

Contemplation on Notary System under the House-for-Pension Fraud

—Analysis on the Notice by the Ministry of Justice on the “Five Injunctions” of Notarization Practice

Yuxi Zhang

School of Transnational Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai
Email: m15000370138@163.com

Received: Jun. 10th, 2018; accepted: Jun. 25th, 2018; published: Jul. 2nd, 2018

Abstract

House-for-pension frauds exploits high-interest financing with a view to inveigling old people into mortgaging their real estate for loans. Lenders, by virtue of the notarial power for housing and enforceable public certificate of creditor's rights, proceed to sell the houses at a low price. Whether the notary office in the case should be held accountable has sparked substantial criticism. The author holds that there is no need for the notary office, as a neutral third party, to be liable under the due process. Though the form of notarial serial contracts does not match the definition of fluidity contract, the material effect does, hence the urgency of a ban. As for the potential problem arising from power of attorney for housing, we can specify the purchaser as well as the price to reduce the room for malefaction. What's more, through the full discharge on disclosure obligation as well as reinforcement on regulatory scrutiny, such fraud can be curbed both procedurally and substantially.

Keywords

The House-for-Pension Fraud, Notary System, “Five Injunctions”

“以房养老”骗局下的公证制度思考

—兼论司法部《关于公证执业“五不准”的通知》

张语兮

华东政法大学国际法学院, 上海
Email: m15000370138@163.com

收稿日期: 2018年6月10日; 录用日期: 2018年6月25日; 发布日期: 2018年7月2日

摘要

“以房养老”骗局是以高息理财诱骗老人抵押房屋借款，再经过公证的房屋处分委托书以及具有强制执行效力的债权文书公证书将房主房屋低价卖出的行为。公证处在其中的法律责任引发了批评。文章认为公证处在本案中作为一个中立的第三方机构，在依照正当程序履行相应公证的前提下，无需承担法律责任。公证机关所证明的连环契约虽形式上不符合流质，但具有流质的实质效果，应以抑制。对房屋全权委托公证存在的问题，可通过卖家、售价等设计来减少不法分子的操作空间，可通过充分履行告知义务，加强审查力度，从实体与程序上抑制此类骗局。

关键词

“以房养老”骗局，公证制度，五不准

Copyright © 2018 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言：“以房养老”骗局下的公证危机

“以房养老”骗局在近年屡屡出现，其以高息理财诱骗老人抵押房屋借款，声称用该款项投资，借此签订借款合同、房屋抵押合同，并借助公证的房屋处分委托书和具有强制执行效力的债权文书公证书等，在房主不知情的情况下运作房屋买卖。如果借款者没按时还款，“金主”就凭借已签订的借款合同和公证文书，申请法院强制执行。¹“以房养老”骗局不仅直接损害被骗者的利益，还间接影响到公证的权威性。据司法部通报，因多次为不真实事项出具公证书导致当事人房产被买卖或抵押，有的管理不善的公证处受到行政处罚，²也引发了公众对公证权威的质疑。司法部近期针对公证颁布了《司法部关于公证执业“五不准”的通知》(后文称《五不准》)³，旨在抑制公证机构及其人员为虚假的公证申请人、不真实的公证事项办理公证案件等损害公证公信力的行为，但因为过于严苛而引发了争议。下文拟先分析“以房养老”骗局的各方法律关系，进而分析所涉公证文书的效力和公证处的法律职责，最后对司法部的“五不准”进行评述。

2. “以房养老”骗局下的各方法律关系分析

(一) “以房养老”骗局涉及多方法律关系

“以房养老”骗局涉及被骗当事人、打着理财名义的诈骗者、债权人(即借钱给老人的“金主”)和购房者。诈骗者在其中扮演的角色是联系金主、用借款理财并全权代理还息等事项，而金主往往没有直接与被骗老人打交道，甚至没有直接出现，多是通过代理人办理相关事项。他们构成一个复杂的网络，包含多方法律关系：1) 老人与“金主”间的债权债务关系；2) 老人与房产委托代理人之间的房产全权委托关系；3) 房产委托代理人与购房者之间的房屋买卖关系；4) 老人与理财公司之间的委托关系(参见图1)。

¹ 参见《北京青年报》2017年08月15日报道，但做了部分修改。网络出处：http://news.xinhuanet.com/legal/2017-08/15/c_1121483292.htm 最后浏览日期：2017年11月15日。

