

第3章 不動産登記における公証人の役割

このページの上位ページは、<http://www.kokansihoo.com/master.html> です。

スペインでは、わが国の場合と異なり、公証人が伝統的・法的に不動産取引において重要な役割を果たしている。本章においてその一般的機能を紹介し、不動産取引におけるその役割、特に取引の安全の面での役割について説明する。

第1節 公証人の機能・資格・組織

(1) 公証人機能の概念

1862年5月28日制定の公証人業法（以下、“業法”と呼ぶ）1条は公証人機能の概念を次のとおり規定している：「公証人とは、法令に従って、契約およびその他の裁判外の行為を認証する権能を与えられた公務員である。全国土にこの唯一の種類 of 公務員を存在せしめる（補足1）（注1）」。

また、公証人規則1条の第2、3段落は次のように規定している：公証人は法の専門家であると同時に公務員である。これは公証人業務の構造がこの二重の性格を有するからである。法の専門家として公証人は、その職務を求める人々の相談にのり、法的目的を達するために最も適切な法的手段を助言するという使命を持っている。公務員として、公証人は次の二重の内容を包含しかつ保証するところの公信機能(fe pública notarial)を果たしている：①事実行為の範疇では、公証人がその感覚器官で見、聞き、または感受する事実の正確性の保持・保証。②法の範疇では、法令に従って作成された公署証書(instrumento público)の中での当事者の意思表示

（補足1）この定義から次の5点の特徴を導き出すことができる。

- ① 公証人は公務員(funcionario publico)である。スペイン法では、フランス、イタリアや他のEU加盟諸国に見られるような特定の公的活動を示す官吏(oficial publico)という表現ではない。しかし、この公務員という言葉は、“国の役人”という意味ではない。つまり、後者（官吏）は行政上のヒエラルキーの中にいる役人で、国から直接俸給を受けている者である。公証人関連の法規は、スペインの法制に従うと、国の役人に関する法規とは実質的に異なっている。
- ② 公証人の定義では、同世紀のフランス法と同様に、その機能の公的側面を排他的に斟酌しており、そのため、公証人の私的・専門的機能は問題とされていない。この脱漏は、次の点でも見られるように、現在は公証人業法の後の法令(具体的には、業法から発展した公証人規則(Reglamento Notarial))により補充されている。
- ③業法が使用する“認証する(dar fe)”という表現は、他国の公証人関連法制およびその後の当該スペイン法制が使用する“真正(authenticidad)”という表現と同様である。19世紀においても、更に、現在においても“認証する”のは公証人であると理解されている。一方、スペイン法においては公正証書(documento notarial)を規制するにあたって“真正”が取扱われる文書から“真正”が出てくる。公証人は、その公務員としての性質によって、“信用(credibilidad)”を有している。その性質により公証人が知覚し、または、公証人自身が作成した文書の中で述べられる事実は、その著者の信用を享受することになる。これは、次に述べるように業法が公正証書に与える“公信力(fe publica)”または“真正”である。
- ④この“信用”が機能し、その“真正”が発生するためには、“信用”の譲与が法律に従いなされることが必要である。

⑤その“公信力”の射程は、契約およびその他の裁判外行為に及んでいる。つまり、私人間の紛争性の無い全ての法的関係を包含している(注3)。

示の真正と証拠力の保持・保証(注2)。

(2) 公証人の相談と助言の義務

公証人規則1条の第2段落は公証人に、法の専門家として、その職務を求める人々の相談にのり、法的目的を達するための最も適切な法的手段を助言するという使命を与えている。ここに、公証人の相談・助言義務が明白に規定されている。しかし、さらに規則147条は、公証人が文書作成の前、その際、その後に遵守すべき行為を規定している(補足2)。

規則147条は、この義務を、当事者間に法的知識の不平等がある場合にも、または、一方が他方に課した契約の一般的条件が取り扱われる場合にも、拡張している。つまり、これらの場合に告知する特別な義務がある旨規定されている。これによると、公証人は、特別な援助をそれを必要とする一方に与えながら、他方から提案された条項を法知識の弱者たる一方に告げるように努める義務がある。この規定は、この特別な援助は公証業務の基本である公平性の原則を損なうと考えるEUの他の加盟国の公証人法令の中には見られないものである。

しかしながら、スペイン法は、公平性を減ずることなく可能であると理解している。なぜならば、約定者の一方が劣位の立場にある場合にそれに特別な援助を与えることは、両者の知識レベルを同じくする以外の結果を生じるものではないからである(注4)。

(3) 公証人の責任

公証人は、他のいかなる市民と同様に、その業務の遂行において犯した犯罪または過失による刑事責任を負う。同様に、民法の一般原則に従って民事責任を負う。民法1902条は、過失または債務不履行を惹起して、作為または不作為で損失を与えた者はその発生した損失を回復する義務があると、規定している。公証人としての特別な民事責任については規則146条が次

