

全国高等教育自学考试教材
★法律专业

公证与律师制度

陈光中 主编
北京大学出版社

全国高等教育自学考试教材
法 律 专 业

公 证 与 律 师 制 度

主 编 陈光中
副主编 李春霖 刘金友
撰稿人 李春霖 张淑兰
陈桂明 马 红
赵长庆 陈光中
刘金友 马 明
杨国杰 刘 莘

北 京 大 学 出 版 社

全国高等教育自学考试教材法律专业

公证与律师制度

陈 光 中 主 编

责任编辑：李 霞

*

北京大学出版社出版

(北京大学校内)

河北省衡水地区印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

*

850×1168毫米 32开 本15.5印张 394千字

1991年 3 月第一版 1991年 3 月第一次印刷

印数：00001—100,000册

ISBN 7-301-01473-2/D·0145

定价：6.30元

出版前言

高等教育自学考试教材建设是高等教育自学考试工作的一项基本建设。经国家教育委员会同意,我们拟有计划、有步骤地组织编写一些高等教育自学考试教材,以满足社会自学和适应考试的需要。《公证与律师制度》是为高等教育自学考试法律专业组编写的一套教材中的一种。这本教材是根据专业考试计划,从造就和选拔人才的需要出发,根据国家教委对自学考试的要求,结合自学考试的特点,组织高等院校一些专家学者集体编写而成的。

法律专业《公证与律师制度》自学考试教材,是供个人自学、社会助学和国家考试使用的。无疑也适用于其他相同专业方面的学习需要。现经审定同意予以出版发行。我们相信,随着高教自学考试教材的陆续出版,必将对我国高等教育事业的发展,保证自学考试的质量起到积极的促进作用。

编写高等教育自学考试教材是一种新的尝试,希望得到社会各方面的关怀和支持,使它在使用中不断提高和日臻完善。

全国高等教育自学考试指导委员会

一九九〇年八月

目 录

上篇 公证制度

第一章	公证制度的概念和历史沿革	(1)
第一节	公证制度的概念和特征.....	(1)
第二节	公证制度的历史沿革.....	(5)
第二章	公证机关的任务与业务范围	(16)
第一节	公证机关的任务.....	(16)
第二节	公证机关的业务范围.....	(19)
第三章	公证活动的基本原则	(30)
第一节	客观真实原则.....	(30)
第二节	合法原则.....	(31)
第三节	自愿原则.....	(33)
第四节	回避原则.....	(34)
第五节	保密原则.....	(36)
第六节	便民原则.....	(38)
第七节	使用本国和本民族语言文字的原则.....	(40)
第四章	公证机关的组织设置与管理体制	(42)
第一节	我国公证机构的设置及其人员组成.....	(42)
第二节	公证员的条件和任免.....	(43)
第三节	公证机关的管理体制.....	(46)
第四节	公证员协会.....	(48)
第五章	公证管辖	(51)
第一节	公证管辖概述.....	(51)
第二节	公证管辖的种类.....	(52)
第六章	公证程序	(60)
第一节	办理公证的一般程序.....	(60)
第二节	办理公证的其他程序规定.....	(68)
第三节	公证费用的征收.....	(72)

