

德中法治国家对话  
第十四届德中法律研讨会  
2014 年莱比锡  
**(Arbeitsgruppe 3: Die Rolle der Notare bei Grundstücksgeschäften  
und bei der Registrierung von Grundstücksrechten)**

工作小组 3

公证人  
在土地交易和土地权利登记中的作用

背景文件

1. 公证人在法制中的地位

在德国，国家司法基于两大支柱：争端裁决司法和**预防性司法**。负责预防性司法的，除**非讼事项之管辖法院**（土地登记局、工商登记处、遗产法院）外，还有公证人。公证人作为独立公共职务人，承担着高权任务（《联邦公证人法（BNotO）》第 1 条）。尽管公证人担任着公职，但他并没有被纳入于司法组织，在组织上而是独立的。公证人处于司法机关严格的职业法监管之下（《联邦公证人法》第 92 及以下条）。这种将公共职务和自我组织相结合的公证制度是德国高效的公证服务的基础。

公证人通过**构筑前瞻性的、适度的和稳定的法律关系**，预防了合同当事人之间的将来纠纷。公证人职责所基于的是国民经济的思想：对当事人之间的可能争议点事先置于明确的规定之下，代之事后进行耗时耗费的诉讼，是**经济上有效益**的做法。对上述目标，公证以多种方式作了考虑：一方面做到以公文书将法律行为记录成安全的文书（**证明保全功能**）。此外，公证保障了对参与人的全面咨询。公证人负有广泛的**审查和告知义务**。他是当事人的独立和中立的**咨询人**（《联邦公证人法》第 14 条第 1 款第 2 句）。作为利益之间的中间人，公证人必须促成参与人达成合意。在此，公证人应注意不使无经验和不熟练的当事人受到不利。所以公证人不仅是**法的安定性和避免争端**的保证人，而且以特别的方式保障了**消费者保护**。

公证人负有**保密义务**（《联邦公证人法》第 18 条第 1 款）。他原则上不得向其他人员或国家机构转达任何有关在他处所进行的公证事件的信息，除非存在法定的通知或申报义务（参见标题 8）。

公证人不提供私人服务，其工作是公职行为。他工作的基础不是私法合同，而是公法嘱托。公民皆有**办理公证的请求权**（所谓的公证请求权，《联邦公证人法》第 15 条）。由此公证制度保证了公民**获取合格法律建议的通道**。

公证人受**法和法律**的约束，必须在职务行为与其职务义务不相容时，拒绝职务行为（《联邦公证人法》第 14 条第 2 款，《公证法》第 4 条）。

## 2. 土地交易和土地权利登记时的公证行为

### a) 所有权

使某人负有义务转让**土地所有权**的合同都需要**公证**（《民法典（BGB）》第 311b 条第 1 款第 1 句、第 128 条）。所以不仅土地买卖合同，而且所有有关转让土地之义务的合同都需要公证。这同样也适用于对给予或转让地上权的义务（《地上权法》第 11 条第 1 款和第 2 款）以及对转让住宅所有权的义务。一项合同含有多项义务时，在这些义务根据双方当事人的意愿成一体情形下，对此项**合同必须作为总体**予以公证。比如对房地产开发合同（取得土地所有权并提供建筑工程）便意味着，应对合同全部进行公证。合同未经公证，便为无效（《民法典》第 125 条第 1 句）。

关于**所有权转让的表示**（**不动产所有权转让合意**）虽然不需要公证（《民法典》第 873 条第 1 款、第 925 条第 1 款），但必须在同时在场的公证人面前而作出。这通常通过当事人在关于债法性负担行为的公证书中表示不动产所有权转让合意而为之。除此项合意外，所有权转让的另一要件是登记于土地登记簿（《民法典》第 873 条第 1 款）。

在德国，适用的是**分离和无因性原则**。所有权不是随债法性负担行为（比如买卖合同）的签约，而是根据由不动产所有权转让合意和土地登记簿登记所组成的物权转让（分离原则）而取得。买卖合同的瑕疵不影响转让的生效（无因性原则）。

## b) 土地权利

使土地物权成立的合意，原则上不需要公证，依据实体法而是可以无要式的。然而对权利的形成，则需要将其登记于土地登记簿。这比如适用于抵押权和土地债务（《民法典》第 1191 条、第 1192 条第 1 款、第 1113 条、第 873 条第 1 款）或适用于役权设定（《民法典》第 1018 及以下条、第 873 条第 1 款）。

土地登记簿登记，只有在以**公证认证形式**（《土地登记法》第 29 条第 1 款第 1 句）提交所有人作出的程序法上的同意表示（《土地登记法》第 19 条）情形下才能为之。认证由公证人进行之（《民法典》第 129 条，《公证法》第 39 条和第 40 条）。

