

厦门大学法学院诉讼法学系列

Access to Justice

第 2 辑

总主编 齐树洁



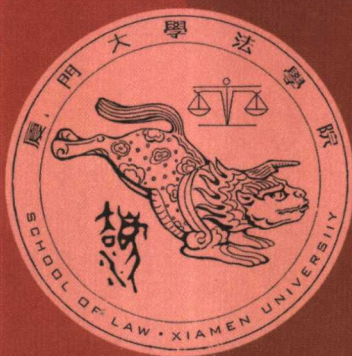
公证制度新论

【第二版】

《中华人民共和国公证法》颁布之后的最新著作

Notary Principles and Practice

张文章 / 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



厦门大学法学院诉讼法学系列 >>> 第2辑

Access to Justice

总主编 齐树洁

公证制度新论

第二版

《中华人民共和国公证法》颁布之后的最新著作

Notary Principles and Practice

主 编 张文章

副主编 陈慰星 蔡从燕

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

张文章 陈慰星 吴峤滨

张海滨 丁清波 苏建华

方晓阳 白世宏 许舒宁

苏再居 张剑芸 蔡从燕

廖桂琴 刘 旻



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公证制度新论/张文章主编. — 厦门: 厦门大学出版社, 2005. 6
(厦门大学法学院诉讼法学系列·第2辑/齐树洁主编)

ISBN 7-5615-2385-8

I. 公… II. 张… III. 公证制度-研究-中国 IV. D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 060629 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

福建沙县方圆印刷有限公司印刷

2005 年 6 月第 1 版 2006 年 9 月第 2 版

2006 年 9 月第 2 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 33.5 插页: 2

字数: 637 千字 印数: 5 001—8 000 册

定价: 45.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

本书作者简介

(以撰写章节先后为序)

- 张文章** 泉州市公证处主任。本书主编,撰写绪论、第四、十二章。
- 陈慰星** 法学硕士,华侨大学法学院讲师,西南政法大学诉讼法博士研究生。本书副主编,撰写绪论、第三、二十一章。
- 吴峤滨** 法学硕士,最高人民检察院工作人员。撰写第一、十五、二十二章。
- 张海滨** 法学硕士,厦门海关工作人员。撰写第二、十八章。
- 丁清波** 法学学士,泉州市公证处公证员。撰写第四、十一、十三章。
- 苏建华** 法学硕士,广东合邦律师事务所律师。撰写第五章。
- 方晓阳** 法学硕士,厦门市工商行政管理局工作人员。撰写第六、十九章。
- 白世宏** 法律硕士,厦门市公证处公证员。撰写第七章。
- 许舒宁** 厦门大学法学院诉讼法硕士研究生。撰写第八章。
- 苏再居** 泉州市公证处助理公证员。撰写第九章。
- 张剑芸** 法学硕士,华侨大学法学院讲师。撰写第十、十七章。
- 蔡从燕** 法学博士,厦门大学法学院副教授。本书副主编,撰写第十四章。
- 廖桂琴** 法学硕士,广东海利律师事务所律师。撰写第十六、二十章。
- 刘 旻** 法律硕士,厦门市思明区司法局工作人员。撰写第二十三章。

出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学学科的发展。近十年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽一点绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本系列第一辑以民事诉讼法为主题,包括《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》(再版时改名为《多元化纠纷解决机制》)、《强制执行法》、《破产法研究》共8种,已于2004年6月全部出齐并先后重印或再版。这套书的出版,在法学界引起较大反响,受到专家和读者的好评,并被多所法律院校采用作为教材。2002年9月,英国文化委员会和驻华大使馆发来贺信,对《英国证据法》的出版表示祝贺并予以高度评价。2003年,《仲裁法新论》获得厦门市第五次社会科学优秀成果二等奖;《英国证据法》同时获得福建省第五届社会科学优秀成果三等奖。2004年,《民事程序法》、《英国证据法》获得“首届中国优秀法律图书奖”。2006年,《民事程序法》入选普通高等教育“十一五”国家级规划教材。

