

叶 青 黄 群·主编

· 中国法律制度研究丛书 ·

中国 公证制度研究

ZHONGGUO GONGZHENG
ZHIDU YANJIU

上海社会科学院出版社

叶青

中国

· 中国法律制度研究丛书 ·

公证制度研究

ZHONGGUO GONGZHENG
ZHIDU YANJIU

上海社会科学院出版社

730016

图书在版编目(CIP)数据

中国公证制度研究/叶青,黄群著. —上海:上海社会科学院出版社,2004

ISBN 7-80681-377-2

I. 中... II. ①叶... ②黄... III. 公证制度-研究-中国 IV. D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 005222 号

中国公证制度研究

主 编:叶 青 黄 群

责任编辑:周 河

封面设计:闵 敏

出版发行:上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail:sassp@online.sh.cn

经 销:新华书店

印 刷:上海新文印刷厂

开 本:850×1168 毫米 1/32 开

印 张:10.375

插 页:2

字 数:270 千字

版 次:2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

印 数:0001—3000

ISBN 7-80681-377-2/D·034

定价:25.00 元

版权所有 翻印必究

目 录

第一章 公证与公证制度概述	(1)
第一节 公证的概念和特征	(1)
第二节 公证与其他证明形式的区别	(5)
第三节 公证的职能作用	(9)
第四节 公证与民事诉讼的关系	(12)
第二章 公证制度的历史沿革	(15)
第一节 外国公证制度的历史发展	(15)
第二节 中国公证制度的历史发展	(26)
第三章 公证法	(39)
第一节 公证法概述	(39)
第二节 公证法的内容	(47)
第三节 《中华人民共和国公证法》的立法情况	(55)
第四章 公证组织	(68)
第一节 公证机构	(68)
第二节 公证员	(74)
第三节 公证行政管理机构和公证员协会	(80)
第五章 公证活动的基本原则	(87)
第一节 真实原则	(89)

第二节	合法原则	(93)
第三节	法定与自愿相结合原则	(96)
第四节	保密原则	(99)
第五节	回避原则	(102)
第六节	直接原则	(105)
第七节	本人申请办证与代理人申请办证相结合原则	(108)
第八节	使用本国和本民族语言文字原则	(110)
第六章	公证的效力	(112)
第一节	证据效力	(112)
第二节	法律行为成立要件效力	(117)
第三节	强制执行效力	(124)
第七章	公证的普通程序与特别程序	(134)
第一节	普通程序	(134)
第二节	特别程序	(155)
第八章	公证法律责任	(164)
第一节	公证法律责任的构成	(164)
第二节	公证法律责任的种类	(167)
第三节	公证机构的法律责任	(172)
第四节	公证当事人及相关人员的法律责任	(177)
第五节	公证赔偿制度	(179)
第九章	公证人履职保障制度	(193)
第一节	禁止公证人兼职制度	(193)
第二节	公证人回避制度	(195)
第三节	公证人监督与惩戒制度	(197)

第四节	公证人交纳身份保证金制度	(199)
第五节	中国公证员惩戒问题研讨	(200)
第十章	中国公证与 WTO 研究	(202)
第一节	WTO 对中国公证制度的基本影响	(202)
第二节	中国公证制度在市场经济中的地位和作用 ...	(215)
第三节	中国公证制度调整的对策思考	(224)
第十一章	市场经济体制下的中国公证制度改革与发展	
	问题研究	(234)
第一节	公证与市场经济发展的关系	(234)
第二节	公证在社会信用体系中的定位	(242)
第三节	中国公证人在公司法领域中的实践	(255)
第四节	公证在不动产物权变动中的作用	(270)
第五节	证据保全公证的功能与应用	(288)
第六节	公证在律师代理活动中的作用	(298)
第十二章	中国公证文书的改革与展望	(310)
第一节	中国公证文书的现状概述	(310)
第二节	改革与展望:要素式公证书	(317)
后 记		(326)

