

## 第一编

# 公证制度创新与《公证法》修改



# 专题一 《公证法》再修改的逻辑展开:定位、权责与程序

## ——以在线公证为切入点

王明亮\*

现行《公证法》自2005年颁布实施后,虽然经过了2015年和2017年两次修正,但只是对个别内容的轻微调整,基本上保留了制定时的内容。十多年来,我国经济、社会、法律、科技等均发生了重大变化,特别是进入新时代,中国特色社会主义法律体系的完善、推进全面依法治国的提出、群众和社会对公证需求的变化,使得《公证法》的许多内容逐渐不能适应发展的需要,再次修改《公证法》的呼声越来越高。2021年,全国人大常委会首次对《公证法》制定以来的实施情况开展执法检查,发现实践中存在的一些问题。比如,如何与时俱进地将在线公证吸收发展,以更好地提升公证服务均等化和可及性。<sup>①</sup>对此,一些专家学者对《公证法》的下一步修改提出了意见和建议,在理论和实务界掀起了相关话题的讨论热潮。应该说,每部法律的修改都由现实社会需要、执法司法环境变化等外在因素催化,但每部法律如何修改也需遵循其内在的客观规律性。这不仅是推动、支撑法律修改的核心要素,也是修改后的法律得以贯彻落实的底层逻辑。那么,现行《公证法》再修改的逻辑是什么,又该如何体现这一逻辑?

### 一、以明确公证定位为逻辑起点

公证定位是对“公证是什么和为什么需要公证”的回答,不仅关系到公证本身制度内容和设置,还关系到公证在法律体系中的地位。它是制定和修改《公证法》

---

\* 本文作者:王明亮,北京市公证协会副会长、北京市中信公证处主任。

<sup>①</sup> 参见《促进公证事业健康发展(坚持和完善人民代表大会制度 发展全过程人民民主)》,载《人民日报》2022年2月24日,第10版。

需要首要面对的,也是最为根本的问题。无论从《公证法》制定之时的纷争,还是从目前公证实践中出现的一些问题溯源来看,都与公证定位有关。以在线公证为例,其使公证打破地域限制成为可能,那么公证是“国家之公证”还是基于管辖权分割的地域性法律服务,抑或是以电子数据为内容的公证保管?早在现行《公证法》制定之时,就存在公证是公行为、私行为还是兼具公私行为的属性之争。其中,公行为说又存在行政行为、国家证明权、司法属性之争;私行为也存在公证是社会中介还是市场中介之说。<sup>①</sup>《公证法》出台后,将公证定位为“证明活动”,属于国家证明权,其旨在证明民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性。这一定位延续了1982年国务院制定的《中华人民共和国公证暂行条例》(以下简称《公证暂行条例》)的规定,为此后公证机构由国家设立、公证机构属于国家单位、公证人员具有编制身份、证明业务的权威开展提供了明确的法律依据。同时,从为什么需要“证明”来看,这一定位也满足了社会诚信体系不健全、社会交往交易中信息壁垒大量存在、信息交换机制不够发达等特定历史条件的社会需求,事实上也在历史发展中发挥了积极的作用。

但是,随着诚信体系完善、信息壁垒减少等历史条件的变化,传统的公证证明业务在不断减少。同时,依托公证延伸出的其他法律服务和以公证为基础环节的综合性的法律服务需求不断增加,以强制执行效力为依托的强制执行公证业务也在不断增长。将公证定位为国家证明权,使得公证机构的产权关系、运行程序、法律责任承担,以及司法行政部门在公证机构设置、人员任命、财务、业务管理等方面,都出现了一定的理论解释困境和实践运行难题,从而导致这些年来公证的发展和改革不断地在摇摆、徘徊中摸索。<sup>②</sup>这也是此次执法检查中,发现实务中公证管理体制、公证机构组织形式、公证收费和公证费管理、公证业务模式等方面存在问题的根源。可以说,传统的国家证明权理论与公证姓“公”的属性高度契合,且在当时社会主义市场经济发展还不够充分的历史条件下,传统的公证证明业务占大量比重,使“为什么需要公证”和“公证是什么”两个问题达成了一定的平衡。然而,随着社会主义市场经济发展,法律服务需求增加,加之国家法律服务体系改革在快速推进,传统的平衡逐渐被打破,理论认识、立法规定和现实运行的冲突越来越激烈,甚至影响到公证的社会观感、服务体验和自身的发展。因此,《公证法》的再修改应该通过校准定位,使这种被打破的平衡重新恢复。这种平衡状态回归的本质是使公证更加适应时代需要和经济社会的发展。

