



国家法治与法学理论研究项目成果

罗厚如 主编
司法部司法研究所 组编

中国公证制度完善研究

ZHONGGUO GONGZHENG ZHIDU WANSHAN YANJIU

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



国家法治与法学理论研究项目成果

罗厚如 主编
司法部司法研究所 组编

ZHONGGUO GONGZHENG ZHIDU WANSHAN YANJIU

中国公证制度完善研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国公证制度完善研究 / 罗厚如主编;司法部司法
研究所组编. —北京:法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0929 - 7

I. ①中… II. ①罗…②司… III. ①公证制度—研
究—中国 IV. ①D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 126112 号

中国公证制度完善研究
ZHONGGUO GONGZHENG ZHIDU
WANSHAN YANJIU

司法部司法研究所 组编
罗厚如 主编

策划编辑 李 莉 郑怡萍
责任编辑 郑怡萍
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 沙 磊

编辑统筹 综合出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 15
字数 199 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0929 - 7

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国公证制度改革研究》

编辑委员会

司法部司法研究所 组编

主 编 罗厚如

副 主 编 姜海涛

编委会成员	罗厚如	姜海涛	郑先红
	周 琰	洪 英	郭春涛
	庄春英	吴 玲	王 舸
	姜 楠	张鹏飞	高 航
	许 兵	黄 祎	杨文龙

序 言

这本《中国公证制度改革研究》，是司法部司法研究所的一项集体智慧结晶，旨在从改革完善的角度，对我国公证制度的基本问题进行详尽分析。

自20世纪80年代我国公证制度恢复重建以来，尤其是2005年《中华人民共和国公证法》颁布实施以来，公证工作在服务经济社会发展、预防矛盾纠纷、维护公民合法权益等方面的作用日益凸显，公证事业呈现出良好的发展势头。十余年间，公证业务量大幅增长，公证业务领域不断拓展，公证队伍素质显著改善，公证机构能力普遍提高，整个公证事业日益成熟、渐入佳境。为了在全面推进依法治国的大背景下将公证事业引向深入，需要在总结经验的基础上，对新时期公证工作遇到的新情况、新问题加以反思，从而不断改进公证制度。为此，司法部国家法治与法学理论研究项目将本课题作为委托项目，司法研究所组织精干力量精心酝酿和充分论证，历时三年，终于推出了本书，期望从制度发展、机构人员、业务程序、体制机制等方面，对我国公证制度各方面、各环节进行系统梳理，并适时提出相应的“查漏补缺”建议，供理论界和实务界参考。

本书由主编罗厚如同志策划和审定，副主编姜海涛同志协助进行了统稿，课题秘书庄春英、王舸两位同志承担了书稿汇总整理等日常工作。写作分工如下：

序言：姜海涛（司法研究所副所长）

第一章第一、三、四节：周琰（司法研究所研究四处研究员）

第一章第二节,第七章:洪英(司法研究所研究二处研究员)

第二章第一节:郭春涛(司法研究所研究二处处长、研究员)

第二章第二、三节:庄春英(司法研究所科研管理处副处长、研究员)

第三章:吴玲(司法研究所科研管理处处长、研究员)

第四章:王舸(司法研究所综合处研究员)

第五章:姜楠(司法研究所科研管理处助理研究员)

第六章第一、二节:张鹏飞(司法研究所研究三处处长、研究员)

第六章第三节:高航(司法研究所研究三处副研究员)

第八章:许兵(司法研究所研究三处副处长、研究员)

第九章第一节:罗厚如(司法研究所原所长、司法部基层司司长、研究员)

第九章第二节:郑先红(司法研究所副所长,研究员)

第九章第三、四节:黄祎(司法部燕城监狱纪委书记)

第九章第五节:杨文龙(司法研究所研究三处副研究员)