² 参见前一注释《北京青年报》。

³ 参见《五不准》：一、不准为未查核真实身份的公证申请人办理公证。二、不准办理非金融机构融资合同公证。三、不准办理涉及不动产处分的全权委托公证。四、不准办理具有担保性质的委托公证。五、不准未经实质审查出具公证书。

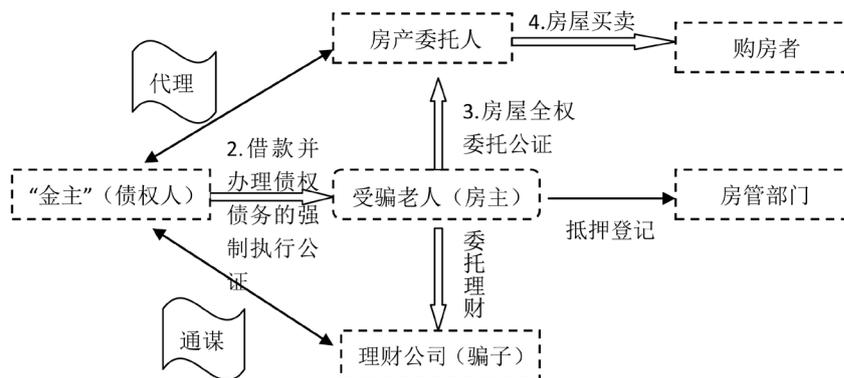


Figure 1. A general view of house-for-fraud pension
图 1. “房诈”新骗术模式图⁴

(二) 老人与“金主”间的债权债务关系

“金主”是经由理财公司介绍，给老人提供借款用以投资理财的债权人。金主与被骗老人之间存在着债权债务关系。该主债权债务关系以老人的房产作为担保。金主会对该债权文书进行强制执行的公证，即老人若不能按时还款，则金主可以申请法院强制执行老人的房产，以实现债权。若无法证明“金主”与理财诈骗者之间存在恶意串通，则该债权债务关系合法有效，“金主”到期强制执行老人的房产是有正当的法律基础的。

(三) 老人与房产委托代理人间的房产全权委托关系

房产全权委托关系是指因房产所有权人(委托人)将办理与房产有关的事务，或者实施与房产有关的法律行为(买卖、出租、抵押等)的权利授予受托人的意思表示而产生的法律关系。骗局中的房产委托行为属于全权委托，老人到公证机关单方授权委托代理人全权处置该房产，从而在其与房产委托代理人之间形成了房产全权委托的法律关系。根据《办理房屋委托书公证的指导意见》，老人在办理该公证时，只需提供“(一)委托人的身份证件和资格证明；(二)房屋委托书本；(三)房屋委托书所涉及房屋权属(权利)凭证的原件或者复印件，但购买房屋的除外；”⁵可见对文书的要求并不高，材料较为简单。在签署了相应的全权委托书后，无论是委托代理人办理抵押，还是过户该房产，均不再需要老人的参与，房产委托代理人成为了房产的实际控制人。即使不存在借款合同，签署了全权委托，某种程度上就意味着老人“让渡”了房屋的处置权，房产委托代理人依然可能在房主不知情的情况下出卖房屋。从法理上看，老人虽然有撤销该单方授权的权利，但因受骗，在房产被处置时，根本不可能行使该撤销权，实际上将自己置于一个没有其他救济的孤立无援的境地。

(四) 房产委托代理人与购房者之间的房屋买卖关系

委托代理人与购房者间存在的房屋买卖关系直接决定了老人是否可能追回房屋。委托代理人在持有公证过的授权委托书的情况下，对外有权以产权人的名义出售房产，表面看来，房屋买卖合同应该是有效的。但依据《合同法》第 52 条的规定，若能证明购房者与委托代理人之间事实上存在恶意串通的行为，则即使有公证的授权委托书，老人也可以起诉要求确认该房产买卖无效。在考察是否存在恶意串通的行为时，除了追查购房人与代理人之间有无特殊关系，还可以看购房款是否明显低于市场价格，购房过程是否有明显瑕疵⁶，等等。有两种可能，法院无法支持受骗老人从购房者处要回房产：一是法院在整体考

⁴该图的设计参照了《人民日报》2017 年 07 月 26 日 18 版报告，但做了改进。网络出处：https://www.sohu.com/a/160463285_611014，最后浏览日期：2017.11.14。

⁵参见《办理房屋委托书公证的指导意见》第 6 条，2008 年 4 月 23 日中国公证协会第五届常务理事会第五次会议通过。

⁶杨文战：《以房养老的骗子都被抓来了，为什么房子要不回来？》，网络来源：<http://news.house.qq.com/a/20170812/021389.htm>，最后浏览日期：2017.11.14。

