

法律素养与依法治国

# 中国公证新探：法理与案例

王公义 主编 唐 玲 陈杭平 副主编

清华大学出版社  
北 京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目 (CIP) 数据

中国公证新探：法理与案例 / 王公义主编. — 北京：清华大学出版社，2018

（法律素养与依法治国）

ISBN 978-7-302-51139-7

I. ①中… II. ①王… III. ①公证制度—研究—中国—继续教育—教学参考资料 IV. ①D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 201964 号

责任编辑：朱玉霞

封面设计：阿 东

版式设计：方加青

责任校对：宋玉莲

责任印制：刘海龙

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社 总 机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈：010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者：三河市铭诚印务有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：170mm×240mm 印 张：19.25 字 数：332 千字

版 次：2018 年 11 月第 1 版 印 次：2018 年 11 月第 1 次印刷

定 价：59.00 元

---

产品编号：078705-01

## 专家委员会 ( 姓氏笔画排序 )

马宏俊 毛剑平 孙宪忠 宋鱼水 宋寒松 杨 端 张卫平  
张鹏飞 黄太云

## 编撰委员会 ( 姓氏笔画排序 )

丁 龙 丁 梦 王少军 王少敏 王志伟 王启发 王明亮  
田 熠 代 渝 仝云霞 乐 灿 吕宏庆 刘 俐 刘姝含  
刘璐瑶 闫雅强 江永俊 江 琦 许传高 李长兴 李冬梅  
李全一 李 雨 李凌云 李 静 李德泉 李嘉键 肖婷婷  
吴志航 吴振坤 余心韵 邹丽丹 张云云 张红光 张春良  
张琴翠 张瑜明 张 曦 陆若愚 陈秀峰 陈豪彬 邵银花  
昌雄飞 周 璇 郑锋钢 赵 盼 赵增红 胡 婷 桂承道  
贾 寅 郭岳萍 唐 斌 章 婷 章锡丰 董玉国 谢财能  
蒋 宁 解 谦 熊 燕 薛高峰 戴春丽 魏 媛

## 点评专家 ( 姓氏笔画排序 )

王 昆 王海平 刘 新 许 兵 孙宁艳 李兆岭 李学辉  
杨竹一 杨 静 吴 芸 余 宇 宋鱼水 宋寒松 张允光  
张鹏飞 陈昶屹 姜 勇 姜 涛 高 靓 黄 晨 梁先繁  
蒋文玉 蔡 峰 熊忠平 薄守省



# 序 一

公证是一种预防性法律制度。它主要预防家庭、社会及生产交易纠纷的产生,已有几千年的发展史。公证预防纠纷的作用,主要靠它的三大功能来实现,即存真功能、证据功能和执行功能。存真是公证的基石。公证书,必须保证所公证事项的真实性,不论是有法律意义的事实还是文书,都必须是真实的客观存在。这是公证的生命力所在、公信力所在。证据主要是在诉讼过程中体现的。法律赋予公证书以优先的证明作用,除非有相反的证据足以推翻公证书,否则不能否定公证书的优先地位。法律赋予有债权债务内容的公证书以强制执行功能,这是公证优于诉讼的一大优势,也是公证的一大特点。

现实中,公证法律制度对社会的贡献并没有预期的那么大,公证书在诉讼中的作用也没有预期的那么强,社会对公证书的认知,特别是某些司法人员对公证书的认知也没有预期的那么强,如果法官不采信公证书,法院不执行公证书,这些都会严重影响公证法律制度对社会发展的作用。

公证制度,不是一个理论性特别强的制度,而是一个实践性很强的制度。因此,我们有必要对公证以往所发生的作用及问题,对公证书在以往的诉讼中所起的作用进行认真的分析研究,以指导公证事业今后的工作,推动公证事业向前发展。为此,我们编写了《中国公证新探:法理与案例》这本书,并邀请了与公证密切相关的法官、律师、检察官、司法行政干部及法学研究人员等来评析,为使用公证书、裁判公证书或者以公证书为武器的法律界同

人开辟一个园地，来共同研究、探讨公证问题，推动公证事业向前发展。

编写本书是一种尝试，如果成功，希望能继续下去，为公共事业发展尽绵薄之力！是为序。

王以義

2018年4月8日

中国  
公证  
新探  
——  
法理与案例

## 序 二

党的十九大报告提出“推进全面依法治国”。我们国家正在发生着前所未有的变化，社会发展越来越快，需要解决的问题越来越多。如何解决好各类纠纷、案件，已经成为司法面临的重要问题。“全面推进依法治国，必须大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍，为加快建设社会主义法治国家提供强有力的组织和人才保障。”在这一“队伍建设”工程中，需要以“推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化，提高职业素养和专业水平”为首要任务，这一指示为我们未来的法律职业教育培训事业指明了方向。清华大学司法培训中心组织编写《法治工作素养与依法治国》系列丛书之第二辑——《中国公证新探：法理与案例》，旨在贯彻落实党的十九大提出的庄严任务，特别是党的十九大报告专门提到加强人权法治保障，充分保证每个公民的权利和自由，让人民群众有获得感，由此而推进新形势下的法治工作队伍建设事业，有着相当重要的意义。

清华司法培训中心成立十二年来，一直致力于政法系统干部的综合素能及业务素能的培训工作，现已成为全国普通高校中最重要的政法干部培训基地之一。到目前为止，该中心受中央或地方各级政法机关委托，先后举办了各类法律职业教育培训班 500 余期，几乎涉及全国所有省份，培训人员达 30000 余人次，培训对象除涉及各级政法委、纪检委（含监察）、人大立法、公安、检察、法院、司法行政（含监狱、劳教 / 戒毒）、政府法制、信访、城管、文化执法、律师等外，近几年特别开展了公证行业干部的培训，涉及北京、

重庆、安徽、山东、四川、黑龙江、湖北、江西等十多个省市，课程从干部素能、业务素能到业务模式创新等，学员普遍反映收获甚多。这次编著出版的案例，几乎都来自学员们工作的第一线，这既是经验的分享，也是学习的总结。特别对目前公证行业改革还存在很多不明确的因素和困难，公证行业未来如何发展，公证行业如何防范职业风险，公证业务如何与国家的经济发展相结合，如何助力国家经济发展的需要，本案例集中均有所体现。本书收集整理了60个案例，除传统的公证业务外，还涉及了互联网经济下的公证，改革开放背景下的知识产权保护公证，“一带一路”背景下的涉外公证等内容。这些案例都提供了完整的公证书，是一个个鲜活的实际案例。问题与思考部分，是作者的观点，是经验和教训的总结，为公证行业的发展及业务创新提供了有价值的参考。每个案例都得到了来自党的十九大代表、司法部的专家、最高人民检察院的领导和专家、多级人民法院的法官、多位律师等专业人士的点评，他们依据国家现行法律、法规，分析了案例具备的法理，使得这些案例在实操中更具示范作用。

本书将是我们未来公证行业干部培训的教材，也是法官、检察官、律师等人员的参考用书，更可以作为公证行业的业务手册。在此，我代表学院祝贺该书的正式出版。

高策理

清华大学继续教育学院 院长

2018年5月1日

# 目 录

## 第一章 合同公证

公证权和审判权的边界	2
按揭贷款购买房屋的买卖合同公证	8
私募基金份额质押担保合同公证	12
已抵押房屋的买卖公证	18
隐性共有人的权益保护与承租人优先购买权的认定	21
委托卖房公证中的“担保”风险	26
“合同房”交易中的买卖预约合同公证	33

## 第二章 保全证据公证

笔迹证据保全公证	40
当“恶意抢注”遇上互联网电子证据公证	45
哈尔滨地铁三号线沿线建筑物外观保全证据	49
法院对其强制执行行为申请证据保全	54
公证助力云维权——精伦电子案例	60
李某某法律意见书案	65
巧用保全证据办理涉台出生公证	68
网络购物保全证据公证——以“酒鬼”花生商标侵权为例	73

证据保全公证在民事诉讼中的作用·····	78
证据保全公证中的知识产权保护·····	82

### 第三章 提存公证

机器设备买卖价款提存公证·····	88
离婚协议补偿款的提存公证·····	94
开拓公证提存、保管领域，积极推动多元化纠纷解决机制·····	98

### 第四章 赋予强制执行效力公证

赋予对赌协议强制执行效力的可行性·····	104
附担保的融资租赁合同可赋予强制执行效力·····	114
赋予强制执行效力债权文书涉及赌债、诈骗公证执行异议纠纷·····	119
委托贷款合同执行证书申请主体的确定·····	128
委托贷款赋强公证的时间点及执行证书出具的审查职责·····	133
执行证书中的公证证明标准及适格当事人·····	139
关于境外公司为境内公司提供担保的法律问题·····	145
出具执行证书遇到执行和解协议时的处理·····	150

### 第五章 现场监督公证

回迁分房摸号公证·····	156
建设用地挂牌出让监督公证·····	162
公证助力“双创”小微企业筹募发展资金·····	169

### 第六章 亲属关系公证

历史名人申报亲属关系·····	176
-----------------	-----

### 第七章 遗嘱继承公证

全国首例信托遗嘱公证·····	182
继承公证化干戈，资金监管解难题·····	187

继承权中的代位继承和转继承公证·····	192
继承权中的转继承和代位继承·····	198
无继承人农村“五保”人员遗产归属公证·····	201
转继承中涉及的遗嘱·····	207
有限责任公司股东资格继承·····	213
涉外继承公证中的法律问题·····	221
台湾居民遗留在中国大陆的不动产继承·····	226
淘宝网经营权虚拟财产继承·····	230
有转继承和代位继承及挂名子女的继承权公证·····	233
一起具有涉外因素公证遗嘱的办理·····	237
遗嘱效力评价与遗嘱效力优先级判断的先后顺序·····	243
创新思维，巧解继承难题·····	250
温情遗嘱——公证遗嘱内容多元化的尝试·····	256
关于申报监护协议典型案例的说明·····	262
转继承及代位继承公证探析·····	265
继承权中的遗产份额确定·····	270
遗产继承公证不可“唯登记论”——借继承个案谈离婚协议所涉物权变动 问题·····	274

## 第八章 其 他

公证为当事人解决房产过户难题·····	280
为千万贷款保驾护航——重庆、开县现场送达保全证据公证实录·····	283
微信公众号迁移公证实务初探——从山西首例微信公众号迁移公证的办理 说起·····	290



# 第一章 合同公证

# 公证权和审判权的边界

闫雅强\* 撰写 宋鱼水\*\* 点评

中国  
公证  
新探

法理与案例

## 一、案情梗概

2013年8月，A信托公司与B公司签订了《借款合同》，约定由A信托公司向B公司提供借款11亿元，借款期限为24个月，年利率11%。同日，两公司签署《最高额抵押合同》，约定以B公司名下一国有土地使用权等作为担保，并办理了抵押登记。上述两份合同均办理了强制执行公证。为了确保资金安全，A信托公司与B公司、C公司（B公司为C公司旗下项目公司）签署了《项目管理协议》，明确约定了B公司开发项目的管理进度和销售进度，并规定B公司可就《项目管理协议》附件所列取得项目四证时间等节点申请延期，但延期不得超过2个月，否则A信托公司有权要求B公司支付违约金，并要求B公司提前履行交易文件项下的全部义务。2013年8月，A信托公司向B公司一次性发放借款11亿元。但是，B公司在履行合同的过程中，出现项目工程明显滞后的重大违约，以及C公司实际管理人、经营管理层发生变更、该公司位于深圳的项目被政府部门“锁定”等情况。2015年1月14日，A信托公司向B公司宣布《借款合同》项下全部借款提前到期，要求B公司立即支付借款本金、利息、违约金和其他费用共约14亿元。公证处就A信托公司上述债权主张向B公司发函核实，B公司虽就A信托公司提前终止《借款合同》的依据提出异议，但无法提出合理有效的相反证据。因此，根据申请执行人A信托公司的申请，公证处依法出具了执行公证书。2015年1月，

\* 北京市中信公证处副主任。

\*\* 北京知识产权法院副院长。

A 信托公司向上海市一中院申请强制执行。最后，上海市一中院和上海市高院都驳回了 B 公司的异议申请。

## 二、公证要旨

公证处就 A 信托公司上述债权主张向 B 公司发函核实，B 公司虽就 A 信托公司提前终止《借款合同》的依据提出异议，但无法提出合理有效的相反证据。因此，根据申请执行人 A 信托公司的申请，经过严密梳理、认真询问和深入核实，确认上述事实真实，依法为当事人制作和出具了附后的这份执行公证书。

## 三、问题与思考

本案在信托行业引起了不小的影响，上海一些媒体也对此进行了报道。本案涉及的问题很多，核心问题是 A 信托公司是否有权宣布借款提前到期。

### （一）违反《项目管理协议》是否构成《借款合同》违约？

B 公司认为：引用《项目管理协议》条款作为 A 信托公司有权宣布借款提前到期的依据，实际是将未被赋予强制执行效力的《项目管理协议》变相赋予执行效力，违背公证程序。

A 信托公司认为：根据《借款合同》的规定，B 公司违反《项目管理协议》约定，即视为违反《借款合同》的规定。

争议的焦点在于《借款合同》和《项目管理协议》的关系，公证债权文书的执行力能否延及其他协议。第一，根据《借款合同》约定：甲方（B 公司）承诺接受并配合检查，具体以相关方另行签署的《项目管理协议》约定为准，以及《项目管理协议》对于订立该协议原因的表述，可以认定《项目管理协议》属于《借款合同》中“就本项目与乙方签署的其他协议”范畴，因此，《项目管理协议》可视为《借款合同》的补充协议。第二，补充协议是否必须办理强制执行公证才具有执行力。《项目管理协议》是《借款合同》关于合同事项的细化，是补充关系，不违反法律的禁止性规定，没有另行约定项目之外的其他事项，应是《借款合同》的组成部分，无须再办理公证就具有执行力。因此，B 公司违反《项目管理协议》规定的有关行为可以构成 A 信托公司宣布借款提前到期的依据。

## （二）工程延期是否系不可抗力造成？

B 公司认为，工程项目一定程度的滞后，原因是项目需要与上海市政工程“轨道交通 18 号线”相连，系不可抗力，不能成为提前还款的理由。

A 信托公司认为，对于轨道交通政府早有规划，工程项目滞后是 B 公司原因造成的。

根据我国《合同法》第 117 条的规定，不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。上海市政工程“轨道交通 18 号线”是早已规划好、早就预见的情况，不属于法律规定的不可抗力。在《项目管理协议》中，各方当事人也约定了假如出现不可抗力事件后的处理程序：如发生不可抗力事件，遭受事件的一方当事人应当立即以协议中约定的方式将情况如实通知其他各方，并在 15 日内提供事件发生地有关部门或者公证机构出具的证明。但是，B 公司没有推动过这样的程序，缺乏相关的证明，所谓的“不可抗力”抗辩是缺乏依据的。

## （三）C 公司发生实际管理人变更等情况是否严重影响债权安全？

B 公司认为，C 公司的实际管理人、经营管理层变更、该公司位于深圳的项目被政府部门“锁定”等情况，与《借款合同》约定的违约事项无关，C 公司并非合同当事人，A 信托公司及公证处以第三人的行为或经营现状认定 B 公司违约，违背合同相对性原则。

A 信托公司认为，B 公司及其关联方 C 公司的违约行为已严重影响 A 信托公司的债权安全，实际已无意愿，更无能力履行《借款合同》。

在两公司签署的《借款合同》中，已经约定了可能危及 A 公司债权的情形，其中就包括“控股股东 / 实际控制人变更或重大资产转让（商品房销售、租赁、委托经营等除外）”等危及合同项下债权安全的情形，对此的救济措施约定包括：出现上述情形后，A 公司书面通知 B 公司纠正，若 B 公司接到通知之日起 5 日内，上述情形未得到解除的，A 公司有权停止发放借款，宣布借款立即到期，要求 B 公司偿还合同项下所有到期及未到期的本金、利息、违约金和其他费用。本案中，B 公司是 C 公司旗下项目公司，C 公司发生实际管理人、经营管理层变更，直接导致了 B 公司的实际控制人也发生了变更；并且 C 公司位于深圳的项目被政府部门“锁定”，其生产经营情况发生了恶化，将危及 A 信托公司的借款利益。A 信托公司书面通知纠正，但 B 公司并未改善上述情形。因此，A 信托公司有权采取约定的救济措施。

公证实务中，债权到期前申请签发执行证书的情况并不多见，承办该案件的公证处在签发之前也经过了充分论证，在前期反对签发执行证书的声音也比较大，理由是：公证处不是审判机关，在借款尚未期满的情况下无权认

定违约，应要求当事人诉讼解决。

关于公证权和审判权的边界以及公证权的性质问题，一直存在争议。在大陆法系国家，通行的观点是：公证具有司法权的属性，是准司法权。公证的司法权属性集中体现在公证的强制执行效力方面，公证处签发执行证书的审查职责包含着事实的认定和法律的适用两个方面，是裁判权的体现，和法官的审判行为类似。那两者的区别和界限在哪里呢？

笔者认为，强制执行公证制度设计的价值在于，作为私权主体的当事人双方，在纠纷发生之前就将来可能出现的纠纷在救济方式上达成合意，实质是当事人以意思自治的方式自主选择实现私权的途径。在纠纷发生时，不需要通过诉讼或仲裁取得执行依据，公证债权文书本身具有执行力。本案中，当事人合意贯穿债权形成过程的始终，《借款合同》对可能出现的违约情形进行了明确的约定，公证处应该据此认定违约，签发执行证书。

反之，如果合同没有对履约期限届满前出现危及债权安全的情形的救济方式作出约定，债权人可以通过行使“不安抗辩权”保护债权。所谓不安抗辩权，是指在约定了先后履行顺序的双务合同中，应先履行的一方在应后履行一方因财产恶化而难为对待给付时所享有的、得于应后履行一方未履行且未提供担保之前，有权暂时中止债务的履行。不安抗辩权之“不安”，意在先履行后不能获得对待给付之危险，在应后履行一方有难为对待给付的情形时，先履行则是去无回，为平衡双方利益，法律赋予先履行一方不安抗辩权，暂时中止履行。《合同法》第68条规定了不安抗辩权行使的具体情形：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。根据我国《合同法》第108条的规定，先履行一方除可以解除合同外，也可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。由于解除合同的效力一般仅为恢复合同履行前的原状，而要求对方承担违约责任则可以得到合同严格责任归责原则保护下的合同履行的利益。

“不安抗辩权”的行使是基于法律的规定而非当事人的合意，根据“有约定从约定，无约定从法律”的原则，本案中，如果A信托公司与B公司未达成出现约定情形，债权人有权宣布借款提前到期的合意，公证处无权依据《合同法》的相关规定认定债务人违约并签发执行证书。

综上所述，笔者认为，公证权和司法权的界限在于当事人的合意和放弃诉权的执行承诺。合同公证时双方“同意合同具有强制执行效力的承诺”和实际履行过程中债务人“同意承担具体违约责任的承诺”是两回事。本案中，《借款合同》明确约定：“双方同意向公证处申请对本合同办理强制执行公证，

如甲方不履行和不完全履行本合同项下之相应款项支付之义务，或出现本合同约定其他的情形，乙方有权向公证处申请执行证书并凭本合同的公证书和执行证书向有管辖权的人民法院申请强制执行，甲方承诺放弃申请诉讼解决的权利并自愿接受人民法院的强制执行。”合同中还明确约定了债权人有权宣布债权提前到期的各种情形，可以视为债务人有同意承担具体违约责任的承诺。可见，公证债权文书的签订和执行证书的签发是密切相关的一个过程，起草合同，在银行、信托公司等格式合同中嵌入公证条款、签署补充协议等行为是公证员专业能力和职业素养的重要体现，在当事人合意的基础上充分发挥公证非诉纠纷解决机制的作用。

### 案例点评

本案公证员的分析已经很充分了。“强制执行公证制度设计的价值在于……当事人以意思自治的方式自主选择实现私权的途径”，也是公证权和司法权的界限。

尊重当事人双方之间的意思自治是贯彻始终的民法原理，因此，在合同缔约、履约、解除等各个不同环节都鼓励缔约主体各方积极进行意思表示，积极确认双方之间的合意，积极预见有可能产生的分歧，在解决问题的方式上积极约定解决方式，能够自行商议解决方式的为最佳。本案中，因标的大，金融机构属于专业运营机构，其与借款方签订合同时预设了较为完备的协议书，用协议化解可能发生的风险，而这种保护的防御性是其缔约的前提，是在缔约相对方同意并签字的情况下合同才正式签订、生效。尽管合同相对方管理层的人员变化、履约合同出现的滞后行为并非必然导致合同的履行障碍，合同相对方在运营这样巨大标的额的合同时很难排除各种困难和波折，但是，在合同没有约定的情况下，需要出、借双方之间充分地沟通，信赖，达成新的合意，如果这些要素无法实现，出现出借方提出合同严格履行约定的请求将会导致被动的局面。

公证机关秉承法律赋予的职权，确认执行证书基于双方约定的事实，而非法院审理的争议事实。这对出借方而言，显然提出了这样的申请，对借款方而言，反悔并不等于未确认。其如果在公证环节很难推翻已经确认的事实，即很难推翻执行证书。从事后法院的观点来看，法院还是支持了公证机关的观点。

审判权与公证权虽然都可以对事实进行判断，但是，二者还是有区别的。

公证机关所进行的审查是双方争议的内容是否在合同书中予以确认，确认是否应认定为无争议的事实，如果可以认定，即会出具执行证书。而法院审理的标的是双方有争议的事实，最终在双方的合意中无法在形式上确认无争议，而由法院对实体问题予以判断。当然，由于双方已经产生了分歧，对公证机关已经确认的事实有认同的一方，也会有不认同的一方，在这种情况下，涉及公证机关和司法机关的职权范畴问题，法院对公证机关职权范围内的权力予以尊重。按照程序行使审判权。

这是一起很好的案例，对市场主体有两个警示意义：一是应知、应会的法律知识非常重要。本案中包括对合同法的理解、对公证权和司法权边界的理解。二是应具有商业风险预判能力。当事人各方出现问题时应及时总结经验教训，提升化解风险的能力。对公证机关和审判机关而言，还需要进一步积累案例，及时总结各种情况下的判断标准。

# 按揭贷款购买房屋的买卖合同公证

吴振坤\* 撰写 陈昶屹\*\* 点评

## 一、案情梗概

近年来，房价不断攀升，多数家庭通过银行按揭贷款方式购买住房，但后续因为种种原因可能要对外转让，也有很多家庭需要购买这类按揭房，现实社会中有大量此类房屋买卖案例。但因为房屋正在抵押中，未注销抵押登记前不能办理产权过户手续。按揭房能否进行买卖合同公证？合同中如何控制风险点和设置违约责任？

卖方夫妻以银行按揭贷款方式购买一套住宅房，现贷款正常偿还中，尚欠银行本息。卖方将该房屋出售给买方夫妻，买方夫妻承诺继续偿还贷款。卖方与买方夫妻签订房屋买卖合同，将按揭贷款所购房屋出售给买方夫妻，买方夫妻将多余房款支付给卖方，银行贷款剩余本息由买方直接向银行支付。为双方办理房屋买卖合同公证，同时由买方出具承诺书，承诺代为清偿债务消灭抵押权。

## 二、公证要旨

法律依据——《物权法》第 191 条规定：抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代

\* 安徽省蚌埠市众信公证处。

\*\* 北京市海淀区法院优秀法官。

为清偿债务消灭抵押权的除外。

《第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要》（一）关于合同效力问题 14、《物权法》第 191 条第 2 款并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定，当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由，请求确认转让合同无效的，不予支持。受让人在抵押登记未涂销时要求办理过户登记的，不予支持。

按揭房屋的买卖，一般办理的都是委托公证，卖方委托买方指定的受托人办理还款、领证、卖房、过户等相关手续，等贷款结清后才办理房屋买卖合同公证并办理过户登记手续。这种公证模式不能很好地满足当事人的需要，也不利于保障当事人尤其是买方的利益。买卖双方发生纠纷时，委托公证并不能证明当事人之间的买卖行为以及付款、房屋交接等事宜，而当事人是想申办房屋买卖合同公证的。按照上述新的模式办理后，首先，满足了当事人的实际需求，使得公证内容与案件事实一致，也符合法律的相关规定，今后当事人发生纠纷时也更加明确各自责任，事实清楚，如果只办理委托公证，对各方当事人的保护都是不力的；其次，买方承诺代为清偿债务消灭抵押权，形式上保障了抵押权人、产权人的利益，更加符合《物权法》的规定，而且注销抵押权也是办理产权过户登记的前提条件。同时公证员承办案件时，将合同成立、物权变动、风险转移等法律问题一一向当事人释明，这样当事人更加清楚自己所承担的法律责任及风险。

### 三、问题与思考

几种常见违约风险的控制及违约责任设计：

#### 1. 买方不按期还款的风险

买方逾期还款会造成卖方违约记录，同时可能会损害抵押权人利益，为此要求买方夫妻签署承诺书，保证代为清偿债务消灭抵押权，符合物权法的规定，在形式上保障了抵押权人的利益。在合同中约定逾期还款的责任，保障了卖方的利益。“买方未按时支付银行贷款本息，造成违约记录的，每违约一次应向卖方支付赔偿款人民币贰仟元整”。“未按时偿还银行贷款本息累计造成六次银行贷款违约记录的，即视为买方不履行本合同，卖方有权解除合同，买方承担向卖方支付总房款 20% 的违约金”。