受水平所限,书中疏漏之处在所难免,敬请大家不吝批评指正。

本书的出版得到了法律出版社的大力支持,在此对付出心血的编辑同志致以由衷谢意。

目 录

第一章 公证制度基本理论概述	(1)
第一节 公证的定义和特征	(1)
第二节 公证权的性质	(5)
第三节 公证的原则	(13)
第四节 公证的职能作用	(21)
第二章 公证制度的起源和发展	(25)
第一节 中国公证制度的起源与发展	(25)
第二节 我国台湾地区、香港特区、澳门特区公证制度	(31)
第三节 西方国家公证制度的起源与发展	(37)
第三章 公证机构和公证员	(63)
第一节 公证机构	(63)
第二节 公证员权利与义务	(76)
第四章 公证业务	(98)
第一节 公证业务范围	(98)
第二节 法定公证事项	(117)

第五章 公证程序	(127)
第一节 公证管辖、申请与受理	(128)
第二节 公证审查和公证书的出具、制作与送达	(138)
第三节 公证的其他程序规则与公证特别程序	(148)
第六章 公证的效力	(155)
第一节 公证的证据效力	(155)
第二节 公证的强制执行效力	(163)
第三节 公证的法律行为成立要件效力	(167)
第七章 公证管理体制	(176)
第一节 我国公证管理体制的发展沿革	(176)
第二节 “两结合”管理体制的法理基础	(179)
第三节 公证机构和公证员行政管理	(181)
第四节 公证机构和公证员行业管理	(186)
第八章 公证法律责任	(191)
第一节 公证法律责任概述	(191)
第二节 公证的民事责任	(195)
第三节 公证的行政责任	(199)
第四节 公证的刑事责任	(202)
第五节 公证的纪律责任	(204)
第九章 完善我国公证制度的构想	(207)
第一节 完善我国公证制度的重要意义	(207)
第二节 强化公证业务质量管理	(208)

第三节	落实公证体制改革措施	(212)
第四节	完善公证工作配套制度	(214)
第五节	完善公证制度法律体系	(227)

第一章 公证制度基本理论概述

公证制度,是指国家法律中有关公证的性质、任务、组织和活动原则等法律规范的总称。公证制度是国际通行的一项重要的预防性法律制度,是国家司法制度的重要组成部分。设置公证制度的目的,在于在保障民事主体意思自治的前提下,实现国家对重大经济活动与公民、法人和其他组织的重要法律行为的适度干预,以预防经济纠纷的产生和避免可能发生的社会矛盾,维护经济活动的正常秩序与社会的和谐稳定。

第一节 公证的定义和特征

一、公证的定义

“公证”(notary)一词来自拉丁语(nota),其意是抄录文书并取得其要领、备案存查。^①最初用于表示为国家和社会公认的证明活动。公证最早出现在古罗马共和国时期,距今已有两千多年的历史。《中国大百科全书》将公证界定为“国家公证机关按照公民、机关、团体、企业事业单位的申请,对法律行为或者有法律意义的文书、事实,证明它的真实性与合法性

^① 参见吕乔松著:《公证法释论》,台北,三民书局1984年版,第1页。

的非诉讼活动”。^①关于公证的定义,《公证法》第2条明确规定:“公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请,依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动”。

据此,公证不同于一般意义上的证明,公证是公证机构根据当事人的申请依照法定程序,证明民事法律行为、有法律意义的事实和文书真实性、合法性的一种执业活动,其行为主体是公证机构,其进行公证后出具的公证书具有法定效力;后者是指公民、法人或者其他组织以书面、口头方式做出的对某种事实情况加以说明但不直接具有法律效力的行为。

