



全国高等教育自学考试指定教材 法律专业

公证与律师制度

附：公证与律师制度自学考试大纲

课程代码
00259
[2010年版]

组编／全国高等教育自学考试指导委员会
主编／马宏俊

全国高等教育自学考试指定教材

法律专业

公证与律师制度

(2010 年版)

(附:公证与律师制度自学考试大纲)

全国高等教育自学考试指导委员会 组编

主 编 马宏俊

撰稿人 马宏俊 齐 玮 张 纲

袁 钢 程 滔

审稿人 牛文忠 王士刚 王进喜



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公证与律师制度:2010年版/马宏俊主编. —北京:北京大学出版社,2010.10

(全国高等教育自学考试指定教材)

ISBN 978-7-301-17878-2

I. ①公… II. ①马… III. ①公证制度-中国-高等教育-自学考试-自学参考资料 ②律师制度-中国-高等教育-自学考试-自学参考资料 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 193051 号

书 名: 公证与律师制度(2010年版)

附: 公证与律师制度自学考试大纲

著作责任者: 马宏俊 主编

责任编辑: 孙战营 郭瑞洁

标准书号: ISBN 978-7-301-17878-2/D·2702

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京朝阳印刷厂

880 毫米×1230 毫米 32 开本 14.625 印张 421 千字

2010 年 10 月第 1 版 2011 年 3 月第 3 次印刷

定 价: 22.00 元

本书如有质量问题,请与教材供应部门联系。

版权所有,侵权必究

组 编 前 言

21 世纪是一个变幻莫测的世纪,是一个催人奋进的时代。科学技术飞速发展,知识更替日新月异。希望、困惑、机遇、挑战,随时随地都有可能出现在每一个社会成员的生活之中。抓住机遇,寻求发展,迎接挑战,适应变化的制胜法宝就是学习——依靠自己学习、终生学习。

作为我国高等教育组成部分的自学考试,其职责就是在高等教育这个水平上倡导自学、鼓励自学、帮助自学、推动自学,为每一个自学者铺就成才之路,组织编写供读者学习的教材就是履行这个职责的重要环节。毫无疑问,这种教材应当适合自学,应当有利于学习者掌握、了解新知识、新信息,有利于学习者增强创新意识、培养实践能力,形成自学能力,也有利于学习者学以致用、解决实际工作中所遇到的问题。具有如此特点的书,我们虽然沿用了“教材”这个概念,但它与那种仅供教师讲、学生听,教师不讲,学生不懂,以“教”为中心的教科书相比,已经在内容安排、形式体例、行文风格等方面都大不相同了。希望读者对此有所了解,以便从一开始就树立起依靠自己学习的坚定信念,不断探索适合自己的学习方法,充分利用自己已有的知识基础和实际工作经验,最大限度地发挥自己的潜能达到学习的目标。

欢迎读者提出意见和建议。

祝每一位读者自学成功。

全国高等教育自学考试指导委员会

2005 年 1 月

目 录

上篇 公证制度	(1)
第一章 公证法律制度概述	(1)
第一节 公证法律制度的概念、特征	(1)
第二节 公证法与其他相关法律的关系	(5)
第三节 公证法律制度的建立与发展	(9)
第四节 公证法律制度与市场经济的协调发展	(12)
第二章 公证活动的基本原则	(15)
第一节 真实原则	(15)
第二节 合法原则	(18)
第三节 独立原则	(19)
第四节 自愿与法定公证相结合的原则	(20)
第五节 回避原则	(21)
第六节 保密原则	(22)
第七节 使用本国和本民族语言文字原则	(23)
第三章 公证机构与管理体制	(25)
第一节 公证机构的性质和任务	(25)
第二节 公证机构的设立	(30)
第三节 公证协会	(33)
第四节 公证管理体制	(35)
第四章 公证员	(38)
第一节 公证员概述	(38)
第二节 公证员的权利与义务	(43)
第三节 公证员的职业道德	(46)
第四节 公证员的法律地位	(49)
第五章 公证书	(51)
第一节 公证书概述	(51)

