

马宏俊 / 主编

公证实务

NOTARIAL THEORY AND PRACTICE

公证员的职务活动影响着公信力，
只有对公证业务实践不断反思，实务才会更具魅力。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

公证实务

NOTARIAL THEORY AND PRACTICE

本书是“中国政法大学211工程三期重点学科建设项目
——社会转型期的法治政府建设与公民权利保障”研究成果

撰稿人（以撰写章节先后为序）

马宏俊	王明亮	李 静	俞剑英	殷浓丽
吴 透	王 琦	史 宏	王士刚	贺 颖
钱 欧	王 京	李 勇	刘庆宁	杨 琳
张宇红	段 伟	浦 晔	刘金华	袁 钢



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公证实务/马宏俊主编. —北京:北京大学出版社,2012.1
ISBN 978-7-301-19951-0

I. ①公… II. ①马… III. ①公证业务-研究-中国
IV. ①D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 262284 号

书 名: 公证实务

著作责任者: 马宏俊 主编

责任编辑: 王建君

标准书号: ISBN 978-7-301-19951-0/D·3023

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 24 印张 356 千字

2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究。

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

前言 实务的魅力

前不久,我在《读者》2011年第15期上看到一篇文章,题目是《都灵大学门前的鹰和马》,很受启发。享誉世界的都灵大学历史悠久、人才辈出,随着社会的发展而创设学科,及时地培养出迅速适应社会发展需要的合格人才,这与都灵大学校门口的两尊雕塑有着密切的关系。在都灵大学的校门口,有两尊英格兰黑色大理石雕塑,左边是一只鹰,右边是一匹马,校徽上也是这两尊雕塑。这只鹰并非鹏程万里的雄鹰,而是一只被饿死的鹰,为了实现飞遍全世界的梦想,它苦练各种飞行本领,却忘记了学习各种觅食的技巧,结果在踏上征途的第5天就被饿死了。那匹马也不是什么千里马,而是一匹被剥了皮的马。起初这匹马嫌它的第一位主人给的活多,乞求上帝把它换到马夫家;可马夫给的饲料不好,它就又乞求换主人,上帝就把它换到了皮匠家里;皮匠给马的活不多而且饲料又好,但没过几天,这匹马就被皮匠剥了皮,做成了皮制品。这两尊雕塑旨在提醒人们:真正能把人们从饥饿、痛苦和贫困中解救出来的是劳动和生存的技能,而不是不切实际的知识。

由此可见,知识和技能是相辅相成不能割裂开来的,一味地追求不切实际的所谓理论知识,而忽略实践技能和劳动技巧,最终会一事无成。大学不是单纯地传授知识,而是通过对知识的传播,启迪心灵,训练技能,把学生培养成为对社会有用的人才。知识不单存在于书本上,也表现在生产和生活实践中,既有在传统课堂上老师讲授的传播方法,也有在具体生活实践中的言传身教,教育是全方位的培养和训练,并非单纯的简单说教。

一、公证实务概说

实务是指从事各种职业活动的规律和技巧。公证法律实务则是

2 公证实务

指公证员和公证处在依法办理公证业务及事务和公证管理中积累的经验和总结出来的技巧、方法,和相关的理论是密不可分的,公证实务依赖于理论的指导,产生于实践,是公证执业活动的经验总结。

公证实务是理论和实践的统一体,没有相关的法律知识和理论支撑,公证实务也就无从谈起,但仅仅有法律基础知识也是不够的,离开了公证活动的实践,知识就显得空洞乏味,失去了应有的价值,只有对公证业务实践的不断总结和反思,公证实务才能焕发出光彩。同时,公证实务也要对业务活动的规律性进行发掘和总结,没有这样一个理性的过程,做得再多也不能称之为公证实务,所以,分析、思考、总结、提高是对公证员的基本要求。