公证法律制度是规范公证证明活动以及进行公证活动中形成的各种法律关系的法律规范的总称,是公证机构和公证人员以及其他公证参与人办理公证事项必须遵循的行为规范。

二、公证的特征

公证的特征,是公证制度本身所具有的属性,是公证活动区别于其他有关活动的标志。公证制度最早起源于古罗马的民事法律制度,经过2000多年的发展,已经成为现代国家的一项重要法律制度。目前世界各国的公证制度主要分为两类:大陆法系国家公证制度和英美法系国家公证制度,前者以法国、德国、日本为代表,后者以美国、英国为代表。大陆法系国家公证制度一般以实质公证为主,法定公证制度比较健全,公证书具有法律效力,通常信奉公证人本位主义。英美法系国家公证制度一般只局限于形式审查,以自愿公证为基础,公证书不具有法定证据力和强制执行力,公证人可以兼任。由此可以看出,公证的基本特征在世界各国是基本一致的,即由专门的司法证明机关和专职法律人员进行的一种特殊的证明活动,其目的在于预防纠纷、减少诉讼。

^① 参见《中国大百科全书法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第168页。

(一) 公证是由专门的机构和专职法律人员进行的一种特殊的证明活动

我国国家机构发出的证件或证明很多,如公安机关颁发的护照、居民身份证,房屋管理部门发的房屋产权证,工商行政管理部门发的《企业营业执照》等。但这些都不是公证,只有公证机构按照法律规定的程序出具的证明才称为“公证”。根据我国法律规定,公证职能只能由国家专门设立的司法证明机构——公证机构统一行使。公证机构以国家名义进行公证证明活动,其出具的公证文书不仅在法律上具有特定的效力,普遍的法律约束力;而且具有广泛性、通用性、可靠性、权威性等特点,不受行业、国籍、职业、地域、行政级别的限制,在国际国内都能通行使用,这是其他机构的证明所不具备的。公证员是公证机构中负责办理公证事务的法律专业人员,代表公证机构进行公证证明活动并出具公证文书。其他机构和人员不能进行公证证明活动。

(二) 公证机构要依照法律规定的程序进行公证活动

公证是为保证实体法正确实施而设立的一种程序性法律制度。作为国家司法制度的一部分,公证与其他司法活动一样,要按照法律规定的程序进行,并接受社会和公证当事人的监督。为保证公证程序的正确执行,司法部于2006年发布了《公证程序规则》,对办理公证的原则、公证当事人的条件和权利义务、公证管辖、回避、申请与受理、申请公证事项的审查、出证、公证期限、终止与拒绝公证、特别程序、申诉与复议等做出了明确的规定。

(三) 公证证明的对象是法律行为、有法律意义的文书和事实

公证证明的对象是民事法律行为、有法律意义的事实和文书,公证的内容是民事法律行为、有法律意义的事实和文书的事实性和合法性。因此,公证不是产生或者赋予当事人实体权利义务关系的行为,而是对当事人之间

存在的实体权利义务关系加以证明的活动,具有程序性的特点。法律行为是指公民、法人设立、变更、终止法律上的权利义务关系的行为。如收养子女、签订合同、设立遗嘱、继承、赠与、委托、提存、认领亲子等。有法律意义的文书和事实是指出法律行为以外的法律事件和其他能引起一定法律后果的文书和事实。如用于诉讼的证据材料、婚姻状况、亲属关系、学历、经历、需要保全的物证和书证、健康状况、出生、死亡、文书的副本、节本、译本、影印本与原本相符、文件上的签名属实等。

(四) 公证是一种非诉讼活动

公证是预防的法律制度,其活动宗旨是通过公证活动预防纠纷,避免不法行为的发生,减少诉讼,通过公证活动来消除纠纷隐患,平衡当事人之间的利害冲突,防患于未然,保障国家法律的正确实施,因此,公证是非诉讼法律制度,是社会主义法律制度中不可缺少的组成部分。公证活动属于非诉讼领域的一种活动,这主要相对于民事诉讼活动而言的。两者的区别在于:首先,发生的时间不同。公证活动是在纠纷发生前,通过对法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性进行确认,来维护国家、公民、法人及其他组织的合法权益。而人民法院的审判活动,是在当事人之间发生争议后,依照诉讼程序解决争议,维护当事人的合法权益。前者的目的在于预防纠纷,后者的目的在于解决纠纷。其次,法律依据不同。与人民法院按照诉讼法规定的诉讼程序不同,公证机构进行公证活动严格依照公证程序。再次,法律后果不同。公证活动是通过对法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性进行确认,赋予其法律上的证明力。而人民法院的审判活动恰是通过对有争议的法律关系进行消灭或变更,以起到定纷止争的作用。最后,当事人不同。公证的当事人都属于申请人,并且申请人之间没有明显的对立或者利益冲突;而人民法院的审判活动中,存在对立或者利益冲突的双方当事人。

