



G O N G Z H E N G Z H I D U J I B E N Y U A N L I

公证制度 基本原理

杨荣元 编著

苏州大学法学院
诉讼法学文丛

S U Z H O U D A X U E F A X U E Y U A N S U S O N G F A X U E W E N C O N G

主编
胡亚球



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



苏州大学法学院
诉讼法学文丛

SUZHOU DAXUE FAXUEYUAN SUSONGFAXUE WENCONG

G O N G Z H E N G Z H I D U J I B E N Y U A N L I

公证制度基本原理

杨荣元 编著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公证制度基本原理/杨荣元编著. —厦门:厦门大学出版社, 2007. 9
(苏州大学法学院诉讼法学文丛/胡亚球主编)
ISBN 978-7-5615-2638-5

I. 公… II. 杨… III. 公证制度-中国-高等学校-教材 IV. D926. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 025724 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:21 插页:2

字数:363 千字 印数:0001~3000 册

定价:28.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

文丛序言

苏州大学王健法学院渊源于1915年创设的“东吴大学法学院”。当时的东吴大学法学院突出“英美法”教学模式和高级法律人才的培养,以其科学的培养目标和鲜明的教学特色,赢得了“南东吴,北朝阳”的美誉,培养了王宠惠、吴经熊、倪征燠、李浩培、潘汉典、杨铁樑等一大批现当代著名的法学专家,使东吴大学的法学教育一度饮誉海内外,成为中国法学教育家园中的一朵奇葩。从1952年院系调整起学院历经风雨,几经坎坷。1982年经国务院批准,由“江苏师范学院”易名为“苏州大学”,同时恢复法学教育,成为全国最早恢复法学教育的院校之一。2000年学院校友王健教授的长子王嘉廉先生慷慨出资捐建苏州大学法学楼,设立奖学金,以推动苏州大学法学院的法学教育和研究。苏州大学法学院同年更名为王健法学院,成为全国第一个由海外专项基金参与建设的公办法学院。

学院现有法学博士点1个,法学硕士点6个,同时具有法律专业硕士学位的授予权。2001年学院获得诉讼法专业的硕士学位授予权,开始招收诉讼法专业硕士研究生。学院现有从事诉讼法学教学研究的教师近10名。我们在努力提高诉讼法学教学品质的同时,始终密切关注诉讼法学科发展的最新动态,开展对诉讼法前沿问题的研究,积极参与中国诉讼法律制度的改革和完善活动。近10年来,我们先后出版了20余部著作,发表了百余篇学术论文,内容涉及刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼、替代型纠纷解决机制及司法改革等方面,在诉讼法学界产生了较大的影响。

为了进一步提升我院的诉讼法学教学和研究水准,促进诉讼法学科的发展,并加快我国诉讼法制改革和完善的步伐,我组织编写这套“苏州大学法学

院诉讼法学文丛”。本文丛以诉讼法学的基本理论为研究对象,主要分为《民事诉讼基本原理》、《刑事诉讼原理研究》、《民事诉讼证据原理研究》、《刑事证据原理》、《民事诉讼理论基础》、《民事司法方法论》、《审判机制的困境与出路》、《公证制度基本原理》等8种,预计在两年之内出版完毕。

本丛书的编写得到了苏州大学王健法学院领导和教师的支持,也得到了部分其他院校的诉讼法学同仁和实务部门的一些专家学者的支持,在此表示感谢。本丛书的出版耗费了厦门大学法学院齐树洁教授、张榕教授和厦门大学出版社施高翔先生的大量心血,没有他们的大力支持、帮助和鼓励,本丛书无法得以顺利付梓,在此一并表示最真诚的感谢。

