

律

师

律师公证员论文集 之一

理性的探讨

司法部司法行政学院 编

法律出版社

公

证

律

师

律师公证员论文集之一

理性的探讨

司法部司法行政学院 编

法律出版社

公

证

图书在版编目(CIP)数据

理性的探讨/司法部司法行政学院编. —北京:法律出版社,
2002.4

(律师公证员论文集:1)

ISBN 7-5036-3738-2

I. 理… II. 司… III. 公证业务-中国-文集
IV. D926.6-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 018148 号

出版/法律出版社

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

责任校对/何萍

开本/A5

版本/2002 年 6 月第 1 版

印张/13.25 字数/336 千

2002 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414135(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部)

(010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3738-2/D·3373

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编 者 的 话

2001年10月10日—11月20日,来自全国25个省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团的134名律师、公证员,参加了我院举办的第25期全国高级律师高级公证员培训班。这些律师、公证员长期在实践第一线工作,积累了比较丰富的经验。经过40天的理论学习,他们将日常工作中经常思考的问题从法理的角度加以提升,写成了结业论文。按照广辟言路、引导辨析、启发思考、解决问题、端正学风、交流信息的原则,编委会从中遴选出69篇论文,结集出版。书中若有疏漏或不当之处,敬请广大读者批评指正。

