

XIAMEN DAXUE LUJIANG GONGZHENG WENKU

厦 门 大 学 鹭 江 公 证 文 库

苏国强 刘志云 总主编

# “大家”之言

—— 厦门市鹭江公证处成立十五周年名人传经讲座实录

苏国强 汤庆发 编



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

XIAMEN DAXUE LUJIANG GONGZHENG WENKU

厦 门 大 学 鹭 江 公 证 文 库

苏国强 刘志云 总主编

# “大家”之言

—— 厦门市鹭江公证处成立十五周年名人传经讲座实录

苏国强 汤庆发 编



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目(CIP)数据

“大家”之言:厦门市鹭江公证处成立十五周年名人传经讲座实录/苏国强,汤庆发编.  
—厦门:厦门大学出版社,2016.5

(厦门大学鹭江公证文库)

ISBN 978-7-5615-6056-3

I. ①大… II. ①苏… ②汤… III. ①公证制度-文集 IV. ①D916.6-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 105681 号

---

出 版 人 蒋东明

责任编辑 李 宁

装帧设计 李嘉彬

责任印制 许克华

---

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181253(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 [xmupress@126.com](mailto:xmupress@126.com)

印 刷 厦门集大印刷厂

---

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 18

插页 3

字数 305 千字

版次 2016 年 5 月第 1 版

印次 2016 年 5 月第 1 次印刷

定价 76.00 元

---

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社  
微信二维码



厦门大学出版社  
微博二维码

## 总 序

概言公正者,乃社会进步之要求,须以权利公平、机会公平、规则公平为旨归,并由此搭建整个社会公平保障体系。而公证制度作为与市场经济相伴相生之法律制度,为实现社会公平正义之有力保障。全面深化公证公信力建设,把公证制度优势转化为管理国家社会之效能,将极大助推国家治理体系与治理能力的现代化转型。在社会经济、互联网金融日新月异的当下,公证业务尤其是电子公证将发挥更大的制度优势,保证公证唯实,形塑公证尚信。但作为新生事物,该类业务只有在整合法律、政策及技术资源的基础上,才能实现全方位突破。为保证理论与技术对实践操作层面的支持与保障,厦门大学、厦门市鹭江公证处与厦门法信公证云科技服务有限公司遂于2014年6月达成共识,并于同年7月正式发起成立“厦门大学公证法律与信息化研究中心”(以下简称“研究中心”),深入开展公证法律与政策、电子公证以及信息化等相关领域的跨学科研究。研究中心自成立之日起,便致力于捕捉互联网时代中各类公证前沿问题,以专题的方式与解决问题的思路持续跟进互联网时代公证的推广与应用所面临的法律、政策与技术等瓶颈,并逐渐发展壮大成为本领域的国内外权威智库。

为提升公证行业的理论水平并支持实务的进一步发展,研究中心与厦门市鹭江公证处决定自2016年起,持续出版“厦门大学鹭江公证文库”(以下简称“文库”)。文库取名兼采厦门大学、厦门市鹭江公证处及所在地域特色,连接理论阵地与实务前沿。一则彰显雄踞东海之滨、鹭岛之南的厦大“自强不息、止于至善”之南强精神,有如校歌言,“鹭江深且长,致吾知于无央”,以厦门大学百年学术底蕴

滋养公证理论与实务之花；二是突出厦门市鹭江公证处紧跟时代、改革创新之精神。作为福建省唯一的公证体制改革试点，厦门市鹭江公证处自福建省司法厅于2000年6月23日批准设立以来，锐意进取，开拓创新，在公证理论与业务方面都做出了大胆尝试，树立良好品牌，取得了较大的社会效益。尤其是近些年来，面对互联网改变社会之态势，鹭江公证处在公证理论讨论与业务创新方面做了有益的探讨，推动了公证行业的发展。而“鹭江”两个字，不仅成为鹭江公证处的地标，也由此得以在公证行业中深入人心。由此，“厦门大学鹭江公证文库”将厦门大学的百年学术底蕴与厦门市鹭江公证处的闪亮品牌结合在一起，蕴意深远，即希望“文库”能做大做强，与惊涛拍岸、潮起潮落的鹭江一样，海纳百川，奔流不息，为公证行业的发展添砖加瓦，做出自己的特有贡献。

