

公証人として家族信託に 取り組む意義

千葉公証役場 公証人 こみやましげき 小宮山 茂樹

1 公証人と公証役場

公証人は、法務大臣から任命された特殊な公務員です。全国の公証人の数は約500人で、その多くが元裁判官、元検察官、元法務局長・検察事務官などの法律専門職です。主な職務は、①公正証書の作成（例：遺言、離婚給付契約、任意後見契約、賃貸借契約、信託契約、事実実験（公証人が見分した事実を記録するもの））、②私文書（私署証書）の認証（例：株式会社の定款認証、外国文の認証、宣誓認証（自ら作成した私文書であることに加え、内容に間違いのないことを宣誓するもの））、③確定日付の付与（私文書に確定日付印を押すこと）です。

私は、公証人を「最も強い約束を創り出す仕事をする人」と説明しています。その権限は、法律関係の安定と私的紛争

の予防のために、国家から公証人に独断的に与えられたものです^{1, 2}。

全国の公証役場の数は約300カ所で、公証人は、必ずどこかの公証役場で勤務をしています。公証人が1人しかいない「1人役場」と、2人以上の公証人がいる「合同役場」がありますが、職務内容は同じです。合同役場の場合、「この公証人をお願いしたい」などと公証人を指名することができます。

公証人は、勤務する公証役場内で仕事を行うことになっています。私は、千葉の公証役場に勤務していますが、例えば、北海道の当事者と九州の当事者との間で公正証書を作成したいという場合、双方が千葉の公証役場においでいただければ、公正証書の作成は可能です。

当事者本人が病気・高齢などで公証役場に来ることが困難な場合、遺言、任意

1 古代から、「人は神や王の前でした約束を違えることはない」と考えられてきた。そうだとすると、公証人は、神や王または国の権威の代理人として、相応の権威を持つとともに、当事者も厳粛な気持ちで公正証書の作成に臨むことが「最も強い約束」としての公正証書の役割を果たすことにつながる。

2 公正証書は、権威を背景にした約束の書面という面があるが、当事者の切実な願いをかなえるという面もある。それゆえ、公証人には、当事者の悩みや迷いに寄り添うカウンセリングないしコーチング的な手法が必要になることもある。今後の公証人業務は、「背景にある権威」と「寄り添いの気持ち」の微妙なバランスが求められる。

後見契約および信託契約については、その公証人が所属している法務局管内、私の場合であれば千葉地方法務局管内（千葉県内）であれば、銚子でも館山でも柏でも本人のいる病院、施設等に出張して作成することができます。反面、私が千葉県外（例えば東京都内）に出張することはできません。

「賃貸借契約公正証書を作成したい。しかし、貸主本人が病気や高齢で公証役場に行けない。」このような場合、賃貸借契約は、代理による公正証書の作成も許されています³。

公証役場は、嘱託人（当事者）からの手数料だけで運営されており、国からは1円の給付も受けていません。収入面から見ると、公証人は個人事業主です。

2

信託契約を公正証書で作成する意義

公正証書を作成する長所は、①隠匿紛失のリスクがなく、②本人確認ならびに本人の意思および判断能力の確認がなされたうえで公正証書を作成するため、無効を主張されるリスクが極めて低く、③法的検討されたうえで作成するので、合法的で契約等の趣旨が明確になることです。これは、信託契約であっても同じで

す。

（１）隠匿紛失のリスクがないこと

公正証書は、原本、正本および謄本の3通を作成します。公証役場では、このうち原本に当事者の署名・押印をいただきます。原本は、公証役場が厳重に保管します⁴。原本は当事者に交付できませんので、当事者には、公正証書の正本と謄本を交付します⁵。

（２）当事者本人の同一性確認、本人の判断能力および本人の契約意思の確認

ア 公正証書を作成する場合、公証人が当事者本人の同一性確認を厳重に行います。なりすましを防ぐ重要な機能です。

イ 当事者本人の意思能力（判断能力）を確認します。意思能力がなければ契約をすることができません。高齢者や軽い認知症の場合、どの程度までなら意思能力があるのか質問を受けることがよくあります。ケースバイケースなので、一概にいうことはできません。医師の診断書（必ずしも精神科でなくともよい。）に判断能力に問題ない旨の記載があれば、公証人として比較的安心して公正証

