

2/2016
总第73期

上海公证

Shanghai Notary

- “纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下公证发展的传承与创新”公证人论坛
- “一带一路”系列研讨之：融资租赁与公证
- 普陀区人民法院与普陀公证处签订诉讼与公证对接协议



主管 上海市司法局
主办 上海市公证协会

“纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下 公证发展的传承与创新”公证人论坛



中国公证协会会长丁露致辞



上海市司法局副局长王协、中国公证协会会长丁露、黄浦区副区长吕南停、上海市公证协会会长黄群（自右至左）等领导出席论坛



论坛全景

市司法局党委书记、局长郑善和同志赴东方公证处调研



4月21日，市司法局党委书记、局长郑善和等领导赴东方公证处调研

在“纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下公证发展的传承与创新”公证人论坛上的致辞

■丁露 中国公证协会会长

上海市公证协会、黄浦区司法局在《中华人民共和国公证法》实施十周年的时候，举办关于公证制度传承与创新的研讨会，从公证信息化的发展见证了《公证法》实施10年的实践成果以及今后的公证发展趋势。在此，我代表中国公证协会向上海市司法局、向黄浦区政府、向上海市各公证处表示衷心的感谢，感谢各位领导对公证事业特别是对公证事业前瞻发展的关注，感谢上海市各公证处特别是卢湾公证处，为公证行业信息化建设所做出的基础性和前瞻性的贡献。

记得在2013年，中国公协青年工作委员会在四川召开青年讲坛筹备会议，其间议论到青年工作的前瞻性问题。一个上海青年公证员向我建议，认为中国公证协会应当关注公证信息的综合利用，特别是在传统民商事公证中，公证行业信息存储的综合占有具有其独特性，较之行政部门职能信息的单一，有着制度构成上的自身优势，一份公证书几乎涵盖了一个人、一个家庭甚至一个家族从婚姻、家庭、继承、财产等方面的综合信息。他认为，这么充分的信息存储在各个公证处，存储在公证行业，如何使其系统化并综合利用起来，是当前和今后一件十分重要的事情，也是公证制度进一步体现自身价值的有效渠道和载体。他说，这个事情应该由中国公证协会来做。之后，中国公证协会建立并推开了公证行业的遗嘱查询平台，但这位青年公证员所构想的公证信息综合利用事项还未能实现。

前不久，陪赵大程副部长出差。赵大程副部长问我，你认为目前影响公证行业发展的主要问题是什么？一般来讲，当前公证行业议论的焦点应当是体制问题，以及由此带来的法治政策环境等问题。但我说，个人认为最大的问题就是公证行业信息化建设滞后。对于公证体制等问题，我们可以推动政策调整，可以通过自身发展去逐步解决和弥补，但信息化建设滞后所带来社会问题的不可测性，是公证行业难以应对的短板。目前已经显现，我们在面对一些所谓“电子公证”“遗嘱保管”等非专业冲击中，或是束手无策，或是应对不利，其中还包括公证事务公开、舆情应对处置等情况，倘若没有一个强大的信息系统和统一平台进行快速反应，一旦在网络上出现危及行业或是影响社会的问题，既不可能仅用行政手段处置，也不可能单纯依靠政策弥补。

由此想起，2003年我带团去美国考察，有一位华人律师说要回国做事。我说，你在美国做律师业务挺好，为什么要回国？他说，我想回国搞一套中国法律的检索系统。他说我研究了，目前中国仅在国家统计系统有一些法律汇编可以检索，但这不够，可以将美国法院一套法律判例系统分类和检索方法介绍到国内，叫“钥匙码检索法”。最近一期《中国公证》杂志登了段伟先生的一篇文章，文章里对此方法做了介绍。后来，这位律师真的回国，把他的总部设在了上海。中国的律师行业很早就借鉴了这一检索法，逐渐推出了“天同码”等法律检索方法。

段伟先生曾指出，《中国公证协会业务咨询汇编》应该是中国公证人以钥匙码方式共同构造公证专业知识的有益尝试，我认为这个定位是恰当的。但是，我们现在只是做到了在公证行业近3000公证处中“一册在手”查询，离社会、行业或者是其他行业的“一键在手”查询，路途还比较遥远。但是，今天的研讨会让我感到欣慰，因为我们看到了希望。卢湾公证处的“藏宝湾”计划，是在中国公协建立遗嘱查询平台的基础上，在我们经苏国强先生全力支持，以免费办证和管理系统为基本架构向中西部地区推进公证行业信息化建设的过程中，在各地高度重视信息化建设的努力中，能够让我们从一个比较高的起点构建中国公证信息化发展的坚实基础。对你们的成果，对你们的贡献，再次表示感谢和祝贺！

CONTENTS



主 编：袁金根
责任编辑：娄运昌

主 管：上海市司法局
主 办：上海市公证协会

《上海公证》编辑部
地址：上海市胶州路699号12楼
邮编：200040
电话：021-62184408
传真：021-62185665
Email: notarybjb@163.com

内部资料 免费交流
上海市连续性内部资料准印证(K)0598

卷首语

- 1 在“纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下公证发展的传承与创新”公证人论坛上的致辞
(丁露)

重点关注

- 4 王协副局长在“纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下公证发展的传承与创新”公证人论坛上的致辞(摘要)
- 5 吕南停副区长在“纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下公证发展的传承与创新”公证人论坛上的致辞(摘要)
- 6 全面法治化背景下的公证业改革和创新
(孙笑侠)
- 11 “互联网+”时代的社会治理
(陆雷)
- 16 上海市公证行业信息化成果与未来规划
(朱伟东)
- 18 “藏宝湾”计划
(刘崑)

“一带一路”系列研讨之： 融资租赁与公证

- 20 “一带一路”系列研讨之：
融资租赁与公证在沪成功举办
(本刊编辑部)
- 21 不动产融资租赁
(让·达哈德)
- 28 融资租赁行业情况分析
(方之庠)
- 32 融资租赁
(西里尔·贝南德)
- 35 赋予融资租赁合同具强效力的
立法现状及实践
(张磊)

公证与诉讼对接

- 38 普陀区人民法院与普陀公证处
签订诉讼与公证对接协议
(本刊编辑部)
- 39 诉讼与公证深度对接
多元并举化解家事纠纷
(上海市普陀区人民法院)

- 41 公证与诉讼对接
积极参与家事纠纷的预防及调解
(上海市普陀公证处)

探索与思考

- 42 我国保全证据公证的问题及对策
(谢俊)

海外公证

- 48 上海公证法律代表团考察
法国、捷克公证工作(节选)
(上海公证法律代表团)

行业动态

- 50 行业动态
封二、封三 行业掠影

会员天地

- 封底 回家
(马刚毅)

王协副局长在“纪念《公证法》 实施十周年暨互联网时代下公证发展的 传承与创新”公证人论坛上的致辞（摘要）



■王协 上海市司法局副局长、市公证协会党委书记

《公证法》实施十周年来为我国公证事业的发展提供了坚实的法律保障，公证行业始终遵循《公证法》，积极参与城市建设发展，通过办理涉外、国内各类民事、经济等公证事项，在确保公平交易、保障居民财产安全流转、维护市场主体合法权益、预防化解矛盾纠纷、节约司法审判资源等方面发挥了积极作用。随着信息化和经济全球化的相互促进，互联网与经济社会各领域的融合创新，正以不可阻挡之势，对世界各国经济社会发展产生着

深远影响。公证行业作为公共法律服务的重要力量，更要紧跟时代步伐，积极适应“互联网+”的新形势，努力使人民群众获得更加公平、高效、优质、便捷的公证法律服务。在此背景下举办本次论坛，与各位互联网、公证界的专家学者们共同探讨展望在互联网时代下公证发展的趋势和前景，对于增强行业内的合作交流、促进经济社会发展，具有十分重要的现实意义。

互联网的异军突起，对公证行业而言，既是前所未有的挑战，亦是千

载难逢的机遇。如何更好地适应新时代的需求，运用互联网思维和技术，创新公证业务发展模式，深化公证法律服务，融入并推进互联网经济和生活发展，我们的行业一直在努力探索 and 实践中。

互联网发展未知远大于已知，未来空间无限。公证行业要积极顺应全球新一轮科技革命和产业变革的大势，抓紧机遇，加快互联网与公证服务体系的深度融合，用实际行动积极推进“互联网+”行动，推动公证事业持续健康发展。

吕南停副区长在“纪念《公证法》 实施十周年暨互联网时代下公证发展的 传承与创新”公证人论坛上的致辞（摘要）



■ 吕南停 上海市黄浦区副区长

公证行业作为具有社会公共服务职能的法律服务行业，对黄浦区的发展具有重要意义。一方面，现代服务业是黄浦区产业结构的重要内容，而公证行业这类专业法律服务业，本身就是现代服务业的重要组成部分，符合区域产业发展定位；另一方面，公证制度作为一项预防性的司法证明制度，在预防矛盾纠纷、保障民商事交易安全、维护群

众合法权益方面，有着不可替代的独特作用，对服务人民群众日常生活、服务经济社会健康发展非常重要。公证业的发展水平，也是黄浦区法治化水平和城区软实力的重要指标之一。

“凡益之道，与时偕行。”今天，黄浦区迎来高朋满座，是因为今年是《公证法》实施整整十年的特殊日子，也是公证行业在新的时代、新的起

点，共同研究未来行业发展的一次思想盛宴！当前，以互联网为代表的信息技术革命正日益深刻地影响着我们的生活，她影响生产方式、生活方式、行为方式，甚至思维方式。在新的形势下，公证行业要实现与经济社会深度融合，关键就在于顺应信息化发展的趋势，加快推进“互联网+公证”的进程，努力实现公证服务的信息化、网络化。

全面法治化背景下的公证业 改革和创新



◎文/孙笑侠 复旦大学法学院院长

非常荣幸受到这次论坛主办方，特别是中国公证协会丁露会长的盛情邀请，可是我在公证专业上还是一个小学生，让我来谈和公证业有关的问题，确实是没有把握。我想还是纸上谈兵吧，把我们国家法治建设

的整体趋势与我们的公证业结合起来。谈得不对的地方，还请各位批评指正。

在《公证法》颁行十周年的今天，我们的社会背景发生很大变化。回顾中国提出“法治”，大概有 17 年的

时间了。从 1997 年的“十五大”提出了“依法治国”，到 2012 年，我们再次提出“依法治国”。我想大家应该有一个问号，包括西方记者、媒体都问我们，中国为什么两次提“依法治国”，什么原因？那么，我们带着这个问题来简短地回顾一下我们两次提出“依法治国”中间的这段时间。

这段时间很关键，中间的背景发生了很大的变化。这个变化是什么？在第一次提出“依法治国”的时候，我们的经济发展非常迅速，到了一个大家意识到法治很重要的阶段。可是，这个意识到的人主要是上层，或者说是我们的中央决策者。到了 2012 年的“十八大”，我们重提“依法治国”，最大的变化是，从草根阶层开始意识到要强化法治了。这一点是这十几年的一个根本变化。所以说，法治已经成为了全社会的需求，尤其是我们老百姓的、民众的要求，而不只是最上层、决策者的要求。

大家一定记得 2008 年以前我们叫“和谐社会”，2008 年之后讲“维稳时代”。“维稳时代”是怎么提出来的，我们不去考证，但这至少反映了一个问题，技术创新、虚拟社会、全球经济、多元主体、体制转型、诚信危机、矛盾加剧，我们处在贝克所谓的“风险时代”¹，所以更需要

¹ 德国社会学家乌尔里希·贝克 (U. Beck) 提出的概念。他的《风险社会》一书于 1986 年在德国出版，接着于 1991 年出版了英文版；他又于 1999 年出版了另一本英文版论著《世界风险社会》。贝克所说的风险，指称的是完全逃离人类感知能力的放射性，空气、水和食物中的毒素和污染物，以及相伴随的短期的和长期的对植物、动物和人的影响。

国家与社会的全面法治化。法治已经从单方面的国家需求，发展到社会民众与政治国家共同需求，从政府法治化已发展到行业法治化。因此全面法治化的需求十分迫切。公证制度在信息技术进步和体制机制改革中，面临着制度改革与业务创新的使命，既适应社会风险，又提高诚信程度，树立国内国际的公信力。

一、从法治动力主体看公证业的定位

从中国法治发展动力来看，有执政官方自上而下的力量，近些年出现自下而上推动法治化有民间社会的力量。民众对法治的需求已经不是十多年前的冷漠景象，从长三角珠三角的中小型企业，到自贸区的商人；从村口的农民到街头小贩再到拆迁工地的拆迁户，几乎都有法治的需求，也都需要法治，这凝聚成一股力量，叫民间社会的力量。

除了这样一个两分法之外，在中国的法治建设中还有一个主体。这个主体既不属于政府国家，又不属于民间社会。西方 500 余年的法治发展，同样依靠这部分人。这部分人我们称之为“专业群体”或“职业群体”，

就是教科书上所讲的“法律人”，也就是十八届四中全会新创造的概念叫做“法治工作队伍”。这个专业性共同体除法官、检察官和律师之外，还包括了我们在座的各位公证人员。从《律师法》²和《公证法》³规定来看公证员门槛要求比律师还高，公证员要经过司考+2 年实习+考核。

在法治格局中，市场自主运行，政府管理执法，司法则是最后的屏障，那么公证呢？公证人和律师一样在三个环节中是“全陪”，全程提供服务。但律师的服务主要是维护委托人合法利益，而公证人的服务主要是提供事实证明。审判与公证的共同点在于中立和独立；但他们的产品不同：审判提供公平与正义，公证提供事实与诚信，证明事实也是为民间生活和市场活动提供“诚信”。

但是中国东西部差异大，公证机构在体制上并存着事业型、合作型、政府性三种体制。事业型体制是目前的主体部分，但是它对于发达地区公证业发展有一定的束缚。有人希望响应十八届三中全会的提法，“让市场去配置资源，形成一个公平自由竞争的环境”⁴，提出公证业也要放开自由竞争。个人认为这观点值得商

榷，从法律职业原理来讲，是有悖职业性质和规律的。

拉丁系的公证具有一定的行政性，它赋予公证机构和公证人代表国家行使公证证明职能，赋予了公证书很高的证据效力。美国的特殊性在于由律师充当公证人，这是由于美国律师职业化程度高，相对于大陆法系，公证业受到的管制也最少。但不等于美国公证业是由律师自由竞争的、市场化的。即使是英美法系的事务律师，也都是不敢提“律师业的市场化”。任何国家，职业化的法律服务机构都不是自由竞争的，不是市场化的。我们可以讲公司和商人是自由竞争的，律师业或公证业都不是自由竞争的，而是职业自治的，自治性不等于市场化和商业化。相对于商业接受政府强制性监督，职业的自治性需要接受以职业内部为主的特殊监督。

职业不同于行业，行业是 Trades 或 Industry，职业是 Profession，从传统意义上讲，职业只有四种：神学院培养牧师，医学院培养医师，法学院培养律师（泛指所有的法律人），师范学院培养教师。这四种人的共同点在哪里呢？

2 《律师法》第五条规定“申请律师执业，应当具备下列条件：（一）拥护中华人民共和国宪法；（二）通过国家统一司法考试；（三）在律师事务所实习满一年；（四）品行良好。

3 《公证法》第十八条规定“担任公证员，应当具备下列条件：（一）具有中华人民共和国国籍；（二）年龄二十五周岁以上六十五周岁以下；（三）公道正派，遵纪守法，品行良好；（四）通过国家司法考试；（五）在公证机构实习二年以上或者具有三年以上其他法律职业经历并在公证机构实习一年以上，经考核合格。

4 有代表的观点引用十八届三中全会报告的话来讲，说“如果你一边说社会化了，一边主管部门一个地区就批一家，那就很容易造成垄断。但如果你在这个区域批10家，甚至20家，或者说只要达到指标就批，那这个市场就完全放开了。”参见http://www.zj.xinhuanet.com/newscenter/headlines/2015-01/25/c_1114118163.htm，2016年4月15日访问。

郑晓沧先生说 Occupation (所谓就业的职位) 通常分为两种, 一是“所谓 Trades, 它不须多事训练, 如工匠之类; 至于医士、教师, 则为 Profession, 须多量之修养, 又其努力之对象, 不为小己之利益, 而为群之幸福……”。职业的本质属性可以从四个方面来看: 第一, 从专业素养——它有系统性学问; 第二, 从职业门槛——它有专业性考试; 第三, 从自治机制——它有内部性自律; 第四, 从职业伦理——它有特殊伦理。公证作为法律职业之一, 不应该被等同于普通的市场中介机构, 更不是市场商业化主体。我国现《律师法》⁵ 和《公证法》⁶ 都只使用“执业”而不使用“职业”, 这是有待完善和修改的。我之所以用“公证业”而不用“公证行业”这个概念, 就是想淡化“行业”, 要强调从“行业”转型到“职业”。今天的中国, 无论职业人员还是国家政府, 我们都要重新体会“职业” (Profession) 的本质和特征, 从而让职业共同体在自治中来分担国家和政府的部分职责和风险。同时, 法律职业队伍的职业化不等于法律人单方面提高职业素养, 政府也要转型, 政府也要转变观念, 政府也要放权, 保证职业协会的自治权, 从而保障法律人职业化。

总之, 公证是一种职业化、自治性、提供诚信证明的专业服务, 具

有中立的第三方特点。如果公证业不走职业化道路, 则无法给公证业在制度体系中找到合适的位置。在职业化这样的路径上来看, 再看行政化、合作化抑或市场化? 什么体制和编制都已经不那么重要了。总之, 公证业的职业化是唯一出路。

二、在挑战和机遇中提高公证业的地位

当下中国进入风险时代, 对公证业的挑战也很严峻。从主要的方面来看, 有以下挑战:

1、交易安全降低: 互联网技术虚拟了一个崭新世界。在电子商务安全与诚信问题上, 如何防范民商事纠纷发生, 维护交易安全? 比如在易讯网“秒杀”有奖销售公证案中, “超高数据并发量”令许多公证机构不敢承办, 上海某公证处以保全数据 (2000 多万条数据和秒杀数据) 与代码的出证方式进行了公证。

2、社会诚信减损。无论商业诚信风险、公民家庭诚信风险、还是公证机构自身的诚信风险都比以往更严峻。由于商业诚信减损, 交易成本就很高, 比如 A 公司和 B 公司商议要收购 B 公司所属的 C 公司, 可是 B 担心其诚意要求 A 首付一笔收购款, A 也担心上当不愿意, 发生争执。夫妻共同房产抵押担保的公证中, 会发现假冒配偶。现在公证机构

也会有不诚信, 比如在网络名誉侵权案中, 某公证机构轻易听信侵权人的意见为其出具“密码被盗”的虚假事实公证。

3、冲突内容升级: 在市场扩大自由、社会矛盾聚发、标的数额高升、案件数量激增的今天, 如何为政府分担责任和风险? 如何维护当事人的合法权益? 如何有利于保障社会安定、有序?

4、司法成本攀升: 目前司法成本很高, 2015 年全国法院受理案件 1952.7 万件, 各级法院审结一审民事案件 622.8 万件, 审结一审商事案件 334.7 万件, 同比上升 20.3%。法院对 7.2 万名失信被执行人进行了信用惩戒, 只有约 20% 的失信被执行人履行了义务。其中的高成本主要是涉及证据 (取证质证验证) 成本很高, 而公证职能之一是司法提供证据, 如何促进司法公正、节省司法成本、提高裁判效率?

其实这些挑战对于日益成熟的公证业来讲也是机遇! 公证的功能也得以凸显, 公证工作在提高网络交易安全、为当事人提供证明、防止矛盾纠纷、减少司法成本、分担国家政府责任等方面, 都在扮演重要的角色。在这样的风险社会, 加强公证业、提高公证业在社会治理中的地位, 其必要性已经骤然显现! 因此我们要呼吁各方面来加倍重视公证

5 我国《律师法》第二条规定“本法所称律师, 是指依法取得律师执业证书, 接受委托或者指定, 为当事人提供法律服务的执业人员。”

6 我国《公证法》第四条规定“公证协会是公证业的自律性组织, 依据章程开展活动, 对公证机构、公证员的执业活动进行监督”。

业的发展。

三十多年来，公证制度的地位不断提升，但在今天仍然还不能适应新时代、新背景、新技术的要求。我们要分析提升公证业地位的障碍何在？传统与创新冲突、客观条件与责任担当冲突、专业与民粹理念冲突、立法机制与技术欠缺……但我们要乐观地看到趋势，不仅从国外公证业发展经验看到规律和趋势，要看到市场、政府与第三方专业权力的合理化配置的趋势，还可以从中国社会化、自治化和法治化的规律和趋势中看到公证业的理想愿景，只有看到这种规律和趋势，才能勇于改革创新。

三、公证制度如何适应时代改革创新？

制度改革与创新的一般规律：除了理念和观念变革之外，我想谈谈技术化、精细化和类型化这三个创新方法和路径。

第一，科技化创新。

我们知道，科技与制度是互动的。制度创新能够推进科技创新，科技创新则制度也要创新。

电子计算机与网络大数据为我们提供了虚拟空间，这对公证制度的挑战很大，如何通过技术解决？比如解决电子签名可信度和安全问题，其多种技术方案中，比较可行的是通过电子商务认证中心建立起类似印鉴管理和登记制度，担当起对电子书真实性的证明和鉴定责任。在法律上，应当承认有相应技术保证的电

子签名的合法性，并严厉禁止任何一方泄露他方的签名，以保护电子签名只代表签名者的当前意图。这样，电子商务中的签名就与传统签名的意义和作用相一致了。又比如开发应用软件，建立局域网甚至更大的设想，实现网络化管理和操作的为数不多，贵阳市、上海市和广州市的公证机构等开发的《公证业务管理系统》或《公证管理信息系统》是初步的较为成功的案例。另外，如何培养懂计算机技术的公证员？计算机学院与法学院合作培养掌握现代技术的法律人（公证员）的可能性？

第二，精细化创新。

法律相对于现实，规则相对于个案，其实是很抽象的，是从立法到执法，是从粗到细、从死到活的过程。随着经济和技术不断创新，不仅公证业务范围在拓宽和创新，公证法的规则也从个案中更加精细化。目前，公证服务对象范围的创新就需要根据市场经济的需求不断细节化。比如以通讯方式召开基金份额持有人大会的公证，这种大会人数众多，信用存在缺陷。由公证员作为监督人，是新的业务。比如淘宝网“店铺确权服务”公证，东方公证处的经验也很重要，值得好好总结和成功经验的普及。比如新三板公证，一些公证处正在探索在 PE 投资、对赌协议、股权代持等方面提供公证法律服务，并充分利用公证赋予强制执行效力的职能作用优势，为资本安全提供可靠保障。此外在融资、跨境金融、保理行业、股转债等公证，公证处

正在探索将“融资租赁 + 强制执行 + 抵押登记”进行整合服务，为融资租赁企业和承租企业提供一揽子资金解决方案。

公证工作也和司法一样存在积极主义和消极主义两种理念和倾向。在这个时代更需要积极主义的公证，公证员要懂民法解释学或法律教义学方法，像法官一样具有“发现规则”的职能。公证人从个案实践中经常归纳或释法，一定会生成新的更细的规则。法律实行的空间拓宽问题，可以通过解释法律、填补法律漏洞等途径，发挥公证人的主观能动性。