“文库”以“前沿意识、精品理念”为指导，以系列学术专著、译著的形式，集中展现公证行业的专题研究成果，促进学术繁荣和理论争鸣。我们期以本文库作为思想传播之媒介，学术交流之平台，博学审问，慎思笃行，自由争辩，自察自省，通过严肃认真的学术讨论和学术批评，推动公证理论与实务研究的不断创新。我们也期许“文库”能与国内外同行一道，瞄准公证行业理论与实务的前沿，积极开展国内外同行学术交流，荟萃国内外研究的优秀成果，推动国内外公证理论与实务研究的共同进步。

本文库稿件的来源并不限于研究中心、鹭江公证处的学者、员工的作品，而以最大的诚意广泛征集海内外公证理论与实务的专著、译著。当然，我们亦知，就整个公证理论与实务研究而言，本文库仅为沧海一粟。“庙廊之才，非一木之枝”，希望能与业界同人相濡相闻，砥砺共进。

是为序。

苏国强、刘志云

2016年3月16日

# 目 录

|      |                                    |              |
|------|------------------------------------|--------------|
| 导 论  | 少年辛苦终身事,莫向光阴惰寸功 .....              | 丁 露(1)       |
| 第一场  | 公证实务中的目的导向思维<br>——以保全证据公证为主线 ..... | 宫 楠(4)       |
| 第二场  | 金融体制创新与风险防范 .....                  | 刘志云(17)      |
| 第三场  | 公证法律服务“新常态” .....                  | 郝伟盛(33)      |
| 第四场  | 价值、尊重<br>——民事公证的前世今生 .....         | 李辰阳(50)      |
| 第五场  | 公证证明的社会机能<br>——兼议公证体制的改革 .....     | 张卫平(66)      |
| 第六场  | 公证的社会责任 .....                      | 周志扬(85)      |
| 第七场  | 互联网+法律,革了自己的命 .....                | 白劲翔(98)      |
| 第八场  | 解读公证赔偿司法解释 .....                   | 刘 疆(117)     |
| 第九场  | 不动产登记立法中的几个重大问题 .....              | 孙宪忠(140)     |
| 第十场  | 浅谈赋予强制执行效力的债权文书范围 .....            | 李 清(150)     |
| 第十一场 | 自由贸易试验区的法治环境及法律服务 .....            | 丁贤志(179)     |
| 第十二场 | 有图不一定是真相<br>——泼向公证行业脏水的传播学解读 ..... | 郑金雄(198)     |
| 第十三场 | 公证投诉复查的若干问题 .....                  | 徐 岩(224)     |
| 第十四场 | 拆掉思维里的那一堵墙<br>——答疑解惑专场 .....       | 段伟、苏国强等(238) |
|      | (一)公证制度价值与制约公证改革的内部因素 .....        | 段 伟(240)     |
|      | (二)公证信息化,走上云端的公证 .....             | 苏国强(245)     |
|      | (三)青年公证人的培养与公证机构管理机制的优化 .....      | 李 勇(250)     |
|      | (四)公证事务哪里来:培养需求,满足需求 .....         | 王士刚(254)     |
|      | (五)只有刻苦自练,才有资格自恋 .....             | 张凯方(259)     |

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| (六)提升服务,把握每一分流量 .....    | 张朝晖(262) |
| (七)青年公证员的自我修养 .....      | 崔 栋(266) |
| (八)晓登太华三峰寒,凭高始觉天地宽 ..... | 张红光(270) |
| 第十五场 敬仰法律,敬畏公证           |          |
| ——中国公证协会段伟副会长总结专场 .....  | 段 伟(275) |
| 后记 .....                 | (283)    |

## 导论 少年辛苦终身事,莫向光阴惰寸功

——记中国公证协会丁露会长在厦与青年公证员的交流

**【核心提示】** 2015年7月25日,中国公证协会丁露会长应邀参加厦门市鹭江公证处举办的“鹭江公证处十五周年讲坛——名人传经讲座”系列活动总结专场与“鹭江十五载,传承在路上”主题演讲比赛决赛。活动结束后,丁露会长发表了重要讲话,将其所见、所思、所感与厦门市鹭江公证处青年公证员进行了交流,现将其精彩发言发刊如下。

首先祝贺鹭江公证处15周年处庆两个精彩片段取得圆满成功!

