

法務部「民法第 166 條之 1 施行相關問題研究與政策建議」委託研究案

成果報告書

國立臺北大學

計畫主持人：游進發 教授

研究助理：蕭嘉德、周家偉

108 年 12 月

目錄

壹、研究主旨	1
一、緣起與目的	1
二、研究過程與方法	2
貳、文獻檢閱與探討	4
一、德國與瑞士法制	4
(一) 德國公證制度	4
1. 公證人教示與審查義務	9
(1) 教示與審查義務的內容與範圍	10
(2) 不動產交易與消費者契約	12
(3) 擴張的教示義務	15
(4) 與 AGB(一般交易條款)的關係	16
2. 公證人責任	17
(1) 錯誤公證書的效力	17
(2) 錯誤公證的損害賠償義務	18
3. 不動產交易強制公證的效率問題	19
(1) 「不動產移轉服務市場 (Conveyancing Services Market)」報告	20
(2) 「歐盟五成員國不動產移轉交易：比較法研究 (Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study)」報告	27
(3) 「法律專門職業競爭限制 (Competitive Restrictions in Legal Professions)」報告	34
(二) 德國民法之規範模式	39
1. 強制公證之客體	39
(1) 土地所有權移轉之債權契約	39
(2) 現在財產移轉之債權契約	40
(3) 繼承關係契約(Erbschaftsvertrag)	42
(4) 地上權之債權契約	43
2. 物權契約一併作成公證書之交易常情	43
3. 公證書欠缺(瑕疵)之治癒	46
(三) 瑞士民法的規範模式	48
1. 土地買賣之強制公證(債務法)	49
2. 土地所有權移轉之債權契約之強制公證	49
參、民法第 166 條之 1 之現況	49
一、強制公證範圍—不動產物權之債權契約	49

二、治癒手段—不動產物權契約與登記.....	51
三、強制公證與信賴損賠	53
四、詐害債權行為之撤銷	54
五、強制公證之排除與否	55
(一) 優先承買權—以土地法第 34 條之 1 與第 104 條為例	55
1. 不動產共有人出賣應有部分	55
2. 基地所有人出賣基地.....	58
(二) 不動產經紀業經紀人之簽章.....	60
(三) 調解、訴訟上和解與破產調協計畫	61
(四) 國有財產	62
六、繼受上的落差	62
(一) 強制公證範圍過廣	63
(二) 物權與登記法規不盡相同	63
(三) 完成移轉登記不等於治癒	64
肆、修法建議	65
一、逕付施行之不可行	65
二、廢除建議	67
(一) 現行公證法制無力因應	67
(二) 預防紛爭發生之效果極其有限	76
1. 房地產消費糾紛原因統計	77
2. 法院裁判.....	81
(1) 建物自來水管線生鏽	81
(2) 建物外牆顏色	82
(3) 預售停車位之坪數	84
(4) 預售屋未依設計圖施工	84
(5) 預售買賣合意是預約或本約.....	85
(6) 預售屋樓高	86
(7) 建商遲未取得使用執照	87
(8) 建商遲延交屋	87
(9) 建商不能移轉房地	88
(10) 違建電梯	89
(11) 預售屋漏水	89
(12) 房屋隔牆裡中繼水箱設備之運作噪音.....	91
(13) 凶宅之瑕疵	91
(三) 疊床架屋之制度設計	92
1. 消費者保護法相關規定	93

2. 不動產經紀制度.....	94
3. 地政士制度.....	95
(四) 欠缺社會有效性之強制公證.....	100
(五) 因選法所生之高度配套措施成本與外部成本.....	103
(六) 廢除建議下之替代方案—人民應有選擇任意公證、不動產經紀人與地政士的自由.....	104
(七) 試擬廢除條文.....	106
三、修正建議.....	112
(一) 限於以不動產所有權移轉為內容的債權契約.....	113
1. 受類型思維引導之法定要式化.....	113
2. 公證人數限期增加.....	115
(二) 物權契約的公證與完成登記作為治癒手段.....	116
(三) 公證預防紛爭效果.....	116
(四) 試擬修正條文.....	123
伍、研究結果.....	125
附件一、第一次座談會紀錄.....	132
附件二、第二次座談會紀錄.....	185

民法第 166 條之 1 施行相關 問題研究與政策建議

中文摘要

民法第 166 條之 1 規定自公布以來，但尚未施行迄今已達 20 年之久。良以關於該條規定本身尚存有諸多疑慮。民法第 166 條之 1 規定繼受自德國法與瑞士法制，但其實與德國法制相差甚遠，德國法與瑞士法強制公證的適用範圍原則上僅限於土地所有權移轉。德國法的公證欠缺的瑕疵之治癒手段，在相關規定之適用前提下，實則乃土地所有權物權契約的公證與完成登記。德國法這些規範內容均與民法第 166 條之 1 規定不同。

歐盟相關政策研究報告亦指出，並不應由公證人壟斷不動產交易法律專業知識服務的市場；不動產經紀人、不動產律師與公證人所提供服務並無孰優孰劣可言，所提供服務的品質與收取的費用，並不必然成正比或反比關係。

本研究計畫首要建議，乃廢除民法第 166 條之 1 規定，良以地政士、不動產經紀人與消費者保護法制，實足以保護不動產的交易安全；尤其是地政士的不動產交易專業知識，包括法律專業知識，並非無法與公證人相提並論，地政士因此亦可能如同公證人般避免或預防掉若干不動產交易紛爭；大多的不動產交易並未牽涉紛爭；公證人並無法避免大多不動產(消費者)交易的相關紛爭；人民大抵是以公契(物權契約)完成登記，而不透露私契(債權契約)；強制公證並不符合相應人民這項生活經驗，因此難以取得人民的認同；強制公證的範圍過廣，現行公證人遠遠不足以因應因強制公證之施行所帶來的公證業務量。

本研究計畫次要建議，乃修正民法第 166 條之 1 第 1 項規定之適用範圍僅及於以不動產所有權移轉為內容的債權契約，良以這項強制公證，忽略了若干作為立法前提的法釋義學上的認知，而這亦顯示出這項強制公證乃法釋義學上尚未臻成熟的規範設計，因此應受法釋義學上的類型思維指引，將強制公證的適用範圍修正限於以不動產所有權移轉的內容之債權契約；限期增加公證人數，即透過國家考試逐年限期增加公證人數，以及限期逐年增加律師轉任公證人人數；公證仍有若干預防或避免紛爭的效果，儘管這項效果十分有限，而且地政士因其專業，亦如同公證人般能發揮這項效果。

中文關鍵字：強制公證、地政士、不動產經紀人、公證人、方式欠缺之治癒。

英文摘要

Since the article 166-1 of civil code is announced, it has never been implemented for 20 years because of its controversiality. As the legislative purpose said, article 166-1 is transplanted from German and Swiss law, however it is actually very different from German law. In general, only for conveyances of real estate must be by notaries accomplished in German and Swiss legal systems. According to the related article of German civil law, to cure the invalidity of contract for the lack of notarization, the in rem agreement from the parties about ownership of real estate should be notarized and registered. Therefore, there are obvious difference between article 166-1 and related article of German civil law.

Some policy research reports from EU also emphasis, notaries should not monopolize the legal service market of immovable property transaction. The difference from legal service of a broker, a conveyer, or a notary does not mean which one is better. The qualities of legal service from different professions are not always in rate with the costs for different profession.

The reaserch team primarily suggest that the article 166-1 of civil code should be abolish. Because the legal structure of the real estate transaction in Taiwan, which involves the intervention of property managers, brokers and consumers, has promoted sufficient transaction security. In particular, a land administrative representative has actually know-how which includes the legal knowledge of the transfer of real estate as well as notaries. In this way it can help the parties to prevent disputes that correspond to the function of notaries. In practice, real estate transactions are usually undisputed. Even notaries could not help the parties in many cases to prevent disputes. Most parties just only deliver their in rem agreement to registrated process, but not their contract under obligation law (der schuldrechtliche Vertrag). If notarization for their contract under obligation law must be a part of conveyance of immovable property, it would against the habitus of transaction. Not even to say that the number of notaries are far not enough for the policy which all contracts about rights of property must be notarized.

The research team suggest also a second-best option that the article 166-1 of civil code should applicant only for transfer of immovable property. Because the legislative that force parties to notarize for convenance had ignored the doctrine of dogmatic,

which is the basic element to legislative. It should be guided from thought of type, so that the applicable range of article 166-1 of civil law only for transferring the immovable property. To increase amount of notaries within a definite time, it should in every year within a definite time hold exams or select lawyers for more amount of notarcy. Although notarization can prevent a little of disputions, but a land administration agent can also do that.

KEYWORDS: Compulsory Notarization, Land administration agent, Real estate Broker, Notary, Remedy of formal deficiency.

壹、研究主旨

以下說明內容，乃本研究計畫之緣起與目的(問題與問題產生的背景)，其次則為研究計畫所採的研究過程與研究方法。

一、緣起與目的

依民法第 166 條之 1 第 1 項規定，以不動產物權之移轉、設定或變更為內容的不動產負擔契約，應由公證人作成公證書。這類不動產負擔契約因此乃要式行為，法定方式乃經公證人作成公證書。

透過上開不動產負擔行為，當事人負有移轉、設定或變更不動產物權之義務。若上開不動產負擔行為未由公證人作成公證書，依民法第 73 條本文規定，原即無效(不生效力)。但依民法第 166 條之 1 第 2 項與第 73 條但書規定，若當事人已作成相應的履行行為，亦即已作成移轉、設定或變更不動產物權之行為，並依民法第 758 條規定，完成創設登記，則該不動產負擔行為即仍為有效。

民法第 166 條之 1 之立法理由：「訂立契約約定負擔移轉、設定或變更不動產物權之義務者，不宜輕率，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，增訂第一項。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。」

行政院與司法院對該條規定之立法理由說明：「不動產物權具有高度經濟價值，訂立契約約定負擔移轉、設定或變更不動產物權之義務者，不宜輕率。為求當事人締約時能審慎衡酌，辨明權義關係，其契約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；爰參考德國民法第三百十三條第一項及瑞士債務法第二百十六條第一項之立法例，增訂第一項規定。三、當事人間合意訂立以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的之契約(債權契約)，雖未經公證，惟當事人間如已有變動物權之合意，並已向地政機關完成物權變動之登記者，則已生物權變動之效力，自不宜因其債權契約未具備第一項規定之公證要件，而否認該項債權契約之效力，俾免理論上滋生不當得利之疑義；爰參考前開德國民法第二項，增列第二項規定。此際，地政機關不得以當事人間之債權契約未依前項規定公證，而拒絕受理登記之申請。至對此項申請應如何辦理登記，宜由地政機關本其職權處理，併此敘明。」

民法第 166 條之 1 乃於民國 88 年 4 月 21 日新增之規定。這條規定是當年民法債編修正草案中之其中一條。這次民法債編修正，是民法典繼受自德國民法

之後，唯一一次較大幅的修正。任何修正或新增之法律規定於經相關立法程序之後，原則上即開始施行。該次債編修正亦於修正公布後不久即施行。民法債編施行法第 35 條第 2 項亦規定：「中華民國八十八年四月二十一日修正公布之民法債編修正條文及本施行法修正條文，自八十九年五月五日施行。」儘管如此，該條但書規定卻將民法第 166 條之 1 之施行日期，授權由行政院會同司法院另定之，換句話說，該條規定並非與該次債編修正之其他規定一併同時施行。民法第 166 條之 1 規定究竟何時開始施行，完全取決於行政院與司法院。截至目前為止，行政院與司法院尚未公布該條規定之施行日期。

行政院與司法院一直未公告民法第 166 條之 1 規定之施行日期 之原因或許在於，對該條規定之正當性基礎尚有餘慮，其中可能包括：

(1) 強制公證的預防紛爭功能有其侷限；(2) 強制公證的適用範圍是否過廣；(3) 若以民法第 166 條之 1 之現況，甚至修正限制在不動產所有移轉之範圍內施行，目前公證人數仍然遠遠不足因應強制公證所帶來的業務量；(4) 消費者保護法之定型化契約法制已對諸多不動產物權變動為內容的債權契約進行內容控制，已諸多保護不動產交易安全；(5) 不動產交易專業(包括經紀仲介業與地政士)法制已發展相當成熟，而足以因應不動產交易過程中所必須的慎重與警告目的，進而達成預防紛爭發生功能與保護不動產交易安全；(6) 強制公證將增加民眾不動產交易成本(公證費與交易時間拉長)，增加相關業界的營業成本(增加磋商成本)；(7) 對該條規定是否具有社會共識(擾民)；(8) 增加國有土地管理成本，包括增列公證費用預算、國有財產相關法令之修訂；(9) 增加融資難度與成本；(10) 產生所得稅、土地增值稅、契稅及贈與稅之課徵標準應依公契(不動產物權契約)或私契(不動產債權契約)，甚至課徵標準不一之問題。

本研究計畫將在相應處處理這些疑慮，進而分別提出廢除民法第 166 條之 1 之建議，以及應修法之建議：限縮民法第 166 條之 1 之適用範圍，以期減緩因其施行對不動產交易當事人、相關產業與相關行政機關所帶來的衝擊。

二、研究過程與方法

本研究計畫擬對民法第 166 條之 1 規定之正當性基礎進行分析。這項正當性基礎之分析，主要著眼於這條規定與民法其他規定之關聯(體系分析)，這項體系關係也包括，例如民法第 166 條之 1 與優先購買權之關係，國際私法的關係(外國公證是否應予以承認)，與不動產經紀業管理條例第 22 條規定之關係。而從這項正當性分析結果將可推敲出，若民法第 166 條之 1 規定以現狀施行時，將帶來何等後果。此外，這項正當性基礎之分析，亦將解決該條規定是否有調整之必要，以及應作如何的調整。

外國法制的研究首重德國相關法制的研究，其中包括德國民法相關規定(德國民法債編與物權編相關規定)，以及公證法與土地登記簿相關規定。至於瑞士法制，由於其文獻量極其有限，故將在盡可能的範圍內提供其相關法規之現況。歐盟法規與其研究方向與動態，亦在研究範圍之列。同樣地，從外國法制的研究亦或多或少可推導出，若民法第 166 條之 1 以現況施行，將面臨何等問題。透過與外國法制的對照，亦將或多或少可推導出，民法第 166 條之 1 應否廢除或應予以修正與如何修正。

本研究計畫將探求民法第 166 條之 1 是否具有社會共識，計畫將邀請數位公證人、地政士與不動產仲介業者進行訪談。從這項訪談或許可以或多或少預測到，在施行後人民遵守或不遵守該條規定的程度，亦即對該條規定社會共識的有無與多寡。

本研究計畫亦將分析法院相關裁判，從其中探求，倘若有公證人的介入，則是否可能預防相關紛爭的發生，從而證成民法第 166 條之 1 的正當性基礎。當然，從法院裁判之分析亦可能導出，公證預防紛爭發生功能的侷限性，從而動搖民法第 166 條之 1 規定的正當性。

本研究計畫亦將分析現行公證人數目與不動產所有權移轉數量之關係，探求現行公證人數目能否勝任因民法第 166 條之 1 之適用所帶來的公證負擔，從而是否可能不當地拉長不動產交易之時間。

本研究計畫首先著眼於外國法制之說明。由於民法第 166 條之 1 規定之立法理由提及，其本身乃繼受德國法制與瑞士法制。因此本研究計畫首先將詳細說明德國相關法制，包括德國民法相關規定、公證法相關規定與土地登記簿法相關規定。至於瑞士法制，由於相關參考文獻遠比德國法之參考文獻顯得少了許多，因此將在盡可能的範圍內說明瑞士法制。應特別說明者，乃瑞士並無聯邦公證法之相關規定，關於公證程序，乃各邦邦法所規範者。西元 1958 年，瑞士聯邦法院始就民法規定中之作為法定要式之「公證」作出統一定義¹。聯邦法對於公證的最低要求，乃公證人必須在場親自體驗。至於公證人是否負有教示義務，則非聯邦法對公證程序之最低要求²。對於瑞士公證法的比較，因此不僅過於複雜，而且更有偏離本研究計畫重點之虞，進而並不應在本計畫關於外國法制之比較之列。此外，由於歐盟晚近亦若干有關於德國強制公證法制之研究成果。歐盟法與相關研究成果，因此亦在說明分析之列。

本研究計畫在說明民法第 166 條之 1 所繼受的外國法制之後，緊接著將說明民法第 166 條之 1 規定之解釋適用，包括其與若干法規的解釋適用關係。

¹ Brückner, Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, Rn. 5.

² Brückner, Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, Rn. 8 f.

本研究計畫在說明所繼受的外國法制與民法第 166 條之 1 規定之解釋適用之後，緊接著將說明民法第 166 條之 1 規定與外國法制之落差、民法第 166 條之 1 規定解釋適用上之難題，以及因民法第 166 條之 1 規定之施行將產生諸多問題之背景下，民法第 166 條之 1 規定應予以廢除或修正。

貳、文獻檢閱與探討

以下內容，首先乃繼受國相關法制的檢閱與探討，其次則為民法第 166 條之 1 規定與相關規定的現況說明，最後則為政策建議：首先建議廢除，次則建議修正。

一、德國與瑞士法制

如前所述，在民法第 166 條之 1 規定的之立法理由裡，立法者明確表示該條規定繼受自德國法與瑞士法。以下分析客體，乃德國法(包括德國公證法相關規定、土地登記相關法規與德國民法相關規定)與瑞士法相關規定。

(一) 德國公證制度

公證制度乃德國司法制度之一環，亦為國家基於法治國原則，對人民提供有效司法保護機制之一，蓋公證人透過教示義務與公證書之作成，不僅使當事人得澄清其意思，以及明瞭其合意所生法律效果，甚至基於所作成公證書之證明力，避免當事人於糾紛發生時任意反覆³。德國公證法第 17 條以下規定公證人教示義務，德國民事訴訟法第 415 條則規定公證之證明力，該條第 1 項規定：「由政府機關於其職務權限內，或具有公信力之人於其業務範圍內以規定之形式所作成之文書，當其記載政府機關或作成文書者前所給出之陳述，其關於該由政府機關或作成文書者所作成之檔案，有完全證明力(Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.)。」德國民事訴訟法第 415 條第 2 項規定：「當事人得證明其檔案未為正確地記載(Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.)。」此外，依德國公證法第 57 條以下規定，公證人得執行提存業務，間接地監督當

³ Geier, Reinhard, Das Notariat im System staatlicher Justizgewähr, DNotZ- Sonderheft 2016, 25, 25 f.

事人履行契約。

換句話說，基於憲法對於人民私法權利保障之要求，德國就此發展出二項階段，即不僅事後以法院裁判，提供紛爭發生時之解決與執行之道，亦在事前透過公證制度，提供人民私法權利之保障⁴。有鑑於此，公證人雖為自由職業，但當其執行所承擔之公共任務時，便具有與法官相類之地位⁵。德國公證制度透過其公正且透明之費用，使不諳法律且無經驗之弱勢人民，亦享有最基本不受歧視地認識其權利義務，以及接近司法之可能性⁶。

但近十年來德國公證制度亦頗受挑戰，例如歐洲法院於2011年作成之判決⁷。該判決有兩項主要爭點：其一，依德國公證人法第5條規定，德國公證人限於持有德國國籍者，始得擔任，這項國極限制是否違反尼斯條約(EG-Vertrag(Nizza))第43條規定⁸(現由歐洲聯盟運作方式條約第49條取代)；其二，2005/36/EG 歐盟指令(以下稱職業資格承認指令)是否應適用於德國公證人職業。

第一項爭點關鍵在於，公證人職業依尼斯條約第45條規定，基於行使公權力，得否例外豁免尼斯條約第43條規定之適用。歐洲法院判決以德國公證人不得豁免尼斯條約第43條規定的適用，其主要理由如下：其一，當事人於法令限制內乃依其合意，自行決定其間權利與義務的內容，公證人尚不能介入，並單方面無視當事人意思形成法律關係⁹，亦即公證人就其公證書的作成非如法院判決，得單方面形成當事人間法律關係；其二，縱使公證書有形式證據力，德國民事訴訟法第415條第2項與第418條第2項規定允許以反證推翻公證內容，基於自由心證原則，公證書因此並不絕對拘束法院的判斷¹⁰；其三，公證書雖得附帶強制執行條款，但此須債務人同意，故公證人亦非直接行使公權力¹¹。這項爭議雖為歐盟相關公約的解釋問題，但歐盟法院在這則判決裡，實際上亦質疑強制公證的正當性¹²：蓋若否定拉丁公證制度中公證人行使職權的國家公權力性質，實際上

⁴ Roth, Herbert, Deregulierung der lateinischen Notarsverfassung durch Europäisierung? – Eine, EuZW, 2015, 734, 734.

⁵ BVerfG DNotZ 1987, 121, 121 f..

⁶ Stürner, Roth, Vorsorgende Rechtspflege: Sichere Infrastruktur für den Rechtsverkehr, DNotZ-Sonderheft 2016, 35, 42 f..

⁷ EuGH, NJW 2011, 2941.

⁸ 尼斯條約第43條第1項英譯：「Within the framework of the provisions set out below, restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State.」第45條第1項英譯：「The provisions of this chapter shall not apply, so far as any given Member State is concerned, to activities which in that State are connected, even occasionally, with the exercise of official authority.」

⁹ EuGH, NJW 2011, 2941, Rn. 91 f..

¹⁰ EuGH, NJW 2011, 2941, Rn. 100 f..

¹¹ EuGH, NJW 2011, 2941, Rn. 105 f..

¹² Schmid, Christoph U., Die Regulierung des lateinischen Notariats aus europäischer Sicht- Zur „ZERP- Studie“ und Folgeentwicklungen, in: Grundstückerwerbskosten und Notargebühren im

公證服務與其他法律專門職業，例如律師，並未有太多差距。更進一步來講，若公證人與其他法律專門職業無甚大之差距，任何其對於特定法律事件的獨占權之正當性，恐怕亦頗有疑問。

針對第二項爭點，歐洲法院就職業資格相互承認指令（EG 2005/36）與尼斯條約採取不同的解釋。這項指令的立法意旨在於，既然歐盟整體政策在於清除盟國間人員與勞務流通之障礙，因此有必要相互承認彼此間專門職業資格與證照。於歐洲議會立法過程中¹³已明確表示該指令適用範圍並不及於公證人，故該指令因此解釋上並不適用於公證人¹⁴。

相較於拉丁公證制度以中立第三人教示與確認當事人真意，英美法系所採規範模式乃當事人彼此各自尋求專業法律人，如律師，為其提供締結各該契約時所涉及各項法律知識¹⁵。英美法下所謂公證因此與歐陸法系所採行的拉丁公證，並不相同¹⁶。國際上雖已有數項關於拉丁公證制度是否得促進交易效率之研究計畫，但各項研究計畫之結論未盡一致。相關詳細說明，將於以下為之。歐盟整合兩種不相容公證制度的企圖，因此十分困難。

歐洲法院這則判決固然符合歐盟對於盟國公證法規鬆綁之目的，但於德國文獻上該歐洲法院判決受到強烈批評。首先，就方法上而言，該歐洲法院判決限縮行使國家公權力定義之結果，將使該條失去其原先立法目的，實際上乃為貫徹歐盟政治上的期待，而非依法裁判¹⁷。更有甚者，乃歐洲法院於這則判決中實誤解德國公證制度。德國公證人所以承擔公共任務並行使公權力，並非僅因其作成公證書，關鍵在於其作成公證書之程序受到嚴格的法律控制，基於這項程序作成之公證書成為民事司法程序之一環，而且公證人於公證程序中乃程序高權¹⁸。換句話說，公證人雖非組織法上（身份上）之公務員，但其因受託行使公權力，乃作用法上公務員。諸多德國公證相關規定得證明，公證人作為「司法機關以外民事司法的功能承擔者」，例如其於公證程序之中立性要求，以及就其適用法律猶如法官之獨立性保障，更且公證人有如公務員，其行為依法不得減損其職業形象¹⁹。德國公證制度因此有如民事司法預先介入人民之法律生活。

internationalen Vergleich, Deutscher Notarverlag, 2015, S. 13 f.

¹³ Rechtslinie 2005/36 EG 41. Erwägungsgrund.

¹⁴ EuGH, NJW 2011, 2941, Rn. 120 f.

¹⁵ Stürner, Rolf, Das deutsche Immobiliarsachenrecht und die Funktion des deutschen Notariats im Spiegel der Rechtsvergleichung, DNotZ 2017, 904, 916 f.

¹⁶ 關於英國公證制度的簡要說明，Bruns, Alexander, Die Zukunft des Notariats in Europa – Dienstleistung oder vorsorgende Rechtspflege?, EuZW 2010, 247, 248 f.

¹⁷ Roth, Herbert, Deregulierung der lateinischen Notarsverfassung durch Europäisierung? – Eine, EuZW 2015, 734, 738.

¹⁸ Preuss, Nicola, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, Mohr Siebeck, 2005, S. 466.

¹⁹ Preuss, Nicola, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, Mohr Siebeck, 2005, Kap. § 6.

聯邦公證人公會就各邦所為之公證人人數統計，如下²⁰：

²⁰ 資料出處：<https://www.bnotk.de/Notar/Statistik/index.php>。最後瀏覽日期：2019年12月23日。

Notarstatistik

Die Notarstatistik zeigt die Zahl der Berufsträger in Deutschland.

Notarkammer	2019	2018	2017	2016	2015	2014
Baden-Württemberg [Hauptberufliche -/Anwaltsnotare]	333 [287/46]	338 [290/48]	104 [44/60]	106 [44/62]	108 [44/64]	112 [43/69]
Bayern	484	487	480	480	480	480
Berlin	692	713	716	750	772	815
Brandenburg	68	69	71	73	74	75
Braunschweig	172	189	190	189	192	203
Bremen	163	167	182	191	193	197
Celle	642	659	666	690	684	694
Frankfurt	862	856	829	819	838	859
Hamburg	74	74	73	74	75	75
Kassel	156	160	172	169	169	174
Koblenz	100	102	99	100	102	102
Mecklenburg-Vorpommern	52	53	55	56	57	57
Pfalz	53	53	53	53	53	52
Oldenburg	422	449	453	444	443	447
Rheinland [Hauptberufliche -/Anwaltsnotare]	448 [303/145]	460 [305/155]	458 [304/154]	453 [306/147]	459 [306/153]	462 [308/154]
Saarland	36	36	36	36	36	36
Sachsen	122	121	122	125	127	127
Sachsen-Anhalt	65	68	69	71	74	78
Schleswig-Holstein	618	634	664	656	661	683
Thüringen	70	70	73	77	78	81
Westfalen	1413	1430	1472	1476	1481	1519
Gesamt	7045	7179	7037	7088	7156	7328
Hauptberufliche Notare*	1714	1719	1479	1495	1506	1514
Anwaltsnotare**	5331	5460	5558	5593	5650	5814
Veränd. ggü. d. Vorjahr [Hauptberufliche - /Anwaltsnotare]	-1,9% [-0,3/-2,4]	+2,0% [+16,2/-1,8]	-0,7% [-1,1/-0,6]	-0,9% [-0,7/-1,0]	-2,3% [-0,6/-2,8]	-3,1% [-0,7/-3,7]

* **Hauptberuflich** sind die Notare tätig in Bayern, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, im Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und in den rheinischen Teilen Nordrhein-Westfalens sowie in Baden-Württemberg.

** **Anwaltsnotare** sind tätig in Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein sowie in Teilen Nordrhein-Westfalens (Oberlandesgerichtsbezirk Hamm, rechtsrheinischer Teil des Landgerichtsbezirks Duisburg und Amtsgerichtsbezirk Emmerich) und Baden-Württembergs (Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart).

從上開統計圖表可知，2019年，全德國公證人(Notar)數計有1714人，全德國律師公證人(Anwaltsnotar)數則有5331人，兩者共計有7045人；2018年，全德國公證人數計有1719人，全德國律師公證人數則有5460人，兩者共計有7179人；2017年，全德國公證人數計有1479人，全德國律師公證人數則有5558人，兩者共計有7037人；2016年，全德國公證人數計有1495人，全德國律師公證人數則有5593人，兩者共計有7088人；2015年，全德國公證人數則有1506人，全德國律師公證人數5605人，兩者共計有7156人；2014年，全德國公證人數計有1514人，全德國律師公證人數則有5814人，兩者共計有7328人。由德國上開律師公證人數與公證人數可知，德國公證法制已達到非常普及於人民法律生活之程度。

從歐盟法院該則於2011年作成之判決所引發之爭議可知，德國公證制度十分強調公證人作為民事司法程序之一環，以及其公證書之作成受到嚴謹的法律控制，德國公證人因此有其比較法上獨特之處。以下關於德國公證制度之介紹，因此將著重於其比較法上之特點，以及與本研究計畫相關聯之不動產物權移轉契約。

1. 公證人教示與審查義務

公證書的作成既為公證人遂行公共事務的核心，就其公證書如何作成因此十分重要。鑑於公證人既負有就契約合法性控制與釐清當事人真意的公共任務，則其於公證書作成時，基此對於當事人負有教示與審查義務。故德國公證法(Beurkundungsgesetz，以下皆稱德國公證法)第17條規定：「公證人應探求當事人真意，釐清事實，教示當事人就其行為法律上的範圍，並於公證書清楚且無歧異地再現其意思表示。公證人亦應注意避免錯誤與疑義，同時使無經驗與不嫻熟之當事人不受歧視(第1項)；就其意思是否符合法令或當事人真意存有疑義者，應將此疑慮曉諭當事人；公證人就其法律行為有效性存有疑義，而當事人仍作成公證者，應將其教示與當事人所給出之意思表示於公證書中註明(第2項)；公證人應擔保其已遵守同條第1項與第2項所規定公證書形成程序之義務。於消費者契約，公證人應確保1. 就其法律行為的表示，由消費者本人或可信賴之人，於公證人面前為之，2. 消費者就其公證客體，預先擁有充分考慮之可能；消費者就依民法第311b條第1項及第3項規定，應負有公證義務之契約，應將其法律行為所欲為之書面，提供於為公證之公證人或與該公證人共同行使其職務之公證人。消費者原則應於公證前兩週為之。該將限縮該期間者，應將其理由記載於公證書。其餘公證人職務上義務不在此限(第2a項)。適用外國法律或就此有疑義者，公證人應提示當事人且於公證書中註記。公證人就外國法規之內容不負有教示當事人之義務(第3項)(Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts

belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken. Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist. Bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass 1. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und 2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, zur Verfügung gestellt werden. Dies soll im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden. Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt. Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.)。 」

關於德國公證人教示與審查義務的說明，以下將分為兩部分為之，首先乃教示與審查義務的內容與範圍之說明，其次則為關於消費者契約，尤其不動產交易的消費者契約之說明。

(1) 教示與審查義務的內容與範圍

依德國公證法第 17 條規定，公證人首先負有探求當事人真意與釐清事實的義務，並以此為前提教示當事人其意思於法律上的效果。探求當事人真意與釐清事實不僅為對於公證人履行其教示義務至為重要，此尚為公證書真正性的前提。且違反德國公證書法第 17 條規定的法定義務者，既為違反其職務上的義務，公證人將因此於可歸責之情形，負損害賠償義務（聯邦公證人法第 19 條）（關於公證人責任，詳下述）。

首先關於事實的釐清，公證程序並不適用職權調查主義，公證人就事實不得未經當事人提出自為調查²¹。其公證書作成的基礎事實，乃建立於當事人所主張之事實之上。換句話說，公證人應以當事人所提出事實為真正之前提上，作成其公證書。但關於法律上重要的要件事實有不清楚或不明瞭者，公證人應曉諭或詢問當事人²²。而且公證人應進一步教示當事人，何以該事實之真正性於法律上至關重要，以及更應確保當事人知其事實的規範上意義²³，尤其於不動產登記狀態或夫妻財產制等相關事實²⁴。

其次，關於當事人意思的探究，其目的在於使當事人真意無歧異地呈現於有效的公證書²⁵。公證人乃透過問題的提出，探究當事人以其所公證的法律行為所欲達成的法律上目的²⁶，並不及於該項法律上所欲達成效果的經濟上意義²⁷。故公證人不得只限於當事人的陳述，更應確實地確認其內心真意²⁸。公證人須以言詞與當事人討論，其將記載於公證書的內容是否已正確重現當事人真意。這項工作的前置作業固得由公證人的履行輔助人為之，惟公證人尚不得因此僅以朗讀其將記載於公證的內容，而免於與當事人討論其真意。就其所探究的當事人意思，不僅限於當事人間其契約全部的給付義務。亦即包含我國法上主給付與從給付義務。公證人不得放任當事人就有以契約規範必要之點，自行為未記載於公證書上的約定²⁹。

公證人以其所釐清的事實與當事人意思為前提，就其法律行為的所生效果的範圍教示當事人。這項教示義務的規範意旨在於，使當事人得避免危險與潛在的法律爭議³⁰，故而就其如何闡明，取決於當事人在個案中是否真正理解其法律行為所生的效果³¹，蓋公證人教示義務的目的乃避免當事人未意識其行為的法律效果卻為之。因此，公證人須時時檢驗當事人是否明瞭其教示的內容³²。公證人就其所教示內容，應就當事人契約的形成，選擇法律上最無疑義的可能者，故而公證人所教示者，亦應依據通說與上級法院見解³³。

公證人就其教示的內容，尚有兩項值得一提的問題。首先，就所應教示的法律上範圍，是否包括「間接的法律效果」，例如當事人所成立契約有受一方當事

²¹ Beck'sches Notar-Handbuch/Bernhard, 5. Aufl., 2015, Kap. G, Rn. 58.

²² BeurkG/Winkler, 16. Aufl., 2008, § 17 Rn. 213; BGH, DNotZ 1995, 403, 404 f..

²³ BGH, NJW 1996, 520, 521.

²⁴ Beck'sches Notar-Handbuch/Bernhard, 5. Aufl., 2015, Kap. G, Rn. 58.

²⁵ BGH, NJW 1994, 1344, 1346.

²⁶ Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtbarkeit/Zimmermann/Danne, § 6, Rn. 2.

²⁷ Ganter, Hans Gerhard, DNotZ 1998, 851, 856.

²⁸ BGH, WM 1960, 1150, 1152.

²⁹ BGH, DNotZ 1995, 405.

³⁰ Soergel/Mayer, 2003, § 17 BeurkG, Rn. 4.

³¹ BeurkG u. DONot/Armbrüster, 5. Aufl., 2009, § 17 Rn. 25; BeurkG/Winkler, 16. Aufl., 16, 2008, §17 Rn. 219.

³² BeurkG u. DONot/Armbrüster, 5. Aufl., 2009, § 17 Rn. 25.

³³ BeurkG u. DONot/Armbrüster, 5. Aufl., 2009, § 17 Rn. 34 f..

人的債權人行使破產法上撤銷權之虞（德國破產法第 129 條以下）者。文獻上大抵肯定公證人依其心證有相關事實存在時，應於公證書作成時教示當事人³⁴，而且在有違反公序良俗損及債權人的情形，即應拒絕作成公證書³⁵。

其次，關於租稅法上的法律效果，原則上並非公證人所應教示的範圍³⁶，蓋就租稅義務法律效果之發生，並非基於當事人法律行為，乃基於租稅法上相應規定³⁷。德國實務例外承認，公證人於兩種情形，應就租稅義務的發生教示當事人：其一，當事人從事企業買賣，就買受人依法（如德國商法第 25 條）應承受之公司已發生租稅義務而另為約定者，公證人應就其已抵觸稅捐法第 75 條規定而為教示³⁸；其二，如當事人所締結契約之目的，乃為避免稅法上不利益，則公證人亦應就其所涉稅法上義務而為教示³⁹。

(2) 不動產交易與消費者契約

比較法上較為醒目者，乃德國公證法第 17 條 2a 項規定：「公證人應擔保其已遵守同條第 1 項與第 2 項所規定公證書形成程序之義務。於消費者契約，公證人應確保 1. 就其法律行為的表示，由消費者本人或可信賴之人，於公證人面前為之，2. 消費者就其公證客體，預先擁有充分考慮之可能；消費者就依民法第 311b 條第 1 項及第 3 項規定，應負有公證義務之契約，應將其法律行為所欲為之書面，提供於為公證之公證人或與該公證人共同行使其職務之公證人。消費者原則應於公證前兩週為之。該將限縮該期間者，應將其理由記載於公證書。其餘公證人職務上義務不在此限（第 2a 項）。」

尤其針對消費者不動產買賣契約，德國公證法上開規定設定有猶豫期間之規定。這項規定不僅使公證人承擔更為重大之消費者保護公共任務，更以程序性規定促進不動產交易之保護。德國公證法第 17 條 2a 項規定乃於 2002 年制定並公布施行，於 2013 年經歷部分修正。以下將先說明本條規定之發展史，再說明實務判決的後續發展。

德國公證法於 2002 年公布施行，其立法理由書即清楚表明德國公證法第 17 條 2a 項的立法理由⁴⁰：「於不動產交易中對消費者的闡明，以民法第 311b 條規定的公證書達成。於這項公證中公證人對於當事人，尤其對消費者闡明。這項闡明

³⁴ Ganter, Hans Gerhard, Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz, DNotZ 2004, 421, 423 f.

³⁵ Schillig, Machael, Gläubigeranfechtung gegen den Einzelrechtsnachfolger - Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus notarieller Sicht -, MittBayNot 2002, 347, 351 f.

³⁶ BGH, DNotZ 1992, 813, 815.

³⁷ BGH, NJW 1995, 2794, 2794.

³⁸ BGH, NJW 2008, 1085, Rn. 20.

³⁹ BGH, DNotZ 1991, 314, 315.

⁴⁰ BT- Drucks. 14/9266, S. 50.

的可能性往往不能被充分地使用，蓋消費者於公證期日事前並未有所準備。這一部分發生在就期日倉促約定，並進行公證的案例中。於這項情形，消費者並未熟讀其關於其法律行為的契約文件，而且未能思考有何問題得詢問公證人。消費者亦多半第一次參與公證期日，公證人亦未對於其所提出的若干特定問題驗證。許多消費者因此將此視為畏途，恨不得公證期日能及早結束。是以即使公證程序加以闡明，當事人的潛能亦無從發揮。聯邦公證人公會公布其政策，即對於企業方的不作為應有所因應。但更重要者，乃不使其不作為的情形發生 (Bei Immobiliengeschäften wird eine Aufklärung des Verbrauchers schon dadurch erreicht, dass sie nach § 311b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung unterliegen. In einer solchen Beurkundung hat der Notar die Beteiligten, insbesondere aber auch den Verbraucher, aufzuklären. Oft können diese Möglichkeiten der Aufklärung aber nicht ausreichend genutzt werden, weil namentlich Verbraucher unvorbereitet zum Termin erscheinen. Das liegt in einem Teil der Fälle daran, dass die Terminabsprachen sehr kurzfristig getroffen und die Beurkundung dann vorgenommen wird, ohne dass sich der Verbraucher mit dem Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts vertraut machen und sich überlegen kann, welche Fragen er an den Notar richtet. Oft erfährt der Verbraucher auch erst im Notartermin, dass der Notar einige für ihn ausschlaggebende Fragen gar nicht zu prüfen hat. Viele Verbraucher scheuen sich dann, einen Termin gewissermaßen „platzen zu lassen“. Im Ergebnis bleibt dann das Aufklärungspotenzial des Beurkundungsverfahrens ungenutzt. Die Bundesnotarkammer hat Richtlinien erlassen, die etwaigen Versäumnissen auf Unternehmerseiten entgegenwirken sollen. Wichtig wäre aber, dass es erst gar nicht zu diesen Versäumnissen kommt.)。』

德國公證法第 17 條第 2a 項規定的立法目的，顯然乃為避免民法第 311b 條所規定之不動產契約之強制公證流於形式。但德國公證法第 17 條第 2a 項第 2 款規定於施行兩年後，實務上即發生當事人規避這項期間的情形⁴¹：「依當時的規定，公證人雖應提示消費者，於公證期日前兩週，取得其法律行為所欲形成之書面。但是否應提供於公證人，卻未有明文規定。這亦得透過企業，例如建商或銷售人員完成。於這項情形，公證人因此應於公證中信任消費者的正確回答，其是否已於兩週前已提供法律行為所欲形成之書面。但於部分案例中，卻發生消費者因銷售人員的提議，為求立即公證而不遵守該期間規定，對公證人此項問題提供錯誤的答案。但依現行法律狀態，作成公證書的公證人於此項嚴峻情形，卻往往也僅得驗證當事人關於兩週期間的陳述是否有說服力。因此，公證人依現行法律狀態，並無法阻止規避期間或其他使其空洞化的情形 (Nach der derzeitigen Regelung hat die Notarin oder der Notar zwar darauf hinzuwirken, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der

⁴¹ BT- Drucks. 17/12035, S. 6.

Beurkundung zur Verfügung gestellt wird. Eine Zurverfügungstellung durch die Notarin oder den Notar ist jedoch nicht ausdrücklich vorgesehen. Diese kann auch durch den Unternehmer, beispielsweise den Bauträger oder einen Vertriebsmitarbeiter, erfolgen. In diesen Fällen muss die Notarin oder der Notar daher bei Beurkundung darauf vertrauen, dass der Verbraucher auf die Frage, ob ihm der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor Beurkundung zur Verfügung stand, wahrheitsgemäß antwortet. Es ist aber in einigen Fällen vorgekommen, dass Verbraucher auf Veranlassung von Vertriebsmitarbeitern den Notarinnen und Notaren auf diese Frage eine unrichtige Antwort gegeben haben, um eine sofortige Beurkundung ohne Einhaltung der Frist zu erreichen. Nach jetziger Rechtslage hat die beurkundende Notarin oder der beurkundende Notar in den kritischen Fällen aber nicht einmal die Möglichkeit, die Angaben hinsichtlich der Zwei-Wochen-Frist auch nur auf Plausibilität zu prüfen. Damit kann eine Umgehung oder anderweitige Aushöhlung dieser Frist von den Notarinnen und Notaren nach derzeitiger Rechtslage nicht verhindert werden)。」

綜觀德國公證法第 17 條第 2a 項規定，透過更嚴格的程序性要求，德國立法者不僅促使公證人於消費者不動產買賣契約中貫徹其教示義務，亦同時給予當事人對契約的公證有準備的機會，使當事人得徹底地確認其真意，並且由公證人教示其法律效果。應特別說明者，乃由上開修法理由可知，德國公證法上所謂於公證期日前兩週提供契約書面於當事人，乃為避免消費者與企業經營者就契約必要交易條件達成合意後，即馬上進行公證程序，無待消費者就公證程序為任何準備之情況。換句話說，這項「期間」之規範，並不同於契約成立前之審閱期間，而是當事人就重要交易條件達成初步合意後，直至公證期日前之「猶豫期間」。若不動產交易之一方當事人毫無進行交易之意向，疏難想像雙方當事人欲就公證程序的進行準備。公證人違反這項消費者契約公證程序規定者，亦屬違反其法定義務（聯邦公證人法第 50 條第 1 項第 9 款）。德國公證法第 17 條第 2a 項第 1 款規定因此要求消費者本人應出席公證期日，避免其廣泛地授權於他人為之，以致公證程序教示當事人的功能落空⁴²。

該條項第 2 款關於猶豫期間的規定，縱使經歷兩次修法，仍頗受爭論。實務上的問題往往在於，當事人合意縮短這項猶豫期間是否適法。聯邦法院就此分別於 2013 年⁴³與 2015 年⁴⁴表示其法律見解，均強調僅於例外滿足本條所規定避免當事人衝動與思慮不周之情形，當事人始得合意縮短這項期間。縱賦予消費者意定解除權，尚不能因此縮短該期間⁴⁵。文獻上有不同見解者⁴⁶，僅於個案中除滿

⁴² BT- Drucks. 14/9266, S. 50 f.

⁴³ BGH, NJW 2013, 1451, Rn. 20.

⁴⁴ BGH, DNotZ 2015, 792, Rn. 16 ff.

⁴⁵ BGH, DNotZ 2015, 792, Rn. 17, 19.

