

「こんな時などどうしたらよい?」

公証役場・公証人・公正証書 に関する Q&A

日本公証人連合会事務局回答

このQ&Aは、実務家から寄せられた公証役場や公証人、公正証書等に関する質問について、日本公証人連合会（以下、「日公連」という）の事務局より回答をいただいたものです。

家族信託公正証書を取り扱っていただけないケース

Q1 家族信託の公正証書を作成しようと、事前に文案をお送りしたところ、「当公証役場では民事信託は取り扱いません」との返答を受けました。

高齢のお客様に対し、せっかく居住市内に公証役場があるにもかかわらず、遠方の公証役場に行ってしまうのは心苦しいのですが、どのようにすればよいのでしょうか？

A1 公証人は、法律上、法令に違反した事項、無効の法律行為および能力の制限によって取り消すことができる法律行為については、公正証書を作成することができません（公証人法26条）。家族信託は、裁判例が少なく、

法律上の論点も多いため、公証人が公正証書の作成を躊躇したものと思われます。日公連としては、日弁連の信託センターと共同で、家族信託契約締結にあたっての問題点を研究し、その結果を、判例タイムズに掲載しております。また、各公証人に対し、家族信託を作成するために必要な基礎的知識や文例等の情報を提供するように努力している最中であります。現在の学説、運用を踏まえ、問題状況に応じた書式、資料を作成し、全国に配布する準備を進めております。

今後も、家族信託をしやすくするための努力を続けていきたいと考えております。

家族信託公正証書の内容について

Q2 受益者代理人の設置は信託法上必須ではありません。お客様の状況に応じて受益者代理人を設置しない契約書案を作成し、公証役場に事前相談したところ、「受益者代理人の設置条項のない公正証書の作成には応じな

い」との返答を受けました。

「本事案では、受益者代理人は設置する必要はないと考えます」と伝えても受け入れていただけません。どうしたらよろしいでしょうか？

A2 確かに、元公証人の文献（弁護士遠藤英嗣著『全訂 新しい家族信託』245頁）には、受益者代理人が必要であるとの記述があり、公証人も、この影響で「受益者代理人の設置条項のない公正証書の作成には応じない」と発言しているものと思われます。当該事例の詳細が不明なのですが、近時、家族信託において、受益者が認知症を患っていたり、知的障害、未成年者等であったりして適切に意思表示ができない場合に「受益者代理人」が必要となる事案があるといわれています。事案に応じて慎重に検討する必要があります。

公証人からそのように言われた場合、受益者の利益を擁護する手段として、信託契約を変更して受益者代理人を選任する、あるいは信託監督人を付するという選択を用意しているのご説明いただくと、公証人も、公正証書の作成に応じると思います。

Q3 信託財産として、金銭を信託しようとしたケースです。委託者はまだ元気なので、当初は少額（100万円程度）で信託をスタートし、受託者と一緒に財産管理に取り組みながら、徐々に追加信託していくことを希望していました。しかし、その文案を

公証役場に事前に送ったところ、「最初から少なくとも500万円以上の金銭を信託しないと信託とはいえない」とのことで、希望の少額での信託契約書の作成を拒否されてしまいました。

「契約は自由なはずだ」と、お客様も納得していません。どのように対応すればよいでしょうか？

A3 公証人が「最初から少なくとも500万円以上の金銭を信託しないと信託とはいえない」と説明した真意は不明ですが、一部の銀行実務において、信託口座を設ける際に、信託財産について一定額の基準を設けている運用がなされており、それを想起してそのような発言になったのかもしれませんが。信託の目的に照らし、当初から500万円以上の金銭の信託が当然に必要となるようなケースであれば、その旨の指摘をすることはあるかもしれませんが。もっとも、そのような発言があっても、質問のような事情を述べれば、信託契約書の作成を拒否するようなことはないと思います。

実務的には、不動産信託契約において、不動産のみを信託財産としている場合、固定資産税や修繕費を賄うために、ある程度（金銭）を信託財産に組み入れてもらうようにしている例はあります。

Q4 受託者を法人とする家族信託を希望するお客様がいました。受託者法人として、当初は新規で一般社団法人を設立する案もありましたが、委託

者が保有する休眠会社（株式会社）があり、その会社の定款を変更して信託受託者とする案に対し、「株式会社は受託者にはなれない」と公証人から返答がありました。

委託者の持つ複数の不動産と現金を信託するためだけに使用する法人ですので、不特定多数性や反復継続性は一切ありませんし、定款も「信託業法に抵触しない信託受託者業務」と記載する前提であることを何度申し上げても了解をいただけません。

このような場合、どのように対応すればよいのでしょうか？

A4 株式会社を受託者として認める公証人と認めない公証人がいるようです。

これは、法解釈の違いによるもので、この点に関して、日公連として統一的な解釈を出しておりません。実務の混乱を回避するためには、統一解釈を示す必要があることは承知しており、今後、検討していきたいと思っております。