司法行政学院教材编委会

二〇〇二年二月于北京

目 录

谈谈公证的审查

浙江省宁波市公证处 胡海波/001

试论拒绝公证

江苏省镇江市公证处 刘 芳/005

论保全证据公证

内蒙古自治区赤峰市红山区公证处 贾连君/010

浅谈提存担保制度

湖北省武汉市江岸区公证处 钟 琥/015

浅谈让与担保制度

安徽省六安市公证处 常 斌/022

保证担保贷款中公证职能作用的发挥

四川省西昌市公证处 王燊鹏/027

浅谈运用公证手段防范与化解金融风险

陕西省西安市公证处 宋 琼/034

试论公证处行使建筑物抵押登记职能

江苏省建湖县公证处 王文岳/039

浅谈房产抵押贷款合同的审查

吉林省延吉市公证处 全 虎/045

小议房屋期权抵押

江苏省南京市公证处 张朝晖/050

将破产程序置于公证监督之下

陕西省西安市公证处 陈 琦/055

对追加分配的理解与思考

安徽省岳西县公证处 陈 军/060

可撤销合同及其法律后果

湖南省长沙市开福区公证处 龙 罡/065

浅谈夫妻财产约定协议公证

新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市公证处 陈文军/074

遗嘱的撤回和撤销——从一份遗嘱公证谈起

江苏省武进市公证处 周金南/079

论银行保管箱遗物提取公证

广东省广州市公证处 林 峰/085

浅谈农村承包合同公证

广东省蕉岭县公证处 徐 增/090

试论公证机关在监督招投标活动中的作用和问题

福建省三明市公证处 白 云/095

浅谈公证在城市房屋回迁安置中的作用

吉林省敦化市公证处 胡长林/100

试议公证机构企业化财务管理问题

黑龙江省海林市公证处 仇庆林/104

数罪并罚的具体运用

甘肃省白银市大公律师事务所 蓝伟文/108

略论《刑法》第十七条的理解

江苏省南京市三律师事务所 孙 勇/115

无过当之防卫的理解与适用

甘肃省白银市铜城律师事务所 刘 勇/121

偷税罪疑难问题初探

江苏省徐州市楚汉律师事务所 张昌夫/126

浅议贪污未遂的认定与处罚

新疆维吾尔自治区库尔勒市峰意律师事务所 郁新林/133

论盗窃共犯的刑事责任

新疆维吾尔自治区方天律师事务所	杨 峰/139
论我国劳动教养制度的改革和完善	
江苏省盐城市写真律师事务所	刘响文/146
行政委托与民事委托之比较	
江苏省盐城市公正律师事务所	王立林/154
诚实信用原则的理解与适用	
江苏省无锡市崇宁律师事务所	唐德兴/159
表见代理之探析	
江苏省苏州市震宇律师事务所	吴琪云/167
浅论“未发现物”的取得原则	
重庆市言实律师事务所	翁光敏/173
动产抵押制度的利弊分析	
吉林省农安县祥通律师事务所	孙洪山/179
预期违约制度及对我国《合同法》中关于预期违约的 评述	
山东省青岛市海师律师事务所	杨禾青/187
论债权人的代位权	
江苏省盐城市百成律师事务所	陈建元/193
论精神损害赔偿范围及其完善	
江苏省连云港市港人律师事务所	丁文新/199
精神损害赔偿的法律适用——人格权利和权益的再认识	
江苏省徐州市金合律师事务所	杜成吉/205
论机动车所有人的认定	
新疆维吾尔自治区北屯律师事务所	冯长洪/213
律师在办理土地市场交易案件中应注意的问题及防 范对策	
云南省昆明市刘胡乐律师事务所	熊 斌/217
律师参与房地产楼款监管的分析	
内蒙古自治区通辽市通宇律师事务所	杨凤兰/223

浅析物业管理中业主公约的特性

江苏省南京市新业新律师事务所 周 蔚/228

办理技术秘密案件的一些体会

江苏省常州市龙成律师事务所 高 枫/232

试论商业秘密的非公知性

上海市金泰律师事务所 张 康/237

简论商标权与厂商名称权的保护与冲突

山西省临汾市丹心律师事务所 吴建芳/242

我国专利法与 TRIPS 协定有关规则之比较

江苏省南京市法德律师事务所 何 锐/248

试析新婚姻法的婚姻无效和可撤销制度

江苏省南通市金信达律师事务所 李井明/254

浅析非法同居的成因、现状及对策

江苏省盐城市海悦律师事务所 梁庆忠/259

论我国产品责任的归责原则

江苏省盐城市一正律师事务所 李加超/265

论刑事诉讼中非法取证之危害

江苏省盐城市黄海岸律师事务所 丁 煌/271

证据裁判主义的演进——谈证据制度中的一个有益概念

江苏省盐城市一正律师事务所 马 琳/277

当事人举证与法院查证之关系研究

山东省滕州市滕国律师事务所 刘 新/282

完善民事诉讼中证人出庭作证制度思考

山西省晋中市英正律师事务所 张素君/289

论公安行政诉讼的举证责任

江苏省苏州市恒渊律师事务所 钱毓芬/295

略论我国刑事诉讼模式的完善

山东省泰安市华林律师事务所 司嘉林/301

析公诉案件被害人诉讼权利的局限性

江苏省盐城市阜东律师事务所	刘胜香/311
论民事诉讼中法院的审判行为	
江苏省南通市金信达律师事务所	陈继荣/317
浅谈律师如何适应法院民事审判方式改革	
重庆市千禧年律师事务所	罗润芝/325
“执行难”的理论和制度根源	
山东省潍坊市求是和信律师事务所	刘振波/330
浅析非诉讼业务领域的风险及其防范	
天津市君汇律师事务所	马克伟/336
浅谈招标投标的律师实务	
广西壮族自治区百色市百澄律师事务所	韦 君/342
可转换公司债券的转换权保护	
江苏省常州市延州律师事务所	管彬成/349
试论破产债权	
江苏省苏州市东大舟律师事务所	王云弟/354
对国家股权性质的思考	
云南省昆明市王中律师事务所	杨明东/360
试析外商投资企业清算活动	
上海市天云律师事务所	戴天乐/366
中外票据制度比较	
甘肃省金昌市天元律师事务所	王 健/372
论律师与反倾销	
云南省昆明市华汇律师事务所	李存孝/378
金融电子化交易的法律风险与对策	
江苏省南京市联盛律师事务所	李世建/384
明朝的诏狱	
司法部司法行政学院	张亚军/393
对于著作人格权的理论探索与思考	
司法部司法行政学院	徐嘉临/401