第二节	公证书的效力	(52)
第三节	公证书的制作	(58)
第六章	公证执业区域	(64)
第一节	公证执业区域概述	(64)
第二节	公证执业区域的划分	(65)
第三节	公证机构执业的例外规定	(68)
第七章	公证法律责任	(71)
第一节	公证法律责任概述	(71)
第二节	公证刑事法律责任	(74)
第三节	公证行政法律责任	(78)
第四节	公证民事法律责任	(81)
第八章	公证程序	(85)
第一节	申请和受理程序	(85)
第二节	审查核实程序	(90)
第三节	出证程序	(94)
第四节	公证期限、终止公证和拒绝公证	(98)
第五节	公证复查程序	(101)
第六节	争议的处理程序	(105)
第九章	涉外及涉港澳公证	(108)
第一节	涉外公证	(108)
第二节	涉港澳公证	(114)
第十章	公证证明活动	(119)
第一节	民事法律行为公证	(119)
第二节	有法律意义的事实公证	(122)
第三节	有法律意义的文书公证	(124)
第四节	常见的公证证明活动	(126)
第十一章	公证法律事务	(133)
第一节	法律、行政法规规定由公证机构登记 的事务	(133)
第二节	提存事务	(134)
第三节	保管事务	(137)

第四节 代书和咨询事务	(138)
下篇 律师制度	(140)
第十二章 律师法律制度概述	(140)
第一节 律师法律制度的概念、特征	(140)
第二节 律师法与相关法律的关系	(141)
第三节 律师法律制度的建立与发展	(144)
第四节 律师法律制度与市场经济的协调发展	(149)
第十三章 律师	(152)
第一节 律师概述	(152)
第二节 律师业务	(161)
第三节 法律职业资格与律师执业许可	(176)
第四节 律师的权利与义务	(184)
第五节 律师的法律责任	(192)
第十四章 律师事务所	(207)
第一节 律师事务所概述	(207)
第二节 律师事务所的设立	(210)
第三节 律师事务所的管理	(218)
第四节 律师事务所的法律责任	(221)
第十五章 律师管理体制	(226)
第一节 律师管理体制概述	(226)
第二节 律师的司法行政管理	(227)
第三节 律师协会的行业管理	(241)
第十六章 律师职业道德和执业行为规范	(246)
第一节 律师职业道德	(246)
第二节 律师执业行为规范	(248)
第三节 律师行业责任	(260)
第十七章 律师技能:会见	(266)
第一节 会见当事人	(266)
第二节 会见证人	(268)
第三节 会见被追诉人	(270)

第十八章 律师技能:阅卷	(279)
第一节 律师阅卷的范围	(279)
第二节 律师阅卷的主要内容	(286)
第三节 律师阅卷的方法	(293)
第十九章 律师技能:谈判	(300)
第一节 谈判前的准备	(300)
第二节 陈述与反驳	(305)
第三节 谈判的策略与技巧	(308)
第二十章 律师技能:调查	(315)
第一节 调查的目标和种类	(315)
第二节 尽职调查	(327)
第三节 证据收集	(338)
第二十一章 律师技能:论辩	(352)
第一节 律师论辩概述	(352)
第二节 律师论辩方法	(359)
第三节 律师论辩技巧	(361)
第二十二章 律师技能:咨询与代书	(365)
第一节 法律咨询	(365)
第二节 法律代书	(369)
后记	(376)

公证与律师制度自学考试大纲 (含考核目标)

一、课程性质与设置目的	(380)
二、课程内容与考核目标	(382)
上篇 公证制度	(382)
第一章 公证法律制度概述	(382)
第二章 公证活动的基本原则	(386)
第三章 公证机构与管理体制	(390)
第四章 公证员	(393)

第五章 公证书	(396)
第六章 公证执业区域	(400)
第七章 公证法律责任	(402)
第八章 公证程序	(406)
第九章 涉外及涉港澳公证	(410)
第十章 公证证明活动	(413)
第十一章 公证法律事务	(416)
下篇 律师制度	(419)
第十二章 律师法律制度概述	(419)
第十三章 律师	(422)
第十四章 律师事务所	(427)
第十五章 律师管理体制	(431)
第十六章 律师的职业道德和执业行为规范	(434)
第十七章 律师技能:会见	(437)
第十八章 律师技能:阅卷	(439)
第十九章 律师技能:谈判	(441)
第二十章 律师技能:调查	(444)
第二十一章 律师技能:论辩	(447)
第二十二章 律师技能:咨询与代书	(450)
三、有关说明与实施要求	(453)
附录 题型列举	(455)
后记	(457)

