

公证证明效力研究

张卫平*

内容提要：公证证明具有约束法院认定案件事实的效力，法院对公证证明事实的实质审查判断的自由裁量权受到限制或排除，对提出公证证明的当事人而言则具有免证的法律效果。公证证明在证据证明力方面具有优越性。公证证明的效力源于法律上的推定。公证对案件事实的证明存在复式证明和单式证明两种形式，无论哪种形式，公证文书都是一种证据，在证据属性上属于书证，且是公文书、报告性文书。应在民事诉讼法中明确将当事人要求确认公证文书真假的诉讼作为确认之诉加以规定。除涉及公证文书本身的真实性和合法性、公证证明事项在内容上具有很强主观性以及其它难以通过公证确认其真实性和合法性的证据以外，其他经公证证明的事项无须质证。

关键词：公证 证明效力 证据属性 公证文书

引言

毋庸置疑，经济发展和对经济秩序、社会秩序稳定的强烈诉求从根本上推动了我国公证事业的快速发展。^{〔1〕}30年来，公证事项所涉及的领域越来越广泛，不仅涉及合同、继承、委托、声明、赠与、遗嘱、财产分割、招标投标、拍卖等法律行为的公证，也涉及婚姻状况、亲属关系、收养关系、出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录、公司章程等有意义的法律事实和文书的公证，还涉及为了公正、高效解决纠纷的证据保全公证。公证对稳定社会秩序、经济秩序，预防纠纷的发生，公正、高效解决纠纷发挥着日益重要的功能。

公证之所以能够发挥如此重要的作用，就在于法律赋予公证应有的效力：证明效力、执行效力和要件效力^{〔2〕}。其中最主要的无疑是公证的证明效力。公证证明效力的正当性、权威性来源于法

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 上海市1980年公证办证总数为5722件，2009年则达到402170件，增加了70倍（上海市司法局公证工作管理处提供）；北京市2009年公证办证总数已达614840件（北京市司法局公证管理处提供）。

〔2〕 所谓要件效力，是指公证对于特定法律关系、法律行为的成立、生效、不可撤销的要件作用。公证法第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。”有专家将这一效力称为“法定公证效力”。参见黄伟：《关于我国公证效力的解析》，《政治与法律》2006年第5期。

律对于公证证明的合法性、真实性的实体和程序的系统保障，公证证明由此具有高度公信力。^{〔3〕} 公证本质上是一种证明活动，公证证明是公证最为核心的、最为广泛的活动，公证证明的法律效力也就成为公证赖以存在的制度基础。因此，正确认识公证证明法律效力的本质、构成以及解决公证证明中的争议，对于充分发挥公证证明的社会功能有着极其重要的作用。

本文试图从民事诉讼法理、公证法理、行政法理尤其是民事证据法理的视角对公证证明法律效力问题进行深入、细致的探究和分析，以便进一步拓展和深化对公证证明法律效力问题的研究，丰富我国的公证证明理论，完善我国的公证证明制度。

一、公证证明效力的发生机理及制度展开

早在1982年，我国民事诉讼法（试行）就有关于公证证明效力的法律规定。该法第59条规定：“人民法院对经过公证证明的法律行为、法律事实和文书，应当确认其效力。但是，有相反证据足以推翻公证证明的除外。”1991年民事诉讼法（2007年部分修订）进一步明确了公证证明的法律效力。该法第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。”1992年《最高人民法院关于适用民事诉讼法的若干意见》第75条明确将经公证证明的事实作为无需举证的事项之一。2001年最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“民事证据规定”）第9条同样将“已为有效公证文书所证明的事实”作为无需举证的事实。2005年公证法的颁布，标志着我国公证制度的进一步完善。该法第36条规定：“经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书，应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻该项公证的除外。”上述法律和司法解释对公证证明在民事诉讼中的效力作了根本性、原则性的规定，确立了公证证明效力的基本制度框架。

（一）公证证明效力的发生机理

民事诉讼法和公证法明确了在民事诉讼中，人民法院应当将经公证的法律行为、法律事实和文书作为认定事实的依据。此即公证证明的法律效力。

关于这一效力的发生机理，学理上有两种观点。一种观点认为公证证明属于司法认知的范畴，从而获得裁判机关的认可。这种认识可概括为“司法认知说”。^{〔4〕} 另一种观点认为，公证证明效力来源于推定，“属于推定的范畴，根据法律规定，法官在诉讼过程中推定公证证明的事实为真实”。这种观点可概括为“推定说”。^{〔5〕}

司法认知，又称审判上的知悉或审判上的认知，是英美证据法上普遍使用的概念，通常是指法官对于待证事实即在审判中的事实不待当事人举证而直接予以确认，作为裁判的依据。在英美法上，司法认知通常被作为一种证据形式。例如，美国联邦及多数州将证据分为言词证据、实物证据与司法认知三种。依照美国证据学家华尔兹的观点，“由于有些事物属于社会中常识的范畴，或者属于某种推论所依据的，如日历或医学论文等高度可靠性原始资料的证明，所以其无需按通常的方式验证，于是审判法官将对它们进行司法认知，并指示陪审员们可以将其视为本案中已完结

〔3〕 参见汤维建：《关于公证权性质的若干思考》，载张卫平、齐树洁主编：《司法改革论评》第6辑，厦门大学出版社2007年版。

〔4〕 参见何家弘、刘品新：《证据法学》，法律出版社2004年版，第278页。另见毕玉谦主编：《民事证据法判例研究》，法律出版社2001年版，第405页；吴勇：《论公证效力争议救济制度之完善》，《中国司法》2008年第3期。

