

【 寄 稿 】

ドイツの不動産取引における公証人の役割

明海大学不動産学部教授
小川 清一郎

1. はじめに

ドイツの不動産売買は日本と比べて複雑である。債権行為と物権行為を峻別しているため、債権契約とは別個に、権利を移転させるための物権行為が必要になる。債権行為と物権行為は別個独立の行為であり、債権行為が無効であったり、取り消されても、物権行為には影響を及ぼさない（無因性の原則）。そこで、ドイツでは、不動産における権利の設定および移転を行なうためには、契約を有効に成立させる行為（債権行為）のほかに、権利を移転あるいは設定させるという物権的合意と登記が必要となる（ドイツ民法 873 条 1 項）。この物権的合意と登記が物権変動の成立要件である。不動産における権利の設定及び譲渡に関する物権的合意は、原則として方式自由の原則が妥当する（ドイツ民法 873 条 1 項）。しかし、不動産所有権の譲渡については、債権契約が公正証書による必要があり（ドイツ民法 313 条）、また、物権的合意も、アウフラッシングという形式をとる必要がある（ドイツ民法 925 条）。このアウフラッシングとは、契約当事者が譲渡人から譲受人への所有権の引渡に合意しているという両当事者の意思の表明である。このアウフラッシングは、暗黙の合意では足りず、必ず表明されなければならない。そして、所轄官庁に同時に出頭して意思表示されなければならない。こうした一連の過程で公証人が重要な役割を果たすことになる。

2 公証人の責任

2-1. 公証人の地位

連邦公証人法 1 条（法的事柄の証書作成およびその他の予防司法領域の任務のため、独立した公職担当者として、公証人が各州で任命される）によれば、公証人の主たる職務は、法的事柄に関する証書作成にある。公証人の機能は、公的職務として特徴づけられ、公証人は、予防私法の領域でその職務を果たす。予防司法とは、個人の将来の法的利益の監護、とりわけ、将来の侵害に対する個人の利益保護として理解される。この点が、侵害された法的利益を治癒する裁判司法とは異なる。つまり、予防司法という手段は、私的な法的利益を促進させるための、多様な、将来に向けられた措置である。

2-2. 公証人の職務

公証人の職務は、証書の作成である。この場合の第一のかつ本質的な目的は、証明力ある証書の作成である。この証明力が法的安定性の本質的保障となる。また、証書作成に際しての公証人の活動の目的は、内容上完全な証書の作成にも向けられる。つまり、関係人の法律行為に関する意思の完全な実現が、公証人の活動の目的となる。この目的のために、公証人は関係人の意思を探求し、できる限り事実関係を完全に解明することを要求される。そのために公証人は法律状態を調査する

ことになる。つまり、この行為で違法又は不当な目的が追及されていないか、どのような方法で法律行為の目的は達成されるか、その法律行為はどのような効力や効果を有するか、またそれはどのように展開するかなどについて、包括的に調査し、それを関係人に教示しなければならない。法的生活関係が複雑さを増せば増すほど、公証人の教示や助言が重大な意義を有することになる。公証人の教示があってはじめて、関係人の真の意思形成が可能となると考えられている。

2-3. 公証人の責任

日本の場合、公証行為は国家賠償法1条1項の公権力の行使にあたりとされ、公証人は個人責任を負わない。他方ドイツでは、公証人は独立した公職の担当者であり、公証人が職務上の義務に違反したときは、連邦公証人法19条によって、公証人自身が責任を負うことになる。公証人は公務員ではないので、公証人にかわって、国家がその責任を負うことはないとされる。公証人が個人で責任を負うことになるが、そのために責任保険の加入が義務づけられている。公証人は職務上の義務違反に対する責任がある。すなわち、公証人は中立義務（連邦公証人法14条1項）、誠実義務（同法14条2項）、守秘義務（同法18条）がある。さらに、証書作成法において様々な規定が置かれている（同法17条～21条）。連邦公証人法19条の責任が認められる要件として、①職務上の義務の違反、②保護されるべき第三者に対する損害であること、③故意または過失の存在、④ほかに賠償可能性がないこと、⑤職務違反の損害に対する因果関係を満たす必要がある。