足本條所設避免當事人衝動與思慮不周情形，是否尚須存有實質理由之問題，例如出於節稅（隔年度稅率改變）的目的。

(3) 擴張的教示義務

公證人教示義務的內容原則上僅限於法律上範圍，不及於當事人意思所生經濟上的範圍，蓋公證人基於其公正性的要求，並不應偏袒於任何一方如其商業或法律顧問⁴⁷。所謂當事人意思的經濟上影響範圍，典型如當事人間交易是否有買貴賣低等不划算的情形。

因此亦須特別留意，德國文獻上⁴⁸普遍認為，當事人未就瑕疵權利有特別約定者，公證人原則上無須就潛在的瑕疵權利教示當事人。蓋當事人締約合意並未及於潛在的瑕疵權利，並非其意思所指向的法律上範圍。文獻上亦有更有認為，關於標的物潛在的瑕疵權利，實已為經濟上範圍⁴⁹。良以當事人間之給付是否有瑕疵的風險，往往涉及其間主觀等價是否受到干擾，而公證人並不應涉入這範疇。反面而言，當事人約定預先排除或限制一方瑕疵權利者，公證人就應教示當事人。但德國聯邦法院⁵⁰就此尚例外地表示，關於不動產是否有公法上使用限制一事，應教示當事人，良以既然公證人已知當事人間交易標的之地號，則得輕易地得知該標的於登記簿上已記載有公法上限制（本案中為道路用地）。

但基於公證人職務上對於當事人負有照護義務（聯邦公證人法第 24 條），德國實務普遍承認，在若干約定所生法律狀態將對一方將來可能發生法律上不利益之情形，公證人理應負有擴張的教示義務⁵¹，其法律上基礎並非直接來自德國公證法第 17 條規定，而是基於公證人應履行其一般職務上之義務（聯邦公證人法第 14 條規定），若公證人得推斷，當事人一方就可能發生的危害並無意識，則應就此類情形特別地闡明。換句話說，雖然公證人並不介入當事人經濟上締約之目的與動機，但當事人約定有危害一方當事人法律上利益者，亦應教示當事人其法律上風險。

一方面，這項擴張的教示義務，尤其可見於未經擔保的預先給付⁵²。不動產買賣中給付與對待給付同時履行雖有其實際上的困難，然當事人約定買受人不受

⁴⁶ 相關爭議，Weber, Johannes, Notarielle Verbraucherverträge – Die Zwei-Wochen-Frist und ihre Ausnahmen, NJW 2015, 2619.

⁴⁷ BeurkG u. DONot/Armbrüster, 5. Aufl., 2009, § 17 Rn. 66 f.

⁴⁸ Ganter, Hans Gerhard, Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht, DNotZ 1998, 851, 855; BeurkG u. DONot/Armbrüster, 5. Aufl., 2009, § 17 Rn. 96.

⁴⁹ Ganter, Hans Gerhard, Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht, DNotZ 1998, 851, 855.

⁵⁰ BGH, NJW 1996, 520, 521.

⁵¹ BGH. DNotZ 1987, 157, 158 f.

⁵² BGH, NJW 1995, 330, 301; BGH, DNotZ 2004, 841, 842.

擔保地應負有預先給付義務，卻亦對其法律地位危害頗甚⁵³。於此情形，公證人不僅應教示當事人如此約定有害其法律地位，亦應教示當事人，是否存在其他可能以避免此項風險，例如透過預告登記等。

另一方面，這擴張的教示義務亦適用於其他情形。例如當事人約定地上權的移轉或設定負擔須經所有人同意（德國地上權法第 5 條），公證人應教示地上權人，所有人將來可能不同意其就該地上權移轉或設定負擔⁵⁴。甚至於預售屋買賣契約，公證人於公證其買賣契約當下已知其標的物已存有查封登記，不僅亦應向買受人教示此法律上的風險，更應教示買受人查封登記往往經濟上亦為警訊⁵⁵。

(4) 與 AGB(一般交易條款)的關係

透過強制公證制度使公證人廣泛介入當事人意思形成者，實務上將出現的問題其一為由公證人所形成的契約是否該當定型化約款。典型為當事人間契約由公證人提供其例稿，如此其間契約並非由任何一方預先所作成，亦即不該當德國民法第 305 條規定：「稱一般交易條款者，謂一方契約當事人於締結契約時，向他方所提出，為締結多數契約而預先擬定之契約條件（Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.）」。反之，若由當事人一方提供其定型化條款，雙方再於公證人前合意該定型化條款且作成公證書者，則與上述情形無涉⁵⁶。

然針對前者情形，通說⁵⁷均否定由公證人例稿作成的契約應該當於德國民法第 305 條規定。德國法上備受爭議的經典案例為，新建房屋的買賣雙方當事人於公證人前，依公證人所提供的不動產買賣契約例稿作成其契約，惟其契約中附有免除出賣人瑕疵責任的免責條款。聯邦法院就此穩定的見解⁵⁸為，除非公證人已就該免責條款盡其詳盡的說明義務，否則該條款縱不適用定型化條款的內容控制，亦將因違反誠實信用原則無效。德國聯邦法院於其 1989 年的判決中⁵⁹亦對於學說上的批評有所回應：一方面，學說上雖有認為加強的說明義務於此不僅可能使公證人有違反其中立義務偏袒買受人之嫌，且亦因此抵觸私法自治，以及使買受

⁵³ Hager, Johannes/Müller-Teckhof, Alexander, Die Entwicklung des Notarrechts in den Jahren 2008 bis 201, NJW 2011, 1716, 1720 f.

⁵⁴ BGH, NJW 2005, 3495, 3495 f.

⁵⁵ BGH NJW 2010, 3243, Rn. 17.

⁵⁶ Schwab, Martin, AGB-Recht, Aufl., 3, 2019, C. F. Müller, S. 38.

⁵⁷ Schwab, Martin, AGB-Recht, Aufl., 3, 2019, C. F. Müller, S. 35; Habersack, AcP 189 (1989), 403, 416 f.; BGH NJW 1984, 2094.

⁵⁸ BGH, NJW 1988, 135; BGH, NJW 1988, 1972; BGH, NJW 1989, 2749.

⁵⁹ BGH, NJW 1989, 2748, 2749 f.

人脫免其締約時的自己責任，惟這項批評並未注意到德國公證法下，公證人本質上不僅應釐清當事人間所欲形成的法律關係，尚應警告當事人依其約定所生法律效果可能的危險；另一方面，尤其於新建房屋的情形，出賣人亦就房屋的興建有管領能力，允許免責條款的有效性因此顯然違反誠信原則。

德國單透過法院進行定型化條款內容控制的規範模式，顯不同於我國同時採取行政（定型化契約應記載與不得記載事項）與司法的雙軌模式。即便採行以不動產物權移轉為內容的債權契約應強制公證的立法政策，亦不會造成與我國定型化約款雙軌制的規範模式有所衝突，亦難以產生如同德國法解釋上的漏洞。蓋於我國公證實務，殊難想像由公證人預先大量作成的契約條款違反主管機關所公告的定型化契約應記載與不得記載事項，而且依法本即不得對這類違反法規之定型化契約作成公證。

2. 公證人責任

公證書的作成既為公證人重要的職務內容之一，公證人因此應擔保其公證書的真實性。德國公證法第 4 條規定：「公證職務違反公證義務，尤其公證人於作成行為時受協力之請求，以該行為追求可得預見之不法或違反誠信之目的者，公證人應拒絕公證。」且聯邦公證人法第 14 條 2 項規定亦同。依此規定，公證人於下述情形應拒絕當事人就其意思表示作成公證書的請求⁶⁰：其一，公證人依其專業確信當事人的法律行為無效，如其違反強制或禁止規定，公證人應拒絕作成公證書；其二，當事人的法律行為效力取決於第三人同意者，其法律行為並非一概無效，故公證人雖不得拒絕作成公證書，惟其尚應教示當事人且為註記；其三，當事人的法律行為得撤銷者，公證人亦不應作成公證書。尤其公證人確信當事人所為意思表示受詐欺或脅迫者，則將此項意思表示的目的將違反誠實信用原則。其四，當事人所欲公證的意思表示違反誠信原則者。

德國聯邦公證人法第 14 條第 2 項規定固要求公證人應事前控制公證書的真實性與其效力。但不動產交易實務上必然產生的問題為公證書例外地發生錯誤時，應如何處理。這項問題可自兩個不同向度為進一步的分析。首先，乃錯誤公證書的效力問題，其次，則為公證人就其職務義務的違反是否應負損害賠償義務。

(1) 錯誤公證書的效力

由公證人所作成公證，不僅可能發生其記載與客觀事實不相符的情形，例如就不動產的地號記載錯誤，尚有可能發生與當事人真意不符的情形。德國文獻上

⁶⁰ Schippel/Bracker/Kanzleiter, 9. Aufl., BNotO § 14 Rn. 10 f..

有二種典型情形。首先為當事人通謀向公證人為虛偽意思表示，並依此作成公證書，該公證標的法律行為既因通謀虛偽意思表示致無效，就無效法律行為所為的公證書亦因此無效⁶¹。就單方虛偽意思表示者，亦同。

其次，若雙方當事人雖為形式上錯誤之表示，惟雙方均明知彼此真意的情形，其公證書的錯誤記載是否亦得適用誤載無害真意原則，恐有疑義。德國通說⁶²認為，縱依德國民法第 311b 條規定應作成公證書的情形，當事人無礙其真意的錯誤表示亦適用誤載無害真意原則。蓋意思表示真意的探求本不拘泥於文義，尚須顧及當事人為表示時的整體脈絡。這項原則亦適用於作成公證書的意思表示，惟此僅限於得自公證書中脈絡中得知當事人不完整的或實際上的真意者。

依少數見解⁶³，基於公證書作成即具實質證據力，容許誤載的公證書效力將與其訴訟法上效力有所矛盾。但德國公證法第 44 條 a 規定不僅已規定公證人負有就誤載者更正的義務。且當事人依德國民事訴訟法第 415 條第 2 項規定亦得證明公證書記載非真正⁶⁴。

(2) 錯誤公證的損害賠償義務

德國聯邦公證人法第 19 條規定：「公證人因故意過失違反其對於他人所負職務上義務者，應賠償對其因此所生之損害。公證人僅有過失者，該損害賠償請求權之行使，限於其侵害不能由其他方式獲得賠償之情形 (Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Notar nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag; das gilt jedoch nicht bei Amtsgeschäften der in §§ 23, 24 bezeichneten Art im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber. 3Im übrigen sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Schadensersatzpflicht im Fall einer von einem Beamten begangenen Amtspflichtverletzung entsprechend anwendbar. Eine Haftung des Staates an Stelle des Notars besteht nicht.)。 」

本條規定之適用範圍，及於一切違反公證人職務上義務的情形，亦即包含其公證程序所負的義務，以及其他依其職務所相應行為或其職務外所負的義務。例如關於不動產買賣的公證作成，當事人所欲為公證的法律行為基於公證人可得而

⁶¹ BeckOK BGB/Gehrlein, 51. Aufl., 51, 2019, § 311b, Rn. 31.

⁶² MünchKomm/Ruhwinkel, 8. Aufl., 2019, § 311b BGB, Rn. 74.

⁶³ Wieling, AcP 172 (1972), 308 f.

⁶⁴ Bergermann, Andrea, Auswirkungen unbewusster Falschbezeichnungen auf Grundstücksverträge und deren Vollzug - falsa demonstratio non nocet? - , RNotZ 2002, 557, 559 f.

知的事實，無效或違反誠信，公證人應拒絕作成公證書卻仍作成公證書者，則其行為已違反其職務上義務。反之，公證人無從得知其事實者，則不負拒絕作成公證書的義務。公證人亦無須推定當事人對其為惡意矇騙⁶⁵。

值得注意者，乃依德國聯邦法院⁶⁶的見解，何者為受公證人職務上義務所保護者，取決於該職務上義務的功能與目的。不動產買賣契約中，公證人就應教示當事人卻未為之者，當事人乃其教示義務所受保護者，因此得向公證人請求其因此所生的損害。公證人損害賠償義務的發生乃以其對於其職務義務的違反有故意或過失為要件。一個經典的案例為⁶⁷，出賣人於其土地興建半獨立式住宅，並將一部專屬部分出售於買受人。惟雙方就其價金尚未有明確的合意以前，亦即雙方僅就價金的大致數額有共識，就明確數額卻仍在磋商中，公證人即受理，並將其債權與物權移轉合意作成公證書。嗣後雙方亦未能就明確的價金達成合意。本案中，該公證人自始應拒絕作成公證書卻為之，雙方當事人雖非通謀虛偽意思表示，蓋雙方未有確實合意，惟該契約實不成立，其所作成的公證書亦因此無效。公證人就其故意違反職務上義務致當事人受損害者，其損害的範圍尚及於當事人信其公證書有效並為此所支出的費用。本案中，公證人因此應賠償原告就其為購屋與銀行成立消費借貸的已支出利息。

德國聯邦公證人法第 19a 條規定尚規定公證人負有投保強制責任險的義務。其最低保險額為就每件保險事故 50 萬歐元，保險年度期間保險總額得限於單件保險事故的 2 倍。以柏林為例，其官方網站所提供的 2018 年房屋市場報告書中記載，單人與雙人公寓的房屋售價中位數為 46 萬歐元⁶⁸。由此可見德國公證人的責任保險最低額實際上已相當高額。

3. 不動產交易強制公證的效率問題

固然德國就不動產交易採取強制公證的政策立場有其考量與其實益，但近 10 年以來，全球已有數項跨國大型研究計畫，針對歐盟各國不動產交易是否應採取強制公證有所反思。以下將分別摘要歐洲法政策中心（Zentrum der europäische Rechtspolitik，簡稱 ZERP）所作成「不動產移轉服務市場（Conveyancing Services Market（COMP/2006/D3/003）」研究計畫、哈佛大學 Murray 教授所主持的「歐盟五成員國不動產移轉交易：比較法研究（Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study）」研究計畫、OECD 所作成「法律專門職業競爭限制（Competitive Restrictions in Legal

⁶⁵ Schippel/Bracker/Kanzleiter, 9. Aufl., 2011, BNotO § 14 Rn. 20 f..

⁶⁶ Schippel/Bracker/Kanzleiter, 9. Aufl., 2011, BNotO § 19 Rn. 18.

⁶⁷ BGH, DNotZ 2001, 486.

⁶⁸ 關於柏林房地產市場的統計：<http://ibb.wohnungsmarkt-interaktiv.de>. 最後瀏覽日期：2019 年 12 月 23 日。

Professions)」研究計畫。以下將介紹三項研究計畫的摘要與結論，提供我國立法參考。以下將簡介個研究報告要旨與翻譯其結論的重點，關於其對於我國立法上可借鏡之處，將於「修法建議」中說明。

(1) 「不動產移轉服務市場 (Conveyancing Services Market)」報告

不動產移轉服務市場 (Conveyancing Services Market) 研究報告，乃由任職布萊梅大學歐洲法政策中心研究之 Christoph U. Schmid 教授作成。該研究報告之研究方法著重於量化的經濟學方法，可分為三部分：其一，將市場管制與消費者保護分別量化為以下三項指數：市場進入限制指數 (MERI)、市場行為限制指數 (MCRI) 與消費者保護指數 (CPI)。形成上述三項指數之相關參數分別如下表一至表三，關於各國上述三項指數之比較，詳見表四；其二，分別整理各國平均不動產交易價格與法律費用，以及假設於各會員國交易價值為 25 萬歐元之不動產，其間必要法律費用之額度，詳見於表五與表六；其三，向各該會員國以問卷統計其服務品質，其中共綜合四項參數，分別為可選擇性、品質、安定性 (糾紛的發生頻率) 與交易速度，詳見於表七。

基於上述表格所呈現的指數與統計結果可推知，歐洲各國數項關於不動產移轉法律服務市場之基礎事實。首先，採取拉丁公證制度的國家，對不動產移轉法律服務市場之市場進入與行為之管制，高於其他非拉丁公證國家 (詳見表四中 MERI+MERC 欄)。其次，若觀察就市場進入與行為管制程度與法律服務費用之高低，於一定交易條件之假設性案例中，拉丁公證國家所需之相關費用，往往高於非拉丁公證國家 (詳見表五與表六)，例如法國與義大利之公證費用分別占交易總額之 1.18% 與 1.13%。固然，採行拉丁公證制度國家，例外地尚有費用尤其低廉者，例如依表六所示，德國公證人費用僅占交易費用總額的 0.58%，低於各國之平均值 0.75%。但非採拉丁公證制度之國家中，不動產移轉所需之法律服務費用原則上均較為低廉，典型如英格蘭與威爾斯僅占 0.54%。

再者，依表四與表七可見，採拉丁公證制度之國家雖往往有著較高的消費者保護指數，以及較高品質之法律服務。拉丁公證制度國家，例如德國、法國與意大利，其消費者保護指數 (CPI) 分別達 5.3、5.2、5.6。大抵而言，拉丁公證制度國家消費者保護指數平均尚達 4.6。反之，以律師介入不動產交易之國家平均則為 4.0。但兩者之間之差距並不顯著。依表七法律服務品質之排行，德國作為拉丁公證制度國家，其法律服務品質高居第一，但非拉丁公證國家如丹麥，亦位居第二位。但各國法律服務品質具體數值，並未有明顯差距，如第一位之德國雖然高達 4.9，惟位居第 10 位之英格蘭亦達 4.5。

綜合上述分析，採行拉丁公證制度雖就消費者保護有所助益，但與其他法律

專門職業介入之模式相較而言，兩者並未有顯著差距。採行拉丁公證制度卻伴隨對於不動產移轉法律服務市場有高度管制，公證人亦因其高度管制而導致其在不動產移轉法律服務市場裡有著壟斷的地位。而且依上述表四，拉丁公證國家原則上均課與消費者更高的費用。兩者相較，以拉丁公證制度保護消費者之效益，實在有限，消費者因此必須負擔更高的費用。這項制度之選擇因此並非是最經濟的，其成本與效益，相較於其他制度而言，並非更佳之選擇。透過強制公證使公證人壟斷市場，其正當性更有顯然之疑慮。蓋公證人與其他法律專門職業技術人員相同，均已受有相當的法律訓練，而且不動產交易實務亦多有標準化之作業流程(例如透過定型化契約)。開放不動產法律服務市場於其他法律職業，應得透過自由競爭之市場機制，促使價格降低，而更有利於消費者。強制公證整體而言雖有保護消費者之實效，但其弊實則大於利。

表一：市場進入指數參數⁶⁹

Table IV-1: Coding and Weighting of the “Market Entry Regulation Index” (MERI) for Professionals in Conveyancing

(Sub)Index	Themes/questions	Weights by theme (b _i)	Question weights (c _k)	Coding of data			
ERLC	Licensing	0.25	1	0	1	2	3
	How many services does the profession have an exclusive or shared exclusive right to provide?*			0	2	4	6
ERED	Education requirements (only applies if Licensing not 0):	0.25		equals number of years of education (max of 6)			
ERED1	What is the duration of special education/university/or other higher degree?		0.3				
ERED2	What is the duration of compulsory practise necessary to become a full member of the profession?		0.4	equals number of years of compulsory practise (max of 6)			
ERED3	Are there professional exams that must be passed to become a full member of the profession?		0.3	no			yes
				0			6
ERQT	Quotas and economic needs tests	0.5		no			yes
	Is the number professionals/firms permitted to practise restricted by quotas or economic needs tests?		1	0			6
MERI	Country scores (0-6)	$\sum b_i \sum_k c_k \text{ answer}_{jk}$					

* Exclusive and shared exclusive rights are: (1) contract drafting, (2) certification and/or authentication, (3) contract execution

表二：市場行為指數參數⁷⁰

⁶⁹ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), 80 (2007).

⁷⁰ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), 82 (2007).

Table IV-2: Coding and Weighting of the “Market Conduct Regulation Index” (MCRI) for Professionals in Conveyancing

(Sub)Index	Themes/questions	Weights by theme (b _j)	Question weights (c _k)	Coding of data														
MCPR	Regulations on prices and fees	0.50	1	<table border="1"> <tr> <td>no regulation</td> <td>non-binding recommended prices on some services</td> <td>non-binding recommended prices on all services</td> <td>maximum prices on some services</td> <td>maximum prices on all services</td> <td>minimum prices on some services</td> <td>minimum prices on all services</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>1</td> <td>2</td> <td>3</td> <td>4</td> <td>5</td> <td>6</td> </tr> </table>	no regulation	non-binding recommended prices on some services	non-binding recommended prices on all services	maximum prices on some services	maximum prices on all services	minimum prices on some services	minimum prices on all services	0	1	2	3	4	5	6
no regulation	non-binding recommended prices on some services	non-binding recommended prices on all services	maximum prices on some services	maximum prices on all services	minimum prices on some services	minimum prices on all services												
0	1	2	3	4	5	6												
MCAD	Regulations on advertising	0.17	1	<table border="1"> <tr> <td>no specific regulations</td> <td>advertising is regulated</td> <td>advertising is prohibited</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>3</td> <td>6</td> </tr> </table>	no specific regulations	advertising is regulated	advertising is prohibited	0	3	6								
no specific regulations	advertising is regulated	advertising is prohibited																
0	3	6																
MCLOC	Regulations on location/diversification	0.11		<table border="1"> <tr> <td>location/diversification not restricted</td> <td>location/diversification restricted</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>6</td> </tr> </table>	location/diversification not restricted	location/diversification restricted	0	6										
location/diversification not restricted	location/diversification restricted																	
0	6																	
MCBU	Regulations on form of business	0.11	1	<table border="1"> <tr> <td>no restrictions</td> <td>partnership and/or some incorporation (regulation on ownership etc.) allowed</td> <td>sole practitioner only</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>3</td> <td>6</td> </tr> </table>	no restrictions	partnership and/or some incorporation (regulation on ownership etc.) allowed	sole practitioner only	0	3	6								
no restrictions	partnership and/or some incorporation (regulation on ownership etc.) allowed	sole practitioner only																
0	3	6																
MCIC	Regulations on inter-professional co-operation	0.11	1	<table border="1"> <tr> <td>all forms allowed</td> <td>generally allowed (but with some restrictions on form of business etc.)</td> <td>only allowed with comparable professions</td> <td>generally forbidden</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>3</td> <td>4.5</td> <td>6</td> </tr> </table>	all forms allowed	generally allowed (but with some restrictions on form of business etc.)	only allowed with comparable professions	generally forbidden	0	3	4.5	6						
all forms allowed	generally allowed (but with some restrictions on form of business etc.)	only allowed with comparable professions	generally forbidden															
0	3	4.5	6															
MCRI	Country scores (0-6)	$\sum_j b_j \sum_k c_k \text{ answer}_{jk}$																

表三：消費者保護指數參數⁷¹

Table IV-4: Coding and Weighting of the “Consumer Protection Index” (CPI) in Conveyancing Services

(Sub)Index	Themes/questions	Weights by theme (b _j)	Question weights (c _k)	Coding of data						
CPIS	Compulsory indemnity insurance	0.36	1	<table border="1"> <tr> <td>no</td> <td>yes, but very low insurance sum (less than 150.000 EUR)</td> <td>yes, insurance sum over 150.000 EUR</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>2</td> <td>6</td> </tr> </table>	no	yes, but very low insurance sum (less than 150.000 EUR)	yes, insurance sum over 150.000 EUR	0	2	6
no	yes, but very low insurance sum (less than 150.000 EUR)	yes, insurance sum over 150.000 EUR								
0	2	6								
CPC	Conduct control/quality control	0.18	1	<table border="1"> <tr> <td>no</td> <td>yes</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>6</td> </tr> </table>	no	yes	0	6		
no	yes									
0	6									
CPERED	Education requirements for market entry	0.18	1	See "ERED" of the Market Entry Regulation Index (MERI) 0 to 6						
CPCONEDUC	Continuing education	0.18	1	<table border="1"> <tr> <td>no or recommendation only</td> <td>Yes, but less than 20 hours/year</td> <td>yes, more than 20 hours/year</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>3</td> <td>6</td> </tr> </table>	no or recommendation only	Yes, but less than 20 hours/year	yes, more than 20 hours/year	0	3	6
no or recommendation only	Yes, but less than 20 hours/year	yes, more than 20 hours/year								
0	3	6								
CPOS	Obligation to provide services	0.10	1	<table border="1"> <tr> <td>no</td> <td>yes</td> </tr> <tr> <td>0</td> <td>6</td> </tr> </table>	no	yes	0	6		
no	yes									
0	6									
CPI	Country scores (0-6)	$\sum_j b_j \sum_k c_k \text{ answer}_{jk}$								

表四：對於四種不動產移轉法律服務模式不同管制指數縱覽（N 為採拉丁公

⁷¹ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), 85 (2007)

證制度國家，L 為以律師提供不動產移轉法律服務者，S 為斯堪地納維雅半島的不動產經紀人，Hybrid 為無法歸類的混合制)

Table IV-11: Overall Regulation Indices for Legal Services in Conveyancing: Four “Worlds of Regulation”

Group		MERI Market Entry	MCRI Market Conduct	MERI +MCRI	MII Mandatory Intervention	MERI +MCRI MII	CPI Consumer Protection
Hybrid	Greece	6.0	6.0	12.0	6.0	18.0	2.4
	Hungary	3.3	2.3	5.6	4.0	9.6	3.0
N	Luxembourg	5.4	n.a.	n.a.	4.0	n.a.	2.3
	Portugal	5.0	6.0	11.0	4.0	15.0	4.5
	Belgium	5.7	5.0	10.7	4.0	14.7	4.7
	Poland	5.6	4.7	10.3	4.0	14.3	3.2
	France	5.1	5.2	10.3	4.0	14.3	5.2
	Germany	5.7	4.5	10.2	4.0	14.2	5.3
	Italy	5.4	4.7	10.1	4.0	14.1	5.6
	Spain	4.8	5.2	10.0	4.0	14.0	4.4
	Slovenia	4.9	5.0	9.9	2.0	11.9	5.0
	Austria	5.9	3.2	9.0	2.0	11.0	5.9
	<i>Average</i>	<i>5.3</i>	<i>4.8</i>	<i>10.2</i>	<i>3.6</i>	<i>13.7</i>	<i>4.6</i>
D	Netherlands	1.9	1.2	3.1	4.0	7.1	5.6
	<i>Average</i>	<i>1.9</i>	<i>1.2</i>	<i>3.1</i>	<i>4.0</i>	<i>7.1</i>	<i>5.6</i>
L	Czech Republic	3.8	3.6	7.4	2.0	9.4	3.4
	Slovakia	2.9	2.9	5.8	0.0	5.8	2.8
	Ireland	2.0	1.3	3.3	0.0	3.3	4.5
	Scotland	1.9	1.0	2.9	0.0	2.9	5.0
	England/Wales	2.0	0.8	2.8	0.0	2.8	4.5
	<i>Average</i>	<i>2.5</i>	<i>1.9</i>	<i>4.4</i>	<i>0.4</i>	<i>4.8</i>	<i>4.0</i>
S	Denmark	2.0	0.8	2.8	0.0	2.8	4.0
	Sweden	1.2	0.0	1.2	0.0	1.2	4.4
	Finland	0.5	0.0	0.5	0.0	0.5	2.1
	<i>Average</i>	<i>1.2</i>	<i>0.3</i>	<i>1.5</i>	<i>0.0</i>	<i>1.5</i>	<i>3.5</i>

表五：歐盟 27 國平均不動產交易價格與法律服務費用評估⁷²

Table II-2: Estimation of Average Transaction Price and Fees for Legal Services for the EU 27²⁴

	Population 2005 (in million)	average transaction price (in Euro)	fee for legal service*) (in Euro)
Latin notary countries			
Austria	8,236	150,000	1,566
Belgium	10,479	167,000	2,475
Germany	82,469	130,863	885
France	62,702	226,630	2,711
Italy	58,607	129,532	2,501
Poland	38,165	100,000	677
Slovenia	2,000	100,000	810
Spain	43,398	172,630	1,038
sum	306,058	(62.2% of EU 27)	
Netherlands – deregulated notary country			

⁷² ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), n. 72 (2007).

	Population 2005 (in million)	average transaction price (in Euro)	fee for legal service*) (in Euro)
Netherlands	16,320	202,000	1,121
sum	16,320	(3.3% of EU 27)	
Lawyer countries			
England and Wales	53,39	297,750	1,412
Czech Republic	10,236	100,000	1,201
Ireland	4,159	303,310	2,662
Scotland	5,095	193,860	1,623
sum	72,880	(14.8% of EU 27)	
Scandinavian countries			
Denmark	5,419	221,743	2,026
Finland	5,246	123,756	577
Sweden	10 666	147,500	500
sum	21,331	(6.4% of EU 27)	
Hybrid countries			
Greece	11,104	130,000	3,850
Hungary	10,087	100,000	2,280
sum	21,191	(4.3% of EU 27)	
sum all 18 countries	437,780	(89% of EU 27)	
EU 27	491,875	172,302**)	1,625**)

Source for population: Eurostat.

*) Assuming an average transaction price

***) Average, weighted by population

表六：各類型交易費用於不動產價值 25 萬歐元與 70%貸款⁷³

Table V-1: Transaction Costs to Property Value (250,000 Euros; 70% Mortgage) by Types⁸³

Cost/value relation (250K; 70% mortgage)					
Country	total cost	tax	registration	profess. fees	legal fee
Austria	12.10%	3.50%	1.84%	6.76%	0.76%
Belgium	16.96%	12.27%	0.46%	4.23%	1.23%
Czech Rep. (solicitor)	4.49%	0.00%	0.01%	4.48%	0.34%
Denmark	5.89%	0.00%	1.78%	4.11%	0.61%
England and Wales	3.34%	1.01%	0.09%	2.24%	0.54%
Finland	7.78%	4.00%	0.04%	3.74%	0.37%
France	13.57%	5.06%	0.14%	8.38%	1.18%
Germany	8.46%	3.50%	0.38%	4.58%	0.58%
Greece	19.02%	11.20%	1.03%	6.80%	2.60%
Hungary (solicitor)	10.10%	5.77%	0.02%	4.31%	1.31%
Ireland	6.01%	4.00%	0.15%	1.86%	0.80%
Italy	9.06%	1.71%	0.06%	7.30%	1.30%
Netherlands	8.38%	6.00%	0.07%	2.31%	0.46%
Poland	13.58%	11.42%	0.02%	2.14%	0.57%
Portugal	5.38%	1.22%	0.09%	4.07%	0.25%
Scotland	3.17%	1.00%	0.23%	1.93%	0.69%
Slovakia	1.14%	0.00%	0.02%	1.12%	0.17%
Slovenia	6.53%	2.00%	0.05%	4.48%	0.48%
Spain	14.84%	8.19%	0.12%	6.53%	0.48%
Sweden	6.43%	2.90%	0.05%	3.48%	0.20%
average	8.81%	4.24%	0.33%	4.24%	0.75%

Notes:

Total cost includes: real estate agent, technical, legal services, land register fees, transfer taxes.

Professional fees includes: real estate agent, notaries/lawyers, technical service fees.

Legal fees only covers notaries/lawyers' fees (and in the case of Spain the fees charged by gestor administrativo, whose involvement in contract execution is usual, have been added to the legal fees) and legal services by real estate agents (if relevant - mainly in Scandinavia)

表七：各國服務指數評估排名（N 值為問卷樣本數）⁷⁴

⁷³ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), 119 (2007).

Table VI-3: Country Service Assessment Indices Ranked According to

N	Country	CHOICE	QUALITY	CERTAINTY	SPEED	AVERAGE
		Index	Index	Index	Index	Index Mean
75	Germany	4.01	5.06	5.19	5.35	4.90
5	Denmark	4.27	4.05	5.52	5.23	4.77
33	Finland	4.55	3.89	4.84	5.68	4.74
34	Ireland	4.64	3.86	5.40	4.88	4.70
4	Austria	4.30	4.21	4.72	5.36	4.65
6	Scotland	3.82	4.59	4.39	5.64	4.61
11	Czech R	4.56	4.78	3.68	5.40	4.61
22	Sweden	4.33	4.22	4.18	5.69	4.61
12	Greece	3.75	4.96	3.58	5.69	4.50
52	England	4.42	3.73	4.26	5.18	4.40
59	Netherland	4.75	4.19	3.08	5.14	4.29
12	Portugal	3.16	4.04	4.43	5.52	4.29
28	Italy	3.40	3.91	3.81	5.56	4.17
23	Slovenia	2.59	4.41	4.19	5.31	4.13
32	Slovakia	3.93	4.49	2.28	5.27	3.99
68	Spain	3.16	3.87	3.07	5.27	3.84
75	Poland	2.75	4.00	3.56	4.73	3.76
2	Luxembourg	2.92	2.46	5.69		3.69
59	Belgium	3.07	3.65	2.74	4.67	3.53
68	France	3.23	3.52	2.55	4.47	3.44
1	Hungary	3.43	1.45	4.61	3.82	3.33
Total		3.7	4.08	3.8	5.09	

Average Index

歐洲法政策中心報告結論上對於拉丁公證制度於不動產移轉交易有兩項批評。首先針對強制公證⁷⁵：

「公證人訴求其高度專門知識與經驗的專業頭銜，仍應受保護。相反的，不動產移轉中公證人執業的排他性權利，並無法被正當化。考量不動產移轉已有相當大程度的標準化，擁有一般性法律文憑與受法律訓練的律師，以及具有特殊專業者如英格蘭式持有專門證照的不動產律師（conveyancer），或斯堪地那維亞式持有專門證照的不動產經紀人，均有能力勝任。但基於利益衝突的問題，雙方當事人應均具有代表其利益的律師或其他專門職業人員，如於英格蘭或威爾斯的通常情形（The professional title of notaries, which may point to high expertise and experience, should still be protected. Conversely, exclusive rights for notaries with regard to real estate transactions are not justifiable. Considering that real estate transactions are to a large extent standardised, lawyers possessing a general law degree and legal training as well as specialised professionals such as the English style licensed conveyancers or Scandinavian style licensed real estate agents, should also be admitted. However, on account of conflict of interest problems, each party should then be represented by his or her own lawyer or other professional as it usually

⁷⁴ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), 149 (2007).

⁷⁵ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), n. 10 (2007).

happens e.g. in England and Wales.)。」

其次就其不動產移轉法律服務的費用上⁷⁶：

「當費用受到各國淨收入的調整，或當費用相對於各國平均房價受評估，一個大致的整體像因此浮現：相對的費用一般而言於斯堪蒂納維雅國家十分低廉，其次為諸多律師系統國家與部分拉丁公證國家（包括荷蘭）。拉丁公證國家如法國、比利時與義大利有著相對高的法律費用。一般而言，表現出較高費用的國家亦傾向於較高度的管制，此可見於附件表格，且可受到簡單的法律費用與法規索引兩者間參照的支持。更甚者，一個建立於費用受淨收入調整基礎上的分析亦指出，於高價與低價移轉中交叉補貼在幾乎所有案例中並不可行，亦即，拉丁公證國家中費用即便受淨收入調整，其仍高於其他法體系中服務提供者得經濟地提供不同類型的服務，包含於低價移轉的情形（When fees are adjusted by net earnings across countries, or, alternatively, when fees are measured relative to the average house price in each country a similar picture emerges: relative fees are generally lower in Scandinavian countries, followed by many lawyer-system countries and some Latin Notary countries (including the Netherlands). The Latin notary countries of France, Belgium and Italy are found to have relatively high legal fees. In general, countries exhibiting higher fees tend also to be those countries with a high degree of regulation, as is shown in detailed tables and supported by simple plots of legal fees versus regulation index. Furthermore, an analysis on the basis of fees adjusted by net earnings also indicates that the cross subsidisation between low and high value transactions in almost all cases does not hold i.e. fees adjusted by net earnings in Latin notary countries are consistently higher than those in the other systems where service providers manage to provide an economically viable service, including in the case of low value transactions.）」

(2) 「歐盟五成員國不動產移轉交易：比較法研究（Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study）」報告

哈佛大學 Peter L. Murray 教授接受歐盟公證人理事會（The Council of the Notariats of the European Union）之資助，就德國、愛沙尼亞、法國、瑞典、英國與美國的不動產移轉交易進行比較法研究。這項跨國研究結果頗具參考價值。固然，該計畫主持人亦已明確表示，這項研究計畫委託單位的意圖在於澄清上述歐洲法政策中心所忽視者，尤其在於澄清關於有利於支持拉丁公證制度之若干事實

⁷⁶ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), n. 27 (2007).

這項研究方法為比較法方法中傳統的「功能相當性」之研究，亦即首先設定假設性案例套用於各該不同國家法制，觀察其間的法律適用於假設性案例時，當事人究竟將支出多少費用，以及其間具體法律適用之結果。本研究之重點更在於，在假設性案例中，若當事人進行不動產移轉交易，究竟將由何法律專門職業人員介入，且其如何介入當事人。

這項研究首先大致描述各國不動產移轉之實務操作。其中幾項值得注意之重點：其一、德國與愛沙尼亞將強制公證與不動產登記制度相結合，而且僅要求低廉之費用，對消費者因此是十分友善的；其二，英格蘭以非訟律師與不動產律師介入當事人不動產交易，其市場雖相較於採取拉丁公證制之國家更為自由化，但其法律服務之品質未必穩定，而且有於交易標的較為低價之情形，收取更高比例費用之傾向。斯堪地那維亞半島採以不動經紀人介入不動產交易之作法，不動產經紀人其收入來源不僅來自於成交所得之佣金，而且因其乃由出賣人所委任，故本質上有著偏頗性的疑慮。

本項研究計畫亦指出，數項比較各國不動產移轉的重要因子。首先，任何關於法律服務費用的比較，必須同時考慮其法律服務的品質。對於這項費用的比較，往往陷於兩項迷思中。一方面，單純以假設性案例中較低法律服務費用者為佳，往往亦忽視各國對於不動產政策的不同考量，以及各國對於不動產移轉交易所提供的法律服務品質。另一方面，統計各國不動產交易相關糾紛與各國法律專門職業介入程度，以推估何種制度更能減少紛爭，實際上將忽視各國整體法律系統與法文化的影響。主持人更以美國醫療糾紛為例，美國雖有比較法上相當高比例因醫療瑕疵所生損害賠償請求案件，且亦有相當高額的責任保險，惟此乃基於美國法律系統與文化所致，並不能因此推斷美國醫療制度對於消費者較為友善。

換句話說，量化研究在比較法雖有其意義，但過度執著於量化將導致研究結果忽視更多重要的影響因素。再者，金融機構介入當事人間不動產交易的程度，往往對於該國不動產移轉交易法制，亦有著舉足輕重的影響。一項穩定的登記制度，實際上十分有利於房貸次級市場的發展與安全。其次，關於各國不動產移轉交易的國家介入以及所要求的消費者保護最低程度，尚不可一概而論。基於其歷史與法文化發展，以及政策考量，各國消費者保護所占有的輕重地位，是有所不同的。況且，各國不動產移轉交易中消費者保護發展的因素，亦可能由市場自行發展形成。例如若干對於標的物資訊不甚透明的情形，亦將影響其售價。質言之，在一向強調消費者自我負責與較低國家介入的私法自治的法律系統中，對於不動產移轉交易與其間的法律服務有著較低的管制，並不突兀。比較法上不應武斷地因此評價該國法律較為劣等，蓋此間制度的選擇，實際上牽涉該國所選擇的價值。

最後，對於各國政府不動產移轉交易法律服務的管制手段與程度，事實上並未與消費者所負擔費用必然成一正比關係。採拉丁公證制度的國家，例如德國，透過交叉補貼的作法，亦即藉由使市場上低價交易與市場上平均價值的交易有著相當的法律服務費用，而降低一般消費者的費用負擔。但如此的作法並不表示，由市場其他參與者與政府所吸收的交易成本，乃無關輕重。由此可見，單純比較消費者負擔的費用，而判斷定法律制度的優劣，將忽視許多影響法律服務費用的重要因素。對於不動產移轉交易法律服務去管制化，因此並不當然能降低消費者負擔費用。

結論而言，這項研究計畫的觀點，必須置於歐盟的脈絡下方得有正確的理解。這項研究計畫所提出的諸多論據，乃上述針對歐洲法政策中心研究報告的批評，尤其後者對歐陸諸多拉丁公證制度之國家有著過於簡化的理解。不動產移轉交易法律服務的制度選擇，往往牽涉諸多因素，並不能僅以量化的經濟方法，斷定其優劣。各國不同制度選擇，亦反應出其整體法律系統與法文化，而且大抵亦運作良好。僅基於法經濟的理由，促使拉丁公證制度國家放棄不動產移轉交易的強制公證，因此顯得十分牽強。反之，對於不動產移轉交易本不採強制公證的國家而言，亦不存在必然的理由須繼受該項強制公證。

其結論引用如下：

「比較不動產移轉是否有效率或其費用難以有合理的標準。尋找一個適當的進路以創立一項不動產移轉系統或制度在國際基礎上的比較亦十分困難。為評斷相對的效率與不動產移轉服務或系統的品質，其所建立基礎的有效性十分可疑，例如比較移轉後紛爭數量或總數，由不動產專門業者所資助責任保險的優先支付與請求。就此十分輕易地有過多其他變因，諸如當地實體與程序法，其他專門職業者的揭露，以及對於起訴友善的法律文化，均影響所顯現的任何得以探究合理不動產移轉服務的品質與效率兩者間關聯的進路 (It is thus very difficult to compare conveyancing efficiency or cost on an "apples to apples" basis. It is also very difficult to find appropriate proxies to make economic comparisons of conveyancing systems or institutions on an international basis. Attempts to gauge relative efficiency or quality of conveyancing services or systems based, for instance, on the comparative number or amount of post transactions disputes, or the professional liability insurance premiums paid or claims sustained by conveyancing professionals are of very dubious validity. There are simply too many other variables, such as local substantive and procedural law, other professional exposures, and claims-friendliness of local legal cultures affecting these purported proxies to permit any reasonable correlation with quality or efficiency of conveyancing services.)⁷⁷。」

⁷⁷ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative

「亦有證據顯示，不動產移轉所需費用顯示為對於整個交易中相對不顯著的費用基礎。本研究下所有司法管轄權範圍中，不動產經紀人於不動產移轉專門職業中對於佣金的收取十分低廉。多數司法管轄權範圍中，不動產移轉所需各種不同形式租稅於整個交易中高於律師與公證人費用（It is also evident that conveyancing costs represent a relatively insignificant element of costs attendant on the transfer of real estate. In all of the jurisdictions under study real estate brokers' commissions dwarf charges by conveyancing professionals. In most jurisdictions real estate transfer taxes in various forms also contribute more to overall transaction cost than do fees of lawyers or notaries.）⁷⁸。」

「依據移轉研究的範圍，不動產移轉專門人員關於給予交易參與人建議、創造必要文件、參與所有權變更登記的費用，占移轉交易價值的 0.30%至 1.65%，取決於整個交易的總額中，是否包含買方貸款，或管轄權有疑義。在瑞典，不動產移轉費用約等同不動產經紀人員費用，且受不動產經紀委員會的補償。如此並不表示這些服務為無償或以低廉的價格提供。事實上，這顯示不動產經紀人的角色，使瑞典不動產經紀人在諸多不需要不動產經紀的不動產交易中亦得收取全部的買賣佣金。在美國，由於缺乏全面性的權利登記系統以及貸款次級市場的發展，導致傾向於施加高額費用於不動產移轉參與人的權利保險產業有爆炸性的發展（Within the range of transactions studied, fees of conveyancing professionals to advise transaction participants, to create necessary documentation, and to attend to change in registration of ownership range from 0.30% to 1.65% of the value of the transaction, depending on the amount of the transaction, whether a purchase money mortgage is involved, and the jurisdiction in question. In Sweden, conveyancing costs are lumped with brokerage costs and are compensated by a broker's commission. This does not mean that these services are free or are rendered at low cost. In fact, it appears that the role of brokers in conveyancing enables Swedish brokers to collect full sales commissions in a large number of transactions in which brokerage services are not needed. In the United States the absence of comprehensive registration of title systems and the development of a secondary market for mortgages has led to an explosive development of the title insurance industry, which has tended to impose higher costs on conveyancing participants.）⁷⁹。」

「立基於不動產交易價值的交易費用，傾向於將低價交易的費用轉嫁於高價者。基於事實上相較於高價不動產移轉，更有許多低價不動產交易，這項政策的

Study, 7-8 (2007).

⁷⁸ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 8 (2007).

⁷⁹ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 8 (2007).

