

第六辑

司法改革

Judicial Reform Review

论评

公证制度专辑

张卫平 齐树洁 主 编

余松毅 执行主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



第六辑

司法改革

Judicial Reform Review

论评

公证制度专辑

张卫平 齐树洁 主 编
余松毅 执行主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

司法改革论评·第6辑/张卫平,齐树洁主编. —厦门:厦门大学出版社,2007.12
ISBN 978-7-5615-2926-3

I. 司… II. ①张…②齐… III. 司法制度-体制改革-文集 IV. D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 204904 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12月第1版 2007年12月第1次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:21.25 插页:2

字数:402千字 印数:0001~3000册

定价:30.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主编简介

张卫平 山东人，1979年考入原西南政法学院法律系，1983年本科毕业，1986年研究生毕业留校执教，1993年从讲师直接破格晋升为教授，同年赴日本留学，先后在东京大学法学部和一桥大学法学部学习，1996年获得博士生导师资格，同年任《现代法学》主编，1999年初调清华大学法学院任教至今。现为清华大学法学院教授、博士生导师，中国法学会民事诉讼法学研究会副会长。

代表性著作：《程序公正实现中的冲突与衡平》（1992）、《破产程序导论》（1993）、《诉讼构架与程式》（2000）、《探究与构想民事司法改革引论》（2003）、《转换的逻辑民事诉讼体制转型分析》（2004）、《民事诉讼法》（2004）、《民事诉讼：关键词展开》（2005）。在《法学研究》、《中国法学》等杂志上公开发表学术论文百余篇。

齐树洁，男，河北武安人，1954年8月生。1972年12月自福建泉州一中应征入伍，1978年4月从新疆军区某部退役。1982年7月毕业于北京大学法律系，获法学学士学位。1990年8月毕业于厦门大学民商法专业，获法学硕士学位。2003年11月毕业于西南政法大学诉讼法专业，获法学博士学位。曾在西南政法学院、中国人民大学、香港大学、澳门大学、台湾中山大学、菲律宾Ateneo大学、英国伦敦大学、德国Freiburg大学研修和访问。现为中国法学会民事诉讼法学研究会常务理事，厦门大学法学院教授、博士生导师、诉讼法教研室主任。

执行主编简介

余松毅，男，1953年10月生，大学学历，曾任厦门市司法局公证管理处处长，现为厦门市公证处主任、福建省公证协会常务理事、厦门市公证协会副会长。曾在《中国公证》、《中国司法》、《法学天地》等刊物上发表《浅谈公证的申请与受理》、《我国未来公证人之专家责任》、《论公证的保密原则》、《网络公证之现状与前景》等多篇论文。

卷首语

111

余松毅

公证制度是司法制度的重要组成部分,是国家为保证法律的正确实施,稳定社会经济及民事流转秩序,预防纠纷,减少诉讼,保护公民、法人和其他组织的合法权益而设立的一项预防性证明制度。我国自实行改革开放政策以来,公证制度有了长足的发展和进步,在社会经济生活中发挥了巨大的作用,但仍存在一些缺陷和不足,不能适应社会主义市场经济发展的需要。因此,公证制度的改革势在必行。

公证改革无法脱离司法改革的大背景。司法制度是一个整体,由司法官员、司法组织、司法过程、司法程序、司法手段等要素组成,是法治的一个部分,是社会的一个领域。司法制度的形成,决定于一个国家的政治经济体制和国家性质与结构,受到经济基础、政治体制、社会需求、利益平衡、传统习惯、文化等社会因素以及特定的历史条件的制约,因而,司法改革是一个需要持续努力的渐进过程,可谓任重而道远。相比较之下,公证制度的权重远不如审判权、检察权的“显赫”,甚至存在被“边缘化”的危机。由于种种原因,还处于“预热”阶段的公证改革已经遇到了多重瓶颈,举步维艰——性质的多元化、体制的不统一、不正当竞争等一连串问题一度阻滞了公证制度的健康发展。自公证制度产生以来,出现这样的混乱局面尚属首次,公证界人士为此忧心忡忡、手足无措。