3 公証人の義務

ドイツにおいては、不動産取引に公正証書の作成が必要となるので、公証人が様々な形で契約の形成に関与している。その際に、当事者の真の意思に沿うように公正証書を作成することが求められる。公証人が公正証書などを作成する場合には、

いくつかの義務が課せられている（証書作成法17条）。証書作成法17条は意思表示の公証に際して、次のように規定している。すなわち、第1項は「公証人は、関与者の意思を探求し、事実関係を明らかにし、行為の法的射程について関与者を教示して、関与者の陳述を明確かつ一義的に証書に再現しなければならない。その際、錯誤や疑義を避け、未経験な関与者や不慣れな関与者に不利益を被らしめないよう、公証人は注意しなければならない」。第2項は「行為が、法律または関与者の真の意思にそぐわない疑いのあるときは、その疑念は関与者と心ゆくまで討議されなければならない。公証人が行為の有効性について疑いを有するにも拘らず、関与者がその証書作成に固執するときは、公証人は、その教示とこれに対する関与者の陳述を証書に付記しなければならない」。これは、4つの義務から構成される。①関与者の真の意思の探求義務、②事実関係の解明義務、③行為の法的射程に関する教示義務、④意思表示を明確に起草する義務である。さらに、特別の事情が存在し、法律行為によって一方当事者が自ら意識していない損害を被るおそれがあるときは、公証人は後見的教示義務（die betreuende Belerungspflicht）を負う。これは判例により形成されたものである。まずは証書作成法17条に基づく基本的教示義務を、次に後見的教示義務を概観する。

3-1. 当事者の意思の探求

公証人は、契約当事者の真意を探求し、それを証書に記載しなければならない。公証人は、一見して当事者の意思表示が一義的で、全員の意思が一致するよう見えても、決してそれだけに満足せず、当事者の真意を探求すべきである。公証人は、未経験で熟練していない人々がしばしば法的な意思表示の内容とその射程距離を見通さず、それゆえ、不明確にあるいは全く虚偽の表示をすることを考慮しなければならない。また、当事者が法的概念を用いるときにも注意しなければならない。たとえば、当事者が用益賃貸借契約（Pachtvertrag）を結ぼうとしているとき、まず、

当事者が使用賃貸借契約 (Mietvertrag) あるいは区分所有法に基づく継続的用益権を意図しているのではないことを明らかにしなければならない。また、不動産の一部の売買の際には、公証人は当事者にとって建物を建てる目的から特定の場所かあるいは広さのどちらが大事かを明らかにしなければならない。公証人は契約形成の際にその当事者の望んでいる目的を達成できるように当事者から求められた契約の目的を徹底的に究明しなければならない¹。

3-2. 事実関係の解明

公証人が当事者の真意を確認するためには、その基礎たる事実関係を解明しなければならない。しかし、公証人は、何らの固有の探知権能を持たず、職権による証人尋問はできず、当事者の陳述に頼るだけである。すなわち、公証人は当事者の申立てを真実かどうか調査する必要はない。ただ、当事者が真実を述べていないという推測が具体的にある場合にのみ、さらに質問したりあるいは警告的な助言が公証人によって行われる。事実の解明のための公証人の義務は原則として、方式として有効な、当事者の意思を完全に適切に再現する証書を作成するために必要とされる範囲内で存在する²。

3-3. 行為の法的な射程に関する教示義務

当事者の真意について法的効力のある証書を作成するために認められたものである。この教示は、法的射程について教示するとともに、当事者が望む目的が法律上達成できるかどうか、どうすれば達成できるか、も教示する。すなわち、行為の一般的な法的意味、意図された結果を達成するための法的要件、法律に定められた方式の必要性、法律行為の効力と効果、そして執行と最終処理についてなどが教示されなければならない。

例えば、保証に際しては、保証引受けとは、どういう意味で、どのような結果になるかを説明す

るとともに、保証は信頼の問題であり、債務者が債務を弁済すると信じたときだけ、保証人は保証を引き受けるべき旨を教示すべきとされる。土地売買契約に関しては、土地所有権は、アウフラッシングと登記移転があってはじめて移転すること、土地はそれまでは第三者から差押えられたり、譲渡人が処分してしまったりする可能性があること、などを教示すべきとされる。