目的乃促進接近司法權的實現以及使高品質不動產移轉服務得以合理的價格提供於消費者。不動產經紀人佣金、租稅、專門職業人員費用於部分司法權管轄下，傾向有此效果。然並無證據顯示於任何情形中，如此附隨的交叉補貼造成對於不論低價或高價不動產市場的無理負擔或干擾。並無任何關於費用的比較，得完全不考量所提供服務的品質。對於多數買受人與許多住宅出賣人而言，自用住宅的購買乃人生中最重要法律上交易之一。雖有諸多關於住宅購買與銷售的面向為例行性，個案情形的多樣性、政府與財務機構要求的複雜性，以及交易對於個人的複雜性，均強烈地支持對於關鍵交易參與人妥善的法律意見提供，尤其買受人以及執行移轉中嚴格的受規制性。愛沙尼亞、法國、與德國的公證人系統由具備高度資格，且負有嚴格的注意義務與就其財務負責並具有特殊專業知識的專門職業人員，對於交易參與人提供獨立且中立的法律意見。如此系統更普遍地確保不動產交易受規制性的高程度(Transaction costs based on the value of the transaction tend to favor low value transactions at the expense of high value ones. In view of the fact that there are many transactions of low value compared to the number of high-value transactions this approach tends to promote access to justice and make high quality conveyancing services available to lower-income consumers at reasonable cost. Brokerage commissions, taxes, and fees of professionals in some jurisdictions tend to have this effect. However there is no indication in any case that any such incidental cross subsidy unreasonably burdens or distorts the market in either high or low value property. No comparison of costs can be complete without considering the quality of the services rendered. For most purchasers and many sellers of residential real estate, the purchase of a home is one of the most important legal transactions of their lives. While many aspects of residential real estate purchases and sales are routine, the variety of individual circumstances, the complexity of government and financial institution requirements, and the importance of the transaction to the individual strongly suggest the importance of good legal advice to the key transaction participants, above all, the buyer, and strict regularity in implementation of the transfer. The notarial systems of Estonia, France, and Germany provide independent neutral legal advice to all transaction participants by highly qualified professionals who are subject to stringent standards of oversight, financial responsibility, and specialized expertise. These systems also promise a high degree of regularity in real estate transactions in general.)⁸⁰。」

「在英格蘭，各該交易參與人由其各自的律師獲得獨立的法律意見。有時買方律師同時亦代表資助的銀行，當其涉及買方銀行利益時得發揮其獨立性。近期持有專業證照的不動產律師亦有權執行移轉。來自這些來源的法律意見品質難以

⁸⁰ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 9-10 (2007).

估量。在瑞典，其顯示為買受人通常並不獲得獨立的法律意見，除非其於交易外不尋常地將諮詢律師納為其一環節。不動產經紀人的義務衝突以及其結構上對於出賣人的忠誠，使其無法成為對於買受人而言獨立法律意見的適當來源。瑞典的系統雖顯示其有效運作於瑞典的文化脈絡中，但其是否得拓展於外國，則相當可疑。在美國緬因州買受人一般而言並不獲得其各自的法律意見，但其由產權調查公司或效忠於金融機構的律師服務。在紐約州，買受人律師的參與更為頻繁，但需支付附加的費用。顯著的資金透過權利保險流向律師並予以財務公司，藉此律師賺取大量的佣金(In England each transaction participant can obtain independent legal advice from his or her own lawyer. Sometimes buyers' lawyers also represent financing banks, which may affect their independence as far as buyer-bank issues are concerned. Recently, licensed conveyancers are also authorized to effectuate transfers. The quality of legal advice from such sources is hard to gauge. In Sweden it appears that buyers do not have access to independent legal advice unless they take the unusual step of consulting a lawyer outside the transaction. The conflicting obligations of real estate brokers and their structural allegiance to sellers do not make them good sources of independent legal advice to buyers. Although the Swedish system appears to work in the context of Swedish culture, one can question whether it can be extended abroad. In the United States Maine buyers do not generally obtain their own legal advice, but are served by title companies or lawyers whose loyalty is to the financing institutions which instruct them. In New York participation by buyers' lawyers is more frequent, but at additional cost. Significant monies are channeled to lawyers for financing entities through required title insurance on which they receive generous commissions.)⁸¹。」

「不動產移轉費用的分析，於本研究中多種體系裡產生一幅混合的整體像。並無任一國家為多種設定的假設性交易中有最高或最低的費用。愛沙尼亞與德國清楚地提供本研究所及的國家中絕對最低價費用中，位於價格光譜上較低價但高品質的服務。在美國與英格蘭的不動產律師偏好高價值交易，且課與比例上更高的費用於低價購買或出售(Analysis of the costs of real estate transfer in the various systems under study produces a mixed picture. No one country is the lowest or highest cost for all of the various hypothetical transactions posited. Estonia and Germany clearly offer consumers at the lower end of the value spectrum high quality conveyancing services at the lowest absolute cost of the countries studied. Conveyancers in the United States and England tend to favor higher-value transactions and impose a proportionally greater cost on the lower value purchases

⁸¹ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 10 (2007).

and sales.)⁸²。」

「本研究並未發現所涉及國家中，存在任何對於不動產移轉服務市場去管制化得導出更低廉費用或高效率的證據。其反對意見亦然。在最為高度管制的司法管轄權如德國或愛沙尼亞，平均費用十分低廉（通常對於多數相應於市場的低價或均價交易），且登記系統有效運作，消費者更呈現高度滿意。另一方面，於有著低度管制的英格蘭，許多較小的交易卻可見其負擔高額費用，且有著高比率的交易失敗率（30%），更呈現出低程度的消費者滿意。在瑞典，不動產經紀人主導著整個移轉程序且顯然地得於許多不需仲介業者的交易中收取買賣佣金。對於偏頗性以及提供於參與人法律意見品質的疑問亦存在於瑞典。在美國，部分地對於不動產移轉市場去管制化，已造成銀行得干擾此市場，使其自身與律師透過轉嫁費用於消費者獲利(This study has found no evidence that deregulation of conveyancing services leads to lower cost or higher efficiency among the countries under consideration. The contrary appears to be true. In the most highly regulated jurisdictions such as Estonia and Germany, average costs are low (particularly for the numerous market-relevant transactions of low and average value), the registry systems function effectively and consumer satisfaction appears to be high. On the other hand in England, with somewhat less regulation, one sees high costs for the many smaller transactions, a high rate of failure of transactions (30%) and a low level of reported consumer satisfaction. In Sweden the real estate brokers have gained control of the conveyancing process and are apparently able to garner sales commissions in many transactions where brokerage is not needed. Questions about the impartiality and quality of legal advice to participants can also be raised in Sweden. In the U. S. partial deregulation of conveyancing has permitted banks to distort the system to benefit them and their lawyers at the expense of consumers.)⁸³。」

「如此清楚地顯示出，不動產移轉服務市場離健全市場相當遙遠，且去管制化不能導致服務的價格得改善至最低。如此更顯示團體如銀行、律師、以及不動產經紀人得基於其市場上的策略地位影響價格與實務。費用與實務亦受到權利登記系統與各地實體物權法規的影響。開明的管制顯為對於費用最小化，與消費者服用負擔的保護較「自由」市場更為有效(It appears clear that the market for real estate conveyancing services is far from a perfect market and that deregulation does not lead to improved services at lowest cost. It appears that groups such as banks, lawyers and brokers are able to influence costs and practices based on their strategic positions in the marketplace. Costs and practices are also affected by public title

⁸² Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 10-11 (2007).

⁸³ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 129 (2007).

registry systems and the provisions of local substantive real property law. Enlightened regulation appears to be doing a better job at cost minimization and consumer expense protection than the “free” market.)⁸⁴。」

「最終並無證據顯示本研究的成員國有任何移轉費用影響不動產市場的情形。各該成員國的移轉系統反映出其國家公共政策與所優先考量者，且顯示出其回應交易參與者與金融公司的要求。並無證據顯示如此多樣的系統阻礙歐洲不動產的投資(Ultimately there is no evidence that conveyancing costs are affecting the market for real estate in any of the Member States under study. Each Member State's conveyancing system reflects its national public policies and priorities and appears to respond to the requirements of transaction participants and financing entities. There is no evidence that the diversity of such systems impedes cross-border investment in European real estate.)⁸⁵。」

(3) 「法律專門職業競爭限制 (Competitive Restrictions in Legal Professions)」報告

經濟合作暨發展組織 (OECD) 亦於西元 2007 年公布其「法律專門職業競爭限制 (Competitive Restrictions in Legal Professions)」的跨國研究報告與政策建議。這項研究報告對歐盟多數國家所採用不動產交易市場須強制公證的政策，亦有所批評與建議。儘管這項研究報告並非僅限於不動產移轉交易是否應經強制公證問題之研究，亦即公證人是否對於不動產移轉交易的法律服務占有壟斷的地位。但有鑑於該問題的爭議性，這項研究計畫就此亦有相當的篇幅，其立場基本上贊成歐洲法政策中心關於開放不同法律專門職業團體進去，而非由單一職業所壟斷，將有利於消費者之見解。

OECD 這項研究報告的結論的理由，參閱這項研究報告中 Roger Van den Bergh 教授對於不動產移轉強制公證的看法⁸⁶。Roger Van den Bergh 教授認為，固然理論上存在正反對立的見解，但若以實證觀察，往往取消特定專門職業獨占不動產交易法律專業服務的市場，將有助於降低消費者所必須支出的費用，而且往往特定職業的獨占權利，亦與法律服務的提升或助益並無關係，蓋諸多特定不動產交易的法律專業服務，例如在房地產交易之情形，已十分標準化，受過部分法律專業訓練的專門職業人員，亦得勝任之。換句話說，強制公證是否確實為更

⁸⁴ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 129 (2007).

⁸⁵ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 12 (2007).

⁸⁶ OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39), 36-40 (2007).

有效率的制度選擇，在理論的層面上當然各方意見均各有所持。但綜觀全球諸多國家的經驗，開放不動產移轉交易法律服務市場，基於市場機制，將使消費者的負擔降低。

舉出英格蘭創設「不動產律師」前後市場上的效應。這兩者對我國或有若干參考價值。首先，關於英格蘭的發展：

「自 1804 年起，非訟律師享有於英格蘭與威爾斯不動產移轉交易服務的獨占權。於 1985 年，創設一平行專門職業「不動產律師」的司法管理法案通過。該專門職業從業人員依法得與非訟律師競爭，提供不動產交易法律服務。此不動產律師實際進入市場於 1987 年 4 月 1 日。這項自由化受到若干關於 1985 年至 1992 年市場變化研究的關注。第一項由 Farmer、Love、Paterson 與 Stephen 主持的研究，關注於不動產移轉服務市場，直至 1986 年底。那是廢除非訟律師獨占，但不動產律師尚未真正進入市場的時期。作者調查關於英格蘭與威爾斯非訟律師代表性的樣本，檢視其如何回應不動產移轉服務市場將來擴大的競爭。其一發現為非訟律師的費用呈現下降的趨勢。此得解釋為，事實上非訟律師已基於預期不動產律師的加入降低其費用。隨後由 Gillanders、Love、Paterson 與 Stephen 的調查，關注於（包含其他）非訟律師代表樣本，對於 1989 年 11 月與 12 月通常不動產移轉交易所收取費用，亦即於不動產律師加入市場後。他們的研究統整 27 個代表性區域。他們發現不動產移轉費用較低廉的地區為不動產律師最為活躍者 (Since 1804 solicitors held a monopoly right for conveyancing services in England and Wales. In 1985, the Administration of Justice Act was passed which created a para-profession called 'licensed conveyancers', the members of which have been allowed to offer conveyancing services in competition with solicitors. Actual entry of these licensed conveyancers took place as of 1st May 1987. This liberalisation has been the focus of a number of studies of the market changes between 1985 and 1992. A first study by Farmer, Love, Paterson and Stephen (1988) focused on the market for conveyancing services towards the end of 1986, that is after the decision on abolishing the solicitors' monopoly was taken, but before the first licensed conveyancers actually entered the market. The authors conducted a survey among a representative sample of solicitors in England and Wales to check what their response to enhanced competition for conveyancing services would be. One of their findings is that at that time solicitors' fees showed a downward tendency. This could be explained by the fact that solicitors may already have been lowering their fees in anticipation of the entry of the licensed conveyancers. A later survey by Gillanders, Love, Paterson and Stephen (1992) focused (among others) on fees charged by a representative sample of solicitors for a routine conveyancing transaction in November and December of 1989, i.e. after the entry of the licensed conveyancers. Their research took account of data for 27 representative geographic areas. They

found lower conveyancing fees in areas where licensed conveyancers had been most active.)⁸⁷。」

「此似乎證實所討論的關於獨占權造成較高費用，且造成對於當事人不利益的假設。然學者卻正確地詮釋這個研究成果。首先，他們對於不滿意其研究僅植基於非訟律師所收取費用，而非由當事人所付出的實際費用。再加上他們更指出，在不動產律師已開始執業地區（亦即更大市場）的費用，早已自 1986 年下降，換言之，早於非訟律師獨占權遭廢止以前。此恐透露出，費用降低可能部分地受到其他因素更甚於不動產律師進入市場的影響(This seems to confirm the converse assumption that a monopoly right causes fees to be higher and thus works to the disadvantage of clients. However, the researchers themselves put this result into perspective. First of all, they stress that their research was based on fees quoted by the solicitors, not on the actual fees paid by their clients. Moreover, they point out that the fees in areas where the licensed conveyancers had entered the market (namely the larger markets), were already lower in 1986, i.e. before the solicitor's monopoly was abolished. This could mean that the lower fees may (partially) be influenced by other factors than the entry of the licensed conveyancers.)⁸⁸。」

「於 1992 年，Stephen、Love、Paterson 對於先前 1989 年調查的地區，進行一項相似的研究，且使用相同的資料，亦即就不動產移轉的特定費用。學者們發現，非訟律師所收取的費用平均高於不動產律師。更有甚者，非訟律師的費用一般性地增加，甚至增加的速度更甚於並未與不動產律師競爭的地區。但一項研究中震驚的結果，乃自 1989 年至 1992 年間，不動產律師的費用亦增加。更有甚者，不動產律師所收取的費用增加的速度，更甚於雙方均活躍於該地區市場的非訟律師，而且使雙方的費用更加相近。其後的研究似乎牴觸了，廢除非訟律師的獨占權，非訟律師將自消費者的利益中收取更低費用之假設(In 1992, Stephen, Love and Paterson undertook a similar research covering the same locations as the earlier 1989 survey and using similar data, i.e. quoted fees for conveyancing transactions (Love, Paterson and Stephen 1994). The researchers found that the fees quoted by solicitors were on average higher than those quoted by licensed conveyancers. Furthermore, solicitors' fees had generally risen and even risen faster in markets where they did not face competition from licensed conveyancers. A striking result of the research, however, was that licensed conveyancers' fees also had risen between 1989 and 1992. Furthermore, the fees of licensed conveyancers had risen faster than those of solicitors in markets where both professions were active, thus making fees of both professions more similar. The latter result seems to contradict the assumption that abolishing monopoly rights will lead to lower fees being charged to the benefit of

⁸⁷ OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39), 37 (2007).

⁸⁸ OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39), 37 (2007).

consumers.)⁸⁹。」

「學者們承認，他們的研究，並不能真正證實規範制度的變更對費用的影響，但這可以說明，非訟律師與嗣後進入市場的不動產律師似乎彼此調適。回顧這些研究成果，Stephen 與 Love 應該對這些成果加以解釋。他們呈現出若干能解釋，何以不動產律師進入市場後，並未能如同所預期，於不動產移轉服務市場引進一定競爭後，將導致費用降低之因素。其中一個因素可能為費用在很大的程度上，受到非訟律師在當地市場的集中程度影響。其次，不動產律師進入市場的整體程度，尚屬輕微，尤其於鄉村地區。若干因素得解釋這個現象，諸如當時房市的衰退與事實上不動產律師有較有限的機會發展其業務。而且風險得自不同業務間分散，但其僅得執行一項業務。不動產律師負擔高風險的事實得以解釋，何以其收取較預期更高的費用，以補償該風險。作者認為，允許其他多角化的服務提供者（如銀行或住宅金融協會）進入市場時，方得以實現正向之效果。當其並不存在任何關於上述多角化服務提供者的證據時，便應保留該項問題。但總而言之，該項證據恐支持非訟律師就不動產移轉服務之費用，將自多角化服務提供者在場時降低(The researchers admit that their research results can not per se assess the effect on fees of the change of the regulatory regime, but suggest that there seems to have been an accommodation between solicitors and licensed conveyancers after the entry of the latter. Looking back on these results, Stephen and Love (1996) have sought explanations for these findings. They present several elements which could explain why the entry of licensed conveyancers has not, as expected, led to lower fees as a consequence of the introduction of a certain level of competition in the market for conveyancing services. One element could be that the fees were to a large extent influenced by the level of solicitor concentration in local markets. Further, the overall level of entry of licensed conveyancers was rather low, especially in rural areas. Several factors may explain this, such as the slump in the housing market in those days and the fact that licensed conveyancers have more limited opportunity for business development and risk spreading across different services, since they can only offer a limited range of services. The fact that licensed conveyancers carry a larger risk may explain why they charge higher fees than expected to compensate for this risk. The authors believe that positive effects may be realized when other multi-services providers (such as banks and building societies) would be allowed to enter the conveyancing market. Since there exists no evidence of such entry, this question remains open. But overall, the evidence seems to suggest that solicitor fees for conveyancing services were lower when more para-provider competition was

⁸⁹ OECD, *Competitive Restrictions in Legal Professions* (DAF/COMP(2007)39), 38 (2007).

present.)⁹⁰。」

其結論為：「一項法律專門職業並不應擁有履行無庸擴張與專門法律專業訓練業務的排他性權利（A legal profession should not have an exclusive right to perform tasks that do not necessarily require extensive and broad legal professional training.）⁹¹。」尤其針對不動產交易的強制公證：

「於多數司法管轄權範圍，律師僅就於訴訟代理享有排他性權利。法律諮商市場仍保留廣泛地開放空間。對於法律上不動產移轉與移轉登記業務（不動產移轉交易服務），存有多樣的規範模式。拉丁公證人於其司法管轄權範圍對於提供不動產移轉交易服務享有排他的權利。但在特定普通法系司法管轄權範圍（英格蘭、威爾斯、不久以後愛爾蘭與紐西蘭），不動產移轉交易市場已開放於新類型的法律專門職業人員「不動產律師（licensed conveyancers）」。⁹²實證上的證據支持允許第二個職業團體提供服務將得刺激價格競爭與提升消費者的價格意識，縱使競爭的驅力最終將應專門職業間彼此調節反應而下降。對於法律上交易無庸專門技術者排他性權利的移除，以及對其業務保持有益的價格競爭，將為 OECD 會員司法管轄權下立法者有待應對的挑戰（In most jurisdictions, lawyers only enjoy a monopoly over representing clients in courts. The market for legal advice remains largely open. For the legal transfer of landed property and the registration of transfers in public registers (conveyancing services), there are diverse situations. Latin notaries enjoy exclusive rights to provide conveyancing services in their jurisdictions. But in certain Common Law jurisdictions (England, Wales and, in the near future, also Ireland and New Zealand) the market for conveyancing services has been opened up to a new category of professionals, licensed conveyancers. Empirical evidence suggests that allowing a second group of professional to provide a service may stimulate price competition and greater price consciousness among consumers, even though the vigour of competition may ultimately be reduced by accommodative reactions between the professions. Removing exclusive rights for legal transactions that do not require high level of technical skills and preserving beneficial price competition for such tasks remains an important challenge for policymakers in many OECD jurisdictions.）⁹²。」

⁹⁰ OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39), 38 (2007).

⁹¹ OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39), 11 (2007).

⁹² OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39), 11-12.

(二) 德國民法之規範模式

德國民法相關規定主要涉及其債編與物權編之規定。以下擬先說明德國民法債編相關規定，繼而說明德國民法物權編規定，最後說明民法第 166 條之 1 規定在繼受上的落差。

1. 強制公證之客體

以下說明，乃以德國民法第 311b 條與德國地上權法第 11 條為內容，主要涉及相關債權契約之強制公證。

(1) 土地所有權移轉之債權契約

德國 2002 年債務法現代化法，將德國民法舊法 313 條移至現行德國民法第 311b 條第 1 項，基本上並未更動其規範內容⁹³。德國民法第 311b 條第 1 項規定：「使一方當事人負有移轉或取得土地所有權義務之契約，應作成公證書。未遵守這項方式所訂定之契約，若已完成當事人於權責單位前同時在場所為之物權合意 (Auflassung)，且經登記於土地登記簿，依其全部內容有效 (Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen)。」

從上開德國民法規定可知，德國民法第 311b 條第 1 項規定之適用範圍僅限於土地所有權，僅限於以移轉或取得土地所有權為內容之債權契約⁹⁴。而且依德國民法第 94 條第 1 項規定，不動產僅為土地，土地上之定著物則為土地之重要成分⁹⁵。

區分所有 (Teileigentum；德國住宅所有權法第 1 條第 1 項)，乃以住宅所有權 (Wohnungseigentum) 與共同所有權 (gemeinschaftlichen Eigentum) 為內容。住宅所有權，乃於住宅上所成立之特別所有權 (Sondereigentum)，即我國法上之專有部分所有權 (德國住宅所有權法第 1 條第 2 項)。共同所有權為住宅所有人分別共有，即我國法上之共同部分，包括不屬於專有部分所有權或不屬於第三人之土地、

⁹³ BT-Drucks. 14/6040, S. 166.

⁹⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Rn. 91 (21. Aufl.); BeckOK BGB/Gehrlein, § 311b BGB, Rn. 2 (51. Ed).

⁹⁵ Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 1190 (9. Aufl.); Brehm/Berger, Sachenrecht, S. (30. Aufl.).

建築物之設備與設施與土地(Grundstück；德國住宅所有權法第 1 條第 2 項與第 5 項)。共同所有權所指之土地，即我國法上之基地。

依德國住宅所有權法第 6 條第 1 項規定，專有部分所有權(住宅所有權)不具有獨立性，不得與分別共有之部分(包括土地)分離而為移轉或設定負擔，是以於負有專有部分所有權移轉或取得之給付義務之債權契約，德國民法第 311b 條第 1 項規定亦有適用餘地⁹⁶。至於地上權設定或移轉之債權契約，依德國地上權法(Erbbaurechtsgesetz)第 11 條第 1 項規定，「準用」德國民法第 311b 條第 1 項規定⁹⁷。關於這項準用，詳見後述。

德國民法第 311b 條第 1 項規定當年之立法理由：(1) 透過強制土地所有權移轉為內容的負擔契約作成公證書，以預防發生紛爭(其實就是紓解訟源⁹⁸；因公證書具有證據功能、警告功能與法律行為有效性保障功能⁹⁹)；(2) 當事人有保護之必要(土地價值通常較高，為人民物質生活中心或經濟存在基礎¹⁰⁰)，以及法安定性與信賴保護(維護土地登記制度，即透過公證，以避免登記狀態與真實權力狀態不符，以及避免因債權契約無效不成立或被撤銷，而依不當得利之規定，塗銷物權變動之登記)¹⁰¹。應附帶說明者，乃強制公證作為法定要式之一，原即當然亦具有要式乃為促使慎重(警告)與證明之功能，僅公證書的慎重、警告與證明功能較一般要式而言更為強大。

(2) 現在財產移轉之債權契約

應特別說明者，乃德國民法第 311b 條第 2 項與第 3 項關於強制以財產移轉為內容之債權契約公證之規定，以及德國民法第 311b 條第 4 項與第 5 項關於強制遺產契約公證之規定。

德國民法第 311b 條第 3 項乃承接同條第 2 項而來。德國民法第 311b 條第 2 項規定：「契約，其使一方當事人負有移轉其將來財產或其將來財產之應有部分，或於其上設定使用收益權¹⁰²之義務者，無效 (Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, ist nichtig.)。」

⁹⁶ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 6 (8. Aufl.); Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, , Rn. 91 (21. Aufl.); BeckOK BGB/Gehrlein, § 311b BGB, Rn. 2 (51. Ed); Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 126 (10. Aufl.).

⁹⁷ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 126 (10. Aufl.).

⁹⁸ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 7 (8. Aufl.).

⁹⁹ BeckOK BGB/Gehrlein, § 311b BGB, Rn. 1 (51. Ed).

¹⁰⁰ HKK/Harke, § 311b Rn. 5.

¹⁰¹ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 4 (8. Aufl.);

¹⁰² 本研究計畫將 Nießbrauch 這項用益物權翻譯為使用收益權。

這條規定禁止將來財產之移轉，其規範意旨乃避免債務人因此完全放棄任何取得財產之可能性，避免債務人喪失取得財產之動力¹⁰³。

至於德國民法第 311b 條第 2 項規定所指之使用收益權(Nießbrauch)，乃德國民法第 1085 條至第 1089 條所規定，以財產之使用收益支配為內容之使用收益權(Nießbrauch an einem Vermögen)。德國民法上之使用收益權((Nießbrauch)，但其標的物並不限於不動產，並不限於土地，而包括動產、不動產(Nießbrauch an Sachen；德國民法第 1030 條至第 1067 條)、權利(Nießbrauch an Rechten；德國民法第 1068 條至第 1084 條)與抽象財產(Nießbrauch an einem Vermögen；德國民法第 1085 條至第 1089 條)。德國民法上所允許之使用收益權(Nießbrauch)，性質上與我國民法上之任何用益物權並不相同。我國民法並不允許這種用益物權。

德國民法第 311b 條第 3 項規定：「契約，其使一方當事人負有移轉其現在財產或其現在財產之應有部分，或於其上設定使用收益權之義務者，應作成公證書(Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, bedarf der notariellen Beurkundung.)。」

這條規定強制其所規定之債權契約公證，其規範意旨在於¹⁰⁴：其一，立法者固然透過同條第 2 項規定，禁止將來財產之移轉或於其上設定使用收益權，但並不禁止現在財產之移轉或於其上設定使用收益權，而以該等契約為有效，良以在此間並無債務人放棄任何取得財產之可能性之顧慮可言，並無債務人喪失取得財產動力之顧慮可言；其二，透過強制公證，避免債務人不甚瞭解其所負債務之範圍，以及避免當事人規避關於死因處分(包括遺囑與繼承契約)之要式規定(德國民法第 2247 條、第 2249 條至第 2251 條，第 2274 與第 2276 條)。

至於德國民法第 311b 條第 1 項之規範意旨，如前所述，乃(1) 透過強制土地所有權移轉為內容的負擔契約作成公證書，以預防發生紛爭(其實就是紓解訟源¹⁰⁵；因公證書具有證據功能、警告功能與法律行為有效性保障功能¹⁰⁶)；(2) 當事人有保護之必要(土地價值通常較高，為人民物質生活中心或經濟存在基礎¹⁰⁷)，以及法安定性與信賴保護(維護土地登記制度，即透過公證，以避免登記狀態與真實權力狀態不符，以及避免因債權契約無效不成立或被撤銷，而依不當得利之規定，塗銷物權變動之登記)¹⁰⁸。

¹⁰³ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 100 (8. Aufl.); HKK/Harke, § 311b Rn. 9.

¹⁰⁴ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 115-116 (8. Aufl.)。

¹⁰⁵ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 7 (8. Aufl.).

¹⁰⁶ BeckOK BGB/Gehrlein, § 311b BGB, Rn. 1 (51. Ed).

¹⁰⁷ HKK/Harke, § 311b Rn. 5.

¹⁰⁸ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 4 (8. Aufl.);

從以上說明可知，德國民法第 311b 條第 1 項與同條第 3 項之規範意旨，兩者完全不相同，前者在保護當事人與維持登記制度(法安定性與信賴保護)，後者在於避免債務人對其所負債務範圍不甚瞭解，以及避免當事人規避關於死因處分之要式規定。德國民法第 311b 條第 1 項與同條第 3 項規定，兩者實在無法相提並論。立法者只是以強制公證，達到各該項不同之規範意旨而已。準此而論，得與我國民法第 166 條之 1 相比較者，僅德國民法第 311b 條第 1 項規定，德國民法第 311b 條第 3 項規定，則不在可資比較之列。

(3) 繼承關係契約(Erbschaftsvertrag)

德國民法第 311b 條第 4 項規定：「關於仍在世第三人遺產之契約，無效。關於仍在世者遺產之遺贈或特留分之契約，亦同 (Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das Gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten)。」

德國民法第 311b 條第 5 項規定：「第 4 項，於將來法定繼承人所締結關於法定繼承人中之一人之法定應繼分或特留分之契約，不適用之。如此之契約以公證為必要。(Absatz 4 gilt nicht für einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung)。」

德國民法第 311b 條第 5 項規定乃承接同條第 4 項而來。德國民法第 311b 條第 4 項規定，禁止第三人針對他人遺產之債權契約，其禁止的理由在於¹⁰⁹：(1) 第三人就他人遺產謀劃，並不道德，良以不啻預測他人之死亡；(2) 限制了被繼承人之遺囑自由；(3) 避免草率之人揮霍財產或受剝削。

德國民法第 311b 條第 5 項第 1 句規定則允許法定繼承人間所訂定之所謂的繼承關係契約(Erbschaftsvertrag)，其允許的理由在於¹¹⁰：(1) 尤其在與財貨移轉、對兄弟姊妹之補償或移(民)出境之關聯上，並無法認為繼承人契約是不道德的；(2) 尤其當無法取得繼承人之同意時，繼承人契約尤其具有意義。德國民法第 311b 條第 5 項第 2 句規定則強制繼承人契約公證，以確保繼承人之真意。

從以上說明可知 德國民法第 311b 條第 5 項與同條第 1 項規定之規範意旨出發點完全不相同，兩者只是均以強制公證達到其各自之規範意旨。是以可與民法第 166 條之 1 相比較者，僅德國民法第 311b 條第 1 項規定，德國民法第 311b 條第 5 項規定，則不在可資比較之列。

¹⁰⁹ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 122 (8. Aufl.).

¹¹⁰ MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 123 (8. Aufl.).

(4) 地上權之債權契約

德國地上權法(Erbbaurechtsgesetz)第 11 條第 1 項規定：「民法關於土地之規定，除第 925 條、第 927 條與第 928 條規定外，以及關於本於所有權之請求權之規定，以本法未另有規定者為限，於地上權準用之。地上權之移轉附有條件或期限者，無效(Auf das Erbbaurecht finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Gesetz ein anderes ergibt. Eine Übertragung des Erbbaurechts, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.)」。

德國地上權法第 11 條第 2 項規定：「民法第 311b 條第 1 項規定，於使當事人之一方負有設定或取得地上權之義務之契約，準用之(Auf einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu erwerben, findet der § 311b Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.)」。

依德國地上權法第 11 條第 2 項規定，設定或取得地上權之債權契約，亦應經公證¹¹¹。德國法上之地上權與我國法上之地上權不盡相同。德國法上不動產僅限於土地(房地合一)，而與我國法採房地分離不相同。德國法上之地上權人於土地上所建築之物，因此不僅並非如我國法上定著物乃不動產，亦非土地之重要成分，而是地上權之重要成分(德國地上權法第 12 條第 1 項第 1 句)¹¹²。此外，例如德國法上之地上權期限要非並無期限，就是至少 66 年或 99 年之久¹¹³。而且德國地上權法第 11 條第 1 項明文規定，民法關於土地之規定，於地上權準用之。¹¹⁴。我國民法並未設有關於土地之規定於地上權準用之一般性規定。是以德國地上權法第 11 條第 2 項，是否在可資比較之列，實在不無疑問。

2. 物權契約一併作成公證書之交易常情

德國民法第 311b 條第 1 項規定，尤其是第 2 句規定，乃符合相應同法第 925 條規定而設。德國民法第 925 條第 1 項規定：「依民法第 873 條規定，移轉土地所有權所必要之讓與人與受讓人合意，應以雙方當事人於權責單位前同時在場為之。公證人，無礙其他單位之權責，權責受理移轉合意。這項移轉合意，亦得於法院和解或確定判決所確認之破產計畫中為之(Die zur Übertragung des

¹¹¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Rn. 91 (21. Aufl.)

¹¹² Wieling, Sachenrecht, S. 383 (5. Aufl.).

¹¹³ Wieling, Sachenrecht, S. 383 (5. Aufl.).

¹¹⁴ Wieling, Sachenrecht, S. 383 (5. Aufl.)

Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. Zur Entgegennahme der Auflassung ist, unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen, jeder Notar zuständig. Eine Auflassung kann auch in einem gerichtlichen Vergleich oder in einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan erklärt werden.) 。

德國民法 873 條第 1 項規定：「為移轉土地所有權、為土地上之權利負擔，以及為移轉如此的權利或其上的負擔，以法律未另有規定者為限，以權利人與他方當事人，就權利變更之發生與權利變更經登記於土地登記簿之合意為必要(Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.) 。」該條第 2 項規定：「以意思表示經公證人作成公證書，或已向土地登記簿機關發出或送達者為限，當事人於登記前亦受拘束(Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat) 。」

德國民法第 925 條第 1 項規定文義，以公證人乃受理當事人物權合意之權責單位之一，並未規定當事人應於公證人處為物權合意，但通說以當事人「應於公證人前」同時在場為這項物權合意¹¹⁵。

德國土地登記簿法第 20 條規定：「於土地所有權移轉之物權契約，地上權之設定、內容變更或移轉之情形，權利人與他方當事人之必要合意業經表示者，始得為登記(Im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist) 。」

依德國土地登記簿法第 29 條規定：「登記同意或其他登記所必須之表示經公文書或公認證書證明者，始得為登記。其他登記之要件，以其未於土地登記機

¹¹⁵ Wieling, Sachenrecht, S. 360 (5. Aufl.); Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 243 (3. Aufl.); Vieweg/Werner, Sachrecht, S. 444 (7. Aufl.); MünchKomm/Kanzleiter, § 925 BGB, Rn. 14; Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 285 (18. Aufl.); Weber, Sachenrecht II, S. 146 (4. Aufl.)。關於這項爭論之文獻狀況，MünchKomm/Kanzleiter, § 925 BGB, Rn. 14.

關前公開者為限，應以公文書證明之(Eine Eintragung soll nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden.)」

由於依德國土地登記簿法第 20 條與第 29 條規定，土地所有權移轉之物權契約須經表示者，始得為登記；當事人於登記程序中必須以公文書或公認證書證明，雙方已於權責單位前同時在場為這項物權合意，是以實際上當當事人於公證人前同時在場為土地所有權移轉之物權合意時，通常就該合意作成公證書¹¹⁶，如此始能向登記機關證明，雙方確實已在權責單位同時在場為該物權合意，進而能完成登記¹¹⁷。在如此的規範背景底下，當事人不僅依法就土地所有權移轉的債權契約作成公證書(強制公證)，「通常(任意公證)」也一併就作為該債權契約的履行行為的物權契約作成公證書。

德國民法第 925 條第 1 項規定，並未禁止當事人透過代理於公證人前同時在場為物權合意，亦即該條項所指稱之當事人同時在場，亦包括當事人之代理人同時在場¹¹⁸。但德國民法第 925 條第 1 項規定則不允許透過使者為之。換句話說，當事人作成物權契約，透過使者於公證人前發出該物權契約，並不符合德國民法第 925 條第 1 項所規定當事人於公證人前同時在場為物權合意之要求¹¹⁹。

德國民法第 873 條規定以土地物權契約乃非要式行為，當事人原則上不受該物權合意拘束，得隨時撤銷(Widerruf)之；這項隨時撤銷權意旨，乃保護表意人免於未經深思熟慮的處分，實際上等同要式行為促使當事人慎重的作用。但若這項物權合意已經公證人作成公證書，或已向土地登記簿機關發出或送達，則不得撤銷之¹²⁰。

在德國民法第 873 條規定的適用底下，當事人透過就土地所有權移轉的物權契約作成公證書，即得避免彼此任意撤銷該物權契約。德國文獻上所指，當事人通常也一併就土地所有權移轉的物權契約作成公證書的實務運作觀察，因此則完全是可以理解的。

¹¹⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 285 (18. Aufl.); Wieling, Sachenrecht, S. 360 (5. Aufl.); Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 138 (32. Aufl.); MünchKomm/Kanzleiter, § 925 BGB, Rn. 16; Vieweg/Werner, Sachrecht, S. 444 (7. Aufl.); Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 138 (32. Aufl.); Weber, Sachenrecht II, S. 146 (4. Aufl.); Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 243 (3. Aufl.)。

¹¹⁷ Wieling, Sachenrecht, S. 360 (5. Aufl.); Vieweg/Werner, Sachrecht, S. 444 (7. Aufl.)。

¹¹⁸ Wieling, Sachenrecht, S. 360 (5. Aufl.); Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 243 (3. Aufl.); Vieweg/Werner, Sachrecht, S. 444 (7. Aufl.)。

¹¹⁹ Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 243 (3. Aufl.)

¹²⁰ Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 179 (3. Aufl.); MünchKomm/Kanzleiter, § 925 BGB, Rn. 32.

德國土地登記簿法第 20 條與第 29 條規定，亦共同促成當事人就這項物權契約作成公證書之交易常情。於是關於土地所有權移轉，土地所有權移轉之債權契約適用強制公證，土地所有權移轉之物權契約則通常經公證。在德國實務上，公證人因此就土地所有權移轉之債權契約(強制公證)與其物權契約(任意公證、交易常情)一併作成公證書，而且甚至以同一份公證書面之方式為之¹²¹。

德國民法第 925a 條規定：「已出具或同時遞交依第 311b 條第 1 項第 1 句所必要關於契約之證書者，始得受理土地所有權移轉之物權合意(Die Erklärung einer Auflassung soll nur entgegengenommen werden, wenn die nach § 311b Abs. 1 Satz 1 erforderliche Urkunde über den Vertrag vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird)。」

儘管德國民法第 925a 條規定，未出具或同時遞交土地所有權移轉之債權契約之公證書者，權責單位不得受理土地所有權移轉之物權合意，但文獻上一致以這條規定是秩序規定(Ordnungsvorschrift；類似我國法上之取締規定)，其僅是為防免當事人於債權契約無效時，仍作成土地所有權移轉之物權契約之情況發生而已，權責單位違反這條規定而受理土地所有權移轉之物權契約者，該物權契約仍然有效¹²²。德國民法第 925a 條規定，於是更加強化了土地所有權移轉為內容之債權契約應作成公證書之要求，即更促使當事人遵守該項強制公證，而避免了諸多已完成土地所有權移轉登記，但其原因契約卻未作成公證書之情形¹²³。

3. 公證書欠缺(瑕疵)之治癒

如前所述，依德國土地登記簿法第 29 條規定，土地所有權移轉之物權契約未經公證者，不得受理登記。這條規定更促使當事人就該物權契約作成公證書。德國土地登記簿法第 20 條規定，亦共同促成當事人就這項物權契約作成公證書之交易常情。關於土地所有權移轉，土地所有權移轉之債權契約適用強制公證，土地所有權移轉之物權契約則通常經公證。

而這項法律狀態亦有理論基礎。代替理論，即以法律行為欠缺方式(包括公證書)之治癒，乃在取代、代替法律行為之方式(Heilung als Formsetzung)，治癒乃與法律行為方式等價等值的手段¹²⁴。這項理論不僅為德國民法典立法者所採之理

¹²¹ Vieweg/Werner, Sachrecht, S. 444, Rn. 134 (7. Aufl.); Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 126 (10. Aufl.); Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 285 (18. Aufl.).

¹²² Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 287 (18. Aufl.); Specks, RNotZ 2002, 194, 196; Brehm/Berger, Sachenrecht, S. 243 (3. Aufl.); Wieling, Sachenrecht, S. 360 (5. Aufl.); Vieweg/Werner, Sachrecht, S. 444 (7. Aufl.); Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 138 (32. Aufl.).

¹²³ Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 287 (18. Aufl.); Specks, RNotZ 2002, 194, 196; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 126.

¹²⁴ 關於這項理論之說明，Ludwig Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 89.

論¹²⁵，亦頗有贊同這項理論者¹²⁶。

關於法律行為欠缺方式之治癒，除代替理論之外，尚有確認理論、法律上原因理論與方式目的結束理論。確認(Bestätigung)理論以德國民法第 141 條關於無效法律行為之確認之規定為依據。德國民法第 141 條第 1 項規定：「無效之法律行為為作成法律行為之當事人所確認者，應以該確認為再次作成法律行為(Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen)。」同條第 2 項規定：「無效契約為雙方當事人所確認者，當有疑義時，應以當事人對彼此負有使他方取得，若契約自始有效時所可取得者之義務(Wird ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre)。」我國民法並未有類似德國民法第 141 條之規定。

確認理論以欠缺方式法律行為之治癒，乃無效法律行為之確認。在土地所有權移轉之債權契約因未經公證而無效之情形，當事人因對該無效之契約進行確認，故原則上負有使該無效之債權契約自始有效之義務，亦即透過治癒使該無效之債權契約自始有效之義務。但無效法律行為之確認，基本上乃再次且有效作成法律行為。法律行為方式欠缺之治癒，基本上並非以法律行為的再次作成治癒法律行為方式之欠缺，而是透過另外的法律手段治癒法律行為方式之欠缺，例如在土地所有移轉之債權契約未經作成公證書之情形，作成土地所有權移轉之物權契約，就其作成公證書並完成登記，是以這理論在德國文獻上乃少數見解¹²⁷。

法律上原因約定理論則以欠缺方式之法律行為之治癒，乃法律上原因之約定，當事人完成治癒手段時，即法律上原因約定，如此的法律上原因約定與治癒規定本身，僅作為當事人保有給付之原因，當事人並無法據以請求給付。由於治癒手段遠遠超過法律上原因約定所具有之意義，且早期文獻上對法律上原因約定是否為自然債務亦頗有疑問，故而這項理論亦為少數說¹²⁸。

方式目的結束理論，顧名思義乃當事人完成治癒手段時，方式規定之規範目的即告終結、完成，德國文獻上亦頗有贊同這項理論者，而且主要用於反駁確認

¹²⁵ Ludwig Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 89; Specks, RNotZ 2002, 194, 195.

¹²⁶ Specks, RNotZ 2002, 194, 196; MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 81-82; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Rn. 100 (21. Aufl.); Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 129 (10. Aufl.).

¹²⁷ 關於這項理論之說明，Ludwig Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 91-95.

¹²⁸ 關於這項理論之說明，Ludwig Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 96-101.

理論與法律上原因約定理論¹²⁹。

德國文獻上多以德國民法第 311b 條第 1 項規定乃以土地所有權移轉之物權契約與完成登記作為該欠缺公證書之債權契約之治癒，亦即以履行作為治癒(代替理論)¹³⁰。但這項見解不無疑問。依代替理論，法律行為欠缺方式(包括公證書)之治癒，乃在取代、代替法律行為之方式，治癒乃與法律行為方式等價等值的手段。當土地所有權移轉之債權契約未作成公證書時，唯有相同或更高品質於公證書之法律手段，始有資格取代土地所有權移轉債權契約所欠缺之公證書。如前所述，在德國相關規定適用的背景底下(德國土地登記簿法第 20 條)，形成了當事人就土地所有權移轉之物權契約作成公證書之交易常情。這項交易常情更證明了，只有作成土地所有權轉之物權契約與完成登記，並無法與公證書等價等值；唯有當土地所有權移轉之債權契約未經作成公證書時，若其物權契約已經公證且完成登記，始治癒該欠缺公證之債權契約—公證人已介入土地交易過程。

如前所述，德國民法第 925a 條關於土地所有權移轉債權契約未經公證者，權責單位不得受理物權合意之規定，更加強化了土地所有權移轉為內容之債權契約之強制公證，即更促使當事人遵守該項強制公證。但也因為德國民法第 925a 條規定，德國民法第 311b 條第 1 項所規定治癒手段之適用可能性，實際上也因此大幅地降低許多，德國民法第 311b 條第 1 項所規定之治癒，在實務上也只發生在所謂的黑買賣(Schwarzkauf；違法買賣之意)¹³¹。

在黑買賣之情形，當事人為了逃漏稅與避免費用，而約定較低的土地買賣價金。縱使該土地買賣經公證人作成公證書，但因其乃通謀虛偽意思表示，故而無效(德國民法第 117 條第 1 項)。在該土地買賣裡仍然隱藏著另一項真買賣(德國民法第 117 條第 2 項)。因這項真買賣未經作成公證書，於是有可能透過德國民法第 311b 條第 1 項關於治癒之規定，而治癒公證書之欠缺¹³²。

(三) 瑞士民法的規範模式

我國民法的編纂其實頗受瑞士民法與瑞士債務法影響。瑞士民法與債務法相關規定，因此也在以下一併分析之列。

¹²⁹ 關於這項理論之說明，Ludwig Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 96-101; Specks, RNotZ 2002, 194,

¹³⁰ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Rn. 91, 100 (21. Aufl.); Specks, RNotZ 2002, 194, 196-197; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 129 (10. Aufl.); MünchKomm/Ruhwinkel, § 311b BGB, Rn. 81-82; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 269 (4. Aufl.).

¹³¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Rn. 101 (21. Aufl.).

¹³² Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, Rn. 101, 97 (21. Aufl.); Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 269 (4. Aufl.).