<sup>①</sup> 王胜明、段正坤主编:《中华人民共和国公证法释义》,法律出版社2005年版,第225-226页。

<sup>②</sup> 参见《司法部官员:公证体制改革改不动是因为不愿改》,载中国新闻网,<https://www.chinanews.com.cn/gn/2017/08-28/8315777.shtml>,2023年3月4日最后访问。

其一,公证之“公”。目前,有关公证之“公”的理解,除了现行《公证法》定义的公证属于国家证明权外,还包括了由此解释出来的主体的公职性、性质的公益性、运行和结果的公正性。<sup>①</sup>近年来,公证更加强调以公益服务为内容、不以营利为目的、过程与结果保持客观公正。在我国法治语境下,无论何种权力设置,本身天然带有公共利益属性和期待,法治的目的也是维护人民的利益、实现社会的公平正义。当然,权力在一定条件下可以让渡或委托行使。因此,国家证明权只是表明了公证的权力来源和权力内容,并非直接指向权力行使主体的公共属性等内容。从权力来源看,公证直接来自于法律的直接规定,即正是《公证法》赋予公证的免证效力、强制执行效力和法律要件效力。公证是国家以法律规范的形式为其公信背书,而非来自于公证自身所体现出来的“公”,也非来自基于法治传统的社会共识或个人权力让渡。因此,公证之“公”应主要体现的是国家的法治期待以及运行结果的公正性,而非组织形式、运行方式等国家所有属性。事实上,在社会主义市场经济日益完善、国家机构改革推进与信息科技不断迭代发展的背景和趋势下,权力的运用也更注重其在社会治理体系中所应该或实际发挥的作用,更加注重其社会的适应性和如何真正体现“以人民为中心”,而非抽象地强调其属性。

其二,公证之“证”。证明是特定历史条件下的社会需要,是公证顾名思义的核心内容,也是公证区别于其他制度的显著特征。《公证暂行条例》将强制执行公证业务定义为“在该文书上证明有强制执行的效力”,明确强制执行公证也是一种证明。但此后的《公证法》却未明确说明,而是以第37条从效力的角度进行了规定,从而引发了实务中对于强制执行公证是否属于证明业务的争议。证明是信息存在壁垒、国家诚信体系建设不足之下保障交易进行、降低交易成本的有效手段。因此,只要信息壁垒仍然存在、诚信体系还不够健全或者运用其他方式比运用公证需要更多的成本,证明就存在。即使国内这些情况完全消除,在国际交往中也存在需求。所以,在一定的历史期限内,证明仍然会存在,但旨在解决信息获取、交流问题的传统证明业务将随着上述条件的不断改善而不断式微,而旨在预防和提高纠纷解决效率、降低交易成本的强制执行公证业务将随着经济发展、交易增多而不断增加。也就是说,无论是对于在线业务还是线下业务而言,公证之“证”仍然是其核心内容,也是其最本质的特征,但同时,随着实践的发展,包括强制执行公证、法律咨询、公证调解、公证登记、公证保管、电子数据存储等非传统的证明业务越来越多。在实践中,一度出现过“证明论”“服务论”“综合服务论”“预防纠纷制度”“法律服务中介”等争论。<sup>②</sup>可以说,作为民商事领域的法治供给之“证”更多的是形式上的称

<sup>①</sup> 参见《关于公证制度几个问题》,载《人民日报》2004年9月18日,第7版。

<sup>②</sup> 参见叶青:《加快推进公证改革 与时俱进修改完善公证法——在全国人大常委会公证法执法检查座谈会上的发言》,载微信公众号“建设和学习”2021年12月3日, <https://mp.weixin.qq.com/s/93-6bQiyPWojZ4JIOvhycQ>, 2023年3月4日最后访问。

谓，国家制度设计和社会需求更看重的是公证能解决什么问题、公证的价值是什么。作为一种需要当事人主动申请或选择才能启动的服务，也只有真正能够解决当事人所认为的问题才有其进一步发展的空间，并不局限于“证明”的“证”。因此，不同的“证”因其效力和所能解决的问题不同在不同的历史条件下将具有不同的价值和发展前景。特别是在当前信息技术不断发展、越来越注重交易效率和交易成本的情况下，强制执行效力越来越成为公证可深度挖掘的优越效力，与在线公证相结合的强制执行公证更将越来越成为具有发展前景的业务。

