

西南政法大学成人教育系列规划教材

公证与 律师制度

西南政法大学
教材编审委员会
审定

徐新跃/主编



法律出版社

法律出版社

● 西南政法大学成人教育系列规划教材

公证与律师制度

西南政法大学教材编审委员会审定

主 编 徐新跃

副主编 罗 蓉

撰稿人(以姓氏笔画为序)

罗 蓉 徐新跃

袁立蓉 黄 宣

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

公证与律师制度/徐新跃主编. —北京:法律出版社,
2002.12

(西南政法大学成人教育系列规划教材)

ISBN 7-5036-4070-7

I.公… II.徐… III.①公证制度—中国—成人
教育:高等教育—教材②律师制度—中国—成人教育:
高等教育—教材 IV.D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 098319 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律教育出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	
开本/850×1168 1/32	印张/13.25 字数/323 千
版本/2002 年 12 月第 1 版	印次/2002 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法律教育出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-68710329	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-4070-7/D·3788	定价:24.00 元

西南政法大学教材编审委员会

主 任:龙宗智

副主任:付子堂

委 员:(以姓氏笔画为序)

李开国 李昌麒 陈忠林

卓泽渊 郑传坤 赵中颢

姚荣茂 郭晓彬 张 英

徐静村 曾代伟

出版说明

跨入新世纪,我国高等教育面临着前所未有的发展机遇:国家启动了《面向二十一世纪教育振兴行动计划》,全面贯彻《关于深化教育改革,全面推进素质教育的决定》;依法治国的战略决策、西部大开发的进军号角,我国正式加入 WTO 以及国家统一司法考试开始实施,为法制建设和高等法学教育提出了新的课题;法学教育如何为西部大开发服务,更是我们西部的法学教育工作者不容回避的时代课题与神圣使命。

教材建设是教学基本建设的重要内容。为适应新形势的需要,学校教材编审委员会决定出版一套具有西南特色、体现我校教学、科研最新成果及教材编写水平的高质量的成人教育系列教材。本次审定的教材有《法理学》、《刑法学》、《刑事诉讼法学》、《国际法》、《国际私法》、《知识产权法学》、《公证与律师制度》、《中国税法》、《婚姻法与继承法》共 9 种。承蒙法律出版社的大力支持,将在近期陆续出版发行。

这套教材的特点是注重阐释各门学科的基本理论和基本知识,吸收各门学科的最新研究成果,突出成人教育特点,力求科学性、系统性和适应性。

本套教材供成人高等法学专业必修课和选修课使用,也可作为司法部门岗位培训及法学专业自学者用书。

西南政法大学教材编审委员会

2002 年 1 月

目 录

上篇 公证制度

第一章 公证制度的特征和历史沿革	(1)
第一节 公证的概念及特征	(1)
第二节 公证制度的历史沿革	(3)
第二章 公证机关的任务和业务范围	(8)
第一节 公证机关的任务	(8)
第二节 公证机关的业务范围	(9)
第三章 公证活动的基本原则	(21)
第一节 真实、合法原则	(21)
第二节 公证机构独立办理公证事务的原则	(22)
第三节 自愿公证与必须公证相结合的原则	(22)
第四节 不得随意拒绝公证的原则	(23)
第五节 公证员直接办理公证事务的原则	(24)
第六节 回避原则	(24)
第七节 保密原则	(25)
第八节 便民原则	(26)
第九节 使用本国和民族语言文字的原则	(27)
第四章 公证机构的组织设置和管理体制	(29)
第一节 我国公证机构的设置及其人员组成	(29)
第二节 公证员的条件与资格、任免与聘任	(31)
第三节 公证机构的管理体制	(34)