第一章

公证与公证制度概述

第一节 公证的概念和特征

一、公证的概念

公证(notary)一词来源于拉丁语(nota)。“nota”指的是古罗马“书记”们用来快速抄录文书的一种速记符号^①。随着历史的演变,公证被用来表达为国家或社会公认的证明活动。

现代意义上的公证,是指公证机构根据当事人的申请,依法证明法律行为、具有法律意义的文书和法律事实真实性、合法性的一种非讼活动。对这一概念我们可以从主体、客体和内容三个层次加以解析:

(1) 公证的主体。国家公证机构和申请公证的当事人是公证活动的主体。进行公证,首先必须有代表国家行使证明权的公证机构或公证人。公证机构可以是国家依法设立的组织,也可以是

① 卓萍主编:《公证法学概论》,法律出版社1988年版,第5页。

依法设立的社会中介机构^①。办理公证还必须由当事人提出公证申请。一般情况下,国家法律只对某些重大的民事、经济活动或事件规定强制公证。如《法国民法典》规定,抵押合同、赠与合同和与赠与有密切联系的授权委托、夫妻财产契约、夫妻结束分居、亲属会议同意未成年人婚约、确认亲子关系、监护人拍卖或分割被监护人财产、社会救济机构收养儿童、法律文件抄本等事项必须公证。我国目前还没有民法典和公证法典,为数不多的必须公证事项,由行政法规、地方法规、规章加以规定。这又分两种情况,即全国性的规定和地方性的规定^②。全国性必须公证的事项,主要有以下几项:继承银行存款的继承权、招标、国有企业承包或租赁、国有企业转让、经济担保、出国留学协议、有奖储蓄开奖、话机的抽样检测等。地方性必须公证的事项,主要有以下几项:土地使用权的转让、抵押;重点建设项目和大型建设项目的招标、投标;房屋的赠与、抵押,外销商品房的买卖,非居住用私房的租赁合同;股票和其他记名有价证券的赠与、继承与灭失等。

(2) 公证的客体。法律行为、法律事实和有法律意义的文书是公证活动的客体。法律行为是指公民、法人设立、变更、终止法律上的权利、义务关系的合法行为。法律行为以发生法律效力是

① 现代各国公证机构大致可分为四种类型:一是以法国为代表的公证人事务所;二是以英国为代表的受教会管辖的公证人;三是我国台湾地区的受法院管辖的公证人;四是以前苏联、东欧各社会主义国家和中国为代表的国家设立的公证处。根据中国共产党第十四届三中全会的决议,公证机构与律师事务所、会计师事务所、审计师事务所的属性一致,都是社会主义市场经济的中介组织。国务院2000年7月31日批准的《关于深化公证工作改革的方案》进一步明确:现有行政体制的公证处要尽快改为事业体制;改制的公证处应成为执行国家公证职能、自主开展业务、独立承担责任、按市场规律和自律机制运行的公益性、非营利的事业法人;今后不再审批设立行政体制的公证机构。这标志着中国公证执业组织形式的根本性的变化。

② 随着公证事业的快速发展,截止到2002年已有天津、陕西、福建、四川、江苏、山西、浙江、宁夏、上海、贵州、甘肃、云南、吉林、河南和广东、重庆、湖北、新疆、黑龙江、内蒙古、安徽等21个省、自治区和直辖市制定了地方性公证条例或规定。

否需要双方意思表示为标准,可以分为单方法律行为(如遗嘱的设立)和双方法律行为(如合同的订立)。法律事实是指不以当事人的意志为转移而发生的,能够引起法律关系发生、变更、消灭的客观事实,如人的出生、死亡、地震、洪灾等。有法律意义的文书是指在法律上具有特定意义或作用的各种文件、证书、文字材料等的总称,如董事会决议、毕业证书、成绩单、法人营业执照等。常见的公证有证明文件的副本、节录本、样本、影印本与原本相符,证明文件(证书)上的签名、印鉴属实。