## c) 服从即时强制执行

一方参与者此外可以在公证书中因特定的请求权而表示**服从即时强制执行**（《民事诉讼法（ZPO）》第 794 条第 1 款第 5 项）。比如在涉及买卖合同时通常鉴于占有移转和购买价款支付的义务，还有涉及土地债务时鉴于对所拥有土地进行强制执行的容忍，都要求作出上述表示。服从强制执行的表示应予以公证。以即时可执行的公证书，参与者无需法院判决便可实施获有执行名义的请求权。

## 3. 公证和认证

公证是民法最强的证书形式。公证人证明，由其验明身份的人对特定内容作了一种表示。公证书对连同内容而记载于证书中的表示乃是正确并完整作出的这一事实，提供了具完全证明力的**证明**（《民事诉讼法》第 415 条）。此外，公证保证了对参与人的**中立咨询和告知**。这种制度所基于的思想是：涉及复杂的以及经济上事关重大的，比如转让土地的法律行为，只有在参与者由公证人作为独立和专业的人员就可能的合同形成进行释明的情况下，私人自治才能得到发挥。公证此外保护当事人防止仓促行事以及轻率行为（所谓的**警示功能**）。

在对表示进行**认证**时，公证人证明由其验明身份的人在书面表示下作了签名或认可（《公证法》第 39 条和第 40 条）。从而对签名乃出自于特定人的事实，提供了**公证的和法律上安定的证明**。作为**公共登记簿**（土地登记簿、工商登记簿）**登记的可靠依据**，认证对于法律交往具有核心意义。

在实践中，附经认证的签名的文本（比如设定土地债务或役权）往往由公证人起草。在文本由公证人起草的情形下，公证人原则上负有与进行公证相同的审查和告知义务。所以认证不只限于对当事人的身份验明。公证人的认证附注同样是具有公证证明效力的证书，相反不具此效力的是经认证之表示的内容。

#### 4. 公证人在公证意思表示时的义务

公证人在公证意思表示时，应对此项公证事件制作笔录（《公证法》第 8 条）。公证人必须确认参与人的身份（《公证法》第 10 条第 2 款第 1 句）。对身份的验明通过出示官方的附照片的身份证件为之。以此保证出席人确实是以其名义作出意思表示的那个人。公证人此外必须审查参与人的行为能力（《公证法》第 11 条）。

在公证时，要宣读作出的表示（《公证法》第 13 条第 1 款第 1 句）。这有助于监督并保障正确性，但主要是应向当事人指出其表示的意义和承载范围。公证人与当事人一起讨论合同内容。

在《公证法》第 17 条中，对公证人在此的基本义务规定如下：

- 公证人应和当事人一起**澄明事实情况**，并**探究当事人的意思**。公证人向当事人指出达到目的的各种形成可能。公证人必须和当事人谈论潜在的争议点，并通过前瞻性的合同拟定加以缓和。
- 公证人对合同进行预防性的**法律和效力监督**，以保证经公证之法律行为的生效。
- 公证人尤其应向当事人**告知**被公证之法律行为的核心本质特征。在关系土地买卖合同时，这尤其涉及当事人所选合同拟定的风险，比如在合同一方进行无担保的先为给付时所存在的风险。合同双方比如合意在支付之前就转移占有的，公证人不仅必须告诉当事人全部的风险，而且还必须告诉能对其予以保障的形成可能（比如起用提存公证账户或提供银行担保）。
- 公证人对表示的内容应进行法律上完好和明确的表述，以避免产生不明和争议点。
- 公证人必须保护**无经验和不熟练的当事人**免受不利，并在当事人之间建立谈判地位平等性。从而使**消费者**不仅受到合同法规定，尤其是关于一般交易条款的法（《民法典》第 305 及以下条），而且受到公证程序的**保护**。为给消费者创造充分了解合同内容以及思考合同签订的机会，公证人此外必须在涉及转让土地所有权的合同的情形下，在公证前至少提前 14 天将预想法律行为的合同文本递送于消费者。

## 5. 公证人在土地交易时的执行行为

公证人在土地交易中的工作并不仅仅是对合同的公证。公证人通常也承担**执行合同**的工作（《联邦公证人法》第 24 条第 1 款）。参与人在公证书中通常授权于公证人，为执行合同去获取并作出所有必要的表示。依据《土地登记法》第 15 条第 2 款，公证人也依法视为被授权，以当事人的名义向土地登记局提出申请。

为执行，公证人向土地登记局提交申请和同意表示。这意味着，不仅公证人，还有土地登记局作为另一家监督机构（四眼原则）在审查表示的合法性。公证人和土地登记局之间的相互作用保证了高度的法安定性。

