《公證法與非訟事件法》

一、不具原住民身分之乙欲購買由原住民甲所有之原住民保留地A地作為經營溫泉民宿之用，然為規避山坡地保育利用條例第37條第2項、原住民保留地開發管理辦法第18條第1項原住民保留地之承受人應以原住民為限之規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。就前開乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，三人請求公證人予以公證或認證。請附理由說明公證人應否准予辦理？（25分）

命題意旨	本題測驗公證法第70條與第107條之規定，並搭配近期最高法院大法庭實務見解，要讓同學結合民法爭議加以判斷。
答題關鍵	應先點出公證法第70條與第107條無效法律行為作成公證書之效力，並進一步討論甲乙丙違反之規定是否為民法第71條之強制規定，並且一定要寫出最高法院108年台上大第1636號民事裁定的見解與結論。
考點命中	《高點公證法講義》第二回，榮台大編撰，頁5。

【擬答】

(一)依公證法（下同）第70條與第107條規定，公證人不得就違反法律事項或無效之法律行為作成公證書。又所謂「法律行為」之效力包括成立要件與生效要件，前者包括當事人、標的、意思表示、要式（物）行為，後者則兼指行為能力、標的可能確定適法妥當、意思表示健全等。又民法第71條規定，法律行為違反強制規定者無效。

(二)就乙丙借名登記契約、甲丙買賣契約、甲乙設定地上權契約以及甲丙所有權移轉契約是否得加以公證，應分別就上開契約之法律效力確定之，分析如下：

1.肯定說認為，山坡地保育利用條例第37條第2項、原住民保留地開發管理辦法第18條第1項關於原住民保留地所有權之移轉以原住民為限之規定並非強制規定，又依第71條與72條規定，公證人有闡明義務，若公證人對此有疑義時應向請求人即甲乙丙說明，僅於甲乙丙等人堅持時，在作成之公證書上記載說明與請求人之表示，不至於使公證書無效。

2.否定說主張，限定移轉身分之規定係為保障原住民族文化權與經濟土地發展，落實保障原住民族國策，俾原保地確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握，綜合考量其規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反該等規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反該等規定，依民法第71條本文規定，亦屬無效（108台上大1636裁定）。

3.本文以為否定說可採，蓋規定之性質為強制規定與否，不得僅就規範形式判斷，必須審酌實質內涵與立法目的綜合判斷，本題中非原住民乙欲購買原住民甲所有之A地經營民宿，為規避系爭規定，與原住民丙成立借名登記契約，以丙之名義與甲簽訂買賣契約，甲以A地為乙設定地上權後，再將所有權移轉登記予丙。則乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得A地所有權之效果，自違反系爭規定之禁止規定，依民法第71條本文規定，應屬無效，依第70條與第107條，做成之公證書或認證文書亦均無效。

二、甲將其所有之A屋出租予乙，雙方約定：租賃期間自民國110年1月1日起至111年12月31日止，共計2年，租金每月新臺幣3萬元，應於每月首日以現金支付，並偕同前往經遴任僅辦理文書認證之丙律師事務所辦理公證。丙律師依據甲、乙兩人之陳述，作成房屋租賃契約公證書，公證書並載明：承租人乙如不依約定日期給付租金，或不於租賃期間屆滿時交還房屋者，均應逕受強制執行。請附理由說明：本件房屋租賃契約公證書之執行效力如何？如甲持此公證書向法院聲請對乙強制執行，法院並據以執行時，乙應如何請求救濟？（25分）

【高點法律專班】 版權所有，重製必究！

命題意旨	本題測驗公證人違反迴避義務作成公證書之法律效果，以及當事人就違法強制執行之救濟方式。
答題關鍵	應將公證法第11條與第13條之要件加以說明，並據以涵攝丙作成公證書之效力，若為無效，則可進一步依強制執行法第12條討論當事人乙之救濟管道。
考點命中	《高點公證法講義》第二回，榮台大編撰，頁14。

【擬答】

(一)丙為甲乙作成公證書之強制執行效力應為無效：

1.依公證法（下同）第11條第2項規定，公證人違反不得執行職務規定所作成之公證書，不生公證效力。所謂「不生效力」應包括不成立與成立但不生效兩種情形。又依第37條規定，律師僅能辦理認證業務，不得辦理公證業務。因此，辦理認證之律師若辦理公證業務，即係違反第11條第2項應負之迴避義務，此一迴避義務屬於公證書之生效要件，律師既已因而違反公正性，其作成之公證書自屬欠缺公正生效要件而無效，依第13條第1項所作成逕付強制執行之記載，亦不生效力。

2.本題中，丙律師僅能辦理認證業務，其仍為甲乙丙辦理公證業務，與律師業務將有所利益衝突而欠缺公正性地違反迴避義務，故丙違反第11條第2項作成之甲乙公證書法律效果應為無效，其逕付強制執行之記載亦為無效。