(3) 公证的内容。证明客体的真实性与合法性是公证活动的内容。真实性是公证活动的最基本要求。所谓真实,是指公证文书中所证明的法律行为、有法律意义的文书和事实必须客观存在,并且通过直观或有关证据能够为公证人员所确认。公证文书所证明的内容应当与事实相符。只有真实的事实才能为公证证明;对虚构的事实、缺乏证据而无法使公证人员确认的事实,都不能予以公证。只有真实的公证书,才能产生应有的法律效力。合法性证明,是指公证人员办理公证事项的内容、形式和程序都必须符合法律规定,并且不违反公序良俗。《日本公证人法》第 26 条规定:“对违反法令事项、无效的法律行为及由于没有行为能力而必须撤销的法律行为,公证人不得制作证书。”《比利时公证法》第 19 条规定:“公证书应忠于法律。”但与一些西方资本主义国家的公证制度相比,真实性和合法性的统一构成了我国公证证明的一大特点^①。有些西方资本主义国家的公证,通常只确认真实性,而不确认合法性。如《美国新泽西州公证人手册》中规定:“公证人的职能是通过签名盖章的形式施行和证明誓约及有关证件在法律上生效,以便在国外管辖范围内有可靠的证明,使法律行为及其他诉讼活动得以承认并且得到证明,履行某项法定行为,主要是商务事情,如票据的证明,国外草案的公证。”这是由于西方国家公证制度的职能

^① 江伟主编:《公证法学》,法律出版社 1996 年版,第 2 页。

仅限于纯粹的证明,而我国公证制度不但规定公证的证明职能,更重要的是维护社会主义法制,维护公民、法人和其他组织合法权益的职能,合法性证明是我国公证内容的一个重要方面。

二、公证的特征

(1) 公证是由国家专门司法证明机构依照法定程序进行的一种特殊的证明活动。公证职能只能由国家专门设立的司法证明机构依法统一行使国家公证职权。公证具有权威性、可靠性、广泛性和通用性等特点,不受行业、国籍、职业、行政级别、地域的限制,并在国内国际都通行使用,因而有别于其他机构的证明,如:公安机关发的身份证、护照;房屋管理部门发的房屋产权证;工商行政管理机关发的《营业执照》;税务机关出具的纳税证明等。

(2) 公证证明的对象是没有争议的法律行为,有法律意义的事件、文书。法律行为,如收养子女、赠与、委托、签订合同等,是由公民、法人和其他组织设立、变更、终止法律上的权利义务关系的行为。法律意义的事件和文书,如出生、死亡、婚姻关系、意外事件、证据材料、文书的副本、译本与原本相符、文件上的签名属实等,证明其真实性 and 合法性。

(3) 公证书在法律上具有特定的效力和普遍的法律约束力。公证书具有法律上的证据效力和强制执行效力。根据法律规定,公证机构出具的公证书,人民法院在审理案件时应当作为认定事实的依据;债权公证书赋予强制执行效力,当事人不履行时,债权人可以直接申请人民法院强制债务人履行。公证还是有些法律行为生效的形式要件。根据有关的法律、法规规定,必须办理公证的法律行为,在办理公证后才具有法律效力。如《中华人民共和国收养法》第20条规定:外国人在我国收养子女,应到指定的公证处办理收养公证,收养关系自公证证明之日起成立;公证书具有域外的法律效力;公证书经外事机关和外国驻华使、领馆认证后,在国外具有法律效力。

(4) 公证是一种非诉活动,是预防性的法律制度。我国司法制度从不同方面来保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护社会主义民主和法制,保障市场经济的顺利发展。其主要通过两个方面:一是诉讼,二是非诉讼。公证机构通过其证明活动,预防纠纷发生,为解决纠纷提供可靠的证据。

