

111 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

考試時間：2 小時

公證法 張石老師

非訟事件法 江鈞老師

一、甲、乙共同繼承 A 屋，於辦理繼承登記及遺產分割前，擬約定管理 A 屋之契約，並辦理公、認證。2 人協議內容為：於辦理繼承登記及將 A 屋分割為分別共有各 1/2 後，將 A 屋之管理權交由甲行使；並陳述其目的在於避免辦理繼承登記及 A 屋分割後，任一人反悔而不遵守契約之內容，故有必要於上述登記及分割前，就其協議內容辦理公、認證。試問：此項 A 屋管理契約得否辦理公、認證？(25 分)

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★
2. 《解題關鍵》：共同共有不動產遺產分割協議之性質
3. 《使用法條》or《使用學說》：民法第 828 條第 2 項準用第 820 條、民法第 759 條

【擬答】

有關於共同共有不動產於完成繼承登記與分割為分別共有不動產之前可否就遺產分割協議予以公、認證之問題，實務上有肯定說與否定說二種見解，以下分述其理由，並說明拙見採肯定說之原因。

(一)肯定說

因我國民法採當然繼承主義，甲、乙於被繼承人死亡時，即當然取得 A 屋之所有權，其狀態為共同共有，自有權依民法第 828 條第 2 項準用第 820 條之規定，約定共有物管理契約。公證人經審查該二人確為本件遺產之全體繼承人，且 A 屋確係被繼承人之財產後，應得辦理本件之公、認證。

至於民法第 759 條雖規定：「因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權。」此所謂之「始得處分其物權」，按最高法院 74 年台上字第 2024 號判例意旨，係指物權處分行為，不包括債權行為。本協議之性質屬於債權行為，而非處分行為，因此本協議並未違反民法第 759 條。

(二)否定說

民法第 820 條第 1 項規定：「共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」因共同共有關係中並無應有部分之觀念，故本條所規定之共有物管理約定，前提係「分別共有人」針對其所共有之物為管理之協議。本件甲、乙既非 A 房之分別共有人，自不得按本條之規定約定共有物管理契約。

本件甲、乙尚未辦理繼承登記，於繼承登記前，公證人實無法確定本件繼承人僅有甲、乙二人，亦無法確定系爭房屋於辦理繼承登記及共有物分割後，甲、乙將確實成為本件不動產之惟二分別共有人。倘若甲、乙以外尚有其他繼承人，抑或系爭房屋將來非由甲、乙所分別共有，本件經過辦理公、認證之共有物管理契約將違反民法第 820 條、公證法第 70 條或第 107 條之規定，實有不妥。

(三)拙見以為肯定說較為可採，理由如下

1. 系爭協議為債權行為而非處分行為，因此無民法第 759 條之適用。又，本件甲乙為全體共有人，亦無需適用民法第 820 條第 1 項計算應有部分。而依據最高法院 74 年台上字第

2024 號判例之見解，繼承人全體雖尚未辦理繼承登記，即所簽署之買賣契約仍屬有效，依據舉重足以明輕之法理，較為輕度而同為債權性質之分管協議亦應屬有效。本件並無公證法第 70 條所稱違法或無效之情事，公證人自得就系爭協議為公、認證。

2. 否定說可能因甲、乙在對 A 屋完成繼承登記與分割為分別共有登記之前，甲、乙所持之權狀或地籍謄本其權利範圍皆為壹分之壹，因此無法確認甲乙是否即為全體共有人，因而有所顧慮。然而，此壹顧慮可由甲乙提出戶籍謄本與繼承系統表予以審查而確定繼承人之人數，因此應不構成拒絕對系爭協議辦理工、認證之理由。

保成.學儒.志光

扎實課程規劃 助你快速上榜不是夢!



完整輔考規劃

提供命題關鍵資訊，統整考試出題重點
短時間提升應考實力，快速上榜不是夢!

基礎班

正規課前導讀課程，針對學科、法科等重點科目開課，厚實強化基礎，迅速進入狀況。

多循環正規班

- 同考科採多元師資教學可吸取多位名師菁華。
- 同類科開立多循環課程可旁聽加強弱科。

申論作答班

申論答題技巧傳授，並由老師給予擬答建議，短時間提升作答力。

實戰題庫班

以題目帶觀念方式授予答題技巧，讓您以最快速度解出正確答案。

奪榜班

針對具有上榜決心的同學採集中管理、密集訓練輔考方式，考前助你實力提升百分百!

