

物权立法与公证 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_89_A9_E6_9D_83_E7_AB_8B_E6_c122_484347.htm 目前，全国人大常委会正就《中华人民共和国物权法（草案）》征求社会各界意见。将公证制度引入物权立法，是完善我国物权登记制度的趋势所向。

一、物权立法明确物权变动中的公证效力和责任，具有理论与实践依据 首先，是运用法律手段保障和促进物权变动合法、规范、有序的客观需要。近年来，随着公证改革的不断深入，我国公证工作已逐步剥离行政色彩，公证权不再是行政管理权的演变和衍生；公证机构作为法律证明机构，也不再是行政机关的派生物。有的学者认为，公证的首要职能是对公民、法人及其他组织的重大法律行为、法律事件和法律文书进行证明，引导进入法律轨道，保证真实而又合法，进而产生重大的社会效益、经济效益，这是公证制度的“主产品”，同时作为“副产品”，也就预防了纠纷，减少了诉讼。公证机构区别于行政机关，专业性、权威性、中立性、程序性显著。与现有的其他证明制度相比，公证的显著特点是其法律专业性，公证人员经过严格的法律职业人员培训和思维方式训练。与其它法律服务工作相比，公证活动以专门法律证明机构信誉为基础，具有权威性；公证人员站在国家法律和社会公众利益的立场上，以不偏不倚的第三方身份执业，具有中立性；同时，公证执业活动具有严格的程序性。对当事人设立、变更、转让和消灭不动产物权的意思表示进行公证，是公证工作的固有职能和传统做法，公证已成为保障和促进物权变动合法、规范、有序的一种重要法

律手段。对于公证介入物权变动产生的法律效力，《合同法》对赠与合同公证已作出具体规定，但有关法律法规至今缺乏一般性规定，亟待《物权法》予以明确。其次，是依法维护当事人合法权益的必要保证。物权变动特别是不动产物权变动，往往涉及当事人的重大权益。确保“意思自治”，是维护当事人合法权益的关键所在。而通过一定的法律程序和环节，对当事人的意思表示进行适当的引导和规范，是实现“意思自治”的应有之义，不仅不会妨碍、削弱“意思自治”，反而能够强化、促进“意思自治”。有的学者指出，“意思自治”不是绝对的、不受任何限制的，而必须是有规则的、确定化的，意思表示需要一定的形式，公证是一种比较好的、重要的形式之一。公证证明的书面形式以及国家公证所独具的公信力，能够有效体现和固定当事人的意思表示，保障意思表示的真实、合法。公证不是国家管理的方式，也不是对于“意思自治”的限制，而是对于这一原则的保障和落实。物权变动经过公证可以在一定程度上减少纠纷的发生，也有利于降低纠纷解决的成本。由当事人自主选择是否公证，自主衡量公证与否不同的法律后果和经济负担，并不会因此强制性加重当事人负担。对公证与否产生的不同法律后果，《物权法》应作出明确规定。第三，是化解和减少政府部门登记责任风险的必然要求。物权登记的核心职能是实现公示并借助物权公示来保障交易安全。传统上，我国是由政府机构和部门办理物权登记。有的学者认为，政府部门登记给政府机关带来较大风险，公证依当事人的选择而介入物权登记流程，并承担相应的过错赔偿责任，可以化解和减少政府部门登记责任风险，提高政府效能，维护政府形象，这会

更有助于实现依法治国，建设法治政府、责任政府、有限政府的目标。类似情况在我国证券监督制度中已有体现，可资借鉴。第四，是制定一部既符合中国国情、又符合一般民商事活动规律的《物权法》的重要标志。我国制定《物权法》举世瞩目。我国探索建立和发展完善社会主义市场经济体制已经20多年，这为《物权法》的立法工作奠定了坚实基础，而国外一些成熟的经验和做法，则提供了有益借鉴。比如：《德国民法典》第313条规定，当事人一方以转让或者受让土地所有权为义务的合同，须经公证人公证；《瑞士民法典》第657条规定，转移所有权的契约，不经公证，无约束力；《瑞士债法典》第216条规定，以不动产为标的物的买卖合同，须经公证始为有效；《意大利民法典》第2657条规定，如果未按照判决、公证书或有签字认证或司法认证的私文书进行登记，则登记不得进行；《法国民法典》第1601-2条规定，不动产的所有权转移，依公证文书确认不动产完工而当然发生，所有权转移之效力追溯至买卖成立之日。上述重要立法经验，值得研究借鉴。有的学者认为，大陆法系国家的公证基本是国家证明，依靠国家信誉作为担保，因此它对于当事人意思表示的证明力是很强大的。国家赋予公证人相应的职能地位，允许其使用公证印章，公证人因此获得强大的、有效的公信力。一个法律事实经过公证之后，产生三个方面的效果：一是导致债权意义的合同明确成立和生效；二是一项物权行为经公证后不能撤销，在不针对第三人的情况下，可以发生物权确定的效果；三是可以对于一些导致物权取得或者消灭的法律事实提供最有效的证明，这些证明对于后来交易中相关事实的确认意义重大，对明确双方权利义务的消减

，具有积极意义。我国物权立法主张物权登记的实质审查，与上述大陆法系国家一样，我国推行“实质公证”，两种制度能够实现有效衔接，这是英美法系“形式公证”制度不可比拟的。笔者认为，从我国国情出发，合理借鉴大陆法系国家的做法，在《物权法》中适当体现公证的内容，是制定一部高质量《物权法》的重要标志。

