

Latin notary responsibility research

公证人职责研究

段伟 李全息 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公证人职责研究

Latin notary responsibility research

段伟 / 李全息 · 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公证人职责研究 / 段伟,李全息著. —北京:法律出版社,2016.4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9442 - 7

I. ①公… II. ①段…②李… III. ①公证人—职责—研究 IV. ①D916.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 082486 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 曦

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/18.75 字数/315 千

版本/2016 年 9 月第 1 版

印次/2016 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9442 - 7

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 公证是法律行为的优越表达形式

作为一名民法学者,我曾参与一些公证课题的研究,做过一些公证方面的讲座,跟公证行业有着不浅的缘分,当中国公证协会段伟副会长请求我为本书作序时,便欣然应允了。一则是因为对公证行业有感情,二则本书所讨论的公证人在法律行为中的公证职责也是民法与公证法、法律行为与公证相结合的研究范畴。

人民的权利和利益是国家和社会的基础,民法则是人民权利和利益的宣言书。但唯有民法规定并不足以自行,它必须依靠各种机制将其付诸实施,将成文法上的人民权利与利益变成现实的人民权利与利益。公证是实施法律行为和其他民事制度的切实措施,它通过促进民事制度的实施进而维护和保障人民权利和利益的实现,因此,公证从本质上说也是保障人民一切权利和利益的有效法律手段。例如,在许多国家,公证书就是不动产物权变更的重要法律根据。我国公证从业人员应当从这样的高度来重新认识公证的制度价值。那么,公证与法律行为是什么样的关系?这是公证法学研究者和民法学研究者都要面对和需要认真作答的问题。公证与法律行为是如影随形的,在1804年伟大的《法国民法典》颁布之前的1803年,世界上第一部公证法典《风月法令》(《法国公证法》)已经提前颁布。为什么法国要在民法典之前颁布公证规则?这是因为《法国民法典》规定许多法律行为需要采取公证的方式进行,公证已成为法律行为制度得以实施的有效手段。类似地,最终肯肯法律行为理论的《德国民法典》也大量引入公证方式对当事人实施法律行为进行协助和指导。我发现这样一种有趣的现象,《民法典》越健全,法律行为制度越发达,该国的公证制度也越活跃和具有价值,典型的如德国公证和法国公证,已然成为拉丁公证制度的典型代表。相反,缺乏法律行为理论和制度的英美法系国家,对公证制度的依赖显然就大大降低,对他们而言,公证即“认证”。由此可见,公证与法律行为之间有着千丝万缕的关系,虽然“证明有法律意义的事实和文书”仍是公证的基本业务之一,但“指导

和帮助当事人实施法律行为”却成为公证人最本真的工作。因此,一定程度上,公证制度就是为法律行为制度而设的,公证制度服务于法律行为制度。虽然公证具有一些独立的特质,但公证制度和公证人职责的构建离不开法律行为理论的指导,公证理论研究绝不能脱离法律行为这个公证对象而进行。从公证制度发达的国家的经验来看,公证法律规范是由专门的公证法典和民商事实体法的公证配套规定有机结合组成的。我国的公证法典《公证法》已经实施十年,我国《继承法》《合同法》《收养法》等单行民事立法,对具体法律行为制度如何引进公证制度进行了有益的探索,其中的经验值得总结,但总的来说,民商事实体法关于公证的配套规定还是显得较为单薄。目前,我国正在抓紧制定民法典,我国公证制度如何为民法典和法律行为制度实施服务,是摆在我们面前的课题,我国公证行业应当以各种方式积极参与进来,在我国民法典制定中公证不能缺席。