尽管我们为本丛书倾尽了心智,但限于作者的学识和学术境界所限,本丛书的缺陷和谬误在所难免,恳请学界同仁、朋友和读者提出最善意、最尖锐的批评。

胡亚球

2007年夏谨识于姑苏城外

目录

文丛序言

第一编 公证制度概论

第一章 公证制度的发展与建立	(1)
第一节 公证制度的发展阶段	(1)
第二节 我国公证制度的建立	(4)
第二章 公证制度概述	(7)
第一节 公证制度的含义	(7)
第二节 公证制度的地位、任务和功能	(11)
第三节 公证法律规范	(17)
第四节 采证制度与公证制度	(21)
第三章 公证制度的基本原则	(27)
第一节 真实合法原则	(28)
第二节 程序法定原则	(30)
第三节 中立原则	(32)
第四节 公证告知原则	(34)
第四章 公证制度的法律效力	(37)
第一节 公证效力的基础	(37)
第二节 公证效力的分类	(40)

第三节 关于公证效力的重大误解	(44)
第五章 公证制度的业务范围及其基本分类	(46)
第一节 公证机构的业务范围	(46)
第二节 公证业务的分类	(70)
第三节 法定公证	(73)
第六章 公证机构与公证员	(76)
第一节 公证机构	(76)
第二节 公证员	(81)
第七章 公证行业自律与公证行政管理	(91)
第一节 公证行业自律	(91)
第二节 公证行政管理	(92)
第三节 对于公证员的管理	(93)
第四节 对于公证机构和公证员的共同管理	(95)
第五节 公证责任风险保障制度	(99)
第六节 现行公证管理体制中“两结合”模式	(100)

第二编 公证程序(上)

第一章 公证程序制度概述	(105)
第一节 什么是公证程序	(105)
第二节 一般公证程序与特别公证程序	(107)
第二章 公证当事人	(109)
第一节 公证当事人	(109)
第二节 公证程序参与人	(112)
第三章 公证管辖	(115)
第一节 公证管辖的基本原则	(115)
第二节 公证管辖的类别	(116)
第四章 申请与受理	(119)
第一节 公证申请	(119)
第二节 公证受理	(123)
第三节 公证登记簿	(127)
第五章 公证审查、笔录制度与适用法律	(130)
第一节 公证审查	(130)
第二节 笔录制度	(136)

第三节 法律适用	(144)
第六章 公证出证制度	(155)
第一节 草拟公证书	(155)
第二节 公证审批	(157)
第三节 公证书制作	(159)
第四节 公证书的送达	(160)
第七章 特别公证程序	(161)
第一节 概述	(161)
第二节 现场监督公证特别程序	(166)
第三节 遗嘱公证特别程序	(171)
第四节 提存公证特别程序	(173)
第五节 公证调解特别程序	(176)

第三编 公证程序(下)

第一章 公证决定程序	(178)
第一节 回避程序	(179)
第二节 不予受理决定	(181)
第三节 不予办理公证决定	(184)
第四节 终止公证决定	(186)
第五节 《公证法》第 31 条分析	(188)
第二章 公证变更程序	(194)
第一节 公证书的更正	(194)
第二节 公证书撤销程序	(197)
第三章 非诉确认公证程序	(200)
第一节 非诉确认公证程序概述	(200)
第二节 非诉确认公证案件的分类	(202)
第三节 常见非诉确认案件的公证程序	(203)
第四章 非诉事务公证程序	(210)
第一节 保管公证程序	(210)
第二节 公证代书	(214)
第三节 公证法律咨询	(217)
第五章 公证强制执行制度	(221)
第一节 概述	(221)

第二节 我国强制执行公证制度的法律依据	(222)
第六章 公证认证制度	(225)
第一节 公证认证制度的国际状况	(225)
第二节 我国公证认证制度展望	(227)

第四编 公证管理制度

第一章 公证期限	(229)
第一节 普通公证期限	(229)
第二节 涉外及涉港澳台公证期限	(232)
第三节 公证卷宗档案管理期限	(233)
第二章 公证费用	(234)
第一节 公证费用的原则	(235)
第二节 公证费用的标准	(237)
第三节 公证费用的收取与减免	(240)
第四节 公证法律援助	(241)
第三章 公证档案管理制度	(244)
第一节 公证档案的性质与分类	(244)
第二节 公证卷宗的归档和保管	(245)

