

Lvshi Gongzheng Falv Shiwu Luncong

律师公证法律实务论丛 (一)

——全国高级律师高级公证员论文集

司法部司法行政学院 组织编写

施汉生 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

律师公证法律实务论丛 (一)

——全国高级律师高级公证员论文集

司法部司法行政学院 组织编写

施汉生 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

全国高级律师高级公证员论文集 / 司法部司法行政
学院组织编写;施汉生主编. —北京:法律出版社,
2010.11

(律师公证法律实务论丛(一))

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1448 - 7

I. ①全… II. ①司… ②施… III. ①律师—工作—
中国—文集②公证—工作—中国—文集 IV. ①D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 213140 号

© 法律出版社·中

责任编辑/齐梓伊

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/720×960 毫米 1/16

印张/50.75 字数/741 千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1448 - 7

定价:96.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

根据司法部办公厅《关于举办第三十五期全国高级律师高级公证员培训班的通知》和《关于举办第三十六 三十七 三十八期全国高级律师高级公证员培训班的通知》，我院分别于2009年12月9日至12月18日、2010年5月12日至5月21日举办了第35、36期全国高级律师高级公证员培训班，来自全国各省、自治区、直辖市近两百名律师和公证员参加了培训。

举办培训班期间，学员们围绕各自法律实践撰写并提交了学习论文，这些论文都紧密围绕律师和公证法律实务，具有较强的实践指导意义，是学员们来自法律实践的第一手经验和心得体会。因此，从本期论文集开始，学院决定将全国高级律师高级公证员培训班的学员论文，命名为《律师公证法律实务论丛》。本论丛为系列文集，原则上每年一期，精选参加我院学习的律师、公证员的论文，由学院组成的论丛编辑委员会集体决定论文的选用，以保证论文的质量。

本期《律师公证法律实务论丛》为第一期，主要包括夫妻财产公证、继承权公证、遗嘱公证、购买公证、物权公证、合同公证、证据保全公证、公证制度建设等诸多公证事务中的问题方面以及律师在执业活动中遇到的有关民事、经济、刑事方面的问题。这些论文汇集了学员们的智慧，当然也是学员个人的认识和观点，并不代表学院以及司法部等任何官方的立场。如果文中有任何不妥之处，均由论文的作者个人承担，与任何官方无关。

司法行政学院《律师公证法律实务论丛》编辑委员会

2010年9月2日

律师公证法律实务论丛

编委会

主 编 施汉生

副主编 李 刚 刘 健

委 员 (以姓氏笔画为序)

李袁婕 张 灵 张家宏 陆 波 陈 璐

严军兴 周 础 周兰领

目录

contents

夫妻关系中财产所有人的确定	朱自全 1
夫妻财产约定与公证	孙苏军 8
公证法律效力的分析	毛志刚 16
强制执行公证若干问题的思考	王元祥 23
公证机构办理房产继承权公证的法律思考	毕本华 29
补正公证书不能滥用	阮 军 34
遗嘱公证的告知	杨林学 39
撤销、变更公证遗嘱的形式适用及审查	周英娟 42
购买公证的几个问题	王士明 46
在办理公证事务中制作询问笔录应把握的有关问题	赵仁源 49
公证接待窗口的实践与思考	马光华 55
公证的“人情美”刍议	黄辛力 61
公证工作重在制度建设	王学章 69
浅谈国有建设用地使用权挂牌出让公证	李璟琳 74
谈放弃继承权	吕明杰 81
浅论房产继承公证	李竹可 88
涉及不动产事务的委托书公证审查核实问题研究	王彦洪 96
公证介入农村房屋抵押贷款的粗略设想	刘 明 100
农村宅基地现存的几个问题	王 艳 105
合同公证的审查	王慧中 111
探索建立人民调解与公证职能衔接新机制 全力化解	
社会矛盾纠纷	亓宝金 118
略论公证审查原则	崔 静 123
论婚前财产公证	崔世龙 130