1. 土地買賣之強制公證(債務法)

瑞士債務法第 216 條第 1 項規定：「以土地為客體之買賣契約，應經公證，始生效力(Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstande haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung)。」本條規定強制土地買賣契約應作成公證書，未經作成公證書之土地買賣，無效¹³³。

2. 土地所有權移轉之債權契約之強制公證

瑞士民法第 657 條第 1 項規定：「以土地¹³⁴所有權移轉為目的之契約，為發生其拘束力，應作成公證書(Der Vertrag auf Eigentumsübertragung bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung)。」本條規定，凡以土地所有權移轉為內容的原因契約(Grundgeschäft)均應作成公證書，未經作成公證書者，無效。由上開規定可知，瑞士債務法基本上乃瑞士民法第 657 條第 1 項之具體規定而已¹³⁵。

而且瑞士法之規範模式明顯與德國法之規範模式不盡相同。德國法上僅土地所有權移轉之原因契約應作成公證書，至於土地所有權移轉之物權契約則是得作成公證書，而且一旦完成符合形式要求(當事人於權責單位前同時在場為物權合意)，且土地所有權移轉經作成公證書時，則取代了原因契約所欠缺之公證，前者因此仍生效力。瑞士法則僅要求土地所有權移轉為內容的債權契約公證，而未另外規定土地所有權移轉的物權契約是否得公證。

參、民法第 166 條之 1 之現況

以下說明客體，乃民法第 166 條之 1 現況下之解釋適用，以及其與其他相關規定之關係。

一、強制公證範圍—不動產物權之債權契約

民法第 166 條之 1 第 1 項規定文義，指向任何以不動產物權變動為內容之債權契約，亦即一方當事人依該債權契約負有不動產物權變動之債務。該條項所指不動產物權基本上包括：土地所有權、定著物所有權、區分所有權、地上權、

¹³³ Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., S. 225-227.

¹³⁴ 法條雖僅言及所有權移轉契約，但從前後條文以觀，應是指土地所有權移轉契約。

¹³⁵ BSK ZGB 2-Art. 657, Rn. 9.60

區分地上權、農育權、典權、抵押權、以地上權為標的之抵押權、以農育權為標的之抵押權、最高限額抵押權。

任何以上開不動產物權變動為內容之債權契約，均為該條所指的債權契約。在以財貨移轉為內容之有名債權契約(買賣、贈與與互易)，若其以不動產物權移轉為內容者，均為民法第 166 條之 1 所指的債權契約，例如土地買賣、定著物(建築物、房屋)之買賣、區分所有權(專有部分所有權)之買賣、地上權或農育權之買賣、土地贈與、定著物(建築物或房屋)之贈與、區分所有權(專有部分所有權)之贈與、地上權或農育權之贈與、土地互易、定著物(建築物、房屋)互易、區分所有權(專有部分所有權)互易、地上權或農育權互易。

即便非以財貨移轉為內容之有名債權契約，若其當事人之一方負有不動產物權變動之義務，仍「有可能」成為民法第 166 條之 1 的債權契約，例如：在基地租賃，承租人得請求為地上權之登記，出租人於是負有登記地上權之義務(民法第 422 條之 1)；承攬之工作為建築物者，承攬人負有移轉其所完成建築物所有權之義務；承攬人就工作所附定作人之不動產，得請求為抵押權登記，定作人因此負有抵押權登記義務(民法第 513 條)；在委任，受任人以自己名義為委任人所取得之不動產物權(民法第 541 條)；在合夥，合夥人以不動產物權為出資者，負有移轉或設定不動產物權之義務；在信託，為信託而移轉之財產為不動產物權者，委託人負有移轉不動產物權之義務。

在無名的債權契約，例如：不動產抵押權設定之債權契約；在抵押權次序處分，當事人依約定處分次序之義務；流抵契約；地上權、農育權、典權、不動產役權設定之債權契約；共有之不動產依分割協議而分割者，共有人負有移轉相應有部分於彼此之義務；在借名登記契約，借名人負有移轉不動產物權之義務。

從以上說明可知，民法第 166 條之 1 第 1 項規定之適用範圍極廣。儘管依物權法定主義，物權契約的種類受到限制(民法第 757 條)，但在契約法則不採行法定主義，而是自由原則。民法第 166 條之 1 第 1 項所指的債權契約，因此基本上只受到不動產物權種類限制，亦即不動產物權變動義務的限制而已，不動產物權變動義務的發生原因的債權契約種類基本上則並無任何限制，例如可以是不動產買賣、贈與、信託與借名登記、共有不動產之分割協議。

立法者創設了一項如此適用範圍極其廣泛的強制公證¹³⁶。當事人享有契約自由。契約自由包括方式自由。強制公證意味著，限制當事人的契約自由與方式自由。民法第 166 條之 1 第 1 項所規定的強制公證適用範圍極其廣泛，影響或打擊私法自治層面之廣。如此影響深遠的立法，可能是立法者所始料未及。更有甚者，

¹³⁶ 王澤鑑，債法原理(一)，自版，2009 年增訂版，頁 134；劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，三民，2011 年增修版，頁 100。

立法者實明知，德國法與瑞士法僅強制土地所有權移轉之債權契約公證，但卻制定出一條明顯超越其所繼受法制的強制公證規定。關於這繼受上落差的理由，立法者亦未有任何說明。

再者，如此適用範圍廣泛的強制公證，意味著對公證人的業務極大負擔。儘管強制公證的範圍廣泛帶來公證業務，但若公證業務量達到公證人難以負擔的業務量，不僅可能影響公證品質，為民眾帶來交易上的不便，整體不動產交易時間亦將被不當地拉長¹³⁷。這項問題的解決辦法只有兩種可能：其一，增加公證人數量，以及合理分配全國各地公證人數；其二，限縮強制公證的範圍。

公證人數的增加，並非短時間可抵達成，只能逐年增加。合理分配全國各地的公證人數，亦有困難之處，蓋此間涉及民間公證人選擇執業地點之自由。在不廢止民法第 166 條之 1 規定之前提下，限縮強制公證範圍與適當增加公證人數似為較可行的方法。關於公證人近幾年人均負擔公證數，以及公證人均負擔不動產所有權移轉數量，將於本研究計畫相關處提出統計表格¹³⁸。關於民法第 166 條之 1 之修正與廢除建議，擬在研究計畫相關處提出。此間說明僅只於，民法第 166 條之 1 解釋適用將產生何等問題。

二、治癒手段—不動產物權契約與登記

民法第 166 條之 1 規定之立法理由：「當事人間合意訂立以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的之契約(債權契約)，雖未經公證，惟當事人間如已有變動物權之合意，並已向地政機關完成物權變動之登記者，則已生物權變動之效力，自不宜因其債權契約未具備第一項規定之公證要件，而否認該項債權契約之效力，俾免理論上滋生不當得利之疑義；爰參考前開德國民法第二項，增列第二項規定。此際，地政機關不得以當事人間之債權契約未依前項規定公證，而拒絕受理登記之申請。至對此項申請應如何辦理登記，宜由地政機關本其職權處理，併此敘明。」

從這項立法理由或許可推知，立法者或以治癒之性質乃在取代、代替作為方式之強制公證，亦即以履行行為(不動產物權契約與完成登記)取代強制公證(代替理論)；或以治癒之性質乃方式規定之目的已達，亦即透過不動產物權契約與完成登記，方式慎重警告當事人的目的已達(方式目的完成理論)。立法者就治癒之性質，究竟採取哪種理論，難以確切得知。但無論應採哪種理論，既然不動產物

¹³⁷ 王澤鑑，債法原理(一)，自版，2009年增訂版，頁133；劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，三民書局，2011年增修版，頁100。

¹³⁸ 相關統計表格，頁68-71。

權變動的債權契約已被治癒，而仍發生效力，則不發生給付不當得利返還請求權。

無論採取代替理論或方式目的終結理論，治癒的效力均應是自始的，亦即透過治癒，不動產物權變動的債權契約自始生效。既然治癒是取代作為方式之強制公證，則自取代以觀，治癒的效力理當是自始的，不動產物權變動的債權契約之強制公證，自始即為治癒所取代；既然方式的目的已因治癒而告完成，則治癒的效力理當亦是自始的，不動產物權變動的債權契約之強制公證目的，自始即透過治癒達成。

但是，公證意味著受過相關專業訓練的法律人介入不動產交易的過程，在法律上教示當事人，進而促使當事人慎重或警告當事人。不動產物權契約與完成登記意味著，不動產物權變動的債權契約主要內容的實現。如此的給付內容實現行為，亦即履行行為能否取代具有法律上教示意義的強制公證，是否能完成具有的強制公證的法律上教示目的，實在不無疑問。

如前所述，德國土地登記簿法第 20 條規定，不動產物權契約未經公證者，不得受理登記。這條規定尤其正傳遞出一項訊息，即縱使在德國法上亦已普遍意識到，不動產物權契約與完成登記實在無法與不動產物權變動的債權契約之強制公證相提並論；縱使不動產物權變動的債權契約未經公證，若不動產物權契約經作成公證書且完成登記者，亦達成該債權契約強制公證法律上教示當事人的目的。

民法第 166 條之 1 的立法理由甚至還提到，地政機關不得以債權契約未經公證為由，拒絕受理物權契約的登記：「爰參考前開德國民法第二項，增列第二項規定。此際，地政機關不得以當事人間之債權契約未依前項規定公證，而拒絕受理登記之申請。至對此項申請應如何辦理登記，宜由地政機關本其職權處理，併此敘明。」

立法者這項見解，實與其所宣稱繼受的德國法相關法制有點落差。未經公證的不動產物權變動的債權契約，如何能透過物權契約與完成登記治癒這項未經公證的瑕疵？在整個不動產交易的過程(包括債權契約與物權契約)裡，完完全全沒有公證人介入，不僅不動產物權變動的物權契約與完成登記，沒法取代其債權契約的強制公證，亦無法完成該強制公證的目的。

文獻上因此有批判，民法第 166 條之 1 第 1 項規定將因同條第 2 項規定而形同具文，蓋當事人於不動產物權變動的債權契約成立(雙方意思表示一致；民法第 153 條第 1 項)時，勢必跳過將這項債權契約作成公證書的階段，而直接成立物權契約與完成登記，而若此，民法第 166 條之 1 規定之制定根本無任何意義。

依現行公證法，當事人本得自由決定，是否就不動產物權變動的債權契約作成公證書(任意公證)¹³⁹。

三、強制公證與信賴損賠

民法第 166 條之 1 規定，乃要式行為之規定，以不動產物權變動之債權契約為要式行為，而且以強制公證作為必須之方式(要式)。較諸於書面或其他方式而言，強制公證作為方式，乃更為慎重之方式，即以具有相當法律專業之公證人就不動產物權變動之債權契約作成公證書，公證人公證過程中於法律上教示當事人。

文獻上有認為，信賴損害賠償請求權之發生，必以法律行為無效或不成立為要件¹⁴⁰。最高法院 79 年度台上字第 2292 號判決亦認為：「所謂信賴利益或信任利益之損害，係指信賴『無效』之法律行為，誤以為有效所受之損害，此與法律行為原屬有效，於債務人履行該法律行為後，債權人可得受之利益，而因債務不履行致受損害，債務人應賠償債權人所受該『履行利益』之損害，顯屬有間。」這項見解非常容易導致一項見解，即當法律行為無效或不成立時，即應發生信賴損害賠償請求權，進而導致一項見解，即當民法第 166 條之 1 所規定之債權契約未經作成公證書時，即應發生信賴損害賠償請求權。

在要式行為，法律行為、契約在未經方式未作成前，尚不生效力，原不拘束當事人(民法第 73 條)。要式行為規定之意旨，即縱使契約已因雙方當事人意思表示一致，當事人仍得透過不作成方式，而反悔，即不遵守自己成立契約之意思，以避免未經深思熟慮之意思表示。是以在要式行為的整個過程中，當事人原無信賴契約成立或生效可言，縱或有契約成立或生效之信賴，該項信賴基於要式之規範意旨亦無保護之必要。

強制公證作為法定要式之一，當事人就其以不動產物權變動為內容之債權契約未做成公證書前，依民法第 73 條規定，該債權契約並不生效力。以公證作為法定要式同樣如同其他法定要式般亦賦予當事人毀約權，以避免未經深思熟慮之意思表示。是以在法定要式之公證作成前，當事人原即並無信賴契約成立或生效可言。縱當事人有契約成立或生效之信賴，但基於強制公證作為法定要式之規範意旨，該項信賴亦無保護之必要，在不動產物權變動為內容之債權契約，當事人原無信賴契約將因經公證人作成公證書而生效可言，反而是當事人原即了解到，在未經公證人作成公證書前，並不受契約拘束。

¹³⁹ 陳猷龍，民法債編總論，五南圖書，2011 年五版，頁 20-21。

¹⁴⁰ 史尚寬，債法總論，1990 年，頁 278；林誠二，民法總則(下)，3 版，2007 年，頁 121；林誠二，民法理論與問題研究，修訂版，1991 年，頁 271、302；梅仲協，民法要義，5 版，1954 年，頁 158；馬維麟，民法債編註釋書(二)，1996 年，頁 92。

既然當事人並無信賴，並無值得保護之信賴可言，則理應亦無信賴損害賠償請求權可言，否則整個信賴損害賠償請求權規定之結構，乃徹頭徹尾違反強制公證作為法定要式之規範意旨¹⁴¹。民法第 245 條之 1 規定因此在此間並無適用餘地。基於同樣的理由，民法第 113 條規定在此間亦無適用餘地，當事人依該條規定，並不應享有信賴損害賠償請求權¹⁴²。更且學界大抵以民法第 113 條規定乃贅文，並無適用之可能性¹⁴³。

準此而論，以不動產物權變動之債權契約未經公證人作成公證書，當事人之一方或雙方得請求信賴損害賠償之見解，恐怕不僅未充分理解民法關於信賴損害賠償請求權之規定，亦未完全掌握民法關於要式行為之規定(包括民法第 166 條之 1)。

四、詐害債權行為之撤銷

倘若民法第 244 條所規定撤銷訴權之客體，乃以不動產物權變動為內容之債權契約，則這類債權契約理當亦有民法第 166 條之 1 規定適用之餘地。但有疑問者，乃公證人就詐害債權的不動產債權契約，得否、應否拒絕加以公證，以及公證人是否負有法律教示義務，應在法律上教示當事人該債權契約有因詐害債權而被撤銷之可能性？

德國聯邦公證法第 14 條第 2 項規定：「公證職務違反公證義務，尤其公證人於作成行為時受協力之請求，以行為追求可得預見之不法或違反誠信之目的者，公證人應拒絕公證職務(Er hat seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.)。」德國公證法第 4 條規定：「公證職務違反公證義務，尤其公證人於作成行為時受協力之請求，以該行為追求可得預見之不法或違反誠信之目的者，公證人應拒絕公證(Der Notar soll die Beurkundung ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei

¹⁴¹ 關於法定要式與信賴損害賠償之關係，游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，收錄在：民法之釋義與編纂，元照出版，頁 206-207。

¹⁴² 關於民法第 113 條規定，得否作為信賴損害賠償請求權規定，游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，收錄在：游進發，民法之釋義與編纂，元照出版，頁 200-215。

¹⁴³ 關於民法第 113 條規定乃贅文或應予以刪除，游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，收錄在：游進發，民法之釋義與編纂，元照出版，頁 200-215；王澤鑑，民法第一一三條規範功能之再檢討，收於：民法學說與判例研究(四)，頁 55；詹森林，再論「民法第一一三條與其他規定之競合關係」—最高法院八十九年度台上字第二一〇二號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 29 期，頁 21；詹森林，民法第一一三條與其他規定之競合關係，台灣本土法學雜誌，第 1 期，頁 37；邱聰智，回到民法第一一三條—為締結法律行為過失責任催生，高大法學論叢，第 3 卷第 1 期，頁 33。

Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.)。』

關於上開問題，德國法上有以詐害債權之不動產債權契約為德國聯邦公證法第 14 條第 2 項規定所指的違反誠信，公證人因此應拒絕公證¹⁴⁴，但亦有以在有償行為原則上公證人並不應拒絕就該行為作成公證書；即便是在相對人乃有密切關係之人之情形，公證人亦不應拒絕就該行為作成公證書；在無償行為，公證人則應拒絕就該行為作成公證書¹⁴⁵。

解決上開問題之關鍵在於，公證人對債務人詐害債權這項主觀要件之判斷，以及債務人整體財產狀況。在有償行為，由於有償行為的相對人負有對待給付義務，倘若這項對待給付之價值客觀上相當於作為契約標的的不動產之價值，或至少兩者並非顯不相當，且債務人之財產仍足以擔保債權之實現，則恐難以認為並證明，債務人有詐害之意圖，公證人因此並不得拒絕就該有償行為作成公證書；在無償行為，這項判斷顯得容易許多，即當債務人之財產顯不足擔保債權時，原則上應以詐害債權成立，公證人因此應拒絕就該無償行為作成公證書。依德國通說，當公證人並未拒絕就有償行為或無償行為作成公證書時，公證人仍應在法律上教示當事人，該有償行為或無償行為有可能因詐害債權而被撤銷¹⁴⁶。

五、強制公證之排除與否

以下說明內容，乃民法第 166 條之 1 所規定之強制公證，於何等情形是否仍有適用餘地。

(一) 優先承買權—以土地法第 34 條之 1 與第 104 條為例

以下說明客體，乃土地法第 34 條之 1 與第 104 條所規定之優先承買權與民法第 166 條之 1 所規定之強制公證，兩者間之解釋適用關係。

1. 不動產共有人出賣應有部分

依土地法第 34 條之 1 第 4 項與第 5 項規定，土地或建築改良物之共有人(分別共有人或共同共有人)出賣其應有部分時，其他共有人得優先承購該應有部分。

¹⁴⁴ OLG Köln, Dnotz 1989, 52. 54.

¹⁴⁵ Gentar, Dnotz, 2004, 421, 422.

¹⁴⁶ Gentar, Dnotz, 2004, 421, 423.

最高法院 105 年度台上字第 1241 號民事判決：「他共有人是否以同一價格優先承購，應依其行使優先承購權時之意思表示為準。倘他共有人行使優先承購權時未附條件，則其與出賣之共有人間，即應依該出賣共有人與第三人間所訂買賣契約之相同內容成立契約關係。」

最高法院 104 年度台上字第 2161 號民事判決：「他共有人依土地法第 34 條之 1 第 4 項規定行使優先承購權時，就出賣之共有人與第三人間所訂買賣契約之一切條件，必須均接受，始得認係合法行使優先承購權。倘部分不接受或擅自變更條件時，難認其已合法行使優先承購權。」

最高法院 100 年度台上字第 432 號民事判決：「按土地法第三十四條之一第四項所稱之優先承購權，乃基於該法律規定，對於出賣共有土地或建築改良物共有人而生「先買特權（先買權）」之形成權，一旦行使該權利，即係對出賣人行使買賣契約訂立請求權，並請求出賣人按其與第三人約定之「同樣條件」補訂書面契約。易言之，該權利係指他共有人於共有人出賣共有土地或建築改良物時，對於該共有人有請求以「同樣條件」訂立買賣契約之權而言（本院六十五年台上字第八五三號判例參照）。因此，出賣之共有人與他人所訂契約或他人承諾之一切條件，優先承購權人必須均表示接受，始得謂為合法行使優先承購權；倘有部分不接受或擅加變更買賣條件時，自不得稱之。又強制執行法上之拍賣應解釋為買賣之一種，即拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位為出賣，故於執行法院拍賣二筆以上共有土地或建築改良物之情形，若經執行法院代債務人（出賣之共有人）定合併拍賣之條件，並經拍定人依該條件標買，主張優先承購權之他共有人自應為合併購買之表示，始得認其已依上開「同樣條件」之趣旨合法行使優先承購權。」

最高法院在上開判決裡所表示之見解，乃最高法院已穩固之見解，即當共有人行使優先承買權時，其與出賣應有部分之分別共有人或共同共有人間形成買賣關係¹⁴⁷，而且這項買賣關係的內容與出賣應有部分之共有人與其買受人間之買賣關係相同¹⁴⁸。

關於這項買賣關係是否亦有民法第 166 條之 1 規定之適用，不無疑問。民法第 166 條之 1 規定之適用，限於雙方當事人訂有債權契約之情形。但共有人行使優先承買權之情形，僅是行使這項優先承買權之共有人與出賣應有部分之共有人間形成買賣關係，而未訂有買賣契約。若認為民法第 166 條之 1 規定於這項買賣關係有適用餘地，則這項法律解釋結論明顯違反該條規定之文義。

¹⁴⁷ 最高法院 95 年度台上字第 2214 號民事判決、最高法院 97 年度台上字第 2222 號民事判決。

¹⁴⁸ 最高法院 83 年度台上字第 1529 號民事判決、最高法院 98 年度台上字第 1405 號民事判決、最高法院 100 年度台上字第 432 號民事判決。

在法律明文規定優先承買權之背景底下，並無民法第 166 條之 1 適用餘地。只要符合土地法第 34 條之 1 所規定之優先承買權發生要件，即發生優先承買權，而一旦行使優先承買權，即發生買賣關係，該買賣關係之內容與基地出賣人與買受人間之買賣內容相同，法律既然明文規定如此，當事人間之關係既因此如此透明，公證人並無介入，在法律上教示當事人之必要。若認為這項因優先承買而形成之買賣關係，仍有民法第 166 條之 1 第 1 項所規定強制公證之適用，這項法律解釋結論，明顯逾越該條規定公證人應介入不動產交易過程的規範意旨。

德國法上一般亦以依法律規定或形成權所形成之土地所有權移轉義務，包括行使優先購買權所形成之土地所有權移轉義務，並無德國民法第 311b 條關於強制公證規定適用之餘地¹⁴⁹。本研究計畫基本立場，乃民法第 166 條之 1 規定於優先承買權並無適用餘地。

姑且不論民法第 166 條之 1 第 1 項規定這項文義適用上之疑問，倘若以因行使優先承買權所形成之買賣關係，亦有該條項強制公證之適用，公證人為此項公證時應先確定之私權事實：其一，行使承買權之人是否為共有人；其二，行使優先承買權之真意；其三，是否尚有其他共有人行使優先承買權；其四，出賣應有部分之共有人與買受人(第三人)間之買賣關係內容；行使優先承買之共有人有數人者，由於優先承購之部分，應依各優先承買之共有人之應有部分比例定之¹⁵⁰，是以各優先承買共有人之應有部分與其比例。

縱使認為因行使優先承買權所形成之買賣關係，亦有民法第 166 條之 1 第 1 項規定強制公證之適用餘地，出賣應有部分之共有人與第三人訂定買賣契約，原即有民法第 166 條之 1 規定之適用餘地，亦即應經公證人作成公證書。出賣應有部分之共有人(與買受之第三人)於買賣契約經雙方意思表示一致而成立，即應通知其他共有人，抑或於該買賣契約經公證人作成公證書時，始通知其他共有人，不無疑問。考量到其他共有人可能不行使優先承買權，以及為避免出賣應有部分之共有人與第三人所成立之買賣契約之公證，出賣應有部分之共有人與行使優先承買權之共有人間之買賣關係之公證，兩者公證內容不一，以及確保兩項買賣內容一致，應於出賣應有部分之共有人與第三人之買賣契約經公證人作成公證書時起，始應通知其他共有人。

此際，當公證人就優先承買而形成之買賣關係作成公證書時，即有出賣應有部分之共有人與第三人之買賣契約公證書，可資參考，進而避免兩項公證內容不一，確保兩項買賣內容一致；當其他共有人經通知，而未於期限內行使優先承買

¹⁴⁹ Paland/Grüneberg, § 311b BGB, Rn. 17 (75. Aufl.).

¹⁵⁰ 最高法院 107 年度台上字第 307 號民事判決：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。則他共有人對於共有人出賣其應有部分之優先承購權，均有同一優先權。故如他共有人多人主張優先承購，其優先承購部分應按各購買人之應有部分比例定之。」

權時，當事人因該買賣契約因已經公證，而得直接進入履行階段，而非直到此時始由公證人就該買賣契約作成公證書，而浪費了些許交易時間。

強制公證作為法律行為之方式，原即賦予當事人在未作成方式之前，容有反悔之餘地，不受該法律行為拘束。是以縱使共有人已行使優先承買權而形成買賣關係，但在當事人就該買賣關係經公證人作成公證書前，仍不受拘束。以民法第166條之1規定於優先承買亦有適用餘地之見解，將造成強制公證與作為形成權之優先承買追求法律關係確定之意旨衝突。由此可見，這項見解實尚有商榷餘地。

2. 基地所有人出賣基地

基地所有人出賣基地時，地上權人、典權人或承租人享有優先承買權。依最高法院向來見解，這項優先承買權具有物權效力。最高法院106年度台上字第1263號判決¹⁵¹：「按土地法第104條第1項規定，租用基地建築房屋之承租人，於出租人之基地出賣時，有依同樣條件優先購買之權。所謂「依同樣條件優先購買」，係指在買賣條件如買賣標的、範圍、價金、付款方式、瑕疵擔保等均相同情形下，承租人得要求優先成為基地之買受人。上開規定之優先購買權，乃成立買賣契約之形成權，其權利之有無，應依行使權利時之狀態認定之。倘承租人行使優先購買權時，本於租地建屋契約而在土地上建有房屋者，其行使先買權即屬合法，縱然該房屋嗣後被拆除，仍不影響其原本已取得之先買權。此優先購買權具有相對物權的效力，不因買受人買受基地後，已輾轉移轉所有權於第三人而有異。」

最高法院向來認為，地上權人、典權人或承租人因優先承買權的行使，與基地出賣人間形成買賣關係，基地出賣人為該買賣關係之出賣人，行使優先承買權之地上權人，典權人或承租人為買受人。最高法院106年度台上字第2715號民事判決¹⁵²：「按土地法第104條第1項規定所謂承租人有依同樣條件優先購買之權，係指基地承租人於土地出賣時，一旦行使優先購買權，無須經該基地所有人之同意，承租人與基地所有人即形成買賣關係，僅該買賣關係之權利義務應與基地所有人及第三人所訂買賣契約一致，即買賣條件如買賣標的、範圍、價金、付款方式、瑕疵擔保等均相同，承租人並得直接向基地所有人主張因買賣關係所生之權利。」

¹⁵¹ 最高法院65年台上字第853號民事判例、最高法院106年度台上字第1307號民事判決、最高法院100年度台上字第38號民事判決。

¹⁵² 最高法院67年度第5次民事庭庭推總會議決議(一)。

如同土地法第 34 條之 1 之優先承買權，依民法第 166 條之 1 第 1 項之文義，該條項之強制公證僅適用於契約之情形。而無論土地法第 34 條之 1 與第 104 條所規定行使優先承買權之情形，基地出賣人與行使優先承買權之地上權人、典權人或承租人間，並無買賣契約之締結，而是僅因優先承買權之行使而形成買賣關係。民法第 166 條之 1 第 1 項所規定之強制公證，因此於該項因優先承買權行使而形成之買賣關係，並無適用餘地。

再者，在法律明文規定優先承買權之背景底下，並無民法第 166 條之 1 適用餘地。只要符合土地法第 104 條所規定之優先承買權發生要件，即發生優先承買權，而一旦行使優先承買權，即發生買賣關係，該買賣關係的內容與基地出賣人與買受人間之買賣內容相同，而且尚具有物權效力，得對抗第三人。法律既然如此明文規定，當事人間之關係既因此如此透明，則公證人並無介入在法律上教示當事人之必要。若認為這項因優先承買而形成之買賣關係，仍有民法第 166 條之 1 第 1 項所規定強制公證之適用，這項法律解釋結論明顯逾越該條規定公證人應介入不動產交易過程的規範意旨。

德國法上一般亦以依法律規定或形成權所形成之土地所有權移轉義務，包括行使優先購買權所形成之土地所有權移轉義務，並無德國民法第 311b 條關於強制公證規定適用之餘地¹⁵³。本研究計畫基本立場，乃民法第 166 條之 1 規定於優先承買權並無適用餘地。

姑且不論民法第 166 條之 1 第 1 項規定這項文義適用上之疑問，倘若以因行使土地法第 104 條所規定優先承買權而形成之買賣關係，亦有該條項強制公證之適用，公證人為此項公證時應先確定之私權事實，例如：其一，行使承買權之人是否為地上權、典權人或承租人；其二，行使優先承買權之真意；其三，基地所有人與買受人(第三人)間之買賣關係內容；其四，是否已完成移轉登記，將第三人登記為基地所有人，以確定行使優先承買權之地上權人、典權人或承租人是否得塗銷該移轉登記。

縱使認為因行使土地法第 104 條所規定優先承買權而形成之買賣關係，亦有民法第 166 條之 1 第 1 項規定強制公證之適用餘地，基地所有人與第三人訂定之買賣契約，原即有民法第 166 條之 1 規定之適用餘地，亦即應經公證人作成公證書。基地所有人與買受之第三人於買賣契約因雙方意思表示一致而成立時，即應通知地上權人、典權人或承租人，抑或於該買賣契約經公證人作成公證書時，始通知地上權人、典權人或承租人，實不無疑問。

考量到地上權、典權人或承租人可能不行使優先承買權，以及為避免基地所有人與第三人所成立之買賣契約之公證，基地所有人與行使優先承買權之地上權

¹⁵³ Paland/Grüneberg, § 311b BGB, Rn. 17 (75. Aufl.).

人、典權人或承租人間之買賣關係之公證，兩者公證內容不一，以及為確保兩項買賣內容一致，應於基地所有人與第三人之買賣契約經公證人作成公證書時起，始應通知其他共有人。

此際，當公證人就優先承買而形成之買賣關係作成公證書時，即有基地所有人與第三人之買賣契約公證書，可資參考，進而避免兩項公證內容不一，確保兩項買賣內容一致；當地上權人或典權人承租人經通知，而未於期限內行使優先承買權時，當事人因該買賣契約因已經公證，而得直接進入履行階段，而非直到此時始由公證人就該買賣契約作成公證書，而浪費了些許交易時間。

最後，如前所述，強制公證作為法律行為之方式，原即賦予當事人在未作成方式之前，容有反悔之餘地，不受該法律行為拘束。是以縱使地上權人、典權人或承租人已行使優先承買權而形成買賣關係，但在當事人就該買賣關係經公證人作成公證書前，仍不受拘束。以民法第 166 條之 1 規定於優先承買亦有適用餘地之見解，將造成強制公證與作為形成權之優先承買追求法律關係確定之意旨衝突。可見，這項法律見解實尚有商榷餘地。

(二) 不動產經紀業經紀人之簽章

依不動產經紀業管理條例第 22 條規定，委由經紀業仲介或代銷不動產之買賣者，應由經紀業指派經紀人於不動產買賣契約書簽章。依不動產經紀業管理條例第 13 條規定，中華民國國民經不動產經紀人考試及格並依本條例領有不動產經紀人證書者，始得充不動產經紀人。經紀仲介或經紀代銷業者所指派之經紀人，因此必須經不動產經紀人考試及格，並依法領有不動產經紀人證書。

或許有疑問者，乃當不動產買賣經不動產經紀人(不動產經紀業管理條例第 22 條與第 13 條)簽章者，是否即無須另經公證人作成公證書。

不動產經紀業者所指派之經紀人，仍然是不動產經紀業者之代表人、代理人或履行輔助人，而不動產經紀業者乃不動產買賣當事人之一方之代理人或受託人，換句話說，難以認為經紀人乃公正之第三人¹⁵⁴。而公證人基本上並未涉入不動產買賣關係，而且基本上不因不動產買賣契約之生效而獲得任何法律與事實上利益，頂多只有公證費用這項利益而已，可謂是公正第三人。是以不動產買賣經經紀人簽章者，並無法因此即不須另經公證人作成公證書，該簽章並無法取代公證書。

¹⁵⁴ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 10 (2007).但我國學者有認為，不動產經紀人簽章可取代公證書，黃立，民法第 166 條之 1 的法律行為形式問題，月旦法學雜誌，第 54 期，1999 年 11 月，頁 36-37。

再者，經紀人考試與公證人資格考試之內容並不盡相同，公證人與經紀人之專業不盡相同¹⁵⁵。而強制公證的規範意旨，乃公證人在法律上教示當事人。不動產經紀業者所指派之經紀人，能否發揮這項規範意旨，即不動產經紀業者所指派之經紀人於不動產買賣之簽章，是否能取代公證人之公證書，實在充滿疑問。本研究計畫立場，乃縱使不動產買賣契約業經不動產經紀業者所指派之經紀人簽章，仍應適用民法第 166 條之 1 規定，亦即仍須經公證人作成公證書。

(三) 調解、訴訟上和解與破產調協計畫

依民事訴訟法第 380 條第 1 項規定，訴訟上和解與確定判決有同一效力。依民事訴訟法第 416 第 1 項與第 380 條第 1 項規定，調解經當事人合意而成立者，與訴訟上和解有同一效力，於是經當事人合意而成立之調解與確定判決易有同一效力。

民法第 166 條之 1 規範意旨，乃應由具有相當法律專業之公證人介入不動產交易，在法律上教示當事人。既然因訴訟上和解而成立之不動產債權契約(民法第 166 條之 1 第 1 項所規定之契約)，乃於法官面前作成，既然法官參與這段因訴訟上和解而成立之不動產債權契約的形成過程，則並無理由認為，該不動產債權契約尚需經同具有相當法律專業之公證人介入該不動產債權契約。而且訴訟上和解與確定判決有同一效力，該因訴訟上和解而成立之不動產債權契約即如同確定判決之內容，具有執行力，得據之強制執行；不僅當事人原則上不得反覆，法院原則上亦不得為相反之判斷。既然訴訟上和解有著確定判決之效力，則並無理由認為，因訴訟上和解而成立之不動產債權契約，亦有民法第 166 條之 1 規定之適用餘地。訴訟上和解即取代民法第 166 條之 1 所規定之強制公證，完成了強制公證的規範意旨。

相同地，法院調解因與訴訟上和解有同一效力，進而與確定判決有同一效力，則無論是從法官參與調解過程，抑或從法院調解之效力以觀，因法院調解成立之不動產債權契約，應無另經公證人作成公證書之必要。法院調解即取代民法第 166 條之 1 所規定之強制公證，完成了強制公證的規範意旨。

依鄉鎮調解條例第 27 條第 1 項規定，調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。依同條第 2 項前半段規定，經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力。既然依鄉鎮調解且經法院核定而成立之不動產債權契約(民法第 166 條之 1 第 1 項)，法院已經參與契約成立之過程，而且該不動

¹⁵⁵ 謝哲勝教授亦認為，土地代書與不動產仲介人素質相當，但並非經過民法全面的能力考試，對不動產瞭解是片面的，不適宜就契約條款提供意見，謝哲勝，無強制實現力的契約—兼評民法債編增訂條文第一六六條之一，財產法專題研究(三)，元照，2002年，頁113。

產債權契約乃調解之內容與判決判決有同一效力，即當事人不得於反覆，法院於後訴亦不得為相反之判斷，則同樣亦並無理由認為，於因鄉鎮調解而成立之不動產債權契約，民法第 166 條之 1 規定有適用餘地。經法院核定之鄉鎮調解即取代民法第 166 條之 1 所規定之強制公證，完成了強制公證的規範意旨。

依破產法第 129 條規定，條破產人於破產財團分配未認可前，得提出調協計劃。依破產法第 135 條規定，法院如認為債權人會議可決之調協條件公允，應以裁定認可調協。依破產法第 136 條規定，調協經法院認可後，對於一切破產債權人均有效力。債權人會議可決之破產調協計畫包括民法第 166 條之 1 第 1 項所規定之債權契約，而法院依破產法第 136 條規定認可該破產調協計畫者，民法第 166 條之 1 在此間並無適用餘地。良以法院既已參與該債權契約的作成，而且依同法第 136 條規定，該破產調協計畫效力及於一切破產債權人。換言之，經法院認可之破產調協計畫，亦取代了公證書，完成了強制公證的規範意旨。

(四) 國有財產

國有財產之讓售與標售，甚至贈與，應依例如國有財產法第 49 條至第 60 條規定，以及相關行政命令為之。由於國有財產之讓售、標售與贈與應依相關法規為之，故而似無公證人介入之必要。但排除民法第 166 條之 1 所規定強制公證之適用，體例上並不適合於民法典裡為之，而應於相關國有財產法令，例如國有財產法裡為之。

倘若認為，買受人或投標人仍應受公證人介入於法律上教示之保護，則有疑問者，乃公證人應於何時介入在國有財產讓售之情形。關於這則問題，應與其他以不動產物權變動為內容之債權契約相同處理，即公證人應於買賣契約因雙方意思表示一致而成立時介入，於國有財產標售之情形，則應於投標前經公證人在法律上教示，而於得標後始於得標文件上作成公證書，否則得標者將因尚未作成公證書而悔標，整個招標程序形成徒勞。

六、繼受上的落差

民法第 166 條之 1 的立法理由，以該條規定繼受自德國法與瑞士法。全盤繼受、毫無保留地繼受外國法制，並不總是可行。外國法制的繼受，也並不是毫無前提，其中最重要且有時為人所忽略者的前提，乃正確理解外國法制。以下內容，乃民法第 166 條之 1 與德國民法與瑞士法在繼受上的落差。

(一) 強制公證範圍過廣

法律行為應以法定方式作成者，意味著立法者介入私法自治與契約自由。強制公證作為方式之一種，不僅具有法定方式所具有的警告或慎重意義，較諸於其他方式而言，其具有方式的意義更為強烈，亦即多了其他方式所無的法律上教示警告。而這意味著較諸於其他方式而更深入介入私法自治與契約自由。

更有甚者，民法典的立法者通常僅針對某種有名契約，某種法律行為進行要式化的立法考量，例如合會、人事保證、不動產租賃等等某類法律行為。相較之下，民法第 166 條之 1 第 1 項規定泛針對一切以不動產物權變動為內容之債權契約，對之加諸強制公證，而非個別、逐一針對各項以不動產物權變動為內容之債權契約進行是否要式化的立法考量，例如不動產所有權的買賣應否作成公證書，不動產抵押權設定的債權契約應否作成公證書，地上權設定的原因契約應否作成公證書。如此的強制公證，其適用範圍不僅廣大，對私法自治與契約自由的打擊、介入也因此顯得既深且廣。

反觀德國民法第 311b 條第 1 項規定之適用範圍僅限於土地，僅限以發生土地所有權移轉或取得義務為內容之負擔契約。這項規範設計除明顯顧及到，減少對私法自治與契約自由之干涉外，亦顧及到逐一針對各種契約考量有無要式化，有無行強制公證之必要。較諸於我國民法第 166 條之 1 規定，德國民法第 311b 條第 1 項規定不僅對私法自治與契約自由之干涉顯得謙抑、克制許多，方法論上亦顯得經過深思熟慮。

(二) 物權與登記法規不盡相同

德國民法第 311b 條之規範對象符合相應同法第 925 條之規範對象，均僅限於土地所有權移轉。德國民法第 311b 條第 1 項規定適用對象限於負擔契約。同法第 925 條規定適用對象限於土地所有權移轉合意。前者要求該負擔契約應由公證人作成公證書。後者則允許當事人得自主決定，土地所有權移轉合意是否亦由公證人作成公證書，通說認為，當事人通常於公證人前同時在場作成土地所有權移轉之物權契約。

若當事人就土地所有權移轉之債權契約未作成公證書，則權責單位(包括公證人)便不得受理該物權契約之作成，如此更強化當事人遵守土地所有權移轉債權契約之強制公證(德國民法第 925a 條)¹⁵⁶。

¹⁵⁶ BeckOK GBO/Hügel, 2019, GBO § 20 Rn. 45.

當事人原不受土地所有權移轉合意拘束，得隨時撤銷之(德國民法第 873 條)，但若該物權契約經作成公證書者，則不得撤銷之，當事人為避免該物權契約被撤銷，便就該物權契約作成公證書，如此更促成當事人就該物權契約合意由公證人作成公證書之交易常情。土地所有權移轉之物權契約未經表示者，不得受理登記(德國土地登記簿法第 20 條規定)。當事人應以公文書或公認證書證明，土地所有權移轉之物權契約確實在職權單位同時在場作成，始得完成登記(德國土地登記簿法第 29 條規定)。當事人因此通常在公證人前就該物權契約作成公證書，證明其符合土地登記簿法第 29 條的要件¹⁵⁷。德國民法第 873 條規定，以及德國土地登記簿法第 20 條與第 29 條規定，共同促進當事人就土地所有權移轉之物權契約作成公證書之交易常情。

我國民法與其他法律並無任何與上開德國相關規定(德國民法第 925 條、第 925a 條、德國民法第 873 條、德國土地登記簿法第 20 條與第 29 條)類似之規定。在如此的繼受背景底下，民法第 166 條之 1 規定創造出遠超出其所宣稱繼受國法條之法律狀態¹⁵⁸，雖尚無法僅因此論斷其有失妥當，但似應詳細說明，如此超越繼受之理由。可惜在該條規定之立法理由裡並未有任何與此相關之說明。

(三) 完成移轉登記不等於治癒

德國民法上，當事人不僅就土地所有權移轉之債權契約應作成公證書，通常也就該土地所有權移轉之物權契約作成公證書。如此的德國法狀態乃尤其植基於所謂代代理論與方式目的完成理論。依代代理論，法律行為欠缺方式(包括公證書)之治癒，乃在取代、代替法律行為之方式，治癒乃與法律行為方式等價等值的手段¹⁵⁹。因此，依這項理論，治癒手段必須與公證書等價等值。只有物權契約與完成登記，似尚無法與公證書相提並論，尚無法與公證書等價等值。德國相關規定之適用，促成了當事人就土地所有權移轉之物權契約作成公證書的交易常情，更證明了這項物權契約與完成登記無法取代公證書之觀察結果。

而且不動產物權契約與完成登記是否完成強制公證作為方式之目的，亦頗有疑問，強制公證的規範意旨乃公證人介入不動產交易，在法律上教示當事人。單單只有不動產物權契約(包括書面)與完成登記(民法第 758 條)，完全並無法形成如同公證人在法律上教示當事人之法律狀態與事實狀態可言。縱使不動產物權變動的債權契約經不動產經紀業者所指派的經紀人簽章，亦同樣難以造成如同公證人在法律上教示當事人的法律狀態與事實狀態。反觀德國法的規範設計，即土地

¹⁵⁷ BeckOK GBO/Hügel, 2019, GBO § 20 Rn. 46.

¹⁵⁸ 文獻上早有指出，民法第 166 條之 1 規定之適用範圍，大於立法理由中所指德國民法相關規定。就此，黃立，民法第 166 條之 1 的法律行為形式問題，月旦法學雜誌，第 54 期，頁 33-34。

¹⁵⁹ Ludwig Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 89.