第五编 涉外及涉港澳台公证制度

第一章 涉外及涉港澳台公证制度概述	(248)
第一节 涉外及涉港澳台公证制度的含义	(248)
第二节 涉外及涉港澳台公证制度的基本特点	(249)
第三节 涉外及涉港澳台公证制度的基本原则	(253)
第四节 涉外及涉港澳台公证文书的认证及查证	(256)
第二章 涉外公证制度	(261)
第一节 涉外公证制度概述	(261)
第二节 涉外公证制度的作用	(262)
第三节 涉外公证的注意事项	(263)
第四节 涉外公证翻译中应当注意的几个问题	(265)
第三章 涉港澳台公证制度	(272)
第一节 涉港澳公证制度	(273)
第二节 委托公证人制度	(274)

第三节 涉台公证制度.....	(276)
-----------------	-------

第六编 公证语文

第一章 公证语文概述.....	(283)
第一节 公证语文的含义、分类和原则	(283)
第二节 公证语文的属性.....	(288)
第三节 公证语文若干宏观问题.....	(292)
第二章 普通公证语文.....	(297)
第一节 普通公证语文的概念.....	(297)
第二节 公证申请语文.....	(298)
第三节 公证证据语文.....	(300)
第四节 证明对象公证语文.....	(301)
第五节 笔录公证语文.....	(303)
第三章 专门公证文书制度.....	(307)
第一节 专门公证文书的概念.....	(307)
第二节 公证书.....	(314)
第三节 要素式公证书.....	(317)
后记.....	(324)

第一编 公证制度概论

第一章

公证制度的发展与建立

第一节 公证制度的发展阶段

公证制度是一种古老的法律制度,是商品经济发展的产物。它起源于古罗马共和国时代,距今已有 2000 多年的历史。总体说来,公证制度大体经历了如下 6 个阶段:其一,独立的意思表示公证阶段,又叫见证公证阶段、间接公证阶段,属于私人认可之公证阶段;其二,行政公证阶段,又叫佐证公证、准实证实证,属于一定范围的公众意见对于当事人意思表示的证明;其三,律师类公证阶段,属于偏向于对一方当事人利益加以证明的证明阶段;其四,法官公证阶段,即由法官或类似法官的公证员具体承办公证业务阶段;其五,形式公证阶段,又叫程序公证阶段,属于一定的非行政化民事组织对于当事人公证事项进行证明;其六,实质公证阶段,又叫实战式公证,属于职业化公证阶段。这 6 个阶段的公证制度,分别反映着社会与经济的相应发达程度,独立的意思表示公证阶段所代表的只是奴隶社会末期一定的商品经济;行政公证阶段所代表的是封建式的社会与经济水平;律师类公证阶段,所体现的是以一定的商品经济为内容的社会与经济水平;法官公证阶段所代表的则是以垄断为特征的社会与经济水平;形式公证阶段所代表的则是初级阶段的社会主义经济;而实质公证阶段所反映的则是一定成熟的资本主义社会或者相对发展的社会主义社会的社会与经济水平。目前,我国公证制度正徘徊在形式公证制度与实质公证制度之间,其中夹杂着一定成分的律师类公证制度。因此,加强我国公证

制度的建设是我国社会主义法制建设事业的重要课题之一。

一、独立意思表示公证阶段

独立意思表示公证阶段又叫见证公证阶段、间接公证阶段,属于当事人私人认可或契约认可或者单方意思表示认可阶段。古代奴隶制的罗马共和国时代的“诺达里”以及罗马共和国后期的“达比伦”(一种职业代书人)均属于这一阶段的公证形式。在奴隶社会和中国早期的封建社会中,这种见证制度似乎有一定的用武之地。这是因为,那时的经济并不发达,人们之间的交往频率也很低。于是,这种公证制度适应了当时的社会与经济状况。公证人具有法律知识,给当事人以法律上的帮助,不仅代拟各种法律文书,还在文书上签字证明。他们按照国家的规定向当事人索取报酬。所以,有学者认为这就是现代公证制度的萌芽。