今天来参与厦门市鹭江公证处十五周年处庆的行业内资深专业人士已经与年轻人有了很好的交流。年轻公证员的讲演虽然有些紧张,但没有关系,总会经历这样的过程。这让我们了解了你们的理念和做法。我相信,鹭江公证处的其他公证员,若有机会站在这个讲台上一定不亚于这12位演讲人。鹭江公证处有这样的能力,鹭江年轻公证员也有这样的水平。

鹭江公证处的十五周年处庆,定位于“名人传经”,大概是基于两点考虑:一是邀请了国内知名专家学者,二是邀请了业内知名资深公证员,如刘疆老师,他是在实践和理论上都很全面的公证前辈,我很敬重他。由此,鹭江公证处把处庆活动定位于“名人传经”并不为过。专家们之所以愿意到鹭江公证处来交流,看中的并非是“名人”的头衔,而是鹭江公证处15年来的坚持和发展,是鹭江公证处支持业内同仁的胸怀,鹭江公证处以自身的积累和积淀,成就了15年处庆的“名人传经”。

我是2013年当选中国公证协会会长的,当选后我常说自己是个新人。但当我反复在讲自己是个新人的时候,蓦然回首,三年将近,离届满还有一年。故而我经常在想,自己做了什么,还能为大家做些什么。反思后发现,自己学业不精,在专业上不如专家们给予大家的多;自己能力有限,在行业需要破解的重大问题上,也未能给予更多的支撑。但有一条,三年来我始终关注青年公

证员的成长,坚持为青年骨干队伍的发展壮大搭建平台,使之成为中国公证行业继续前行的中坚力量。

前不久,我与中国公证协会青年工作委员会的几位主任、副主任研究工作,我说有个想法与大家商量。青工委这两年把青年论坛组织得很出色,也很出彩,调动了青年人的积极性。但是,怎样才能把论坛的研究成果转化成为实践应用,需要我们认真面对,由此建议论坛先停一停沉淀一下,抓紧做一些基础性的调研工作。我们都知道,目前在公证行业中青年公证员和助理占了相当的比例,但在这支队伍中,青年人的思想、工作和生活状态究竟如何,最关心、最希望的是什么,多少人已成长为行业骨干,包括他们通过了怎样的积累等等。这些问题需要有一个综合调研,不是开一两个座谈会就可以弄清楚的,需要设计问卷、数据分析,最后形成一个有说服力的行业报告。我们了解青年公证员的成长脉络,就是希望为你们的传承搭建更宽阔的发展平台,提供更有利的政策环境。

不知道大家有没有看中央电视台《开讲了》节目?我有幸看了刘德华的讲演,印象深刻。刘德华4次与梁朝伟在金马奖和金像奖中争锋,人称“瑜亮之争”,刘德华输多赢少。现场提问环节,年轻人曾犀利地提问:每一次与影帝擦肩而过时,你怎样看待梁朝伟,持什么样的心态。对于这样的提问,刘德华心态平和,真诚地回答:“他是那种很能打动人的,也有颗平常心。我跟梁朝伟拍戏会觉得紧张,我觉得光荣。”我说这件事,是觉得两代人在看待个人成长经历时,出发点和落脚点会有所不同,与其说这是人品胸怀问题,我更愿意认为这是个价值取向的问题。由此,我十分希望青年人在个人奋斗的过程中,经常去想想怎样看待自己,怎样对待他人,怎样正确体现个人价值,以使青年人的成长路径时时融入行业的发展之中,真正成为行业的脊梁。