试论中国律师的终身教育

司法部司法行政学院 李袁婕/406

谈谈公证的审查

浙江省宁波市公证处 胡海波

审查是公证的必经程序。一般公证机构受理当事人的申请后,就着手进行审查。审查的内容主要是对当事人申请的法律事实、法律行为、法律文书的真实性和合法性进行确认。但在公证实践中,当事人对公证员进行合法性审查不理解,认为公证机构只是证明法律事实、法律行为、法律文书的真实性,或者应根据当事人申请的范围进行审查、公证,而不能超出范围进行审查。以合同为例,如果当事人申请的是合同的签名、印章属实公证,公证机构就没有必要对其内容进行审查。这种看法不仅在当事人中存在,而且在相当一部分律师、公证员中也存在同样的看法。有公证员在办理内容不符合法律规定的公证时,往往采取改变公证书中关键词句的方式来回避被公证内容的合法性,如公证书上只写签名、印章属实,而不写行为、内容符合法律规定。试图以此来迎合当事人的要求,而在发生后果时,也可以此抗辩,来推卸责任。我认为:这些看法和做法是错误的。

产生这些错误的原因有以下几点:

(一)强调意思自治,但未充分理解意思自治的全部内涵

意思自治原则是民事活动中的基本原则之一,他们把该项原则引入公证工作,就变成了合同怎么订是当事人自己的事情,任何人都无权干预,包括公证机构。但意思自治原则不但包括签约双方合意,还包括“合同不能违反法律的禁止性规定”、“民事法律行

为应当不违反法律或者社会公共利益”，换句话说，合意的行为不一定是有效的。况且当事人申请公证与公证机构受理公证就是要约、承诺，成立的是法律服务合同，因此，也需要双方合意，而有关公证的法律、法规就是公证机构的意思表示。

（二）强化律师作用，无视公证的法律服务功能

由于非诉讼法律业务的迅猛发展，使管理机构还未来得及在非诉讼领域将律师和公证作明确的分工。因此，在非诉讼领域，公证、律师的业务存在交叉，如律师见证和公证。在这种情况下，有一部分人按自己的理解对两部门进行分工，认为公证机构并不是从事法律服务的，公证的体制是行政机关，是通过证明真实性来进行管理，由此产生误解，觉得公证机构解决的是真实性的问题，而无能力进行合法性的审查。认为律师是民间惟一从事法律服务的，合法性的审查恰恰可通过律师运用其专业知识来解决。这样的分工不但无视公证的法律服务功能，同时也混淆了在封建社会时期流行的私证与现行公证的概念，也就将公证的概念作了片面的理解，而未对我国公证制度作系统的分析。

（三）公证立法滞后，理论缺乏

我国的《公证法》尚未出台，有许多实务性的问题难以明确，尤其是效力的问题。而《民事诉讼法》中也只明确了公证文书的证据效力和强制执行效力，而对公证文书的法律效力只字未提。在审判实践中，公证文书的法律效力也更难以实现。另一方面，公证理论也未能有效支持。笔者注意到一些教科书已将公证文书的法律效力改成了法律行为成立要件效力，这种改法使公证成为法律行为成立过程中的一个技术环节，这等于在否定公证的法律服务。再加上目前公证员的平均素质低于律师，自身的宣传又不够，这难免使许多人对公证过程中是否需对内容的合法性进行审查产生怀疑，也导致了在法律服务领域，律师被充分重视而公证却难以被重视。

笔者认为以上所述的原因中有我们公证体制自身的问题，也

有理解上的偏差,因此对公证的审查范围产生误解。公证机构是法律服务机构,公证书必须合法性、真实性同时具备,也就是说,在办理公证的过程中,不但要求对证明对象的真实性予以确认,还要对其主体是否合格,内容、目的是否合法进行审查,这样做的主要理由如下:

(一)公证制度是我国社会主义法制的组成部分

“以事实为根据,以法律为准绳”是社会主义法制的基本原则,公证活动当然也必须遵循这一原则。具体体现在办证过程中,就是“依法证明法律行为、法律文书、法律事实的真实性、合法性”、“公证处对不真实、不合法的法律事实和法律行为应当拒绝公证”。这里所说的合法性包括内容合法与形式合法两个方面,因此,无论是内容违法,还是形式违法均不能给予公证。