〔5〕 参见于向明：《公证证明在非刑事证明制度中的法律地位》，《中国公证》2007年第1期。

全确认的事实，无需通过证人或展示物品的正式证明。”〔6〕由于司法认知具有直接确认和免除举证证明的功能，因此我国有学者将经公证证明的事实也纳入了司法认知的范畴。

在大陆法系，推定有所谓“事实上的推定”和“法律上的推定”。所谓事实上的推定，是指法官将已知的事实作为前提，以经验法则推论待证事实的过程或行为，又称为“裁判上的推定”。事实上的推定有四个基本条件：一是存在可以作为推定前提的事实；二是作为推定前提的事实必须是真实的；三是需要推论的事实无法直接证明（如果能够证明，通常情况下当事人仍然应当直接证明）；四是需要有推定的桥梁——经验法则。对于事实上推定，如果对方当事人提出足够的证据证明推定的事实不能成立，则推定无效。

法律上的推定又分为“法律上的事实推定”和“法律上的权利推定”。所谓法律上的事实推定，是指法律规定以某一事实的存在为基础，直接根据该事实认定待证事实的存在，当事人对待证事实无需加以证明。所谓法律上的权利推定，是指法律对某种权利或法律关系是否存在直接加以推论的情形。例如，日本民法规定各共有人应有部分不明确的，推定为各共有人均等占有。但法律上的权利推定并不是一种证据规则，因为证据的证明对象必须是事实，而不是权利。因此，在证据制度上通常谈到的法律推定就是法律上的事实推定。〔7〕

在大陆法系国家，如日本，在证据理论上，通说虽然将公证证明效力的发生机理归于推定，但没有直接归于事实上的推定。如果属于事实推定，那么按照事实推定的要求，法官就可以根据自由心证，依据经验法则判定推定成立与否。而在公证证明的场合，这种自由心证是受到限制的，法官没有依据经验法则加以判断的余地，推定应当直接成立。只有在反证成立的情况下，该推定才能被推翻。理论上这种观点被称为“法定证据法则说”。〔8〕针对该学说，另一些学者认为，公证书效力的推定不是基于法定证据法则，而是基于法律上的推定，直接推定公证书所证明的事实为真。一方主张公证证明的事实不真实的，便发生证明责任的转换，不能证明不真实的，便不能推翻该推定。因为对于公证书证明的真实而言，既然没有本证，也就无所谓反证，〔9〕所以根据反证推翻公证证明的说法是不妥当的。这种观点可称为“法律推定说”。〔10〕就两者的学理解释而言，笔者认为以“法律推定说”的观点来解释公证证明效力的发生机理可能更合理一些。尤其是与大陆法系国家相比，我国法律更强调公证证明的特殊优势地位。正如“法律推定说”所指出的，“法定证据法则说”本身已经否定了事实推定的基本要件——基于经验法则的自由判定，因此也就不能归入事实推定的范畴，“法定证据法则说”将公证证明的情形作为例外，本身就是一种自我否定。而“法律推定说”则能更好地说明公证证明的优越和强势这一特点。

在公证证明效力的发生机理的解释论上，笔者认为，英美法上的司法认知概念和大陆法的推定概念表达的都是事实认定主体（法官）在一定条件下对事实的直接认定。但是，前者仅从证据属性的视角来认识，且在英美法上并没有大陆法系这样的公证证明制度，将其硬性纳入司法认知的制度范畴仅仅是我国学者依据司法认知的定义将其扩张适用于我国公证证明的结果。而后者在学理上与自由心证（限制自由心证）、证明责任的分担、法律推定、事实推定等一系列概念联系起来，由此形成了不同的法律和法学学术语境。而这一语境与我国民事诉讼法、民事证据法的法

〔6〕 转引自前引〔4〕，何家弘等书，第277页。

〔7〕 张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2009年版，第205页。

〔8〕 [日] 福田刚久等编：《书证》（《民事证据法大系第4卷各论2》），青林书院2003年版，第39页。

〔9〕 在日本证据理论上，本证是指负有证明责任（客观证明责任）一方提出的证据；反证是指不负证明责任的一方为反驳对方所提出的证据。划分本证与反证的根据在于是否负有证明责任。详见[日] 高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》，张卫平、许可译，法律出版社2007年版，第28页。

〔10〕 [日] 松本博之：《关于变造票据的证明责任分配与私文书真实性的推定》，大阪市立大学法学杂志第32卷第4号第81页。转引自前引〔8〕，福田刚久等编书，第11页。

律、法学学术语境更为贴近。尽管司法认知这一概念也可以说明公证证明效力的发生机理，但存在着学术语境和制度的隔离，而大陆法系国家的推定概念和理论能更细致、更贴切地加以说明。

对于公证证明的推定效力这种法律上的约束力，还可以进一步从公证行为的准公定力概念加以说明。笔者提出的“准公定力”概念借助了行政法上的公定力理论。这种理论认为行政行为具有公定力，原则上都应受合法推定或者有效推定，除经依法变更或者有权机关加以撤销外，任何人不得否定其效力，都必须予以服从、忍受或者执行该行政行为。根据行政法学理论的现代阐释，行政行为的公定力是实定法特别承认的效力。这种对行政行为有效性的推定只是暂时的、程序意义上，它为行政相对人挑战行政行为的有效性留有法定的管道与时间。^{〔11〕}笔者之所以使用准公定力这一概念，一是因为公证证明行为同样具有推定效力，在没有推翻其证明事项的真实性时，这种证明的有效性是持续存在的，对法院是有约束力的；二是因为公证机关虽然不是国家行政机关，但其行使着具有高度公信力的国家证明职能，其行为类似公法性质。正因为如此，大陆法系国家将公证员定性为实质意义上的公务员。也因为公证机关的证明行为不能完全等同于行政行为，所以使用了准公定力概念。公证证明行为的准公定力来源于稳定社会、预防纠纷这一基本社会需要，来源于公证行为的高度公信力。因此可以说公证行为的高度公信力派生了准公定力，而准公定力又具体体现为公证证明的约束力。

