



法律实践丛刊第1卷

Practice of Law Vol.1

司法视野中的公证保全证据

Evidence Preservation Notarization
in the Judicial Scope

薛凡主编

Chief Editor: Xue Fan



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

法律实践丛刊第1卷

Practice of Law Vol.1

司法视野中的公证保全证据

Evidence Preservation Notarization
in the Judicial Scope

薛凡主编

Chief Editor: Xue Fan



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

司法视野中的公证保全证据/薛凡主编. —厦门:厦门大学出版社, 2014. 12

(法律实践丛刊)

ISBN 978-7-5615-5151-6

I. ①司… II. ①薛… III. ①司法-公正-研究-中国②证据-研究-中国

IV. ①D926②D925.013.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 142179 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总 编 办 电 话:0592-2182177 传 真:0592-2181253

营销中心电话:0592-2184458 传 真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:27.5 插页:2

字数:400 千字 印数:1~3 000 册

定价:45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

So no firm line divides jurisprudence from adjudication or any other aspect of legal practice.

因此,在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,不能划出一条固定不变的界线。

——[美] Ronald .Myles . Dworkin (罗纳德 · 德沃金) 著:

Law's Empire (《法律帝国》)

在下沉、下沉的世界里上升、上升、上升

——编者按

本丛刊名为“法律实践”，顾名思义，编者的初衷是更多地从法律实践而不纯粹是从学理出发去关注和探讨一些有意义的问题。

需要追问的是，何为“法律实践”？显然，它理应比法学研究中常用的司法实践一词的含义更为广阔一些，因而可能更为全景和立体。以本卷丛刊的主题为例，“司法视野中的公证保全证据”意味着是从司法或者说诉讼的视角对公证保全证据活动进行多方位的分析。当代中国处在社会转型时期，十多年前我在一个学术研讨会上发言时曾经提出过一个观点：这一时期许多新型的法律问题可能不是首先出现在法官面前，而是首先出现在公证人或律师面前（参见薛凡：《公证人的职业地位及职业价值》，载《中国司法》2002年第8期），公证保全证据活动无疑是一个鲜明的实例。当代中国社会公证保全证据活动的蓬勃兴起，不仅对于预防纠纷，而且对于解决纠纷以及保护知识产权乃至实现司法公正所起的促进作用，展现了一幅全新的波澜壮阔的法律实践图景，它不仅广涉审判活动、公证活动、律师活动和立法活动多个领域，并且对于既有的法学理论研究和法学教育也提供了诸多富有思考价值的新问题，因而，丛刊定位于“法律实践”，意在从法律实践本身出发，尽可能从整体意义上研究其中出现的各类纷繁复杂的现象，以期有助于包括法官、公证人、律师等在内的法律职业人以及法科学子和研究人员增广视野。

本卷丛刊设先睹为快、特稿、比较研究、前沿探讨、争鸣园地、案例分析、法律与文学、评论与随笔、编后小记共九个栏目。

当代中国社会公证保全证据活动的蓬勃兴起，不仅对于预防纠纷，而且对于解决纠纷以及保护知识产权乃至实现司法公正所起的促进作用，展现了一幅全新的波澜壮阔的法律实践图景。

……值得特别关注的是两个公正之间的内在联系，即公证保全证据活动之公正对于司法公正可能带来的影响。

一、先睹为快

本栏目带有阅读导航性质，从每位作者的文章中各选出一句点睛之语，以收窥一斑见全豹之功效。

二、特稿

本栏目主要刊发大容量篇幅的文稿，这在国外一些法学连续出版物中时有所见。本卷“特稿”栏目发表我个人的专著《公证保全证据司法观点与实务初步研究》节选本，全书逾20万字，这里刊出的部分内容，为全书篇幅二分之一以上。2010年3月初一个雪后初晴的早晨，我在京讲学之暇动笔。纷繁的日常生活缝隙之间，忙碌的公务和教学之余，多少个阅读、沉思和写作的昼与夜一晃而过。我的要旨在于从促进司法公正的实现出发，更多地由实务的层面，围绕公证保全证据这一准司法活动，努力促成两个范畴的共识，一是公证保全证据活动的实施者公证人群体的共识，一是更大范围也就是法律职业共同体范围内法官、公证人、律师以及学者之间对于公证保全证据活动的共识。在风格上，本书不囿于纯学术色彩，而力求融实证调研与法理探究于一体，书中涉及的相当一部分民事、行政诉讼或公证保全证据案件素材源于大量原始文献，包括裁判文书和公证文书、法院和公证系统的自办刊物、案卷、调研报告、会议纪要，等等，此外还有一些媒体的报道，而且在引用时尽可能存真即保留素材的原貌。在学理上，我有感于一些真问题，提出了相当一部分个人见解。在我看来，值得特别关注的是两个公正之间的内在联系，即公证保全证据活动之公正对于司法公正可能带来的影响。作为中国司法制度的“双子星座”，公证制度与审判制度的宗旨一为预防纠纷，一为解决纠纷，制度设计的本意能否实现，最终可能还是要落实在对于法律职业人之职业行为准则、职业伦理及技术等的引领和规范上。