(五) 公证证明具有特殊的法定效力

公证的证明不同于一般的证明。根据我国法律规定,公证机构出具的公证文书具有证据效力、强制执行效力、法律行为成立的形式要件效力,这是其他证明所不具备的。《中华人民共和国公证法》(以下简称《公证法》)第36条规定:“经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书,应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻该项公证的除外”。《公证法》第37条规定:“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。前款规定的债权文书确有错误的,人民法院裁定不予执行,并将裁定书送到双方当事人和公证机构”。《公证法》第38条规定:“法律、行政法规规定未经公证的事项不具有法律效力的,依照其规定”。据此,公证机构出具的公证书具有证据效力、强制执行的效力、法律行为成立要件的效力及强制执行的效力,这是其他一般证明活动所不能比拟的。另外,公证还具有普遍的效力,我国公证机构出具的公证文书,可以持往国外使用,国外的公证证明文书依照有关规定,也可以在我国使用。

第二节 公证权的性质

在公证制度体系中,公证权是一个核心概念。同时,公证权的性质又是研究公证制度的起点和基础。公证权的性质决定了公证机构的性质和定位,也决定公证体制运行和管理的模式和基本方法。明确公证权的性质,对于公证制度改革具有重要的指向作用。我国公证体制改革的过程,在一定意义上说就是关于公证权性质重新界定的过程。

一、现行《公证法》对公证权性质的规定及学说争议

现行《公证法》于2005年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过,根据2015年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国义务教育法〉等五部法律的决定》修订,由中华人民共和国主席令第二十五号发布,自公布之日起施行。《公证法》的制定对我国的公证体制改革及公证事业的发展具有里程碑意义,但同时也存在缺陷和不足。正如同一些学者所指出的那样,《公证法》并没有对具有争议的公证权的性质和公证机构所应有的定性做出明确规定。从《公证法》的文本规定上看,与公证权的性质和公证机构的定性相关的规定是第2条和第6条,即“公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请,依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动”(第2条)。“公证机构是依法设立,不以营利为目的,依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构”(第6条)。但这些文本表述仅仅是对公证活动的主体和内容的一个写实性描述,并非是对公证权性质的法律界定,公证权的性质问题依然是一个有待进一步探讨的问题。^①在公证制度体系中,公证权是一个核心概念。同时,公证权的性质又是研究公证制度的起点和基础。公证权的性质决定了公证机构的性质和定位,也决定公证体制运行和管理的基本模式和方法。明确公证权的性质,对于公证制度改革具有重要的指向作用。我国公证体制改革的过程,在一定意义上说就是关于公证权性质重新界定的过程。

公证权究竟是一种什么性质的权力,目前尚无定论。自1982年颁布

^① 参见陈桂明、王德新:《论公证权的性质——立足于政府职能社会化背景的一种认识》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第3期(总第114期)。