株式会社を受託者として認める理由は、①信託法41条が「法人である受託者の取締役」の連帯責任について規定しており、信託法自体が株式会社は受託者になれることを前提としていること、②信託業法に抵触しない態様で受託者になることを明示することによって、信託業法との抵触を回避できること、③連続的に信託受託者となるのではなく、1回限りであることから信託業法に実質的に違反しないことなどがあげられます。実務的には、推定相続人1人につき1会社ずつあらかじめ

設立したうえ、これを受託者とする例があるようです。

他方、株式会社を受託者として認めない理由は、①法人は、定款で定められた目的の範囲内において権利を有し、義務を負う（民法34条）が、株式会社が行う信託の引受けは、「信託の引受けを行う営業」となってしまう（会社法5条、信託業法2条1項）、信託業の免許（信託業法3条）または登録（信託業法7条）を受けない限り、「信託の引受け」を目的とすることができないこと（ひまわり信託研究会弁護士伊庭潔編著『信託法からみた民事信託の実務と信託契約書例』日本加除出版182、183頁）、②特定の1回限りのものであっても、営利の目的をもって、反復継続して行うことが予定されている以上、信託業法の免許または登録が必要であることがあげられます。

現時点では、信託業法に抵触しない場合には株式会社も受託者になれるとの見解を採用する公証人を探し出し、改めて囑託をする必要があります。

契約当事者について

Q5 信託契約書には「残余財産の帰属権利者」を指定する（遺言機能）のが一般的です。よって信託契約を希望するお客様に、「公証役場には委託者と受託者が自ら伺って公正証書を作成する必要があります」と伝えたところ、「自分の知人は本人（委託者）が行かずに、代理人で信託公正証書を作った」と聞き驚きました。

家族信託の公正証書は代理人でも作成可能なのでしょうか？

A5 残余財産の帰属権利者を指定するとの遺言機能を有する家族信託の公正証書を、代理人でも作成可能なかとの点については、公証実務上、かつて積極説と消極説とがありました。現在の日本公証人連合会の考えは積極説です。

かつては、このような信託は遺言と同様、代理人による意思表示になじまないものと解されていました（弁護士遠藤英嗣著・前掲書 337 頁は、「遺言代用型信託と呼ばれる信託行為は当然のこととし、他の信託設定についても自然人の信託設定に当たっては原則代理はできないと考えている（例外は、法定代理人による信託の設定と、代理権を付与された任意後見人等が代理する場合で、しかも残余財産につき本人または本人の相続人に帰属させる信託である。）」としています）。

ところが、信託法には代理を禁じた規定はなく、委託者が自己の意思をきちんと述べることのできる状況の下で、公証人が委託者本人に信託契約締結の意思と代理人への委任の事実を明確に確認できた場合には、委託者について代理方式で公正証書を作成することを許容すべきであるとの見解を採るに至りました。

当然、契約当事者の契約締結能力、契約締結意思が存在することが前提であり、代理人による契約において、どのようにしてこれらを確認するのかという問題があります。この点、任意後

見においても契約締結意思および契約締結能力が必要ですので、そこでの議論が参考となります。任意後見契約においては、原則として契約当事者と面談することとされていますが、やむを得ない事由がある場合には、契約者本人との電話による意思確認あるいは士業などの専門家を介しての意思の確認をするという手法を認めています。

最近、テレビ電話を利用した任意後見契約公正証書および家族信託契約公正証書を委任者（または委託者）について代理方式により作成するにあたって、やむを得ない事情により委任者（または委託者）に直接面接することができない場合には、委任者（または委託者）の事理を弁識する能力および任意後見契約（または家族信託契約）を締結する意思を事前に確認するための補助手段として、「Face Hub」を使用したテレビ電話（キャプチャ機能を含む）を利用する取扱いを許容することにしました。

費用に関して

Q6 信託公正証書の作成費用について、公証役場によって費用が異なるケースがあります。具体的には、「公正証書作成時の信託財産額」で計算する公証役場と、「公正証書を作成することで、信託財産は委託者から受託者に行き、その後信託終了時に信託財産は残余財産の帰属権利者に移動する」ことから、信託財産額を2倍として計算される公証役場もあります。

公証役場によって価格が異なるのはどうしてでしょうか？

A6 公証役場によって信託公正証書の作成費用が異なるケースがあったというのは事実かもしれません。本件は、法解釈の違いから生じたものと思われる。公証人の手数料を定めている公証人手数料令は、法律行為の個数とその経済的価値によって手数料を定めています。この信託契約については、1行為とみるのか、2行為とみるのかという点で、公証人間で意見の対立があるようです。