第二辑将在继承第一辑写作风格的基础上,有所发展和创新。为适应我国

司法改革的新形势,这一辑将以“司法制度及其改革”作为主题,计划出9种,包括:《程序正义与司法改革》、《公证制度新论》、《环境纠纷解决机制研究》、《多元化纠纷解决机制原理与实务》、《英国司法制度》、《美国司法制度》、《德国司法制度》、《民事审前程序》、《台港澳民事诉讼制度》,预计在三年内出齐。

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种预防性证明制度。我国实行改革开放以来,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。2005年8月28日,全国人大常委会通过了《中华人民共和国公证法》。该法已于2006年3月1日起施行。

本书系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“公证制度研究与破产制度的完善”(批准号:03SFB3018)的学术成果,由泉州市公证处、厦门大学法学院和华侨大学法学院共同完成,张文章主任担任主编。在写作过程中,作者收集、阅读、翻译了大量的中英文资料,并多次举行专题研讨会,分析公证实践中的疑难问题。本书论述公证制度的基本原理、制度和主要业务,介绍英、美、德、法、日以及我国台港澳地区的公证制度;在此基础上,借鉴外国经验,立足我国国情,探讨公证制度改革的基本思路,并结合《公证法》及相关法律、法规和规章,提出完善我国公证制度的立法建议。

本丛书的出版得到了厦门大学法学院、厦门大学出版社、泉州市公证处、厦门仲裁委员会领导的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于作者的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2006年8月10日

于厦门大学法学院

目 录 CONTENTS

绪论

- 一、公证的基本界定—1
- 二、公证的制度价值—2
- 三、公证制度的历史演进—6
- 四、本土化视野中公证的社会功用—13
- 五、我国《公证法》述评—25

第一章 公证制度的功能

- 一、概述—32
- 二、公证制度在市场经济中的功能—35
- 三、公证制度在法律体系中的功能—51

第二章 公证制度的基本原则

- 一、概述—55
- 二、真实合法原则—59
- 三、公正原则—63
- 四、直接原则—65
- 五、告知原则—68
- 六、保密原则—69
- 七、回避原则—71

第三章 公证制度的经济分析

- 一、信用公共产品—74
- 二、公证效用厘定—77
- 三、公证定价分析—83
- 四、公证属性定位—88

第四章 公证员与公证机构

- 一、公证员—93
- 二、公证机构—103
- 三、中国公证协会—107

第五章 公证程序

- 一、概述—110
- 二、公证机关的主管—111
- 三、公证管辖—114
- 四、公证的申请和受理—116
- 五、公证的审查—118
- 六、出证—119
- 七、公证的其他程序规则—121
- 八、公证特别程序—124

第六章 公证书的效力

- 一、公证效力与程序公正—127
- 二、公证书的效力结构—129
- 三、证据效力—135
- 四、法律行为成立要件效力—140
- 五、执行效力—143

第七章 公证人的法律责任

- 一、概述—147
- 二、我国公证人法律责任制度的现状—160
- 三、我国公证人法律责任制度的构建—174

四、结语—184

第八章 人身关系公证

一、概述—186

二、收养公证—188

三、遗嘱公证—192

四、婚姻状况公证—199

五、亲属关系公证—202

六、出生、死亡公证—203

第九章 物权关系公证

一、物权原理与公证实务—206

二、物权变动公证—210

三、用益物权公证—219

四、担保物权公证—222

五、公证机构办理抵押登记—225

第十章 合同公证

一、概述—227

二、合同必须公证原则与统一公证原则—233

三、合同公证审查事项—240

第十一章 商事公证实务

一、公司事务公证—244

二、金融事务公证—258

第十二章 涉外及涉台港澳公证

- 一、概述—264
- 二、领事认证制度—270
- 三、涉外公证书专用纸—272
- 四、几种常见的涉外公证业务—272

第十三章 其他公证实务

- 一、招标投标公证—278
- 二、拍卖公证—283
- 三、国有土地使用权挂牌出让公证—286
- 四、开奖公证—289
- 五、证据保全公证—291
- 六、要素式公证书—294