比如电子签名问题，从法律解释的角度看，我国《合同法》在这个问题上采取了较为灵活的态度，第 33 条规定“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”“可以”是选择性的权利，不是强制性条款。这就是说，在实行合同签署时运用电子签名，也可以不签订确认书，直接使用电子签名地可以根据实际情况，首先签订使用这种方法的确认书。后一种做法可以提高合同的可靠性，防止电子签名的伪造。数字签名不应适用于法律规则要求签名的下列情况：订立或执行遗嘱；商业票据；不动产交易及赠与的合同；产权证书；其他法律规定的情况。

在一起民间借贷授权委托书的公证中，A 向 B 借款 100 万，进行《房产抵押贷款合同》公证，A 还与 B 的风控经理签订《授权委托书》借

款未还则出售 300 万的房产。授权期限为还款期届满之次日起三个月。A 弱势, B 强势, 不得不签, 但问题是: 法律应该努力消除这种市场自然形成的不公平性。但是 300 万房产处分权交给了对方, 处于不可控状态。如果到期不还, 则房产就被卖掉了。本案中可以发现: 可否让委托书延迟生效? 催告程序前置? 房产买卖价格限制? 这就是所谓个案中的“法律发现”, 正如欧美所谓“法官造法”一样。

此外, 公证人服务形式的创新与职业伦理的加强, 体现在主动向当事人提出法律意见和建议等方面。我们正是在公证实践中发现法律意见书的意义, 2008 年后司法部明确认可和鼓励公证法律意见书, 这是服务业务拓宽的一种表现。比如公证人的释法责任(“异议登记”是怎么回事, 当事人不是很清楚, 要解释)。比如根据正当程序原理要重视一些程序性义务, 公证人在程序上的告知义务, 既是服务形式的创新, 又是职业伦理的创新。

第三, 类型化创新。

类型化是思维哲学的范畴, 被管理学应用。简单地说, 类型化是指对事物进行分类, 区别对待。事物结构内部是层级化的, 因此通过分类, 区分重点和焦点, 形成开放性、直观性、意义性, 便于我们模糊地不固定地把握事物的多样形态。它不同于抽象概念, 它可以包容和交叉。因此当代司法方法中从过去重视“概念”思维发展到重视“类型”思维。

比如法定公证问题就需要进行类型化创新。如何看待强制与自愿的关系? 司法部、建设部《关于房产管理登记中加强公证的联合通知》(1991 年 9 月 12 日) 规定四项涉及房产的强制公证反映了: 涉及重大利益的领域, 政府行政职能部门很无奈, 只能依赖公证机构, 通过制度设计把审查管理义务转移给中立的第三方, 又避免了责任风险。这是符合现代政府理念的。强制义务对当事人来说是义务的增加, 所以必须经过全国人大或其常委会来立法或修改。但是大量需要强制公证的事项, 同时也是为利益相关人的权益负责, 因此不同于单一的义务增加。

我们可以比较国外的公证法规中的强制公证, 进行类型化, 比如法国的强制公证事项主要包括如下五项: (1) 遗产的分割与拍卖; (2) 亲属关系的确认, 如收养关系、亲子关系、未成年人的婚姻关系以及婚约关系的确认; (3) 赠与行为; (4) 不动产的买卖、分割、转让、抵押、拍卖和出租; (5) 债权的让与分割、抵押和质权的设立、变更等。《日本公证人法》明确规定的强制公证事项包括: 制作财产继承目录; 确定有价值证券是信托财产; 对破产财产贴封条及确认财产评估的结果; 对设立公司时的财产进行评估。《瑞士民法典》第 181 条关于婚姻家庭财产规定如下: “夫妻财产契约的缔结、变更及废除, 须经公证……, 始得生效”; 第 267 条关于收养规定如下: “收养契约, 以公证书为之……”; 第 657 条关于不动

产事项规定如下: “(一) 转移所有权的契约, 不经公证, 无约束力……”。英国的强制公证包括: (1) 主持宣誓; (2) 接受声明; (3) 提供海损证明; (4) 草拟债券发行合同; (5) 传递和证明汇票。

所以, 我们应当统计并分析一下, 哪些是概率高、利益大、影响广的, 不要简单地因为顾忌“私法自治性”而忽视交易安全的必要性。

总之, 制度创新必须坚持国际化和本土化相结合的路线。我们不仅从域外经验中提取经验智慧, 还可以把国外的制度根据中国现实问题, 融入本土。

德布林咨询公司在研究了近 2,000 个最佳创新案例后, 发现历史上所有伟大的创新都是十种基本创新类型的某种组合, 并由此开发出“创新的十种类型”框架, 引领企业向更有序、更可靠的创新迈进了一大步。其中的网络创新、结构创新、流程创新、产品性能创新、服务创新、顾客契合创新都与我们的公证业有关。创新是我们各行各业增加实力的根本所在。制度的演变规律也告诉我们, 创新是制度变革和进步的根本。公证业有必要在实践中创新的同时, 来推进中国公证制度的改革和进步。

最后, 我用美国拓朴心理学的创始人库尔特·勒温的话来结束我的发言, “任何组织变革包括解冻、变革和再冻结 3 个阶段, 每个阶段都有不同的任务”。可见制度改革和创新是需要热心和耐心。

“互联网+”时代的社会治理



◎文/陆雷 上海市信息服务行业协会秘书长

很荣幸能够出席这个论坛。我看了一下今天全部的演讲嘉宾，发现我有两个特点：第一，我是业外的。在座的各位都是公证行业内的专业人士，而我不是，我是搞互联网的。第二，今天发言的所有嘉宾除了我以外都是体制内的，而我是体制外的。中国有一句老话，叫做“他山之石，可以攻玉”。我们来看看我这个业外的、体制外人士能不能从不同的角度来解读公证这个行业。

一、什么是“互联网+”？

我今天演讲的主题是《“互联网+”时代的社会治理》。这个题目有一个关键词：“互联网+”。我相信大家通过各种媒体已经看到了不断的演绎和阐述什么是“互联网+”，今天我带来一个自己的版本。什么是“互联网+”？中国为什么要搞“互联网+”？道理很简单。因为中国目前面临着一个窘境，叫做创新乏力。我认为创新分为两种

类型。第一型叫做“压迫式创新”。什么叫压迫式创新？当各位吃不饱、穿不暖的时候，我们一定拥有强大的创新动力：人要活着，还想活好。但是当我们已经能够吃饱穿暖后，“压迫式创新”的动力已经不多了。当然在一些贫困或者偏远地区还有这样的客观需求。创新的第二类，我称之为“车库型创新”，大家可以看到今天的互联网的大企业、国内外知名的科技型企业的领导者，比如说乔布斯、比尔·盖茨，他们的创业，他们给人类社会带来的冲击，都是在他们家的车库里完成的。也就是说，当他们的家庭财富和个人收入已经达到使他们在社会中不用为生存而担忧的时候，他们可以自由地寻找自己最擅长、最喜欢做的事情。这个时候他们创业的动力和能力是极强的。然而，他们必须先要有一个车库。所以“车库创新”的核心是先要有车库。这就是中国经济和社会发展创新的窘境。我们走过了“压迫式创新”的时代，正在迈向“车库创新”。但是房价太贵，没有车库。导致今天中国进入这么一个中间期。在这个时间段怎么办？于是我们有了“互联网+”。

在2015年，随着李克强总理提出“互联网+”以及企业注册门槛的降低，在全国范围内共有400万家企业在国家工商总局注册。而在2014年，这个数字是20万家。也就是说，我

们通过“互联网+”一下子把企业注册数增加了20倍。当然，我们马上也会面临一个注销和破产潮，有很多的企业当年就无法继续经营。我们都知道运动式是不好的，为什么还要搞运动式？为什么还要搞“互联网+”？大家要理解这背后深刻的含义。它不是一个技术命题，它是当下中国在全球竞争环境中努力激发创新的一个创举。刘崴刚才的演讲给了我震撼。我完全没有想到，作为一个体制内的干部他会用这样的思维去思考这么一个目的和这么一个行为方式，这出乎我的意料。我在上海滩参加了这么多会议，第一次看到我们体制内的干部在思考这样问题。但是想想又释然了。刚才我和张局在聊，因为我们公证人员是站在法律为底线、市场为前端的中间段，我们正在接触市场，我们感受到市场给我们带来的热浪和动力。所以我们有了这样的“互联网+”思维。“互联网+”，各位，就是给年轻人以机会，希望年轻人用它来实现突破性的创新。前面的人已经把太多的利益位置占住了，而年轻人要重新发展起来需要有新的领域和空间，这就是我们讲到的“互联网+”的“赛博”空间，我待会会给大家解释。其实很好理解，当各位抬头看着我的时候，我们现在所在的空间叫做现实空间，但是当大家低头去看手机的时候，你就进入了“赛博”空间，或者叫虚拟空间。在现实空间有现实空间的规则，我拿着话筒在讲话，各位在听，这就是现实空间的规则。现实空间里领导最大。而在“赛博”空间里，规

则不一样。刚才有个人偷偷拍了我一张照片，发到网上评论道这个老师好胖。我能拦着他吗？我拦不住。为什么？因为虚拟空间里的规则不同，群众最大。所以今天我的演讲会横跨这几个部分。我们来谈八零后、九零后、零零后如何会利用“互联网+”来颠覆传统的思维和结构。当然我还要讲的是我们七零后、六零后、五零后，我们也不服气，当年轻人要试图颠覆我们的时候，我们要“+互联网”，我们也要做出改变。当“互联网+”和“+互联网”真正都触动起来并最终融合的时候，我们国家的创新将达到一个全新的高度。这才是中央提出“互联网+”的真正含义。

二、关于“互联网+”时代的社会治理的三个观点

因为我的时间只有二十分钟，所以我提出三个观点。

第一个观点：治理不等于管理。大家注意到，治理这个词事实上在2013年以后才被大面积地使用。而之前我们用得更多的是管理。因为工作的关系，我本人是IT治理国家标准组的成员，并且是其中三个标准组的组长，所以我接触“IT治理”的概念比较早。治理这个概念，实际上在IT行业里用得最多，现在用得也很好。但是这一字之差里包含的意思就是治理不等于管理。我们的圣人讲过一句话，叫“治大国若烹小鲜”，他讲的不是管大国若烹小鲜，为什么？因为治理和管理的核心差异就在于管理是垂直行，是上下行。上令而下行就叫管

理。我们今天所有的管理学科都谈到的是树状结构，垂直划分。治理是什么？治理是参与整个行为的人群都对它提出自己的建议和意见并且参与到其中的行为中去。也就是说第一种模式是自上而下的，而治理是全体发力的。刚才刘崴的演讲，他是站在一个公证员的角度来谈他的“藏宝湾”计划，这就是治理的一个典型象征。他不是领导，不是大领导，却也有资格说我想做这个事，我们大家一起去。他作为这个行业里的一个成员，站在他的角度用创新的思维提出了他的构想，能不能做成？不知道。我们大家一起努力试着去做，这就是社会治理，这将是中国的民主政治的一个良好氛围，是我们进一步深化民主政治的一个基础开端。我觉得非常好，我用一个现实案例给大家介绍一下。

当我们这个社会碰到了两个变化：一是出现了现实世界和虚拟世界的划分，二是我们从原来传统的垂直式管理走向社会治理结构的时候，我们就有了更丰富的内容。对于行业协会，我经常有一个比方：我认为政府是一块面包。上海的政府很强，大家公认行政效率很高，但是这块面包在肯德基只能卖1.5元钱；企业是另一块面包。企业也很厉害，在上海的企业都懂得怎么样利用市场来生存。当两块面包放在一起的时候，它只能卖3.0元。为什么？因为他卖的是两块面包。而真正市场化的行业协会，是能够连接政府和企业的。它是什么？它是中间的那块牛肉，加上这块牛肉，就卖19.8元。所以在法律为底线、

市场为最高线之间，有社会组织很大的空间。联合市场和行政双方的力量能够把社会治理得更加完满，这是上海社会创新未来的方向。

所以我们回到主题，第一个观点：治理不等于管理。全面依法治国，这是习近平同志讲的，我们提了四个词：科学立法、公正司法、严格执法、全民守法。不多说，在座的各位都比我懂。

当治理不等于管理的时候，就表示我们今天谈的这个话题不再是以垂直式的结构来理解。法治，前面复旦大学的孙老师讲得特别好。十年前我们谈法治理的是法律的基本架构，而今天我们讲的是守法。守法是基础要

求。各位，我们不单单要做一个守法的人，在法律之上还有很大的空间。我们用上海的土话讲这叫“腔调”，我们不但要做一个守法的人，我们更要做一个“有腔调”的人，在守法之上还有文明。所以，当出现这样的社会治理结构的时候，我们怎么样从上而下，又从下而上，从内到外，还有从外到内，来推动整个法治社会的建设，实际上这是我们当下社会治理的主要命题。

第二个观点：“互联网+”时代带来社会治理新范畴，并提供社会治理基础环境与技术条件。

刚才讲了，当我们的整个时代发生了变化，大家看到了“互联网+”时

代的社会制度。“互联网+”时代出现了“赛博”空间。2014年习近平同志创设了一个新的组织，叫做中央网络安全与信息化领导小组。这个词很特殊，为什么叫中央网络安全与信息化，而不是中央信息化与网络安全？道理很简单，因为这个网络安全在这里用英文翻译不是我们通常理解的“Net Work”，也不是“Internet”，它是一个新的单词，叫做“Cyber space”，即网络空间。在现实世界，我们会因来自肉体和精神的伤害而失去安全保障。而网络空间的安全就是在那个世界里我们有没有得到相应的保护。习近平同志1月份刚刚在乌镇互联网大



会上提出了要和全世界共建共享网络安全规则。大家看到了，这是中国提出的，不是美国提出的。为什么？因为美国人不提，网络安全规则都是他的，而如果我们不提，就没有我们的，所以我们必须要提。所以大家要充分理解，从2014年中国正式成立这样一个机构开始，表示我们政府已经把网络空间作为我们国家第五大主权提出。我们之前有四大主权，分别是陆地、海洋和天空，后面又提出了一个宇宙空间，这是第四大主权，第五大主权就是我们的网络空间。国家也正在积极准备立一部法，它的名字叫做《中国网络空间安全法》，它将是我们的国家第一部在互联网领域的法律。这个是和俄罗斯学的，俄罗斯在去年已经通过了这部法律。所以今天，无论是中央还是现实世界，我们都可以清晰得看到赛博空间和现实空间共同组成了我们今天的社会。所以我们现在来谈社会治理，就一定要把这两样东西连在一起谈。

社会治理在今天的“互联网+”时代面临着两个发展趋势，一个叫做从线下到线上，一个叫做从线上到线下。我们业内说法叫做“O2O”，不管哪个“O”在前面，“Online”还是“Offline”，都一样。我们看一看，线下到线上是什么？听到前面的演讲我已经深刻地感受到我们业内对线下到线上已经开始有了充分的认识。我们传统的业务怎么样不给老百姓增加麻烦？怎么不给这些业务增加成本？这是我们在思考的。我们试图通过线上

的业务来减少交易成本，实现我们业务的渗透。把位置占住，我们才能立于不败之地。正如前面讲到的，不是你贡献了多少，而是你有多被需要。这个就是线下走到线上。然而我们发展到一定程度会看到线上要走向线下。今天我们所有的互联网企业更多地考虑如何把线上业务向线下渗透。比如说上海的互联网金融机构正在全面地推动网络征信和线下征信相结合。如果咱们这个“藏宝湾”弄起来以后，他们是非常愿意和你们连接的。因为对于他们来讲，如果你能把这些数据整合起来，你这个数据比其他地方的数据，更容易获得，更加可信，他们立刻愿意用线上的数据系统来和你对接，甚至和你去一起做一些征信的工作。各位，“藏宝湾”计划如果能得到完整的实现，就能打通线上和线下，这是最厉害的。所以这就是“互联网+”发展到后面一个最终的趋势，无论是从线下往线上走，还是线上业务往线下渗透，最终的结果一定是融合。而融合之后它才能发挥出几何级数的能力的暴增。

在这个时代还有一个特别有意思的事：“互联网+”时代为现实社会治理提供了基础环境和技术条件。再给大家报告一个数据，2015年全国数字营销产业在互联网上投放的广告总金额是1600亿人民币。这是我们行业里的统计，还不完整，只会大于这个数，不会小于这个数。但是即使是这个数，也已经超过了电视加广播加杂志加报纸的广告投放总金额。我简

单地花一分钟给大家介绍一下互联网广告是怎么做的：比如说孙老师现在打开了一个网站。这个时候，在0.02秒之间，这个网站向后台发送了一条信息，说：来了个人！来了个人！什么人？这个人是个男人，三十岁到五十岁之间，爱好皮鞋，爱好钓鱼。他会根据数据对你进行一个画像，在0.02秒时间把你的信息发送到一个地方，这个地方叫做互联网广告交易平台。然后接下来，刘巍他是卖皮鞋的，他立刻举牌说我出三分钱，旁边的朱伟东说我出五分钱，朱伟东是卖钓鱼竿的，好，朱伟东中标。这时候再有0.02秒，你的网站打开的一霎那弹出的一个广告是朱伟东的卖钓鱼竿的广告，因为朱伟东花5分钱拍得了广告投放权。互联网广告现在是这么交易的，它全部是精准投放。那么它怎么来描述你呢？它是根据你在这个网站上的行为数据记录来登记你的行为，来描述你。那你上得越多，他对你描述得越清楚。我刚才讲的这个交易全部是电子化交易，所以它的广告投放效率远远高于电视、杂志和报纸的投放效率，因为它可以清楚地知道我给谁投了一个什么广告。这就是为什么现在互联网上广告投放的总金额已经超过了其他所有传统媒体的总和。这就是为什么新媒体现在是爆炸式的发展，因为新的技术方法。各位想过没有，如果没有这样的技术方法，这些事情是做不到的。第一，快速的数据画像技术；第二，快速的数据交易和交易平台。在这里还有一种机构，叫

做第三方检测机构。为什么呢？因为需要第三方监测他们之间的交易有没有造假。现在广告商很担心的就是无效广告，这个事情就需要公证。这个公证是要用技术手段去实现的，而不是靠人工去做的。我们现在有很多企业做这个第三方机构，它通过技术来监测你的这个数据，对这个数据进行认证，但是它是企业行为。它更靠近市场，离法律稍微远一点。我们公证如果也能做同样的业务，你的公信力一定强于他。因为双方到年底结账时是根据公证机构的数据为准的。不是你说的点击 1000 万次，而是根据公证机构说的 600 万次有效点击，最后按 600 万结账。所以“互联网+”时代提供了我们现有的基础环境和技术条件，能够实现线上和线下两部分治理技术的结合。

那么这些基础环境和技术条件有些什么？我列了一些：互联网平台、网络、信息、数据和计算。最近上海银联来找我，说今年想开一个新业务，叫做“抓小三”。我说你们怎么会开这个业务？他说道理很简单，我现在拥有全国所有人的刷卡数据。我们做了一个模型，这个模型原理基本是这样的：当一个男性到宾馆去刷卡开房的时候，在周边范围五百米半径内，同时在一个时间段有一个女性也在进行消费，这两个人不是夫妻关系，当女性消费达到一定次数之后，这个女性是“小三”的可能性极大。大家想想看有道理吗？我没想到，这是他们自己想到的。

他们现在就准备开展这个业务，因为对银联来讲他们已经不满足于仅收交易费，他们觉得我的数据也是宝库，怎么把我的数据拿出来提供社会化的服务。以前的数据都被记录下来。因为在互联网上，他的每一寸的土壤就是数据。腾讯、百度、阿里，从他们公司成立的第一天开始，你所有的数据都保存在他们的服务器上。你做过的所有动作都留证了，所以数据是可追溯的。在这些新技术的推动下，整个社会治理、公共数据和社会数据的整合，我判断，将是未来企业行政和市场结合的关注点。

第三个观点：“互联网+”时代为公证行业带来新的发展形式。

我是一个业外人士，我谈一谈我理解的公证，我认为首先它一定是一种服务，我认为公证一定是一种服务产品。它一定在行政、法律和市场之间游走。如果我们越靠近行政，越靠近法律，可能我们公证行业的发展、发挥的空间越少；如果我们能越靠近市场，我们可能未来的空间越大。而第三方见证机构和证据机构，我认为在这个世界永远需要，所以各位永远不要担心失业。这个世界永远需要“老娘舅”存在，但是用什么方式存在，这就值得探讨。今天我们的时代变了，我们除了在现实生活中生活，还在“cyber space”、在虚拟世界生活。我们再用以前老一套方法来适应今天生活状态显然是不合适的。我们能不能用好互联网的技术、工具、方法和思维来真正解决老百姓的需求和

痛点？我的逻辑是这样，要想解决你在业务中成本过高问题，那就很简单，你要用一种新的方法让你的成本降到比对手更低，你的成本降到对方可以接受，甚至比对方想象的还要更低，你的业务就会获得成功。这是互联网的规则里百试不爽的一个规则。只要你把你的成本降到比他想象的还要低，你就会获得所有的成功。

三、总结

最后，这是我的一些思考，和大家共享，共有四点。第一，“互联网+”时代的社会治理应该是引导全民通过法律途径来解决问题。既要培养全民的法治习惯，同时也希望大家有法治意识，这是底线。第二，在这个时代，无论是线上线下，都要遵循法治化原则。我们的现状是目前在互联网空间尚无成文的法律，所以互联网的空间现在更加自由，法无禁止即可为。这就是为什么互联网业务都在层出不穷地推出的核心原因。第三，今天我们来谈“互联网+”时代的社会治理一定是要遵从线上和线下的互动。线上在前还是线下在前这个不重要，只要双方互动融合，我们就有未来。第四，“互联网+”时代的社会治理要进行合作创新。我刚才讲，我们自己搞好“藏宝湾”固然是好的，但是如果这个“藏宝湾”只对内不对外，不和别人合作，上海话说就是“死蟹一只”。只有真正地共荣共通，把你这个“湾”放出来，成为大家的避风湾，你才会真正拥有未来，拥抱未来。

上海市公证行业信息化成果与未来规划



◎文/朱伟东 上海市公证协会信息化建设委员会主任委员、浦东公证处副主任

一、上海市公证行业信息化建设发展概况

上海市公证协会信息化委员会，自2010年成立后，即着手制定了上海市公证行业信息化建设发展规划，通过五年多的努力，基本完成了“一个网络、一套系统、一个平台”的建设目标。

（一）“一个网络”，即行业信息网络基础设施基本建立。

在2013年一条以东方有线MSTP网络为基础的、覆盖全市公证行业信息传输的专用网络已开通，该网络以公证协会为中心点，将全市的21家公证机构全部接入该公证行业专用网络，实现公证机构、公证协会之间高速、安全、稳定的信息数据传输。

