

论公证调解的实践困境、理论基础与优化路径

张海燕 华蕴志

摘要: 作为多元化纠纷解决机制的组成部分,公证调解体现了公证制度由“纠纷预防”向“纠纷解决”的功能扩张。其制度发展大致沿循中国式法治现代化道路,经历了小调解、大调解以及司法辅助事务参与三个阶段,但实践中存在的运行无序性、发展依附性与功能模糊性三重困境阻碍了其解纷效能的发挥。在理论层面,多中心社会治理模式、“案多人少”困境下公民合法权益保障,构成公证调解的外部正当性基础,功能扩张的公证改革总趋势、评价型调解、多元公证业务衔接的比较优势,构成公证调解的内部正当性基础;来源于公证权的调解权与定性为社会调解的制度属性,使得公证调解独立于人民调解和司法权。在制度层面,应当以规范化逻辑为指引,确立完善公证调解制度的“三步走”总体方案,以社会化逻辑为导向明确多元化调解类型与调解模式,以专业化逻辑为牵引发挥衔接多元公证业务结案方式的调解协议执行优势。可采用“一般涵盖+重点突出+负面清单”的基本思路确定调解范围,同时适用单一“认证调解员”制度,并采用“规定上限+弹性计费”方式确定调解费用。

关键词: 公证调解; 公证权; 社会调解; 多元化纠纷解决机制; 国家治理现代化

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2024.04.013

一、引言

作为多元化纠纷解决机制的重要组成部分,公证调解体现了公证制度由“纠纷预防”向“纠纷解决”的功能扩张。公证本质上是一种特殊的证明活动^①,其所产生的证明效力、要件效力与执行效力对于保障社会信用、维护交易安全具有不可替代的作用,因此,公证制度被普遍定位为一种预防性法律制度^②。目前,公证调解不再只是一种证明活动,而是公证制度纠纷解决功能的体现,指的是经当事人申请或同意,在公证调解员主持下进行的纠纷调解活动^③。多元化纠纷解决机制具有制度与治理的双重面向,前者是包括诉讼、调解、仲裁等多种纠纷化解制度的集合;后者则是聚合各类主体与资源,以预防和化解纠纷的形式应对社会主要矛盾变化^④。以多元化纠纷解决机制为观察视角,公证调解的制度演变具有纠纷解决功能不断强化、国家治理效能日趋凸显的特征。

公证调解的历史沿革大致可分为三个阶段:第一,新中国成立后的小调解阶段。由于计划经济背

基金项目: 司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“公证法修改背景下赋强公证债权文书执行制度研究”(22SFB3017); 山东省社科基金重点项目“创新性国家战略视角下知识产权保护机制的现代化”(22BFXJ01)。

作者简介: 张海燕,山东大学法学院教授,博士生导师,山东大学国家治理研究院研究员(青岛 266237; law_haiyan@163.com); 华蕴志,山东大学法学院博士研究生(青岛 266237; 18802450087@163.com)。

① 马宏俊主编:《公证法学》,北京:北京大学出版社,2013年,第1页。

② 张福森:《建立和完善有中国特色的公证制度》,《中国公证》2004年第11期。

③ 公证调解的概念缺乏统一界定,实践中大致存在三种观点:一是仅对公证后事项在履行过程中发生的纠纷予以调解的狭义说;二是除狭义概念界定的范围外,还包括当事人为办理公证而请求公证员调解纠纷的广义说;三是将对调解协议赋予法律效力的公证活动也纳入公证调解范畴的超广义说。本文出于在明确公证调解基本特征的基础上为其保留充分发展空间的目的,在广义说基础上增加了当事人单纯请求公证调解的情形。

④ 顾培东:《国家治理视野下多元解纷机制的调整与重塑》,《法学研究》2023年第3期。

景下的纠纷具有简单性特征,基层调解员与人民法庭会依据道德习俗和法律原则对邻里纠纷等轻微案件进行调解,这种模式被称为“小调解”^①。这一时期,公证制度已经被赋予了调解功能,但作用范围仅限于和公证证明有关的纠纷^②,其功能极其有限,且并未被赋予国家治理的意涵。第二,社会转型期的大调解阶段。改革开放后,我国经济体制与社会结构均发生深刻变化,各类纠纷数量激增,难以以为单一的调解方式所消化,并在司法资源紧张的情况下引发了“案多人少”困局。作为应对之策,“大调解”机制应运而生^③。作为一种纠纷解决方式,公证调解也被纳入“大调解”机制之中,完成了初步的规范化^④,但在多元解纷机制中仍处于辅助性、边缘性地位。第三,司法辅助事务参与阶段。以2016年《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》的颁布为先导,以2017年最高人民法院与司法部联合下发的《关于扩大公证参与人民法院司法辅助事务试点工作的通知》(以下简称司助试点工作通知)为标志,公证调解真正为实践所重视。在2019年试点范围扩大至全国后,参与诉讼先行调解成为目前公证调解的主要实践方式^⑤。随着适用范围的扩大,公证调解逐渐成为纠纷治理的独立主体,与其相关的实践探索与学理讨论也具有了一定价值。

在国家治理现代化背景下,纠纷解决机制日益多元化,公证调解也沿着以制度完善、多元共治、人民至上为特征的中国式法治现代化道路前进^⑥。然而,诸多历史因素的叠加也导致公证调解出现了偏离法治化发展轨道的实践困境,具体表现为种类、模式、程序、主体资格与收费方式缺乏规范性,使得公证调解实践操作无序,与人民调解、司法调解相混同导致公证调解定位不清,公证调解的特殊优势难以发挥,出现制度效能减损,等等。学界对于上述问题少有关注,现有成果基本为围绕公证实践进行的对策性研究,对实践问题背后的历史成因与理论基础缺乏深入讨论^⑦。基于此,首先以历史分析法总结归纳公证调解的实践困境及其成因,为后续的理论分析与对策建议锚定目标;然后通过证成公证调解的正当性与独立性,奠定破解困境的理论基础;最后立足本土实践经验,吸收借鉴域外制度设计,以公证调解的应然逻辑为指引提出体系化的制度优化方案。本文围绕公证调解的实践困境展开论述,碍于篇幅制约与结构安排,诸如公证调解的程序正义构建、公证调解与执行程序的具体衔接以及当事人程序救济取得等问题,难以详作阐明。

二、公证调解的实践困境

在多元化纠纷解决机制中,公证调解是一项既传统又新兴的制度。新中国成立初期,公证调解便成为一项边缘性的公证业务,近年来则因政策推动活跃于人们的视野。在建设良法善治的法治中国

① 林喜芬:《社会矛盾调处与“大调解”解纷模式的完善——基于社会主义新时期的语境思考》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期。

② 当时有公证实务人员撰文表示:“只要与公证有关的问题和轻微纠纷,协助当事人进行调解,不仅有利于生产,也能增强人民团结。”参见赵德:《公证工作也能敢想敢做敢说》,《法学》1958年第9期。

③ 大调解是指在党委、政府的统一领导下,由政法综合治理部门牵头协调、司法行政部门业务指导、调解中心具体运作、职能部门共同参与,通过整合各种调解资源,最终实现对社会矛盾纠纷的协调处理。参见章武生:《论我国大调解机制的构建——兼析大调解与ADR的关系》,《法商研究》2007年第6期。

