどめられている。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など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ものと解するのが相当である」とした。

最高裁は、調査資料の範囲につき、公正証書を作成するに当たり、聴取した陳述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をすれば足りるとした。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との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をすべき義務を負うものではないと判示した。

## (ii) 学説

従前より、公証人が証書作成等の職務においてどのような調査義務を負うのかは、学説上の多くの議論がなされてきた<sup>20</sup>。前述のとおり、公証人法 26 条によれば、公証人は、違法無効の法律行為を内容とする公正証書を作成すべきでない責務を負っているとされる。

学説上は、公証人法 26 条の規定は、証書の作成を禁止する場合を定めた職務上の訓示規定であるとの理解が多数を占めてきた<sup>21</sup>。法律行為の法令違反、無効等の実体法上の問題は、結局のところ判決をまっぴら明瞭になるものであること、公正証書に基づく強制執行に対する請求異議の訴えにおいて主張できる異議の原因は制限されておらず、当初から不成立であることも主張できるとすることは、執行証書作成の際における公証人の実体的審査義務を否定するものであること等を根拠とする。そして、公証人法には、26 条の他に公証人の審査義務を定めた規定はないことから、公証人の義務を当事者の陳述及び提出書類の適法性を審査することをもって必要且つ十分とし、その他の事項については審査する義務のないことを定めた規定であるとするのである。さらには、公証人法施行規則 13 条は、法律行為につき証書を作成するにあたっては、その法律行為が有効であるかどうか、その法律行為をする能力があるかどうか等について疑いがあるときは、関係者に注意し、且つ、その者に必要な説明をさせなければならないとするものの、それ以上に、公証人の実質的な資料収集権限や関係者に対する文書等の資料提出義務を定める規定はないことも理由とされてきた。その意味で、公証人の審査は、形式的審査にとどまるとする立場とされる<sup>22</sup>。

20 学説上の議論状況は、福永・前掲注 13) 99 頁で、詳細に整理されている。

21 兼子一『強制執行法 増補』(酒井書店、1979 年) 84 頁、法務省民事局編『公証人法関係解説先例集』(法務省民事局、1986 年) 80 頁、民事訴訟法學會編『民事訴訟法講座第 4 巻』(有斐閣、1954 年～1956 年) 1013 頁 [吉川大二郎執筆] 等。

22 今村・前掲注 3) 52 頁では、公証人の審査義務が限定的に解される背景に、日本の取引社会が、契約締結前の交渉段階から、当事者の代理人とは異なる公平無私の法律専門職を関与させ個別取引の公正さを確保しようとする法的伝統に乏しかったことを指摘する。

もっとも、公証制度の予防司法としての使命、執行証書の紛争解決機能は公正証書の請求権の表示が客観的事実と一致してこそ発揮できるものであることから、公証人法 26 条と同法施行規則 13 条は、公正証書作成における行為規範として最大限尊重すべきであるとの意見<sup>23</sup>、また、26 条を訓示規定と解しつつも、比較的容易に発見しうる無効取消原因については、実体的審査義務を負うとの見解もある<sup>24</sup>。

前掲・最判平成 9 年 9 月 4 日は、現行法上、公証人による証書の作成、又は、認証の付与において、その法律行為が有効であるかどうか等に疑いがあるときは、関係人に注意をし、かつ、その者に必要な説明をさせなければならないと規定するにとどめているという法の構造に着目し、原則的には、公証人が嘱託された法律行為の適法性などを積極的に調査すること義務はないと判示した。この点で、従前の通説の見解と共通する理解が示されたといえる。一方で、同判決は公証人に、法律行為の適法性等の内容の適法性について調査義務が生じることを認めた。最高裁として初めて、関係人への必要な説明を促すという実体的な審査義務を肯定したという意義が認められる。ただし、その範囲は、職務執行に当たり具体的疑いが生じた場合に限るというもので、かなり限定的であるとの評価もなされている<sup>25</sup>。

このような同判決の示した審査義務についての規範は、嘱託手続の法規違反についても及ぶとの見解がある<sup>26</sup>。この見解は、「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もの」という判示部分に着目し、同判決の射程が手続法規違反にも