网络内部系统采用分布式系统部署。

1、各公证机构在部署公证处应用系统和数据库服务器的同时，将身份识别仪、摄像头、电子签章系统、排队叫号器、服务评价器等外设与应用服务器互通。

2、公证协会部署内网应用和外网应用两个部分。其中，内网应用部署公证协会应用系统、公证管理应用系统和数据库服务器；外网应用部署公众服务系统和数据库服务器；与外网的数据交换通过网闸来实现安全隔离，并在网闸外配备一个前置服务器，部署信息共享交换系统，实现与房地产、民政、公安等部门的数据共享交换。

3、整个系统涉及的公证处数据库、协

会数据库、对外服务数据库采用DbLink和Java程序的方式进行即时同步。

4、公证行业专用网络传输信息内容主要包括以下三部分：

1) 协会可以即时调取各公证机构的办证进度、办证内容等信息，也可以对21家公证机构办证信息进行多种方式综合统计。

2) 协会可为21家公证机构提供房地产登记信息、婚姻登记信息、个人身份户籍信息、外籍人士有无犯罪记录信息、涉台寄送副本的核实、查询，核查的申请、反馈都集成在“上海市综合应用系统”，做到事证关联。

3) 以业务数据库为基础，包括遗嘱信息、警示信息、担保信息等信息的数据中心已初具规模，初步实现了21家公证机构信息资源共享。

（二）“一套系统”。即开发、推广了统一版本的业务系统——“上海市公证综合应用系统”。

截至到今年3月，全市公证机构已经全部使用新开发的公证综合应用系统，这将为行业建立公证业务数据库和提升公证管理工作效能奠定技术基础。2011年，鉴于原有公证业务系统已经无法满足目前公证业务应用和管理的需求，经协会理事会决议，协会开发了新版的公证业务管理系统，该系统于2013年5月由安徽合肥信息技术服务有限公司初步开发完毕，经过前期的开发、试运行，基本适应行业在业务办理、行业管理、综合服务、协助办公等方面的应用，目前已正式在全市

21家公证机构运用。

(三)“一个平台”。全市统一的公证服务网络平台完成开发升级。2015年协会在“上海公证网”的基础上建立全市统一的公证服务网络平台,增加了“网上公证业务咨询、网上办证表格下载、网上办证预约、网上办证进度查询”等服务功能,连接全市公证机构,形成全市统一的公证服务网络平台,为下一步建立全市统一线上线下功能齐全的公证服务体系打下坚实基础。

(四)“互联网+公证”行动取得突破。全市公证机构坚持业务创新和服务创新,探索“互联网+公证”的发展模式,不断推出公证业务和公证服务的新产品:如东方公证处的“网络证据宝”、长宁公证处的“数字化公证档案”、杨浦公证处的“手机支付宝公证服务”、宝山证处的“微信办证系统”、卢湾公证处的“数字证书授权受理点”、闵行公证处的“公证业务自助受理系统”、徐汇公证处的“电子邮件保管箱”等,为公证行业下一步创新发展进行了有益探索。

二、上海市公证行业信息化近期建设目标

信息化建设的目标是清除壁垒、消除孤岛,实现信息资源的共享利用,我们公证行业信息化的近期目标应该是借助信息化的手段来实现“线上+线下”立体式应用格局。

(一)在全市公证机构运行统一办证系统的基础上,强化各项功能的开发利用,在近期达到三化——业务数据电子化、业务管理规范化、办公网络化。

1、业务数据电子化。全市各个公证处统一使用办证系统办理公证业务。从咨询、申请、受理、办理、审批、打印、发证、归档、纸质材料的扫描形成电子卷宗以及相关费用的管理等都通过系统

进行操作,实现整个办证流程的电子化。

2、业务管理规范化。对公证办理实行动态化管理,使公证管理人员可随时掌控办证全过程,对违反程序、违规收费等现象及时予以自动警示,实现“事前可预防、事中可监控、事后可追踪”的管理目标。

3、办公网络化。借用公证专网建立协同办公平台,通过网络实现协会、管理部门与公证机构间文件通知的收发、申请审批、简报的无纸化办公。建立专网即时通讯系统,并集成到公证处业务系统和公证管理系统中,实现公证处之间及与协会、公管处之间的信息安全传递。

(二)进一步完善全市统一的公证服务平台系统,开展“互联网+”公证的便民举措。

1、协会组织开发的公证服务网络平台及移动客户端,主要集成网上预约、咨询、申办公证及公证机构、公证员、公证书内容查询等功能,下一步各公证机构将根据实际情况对接业务办证系统,加强这两个平台系统的完善、开发,逐步开放自助办证、办证进度查询、公证书核对等功能。

2、公证书公开是公证工作公开公平的重要举措,能够极大地方便公证书使用者,扩大行业影响力,更好呈现公证的价值。争取年内全部公证书可以进行网上查询,实现公证服务网络平台与政府大数据平台、市民服务平台的连接,尽早建立覆盖全市的线上线下功能齐全的公证服务体系。

3、在启动行业公证档案集中保管的同时,启动上海公证档案数字化工作,以方便公证卷宗档案的管理、查阅以及大数据的分析与应用。

4、积极推动电子数据保全保管类公证项目。随着信息化的快速发展,电

子数据保全保管类公证日益增多。虽然上海有东方、闵行、徐汇、奉贤等公证处开展了各自的电子数据保全保管类公证,但是各公证处建立方式各有不同,信息化建设投入也存在着重复。有必要整合资源集中规范建设,壮大实力增强在同行业中的竞争优势。

(三)加强全市公证行业各类信息数据的共享交换,提高信息化成果的利用。

1、对全市公证业务数据包括共享信息(包括:诚信信息、遗嘱信息、通报信息、民间借贷等)资源数据库进行整理,确保数据包括历史数据的正确性。

2、研发大数据分析系统,建立大数据分析模型,建立公证文书库、公证抵押登记库、公证遗嘱库、公证民间借贷库、公证强制执行库等,最终形成完整的上海公证行业数据库。探索运用大数据技术分析整理公证业务数据和公证档案数据,形成行业数据资源,扩大行业影响力,向社会信用信息平台和政府大数据库提供公证数据信息。

3、加强和外单位的数据共享,加强与外单位数据联合研发数据接口,实现以自动查询取代目前的人工核对再反馈给公证机构的工作模式;开发翻译接口系统,公证书外事认证接口系统,在公证协会、公证机构与外事认证中心、各家翻译公司之间建立一套在线系统,外事服务中心、翻译公司通过这个系统将相关文件信息实时传输到协会、公证机构。

(四)加强信息安全保障体系建设。完善信息安全组织管理体系,落实信息安全责任制;建立公证行业信息安全应急处理机制,制定信息安全应急预案;建立容灾备份机制;加快软件正版化的推进工作;加强在岗信息安全培训,提高信息安全技能;在全行业内加强信息安全宣传,提高信息安全意识。

“藏宝湾”计划



◎文/刘巍 上海市卢湾公证处智慧公证中心负责人

信息是什么?

信息绝对不是什么新鲜的名词。早在人类懵懂初开的石器时代,就已经有了结绳记事的传统。随着文明的发展,石刻与岩画、文学与艺术都成为了传递信息的最有效的途径。

那,证明又是什么?

证明只是信息的一种使用方式。在人类社会发端之初,是一个以宗氏为核心的农业社会。在这样一种社会中,人是被束缚在土地上的,究其一生,都有可能不会离开他出生的地方。而且,由于周围的人都是沾亲带故的,因此当然没有必要证明我妈是我妈,因为所有人都知道谁是你妈,他们认识你妈的时间甚至早于你出生许多年。然而,随着人类社会不断向前发展,特别是进入到商业经济社会和大航海时代所带来的地理大发现,使得人们开始离家越来越远,从一个熟人社会进入到了陌生人社会。在这样一个陌生人社会中,每个人都像带着面具一样。你是谁?你从哪

里来?你能做什么?你有哪些家人?于是,证明的需求就被激发了,现代公证人这个职业也应运而生。可以说,公证制度的出现是社会发展到一定程度后的必然结果。

然而,近年来,证明的问题却似乎成为了一个笑话。从证明“你妈是你妈”开始,所谓的“奇葩证明”一次次让公证行业躺枪。那么,究竟什么是证明的正确打开方式呢?

一个行业所能获得的地位和回报并非与它的劳动成正比,而是与它劳动的不可替代性成正比。现代社会中有两大难题,一是现实世界中的证明难题,二是网络世界中的身份难题。谁能够解决它们,谁就可以占据互联网时代的制高点。那么,在这个新的时代,什么是公证行业的独门秘籍呢?什么是每一家公证处都能够做到的?什么是能够真正符合老百姓需求的呢?今天,我们有了自己的回答。我们叫它——“藏宝湾”计划。

计划的开端源自于一个早春二月,我父亲的一个朋友为了移民而在我这里

办理了全家一系列的公证,厚厚的一摞。我在查看这些卷宗时,恍惚间似乎所有的信息都摆脱了纸面的束缚而跳跃出来,按照当事人的姓名进行了归类,而各个当事人相互之间又连点成线,从而一副完整的家庭关系网就在刹那呈现在我的面前。就如同一个个神经元将冷冰冰的卷宗连接成为了一个活生生的有机生命体。于是,我在想,有没有一种方法可以将我们公证工作中所积累的所有的个人信息串联起来,能不能就此真正实现公证的大数据化呢?

幸运的是,我们找到了这个方法。

我个人很喜欢看科幻电影。学生时代有一部电影给我留下了深刻的印象,名字叫做《X战警》。其中有一位X教授,他最厉害的特异功能就是当他连接上脑波放大器的时候,他可以追踪到这个世界上任何一个人,了解他的过去和现在。如今,从某种程度上来说,我们可以把它变成现实。只需要轻轻的一点。

根据上海市公证协会的统计,2015年,全市公证机构共受理各类公证案件60万件。按此统计,自恢复重建至今30多年以来,公证行业至少已保存了超过400万份的公证卷宗。这些卷宗中积淀着大量的诸如姓名、出生年月、长相、婚姻、经历、社会关系、财产情况的公民信息。这些信息都是公证行业所独有的宝藏。但由于过往技术条件所限,这些信息都没有转化为电子数据,没有得到有效的整合和利用。这在“数据为王”的互联网时代无疑是一个极大的浪费。倘若我们可以通过对公证处卷宗的数据采集、录入和整理工作,构建公证大数据库,以大数据的方式实现有关证明材料的实时调取,并在此基础上在民政、户籍、房产登记、

银行征信等部门之间搭建桥梁和数据的对外开放出口,就能从根本上解决李克强总理所提出的“证明难”的问题。从而让老百姓们少跑路或者不跑路就能够获取到自己所需的证明材料。

相较于其他部门的数据库,我们的“藏宝湾”计划拥有许多独特的优势:

首先,我们在“藏宝湾”计划中创新性地使用了以公民为纬度的数据库架构。公民是组成数据库的基本元素。在其中,某个公民所有的个人信息、财产信息、学历经历、亲属状况、有无犯罪记录,甚至是有无失信的情况都归集这个公民的名下。全方位地勾画出这个公民的形象。信息越完整,形象越清晰。

其次,“藏宝湾”计划所展现的亲属关系网络图中凝结了公证人大量的创造性劳动。这些关系的确定是公证人在调查和比对公民的人事档案、户籍资料、婚姻状况等各部门信息的基础上综合形成的。这是公证行业所独有的,这些信息在真实性、完整性和更新程度上的优势没有任何其他部门可以比肩,有着很高的社会价值。

第三,我们的政府现在正在推进“信息广场”的建设,力图通过打破部门之间的信息壁垒实现信息的互融互通。但这样的做法仅仅解决了信息汇集的问题,却依然没有解决如何对外提供的问题。特别需要明确的一点是,证明本身并不应当成为一个问题,真正的问题是如何开具证明。大众有证明的需求,但掌握信息的部门又担心隐私的泄露。于是作为法定证明机构的公证机构当然能够成为其中的桥梁,甚至打通各个部门之间的信息壁垒,真正成为全社会各类信息的汇聚地和出口,从而在最大程度上减少人民群众的往返奔波,切实提高政府的社会治理能力。

最后,当上面的这些都变成了现实,一种新的标准就被创设出来了。公证行业

可以借助“藏宝湾”计划所累积起的海量数据,来向信息认证过的公民制发电子签名,达到线上线下对于公民身份的统一认证,帮助政府真正解决网络世界身份验证的问题。甚至可以在认证中对公民信息的完整度和信用等级进行打分和评级,使公证行业参与到整个社会信用体系的建设中去。

我们可以尽情地畅想,未来,当全国3000多家公证处的数据全部接入“藏宝湾”的那一刻,公证当事人前来申办公证时再也不需要携带任何的证明材料,因为所有必须的证明都已经在“藏宝湾”中得到了很好的分类整理,可以被方便地调取。甚至他们的身份信息也早已储存于电子签名中;要是他们想开具任何证明也不用东奔西跑,只要来到公证处,民政、户籍、房产、银行的各类信息早已在这里待命;凭借公证处制发的电子签名,他们还可以足不出户就能自由地在网络世界中签署文件、订立合同,甚至是查询到所有跟自己有关的信息资料。由于事先经由“藏宝湾”的验证,因此这些电子签名的使用者身份完全不必怀疑,而且经由电子签名的防火墙技术,可以有效分配使用者的权限,从而最大限度地防止信息泄露。这种完全摒弃了传统纸质载体的模式,不仅将极大改变人们的生活习惯,也给公证的形态带来了颠覆性的转变,使公证证明可以真正化身为网络世界中的数据串,从而从形式到内容都达成了真正的电子化。公证行业将自此真正成为每一个公民日常生活中不可或缺的一个重要的组成部分。今天,在这里,它不再只是个梦想,而已经踏踏实实迈出了第一步。

为了让“藏宝湾”计划真正发挥它的作用,让更多的公证同仁们一同参与进来,共同携手去达成这个远大的目标。我们做了两个一点也不艰难的决定,那就是“平台化”和“众筹化”。

基于信息交互的需要,未来“藏宝湾”计划将由内网运行转向云端运行。在云端,首先一家公证处所录入的数据可以被全国的同行所查询到,一家公证处也可以查询所有全国同行所录入的数据;其次,省却了公证处架设本地系统的大量的硬件投入成本,只需要对录入人员进行针对性地培训即可,对于系统的日常维护也可以通过远程的方式实现,不受各地现实条件的制约,在全国范围内有着较好的适用度;我们的目标是通过大家的群策群力,建立起公证行业自己的具有金融级安全性认证的私有云平台,这样既能够摆脱对于其他云计算提供商的依赖,又可以充分地保障信息安全。

作为一个全国性的公证大数据库,我们的目标是大家都能够来使用,共同做大做强。所以我们在计划的初始阶段就抱着一种开放的心态来一步步地推进我们的工作。为此,我们在一定程度上引入了商业的模式,特别是目前最为火热的众筹模式。将“藏宝湾”计划作为一个线上的产品,希望大家能够来共同参与。通过你们,再带动本地区公证信息化的进一步开展。

信息社会的发展是如此之快。如果你不睁开眼睛,你以为世界还是你想象的那样么?当互联网将已知世界从一个不断扩大扩大的进程中突然塌陷回一个地球村的那一刻起,公证在整个社会发展过程中所起到的媒介作用就越来越被弱化。公证行业需要在新的时代下找寻到符合时代要求的新的核心价值。而这个核心价值就在于对数据的收集、掌控和利用。

各位敬爱的领导、亲爱的同行,希望大家能同我携手,一起努力把这个最美好的梦想变成现实。而在追寻梦想的过程中,永远不要嫌自己的梦想太大。因为只有大梦想,才有大未来!

“一带一路”系列研讨之： 融资租赁与公证在沪成功举办

2016年4月12日，由上海市司法局、上海市公证协会主办，上海中法公证法律交流培训中心承办的“第32期中法公证法律专题讲座‘一带一路’系列研讨之：融资租赁与公证”在上海成功举办。上海市司法局副局长王协、欧盟公证理事会主席达哈德、法国驻沪副总领事宁德乐出席会议并致辞。讲座由上海市公证协会会长黄群、法国公证人高等理事会中国事务代表、上海中法公证法律交流培训中心董事长谢阁兰先生共同主持。上海市迈森融资租赁有限公司总经理方之庠、上海市杨浦公证处副主任张磊、法国信托投资银行客户策略部公证事务负责人贝南德在会上作了发言，上海市司法局公证工作管理处王琼处长、法国公证人戴毕思女士作了精彩总结发言。此外，来自法国高校的12名学生、华东政法大学研究生院的学生以及全市60多名公证同仁共同参与了本次研讨活动。



本次研讨会是继“一带一路”与公证法律服务研讨会之后，中法两国公证界交流合作的又一次饕餮盛宴，为本市公证行业在新型金融市场的发展提供了有益的探索。“他山之石，可以攻玉”，近年来，上海公证行业始终立足于社会发展需求，学习借鉴各国的先进经验，坚持“创新、协调、绿色、开放、共享”的发展理念，不断拓展业务领域，特别是面对当前“互联网+”、电子商务、新型金融市场等新兴领域的快速发展，各公证机构持续提高自身业务

素质，积极推动公证制度在相关领域的应用，充分发挥公证的预防职能和公证的强制执行制度，以专业的团队为防范金融风险作出重要贡献。

本次活动的亮点是欧盟公证理事会主席达哈德亲自介绍了法国不动产融资租赁的情况，为本市公证人员了解法国融资租赁在不动产领域的运用提供了宝贵的机会；上海迈森融资租赁有限公司方之庠总经理作了题为《融资租赁行业情况分析》的报告，介绍了目前中国融资租赁行业的发展状况，使得法国公证界同仁及法国高

校公证法专业的学生同样有机会了解我国融资租赁的现状；而作为专业的法律服务工作者，上海市杨浦公证处张磊副主任从公证行业的角度，介绍了赋予融资租赁合同具强效力的立法现状及实践。

本次研讨活动在两国公证界及国际公证领域都产生了良好的反响。未来，公证行业将进一步加强各国间的交流合作，积极投身“一带一路”建设，多维度拓展公证服务领域，努力开创公证改革发展新局面。

（本刊编辑部）



不动产融资租赁



◎文/让·达哈德（Jean TARRADE） 欧盟公证理事会主席

（一）引言

法语中“信贷”一词来源于拉丁语“credere”，该拉丁词的本意为“相信”，涉及到信任这个概念。

信贷也许是合同最古老的来源之一，合同需要这种信任，因为合同意味着延续的关系。

我们可以把信贷视为债权人或放款人将一笔钱交给债务人或借款人支配，债务人－借款人则承担在约定期限内履行偿还的义务。

缔约方可以约定除了偿还本金，附加支付一定的利益，用以酬报放款人提供的帮助以及补偿其资金收益的损失。

在这种借贷活动中，冒风险的是债权人－放款人：债务人确实会把钱

还给我吗？

我用一个小故事来概括这种局面：

某天夜里，向邻居借了钱的男子辗转反侧，难以入睡，因为次日他必须还债，可是他没钱可还。

于是他去把酣睡中的邻居叫醒。

邻居问他：

“你干嘛把叫醒我？”

“因为我明天得还欠你的钱，可是我还不了……现在，睡不着的该是你了……”

要让放款人同意放贷，有“信任”感，首先要让他感到放心，也就是他需要法律上所说的“担保”。

我同意把钱借给你，可是你给我什么样的担保，保证如期还钱？

按照法国法律，担保分为两类：

人保：第三人介入借款合同中，为偿还贷款提供担保。这种机制称为保证：假如主债务人无力履行债务，保证人承担代替履行。

物保：债务人将财产交给债权人作为担保。假如前者无力履行债务，债权人可以成为该财产的所有权人，或请司法机构出售该财产，用出售所得获得偿还。

物保可以是动产（以动产作担保），称为“质押”或“动产抵押”；物保也可以是不动产（以不动产作担保），称为“不动产抵押”。

债权人和债务人从各自的立场出发，始终都在为自己寻找最好的担保。

放款人希望获得最可靠的保证，借款人则希望给出对自己约束力不至于太强的担保。

融资租赁基于这样一个观点，即对于放款人而言，最好的担保就是他在租赁存续期间是担保物的所有权人，合约到期时才把所有权转给借款人。

这种租赁或出租工具最先在美国得到应用，用于购置工业设备的贷款融资。

起初，投资人同意签订这种租赁合同，投资人购买工业设备，然后租给那些没有能力或者无意购买这些设备的企业使用。因此，早起的租赁合同是回租合同（后面会讲到这种工具）。

这些合同涉及设备装备，得到很大的发展，甚至包括大众消费领域的汽车融资租赁。

融资租赁的技术也是在美国首先

拓展到不动产领域，根据同样的原则：

无论是动产租赁还是不动产租赁，出租人和承租人签订的租赁合同是有固定期限的，合同期满退还或购买租赁物。

作为公证人，我们将研究不动产融资租赁，因为法国公证人不参与动产融资租赁的操作。

不动产融资租赁在法国出现的时间比较晚，它首先在美国、英国和德国得到发展。

（二）相关法律

1966年7月2日第66-455法律

为了便于法国企业获得不动产产权，1966年7月2日法律设立了“SICOMI”（工商业不动产公司），其宗旨在于向必须缴纳利润税的工商企业出租不含装备设施的不动产。这些企业只要履行对方向他们发出的单务出售承诺书，就能获得承租不动产的产权。

因为我们会看到，单务出售承诺书是融资租赁合同的关键条件。

工商业不动产公司（SICOMI）满足以下条件，即恪守其单一的经营范围以及将经营纯利润的85%分给股东，可以免交企业税。

工商业不动产公司（SICOMI）的这种制度安排，导致融资租赁迅猛发展，直至1980年代末。

承租人也享受税收优惠：他可以从业绩中扣除全部租金和用于投资部分的资金。

1967年9月28日第67-837号法令

这条法令补充1966年法律设立的机制，确定了工商业不动产公司的法律性质。此外，该法令还明确了不动产融资租赁操作的定义，把它们与

动产融资租赁加以区别。最后还对1966年法律补充了三个条款：

第一条规定，如果租赁物发生转让，受让人必须承担与转让人同样的义务，

第二条明确规定，与涉及商用不动产租赁合同的法律条文不同，融资租赁承租人虽然不能够在每个三年期结束时享有解除合同的权利，但是融资租赁合同也必须包含解除条款，不然合同无效。

第三条规定，日后将颁布政令，确定融资租赁行为必须办理地产公示。

1995年2月4日第95-115法律

这部法律废止了工商业不动产公司（SICOMI）。在欧盟实行自由竞争和放宽限制的背景下，法国政府无法继续维持工商业不动产公司的优越地位。

货币与金融法典（313-7及后续条款）

不动产融资租赁的定义

涉及不动产融资租赁的规定，现在已经在纳入货币与金融法典的框架。

第313-7 2°条：将不动产融资租赁运作定义为：“企业将其已购入的或自行建造的商用不动产用于租赁，并且该运作——无论其名称如何——能够让承租人在租赁到期前成为全部或部分租赁物的所有权人，承租人获得所有权的方式包括履行单务出售承诺、直接或间接购买建有租赁房屋的土地的产权、或转让获得自有土地上建筑物的整体所有权”。