公证对民法典和法律行为制度实施助益的主要方式是通过公证书的公文书证据效力来实现的。民法典所宣示的人民权利需要依靠一定的证据来证明其存在,而公证书作为“证据之王”就是最有效的证据,它完整记载着当事人的权利及其真实意思表示。民法典所宣示的人民权利正是通过公证书这个证据渠道进入到诉讼程序中,变成可以被保护的、被公权力救济的真实权利。公证书在民事诉讼中发挥着越来越重要的作用,它的公文书证据效力促进了司法的公正与效率提升,它搭起了民法典与民事诉讼法有效衔接的桥梁,提供了一条人民的权利从民事实体法进入民事诉讼法来寻求救济的管道。公证的这种桥梁和管道功能,一直以来被我国法学界所忽视。既然我国立法明确肯定了公证制度,我们就应该积极系统地运用它来解决现实问题,而不能一手创建它,一手又将它束之高阁,忽略其在法律实务中的功能。多年来,我一直强调公证是民法典得以实施的切实措施,是法律行为的优越表达方式。国家可以通过法定立法或者倡导性立法的方式,强制或者倡导某些法律行为采取公证的方式作出,其好处是显而易见的。法律行为的有效实施,建立在当事人具备理性和知法的推定之上,然而当事人既非总是理性,对于法律知识也非全部了然于心,这就需要作为法律专业人士的公证人进行必要的指导和帮助。正如本书所提到的,作为法律行为方式的公证具有证据目的、警告目的、区隔功能、资讯透明化以及说明等功能,这也是拉丁公证制度所公认的。然而值得注意的是,虽然公证人介入当事人法律行为具有上述功能,但是当事人仍然是法律行为的实施主体,公证人只是法律行为的协助主体,这是当事人与公证人在法律行为公证中的基本关系定位,公证机构不应越俎代庖。既然公证是法律行为的优越形式,那么在一些具有重要意义或者风险

比较大的法律行为中,我们就可以考虑引进公证的方式对这些法律行为的风险进行管控。由于我国社会对公证价值的认知尚浅,所以加强公证人在法律行为公证中的职责也显得十分必要。

《公证人职责研究》一书以公证人职责为切入口,就公证与法律行为关系的论证交出了一份优秀的答卷。本书的特点在于,用法律行为理论的基本思想、理念和规则来推导、演绎公证人的相关职责,从而形成了能够解释公证历史、现状并展望未来的公证人四职责体系理论。这套公证理论具有较强的开放性和兼容性,纠正了公证行业目前许多错误的认识,若公证人依据此理论开展法律行为公证将更有助于法律行为的实施。这套理论对传统的有效性、合法性的“证明职责”进行了重新解读,澄清了许多公证理论上的误解。同时,它所提出的公证人“可行性”职责超越了公证法的要求,对开阔我国公证事业视野和丰富我国公证实践具有重大意义。依据这套理论所提出的“建设公证综合法律服务体系”,是本书作者长期工作实践的深刻总结,也是对我国公证传统的“证明业务”的突破,这种前瞻性的思想对全国公证行业而言无疑是具有指导性的。

我国《公证法》搭建起我国公证制度的基本框架,为我国公证事业的发展指明了方向。当前我国法学界对公证制度的价值和作用是普遍认同的,但有些学者对于我国公证队伍素质和能力能否肩负起法律赋予的特定职责是存在疑虑的。我国公证事业的发展既需要我们在民商事立法上做努力,也需要公证从业人员转变思想、提高自身的素质,更需要整个公证行业通过不断完善与发展来证明自己有这个实力和责任担当。我国公证制度虽属于法律移植,但其年办证量逾千万件的数字表明,拉丁公证制度在我国是有旺盛生命力的。建设我国公证制度,不仅仅是我国公证从业人员的职责,更是我们每个法律工作者的职责。相信大家齐心协力,一定能让我国公证制度发展得越来越好。