第七章	公证的效力	(75)
第一节	公证具有使法律行为生效的效力.....	(75)
第二节	公证具有证据的效力.....	(79)
第三节	公证具有强制执行效力.....	(82)
第八章	合同的公证	(85)
第一节	民事合同的公证.....	(86)
第二节	经济合同的公证.....	(92)
第九章	关于继承权与遗产分割协议的公证	(101)
第一节	继承权公证.....	(101)
第二节	遗产分割协议的公证.....	(109)
第十章	关于遗嘱的公证	(117)
第一节	遗嘱的概念及其生效的条件.....	(117)
第二节	不同类型遗嘱的公证.....	(120)
第十一章	关于收养关系的公证	(126)
第一节	收养的概念和收养公证的意义.....	(126)
第二节	收养关系成立的要件和效力.....	(128)
第三节	办理收养关系公证的程序和收养关系的解除程序.....	(133)
第四节	涉外收养.....	(137)
第十二章	关于委托行为的公证	(140)
第一节	委托行为公证的范围.....	(140)
第二节	委托行为公证证明的程序.....	(144)
第十三章	关于身份关系的公证	(148)
第一节	有关亲属关系和婚姻状况的公证.....	(148)
第二节	有关出生、死亡、生存、定居的公证.....	(154)
第三节	有关经历与学历的公证.....	(158)
第十四章	涉外公证	(162)
第一节	涉外公证的概念和意义.....	(162)
第二节	涉外公证程序的特别规定.....	(168)
附：	有关国家和地区对办理公证、认证事项	
	的要求简介	(174)

下篇 律师制度

第十五章 律师制度的概念和历史沿革	(181)
第一节 律师制度的概念与意义.....	(181)
第二节 律师制度的历史沿革.....	(184)
第十六章 律师的性质、任务和主要业务	(190)
第一节 律师的性质.....	(190)
第二节 律师的任务和主要业务.....	(194)
第十七章 律师的资格、职务和职称	(199)
第一节 律师资格.....	(199)
第二节 律师的职务和职称.....	(210)
第十八章 律师的工作机构与管理体制	(218)
第一节 律师的工作机构.....	(218)
第二节 律师的行政管理.....	(230)
第三节 律师协会.....	(233)
第十九章 律师工作的原则	(236)
第一节 律师工作的一般原则.....	(236)
第二节 律师涉外业务的工作原则.....	(244)
第二十章 律师的权利和义务	(247)
第一节 律师的权利.....	(247)
第二节 律师的义务.....	(257)
第二十一章 律师素质与职业道德	(262)
第一节 律师素质.....	(262)
第二节 律师的职业道德.....	(272)
第二十二章 刑事诉讼中的律师辩护	(280)
第一节 刑事辩护制度与律师辩护.....	(280)
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.....	(292)
第三节 辩护律师出庭前的工作.....	(297)

第四节	辩护律师在法庭审判中的工作·····	(309)
第二十三章	刑事诉讼中的律师代理·····	(316)
第一节	刑事诉讼中律师代理的概念、根据及诉讼权利·····	(316)
第二节	公诉案件中的律师代理·····	(320)
第三节	律师担任自诉案件自诉人的诉讼代理人·····	(334)
第四节	刑事附带民事诉讼的律师代理·····	(342)
第五节	律师与刑事申诉案件·····	(345)
第二十四章	民事诉讼中的律师代理·····	(349)
第一节	民事诉讼中律师代理的概念、特征及意义·····	(349)
第二节	律师在民事诉讼代理中的地位和权限·····	(353)
第三节	律师民事诉讼代理的程序·····	(366)
第四节	律师在上诉审程序和审判监督程序中的代理·····	(374)
第五节	律师在涉外民事申诉中的代理·····	(377)
第二十五章	行政诉讼中的律师代理·····	(383)
第一节	行政诉讼与律师代理·····	(383)
第二节	律师进行行政诉讼代理·····	(397)
第二十六章	法律顾问·····	(405)
第一节	法律顾问的概念、种类和意义·····	(405)
第二节	法律顾问的聘请程序和工作原则·····	(412)
第三节	法律顾问的工作范围和工作方式·····	(417)
第二十七章	非诉讼法律事务中的律师业务·····	(429)
第一节	非诉讼法律事务及其律师代理的范围与分类·····	(430)
第二节	律师通常代为办理的一些单项法律行为·····	(437)
第三节	非诉讼调解中的律师工作·····	(443)
第四节	仲裁中的律师工作·····	(454)
第二十八章	法律咨询和代书·····	(464)
第一节	法律咨询·····	(363)
第二节	代书·····	(469)
后记	·····	(486)

