

物权立法应当体现公证制度 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_484353.htm 目前，全国人大常委会正在向全社会征求对《中华人民共和国物权法（草案）》的修改意见。物权法是明确和规范物的归属及其利用关系的基本法律，是我国民法的重要组成部分，它的制定实施必将对公民个人生活、国家经济制度和社会和谐发展产生重大而深远的影响。与此同时，另一部与民商事活动密切相关的法律——《中华人民共和国公证法》的制定工作也在抓紧进行，有望在近期内出台。新中国历史上第一部物权法和第一部公证法同时向我们走来。就制度的关联性而言，物权法与公证法之间存在着内在的联系：物权法是公证制度的重要法律渊源之一，它为公证制度功能的发挥提供了一个有力的支撑点；公证法是物权制度运行过程中不可或缺的重要法律机制，它是促进物权制度贯彻实施的推进器。这种制度之间关联性，客观上要求物权法与公证法有机地结合起来，以更好地实现这两个制度功能的最大化。按照立法惯例，公证法一般只对公证事项作列举式的规定，而具体内容则通过民商事实体法来体现。就目前的《物权法（草案）》来说，尚无公证制度方面的规定，物权法与公证法之间出现了脱节，这是物权立法中一个缺憾。

一、公证制度是物权法不可或缺的重要组成部分

公证制度是一种重要的法律证明制度。从起源和发展上看，公证制度始终是与民商事活动紧密联系在一起，它为民商事活动的顺利进行提供了法律上的安全。因此，公证制度被人们称之为私法的传动齿轮。究其原因，这种作用

源自于公证制度独特的功能设计。公证制度最基本的功能是法律证明功能，随着公证制度的不断发展和完善，又在此基础上衍生出了引导规范、预防疏导、咨询中介、社会管理等多项功能，这些功能都是在公证制度服务于民商事活动过程中孕育产生的，与民商事活动具有天然的联系。实践表明，将公证制度引入物权法领域，有利于发挥公证制度的职能优势，最大限度地保证物权变动意思表示的真实性和合法性，从而实现维护交易活动安全性、有效性的目标。公证制度产生于两千多年以前的古代罗马，作为一项重要的法治文明，它在经历了不同社会形态、不同经济发展水平、不同意识形态、不同地域文化的国家和地区实践之后，不断发展完善，并日臻成熟，显示出旺盛生命力和广泛影响力。目前，世界上绝大多数国家和地区都建立了自己的公证制度。特别是在大陆法系国家如法国、德国、瑞士、意大利、日本等法典国家，他们的民法典特别是物权法中，都有大量的有关公证制度的具体规定，物权制度和公证制度有机结合，取得了交相辉映、相得益彰的效果。在这些国家，如果民商事立法特别是物权立法不涉及公证制度，简直是一件不可思议的事情。我国的物权立法既要立足基本国情，也要遵循一般规律，对于国外成熟的法治经验应当予以借鉴，这不是主观臆断，而是规律使然。从历史发展和现实情况看，在民商事立法包括物权立法中巧妙地引入公证制度是一个重要的立法现象，我国物权立法应当给予高度关注。

二、公证制度介入物权法领域的主要原因

公证制度在物权法领域的体现，是公证制度与民商事实体法结合的一个典型范例。从法理上考察，公证制度介入民商事活动有一个重要的切入点，这就是借助公证制

度来确定和保障民事法律行为意思表示的真实性、合法性。因为，在各种意思表示的形式中，将行为人的意思表示作成公证书被认为是最优越的形式。就一般意义上而言，在私法中奉行意思表示“形式自由”的规则，但是考虑到在实践中不同类型的民商事活动对公共利益及社会关系的影响及意义，通过立法确定某些重要的民商事法律行为遵循法定的形式成为必要。比如，德国民法典规定了三种法定的形式，即书面形式、公开认证、作成公证书。在这三种形式中，书面形式是最弱的，因为要满足书面形式的要求最容易，同时，这种形式也难以防止当事人操之过急，更无法使当事人获得专业咨询。公开认证的要求要高于普通的书面形式，因为公开认证由公证人办理，公证人通过审查并确认文件签名的真实性，从而可以为当事人提供更加有力的保护。但公开认证的不足也是明显的，它无法保障文件内容的适当性。作成公证书是最强的法定形式，因为要满足这种形式的要求，公证人既要履行审核义务，又要履行告知义务；既要审查签名的真实性，还要审核文件内容的真实性、合法性，甚至文件本身就是由公证人亲自起草的。法律行为的内容往往决定了它要采取的形式。由于物权变动特别是不动产物权变动关系复杂，影响较大，它不仅关系到当事人的个人利益，往往还涉及到第三人利益、国家利益和社会公共利益，因此，各国普遍将不动产物权方面的立法置于重要位置，采取更为严格的措施加以规范，对法律行为的意思表示实行“形式强制”。比如：德国民法典规定，在不动产物权法领域，物权变动要受到形式要件的严格支配，即使设定土地质权也需要到公证人那里去实施；法国民法典规定，协议抵押权，仅得在公证人

