

## 现场公证活动中的判断义务

袁野 · 重庆市公证处副主任  
杨延超 · 法学博士 执业律师

公证和审判是人们常常比较的焦点。作为整个法律制度的有机组成部分,公证制度和审判制度在本质上是不同的,即虽然在法律的帝国中,“法院是法律帝国的首都,法官是法律帝国的王侯”,但审判总是在纠纷进入诉讼才开始介入,对纠纷的前期预防无能为力,而公证却可将各种纠纷遏制在萌芽状态。公证的这一优势可以说是它能走过漫长的历史,在今天依然蓬勃发展的一个本质性要素。

目前,我国有关法律对于现场公证活动的规定还不成熟,但《公证程序规则》第51条规定,“公证处办理招标投标、开奖、拍卖等公证事项,承办公证人应当亲临现场,对其真实性、合法性予以审查核实。对真实、合法的,当场宣读公证词,并在7日内制作公证书发给当事人。该公证证明从宣读之日起生效。”这应当是我国目前关于现场公证的最直接的规范依据,是现场公证活动的运行规则。招标投标、开奖、拍卖等公证事项对公共利益、社会稳定、和政治安全具有重大影响,如果这些事项不能按照法律规范进行规范操作,极易在社会上产生较大的负面影响。比如彩票开奖现场活动的规范操作,涉及到作为不特定主体的社会公众利益,如果开奖活动操作不规范,极易使社会公众对于开奖主体产生不信任感,而各级彩票中心所代表的又是政府形象,最终使政府形象在社会公众心目中大打折扣,继而形成一定的社会不稳定因素。退一步讲,由于彩票设奖的价值往往很大,对

作为利益主体的彩民具有很大的吸引力。因此,在利益主体感觉到其自身利益可能会受到损害的情况下,其保护意识当然会非常强烈,而发生在彩票现场的利益主体的自我保护举措往往又会发展成为现场不特定的社会公众不稳定因素的导火索,使社会公众对于各级彩票中心的不信任感上升为“反感”甚至“对抗”。因此,现场活动在客观上要求一种代表公共利益的法律监督机制。这一角色责无旁贷的由公证来担当。因为公证行为是经国家授权的证明行为,公证处对事实的确认是依照法定程序,经过严格的审查后作出的,具有法定的客观性和合法性。公证以其国家赋予的国家证明权向公众表示所证明对象的公信力,权力与责任是对等的,同时对其证明行为负责。因而现场公证对于公证人的判断义务提出了更高要求,即在公证判断的过程中,公证人要对申请人提交的证据材料和公证人自己收集的证据材料,以及对与申请事项相关的法律予以确认、分析和解释;而在判断的结果中,公证书的公证词必须属实合法。

### 一、现场公证的判断对象——法律判断和事实、行为判断

社会现实中大量的民事交易不会首先来到法官面前,而是首先来到律师和公证人面前,公证角色的重要性是不言而喻的。另外,现场公证作为公证制度的一个重要部分,担任着举足轻重的角色。因而,对于公证人在现场公证活动中的判断义务应当有一个更为理性的认识。

### (一) 法律判断

法律判断,即公证人对申请事项的事实、行为的合法性进行判断。对法律判断可以从两个方面来分析:

第一,立法滞后对法律判断的影响。我国法律体系特征在很大程度上仍然属于大陆法系。大陆法系以成文法为司法基准的思维方式根深蒂固,对于社会中出现的新鲜事态,通常以对法律的类推或扩张解释加以处理,然后由立法部门在斟酌法院的处理结果基础上作出相应修改。因而,实践中在何种程度上允许司法灵活处理新鲜事态则成为问题。然而,对于立法上的空白,公证人应先行探索,对众多新型的法律关系主动依照法律原则进行判断。

现实生活中存在公民依法享有的权利因为法律规定的不明确而无法得到保障的情况,那么立法滞后的情况下,如何保障公民权利,实现法治的要求呢?一个重要的途径就是公证人在查清事实的前提下,灵活适用法律。例如目前我国保险业正迅猛发展,保险标的出险后的查勘、定损及赔偿理算等一系列工作都是由保险公司来负责,这就使被保险人对理赔的公正性产生怀疑,但如果处于中立地位的公证人,以第三方身份参与到这些工作中来,则可充分体现公正性,维护保险合同当事人的正当权益。法律本身具有确定性和相对性双重属性,确定性的一个缺陷就是缺乏灵活性,无法适应社会现实不断发展的需要。克服法律确定性的一个方法就是通过解释法律来灵活适用法律,这也是法律本身的要求。在社会生活中,公证人经常会遇到一些立法滞后所造成的难题。如几年前风险投资在国外迅速发展的时候,我国国内不仅没有相应立法,而且许多法律还对风险投资这种经营方式设置了诸多障碍,以至于风险投资在我国错过了最好的发展时机。但即使面临着诸多法律障碍,一些律师仍然设法提供了这方面的法律服务,使一部分风险投资进入到中国。而公证如果能够及时介入,提出可供解决的法律方案,自然是符合社会经济发展方向的,也就准确把握了法律发展的方向。可见,面对滞后的和缺位的法律,公证人的判断义务主要体现在对法律发展方

向的把握上。

第二,立法不完善对法律判断的影响。立法的不完善主要是指法律对某一事项虽有规定,但并不具体明确列出或没有相应的规定范式,以及法条之间存在矛盾。立法通常以简约和力求囊括社会中所有可能出现的法律关系范式为追求目标,但现实生活的复杂性远远超出立法者的理性范围,面对立法的不完善,法律一般都允许当事人自我调节,通过承认当事人意思自治来弥补法律的不足。但是当事人不是法律专家,他们不熟悉法律但却是重大利益的相关人,所以才来向公证人或律师寻求法律服务。因此,公证人要补充当事人意思自治与法律之间的空白。实践中,公证人要注意到法律不完善之处,通过法律分析为当事人设定相应条款来弥补“法无明确规定者”。