④ 公证调解在该阶段完成了初步制度化转变,其标志是1990年司法部颁布的《公证程序规则(试行)》中第五十四条对于“办理公证后公证调解”的规定。

⑤ 公证参与调解的案件既可能来自于立案前,也可能来自于立案后,与学界通说对先行调解制度发生阶段的界定相一致。关于先行调解发生阶段的观点,参见李浩:《先行调解制度研究》,《江海学刊》2013年第3期。

⑥ 公丕祥:《习近平法治思想与中国式法治现代化》,《法学家》2022年第5期。

⑦ 代表性成果参见王嘎利:《民事司法确认程序与公证调解制度的耦合》,《云南大学学报(社会科学版)》2017年第6期;陈梅英:《论公证调解的模式、类型及其受案范围》,《中国公证》2017年第4期;暴婕、张庆东:《大陆法律强势公证制度与ADR的内在契合——对公证调解职能的再认识》,《中国公证》2008年第7期。

大背景下^①,公证调解应当秉持规范化的应然发展进路,但在实践中却存在着运行无序、发展依附与功能模糊等困境。制度规范性的缺乏使得传统法教义学研究方法难有用武之地,故从制度发展史的角度对公证调解现存困境的表征与成因进行探究。

(一)公证调解运行的无序性

阻碍公证调解发展的主要困境在于规范性缺乏导致的制度运行无序性。目前,构成公证调解规范基础的仅有《公证程序规则》第五十六条^②,该条款内容沿袭1990年《公证程序规则(试行)》第五十四条,2002年、2006年与2020年的三次规则修正均未发生变化。从规范制定背景观察,该条款内容是对计划经济时期公证调解实践习惯做法的简单总结。在小调解模式下,作为一种附带性纠纷解决措施,公证调解更倾向于实践操作的便宜性而非规范性,因而其难以应对当下诉讼激增对公证调解产生的一般性、常态化解纷新需求。具体而言,下述两种紧张关系导致了公证调解实践的无序性:一是规范内容僵化与解纷范围扩张间的紧张关系。《公证程序规则》第五十六条将公证调解限定为“证后调解”,实务人员据此认为当未经公证的事项引发纠纷时,即便当事人达成调解合意,公证机构也因为缺乏调解权而不得调解^③。在实践中,“证前调解”“证中调解”^④与“公证参与先行调解”等多元化的调解类型已经存在并取得了良好社会效果。以上海市杨浦公证处为例,在其于2011年至2014年处理的公证调解案件中,71.4%为“证前调解”,17.2%为“证中调解”,而作为公证调解法定类型的“证后调解”仅占11.4%^⑤。但因为突破了既有规范约束,杨浦区的证前调解与证中调解等公证调解实践实际处于“违法”状态。二是规范内容粗疏与解纷期待提升间的紧张关系。现行规范仅对公证调解的启动条件与调解结果予以简单规定,调解人员、调解程序、调解模式与收费标准等相关规范均缺失。即在公证调解被赋予高效解纷的社会期望的背景下,公证调解的相关规范却难以为实务工作提供指导。

(二)公证调解发展的依附性

公证调解在不同发展阶段分别对人民调解和司法权具有依附性,其作为解纷主体的独立地位被削弱,公证调解制度的发展空间被压缩。第一,在大调解阶段,公证调解的制度定位与运作形式依附于人民调解。关于“大调解”机制的政策性文件并没有与公证调解相关的表述,公证调解被界定为广义的人民调解^⑥。这导致公证员常常以社区、村委会法律顾问或“有关社会组织的人员”^⑦等身份参与人民调解活动,主要从事法律咨询和调解协议公证证明等事务。产生这一现象的原因大致有二:一是“大调解”机制的工作重心是人民调解、行政调解与司法调解^⑧,公证调解处于边缘性位置;二是当时的公证机构处于改革动荡期,公众对公证调解的了解度和认可度均不高,同时,公证机构难以抽调人力物力独立调解。第二,在司法辅助事务参与阶段,公证调解依附于司法权,“把非诉纠纷解决机制挺在前面”的前段疏导效能难以发挥。公证调解对司法权的依附体现在以下三个方面:一是经济依

① 张文显:《论中国式法治现代化新道路》,《中国法学》2022年第1期。

② 《公证程序规则》第五十六条:经公证的事项在履行过程中发生争议的,出具公证书的公证机构可以应当事人的请求进行调解。经调解后当事人达成新的协议并申请公证的,公证机构可以办理公证;调解不成的,公证机构应当告知当事人就该争议依法向人民法院提起民事诉讼或者向仲裁机构申请仲裁。

③ 马维克:《对公证调解的法律认识》,《中国公证》2008年第5期。

④ 证前调解与证中调解是实务中从公证程序视角对公证调解类型的划分,前者是指公证员在日常法律咨询时发现潜在纠纷并予以调解的活动,后者是指公证员对在办理公证程序中发生的纠纷予以调解的活动。

⑤ 蔡煜:《创新公证调解工作是提高公证公信力的好方式——对35起民事纠纷进行公证调解的体会》,《中国公证》2014年第11期。

⑥ 王喜凤:《让公证调解发挥更大作用》,《中国公证》2007年第8期。

⑦ 《中华人民共和国人民调解法》第二十条第一款:人民调解员根据调解纠纷的需要,在征得当事人的同意后,可以邀请当事人的亲属、邻里、同事等参与调解,也可以邀请具有专门知识、特定经验的人员或者有关社会组织的人员参与调解。

⑧ 2011年由中央社会治安综合治理委员会等16个部门联合发布的《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》提出,“坚持调解优先,依法调解,充分发挥人民调解、行政调解、司法调解的作用”。

附。公证参与先行调解的经费主要由法院以财政资金购买诉讼辅助事务服务的形式承担,调解场所也多为法院提供。以浙江省桐乡市公证处为例,2017年至2022年,该公证处参与先行调解的案件数量增长了约263.4%,但实际收费总额却只增长了48.8%^①。除公证调解被当作公益服务而需公证机构自行补贴外,法院提供经费支持是公证调解能维持运作的主因。二是权威依附。有观点认为,将公证参与先行调解的性质界定为司法调解或准司法调解,可以强化公证调解的公权力色彩,部分公证员为提高当事人的信任度,在调解实践中也会含混地暗示自己属于司法工作人员^②。三是程序依附。由于缺乏独立的调解程序规范,公证参与先行调解往往由法官主导,公证调解员仅发挥法官助理甚至书记员的作用,调解程序也呈现明显的审判化特征^③。