(二)乙應依強制執行法（下同）第12條向法院聲明異議：

1.依第4條第1項第4款規定，得作為強制執行之執行名義公證書，應限於合於公證法生效之公證書，又依第12條規定，當事人或利害關係人，對於執行法院強制執行之命令，或對於執行法官、書記官、執達員實施強制執行之方法，強制執行時應遵守之程序，或其他侵害利益之情事，得於強制執行程序終結前，為聲請或聲明異議。

2.本題中，丙為甲乙作成之公證書及其強制執行之記載無效，已如前述，故此一公證書不得作為強制執行名義，執行法院若以此公證書強制執行，乙得在強制執行程序終結前聲明異議。

三、甲（住所設於彰化）向乙（住所設於臺中）借款新臺幣100萬元，同時簽發到期日為民國112年5月1日之同額本票一紙，交付乙收執。應乙之要求，甲再邀同丙（住所設於南投）共同於發票人欄中簽章，但本票上並未記載發票地及付款地。到期日屆至，乙將本票提示不獲兌現，即列甲、丙為相對人，聲請法院為准許強制執行之裁定（以下簡稱本票裁定事件）。請附理由說明下列問題：

(一)本件本票裁定事件應由何法院管轄？（10分）

(二)本件本票裁定事件經法院裁准後，甲一人以該本票欠缺法定應記載事項為由提起抗告，其效力是否及於丙？（15分）

命題意旨	(一)票據之管轄法院應如何判斷。 (二)非訟事件有無準用民事訴訟法共同訴訟之規範。
答題關鍵	(一) 票據法120條與非訟事件法194條之搭配應用。 (二) 非訟事件法11條準用民事訴訟法53條至56條之規範。
考點命中	《高點非訟事件法講義》，許政大編撰，頁95~100。

【擬答】

(一)彰化地院或南投地院均有管轄權

1.本票執行事件依非訟事件法第194條第1項之規定，應由票據付款地之法院管轄，復依非訟事件法第194條第2項之規定，二人以上為發票人之本票，未載付款地，其以發票地為付款地，而發票地不在一法院管轄區域內者，各該發票地之法院俱有管轄權。

2.而題示情形中，系爭本票未載付款地及發票地，故此時需再依票據法第120條第4項規定，以發票人之營業所、住所或居所所在地為付款地。因此本件本票之共同發票人有甲丙二人，其住居所在地(分別為彰化、南投)之地方法院俱有管轄權。

3.又依非訟事件法第3條第1項之規定：「數法院俱有管轄權者，由受理在先之法院管轄之」，故若執票人乙持該本票先向彰化地院或南投地院聲請本票裁定者，則由該受理在先之法院得管轄權，並與敘明。

高點法律專班 版權所有，重製必究！

(二)甲之抗告，效力是否及於丙

1.非訟事件法第 11 條規定：「民事訴訟法有關當事人能力、訴訟能力及共同訴訟之規定，於非訟事件關係人準用之」，故民事訴訟法 53 條以下有關共同訴訟章節之規範，於非訟事件法中有準用，合先敘明。

2.共同發票人甲丙間之共同訴訟類型

(1)票據法第 5 條第 2 項規定：「兩人以上共同簽名時，應連帶負責」，故甲丙間為連帶債務人，殆無疑義。

(2)連帶債務人間之共同訴訟型態

A.按民法 275 條規定，連帶債務人一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，效力及於其他連帶債務人，於訴訟法上，對於其他各人方屬必須合一確定之必要共同訴訟，始有民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款「共同訴訟人中一人之行為，有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體」之適用，業為實務上一至見解(最高法院 110 年度台上字第 1441 號判決參照)。

B.而題示情形中，甲主張本票欠缺法定應記載示項，乃屬「非基於其個人關係之抗辯」事項，若該抗辯有理由者，則其與丙之間為有合一確定之必要共同訴訟人。

3.結論

若甲此項「非基於其個人關係之抗辯」有理由者，則其與丙之間為有合一確定之必要共同訴訟人，抗告效力依非訟事件法第 11 條準用民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款之規定，效力及與丙；反之，若甲之抗辯無理由者，則其與丙之間並非有合一確定之必要共同訴訟人，僅為普通共同訴訟人，此時抗告效力依非訟事件法第 11 條準用民事訴訟法第 55 條之規定，效力不及與丙。