其三，公证之“公”与“证”两个问题相互关联，在一定程度上能够相互体现，又分属不同的逻辑范畴。前者是偏形而上的理论设定，后者是偏形而下的制度界定，但现有研究往往将两者混合在一起论证。如将公证证明、服务、法律中介、纠纷预防等放在同一范畴内进行讨论或将公证姓“公”与法律服务中介等对立起来。实际上，如果把证明作为一种方式，那么它应该与调解、裁决等相对应，服务应该与管理相对应，法律服务中介组织与姓“公”“私”也并不必然直接对应，纠纷预防与纠纷解决对应。从法律规范明确性的角度来看，往往将“偏形而上的为什么”作为立法目的蕴含在“是什么”中，将为什么制定该法以及该法要解决什么问题通过法条体现出来，从而为法律规范营造更为开放的解释空间，尽可能减少由法律滞后性所带来的弊端，这点在在线公证的问题上将体现得更为明显。按照目前理解，多数人认为在线公证是基于现代语音通信、视频技术而产生，但若随着科技的发展，基于区块链、甚至正在发展的“元宇宙”等技术的公证能否再称为在线公证？也就是说，《公证法》关于公证定位的表述应更多立足于“公证是什么”，而将“为什么需要公证”蕴含在整部法律所体现的理念之中。

综上所述，《公证法》修改中明确公证定位的关键在于抽象出公证区别于其他法律服务方式的核心特征，并围绕该核心特征结合时代、社会需要，与时俱进地丰富权力的表现形式和运行方式。

## 二、以权责界定为逻辑中介

法律本质上是以规则的形式确定相关主体的权责关系。《公证法》也不例外，无论其如何修改，必然需要涉及公证管理机构、公证机构、公证员、当事人等相关主体的权责界定。从逻辑上看，这些关系如何界定受到前述公证定位的影响，同时其也将影响到公证运行的结果，可谓为重要的连接中介。

其一，关于公证管理机构的权责。按照现行《公证法》，公证机构的设立具备按公证需求而设的色彩，不再与行政区划对应，也不再与司法行政机关逐级对应，公证机构运行呈社会化趋势。但是，现行公证管理体制却基本沿用原来的逐级管理

模式,管理内容上也体现了浓厚的行政化色彩。一方面,这严重影响了公证机构按照社会需求自主运行的灵活性,而且也影响了区域性公证机构的发展。如在公证机构运行中,哪些事项与事务需要报请管理部门审批、报请哪级管理部门审批,报请审批还是备案,司法行政部门出台的政策文件如何落实等问题,不同地域的政策指引各不相同。此外,现行公证管理体制还影响到群众对于法律服务的体验。另一方面,公证机构是一线的服务部门和公证程序、公证法律法规的直接适用者,具有独立承担责任的资格和能力,但由于管理部门与公证机构的权责划分不够明晰,实践中公证服务在出现一些问题时双方的责任难以厘清。从减轻管理责任的角度看,这必然导致公证管理越来越严苛。现行《公证法》制定以来,对公证管理未曾有大的修改,但公证实践中的管理模式却经过收紧与放开的多种变化。各地的管理实践也证明了公证管理与公证的发展、活跃程度和服务质量的直接相关。这些为《公证法》再修改提供了丰富的本土实践蓝本和制度提炼可能,因此,我们有必要在拉长历史镜头的情况下进行梳理。

其二,关于公证机构的权责。公证机构的权责与自身组织形式直接相关。近年来,有关公证机构是国家证明机构还是法律服务组织的争论不断。随着公证体制改革的推进,形成了事业单位性质、合作制等多种形式并存的局面。是否需要设定统一明确的性质,还是允许多种形式并存,每种性质下的公证机构权责范围、公证机构与公证人员的关系、分配机制、赔偿惩罚机制等如何确定,都需要明确。在目前争论不断的情况下,建议在梳理现有公证机构性质、论证其利弊后,在《公证法》修改时设定开放性的条款,允许结合地方实际等探索创新公证体制机制改革,为今后体制机构的完善留下空间。这点于在线公证上体现得更为明显,从实践看,相对于原有的事业单位体制而言,现行合作制公证机构于在线公证等业务的探索开展上不仅更具有出于自身生存发展需要的内在驱动力,而且更具有灵活性。