是为序。

孙宪忠

2016年4月26日

目 录

序 公证是法律行为的优越表达形式	孙宪忠 (1)
第一章 法律行为理论概述	(1)
一、法律行为及其理论简史	(1)
二、私法自治(意思自治)	(3)
三、意思表示的概念和要素	(6)
四、意思表示瑕疵和意思表示解释	(8)
五、法律行为成立与生效	(11)
六、法律行为的形式	(13)
七、法律行为类型	(15)
第二章 公证人职责体系构建的前提条件	(18)
一、公证人是国家、当事人、公众利益代言人	(18)
二、当事人的自主决定权	(23)
三、公证人的知识结构和能力	(26)
四、法律行为风险的公证处理	(31)
五、公证人和当事人的信息义务	(34)
六、公证活动效率	(37)
七、公证边际问题	(40)
八、公证时客观条件	(43)
九、公证惯例	(45)
十、正当理由拒证权	(49)
十一、公证职权探知主义	(52)
第三章 公证人职责的发展概况	(55)
一、拉丁公证制度简史	(55)
二、法国公证人职责	(60)

三、德国公证人职责	(64)
四、日本公证人职责	(69)
五、台湾地区公证人职责	(71)
六、其他国家和地区关于公证人职责的特殊规定	(73)
七、我国公证制度发展情况(以法律行为公证为视角)	(76)
第四章 公证人真实性职责	(86)
一、真实性职责的内涵	(86)
二、真实性证明内容	(91)
三、必证内容的延伸解读	(95)
四、法律行为的公证与认证	(99)
五、真实性职责几个边际问题探讨	(103)
第五章 公证人有效性职责	(108)
一、有效性职责的内涵	(108)
二、判断能力型	(113)
三、意思表示不真实型	(117)
四、强制秩序型——公序良俗原则	(122)
五、强制秩序型——违反效力强制性规定	(125)
六、事务处置型	(130)
七、可变更或可撤销和效力待定的法律行为的公证处理	(133)
八、法律行为特殊生效要件的公证处理	(135)
九、具有相互依赖关系的法律行为的公证处理	(137)
第六章 公证人合法性职责	(140)
一、合法性中“法”的范围界定	(140)
二、合法性标准	(144)
三、合法性职责的内涵	(148)
四、涉税法律行为的公证处理	(154)
五、法律规定不明确时的公证处理	(160)
六、轻微违法行为的公证问题	(163)
七、自然债务公证问题	(167)
第七章 公证人可行性职责	(170)
一、可行性职责的合理性与正当性	(170)
二、可行性职责的内涵	(175)

三、设计可行的合同条款	(180)
四、风险的公证处置	(183)
五、履行能力的公证审查	(186)
六、金融方面的公证职责	(189)
七、代理法律事务	(192)
八、法定职责与意定职责	(196)
第八章 公证人四职责体系	(199)
一、公证人四职责关系	(199)
二、公证人代书职责	(203)
三、询问笔录和公证证词制作	(209)
四、公证人职责与其他法律职业职责比较	(213)
五、公证人职责与公证效力	(226)
六、公证人职责与公证过错	(234)
第九章 构建具体法律行为办证规则	(242)
一、办证规则的构建方法	(243)
二、房屋买卖公证办证规则构建	(249)
三、遗嘱公证办证规则构建	(253)
四、民间借贷公证办证规则构建	(256)
第十章 公证行业发展的一些建议——基于公证人四职责体系	(263)
一、对“唯证明论”进行深刻反思	(263)
二、构建公证综合法律服务体系	(271)
三、以多元化公证效力为基础的“法定公证”	(275)
四、以公证人四职责为基础构建办证规则	(277)
五、增强公证人综合能力	(280)
六、对公证程序进行改造	(282)
七、对另纸证明方式的反思和改革	(285)
八、增强公证金融工具和信息化建设	(287)
九、深化公证体制改革	(288)