しかしながら、連邦公証人法 17 条 1 項でいう義務には、公証人が公証した法律行為が経済的に意味があるものかどうかを助言することまでは含まれていない。それゆえ、合意された売買代金が適当か、売却された不動産が買主の目的に添ったものかどうかを審査する必要はない。他方、売却された不動産に負担がないかあるいは担保権による負担がついているかどうかという問題は、行為の経済的な射程ではなく、法的射程に関するものであり、明らかにされなければならない。税法から生じる結果も行為の法的射程に属する。しかし、判例によると、通常公証人は税に関する助言の義務は負わない。連邦公証人法 19 条 (公証人は、税務署が発行する担税能力証明書を登記所に提出する必要性について助言しなければならない) についても、同条から税の教示義務は生じない。この助言義務は、どの額になると不動産取得税あるいは資本流通税が生じるのかという問題ではなく、ただ担税能力証明書が提出されなければ不動産登記簿あるいは商業登記簿において登記が実行されないということを助言する義務にすぎない。

3-4. 当事者の意思表示を証明に明白かつ曖昧さのないように再現する義務

証書化する義務は当事者ではなく公証人にある。公証人は、当事者の意思表示を疑いや錯誤が生じないように明白かつ曖昧さのないように再現しなければならない。そのために証明書の構成も明白かつ一目瞭然できるものにならなければならない。たとえば、不動産取引の際に公証人はただ不動産自体を正確に表示すればよいのではなく、登記簿に登録されている負担を表示する必要がある。特

¹ Eike Masse, Haftungsrecht des Notars, 1994 Rz. 17.

² Eike Masse, a. a. O., Rz. 20.

に一方あるいは他方当事者の給付義務について、また特に買主が引き受けた負担あるいは売主が除去しなければならない負担については明確に公正証書に記さなければならない³。

3-5. 判例により発展した後見的教示義務

一般的教示義務は公証人にいつも義務づけられており、一部は明文化されている。しかし、特別な教示義務は判例によって発展してきた。この教示義務は、一方当事者が意識しない損害を被る危険があるとき、その者に教示する義務である。この特別な教示義務は連行公証人法 14 条、証書作成法 17 条あるいは信義誠実の原則から導き出されるものである⁴。

4 不動産取引における公証人の責任

公証人が公証しなければならない契約のほとんどは不動産の譲渡に関するものである。不動産の譲渡のための契約は公正証書化する必要があるため（ドイツ民法 313 条）、公証人は当事者の目的に合った契約を完全かつ適切に公正証書化しなければならない。その際、買主と売主それぞれが危険に遭わないようにするために先履行することの危険やそれを回避するための手段、たとえば、アウフラッシングの仮登記といった手段について教示しなければならない。これらの教示は一般的教示義務の範囲を超えており、後見的教示義務として公証人に課されている義務である。こうした義務に違反する場合には公証人は損害賠償義務を負う。不動産取引において公証人の後見的教示義務違反が問題となる場合が多い。

1) 公証人が高額の包括抵当権が設定されている不動産について売買契約を公正証書化した。買主が支払うべき売買代金は、まず第一にアウフラッ

シングの仮登記がなされることによって保障されるべきである。抵当権者が担保権の抹消を意思表示した後で、公証人は売買代金を支払うことができる。その後、包括抵当権が一部評価されず、そこに発生した所有者抵当が第三者に譲渡されたことが明らかになったという事案で、連邦最高裁は公証人に対する損害賠償を認めた⁵。公証人はただ包括抵当権の意味を教示すればよかつたのではなく、買主に前もって売買代金を支払うことの危険を明白にしておかなければならなかつた。そして、アウフラッシングの仮登記は十分な保障にはならないことを助言しておかなければならなかつたからである。

2) 公証人は不動産売買契約の締結につき、申込みを行った者に対し何の教示もしないで申込みだけを公正証書化した。申込みに対する承諾は別の公証人によって行われた。この事例において、連邦最高裁は申込みだけを公正証書化したという公証人の後見的教示義務を否定した⁶。教示義務は承諾を公正証書化した公証人に課されるからという理由である。