上篇 公证制度

第一章 公证制度的概念和历史沿革

第一节 公证制度的概念和特征

一、公证的概念

所谓公证，是指国家公证机关的公证人员按照国家赋予的权力，根据当事人的申请，对机关、团体、企事业单位和公民个人的各种法律行为，以及具有法律意义的文书和事实，依据法定的程序，确认其真实性和合法性的一种活动。

在公证活动中，其主体是国家公证机关和提出公证申请的当事人；其客体是被证明的法律行为、具有法律意义的文书和事实；其内容是确认被证明对象的真实性与合法性；其目的是为了保护国家、集体和个人的合法权益。这里所说的“办理公证的主体是国家公证机关和当事人”有二层含义：一是当事人的自愿申请是办理公证的前提条件；二是国家公证机关依法行使办证的职能，是国家赋予的神圣职责，其他任何机关、团体和个人都无权行使公证的职权。这里所说的“法律行为”，是指能够使民事法律关系发生、变更和消灭的行为。被证明的法律行为，既有单方面的（如遗嘱公证），也有双方面的（如合同公证），还有共同性的或者多方面的（如成立社会团体的公证）。既有有偿的（如买卖公证），也有无偿的（如赠与公证），等等。这里所说的“法律

事实”，是指能够引起法律关系发生、变更和消灭的事实。也就是说，由于这种客观事实的存在而直接影响了民事法律关系的发生、变更和消灭。如果这种事实与民事法律关系无关，则不能称其为法律事实，也没有公证的必要。这里所说的“具有法律意义的文书”，是指有证明价值的文书，这种文书一旦被证实，便产生法律效力，受到法律的保护。

二、公证的特征

公证的特征，是由公证的本质和固有属性所决定的，是公证活动区别于其他有关活动的标志。

（一）公证活动与民事诉讼活动的区别

1. 两者的性质不同。公证属于非诉讼活动，民事诉讼是审判活动。公证是证明某种法律行为、法律文书和事实的真实性与合法性的活动。民事诉讼是在人民法院的组织和主持下调查、审理、裁判或调解民事纠纷，以及执行法律文书的活动。

2. 两者的当事人不同。在民事诉讼活动中，必须有原告和被告，而且双方的民事权益处于侵犯与被侵犯的对立状态。在公证活动中，只有申请人，没有被申请人。如果几个申请人对同一法律行为、法律文书和事实作出公证有无法统一的争执，则公证机关有权拒绝公证。

3. 两者的法律依据不同。民事诉讼活动是依照国家最高权力机关制定的《民事诉讼法》的原则、制度和程序进行的。公证活动是按照国家最高行政机关制定的《公证暂行条例》进行的。

4. 两者产生的法律后果不同。人民法院通过审判活动，对当事人争议的法律关系，作出判决或者达成调解协议；有时通过强制执行，结束诉讼活动。公证的证明活动，是对法律行为、具有法律意义的文书或事实的真实性、合法性加以认可，赋予法律

上的证明效果。

5. 不服法院裁判的上诉与不服公证的申诉不同。在民事诉讼中，当事人不服一审人民法院的裁判，有权提起上诉，以引起第二审程序的发生。在公证活动中，当事人对公证机关拒绝公证的做法不服时，有权向当地或者上级司法行政机关提起申诉，请求予以公证。