第一章 法律行为理论概述

一、法律行为及其理论简史

法律行为(德文:Rechtsgeschäft)是民事主体实施的以意思表示为要素的行为。法律行为理论是德国承继罗马法精神后所完成的伟大创举,1900年实施的《德国民法典》在总则部分确定了法律行为理论。弗卢梅指出法律行为理论是“19世纪德意志法律科学的绝对主题,而19世纪的德意志法律科学所获得的世界性声誉,正是建立在法律行为理论的基础上的”^{〔1〕}。《德国民法典》未对法律行为的概念予以规定,但德国民法典第一草案的立法理由书中对法律行为的概念记载如下:“草案意义上的法律行为是旨在产生特定法律效果的私人意思表示,该法律效果之所以依法律秩序而产生,是因为人们希望产生这一法律效果。法律行为的本质在于作出旨在引起法律效果的意思表示,且法律秩序通过认可该意思来判定意思表示旨在进行的法律形成在法律世界中的实现。”^{〔2〕}这个概念定义为后世各国所效仿。

董安生教授指出,虽然现代民法中的法律行为概念和系统的法律行为理论均肇始于德国法,但是德国民法学中的法律行为理论的形成与罗马法文化和罗马法复兴有着难解之缘,不能仅依据罗马法中不存在现代民法意义上的法律行为概念,就断言罗马法中不存在实质含义的法律行为制度。^{〔3〕}董安生教授考证认为,公元前20世纪两河流域拉尔萨王国的《苏美尔法典》和在其之前的埃什嫩那王国的《俾拉拉马法典》均已对买卖、租赁、收养和婚姻等行为设有成文法

〔1〕 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第73页。

〔2〕 [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第26页。

〔3〕 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第17页、29页。

规则,公元前18世纪的巴比伦王国的《汉谟拉比法典》以较大的篇幅明确了买卖、租赁、雇佣、借贷、收养、婚姻等契约行为规则。罗马契约法和遗嘱法中对契约和遗嘱行为设有较为详细的行为规则和效力规则,但并未建立起对一切表意行为普遍适用的统一法律行为制度,罗马法中也并不存在法律行为或与之内容相同的概念。^[1]虽然罗马法学家已经意识到“契约是由双方意思表示一致而产生的相互间法律关系的一种约定”^[2],但显然“罗马法学家并没有意识到意思表示作为法律行为基本要素的重要意义”^[3]。

实际上,法律行为是抽象概念,是对具体法律行为提取公因式后的逻辑演绎结果,“现实中并不存在‘某一’法律行为,而仅存在为法律秩序所认可的,因而存在的各种行为类型,例如买卖合同、债权让与、所有权移转、订婚、结婚、遗嘱等行为,这些行为都可以被置于抽象的法律行为概念之下去理解。”^[4]法律行为抽象化的工作是由德国法学家和《德国民法典》完成的。胡果于1789年首版的《当代罗马法学阶梯》首次提出“Rechtsgeschäft”概念,胡果在使用该概念时主要是用来解释罗马法中的“适法行为”,其内涵泛指具有法律意义的一切合法行为。现代民法意义上的法律行为概念的首倡者为海泽,他在1807年出版的《供学说汇纂讲授之用的普通民法体系纲要》中首先赋予Rechtsgeschäft以设权之意思表示之含义。萨维尼及其后继者普赫塔是法律行为理论的集大成者。萨维尼在《当代罗马法体系》第3卷中,对于通过“法律行为”获得“个人意思的独立支配领域”之观念有过系统阐述,使得法律行为成为当事人设立与变更法律关系的重要手段。萨维尼指出:“意思表示或法律行为这种法律事实应作如下理解:它不仅是自由行为,而且其行为人的意志指向法律关系之产生或解除。”德国法学对法律行为的共识是:法律行为系根据行为人意旨而发生法律效果之行为。“法律行为”概念作为术语引入法典,是1863年的《萨克森王国民法典》,该法第88条规定:“行为意志在符合法律规定的情况下,若产生法律关系之设立、废止、或变更之效果,该行为即为法律行为。”1900年1月1日起施行的《德国民法典》亦采纳了“法律行为”概念,并与之为第一编第三章的章名,但未作定义。我国《民法通则》用“民事法律行为”替代“法律行为”,将其进行定义为:“民事法律行为是民事主体设定、变更或者终止民事权利和民事义务的行为。”