2. 卖方虽然办理了委托书，但如果需要其配合办理相关手续，卖方不配合的风险

在合同中写明违约责任：“或在符合办理注销抵押登记和过户登记条件

后经买方通知一个月后卖方仍拒不配合办理相关手续的，每逾期一日，按照购房总价的2%支付违约金”“在符合办理注销抵押登记和过户登记条件后经买方通知三个月后卖方仍拒不配合办理相关手续的，即视为卖方不履行本合同，买方有权解除合同，卖方承担向买方支付总房款20%的违约金”。这一项在我们现在的房屋买卖合同中是没有的，如果出现必须卖方配合情形，有违约条款规定更加容易解决。

### 3. 向双方讲明合同生效、风险转移、产权过户等相关规定

在笔录中进行详细的专项告知。同时写明“因卖方原因导致该房屋处分权被限制时，应积极配合买方消除该限制，否则，由卖方承担全部责任”。

## 案例点评

当前，按揭贷款购买的房屋交易需求日益活跃，此类房屋的买卖合同能否进行公证的基本问题也日益凸显。一般的做法是通过先行办理委托公证，等买方指定的受托人办理结清房屋抵押贷款后，再行办理房屋买卖合同公证并办理过户登记手续。这种做法虽然比较稳妥，有利于规避公证处的法律风险，但从房屋买卖合同交易事实的角度，明显不利于保障当事人尤其是买方的利益，而且造成公证内容与案件事实不一致，本文作者清醒地看到了传统做法的这一弊端。为了避免这一弊端的发生，作者提出对按揭贷款购买的房屋买卖行为按照新模式进行公证的解决方案。

当然，按照新模式公证会遇到至少两个方面的主要风险：一个是法律风险，一个是实施风险。前者是因为理论界与实务界对《物权法》第191条第2款规定对转让抵押房屋的效力性质的理解不一致造成的，很多公证处担心该法条对抵押房屋转让的禁止性规定会影响到按揭房屋转让合同的有效性，公证处对尚未涂销银行抵押登记的按揭房屋进行买卖合同公证会产生法律效力方面的风险，但是这个问题在《第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要》中“关于合同效力问题”的第14条得到了明确和解决，所以新模式公证的这一法律风险已不存在，作者找准了采取新模式公证的法律基础。后者是因为合同实施中存在违约风险与公证实施中存在信赖风险。违约风险主要包括买方不按期还款的风险、卖方不配合办理相关手续的风险等方面，作者对违约风险的思考和责任承担的设计把握住了解决该问题的关键。尤其值得注意的是，虽然采取新模式公证从合同订立层面有利于更充分地保护当事人的利益需求与利益平衡，但是并不能完全保证合同履行层面的安全性，而老百姓通

常对经过公证处公证的交易行为的安全性存在类似“国家保人”的高度信任，一旦出现合同履行纠纷可能会归咎于公证部门而产生信任风险，因此公证员在承办案件时，应当将合同成立、物权变动、风险转移以及公证行为的性质与局限性等法律问题向当事人充分释明，以全面消解新模式公证的法律风险与实施风险，作者能够提前预见和化解这些基本问题值得充分肯定。

# 私募基金份额质押担保合同公证

董玉国\*撰写 刘新\*\*点评

中国  
公证  
新探

法理与案例

## 一、案情梗概

甲公司、乙公司及 a 公司、b 公司均系“东方红”电子信息产业投资基金的共同发起人，其中乙公司为该投资基金的唯一普通合伙人。各方签署《“东方红”电子信息产业投资基金合伙协议》后，因基金劣后级合伙人 a 公司未能按期缴纳首期出资，乙公司拟安排 a 公司退伙，并安排丙公司作为基金劣后级合伙人入伙。为保证整个投资资金的首期出资及时到位，甲公司以自有资金通过公司住所地某商业银行向乙公司提供委托贷款人民币 5000 万元整，作为丙公司的首期出资资金来源。为了保障委托贷款的资金安全，甲公司要求丙公司将持有的“东方红”电子信息产业投资基金份额全部质押给自己。

经查，甲公司为国有独资公司，经营范围包含委托贷款业务。乙公司由一名法人股东和三名自然人股东共同设立（其中自然人股东之一陈某某系该公司的法定代表人）。陈某某和黄某共同设立了杭州 A 公司（陈某某系该公司法定代表人），杭州 A 公司及陈某某、黄某又共同设立了杭州 B 公司（陈某某系该公司法定代表人），杭州 B 公司再全资设立了另一子公司即本案中的丙公司（陈某某系丙公司法定代表人）。

## 二、公证要旨

公证处最终在全面核实案情、询问利害关系人、取得相关公司股东会决

\* 安徽省蚌埠市众信公证处。

\*\* 北京市东城区律师协会副会长，高级合伙人。

议、充分告知各方主体的法律风险与法律后果后，受理了该《质押担保合同》公证申请，并出具了公证书。

公证机构办理私募基金份额质押担保合同公证，具有法律上和程序上的正当性。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。公证机构通过充分告知当事人申办公证的法律意义、明示法律风险、提出法律建议，为当事人办理《质押担保合同》公证，一方面证明了合同成立时间，作为判断“债权”成立先后的关键性证据；另一方面也证明了合同主体设立质权的真实意思表示，排除恶意串通，损害其他债权人合法利益的可能性。

此外，《担保法》第43条规定：“当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。”在当前私募基金份额质押存在法律规定缺失、登记机关缺位、业务操作规则缺乏背景下，经过公证的《质押担保合同》或可客观上达到“质押登记”或“对抗第三人”的法律效果。

### 三、问题与思考

私募基金份额作为一种具有担保价值的财产权利，越来越广泛地应用于融资担保领域，成为质押对象。理论上，法律应保护私募基金份额“物尽其用”，但实务中私募基金份额质押存在法律规定缺失、登记机关缺位、业务操作规则缺乏等诸多问题，这使得私募基金份额质权设立与实现处于极大的不确定，不利于质权人的权利保护。具体体现在：

#### （一）法律规定缺失

我国《物权法》第223条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：……（四）可以转让的基金份额、股权；……（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。”第226条第1款规定：“以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。”

我国《担保法》第75条规定：“下列权利可以质押：……（四）依法可以质押的其他权利。”我国《合伙企业法》第25条规定：“合伙人以其在合

伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。”同时第72条规定：“有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；但是，合伙协议另有约定的除外。”但现行《物权法》《担保法》对私募基金份额缺乏明确规定，语焉不详。

## （二）登记机关缺位

由于私募基金份额性质无法界定，导致登记机关不明确。有人认为应属《物权法》第223条规定的“基金份额”，故应向证券登记结算机构申请办理出质登记。也有人认为，私募基金份额属于《物权法》第226条规定的“以其他股权出质”的情形，因而质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。但中国证券登记结算有限责任公司和国家工商总局等主管机构在实践中往往拒绝受理，致使质权的设立与实现存在极大的不确定性。

## （三）业务操作规则缺乏

与抵押权登记不同，前述中国证券登记结算有限责任公司和国家工商总局拒绝受理，主要是因为尚未建立私募基金份额出质登记业务规则。我国《证券投资基金法》第92条仅规定，非公开募集基金，应当制定并签订基金合同。基金合同应当包括下列内容：①基金份额持有人、基金管理人、基金托管人的权利、义务；②基金的运作方式；③基金的出资方式、数额和认缴期限；④基金的投资范围、投资策略和投资限制；⑤基金收益分配原则、执行方式；⑥基金承担的有关费用；⑦基金信息提供的内容、方式；⑧基金份额的认购、赎回或者转让的程序和方式；⑨基金合同变更、解除和终止的事由、程序；⑩基金财产清算方式；⑪当事人约定的其他事项。基金份额持有人转让基金份额的，应当符合本法第87条、第91条的规定。未见非公开募集基金、质押相关规定和登记业务规则。

## （四）私募基金份额出质应参照适用动产质权

私募基金份额作为一种财产权利，其可出质性毋庸置疑。我国《物权法》第229条规定：“权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。”我们认为，私募基金份额设立质权至少需具备以下条件：

一是订立书面的质押担保合同。包括被担保的主债权种类和数额，债务人履行债务的期限，质押财产的名称、数量、质量、状况，质权的担保范围，质物移交的时间，等等。

二是实际交付标的物。（1）交付是质权的成立要件。不交付标的物的质权不成立，但是出质人应当承担过错责任。债务人或者第三人未按质押合同约定的时间移交质物，因此给质权人造成损失的，出质人应当根据其过错承担赔偿责任。（2）交付包括现实交付、指示交付和简易交付，但不包括占有约定。出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持。（3）交付的标的物与合同约定不一致的，以交付的为准。故而，实际控制标的物即对私募基金份额的占有、控制、支配能力成为认定质权设立的关键。

三是私募基金其他合伙人的一致认可。判断私募基金份额质权设定与否，在实务操作中，还要考虑是否取得其他合伙人的一致同意，认可质权已设定的事实。

四是实际参与合伙企业重大事项决策。“质权人”应积极参与我国《合伙企业法》第18条规定的合伙协议约定的相关事项，包括：①合伙企业的名称和主要经营场所的地点；②合伙目的和合伙经营范围；③合伙人的姓名或者名称、住所；④合伙人的出资方式、数额和缴付期限；⑤利润分配、亏损分担方式；⑥合伙事务的执行；⑦入伙与退伙；⑧争议解决办法；⑨合伙企业的解散与清算；⑩违约责任。尤其是合伙企业内部的重大事项，诸如合伙人退货、资产收益分配、基金份额转让需征得质权人同意，形式实际上的占有、控制状态。

### （五）法院判例指导价值

苏州高新区通安农村小额贷款有限公司（以下简称“通安小贷公司”）诉苏州成罡钢铁贸易有限公司（以下简称“成罡公司”）、苏州鑫澳担保投资有限公司、张海根金融借款合同纠纷案[判决书字号：江苏省苏州市虎丘区人民法院（2013）虎商初字第0522号]，对本案具有实际指导价值。

该案审理法院认为，成罡公司未能按约归还借款本金，应当归还通安小贷公司借款本金300万元及逾期利息。关于张海根将其向凯风万盛企业的实缴出资额300万元及其享有的财产份额质押是否成立的问题，法院认为，依据《合伙企业法》的规定，有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质。但对于以有限合伙企业中的财产份额进行的权利质押，《物权法》和《担保法》均未规定其质权设立的登记手续，故而应当适用动产质权的规定，质权自出质人交付质押财产时设立。

另外，在本案中，关于张海根将其出资额及其享有的财产份额出质给通安小贷公司的相关事宜，凯风万盛企业进行合伙人决议，并与通安小贷公司

以《补充协议》的方式对该出质事宜以及出质后质权人所享有的权利进行了约定。从《补充协议》的内容来看，通安小贷公司实际上已经取得了对该出资额及其享有的财产份额的控制权，应视为该质押权利已经交付给通安小贷公司，质权自该《补充协议》生效时设立。因此，通安小贷公司有权就该质押的出资额及其享有的财产份额优先受偿。

综上，法院判决成罡公司归还通安小贷公司借款本金 300 万元及逾期利息；通安小贷公司并有权以张海根质押的凯风万盛企业实缴出资额 300 万元及其享有的财产份额折价或拍卖、变卖所得价款优先受偿。

### 案例点评

本案看似常规合同公证业务，但涉及诸多法律问题：一是私募基金份额能否出质；二是办理私募基金份额出质的登记障碍；三是私募基金份额出质成立的判断标准。

关于第一个问题，根据我国《物权法》第 223 条的规定，债务人或者第三人有权处分的基金份额可以出质。本案中，基金份额表现为有限合伙企业中的财产份额。根据《合伙企业法》，合伙人可以以其在合伙企业中的财产份额出质，但应当经其他合伙人一致同意，且如果合伙协议中有其他约定的，则应按照合伙协议的约定执行。本案中，公证处应当审查合伙企业的合伙协议，并按照合伙协议的约定取得相应的授权或批准文件后，方可办理相关事项的公证。

第二个问题是实务界比较困扰的一个难题。《物权法》第 226 条第 1 款规定：“以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。”而在实务中，无论是证券登记结算机构还是工商新管理部门均不受理私募基金份额的质押登记。笔者在处理类似业务时，通常采取合同公证 + 在报纸上发布公告的方式进行公示。另外，如果涉及的私募基金是中国基金业协会备案过的私募基金，可以在中基协网站上发布公告的形式公示。

与此紧密相关的是第三个问题，私募基金份额出质设立的标准是否应当以“登记”为准。笔者认为，在登记机构缺位的情况下，不应当以登记作为私募基金份额出质的设立标准，而是应当依照《物权法》第 212 条的规定，从“交付质押财产”起设立。而“交付”的标准，其一是特定化，其二是质

权人实际控制质物。私募基金财产份额不属于种类物，符合特定化的条件。因此，在实务处理中，当事人应当特别关注实际控制权的转移。除通过公证证明质押担保合同是当事人真实意思表示、内容真实有效、签约行为合法、印章属实外，当事人应当在合同中特别约定，出质人获得利润分红、转让合伙企业财产份额、退伙、合伙企业解散等重大事项均需取得质权人的同意。这样，才能认定质权人对基金财产份额的实际控制权，从而实现了财产权利的“交付”。

# 已抵押房屋的买卖公证

吴振坤\* 撰写 许 兵\*\* 点评

## 一、案情梗概

现代经济生活中以房屋为担保进行借款越来越普遍，一旦出现无法还款，抵押的房屋即面临被执行。但因为执行费时、费力、费钱，很多时候抵押权人和抵押人会通过协议方式，由抵押人出售房屋，用所得房款优先偿还借款。但是如何保障抵押权人注销抵押后能够足额拿到钱款？如何保证买方在充分知情的情况下购买这类房屋？风险点有哪些？如何进行有效控制和违约责任设计？

张某于2016年2月以房产作为抵押担保向陈某借款人民币55万元，至2016年11月尚欠陈某本息合计人民币60万元，现无力继续偿还出现逾期。经抵押权人陈某同意，张某将该房屋以人民币86万元整出售给迟某，同时张某委托徐某代为办理注销抵押登记及产权过户登记等相关事宜。迟某将其中60万元房款提存至公证处，由公证处在支付条件成就时转账给陈某，用于偿还张某所欠陈某的借款本息，陈某收款后注销抵押登记。另26万元整迟某分期向张某支付。并约定好付款、注销抵押、过户等相关事宜及各自的违约责任。

## 二、公证要旨

法律依据——《物权法》第191条规定：抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者

\* 安徽省蚌埠市众信公证处。

\*\* 司法部司法研究所研究员。

提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

公证处介入已抵押房屋的买卖，能够更好地保障各方的利益，维护交易安全。第一，将用于偿还借款本息的房款提存至公证处，由公证处在条件成就时支付给出借人，既可以保障出借人能够顺利拿到钱款，又可以督促出借人及时办理抵押注销手续，使得交易顺利进行，防止出现付款后不解押或解押后不付款情形的出现。第二，三方共同申办公证，签署相关合同，保障抵押权人知悉并同意转让行为，保障买受人知悉抵押状况并同意用部分房款代为清偿债务，可以防止以后出现的一系列麻烦，节省经济运行的成本，减少纠纷。第三，提存公证被买方认可，认为更具有安全性。相较于办理委托书公证后民间操作的垫资、解押、过户方案，费用更省、安全性更高。

### 三、问题与思考

几种常见违约风险的控制及违约责任设计：

1. 陈某收款后不配合办理注销抵押登记的风险。首先由买方将需要支付给抵押权人的房款提存到公证处，其次由抵押权人办理注销抵押手续，最终由出借人（抵押权人）领取提存款。同时在提存协议中约定了：“丙方未按本合同约定的时间办理注销抵押登记超过一个月的，乙方有权解除合同，并向丙方要求退回上述提存款，同时丙方需向乙方支付提存款20%的违约金。”

2. 出借人收到提存款后因为与卖方的其他经济纠纷另行申请查封该房屋。考虑到这一点，房屋买卖合同中约定：“丙方（出借人）在收到上述款项后，无权因与甲方的其他债权纠纷申请冻结、查封、拍卖、执行（包括但不限于上述有害于乙方的限制或者处分行为）上述房屋。否则即视为丙方不履行本合同，甲、乙方均有权解除合同，并要求丙方向乙方退还上述提存款及支付同期银行利息外，同时丙方需向乙方支付总房款20%的违约金。”

3. 提存款支付条件和支付手续。在提存协议中明确提存款的支付条件：“三方共同到蚌埠市不动产管理部门处办理上述房屋的抵押登记注销手续，抵押登记注销后（以公证处通过‘蚌埠房地产交易中心对外共享信息系统’查询为准），蚌埠市众信公证处将提存款支付给丙方。”

4. 卖方已经支付房款后如何办理资金监管手续。我处向卖方出具了房屋买卖合同公证书、提存公证书、提存款转让本处账户的对账单、提存款支付到陈某账户的对账单，买方据此顺利申请免于资金监管。

## 案例点评

本次公证是对已经办理抵押手续房屋的买卖合同以及提存进行公证。

公证机关通过办理提存公证，依照法定条件和程序，对交付的提存物进行寄托、保管，并在条件成熟时交付债权人或其他受益人。提存公证具有消除疑虑、减少诉讼、提高效率和维护经济及社会正常流转等作用，是清偿债务的一种特殊方式。

这份房屋买卖合同涉及三方当事人：卖房人、买房人以及房屋抵押权人。一般情况下，房屋买卖有买卖双方当事人达成协议就能够进行交易。但是这套房屋因为卖房人向抵押权人借款，而办理了房屋抵押手续。按照《物权法》第191条规定：抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。在这起房屋买卖过程中，只有抵押权人同意解除抵押，房屋才能买卖。因此，为了保障买卖顺利进行、确保三方当事人合法权益（抵押权人在确信债权能够实现的前提下同意解除抵押，买房人支付抵押金额后确保能够办理房屋过户，卖房人确保能够在房屋过户后收到卖房款），三方共同到公证机构申请办理房屋买卖合同公证，以期能够实现各自的愿望。

公证机构对以债务清偿为目的的债务人申请办理的提存公证，首先应着重审查提存之债的真实性、合法性、提存之债和产生的依据〔一般为合同（协议）、赠与书、司法文书以及行政决定等〕。其次应审查提存标的与债之标的是否相符，如两者不符或提存时难以判明两者是否相符的，公证员应告知提存人——如受领人因此拒绝受领则不能产生提存公证的效力——并将上述条件记载下来，由提存人确认签字。此类提存公证具有债的消灭和债之标的物风险责任转移的法律效力。在公证实践中，此类提存公证涉及范围较广，提存原因也各不相同。社会主义市场经济是法治经济，同时也是信用经济。伴随着市场经济的发展，提存公证作为一项能够有效保证交易安全的法律手段必将逐渐为人们所重视，发挥日益重要的作用，提存公证的范围必将日益广泛。

# 隐性共有人的权益保护与承租人优先购买权的认定

章锡丰\* 撰写 黄晨\*\* 点评

## 一、案情梗概

蚌埠市第一人民医院是一家二级甲等医院，该院在儿科等方面具有较高的医疗技术水平，在蚌埠市乃至皖北地区可谓是享誉一方。为了更好地服务百姓，进一步加强医疗硬件条件，提升服务整体形象，打造品牌医院，蚌埠市第一人民医院经院领导研究，决定购买毗邻一栋面积为1000余平方米的办公房作为医院的治疗室。经过多次协商，医院与该楼的房主魏某达成一致意见，并于2009年9月3日签署了《房屋买卖合同》。双方在合同签订后，由于种种原因，一直未履行该合同。后经双方再次协商，于2009年12月1日就购买上述楼房事宜，在《房屋买卖合同》的基础上签署了《购房补充协议》。为了确保上述合同得到切实履行，避免日后发生纠纷，双方共同向公证处申请办理《房屋买卖合同》和《购房补充协议》公证，寻求公证法律保护。

笔者受理上述公证申请后，通过询问和审查当事人提交的各类证据材料后发现，该案件同时还涉及其他法律关系以及在合同签订时存在一定的瑕疵：

(1) 本案买卖的房屋产权虽登记在魏某名下，但实际是魏某与王某、冯某夫妇共同出资通过拍卖购买所得。魏某与王某、冯某夫妇在拍得上述房屋后签署协议书约定：房屋产权双方共有，各占50%。因出租、出售、被拆迁所得

\* 安徽省蚌埠市众信公证处。

\*\* 重庆市第一中级人民法院。

款项或收益按各 50% 分配。魏某在行使出租、出售、被拆迁时应告知对方，并经对方认可后方可。该协议书经过公证。据魏某称，王某、冯某夫妇同意出售上述房屋。（2）上述买卖房屋中的其中一间房已出租给他人，租期未到期，而且魏某出售上述房屋，承租人不知情。（3）双方提供的《房屋买卖合同》和《购房补充协议》文本中的卖方栏除了有魏某的名字外，还有王某的名字而且王某在《房屋买卖合同》中已签名。

## 二、公证要旨

在严格审查和补充证据材料以及进行相应核实的基础上，笔者对当事人的房屋买卖法律关系及所涉及的其他法律关系进行了梳理、分析、判断，最后做出认定并为当事人出具了公证书。

1. 不动产物权的取得必须符合法律规定，否则将得不到法律上的保护。这就是物权法定原理。但在现实的商事活动中，一份物权的背后藏着一个或多个“隐性共有人”，那么在物权人处分物权时，作为公证机构该如何去审查和处理这背后的“隐性共有人”的法律问题？王某、冯某夫妇作为实际出资人之一，对本案买卖的房屋享有事实物权。王某、冯某夫妇不积极主张法律物权是与魏某的合意，是其夫妇的主观意识表现。以预防纠纷为主旨功能的公证制度，公证机构在办理此类公证时的审查边界应当以审查权属凭证和登记簿记载为原则，以在办证过程中主动发现或第三人提供其他可能影响物权人处分物权的证据线索为辅助。

2. 公证证明文件一般要求要符合法律规定，否则会被要求重新签署或进行补充协议。本案双方提供的《房屋买卖合同》和《购房补充协议》文本中的卖方栏除了有魏某的名字外还有王某的名字，而且王某在《房屋买卖合同》中已签名。对于王某的签名是否影响相关合同效力是公证审查的重点之一。公证机构对于合同的合法性审查应当从法律行为主体、客体、内容三要素进行审查，只要其他无关人员的签名不影响合同法律效力，也不会产生第二种法律关系，那么对于这种签名是可以被允许的，但我们在公证书上不得对此签名做出任何证明。

3. 本案买卖房屋其中的一间已出租，而且买卖双方签订买卖合同时并未提前告知承租人。笔者要求承租人对上述房屋的优先购买权进行书面明示，承租人表示放弃优先购买权。虽然承租人放弃优先购买权的时间在后，买卖双方的合同签订在前，但对于买卖合同的法律效力来讲是处于一种效力待定的状态。那么在取得承租人的书面放弃优先购买权材料后，买卖合同就自然生效。

### 三、问题与思考

看似一起普通的房屋买卖合同公证，其背后隐藏着多种法律关系，同时也给办理公证带来挑战。一是“隐性共有人”的合法权益保护，即法律物权人与事实物权人之间的关系；二是承租人的优先购买权该如何正确行使和认定；三是合同瑕疵对办理公证是否有影响。

1. 关于“隐性共有人”权益保护问题。“隐性共有人”并非为法律概念，但普遍存在于房屋登记、公证等业务实践中，其概指在特定物权上具备一定请求权的不特定的对象。在物权领域，物权法定，否则就不受物权法的保护。显而易见，本案中的房屋登记在魏某名下，魏某就是法律上名副其实的该房屋的物权人。虽然王某、冯某夫妇也为购买该房屋的实际出资人，具备了请求登记为该物权利人的权利，对上述房屋的物权享有期待权。但出于其他原因的考量，其夫妇自愿放弃或放任或怠于登记，主观上主动放弃物权法对其权益的保护。那么，对于任何购房人和登记机构来说，王某、冯某夫妇的合法权益是否被侵害不在审查范围内是显而易见的。王某、冯某夫妇只能通过债法上的规定向魏某主张合法权益。那么作为中立性的公证机构来说，在办理公证时是否要审查“隐性共有人”？如何审查？审查的深度如何？在业务实践中，对一份房屋买卖合同公证的房屋权利人的审查，以权属凭证和登记簿记载的法律物权人为原则，以在办证过程中主动发现或第三人提供其他可能影响物权人处分物权的证据线索为辅助。“隐性共有人”由于没有相应的公示途径，不易被外界所知晓，其合法权益极易被记名物权人侵害。本案中，公证机构在办证过程中知晓该房屋存在“隐性共有人”，就有必要向该“隐性共有人”了解该房屋交易事宜，这就是公证机构预防纠纷的重要职能作用的具体表现。但在物权流转的法律范畴里，该“隐性共有人”的意见并不能影响交易。作为公证机构在审查中发现双方的交易明显存在损害“隐性共有人”合法权益的情形，如明显低于市场价又无合理说明的，那么“隐性共有人”的意见将决定此次公证能否继续办理。

2. 关于合同内容瑕疵的技术处理问题。一般来说，对于有瑕疵的合同，能够进行修改并重新签署的，都会被要求进行修改并重新签署。按照公证办证规则的要求，对于有瑕疵被提出进行修改，当事人坚持不修改的，那么这种情况要在询问笔录中记载。合同瑕疵一般以不影响合同的真实性、合法性为限。本案中，双方签署的《房屋买卖合同》和《购房补充协议》中的卖方栏均有王某的名字，且王某已在《房屋买卖合同》中签名。对于这种非合同主体的签名，因合同上有房主魏某的签名，所以从《中华人民共和国民法通则》

和《中华人民共和国合同法》的规定来看，并不影响合同效力，也不会影响合同的权利义务。那么我们在询问笔录上做一些针对性询问，在公证词中对王某的签名不影响合同效力和权利义务，以及公证并不证明王某行为作特别说明即可。

