



21世纪法学系列教材

诉讼法系列

公证法学

马宏俊 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

013026276

D926.6

16



21世纪法学系列教材

诉讼法系列

公证法学



主 编 马宏俊
副主编 程 滔



北航 C1633481



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D926.6

16

图书在版编目(CIP)数据

公证法学/马宏俊主编. —北京:北京大学出版社,2013.4

(21世纪法学系列教材·诉讼法系列)

ISBN 978-7-301-22298-0

I. ①公… II. ①马… III. ①公证-法的理论-中国-高等学校-教材
IV. ①D926.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第051480号

书 名: 公证法学

著作责任者: 马宏俊 主编

责任编辑: 郭薇薇

标准书号: ISBN 978-7-301-22298-0/D·3294

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.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 23.25印张 438千字

2013年4月第1版 2013年4月第1次印刷

定 价: 40.00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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

2012年3月28日,一颗平凡而又伟大的心脏停止了跳动,我国民事诉讼法学界的泰斗、中国政法大学著名学者杨荣馨教授驾鹤西去。杨老师一生致力于民事诉讼法学、民事执行法学和公证法学的教学和研究,三年前就和我商量共同出版一套民事程序法系列丛书,其中的《公证法学》和《律师法学》委托我来担任主编,邀请业内的有识之士共同撰写,体例新颖,视角独特,既反映了学科的特点和司法实务的脉搏,又荟萃专业人士的智慧,表达了业内的呼声,并且高瞻远瞩地按照社会发展规律预测未来的发展走向,是理论联系实际的力作。在杨老师的精心策划和组织领导下,我约请了业内的一些年轻才俊,完成了初稿。正在和杨老师共同审稿中,他老人家走完了光辉而平静的一生。当我在重症监护病房探望他时,尽管他已经无法和我说话了,通过师母的解读和他的点头示意的深情,我看到了他对未竟事业的希冀和遗憾。我就默默地下决心,一定要尽快出版这两本书,以告慰老师的在天之灵!

三年来,国家的法治建设和司法改革发生了很大的变化,《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》都进行了修改,公证体制的改革也在进一步深化,法学教育也在进行改革,公证行业从过去的闭关自守发展到现在走出国门,取长补短,探索中国特色的公证发展道路,队伍建设、业务发展和社会关注都有很大的提升。尽管问题还存在很多,各种差错也见诸报端,毕竟公证制度已经成为中国法治建设不可或缺的重要组成部分,社会各界也对公证给予必要的关注,理解和认知也在不断增强。这就更需要我们发现问题的,借鉴他国,建设中国特色的公证法律制度。

在具有中国特色的社会主义法律体系中,律师制度和公证制度都是重要的组成部分,法学院校中的很多学生都将充实到律师队伍中去,但是,在现有的诸多院校中,很多学生根本就没有上过《律师法学》和《公证法学》的课程,在校期间,也缺乏实际操作的训练,对职业法律人的基本思维方式和职业技巧几乎都不了解,对法律职业道德的修养和训练更是知之甚少,院校教育和实际需求出现了严重的脱节。有鉴于此,我们邀请从事公证制度研究的学者以及从公证实务的专家,进行系统、比较研究并形成本书,作为法科学学生的教材来弥补以上的缺憾。

本书作者们多是在中国公证界比较有影响的杰出人士,并且大都担负一定的领导工作,我们又专门邀请了年富力强的公证员王京、段伟及中国政法大学袁

钢副教授来对全书进行了审读。还邀请了在京的一些人士专门开会修改书稿,部分章节退回原作者做了部分修订和删减,个别章节做了补充甚至重写,最后经本人审阅定稿。可能还有很多不尽人意之处,甚至错误也在所难免,敬请读者批评指正。本书体例是杨荣馨教授策划的,全书的纲要由我提出,观点基本上是学界和业内的共识,作者的写作风格和创新之处尽量保留,文责自负。各章节分工如下:

- 马宏俊 中国政法大学教授、公证法学研究中心主任(第一、十章)
詹爱萍 深圳市龙岗公证处二级公证员(第二、三、七、十五章)
李全息 昆明市明信公证处公证员(第四章)
程 滔 中国政法大学副教授(第五章)
张冰洁 北京市西城区人民法院法官(第六章)
蒋笃恒 北京市长安公证处一级公证员(第八、九章)
王 京 北京市方圆公证处公证员(第十一章)
周志扬 北京市公证协会会长、长安公证处主任、一级公证员(第十二章)
秦世平 深圳市公证处主任(第十三章)
段 伟 中国公证协会副会长、昆明市明信公证处主任、一级公证员(第十四章)
单 彬 天津市司法局司法考试处处长(第十六章)
邵云龙 北京市方圆公证处二级公证员(第十七章)

马宏俊
2012年冬于北京

21 世纪法学系列教材书目

“21 世纪法学系列教材”是北京大学出版社继“面向 21 世纪课程教材”(即“大红皮”系列)之后,出版的又一精品法学系列教科书。本系列丛书以白色为封面底色,并冠以“未名·法律”的图标,因此也被称为“大白皮”系列教材。“大白皮”系列是法学全系列教材,目前有 15 个子系列。本系列教材延续“大红皮”图书的精良品质,皆由国内各大法学院优秀学者撰写,既有理论深度又贴合教学实践,是国内法学专业开展全系列课程教学的最佳选择。

• 法学基础理论系列

英美法概论:法律文化与法律传统	彭 勃
法律方法论	陈金钊
法社会学	何珊君

• 法律史系列

中国法制史	赵昆坡
中国法制史	朱苏人
中国法律思想史(第二版)	李贵连 李启成
外国法制史(第三版)	由 嵘
西方法律思想史(第二版)	徐爱国 李桂林
外国法制史	李秀清

• 民商法系列

民法总论(第三版)	刘凯湘
债法总论	刘凯湘
物权法论	郑云瑞
英美侵权行为法学	徐爱国
商法学——原理·图解·实例(第三版)	朱羿坤
商法学	郭 瑜
保险法(第三版)	陈 欣
保险法	樊启荣
海商法教程(第二版)	郭 瑜
票据法教程(第二版)	王小能
票据法学	吕来明
物权法原理与案例研究	王连合
破产法(待出)	许德凤

• 知识产权法系列

知识产权法学(第五版)		吴汉东
商标法		杜颖
著作权法(待出)		刘春田
专利法(待出)		郭禾
电子商务法	李双元	王海浪

• 宪法行政法系列

宪法学概论(第三版)		肖蔚云
宪法学(第三版)	甘超英 傅思明	魏定仁
行政法学(第二版)		罗豪才 湛中乐
外国宪法(待出)		甘超英
国家赔偿法学(第二版)	房绍坤	毕可志

• 刑事法系列

中国刑法论(第五版)	杨春洗 杨敦先	郭自力
现代刑法学(总论)		王世洲
外国刑法学概论	李春雷	张鸿巍
犯罪学(第三版)	康树华	张小虎
犯罪预防理论与实务	李春雷	靳高风
监狱法学(第二版)		杨殿升
刑法学各论(第二版)		刘艳红
刑法学总论(第二版)		刘艳红
刑事侦查学(第二版)		杨殿升
刑事政策学		李卫红
国际刑事实体法原论		王新
美国刑法(第四版)	储槐植	江溯

• 经济法系列

经济法学(第六版)	杨紫烜	徐杰
经济法原理(第三版)		刘瑞复
经济法概论(第七版)		刘隆亨
企业法学通论		刘瑞复
商事组织法		董学立
金融法概论(第五版)		吴志攀

银行金融法学(第六版)	刘隆亨
证券法学(第三版)	朱锦清
金融监管学原理	丁邦开 周仲飞
会计法(第二版)	刘 燕
劳动法学(第二版)	贾俊玲
房地产法(第二版)	程信和 刘国臻
环境法学(第二版)	金瑞林
反垄断法	孟雁北