第二节 公证与其他证明形式的区别

一、公证与民间证明的区别

民间证明,也就是人们在日常生活中通常所说的“私证”,即公民以私人身份作证明,或为见证人、中间人进行的证明活动。

民间证明在日常生活中也常见,在一些涉及民事权利义务关系中,双方当事人对已达成的某项民事协议,如买卖、借贷、租赁、遗嘱等,为避免双方今后可能产生矛盾纠纷,以立字据为准,请双方信任的人或长辈、亲属、朋友等,参与协商过程,以第三者证明人的身份参与签约。这类日常生活中的私证,有时对民事纠纷的解决也能起到一定的调解作用。但这种私人间的证明,很难保证其证明事实和行为的真实性和合法性,因而也就无法保证该证明的有效性。这有几方面的原因:一是该证明人是否公正无私,虽然是双方请来的,并同意证明的第三者,但也有可能偏袒一方;二是该证明人是否知晓法律,也有可能由于不懂法,或法制意识薄弱,甚至会参与违法的证明活动;三是由于证明人离迁,或去世,以及思维障碍等原因,使得原先的证明难以对证;四是也有可能证明人是依仗一方权势、乘人之危,而使得一方同意作证。由于上述这些情况存在的可能性,而使得这类私证无法起到保证当事人合法权利的作用。

公证与私证,从其“公”与“私”这两者的区别,就能知晓这两类证明是截然不同的证明活动,因而其区别也就不言而喻。民间证

明就算其合法有效,也只不过起到证明作用;而公证证明则具有法定的证据效力或对债权文书的强制执行效力。

二、公证与保证的区别

保证是担保的意思,在民事法律关系中,保证是债的担保的一种合同形式。按照这一合同,保证人向债权人担保债务人履行债务承担的责任;当债务人不履行时,债权人有权向保证人请求履行或赔偿损失。

公证是证明当事人所需办理公证的文书、事实是否真实合法,不存在对当事人的任何保证的意思。有的当事人错误地认为,只要办理了合同公证后,公证机构就必须保证该合同的履行,如不能履行就是公证机构的责任。如果是这样的话,公证实际上就变成了保证,而国家公证机构就变成了担保机构,这就完全偏离了公证机构的职能,混淆了两个不同的概念。公证与保证的不同之处在于:

(1) 法律制度不同。公证是国家公证机构办理证明的一种法律制度,属程序法范畴,受公证法律调整。保证则是一种民事法律行为,属民事法律制度,受民法调整。

(2) 法律关系不同。公证是国家公证机构依照公证法律进行的证明活动,属于一种行政法律关系;保证则是一种民事法律行为,属民事法律关系,受民法调整。

(3) 责任不同。公证员出具的公证文书,只对该公证文书的真实性、合法性负责。对一些经济合同公证的当事人,在办理公证后,根据需要和可能,公证员适时将进行回访,以监督当事人履行。这种行为,是属法律监督性质,而并不是负保证履行的责任;而保证人对保证合同负连带责任或补充责任,以及赔偿损失责任。保证人可以担保全部债务的履行,也可以担保部分债务的履行。如在合同中保证范围不明的,应推定为保证全部债务的履行。

(4) 法律地位不同。公证员是执行公证职能的公职人员,并

非民事法律关系中的当事人,不承担履行债务或实施某种行为的保证人。保证人则是民事法律关系的当事人,保证人与被保证人是合同关系,保证人与债权人也是合同关系。

三、公证与鉴证的区别

鉴证是经济合同管理机关根据合同双方当事人的申请,依法证明经济合同的真实性和合法性的一种活动。经济合同鉴证机关是工商行政管理局。公证与鉴证对合同的真实性和合法性都具有证明作用,但两者的不同之处在于:

(1) 性质不同。公证是一项司法制度,是对经济合同实施法律干预、司法监督的手段;而鉴证则是工商行政管理部门的一种行政管理制度,是对经济合同进行管理的一种行政干预、行政监督措施。