3. 关于承租人优先购买权的保护问题。《中华人民共和国合同法》及其相应司法解释规定，出租人出售租赁物的，应当提前通知承租人，承租人在同等条件下有优先购买权。本案中，关于优先购买权的问题，主要反映在魏某没有事前通知承租人。承租人只租赁该栋楼六楼的一间房屋，承租人是否对整栋楼享有优先购买权？对于这个问题在司法实践中没有统一的标准。有观点认为优先购买权是建立在特定物上的一种法定权利，权利的行使不能超出特定物的界线，否则不具有该权利。另有观点认为，优先购买权是法定权利，任何人不得剥夺。虽只承租其中一间，但该间房屋是整栋楼房的组成部分，而且不可分割，所以承租人的优先购买权涵盖整栋大楼。作为预防纠纷功能的公证机构在没有具体适用标准的法律问题面前，选择保守是最恰当的，也是最负责任的选择，所以对魏某出售整栋楼房有必要向承租人了解其行使优先购买权事宜。

### 案例点评

公证文书在诉讼中具有证据效力，因此真实性、合法性是公证活动应遵循的基本原则，这就要求公证机构在办理公证事项时应按照《公证法》相关规定，对出具公证书必备的原始证明材料履行审慎的审查义务。本案例虽只是一起普通的房屋买卖公证，但其背后涉及多重法律关系，还涉及公证理论问题。

本案公证人员在办证过程中全面审查案涉法律关系，并按照法律规定对相关主体的权利义务进行了妥善处理，切实发挥了公证制度预防纠纷的功能。由此可引申两方面的思考：

其一，公证人员审查范围与审查程度的确定。公证审查是公证程序的核心环节，关于审查范围《公证法》第28条已做规定，但实践中对公证人员是否应尽实质审查义务则存在认识分歧。《公证法》明确了真实合法是公证程序的基本要求，最高法院涉公证的司法解释也规定公证机构应尽到充分的审查、核实义务。综合上述规定来看，如果仅从一般注意义务的角度进行形式审查，则难达真实合法的标准。从公证人员的准入条件来看，其本身所具备

的专业技能也能够保障其履行实质审查职能。因此，坚持合理有度的实质性审查，才能保障公证文书作为证据材料具有较高的证明力和社会公信力，符合信赖保护原则。本案公证人员正是在形式审查的情况下辅之以其他证据，发现了买卖合同之后所涉及的其他权利主体，进而对“隐性共有人”和承租人的权利保护进行了妥善处理，以达到公证书真实合法的要求。

其二，瑕疵法律行为的补正。本案法律行为存在的瑕疵主要表现为两方面：一是合同内容的瑕疵，公证人员以不影响合同真实性、合法性为前提，通过在公证词中对合同签订瑕疵不影响合同效力的情况进行特别说明的方式予以处理，符合公证程序要求。二是关于承租人优先购买权的保护。本案魏某在出售房屋前并没有通知承租人，侵犯了承租人的优先购买权，这一瑕疵可能会影响买卖合同的效力。公证过程中，公证机关通过承租人事后出具的放弃优先购买权《证明》，认定系承租人对魏某出售房屋行为的追认，可达到补正魏某售房行为瑕疵的目的，从而在保护承租人合法权益的同时，维护了后续合同行为的合法性。公证机关对上述瑕疵法律行为的补正，严格遵循了法律法规规定，同时在解决问题的思路按照公证程序要求灵活处理，实现了遵守法律和维护交易安全的双重目标，有效发挥了公证制度稳定社会经济民事流转秩序、保护民事主体合法权益的作用。

# 委托卖房公证中的“担保”风险

薛高峰\* 撰写 杨静\*\* 点评

中国  
公证

新探

法理与案例

## 一、案情梗概

2013年5月，当事人王某来公证处申请办理房屋委托公证，自愿委托陈某办理房屋出售的有关事宜，公证员审查后，出具委托书公证。8月，当事人王某来公证处反映，受托人陈某将房屋低价出卖给段某，段某随后将房屋转卖，导致当事人无地居住。原来，该房屋委托书背后隐藏着借款合同，是具有“担保”目的的委托书。当事人以房屋委托书的方式为借款提供“担保”，借款到期未偿还，受托人陈某以150万元的低价将房屋出卖给段某。当事人想要确认陈某作为代理人与段某签订的房屋买卖合同无效，并要求他们赔偿损失85万余元。公证员建议当事人去法院起诉。该案经两级法院审理，现已审结，一审、二审法院均判决支持了原告的诉讼请求。

## 二、公证要旨

依据相关法律法规，公证处审查了当事人王某提供的一切相关证明材料，并依法出具了委托公证书。

## 三、问题与思考

在民间借贷中，存在各种非法定形式的担保。例如，由于办理正式的房

\* 北京市中信公证处。

\*\* 最高人民检察院反贪污贿赂四局督办处干部。

屋抵押手续的复杂性，人们创设了一种担保，借款人或其关系人办理出售房屋的委托书公证手续，授权出借人或其关系人在借款人不能归还借款时将房屋出售以归还借款本息，这种担保方式可以称为委托公证卖房。“担保性”房产委托的委托人与受托人的真实法律关系是借款担保关系，其处分的房产实际是借款的担保物或抵押物，根据我国《担保法》第53条的规定，债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。但是以委托书方式追债的，出借人可以不经协商直接出卖委托人的房产用于抵债，委托人实际上完全丧失了诉讼权利，办理“全权委托”以后，受托人即享有业主的所有权利，受托方就可以依据上面所罗列的项目，办理房产抵押贷款的程序，从而让“担保性”房产委托书变成了委托人的“卖身契”。这种方式风险极大，对于房屋所有权人来说，签署了经过公证的委托书，就意味着受委托人可以直接签署出售房屋的合同、办理房屋过户登记手续，而无须通知房屋所有权人。如果遇到不守信用的受委托人或出借人，房屋可能不知不觉就被低价转卖他人，等发现的时候就难以追回，或者要通过长期的复杂诉讼才可能追回房屋；如果房屋以合理价格转让，或以较低价格转让后，又以合理价格再次转让，且房屋已经过户，房屋不可能再要回来，只可以向债权人主张赔偿。对债权人来说，公证授权是可以撤回的，在债务不能清偿时，债务人随时可能终止委托以阻止买卖房屋来偿债，并且该房屋还没被过户，一般来说难以继续交易。

本案纠纷基于委托关系和代理关系而发生：当事人是委托人，也是被代理人；陈某是受托人，也是代理人；段某是代理关系中的第三人。案件主要争议点在于：陈某的代理行为是否有效？对此，可以进行如下分析：

### （一）陈某的代理行为属于有权代理

可以肯定的是，陈某的代理行为为有权代理，代理权来源于当事人的委托授权。当事人办理的房屋委托公证明确陈某为受托人，代理权限为处理“房产出售有关的一切事宜”，包括签订房屋买卖合同、办理网上签约、办理产权过户登记手续、代收房价款等。陈某作为当事人的代理人，享有房屋出售的代理权。

同时，陈某作为代理人，负有勤勉和谨慎的义务，应忠实地处理代理事务，为被代理人的利益着想。本案中，陈某是无偿代理人，应尽到与处理自己事务相同的注意义务；如果是有偿代理，则应尽善良管理人的义务。

## （二）陈某滥用代理权，与段某恶意串通，损害当事人利益

《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；……”恶意串通损害第三人利益的合同无效。所谓恶意串通即委托公证的受托人与买受人（买房人）有共同的侵害委托人（民间借贷债务人）的利益的意思联络，这是主观方面的要求；所谓损害第三人利益，分两个方面：（1）房价过低；（2）违背委托人的真实意思。《北京市高院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》第24条规定：“民间借贷关系的借款人在借款时出具委托书，授权贷款人（或其指定的第三人）出售借款人的房屋，贷款人（或其指定的第三人）在借款人未偿还借款的情况下，以借款人名义转让其房屋，借款人主张买卖合同无效的，一般不予支持，但贷款人与买受人存在恶意串通行为，或者买受人明知或应当知道代理人实际没有代理权或滥用代理权的除外。”其中，“贷款人与买受人存在恶意串通行为，或者买受人明知或应当知道代理人实际没有代理权或滥用代理权的除外。”分为两部分：

（1）“贷款人与买受人存在恶意串通行为”对应的是《合同法》第52条关于恶意串通损害第三人利益的合同无效的规定。恶意串通是主观的，要通过客观来表现出来，这个“客观”一般就表现为房价过低，即低于市场价的70%。（2）“或者买受人明知或应当知道代理人实际没有代理权或滥用代理权的除外。”对应的是《民法通则》第55条：“民事法律行为应当具备下列条件……（二）意思表示真实；……”即如果委托人的真实意思不是卖房，受托人卖房就是（实质上）没有代理权或者超越代理权，就违背了委托人的真实意思，如果买房人对此又是明知或者应知的，合同就是无效的。这其实也是“恶意串通”的表现。如果受托人明知委托公证是为了担保民间借贷的债权，受托人就要为“委托人表示过借款到期不还就卖房”和“借款到期未还”承担举证责任，否则就可以认定受托人卖房是恶意的。如果法院再能够查明买房人也存在恶意，就可以认定受托人和买房人恶意串通，就可以认定合同无效。就本案而言：

1. 房屋转让价格明显过低。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第19条的规定，财产转让价格达不到交易时交易地的市场交易价70%的，一般可以视为明显不合理的低价。参照该规定，本案中房屋转让时的市场价格经鉴定为235万余元，但转让价格却是150万元，其中差价85万余元，也达不到70%的价格标准。因此，陈某转让房屋价格明显过低，实际造成了当事人财产利益的损失，违反了代理人维护被代理人利益的原则。

2. 陈某与段某恶意串通。虽然有公证的委托书，陈某享有房屋出售的代理权，但不能仅据此认定段某为善意买受人。经法院查明：陈某与段某之间150万元的款项往来无任何银行提款、转账或存款记录加以证明，大额的现金支付也不符合交易习惯，陈某也未将任何款项交予当事人，不能证明段某实际支付购房款；证人证言证明段某并未实地查看房屋；段某自述未曾取得房屋的实际控制；段某在获得房屋产权后十几天内就委托他人转卖房屋；银行转账记录证明段某以转卖房屋所得向借款合同的出借人转账150万元，抵偿借款合同的债务。

结合以上因素综合来看，段某在明知委托书背后存在借款合同的情况下，与陈某签订房屋买卖合同并转移房屋登记，并未真实支付交易价款，也未对房屋实际查看和占有。陈某与段某恶意串通，进行虚假交易行为，损害当事人的利益，根据《民法通则》第58条、第66条第3款及《合同法》第406条第1款的规定，陈某与段某签订的房屋买卖合同无效，当事人对合同后果不予承受。但本案中，由于房屋已经被转卖无法返还房屋，当事人可以要求赔偿损失，由陈某和段某承担连带责任。

### （三）委托代理的风险

本案特殊在于，房产委托书具有“担保”目的：借款人在借款时出具委托书，授权贷款人（或其指定的第三人）出售借款人的房屋，贷款人（或其指定的第三人）在借款人未偿还借款的情况下，以借款人名义转让其房屋，以房屋转让款来抵偿借款。在此，房产委托书演变为债权人的自力救济手段，导致其功能被异化。在传统委托中，委托人是委托发起人和主导者，受托人只是“受人之托、忠人之事”。然而在委托书异化情形下，委托来自受托人的要求，委托人与受托人之间不存在互相信赖关系，反而是利益冲突关系。受托人正是基于委托代理中权益和责任的可分割性，利用代理身份控制本应属于委托人的权利和利益，而相应的义务和责任仍然由委托人承担。

1. 委托人存在法律风险。首先，委托人作为借款人，本意是以房屋作为抵押担保，但实际上为了省钱省事或者基于出借人的要求而办理售房委托公证。公证员会在公证过程中告知当事人公证事项的法律意义和法律后果，并将告知内容记录存档，在委托人故意隐瞒“担保”目的、虚构与受托人的信任关系时，公证员只能按照公证时委托人的意思表示来判断其真实性，在排除合理怀疑后办理公证。在公证员已经详细提示委托风险、按照公证程序办理公证的情况下，委托人明知风险还要办理卖房委托书公证，这样带来的不利后果只能由委托人自己承担。其次，受托人与买房人签订的房屋买卖合同

原则上是有效的。受托人基于委托合同和委托公证作为有权代理人，在代理权限内代理委托人出售房屋，房屋买卖合同原则上有效，委托人主张合同无效的，法院一般不予支持，除非受托人滥用代理权，与买受人恶意串通损害委托人利益。最后，本案中委托人的“担保”意思并不能在委托卖房公证中体现出来，也不符合担保的形式要求，所以担保的保证期间对委托人是不适用的，出借人作为债权人时，不受时限的督促，可以肆无忌惮地行使权利，明显不利于委托人作为债务人的利益维护。

2. 委托人存在财产损失风险。在卖房委托“担保”中，委托书往往被异化，委托人与受托人之间不存在信任关系。由于委托人对受托人在代理权限内的代理行为承担民事责任，受托人很可能恶意行使授权权限给委托人带来以下潜在风险：受托人在还款期限届满前售房；取得售房款后卷款而逃；一房数卖；以不合理的低价出售房屋；不及时将房款交于委托人等。此外，由于仅基于委托人的委托便可成立委托关系。当借贷行为不成立或无效时，委托关系仍然成立，当受托人为出借人以外的人时，如果受托人随意处分委托人的财产，委托人很可能面临追责难的情形。

值得一提的是，对债权人而言，即使办理了委托卖房“担保”也并非万无一失，相反，同样存在着潜在的风险。众所周知，委托属于单方民事法律行为，委托人有权随时撤销委托书，一旦行使撤销委托后，债权人手中的授权委托书就好比废纸一张，这样一来，债权人的利益将得不到根本保障。

当借款人按时还款或者受托人能够尽义务处理售房事务时，即没有发生民事纠纷时，民间借贷中的委托卖房“担保”对借贷双方来说可能更为便捷。但为了减少纠纷的发生，民间借贷中的房屋抵押担保应该按照法定要求来办理，因为委托卖房并不构成法律上的担保，借款人只有担保的意思但其行为不符合不动产抵押担保的形式要件要求。委托卖房委托书不等于房屋抵押担保登记，委托书公证也显然只能证明借款人的委托意思而非担保意思。

对于公证机构而言，担保性委托书的当事人之间不仅缺乏基本的信任关系，而且存在利益冲突，该类委托大多是显失公平的，其法律效力缺乏有效支撑。这种委托书，很容易侵犯委托人（债务人）的合法利益，也不能有效保障债权人的债权，极易引发纠纷。因此，2017年8月，司法部印发《关于公证执业“五不准”的通知》，暂停了该业务。公证人员在办理涉及不动产处分的委托公证时，应当严格审查申请人的真实意思表示，明确告知及时向有关部门办理抵押登记手续，以此最大限度保护双方权益。

通过研析本案，我们认为，以下几个方面值得特别注意：

1. 《公证法》第2条规定，公证是公证机构根据自然人、法人、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。委托卖房协议原本不属于法律、行政法规规定的未经公证不具有法律效力的事项，即公证并非必经程序。但是，因为经公证的民事法律行为、有法律意义的事实、文书，应当作为认定事实的依据，但有相反证据足以推翻该项公证的除外。所以，实践中，为了证明委托卖房协议的真实性，提前预防纠纷的发生，减少诉累、提高效率，保障当事人合法权益，往往会选择办理公证。已为有效公证文书所证明的事实属于免证事实。证明同一事实的数个证据，经过公证的书证的证明效力优于其他书证。另外，经公证的委托卖房协议具有很强的公信力，社会一般公众对其足以产生信赖。但是，以订立并经公证的委托卖房协议的方式担保借款合同的履行，属于非法定的担保形式。其效力缺乏有效法律支撑，具有较高的法律和事实风险。为担保性委托书办理公证，极易损害公证公信力，影响公证机构社会形象。我国《物权法》第171条规定，债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。对于有担保公证需求的，可以引导当事人办理借款合同、房产抵押合同公证，一旦发生纠纷，应当通过仲裁、调解、诉讼等合法方式解决。

2. 在能顺利取得借款前，借款人往往是处于弱势地位的一方。即使是在互相之间缺乏信任时，对于贷款人提出的过分损害借款人利益的要求，借款人，特别急需该笔用钱的借款人，可能也会迫于压力，作出与自己真实意愿相违背的承诺。在借款之前，以订立委托卖房协议的方式作为借款合同的担保，容易侵害债务人利益，存在较大风险。一方面，如果债务人已届清偿期而未归还借款，则债权人可以按照事前已订立并经公证的委托卖房协议的约定，不经协商直接出售委托人的房产以抵债，而不必经拍卖、变卖等程序。另一方面，如果借款到期未清偿，那么受托人与委托人之间的代理关系，就会受到“考验”和“挑战”。受托人此时既是代理人，同时也是贷款人。因为他首先和更多考虑的是如何更快更好地实现债权，所以急于以低价出售房产，可能会出现“显失公平”、与第三人恶意串通、虚假交易等情形。《合同法》第410条规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同。借款人也随时都可以撤销委托卖房协议书，借款合同即没有了任何担保，此时出借人的利益

也难以得到保证。所以，这种具有担保性质的委托买房协议具有很大的不确定性，无论是对于委托人还是受托人来说，都不是一个很好的选择。

3. 公证不应当为某些不正常地规避法律，获取非法利益的行为“背书”。公证机构、公证人员在办理涉及不动产处分的委托公证时应当严格审查申请人的真实意思表示，审查其与受托人是否具有亲属关系，不得办理名为委托实为担保，或者可能存在担保性质的委托公证。公证机构、公证员应当尽到更高标准的审查注意义务，不得片面依赖书面证据材料而忽视沟通交流，不得只重程序合规而轻实体内容审查。要严格审查申请人的真实目的和公证书用途。当事人之间名义上为委托代理关系，实际存在借贷关系，委托书具有担保性质的，公证机构不得办理。

4. 《民法总则》第161条规定，民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。委托人通过协议约定由受托人代为处理房产出售事务的方式，双方当事人之间形成委托代理法律关系，属于有权代理。如果委托人与受托人之间互相信任，授权是委托人的真实意思表示，该委托就应当是合法有效的。虽然在背后具有担保借款合同履行的目的，但是只要将来受托人尽到忠实勤勉的义务，出售房产时参考市场价格，为委托人达成一个价格公平合理的房屋买卖合同，似乎也并无不妥。暂停担保性委托公证业务，确实会对这种正常的代理行为造成“误伤”。关于一律禁止是否又会侵害当事人办理公证的权利，甚至有“矫枉过正”之嫌，值得进一步思考。

# “合同房”交易中的买卖预约合同公证

昌雄飞\* 撰写 杨竹一\*\* 点评

## 一、案情梗概

张某与某房地产开发商签订了《商品房买卖合同》，购买了某小区的房屋，房屋在交房后不动产权证未办下前，因家庭变故，张某急需用钱，故将房屋转让，李某愿意购买该房屋，因考虑到此房屋尚无产权证，为保障交易，避免纠纷，双方当事人到公证机构申请办理房屋买卖合同公证。

## 二、案情分析

所谓“合同房”是指购房者与房地产开发商签订了买房合同，完成了房屋备案登记并已收房的房屋。这类房屋在收房后仍然要过相当一段时间才能取得产权证。而实践中这类未领取房产证的房屋进行二手房交易的情况也日益增多，为避免纠纷，很多当事人向公证机构申请办理此类房屋的转让合同公证，公证行业对能否受理此类合同的申请认识不一，有人认为依据《中华人民共和国城市房地产管理法》（以下简称《城市房地产管理法》）第37条第6项的规定：“未依法登记领取权属证书的房地产不得转让”，公证机构不能受理此类公证申请，笔者认为，要从三个方面来进行考虑。此类房屋能否转让？转让合同是否有效力？这类交易能否办理公证？

上述的三个问题实际是关联的命题。问题的起点是《城市房地产管理法》

---

\* 四川省蜀都公证处。

\*\* 泰和泰(成都)律师事务所律师。

第37条第6项规定的规范性质。《城市房地产管理法》在总则第1条中即规定该法的立法宗旨是“为了加强对城市房地产的管理，维护房地产市场秩序，保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展”。由此可见，《城市房地产管理法》为行政性法律，其目的在于对房地产进行规范性行政管理，调整的对象是行政机关与行政相对人之间的行政关系，而非平等主体之间的民事法律关系。之所以规定该条第6项，是因为不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明，进入市场交易的房地产必须权属明晰，未依法办理登记领取不动产权属证书则说明该房地产权性质归属不明，如进入市场流通则违背了国家对不动产实行统一登记的制度，不利于市场秩序的维护，不利于对当事人合法权益的保护，不利于国家对城市房地产交易市场的管理和监督。《城市房地产管理法》第37条规定，应理解为规范房地产管理机关在房屋过户登记中的职责，而不是禁止当事人交易或限制当事人签订合同的自由。

《城市房地产管理法》第37条第6项也不能理解为《合同法》第52条第5项规定的“法律、行政法规的强制性规定”。法律、行政法规的强制性规定是指法律、行政法规中的规定人们不得为某些行为或者必须为某些行为。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第14条中明确规定《合同法》第52条第5项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。最高人民法院民二庭负责人就《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》答记者问中指出：强制性规定区分为效力性强制规定和管理性强制规定，违反效力性强制规定，合同无效；违反管理性强制规定，合同未必无效。所谓管理性规范是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范只在管理和处罚违反规定的行为，但并不否认该行为在民商法上的效力。而城市房地产管理法虽规定未依法登记领取权属证书的房地产不得转让，但并未规定房屋转让合同无效。所以《城市房地产管理法》第37条第6项仅仅是对物权登记的规定，并非是《合同法》第52条规定的合同无效的情形，故该条规定不能作为确认合同无效的依据。而《物权法》第15条则直接明文规定当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

《城市房地产管理法》第37条中表现出浓郁的行政管理气息，凸显着国家通过行政手段来干预市场经济。随着《合同法》和《物权法》的颁布，此种观点得到某种程度的纠正。这些改变可以看到立法指导思想上的重大转变，即充分尊重当事人意思自治，通过民事法律规范来完善和引导市场交易保护

规则，在这种思想的指导下，多个人民法院都从鼓励诚实信用、维护交易安全角度出发，对此类转让合同予以认可，如广东省高级人民法院认为商品房预购人将购买的未竣工的预售商品房再行转让，如无其他违法行为，可认定转让合同有效。<sup>①</sup>上海市高级人民法院认为不能仅因出卖方尚未取得房屋所有权证而认定转让合同无效<sup>②</sup>。2012年5月最高人民法院出台的《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》更是明文规定当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

虽然此类合同在司法实践中被人民法院认定有效的判决屡见报端，笔者也持此种观点，但从公证处的法律执业风险上考虑，认为公证处不宜对此类未取得产权证的房屋办理房屋转让合同公证。主要原因是立法机关和最高人民法院未对《城市房地产管理法》第37条第6项的适用范围作出明确的解释，法院内部对此条的理解也不尽相同，实践中依然存在如何界定两种性质的强制性规定的问题，如最高人民法院就认为《城市房地产管理法》第37条第6项规定调整的对象是平等民事主体之间的房地产交易行为<sup>③</sup>。上海市高级人民法院认为此类房屋买卖合同的买方在尚未取得房屋产权证之前，享有的还不是房屋的所有权，而仅仅是合同债权。<sup>④</sup>

### 三、公证要旨

按《公证法》和公证程序规则的规定，公证员应对文书的真实性、合法性予以审查。公证员作为熟悉并掌握办理公证所具备法律知识的专业人员，熟练运用法律、法规和各类办证规则对当事人申办的公证事项进行审查并准确判断该公证事项的合法性是公证员的应有之义，如合同的合法性都未被公证员审查出来，那公证员的责任是无法推卸的。所以在此类房屋转让合同效力尚无定论前，如公证处贸然介入，一旦出现此种房屋转让合同被法院以违反法律强制性规定为由而认定为无效，则公证处将面临极大的诉讼风险。因此本案笔者采取以签订房屋转让预约合同的方式来进行处理。

预约合同在我国《合同法》中并无明确规定，2012年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《买卖合同司法解释》）第2条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备

① 《广东省高级人民法院关于〈合同法〉施行后认定房地产开发经营合同效力问题的指导意见》。

② 上海市高级人民法院2005年第1期民事法律适用问答。

③ 《人民司法》2004年第8期司法信箱执行工作问答集锦。

④ 上海市高级人民法院《关于审理“二手房”买卖案件若干问题的解答》。

备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”该条首次在司法解释上正式承认了预约合同。业内一般认为所谓预约合同是指导当事人之间约定将来订立一定合同的合同，将来应订立的合同称为本约合同。预约合同签订后，它对双方当事人产生预先订立本约合同义务的拘束力，如果预约合同的一方当事人不履行其订立本约的义务，则另一方有权请求法院强制其履行义务及承担违约责任。

房屋转让预约合同是指双方当事人约定在房屋取得房屋权属证书后为房屋买卖交易签订房屋转让合同的合同。采用此种合同的优点在于有效地规避了《城市房地产管理法》第37条第6项的限制，又给合同双方当事人提供了法律上的保障。对于房屋转让预约合同的卖方来讲，预约合同签订后，他即负有取得产权证后与买方进行房屋交易的义务，如违约，则既要对方承担违约责任，又可能被买方要求强制履行义务，对于处于预约合同交易弱势一方的买方来讲，则可以有效约束卖方违约的可能，极大保障己方的利益，这无疑极大地增进了双方的交易信任感，增加了交易的成功率，促进并规范了二手房市场有序的发展。笔者所在公证处历年所办理的万余件预约合同也证明此类合同的履行率极高。在裁判文书网上检索成都地区法院裁判的合同房屋买卖预约合同纠纷有24件<sup>①</sup>，有23件预约合同被人民法院认定为有效，在多篇判决书中审判法官认为经过公证的预约合同效力高于其他形式的合同。