公证员不能成为办证的机器,首先要有一定的理论水平,缺乏相关知识的人是做不好公证员的,勉强做了也会出问题;有了理论基础还要注意实践中的经验积累,这样才有可能成为合格的公证员。同时,必须注意发掘公证业务实践中的规律性,不断总结思考,才会有所提高,才能跟上社会发展的步伐。传承和交流也是公证实践中不可或缺的重要方面,公证行业应该是开放式的,需要社会的理解和认识,特别是公证业务需要得到一些相关行业的理解和支持,否则就很难实现真实合法的公证执业目标。

公证是一种具有社会公信力的法律职业活动,这种公信力的取得不能单纯依靠法律的规定,更重要的在于公证员执业活动的社会影响,从这个角度看,公证实务的社会影响力远超过公证法律的相关理论。任何理论都要靠人来实践,法学理论必须付诸实践,成为人们社会活动和预防、解决各种纠纷的基本准则。也可以说,公证的公信力取决于公证员的职务活动,法律规定得再好,没有人去执行,法律本身也就失去了应有的价值。所以,公证实务必须引起法律职业共同体的关注,也是民主法治建设的重要方面。

二、公证法律制度与公证实务的关系

公证法律制度是国家司法制度的重要组成部分,肩负着预防纠纷、减少诉讼,构建和谐社会的使命,公证法律制度主要发源、发展于大陆法系国家,是为了保障交易的安全而设立的。公证法律制度有着悠久的历史 and 深远的社会文化底蕴,远非近代历史上的律师制度

可以相比。公证是对法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性进行证明的一种专业活动,追求的是稳定、公平、有效、安全的商品交易理念。与普通法系追求商品交易的快捷、高效、自由的理念不同。公证秉承欲速则不达的理念,有一整套预防纠纷的法律制度,维护着市场交易的公平和公证,使其在平稳、有序的轨道上发展;普通法系则在自由、民主的指导下建立了一套保护公民私权的法律体系,通过对抗、制约维护公平的交易秩序,用公开、透明的公平司法推动市场经济的快速发展,在追求自由贸易的理念下,通过诉讼解决纠纷,维护交易秩序,虽然交易本身比较迅速,但是带来的后果对个人来说可能是灾难性的,矫枉过正,纠正偏差的时间成本也许会长一些。

公证制度是有关公证的全部法律规范体系,是对公证员执业法律行为的法律保护,是公证职业的法律基础,和公证实务是相辅相成的关系。公证制度的建立与完善离不开公证员的业务实践,没有公证实务,再好的法律制度也无法发挥作用。法律制度是要靠人来实施的,公证制度依赖于公证实务,使其在现实生活中不断得到完善。公证员的良好素质也在公证实践中不断得到培养和提高。公证法律的理论产生于公证实务,反过来又指导公证实务。

三、公证处的内部制度建设

我国的公证处是履行法律赋予的公证职能的基本单位,并非公证人联合起来办公的营业场所,而是独立的法人组织,对外独立承担民事法律责任。公证员不是真正意义上的独立办证主体,只是在公证处内部完成法律赋予的任务,受公证处的委派履行法律规定的职责。公证处主任是法定代表人,按照法定程序在有3年以上执业经验的公证员中推选产生。

一般情况下,公证员办理公证业务,都要经公证处主任审批,在一些大的公证处,也有指定专门的、经验丰富的资深公证员负责审批的情况,未经审批不得出证。除法律另有规定外,公证书从审批人批准之日起生效,审批人批准日期即为出证日期。由此可见,公证审批是公证处内部实现自我监督的一项重要制度,是保障公证质量的一项重要措施,也体现了公证的审慎和负责,同时也暴露出公证审批存在的问题,那就是监督的责任究竟在哪里?办证人和审批人的责任如何划