第四节	公证员协会	(35)
第五节	公证员的权利与义务	(36)
第五章	公证管辖	(43)
第六章	公证的普通程序	(51)
第一节	申请与受理	(51)
第二节	审查	(55)
第三节	出证	(57)
第四节	公证期限、终止公证和拒绝公证	(60)
第七章	公证的特别程序	(63)
第一节	招标投标、拍卖、开奖公证	(63)
第二节	遗嘱公证	(65)
第三节	提存公证	(65)
第四节	公证调解	(66)
第五节	公证复议	(66)
第六节	办理公证申诉的程序	(68)
第八章	公证的效力	(70)
第一节	证据效力	(70)
第二节	强制执行效力	(73)
第三节	公证作为法律行为成立要件的效力	(77)
第九章	合同公证	(80)
第一节	合同公证概述	(80)
第二节	适用合同法规范的公司公证	(81)
第三节	适用其他法律规范的公司公证	(86)
第十章	继承权、遗嘱和遗产分割协议公证	(95)
第一节	继承权公证	(95)
第二节	遗嘱公证	(102)
第三节	遗产分割协议公证	(104)
第十一章	收养关系公证	(106)

第一节	收养关系公证概述·····	(106)
第二节	确认收养关系公证·····	(108)
第三节	解除收养关系公证·····	(109)
第四节	涉外收养关系公证·····	(110)
第十二章	身份关系的公证·····	(117)
第一节	出生、死亡、生存和定居的公证·····	(117)
第二节	经历与学历的公证·····	(119)
第十三章	涉外公证·····	(123)
第一节	涉外民事公证的常见业务·····	(123)
第二节	涉外经济公证的常见业务·····	(129)

下篇 律师制度

第十四章	律师制度的概述·····	(134)
第一节	律师的概念和特点·····	(134)
第二节	律师制度的概念和特征·····	(136)
第十五章	律师制度的历史沿革·····	(139)
第一节	外国律师制度的历史沿革·····	(139)
第二节	中国律师制度的历史沿革·····	(145)
第十六章	律师资格与执业证书·····	(154)
第一节	律师资格·····	(154)
第二节	律师执业证书·····	(160)
第三节	我国执业律师的种类及职务、职称·····	(167)
第十七章	律师的工作机构和管理体制·····	(176)
第一节	律师的工作机构·····	(176)
第二节	律师管理体制·····	(189)
第十八章	律师工作的原则·····	(195)
第一节	遵守宪法和法律原则·····	(195)

第二节	恪守职业道德和执业纪律·····	(196)
第三节	以事实为根据,以法律为准绳原则·····	(197)
第四节	接受国家、社会和当事人的监督原则·····	(199)
第五节	依法执业受法律保护原则·····	(202)
第十九章	律师的职业道德与执业纪律·····	(204)
第一节	律师的职业道德·····	(204)
第二节	律师的执业纪律·····	(211)
第二十章	律师的权利和义务·····	(217)
第一节	律师的权利·····	(218)
第二节	律师的义务·····	(229)
第二十一章	律师的法律援助·····	(232)
第一节	法律援助的概念·····	(232)
第二节	法律援助对象·····	(233)
第三节	法律援助的案件范围·····	(236)
第四节	法律援助的程序·····	(238)
第五节	律师的法律援助义务·····	(241)
第二十二章	律师的法律责任·····	(244)
第一节	律师的法律责任的概念·····	(244)
第二节	律师的民事法律责任·····	(244)
第三节	律师的行政法律责任·····	(246)
第四节	律师的刑事责任·····	(248)
第五节	非律师以律师名义执业的法律责任·····	(249)
第二十三章	军队律师制度·····	(252)
第二十四章	法律顾问·····	(262)
第一节	法律顾问概述·····	(262)
第二节	法律顾问的工作原则和工作方式·····	(266)
第三节	法律顾问的业务范围·····	(270)
第二十五章	民事诉讼中的律师代理工作·····	(276)