平心而论,这些年的公证市场化改革的确有些用力过猛,强度过大,伤了元气。但从另一个角度看,这一场改革的危机,恰恰为新一轮改革提供了契机。市场化改革的叫停和稍息,正好为大家赢得了理性反思、总结经验、吸取教训的时间和空间。“科学发展观”、“和谐社会”理论的提出,为公证改革政策的纠偏和修正提供了全局性的思路。《公证法》为我们思考未来公证发展路径指明了大致方向,也留足了选择的余地和发展的空间。在总结经验教训的基础上,公证界进行

了认真的自我反思,并根据新法的精神,因地制宜,在各地启动了不同程度、各具特色的修正和整饬工作,旨在拨乱反正、正本清源,恢复和提升公证制度的公信力。面对困难和挑战,我们只有开阔视野,脚踏实地,有所作为,才能在新的形势下开创新局面,不负民众对公证的期待。

改革是一次试错,也是一次苏醒。经历了许多委屈的公证人在检讨“市场化”的同时也深刻地意识到,被市场“激活”的不正当竞争绝不是公证制度所追求的,而最原始最朴素的诚信才是公证与生俱来的真性情。那么,如何围绕公证的公信力进行配套的制度建设呢?这个问题显然是见仁见智的。我个人以为,司法部司法研究所王公义副所长总结的“国家公证”、“法定公证”八个大字,字字铿锵有力,掷地有声,最为精辟。

然而,这样的问题倘若仅由亲历过公证市场化的业内人士来评说,必定是带着偏好和情绪的,而且稍显势单力薄,无法让人完全信服。于是,我们邀请了学术界热心人士共同进行探讨和研究,希望通过彼此的交流与合作,一方面让学术界人士从理论和实务层面解读他们心中期待的公证,诠释他们理想中的公证,由此证成公证制度应然之精神、气度和品质。另一方面,借助这一契机,让学术界对公证形成更加深层的真确认知,并反馈给公证界,促进学术界和公证界的互补和互动。同时,通过这一交流的平台,学者也能够将他们的真知灼见传授给法律学子,将公证意识植根于年轻人的心中,将公证之魂内化为新时期法律人恒久的信仰。这样,待将来年轻人接过公证的接力棒、真正主宰公证命运之时,就能够从容不迫、稳如泰山、胸有成竹。

本论文集是厦门市公证处与厦门大学法学院合作进行学术研究的成果之一。由于水平和经验所限,难免存在不尽如人意之处,但它却实实在在见证了我们的诚挚与艰辛。倘若有幸获得业界同仁的鼓励,则足以让我们欣慰不已。

最后,祈愿历尽坎坷和挫折的公证事业,能够恢复元气、重振声威,奔向健康光明的未来。古人说得好,“沉舟侧畔千帆过,病树前头万木春”。我们愿与大家一起努力。

目录

111

《《 卷首语

余松毅(1)

《《 公证理论

关于公证权性质的若干思考

汤维建(1)

公证法律效力新论

——兼与“效力程序说”商榷

齐祥春 暴 捷(17)

论公证预防及解决纠纷的功能

麻荣鸿 庞云龙(33)

公证制度之应然价值及其人性内涵分析

詹爱萍(45)

公证价值与公证的社会认知

卓廷华(63)

公证职业属性探源

傅春燕(74)

公证执业活动风险探源

庞云龙(86)

公证制度“预防纠纷、减少诉讼”之价值考量

林宁烨(97)

公证制度的法律定位

黄伟兵 吉 萌(109)

公证制度多元化职能初探

吉 萌(121)

《《 前沿探讨

论不动产法定公证制度的导入与构建

陈洪杰(138)

公证介入不动产物权登记的可行性研究

李锦明(150)

《《 公证责任

试论公证法律责任的若干问题

马宏俊(159)

公证赔偿责任的若干问题初探

于 坤 卢正敏(171)

《《 公证实务

- 公证判断基本问题论纲 刘 疆(181)
- 担保提存公证新论
- 从物权保护的视角切入 陆建明 傅春燕(194)
- 公证当事人身份审查之相关问题研究 王 京(206)
- 强制执行公证争议问题研究 刘 疆(221)
- 浅析公证债权文书的强制执行效力 吴文琦(240)
-