（二）公证证明效力的具体表现

1. 民事诉讼法和公证法规定，对于公证证明的事项，“人民法院应当作为认定案件事实的依据”，这表明公证证明具有约束法院认定案件事实的效力，由此也产生了法院在认定事实方面的作为义务。如果当事人在诉讼中提出了与案件主要事实或要件事实有关联的经公证的法律行为、法律事实和文书，法院就有将其作为事实认定的义务。在没有否定该公证证明的例外情形时，法院不予认定的，法院的审理就违反了民事诉讼法和公证法，构成事实认定上的错误，是当事人上诉和再审理由（民事诉讼法第153条第3项，第179条第1款第2项）。一旦原审存在这样的错误，上诉法院就应当撤销原判发回重审或自行改判；再审法院应当根据申诉人的申诉提起再审，通过再审程序加以纠正。检察机关也可以就此提起抗诉要求法院启动再审。原审法官没有根据法律规定将公证证明的事项作为认定案件事实的依据的，属于错案，按照现行的错案追究制，应承担相应的错案责任。

2. 公证证明的法律效力就约束法院对案件事实的认定而言是一种义务，对提出公证证明的当事人而言就具有了免证的法律效果。^{〔12〕}这一点可以从民事诉讼法第67条和公证法第36条逻辑地推出。

“民事证据规定”进一步明确了公证的免证法律效力。该司法解释第9条第1款规定：下列事实，当事人无需举证证明：（一）众所周知的事实；（二）自然规律及定理；（三）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；（四）已为人民法院发生法律效力所确认的事实；（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；（六）已为有效公证文书所证明的事实。第2款规定：前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。这是从行为意义上证明责任的角度强调主观证明责任的免除。针对公证证明的情形，当事人只要向人民法院提出了经公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院就应当将其作

〔11〕 余凌云：《行政法讲义》，清华大学出版社2010年版，第221页。

〔12〕 应当注意的是，这里所指的免证效果是指免除当事人以其他证明手段（证据）对自己的主张予以证明的效果，与免证事实不是一回事。免证事实是指那些完全不需要当事人证明的事实，例如众所周知的事实。公证证明也是一种证明，因此公证证明的事实也属于应当证明的事实。参见王学棉：《证明对象与免证事实》，载张卫平主编：《民事证据制度研究》，清华大学出版社2004年版。

为认定案件事实的根据，而无需当事人再提出证明该争议案件事实的其他证据。从当事人的事实主张与提供证据的关系来看，当事人的事实主张一旦有了公证证明，即使当事人没有为此提供其他证据证明，也不会因此导致该主张不成立。

如果从客观证明责任的角度看，则不能概括地讲是否免除了结果意义上的证明责任。首先，要看提出公证证明的当事人对主张的事实是否负担结果意义上的证明责任；其次，如果应由其承担客观证明责任，则要看该当事人提出的公证证明是否满足了对该证明对象——案件主要事实或法律要件事实^{〔13〕}的证明标准。一旦公证证明满足了证明标准的要求，提出公证证明的当事人便不再承担结果意义上的证明责任。如果不能满足证明标准的要求，又没有提供其他证据满足证明标准，则依然要承担结果意义上的证明责任。因此，从证明责任的双重含义来分析，不能简单地说明民事诉讼法和公证法所规定的免证效力就是免除了当事人的证明责任，确切地讲主要是免除了当事人提出其他证据加以证明的责任。

3. 公证证明的效力还体现为法院对公证证明事实的实质审查判断的自由裁量权的限制或排除。在诉讼中，法官对当事人提出的各种证据都有审查判断的权力，通过审查判断该证据与所要证明的案件事实之间的客观联系，确定该证据是否具有证据能力或证据资格（确定什么样的证据事实或证据材料能够进入司法程序或审判程序），确认该证据证明力的大小（判定特定证据能够证明案件事实的程度）。但各国也根据具体情形对法官的这种自由裁量进行限制，尤其是在证据能力方面，限制更多一些。这种根据法律规定明确确定证据的证据能力、证明力的原则也称为法定证据原则。^{〔14〕}从法律规定的公证证明的效力来看，毫无疑问，法官对于公证证明的事实审查判断受到相当的限制，即只要公证证明的事实（证据事实）与案件事实有关联，法官对于其证据能力和证明力的大小就没有多少自由裁量的余地，一般地说是排除了法官的自由心证。^{〔15〕}

4. 公证证明在证据证明力方面具有优越性。公证证明具有的优越性是从公证证明与其他证据证明力的对抗和比较的角度来认识的，即作为特殊证据的公证事项在对抗相反证据和证明自己主张的证据群中具有相对的优势和强势。公证证明的这种优越性也是公证证明效力的具体体现。^{〔16〕}从制度层面来看，“民事证据规定”第77条确定了人民法院如何认定数个证据对同一事实的证明力大小的原则，其中明确规定经过公证的书证的证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》第63条也作了类似规定。

证据的证明力在两个维度上发生作用。其一，在没有证据相互对抗的情形下，证明力的大小与事实认定的作用程度关联。这表现在，证明力小的单个证据往往不能单独实现对争议事实的认定。有时即使有若干关联证据的集合，也会因为各自证明力太小而无法使法官对事实认定形成心证。其二，在当事人双方各自提出的证据发生对抗、矛盾的情形下，证明力大小与证据的采信关联，证明力明显高的证据将有可能被采信。针对公证证明的情形，笔者认为，上述司法解释明显存在着不足或缺陷，因为其只涉及了经公证证明的书证。如果全面考虑公证证明的效力，就应当将公证证明中能够证明案件事实的所有事项纳入优势证明力的范畴。而按照目前的司法解释，有

〔13〕 是指权利取得、丧失、变更等法律效果的发生所必须具备的事实。关于主要事实或要件事实的含义，参见〔日〕高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》上，有斐阁2004年版，第358页；骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆1972年版，第19页，第35页。

〔14〕 前引〔8〕，福田刚久等编书，第218页。

〔15〕 但关于公证证明与案件事实的关联性的判断似乎并没有排除法官的自由心证。

〔16〕 也有人将公证证明的这种优越性概括为“公证的证明效力具有优先性”。参见前引〔2〕，黄伟文。笔者认为，更准确地讲不是证明效力具有优先性，而是这种优先性反映了公证证明的效力，是公证证明效力的体现。另外，使用“优先性”这一概念不太贴切。“优先”表达的是时序上的先后，而公证证明的这种强势和优势并非体现在证明的时序上，而是体现在排他性上。