二、物权立法明确物权变动中的公证效力和责任，具有现实条件和基础

改革开放以来，我国已建立比较完备的公证工作体系。截至目前，全国已设立3150家公证处，其中2,700多家公证处设在县（市、区），覆盖全国的公证机构网络体系初步形成，布局趋于合理，基本满足社会对公证服务的需求。各级司法行政机关普遍设立了公证管理部门，中国公证员协会和省（区、市）公证员协会组织机构建立健全，公证管理和行业自律进一步加强。经过50多年的发展，我国已拥有一支专业素质比较好的、成熟的公证队伍。目前，全国有近12000名公证员，公证从业人员近2万人。公证职业化建设成效显著，执业公证员从通过国家司法考试人员中选拔，大专以上学历的已占注册公证员总数的93.3%。公证员每年至少接受40小时的业务培训。45岁以下不具有本科学历的公证员，2006年年底将全部达到本科学历。多年来，我国公证工作为维护民商事活动正常运行，特别是保障和促进物权变动的合法、规范、有序，积累了一些基本经验。全国每年办理公证事项1000多万件，涉及200多个类别。近年来，各地特别是上海、南京、杭州、沈阳、昆明、济南等地的公证机构，办理了大量的房产赠与、交易合同等公证事项，有效避免了物权变动中的风险，对于促进诚信行为，保障交易安全，预防减少纠纷，发挥了重要作用。

目前，我国已有22个省（区、市）制定出台了关于公证工作的地方性法规、政府规章和规范性文件，其中涉及物权领域的一些事项成为必须公证事项。比如：《上海市公证条例》（1995年12月29日上海市第十届人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过）第二十九条规定，土地使用权的转让、抵押，国有企业的租赁、产权出售及拍卖，房屋的赠与、抵押等法律行为和文书，应当办理公证；《江苏省公证条例》（试行）（1994年12月30日江苏省第八届人民代表大会常务委员会第十二次会议通过）第十二条规定，土地使用权的转让，以不动产、机器设备为抵押物的抵押贷款合同，房屋的继承、赠与，国有企业和集体所有制企业产权的转让等法律行为、有法律意义的事实和文书，当事人应当办理公证；《浙江省公证条例》（1995年6月30日浙江省第八届人民代表大会常务委员会第十九次会议通过）第七条规定，国有土地使用权的转让、抵押合同，房屋的赠与、继承和有关房产所有权转移的涉外和涉港澳台的法律行为，国有企业和集体企业的兼并、联营、租赁及产权的转让合同，企业、事业单位以不动产、机器设备为抵押物的抵押贷款合同等法律行为和具有法律意义的事实、文书，国家有关部门或者省人民政府规定应当公证的，当事人应当办理公证；《四川省公证条例》（1994年12月3日四川省第八届人民代表大会常务委员会第十二次会议通过）第九条规定，国有土地使用权的转让、抵押合同，城镇房屋、涉外房屋的买卖、抵押、赠与、继承、分割合同（协议），国有企业的兼并、联营、租赁和产权的转让合同等法律行为和文书，应当办理公证；《陕西省公证工作若干规定》（1994年6月27日陕西省第八届人民代表大会常

务委员会第七次会议通过)第十条规定,土地使用权的转让,房屋等不动产的买卖、抵押、赠与、继承,抵押贷款合同,商品房的预售合同和分期付款协议,企业的拍卖、兼并等法律行为、有法律意义的事实和文书,当事人应当向公证机构申请办理公证。笔者认为,对地方立法及成功实践,国家立法应进行总结、完善并予以肯定。与其他行业一样,近年来,我国公证行业注重自身规范化建设和诚信建设,努力增强公证的公信力。司法部和各省、自治区、直辖市司法厅(局)以及全国和地方公证员协会先后出台了一系列规章制度,在公证员准入、职业道德和执业纪律、公证机构设置管理、公证业务程序、文书格式、质量监控、公证执业监督处罚等方面,都制定了相应的行政规章或行业规范。2001年,我国公证行业建立了强制性执业责任保险制度。笔者特别注意到,2005年3月底以来,司法部在全国公证行业组织开展了“教育规范树形象”活动,主要是在公证队伍中深入开展政治思想教育、业务素质教育和职业道德教育,进一步规范公证服务秩序、规范办证程序、规范公证处的运行机制、规范公证管理行为,以提高公证队伍素质,提高公证质量,提高公证的公信力。围绕建设高度诚信、高度负责行业的目标,各地进一步加大公证管理工作力度,积极探索建立公证质量保证体系和公证队伍建设的长效机制,广大公证人员的公证质量意识明显提高。笔者有理由相信,随着公证法制的逐步完善,公证工作的各个方面将步入制度化、规范化的轨道,公证质量整体水平将进一步提高,公证工作的公信力必将进一步增强。

三、物权立法明确物权变动中的公证效力和责任,能够与正在进行的公证立法实现配套衔接 最近,全国人大常

委会也正在审议《公证法（草案）》。草案立足于确立中国特色公证制度的框架，对公证效力、法律责任等问题作了原则性规定。这些规定应给予充分肯定，但需有关民商实体法进一步作出具体规定，这样才能形成有机的立法整体，促进公证制度在我国民商事活动中发挥更加积极、有效的作用。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com