（三）涉及的企业

作为融资租赁出租人：

只有银行以及信贷机构才能经常从事不动产融资租赁。

实际上，货币与金融法典第

313-1条，将融资租赁以及将附带购买选择权的租赁视为信贷业务，也就是银行业务。而该法典第511-5条禁止信贷机构以外的任何人经常性从事银行业务。

换言之，信贷机构以外的人能够偶尔提供不动产融资租赁。

因此地方政府（市政府、省政府、大区政府）有权破例提供融资租赁，以吸引企业到本地区落户。

作为融资租赁承租人：

不动产融资租赁的对象起初大多数是大型企业，它们有能力进行比较复杂的融资筹划。如今，不动产融资租赁经常为中小企业所用，涉及不同领域，比如酒店、仓库、办公楼、商铺、工厂、车间……

不动产融资租赁涉及新老建筑、新建或者既有建筑改造等项目。

这些不动产必须用于商业目的。

是否具有商业性，要根据对使用者从事活动的分析而定。

对于商住混合型的房产，如果商业用途为主，居住为次，就可以采用融资租赁。

从税务角度而言，凡是缴纳公司税、工商利润税（BIC）、非商业利润税（BNC）或农业利润税的企业，都可以求助于不动产融资租赁。

（四）合同的形式

订立合同

以融资租赁作为融资手段的不动产项目，通常是比较复杂的，有多方参与：建设项目的业主方，融资方（通常为一家银行或该行下属的专门从事融资租赁的分支），承租人，将来利用该不动产从事商业、工业或酒店业等经营的经营人。

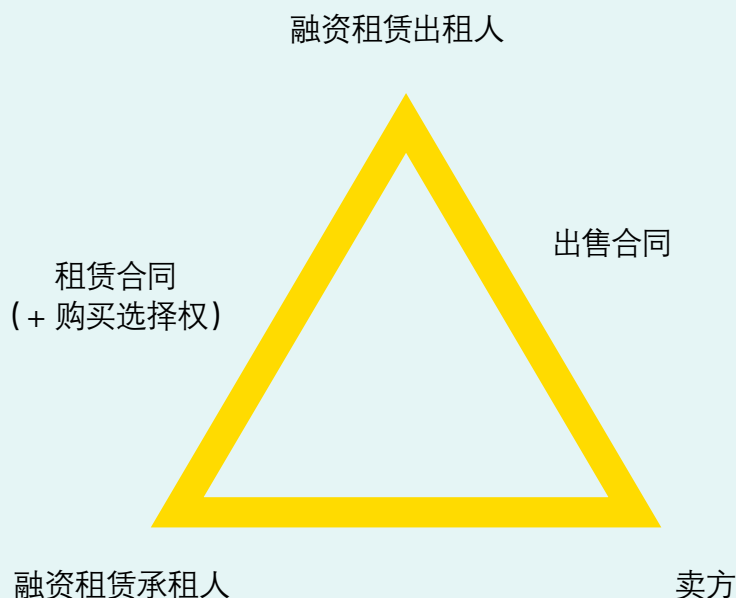


图1

具体来说，可能出现三种情况：

未来的融资租赁承租人考虑购买一块地，建造经营活动所需要的房屋。

在这种情况下，由承租人选择土地，确定待建房屋的属性。

他先申请建筑许可证，拿到许可证之后（可能要花9至12个月），把许可证转让给融资租赁出租人，由后者购买土地，并按照工程的进度提供建设资金。

融资租赁出租人和承租人签订一份不动产融资租赁合同。

这份合同规定业主将工程建设交由融资租赁承租人负责完成（在不属于承租人的不动产上施工……）

有了这份授权，承租人可以选择建设单位、建筑师，总而言之，可以选择所有建设活动的参与方。工程期间，建设单位的费用由融资租赁出租人支付，融资租赁承租人则向出租人支付间歇利息，亦称“前期租金”。

不动产竣工后，最终确定融资租

赁的总额，开始支付租金。

不动产已经存在：

做法很简单：融资租赁出租人购买该不动产，与承租人签订不动产融资租赁合同。该合同可以如同第一种情况，对整修不动产的融资做出约定。

或者融资租赁涉及现有建筑的扩大：适用同样的做法。

由此可见，无论在哪种情况下，办理融资租赁都需要签订多份合同，获得实现整个项目所需的各类文件或许可。这些需要花可能长达数月的时间。

因此，融资租赁最常见的是从签订协议书开始，协议书的目的是陈述项目、明确每个参与方所扮演的角色，及其参与的条件，尤其是财务条件。

协议书通常以融资租赁出租人发价的形式出现，假如发价被接受了，它将作为融资租赁合同的基础。然后要签两份由公证人办理的公证合同：一份不动产买卖合同、一份不动产融资租赁合同。

法国有关地产公示的法规还要求，不动产融资租赁的期限超过十二年的，该融资租赁合同必须在地产公示部门进行公示。

在分析该合同的法律性质之前，我想通过示意图(1)，说明不动产融资租赁的一般运作过程。

合同的法律性质

法国法源于拉丁法，它是成体系的、进行定性的成文法。

法国民法典对涉及买卖、交换、租赁、公司、借贷等合同作了规定和具体约束。

因此，面对这种所谓的“融资租赁”合同，法律工作者不免感到惊讶。

它是借贷？租约？出售承诺起什么作用？

我们不能否认，这种合同具有租约的性质：我们上面提到的第313-7条法律定义表明，融资租赁的确是企业出租不动产的行为。

但是这部法律同样也规定，融资租赁必须让承租人成为全部租赁物或部分租赁物的所有权人。

出售承诺于是成为融资租赁合同的关键条件，下面会谈及这一点。

但是我们同样不可否认，融资租赁属于融资行为，因为许多办理融资租赁的承租人起初找到自己的银行，希望利用传统的贷款为直接购买不动产筹措资金，是银行向他们告知融资租赁的好处，把他们说服了。

因此，对不动产融资租赁如何定性，法学界曾经长期意见分歧。判例给出的解决办法也于事无补。

许多判决自相矛盾：

某些判决认为融资租赁属于贷款行为，理由是涉及商用不动产租赁合同的法律具有公共秩序性质，不适用融资

根据自己的选择来建房。这样就减轻了融资租赁出租人的建筑质量担保和维修义务。

有鉴于此，建筑物出现瑕疵，只有当这些瑕疵不是承租人负责进行的工程所致，法院才会判决由融资租赁出租人承担责任。

融资租赁承租人的义务

作为租用人，融资租赁承租人必须妥善使用租赁物、按时缴纳租金、退房时归还钥匙的义务。

妥善使用租赁物：法国法律以前沿用 1804 年民法典的术语，“居家良父”般地使用。

这个概念依然存在，不过“居家良父”一词已经不用了。

2014 年 8 月 4 日颁布的《男女实际平等法》取代了法律术语“居家良父”。

“居家良父”意指拥有某种权力、特别是有权使用他人财物的人，通常应当谨慎、勤勉、细心。从法律角度而言，这项义务当然适用众人，并无男女老幼之分。民法典曾在多项条款中用了这个词语。该词也进入过别的法典。

1982 年颁布的《出租人、承租人之权利与义务法》已经把“居家良父般地使用场所”义务替换为“妥善使用场所”义务。因此，租用人应当按照租赁合同规定的用途，“妥善使用租赁物”。

2014 年 1 月 21 日，国民议会通过修正案，从法国法律中删除这条词语，换成“合理的”或“合理地”。

《男女实际平等法》再一次确认了该术语的删除。

因此，融资租赁承租人应当妥善地——或者合理地——使用房屋。

他应当负责房屋的日常维护，承担维修费用。

他应当根据房屋的用途进行使用。融资租赁合同可以约定，不按照房屋用途进行使用，构成解除合同的理由。

最后，他应当自己占用房屋，未经融资租赁出租人明确允许，不得转租。

支付租金

作为租用人，融资租赁承租人必须支付租金。

支付的实际上是合同规定的由融资租赁承租人承担的全部金额，而不仅仅是使用房屋的费用。

在一点上，融资租赁合同的条款极为严密，对融资租赁出租人来说，这当然是最重要的一点。

融资租赁承租人应当严格地、按时付清融资租赁出租人应得的金额，否则会导致解除合同。

承租人还应当支付合同导致的、由他承担的费用：物业费、地方税等。

合同可以约定，跟商用不动产租赁合同一样，租金可以与国家统计局发布的建筑成本官方指数挂钩。

归还钥匙

合同期满，假如融资租赁承租人不行使购买选择权，他必须离开场所并将钥匙归还给融资租赁出租人；如果解除合同——无论出于何种理由——也照此办理。

否则可以由法院判决、甚至通过紧急审理，即根据紧急程序将承租人驱逐。

此外，融资租赁合同经常包含严厉的违约条款，针对履行合同不力的融资租赁承租人，弥补融资租赁出租

人——归根结底他是出资人——蒙受的损失。

法院判例承认这种违约条款的效力，违约条款是否显示公平，由法官衡量。

最后，合同期满之后，假如融资租赁承租人继续占用不动产，可以判处其支付占用赔偿金。

单务出售承诺

关键条件

如上所述，货币与金融法典第 313-7 条规定，融资租赁应当“能够让承租人在租赁到期前成为全部或部分租赁物的所有权人，承租人获得所有权的方式包括履行单务出售承诺、直接或间接购买建有租赁房屋的土地的产权、或转让获得自有土地上建筑物的整体所有权”。

因此，合同必须包含单务出售承诺，即融资租赁出租人不可撤销地承诺：合同期满，或者在合同存续期间承租人通过提前行使购买选择权，将不动产卖给融资租赁承租人。

融资租赁出租人因此明确承诺出售不动产。

该承诺不可规避。

融资租赁承租人则拥有购买选择权，即他可以选择买或不买该不动产。

法院判例多次认为，出售承诺构成融资租赁的关键因素：最高法院商事庭，2001 年 12 月 18 日，

“为了实现融资租赁，租赁合同必须包含出租人的单务出售承诺，使租用人有可能获得全部或部分租赁物。”

融资租赁合同如果不含出售承诺，就定性为单纯的租赁合同。

同样，假如合同规定所有权自动

转移给融资租赁承租人，而后者没有购买选择权，此时，这份合同就成为买卖合同，而不是融资租赁合同。

转让价格

货币与金融法典第 313-71° 条规定，承租人应当“能通过支付商定的价格，并结合已付的租金——至少相当于部分对价，获得全部或部分租赁物”。

不动产融资租赁的特点在于租金的金额不仅包含使用租赁物的对价，还包含为获得租赁物进行融资所需的费用。

因此，融资租赁承租人合同结束时支付的购房价格，应当考虑到合同期间所付的金额，至少应折算为部分。

所以，这个转让价格等于不动产的售价减去已付金额之后的残值。

这种残值通常很低，约为起初投资的 5% 至 15%，乃至象征性的（可以只是一欧元）。

融资租赁合同都必须注明一个不可撤销的期限，约定在此期间不允许行使任何购买选择权。

因此，假如一份合同约定，购买选择权从第七年末起开启，这就意味着融资租赁承租人七年内不能退出合同。

该期限不可缩减，到期后，赎买的价格根据行使购买选择权的日期而定。

购买选择权行使得越早，赎买的价格越高；行使选择权的日期越接近原定的期限，赎买的价格越低。

合同转让

融资租赁合同是一份长期合同。期间可能会发生许多事件，原有场地不再符合企业的需求，企业需要终止在其中的经营活动。

我们接下来会谈到，融资租赁承租人可以提前行使选择权，来结束融

资租赁合同。

但是承租人还有另一种解决办法：将融资租赁合同转让给另一家企业，由后者接替自己，承继合同所剩期限之内的权利和义务。

这种做法首先有税务方面的好处：没有发生不动产交易，因此不产生相关的税费，原先合同的税务优惠全部转让给受让人，即新的承租人。

转让合同需办理一份新的文件，名为不动产融资租赁转让书，受让人因此获得不动产的使用权并且享有出售承诺。

作为对价，受让人负有支付租金的义务。

大多数情况下，这种转让须事先征得融资租赁出租人的同意，对于出租人而言，出让人依然是受让人的连带担保人。

转让的条件由出让人和受让人自由商定：假如转让时，不动产的价值超过待付的融资租赁费用，出让人可要求受让人支付价款。

该价款通过比较不动产的市值、待付的租金额以及合同期满后赎买不动产的价格而定。

从税务角度而言，这个价格应分为两部分：

出售承诺的价值（需缴纳增值税）
使用权的价值（同租约转让一样，需应缴纳登记税）。

此外，出让人还必须缴纳升值税。

至于受让人，转让价格构成可以折旧的资产部分（固定资产）。

（六）合同终止

合同可以有几种方式终止：

合同到期、提前行使选择权、合同提前解除、买卖合同的司法解除。

合同到期

合同旨在把所有权转移给融资租赁承租人，因此合同到期构成合同终止的首要原因。

合同到期那一天，所有权并不是自动转移的：融资租赁承租人必须行使合同赋予的选择权。

行使选择权具体表现为一份公证文书，文书证明已实际支付原融资租赁合同约定的购买价格，租金也已支付，并证明所有权转移给融资租赁出租人。

提前行使选择权

如上所述，过了合同规定的不许缩减的期限之后，行使选择权对融资租赁承租人有益，于是选择提前行使。

融资租赁承租人作这种选择，通常是因为打算出售不动产。

提前行使选择权之后，他马上成为不动产的所有权人，就可以将其出售。

这儿应该指出，融资租赁承租人也可能向第三方转让融资租赁合同，第三方替他继续履行对融资租赁出租人所做的承诺。

承租人要求提前解除合同

货币与金融法典第 313-9 条第 2 款规定，融资租赁合同“必须约定承租人必要时可以要求解除合同的情形，否则合同无效”。

因此，合同规定有融资租赁承租人要求提前解除合同的情形。

然而鉴于融资租赁承租人投入可观的资金，法院判例考虑予以保护，要求在合同约定的期限之后才允许解

除合同。在实际操作中，这个期限一般定为7年。

融资租赁承租人提前解除合同时，对于融资租赁出租人补偿金的计算方式，由当事人自由商定。法官可以干预，修改明显不合理的补偿金。

买卖合同的司法解除

最高法院多次判决指出，在将租赁物交付融资租赁前，原本可使融资租赁出租人成为所有权人的租赁物买卖合同被解除，“必然”导致融资租赁合同的解除。

这种合乎常理的办法清楚地表明，假如融资租赁出租人的所有权存在风险，便既不能履行交付义务，也无法做出单务出售承诺。

如果发生这样的解除，解除不溯及既往；买卖合同解除之前所付的租金不能返还。

(七) 税制

税收优惠，无疑是不动产融资租赁走红的原因之一。

我们已经看到，工商业不动产公司当年享有的优惠税制导致不动产融资租赁蓬勃发展。1995年已经取消了这个税制。

1995年2月4日法律的第57条确定了自1996年起实行的融资租赁新税收制度，规定不动产融资租赁租金可以抵扣，构成企业特殊的一类支出。

实行三种税制：普通税制、优惠税制以及巴黎大区办公楼特殊税制。

普通税制

融资租赁的租金从融资租赁承租人应纳税所得额中全部扣除。不过涉及土地部分的折旧不能扣除。土地折

旧在购置费和建造费折旧之后，最后的租金只占扣除额的部分。融资租赁出租人向客户提供一张折旧计算表，让客户确定应当予以考虑的金额。

融资租赁承租人通过支付租金，在短时间内实现建筑折旧（通常7至12年）。

因此，不动产融资租赁能够实现不动产加速折旧，等于税收抵免。

作为享受优惠的对价，融资租赁承租人在行使购买选择权之时，仍需计算融资租赁情况下的建筑折旧与倘若承租人起初就是房屋所有权人情况下的折旧之差，按该差额补缴税款。

优惠税制

对于满足同时符合以下条件的融资租赁，按照合同存续的年限进行建筑折旧：

工业及商用不动产坐落在地区性援助区、农业振兴区或城市活力再生区。

雇员少于250人的中小企业，资产负债总额低于4300万欧元，或营业额低于5000万欧元，不得被不满足以上条件的企业控股超过25%。

对于这些期限必须为15年的融资租赁项目，融资租赁合同期满后，不必按建筑“折旧”的差额补缴税款。但是涉及土地部分的折旧仍不能扣除。

巴黎大区办公楼的特殊税制

适用于1995年12月31日后竣工、缴纳巴黎大区办公楼税的楼宇。融资租赁租金所含的折旧费扣税额，以融资租赁承租人如作为不动产所有权人时的计提折旧为限。在这种情况下，承租人的税负与通过长期贷款购置不动产的税负并无二致。

最后，一旦行使购买选择权，则

需缴纳财产转移税，财产转移税根据合同约定的不动产价值进行计算，而不是根据市价，这也带来可观的税务优惠。

售后回租也是有利可图的做法，因为原所有权人把不动产卖给融资租赁公司，融资租赁公司随后立刻与之签订融资租赁合同，该公司不用缴纳房产登记税（只付0.715%的地产公示税）。

(八) 总结

最后讲一下融资租赁在法国的前景。

最近四十年，融资租赁在法国获得很大发展。

它促进了许多企业的发展，使得某些行业（比如酒店业或医疗诊所）整体实现了现代化。

越来越多的中小企业采用融资租赁。每年约签订3000份融资租赁合同。

此外，人们还看到对商用房产租赁领域投资的发展，融资租赁起了格外重要的作用。

由于出租人是租赁物的所有权人，如上所述，形成最可靠的担保，对那些没有足够担保、无法通过传统的贷款直接购买所需不动产的企业，这种融资方式是更佳的途径。

这种融资方式不仅让企业节约自有资金，而且具有不容否认的税务优势，因为支付的费用和税前扣除的支出保持了一致。

最后一点对中小企业也是不容忽视的：在合同存续期间，融资租赁公司中的不动产专家一路相伴。

因此我认为融资租赁必将在法国进一步得到发展。

融资租赁行业情况分析

一.中国融资租赁公司类型

会员租赁

内资试点融资租赁公司

中外合资融资租赁公司

外资融资租赁公司

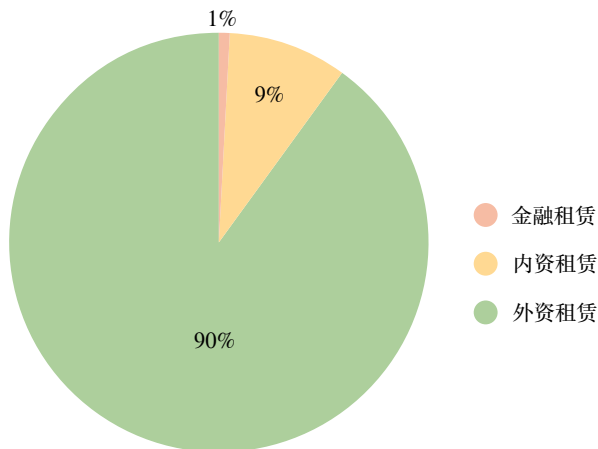


◎文/方之库 上海市迈森融资租赁有限公司总经理

- 截止2015年9月底，全国融资租赁企业总数约为**3742家**；
- 行业注册资金，约合人民币**12167亿元**；
- 全国融资租赁合同余额约为**39800亿元**。

目前融资租赁项目主要以基础设施、飞机船舶、传统制造业设备为主。未来应大力发展与制造业升级改造以及服务业相关的业务领域。如医疗器械、文化产业设备、农业机械、新能源设备等领域，以往融资租赁业较少涉足，应该成为今后业务拓展的重点。

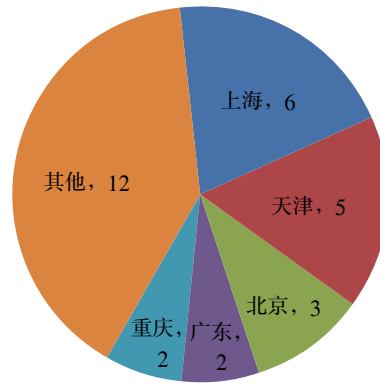
二.融资租赁公司统计



截至 2015 年 3 月底，全国注册的融资租赁公司 2121 家。金融租赁公司 30 家（不含三家已获批筹建但未开业的公司），内资租赁公司 191 家（不含被取消试点资格的中国铁路工程机械租赁中心），外资租赁公司 1900 家。

三.金融租赁

年份	全国合计 (亿元)	其中金融租赁 (亿元)	其中内资租赁 (亿元)	其中外资租赁 (亿元)
2006	571	184	150	237
2007	1003	510	184	309
2008	1187	534	278	375
2009	1308	534	346	429
2010	1617	707	346	565
2011	1955	776	444	735
2012	2576	776	483	1317
2013	3060	769	551	1740
2014	6611	972	839	4800
2015上半年	10030	1240	990	7800



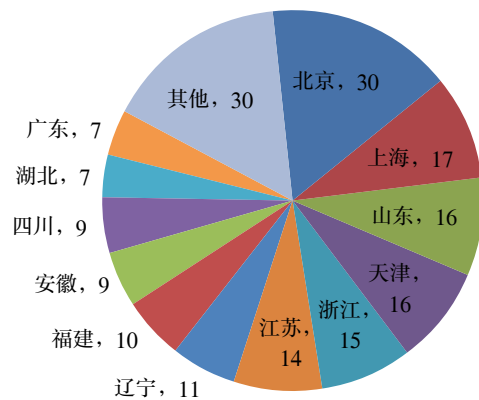
内资租赁从地区分布看，金融租赁公司仍集中分布于上海和天津两地。

注册资本超 10 亿元人民币的金融租赁公司有 26 家，占金融租赁公司总数的 86.67%。工银租赁注册资本 110 亿元人民币，是唯一一家注册资本破百亿的融资租赁公司。

四.内资租赁

表1 内资租赁公司注册资本排行

企业名称	地区	注册资金 (万元)
浦航租赁有限公司	上海	766040
天津渤海租赁有限公司	天津	626085
广州广汽租赁有限公司	广东	500000
长江租赁有限公司	天津	383000
中航国际租赁有限公司	上海	379000
国泰租赁有限公司	山东	300000
南车投资租赁有限公司	北京	230000
汇通信诚租赁有限公司	新疆	216000
中建投租赁有限责任公司	北京	200000
中联重科融资租赁(北京)有限公司	北京	150200



从分布地区看，现有的191家内资租赁公司分布于全国26省级行政区域。

从注册资本看，浦航租赁有限公司以 76.604 亿元人民币位居首位。注册资本超 10 亿元人民币的内资租赁公司为 22 家，占内资租赁公司总数的 11.52%。内资租赁公司注册资本排名前十位的公司见表 1。

