



公行天下

江苏公证优秀论文集（2013）

江苏省公证协会



南京大学出版社



178786-53

13/243

公行天下

江苏公证优秀论文集（2013）

江苏省公证协会



南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公行天下：江苏省公证优秀论文集：2013 / 江苏省公证协会编. — 南京：南京大学出版社，2013.12
ISBN 978-7-305-12651-2

I. ①公… II. ①江… III. ①公证业务—江苏省—文集 IV. ①D927.530.66-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 310518 号

出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093
网 址 <http://www.NjupCo.com>
出 版 人 左 健
书 名 公行天下——江苏公证优秀论文集(2013)
编 者 江苏省公证协会
责任编辑 黄隽翀 编辑热线 025-83592193
照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 南京大众新科技印刷有限公司
开 本 787×960 1/16 印张 23.5 字数 350 千
版 次 2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-305-12651-2
定 价 50.00 元
发行热线 025-83594756 83686452
电子邮箱 Press@NjupCo.com
Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有，侵权必究

* 凡购买南大版图书，如有印装质量问题，请与所购图书销售部门联系调换

序

公证,作为一种预防性的法律证明制度,其所蕴含的公平、公正和公信的内在价值,对于稳定社会秩序、推动经济发展、维护社会和谐以及促进矛盾纠纷化解有着独特的服务与保障作用。

近年来,我省公证实务健康有序发展,服务领域快速拓宽,服务质量不断提高,在推动平安法治建设、促进经济社会发展和保障民生幸福等方面,发挥了积极作用。与此同时,公证理论研究也取得了长足进步,为指导公证业务开展和完善公证机制体制建设提供了基础支持。随着经济社会的持续快速发展,公证服务也面临着更大的现实需求。要想进一步完善公证制度,促进公证事业改革发展,更加准确地对接经济社会发展的需要,更加充分地彰显公证制度的内在价值,那么,发挥公证理论研究成果的支撑和引导作用就至为重要。这就要求我们,一定要重视并坚持做好公证的理论研究工作,把推动公证理论引导、业务研究和价值推广工作摆上重要位置。

为提高全省公证行业从业人员理论研究的积极性,提升公证队伍的职业素质和业务能力,江苏省司法厅和江苏省公证协会联合举办了“公行天下”公证业务论文评选活动。此次活动,全省共有290名公证人员参加,撰写业务研究论文283篇,经过省公证协会理论研究和业务指导委员会及多位国内知名专家的多轮评审,评选出44篇优秀论文。这

些论文,从不同角度,对公证发展、公证学理及公证实践中的一些热点问题进行了探讨,具有较好的理论价值。现将优秀论文以《公行天下——江苏公证优秀论文集(2013)》为名结集出版,作为开展工作的参考,也期望鼓励和吸引更多的人参与到对公证发展与业务的理论研究工作中来,促进我省公证理论研究的繁荣,更有力地指导和推动公证发展。

《公行天下——江苏公证优秀论文集(2013)》编委会
2013年10月

目 录

序.....	(1)
--------	-------

行业发展篇

公证执业区域制度检讨.....	吉松祥(3)
以客户驱动理论革新公证管理和运行模式.....	施珂芸(15)
浅议公证行业统一使用“公证机构形象导视识别系统”的必要性.....	周长根(21)
公证视野下的让与担保制度设计.....	徐 晶(27)
对继承公证设立公告程序的探索.....	杨铮熠(35)
浅议公证文化建设.....	王晓军(46)
论公证制度与诚信体系的构建.....	吴志波(52)
公证服务“三农”简析.....	李 燕(62)
我国法定公证刍议.....	秦敏刚(70)
浅议在人民调解中引入公证实现纠纷有效化解.....	张 鸣(80)
城乡一体化视野下的公证服务建设.....	樊纪德(87)
公证突破瓶颈谋求发展之探究.....	洪 禧 罗文军(97)

理论争鸣篇

自由还是秩序?