《《 公证改革

- 论公证和物权制度的内在契合与现实疏离
- 透视公证“市场化”改革之弊 张 忱(252)
- 公证改革价值取向另解：“以人为本”≠“以公证人为本” 王丽端(264)
-

《《 域外公证

- 域外公证人法律责任制度之比较
- 以法、德、英、美等国为中心 白世宏(275)
- 英、美、德、法四国公证制度述评 程 翔(287)
-

《《 公证案例

- 公证机构诉讼风险防范的实证研究 梁开斌(300)
- 预约合同的若干法律问题初探 李 昱(309)
- 黄某诉厦门市公证处案评析 庞云龙 吉 萌(319)

公证理论

关于公证权性质的若干思考

汤维建*

公证,是指由法律授权的专业人员或机构对法律行为、有法律意义的文书和事实进行证明的活动。^①从世界范围来看,西方公证制度存在两种不同的证明模式,即大陆法系模式和英美法系模式。大陆法系模式是实质公证,英美法系模式侧重于形式公证。如果实行的是形式公证,就不存在专门的公证机构和职业化的专门公证队伍,公证也没有特殊的法定证明效力。也就是说,公证在经济社会生活中没有什么特别的职能和特殊的作用,其地位也就无从谈起。美国的市场经济运行模式和环境,对国家证明权的需求没有那么强烈。在美国,公证人不是国家公职人员,而是部分执行社会团体职能的个体私人营业者。他们有权因提供服务而收取高额费用。公证人可由律师或其他职业者担任。其公证证明一般只对文书上的签名、盖章的真实性负责,而不对文书内容的真实性负责。英美法系国家比较强调事后救济,不太注重事先预防,所以,英美法系国家公证文书的法律效力很低,只相当于一般的证据,没有法定证据效力。加之英美法系国家审判制度实行抗辩制,庭审中更重视当事人和证人当庭作证,接受质询,因而,公证文书效力很弱,不具备大陆法系国家债权文书的强制执行力及与法院判决的同等效力。这也导致了律师业的发达,在美国,律师占人口的万分之二十。大陆法系比较注重事前预防,其公证制度属于实质性公证,它要对法律行为、有法律意义的文书、法律事实进行实质审查,即真实性和合法性的审查。实质公证与形式公证的差别是非常大的。从我国的法律传统和公证的实践来看,我们走的是大陆法系国家的路子,即奉行实质公证模式,这也是经过实践证明符合我国经济社会发展需要的公证模式。公证制度是法律制度中的一部分,必须与整个国家的法律制度相协调一致。我国公证制度确立实质公证的制度模式,这不仅涉及

* 汤维建:中国人民大学法学院教授、博士生导师。

① 官晓冰:《中国公证制度的完善》,载《法学研究》2003年第5期。

我国公证业的长远发展,而且也直接关系到所有公证机构和广大公证员的社会地位与作用。^① 本文研究的公证权主要针对实质证明的公证而言。

在公证制度体系中,公证权是一个核心概念。公证权是公证主体进行公证行为的法律依据,也是公证行为产生实际效果的法律基础,而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关的性质和定位、公证员的身份特征,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,在一定意义上说也就是关于公证性质重新界定的过程。