[1] 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第1页、16页。

[2] [罗马]查士丁尼等:《法学总论》,中国社会科学出版社1999年版,第159页。

[3] [德]茨维格·科茨:《比较法导论》,北荷兰出版公司1977年英文版,第3页。

[4] [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第26~27页。

二、私法自治(意思自治)

私法自治(意思自治)是指民事主体在不违反强行法的前提下,有权自由地决定或处分自己的事务,有权根据自己的意志设立、变更、消灭民事法律关系,任何人无正当理由不得干涉。^{〔1〕}依据该原则,“私法自治范围内,法律对于民事主体的意思表示,即依其意思而赋予法律效果;依其表示而赋予拘束力;其意思表示之内容,遂成为规律民事主体行为之规范,相当于法律授权民事主体为自己制定的法律。”^{〔2〕}我国《民法通则》第4条规定,民事活动应当遵循自愿原则。该条规定是对意思自治原则的确认。私法自治原则肯定民事主体基于自己的意思为自己形成法律关系,是自主决定这一普适原则的具体体现,是民法精神的核心。私法自治原则认可民事主体依法设立的法律行为具有法律效力。值得注意的是,依据私法自治原则设立的法律行为具有法律效力,但其效力的根源并非来自于行为人的意志,而是来自客观的法律秩序。^{〔3〕}法国学者狄骥指出:“法律行为中所表示的意志,它本身不可能在法律范围中产生任何效果,不论参与法律行为是什么东西,意志表示只是为适用法律作出条件,因此人们所谓法律行为的效果只不过是适用法律的一种结果。”^{〔4〕}

私法自治的背后蕴含着“理性人推定”、“意志高于理性”、“自主决定权”、“自主负责”、“法无禁止即可为”、“没有约定适用推定”六个基本理念(规则),了解这六个理念(规则)对今后本书构建公证人在法律行为公证中的职责体系具有重要指导意义。

(1)关于“理性人推定”,杨代雄教授指出:“私法自治原则以承认民事主体具备理性能力为前提,作为一个理性人,民事主体在社会生活中能够对自己的事

〔1〕 杨代雄:《民法总论专题》,清华大学出版社2012年版,第29页。

〔2〕 梁慧星:《民法总论》(第2版),法律出版社2005年版,第175页。

〔3〕 民法理论中关于法律行为效力根源的不同认识,有意志效力理论、法定效力理论、信赖责任理论。意志效力理论认为,法律行为效力的根源在于行为人的意志,德国学者拉伦兹即认为:“法律行为之所以能产生效力,不仅仅是因为法律确认如此,而首先是因为实施法律行为的人意图通过法律行为引起法律后果”;德国学者萨维尼和温德希特提出了著名的法定效力理论,对意志效力说予以反驳,他们认为,合同的权利和义务的来源不在于这种意志,而在于客观的法律秩序,单个的私人能够通过合同的方式实际改变他们的法律关系,原因在于法律认为他们的共同意志的内容具有合法性;源自德国的“信赖责任理论”则认为所谓法律行为的效力本质上是指“行为人受其所从事的法律行为中意思表示的约束之必要性,而这一意思表示所涉及的相对人有权要求该行为人依其意思表示承担义务或责任”。关于上述理论的介绍和分析请参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第64~70页。

〔4〕 [法]狄骥:《宪法论》(一卷),钱克新译,商务印书馆1959年版,第312页。

务作出合理的判断,形成最有利于实现自己利益的决策,并据此采取相应的行动,民法应当尊重民事主体的独立人格与理性能力。”〔1〕

(2)关于“意志高于理性”,弗卢梅指出:“在私法自治领域,应当适用‘意志高于理性’这一定理。如果父亲在其遗嘱中就子女遗产的继承作出不平等的安排,即使这一安排没有任何依据而且看起来‘不公平’,但它也是合法的……只要得到法律秩序的许可,私法自治形成法律关系除基于当事人的自己意愿以外无须其他理由。”〔2〕德国法学家肯德根在评论梅迪库斯的《民法总论》教科书时所言:“私法主体的行为动机属于禁忌,行为后果由其本人承担即为足已。”〔3〕