可能导致人们误认为其他经公证证明的事项没有证明力上的优势。

另一方面，还应当注意当经公证证明的事项作为证据与其他不具有法定优势的证据发生对抗和矛盾时，原则上不能适用“民事证据规定”第73条。该条规定的是在没有法定优势证据的情形下如何处理矛盾证据的问题。由于就一般的证据而言各个证据都是平等的，因此法院在认定证据时就要求一方提供证据的证明力须“明显”大于另一方提供证据的证明力，才能对证明力较大的证据予以确认。而公证证明具有证据优势或证明力优势，因此在与不具有法定优势的其他证据对抗时，经公证证明的证据当然应当予以认定，无需进行比较，因为公证证明的法定证据优势已经决定了其证明力高于其他非法定优势证据。只有在公证证明与其他同样具有法定证据优势的证据对抗时，才需要比较证明力的大小。

二、公证证明与公证书的 evidentiary 属性

公证证明必须以法定的文本形式加以表现，公证文书就是其法定文本形式，它负载了公证证明的所有信息。在公证证明效力的研究中，一个必须在法理上予以回答的问题就是公证文书的证据属性，即公证文书是否一种诉讼法上的证据以及如何理解民事诉讼法第67条和公证法第36条的规定与公证文书的证据属性之间的关系。

也许有人甚至多数人认为，公证文书当然是诉讼法意义上的证据。但有学者却断然指出公证文书不是证据，至少不是普遍意义上的证据，仅仅在某些特定情形下才能作为证据，如在作为法律行为成立要件的公证中，公证文书才作为诉讼中的证据，对某一法律行为的成立起到证明作用。这种认识指出，人们将公证文书理解为诉讼法上的一种证据是错误的。在诉讼中，公证实事本身不需要举证就可以得到法院的确认，因此，公证文书并不是作为证据来证明案件事实，而是法律上规定的一种免于举证的证明手段。从民事诉讼法第67条的规定来看，法律仅将经公证的法律行为、法律事实和文书作为认定案件事实的依据，并非将公证文书作为认定事实的依据。公证文书也不具有证据所必须具备的三性——关联性、客观性、合法性。这一观点可以简称为“公证文书证据否定说”。^{〔17〕}这种观点存在理论上的不足，如将证明手段与证明依据加以区别，但却没有论证证明手段与证明依据的不同之处，且从证据的三性论证公证文书的非证据属性也显得有些勉强。但这种观点毕竟提出了这样的问题，即公证文书与事实认定究竟是何种关系？要厘清这一关系，了断公证文书是否证据这一争议，必须首先解明公证事项与公证文书的关系。

公证的基本功能就是证明，具体体现为证明特定的法律行为、法律事实和文书存在与否的状态。而公证文书是这一证明结果的文本形式。公证文书的内容陈述了一个事实状态，公证文书只是这一事实陈述的物质载体。德国法明确将公文书（公证文书属公文书的一种）与公文书陈述的内容加以区分。对案件有直接证明作用的通常是公文书的陈述内容，而不是公文书本身。就这一点而言，上述学者质疑公证文书是一种直接证明案件事实的证据，是有道理的。例如，收养关系是确定一方当事人是否拥有争议财产的要件事实，经公证证明收养关系存在的，法院就应裁判其拥有该财产。这一认识符合民事诉讼法第67条和公证法第36条的规定。也就是说，当公证证明的内容（公证文书的陈述内容，经公证证明的事项）对案件争议的主要事实或要件事实的证明发生作用时，公证证明的内容是证明案件争议事实的直接证据。公证证明的内容为文书（如书证）时，该书证对案件争议事实具有直接证明价值。再如对特定法律关系和法律行为成立的证明：原告提起借贷返还之诉，要求被告返还所借贷的金钱，被告抗辩此金钱非借贷而是原告赠与，并提

〔17〕 邓继好：《重新理解公证在诉讼证明中的效力》，《中国公证》2003年第3期。

供经公证的赠与合同，在原告没有推翻公证证明事实的情形下，法院应当以存在赠与关系的事实作出原告败诉的判决。

但是，作为公证文书陈述内容的事实之所以能够成为法院裁判所依据的事实，是因为这些事实是经过公证的，在形式上是由公证文书加以确认的，公证文书对这些事实提供了完全的证明。在这种情形下，公证文书对于案件争议事实而言是一种间接证明。也就是说，公证证明有两个层次，一个是公证证明的内容对案件争议事实的直接证明；另一个是公证文书对公证证明内容真实性、合法性的证明。民事诉讼法第67条和公证法第36条仅涉及了第一个层次，并没有规定第二个层次即公证文书间接证明的证据效力问题，但这并不是说公证文书没有这种证明作用，不是一种证据。只要具有证明作用，有一定客观表现形式或证明信息的载体，就是一种证据。任何证据都是一种证明手段和方法。而且，也可以从民事诉讼法第67条和公证法第36条中自然推出公证文书的证据属性。因为法律明确规定的是“经公证”的事项，只不过在有的情形下公证文书对于案件事实是一种间接证明而已。这两个层次的结合使公证证明成为一种复合证明或复式证明，即公证文书证明某一特定事项，该事项证明案件某一特定事实。

诚然，并非所有公证证明都是由这内外两个层次构成的。除了“公证文书证据否定论”所提到的公证作为法律关系生效要件的情形之外，当一方当事人主张的事实或裁判所依据的事实就是公证文书所证明的事实时，公证文书同样具有直接证明作用，是一种单式证明。例如原告提起撤销合同之诉讼，理由是对方以胁迫手段订立合同，被告抗辩合同为真实意思表示，抗辩的证据就是经公证的合同，此种情形下公证书即为直接证据。上述证据否定说忽视了这种情形下公证文书的直接证明作用，也自然会否定其证据属性。正是在这个意义上，我国民事诉讼法和公证法需要加以完善，明确规定公证文书对公证事项具有完全的证明力。