3 代理による公正証書作成の場合、公正証書作成委任状と本人の印鑑登録証明書が必要になる。詳しくは各公証役場のホームページなどを参照。

4 公正証書の保管期間は、原則20年間である（公証人法施行規則27条）。ただし、遺言は、相当長期にわたって保管する。千葉公証役場では本人が120歳になるまで保管する運用である。任意後見契約や信託契約もほぼ同様である。

5 公正証書の正本と謄本は当事者に交付する。これらは、公務員たる公証人において、原本の記載と同趣旨であることを証明した公文書である。正本の場合、原本に代わるものという性質に加え、特定できる金銭債権について執行力を持つ（債務名義性）。謄本は、その力はないが、原本と同内容が記載されている公文書で、実務上、正本と同様の機能を持つことも少なくない。これらを紛失した場合、原本を基に「再発行」してもらうことができる。

書作成に当たることができます⁶。

ウ もう一つの公証人の役割は、当事者本人がその契約（信託契約）をする意思（真意）があるのか確認することです。とりわけ家族信託は、重大な結果をもたらしますので、委託者と受託者が信託契約を本当に理解しているかを十分に確認する必要があります。一番重要なのは、当事者同士の信頼関係です。私は、委託者と受託者の信頼関係が極めて強い場合以外には家族信託をお勧めしていません。また、長期にわたる契約ですので、途中で原契約に不都合ができた場合に当事者間の合意により変更する必要があります。また、受託者は、家族信託で極めて重要な役割を果たしますので、その契約内容をきちんと理解している必要があります。公証人は、その理解度も確認します⁷。

（３）法的検討

公正証書は、契約自由の原則で作成されますので、基本的に当事者双方から囑託があれば、公証人も特段の事由がない限り、それに従って作成します。しかし、当事者の作成した公正証書の条項に、違法な部分、無効な部分、明白な不当条項、

法的な矛盾や漏れがあった場合、それらを指摘することは、法律家としての公証人の基本的役割になります。とりわけ家族信託の場合、多種多様な形態があるので、公証人の果たす法的審査機能は重要です。法律実務家のフィルターを通過することにより、かなりの程度まで信託契約のリスクを軽減することが期待されます。

（４）金融機関等の対応

信託契約は、高齢者が関わることが多い反面、受託者の権限が大きく、その濫用によって委託者・受益者の利益が損われるおそれがあります。信託契約が違法・無効であった場合、かかわった金融機関がそのトラブルに巻き込まれないとも限りません。

公正証書が作成されている信託契約の場合、当事者の同一性の確認、意思能力、契約締結意思および法的妥当性について、公証人において問題がないと判断していることになります。信用を重んじる金融機関等にとって、公正証書は、安心取引の促進剤になります。そのため金融機関の多くが、信託契約の公正証書での作成または作成約束をもって信託口座の開設に応じているようです。

6 一般論として、軽い物忘れがある程度であれば意思能力に問題ないことも多い。新聞やテレビを見てある程度理解できていれば、意思能力ありと判断されやすいであろう。公証人自身が、長谷川式簡易スケール法またはそれと類似の方法を用いて判断することもある。意思能力が微妙な場合、これらを記録化し、公正証書原本とともに保存しておくのが標準的な取扱いである。

7 士業者などの補助なく信託契約公正証書の作成依頼があった場合、私は受託者に対し、家族信託の仕組みを正確に理解しているのか、かなり細かな質問をしている。受託者が家族信託の要であるからである。作成しようとする条項の意味等を確かめ、一定のレベルに達していない場合、家族信託の理解がないものとして、公正証書の作成を拒むこともある（家族信託の真意を理解していないのであれば、信託契約を締結する意思（真意）がないものと解釈されてもやむを得ないと考ええる。）。

3 家族信託と公証人・士業者

(1) 公証人の対応

公証人の信託契約に対する対応は、以前に比べ改善はしているものの、「苦手意識を払しょくできている」わけではありません。現時点での公証役場(公証人)の家族信託に対する対応は、①信託は苦手なのでできれば回避したい、②特定の金融機関または士業者からのものは扱うが、一見の士業者からのものはできれば回避したい、③嘱託があったものは受理して検討する、という3つに分かれます。信託契約の習熟には困難が伴いますが、法律専門家である公証人がそれを回避することは許されません。公証人側のさらなるレベルアップが求められます。

