

## 热“宝马”的冷思考

2004年3月23日，在西安市6000万元即开型体育彩票销售现场，家住西安市临潼区农村，今年18岁的刘亮，手持刮出的草花K图案彩票，上台要求兑取特等奖。在按程序进行了二次抽奖后，公证人员宣布他中的是特等奖A奖：一辆价值近48万元的宝马轿车和12万元现金。随后主办方请刘亮坐上宝马轿车，披红戴花上街巡游宣传。3月24日，刘亮领奖时被质疑彩票的真伪，兑奖暂缓。25日，刘亮索要宝马车未果，爬上广告牌意欲自杀。26日上午，国家体彩管理中心等部门鉴定确认：刘亮这张中奖彩票系由草花2涂改而成的假票。次日，刘亮及其家人在家中

开了新闻发布会，称假彩票决不是刘亮伪造，所谓的假彩票不是刘亮原来的彩票。到底是谁做了假？西安城里为此案已吵得沸沸扬扬，不同版本的“案件结论”充斥坊间。忠厚者担忧，尖刻者嘲讽，即便最冷漠的人也不能不侧目。5月8日，最新案情惊爆：承包商杨永明供认造假内幕，四个中奖者除了刘亮都是托儿！真相看来已浮出水面，但距离尘埃落定还有时日，人声鼎沸之势必将继续。但是，在坊间评说里，在法律工作者专业分析中，我们听不到公证应有的声音，却看到了大众甚至法律专家们对公证的漠视与公证制度本身存在的缺陷。——笔者

## 西安“宝马”彩票案的 公证断想

方晓阳 · 厦门大学法学院  
陈玉珍 · 福建省云霄县人民法院

### 一、公证的证据效力及其确定性

证据效力是公证的三种法定效力之一，是指公证书作为一种可靠的证据，可供接受者直接采用，而无须核查。这是其他法定证据都无可比拟的。具体而言，在程序意义上，公证是证据制度的一部分，有关法律行为和其他财产权的事实，一经公证即获得法律保障，作为诉讼证据，当事人无须另外举证即可确认该事实；反之，当事人提出未经公证的事实，若对方反对则当事人自己应负举证责任。在实体意义上，通过民事实体法规定的公证事项，如契约、继承、债务执行、不动产事项等，经过公证后，不但直接赋予了确定的证据力，而且对法院或仲裁机构有拘束力。在作实体裁决时，公证书应作为裁判的有效依据。在对法官的约束上，法律要求公证书的证据效力必须在诉讼中毫无疑问、不受干扰地得到体现，除非“有相反的证据足以推翻公证证明”（我国民事诉讼法第59条），没有相反证据或者虽有相反证据但不足以推翻公证证明，那么公证书仍具有高度的证明力。

遗憾的是，在本案中，3月23日现场公证人员出具的中奖证明单及其证据效力几乎被遗忘。纵然我们可以理解公众对公证制度的陌生，又如何解释专业法律工作者对公证书效力的避而不谈？早在四月中下旬，其时真相未明，在各种新闻媒体上，无论是刑侦人员还是律师、法学专家，无论是对彩票中心的败诉分析还是刘亮的代理律师对胜算的把握，虽都侃侃而谈，却共同忽视了公证应扮演的角色。实际上，公证书的

效力才是本案胜负的关键：事发之初，由于23日宣布刘亮中奖后彩票就脱离了中奖人的控制，因此，无论是体彩中心亦或刘亮都难以证明该彩票是否被调过包，到底是谁做了假，双方都不能直接提出证据证明。但是，对刘亮而言，现场公证员出具的中奖证明单则是诉讼中的利器，只要他向法官提交该公证书并依此主张其兑奖彩票的真实性，便不需再另外举证，而体彩中心除非能举出相反证据且足以推翻该公证证明，否则该公证书的证据效力不容否定，必须为法官所采信。而体彩中心面临举证的客观困难，其败诉几乎不可避免。

此外，必须强调的是，即使在杨永明供认之后，案情的复杂化与公证员在工作中的失职使得诉讼的结果增加了变数，但是公证书的证据效力及其具有的确定性，使得公证书在经公证机构依法定程序撤销之前或法院依照法律和证据规则依法予以撤销之前，其证据效力不因相关不利事实的出现而自动遭到否定，仍然有效。

### 二、公证效力与程序公正

公正是公证的首要价值。人们将公正视为公证制度本身应具有的内品质，公证人也骄傲地宣称公证证明具有毋庸置疑的公信力。但是，公信力这一抽象的价值并不能保证公正的具体实现，只有当公证活动按法定程序形成了法律效力，公信力才会存在，公正才能实现。公证的效力与程序公正是密不可分的。在英美法系国家，程序公正体现在已为宪法确立的“正当程序”（Due Process）原则。在诉讼程序意义上，该