在大陆法系国家，理论上均将公证文书作为一种证据，因为公证文书本身对其陈述事实具有证明作用。在证据属性上，公证文书被纳入书证的范畴，且为书证中公文书的一种。^[18]所谓公文书，是指公务员基于其权限在职务上所制作的文书，除此之外的所有书证都被归于私文书。公文书与私文书在法律上有着不同的意义。特定的公文书只要是有限权的机构制作的，就推定为真实。私文书则要求有当事人本人或代理人的签名或盖章时，才能推定其（在形式上）真实。^[19]公证文书是由公证员^[20]依据其公证权限制作的，因而也是一种公文书。^[21]

在大陆法系国家的证据理论中，书证是以文书记载的内容作为证据资料以证明案件事实的一种证据方法。在我国，通说也持这一基本认识。除了公文书和私文书的区分外，根据文书所发挥作用的不同，书证还分为处分性文书（也称生效性文书、处分文书、处分书证）和报告性文书

[18] 公文书与私文书之法律上的区分源于罗马法和德国古代法。参见[日]松冈义正：《民事证据论》，张知本译，中国政法大学出版社2004年版，第240页。

[19] 日本民事诉讼法第228条第4款。详见前引[8]，福田刚久等编书，第42页。

[20] 日本法上公证员（公证人）属于实质上的公务员。参见[日]竹内昭夫、松尾浩野、盐野宏主编：《新法律大辞典》，“公证人”词条，有斐阁1989年版，第416页。大陆法系其他国家及拉丁公证联盟国家大多也认为公证员在性质上属于公务员。因为在理论上这些国家将公证作为一种预防制度，由国家让渡一部分公权力给公证人，由其代行国家预防纠纷的职责。参见王公义等：《中国公证制度改革研究及国际比较》，法律出版社2006年版，第265页。在我国，有学者认为公证人员属于国家公职人员，但不是公务员。参见前引[3]，汤维建文。这种观点实际上是将公务员作狭义的理解。

[21] 人们对是否引入公文书和私文书这一对法律概念来说明不同书证的法律性质存有争议。持否定意见者认为，一方面难以界定公文书和私文书，另一方面，将公证文书纳入公文书会降低其法律优越性。笔者认为，公文书的具体界定并不难，虽然公文书十分广泛，但只要根据法律、法规、规章把握制作主体的性质及职务权力的范围即可，从大陆法系百年的实践来看并不存在问题。以公文书概念说明公证文书的性质不会降低公证文书的优越性。公文书概念首先就强调了其相对于私文书的优越性。公证文书的特性又表明了公证文书在公文书中的优越性。在证据制度和理论中引入公文书和私文书概念能够很好地说明不同书证的法律性质，更好地运用和判定书证。

(也称报道性文书、报告文书、报告书证)。所谓处分性文书,是指该文书制作完成之时即为法律行为发生之时,文书制作的行为就是法律行为本身,如法院判决书、合同、催告函、支票、遗书等。报告性文书则仅记载文书制作人关于某一事项的见闻、判断和感想。^[22] 登记簿、户口簿、法院笔录、收据、商业账簿等都属于报告性文书。当然,有的文书文本中既有处分性内容,也有报告性内容。就公证文书是公证机关关于某一事项是否真实、合法的证明文书而言,它是一种关于待证事实的法律判断,属于报告性文书。

划分处分性文书与报告性文书的法律意义在于,不同性质的文书其证明力(证据力)以及证明力的判断方法不同。按照大陆法系的证据理论,文书的证明力分为形式证明力和实质证明力(实体证明力)。如果文书是基于制作者的意思制作的,该文书就具有形式上的证明力;文书记载的内容对待证事实有证明作用的,则有实质上的证明力。处分性文书一旦具有形式上的证明力,就当然具有实质上的证明力;而报告性文书虽然具有形式上的证明力,但不一定具有实质上的证明力,文书的内容未必能证明待证事实。^[23] 对于报告性文书实质证明力的判断,一般情形下是由法官根据经验法则以自由心证为原则作出。应当特别注意,虽然公证文书是报告性文书,但由于公证具有高度的公信力,因此公证文书实质证明力的大小不由法官自由心证。

三、诉讼中公证证明的异议及解决程序

公证证明具有证明案件争议事实的作用。基于利害关系,当事人在民事诉讼中可能对公证证明持有异议。

民事诉讼法和公证法规定,有相反证据足以推翻公证证明的,法院不能将公证证明的相关事项作为认定事实的依据。笔者认为,“推翻公证证明”至少有三个层面的含义:其一,公证证明的法律行为、事实和文书与案件事实本身并不符合,是不真实的,当事人提出证据证明了这一点,从而导致公证证明丧失意义。其二,当事人证明公证文书是伪造或变造的,不是公证机关或公证员的意思表示,导致公证证明的文本载体被否定。其三,当事人提出证据证明公证行为违法,公证文书的制作没有按照法律、法规和规章制度的相应要求,导致公证证明被否定。

在第一类情形,当事人是直接针对公证证明的事项的真实性进行抗辩。这种抗辩成功的标准在现行法律上要求达到有相反证据足以推翻的程度。基于公证证明特有的公信力和权威性,法院在判断相反证据是否足以推翻时,应当坚持严格的证明标准,要求相反的否定性证明更加充分,其标准也应当高于一般民事诉讼证明标准。在程序上,可以通过庭审中的质证程序完成。

此种情形下,“推翻”并非否定公证书形式上的效力,公证书在形式上依然是合法的、存在的,所谓“推翻”仅仅是对公证书实质证明效力的否定,使法院不再受优势证明效力的约束,法院将根据当事人提出的证据对案件事实进行认定。在理论上,一方面,尽管公证行为有准公定力,但这种准公定力可以因为反证而被破除。另一方面,从宪政主义的制衡设计来看,司法监督相对于行政行为、准行政行为具有优越性,因此基于司法监督的作用,法院对事实的认定就不必十分严格地受限于行政机关和准行政机关对事实认定的约束。^[24] 这也包括公证机关的公证证明行为。但对于公证机关的公证行为,如果没有法定诉讼程序,法院在形式上依然应当予以尊重。

