

109 年公務人員特種考試司法人員

考試別：司法人員

等 別：三等考試

類科組：公證人

科 目：公證法與非訟事件法

- 一、甲向乙承租乙所有 A 房屋（四層樓房）之外牆，約定甲得於該外牆上增設廣告物，另約定：「於租期屆滿時，如甲不交還租賃物時，應逕受強制執行」，並擬以此約定內容辦理公證。因甲係以設置物來占有使用 A 房屋之外牆，於返還租賃物時，將涉及拆除設置物之問題。試附理由說明：本項強制執行約款應否准許公證？（25 分）

【解題關鍵】

《考題難易》：★★★★

《破題關鍵》：1. 熟記並正確引用公證法第 13 條第 1 項的規定內容
2. 理解對公證法第 13 條第 1 項文義解釋之基本態度

【擬答】

本項強制執行約款不應准許公證，理由如下：

公證書得附載強制執行條款而成為強制執行名義者，限於公證法第 13 條第 1 項所定之情形：「一、以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者。二、以給付特定之動產為標的者。三、租用或借用建築物或其他工作物，定有期限並應於期限屆滿時交還者。四、租用或借用土地，約定非供耕作或建築為目的，而於期限屆滿時應交還土地者。」倘具體個案遇有未盡符合上開規定之疑義時，不得恣意擴張解釋，以平衡兼顧債權人與債務人之權利。

依題意甲所承租者為乙所有之 A 屋「外牆」，經查相關規定(建築法第 4 條、第 7 條參照)，牆壁為建築法所列舉之「雜項工作物」，符合「建築物」之定義，且設置廣告物顯非供耕作或建築之用，自有適用上開公證法第 13 條第 1 項之可能。惟甲僅於 A 屋之外牆張貼廣告內容，並未實際占有 A 屋，換言之乙對 A 屋使用收益之權限完整性，尚難謂因甲期限屆滿未拆除廣告物而受有妨害，是否可視為上開條文規定之「交還」尚有疑義。

依前述應嚴格限縮公證法第 13 條第 1 項文義範圍之意旨，「拆除廣告物」是否等同於「交還」既未臻明確，自不應擴張解釋，兩者之概念尚屬有間，故公證人不應准許公證。

公職王歷屆試題(109 司法特考)

二、甲為擔保第三人丙向乙銀行之借款，乃提供其所有 A 土地設定普通抵押權。乙銀行要求甲同意，於抵押權存續期間內，甲不得處分（包含買賣等債權行為）A 土地上已存在之 B 建物（尚未辦理保存登記，甲為納稅義務人），如有違反時，甲願賠償乙銀行之損失。試附理由說明：上述同意行為得否辦理公證？（25 分）

【解題關鍵】

《考題難易》：★★★★

《破題關鍵》：1. 掌握公證法第 70~72 條之條文內容與立法目的
2. 適度連結公證法與其他民事法律間之適用關係
3. 知悉公證制度之核心目的並運用於實際案例中

【擬答】

由公證制度具有預防訟爭之功能角度而論，公證人應同意辦理公證，理由如下：

依公證法第 70 條：「公證人不得就違反法令事項及無效之法律行為，作成公證書」與公證法第 72 條：「公證人對於請求公證之內容是否符合法令或對請求人之真意有疑義時，應就其疑慮向請求人說明；如請求人仍堅持該項內容時，公證人應依其請求作成公證書。但應於公證書上記載其說明及請求人就此所為之表示」等規定可知，公證人對於請求公認證之標的具有一定程度之審查權限，須審酌請求人間之約定是否違反現行法規。

普通抵押權之定義依民法第 860 條為：「債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。」復依同法第 867 條：「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」亦即縱使不動產已設定抵押權，抵押人仍可自由處分，抵押權不因所有權移轉而消滅，換言之抵押權之設定並未限制抵押人對抵押物之處分權。依題意 B 建物並非乙設定抵押權之標的，更無限制甲自由處分之必要，乙要求甲同意不得處分 B 建物之約定，似有牴觸上開抵押權設定不限制抵押人自由處分意旨之虞，公證人基於前述之審查權限，應拒絕辦理公證。

復查公證制度具有預防訟爭之功能，在法律關係尚未出現紛爭前，事先透過公證人的審查以釐清請求人間法律關係，降低日後發生爭議之可能。B 建物縱然並非乙之抵押權標的物，惟倘將來乙實行 A 地抵押權時，為避免 B 建物與 A 土地所有權人不同導致無人承買，致乙之債權無法滿足，自難謂無限制甲自由處分 B 建物之實益，故公證人仍可辦理公證，並應要求甲提出相關文件以證明其為 B 建物形式上所有權人，併予敘明。

(附記：本題為司法院 107 年公證實務研討會討論問題，有興趣者可上網搜尋。由此可印證實務見解之重要，準備公證法之考生務必時常關切研討會訊息！！)

三、甲於民國 100 年 2 月 1 日死亡，遺有房屋一棟、存款新臺幣（下同）100 萬元及債務 500 萬元，乙、丙係甲之法定繼承人，二人於同日知悉甲死亡之事實。乙、丙於同年 3 月初，同時向管轄之 A 地方法院聲明拋棄繼承。嗣二人心生反悔，乙、丙於同年 4 月初清償 500 萬元債務後，乙於 4 月底向 A 法院聲明撤回拋棄繼承，丙則於同年 6 月初向 A 法院聲明撤銷拋棄繼承。試問：A 法院應如何處理？（25 分）