#### 四、问题与思考

正因为预约合同在我国法律上没有明确规定，理论界对此研究也较少，在实践中，承办公证人员对这种预约合同有着各自不同理解和实务操作方法。比如有的认为房屋转让预约合同可以包含房屋买卖内容，所以在为当事人起草预约合同时将房屋交付、转让款支付等房屋转让全部条款写入合同中；有的认为房屋转让预约合同与附期限的合同类似，在预约合同中约定合同生效以产权证办理为生效条件；有的认为无论什么性质的房屋，都能以预约合同形式处理。这些观点反映出公证从业人员对预约合同的理解与认识还不够。

审查预约合同应注意以下几项内容。

1. 预约合同的标的是将来订立合同的行为，而非本约合同的标的，所以

预约合同和本约合同具有不同的内容。在房屋买卖预约合同中，标的是将来订立房屋转让合同的行为，而非房屋。如果认识不当，将预约合同中约定签订正式合同的条款变更成本应由房屋合同约定的房屋买卖条款，或者把房屋交付、转让款支付这些房屋买卖实质性条款大量引入预约合同，实际上是改变了合同类型，虽名为房屋买卖预约合同，仍然会被视为房屋买卖本约。最高人民法院关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权问题的批复中规定，当事人签订的经济合同虽具有明确、规范的名称，但合同约定的权利义务内容与名称不一致的，应当以该合同约定的权利义务内容确定合同的性质。如果预约合同因此被人民法院认为是房屋买卖合同，则失去了采取预约合同处理此类房屋的意义。所以预约合同不宜将房屋买卖实质性条款纳入进来。

2. 房屋买卖预约合同是确定要在未来一定期限内条件成就后订立房屋买卖合同，与附期限的合同相类似，两者之间的区别在于，预约合同在当事人签订后，即发生法律效力，对双方当事人就产生约束力，而附期限的合同，在当事人签订后，合同成立并未生效，而是在约定的期限到来时生效。由此带来不同的法律后果，《买卖合同司法解释》第2条规定预约合同的违约责任包括实际履行，因此房屋买卖预约合同生效后一方违约的，另一方可以要求继续履行合同，签订本约合同，进而达到房屋产权过户的目的。如预约合同中约定附期限生效，预约合同中约定的期限到达时，出售方有意不办理产权证的，很难追究出售方的责任，因为在《合同法》中，并没有规定恶意拖延期限到来的法律后果，同时预约合同又处于未生效状态，无法要求出售方承担实际履行的违约责任。

3. 房屋买卖预约合同不宜将违约责任仅限于定金条款。《合同法》第115条规定了定金条款，接受定金一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金，在房屋买卖实践中，购买方往往支付高额的首付款，有些购买方为保证合同履行，要求将首付款认定为定金，认为万一出售方违约，可以要求出售方退还双倍的首付款（定金），但《担保法》关于定金数额不得超过主合同标的额的20%，虽然预约合同和本约合同是两个不同的合同，本约合同不是预约合同的主合同，但房屋买卖预约合同中都会约定房屋转让价款，如果定金比例约定过高，仍然可能会不被法院认可。同时，房屋的购买方一般更愿意要求出售方继续履行合同，取得房屋产权，而非要求出售方双倍返还定金，如果将违约责任仅限于定金，则让购买方失去了要求出售方继续履行合同的权力。

4. 房屋买卖预约合同中所涉及转让的房屋应仅限于商品房，小产权房和

经济适用住房不得办理。小产权房自不必说，经济适用房虽然自购买起五年后可上市交易，但依据《经济适用住房管理办法》第30条的规定，政府可优先回购，因此经济适用住房的购买方即便交付了全款，在五年后也未必能取得产权。同时，商品房预售许可制度施行以来，各地房产管理部门对预售的商品房均采用“网签”“预登记”等方式进行登记，将房屋买卖预约合同涉及的房屋仅限于商品房，也便于对此类房屋产权性质的查询和掌握。

5. 合同房的交易时间长，双方当事人之间的信任度低，公证机构可以发挥自身公信力强的优势，为当事人提供房款提存、受双方委托办理代为收房、领证、纳税、过户等一系列综合性法律服务，为当事人的交易解决后顾之忧。

### 案例点评

本文探讨了极有创意的公证业务类型——商品房买卖预约合同公证。这是目前商品房交易中市场上的极大需求。文章以法律条文、审判案例、实物操作为体例论证商品房买卖预约合同的可行性，思路清晰。本人以律师的视角来看待商品房预约合同公证：（1）商品房预约合同公证，使商品房交易回归到契约自由的本质中。订立合同是契约行为，该行为应体现立约人的真实意思表示，并遵守法律的规定。商品房买卖交易反映的是平等主体之间的意思表示，并通过订立合同这一行为实现，不应受行政机关的管理。（2）在没有颁发不动产所有权证前，如果购房者已经实际占有商品房的，其已经具备物权所有者的特征，仅是外观上缺乏行政机关的认可，并不能构成阻止交易的意思表示。（3）商品房预约合同公证，可以确保合同缔约方的主体适格，预防日后第三人以缔约方擅自处分为由主张合同行为无效。尤其是在解决夫妻一方与相对人签订商品房买卖合同时起到至关重要的作用。

尽管文章对预约合同的法理欠缺深度理解，也没有更多的论证法律条文与法理的不符之处，从而更为有力地阐述商品房预约公证的可行性。但瑕不掩瑜。文中最有价值的观点和最为务实的操作值得推崇，那就是：“公证机构可以发挥自身公信力强的优势，为当事人提供房款提存、受双方委托办理代为收房、领证、纳税、过户等一系列综合性法律服务，为当事人的交易解决后顾之忧。”在公证商品房预约合同之后的管理、提存等事务才真正能够体现商品房预约合同公证的作用和保障日后能够交易的顺利实现。

## 第二章 保全证据公证

# 笔迹证据保全公证

吴志航\* 撰写 张鹏飞\*\* 点评

## 一、案情梗概

杨某学、杨某峰、刘某因违反《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》相关规定，被列入最高人民法院“中国执行信息公开网”中的失信被执行人名单，受到硬惩戒性的惩罚，其经济能力和行动能力等都受到实质性的限制，比如被限制贷款、办理信用卡、坐飞机、软卧等。杨某学、杨某峰、刘某又因民事诉讼被诉至上海市浦东新区人民法院，现上述当事人否认被诉的文件上的字系本人所签，故该法院需要他们提交笔迹司法鉴定结果。但受法院失信被执行人名单的限制，杨某学、杨某峰、刘某只能依靠速度最慢、条件最差的火车和汽车出行，如通过现代社会最原始的交通工具来“测量”成都到上海的距离，路途实在是太遥远，时间成本和人力成本太高，因此杨某学、杨某峰、刘某只能在成都市进行笔迹鉴定采样并进行公证，并将采样结果作为公证书附件寄往上海进行司法鉴定。现经协商一致，由四川求实司法鉴定所工作人员刘芝贵对其笔迹进行采样，由四川省成都市律政公证处的公证员张进、公证人员靖韬、魏媛对签名采样的过程进行保全，然后对采样结果寄往上海市浦东新区人民法院指定的鉴定机构进行笔迹鉴定。

\* 成都市律政公证处公证员。

\*\* 司法部研究室研究三处处长、研究员。

## 二、公证要旨

经过公证员的严密梳理、认真研究，确认杨某学、杨某峰、刘某所述上述事实真实客观存在，以及在本处办理签名笔迹书写过程保全行为的必要性，签名的形成过程也是在本处公证员的严格监督下完成，书写行为按鉴定机构的鉴定人员要求进行，书写行为均系其本人的真实意思表示、书写过程顺畅、流利，因此，为当事人制作和出具了附后的保全证据公证书。

《公证法》第2条规定，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。根据《办理保全证据公证的指导意见（修订）》第3条规定，保全证据公证的种类包括书证、物证、试听资料、证人证言、当事人陈述、行为和过程。《办理保全证据公证的指导意见（修订）》第10条规定，保全证据过程中涉及专业技术鉴定、评估的事项，应当由当事人委托专业机构办理，或征得当事人的同意由公证机构代为委托。杨某学、杨某峰、刘某申请对其笔迹书写采样过程进行公证属于对民事行为和过程进行保全公证，对其书写采样的专业性也委托了司法鉴定机构的专业人员，符合《公证法》和《办理保全证据公证的指导意见（修订）》的相关规定。

《公证法》第25条规定，自然人、法人或者其他组织申请办理公证，可以向住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构提出。四川系杨某学、杨某峰、刘某的住所地和经常居住地，书写行为在成都市完成，因此，四川省成都市律政公证处也符合受理管辖规定。

综上，杨某学、杨某峰、刘某书所书写的写实样本字迹（正常）、写实样本字迹（快写）、写实样本字迹（慢写）系在四川求实司法鉴定所工作人员的要求下，并在公证处公证员和公证人员的监督下完成的，且符合相关法律法规规定，因此，符合公证机构出具公证书的条件。

## 三、问题与思考

本案最重要的问题在于所有签名笔迹的样本只有唯一的一份，当事人无法复制出两份或者两份以上一模一样的签名样本：

从签名笔迹的角度来看，签名笔迹具有以下特征：（1）中文名字的数字少，笔画结构特征少，具体有效性的特征少，其具有本质性的特征不好把握。并且其特征重复出现的机会甚少，很难判断出被选用的特征即为笔迹鉴定的特征。（2）因受心理、身体、书写速度、书写工具、时间、地点、载体等因

素的影响致签名者的笔迹变化多端，因此，如何在变化中寻求到本人签字笔迹的稳定性及本质特征，是一件极其困难的事情。（3）因签名笔迹本身具有变化性和易被模仿性，鉴定者很容易被本身的变化性和模仿性混淆，再加之模仿的经济成本、人工成本等很低，而模仿往往所获得的经济利益又较大，因此，会激发模仿者的模仿能力，给鉴定人员带来困难。故现面临的重要难题即签名笔迹本人无法书写出两份一模一样的笔迹。

从公证的角度，公证机构虽然只对签名笔迹的形成过程进行公证，对于如何形成符合证据要求的笔迹则需要有专业的鉴定机构的参与，对于如何区分是当事人正常书写、快写、慢写需要由专业的鉴定机构确认，另外面对当事人只能书写一份签名笔迹原件，而根据该原件所制作的公证书又必须寄往上海的鉴定机构，则造成了公证处内部存档的公证书所附当事人签名笔迹的附件只能是复印件，那么公证机构能否出具公证书、出具公证书是否有瑕疵的问题值得深思。

从证据保全理论的角度，首先对于证据保全的概念的理解，学术界众说纷纭。有学者认为：证据保全即证据固定与保管，是指用一定的形式将证据固定下来，加以妥善保管，以供司法人员或律师分析，认定案件事实时使用。<sup>①</sup>即“固定与保管说”，还有“确定说”“预先调查说”等各种学说。从预先调查说的角度，“证据保全是指诉讼前或者诉讼后，在未达到证据调查步骤之前，依法预先的证据调查以确保证据调查结果的程序”<sup>②</sup>；从固定证据的角度，“证据保全者即当事人于诉讼上欲利用证据之方法，恐日后有灭失或碍难使用之虞或经他方同意，作为调查而保全谓也”<sup>③</sup>。因此，无论是哪种观点，都有其相通的本质特征，即证据保全的根源系预防以后灭失而难以再取得，抑或是碍难使用，抑或根据当事人的客观需求将证据予以固定下来。这与证据保全的传统概念、传统功能是一脉相承的，也有其共通之处。

具体到公证证据保全，保全证据公证即公证机构根据当事人的申请，对于申请人权益有关的、日后可能灭失或难以取得的证据，进行事先收存和固定，以保持证据的真实性和证明力的活动。公证机关根据当事人的申请，依法收存、固定证据，并制作保全证据公证书、制作保全证据。制作保全证据公证书可以有效地防止证据灭失，为人民法院及时解决纠纷提供可靠的法律依据。公证机关作为国家的非权力机关，证据保全的最大意义即为根据当事人的申请对当事人认为日后需要用于诉讼目的的证据预先加以固定。

① 何家弘：《新编证据法学》，336页，北京，法律出版社，2000。

② 陈一云：《证据学》，222页，北京，中国人民大学出版社，1991。

③ 王甲乙：《民事诉讼法新论》，440页，台北，三民书局，1981。

根据“固定说”，从狭义的角度，既然是对证据的固定，公证机构所留存的资料从该角度来说最好的应当是原件；从广义的角度，客观存在的唯一的原件，是否必须留存在公证处呢？本人认为，证据保全的固定包括结果的固定、过程的固定两种形式，而针对本案，我处保全的是签名的形成过程，更多意义上是对当事人形成签名样本过程的监督，公证机构不对签名样本做任何主观和客观方面的评价，更不对其是否符合鉴定机构的要求负责，公证处只负责证明在公证人员监督下形成的签名是真实的、客观形成的、不再具有可变性，更侧重于对签订样本形成过程的固定。并且在办理该公证之前，公证员已在公证处留存的“笔录”上详细记载办理该公证员的原因及面临的风险，在公证办理过程形成的“现场记录”中如实记载了每一份样本原件和复印件的形成过程和时间，客观上对签名的形成过程进行了固定。因此，从理论的角度，公证处留存复印件、将原件交与当事人，也是和“固定说”“确定说”等传统的理论学说相符的。

其次，本案当事人申请保全的证据与一般的传统证据有着本质的相同之处，即对于申请保全的对象都有“固定”“不变”之含义。同时，也有着本质上的区别，即申请保全的形成证据结果的“物”的唯一性，另外，其申请的主要原因不是为了防止证据的灭失，而是因为其自身信用原因无法使用现今最先进的交通工具，以及诉讼开庭时间的紧迫性。申请人应当清楚因该证据结果的唯一性在成都办理该公证所面临的风险和困难。因此，从与保全证据公证相通的本质角度理解，上述事实具有申请保全证据的合法性、合理性，公证机构应当受理并且出具公证书。

最后，如何解释“根据公证法律的相关规定，送达当事人的公证书必须与公证处留存的公证书要一致”，从狭义的角度即送与当事人的公证书的附件是原件，相应的公证处留存的公证书的附件也应当为原件。从广义的角度，满足“一致性”要求是要有特殊条件的，如同世界上本身就不存在两片完全相同的树叶一样，一模一样的东西在这个世界上本来就是不存在。“采样”在《新华字典》中的解释为从大量同类实物中抽取一部分做样品，因此，被抽取的样品本身即具有随机性、可变性、唯一性及无法复制性，之所以会有“采样”这一概念的出现，就是因为无法满足“一致性”要求。可知，受多种因素影响的签名更具有随机性、可变性、唯一性及无法复制性，因此，要求写出两份甚至三份一模一样的签名样本本身就是谬论。法律来源于生活、服务于生活。公证人员更应当内外兼修，首先，作为法律人我们要理解法律的本来面目；其次，我们更应当理解法律的灵魂。理解法律的灵魂即要联系法律在运用过程面临的客观困难和世间万物变化的客观性，将法律融会贯通于平

时办证过程中遇到的问题，而不是死板地恪守法律。综上，公证机构将原件交与当事人，公证处留存签名笔迹复印件是合理并且合法的。

## 案例点评

成都市律政公证处进行的此项《笔迹证据保全公证》，是适应社会生活发展需要，依据法律精神和原则开展的新型公证领域和公证形式，取得了积极的法律效果和社会效果。

正如最高人民法院公布《关于失信被执行人名单信息的若干规定》近年刚刚颁行一样，成都当事人杨某学因受到乘坐飞机、高铁的限制而无法及时赴上海参加笔迹鉴定现场取证，进而求助成都的律政公证处，对其在成都的签字取样行为给予公证也是应运而生的新生事物。本公证行为的法律依据和难点、创新点分别是：

1. 法律对于公证处保全公证的范围没有限制性规定，尽管笔迹受每次书写时的具体情况制约，没有绝对相同的两次书写笔迹，公证处保管原件只能是相对“原件”，即当事人书写笔迹的复印件，绝对的原件是要送上海司法鉴定部门鉴定的，不可能存档在成都。公证处作为对其书写过程的现场监督，对其书写结果的证实并有留存档案，确保了笔迹确为当事人书写的客观、真实性，是满足后续司法鉴定活动的对法律要件真实性的程序保障。

2. 本次公证的难点在于待鉴定笔迹是后来形成的，不是原始存在的。书写笔迹因书写速度不同而有别，笔迹鉴定备件的取样有着自身独特的规律，需按照司法鉴定的取样程序才能保证备鉴材料的合格性、可靠性。而公证处自身并不具备这样的业务专长，如何克服困难、实现公证目标是关系公证所保全的笔迹证据是否符合法定用途的关键。

3. 为此，律政公证处创造性地邀请了四川求实司法鉴定所工程师刘芝贵亲自到公证现场指导笔迹证据的书写取样工作。按照刘工程师的具体要求，当事人杨某学在律政公证处公证员的监督下书写了“实验样本字迹（正常）”“样本字迹（正常）”“实验样本字迹（慢写）”“实验样本字迹（快写）”等多份笔迹证据，并在各笔迹证据上加捺了杨某学本人的右手拇指印。

随着经济的发展和诚信体系建设，社会对公证的需要日渐增多，而法律具有相对的滞后性，不可能对公证事项规定得面面俱到。公证工作者要积极进取、顺势而为，努力开拓更为广阔的公证领域，为法治建设和市场经济发挥更大作用。社会民众也要熟悉公证业务，积极借助公证活动维护自己的合法权益，控制生产经营风险、节约成本、提高效率。

# 当“恶意抢注”遇上互联网电子证据公证

王志伟\* 撰写 李兆岭\*\* 点评

## 一、案情梗概

2016年10月9日，申请人丁某向我处申请办理手机短信、微信聊天记录及淘宝网相关店铺经营数据的电子证据保全公证。据丁某陈述，其已经使用“妈妈煮的粥”商标（商号）多年并在淘宝网注册店铺经营童品，且销售状况良好。就在丁某拟向国家商标局申请注册商标的时候，突然发现已经有人就同一种商品或者类似商品向商标局申请注册“妈妈煮的粥”商标。丁某知悉商标抢注是其同学所为，并收集到了相关证据。

上述案例即为“恶意抢注商标”，是指申请人利用不合理或者不合法的方式，将他人已经使用但尚未注册的商标以自己的名义向商标局申请注册的行为。对于他人的恶意抢注行为，我国法律赋予了权利人书面异议权。

## 二、公证要旨

1. 根据我国《商标法》的规定，申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标；就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。

\* 江苏省连云港市连云港公证处。

\*\* 北京市盈科律师事务所律师、专利代理人。

2. 申请人丁某提交了其本人身份证、购买手机发票、近几个月的话费缴费发票、营业执照、淘宝网和支付宝账号等证明材料。公证员建议申请人丁某就其淘宝店铺的设立时间、销售业绩、商标申请人的主观意图、二人之间客观存在的熟知（同学）关系等几个方面收集证据并办理保全证据公证。

3. 对于该案中客观存在的事实状态的取证，为了表明客观性，按照申请人丁某的陈述及其提交的书面操作步骤，由公证员操作公证机构的计算机登录网络、提取固定相关互联网证据。同时采取实时截屏打印、拍照等方式将自动生成的电子图片打印出来作为公证书的附件。

4. 根据《商标法》的规定，对初步审定的商标，自公告之日起三个月内，任何人都可以提出异议。申请人丁某已经在法定期限内按照相应的程序，将商标异议书及我处出具的两份保全证据公证书附送到国家商标局，商标局亦已经受理该书面异议。

### 三、问题与思考

保全证据公证是指公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依法对与申请人有利害关系的，以后可能灭失或者难以取得的证据、行为过程通过复制、拍照、录像、笔录等方式加以提取、收存、固定、描述、监督，以确保其真实性 and 证明力的活动。中国公证协会于 2012 年制定了《办理保全互联网电子证据公证的指导意见》，该意见中将保全互联网电子证据定义为：公证机构利用计算机设备和技术，通过接入广域网固定、提取电子证据的活动。

随着大数据、信息时代的来临，网络侵权行为渐增，维权人自行提交的电子数据材料往往受到证据接受方或者利益相对方的质疑。根据我国民事诉讼法和公证法的规定，在涉知识产权纠纷中，公证证据具有强势证据效力，能够有力维护知识产权权利人的合法权益。

但是，司法实践中存在着电子证据审查难的问题。一方面，在电子取证的真实性、合法性等方面，公证机构作为中立第三方有着自身的优势；另一方面，鉴于电子证据的易灭失、易篡改等先天属性，此类公证事项也给公证从业人员提出了更高的要求。

一方面，我们要认识到公证证据在知识产权纠纷中的重要性，尤其是侵权证据的固定，对于预防纠纷、节约司法资源、维护社会诚信意义重大。公证机构可与当地律师事务所、知识产权代理机构加强沟通、合作，成为当地的知识产权公证服务平台。公证行业需加大对公证从业人员的培训，执业公证员自身也要积极更新知识，适应社会发展带来的新型公证业务的要求。

另一方面,在此类互联网电子证据取证过程中,公证员角色问题值得思考。有种观点认为,在公证保全过程中,公证员只能作为独立第三方进行旁观和见证。但是,司法实践中,通过若干个案的操作以及与法官、仲裁员及律师的交流,笔者建议由公证员亲自操作计算机并对数据进行实时保全。

### 案例点评

本案有两方面内容值得关注:一是涉及商标权的维护;二是涉及电子数据证据固定。

关于商标权,根据目前中国相关法律法规,商标权保护以先申请为原则,本案申请人虽然使用在先,但未及时申请注册,导致其处于不利的局面。值得庆幸的是,商标法对于已经使用并有一定影响的商标提供了相应的救济途径;本案申请人通过公证保全将相关证据进行固定,为后续维护自己的利益提供基础,也算是“亡羊而补牢,未为迟也”。

关于电子数据证据,2012年修订的《民事诉讼法》正式将“电子数据”作为一种法定证据类型;根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第116条规定,电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。随着大数据、移动互联技术的发展,越来越多的证据以电子数据形式存在;特别是随着电子商业的发展,包括商标权在内的知识产权也渗透到电子商务的各个环节;这导致在知识产权纠纷中,大量的证据体现为电子数据;在某些知识产权纠纷中——如电子商务侵犯商标、专利等知识产权的纠纷——就必然涉及电子数据证据,进而也涉及对电子数据证据的固定及保全。

如本文作者所述,电子数据证据具有易灭失、易篡改等先天属性,这些属性对电子数据的固定、保全提出了更高的要求。要使电子数据证据满足民事诉讼法三性要求(合法性、真实性和关联性),电子数据证据的保全就要注意三个方面。第一方面,提取、固定电子数据证据要按一定的程序进行,从操作人员到操作设备、操作环境、操作结果体现、操作过程记录,都要满足客观、公正的原则;第二方面,要保证提取、固定电子数据的完整性,保证过程记录的完整和记录信息的完整,保证电子数据信息的相对独立及信息完备性,避免由于不完整、不全面而被质疑真实性;第三方面,要以证明目标为导向,将有关联的信息进行保全,以保证固定电子数据的关联性。

本案中，公证员基于公证申请人目的，积极提供建议，使公证申请人丁某就多个方面收集并办理保全证据公证，对公证申请人维护其合法权益意义很大。基于涉及具体法律问题不同、证明目的不同、使用方式不同，对电子数据保全重点及内容也可能会区别；如果有知识产权律师等专业人员的参与，先根据具体案情，确定公证保全方案，再对相关电子数据进行保全，可能更有利于维护公证申请人的利益。因此，本文作者提出的“公证机构可与当地律师事务所、知识产权代理机构加强沟通、合作”的观点，值得推崇。

# 哈尔滨地铁三号线沿线建筑物外观保全证据

李长兴\* 撰写 张鹏飞\*\* 点评

## 一、案情梗概

哈尔滨市的地铁工程为地方发展带来巨大机遇，但在施工前后可能会产生涉及土地和楼体结构下沉、开裂纠纷等问题，从而影响工程的进度和工程质量，甚至产生一些群体事件。中交地铁集团承办哈尔滨地铁三号线项目，为了避免在地铁施工过程中引发上述纠纷，2016年4月向我处申请办理地铁沿线房屋现状的保全证据公证。我处寇玉芳副主任先后两次到中交地铁集团哈尔滨项目部与工程师及相关负责人进行研究，然后就保全过程中的难点、重点等问题向张宇红主任进行汇报。张主任主持召开了处务会，并提出三点要求：一是要把该公证保质保量办好；二是保全前准备工作要充分、严密；三是选派年富力强，具备保全证据公证丰富经验及较强应变能力的公证员和摄像技术较好的助理办理该项公证。

2016年5月地铁三号线工程施工前，中交地铁集团哈尔滨项目部负责人到我处对保全证据公证的具体操作细节及流程进行洽谈，随后，我处寇玉芳副主任和主任助理丁龙与地铁集团工作人员到保全地点进行现场勘查，发现棚户区房屋墙体开裂严重，部分房屋已有坍塌迹象，居住人群较杂，因此要求承办公证员对棚户区拍摄做到更细致，同时注意人身安全。我处指派多名公证人员，分两组对地铁三号线沿途建筑物进行保全。

\* 黑龙江省哈尔滨市哈尔滨公证处。

\*\* 司法部研究室研究三处处长、研究员。

## 二、公证要旨

整个保全过程历经一个月，共拍摄了14000余张照片，对香坊区红旗大街、安通街、三大动力路、南岗区保健路、道里区丽江路等涉及地铁沿线61栋楼体及30余处棚户区进行了建筑物外观及现状的保全，为地铁工程的顺利进行提供了法律保障。