(三) 公证调解功能的模糊性

公证调解被期待具有诉外纠纷解决、缓和司法压力的功能,但因工具性制度定位和比较优势被忽略,公证调解的这一应然功能趋于模糊。一方面,无论是在大调解阶段还是在司法辅助事务参与阶段,公证调解的发展始终依靠外部政策推动而缺乏内在驱动力,此种发展模式极易扭曲公证调解的原初制度目标而诱发使其沦为政策性工具的风险。例如,部分法院将公证调解单纯作为“缓和立案压力”“暂时分流案件”的前置程序,其原因在于公证调解并未被置于国家治理的宏观框架下予以整体化观察。另一方面,公证调解往往被当作一般性的调解制度,其比较优势被忽视会导致缓和司法压力的功能严重弱化。例如,依司助试点工作通知的规定,立案后的案件可以委托调解的方式移转至公证机构进行调解,但假如调解成功,当事人并不能请求公证机构对调解协议进行赋强公证,只能申请司法确认,这种做法实际上并未减轻法院负担。此种实践方式势必引发制度正当性质疑:既然公证调解并不比其他调解方式具有更佳的社会效果,其是否还有存在的必要性?实践中,该问题已被注意到且部分地区已在尝试探索应对之策。例如,对于委托调解成功的案件,四川省成都市律政公证处创新性地以“说服当事人主动撤诉”的方式结案,此类案件数量占比高达41.3%,与采取申请司法确认方式结案的案件数量相差不大^④。但此种创新忽视了公证调解的执行效果保障,难以阻止因调解协议履行而产生的“二次纠纷”涌入法院。

综上,公证调解发展所面临的三重困境具有成因多元、相互作用的特征。模糊性困境的另一个侧面是对公证调解性质与调解权的研究不足,在理论层面导致了依附性困境,而依附性困境与模糊性困境的共同作用又导致了公证调解的规范性弱化,进而导致实践操作的无序性。因此,为寻求破解之策,有必要从理论探究与制度完善两个层面展开讨论。

三、公证调解的理论基础

造成公证调解三重发展困境的因素之一是基础理论研究的不足。对公证调解外部正当性的认识不足导致制度功能定位的偏移,对公证调解内部正当性的忽视则使得制度比较优势难以发挥。调解权来源的犹疑与调解性质的模糊,破坏了公证调解独立发展的基础,致使其不得不依附于人民调解与司法权。公证制度是否具有纠纷解决的功能,其相较于其他调解方式有何种优势,公证程序中证明权与调解权之间存在何种关系,公证参与先行调解是否为司法授权的结果等理论问题,均需在论述公证调解的正当性与独立性的过程中予以回应。

① 金月红:《诉源治理机制下公证调解的价值与实践探索》,《中国公证》2022年第9期。

② 张瑜明:《公证调解的优势与短板》,《中国公证》2022年第2期。

③ 张瑜明:《公证调解的优势与短板》,《中国公证》2022年第2期。

④ 李勇:《公证“编外法官”,多元解纷新力量——转化公证调解职能,创新纠纷化解范式》,《中国公证》2021年第8期。

(一) 公证调解的正当性

1. 公证调解的外部正当性。第一, 公证调解与多中心社会治理模式相契合。多中心社会治理模式旨在规避“利维坦”方案与“私有化”方案的缺陷, 通过多元社会主体的协商互动形成自发秩序, 并借由可信承诺与相互监督实现公共物品的优化配置^①。党的十九大报告提出“打造共建共治共享的社会治理格局”^②, 该理念意在推动由政府主导的单中心向度的社会管理模式向多元社会主体参与的多中心向度的社会治理模式转变。多元化的纠纷解决是社会治理的组成部分, 公证调解作为纠纷治理的方式之一, 在以下三个方面与多中心纠纷治理模式相契合: 其一, 与多主体协同参与的秩序构建特征相契合。多中心模式下的纠纷治理强调积极动员社会力量, 实现治理主体的多元化, 发挥公证机构的调解功能, 以构建解纷新秩序。其二, 与纠纷主体意思自治的解纷方式特征相契合。不同于单方判断、强制履行的诉讼程序, 公证调解以当事人自主达成调解协议与自愿履行为核心, 体现了多中心纠纷治理模式下以当事人可信承诺取代外部强制的理想图景。其三, 与司法权监督救济的角色转变特征相契合。仅凭当事人承诺无法确保公证调解的效果实现, 还需要以法院在法定情形下对调解协议的撤销与强制执行为保障, 这正是司法权主体由纠纷解决的主导者向诉外解纷的监督救济者角色转变的体现。

第二, 公证调解是“案多人少”困境下实现公众合法权益保障的重要手段。改革开放以来, 我国进入整体转型阶段, 社会矛盾纠纷呈现主体多元化、利益诉求复杂化、类型多元化等特点^③。由于传统的社会控制机制难以应对纠纷治理新挑战, 公众诉诸诉讼程序解决纠纷的意愿日趋强烈, 法院系统难负其重, “案多人少”的困境不断凸显。诉讼资源短缺与纠纷解决需求旺盛间的内在张力, 导致公众合法权益处于不安定状态, 构成危及社会秩序的不稳定因素, 并对国家治理形成新的挑战。公证调解作为一种重要的应对手段, 在解纷主体、解纷方式与解纷效果三个维度满足了有效减轻司法负担与为社会公众提供高效、优质且低廉的解纷服务的新期待。其一, 解纷主体社会化。公证调解的正当性之一在于其打破了司法权在纠纷解决中的垄断地位, 以社会化的方式实现了权力下放, 公证机构辅助法院系统发挥案件分流功能。而公证机关由于自身不具有公共管理职能, 在客观上可以产生更为“平和亲民”的调解效果^④。其二, 解纷方式自由化。区别于诉讼的严格程序制约, 公证调解的纠纷解决建立在当事人达成合意的基础之上, 公证调解员扮演信息传递者、法律咨询提供者而非纠纷裁决者的角色。这种以服务为特征的自由化解纷方式有助于最大程度实现各方当事人的预期利益, 修复受损的社会关系。其三, 解纷效果的优质化。在当事人达成调解协议后, 公证机构除可提供协议履行的辅助性服务外, 还可通过对调解协议进行公证证明或赋强公证, 降低公证调解与诉讼程序或执行程序的衔接成本, 在实质性地实现案件分流的同时, 也进一步提升了司法解纷的效率。

2. 公证调解的内部正当性。第一, 公证调解彰显公证改革的总体趋势。实践中存在着一种在规范层面对公证调解正性质疑的观点, 即尽管《公证程序规则》第五十六条对公证调解予以规定, 但作为上位法的《中华人民共和国公证法》(以下简称《公证法》), 其第十二条^⑤对非证明业务事项的封闭式列举并未包含公证调解, 因而公证调解的存在于法无据。鉴于公证立法的滞后性, 我们需要跳出规范文本而从公证改革的宏观视角对公证调解的正当性予以审视。我国公证改革大体存在两条并行的主

① 埃莉诺·奥斯特罗姆:《公共事务的治理之道:集体行动制度的演进》, 余逊达、陈旭东译, 上海:上海译文出版社, 2012年, 第2—3、11—19、49—54页。

② 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》, 《人民日报》2017年10月28日, 第1版。

③ 岳彩申:《新常态下的公证创新》, 《中国公证》2017年第9期。

④ 龙飞:《论多元化纠纷解决机制的衔接问题》, 《中国应用法学》2019年第6期。

⑤ 《公证法》第十二条:根据自然人、法人或者其他组织的申请, 公证机构可以办理下列事务:(一)法律、行政法规规定由公证机构登记的事务;(二)提存;(三)保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书;(四)代写与公证事项有关的法律事务文书;(五)提供公证法律咨询。