公证保全证据活动的重要价值不言而喻,作为这一活动的实施者,公证人素养的提升显然是一个迫在眉睫而又长远的任务,每念及此,就会想到著名学者、上海社会科学院副院长、法学研究所所长、上海市法官检察官遴选(惩戒)委员会委员叶青教授的一句精辟之言(《公证研讨》2013年第1期“倾听”栏目):

公证人作为争议的预防者,对于公证人素质的要求不比争议的解决者法官要低,甚至应该更高。

回到本卷丛刊的主题,有必要一提的是,早在十年前问世的由叶青先生和中国公证协会副会长、上海市公证协会会长、上海市东方公证处主任黄群先生联袂主编的《中国公证制度研究》(上海社会科学院出版社2004年版)一书,迄今依然是最为贴近法律实践的汉语公证法学论著之一,书中对于公证保全证据的一些论述,特别是有关公证保全证据活动与司法活动关系的理解,即“公证保全证据可以依当事人申请随时随地进行,即使为了诉讼需要,它可以在诉讼前进行,也可以在诉讼期间进行;……”(第289页),不仅在当时而言极为超前,而且也为后来的法律实践所印证,对此,本卷丛刊中的若干文章都有所涉及。

三、比较研究

本栏目刊登郑云鹏先生的《台湾地区公证人保全证据之功能与案例探讨》。云鹏先生为台湾地区郑云鹏民间公证人事务所负责人,实务持续精进的同时,学术上也富有建树,是台湾地区第一位公证法学博士,此文即选自其博士论文《公证文书之效力及瑕疵公证文书救济方法之研究——以公证文书在民法、民事诉讼法、强制执行法所生之效力为中心》(台湾私立东海大学法律学研究所2010年博士论文)。十多年前,我和云鹏先生初会于泰山脚下由时任山东省公证处主任、数年来于公证理论研究和应用之

公证人作为争议的预防者,对于公证人素质的要求不比争议的解决者法官要低,甚至应该更高。

“公证保全证据可以依当事人申请随时随地进行,即使为了诉讼需要,它可以在诉讼前进行,也可以在诉讼期间进行;……”

对别人制度的比较，就是对自己制度的反思。

路不懈前行的刘疆先生发起的首届“齐鲁公证论坛”，此后多有学术交往。记得2013年11月，在上海举行的海峡两岸公证事务研讨会上，云鹏先生有一句话令我印象深刻：对别人制度的比较，就是对自己制度的反思。此文向我们展现了台湾地区公证保全证据即私权事实体验活动的概貌，可资大陆地区法官和公证人予以比较。在台湾地区民事司法领域，公证人之保全证据除促进程序、节省劳费之外，在协助法官认定事实、保存证据之新鲜度方面有着更为显著的作用。文章从台湾地区的私权事实体验公证书在智慧财产权诉讼中的实际运用着手，通过对台湾地区“智慧财产法院”民事判决实例的分析，解析了公证人保全证据之功能，检讨该项制度运用的实况，并对公证人保全证据的发展予以展望。值得一提的是，云鹏先生在文章后所附“作者感言”也是我作为此文的第一读者甚为欣赏的，现不避赘言，摘抄于此：

自从1993年进入公证界，迄今已二十载，并持续于公证法学的探索，常以苏轼《定风波》里的句子自况：“莫听穿竹打叶声，何妨吟啸且徐行。竹杖芒鞋轻胜马，谁怕？一蓑烟雨任平生。”

四、前沿探讨

关于公证保全证据，北京市公证协会监事长、北京市方正公证处主任王士刚先生曾有言（王士刚：《深入研究工作方法 提高公证服务质量》，载北京市方正公证处《思考》2014年第1期）：

……证据保全公证对于我们应该不是新业务……对事实与行为的保全，确保了当事人证据的真实性，为纠纷的解决提供了保障，这类业务越来越受到社会的认可。对此类业务的办理我们也越来越纯熟。但，我们发现“熟练”的业务，

