

我国公证纠错机制之立法分析

谢聪敏

(闽西职业技术学院, 福建 龙岩 364012)

摘 要: 中国目前现有的公证立法不完善, 公证纠错机制方面, 尚未建立起完整的公证法律制度, 现有的法律规定过于原则, 缺少可操作性。有必要对各发达国家的公证纠错机制进行比较借鉴, 以解决我国公证纠错立法方面的缺陷, 提出完善公证纠错立法的建议, 加强公众对司法的信任以及对社会公信力的肯定。

关键词: 公证; 纠错机制; 公证赔偿; 救济

中图分类号: D 926. 6

文献标志码: A

文章编号: 1008-7192(2013)03-0016-05

An Analysis of the Legistion System of China's Notarization Error-correction Mechanism

XIE Cong-min

(Minxi Vocational & Technical College, Longyan 364012, China)

Abstract: The legislation of notarization in China is imperfect in the aspects that there is a lack of an over-all notarization law established with the error-correction mechanism, and that the existing legal provisions are too principled but less operable. It is necessary to take the notarization error-correction mechanism of the developed countries as the reference, to remedy the defects in the legislation of Chinese error-correction mechanism. The paper puts forward improvements of perfecting the notarization error-correction legislation to strengthen the public trust in the judiciary and the public affirmation of social credibility.

Key words: notarization; error-correction mechanism; notary compensation; relief

公证(notary)已经是世界各国通行的一项重要法律制度,用来表示为国家或社会公认的证明活动。公正的“提前介入”,本应在社会生活、家庭事务行为的管理中充当重要角色,帮助最大程度预防和减少社会纠纷的发生。但一直以来虚假公证在各行各业时有发生。如房产交易中有当事人自行伪造公证书骗取房款的,也有跟公证员串通好公证虚假信息从中渔利的。从之前的

“活人被公证死亡案”到 2013 年 4 月初的“上海凯宝涉嫌公证书造假案”,公证书的真实性和严肃性受到挑战。公证书内容意思表示不真实、公证过程不合规范,公证员或当事人串通造假骗取公证证明或公证员未尽核查义务出具公证证明,这些行为不仅直接侵犯了公民的民事权益,而且对国家的公信权威也构成极大的威胁。公证纠错机制的缺失以及引发的公证赔偿问题,凸显出我

收稿日期:2013-04-26

作者简介:谢聪敏(1980-),女,福建南安人,福建闽西职业技术学院经济系讲师,经济法硕士,主要从事中国经济法研究与教学。

国公证立法的先天不足。因此,有必要对错误公证的纠错机制进行深入的研究和探讨。

一、我国公证纠错机制的主要立法

1. 公证纠错机制立法的原因

公证行业是一个风险大、责任高的行业,根据《公证法》的精神,公证员对其出具的公证文书负法律责任,只要是出了错证,都要及时纠错并根据过错的程度来承担赔偿责任。错误的公证书发生的原因包括程序错误和实体错误,比如当事人主体资格不合格;公证事项的内容不真实、不合法;越权管辖等。一旦发现错证,当事人或公证处应当通过纠错机制弥补过错,出错证公证人员若因为故意或过失给当事人或利害关系人造成侵害,应对侵害后果承担赔偿责任,因此纠错机制包括错证的救济和公证赔偿两部分。

2. 公证纠错机制相关立法

《公证法》第39条明确提出当事人或利害关系人对公证书有误的情形可以提出复查,复查是救济途径的重点。公证机构对确属违法的证明,应当撤销或进行更正。《公证程序规则》第67条,《公证复查争议投诉处理办法(试行)》第22条对此进行了补充规定。此外,《公证法》第43条明确了公证赔偿的过错原则以及承担赔偿责任的责任主体归属,《公证程序规则》第69条规定了公证赔偿争议的解决方式。《公证复查争议投诉处理办法》对复查结果不服的救济作出了补充规定。