（二）公证与认证的关系

公证与认证虽在某些方面有密不可分的联系，但又有严格的区别。公证在本国可以直接发生证明效力。但如果是发往外国的公证，就需要经过外交或者领事机关认证属实、可靠后方能发生作用。因为，使用国并不了解他国公证组织及其人员的公证情况，所以必须经原公证国的外事部门认证公证机关和公证人员的签名和盖章属实，再经使用国的外事部门认证制作国外事部门的签字和盖章属实后，方可生效。譬如，我国去外国学习和工作的人员，需要证明在本国的经历和学历时，先要向有管辖权的公证机关申请作出证明文件，再转交外事部门认证，而后由文件使用国的大使馆或领事馆认证属实，才能发生法律效力。反之，外国的公证文件需要在我国使用时，也必须经过同样的手续。就此而言，公证与认证既是两种不同的概念，又有密切联系。没有公证，便没有认证；没有认证，公证则无法在外国发生法律效力。公证是认证的前提和基础，认证是对公证的证实和鉴别。

（三）公证与鉴证的区别

鉴证，是国家工商行政管理机关为了维护签订经济合同的当事人的正当权益，促进经济的发展，对已经签订的经济合同的合法性、真实性和可行性，进行全面地审查、鉴别和核实，予以证明，借以促进经济合同履行的一种活动。公证的业务范围虽然比起鉴证来要广泛的多，但通过当事人的申请，对经济合同作出公证，也是一项重要的任务。通过公证机关的审核，能够进一步保证签

约的正当性、合法性和可靠性。经公证机关认定为不符合条件的合同，则依法拒绝公证；对严重违法的合同，则依法报告有关部门查处。

公证与鉴证虽然都可以证明经济合同的真实性、合法性和执行性，但二者是不同的。第一，行为的主体不同。公证行为的主体是国家公证机关；鉴证行为的主体是国家工商行政管理机关。第二，两者的作用不同。公证仅能证明经济合同的确实性和合法性；鉴证还有促进经济合同履行的作用。第三，两者针对的对象不同。鉴证的对象只有经济合同；公证的对象是指一切法律行为、有法律意义的文书或事实。

（四）公证与签证的区别

签证，是指一国国内或者驻国外的主管机关，在本国人或者外国人出入境（包括过境）时，在其所持的证件上（护照、过境通知书、边境公务通知证等）办理签注、盖印等手续，表示准其出入境或者过境的一种活动。按照国际惯例，作为一个主权国家，对于本国人或者外国人的证件不符合本国法律所规定的条件的，主管机关有权拒绝签证，不准其出境、入境或者过境。

公证与签证，作为两种不同范畴的业务活动，二者没有必然的联系。然而，本国人或者外国人办理出入境手续时，需要通过公证文书证明其身份时，则应由公证机关作出证明文书，再由有关机关（在我国是公安机关）办理护照。从这种意义上说，公证是签证的前提；签证是对公证的认可。因此，在这方面二者是有联系的。

（五）公证证明与一般证明不同

在我国，法人与个人都有权依法出具证明文书，但这种一般性的证明文书的法律效力，与公证证明文书的法律效力是不同的。

第一，两种文书的法律地位不同。我国《民事诉讼法》

第五十七条第二款规定：“人民法院对机关、团体、企业事业单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。”第五十九条规定：“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。”对比这两条规定，可以清楚地看出：对一般证明必须经过审查，辨别其真伪，才可确定其效力；而对公证证明，只要找不到足以推翻其证明的相反证据，就应当确认其效力。所以，公证文书的证明效力要高于一般证明文书的效力，这是显而易见的。

第二，两种文书被社会认可的范围和程度不同。公证作为一种特定的证明文书，不仅在国内形成了法律制度，而且也得到国际社会的普遍认可和接受。目前，我国的公证文书已得到世界上一百多个国家的承认。根据国际惯例或者双边协议，本国的公证文书在他国使用时，只要按照法定的程序审查其真实可靠后，便可直接加以运用。这不仅减少了纠纷，而且省时省力又实用。因而，公证证明已成为国内外公认的一种重要法律制度。一般证明文书，不具有公证文书证明效力的程度。凡是一般证明，无论是个人的还是官方的，都不被国际社会普遍认可和接受。我国法人和公民的出具的证明文书，一般都不得直接在外国或港、澳、台地区使用。这充分说明了一般证明文书不具有公证文书被普遍适用的特征。