浅议婚前财产公证	娜仁花	135
如何建立较为理想的夫妻财产制度	祝 曦	139
谈离婚协议的条款及其公证	刘恒忠	144
构建和谐社会中充分发挥证据保全公证的职能作用	陈雪峰	151
浅析证据保全公证	王国铭	157
论保全证据公证	咎玉东	162
保全证据公证价值和合法性问题的实证分析	郜丽霞	171
做好网吧证据保全公证的问题研究	汪 蕙	179
社会信用体系中之公证的意义	崔世龙	184
公证机构赋予有担保关系的债权文书强制执行效力问题 探讨	李渭琳	189
浅谈公证服务进社区	蔡 勇	194
公证民事法律责任初探	王贤康	197
保全证据公证的概念刍议	武恩弟	201
继承权公证调查取证问题探究	陈龙福	205
继承公证中证明材料的核实问题研究	张军红	211
由公证个案引发对证明行为扩延有理性的质疑	袁丽琼	216
继承权公证问题初探	黎 勇	221
公证应有证据规则	魏英丽	229
浅析公证告知	李翠琴	234
浅谈民间借贷公证	赵卫利	242
当前我国公证行业业务人员管理问题浅谈	加建中	248
发展公证事业 构建和谐社会	张仲宁	253
试论监控机制下的公证质量保证	张晓梅	259
试述继承公证中的三个特殊情况	邓智勇	264
对未取得房产证房产的继承权问题探讨	张道同	270
也谈继承公证审查中的几个问题	叶 华	273
隐名投资协议公证的法律问题探析	李素萍	278
公证服务于政府管理经济社会事务的思考	周 静	284

公证服务在构建和谐社会中应起的作用	张晓梅	291
试论公证在建设和谐社会中的作用	孙少青	296
一起案例引发的对抚养事实公证的思考	卢小英	301
公证是解决未成年人名下房产权过户问题的有效手段	葛秀华	307
论公证职能在律师代理非诉案件中的作用	沈 影	311
公证在多元化纠纷解决机制中的价值及其实现	郑文慧	318
论公证争议救济机制的现状及其完善设想	吴 勇	325
公证执业风险及其防范	武海英	336
浅谈违约责任与侵权责任的竞合	成新生	342
论我国驰名商标保护制度	职占昆	350
浅谈录音证据的采集和制作技术	蒋海荣	358
新时期劳动争议特点及原因分析	宋艳慧	366
工会在维权中的作用及完善	周兴武	373
物权行为无因性与《物权法》	潘海涛	381
关于域名解决纠纷的几个常见问题	翟洪涛	389
试论我国行政诉讼法律监督的问题及其完善	周兰领	394
建立和健全未成年人刑事案件法律援助指定辩护制度的 思考	邱贵融	399
试论法律援助制度的完善	徐振武	406
律师与法律援助	李志山	414
建设工程款清欠中有关法律问题研究	马 驰	422
论律师职业属性	韦 国	427
浅析卡拉 OK 版权问题	肖赣蘋 谭 勇	435
浅析《婚姻法》中近亲结婚禁令	赵家友	441
离婚诉讼中投资权益和股权分割	熊 燕	448
倡导构建“服务型”律协	岳 松	454
律师在新农村法制建设中服务途径的分析	赵春燕	461
浅议律师事务所薪酬体系	谭 勇 邹 俊	467
论青年律师的成长与发展	梅锦斌	473

安全保障义务研究	王 辉 480
浅析劳动合同法在实践运行中的障碍	张子美 492
论违约中的精神损害赔偿	姚 飞 498
一般医疗纠纷的法律处理途径	郝轶峰 508
浅析非法侵入住宅罪的司法认定	李双凌 513
论抢劫罪的对象	胡剑南 520
贪污罪主体问题辨析	于振森 528
试论保险代位求偿权	徐兴根 532
我国金融法律监管制度的现状与发展	李晓蕾 538
新《破产法》第 109 条对金融机构的若干影响	孙力评 545
以民事诉讼方式实施诈骗的应对策略	吴林文 552
土地集体所有的法律问题研究	黄家城 557
申请农村宅基地使用权资格问题探讨	廖首炊 567
论物权法背景下不动产查封制度的完善	赵 强 573
浅析《城市房屋拆迁管理条例》与《物权法》的法律冲突	葛兰华 584
关于对物权登记合法性审查评判标准的思考	卢 云 590
《侵权责任法》对处理海事侵权案件的影响	邱 靖 595
浅议陆台两岸司法协助	徐步林 602
律师参与涉法信访风险防范思考	魏新峰 611
浅析房产登记行政诉讼	黄宝玉 618
公司僵局及其解决机制	蒋军辉 623
对律师事务所专业化建设的思考	洪素恒 631
论挪用公款归个人使用的法律界定	胡剑南 639
我国私募股权投资基金法律问题研究	戎浩军 646
论我国公民法律意识的现代化	唐学文 653
论人防工程产权归属	张培荣 660
议虚开增值税专用发票的犯罪问题	李海军 666
简议中国不动产登记制度	王小清 672
金融危机背景下民营企业的法律风险及其防范	池方景 680