3) 公証人は契約による先買権が存在する不動産について売買契約を公正証書化した。売買代金は、所有権の移転がなんの負担も存在しない状態で登記されることが保障されたときに初めて支払われることが契約で定められていた。買主はしかしながら、先買権の抹消の前にすでに建物と進入路を設けてしまった。その後で先買権者は抹消の許諾を拒絶した。この事例で、連邦最高裁は発生した損害の賠償を公証人に認めず、公証人の教示義務に対する要求を過度にしてはならないとした⁷。

以上のように、公証人は中立性を守りながら両者に公平な契約の形成を行わなければならない。当事者に適切に教示しなければならない。後見的教示義務の内容と範囲は最終的に当事者の信頼保護と信義誠実の原則により判断される。

³ Eike Masse, a. a. O., Rz. 33.

⁴ Franz-Josef Rinsche, Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 1998, Rz II 58.

⁵ BGH WM 1976, 433.

⁶ BGH VersR 1981, 985.

⁷ BGH VersR 1982, 299.

5 不動産取引における公証人の義務

証書作成法 18 条から 21 条に主に不動産取引に関する必要な教示義務が規定されている。

5-1. 許可

公証人は登記を行うために必要な裁判所のあるいは所轄官庁の許可あるいは承諾について当事者に助言しなければならない、この助言を行ったことを公正証書の中に記載しなければならない（証書作成法 18 条）。必要な許可をとることは原則として当事者の行なうことであるが、公証人に適切な官庁に許可の付与を申請することを依頼することはよくあることである。それゆえ、公証人が許可をとらず、かつ、当事者にこの必要性に関して教示しないとき、通常職務上の義務に違反したことを意味する。たとえば、公用徴収手続の開始後では 51 条で指定されている法律行為は許可を受けなければならない（建築法典 109 条）。区画整理領域における不動産については区画整理法 17 条による許可が必要となる。特別財産に属する不動産が譲渡される場合、それが投資会社の場合には許可が必要となる（投資会社法 31 条）。

5-2. 担税能力証明書

税務署の担税能力証明書が不動産の売買契約または贈与の場合に要件となることを助言する義務が証書作成法 19 条に定められている。通常、公証人はこれ以上の税に関する助言義務を負わない。

5-3. 法定先買権

証書作成法 20 条に基づき公証人は不動産の売買契約の公正証書化の際に法定先買権について助言しなければならない、助言したことを証書に記さなければならない。とりわけ、建築法典 24 条ないし 28 条による法定先買権が問題となる。

5-4. 登記簿の閲覧

不動産売買契約を公正証書化する前に、公証人は登記簿を閲覧しなければならない（証書作成法

21 条）。公証人は登記簿を閲覧し、とくに買主に対して特に入念にここから生じる危険に関して教示しなければならない。登記簿の閲覧とはすべての区を閲覧することを意味する。公証人は登記簿を閲覧する義務を負うが、申請書類を閲覧する義務までは負わない。公証人が申請書類を閲覧する義務を負うのは、登記簿自体が登記許諾を参照することを指示し（ドイツ民法 874 条）、これが公正証書化されるべき行為にとって重要な場合に存在する。登記簿の閲覧は公正証書化する時点で意味のあるものでなければならない。どの程度の時間まで許されるか判例でも多様である。登記簿の閲覧については、公証人自身が見なければならないのか。信頼がおけ、かつ、専門的知識のある補助者、例えば、公証人事務所の責任者あるいは職員が行ってもよいとされる。実務上は、公正証書化する前に、必ず登記簿のコピーを職員にさせているようである。

5-5. 登記所への申請

公証人は、公正証書化する際に当事者の意思に沿った内容になっているかだけを注意すればよいだけでなく、当事者の目的が達成できるように登記が実行されるように配慮することが義務付けられている（公証人法 53 条）。

6 まとめ

1) 物権行為の独自性・無因性を採用しているドイツにおいて、原因行為についての有効性を審査する機関として公証人が存在しているが、物権行為の独自性・無因性を認めないわが国で、登記官以外にその有効性を審査する機関が存在しない。実際には司法書士がその役割を果たすが、現行法上、司法書士にはそのような権限と義務を付与されてはいない。