### (二) 事实、行为判断

一般来讲,只有掌握了事实才能适用法律。所以,事实的判断义务是第一位的,法律的判断义务是第二位的。了解事实始终都是法律实务界的首板斧,当然,此处的事实指法律事实。随着公证业务的不断发展,许多业务中法律判断的难度正在上升,事实判断的难度正在降低,但事实判断永远不会消失。如果每一个案件都放弃已有的证据材料所体现出来的真实性,重新去调查证明材料的真实性或者自行收集证据材料,无疑是对公证人判断义务的加重,公证人应有理由相信这些材料所反映的内容是真实的,因而公证人需要关注的更多事实是证据材料所体现的事实。另一方面,法律并没有赋予公证人调查取证权,即使公证处出具了协助调查通知,任何团体和个人都没有法律上的义务来配合调查,所谓的客观事实就很可能无法最终获知。尽管公证书是一种法定证据,经过大量的调查确认了所谓的客观真实,但是由于这种确认并不是终局性的确认,在进入诉讼程序后,如果当事人对公证确认的事实提出抗辩,法院仍然需要对确认的事实再次加以确认,这就是说公证书的效力必然待定。

据此可以认为公证制度发展到较高阶段——间接证明制度,在某种意义上可以说是形式审查制度,它只要求公证机构对于公证证明对象进行形式审查,它是公证制度高度职业化、专业化、独立化的

产物。日本、韩国、德国等公证制度发达的国家均普遍推行了这种制度。但是现场公证是特殊形式的公证,特别是在招标投标、开奖、拍卖等公证事项中,对所判断的事实需要倍加注意,只能进行实质审查和直接证明。因此,这类公证案件中,公证人的事实判断是一种亲躬亲为的行为,现场公证审查只能是实质审查,这即是真实、合法原则的当然要求,也是现场公证作为公证特别程序的题中之义。另外,根据《公证程序规则》关于现场公证的规定,在公证书的制作方面,现场公证要在现场宣读公证词,之后7日内制作公证书。因此,在现场公证制度中实行间接证明制度具有巨大的法律风险。

以上法律与事实、行为两个方面是相互融合、相互贯穿的,撇开法律进行事实判断毫无准则可依,而没有事实判断的法律判断则缺乏最为根本的对象。

## 二、现场公证活动中履行判断义务应注意的几点

### (一)贯彻实质审查和直接证明原则

实质审查和直接证明原则应是目前比较适合我国现场公证制度发展状况的基本原则。如何在现场公证中贯彻这两项原则呢?以彩票现场公证为例,在彩票开奖现场公证中,要认清现场公证证明对象为正在进行的发行、委托、开奖、兑奖等法律行为以及与此相关的委托关系,彩票印刷、保管、运输、发行批准、规则批准等既存法律事实,对彩票的主体、客体、内容三方面应当进行实质审查和直接公证。

第一,在主体审查方面,主要涉及的当事人有彩票发行人、开奖人、兑奖人等,利害关系人有彩票承印机构、保管机构、运输机构、彩民主体资格问题。其中,对于当事人和利害关系人的民事权利能力的审查至关重要。例如,对于彩票委托发行人的民事权利能力的审查,涉及到是否有合法委托关系并得到有关国家机关的批准与认可,需要有作为既存法律事实的真实合法委托合同和有关批准文件;彩票委托发行人是否具有法律所规定的资源条件;代销机构或承销机构是否具有法律所规定的营业执照,是否具有相应的民事权利能力

以及合法的委托合同,开奖人和颁奖人是否具有合法授权等。

第二,对彩票客体和开奖行为客体进行实质审查。对彩票客体的审查涉及彩票数量、印刷、保存、运输、版本、回收、开奖器具等一切相关内容是否符合法律规定。如承担印刷任务的印刷机构是否具有规定的能力,彩票运输的过程是否有相应的保护措施,回收彩票如何保管等。

对开奖行为客体的审查主要体现在程序审查方面,即整个开奖程序是否符合有关规则的规定。公证人员如发现现场开奖程序不符合有关规定的情况,应当立即给予制止纠正,如开奖人没有按照规定宣读开奖规则等。此外整个开奖程序应当包括对购票人进行告知的环节,由于彩票发行的整个过程与彩民自身利益紧密相关,因此彩民购买彩票应享受一定的知情权。

第三,对彩票开奖的内容进行审查主要涉及奖品的合法性、奖品是否到位以及奖品的发放等有关问题。例如根据《反不正当竞争法》第13条的规定,经营者从事抽奖式的有奖销售,最高奖的金额不能超过五千元。

### (二)正确认识公证人的地位

公证制度作为国家司法预防制度,有助于减小交易风险,降低交易成本,促进经济活动依法有序运行。

公证行为的发生,在于当事人双方将没有争议的具有法律意义的事项提交到公证机构并申请公证。公证人运用自己的法律知识与能力,通过自己的劳动,来满足当事人对法律的需要。公证具有服务性,但更重要的是,公证具有国家证明的作用,甚至可以赋予直接的强制力,因此公证人必须以超脱的身份,站在公正的立场上,衡平当事人利益,进行公正公证。公证人既是履行国家证明力的公职人员,又是为当事人服务的。公证人在履行判断义务时,或者说在对法律和事实作出判断时,需要注意的是利益驱动,应当忠实履行法律义务。如果公证人在判断事实和法律时受经济利益影响,判断就容易失去公正性,最终将使公证的形象受损。另外,不能完全寄托于公证人的职业道德和法律信仰,必须有其他机制予以保证。