——论公证遗嘱优先效力之存废.....	谈 者 徐梁栋(109)
---------------------	--------------

民间借贷中的虚伪意思表示·····	陈 静(118)
继承协议公证研究·····	卞红志(127)
转继承中适用代位继承的驳与立·····	陆盘红(136)
对继承的部分接受和放弃的思考·····	吉松祥 余琛玥(141)
浅谈继承公证的证明标准·····	蒋 飞(152)
有限责任公司股权转让问题研究	
——公证审查视野下权利与秩序的平衡·····	徐梁栋 杨爱娥(160)
民间借贷合同公证之禁忌分析·····	顾列平(169)
民间借贷公证之探析·····	贾阿平 王日萍 赵 锋(176)
婚前财产公证从“非诚勿扰”退出的思索·····	张 雷(185)
农村宅基地使用权向城镇居民流转可行性研究	
——在流转过程中引入公证·····	郭 庆 马 成(191)
试论离婚协议中的赠与条款能否撤销·····	邰大庆(200)
从法院裁判看公证机构的审查标准·····	张 鹏(205)
浅谈证据保全公证中公证员的“角色”·····	赵治平(213)

经验总结篇

四个“对话”巧防公证错证发生·····	尹慧芳(223)
网络证据保全公证的现状和问题·····	陈 明(230)
民间借贷公证若干问题研究·····	赵雪松(244)
公证介入遗嘱信托的可行性分析·····	黄腊梅(252)
浅议公证咨询中法律语言运用的通俗化·····	闵 奕(259)
一起提存公证后续问题的处理·····	成 彬(265)
浅述公证告知义务	
——从一件寄信证据保全公证说开去·····	吴春晔(271)
从办证实务谈几点对继承法修改的意见·····	黄咏梅(283)
如何把握保全证据公证中证明材料的合法性·····	田 雪(290)

浅议电子证据保全公证的风险防范·····	彭 超(298)
粮食直补卡公证的浅析与探索·····	李宝年(305)
浅谈遗嘱公证制度中的一些弊端·····	袁 媛(312)
浅谈遗嘱公证的审查范围·····	邵秀芳 郭 剑(322)
股东会会议公证实务浅议·····	王雪萍 傅 茜(329)
试论当前民间借贷公证应当重视的几个问题·····	王文岳(337)
浅论如何更好地办理乡镇财产继承权公证·····	董 祥(345)
外出受理公证实务探究·····	史振军(353)
有限责任公司股权转让协议公证是否需要审查配偶意见? ···	姜 星(360)

行业发展篇

公证执业区域制度检讨

南京市南京公证处 吉松祥

摘 要:公证执业区域制度已经给公证实践和社会群众造成了较大的不便,本文从现行制度下的困境入手,阐述了违反该制度下的公证书的效力问题,并通过对现行制度的争议分析和与国外立法、相似行业的比较,提出作者改革思路:扩大公证机构的执业区域范围。

关键词:公证;执业区域;便民;服务

公证执业区域制度脱胎于原公证管辖制度,按照官方的说法,公证执业区域制度是对原公证管辖制度的取代,^①公证管辖是从行政职权划分的角度提出的,带有比较浓厚的行政色彩,随着公证改革的不断推进,《公证法》将公证机构定性为独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构,故采用公证执业区域这一概念。虽然概念发生了变化,但从本质来看,公证执业区域制度与原公证管辖制度几乎一脉相承,没有实质区别,经过多年的实践,特别是近年来随着社会经济的发展,社会财富的不断增加和财产形态多元化趋势的加速,执业区域制度也逐渐显现出不足之处,给当事人造成了不便,对公证业务的发展也产生了一定的影响,故笔者欲在此对执业区域制度作一反思。

① 司法部、中国公证协会编:《公证程序规则释义》,法律出版社2006年版,第40页。

一、现行公证执业区域制度下的操作困惑

我国的《公证法》并没有明确提出公证执业区域的概念,此概念是由《公证程序规则》提出的。《公证法》对此仅有一条规定,即第25条,^①而《公证程序规则》则通过第13条至17条四个条文对公证执业区域制度作出明确规定。^②