第一节	民事诉讼律师代理概述	(276)
第二节	律师代理民事诉讼的步骤和方法	(279)
第三节	二审程序和审判监督程序中的律师代理	(288)
第四节	执行程序中的律师代理	(291)
第二十六章	行政诉讼中的律师代理工作	(293)
第一节	律师代理行政诉讼概述	(293)
第二节	律师代理行政诉讼的步骤和方法	(299)
第三节	行政侵权赔偿诉讼的律师代理	(307)
第二十七章	律师的刑事辩护工作	(309)
第一节	律师刑事辩护工作概述	(310)
第二节	律师接受委托或指定的条件及委托、指定关系的变更和解除	(317)
第三节	为犯罪嫌疑人提供法律帮助	(321)
第四节	审查起诉阶段担任辩护人	(325)
第五节	一审程序中的律师辩护工作	(329)
第六节	二审程序中的律师辩护工作	(340)
第七节	再审程序中的律师辩护工作	(342)
第二十八章	刑事诉讼中的律师代理工作	(344)
第一节	刑事诉讼中律师代理概述	(344)
第二节	自诉案件中的律师代理	(346)
第三节	公诉案件中的律师代理	(351)
第四节	刑事附带民事诉讼中的律师代理	(356)
第二十九章	律师的非诉讼业务	(360)
第一节	律师的非诉讼业务概述	(360)
第二节	未形成纠纷的非诉讼业务	(362)
第三节	已形成纠纷的非诉讼业务	(370)
第三十章	律师的法律咨询和代书	(377)
第一节	律师的法律咨询业务概述	(377)

第二节 律师的代书业务概述·····	(382)
第三节 律师常用的法律文书的写作·····	(385)
第三十一章 律师的涉外业务·····	(398)
第一节 律师的涉外业务概述·····	(398)
第二节 律师的涉外诉讼业务·····	(400)
第三节 律师的涉外非诉讼业务·····	(402)
后记·····	(411)

上编 公证制度

第一章 公证制度的特征和历史沿革

【内容提示】本章着重阐述了公证的概念、特征、与公证有关活动的区别,以及公证制度的历史沿革。

第一节 公证的概念及特征

一、公证的概念

公证制度,作为国家司法制度的重要组成部分,已经在市场经济过程中深入地扩展到全体社会组织及公民个人的活动中。公证,就是指国家专门设立的公证组织依据公民、法人或其他组织的申请,对其法律行为、有法律意义的事实和文书,依照法定程序,证明其真实性、合法性的一种非诉讼活动。

具体理解公证概念时,要从下列几方面予以把握:

第一,公证的主体,是公证机关和依法申请公证的当事人。

第二,公证的客体,是公民、法人或其他合法组织的法律行为、法律事实和有法律意义的文书。

第三,公证活动是围绕着证明客体的真实性、合法性进行的。

二、公证与其他相关活动的区别

在理论上划清公证与其他相关活动的区别,对于我们正确理解公证概念,掌握公证基本理论有着重要意义。

(一)公证与民事诉讼活动的区别

二者主要区别在于:第一,公证是非诉讼活动,民事诉讼是诉讼活动,其主旨在于解决当事人之间的纠纷;第二,公证的当事人都属于申请人,且诸申请人没有明显的对立或利益冲突,民事诉讼的当事人双方则恰恰是在利益之争后产生了对立的两个派别,即出现了原告与被告的纠纷状况;第三,公证是依据国家的公证法律、法规进行的,如目前执行的《中华人民共和国公证暂行条例》(以下简称《公证暂行条例》)及司法部颁发的实施细则等规范性文件,以及各省、自治区、直辖市作出的相应的规定;民事诉讼主要依据的法律是《中华人民共和国民事诉讼法》及相关的一些规范性文件。

(二)公证证明与一般证明的区别

公民、法人或其他合法组织都可以出具证明文书,相对于公证证明而言,我们称之为一般证明,但与公证证明有着明显不同:首先,两种证明的法律地位不同。我国民事诉讼法规定:“对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。但是,有相反证据足以推翻公证证明的除外”。但对于一般公民及有关组织的证明文书,“人民法院应当辨别真伪,审查确定其效力。”可见,公证证明具有较高的证明效力,只要找不出足以推翻其证明的相反证据,就应确认其证据效力,它的证明效力高于一般证明文书的效力。其次,两种证明获得社会认可的范围和程度不同。就目前看,公证证明在世界各国都能得到普遍认可,我国的公证及其证明文书已在绝大多数国家得到承认和接收。在国内,公证证明已经深入到社会生活之中,受到全体公民及法人组织的认可。而一般的公民、法人组织的证明都达不到这种程度,如对于任何人而言,都要对公民、法人组织出具的证明认真分析、考证后才可承认和接纳,而且国际上其他国家更是对公民、法人的证明不予考虑。出现上述不同的原因在于,公证是国家立法所肯定的,