《中华人民共和国公证暂行条例》^①(以下简称《公证暂行条例》)以来,我国学界和实务界对公证权的权力性质一直众说纷纭。综观围绕公证权性质之学说主张,可以划分为以下四种不同的观点:(1)国家行政权说。持这种观点的人主要从《公证暂行条例》第3条“公证处是国家公证机关”的规定出发,根据宪法理论中关于国家机关所做出的立法机关、行政机关和司法机关的分类,结合《公证暂行条例》第6条规定的“公证处受司法行政机关领导”等内容,认为在立法上已明确确定了公证处的行政机关性质。^②但在公证法制定后的现在,此说受到很多质疑和否定。^③(2)国家司法权说。目前,以法国为代表的拉丁公证制度国家都将公证定性为一种准司法权。此种观点认为,公证制度与司法历来存在紧密关联,公证文书的证据效力和强制执行效力都需要借助司法力量,因此,认为公证是司法制度的组成部分,具有司法权的属性,更准确地说是一种准司法权,其本质属性是依法行使国家证明权的一种司法性的证明活动。^④但该说的困难是:如同有学者指出的那样,司法权主要是一种解决纠纷的判断权,而公证权不是对争议进行终局性的判断,只是对当事人没有争议的事项进行确认和证明,和司法权区别很大。^⑤“如果出于对以法国为代表的‘拉丁公证制度’的一知半解,而机械地照搬,这种拿来主义不仅不能合理地解决公证权性质定位问题,反而有害我国公证制度的健康发展”。^⑥(3)社会证明权说。此说认为当人们要求助证明

① 《中华人民共和国公证暂行条例》现已失效,下同。在此论述只是从历史沿革的角度以及在此条例出台后学界基于此条例相关问题审论的介绍。

② 有的学者还进一步指出,公证权属于行政权中的行政确认权。参见王连昌著:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第179页。

③ 参见陈桂明、王德新:《论公证权的性质——立足于政府职能社会化背景的一种认识》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第3期(总第114期)。

④ 参见余光辉:《〈公证法〉(草案)若干问题的思考》,载《中国司法》2005年第5期;尹江海、施卫兵:《我国公证权性质研究》,载《法制与社会》2007年第1期。

⑤ 参见汤维建:《刍议独立的国家证明权》,载《法学家》2006年第2期。

⑥ 参见陈桂明、王德新:《论公证权的性质——立足于政府职能社会化背景的一种认识》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第3期(总第114期)。

活动时,可供选择的途径不外乎三种:私人证明、国家证明以及社会证明。公证活动属于其中的社会证明,公证权属于社会公共权力中的证明权。^① 此种观点虽然在着眼于社会权力与国家权力的二元化发展趋向、强调公证的社会权力属性方面有其进步的一面,但也由于过度强调社会性而忽略了公证权所原本具有的国家公权属性,容易导致在此说的基础上出现对公证机构市场化的过度强调,引发不正当竞争。(4)独立的国家证明权说(也称“法定证明权说”)。此种观点认为,公证权来源于法律的明确授予,不同于传统的立法、行政和司法权,公证权行使的方法和效力都由法律加以规定,而我国现行的公证立法(《公证法》第2条)实际上已经采纳了这种观点。^② 笔者倾向于独立的国家证明权说(法定证明权说)的主张,认为公证权既不同于纯属社会自治类型的一般的社会权力,也不同于传统的典型的国家权力,它是与立法权、司法权、行政权不同的一种国家证明权力社会化的社会公权力。

简言之,从结论上来说,笔者对公证权性质的理解和定性是:公证权从本质上来讲是一种社会公权力,是国家权力社会化了的法定证明权,它既不同于传统的国家权力又不同于一般的社会权力,是一种特殊的具有公权力属性的社会权力,是在国家权力的社会化运作趋势下,通过政府职能转变的方式,委托给公证机构行使的特殊的法定证明权。此种定性的依据和分析如下。

二、历史发展过程中形成的公证的公权力属性

从公证制度的历史发展过程来看,公证权具有公权力属性是不容置疑的,这在世界各国的公证制度发展史上也能够得到认证。我国的公证制度

^① 参见陈桂明、王德新:《论公证权的性质——立足于政府职能社会化背景的一种认识》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第3期(总第114期)。

^② 参见汤维建:《当议独立的国家证明权》,载《法学家》2006年第2期。