上篇 公证制度

第一章 公证法律制度概述

第一节 公证法律制度的概念、特征

一、公证、公证法、公证法学和公证法律制度的概念

(一) 公证

公证(notary)来源于拉丁语 Nata,最初用于表示为国家和社会公认的证明活动。公证最早出现在古罗马共和国时期,距今已有两千多年的历史。关于公证的定义,我国《公证法》第2条明确规定:“公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请,依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。”

据此,公证不同于一般意义上的证明,公证是公证机构根据当事人的申请依照法定程序,证明民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性的一种执业活动,其主体是公证机构,其进行公证后出具的公证书具有法定效力;后者是指公民、法人或者其他组织以书面、口头方式作出的对某种事实情况加以说明不直接具有法律效力的行为。
证明活动, 证明活动, 特殊证明

(二) 公证法

公证法是指国家立法机关为规范公证活动,保障公证机构和公证员依法履行职责,预防纠纷,保障自然人、法人或者其他组织的合

法权益而制定的法律规范的总称^①,其既有实体法的内容,也有程序法的内容。

公证法是公证机构进行公证活动的法律规范,也是当事人申办公证事项的规范。根据公证法规定的范围的大小,可将公证法分为广义的公证法和狭义的公证法。狭义的公证法仅仅指系统规定有关公证活动的法律规范的公证法典,如2006年3月1日起施行的《中华人民共和国公证法》。广义的公证法是指一切规定有关公证活动的法律规范的总和包括公证法典和含有规范公证活动内容的法律、法规、决定和规章等等。

公证法是公证工作的基本法,它对公证制度的法律地位和公证执业活动的基本原则,以及公证机构、公证员、公证程序、公证效力和公证法律责任等具有重要的意义。

(三) 公证法学

公证法学是法学中的一个部门法学,是对公证立法和公证法的适用进行理论概括的科学。它以公证法律作为研究对象,揭示公证法律的内容、形式、制定、实施的一般规律,系统阐述公证法律的原理、原则、制度,产生的时代背景、历史沿革、制定依据,以及与其他法律、法规的关系,探讨公证法律具体规范的特点及其在实践中的作用等。

(四) 公证法律制度

公证法律制度是规范公证证明活动以及进行公证活动中形成的各种法律关系的法律规范的总称,是公证机构和公证人员以及其他公证参与人办理公证事项必须遵循的行为规范。^②

二、公证法律关系

(一) 定义

公证的法律关系是受公证法所调整的公证机构、公证当事人、公证利害关系人以及其他公证参与人,在办理公证事项,进行公证活动

^① 关今华主编:《律师与公证》,厦门大学出版社2007年版,第346页。

^② 宋朝武、张力:《律师与公证》,高等教育出版社2007年版,第193页。

过程中形成的,以公证法上的权利义务为内容的法律关系。^①

(二) 要素

公证法律关系的要素是指构成公证法律关系不可缺少的因素和条件,与其他法律关系相似,其构成要素包括主体、客体、内容三部分。

1. 公证法律关系的主体

根据《公证法》的规定,公证法律关系的主体有公证机构、公证当事人、公证代理人、公证利害关系人和其他公证参与人。

公证机构,是指依法设立,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。公证机构是公证证明活动的主持者。

当事人,是指与公证事项有法律上的利害关系并以自己的名义向公证机构提出公证申请,在公证活动中享有权利和承担义务的公民或法人。公证法律关系的主体对公证法律关系产生、发展和消灭起着决定作用,如果没有当事人的申请和公证机构的受理,公证活动就无从谈起。

公证利害关系人是指与公证事项有法律或者事实上的利害关系,因公证机构向其核实有关情况而参与公证程序,享有一定权利和负有一定义务的主体。

其他公证参与人是指公证机构在办理公证事项的过程中,为了调查核实有关的情况,保障公证程序的顺利进行,而参与公证程序活动的人。主要包括证人、翻译人员、勘验人员、鉴定人员和其他协助人。

2. 公证法律关系的客体

公证法律关系的客体就是公证活动中权利和义务所共同指向的对象,而公证活动中权利、义务共同指向的对象无外乎是公证机构依法定程序予以证明的民事法律行为、有法律意义的事实和文书。因此,公证法律关系的客体是民事法律行为、有法律意义的事实和文书。