实践表明,对于《公证程序规则》第15、16条的规定,几乎未产生过争议;对于第13条的规定,则存在着一点点的小问题;最主要的争议还是在于第14条的规定,该条规定与《公证法》第25条的规定几乎一致,为表述方便,下文以《公证程序规则》为依据。

《公证程序规则》第13条的规定,简单一点说,就是公证机构只能在省司法行政部门核定的执业区域内受理公证业务,公证机构不能超出该执业区域受理公证。也就是说,只要不是在该执业区域外“受理”公证业务即不为不违背该规定,对此,我们要特别注意,此条规定的是“受理”,而不是“办

① 《公证法》第25条规定:自然人、法人或者其他组织申请办理公证,可以向住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构提出。

申请办理涉及不动产的公证,应当向不动产所在地的公证机构提出;申请办理涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证,可以适用前款规定。

② 《公证程序规则》第13条规定:公证执业区域是指由省、自治区、直辖市司法行政机关,根据《公证法》第25条和《公证机构执业管理办法》第十条的规定以及当地公证机构设置方案,划定的公证机构受理公证业务的地域范围。

公证机构的执业区域,由省、自治区、直辖市司法行政机关在办理该公证机构设立或者变更审批时予以核定。

公证机构应当在核定的执业区域内受理公证业务。

第14条规定:公证事项由当事人住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构受理。涉及不动产的公证事项,由不动产所在地的公证机构受理;涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证事项,可以适用前款规定。

第15条规定:两个以上当事人共同申办同一公证事项的,可以共同到行为地、事实发生地或者其中一名当事人住所地、经常居住地的公证机构申办。

第16条规定:当事人向两个以上可以受理该公证事项的公证机构提出申请的,由最先受理申请的公证机构办理。

理”,公证程序中的“受理”与“办理”不是同一含义。对此,我们可以理解为,受理时要在本职业区域内进行,受理之后,如果需要超出执业区域从事一些公证行为,这是允许的,比如到执业区域外核实材料、询问证人、办理招投标、开奖、保全证据等公证。对于该条限定公证机构执业区域的规定,个人认为在现阶段还是有必要的,这主要是从保障公证机构法律地位平等,同时遏制不正当竞争这个行政管理角度来考虑的,世界各国也基本上都有执业区域的规定。此条的问题在于,如何核定执业区域方为合理。

《公证程序规则》第14条的规定主要是为了解决一个问题,即在第13条确定的执业区域内,公证机构能受理哪些当事人的公证申请。目前,实践中的争议基本上是围绕该条展开的,主要有以下几个方面:

1. 涉及不动产的公证事项应由不动产所在地公证机构办理

按照第14条的规定,涉及不动产的公证事项,除了涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱这四项外,一律由不动产所在地的公证机构受理,这就存在了很大的问题。按照法律条文的字面解释,排除专属管辖的是委托、声明、赠与、遗嘱这四种单方法律行为,而不包括委托合同、赠与合同,更不包括买卖合同以及夫妻财产约定、离婚协议等涉及不动产的双方法律行为,这就给当事人造成了很大的不便。比如说,赠与房产的赠与合同公证,双方当事人常住南京,房产在昆明,那按照规定这个公证就要到昆明去办,其他任何公证机构办理都是违反《公证程序规则》的;再比如,夫妻财产约定公证,夫妻常住南京,但在全国多省市有房产,按照该规定,当事人应当到各个省市分别去办理公证,这极大地造成了当事人的不便。

2. 代理人的住所地、经常居住地的公证机构能否受理公证

一国外当事人委托国内律师事务所对一起网络侵权行为进行诉讼,该律师事务所则向当地公证机构申请侵权网页的保全证据公证,该公证机构受理此公证事项是否违反《公证程序规则》规定?另外,在一般的侵权行为的保全证据公证中,有很多律师事务所为了取证方便,既不向原告住所地的公证机构提出申请,也不向被告住所地的公证机构提出申请,更不向侵权行为事实地和发生地的公证机构提出申请,而是直接向律师事务所的住所地

的公证机构提出申请,公证机构向律师提出关于执业区域的规定可能会导致保全证据公证书不被法院采信的后果,但律师坚持要求在该公证机构办理,并承诺如不被采信则自行负责,此种情形下,公证机构能否受理该公证?