高分作文班

提供實際寫作及文章觀摩，提升作文破題寫作技巧，組織最佳架構。

考前總複習班

- 考前重要章節記憶，觀念統整強迫取分。
- 補充最新時事法條最後關鍵時刻，輕鬆掌握資訊。



- 二、甲有 A 屋一棟，曾發生遭他人侵入並上吊身亡之事故，甲刻意隱瞞該情事，而將 A 屋出租予乙，並協同乙辦理 A 屋租賃契約公證。嗣乙於入住後始得知 A 屋為凶宅。試問：乙可否辦理單方終止 A 屋租賃契約意思表示之認證？(25 分)

【破題關鍵】

- 《考題難易》：★★★★
- 《解題關鍵》：公證人審查權限之範圍、信函認證
- 《使用法條》or《使用學說》：民法第 424 條、民法第 59 條、公證法第 21 條

【擬答】

有關凶宅之承租人得否就單方終止租賃契約之意思表示請求認證之問題，實務上有肯定說與否定說與折衷說三種見解，以下分述其內容，並說明拙見採折衷說之理由。

(一)肯定說

民法第 424 條明定：「租賃物為房屋或其他供居住之處所者，如有瑕疵，危及承租人或其同居人之安全或健康時，承租人雖於訂約時已知其瑕疵，或已拋棄其終止契約之權利，仍得終止契約。」物是否具有瑕疵，應以一般交易觀念上是否屬於物之瑕疵，而依民間一般看法之凶宅，係指曾發生過凶殺、自殺、意外致死等死亡案件的場所，此一因素雖不致對於房屋造成直接物理性之損傷或降低房屋之通常效用，惟依我國社會民情，一般社會大眾對於此類有凶殺等非自然身故情事之凶宅，多存有嫌惡畏懼心理，居住於其內之住戶，除會對其居住品質產生疑慮外，在心理層面上亦會造成相當大之負面影響。因此，如 A 屋確實曾發生內有人非自然死亡之情事，而依據一般交易習慣可認定為凶宅，則承租人乙自

公職王歷屆試題 (111 司法特考)

得單方終止此一租賃契約。因此，如乙能提出相當之證據證明 A 屋為凶宅之事實(如報章雜誌之報導等)，自得請求公證人認證其單方終止 A 屋租賃契約之意思表示。

(二)否定說

按公證事件，除本法另有規定外，準用非訟事件法之規定，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法之規定，公證法第 21 條定有明文。參照上開規定，足認公證在性質上，係屬非訟事件，則公證人在處理公、認證業務時，僅有形式審查權，並無實質調查之權力。於本案之情形，公證人並無實質之調查權限以釐清 A 屋是否為凶宅，以及承租人是否確實有民法第 424 條所規定單方終止租賃契約之權利。此外，非對話之意思表示於以通知達到相對人時，發生效力。民法第 59 條第 1 項前段定有明文。公證人於認證此一終止租約之意思表示時，該意思表示尚未發生效力，承租人是否會發出該意思表示而到達出租人亦不得而知。因此，公證人對於此無法確認事實是否存在，法律上是否有效且尚未發生效力之意思表示自不得予以認證。

(三)折衷說

公證人雖無實質調查之權限，但如依形式審查足認有相當高之可能性 A 屋確實為凶宅，亦不應妨礙承租人行使權利。例如，承租人如提出公文書之類之證據，證明 A 屋內確實曾發生非自然死亡事件，則其主張民法第 424 條之單方終止租約之權利，自然有相當之依據。此外就意思表示是否生效，應採取信函認證之方式，以確保此一意思表示於認證後必經郵務系統而到達對方。

(四)拙見以為折衷說較為可採，理由如下

1. 公證法第 15 條第 1 項規定：「公證人非有正當理由，不得拒絕請求人之請求。」A 屋是否為凶宅，以及承租人民法是否有民法第 424 條之單方終止權，雖然只有法院透過實質審查方能確認，但認證之效力本不如確認判決，只要經過形式審查有高度之蓋然性足認承租人之主張為真實，公證人即應協助承租人行使其權利，認證其意思表示。
2. 至於承租人之意思表示是否會生效，因有信函認證之制度由法院透過郵務系統送達，因此只要以信函認證之方式認證承租人之意思表示，就無需擔憂認證之意思表示未生效力之問題。
3. 綜合上述考量，拙見以為折衷說較為可採。