^① 宋朝武、张力:《律师与公证》,高等教育出版社2007年版,第198页。

3. 公证法律关系的内容

法律关系的内容指的是法律关系主体的权利和义务,就此而言,公证法律关系的内容指的就是公证法律关系主体所享有的权利和所负有的义务。在公证法律关系中,公证机构和申请公证的当事人的权利和义务是对等的,正是由此,才能保证公证行为的公正性,使公证行为具有法定效力,从而达到维护当事人合法权益的目的。^①

三、公证的特征

公证的特征,是公证制度本身所具有的属性,是公证活动区别于其他有关活动的标志。根据《公证法》的规定,公证具有如下法律特征:

第一,公证是一种证明活动。

根据法律规定,公证机构是受司法行政机关领导的专设的证明机构,公证的对象是民事法律行为、有法律意义的事实和文书,公证的内容是民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性和合法性。因此,公证不是产生或者赋予当事人实体权利义务关系的行为,而是对当事人之间存在的实体权利义务关系加以证明的活动,具有程序性的特点。

第二,公证是一种非诉讼活动。

一般认为公证活动属于非诉讼领域的一种活动,这主要相对于民事诉讼活动而言的。两者的区别在于:首先,发生的时间不同。公证活动是在纠纷发生前,通过对法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性进行确认,来维护国家、公民、法人及其他组织的合法权益。而人民法院的审判活动,是在当事人之间发生争议后,依照诉讼程序解决争议,维护当事人的合法权益。前者的目的在于预防纠纷,后者的目的在于解决纠纷。其次,法律依据不同。与人民法院按照诉讼法规定的诉讼程序不同,公证机构进行公证活动严格依照公证程序。再次,法律后果不同。公证活动是通过法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性进行确认,赋予其法律上的证

^① 董世平、连春亮主编:《基层法律服务教程》,群众出版社2008年版,第78页。

明力。而人民法院的审判活动恰是通过有争议的法律关系进行消灭或变更,以起到定纷止争的作用。^①最后,当事人不同。公证的当事人都属于申请人,不存在被申请人;并且申请人之间没有明显的对立或者利益冲突;而人民法院的审判活动中,存在着对立或者利益冲突的双方当事人。

第三,公证证明具有特殊的法定效力。

公证的证明不同于一般的证明。我国《公证法》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。”《公证法》第37条规定:“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。前款规定的债权文书确有错误的,人民法院裁定不予执行,并将裁定书送到双方当事人和公证机构。”《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。”据此,公证机构出具的公证书具有证据效力,强制执行的效力,法律行为成立要件的效力及强制执行的效力,这是其他一般证明活动所不能比拟的。另外,公证还具有普遍的效力,我国公证机构出具的公证文书,可以持往国外使用,国外的公证证明文书依照有关规定,也可以在我国使用。

第二节 公证法与其他相关法律的关系

在法律规范的体系中,与公证法关系最密切的是民商事实体法和民事诉讼法。

一、公证法与民商法的关系

(一) 民商法是公证制度的基础

公证证明的事项大多是民商事实体法规范的对象,公证既遵循公证程序规范,还必须遵循民商事实体规范。所以,作为实体法的民

^① 董世平、连春亮主编:《基层法律服务教程》,群众出版社2008年版,第79页。

商法,是公证证明活动的基础和依据。

有的学者认为,公证法是民法典的配套法规。一国的公证立法往往分为两部分,一部分是公证法典或公证人法,这是公证机构的组织法和公证程序法;另一部分是民法典、公司法、民事诉讼法、证据法中关于公证之运用的各项规定,这些是公证机构的活动法,这两部分内容综合起来才构成一个国家的完整的公证法律制度,任何部分的残缺都将造成公证制度的“跛脚”状态。^①

(二) 公证法是正确实施民商法的保证

《公证法》可以使公民、法人和其他组织能够清楚地认识到如何有效的保护自身的合法权利,并依法自觉履行自己应尽的义务。通过公证活动,可以调整和规范公民、法人和其他组织的民事、经济和商事活动,使其法制化和制度化,并且切实有效地保证民事法律行为的真实和有效。