察交易事实之后，无法认定购房人与代理人之间存在恶意串通行为，而只能承认购房合同有效。二是房产经过多手交易，即便第一购房者存在恶意串通，但非法取得房产的二手产权人，又将房产转手给善意第三人，如果后一交易被认定有效，老人同样无法要回房产。

(五) 老人与理财公司之间的委托关系

如果理财公司确实是诈骗者，则老人与理财公司之间的委托理财关系一般应当由刑法调整。但现实中，由于理财公司具体的操作步骤不清，直接影响了责任认定。首先，理财诈骗者与上游借款人之间是否存在共谋。若双方存在共谋，则相关借款人也应以涉嫌诈骗罪审查批捕，相应的债权文书的强制执行公证效力也存在瑕疵；否则，借款人只是履行一个合法借款合同，强制执行公证效力也不容轻易推翻。其次，下游购房者与诈骗者，借款人之间是否存在恶意串通的情况。就现存证据看来，虽然部分受害者找到了购房者与诈骗者间关联的蛛丝马迹，但要证明恶意串通仍有难度。若购房者对前述活动毫不知情，仅作为善意第三人购买了房产，则受害者不大可能追回房产。

3. “以房养老”骗局涉及的公证及效力认定

(一) 全权委托卖房公证

根据《办理房屋委托书公证的指导意见》，房屋委托书是指委托人为了授权他人代为办理房屋的购买、出售、互换、继承、受遗赠、租赁、抵押等事宜而单方签署的法律文书⁷。根据相关法律的规定，全权委托他人处理事务的，需要详细说明委托的具体授权项目、权限，而不能笼统的说是全体委托。⁸在此类骗局中，老人签署的房屋委托书即是将各个具体的授权项目囊括其中，来实现实质上的房产全权委托。全权委托卖房公证则是对该全权授权卖房的意思表示进行公证。在公证效力加持之下，即使不存在借款合同，签署了全权委托，某种程度上就意味着房主“让渡”了房屋的处置权，委托代理人依然可能在房主不知情的情况下出卖房屋。

房屋全权委托公证导致了一定的法律风险。从业主角度来看，若房屋出售后不过户，业主可能在完全不知情况下，买家持有全权委托公证书容易进行“一房多卖”，从而业主可能随时要承担由“一房多卖”引致的法律责任。从使用全权委托公证书炒房的买家角度看，若业主有隐藏的债务，可能导致房屋被法院查封，炒房者不仅得不到房子，连预付的房款可能都无法追回。

(二) 赋予强制执行效力的债权文书公证

赋予强制执行效力的债权文书公证是指公证机关在办理符合赋予强制执行的条件和范围的合同、协议、借据、欠单等债权文书公证时，依法赋予该债权文书具有强制执行效力⁹。对由公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，债务人到期不履行债务，债权人可以申请人民法院强制执行，受申请的人民法院应当执行¹⁰。《最高人民法院、司法部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》也从程序角度明确了此类债权文书的强制执行效力¹¹。强制执行债权文书本身具有非诉性特征，较之诉讼，具有便捷、经济的优点，被越来越多的债权人所选择。

但公证债权文书强制执行制度也存在被滥用的风险。首先，“公证机关出具执行证书前的审查方式难以保证审查内容的客观真实性”，“法院对公证债权文书的执行审查制度规定不明确，致使实践中做法不一的”问题时有发生¹²。其次，强制执行债权文书的非诉性，阻断了审查不合格时对债权人债务人

⁷ 参见《办理房屋委托书公证的指导意见》(2008)第三条。

⁸ 参见《中华人民共和国民事诉讼法》二百一十八条。

⁹ 参见《最高人民法院、司法部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》第三条第一款。

¹⁰ 参见《中华人民共和国公证法》第三十七条以及《中华人民共和国民事诉讼法》二百一十八条。

¹¹ 参见《联合通知》第四条与第七条。

¹² 参见《公证债权文书强制执行存在的问题及完善建议——以C市法院受理的公证债权文书执行案件为例》张邦铺、李雪榕，西华大学学报(哲学社会科学版)2013/02 [1]。