## 热“宝马”的冷思考

原则已经得到了广泛的探讨,但其在公证领域的研究仍相当欠缺。实际上,公证作为一项程序上的司法制度安排,与诉讼程序之间有着相当程度的契合。正当、理性的程序引导出的应当是理性的结果,而理性的结果也应当获得理性的认可和肯定,不允许随意撤销或变更,这也是公证领域程序公正的基本内涵。对公证效力的评价应决定于三个要素:一是当事人的认同。当事人对正当程序抱有期望,在这种期望下进行的公证活动,当事人能够认同。二是法律上的确认。按正当程序运作的结果,法律总是确认其具有正当性。三是社会认可。由于公证人在遵守程序上得到了公众的信赖,公证效力就有了权威性。<sup>①</sup>因此,正是正当程序使公证获得正当性,并形成了公证的效力。在公证制度成熟的国家,例如法国,公证法律对公证人行为的要求相当严格:公证人对公证事项负有严格审查的义务,对事实之真实性和准确性负责,这些事实,包括当事人的身份、能力和品格,公证财产的名称、用途、抵押情况等。公证人如未尽职责,一旦犯有差错,即应负赔偿责任。公证人必须严格按照程序办事,如不动产买卖中的优先权,不动产出售的价格可能(降低)的因素,公证人均应进行调查,如把关不严或未作审查,均属错证,不产生公证效力,公证人对由此产生的不利后果负民事责任。<sup>②</sup>

以程序公正的视角反观本案公证效力的形成过程,我们发现以下问题:一,根据这次活动的规则,所有参加二次摸奖的彩民都必须要进行现场公证。公证员审核的第一份材料就是中奖彩民的身份证明。而在这次开奖中,杨永明的三个造假同伙提供的都是假身份证,但是他们都顺利地取得了公证书。为什么假身份证能通过公证呢?现场公证员的解释是:“反正没有看出来”,“杨小兵的身份证还是防伪的”。或许,要求公证员面对日益逼真的伪造证件技术保持一双火眼金睛是过于苛刻,缺乏客观可能性,但是杨小兵作为杨永明造假摸中宝马的第一个同伙,其身份证的伪造极其明显。因为这个身份证号码的行政区代码只有5位,而有效身份证的行政区代码都是6位数,按照常理,完全应该辨出真假。并且,该公证员甚至于未按规定将中奖者的身份证复印件予以保留。

二,对于兑奖彩票的真实性,公证员承认自己未尽审查义务,完全依赖于体彩中心的判断,后者说真即真,说假即假。<sup>③</sup>第三,公证处同意,在每天抽奖活动结束后,晚上由体彩中心保管装奖品的信封,第二天再取出用于开奖。对此,公证处怎么可能进行有效的监督?以至于杨永明未按原作假计划成功调换信封,才让刘亮得到了中宝马的机会。<sup>④</sup>以上事实反映了公证员审查不严,未按规定程序操作,是部分公证人不重视程序公正的传统弊病的表现;这些事实摧毁了本案中程序公正与公证效力的有效结合,使公证的公信力下降。可见,程序的非正当操作对公证效力形成的影响是致命的。

## 三、在公证与彩票之间:谁失去了公信力?

公证以信用为生命,这包括两方面的含义:一是公证作为信用中介,具有保障交易安全的特殊职能。公证的本质就在于确保所公证的法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性。二是公证行为自身的公信力,使公证作为社会正义的第一道防线被越来越多的人所接受,公证的出现总能让人们感觉到公平、正义、诚实与信用的亲近。这是由公证本身所具有的内在机制及外在社会评价所决定的。一,从法律地位看,公证是行使国家证明权的中介机构,公证制度是一项国际通行的重要法律制度,在市场经济的健康生长和运作中具有不可或缺的重要性。随着依法治国的推进和全民素质的提高,人们将更自觉地求助于公证法律服务,社会对公证的期望值也会更高,不但要求公证能够确保真实、合法,而且还要公平和公正地平衡当事人的权利和义务。二,从基本原则来看,公证必须遵循真实、合法、公平、公正的原则,这正是信用制度的内在要求。三,从程序规则来看,公证有自己的程序规则,从公证的申请、受理、审查到出证、回避、管辖等方面都有严格的程序规定。如果违反了公证程序的规定,公证的效力就将得不到实现。四,从公证的效力来看,法律规定依法出具的公证文书具有证据效力、强制执行效力和法律行为成立要件的效力,这是公证保障社会信用的坚强法律后盾。

① 赵殿中:《公证效力的实现及其保障》,《中国司法》2004年第2期。

② 叶自强:《法国公证制度的特点》,《河北法学》,1991年第5期。

③ 5月13日央视《新闻调查》:谁让彩票失去公信力?

