

公证制度与实务

GONGZHENG ZHIDU YU SHIWU

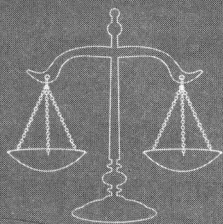


王桂芳 编著

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

公证制度与实务

ENG ZHIDU YU SHIWU



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

公证制度与实务 / 王桂芳编著. —桂林: 广西师范大学出版社, 2016.6
ISBN 978-7-5495-8285-3

I. ①公… II. ①王… III. ①公证制度—研究—中国 IV. ①D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 125738 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 张艺兵

全国新华书店经销

广西方大印业集团有限公司印刷

(广西桂林市崇信路 49 号 邮政编码: 541002)

开本: 720 mm × 970 mm 1/16

印张: 26.5 字数: 350 千字

2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

定价: 52.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

目 录

CONTENTS

制度篇(上)

第一章 公证制度基本问题	2
第一节 公证的概念、法律特征和效力	4
第二节 公证机构与公证员	11
第三节 公证程序	20
第四节 公证法律责任与公证争议的处理	25

实务篇(下)

第二章 赠与公证	41
第一节 赠与公证概述	42
第二节 赠与公证程序	44
第三章 遗赠扶养协议公证	50
第一节 遗赠扶养协议公证概述	51
第二节 遗赠扶养协议公证程序	53

第四章 与婚姻关系相关事项公证	57
第一节 与婚姻关系相关事项公证概述	59
第二节 夫妻财产约定协议公证	64
第三节 婚姻状况公证	71
第五章 公司事务公证	76
第一节 公司章程公证	80
第二节 股份有限公司创立大会公证	82
第三节 有限责任公司股权继承公证	87
第四节 股份有限公司股权转让合同公证	93
第六章 个人基本情况公证	104
第一节 个人出生公证	104
第二节 死亡公证、生存公证	111
第三节 经历、学历公证及无犯罪记录公证	118
第七章 借款合同公证	124
第一节 抵押贷款合同公证	124
第二节 民间借款合同公证	133
第八章 房屋委托合同公证	151
第一节 房屋委托公证概述	155
第二节 办理房屋委托公证的程序	156
第九章 保全证据公证	163
第一节 保全证据公证概述	163

第二节	保全互联网电子证据公证	169
第三节	保全送达文书证据公证	178
第四节	房屋拆迁证据保全公证	183
第十章	现场监督公证	189
第一节	现场监督公证概述	189
第二节	开奖公证	192
第三节	拍卖公证	197
第四节	招标投标公证	203
第十一章	继承权公证	215
第一节	继承权公证概述	215
第二节	遗嘱继承公证	221
第三节	法定继承公证	230
第四节	被继承人银行存款不明情形下的遗产继承公证与小额遗产继承公证	239
第十二章	涉外、涉港澳台公证	251
第一节	涉外公证	251
第二节	涉港公证	265
第三节	涉台、澳公证	276
第十三章	提存公证事务	280
第一节	提存公证事务概述	291
第二节	提存公证事务程序	293

第十四章 公证书制作 297

 第一节 公证书制作概述 297

 第二节 我国公证文书格式改革 300

附录 公证书格式 304

 附录一 司法部保全证据等三类要素式公证书格式、参考格式 304

 附录二 司法部继承要素式公证书格式、参考格式 342

 附录三 司法部定式公证书格式 375

制度篇(上)

第一章 公证制度基本问题

新中国公证制度的建立和发展经历了一个漫长而又曲折的过程。1946年哈尔滨市人民法院率先开办了公证业务,开我国公证制度之先河。新中国建立初期,北京、天津、上海等大城市的人民法院相继设立了公证处,开办了公证业务。1951年9月3日,中央人民政府委员会颁布《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》,规定公证工作由县级人民法院办理,这是新中国有关公证制度的第一个法律文件。1954年,公证工作转归司法行政机关直接领导和管理。1956年9月19日董必武同志在党的八大上指出:“公证制度是认证机关、团体和公民法律行为的一种良好制度,……应该加速推行。”但由于受极左思潮的影响,1956年我国公证制度几乎被取消,只剩个别公证处转归法院,办理少量的涉外公证业务,根据国际惯例办理少量的发往域外使用的公证文书,这种状况一直持续到20世纪70年代末期。