【參考書目】
1.林洲富，『實用非訟事件法』第 11 版，第 308 頁至 322 頁，五南出版。
2.司法院（79）廳民一字第 0966 號函。

四、在收養認可事件中，於法院裁定前，如收養人或被收養人死亡，程序是否有承受、續行之情形？法院應如何處理？請附理由說明之。（25 分）

命題意旨	家事非訟程序進行中，程序主體死亡時，對於程序之進行有無影響。
答題關鍵	家事非訟程序類型繁多，各類型所應適用之程序法理不盡相同，故家事事件法中僅能設有原則性之規範(家事事件法第80條參照)，而各該非訟事件之具體對應法理為何，則有待個別依家事事件審理細則及實務見解加以補充說明。
考點命中	《家事事件法一本通》，高點文化出版，許恒輔律師編著，頁5-12~5-13。

【擬答】

題示情形，應區分被收養人為成年人或未成年人異其處理原則，分述如下：

(一)收養人(即養父母)死亡時

1.被收養人(即養子女)一方為未滿 18 歲之未成年人時

若認可收養之結果有利於被收養人者(例如：養子可成為收養者之繼承人繼承其遺產時)，法院仍得續行該非訟程序並為認可收養之裁定，家事事件審理細則 117 條第 2 項即規定：「收養人於法院認可裁定前死亡者，除有其他不符收養要件或應駁回認可之情形外，法院應命直轄市、縣（市）主管機關、兒童及少年福利機構、其他適當之團體或專業人員為評估，並提出報告及建議。法院認收養有利於未滿十八歲之兒童及少年時，仍得為認可收養之裁定。」

【高點法律專班】

2.被收養人(即養子女)一方為滿 18 歲之成年人時

(1)就程序是否續行，由法院個案判斷，例如最高法院 104 年度台簡抗字第 195 號裁定曰：「按收養人於法院為認可收養之裁定前死亡者，因認可收養事件具有一身專屬性，不得繼承，無從依第 80 條第 1 項規定由其他有聲請權人承受程序。此際，除被收養人係兒童或少年，法院認收養於兒童及少年有利益，得依兒童及少年福利與權益保障法第 19 條第 2 項後段規定為認可收養之裁定，或有特別情事足認被收養人有應受保護之必要而續行程序外；即應以該事件之聲請有不備其他要件之情形，且不能補正，依家事事件法第 97 條準用非訟事件法第 30 條之 1 規定，以裁定駁回之。」

(2)就程序續行後是否應認可收養，實務上除有民法第 1079 條之 2 法院應不予認可之情形外，法院應予認可，例如最高法院 104 年度台簡抗字第 1 號裁定要旨曰：「成年人被收養與未成年人被收養之情形未盡

相同，法院於認可收養時，對於被收養人為未成年人時，固應以未成年子女之最佳利益為主，惟對於被收養人為成年人時，被收養人尚可照顧養父母，有利於養父母，除有民法第 1079 條之 2 法院應不予認可之情形外，法院自無不予認可之理。」

(二)被收養人(即養子女)死亡時

1.被收養人(即養子女)一方為未滿 18 歲之未成年人時

此時該收養認可之非訟程序終結，蓋此時已無「為保護未成年養子女」或「未成年子女最佳利益考量」之問題，故家事事件審理細則第 117 條第 1 巷規定：「聲請認可收養後，被收養人為未滿十八歲之兒童或少年，於法院裁定前死亡者，程序終結。」

2.被收養人(即養子女)一方為滿 18 歲之成年人時

實務上認為仍應個案判斷有無續行程序並加以認可之必要，例如最高法院 105 年度台簡聲字第 16 號裁定要旨曰：「認可收養事件，係家事事件法第 3 條第 4 項第 7 款所列之丁類家事非訟事件；依同法第 115 條第 1 項規定，應以收養人及被收養人為聲請人。準此，收養人或被收養人於法院為認可收養之裁定前死亡者，因收養之一身專屬性質，無從依家事事件法第 80 條第 1 項規定承受程序；僅於有同條第 3 項規定法院認為必要之情形時，始應續行。而被收養人即聲請人係成年人，並無兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少福法）第 19 條第 2 項後段規定之適用，亦無其他特別情事足認其有應受保護之必要而應續行程序。因而裁定維持台灣新竹地方法院駁回聲請人抗告之裁定，駁回其再抗告，經核適用法律並無違誤。查兒少福法第 19 條第 2 項「聲請認可收養後，法院裁定前，兒童及少年死亡者，聲請程序終結。收養人死亡者，法院應命……為評估，並提出報告及建議，法院認收養於兒童及少年有利益時，仍得為認可收養之裁定……」之規定，不適用於成年人被收養，原確定裁定以聲請人為成年人，無該規定之適用，及聲請人被收養無應受保護之必要為由，認本件收養認可聲請之程序無從續行，並無不當限縮成年收養於家事事件法第 80 條第 3 項適用範圍之違誤可言。」

【參考資料】

1.台灣高等法院 105 年度法律座談會第 42 號。

2.最高法院 104 年台簡抗字第 1 號裁定。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！