4 公证实务

分?是承担连带责任,还是区分各自的过错承担相应责任?在实践中,办证公证员和审批人的责任往往很难区分。我们知道,公证的法律专业属性很强,很多公证事项是需要公证员运用法律知识和丰富的实践经验进行分析,通过主观判断才能作出结论的。如果承办公证员和审批人在认识上不一致,承办人必须服从审批人。这个制度设计具有强烈的两面性,既是一个安全阀,也是审批人阻碍承办人的职权的行使,是“审者不判,判者不审”在公证领域的一个再现。从以人为本的角度出发,实现职业公证员责权利三位一体,突出公证员的专家证人特点,改审批制为内部复核的一个环节,最终决定权仍然交给承办人,也许会是一个更好的选择。

目前我国的公证处是三种形式并存,即行政体制、事业体制和合作制。事业体制又分为全额拨款、差额补助和自收自支三种类型,以自收自支的形式为最多,经过十年的改革实践,这种模式比较广泛地被一线公证处所接受。但是,现在正在进行的事业单位改革又给公证处带来了新的挑战。在事业单位的改革中,公证处作为事业单位将面临三种选择:行政职能、从事生产经营活动和从事公益性服务活动。对于其他事业单位来说,这个改革方案也许无可非议,但是对于具有中国特色的公证机构来说,这三种选择也许都不适合。公证改革从2000年开始就探索从行政体制中走出来,随着《中华人民共和国公证法》(以下简称《公证法》)的制定,公证处的去行政化已经被社会所接受,若再改回到行政职能已经为市场经济的发展所不允许了;公证不以营利为目的,又排除了从事生产经营活动;剩下的从事公益性服务活动这一项也不合适。公证处的职能是法定的,不是一般的公益性服务,也不同于律师的法律服务,是一种和其他行业没有可比性的特殊形态,按照公益性服务来管理,势必又回到原来的行政体制中,会严重影响公证行业的发展,十年的公证管理体制改革的成果将付诸东流。中央政府推行的事业单位体制改革针对的是全国各行各业的事业单位,从全局看无疑是正确的,对于改变政事不分、事企不分、管办不分的事业单位现状具有重大意义。从源头上讲,把公证处界定为事业单位并不准确,相对于公检法等国家机关和律师来说,公证处可能更具有事业单位的一些特征,为了与之区别,赋予公证处事业单位的特点也无可厚非。但在当前的事业单位改革中,所列的三种形态都很难把

公证处的特点涵盖进去,因此,需要我们重新研究定位。

首先,要对公证所涉及的所谓公权力有一个清醒的认识,或者说对公证究竟是否为一种权力也需要进行考量。笔者认为,在我国没有法律规定必须公证的前提下,认定公证是一种权力就值得商榷。公权力一般是在国家公法中规定的由特定国家机关或组织行使的一种管理权或者确认权,属于国家公共职能的一部分,《中华人民共和国公证暂行条例》生效期间,我国的公证就是这样。《公证法》实施后,明确把公证机构从行政机关中剥离出来,形成了独立的证明机构,“公”的含义仅仅是在公证员资格的取得和职务行为的法律后果上表现出来,其特征更多的是针对私证和公务人员而言。公证的专家证明特点十分鲜明地体现出公证员不是国家公职人员,不行使国家权力,也不是自由职业者,而是履行特殊法定职能的专业人员。公权属性更多地体现在公证的效力和法律后果上,以及公证员资格的取得和管理上。同时,我们还应该看到,公权力和公信力不是一回事,公权力是国家、政府、公共管理机构依法所享有的特殊权力;公信力是指人们对某人或组织普遍存在的一种信任。在中国的政治体制下,公权力往往会产生公信力的后果,而公信力并非都具有公权力。公证就是一种证明活动,由于其主体特殊、程序法定、效力也是法定的,从而赢得了社会的普遍公信力。法律规定的排他性针对的是私证和其他行业,在同地区、同行业中,公证也同样面临着竞争。