一般的公民、法人组织的证明文书则没有这一优势,它不具有公证书的特点,因此其证据效力是有局限性的。

(三) 公证与认证、鉴证的区别

公证与认证有着紧密关系。认证是对经公证证明的事项予以认可、确认。我国只有涉外公证时,才存在着认证问题。对外使用的公证文书才办理认证,经外交机构认证后,才能在其他国家发生效力;同理,外国的公证文书也需要在其外交机关认证后,才能在我国境内有效。但是,公证的证明内涵与认证不同:公证要对证明客体的真实性与合法性展开证明;而认证只是审查公证文书是由盖章中表明的公证机关及签字的公证人所公证的,即形式审查,而对其内容不作审查。

公证与鉴证属于两种不同范畴的业务活动。鉴证是工商管理机关对经济合同的管理活动。它是合同管理机关审查经济合同当事人的资格和合同内容是否真实、合法予以证明;而公证是公证机关证明法律行为、具有法律意义的文书及事实具备真实性、合法性的证明活动。二者区别在于:首先,作出证明文书的主体不同。公证文书是由公证机关依据申请依法作出的,鉴证是工商行政管理机关或其他依法经授权的机关作出的;其次,业务范围不同。鉴证是就合同而言的,而公证并不仅限于对经济合同进行公证,其范围较广;第三,鉴证是合同的主管部门的确认,而公证是国家和社会的确认,其法律效力在原则上应强于鉴证。但需要提出的是:鉴证与公证并不矛盾,对同一经济合同,当事人既可鉴证,又可公证,也可以先鉴证后再到公证机关公证。

第二节 公证制度的历史沿革

一、外国公证制度的历史沿革

最早出现公证的时期在古罗马共和国末期。在当时的奴隶制

社会中,出现了“诺达里”,专门为奴隶主起草各种文书、契约。后来,由于罗马法及其所体现的司法程序上形式主义的严重影响,广大奴隶缺乏法律知识,为了适应罗马居民办理一些法律事务的需要,出了一批专门提供法律服务的“达比伦”,专职代写法律文书。当时的“达比伦”除提供法律服务外,还在代写的文书上签字作证,并且向当事人索取一定数目的酬金。而后,“达比伦”渐渐取代了“诺达里”。这种代书制度被公认为是现代公证制度的最初萌芽。公元4世纪后,罗马帝国把基督教确认为国教,宗教公证开始盛行起来。自此,公证制度正式确立了。公元9世纪到15世纪,宗教公证制度受到限制,最后被取消。取而代之的是法国皇室、诸侯的公证人制度。

19世纪的公证制度主要指法国而言的。1802年法国首先颁布了《公证人法》,这是世界历史上第一部系统的公证法律,公证人事务所是法国资产阶级大革命的产物。公证人的组织地位的确定,为公证制度的发展提供了绝好的前提。1804年拿破仑又颁布了《拿破仑法典》,对公证又作了相应规定,而后,德、意、日、英等国都先后采用了公证制度。到了20世纪,在世界各国出现了多种类型的公证制度。

二、我国公证制度的历史沿革

(一)古代私证制度

我国的公证制度是从古代私证制度演化而来的,“私证”在封建社会相当普遍。西汉时期,从土地以至布袍、长裤的买卖“券书”,都有证人参加。唐代买卖奴婢、牛、马等物品时,应立“市券”。立券时由卖方出立契券,由文书代写后,再由当事人画押。在场的中证人,也必须在契券上签名画押,清代以后统一把中证人称为“中人”,意思是居中见证,属于第三者。买卖时有中人介入后,当事人双方就轻易不能在事后随意更改契券内容,起到了预防纠纷的作用。但古代的中人只证明文书所载明的内容存在,至于事实