往往会出现疏忽；惯性思维往往让我们忽略了深层次的思考。

……惯性思维往往让我们忽略了深层次的思考。

但愿，本卷丛刊“前沿探讨”栏目和其他栏目的文章是王士刚先生所倡导的深层次的思考的起步。

本栏目追踪探讨法律实践中具有前沿意义的新情况、新问题，此次发表的是张宇衡的《法院“启动”保全证据公证程序——诉讼与公证互涉现象浅析》。一般而言，公证保全证据程序通常是由与所保全证据存在实际利害关系的公证当事人向公证人申请启动，但在现实中这未必是启动公证保全证据程序的唯一方式，由法院“启动”公证保全证据程序这一新型法律现象已经逐步走进人们的视野。事实上，在我国民事司法活动中，这一实践模式已有颇为广泛的运用。法院“启动”公证保全证据程序的实践是否有法律依据？是否兼容于民事司法理论和公证理论？在此类案件中，法官与公证人、裁判权与公证权又当保持何种关系？此文对此类诉讼与公证互涉的法律现象进行了实证分析和法理追问，以实现对上述问题的解答。

五、争鸣园地

本栏目刊登王晓华博士的《公证保全证据是否止于民事领域——公证保全证据适用范围扩张初探》。在民事领域，公证保全证据已经发挥了显著的预防以及参与解决纠纷、便利诉讼的功能。作者通过法律实践中的个案已经注意到，在行政执法与行政诉讼以至刑事自诉等领域，是否也有可能存在公证保全证据的需求？文章认为，或许公证保全证据的特点决定了它在民事以外的某些领域也有存在的必要，并且能够更好地维护司法正义和社会公正。公证保全证据对于保障当事人的取证权有先天的优势，同时也能够为审判活动和行政执法活动提供信用支撑。民事以外领域若适用公证保全证据必须符合法律的规定，同时也存在一定的界限，包括不能突破正当程序、应当遵循最佳证据规则等。

世界的变化，远远超出了我们的感觉。

六、案例分析

本栏目集中探讨了民事诉讼领域两个有一定标志性的涉及公证保全证据的典型案例，所谓标志性，是指审判权与公证权在民事诉讼活动中交互运作，而且这两个案例都是国内“首例”，一是首例民事诉讼活动的公证保全，一是首例公证保全证据引发的涉隐私权侵权诉讼。

第一篇是彭建波的《当公证走近法庭——从国内首例公证远程作证案谈公证与审判的契合和互补》。“多设一家公证人事务所，就可以少设一个法院”，西班牙的这句法谚一直以来被认为是对公证制度预防纠纷价值最为生动的诠释。然而，此文分析的案例在国内首开先河，不论在审判机关、公证行业还是学界都受到关注，其基本背景是数据时代民事审判活动和公证活动同步在线运行，进而言之，公证保全证据活动融入了民事诉讼的过程。世界的变化，远远超出了我们的感觉，科学技术的发展改变着人类生活，理所当然也改变着法律实践。记得2010年底，我在北京参加一个学术活动期间，向中国民事诉讼法学研究会会长、清华大学法学院教授张卫平先生介绍了这一公证保全证据案件，当时我个人的理解还止于此案属于公证保全证人证言，张卫平先生不愧为法学大家，当即敏锐地指出，这个案子已经不是传统意义上的公证保全证人证言，而是民事诉讼活动的公证保全，这一观点令我豁然开朗。此后，在我主持的一些教学和研究活动中，多次请自己教过的几位研究生从不同角度对这一案例作过专题研讨，本案的承办法官、承办公证员也曾发表过办案心得，在我编的两本书《公证文书改革参考》（厦门大学出版社2012年版）以及《公证的中国进路——司法第六辑》（厦门大学出版社2011年版）中可以读到相关研究成果。此次彭建波的文章对这一案例的研究是更进一步的“集大成”之作。作者指出，除了在法庭之外、诉讼之前防范纠纷于未然，通过公证保全证据活动，公证人还可以成为法官的一双眼睛，

共同致力于化解矛盾、定纷止争。此文从原汁原味的案例素材展开，全面展现了法官、公证人、法学专家对该案的思考，对公证介入远程作证的若干争议从法理上予以回应，并从实务操作层面提出了若干合理化建议，以期推动民事审判与公证保全证据实现良性互动和完美契合。