线,一条主线以公证机构体制改革为核心,即从行政制向事业单位制与合作制转变;另一条主线则是以公证制度功能改革为核心,即从公证证明向“服务、沟通、公证、监督”^①的社会综合法律服务转变。公证调解的兴起体现了公证制度功能改革的大趋势,是公证事业回归法律服务业定位、公证制度发挥社会公正保障功能的必然要求,故学术研究重心也应当转移至对公证调解来源的讨论与对公证调解和公证证明间关系的分析上来。

第二,公证调解兼具公证制度与评价型调解的综合优势。以“合法性-合意性”与“降低成本-恢复秩序”两组对立的取向为基础构建坐标体系,日本学者棚濑孝雄将调解划分为判断型、交涉型、教化型与治疗型四种类型^②。以上四种调解仅是为有效把握复杂的实际所构建出的理想类型,并不能与制度现实完美对应,公证调解兼具判断型调解与交涉型调解的特征,可被称为评价型调解^③。评价型调解有效填补了判断型与交涉型两类调解的不足,并具有一般类型调解所不具备的特殊优势:其一,公证调解以促进当事人相互沟通达成合意为基础,同时,公证调解员依据专业的法律判断为当事人提供兼具合法性与合理性的纠纷解决方案,从而避免了因当事人交涉的不确定性而导致的解决结果的实质不公平。其二,为实现结果合法性的要求,公证调解可以依当事人申请凭借法律相关授权进行证明材料或关键事实的核实^④,从而消解了判断型调解中判断与强制之间的不对称这一矛盾。此外,评价型调解依托于公证制度而展开,在调解协议达成后,可视当事人意愿选择性地开展赋强公证、委托登记、提存等多元化公证业务,与一般类型调解仅依靠当事人自愿履行相比,可以更为有效地保障调解结果的实现。由此可见,公证调解在多元化纠纷解决机制中具有不可替代的重要地位。

(二) 公证调解的独立性

1. 公证调解独立于人民调解的关键在于调解权来源。人民调解的调解权本质属于基层群众自治权^⑤,但公证调解的调解权来源并不清晰,导致其在实践中往往被当作广义的人民调解。依对公证调解概念的界定,公证调解包含单纯公证调解^⑥与涉证明公证调解两类,后者根据调解与证明的先后关系,又可分为证明前公证调解与证明后公证调解。以上三类公证调解的调解权均来源于公证权,具体体现为以下三个方面:

第一,公证调解的内在要求与公证权基本特征相一致。公证是法律信用体系的重要组成部分,因而建立在客观合法基础上的公正性是公证权的基本特征,公证法第十三条对此也予以确认。此外,依公证法第六条之规定,公证机构“依法独立行使公证职能”,要求公证权须持社会公益保护的立场,突出中立性特征。而公证调解活动的内在要求,诸如遵守绝对的中立性与公正性,独立于他人和增加对自己行为的责任等,与公证活动背后的公证权基本特征相符。因此,关于公证权与调解之间存在“明显”“自然”“准实质性”联系的观点普遍存在^⑦。

① 《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》(1993年11月4日中国共产党第十四届中央委员会第三次全体会议通过),载中共中央文献研究室编:《新时期经济体制改革重要文献选编(下)》,北京:中央文献出版社,1998年,第1010页。

② 棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,北京:中国政法大学出版社,1994年,第54页。

③ 评价型调解源于对“评价型非诉讼程序”概念的借鉴,后者在保留合意、自愿的基本形式前提下,以追求效率和法律正确的结果为目的。参见范愉:《非诉讼程序(ADR)教程》(第4版),北京:中国人民大学出版社,2020年,第98—99页。

④ 公证法第二十九条:公证机构对申请公证的事项以及当事人提供的证明材料,按照有关办证规则需要核实或者对其有疑义的,应当进行核实,或者委托异地公证机构代为核实,有关单位或者个人应当依法予以协助。如后文所述,公证调解权源于公证权,因此公证核实权也可应用于公证调解程序,只是受当事人意思自治原则约束,不得主动为之。

⑤ 陈尧、王哲:《中国城市基层社会自治发展的路径——以改革开放以来城市人民调解制度的发展为例》,《上海行政学院学报》2020年第3期。

⑥ 所谓单纯公证调解指的是当事人并不以公证证明为目的,而是单纯请求公证员调解纠纷的情形。

⑦ Yarkov V. V., Rents I. G., “Notariat and Mediation: New Opportunities of Information Technology in the Context of Competition of Legal Frameworks”, *Proceedings of the XVII International Research-to-Practice Conference dedicated to the memory of M.I. Kovalyov*, 2020, pp. 156-160.

第二,涉证明公证调解是公证权运作过程中的效用原则的体现。效用原则指向的是公证人行使公证权时所需履行的基本公证义务,即公证人作为文书条款效用性的担保人,需保证公证文书的法律安全^①。效用原则主要强调公证文书的合法性,但同时也要求应当产生当事人所期待的效果^②。因此,效用原则的实现往往与调查义务和咨询义务密切相关,公证人通过以上两种手段明确公证对象和当事人意思表示的真实性。当咨询义务逐渐演变为独立的法律咨询业务后,证明前公证调解实际是效用原则下法律咨询义务的扩大化。需要注意的一点是,证明前公证调解应当当事人申请而启动,与公证证明中的咨询义务具有根本性的差异。如卡拉什尼科娃所言,调解的适用应被视为公证人的权力,而不是一种义务^③。证明后公证调解同样是公证权效用原则向后延伸的结果,而非基于《公证程序规则》第五十六条所暗含的监督检查义务^④。只不过由于此时的公证调解已经与之前的公证证明程序相分离,因而效用原则更多地是在公证职业道德的层面上发挥作用,即“如果他起草文件的各方之间发生纠纷,公证人对他起草的文件负有道德责任”^⑤。

第三,单纯公证调解是公证权价值定位的体现。公证权的价值定位是以提供法律服务的方式对公益与私益兼顾保护。一方面,公证权通过公证证明与赋强公证“防止善意的人们之间产生争议,遏制贪婪者实现非法争讼的欲念”^⑥。另一方面,公证权通过法律咨询等服务为当事人提供合法权益最大化的解决方案。单纯公证调解并不以公证证明为目的,但却反映了公证权赋予公证人以当事人无私法律顾问的身份,以法律咨询的方式为纠纷解决提供兼顾合法性、适宜性与道德性方案的私益保护价值。

公证调解依托公证权而展开,但公证证明并非公证调解的目的指向或必然后果。当事人既可以基于公证调解区别于人民调解的比较优势而单纯请求公证调解员化解纠纷,也可以为避免自愿履行风险而衔接公证赋强程序,以便借助“可直接申请强制执行”的潜在法律效果对不诚信的行为人形成威慑。

2. 公证调解独立于司法权的关键在于制度属性。公证调解因被定性为司法调解或准司法调解而依附于司法权。对于公证调解独立于司法权这一问题的证成需要从两个层面展开:一是公证调解的制度属性为何,二是在参与司法辅助事务的场景下,公证调解的制度属性是否发生改变。

第一,公证调解应当定性为社会调解。其一,从调解权性质分析,公证权属于社会公共权力。关于我国公证权的性质,通常有行政权说、司法权说、国家证明权说与社会证明权说四种观点^⑦。既有观点除社会证明权说外,均将公证权定性为公权力,该观点立足于我国对公证制度的早期实践,但却忽视了公证权性质的嬗变过程。笔者认为,在经历了国家权力社会化阶段后,公证权性质已经由国家权力转变为社会公共权力^⑧。具言之,在罗马法时期,作为现代公证人原型的“达比伦”为私人起草文书后,须在法庭宣誓后才具有诉讼证明力^⑨;而在新中国成立初期,公证权被定义为“人民法院为了确

① 让-吕克·奥贝赫:《公证人之民事责任》(第5版),夏·科罗改编,唐觉译,上海:上海人民出版社,2015年,第83页。

② 让·叶戈、让-弗朗索瓦·皮伊布:《公证执业法》,唐觉译,北京:法律出版社,2008年,第132页。

③ Kirvel I., “Notaries as Mediators in the Republic of Belarus”, *Białostockie Studia Prawnicze*, 2017, 22(4), pp. 281-291.