(2) 主体不同。公证是由公证机构所作出的证明,而鉴证则是由工商行政管理机关作出的证明。

(3) 出证方式不同。公证证明是按照司法部规定获批准的格式制作的公证书;而鉴证证明是由鉴证人员在原合同文本上签名,加盖工商行政管理局经济合同鉴证章。

(4) 效力不同。公证书中所赋予强制执行效力的债权文书,当债务人不履行时,债权人可向人民法院申请强制执行;而鉴证证明不具备上述效力。在域外效力方面,公证对国家贸易合同及其他涉外经济合同,以及域外的合同当事人的一方具有法律约束力;而鉴证只能对国内经济合同的当事人有约束力。

四、公证与领事认证及签证的区别

领事认证有时亦称外交认证,是指外交、领事机关在公证证明文书上证明公证机构或认证机关(包括本国和外国的外交、领事机关)的最后一个签名或印章属实的活动。其目的是使在一国境内

已经公证证明(或有关组织的证明文书)的文书能被另一国境内的有关当局所予以承认,不致因后者怀疑签名或印章是否属实而影响其效力。公证文书(证明文书)一经他国领事认证,就在他国具有法律效力,即文书的域外的法律效力。

按照国际惯例,在域外使用的公证文书,一般都须办理领事认证,文书使用国才予以承认。公证文书的领事认证,一般都只是认证签名或印章属实,而不涉及文书内容。审核文书的内容,则属于国内有关主管机关的职权。经过认证的文书,如内容不符合使用国的规定,有关部门有权拒绝受理,并不受认证的影响。

公证与认证二者的关系是,认证是对公证而言的,一国公证机构出具的公证文书要在他国使用时,须办理认证;反之,在他国作成的公证文书要到本国来使用,也须办理认证,不办理认证的公证文书要到本国来使用是不予以承认的。依照国际惯例,国家之间可以相互免除认证、单方免除认证,或对部分文书免除认证。在这种情况下,公证文书可直接发往免除认证的国家使用。

我国办理认证的机关是外交部,驻外使、领馆和代办处,以及驻有外国领事馆的省、市、自治区人民政府外事办公室。办理认证的手续是:公证机构制作发往境外的公证文书,由公证机构代当事人向我国外交部领事司申请认证,经领事司认证后,转有关国家驻华使馆或领事馆认证;也可经我国驻外有关大使馆、领事馆认证后,申请该国外交部认证。凡由外国公证机构制作的需要在我国境内使用的公证文书,其认证手续与我国相类似。

签证,是指一国国内或驻国外的有关主管机关,在本国或外国人所持证件上检验签注、盖印,表示准许其出入本国境或过境的手续。签证的证件,主要是出入国境或过境护照。

签证与公证没什么关系。公民出国需要办理护照签证而需使用的有关的公证文书,分别由不同机关,按不同程序办理。

我国发放护照是外交部、公安部及其授权的地方外事办公室,以及公安机关和我国驻外国的外交代表机关。我国办理护照检验

签证机关是外交部领事司、驻外国大使馆、领事馆，中国国际旅行社也代办外国的签证事务。

五、公证与律师见证的区别

律师见证，是指律师根据当事人的请求，以律师的名义对具体的法律行为或法律事件的真实性、合法性进行证明的活动。例如，律师对合同当事人双方签订的合同予以见证，对公民的委托授权书予以见证等。律师见证的一般做法是：

(1) 律师根据当事人的请求，对有关的法律行为或法律事件的真实性和合法性进行审查；

(2) 审查当事人及其代理人的法律资格；

(3) 制作律师见证文书，在见证文书上签名，并加盖律师事务所印章。

虽然我国法律未明确规定律师见证业务，但在实践中律师见证已日渐增多。特别在涉外经济活动中，律师见证已成为一项新兴的业务活动。律师见证与公证机构公证都是对具体事项的法律行为或法律事件的真实性和合法性进行的证明活动，但律师见证与国家公证机构公证的区别在于：