的救济，间接使民间高利贷活动更加猖獗，损害了国家金融管理秩序。当事人可能利用公证债权文书效率高、成本低的特点，互相之间串通，损害其他债权人的利益或国家利益，或利用合法形式掩盖非法目的。而其原因之一，是公证机关进行公证时对当事人之间的债权债务关系是否合法、真实，意思表示是否真实审查不严，只要双方当事人到场，即作出“双方当事人的签名(盖章)是真实的”公证文书，并赋予公证文书以强制执行力。如果公证错误，法院并不能直接推翻这一公证文书，若有其他债权人主张权利，案件只能中止，由当事人和利害关系人另行起诉¹³。

(三) 两类公证文书的效力认定

1) 判断的法律标准

房屋抵押借款合同的强制执行公证以及全权委托卖房公证都是我们目前常用的公证类型。结合公证机构审查内容，一项公证行为要具备法律效力，应该符合公证主体适格，意思表示真实，出证程序合法，公证书实体内容真实、合法。不同的公证类型根据相应的办事规则可能有更为细化的要件。上述两项公证的效力认定还应参照《办理房屋委托书公证的指导意见》以及《联合通知》中的细化规定。

具体到此类案件，如果强制执行公证的程序合法，证明文件真实齐备，录音录像完备，意思表示真实，老人以一个积极参与者的身份参与此项公证，在相关公证员告知了相应公证的法律后果后，签署相关文件时的委托房产意愿是明确的，则两份公证文书都应是有效的。老人作为具有完全民事行为能力的自然人，且兼有该房产的所有权人以及债务人的双重身份，具有房产全权委托公证以及债权强制执行公证的权利，是适格主体。其次，老人借钱理财投资的目的明确(且不论老人是被诈骗者的许诺所蒙蔽，其涉及到民法中的通谋虚伪行为，我国《民法总则》并未明确规定¹⁴)，在此目的引诱下，办理房产委托以及债权强制执行公证的意思表示是真实的。再次，关键在于公证人员在该过程中履行审查职责的瑕疵，是否会导致该公证的当然无效或可撤销？我国公证法没有明确规定，但借鉴于四十二条下各项规定¹⁵，本文认为上述瑕疵不足以使公证无效。公证法第三十九条明确规定了当事人撤销公证的条件，即公证书的内容违法或与事实不符，上述瑕疵并非撤销公证的原因。对于房产全权委托书这一单方授权的行为，受骗老人可以通过一定程序撤销，而对于债权强制执行文书的公证，在无法证明内容违法或与事实不符的情况下，则需要双方的一致同意方可撤销。最后，即便该公证满足以合法形式掩盖非法目的，也不能确认其当然无效，而要通过当事人向公证机关申请加以撤销。如果公证人员确实与诈骗者的串通，故意误导当事人，隐瞒风险，则公证行为不具有合法性，公证人员要承担相应的法律责任。

2) 连环公证是否以“流质契约”为基础

在这类骗局中，老人在办理了对房屋抵押借款合同的强制执行公证后紧接着又办理了委托卖房公证，这种连环公证所证明的两个契约联系在一起，可否理解为“流质契约”？所谓流质契约，是指按照抵押权设定契约，约定于债权已届清偿期而未清偿时，抵押权物之所有权移属于抵押权人者称为流质契约(或流押契约，流抵契约，抵押物代偿条款)¹⁶。尽管有观点认为，从尊重当事人意思自治和市场经济的快速便捷角度出发，可以允许流质契约，但为了避免使债务人陷于被动困窘，无法得到救济的状态，目前我

¹³ 参见《公证债权文书强制执行过程中的司法审查问题及建议》卫秀平，三峡市中级人民法院，网络出处：<http://smxzy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=3109>，最后浏览日期：2017/11/14。[2]

¹⁴ 参见阮啸，《法律视角下的“以房养老”被骗事件》，北京大成(杭州)律师事务所，网络出处：http://blog.sina.com.cn/s/blog_590951280102x0c3.html，做后浏览日期：2017.11.14。

¹⁵ 《中华人民共和国公证法》第四十二条：“公证机构及其公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门对公证机构给予警告，并处2万元以上10万元以下罚款，并可以给予1个月以上3个月以下停业整顿的处罚；对公证员给予警告并处2000元以上1万元以下罚款，并可以给予3个月以上12个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市司法行政部门吊销公证员执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：(1)私自出具公证书的；(2)为不真实、不合法的事项出具公证书的；(3)侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的；(4)毁损、篡改公证文书或者公证档案的；(5)泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；(6)依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。因故意犯罪或者职务过失犯罪受刑事处罚的，应当吊销公证员执业证书。”