(補足2) これらの法的規定から、公証人には次の義務があることになる：

① “約定者の意思の探求と解釈義務。”当事者の初期の意思は、多分に、法的知識の欠如により不完全または過誤があるし、または、不法・違法な意思が含まれることがある。公証人の仕事は、なにが真の意思かどうかを当てて形作ることにある。

② 公証人が探求すべき意思は(双方)当事者の共通の意思である。“なぜならば、二個以上の意思があると、真の同意がなければならない。”

③ “当事者の共通の意思を法令に適合させる。”公証人はその共通の意思を、法に適合させながら、法的に構成しなければならない。このことは、当事者に種々の可能な交渉事の中からの選択可能性が与えられ、あるいは、非典型的な交渉事を創出させる、または、いくつかの典型的な交渉事を組み合わせる、と言うことを推測することができる。しかし、その他、交渉事の適法性を規制する一方、主として、その共通意思が効力を有するために必要な法的要因を探求しなければならない。

④ “当事者にその意思表示の価値と効果を告げる”。ここでスペイン法は、当事者に彼等がしようとしている

法律行為または法的交渉の効果について“示唆する”という公証人の義務についての1969年8月28日のドイツ文書法と同様な方式に従っていることが分かる(注5)。

のように規定している：公証人は、その業務について免責できない過失または債務不履行により与えた損害について民事責任がある。もし、その損害の全部または一部が新たな文書を認証することで回復可能ならば、公証人は自己の費用でそのようにしなければならない。また、その場合は、発生したその他の損害を補償する義務がある。最後に、公証人は、規則346条から364条に規定される倫理的責任を負う。この責任は当該条文が規定する手続によってのみ強制することができる。この責任を課す手続は、法務省、登記・公証人業総局そして公証人協会の理事会に授権されている(補足3)(注6)

(4) 公証人職の取得

公証人職の取得は、わが国の場合(わが国の公証人法12条2項は一定の試験合格を要件としているが、この試験実施は形骸化しており、実施されていない。一般に、同法13条と13条の2の裁判官・検察官等の資格者が法務大臣により任命されている。)と大きく異なり、原則として競争試験で公証人となる資格が与えられる。規則6条は次のように規定している：公証人業参入の競争試験の願書提出時に次の条件を満たしていること：

- ① スペイン人であること
- ② 法令で要求される年齢(23歳)を満たしていること
- ③ 公証人業務の実施を無能力化または不可能にする場合のいずれにも該当しないこと
- ④ 法学博士あるいは法律学士である者。または当該科目の学業を修了している者。

第7条は、公証人となる適合性を否定する無能力要因を次のように列挙している：業務を行うのに身体的または精神的に障害がある者、判決で公的業務の実施を禁止されている者、浪費者と宣言されている者、支払無能力者または破産者、確定判決によって公的行政サービスのひとつでも受けられない者(補足4)。

規則57条によると、公証人は70歳になると、または、業務に耐えない恒久的無能力になると、それ以前に強制的に引退しなければならない。65歳になると任意に引退できる(注8)。

(補足3) 倫理的責任を生じる過失は、軽い、重い、たいへん重いの中の三つのランクが規定されている(規則347条)。次のものは“たいへん重い過失”である：業務の放棄、業務提供の不当性、繰返えされる不正な競争、公的価値の失墜につながる行為、など。次のものは“重い過失”である：他の公証人区域の侵害、自身によらない業務の実施、三日以上の不当な休業、業務提供の不履行または遅滞、など。次のものは“軽い過失”である：他の公証人へ敬意を払わないこと、重い過失とまではならない業務提供の不履行または遅滞、など(348条から350条)。

倫理上の罰則としては次のものがある：警告、科料、休業・休暇・転任権の停止、先任権の後回し、強制的転任(351条)(注7)。

(5) 公証人の組織

公証人は、そのヒエラルキー組織の中で、法務省、登記・公証人業総局および公証人会の理事会(Juntas Directivas de los Colegios Notariales)に従属している(規則307条)。

① 法務省は、公証人の認証業務に影響を与える行政行為を担当する国の行政組織である。大臣は“王国の公証人長官(Notario Mayor del Reino)”の資格を有している。

② 登記・公証人業総局は次の機能を有する：(a) 公証人業法および政令・命令の遵守・実行について必要な処置を提案する。(b) 公証人会の理事会または公証人の相談・疑問を解決する。

(c) 資格に関する事項について議決する。(d) 公証人勘定の不服申立て(impugnaciones)についての理事会の合意に対する訴えを解決する。(e) 公証人事務所の検査・監督を実施する、など(規則313条)。