二、行政公证阶段

行政公证阶段又叫职务公证阶段,但它属于佐证公证、准实证公证,属于一定范围的公众意见对当事人公证事项的证明。这种公证制度出现于3世纪以后的罗马奴隶制社会,即宗教公证人^①,并在15世纪的封建制法国被国家公证人所代替,是社会高度政府化的产物。在那时,政府管理着或者说主宰着社会,而不是社会引导着政府,政府就是社会公意的代表。于是,当事人只能将自己的公证事项交由政府部门或其御用的教会进行公证,从而实现保护自己合法权益的目的。

三、“律师类”公证阶段

这种形式的公证制度产生于近代资本主义社会的英国,随之波及美国等国家和地区。“通常,公证人本身还常常把自己的活动和律师的活动结合在一起。公证人的活动范围包括拟订各种民事文书,保存文书的副本,证明具有法律意义的日期和事实,制作票据拒绝证书。为在英国领土以外进行诉讼的需要,公证人可以保全证据。”^②

建国以后,随着我国公证制度自行政公证制度向程序公证制度的转换,在我国司法实践中也出现了一定程度的“律师类”公证制度,即只代表一方当事

① 卓萍主编:《公证法学》,法律出版社1987年版,第14页。

② 卓萍主编:《公证法学》,法律出版社1987年版,第13页。

人利益的公证制度,如保护的只是房地产开发商,或保护的只是金融财团或政府利益等强势主体而非弱势群体。从本质上看,律师公证代表的只是一方当事人的利益,其法律属性只能归为“人证”或“私证”,而公证人则应当是超脱于当事人之外的代表国家利益或社会公共利益的“中间人”,因而这两种证明制度在本质上是截然不同的。近年来,在我国公证界所发生的一些开发商骗取银行贷款公证案、武汉体育彩票公证案和西安“宝马”风波公证案等等均在一定程度上与公证员只保护一方当事人的利益有关。所以,“律师公证”并不能完全代表我国公证制度发展进程中的根本方向。也正因为如此,现行《中华人民共和国公证法》已经从立法的角度严格地禁止了这种形式的公证制度。现行《中华人民共和国公证法》第二章第6条明确规定:“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。”因此,我国现行公证制度是与律师类公证制度格格不入的。

四、法官公证阶段

法官公证阶段即由法官或类似法官的公证员具体承办公证业务阶段。在法西斯取得政权以前,德国的公证制度即属于这种形式。公证人从属于审判机关,公证人和法官都可以办理公证事务。在某些地方,公证事务则专门由法官办理。1970年1月1日施行的《德意志联邦共和国公证法》即规定,公证人是国家官吏,但公证人的业务活动要受到所在地法院院长的监督。原则上由公证人统一行使公证权,但初级法院在不损害有关单位权益的情况下也可以办理部分公证业务。我国解放前国民党统治时期所实行的公证制度以及司法部恢复成立以前的我国公证制度也属于这种形式。

五、形式公证阶段

形式公证阶段又叫程序公证阶段。英美法系较为普遍地推行这种形式的公证制度。其公证人的主要任务是证明契约、契据和其他文件的真实性,但一般只对当事人提供的文书上的签名、盖章的真实性负责,即只证明某人在公证人面前,在某些文件上签名、盖章属实,而不对其文书内容的真实程度负责^①。有必需要注意的是,目前,这种情况已经发生了细微的变化,例如,近年来,一些普通法的法院如加拿大的哥伦比亚、英国、美国的佛罗里达州(Florida)和阿