(三) 公证法和民商事法律是不同的法律规范

公证法是公证机构在公证活动中,必须遵循的各项法律制度的总和,它的一切活动都由有关的公证法律加以调控。民商法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。

(1) 公证制度着重解决公证机构及其工作人员在公证活动中的程序、制度和原则问题,属于程序法的范畴;民商法是解决平等主体之间的权利义务关系,属于实体法的范畴。

(2) 公证机构受理公证申请,并依法作出公证的专门证明机构,是由国家依法设立的,反映了公证活动的证明力和公益性,属于公法的范畴;民商法规定的是平等主体之间的人身关系和财产关系,可以由当事人根据意思自治的原则处分其权利和义务,属于私法的范畴。

总之,公证法作为程序法,与民商法有着密切的联系。公证法律制度的对象要通过实体法的规定来确定,其作用的范围也受到相应实体法的制约。没有实体法的支持,公证也就失去了用武之地。公证的一切程序也就缺少了作用对象,公证的业务范围势必受到影响。

^① 徐国栋:《公证制度与民法典》,载《中国司法》2005年第7期,第23页。

二、公证法与民事诉讼法的关系

民事诉讼法是指调整法院、当事人以及其他诉讼参与人在解决民事纠纷的过程中所产生的各种诉讼法律关系的法律规范的总称。公证法与民事诉讼法的关系如下：

（一）联系

（1）公证法与民事诉讼法都是程序法，在许多法律制度上有相似之处，两者可以相互借鉴。

（2）公证法的实施有利于减轻人民法院的负担，起到预防纠纷和减少诉讼的目的。

（3）经过公证的法律文书、事实和行为可以直接作为定案的依据。

（4）经过公证赋予的强制执行效力的债权文书，可以依照民事执行程序由人民法院强制执行。

（二）区别

1. 性质不同

公证属于非诉讼活动，是证明行为；民事诉讼是司法活动，是国家行使审判权的体现。

2. 法律后果不同

公证是对法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性进行确认，赋予其法律上的证明力。（按照民事诉讼法，人民法院通过审判活动，对当事人争议的法律关系作出判决和调解协议，从而终局的解决纠纷，确定当事人之间的权利义务关系）

3. 不服法院裁判与不服公证解决的方式不同

在公证活动中，当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有误的，可以向公证机构提出更改错误的复查，也可以向法院提起民事损害赔偿之诉。在诉讼活动中，当事人对未生效的一审裁判不服，可以向上级法院提起上诉；当事人对已生效的裁判不服，可以申请启动审判监督程序。

三、公证法与行政法的关系

所谓行政法,是指行政主体在行使行政职权和接受行政法制监督过程中与行政相对人、行政法制监督主体之间发生的各种关系,以及行政主体内部发生的各种关系的法律规范的总称。它由规范行政主体和行政权设定的行政组织法、规范行政权行使的行政行为法、规范行政权运行程序的行政程序法、规范行政权监督的行政监督法和行政救济法等部分组成。其重心是控制和规范行政权,保护行政相对人的合法权益。行政法与公证法的关系如下:

(一) 联系

公证机构行使的证明权是国家的公共职权。而行政法中的行政主体行使的行政职权也是属于公共职权。

(二) 区别

1. 调整对象不同

公证法的调整对象是指公证当事人在公证活动中所涉及的各种法律关系。行政法的调整对象是行政关系,具体指行政主体在行使行政职权和接受行政法制监督过程中而与行政相对人、行政法制监督主体之间发生的各种关系以及行政主体内部发生的各种关系。

2. 主体性质不同

公证法的主体之一是公证机构。公证机构不是国家行政机关,其独立对其证明行为负责,公证机构之间不存在上下隶属和领导关系。众所周知,行政是专指国家的行政管理,即国家行政机关依据国家法律、法规在其职权范围内对国家事务进行管理的一种组织活动;而公证则是指公证机构根据当事人的申请,依法对法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性进行证明的一种活动。公证机构不同于国家行政机关,它独立对自己的证明行为负责,相互之间不存在上下隶属和领导关系。

3. 主体是否可以采取强制性措施不同

国家行政机关为实施管理职能,可以行使形成权(依法作出设立、变更、终止某些法律关系的权力)、命令权、处罚权,可以对某些有争议的行政法律关系,在其职权范围内作出决定,采取强制措施;