还需要厘清对公证证明的反证与公证法第40条的关系。该条规定:“当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的,可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。”有人认为,该条

[22] [日] 菊井维大、村松俊夫:《全订民事诉讼法(2)》,日本评论社1989年版,第595页。

[23] 前引[8],福田刚久等编书,第18页。

[24] 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第242页。

与公证法第39条共同构成了公证证明效力争议的救济措施——向公证处申请复查和向人民法院提起诉讼。^[25]对于公证法第40条的这种认识是错误的。

就一般情形而言,通过民事诉讼解决的争议只能是直接涉及民事实体关系、民事权利义务的争议,否则,按照诉的理论,就不存在诉的利益。^[26]因此,公证法第40条规定就公证书内容的争议可以提起民事诉讼,只能理解为关于民事实体关系的争议,而不是公证书真伪以及有关公证书中单纯的事实(如出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录等)存否的争议。仅为公证书内容事实真伪、存否的争议不能提起民事诉讼。作为例外,由于文书的真伪直接关系民事权利义务,因此国外民事诉讼法特别规定可以提起确认诉讼要求法院就特定文书的真伪问题作出确认判决。

关于公证法第40条的规定应当如何理解,上海市高级人民法院的解答是,公证是对事实的证明,对诉讼而言,公证书仅仅是一项证明力较强的证据。法院受理民事纠纷,针对的是当事人之间民事权利义务产生的争议,而不是对争议涉及的某个证据进行裁判。公证当事人及公证事项的利害关系人对公证机构出具的公证书有异议,其实是认为公证书证明的事实对他们之间的权利义务关系产生了不当影响。如果公证书所影响的基础法律关系的争议属于民事性质的,则当事人、利害关系人可以就该争议提起民事诉讼。仅就公证书的撤销与否起诉的,法院不予受理。^[27]

第二类情形针对的主要是公证文书本身的真伪。关于公证文书真伪的判别,在程序上,究竟是按照一般质证程序、特别附带程序还是设立专门的诉讼程序,大陆法系国家有不同的做法。法国设置了专门的“声明文书伪造程序”来解决公证文书的真伪问题。这种程序在性质上属于特别附带非讼程序。^[28]该程序要求当事人必须以法定方式提出文书系伪造的声明,并须提供相应的证据,法官通过审理对文书是否伪造作出独立的裁决。这种专门针对公文书真伪的审理裁决与我国诉讼质证中的证据质辩和认定有相当大的不同。

德国、日本有专门的诉讼程序来解决当事人之间文书(对法律关系具有证明作用的文书)真伪的争议问题,这种诉讼称为“确认文书真伪诉讼”。关于公证文书真伪的争议也被纳入这种诉讼程序加以解决。在诉讼中法官可以传唤公证文书的制作人进行证人询问,以查清公证文书的真伪问题。^[29]

这种确认文书真伪的诉讼是在当事人主张公证文书系伪造的情形下启动的。在涉及民事权利义务的一般民事诉讼中,当事人没有主张公证文书有问题时,按照大陆法系国家的制度和理论,法院也可以对公证文书的真伪与否进行调查,该事项属于“职权调查事项”,实行的是职权主义。法官在诉讼中发现或怀疑公证文书有问题的,可以依据职权进行调查,在没有调查的情况下,法官不能直接认定公证文书的真伪。按照日本民事诉讼法的规定,法官应当向制作公证文书的公证机构进行调查核实。也正是由于公证文书的真伪属于职权调查事项,因此对于公证文书的真伪和存否不能适用当事人自认。

笔者认为,设立特别程序解决公证文书的真伪争议可能更符合公证的性质和价值。既然我们

[25] 杜艳:《试述公证证明的法律效力及其争议的救济措施》,《科技咨询导报》2007年第21期。

[26] 前引[7],张卫平书,第38页。

[27] 参见《上海市高级人民法院关于涉及公证民事诉讼若干问题的解答》(2006年9月20日)。

[28] [法]让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》,罗玉珍译,中国法制出版社2001年版,第935页。

[29] 德国民事诉讼法第256条第1项规定:“确定法律关系成立或不成立的诉讼,承认证书的诉讼,或确定证书真伪的诉讼,只在法律关系的成立与否、证书的真伪由法院裁判并即时确定对于原告有法律上的利益时,原告才可以提起。”日本民事诉讼法第134条规定:“确认之诉,也可以为确认证明关系的文书真伪而提起。”

承认公证的社会价值，认可公证证明的优越性，就应当对公证文书持更为严肃的态度，维护公证的权威性，设立专门的程序解决公证文书真伪的争议就是妥当的。由于公证文书具有推定真实的效力，所以当事人主张公证文书系伪造的，须承担证明责任。

应当如何处理第三种情形是一个值得思考的问题。公证文书的制作没有满足公证法及公证法规、规章制度的要求，法院是否可以认定该公证文书无效，并以此为根据使公证证明的事实丧失证明优势，需要认真考量。这种公证文书无效的确认是由公证机关还是由司法机关确定，涉及如何妥当把握公证管理权和司法审判权的关系问题。我国实行的是审判权依据不同职能各自行使的分工原则，即将司法审判权划分为行政审判权、刑事审判权和民事审判权，各种审判权必须在相应的诉讼程序中才能行使。在民事诉讼中，民事审判庭行使民事审判权，不能干涉公证权的行使，判定这种公证文书在形式上无效。其是否有效应当由公证机关以及相应的机构按照程序加以确定。如果法院在审理中认为公证文书的制作存在违法行为，应当否定公证证明所具有的优越性，要求主张该事实的当事人对该事实的存在予以证明，如果不能证明，该事实不能作为裁判的依据。《上海市高级人民法院关于公证民事诉讼的若干解答》认为，“如果当事人在基础法律关系的诉讼中，将撤销公证书或宣告公证书无效作为一项请求或理由提出的，法院可以综合案件的审理情况，对公证书所证明的事实是否存在作出分析认定，但不应直接作出撤销公证书或宣告公证书无效的判决。”这一理解是正确的。