我是50年代出生的人,在处理利益关系的时候,国家利益、集体利益至上,他人利益优先的意识可能会比较强。比如,我可能不会主动到领导那里提升职要求,不会对组织上的工作调动安排提出异议等等,这是一代人的政治遵循和行为方式。但时代在变化,社会在发展,当我们这些50年代的领导者在面对“70后”“80后”以及刚刚入职的“90后”的时候,我们的思维方式和领导方法也在调整。我会倾听你们的诉求,因为我相信大部分青年人在权利实现后会走得更好,但我也会评估你们的诉求,因为我们都知道,任何个人利益的最大化、极端化都会危害集体和他人,都会影响个人的长远发展。

青年人的成长需要时间。有些时候,你们太着急,好像等不得,甚至连语

言表述都是急匆匆、片段零散的,似乎不太在意积累过程的磨炼,不大能够承受积累过程的痛苦。我讲件自己经历的事情。当时刚从院校调至中央机关,办理文件后写了不到半页纸的请示呈送领导,领导当着我的面将请示重新修改,并告知为什么改,全文除了“的”“地”“得”外几乎修改了全部的文字表述,实在出乎意料。回到办公室,我流泪了,虽然当时还不清楚为什么几万字的法学硕士论文能写,但一个短短的请示却写不好,然而有一点我知道,这就是全新的开始,这就是职场的原始积累。在一定程度上,这种原始积累没有自尊,是青年人成长必须承载的压力。这种时候,你其实可以告诉自己,慢一点,沉淀一下,不要急于去享受成果。之所以说这些,就是想告诉你们,任何事物都有其发展规律,青年人的成长也需要遵循客观规律,留一些宽松的思考空间,多一些承受心理和工作压力的准备,你们的脚步会迈得更扎实、更有力。

讲演中,许多青年公证员谈到了社会的发展、行业的改革,说明你们具有较强的大局意识,你们在思考和探索,我为你们的理性定位而感到高兴。目前,中国公证行业的改革和发展正处于关键时刻,如何正确分析和研究新形势、新任务,如何准确把握新机遇、新挑战,十分需要青年公证员的实践探索 and 理论创新。在一定意义上,能够在困境面前鼓起战胜困难的勇气和信心,与我们对事物的认识水平和正确的思维方法是分不开的,希望你们都能够成为思想上的智者、行动上的强者。

有感于鹭江公证处青年公证员的讲演,你们内容丰富、蕴含激情的发言让我感动,交流些个人的感受和体会,没有大小标题,也没有一、二、三的层次。衷心希望中国公证行业的新生代能够真正将“小我”融入公证行业的改革发展之中,做出贡献,创新业绩。

谢谢大家!

(文字整理:李剑峰;校对:汤庆发公证员)

## 第一场 公证实务中的目的导向思维

——以保全证据公证为主线

演讲嘉宾：宫楠\*

**【讲座摘要】** 2015年3月28日上午，北京市年轻靓丽的公证员宫楠博士应邀为厦门市鹭江公证处全体业务人员，作了题为《公证实务中的目的导向思维——以保全证据公证为主线》的讲座，从而拉开了“鹭江公证处成立十五周年名人传经讲座”系列活动的序幕。宫博士在讲座中以法理学思维贯穿公证实例，着眼于“目的选择、方案设计、风险平衡”三个目的导向核心因素，从外在视角、对抗视角、引导、定位与平衡及“想用、敢用、能用”的个案结果导向，提炼出“合法、价值、风险”的目的导向公证思维，给厦门市鹭江公证处业务人员上了一堂生动的理论与实践相结合的实务课，听课人员受益良多。

**主持人(汤庆发):**各位同事好！按照我处今年的工作计划，从今天开始，我们将利用周末或晚上的时间，邀请业界精英、专家学者分批次来我处传经送宝、授业解惑，这是庆祝我处成立十五周年的系列活动之一，主要目的是学习知识、开阔视野，提升我处业务人员的综合素质，提高公证技能，更好地服务于当事人。今天首场授课老师——我们请到的是年轻漂亮的法大博士、来自首都北京的宫楠公证员。据了解，宫博士虽是公证业界的新兵，但她在保全证据领域却有相当的实践经验，加之宫博士理论功底深厚，对如何办好保全证据公证有自己的思路，以及非常独特的视角，相信会给大家带来收获与启迪。掌声有请宫楠！