论诚实守信与公司高管的信义行为	李 建	688
流质契约禁止规则合理性的探讨	林 勇	696
劳动争议案件的证明责任	张嘉庆	703
青少年网络犯罪的成因、特征及对策	冯 帆	708
浅议刑法中的犯罪动机	熊良志	715
刑事和解正当性分析	杜炳富	722
环境侵权民事责任归责原则探析	殷 强	732
农村土地承包经营权转让法律问题探讨	曹慈义	739
从具体案例论缔约过失责任	刘道炎	745
论我国法官的刑事自由裁量权	池宇清	752
由“父子隐”谈证人排斥制度的完善	汪红新	760
刍议环境公益诉讼	徐裕建	764
上诉不加刑原则在实践中的运用及其完善	黄 允	772
论婚约的立法规制	肖立超	778
“NLP 理解层次”在律师职业中的应用	吴克汀	786
后记		799

夫妻关系中财产所有人的确定

□ 朱自全*

无论是因继承、赠与、转让、交换、分割、合并等原因而发生的财产权属转移,还是因设定抵押权、典权等他项权利的,抑或是遗嘱以及与之有关的委托书、声明书等相关的法律事务,都无法回避财产的所有权问题。办理与上述各项事务有关的一系列法律事务,首先都面临着如何确定财产所有人的问题。财产所有权人可以是法人、其他组织,也可以是自然人。自然人作为财产所有权人,按其所有权人的数量可划分为单独所有和共有,而共有又可划分为夫妻共有和其他形式的共有。改革开放后特别是市场经济体制的确定,公民乃至家庭已从“无产者”逐渐转化为“有产者”,因而准确界定自然人的财产权属性质尤其是夫妻财产权属性质就具有重要的意义。

要准确把握我国夫妻财产的所有权状况,必须要搞清我国的夫妻财产制。

根据1980年9月10日第五届全国人民代表大会第三次会议通过、2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议修正的《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)的有关规定,我国目前实行的是法定夫妻财产制(包括婚后所有共同制和夫妻个人特有财产制)和约定财产制。为保证修正后《婚姻法》的正确适用,最高人民法院审判委员会又分别于2001年12月24日和2003年12月4日由第1202次会议和第1299次会议通过了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《解释(一)》)、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《解释(二)》)。本文现根

* 朱自全,安徽省合肥市中安公证处主任、二级公证员。

据有关法律、法规和司法解释的规定,来谈谈对我国现行夫妻财产制的理解,以便在实践中能更好地把握和区分夫妻共同财产和夫妻个人财产。

一、夫妻婚后共同财产

我国的夫妻法定财产制采用的是以婚后所得共同制为原则,以夫妻个人特有财产制为补充。所谓夫妻共同财产,是指夫妻在婚姻存续期间一方所得或双方共同所得的收入和财产,均归夫妻双方共同所有,但特有财产或约定分别所有财产除外的夫妻财产制度。

根据《婚姻法》第17条规定,夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有,夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权,(1)工资、奖金;(2)生产、经营的收益;(3)知识产权的收益;(4)继承或赠与所得的财产,但本法第18条第3项规定的除外;(5)其他应当归共同所有的财产。

根据《婚姻法》的该条文和有关司法解释的规定,我国夫妻婚后共同财产制的基本内容有五个方面:

1. 时间范围:婚姻关系存续期间,即自办理结婚登记之日起至一方死亡(或办理离婚登记,或者法院离婚判决生效或调解生效)之日止。这里的“死亡”包括依法被宣告死亡。但法律明文规定的特有财产或夫妻约定为一方所有的财产除外,婚姻成立之前的财产属于夫妻一方的婚前个人财产。