第十四章 英国公证制度述评

- 一、概述—299
- 二、公证人的资格与类型—302
- 三、公证人的权利与义务—304
- 四、公证人的监督—308
- 五、公证行为的证据效力—310

第十五章 美国公证制度述评

- 一、概述—312
- 二、公证人制度—314
- 三、其他公证制度—322
- 四、电子公证—324

五、美国公证制度的启示与借鉴—329

第十六章 德国公证制度述评

一、德国公证制度的历史发展—336

二、公证人的规范：《德国公证人法》—337

三、公证文书的依据：《德国证书法》—346

四、《巴伐利亚公证程序规则》—350

五、公证人的自律组织和监督机关—351

六、德国公证制度的启示与借鉴—352

第十七章 法国公证制度述评

一、概述—356

二、公证人—357

三、公证机构—363

四、公证业务—364

五、公证行业的监管—371

第十八章 日本公证制度述评

一、概述—375

二、公证人的任免—379

三、公证人的权利与义务—384

四、公证人的业务—385

五、公证证书的效力—390

六、公证人的监督与管理—393

第十九章 台港澳地区公证制度述评

一、台湾地区公证制度—395

二、香港地区公证制度—402

三、澳门地区公证制度—408

第二十章 公证组织的创新

一、我国现行公证组织的弊端—413

二、我国公证组织体系的改革—416

三、我国公证组织的创新—424

第二十一章 公证业务的创新

一、公证业务创新的原则—432

二、公证业务创新的现实挑战—438

三、公证业务创新的个例分析—442

四、结语—448

第二十二章 公证功能的创新

一、公证功能与政府职能的转变—450

二、公证功能与社会信用体系的建构—455

三、公证功能与不动产物权变动—462

第二十三章 我国公证制度的改革与完善

一、公证的功能—469

二、公证体制的建构—472

三、公证制度与诉讼制度的衔接—478

四、法律职业共同体中公证员角色的演进—484

五、公证制度的发展趋势—490

六、结语—495

附录一 中华人民共和国公证法—496

附录二 公证机构执业管理办法—502

附录三 公证员执业管理办法—508

附录四 公证程序规则—514

绪 论

一、公证的基本界定

“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《中国大百科全书》根据其功用,将它界定为“国家公证机关按照公民、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讼活动。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”。^②也有学者认为,公证“是国家公证机关的公证人员按照国家赋予的权力,根据当事人的申请,对机关、团体、企事业单位和公民个人的各种法律行为,以及具有法律意义的文书和事实,依照法定的程序,确认其真实性和可行性的一种非诉讼活动”。^③有学者进一步指出,公证是同时含有静态证明和从申证、认证、出证和拒证的一系列动态证明体系的一种公力证明活动。^④无论是从其功能上还是办理流程及其内容上分析,主流观点对于公证的界定,都集中在证明活动和非诉讼行为这一对核心元素上。对该核心元素的界定,体现了以公证机关这一主体为中心的对公证基本职能的确定,即将公证确定为提供真实合法性证明的一种法定的非诉程序。

① 参见吕乔松著:《公证法释论》(增订版),台湾三民书局 1984 年版,第 1 页。

② 参见《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。权威的法学教材对此也有类似的表述。参见江伟主编:《公证法学》,法律出版社 1996 年版,第 1 页。