## 三、问题和思考

这次保全公证涉及路线长、破旧房屋多、楼下摊位混杂、街面车辆繁多等诸多问题，准备不充分、方案不严密很可能导致保全质量不佳。

除了上述处领导的要求和建议，承办公证员多次亲临现场考察，把此次保全的重点难点标注出来，与施工单位技术人员多次研讨，完善保全方案，对哪些地点存在哪些问题，做到心中有数，保全证据公证最大的难点在于固定证据方法要科学、严谨，保全过程要全面、细致，把这些克服了，保全证据公证才能顺利进行，保全结果才能保质保量。

总的说来，最难的问题也是保全证据的三性问题。保全证据公证具有三性，即合法性、客观性、公正性，此次保全证据公证，我处领导及承办公证员充分考虑了这三方面。

### （一）合法性问题

《公证法》第3条规定，公证机构办理公证，应当遵守法律，坚持客观、公正的原则。该原则既要求公证程序合法，也要求证明对象合法。在保全证据公证活动过程中，公证证明的对象是申请人申请保全的证据。申请人基于自身利益和实际需要，提出申请对其认为需要保全的事实或行为进行保全证据公证，并要求公证机构出具公证证明。因此，受理案件之初，我们就充分分析，此项公证是否会侵犯房屋权利人的合法权益，拍照、摄像过程中是否会侵犯其隐私，特别是很多细节地方可能需要镜头拉得很近，很可能拍摄到室内状况。为了避免这种情况发生，我们在保全时间点和拍摄细节上要求更为严格，保全时间只能是早上9点至下午5点，避开起床时间，拍摄方面摄影角度仅限于建筑物外观，不拍摄室内状况。公证机构依照法律规定，不仅必须对申请保全证据公证的行为合法性作出判断，而且还要对申请人申请保全证据公证的行为和行为所涉及的相关利害关系人的利益保护加以平衡。仅

对建筑外观保全，不会侵犯他人合法权益，相反，拍摄建筑物内状况，就要经过权利人许可。

《民事诉讼法》第69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。实践中，由于有些证据客观上存在随时灭失的可能，因此，中交地铁集团为了确保收集证据的时效性、有效性，向公证机构提出保全证据公证申请，这种行为本质上属于私力救济行为。地铁施工在即，如未施工前房屋已有瑕疵，施工后要求地铁集团赔偿，显失正当，如因房屋没有瑕疵，地铁施工后，房屋出现下沉、开裂，该项公证可能就是居民主张赔偿的有力证据。在现代社会，私力救济在社会上是客观存在的现象，具有一定的正当性，并为法律所承认。

然而，通过私力救济的保全措施不可避免要与相关利害关系人的利益发生冲突。在保全第一天，公证人员和申请人委托代理人在棚户区办公证时，有一些人虎视眈眈，赤裸着上身，问我们是否是拆迁部门工作人员，我们回答不是，其凶狠地告诫我们，不拆迁就不要拍摄我们的房屋，否则对你们不客气，赶快离开……虽然我们的行为正当，但是不能避免冲突，对于申请人而言，公证人员的人身安全还是要保障的。

笔者认为，判断保全证据公证的行为是否具有合法性或者说正当性的标准有三方面：第一，保全证据公证具有正当的目的，申请人必须与保全证据公证行为有利害关系；第二，保全证据公证行为措施，不能侵害他人的隐私、不能未经他人许可入侵他人私人空间进行保全证据；第三，保全证据公证行为措施不能违反社会公序良俗。

## （二）客观性问题

保全证据公证过程中，保全证据公证程序要合理规划，需要考虑取得证据的真实性、全面性。申请人一般为了自己的目的，有意无意地隐瞒对自己不是太有利的一面，所以在保全证据公证之前需要详细厘清保全的每一个过程，确保整个过程有科学性、连贯性，注意不能给当事人留有隐蔽操作的时间和空间。保全第二日，有一路段地铁已经施工，并且房屋有大面积开裂状况，申请人委托代理人要求公证人员保全这几处房屋外观状况，以此证明这几处房屋施工前已经开裂，公证人员告知，我们只能证明当前此刻的现场状况，不能证明房屋开裂时间，具体开裂时间应由有关职能部门确认，我们只能客观记录现场状况。

### （三）公正性问题

保全证据公证过程中，承办公证员以什么身份参与保全证据公证活动，在公证理论和实践中常有争议。根据中国公证协会《办理保全证据公证的指导意见》，公证员一般不得亲自实施保全证据行为。笔者认为，公证员不参与实施保全证据行为并不意味着公证员对整个保全证据行为不过问、只是简单的旁观者。公证员要确保保全证据行为的公正性，必须掌控整个保全证据行为，对整个保全证据行为不能任由申请人、参加人自行安排，如果任由申请人、参加人自行安排保全证据行为，可能会出现证据的不全面、不完整，甚至证据不科学。这样，由于公证文件在诉讼中的特殊地位，会影响有关关系人的权益。因此，整个程序设计需要公证员来安排，既要做到简便，又要符合收集证据的完整性、连贯性、科学性、客观性，而且程序要有利于监督。对于拍照、摄像，笔者认为该行为是记录手段，不是参与行为，应当由公证人员亲自实施。由于数字技术的易改性，对于后期的照片冲印、录像提取，也应当由公证人员自己实施，不能交于申请人自行冲印。此次保全公证人员全程亲自拍摄，后期摄像资料均由公证人员亲自打印、整理装订完成，保证了公证书的质量。

独特价值：哈尔滨公证处积极与大项目建设单位对接，为其开通绿色通道，坚持全程服务、重点服务。城市轨道交通不仅有利于促进旧城改造，改善市中心环境，而且对于进一步优化城市空间结构与布局、促进城市交通的可持续发展具有积极的推动作用。哈尔滨被誉为“堵城”，城市交通基础设施严重滞后，城市交通和交通质量明显下降，一系列严重问题恶化了“东方小巴黎”的投资环境，限制了冰城的发展，成为冰城经济发展的“瓶颈”。地铁是快速、大量运输乘客最有效的运输系统，发展地铁交通是未来城市交通发展的方向。哈尔滨公证处积极与此大项目对接，展现了我处敢担当、勇于奉献的精神，为我市城市建设贡献了自己的力量。

### 案例点评

在人们的传统印象中，公证主要在证明婚姻关系、学历、遗产分配、委托手续等领域发挥作用，而公证在大型项目建设中，在保全、固化无法复原现场或易灭失证据方面日渐受到社会重视。黑龙江省哈尔滨公证处在对哈尔滨地铁三号线沿线建筑物外观保全证据方面的宝贵尝试，保留施工前相关区

域的建筑物的视频图像资料，为预防纠纷、化解纠纷夯实了可靠基础，也为司法机关查明事实预留了可信证据。凡事预则立、不预则废，保全公证杜绝了隐患，解除了发包方及施工单位的后顾之忧，也保障了哈尔滨地铁建设的顺利进行，为公证工作服务城市大型项目建设、科学界定各方权利义务发挥了不可替代的重要作用。

由于公证面临的适用领域较广，相关领域的行业特点、专业属性千差万别，简单、粗放型公证模式日渐式微，适合公证对象的精细化公证成为趋势。以本案为例，哈尔滨地铁线路较长，所经过地域，地面上面对的是建筑年代、材质、结构、价值迥异的各类楼体，地下遇到的是地质条件不一、地面承受压力高低不匀的复杂地貌，如何确定主要受力点，易变形、塌陷部位，需要在专业建筑师的配合下才能事半功倍。全面使用公证力量，既不现实，也将造成浪费。通过综合分析，哈尔滨公证处在施工单位技术人员的协助下，对可能发生问题的地域和部分建筑物进行了有针对性的重点保全，即便如此，也拍摄了14000余张照片，保全过程耗时一个月。从事后效果看，保全是科学、成功的，是公证机构转换观念、创新思维、积极与大项目单位对接，服务于城市建设的经典案例。

目前，我国各地都在积极落实“一带一路”发展倡议，中国企业需要“走出去”，到经济发展“洼地”的沿线国家开展架桥修路等大量基础设施建设，公证作为法律服务的重要组成部分，也要积极行动，熟悉境外法律制度，配齐配强公证力量，不断挖掘公证制度的作用和价值。以“公证”业务为有力“抓手”，为司法行政事业的发展、为民族复兴和中国梦的实现做出更大贡献。

# 法院对其强制执行行为申请证据保全

丁 龙\*撰写 杨 静\*\*点评

## 一、案情梗概

2014年3月中旬，哈尔滨市道里区人民法院的执行法官崔某来到哈尔滨市哈尔滨公证处咨询：该院有一件执行案件，在2011年时，二审的民事判决书就已经生效了，执行公告也已发布了，道里区法院曾多次联系被执行人孙某，可是被执行人孙某却以各种理由阻挠和拒绝配合执行，鉴于被执行人孙某现在联系不上了，其名下只有一处房产（地址为哈尔滨市××区××街副69-1号1层）可供执行，经过申请人的申请，道里区人民法院执行庭决定对上述房产进行强制执行，通过评估、拍卖上述房屋以清偿孙某在上述生效判决书中所承担的债务。

执行法官在核查权属、现场调查、走访邻居过程中发现上述房产系商服，房屋的门始终锁着，已经很久没有实际经营了。现在被申请人孙某联系不上，执行法院对该房屋室内是否有物品不清楚，如果进入强制执行程序，首先要开锁入室、清点室内物品，然后才能进行评估和拍卖。现在执行法院担心被执行人孙某事后以房屋内有贵重物品等而缠访，希望哈尔滨公证处对执行法官强制执行行为及其过程进行保全。

## 二、公证要旨

根据哈尔滨市道里区人民法院委托代理人崔某的申请，公证员依法审查

\* 哈尔滨市哈尔滨公证处。

\*\* 最高人民检察院反贪污贿赂四局督办处干部。

了法院的主体资格、授权书和案件依法进入法院强制执行程序的相关材料，如法院的生效判决书、执行裁定书、执行公告、判决书中涉及的被执行房屋所有权证及其权属档案调查资料等，受理了该公证申请。2014年3月19日，两名公证人员与法院执行法官到达保全地点。

由于该案的被执行人拒不执行判决书且后期无法联系，为了保证该保全证据公证的顺利执行，公证员建议法院指派法警进驻现场，同时协调被执行房屋所在地的派出所民警到场维持秩序，以防止被执行人现场阻碍执行。

鉴于被执行房屋始终被锁着，公证员建议法院委托有开锁资质的开锁公司指派专业人员现场开锁，尽可能降低非专业人员暴力开锁给被执行人造成额外的财产损失，公证人员对开锁过程进行了拍照。

被执行房屋的房门被打开后，执行法官进入房屋清点物品，清点物品结束后，法院执行法官现场制作了物品清单，两名执行法官和派出所民警在物品清单上签名确认。随后，执行法官查封了该被执行房屋，依法在房门上加贴了封缄。公证员对上述过程均进行了拍照。

现场保全过程结束后，公证员回到公证处制作公证书，对现场拍摄的照片进行了打印，附于公证书后面。

### 三、问题与思考

关于公证机构能否对法院的强制执行行为办理保全证据公证的问题，行业内始终存有争议，争议的焦点主要为：保全证据的受理要件之一就是申请人与保全的证据必须有法律上的利害关系，法院作为国家审判机关，其与自身的强制执行行为是否存在利害关系？

反对者认为，法院的强制执行行为是法律赋予的当然权力，公证机构的介入与否不影响其强制执行行为的合法性，法院与其要保全自身强制执行行为之间很难界定为存在法律上的利害关系，真正的利害关系人应该是申请强制执行的债权人。

赞成者认为，虽然法院的强制执行行为是法律赋予法院的一项权力，但是行政诉讼法及其司法解释也规定了一旦法院与行政相对人发生诉讼纠纷，作为被告的法院有义务证明其强制执行行为即具体行政行为是否合法，具备完全的举证责任。在诉讼过程中，作为被告的法院不得自行向证人和原告收集证据，作为被告的代理律师也不得自行向原告和证人收集证据。为了证明法院的强制行为的合法性，通过公证的形式对法院的强制执行行为进行同步

提取、收存、固定、描述或者对其强制执行行为的真实性予以证明，这样必然有利于法院在诉讼中证明自己强制执行行为的合法性，使自己在国家赔偿诉讼过程中立于不败之地。

笔者认为，法院的强制执行行为属于具体行政行为，对其强制执行行为申请保全证据公证与其存在着当然的利害关系。民事诉讼证据和行政诉讼证据的若干规定里都明确规定，经过公证的证据能够直接作为认定案件事实的依据，除非有相反的证据足以推翻的除外，这样法院就能够有力地证明其强制执行行为的真实性、客观性与合法性。

### **（一）法院申请对其强制执行行为进行证据保全公证是维护其合法权益的重要举措**

我国的国家赔偿包括行政赔偿和司法赔偿，法院作为行政主体，其强制执行行为随时都有可能会被行政相对人或利害关系人诉诸法律。如《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》第1条规定：人民法院在民事、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误，侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成损害的，依法应由国家承担赔偿责任。并在第3条规定了违法采取保全措施具体表现形式：（1）依法不应当采取保全措施而采取保全措施或者依法不应当解除保全措施而解除保全措施的；（2）保全案外人财产的，但案外人对案件当事人负有到期债务的情形除外；（3）明显超过申请人申请保全数额或者保全范围的；（4）对查封、扣押的财物不履行监管职责，严重不负责任，造成毁损、灭失的，但依法交由有关单位、个人负责保管的情形除外；（5）变卖财产未由合法评估机构估价，或者应当拍卖而未依法拍卖，强行将财物变卖给他人的；（6）违反法律规定的其他情形。

虽然法院的强制执行行为是法律赋予法院的一项权力，但是行政诉讼法及其司法解释也规定了：一旦法院与行政相对人发生诉讼纠纷，作为被告的法院有义务证明其强制行为即具体行政行为是否合法，具备完全的举证责任。

### **（二）法院可以作为证据保全的申请主体**

有的学者认为法院作为执法机关，其强制执行行为是法律赋予的一项权力，法院已进入执行程序，查封、扣押当事人财产与清点财产应同时进行，并有权利邀请有特定身份的人如社区、街办、派出所的人作为证人在财产清点单上签名，而公证机构作为一个法定证明机构，法律赋予公证员特定的身份，即非证人身份，所以法院不能作为本案的利害关系主体，不能作为申

请人。

笔者认为，利害关系通常为法律上的利害关系，法律上的利害关系应包括两个基本要素：一是关联要素，即具体的法律事实与申请人在法律上的关联，通常是该法律事实对申请人的权利义务已经或将会产生实际影响；二是状态要素，即法律事实对申请人产生了新的权利义务。如果具备上述两个因素，应认为具有法律上的利害关系。因此，我们讨论的公证事项的利害关系人是一个特指的概念，既包括直接与公证员、公证机构发生法律关系的人——一般就是指公证事项的申请人，也包括因公证活动而影响到自己利益的人，他并不与公证机构发生直接联系，是公证证明的法律行为、法律文书和法律事实所涉及的法律关系主体。

同时，根据《公证法》和《公证程序规则》的规定，只要符合申请证据保全公证的受理条件就可以公证，因为法律并没有明确禁止法院作为证据保全公证的申请人。法院的强制执行行为属于具体行政行为，对其强制执行行为申请证据保全公证与其有着非常密切的利害关系，公证机构虽然不具有证人的身份，但是，民事诉讼证据和行政诉讼证据的若干规定里都明确规定，经过公证的证据能够直接作为认定案件事实的依据，除非有相反的证据足以推翻的除外，这样法院就能够有力地证明其强制执行行为的合法性。因此，法院能够作为证据保全的申请主体。

### **（三）法院申请对其强制执行行为进行证据保全公证有利于解决执行难问题，树立司法机关公证执法的良好形象**

一直以来，“执行难”问题困扰着申请人和执行法院，执行难的原因有很多方面。有很重要的一点就是执行法院对于“跑路”的被执行人不敢进行强制执行，害怕被执行人在被执行后到法院无理取闹，谎称家里丢失贵重物品，等等。现实中，也的确发生过多起执行法院因为没有证据证实其强制执行行为的合法性，导致其败诉赔偿的案例，很重要的原因就是执行法院没有对其强制执行行为进行证据保全公证，对其执行行为合法性缺乏证据支撑。

据了解，在司法实践中，现在全国各地的很多执行法院都积极与当地的公证机构合作破解执行难，申请当地的公证机构对其强制执行工作办理证据保全公证，反馈的效果非常好，公证机构参与的执行案件达到了“零投诉”“零上访”，真正做到了“给诉讼当事人一个明白，还人民法院一个清白”，现在请公证机构办理证据保全公证已经成为很多执行法院强制执行工作的必经程序，对树立司法机关公证执法的良好形象有着积极意义。

## 案例点评

本案中，哈尔滨市道里区人民法院因被执行人拒绝配合执行且下落不明，申请公证处到场监督对被执行人仅有的房产强制执行的过程。公证处对法院将被强制执行的房产开锁入室、清点物品、查封等过程进行现场监督，并出具了保全证据公证书。

一直以来，对于公证机构能否对法院的强制执行行为办理保全证据公证的问题存在不同的观点。反对的观点认为，保全证据的受理要件之一是申请人与申请保全的证据要有法律上的利害关系，法院作为审判机关，强制执行是其行使职权的表现，法院与强制执行的结果并不存在法律上的利害关系，真正的利害关系人是向法院申请强制执行的债权人。因此，对于有关法院强制执行案件申请公证处进行证据保全的，应该是与执行结果有利害关系的、裁判文书确定的债权人，法院因与案件处理结果不存在法律上的利害关系，因而不能成为其所处理强制执行案件的保全证据公证申请人。

在本案中，最为关键的一点或者说本案的最大亮点在于，法院对其自身强制执行的案件，自己作为公证申请人，申请公证处对其强制执行过程进行证据保全。公证处依据法院的申请，进行现场监督，并出具了保全证据公证书。事实上，该案的做法符合相关法律规定，符合公证的精神实质，并具有积极的现实意义。

1. 根据《公证法》《公证程序规则》《办理保全证据公证的指导意见》等相关规定，只要符合申请证据保全公证的受理条件就可以办理公证，并没有明确规定法院在处理强制执行案件时不得作为证据保全公证的申请人。

2. 按照利害关系来衡量，虽然法院的执行行为与案件的处理结果没有法律上的利害关系，但是却与公证的事项存在法律上的利害关联。在债权人对法院的强制执行行为提出异议并提起诉讼时，法院有义务对其强制执行行为是否合法举证证明。根据《民事诉讼法》《行政诉讼证据若干问题的规定》等规定，经过法定程序公证证明的法律事实和文书，能够直接作为认定事实的依据，除非有相反的证据足以推翻的除外。在申请保全证据公证情况下，法院可以依据公证书对其强制执行为合法性进行证明，可以最大程度地避免败诉的风险，减少不必要的国家赔偿，有利于维护法院自身的合法权益。

3. 案例中的做法对于破解执行难问题，规范执法行为具有十分积极的现实意义。执行难问题一直困扰着申请人和执行法院，在强制执行工作中，特

别是在执行现场财产比较多、当事人情绪比较对立的情况下，采取案例中的做法，由法院作为公证申请人，申请公证处积极开展保全证据、现场监督等公证业务，既可以在最大程度上保证执行过程的客观真实、公开透明，又避免了不必要纠纷的产生，取信于双方当事人，同时也在很大程度上拓宽了公证服务领域，提高了法院的执行工作效率，可以实现多方共赢的良好效果。

# 公证助力云维权——精伦电子案例

郭岳萍 陈豪彬\* 撰写 张鹏飞\*\* 点评

## 一、案情梗概

A 电子股份有限公司（以下简称“精伦公司”）是一家生产电视盒子的电子厂商，电视盒子是一种为受众提供网络影视播放服务的新型产品，是适应市场需求的产物。但因现今提供影视作品播放服务的媒介和平台众多，公众的知识产权意识也在不断提高，稍有不慎，厂家就易陷入侵权疑云。如何在产生纠纷之后，用法律手段维护自身合法权益，用公证手段取得最为有效的证据，是本案想要说明的问题。

2011 年 11 月 9 日，A 公司因诉讼举证的需要，委派代理人邓某向我处提出申请办理保全证据公证。申请人的代理人邓某系北京律师事务所的律师，其申办公证时称：因 A 公司生产的多媒体产品“H3 智能电视电脑”主要是普通消费者通过家中的非智能电视机接入互联网后观看影视节目，且相应的节目由 A 公司的服务商提供，现北京 C 科技有限公司以 A 公司在未取得相应影片的授权的情况下向客户提供影片的播放为由，在北京市朝阳区人民法院对 A 电子提起侵犯作品信息网络传播权之诉，但实际情况并非如此，A 公司的影片来源都是由服务商提供的，通过相应的软件就能清楚地显示影片的来源，故为了维护 A 公司合法权益，向法院提供证据需要，律师邓某代 A 公司向我处提出保全证据公证申请。

---

\* 北京市长安公证处。

\*\* 司法部研究室研究三处处长、研究员。

## 二、公证要旨

根据我国《民事诉讼法》第 69 条规定：“经过法定程序公证证明的法律事实和文书，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。”公证人员告知申请人的代理人保全证据公证在一定程度上能起到固定证据的作用，如果没有相反的证据，或者虽有相反的证据，但不足以推翻公证证明时，公证书具有可靠的、强有力的证据效力，公证文书在诉讼中的证据地位高于其他一切文书，但公证文书只是法定证据的一种，在实践中还要与其他证据配合使用。公证证据能否起到有利于当事人主张权利、保护其自身权益的作用，与保全方式的选择、保全手段是否适宜，保全现场的具体情况均有关，且需要由相关权力机构依职权来进行判断。

随后，承办公证员及助理与申请人的代理人讨论了本次公证的保全目的、手段和方式，并最终确认如下：保全的最终目的是达到证明涉 A 公司 H3 播放器播放的影视资源数据从第三方获取的技术可行性。具体步骤为：（1）为确保关键涉案器材的清洁性要求，由公证人员与 A 公司委派的工作人员罗某前往北京苏宁电器富力广场店，在该店购买一台全新 A 公司生产的“H3 智能电视电脑”产品，公证人员监督邓某和罗某购买“H3 智能电视电脑”产品的过程，并将购买的上述产品带回公证处；（2）确保其他辅助设备的清洁性要求，使用公证处的电视、电脑、路由器等设备连接上所购买的“H3 智能电视电脑”产品，针对三家公司诉讼中提及的影片在线播放相应的视频，并通过计算机连接至互联网和该产品，利用第三方软件对播放过程中的数据进行抓包分析；（3）体现保全内容的完整性，在上述工作完成后，由公证处对上述购买过程中取得的“H3 智能电视电脑”进行封存贴上封条，对该购买过程中取得的单据、名片，对所购电子产品拍摄的照片等，通过复印、洗印后附于公证书中的方式予以保全证据，对于上述操作过程中计算机屏幕拷屏而取得的页面通过附于公证书中的方式予以保全证据，对该操作过程中在线播放视频，利用第三方软件对播放过程中的数据进行抓包分析而取得的视频文件（摄像及屏幕录像方式两种方式获得）通过刻盘封盘的方式予以保全证据。

方案确认后，申请人的代理人向我处提出如下四项公证申请：其一，向我公证处提出申请，申请我处委派公证人员与申请人的代理人一同前往北京富力广场苏宁精品店购买“H3 智能电视电脑”（电视盒子），对该过程中申请人购买该电子产品的行为进行现场监督，并对该过程中购买的该电子产品、拍摄的照片及因购买而取得的票据和宣传材料予以保全证据；其二，申请我处现场监督申请人的代理人罗某、邓某分三次使用在上述过程中于我处公证

监督下购买的“H3 智能电视电脑”（电视盒子）多媒体产品连接互联网后播放在线视频中抓取数据的过程，并申请我处对申请人的代理人在上述过程中通过拷屏、屏幕录像、摄像机拍摄等相应方式抓取的数据记录、录制的视频文件、拷屏的页面予以保全证据。

经我处审查，申请人诉求合理，保全过程具有可操作性，保全事项与申请人具有利害关系，申请人的代理人向我处提交的 A 公司的营业执照、公司的授权书、应诉通知单等各项公证申请文件亦均真实合法有效，故受理了申请人提出的上述公证申请。

依据《中华人民共和国公证法》和《公证程序规则》，2011 年 11 月 9 日上午，承办公证员郭岳萍和公证员助理李瑞龙会同申请人的代理人邓某、罗某来到位于北京市朝阳区东三环中路 65 号的富力广场，在该商场六层的苏宁精品店内，在公证员郭岳萍和公证员助理李瑞龙的现场监督下，申请人的代理人罗某购买了全新“H3 智能电视电脑”一台，并在该店服务台通过刷银行卡的方式支付了货款，取得《发票联》和刷卡单各一张。购买行为结束后，公证员郭岳萍和公证员助理李瑞龙及申请人的代理人邓某、罗某将所购买的上述“H3 智能电视电脑”及上述《发票联》和刷卡单带回我处进行拍照和复印。

申请人的代理人邓某、罗某在苏宁精品店购买电子产品的过程，我处为申请人出具了公证编号为“（2011）京长安内经证字第 19343 号”的公证书。公证书内所附的《发票联》和刷卡单的复印件，与申请人的代理人因购买上述产品而取得的《发票联》和刷卡单的原件相符，公证书内所附的照片系在上述购物过程中对购物店面及所购货品拍摄所得，照片内容与实际情况相符；申请人的代理人所购买的上述“H3 智能电视电脑”在我处保管，准备进行其他三项保全证据公证。