党的十一届三中全会作出了加强社会主义民主与法制建设的决定,给我国的公证制度带来了新生。1979年我国公证制度得以重建。1980年3月,司法部发出《关于公证处设置和管理体制问题的通知》,该通知规定在直辖市、省辖市、县设立公证处,代表国家办理公证业务,许多县级以上司法行政部门都陆续设立了公证机构,公证业务逐年上升,从而揭开了我国公证制度发展的新篇章。1982年2月,全国人大常委会颁布的《民事诉讼法(试行)》规定了公证文书的证据效力和强制执行效力。1982年4月13日,国务院发布了新中国第一部公证法规——《中华人民共和国公证暂行条例》,该条例对公证的性质、业务范围、组织机构、公证管辖、公证程序等问题都作了明确规定,奠

定了我国公证制度建设的法律基础。此后,司法部和国家有关部门又制定了《公证程序规则(试行)》等一系列公证法规、规章等规范性文件。

1990年3月司法部成立了中国公证协会,负责对全国范围内的公证机构和公证员的执业活动进行监督。1993年,党的十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,第一次将公证机构定性为中介机构。1994年司法部开始公证制度改革,提出公证处由行政机关向事业单位过渡的试点意见。公证制度改革试点工作取得阶段性成果。2000年1月司法部下发《关于开展合作制公证处试点工作的通知》,合作制公证处试点工作全面展开。2000年7月31日,国务院批准了司法部《关于深化公证工作改革的方案》,标志着公证工作改革和发展跨入了一个新的阶段,公证人职业化制度以规章的形式得以确认,公证机构不再是行政机关,公证员也不再是公务员,公证队伍开始融入法律职业群体。公证处整体由行政机关转制为事业单位,变财政拨款为自收自支,公证收费不再上缴财政和上级司法行政机关,公证处成为纳税人。

2005年8月28日,十届全国人大常委会第十七次会议表决通过了《中华人民共和国公证法》(以下简称《公证法》),为公证制度进一步发展提供了有力的法律保障。《公证法》第一条将规范公证活动,保障公证机构和公证员依法履行职责,预防纠纷,保障自然人、法人或者其他组织的合法权益作为立法目的。

《公证法》颁布实施后,司法部相继制定、修订了《公证机构执业管理办法》《公证员执业管理办法》《公证程序规则》等规章和规范性文件,中国公证协会也相继出台了《公证复查争议投诉处理办法(试行)》《办理夫妻财产约定协议公证的指导意见》《公证机构审查自然人身份的指导意见》等多个行业规范。同时,各地也组织力量对地方性公证法规、规章等规范性文件进行了清理和修订。应该说目前以公证法为核心的我国公证法律制度体系已经初步形成。

此外,我国公证行业多年来还一直致力于加强与世界其他国家公证行业的双边交流,不断扩大国际影响力,我国公证行业的国际地位日益提高。2002年3月,中国公证协会被国际拉丁公证联盟授予观察员地位。2007年10月,中国公证协会以国际公证联盟成员国身份参加了在西班牙马德里召开

的联盟会议,会议选举产生了新一届联盟领导人,在此次选举产生的联盟总理理事会 149 名总理事中,我国占有 3 个席位,其中 1 位被选为国际公证联盟副主席。这意味着中国公证事业的发展成就得到了国际社会的进一步重视和认可,标志着中国将会在更大范围内参与国际法律交流与合作。

目前我国的公证事业正朝着既定的目标扎实推进。公证队伍不断发展壮大,人员素质不断提高,组织体系逐步健全,公证工作的法制化、规范化和制度化建设正在有序开展,公证工作广泛介入社会生活,服务领域不断拓展。公证工作已成为推进依法治国、促进经济发展、维护社会和谐稳定的重要力量。

■ 第一节 公证的概念、法律特征和效力

一、公证的概念

依据我国《公证法》之规定,公证是指由国家专门设立的公证机构,根据法律的规定和当事人的申请,按照法定程序证明法律行为、有法律意义的事件和文书的真实性、合法性,以及其他与公证有关的法律事务的非诉讼活动。我们可以从如下几个方面来理解公证的概念:

(一) 公证的主体

公证主体是公证机构而不是公证员,亦即机构本位。我国的公证机构可以是国家依法设立的组织,也可以是依法设立的社会中介机构。公证行业的性质具有特殊性,社会对公证行业整体素质的要求远大于对执业公证员个体能力的要求。当执业个体发生问题时,公证行业的整体受损程度远比其他行业的整体受损程度大。社会对公证公信力的认同,是对整个公证行业公信力的认同,它是一个特殊的法律服务部门,每一个公证处都是一个基本的功能单位。

公证机构本位制度符合我国国情,不仅有利于保持和提高公证质量、提高公证行业的社会公信度,而且利用公证机构的组织监控和内部管理,还有利于增强公证行业抵御责任风险的能力、降低行政管理和行业管理的成本、增强公证行业自律性,从而促进公证业的健康发展。

(二) 公证的客体

公证的客体即公证的对象或公证事项,包括没有争议的法律行为、法律事实和有法律意义的文书。^①

法律行为是指公民、法人设立、变更、终止法律上的权利和义务关系的合法行为。法律行为以发生法律效力是否需要双(对)方同意表示为标准,可以分为单方法律行为(如遗嘱的设立、继承人放弃继承)和双(多)方法律行为(如合同的订立)。

有法律意义的事实,是指能够引起法律关系产生、变更、消灭的客观事实或者现象,如证明不可抗力的自然灾害、证明未受刑事处罚等等。

有法律意义的文书,是指有特定法律意义的各种文件、证书以及文字材料的总称。如证明文书的签字、印鉴和日期,证明文书的副本、节本、影印本等与原本相符,等等。

(三) 公证的内容

公证是证明公证事项的真实性与合法性的活动。所以公证的内容包括证明公证事项的真实性和合法性两个方面。真实性是指所公证事项中主体意思表示真实、公证事项的内容客观存在或有充分的证据能为公证员所确认,合法性是指公证事项的内容和办理程序均合法,并且不违反国家政策、公共利益和公共道德。

二、公证的法律特征

(一) 公证是依照法定程序进行的活动

我国《公证法》第28条规定了公证机构应当根据不同公证事项的办证规

^① 2007年修订的《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。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”2012年修改后的《民事诉讼法》将第67条改为第69条,修改为:“经过法定程序公证证明的法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”从法理学角度分析,法律事实是引起法律关系产生、变更、消灭的现象。以是否与当事人意志有关将法律事实分为事件和行为。法律事实中包含行为,行为包括事实行为和法律行为,所以法律行为当然的包含于法律事实之中。这次修改本法条是规范了法条词句,使此法条在立法技术上更有科学性,并没有减少公证机构受案范围,本文仍沿用过去的习惯表达。

则办理公证的义务。司法部《公证程序规则》对办理公证的原则、公证当事人的条件和权利义务、公证管辖、回避、申请与受理、申请公证事项的审查、出证、公证期限、终止与拒绝公证、特别程序、申诉与复议等做出了明确的规定。根据公证工作实际需要,司法部还陆续制定了《遗嘱公证细则》《城市房屋拆迁补偿、安置协议公证细则》《房屋拆迁证据保全公证细则》《遗赠扶养协议公证细则》《招标投标公证程序细则》《继承公证规则》等规范性文件。公证机构及其公证员必须依据这些规范性文件规定的法定公证程序办证,这是公证效力得以发挥的保障。

(二) 公证是一种特殊证明活动

公证证明的特殊之处在于,公证机构出具的公证文书具有其他认证、鉴证和证明所无法替代的法律效力。一旦发生纠纷,公证书有助于行政、司法机关迅速、准确查明案件事实,依法、及时解决争端,有效降低和节约行政、司法成本。不仅如此,公证书还具有广泛性、通用性等特点,不受行业、国籍、职业、地域、行政级别的限制,在国际国内都能通行使用,这是其他机构的证明所不具备的。

(三) 公证是一种非诉法律活动

我国司法制度从各个不同的角度来保护公民、法人的合法权益,维护社会主义民主与法制。其主要方法有两种:一种是诉讼,一种是非诉讼。公证最早介入民事、经济活动,通过对当事人的民事、经济法律行为、文书和事实的审查,引导和规范当事人依法进行民事、经济活动,发现和纠正违法行为,消除争端于未然,化解矛盾于未萌。所以公证是预防性的非诉法律制度,通过公证活动可避免不法行为的发生,减少诉讼,消除纠纷隐患。

