

律

师

律师公证员论文集 **之四**

理性的探讨

司法部司法行政学院 编



法律出版社
LAW PRESS

公

证

律

律师公证员论文集之四

理性的探讨

司法部司法行政学院 编



法律出版社
LAW PRESS

公

证

图书在版编目(CIP)数据

理性的探讨. 律师公证员论文集之四 /司法部司法行政
学院编. —北京:法律出版社, 2004. 10
ISBN 7-5036-5152-0

I. 理… II. 司… III. 法律—研究—中国—文集
IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 097016 号

法律出版社·中国

责任编辑/萧逢伟 潘洪兴

装帧设计/唐源玲

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/8.5 字数/209千

版本/2004年11月第1版

印次/2004年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939644

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5152-0/D·4870 定价:20.00元

目 录

浅谈公证人在企业中的公证顾问作用	杨延涛 / 001
浅析公证证明	李立军 / 009
浅析办理房屋拆迁补偿安置协议公证	蔡晓健 / 019
论公证在个人住房按揭中的作用	赵德玉 / 024
试论加入 WTO 对公证工作的影响和对策	白拴平 / 030
对涉台继承公证问题的探讨	林松明 / 041
证据保全公证若干问题新研究	范国祥 / 051
保全证据公证介入人民法院审判与执行的尝试和 可行性探讨	赵世荣 / 059
手术公证之我见	钱高升 / 064
公证与诚实信用体系建立	马丽达 / 073
论无效合同的确认	张洪涛 / 077
不动产赠与合同公证之法律效力探析	黄红丽 / 088
谈两岸继承法律制度之区别	薛 松 / 095
论不动产登记中的要式契约公证	范文丰 / 100
浅谈规范完善财产保全制度	张守俊 / 109
浅析地方立法冲突	李 敏 / 120
浅议抵押贷款合同的效力问题	周哉家 / 126
票据抗辩限制问题	王海英 / 134
公司关联交易及其法律规制探讨	高晓春 / 139
谈破产逃债的方式及防范	冷 潜 / 150
浅议自认制度	王忠道 / 158

论购房者对期房所享有的权利

——兼论如何保障商品房预售过程中购房者的权益

.....	刘正东 / 165
简述动产善意取得制度之构成要件	蔡洪星 / 171
试论农村集体建设用地使用权的流转方式	陈永同 / 179
论建设工程价款优先受偿权的行使	仇松林 / 190
论经济犯罪的法律预防	李治国 / 199
民事再审程序的改造	
——从发动主体的角度	徐嘉临 / 206
析民事诉讼中的举证责任	张银怀 / 217
论律师在刑事辩护中的困境与出路	唐 敏 / 224
略论律师实现司法公正的作用	唐 浩 / 234
谈谈律师辩护难的现状、原因及对策	唐 浩 / 240
浅析《海商法》中航海过失免责	
——航海过失免责的生命力	李小兵 / 248
国际私法上的法律规避与意思自治	孔庆卫 / 257
后记	267

浅谈公证人在企业中的公证顾问作用

陕西省西安市公证处 杨廷涛

随着改革开放的不断深入,我国经济体制改革的不断深化,市场经济的不断发展,公证行业要以经济建设服务为中心,以法制建设为基础,以提高公证人素质和服务质量为保障,以改革为动力,以拓展服务领域为切入点。作为一名多年从事公证工作的公证人,笔者拟以自己在工作实践中为企业担任常年公证顾问的实践与体会作粗浅探讨。

一、公证的概念、特征

公证是指国家专门设立的公证机构根据法律的规定和当事人的申请,按照法定的程序证明法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性的非诉讼活动。《中华人民共和国公证暂行条例》第2条规定:“公证是国家公证机关根据当事人的申请,依法证明法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性,以保护公共财产,保护公民身份上、财产上的权利和合法权益。”第3条规定:“公证处是国家公证机关。公证处应当通过公证活动,教育公民遵守法律,维护社会主义法制。”