③ 参见郑志林等主编:《律师与公证实务》,安徽人民出版社 1994 年版,第 33 页。

④ 参见齐树洁主编:《民事诉讼法》,厦门大学出版社 2003 年版,第 581 页。

相对而言,拉丁公证制度则更为突出公证作为法定特殊授权制度的性质,例如,深受葡萄牙影响的澳门公证法典,就直接点明公证的主要职责在于赋予那些非以司法途径作出的法律行为的公信力,^①其公证制度的着眼点在于获取公信力而非机关的证明本身。这种定位上的微妙差异,体现出我国公证制度理念同拉丁公证制度的偏差,即公证机关的设定重心所在——前者在于公证机关本身,而后者更集中于申请主体。融合这两种观点,我们可以为公证制度作出一个更为全面的界定,即公证是一种依照法定程序,由特定机构提供对待证事项或行为证明,并赋予其公信力的非诉司法性行为。依此,既可以凸现申请人与公证机构的平等主体地位,亦可在公证的功能上充分表达平等的申请人和公证机构的位置关系,从而体现公证制度的亲民性和权威性。

关于公证的基本构成,有学者从公证的实质内容出发,指出公证所应当具备的三个实质性构成要件,即基于真实性要求的申请人和公证机构的合意,法律行为、有法律意义的文书和事实等构成的证明对象,以及据此而展开的对于上述证明对象的真实性、合法性和可行性的审查和证明活动。^②我国《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。”据此,公证强调合意的特点,隐含了公证审查和拒绝出证这种消极公证的形态。同时,公证还具有一种浓厚的程序性色彩,以此表达严格依据公证程序输出的国家信用,并达到增强公证公信力的效果。所以,在表达公证构成要素的时候,不能遗漏公证程序性要素这一核心内容;当然,合意性、真实性和公证内容的合法性,也必须借此途径来展开。

二、公证的制度价值

公证作为一项在现代国家确保自由、安全和公正的基本法律制度,具有重要的法律价值和社会价值。

(一)公共信用的体系

毫无疑问,基于生人社会的背景和多元交流需要,营建信任机制是保证社会正常流转并借此节约交易成本的一个重要制度。在经济学家眼中,信用意味着“一种交换媒介”。^③但是,媒介作用范围的有效性,限制了信用的适用范围,

^① 参见《澳门公证法典》第1条第1款之相关规定,载《登记与公证法典汇编》(中文版),澳门印务局1999年版,第221页。

^② 参见齐树洁主编:《民事诉讼法》,厦门大学出版社2003年版,第582~583页。

^③ 张维迎著:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2003年版,第253页。

从而可能削弱其化解横亘于当事人之间的信息不对称的作用。因此,基于国家司法制度架构而设立的以提供社会公信力为目的的公证制度,就有可能在一个积极的意义上,为源自于个体与个体之间的小范畴之内的私人行为,提供信用的升级或者再造,并为促进其作为一种交换媒介的广泛应用,提供最为显著的公力协助手段。在这个意义上,公证制度系一种为申请人提供特定(法定)事项或者行为,并植入社会公共信用的装置,使申请人可以较小的代价(公证费用)获得一种国家意义上的证明。

这种证明使得个体本身的信用得以创设或者增强,并可以从此进行有效的对外交换。特别重要的是,因为信用产品本身的特殊性,它并不是在交换之后就归于消灭,而是会因为信息的复制而依旧存续。这就意味着这种交换媒介经由自我“繁殖”后,具有强大的扩张性。经由公证这个装置所创设或者升级之后,这种信息可以被无限制地公布复制,进而不断拓展其适用范围,从而使得公证机制能够以此形成一种社会公信的培育和提升机制。这构成了整个公证制度最为核心的价值。

当然,在上述这种良性的公证运作流程中,我们必须警惕关于个别的不适当或者违法性公证案例,可能带来的对于整体公证公共信任效用的巨大侵蚀作用。如同中介组织的长久存续一样,公证机构并不是从事短期行为的匆匆制度“过客”,而是可以令社会个体集体信赖的常设组织。^①这个现状使得全国范围内的公证机构因为其一体化和组织关联性而在整体意义上息息相关。因此,任何公证机构个体的不恰当行为,都可能被放大为整体性的公证体系、公证制度的行为,这一点可以从近年来诸多的彩票公证事件对于公证机构信誉的强烈冲击得以证明。^②在这个意义上,化解这种整体信誉困局的核心,依旧要回归到公证组织制度内部的自身良好的治理结构、有效的监督制约和激励机制上,这也许是实现公证价值最为根本的制度基础。