其次,要对公证的服务有一个恰当的认识。公证不同于医院、学校等事业单位,社会对公证的服务需求是有限的,在公证制度发达的拉丁公证联盟国家或地区,公证员和公证处的数量要和辖区人口成一定比例,享受公证服务也是不均等的,有的人可能会办理很多公证,有的人可能从来不涉及公证,公证的受益人是特定的,并非社会的全部。虽然公证可以起到预防纠纷、减少诉讼、节省司法等公共资源的作用,但是直接受益者还是当事人。尽管如此,公证员和律师也有明显的不同,律师倡导的是以委托人为中心的服务理念,而公证不是收了申请人的钱就要站在申请人的立场为其说话,而是按照法律的规定,就申请事项的真实性、合法性作出证明,是站在公平、公正的立场上。

再次,还要对公证的收费有一个正确的认识。公证收费是基于受益者是申请人个体而非整个社会,是对公证法律行为的一种经济上的

6 公证实务

成本补偿。如果把公证作为社会的公共服务,则不应该向当事人收取费用,那样就意味着全体纳税人在给一个受益人买单,显然是不公平的,这就是公证双重属性的形成原因。

由此可见,公证处不是行政机关,没有行政职能,不应该回归到行政体制;公证处不以营利为目的,法律服务是有限的特殊商品,受到诸多制约,竞争是有限的,不能完全面对市场,不能转向企业;公证的双重属性和收费理念,又决定了公证处不是公益性服务组织。事业单位的三种改革形态都不适合公证处,只能另外寻求一种新的定位模式。我们应该抓住这次国家进行事业单位改革的机遇,推进《公证法》的修改进程,使之更加适合我们的国情特点,完善具有中国特色的公证法律制度。

为了有效地办理专业性的公证业务,公证处应该建立起内部的信息采集和比对制度,以完成技术层面的资料核实,并在此基础上,通过行业和政府司法行政部门的协调,建立相关产业的信息采集共享制度,使公证的核实可以高效、准确地完成,从而使公证处从真假难辨的窘境中摆脱出来。例如,当事人的身份识别、标的物的测量数据、各种技术资料的比对等,大多都是公证员亲自参与比对,由于公证员只是法律专家,而非建筑、金融、电子等其他领域的专家,很多公证错证都是公证员在代人受过,长此以往,公证行业很难发挥其应有的作用。

建立疑难案件的内部研讨制度,充分利用现行法律以公证处为基本单位的条件,群策群力,建立和完善公证处内部的案件讨论制度,集思广益,调动大家的智慧和积极性,通过讨论把问题搞清楚,寻找解决矛盾的最佳途径。在东部经济发达地区,较大的公证处还应该建立调研发室,创办自己的刊物,创设独具一格的公证处文化氛围,为公证员创造一个良好的工作环境。

建立公证处内部的交流和培训制度。公证的经验要通过长期的业务生涯积累,通过交流、取长补短以实现升华,良好的素质也是通过培养和训练逐步养成的,而非一蹴而就。公证处的交流和培训应该不拘一格,不要拘泥于固定的讲课模式,更不在于枯燥的说教,制度化的交流和培训以及日常工作中的交流也会取得意想不到的效果。另外,还可以采取“走出去、请进来”的方式以及互动的方式实现培训和交流的任务,即目标明确、形式多样、注重效果、提高素质、提高办证水平,

以适应社会的需要。

公证沙龙的制度化建设。定期举办公证沙龙是一个不错的选择,其平台可以是面对面的圆桌会议形式,也可以是网络上的虚拟模式,还可以通过内部刊物来实现笔谈,外出郊游、考察访问等也可以实现思想的沟通与交流。这都是公证处文化建设不可或缺的重要方面。

四、公证员素质提高的基本路径

公证员应该有饱满的政治热情,精湛的执业技能,严谨的思维方式,渊博的法律知识,丰富的社会经验,谦虚谨慎、努力进取、品德高尚、诚实信用、忠于职守、不徇私情、自觉维护社会正义和秩序。提高公证员素质的基本路径在于学习、思考、总结、交流。