2. 所得财产:合法取得财产权利,包括实际占有和非实际占有(如取得房产证,并未实际占有该房屋)。

3. 财产来源:财产应是来源于夫妻双方,既包括夫或妻一方的所得,也包括夫妻双方的共同所得;既包括夫妻通过劳动所得的财产,也包括其他非劳动所得的合法财产。

4. 财产范围:(1)工资、奖金。包括货币和有关的财物,是基于劳动而获得的报酬。(2)生产、经营的收益。这是指夫妻双方或一方因从事生产、经营活动(如农业生产活动、承包经营、租赁经营、创办企业的经营活动)而取得的财产,包括货币和实物。(3)知识产权的收益。根据《解释(二)》第12条的规定,它是指婚姻关系存续期间,实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益,即指因知识产权而取得的财产方面的收益,如著作权中的稿酬可

作为共同财产,但著作权中的署名权则不作为共同财产,它是一种人身权。

(4)因继承或赠与所得的财产,但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外(据此,因法定继承取得的财产应属共同财产)。(5)其他应当归共同所有的财产。这是指上述四项共同财产以外应当归夫妻双方共同所有的财产,如双方约定的共同财产,或双方虽没约定但又不属于《婚姻法》所规定的属于个人财产的财产。例如,根据《解释(二)》第11条的规定,一方以个人财产投资取得的收益、男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金、男女双方实际取得的养老保险金、破产安置补偿费。根据《解释(二)》第14条第1款的规定,发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的,以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值,所得数额为夫妻共同财产。根据《解释(二)》第19条的规定,“由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋,房屋权属证书登记在一方名下的,应当认定为夫妻共同财产”。根据《解释(二)》第22条的规定,当事人结婚前,父母为双方购置房屋出资的,如父母明确表示赠与双方的则其应属于夫妻共同财产;当事人结婚后,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对夫妻双方的赠与。根据有关规定,下列财产也应属于夫妻共同财产:(1)夫妻分居两地分别管理、使用的婚后所得财产,应认定为夫妻共同财产;(2)最高人民法院2000年2月17日的[2000]法民字第4号《关于在享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购公房是否属夫妻共同财产的函的复函》中明确规定,夫妻一方死亡后,如果遗产没有分割,应予查明购房款是夫妻双方的共同积蓄,还是配偶一方的个人所得,以此确认所购房屋是夫妻共同财产还是个人财产;如果购房款是夫妻双方的共同积蓄,所购房屋应视为夫妻共同财产。

5. 财产处理。“夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。”这是关于夫妻如何对共同财产行使所有权的规定。夫妻共同财产的性质是共同共有而不是按份共有,因此夫妻对全部共同财产,应当不分份额地享有同等的权利、承担同等的义务。《解释(一)》第17条规定,《婚姻法》第17条关于夫或妻对夫妻共同所有的财产,有平等的处理权的规定,应当理解为:(1)夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定。(2)夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财

产做重要处理决定,夫妻双方应当平等协商,取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的,另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

二、夫妻个人特有财产

夫妻个人特有财产也称夫妻保留财产,是指夫妻在实行共同财产制的同时,依照法律规定或夫妻约定,夫妻各自保留的一定范围的个人所有财产。

根据《婚姻法》第18条的规定:“有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:(一)一方的婚前财产;(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产。”

根据婚姻法的该条文和有关司法解释的规定,我国夫妻个人特有财产的范围包括:

1. 一方的婚前财产。婚前财产是指夫妻在结婚之前各自所有的财产,包括婚前个人劳动所得财产、继承或受赠的财产以及其他合法财产。根据《解释(一)》第19条的规定,除当事人另有约定,该财产“不因婚姻关系的延续而转化为共同财产”。判断婚前婚后的标准为依法办理结婚登记的时间。这里的财产应包括实物、货币、知识产权等。

2. 一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用。这两项费用是保证身体受伤害的人、残疾人的身体健康和生活所必需的费用,若确定为共同财产,不利于保证他们的身体健康,也不利于他们的生产和生活,同时也可能给社会造成负担。

3. 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。若遗嘱或赠与合同没有“确定”只归夫或妻一方的财产的,应按夫妻共同财产处理。根据《解释(二)》第22条的规定,当事人结婚前,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对自己子女的个人赠与,如父母明确表示赠与双方的则其应属于夫妻共同财产;当事人结婚后,父母为双方购置房屋出资的,如父母明确表示赠与一方的则其应属于一方个人财产。