【解題關鍵】

《考題難易》：★

《破題關鍵》：1. 拋棄繼承之意思表示，於繼承人以書面合法向法院為之時，即按上揭規定溯及於繼承開始時發生拋棄繼承之效力，則嗣再撤回已生效之拋棄繼承，自不生撤回之效力（最高法院 62 年第 1 次民事庭庭長會議決議及司法院 76 年 8 月 14 日 (76)廳民三字第 2718 號函、台灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會民事類提案第 13 號參照）

2. 按非訟事件，應依非訟事件程序處理，法院僅須形式上審查是否符合非訟事件程序上之要件，無需為實體上之審查，關於拋棄繼承權之聲明、撤回或撤銷其拋棄聲明之法效如何，倘利害關係人對之有所爭執，應循民事訴訟程序訴請法院為實體上之裁判，以謀解決，非訟事件法院不得於該非訟事件程序中為實體上之審查及裁判。（最高法院 90 年台抗字第 649 號民事裁定）

【擬答】

乙聲明撤回拋棄不生撤回效力，丙聲明撤銷拋棄亦不生撤銷效力：

- (一)查臺灣高等法院 臺南分院 106 年重家上字第 5 號民事判決「按繼承人得拋棄其繼承權。前項拋棄，應於知悉其得繼承之時起三個月內，以書面向法院為之。繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力，民法第 1174 條第 1、2 項、第 1175 條分別定有明文。次按撤回乃對於尚未生效之法律行為使其歸於消滅之表示，而拋棄繼承之意思表示，於繼承人以書面合法向法院為之時，即按上揭規定溯及於繼承開始時發生拋棄繼承之效力，則嗣再撤回已生效之拋棄繼承，自不生撤回之效力（最高法院 62 年第 1 次民事庭庭長會議決議及司法院 76 年 8 月 14 日 (76)廳民三字第 2718 號函、台灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會民事類提案第 13 號參照）。再按拋棄繼承權係單獨行為，繼承人僅須以書面向法院為拋棄繼承之單獨意思表示，即溯及於繼承開始時發生拋棄繼承之效力，此聲明拋棄繼承之意思表示除有瑕疵而依法得撤銷外，尚不得任意撤回，以免影響其他共同繼承人、利害關係人及有礙繼承關係之安定（最高法院 90 年度台抗字第 649 號要旨參照）」，拋棄繼承之意思表示，於繼承人以書面合法向法院為之時，即按上揭規定溯及於繼承開始時發生拋棄繼承之效力，則嗣再撤回已生效之拋棄繼承，自不生撤回之效力，題示情形，乙聲明撤回拋棄，不生撤回效力。
- (二)次查最高法院 90 年台抗字第 649 號民事裁定「按非訟事件，應依非訟事件程序處理，法院僅須形式上審查是否符合非訟事件程序上之要件，無需為實體上之審查，關於拋棄繼承權之聲明、撤回或撤銷其拋棄聲明之法效如何，倘利害關係人對之有所爭執，應循民事訴訟程序訴請法院為實體上之裁判，以謀解決，非訟事件法院不得於該非訟事件程序中為實體上之審查及裁判。」，非訟事件法院僅為形式上審查，故 A 地方法院對於丙之撤銷拋棄聲請，應予駁回，丙應另行提起民事訴訟主張法定撤銷事由（如：受詐欺、脅迫等而撤銷拋棄繼承之意思表示）。

四、甲承攬 A 建設公司之 B 房屋興建工程（B 房屋之起造人為乙，乙與 A 公司訂有 B 房屋買賣契約），工程完竣後，A 公司拒付工程款。甲乃以 A 公司為被告，訴請確認甲就所興建之 B 房屋有法定抵押權存在，而於地方法院成立調解，A 公司承認工程款債權及甲對 B 房屋有法定抵押權存在。嗣甲聲請拍賣 B 房屋，乙抗辯其為房屋起造人，應為房屋之所有權人，且否認甲就 B 房屋有法定抵押權存在，亦否認該房屋為 A 公司所有。試附理由說明：法院應否准許甲拍賣 B 房屋之聲請。（25 分）

【解題關鍵】

《考題難易》：★★★★

《破題關鍵》：1. 非訟§73 I 「法定抵押權聲請拍賣擔保物事件，如債務人就擔保物權所擔保債權之發生或其範圍有爭執時，法院僅得就無爭執部分裁定准許拍賣之。」
2. 調解筆錄雖與確定判決有相同效力（民訴§416 I、§380 I）
3. 形成判決所生之形成力，無由當事人以調解或和解之方式代之（最高法院 58 年台上字第 2501 號判例）

【擬答】

法院不應准許甲拍賣之聲請：

按非訟§73I雖規定「法定抵押權聲請拍賣擔保物事件，如債務人就擔保物權所擔保債權之發生或其範圍有爭執時，法院僅得就無爭執部分裁定准許拍賣之。」，題示情形甲聲請拍賣 B 屋係主張為實行法定抵押權，然按民法§513 法定抵押權仍應經登記後始得實行，甲乃持調解筆錄逕自聲請拍賣 B 屋，該調解筆錄雖與確定判決有相同效力（民訴§416I、§380I），但該法定抵押權仍應經登記始生效力，並非屬民法§759 宣示登記情形，此一因最高法院 58 年台上字第 2501 號判例「形成判決所生之形成力，無由當事人以調解或和解之方式代之」（調解無法代生形成判決效力），二因民法§513 係賦予「抵押權登記請求權」，仍待甲為實際登記始生抵押權效力。然題示未提及甲有辦理抵押權登記，以故，甲僅持該調解筆錄，非訟法院依形式上審查，尚無從得知甲有辦理抵押權登記，因此形式要件不具備，不應准許甲拍賣之聲請。