③ 公証人会は、法律で保護され国が承認した公法法人(corporación de Derecho Público)で、法人格と完全な能力を有する。各公証人は、その住居がある市町村を管轄とする公証人会に加入しなければならない。現在、16の公証人会がある(注10)。

(注1) Augusto Gomez 他「La Funcion del Notario en la Union Europea」 155頁 (Colegios Notariales)

(注2) 同156頁～157

(注3) 頁同155頁～156頁

(注4) 同158頁

(注5) 同158頁～159頁

(注6) 同163頁

(注7) 同163頁～164頁

(注8) 同164頁

(注9) 同165頁

(注10) 同175頁～176頁

(補足4) 公証人業に参入するためには次の条件を満たす必要がある：

① “公証人業参入の競争”と呼ばれる試験である。これは、4科目で構成されており、最初の2科目は口頭試問で、他は記述試験である。最初の口頭試問は、60分で、民法4テーマ、国庫法制1テーマに答える。2回目の口頭試問では6テーマ(民法が2テーマ、抵当権法が2テーマ、他は業法、手続法、行政法のテーマである。)に答える。一回目の記述試験では、最大6時間で、民法、商法、抵当法または公証人業法の1テーマについて論文を作成する。二回目の記述試験では、6時間で、受験者が提起または解決する法的問題の他に理由付けして公正証書契約書を作成する。この競争試験には最低3年の集中した準備期間が要求されている。

② この試験を通ると、法務省は国王の名において“公証人資格者証”を発給する。これで当該職種に従事することができる(規則22条)。氏名が国の公報に公告される。

③ 公証人は、その業務実施の保証として保証金を積まなければならない。この保証金は業務実施で負う責任に対するものである(規則30条)。

④ 公証人の地位を取得する儀式は、その公証人に指定された住居に対応する公証人会の中で行われる。その公証人は憲法への忠誠を約束し、法令が課する全ての義務を果たさなければならない。会の理事長は公証人にメダルと個別の標札を与える(注9)。

第2節 公署書証(documento público)

抵当法3条(*)は、“…… 権原を登記するには、法令が規定する様式での公正証書……に明記されなければならない。”と規定し、原則として不動産の物権変動を登記するためには公正証書を作成する必要がある(補足1)。本節では、公証人の公署証書について説明する。

(1) 公証人の公署証書(公正証書)の概念。

民法1216条は、公署証書を一般に次のように定義している。“公証人または権限ある公務員

(補足1) このように、構成要件(elemento constitutivo)として公証人の公署証書が必要とされるのは次の場合である：

- ① 不動産の贈与と受贈者による贈与の承認(民法633条)
- ② 口頭遺言(testamento abierto)(民法694条)。これは頻繁に使用される遺言の方式である。
- ③ 自筆証書遺言の原簿化(民法693条)。つまり、裁判官が承認すると、自筆証書遺言は、公証人の公証原簿または保管所に格納される。
- ④ 遺言者が作成し封印した遺言書は、公証人に交付しなければならず、公証人は遺言書の封筒に記録をして公証原簿に格納される(民法706条から715条)。
- ⑤ 口頭遺言の撤回(民法738条)。
- ⑥ 夫婦財産契約およびその修正(民法1327条、1328条)
- ⑦ 不動産が含まれる場合の結婚を理由とする贈与(民法333条)
- ⑧ 衡平仲裁(Arbitraje de equidad)の場合、仲裁人の仲裁判断(判決)(仲裁法)
- ⑨ 抵当権(抵当権法105条)
- ⑩ 動産抵当権および動産が債権者に移転しない質権(動産抵当権法)
- ⑪ 株式会社の定款の創設と修正・変更・合併・分割・撤回(rescision)・解散・清算(会社法)
- ⑫ 会社設立後の社員の出資(会社法40条)
- ⑬ 資本の増加・減少(会社法165条)
- ⑭ 有限会社の設立・変更・資本の増加と減少・存続期間の延長・変更・解散・清算(有限会社法)

その他、共同組合・動産投資会社・投資ファンド・金融組織・相互保障会社の定款も関連法令に従って公署証書にする必要がある。

更に、法律行為または契約の存在のために公証人の公署証書が必要な場合であるが、公証人以外の公務員の介入が可能な場合がある。それらは：

- ① 婚姻外の子の認知。これは民事登記所の公務員の前で、遺言書で、または他の真正文書で行うことができる。(民法120条)
- ② 後見人の指定。これは遺言書または公証人の公証文書で行うことができる。(民法223条)
- ③ 相続放棄。これは公的かつ真正文書(つまり、公正証書)で、または、裁判官に提出された文書で行うことができる。(民法1008条)
- ④ 限定相続としての相続の承認。これは公正証書で、または、裁判上で配分される場合は裁判官に提出された文書で、行うことができる。(民法1011条)
- ⑤ 有限会社の役員を選任・解任。これは公正証書または役員会の(公証人が署名を認証した)議事録の証明書で行うことができる。
- ⑥ 有限会社の社員持分の移転。有限会社法によると、これは公証人の前で、または、公的文書で行うことができる。