第二节 公证制度的历史沿革

公证制度是随着整个社会的发展变化而产生、发展和变革的。它是一定社会经济基础的反映和一定社会生活条件的表现。时代不同，经济形态不同，阶级结构不同，所确定的公证制度也就不同。这是符合历史的发展规律的。

一、奴隶制国家罗马公证制度的产生

公证制度的渊源悠久。早在古罗马的奴隶制时代，就有一种根据奴隶主的授权，专为其主人办理法律事务的奴隶，叫作“诺达里”。这种“诺达里”是专门为富贵豪门撰写文书契约的“书写人”，并为其主人处理民事事务的有关函件。到罗马共和国末期，由于罗马法和诉讼形式主义程序的适用，缺乏法律知识的广大平民百姓非常需要一种专门从事法律服务的书写人，当时称这种代书人为“达比伦”。这种人以自己专有的法律知识为当事人服务。他们不仅可以代拟不同形式的法律文书，还有在法律文书上签字作证的职责，然后依法领取规定的酬金。这种专职“代书人制度”，就是古代公证制度的始祖，为公证制度的发生和发展奠定了基础。

古罗马代书人制度的主要特征有：（1）代书人必须忠于职守，不得兼任国家或私人的其他职务。（2）作为自由职业者的代书人，受国家法律的监督。代书人必须依照法律的规定拟定文书，如果违背国家的法律，国家便依法剥夺其代书的权利。（3）代书人必须在固定的事务所拟定文书，如果在其他地方拟定文书，必须经过特别的批准手续。（4）代书人拟定的文书，只有经过法院审查认定后，才可成为无争论的文书，发生应有的效力。

公元4世纪后，罗马帝国的皇帝君士坦丁（306—337）将基督教宣布为国教，在帝国内普遍实行了宗教公证。教皇、大主教、主教等教会的最高主持人，都拥有为自己服务的书记——公证人。这种公证人的权利增大了，不仅负责教会的一般缮写工作，还担任记录教皇、教主与平民的交谈事项；拟定有关文件，将主教以教皇名义签订的契约制定成文件；有权掌管教会的会议记录；等等。总之，这一时期的教会公证制度在罗马帝国内得到

了广泛的发展。

二、封建制国家的公证制度

在公元5世纪以后，随着罗马帝国的衰亡，西欧开始由奴隶制社会向封建制社会过渡。这时，已经得到巩固发展的宗教公证制度更为发展。从高级至下级的各级宗教当局中都增加了公证人职位的设置，并且宗教公证的活动已扩展到平民百姓的民事法律关系之中，公证人与代书人已成为相提并论的竞争者。当然，无论是公证人拟定文书还是代书人拟定文书，都必须严格遵循罗马法的规定，否则，是无效的。特别是6世纪以后，颁布实施了《查士丁尼法典》（罗马法的主要组成部分），对公证程序的要求便更加严格了。如对特别遗嘱的公证，除必须有七名证人到场外，还必须有一名公证人将遗嘱的内容代作笔录后当众宣读，待无异议后，由公证人及其他证人共同签名盖章，方可成立。

公元9世纪到15世纪期间，随着封建社会的发展和皇帝、王公权势的日益加强，宗教公证制度，从被限制而逐步缩小，最后被取消了。此后，法国皇室、诸侯的公证人制度得到了大力发展。在国家机构中正式设立了公证处，公证人成为由国家最高权力机关任命或者封建主任命的公职人员。国家法律确认了公证人员的法律地位和社会地位。从此，公证人员的活动范围不仅限于拟定法律文书和证明遗嘱、契约，而且有职责直接参加有关的审判活动和行政机关的活动；有义务记载审判程序的进程、事项和问题；有权记录当事人的陈述、证人的证言、宣誓的誓言以及其他证据材料。另外，公证人为了有效地保护自己的权益，成立了公证人社团组织。该社团组织有权派遣公证人直接参与行政机关的活动，协助制作行政命令等。这大大加强和扩大了公证人的职权范围。