(1) 主体不同。见证是以律师的名义进行的，而公证是由国家公证机构代表国家进行的。

(2) 法律效力不同。律师见证在法律上仅作一般的证据证明；而公证则具有法定的证据效力，有些公证文书赋予强制执行效力，有些公证证明成为某些法律行为成立的必要条件。

第三节 公证的职能作用

党的十四届三中全会《关于建立社会主义市场经济体制若干

问题的决定》将市场中介组织在市场经济中的作用概括为服务、沟通、公证、监督四个方面。根据公证机构的性质和法定职责,公证机构是唯一同时具备这四方面职能作用的市场中介组织。

一、服务职能

公证机构是法律服务机构,办理公证及相关法律事务,为社会提供法律服务是公证机构的基本职能。原司法部部长肖扬在第三次全国公证工作会暨中国公证员协会第二次代表大会上的讲话中指出:“在市场经济环境下,公证机构必须树立‘大服务’的思想,即要把握改革开放和经济发展的脉搏,实现跟踪服务。”这就是说,改革深入到哪里,市场经济发展到哪里,公证机构就要服务到哪里;哪里需要法律服务,公证机构就要到哪里提供服务。当前,改革和市场经济发展的重点是建立现代企业制度和发展房地产、金融、劳动、技术、信息等生产要素市场,公证机构就要积极跟踪服务,努力拓展公司、房地产、金融、票据、劳动、知识产权等方面的公证业务。只要有利于改革开放,有利于市场经济发展,有利于社会稳定,公证机构理应介入,大胆开拓、办理各类公证和相关法律事务,要使公证工作进入市场经济、人民生活和国际交往的各个领域,以优质、高效、周到、全方位的公证法律服务,满足深化改革、扩大开放和社会主义市场经济发展的需要。

二、沟通职能

从公正、中介和法律的角度为市场经济和国际交往活动牵线搭桥是公证工作的显著特点。公证机构的沟通职能主要包括三方面的内容:(1) 为公民、法人和其他组织的民商事活动牵线搭桥。公证书是民事交往、经济交往、国际交往的重要工具和媒介;(2) 通过公证活动增进当事人之间的信任 and 了解,创造良好的交易基

础,保障交易安全;(3)通过办理提存等公证事务,促使债权债务关系的顺畅流转,维护经济秩序。公证机构应认真办好各类经济公证、民事公证、涉外及涉港澳台公证,并积极开展与公证相关的法律服务,充分发挥公证的沟通作用,为引进外资,发展市场经济和国际经贸关系,促进港澳台地区与祖国大陆地区的经济、民事交往架桥铺路。

三、公证职能

办理公证事务是公证机构专有的法定职责。通过公证证明活动,引导、监督、规范公民、法人和其他组织正确设立、变更、终止法律行为,保证法律的正确实施,是公证机构的重要任务。公证机构应积极办好经济合同、抵押、担保、授权委托等法律行为公证,规范市场主体的交易行为,预防纠纷,保护公平交易、公平竞争,维护市场经济秩序和社会主义法制,保障国家利益和公民、法人和其他组织的合法权益。如湛江市公证处受理海军南海舰队企业管理局(甲方)与香港华峰发展有限公司(乙方)申办“华海大厅对外承包经营合同”公证,合同投资额达1200多万元。公证处认真审查,严格把关,派员往担保方所在地西安调查,发现承包方与乙方串通,出具虚假资信证明欺骗甲方,据此公证处拒绝出证,从而防止了一起重大诈骗案的发生^①。

四、监督职能

对市场主体的行为实施法律监督,督促当事人依法履行义务,维护社会主义法制和社会主义经济秩序是公证机构的重要职责。

① 谢乃煌:《中国公证制度在市场经济中的地位与作用》,载《嘉应大学学报》(哲学社会科学)1999年第1期。