学习的方式是多种多样的,并非拘泥于课堂学习一种模式。首先是看书学习,读书是最简便易行的一种学习方式,博览群书也是提高一个人综合素质的主要方法。对于职业公证员来说,最主要的是解决工作和学习在时间上的冲突,其实,时间对于每一个人来说都是公平的,关键在于是否能挤出学习的时间以及对读书的渴求。过去说书中自有颜如玉,书中自有黄金屋,在当今世界,书依然是知识的海洋,是智慧的结晶。听课也是一种重要的学习方式,对于职业公证员来说,这种机会可能更少、更珍贵,但并非没有。但对教师和内容选择可能会更加挑剔,往往是带着问题听课,由于教育产业化的影响、培训的形式化,难免会使有专门需求的公证员失望,适销对路的课堂教学才是非常宝贵的。尽管现在已经是信息大爆炸的时代,但适合自己的培训信息仍然难以及时得到。

思考是提高素质的另一个渠道,公证实务给了每一个公证员很多接触社会的机会,遇到了很多过去没有经历的情况,书本知识大多是前人总结出来的经验教训,但在公证实务中遇到的很多都是新问题,需要用脑去思考,寻找解决问题的方法,开拓思路就显得极为重要了。因此,必须在公证实务中有意识地训练,不断探索新的路径,思维模式需要不断积累和训练才能找到,没有现成的捷径可以依赖。对于刚执业不久的新公证员,学会思考恐怕是职业生涯的第一步。感悟是要通过思考来悟出道理,感是基础,悟是过程,规律性是结果,要通过对比分析才能找到结果,简单的思维难以找到归宿,开放性的思维对

于公证员的技能提高很有帮助,思路的开放取决于不断的积累和探索。

总结可以使人增加自己的知识和智慧,总是被同一块石头绊倒的人是非常愚蠢的,公证员绝不能是这样的蠢人,而应该成为善于总结的智者。不总结,往往感觉不到自己的成果,回顾走过的执业道路,无论是成功还是失败,反思以后都会有很大的收获,这就是总结的魅力所在。总结可以看到自己的工作轨迹、统计自己的工作量、欣赏自己的杰出业绩、发现自己的疏漏和不足,也可以看到与优秀者的差距,成绩可以给人以动力,缺陷让人知耻而后勇;总结还可以使我们对法律概念和原理有更加深刻的认识。我们可以总结自己,也可以总结他人,还可以请他人帮助总结我们自己,换位思考,等于是增加了一面镜子,可以多角度地审视社会,无形中开阔了我们的视野,使我们的思路更加宽广。不仅如此,总结还可以把我们带出自己的小圈子,进入到公证处、公证协会的总结范畴,通过各种会议、简报、工作报告都可以发现别人的优缺点,反思自己是否也存在这些问题,本身就是一个总结提高的过程。不要把总结当成是领导摊派的任务,应该学会把它看成是一个放大镜、多棱镜、显微镜,一个认识社会的武器,一个提高自身技能的工具,无形中它就会成为提高素质的良好帮手。

交流的方式也是多种多样的,不单是面对面的交谈,也包括各种形式的会议、聊天、笔谈、沙龙、书信、形体动作、影视作品等,现代社会的交流媒介丰富多彩,交流的核心是信息的传递,信息的内容和我们的接受程度是非常重要的。公证实务往往是一个师傅带徒弟的过程,师徒之间的交流是多方位的,对法律文件的修改、对有关人员的询问以及询问的语调和内容、询问的时间,等等,在某种程度上都有特定目的,并非是简单的发问,要注意其中的法律意义和区别。在特定场合眼神的交流也是很关键的,要善于发现和理解。我们往往比较注意主动型的交流,其实被动型的交流对提高公证员的综合素质也有重要意义。老公证员办理业务时的言谈举止,举手投足,都会对他人产生影响,是内在涵养的外在表现,是一种潜移默化的影响、感染和传导,师徒间的这种影响就是培养提高综合素质的最好方法。动物谋生技能就是这样训练的,作为职业法律人的公证员素质的提高也可以借鉴这种方式。