---

23 篠田省二「執行証書の記載と客観的事実の不一致について」公証法学 26 (1997 年) 123 頁。

24 奥村正策『公正証書に関する総合的研究』(司法研修所、1961 年) 143 頁。

25 福永・前掲注 13) 109 頁。

26 山倉・前掲注 3) 247 頁は、従前から、公証人の調査義務については、手続法規違反と実体法規違反とに分けて論じられてきたところ、最判 9 年 9 月 4 日では、そのような区分がなされていないことを指摘する。その上で、同判決は内容違法が問題となった事案であるが、手続違法の事案における公証人の審査義務にも射程が及ぶとする。

及ぶものであると指摘する。

一方で、同判決以降においても、同判決については実体法規違反の判例として位置づけ、従前の手続法規違反の裁判例と区別して分析する立場もある<sup>27</sup>。

## 5. 東京地判平成 29 年 12 月 4 日（判タ 1454 号 205 頁）の検討

前掲・最判平成 9 年 9 月 4 日判決以降、公証人の注意義務違反が争われた比較的最近の裁判例として、東京地判平成 29 年 12 月 4 日・判タ 1454 号 205 頁（以下、「平成 29 年判決」とする）がある。

### （1）事実の概要

本件は、自称所有者から不動産を買い受け、売買代金を詐取されたと主張する X が、登記申請に関与した公証人及び司法書士に対して、損害賠償請求をしたものである。X は、①国に対し、主位的に、登記申請手続の委任状について、公証人が本人確認義務を怠り誤って認証したと主張し、予備的に、公証人の本人確認義務に関して不動産登記法の改正に不備があったと主張した。さらに、②司法書士に対しては、登記申請手続の委任を受けた司法書士として負っていた本人確認義務を怠り漫然と売買代金の決済を行わせたと主張し、詐取された売買代金等相当額の損害賠償の連帯支払を求めた。

不動産登記法 23 条 4 項 2 号では、登記官の事前通知制度に代わる制度として、公証人による認証制度を定めている。本件では、自称所有者から、同条の公証人認証を求められた公証人が、提出された印鑑登録証明書の「氏名」欄の記載と認証を求められた委任状の「登記義務者」欄の記載に齟齬があることに気づき、自称所有者にその旨を指摘し、自称所有者の申告に基づき、委任状の「登記義務者」欄の記載を訂正させた上で、委任状を認証した。

---

27 寛康生「公証人の国家賠償法上の注意義務」公証法学 31 号（2002 年）153 頁。

その結果、委任状の上部には「2字削除2字加入」と手書きで記載され、その上の部分には登記義務者の印鑑と本件公証人の印鑑が押されている。その後、Xから登記申請手続の委任を受けた司法書士の事務所において、自称所有者とXらとの間で、登記申請関係の書類が授受され、司法書士による確認後、売買代金等の決済が行われた。その際、司法書士は、渡された印鑑登録証明書の「氏名」欄の記載及び訂正後の委任状の「登記義務者」欄の記載と登記事項証明書の「所有者」欄の記載の不一致を見逃すなどした。

これらの事実関係を前提に、本件では、公証人と司法書士の注意義務違反の有無が主たる争点となった。

## (2) 判旨

裁判所は、公証人の注意義務違反を否定した。本件原告Xは、事前通知に代わる公証人認証において、公証人は、当該申請人が「登記義務者」と同一人であることを確認すべき義務を負うものとし、本件公証人は、これを怠ったと主張している。すなわち、公証人法で求められている「嘱託人本人であること」の確認にとどまるものではなく、不動産登記法23条4項2号の解釈から、嘱託人が「登記義務者」と同一人であることを確認すべき義務を負うとするのである。すなわち、同条同項2号は1号と並んで、「公証人(略)から当該申請人が第1項の登記義務者であることを確認するために必要な認証がされ」と定められており、その文言からしても、公証人が単に私署証書が作成名義人の意思に基づいて作成されたものであることを認証するだけでは足りず、これをさらに一步進め、公証人に対して、当該登記申請人が登記義務者と同一人であることを確認すべき義務を課したものと解すべきであると主張した。