3. 公证事务的执业区域

现行《公证法》将公证机构的公证业务分为两大类,第一是公证事项(证明业务),第二是公证事务(非证明业务)。分别对应《公证法》第11条、第12条,两者是否适用同样的执业区域规定?虽然《公证程序规则》第14条至16条全部使用的是“公证事项”,没有采用公证业务一词,但是不是办理公证事务就没有“住所地、行为地、不动产所在地等”等执业区域的限制呢?不是,因为《公证法》第25条的规定使用的“公证”非“公证事项”,从法律条文的字面解释来看,该条的“公证”应指“公证业务”而非仅仅是“公证事项”,所以,在理论上我们对于公证事务的受理,同样受到执业区域制度的限制,这种限制同样给当事人造成了不便。

比如提存公证,现行《公证法》明确规定了提存属于公证事务,而非公证事项,如双方签署房屋买卖合同,都是南京人,并常住南京,但交易的房屋在山东威海,双方约定采用提存方式支付房款,那南京的公证机构能否受理该提存公证呢?根据涉及不动产的公证应由不动产所在地公证机构受理的规定,南京的公证机构不应受理该公证,双方应到山东威海的公证机构办理,但这会给当事人造成极大的麻烦。再比如公证法律咨询,按照《公证法》规定,提供公证法律咨询是公证机构的一项公证事务,而且可以根据当事人的需要,提供口头公证法律咨询或者是书面法律意见,对此,特别是当事人的口头咨询,是不是公证机构首先要确定有没有违反执业区域制度呢?

二、违反现行公证执业区域制度的公证书效力

在现行立法框架之下,虽然多数公证机构在多数情况下均严格按照执业区域规定受理公证的,但不可避免的仍旧有一些超出执业区域受理公证的情况发生,这其中还有不少提交到法院接受审查,对此,我们有必要对此

类公证书的效力作一分析。

我国《公证法》、《公证程序规则》都没有明确超出执业区域所受理的公证的效力。对于违反执业区域受理公证业务的后果仅在《公证机构执业管理办法》第36条第二款规定：“公证机构违反公证法第25条规定，跨执业区域受理公证业务的，由所在地或设区的市司法行政机关予以制止，并责令改正。”这显然是一条针对公证机构违反执业区域规定所应给予的行政上的处理措施，并不能作为公证书效力认定的法律依据。

认定违反执业区域受理公证业务行为的效力，首先要分析《公证法》第25条和《公证程序规则》第13条、第14条规定的性质。法律规范有强制性规范和任意性规范之分。强制性规范是指法律规范所规定的权利义务十分明确，不能以个人意志予以变更和排除适用的规范，任意性规范则允许法律关系的参加变更、选择适用或者排除该规范的适用。通常情况下，关系国家利益、社会秩序、交易安全以及直接关系第三人利益的事项会设定为强制性规范，一般认为违反强制性规范会产生不利于行为人的法律结果，如导致相关民事行为无效、受到行政处罚等。自从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》出台后，我们把强制性规范又分为管理性强制规范和效力性强制规范，两者在效力层次上还是存在差别的，一个民事行为如违反了管理性强制规范，其效力不受影响，只是承担相应的行政责任，典型的就是《房地产管理法》中关于转让房产要有权属证书的规定；而违反效力性强制规范，则该行为不产生法律效力。目前理论上主要从下面几个方面来判断是效力性规范还是管理性规范：第一，法律、行政法规明确规定违反该强制性规范导致行为无效的，则为效力性规范；第二，虽没有明确规定违反该规定无效，但如果认定违反该规范的行为有效将损害国家利益、社会公共利益及不特定的第三人利益的，则认为是效力性规范，否则为管理性规范；第三，如果该规范是禁止任何人在任何时间、任何地点、以任