自身的合法性,则不属中人过问的范围。因此,这种私证制度也难以保护买卖双方的合法利益。而后,私证逐渐被公证所取代。我国最早的公证机构出现在宋代,称谓“书铺”,它代理各种公证业务,如证明当事人供状、验地产契约、证明婚姻、为参加考试者办理验审手续等。“书铺”的出现,证据效力增强了,与私证相比有了较大的进步。

(二)民国时期的公证制度

我国历史上真实意义的公证制度出现在民国时期。民国9年,为了澄清讼源,广东省特区法院首先推行公证制度。1935年7月,经司法院拟定,由司法行政部颁布《公证暂行规则》,初步设定由地方法院设公证处,指定推事专办公证事务,也可兼办。如果有必要时,可在辖区内适当之处设立公证分处。而后,又颁布了《公证暂行规则实施细则》、《公证费用规则》。1943年3月,国民政府颁布了《公证法》,同年12月25日又颁布了《公证法实施细则》。这样,公证在民国时期基本上得到了确立。民国时期的公证制度不允许私人开业办理公证业务,其立法思想在于:国家在法院设立公证处或分处办理公证业务,可便于监督和管理。而私人办理公证业务,恐怕出现各种弊端,不利于管理。当时的公证范围包括两种:一种是公证书的作成,指当事人或其他关系人请求公证人就关于法律行为或其他私权事实给其作成公证书的活动;另一种是私证书认证,指当事人或其他关系人,把私人就法律行为或私权事实作成的证书提交公证处,请求公证人予以认证的活动。

民国时期,政府积极采取措施扩大公证业务,如司法行政部曾制定《各地方法院办理公证事务竞赛办法》,每年定期举行竞赛,优胜者可记功表奖。尽管当时的国民政府大力推行公证制度,但这些制度都是为国民党统治、剥削广大劳动人民服务,广大人民无法运用它来保护自己的权益。

(三)新中国的公证制度

中华人民共和国成立后,公证制度几经风雨,经历了创建、取消和重建的反复发展的过程。

1. 新中国公证制度的确立与发展时期

建国后,1951年9月,中央人民政府委员会颁布了《中华人民共和国人民法院组织暂行条例》,规定由县级人民法院和中央及大行政区、直辖市人民法院管辖公证及其他法令所规定的非诉事件。同时,又相继颁布了《北京市人民法院公证暂行办法》、《中南区公证试行办法》。自此,公证组织在我国大中城市及县级城市相继建立,并开始办理公证业务。

1956年,公私合营后,公私合同转变为国营企业与公私合营企业之间的合同关系,及公私合营企业之间的合同关系,在合同履行上杜绝了个别私营企业的欺诈行为,使合同得已确实履行。为此,司法部决定扩大公证业务范畴,颁布了《关于公证业务范围的通知》,要求各地在原业务范围之外,加大力度办理有关公民权利义务关系方面的业务。因此,公证工作的范围扩展至遗嘱、继承、收养子女、房屋、买卖、死亡、亲属关系等多方面,仅1957年,全国办理公证业务近30万件,公证队伍也在发展壮大。这时期的公证活动极大地推动了社会主义经济建设,在法制建设中发挥了重要作用。

2. 公证工作的低谷期

1957年后,由于反右斗争扩大化,法律虚无主义开始严重地破坏了社会主义法制建设,公证机关也没能幸免。1959年公证机构被撤销,除了几大城市办理一些涉外公证业务外,国内公证业务停办,而后的“文化大革命”又为公证制度蒙上了一层阴影。

3. 公证工作的恢复与发展期

1978年,党的十一届三中全会强调健全社会主义民主与法制,公证制度开始走出了低谷,又逐步在全国得到恢复与发展。国