二、公证纠错机制的比较法考察

1. 大陆法系与英美法系公证立法之比较

大陆法系各国对公证行为侧重于“实质证明”,不仅对法律事项进行形式上的证明,而且还对公证内容的真实性、合法性进行实质性的证明。其出具的公证证明力高,一般仅次于国家机关依职权作出的规范性文件,具有强制执行力。正常情况下,法官不可能以证明力低于公证书的证据来否定一份公证书的效力,因此大陆法系国家的公证员都被认为是代表国家行使证明职能,

有人将其称为是“预决性的判决”。英美公证制度侧重于“形式证明”,即只证明当事人在公证人面前进行的一系列公证行为如签字行为、作证行为等程序性行为属实,不对公证事项具体内容的真实性负责。其出具的公证书的证明力低,一旦对公证事项有争议,各当事人不仅可以上诉,而且在法庭庭审中通常必须当庭作证、质证,更谈不上具有强制执行力。

2. 主要国家(地区)公证纠错机制法之比较

(1)法国 法国首先在履行公证义务方面做了强制性规范,即规定公证申请人提出公证申请时,公证机构必须接受当事人申请,不得无故拒绝,然后依照法律规定审查是否符合公证条件再决定是否予以公证。例如《法国公证法》规定,“公证人必须接受当事人的公证请求”^{[1]679-685}。其次,法国对错误公证书的处理,都确定了明确的救济途径,特别强调了对于公证事务的违法或不当,均以司法监督作为后盾,同时还规定了公证损害赔偿诉讼制度。《法国民法典》认为人们对于公证文书则不应当有任何怀疑。如果当事人有确凿的事实或法律依据对公证文书表示疑义,即应向法院提起诉讼,指控其伪造,却不能私自对公证文书进行检验或者要求公证人进行复检^[2]。在公证赔偿方面,《法国民法典》规定公证赔偿是一种职业性的民事赔偿制度。在公证事务中,一旦出现差错,公证人须对自己的职务行为独立承担义务和责任。公证错误引发的赔偿由公证人自行赔偿,国家不为公证人承担责任。为此,《法国公证法》规定了身份保证金制度,即公证人为支付因执行公证职务而依判决应承担的损害赔偿赔偿责任所提供的特别担保。

(2)德国 《德意志联邦共和国公证人法》规定,“公证人如无充足理由,不得拒绝执行职务”^{[1]682},发现错证同法国一样可以寻求司法保护。该法第19条第1款规定:“公证人由于故意或过失违反了职务上的义务,并造成了他人的损害,应承担由此而产生的损害赔偿赔偿责任”^[4]。并且注重区分故意与过失的构成要件,以此为依据来确定过错的大小,才能对公证赔偿责任的轻重和范围作出相应的规定。如果在公证人仅存有过失的情况下利益受损,则受害人需穷尽其他方法而无法得到救济时才可要求公证赔偿。公证人主观上必须

存在过错,客观上必须有经济损失,过错与损失之间必须有因果联系。在其他方面,准用民法中有关国家公务员违反职务义务的损害赔偿的规定。国家不代替公证人承担责任。公证人对当事人的损失负无限赔偿责任,为保证公证人赔偿能力,德国建立公证职务责任保险制度,当事人因公证人失职而遭受的损失才能转嫁给保险公司。

(3)美国 通常情况下,美国公证员都是兼职的,他们有自己的职业如律师、法官等。美国公证人行使的职能是确认当事人文件或宣誓中的签名,而不证明文件内容的真实性^[4]。《美国俄勒冈州公证法》规定公证人的职能不被认为是公务,公证人若因故意或者过失导致的职务上的违法行为带来损害的,需要承担相应的侵权责任,对于公证人的违法行为不存在国家赔偿制度。追究公证人责任时,原告要主张和证明:公证人没有正确地履行公证职责;公证人因为故意或者过失带来了损害;公证人的故意或者过失是给原告带来损害的直接原因(the proximate cause of the loss and injury),但是,在证明文书制作者的署名是伪造的时候,公证人一方负举证责任,必须证明尽到了合理的注意义务^{[5]260-261}。