一、公证权是特殊的公权力

从历史渊源看,现代公证制度源于古希腊、埃及等地的抄写员制度,比律师制度的诞生还要早几百年。古罗马帝国时代末年,当速记发明后,使用速记的奴隶或自由民除负责法庭诉讼记录外,还办理法院非讼事件,其工作内容包括为他人起草契约和其他私文书,然后盖上法院的印章,使其取得公文书的法律地位。但多数私文书不履行以上手续。后因诉讼的要求,政府遂规定凡私文书向政府登记并保管于国家档案馆后,即取得公文书的效力。这一制度的施行,使公证人制度逐渐形成。由于罗马法中存在着以权利、平等为核心的政治精神,也由于大多数欧洲国家中法官们同意放弃一部分特权,因此公证人逐步地获得独立的权力。可见,公证权力从一开始就是从国家权力中分离出来的公共权力。罗马帝国后,曾出现过伯爵公证人、宫廷公证人、皇室公证人等。至11世纪,这几种公证人在名称和性质上逐渐地归于统一。13世纪后,现代公证制度就基本成型了。法国资产阶级大革命时期,曾一度废除公证制度,认为它是为封建奴隶主阶级服务的,后由于公证对保护私有权利和预防纠纷具有明显作用,到了1803年,拿破仑颁布了《公证人法》,一举奠定了现代公证制度的基础。1917年十月革命后,特别是“二战”后,东欧社会主义国家也曾一度认为公证是与资本主义制度相联系的法律制度,打算取消公证制度。但由于实践中公证具有特殊的预防纠纷作用,再加之社会主义国家的特征使然,最终还是创设了“国家公证处”。公证经历了两次大革命的考验,以其预防纠纷、稳定社会制度的特性而昂然挺立,成为当今世界各国通行的举足轻重的法律制度。^②

完全可以认为,公证是当前通行于全世界的法律制度。公证权是公证员和公证机构享有的对法律事实真实性和合法性进行证明的权力,证明权行使的直接结果是公证文书得以形成,而公证文书不仅仅表达了公证机关出具的意见,还

^① 张福森:《关于公证立法的几个问题》,载《中国司法》2005年第5期。

^② 王公义:《建立适合中国国情的公证制度》,载《中国司法》2004年第10期。

具有明确的法律效果。根据大陆法系各国和我国关于公证的法律规定,由公证机构出具的公证书具有特殊证明力、强制执行依据和法律行为成立的形式要件等法律效力。

首先,公证文书能够作为诉讼中的证据使用,并且具备高度的证明力。诉讼需要证据证明事实,而公证文书是对某种事实真实性的认可,这种认可如果被法院采纳,则具备了诉讼证据的属性。公证制度的发展历史是与证据制度的发展历史紧密相联系的,在大陆法系成文法传统和证据法律制度的发展史中,书证替代口头证据起到了关键性的作用。《法国民法典》第 1319 条规定:“公证书,在缔结契约的当事人之间以及当事人的继承人或权利继受人之间,以及当事人的继承人或权利继受人之间,具有证明证书上记载的各约定事项的完全效力。”也就是说,公证人赋予文书的真实性特征就是赋予其特殊的证明力。这一点在法国法中是至关重要的。^①我国《民事诉讼法》第 67 条规定:“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据。”据此,公证书是人民法院认定事实的根据,对已为有效公证书所证明的事实,当事人无须举证,只有当相反证据足以推翻公证证明时,公证书的证明效力才归于无效。

其次,公证文书具有强制执行力。法国 1803 年 3 月 16 日颁布、此后多次修改的《法国公证法》第 19 条明确规定了公证的执行效力:“公证证书不仅具备裁判上的证明力,而且在法兰西共和国的全部领域具有执行力。”根据我国《民事诉讼法》第 218 条的规定,对公证机关赋予强制执行效力的债权文书,法院可以依当事人申请强制执行,在相对方提出异议之前,无须审查其真实性与合法性。

最后,公证文书是某些法律行为生效的要件。根据实体法或程序法的规定,如果某项法律行为的生效必须以公证为前提,那么,公证便是该法律行为能够发挥实际作用的必要要素。此即法定公证制度。在大陆法系国家公证制度中,法律通常规定以下三类重要经济活动或公民的民事行为必须经过公证:(1)公司章程的设立和修改——关系到企业的创立、转让和资产的流转;(2)不动产交易——关系到房屋(土地)或住房的建造、销售的合法性和国家的税收;(3)公民生活中最主要的契约文书:与婚姻有关的文书、赠与、遗嘱、继承——以确保婚姻的真实、合法和公民财产分割中家庭的和谐。^②法定公证制度是大陆法系公证模式中的重要支柱,是公证制度存在和发展的价值突出体现。德国、法国、意大利等许多国家的公证法典都确立了法定公证的原则,民商事实体法都在不同程度上规定了不动产转让、公司章程等法定公证事项,这对于公证制度职能作用的