**宫楠博士:**谢谢汤主任，过奖了！大家好！我叫宫楠，就像刚刚介绍到的，我于2012年7月毕业于中国政法大学，取得博士学位，之前在律师事务所

\* 宫楠，北京市长安公证处公证员，法学博士。

四年的工作经验。2014年2月我开始公证执业,我的业务主要是保全证据公证。今天有幸来到厦门,与鹭江公证处的各位前辈和同行有一个交流和分享的机会,我感到非常荣幸。

大家可能看到了我本身的执业时间并不是很长,公证实务经验比起在座的绝大多数真的谈不上丰富,所以我更多的算是加入公证这个大家庭时间不长的新人,希望能够与大家分享我自身的公证实务办理感想。再加上这次准备得比较仓促,有什么不当的地方希望大家多包涵,也希望大家多批评、多指正。谢谢!

首先谈一下我为什么会选择这个题目:公证实务中的目的导向思维——以保全证据公证为主线。当时汤主任联系我时,告诉我可以自己选择交流的主题,而我的业务类型以保全居多,因此我选择了保全证据这个公证业务领域,同时,基于自身的职业经历,我更多地希望能够选择一个理论与实务接壤的题目。在办理保全证据公证的过程中,我们要考虑的关键点是什么?在办理公证业务的过程中,我们要考虑风险,要考虑利益平衡问题,要考虑办理具体业务应秉持的立场。但是,我相信在这一过程中,我们肯定有一个因素可以作为统合其他问题的核心要素,而一般来说,我更倾向于用目的导向思维作为这个统合的因素。

简要介绍一下我今天交流内容的思路:首先是公证实践中的基本因素——合法、价值和风险,然后分别简单介绍合法、价值和风险的基本要求,最后引出公证办理方案的设计思路,即目的导向。

公证实践中的基本因素是什么?是合法、价值、风险。这三个点,我一直认为是公证实务中非常主要的东西。比如说,公证是一种法律服务,合法必然具有十分重要的地位。同时,当事人为什么来找我们办公证,是我们存在一定的价值或者我们能够为他们创造一定的价值。而在公证的实践中我们还要学会控制风险。只有实现这三点的三位一体才能达到我们所期望的公证保全证据综合设计思路,即我们为何要办理公证,以及我们如何办理公证。

很多同行都知道,我硕士读的是法理专业,博士读的是比较民商法。在法理学专业中,我们常常谈到一个词:语境。语境就是指我们说话是否在一个平台上,或者说是否在一个频道上。在谈及公证实务中的要素和设计思路时,基于何种语境去交流、去分析具体的案件也十分重要。

首先说合法,我们可以拆分成几个层面:

1. 目的合法,即当事人申请的目的是否合法;

2. 事项合法,即整个公证的事项是否合法;
3. 行为合法,即公证行为是否合法;
4. 取得合法,即取证手段是否合法。

举个例子,曾经有当事人向我提出要做录音保全,但是要以不正当途径偷录,我当时直接拒绝了。录音保全由于容易涉及许多隐私,交谈的双方并不是在面对面的状态,所以我们在取得证据时应三思,应当比办理其他类型的保全更为谨慎。曾经有个律师要调查侵权案件,需要对方配合说出盗用商标的使用范围以计算赔偿额。他的目的是合法合理的,因为以这个案件的情况,只有通过他与对方进行电话沟通,才能证明对方盗用的商标在多大范围内被使用,从而粗略计算出对方有多大的违法获利,这样有利于律师,即保全证据的公证申请人在法庭上寻求合理的赔偿。目的合法指公证事项的办理建立在合理的因素上。在本案中,由于律师得到了商标所有人的授权,他的目的是合法的。进一步讲,对于取证合法,他首先要拨打涉嫌侵权的公司的客户经理的手机号码,由于我对录音保全比较谨慎,我就问他手机号的来源是什么,他说源自涉嫌侵权的公司的官方网站,我就采取了比较系统的保全取证思路设计模式:首先,把涉嫌侵权的公司官方网站进行网页截图(网站中有明确公开的客户经理手机号码),然后,我建议律师去工信部网站做 ICP 查询网页截图保全,从而证明涉嫌侵权的公司官方网页是真实存在的;其次,我建议律师买一个全新的手机且准备一个新买的 SIM 卡,然后对 SIM 卡和电信营业厅的 SIM 卡办理单进行拍照和复印。完成上述准备工作后,用这部手机打电话并录像,录像是为了证明拨打电话是律师本人而非他人进行的,且在公证处进行取证的,这样就可以把手段合法和取证合法的风险降到最低。