2011 年 11 月 9 日下午及 11 月 10 日全天，在北京市东城区朝阳门北大街 6 号首创大厦七层我处办公室，在公证员郭岳萍和公证员助理陈豪彬的现场监督下，申请人的代理人罗某使用上述在我处保管的“H3 智能电视电脑”多媒体产品，通过我处集线器（8-Port Ethernet HUB，该集线器除连接本次保全产品和计算机外未接入其他设备）连接至我处使用的互联网络并与我处计算机连接在同一集线器内，通过多媒体数据线（“H3 智能电视电脑”产品自带）连接至我处的电视机（电视机未连接有线电视网络），由申请人的代理人邓某操作多媒体产品进行影视作品点播，申请人的代理人罗某操作计算机对“H3 智能电视电脑”访问网络播放影视作品时产生的数据包进行抓取，并对其操作电脑过程中的相关页面进行截屏；我处公证人员使用我处摄像机对二人的操作过程进行了摄像，申请人的代理人邓某、罗某对在线播放视频抓取数据过程进行了相应

的保全证据操作。

上述操作结束后，申请人的代理人邓某、罗某在现场形成的“操作记录”上签名，我处就申请的代理人于2011年11月9日下午和11月10日全天进行的两次保全行为，为申请人分别出具了公证编号为“（2011）京长安内经证字第19344号”“（2011）京长安内经证字第19345号”“（2011）京长安内经证字第19346号”的公证书。为申请人出具的公证书内附的文件系公证员郭岳萍和公证员助理陈豪彬及申请人的代理人邓某、罗某在现场操作过程中实时打印所得，页面内容与计算机显示内容相符。现场通过计算机“Wireshark”软件抓取的数据包、计算机实时录制生成的视频文件、摄像机录制的录像资料，在我处分别被刻录保存至光盘内。刻录保存至光盘内的文件内容均与现场保全的实际情况相符。上述“H3智能电视电脑”多媒体产品经我处封存后交由当事人自行保管。

后A公司将我处为其出具的上述公证书提交至北京市朝阳区人民法院，以应北京C科技有限公司向其提起的侵犯作品信息网络传播权之诉，北京市朝阳区人民法院于2013年4月18日就该案下达《民事判决书》〔（2012）朝民初字第32639号〕，（附于本文后），判决书中认定A公司的公证取证能够证明涉案A公司H3播放器播放的影视资源数据从第三方获取的技术可行性，并驳回了北京C科技有限公司的全部诉讼请求。后北京C科技有限公司未提起上诉，一审判决生效。

### 三、问题与思考

为A公司办理的上述保全证据公证，涉及新技术领域，保全手段具有多样性和创新性，是公证申请人及承办公证人员多方探讨保全方式及手段的可行性，并预见其有效性后，确立下来并在实践中付诸实施的。本案保全方式特殊，使用的介质很多。通过集线器反映出数据来源，在笔记本电脑中安装了一个可分析数据包的软件，通过演示播放影视作品反映该作品的来源及结合申请人的其他证据材料，可以证明申请人生产的“H3智能电视电脑”（电视盒子），没有存储影视作品，不存在侵权。

由此得出，在涉及新技术领域的保全证据时，公证保全的方式事先要进行考量和设计，保全的手段要具有可操作性，取证过程应当规范，以保持取证结果的客观性，这样获取的证据的合法性、客观性基本上都能得到认可，而很多公证保全证据之所以未被采用，是因为其关联性和证明力不足，因此当事人要选择最能证明案件事实的取证对象，并选择最为合理的取证方式，

使用最为适宜的取证手段，公证人员亦有义务来引导当事人做到上述几点。

## 案例点评

随着技术进步对经济效益贡献率的增加，社会知识产权的概念认知提高，重视程度增加，权利人对其知识产权保护意识增强。

本案涉及的A公司生产的电视盒子是一种多媒体产品，其产品名称为“H3智能电视电脑”，该电视盒子与电视机连接后，可将互联网上传播的（由其他第三方提供的）影视作品采集后供用户收看。而拥有相关影视作品所有权的权利人、北京C科技有限公司（以下简称C公司）认为A公司是预先将影视作品存储在电视盒子里，然后向电视用户提供播映服务的，并不认为相关影视是互联网上的第三方所提供的。C公司认为A公司未经授权通过存储手段向客户提供播放影片，侵犯了C公司的影视作品使用权，为此，向北京市朝阳区人民法院对A公司提起了侵犯作品信息网络传播权。这是一起涉及在互联网环境中，使用电子新产品是否对影视作品使用权构成侵权的新型案例，鉴于电视播放影视作品的过程具有画面易失、不便事后再现、非物质性等特征，在知识产权保护受到保护的大环境下，A公司如何证明自己没有侵犯C公司的影视作品所有权实非易事。

由于打官司就是打证据，A公司积极应诉，想法提供自己不构成侵权的证据才可能胜诉和摆脱困境。为此，A公司充分利用了公证机构具有现场公证、固化证据的优势，通过科学设计“H3智能电视电脑”商品公证购买、连接电视盒子的电视机可以通过第三方软件抓取互联网影视作品、进而获取视频文件的过程演示，并经公证处刻盘公证、出具公证书，有效证明了A公司没有在电视盒子中事先存储侵权影视作品的事实，公证处公证结论是具有权威性的法定证据，该证据得到了法官的采信，法院据此驳回了C公司对A公司的侵权诉讼。

需要指明的是，公证书对于证明案件事实具有积极意义，对于当事人胜诉可以发挥重要证据作用，但公证书也并非决定性证据。法院审理和判断案件需要依靠一个证据体系，形成证据链，增加己方在法官自由心证中的砝码，本案中被告A公司采取的公证活动就非常成功。我们不能说进行公证就一定能够胜诉，但对于类似的网络侵权、影视作品侵权等具有非物质性特征案件来说，采取公证保全侵权（或非侵权）证据的做法，值得法学理论界深入进行学理研究和实务界的推广、采用。

# 李某某法律意见书案

赵增红\* 撰写 高 靛\*\* 点评

## 一、案情梗概

申请人李某某（女）于1998年11月22日与张某某在广东省陆丰市民政局登记结婚（原结婚证损毁，于2008年6月19日申请补发结婚证），后于2009年7月13日经广东省深圳市福田区人民法院调解离婚。李某某于2006年参加由云南省邮政局组织实施的合作建房，依据《合作建房协议》，李某某取得坐落于昆明市×××小区2幢2单元402号的房屋，并于2007年1月17日取得《中华人民共和国房屋所有权证》，房屋所有权证登记的房屋所有权人为李某某。李某某与张某某于2009年7月13日经广东省深圳市福田区人民法院调解离婚时，（2009）深福法民一初字第×××号《民事调解书》中只解除了李某某与张某某的婚姻关系及处理了子女抚养问题，并未对上述房屋产权进行分割，《民事调解书》中未涉及夫妻共有财产分割事宜。张某某于2011年8月10日在广东省深圳市深圳公证处亲自发表公证《声明书》，该《声明书》中张某某明确表示：坐落于昆明市×××小区2幢2单元402号房屋全部产权归属李某某所有[公证书编号：（2011）深证字第×××号]。

当事人李某某在使用上述张某某发表的公证《声明书》时，税务及产权部门均认为离婚财产分割应是双方的共同行为，现在仅凭张某某的单方书面声明，是否就能确认上述房屋的所有权就归李某某所有，该公证的《声明书》在使用上遇到障碍。对此李某某向本处申请，能否为其出具公证，以其提供

\* 昆明市明信公证处。

\*\* 北京市方圆公证处公证员、调研室主任。

的资料来证明房屋权属的归属。

按照李某某所陈述的情况，税务及产权部门的意图，公证的目的在于明确离婚后财产分割的形式，张某某单方声明是否符合离婚财产分割的法律生效要件；并经进一步与税务、产权部门沟通，针对李某某的特殊情况，可以出具法律意见书。

## 二、公证要旨

夫妻离婚分割财产表现形式多种多样，虽然表现形式可能各有不同，但各种表现形式的实质内容都是对夫妻婚姻关系存续期间所取得的财产归属进行明确分割，符合法理及法律的生效要件。本案例中夫妻单方发表的声明书即与离婚财产分割协议的实质意义是相同的，都达到了离婚后确认财产归属的效果，与离婚财产分割协议具有同等的法律效力。

## 三、问题与思考

与时俱进同样是公证行业和公证业务发展的必然趋势，当整个法律服务行业都在依据社会发展、人们需求的不断改变中自我调整与完善时，公证作为法律服务的一个有机组成部分，在传统公证业务模式下，对公众所提供的法律服务也应不断改进，适时满足不断发展和变革的需求。在传统的公证证明业务下，公证应适应客观需求，向着综合性法律服务方向发展，公证人员也应向着专家型法律人才发展，将刚性的法律综合转化并适用于现实需求，从而确实实现公证为百姓解难、为政府分忧的价值与功能。

### 案例点评

公证机构出具的公证法律意见书是在办理公证业务活动中制作的服务于办证的文书，属于公证文书。从公证文书的种类来说，公证机构出具最主要、最普遍的是公证书，公证的效力和作用也集中体现在公证书上；此外，为某些程序事项而作的公证决定书以及向当事人告知公证决定或公证程序事宜而作的通知书也屡见不鲜。

在司法实践中，法律意见书主要由律师以法律专家的身份对相关法律问题、司法案件进行专门论证，提出具体、明确的书面法律建议和参考意见，

但由公证机构出具法律意见书的还不多见。本案例中公证机构为李某某出具的法律意见书就很好地解决了当事人的实际需求。

如作者所言，“公证作为法律服务的一个有机组成部分，在传统公证业务模式下，对公众所提供的法律服务也应不断改进，适时满足不断发展和变革的需求”。国家法律法规不断新增、修改，而目前公证法律意见书却依然没有广泛推行，一方面是由于公证机构主要出具的是公证书，可以这么说，公证书是公证法律服务的终端产品，在传统业务的影响下潜移默化中就使得公证员容易形成一种惯有的工作模式及思维方式，即囿于公证书格式的规范化、围绕着公证书的形式办理公证业务；另一方面，多数单位、机构对公证处出具的法律意见书比较陌生，从认可、接受到使用会有一个漫长的、需要适应的过程。

公证法律意见书的推广使用可以从几个角度入手：一是应申请人申请，在办理公证业务时，遇有仅凭公证书无法满足现实使用需求的，如本案例中，税务及产权部门对单方的公证《声明书》无法认可，致使公证书在使用上遇到障碍的情况；二是针对办证过程中暴露、反映出来的法律风险、纠纷漏洞等，公证机构可以主动出具公证法律意见书，对有关问题进行分析、建议、论证、总结，并且能做到对公证法律意见书的使用情况跟踪回访，及时了解和掌握公证法律意见书在使用时取得的实际效果，以及存在的不足、需要改进的地方等等；三是学习、借鉴律师行业的有益做法，将传统的公证证明方式与出具公证法律意见书手段相结合，通过延伸、拓展公证法律服务，扩大公证服务的涵盖范围和深度。

对于公证而言，推行法律意见书既属于公证员的工作职责，又是公证行业积极适应社会需求，提供高效、人性化公证法律服务模式的有益探索，同时还可以达到宣传公证的良好效果，并努力发挥公证在供给侧结构性改革中的作用。

# 巧用保全证据办理涉台出生公证

贾寅\*撰写 刘新\*\*点评

## 一、案情梗概

台湾地区居民张某瑄（女）欲收养其同胞弟弟张某承（台湾地区居民）在大陆的非婚生子女张某慈（女），作为该女的监护人并拟共同入台生活。经向台湾地区申请办理收养、监护事宜，被台湾地区户政管理机构根据该地相关规定告知：因被认领者张某慈是四岁幼女，如入台，需确定其亲生父母之事实，以及与当事人张某瑄是否具有血缘亲属关系，要求必须由公证文书予以证明。广东省公证机构曾出具公证书，证明张某慈出生的《出生医学证明》属实。但台湾地区管理机关认为该公证书系单一证明，不予认可与采信。于是，张某瑄和徐某李便委托湖北华徽律师事务所霍琳律师，共同向笔者任职的公证机构及相关涉及单位进行接洽，咨询办证方案。

笔者受理该咨询后，经审查，发现张某慈出生后仅持有广东省东莞市某医疗机构盖章的《出生医学证明》，记载其于2006年11月13日在广东省东莞市出生，至今并没有进行任何户籍登记。因其母唐某燕（四川省人）未婚生育该女，与其父张某承并无婚姻关系，恰遇张某承因在大陆犯罪被羁押，而唐某燕其后也已另行结婚且不愿意抚养女儿（隐藏未婚已育），故目前系将女儿交付给张某承母亲徐某李（台湾地区居民）在大陆抚养。其父张某承（台湾居民）关押地点为湖北省武汉市洪山监狱，对于与张某慈的血缘关系，张某承虽认可但无法定论。笔者分析研究后，提出综合证明方案，依法依规实施，

\* 湖北省武汉市琴台公证处。

\*\* 北京市东城区律师协会副会长、高级合伙人。

出具公证书，推进认领张某慈入台及监护事宜完成。

## 二、公证要旨

当单一的公证事项或文书，不能满足当事人需求时，巧妙考虑运用 1+n 的组合证明方案，特别是运用好公证保全证据这个特别职能，展现实质审查、核实过程，在此基础上，出具结论公证书，取得了不被质疑、依法证明真实事实的良好效果。本案通过收集必备资料，设定综合方案，确定公证文书具体证书形式，即生物检材取样“保全证据”—证明亲子鉴定鉴定结论“原件属实”—证明“出生”事实“出生公证书”，达到了当事人所需要的实质证明要求。同时，在公证工作实施方面，注重细节，实施步骤衔接紧密，责任交接清晰，形成环环相扣的证据链条。办证细节和要点如下：

1. 根据《公证程序规则》第 9 条规定，公证当事人是与公证事项存在利害关系的权利享有者和义务承担者。认可徐某李、张某瑄、唐某燕的公证当事人身份，确认其为共同申请人，在经张某承本人同意的情况下，办理司法鉴定人员现场采血取样的保全证据公证。

2. 根据《公证法》第 25 条规定，自然人、法人或者其他组织申请办理公证，可以向事实发生地的公证机构提出。确认保全证据公证属于本公证机构执业范围。

3. 根据原《公证暂行条例》的并案原理，以及《公证程序规则》第 15 条规定，审查 1+n 方案中的每一个公证事项应达到的程序要求，认可以共同申请人唐某燕居住地向本处申请原件属实、出生两项公证，符合法律规定。

4. 利用会见机会，商议张某承同意保全证据等系列公证事项的整体方案。然后，根据《监狱法》第 7 条规定，向监狱、监狱管理局提出申请，提交公证方案，请求监狱管理部门批准与配合。

5. 根据两岸协议与涉台公证规定，通过由张某瑄提交“户籍誊本”“往来大陆通行证”等方式，认定涉台人员徐某李、张某瑄身份。通过由监狱出具文书的方式，认定张某承身份。通过检查唐某燕身份证，认定其公民身份。通过申请人选择著名鉴定机构——武汉大学医学院法医司法鉴定所，由该司法鉴定机构出具有鉴定资质的《司法鉴定许可证》《司法鉴定人执业证》，认定专业鉴定人员资质与能力。

6. 事中，鉴于保全证据中采血取样与人体 DNA 司法鉴定结论之间存在时间差，在公证过程中以“现场记录”的方式，设计加入“责任交接”环节，各方签署备查。事后，以与司法鉴定人制作谈话记录的方式，再次确定鉴定

结果来自取样检材，确保真实性。

7. 推荐司法鉴定机构加入被鉴定人照片，以及现场合影方式，使鉴定对方目标更加明确。

8. 以保全证据公证书、司法鉴定书属实公证书为前置公证，以张某慈“出生公证书”为最终结论，加贴该未成年人照片，并通过海协会加章转递海基会，供当事人在台湾证明与使用。

### 三、问题与思考

这件涉台出生公证案例折射出当前公证服务面临的新挑战，引发了对公证业务未来发展的思考：其一，惯用的格式化公证文书种类有限、内容简单、证明力薄弱，难以满足日益复杂的民事、商事法律事实的证明需求；其二，具有补强性证明效力的报告式、建议书式的公证文书尚未在公证实务中引起关注和重视；其三，各种公证文书之间、公证与其他法律力量之间、公证程序的限制与选择之间有效组合，才能真正提升证明力，有效拓展公证的使用范围。

#### （一）格式化公证文书的证明力低

公证行业为加强管理，规范公证程序，对公证文书格式和类型进行了固化，使得公证证种相对集中且有一定限制。但孤立的公证证种与文书，实际很难符合当前日益复杂的民事、商事社会需求。加之格式化公证文书内容简单、证明力薄弱，难以实现当事人办理公证的需求。在上述案例中，台湾地区户政管理机关对广东省公证机构出具的“出生医学证明”属实的公证书不予采信，其原因在于该公证机构仅证明了“出生医学证明”的真实性，但没有证明实际发生的“出生”事实。囿于格式化公证文书的办证习惯，公证机构很难依据有限的公证文书类型对台湾地区户政管理机关的公证要求进行量体裁衣式出证。换言之，格式化公证文书是公证行业未来发展的瓶颈，必须突破这一惯性思维，实现公证文书的多样化和新颖化。

#### （二）补强公证文书的合理使用

囿于格式化公证文书多年使用惯例，一旦改变模式或者文书，公证的最后综合效果实在难以预料。为此，保留传统的格式公证文书仍有必要，但为满足日益复杂的民事、商事社会的需求，适时加入具有补强证明效力的报告式的、建议书式的公证文书，能提升公证事项的证明力，符合当事人申办公

证需求。公证是制作证据的活动。公证文书本身就是证据。在某一证据不能单独作为证明事实的依据时，就需要运用其他证据来增强某一证据的证明力，而用来增强某一证据证明力的其他证据就属于补强证据。故当某一公证文书不能或不足以证明公证事项，就需要补充其他公证文书来增强某一公证文书的证明力。上述案例中，出具“出生医学证明”属实的公证文书不足以证明被认领人的“出生”及其与父母亲属关系的事实，为进一步证明该事实，就需要对被认领人及其父母之前的血缘关系予以证明。这可以通过办理采血取样的保全证据公证来实现公证文书之间的补强证明。另外，应注重将各种公证文书加以组合，辅以节点式的要素化公证书，确定谁“主”谁“补”，巧妙设置“组合拳”，使其形成完整的证据链，这尤其考验公证人员的整体能力。

### （三）公证+律师的模式有益探索

由于从事公共管理事务的各相关机构、职能部门，以及国家执法部门之间缺乏足够透明、顺畅的沟通渠道和配合机制，多年来存在明显的“孤岛”现象。在此情况下，说服、解释以及落到实处的判断与配合，需要孤岛中的人员独自作出决定，这确实很难，基本成为非常规事务的拦路虎。本案例中，以公证员为主导，以公证机构公信力为保障，以专业律师反复沟通、宣传、解释为推进器，形成公证+律师的模式，最终完成了公证工作。

### （四）未来公证宜以适应社会发展、满足需求为方向，管辖性的限制程序宜减少

本案例公证要旨的第1~8涵盖了具体办证需要的受理、审查、核实等诸多环节，只有通过公证员精准把握，最终才能出具证书。在法律层面，修改后的《公证程序规则》已经删除了老旧公证制度关于管辖、户籍等不适应社会发展的管理要求，而1+n组合模式则展现了公证的灵活性。因此，关于公证的限制程序宜进一步减少，如在并案与组合出证方面可进一步创新。

## 案例点评

本案例的情况较为罕见，既涉及我国台湾地区与大陆地区的政策衔接问题，又涉及当事人一方处于在监狱服刑时的沟通困难，同时被认领人的身份也尚需确认。如何在符合我国监狱相关管理规定的同时，达到我国台湾地区对认领亲属的形式要求，是本案例中需要解决的难点。

通常的出生证明及亲属关系证明公证就能够满足涉台业务的基本需求，但因本案中被认领人的身份尚需确认，也就是被认领人张某慈的父亲张某承与母亲唐某燕没有婚姻关系，因此张某慈的出生证明中或没有体现，或无法确认其父亲为张某承，只能通过DNA司法鉴定才能确认张某承与张某慈之间的血缘关系，进而确认领养人张某瑄即张某承的同胞姐姐与被认领人张某慈之间存在亲属关系，符合我国台湾地区的亲属认领条件。如果张某承及张某慈能够充分配合，本案的公证过程会十分顺利，但因为张某承现正在监狱服刑，导致DNA司法鉴定在本案中无法顺利进行。首先是张某承的身份问题，只能申请其服刑的监狱出具相关证明，否则无法证明其身份；其次是采血过程，必须在公证人员及监狱管理部门相关人员在场的情况下，才能对其进行采血。以上两点问题，本案中的公证员均一一化解，与律师共同努力，顺利完成就身份进行申请、采血等程序，并对所采血液进行证据保全，以符合我国台湾地区对亲属认领的形式要求。

本案中公证员能够灵活、创新地运用公证保全证据的职能，预先做好准备工作，针对实施过程中的重点、难点问题进行分析，既做到程序上环环相扣，又体现实质审查过程，使出具的公证文书程序、实体均不被质疑，依法、有效地证明了待证事实，帮助申请人达到了公证目的。

# 网络购物保全证据公证

——以“酒鬼”花生商标侵权为例

刘俐\*撰写 宋鱼水\*\*点评

## 一、案情梗概

申请人四川省百世兴食品产业有限公司的委托代理人任某于2016年6月13日来到我处，称申请人系第3607361号第29类“酒鬼”注册商标的权利人，并提供了商标注册证明，该公司合法拥有花生、坚果、蛋类商标“酒鬼”，有效期自2009年10月26日至2019年10月26日。近年来，该公司发现淘宝网上有众多店家未经授权，擅自销售侵犯其“酒鬼”商标权的花生类产品，且绝大多数伪品的品质较低、缺斤短两，导致“酒鬼”花生有“鬼”的投诉比比皆是，不仅严重打击了市场消费者的消费信心，也令“酒鬼”花生的形象日渐受损。申请人为维护自身合法权利，特向我处申请对其在淘宝网上购买相关产品的过程和结果进行保全证据公证。

## 二、公证要旨

### （一）受理阶段

我处承办公证员李博通过审查申请人提供的营业执照、公司章程、商标

\* 四川省成都市律政公证处。

\*\* 北京知识产权法院副院长。

注册证明、授权委托书等相关材料，确定当事人为适格的当事人，具有申请该网络购物保全证据公证的利害关系，符合公证申请要求。在沟通过程中，公证员仔细询问了当事人办证的原因、用途、目的，并告知了当事人办理网络购物保全公证的权利义务，明确了公证书中只能表述从网页中看到的店铺名称，店铺的实际经营者应通过其他途径确认，公证机构仅对网络订购过程、支付货款过程和接受邮递物品的全过程进行保全证据，但对所购商品是否侵犯申请人的商标权不能做任何承诺或保证，也不保证所保全的证据必然被人民法院或者其他使用者采信。在当事人充分了解办证须知后，公证员与申请人进一步沟通，确定了网络购物的具体流程，制作了询问笔录。

## （二）保全证据阶段

### 1. 网络购物保全证据阶段

申请人的委托代理人任某于2016年6月14日、2016年6月15日、2016年6月16日来到我处，在公证员李博和公证人员张某的现场监督下，通过我处已经清洁性检查过的计算机上网登录“淘宝”网站（网址为：[www.taobao.com](http://www.taobao.com)），使用自己注册的淘宝账号，在100家淘宝店铺分别付款购买了使用“酒鬼”商标的花生类产品，所购物品均以快递形式邮寄到我处，收件人为我处工作人员。上述100家淘宝店铺的购买过程分20次进行，均使用“屏幕录像专家”软件全程录屏，每5家淘宝店铺的购买过程制作成视频1份，一共取得20份相关视频。

### 2. 验货及确认收货保全证据阶段

上述所购物品由我处工作人员全部签收完毕后，公证员李博和公证人员张某、申请人的委托代理人任某于2016年6月21日、2016年6月22日，一同在本处由申请人的委托代理人任某对所购店铺的物品逐一进行拆封、验看后，公证人员张某将上述所购物品与所附票据原件再装入箱中贴封条予以封存，封条由承办公证员与申请人的委托代理人双方共同签名确认，公证员李博对整个过程进行了拍照，取得照片数张。随后，申请人的委托代理人任某通过我处计算机上网登录“淘宝”网站对所购物品确认收货，所购100家淘宝店铺の確認收货过程分20次进行，分别对应之前的购买淘宝店铺顺序，且均使用“屏幕录像专家”软件全程录屏，每5家淘宝店铺の確認收货过程制作成视频1份，一共取得20份相关视频。所购物品封存后全部交由申请人的委托代理人保管。

### （三）出证阶段

承办公证员李博、公证人员张某共同整理了 20 份网络购买保全证据工作记录，每份工作记录从“购买始末时间、所购店铺名称、购买数量、购买视频存储名称”到“验货始末时间、验货过程、拍摄照片张数、确认收货视频存储名称”详细记录了在 5 家淘宝店铺网络购买保全证据的全过程，据此出具了 20 份公证书，并将“屏幕录像专家”软件取得的购买及确认收货相关视频、验货时所拍的照片分别刻成 20 张光盘，作为以上公证书的附件。

## 三、问题与思考

随着我国电子商务的快速发展，网络平台交易量也在逐年递增，网络侵权案件不断出现，主要表现为商标权、专利权、著作权等知识产权侵权案件，本案例即是其中一起典型案例，当事人为了采集证据、固定证据，选择了公证的途径。

早在 2012 年，中国公证协会为规范公证机构办理互联网电子证据公证事项，增强公证效力，制定了《办理保全互联网电子证据公证的指导意见》，根据该指导意见的第 4 条第 6 款，当事人申请办理保全互联网购物证据公证的，公证人员应当建议当事人对网络订购、支付货款和接收网购物品的全过程办理公证。另外，该指导意见的第 14 条明确指出，对网购物品的接收进行保全的，公证人员应当携带网购物品由现场回到公证机构封存。启封、核验网购物品应当尽量保存原包装的完整性，封存网购物品要尽量避免封条遮挡原包装或者物品的文字、图片等外观标识，必要时应当另行包装封存，封条上应当由当事人和公证人员共同签字（盖章）。接收的网购物品和售货凭证记载不一致的，公证机构应当在现场记录和公证证词中予以注明。