¹⁶ 谢在全主编《民法物权论》，中国政法大学出版社，2011年版。[3]

国立法严格禁止流质契约¹⁷。梁慧星先生指出,“依实务及理论上的通说,债务人借债多处于急迫窘困的情形,债权人可以利用债务人的这种不利处境,迫使债务人与其订立流抵押契约,以价值甚高的抵押物担保小额债权,图谋债务人不能清偿时取得抵押物的所有权,牟取非分的利益。法律为保护债务人的利益,应当对流抵押契约加以禁止。”¹⁸ 本文同样支持禁止流质契约的观点,认为可以从“以房养老”骗局的行为形式和实质两方面,考察相关合同是否属于流质契约。如果答案是确定的,则合同本身不具有合法性,公证行为也不能使原本不合法的协议变成合法的协议。

从流质契约的形式要件考量,流质契约只涉及一对法律关系,牵涉两方主体,但骗局中所谓的“流质”牵涉了三方主体,两份公证文书涉及的两对不同的法律关系中的主体以及内容都各不相同:在强制执行公证中涉及的主体是“金主”,内容是借款合同项下的强制执行;而在房产全权委托公证中涉及的主体是委托代理人,内容为全权委托代理房产。而且,从图1来看,称其为“流质契约”可能是不正确的。强制执行公证在债务人不配合清偿债务后,如果走正常的强制执行程序,就不可能涉及直接卖房的委托公证,其后续事项乃是向法院提出相关强制执行的申请,应将其与委托卖房公证独立开来。除非“金主”与委托代理人之间存在串通的事实,否则这两个公证文书之间相互独立,效力彼此不受对方影响。

但从流质契约的实质来看,在“以房养老”骗局中,房产委托代理人往往是替“金主”办理债权文书强制执行公证的中间人,纵然两份文书上签署的债权人及房屋委托代理人的姓名不同,但实质上往往属于同一人(“金主”)控制,出自一人之手¹⁹。在这种情况下,房产实际就在“金主”的处置之下,只待期限届满,金主即可通过指示委托代理人进而达到自由处置房产的目的,因而可以归于“流质契约”。可见,虽然“金主”以及委托代理人的设立使得该连环公证形式上并不符合流质契约的定义,但从实际控制的角度看,该连环公证实际上可以帮助“金主”届期自由处置该房产的目的,因而符合流质契约的实质要件,应该予以禁止,从而保障相对弱势人群的权利。

4. 预防“以房养老”骗局中公证处的职责

在“以房养老”的骗局中,公证处出具的公证文书成为不法分子进行诈骗的新工具,对此公证机构是否应当承担责任?本文认为,在公证处根据我国《公证法》认真履行了审查、告知等职责之后,不应就“以房养老”的骗局承担起法律责任。

(一) 审查职责

根据我国《公证法》第二十七条,第二十八条,第四十二条,公证人员审查的不仅仅是证明材料,文书内容等形式上的合法性,还要审查当事人的身份,资格以及公证事项申请的实质合法性。《公证程序规则》第二十四条第(二)项还要求实质合法性的审查,要求公证人员在听取当事人情况说明时需极其细致,确认“当事人的意思表示是否真实”。因此针对“以房养老”骗局中这种年龄较大的特殊群体,公证人员即应当依照职权仔细听取当事人的情况说明,并将当事人年龄,行为能力方面可能存在的欠缺纳入考量。这在司法部近日印发《关于公证执业“五不准”的通知》第一项与第五项²⁰以及《办理房屋委

¹⁷ 例如《担保法》第四十条规定:“订立抵押合同时,抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有”。第六十六条规定:“出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时,质物的所有权转移为质权人所有。债务履行期届满质权人未受清偿的,可以与出质人协议以质物折价,也可以依法拍卖、变卖质物。”

¹⁸ 梁慧星主编《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社,2000年版。[4]

¹⁹ 参见《中国青年报》2017年07月29日版,网络出处:http://zqb.cyol.com/html/2017-07/28/nw.D110000zqgnb_20170728_1-03.htm,最后浏览日期:2017.11.14。