接下来说的是使用合法,使用合法就是指公证书的使用合法。虽然公证书出证的后续控制比较难,但我倾向于与当事人多交流。并且,在特定案件中可能会交流很长时间,通过深入交流与当事人探讨他办证的目的是什么,这样做有几层好处:首先,交谈中更能把握他到底做什么用,从中对风险加强把控。其次,我倾向于在保全证据问题上对法庭诉讼活动有更多参与度。我一直认为,我们公证员和律师是两个平行的法律职业群体。因为我在律师事务所有过四年工作经验,从来不认为这是两个互相排斥的行业,而是在很多领域可以深度合作的。公证员和律师都有自己不太了解的领域。具体到保全证据问题上,律师有他的专业和领域,有公证员的专业和领域,虽然公证员不直接参与诉讼,起码在保全取证上是专家,而在交流过程中,公证员更能体现自己的专

业价值,能更为清晰地告诉律师以及其他保全证据的申请人,我们能为他们提供什么样的专业服务。同时公证员可以在这个过程中发现他们的使用目的,也有助于追踪公证书的使用效果。

接下来我们来谈一下价值。价值本身是一个非常空泛的词,我更多地把它定义为公证存在的基础和社会需求来源。这主要分为三个层面:社会价值、当事人价值和行业价值。社会价值即公证为什么要存在,当事人本人为何不能拿出证据直接去使用,为什么要花费时间和经济成本去做公证,这是公证社会价值的根源。我认为在这个问题中,客观和平衡是十分重要的两个点。比如在社会价值的体现中,公证行业和其他法律行业相比,比如和律师、法官相比,到底能提供什么比较独特的东西。首要的就是客观,即我们的立场客观,这并非是说律师不客观。举个例子,比如我作为律师,取证时肯定是提取对当事人最有利的证据,但是作为一个公证员,如果客户说把所有不利的都删去,在非法律允许的情况下剔除不利证据,公证员一般是做不到的,公证员更多的是一种真实的记载。而说到平衡,何谓平衡?虽然公证员受理的是一方当事人的申请,但实际上是需要平衡各方的利益要求的。当事人价值即公证对于当事人的价值,当事人为何要来做公证?比如说他花2000元去做一套保全证据公证,他肯定是希望公证员提供的法律服务能够为他创造更高的价值。所以从当事人的角度来说,对公证最大的需求就是有效和实用。而对于行业价值来说,社会和法律框架体系对公证最大的要求就是合法和特质性。毕竟公证作为一个法律行业,如果丧失了合法性,那么就失去了存在根基。而所谓特质性是公证本身的特质,这个可以结合具体案例来讲。

我想重点谈一下关于公证行业的风险。我在律师事务所工作的时候并非进行诉讼的相关工作,更多从事非诉相关的风险控制工作。因此相对来说我更注重风险防控。大家可能常常谈到要控制风险,我认为,不能仅仅单纯地基于防止撤证、防止赔偿的立场去进行风险防控,要更加注意到这个风险的防控并非是为了公证员自己。首先,是公证员为了谁去防控风险?公证员在办证的同时要防范自身的职业风险这点完全没错,但如果公证员能基于当事人的立场、基于公证书使用的有效性将自身的职业风险控制住了,反而会对公证的办理有一个更强的把握度,反过来也更加保证了公证书的可用性。

其次,什么属于需要防控的风险范围?我认为这两点是有一定结合度的。主要分四个层面:法律风险、社会风险、可用风险和当事人后续纠纷风险。下面谈一些实例:随着跨国交往和流动的不断增强,当事人经常会提出要求做