④ 基于公证权的公权力色彩,新中国成立初期的公证制度强调对公证后公证事项的履行也负有监督检查的义务。如1954年5月,最高人民法院西北分院在《西北公证工作情况专题报告》中提出:“……二、为了保证公私合同的正确履行,必须做好公证前的合同审查工作与公证后合同实施过程中的监督和检查工作”。参见蔡煜:《中国公证史编年(1902—1979)》,上海:上海人民出版社,2018年,第278页。

⑤ Purnamawati N. L. G., “Notary: Mediator in Mediation of Land Dispute of the Parties in the Deed”, *Proceedings of the 3rd International Conference on Business Law and Local Wisdom in Tourism*, 2023, pp. 630-635.

⑥ 让-吕克·奥贝赫:《公证人之民事责任》(第5版),瑞夏·科罗改编,唐觉译,第4页。

⑦ 段明:《公证债权文书执行研究:基于公证权与司法权的关系视角》,北京:清华大学出版社,2021年,第48—51页。

⑧ 笔者认为,尽管社会证明权说将公证权定性为社会公共权力,但该说亦不足采。原因是公证权的本质在于以中立立场为社会提供多元法律服务,单独的证明权无法全面呈现其权力内容。

⑨ 张文章主编:《公证制度新论》,厦门:厦门大学出版社,2005年,第6—7页。

保国家财产和人民正当权益而拓展的一项新工作”^①。由此可见,无论在域外还是在我国,早期的公证权都是司法权的一部分。从国家权力的嬗变历史来看,世界各国均经历了权力社会化的运动。国家权力社会化是指随着市场经济的发展,国家与社会的一体化格局被打破,国家将原本由其垄断的一部分权力逐步“下放”给相关社会民间组织行使的过程^②。在司法权社会化过程中,公证权从司法权中剥离出来,以立法的形式被授予符合法定条件的公证机构,而这些公证机构可以自己的名义独立行使该权力并自行承担法律责任,由此实现了公证权的“去国家权力化”。这些具有独立地位的公证机构,拥有以公证公信力为核心的社会资源,并在市场交易秩序构建、纠纷事前预防等方面对国家与社会产生巨大影响力,从而具备社会公共权力的构成要素^③。其二,从调解主体性质分析,公证员非国家公职人员。20世纪90年代后,党和国家的政策将公证组织定性为“与政府部门彻底脱钩”的“法律服务业”的“社会组织”^④。至2017年底,公证机构已全部由行政制转为事业单位制与合作制,从未来改革趋势观察,事业单位制也将被以合作制为代表的社会参与型的多元组织形式所取代^⑤。在此背景下,公证员身份逐渐由“公务员”向“社会人”转变。而从比较法视角观察,公证人职务的双重性成为全球现代公证的普遍标志。按照国际公证人联盟官方文献的阐述,“公证人由国家任命,其服务对社会整体利益负责……既不是行政官员,也不属于任何官方机构”^⑥。换言之,公证人的“公”不是指代公职身份,而是指向提供具有“公信力”的“公共法律服务”。

第二,在参与司法辅助事务的场景下,公证调解的制度属性应保持不变。从实然层面观察,如果“依据法院介入调解活动的程度来定性”^⑦,公证委派调解在立案前进行,且当事人对调解成功案件可申请赋强公证,法院介入程度较低,故其可被界定为社会调解。而公证委托调解发生在立案后,调解成功案件需进行司法确认,法院介入程度较高,可被界定为准司法调解。但从应然层面分析,公证参与先行调解的性质应统一为社会调解不变。这需要对以下两点质疑进行回应:一是公证机构获取案件是否为司法权作用的结果?二是法官直接或间接地参与调解是否会改变公证调解的性质?对于第一点质疑,公证参与先行调解的启动虽以法院对于何种案件适宜分流调解的判断为前提,但在根本上并非司法权作用的结果,而是经历了“当事人申请/同意调解+公证机构受理调解”两个环节。前一环节基于当事人的调解权^⑧,后一环节则基于公证机构的公证权。因此,不能按照一般的委托关系理论,认为公证机构是由于法院的授权才得以对案件进行调解,这种认识实际上是将公证参与先行调解与协助调解制度相混淆。对于第二点质疑,法院在实践中或隐或显地主导调解的现象的确与公证参与先行调解的目的相背离。公证参与先行调解的目的在于引入多元解纷主体,通过诉前案件分流缓解司法压力,如果一味强调法官参与调解活动甚至占据主导地位,则必然使上述目的落空。或许,法院工作人员会产生疑虑,当事人一经起诉便产生诉讼系属,法院理应行使司法权并垄断对于纠纷的解决,如何能允许案件脱离法院控制而进入到另一非诉纠纷解决程序中去呢?这一疑虑并非全无道理,如果允许同一纠纷同时进入诉讼程序和诉外解纷程序,那可能会产生司法程序空转、处理结果矛盾等现实风险。然而,我国民事诉讼改革以建立大陆法系的当事人主义诉讼模式为目标,在该诉讼模式下

① 转引自蔡煜:《中国公证史编年(1902—1979)》,上海:上海人民出版社,2018年,第251页。

② 郭道晖:《权力的多元化与社会化》,《法学研究》2001年第1期。

③ 关于社会公共权力的构成要素,参见郭道晖:《社会权力:法治新模式与新动力》,《学习与探索》2009年第5期。

④ 薛凡:《公证改革的逻辑——基于公证属性、全球和中国语境展开》,厦门:厦门大学出版社,2018年,第115—116页。

⑤ 廖永安、张红旺:《历史与未来:公证体制改革视域下的公证组织法律性质——基于公证权的社会化视角》,《法治现代化研究》2023年第1期。

⑥ 转引自司法部律师公证工作指导司编:《中外公证法律制度资料汇编》,北京:法律出版社,2004年,第555—556页。

⑦ 李浩:《委托调解若干问题研究——对四个基层人民法院委托调解的初步考察》,《法商研究》2008年第1期。

⑧ 这里的调解权作为一种公民进行纠纷解决的基本权利,与诉权、和解权等共同构成纠纷解决机制中的基础权利。参见杨继文:《调解权的价值、性质与实现》,《行政与法》2012年第6期。

应坚持约束性处分原则,当事人可自主行使与诉权系出同源的调解权,进而寻求诉外纠纷化解。因此,公证调解作为独立于司法权的解纷程序发挥先行调解的功能并不存在学理上的障碍,重点在于如何通过完善诉非衔接机制防止上述潜在风险的发生。