所有權移轉的物權契約經公證人作成公證書與完成登記，則可完成其債權契約強制公證之目的。但我國並無類似的規範設計。

準此而論，民法第 166 條之 1 第 2 項之規範設計，單以物權契約與完成登記即治癒原因行為公證書欠缺之瑕疵，恐怕未完全掌握德國法的規範模式。

姑不論以物權契約與完成登記取代不動產物權變動的負擔契約的強制公證，完全架空公證的強制性，完成物權契約與完成登記這項規範設計更使強制公證的預防紛爭發生的規範意旨完全落空。倘若如此的規範設計付諸施行，則完全可想而見的是，人民將如同往昔般，直接完成物權行為之登記，而不至於將其不動產物權變動的債權契約作成公證書¹⁶⁰。

肆、修法建議

基於以上關於繼受法制的說明，以及基於民法第 166 條之 1 規定現況上的解釋適用的說明，以民法第 166 條之 1 規定之現況施行，則完全不可行，不可行之理由將於以下詳細說明之。

本研究計畫提出兩項較為可行的建議：（1）廢除民法第 166 條之 1 規定。（2）修正民法第 166 條之 1 第 1 項規定，將其所規定之強制公證範圍限於不動產所有權移轉，即將該條第 1 項規定修正為：契約以負擔不動產所有權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書；同時以不動產所有權移轉之物權契約之公證，作為治癒其債權契約未作成公證書之治癒手段，即將同條第 2 項規定修正為：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，且該合意由公證人作成公證書，而完成登記者，仍為有效。上開廢除與修正民法第 166 條之 1 規定的理由，亦將於以下詳細說明之。

一、逕付施行之不可行

如前所述，民法第 166 條之 1 第 1 項規定之強制公證對象幾乎到了毫無限制的地步，即任何以不動產物權變動為內容之債權契約，均受強制公證。在比較契約法的範圍內，針對債權契約成立採行強制公證的國家，例如德國與瑞士已屬少數¹⁶¹。而且德國與瑞士這項強制公證之範圍均僅限於土地所有權移轉的債權契約，

¹⁶⁰ 黃茂榮，債法總論第一冊，植根法學叢書，增訂三版，2009 年 1 月，頁 308；黃立，民法債編總論，元照，修正三版，2006 年 11 月，頁 47；劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，三民書局，初版，2001 年 9 月，頁 93。

¹⁶¹ 多半僅集中於歐洲採行拉丁公證制度的國家，相關比較法的說明請參考上述 ZERP 的「Conveyancing Services Market」與 Murray 的「Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States」研究報告。

民法第 166 條之 1 規定強制任何不動產物權變動之債權契約公證，可謂幾乎是毫無限制，如此的規範設計比較法上實在是絕無僅有。

再者，如前所述，德國法上的相關法制配套，諸如物權法相關規定與土地登記簿相關規定可稱複雜，與我國不盡相同，其治癒手段因此無法簡化為只有完成登記。

既然民法第 166 條之 1 規定是比較法上的異數，則從比較法觀點以論，民法第 166 條之 1 規定本身與其施行，即在極不建議之列。的確，外國法頂多也只具有參考價值，並不拘束本國的立法與法律解釋適用。立法者可自主決定制定與外國法大相逕庭的法律規定，法律適用者也無須解釋適用法律之結果符合外國法。但民法第 166 條之 1 如此的法律制定，在卻無任何本土實踐經驗與充實的理性說明之前提下，偏離外國法制甚多，恐怕亦欠缺正當性。

而且倘若以民法第 166 條之 1 規定之現況施行，則整個不動產交易市場將受到嚴重的衝擊。首先，整個不動產所有權的交易過程將因現行公證人數嚴重不足而發生嚴重拉長交易時間與過程的現象。光是目前每年不動產所有權移轉件數（不動產所有權移轉登記件數（買賣、拍賣、贈與、夫妻贈與、交換、共有物分割、信託與其他），便已達到至少 100 萬¹⁶²以上之譜。而這數量完全遠遠超過現行公證人數可以處理的數量，而短期內公證人數亦無法倍增。

更有甚者，民法第 166 條之 1 所規定之強制公證範圍，亦不僅限於不動產所有權移轉，尚包括其他不動產物權。在我國金融市場、融資活動裡，不動產抵押權扮演著極為重要的角色。不動產抵押權設定之債權契約，亦在民法第 166 條之 1 所規定之強制公證範圍內。在公證人遠遠不足因應不動產所有權移轉債權契約之強制公證之前提下，更遑論不動產抵押權設定的債權契約的強制公證。既然公證人數甚至無法應付這項債權契約的強制公證，短期內恐怕亦無法透過倍增公證人數加以因應之，則完全可以預見的是，金融市場裡的融資活動將因民法第 166 條之 1 規定以現況施行而大受干擾，產生融資過程與時間延長，融資不順之現象，整體經濟發展將因此受到打擊。

光是不動產所有權移轉的債權契約（例如不動產買賣、贈與，甚至不動產信託與借名登記）數量與不動產抵押權設定之債權契約之數量，即為目前公證人數所無法因應處理者。而不動產物權變動的債權契約並不僅限於這兩大類債權契約，尚包括其他不動產物權變動之債權契約，例如設定地上權、農育權與不動產役權之債權契約。以民法第 166 條之 1 規定之現況施行，將對人民生活帶來多少衝擊，帶來多少不便，將引發多少民怨，完完全全在不敢想像之列。

¹⁶² 詳細統計詳見後述表格，頁 126-127。

關於強制公證預防紛爭發生之功能效果(以法院裁判為基礎的分析)，公證人數不足與配置不均，現行相關法規適用(尤其例如關於不動產交易的定型化契約應記載與不得記載事項)的背景底下，民法第 166 條之 1 規定本身有無適用之必要，將在廢除建議與修正建議相關處為之。

二、廢除建議

關於民法第 166 條之 1 規定本身是否妥當之問題，基本上僅有兩大方向可能性，即廢除論與修正論。首先建議廢除民法第 166 條之 1 規定。建議廢除民法第 166 條之 1 規定之理由，將於以下詳細說明，且以相關政府數據等實證資料之分析為之。

(一) 現行公證法制無力因應

我國公證法第 71 條規定：「公證人於作成公證書時，應探求請求人之真意及事實真相，並向請求人說明其行為之法律上效果；對於請求公證之內容認有不明瞭、不完足或依當時情形顯失公平者，應向請求人發問或曉諭，使其敘明、補充或修正之。」；同法第 70 條規定「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。」依此，我國公證制度與德國公證法於公證書作成程序上，均對於當事人法律行為的合法性控制，以及其對於當事人負有法律上教示義務（國內亦有稱闡明義務）。

就我國公證人教示義務的內容與範圍，依我國學說¹⁶³與實務見解，大抵上與德國法有相當的結構。如司法院 104 年公證實務研討會法律問題提案第 1 號中台北地區公證人公會理由所示：「三、關於公證書及請求人作成之附件契約書，公證人於作成上開公證書時，宜依公證法第 71 條及第 72 條規定，對請求人之真意加以確認及說明，請求人確有公證書所載約定逕受強制執行事項之合意，但又希望保留其自行作成附件契約書之完整內容，故公證人於公證書上記載請求人最後合意之約定逕受強制執行事項，請求人均在該事項記載正下方簽名蓋章，應無真意上之出入。承上見解，公證書後附之附件契約書，係當事人間之約定，即使與公證法所定強制執行之範圍有文字上之出入，遇有請求人希望保留自行約定之契約條款於契約書中，公證人應有裁量權保留其約定之原狀，即使該約定因請求人非法律專業而用字未必精確符合公證法第 13 條或第 86 條或公證法施行細則第 41 條規定。查公證法第 13 條或第 86 條或公證法施行細則第 41 條其立法意旨均在規範公證人作成之公證書而非附件之契約書。」由此可見，我國公證人關於公證書作成程序，實際上大抵同德國法，首先須釐清當事人真意與事實，

¹⁶³ 鄭雲鵬，公證法新論，元照，修訂第 5 版，2018 年，頁 227 以下。

方得作成公證書。關於其法律上影響的教示義務，如司法院 108 年公證實務研討會法律問題提案第 10 號中花蓮地方法院的審查意見：「2.題意所述「3 個月建置期」，其意義為何？雙方對此是否認知即為租賃？期間有無對價關係？承租人進出租賃物是否即為具有使用利益等事項，未見充分之說明。倘上開問題均具備，則該期間自為租賃契約，再加計另外約定之租賃期限 20 年後，即逾越民法第 450 條而生調整為 20 年之法律效果，對此，公證人應盡疑義闡明義務(公證法第 71、72 條參照)。」由此可見，作成關於意思表示的公證書者，我國公證人同德國法負有教示當事人，其意思於法律上所代表的意思與因此所生影響的義務。

既然我國關於意思表示的公證程序大抵與德國法相同，則現行公證人人數顯不足以支應民法第 166 條之 1 規定通過後而大量增加的不動產案件。如所周知，目前公證人數，包括法院公證人數與民間公證人數，其實並不多，甚至是稀少。但在我國一個物權行為原則上必有一個相應的債權行為的制度底下，姑不論每年不動產物權行為數量從而相應的不動產負擔契約的數量，單是每年不動產(包含土地及建物)所有權移轉數量，即非常多數。以下將透過表格呈現出 107 年至 105 年的公證人數與土地所有權移轉數量，進而呈現出公證人每年所負擔之不動產所有權移轉負擔契約的平均公證書數量。

表1：估算公證人人均不動產所有權移轉登記負擔件數（以107年數據為例）

	不動產所有權移轉登記件數 (買賣、拍賣、贈與、夫妻贈與、交換、共有物分割、信託、其他)	民間公證人人數	法院公證人	公證人總數	全國公證人人均負擔件數(各縣市件數/全國公證人人數)
全國	1,156,190	117	38	155	7,459.29

表2：估算公證人人均不動產所有權移轉登記負擔件數（以106年數據為例）

	不動產所有權移轉登記件數 (買賣、拍賣、贈與、夫妻贈與、交換、共有物分割、信託、其他)	民間公證人人數	法院公證人	公證人總數	全國公證人人均負擔件數(各縣市件數/全國公證人人數)
全國	1,133,814	107	42	149	7,609.48

表3：估算公證人人均不動產所有權移轉登記負擔件數（以105年數據為例）

	不動產所有權移轉登記件數 (買賣、拍賣、贈與、夫妻贈與、交換、共有物分割、信託、其他)	民間公證人人數	法院公證人	公證人總數	全國公證人人均負擔件數(各縣市件數/全國公證人人數)
全國	1,058,028	101	40	141	7,503.74

資料來源：

一、全國登記案件數

內政部統計查詢網—土地登記管理概況—土地所有權登記—按區域別、登記項目別分：

<https://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=10700&ytm=10700&kind=21&type=1&funid=c0510202&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&cod00=1&codlst1=10011011011101&rdm=joi9wq7y>

<https://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=10600&ytm=10600&kind=21&type=1&funid=c0510202&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&cod00=1&codlst1=00011011011101&rdm=e44d4Iqe>

<https://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=10500&ytm=10500&kind=21&type=1&funid=c0510202&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&cod00=1&codlst1=00011011011101&rdm=thz6Ylo5>

內政部統計查詢網—建物登記管理概況—建物所有權登記—按區域別、登記項目別分：

<https://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=10700&ytm=10700&kind=21&type=1&funid=c0510302&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&cod00=1&cod030=1&codlst1=00011011011101&rdm=rkcdnpbV>

<https://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=10600&ytm=10600&kind=21&type=1&funid=c0510302&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&cod00=1&codlst1=00011011011101&rdm=NqidljVI>

<https://statis.moi.gov.tw/micst/stmain.jsp?sys=220&ym=10500&ytm=10500&kind=21&type=1&funid=c0510302&cycle=4&outmode=0&compmode=0&outkind=1&fld0=1&cod00=1&codlst1=00011011011101&rdm=o7aymmay>

最後瀏覽日期：108 年 12 月 23 日

二、民間公證人人數

司法院司法統計年報—民間公證人辦理公證事件終結情形：

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year107/09/051.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year106/09/051.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/051.pdf>

最後瀏覽日期：108 年 12 月 23 日

三、法院公證人人數

司法院司法統計年報—地方法院員工實有人數：

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year107/09/002.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year106/09/002.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/002.pdf>

最後瀏覽日期：108 年 12 月 23 日

年度	107 年	106 年	105 年
法院公證人公證書作成	13654	14539	14679
民間公證人公證書作成	92710	82889	76860
公證書作成總件數	106364	97428	91539
全國法院公證人人數	38	42	40
全國民間公證人人數	117	107	101
全國公證人人數總數	155	149	141
人均每年作成公證書數	686.21	653.87	649.21

資料來源：

一、公證書作成數量統計

司法院司法統計年報—民間公證人辦理公證事件終結情形

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year107/09/051.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year106/09/051.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/051.pdf>

司法院司法統計年報—地方法院辦理公證事件收結情形

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year107/09/047.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year106/09/047.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/047.pdf>

最後瀏覽日期：108 年 12 月 23 日

二、民間公證人人數

司法院司法統計年報—民間公證人辦理公證事件終結情形：

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year107/09/051.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year106/09/051.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/051.pdf>

最後瀏覽日期：108 年 12 月 23 日

三、法院公證人人數

司法院司法統計年報—地方法院員工實有人數：

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year107/09/002.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year106/09/002.pdf>

<https://www.judicial.gov.tw/juds/year105/09/002.pdf>

最後瀏覽日期：108 年 12 月 23 日

德國各邦公證人數如下統計圖表¹⁶⁴：

Notarstatistik

Die Notarstatistik zeigt die Zahl der Berufsträger in Deutschland.

Notarkammer	2019	2018	2017	2016	2015	2014
Baden-Württemberg [Hauptberufliche -/Anwaltsnotare]	333 [287/46]	338 [290/48]	104 [44/60]	106 [44/62]	108 [44/64]	112 [43/69]
Bayern	484	487	480	480	480	480
Berlin	692	713	716	750	772	815
Brandenburg	68	69	71	73	74	75
Braunschweig	172	189	190	189	192	203
Bremen	163	167	182	191	193	197
Celle	642	659	666	690	684	694
Frankfurt	862	856	829	819	838	859
Hamburg	74	74	73	74	75	75
Kassel	156	160	172	169	169	174
Koblenz	100	102	99	100	102	102
Mecklenburg-Vorpommern	52	53	55	56	57	57
Pfalz	53	53	53	53	53	52
Oldenburg	422	449	453	444	443	447
Rheinland [Hauptberufliche -/Anwaltsnotare]	448 [303/145]	460 [305/155]	458 [304/154]	453 [306/147]	459 [306/153]	462 [308/154]
Saarland	36	36	36	36	36	36
Sachsen	122	121	122	125	127	127
Sachsen-Anhalt	65	68	69	71	74	78
Schleswig-Holstein	618	634	664	656	661	683
Thüringen	70	70	73	77	78	81
Westfalen	1413	1430	1472	1476	1481	1519
Gesamt	7045	7179	7037	7088	7156	7328
Hauptberufliche Notare*	1714	1719	1479	1495	1506	1514
Anwaltsnotare**	5331	5460	5558	5593	5650	5814
Veränd. ggü. d. Vorjahr [Hauptberufliche - /Anwaltsnotare]	-1,9% [-0,3/-2,4]	+2,0% [+16,2/-1,8]	-0,7% [-1,1/-0,6]	-0,9% [-0,7/-1,0]	-2,3% [-0,6/-2,8]	-3,1% [-0,7/-3,7]

* **Hauptberuflich** sind die Notare tätig in Bayern, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, im Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und in den rheinischen Teilen Nordrhein-Westfalens sowie in Baden-Württemberg.

** **Anwaltsnotare** sind tätig in Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein sowie in Teilen Nordrhein-Westfalens (Oberlandesgerichtsbezirk Hamm, rechtsrheinischer Teil des Landgerichtsbezirks Duisburg und Amtsgerichtsbezirk Emmerich) und Baden-Württembergs (Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart).

從以上統計表格可知，德國設有律師公證人法制之邦，乃 Berlin、Bremen、Hessen、Niedersachsen、Schleswig-Holstein；在德國的若干邦裡的若干地區設有

¹⁶⁴ 資料出處：<https://www.bnotk.de/Notar/Statistik/index.php>。最後瀏覽日期：2019年12月23日。

律師公證人者，乃 Nordrhein-Westfalen 的 Hamm 邦高等法院轄區、Duisburg 邦地方法院轄區與 Emmerich 區法院轄區的右萊茵部分，以及 Baden-Württemberg 的 Stuttgart 邦高等法院轄區；德國設有公證人法制之邦，乃 Bayern、Brandenburg、Hamburg、Mecklenburg-Vorpommern、Rheinland-Pfalz、Saarland、Sachsen、Sachsen-Anhalt、Thüringen、Nordrhein-Westfalen 的萊茵地區、與 Baden-Württemberg。

從上開統計圖表可知，2019 年，全德國公證人(Notar)數計有 1714 人，全德國律師公證人(Anwaltsnotar)數則有 5331 人，兩者共計有 7045 人；2018 年，全德國公證人數計有 1719 人，全德國律師公證人數則有 5460 人，兩者共計有 7179 人；2017 年，全德國公證人數計有 1479 人，全德國律師公證人數則有 5558 人，兩者共計有 7037 人；2016 年，全德國公證人數計有 1495 人，全德國律師公證人數則有 5593 人，兩者共計有 7088 人；2015 年，全德國公證人數則有 1506 人，全德國律師公證人數 5605 人，兩者共計有 7156 人；2014 年，全德國公證人數計有 1514 人，全德國律師公證人數則有 5814 人，兩者共計有 7328 人。

依據德國聯邦統計局的統計資料，德國人口總數於 2018 年底已達到 8300 萬之譜¹⁶⁵。依據內政部人口統計資料，我國人口總數於 2019 年達到 2350 萬 (23,590,744¹⁶⁶)之譜。德國人口總數約為我國人口總數之 3.5 倍。德國人均公證人數約為 12000/1，即平均每 1 萬 2 千位德國人分配到 1 位公證人。台灣人均公證人數約為 117500/1，即平均每 12 萬台灣人分配到 1 位公證人。兩國人均公證人數差距有將近 10 倍。此間 10 倍之差距，諒應是德國得以順利推動公證業務關鍵之所在。我國公證人數 10 倍少於德國公證人數，則如何能夠順利推動公證業務，實是殊難想像。

從以上的統計圖表可知，目前公證人數與每年不動產所有權移轉數量比例上失衡。公證業務並不僅限於不動產所有權移轉的債權契約之強制公證。而且民法第 166 條之 1 規定之強制公證，亦不僅限於不動產所有權移轉的債權契約。若加上其他公證業務，則公證人是否仍然能負擔如此多的公證業務，實在不無疑問。目前不計入認證業務的話，全國公證人人均一年約須作成 600 餘件公證書，對照估算 105 至 107 年全國公證人人均須負擔不動產所有權移轉件數約 7300 餘件，公證書的作成量顯將增加約 12 倍。由此推估，目前公證人人數不僅遠遠無法因應以不動產所有權移轉為內容的債權契約的強制公證數量，甚至亦應思考，全國各地公證人數配置極端不均的問題。

¹⁶⁵ https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/06/PD19_244_12411.html，網站最後瀏覽日期：2019 年 12 月 23 日。

¹⁶⁶ <https://gis.ris.gov.tw/dashboard.html?key=B01>，網站最後瀏覽日期：2019 年 12 月 23 日。

如果再考量到民眾公證的便利，避免因公證人數不足而增加交易時間，以及公證人公證業務負擔過重所可能帶來之公證品質降低，則我國公證人總數不僅明顯遠遠不足以因應民法第 166 條之 1 規定以現況施行，同樣亦明顯無法因應民法第 166 條之規定之強制公證範圍限縮於不動產所有權移轉之情形。我國年均不動產所有權移轉數量至少為 100 萬，公證人數目前約 150 人。公證人目前年均公證件數為 600 件。在民法第 166 條之 1 規定之強制公證限縮於不動產所有權移轉之前提下，公證件數將暴增至至少 100 萬件，公證人年均負擔公證件數因此從 600 件暴增到 7300 多件，即暴增 12 倍以上，若以一年 365 天全年無休計算，公證人平均每日至少必須完成 20 件公證件數。暴增到如此程度的公證件數與數量如此稀少約僅 150 之公證人數，兩者將造成在公證人處發生類似嚴重擠兌或回堵之現象，將大幅拉長不動產交易的時間與過程。

在民法第 166 條之 1 規定之強制公證限縮在不動產所有權移轉之前提下，公證件數將倍增 12 倍以上($1000000/150 \approx 6666$; $6666+600 \approx 7300$; $7300/600 \approx 12$)。我國公證人數至少應增加 4 倍至 6 倍($150 \times 4 = 600$; $150 \times 6 = 900$)，即公證人數應至少來到 600-900 人，始可能稍加緩解因此暴增 12 倍以上之公證業務量所帶來之類似擠兌現象。

另一方面，一旦修正通過民法 166 條之 1 規定，現行公證人責任保險最低金額是否足以支應因該條規定公證之錯誤所生的損害賠償責任，恐頗有疑義。依公證法第 68 條規定：「民間之公證人因故意違反職務上之義務，致他人之權利受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任（第一項）。被害人不能依前項、前條、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（第二項）。前二項之規定，於第四十二條第一項之民間之公證人代理人準用之（第三項）。國家賠償法第四條第二項之規定，於前二項情形準用之（第四項）。民間之公證人之助理人或其他使用人，於辦理有關公證事務之行為有故意或過失時，民間之公證人應與自己之故意或過失，負同一責任（第五項）。」同法第 145 條規定：「地區公證人公會，應為該地區民間之公證人辦理責任保險，以確保民間之公證人因執行職務依第六十七條規定參加責任保險所不能理賠之損害賠償（第一項）。前項保險契約於每一保險事故之最低保險金額，由司法院視情勢需要，以命令定之。但保險人對同一保險年度內之最高賠償金額得限制在最低保險金額之四倍以下（第二項）。」

如前所述，依德國聯邦公證人法第 19a 條規定，公證人負有投保強制責任險的義務。其最低保險額為就每件保險事故 50 萬歐元，保險年度期間保險總額得限於單件保險事故的 2 倍。以柏林為例，其官方網站所提供的 2018 年房屋市場報告書中記載，單人與雙人公寓的房屋售價中位數為 46 萬歐元。由此可見德國公證人的責任保險最低額實際上已相當高額。

司法院目前所定之最低保險金額，僅為 100 萬新台幣¹⁶⁷。儘管依上開相關規定，當損害賠償請求權人不能由民間公證人責任財產與責任保險受償時，尚得請求國家賠償，但我國不動產價值甚高，若若民法第 166 條之 1 施行，但未同時調高最低強制保險金額，恐怕不僅民間公證人(與法院公證人)動輒得咎，無法透過保險移轉損害或移轉有限，亦有損國家財政；我國公證人透過責任保險所得之保障，明顯與德國公證人所受之保障有段差距，若民法第 166 條之 1 施行，勢必必須大幅提高公證人責任保險金額，否則公證人動輒得咎，無法透過保險移轉損害或移轉有限，亦有損國家財政。

(二) 預防紛爭發生之效果極其有限

在不動產物權行為已有兩項要式要求，即登記與書面兩項要式之規範背景底下(民法第 758 條)，是否有必要再強制不動產物權變動為內容之負擔契約作成公證書，以促使當事人慎重，實尚容有討論餘地¹⁶⁸。

再者，公證人僅能行形式審查，而無法行實體審查，強制這類不動產債權契約公證，究竟能發揮多少預防紛爭發生之功能，尚未可知¹⁶⁹。而且縱使強制公證能發揮預防紛爭之功能，諒應僅能於避免明顯法律理解錯誤或違法法律行為的情況方面，避免或預防紛爭之發生，例如避免法律行為因明顯違反強行規定或禁止規定而無效；例如在正確與完整形成契約內容方面(例如簽名與否及有無錯字)，預防紛爭發生。以下透過相關實證統計資料說明，公證預防或避免不動產交易紛爭之效果。

¹⁶⁷ 司法院中華民國 98 年 1 月 20 日院台廳民三字第 0980002045 號函

¹⁶⁸ 相同的質疑，黃立，民法第 166 條之 1 的法律行為形式問題，月旦法學雜誌，第 54 期，頁 36。

¹⁶⁹ 文獻上相同的質疑，胡天賜，民法第 166 條之 1 之立法政策評析，人文及社會科學集刊，第 16 卷第 2 期，頁 298-302；高欽明，不動產契約要式性與公證制度關聯性之研究—以民法第 166 條之 1 之施行作為探討，月旦法學雜誌，第 277 期，頁 192-197；鄭惠佳，民法第 166 條之 1 施行的可行性分析，財產法暨經濟法，第 29 期，頁 86-87。

1. 房地產消費糾紛原因統計

107年第1季房地產消費糾紛原因統計表(107.04)

紛原因/縣市	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	合計	
	契約 審閱 權	隱瞞 重要 資訊	廣告 不實	產權 不 清楚	定金 返還 (含 斡旋 金轉 成定 金)	開工 遲延	施工 瑕疵	建材 設備 不符	工程 結構 及公 共工 程安 全問 題	交屋 遲延	坪數 不足	屋頂 使用 權與 產權 爭議	地下 室使 用權 與產 權爭 議	法定 空地 使用 權與 產權 爭議	建物 不符 容積 率規 定	對預 售屋 未售 出部 分運 自變 更設 計， 增加 戶數 銷售	建商 要求 客戶 繳回 契約 書	建商 倒閉	停車 位使 用權	停車 位面 積	停車 位價 金	要約 書之 使用	仲介 「斡 旋金 」返 還	仲介 公司 欺罔 行為	一屋 二賣	賺取 差價	服務 報酬 爭議	房屋 現況 說明 書內 容與 現況 不符	氣體 子檢 測	鋼筋 輻射 檢測	銷售 人捲 款潛 逃	逃漏 稅捐	有關 稅費 爭議	未提 供要 約書 或斡 旋金 契約 選擇	終止 委售 或買 契約	房屋 漏水 問題	標的 物貸 款問 題	未提 供(交) 不動 產說 明書	其他		
合計	19	22	9	4	29	2	28	5	3	9	3	0	0	0	0	0	0	1	6	4	0	2	12	6	11	1	14	9	0	0	0	0	5	1	37	53	5	1	95	396	
仲介	10	18	3	2	10	0	1	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	12	6	0	1	14	7	0	0	0	0	3	1	28	36	2	1	14	176	
代銷	0	0	0	0	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	6
建商	9	3	6	2	14	2	25	5	3	7	3	0	0	0	0	0	0	1	2	4	0	0	0	0	10	0	0	2	0	0	0	0	2	0	8	17	3	0	40	168	
其他	0	1	0	0	1	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	41	46

107年第2季房地產消費糾紛原因統計表(107.07)

紛原因/縣市	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	合計	
	契約 審閱 權	隱瞞 重要 資訊	廣告 不實	產權 不 清楚	定金 返還 (含 斡旋 金轉 成定 金)	開工 遲延	施工 瑕疵	建材 設備 不符	工程 結構 及公 共工 程安 全問 題	交屋 遲延	坪數 不足	屋頂 使用 權與 產權 爭議	地下 室使 用權 與產 權爭 議	法定 空地 使用 權與 產權 爭議	建物 不符 容積 率規 定	對預 售屋 未售 出部 分運 自變 更設 計， 增加 戶數 銷售	建商 要求 客戶 繳回 契約 書	建商 倒閉	停車 位使 用權	停車 位面 積	停車 位價 金	要約 書之 使用	仲介 「斡 旋金 」返 還	仲介 公司 欺罔 行為	一屋 二賣	賺取 差價	服務 報酬 爭議	房屋 現況 說明 書內 容與 現況 不符	氣體 子檢 測	鋼筋 輻射 檢測	銷售 人捲 款潛 逃	逃漏 稅捐	有關 稅費 爭議	未提 供要 約書 或斡 旋金 契約 選擇	終止 委售 或買 契約	房屋 漏水 問題	標的 物貸 款問 題	未提 供(交) 不動 產說 明書	其他		
合計	10	25	12	7	27	0	77	5	1	8	5	0	0	2	0	0	0	7	3	2	2	1	8	4	5	2	19	3	1	0	1	0	3	2	44	42	6	0	132	466	
仲介	2	17	2	6	8	0	0	0	1	2	3	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	8	4	0	2	18	2	1	0	1	0	1	2	34	27	3	0	35	181	
代銷	1	0	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	6	
建商	7	5	10	1	14	0	74	5	0	6	2	0	0	2	0	0	0	7	3	1	2	0	0	0	5	0	0	1	0	0	0	0	2	0	9	12	3	0	67	238	
其他	0	3	0	0	2	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	29	41

107年第3季房地產消費糾紛原因統計表(107.10)

紛原因/縣市	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	合計	
	契約審閱權	隱瞞重要資訊	廣告不實	產權不清楚	定金返還(含斡旋金轉成定金)	開工遲延	施工瑕疵	建材設備不符	工程結構及公共工程安全問題	交屋遲延	坪數不足	屋頂使用權與產權爭議	地下室使用權與產權爭議	法定空地使用權與產權爭議	建物不符容積率規定	對預售屋未售出部分逕自變更設計,增加戶數銷售	建商要求客戶繳回契約書	建商倒閉	停車位使用權	停車位面積	停車位價金	要約書之使用	仲介「斡旋金」返還	仲介公司欺罔行為	一屋二賣	賺取差價	服務報酬爭議	房屋現況說明書內容與現況不符	氡離子檢測	鋼筋輻射檢測	銷售人捲款潛逃	逃漏稅捐	有關稅費爭議	未提供要約書或斡旋金契約選擇	終止委買或買賣契約	房屋漏水問題	標的物貸款問題	未提供(交)不動產說明書	其他		
合計	15	20	12	2	31	0	59	6	2	7	3	0	0	1	0	0	0	0	6	2	2	0	10	9	0	1	14	5	3	0	0	0	6	0	45	72	7	1	144	485	
仲介	9	19	2	2	10	0	2	0	2	1	2	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	0	10	9	0	1	12	5	3	0	0	0	5	0	34	40	6	1	32	210	
代銷	0	0	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	6
建商	6	1	10	0	14	0	55	6	0	5	1	0	0	1	0	0	0	0	2	2	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	10	32	0	0	74	221	
其他	0	0	0	0	4	0	2	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	38	48	

107年第4季房地產消費糾紛原因統計表(108.01)

紛原因/縣市	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	合計
	契約審閱權	隱瞞重要資訊	廣告不實	產權不清楚	定金返還(含斡旋金轉成定金)	開工遲延	施工瑕疵	建材設備不符	工程結構及公共工程安全問題	交屋遲延	坪數不足	屋頂使用權與產權爭議	地下室使用權與產權爭議	法定空地使用權與產權爭議	建物不符容積率規定	對預售屋未售出部分逕自變更設計,增加戶數銷售	建商要求客戶繳回契約書	建商倒閉	停車位使用權	停車位面積	停車位價金	要約書之使用	仲介「斡旋金」返還	仲介公司欺罔行為	一屋二賣	賺取差價	服務報酬爭議	房屋現況說明書內容與現況不符	氡離子檢測	鋼筋輻射檢測	銷售人捲款潛逃	逃漏稅捐	有關稅費爭議	未提供要約書或斡旋金契約選擇	終止委買或買賣契約	房屋漏水問題	標的物貸款問題	未提供(交)不動產說明書	其他	
合計	15	21	6	3	22	1	35	6	4	8	5	0	0	0	0	0	0	0	3	1	0	0	13	6	0	1	23	3	1	0	1	0	6	0	42	54	5	1	126	412
仲介	5	18	1	2	5	0	1	0	1	4	3	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	13	6	0	1	19	3	1	0	1	0	0	0	34	30	3	1	36	189
代銷	0	0	4	0	5	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	12
建商	10	3	1	1	11	0	32	5	3	4	2	0	0	0	0	0	0	0	2	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5	0	7	22	2	0	50	161	
其他	0	0	0	0	1	0	2	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	0	0	0	0	0	1	0	0	2	0	0	39	50

108年第1季房地產消費糾紛原因統計表(108.04)

紛原因/縣市	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	合計	
	契約審閱權	隱瞞重要資訊	廣告不實	產權不清楚	定金返還(含斡旋金轉定金)	開工遲延	施工瑕疵	建材設備不符	工程結構及公共工程安全問題	交屋遲延	坪數不足	屋頂使用權與產權爭議	地下室使用權與產權爭議	法定空地使用權與產權爭議	建物不符容積率規定	對預售屋未售出部分逕自變更設計,增加戶數銷售	建商要求客戶繳回契約書	建商倒閉	停車位使用權	停車位面積	停車位價金	契約書之使用	仲介「斡旋金」返還	仲介公司欺罔行為	一屋二賣	賺取差價	服務報酬爭議	房屋現況說明書內容與現況不符	氡離子檢測	鋼筋輻射檢測	銷售人捲款潛逃	逃漏稅捐	有關稅費爭議	未提供約書或斡旋金契約選擇	終止委售或買賣契約	房屋漏水問題	標的物貸款問題	未提供(交)不動產說明書	其他		
合計	10	23	12	2	14	0	16	5	3	34	4	0	0	0	0	0	0	0	1	0	2	2	6	1	2	0	13	11	3	1	0	0	5	2	34	46	9	0	102	363	
仲介	7	20	1	1	3	0	0	2	2	3	2	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	2	6	1	2	0	13	11	3	1	0	0	1	2	27	34	7	0	28	180	
代銷	0	0	5	1	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	8
建商	3	2	6	0	9	0	14	3	1	30	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	0	7	11	2	0	43	139		
其他	0	1	0	0	0	0	2	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	31	36	

資料來源：內政部不動產資訊平台

首頁 >法規與知識 >糾紛案例及統計

<https://pip.moi.gov.tw/V3/G/SCRG0502.aspx>

網站最後瀏覽日期：:2019年12月23日。

從以上統計表格可以觀察到，不動產消費糾紛大多發生在房屋漏水、施工瑕疵、隱瞞重要資訊、終止委售或解除買賣、定金返還(含斡旋金轉定金)、服務報酬爭議與遲延交屋等問題。

但縱使公證人介入這些不動產消費，亦無法預防上開紛爭之發生。公證人通

108年第2季房地產消費糾紛原因統計表(108.07)

紛原因/縣市	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	合計	
	契約審閱權	隱瞞重要資訊	廣告不實	產權不清楚	定金返還(含斡旋金轉定金)	開工遲延	施工瑕疵	建材設備不符	工程結構及公共工程安全問題	交屋遲延	坪數不足	屋頂使用權與產權爭議	地下室使用權與產權爭議	法定空地使用權與產權爭議	建物不符容積率規定	對預售屋未售出部分逕自變更設計,增加戶數銷售	建商要求客戶繳回契約書	建商倒閉	停車位使用權	停車位面積	停車位價金	契約書之使用	仲介「斡旋金」返還	仲介公司欺罔行為	一屋二賣	賺取差價	服務報酬爭議	房屋現況說明書內容與現況不符	氡離子檢測	鋼筋輻射檢測	銷售人捲款潛逃	逃漏稅捐	有關稅費爭議	未提供約書或斡旋金契約選擇	終止委售或買賣契約	房屋漏水問題	標的物貸款問題	未提供(交)不動產說明書	其他		
合計	14	28	9	6	26	3	37	2	1	9	4	2	0	1	0	1	0	0	3	1	0	0	7	0	0	1	24	9	1	0	1	0	5	1	30	58	10	1	144	439	
仲介	4	22	0	2	7	0	0	0	0	2	0	1	0	1	0	0	0	0	1	0	0	0	7	0	0	1	21	9	1	0	1	0	2	1	26	40	8	1	36	194	
代銷	0	1	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	5
建商	10	5	9	3	16	3	27	2	1	7	4	1	0	0	0	1	0	0	2	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	4	15	2	0	68	184		
其他	0	0	0	1	0	0	10	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	39	56	

常並無能力判斷房屋是否漏水¹⁷⁰，縱使能判斷出房屋是否漏水，頂多也僅能針對在公證當下房屋有無漏水一事公證，進而僅能在這項公證的限度內，發揮保全證據(房屋在公證當下有漏水)之功能。公證人根本無法避免房屋因往後漏水所生之紛爭。而且在房屋漏水的當下，房屋所有人通常不至於至公證人處公證，公證人因此亦不可能將房屋的漏水現況事實作出公證。

至於因施工瑕疵所生之紛爭，公證人更無從加以避免或預防。公證人針對房屋施工之現況，並無發現瑕疵之專業能力。而縱使在公證當下房屋有可目視或透過專家鑑定可以發現到的施工瑕疵存在，公證人此時之公證並無所謂預防瑕疵紛爭之效果可言，僅多只收到保全證據(房屋在公證當下有施工瑕疵)之效果。縱使公證人就房屋現況有施工瑕疵作出公證，但也無從避免或預防房屋此後有無其他施工瑕疵之紛爭。

遲延交屋的紛爭，亦並非公證人介入即得以避免或預防者。當事人所約定的時間(例如履行期)，基本上只有當事人自己能掌握。公證人就此完全無能為力。

隱瞞重要資訊發生在不動產消費當事人與房仲之間(居間契約)，而與以不動產物權變動為內容的債權契約之強制公證無關。公證人無須早在這類居間契約成立時即介入，因此也無透過公證即可避免相關紛爭之效果可言。縱使公證人早在此時介入，其對不動產消費的重要資訊的揭露也無能為力，良以重要資訊掌握在作為不動產所有人的出賣人與居間人手中。

終止委售之紛爭，基本上也與民法第 166 條之 1 第 1 項規定所指的債權契約無關。委售契約成立在房仲與不動產所有人之間。公證人不僅無須早在此時就介入不動產交易，縱使在委售關係裡發生紛爭，也並非公證所得避免或預防者。

民法第 166 條之 1 所規定之強制公證，基本上也無從避免或預防定金返還之紛爭。作為消費者之買受人通常先支付定金。在這類情形，公證人已經無法透過公證對定金支付與否發生警告之作用。而定金返還的原因大抵是因為建商的債務不履行。建商的債務不履行，也非公證所能避免或預防者。

儘管消費者與建商間成立的不動產買賣契約，適用民法第 166 條之 1 第 1 項規定，但無論是建商抑或消費者解除買賣契約，解除權發生的原因大抵是基於他方當事人的債務不履行。債務不履行情事的發生，原則上亦非公證人介入不動產買賣契約的締結所可得避免或預防者。

¹⁷⁰ 類似質疑，公證人判斷能力有限，黃立，民法第 166 條之 1 的法律行為形式問題，月旦法學雜誌，第 54 期，1999 年 11 月，頁 35。

從以上的統計數據之分析結果可知，以不動產買賣契約的強制公證，亦即民法第 166 條之 1 規定，並無法避免或預防目前大多不動產消費糾紛。既然公證預防紛爭的效果在此間極其有限，則民法第 166 條之 1 規定，亦即不動產債權契約的強制公證是否仍有其必要性，實容有斟酌餘地。而且不動產交易數量之大，比例上而言，其間發生紛爭的數量遠遠小於未發生紛爭的數量¹⁷¹。既然如此，則強制以不動產物權變動為內容的負擔契約作成公證書，以預防紛爭的必要性，實在容有斟酌餘地。

2. 法院裁判

以下以若干法院裁判之分析證明，在這些法院裁判所涉及的紛爭裡，縱使公證人在契約成立時介入，亦無法避免或預防各該紛爭。或避免或預防各該紛爭的效果乃極其有限。

(1) 建物自來水管線生鏽

最高法院 101 年台上字第 1898 號民事判決：「本件上訴人主張：伊等於○號碼之房屋（下稱系爭房屋），均為「春之樹大樓」（下稱系爭大樓）之區分所有權人，因被上訴人於系爭房屋之熱水管路裝設易生鏽之鑄鐵接頭，以致開啟熱水時，自來水呈現深橘色、黃色之鏽水現象（下稱鏽水現象），須待開啟二、三分鐘後，水質始恢復正常顏色，被上訴人所交付之房屋有上述瑕疵，不符通常效用與價值，已構成不完全給付，應負債務不履行責任。伊等委由系爭大樓管理委員會通知被上訴人限期改善，未獲置理，嗣經僱工估算更換鑄鐵接頭工程，各戶所需修繕費用額如附表「鑑定所需之修繕費用」欄所示；又伊等及家人對於水質問題深感困擾，洗澡時精神壓力甚大，更有多位住戶因此出現皮膚不適之情況，精神上痛苦不堪，亦得按戶數各請求精神慰撫金新台幣（下同）二十萬元等情，爰依民法第二百二十七條、第二百二十七條之一、第一百九十五條第一項規定，求為命被上訴人各給付伊等如上開修繕費用及精神慰撫金，並均加付自訴狀繕本送達翌日即九十八年九月二十三日起算法定遲延利息之判決（上訴人修繕費用請求金額逾上開「鑑定所需之修繕費用」欄所示部分，經第一審判決駁回後，未據提起第二審上訴；又第一審除命被上訴人各給付上訴人如附表「鑑定所需之修繕費用」所示外，其餘判決上訴人敗訴，被上訴人就敗訴部分提起上訴，上訴人則就精神慰撫金敗訴部分提起附帶上訴。至其餘第一審共同原告王眾舉等八人起訴請求部分，分經一、二審判決後，未據被上訴人聲明不服；另第一審共同原告嚴旭輝等四人部分，經原審改判其敗訴後，亦未據其聲明上訴，均因未繫屬本院，

¹⁷¹ 民法研修會第 1073 次會議記錄，頁 68-152，轉引註自：黃立，民法第 166 條之 1 的法律行為形式問題，月旦法學雜誌，第 54 期，1999 年 11 月，頁 35。

不另贅列)。被上訴人則以：兩造就房屋買賣，或約定按房屋現況交屋，或約定就熱水管路接頭採鑄鐵材質，伊無另行供給不銹鋼接頭之義務，自無債務不履行情事。況且，上訴人就確有皮膚不適及與水質有因果關係等節並未舉證證明，亦不得請求非財產上損害賠償等語，資為抗辯。」

最高法院這則判決涉及，建物自來水管線銹水瑕疵的紛爭。但縱使公證人於系爭房屋買賣契約成立時介入，亦無從且無法得知管線內情形，進而無法避免或預防掉這項紛爭。可見公證預防紛爭之效果十分有限。

(2) 建物外牆顏色

最高法院 108 年台上字第 1201 號民事判決：「原審就被上訴人前述請求部分，廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改命上訴人如數給付，無非以：依消費者保護法（下稱消保法）第 22 條第 1 項規定、內政部依消保法第 17 條規定授權所擬訂公告之預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項第壹二點規定，及一般預售屋購買者，祇能信賴建商廣告訂定買賣契約，是如預售屋廣告內容及樣品屋示範所提供之訊息，已足使一般消費者產生信賴，除簽訂契約時，雙方有就廣告內容另為斟酌、約定外，該廣告內容自應成為契約內容之一部。查系爭建案之廣告內容及接待中心展示之建築模型，系爭建案建物之外觀為純白色，除銷售人員有解釋說明系爭建案申請都市計畫審查通過之建築外觀為米色外，消費者依該訊息，當明確認知系爭建案建物外觀為純白色，無待銷售人員再特予強調，並在客觀上已足使一般消費者產生信賴，而為系爭契約之約定內容。雖系爭契約第 10 條第 1 項約定：「本社區為提高建材品質，增加美觀（色澤），有關外觀及庭園規劃佈置之用料選材，甲方（即被上訴人）同意由乙方（即登悅公司）適時修正」；第 11 條第 3 項約定：「乙方為維護建築外觀、庭園規劃的整體性，有關本大樓公共設施（如中庭景觀、休閒設施、門廳等）建築外觀及各項立面，乙方保有修改權進行整體設計及配材，但以不損害購買者之權益為限」等語。就建物外觀顏色之變更而言，上開約款應僅於原經審查通過之外觀顏色，基於合理因素（諸如增加美觀、整體性規畫）考量，在不損害購買者權益之情形下，向主管機關申請許可變更外觀顏色後，始有適用，此於定型化契約之解釋上（消保法第 11 條第 2 項），應屬當然，否則容認欺罔消費者之不實廣告存在。惟登悅公司未向臺中市政府申請許可變更，而仍依原申請米色系之土黃色外牆完成建築，自無上開條款之適用，亦不能謂兩造已就純白色建物外觀之廣告內容另為斟酌、約定，上訴人抗辯系爭建物外觀顏色並未違反契約，並不足採。登悅公司完成系爭建案建物外牆為土黃色，與兩造約定之純白色不符，違反系爭契約第 11 條第 1 項約定，且不能補正，依系爭契約第 21 條第 1 項約定，被上訴人得解除系爭契約，上訴人賠償其等各自按出售房屋、土地價款 15% 計算之違約金並未過高，故被上訴人依系爭契約第 21 條第 1 項約定請求上訴人給付如其聲明數額之本息，

核屬有據等詞，為其判斷基礎。按 104 年 6 月 17 日修正前消保法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對於消費者所負之義務不得低於廣告內容」，並未明定「廣告為要約」或「廣告為契約內容之一部」。又廣告具有多樣性及複雜性，是否屬契約之一部，仍應參酌當事人之意思，包括廣告表示內容是否具體詳盡、當事人之磋商過程、交易慣例等綜合判斷。如消費者信賴廣告內容，依企業經營者提供之廣告訊息與之洽談而簽訂契約，於契約中雖未就廣告內容再為約定，企業經營者所應負之契約責任，仍及於該廣告內容，該廣告固應視為契約之一部。惟簽訂契約時倘企業經營者並未再據原屬「要約引誘」之廣告為訂約之說明、洽談，使之成為具體之「要約」，縱其廣告之內容不實，應受消保法或公平交易法之規範，仍難逕謂該廣告為要約或已當然成為契約之一部。本件上訴人於事實審一再抗辯伊委託之廣告文宣，僅強調建築外觀之清新、美觀等抽象性描繪，買方與伊之銷售人員並未就建築外觀特別提出要求或說明，建築外觀非兩造契約之一部分等語（見原審卷第 56、58 頁）。觀諸上訴人之廣告文宣記載：「反應自然的一抹留白...耀眼的白色外觀賦予清新的建築表情」；「對於紐約白派建築大師理查邁爾而言，白是包容一切的顏色...」；「白色柱列有如高聳入雲的大樹，也彷彿白色的羽翼向天空昂然伸展」等文字（見一審卷 44、46、151、154 頁）；參以證人即系爭建案銷售人員吳岱璉證稱：伊並未向消費者說明將來建物是白色的，伊接手的客人亦未強調喜歡白色外觀等語；證人即看屋者高慧齡證稱：當時接待人員放影片及帶看模型、樣品屋，伊看到模型是白色的，伊忘記是否有介紹係白色外觀建物，但因考量預算而購買他處等語；證人即購屋者莊珍惠證稱：銷售人員介紹是白色外觀，伊於看屋未下訂前，並未向銷售人員表示在意外觀顏色等語（見一審卷第 302 頁背面、第 303 頁，第 304 頁背面、第 305 頁，第 280 頁）；復酌系爭契約第 10 條第 1 項、第 11 條第 3 項之約定（見一審卷第 9 頁），似非全然無稽。上訴人之廣告文宣，就建築外觀顏色，是否已具體明確表示係「純白」色，而可為契約之內容？倘是，被上訴人是否與上訴人就該純白色外觀之廣告訊息已為洽談、說明，兩造使之成為要約而簽訂契約？又系爭契約明訂上訴人有建築外觀（包括顏色）修正權，兩造有無將該廣告內容排除於契約之外？均非無疑，自待探求釐清。乃原審未察，就上訴人上開抗辯，未調查釐清，說明其心證之所得由，即逕以上訴人之廣告文宣已事實上描述純白色外觀建物，已足使消費者產生信賴，即為契約內容之一部，遽為不利上訴人之論斷，非無違誤。上訴論旨，指摘原判決該部分違背法令，求予廢棄，非無理由。」