これに対し、裁判所は、公証人にはXの主張するような当該申請人と「登記義務者」との同一性を確認すべき義務が課されるものではないとした。その理由として、不動産登記法23条4項2号は、公証人による認証の内容について、「登記義務者であることを確認するために必要な認証」と規定しているのであって、「登記義務者であることの認証」等とは規定されてい

いこと、また、同法24条1項は、公証人による認証の有無にかかわらず、登記官に対し、申請人と登記義務者の同一性を調査し判断する権限を付与するとともにその責務を課しているものと解されることなどをあげている。そして、公証人が、認証をするに当たり、「公証人法上求められる本人確認義務を超えて、面前の嘱託人（登記申請人）と登記義務者との同一性をも確認する義務まで負うものと解することはできない」とした。

つぎに、裁判所は、認証の付与における公証人法上の本人確認義務について判示している。公証人は、当事者その他の関係人からの嘱託によって私署証書に認証を与える権限を有するものであり（公証人法1条）、その嘱託が面前の当事者本人の意思に基づいてなされる必要があることから、公証人法28条は、公証人が、嘱託人の氏名を知らず又は面識のないときは、印鑑登録証明書の提出その他これに準ずべき確実な方法によりその人違いでないことを証明させることを要求しているとする。そして、嘱託人が、私署証書に押捺した印鑑及びその印鑑の登録証明書を提出した場合には、公証人は、印鑑登録証明書の外観、形式等の異常の有無及び私署証書に押捺された印影と印鑑登録証明書の印影との同一性を「公証人としての業務上相当の注意をもって確認すべき注意義務」を負うものとする。ただし、面前の嘱託人が、印鑑登録証明書に記載された年齢（生年月日）と矛盾する外見であるなど、一見して、面前の嘱託人と私署証書の作成者の同一性が疑われるような場合には、公証人は、さらに、嘱託人や関係人に説明を求めたり、追加の資料を提出させるなどして、本人であることの確認を行う義務を負うものとした。

その上で、本件公証人の確認行為には、注意義務違反はないとした。その際、つぎの①～④の確認行為を認定し、本件印鑑登録証明書の外観、形式等の異常の有無及び本件委任状に押捺された印影と本件印鑑登録証明書の印影との同一性を相当の注意をもって確認したものといえるとした。裁判所は、①面前の嘱託人から提出された本件印鑑登録証明書を確認して、一見して不自然な点は認められないこと、②本件委任状に顕出された印影と本件印鑑登録証明書の印影を照合して、同一のものと認めて、本件印鑑登録証明書を真正なものとして判断していること、③本件公証人は、印鑑登録証明書及びパス

ポートに記載された生年月日や本件パスポートの本人写真と、面前の嘱託人の外見を見比べ、それぞれ同一性に問題がないと判断している。このとき、①本件印鑑登録証明書の形式は、真正なものと比べると、証明文言と発行日付の間の幅が数ミリメートル異なっていたが、それは、本件印鑑登録証明書と真正なものを直接並べて見比べなければ認識することのできない程度の差異であるとし、確認行為として不十分な点はないとしている。そして、④本件公証人は、これらの確認を経て真正なものと判断した本件印鑑登録証明書の記載や本件パスポートの署名欄の記載との整合性及び面前の嘱託人の回答を踏まえて、本件訂正前委任状記載の「昂」(こう)の字(2か所)をいずれも「昂」(ほう)の字に訂正させたのであり、本人確認義務違反があったとは認められなかったとした。

一方で、本判決は、司法書士の注意義務違反を認めている。当事者の本人性や登記意思の存否の確認において司法書士が負うべき調査義務については、特に依頼者からその旨の確認を委託された場合や、司法書士が有すべき専門的知見に照らして、「当事者の本人性や登記意思を疑うべき相当の理由が存する場合」に生じるという従来 of 裁判例と同様の判断が示されている<sup>28</sup>。その上で、本件司法書士は、①本件パスポートの原本、②本件認証書が付された本件委任状及び③本件印鑑登録証明書を受領し、②本件認証書が付された本件委任状及び③本件印鑑登録証明書の氏名の記載は、いずれも登記事項証明書の記載と明らかに異なっていた等の具体的な事実関係を認定し、司法書士には本人確認義務違反があったとした。