**土地买卖合同的执行**通常进行如下：

- 公证人向土地登记局申请**预告登记不动产所有权转让合意**（《民法典》第 883 条第 1 款）。预告登记保全了受买人对不动产所有权转让的请求权（产权过户），起着一种土地物权“预订”作用。所有人对土地的处分面对预告登记权人无效（《民法典》第 883 条第 2 款）。预告登记也保护受买人免受出卖人之后破产之不利（《破产法》第 106 条）。
- 公证人获取可能是必要的**公法许可**（比如依据《土地交易法》）以及否定证书，即对**公法先买权**（比如地方政权的）的放弃行使表示。
- 出卖的土地往往还承担有土地债务或抵押权。故必须保全买受人无负担地取得所有权（所谓的**负担免除**）。此项保全通过债权人向公证人发出经公证认证的注销同意书为之（《民法典》第 875 条第 1 款和第 2 款；《土地登记法》第 19 条、第 29 条第 1 款第 1 句）。土地质权还受有贷款负担的（就是说以土地质权担保的贷款还没有完全清偿），债权人向公证人发出以一定托管额为条件的注销同意书。据此，公证人只有在购买价格的一定部分（根据未偿还贷款债务的状况）业已支付于债权人的情形下，才可将注销同意书递交于土地登记局。公证人只有在购买价款足以满足托管额的情形下才可接受托管任务。
- 上述要件（预告登记、许可或对先买权询问的否定答复、负担免除）具备时，公证人便支付购买价款。在**到期信**中，公证人通知买受人，受到保障的所有权转移之要件已经具备，现应支付购买价款。应获偿付的债权人给出托管额的，公证人则向买受人指出应向出卖人和债权人转汇购买价款的部分额。

- 买受人支付了购买价款的，出卖人必须向公证人**证明**他收到了这一款项。应获偿付的土地质权人应解除公证人对发出的注销同意所负的责任。
- 随着购买价款的支付，通常在出卖人和买受人之间进行占有移转（取得对物的实际支配）。对此公证人则不参与。
- 公证人获得出卖人关于获得购买价款以及财政局关于已支付土地交易税的证明后，向土地登记局申请**所有权过户**（《民法典》第 873 条第 1 款、第 925 条第 1 款；《土地登记法》第 13 条、第 15 条第 1 款和第 2 款）。此时向土地登记局提交对所有权过户所必要的出卖人同意书（《土地登记法》第 19 条）。同时应向土地登记局证明对不动产所有权转让所作的表示（《土地登记法》第 20 条）。之后，土地登记局将买受人作为所有人登入土地登记簿。只有随着土地登记簿的登入，买受人才取得了所有权。所有权过户后，土地登记局便注销不动产所有权转让合意的预告登记。
- 土地登记局对所有权作了过户，便将此通知于公证人。公证人审查登记是否正确无误（四眼原则）。登记是正确的，公证人便将合同执行情况告诉于参与人。

仅是“正常”的买卖合同，进行就是一项复杂的工作。它需要非常的谨慎。在合同执行中，参与人需要公证人这样富有经验的职业性咨询人予以帮助，这也跃然于土地交易中相当高的财产价额之上。

在德国，买卖合同通常是通过由买受人直接向出卖人支付来进行的。只有存在特别的保全利益，才准许起用信托账户（**提存公证账户**）（《公证法》第 54a 条第 2 款第 1 项）。此种保全利益比如可以存在于破产或强制拍卖时所进行的购买。对占有移转或按规定腾空合同标的物，在特特殊情形下也可以通过提存公证账户来予以保障。

## 6. 公证费

公证工作的公职性质导致公证人对其工作不能约定酬金，而是获取《法院和公证费用法》中规定的费用作为报酬。公证费用取决于予以公证的法律行为的价额（通常是购买价额）。由此导致的是一种**交叉补贴**，这为每个公民打开了进入法的通道。

## 7. 公证人赔偿责任

公证人违反其在他人面前所担负的职务义务的，个人负有对该人赔偿损害的无限责任（《联邦公证人法》第 19 条第 1 款）。公证人只在负有过失责任时，在请求权人以其他方式

获得赔偿的情形下，才不存在损害赔偿义务（职务责任的补充性）。公证人必须签订职业责任保险（《联邦公证人法》第 19a 条）。

## 8. 公证人的通知和申报义务

作为公共职务人，公证人参与国家的非讼程序进程。因为公证和认证程序也起到**国家的控制和监督功能**，公证人故以通过履行通知和申报等义务而直接参与行使上述的国家职能。

比如面对财政局的税务上通知义务（比如依据《土地交易税法》、《遗产及赠与税法》或《个人所得税法实施条例》），目的在于尽可能无漏洞地向财政局通知税务上的重要事件，从而有助于**保障税收收入**。

此外，公证人通过对当事人身份的验明，在**预防洗钱**中发挥着重要的作用，并依据《预防洗钱法》负有通知嫌疑情节的义务。