Gmail 电子邮件和境外网页的保全等,这时,由于所使用的服务器处于不同位置等因素,可能会对保全的办理速度和便捷性产生影响。此时,从风险可控性以及时间成本等角度考虑,可能有人会对特定公证案件采取谨慎受理的态度。在此我想谈一点自己的感受:首先说到完全不做的做法,作为法律服务行业,公证员这个职业本身就有一定的创造性和风险性,需要适应社会的需要,为当事人创造价值。记得大学本科刚开始学习法律的时候,我就记住了立法中有一个基本原则叫作法律的滞后性。就是说,任何一个国家的法律大多都是滞后于社会现实的。一部法律的颁布,要考虑到方方面面,甚至要考虑到瞬息万变的技术发展可能,立法没有办法即刻随之作出变化,这就造成在社会中有些问题实际发生时,法律不能对其提供指导。对此,不能因为法律没有明确的规定就不加辨别地拒绝办理。公证员的职业价值最为重要的体现之一,就是在现行法律的框架内,能够综合考虑案件情况、社会舆论、执业风险,做出比较精准的法律判断。这就是公证员所具有的最大的专业价值。所以对于一些涉及新技术或者新领域的保全是否能够做是值得探讨的,至少应当尝试经过探讨之后在风险可控的前提下去办理。但是,对于这类法律没有直接规定的,甚至是社会中刚刚出现的问题,更是应当关注办理保全可能引发的社会舆论风险和道德风险。

接着说道所谓的可用风险,就是当事人拿到公证书是否可用。关于这点,我执业初期受理的一个保全证据公证较为典型。这是我接手的为数不多的个人客户。我觉得:第一,从保全证据这项公证来说,特别对于个人来讲,保全的收费不算特别便宜,第二,保全公证更像是一个媒介或手段,当事人之所以公证某些事项肯定是要拿去实现证明某些问题的目的,而这过程中,由于专业背景等原因造成的理解偏差难免会出现对保全公证书使用效果理解有误的问题。所以这时候我认为对于律师或公司来讲,在承受能力和风险认知方面肯定比个人当事人好些。在下面要谈的这个案例中,我就是通过和客户的交谈,判断他是有足够的风险承受能力的。我先说一下大概案情,其实是一个很简单的事,就是他们家的阳台被鞭炮溅出的火花点燃了,整个阳台都被烧着了。本来只是一个小事,房子的结构也没有受到任何大影响。但是这个阳台上放着的是什么呢?都是一些很贵重的物品——一些价值三十多万的奢侈品。一开始我并不想做,因为消防队已经去做了相关鉴定,我就和这位当事人说,您看消防队都做了鉴定,我们还能做些什么呢?消防队既有照片,又有火灾的事故认定,我当时很疑惑还要做什么。我和他谈了两个多小时,这两个多小时我

必须要谈什么？首先，他为什么要办这个公证。其次，在我询问的过程中慢慢地了解了他的职业经历。这旨在了解他对公证书的使用结果能不能接受和认可，即刚才讲的可用风险和后续纠纷风险。经过交谈，发现当事人是一位退休人士，退休前是一个比较大的企业的总经理。当时我觉得他对这件事从经济上应该可以接受，同时他确实对这个诉讼的风险是能够实际认知的。最后，我就问他，你为什么一定要打官司，诉讼是有风险的，而且根据我国法院一般的诉讼赔偿惯例，对方也不可能真的赔你30万。然后当事人就和我说当时火灾已经认定了，而且小区里也有监控，肇事者要是向他道个歉，赔偿一两万，这件事情也就过去了，但是对方硬是不承认，他就咽不下这口气。这时我就判断这个公证可以办理，这件事他应该能够接受。我和我的同事一起为他办理了保全证据公证。事后，当事人电话告诉我，法院最后认定赔偿价值就是用了我当时出具的公证书，我心里还是为我的职业得到了社会认可而感到很高兴。当然，其实我也很困惑，为什么有消防队的鉴定不用，要用公证书？我猜测可能与保全录像和拍照取证的全面性和直观性有一定关系。