---

28 司法書士は、本人確認において、原則的に本人性や登記意思の確認義務を負うものではないこと、例外的に当事者の本人性や登記意思を疑うべき相当の理由が存する場合には調査確認義務を負うべきと判示した点については、従来 of 裁判例と同様の判断である(大阪地判昭和62年2月26日判時1253号83頁、大阪地判9年9月17日判タ974号140頁、東京地判平13年5月10日判タ1141号198頁、東京地判平成25年5月30日判タ1417号357頁、最判令和2年3月6日民集74巻3号149頁等)。

### (3) 平成 29 年判決の評価

平成 29 年判決では、公証人の本人確認における義務について、印鑑登録証明書の外観、形式等の異常の有無及び私署証書に押捺された印影と印鑑登録証明書の印影との同一性を「公証人としての業務上相当の注意をもって確認すべき注意義務」を負うものと判示した。さらに、公証人が調査義務を負うかについては、原則として否定し、「一見して、面前の嘱託人と私署証書の作成者の同一性が疑われるような場合」に限り生じるもので、その内容は、嘱託人や関係人への説明を求め、追加の資料を提出させるなどして、本人であることの確認を行う義務を負うものとした。

このように、公証人の調査義務を「一見して疑義ある場合」に肯定した平成 29 年判決は、公証人の調査義務を「法律行為の違法に具体的疑義ある場合」に認めた前掲・最判平成 9 年 9 月 4 日の影響を受けたものとする指摘がある<sup>29</sup>。一方で、司法書士等の資格者代理人による本人確認と公証人認証を比較した上で、公証人認証については「疑義の一見性」を基準とする軽度の注意義務しか認められなかったことについては、資格者代理人による本人確認と同等の信頼が前提とされている実態を憂慮し、公証人認証制度を廃止すべきであるとの提言もなされている<sup>30</sup>。

平成 29 年判決は、本人確認という手続きにおける公証人の注意義務が争われたものであり、手続法規違反に関する事例として位置づけられる。同判決は、公証人の調査義務につき「一見して疑義あること」を要件とする。もともと、その前提としての確認行為については、印鑑登録証明書の外観、形式等の異常の有無及び私署証書に押捺された印影と印鑑登録証明書の印影

---

29 小柳春一郎「地面師・成りすまし不動産詐欺と公証人認証：公証人の注意義務違反を否定しつつ司法書士の注意義務違反を肯定した東京地判平成 29 年 12 月 4 日判タ 1454 号 205 頁を中心に」Evaluation 69 号（2019 年）1 頁。

30 小柳・前掲注 29）16 頁。このほか、田中進「公証人と司法書士による本人確認：司法書士出身者の公証人から見た司法書士の本人確認等の注意点（特集 不動産登記における本人確認）」月報司法書士 573 号（2019 年）23 頁では、公証人と司法書士の本人確認制度を比較し、公証人が嘱託人と関わりのない公正な立場で職務を遂行するのに対し、司法書士は依頼者である当事者との委任契約により登記申請の代理人となることを業とするものであるから、申請人の本人性につき、公証人よりも重い調査義務を課されてもやむを得ないと指摘する。

との同一性判断につき、「公証人としての業務上相当の注意をもって確認すべき注意義務」を課している。従前の裁判例（京都地判昭和37年4月11日下級民集13巻4号713頁）では、通常人を基準としていたのと異なり、専門家としての公証人を基準に注意義務が課されることを明示したものと見える。

## 6. おわりに

地面師詐欺における被害の抑止を考える場合、司法書士ならびに公証人による本人確認における注意義務のあり方は重要な要素と位置づけられる。不動産登記法上、本人確認については、公証人のみならず、登記官も審査権限があることが前提とされる（不動産登記法23条4項1号、2号、同法24条1項）。これらの規定は、虚偽の登記を防止することを趣旨とし、登記申請の手続き段階で登記官が本人確認を行うことを定める。もっとも、このような登記官による本人確認が、地面師詐欺被害の防止に有効であるかといえば、消極に解されよう。平成29年判決の事案にみられるとおり、地面師詐欺事件においては、登記申請を行う前に決済がなされており、登記所から申請書類の偽造を理由に登記申請が却下された時点では、買主は既に代金をだまし取られているのが実情である。