²⁰ 《司法部关于公证执业“五不准”的通知》第一项:“是不准为未查核真实身份的公证申请人办理公证。公证机构、公证员应严格审查公证申请人的身份,告知冒充他人、伪造证件、骗取公证书的法律后果,未经证件视读、单独谈话、交叉印证、身份识别仪核验等程序,不得办理公证。申请人使用临时身份证,公证员未到公安部门核实的,不得受理公证申请。对涉及敏感、重大权益事项的公证申请,应当由有经验的公证人员认真审核。”;第五项:“对涉及敏感、重大权益事项的公证事项,除通过交叉询问、分别谈话等形式进行审查外,还要综合使用仪器识别、联网查询等方式进行审查核实,全过程记录存档,必要时应当全程录音录像。公证员对‘合理怀疑’的公证申请,应当及时提请公证机构进行会商研究,进一步核实有关情况,所需时间不计入法定办理期限。”

托书公证的指导意见》²¹中也有所体现。但这里的“实质审查”的范围还有待进一步明确，避免过多的介入当事人意思自治。而且，相较法官而言，公证处所审查的范围还是相对有限的。不过，除传统的对人的资格(当事人身份及能力)，物的真实性与充分性(证据材料以及文书)，事的真实合法性(公证的事项，内容)外，公证机构的核查内容还应当包括对三者之间的联系审查，即对真实意思的追寻——当事人提起该公证的目的。上述关联性审查的标准在“五不准”的第五款中进一步体现。该条中规定的诸如交叉询问，录音录像，联网查询，“合理怀疑”等，若不论其时间成本，上述各项能得到有效的实施，将是对公证质量较好的提升。

(二) 告知职责

《公证法》第二十七条规定，“公证机构受理公证申请后，应当告知当事人申请公证事项的法律意义和可能产生的法律后果，并将告知内容记录存档”是对告知义务的概括规定。告知义务也可看作是对审查义务的进一步补充，对于一些公证人员无法审查到的事实情况，公证人员通过告知，让当事人充分了解其行为的法律后果的情况下，依照自己的意思做出选择——既尊重了当事人的意思自治，又对审查的漏洞进行进一步弥补。

(三) 其他规定

房屋委托书公证与赋予强制执行效力的债权文书公证还应进一步适用《办理房屋委托书公证的指导意见》。该意见第十二条第(二)、(三)、(四)款²²对审查内容有进一步的明确。若根据被骗老人与家属的说法，告知义务履行的也并不充分，甚至有的老人根本不知道去的是公证处，如上述情况属实，则失职事实存在，公证处应当承担相应的法律责任。但如果根据北京方正公证处出具的材料看来，老人自己手填的申请表格，有全程录像，还有几个有老人手写的委托书等，其公证程序并没有明显的瑕疵，因而这里还有一种可能就是：当老人面对利诱，明知风险，但是为了“许诺的利益”还是协助办理了相关手续。这种情况下，很难说公证人员存在失职行为，该履行的审查、告知义务都已履行，对于当事人的自主处分行为，公证人员也没有过多的权限去干涉，责任在骗子。唯一公证人员可能存在失职的地方，就是在对当事人提示义务方面可能未达到相应要求，以及在对于合理怀疑没有进一步审查，询问；然而这也是立法薄弱环节，公证人员并没有切实可执行的统一标准。从职业道德与风险的角度出发，公证员在明知道其办理委托卖房公证的目的不是真实用于卖房，而是作为一个担保凭证给合同放贷方的(即担保性委托公证)，其应该主动提醒并尽可能作限制的。即对于这种当事人办理抵押借款，紧接着又办理卖房的全权委托的情况，公证员应敏感地意识到这样的操作将借款人置于一个不利地位——其权益极易受到损害，且一旦损害发生，没有相应的救济途径。因而公证处应当加强对相关文书的审查力度，甚至禁止相关文书的连环公证。但现行法律框架下，公证人员的告知义务的范围、程度还缺乏一个可操作的标准，模糊地标准衍生了模糊的责任范围，仅凭公证员的职业道德，个别判断显然是不够的，难免造成个案差异；必须做到于法有据。

综上，对公证人员瑕疵行为的责任规定于公证法第四十二条，其要求达到条第二款规定的“为不真实、不合法的事项出具公证书的”。但从报道来看，老人亲自填写并申办了有关公证，很难说是“不真实”；公证文书本身也未有直接违反法律情况，很难讲是“不合法”。如果公证人员真的达不到四十二条的担责要件，其过错行为给当事人、利害关系人造成损失的，可适用四十三条的规定，由公证机构承担相应的民事赔偿责任。如果要追究刑事责任，根据刑法 229 条，需要达到故意或过失导致出具的证明

²¹ 参见《办理房屋委托书公证的指导意见》：“…(二)委托人是否具有完全民事行为能力；(三)委托书内容是否与委托人意思表示一致；(四)委托书中有无违反法律规定或者明显虚假的内容；…”