^① 卓萍主编:《公证法学》,法律出版社1987年版,第19~20页。

拉巴马州(Alabama)等都纷纷要求加入到国际拉丁公证联盟中^①。这说明部分推行普通法地区已经通过加入国际拉丁公证同盟的方式,以改进形式公证带来的一些弊端。

六、实质公证阶段

实质公证阶段又叫实战式阶段,属于职业化公证阶段。这种公证制度的典型特征在于完全对抗行政制度和传统的司法制度。一方面,它要大胆地突破行政制度的藩篱,摆脱各种形式的行政干预,从职务行为中解脱出来;另一方面,这种形式的公证制度又要接受严格的司法行政管理和行业管理。现行典型大陆法系国家如日本、德国、法国等的公证制度均属于这一类型。第二次世界大战以后,日本的法律制度虽然在很大程度上受到美国法的影响,但其公证制度仍然没有脱离大陆法系的主流,秉承减少诉讼的初衷,属于司法制度的重要组成部分,所以人们称它为“预防司法”。一方面,公证人不属于公务员,大多数是从法官、检察官、律师中挑选出来的,并在很长时期内公证员的总数一直控制在 543 名以内;另一方面,公证人协会组织高度发达,公证行业自律相当严格。

有必要注意的是,上述各阶段的公证制度只是对公证制度的学理划分,而在特定国家中公证制度究竟处于何种阶段并非非常明显。一般来说,在当今社会经济相对发达国家中,公证制度主要呈现为形式公证阶段或者实质公证阶段或者其两者相互依存,而在社会经济欠发达国家中则律师公证、形式公证以及行政公证等又互相作用、互为依存。进一步地说,实质公证应当代表全球范围内所有国家公证制度共同进步与发展的基本方向。

《 第二节 我国公证制度的建立

一、民国时期的我国公证制度

民国初年,我国就出现公证制度。1920 年,以澄清讼源为目的的公证制度首先在东三省特区法院推行。1922 年 5 月,北洋政府公布了《登记通则》,

^① [加]热佛莱·塔比:《市场经济中公证员以他的地位、职责和作用对国家的经济发展作什么样的贡献》,载中国公证员协会编:《“公证与经济发展”国际研讨会论文集》,法律出版社 2003 年版,第 48 页。

规定民商法律行为或其他事实,不动产权利,法人或其他民事、商事团体依法令应当进行登记,经登记后具有完全的公证力。这是我国法制史上第一次出现“公证”字样。但那时的登记机构不是名副其实的公证机构。1935年7月30日,经司法院拟定,效仿日本公证制度的基本做法,国民党政府公布了《公证暂行规则》,这是旧中国第一个公证法规。1943年3月31日,国民政府颁布了《公证法》,同年7月和12月又分别颁布了《公证费用规则》和《公证法实施细则》。由于处于战乱时期,这些法律规范并没有真正实施,但在客观上足以反映出国民政府对于公证制度的重视在中国历史上是前所未有的,属于中国公证史上的一个辉煌点,值得后人借鉴与学习。

民国时期的公证制度属于法院公证。一方面,公证机构附属于地方法院,由司法行政部指定地方法院推事专办或兼办公证业务;另一方面,公证证明方法包括直接公证和间接公证两种,即由公证机构制作公证书和对私人证书进行认证。同时,这种公证制度中还规定了回避、保密、直接、使用中国语言文字等规则,公证业务范围也涉及赋予债权文书具有强制执行效力等国际通行的业务。1999年,我国台湾地区制定了新的“公证法”(2001年施行),采用法院公证人和民间公证人双轨制。至2001年8月,全台湾开始遴选民间公证人,至2002年6月,台湾地区共有民间公证人39名。在学理上,民间公证人被定位于“准公务员”,不领取政府薪金,以收取的公证费用作为报酬,但关于公证文书的效力以及法律责任等与公务员完全一样。

二、社会主义制度下的我国公证制度

社会主义制度下的我国公证制度基本经历了法院公证、行政公证以及形式公证3个发展阶段。

1946年,哈尔滨市人民法院首先开办了公证业务,沈阳、上海等地的人民法院也相继开办了公证业务。建国后,公证制度在大中城市得到了推行。1951年9月3日,中央人民政府颁布的《中华人民共和国法院暂行条例》规定,公证由市人民法院和县人民法院办理。1954年,我国公证工作转归司法行政机关直接领导,使我国公证制度进入行政公证阶段。20世纪50年代末期,由于受到“左”的思想的影响,公证制度受到了极大的削弱,所剩余的个别公证处转归人民法院领导,仅根据国际惯例办理少量的发往域外使用的公证文书,这种情况一直持续到70年代末期。党的十一届三中全会以后,我国公证制度重新得到恢复与发展。1979年,司法部决定恢复重建公证制度。1982年2月,全国人大常委会颁布了《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》,规定了