公证具有以下法律特征:

(一)公证是由专门机构和法律专业人员进行的一种特殊的证明活动。我国法律规定,公证机构是代表国家进行公证活动的专设法律证明机构,公证职能只能由公证机构统一行使。公证员是

公证机构中负责办理公证事务的法律专业人员,代表公证机构进行公证证明活动,出具公证文书。其他机关和人员不能进行公证证明活动。

(二)公证证明活动要按照法律规定的程序进行。公证是为保证实体法正确实施的程序性法律制度。

(三)公证证明的对象是法律行为、有法律意义的文书和事实。

(四)公证的标准是真实性、合法性。“以事实为根据,以法律为准绳”是我国社会主义法制的基本原则,也是公证活动中必须遵循的基本准则。

(五)公证证明具有特殊的法律效力。

(六)公证是一种非诉讼活动。公证的宗旨是预防纠纷,避免不法行为的发生,减少诉讼,为社会提供公证法律服务和法律保障,保障国家法律的正确实施。公证活动多数发生在纠纷之前,不以解决争诉为目的,因此,公证是非诉讼法律制度,是社会主义法律制度中不可缺少的组成部分。^①

公证机构的性质:

(一)公证机构是法定的国家证明机构,公证制度是法定的国家证明制度,是社会主义法制的重要组成部分。

(二)公证机构是提供法律服务的中介机构。关于公证机构为社会提供法律服务的性质,早在1988年5月第一次全国公证工作会议上,司法部部长蔡诚就明确提出。

(三)公证机构是具有保证性和预防性的证明机构,公证制度是具有保证性和预防性的证明制度。可以规范人们的法律行为,维护人们的合法权益,预先防范日后可能产生的纠纷。^②

二、律师的概念、特点和律师的任务

我国《律师法》第2条规定:“本法所称的律师,是指依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员。”^③根据《律师法》第5条规定:“律师执业,应当取得律师资格和执业证书。”律师

具有以下的特点：

(一) 律师是经国家考核授予资格并发给律师执业证书、准予执法的法律专业人员。

(二) 律师是应公民、法人或其他组织的委托及人民法院的指定，而参与诉讼或非诉讼法律事务的。

(三) 律师的职责是向社会提供法律服务，以维护当事人的合法权益。

律师的任务：律师的任务是为社会提供法律服务，最终目的是为了维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施。律师的任务要通过其业务活动来实现。

三、公证人为企业提供法律服务的优越性

由于公证人和律师都是法律的宣传者和工作者，都具有很强的法律专业知识，都从事于法律服务工作，都是以自己具有的法律知识为社会提供法律服务的专业执业人员，只是所从事的事项和业务不同。公证人除了不具备律师在执业中的少数职能外，在企业担任公证顾问时对企业的经营活动，更具有直接性和全面性及特定的证明作用。

发展是硬道理，改革的目的是为了为了更好地发展。法律事务专业性强，律师、公证人均为法律工作者，非诉讼法律业务是公证人的业务空间，同时也是律师的主战场。但律师只能为自己的委托人服务，难以取得贸易相对方的信任，律师的多数行为也不具备法律效力。公证则不同，公证人的当事人是贸易的双方，他也必须对双方都负责任，公证行为具有法定的效力。而且同为提供法律服务，公证的收费也比律师收费低廉。^④因此，公证为企业 provide 法律服务有着自身独特的优势。

同时，公证人还可以为外贸企业特别是外方提供法律意见。在北京、上海等地，提供法律意见已成为一项新兴的业务。由于各国法律差异的存在，为减少不合法带来的损失成本，外方同中方做