• 财税法系列

财政法学	刘剑文
税法学(第四版)	刘剑文
国际税法学(第二版)	刘剑文
财税法专题研究(第二版)	刘剑文
财税法成案研究	刘剑文 等

• 国际法系列

国际法(第二版)	白桂梅
国际经济法学(第五版)	陈 安
国际私法学(第二版)	李二元
国际贸易法	冯大同
国际贸易法	王贵国
国际贸易法	郭 瑜
国际贸易法原理	王 慧
国际投资法	王贵国
国际货币金融法(第二版)	王贵国
国际经济组织法教程(第二版)	饶戈平

• 诉讼法系列

民事诉讼法学教程(第三版)	刘家兴 潘剑锋
民事诉讼法	汤维建
刑事诉讼法学(第四版)	王国枢
外国刑事诉讼法教程(新编本)	王以真 宋英辉
外国刑事诉讼法	宋英辉
民事执行法学(第二版)	谭秋桂
仲裁法学(第二版)	蔡 虹

外国刑事诉讼法	宋英辉	孙长永	朴宗根
律师法学			马宏俊
公证法学			马宏俊

● 特色课系列

世界遗产法			刘红婴
医事法学	古津贤		强美英
法律语言学(第二版)			刘红婴
民族法学			熊文钊

● 双语系列

普通法系合同法与侵权法导论			张新娟
Learning Anglo-American Law: A Thematic Introduction(英美法导论)(第二版)			李国利

● 专业通选课系列

法律英语(第二版)			郭义贵
法律文书学	卓朝君		邓晓静
法律文献检索(第二版)			于丽英
英美法入门——法学资料与研究方法			杨 楨
模拟审判:原理、剧本与技巧(第二版)	廖永安	唐东楚	陈文曲

● 通选课系列

法学通识九讲			吕忠梅
法学概论(第三版)			张云秀
法律基础教程(第三版)(待出)			夏利民
经济法理论与实务(第三版)	於向平	邱 艳	赵敏燕
人权法学			白桂梅

● 原理与案例系列

国家赔偿法:原理与案例			沈 岩
专利法:案例、学说和原理			崔国斌

2013年3月更新

教师反馈及教材、课件申请表

尊敬的老师：

您好！感谢您一直以来对北大出版社图书的关爱。北京大学出版社以“教材优先、学术为本”为宗旨，主要为广大高等院校师生服务。为了更有针对性地为广大教师服务，满足教师的教学需要、提升教学质量，在您确认将本书作为教学用书后，请您填好以下表格并经系主任签字盖章后寄回，我们将免费向您提供相关的教材、思考练习题答案及教学课件。在您教学过程中，若有任何建议也都可以和我们联系。

书号/书名			
所需要的教材及教学课件			
您的姓名			
系			
院校			
您所主授课程的名称			
每学期学生人数		学时	
您目前采用的教材	书名 _____ 作者 _____ 出版社 _____		
您的联系地址			
联系电话			
E-mail			
您对北大出版社及本书的建议：	系主任签字 盖章		