最後に、法律行為または契約の完全な有効性を持つため、または、契約が一定の効果を発生させるために公証人の公証文書が必要な場合で、その他に考えられるものがある。それらの場面は多数あるが、主なものまたは多用されるものとしては：

- ① 民法1280条に記載されているもの。本条は、“公署証書で証明しなければならないものとして、(a) 不動産上の物権の設定、移転、変更または消滅を目的とする法律行為または契約(公証人の公署証書が、これらの法律行為を所有権登記所に登記するために必要である。)、(b) 6年以上の不動産の賃貸借(第三者を害する場合は)、(c) 夫婦財産契約とその修正、(d) 相続人の権利または夫婦共同生活の権利の譲渡、放棄または否定、(e) 結婚の契約の委任状、訴訟委任状および裁判所に提出しなければならない特別な委任状、財物を管理するための委任状および公正証書に記載される、または、第三者を害する法律行為を目的とするその他の委任状、(f) 公正証書に記載された法律行為から発生する権利または株式の譲渡。
- ② 同一当事者の間での前の証書を無効にする目的とする法律行為または契約(注1)。

が認証し法が要求する形式を持った文書は公署証書とする。”また、民法 1217 条は、公証人の公署証書について“公証人が介入する文書は公証人法制が規定する。”と規定し法の委任をしている。この委任の結果、規則 143 条は、“民法 1217 条により、公証人の公署証書は本編の規定により律される。”と規定している(注 2)。

(2) 文書の種類。

公証人業法 17 条は、“公証人は公正証書原本を作成し、謄本を交付し、公証原簿を形成する。”と規定している。本条は、また“公正証書原本は、認証のために提出された契約または法律行為について公証人が作成すべき、当事者および証書証人(testigo instrumental)または知見証人(testigo de conocimiento)が署名し、場合によって、同じ公証人が署名捺印した、オリジナルである。”と規定し、また、“当事者の各人が最初に得ることができる公正証書原本の写しを、最初の謄本(primer copia)とする。”と規定している。本条は最後に“一年間を通じて認証された公正証書原本を順番にならべた集合体を公証原簿とし、指定された条件を持って一巻または数巻に綴じられ、丁づけされて調製される。”と規定する(補足 2)。

① “公正証書”とは、その中で法律行為または契約が、その種類を問わず形成され、または、あらゆる種類の権利と義務が修正され、あるいは、消滅するところの基本的かつ典型的な文書である。公正証書には、その通常の記載事項、日付、公証原簿の番号、公証人の氏名、当事者の氏名、証人の氏名の他に、場合によっては、介入者の身分を証する文書、介入者を知っていると宣言書またはそれがない場合は、それらの者の身分証明書でそれらを特定したとの宣言書、公証人の判断で関係者全員が法律行為または契約をなす能力があることの確認書が入れる。同じく、身分と、当該法律行為または契約が婚姻共同体の現在あるいは将来の権利に影響を与える場合は、配偶者の氏名を記載する必要がある(補足 3)。

(補足 2) 規則 144 条は次のように規定する：

① 公正証書の具体的内容は、(a)意思の表示、(b)同意の提供を含む法律行為、および(c)あらゆる種類の契約である。

② 公証人証明書の範囲は、排他的に法律事実(hechos juridicos) (公証人法制が当該証明書を“適合した正式な表示”と規定するその他の場合は別として、その特別な性質により法律行為または契約と評価できないもの)に及ぶ。

③ 公正証書または公証人証明書の名称を与えられない証明書、検認(legalizaciones)およびその他の公証人文書は、限定はあるが、その内容に応じて規則が指定する名称を持っている。

そして、規則 251 条以下に“証拠書(testimonios)”が規定されている。それらは、公正証書原本に添付されている文書、または、存在の証明のため、並びに、他の公証人、官憲当局、公務員およびあらゆる種類の人々の署名を認証してもらうため利害関係者により提出される文書として扱われるところの、当該公証人自身またはその前任者が認証した公正証書原本でない文書の一部または全部の謄本である。また、公証人は“証拠書”を、スペインで有効な法制および依頼者の個人的状態を外国において証明する目的で発することができる。多数の種類“証拠書”が存在する：①写真の証拠書、②公証人が知っている外国語での文書の証拠書、③民事登録簿への記入のため遺言書でなされた婚姻外の子の認知の証拠書、など(注 3)。