(四) 公证是有较高社会公信力的证明活动

公证的公信力是指社会对公证制度的信任度,主要表现为对公证活动以及公证活动的成果——公证文书的评价、认可和接受程度,它是公证制度赖以生存发展的基础。我国公证机构是非盈利性的中立机构,从业人员有严格的准入条件。公证是通过公平、公开、公正的法律监督,调节公民、法人的民事、经济法律关系,保障其合法权益得以充分、及时、有效实现的一种活动,因而具有较高的社会公信力。

三、公证效力

关于公证效力问题理论界众说纷纭。^① 总括而言,公证的效力分两个层次。第一个层次是所有公证均具有的拘束力(公证书自出具之日起,非依法不得撤销)和证据力。第二个层次是不同种类公证的效力,公证种类不同效力不同,随着公证业务的拓展,其效力的内容会越来越丰富。目前主要有成就力、强制执行力等类型。

(一) 公证的证据力

公证的证据力包括三方面内容:一、从司法证明对象角度看,经公证证明的某些事项属于免证事实范畴;二、从证据证明力角度而言,经过公证的书证证明力大于一般的书证;三、从证据能力角度而言,某些材料成为证据的前提是必须经过公证。

1. 经过公证证明的某些事项属于免证事实

2012年《民事诉讼法》第69条:“经过法定程序公证证明的法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的司法解释》第93条规定:“下列事实,当事人无须举证证明……(七)已为有效公证文书所证明的事实。”

一般而言,证据应当经过法庭质证才能作为定案根据,法官在对证据真实性、合法性及关联性的判定上,除了依据法律规定的规则及程序进行审查外,通常还会运用经验进行自由心证以判定对证据采纳与否。而当面对经过公证的法律事实、法律行为及文书时,基于对国家公证证明权的信任,法官应当直接予以确认,不需要经过质证等法庭调查环节。

2. 公证文书具有较高证明力

2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事

① 有三效力说、五效力说和多效力说。三效力说指公证的证据效力、强制执行的效力、生效要件效力;五效力说即除三效力说的三种效力外,还有对抗第三人的效力、不可撤销的效力;多效力说则包括:成就力、强制执行力、提存力、监督力、特别法律保护效力、强势证据效力、当事人免除举证责任的法律效力、域外效力。详见李楠《公证作为生效要件的效力考察》,载《长治学院学报》2007年第4期,第6页。

诉讼证据规定》)第77条规定,人民法院就数个证据对同一事实的证明力,可以依照下列原则认定:“……(二)物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言……”2002年《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政诉讼证据规定》)第63条也作了类似的规定。《继承法》第20条第3款规定:“自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。”该条表明,在所有遗嘱中,公证遗嘱的效力是最高的。此外,我国《公证档案管理办法》对公证档案保管期限作出了明确的规定,对部分重要的档案将永久保存,当事人可以依照法定程序,对档案进行查阅,这一规定无疑体现了对公证文书效力的珍视,是其效力在时间上的延伸。

3. 某些材料必须经过公证才具有证据资格

2001年《民事诉讼证据规定》第11条规定:“当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的,该证据应当经所在国公证机关予以证明,并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证,或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的,应当履行相关的证明手续。”在随后出台的《行政诉讼证据规定》第16条中,也明确将公证和认证程序作为判断涉外、涉港澳台证据形式合法的标准,对违反该程序的将“不能作为定案的依据”。

在涉外商事案件诉讼中,由于当事人一方或双方是外国人、外国企业或组织,或当事人之间民事法律关系设立、变更、终止的法律事实发生在国外,或者诉讼标的物在国外,因此不可避免地会出现大量涉案证据是在中国领域外形成的这一事实。我国上述对证据资格的规定初衷在于消除法院司法权的地域限制给证据认定带来的阻碍,从而方便法院对证据本身的认定。该规定执行以来,对保障人民法院在涉外民商事审判中正确认定案件事实,客观公正地处理涉外民商事纠纷,起到了积极作用。

需要指出的是,经过所在国公证机关证明,并经我国驻外使(领)馆认证的境外形成的证据是否具证明力还应当仔细甄别。如果外国公证机关的证明只是涉及书证的形式真实,而非内容真实,那么经过公证的书证就不能具有我国民事诉讼上公证证据的证明力。有不少国家,特别是英法美国家的公

