

# 《公證法》

## 一、民間之公證人與律師同在法院外自設事務所執業，二者在性質上有何不同？是否同屬自由職業？（25 分）

命題意旨	確定民間公證人之地位。
答題關鍵	著重民間公證人乃二造當事人之公正信託者，具有中立性，目的維護雙方權益，處理公共事務，與律師僅處理一方事務並不相同，而區分二者不同，能分項目敘述者分數較佳。
擬答鑑示	1.參考：施律師著「公證法與非訟事件法」。 2.參考：鄭雲鵬著「公證法新論」。

### 【擬答】

律師乃受當事人委任，為當事人處理一定法律之事務。而民間公證人雖不受國家俸給，自行收取當事人之報酬，此點而言與律師相同，但民間公證人執行公證事務，處理公共事項，乃界於公務員與自由職業之中間，並非完全自由職業，與律師性質迥異，有諸多相異之處，重點如下：

- (一)性質：律師乃受一造當事人之委任，目的在維護一方當事人之權益；而民間公證人則為公正之信託者，為中立之第三人，需注意雙方權益。
- (二)資格：律師需經律師考試，訓練合格得充任律師，或者曾任法官、檢察官、公設辯護人、軍法官、或在公私立大學、學院法律系講授法律科目三年以上者，經檢覈者得任律師。民間公證人需符合民間公證人考試合格，或曾任法官、檢察官、公設辯護人、法院之公證人經銓敘合格，或經高等考試及格並執行律師業務三年以上，得聲請司法院遴任之，遴任性質為司法院之行政處分。
- (三)民事責任：律師負善良管理人之責任，處理事務如有過失需負賠償責任；民間公證人因故意違反職務上之義務，致他人權利之權利受損害者，負損害賠償責任，其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，始負其責任。
- (四)刑事責任：律師非公務員，自無刑法有關公務員處罰規定之適用；民間公證人為最廣義之公務員（刑法第十條第二項），有刑法有關公務員身分犯之適用。
- (五)國賠責任：律師處理事務如有疏失，國家並無賠償責任；反之，民間公證人執行之事務為公共事務，如被害人不能依公證法第六十八條第一項、第六十七條、第一百四十五條規定或他項方法受賠償或補償時，得依國家賠償法所定程序，請求國家賠償。其賠償義務機關為該民間之公證人所屬之地方法院或其分院。
- (六)證明效力：律師所作之見證，為私的見證，所製作之文書，為私文書，需依民事訴訟法第三百五十七條、三百五十八條規定，認定形式證據力；民間公證人為公的證明，製作之公認證書，依公證法第三十六條之規定，視為公文書。且公、認證書均有形式證據力，而公證書尚有實質證明力。
- (七)迴避：律師與法院法官、檢察官、司法警察有五親等內血親、或三親等姻親關係方需迴避（律師法第三十八條），與當事人有親屬關係，無須迴避；而民間公證人為公正第三者，與請求人或代理人有利害關係或有親屬關係，依公證法第十條需迴避。
- (八)強制責任保險：律師並無規定必須參加強制責任保險，方得執業。民間公證人依公證法第六十七條需強制參加責任保險，依同法第三十二條規定，不加入保險不繳納保費，不得執行職務。
- (九)專業條款、兼業禁止：律師依律師法第三十一條之規定，不得兼營商業，但與職務無關，經登錄之法院同意，得經營之。而依公證法第三十七條第一項規定，原則上民間公證人具有律師資格者，不得執行律師業務。但經遴任僅辦理文書認證事務者，或因地理環境或特殊需要，經司法院許可者，例外得為之。律師兼任民間之公證人者，就其執行文書認證事務相關之事件，不得再受委任執行律師業務，其同一聯合律師事務所之他律師，亦不得受委任辦理相同事件。同法第二項規定，除公證法另有規定外，民間之公證人不得兼任有新給之公職或業務，亦不得兼營商業或為公司或以營利為目的之社團法人代表人或使用人。但與其職務無礙，經司法院許可者，不在此限。又依公證法施行細則第二十五條之規定，民間公證人不得與土地代書、律師、會計師或其他專業人員合署辦公，是以民間公證人所受之限制規定顯較律師高。
- (十)定額條款：律師並無定額條款之限制；而民間公證人雖於立法時刪除定額條款之規定，但保留其精神，交由司法院遴任時把關，是因地區名額有限，如公證人死亡、發生撤職等情形，需有其他公證人兼任、繼任等問題。

## 二、民間之公證人制度有所謂定額條款之法例，其立法目的何在？我公證法無此條款，可否認為民間之公證人之人數可無限制增加？（25 分）

命題意旨	定額條款、專業條款為拉丁公證國家二大支柱。
答題關鍵	明確指出定額條款之立法理由，及施行拉丁公證制度各國之立法例。
擬答鑑示	1.參考：張特生著「公證新制的基本精神（上）（下）」（司法周刊第一 四四、一 四五期）。 2.參考：鄭雲鵬著「公證法新論」。