さらに、登記申請における公証人認証は、その後に行われる司法書士による登記申請業務においても、信頼の対象とされているという実態がある。例えば、連件申請のケースにつき司法書士の本人確認における注意義務違反が争われた最判令和2年3月6日（民集74巻3号149頁）では、司法書士への委任状に、印鑑証明書等の提出によって人違いでないことを証明させた旨の公証人の認証が付されていた最高裁判所は、司法書士の過失を否定したが、その理由の一つに本件委任状に公証人の認証が付与されていたことがあげられている。また、同判決の草野裁判官の補足意見では、委任状に公証人の認証が付されていた点につき、「本件において用いられた偽造の手口は人物の同一性を判別してこれに認証を与えることの職業的専門家である公証人

をも欺き得る程に巧妙なものであったことを示唆するものである」との指摘がある。このような最高裁や草野裁判官の意見の背景には、公証人の認証に対する公的な信頼がある。

このような状況のなか、平成 29 年判決には、登記申請書類の準備段階において、公証人が本人確認を行う際の注意義務を判断した初めての判決としての意義がある。まず、平成 29 年判決では、登記申請における公証人認証（不動産登記法 23 条 4 項 2 号）において求められる注意義務とは、「公証人としての業務上相当の注意をもって確認すべき注意義務」であることが示された。この点は、従前の裁判例では、通常人を基準としていたのと異なり、専門家としての公証人を水準とした注意義務が課されることを明示したものとして評価できる。ただし、公証人の調査義務を原則として否定し、「一見して、面前の嘱託人と私署証書の作成者の同一性が疑われるような場合」に限り生じるとした点には留意を要する。平成 29 年判決は、このような疑義が認められる例として、面前の嘱託人が、印鑑登録証明書に記載された年齢（生年月日）と矛盾する外見であるなど、一見して、面前の嘱託人と私署証書の作成者の同一性が疑われるような場合をあげる。しかしながら、このように一見性を強調し、疑義ある場合を限定的に解することは、同判決が、本人確認において負うべき注意義務につき、専門家としての公証人を水準とした意義を損なう帰結となりかねない。既に検討したとおり、公証人が公正証書を作成する際に、その法律行為の適法性について調査義務を負うかが争点とされた前掲・最判平成 9 年 9 月 4 日では、法律行為の適法性に「具体的な疑義」がある場合に限り、関係人への説明を求めるなどの調査義務が生じるという規範が示された。このような具体的な疑義を調査義務の成立要件とする同判決については、その射程が手続法規違反のケースにも及ぶと解し、さらに具体的な疑義へのあてはめ次第では、公証人の過失を柔軟に解しうるものとみる見解があり、参考に値する<sup>31</sup>。

---

31 山倉・前掲注 3) 248 頁。

ところで、本件事実関係によれば、認証の付与を求められた委任状には、登記義務者の氏名という申請人本人の氏名につき、印鑑証明書等との不一致があった。嘱託人自らの氏名に同一性に不一致があること自体から、一定の疑義が生じるともいえる。また、このような不一致が確認できた場合には、他の書面についても慎重に調査する必要性が生じるところ、本件印鑑登録証明書の形式は、真正なものと比べると、証明文言と発行日付の間の幅が数ミリメートル異なっていたことも認定されている。裁判所は、本件印鑑登録証明書と真正なものを直接並べて見比べなければ認識することのできない程度の差異であるとし、確認行為として不十分な点はないとしたが、嘱託人への慎重な調査、あるいは、官公署への照合等、公証人に調査義務が課されるものとし、これに違反したとの判断も十分に可能であったように思われる。

わが国では、印鑑証明書の経済的、社会的な重要度に鑑み、印鑑証明書による本人及び代理人の確認が制度化されてきたものであるが、予防司法の要請とそのため要する手続の簡素化はしばしば対立するとの指摘がある<sup>32</sup>。このような指摘は、証書の真正を担保して国民の信頼を確保するという公証人の職務的観点から、印鑑証明書を中心とする本人確認制度のあり方に疑問を呈するものといえよう。

---

32 小林久起「判批」民事法情報 134号（1997年）52頁。