

法律素养与依法治国

中国公证新探： 法理与案例

主 编 王公义
副主编 唐 玲 陈杭平

清华大学出版社

法律素养与依法治国

法律素养与依法治国

中国公证新探： 法理与案例

主 编 王公义
副主编 唐 玲 陈杭平

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

质 量 反 馈：010-62772015, 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。

王以真

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
无继承人之农村“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
淘宝网店铺经营者虚拟财产继承·····	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

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，先履行则是去有回，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，而并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。