本案中，公证员在承办过程中思考的几个主要问题分别是：

1. 前期的网络购买行为和后期的收货行为是否作为一个保全证据公证事项来受理？如果分开作为两个保全证据公证事项来受理，可以降低承办公证员的执业风险，避免在同一份公证书内体现前期的网络购物商品和收货商品的一致性。承办公证员从申请人的角度出发，最终决定以一个保全公证事项来受理，方便申请人使用公证书，不必再另行提供材料证明两个公证事项之间的必然联系和网络所购商品与收货商品之间的一致性。在后期收货过程中，公证人员比对了网络所购店铺显示的物流快递单号和收货物品快递单号，以及发票抬头、物品名称和数量、付款金额，最大限度保证了前期的网络购物

商品和收货商品的一致性。

2. 网络购物主体问题，即以申请人的名义购买还是以公证人员的名义购买，考虑到公证人员的独立性，不宜以公证人员的名义购买，而应以当事人以自己的淘宝账号在公证处的计算机上进行购买并付款，公证人员对其购买过程全程监督，并使用屏幕录像软件进行全程录像。

3. 网络购物操作问题，本案涉及的购买店铺多达 100 家，如何让购买过程规范化、后期出具的公证书统一化、合理化？公证员建议当事人先列明所购店铺的清单，并标注了 20 组购买店铺的顺序，每组包含 5 家店铺，避免重复购买，同时制定了规范的购买操作流程，有利于公证词拟稿的一致，公证书使用的便利。

4. 收货地址及收货人的问题。为保证所购商品的真实性、完整性，本案所有购买商品均邮寄到公证处，收货地址为公证处所在的具体地址，收货人为我处公证人员的个人姓名（非公证处名称）并由其亲自签收，避免申请人自己签收所购商品带来的调包可能，最大限地确保所购商品在公证员的掌控中。

5. 收货过程及物品保管的问题。本案所购商品均由申请人对所购商品逐一进行拆封、验看，我处公证人员将所购商品与所附票据原件装箱并贴封条予以封存，承办公证员对验货过程进行拍照，封条由承办公证员与申请人双方共同签名确认，再交由申请人自行保管。值得一提的是，承办公证员对申请人在网络上点击“确认收货”的环节也一并进行了保全证据，加强了本次网络购物保全证据公证的完整性。

网络购物保全证据公证在网络化快速发展的今天，此类公证事项的受理将越来越多，办理难度也可能随着案件的愈发复杂而加大，笔者借此文抛砖引玉，望更多的公证同仁关注此类公证事项，共同探讨办证细节，进一步规范指导此类公证事项的承办，促进公证书的更好使用，维护当事人的合法权益。

## 案例点评

互联网时代，网络用户发展迅猛，网购已经成为我国消费者的一种常态化消费模式。这对商家而言，是发展的绝好机遇，对侵犯商标权的主体而言，网络也给予其可乘之机，网络上的侵权现象也需要严厉打击。

本案中的商标权人面对 100 多家店铺的侵权现象维权的难度很大，其在取证过程中采取了公证取证的方式。本案中的公证员接受公证任务后，认真

研究了涉案的公证难点，在公证过程、如何封存、原包装的标识等细节方面很有经验，公证员的严谨、客观、完整的取证方式方便了商标权的权利主张，其公证证据很容易被法院采信，也很有可能方便当事人在“铁证”面前迫使被告人承认侵权事实，自愿选择协商，主动达成和解，最大限度地节省维权成本。

本案值得一提的是，公证员在公证时很有技巧性。公证员建议当事人“先列明所购店铺的清单，并标注了20组购买店铺的顺序，每组包含5家店铺，避免重复购买，同时制定了规范的购买操作流程，”以“有利于公证词拟稿的一致，公证书使用的便利”。这种方法在技术层面上很有效，也很值得推广。可见，公证员是将其作为典型的案件用心研究，提供了一种很好的案例模式。

互联网案件引起了法院的高度重视。2017年8月18日，杭州互联网法院挂牌成立，是全国第一家集中审理涉网案件的试点法院。其贯彻“网上案件网上审”的审理思维，将涉及网络的案件从现有审判体系中剥离出来，充分依托互联网技术，完成起诉、立案、举证、开庭、裁判、执行全流程在线化，实现便民诉讼，节约司法资源。随着互联网的发展，各地法院也都在尝试机制创新，构建前置性指导化解、第三方调解、诉讼等多层次、多元化的涉网纠纷解决体系，专业、高效、便捷处理涉网纠纷。有的地方还尝试利用大数据分析技术对涉网案件数据进行多模块比对分析，形成标准化的互联网司法裁判规则，为保护知识产权的网络空间司法护航。

我国进入互联网时代，有发展必有纠纷，但与此同时，我国亦进入知识产权保护的新时代。近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于加强知识产权审判领域改革创新若干问题的意见》，通知指出，知识产权保护是激励创新的基本手段，是创新原动力的基本保障，是国际竞争力的核心要素。为深入贯彻实施创新驱动发展战略和国家知识产权战略，强化知识产权创造、保护、运用，通知要求，加大知识产权侵权违法行为惩治力度，降低维权成本。对于具有重复侵权、恶意侵权以及其他严重侵权情节的，依法加大赔偿力度，提高赔偿数额，由败诉方承担维权成本，让侵权者付出沉重代价，有效遏制和威慑侵犯知识产权行为。努力营造不敢侵权、不愿侵权的法律氛围，实现向知识产权严格保护的历史性转变。

净化互联网的知识产权营商环境使命光荣、任重道远。其中最重要的是改变观念，打造尊重知识产权的浓厚文化氛围，吸引更多的人认识到尊重知识产权有利于个人、企业和社会发展的长远利益。期待侵权人的侵权观念彻底改变，变非法牟利为尊重知识产权，更好地促进我国电子商务的发展。

# 证据保全公证在民事诉讼中的作用

王启发\* 撰写 宋鱼水\*\* 点评

## 一、案情梗概

2007年的7月12日中午，天气异常炎热。家住在亳州市谯城区大杨镇何香卜村的何小明（化名）等4个孩子来到村东头，从破损的商埠高速公路护栏穿过去，径直来到一个在建设高速公路取土时留下的水塘（深度2~3米）戏水。何小明第一个跳进水塘内，由于不熟悉水性，他一下子没有了身影。此时第二个孩子就跳下水救他，由于他也不熟悉水性，很快也沉了下去。接着第三个、第四个孩子也跳下去，结果一样，都沉了下去。短短几分钟，4个鲜活的生命就这样悲惨地离开了世界，离开了自己的父母。直到下午，他们的尸体才被人发现。

孩子的家长安葬好小孩之后，想到要起诉该高速公路的管理者，正是高速公路的管理者没有及时维修护栏，才致使4个孩子溺水死亡。为了及时固定证据，以便诉讼，在别人的指点下，何某某等3人（注：4个未成年的孩子分属3个家庭）于2007年7月18日上午来到亳州市金铎公证处（现已更名亳州市亳州公证处）申请办理三份证据保全公证，以固定下来该水塘旁边的护栏损坏状况，以便起诉该高速公路的管理者。

笔者受理此项公证后，一方面心里特别不是滋味；另一方面也感觉到这份公证对当事人的重要性和时效性。因事发已经几天了，如果事故现场被人为破坏，到那时再去现场办理证据保全公证就无从下手，也没有了法律意义，

---

\* 安徽省亳州市亳州公证处。

\*\* 北京知识产权法院副院长。

即使办理了，也起不到应有的证据作用，到那时也会给当事人带来不利的后果。于是我核实好有关材料后就立即受理了该公证申请，尽管当时室外温度已达40摄氏度，我还是和另一名公证人员驱车来到事发现场，办理这份有特殊意义的证据保全公证。

为了使这份证据最大限度发挥它的作用，成为胜诉的重要证据，从而能更好地保护当事人的合法权益，我们公证人员在去事发现场的路上就制定了办理此件证据保全的方案。如何来办理这份证据保全公证？如何尽量反映事发时的客观情况？该证据如何在法庭上起到决定性作用？两名公证人员就一直在思考这些问题，并拿出了大致方案。到了事发地，我们先对事发地周围的有关状况进行了拍照、录像、记录，不但要对水塘周围及水面的情况进行拍照、录像，更主要的是对那段破损约10米长的护栏（4名未成年孩子越过的地方）进行了仔细的记录、拍照、测量。为了能更有效证明我处的取证日期，公证人员还安排拍照人把相机调到时间显示模式。就这样，我处把有关证据取齐后按程序及时给他们3个家庭出具了3份证据保全公证书。考虑到当事人的经济状况和当时他们的悲伤心情，我处公证员自掏腰包为他们垫上了公证费用，并告知他们：拿着这3份公证书就可以到法院立案了。

## 二、公证要旨

在民事诉讼中，证据占有非常重要的地位。《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第64条明确规定：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。同时《民事诉讼法》第96条又规定：经法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。由此，我们可以看出，经过公证的证据效力在民事诉讼中的地位是非常重要的。如果当事人提供不了支持自己主张的证据或者自己提供的证据不能被人民法院采纳，就要承担败诉的后果。正因如此，近年来证据保全公证在公证业务中越来越占有重要的位置。那么作为一名公证人，如何办好每一件证据保全公证呢？又如何来最大限度地保护当事人的合法权益呢？特别是在这个案件中，我们公证人员又怎样才能用法律赋予我们的权力办理好这件公证，以最大的限度来保护当事人的合法权益以告慰逝者呢？

记得在庭审举证阶段中，3个原告拿出了本案的主要证据——3份《公证书》，该公证书对当时事发地点周围状况，特别是对破损近10米的高速公路护栏状况描述得非常清楚，又加上带有日期照片的佐证，这就形成了十分有力的证据链。此时被告也拿出了事发地旁边护栏的照片，照片显示该段护栏

完好无损。后在法庭辩论阶段，原被告双方围绕该案的主要证据——公证书形成的时间、地点和过程，展开了激烈的辩论。经过辩论，法庭认可原告提供的证据——3份《公证书》中的护栏描述及照片是事发后（7月18日）取得的，而被告提供的证据——护栏完好无损的照片是公证处去过现场（7月18日）后才拍照的，是后补的，属于无效证据。最终法院采用了公证书这份证据，认定损坏的护栏没及时维修是4名孩子溺水死亡的一个原因，故支持了原告的诉讼请求，判令被告某高速公路公司赔偿死者父母一定的费用。后来被告不服，又提出上诉，并拿出他们拍照的该处护栏完好无损的照片以对抗原告提供的公证书中的照片。后在二审开庭时，原告律师以事实为根据，详细阐述了该公证书中照片形成的时间以及公证人员对工作记录的内容，有力地反驳了被告提出的主张。由于原告提供的主要证据——3份证据保全公证书支撑了自己的诉求，最后二审法院判决被告赔偿死者父母一定数额的死亡赔偿金，死者的父母得到了一丝安慰。

虽然案件结束了，但作为一名经办公证员的我并没彻底放下心来，受害人家属的痛苦的身影始终围绕着我，使我一段时间内久久不能平静。之后，我又到他们3家慰问，给他们做思想工作，让他们面对现实，鼓足生活的勇气，目前他们已过上正常的生活。

### 三、问题与思考

上述案例充分体现了经过公证证据的特殊诉讼证据效力，保障了人民法院对该案的正确审判，从而也保护了受害人的合法权益，体现了法律的公平正义。目前，证据保全公证在人民群众生活中使用非常广泛，如在作品侵权、商标侵权、财物损毁、手机短信、房屋拆迁等方面都能起到固定有关事实证据的作用，为当事人日后提出索赔和诉讼提供了有力证明。

但每个案件都有特殊性，对于那些时间紧迫的证据保全公证，公证人员一定要有时间观念、一定要把人民群众的利益放在心上、一定要在第一时间把证据固定下来，否则，就可能造成取证不能的后果，影响到当事人的合法权益，从而也会影响公证的形象。就该案来说，如果不及时做全，等被告公证维修好了高速公路旁边的护栏，那么这个案件的后果就难以想象，甚至有败诉的可能。

通过此件证据保全公证，我们想提醒当事人，当发现自己的权益被侵犯，想日后提起诉讼或协商索赔，选择保全证据公证不失为一种合法、有效的途径。当然我们公证行业也要加大公证宣传力度，让大多数人了解这类公证的特点

和意义，让老百姓真正了解公证、接受公证，使公证走入人民群众的生活之中。

另外，在办理此类证据保全公证时，公证员对当事人要有亲切感，要理解当事人痛苦的心情，以最大的真情和真心对待他们，让他们真正理解公证在社会上的作用，真正理解公证员是维护法律尊严和公平正义的使者。

### 案例点评

这是一起彰显公证员公正价值的典型案件。该起案件涉及4条生命，失去孩子的家长面对意外事故很有可能情绪失控，需要理性引导和尽最大可能保全证据，积极促进事故的解决。在这种情况下，公证员尽最大的可能全面、客观、真实又充分地保全了证据，同时，也保障了交通的正常运行。公证员的尽责态度很值得尊敬和学习！

证据的意义在于对已发生的事实作出客观的判断，以便为纠纷解决提供事实基础。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。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，制定公证法。公证员依据《公证法》的履职行为无疑保护了权利人的取证以及后续活动的开展。具体到本案，被告一方对公证的事实有推翻的意图，但由于公证员工作细致入微，被告不得不在法律面前敬畏公证员所揭示的事实真相，而这种稳妥的处理方式更有利于抚慰死者家属，也让九泉之下的事故受害者得以安息。

值得一提的是，大量使用公证资源，凡事必公证的现象也是需要关注和研究的。我国不久即迈向全面小康社会，到2035年要建设社会主义现代化国家，在这样一个不断实现文明的法治国家，需要实事求是的公民信赖文化做支撑。不必要的事事故应尽可能避免，与此同时，出现事故之后，当事人之间应尽可能诚实面对。事实证明，承认已发生的事实，最容易取得受害者家属的谅解，也最容易为各方解决问题提供通道。

# 证据保全公证中的知识产权保护

李 静\* 撰写 宋鱼水\*\* 点评

中国  
公证  
新探

法理与案例

## 一、案情梗概

甲某来到公证处，要求申请办理证据保全的公证。根据甲某的描述，她是一名导演，其导演的电影作品目前正在电影院线上映。根据当时和乙方某影视制作有限公司签署的《导演聘用合同书》（以下简称《合同书》）约定，“甲某作为本片的导演，对本片享有艺术创作方面的剪辑权，乙方作为制片方，有权要求甲某为配合政府审查及海外发行需要对本片进行相应的修改、剪辑，甲某应予以配合。”现影片已经拍摄完毕并上映，但是甲某在前往电影院观看该电影才发现，该影片在甲某将拍摄完成后，被制片方后期植入了大量的广告。甲某认为：首先，她作为该电影的导演，并未就该植入广告的行为提前得到告知；其次，这些广告所宣传的产品和影片内容格格不入，已经影响了影片整体的观看感受，破坏了电影的整体性，并且侵犯了她根据合同约定的就该影片享有的剪辑权。所以，甲某准备就该问题和乙方进行协商，如果协商不成的话将通过诉讼维护自己的合法权益。但是该影片即将结束放映，因收集证据的需要，甲某申请在公证人员的监督下其前往电影院，对其在电影院使用录像设备拍摄该影片的过程进行证据保全。

## 二、公证要旨

在接到该公证申请时，笔者有些犹豫。根据中国公证协会发布的《办理

\* 长安公证处。

\*\* 北京知识产权法院副院长。

保全证据公证的指导意见》第7条规定，“公证机构办理保全证据公证，除需要按照《公证程序规则》规定的事项进行审查外，还应当重点审查下列事项：

（二）保全证据的方式、方法有无侵害他人合法权益或者违反法律、法规禁止性规定的情形”。《中华人民共和国民事诉讼法》第68条规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”在本案中，甲某要求公证人员监督其前往电影院拍摄电影的过程进行监督，是否会侵犯他人的合法权益，比如制片方的著作权进而影响该证明材料的合法性，从而导致该证明材料无法使用？

证明材料的合法性不仅实质上应合法，程序上也应合法，以非法方式取得的证明材料不能成为诉讼中的证据，这是法律界的共识。证明材料最终目的是形成证据链帮助申请人在诉讼中维护权益，所以证明材料首先应符合诉讼中对于证据的相关规定。理所当然，证明材料的取得方式也同样应符合诉讼中对于证据的相关规定。保全证据证明材料又与诉讼中的证据有不同之处，保全证据证明材料的合法性因其受《公证法》《公证程序规则》等公证法律、法规的特别约束，严于诉讼中对证据的规定，其取得方式的合法性有其公证行业的特殊性。<sup>①</sup>而该特殊性应该更多地被研究，使其更符合人们对民事程序正义的要求，让人们真正认可经过公证的证据确实是一份不一样的证据，配得上法律赋予的高证明力。也许在将来，因为我们自身体系制度的完备，法律会给予公证证据更多的权威，给予公证人员取证更多的便利。

那么，在本案中，前往电影院使用录像设备拍摄电影放映的过程所取得的证明材料是否合法，可以找到一个较为务实的判断标准。首先我们应该对侵害他人合法权益的行为有正确的认识，并不是所有侵害他人合法权益的行为都是为民法所禁止的，在民事领域中，法律允许当事人有限度地自我救济。两害相权取其轻，在本案中，电影的制作方有著作权，甲某作为导演也有剪辑权。电影制作方无视甲某的权利，在拍摄完成后在影片中植入与电影内容格格不入的广告，已经对甲某的权利造成了损害。试想，如果不为甲某办理该证据保全，甲某的正当权益可能因为证据的原因而无法得到保障。而制片方则因为自己的恶意植入广告的行为取得了额外的获利。而如果为甲某办理证据保全公证，可能会涉及损害制片方的著作权。对此，公证机构在办理证据保全的过程中要最大限度地做好制片方著作权的保护，但是该保护不应成为证据保全的障碍。采取一定的方法，是可以尽量避免产生侵犯乙方的著作权的法律后果的。首先，仅对植入广告的电影片段进行摄像公证，保全的这

<sup>①</sup> [http://www.chinanotary.org/content/2017-01/06/content\\_6945581.htm?node=82577](http://www.chinanotary.org/content/2017-01/06/content_6945581.htm?node=82577)，最后访问时间 2017年2月23日。

些电影片段互相是支离破碎的和不连接的，并不会构成对整个作品的侵权；其次，为了缩小所拍摄的视频片段的传播范围，尽可能减少该视频片段的传播范围，可以由公证处暂时保管该视频资料，如果以后甲某通过诉讼途径解决该问题，那么甲某或者承办的法官均可以持相关材料向公证处调取该视频证据资料。<sup>①</sup>基于以上的考量和综合权衡，笔者决定接受甲某的公证申请，为其办理该证据保全公证。

### 三、问题与思考

1. 申请主体的审查。证据保全公证应当由权利人或其委托代理人向公证处提出申请，并提交申请人与保全的证据有利害关系的证明材料。在本案中，甲某作为该电影作品的导演，与该影片有利害关系，其向公证处提交了其身份证件以及和乙方签署的《导演聘用合同书》；同时，公证员在网络上搜索所要保全的电影作品，所有的搜索结果都显示，甲某是上述电影作品的导演。因此，甲某具有证据保全的申请人资格。

2. 管辖地域的审查。根据《办理保全证据公证的指导意见（修订）》第4条的规定：“保全证据公证由当事人住所地、行为或者事实发生地的公证机构受理。”在本案中，北京是当事人的住所地，也是电影放映发生的事实地之一，所以，我处可以受理甲某的公证申请。

3. 公证程序的操作。根据《办理保全证据公证的指导意见（修订）》第9条的规定：“公证机构派员外出办理保全证据公证的，由二人共同办理，承办公证员应当亲自外出办理。”知识产权证据保全公证的被保全对象往往随后即被诉上法庭成为被告，诉讼中所使用的公证证据所记载的事实是其亲身经历，若公证书的记载与事实不符则必然会提出异议，导致公证证据效力收到质疑，影响公证的公信力。

在进行保全的电影院提前和影院的负责人对保全的过程进行沟通，首先表明我们的身份，其次就我们本次要进行保全的申请主体、保全内容、保全过程以及保全方式对影院的负责人进行介绍。在得知甲某是该影片的导演并且甲某出示身份证件之后，影院负责人表示导演是有权利拍摄该影片的放映的，我们作为公证人员可以一起进入放映厅对甲某拍摄影片放映的过程进行全程监督。

4. 电子设备的使用。证据保全的过程经常需要使用计算机、照相机或摄

<sup>①</sup> 该方法受启迪于笔者2014年3月1日在上海市普陀公证处“法律人之家”参加的“忠诚和隐私，公证处侵权了吗？——保全公证的界限”论坛的内容。

像机、手机、存储设备或者录音笔等电子设备，根据中国公证员协会《办理保全证据公证的指导意见》等规范性文件的规定，同时也是出于保证公证证据真实性的要求，此类电子设备使用时应当由公证机构提供，且在进行保全操作之前应当先进行检查、清空或格式化处理。在本案中，进行拍摄的设备是本处提供的之前已经格式化的摄像机，确保了保全证据的清洁性。

5. 科学地制作和封存附件。附件是指公证书中所附的图片、照片、网页截图打印件、影像资料光盘等。在本案中，公证书的附件就是现场拍摄的视频资料。在该视频拍摄完成之后，由公证人员直接将摄像设备带回公证处，并将上述拍摄的视频资料导入本处计算机，然后将上述视频进行刻盘、封装之后加贴我处封条并在接口处加盖骑缝章。在封装好光盘后，在光盘封面的正面写明卷宗号、申请人名称和公证书编号，避免造成多次公证所取得实物之间的混淆。

知识产权侵权诉讼的专业性，给涉及知识产权侵权证据保全公证也提出了专业性的要求。公证人员在各个方面都应该多加注意，如此方可保证公证证据的真实性、合法性、关联性，并提升其证明力，巩固权利人的诉讼能力，实现其申请公证的目的。

### 案例点评

本案公证员公证的事项是导演和制片人之间的侵权纠纷，导演针对制片方在影视作品中插播广告事宜提出质疑，并拟以公证证据的方式为待证事实做准备。

本案公证员进行了非常详细的审查，认为本案是否可以进行公证的关键在于证据是否满足了合法性审查的要求。《中华人民共和国公证法》（以下简称《公证法》）第28条规定，公证机构办理公证，应当根据不同公证事项的办证规则，分别审查下列事项：（1）当事人的身份、申请办理该项公证的资格以及相应的权利；（2）提供的文书内容是否完备，含义是否清晰，签名、印鉴是否齐全；（3）提供的证明材料是否真实、合法、充分；（4）申请公证的事项是否真实、合法。因导演面对的是制片方，公证员采取了极其谨慎的态度，对《公证法》第28条第4项进行了认真的研究后才予以支持。笔者认为，合法性的审查有两种情况：一种是实体审查；另一种是程序审查。本案中，导演已经证明其真实身份，根据合同约定，其主张公证机关予以协助，在程序上是需要保护其取证的权利，在实体上应否支持可以由实体程序决定。这

是因为，当事人所主张的实体权利除非当事人之间予以协商，进入诉讼程序需要诉、辩双方结合证据进一步揭示，没有辩论程序是很难予以认定的。因而，假如存在侵权可能性即有可能存在证据保全的必要。

本案另一个特点，需要保全的证据是影视作品的插播广告，是一个动态的放映过程，因而，有一定的操作复杂性，需要影院放映时的支持。本案公证员除了加强理论研究之外，在公证的环节方面，对5个方面的细节做了细致的工作。这5个方面包括：主体、地域、程序操作、电子设备的使用、制作和封存邮件，这些都是非常重要的审查要素，也是制片人容易提出异议的方面。

知识产权属于无形资产，相对于有形资产而言，确实要复杂得多。知识产权保全的基本要件一般是情况比较紧急，如果不采取保全措施，证据有可能灭失。权利人对此已经提出了初步的证据，能够判断其权属的可能性。由于保全的证据经常需要第三方配合，与第三方的沟通工作是一种常见的协调工作。在本案中，案件所涉及的影院提供了积极的支持，确保了公证的顺利开展。我国《民事诉讼法规定》规定，有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款。透过《民事诉讼法》的相关规定，协助义务是一种法律文化的组成部分，在公证领域也是值得倡导的。

### 第三章 提存公证

# 机器设备买卖价款提存公证

江永俊\* 撰写 张鹏飞\*\* 点评

## 一、案情梗概

安徽蚌埠 A 公司因转产拟出售一条生产线，并在网上发布了广告，浙江兰溪 B 公司看到广告后有意购买，其法定代表人侯某到 A 公司实地查看，对设备状况比较满意，决定购买。双方就转让价款达成了一致，但在付款和交货的先后顺序上却相持不下。原来该生产线比较庞大，拆装程序复杂，即使由专业人员作业，也需 10 天左右才能完成，而且拆卸零部件众多、占地面积大，预计需要 4 车次或 5 车次才能运完，况且生产线属于整体产品，配套机器、设备、模具属于定制产品，即使只运走一部分，剩下的也就等于一堆废铁。双方虽然很想做成这笔买卖，但都担心发生意外，不愿在付款和交货的环节担风险。

A 公司认为，如先行交付生产线，对方不付款怎么办？即使对方先行支付部分款项，又如何确保对方顺利给付余款？而且生产线是分车运出的，如中间出现纠纷，不仅剩下的设备毫无用处，更重要的是车间无法清空势必影响自己的转产进度，损失就大了。因此坚决要求 B 公司先行支付全款。