(二)锻造社会秩序的装置

依托上述公证制度而建立的社会公共信任机制,以及借此获取的制度意义上的社会诚信状态,使我们有理由相信公证制度带来的一种秩序性价值的实现。在学者关于公证制度效力的分析中,公证制度效用之一就是预防和化解纠纷的

^① 我们认为,组织体系上,公证机构与拥有众多网点、分支机构的大型企业非常一致,存在着有限个体组成的无限型实体的特点。因此,关于企业个体信誉和整体信誉的分析,同样可以推定适用于公证机构。关于企业信誉的分析,参见张维迎著:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2003年版,第16~17页。

^② 参见卢存根:《西安宝马彩票案:该反思的太多》,载《检察日报》2004年5月12日;方晓阳:《西安宝马彩票案的公证断想》,载《中国公证》2004年第6期。

能力,^①有的学者甚至将公证定性为一种预防性的司法证明制度。^②

上述制度可以从主体和内容两个角度体现公证对秩序性价值的倡导和维护作用:一方面,就主体而言,申请适用公证制度,本身就意味着将主体的私人事务纳入到司法场域中来。在学者们的眼中,进入司法就“意味着一个有独立性、自律的所谓‘法的空间’得以形成和维持”^③,与此同时,公证的主体无一例外地均置身于一定的制度化空间中,并因此受到来自制度的程序制约。另一方面,从公证主要的业务范畴和内容来看,契约公证或者行为公证的指向对象,往往是一种排除外部法律适用的直接私人意思表示,如果缺失了公证制度,这些内容往往就可能游离于法治之外,^④而公证能够实现“帮助、指导公民、法人和其他组织依法设立、变更法律行为,衡平当事人之间的关系,剔除纠纷隐患和不真实、不合法的因素”^⑤的目的,显然就把法治所欲倡导的秩序内容契合于当事人之中,并且进入了本来应当提倡“司法谦抑”^⑥(judicial restraint)的私权领域,使得公证制度能够在诸多公权手段(如诉讼、行政救济)难以介入的范围发挥秩序建构的作用。

博登海默指出:“法律秩序中的规范与事实这两个方面,互为条件且相互作用”,否则法律将会成为停留在纸上的“应然”内容或者仅仅表现为专制而非法律的统制力量。^⑦因此,如果公证制度有能力建立这样一种社会秩序,则必须具备规范和事实两个方面。我们发现,一般社会经验下的公证制度及其运行,往往能

① 参见冯浪:《论公证效力》,苏州大学2002年硕士学位论文;郑志林等主编:《律师与公证实务》,安徽人民出版社1994年版,第342~343页。

② 王洪三:《论完善我国公证制度》,安徽大学2003年硕士学位论文。

③ [日]谷口安平著,王亚新、刘荣军译:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学2002年版,第10页。

④ 当然,这个结论并不是说所有的未经法律程序的行为均是违法行为,而是指存在着更加容易违法的可能性和非制约性的激励而已。

⑤ 参见王洪三:《论完善我国公证制度》,安徽大学2003年硕士学位论文。

⑥ 严格来讲,司法谦抑并不是一个对应于私权领域的概念,而是指对比于国家权力制衡中的其他立法和行政两种权力体系而言的,本书在此借用了这种表达,以体现私权领域的公权进入的限制的意思。美国《布莱克法律词典》解释说:司法谦抑作为一个原则,是指当法院能够基于某个特定的争点处理案件时,它不应去触及其他不必要的争点。(The principle that, when a court can solve a case based on a particular issue, it should do so, without reaching unnecessary issue.) See *Black's Law Dictionary*, edited by Bryan A. Garner, West, a Thomson business, 2004, p. 864.

⑦ 参见[美]博登海默著,邓正来译:《法理学——法哲学与法律方法》,中国政法大学1999年版,第239页。