最高法院這則判決裡的主要爭點，乃系爭建案房屋的外牆顏色是否為契約內容。倘若公證人介入這項房屋買賣，於契約成立前確認建物外牆顏色是否為契約內容，進而對之公證，則可能避免或預防掉外牆顏色是否為契約內容的紛爭。但公證並無法避免或預防掉建商未依約定顏色上漆，從而無法避免或預防掉未依約定顏色上漆的瑕疵紛爭。從最高法院這則判決可知，公證雖的確有預防紛爭的效果，但非常有限。

(3) 預售停車位之坪數

臺灣高等法院臺中分院 107 年上易字第 328 號民事判決：「被上訴人湯珈蘋於民國 103 年 11 月 14 日向上訴人購買其在坐落臺中市○○區○○段 000 地號土地上興建「○○○○」社區（下稱系爭社區）第 B2 棟第 0 樓（建竣後編訂門牌號碼為臺中市○○區○○路 0 段 000 號 0 樓）預售房地及地下 2 樓車位編號第 00 號之上層機械停車位。被上訴人蘇志銘則於 104 年 5 月 20 日向上訴人購買系爭社區第 A1 棟第 0 樓（建竣後編訂門牌號碼為臺中市○○區○○路 0 段 000 號 0 樓）預售房地及地下 2 樓車位編號第 00 號之上層機械停車位（上述編號 00、00 號機械停車位以下合稱系爭停車位）。依被上訴人與上訴人簽訂之房屋預定買賣契約書（下稱系爭契約）第 2 條第 2 項所載，系爭停車位之寬為 2.25 公尺，系爭社區建造執照圖說關於機械停車位平面圖則標示系爭停車位寬度不含兩側樑寬為 205 公分或 230 公分。上訴人於 104 年 10、11 月前陸續交屋時，系爭停車位尚未完工，直至 105 年 1 月間系爭停車位建造完成後，被上訴人始發現系爭停車位寬度（不包括兩側邊樑寬）僅 188 公分，亦不合法令要求人車共乘兼供乘車人通道使用之機械汽車停車位寬度之最低標準，而有未符相關法規及導致車輛難以停入且駕駛或乘客不能正常上下車等難以為通常使用之瑕疵，參之系爭社區地下 2 樓機械停車位共有 100 多個，上層機械停車位之買賣價金一律均為新台幣（下同）70 萬元，大部分之機械停車位並無駕駛或乘客有不能或不便正常上下車之情形，系爭停車位卻有駕駛或乘客不能或不便正常上下車之情事，系爭停車位有減損價值之瑕疵甚明，被上訴人自得請求減少價金。又上訴人未依契約本旨給付合於法定寬度之機械汽車停車位，且無法補正，亦應賠償被上訴人之損害等語。被上訴人前在調解會議已對上訴人為減少價金之意思表示，為求慎重，爰再依民法第 359 條物之瑕疵擔保責任規定，以起訴狀繕本之送達為減少價金之意思表示，並依民法第 179 條不當得利及民法第 227 條第 1 項不完全給付之規定，請求擇一為有利被上訴人之判決。」

公證人介入房屋交易，對預售車位坪數多少的公證，的確可避免或預防系爭預售屋車位坪數多少之紛爭。但公證人的介入亦無法避免或預防建商不按施工圖施工從而導致車位坪數短少的瑕疵。從臺灣高等法院臺中分院這則判決可知，公證雖有預防紛爭的效果，但非常有限。

(4) 預售屋未依設計圖施工

臺灣臺北地方法院 105 年訴字第 4382 號民事判決：「原告於 101 年 9 月 15 日與被告簽立房地預定買賣契約書（下稱系爭契約），向被告購買「宏盛學一至達」建案 A3 棟-07 房地一戶（門牌號碼為新北市○○區○○路○段 00 號 7 樓、

坐落土地為新北市○○○段○○段 000 地號。下分稱系爭房屋、系爭土地)及車位一個，總價款為新臺幣(下同)1915萬元，除19萬元交屋款外，原告共已給付房地價款1896萬元。系爭房屋於103年10月3日取得使用執照，依系爭契約第17條第6項第2款約定，被告應於領得使用執照6個月內即104年4月2日前完成瑕疵修繕並通知交屋。詎被告施工品質不佳，原告於103年11月12日起即發現有主客浴室馬桶互相錯置、主客浴室淋浴間寬度與原客變圖不符等重大瑕疵，歷次看屋亦發現系爭房屋有新增瑕疵項目或既有瑕疵未改善之情，並將該等瑕疵記載於客戶意見表。被告雖於103年11月26日通知原告驗收房屋，然原告於103年11月30日驗收系爭房屋時，仍有高達30項以上之瑕疵未修復。因被告未履行其瑕疵修繕義務，致未能依約於104年4月2日前通過驗收，且迄今未完成交屋，原告自得依系爭契約第17條第1項第4款約定，請求被告給付自104年4月2日起至105年9月5日止，按日依已繳房地價款1896萬元之萬分之五計算之逾期交屋遲延利息共計493萬9080元。」

臺灣臺北地方法院這則判決涉及，建商未依預售屋設計圖施工之瑕疵的紛爭。但縱使公證人於系爭預售屋買賣契約成立時介入，亦無法避免或預防建商不按預售屋設計圖施工之紛爭。由此可見，公證避免或預防紛爭之效果十分有限。

(5) 預售買賣合意是預約或本約

臺灣臺北地方法院108年訴字第268號民事判決：「按「契約有預約與本約之分，兩者異其性質及效力，預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行，又買賣預約，非不得就標的物及價金之範圍先為擬定，作為將來訂立本約之張本，但不能因此即認買賣本約業已成立。」(最高法院61年度台上字第964號判決意旨參照)。次按苟當事人間，除標的物及價金外，尚有付款方法、稅負、點交、移轉登記期限、抵押權設定、費用及違約金約定等交易上之重要事項，如將之列為必要之點者，衡諸契約自由原則，應非法所不許(最高法院80年度台上字第1883號、84年度台上字第2295號判決意旨參照)。依系爭證明書約定條款第1點記載：「本單屬預約性質，用以確保買方訂購房地車位之優先權利。」、第3點「雙方約定於107年9月16日18:00時前來蒞臨翠御接待中心進行簽約事宜，逾期未完成簽約買方喪失訂購權利，賣方不另行催告，本證明書自然作廢。」、第4點「買賣條件以雙方簽訂買賣合約為準。」、第5點「簽約時買方應攜帶...」、第6點「...正式簽訂買賣合約後，本證明書由賣方收回並自然失效。」(見卷第15頁)，且原告於107年8月19日簽收「房屋土地買賣合約書借閱單」記載：「本人王友俐於民國107年8月19日向福頂建設股份有限公司借閱『翠御』房屋土地買賣合約書樣本乙份，以便充分了解本買賣合約書內容，並保證本合約書樣本僅用於瞭解雙方權利義務，不做他用，預定於民國107年8月26日前歸還，...」(見卷第103頁)，而原

告自好德麥公司借閱之房屋土地買賣合約書僅為空白審閱本，未經兩造簽署，亦為原告所不爭執，另參以現今不動產預售屋銷售實務，建設公司通常委託代銷業者代為銷售，當代銷業者與買方議價價格達於建設公司所設定之底價時，則得由代銷業者與買受人簽訂房屋買賣訂購單，並代為收受定金後，由其與買方約定於一定時間內與建設公司簽訂正式之買賣契約，鮮有不另由買方與建設公司進一步磋商議價，即由代銷公司代為簽訂買賣契約等情，可知原告與好德麥公司簽訂系爭證明書，僅與被告成立買賣之預約，取得與被告進一步簽訂買賣契約之權利，原告支付系爭定金，亦係用以擔保本約之成立，原告主張兩造已成立買賣契約云云，即屬無據。」

臺灣臺北地方法院這則判決，涉及兩造當事人系爭合意是本約或預約之紛爭。透過公證人介入這項關於預售屋買賣的合意，在法律上教示當事人預約與本約的法律上意義，進而教示當事人預約與本約相同與不同之處，將可避免或預防掉這些預售屋買賣合意是預售屋買賣預約或本約的紛爭。儘管如此，公證在此間並無法避免或預防當事人不履行預售屋買賣預約或不履行預售屋買賣本約的紛爭。從臺灣臺北地方法院這則判決可知，公證雖有預防紛爭的效果，但非常有限。

(6) 預售屋樓高

臺灣臺北地方法院 106 年消字第 64 號民事判決：「系爭預售屋之建造執照附表雖記載 A 棟地上 3 層高度為 4.5 公尺，然經原告於 106 年 3 月 24 日進行室內空間丈量之結果，扣除主樑柱高度後，主樑柱下之室內淨高度只餘 3.6 公尺，且主樑柱、數根次樑柱影響室內不足 4.5 公尺淨高度達總淨面積之 24.93 %，室內淨面積高度達 4.5 公尺之比例僅餘 51.09 %，是系爭預售屋顯然不具備之價值、效用或品質，且與兩造約定內容不符，足認有瑕疵。再系爭預售屋內有巨大樑柱穿過，其天花板主樑柱位於屋中央，加上另有兩處橫樑柱，有礙觀瞻，足使室內高度降低、利用空間減少，且會對居住者產生壓迫感，亦有風水上顧慮，且系爭預售屋平面圖未顯示屋中有巨大樑柱穿過，被告亦未事前告知，此屋況顯然減少該屋市場上交易價值，不具備契約所約定之品質而屬瑕疵。另於 104 年 7 月 31 日，系爭建案施工現場因可歸責於被告之管理疏失，發生施工工人遭翻落的鋼筋砸中頭部致死之意外事件（下稱系爭意外），堪認系爭預售屋之客觀交易價值將因而減損，並成為凶宅，而產生無法補正之瑕疵。被告抗辯：所謂「樓高」係指自室內地板面至其直上層地板面之高度，此為建築技術規則建築設計施工編第 1 章第 1 條第 13 項所明定。本件系爭建案之建照上記載 A 棟地上 3 層樓高 4.5 公尺，即是依上開規定測得之「樓高」，本非原告所指之「樓層淨高」。」

臺灣臺北地方法院這則判決涉及到三項紛爭，即系爭預售屋有無樓層淨高不足之瑕疵？系爭預售屋有無房屋中央樑柱穿越之瑕疵？系爭建案施工現場發生

系爭意外，是否導致系爭預售屋存有瑕疵？但公證人於預售屋買賣契約成立時介入，就當事人所指「樓高」部分乃指「樓層淨高」抑或是「樓高」加以公證者，即得避免或預防掉這類樓高的紛爭。但施工過程中發生工安意外為契約成立時所無法預料，即便公證人於預售屋買賣契約成立時介入，亦無法預測日後會有工安意外，而無法避免或預防掉因工安意外所生的預售屋瑕疵的紛爭。

(7) 建商遲未取得使用執照

臺灣桃園地方法院 108 年訴字第 1234 號民事判決：「依系爭房屋合約第 10 條第 1 項本文及第 14 條第 2 項約定，總瑩公司應於 102 年 12 月 15 日前完成系爭不動產之主建物、附屬建物及使用執照所定必要設施，並取得使用執照，於取得使用執照 6 個月內通知原告交屋，惟被告二人遲至 106 年 4 月 20 日始取得使用執照，且迄未通知原告交屋。依內政部公告之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」之應記載事項（下稱應記載事項）第 12 條第 2 項規定，被告二人應按「已繳房地總價款」萬分之 5 計付逾期取得使用執照之遲延利息 75 萬 5635 元。」

臺灣桃園地方法院如這則判決涉及，建商遲未取得使用執照之紛爭。而如前所述，當事人的時間因素並非公證人所得掌握者。縱使公證人在系爭契約成立時介入，亦無法避免或預防建商遲未取得使用執照之遲延損害之紛爭。

(8) 建商遲延交屋

臺灣新北地方法院 108 年重訴字第 282 號民事判決：「被告為興建浮洲合宜住宅建商，並供符合一定條件之民眾申請承購，原告等人取得承購資格後，即與被告簽訂房屋土地預定買賣契約書（下稱系爭契約）。依系爭契約第 17.1 條約定「乙方應於領得使用執照六個月內，通知甲方進行交屋。...(4)乙方如未於領得使用執照六個月內通知甲方進行交屋，每逾一日應按已繳房地價款依萬分之五單利計算遲延利息予甲方」。經查，被告曾於 103 年間提供承購戶「板橋浮洲合宜住宅案第一區（A2、A3 區）預定收款期款表」（下稱預定收款表），載明使照核發預計在 103 年 12 月，與被告與營建署所簽署之招商契約第 6-3.6 條約定「乙方至遲應於 103 年 12 月 31 日前，取得使用執照；並於 104 年 3 月 31 日前，開始交屋予承購戶。」相符，又本建案實際取得使用執照之日期為 104 年 2 月 9 日，則依照上開約定被告應於六個月內即 104 年 8 月 9 日以前通知原告進行交屋。然而，因 104 年 4 月 20 日新北市發生震度四級之地震，本案建物 A2 區基地梁結構體產生裂縫，並經臺灣省土木技師公會出具鑑定報告建議應即刻進行補強作業。嗣後被告雖有為此進行補強工程，然仍嚴重影響交屋時程，故原告等人依系

爭契約第 17.1 條之規定，向被告請求自 104 年 8 月 9 日翌日起，迄通知交屋日前，以已繳房地價款計算每日萬分之五之遲延利息。」

臺灣新北地方法院這則判決涉及，建商因補正瑕疵而遲延交屋之紛爭。如前所述，當事人的時間因素並非公證人所得掌握者。縱使公證人於系爭契約成立時介入，亦無法避免或預防因補正瑕疵而遲延交屋之遲延利息紛爭，足見公證避免或預防紛爭的效果實在有限。

(9) 建商不能移轉房地

臺灣臺北地方法院 107 年重訴字第 459 號民事判決：「被告利鑫公司向原告表示系爭土地上有一合建案欲出售，其為實際建築工程負責者，為保障買方之權益，該土地與建築執造已信託予被告陽信建經公司，且該建案即將申請取得使用執照，保證可於 106 年 7 月 23 日前移轉登記並交付房地完畢，嗣原告於 106 年 1 月 25 日與被告利鑫公司簽立系爭買賣契約，以總價 650 萬元向被告利鑫公司購買系爭房地，並於同日將全數買賣價款存入被告利鑫公司指定帳戶。惟被告利鑫公司迄今未將系爭房屋交予原告，原告依系爭買賣契約第 16 條約定、民法第 348 條第 1 項規定請求被告利鑫公司將系爭房屋交付予原告。又被告利鑫公司於 102 年取得系爭建造執照後，將系爭房屋信託予被告陽信建經公司，並變更起造人為被告陽信建經公司，且系爭土地亦已信託予被告陽信建經公司，惟被告陽信建經公司並未取得使用執照而無法辦理建物第一次登記，被告利鑫公司則未依約將系爭房屋所有權移轉登記予原告，原告得依系爭買賣契約第 16 條、民法第 348 條第 1 項、第 242 條、信託法第 63 條第 1 項、系爭信託契約第 1 條、第 14 條第 1 項等規定，代位被告利鑫公司終止系爭信託契約，再代位被告利鑫公司請求被告陽信建經公司將系爭房屋之起造人名義變更為被告利鑫公司，再由被告利鑫公司於辦理系爭房屋之建物使用執照及建物所有權第一次登記後，將所有權移轉登記予原告，暨代位被告利鑫公司請求被告陽信建經公司將系爭土地之所有權應有部分 100000 分之 9612 及 100000 分之 12259 移轉登記予被告利鑫公司，再由被告利鑫公司將上開土地所有權應有部分移轉登記予原告。倘被告利鑫公司無法將系爭房屋及系爭土地辦理所有權移轉登記予原告，則屬給付不能，且可歸責於被告利鑫公司，原告得依民法第 226 條第 1 項規定請求被告利鑫公司賠償 650 萬元。」

臺灣臺北地方法院這則判決涉及，建商移轉系爭房地所有權移轉不能之紛爭。縱使公證人在系爭合建房地買賣契約成立時介入，亦無法避免或預防，建商嗣後不能移轉系爭房地移轉登記之糾紛。由此可見，公證避免與預防紛爭之效果十分有限。

(10) 違建電梯

臺灣高等法院臺中分院 107 年上字第 226 號民事判決：「被上訴人主張：伊於 103 年 8 月 31 日與上訴人○○開發有限公司（下稱○○公司）簽立房屋預定買賣契約（下稱系爭房屋契約），與上訴人詹育穎、劉秋蒞簽立土地預訂買賣契約（下稱系爭土地契約，並與系爭房屋契約合稱系爭契約），由伊分別以 5,175,000 元、6,325,000 元向○○公司購買坐落苗栗縣○○鎮○○段 0000 號建號建物（下稱系爭房屋），向詹育穎、劉秋蒞購買系爭房屋所坐落之同段 1315 地號土地（下稱系爭土地），並分別給付房屋價金 1,552,500 元、土地價金 1,897,500 元。嗣於 105 年 1、2 月間，被上訴人經○○公司通知辦理所有權移轉登記時，發覺系爭房屋內安裝之電梯設備（下稱系爭電梯），竟因未經竣工檢查合格，而無法取得使用許可證，依建築物昇降設備設置及檢查管理辦法第 3 條第 1 項規定不得使用，則系爭電梯之存在，一方面無法達成預定可搭乘之目的，他方面又減損建物可使用空間，對建物所有權人反而有害，並屬違章建築，核屬不具備通常品質效用而構成系爭房屋之瑕疵。上訴人抗辯：依系爭房屋契約第 1 條第 2 項前段、第 7 條第 4 項約定，系爭房屋依主管機關核准之建築設計，根本無電梯設備存在，附件五關於「時尚電梯設備」之約定，實為二次施工之工程項目，伊於兩造簽訂系爭契約時已告知，難認系爭房屋存有瑕疵。否則被上訴人何須在與伊簽訂系爭契約外，另與訴外人立大開發有限公司（下稱○○公司）簽訂工程委託合約書（下稱電梯安裝契約），委由○○公司於取得房屋使用執照之後始進行二次施工安裝系爭電梯，且同意電梯安裝契約第 8 條免責條款。又二次施工無法取得合法使用許可證，為一般社會民間之普遍知識。」

臺灣高等法院臺中分院這則判決涉及，電梯因無法取得合法使用許可證而成為違建之紛爭。當事人於系爭契約成立時已知電梯有成為違建之可能，而仍然決定成立契約。公證人因此在系爭契約成立時介入，亦非常有可能無法避免或預防掉這項紛爭，亦即無法避免當事人成立系爭契約。由此可見，公證人避免或預防違建紛爭之效果有限。

(11) 預售屋漏水

臺灣臺北地方法院 107 年訴字第 248 號民事判決¹⁷²：「原告起訴主張：原告前於 103 年 4 月 21 日與被告簽訂系爭契約，購買由被告在桃園市中壢區推出之宏普光年領袖館建案（下稱系爭建案）A1 棟 2 樓預售屋 1 戶（含地下 2 樓編號

¹⁷² 關於房屋漏水之法院裁判，臺灣臺北地方法院 104 年訴字第 4738 號民事判決、臺灣臺北地方法院 103 年重訴字第 1005 號民事判決、臺灣新北地方法院 107 年訴字第 3395 號民事判決、臺灣臺北地方法院 105 年重訴字第 37 號民事判決。

64 及 65 號停車位，下稱系爭 2 樓房屋），總價 1,263 萬元。原告於 105 年 1 月間，發現系爭 2 樓房屋有嚴重漏水現象，經消保官於 105 年 5 月 24 日、6 月 22 日、7 月 14 日多次居間協調，雙方達成改換成 A1 棟 3 樓（下稱系爭 3 樓房屋）之換屋（下稱系爭換屋協議），至此兩造系爭契約之買賣標的已更換為系爭 3 樓房屋。詎系爭 3 樓房屋亦有漏水瑕疵，且履經告知被告修繕均未獲改善，故原告於 106 年 7 月 25 日發函通知被告解除兩造間系爭 3 樓房屋買賣契約，並依民法第 179 條、第 259 條、第 359 條規定，請求被告返還原告已支付之價金 277 萬元。」

臺灣臺北地方法院這則判決涉及，預售之房屋完成後發現漏水之紛爭。如前所述，不動產消費交易裡最常見之紛爭之一，乃漏水之紛爭。而這項紛爭，尤其在預售屋買賣之情形，縱使公證人早在契約成立時介入，亦無法避免或預防房屋漏水紛爭之發生，良以公證人並無發現房屋有無漏水之專業。而且在公證的當下，當事人通常將漏水情況暫時處理完畢，公證人因此無法發現漏水問題。更且在預售屋買賣之情形，房屋漏水一事乃將來之事，公證人並無法預見進而避免或預防掉這項紛爭之發生。由此可見，公證避免或預防紛爭之效果實在有限。

臺灣士林地方法院 107 年重訴字第 413 號民事判決：「原告透過被告仲介，買入系爭房屋與地下室簽訂系爭契約前，高柏原、楊坤輝未告知系爭建物有傾斜，所坐落之社區且有建物氯離子檢測過高與鋼筋外露情狀，反而再三保證系爭建物非海砂屋。楊坤輝簽署之標的物現況說明書復保證系爭建物無滲漏水、鋼筋外露、水泥塊剝落、未有大於 0.1 公分顯見間隙裂縫或傾斜情事。伊簽訂系爭契約時，高柏原將永慶公司事先繕打，屬定型化契約條款，記載伊知悉系爭建物所在社區曾有建物氯離子檢測過高與鋼筋外露，伊日後如發現系爭建物有氯離子過高情狀，不得向永慶公司及楊坤輝主張瑕疵，亦不適用永慶公司高氯離子建物保障辦法等排除責任文句之增補契約，夾帶在系爭契約內，以話術促使伊在系爭契約、系爭增補契約上簽名，未予伊充分時間審閱及向伊說明系爭增補契約內容，有違誠信原則及「成屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」中契約審閱期限與不得約定排除民法上瑕疵擔責任之規定。系爭增補契約依消費者保護法（下稱消保法）第 12 條第 1 項、第 17 條第 4 項規定應屬無效。高柏原、楊坤輝顯係故意不告知瑕疵，而以系爭增補契約免除瑕疵擔保，依民法第 366 條規定，系爭增補契約亦屬無效。又被告故意以上開方式對伊施用詐術，致伊陷於錯誤簽訂系爭增補契約，並以高於鄰近建物之價格購買系爭建物，伊為此於同年 6 月 25 日寄發律師函予永慶公司及楊坤輝，表明依民法第 92 條第 1 項規定撤銷簽訂系爭增補契約之意思表示。系爭建物更有混凝土氯離子過高、傾斜等瑕疵而危害居住安全，伊自得因系爭建物混凝土氯離子含量高於 0.6kg/m³，依系爭契約第 13 條第 2 項第 1 款約定及民法第 359 條規定解除契約，並依系爭契約同條款及民法第 259 條第 2 款規定，先位請求被告返還買賣價金 4,630 萬元及利息。」

臺灣士林地方法院這則判決涉及房地氬離子過高與滲水鋼筋外露的紛爭。縱使公證人在系爭房地買賣成立時介入，因其不具備相關專業能力，亦無法發現系爭房地有無氬離子過高之問題，至於滲水鋼筋外露則或許可能透過目視發現。由此可見，公證避免或預防紛爭的效果有限。

(12) 房屋隔牆裡中繼水箱設備之運作噪音

臺灣高等法院 107 年上字第 1142 號民事判決¹⁷³：「上訴人主張：伊於 104 年 9 月 2 日經由受僱於被上訴人信義房屋擔任經紀營業員之被上訴人陳鼎元、張貴登居間仲介，以新臺幣 4,550 萬元，向被上訴人林芳如購買門牌號碼臺北市○○區○○路 0 段 00 號 13 樓房屋及所坐落土地，已交付價金並辦理所有權登記完畢。陳鼎元、張貴登均明知伊要求所購買的房屋不能太吵雜，惟其等與林芳如均未告知系爭房屋隔牆即為設置中繼水箱、中繼幫浦之機房，伊入住後始發現系爭中繼水箱設備運作時會發出噪音、震動，嚴重影響居住品質，並足以減損系爭房地之交易價格 420 萬 4,200 元，顯有減少房地效用或價值之瑕疵，伊自得依民法第 359 條規定請求林芳如減少買賣價金 420 萬 4,200 元，並依同法第 179 條規定請求如數返還。另陳鼎元、張貴登未盡調查義務致未告知系爭房屋毗鄰系爭中繼水箱設備，自違反民法第 567 條第 2 項之注意義務而對伊為不完全給付，且係執行仲介業務有故意或過失致伊受有 468 萬 4,200 元之損害(含瑕疵價差損害 420 萬 4,200 元、伊已支付之仲介報酬 48 萬元)，伊自得依民法第 227 條、不動產經紀業管理條例第 26 條第 2 項規定，請求陳鼎元、張貴登、信義房屋連帶賠償伊 468 萬 4,200 元，並與林芳如負不真正連帶賠償責任。」

臺灣高等法院系這則判決涉及系爭房屋隔牆裡的中繼水箱設備運作發生噪音之紛爭。縱使公證人於系爭房地買賣契約成立時介入，亦無法查知從而避免或預防掉這項噪音紛爭。由此可見，公證避免或預防紛爭的效果有限。

(13) 凶宅之瑕疵

臺灣高等法院 107 年上字第 602 號民事判決：「本件被上訴人陳稱上訴人於不動產買賣契約書所附之系爭不動產現況說明書中第 11 項所載「本建築改良物(專有部分)於賣方產權期間是否曾發生過兇殺或自殺致死之情事」欄位，勾選「否」，致其不知該屋為凶宅而購買，請求減少房屋價金。上訴人抗辯系爭不動產非於伊持有產權期間內發生自殺身亡之非自然身故事件，自非屬凶宅，且依系爭不動產現況說明書係詢問伊持有期間，故伊無須就上開瑕疵負擔保責任。」

¹⁷³ 關於房屋噪音之法院裁判，臺灣新北地方法院 107 年重訴字第 114 號民事判決、臺灣高等法院 107 年重上字第 224 號民事判決。

臺灣高等法院這則判決涉及，房屋為凶宅瑕疵之紛爭。最高法院與學界目前就凶宅構成民法第 354 條所指之價值減少之瑕疵，已形成共識。但縱使公證人在系爭不動產買賣契約成立時介入，亦無法查知從而避免或預防掉凶宅瑕疵之紛爭。由此可見，公證避免或預防紛爭之之效果有其限度。

(14) 房屋不符廣告內容之瑕疵

臺灣臺中地方法院 106 年消字第 6 號民事判決：「被告於民國 95 年間起公開銷售坐落臺中市○○區○○段 000 地號土地之「浪漫滿屋」建案，嗣更名為「愛瑪市」建案，現為愛瑪市社區。被告於廣告單中不實廣告系爭建案設有「COFFEE BAR」、「LOUNGE BAR」公共設施，致原告誤信為真，分別以附表一「買賣價金」欄所示金額，於附件一（所示購買日期，向被告購買如附件一所示房地。原告於交屋後，發現被告竟未設置咖啡廳及酒吧，且已設置之公共設施則有本院 102 年度重訴字第 421 號案件（下稱前案）囑託臺北市建築師公會鑑定之鑑定結果編號 4 至 8、11 至 14 號所載之瑕疵（即 1 樓電影院、KTV、撞球室、兒童遊戲室之木質地板，均有腐蝕情形；1 樓圖書館木質地板有腐蝕情形、牆面有壁癌情形；地下 2 樓停車場壁面及該樓 22 號梯廳壁面，均有滲水現象；1 樓後門圍牆有龜裂現象；頂樓木棧板區未施做防水層）。因廣告內容構成契約一部分，且被告依約亦須交付無瑕疵之公共設施，故被告未依廣告設置咖啡廳、酒吧，並交付無瑕疵之公共設施，均屬不完全給付，且迄未補正。原告之房地因而受有如附表一「買賣價金」欄所示金額 2% 之價值減損。爰依民法第 227 條第 1 項準用第 266 條規定，請求被告連帶賠償此部分損害。」

臺灣臺中地方法院這則判決涉及，房屋與廣告內容不符之物之瑕疵，以及其他物之瑕疵之紛爭。縱使公證人在系爭房屋買賣契約成立時介入，亦無法避免或預防建商嗣後所交付之房屋不符廣告內容，以及有其他物之瑕疵之紛爭。由此可見，公證避免或預防紛爭之效果十分有限。

從以上法院裁判的分析可知，公證避免或預防紛爭之效果實在有限。強制一切以不動產物權變動為內容的債權契約公證，實難以收到太多立法者藉此所欲收的公證預防紛爭之效果。既然如此，這項適用範圍極其廣泛之強制公證，實值商榷。

(三) 疊床架屋之制度設計

民法第 166 條之 1 規定自公布至今尚未施行已達 20 年之久。在這段不算短的期間內，已發展出相關制度以規範不動產交易。以下說明，在這些相關制度之適用底下，民法第 166 條之 1 之似已無存在之必要。

1. 消費者保護法相關規定

預售屋買賣，乃以將來完成之房屋作為買賣標的物，性質上為不動產買賣，亦是以不動產物權變動為內容之債權契約，而應適用民法第 166 條之 1 所規定之強制公證。預售屋買賣經常發生紛爭，是民眾所週知的不動產消費糾紛之一。行政院消費者保護處因此制定且公告，「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」。

「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」的規範對象，基本上包括預售屋買賣的重要事項。預售屋買賣乃以將來完成的房屋作為買賣標的物。而未來不可知，且房屋的完成掌握在作為建商的出賣人手上，關於房屋(包括共同部分、基地與停車位)的事項因此即非常容易發生紛爭，比如坪數不足、停車格規格不符或建材不符等紛爭。因預售屋買賣通常搭配買受人之分期預付義務約款，是以亦常發生建商已受款，但未完成房屋或甚至破產，而無法完成房屋等預付款項請求返還不能之情形。凡此情形，均為「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」所規範者。

相對於預售屋買賣標的物，乃將來完成之房屋，成屋買賣則以現有、現存，已建成的房屋作為買賣標的物，性質上同樣為不動產買賣，民法第 166 條之 1 規定因此在此間亦有適用餘地。由於市面上同樣非常多建商已建成新屋之買賣，行政院消費者保護處因此制定且公告「成屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」。「成屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」同樣規範成屋買賣的重要事項，例如貸款、交屋、價金支付與相關稅務負擔等問題。

儘管「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」無法完全避免或預防房屋消費的相關紛爭。但毫無疑問的是，其的確避免或預防了若干紛爭，因此打消了若干消費者購買預售屋之念頭。是以在預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項的適用範圍內，於預售屋買賣，是否仍有適用民法第 166 條之 1 所規定強制公證的必要，亦即公證人介入預售屋買賣，可收到多少避免或預防因預售所產生的相關紛爭之實效，實在不無疑問。透過預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，既然已經避免或預防掉若干預售屋買賣的紛爭，則強制預售屋買賣公證此際所能收到的避免或預防紛爭的效果，恐怕已是極其有限。

儘管「成屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」同樣無法完全避免或預防掉成屋買賣的相關紛爭，但毫無疑問者，乃其的確避免或預防了若干紛爭，甚至打消了消費者購買若干有疑問的成屋之念頭。於「成屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」之範圍內 民法第 166 條之 1 規定是否仍有適用餘地，亦即公證人介入成屋買賣，進而避免或預防掉紛爭之實際效果，亦非完全毫無疑問。透

過「成屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」，既然已經避免或預防掉若干成屋買賣之相關紛爭，則強制成屋買賣之強制公證此際所能收到的避免或預防紛爭之效果，恐怕亦是極其有限。

而且依消費者保護法第 43 條第 1 項規定，消費者得向企業經營者、消費者保護團體或消費者服務中心或其分中心申訴；依同條第 2 項規定，企業經營者對於消費者之申訴，應於申訴之日起十五日內妥適處理之。消費者依第一項申訴，未獲妥適處理時，得向直轄市、縣(市)政府消費者保護官申訴；依同條第 3 項規定，消費者依第一項申訴，未獲妥適處理時，得向直轄市、縣(市)政府消費者保護官申訴。透過上開申訴與調解等訴訟外紛爭解決機制，尤其是向消費者保護官申訴，消費者往往可以解決其與企業經營者間之不動產消費交易相關紛爭。

在非常多的不動產買賣均是消費者契約之情況下，透過消費者保護法，得以避免或預防若干不動產消費買賣紛爭，更且在發生紛爭之後，尚有申訴與調解等訴訟外紛爭解決機制可資使用。強制一切以不動產物權變動為內容的債權契約公證，其必要性因此若干減少或薄弱。

2. 不動產經紀制度

依不動產經紀業管理條例第 1 條規定，為管理不動產經紀業(以下簡稱經紀業)，建立不動產交易秩序，保障交易者權益，促進不動產交易市場健全發展。從這條規定可知，我國採取不動產經紀人制度，以保護不動產交易者之權益。

依不動產經紀業管理條例第 13 條規定不動產經紀人之資格，即應經不動產經紀人考試及格，並依不動產經紀業管理條例，領有不動產經紀人證書。這條規定可知，不動產經紀人具有一定不動產交易相關專業知識，包括相關法律專業知識。

依不動產經紀業管理條例第 14 條第 1 項規定，經不動產經紀人考試及格者，應具備一年以上經紀營業員經驗，始得向直轄市或縣(市)政府請領經紀人證書。一年以上不動產經紀營業員經驗，因此乃不動產經紀人之資格要件之一。不動產經紀人因此不僅通過國家考試，具有一定相關專業知識，包括相關學理與法律上專業知識，亦具有一定不動產交易實務經驗。

依不動產經紀業管理條例第 15 條第 1 項規定，不經紀人證書有效期限為四年，期滿時，經紀人應檢附其於四年內在中央主管機關認可之機構、團體完成專業訓練三十個小時以上之證明文件，向直轄市或縣(市)政府辦理換證。不動產經紀人因此亦應在職進修，其不動產相關專業知識因此與時俱進。

依不動產經紀業管理條例第 22 條第 1 項第 6 款規定，如不動產之買賣委由經紀業仲介或代銷者，應由經紀業指派經紀人於不動產買賣契約文件上簽章。依這條規定，委由經紀業仲介或代銷的不動產買賣契約，應由受委託的經紀業所指派的不動產經紀人，於不動產買賣契約文件上簽章。

既然不動產經紀人均透過通過國家資格考試，而有一定不動產交易專業知識，包括法律上專業知識，縱使是新手的不動產經紀人亦具有實務經驗，以及透過證書換發條件也保障一定程度的專業知識更新，則在已有不動產經紀人如此的法律專業人士介入不動產買賣過程的背景底下，是否尚應有公證人介入該不動產買賣，實在不無疑問。若認為，該不動產買賣仍應由公證人作成公證書，是否有疊床架屋之嫌，也實在不無疑問。

我國不動產經紀人制度，應是繼受自斯堪地那維亞半島的不動產經紀制度，在彼處是以不動產經紀人如此的法律專業人士介入不動產交易，以保護不動產交易安全¹⁷⁴。儘管在瑞典咸認為，不動產經紀人有著利益衝突，即與買受人的利益相衝突的問題，但另一方面也咸認為，如此的不動產經紀人制度在瑞典文化裡仍然有效運作著¹⁷⁵。

民法第 166 條之 1 規定繼受自德國與瑞士法制，基本上屬拉丁公證制，即在不動產交易過程裡強制以公證人提供法律專業服務¹⁷⁶。若民法第 166 條之 1 規定施行，則在我國不僅有著斯堪地那維亞半島系統的不動產經紀制度，亦同時有著拉丁公證系統的強制公證。如此疊床架屋且增加交易成本與時間的規範設計，不僅實在是比較法上的異數，似亦無必要併行這兩項法律專業系統。而由於不動產經紀業管理條例已施行近九年之久，於是尚未施行的民法第 166 條之 1 規定，是否有使其開始施行之必要，在在不無疑問。

3. 地政士制度

為維護不動產交易安全，我國制定有地政士法。依地政士法第 1 條規定：「為維護不動產交易安全，保障人民財產權益，建立地政士制度，特制定本法。」中華民國九十年十月二十四日總統（90）華總一義字第 9000205260 號令制定公布地政士法全文 59 條；並自九十一年四月二十四日起施行。地政士法公布施行前，

¹⁷⁴ ZERP, Conveyancing Services Market(COMP/2006/D3/003), 2007, Rn. 10.

¹⁷⁵ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 10 (2007).

¹⁷⁶ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 39 (2007).

地政士前身為土地代書，源自日據殖民統治時期¹⁷⁷。由此可見，我國不僅以地政士制度介入不動產交易，而且為時已久。

地政士法第 4 條規定地政士之資格。依地政士法第 4 條第 1 項規定，中華民國國民經地政士考試及格，並領有地政士證書者，得充任地政士。專門職業及技術人員普通考試地政士考試規則則規範地政士資格考試之考試規則，包括應考資格及考試科目，該規則第 9 條規範考試科目，包括土地相關法規、民法與信託法概要。由此可見，我國乃以具有一定不動產交易法律專業知識之地政士，介入不動產交易，以維護不動產交易安全¹⁷⁸。

地政士法第 8 條第 1 項規定：「開業執照有效期限為四年，期滿前，地政士應檢附其於四年內在中央主管機關認可之機關（構）、學校、團體完成專業訓練三十個小時以上或與專業訓練相當之證明文件，向直轄市或縣（市）主管機關辦理換發開業執照。屆期未換照者，應備具申請書，並檢附最近四年內完成專業訓練三十個小時以上或與專業訓練相當之證明文件，依前條規定，重行申領開業執照。」由這條規定可知，透過地政士應每四年換發開業執照一次，且換發開業執照以受過一定機構一定時數以上的專業訓練為要件，地政士之法律專業知識可以維持一定水平以上，並確保其法律專業知識與相關法規修正俱進。

依地政士法第 16 條第 1 款至第 8 款規定，地政士所得執行之業務，包括：代理申請土地登記事項；代理申請土地測量事項；代理申請與土地登記有關之稅務事項；代理申請與土地登記有關之公證、認證事項；代理申請土地法規規定之提存事項；代理撰擬不動產契約或協議事項；不動產契約或協議之簽證；代理其他與地政業務有關事項。

依這條規定，地政士執行之業務，包括以不動產契約或協議之簽證，以及代理撰擬不動產契約或協議事項。這些地政士執行業務範圍完全涵蓋民法第 166 條之 1 所規定之強制公證範圍，即以不動產物權變動為內容之債權契約。地政士具備一定法律專業知識，尤其是不動產相關法律專業知識。既然以不動產物權變動為內容之債權契約在具有一定法律專業知識之地政士之業務執行範圍內，則該類不動產契約是否應另經公證人作成公證書，實在不無疑問，恐有疊床架屋之嫌。

我國地政士制度沿襲自日本法制，整項制度尚稱完備，以地政士法在不動產交易過程中提供相關專業知識服務，包括法律專業知識之服務。我國文獻上對地政士於不動產交易中所負之具體職務義務雖鮮有著墨，但觀諸地政士自始所仿照

¹⁷⁷ 黃信雄，地政士制度功能及契約責任——以不動產交易安全為中心，新學林，2018 年，頁 3-4。

¹⁷⁸ 黃信雄，地政士制度功能及契約責任——以不動產交易安全為中心，新學林，2018 年，頁 98-104。

的日本司法書士制度可知，地政士本質上亦應負有提升不動產交易安全的相關職務上義務。日本現行司法書士制度雖不完全相當於我國地政士，良以其業務範圍尚涵蓋其他非訟業務與一定條件下小額訴訟的訴訟代理，但關於不動產交易與登記事項，則並未有太多的差異¹⁷⁹。日本不動產登記法原則上採取共同申請主義（第

¹⁷⁹ 就日本司法書士の具體執業內容，詳見日本司法書士法第3條規定：「司法書士は、この法律の定めるところにより、他人の依頼を受けて、次に掲げる事務を行うことを業とする。一 登記又は供託に関する手続について代理すること。二 法務局又は地方法務局に提出し、又は提供する書類又は電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。第四号において同じ。）を作成すること。ただし、同号に掲げる事務を除く。三 法務局又は地方法務局の長に対する登記又は供託に関する審査請求の手続について代理すること。四 裁判所若しくは検察庁に提出する書類又は筆界特定の手続（不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）第六章第二節の規定による筆界特定の手続又は筆界特定の申請の却下に関する審査請求の手続をいう。第八号において同じ。）において法務局若しくは地方法務局に提出し若しくは提供する書類若しくは電磁的記録を作成すること。五 前各号の事務について相談に応ずること。六 簡易裁判所における次に掲げる手続について代理すること。ただし、上訴の提起（自ら代理人として手続に関与している事件の判決、決定又は命令に係るものを除く）、再審及び強制執行に関する事項（ホに掲げる手続を除く。）については、代理することができない。イ 民事訴訟法（平成八年法律第九号）の規定による手続（ロに規定する手続及び訴えの提起前における証拠保全手続を除く。）であつて、訴訟の目的の価額が裁判所法（昭和二十二年法律第五十九号）第三十三条第一項第一号に定める額を超えないものロ 民事訴訟法第二百七十五条の規定による和解の手続又は同法第七編の規定による支払督促の手続であつて、請求の目的の価額が裁判所法第三十三条第一項第一号に定める額を超えないものハ 民事訴訟法第二編第四章第七節の規定による訴えの提起前における証拠保全手続又は民事保全法（平成元年法律第九十一号）の規定による手続であつて、本案の訴訟の目的の価額が裁判所法第三十三条第一項第一号に定める額を超えないものニ 民事調停法（昭和二十六年法律第二百二十二号）の規定による手続であつて、調停を求める事項の価額が裁判所法第三十三条第一項第一号に定める額を超えないものホ 民事執行法（昭和五十四年法律第四号）第二章第二節第四款第二目の規定による少額訴訟債権執行の手続であつて、請求の価額が裁判所法第三十三条第一項第一号に定める額を超えないもの。七 民事に関する紛争（簡易裁判所における民事訴訟法の規定による訴訟手続の対象となるものに限る。）であつて紛争の目的の価額が裁判所法第三十三条第一項第一号に定める額を超えないものについて、相談に応じ、又は仲裁事件の手続若しくは裁判外の和解について代理すること。八 筆界特定の手続であつて対象土地（不動産登記法第二百二十三条第三号に規定する対象土地をいう。）の価額として法務省令で定める方法により算定される額の合計額の二分の一に相当する額に筆界特定によつて通常得られることとなる利益の割合として法務省令で定める割合を乗じて得た額が裁判所法第三十三条第一項第一号に定める額を超えないものについて、相談に応じ、又は代理すること。2 前項第六号から第八号までに規定する業務（以下「簡裁訴訟代理等関係業務」という。）は、次のいずれにも該当する司法書士に限り、行うことができる。一 簡裁訴訟代理等関係業務について法務省令で定める法人が実施する研修であつて法務大臣が指定するものの課程を修了した者であること。二 前号に規定する者の申請に基づき法務大臣が簡裁訴訟代理等関係業務を行うのに必要な能力を有すると認定した者であること。三 司法書士会の会員であること。3 法務大臣は、次のいずれにも該当するものと認められる研修についてのみ前項第一号の指定をするものとする。一 研修の内容及び簡裁訴訟代理等関係業務を行うのに必要な能力の習得に十分なものとして法務省令で定める基準を満たすものであること。二 研修の実施に関する計画が、その適正かつ確実な実施のために適切なものであること。三 研修を実施する法人が、前号の計画を適正かつ確実に遂行するに足る専門的能力及び経理的基礎を有するものであること。4 法務大臣は、第二項第一号の研修の適正かつ確実な実施を確保するために必要な限度において、当該研修を実施する法人に対し、当該研修に関して、必要な報告若しくは資料の提出を