家族信託にとっての公証人は、あくまで脇役です。家族信託のニーズは家族によって様々で、それにあわせて千差万別のスキームがあり得ます。法的な問題がないにもかかわらず、家族の実情について十分理解していない公証人が信託のスキームについて余計な口出しをすることには慎重であるべきです。

例えば、「受益者代理人を設けたほうがいい」、「家族信託と任意後見契約と同時に作成するべきである」、「自己信託は

原則禁止すべきである」など、一般論としては望ましいことも多いと思われます。確認の意味で尋ねることは許されるにしても、十分に事情を聴かないまま公証人による当事者への強い推奨や警告は、信託当事者にとって余計なお世話になることが少なくありません。

家族信託のスキームは、その家族ごとの機微に触れる事柄であり、模範事例を一般化してしまうことは硬直した運用になりかねません。

(2) 嘱託受託義務

公証人には、嘱託受託義務があります⁸。現実には、士業者側も苦手意識のある公証人に無理に嘱託することをせず、受け入れてくれる別の公証役場(公証人)に持ち込んでいるものと思われます。しかしながら、都心ならばともかく、地方で公証役場の数が限られているような場合、当事者を都心の公証役場に連れていくことは大変なことです。病床にいる当事者にとって困難ですので、地方の当事者の中には、家族信託の組成を断念するケースも想定されます。これはあってはならないことです。公証人全体の問題として、地方の公証人への信託契約についての支援を検討しなければならないと思われます。

8 公証人は、正当な理由がない限り、嘱託を拒むことはできない(公証人法3条)。正当な理由とは、法令違反の事項、無効等、外国語による証書作成、人違いでないことの証明手続を履践しない場合などを指す。公証人の処理能力を超える事件数があった場合は、嘱託を拒否すべき正当な理由があるとされるが、自己に経験のない種類の事件等で能力的な限界を超える場合には、安易に嘱託を拒むことは許されないとされている。

9 私は、「家族信託の組成には、その家の匂いを嗅ぐ必要がある」と主張している。その家族に合った家族信託のスキームを作り上げる場合、当事者の家にまで赴いてその家族の実情を知り、家族会議を経て、問題点を探り出したうえでその家族にとって一番良い解決策を提示するのが士業者の役割であると考えている。それによって、非言語情報を含む隠された問題点が浮き彫りになることもある。

(3) 士業者への期待

他方で、士業者側も、未完成や不十分のままの家族信託の案文を公証役場に持ち込むことは厳に慎むべきです。家族信託は初めてという士業者もあり、それに甘えて、公証人に信託条項などを丸投げする士業者も散見されますが、これは論外です。

大切なことは、日頃から業種の枠を超えて士業者同士のネットワークを構築し、様々な機会をとらえて家族信託についての力量をレベルアップさせておくことです。これは、家族信託を受注しようとするプロであれば、絶対に必要な心構えです。力量不十分のまま組成された信託契約の一番の被害者はその当事者であり、その家族です。その弊害は、相当長期にわたります。さらに、その弊害が顕在化せず、地雷原のように埋め込まれる

場合もあります。十数年後に信託契約の欠陥があらわになり、関係者との連絡が取れなくなった場合、家族信託に対する不信の芽が国民の間に広まってしまいます。そうなったら取り返しがつきません。

家族信託は、委託者の受託者に対する強い信頼関係から成り立っています。それに加えて、強くしなやかなスキーム作りをする技術を持ち合わせなければなりません。優しさと強さを持ち合わせた家族信託を構築する。その要は、士業者やコーディネーターの「持続する熱意」です。

家族信託は、委託者の受託者に対する強い信頼を基礎としていますが、同時に、その信頼は、士業者やコーディネーターに向けられていることを忘れてはなりません⁹。

こみやま しげき
小宮山 茂樹



1977年司法試験合格。78年中央大法学部卒。80年裁判官に任官。大阪を振り出しに、長崎、さいたま、千葉、水戸、横浜などの各地方裁判所及び東京高等裁判所に勤務。主に民事裁判官として、集中証拠調べ、専門訴訟の普及に努めた。35年の裁判官生活を終え、2015年から千葉公証役場公証人。東京郡出身