由于我国的公证证明属于实质性证明而非形式证明，要求公证机关证明待证事项的真实性和合法性，因此对于违法公证书的矫正或救济就显得十分重要。^{〔30〕}过去，公证机关被定性为行政机关，公证行为是一种行政行为，由国家司法行政机关对公证执行活动进行监督。基于这样的认识，有理由将对违法公证行为的救济纳入行政救济程序。随着公证法的颁布，公证机关的性质发生了变化，公证机关变为不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。公证管理体制也发生了变革，由公证协会对公证行业进行具体管理，公证协会对公证执行活动进行监督，而政府只对公证进行宏观管理。^{〔31〕}按照公证法第39条的规定，当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的，公证机构应当撤销该公证书并予以公告，该公证书自始无效；公证书有其他错误的，公证机构应当予以更正。问题在于，如果公证机构对当事人或利害关系人提出的要求撤销、更正公证书的请求不予理睬时，应当如何予以救济？

有人主张这一问题可以通过行政诉讼加以解决，当事人或利害关系人为诉讼的原告，公证机构为被告。这一路径在理论上面临的难点是，被告公证机构肯定不是行政机关，被告在主体资格上不适格；原告也不是行政相对人，原告也不适格；争议诉讼标的也不是行政法律关系上的请求权。支持这一路径的人认为可以通过解释扩大行政诉讼的适用范围，将一些主体虽然不是行政机关，但却实质上行使部分国家职能——证明职能的行为也纳入行政诉讼的范围。从理论上说，基于公证行为具有准行政的特点，^{〔32〕}将这类争议纳入行政诉讼也未尝不可，但容易导致行政诉讼范围的扩大化，也与公证体制改革去行政化的基本思路相悖，恐难为人们所接受。

公证行为违法的后果是特定公证书的违法存在，因此，问题可以转化为如何解决公证书的有效无效问题。笔者主张将这类问题作为涉及特殊民事权益的案件纳入民事诉讼特别程序加以解决。该程序的特别之处可以在民事诉讼法中专门予以规定，或在公证法中加以规定。这种方法的好处是可以回避纠纷的性质，使这类问题由法院民事审判庭行使审判权（具体体现为司法确认功

〔30〕 张文章主编：《公证制度新论》，厦门大学出版社2008年版，第283页。

〔31〕 严军兴主编：《中华人民共和国公证法释义》，人民法院出版社2005年版，第18页。

〔32〕 齐祥春、暴婕：《公证法律效力新论——兼与“效力程序说商榷”》，载前引〔3〕，张卫平等主编书。

能)加以解决。其理论根据在于,虽然关于公证书有效无效的问题不是公证机关与当事人或利害关系人之间的民事争议,但公证证明主要是关于民事活动、事实的证明,涉及当事人或利害关系人的民事权益。民事诉讼特别程序本身也是一个具有开放性和包容性的程序,这一程序中既包括没有民事争议但涉及民事权益的案件,^[33]也包括非民事争议的案件,如与民事权益完全无关的选民资格案件(民事诉讼法第146条),将无效公证书的司法救济纳入其中也许阻力更小一些。这种特别程序可以称为“请求确认公证书无效特别程序”。在这类案件中,直接利害关系人是启动该程序的申请人,没有相应的被告(公证机关因不是民事权益争议的主体不能作为被告)。虽然公证机构不是被告,但法院在特别程序审理中为了查明案件事实可以将具体的制作人作为证人传唤到庭。作为特别程序,实行一审终审。当然,不论是纳入行政诉讼程序,还是纳入民事诉讼特别程序,都需要法律修改作出相应的规定。

如果考虑到法院司法审查的负担以及顾及司法审查与公证行业管理的相互关系,强调公证管理的自主性,也可以将救济程序设计为:利害关系人可要求公证机构撤销其公证,而在公证机构驳回请求或不予理睬时,利害关系人可向公证协会提出复议,由公证协会复查后作出是否撤销的决定。这种救济不再被纳入司法程序,以减轻司法负担,强化公证协会对公证行业的管理机能。

四、公证证明与诉讼中的质证

我国的制度语境中,质证是一般情形下认定证据效力的必经程序。公证文书在有的情形下是对某些法律事实和文书的证明,这些法律事实和文书又对案件的主要事实或要件事实具有证明作用,所以无论是公证文书还是公证文书所证明的事项,也都是一种证据。这些证据是否需要质证,应根据具体情形来判断。笔者认为,应当质证的证据包括三类:第一类涉及公证书本身的真实性与合法性,即公证文书是否伪造、变造等;第二类是公证证明的事项在内容上具有很强主观性,公证不能保证其真实性的证据,典型的如证人证言;第三类是其他难以通过公证确认其真实性和合法性的证据,如诉讼内和诉讼外的鉴定结论等。除此之外其他经公证证明的事项,无需进行质证。其理由主要有以下几点:

1. 质证是为了便于法官认定证据的效力,认定证据的可采性和证明力大小。而法律已经排除了法官对公证证明内容(主要是案件裁判的证据事实)的可采性和证明力大小的自由判断余地,也就没有必要对公证证明的事实进行质证。在大陆法系国家如德国法就明确规定,只有公文书在形式上有缺陷时,才允许法官进行自由心证裁量(德国民事诉讼法第419条)。在理论上,真实存在的公文书的证明力是通过一系列有约束力的规则所确定的,在这些规则适用的范围内,不允许法官对公证证明内容的证明力进行自由裁量。^[34]

2. 从狭义上讲,质证是法庭审理的一个组成部分,质证作为一种程序和制度包含了一系列对各种证据予以质辩的过程和要求。例如,对书证、物证、视听资料进行质证时,当事人有权要求出示证据的原件或者原物(“民事证据规定”第49条)。对证人证言、鉴定结论、勘验笔录等证据的质证也有相应的要求(“民事证据规定”第52条至第60条)。如果要对公证证明的事实进行质证,就必然按照对一般证据质证的要求对作为公证证明内容的法律事实、行为、文书等进行质证,如此,公证证明的优越性便不复存在,公证制度的功能和作用也将丧失殆尽。