60 條），亦即雙方當事人就登記的辦理須共同為之。而且其舊法明文規定在場主義（出頭主義），亦即當事人或其代理人須於登記機關前親自辦理登記，現行法基於採取線上登記制度，故已放寬在場主義的限制，但登記機關於未親自辦理的情形，仍得基於對於申請人別或資格的疑慮而駁回申請（不動產登記法第 25 條第 4 款）。換言之，過去日本不動產登記原則上須由雙方當事人或代理人親自到場辦理。但在日本不動產登記實務，雖未強制當事人，但傳統上通常共同委任司法書士，以代理雙方當事人為登記相關事宜，但近年以關西地區為首，亦存在雙方當事人僅個別委任司法書士，以代表其執行登記事宜¹⁸⁰。

關於交易當事人別，司法書士首先負有確認義務，而且依所謂「實質說」的通說，司法書士不僅必須以當事人所提出之身份證明文件為判斷，於個案中尚須為必要的調查，這項調查義務更及於當事人是否為所持不動產權狀的所有人¹⁸¹；次則就當事人意思，亦負有確認其真意的義務，日本實務上亦普遍承認司法書士應對當事人間交易上所涉及之法律資訊而為教示¹⁸²。日本實務上具體法律上教示內容，例如標的物上仍未塗銷抵押權之前，司法書士應教示取得人其預先支付價金的風險；司法書士應調查登記簿，且教示當事人標的物上負擔對其所生之法律上風險（如假處分登記）；一方當事人就辦理登記的指示有害他方當事人利益，且致作為登記原因的契約之目的無法達成者，司法書士亦應教示當事人這項指示的法律上效果¹⁸³。

日本法上，司法書士不僅對於相關文件與印鑑的真實性負有查驗義務，查驗其是否真正¹⁸⁴，其職務義務亦及於登記的真正與有效性。這義務的結構，更與其

求め、又は必要な命令をすることができる。5 司法書士は、第二項第二号の規定による認定を受けようとするときは政令で定めるところにより、手数料を納めなければならない。6 第二項に規定する司法書士は、民事訴訟法第五十四条第一項本文（民事保全法第七条又は民事執行法第二十条において準用する場合を含む。）の規定にかかわらず、第一項第六号イからハまで又はホに掲げる手続における訴訟代理人又は代理人となることができる。7 第二項に規定する司法書士であつて第一項第六号イ及びロに掲げる手続において訴訟代理人になつたものは、民事訴訟法第五十五条第一項の規定にかかわらず、委任を受けた事件について、強制執行に関する訴訟行為をすることができない。ただし、第二項に規定する司法書士であつて第一項第六号イに掲げる手続のうち少額訴訟の手続において訴訟代理人になつたものが同号ホに掲げる手続についてする訴訟行為については、この限りでない。8 司法書士は、第一項に規定する業務であつても、その業務を行うことが他の法律において制限されているものについては、これを行うことができない。（資格）

¹⁸⁰ 司法書士総合研究所不動産登記制度研究部会「不動産売買取引において登記権利者・登記義務者それぞれに司法書士が代理人に付く場合の立会執務のあり方等について」THINK：司法書士論叢 115 号，29 頁（2015）。

¹⁸¹ 中村昌美「不動産取引安全をめぐる判例動向不動産登記法改正後の変化 後編」名古屋学院大学論集 54 卷 3 号，78-92 頁（2018）。

¹⁸² 七戸克彦「不動産登記業務における司法書士の専門家責任をめぐる近時の動向」市民と法 58 号，61-63 頁（2009）。

¹⁸³ 相關實務判決，國井和郎＝下村信江「共同研究・司法書士の職務と民事責任(1)司法書士の損害賠償責任をめぐる裁判例の分析」阪大法学 49 卷 1 号，32-36 頁（1999）。

¹⁸⁴ 七戸克彦「不動産登記業務における司法書士の専門家責任をめぐる近時の動向」市民と法

不動產登記法第 61 條相結合，其應擔保登記相關文書真正性與有效性之義務，及於其登記原因相關資訊。日本不動產登記法第 61 條規定，申請人於申請登記時，應提出證明其登記原因的相關資訊。於不動產買賣契約的情形，當事人應提供其買賣契約必要之點的文書於登記機關為證¹⁸⁵應注意者，乃日本民法之結構，並不同於我國有物權行為與無因性，故而這項登記申請時所提供證明文書之內容，已與我國法上之債權契約（私契）相當¹⁸⁶。司法書士之文書真實性擔保義務，因此顯然與日本不動產登記法相一致，共同擔保其不動產登記的真正與有效性。這項司法書士職務義務之結構，更因此導出司法書士對於當事人間契約形成真意之確認與合法性，亦應有所介入¹⁸⁷。

依我國地政士法第 16 條規定，地政士就不動產移轉的職務義務，與日本法並未有太多不同之處。縱使我國地政士法並未明文規定地政士對契約當事人負有說明義務，但透過地政士法第 1 條與第 2 條規定之體系解釋，地政士基於其促進交易安全的職能與誠信原則，當其為當事人撰擬契約時，亦應告知當事人其意思的法律上意義，並且提供必要法律上資訊。

民法第 166 條之 1 規定繼受自拉丁公證制度，繼受自德國與瑞士法制，即強制公證人介入不動產交易過程，提供法律專業知識服務。而且我國尚以繼受自斯堪地那維亞半島之不動產經紀人法制，在不動產交易過程中以不動產經紀人提供相關專業知識服務，包括法律專業知識服務。倘若民法第 166 條之 1 規定施行，則我國關於不動產交易同時存在著三種不同法制，即不動產經紀人、地政士與公證人。這三項法制之適用關係如何？三項同時併行？可互相取代而得選擇其一？甚或最有可能之解釋結論，乃強制公證因其強制而壟斷不動產交易之法律專業知識服務提供者之角色？在在不無疑問。如此有疊床架屋之嫌之不動產交易法律專業知識服務提供法制，實在是比較法上之異數。

在民法第 166 條之 1 強制公證的強制意義底下，這項強制公證並無法為不動產經紀人或地政士之介入所取代。換句話說，這項強制公證最終恐將壟斷不動產交易裡的法律專業知識提供者的角色。不動產經紀人與地政士作為在不動產交易裡的法律專業知識提供者的角色，最終將淪為非法律專業知識的服務提供者角色，換句話說，將只是不動產交易市場裡的跑腿者的角色。如此的規範設計，恐怕並非立法者所樂見者。

58 号，57-59 頁（2009）。

¹⁸⁵ 山野目彰夫「登記原因証明情報の制度と司法書士」月報司法書士 492 号，11 頁（2013）。

¹⁸⁶ 水津太郎「平成 16 年不動產登記法と民法学：登記原因証明情報をめぐって」ジュリスト 1502 号，36，38 頁（2017）。

¹⁸⁷ 鈴木正道「これからの不動產登記制度と司法書士による本人確認・登記原因証明情報の作成」月報司法書士 441 号、2008、20-21 頁。

(四) 欠缺社會有效性之強制公證

民法第 166 條之 1 訂定以來已將近 20 年。民法典制定施行迄今已將近百年。我國向來未有強制不動產物權的負擔與物權契約公證制度，人民在如此的民法秩序裡已生活將近百年。大多不動產交易其實未產生紛爭。在如此的背景底下，有無強制不動產負擔契約作成公證書之必要，實不無疑問。當一條法律規定，一項法律制度的新增訂，是超越人民的生活實踐，亦即違反人民的生活經驗時，如此的新訂往往容易引起人民的反彈，抗爭。更有甚者，若如此不具有社會正當性的法律規定同時又不具有倫理上的正當性，則甚至可能引發革命，換句話說，違反人民生活經驗的法律規定，不僅欠缺社會有效性，亦即人民根本不服從，亦同時可能倫理上無效¹⁸⁸。

德國法社會學上公認的法律的社會有效性的概念，乃指社會上成員的行為與該法規範一致¹⁸⁹。這項研究命題固須透過法律施行後的實證確認，但藉由過去理論上的研究成果，其中仍有若干因素得作為法規施行影響評估的指標¹⁹⁰。以下先說明法律的社會有效性研究的基本共識，進而以這些基本共識評估與預測，以公證人介入不動產交易過程(強制公證)，是否符合相應於受規範者的實際行為，亦即人民實際上是否遵守這項強制公證，而達成強制公證的立法目的。

Opp 與 Diekmann 教授早期創設了一項檢驗模型¹⁹¹。在這個模型中有幾項重要的參考指標。首先這項模型所探求者，乃實證上究竟受規範者有多大的程度上遵守特定法規範。就此有幾項不同因素：其一，受規範者遵守或違反法規範對其所生的不利益效果，尤其，受規範者一旦違反法律，法規範對其不利的法律效果，或受規範者遵守特定法律對其營業成本的增加；其二，給出遵守或違反法規範效果的執行情形與頻率。換句話說，受規範者如違反法規範，是否通常或極少確實承受法規範所規定的不利效果，例如於特定禁止停車路段停車，卻鮮少有執行；其三，受規範者是否接受特定法規範的立法意旨，例如受規範者是否亦同意特定交通規則的遵守，得使他人免於受損害；其四，相應於受規範者是否接受立法者的立法意旨，相對應的因素乃受規範者是否得有相當理由，反對且不接受這項立法意旨，尤其於十分有爭議的去管制化法律議題；其五，法律的違反是否具有隱密性，難以為他人所察覺；其六，受規範者是否知其行為所涉及特定法規範要件與效果，但這並不表示，任何人須如法律專業人士一般了解法律的構成要件與效

¹⁸⁸ Rütters, Bernd, *Rechtstheorie*, 1999, Rn. 336-340.

¹⁸⁹ Rottleuther, Hubert, *Einführung in die Rechtssoziologie*, 1987, Wiss. Buchges, S. 55; Baer, Susanne, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., 2017, Nomos, S. 255; Wrase, Michael/Scheiwe, Kristen, *Zfs* 2018, 8.

¹⁹⁰ Wrase, Michael/Scheiwe, Kristen, *Zfs* 2018, 5 f.; Baer, Susanne, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., 2017, Nomos, S. 263 f.

¹⁹¹ 關於這項模型的說明，Opp, Karl-Dieter, *Wann befolgt man Gesetz- Entwicklung und Problem einer Theorie*, in: *Kraft Gesetz- Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung*, VS, 2010, S. 33 f.; Rottleuther, Hubert, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Wiss. Buchges, 1987, S. 55 f.

果，受規範者僅須知其特定行為合致或違反特定法律，且其違反將對其發生若干效果，即為已足。但此項因素於該模型的創設過程中有所爭議，蓋當時難以於實證的層次中確認，受規範者接受的法律資訊程度是否影響其行為。

另一個以前者為基礎延伸的模型則來自 Rottleuthner 教授¹⁹²，其認為，上述模型僅以附有裁罰性質的法規範為基礎，無法一概適用於任何法規範的實效性研究，受規範者功利的權衡固必須納入考量，但更應著重於分析受規範者對於法規範的使用程度。依 Rottleuthner 教授的見解，此間首要的因素，乃受規範者是否有足夠的資訊了解特定法規範，對於法規範的了解，為受規範者接受該法規範的前提，是以此間存在特定社會機構（例如律師）提供相關資訊彌補受規範者的不知，其次始為受規範者對於法規範的接受程度；法規範構成要件設計對於特定行為的控制強度，亦即法規範所適用範圍寬嚴程度的控制。

Rottleuthner 教授更強調¹⁹³，法律實效性的研究固存在不同的命題設定可能，例如受規範者是否確信法規範並遵守之，或客觀上受規範者的行為與法規範已足，惟其強調法律實效性的研究應更加考量，立法者透過特定法律所欲達成的目的，是否確實於社會實踐上達成。若非如此，法律實效性的研究將顯得十分狹隘；多數刑事法規或裁罰性法律規範，固然得單純觀察受規範者是否遵守法規範，亦即法規範所誠命的特定作為或不作為，而且此類法規範的立法目的，亦多半得藉由當事人為法規範所要求的特定作為或不作為達成，但法律系統中存有更多非以懲罰為效果的法規範，僅以當事人行為是否符合法規範則結論該法規範的實效性，亦將流於膚淺。

觀諸民法第 166 條之 1 立法理由，我國引進強制公證於不動產交易的立法目的，乃引進德國制不動產所有權移轉強制公證。由此可推知，其目的首先為透過公證人公正地給予雙方當事人法律資訊；其次為透過公證人事前控制當事人契約的合法性與提升法安定性。

但自上述 Rottleuthner 教授的分析，法律的社會有效性並不僅止於行為人的行為是否在形式上遵守法律。因此能否達到強制公證的立法意旨，恐不無疑問。我國人民至今尚未必充分認識到公證制度。在臺灣的法律生活中，過去並未有任任何關於強制財產行為公證之規定。相較於其他法律專門職業人員，民眾更不熟悉公證制度的目的與功能。既然使受規範者接受法規範立法意旨，對於立法者所設目的的達成是十分重要的，則受規範者了解相關法律，亦為其認同相關法律的前提。若主管機關欲推行強制公證，首要的問題因此將是如何提升民眾對於公證制度的認識。

¹⁹² Rottleuthner, Hubert, Einführung in die Rechtssoziologie, Wiss. Buchges, 1987, S. 62 f.

¹⁹³ Rottleuthner, Hubert/Rottleuthner-Lutter, Margret, Effektivität von Recht: Der Beitrag der Rechtssoziologie, in: Kraft Gesetz- Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, VS, 2010, S. 21.

從以不動產所有權移轉為內容的債權契約締約的目前實況以觀，我國法制與實務運作與德國完全不同。最顯然者，乃當事人間若使用定型化契約，該契約並不得違反定型化契約應記載與不得記載事項。在此間透過行政機關的介入，實際上已大幅消除消費者不知法律的風險，使其締約地位猶如已獲知充足法律資訊下方締結契約的地位。況由，相較於德國由司法就各該具體定型化條款為內容控制，主管機關公布定型化契約應記載不得記載事項，相關資訊實際上已相對地透明。於這類情形，再由公證人教示其間法律上範圍與控制契約合法性的功能，顯得十分薄弱。透過定型化契約的預先控制，當事人實際上並無過多不知法律的風險。縱使要求當事人強制公證，實際上公證亦無太多發揮其功能的餘地。受規範者於此情形自難以認同強制公證規範的立法目的。

在當事人以個別磋商條款或完全未使用定型化契約的情形，公證制度於我國的民事司法系統中，始有發揮其合法性控制的餘地。但由此並不當然導出，受規範者將認同其立法意旨。在我國的不動產交易中已存在諸多相關專門職業人員，例如地政士與不動產經紀人，甚至當事人亦得委任律師諮詢，當事人未必須至開啟公證程序時，始能獲知充分的法律資訊。當事人往往於磋商階段即有充分的法律諮詢，以利其談判。在此等情形，公證制度所能發揮的功能，於磋商階段即可由其他法律專門職業人員所發揮。因此在此間亦難以認為，受規範者認同強制公證。

反面來講，於高度技術性或法律關係相對不透明的情形，例如借名登記等實務上尚存有爭議的法律問題，由公證人於最後階段控制其契約合法性，或許對於當事人而言仍有實益。但強制公證的高度管制手段，並不易使受規範者接受，在多數個案中，即便公證人介入未必能真正發揮其提升公益與私益保護的功能，換句話說，公證人往往無法勸阻當事人成立例如借名登記契約。民眾與市場若未能感受強制公證制度對其有所實益，進而將更難以認同強制公證制度。如此不僅將使強制公證於不動產交易中流於形式，更無法發揮預設的立法目的。

最後，固然於比較法上我國公證費用尚屬十分低廉，但我國既已有其他專門職業人員加入不動產交易的程序，每項不同專門職業人員均自當事人中收取費用，引進強制公證後，其費用並不能當然以公證費用低廉與否，論斷其是否對當事人造成負擔。對於當事人而言，其間重點在於，於現行不動產交易的諸多法律服務與消費者保護機制中，公證能否發揮其獨特的功能，若否，則不論費用是否低廉，人民恐亦難以接受強制公證的立法目的。

但立法者並非絕對不得制定違反人民生活經驗的法律規定，並非不得制定人民難認同的法律規定。當立法者制定違反人民生活實踐或人民並不認同的法律規定，但該法律規定寓有教育人民良善地生活的意義時(例如幾十年前從台北市開始推行的騎機車應戴安全帽，而在此之前，人民大多騎機車並未戴安全帽)，則

如此違反人民生活實踐，超越人民現實生活，以及人民目前並不認同的法律規定，總的來講並不總是不當，而是妥當的，蓋該法律規定既然良善，或許總有一天人民將對之認同而加以實踐著。

但如前所述，在公證預防紛爭發生功能極其有限，大多不動產交易並未發生紛爭，人民大多意識到不動產交易的重大意義，以及相關法律專業服務提供法制與消費者保護法相關規定的大環境底下，強制以不動產物權變動的債權契約作成公證書的教育功能，教育人民在不動產交易時應審慎為之，警告人民不動產交易意義重大，似乎仍無法抵過這項強制公證本身違反人民生活經驗所產生的規範不當，似乎仍無法使人民認同其良善的規範目的。立法者是為了人民好，但人民並不見得認同這項好。在如此的情況下，倘若這項強制公證施行，其最終不只落得流於形式之下場，亦引起民怨。

(五) 因選法所生之高度配套措施成本與外部成本

引進不動產交易的強制公證的成本，不僅在於人民交易成本的增加，更在於其他行政與配套措施所必須的成本。這些成本實際上難以估量，當尤其涉及到調整現行法律系統與行政慣例之情形。

例如引進強制公證於不動產交易的其中一項潛在問題，發生於以不動產所有權移轉為內容的債權契約與物權契約於外國作成時。當事人間債權契約之準據法為我國法者，應適用我國民法第 166 條之 1 條規定。無論當事人間債權契約的準據法為何，依我國涉外民事法律適用法第 38 條與第 39 條規定，相應的物權契約，仍應適用我國法。當事人間不動產物權的移轉，因此應適用我國法。在如此的前提下，縱使當事人間就其債權契約合意選擇外國法為準據法¹⁹⁴，當事人若就債權與物權契約，均未依我國公證法作成公證書，則登記機關得否受理其移轉登記，恐怕不無疑問。當事人避免移轉不動產所有權法律風險的作法，縱使依本研究計畫所提出的修法建議，以當事人之物權契約的公證治癒其債權契約未經公證的瑕疵，當事人勢必至少須就物權契約作成公證書，始為較保險且無爭議的作法。

因此，當事人於外國時，如何得依我國公證法作成公證書，即頗有疑問。兩種可能的作法：其一，於一定條件下承認依外國公證法所作成的公證書；其二，我國駐外單位，得否於未來提供不動產物權變動為內容之債權契約的公證服務，關於第一種可能作法，依德國國際私法的實務，以及德國聯邦法院¹⁹⁵之見解，當可認為，依外國法所作成的公證書具有相當於德國法公證之嚴謹程度時，亦得承

¹⁹⁴ 依我國一般見解，這種債權與物權行為分別適用不同準據法的情形，於我國尚為適法，劉鐵錚/陳榮傳，國際私法論，三民，修訂第 6 版，2018 年 8 月，頁 394。

¹⁹⁵ BGH, NJW 1989, 1160.

認該公證書乃德國法之強制公證。這項相當性的要求，可求諸於公證人的資格¹⁹⁶以及外國的公證程序¹⁹⁷。關於這項相當性的判斷，亦取決於各該強制公證規規定之立法意旨¹⁹⁸。關於第二種可能作法，公證法第 150 條規定，以及駐外領務人員辦理公證事務辦法第 4 條規定，並未規定駐外單位應與得提供上開公證服務。

上開兩種可能，實際上均有著顯而易見的外部成本。當事人間債權契約之準據法，適用外國法，且未依我國法而作成公證書者，登記機關得否受理該移轉登記，恐怕有相當高程度的登記錯誤風險。依德國法，當事人應證明其物權移轉合意，是以適用德國物權法的結果，當事人應就該物權移轉合意作成公證書。我國是否亦應採取如德國法上開作法，恐怕將造成更多的爭議。各該外國公證書是否符合民法第 166 條之 1 規定的規範意旨，亦即是否與我國公證書相當，恐怕將頗有爭議。若修正公證法第 150 條規定，以及駐外領務人員辦理公證事務辦法第 4 條規定，使駐外單位應與得提供上開公證服務，亦將產生顯著的行政成本。

由這則例子更可知，強制不動產物權移轉契約應作成公證書的結果，不僅須有相應的配套，且各項配套措施亦均有相應的成本，甚至有外部成本。除非強制公證確有顯著的效益，否則恐難以無視這些成本。

(六) 廢除建議下之替代方案—人民應有選擇任意公證、不動產經紀人與地政士的自由

實則廢除民法第 166 條之 1 規定之法律狀態，與現行法律狀態一致，即不動產經紀人或地政士或不動產經紀人與地政士同時介入不動產交易過程，以保護不動產交易安全。這些法律專業知識服務提供者，如前所述，不僅具有國家專業考試通過之資格，而有一定程度以上的不動產交易法律專業知識，透過換發執業證明，更保障其法律專業知識有一定程度以上的更新。

況且如前所述，不動產經紀人法制乃繼受自斯堪地那維亞半島之不動產經紀法制或至少與其類似。而在瑞典只有不動產經紀人法制，並未併行地政士法制與公證人法制。我國地政士法制乃繼受自日本法制或至少與其類似。而在日本亦只有地政士(司法書士)法制，而未同時併行不動產經紀人法制與公證人法制。我國則同時採行不動產經紀人法制、地政士法制與尚未施行之強制公證法制。單從形式而言，我國對不動產交易之重視與所提供之保障，並不亞於上開僅採單一的不動產法律專業知識服務提供者之法制。

¹⁹⁶ MünchKomm/Spellenberg, 7. Aufl, 2018, EGBGB Art. 11, 88.

¹⁹⁷ MünchKomm/Spellenberg, 7. Aufl, 2018, EGBGB Art. 11, 90 f..

¹⁹⁸ MünchKomm/Spellenberg, 7. Aufl, 2018, EGBGB Art. 11, 83.

更有甚者，不同於世界各國僅透過法院對不動產消費者交易的定型化契約進行內容控制，我國不僅透過法院進行這項內容控制，透過行政權所形成的消費者保護法制，對不動產消費者交易亦提供一定程度以上保護(包括紛爭解決機制)。在地政士與不動產經紀人法制，以及透過行政權與司法權提供的消費者保護法制的法律適用背景底下，民法第 166 條之 1 所規定之強制公證是否有施行之必要，在在不無疑問。

而且前揭相關研究報告已指出，無論是斯堪地那維亞半島的不動產經紀人系統，英國的不動產律師系統，抑或是拉丁公證系統(包括德國的強制公證)，其品質與費用並無必然關係，亦即這些不動產交易法律專業知識服務提供者所收取的費用與其服務品質，並必然不成正比或成反比，即收費較高者，例如英國的不動產律師，並不必然意味著其服務品質較高；收費較低者，例如德國的公證人，亦不意味著其服務品質較低¹⁹⁹。上開研究報告更指出，這些不動產交易法律專業知識服務提供者的系統運作情況均屬良好²⁰⁰。從此似可證明，我國在上開不動產交易法制的法律適用背景底下，民法第 166 條之 1 所規定強制公證之施行必要性顯得大幅降低。

更且並無充分理由認為，地政士與不動產經紀人所提供的不動產法律專業知識服務，完全無法與公證人相比較，或完全無法滿足人民的需求。公證人所受的法律專業知識訓練與其養成，並不侷限在不動產，地政士與不動產經紀人所受的法律專業知識訓練與其養成，則比較集中在不動產方面。較諸於公證人而言，地政士與不動產經紀人的法律專業知識或許不夠全面且深入，但在不動產交易的法律專業知識方面，並非完全無法相提並論；在不動產交易的專業知識方面，甚至有過之而不及。既然尤其是地政士的不動產交易的法律專業知識，並非無法與公證人相提並論，則同樣亦無充分理由認為，尤其是地政士無法預防或避免掉不動產交易相關的紛爭。

根據 OECD「提升不動產交易競爭」的研究報告²⁰¹，比較法上各國關於不動產物權移轉的法律管制中，往往對於以下幾項必要之點均有所控制，且更應有專門職業人員的介入：其一，確保處分人為有權處分。其二，確保當事人將履行其租稅義務。其三，確認標的物上是否有負擔。其四，將該標的稅籍登記移轉於取得人。其五，確保取得人取得權利。其六，確保取得人就其不動產權利的取得擁有適當的擔保。況且如前所述，觀諸地政士自始所仿照的日本司法書士制度可知，地政士原即應負有提升不動產交易安全的相關職務義務。由此更可見，至少地政士在不動產交易的法律專業知識方面，並非完全無法與公證人相提並論。可見比

¹⁹⁹ Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 82 (2007).

²⁰⁰ ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003), 149 (2007).

²⁰¹ OECD, Improving Competition in Real Estate Transactions (DAF/COMP(2007)36), 32 (2007).

較法上重點從來不在於，應以何種特定專門職業人員介入當事人間不動產交易方得提升交易安全，乃各國中是否於其實務運作中，已有相當的配套措施。

歐盟相關研究報告更強調，不動產交易的法律專業知識服務提供者，不應由單一角色所壟斷，而德國的強制公證系統卻意味著，不動產交易法律專業知識服務提供者之市場由公證人所壟斷，因此在報告中亦建議作為歐盟會員國的德國，是否應考慮檢討其強制公證法制所形成的不動產交易法律專業知識服務提供者市場壟斷²⁰²。

準此以言，既然在我國已有不動產經紀人法制與地政士法制，而且不動產經紀人與地政士亦未依法而壟斷不動產交易法律專業知識服務提供的市場，則亦無充分理由使民法第 166 條之 1 所規定之強制公證付諸施行，進而形成該項市場由公證人所壟斷之局面。

廢除民法第 166 條之 1 規定，使人民自由選擇尋求不動產經紀人、地政士或公證人(任意公證)提供不動產交易法律專業知識服務，不僅符合相應於歐盟相關研究報告所提的政策建議，亦使這些不動產交易法律專業知識服務提供者在市場上自由競爭，使人民得透過契約自由選擇較適合自己，甚至獲得較好的專業服務。

(七) 試擬廢除條文

民法第一百六十六條之一修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說明
第一百六十六條之一 (刪除)	第一百六十六條之一 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	一、 <u>本條刪除。</u> 二、不動產所有權移轉年均件數達至少一百萬件。公證人總數約為一百五十人左右。不動產所有權移轉年均件數，顯已遠非目前公證人力所

²⁰² OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39), 11-12.

	<p>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。</p>	<p>能負擔者。依民法債編施行法第三十六條規定之立法理由說明「不動產交易的契約一年高達四百萬件」。而這項數據尚僅為二十年前之統計數據。如此龐大之不動產交易契約件數，更非當下公證人力所能負擔者。在公證人力顯得如此困窘之背景底下，現行條文所規定之強制公證意旨，實難以獲得實現。</p> <p>三、現行條文之立法理由，以引進強制公證進入不動產交易市場，將收預防紛爭之效。儘管公證確實有預防紛爭之效果。但大多不動產消費交易之紛爭，並非公證所能預防者。況且於大多不動產交易，亦未發生紛爭。現行條文所規定之強制公證，是否仍有必要，實顯有疑問。</p> <p>四、消費者保護法制，對不動產消費交易已提供某種程度上之保護。地政士法制與不動產經紀人法制，亦尚稱完備。況且並無充分理由認為，地政士難以擔當</p>
--	---------------------------------------	--

		<p>不動產交易之法律專業知識服務提供者之角色，而應由公證人所取代。地政士之不動產交易法律專業知識，並非完全無法與公證人相提並論。地政士尚擁有不動產交易之非法律專業知識，理應更能勝任不動產交易之專業知識服務提供者之角色。現行條文所規定之強制公證，因其強制意義，將造成不動產交易法律專業知識服務提供市場由公證人所壟斷，其是否仍有必要，因此顯有疑問。</p> <p>五、本條規定係於民國八十八年增訂。成屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項與預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，則分別於民國九十年九月三日與一百零一年十月二十九日增訂，用以控制預售屋與成屋買賣定型化契約內容之妥當性。地政士法則自民國九十年十月二十四日開始施行。本條規定增訂之時，尚未</p>
--	--	--

		<p>有地政士法與上開定型化契約應記載及不得記載之事項。對不動產交易安全與預防相關紛爭，消費者保護法與地政士法，已發揮若干正面作用。不動產經紀業管理條例於早自民國八十八年即已公布施行，對不動產交易安全與預防相關紛爭，亦收有若干實效。本條規定制定之時空背景已與現今法制之時空背景，大相逕庭。既然如此，本條規定是否仍有必要，在在不無疑問。</p> <p>六、現行條文所規定之強制公證，恐非符合相應於人民生活實踐之規範設計，甚難獲得人民認同，甚至可能引發廣大民怨。良以人民習於求諸地政士，提供不動產交易法律與非法律專業知識之服務，對人民而言，強制公證意味著於地政士之外，尚應另求諸於公證人，徒增交易服務費用與時間。</p> <p>七、現行條文所規定之強制公證，亦將引起應否承認外國公</p>
--	--	--

		<p>證，以及駐外單位得否提供不動產公證服務等問題。上開選法與駐外單位提供不動產公證服務之問題，將製造出高度配套措施成本與外部成本。現行條文所規定之強制公證，是否仍有必要，因此不無斟酌餘地。</p> <p>八、現行條文之立法理由以不動產交易不宜輕率，強制公證人介入，進而促使當事人慎重與預防紛爭之發生。但考諸各國就不動產交易市場之法律知識專業服務提供者之角色，原則上僅以單一專門職業充任之。我國目前則已有地政士與不動產經紀人在不動場交易市場提供法律與非法律專業知識之服務。如此之規範設計已屬世界上少見。若現行條文所規定之強制公證施行，將造就地政士、不動產經紀人與公證人於不動產交易市場裡提供法律專業知識服務，則更是世界上少見之立法例。</p> <p>九、依 OECD 研究報告</p>
--	--	--

		<p>所提出之政策建議 [OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39)], 不動產交易之法律專業知識服務提供之市場, 不宜由單一專門職業所壟斷。在歐盟市場之環境背景底下, 形成市場壟斷之德國強制公證法制, 因此頗受挑戰與質疑。不動產移轉服務市場 (Conveyancing Services Market) 研究報告亦指出, 於消費者保護一事上, 公證人與其它專門職業間並無顯著差距, 但採行強制公證法制, 將造成關於不動產交易之法律專業知識服務市場, 由公證人所壟斷; 開放不動產法律專業知識服務提供之市場於其它專門職業, 將得透過自由競爭之市場機制, 促使專業服務價格降低, 而更有利於消費者。儘管強制公證整體而言收有保護不動產交易消費者之實效, 但尚難認為其為最佳之選擇。</p>
--	--	---

		十、綜合以上各點理由，刪除現行條文規定。
--	--	----------------------

民法債編施行法第三十六條修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說明
<p>第三十六條 本施行法自民法債編施行之日施行。</p> <p>中華民國八十八年四月二十一日修正公布之民法債編修正條文及本施行法修正條文，自八十九年五月五日施行。</p> <p>中華民國九十八年十二月十五日修正之民法第六百八十七條及第七百零八條，自九十八年十一月二十三日施行。</p>	<p>第三十六條 本施行法自民法債編施行之日施行。</p> <p>中華民國八十八年四月二十一日修正公布之民法債編修正條文及本施行法修正條文，自八十九年五月五日施行。<u>但民法第一百六十六條之一施行日期，由行政院會同司法院另定之。</u></p> <p>中華民國九十八年十二月十五日修正之民法第六百八十七條及第七百零八條，自九十八年十一月二十三日施行。</p>	<p>配合民法第一百六十六條之一規定之刪除，刪除現行條文第二項但書規定。</p>

三、修正建議

以下將說明本研究計畫提出之修正建議。應特別強調者，乃本研究計畫的基本立場，乃廢除民法第 166 條之 1 規定，但在堅持或不得不施行民法第 166 條之 1 所規定之強制公證之前提下，亦提出比較符合相應於德國法制的修正建議。

(一) 限於以不動產所有權移轉為內容的債權契約

以下所提出之政策建議，乃次要的建議，即將民法第 166 條之 1 所規定強制公證之適用範圍，限縮在以不動產所有權移轉為內容之債權契約。

1. 受類型思維引導之法定要式化

強制公證乃立法者所得選擇的法定方式之一。較諸於其他法定要式而言，強制公證的警告意義更加強大，良以公證人具有一定程度以上的法律專業知識，公證人對當事人的法律上教示義務，因此尤其可發揮法定要式的警告目的。

民法的立法者，包括特別民法的立法者，原則上乃針對某項典型契約進行有無將其法定要式化的立法考量。換句話說，應否以一定法定方式，警告當事人、促使當事人慎重，進而使其有反悔之餘地，原則上應針對各項某項典型契約，逐一進行是否立法評價活動。這項現象的觀察，如此的規範設計有其理論基礎，即類型論。

有名契約乃典型契約。此間所指之典型乃類型之意。某無名契約典型化的因素，即在該無名契約已經發展到典型即類型之階段。類型有兩項意義，即整體類型與平均類型，亦即屬於類型之事實群的特徵的集合，以及屬於類型的事實群發生頻繁。在無名契約典型化的過程中，必然可由無名契約的事實群裡發現到，當事人有無透過完成一定方式，尤其是法定方式而受到保護之必要。例如在合會典型化之前，經常發生合會發展成類似老鼠會吸金，而到最後倒會之情形。從如此的合會事實群裡即可觀察到，在這其間有促使當事人對加入合會一事多家慎重，警告當事人多加考量是否加入合會一事。

我國採行債物二分系統，即區別債權行為與物權行為，而且每項物權契約必有債權契約。我國物分為不動產與動產。意定的動產物權只有動產質權與動產所有權這兩種物權。但依民法第 166 條之 1 規定之強制公證，任何作為不動產物權契約原因的債權契約，均應經公證人作成公證書。如此僅不包括動產物權變動的債權契約的強制公證適用範圍，完完全全擺脫類型思維，以及只採債物二分的法定要式的規範設計，實在頗令人難以想像。

民法第 166 條之 1 規定之強制公證，基本上並非立基於上開類型思維上之法定要式規定。依該條規定，一切以不動產物權變動為內容的債權契約均應經公證人作成公證書。由此足見，在該條規定範圍內，似完全並無規範設計上所必要的上開前提認知可言。

德國民法與瑞士民法相關規定，基本上只以土地所有權移轉為內容債權契約作為強制公證的適用範圍。乍看之下，其或許是未受到上開類型思維所引導的法定要式規範設計。但實則不然，典型契約並不僅限於債權契約，民法上的各項物權契約同樣也具有典型之意義。只是在債權契約乃採債權契約自由原則，即縱使當事人所訂定之債權契約與民法所規定之有名契約不盡相同，亦不因此而無效。但在物權契約乃採物權法定原則，即若當事人所訂定之物權契約與法律規定與習慣法所允許之契約不同(包括種類與內容不同)，哪怕只有一點點不同，亦將因此無效(民法第 757 條)。

法律與習慣法所允許之物權契約，包括所有權移轉之物權契約。所有權包括動產所有權與不動產所有權，不動產所有權包括土地所有權與定著物所有權。法律與習慣法所允許之物權契約，因此包括不動產所有權移轉之物權契約，包括土地所有權移轉之物權契約。而每項物權契約必定有項債權契約作為其原因。每項土地所有權移轉之物權契約，必定有項債權契約作為其原因。

在如此的認知背景底下，德國民法與瑞士民法強制土地所有權移轉為內容的債權契約公證，以強制公證作為法定要式，亦有著受土地所有權移轉這項物權契約類型思維所引導的規範設計。至於立法者選取以土地所有權移轉為內容的債權契約作為強制公證的對象，其考量點不外乎這類債權契約事實群涉及具有較高的交易價值的土地所有權，甚至在很多人民一輩子裡僅有一次的土地交易，在土地所有權移轉的過程中因此應有公證人介入，應以強制公證促使當事人多加慎重考慮是否成立契約，警告當事人此間法律與經濟上均具有重大意義。

而在我國，不僅土地所有權的價值頗高，對人民而言意義重大，因此應有公證人介入土地所有權交易之過程(法定要式化)，定著物所有權(包括區分所有)之價值亦頗高，對人民而言亦具有重大意義，於是亦應有公證人介入其交易過程(法定要式化)。但其他不動產物權之交易，即地上權、農育權與典權設定的債權契約，對人民而言是否亦具有如同不動產所有權般的重大意義，規範上與實然上這些不動產物權之價值與不動產所有權價值是否得相提並論，並非毫無疑問。既然如此，則似不應強制公證人介入這些不動產物權的交易過程。

至於整個不動產抵押權的設定過程，更無強制公證介入之空間存在。良以實務上授與金錢信用而接受不動產抵押權者，大多為銀行，而銀行在授與金錢信用與取得對此擔保的不動產抵押權之過程中，大抵經過調查受信者信用的過程。這項調查信用的過程足以說明，完全並無必要強制公證人介入這項授信的過程，強制公證在此間實在是多此一舉。

準以上所言，民法第 166 條之 1 所規定之強制公證以不動產物權變動為內容的債權契約為其適用範圍，不僅是比較法上的異數，更說明其自身乃法釋義學上未臻成熟的規範設計。

2. 公證人數限期增加

倘若修正民法第 166 條之 1 規定，將其適用範圍限縮於以不動產所有權變動為內容之債權契約，則如前所述，以目前 150 左右之公證人數，勢必遠遠無法應付每年平均 100 萬以上的不動產所有權移轉數量之公證件數。而公證人短期內(一年內)亦無法增加數倍以上，是以經修正的民法第 166 條之 1 規定之施行必將需求一段緩衝期。

如前所述，為了因應如此的強制公證範圍之修正，公證人數至少應達到 600-900 人²⁰³，以一年增加 50 名公證人數為例，則施行的緩衝期即需求約 9 年至 15 年；以一年增加 100 名公證人數為例，則施行的緩衝期即需求約 4 年 8 年；以一年增加 200 名公證人數為例，則施行的緩衝期即需求約 2 年至 4 年。民法第 166 條之 1 規定之尚未施行至今已達 20 年之譜，施行之緩衝期過長恐怕亦非可行之策。因此經修正的民法第 166 條之 1 規定之施行緩衝期，以 4 年或 2 年似較為可行。

但每年透過國家考試新增 200 名公證人，在考選法制上或許有窒礙難行之處。倘若如此，則似可考量參考德國若干邦之作法，即採用專職公證人與律師公證人雙軌制。但為避免律師兼任公證人恐有利益衝突之問題²⁰⁴，此間所謂之律師公證人，因此應指經一定時數以上公證課程訓練之律師所轉任之專職公證人。換句話說，政策上仍應以維持全職公證人為宜，不應繼受德國部分邦所採由律師兼職辦理公證業務的「律師公證人」(Anwaltsnotar)。蓋律師與公證人有其本質上的不同，律師對其委任人負有忠實義務，公證人則對雙方當事人負有中立義務，故其性質上較接近司法官。透過國家考試增加公證人數，以及每年一定數額之律師轉任專職公證人，4 年甚至 2 年內公證人數，應可達到 600 至 900 人之譜。

²⁰³ 本研究計畫頁 66 以下。

²⁰⁴ Schippel/Bracker/Kanzleiter, 9. Aufl. 2011, BNotO § 14 Rn. 44-48。另外，關於聯邦公證人公會所公布公證人職務義務建議指南：<https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Richtlinien.php>，最後瀏覽日期：2019 年 12 月 23 日。

(二) 物權契約的公證與完成登記作為治癒手段

如前所述，單單只有完成民法第 758 條所規定之登記，並無法取代民法第 166 條之 1 所規定之公證，德國法上相關規定之適用背景底下，亦非僅以完成設權登記即治癒以土地所有權移轉為內容的債權契約欠缺公證的瑕疵，而是尚透過登記法規，使當事人就土地所有權移轉之物權契約作成公證書，而後完成登記，始治癒該債權契約欠缺公證書之瑕疵²⁰⁵。

民法第 166 條之 1 第 2 項規定僅以完成設權登記，即治癒以不動產物權變動為內容之債權契約欠缺公證之瑕疵，將使民法第 166 條之 1 第 1 項所規定的強制公證形同虛設。詳細而言，在人民大抵以公契(不動產物權契約)完成不動產登記(習慣)而不透露私契(債權契約)的背景底下，民法第 166 條之 1 第 1 項規定引進強制公證，以公證人保障不動產交易安全的規範意旨，不僅因同條第 2 項規定而完全無法獲得任何實現，亦在在顯示出，其允許人民可以無視同條第 1 項所規定強制公證之荒謬之處。

既然民法第 166 條之 1 規定的規範意旨，乃公證人應介入不動產的交易過程，則整個交易過程中完全沒有公證人介入，並無法實現該規範意旨。因此，民法第 166 條之 1 第 2 項所規定之治癒手段，理應亦是公證，亦即當事人就不動產所有權移轉作成公證書，且完成登記者，前項所規定，但未經公證之債權契約，仍為有效。

如此的規範設計不僅有著代替理論²⁰⁶作為其正當性基礎，符合相應德國法制底下的法律適用與實務運作結果，亦符合相應人民只以公契完成登記，而不透露私契(債權契約)之交易習慣。

(三) 公證預防紛爭效果

如前所述，儘管公證避免或預防不動產交易相關紛爭的效果有限，尤其是避免或預防不動產消費交易紛爭的效果非常有限。而且大多的不動產交易並未發生紛爭，發生紛爭的不動產交易僅占整體不動產交易的極少部分。但不可諱言者，乃確認當事人真意與私權事實的公證，的確有著避免或預防不動產交易相關紛爭的效果。以下將以若干法院裁判說明，公證的確有著避免或預防不動產交易紛爭的效果。

²⁰⁵ 本研究計畫頁 42 以下、頁 47。

²⁰⁶ 本研究計畫頁 45 以下。

臺灣臺北地方法院 108 年訴字第 268 號民事判決：「按「契約有預約與本約之分，兩者異其性質及效力，預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行，又買賣預約，非不得就標的物及價金之範圍先為擬定，作為將來訂立本約之張本，但不能因此即認買賣本約業已成立。」（最高法院 61 年度台上字第 964 號判決意旨參照）。次按苟當事人間，除標的物及價金外，尚有付款方法、稅負、點交、移轉登記期限、抵押權設定、費用及違約金約定等交易上之重要事項，如將之列為必要之點者，衡諸契約自由原則，應非法所不許（最高法院 80 年度台上字第 1883 號、84 年度台上字第 2295 號判決意旨參照）。依系爭證明書約定條款第 1 點記載：「本單屬預約性質，用以確保買方訂購房地車位之優先權利。」、第 3 點「雙方約定於 107 年 9 月 16 日 18：00 時前來蒞臨翠御接待中心進行簽約事宜，逾期未完成簽約買方喪失訂購權利，賣方不另行催告，本證明書自然作廢。」、第 4 點「買賣條件以雙方簽訂買賣合約為準。」、第 5 點「簽約時買方應攜帶...」、第 6 點「...正式簽訂買賣合約後，本證明書由賣方收回並自然失效。」（見卷第 15 頁），且原告於 107 年 8 月 19 日簽收「房屋土地買賣合約書借閱單」記載：「本人王友俐於民國 107 年 8 月 19 日向福頂建設股份有限公司借閱『翠御』房屋土地買賣合約書樣本乙份，以便充分了解本買賣合約書內容，並保證本合約書樣本僅用於瞭解雙方權利義務，不做他用，預定於民國 107 年 8 月 26 日前歸還，...」（見卷第 103 頁），而原告自好德麥公司借閱之房屋土地買賣合約書僅為空白審閱本，未經兩造簽署，亦為原告所不爭執，另參以現今不動產預售屋銷售實務，建設公司通常委託代銷業者代為銷售，當代銷業者與買方議價價格達於建設公司所設定之底價時，則得由代銷業者與買受人簽訂房屋買賣訂購單，並代為收受定金後，由其與買方約定於一定時間內與建設公司簽訂正式之買賣契約，鮮有不另由買方與建設公司進一步磋商議價，即由代銷公司代為簽訂買賣契約等情，可知原告與好德麥公司簽訂系爭證明書，僅與被告成立買賣之預約，取得與被告進一步簽訂買賣契約之權利，原告支付系爭定金，亦係用以擔保本約之成立，原告主張兩造已成立買賣契約云云，即屬無據。」