就这个当事人后续纠纷和可用纠纷我再来谈一个案例，是我当时拒办的案例。案情大体是这样：当事人家里有个人触电身亡了，进入诉讼后一审、二审全部败诉，而且当时法院已经申请有关方面做了技术鉴定，指定了我们国家少数几家可以鉴定电力事故的机构中很权威的一家去做鉴定，但是当事人对鉴定结果很不认可，后来他前来申请做保全。当时为什么对这个保全拒办了，我是基于几个理由：首先，并不是说我怕事，我觉得我们做法律的基本都不怕事，把需要认真办理的东西规范了就没有那么多要去顾忌的问题。正好说一点我对保全的看法，其实我在保全这个方面还算胆子比较大，很多保全的类型，在办理的时候我并没有见过，比如微软管理后台的远程非法侵入以及电子数据镜像、打印机计数芯片的提取等。很多新的保全申请出现的时候，你怎么去判断？须考虑我能不能做、我愿不愿意做、我怎么做。对于这个问题，第一，要判断当事人办这个是因为什么。比如我第一次接触电子数据镜像保全业务，当事人向我申请时，我了解到这件事涉及一个公司的投资并购，这个投资并购在当时可能是存在一些潜在纠纷的，所以他们就要把所有数据，包括前期数据删除的电子痕迹全部复制，然后做后期分析使用，方便律师做尽职调查，我觉得这个目的是合理的。因为投资并购是可能涉及上亿资金损失风险的业务，当事人付出精力去做这些事，我觉得时间成本和经济成本对他来说是一个可接受的成本，所以我认为从法律上来说合理的。同时，毕竟涉及投资并购，

所以目标公司是愿意配合的。因此我认为他在利害关系方面能满足要求,申请也是合理的,取证的合法性也可以保障。第二,怎么去控制认知风险,这里的认知风险主要是说公证员能否真正理解这项保全的实质和关键点,是否明白这项技术怎么回事。以电子数据镜像为例,如果我根本不了解电子痕迹的数据镜像是怎么回事,我觉得这种业务就可能需要探讨之后再谨慎办理了。接着回到那个电击伤人的保全申请我为什么没做的问题。当时我就问他怎么说明对方有责任呢?他说零线和火线接反了,我问他准备怎么做?我说公证处不是专业的鉴定机构。他说你们公证处的人只要在旁边录像,我们找个人实际演示一遍当时的触电过程就可以了。我当时拒办主要基于两个理由:第一,现场风险不可控,我可以站得远一点,但是如果再电死人,即使不是公证机构的人,也可能诱发很大的社会舆论风险。第二,刚才借着电子数据镜像保全谈起的理解问题,就是说你自己实际是不是能够理解特定保全操作过程的意义和后果。我承认自己高中物理没学得那么好,自从高中物理课结束后,我就没接触过电工这块,对于零线、火线我可能只知道名词,但是为什么零线、火线接反了会电死人我理解不了,我并不认为进行一个现场实际操作我就能够认出零线、火线的区别。所以首先,第一现场风险不可控。其次,作为一个公证员我自己都没看到证据,或者说我能够明晰我在取证过程中应着重关注的几个点,如果我自己都不明白这个过程,怎么去证明、怎么去把控?我不能在旁边就是帮当事人看着摄像机,这个过程中我自己都不知道风险点在哪里、当事人证明的核心点在哪里,就是说从我的角度来说我觉得我没有能力去把控这个保全公证事项,所以我不接。就刚才举的例子,为什么会用我们的公证书去定火灾损失,可能是通过我们公证书中附带的比较细致、全面的照片,但对零线、火线的问题,又能有多大的把握能够把它录出来?这个我觉得是值得探讨的。

转回来说刚刚提起的电子数据镜像,为什么说那个点我觉得可以把控?首先因为我个人对网络法的问题比较感兴趣,所以我对于网络知道一点,当然非常有限,当时我也想,在这个过程中我应该去把控哪几个点?第一,计算机主机和存储备份用的新的移动硬盘,我肯定要去做清洁度检查,这是最基本的。第二,我也需要了解在这个过程中我要重点去定位哪几个东西。比如说你拿一个移动硬盘或计算机主机过来,是否把主机的品牌拍照了就是定位了?其实这可能需要更谨慎些。比如说移动硬盘等数据存储介质,它重点保全的不是这个计算机而是计算机当中的数据,数据存在移动硬盘或者芯片里。对