“公正証書”の後尾に、公証人は、当事者を知っていることの認証あるいは身分証明書で当事者を確認したことの認証、証人を知っていることの認証、場合によっては、「当該“公署証書”に記載されているその他のこと全部」（この文節には法令によりこの必要性を要求する全ての条項、条件、規定、その他の状況の証明が含まれる）の認証文を記すことになる。最後に、公証人は文書全部を当事者に読み聞かせ、または、当事者が自身で読むことを許可する。読み聞かせの後、当事者は“公正証書”の内容に同意する旨の表明をしなければならない。読み聞かせが終わったら、当事者、場合によったら、証人もそれに署名し、公証人は、自身の記号、署名および職印をもって、公証役場の公印を片側に押し、当該証書を認証することになる（規則156条から196条）（注4）。

② “公証人証明書(actas notariales)”は、公証人が目の当りにする事実あるいは状況、または公証人に明らかであり、法律行為または契約の性質をもたない事実あるいは状況を記載する文書である（補足4）。

現実には、他のタイプの“公証人証明書”が存在する。前述したように個人が認証を必要とする事実には非常に多くのものがあり得る。“公証人証明書”のこれら種類の全ての中で、発生は多くはないが、いわゆる“公知(notoriedad)の公証人証明書”が、“公知”の概念が裁判外の法的境界内で多く発生するので、特別に重要である。このことは規則209条と210条が確認している。“公知の公証人証明書”は、公知の事実の確認・固定を目的としており、それら公知の事実の上に権利が基礎を置きあるいは表明され、また、身分的あるいは財産上の状態が、法的重要性を持って、合法化され得ることとなる。“公知の公証人証明書”は、抵当法によると、不動産を一定の場合に所有権登記所に登記するための手段となる（例えば、登記されていない不動産の最初の登記（表示登記）をなす場合）。（補足5）。

この“公知の公証人証明書”の作成手続は次のとおりである：死亡の事実を証する民事登録証明書で死亡を証明しようとする死亡した者の卑属、尊属または配偶者が公証人に申し出ることによって開始される。依頼者が死亡者の親族であることを証明する民事登録証明書、その他、卑属、尊属または配偶者の地位を有する者の民事登録証明書を添付しなければならない。更に、民事登録所が婚姻した者に交付する、夫婦の個人データを証し、以後生まれた子のデータを証する公文書である身分登記簿(Libro de Familia)の添付が必要で、死亡者の家族を知っている

（補足3）その他、法律行為または契約の目的物については、その品名を示す他に、不動産が関係しているときは、その不動産自身の状況の表示と、誤りがあれば修正して所有権登記所に登記されているデータの表示が必要である。以前の文書または登記記録から生じる、不動産に影響する負担・税金を明らかにし、そして、不動産または物権を移転し、担保に入れ、変更し、あるいは免除する権利の取得権原を記述しなければならない。権利を譲渡し、担保に入れまたは変更するために公証人に提出された文書の余白に、公証人は注記(nota)の方法でその移転、負担または行われた行為を、日付と署名を付して明らかにすることとなる(注5)。

と宣言し、公証人証明書に記載されている者が卑属、尊属または配偶者の中でもっとも近い親族であることを断言するする2人以上の証人が必要である。公証人は、これらの証拠によっても誰が無遺言相続人であるか明白に決定できない場合は他の証拠の提出を求めることができる。

一旦、相続人の資格が推定される“公知性(notoriedad)”が証明されると、公証人は、民法の無遺言相続の規定に従い、この相続人資格および相続における対応するその者たちの権利を宣言することとなる(補足6)(注5)。

③ “公証人委任状(poderes notariales)”については、民法1280条の中に次のような規定がある：5 結婚契約の委任状、訴訟委任状および裁判所に提出しなければならない特別な委任状、財物を管理するための委任状および“公正証書”に記載される、または、第三者を害する法律行為を目的とするその他の委任状は、公署証書で証しなければならない。この規定により、公証人業務においては不動産の売買、抵当権設定、贈与の表明または承諾、交換、商業会社を設

(補足4) “公証人証明書”と“公正証書”の間には次のような差違がある：

- ① “公証人証明書”を要請する者の能力は確認する必要はない。また、“公証人証明書”を作成するのに、依頼者の合法的利益および公証業務の適法性以外に他の条件は必要ではない。
- ② 現行の法令が要求する場合以外は、(公証人証明書には)証人の介入を要しない。
- ③ “公証人証明書”の内容により人の特定が不可欠な場合を除いて、公証人にその人を知っていることを証明させることはない。
- ④ “公証人証明書”作成は、公証人にその要請をすることで開始される。そして、関係する事実に従って、同時にまたは後日、その同じ文書に別の手続で証明することで作成される。