(4)日本 《日本公证人法》规定,“公证人没有正当理由不得拒绝申请”,日本法律规定公证人因为故意或者过失给他人带来不法侵害,国家负有赔偿的责任,如果公证人存在故意或者重大过失的国家对该公证人享有求偿权^[6]。日本公证人取得资格后,必须按时足额缴纳身份保证金后才能履行公证人的职务。这种强制性的身份保证金制度与法国的身份保证金制度目的是一致的,即为了保证公证受害人可以获得及时受偿以此提高国家的公信力。

(5)台湾 我国台湾的《公证法》第1条规定请求人或利害关系人无论是对法院公证证明还是民间公证证明有异议均可根据第16条规定提出,“公证人如认异议为有理由时,应于三日内为适当之处置;如认为无理由时,应附具意见书,于三日内送交所属之地方法院或其分院,法院应于五日内裁定之”;第17条规定法院对当事人针对公证证明提出的异议必须受理并须作出裁定^[7]。台湾法律认为公证人定位于公务员,因过错造成

损害应遵照《国家赔偿法》相关规定,并且台湾也参照德国的做法采取强制保险制度。

三、我国公证纠错机制在实践中的立法弊端

1. 错误公证的归责原则缺失

《公证程序规则》第63条规定公证复查针对公证书有错误,明确了公证机构进行复查应当区分五种不同的错误情况,但对公证书错误的主观归责原则未作规定。实践中,公证书错误产生原因如前所述,包括实体错误和程序错误,其主观过错包括故意和过失,对一般过失的处理和重大过失的处理是否有所不同?对过错的判断也没有客观的行业标准。而且《公证复查争议投诉处理办法》第15条虽规定了地方公证协会处理投诉事项可以根据需要举行听证,听证本是解决问题的好方式,但该法对听证的程序未加任何规定,诸如行政处罚听证、执行听证等都有规定各自的听证程序。归责原则及听证程序的缺失容易使公证纠错机制流于形式。

2. 错误公证的救济途径存在争议

(1)公证机构是否可以作为被告。《公证法》第40条和第43条规定了公证赔偿的救济分为诉讼和非诉讼救济两部分。在诉讼程序中,当事人对错误公证书中涉及的实体权利义务有争议的,向法院起诉时,能否以公证机构或公证人为被告或将其列为第三人?错误公证书事项仅是单方行为,公证机构的诉讼地位如何解决?根据2006年上海市人民法院《关于涉及公证民事诉讼若干问题的解答》中提到该类诉讼中一般不必列公证机构为当事人,但纠纷的引起是因为出具了错误的公正书,若当事人有追究,公证机构理论上应当作为被告承担过错赔偿责任。而且《公证程序规则》第68条规定公证机构有告知其可以就该争议向人民法院提起民事诉讼的义务。第69条又规定,对于过错责任及赔偿数额有争议的可以向人民法院起诉,很明显此条规定说明起诉的对象就是公证机构,受害人可以以公证机构为被告,因此,实践中当事人一旦提出对错误公证书实体内容的争议,势必追究公证机构的过错并要

求赔偿,此时是分别提起两个民事诉讼还是一并审理,公证机构的角色如何处理?