^① 程春明:《法国公证法律制度的基础理论与实践》,载《中国司法》2005 年第 6 期。

^② 《国外关于法律行为必须公证的规定》,载《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第 323 页。

发挥及维护正常的公证服务秩序,都具有根本性保障的意义。我国《公证法》也规定了法定公证制度,其第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。”

法律赋予公证文书的三种效力可以对公民产生强制性的法律后果,这决定了公证权是一种国家权力。这种权力来源于法律的明确规定,由国家强制力量保障实现,属于“公共权力”范畴。公权和私权的划分是现代法治社会的重要标志,“国家”的功能正是通过公共权力的行使具体地显示在各种法律制度中。公证人的公证行为产生了显著的法律后果,这表明公证人这个职位能够行使由法律授权的公共权力,公证人的公证行为正是国家权力的行使,公证人确认或认证后的文书和契约如同公共权力机关行使公共权力行为所形成的各种文件一样,具有法律效力。基于公证权的公权属性,公证机构也就是国家的公权力机构,而公证员也就成为履行国家职能的公职人员。^①

国家为何要设立公证这种公共权力?这是基于公证制度对建立社会信用体系的重要地位,公证作为一种预防性的法律制度,其体现的主要社会功能是固定事实,减少争议,预防纠纷,以达到促进交易和财产流转,保护公共财产、公民私人财产和公民身份上的权利和合法利益的目的。公证是一种国家管理、服务社会的特殊方式,即授权公证机构或公证员根据当事人的申请或国家的有关法律规定的证明当事人的有关法律行为,有法律意义的文书和有法律意义的事实真实、合法,以预防纠纷、保护交易、维护稳定。因此,我们在改革和完善我国公证制度的过程中,应当坚持公证的证明权是公权的原则。这不仅符合公证制度的本质属性,也符合我国公证制度的历史实践。^②

公证权的公权力决定了公证和一般证明活动的区别,也决定了公证员和律师、会计师等其他法律服务工作者之间的界限。

公证不是一般的民间证明行为,而是国家法律赋予强制效力的法定证明活动。社会中其他组织和个人也可以就法律事宜提出真实性和合法性方面的主张,进行认定证明活动,但这种证明最多具有参考或一般的证明价值,而不具有确定性的法律效力。哪怕是高级行政官员或知名学者作出的证明,也不能取得法定的执行效力、形成效力以及证据效力。

公证员和律师、会计师虽然都需要具备专业法律知识,也都有为民众提供法律服务的功能,但性质上差异较大。公证员属于国家公职人员,而律师和会计师则属于自由职业者。一方面,公证员需要中立无偏私地进行证明活动,应当遵守国家公职人员的职业道德准则,而律师则首先要代表当事人一方的利益,不需要

① 庄春英、薛丹:《关于公证制度改革的几个问题》,载《中国法学》1996年第6期。

② 王琼、顾潇斐:《关于公证立法的若干思考》,载《中国司法》2005年第3期。

也不可能处于中立地位;另一方面,公证行业具有非营利性。公证虽然能收取费用,但不能以牟利为目的,否则就会因为利益诱惑追求而威胁、损害公证的中立性和信任感。律师业则不然,律师以追求利润和盈利为当然目标,可以基于利润需求而选择案源。

基于公证权的公权性质,公证员被视为国家公职人员。在法国,公证人首先是一个“法定公共职位人”;具体就公证人法律地位而言,它是一个由司法部颁发命令设置的民事司法助理公共职位持有人。这种职位的创立和取消是由国家决定的,即由司法部来设置和取消某个职位。德国、意大利、阿根廷、西班牙等大陆法系国家都在公证法中把公证人界定为公职人员。^①