其三,关于公证人员的权责。《公证法》的落地离不开公证人员的贯彻落实,其除规定公证人员条件、任命等之外,更重要的是明确其权责。虽然,现行《公证法》的有些条款对公证人员的权责及保障等作出了规定,但在十余年的适用过程中也发现了其中的不足,例如关于公证员和助理的责任边界,对于不真实、不合法公证的解释以及公证人员主观方面故意或过失如何影响追责等不够明确。现行法律法规对法官助理、检察官助理的法律地位和职责分工有明确规定,但与之不同的是,公证法律法规对公证员助理法律地位、办证权限以及公证员亲自办证并无规定。公证员助理本质上是公证员的助手,承担的是公证员委派的事务性工作,主要负责程序审查、形式审查等方面的工作,比如申请公证材料是否齐备、帮助录音录像、制作公证词等。在出现公证质量问题时,不能仅以公证员助理和公证员有工作上的联系就认定为有共谋故意。在责任分配上,无论是在线还是线下公证,都应坚持主

客观统一的标准。要着重区分是公证程序方面的瑕疵还是作为公证对象的事实、行为、意思表示虚假的问题,要排除因被蒙蔽无法发现或确因能力、水平限制而没有发现问题而导致出证错误的情况。公证作为一种法律行为,追求的是法律真实而非客观真实,故以是否穷尽一切调查核实手段或出现不真实结果就反推公证人员未尽到审查核实义务,不仅于法无据,而且有失公平。何况,相关法律法规并未赋予公证人员足够的调查核实权。对在线公证而言,其可能面临更多需要解决的问题,如能否采用在线方式进行核实、如何完成与相关部门的核实数据库对接,基于数据库信息不完整或错误导致的问题是否追责等。公证立法者对此可能引发的救济、赔偿问题早有清醒认识,从制度上设计了专门的责任保险以防止群众利益损害的发生。因此,建议在此次《公证法》修改时,进一步明确包括公证员和助理在内的公证人员权责内容与保障机制,如在第42条中增加“故意”的主观心态限定,对于公证员故意为不真实、不合法的事项出具公证书的方式予以处罚,不仅使公证人员办证时有法可依,而且在出现争议特别是涉及刑事责任时得到保障和保护,以从根本上减轻作为《公证法》重要执行主体的心理负担。

### 三、以程序完善为逻辑终点

公证程序不仅是达成公证结果的过程,更承担着《公证法》被社会和群众所运用的职能。或者说,无论《公证法》如何规定、规定得如何完美,最终都要落实到能够运用的公证程序之上。即《公证法》所调整的法律关系,最终都是为了保障公证得以办理、结果得以实现。因此,公证程序的完善是《公证法》的逻辑终点。但是,从立法技术上讲,有关公证程序的规定不可能事无巨细;从程序的作用看,其也不能为了程序而程序,程序条款的设置应该围绕公证所能解决、所要解决的问题展开,否则再精细、精巧的程序设计也毫无价值。

目前办理公证主要依据《公证法》《公证程序规则》以及司法部和行业协会等出台的通知、规范。与法院、检察院、公安机关、律师等其他法律职业相比,公证行业的立法和司法解释还不够完善,导致有些行为无明确规范。此外,实务中对某些公证事项也无约定俗成的做法,但社会具有办理公证的需求,甚至其可能成为未来公证发展不可忽视的方向,比如有关电子数据公证、线上公证等。而有些行为实务中有约定俗成的操作模式,公证行业中也有相应的救济途径,需要《公证法》在修改时立足公证程序的本质特征,区别予以对待。

公证程序的设定应回归到公证基于当事人的“自愿”或“合意”而启动和运行的特点。实践中有观点认为,公证办理也需要如司法一样遵守直接言词、亲历性原则。不可否认,直接审理、直接言词原则对于查明身份、查清事实具有重要作用。