而 B 公司认为，生产线在 A 公司厂区，如果自己先付款，一旦 A 公司违约，自己连厂门都进不了，到时候还要在外地打官司！而且整个拆卸期间自己的工人、货车、吊车都是在对方厂区作业，稍有差池就容易发生纠纷，作为让步，B 公司同意先行支付部分款项，但全部款项必须等生产线装运完毕后才能给

\* 安徽省蚌埠市众信公证处。

\*\* 司法部研究室研究三处处长、研究员。

付，A公司对此不予认可，仍坚持装运结束前款项必须全部到位。

## 二、公证要旨

本案中双方都有履约的诚意，但在具体的履行顺序问题上却互不信任，而其担心又都有一定的道理。在双方的僵持之处，传统的“一手交钱、一手交货”的交易方式已经不再适用，必须要有一种方法，既能确保卖方顺利拿到货款，又能确保买方顺利得到设备。这种情况下，采用提存支付来调和双方的矛盾是一种很好的选择。

提存是指有关部门依照法定条件和程序，对债务人或担保人为债权人的利益而交付的债之标的物或担保物（含担保物的替代物）进行寄托、保管，并在条件成就时交付债权人的活动。为履行清偿义务或担保义务而申请提存的人为提存人，提存之债的债权人为提存受领人。我国于1996年6月2日颁布实施的《提存公证规则》明确公证处为提存机关，2015年修正实施的《公证法》，在法律层面上进一步明确了提存属于公证事务之一。

《提存公证规则》按提存的目的不同，将提存公证分为清偿性和担保性两种，“以清偿为目的的提存公证具有债的消灭和债之标的物风险责任转移的法律效力”，“以担保为目的的提存公证具有保证债务履行和替代其他担保形式的法律效力”。《合同法》第91条、第101条到第104条对清偿性提存做了集中规定。而担保性提存的情况则比较复杂，其规定散见于《物权法》《担保法》《提存公证规则》及有关司法解释中，大体分为两种，一是由担保物权的效力延伸而来的担保性提存；二是来自双方合意，“债的双方在合同（协议）中约定以提存方式给付”（《提存公证规则》第6条第1款），双方的合意“必须列明提存物给付条件，公证处应按提存人所附条件给付提存标的物”（前条第2款）。

在对待给付义务合同中，当事人往往对自己履行合同义务后，对方能否如约履行心存疑虑，各有顾虑、不能一致，如缺乏适当的中立沟通，很可能无法成交，本案即是一例。在本案中，双方的分歧集中在付款、提货的顺序安排上，简言之，双方都愿意履行义务，但又都想万无一失、有所保障，如何调和这种矛盾，这就是担保性提存公证所要解决的问题。按照这种公证的履约框架，由合同一方（B）将合同价款先行交付公证处保管，即为提存款，公证处收到后通知另一方（A），A得到通知后开始履行给付（交货）义务，给付完毕后通知公证处，公证处确认属实后将提存款交付A，提存款转化为货款，双方均完成履约，如出现A违约的情况，则交付条件未能成就，合同

款仍保存在公证处，按双方的先行约定处理，如无约定，待双方协商一致或诉讼后再做处理。自始至终，资金的流向与合同的履行进度高度契合，即使在履行过程中发生纠纷，提存款也未能实现流转，资金是安全的，因此对于合同双方是一种安全无风险的交付模式，是为担保性提存。但此处的“担保”，不同于《物权法》《担保法》所言的担保，根据《物权法》《担保法》的规定，担保财产要么由担保人占有，如抵押担保，要么由担保权人占有，如质押、留置担保，不会出现由担保权人和担保人之外的第三人占有担保财产的情形。

### 三、问题与思考

如前所述，只要双方“约定以提存方式给付”，公证处即可受理，虽然《提存公证规则》对提存的原因、条件、程序、法律效力做了详细规定，但具体到本案中，尚有不少问题有待落实，对于当事人和公证处来讲，“提存物给付条件”如何约定即提存协议的条款设计才是最重要、最实质的问题，这就是一个抽象法律概念的具体化过程。

公证处作为法律服务部门，尤其是提存业务的专门机构，在提存协议的草拟上承担了重要的职能。在公证实务中，绝大部分当事人办理提存公证只是提出一个概括的意愿，而提存协议基本上是由公证处在考量各方利益、征询各方意见的基础上代为拟定的。

拟定提存协议的关键是衡平双方客观履约能力、引导主观履约意思的前提下，明确双方都满意的转款条件，可以是单一事实，也可以是多个关联事实。本案的特点在于生产线拆运时间长，交付过程是一个长达 10 天的时间段，且生产线拆卸后分车装运，其各部分又密不可分，即使只运出一车，剩下的也将失去使用价值，这些原因交织在一起，导致双方无法达成“一手交钱、一手交货”的协议。面临这些问题，公证处需要设计一套方案，大体的框架前文已经交代，问题是怎么把这个框架量身定制在本案中。

首先，生产线已经由双方查看确认属实，并在 A 公司实际控制之下，即 A 公司具备了客观履约能力，与之对应的是 B 公司的客观履约能力（付款能力）如何？B 公司当然不可能直接转款给 A 公司，并且仅仅出示款项凭证也无济于事，只能借由提存渠道先行转至公证处保管，购物款转化为提存款，提存期间 B 公司暂时丧失对该款项的自主控制权，落实这一点是对 B 公司履约能力的昭示，对应的也是对 A 公司的一种保障。然后再解决该款项如何转给 A 公司的问题，该环节的重点是要确保 A 公司履行交付义务后能够收到价

款，换个角度是要确保在 A 公司违约的情况下，该款项能够不经其同意而回到 B 公司手中，这是提存方式对 B 公司的一种保障。A 公司的交付义务履行如何，天然地决定了其是否能够得到合同价款。考虑到本案生产线是分车转运的，因此可以把交付过程按运出车次分为若干阶段，比如预计需要 5 个车次，那么整个交货过程可以看作由 5 个阶段构成，每阶段的结束都意味着 A 公司履行了该部分的交付义务，此时 A 公司拿到对应的价款理所当然，如此也有利于促使其积极履行下一阶段的交付义务，直到最后一车转运完毕，A 公司拿到所有价款。这样以运出车次为结点，将该结点作为支付条件，既能够保证 B 公司预先拨付价款的安全，又能够不断促进 A 公司配合交付，双方利益均衡，主观履约意思得到有效引导，“提存物给付条件”的问题也一并解决。

在本案中还有一个拆运期限的问题。根据双方约定，生产线拆运是由 B 公司自行组织人员、设备实施作业的，A 公司因即将转产，厂房亟待清空，为了防止 B 公司组织不力，拆卸时间太长，A 公司要求对拆运期限进行限制。这样一来，就涉及协议草拟的另一个常见问题，即任何合理的协议只能是尽可能促成交易，而不是促成违约或放任违约。本案拆运预计需要 10 天，既然需要限定期限，协议约定上可以适当延长，以双方都能接受为限。经征询双方意见，尤其是提示 B 公司充分考虑不利因素的情况下，确定拆运期限至多不会超过 15 天，协议据此确定拆运期限为 15 天，如 B 公司在此期间不能完工即视为转款条件全部成就，同时，明确指出因 A 公司原因造成的延迟除外，以促进其履行配合义务，也给 B 公司提供一个宽松的作业环境。关于配合义务，虽然也可以直接引用合同法，但作为法律人草拟的协议应做定制化处理，不仅列举本案中可预见的那些不配合事实，而且直接约定违反配合义务的法律后果，杜绝模式化套用法条。

提存协议中，除以上提存款、提存款支付条件、拆运期限、期限届满的处理、例外条款外，还需明确双方的通知义务、账号信息、纠纷处理等内容，均属一般性约定，非提存协议专属，不再赘述。

公证程序中除了以草拟合同来明确权利义务外，笔录也是一种重要的方式。本案发生在夏季，机器零部件不耐雨淋，拆运过程可能会因暴雨、水涝等不可抗力而延迟，也可能发生电路检修、公路修补等非当事人所能控制之事由，这些免责事由对于 B 公司而言尤为重要，如能约定清楚条文将更为精准。公证员向双方提示后，A 公司对此完全认可，意外的是 B 公司法定代表人可能是为了表明诚意，坚持不进行书面约定，因此，公证员将以上免责事由作为告知内容记载在笔录中，将来一旦发生，可以作为决断依据。

提存协议形成后，公证处须与双方就通知方式达成一致，并记录在案。在本案中，采用了电话联系的方式，同时为提高对现场情况的了解，也为督促双方认真履约，公证员通过微信方式联系双方实时查看现场、了解进度、通告转款事宜，并且到现场对作业情况进行了实地查看。

后来的履行过程很顺利，B公司实际用4车次装运完毕，历时8天，期间双方配合很好，提存款也如约通过公证处逐笔转到A公司人员名下，公证处通过电话录音、短信、微信、现场查看等对履行过程形成了完整的记录。

### 案例点评

依据《公证法》第12条第2款规定“根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构可以办理提存事务”，但法律对于提存的范围、类别却没有明示。提存公证业务在公证实践中早已有之，司法部1987年5月下发的《关于部分城市公证机关试办提存业务的通知》中曾要求部分城市公证机构开展清偿债务形式的提存公证，其适用情形是以债务人因债权人的原因而无法向债权人给付债之标的物时，债务人可将该标的物提交于提存机关，由提存机关告知债权人领取，从而解除债务人的履行义务和承担风险责任。司法部1995年6月颁布的《提存公证规则》（司法部第38号令）则又明确了通过担保形式、以保证债务履行为目的的提存公证，不断丰富着提存公证依据，促进着提存公证工作开展。

随着我国市场经济快速发展，为预防交易隐患和利于纠纷化解，担保性提存的价值作用、社会需求日渐增强。尤其是我国诚信体系建设尚不完善，民众因司法腐败等现象存在而对纠纷解决机制心存疑虑的情况下，为维护自身利益，在交易中掌握主动权、获得安全性十分重要。提存公证以其较高的社会信誉、中立第三方的身份，可在监督交易过程、降低交易风险、平衡各方利益中发挥基础性作用，客观上发挥了交易兑价事先查封之效，解除了先履行方对权利受损可能带来的讼累、裁决无法执行等顾虑。故提存日益受到社会的重视和欢迎。由于提存物的保管方是公证处，因物品性质、公证处场地规模等条件所限，提存物不可能包罗万象，要充分考虑提存工作的可行性、便利性。对此，《提存公证规则》第7条列举了货币、票据、权利证书、贵重物品等适宜提存标的物，并在第5项以“其他适宜提存的标的物”作为兜底条款，以便适应实践新情况，赋予具体公证处以灵活选择和确定权。

具体到本案，安徽蚌埠A公司的生产线规模庞大，且是要拆装运送到浙

江 B 公司的，显然不适合提存。作为付款方的 B 公司将购货款预付到公证处提存则较为便利。安徽省蚌埠市众信公证处通过协调 A、B 两公司共同签订《提存协议》，规定合理、合情的交易步骤和交易标的拆装路线图，促使了 A、B 公司交易的实现，是公证机构充分利用法律依据和职能优势服务社会、促进经济发展的成功案例。众信公证处在办理此项公证事务过程中，所采取的实地考察、电话录音、微信确认、短信留存等系列固话交易信息，以及及时向当事人释明法律免责事由的做法，值得社会和业界参考和借鉴。

# 离婚协议补偿款的提存公证

邵银花\* 撰写 许兵\*\* 点评

## 一、案情梗概

提存公证是公证处依照法定条件和程序，对债务人或担保人为债权人的利益而交付的债之标的物或担保物（含担保物的替代物）进行寄托、保管，并在条件成就时交付债权人的活动。在婚姻家庭领域，夫妻之间感情破裂，互不信任会直接导致离婚补偿款的给付难以顺利实现，一方担心补偿款给付后对方不同意离婚，另一方担心离婚手续办理后对方不给付离婚补偿款。那么，针对此情形，公证机构作为中立的第三方，为拟离婚的夫妻双方办理离婚协议公证及提存公证便可以解决此类两难问题。

聂先生和刘女士来到我处，声称其两人准备离婚，两人经协商后决定由男方给女方人民币35万元整用于给女方购买一套商品房作为补偿，但是两人互不信任，女方担心先办理离婚登记手续后男方不给付35万元的离婚补偿款，男方担心先给付女方补偿款后再不同意离婚，于是来到本处请求给其出个解决方案。

## 二、公证要旨

基于双方不信任对方导致的僵局，本处根据双方的意思表示及所想达到的目的为其量身打造了一套离婚协议书加提存的办证方案，代拟协议内容包括：（1）聂先生补偿刘女士人民币35万元整，聂先生已向刘女士支付了

\* 蚌埠市众信公证处。

\*\* 司法部司法研究所研究员。

1 万元的补偿款，剩余离婚补偿款将采取提存至 ×× 公证处的方式支付。

(2) 双方协商同意在本协议经公证后，聂先生将剩余补偿款（人民币 34 万元整）提存到 ×× 公证处，待本协议签订并办理离婚登记后，由双方持离婚证到 ×× 公证处申请将上述提存款（人民币 34 万元整）转账支付给刘女士。(3) 若自该协议书签订之日起一个月内双方未办理离婚登记手续，在经我处核实甲乙双方的婚姻状况后由聂先生携带结婚证取回上述提存款。这套方案直接解决了是先办理离婚登记手续还是先打钱的问题，公证处基于自身的特殊性质作为中立的第三方，解决了补偿款的存放问题便解决了最大的问题。

### 三、问题与思考

离婚协议公证，是指公证机关依法证明夫妻双方为解除婚姻关系就子女抚养、财产处理等事项签订协议行为的真实性、合法性的活动。家庭是社会最基本的细胞，只有家庭和谐才有社会的和谐！公证具有服务、沟通、协调、监督的作用，办理离婚协议公证一来可以保护离婚双方当事人的合法权益，二来可以减少纠纷和预防社会矛盾。《〈婚姻法〉解释（二）》第 8 条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。”婚姻关系的解除必须到婚姻登记机关办理离婚登记手续并领取《离婚证》。离婚协议是夫妻双方为了解除婚姻关系的财产物品处理而引起的双方法律行为。离婚协议公证不是证明其婚姻关系的解除，仅仅是证明双方为解除婚姻关系、就子女抚养、住房使用、财产分割、离婚经济补偿等问题签订协议行为的真实性、合法性。在双方办理离婚登记前对离婚协议进行公证更增加了离婚协议书的有效性和合法性，使离婚协议书也更易于履行。

提存公证具有消除疑虑、减少诉讼、提高效率和维护经济和社会正常流转等作用，是清偿债务的一种特殊方式。《提存公证细则》中规定：“提存公证是公证处依照法定条件的程序，对债务人或担保人为债权人的利益而交付的债之标的物或担保物进行寄托、保管，并在条件成熟时交付债权人的活动。”根据《中华人民共和国民法通则》及《中华人民共和国公证暂行条例》等相关规定，司法部制定了《提存公证规则》（中华人民共和国司法部令第 28 号），该规则第 3 条规定“以清偿为目的的提存公证具有债的消灭和债之标的物风险责任转移的法律效力；以担保为目的的提存公证具有保证债务履行和替代其他担保形式的法律效力”。由此可见，常见的提存公证分为两类，

一是清偿性提存；二是担保性提存。公证处是接受和转交提存物的部门，提存公证的原因是债务人或担保人为债权人的利益，而非自己的利益办理提存公证；提存公证的结果是一旦提存的物交到公证处，债权人或担保人即失去了对提存物的控制权，当给付条件成就时，由公证处将提存的标的物交付债权人。但是该规则第6条又规定：“有下列情况之一的，公证处可以根据当事人申请办理提存公证：（一）债的双方在合同（协议）中约定以提存方式给付的……”

合同之债的双方在合同中设定以提存方式给付标的物以履行债务的提存公证近年来也逐渐增多。比较常见的是在不动产交易过程中，卖方担心房产更名过户后买方不能及时支付购房款，要求买方先付款后过户；而买方担心支付购房款后卖方不配合办理过户手续，买卖双方协商向公证处办理房款提存公证。买卖双方签订房屋买卖合同及房款提存协议，约定买方将购房款提存于公证处，卖方办理房产过户手续，一旦过户手续办理完毕，双方到公证处，卖方将更名后的房产证交于买方，并从公证处领取提存款，如果买方无正当理由拒收房产证或违约，则卖方也可以凭借双方在协议书中的约定领取购房款，并同时将更名后的房产证提存于公证处，这样就大大加强了大额交易的安全。同理，我处认为上述案情可以将离婚补偿款视为拟定债务的清偿，且当事人在离婚协议里明确约定以提存的方式支付离婚补偿款并约定清楚支付补偿款的条件，男方将补偿款提存至公证处，待约定条件成就时，女方持离婚证到公证处领取提存款，若支付条件未成就时，男方约定的时间内取回提存款。该类提存公证具有极大的推广价值，不仅婚姻领域需要，其他经济领域亦需要此类公证的推行。在社会信任度低的现代社会，无论是担保性提存还是清偿型的提存，对交易安全都是一种极大的保障。提存的特殊性质及公证的职能性质决定了其存在价值的不可替代性及优越性，尤其是货币提存，具有零风险，且社会需求广的优良特点，在婚姻家庭领取及房产交易领域积极介入提存公证具有很大的意义。

### 案例点评

本次公证是对离婚协议补偿款进行提存公证。

对离婚协议补偿款进行提存公证有利于预防纠纷，减少诉讼。公证制度的目的就是预防纠纷，其所起的作用也主要是预防纠纷。1803年拿破仑风月法的说明阐明了公证制度的目的，“他们（指公证人）使当事人保持对契约

的记忆，并且完整地保管契约文本，防止善意人之间产生分歧，同时，满怀信心地使那些贪婪的人放弃提起不正当要求的念头。”大陆法系国家重视公证制度，其价值在于事前预防纠纷，减少诉讼，从而降低当事人和国家的诉讼成本。英美法系国家注重事后救济，公证制度不发达。我国《公证法》第1条开宗明义，表明公证的目的是预防纠纷，其所起的作用也是预防纠纷，减少诉讼，从而降低当事人和国家的诉讼成本。国家其他机关如法院、检察院的司法活动不具有预防功能，只能起到事后救济的作用，行政机关的工作不宜过多干涉民事领域里的活动，因而都不具有预防纠纷的作用。

对离婚协议补偿款给予提存公证、将补偿款交由公证机构进行提存是解决夫妻离婚争议、消除双方疑虑的一种有效方式。夫妻到离婚时往往已经感情破裂，双方情绪对立，对另一方充满着高度的不信任，多数都怀有很深的戒备心理。双方同意到公证机构申请办理公证业务，显然对作为中立第三方的公证机构是非常信任的。现在夫妻双方已经就离婚达成协议，一致同意离婚，并就补偿金问题达成一致意见。问题的关键是如何保证协议得到执行，确保在双方办理离婚手续以后女方能够及时按照协议得到补偿款。公证机构办理公证，目的即在于证明离婚协议具有真实性与合法性，通过提存公证，当事人将补偿款交由公证机构保管，在双方办理离婚手续后，公证机构按照约定将补偿款转交给女方。

通过离婚协议补偿款给予提存公证能够快速实现当事人之间的愿望。双方到婚姻登记机关，可以快速办理离婚手续，但婚姻登记机关无法进行提存，不能保证女方能够及时得到补偿款。到法院申请离婚，按照诉讼程序势必要花费更长的时间，效率明显不高。因此，公证机构设身处地为当事人量身打造离婚协议书加提存的办证方案，最终实现了男女双方都能够满意的效果。

# 开拓公证提存、保管领域，积极推动 多元化纠纷解决机制

陆若愚\* 撰写 许兵\*\* 点评

## 一、案情梗概

1.2012年以来，正值融资担保公司如雨后春笋般出现之时，融资担保公司的股权转让频繁发生，公证处在2012年12月初接到攀枝花市一家融资担保公司一部分股东的求助，因该公司的大股东“成都某有限公司”与其他股东在合作上产生了分歧，各股东之间已经协商同意该大股东对第三人转让其股份，鉴于相互之间已经失去了信任，大股东“成都某有限公司”的法定代表人将该融资担保公司的所有印章、营业执照等重要物品带到成都，称收不到转让款1600万元则不予将印章、营业执照交付给融资担保公司，使得该融资担保公司因没有公司公章、财务章无法开展业务，公司几近瘫痪，攀枝花市有关银行已经勒令该公司在三天之内收回公章等物品，开展工作，否则将停止合作。求助的其他股东找到公证处，希望能将1600万元股权转让款提存于公证处，由公证处来监管股权转让款的支付及融资担保公司的公章、证照交割事宜。

2.2011年1月，成都市某有限责任公司系集体所有制改制的企业，因被成都某房地产有限公司整体收购，成都某房地产有限公司需向公司全体股东支付收购股权的转让款及代扣代缴所得税，因该公司工商登记在册的股东人数有26人，收购方要向每个股东发放转让款，既费时又费力，还担心支付

\* 四川省成都市国力公证处。

\*\* 司法部司法研究所研究员。

转让款后，全体在册股东能否配合完成股权转让的工商变更手续，被收购方的全体股东也担心不能如期收到出让股权的款项，于是双方向我处申请办理提存股权转让款的事项，在公证员的监督下完成股权转让款的发放及股权转让的文件交接手续。

3.2016年4月，李某某夫妻二人因借贷及工程款支付，被债权人叶某某和梁某某起诉至成都市青羊区法院，法院查封了李某某夫妻共同所有的位于成都市青羊区同善路某处的房屋，同时该房还设定了抵押权，李某某夫妻还欠吴某某借款90万元。面对如此混乱的局面，债权人叶某某、梁某某、吴某某均希望尽快实现债权，债务人李某某夫妻通过中介公司找到了愿意出价148万元购买该房的张某某，准备将出售所得款项用于偿还债务，以便尽快结束诉讼纠纷。张某某鉴于所购房屋有抵押和查封，则要求必须解除该房的两个查封和抵押登记、产权过户登记的同时才能支付购房款148万元。

## 二、公证要旨

针对上述案例1这一紧急事件，本公证员仔细收集审查申请人提交的资料，分别找融资担保公司所有股东谈话，找到了双方极为不信任的问题所在：受让方担心收不到转让款1600万元、出让方担心支付出让款后大股东的法定代表人（也是融资公司的法定代表人）不交出公章、不协助办理股权转让的工商变更事宜。于是本公证员根据双方的问题，通过融资公司的所有股东，核实了双方签署的《股权转让协议》及其补充协议的真实性，根据转让协议及双方的争议问题拟定了一份《提存协议》，建议将出让方的法定代表人签署的《授权委托书》及转让的相关文件、该公司的印章等重要物品提交本处保管；受让方将转让款1600万元分两次提存于本处的专用提存账户保管，按照步骤完善股权转让的程序。为了双方无争议，提交本处保管的公司公章等重要物品均由双方共同确认，当场封存保管于本处。最后双方均实现了各自的目的，顺利地完成了股权转让事宜，也让公司快速恢复了业务，避免了一场纠纷。

针对上述案例2的申请事项，本公证员受理该事项后，为了核实清楚此次收购公司的股权转让的事实，先后三次与助理前往出让方公司，参加被收购公司的全体股东的大会，与全体股东见面谈话，并做好记录，股东当场签署了股权转让及收取股权转让款的相关文件，确认了股权转让款的金额和收取方式，本公证员又会同双方负责人到监管股权转让款的农业银行联系，最终确认了以现金支票的方式支付给每个股东转让款。在核实完毕以上情况后，

按照双方的交易方式，承办公证员拟定了双方均认可的《提存协议》，全体股东委托的负责人将股权变更的法律文书交本处保管。本公证员及助理会同被收购方负责人、收购方负责人、银行工作人员，将现金支票、支付密码器封存保管，并让双方共同确认支票印鉴。到了双方约定的时间，收购方的资金如期存入监管银行，全体股东也从本公证处领到了税后的股权转让款的现金支票。

针对上述案例3的多方债务情况，本公证员了解上述情况后，先后几次介入，与各方反复协商，并与之谈话，最终各方同意如下方案：叶某某和梁某某认可各自收到李某某夫妻24万元案款后可以到成都市青羊区法院进行调解结案，解除查封。吴某某先行垫付48万元提存于公证处，约定叶某某和梁某某在向法院申请解除房屋的查封后到公证处领取应收的案款。同时李某某夫妻办理出售房屋的授权委托书公证，委托各方共同认可的陈某某代为办理向张某某出售房屋的事宜，售房所得的价款共计148万元，由吴某某收取138万元（包括应收借款90万元和垫付的叶某某、梁某某的案款48万元），李某某夫妻收取10万元。按照以上方案，本公证员拟定了《提存协议》，各方确认后，按照《提存协议》的步骤进行了到法院调解结案、解除查封、解除抵押登记、完成产权过户登记、收款、还款。债务人李某某夫妻的三件债务纠纷，通过在公证处申请提存、保管、公证员在承办过程中设计合理的交易步骤，对交易的过程、交易的结果进行核实、监管，达到快速了结债务纠纷，化解矛盾的目的。

### 三、问题与思考

公证行业在目前大力推进多元化纠纷解决机制的大好形势下，主管部门的指导思想、各位同仁在探讨过程中的观点赋予了公证工作崭新的职能，正在刷新对公证员的职业定位，公证人正在向着“司法辅助人员”“非讼领域的法官”转换，非常符合公证的预防纠纷、减少诉讼的职能要求，在苏联和东欧一些国家，公证机关肩负着提存机关职能，提存制度的建立和完善，有利于债务纠纷的及时解决，更好地平衡债权人和债务人双方的利益冲突，保证市场机制的正常运行。提存在法律性质上，兼具私法和公法的双重性质，公证员如果能在公证工作中充分开拓提存、保管的领域，将大大增强公证非诉讼解决纠纷的职能。