三、资本主义国家的公证制度

公元18世纪以后，出于资本主义商品经济发展的需要，欧美等资产阶级国家普遍沿用和发展了公证制度。19世纪欧洲资产阶级革命胜利后，法国率先颁布了《公证人法》（1802）。1804年颁布的《拿破仑法典》中，对公证制度也作了应有的规定。随后，意大利、德国、英国、比利时、日本等国也都先后采用了公证制度。以下简述一下几个主要资本主义国家公证制度的状况。

（一）法国的公证制度

在法国，将争议纠纷的管辖权和非争议事件的管辖权截然分开。前者为法院的管辖范围，后者为公证机关的管辖范围。公证人作为国家的官员，由共和国总统任命，并依法领取国家规定的薪金。公证人为了维护其合法权益，成立了公证人理事会的社团组织。理事会有监督公证人活动的职责。公证人不但有权通过公证确认双方当事人的法律关系，还有权制定查封、扣押、冻结、拍卖、确认收养关系和婚姻关系的法律文书。经过公证文书证明的金钱或财产的请求，无需法院判决便可强制执行，也就是说，这种公证文书与法院判决文书具有同等效力。第二次世界大战以后，法国公证制度的体制和职能又有了新的变化。在司法部设立了最高公证委员会，上诉法院建立大区公证委员会，由省一级设立公证会。全国公证工作由最高公证委员会统一领导。公证人由司法部长任命，并实行终身制。由公证人建立的公证事务所统一受理公证事务。凡是经过公证的书面凭证，在法律上占有重要的地位。有些特定的契约，只有经过公证后才能成立。凡是符合法律规定的公证文件，就能依法形成完善的证据。

（二）德国的公证制度

德国的公证制度与审判机关是紧密相联的。公证人与法官都可以办理公证事务，而且公证人依附于法院。1970年1月1日颁

布实施的《德意志联邦共和国公证法》具体规定了公证人组织的组织、职责、权利和义务。公证人是国家官吏，直接向当事人索取报酬，不统一领取国家的薪金。公证人的业务活动受法院院长的监督，虽然法律规定了公证权由公证人统一行使，但法律也规定有的法院在不违反法律的条件下，有权办理某些公证事务。

（三）英美法系的公证制度与大陆法系公证制度的比较

根据英国的有关法律规定，办理公证业务并非是公证处所独有的职权。按照不同性质和不同种类的契约和文书，公证处、审判机关和行政机关都有办理公证业务的权利。公证人的日常职务主要有拟制各种民事法律文书，负责保管文书的原本，对具有法律意义的事实和日期进行公证，以及制作票据的拒绝证书，保全有关的证据等。

纵观公证制度的体系与模式，目前大陆法系国家公证的职权比起英美法系公证的职权，更加广泛和集中，公证的活动和作用几乎影响到社会生活的各个方面，公证组织所担任的业务范围有：

“财产权转让，遗产继承；处理家庭财产；订立契约（特别是较为复杂和长期的商业合同）；法人团体的成立或结业；改变管理法人团体的规定（股票类别、管理权、利润分配权等）；调整财产和收入的所有权和支配权，借以符合赋税法的要求，并尽量减少其对有关财产和收入的影响，或借以保证资产的妥善保管以及受益人的收益分配，或两者兼而有之。”^①

英美法系国家的公证制度比起大陆法系的公证制度就不同了。英国的公证人按照习惯做法是由坎特伯雷大主教审核任命，并颁发证书的。美国的公证人是经过严格考试，及格后，由州长负责任命的。然而，这些公证人都是个体私人营业者，不属于国家公职人员，而且公证人还可以由律师或其他职业者担任。这些

① 转引自《不列颠百科全书》第15版，第10卷。