上榜的試 就是保成.學儒.志光的事



奪榜/特訓班

課程特色	專班管理 固定劃位制度，每日點名管理出缺勤，在最後衝刺期調整至最佳狀態。	全面檢視 檢視學習狀況，找出盲點及弱點，即時做出溝通與調整，掌握學習成效。
班導課輔 班導師陪讀督促，專屬課輔針對學習提供解惑輔導。	佳作觀摩 定期公布申論佳作，可學習他人寫作長處之外，也可了解自身學習狀況。	申論指導 傳授申論題高分寫作方式、架構與技巧，迅速提升答題能力。
擬真模考 比照國家考試制度與規格，讓您提前適應考試節奏及考場氛圍。	按表操課 針對每個科目規劃每日複習進度表，讓您最有效率的管理時間。	選擇精熟 精選歷屆試題，經由大量練習培養對題目的靈敏度，進而縮短作答時間。

詳細課程&優惠請至全國 保成.學儒.志光 門市洽詢

公職王歷屆試題（111 司法特考）

三、甲向乙借款新臺幣（下同）200 萬元，並於其所有 A 屋設定抵押權以擔保該債權。嗣債權已屆清償期而乙未受清償，乙乃將其債權及抵押權讓與丙，丙遂聲請拍賣 A 屋。甲抗辯稱：僅欠乙 150 萬元，並非 200 萬元，且乙或丙均未通知甲該債權及抵押權已讓與丙之事實，其讓與不生效力，又該債權業已罹於消滅時效。試附理由說明：法院是否准許拍賣 A 屋？（25 分）

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★

2. 《解題關鍵》：最高法院 49 年台抗字第 244 號判例、最高法院 51 年度第 5 次民、刑庭總會會議決議(三)、非訟事件法第 74 條之 1 第 1 項規定

【擬答】

(一)拍賣抵押物事件屬非訟事件，法院僅得為形式審查：

查最高法院 49 年台抗字第 244 號判例「聲請拍賣抵押物，原屬非訟事件，祇須其抵押權已經依法登記，且債權已屆清償期而未受清償，法院即應為准許拍賣之裁定。至於為拍賣程序基礎之私法上權利有瑕疵時，應由爭執其權利之人提起訴訟，以資救濟，抵押權人並無於聲請拍賣抵押物前，先行訴請確認其權利存在之義務。」，於聲請拍賣抵押物事件中，法院均僅得為形式上審查，只要抵押權已依法登記，且債權已屆清償期並未受償，法院即應准許拍賣裁定，故法院不得依職權審查該債權是否罹於消滅時效、是否違反抵押權之附隨性、或是否債權讓與未通知原債務人等抗辯。

(二)於關係人就聲請所依據之法律關係有爭執時，抗告審法院不得審查該清償抗辯，而應曉諭得提起確認訴訟為救濟：

查最高法院 51 年度第 5 次民、刑庭總會會議決議(三)「抵押權經設定登記後，債權人因債務屆期未受清償，遂聲請裁定拍賣抵押物，惟債務人則對抵押權設定契約之成立，尚有爭執。遇此情形，聲請拍賣抵押物，原屬非訟事件，准許與否之裁定，既無確定實體上法律關係存否之性質，要於債權及抵押權之存否，並無既判力，故祇須其抵押權已經依法登記，且債權已屆清償期而未受清償，法院即應為准許拍賣之裁定，而對於此項法律關係有爭執之人，為求保護其權利，不妨提起訴訟，以求解決，不得僅依抗告程序聲明其爭執，並據為廢棄拍賣裁定之理由。」並按非訟事件法第 74 條之 1 第 1 項規定「第七十二條所定事件程序，關係人就聲請所依據之法律關係有爭執者，法院應曉諭其得提起訴訟爭執之。」，本件法院僅為形式上審查，甲縱主張欠款金額僅 150 萬元並非 200 萬元，且乙或丙均未通知甲該債權及抵押權已讓與丙之事實，其讓與不生效力，又該債權業已罹於消滅時效等語，法院亦不得審查，惟甲既就聲請所依據之法律關係有所爭執，法院即負有闡明義務，應曉諭其得提起確認訴訟為救濟。