因此,公证调解在多元化纠纷解决机制中应当被定性为社会调解,其制度属性在参与先行调解的过程中也不应当被司法权同化为司法调解或准司法调解。事实上,只有坚持公证调解的社会调解属性,积极转变法院在先行调解中的隐性主导者角色,才能充分发挥公证调解的制度优势,有效形成诉非解纷合力,缓和“案多人少”的司法困境^①。

四、公证调解的优化路径

在厘清公证调解正当性基础、调解权来源与制度属性后,影响公证调解解纷效果发挥的理论障碍得以扫清。但欲使无序性、依附性与工具性等三重发展困境得以有效消解,尚需以公证调解的应然逻辑为牵引,在制度完善层面展开讨论。

(一)规范化逻辑下的总体完善路径

运行无序性困境在一定程度上是公证调解在由法政策向法规范转变的过渡阶段积极试错的体现。从确保公证调解始终沿着法治化轨道发展的目的出发,应当转变当下的法政策作用机制,将法外政策作用机制经由立法程序变为法内政策作用机制,以规范化逻辑为指引,确立公证调解制度完善的“三步走”总体方案。

第一步是修改公证法相关条文并促进统一“调解法”的制定^②。一方面,公证法应当为公证调解确立理论正当性并保留制度空间。其一,公证调解体现了纠纷解决的制度功能,与传统的“唯证明论”观点显然难以兼容。因此,公证法第二条对于公证概念的界定,应当由“证明活动”改为“提供综合性法律服务活动”。公证法第六条对于公证机构的界定也应当由“证明机构”改为“法律服务组织”。其二,在公证法第十二条的基础上,增加“(六)其他不违反法律规定的法律服务”作为兜底条款,以便将公证调解纳入其中。另一方面,以公证调解的规范化为契机,推动统一“调解法”的制定。具言之,“调解法”应采用包括人民调解、社会调解与行政调解的“三分法”调解类型框架,并将公证调解作为社会调解的一部分。此外,“调解法”立法体例可采“总则+分则”模式,公证调解与其他类型调解共同遵循的基本原则可在总则部分规定^③,涉及公证调解的特殊内容,如公证调解的类型与模式、公证调解员资格认证、公证调解与诉讼间的衔接等,均可在分则部分以单独一节的形式呈现。上述立法建议并非“小题大做”,公证调解的规范化仅是契机之一,公证改革的内在要求与多元调解类型的体系化构建才是根本驱动力所在。

第二步是在部门规章层面对公证调解程序进行细化规定。一方面,删除现行《公证程序规则》第五十六条,取消规范层面对于单一“证后调解”的公证调解类型限制。另一方面,在《公证程序规则》中单独设立一章,对于不宜在公证法与“调解法”中规定的公证调解程序的实操性内容予以细化规定。

第三步是以行业自治规则的形式对不适宜“一刀切”的公证调解事项进行规范。如平井宜雄所言,法律制度存在市场性决定、权威性决定与程序性决定三种决定类型,而对于应当实现的目标只是大体上确定,但具体解决手段不明的情形,则需设计中间组织,并且依赖程序性决定^④。公证调解的

① 华蕴志:《公证参与先行调解的实践问题与应对》,《人民法院报》2023年7月20日,第8版。

② 制定统一“调解法”仅为学者建议,目前尚未进入立法程序,为避免误解,对调解法加双引号以作标识。

③ 有观点认为,公证调解的基本原则应包括自愿原则、保密原则、合法原则与诚实信用原则。参见廖永安:《关于我国统一“调解法”制定中的几个问题》,《商事仲裁与调解》2020年第2期。

④ 转引自解亘:《法政策学——有关制度设计的学问》,《环球法律评论》2005年第2期。

部分事项难以进行统一细化规定而有待各地公证机构进行因地制宜式的具体考量,诸如公证调解收费标准、公证调解具体模式等。对于此类事项,可将规范制定权下放给中国公证员协会,通过民主协商程序设立行业自治规则予以规范,由此避免权威性决定与市场性决定导致的“公正-效率”价值失衡。

(二)社会化逻辑下的独立发展保障

公证调解“去依附性”的核心在于明确以公证权为调解权源、以社会调解为制度定性,二者的共性可总结为社会化。为保障公证调解成为多元化解纷机制中的独立一元,需要遵循社会化的实践逻辑,一方面在调解类型与调解模式的设定上契合公证权的社会公共权属性,另一方面在调解费用的承担上反映社会调解的固有属性。

1. 调解权社会化逻辑下的调解类型与调解模式设定。以当事人是否办理公证证明业务为标准,公证调解包括单纯公证调解、证明前公证调解与证明后公证调解三种类型,其均在不同程度上体现了以提供公共法律服务为核心功能的公证权的社会公共权属性。需要说明的是,以上类型划分仅是基于论证公证权在调解活动中运作方式的学理研究需要,其并不具有唯一性,重点在于破除单一“证后调解”的僵化认识,将公证调解与公证证明解绑,承认其作为独立公证业务在多元场景中均可发挥解纷功能。此外,关于公证调解模式,应当摆脱“公证调解等同于公证参与司法辅助事务中的调解”的错误观点,认识到公证调解模式多元化的可能性。总结既有实践经验,公证调解共有独立调解、参与调解和联合调解三种模式。独立调解模式是指公证机构内设专门调解部门或专业调解员,应当事人申请独立展开调解活动。参与调解模式是指公证机构受法院、行政机关、公安机关等单位的委派或委托,就诉讼案件、行政复议、治安案件等事项展开调解。联合调解模式是指公证机构和人民调解委员会等其他解纷主体组成联合调解小组,对当事人间的纠纷共同进行调解^①。在后两种调解模式中,为保障公证调解的独立性,公证机构有必要与相关组织或单位签订书面合作协议,将权责分配与衔接机制予以固定。

2. 调解性质社会化逻辑下的调解费用承担。公证调解与人民调解不同,公证调解的社会调解属性决定其无法依赖于政府财政支持而成为一项免费的纠纷解决服务。同时,基于“受益者付费”原则,公证调解作为一种可购买的公证服务,当事人需为公证调解员提供的相关法律咨询和技术服务支付报酬。关于公证调解收费规则问题,根据2017年欧洲公证人协会对13个欧洲国家的公证调解制度所做的一项调查,明确存在法律监管框架的国家仅有拉脱维亚、斯洛文尼亚、德国、希腊、意大利五国,而其他国家更加倾向于通过意思自治的方式在调解协议中予以规定^②。为使公证调解更具吸引力,可以采取“规定上限+弹性计费”的模式,在给予当事人对调解成本的相对稳定预期的前提下,根据调解程序时长、纠纷处理难度、服务事项多寡等情况确定费用总额,当事人可自行确定费用支付比例并在调解程序开始时以协议的形式予以固定。为平衡调解成本与调解效果,当调解失败时,可考虑在保障公证调解员基本服务费用的前提下,酌情降低收费比例^③。在参与调解的公证调解模式下,可以视各地具体情况,由委派或委托调解单位承担一定比例的调解费用,但不宜由其支付全部调解费用,避免财政负担过重以及当事人对公证调解的滥用。

(三)专业化逻辑下的制度功能补强

欲在实践层面有效破解公证调解的功能模糊化困境,需通过制度设计明确公证调解的价值定位

① 傅秋萍:《“公证+”多元调解衔接联动机制的运行现状与路径选择——以福建省厦门市鹭江公证处参与派出所的调解实践为样本》,《中国公证》2022年第8期。

② The Council of the Notariats of the European Union, *Practical Guide to Cross-Border Notarial Mediation*, October 9, 2018, <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2018/10/guide-mediation-en-min.pdf>, 访问日期:2024年5月25日。

③ Takashvili S., “Notary Mediation Development and Improvement Trends in Georgia”, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2012, pp. 93-104.