但就公证而言,其与司法审判在权力性质、运行规律等方面均不同。司法审判是建立在当事人双方对抗的基础上,其目的是查清事实、查明真相,需要法官通过亲历性的庭审调查抽丝剥茧还原事实,决定了诉讼或司法是一种察言观色和亲历性的法律活动。<sup>①</sup>而公证是单方自愿申请或双方合意启动的预防纠纷方式,尤其是在有双方当事人的公证中,选择公证的前提是双方在申请、办理公证的那一刻对所申请和办理的内容无异议。虽然,公证员办理公证时,需要通过询问、谈话以及察言观色等判断当事人申请办理公证是否是其真实意思表示,但这既不是通过当事人双方的对抗查清事实,也不是通过公证员与双方的对抗式询问查清事实,而是对身份真实性和意思表示自愿性进行确认。除了询问、谈话及观察外,公证员承担的更为重要的工作是告知当事人并由当事人阅读相关权利义务、法律后果等,然后由当事人自行签字确认。换言之,公证程序的作用并非在于询问、谈话及观察,而在于确定当事人是否为适格主体、是否为本人,以及作出行为是否为本人的真实意思表示。无论是线上还是线下公证,程序的启动和运行的设定应该围绕这一特点展开,要避免陷入公证“大包大揽”或为了程序而程序的窠臼。事实上,由于在线公证依托信息技术所具有的全程留痕、大数据比对等特点,在上述效果的达成上反而可能更加精确、更具优势。

公证程序的设定应该具有与时俱进的开放性。现行《公证法》制定时,互联网、移动互联网、大数据、区块链、人工智能等信息、科技技术尚未发展,如今这些技术已广泛运用于人们的日常生活生产,而《公证法》并未涉及。近年来,对于能否开展线上公证、如何开展线上公证、在线公证的适用范围等问题,实践虽有创新探索,但行业内部争议不断,其直接的主要理由是现行《公证法》未有明确规定。在现代信息科技技术逐渐成为人们生产生活不可分割一部分的历史趋势下,在更为复杂的纠纷裁断的审判都实现了在线处理的现实下,是否开展线上公证业务已经不是一个法律问题,而成为政策选择问题。因此,建议在大趋势确定而一些具体细微问题无法达成共识的情况下,进行立法的概括性技术处理,在此次《公证法》修改时允许公证机构根据实际进行创新探索,在公证程序部分的内容中明确增加“公证机构可以采取在线方式办理公证业务”的规定。

总之,公证作为国家设定的一项重要预防纠纷的法律制度,是社会治理体系一部分,《公证法》作为总规范,系统而庞杂,但也融合了历史传统、法理经验和国情实践的内在逻辑。《公证法》再修改应从当前法律适用的不足和实践需求出发,从经验传统、程序法理、立法逻辑、规范体系等方面系统、全面地进行梳理、完善。

---

<sup>①</sup> 樊崇义主编:《诉讼原理》(第2版),法律出版社2009年版,第194-230页。

## 专题二 公证机构组织形式的反思与厘定

——以《公证法》修改为契机

李 智\*

现行《公证法》对公证机构组织形式问题采取回避态度,只是明确公证机构是证明机构。公证机构组织形式的不确定,产生诸多不利影响,当前被划分为公益一类、公益二类的事业体制公证机构和合作制机构在实际运行过程中都存在一定问题,无法将公证制度的优势完全发挥出来。法定机构的发展历程与我国公证发展阶段相符,应该尽快修订《公证法》,将公证机构明确为法定机构,登记为事业单位法人。同时,辅以相关配套条件,促进公证行业高质量发展。

### 一、我国公证机构组织形式变迁概述

我国公证制度是参照苏联模式建立起来的。1949年新中国成立后,公证职能由人民法院行使,公证部门当时是人民法院的内设机构,没有单独的组织形式。“文革”期间,公证工作除了办理少量涉外公证外,几乎处于停滞状态。

自1982年4月13日开始施行的《公证暂行条例》明确规定“公证处是国家公证机关”,从此,公证机构的组织形式为国家行政机关。2006年3月1日,《公证法》正式施行。在《公证法(草案)》审议过程中,对于公证机构性质的认定出现了很多不同的意见,有的认为公证机构应该定性为国家机关,有的认为应该定性为事业法人,有的认为应该定性为法律服务证明机构,还有的认为应该定性为中介组织。时任司法部部长张福森在《关于〈中华人民共和国公证法(草案)的说明〉》中指出:“我们考虑,公证是否属于国家职能,公证处是否为国家公证机关,今后仍可以进一步

---

\* 本文作者:李智,江苏省常州市常州公证处副主任。