五、公证质量是公证制度的生命线

建立公证法律制度的目的就是要预防纠纷减少诉讼,如果没有必要的质量保障,出现了错证,就达不到这个目的,所以说,公证质量是公证法律制度的生命线。

在公证实务中,错证的标准是很难把握的,我们在这里不讨论错证问题,只论述在公证实务中对待错证的基本原则,采取什么样的态度对公证行业的发展最有利,特别是对中国现阶段的公证,怎么做更有利于公证行业的发展。

如果把公证作为一种法律服务产品,笔者倾向于严格责任为好,这样可以更好地树立行业形象,增强社会公信力。这样是否会使更多的人对公证处行骗呢?我看未必。公证处作为国家法律规定的专门证明机构,应该建立严格的防范体系防止被骗,采取各种有力措施避免出现错证,如果作为法律专家的公证人都无法防控,对于没有法律经验、缺乏法律防控技能的普通民众来说,又怎么能够保护自身的合法权益呢?在赔偿范围上,应该是以实际损失为宜,按照损害结果进行赔偿。诉权是当事人依法享有的,告谁不告谁,有选择的自由。公证处在判断是否承担民事责任的时候,最主要的是看公证行为与损害结果之间是否存在法律上的因果联系,如果有就承担责任。与此同时,公证处需要做的是完善内部的各项制度和监督机制,保障公证不出现任何瑕疵,尽快通过现代化手段,对各种容易混淆真实性的情况作出科学判断,从而维护公证的公信力。

通过立法的修改和完善,进一步明确错证的界限,行业协会也要加紧进行专门性的研究,尽可能通过公证程序规则对各种错证得以清晰地作出判断。同时还要发挥政府职能部门之间的协调功能,加大打击扰乱公证秩序的违法犯罪行为,遏制利用公证达到实现其非法目的的行为,真正发挥公证在市场经济中的保驾护航功能,维护交易的安全和稳定。

六、公证的程序

程序是实现公平正义的基本保障,公证程序也是我们衡量其正确与否以及可信度的重要标准。《公证法》在公证程序这一章对公证管

辖、公证代理、公证的申请和代理、审查事项、出证条件等作了明确的规定,作为部门规章的《公证程序规则》、《开奖公证细则》(试行)、《遗嘱公证细则》、《提存公证规则》、《招标投标公证程序细则》、《赠与公证细则》等更细化了相关公证业务的办理程序,这一系列的规范性文件都是公证真实合法的程序保障。

在公证实务中,对具体的公证程序的学习理解和遵守更是非常重要的,尽管有些程序已经有明确的规定,但是在具体操作中,还有许多需要注意的地方,稍不留神就会给社会带来难以弥补的不利影响。公证的程序规则在实务中具有特别重要的意义,需要经验的积累。比如,委托公证需要当事人本人亲自办理,不得代理,特别是对于上了年纪的当事人,公证员仅凭肉眼难以区分本人是否和身份证上的人是同一个人,即使有现场的录音录像佐证,也难以说清楚,二代身份证的指纹录入却可以在一定程度上解决这个问题。还有就是学历公证中的证书真实性问题,对此,目前缺乏有效的核实渠道和手段,如果司法行政机关和行业协会能够与有关部门协调,建立公证处与相关机构的联动机制,这个问题就比较好解决了,单凭公证处在个案中的协调是很难奏效的,这属于制度建设中应该考虑的重要内容。在法国,公证人事务所在办理具体的公证事项时要和十几个行业打交道,在制度设计中形成了良性的联动机制,可以在同一个互联网平台上实时查询到所需要的信息,非常快捷方便,对公证的真实合法提供了必要的保障,这恐怕也是法国公证法律制度高度发达的一个重要原因吧。