在现代社会,公证制度越来越凸显出强大的社会服务功能。市场经济条件下,国家不采用行政机关直接干预的方式,而是通过公证对经济社会生活的某些特殊领域实行间接、适度、有效的干预。这是大陆法系模式公证制度的创立初衷和基本定位。公证制度通过“以静制动”的方式维持着现代法治社会产权明确和交易安全的法律秩序,而这种制度又不断地自我完善,以回应社会变革和商业社会的诉求,在整个国家法律制度的发展框架中,在社会变迁的外部压力下谋求自身的法律地位和社会服务的“市场”份额。同样,基于公证人的法律地位(公权力的行使)及专业技术所取得的客户信赖(公信力),公证人既可以在文书和契约公证书出具之前为最大限度地满足客户的权利诉求、以最符合契约合意精神的方式协调当事人和契约之他方当事人的权利平衡、降低契约风险而提供法律咨询,也可以在当事人申请下参加合同谈判、起草文书和完备相关各种手续,还可以在与当事人利益相关的家庭法、不动产法、公司法领域提供经济的、资金和理财方面及税收方面的建议,同时帮助客户完成公证后期服务工作。

二、公证权是独立的证明权

国家公权是公证权的基本属性,但仅此不足以准确定位公证权的性质,还需要进一步辨析其究竟属于哪种类型的公权力,这种类型的公权力有何特征,与其他类型的公权力相比较有何区别。这样的探讨可以揭示出公证权的具体性质。对公证权性质的准确界定有赖于对公证权的基本属性和具体性质的综合考察。

探讨国家权力的类型,首先需要明确一个理论前提:现代法治社会的权力法定和权力分立原则。所谓权力法定是指一切国家权力的正当来源应当而且只能是法律而非其他;权力分立则是法律需要对整个国家权力进行划分,按照权力行使的方式划分不同类型,各司其职,相对分立。这个承担授权和分权重任的法律一般表现为国家根本大法的宪法,而出于管理社会的复杂性,立法者也可以颁布

^① 王公义:《国外公证立法问题研究》,载《中国司法》2002年第4期。

其他法律,设立某类主体并赋予其特定的权力或者对现有的主体授权其行使某项权力。

关于公证权在国家权力的种类划分中究竟居于何种位置,是一个争议颇大的问题。从历史沿革看,公证权的性质经历了三种主要学说的变迁。

1. 司法权(或准司法权)说

从公证的历史沿革考察,公证制度最早依附于司法而存在。在18世纪的法国,就已经存在着一种被称为“notarii”的职业人,他们最初是在民事和教会法庭从事一种类似书记员工作的人,后来逐渐脱离其服务的法庭,从事自己独立的职业。但他们保留了最初在服务法庭取得的特权,这种特权构成了今天公证事务特征的雏形:即由其所拟订的文书(acte)具有真实证明力(force probante)和执行力(force exécutoire)。^①

我国现代公证制度也从法院发端。从1946年起,为满足涉外交往和民事交往的需要,哈尔滨市人民法院率先设立了非诉讼科,开办公证业务,这就是哈尔滨市公证处的前身。1950年前后,北京、天津、上海等大城市的人民法院相继设立了公证处办理公证业务。1951年9月4日中央人民政府公布的《人民法院暂行组织条例》规定,公证职能由人民法院行使。1954年9月21日第一届全国人民代表大会第一次会议通过《人民法院组织法》后,公证工作移交司法行政机构主管,并正式组建国家公证机关。1956年7月10日,国务院批准了司法部《关于开展公证工作的请示报告》。《报告》规定,在直辖市和30万人口以上的市设立公证处,受当地司法行政机关直接领导;不满30万人口的市和侨眷较多的县,如不具备条件设立公证处,则应在市中级人民法院或在市、县人民法院内部设公证室,其业务由省、自治区司法行政机关授权该法院院长负责领导。1959年,随着司法行政机关被撤销,绝大多数公证处随之撤销,只剩下北京、上海等个别公证处并入法院,办理少量涉外公证业务。^②

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,而公证制度在预防纠纷方面的重要社会功能,也被视为司法的重要补充力量,因此,有观点认为,公证是司法制度的组成部分,具有司法权的属性。当然,鉴于司法权的独特性,更准确地说,公证权是一种准司法权,即服务于司法职能并从属于司法的权力。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。它是一种辅助性的司法活动,具有鲜明的司法性。^③

我国公证规则也体现了这种倾向。《公证程序规则(试行)》第48条规定:

① 程春明:《法国公证法律制度的基础理论与实践》,载《中国司法》2005年第6期。

② 江伟主编:《公证法学》,法律出版社1996年版,第24页。

③ 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。

“公证处对审查中发现的违法行为,应责令当事人或有关人员予以改正,并有权向有关主管部门发出司法建议书。”从“司法建议”的性质,可以看出公证机关的性质。司法部 1994 年 3 月 2 日给广东省司法厅的《关于我国公证制度和公证书效力的复函》(司法函(1994)055 号)称:“我国公证制度是国家司法制度的组成部分,公证处是行使国家证明权的机关。”这种说法也暗含了公证权属于司法权的理解。

实际上,司法权是法院享有的对纠纷当事人的事实和法律主张进行判断,以维护法律权威的终局性权力。^①司法权是一种判断权,而公证权则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,和司法权区别很大。

以拉丁公证国际联盟为代表的大陆法系国家的公证制度,实质上是一种准司法制度。国际拉丁公证联盟的徽章上写着这样一句古老的格言:“我们写的就是法律。”在大陆法系国家,公证机构代表国家行使证明权,作为一个客观、公正、与当事人无利害关系的中间人,以国家的名义对公司或公民之间的契约关系作证,维护交易的正常进行及社会关系的稳定。^②

2. 行政权(或准行政权)说

国家行政体制的公证模式始源于苏联和“二战”后成立的社会主义东欧国家。如前所述,公证作为一种法律制度,曾被认为是为资本主义统治服务的,被社会主义的苏联所排斥。但由于其预防纠纷的独特功能,“二战”后取得胜利的东欧诸国及苏联,为预防纠纷、缓解社会矛盾,并保持与欧美资本主义国家的各种联系,保留了公证法律制度,并将其按照社会主义计划经济体制改造成为“国家公证处”,由国家按计划设立,执行“国家公证”职能,实施“国家证明力”,公证员为“国家公务员”,执业范围及公证事项由国家规定,实行统一的收费标准,以与社会主义计划经济体制相适应,逐渐形成了国家行政体制的公证制度。新中国成立后,由苏联引进了国家行政体制的公证制度,一直延续到上世纪 80 年代初。行政体制的公证特点是:(1)公证处由国家设立,为国家行政机关的组成部分。在苏联、东欧及我国,中央及各省、市、县司法行政机关均有自己直接管理的公证处,代表国家对外承担不同级别的公证职能。(2)公证处的运行由国家财政保障。(3)公证员为国家公务员。公证员由政府任命,其升迁、引退、劳保福利等按国家公务员管理,由国家按公务员统一的行政级别及标准任免,其公证职务不属于专门的法律职业,而属于一般的政府行政管理职业。(4)公证处因过错给当

^① 孙万胜著:《司法权的法理之维》,法律出版社 2002 年版,第 4 页。

^② 王公义:《建立适合中国国情的公证制度》,载《中国司法》2004 年第 10 期。

事人造成经济损失属国家赔偿。^①

有观点认为,将公证机关认定为行政主体是有根据的。从权力来源看,我国宪法只明确规定了立法权、行政权、审判权、检察权和军事指挥权五项国家权力,此外未认可其他权力的独立性。因此公证权在具体属性上只能是从属于上述几种国家权力的一项权力。根据不同权力的性质及内容,可以判定公证权归属于行政权力的范畴:立法权属于为社会成员制定行为规范的权力;检察权属于监督法律实施的权力;司法权属于解决既存社会纠纷的权力;军事指挥权属于指挥军事作战的权力。公证机关的公证权力不具备上述几种权力的任何特征,不宜归入上述权力范畴。而与公证权力最为接近的只有行政权力,该项权力归入行政权容易被人接受。