我们的联系方式：

北京大学出版社法律事业部

地 址：北京市海淀区成府路 205 号

联系人：李铎

电 话：010-62752027

传 真：010-62556201

电子邮件：bjdxcbs1979@163.com

网 址：<http://www.pup.cn>

北大出版社市场营销中心网站：www.pupbook.com

目 录

第一章 公证制度概论	1
第一节 公证制度的概念	1
第二节 公证制度的特征	2
第三节 公证制度的功能	4
第四节 公证与其他证明活动的区别	6
第二章 公证制度的历史发展	8
第一节 中国公证的起源	8
第二节 秦汉——公证文化的衰落与私证文化的起搏	10
第三节 唐——公证文化的复苏与私证文化的勃兴	13
第四节 宋——国家公证、民间私证的空前活跃时代	15
第五节 元——国家公证与民间私证的急剧逆转时代	21
第六节 明清——公证与私证文化的稳中求变与推陈出新	24
第三章 公证机构与公证人	32
第一节 公证机构与公证人的基本理论	32
第二节 公证机构和公证人的立法背景	36
第三节 公证机构和公证人的热点前沿问题	40
第四节 公证机构和公证人的法律实践	45
第五节 公证机构和公证人的案例评析	50
第六节 公证机构和公证人的问题与建议	51
第四章 公证管理	56
第一节 公证管理的基本理论	56
第二节 公证管理的立法背景	58
第三节 公证管理的热点前沿问题	60
第四节 公证管理的法律实践	62
第五节 公证管理的案例评析	66
第六节 公证管理的问题与建议	68
第五章 公证行业的职业道德	71
第一节 公证职业道德的基本理论	71
第二节 公证职业道德的立法背景	76

第三节	公证职业道德的热点前沿问题	78
第四节	公证职业道德的法律实践	86
第五节	公证职业道德的案例评析	89
第六节	公证职业道德的问题与建议	90
第六章	公证活动的基本原则	94
第一节	公证原则的基本理论	94
第二节	公证原则的立法背景	96
第三节	公证原则的热点前沿问题	97
第四节	公证原则的法律实践	108
第五节	公证原则的案例评析	113
第六节	公证原则的问题与建议	116
第七章	公证法律效力	119
第一节	公证法律效力的基本理论	119
第二节	公证法律效力的立法背景	128
第三节	公证法律效力的热点前沿问题	133
第四节	公证法律效力的法律实践	136
第五节	公证法律效力的案例评析	140
第六节	公证法律效力的问题与建议	146
第八章	公证档案	152
第一节	公证档案的基本理论	152
第二节	公证档案的立法背景	154
第三节	公证档案的热点前沿问题	155
第四节	公证档案的法律实践	157
第五节	公证档案的问题与建议	161
第九章	公证收费	163
第一节	公证收费的基本理论	163
第二节	公证收费的立法背景	165
第三节	公证收费的热点前沿问题	167
第四节	公证收费的法律实践	169
第五节	公证收费的问题与建议	171
第十章	公证法律责任及救济	174
第一节	公证法律责任的基本理论	174
第二节	公证法律责任的立法背景	182

第三节	公证法律责任的热点前沿问题	183
第四节	公证法律责任的法律实践	188
第五节	公证法律责任的案例评析	197
第六节	公证法律责任的问题与建议	198
第十一章	公证活动的一般程序和特别程序	201
第一节	公证程序的基本理论	201
第二节	公证程序的立法背景	204
第三节	公证程序的热点前沿问题	207
第四节	公证程序的法律实践	209
第五节	公证程序的案例评析	231
第六节	公证程序的问题与建议	234
第十二章	不动产领域中的公证业务	236
第一节	不动产公证的基本理论	236
第二节	不动产公证的立法背景	241
第三节	不动产公证的热点前沿问题	244
第四节	不动产公证的实务探析	248
第五节	不动产公证的案例评析	250
第六节	不动产公证的问题与建议	252
第十三章	保全证据公证业务	255
第一节	证据保全公证的基本理论	255
第二节	证据保全公证的立法背景	258
第三节	证据保全公证的热点前沿问题	259
第四节	证据保全公证的法律实践	262
第五节	证据保全公证的案例评析	264
第六节	证据保全公证的问题与建议	268
第十四章	强制执行公证业务	270
第一节	强制执行公证的基本理论	270
第二节	强制执行公证的立法背景	271
第三节	强制执行公证的热点前沿问题	273
第四节	强制执行公证的法律实践	276
第五节	强制执行公证的案例评析	279
第六节	强制执行公证的问题与建议	282