(2) 错误公证书的撤销权行使。《公证程序规则》第61条规定当事人想撤销公证书或认定其无效只能向公证机构提出复查,不服的可以向公证协会投诉。法院在审理过程中可以对公证书所列事实是否存在作出认定,但对错误公证书是不能作出撤销公证书或认定公证书无效的裁定,法院和司法行政主管部门都无权直接撤销或判令公证处撤销。此条规定似乎与《公证法》第40条、第43条精神相悖,既然法院可以受理公证赔偿案件,若判决赔偿,证明公证机构或公证人一方定存在过错致受害人损失,既然承认存在过错,不直接进行错证的撤销或认定无效反而还要重新向公证机构提出复查,岂不是浪费司法资源?若公证机构自认为无错误不撤销或不变更或不答复,法律并没有最后的救济方式。以江苏省南京市溧水县人民法院的(2010)溧执字第77—78号执行令为例^[9],公证书在没有被撤销之前,都是有效的执行依据,故执行不能停止。这种情况下反而对受害人是一种权利的侵害。若法院认定有争议不予采纳作为证据,当事人也未申请复查,那公证书的效力如何界定,是撤销还是无效,法律上并无规定。此时错证的受害人如何获得及时有效的救济?

3. 公证赔偿的保障体系不完善

公证赔偿保障体系若不到位,会导致受害当事人的合法权益得不到保障。首先,我国虽然已经建立公证赔偿基金制度,并要求公证机构按公证收费的3%上交公证协会,且已将公证责任保险规定为公证机构的法定义务。但是,由于全国各地的经济发展水平的差异,不同地区,即使相同地区的不同公证机构的赔付能力也有所差别,造成省级中国公证协会赔偿后备金在全国各地分配差异。其次,对于当事人或利害关系人而言,公证机构的实力较公证员更有保障,往往获得公证机构赔偿后,对真正侵权人的追究反而更少了,到最后是否公证机构有否向有过错的公证人员进行追偿便不得而知。因此这种公证赔偿保障体系也容易导致保障过度,放任侵权人的行为,对公证人执业纪律和执业道德缺乏硬性约束。

举证责任上,笔者仍然遵循“谁主张,谁举证”的原则。对于受害人而言,其并不了解公证员复杂的专业公证程序,多数人只是一味按照公证员的要求提交材料或签字,公证环节哪里出错,怎么取证,受害人往往处于弱势地位。在证据的收集上,公证机构才存有公证案卷,当事人想获取证据并非易事,当事人往往处于不利的地位。而且对于具体赔偿的范围是否包含精神赔偿,《公证法》相关法律并无说法。

四、借鉴各国(地区)立法,完善公证纠错机制,健全公证法律体系

鉴于错证救济途径、公证赔偿的范围、公证机构的赔偿能力及法律保障方面都存在争议,必须大力加强公证管理工作,完善公证及公证救济制度的立法,从而使公证制度得以完善和发展。

1. 完善司法救济制度,加强司法审查制

由于公证机构的身份的转变,错证的出现与民事纠纷有着相当的联系,有必要加强司法审查制,着力解决公证事务违法或不当无人过问的法律尴尬。在具体步骤上,可借鉴法国、日本和台湾的做法。即当一方当事人对公证证明提出异议的,规定公证机构的复查期限,一般在七天至十天内,未在期限内答复的,法院应督促公证机构在三天内复查;若公证机构在法院督促后仍不给予答复或对复查结果当事人仍持异议,当事人可以持复查结果向法院起诉。在庭审中,基于公证的高度专业性,可借鉴英美法系国家的经验,若当事人对公证内容有争议的,可申请公证人提交相应公证材料并出庭接受质问,对确有错误的,直接作出裁定,并对有过错的公证机构及公证人作出相应的处罚。短时间内的处理及法院的介入,可以将可执行的错误公证书给受害人的侵害降到最低。同时,为了避免错误公证书给利害关系人造成更大的损害,应当明确利害关系人可以直接到法院起诉,也可以先向出具公证书的公证机构提出复查,对于复查结果不服的,再到法院起诉。理论上认定公证员或公证机构是否需要承担公证赔偿责任的前提是其是否存在过错,一旦审理认定确有过错,那公证书的合法性就可以直接裁定,建议应当由审