五. 外资租赁

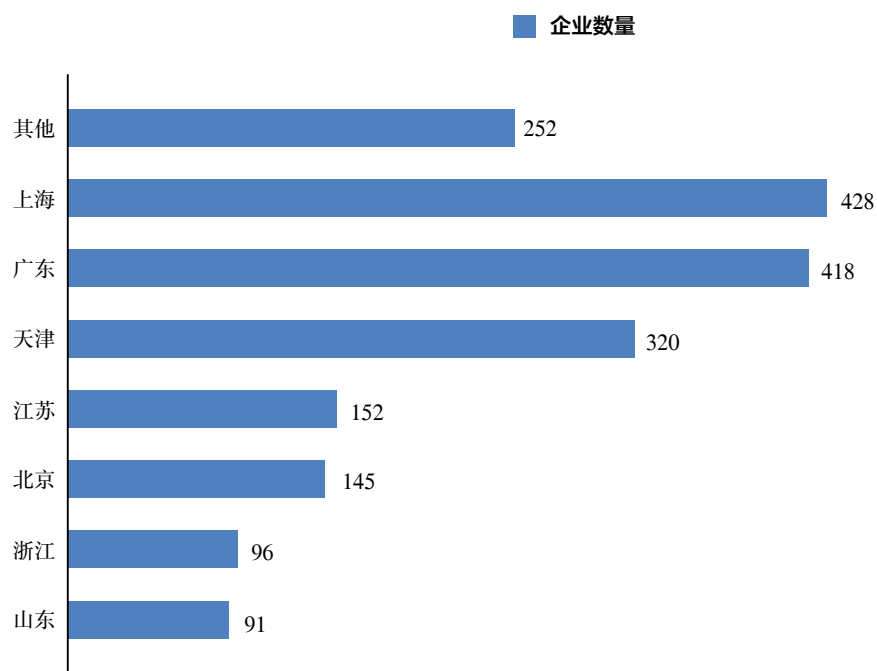


图5 外资租赁公司分布

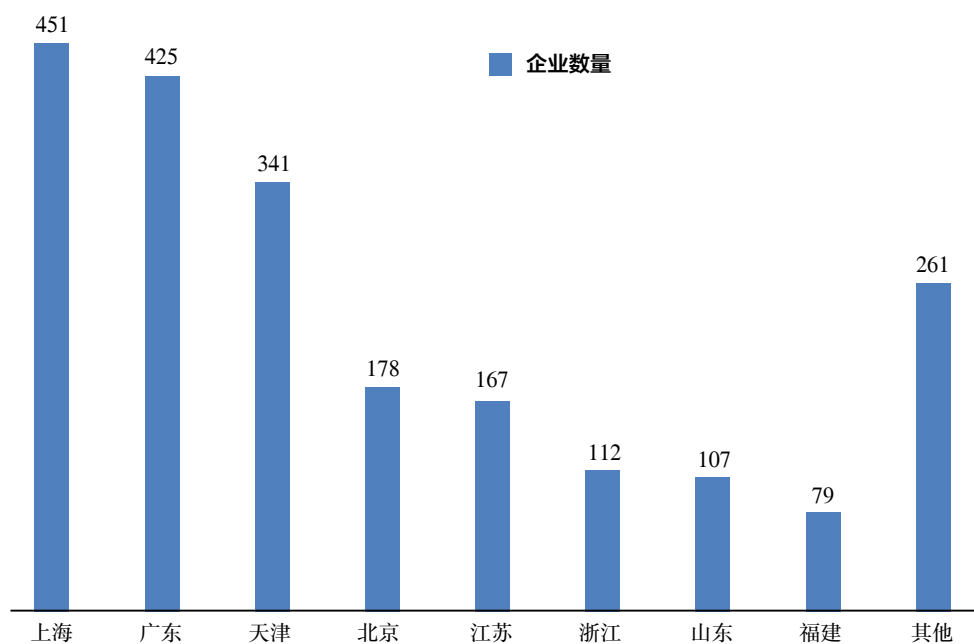


图1 融资租赁公司地区分布

从地区分布来看，在全国 34 个省级行政区域中，融资租赁公司注册数量超过 100 家的地区已有 7 个，注册外资租赁公司超 100 家的省份分别为：上海、广东、天津、江苏、北京。

六. 外资租赁各地区融资租赁公司情况

北京

内资：28家
外资：163家
总资产为
1995.51亿元人民币

天津（东疆保税港） 广东（前海自贸区）

租赁公司：1312家
累计注册资本达
1016.4亿元人民币
金租：7家
内资：18家
外资：465家

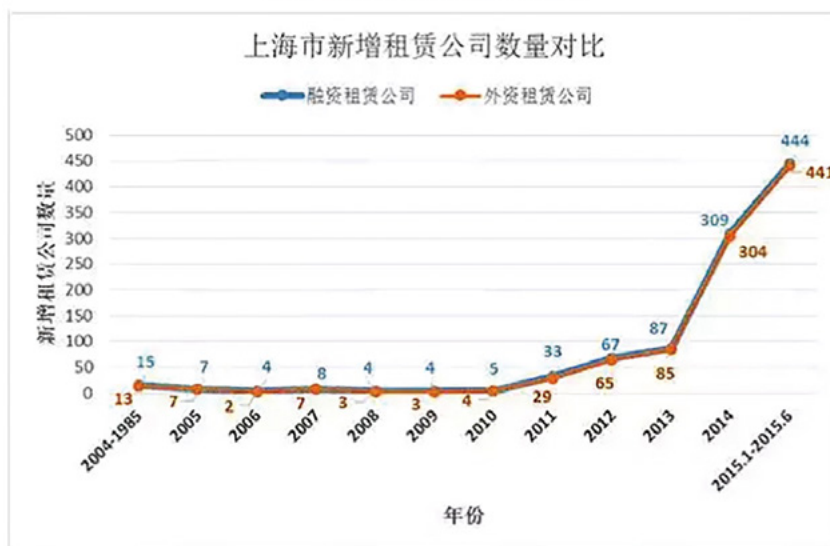
租赁公司：614家
业务规模1200多亿元
金租：2家
内资：8家
外资：653家

上海

注册资本
已达3340.85亿元人民币
金租：7家
内资：17家
外资：963家

七. 上海融资租赁公司

图3 上海市新增租赁公司数量对比



内资租赁

截至2015年6月底，上海市共成立17家内资试点融资租赁公司，占该地区全部租赁公司总数的1.72%。内资试点租赁公司的注册资本总额为196.64亿元人民币，占全部注册资本的5.89%。

外资租赁

截至2015年6月底，上海市共成立外资租赁公司963家，占全部987家租赁公司的97.57%。外资租赁公司注册资金总额为2899.71亿元人民币，占上海全部租赁公司注册资金总额的86.80%。

963家外资租赁公司中，于2015年成立的有441家，2014年成立的有304家，2013年成立了85家。自2012年起，上海市新增的融资租赁公司中外资租赁公司的占比均在90%以上。

（本文数据分析来源零壹融资租赁研究中心）

融资租赁



◎文/西里尔·贝南德 (Cyrille BERNARDIN)
法国信托投资银行客户策略部公证事务负责人

融资租赁协议是一种在一定期限内有效的、不可撤销的财产租赁合同，协议双方分别是企业（承租人）和银行或专业机构（出租人），协议内容包含有租约到期后出租人出售租赁财产的单方面承诺（承租人拥有购买选择权）。租赁期满后，承租人可以选择购买所租财产，也可以续签租赁合同，或将租赁财产归还给出租人（在此情况下，融资租赁合同即告结束）。

在融资租赁这个问题上，法国信托投资银行具有双重的发言权，这是由于它机构性质的两重性所决定的。

法国信托投资银行成立于1816年，当时的目的，是接受一些需要特殊保护的私人存款。如今，根据法律，信托投资银行及其下属分支构成了“一个服务于国家总体利益和经济发展的公共集团。它依靠国家和地方政府的政策，致力于完成和国家总体利益相关的使命，同时也可以从事一些竞争性的业务”（法国货币与金融法典，第L518-2条）。因此，法国信托投资银行肩负着双重职责，一是服务于国家总体利益，二是可以在一些竞争性领域里展开业务。

法国信托投资银行主要通过其子公司从事其有权从事的竞争性业务。比如，它通过旗下的法国国家投资银行（Bpifrance）向其客户提供融资租赁服务，同时，它和中国国家开发银行一样，是国际长期投资者俱乐部的成员，因此可以在欧洲和全球范围内从事这一类融资业务。

在服务国家总体利益方面，从1890年起，法国信托投资银行就被指定为公证人所持有的第三方资金的存放银行。也就是说，国家赋予信托投资银行保管公证人所持第三方资金的任务，要求它保证这些资金的安全、以及交易的透明度和可追溯性，并且只有在导致存款行为发生的交易需要付款时，才解冻所保管的相应资金。

此外，法国信托投资银行还被司法部视为司法公共部门的专属银行，因此，它的另一项使命，是和一些伙伴——特别是法国公证人高等理事会——紧密合作，参与国家司法公共部门的现代化建设和绩效的提高，致力于大陆法体系的发扬与光大。

作为一名融资租赁的出租方代表，同时又是公证人的“存款银行”代表，我今天在我的简短发言中，将首先给大家介绍这类融资方式对金融机构和企业所带来的好处，然后谈一谈融资租赁在中国的市场概况。

根据现有的不同研究方式，所得出的数据不尽相同，但尽管如此，所有人都有一个共识，那就是：中国是当今世界上最大的融资租赁市场，

2014 年总值估计高达 3800 亿欧元，其次是欧洲（2757 亿欧元），领先于美国（1870 亿欧元）。2007 年金融危机后，全球融资租赁市场经历了几年时间的下滑和停滞，于 2013 年开始反弹。融资租赁的渗透率，即融资租赁相对于其他形式的融投资方式所占的百分比，在中国约为 5%，在欧洲则为 20%，这意味着中国的融资租赁发展潜力巨大。

融资租赁市场的主流是动产融资租赁，不动产在整个融资租赁市场所占的份额，根据国家的不同，仅为 5%~10%，也就是说，大部分的融资租赁，涉及的都是诸如设备、运输车辆、材料、电脑、信息服务器、开模工具等的动产。

企业要为其不动产（生产用房、商业用房、办公用房、酒店、老年公寓，等等）融资，有很多解决方法可供选择。比如银行贷款、不动产融资租赁（这是附带购买选择权的租赁协议）、简单租赁或自筹资金等。其中，融资租赁有两大优点，但也有一个缺点。

更好的风险管理

对于出租人而言，其对财产的所有权是对他自身的保障，这种保障至关重要：正是这一所有权，解释了为什么融资租赁产品在企业客户——特别是微小企业客户——那里获得了这么大的成功，因为微小企业通常很难从传统渠道获得融资。事实上，因为融资租赁的出租方拥有对不动产的产权，所以他才能够更加快捷地提供资金。

由此，根据法国法律，融资租赁对其使用企业带来很大好处，比如：完全融资，且为税后资金（传统的银

行信贷都会有初始放款，而且从来不含增值税）；合同修改灵活方便（量身定制的计算方式，适合不同业务特点）；附加服务（行政手续援助、特殊保险，等等）；以及财务的最优化（融资租赁使得企业能够保留其流动资金，因此企业得以保留其营运所需的自有资金，避免加重负债）。此外，鉴于承租人可以将租金计入营运成本，因而其税前的财务盈利将会减少，需缴纳的税款也会相应减少。而企业不是财产的产权人，所以不用将财产纳入其资产，从财务上说也就无需为其提供资金：这样，企业的报表上“负债”更少，报表也会显得更加漂亮。

如果企业对某个优质不动产资产拥有产权，它可以将该不动产资产出售后回租。由出售不动产而获得的现金，可以用来投资其他交易（比如收购、生产性投资，等等）。而租赁期满之后，企业可重新收回资产的所有权。

优化的税收规定（根据法国法律）

如果说上述好处不容忽视，那么在专业人士看来，针对融资租赁的税收规定更是这项机制的主要优点，因此国家法律是否允许这样的税收规定，就显得非常重要。事实上，根据融资租赁协议而缴纳的租金，可以完全从承租人应课税收的盈利中抵扣。但是，有关土地折旧的那一部分则不能扣除。因为土地折旧是在不动产购买和建造之后发生的费用，所以上述融资租赁的租金只能得到部分抵扣（除非残值的金额高于土地的价值）。出租人会向其客户提供一张表格，帮助他确定需要考虑的金额。通过支付租金，承租人可以在一个更短的期限

内（通常是 7-12 年），完成对建筑进行折旧。

因此，不动产融资租赁可以加速不动产的折旧，其作用等同于“税收抵扣”。但是作为其享受利益的补偿，承租人在行使购买选择之后，必须补足其在融资租赁框架下所缴纳的折旧费用、和如果他从一开始就是不动产业主的情况下所必须缴纳的折旧费用两者之间的差额税款（“超额折旧”）。这一规定对承租人特别有利，因为它能帮助后者优化所付金额和合同期间可抵扣税款金额之间的匹配度。承租人只需在合同到期时支付超额折旧的费用即可。

为处于融资租赁状态下的不动产出资，还可以在购买该不动产时享受税收优惠，特别是当购买者须缴纳房价增值税——也就是说所购的是新房——的时候。购房者必须先支付对应房价的增值税，然后按规定办理增值税抵扣的手续。通常，在增值税缴纳和返还（或者是从已征增值税款中扣除，或者是返还税收信用）的这段时间里，会产生增值税的运输成本。而如果房产是通过融资租赁购买，那么税后房价由出租人支付，承租人只支付房租，这意味着他把增值税的支付分摊到了整个租约持续期间。而从出租人这方面来说，他的确支付了税后的房款，但在一般情况下，由于他在融资租赁交易中所投入的资产量，他可以享受从房租中征收的足够的增值税，以抵扣自己业已支付的房产增值税，从而免于负担可返还的那一部分房产增值税的财务运输成本。

最后，不动产融资租赁在房产再次出售的时候，也非常有效，因为它

能减少转让的费用。从税务上说，房产合同转让的价格分为两部分：出售承诺价格，应课增值税；不动产收益权价格，应课 5% 的转让税。而在实际操作中，在确定出售承诺价格和不动产收益权价格的时候，前者通常占有非常明显的优势地位。因此，融资租赁在日后不动产转让时，是一件税收优化的工具，但很多人不知道而已。

然而，一切都有代价

在法国，融资租赁的“利率”一般比银行长期贷款的利率高一个百分点。此外，融资租赁的最终成本取决于融资财产的性质、顾客的财政基础、以及租赁合同签署时所规定的附加服务。在大多数情况下，租金金额包含了保险金额。此外，融资租赁协议的手续费是以审核费和立案费的名义收取的，这一点和传统的专业贷款一样；

但通常，融资租赁协议的费用会比传统不动产贷款的费用高，因为对前者材料的审核要复杂得多，特别还需要一名负责评估的不动产专家的参与。最后，融资租赁合同还会设置一些可能会造成协议双方成本增加的条款。特别是针对承租方，如果他提出提前终止融资租赁合同，则必须对相关的赔偿条款非常小心。

中国的融资租赁市场

最后，我简单谈一谈中国 and 上海的融资租赁市场，以便告诉大家一些事实，这些事实证明了中国和上海市场的增长潜力。

2015 年 6 月，中国共有 3185 家融资租赁企业。融资租赁服务的提供者主要是外资企业（占总数的 90%），它们在融资租赁方面的资金占全部资金的 30%。绝大部分出租方都注册

在上海、天津、广东。其中上海有注册融资租赁公司 987 家，排名第一。

就需求角度而言，融资租赁的使用方主要是一些国企和设立在自贸区内的外国跨国公司，较少有中小型企业（而其实这类融资方式恰恰对那些无力提供足够经济担保的企业更加有利）。此外，市场调查的结果表明，动产的融资租赁尤其拥有发展潜力，特别是工业设备、交通运输、医疗保健等；调查还指出，上述领域融资租赁的发展，必然会带动不动产融资租赁市场的发展。

在对中国融资租赁市场的巨大发展潜力做了一个快速的介绍之后，我希望强调一点，并以此作为发言的结论：无论是在法国、在欧洲、还是在中国，出租人和承租人都必须享受司法安全的保障，并且在交易过程中得到精明周密的咨询，换言之，他们都需要公证人的陪伴。



赋予融资租赁合同 具强效力的立法现状及实践



◎文/张磊 杨浦公证处副主任

一.立法现状

(一) 赋予债权文书强制执行效力的立法现状

1. 法条

(1) 人大立法

《民事诉讼法》第二百三十八条：“对公证机构依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。”

公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机构。”

《公证法》第三十七条：“对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，债务人不履行或者履行不适当的，债权人可以依法

向有管辖权的人民法院申请执行。

前款规定的债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机构。”

(2) 行政法规

无。

(3) 最高人民法院司法解释

《最高人民法院关于公证机构赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》

《最高人民法院关于当事人对具有强制执行效力的公证债权文书的内容有争议提起诉讼人民法院是否受理问题的批复》

《最高人民法院关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》

《关于赋予强制执行效力的公证债

权文书在签发执行证书是当事人应否到场问题的请示的答复》

(4) 部门规章

《公证程序规则》

(5) 行业协会规范性文件

《办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见》

2. 赋予债权文书强制执行效力条件的规定

(1) 赋予强制执行效力文书的范围。

公证机构可以进行公证的文书有很多，但并不是所有可以公证的这些文书都可以被公证机构赋予强制执行的效力。只有符合法律规定的部分文书才能够进入该程序，被赋予强制执行的效力，当债务人不履行或者不适当履行债务时，可得到法院的强制执行。《民事诉讼法》中对可以赋予强制执行效力的文书规定为“债权文书”；《公证法》在《民事诉讼法》规定的基础上增加了“以给付为内容”的“债权文书”；但两部法律都仅为概括性规定，在司法解释中，即《联合通知》对文书的范围采取标准化、以及列举式的规定。其中，对文书的范围明确为“具有给付货币、物品、有价证券的内容”，并且通过列举式的方式明确了六类债权文书可以赋予强制执行效力：(一) 借款合同、借用合同、无财产担保的租赁合同；(二) 赊欠货物的债权文书；(三) 各种借据、欠单；(四) 还款(物)协议；(五) 以给付赡养费、扶养费、抚育费、学费、赔(补)偿金为内容的协议；(六) 符合赋予强制执行效力条件的其他债权文书。

(2) 赋予强制执行效力文书的内容。

《联合通知》中规定，可赋予强制执行效力的债权文书中债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义。公证乃非诉程序，意在纠纷的预防，而非解决。公证书的出具是以当事人权利义务关系明确，且对债权文书的给付内容没有疑义为前提的，只有这样才能够保证文书内容的真实性，进一步实现合法性。

(3) 执行承诺。

执行承诺是公证债权文书强制执行制度的重要内容，是法院能够强制执行公证文书的合理性来源。拉丁公证制度各国均对此有强制性规定，即凡是规定公证文书具有强制执行效力的国家，都在法律中明确执行承诺的要求。同时，它也是当事人行使处分权放弃诉权的意思自治的体现。

3. 具有强制执行效力的债权文书强制执行的规定

仅持公证机构出具的公证书并不能直接向法院申请强制执行。债权人还要在法律规定的期限内，向出具该公证书的原公证机构申请执行证书。关于执行证书这个名字，是在《联合通知》中首次提出的。《联合通知》第四条规定：“债务人不履行或不完全履行公证机关赋予强制执行效力的债权文书的，债权人可以向原公证机关申请执行证书。”以及第七条规定：“债权人凭原公证书及执行证书可以向有管辖权的人民法院申请执行。”而后司法部制定的《公证程序规则》也有相应的规定，该规则第五十五条规定：“债务人不履行或者不适当履行经公证的具有强制执行效力的债权文书的，公证机关可以根据债权人的申请，依照有关规定出具执行证书。”由此可见，在债务人不履行或不适当履行文书义务时，债权人可以持公证书向出具该公证书的原公证机构申请执行证书。执行证

书的出具执行程序启动和执行力实现的关键环节。法院强制执行的执行依据是公证书和执行证书两份法律文书。因为在出具执行证书前公证书仅有类似法理上所说的睡眠权利性质”。但是这两种证书并不是同时产生的，它们之间存在一定的时间段，在这个时间段中也存在另一种可能性，即如果债务人依约履行了债务后，便不再产生执行证书。

(二) 融资租赁合同的立法现状

1. 法条

(1) 人大立法。《中华人民共和国合同法》第十四章“融资租赁合同”。

(2) 行政法规。无。

(3) 最高人民法院司法解释。《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》

(4) 部门规章。《关于从事融资租赁业务有关问题的通知》《外商投资租赁业管理办法》《金融租赁公司管理办法》《融资租赁企业监督管理办法》。

2. 融资租赁的法律关系

融资租赁的主体主要有三方：租赁设备的出卖方、承租方以及租赁设备的出租方即融资租赁企业。简单来说融资租赁是指，设备承租方由于自身资金短缺、设备缺乏，向融资租赁的企业提出租赁设备的需求，出租方根据承租人的要求向设备出卖人买下设备并租赁给承租人使用，按期向承租人收取租金，取得收益。此时，设备出租方拥有了租赁设备的所有权，而承租方拥有设备的使用权并分期按时支付租金给设备的出租方。租赁期满后，交易双方按约定处理租赁资产。

3. 立法对售后回租行为的认可

前述所说的三方融资租赁为直接融资租赁，是传统意义上融资租赁。但现实中，无论是国际还是国内，都大量存在售后回租 (Sale and Lease Back)

结构的融资租赁交易。我国对售后回租采取了比较积极的态度，《司法解释》第二条明确规定“承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系”。同时，银监会颁发的《金融租赁公司管理办法》、商务部颁布的《外商投资租赁业管理办法》及《融资租赁企业监督管理办法》也对售后回租作出了明确的规定。特别是，在财政部、国家税务总局发布《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税[2016]36号)中规定：“融资性售后回租，是指承租方以融资为目的，将资产出售给从事融资性售后回租业务的企业后，从事融资性售后回租业务的企业将该资产出租给承租方的业务活动。”

4. 立法对承租人将租赁物抵押给出租人的认可

普遍理解的抵押是：为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。通常理解，这里的债务人所抵押的财产应当为债务人拥有所有权的财产。但是在融资租赁关系下，债务人为承租人，其在融资租赁期间并未对租赁物享有所有权，其仅享有使用权，且所有权人即为债权人，也就是出租人，这就是融资租赁关系中抵押的特别情况。

司法解释对以上特别情况进行了确认，出租人在租赁物有明确的抵押登记机关的前提下，通过授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关办理抵押权登记，办理抵押登记后即可对抗善意第三人，以避免租赁物被承租人对外转让、抵押的风险。

二.实践

(一) 法院对赋予融资租赁合同强制执行效力的态度

1. 肯定。大部分法院对于赋予融资租赁合同强制执行效力均持肯定的态度。

2. 否定。持否定的态度的法院主要有以下四种观点。

(1) 宽泛地认为融资租赁合同不属于《联合通知》第二条规定的公证机关赋予强制执行效力的债权文书的范围；

(2) 认为融资租赁合同实际为有财产担保的租赁合同，根据《联合通知》的列举式的规定，公证机构只能赋予无财产担保的租赁合同强制执行效力。故融资租赁合同不属于公证机构赋予强制执行效力的债权文书的范围；

评析：以上观点实际混淆了租赁合同与融资租赁合同的差别，就公证具强的层面上来看，两者具有以下区别：

第一，从性质上来讲，融资租赁具有融资性质，融资租赁合同中承租人所需要交付的租金是出租人对其提供融资的对价，而传统的租赁合同中，承租人交付的租金是其使用租赁物的对价，不带有融资性质。