2) ドイツでは、不動産登記に公信力が認められているため、取引に入った者を最終的に保護する制度が存在し、また、登記が所有権移転の要件と

なっているので、登記と実体が合致しない登記の状態が生じにくい。また、両当事者にとって、当事者の望んだ法的効果が得られるかどうかは、公証人が公正証書を作成している中で、公証人の教示義務の拡大により、両当事者の望んだ結果が得られやすい。

3) わが国では、登記に公信力が認められないため、登記は対抗要件にすぎない。それゆえ、登記と実体が合致しない状態が生じやすく、取引に入った者に対する保護が不十分である。さらに、契約当事者の一方が消費者の場合、ある契約条項から発生する危険を予知することは困難である。このように、契約当事者が望んだ結果を得るようになるためには、法的知識と経験豊富な者の助言が必要である。わが国でも、ドイツの公証人と同様な機関が必要であろう。わが国の不動産取引において、法律の専門家として介在しているのは、司法書士であるが、司法書士はドイツの公証人のような権限は認められていない。さらに、わが国の公証人の数は極めて少ない点も問題となる。

※ 本研究は平成 21 年度不動産流通経営協会研究助成を受けたものである。

【参考文献】

- 明石三郎『不動産仲介契約の研究』（一粒社）昭和 52 年
 明石三郎『判例不動産仲介契約論』（一粒社）平成 6 年
 明石三郎『不動産仲介契約論』（信山社）平成 6 年
 明石三郎・上原洋允・梶征一・岡本正治・磯野英徳『詳解宅地建物取引業法 [改訂版]』（大成出版）平成 7 年
 植村秀三『日本公証人論』（信山社）平成元年
 岡本正治・宇仁美咲『[詳解] 不動産仲介契約』（大成出版）平成 20 年
 川村俊雄「不動産仲介契約」『現代契約法体系・第 3 巻』272 頁（有斐閣）昭和 58 年
 工藤祐巖「宅地建物取引主任者の責任」『専門家の責任』373 頁（日本評論社）平成 5 年
 工藤祐巖「不動産取引と説明義務」判例タイムズ 1178 号 125 頁 平成 17 年
 来栖三郎『契約法』（有斐閣）昭和 49 年
 栗田哲男「判例から見た業者責任の動向」『現代民法研究 (2)』（信山社）平成 9 年

- 栗田哲男「土地に対する建築規制と宅建業者の責任」『現代民法研究 (2)』（信山社）平成 9 年
 小島浩「宅地建物取引業者の注意義務」『現代民事裁判の課題①』655 頁（新日本法規）平成元年
 後藤卷則『消費者契約の法理論』（弘文堂）平成 14 年
 小西飛鳥「ドイツ債務法改正がドイツ不動産取引に与えた影響」平成法政研究 12 巻 2 号
 財団法人不動産適正取引推進機構編『不動産取引の紛争と裁判例』（不動産適正取引推進機構）平成 11 年
 塩崎勤「不動産仲介業者の注意義務」『現代裁判法体系 2』355 頁（新日本法規）平成 10 年
 潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣）平成 12 年
 出口雅久「日独における公証人損害賠償訴訟の現状」公証法学 28 号 43 頁
 西垣道夫「宅地建物取引業者の取引と不法行為」NBL208 号 32 頁、210 号 20 頁、211 号 35 頁 昭和 55 年
 長谷川義仁「不動産取引における売主側の説明義務違反と民法上の効果」近畿大学法学 54 巻 2 号 1 頁
 松村和徳「執行証書の債務名義性に関する一考察」公証法学 21 号 51 頁
 丸山英気ほか『不動産媒介の裁判例』（有斐閣）平成 11 年
 山川一陽「不動産取引と不動産仲介業者の責任」『民法と著作権法の諸問題』（法学書院）平成 5 年
 山崎敏彦「宅地建物取引業者の説明義務」消費者取引判例百選 65 頁
 山崎敏彦「不動産仲介業者の説明義務」私法判例リマックス 27 号 27 頁
 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト 1094 号 128 頁