第二篇是蒋浩的《网络侵权公证保全证据的司法评价与风险防范——兼评全国首例公证保全证据引发的涉隐私权诉讼案》。本案几经媒体报道，在法律职业人群体中备受瞩目。判决生效后，我即约请本案一审法院上海市普陀区人民法院研究室副主任蒋浩撰写案例分析。作者现为法官，此前曾从事过公证实务，因此对本案所作的分析显然具有“跨界”的宽广视野。文章由全国首例公证保全“婚外情”电子邮件引发的以公证机构为被告的涉隐私权纠纷案出发，回应了面对涉及网络隐私的证据，公证人能否进行保全，边界几何，司法如何评价等问题。

七、法律与文学

本栏目刊发两篇文章，一为黄頔的《大义凛然或保持客观——由小说〈公证人〉看公证保全证据中公证人和法官的定位》，一为陈婕婷的《绝对中立：在控辩双方之间——解读电影〈套利交易〉中的公证人保全证据》。

研究法律实践，需要有素材来源，不然就有可能像许多常见的法学文章那样，仅仅满足甚至陶醉于说“我认为”，也就是从观点到观点，其实更为重要的是，我们需要自问，支撑自己观点的依据究竟有哪些？在我看来，依据之一就是素材。按照我个人的理解，研究法律实践的素材来源至少有三，一是如前提到的原始文献，诸如法院或公证机构的案卷、裁判文书、公证文书等；一是二手文献，如媒体的报道等，本卷丛刊中的文章大多引用了这些素材；一是虚构作品，包括法律题材或有法律活动场景的电视剧、电影、小说等，这类素材在国内法学研究和教学中显然远

未引起应有的重视，在不少法科学子的知识库存中也属于空白。本栏目两篇文章中，作为分析对象的两部虚构作品包括国内出版的长篇小说并已改编为同名电视剧的《公证人》、美国电影《套利交易》（*Arbitrage*），都是我的一些大学授课时向学生们推荐的研究素材。

黄頔的文章通过小说《公证人》中一个公证保全证据的故事，引发了对现实生活中公证保全证据司法适用的思考，进而将小说中和现实中的公证保全证据活动进行比较：小说中所展示的公证人更多的是大义凛然的形象，现实中的公证人却更应体现客观、公正。在此基础上，结合公证保全证据活动与司法活动，作者展开了对公证人和法官各自职业定位的思考：公证人必须保持客观，着重解决事实问题，法官同样需要保持客观，根据证据裁判原则审查经公证保全的证据，以解决法律问题。此文也是黄頔又以《公证人》为研究对象思考法律实践和法理问题的精心之作，前一篇文章《居中而立的法律使者——〈公证人〉读后》刊于《公证的中国进路》一书，感兴趣的读者可以参阅。

陈婕婷的文章以美国电影《套利交易》作为分析载体，从电影跌宕起伏的故事情节中解读了美国公证人保全的证据在对抗制诉讼活动中具备的特殊证据效力，确保此种特殊证据效力有赖于法官和公证人的绝对中立，并分析了公证保全证据在中国现阶段的适用情况以及某些限制性因素，进而提出应当继续改革和完善中国公证体制，实现公证人和公证权的真正独立。

可以一提的是，本卷丛刊作者除郑云鹏、蒋浩先生和其他个别作者外，大都是我在国内多所大学曾经教过的法学研究生，许多个教学相长的日子历历在目，昔日的青涩学子渐已开始成材，其中一些学生已经抵达法律实践一线，黄頔、彭建波在法院都有了参与审理案件的实践，张宇衡也已供职于公证机构，开始亲密接触包括保全证据在内的公证事务，期盼他们在促成个案公正的职业生涯中，能够保持正直并且保持法学研究的热情。

公证为
“静态司法”、
审判为“动态
司法”……

八、评论与随笔

本栏目设论坛、法言译萃两个子栏目，各刊登钱一栋的《花开两头 一枝独秀——社会治理视域中公证与诉讼保全证据的关系》以及薛骏的《权利：古与今》。

钱一栋的文章定位于著名学者、中国法理学会研究会副会长、复旦大学法学院院长孙笑侠教授有关公证权系社会公共权力之界定，从两个方面探讨了公证保全证据与诉讼保全证据的关系：一是两类保全证据活动在社会治理架构中的分工与合作关系；二是相较于诉讼保全证据，公证保全证据具有中立性、广泛性、及时性、专业性的独特优势，进而讨论如何发挥公证保全证据的独特功用。文章旁征博引、视域宽阔，益于读者从更为理性的层面对公证保全证据活动进行深入思考。