これらの差違にかかわらず、“公証人証明書”にはいかなる種類の事実でも含むことができるので、その作成の形式には大きい幅があることになる。一方当事者がなした他方への、例えば、契約書に署名するような催告の場合のような一定の場合に被催告者の同意を含めることができるが、こうすると、“公証人証明書”の中に催告と承諾を含めることで契約の締結を実現し文書化することができることになる。

規則は“公証人証明書”の種類を次のように列挙している：

- ① ある事実の存在または真実を証明する、目の当りにしたことの“公証人証明書”
- ② 郵便または他の文書の発送事実の“公証人証明書”
- ③ 通知または催告の“公証人証明書”
- ④ 事物または文書開陳の“公証人証明書”
- ⑤ 公知(notoriedad)の“公証人証明書”
- ⑥ 文書の公証原簿化の“公証人証明書”
- ⑦ 公証人に寄託の“公証人証明書”(注3)

(補足5) 1992年4月30日の(手続改革の緊急手段についての)法律10号の公布のときから、“公知の公証人証明書”は、遺言書を作成することなく死亡した者の卑属、尊属または配偶者を遺言書なしの相続人と表明するための手段となっている。民事訴訟法979条は、“死亡した者の卑属、尊属または配偶者である一定の者を遺言書なしの相続人と表明することは、死亡者がスペインにおいて最後の住所を有していた場所で業務をしている公証人の前で証人及び必要な文書での証拠立てしてし、その公証人が公証人業法に従って作成した公知の公証人証明書によって得ることができる。”と規定している(注4)。

(補足6) 更に、過誤を避けるためのその他の方法がある：つまり、公証人は、“公証人証明書”を作成する依頼を受けると、その事実を公証人会に通知しなければならない。もし、公証人会が、同じ相続事件に関連した別の公証人から通知を受けていると、両方とも手続は中断される。万一、他の推定相続人が作成依頼した他の同様な公証人証明書の取扱いのケースが報告されると、公証人証明書を作成する公証人は、公証人証明書の謄本の交付を20日間待たなければならない。この期間が経過すると、“公知性”が宣言され、公証人証明書の謄本が交付され、公証人会に公証人証明書手続の終了が通知される(注7)。

立するための委任状作成業務が多い。委任状は“公正証書”で、原本と謄本が常にあり、謄本は受任者（代理人）により使用される（補足7）（注6）。

(3) 文書の真正

規則1条は、“公証人の認証は、法の領域において内容として真正と証拠力を有する。……”と規定する。一方、民法1218条は、「“公署証書”は、第三者に対しても、その約定の原因となる事実およびその日付についての証拠となる。」と規定している。公証人の公信力(*fé pública*)は彼自身が作成した文書に真正を付与する。一番目に、文書の著作者性に真正が与えられる。公証人の著作者性、これは自己の氏名の後に“私の面前で(*Ante mí*)”という表現で図式的に表現されている。それは、彼自身がその作者が誰であるか示すための文書の効力として文書的意味での著作者性である(注9)。

(4) 証拠力

民法1218条は、“公署証書”は、その作成の原因となる事実およびこの日付について第三者に対しても証拠となる。また、契約当事者およびその権利承継人に対しても、契約当事者が“公署証書”でなした意思表示に関して証拠となる、と規定している。当該文書は、それらの目的が確かで、また、真実とみなされ、この証拠は文書に介入していない第三者にも効力があると、直接に証拠立てする。証拠についてのスペインの制度は、フランス、イタリアまたはアルゼンチンの法規と同じである。

この証拠価値は裁判手続において特別な地位を得ている。また、裁判外でも機能している。つまり、裁判外でも、真正が論駁されている場合を除いて、何人もその文書で信用づけられた事実の確かさを否定し、または無視することはできない。

つまるところ、“公署証書”においては、他の証拠（証人、私的文書、など）と異なって、

（補足7）代理権を証明する方法については、規則164条から166条が、公証人は当該文書で次のことを証しなければならないと規定している：

- ①委任者および受任者の個人的状態。
- ②代理権を証明する委任状の概要。

この委任状の概要または記述は次の方法の一つであることができる：

- (a)当該公正証書または公証人の証明書の中に委任状の全部あるいは関連部分を挿入する。
- (b)委任状原本を、公正証書の添付資料として、それに合綴する。
- ©委任状の証明書を、公正証書または公証人証明書に添付資料として、合綴する。
- (d)委任状は公証人の公証原簿に既に保管されているとの記述をし、公正証書または公証人証明書の謄本にそれを添付するとの公証人の証明書をつける。
- (e)単純に、委任状の原本は公正証書または公証人証明書の謄本に添付されることを証する。