(3)“自主决定权”是指民事主体通过自己的意愿为自己设定法律关系,排除他人凭借身份、特权要求代替当事人作出决定。弗卢梅指出:“每个个体都拥有自己的自主决定权力,而不是以一方的权利取代双方的自主决定而导致的他主决定。强制与私法自治水火不相容。”〔4〕当然需要指出的是,民事主体的自主决定权并不排斥其寻求公证人等相关专业人士指导,从而做出正确理性的决策。

(4)自主决定权行使的必然逻辑是民事主体对自己的行为负责。王泽鉴教授指出,私法自治的精神在于“个人自主”,就其行为应“自我负责”,相对人的信赖及安全亦须兼筹并顾,民法总则的规定即在调和个人自主与自我负责此两项原则。公证人作为当事人的法律助手,有作者正确指出当事人的自主决定权、自我负责原则与公证人的建议顾问职责的关系:“公证人不得阻碍当事人自己做决定,否则,他得为所采用方案的后果负责……在公证人解释之后,当事人是其决定的唯一主人。”〔5〕

(5)法律的限制是意思自治的边界,意思自治不得违反法律强制性规定和公序良俗原则,对于法律没有禁止的,则遵循“法无禁止即可为”的理念,只要不违背法律的强制性规定,私法自治的设权行为就会产生类似造法的效力,民事主体设定法律行为内容并不以法律有明确规定为限。由此,各国私法一般规范中几乎所有强制性规范均为消极性规则:“这些规则禁止而非要求采取某些特定种类的行动,其目的乃在于对可以确认的领域提供保护,在这些领域中,每一个

〔1〕 杨代雄:《民法总论专题》,清华大学出版社2012年版,第29页。

〔2〕 [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第7页。

〔3〕 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第110页。

〔4〕 [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第7页。

〔5〕 [法]让·叶戈、让-佛朗索瓦·皮伊布:《公证执业法》,唐觉译,法律出版社2008年版,第163页。

个人可以自由按照自己的选择行事。”〔1〕

(6)没有约定时适用法律推定条款或任意性规范。意思自治原则确认依法成立的法律行为的内容具有优先于法律推定条款或任意性规范而适用的效力,只有在法律行为中未加约定或约定不明时,才适用任意性规范。现代民法中的全部任意性规范是建立在意思推定原理基础之上的,它们为弥补当事人意思表示不明确而设。但需要注意的是,在当事人没有约定的情况下,这些任意性规范是“自动适用”的。

私法自治原则派生出契约(合同)自由、婚姻自由、遗嘱自由等民法的基本理念,其中契约自由原则是私法自治的核心。一般认为,契约自由的基本内容有四个方面:(1)缔结自由,即缔结契约与否,由当事人自由决定。(2)选择相对人自由,即与何人缔结契约,由当事人自由选择决定。(3)内容自由,即契约的内容,由当事人自由决定。(4)方式自由,即契约原则上仅依意思合致即可成立,不以践行一定方式为必要。〔2〕

私法自治原则承认人能凭借自身的理性能力认识世界,能够权衡利弊形成合理的社会关系。当然,私法自治原则所保障的民事主体自由不是绝对的、无限制的。私法自治原则作为自由主义和人文主义的产物,不可避免地带有个人主义的色彩,现代社会从维护社会利益和社会正义出发,对私法自治原则进行了限制和修正。格式条款的规制、强制缔约义务、对劳动者的特殊保护、对消费者的特别保护、强制保险制度、情势变更原则、反垄断法的规制等都是例证。以契约自由为例,其受到多方面的限制。特定行业者具有强制缔约义务是对缔结自由或相对人自由的限制;契约的内容不得违背法律强制性规定和公序良俗原则是对缔约内容自由的限制;法律要求某种法律行为必须采取特定形式,则是对方式自由的限制。“尽管形式主义表现多样,其似应永远是良好法律技术不可或缺的因素之一”〔3〕,在某些情况下,对特定的法律行为要求采取特定的形式是具有重要价值的。