生意就格外谨慎,他们希望了解中国的法律,希望论证贸易项目的可行性,公证人提供法律意见更中立、更公正。加之收费上的优势,公证人没有理由不开拓这一新的业务领域。

四、公证人怎样为企业和社会提供全方位的法律服务

(一)公证人作为社会法律服务的工作者,除了具有和律师一样为企业当好法律顾问提供法律服务外,还具有一定的优越性和直接性,以其特殊的身份,最能够直接地把法律和诚信灌输于企业决策人的心里。能够最直接地服务于企业和社会大众,包括经济领域以外的事务,这充分体现了其全面性和直接性的长处,最能够被企业和社会大众所接受。

公证事项千差万别,公证活动的内容十分丰富,再详备的法律规定,也不可能毫无遗漏地包容公证活动的方方面面。公证追求法律行为的公平性和公正性,能够为使当事人的合法权益不受侵害提供保障。公证事项与当事人的利益密切相关,公证的特性说明:1. 公证是一种特殊的证明活动,只能由法定的机关和专职的人员即公证机关的公证人根据法定程序作出;2. 公证活动的前提是当事人的申请;3. 公证机关是法律服务机构,作为以向社会提供法律服务的公证机关,党的十四届三中全会和十五届三中全会决定中已明确公证机关是中介组织;4. 公证证明的对象是各种法律行为、有法律意义的事实与文书。^⑤

(二)随着我国经济体制改革的不断深化,社会经济不断发展,国有企业改革步伐的加快,经济结构的调整,资产结构的重组,国家和企业权责的划分,各种企业经营形式的出现,使得社会经济现象和法律现象的内在联系越来越紧密。一系列重大民事法律行为的不断出现,需要用法律的形式加以规范,各种错综复杂的法律关系的形成需要用法律的手段加以调整;国家、集体和个人的合法权益能否得到保护,需要用法律形式加以保障。在这种形势下,必然产生社会对法律服务和法律保障的大量需求,在建立现代企业制

度的同时,一种社会法律服务和法律保障的机制必然产生,社会法律服务的市场亦必然形成。公证作为一种向社会提供法律服务和法律保障的专门机构,在法律服务市场运行过程中,必然受到社会的重视,这一点已经得到了证实。企业改革提高了公证的社会地位,扩大了公证的社会声誉,推动着公证工作向经济领域的更大范围、更高层次延伸发展。这就是我们面临的发展机遇,如果抓不住这个机遇,我们就又失去了一次更好的发展机会。公证人是以自己具有的专业法律知识为社会提供法律服务的执业人员,公证人以公证顾问的身份介入企业改革的经济市场中,更好、更全面地发挥其职能,为企业的经济活动提供法律服务和法律保障。如果抓住这个机遇,那么我们现在可以得到的一切,以后或许会用更长的时间、更多的努力、更大的代价才能得到。所以,这种机遇对公证事业的发展是非常宝贵的。

(三)公证介入企业提供法律服务将会对我国的公证立法产生重要的影响,也为探索建立具有中国特色的公证制度打下坚实的社会基础。

首先,公证的介入已成为一种社会的呼唤。

其次,公证在介入活动中,通过其特殊职能作用的发挥,为企业的良性发展提供范围更广、层次更高、难度更大的法律服务,为社会提供了一次重新认识公证社会地位和作用的机会,公证的社会价值观念必将在社会的视野中得到新的改变和更高层次的肯定。

五、公证人的诚信和服务意识

公证“是国家权力及其所承载的国家至高信誉和公共权威在证明活动中的体现”。“公证员是诚信的大使,公证文件就是诚信的法律文书。在法律服务领域充分发挥诚实信用的表率作用,应当是公证员这一职业角色义不容辞的职责。”^⑥(见张福森部长《充分发挥律师公证在诚信中的作用》一文)由于公证制度的特点,决