²² 参见《办理房屋委托书公证的指导意见》第十二条：“公证机构适用《公证程序规则》第三十六条的规定办理房屋委托书公证，除需要按照《公证程序规则》规定的事项进行审查外，还应当重点审查下列事项：…(二)委托人是否具有完全民事行为能力；(三)委托书内容是否与委托人意思表示一致；(四)委托书中有无违反法律规定或者明显虚假的内容…”

文件有重大失实，造成严重后果的情况²³。

5. 《五不准》方案之利弊

为了提高公证的公信力，司法部在近期下发了《五不准》。其严苛的审查条件，强硬的禁止条款，对相应的“炒房热”起到了冷却作用，压缩了炒房客与房产商的操作空间，给予弱势消费者更多的保障。但另一方面，这种近乎“一刀切”的做法也给市场经济的自由发展，公民的意思自治带来了一定的妨害。

(一) 《五不准》之利

《五不准》提高了公证事项的标准，有助于冷却相应的“炒房热”，压缩炒房客与房产商的操作空间，给予弱势消费者更多的保障，更充裕的反应时间等。《五不准》的第一、五两款对当事人身份确认以及实质审查的强调，就此原来《公证法》第二十八二十九条已有明确规定。完善司法机关统一相关的范式指导是一大技术难题，毕竟凭借公证处各自的规章或是公证人员的自己的判断，规则，而没有一个统一的操作标准，面对大量的公证工作，个案间难免存在差别。对于连环公证(这种连环的公证容易损害借款人的权益，封闭了其救济渠道)，相关机关是不是应出具相应的禁止条例，禁止抵押公证后假全权委托书公证，或是退一步讲，提高这种操作的条件限制？例如在卖房委托中写明买家姓名与成交价格使骗子没有操作空间等。通过立法的统一，使得公证人员有一个可量化执行的标准，便于提高效率以及公信力。

《五不准》的中间三款则采用一刀切，完全禁止三种类型的公证。这三款直接影响到房地产交易，尤其对炒房客异地买房以及借名买房以及卖房产生较大影响。即如果买卖房屋交易过程中，要求办理涉及不动产处分的委托公证，那么按照“重大事项一次一委托”的规定，对于委托抵押、解押、出售、代收房款等事项，公证处不会允许当事人办理一次性全项授权，然是要针对上述过程分别做委托公证，并且该通知禁止了公证书中设定委托不可撤销、受托人代为收取售房款等内容。可以预见，《五不准》的实施通过对公证事项的严格把关，能更好的维护当事人的权利，可以在一定程度上减少“以房养老”骗局。

(二) 《五不准》之弊

从市场经济下主体的自由地位出发，本文认为，《五不准》同时也构成了对当事人意思自治的一种僭越，在市场经济资本充分涌流的趋势下，该通知以限制公民的意思自治为代价，给市场经济的自由发展设置了不少障碍，与公证制度的目的背道而驰。从长远发展来看弊大于利。当事人想把卖房等事项委托给第三人全权处置，或是基于便捷，效率，专业知识等方面的考量，对房产的处分以及委托谁来协助处分房产完全是当事人自主决定的内容，国家司法行政系统不应将公权力之手伸得过长。按国务院办公厅《关于深化公证工作改革的方案》的有关规定改制的公证处的表述中我们也可以看到公证处应当“按市场规律和自律机制”运行，而应减少对市场的干预²⁴。

从法律与效率的相互关系上看，《五不准》的实施似乎会遇到不小的阻力。其中第三款意味着无论买房卖房，需要逐项的委托代理，所需交易时间都将延长，楼市上房屋的整体周转时间也将加长，这对于城市人口对于房产的热切需求，对于房产流动所带来的巨大收益无疑都是挑战。并且将房产全权公证权力分散到委托抵押、解押、出售等独立的环节，对公证处的要求也将极大提高：不仅案件数量倍增会使公证处面对本已繁多的案件时更为忙碌；同时针对不同的环节，会衍生出不同的执行标准，需要审核不同的证明材料，公证程序各不相同也会使得公证人员在处理单件案件的时间大大延长。其次对第五款

²³ 参见阮啸，《法律视角下的“以房养老”被骗事件》，北京大成（杭州）律师事务所，网络出处：http://blog.sina.com.cn/s/blog_590951280102x0c3.html。