(二)真实、合法也是法律服务本身的需要

社会需要法律服务,是因为在社会运转的过程中有许多关系需要明确,也有许多权利需要保护。对法律服务人员来说,只有维护那些真实的、符合社会规范的权利,才能符合社会运转的需要。公证机构是法律服务机构,公证员是专业的法律服务工作者,这可从我国的公证员选任、考核条件清楚地看到:公证员必须具备必要的法律知识或一定的法律工作经历,自1992年起,还需参加司法部组织的全国公证员统一考试。所以公证员的办证过程就是运用法律知识进行法律服务的过程。由于公证的目的是预防纠纷、减少诉讼,因此公证工作属非诉的法律事务。既然是非诉事务,那么进行合法性审查是当然的,是依职权行使,而不是根据当事人的申请,在申请的范围内进行审查。

(三)公证文书的自身也需要真实、合法

在一份具体的公证文书中,真实、合法是互为存在、不可分割的。如果一份公证文书仅具有真实性,而在法律效力上有所欠缺,那么真实也就失去其真实的价值;反过来,如果仅具有法律效力,但是不真实,那么就等于不存在法律效力。换句话说,证据效力和

法律效力欠缺任何一项,都会导致公证的诸多功能无法实现。如:公证的对象是法律禁止交易的商品买卖行为、非金融企业之间的借款合同、合资合同中的保底条款、建筑工程承包合同中的垫资条款等无效或部分无效的法律行为,就有可能使签约的目的不能实现。这样非但起不到保障国家经济建设的顺利进行、维护社会主义市场经济秩序的作用,反而会影响交易安全,破坏经济秩序。

(四)公证机构的公信决定公证员在受理公证案件时必须进行全面审查

公证制度从建立的那一天起,就被社会赋予信任。基于这种信任,当事人就会将一些事实、文书、行为申办公证。此时公证机构应对那些符合公证要求的予以受理,继而出证。对那些不符合公证要求的,主要是那些欠缺合法性的,告知不予受理,以此来指导当事人如何正确行为。在此情况下,公证员担任的角色就好像法官,可以叫做非诉讼法官。而如果仅根据当事人的要求进行审查受理,而不作全面的审查,就起不到指导作用,也辜负了当事人这种无法替代的信任。

其实,我国公证制度的本身也要求公证员在办理公证过程中对公证对象的合法性和真实性进行全面审查。我国公证的含义就能说明这一点:公证机构根据当事人的申请,对其申请的法律事实、法律行为、法律文书的真实性、合法性予以证明。显而易见,公证文书的真实性、合法性需同时具备,任何形式的公证书都不能回避公证文书的真实性、合法性。

应该说,随着公证事业的蓬勃发展,公证立法滞后的矛盾越来越突出,加之理论上、宣传上的欠缺,造成误解在所难免。因此,公证机构应早日解决上述问题。

试论拒绝公证

江苏省镇江市公证处 刘 芳

拒绝公证,是指在公证业务过程中,公证处认为证明对象不真实、不合法,或者因存在其他违反法律的事由而拒绝给予办理公证的行为。从广泛意义上讲,它应包括一般程序中申请、受理阶段的“不予受理”和审核、调查阶段的“拒绝公证”;还着重包括特别程序中的现场拒绝公证形式。

一、拒绝公证的法律意义和作用

公证机关作为国家司法行政系统的一个组成部分,其职责主要包括:(一)依法证明法律行为、有法律意义的文书及事实的真实性、合法性;(二)保护公共财产、保护公民身份上、财产上的权利和合法权益,预防纠纷、减少诉讼,维护社会经济秩序;(三)办理涉外、涉港澳台各类公证,促进国际(地区)合作,保护中外当事人的合法权利;(四)教育公民遵守法律,维护社会主义法制。

由此可见,在我国社会主义法制建设中,公证不仅作为法律服务的一种形式,为当事人真实、合法的行为、文书和事实提供积极的证明,它更兼有进行法律监督与教育的职能,即通过具体业务中所遇到的大量案例,尤其是不能公证的事务,向当事人宣传法律,教育公民守法,积极预防和消除非法事态的发生。