定了其特殊的身份和职务的双重性。一方面公证机构“依法独立行使国家公证职能”(《中华人民共和国公证法》送审稿第一章第四条),受权于国家而执行国家公务;另一方面,公证机构又是从事专业法律服务的特殊中介服务机构。因此,有人将公证制度称为“准司法制度”。公证人职务的双重性是既有别于司法审判机关和政府行政机关,又有别于一般中介服务机构的重要特征。这就决定了其在社会信用管理、信用服务上拥有其他国家机关和商业性中介机构都无法替代的、独有的重要作用和业务优势。以笔者为例,笔者从事公证工作多年,在本省从事公证工作执业时间较长,和所担任公证顾问的许多大型企业与上市公司,可以说是共同经历了十几年的风风雨雨一起成长起来的,凭着多年敬业精神和诚信的服务意识,与顾问单位建立了深厚感情。既是公证人,又是企业的公证顾问,为企业在市场经济活动中提供了优质的全方位法律服务。同时也产生了良好的社会效果,提高了笔者在公证行业的知名度和信誉。

多年来由于笔者经常参与、参加各种大型公益事业和公开的公证活动,给社会和企业都留下了深刻的印象,经常参与顾问单位的重大决策活动,并能给企业做一个好的参谋,已成为顾问单位可以信赖的公证人。由于公证人受过良好的司法教育,对法律又独具慧眼,公证人今后将是家庭、个人或企业首选的法律顾问。

六、社会效益和经济效益的结合

随着市场经济的发展,社会价值观念的变化,适应公证体制改革和公证自身发展的需要,追求经济利益已成为公证机关的一个基本目标。有些企业在市场经济的运行中,暂时遇到了资本运营不畅,资金周转困难的局面,出现了企业负债的现象。公证为企业提供法律服务势在必行,不是想不想的问题,而是必须服务的问题。这就面临着如何认识 and 处理好公证的社会效益和经济效益的关系问题。

以笔者之见,当社会效益和经济效益发生冲突时,应当把社会效益放在首位,这是因为:

其一,公证为企业服务,是党的十五大向我们提出的一项重要政治任务,我们没有任何理由来讨价还价。

其二,多数企业处于经营不景气的困难时期,我们在困难时应当体谅企业的难处。

其三,没有社会效益就没有经济效益,从辩证的角度分析,企业的发展为公证的发展提供了一个极好的机遇,公证能全方位的介入到企业经济活动领域中,本身就是一种价值,这种价值形式的体现就在于通过介入服务,使社会更深层地认识和了解公证的作用和好处。当处于困难时期的企业,通过企业改制、资本重组和科学的管理出现生机后,就将会对公证的认识变为一种自觉运用公证手段保护自己合法权益的行动。这时,公证的社会效益就明显地体现出来,公证的社会需求增大了,证源也相应地增加,经济效益必然会得到提高。因此,将目光放远一点是十分重要的。

七、公证行业在改革和探索中不断发展

中国加入世界贸易组织是新世纪的大事,世界贸易组织是全球化的经济贸易体制。入世后,中国将很快形成全方位、高层次、多格局的对外开放新局面。因此,市场事务的公证需求更加强烈,现实和未来的形式要求公证将在新的形式下办理新型的公证事项,传统的公证业务在新时期出现复杂化问题,也更需要公证的支持,公证在全球化进程中应该发挥更大的作用。维护社会主义市场经济秩序,保障促进经济发展是公证机构的重要任务。

市场经济越发展,公证服务越有价值。作为一个公证人要面对市场、了解市场、进入市场、适应市场经济体制发展的要求,与时俱进,不断改革创新,在探索中求生存,改革中求发展。市场经济的发展变化,《公证法》的即将出台对我们每个公证人提出了更高的要求。我们要跟上时代的步伐,提高公证人的素质,不断学习更

新知识,在执业中要不断提高业务水平,树立诚信的服务意识,要为企业提供优质高效的法律服务,具备完备的知识构成、广阔的视野和很强的分析理解能力。如果因循守旧、僵化教条,必将被社会无情地“软淘汰”。