法律行为是实现私法自治的工具和主要手段,作为抽象原则的私法自治通过法律行为制度来调整具体的民事社会关系。法律行为“乃实践私法自治的核

〔1〕 [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第2、3卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第56页。

〔2〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第228页。

〔3〕 [法]让·叶戈、让-佛朗索瓦·皮伊布:《公证执业法》,唐觉译,法律出版社2008年版,第8页。

心机制,也是私法学的最伟大成就”^[1]。法律行为与私法自治是相互依存的,法律行为必须体现私法自治的精神。公证人作为当事人意思的辅佐者,公证制度作为法律行为制度实施的协助机制,法律行为公证必须严格贯彻私法自治原则,公证在于增强当事人的私法自治能力,将抽象私法自治原则成为个案现实。

三、意思表示的概念和要素

法律行为是民事主体实施的以意思表示为要素的行为。意思表示与法律行为存在着千丝万缕的关系。德国民法典第一草案的立法理由书针对这两个概念在《德国民法典》中的适用阐述如下:“意思表示可以被理解为法律行为中的意思表示。一般而言,意思表示和法律行为这两个表述被作为同义词适用。之所以选择意思表示这一表述,是因为意思表示本身居于首要地位,或者意思表示仅被作为法律行为构成要件的组成部分予以考虑。”^[2]有意思的是,鉴于法律行为与意思表示的趋同性,《德意志联邦共和国证书法》第二章篇目即将法律行为公证命名为“意思表示公证书”。法律行为与意思表示的关系一般是:

(1)法律行为可以由一个意思表示构成。此种情况下,民事主体仅凭个人意思表示即可形成某一法律关系。在此情况下,“法律行为”与“意思表示”的概念重合。例如,遗嘱只需立遗嘱的意思表示即可,无须他人意思表示的加入。

(2)法律行为可以由多个意思表示构成。在此情况下,需要多方的意思表示才能共同形成某一法律关系。在此情况下,“法律行为”与“意思表示”应有所区分。例如,合同需要各方当事人的意思合致才能形成契约关系。

(3)除了包含一方或者多方的意思表示,法律行为还可能包含其他事件。正如法律所规定的,法律行为有时还可能包括当事人意思表示之外的其他事件。例如,结婚需要男女双方的意思表示和登记构成,这类法律行为被人们称为法律行为的“双重构成要件”。有时候,当事人将公证作为法律行为的成立或生效要件,公证形式则成为该法律行为的特别要件。

意思表示(德语:Willenerklärung)是意思的宣告,内心意思必须经表示后才具有法律上的意义。通说认为,意思表示就是行为人把进行某一民事法律行为的内心意愿,以一定的方式表达于外部的行为。德国学者迪特尔·施瓦布指出:“意思表示是一项法律后果的宣示,也即基于该表示(根据特定情况并与其他意思表示和行为协同发生作用)愿意引起一个特定的法律后果(法律效果)的意

[1] 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第233页。

[2] 《立法理由书》I,第126页(《穆格丹》)I,第421页。

思。因此,依其基本结构,意思表示由作为心理事实的法律后果意思以及此种意思的宣示(表达、表白)组成。”^[1]学者胡长清认为,“意思表示者,对于外界,表彰法律行为上之意思之行为也。即以具有足以形成法律行为之内容之意思,表示于外部的行为,为意思表示。”^[2]

意思表示的构成要素,是指构成某项意思表示所必须具备的事实要素。按照意思表示理论的一般认识,意思表示有内在意思与外在表示两段。“意思表示须含有两种要件,一为意思(德语:Wille),二为表示(德语:Erklaerung)。”^[3]前者仅指明意思表示的内容,又称为主观的意思要素;后者则指明意思表示的外部表现,又称为客观的表示行为。内在意思要素由哪些内容构成?弗卢梅认为由行为意思(表意人有意作出表示的意思要素)、表示意思或表示意识、效果意思组成。^[4]董安生教授主张意思表示要素分为目的意思、效果意思和表示行为三项,我们比较赞同。^[5]