证机构在对书证进行公证时,他们审查的是当事人的真实签署,至于书证的文字内容是否合法真实,则不予审查。因为这些国家的法律往往规定,书证文字内容如有虚假,由当事人自负法律责任,公证机构不承担任何责任。外国政府认证机构的认证,仅证明公证机构签署人的资格,并不对书证内容起任何证明作用。我国驻外使领馆的认证,仅证明外国政府公证认证机关及其工作人员签章的真实合法,也不对书证内容起任何证明作用。对于此类经过公证认证的境外证据,人民法院应当结合案件情况综合判断其证明力。总之,我们既要尊重外国公证证明的域外效力,又要考虑到各国公证制度的现实差异,实事求是地认定经过公证认证的境外证据在我国诉讼中的效力。

(二) 公证债权文书的强制执行效力^①

我国《公证法》第37条规定:“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。”我国《民事诉讼法》第238条第1款规定:“对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书,一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行,受申请的人民法院应当执行。”公证债权文书作为民事执行的依据,源于公证的效力,证明力是公证的根本,执行力是证明力的延伸。这种司法制度程序简便、快捷高效,非常有利于更迅速地定纷止争,稳定社会经济关系。对于规范民事经济活动,维护正常的法律秩序和保护当事人的合法权益具有不可替代的重要作用。

(三) 公证的成就力

公证的成就力是一个比较复杂的问题,具有多元性,涉及作为法律行为

^① 我国《民事诉讼法》第238条第2款规定,“公证债权文书确有错误的,人民法院裁定不予执行,并将裁定书送达双方当事人和公证机关”。2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第480条规定,“有下列情形之一的,可以认定为《民事诉讼法》第238条第2款规定的公证债权文书确有错误:(一)公证债权文书属于不得赋予强制执行效力的债权文书的;(二)被执行人一方未亲自或者未委托代理人到场公证等严重违反法律规定的公证程序的;(三)公证债权文书的内容与事实不符或者违反法律强制性规定的;(四)公证债权文书未载明被执行人不履行义务或者不完全履行义务时同意接受强制执行的。人民法院认定执行该公证债权文书违背社会公共利益的,裁定不予执行。公证债权文书被裁定不予执行后,当事人、公证事项的利害关系人可以就债权争议提起诉讼”。同时该解释第481条还规定,“当事人请求不予执行仲裁裁决或者公证债权文书的,应当在执行终结前向执行法院提出”。

的成立要件、作为法律行为的生效要件、作为法律行为的成立及生效要件、公示对抗第三人效力等诸多方面。在多数情况下,民事法律行为一经成立,即产生相应拘束力,法律行为的成立和生效具有同步性,在这个意义上,我国《民法通则》第57条规定:“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。”《合同法》第8条第1款规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。”该条第2款规定:“依法成立的合同,受法律保护。”不过,有些情况下,民事法律行为的成立与生效还是有区别的,民事法律行为成立后并不立即生效,甚至最终不生效的情形也是常见的。如依我国《继承法》的规定,无论采取何种方式成立的遗嘱,须从继承开始之时亦即遗嘱人死亡起生效。所以民事法律行为的成立与生效确属两个性质不同的问题,在民事法律行为采取公证形式时同样存在着成立与生效的区别。比如,需报经国家有关机关审批的合同,虽经公证机关公证而成立,但如果不报经审批,则仍不发生效力。

我国《公证法》第11条第2款规定,“法律、行政法规规定应当公证的事项,有关自然人、法人或者其他组织应当向公证机构申请办理公证。”该法第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。”可见,法定公证的效力不是指一种单一的法律效力,可能是法律行为成立或者生效效力,也可能是公示对抗第三人效力等等。法定公证效力到底是什么,取决于法律、行政法规的具体规定。如《中华人民共和国担保法》第43条规定:“当事人以其他财产抵押的,可以自愿办理抵押物登记,抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的,登记部门为抵押人所在地的公证部门。”至于在法律规定必须公证之外的民事法律行为是否将公证作为其成立要件或者生效要件(或兼而有之),当事人可进行约定。实践中最常见的就是当事人在合同中约定对合同必须公证,如规定“本合同经公证机关公证后生效”,那么,在未办理合同公证之前,该合同不发生法律效力(当事人实际履行了合同义务的除外)。