综上所述,在社会主义市场经济不断发展与完善的过程中,我们公证人的服务思想和服务意识要能紧跟市场经济的发展,要敢于创新、敢于探索,开拓公证视野,探索新的发展道路。市场的需求,就是我们提供法律服务的着眼点。公证人这一新的法律服务意识,充分体现了公证服务意识的积极性和主动性,在社会和企业的法律服务中将大有作为,必将在这一新的领域里发挥着重要作用。

注释:

- ①参见江晓亮主编:《公证员入门》,第3页。
- ②参见陈光中主编:《公证与律师制度》,第10页。
- ③参见陈光中主编:《公证与律师制度》,第171页。
- ④参见中国公证员协会编:《公证与经济发展》,第258页。
- ⑤司法部司法行政学院编:《理性的探讨》之三,第30页。
- ⑥参见中国公证员协会编:《公证与经济发展》,第149页。

参考文献:

1. 江晓亮主编:《公证员入门》,法律出版社版。
2. 陈光中主编:《公证与律师制度》,北京大学出版社版。
3. 中国公证员协会编:《公证与经济发展》,法律出版社版。
4. 司法部司法行政学院编:《理性的探讨》之三,法律出版社版。
5. 闫建明主编:《企改公证实务指南》,山西经济出版社版。

浅析公证证明

辽宁省大连市公证处 李立军

随着我国市场经济的发展,各类民事、经济纠纷日益增多。公证通过对其证明对象真实性、合法性的确定,稳定了双方的权利义务关系,防患各类纠纷于未然。公证制度的健全与发展对我国法制建设、经济建设的发展与稳定起着举足轻重的作用。

公证是公证机构依照法定程序证明具有法律意义的行为、事实和文书的真实性、合法性并赋予其法定效力的活动。

了解公证证明的深刻内涵对提高公证书的证明效力、提高公证质量的意义十分重大。以下从七个方面对公证证明加以论述。

一、公证证明的概念和特点

(一)公证证明的概念

凡是应用已经掌握的材料、经验或者事实表明、断定人或事物的真实性的行为,都是证明。

司法证明是法律适用即执法或司法过程中的证明,以正确适用法律为目的,具有法律上的效果。司法证明包括刑事诉讼证明、民事诉讼证明、行政诉讼证明、行政执法中的证明、仲裁中的证明和公证中的证明。

公证证明隶属于司法证明,是指公证员在当事人的参加下,运用证据查明有关公证事项是否具有真实性、合法性的一种非诉讼活动。

(二) 公证证明的特点

公证证明属于非诉讼证明活动,决定了公证证明既应遵循证明的一般原则,又具有其自身的一些特点:

1. 公证证明的主体是公证机构和申请公证的当事人。公证机构是公证处,申请公证的当事人可以是国家机关、企事业单位、其他社会组织,也可以是公民个人。公证证明的客体是有法律意义的行为、事实和文书。公证证明的内容是公证客体的真实性、合法性。

2. 公证属于一种非诉讼的活动。它是在公民或法人的权益尚未受到损害的时候,以证明的方法来预防合法权益遭受损害,因而公证证明与诉讼中的证明有着很大的区别。除了主体、程序上的不同外,区别还在于:公证证明客体是无纠纷、无争议的事实;而诉讼中证明的客体是有争议的法律关系。公证证明的法律后果是对法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性予以确认,赋予法律上的证明效力,并不改变法律关系;而诉讼中证明的法律后果即对当事人争议的法律关系作出的裁判或调解协议,具有产生、变更或消灭民事法律关系的效力。

3. 公证证明的法律后果是对公证证明对象真实性、合法性的确认,具有法律上的证明效力。它是公证机构根据法律制定的,是正确适用法律的结果。

二、公证证明的效力

公证证明的效力即公证证明在法律上的作用和约束力,即公证的效力。由于公证证明以公证书为其表现载体,公证的效力也就是公证书的效力。

公证书的法律效力,不同于一般法律规范所产生的法律效力。法律规范的法律效力是一种抽象的效力,它来源于国家权力机关制作的法律文件,作用的对象是非特定的,而公证书的法律效力是一种具体的效力,它只对特定的主体具有约束作用,即对公证事项