第十五章 其他公证事务	284
第一节 其他公证事务的基本理论.....	284
第二节 其他公证事务的立法背景.....	286
第三节 其他公证事务的热点前沿问题.....	294
第四节 其他公证事务的法律实践.....	298
第五节 其他公证事务的案例评析.....	314
第六节 其他公证事务的问题与建议.....	320
第十六章 涉外公证	325
第一节 涉外公证的基本理论.....	325
第二节 涉外公证的立法背景.....	332
第三节 涉外公证的热点前沿问题.....	333
第四节 涉外公证的法律实践.....	337
第五节 涉外公证的案例分析.....	341
第六节 涉外公证的问题与建议.....	343
第十七章 涉港澳台公证	344
第一节 涉港澳台公证的基本理论.....	344
第二节 涉港澳台公证的立法背景.....	347
第三节 涉港澳台公证的热点前沿问题.....	349
第四节 涉港澳台公证的法律实践.....	351
第五节 涉港澳台公证的案例分析.....	354
第六节 涉港澳台公证的问题与建议.....	357

第一章 公证制度概论

【内容提要】

本章解读公证的概念和法律特征,揭示公证在市场经济中预防纠纷、减少诉讼等作用。

【关键词】 公证 特征 功能

第一节 公证制度的概念

“公证”作为一种特殊的证明活动,发端于拉丁语 *nata*,其意为抄录文书并取其要领、备案存查。^① 法学词典将公证定义为:“公证机构根据当事人的申请,依照法定程序,对法律行为及有法律意义的文件和事实确认其真实性和合法性的一种活动。与法院审理案件的诉讼活动不同,这是一种非诉讼活动。”^②《中国大百科全书》认为公证是“国家公证机构按照公民、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的非诉活动。公证是国家司法制度的组成部分,是国家预防纠纷、维护法制、巩固法律秩序的一种司法行政手段”。^③ 可见,对于公证的概念,多是从公证制度的功能、证明对象和公证活动的程序等方面进行界定的,其中涉及了公证活动的主体、程序、性质等方面的内容。

我国的公证制度正处在改革之中,关于公证制度的定位、功能等基础性理论还在不断地摸索,所以时至今日,学界仍然无法统一公证的概念。如在司法部开展公证制度改革之前,公证机构属于行政机关的组成部分,“公证机构”等字眼出现频率很多;而现在,多称之为“公证机构”。又如,对于申请人的界定,有的使用“当事人”,有的使用“公民、机关、团体、企业事业单位”,有的使用“自然人、法人或其他组织”。虽然学界对公证的概念莫衷一是,但随着2005年《公证法》的出台,尤其是该法第2条的规定,在一定程度上统一了公证的概念。《公证法》第2条规定:“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。”

① 吕乔松:《公证法释论》(增订版),台湾三民书局1984年版,第1页。

② 《法学词典》,上海辞书出版社1980年版,第122页。

③ 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第168页。

在定义公证行为的时候要避免停留于注释法学的研究方法^①和静态的研究方法。^② 公证制度总是随着国家社会生活而不断变化,在对公证下定义时应该注意以下两个方面:首先我们不应该局限于法律法规的现有规定,不能仅仅从法律条文去推断公证的含义,不要为既有制度作注解,必须要有一定的超越性和反思性^③;其次要明确界定某一制度的基本属性必须要立足于现实的国情,不要期望能给古今中外所有的公证行为都给出统一的定义。

定义任何一种行为,无非包含行为主体、对象、行为描述三个部分,而法律行为由于具有一定的法律效果,所以在定义公证行为的时候,除了前述三个部分之外,还应该包含公证法律效力的规定。据此,公证行为的概念具体应该包括以下四个方面的内容:第一,界定公证行为的主体,这里主要指公证职权的行使者(公证机构)以及公证行为的其他参与者(如公证申请人);第二,界定公证行为的客体,即公证行为作用的对象(如有法律意义的事实),台湾地区学者将其称为“公证标的”;第三,公证行为的效力,即经过公证的事项具有哪些法律上的效力;第四,对公证行为的客观描述,这是对于公证活动直观的、形式上的概括,可以串起以上四个部分,最终形成一个完整的定义。

根据上述对于公证定义的分解,本书以《公证法》中对于公证的概念为基础,同时借鉴其他关于公证概念的各种观点,试给我国的公证行为作如下定义: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,并依法赋予证明力、执行力以及使法律行为成立等效力的活动。^④