第二，从法律关系主体上来讲，直接融资租赁包括出租人、承租人、供应商三方法律主体，同时具有租赁与融资

功能；售后回租可以说是供应商和承租人合二为一，是一种重要的现代融资方式。而传统的租赁只有出租人和承租人两方当事人，而且一般是为了获取租赁物的用途，而非以融资为目的。

第三，在融资租赁合同中，通常都会约定一个尾款货价，在承租人支付完所有租金，履行完毕合同以后，支付合同约定的尾款货价就可以最后取得租赁物的所有权，而由出租人最终保留租赁物的情形实属少数。而传统的租赁关系一般不存在尾款货价以及租赁物所有权当然转移，通常在租赁合同结束以后租赁物所有权仍然属于出租方。

(3) 认为融资租赁合同项下的债权的担保合同，如抵押合同不具有给付货币、物品、有价证券的内容，不具备赋予强制执行效力的条件；

(4) 认为公证机关在未经审判程序而直接通过赋予强制执行效力的公证债权文书确定抵押关系、保证关系超出法律规定的职权范围。

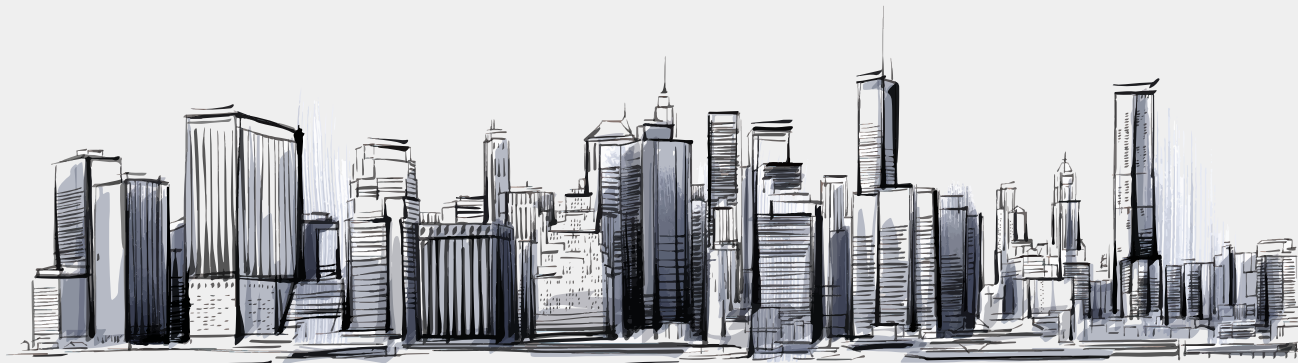
(二) 公证机构在赋予融资租赁合同强制执行效力应注意的内容

对于融资租赁合同来说，能否赋予强制执行效力应当着眼于此类交易文件是否符合《联合通知》中的标准化规定，即（一）债权文书具有给付货币、物品、有价证券的内容；（二）债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有

关给付内容无疑义。首先，根据融资租赁的属性，承租人支付租金即为融资租赁合同所生之债，其债权给付的内容非常明确，为给付租金。特别是，在近日，财政部、国家税务总局发布《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税[2016]36号）中规定：“融资性售后回租，是指承租方以融资为目的，将资产出售给从事融资性售后回租业务的企业后，从事融资性售后回租业务的企业将该资产出租给承租方的业务活动。”并将融资性售后回租明确为“按照贷款服务缴纳增值税。”其次，债权债务关系是否明确是指有关给付内容无疑义。给付内容是否有疑义应当围绕出租人与承租人对合同约定的给付内容是否了解、清楚、明白。只要承租人与出租人对债务的数额进行了确定，并对偿还期限及还款方式也进行了约定，债权债务关系清晰，公证机构就可以公证，并可赋予强制执行效力。

(三) 赋予融资租赁合同强制执行效力的变通做法

在部分公证机构办理此类业务时，会建议当事人在签署了融资租赁合同后，再签署一份“还款协议”，并赋予“还款协议”强制执行效力。此种模式下，就将融资租赁合同发生的融资之债转变为还款之债，《联合通知》中明确规定还款协议是可以赋予强制执行效力的。



普陀区人民法院与普陀公证处 签订诉讼与公证对接协议

探索开展家事纠纷案件非诉调解及公证程序前置试点



4月15日上午，普陀区人民法院与普陀公证处在普陀区人民法院诉讼服务中心举行了诉讼与公证对接协议签约仪式，并为“诉讼与公证对接工作室”揭牌。在双方前期对接试点工作的基础上，全面推进家事纠纷案件非诉调解及公证程序前置对接工作。市司法局副局长王协，区委常委、政法委书记邵荀，区法院院长席建声，市高级人民法院、市司法局相关处室负责人、区司法局等领导出席了签约仪式。

普陀区人民法院是全国“多元化纠纷解决机制改革示范法院”，普陀

公证处是上海市第一家与法院开展业务对接工作的公证处。公证制度作为以预防纠纷为目的的司法制度，在社会矛盾纠纷预防化解领域具有独特的制度使命和职能属性。诉讼制度与公证制度的前期衔接有利于充分发挥公证作为法治“第一道防线”的作用，可以优化司法资源配置，降低司法成本，减轻法院“案多人少”压力，也是司法体制改革背景下完善多元化纠纷解决机制的一项有益探索。

据统计，在前期对接试点工作中，公证人员在法院诉讼服务中心共接受711人次咨询，向241人次的咨

询人发放了公证办理联系单，其中的大部分当事人已经向公证处提出了公证申请，公证处已经出具了100多份遗产继承等相关公证文书。通过开展“一站式”服务，切实方便了群众诉讼，而且同期进入诉讼程序的家事纠纷以及信访案件数量明显减少。

此次对接协议签订后，双方将继续扩大对接范围，明确无纠纷或无诉讼相对人的继承案件由公证处办理相关公证；将可能化解的继承等家事纠纷案件纳入非诉调解程序，由公证处派驻法院的专职调解员进行矛盾化解，调解成功后直接进入公证程序；对调解不成的案件则由公证处出具含有相关法律事实和争议梳理的公证法律意见书，并将相关材料移交人民法院立案。通过诉讼与公证的有效对接，将促进公证制度发挥更大效用，为人民群众开辟新的纠纷解决渠道，提供更加优质的司法服务。

双方的此次合作还涉及相关信息共享互查机制，包括设立遗嘱类、继承类公证案卷和相应裁判案卷查阅快速通道和与继承事务相关业务风险信息通报机制，进一步提高办案效率和公证质量。

(本刊编辑部)

诉讼与公证深度对接 多元并举化解家事纠纷

◎文/上海市普陀区人民法院



今天的会议既是我院与普陀公证处对前期对接试点工作的总结，也是在人民法院司法改革背景下全面推进家事纠纷案件公证程序前置试点工作的指引。

自2015年5月1日立案登记制全面施行以来，大量的矛盾纠纷涌入法院，单靠诉讼这一矛盾纠纷解决机制已远远不能满足人民群众方便、快捷解决纠纷的司法需求。全面推进多元化纠纷解决机制改革迫在眉睫。在上海市高级人民法院的大力指导下，普陀法院与普陀公证处直面当前案件

数量持续攀升的客观情况和法院系统案多人少的现实矛盾，围绕预防纠纷、减少诉讼，共同推动多元解决机制改革目标，联手合作，充分发挥诉讼与公证两者的优势互补作用，创设公证和诉讼协同机制，为人民群众多元化的司法需求开辟更多渠道，在家事公证领域形成既具有条线特色又具有操作性和可行性的工作方法。对我院与上海市普陀公证处探索诉讼与公证的衔接模式，推进多元化纠纷解决实践和研究的工作，最高院沈德咏副院长在对十二届全国人大三次会议高广生

代表的建议的答复中也给予了充分肯定。对接工作的主要做法有以下四点：

一是定时定人定岗，形成一站式服务。为方便当事人解决纠纷，我院在诉讼服务中心设置了公证咨询办理窗口，由普陀区公证处指派具有丰富经验的公证调解员值岗，现场提供遗嘱继承、公证委托等相关事宜的咨询服务，向当事人提供调解建议，并在征得当事人同意后将符合公证受理条件的案件分流到公证处办理形成“诉调对接公证”一地解决的一站式服务。

二是拓展合作范围，合理分流家

事案件。对于已经进入诉调程序，但可能化解的无纠纷继承案件，继承纠纷中当事人举证困难、年老行动不便或一方在外地等情况，我院在诉前也委托公证机构调查核实相关事实并出具公证文书，有效缓解人民法院核查事实的压力，使得部分案件在诉前便以公证的方式直接解决。

三是主动降低公证费用，节省纠纷解决成本。由于遗产范围争议大、涉案当事人人数众多，法院继承案件审限过长，但案件经诉讼调解成功的，仅按照案件受理费标准的 1/4 收取，费用相对较低。诉讼与公证对接机制运行后，公证处主动回应当事人反映的公证收费问题，对符合法律援助条件的或有其他特殊困难的当事人办理继承权公证的，予以不同程度的费用减免，并将办结期限缩短至 20 个工作日内，此举既有效缩短诉讼周期，又降低当事人的纠纷解决成本。

四是建立定期联络，服务指导实践。我院与公证处建立定期联络制度，及时处理对接中遇到的问题，及时总结对接经验，并针对审判实践反映比较突出的问题开展专项调研。比如针对虚假继承事项，公证处发现当事人有弄虚作假情形的，及时反馈给法院，避免法院受误导作出错误的调解或判决。通过联络机制，我院还与公证处不断进行对接方式的探索并达成许多建设性的合作事项，如法院需了解被继承人有无公证遗嘱的，公证处 3 日内给予书面回复；如发现当事人无法对被继承人存款情况进行举证的，可告知当事人向公证机关申请被继承人存款信息查询。

2015 年 7 月至今，公证咨询窗口

共接待咨询 700 多人次，出具相关公证文书 100 多份，民事案件分流作用明显。同时，我院 2015 年度立案的家事案件数及信访接待数量同比也有一定幅度的下降，取得了较好的效果，充分体现了诉讼和公证对接机制整合力量、分流案件、平息纷争、化解矛盾的功能作用。

近期，我院与公证处继续相互协作、密切配合，合力推进公证参与多元化纠纷解决机制，引导当事人更多的选择公证方式解决民事纠纷，并尝试扩大公证机构对接纠纷调解的参与程度，促进诉讼公证调解对接机制在化解纠纷、维护当事人合法权益中发挥更大作用：

一、探索建立家事领域公证程序前置制度，减轻法院审判负担。现阶段，对于继承案件，公证还不是法定的前置程序，法院不能直接将案件移送到公证机构，只能在登记立案过程中通过诉前辅导提示、劝说当事人主动用公证方式解决继承问题，无法进一步扩大诉讼与公证对接形成的正向叠加效应。为此，我院将协同区公证处，试点探索建立家事案件领域公证程序前置制度，对立案阶段适合由公证部门处理的家事案件，如无纠纷或无诉讼相对人的继承案件、可能化解的家事财产纠纷案件委托公证机关在司法审理前介入，进一步减轻法院审判负担。

二、建立诉讼与公证对接工作室，化解家事纠纷在诉前。诉讼与公证对接工作室在案件来源上，首先由公证咨询办理窗口的公证调解员对前来诉讼的家事纠纷当事人征求意见，在征得当事人同意后将符合公证受理条

件的案件引入到工作室办理。工作室了解纠纷产生的根源，帮助诉请人梳理真实需求，分析诉讼、公证解决方案的利弊、风险，鼓励当事人在公证部门的协助下，通过对话而不是对抗来解决纠纷。当事人愿意选择公证方式解决的，由法院诉调对接中心负责委派区公证处调解并出具相关公证文书；当事人不愿意选择调解或其他非正式纠纷解决机制的，法院正式立案审理。

三、建立信息共享和业务协作机制，深入推进多元化纠纷解决体系建设。经协商，我院与区公证处将建立遗嘱类、继承类公证案卷和相应裁判文书查阅快速通道，形成快速查询及公证协作工作机制。因继承类公证办理需要，区公证处可向我院查阅婚姻家庭、继承纠纷案件、特别程序案件等的裁判文书。我院在案件审理过程中，可向区公证处查询公证遗嘱信息、医学死亡证明档案信息、婚姻登记档案信息。同时我院进一步加大对公证的支持，积极重视司法对公证的保障作用，根据最高院有关规定对区公证处公证的债权文书的执行给予司法支持，并就诉讼文书的送达和裁判文书的执行提请区公证处办理保全证据、提存等公证。

当前司法改革过程中，我们既没有现成的经验可以沿用，也不能简单照抄照搬其他国家和地区的做法。我院与区公证处将继续以创新精神和科学态度，大力夯实诉讼公证合作机制各项工作基础，促进诉讼及公证两种纠纷解决方式相互配合、相互协调和全面发展，努力满足新时期下人民群众多元化司法需求。

公证与诉讼对接

积极参与家事纠纷的预防及调解

◎文/上海市普陀公证处

今天签订诉讼与公证对接协议，正式启动家事公证程序前置第二阶段试点。这是公证业务发展过程中的一件大事。作为与普陀区人民法院对接的公证机构，我们深感责任重大。

我处在2014年，经普陀区人民法院同意，在法院新落成的立案大厅设立咨询窗口，指派公证员轮流值班，为当事人提供继承及相关家事领域的公证咨询。同时，向法院的立案庭和诉调中心了解继承纠纷的调解情况，特别是无争议继承诉讼的受理和审结情况。

通过一段时间在法院立案大厅现场的值班后，公证处比较全面地掌握了继承纠纷诉讼的基本情况。尽管进行了一定数量的咨询，但公证员普遍反映除了真正有纠纷、矛盾难以调解的当事人会选择诉讼之外，其他当事人一般也不会主动选择公证，主要原因是因为公证收费高，办理时间长，证据要求高；另一方面，不少当事人是被其他法律工作者引导到法院进行继承纠纷诉讼的。在此期间，公证处也发现了不少原本无被告的继承当事人虚构被告进行诉讼和明显隐瞒继承事实的虚假诉讼。针对以上情况，公证处及时与法院进行了沟通，并在程序和收费对接上进行了初步研究。

2015年初，我处在充分调查研究的基础上，提出了与普陀区人民法院诉调中心在法律法规和相关规范性文件框架下杜绝虚假诉讼、合理分流无纠纷诉讼当事人和家事纠纷公证前置等方面开展尝试性合作的建议。自2015年下

半年起，我处聘请了具有丰富调解经验的人民调解员在法院立案大厅公证咨询窗口参与继承案件的分流咨询，向当事人给出调解建议，并将符合公证受理条件的案件分流到公证处办理。自2015年7月至2016年3月，已经接受711人次咨询，向241人次的当事人发出了公证办理联系单，其中的大多数当事人已经向公证处提出了公证申请，出具遗产继承等相关公证文书100多份，其中法院移交的几起疑难案件的成功办理得到了当事人的赞扬，并收到了锦旗和表扬信。

针对当事人反映较多的公证收费问题，公证处提出办理接收人民法院移交的案件，凡符合法律援助条件或有其他特殊困难的，参照诉调案件收费标准予以减免，这一做法试行至今，无当事人提出异议。

在对接过程中，我们尽力实现公证制度在继承领域证明法律事实、诠释法律规定、审查继承人意思表示、纠纷调解等职能优势，对符合法律援

助条件和有特殊困难的当事人给予公证费用的减免，并摸索出专人负责预约咨询、容缺受理、代为收集证据、代办继承房产登记等工作模式，有效促进了全处继承类公证业务办理方式的改进。

在即将开始的第二阶段对接中，我处将和普陀区人民法院进一步完善无纠纷诉讼分离机制，并尝试扩大对接家事纠纷案件的参与程度。尝试在纠纷化解过程中或者过程前，为当事人发现和固定证据，为家事矛盾化解的顺利开展提供证据支撑。在诉调中心设立诉讼与公证对接工作室，直接对家事案件进行矛盾化解。同时，我们将吸收矛盾化解成果，熟悉和积累纠纷隐患点，做好纠纷前端预防。

在许多国家的法律制度中，都可以看到公证参与和替代诉讼的规定，我们有理由相信中国的公证机构在多元化纠纷化解机制的建设中应该有所作为。



我国保全证据公证的问题及对策

◎文/谢俊

我国《公证法》明确规定了保全证据公证是公证机构受理的公证业务之一。近年来,保全证据公证呈现出社会需求量逐年增长的趋势,但公证受理与否的法理界限、如何保全才能不破坏保全证据公证的证明力、对保全证据公证书采信与否的界限及瑕疵影响效力的判断标准等都是令各地公证员、律师、法官等法律实务工作者产生困惑的问题。为此,笔者结合国情特点,分析目前我国保全证据公证的发展现状,通过比较分析的方法解决保全证据公证在司法实践中的证据能力、证明力问题,为保全证据公证在我国稳健发展奠定基础,在一定程度上解决目前民事诉讼中存在的取证难的司法困境。

一、我国保全证据公证现状与存在问题

近年来我国公证事业得到了较快的发展,其中保全证据公证为稳定社会经济法治秩序、建设和谐社会发挥着巨大的作用。保全证据公证业务目前涉及的主要类别有网页、电子邮件、购物、清点、现状、录音、录像、证人证言、短信息等;涉及的主要领域有知识产权方面(商标权、专利权、著作权等)和经济纠纷方面(合同侵权、违约)等。随着经济社会的发展及我国不动产登记业务的政策调整,不久的将来保全证据

公证业务将会成为公证业务的支柱,势必会引起越来越多公证机构的重视。

目前我国民商事审判过程中,法院对保全证据公证书的采信率较高,但其依然存在很多突出问题值得研究和解决:

1、保全证据公证缺少统一的具体操作规范。由于保全证据公证种类较多,互联网等新技术的发展导致公证保全的对象不断出现新的领域,目前中国公证协会尚未发布统一具体的操作规范及操作细则,仅有一些比较宽泛的指导意见可供参考,使得保全证据公证在全国范围内缺少统一的具体操作标准。全国各省市公证协会虽然相继发布过一些试行指导意见以供参考,例如《深圳市公证员协会关于办理保全证据公证的业务指引》《上海市公证协会办理电子信息保全证据公证的指导意见》等。但各省市的指导意见对保全取证的方式、申请主体的要求、提取证据的操作步骤、取证设备及程序等核心问题的规定却不尽相同。

例如:利害关系的范畴认定方面存在一定的争议。我国《公证法》要求公证申请人要与公证事项存在利害关系,但利害关系的范畴却没有明确规定。¹一般认为,利害关系人是指与争议的法律关系或某一事件、事实或人存在法律上的权利义务关系的人,通常

指配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母以及其他与当事人有权利义务关系的人,如债权人、债务人、同事、朋友、雇主、雇员、基层组织(居委会、村委会等)等。因此,公证利害关系范畴外延是否大于诉讼上利害关系的范畴将直接影响公证书的效力。公证机构对利害关系的审查是形式审查还是实质审查都没有明确规定。

又如:对于办理保全证据公证中,公证员行使的角色到底是具体的行为操作者还是行为实施的监督者的问题,《上海市公证协会办理电子信息保全证据公证的指导意见》的规定是,公证员监督操作人员全面、客观地提取收存电子信息,操作由申请人具体实施操作,而《深圳市公证员协会关于办理保全证据公证的业务指引》的规定是,办理电子数据保全公证应当由当事人操作计算机;网页保全由公证人员或当事人操作;办理现场拍照、摄像保全公证由申请人拍照、摄像操作,公证人员现场监督等。各地法院对此问题的认识也有分歧,多数法院要求办理网页保全时由公证员使用公证机构的电脑,按照当事人提供的步骤保全,办理现场拍照、摄像保全也应由公证员操作为宜。以上两种作法各有利弊,公证员行使监督角色可以最大限度地降低自身的执业风险,而公证员行使操作者角色却能在一定程

1 参见《公证法》第三十一条:有下列情形之一的,公证机构不予办理公证:……(二)当事人与申请公证的事项没有利害关系的;……

度上提高公证书的公信力。公证机构应当在风险防范与风险控制中找到一个平衡点,较好地平衡好公正原则与保障当事人取证效果之间的冲突。

缺少统一的操作规范直接导致了各地的公证机构在受理保全证据公证时的标准不一致,在办理时提取证据的方法不一致,出具的公证书所证明的对象也不一致。

2、保全证据公证缺少统一的法律适用标准。迄今为止,在我国保全证据公证的法律适用问题上,最高人民法院没有对保全证据公证书在司法审判活动中的适用标准发布过统一的司法解释。各地高级人民法院在汇总本地区审判实践过程中遇到关于保全证据公证书效力问题后各自发布过一些适用规则,但各地的适用标准却不尽相同。该问题直接导致了同一份保全证据公证书在不同省份的法院使用可能导致不同的法律结果。

例如:超出执业区域是否影响公证书的效力问题。我国《公证法》规定公证员执业受理区域为当事人的住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地。办理涉及不动产的公证,由不动产所在地的公证机构受理;办理涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证可以不受不动产专属管辖的限制。²司法部《公证程序规则》对执业区域做了更具体的规定:公证机构的执业区域,由省、自治区、直辖市司法行政机关在办理该公证机构设立或者变更审批时予以核定。公证机构应当在核定

的执业区域内受理公证业务等。保全证据公证经常会有异地取证的情况发生,各地法院对异地取证的认识也不统一,有的法院认为异地取证与异地受理属于相同的法律范畴。甚至对超出执业区域受理的保全证据公证书的效力认定也不一致,有的法院认为超出执业区域受理公证违反公证法及公证程序规则,该公证书没有效力;³有的法院认为超出执业区域受理公证应该受到行政管理上的制裁,但其不影响公证书的效力。

又如:公证书的瑕疵与补正是否会影响公证书的效力也是在审判过程中比较有争议的问题。虽然《公证程序规则》第六十三条规定,公证机构对申请人提出的公证书的错误及其理由进行审查、核实,应区别不同情况予以处理,但是未对公证书中的瑕疵与补正的依据作出明确,而依据问题将直接影响法官对补正公证书的效力判断。如果有现场记录等其他证据能对瑕疵公证书加以佐证的,该补正公证书的效力将被法院采信,对于公证书的笔误与案件事实无关的,一般不影响公证书的证明效力。如在北京书生数字技术有限公司与郑成思侵犯著作权纠纷一案中,由于北京市第二公证处的公证员在制作公证书时打字排版失误导致出具的保全证据公证书存在文字瑕疵,因此北京市第二公证处又出具了补正说明。法院认为,补正说明与现场勘验笔录、发票等形成佐证,补正说明将公证书所表述的错漏字母及对公证书实时

打印页步骤所作的调整并未影响该公证书的实质内容及其真实性,故该补正说明与公证书具有同等法律效力。⁴但是瑕疵保全证据公证书不被采信的数量也是比较多的。

3、公证在互联网应用及知识产权保护中对新事物的适应能力比较弱。如今社会技术日益革新、“互联网+”的广泛应用,使得现在社会上的侵权手段越来越隐蔽,微信、APP应用软件等侵权方式对取证的手段、方式及硬件设备都提出了更高的要求。目前大部分的公证机构属于行政或事业体制,公证机构对于固定资产设备的更新、采购都有严格的限制,导致很多取证的电脑应用软件版本较低,使用的手机、照相机、摄像机等比较陈旧,甚至很多软件都不是正版的,例如:外企广泛使用的 LOTUS NOTES 系统,公证机构就很少拥有该正版系统。公证员对互联网发展带来的新技术的认识也存在一定的局限性和落后性,有些公证员对新科技、新事物一无所知,对电子签名、QQ、微信等具体的使用、操作、查找基本信息等都比较陌生。这些问题直接制约了保全证据公证业务的发展及新领域的拓展。