七、公证的效力

根据我国的法律规定,公证具有证据效力、强制执行效力和法定公证未经公证不生效的效力。

证据效力,是指经过公证的民事法律行为、有法律意义的文书和事实可以直接作为证据来使用,这是其高于一般证据的效力,只有在具有相反证据足以推翻公证证明的情况下,才排除其证据效力。证据效力是公证法律制度的基础,是公证证明区别于其他证据的明显特征,经过公证的法律行为、有法律意义的事实和文书,在国家司法体系和行政体系内就被认为是真实、合法的,就可以直接作为认定案件真实情况的依据使用;未经过公证的其他证据材料,则必须要经过质证、

审查、核实、凭办案人员的经验、职业道德进行分析判断,才能作为证据使用。相对人举出的相反证据,则必须经过审查判断,确认真实合法并足以推翻公证证明的,才能排除公证证明的法律效力。在公证实务中,有时会遇到在对待公证证明的结果上,出现了法院和公证处认识不一致的情况,法院或者使用公证证明的行政机关或其他组织要求当事人向公证处提出复查或者申诉,一定要将公证书撤销,然后才进入相关的司法程序或其他程序,继续解决当事人的实体法律问题,这是对法治国家分权治理的立法理念的误解。笔者认为,只有法定公证才存在这个前提,如果有相反证据足以推翻公证证明,则必须要经过法定程序撤销原来的公证书,如果不撤销就意味着原来的公证书还有效,后续程序则无法进行;不是法定公证,就没有必要坚持撤销公证书,法院可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第67条的规定,作为除外情况,不作为证据使用。司法是最后一道防线,具有终局性,是至高无上的。公证书是否撤销,在法院有相反证据可以推翻公证证明的情况下,不影响人民法院作出判决。《公证法》并没有把撤销公证书的权力赋予法院,也就是说,法院可以不作为定案依据、可以裁定不予执行,但是不能裁定撤销公证书。公证处可以认为公证书没有错,可以不予撤销原公证书,只是对公证当事人申请撤销公证书的一种回复,在法院不作为证据使用的情况下,原公证书已经没有实际意义了。这就是分权治理在公证法律制度中的一种体现。

强制执行效力是指公证机构依法赋予强制执行效力的债权文书,在债务人不履行义务时,债权人可以不经审判程序,直接向有管辖权的人民法院申请强制执行,人民法院应当受理并采取必要的强制执行措施,以维护债权人的合法权益。公证的这个效力充分体现了公平和效率的原则,由此也可以看出,公证制度预防纠纷、减少诉讼的作用,是对诚实守信的维护,得到了司法强制的有力支撑。法律在赋予强制执行效力的同时也给予了严格的限制,债权文书必须是以给付一定的货币、物品或有价证券为内容;必须是债权债务关系明确,双方对给付内容没有疑义;债务人在债权文书中明确表示在不履行或不能完全履行义务时,愿意接受强制执行的承诺,在这种情况下,公证处才能作出赋予强制执行效力的公证书。债权文书通常包括借款合同、借用合

同、还款协议、借据、签单,以给付赡养费、抚养费、学费为内容的协议和符合强制执行效力的其他债权文书。公证的强制执行效力并不是绝对的,在申请法院强制执行时,也要接受司法审查,人民法院认为公证书确有错误的,裁定不予执行,也体现了司法对公证的监督作用。