(1)目的意思。董安生教授认为,目的意思是为指明行为具体内容的意思要素,它是意思表示据以成立的基础,不具备目的意思,或者目的意思不完整,或者目的意思本身有矛盾的表示行为,不构成意思表示或法律行为。按照传统理论的概括,目的意思内容依其法律性质可以分为要素、常素和偶素三类。①要素是指构成某种意思表示所必须具备的目的意思内容。例如,按照各国民法规定,买卖合同中关于标的物、数量、价金的内容,即属于要素。②常素是指行为人从事某种意思表示行为或法律行为通常应含有的、内容完全等同的意思要素。例如,买卖合同中的瑕疵担保责任内容,即属于常素。常素的内容同一性特征决定了具体法律行为的常素内容可以由法律确定或推定,由此形成法定主义方式与意思表示方式共同确定法律行为内容的机制。③偶素是指依据法律行为性质并非必须具有,仅依行为人特殊意志而确定的意思要素。例如,对分期付款的买卖合同保留所有权的约定,即属于偶素。

(2)效果意思。董安生教授认为,效果意思是指意思表示人欲使其表示内容引起法律上效力的内在意思要素,它又称为“效力意思”、“法效意思”、“设立法律关系的意图”等。从理论上说,效果意思与目的意思相结合而构成意思表

[1] [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第337页。

[2] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第223页。

[3] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社2004年版,第102页。

[4] [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第53~55页。

[5] 参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第227~235页。

示完整的主观内在要素。但在实践中,目的意思与效果意思均可直接与表示行为相结合,由此形成目的意思表示与效果意思表示在时空上的分离。

(3)表示行为。董安生教授认为,表示行为是指行为人将其内在意思以一定方式表现于外部,并足以外界所客观理解的行为要素。表示行为有明示和默示两种形式。

意思表示分为无须受领的表示和需受领的表示。无须受领的意思表示,在表意人作出表示行为的时刻即发生效力。需受领的意思表示,需在相对人得知该意思表示时发生效力。需要受领的意思表示,还根据其是否同时受领,分为对话的意思表示和非对话的意思表示。值得注意的是,还存在一种需要官署受领的意思表示,原来无相对人之意思表示,为明确其存在及内容,亦有以要官署受领之意思表示,如限定继承、不动产物权之抛弃。又有有相对人之意思表示,为明确其存在及使行为人慎重其行为,而以之为要官署受领之意思表示者,如公司设立之登记、不动产的权利设定移转之登记。有作者撰文认为,公证也有受领当事人意思表示的功能,公证机构受领当事人意思表示后向有关国家机关(如不动产登记机关)进行转达。^[1]

四、意思表示瑕疵和意思表示解释

意思与表示的理想状态应该是:基于表示而生效的法律行为规则所包含的意思建立在正确的价值判断之上,且没有受到任何强迫或欺诈的影响。^[2]但现实情况是,不是每个意思表示都是健全、完美的,意思表示有可能存在瑕疵。《德国民法典》对意思表示瑕疵的形态进行了较为详细的规定,区分出“真意保留”、“虚假意思表示”、“缺乏真意的表示(也称戏谑行为)”、“表示错误”、“受欺诈的意思表示”、“受胁迫的意思表示”和“重要性质错误”七种情形。前四者均具有意思和表示不一致的特点,其瑕疵发生在意思和表示的连接上,后三类表现为意思本身不健全的特点,其瑕疵发生在意思形成的阶段。我国《民法通则》和《合同法》规范“意思表示瑕疵”,称之为意思表示不真实。意思表示瑕疵的形态有:

(1)戏谑表示。表意人基于游戏目的而作出表示,并预期他人可以认识其

[1] 参见葛宇锋:《从证明到表达的完美转变》,载“公证文选”微信公众号,2015年9月11日。

[2] [德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第472页。