

# 中国公证制度的完善

宫晓冰\*

---

**内容提要:**世界两大公证体系的差别,实质上是不同国家对于公证制度功能预期的差异。学习、借鉴国外的经验,必须从我国的政治、经济社会制度和公证制度的现实基础出发,革除现行以大陆法系的独立、专职的强势公证组织形式与英美法系的弱势公证职能相搭配的体制弊端,通过公证立法,强化公证职能与法律效力,以实现其与强势公证组织形式的内在机制平衡和功能协调,赋予并完善我国公证制度在经济与社会生活中的适度干预功能。

**关键词:**公证制度 强势公证组织形式 适度干预

---

公证,是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的证明活动。当前,为配合我国立法机关研究、制定公证法,有必要系统地总结、回顾我国公证制度的实践与利弊得失,从国情出发,学习、借鉴各国公证制度的有益经验,明确改革和完善我国公证制度的正确方向。

## 一、世界两大公证体系的功能设置与法律定位

各国基于不同的法律传统和经济、社会管理机制,基于对设置公证制度的不同功能预期和赋予公证证明不同的内涵与效力,形成了世界两大公证体系——英美法系国家的公证体系和以大陆法系国家为主的拉丁公证体系。

在英美法系国家的公证制度中,由于在制度和理念上奉行彻底的私权自治原则,政府普遍在经济上实行自由主义和不干预政策,因而在公证制度的功能设置上完全不同于大陆法系国家对经济的适度干预政策。为此,英美法系国家公证制度的功能侧重于形式证明,即证明当事人在公证人面前签署文件的行为属实;由于法律明文规定了较低的公证收费,<sup>[1]</sup>故

---

\* 司法部律师公证司。

[1] 参见美国新墨西哥州公证法、美国俄勒冈州公证法,见《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第276页,第282页。

公证人不可能以此为谋生的职业,因而也不可能成为专职公证人,通常都是兼职担任公证人。公证人由社会信誉良好的律师兼任;<sup>[2]</sup>亦可由18岁以上、品德良好、但毫无法律背景的公民担任;<sup>[3]</sup>还可由法律规定某些官员,如治安法官、领事、军官和各级法院的官员执行公证人任务。<sup>[4]</sup>英美法系国家大多实行自愿公证原则,法律很少规定必须公证的内容;公证没有强制执行力;由于公证人不对公证事项具体内容的真实性负责,加之法庭审判中当事人和证人通常必须当庭作证、质证,因而公证文书在法庭上不具有法定证据效力(除法律对极少数情况特别规定外,书面证据在法庭上没有证明效力)。公证人主持宣誓仪式,由当事人对公证事项的具体内容宣誓保证其真实性,<sup>[5]</sup>作虚假宣誓的当事人自行承担法律责任。可见,在英美法系国家的制度设计中,只赋予公证制度证明形式真实的功能,不期望公证制度对经济活动与公民社会生活发挥适度干预和预防纠纷的功能,而对实际发生的纠纷则寄望于事后救济,即通过诉讼程序解决。因此,在英美法系国家,特别是在美国,诉讼案件要远远多于大陆法系国家。相应地,英美法系国家的律师业也远比大陆法系国家的律师业发达。

在大陆法系各国,设置和完善公证制度的根本目的,均在保障民法私权自治原则的基础上,实现国家对重大经济活动与公民的重要法律行为的适度干预,以预防经济纠纷的产生和避免可能发生的社会矛盾,维护经济活动的正常秩序和社会的和谐、稳定。国家为了达到既对重大经济活动与公民的重要法律行为进行必要干预的目的,同时又尽可能地避免直接干预带来的负面影响,通过设置公证制度,赋予公证机构(公证人)代表国家行使证明的职能,明确规定某些重大经济活动和公民的重要法律行为必须经过公证,并且规定了公证书在诉讼中的证据效力和强制执行力。<sup>[6]</sup>通过对公证事项的实体合法性与真实性证明,最大限度地预防纠纷的发生。大陆法系国家公证制度的特点是:(1)公证人是具有较高的法学教育背景、经过严格的司法考试选拔的专职人员,不得兼任审判、税收、警察、政府的官员;<sup>[7]</sup>(2)公证机构(公证人)有法律和道义上的义务保持绝对中立,其提供的公证分析与方案必须公正和客观,必须特别关注在合同关系中处于弱势的一方,为客户提供均衡的服务,向客户解释他们的权利义务,并注意他们是否完全懂得合同或契约各项内容的含义。这是公证法律服务不同于律师法律服务的显著特点;(3)国家在民、商事法律中明确规定了必须公证事项,通过公证进行合法性与真实性的审查,达到对重大经济活动与公民的重要法律行为间接干预的目的;<sup>[8]</sup>(4)公证人(或机构)代表国家行使证明职能的有偿性与对“错证”损失承担民事赔偿责任,既避免了由国家直接行使公证职能而增设机构、增加公职人员的财政开支,又避免了由于可能出现公证失误而导致的国家赔偿。这正是国家设置公证制度的精妙之处;(4)国家通过掌握公证人资格条件、数量、设置公证辖区、批准设立公证机构的行政管理