多年来的事实证明,拒绝公证作为公证机关的一项重要职责,不仅不像有人认为是那样削弱公证机关的经济效益及社会服务功

能,反而从根本上促进了公证的良性发展。公证机关不是将拒办事务简单地拒之门外,任其造成不良或不法影响,而是在取舍中全面跟踪服务,行使公证的法律监督职能,维护法律尊严,既保障公证的权威性,又增长了公证处长久的生命力,受到了人民群众、政府和企事业单位的好评。

二、一般程序中拒绝公证及相关内容的探讨

按照《公证程序规则(试行)》(以下简称《规则》)的规定,公证一般程序主要包括“申请、受理”、“审核、调查”、“公证”等阶段。下面就各阶段分别讨论。

(一)申请、受理阶段的“不予受理”

根据《规则》第17条的规定,在以下情况下,公证员可以公证处的名义告知当事人不予受理:

1. 申请人不合法。主要是指申请人无完全民事行为能力或与所申请事项无利害关系。如未成年人持以自己为产权人的房产证请求办理房产赠与公证、公证员应告知其无处分房产的行为能力并设法通知其监护人。

2. 当事人之间对申办事项有争议。例如当事人申办继承权公证,但各当事人(继承人)对分割遗产矛盾突出,无法达成协议,公证处应要求其协商一致后申请公证,或告知通过法院诉讼程序解决。

3. 明显不真实或不合法的申办事由。一般情况下公证员在受理阶段即对申请事项作初步的审查,对于简单明了、毋需调查即可知非法、虚假的行为或文书,当场即可告知当事人不予受理。比如因父子关系恶化而请求“声明解除父子关系”等。

4. 不证自明且无特殊用途的事实和文书。当事人办证均有一定的目的,如为留学而办理文凭公证。对无目的而要求证明明显的事实或文书,应不予受理,以保证公证的严肃性。

5. 不属于公证业务范围。是指法律法规明文规定应由其他部

门办理的法律事项,如企业设备抵押登记,按《担保法》规定应由设备所在地的工商行政管理部门办理。

6. 违背社会主义道德准则的不合理要求。

7. 本处无管辖权或应予回避的业务。从实体法律关系上讲它不属于拒绝公证性质,但在程序法上可归于“拒绝”的范围。

不予受理决定,因其事实简单、法律关系清楚,一般可适用简易程序,由接待的公证人员当场口头做出;有一定疑难的可于一定期限内答复是否受理。当事人要求书面答复的应以公证处的名义书面答复。无论口头或者书面答复,均应告知不予受理的法律依据,以及对该决定不服的复议、申诉权及其程序。

(二)审核、调查阶段的“拒绝公证”

为了保证公证的真实性、合法性,体现其证据效力,公证事项本身所需的条件完备尤为重要。公证实体工作主要在本阶段作为,其结果直接指向办理公证或拒绝公证。对于审核、调查阶段应审查的实体要件,有关法律法规有详尽的规定。凡不属于符合条件应该出证的,均依法不予公证,以保障公证的规范性、严肃性。对之恕不一一赘述,笔者只就如下几点作特别思考:

1. 《规则》规定,拒绝公证和公证程序一样,必须经审批手续,即由承办公证员写出书面报告,报主任或副主任批准,公证员不得私自做出决定。这充分体现了“拒绝”与“公证”有同样重要的法律意义,同样要遵守严格的程序。

2. 拒绝公证的决定应做出书面通知并送达当事人,通知中须申明拒绝公证决定的法律依据,不服决定的复议,申诉程序及期限,加盖公证处公章。

3. 做出拒绝公证决定的期限,宜类同于办理公证的期限。即从受理之日起1个月内做出决定;重大复杂的、当事人举证不足的、或者需要委托调查的,经主任或副主任批准,适当延长,但最长不得超过6个月;不可抗力事件致无法工作的不计入上述期限。

笔者认为,随着科技的发展,办公及通讯设备的发达,经济生