²⁴ 根据国务院办公厅《关于深化公证工作改革的方案》第二部分第三款第一项规定，改制的公证处应成为执行国家公证职能、自主开展业务、独立承担责任、按市场规律和自律机制运行的公益性、非营利性的事业法人。

的执行上,我认为前景也不容乐观:首先,该实质审查的构想甚为完备,但就是这样完备的审查可操作性较弱,诸如“录音录像”对公证处的硬件设备要求较高,“联网查询”对技术要求也较高;其次,其对公证人员的要求过于严苛了,面对纷繁的公证案件,公证机构本来就应接不暇了,且其作为一种提高效率的手段,现在面临着诸多要求限制,势必大大降低其效率,似乎与其设立目标有所背离。

6. 结论与建议

就该骗局的社会危害性来看,目前“以房养老”骗局已使许多老人一夜之间失去房产,流落街头,有的老人不仅失去了房产,还背负上了巨额债务。该骗局对于老人合法权益的侵害引起了社会舆论的持续关注和热烈讨论。对于公证文书在该骗局中不可忽视的作用,公证处的瑕疵操作更是引发了公民对于公证制度权威的强烈质疑,对社会秩序有着极强的冲击作用。

但就公证机关的法律责任来看,公证机关只在自己的瑕疵操作范围内对该公证承担法律责任;并不该为诈骗者对老人造成的后果买单。就此而言,司法部的《五不准》通知为换取一时的社会安定,限制了公民意思自治,长久看来弊大于利。本文建议,政策制定者应当更好地运用比例原则,实现对当事人意思的最小妨碍。不能因为相关公证行为在实践中出了问题就予以禁止,而是应当积极找出其中漏洞,完善交易环节和公证与执行的程序。

首先,应在交易环节抑制“一房多卖”问题。就此而言,业主可以在全权委托公证书上指定某人办理房屋过户至某一特定买家以及确定的成交价格,这种具有明确指向的全权公证委托书可大大减少“一房多卖”中不法分子可乘之机。当然,最妥善的做法是不接受买家以全权委托公证书获得房产的方式,要求直接过户。交易中如果写明买家和相应的成交价格,也可以有效阻止“以房养老”骗局中房屋被贱卖的情况。

其次,政策制定者可以明令禁止诸如抵押公证后加全权委托书公证这类极有可能侵害当事人权益且不合理的剥夺了当事人的救济途径的操作。至于这类操作究竟包含了哪些类型的公证的组合,需要公证人员在具体实践中不断归纳总结,视具体情况具体判断,适时运用“合理怀疑”查清相应的事实。

再次,如果当事人对被赋予强制执行效力的公证机关的公证债权文书提出执行异议时,法院不仅要形式进行审查,如债权人是否已向原公证机关申请执行证书(前置条件);是否超过申请执行期限²⁵;是否属收案法院管辖²⁶,还要加强实质审查,也即主要审查公证债权文书制作程序以及其内容是否合法。公证债权文书公证的债权应当是合法的债权。人民法院依法对申请执行的公证债权文书进行审查,保证其内容符合客观事实,同时也符合法律的规定²⁷。

参考文献

- [1] 梁慧星. 中国物权法草案建议稿[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2000.
- [2] 张邦辅, 李雪榕. 公证债权文书强制执行制度存在的问题及完善建议——以 C 市法院受理的公证债权文书执行案件为例[J]. 西华大学学报(哲学社会科学版), 2013, 32(2): 72-77.
- [3] 卫秀平. 公证债权文书强制执行过程中的司法审查问题及建议[EB/OL]. 三峡市中级人民法院. <http://smxzy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=3109>, 2012-10-30.
- [4] 谢在全. 民法物权论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.

²⁵ 参见民事诉讼法第二百一十五条: 申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断, 适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

²⁶ 参见民事诉讼法第二百零一条: 公证机关赋予强制执行效力的公证债权文书, 由被执行人住所地或被执行人财产所在地人民法院执行。

²⁷ 参见《公证债权文书强制执行过程中的司法审查问题及建议》卫秀平, 三峡市中级人民法院, 网络出处: <http://smxzy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=3109>, 最后浏览日期: 2017/11/14。

知网检索的两种方式：

1. 打开知网页面 <http://kns.cnki.net/kns/brief/result.aspx?dbPrefix=WWJD>
下拉列表框选择：[ISSN]，输入期刊 ISSN：2329-7360，即可查询
2. 打开知网首页 <http://cnki.net/>
左侧“国际文献总库”进入，输入文章标题，即可查询

投稿请点击：<http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱：ojls@hanspub.org