第二节 公证制度的特征

公证制度对于保障经济的健康发展,维护国家法制,保持社会秩序的稳定,保护公民、法人及其他社会组织的合法权益,具有积极的促进作用。作为我国司法体制的重要组成部分,公证制度具有如下主要特征:

(一) 公证活动具有专属性

根据我国现行法律的规定,公证机构作为行使国家法律赋予的公证证明权的主体,依据事实和法律、法规,独立办理公证事务,不受其他单位、个人的非法

^① 比如在《公证暂行条例》施行时期,“公证处是国家公证机构,属司法行政机关领导”的规定几乎成为“公证权是行政权”这一观点的主要依据。而在公证机构改制的过程中,大多数公证机构从以前的国家机关改为事业单位,学者们又纷纷提出“司法权”、“司法证明权”、“证明权”等新名词。

^② 如将公证权一概界定为“私权”、“社会权”或者一味界定为“国家权”,却不能用动态的研究方法,不能从公证权性质发展变化过程的角度入手,公证的相关理论在不同的阶段总是不同的。

^③ 唐庆发:《论公证权的性质》,载《中国司法》2008年第1期。

^④ 这里的公证效力定义采学界通说。关于公证效力的概念以及构成后文将作详细的论证。

干涉。这里包括两层含义:(1) 公证证明主体的专属性。公证机构是唯一专职行使公证证明职权的机构。同法院的审判权一样,公证机构办理公证事务是独立的、排他的。(2) 公证效力的专属性。公证机构出具的公证书是唯一具有法律规定的公证效力的证明,除法律和国家的特别规定外,其他任何机关、单位组织出具的证明均不具有此种公证效力。^①

(二) 公证活动具有独立性

公证作为一种代表国家行使证明权的特殊中介活动,为保证其真实性和合法性,必须保持中立即自身的独立性,不受外界任何非正常因素的干扰,公证的独立性是公证法律服务活动的本质需要。公证的独立性具体表现在:第一,行使职权的独立性,即公证机构依照法律独立行使自己的职权,不受行政机关、社会团体和个人的非法干涉。公证机构实行社会化、自治性的独立管理机制,只对法律负责。第二,承担责任的独立性,即公证机构以自己的财产对外承担责任。公证的责任应当由公证机构独立负担,国家不对错误的公证结果承担任何赔偿责任。

(三) 公证是一种特殊的证明活动

证明就是用证据来明确或表明客观事实。凡是运用已经掌握的材料、经验或者事实表明、断定人或事物的真实性的行为都是证明。公证行为本质上就是一种证明活动,其证明对象为民事法律行为、有法律意义的事实和文书,其证明标准就是证明对象的真实性与合法性。

公证行为之所以是一种特殊的证明活动,其特殊性主要体现在:首先,公证证明的对象是没有争议的法律行为和有法律意义的事件、文书。当事人之间对证明对象没有争议,是公证的前提。如果有争议,则应当在争议解决后再办理公证。^② 这一点是明显不同于诉讼中的证明的,也区别于一般社会上的证明行为,这些证明活动不需要以无争议为前提,其证明的目的主要是为了解决争议,寻求公认证明结果。其次,公证证明活动有着自身的一套规则和程序,而且法律赋予了证明结果以特定的法律效力,而一般的证明活动除非有法律特别规定,一般是不具有法律效力的。公证证明具有其他证明活动所不具有的证据效力、强制执行效力以及证明法律行为成立的效力。

(四) 公证具有公益性、非营利性

《公证法》第6条将公证机构定性为“依法设立,不以营利为目的,依法独立行使职能,承担民事责任的证明机构”。其中,独立行使职能和不以营利为目的,是公证机构性质的重心,或者说是公证机构性质的两个基本特征,而“不以

^① 孙红梅:《公证——一种预防性的法律证明制度》,2007年吉林大学优秀博士论文,第10页。

^② 张霞:《公证证明责任研究》,2006年安徽大学优秀硕士论文,第5页。