よって、受任者が十分な代理権を有していると公証人が証することでは十分ではなく、前述の方法の一つで証明する必要がある(注8)。

その文書が信用付けする事実が証拠立てされたとされるが、それ以上のものではない。“公署証書”の価値と効力は、その内容が論駁されない間は、保たれ続ける(注10)。

(5) 執行力

真実性と合法性の推定および“真正”が、“公証人の公署証書”の執行力を発生させている。スペイン法では、14世紀から“執行条項(*clausula ejecutoria*)”が使用されていたけれども、現在は“執行力性(*ejecutoriedad*)”は、特別な条項を要せずに“公署証書”自身から結果的に生じている。民事訴訟法は、執行力を有する債務名義を列挙して、①公正証書の最初の謄本(我が国の正本に相当すると思われる。)、②二番目の謄本で、裁判の命令として、かつ害されるべき者あるいはその権利を発生させた者を呼び出して発せられたもの”を挙げている。(民訴517条4号)

一方当事者が、一定の金銭を支払う義務があるとしている法律行為または契約を内容とする“公正証書”を取り扱うとき、公証人は、最初の謄本を交付する際に、その証書の下部に“最初の謄本”である旨を証しなければならない。これにより、この証書自身は執行力を持つことになる(補足8)。

よって、“公正証書”はすぐれた債務名義(*título ejecutivo*)であり、公証人が処理することでそれ自身でその権原を有する。よって、“公正証書”の執行力は、“公証人公署証書”の真正の結果ということになる(注11)。

(注1) Augusto Gomez 他「La Funcion del Notario en la Union Europea」 177頁 (Colegios Notariales)

(注2) 同180頁～181頁

(注3) 同181頁～182頁

(注4) 同183頁

(注5) 同181頁～183頁

(注6) 同184頁

(注7) 同183頁

(注8) 同184頁～185頁

(注9) 同186頁

(注10) 同187頁～188頁

(注11) 同188頁～189頁

(注10) 同188頁

(補足8) 謄本が“最初”でなく、二番目またはそれ以降の場合は、規則234条が次のように規定している：義務の履行を強制できる“公正証書”の作成者またはその承継人が二番目あるいはそれ以降の謄本の交付に同意するときは、公証原簿を持っている公証人のところに出頭することとなる。公証人は、原本にそれら作成者、承継人または代理人および公証人が署名した、その同意を証する、覚書を綴じ込むこととなる。同意は、また、他の真正な文書で示すこともできる(注12)。

第3節 不動産取引での法的安全

(1) 問題の所在

実際の不動産取引においては、売買による所有権や物権の移転登記の前に同じ不動産について（公正証書）売買契約書作成時にはなかった抵当権の設定登記、他の債権者からの差押え（予防付記）登記または二重売買による移転登記がなされる場合がある。更には、真の所有者でない者が売買契約を締結する場合もある。このような買主にとって不測の事態を避けるためにスペインにおいては以下の方策が採られている。

(2) 公証人の介入

所有権登記所に登記するためには公証人が作成した公正証書等の公署証書でなす必要がある（抵当法3条(*)）。公証人は公正証書作成時には当事者の知見がない場合、本人の同一性確認を厳格に行う必要がある（業法23条、規則187条）、公証人の介入はこの意味でも取引の安全に寄与している。また、公証人が公署証書(instrumento público)の作成へ介入すると、その文書に“真正”が与えられるので、それに関係する者たちに法的安全を提供することは明らかである。公署証書の性質および効果を規定する条文のうち最初の条文である規則143条は、次のように明確に規定している。“…本章の処理手続に従う公証人の業務に依拠する公信力(fe pública)は、それが合法的に発生させるべき効果において、責任を蒙ることなく、否定され、効力をなくさせることはできない（補足1）。”

この公署証書が付与する法的安全性は、不動産の法的取引において、その取引の経済的重要性、取引の複雑性や不動産の所有名義または不動産上の負担の存在に関する詐欺をさけるために必要な慎重さを考慮すると、特に重要である（注1）。

(3) 登記所と公証人の協働

スペインでは所有権登記所があり、そこに不動産と不動産上に設定されている物権が登記されている。しかし、登記は義務的ではないので、登記されていない不動産または登記が現在の

（補足1）これは、公証人の証明(fe notarial)が持つ特権的性質で、その(意思)表示(declaraciones)は裁判外では争うことができない。よって、取引の分野では公証人の証明は完全で、規則1条で規定されている前述した二重の効果を持っている。つまり、①公証人は、事実行為の分野で業務を行う（文書の中で公証人が述べる事実の正確さ）。②同じく、法の分野で業務を行う（これは法令に従って作成された書類に記述された意思表示の真正と証拠力）。