[2] 《牛津法律大辞典》第646页;《英国公证制度》,见《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第356页。

[3] 美国新墨西哥州公证法第2条之规定,见《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第273页。

[4] 《简明大不列颠全书》,第431页。

[5] 《英国公证制度》,见《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第357页。

[6] 《法国公证制度》,见《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第342页。

[7] 《法国公证制度》,见《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第344页。

[8] 上引〔7〕。

职能等,实现对重大经济活动与公民重要法律行为的间接干预;<sup>[9]</sup>国家通过对公证机构的定性、定位和收入、税收的调节,既调动公证人员的积极性,又防止不正当竞争可能导致的公证质量下降。

大陆法系国家的公证制度是一种准司法制度,公证机构(公证人)一方面代表国家行使证明权,作为一个客观、公正、与客户无利害关系的证人,以国家的名义对公司或公民之间的契约关系作证;另一方面又作为掌握法律知识的专业人员,向客户双方提供各种咨询意见和法律建议,以预防可能发生的纠纷,维护和实现客户的最大利益。因此,公证制度的设置与实施,既满足了国家追求和谐的经济发展与社会稳定所需要的效率和法律安全,又为众多经济主体和公民提供了高质量、公正的法律服务。

两大公证体系差别比较表

比较体系	独立、专职/非专职公证人	是否体现公权	实质/形式证明	有/无必须公证	有/无证据效力	有/无强制执行	责任形式	与其它法律衔接情况
大陆法系的公证体系	独立、专职公证人	体现公权	实质证明(真实性、合法性)	有法定必须公证	公证书有证据效力	有强制执行	民事责任,公证人赔偿	与民商法和诉讼法的相关规定衔接
英美法系的公证体系	非专职公证人	不体现公权	形式证明(仅证明形式真实)	无法定必须公证	公证书无证据效力	无强制执行	民事责任,公证人赔偿	不与其它法律衔接

## 二、大陆法系公证制度对完善我国公证制度功能的启示

从我国的政治、经济、法律制度和公证制度的现实基础出发,有必要更多地学习和借鉴欧洲大陆法系国家公证制度对重大经济活动与公民重要法律行为进行适度干预的功能与作用。

在大陆法系国家公证制度中,法律规定有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。<sup>[10]</sup>

在法定必须公证事项中,由于公证的介入而大大提高了合同的合法性和履约率,避免了许多企业因陷于诉讼而瘫痪,防止了许多家庭发生纠纷。一些大陆法系国家把与法定公证

[9] 《法国公证制度》,见《外国公证法规及公证制度介绍汇编》,第344页。

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

事项相关的房地产登记和企业登记的职能也交给了公证机构。公证机构把各种不动产(土地、房屋、成套住房、企业)的转让及时登录在册,以使这些登记资料能够准确地反映不动产流转的最新情况,从而使国家清楚地知道谁是合法的房地产所有者,从而及时收取这些大桩财产的交易税和使用税,防止房地产交易中的欺诈行为。同样,公证机构也为商业、农业、工业、自由职业以及农村的企业和公司建立了一整套完整的登记册,这对于国家来说是必不可少的信息工具,由此可以了解一个国家和地区经济流量的宝贵信息。这些有关不动产和企业的可靠确切资料,还可以成为银行信贷的重要依据。银行的信贷建立在信任的基础上才能发展,而信任则建立在向债权人提供的担保安全可靠的基础上,公证员依据所掌握的资料则能够准确及时地提供这些担保是否安全可靠的证明。对一项不动产进行抵押担保,对一个企业或公司做动产担保,这一工作在公证员控制下可以安全、迅速地完