与比较优势。如前所述,公证调解扮演着社会综合治理与公民合法权益保障的双重角色,具有提供公证制度下的评价型调解服务的独特优势。为强化公证调解制度的解纷效能,应当在调解范围厘定、调解人员资格认证与调解结案方式完善三个方面贯彻专业化逻辑。

1. 以“一般涵盖+重点突出+负面清单”模式厘定调解范围。《司助试点工作通知》将公证参与先行调解的案件范围界定为“家事、商事等领域”,其范围设定狭窄模糊且多为调解实践所逾越,是否将其作为适用于其他调解模式的公证调解范围存在疑问。公证调解范围应当遵循“一般涵盖+重点突出+负面清单”的基本思路予以厘定。首先,公证调解是面向全体公众提供的普适性法律服务,基于公证调解员的法律专业性,不同类型、不同复杂程度的纠纷其均可处理。因此,公证调解范围原则上不应设限,凡当事人达成调解意愿并向公证机构申请调解的纠纷,均在公证机构受理范围之内。其次,公证调解范围尽管应涵盖一般性纠纷,但同时应将体现法律评价专业优势的纠纷类型纳入重点受理范围。从比较法视角观察,继承纠纷、公司纠纷、财产纠纷与贸易纠纷被欧洲多国纳入公证调解范围(见表1),理由在于以上纠纷与法定公证事项相关,公证人较为熟悉,其中遗产纠纷被部分学者认为是最适宜由公证人处理的纠纷类型^①。借鉴国外经验,我国可将与日常公证证明业务相关的纠纷类型作为体现公证调解比较优势的调解事项。因此,公证调解的重点范围应当视各地公证机构的业务开展特点而定,对于其中调解效果良好且具有普适性的纠纷类型,可以考虑设置强制公证调解的诉讼前置程序^②。最后,应当设立公证调解范围的负面清单,避免制度功能减损。负面清单的设置可以考虑以下三个方面:一是排除不适宜调解的案件^③;二是注意参与调解模式中法规范对于调解事项的排除性规定^④;三是公证机构的自身规模与专业性水平是否适宜主导纠纷调解活动。

表1 欧洲七国的公证调解受理情况^⑤

纠纷类型	受理结果		
	受理	不受理	视情况而定
家庭财产法	奥地利、比利时、法国、德国、希腊、意大利	匈牙利	
婚姻家庭法	奥地利、比利时、德国、希腊	法国、匈牙利	意大利
继承法	奥地利、比利时、法国、德国、希腊、匈牙利、意大利		
公司法	奥地利、比利时、法国、德国、希腊、匈牙利、意大利		
财产法	奥地利、比利时、法国、德国、希腊、匈牙利、意大利		
贸易法	奥地利、比利时、法国、德国、希腊、匈牙利、意大利		
社会法	奥地利、比利时、法国、德国、希腊、意大利	匈牙利	

① 例如,G.斯塔特-巴苏琳认为,与律师和法官相比,公证人是法律专业人士,最适合通过调解处理遗产纠纷。Kaminskienė N., Paplauskaitė V., “Mediation in Inheritance Disputes”, *Magyar Rendészet*, 2014, 14(6), pp. 11-26.

② 强制公证调解亦有比较法经验可供借鉴,例如希腊将家庭纠纷作为强制公证调解事项,而意大利的强制公证调解范围更为广泛,包括物权纠纷、股权纠纷、遗产继承纠纷、家庭协议纠纷、租赁合同纠纷、借贷合同纠纷、保险合同纠纷、金融合同纠纷、车辆和船只碰撞侵权、医疗侵权、诽谤侵权等事项。The Council of the Notariats of the European Union, *Practical Guide to Cross-Border Notarial Mediation*, October 9, 2018, <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2018/10/guide-mediation-en-min.pdf>.

③ 例如,身份关系确认纠纷与可能规避法律或可能损害国家利益、社会公共利益、第三人利益的纠纷等。参见丁朋超:《我国民事立案前调解制度的反思与发展进路》,《西部法律评论》2016年第2期。

④ 如《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第十条、《公安机关治安调解工作规范》第四条等。

⑤ The Council of the Notariats of the European Union, *Practical Guide to Cross-Border Notarial Mediation*, October 9, 2018, <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2018/10/guide-mediation-en-min.pdf>, 访问日期:2024年5月25日。

2. 以单一“认证调解员”模式确认调解人员资格。关于何种人员可担任公证调解员我国未做相关规定,就域外制度而言,大致存在以下两种模式:一是以德国为代表的认证模式,二是以白俄罗斯为代表的准入模式。对于前者,德国于2012年修订的新调解法中规定了因自身具有必要理论支持和实务经验而获得身份的一般调解员,和需要满足特别培训要求方可获取身份的所谓的认证调解员两种调解员类型^①。因此,未经特别认证并不妨碍公证员取得调解员身份。对于后者,白俄罗斯调解法第九条规定,调解员需取得由白俄罗斯司法部根据调解资格委员会的决议颁发的调解员证书方可从事调解活动,公证员进行公证调解也须满足上述要求^②。在此种模式下,公证调解员是基于对公证人的特别授权而产生的,如果公证人的身份被终止或中止,他们将无法进行公证调解活动,但是,当公证调解员的身份终止时,其可以毫无障碍地进行其他公证活动^③。鉴于此,公证调解员的资格认证需要在公证调解服务的质量与数量间寻求平衡,既不能为了广泛开展调解活动而对调解人员的资格不加限制,也不能因过度追求调解水平专业性而限缩纠纷化解的制度功能。结合我国实践状况,适宜采取相对严格的认证模式,即采单一“认证调解员”制度,除取得公证员资格外,公证调解员还需完成由司法机关与公证人协会共同组织的调解技能培训课程并取得结业证书方可主持调解活动。未取得结业证书的公证员或未取得公证员资格的公证员助理,仅可参与公证调解的辅助性活动。

3. 以多元公证业务衔接模式完善结案方式。公证调解较之于其他调解方式的独特优势之一在于,其可衔接多元公证业务,避免调解结果因当事人不自愿履行而落空。其一,公证机构可以应当事人申请对调解协议进行公证证明,使之具有公文书的强证明效力,以督促债务人不做无谓争执并自动履行债务。其二,对于符合《公证程序规则》第三十九条规定条件的调解协议,公证机构可主动引导当事人办理赋强公证,如调解后债务人不履行债务,债权人可依此直接申请强制执行。其三,为保障调解协议的自愿履行,公证机构亦可为当事人设计履行方案,如通过提供委托登记、标的物保管、赔偿保证金提存等公证服务确保调解效果落到实处。此外,尚需讨论的一个问题是主持调解的公证调解员在调解结束后能否为当事人办理公证证明业务。对此,欧洲的公证调解实践中存在两种观点:一是以法国、西班牙为代表的否定说,其认为由公证调解人办理公证证明业务与公证中立性要求相悖;二是以德国、意大利为代表的肯定说,其理由是如能明确区分调解和公证的不同时间阶段,并尊重当事人的自由选择,则中立原则不受影响^④。公证证明作为公证调解结案的衔接业务之一,与公证调解具有事实与理论上的关联性,主持调解活动并不会影响公证调解员的中立地位,而会有助于其充分了解纠纷事实和当事人真实意思,因此从提高公证效率的角度出发,其办理公证证明业务无须回避。