只做讓你上榜的事

保成
學儒
志光

強效輔考



隨班專任導師

隨班設立班導提供後續課程服務，解決疑難雜症。



成效卓越讀書會

藉由讀書會提高準備成效，互相督促、觀摩。



考取生返班分享

考取學長姐返班分享，藉由提問複製成功經驗。



上榜專題講座

針對最新修法及重要時事議題不定期舉辦講座。



考取生筆記分享

公開學長姐筆記觀摩，幫助您理解、複習與記憶。



專屬自修教室

專屬學員寬敞明亮的自修教室，讓讀書變得舒服。



課輔老師指導

課輔老師提供課業諮詢，讓您學習品質更優質。



強效檢測指標

全真模考能力指標測驗，上模考等，掌握學習狀況

豐富輔考資源

四、甲在債務人乙所有 A 屋上設定最高限額抵押權，嗣乙將 A 屋所有權轉讓予丙。如甲以乙未清償債務為由，聲請拍賣 A 屋，則法院於裁定前，是否應使丙有陳述意見之機會？請附理由說明之。(25 分)

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★
2. 《解題關鍵》：非訟事件法第 74 條。

【擬答】

(一)應通知抵押物之受讓人丙及債務人甲均到庭陳述意見：

按非訟事件法第 74 條「最高限額抵押權人聲請拍賣抵押物事件，法院於裁定前，就抵押權所擔保之債權額，應使債務人有陳述意見之機會。」，查臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民事類提案第 42 號「法律問題：新修正非訟事件法第 73 條第 2 項、第 74 條規定，法院於裁定前，應使債務人有陳述意見之機會，此乃法律賦予債務人之程序保障規定，惟倘法定抵押權人或最高限額抵押權人聲請拍賣抵押物時，該抵押物已轉讓於第三人，則上開債務人之程序保障規定，是否適用於該抵押物之受讓人？」討論意見：乙說：

肯定說。(一)依新修正之立法目的以觀，其背後之理論基礎在程序利益之保障。非訟事件本質上不具訟爭性，程序上適用非訟法理，惟如訟爭性顯現時，為保障程序主體之程序利益，應交錯適用訴訟法理。**債務人及受讓抵押物之第三人應皆為拍賣抵押物裁定之程序主體，其等自應皆受程序利益之保障**。債務人之債務是否存在及其範圍會影響抵押人之抵押物受拍賣清償程度；另抵押人之抵押物是否被拍賣，又會影響其後對債務人之求償權問題，因此為保障其等之程序利益，通知其等陳述意見，應屬有必要。(二)倘若狹隘解釋只限於通知債務人，則因抵押物既已轉讓於第三人，如債務人又怠於陳述意見，因受讓抵押物之第三人既未受通知，則其權益恐有受侵害之虞，則此與本條項新修正意旨即有違背。(三)該條項修正前，最高法院本即有認為最高限額抵押權登記時，無須先有債權之存在，法院無從依登記資料判斷債權之存否，抵押權人聲請拍賣抵押物後，如債務人或抵押人對於被擔保債權之存否有所爭執，應由抵押權人提起確認之訴，以保護其利益，在其獲得勝訴判決確定前，法院不得逕為許可拍賣抵押物之裁定（最高法院 78 年度台抗字第 66 號、80 年度台抗字第 16 號、80 年度台抗字第 291 號裁定要旨參照）。其已概括承認債務人或

公職王歷屆試題（111 司法特考）

抵押人皆得對於被擔保債權之存否為爭執，則新修正後更無將抵押人排除之理。初步研討結果：採乙說。審查意見：採乙說。研討結果：照審查意見通過。」，受讓抵押物形同物上保證人情形，債務人及抵押人應均為拍賣抵押物裁定之程序主體，皆應受程序利益之保障，故抵押物之受讓人乙及債務人甲均應受通知到庭陳述意見。

保成 學儒 志光

112年 虛實整合

多元學習新型態

重聽OK 旁聽OK

突破傳統上課形式 **5大方式彈性又便利**

| 面授學習 | 直播學習 | 在家學習 | 視訊學習 | Wifi學習 |

◆學習◆ 零時差 同類科各班別 皆可同步直播上課

◆服務◆ 零死角 服務緊貼需求 隨時掌握學習狀況

線上課業諮詢 老師申論批閱 雙師資 雙循環 多元補課方式

上榜生經驗親授 時事專題講座 歷屆試題練習 班導師制度

各班服務略有不同，詳情請洽全國保成、學儒、志光門市