3. 公证证明形成的证据与鉴定结论、勘验笔录等证据有所不同。鉴定结论涉及鉴定的资质、

[33] 如宣告失踪(民事诉讼法第166条)、宣告死亡(第167条)、认定无民事行为能力(第170条)、认定财产无主(第177条)等案件。

[34] [德]罗森贝格等:《德国民事诉讼法》下册,李大雪译,中国法制出版社2007版,第885页。

对象、方法和程序的多样性和复杂性，勘验笔录也涉及勘验的方法和现场的差异性。这些多样性、复杂性和差异性使鉴定结论和勘验笔录的合法性、真实性和证明力大小等需要质证才能获得法官的认可。而公证证明形成的证据的真实性、合法性已经为公证证明活动所证明，因此排除和约束了法官的自由判断。同样，对法院生效裁判所确认的事实以及仲裁机构生效仲裁裁决所认定的事实也不可能作为质证对象进行质证，能够质证的仅仅是裁判文书和裁决书文本的真伪。

4. 虽然法律规定可以对公证提出反驳，从现行制度的规定来看，有足以推翻公证的相反证据时可以否定公证，但这种对公证证明的抗辩不过是广义上的质证而已，包括了在诉讼活动中的所有证据抗辩行为。^[35]一旦当事人对公证证明内容的真伪提出抗辩主张即提出反驳，反驳公证证明内容成立的证据反而需要进行质证，对作为公证证明内容的证据则不能进行质证，这是公证证明优越性使然。法官要通过质证证明反驳公证证明的证据的真实性、关联性、合法性以及是否达到了法律所要求的证明力。“足以推翻公证证明”虽然不是要求达到百分之百绝对化的程度，但应当满足民事诉讼证明标准中的“高度盖然性”。是否达到“足以”这样的高度盖然性的判断基准是经验法则。^[36]

笔者之所以将证据内容具有很强主观性的证据纳入质证的范围，是因为这些证据（如证人证言）即使经过公证也不能保证其陈述内容的真实性，公证只能证明该证言为该证人所言。证人证言的真实性仍然需要通过质证，通过证人询问才能去伪存真。这里也涉及到证人证言的公证能否替代证人出庭的问题。有人认为，我国证人出庭率低是由于证人出庭缺乏可靠的安全保障、没有提供适当的经济补偿、国民作证意识薄弱等原因，因此可以通过公证证人证言化解证人出庭作证难的问题。^[37]其实这是不同的问题，证人出庭主要是有利于法院查明案件事实，辨别证人证言的真伪，证人不出庭就无法达到这一目的，因此法律上要求除确有困难不能出庭的以外，证人都负有义务出庭作证。公证无法解决证人证言内容的真实性问题，因此也就不能成为解决证人出庭作证难的方法。

结 语

本文对公证证明效力的研究，不仅是为了对其中的问题进行理论阐释，同时也试图就公证证明效力制度规范的调整和完善提出自己的建议。当下正值民事诉讼法的新一轮修订，笔者提出以下建议供立法和司法解释者参考。

1. 调整民事诉讼法第 67 条和公证法第 36 条的表述。其一，经过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。其二，将但书规定分为三种情形：（1）当事人有相反的证据足以证明经公证证明的法律行为、法律事实和文书不符合事实的；（2）当事人有证据证明公证书书伪造的；（3）当事人有证据证明公证行为违法的。这样的调整避免了原规定中“相反证据足以推翻公证（公证证明）的除外”这样模糊的表述。

2. 在民事诉讼法第 67 条和公证法第 36 条中增设一款，明确规定“公证文书对公证事项具有完全的证明力”。

[35] 参见毕玉谦主编：《〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 363 页。

[36] 所谓经验法则，是指人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则或知识。经验法则既包括一般人日常生活所归纳的常识，也包括某些专门性的知识，如科学、技术、艺术、商贸等方面的知识等。参见张卫平：《认识经验法则》，《清华法学》2007 年第 5 期。

[37] 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 136 页。

3. 在民事诉讼法“证据与证明”部分明确规定经公证证明的事项作为证据时其证明力具有优越性。

4. 在民事诉讼法中规定,法院在审理民事案件时如果涉及公文书的真伪,须向公文书的制作机构询问。在司法解释中明确公证书应包含在内。

5. 在民事诉讼法中明确将当事人要求确认公文书真伪的诉讼作为确认之诉之一加以规定。在司法解释中明确将当事人要求确认公证书真伪的诉讼纳入此类诉讼。

Abstract: The notarial certification has legal effect both on the court and the parties. The facts in the case under notarial certification have binding forces to the court, which means the court should make decisions on the basis of these facts. At the same time, the party who has provided the notarial certification can be released from the burden of proof. The probative force of the notarial certification is higher than other evidences, because the legal effect of the notarial certification arises from legal presumption. Such presumption is based on following reasons. The notarial office exercises the state notarial functions, and the Notarization Law ensures the authenticity and impartiality of the notarial certification by means of substantive and procedural rules. There are two modes of proof that the notarization can prove the facts of the case, i. e., multi-mode of proof and single-mode of proof. However, the notarial documents in both modes are all one kind of evidence. The evidential property of notarial document is documentary evidence. Actually, it's a kind of public document and reportorial documentary evidence.

The authenticity of the notarial document directly brings the problem whether the civil rights and obligations exist, thus the Civil Procedure Law ought to prescribe that the parties can use civil action to settle the dispute over its authenticity. The matters proved by the notarial certification are immune to cross-examination, except for the authenticity and legality of the notarial document itself, the matters with strong subjectivity, and other matters which is hard to be certificated authentic or legal by the notarization. And last, there are two possible ways to remedy the illegal notarization, i. e., to build up an extraordinary proceeding in the civil procedure law, or to build up a non-judicial proceeding organized and exercised by the Notary Association.

Key Words: notarization, probative effect, evidential property, notarial document