五、结语

公证制度在我国司法体系中处于边缘地位^⑤,而公证调解长期以来作为公证实践中的一种便宜做法存在感极低,即便近年来因作为公证参与司法辅助事务的形式之一逐渐受到重视,但仍不免使人

① 彼得·哥特瓦尔德:《德国调解制度的新发展》,曹志勋译,《经贸法律评论》2020年第3期。

② Kirvel I., “Notaries as Mediators in the Republic of Belarus”, *Białostockie Studia Prawnicze*, 2017, 22(4), pp. 281-291.

③ Leonidze I., *Notary Mediator at the Cross-Junction of Public and Private Law Systems*, https://www.researchgate.net/profile/Irakli-Leonidze/publication/357341086_notariusi_mediatori_sajaro_da_kerdzo_samartlis_sistemata_zghvarze_The_Role_of_Mediator_Notary_within_the_Confines_of_Public_and_Private_Legal_Systems/links/6314afe5acd814437f031c55/notariusi-mediatori-sajaro-da-kerdzo-samartlis-sistemata-zghvarze-The-Role-of-Mediator-Notary-within-the-Confines-of-Public-and-Private-Legal-Systems.pdf, 访问日期:2024年5月25日。

④ The Council of the Notariats of the European Union, *Practical Guide to Cross-Border Notarial Mediation*, October 9, 2018, <https://www.notariesofeurope.eu/wp-content/uploads/2018/10/guide-mediation-en-min.pdf>, 访问日期:2024年5月25日。

⑤ 段明:《限缩抑或扩张:强制执行公证适用范围的立法选择》,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2020年第4期。

产生“这不过是众多创新举措中的昙花一现,缺乏充分理论根基与实践价值”的质疑。然而,此种观点的偏狭之处在于抱持公证制度“唯证明论”的传统观点,未以国家治理现代化中多元化纠纷解决机制的视角对公证调解的发展沿革予以认真审视。一方面,公证调解之所以在实践中长期存在但直到近期才逐渐发挥解纷效能,是因为多元化纠纷解决机制摆脱了“诉讼中心主义”而被置于国家治理的高度,其所强调的“调动多元解纷主体,聚合多元解纷资源,实现纠纷前端化解”的核心理念,促使公证调解所蕴含的巨大潜力被实践所认识。另一方面,从“管理”到“治理”的国家治理现代化转型,促使公证制度由单一的“法定证明业务”向“服务、沟通、公证、监督”的社会综合法律服务转变,而公证调解的发展恰恰是国家治理现代化背景下公证改革的一个侧面。

公证调解的制度沿革在一定程度上也是我国国家治理模式发展与公证制度变革的真实写照,其不同发展阶段呈现出“实践先行于理论、政策先行于规范”的鲜明特点,并在实践层面存在运行无序性、效用依附性与功能模糊性等三重困境。实践困境的破解,需要首先明确其背后隐藏的理论问题,然后返回制度层面予以完善。从理论层面观察,公证制度在纠纷解决方面具有契合多中心治理模式、以非诉解纷方式保障公民合法权益等正当性基础。同时,公证改革的功能定位、评价型调解与多元公证业务衔接的比较优势保障公证调解具有实践有效性。由于公证调解权来源于公证权,公证证明与公证调解并不相悖,故公证调解因制度衔接产生解纷效能优化的效果。参与诉讼先行调解并不能动摇公证调解的社会调解属性,唯有坚持应然定位方能满足司法减负的制度期待。反观制度层面,应以规范化逻辑纠正政策性思维对于实践效能的偏重,以社会化逻辑明晰调解范围与付费机制并承认多元调解模式,以专业化逻辑结合域外经验促进调解范围、调解员资格与调解结案方式等内容的完善。

The Practical Dilemma, Theoretical Basis and Optimization Path of Notarial Mediation

Zhang Haiyan Hua Yunzhi

(School of Law, Shandong University, Qingdao 266237, P.R.China)

Abstract: Notarial mediation is not merely a preventive legal system; it also serves the function of resolving disputes. Consequently, it should be incorporated into the multifaceted framework of dispute resolution mechanisms employed in the context of litigation governance. The historical evolution of notarial mediation can be roughly divided into three stages: the “limited mediation” model, the “extensive mediation” model, and the “judicial auxiliary affairs participation” model. These stages demonstrate development characteristics that resonate with the modernization of the rule of law in China. However, notarial mediation faces the following three dilemmas in practice, which seriously affect its effectiveness in resolving disputes: (1) disorderly operation of the system due to lack of normativity; (2) reliance on people’s mediation and judicial power; (3) blurring of institutional functions. At the theoretical level, the legitimacy and independence of notarial mediation need to be demonstrated. First, notarial mediation has both internal and external bases of legitimacy. The polycentric social governance model and the protection of citizens’ legitimate rights and interests constitute the external legitimacy basis of notarial mediation. Meanwhile, the general trend of notarial reform, including functional expansion, evaluation-type mediation, and the comparative advantages of mediation at the interface with multifaceted notarial services, constitute the internal legitimacy basis of notarial mediation. Second, the key to the independence of notarial mediation from people’s mediation lies in the source of the right to mediate. The mediation power of

people's mediation essentially belongs to the power of mass self-governance at the grassroots level, while the mediation power of notarial mediation is derived from the notarization power. Finally, the key to the independence of notarial mediation from judicial power lies in its institutional attributes. Whether analyzed from the perspective of the nature of the mediation power or the nature of the subject of mediation, it can be concluded that notarial mediation is a form of social mediation. At the institutional level, suggestions for improvement need to be provided, guided by the contingent logic of notarial mediation. First, a three-step general plan for the improvement of the notarial mediation system should be established, guided by the logic of standardization. In conjunction with the revision of the Notary Law and the enactment of the Mediation Law, the procedural provisions for notarial mediation need to be refined, and certain matters should be referred to industry autonomy rules. Second, the independent development of notarial mediation should be ensured, guided by the logic of socialization. On the one hand, the various forms and methods of mediation must be delineated. On the other hand, a model of cost recovery that combines a fixed ceiling with flexible billing should be implemented. Finally, the institutional functions of notarial mediation should be reinforced, guided by the logic of professionalization. Specifically, this encompasses three key areas: (1) delineating the scope of mediation in accordance with the fundamental principle of "general coverage + highlighting key points + negative list"; (2) confirming the qualifications of mediators through the implementation of a unified "certified mediator" model; and (3) enhancing the mode of case closure through the establishment of a multifaceted notarial services connecting model.

Keywords: Notarial mediation; Notarization power; Social mediation; Diversified dispute resolution mechanism; Modernization of national governance

[责任编辑:王苏苏]