4、保全证据公证文书过于简单流于形式。众所周知公证文书一般都有统一的格式,实践中公证员在出具公证书时都过分依赖公证书的统一格式,每个公证文书都比较相似,保全证据公证书记载的内容过于简单,重要的信息均没有记载。例如:取证的时间,取

2 参见《公证法》第二十五条: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。申请办理涉及不动产的公证,应当向不动产所在地的公证机构提出;申请办理涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证,可以适用前款规定。

3 湖南省高级人民法院(2008)湘高法民三终字第8号即北京慈文影视制作有限公司诉中国电信集团湖南省电信公司株洲市分公司等网络著作权侵权案中,法院认定成都蜀都公证处的公证行为属于跨区域执业行为,公证书不具有合法性,不能作为证据使用。

4 参见北京市第一中级人民法院(2005)一中民终字第3463号《民事判决书》,可登录中国裁判文书网查询。

证的地点,取证的对象、证明的内容等都是一笔带过,不能真正反映每个案件特有的具体情况。笔者认为对于有些特殊的公证事项最好采用要素式公证书才能充分表明公证文书所证明的事实。尤其保全证据公证书将作为一份证据使用,对所需要证明的事实应有清晰、完整、全面的表达,这样才能充分反映证据的三性,否则在一定程度上限制了公证文书的证据能力。

二、保全证据公证的有关效力

我国《民事诉讼法》中规定当事人可以向法院申请证据保全⁵,却没有明确其他机构能否受理保全证据申请。我国民事诉讼理论上也认为证据保全是法院对可能灭失或今后无法取得的证据采取的一种保护和固定措施,但如何从制度操作上区别法院的证据保全和调查取证,这在我国一直存在争议。我国公证机构作为司法体系中一部分,独立承担着具有高度公信力的第三方证明职能,为维护社会秩序、预防纠纷、缓解矛盾发挥着巨大作用,保障着社会重大事项的有序进行。同时,保全证据公证具有申请上的便捷性、取证上的迅速性、证据效力上的优越性等特点。使得保全证据公证逐渐成为目前最有效、最便捷的第三方证据保全方式,弥补了法院证据保全的客观不足。

保全证据制度不仅是保护诉讼参与人的程序权益的法律武器,而且可以减少当事人收集证据和举证的难度以及法官认定案件真实事实的难度,

方便法官及时查明案件事实,迅速作出裁判,有效降低诉讼成本,提高诉讼效率,以确保实体公正。保全证据公证完全可以与法院证据保全构成一个完整的保全证据制度体系。保全证据公证具有实施的被动性、对象的广泛性、机构的有责性等特点,可以让法院尽量居于超然的地位并弱化其在诉讼前的职能作用,以减轻其工作负荷,同时还有助于强化公证机关的业务职能,使公证机构能不断适应现代市场经济体制下社会发展的现实要求,不至于被法律职业共同体边缘化。

具体地,这两种最常规的证据保全方式可作如下优劣比较:

1、启动程序的要求。法院受理证据保全的前提是对申请的合法性和保全的必要性进行审查。合法性审查主要指程序性审查,包括申请人是否为案件的适格当事人、申请是否在规定的期限内等;必要性审查主要指实质性审查,即证据是否可能灭失或以后难以取得。由于我国民事审判方式的改革正经历着从法院职权主义向当事人主义的转变,使得法院在必要性审查上控制的比较严格,尤其在诉前保全程序中,如果公证机构能够受理的保全行为,法院一般都不受理申请,以保持法院的中立性和公正性,避免先入为主。同时法官每年要处理很多案件,现阶段也没有多余的时间和精力去受理非紧急非特殊情况下的保全申请。公证机构受理保全证据的前提是对申请人与保全对象的利害关系、保全证据

行为的法律意义及不得侵犯第三方的合法权益等方面进行审查。我国《公证法》及《公证程序规则》均明确要求任何公证申请人必须要与申请公证事项存在利害关系。一般而言这里的利害关系可以作最宽泛的理解。由于公证机构的法律地位和职能决定了保全证据公证一般只能适用于民商事领域中,不能适用于刑事领域。⁶可见实际操作中公证保全的启动程序要求明显要比法院低,充分体现了公证保全的便捷性。

2、保全的担保要求。从我国目前的法律和司法解释来看,当事人申请证据保全的,法院可以要求提供相应的担保,但法院对于担保的具体数额、担保的形式、是否必须担保都有一定的自由裁量权。最高人民法院有法官认为:在确定当事人是否应当提供担保的问题上,受诉法院应当综合证据的价值、种类等因素加以判断,如申请人申请保全的证据为书证、电脑软盘、证人证言就不需提供担保。而如果申请人申请将本案的诉争标的物保全,如汽车、房屋、名贵字画等,法院应当要求当事人提供担保。法院对诉前证据保全提供担保的要求应尤为严格,以防止当事人滥用证据保全的权利。⁷法院的证据保全包含查封、扣押保全对象的行为,而我国公证机构不享有任何强制力,保全证据公证不具有查封、扣押的权力,因此公证机构所实施的保全行为原则上不会对他人造成财产损失,故而保全证据公证未要求申请人提供

5 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第八十一条:在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人可以向人民法院申请保全证据,人民法院也可以主动采取保全措施。因情况紧急,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。

6 在实践过程中,经公证保全的证据也可以适用于行政领域。

7 参见奚玉梅:《知识产权保护要有新突破——最高法院副院长曹建明谈当前知识产权审判工作应注意的问题》,载<http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=76485>。

任何形式的担保。

3、保全的方法。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十四条规定,人民法院进行证据保全,可以根据具体情况,采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。我国《民事诉讼法》第一百零三条规定,财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。我国《公证法》及《公证程序规则》并没有对公证保全证据的方法作出明确规定,只规定办理保全证据公证,承办公证员发现当事人是采用法律、法规禁止的方式取得证据的,应当不予办理公证。《中国公证协会办理保全证据公证的指导意见(修订)》第二条规定了保全证据公证是公证机构依法对与申请人权益有关的、有法律意义的证据、行为过程加以提取、收存、固定、描述或对申请人的取证行为的真实性予以证明的活动。可见公证机构采取证据保全的具体措施主要体现为固定证据,而法院的保全行为侧重于一种强制力的措施。

4、证据能力和证明力。法院证据保全的效力仅仅及于证据本身并不当然及于待证事实,法院依法定程序保全的证据双方当事人都可以援用,已经被法院保全的证据在证明案件事实时,仍应当经过辩论、陈述。⁸然而公证保全证据具有较强的社会可信度及较强的法律效力,最高人民法院的司法解释规定:已为有效公证文书所证明的事

实,当事人无需举证证明,但当事人有相反证据足以推翻的除外。⁹基于证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证的法律规定,目前司法实践中法院仍然会对公证保全的证据进行公开的质证和辩论,判断其是否符合证据的“三性”。法官在审判过程中对保全证据公证是否具有证据所必须的“三性”进行实质审查,但法官不能随意去否定公证文书的证明力。针对当事人对于公证文书证明对象真实性的抗辩,法院更应当坚持严格的证明标准,不能因为相对方简单的提出某种可能性抗辩的存在而否定保全证据公证的证明力,必须要求当事人提出更加充分、可信的否定性证明,否定性证明的证明标准也应当高于一般民事诉讼的证明标准。我国《公证法》第三十六条规定:“经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书,应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻该项公证的除外。”笔者认为上述“推翻”的意义是对公证的证明力的否定,但是公证书在形式上来看依然是合法的。如果当事人对公证书内容有争议,则该种争议是关于民事实体关系的争议而不是公证书真伪的争议。上海市高级人民法院也认为:公证是对事实的证明,对诉讼而言,公证书仅仅是一项证明力较强的证据。法院受理民事纠纷,针对的是当事人之间民事权利义务产生的争议,而不是对争议涉及的某个证据进行裁判。公证当事人及公证事项的利害关系人

对公证机构出具的公证书有异议,其实是认为公证书证明的事实,对他们之间的权利义务关系产生了不当影响。如果公证书所影响的基础法律关系的争议属于民事性质的,则当事人、利害关系人可以就该争议提起民事诉讼。仅就公证书撤销与否起诉的,法院不予受理。¹⁰我国的公证证明属于实质性证明,而非形式证明,要求公证机关证明待证事项的真实性和合法性,因此对于违法公证书的矫正或救济就显得十分重要。¹¹笔者认为公证的事实确实具有免证的效果,但免证仅是指免除当事人以其他证明手段对自己的主张予以证明的效果。保全证据公证作为一种证据,并非众所周知的事实或司法认知的范畴,不属于可以不需要当事人证明的事实。因此,根据《关于民事诉讼证据的若干规定》第四十七条的规定,“证据应当在法庭上出示,由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。”虽然质证可以方便法官认定证据的效力,认定证据可采信和证明力的大小,但是公证行为具有高度的公信力又区别于一般的报告性文书,公证书作为证据的实质上证明力大小不由法官自由心证所决定,这在一定程度上限制了法官随便运用自由心证原则及适用“高度盖然性”证明标准去否定公证证据的权力。

保全证据公证的合法性分为形式合法与实质合法两方面。形式合法主要是指保全证据公证的行为在形式上

8 参见唐德华主编:《民事诉讼理念和机制》,中国政法大学出版社2005年版,第372页。

9 参见《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》第九十三条:下列事实,当事人无须举证证明:……(七)已为有效公证文书所证明的事实。前款第五项至第七项规定的事实,当事人有相反证据足以推翻的除外。

10 参见上海市高级人民法院2006年9月20日发布的《关于涉及公证民事诉讼若干问题的解答》。随后,最高人民法院在《关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定》第二条中规定,有关公证书的效力的争议,法院不予受理,应按照《公证法》第三十九条规定的复查程序处理,统一解决公证书效力问题的认识。

11 参见张文章主编:《公证制度新论》,厦门大学出版社2008年版,第283页。

要符合法律要求,例如实施保全证据的主体必须是公证员,外出办理保全证据必须要二人等。实质合法主要是指保全证据公证的取证行为要符合实体法规范。保全证据公证合法性判断包含了被保全证据的合法性,若被保全的证据的取得侵害了第三方的合法权益或违反了禁止性的法律规定,则保全证据公证的行为也是违法的。目前理论界争议较大的是对于涉及个人隐私、商业秘密、国家秘密的证据信息,公证员能否对其实施保全证据的问题,该问题将直接影响保全证据公证的效力。但《公证法》并没有禁止公证员办理涉及个人隐私、商业秘密、国家秘密的公证,只是要求公证员必须承担严格保守秘密的义务。有学者认为:公证机构的公证人员的证据保全行为本质上依然是一种消极行为,而消极触及个人隐私、商业秘密的,应当不构成违法。与保全证据公证相同,证据本身的合法性是一个重要的界限,对于合法证据的保全,即使涉及个人隐私、商业秘密也不构成违法。¹²

另一个争议较大的是对于现场隐名或假名保全证据公证的合法性问题。“陷阱取证”最初是运用于刑事案件的一种特殊侦查方式和取证手段,世界各国普遍认可机会提供性陷阱取证的正当性,否定犯意诱发型陷阱取证的正当性。然而在如今的知识产权保护过程中,一般认为“民事陷阱取证”是指一方当事人为了获取对方当事人的侵权或违约的证据,以某种行为有利可图为诱惑,诱导对方当事人实施侵权或违约行

为,待行为人实施或结果发生后获取证据的特殊取证手段,分为“提供机会型”和“恶意诱发型”两种情况。¹³我国最高人民法院在审理原告北大方正集团有限公司、北京红楼计算机科学技术研究所因与被告北京高术天力科技有限公司、北京高术科技公司计算机软件著作权侵权纠纷一案中明确了“陷阱取证”的合法性,最高人民法院认为根据《民事诉讼法》第六十九条的规定,经过公证程序证明的法律事实,除有相反证据足以推翻的外,人民法院应当作为认定事实的根据。被告安装盗版方正软件是本案公证证明的事实,因被告无相反证据足以推翻,对于该事实的真实性应予认定。以何种方式获取的公证证明的事实,涉及取证方式本身是否违法,如果采取的取证方式本身违法,即使其为公证方式所证明,所获取的证据亦不能作为认定案件事实的依据。因为,如果非法证据因其为公证所证明而取得合法性,那就既不符合公证机关需审查公证事项合法性的公证规则,也不利于制止违法取证行为和保护他人合法权益。二审法院在否定原告取证方式合法性的同时,又以该方式获取的法律事实经过公证证明而作为认定案件事实的依据,是不妥当的。在民事诉讼中,尽管法律对于违法行为作出了较多的明文规定,但由于社会关系的广泛性和利益关系的复杂性,除另有明文规定外,法律对于违法行为不采取穷尽式的列举规定,而存在较多的空间根据利益衡量、价值取向来解决,故对于法律没有明文禁止的行

为,主要根据该行为实质上的正当性进行判断。就本案而言,原告通过公证取证方式,不仅取得了被告现场安装盗版方正软件的证据,而且获取了其向其他客户销售盗版软件,实施同类侵权行为等证据和证据线索,其目的并无不正当性,其行为并未损害社会公共利益和他人合法权益。加之计算机软件著作权侵权行为具有隐蔽性较强、取证难度大等特点,采取该取证方式,有利于解决此类案件取证难问题,起到威慑和遏制侵权行为的作用,也符合依法加强知识产权保护的法律精神。¹⁴因此,笔者认为隐名、假名保全证据公证有点类似于“陷阱取证”,其合法性也是毋庸置疑的。理由如下:法无禁止就合法。隐名、假名取证方式在民事诉讼中未被法律明确禁止,我国《公证法》及《公证程序规则》也没有作出限制,权利人采用上述取证方式并未违反强制性法律规定,不影响公证保全的效力。虽然有学者认为隐名或假名取证方式是一种违反程序正义的行为,但是正如最高人民法院认为的在非常特殊的情况下,为了追求事实真相的必要性可以适当牺牲一下程序正义。世界上大部分国家的法院在民事诉讼中基本认为即使在取证过程中有不当或轻微违法的情况,如果所取得的证据比较重要、采取其他手段几无可能获得的情况下,法官可以认可其证据能力。实践中,英美法系国家多从该证据的关联性和可采信两方面去决定该证据的取舍,而大陆法系国家则通过自由心证方式去判断该证据的取舍。¹⁵

12 参见张卫平:《论公证证据保全》,载《中外法学》2011年第4期。

13 参见朱赛华:《软件侵权诉讼中“陷阱取证”与“实验取证”的法律思考》,载《科技与法律》2005年第1期。

14 参见《最高人民法院审理北大方正集团有限公司、北京红楼计算机科学技术研究所因与北京高术天力科技有限公司、北京高术科技公司计算机软件著作权侵权纠纷一案民事判决书》,载<http://www.lawtime.cn/info/zzq/zzqalanli/2011081266451.html>。

15 参见姚玉蕊:《“陷阱取证”可否采用——应由法官自由裁量》,载http://www.sdipr.gov.cn/art/2005/12/05/art_5977.html。

三、提高保全证据公证的效力的建议

因为我国目前的公证制度体系和证据制度体系不够完善，各地法院对保全证据公证的主体及利害关系的判断标准不尽一致，公证处难以保证公证保全证据必然发生对申请主体有利的法律后果。这成为办理保全证据公证的一线公证员时常困惑和担心的问题。在此，笔者拟从立法角度和实务操作角度对提高我国保全证据公证的效力提出几点可行建议：

1、中国公证协会应把目前比较常规的几类保全证据公证业务整理并出台相应的办证细则。虽然我国《公证法》赋予了公证机构办理保全证据的业务职能，但目前没有任何配套的法律法规或办证细则能与《公证法》中关于公证保全问题作到有效的衔接。我国各地公证机构在办理保全证据公证时也时常束手束脚，顾虑重重，对于受理的依据、审查的标准都不尽相同，害怕自己办理的保全证据公证具有不当性，这在一定程度上有损我国统一司法制度的公信力。现阶段要推动立法层面的修订，对于公证行业确实存在一定的难度，因此只能先从行业内部制定规范办证程序方面入手，一旦有了相对统一的办证细则，就能在办证程序上起到一定的规范作用。

2、中国公证协会应该加强与最高人民法院的沟通，促使最高院能出台关于保全证据公证适用的审判指导意见或专门的司法解释。在我国《民事诉讼法》等法律未能及时修订、法学理论界尚未对我国整个证据制度体系构架完毕的情况下，中国公证协会应该主动学习和借鉴法国公证人高等理事会与法国高等法院紧密联系与合作的作法，不断加强与最高人民法院的沟通和研讨，配合《公

证法》的有效实施，能让最高人民法院尽快出台一个能在全中国范围司法审判中针对保全证据公证适用的指导意见或专门的司法解释，对于保全证据公证的效力态度、免证效力等问题尽可能在全国司法系统内达成一个统一的认识，尽快解决目前各省市审判指导意见不统一的局面。

3、配置更新保全设备、提高保全技术并配置专业辅助人员。从目前不被法院采信的全证保全证据来看，法院都对公证保全时的取证设备提出了极高的要求，例如：办理网络证据保全时法院要求公证员对电脑设备与网络环境的清洁度进行事先检测，要求尽量使用公证机构事先能够掌握的电脑设备，这样才能确保取证设备不容易被植入非法程序而产生假链接的虚假网络信息；对于需要下载特定程序软件如QQ、MSN等查看信息内容的应尽量使用下载合法的软件，避免非法软件可能夹杂木马程序而查看到的内容并非真实的内容；办理拍照、摄像的保全证据公证时要求公证员对照相机和摄像机进行检查并格式化记忆卡内的储存信息，确保照片和录像内容是现场实时拍摄的而非事先已形成的。因此随着新技术的不断出现，公证机构要与时俱进从硬件和软件两方面不断配置最新的保全设备、更新现有的旧设备，更新使用的软件，尽可能减少一般形式上的可质疑内容，加强保全证据的可信度。同时也要求公证员在办理具体保全证据公证时不断针对新出现的事务提高保全技术手段，尽量要完整、全面、客观的反映被保全内容的事实，确保真实性、客观性，减少保全时公证员的主观因素，加强保全行为的可信度。同时社会中出现的各种新技术、新事物已经大大超越了一名普通公证员应该掌

握的职业技术技能，例如：电子领域出现各类新产品以及纷繁复杂的各类新功能都是普通公证员无法一一知悉和熟练掌握的，即使是对计算机设备网络环境的清洁方法都是一个非常专业的技术问题。因此在办理保全证据公证时迫切地需要配置各类专业辅助人员给公证员提供专业意见和技术支持，确保保全证据公证能客观、真实的顺利进行，不至于在保全时由于公证员对保全对象的一知半解而过分依赖和听信申请人的意见，最终掺杂入某些主观因素而影响了保全证据的效力。对于专业辅助人员的薪酬待遇可以适当参照公证员的待遇水平，毕竟IT精英在社会中的薪酬水平还是比较高的，只有突破体制才能留住人才。

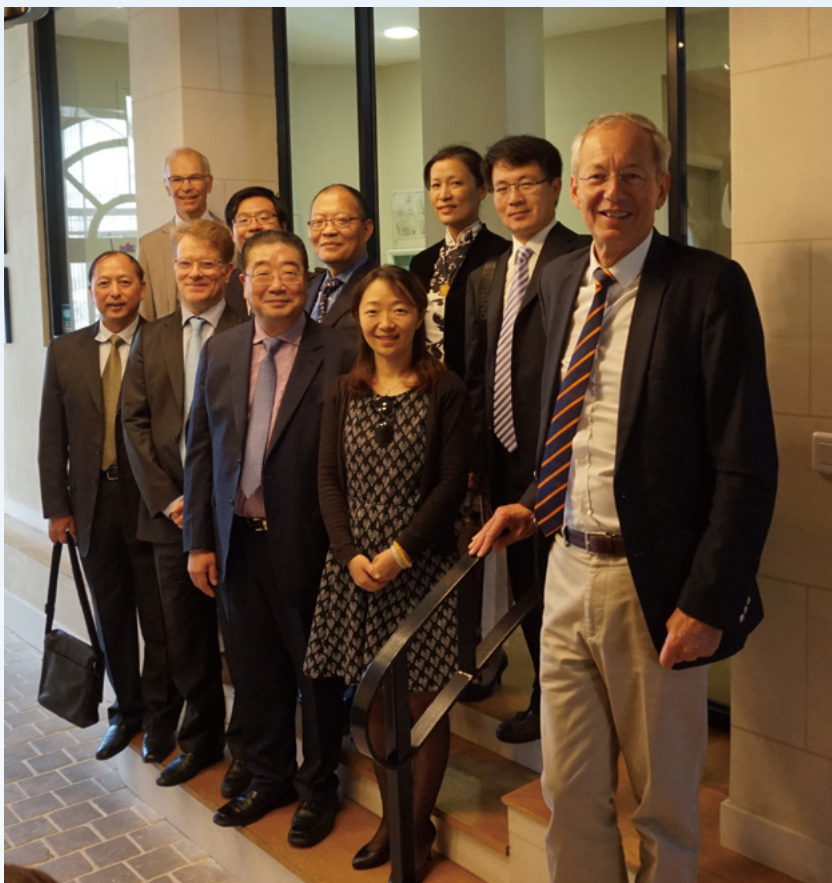
4、改革保全证据公证书。尤其对于保全证据公证而言，每个公证保全的对象都是不相同的，每个细节都可能对整个案件事实的判断产生影响。因此公证员应当尽量运用要素式公证书格式出具公证书，把主要内容（时间、地点、具体实施行为的主体、参与监督的公证员、保全证据所采取的方式、保全的具体内容、公证书所证明的对象等）均应具体、客观的反映出来，让看的人有一个最直观的了解并对整个被保全内容有个清楚地认识，这样才能最大限度的确保保全证据公证书的效力，以免在证据使用时相对方提出不必要的抗辩。同时为了迎合当代电子信息时代的飞速发展，公证机构应当尽早发展和应用保全证据电子公证书，这样不仅可以节约办公资源，更可以充分保障公证书的真实性，避免公证书的造假，提升公证书使用上的便捷性，迎合时代发展和世界潮流的最新趋势。

（本文作者系东方公证处公证员）

上海公证法律代表团考察 法国、捷克公证工作(节选)

应法国公证人高等理事会、捷克公证人协会和捷克鲁特兰律师事务所邀请,2016年6月5日至12日,以市司法局副局长王协同志为团长的上海公证法律代表团一行6人赴法国、捷克进行考察访问。代表团成员包括:上海市黄浦区司法局党委书记张伟舫、上海市司法局公证工作管理处处长王琮、上海市松江区司法局副局长陈炳泉、上海市嘉定公证处主任侯晓、上海市司法局律师工作管理处副处长忻峰。