更に、民法1218条はこれを確認して次のように規定している：公署証書は、その約定の原因となる事実および日付について第三者との関係でも証拠となる。また、契約者およびその権利承継人に対しても、契約者が公署証書でなした意思表示に関して証拠となる。

よって、認証機能または真正には、文書の形式的な真正およびその内容である意思表示の実質的真正が包含されている。これは完全な真正で、否定し、無効とすることはできない。

法的状態に合致しない不動産が存在し得る。ある不動産の登記が完全な効果を持つには、不動産およびその上に設定された物権の全ての変動は、不動産に対応する登記記入欄に反映される必要がある。そうしないと、登記が付与する公示性は、不動産を購入するためまたは抵当権あるいは他の物権を設定するためには、十分とはいえなくなる。このため、公証役場と所有権登記所の不動産取引の安全にかかる協力についての1994年12月29日の政令は、規則175条と249条と抵当規則の354a条と418条に、次に示すように興味ある制度を創設するべく、新しい規定を置いている(注2)。

① 登記情報の発信要請

不動産の取得または不動産上への物権の設定に係る文書を公証人が認証する前に、その公証人は対応する所有権登記所に当該不動産の表示情報を、その登記データと負担・担保があればその知れたる状況を合せて提供するよう要請しなければならない。この扱いは、贈与行為の場合または不動産の権原自体から得られる情報で譲受け人が満足であると表明した場合(例えば、物の移転者が公的機関である場合)は不要である(補足2)。

公証人はこの情報の要請をFAXを含むいかなる手段によって送ってよい。発信に際して、返答期限を表示しなくてよいし、または、発信から15日の間であるならば、ある一定の日までと指定して発信することができる。

登記吏は、その責任の下に(公証人から要求された)登記情報を登記情報通知書の形で可及的速やかに送らなければならない。要請した公証人に要請の受領後3日以内にFAXで発信しなければならない。登記情報の有効性の期限は、その情報を公証人が受領したときから数えて10日である。この期限の間、登記吏は、その送信した登記情報に影響または修正を与える可能性がある他の権利が日誌簿に現われた場合、その事情(例えば、その後、同一不動産について他の公証人事務所から来た登記情報送信要請)を、その発生日に公証人に通知しなければならない。もし、登記所の不動産の表示データが、公証人が情報要請時に送った表示データと異なっている場合、登記情報通知書には当該不動産の表示、登記用紙のデータ、登記名義人および不動産に影響する負担が記載される必要がある(注3)。

この措置により、当事者が公正証書作成依頼のため持参した登記情報通知書が現時点の不動産の状態を正しく表示しているか確認することができ、依頼から作成まで日数がかかる場合、

(補足2) 贈与行為の場合、または公的機関による処分の場合であっても、公証人が適当と考えるか、取得者が希望するときは、登記情報の発信を要請できることに留意しなければならない。取得者が情報取得を、緊急なことを事由として放棄する場合は、公証人は取得者の緊急または決定による当該放棄を証するだけに限ることができる、または、緊急事由が正当でないと思われる場合は、登記情報を得るまで、認証を拒否することができる。

その間に生じた不動産の状況（移転、抵当権設定、差押え、など）を速やかに知ることができることとなる。

② 公正証書契約書の送信

公証人が（売買契約書などを）認証した当日に、公証人は、登記することになる認証した契約書に署名・押印して、その契約書を登記所に FAX または他の手段で通知することになる。この通知は（受付）日誌簿の記入欄に次のように記載される：契約書の日付とその番号、契約当事者の表示、登記すべき権原に関する権利（所有権移転、抵当権、使用権の移転、または、他の物権、など）、不動産を特定する概要情報（場所、通り、階、など）および登記データ。この場合、その後、契約当事者は売買契約等の公正証書の謄本を登記所に持参して登記申請をする。登記申請が、FAX 等での受領から 10 日以内だと、日誌簿に記入した日が登記申請日となる。この処置で、売買契約等を公証人が認証した日に登記したこととなり、不動産の二重売買、所有権移転後の抵当権の設定、差押の予防付記登記、などの問題を回避することができるようになる。

これらの予防処置および不動産の法的・事実上の真の状態を早期に得ることで、当事者が取得する、抵当に入れる、または、物権の設定を行おうとしている不動産のデータの真実性と法的状況の真実性が確保されていることが明白になり、不動産契約における詐欺を予防することができる（注4）。

(注1) Augusto Gomez 他「La Funcion del Notario en la Union Europea」 172 頁 (Colegios Notariales)

(注2) 同 172 頁～173 頁

(注3) 同 173 頁

(注4) 同 174 頁