成。一个国家设置公证制度所营造的良好的法律环境,既能够保障企业 and 公司依法活动,又避免发生纠纷,有利于企业安全地进行生产经营。良好的法律环境是全球企业评价和选择投资地点的主要考虑因素之一,也是实现国家与企业最大利益的平衡点。可见,把重要经济活动纳入法定公证的最大受益者是国家。预防功能是大陆法系公证制度的最主要和最大的特点。预防纠纷发生的综合社会效益,远甚于法院对纠纷的公正裁决。因为,一旦发生纠纷,企业要耗费大量的人、财、物力解决纠纷和处理诉讼事务,国家也要支出庞大的司法成本。而且,司法裁判的程序和结果公正与否,当事人所处角度不同也会有不同的评价。在大陆法系国家,由于公证制度的独特预防作用,企业在生产经营中发生经济纠纷的比例和国家的司法费用支出,要远远低于英美法系的美国。在美国,房产合同的 5% 要进行诉讼,而在欧洲只有千分之一。目前美国的司法成本占国内产值的 2.5%。<sup>[11]</sup>用拉丁公证联盟专家的话来说:“设立一个公证机构,就减少一个法院”。尽管企业或公民会因办理公证而支付一笔数量不菲的公证费,但相比起可能陷入纠纷甚至诉讼而引致的直接损失和间接损失,这一支出是非常值得的。

两大公证体系社会效果比较表

比较体系	功能设置	对经济、社会的影响	对政府管理的影响	对法院审判的影响	对财政支出的影响	当事人的公证费用负担
大陆法系的公证体系	预防纠纷;提供法律服务	有利于公司合范、交易安全,减少家庭、社会矛盾	便于政府对经济、社会情况的掌握和有效监管	诉讼案件量少,法院的压力较小	财政支出的司法经费较少	当事人需承担较多的公证费
英美法系的公证体系	提供法律服务	不能发挥以上功能	不能发挥以上作用	法院审判经济、民事案件的数量多	财政支出的司法经费多	当事人承担相对少的公证费

[11] “公证业和经济发展”,让·保罗·德科尔在上海拉丁公证联盟研讨会上的发言。

### 三、我国公证制度的立法与功能完善

值我国立法机关着手制订公证法典和研究民法典给予的改革、完善中国公证制度之契机,我们应当从中国国情和公证制度的现实基础出发,针对现行公证制度的缺陷,借鉴大陆法系国家公证制度中的科学、合理内涵,对我国公证制度的功能和职能进行改造,科学设计和构筑公证制度在国家法律制度中的地位、在经济与社会管理体系中的功能。

#### (一) 我国现行公证制度的体制缺陷

从以上分析、对比可以看出,英美法系的弱势公证职能是与其非独立、非专职公证人的弱势公证组织形式平衡与协调的;而大陆法系国家的强势公证职能则是与其独立、专职的强势公证组织形式平衡与协调的。应该说,两大体系的公证职能与公证组织形式的搭配,都实现了作为一项完善的制度所内在要求的机制平衡和功能协调,因而都不会产生制度性矛盾。

反观我国的公证制度,则是一个“畸形搭配”——基本上是以大陆法系的独立、专职的强势公证组织形式与英美法系的弱势公证职能相搭配,因而不可避免地会产生机制失衡和功能紊乱,存在难以克服的体制弊端:自收自支的强势公证机构由于职能弱化,必然要为“开拓”证源、千方百计“打通关系”,进行行业之间的不正当竞争,必然要把对办证数量和收费的追求置于保证办证质量之上。在实践中,许多公证处为了“调动”公证员的积极性,对分配方式改革为按公证员“拉来”及办理公证的收费提成,数量为30—50%不等,从而把公证员的“兴奋点”调动到了“拉证源”、追求办证数量 and 经济效益上,而罔顾公证的社会效益,从而对公证质量造成了许多隐患。据悉,即使是在对办证质量要求较高的涉外学历公证方面,由于一些地方的公证处屡出假证,已有个别国家明确表示不采信某些地方公证处的涉外学历公证,甚至还有个别国家表示不采信中国的所有涉外学历公证。中国公证在国际上的信誉严重下降。应当说,现行公证制度的诸多问题皆根源于以上体制弊端。因此,改革和完善中国的公证制度,必须从根本上革除这一弊端:一方面,要通过立法强化公证职能与法律效力,完善公证的社会功能,以实现其与强势公证组织形式的内在机制平衡和功能协调;另一方面,也要提高我国公证员队伍的专业素质,建立和完善公证质量监控体系,从体制上抑制公证机构的“利益冲动”,突出公证的公益性和非营利性特征,促使公证机构更多地注重公证质量与社会效益。

#### (二) 对公证制度的立法完善

1. 从中国的国情出发,在公证立法的指导思想上借鉴大陆法系国家对于公证制度的设计理念,以再造“诚信中国”作为完善公证制度的出发点,赋予公证制度代表国家对经济活动与公民的社会生活进行适度干预的独特功能,预防经济纠纷和社会矛盾,维护经济秩序、交易安全和促进社会的和谐稳定,促进社会诚信风气的形成。以此为基点,明确改革、完善我国的公证制度的价值取向。