公证书的证据效力和强制执行效力。同年4月13日,国务院颁布了《中华人民共和国公证暂行条例》,对于我国公证制度的性质、业务范围、组织机构、公证员条件、管辖、公证程序等作出了明确的规定。此后,司法部以及国家有关部门又颁行了《公证程序规则(试行)》等一系列公证法规、规章和规范性文件。在这期间,我国公证事业有了长足的发展。到1999年底,我国公证机构已经达到3180家,拥有公证员18000人,年办理公证案件总数达到1600万件,公证书发往世界100多个国家或地区。

随着我国社会主义市场经济的进一步发展,传统的行政模式的公证制度越来越暴露其不适应之处,尤其是我国加入世界贸易组织(WTO)之后,传统的行政公证制度在体制设置、法律定位、人员素质、工作机制、服务范围、服务方式等许多方面均暴露出一些不足。为此,从20世纪90年代中期之后,公证行业本身开始尝试一定的改革。2000年7月31日,国务院批准了《关于深化公证工作改革的方案》。然而,由于多方面的原因,公证行业对于自身的改革还是存在着一些基本的问题,尤其是2003年陕西西安出现的“宝马体育彩票”公证案等一系列公证丑闻,使得我国公证制度的发展问题得到了社会公众的普遍关注,究竟是走律师公证之路还是走形式公证之路成为了我国立法机关所面临的重要选择。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了现行《中华人民共和国公证法》,该法第二章第6条规定:“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,承担民事责任的民事主体。”从而开启了我国公证制度向形式公证即程序公证制度的重要转变。这是因为,这次公证立法有着明确的指导思想,即从我国的国情和实际出发,按照社会主义市场经济体制对公证工作提出的要求,制定一部适合我国国情、满足社会需要、符合法治要求的《中华人民共和国公证法》,为公证工作提供法律保障,更好地发挥公证制度在经济建设、改革开放和维护社会稳定中的职能作用^{①②}。

然而,程序公证制度并非排斥律师类公证制度,也并非当然等于实质公证制度。因此,如何走具有中国特色的实质公证制度之路仍然是摆在我们面前的一个重要课题。

① 中国公证员协会编:《“公证与经济发展”国际研讨会论文集》,法律出版社2003年版,第48页。

② 司法部律师公证工作指导司编:《〈中华人民共和国公证法〉宣传提纲》,中国政法大学出版社2005年版,第1页。

第二章

公证制度概述

第一节 公证制度的含义

一、公证制度的概念

概而言之,所谓公证制度,是指公证组织制度、公证行为制度、公证管理制度以及公证救济制度的总称。通过公证制度的建立,则依法设立的公证机构有权根据法律的规定和当事人的申请,按照法定的程序证明法律行为、有法律意义的事实或文书的真实性、合法性,从而发挥公证制度这一非诉讼法律制度保护公民、法人以及其他组织合法权益的根本作用,继而推动社会主义社会的健康发展。

《中华人民共和国公证法》第2条指出:“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。”这一定性是从公证行为制度入手对公证制度的直接规定,个中蕴涵着公证制度丰富的内涵。我们不妨分别从什么是“公证”以及什么是“制度”两个方面来辩证地理解究竟什么是公证制度。

公证与公理、公允、公意、公共、公平等词都包含一个“公”字,按照权威词典的解释,“公”有7种含义:(1)属于国家或集体的,与“私”相对;(2)共同的,大家承认的;(3)属于国际间的;(4)使公开;(5)公平、公正;(6)公事、公务;(7)