

公证人之民事责任

LA RESPONSABILITE CIVILE
DES NOTAIRES

(第5版)

[法] 让-吕克·奥贝赫 著

[法] 瑞夏·科罗 改编

唐 觉 译



 上海人民出版社

公证人之民事责任

LA RESPONSABILITE CIVILE
DES NOTAIRES

(第5版)

[法] 让-吕克·奥贝赫 著

[法] 瑞夏·科罗 改编

唐 觉 译



 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

公证人之民事责任:第5版/(法)奥贝赫著;
(法)科罗改编;唐觉译. —上海:上海人民出版社,
2015

ISBN 978-7-208-12849-1

I. ①公… II. ①奥… ②科… ③唐… III. ①公证人
—民事责任—研究 IV. ①D916.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 046010 号

责任编辑 秦 堃
封面装帧 王小阳



公证人之民事责任
(第5版)

[法]让-吕克·奥贝赫 著

[法]瑞夏·科罗 改编

唐 觉 译

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

江苏江阴金马印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 14.25 插页 6 字数 198,000

2015年6月第1版 2015年6月第1次印刷

ISBN 978-7-208-12849-1/D·2646

定价 58.00 元

公证人之民事责任

LA RESPONSABILITE CIVILE
DES NOTAIRES

(第5版)

让－吕克·奥贝赫 (Jean-Luc Aubert, 1939–2008)

法国当代著名法学家、法律社会学家。1985–1994 年，在巴黎第一大学任教。在债权法、特别是合同法方面作出了卓越贡献，1994 年被任命为法国最高法院民事一庭的法官。

译者序

译者虽与法国公证接触了十年之久,但并不敢奢望对法国最高法院大法官奥贝赫教授的著作作任何评述。只是想借机在此探讨一下法国公证中必定出现的两个词语:公证人与公证,以便给阅读本书的中国读者提供两个基本工具。

首先看公证人。“公证人”法语为 *notaire*。该词与“note”和“noter”同源:*nota* (拉丁语)。“Nota”,名词“记号”;“notare”,动词“记录”;“notarius”,名词“速记员”、“秘书”。“Notarius”的形式后转变为“notarie”(12 世纪)、“notere”(13 世纪末)。^①

从历史上来看,“notaire”曾是古罗马的记事奴隶、为公众书写各种文书和协议的书写员、皇帝的秘书、中世纪领主的契据书写员、教会的书写员等。13 世纪末大致取得了现代概念中的职能:依附于权力机构(国王、领主、教会或司法机构)的文书制作者。^②

至于今天意义的公证人,还应回溯到法国大革命时的一部法律:法兰西共和历十一年风月二十五日(1803 年 3 月 16 日)颁布的《公证组织法》(也称《风月法》)。该法第 1 条规定:“公证人是公务职员,受理当事人必须或自愿取得公权文书公式效力的文书和契约,并确定日期,保存文书,发放抄本或执行副本”^③。1945 年 11 月 2 日颁布的公证人身份法令第 1 条,除了将“公务职员”改成更准确的“公务助理”之外,完全保留了原文,且至今未变。在下文讨论“公证”时,我们可以看出公证人的这个定义清楚指明了公证职能的基本内容:赋予文书以公权文书的公式效力。

① Dictionnaire Littré: <http://notaire.ptidico.com/definition-de-notaire.htm>.

② <http://www.cnrtl.fr/etymologie/notaire>.

③ Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer les grosses et expéditions.

我们顺便看一下西方非拉丁国家的“公证人”是如何说的。严格说来,非拉丁法律传统文化中,特别是盎格鲁-撒克逊文化中并不存在我们所理解的公证概念。当然,世界文化的交流并不排除英语中出现相应的词语,公证人,“notary public”。英语的“notary public”,即法语的“notaire public”,拉丁语的“*notarius publicus*”。^①

所谓的“notaire public”,是相对“领主公证人”而言的;后者仅在领主的辖区范围内受理业务^②。而“notaire public”,实即“notaire imperial”,皇室公证人。一开始他们仅为君主服务,但后来扩展到在整个王国开展业务,即王国内任何人的业务都可受理。所以这个“public”确定的是行使权力的范围。汉语的“公证人”或许也与此有关吧。

今天的公证人仅依附唯一的权力机构——国家,且不再存在为特定群体和为普通大众服务的公证人之分,因此再在后面缀以“public”,不但没有必要,反而会引起误解。

下面看公证。从语言学的角度看,奇怪的是,法语中并无由同一词根衍生出来的名词“公证人”和动词“公证”。我们可以看到“instrumenter(制作文书)”、“recevoir un acte(受理文书)”;公证人制作的文书称“acte notarié(公证文书)”或“acte authentique(公式文书)”。而在规范性的法语词典中并无动词“notarier”,尽管这一形式已出现在网络和近代文献中。相反,在有关公证的论著中,我们经常会看到动词“authentifier”以及它的形容词形式“authentique”和它的两个名词形式“authentification”(authentifier 的行为)与“authenticité”(authentifier 取得的特性)。研究一下这些字面上毫无“公证”之义的“怪物”,我们会发现它竟然是法国公证制度的根本!