法定公证是指法律、行政法规规定设立、变更的法律行为或者必须要经公证证明的法律事实、文书,自然人、法人或其他组织必须申请办理公证,否则,该法律行为、法律事实或法律文书不发生法律效力。法定公证一般都涉及重大的资产转移,与社会公众的利益相关,体现出公权对私权的适度干预,这种干预在拉丁公证体系内部是普遍存在的,彰显出公证法律制度对市场经济的促进和影响,不是放任自由地任其发展,而是通过公证法律行为引导保障交易的安全来实现退一步进两步的效果。美国的次贷危机引发了金融危机,从而波及全世界,带来的经济危机至今还没有消除,除其他诸多原因外,美国没有公证法律制度也是危机产生的一个重要原因。我国的《公证法》虽然有法定公证的条款,但是没有具体的内容,而是把法定公证的具体内容交由其他法律来规定,遗憾的是,其他法律很少有直接规定必须公证的,个别地方性法规和规章规定了一些,与我们的法律传统不太适应。不动产买卖、农村土地使用权流转、拆迁、招标投标、大中型基本建设项目的资金监管、彩票的发行等有关国计民生的事项都应该列入法定公证的事项,以维护交易安全 and 市场稳定,维护改革开放的成果。

八、中国公证员在法律职业共同体中的现实状态

随着司法统一考试制度的确立,也标志着中国法律职业共同体诞生了,法官、检察官、律师、公证员都从通过司法考试的人员中遴选。从目前的法律规定来看,公证员的性质不清,公证处的管理形态多样,《公证法》颁布六年来,在全国的贯彻执行参差不齐,使公证员在法律职业共同体中处于一个尴尬的状态。法官、检察官都是司法公务人员,行使审判权和法律监督权,其各项费用均由财政负担;执业律师脱离了公职属性,以委托人为中心,成了提供法律服务的自由职业者,完全走向了市场;只有公证处依然存在着三种形态:行政体制、事业体制、合作制并存,在全国事业单位体制改革中,也很难找到适合其自身改革的形式,这种不伦不类、没有归属的状态真是太尴尬了。就现状

而言,全国的公证员队伍又到了一个新老交替的时期,近年随着临近退休年龄的老公证员离开执业岗位,补充新人就成了一个大问题,在校大学生、研究生就业的首选是法官、检察官、公务员,谋求不到稳定的公职岗位的则把眼光主要投向了律师,了解公证员岗位的人很少,在法学院校中开设有关公证的课程就更少了,原司法部所属的几所政法院校中,虽然还保留有相关课程,但学生们在学分制和就业的冲击下,真正选学的也很少,本科阶段学习相关课程的微乎其微。

面对这种现状,笔者建议,司法部和公证行业要抓住法学教育改革的良好契机,从源头入手,使公证行业以及其在法治建设中的作用能够让法科大学生充分了解,通过助学、实习、研讨等公益活动,发挥行业的引导作用。同时改革职业教育,加强岗位培训,对教材、教法、教师、教学模式、教学内容进行系统的研究改革,使其更贴近公证实务的需要。同时加大对《公证法》实施的调研工作,系统梳理存在的问题,邀请专家进行分析论证,借鉴其他国家的经验,充分考虑中国的现实情况,寻找解决问题的办法,提出修改法律的建议,尽快拿出《公证法》修改的时间表。应该坚信,公证法律制度在中国有着深厚的土壤,符合中华民族的传统文化,只要我们积极努力,调查研究,就一定能够寻找到适合我国国情的公证行业发展之路。

目 录

第一章 公证处与公证员	1
第一节 公证处	1
第二节 公证员	9
第三节 公证执业	20
第二章 公证当事人与利害关系人	28
第一节 公证当事人	28
第二节 公证事项利害关系人	51
第三章 合同(协议)公证	66
第一节 合同(协议)公证的概述	67
第二节 受《合同法》调整的合同(协议)公证	73
第三节 受《合同法》以外的法律调整的合同(协议)公证	78
第四节 赋予强制执行效力的债权文书公证	88
第五节 合同(协议)公证书书写问题	91
第四章 继承公证	95
第一节 法定继承公证	95
第二节 放弃继承权声明公证	105
第三节 遗嘱继承公证	111
第四节 公证机构在办理继承公证中存在的问题	114
第五节 关于继承公证中公证人员审查核实的有关问题	116
第五章 单方法律行为公证实务研究	122
第一节 单方法律行为公证	122