信託契約は1つで、信託財産を受託者に譲渡するという点を捉えると、1行為となります。他方、信託契約は、報酬を伴うので2行為であり、報酬部分は算定不能であって、手数料令14条により信託財産の2倍とする考え方です。さらに、報酬の点を問題とするのではなく、最終財産帰属の点を捉えるという見解もあります。

日公連としては、公証人の見解によって手数料に大きな差が生じる状況は好ましくないと考えておりますので、今後統一する方向で、調整したいと思います。

その他

Q7 お客様と何度も話し合い、一家の総意をもって家族信託契約を結ぶことになったケースです。信託公正証書を作成しようと、当事者たちが公証役場に集まったその場で、公証人から

冒頭「なぜ家族信託なんかを結ぶの？任意後見契約のほうが良いからそれにしなさい」と発言されました。

担当する士業として間違った提案をお客様にしてしまったような印象が残り、大変困りました（その後やりとりがあり、無事信託公正証書は作成できましたが…）。

「任意後見契約のほうが良い」というのは、公証役場の統一見解なのでしょうか？

A7 当該事案の詳細がわかりませんが、正確に回答することは困難ですが、当該公証人が嘱託人の真意と理解を確認したうえで公正証書を作成すべきことはいうまでもありません。ご質問のケースは、公証人が、嘱託人本人との面会が初めてで、本人の理解を確認する過程で、任意後見制度を知っているかどうか、任意後見制度と信託制度の特徴を理解しているかを確認し、嘱託人本人のニーズに合うのはいずれかを確認したかったのかもしれませんが。

事案に応じて、任意後見契約が相当なものもあれば、家族信託が相当なものもあります。一律に、どちらが相当であるということはありませんし、日公連の統一見解というものもありません。

一般的に、①家族信託契約の対象となる財産は、信託財産として信託契約において設定された財産に限定されます。信託財産以外の財産の管理や処分が問題となる場合には、本人の将来の事理弁識能力の減退の場合に備えて、任意後見契約を締結しておくことが相

当な場合があります。②本人の財産管理のみならず、老人ホームの入居契約をしたり、医師と診療契約をしたり等、身上監護にも配慮する必要性がある場合には、任意後見契約を締結しておくことが相当な場合があります。③任意後見制度の利用のみでは、受任者に財産管理に関する代理権を与えるだけであり、成年後見におけるような取消権(民法9条)はありません。本人に財産管理の権限が残存してしまい、本人が

騙されて財産を失うことも防ぎきれませんので、これを回避するために、重要な財産を信託財産として、受託者名義に変更してしまうことも考えられます。

このように、事案によって、信託と任意後見の使い分けやその併用を考えることが必要となると思われませんが、嘱託人の真意を的確に把握するとともに、仲介している士業者の皆様とも適切なコミュニケーションを図る必要があると考えております。



遺言信託の法務と文例 ～遺言で設定する民事信託Q&A

弁護士 仙波英躬・弁護士 菅原 崇 共著
A5判・640頁 定価6,050円(本体5,500円+税)

信託を設定する方法は、①契約です(契約信託)、②遺言です(遺言信託)、③信託宣言する(自己信託)の3つです(信託法3条)。

本書は、②の遺言信託について詳しく解説します。

契約信託は、委託者と受託者の合意のもと成り立つものですが、遺言でする信託は単独で行うことができます。また、効力発生時期は、契約信託は締結時であるのに対し、遺言信託は委託者(遺言者)が亡くなってからです。

よって、遺言者自身で資産を管理でき、また状況に応じていつでも遺言内容を書き直すこともできるのです。

遺言は、遺言者の次の相続まで指定はできませんが、信託であれば可能です。遺言により信託を設定するのは、遺言者が自己の財産において死亡後の長期にわたる法的関係を決めておきたい場合です。例えば、障害を持つ子の親なき後の生活を守りたい、公益目的で毎月一定額を寄付したい(公益信託)、信託銀行や専門の会社に任せたい等があげられます。

本書は、遺言で信託を行う際に必要となる法律知識、類似制度との違いや論点等、遺言信託特有の問題を取り上げQ&Aでまとめています。



遺言等公正証書作成の知識と文例

弁護士 麻生興太郎 著
A5判・552頁 定価5,500円(本体5,000円+税)

知っておきたい公証実務・遺言・後見・尊厳死宣言・家族信託・改正相続法

老後の安心に関わる法的仕組み(遺言・後見・尊厳死・家族信託・改正相続法)の知識と、公正証書の豊富な文例を一冊に網羅!

公証人、弁護士、司法書士、行政書士、税理士等、老後の安心にかかわる相談を受ける実務家のために、諸制度の概観について図解を交えてできるかぎりわかりやすく説明しています。

実務ですぐに役立つように公正証書の文例を多数掲載!

ご注文はP.90の注文書をご利用ください。