“Authentique”,源于拉丁语“*authenticus*”;该拉丁词又源于希腊语:“具绝对权力、权威的”,“其真实性不容非议的”^③。在一般现代法汉词典中,“authentique”译为“真实的”;但在公证中,更趋向于它最原始

① 如瑞典就采用“*notarius publicus*”,虽然也不是我们所理解的公证人。

② http://www.odile-halbert.com/Metier/Notaire_Encyclopedie.pdf; Encyclopedie de Diderot et d'Alembert.

③ <http://www.cnrtl.fr/etymologie/authentique>.

的含义。

我们援引 1945 年 11 月 2 日颁布的公证人身份法令第 1 条来阐述“authentique”这一关键词语：

Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique.

如果我们逐词作字面翻译就是：

公证人是公务助理，受理当事人必须或自愿地取得公权文书“authenticité”特性的文书和契约。

“Authenticité”这一不容怀疑、具绝对权威的真实性，给文书带来两大明显的利益：超越一般文书的特殊证据效力（《法国民法典》第 1319 条）、相当于法院判决的执行效力。

从公证文书的角度来书，要取得“authenticité”特性，须具备三个前提：

第一个前提是文书制作者的身份。公证人作为公务助理，由国家司法部任命，拥有公权授权，持有代表国家的印章。

第二个前提是文书的形式条件。这里的形式要从两个角度来理解：一是制作文书的程式，二是文书本身的格式。例如在制作公证遗嘱的程式上，除负责受理的公证人之外，还须第二公证人或两名证人全程（起草、宣读和签字）在场。在文书的形式上，文书的结尾必须具备地点、日期和签字说明^①。形式瑕疵会让公证文书丧失“authenticité”的特性，由“公证文书”降级到私署文书（《法国民法典》第 1318 条）。

第三个前提是实质条件。形式条件相对直观，一份公证文书没有每页标明页码，末尾没有注明页码总数，一目了然。而实质条件则需要我们进行分析判断。实质条件可以简单分成两大类：客观事实与意思表示。客观事实比较容易理解，但在实践中涉及公证人的关键义务之

^① 详见，让·叶戈、让-弗朗索瓦·皮伊布：《公证执业法》，法律出版社 2008 年版。

一:调查义务。举一个简单的例子:关于当事人。公证人面前的这个人是否就是文书中记录的当事人?其婚姻状况如何?其与案中交易标的的关系如何?等等^①。所以就法国公证制度而言,不存在中国公证制度恢复之初经常讨论的问题:形式公证还是实质公证?只要公证人介入,就必须打破砂锅问到底。这也与我们的第二类实质条件意思表示相关。当事人到底想要做什么?如何做?现行法律条件下能否实现当事人的目的?法律风险是怎样的?交易成本(包括税务负担)是怎样的?这些都是公证人需要与当事人一起回答的问题,即履行公证人的另一关键义务:咨询义务^②。法国公证人不能让客户说“要是你公证人当初告诉我这些,我就不会这么做了”。客户一旦说出这句话,公证人就有可能要承担民事责任。

如此粗略讨论之后,我们也不妨给出一个结论,公证人的职责不是“notarier”(法语),不是“notarise”(英语),也不是“证”,而是“authentifieur”(法语),是“authenticate”(英语),是“信”!是公证人基于公权授权的身份,以其职业民事责任作为担保,制作反映客观事实、表示当事人真实意思、得约束当事人、抗辩第三人甚或公权机构的文书。^③

为了给“authenticité”一个恰当、准确的汉语翻译,我们可以借用《法国民法典》第1317条:

L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

公式文书是指,经有权在文书拟制地受理的公务助理按规定
的要式制作之文书。

我们采取的做法是,将“acte authentique”翻译成“公式文书”,“authenticité”翻译成“公式性”或“公式文书效力”。这样翻译的考虑

① 详见,本书 n°78 及随后。n°78 指本书“78.效用性原则的实施。调查义务。审查当事人身份。”的内容。

② 详见,本书 n°87 及随后。

③ 当然,人非完人。公证人也会因为客观限制甚或主观故意制作瑕疵文书。只是在法国诉讼程序中,对公证文书的质疑仅能通过特定的文书伪造程序提出。详见唐觉:《法国民事诉讼法中的公式文书伪造之诉简析》,《中国司法》2011年第4期。

是:公,是因为有公务助理的介入,而公务助理为得到公权授权之人;式,是因为必须遵循法定的形式。一份文书只有满足了“公”和“式”两个条件之后,才取得“公式文书”的特性(即最佳证据力;另,某些文书具有执行力)。如公证人制作的公证文书、户籍员制作的出生证明便是“公式文书”。要注意的是,公证文书只是公式文书的一种。但是,因为公证文书是日常生活中使用最多的公式文书,作者们经常用“公式文书”来表述“公证文书”。

在法国,正是因为法律的明确规定、司法的严密解释和公证人的不懈努力,公证人的职业本质特征已经进入了日常语言:“*le notaire y a passé*”,通俗一点说就是“公证人过手了,反悔不可能”。^①

对中国读者而言,我们拥有两本现成的译著回答“公证”的上述三个基本问题。就公证文书制作者的身份与公证文书的形式条件,可以阅读由叶戈、皮伊布合著的《公证执业法》(法律出版社 2008 年版)。就公证文书的实质条件,最合适的就是本书,即奥贝赫先生的《公证人之民事责任》。

唐觉 法国私法法学博士

^① Dictionnaire de L'Académie française, 1694.

序 言^{*}

奥贝赫(Jean-Luc Aubert)大法官著作的第一版,就一个敏感的问题,给我们公证界提供了一部审慎而详尽的著作。他使用的法律语言至善至美。其严谨治学给我们留下了不灭的印象。

这部著作的出版,使公证人的民事责任失去了神秘性甚或任意性;后者对我们许多同仁来说,似乎是公证人责任的标志。这部著作像许多石头中的一块,已经嵌入《法国民法典》第 1382 条和第 1383 条一个世纪来演绎出的巨大判例大厦之中。

随着集体担保的发展,公证人的民事责任被看作一个独立的问题;这部简短而详尽的专著在再版中不再作讨论。面对案例的不断发展,有时甚至是前后矛盾,本书的定期再版,充分显示了作者理论分析的恰切和实用性。每次再版,本书都准确地描述了它们的发展或变向。

1

本版是作者去世后的第一次再版;由瑞夏·科罗改编、注释和更新。如同让-吕克·奥贝赫一样,科罗将法学理论和实践结合在一起。新著处理灵活、信息丰富,忠实原作者的精神;它将成为常用重要法律专著中的一部。

这不仅是一部关于公证人执业民事责任的专著,也是一本真正的公证理论和实践手册。它描述了公证人的各种职能:公务助理、特殊证人、真实性的授予人,以及较模糊但严格的咨询职责(著作中援引让·德·蒲尔皮克的话,“法定的公证职能”之外还须加上“案例设定的咨询职责”)。甚至向我们公证实践者提供了证明以下事实的工具:我们通过“不可争议的绝对合法”程序或通过提出限定公证人责任范围而达到勤勉的要求;当然,正如奥贝赫先生所强调:“在这方面的措施肯定会让

* 脚注中的斜体均为法国的法律专业期刊,其名称不作翻译。另作者名亦保持原文。日期大多保留法语的表达方式,即日、月、年顺序。——译注

人失望。”

我们每个事务所的图书室都应该配备这部著作。不过它的位置不在书架上,而是在我们各自的案头,以便随时查阅。

伯尔纳·雷尼

巴黎公证人

法国公证人高等理事会主席

首版序言

(1977)^①

我怀着浓厚的兴趣和极大的喜悦,拜读了让-吕克·奥贝赫教授先生有关公证人职业责任及其担保的专著。作为法国公证人高等理事会主席,我尤感庆幸的是,作者将一个其称为“不断变化”的复杂课题,处理得如此科学和清晰。

在1955年5月20日政令的第三章,有一个值得注意的细节,即其标题的单数形式:“职业民事责任的担保”。不过,在看了该政令的第12条和第13条以后,就会明白这实为一整套担保体系的总称。即:担保先由公证人依法必须购买的保险合同来承担;在无法依靠保险机制的情况下,由其个人来承担;最后,在其个人无法负担时,由整个公证行业来承担。公证界特别关心这套为客户利益建立的担保制度。倡议这套担保制度是公证行业感到自豪的地方之一。在此,我强调作者所处理主题的复杂性,是为了更好地祝贺他的成功。让-吕克·奥贝赫先生完全驾驭了他的主题;我们要向他表达感激之情。因为:

——在这部通俗易读的著作中,让-吕克·奥贝赫先生把一些复杂的概念明朗化。我想,这会给公证事务所的客户以及事务所的咨询服务带来益处。同时我认为,对这个法律领域感兴趣的越来越多的大学生们也会从中得益。

——这项研究成果将给专业人员,特别是公证人带来帮助。我相信,每个公证人都将在案头常备此书。毫无疑问,集体担保机制可以从不同角度来深入研究;作者本人就多次发表文章探讨。可幸的是,争论并未到此为止。这是一个相当晦涩的领域,它受专门法规的调整。公

^① 本书对1977年首版的内容作了重大改动,删除了公证人个人保险和公证行业集体担保的有关内容。

证行业以能够实施这些法规来造福客户而深感荣幸。

——奥贝赫先生对公证人民事责任的一般原则作了定义。当然，此执业民事责任受普通法规范的调整。但被作者称为“我们私法制度的重要传动齿轮”的公证行业，却以真实性证明作为自己的职能。这种真实性证明职能与“法的秩序”相对应，它要求咨询服务。奥贝赫先生在广征博引的分析后肯定，公证人的民事责任属侵权责任。我们已有不少作者提出这种观点，但奥贝赫先生更进了一步。他澄清了一个不准确的概念：“向当事人提供咨询的义务是结果之债。”奥贝赫先生认为，这是不能接受的：这个概念（结果之债）与侵权责任不相干。

多年来，无论对公证行业还是对其客户来说，如何对公证人的过错定性，具有非常重大的意义。在这样一个让学术、判例、尤其是保险业搅得非常复杂的领域内，让-吕克·奥贝赫先生在对这个问题作了精密的分析之后，用简明的语言赞同最高法院的观点：“不得受益于保险之过错仅得为故意损害之过错。”

如作者提及，国务参事雷亚尔(Réal, 1757—1834)描述公证人的角色是“当事人的无私顾问，同时又是他们意思表达的公正执笔者，使他们知道所订契约的责任范围；将这些承诺用明晰的语言拟成文书，赋予其以公式文书的特性和终审判决的效力……”

浏览这段文字，把公证人置于办理四百万份公证文书而不出错误的境地，几乎达到了超人的地步。这可以引发，与其说是长篇大论，不如说是一个简单的问题：有多少专业人员，其职业是运用一部公证人也非常了解并熟练运用的法律去评估过错、确定合理的赔偿，这让他们经常处在与内心信仰、学识和良知相冲突的境地。当他们行使最终判决权力的时候，又在多大程度上加剧了这种心理……

共和历十一年风月十四日，依然是在阐述《公证组织法》^①的立法动机时，雷亚尔国务参事称：“如果人们要遍历所有可以追究责任的可能……他们（公证人）冒着巨大的、难以估量乃至无法估量的责任

^① 即法兰西共和历十一年风月二十五日(1803年3月16日)颁布的《风月法》(Loi de Ventôse)。——译注

风险。”

让我们从历史回到现实；奥贝赫先生在他的著作中恰到好处地提出了一些很有意思的概念。我特别想提及的是“丧失机会”和“谨慎条款”。作者在一个非常困难的领域里，成功地给大家提供了一些准确和明晰的资料。另外，他提出不少思考，使得读者在他精细的分析之后得以继续探索。

奥贝赫先生成功地完成了他的课题，我特此向他表示敬意。毋庸置疑，这项成果将带来比我所预想的更大的收益。

阿兰·布代尔

法国公证人高等理事会主席

前言

公证人的职业责任在 20 世纪中叶以来取得了长足发展；本书无意对这一问题作详尽的论述，仅就其演化作一个评估。

本书中，我们把职业道德规范排除在外；同时与头两个版本不同，我们把所有涉及责任保险、集体担保的内容也排除在外，而把范围限定在公证人的民事责任，书名也因此作了改变。

首先，本书将充分而简洁地阐述民事责任的基本原则；确定公证人职业责任在这些基本原则实施中的准确位置。

然后，本书通过介绍公证人职责的主要义务，通过对判例（特别是最高法院的判例）立场的理解，给实务工作者提供一些尽可能可靠的参照依据。

LA RESPONSABILITE CIVILE DES NOTAIRES
Copyright © 2008 by Conseil supérieur du Notariat
ALL RIGHTS RESERVED