何方式从事某类行为的,通常认定为效力性规范,否则为管理性规范。^①

对于《公证法》第25条和《公证程序规则》第13条、第14条属于何种性质的规范,法官分析得很全面:(1)从该条款的内容来看,该规范虽规定公证机构应当在核定的区域范围进行公证,但并未规定否定性的后果,即违反该法规定会产生导致公证行为无效的后果,且该规范主要是规制公证机构的行为方式,并不涉及当事人的相关权利和义务。(2)从该条款的立法目的来看,设立公证执业区域的终极目的有二,一是方便当事人申办公证。如果仅规定唯一的受理公证业务的机构,则无法满足当事人申办公证的多种需求,也增加当事人的负担。二是使公证机构在同一个平台上开展业务,体现了公开、公平的原则;同时有效制止公证行业内的不正当竞争行为,提升公证的公信力。由此可以看出,设立跨执业区域公证制度,与公证行为的效力并无直接的联系。(3)从违反该规范的后果来看,公证机构超出执业区域受理公证业务,不会发生损害国家利益、社会公共利益或他人合法利益的后果,损害的主要是公证机构的业务分工和司法行政机关的管理秩序。(4)结合《公证机构执业管理办法》第36条的规定来看,超出执业区域受理公证业务的后果是由所在地或设区的市司法行政机关予以制止,并责令改正,该后果在处罚措施里显然属于较轻的处罚,这从另一个角度说明立法机关对于跨执业区域公证行为的态度。^②

因此,规定公证机构在公证执业区域内受理公证业务的规范应属于管理性强制规范,对于违反该规范的行为不应产生无效的法律后果。对于违反公证执业区域制度出具的公证书,从目前的法院判决来看,基本上都认为是有效的,公证行业内部亦多数认为不影响其效力。^③

① 左峰、陈旻著:《房屋买卖案件裁判思路与操作》,中国法制出版社2011年版,第138页。

② 杜豫苏、文艳、阿尼沙:《公证存在瑕疵对公证书效力的影响》,载《人在司法》,2011年06期,第100页。

③ 段伟:《公证撤销后被证文书效力问题的延伸解读》,《中国公证》2013年第7期,第15页;刘疆:《公证程序规则争议问题研究(上)》,《中国公证》2006年第11期,第25页。

三、公证执业区域制度的争议分析

对于公证执业区域制度的争议已非一日之事,近年来尤为突出,为什么会出现这样的情况呢?

现行的公证执业区域制度来源于1982年的《公证暂行条例》,该条例用整个第四章规定了公证的管辖制度。现以不动产为例,《公证暂行条例》虽然没有明确规定涉及不动产的公证事项由不动产所在地的公证机构管辖,但规定了“涉及财产转移的公证事务由申请人户籍所在地或者主要财产所在地的公证处管辖”,因“主要财产所在地”中的“主要财产”一词不属于法律用语,也很不规范,公证人员很难把握和区分主要财产和次要财产,因而,《公证法》摒弃原有规定,而改为了“涉及不动产的公证事项,由不动产所在地公证机构受理”。^①与《公证暂行条例》相比,《公证法》下的执业区域制度与原来的管辖制度几乎没有什么变化,然而,《公证法》的立法背景相比于《公证暂行条例》时代已经有了极大的不同:

第一,原公证处是国家公证机关,是行政机构或行政机构内部处室,公证员是国家公务员;而现在的公证机构是依法独立行使公证职能、承担民事责任的机构,不是国家机关,且具有很强的服务性质,公证员也非公务员,特别是公证机构的服务性,已经成为公证行业内外的共识,这也是我国公证发展的趋势。

第二,原一个行政辖区内一般仅有一家公证处,公证处无拓展业务的压力和动力,经费由财政保障;而现在是一个行政辖区内一般都有多家公证机构,且相互之间存在业务上的竞争,并以业务收费维持公证机构的正常运行和人员收入。

第三,原公证处因过错造成当事人损失的,承担的是国家赔偿,而现在

^① 王胜明、段正坤主编:《中华人民共和国公证法释义》,法律出版社2005年9月第1版,第94页。