相关的主体产生约束力。

根据我国法律规定,公证具有三种法律效力,分别是证据的效力、使法律行为生效的效力和强制执行的效力。

(一)证据的效力

是指公证证明的内容是一种可靠的证据,可直接作为认定事实的依据。我国《民事诉讼法》第 67 条规定:“经过法定程序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。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”第 65 条第 1 款规定,人民法院对有关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。由此可见,公证证明在民事诉讼中原则上无需审查即应被采信,具有证据效力,而一般文书必须经过审查才能确定其有无证据效力和能否被采信。

公证的证据效力不仅适用于民事诉讼中,也适用于仲裁并且更多的是适用于日常的各种交往活动尤其是经济贸易活动、行政管理活动中。在这些活动之中,公证证明都可以直接作为认定有关事实的证据,表现了公证较之一般机关、组织、个人所出具证明的具有高效力。

公证的证据效力不是绝对的,尽管公证有其严格的程序及相关法律规定,但由于公证人员的故意或过失,或由于当事人恶意串通,隐瞒事实真相,使公证书不真实、不合法,为保护公证当事人的合法权益和各类经济活动的安全与稳定,应允许对错误的公证证明否定其证据效力。有权否定公证书证据效力的权力部门是人民法院、公证处的同级或上级司法机关以及公证处自身。我国《民事诉讼法》第 218 条第 2 款规定:“公证债权文书确有错误的,人民法院裁定不予执行,并将裁定书送达双方当事人和公证机关。”《公证暂行条例》第 26 条规定:“公证处或者它的同级司法机关、上级司法机关,如发现已经发出的公证文书有不当或者错误,应当撤销。”由此可见,对公证书证据效力的否定不是任何人、任何组织都可以进行的,应由法定机构,依法定程序进行。

(二)使法律行为生效的效力

即依照法律的规定或当事人的约定,某项法律行为必须进行公证才能产生法律效力,不履行公证程序,则该项法律行为不能产生法律效力。赋予公证使法律行为生效的效力,便于国家通过公证审查法律行为的真实性、合法性,从而规范各种法律行为。

公证使法律行为生效的效力,在适用上大体包括以下三种情况:

1. 根据法律、法规规定,某些法律行为非经公证不能产生法律效力。在这种情况下,对公证的规定是一种强制性规范,当事人不能改变。法律以公证为其必备成立要件体现了国家对重大法律行为的关注和必要监督,有利于经济秩序的维护。可以预见,随着我国法制建设的日益完善,国家对民事及其他活动的法律监督势必加强,法律、法规及规章规定必须具备公证形式的法律行为的范围也将会不断扩大。

2. 按照当事人的约定,某些法律行为必须办理公证。如果当事人对法律行为约定必须经公证才能生效的,如未按双方约定办理公证则不能发生法律效力。实践中最常见的是当事人在合同中约定对合同必须公证,如规定“本合同经公证机关公证后生效”。对法律行为约定公证,便于保证其真实、合法和避免以后发生纠纷。确保合同顺利地履行,安全地实现双方当事人的权利义务关系。

3. 按照国际惯例、国际条约和双边协定,法律行为非经公证不能产生法律效力。即依有关国际惯例、条约和协定,公民、法人要在域外实施法律行为或要使在国内实施的法律行为在域外得到承认,一般必须提供经公证的有关证明或法律文书,在这种情况下,公证直接关系到有关公民或法人能否在域外实现其权益。

(三)强制执行效力

公证的强制执行效力,是指公证机关可依法赋予债权文书强制执行效力,债务人到期不履行时,债权人可以该债权文书为执行