代表团此次出访旨在考察法国、捷克两国公证行业情况,加强与捷克律师业的交流。代表团在法国交流访问期间,应邀列席第112届法国公证人年会,参访了法国南特公证处、捷克公证人协会和捷克鲁特兰律师事务所,实地考察了法国公证文书信息化情况、捷克公证行业发展历程和鲁特兰律师事务所档案管理情况。



一、列席第112届法国公证人年会

第112届法国公证人年会于6月6日在南特开幕,代表团应邀列席了会议并在前排就座。法国司法部部长也专程参加了年会的开幕式。公证人年会总结了公证行业一年的发展情况,高等理事会做了工作报告,并代表法国公证行业向法国司法部提出了意见和建议。6月7日,代表团参加法国公证人高等理事会组织的午

宴并与列席会议的哥伦比亚、捷克等外国代表团进行了友好的交流。

二、考察南特公证处

南特公证处共有公证人6名并聘有辅助人员,为合伙制公证处,主要从事南特当地的不动产和继承业务。代表团重点考察了公证文书信息化情况,南特公证处向代表团现场演示了公证文书信息化系统。该公证

文书信息化系统是由法国公证人协会投资建立的,并免费提供给法国全体公证人使用。该系统实现了公证文书的起草、制作、签署、公开、存档的一体化和无纸化,并利用网络实现了全国公证文书的统一查询。

特别值得一提的是,在该系统的支持下,公证文书的签署已经改由电子书写板完成,不再使用普通纸笔进行签署,从而彻底完成了无纸化。

同时，法国公证还允许公证申请人授权公证处工作人员代为签署文件，从而极大的便利了公证的办理。

三、访问捷克公证人协会

6月9日，代表团访问了捷克公证人协会。捷克公证人协会介绍了捷克公证行业的发展历程和现行的公证制度基本情况。捷克公证行业起源于13世纪中期，现存最早的公证文书是1263年由大主教签发的。目前公证人不是国家工作人员，但需要得到国家司法部门的授权。公证业务主要是继承、婚姻和公司设立。在公司设立方面，捷克公证人的职权在全球范围内都是极大的，其承担了公司成立的条件审查和公司成立的公示公告，即我国目前由工商部门承担的公司注册工作。需要特别指出的是，在捷克，不动产交易并不属于法定公证的事项。

捷克公证人必须是捷克公民，具有法律学位并从事法律相关工作三年，然后方可报名参加公证人考试或者律师考试，通过考试后继续从事法律事务五年方能申请成为公证人。但公证人总额为450名，在没有缺额的情况下，不会批准新的公证人。因此，捷克公证人一般都曾经从事律师工作，但成为公证人后，不能再从事律师业务。

捷克公证人协会履行行业自治职责，负责组织公证人和助理的考试，出现缺额时负责遴选申请人，办理公证业务培训、处理投诉、制定行业收费标准。除了捷克公证人协会，捷克8个州也都设有公证人协会。

代表团还考察了鲁特兰律师事务所的档案管理工作。该所档案管理

的信息化程度较高，并建立了良好的检索系统。但原始文件仍予以较好的保存，已被必要时使用。

启示与建议

（一）关于公证行业的法定业务

从法国、捷克及全球大部分大陆法系国家的公证行业情况看，公证行业或多或少都有法定业务。但值得注意的是，大部分的公证法定业务并不是简单的对法律行为或过程进行证明，而是将公证作为法律行为和权利公示公告及登记的一种方式。在我国，对法律行为和权利的登记分散在各个行业主管部门，没有形成统一的公示公告和登记体系，而公证只具备证明力，而非权利生效的必要条件。

（二）电子书写签名的引入需要慎重

法国公证文书的完全无纸化固

然极大的提高了工作效率，但是否适合我国现阶段国情，需要认真思考。在我国，对电子书写的笔迹的鉴定，公证机构的权威性、群众对公证业务的认识与法国相比还都存在一定差距，完全无纸化可能给公证机构和公证员带来一定的执业风险。

（三）业务档案管理应当尽快加强研究

从鲁特兰律师事务所的实践并结合法国公证文书信息化的情况看，业务档案管理主要应从两个方面着手。一是既有业务档案的电子化，应由行业协会牵头，尽快拿出整体方案，推动既有档案的电子化和集中保管。二是对档案保管研究出台统一标准，目前司法部虽有业务档案保管的规定，但由于长期未加修订，实际上已经难以执行，需要重新进行研究并制定相应规范。

（本文作者系上海公证法律代表团，执笔人忻峰）



2016 **Y**⁴ue

第32期中法公证法律专题讲座“一带一路”系列研讨之： 融资租赁与公证在沪成功举办

4月12日上午，“第32期中法公证法律专题讲座‘一带一路’系列研讨之：融资租赁与公证”在富豪环球东亚酒店宴会厅举行。来自中法两国的公证同行、法律界和融资租赁界的专家学者、高校教授和学生相聚一堂，共同探讨“一带一路”战略下融资租赁与公证的相关法律服务事宜，并就中、法两国的公证法律文化进行了深入交流与传播。（活动详情见本期第20页）

长宁、虹口、静安、奉贤等公证处接待 法国学生参观团

经市司法局批准，上海中法公证法律交流培训中心于4月10日-23日安排了来自法国高校公证法专业的11名学生到长宁、虹口、静安、奉贤等公证处参观交流，法国学生们参观了本市多家公证处的受理窗口、接待咨询室等工作场所，现场观摩了公证员办理继承、委托等公证事项的接待过程和公证书制证、卷宗装订、数字化档案采集等公证服务流程环节。他们还听取了各公证处领导和资深公证员对我国公证机构的性质、法律地位、历史沿革、公证业务等情况的介绍。



松江公证处走进《茸城之光》演播室

4月13日上午，松江公证处应邀参与了松江电视台《茸城之光》的节目录制。松江公证处主任顾海元、副主任沈南、公证员沈诚作为嘉宾出席，松江区司法局律公科科长吴葭、上海政法学院教授以及当事人孙尧春老先生共同参与《诚信崇法公证为民》访谈节目的录制。

节目以真实案例为切入点，通过承办案件的公证员的介绍和当事人的反馈，向群众展现了公证的严谨与威信，同时也反映了公证的困难与艰辛，公证的意义也得到了很好的诠释。节目对松江公证处进行了全面的介绍，并结合经典案例，就老百姓关心的公证相关问题进行解答。

普陀法院与普陀公证处签订 诉讼与公证对接协议

4月15日上午，普陀区人民法院与普陀公证处在普陀区人民法院诉讼服务中心举行了诉讼与公证对接协议签约仪式，并为“诉讼与公证对接工作室”揭牌。在双方前期对接试点工作的基础上，全面推进家事纠纷案件非诉调解及公证程序前置对接工作。（活动报道见本期第38页）

“纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下公证发展的传承与创新” 公证人论坛在沪成功举办

4月16日，“纪念《公证法》实施十周年暨互联网时代下公证行业的传承与发展”公证人论坛在上海科学会堂成功举办。中国公证协会会长丁露、上海市司法局副局长王协和黄浦区副区长吕南停等领导出席论坛并讲话。上海21家公证处和全国16个省市37家公证机构近200名公证同仁参与了本次论坛。（活动详情见本期第4页）

长宁公证处参加交通文明示范岗

4月18日至22日，为积极响应本市文明交通专项整治要求，长宁公证处发动处内党、团员、青年职工在长宁路汇川路口参与交通文明志愿服务工作，帮助交警维持早高峰交通秩序。公证处的志愿者们身体力行，耐心劝导行人和非机动车文明出行，并深入开展交通安全、文明交通理念宣传，为全市文明交通整治行动，弘扬法治精神贡献自己的一份力量。



合作共赢 共促发展 ——闸北公证处与北京盈科(上海)律师事务所建立战略合作关系

4月20日上午，闸北公证处与北京盈科(上海)律师事务所在静安区宝矿洲际商务中心举行了战略合作签约仪式。今后，双方将不定期地互派资深、优秀公证人员、律师到对方举办法律实务讲座，加深彼此间的学习交流、共同促进双方业务的开展，共同打造公证、律师综合服务体系，为当事人提供更加优质高效的法律服务。



市司法局党委书记、局长郑善和同志赴东方公证处调研

4月21日下午，市司法局党委书记、局长郑善和及公管处处长王琼、办公室副主任张丽艳、公管处副处长陈继军、公管处副处长兼协会副秘书长徐青等领导赴东方公证处调研工作，公证处党委班子成员及相关部门负责人参加调研座谈会。

会上，处党委书记、代理主任王兴和同志汇报了公证处近期的工作情况，处领导和相关部门负责人分别就公证质量、人力资源、业务创新和窗口接待等工作进行了具体汇报。郑善和同志在听取了汇报后，充分肯定公证处有序推进、不断创新的各方面工作。他强调，一要把“五大发展理念”作为指导思想，将科学发展和可持续发展放在突出位置，把防控风险、服务发展、破解难题、补齐短板作为基本遵循；二要加强内部科学管理，建立健全“四个机制”即质量监督机制、投诉问责机制、风险救济机制和激励机制；三要以法治为引领，做好公证信息化和标准化工作；四要加强公证理论和实践的前瞻性研究；五要加强队伍建设，抓实政治工作。



广东省江门市公证代表团来闸北公证处考察交流

4月25日，广东省江门市公证代表团一行在广东省公证协会副秘书长王映明的带领下，来闸北公证处新办公场所参观座谈。处主任凌云峰、党支部书记吴军等接待了代表团。双方围绕公证体制改革、公证特色服务及公证处内部管理方式、公证质量监控等内容展开了交流，并就新形势下公证参与公共法律服务体系建设等问题进行了深入探讨。

公证进社区服务千万家

——线上咨询、办证和线下互动的公证体验

4月23日，嘉定公证处入驻马陆镇社区每月举办一次的“关爱居民、凝聚希望”便民公益集市，为社区居民提供在家门口就能享受到的优质便捷公证服务。年轻居民对公证处新的办证模式“支付宝客户端公证服务”颇感兴趣，觉得省时省力，是公



证与“互联网+”的完美结合。而年纪大的居民非常关注本市公证行业开展的“80岁以上老人免费办理遗嘱公证”活动，认为在生前能对自己的遗产做好安排，可以杜绝后顾之忧之忧、以防后患。

徐汇区司法局与徐汇区法院举行诉讼与公证对接工作签约暨揭牌仪式

4月28日，徐汇区司法局与徐汇区法院在法院新闻中心举行诉讼与公证对接工作签约仪式暨“诉讼与公证对接工作室”揭牌仪式，标志着本市第二家“诉讼与公证对接工作室”正式建立。区局党委书记、局长徐文泉，区法院党组书记、院长许祥云出席仪式，共同为“诉讼与公证对接工作室”揭牌。区局党委副书记董华明、区法院副院长张向荣，公证处主任杨昌麟，区法院诉调对接中心主任吴祥唐，以及公证处、区法院的相关部门的负责人、公证处部分公证联络员出席签约仪式。



中国公证协会会长丁露 赴卢湾公证处参观指导

近日,中国公证协会会长丁露在上海市公证协会会长黄群、黄浦区司法局党委书记张伟舫、市局公管处副处长兼协会副秘书长徐青的陪同下专程到位于马当路428号的卢湾公证处接待大厅参观指导。丁露会长对大厅内使用的身份证取号机在杜绝假人假证和减少公证员不当推诿方面起到的作用给予了充分肯定,同时又对接待大厅内宣传材料的摆放和布置提出了建议。随后,一行人还来到了公证处新建成的智慧公证中心进行参观。丁露会长在参观后勉励公证处充分发挥好智慧公证中心这一全国首创的先发优势,深入研究和发掘公证行业在信息化时代的核心竞争力,真正成为全国公证行业在这一领域中的排头兵和先行者,不断提高公证行业适应新时代发展的水平和能力。



共建共联共营造

——新黄浦公证处参加社区党建联席会议

今年4月,为深化共建共联活动,构建党建工作新格局,新黄浦公证处党支部派员参加了由黄浦区老西门街道党支部联合老西门地区邮政、医院、学校、市场监督管理局、武警消防中队等多个单位组成的共驻共建党建联席会议。新黄浦公证处将为社区的建设提供人才、信息、场地等多方面的支持,积极开展共建志愿服务活动。

2016
Yue



法律护航南部科创中心建设

5月9日下午,闵行区举行法律服务进科创园区启动仪式暨“零号湾法律服务中心”揭牌仪式,以科创企业需求为导向,整合法律服务资源,搭建平台,引导律师、公证为科创中心提供全过程、全方位的法律服务。启动仪式由闵行区司法局局长金海民主持,市司法局副局长王协、闵行区副区长周艳出席仪式并致辞。闵行区人大常委会副主任沈健和上海交通大学副校长吴旦为“零号湾法律服务中心”揭牌。

协会召开四届第三十七次会长办公会议

5月10日下午,协会四届第三十七次会长办公会议在市公证协会会议室召开。会议由黄群会长主持,副会长杨昌麟、侯晓、黄雪平、袁金根参加会议。市司法局副局长、协会党委书记王协,市局公管处处长王琮、公管处副处长兼协会副秘书长徐青等出席了会议。

会议讨论了协会2016年度重点工作安排;四届五次会员代表大会代表提案处理意见;公证行业档案寄存托管项目及档案数字化项目的相关工作;公证人员疗休养活动方案;派送公证员参加国际公证联盟年会等相关事宜。会议还通报了协会理事参加华政司法研究学会的相关事宜,协会与华政的合作项目,境外人未刑查询事宜,与市疾控中心协调核查事宜,2016年度教育培训工作等情况。

黄浦公证处开展专题讲座

5月20日,黄浦公证处邀请上海观庭观盛律师事务所余庭律师前来做关于民间借贷纠纷处理及公证应当注意的问题讲座,全体公证员及助理参加学习讨论。公证员还就民间借贷强制执行阶段的实务问题与律师进行了深入探讨。此次专题讨论是黄浦公证处最近针对民间借贷实施的一系列强化管理措施中的一步。公证处还邀请市公证协会质量检查督导组对民间借贷公证卷宗质量进行了专项检查。

虹口公证为旧区改造保驾护航

5月15日,在虹口公证处祝维君和石磊的现场监督下,虹口区171街坊选定房地产价格评估机构现场会顺利结束。通过“摇号”方式确定房地产价格评估机构是房屋征收评估中的重要环节,在公证人员的监督下,该项工作更加公开、公平、公正、透明,促进了旧改征收补偿工作的决策民主、程序正当、结果公开。



普陀公证处党支部与华政国际私法党支部开展共建交流

5月25日,普陀公证处党支部与华东政法大学国际法学院国际私法党支部在普陀公证处召开了共建座谈会,并以未成年人出国旅游、游学前父母办理委托监护声明公证等事项为背景,双方围绕外国法查明的途径和方法等一系列议题开展了业务交流。



杨浦公证处举办“2016年度第一期金融法律知识系列讲座”

5月27日,杨浦公证处举办了“2016年度第一期金融法律知识系列讲座”。公证处经济部的全体公证员及助理以及民事部的部分公证员参加培训。本次讲座由信托业协会专家组成员、申银万国创新证券投资有限公司合规风险管理部总经理费林云先生主讲,深度解读了当前主要资管产品、资管产品的审查要点及同融资模式分析。

市司法局领导赴松江公证处调研指导工作

5月24日下午,市司法局副局长王协,市司法局公证工作管理处处长王琼等一行赴松江公证处调研。副区长彭琼林,区司法局党委书记、局长张惠军陪同调研。王协副局长一行实地察看了公证处的接待大厅、办公楼及公证文化馆,并听取了情况汇报。市局领导对公证处努力发挥职能作用,积极参与社会治理,维护社会稳定,率先探索公证公信力建设给予充分的肯定,并指出松江公证处的公证队伍不断壮大,业务不断发展,特别是在公证服务标准化建设上取得了突破进展,要求今后注重发挥全国文明公证处的品牌效应和带头模范作用。



静安公证处党支部召开“两学一做”学习教育会



5月26日,静安公证处党支部召开了“两学一做”学习教育会。会上,公证处党支部负责人陈思清详细传达了静安区司法局党委对“两学一做”教育活动提出的目标要求、学习内容、措施方法等,结合静安公证处实际情况制定了本处党支部“两学一做”实施计划,并在支部大会上听取了全体党员的意见和想法。公证处党支部明确要求全体党员严肃对待教育活动,认真落实学习任务,全员受教,缺漏补课。

嘉定公证处“道德讲堂”开讲

5月31日,嘉定公证处“道德讲堂”开讲。嘉定公证处党支部书记蒋惠芳主持活动,公证处全体工作人员参加本次道德讲堂。嘉定区司法局党委书记宫红军参加活动并在讲话中指出,作为法律服务的窗口单位,公证法律人的道德修养是做好工作的重要前提,希望嘉定公证处今后继续开展此类活动,让每一个公证人既能成为业务的佼佼者,同时也成为道德的传播者、实践者和受益者,以良好的职业道德树立嘉定司法人、嘉定公证人的良好形象。



弘扬红色文化 践行“两学一做”

近期,闸北、长宁、东方、闵行等公证处组织参观红色历史纪念馆,进一步推动“两学一做”学习教育的不断深入,感受红色历史和人文情怀。



5月28日,闸北公证处党支部组织全体党员参观上海市四行



仓库抗战纪念馆。6月5日,长宁公证处全体党员共同前往中共二大会址纪念馆进行参观。6月15日,东方公证处第一、第二、第三党支部组织全体党员前往中共二大会址纪念馆参观学习。6月23日,闵行公证处党支部组织全体党员、入党积极分子和团员先进青年走进中共二大会址纪念馆,开展建党95周年“主题党(团)日”活动。

通过参观学习、缅怀历史,重燃了公证处党员的爱国激情,强化党章意识,鼓励党员汲取革命先辈的精神力量投入到本职工作中,同时也对增强公证处党组织的创造力、凝聚力、战斗力具有重要作用。

2016 Y6 ue

“上生动党课,话同志情谊”

——卢湾公证处党支部与市公积金中心第八党支部共同开展“两学一做”共建学习交流活

6月7日下午,卢湾公证处党支部与市公积金中心第八党支部共同开展了一期别开生面的“两学一做”共建学习交流活。公证处党支部书记邵晖和市公积金中心第八党支部张敏首先介绍了各自单位在“两学一做”学习活动中的具体方法和推出的便民举措,同时还对公积金继承案件中所遇到的现实问题进行了广泛的交流。



协会召开四届第三十八次会长办公会议

6月23日下午,协会四届第三十八次会长办公会议在市公证协会会议室召开。会议由黄群会长主持,副会长邵国荣、杨昌麟、侯晓、黄雪平、袁金根参加会议。市司法局副局长、协会党委书记王协,市局公管处处长王琼,市局政治部人事警务处调研员沈剑美,市局公管处副处长兼协会副秘书长徐青等出席了会议。

会议讨论决定了协会四届第十九次理事会会议议题和议程,讨论了上海市公证档案电子化项目实施意见和上海市公证文书库建设方案,同意将上述议题提交理事会讨论。会议通报了上海市公证业务档案寄存托管项目启动情况、中国公证协会关于在全国公证机构使用统一宣传板的相关情况、国家标准委办公室关于下达第三批社会管理和公共法律服务综合标准化试点项目等情况。会议还通报了司法行政服务中心试运行以来公证咨询和办理涉台业务的情况。

奉贤公证处亮相上海电视台《法制特勤组》

6月23日晚19:13,新闻综合频道《法制特勤组》栏目播放了奉贤公证处的一起较为复杂的继承案例,涉及到转继承,在常规的办证过程中,当事人需要自己提供这些材料证明,可谓困难重重,时间漫长。而奉贤公证处提供的继承权全方位服务,省去了当事人这些繁琐的取证过程,由公证人员代为调查取证,代为办理后续不动产变更的相关手续,为当事人节省时间与精力,解决了当事人的后顾之忧。



邵荀同志赴普陀公证处调研

6月14日下午,普陀区委常委、政法委书记邵荀一行到普陀公证处调研工作,区司法局局长刘古亮、副局长张蓉、公证处班子成员及局相关科室负责人参加了调研。邵荀同志指出:一要抓好现有公证体制政策下的队伍建设。加强人员培训,进一步提高和调动积极性,发挥集体的优势,把普陀公证处打造成品牌公证处;二要加强内部标准化建设。设计规范好各项业务流程和规范,在业内形成影响;三要在理论研究上有新突破。进一步研究公证发展规律,实践中好的做法要肯定,同时要有提升,适应市场和社会的需求。

长宁公证网络服务平台 彰显便民亲民

6月28日,“长宁公证之窗”的网上公证服务将推出融合微信公证服务、手机移动客户端公证服务的全新服务平台。该平台将事前“咨询”,事中“预约”、“办理”,事后“查询”办理进度融于一体,极大方便了公证当事人。

行业掠影



6月5日~12日，上海公证法律代表团考察法国、捷克公证工作



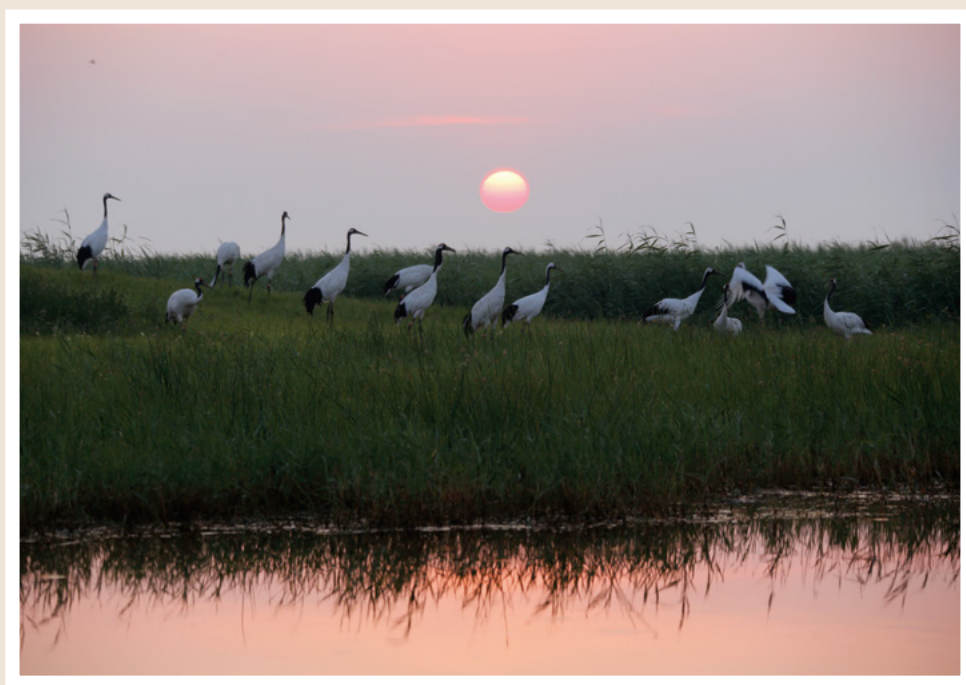
4月12日，“一带一路”系列研讨之：融资租赁与公证顺利举行



4月15日，普陀区人民法院与普陀公证处签订诉讼与公证对接协议



会 员 天 地



回家
长宁公证处 马刚毅