我国长期以来坚持公证活动的行政权性质。《公证暂行条例》第6条规定:“公证处受司法行政机关领导”,这就从立法上确定了公证处的行政机关性质。在实践中,一些公证处设在司法行政部门,在各个方面接受其领导,不具有独立性。一些地方的公证处工作人员目前仍然属于国家公务员序列,对其管理仍遵循着国家公务员管理制度的操作规程。这也从一个侧面说明,公证机关在一定意义上还被当作行使行政权力的组织。如在公证人员的任免方面,《公证暂行条例》第7条规定,公证处的主任、副主任、公证员、助理公证员分别由直辖市、县、市人民政府依照干部管理的有关规定任免。“干部管理”一词,说明政策制定者是将公证人员当作国家行政机关工作人员看待的。又如,在考核方面,《公证员注册管理办法》第9条规定,对受到行政记大过以上处分的公证员,司法行政机关可以决定延缓注册——“行政记大过处分”一词,说明公证人员在事实上被视为公务员。由以上理由可以得出结论:公证处仍然符合行政主体的一般特征。根据行政法学关于行政主体分类的理论,公证处虽不再属于行政机关,却属于法规授权行使行政权力的组织,可以归入法律、法规授权的组织范畴。^②

以上公证隶属于行政权的观点,遭到了一些学者的反对,基本理由是:(1)从体制上看,行政机关上、下级之间存在着隶属关系,下级服从上级,上级行政机关有权撤销下级行政机关错误的行政行为。公证机关则不然。公证处之间没有上、下级之分,不同的公证处所出具的公证文书的法律效力相同,行政级别高的公证处即使发现行政级别低的公证处出具的公证文书有不当或者错误,也无权撤销。(2)从内容上看,公证的内容,是依法证明法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性,行为的对象是上述行为、文书及事实,而且这些行为、文书及事实本身必须是真实的、合法的,不真实、不合法的,公证机关拒绝公证。具

^① 王公义:《中国公证制度模式选择》,载《中国司法》2005年第3期。

^② 赵伟、彭云业:《论公证行为可诉性》,载《中北大学学报》2005年第1期。

体行政行为的内容主要是对公共事务进行组织和管理,其对象是一定的权利及行为,且作为对象的行为不一定是合法的。(3)从程序上看,行政机关行使的是行政管理职权,行使权力无须相对一方的申请或同意。而公证机关只有当事人申请方可为之,不能强制当事人办理公证。另外,公证机关应当事人的申请,依法办理公证并出具公证书后,公证行为即告完成,公证机关不需要去检查经公证的事项的履行情况。具体行政行为则不同,如发放许可证的行为,许可证发放以后,发证机关还有责任去检查、监督许可事项的履行情况。^①

以上观点的对立,集中体现在对公证行为是否能提起行政诉讼这一司法实践中常见的疑难问题上。关于公证争议是否能进入行政诉讼渠道解决,焦点就是公证权是否属于行政权。

长期以来,公证权行政化的观点成为主流观点。公证权被视为司法行政部门的一种职能,公证机关是隶属于司法行政机关的一个职能部门。这其实也是我国行政权突出的一个脚注。但随着公证制度在现代社会的功能日益显著,公证权行政化引发的弊端越发明显。公证机构改革的一个显著趋势就是淡化公证权的行政色彩,促进公证业务从司法行政机关剥离出来并相对独立。

在此趋势下,政府提出公证机构要从行政体制转向事业体制。2000年7月国务院批准的《关于深化公证工作改革的方案》提出: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。将公证机构定性为事业单位有助于摆脱行政的高度控制,但并不能较好解决公证机关定性问题。事业法人是我国国家行政架构中的特有现象。“事业法人”是在计划经济体制下产生和形成的从事事业性工作的主体,除国家行政管理权和企业的生产经营活动以外的社会公益性工作,事业单位都能从事。随着行政体制改革深化,大批原有的行政机关被改造为事业单位,逐渐剥离行政色彩,但这些事业单位的具体情况却差别很大。有的依法承担行政管理职能,属于被法律授权或行政机关授权的组织,即使不是行政机关,也属于行政主体,行使行政职权;有的从事具体生产经营活动,允许盈利;有的承担社会公益工作。政府与这些事业法人的关系也各不相同。财政方面,有的是事业单位法人自收自支,政府不给予财政投入;有的由财政供养;有的两种兼而有之,管理方式上更是难以明晰。所以,用“事业法人”来定位公证机关,并不能准确反映其法律属性,相反使其性质更加模糊。

3. 独立的法定证明权说

公证权的性质是一种独立的“证明权”,这种权力不同于传统三分法的立法、

^① 李道清:《公证行为不属于行政诉讼受案范围》,载《人民司法》1999年第9期。