## 【擬答】

(一)定額條款：在拉丁公證國家，嚴格遵循定額條款，亦即由主管機關依各地區人口成長及經濟發展而酌定名額，目的在避免公證人之間惡性競爭，滋生流弊，以維公證之品質。例如日本公證法第十條第二項、德國聯邦公證條例法第四條、韓國公證人法第十條第二項均設有明文規定。

(二)原司法院提之草案亦採定數原則，規定各地方法院及分院轄區內公證人，由司法院斟酌當地情形定之。但立法院審查時認為民間公證人宜由司法院在審查時嚴格把關，發生問題時有公會制裁，因而只需嚴格把關，不需再對民間公證人數額加以限制，是於公證法第三十一條增列不得限制人數。但是否就此認為民間公證人之人數，可無限制增加？抑或應解釋成司法院應斟酌各地方人口數量、經濟狀況及公證事務多寡，決定各地區應遴選任辦公證事務之公證人數，不宜事先固定人數，以免無法面對需要。而筆者認為以後說為當。理由如下：

- 1.定額條款為拉丁公證制度之核心，目的在維護公證品質，避免惡性競爭，我國公證法既然仿效拉丁公證制度制定新法，即應維持此精神。
- 2.民間公證人為最廣義之公務員，應有員額限制，不應無限制增加。
- 3.參照實施拉丁公證制度之各國，如德、法、比、奧、義、西班牙、日、韓等國均施行定額原則。

三、甲將其所有房屋一幢出賣與乙，約定其買賣契約應作成公證書，但雙方委任之土地代書逕向土地登記機關辦理所有權移轉登記，並於民法第一百六十六條之一施行後，登記完成，此際甲可否主張其買賣無效？（25 分）

命題意旨	確定考生熟悉公證業務事項。
答題關鍵	送分題，熟背民法第一百六十六條之一之規定即可得分。
擬答鑑示	參考：民法法典及孫森焱著「民法債編總論上冊」。

## 【擬答】

民法第一百六十六條之一規定：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」立法者認為訂立契約約定負擔移轉、設定或變更不動產物權之義務者，因不動產高度經濟價值，不宜輕率，為求當事人締約時能審慎斟酌，是應由公證人作成公證書，以杜事後之爭議，而達成保障私權及預防訴訟之目的，以公證書之作成為成立要件，因而增訂該法條第一項，職故，原則上不動產之買賣契約依條文規定需由作成公證書，但當事人間合意訂立之債權契約，雖未經公證，若當事人間已有變動物權之合意，並已向地政機關完成變動之登記者，則已生效力，自不宜因其債權契約未具第一項之公證要件，而否認其效力，是依上開法條第二項規定如當事人已合意為不動產物權移轉，且完成登記，買賣契約仍然有效，當事人不得主張無效。

四、試論民間之公證人對於公證事件之實質審查權分際及法律依據。（25 分）

命題意旨	本題為公證業務最核心之問題。
答題關鍵	確定公證人有實質審查權，但與法院審查權限有所不同。
擬答鑑示	1.參考：施律師著「公證法與非訟事件法」。 2.參考：鄭雲鵬著「公證法新論」（頁一三 至一三七）。

## 【擬答】

(一)審查權之分際：公證事件為廣義之非訟事件，且裁定不具確定判決之效力，故公證程序中認為僅有形式審查權，不具有確認法律上權利義務關係之效力。但公證程序形式審查並非不能審查實體事項，在公證程序，就當事人之意思表示或陳述、親自所見之事實狀況或其他實際體驗之結果作客觀形式之記載；在認證之情形，則應就私文書簽名之狀況為形式客觀之記載，並就私文書上增刪、塗改、損害或形式顯有可疑之點記明於認證書內。而公證人就具體個案之審查順序如下：首先對程序問題先審查，例如是否合乎程式或法定要件、身分文件提出、代理是否合乎規定等事項；之後再審查實體事項，就請求公證之法律行為或私權事實之實體事項加以審查。

(二)審查權之行使：

- 1.實際體驗：公證人應就請求公證之標的親自接觸，其實際體驗之方法與結果，加以審查。
- 2.職權探知：法院應依職權調查事實及必要之證據，依公證法第十二條規定，公證人辦理公證事務，得向有關機關、團體、個人查詢，並請求協助，另依同法第一百零一條規定，認證程序必要時，得為查證。
- 3.闡明義務：公證人作成公證書需探求當事人真意，澄清事實真相，公證人對請求公證之內容不明瞭、不充足、顯失公平時，應向請求人發問、曉諭，讓當事人敘明、補充或修正。

(三)法理根據：一在於維護公證文書之公信力，亦即確保公證文書之法效性、真實性、完整性，以其能達到「完全之證明」。另一在於維護兩造當事人之權益，每一方當事人有利或不利之事項均需加以注意，避免當事人因公證程序造成權利有受侵害之危險。