两人或在公证人一人和证人两人面前，以公证形式作成的证书始得设定；瑞士民法典规定，转移（土地）所有权的契约，不经公证，无约束力。关于为什么要规定“形式强制”，德国在其民法典立法理由书中作了如下精辟的阐释：遵循某种形式之必要性，可给当事人产生某种交易性之气氛，可唤醒其法律意识，促使其三思，并确保其作出之决定之严肃性。此外，遵守形式可明确行为之法律性质，仿佛硬币上之印纹，将完整的法律意思刻印在行为上面，并使法律行为之完成确定无疑。最后，遵守形式还可永久性保全法律行为存在及内容之证据，并且也可减少或者缩短、简化诉讼程序。可见，德国法规定“形式强制”主要考虑了四个因素：一是提醒行为人审慎决定；二是确保意思表示真实；三是永久性地保全证据；四是减少或简化诉讼程序。我国民法典的制定采取分编、分步的方法进行。根据立法机关的安排，物权编的制定是先于总则编的，建议在制定物权法时能够对法律行为的形式强制问题有所体现，以改变现行立法中仅仅确立单一的普通书面形式的现状，可以考虑借鉴国外的成功经验，将公证文书作为一种法定形式通过立法确认下来。

三、我国公证制度介入物权法领域的条件与方式

就我国的具体情况而言，公证制度介入物权法领域已经具备了比较充分的条件：第一，具有实践基础。新中国的公证制度已经有了50多年的实践，特别是自改革开放以来，我国公证工作取得了长足进步，公证质量不断提高，公证的职能作用日益显现，公证活动已经介入国家经济、政治、文化和社会生活的各个方面。特别值得关注的是，自上个世纪九十年代以来，全国已有22个省（区、市）制定了公证方面的地方性法规及规章，将公证

制度引入不动产物权变动领域，取得了很好的实践效果。第二，具有社会基础。根据司法部的统计，近几年来，我国公证业年办证量都在1000万件以上，公证业务的主要类别超过了70种，这说明公证制度已经为越来越多的人所认识和接受，公证制度的社会影响力、公信力在不断增强。第三，具有组织基础。截至去年底，全国共有公证处3164家，除少数边远地区外，在全国范围内基本实现了全部覆盖，几乎每一个县（市、区）都建立了公证处。全国共有执业公证员近12000人，其中大专以上学历的占94%，特别是自2003年起实行从通过国家司法考试获得法律职业资格的人员中选拔公证员的制度，公证队伍的职业化建设取得明显成效。第四，具有制度基础。我国公证制度设计的理念与大陆法系国家基本上是一致的，主要表现为对公证事项的证明采取“实质证明”（审查并证明法律文件的真实性、合法性），这种制度设计为公证制度与物权法顺利实现对接奠定了基础。英美法系国家的公证制度普遍采取“形式证明”（仅证明文件签名的真实性而不审查文件内容），这种制度设计的局限性决定了其公证制度无法有效介入到民商事活动领域。总之，以上这些条件为公证制度介入物权法领域奠定了坚实基础。考虑到我国的现实国情，借鉴国外的做法，当前我国公证制度首先应当介入不动产物权变动领域。就介入方式而言，可以有两种途径：一种是法定强制介入，一种是自愿选择介入。法定强制介入，主要是指将不动产物权变动的债权契约确定为法定公证事项，非经公证不能生效。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，需经公证人公证，否则合同无效。又如，瑞士债务法第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。也就是说，在法定强制方式介入的情况下，公证具有法律行为成立要件效力。自愿选择介入，主要是指在当事人在订立不动产物权转让合同时，可以根据自愿办理公证，但物权法应当明确当事人选择公证形式之后，在办理登记之前不得变更或撤销。在自愿选择方式介入的情况下，重在强调公证的证明效力，而非法律行为成立要件效力，公证与合同是否有效无涉。很显然，在这两种方式中公证介入的程度是不一样的，法定强制方式要比自愿选择方式介入得要深一些。需要强调的是，公证制度无论以哪种方式介入，都是以尊重当事人的意愿为前提的，不仅没有影响和妨碍当事人的意思自治，而且还促进和保障了意思自治的实现。我国物权立法应当明确公证制度可以这两种方式介入，这在实践中具有重要意义。自愿选择方式作为一种制度设计，它能够为当事人提供一种制度选择，是否办理公证由其自主决定，这有利于最大限度地发挥公证制度的功能，为不动产物权变动增加一道“安全阀”。为此，建议在《物权法（草案）》第九条增加一款列为第二款，规定：当事人将不动产物权设立、变更、转让和消灭的意思表示进行公证的，登记前不得变更和撤销。实践表明，这一做法是切实可行的。我国《合同法》第一百八十六条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”在实践中，有不少赠与合同的标的物就是房屋等不动产，当事人根据自己需要选择公证形式，为赠与行为提供了诚信保障和法律约束。法定强制介入方式属于“形式强制”范畴，对一些关系