理损害赔偿纠纷的审判人员一并来审理公证书的合法性,亦可避免受害人得到赔偿后错误公证书效力无法确认的情况。

2. 完善错证赔偿范围,明确追偿对象

根据《公证法》第43条的立法精神,公证赔偿责任的法律属性可以定性为民事侵权责任。实践中,错证产生的影响对受害而言不仅仅是财产上的损失,精神上的损害才更需重视。但是在《公证法》当中并没有对精神赔偿作任何规定。可以借鉴德国、瑞士等国的公证赔偿制度建立完善精神损害赔偿。精神损害赔偿的方式可以是给予适当的抚慰金,但更应当注重恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等抚慰方式。

在追偿对象方面,办理公证业务中各环节的相关人员对错证的产生基本上都存在过错的可能,审查过程中可以要求对有过错的相关人员要求其承担公证赔偿的连带责任,可以证明自己不存在过错的除外。如:公证机构和业务讨论委员会之间的连带,公证助理和公证员之间的连带,公证员与审批人之间的连带,甚至是公证机构的翻译人员、打印人员都可能存在过错致使错证的产生。除了要确定彼此之间的连带赔偿关系,更要细化他们之间的连带是补充赔偿责任还是按份赔偿责任,当然过错大小程度的确定是关键。

3. 健全公证赔偿体系

我国在公证赔偿保险机制方面存在的弊端前面已有论述,建议我国应当细化公证赔偿基金的提取标准,综合考虑各个公证机构的业务收入

及公证赔偿所支付的数额等因素。对此,法国的做法值得借鉴,法国公证人责任保险的保费是以公证人事务所纯收入的出险率和基数按比例缴纳的,每一年公证机构所交的保险费与公证人事务所纯收入的出险率是成比例增加或减少。其次可借鉴日本的做法,明确公证人身份保证金制度。身份保证金的数额,根据公证机构所在地区的不同经济发展状况而定。如果公证人因业务办理错误给当事人造成损失,可先由该公证员的身份保险金支出,保证金不足时,必须在规定时间内补足。身份保险金可以按月提取,地方可以规定提取的标准,公证人退休时退还其身份保证金。

4. 提高公证员资格的任职门槛

公证书作为“预决性的判决”,能够直接左右判决结果,这对公证员职业道德提出较高的要求。错证源于公证员之手,综观世界,大多数国家公证员资格的取得都比律师或法官更严格,如德国,不仅要有大学学历,而且要经过二次国考加实习二年外加三年的公证员培训才能获得公证员资格;香港则要求律师从业十年才能担任。而我国《公证法》规定的公证员入门条件明显过低,大学毕业通过国家司法考试即可。没有任何法务工作经验的积累,势必会影响整个公证行业的执业素质。因些有必要在立法中明确公证员的任职资格,提高任职门槛,明确公证员的职责和义务,明确错证产生的主观心理状态,才能在根源上避免错证的产生。

参 考 文 献

- [1]司法部律师公证工作指导司. 中外公证法律制度资料汇编[Z]. 北京:法律出版社,2004.
- [2]吴 勇. 公证争议救济机制的现状与完善以诉讼救济机制为中心[J]. 中国公证, 2010(2):18-20.
- [3]吴奕晗. 论公正赔偿制度[D]. 北京:中国政法大学,2011.
- [4]江云添. 中美公证制度比较与启示[J]. 广东公证, 2002(4):23-24.
- [5]王公义. 中国公证制度改革研究及国际比较[M]. 北京:法律出版社,2006.
- [6]刘晓舟. 论公正法律责任体系[D]. 济南:山东大学,2010.
- [7]许胜忠,王萌,冯夏. 规范民事诉讼中公证证明的证据行为的若干建议[EB/OL]. (2009-07-29)[2013-04-12]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_595a73960100eeze.html.
- [8]何飞,俞曦. 从一起重大伪造公证文书案看我国公证立法的先天缺陷[EB/OL]. (2012-01-05)[2013-04-12]. <http://www.gd426.com/newshow.html?classname=%D0%C2%CE%C5%B6%AF%CC%AC&id=2322&mnid=15330&uppage=/news.htmlGD426>.