2. 在制定和修改民、商事法律中,对涉及关系国计民生和公民法律行为的重要事项,明确规定必须公证。考虑到大陆法系国家民、商事法律中的三类必须公证事项具有普遍借鉴意义(大陆法系国家普遍采用),我们基本上可以“照搬”过来,写入我国的相关法律之中。

3. 在公证立法和其它相关立法中明确规定公证的法律效力,一是法定必须公证事项不

经公证者,自始没有法律效力;二是明确规定公证文书在诉讼中的法定证据效力;三是立法赋予某些公证证明(债权文书)的强制执行力。

4. 在立法中明确规定公证机构的公益性和非营利性质,明确公证机构真正享有人、财、物自主权和独立承担民事赔偿责任的事业法人地位,并在公证收费和税收两方面充分体现公证机构公益性和非营利性的要求。

5. 借鉴法国、德国的做法,<sup>[12]</sup>对于三类必须公证事项,公证作为登记的前置程序。只要经过公证机构审查并予以公证,相关登记机关应当即行办理登记手续,而不必再进行实体审查。一旦出现失误,则由公证机构承担民事责任。

6. 在立法中提高对公证员资格条件的要求,探索对公证员和公证机构实行总量控制、合理布局的有效机制,科学合理划分公证辖区,从体制上避免过度利益驱动导致公证机构之间的不正当竞争和公证质量下降。

### (三)对公证制度的功能完善

按照以上立法完善之设计,我国的公证制度将从现有法律服务功能和不完全的准司法功能的基础上,形成四大功能:

1. 准司法功能。公证文书在诉讼中的法定证据效力和强制执行力,是其准司法功能的主要象征。目前,由于我国法律对公证文书在诉讼中的法定证据效力和强制执行力的规定不够明确,各地法院在实践中有的认可,有的不认可(其中有公证文书过于简单化的因素),因而公证充其量只有不完全的准司法功能。如能够通过立法,明确规定公证文书在诉讼中的法定证据效力,赋予特定公证证明的强制执行力,同时完善对公证文书要素的质量要求,则公证制度可拥有无可争议的准司法功能。

2. 经济监管功能。如果在民、商事法律中,对公司章程的设立、修改、公司股权的变更和不动产交易等重要事项,明确规定为必须公证,则赋予公证机构一定程度的依法监管经济活动和掌握经济信息的功能。其好处在于:国家通过立法授权和监督、指导公证制度的实施,一则实现了监管经济和掌握经济动态的目的;二则减少了设立监管经济机构和监管经济活动的财政开支;三则超然于直接监管之外,免于承担监管失误的责任。

3. 社会管理功能。如果在民事法律中明确规定公民生活中某些重要的法律行为,如与婚姻有关的文书、赠与、遗嘱、继承等为必须公证,则赋予了公证机构相当程度的社会管理功能,公证制度必然成为社会管理制度的组成部分。

4. 法律服务功能。通过上述立法完善,除了法定必须公证的内容之外,还有大量的自愿公证事项,加之在所有公证事项中,都要贯穿公证人员的法律知识服务,因而公证制度仍然具有法律服务功能。但是,从中国的国情出发,对公证服务的收费必须适度,不能盲目照搬大陆法系公证的高收费办法。公证机构在从当事人处获得报酬的同时,还必须通过建立执业保险机制,对公证失误造成当事人的损失切实承担起民事责任。

推动中国公证制度的改革和完善,既是实现迈向法治社会的宏伟目标赋予我国立法机关的历史使命,也是今天的司法行政工作者所肩负的重要责任。要实现以上改革和完善公

[12] 《司法部律师立法考察团赴法国、德国考察报告》。

证制度的目标,需要对我国现有的公证员队伍来一番“洗心革面”的改造,重塑中国公证的质量理念和诚信形象;重构公证工作管理和运作机制,完善公证执业的民事赔偿和责任保险制度;建立与较高的公证人员职业道德素养和专业素质相适应的优胜劣汰与吐故纳新机制;全面推行主办公证员制和要素式公证,以确保公证质量。为此,必须建立对公证制度不断改革和完善的动态机制,确保中国公证制度与时俱进、历久弥新。

---

**Abstract :**The difference between the two notarization systems in the Continental legal system and the Anglo - American legal system , is actually different country 's different expectations to the institution of notarization. To learn and use foreign experiences for reference , we must start from the reality base of our country 's present political and economic social system. We should strengthen the notarization function and its legal effect , by the way of legislation of notarization , to change the current institutional malpractice of combining 'mighty organizational form of notarization ' in the Continental legal system with 'weak function of notarization ' in the Anglo - American legal system. Only when the function has been strengthened , could it become coordinated and reach equilibrium with the 'mighty organizational form of notarization ' , assuming and performing the work of 'moderately intervention ' in economic and social life.

---