在此特别需要提到钱一栋文章中所引用的中国公证协会王剑主任的论文《中国近现代公证制度开端之初考——东省特区及其法院与公证事务的由来》（载《公证研讨》2013年第2期），王剑先生此文的重要价值不仅在于廓清了中国近现代意义上公证制度的初始，结合本卷丛刊主题，此文更为重要的价值在于明确了中国近现代意义上的公证制度脱胎于司法制度，这和欧陆许多国家公证制度的走向并不同源。正因为此，最高人民法院司法改革领导小组办公室副主任蒋惠岭先生多年前提出的一个著名观点，即公证为“静态司法”、审判为“动态司法”（蒋惠岭：《〈关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知〉的理解与适用》，载最高人民法院执行工作办公室编：《强制执行指导与参考》2003年第1辑，法律出版社2003年版）概括十分精准，由上也可以佐证本卷丛刊的主题即由司法视角研究公证保全证据活动的意义。

薛骏的《权利：古与今》所译来自英语世界的箴言，虽篇幅简短，却堪深长思之，倘若结合本卷丛刊的主题再作一番思索，

或许更能激起心灵的回声。

九、编后小记

本栏目主要刊登主编本人一些带有“广角镜”性质的文字，内容未必和丛刊的主题直接相关，而更多地驻足于思想的力量和乐趣。首篇文章题为《未来——职业和职业以外之随想》，所谓“职业和职业以外”，受启发于美国前国务卿、五星上将鲍威尔（Colin Luther Powell）的一句箴言：“Avoid having your ego so close to your position that when your position falls, your ego goes with it.”鲍威尔此言，是我珍视的人生座右铭之一，网上的一些汉译似乎不是很妥帖，我尝试了一下，可否译为：“避免和自己的职位贴得太近，以免职位不再之时泯灭了自我。”

“自我”何在？是否尽在自己的职位或所从事的职业之中？努力塑造一个完整的、真正意义上的自我，将有可能使自己的一切——当然也包括自己的职业——变得生动、丰富和精彩起来。

暑热之际、蝉鸣声中，赶写完这篇编者按，作为我个人创办的一本法学丛刊，主编和所有作者的真诚已经付出。此刻，思绪中忽然跃出齐格勒（Zig Ziglar）说过的一句至理名言，这也是他的一本畅销书的书名，国内已有中译本（潘岗译，中国社会科学出版社2003年版），十多年前，当我第一次读到这句话的时候就感受到一种温暖的力量给自己带来的鼓舞，特引于此，与同好分享并共勉：

Staying up, up, up in a down, down world

在下沉、下沉的世界里上升、上升、上升

薛 凡

二〇一四年八月三日于沪上，十二月十八日改毕

目 录

在下沉、下沉的世界里上升、上升、上升——编者按

先睹为快 1

特稿

公证保全证据司法观点与实务初步研究 / 薛 凡 7

比较研究

台湾地区公证人保全证据之功能与案例探讨 / 郑云鹏 235

前沿探讨

法院“启动”公证保全证据程序
——诉讼与公证互涉现象浅析 / 张宇衡 253

争鸣园地

公证保全证据是否止于民事领域
——公证保全证据适用范围扩张初探 / 王晓华 285

案例分析

当公证走近法庭
——从国内首例公证远程作证案谈审判与公证的契合和互补
/ 彭建波 305

网络隐私公证保全证据的司法评价与风险防范

——兼评全国首例公证保全证据引发的涉隐私权诉讼案

/ 蒋 浩.....331

法律与文学

大义凛然或是保持客观

——由小说《公证人》看公证保全证据中法官和公证人的定位

/ 黄 顿.....353

绝对中立：在控辩双方之间

——解读电影《套利交易》中的公证人保全证据 / 陈婕婷

.....365

评论与随笔

论坛

花开两头 一枝独秀

——社会治理视域中公证与诉讼保全证据的关系 / 钱一栋

.....383

法言译萃

权利：古与今 / 薛 骏.....408

编后小记

未 来

——职业和职业以外之随想 / 薛 凡.....413

Contents

Staying up, up, up in a down, down world—Editor's Note

First Sight.....1

Special Issue

A Brief Research on Judicial Opinion and Practice of Evidence
Preservation Notarization / **Xue Fan**7

Comparative Study

The Function and Case Analysis of Evidence Preservation Notarization
in Taiwan Region / **Zheng Yunpeng**235

Frontier Research

The Court “Launched” Procedure of Evidence Preservation Notarization:
A brief analysis of interactions between trial and notary/ **Zhang Yuheng**
.....253

Contend

Is Evidence Preservation Notarization Limited to Civil Issues:
On the extension of the scope of evidence preservation notarization
/ **Wang Xiaohua**285