国家利益和社会公共利益的不动产物权变动，可以规定法定强制介入方式，将公证作为法律行为生效的要件予以确认，这样可以通过公证行为最大限度地过滤各种消极因素，为不动产物权的变动提供更加充分、更加完备的法律保护。近年来，我国一些省市通过地方立法规定了这种“形式强制”方式，在实践中取得了很好的效果。对于这些成功的做法和经验，应当为我国物权立法所吸收，进一步上升为法律的规定。立法机关应根据我国实际，合理确定公证制度法定强制介入的范围。建议在《物权法（草案）》第一百五十五条增加一款列为第二款，规定：建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的合同应当进行公证，否则无法律效力。

四、公证制度介入物权法领域不会与登记制度冲突

在法定强制介入的情况下，必然会引申出一个问题，就是如果登记机关承担实质审查责任，有无必要在登记前进行公证，这的确是一个需要研究的问题。从目前《物权法（草案）》第十二条的表述看，登记机关的审查责任到底是实质性的还是形式性的并不清晰，但从总体看是倾向于实质性审查的。从民法理论上讲，实质审查主义与形式审查主义的区别，主要表现为审查范围、审查方式的不同。实质审查的范围及于原因关系，审查采用“审判方式”；形式审查的范围不及于原因关系，审查采用“窗口审查”。从实践结果看，两种审查制度各有利弊：实质审查的安全系数高，但效率低，登记机关承担的风险大；形式审查的效率高，登记机关不承担风险，但不安全的隐患大。因此，采用什么样的登记审查制度才能做到趋利避害，成为立法者考虑的一个关键性问题。从目前世界各国的登记制度来看，主要有三种模式，即契约登记制（主要

以法国、日本等为代表)、权利登记制(主要以德国、瑞士等为代表)、托伦斯登记制(主要以澳大利亚、英国等为代表)。我国的登记制度更接近权利登记制。权利登记制最显著的特征是实行登记生效,它要求登记必须具有公信力。就德国和瑞士来说,虽然两国实行的都是权利登记制,但德国采用的是形式审查主义,而瑞士采用的则是实质审查主义。为了克服审查制度的缺陷与不足,两国都在不动产物权登记前引入了公证制度,即规定不动产物权变动的契约必须作成公证书。这样做的结果是,公证人实际上承担了审查原因关系的重任,这对于保障交易安全、提高登记效率、降低登记风险都具有重要的意义。不过,从制度设计的角度分析,德国和瑞士在不动产物权变动登记前引入公证制度的目的是不同的:德国主要是为了克服形式审查主义不及原因关系带来的交易不安全因素;瑞士主要是为了克服实质审查主义及于原因关系带来的矛盾和问题,包括登记人员的能力资质问题、登记效率问题、风险承担问题、私权干涉问题等。以上分析说明,无论我国的登记机关采用实质审查主义还是形式审查主义,都需要公证制度及时有效的介入,以克服登记审查制度自身存在的局限性,确保登记的公信力和权威性。同时,在我国,由公证机构承担审查物权变动的原因关系的职责也是适当的、可行的。一是公证员是要通过国家司法考试、取得法律职业资格,具有良好的专业素质;二是公证处是专门的法律证明机构,有严格的办证程序和时限要求;三是公证员依法独立履行职责,具有中立的超然的地位;四是公证行业实行集体担保制度,年赔付能力高达四十亿元。作者系中国人民大学法学院民商法博士生 黄? 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