4. 一方专用的生活用品。这应理解为具有专属于夫妻一方个人使用的用品,且使用的用品必须是生活中所使用的。如专用的衣服、鞋帽等。

5. 其他应当归一方的财产。它是指除上述四项之外的需要归一方所有的财产和财产性权利。例如,婚后一方所获得的有纪念意义的荣誉、奖金等。此外根据《解释(二)》第13条的规定,军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产;根据《解释(二)》第14条的规定,发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的,扣除夫妻共同财产后的剩余部分,也属于个人财产。根据最高人民法院2000年2月17日〔2000〕法民字第4号《关于在享受本人工龄和已死亡配偶生前工龄优惠后所购公房是否属夫妻共同财产的函的复函》的规定,夫妻一方死亡后,如果遗产已经继承完毕,健在一方用自己的积蓄购买的公有住房应视为个人财产;夫妻一方死亡后,如果遗产没有分割,而购房款是配偶一方的个人所得,则所购房屋应视为一方的个人财产。

6. 除上述法定的特有财产外,夫妻双方约定归一方所有的财产。

三、夫妻约定财产

夫妻约定财产制,亦称为契约财产制,是指夫妻通过协商就婚前财产所得财产和婚后所得财产的归属、处分和婚姻的对外责任以及婚姻终止时财产清算,分割达成协议,并排斥或部分排斥法定夫妻财产制适用的夫妻财产制度。

根据《婚姻法》第19条的规定:“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的,适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的,夫或妻一方对外所负的债务,第三人知道该约定的,以夫或妻一方所有的财产清偿”。

夫妻财产约定制度是一种双方法律行为,属于合同法律制度,它执行的是《民法通则》和《合同法》等有关法律规定。

根据婚姻法的该条文和有关司法解释的规定,我国夫妻财产约定的基本内容包括:

1. 约定的主体。只能是夫妻双方,而不能是其他关系的双方(包括重婚或非法同居的双方,也包括拟结为夫妻的男女双方)。

2. 约定的时间。法无明文规定,但从法律规定本身来看,既然约定的主体是“夫妻”,则应当是婚姻成立之时或是婚姻成立之后,但对婚姻登记前,双方是否可以约定,法律也无否定性规定,因此,这也应该是可以的,只不过其产生法律效力的时间应为结婚登记之后。在公证实务中,当事人在婚姻登记前进行财产约定的,在该类约定中或公证书中径直载明“双方签字后”或“经公证后”生效,则有失妥当,似应采用类似于“自双方夫妻关系成立之日生效”的表述;而有的公证员更将此类约定定性为“夫妻财产约定”,似更不妥。

3. 约定的标的。约定的标的既可包括“婚姻存续期间所得的财产”,也可包括“婚前财产”。

4. 约定的内容。夫妻既可以约定财产为共同财产制或分别财产制,也可以约定财产为共同财产制和分别财产制并存;夫妻既可以将婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产约定归各自所有或共同所有,也可以将婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产约定为部分各自所有或部分共同所有。

5. 约定的形式。约定的形式“应当采用书面形式”,否则应认定为没有约定而根据财产的属性来确认该财产是夫妻共同财产或夫妻个人财产。根据《合同法》第11条的规定,书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。

6. 约定的效力。对婚姻登记前进行的约定,应在婚姻登记后发生效力;对于婚姻登记后进行的约定,一般来说,一经约定就应产生法律效力。但约定的对外效力则应视第三人是否知道而确定。

7. 约定的合法性。约定应遵守《民法通则》、《婚姻法》等相关规定。如主体必须自愿、必须具有民事行为能力、不能以合法形式掩盖非法目的(如

逃避债务)、应当采用书面形式等。

8. 约定的无效。违反有关法律规定的约定无效,无效约定等于没有约定。没有约定或约定不明确的,适用《婚姻法》有关夫妻婚后共同财产制度和夫妻个人特有财产制度的规定来确定相关财产的归属。

上面所谈的夫妻财产制度,是办理继承、赠与、转让、抵押、遗嘱以及与之有关的委托书、声明书等涉及夫妻财产的法律事务所不容回避的重要问题之一。我们在办理相关法律事务时,要根据具体情况确定所涉及的相应财产究竟是属于夫妻一方个人所有,还是属于夫妻双方共同所有。