<http://www.sportsonline.com.cn/GB/22155/22159/2494252.html>

④《恶性诈骗 西安宝马彩票案定性》

<http://www.xwhb.net/2004/5-14/1-16-33.html>,5月21日。

## 热“宝马”的冷思考

信用作为公证行业的一笔无形资产，是一种资格和能力的表现。公证行业必须严格自律，谨慎行使国家证明权，防范公证信用危机。本次彩票案的出现便是给公证行业敲了个无比响亮的警钟。有彩民向媒体坦言：“假票出来之后，我们都上当了。咱一朝被蛇咬，十年怕，那下次还敢不敢买了？不敢买了，他把社会搞坏了。”<sup>⑤</sup>面对体彩中心的用人不淑、监管不力；面对杨永明的公然造假；面对现场公证员的漠视程序公正，疏于审查，没能提供任何有效的、能够帮助公民的信息，无论是彩票还是公证，公信力都已悬于一线。困境之中，公证行业必须高度重视职业道德基本准则的学习教育活动，以创建诚信为中心，制定相应的规范，为公证处、公证员建立诚信档案，实行全方位跟踪监督。此外，公证要争取社会的认可，不应当将公证视为一种形式，而应认真、诚恳地服务，改变公证员留给人们的仅仅是宣读千篇一律的公证词的印象，严格地进行当事人的资格合法性认定、材料真实性审查、活动规则的审查和监督等等，才能提高公证的威信，让公证得到社会的信任。

### 四、完善公证赔偿制度

权力与责任总是呈正相关，公证文书既然有如此大的法律效力，公证员就应在因失职导致错证发生时承担相应的法律责任。目前，我国的公证机构正在由“公办”转为“民办”，这种角色变换让公证的主体地位陷入了法律的盲区。出现错证时，当事人的救济成为法律难题。若以民事案件起诉，因为公证处代表国家进行证明行为，不应作为民事诉讼的被告；若打行政官司，则因公证行为不是具体行政行为，不能成为行政诉讼的被告。而公证赔偿制度的缺失，更使得公证的诚信缺乏有力的物质保障，并且不利于对当事人权益的妥善保护。我们可以设想，在本案中，由于杨永明等人的作假行为已使开奖的有效性打上了问号；公证员的失职与漠视程序公正已使公证文书的效力受到了致命威胁——在诉讼中很可能因有力的相反证据的出现被法院推翻，这一切对于中奖人刘亮而言都意味着重大的利益损失。若公证赔偿缺位，就等于刘亮的权益就在公证人的视野里眼睁睁地被侵害，而公证人不需为自己的失职承担相应赔偿责

任，这无疑将大大影响公众对公证的信赖。

在国外，为了确保公证赔偿责任的顺利实现，大多数国家都建立了保障机制，归纳起来主要有三种：一是身份保证金制度。按照《法国公证法》第23条的规定，所谓身份保证金是指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所承担的特别担保。意大利、日本、韩国、墨西哥等采用了这种制度。二是职务责任赔偿保险制度。所谓职务责任赔偿保险是指在整个任职期间，公证人必须作为投保人和保险公司签订保险合同，以避免承担因其职务过错行为引起的损害赔偿风险。例如德国。三是为了赔偿公证当事人的财产损失，设立特别基金，如加拿大。

从我国近两年的公证改革来看，我国正在建立的公证赔偿保障机制明显借鉴了上述做法。首先，根据《关于深化公证工作改革的方案》第13条第1款的规定，自2000年8月10日起，公证机构应从每年业务收入中提取3%的份额作为赔偿基金，用于理赔。其次，为了运用职业责任保险的方式转嫁各公证处的执业风险，更好地保障社会利益，中国公证员协会作为总投保人，已就全国范围内的公证处统一向中国人民保险公司投保公证职业责任保险。对于各公证处在中华人民共和国境内（港、澳、台地区除外）从事业务时，由于疏忽或过失造成委托人或公证文书利害关系人的经济损失或损害，并在保险期间内由委托人或公证文书利害关系人首次向被保险人提出索赔申请，依法应由被保险人承担经济赔偿责任的，中国人民保险公司将按保险合同的规定负责赔偿。此外，还有人提出我国应在公证机构内建立公证员个人执业保证金，发生赔偿时，直接对外承担赔偿责任，即每月从公证员的工资报酬中提留一定数量的资金建立执业保证金。执业保证金主要用于偿付公证员办理了错证、假证后所应承担的赔偿费用和罚款等。建立执业保证金首先应确定基数，以后在执业过程中再按个人收入的比例逐年缴纳，强化约束公证员。如公证员执业严明，没有发生赔偿，那么这笔资金在一定期限内予以发还；如发生赔偿，先期由个人执业保证金予以赔付，个人执业保证金不足以赔偿的，由保险赔偿金和处内赔偿基金赔偿。显然上述做法都有利于充分保持公证赔偿的真正实现。从长远来看，身份保证金制度也值得我国借鉴。

⑤ 5月13日央视《新闻调查》：谁让彩票失去公信力？

<http://www.sportsonline.com.cn/GB/22155/22159/2494252.html>