臺灣臺北地方法院這則判決涉及，系爭契約乃不動產預售之本約或預約之爭議。倘若公證人於系爭合意成立時介入，透過對當事人進行法律上之教示，以及對當事人真意的確認，應可避免或預防系爭合意乃不動產預售之預約或本約之紛爭。

臺灣臺北地方法院 105 年訴字第 4217 號民事判決：「原告主張其受詐騙始購買非屬住宅區使用，且無法興建夾層之系爭房地，因而委託律師發函向被告三人撤銷系爭買賣契約，並請求被告等人返還已支付之款項等情，惟為被告所否認，並以前揭情詞置辯，是本件爭點厥為：原告依民法第 92 條撤銷系爭買賣契約，有無理由？原告主張其係因系爭房地之銷售人員表示該房地可為住宅區使用，且可興建裝潢夾層以增加使用面積，始為購買等情，銷售人員有表示系爭房地所有

權狀登記為 18 點多坪，但完工後之房屋可在室內做夾層使用，在原告與伊詢問建築時可否直接將夾層施工完畢，銷售人員回答渠等可以介紹施工人員施工，但無法直接於建築系爭房屋時一併施工；又因斯時媒體有報導建商會將工業住宅用地銷售予自住客，故伊有特別向銷售人員詢問系爭房地是否為一般住宅，銷售人員向原告與伊表示系爭房地可供住宅使用，但未曾就系爭買賣契約記載「使用分區為第三種住宅區」、建照執照記載「第三種商業區」、房屋平面圖記載「一般事務所」等事項逐一向原告與伊解釋；系爭房地是否能興建夾層使用因關係到使用面積大小，第三種商業區因關係是否能當住宅使用，是系爭房地若無法興建夾層及為住宅區使用，原告將不會購買系爭房地等語相符（見本院卷第 132 頁背面至第 134 頁），足認原告就系爭建物可興建夾層使用、系爭房地可為住宅區使用等節，確為其購買系爭房地之原因，而系爭房地之銷售人員蔡少翔等係任職於為被告銷售系爭建案之瀚達公司，為兩造所不爭，並有系爭買賣契約上蔡少翔之署名在卷可稽（見本院卷第 23 頁背面、第 57 頁背面），堪認瀚達公司及其員工均為被告銷售系爭建案之代理人，故其於銷售時之相關行為，或原告向銷售人員為意思表示者，依民法第 103 條規定，自直接對被告發生效力，是原告於購買系爭房地前，即有向系爭建案之銷售人員確認系爭建物是否可興建夾層及系爭土地是否可為住宅區使用等節，此均經被告代理人即銷售人員予以肯認，則上開可興建夾層及為住宅區使用一事，自應直接對被告發生效力，亦因兩造意思表示一致而成為契約內容之一部，洵堪認定。又參諸系爭房屋契約第 3 條第 1 項及系爭土地契約第 2 條均約定系爭土地之使用分區為第三種住宅區，然臺北市政府都市發展局 105 年 12 月 30 日北市都授建字第 10541217600 號函載稱：「...二、查旨案基地（即系爭土地）位屬本市土地使用分區『第參種商業區（依都市計劃說明書圖規定辦理，始得作為第參種商業區使用）（原屬第參種住宅區）』，依本市土地使用分區管制自製條例得申請為『多戶住宅』，合先敘明。三、惟旨案尚未領得使用執照，且建造執照核發建築物用途為『一般事務所』，應委請建築師檢具相關簽證書圖辦理變更設計並領得使用執照後，始得作為『多戶住宅』使用。」等內容（見本院卷第 134 頁），且系爭土地建造執照附表第 34 點亦記載：「本案依據 84 年 9 月 27 日府都二字第 84064377 號公告商業區調整案說明書辦理，調整商業區細分為第三種商業區使用及指定商業區為第三種商業區使用，本案不符合原使用分區第三種住宅區附條件允許使用，惟依變更後第三種商業區檢討符合允許使用，不涉及回饋。」等內容（見本院卷第 25 頁背面），顯見系爭土地並非系爭買賣契約所記載及上開銷售人員向原告所表示之第三種住宅區，而係第三種商業區甚明，且若欲將該土地變更為多戶住宅使用，尚須踐行委請建築師檢具相關簽證書圖辦理變更設計並領得使用執照等程序，惟參之被告自承需迨至領取使用執照，始將委請建築師辦理變更設計等語（見本院卷第 132 頁），足認被告迄今尚未將系爭土地申請辦理為多戶住宅使用，系爭土地現仍屬第三種商業區而非第三種住宅區或在法令上為可供住宅使用之區域。另依系爭土地建造執照以觀（見本院卷第 24 頁背面至第 26 頁），均未見有主管機關許可為夾層設計之內

容，再佐以系爭土地建造執照附表第 35 點記載：「建築物樓層內任意加設夾層係屬違建，不因使用材質而視為室內裝修，除應無條件接受拆除，並須負擔拆除費用。」等內容（見本院卷第 25 頁背面），益徵系爭建物於簽約時非屬可興建夾層使用之建物。從而，被告明知系爭土地屬第三種商業區，且尚未申請為多戶住宅使用，又系爭房屋並無申請夾層設計之許可，竟於前揭契約條文內及銷售人員推銷話術中，約定系爭土地使用分區為第三種住宅區，並告知原告可興建夾層使用卻未表示若興建夾層屬違法，日後有遭拆除危險，致使原告就此等交易上重要事項陷於錯誤，誤認系爭土地屬住宅區，並可合法取得夾層使用空間等情，始決意與被告簽訂系爭房地之買賣契約，是原告主張遭被告施用詐術而簽訂契約，即堪採信。則原告於 105 年 4 月 19 日以律師函送達撤銷因受詐欺而訂立系爭買賣契約之意思表示，經被告等人於 105 年 4 月 19 日收受（見本院卷第 62 頁）即生合法撤銷系爭買賣契約之效力。被告固抗辯其從未保證可為「合法夾層」、系爭買賣契約因原告未依約付款業經被告解除契約、被告沒收原告交付之款項尚不足供被告管銷及人事費用，被告並無不當得利云云。然原告為一般消費者，並無法判斷出售系爭房屋夾層施作是否違法，被告於簽約時既未明白告知夾層屬違法施工，難認原告於簽約時已明知屬違法夾層仍故為買受，是原告主張被告未告知夾層係屬違法乙詞，堪信為真。又系爭買賣契約既先經原告依法撤銷，被告嗣再主張解除該契約，自屬無據。另被告公司是否發生無法支付管銷、人事費用或有賠售系爭房地之虞，均與本件不當得利之法律認定無涉，要難為有利被告之認定。」

臺灣臺北地方法院這則判決涉及，於系爭買賣之房屋得否合法興建夾層，是否為違章建築之紛爭。公證人原則上知悉相關重要建築法規。倘若公證人於系爭房屋買賣契約成立時介入，對當事人進行法律上教示，告知當事人系爭建物得否合法興建夾層，則非常可能避免或預防違章建築紛爭之發生。

臺灣新北地方法院 106 年訴字第 2033 號民事判決：「原告主張其買受之標的物為「一般居家住宅」，被告則稱原告買受之標的物係「一般事務所」。系爭原證 1 之「預售屋買賣契約書」共有 52 頁，內容甚多，其標題為「遠雄首品預估屋買賣事宜」，一般房屋買賣亦常有如此記載，其附件 7 之建材設備說明，項目載明「客廳、餐廳、臥室」、「浴廁」、「廚房」。原證 3 被告廣告文宣，其標題為「2015 年遠雄首品、機場捷運藝術宅」、「新莊副都心唯一、紐約當代藝術宅、遠雄首品」，其內容有「以人文生活尺度、造梵谷藝想世界」、「小宅革命」、「精緻住宅」、「小宅聰明置產六大族群：三人未滿小家庭、新世代自主女性、為子置產、老年換屋、獨居家庭」、兩房以下，全球主流」等文句。原證 5 之被告廣告文宣，其中平面傢俱配置參考圖分列客廳、主臥、次臥、廚房、浴室、陽台等規劃擺設。原證 6 之被告廣告文宣，標示「住宅建案」、「遠雄首品」等字樣。原證 9 之原告參觀系爭預售屋樣品屋拍攝照片，該照片顯示有客廳、主臥、次臥、廚房、浴室、陽台之住宅規劃擺設等情。由是觀之，本件預售屋有關建商即被告之廣告文宣標題為「2015 年遠雄首品、機場捷運藝術宅」、「新

莊副都心唯一、紐約當代藝術宅、遠雄首品」，其內容有「以人文生活尺度、造梵谷藝想世界」、「小宅革命」、「精緻住宅」、「小宅聰明置產六大族群：三人未滿小家庭、新世代自主女性、為子置產、老年換屋、獨居家庭」、兩房以下，全球主流」等文句。被告廣告文宣，其中平面傢俱配置參考圖分列客廳、主臥、次臥、廚房、浴室、陽台等規劃擺設。被告網路廣告文宣，標示「住宅建案」、「遠雄首品」等字樣。上述被告之廣告文宣，並無列出「一般事務所」字樣。再系爭「預售屋買賣契約書」之建材設備說明，項目亦載明「客廳、餐廳、臥室」、「浴廁」、「廚房」等內容。被告提供之爭預售屋樣品屋拍攝照片，亦顯示有客廳、主臥、次臥、廚房、浴室、陽台之住宅規劃擺設等情。綜上，由一般交易上之習慣，本於經驗法則及誠信原則觀之，原告主張其買受之標的物為一般居家住宅，並非無據。本件原告買受之標的物為「一般居家住宅」，並非「一般事務所」，已如上述，經查，系爭預售屋之土地坐落於於商一及商二之使用分區上，有新莊副都心使用分區表在卷可稽，不得作為住宅使用。被告亦自承其預售房屋，係「一般事務所」，有如上述。依上說明，系爭預售屋坐落於商業用地，並非住宅用地，被告已給付不能，且係可歸責於債務人即被告之事由，致給付不能。原告依民法第 226 條、第 256 條規定解除系爭預售屋買賣契約，再依民法第 259 條之規定，請求被告返還原告已支付系爭預售屋價金及利息，自屬有據。」

臺灣新北地方法院這則判決涉及，系爭房屋座落於非住宅區之紛爭。倘若公證人於系爭預售屋買賣契約成立時介入，對當事人進行法律上教示，告知當事人系爭預售屋基地並非住宅用地，則應可避免或預防掉系爭預售屋買賣基地之坐落並非住宅區之紛爭。

臺灣臺北地方法院 106 年消字第 63 號民事判決：「原告為「華固新天地-SOHO 特區」（下稱 SOHO 特區）或「華固新天地-YOHO 特區」（下稱 YOHO 特區）及坐落基地（下合稱系爭房地，分別稱系爭房屋、系爭土地）使用權預定轉讓之買受人，其等於 103 年間與被告所委託之代銷公司訴外人新聯昌廣告股份有限公司（下稱新聯昌公司）接洽，由新聯昌公司向原告推銷系爭房地使用權，後與被告分別簽立系爭房地之使用權預定轉讓契約書（下合稱系爭契約），然系爭房地非但將兩遮坪數計入買賣價格計算，並有多項瑕疵，且被告未盡告知義務，說明如下：系爭契約將兩遮坪數計入買賣價格計算，該約定違反消費者保護法（下稱消保法）第 17 條第 3 項規定為無效，被告依民法第 179 條規定，應返還原告如附表 2「兩遮短少請求」欄位所示金額：雖系爭契約第 8 條第 1 款第 2 目附屬建物部份，有記載「除陽台外，其餘項目不得計入價格」等語，然實際上被告委託新聯昌公司銷售時，係以加計陽台兩遮之總坪數乘以每坪單價銷售，於兩造約定契約總價金時，被告亦係以此為基礎計算，可知系爭契約第 8 條相關書面文字記載並非兩造協議真意，就兩造實質約定兩遮計價之契約內容，依消保法第 17 條第 3 項規定應屬無效，被告就此部分價金之收取為不當得利，原告得依民法第

179 條規定請求返還【計算方式：系爭房地購入總價（不含停車位）÷總銷售坪數×雨遮坪數】。」

臺灣臺北地方法院這則判決，涉及系爭房屋坪數計算方式不能包含雨遮之紛爭。倘若公證人於系爭房屋買賣契約成立時介入，對當事人進行法律上教示告知當事人房屋坪數不得包含雨遮，則應可避免或預防掉雨遮算入房屋坪數之紛爭。

臺灣高等法院臺中分院 108 年上易字第 147 號民事判決：「兩造爭執系爭停車位是否有坪數不足及效用、價值減少之情事。上訴人於 105 年 2 月 4 日向被上訴人購買坐落臺中市○○區○○段 000 地號土地及其上建號 3027 即門牌臺中市○○區市○○路 0 號 5 樓之 1 建物（共同使用部分有建號 0005、0006 建物，其中建號 0005 建物含編號 01、131 之停車位，權利範圍各 10 萬分之 191，下以分別以地號、建號稱之，合稱系爭不動產），並簽訂不動產買賣契約書，約定買賣總價款為 4500 萬元。上訴人已付清買賣價金，被上訴人亦已於 105 年 3 月 22 日將系爭不動產移轉登記予上訴人，並於同年 3 月 30 日完成點交。上訴人主張，其編號 01 停車位有上開寬度不足及面積短少等物之瑕疵，致上訴人無法正常使用該停車位上下車，並造成該停車位之效用及價值減少。因系爭契約並未約定編號 01 停車位價款，上訴人依所知該車位交易價格 250 萬元之 4 成即 100 萬元，依民法第 359 條規定，請求減少買賣價金 100 萬元。」

臺灣高等法院臺中分院這則判決涉及坪數計算方式之紛爭，系爭停車位得停入何種大小之車輛之紛爭。公證人若於系爭房屋與停車位買賣契約成立時介入，對當事人進行法律上教示，告知坪數計算與停車位大小涉及瑕疵判斷問題，則或許可能避免或預防掉這些紛爭。

臺灣臺北地方法院 107 年重訴字第 894 號民事判決：「兩造爭執系爭建物借名登記情事。101 年間因都更事宜，原告再將系爭土地借名登記予梁德陽。直至 103 年 6、7 月間，原告發現不明人士搬入系爭房地，始驚覺梁德陽於 101 年 4 月 12 日即將系爭房地擅自移轉與訴外人張章得。」

臺灣臺北地方法院這則判決涉及借名登記之紛爭。倘若公證人於借名登記契約成立時介入，對當事人進行法律上教示，告知最高法院以出名人為房地登記名義人，其對房地之處分乃有權處分，則或許可能避免或預防掉因借名登記而無法取得房地所有權之紛爭。

臺灣高雄地方法院 107 年訴字第 86 號民事判決：「原告主張其於民國 106 年 6 月 25 日經台灣房屋本館特許加盟店即被告幸福美滿地產開發有限公司（下稱幸福公司）之員工即訴外人蔡辰果居間仲介，向被告陳慧仔購買門牌號碼高雄市○○區○○路 00 號之房地（下稱系爭不動產），雙方並簽訂不動產買賣契約書，買賣價金為新臺幣 6,500,000 元，原告業已給付被告陳慧仔 650,000 元。而原告

係於網路上見蔡辰果於臉書上刊登系爭不動產之出售廣告，其上載明「公寓一樓可停汽車」、「門前停車，汽車無煩惱」之語句，故與蔡辰果接洽前往看屋，而蔡辰果一再強調系爭不動產附車位，蔡辰果所提供之被告幸福公司之銷售文件（CASE STUDY）亦載明「門前可停車，不用找車位」等文字，另台灣房屋刊登系爭不動產之網路廣告亦標示「有車位」之文字，致原告陷於錯誤而誤信系爭不動產附有車位而簽訂系爭買賣契約。被告抗辯於委託被告幸福公司銷售系爭不動產時已明確告知無車位，系爭買賣契約及標的現況說明書皆未表明系爭不動產設有停車位，且代書於簽約時亦再度表明系爭不動產未附有車位，並經兩造確認無誤後簽名，故原告於簽約時對系爭房屋無車位之事應已充分瞭解。」

臺灣高雄地方法院這則判決涉及買賣契約標的為何，是否包括停車位之紛爭。公證人若於系爭買賣契約成立時介入，公證人對當事人進行法律上教示，告知買賣契約的內容應予以確定，則或許可能避免或預防掉系爭買賣契約內容為何，是否包括停車位之紛爭。

臺灣雲林地方法院 105 年重訴字第 13 號民事判決：「原、被告雙方爭執系爭房地買賣契約締結過程中，被告佳誠公司、黃正賢、周錦秀等人係指派由被告正佳營造有限公司（下稱正佳公司）（按：被告黃正賢、周錦秀夫妻擔任實際負責人）進行行銷，現場人員包括被告正佳公司之經理人即被告林建霖，迺被告林建霖竟銜命不僅對於系爭房屋坐落之系爭基地不得興建住宅等交易上重要資訊刻意隱瞞，甚且對於原告詢問「丁種用地」之意涵竟未據實告知以該種用地不得興建住宅，被告等人同詐欺原告等人之行為。」

臺灣雲林地方法院這則判決涉及系爭買賣房屋之基地並非住宅用地之紛爭。公證人若於系爭房地買賣契約成立時介入，對當事人進行法律上教示，告知當事人非住宅區用地並不得建造住宅，則應可避免或預防掉系爭買賣房屋之基地並非住宅區用地之紛爭。

從以上的法院裁判分析可知，儘管在諸多不動產消費交易裡，公證並無法避免或預防相關紛爭，例如不動產有漏水瑕疵、預售屋建商違約等紛爭，但公證仍可以避免或預防諸如違建、坪數計算或借名登記等紛爭。

民法第 166 條之 1 規定以強制公證介入不動產交易過程，以避免或預防紛爭。這項避免或預防不動產交易紛爭的效果實在有限。這項立法犧牲了方式自由、交易成本與增加時間（公證費用）。這項強制公證的強制性，排除了地政士與不動產經紀人的法律專業知識服務提供的空間。而且尤其是地政士的不動產交易專業知識與不動產交易的法律專業知識，並不見得完全無法與公證人相提並論。這項強制公證無視人民只以公契完成登記，而不透露私契之交易習慣，難以取得人民的認同。

即便依本研究計畫之次要建議，修正民法第 166 條之 1 規定的內容，立法者仍須面對上開這些質疑。民法第 166 條之 1 規定追求公證避免或預防紛爭這麼有限的效果，卻要付出上開這麼多代價，實在容有斟酌餘地。

(四) 試擬修正條文

民法第一百六十六條之一修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說明
<p>第一百六十六條之一 <u>契約以負擔不動產所有權移轉之義務為標的者，應由公證人作成公證書。</u></p> <p>未依前項規定公證之契約，<u>以當事人所為之不動產所有權移轉合意，由公證人作成公證書，並經登記者為限</u>，仍為有效。</p>	<p>第一百六十六條之一 <u>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。</u></p> <p>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。</p>	<p>一、現行條文之立法理由，以其乃參考德國民法第三百十三條第一項規定，以及瑞士債務法第二百十六條第一項規定，而增訂第一項規定。考諸德國民法與瑞士債務法上開規定之適用範圍，均僅限於以土地所有權移轉或取得為內容之債權契約，而非及於一切以不動產物權變動為內容之債權契約。德國民法關於定著物是否為獨立於土地以外之不動產之問題，乃採房地合一制，而非如我國採房地分離制。現行條文第一項規定適用範圍，因此不宜與德國民法與瑞士債務法上開規定相同，其適用範圍應僅及於以不動產所有權移轉為內容之債權契約。</p> <p>二、現行條文之立法理由以不動產交易不宜輕率，強制公證人介入，進而促使當事人慎重與預防紛爭之發生。但考諸各國就不動產交易市場之法律知識專業服務提供者之角色，原則上僅以單一專門職業充任之。我國目前則已有地政士與不動產經紀人在</p>

		<p>該市場提供法律與非法律專業知識之服務。如此之規範設計已屬世界上少見。若現行條文所規定之強制公證施行，將造就地政士、不動產經紀人與公證人提供法律專業知識服務之市場，則更開世界上少見之例。</p> <p>三、OECD 研究報告 [OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions(DAF/COMP(2007)39)]以及不動產移轉服務市場 (Conveyancing Services Market)研究報告亦均指出，不宜由強制公證壟斷不動產交易法律專業知識服務提供之市場，開放其它專門職業進入該市場，使其得自由競爭，乃較佳之作法。</p> <p>四、現行條文之立法理由，以不動產物權契約與完成不動產物權變動之登記，作為其債權契約欠缺公證之瑕疵之治癒手段。但德國民法第八百七十三條、第九百二十五條第一項與第九百二十五 a 條規定，以及德國土地登記簿法第二十條與第二十九條規定，實以土地所有權移轉或取得之物權契約經公證人作成公證書(任意公證)與完成登記，作為前揭債權契約欠缺公證之瑕疵之治癒手段。如此內容之治癒手段，乃以代替理論作為基礎。代替理論以治癒手段代替方式，而治癒手段應與方式等值等</p>
--	--	--

		<p>價，始得真正取代方式。現行條文第二項規定因此亦應作此修正，以不動產所有權移轉或取得之物權契約已由公證人作成公證書，並完成登記，始治癒其債權契約未經作成公證書之瑕疵。</p>
--	--	---

伍、研究結果

關於不動產交易之法律專業知識服務提供，德國民法與瑞士民法及債務法均以強制公證為之，其適用範圍原則上均僅限於以土地所有權移轉或取得為內容之債權契約。民法第 166 條之 1 所規定強制公證之適用範圍，與上開立法例有著明顯的差距。

關於民法第 166 條之 1 第 2 項所規定公證欠缺之瑕疵之治癒手段，明顯亦與德國法制有所差距。德國法(德國民法與土地登記簿法)實以土地所有權移轉或取得之物權契約經作成公證書以及完成登記為治癒手段，亦即其所採之代替理論之理解，並非僅止於履行行為之表面(物權契約與登記)，而是經公證人作成公證書之履行行為與完成登記，始與其債權契約之公證等值等價，始可能取代其債權契約之公證。

世界各國關於不動產交易市場裡的法律專業知識服務提供者之角色，大多以單一專門職業充任之，例如斯堪地那維亞半島法制裡之不動產經紀人，德國與瑞士法制裡之公證人，英格蘭法制裡之不動產律師。我國目前不僅以地政士提供相關服務，亦有不動產經紀人法制。如此之規範設計已是世界上少見之舉。若民法第 166 條之 1 規定之強制公證施行，則在不動產交易市場裡將至少有著三大領域之專門職業人士提供相關服務。而且強制公證因其強制意義，將使公證人壟斷這項法律專業知識服務提供之市場，不動產經紀人與地政士法制將流於形式，尤其地政士甚至恐將淪為跑腿者。如此的規範設計將更是舉世少見之立法例。

歐盟與 OECD 相關研究報告均不建議，應就不動產移轉採取強制公證之政策。Peter L. Murray 教授所主持的 Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study (2007) 研究報告，雖就拉丁公證評價頗高，但其更強調，各國由不同法律專門職業介入不動產移轉之制度，均運作良好，強制公證並非必然之制度選擇。歐洲法政策中心的 Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003) (2007) 與 OECD 的 Improving Competition in Real Estate Transactions (DAF/COMP(2007)36) (2007) 研究結果均強調，縱使強制公證對消費

者保護略有助益，但比較法上是否採行拉丁公證制，對於消費者保護實證上並未有明顯差距。強制公證法制底下，消費者卻通常應負擔較高的費用。開放不同法律專門職業於不動產移轉法律服務市場中自由競爭，而非由公證人壟斷，將有助於費用降低。更有甚者，既然不同法律專門職業均受有相當程度的法律專業訓練，更且現今不動產移轉法律服務業已十分標準化，是以並無正當理由使任一法律專門職業壟斷該市場。

公證的確具有預防紛爭之功能。但在大多不動產交易裡並未發生紛爭。而且相當多不動產交易相關之紛爭，亦非公證所能預防或避免者。既然公證預防紛爭之功能如此有限，既然大多不動產交易並未紛爭化，則強制不動產交易應有公證人介入，實在難認有相當充分之正當性基礎。消費者保護法制對不動產交易之消費者提供一定程度之保護，地政士與不動產經紀人亦具有若干不動產交易之法律專業知識與非法律專業知識，是以並無充分理由可認為，唯有透過強制公證，始能避免或預防掉不動產交易之消費紛爭，亦即並無充分理由可認為，地政士關於不動產交易之法律與非法律專業知識完全無法與公證人相提並論，進而無法避免或預防調不動產交易相關之消費紛爭。

依民法債編施行法第 36 條規定之立法理由說明，以不動產物權變動為內容之債權契約之數量，年均計有 400 萬件，以不動產所有權變動為內容之債權契約之數量，年均計有 100 萬件以上。而目前公證人數計僅有 150 人左右。如此數量龐大的不動產交易數量，實遠非目前公證能力所能負擔者。

歐盟相關研究計畫或報告亦指出，強制公證壟斷不動產交易法律專業知識服務提供之市場，導致其它專門職業難以進入，是以不應由公證人壟斷這市場，而應向歐盟內會員國裡之專門職業人士(不動產經紀人、不動產律師與非訟律師)開放這項市場，使公證人、不動產經紀人、不動產律師與非訟律師得以在市場內自由競爭，方能保護交易當事人。

在不動產交易市場裡，我國人民向來習於求諸地政士提供法律專業知識服務。民法第 166 條之 1 所規定強制公證之施行，患有嚴重欠缺社會有效性問題，亦即該項強制公證法制，不僅完全不符合相應於人民之法律生活實踐，人民亦將因強制公證、不動產經紀人與公證人法制之疊床架屋，額外蒙受若干交易成本，進而難以認同這項強制公證法制。

民法第 166 條之 1 規定從制定公布時起迄今，已 20 年尚未施行。如此已制定公布，但遲不施行的法律規定，實在是十分罕見。無論將來民法第 166 條之 1 規定經廢除或經修正後施行，均是解決這項十分罕見現象之道。至於民法第 166 條之 1 規定以現況逕付施行，乃萬萬不可行之策，否則不僅將成為世界上關於不動產交易之強制公證範圍最廣之立法例，而且亦將是世界上同時併行至少三種不

動產交易法律專業知識服務提供者(強制公證意義底下之公證人、地政士與不動產經紀人)之立法例。

本研究計畫之首要建議，乃廢除民法第 166 條之 1 規定。而這項廢除建議至少是文獻上的多數見解，甚至是通說，蓋非如此，民法第 166 條之 1 規定早已付諸施行。廢除民法第 166 條之 1 規定，當事人仍得自主決定，是否將其以不動產所有權變動為內容之債權契約經公證人作成公證書。如此的法律狀態，不僅不至造成若干難以解決的問題(例如公證人力遠遠不足，公證預防紛爭之實效非常有限，地政士與不動產經紀人法制流於形式，民怨四起，應否承認外國公證，以及駐外單位應否提供公證服務)，亦符合相應歐盟相關政策報告所提出之建議，即不應由單一職業壟斷不動產交易的法律專業知識服務提供市場之建議。

本研究計畫之第二建議，乃將民法第 166 條之 1 第 1 項規定之適用範圍，修正限於以不動產所有權移轉為內容的債權契約，同條第 2 項規定則修正為，不動產物權契約經公證與完成登記，始治癒其原因契約欠缺公證之瑕疵。如此的修正，始符合相應於立法者在民法第 166 條之 1 之立法理由裡所宣稱繼受之德國法制。配合民法第 166 條之 1 規定之修正，必須在一定期限內透過國家考試增加公證人，以及開放律師轉任專職公證人，達到至少目前公證人數(150 人左右)的 4 至 6 倍人數後(600-900 人左右)，始能付諸施行。

參考文獻

(一) 德文文獻

1. Ganter, Hans Gerhard/Hertel, Christian/Wöstmann, Heinz, Handbuch der Notarhaftung, 4. Aufl., 2018.
2. Schmid, Christoph U., Die Regulierung des lateinischen Notariats aus europäischer Sicht- Zur „ZERP- Studie“ und Folgeentwicklungen, in: Grundstückerwerbskosten und Notargebühren im internationalen Vergleich, Deutscher Notarverlag, 2015, S. 1.
3. Baer, Susanne, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 2017, Nomos.
4. Baur, Fritz Jürgen/Stürner, Rolf, Sachenrecht, 18. Aufl..
5. Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., 2015.
6. BeckOK BGB/Gehrlein, 51. Aufl., 2019.
7. BeckOK GBO/Hügel, 2019.

8. Bergermann, Andrea, Auswirkungen unbewusster Falschbezeichnungen auf Grundstücksverträge und deren Vollzug - falsa demonstratio non nocet? - RNotZ 2002, 557.
9. Bernd Rühters, Rechtstheorie, 1999.
10. BeurkG u. DONot/Armbrüster, 5. Aufl., 2009.
11. BeurkG/Winkler, 16. Aufl., 2008.
12. Brehm, Wolfgang/Berger, Christian, Sachenrecht, 3. Aufl..
13. Brückner, Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993.
14. Bruns, Alexander, Die Zukunft des Notariats in Europa – Dienstleistung oder vorsorgende Rechtspflege?, EuZW 2010, 247.
15. BT- Drucks. 14/9266.
16. BT- Drucks. 17/12035.
17. BT-Drucks. 14/6040.
18. BT-Drucks. 14/9266.
19. Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl..
20. Ganter, Hans Gerhard, DNotZ 1998, 851.
21. Ganter, Hans Gerhard, Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz, DNotZ 2004, 421.
22. Ganter, Hans Gerhard, Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht, DNotZ 1998, 851
23. Geier, Reinhard, Das Notariat im System staatlicher Justizgewähr, DNotZ-Sonderheft 2016, 25.
24. Geiser, Thomas/Fountoulakis, Christiana (Hrsg.) Zivilgesetzbuch I. Basler Kommentar, 2010, 23. Aufl.
25. Habersack, AcP 189 (1989), 403.
26. Hager, Johannes/Müller-Teckhof, Alexander, Die Entwicklung des Notarrechts in den Jahren 2008 bis 201, NJW 2011, 1716.
27. Häsemeyer, Ludwig, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971.
28. Kersten, Fritz/Bühling, Selmar Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtbarkeit,
29. Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl..
30. Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl..
31. MünchKomm/Kanzleiter, § 925 BGB
32. Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study (2007).
33. OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39) (2007).

34. Opp, Karl-Dieter, Wann befolgt man Gesetz- Entwicklung und Problem einer Theorie, in: Kraft Gesetz- Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, VS, 2010.
35. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 75. Aufl..
36. Preuss, Nicola, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, Mohr Siebeck, 2005.
37. Roth, Herbert, Deregulierung der lateinischen Notarsverfassung durch Europäisierung? – Eine, EuZW, 2015, 734.
38. Rottleuther, Hubert, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, Wiss. Buchges
39. Rottleuther, Hubert/Rottleuther-Lutter, Margret, Effektivität von Recht: Der Beitrag der Rechtssoziologie, in: Kraft Gesetz- Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, VS, 2010.
40. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II (§§ 311-432), 8. Aufl..
41. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, 7. Aufl..
42. Schillig, Michael, Gläubigeranfechtung gegen den Einzelrechtsnachfolger - Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus notarieller Sicht - MittBayNot 2002, 347.
43. Schippel, Helmut/Bracker, Ulrich, Bundesnotarordnung: BnotO, 9. Aufl., 2011.
44. Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Teilband: §§ 305–432, 2007.
45. Schwab, Karl Heinz/Prütting, Hanns, Sachenrecht, 32. Aufl..
46. Schwab, Martin, AGB-Recht, 3. Aufl., 2019, C. F. Müller.
47. Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl..
48. Soergel, Hans-Theodor (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 5/1a: Schuldrecht 3/1a §§311, 311a-c, 313, 314, 2003.
49. Specks, Georg, Heilung von Formmängeln nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB (§ 313 S. 2 a.F.) und § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG, RNotZ 2002, 194.
50. Stürner, Rolf, Das deutsche Immobiliarsachenrecht und die Funktion des deutschen Notariats im Spiegel der Rechtsvergleichung, DNotZ 2017, 904.
51. Stürner, Roth, Vorsorgende Rechtspflege: Sichere Infrastruktur für den Rechtsverkehr, DNotZ- Sonderheft 2016, 35.
52. Vieweg, Klaus/Werner, Almuth, Sachrecht, 7. Aufl..

53. Weber, Johannes, Notarielle Verbraucherverträge – Die Zwei-Wochen-Frist und ihre Ausnahmen, NJW 2015, 2619.
54. Weber, Ralph, Sachenrecht II, 4. Aufl..
55. Wieling, Hans Josef, Die Bedeutung der Regel “false demonstratio non nocet“ im Vertragsrecht, AcP 172 (1972), 308 f..
56. Wieling, Hans Josef, Sachenrecht, 5, Aufl..
57. Wrase, Michael/Scheiwe, Kristen, Rechtswirkungsforschung revisited, ZfS 2018.

(二) 英文文献

1. ZERP, Conveyancing Services Market (COMP/2006/D3/003) (2007).
2. OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions (DAF/COMP(2007)39) (2007).
3. Murray, Peter L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study (2007).
4. OECD, Improving Competition in Real Estate Transactions (DAF/COMP(2007)36) (2007).

(三) 日文文献

1. 七戸克彦「不動産登記業務における司法書士の専門家責任をめぐる近時の動向」市民と法 58号, 51-66頁(2009)。
2. 山野目彰夫「登記原因証明情報の制度と司法書士」月報司法書士 492号, 10-18頁(2013)。
3. 中村昌美「不動産取引安全をめぐる判例動向不動産登記法改正後の変化後編」名古屋学院大学論集 54巻3号, 77-113頁(2018)。
4. 水津太郎「平成16年不動産登記法と民法学：登記原因証明情報をめぐって」ジュリスト 1502号, 34-19頁(2017)。
5. 司法書士総合研究所不動産登記制度研究部会「不動産売買取引において登記権利者・登記義務者それぞれに司法書士が代理人に付く場合の立会執務のあり方等について」THINK：司法書士論叢 115号, 27-32頁(2015)。
6. 國井和郎＝下村信江「共同研究・司法書士の職務と民事責任(1)司法書士の損害賠償責任をめぐる裁判例の分析」阪大法学 49巻1号, 1-54頁(1999)。
7. 鈴木正道「これからの不動産登記制度と司法書士による本人確認・登記原因証明情報の作成」月報司法書士 441号, 16-21頁(2008)。

(三) 中文文献

1. 鄭雲鵬，公證法新論，元照，修訂第5版，2018年。
2. 王澤鑑，債法原理(一)，自版，2009年增訂版。
3. 史尚寬，債法總論，自版，1990年。
4. 林誠二，民法理論與問題研究，修訂版，瑞興圖書，1991年。
5. 林誠二，民法總則(下)，3版，瑞興圖書，2007年。
6. 胡天賜，民法第166條之1之立法政策評析，人文及社會科學集刊，第16卷第2期，頁298-302。
7. 馬維麟，民法債編註釋書(二)，五南圖書，1996年。
8. 高欽明，不動產契約要式性與公證制度關聯性之研究—以民法第166條之1之施行作為探討，月旦法學雜誌，第277期，頁192-197。
9. 梅仲協，民法要義，5版，1954年。
10. 陳猷龍，民法債編總論，五南圖書，2011年五版。
11. 游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，中研院法學期刊，第13期，頁37-109。
12. 黃立，民法第166條之1的法律行為形式問題，月旦法學雜誌，第54期，1999年11月，頁35。
13. 黃立，民法第166條之1的法律行為形式問題，月旦法學雜誌，第54期，1999年11月，頁36-37。
14. 黃立，民法債編總論，元照，修正三版，2006年11月。
15. 黃信雄，地政士制度功能及契約責任—以不動產交易安全為中心，新學林，2018年。
16. 黃茂榮，債法總論第一冊，植根法學叢書，增訂三版，2009年1月。
17. 劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，三民，2011年增修版。
18. 劉鐵錚/陳榮傳，國際私法論，三民，修訂第6版，2018年8月。
19. 鄭惠佳，民法第166條之1施行的可行性分析，財產法暨經濟法，第29期，頁86-87。
20. 謝哲勝，無強制實現力的契約—兼評民法債編增訂條文第一六六條之一，財產法專題研究(三)，元照，2002年，頁113。

附件一、第一次座談會紀錄

一、會議時間：108 年 7 月 2 日（二）下午 1 時 30 分

二、會議地點：國立臺北大學民生校區教學大樓 9 樓 923 會議室

三、主席：游教授進發

四、與會人員：林教授誠二、吳教授瑾瑜、本部法律事務司林科長裕嘉、趙公證人之敏（敏律聯合事務所民間公證人）、鄭公證人惠佳（臺北地院主任公證人）

(一) 問題背景	(八) 公證費用對民眾的負擔
(二) 確認贈與契約當事人的真意	(九) 強制公證對仲介業的影響
(三) 公證可補人民法律知識不足	(十) 公證人的負擔
(四) 物權契約經公證的治癒力	(十一) 地政機關的相關配套措施
(五) 強制公證—更多交易量	(十二) 刪除民法第 166 條之 1 ？
(六) 強制公證預防糾紛	(十三) 公證人觀點總結
(七) 公證制度的推行問題	

問題背景

游進發 教授:

我去看這個德國法條，因為我們的 166-1 有第 1 項跟第 2 項，那有個問題，這個法條規定的跟德國法完全都不一樣，跟瑞士法也不一樣，因為現行法大家都了解，那我就不講了，我說德國法是怎麼一回事，德國法跟瑞士法都限於土地所有權移轉為內容的債權契約要強制公證，相應的物權行為通常會去公證，因為他們法條明文規定說，不動產的物權合意應當事人雙方於職權單位前同時在場作成，而公證人亦得受理之，於是通常公證人就土地所有權移轉為內容的債權契約與相應的物權契約作成公證書，但並沒有強制如此的物權行為公證，所以說，簡短來看，德國法跟台灣法完全不一樣，我就不知道當初債編修正是怎麼繼受的。

趙之敏 公證人:

所以它是物權土地的部分，是嗎？

游進發 教授:

對，就是那個以土地所有權移轉為內容的債權契約強制公證，它的履行行為的物權行為是「通常」會公證，因為他們規定說要去地政機關或是公證人面前做

成一個兩人同時在場的物權合意；他們規定公證人也有職權可以去受理這樣一個物權合意，於是我們就知道他們的物權行為其實沒有強制公證。但是我們台灣就把它誤解，誤解了兩點：一，那個債權契約其實德國法僅限於土地所有權，搞到台灣就變成不動產「物權」，範圍變得好大；二，德國法基本上土地上面的定著物，如果不是區分所有，就是土地的一部分，例如透天厝在德國一定是土地的一部分。區分所有(他們叫做公寓所有權)，說基本上也是強制公證，因為他把它相同處理。台灣就誤解這兩點。於是一個債權契約強制公證的範圍過大，這個等一方法論上我會講一個問題。

再來，治癒的問題，如果債權契約沒有公證，物權行為完成登記會治癒這個欠缺的瑕疵。可是德國法上不是這樣。德國法上是因為如此的物權行為通常有公證，這個物權行為公證了，才有可能去治癒那個債權契約公證欠缺的瑕疵，完全沒有一個公證，怎麼可能去治療公證的欠缺。台灣這裡理解錯誤，完成登記就可以治癒。問題是，根本沒有經過公證人的介入，沒有公證人來警告。

林誠二 教授:

其實這個真正的有點在模仿英美法，statute of frauds 防止詐欺條款，如果已經做了還是可以證明你有意思要履行。

游進發 教授:

立法理由說繼受德國法，可是德國法就不是這樣，我去查就不是那樣。他們物權行為沒有強制公證。他們的不動產物權合意一定要到登記機關或是公證人面前做成，然後讓與人跟受讓人同時在場，但那個以土地所有權移轉為內容的債權契約的履行行為的那一個物權行為，當然是物權合意，也必須如此，但並不必須公證。但當事人因為這個物權行為一定要在地政機關或公證人面前做成，所以他們通常也一定會跑到公證人那邊，就這個物權契約作成公證書，所以只是通常會作成公證書而已，而當今天作成公證書的時候，那一個沒有作成公證書的債權契約，因有了這個公證過的物權契約，才因此被補正，因為公證人已經有介入了，有警告了，有告訴他們權利義務關係在哪裡了，才可以治療這個欠缺公證的瑕疵。問題是我們台灣的不動產物權行為登記，根本沒有公證人介入，你怎麼可能去治癒那個欠缺公證的瑕疵。我們一開始就理解德國法錯誤。再來，關於剛才林誠二老師講的那個，英美法並沒有物權行為，在他們那裡，一個 contract 作成之後，債權與物權就變動了，所以當然要公證人進來，所以說怎麼可能去抄英美法，那就不一樣的東西，而且他們又是登記對抗，繼受這樣的英美法是非常困難的。

方法論上，即便連物權契約，我個人認為，各種物權契約也是一種有名契約，典型契約，因為他是從經驗類型中長出來的，這個太深入我就不講了。那基本上，我們去看民法上有名契約，不管是物權契約或債權契約也好，他是否應該是要式

行為，是一個一個契約類型去看：贈與有任意撤銷，我的理解是這是類似要式，讓當事人考慮；然後你使用借貸與金錢借貸，雖然是要物，但我的理解是，他也是類似要式，讓當事人有一個反悔的餘地；還有例如合會。我們是針對每個有名契約去看，看他到底有沒有慎重的必要，甚至引進公證人作成這種公證書的方式，而不是一概的說，任何以不動產物權變動為內容的債權契約，全部都應該是要式，甚至公證，如此的規範設計是嚴重侵害私法自治、契約自由，沒有逐一地去審視他到底有沒有慎重的必要，其實那個不動產贈與契約哪有必要作成公證書，因為他本身就有要物的規定在那裡了。

貳、確認贈與契約當事人的真意

趙之敏 公證人：

不動產贈與契約其實在實務上有其需求要公證，因為我們實務上就會碰到，對於贈與人意思真正的確定，怕有第三人來質疑贈與的真意，舉例來說，贈與常常是老人要贈與給子女，比如說我贈與給長子，那次子就會跑來說，其實我媽沒有要贈與，那是被長子給騙走的，所以現在反而實務上贈與契約的公證變多了，當事人希望贈與人還健在的時候，能夠在公證人面前清楚表達他的意思，所以我是覺得，學理上是這樣，落實到實務上的時候，在實際上的案例遇到的情況和單純學術推理是不太一樣的。

游進發 教授：

我請問一下，他們是已經登記了是不是？

趙之敏 公證人：

都有，有的甚至是已經去登記，然後他已經登記了才來做一個贈與確認的書面，因為他已經登記完了，其他的小孩說，我不承認，所以爸爸媽媽還要跑來說，我請公證人確認一下我真的是要贈與給他，這也是有的。其他也有在移轉登記之前，先來做贈與契約的公證(債權)的，我們也擔心老人家贈與不動產後會沒人照顧，所以現在也會詢問當事人是否願意做附負擔的贈與，現在老人家其實也是很可憐，有些律師也會建議做附負擔的贈與契約公證，因為附負擔贈與不能撤銷，就是說你(受贈人)如果願意來照顧我(贈與人)的老年生活，然後要履行負擔，例如扶養，有些還寫得很細，例如逢年過節、甚麼初一到初三，或是除夕要回來吃年夜飯，這些都可能是贈與的負擔。所以其實現在社會的變化得很快，老年化社會也開始有很多需要關注的問題。。

游進發 教授：

所以那個任意撤銷不夠。

趙之敏 公證人:

對，所以其實公證的書面反而在這個時候可以補強。

游進發 教授:

所以德國法一開始沒有排除掉土地所有權的贈與是對的。

趙之敏 公證人:

其實不動產贈與，我覺得是很重要的，其實我覺得德國法畢竟是比較精密的，有比較多的推敲、邏輯而且務實。

游進發 教授:

所以找你來是對的，我本來想說贈與要把贈與排除，我想說他有任意撤銷。

趙之敏 公證人:

不過我還沒有整個更深入的研究第 166 條之 1。

游進發 教授:

不過你講這樣有道理。

林誠二 教授:

那個，所以施行後最嚴重的是 408 條，408 條的條文將來勢必要因為 166 條之 1 的施行，去改他的條文，因為它講如果公證就不可以撤銷，那你 166-1 又說要先公證，才是採有效說，如果採有效說的話後面就不能夠撤啦，那不是矛盾嗎？

趙之敏 公證人:

是啊，老師說得有道理，但我個人私下是覺得 166-1 很難過啦，因為代書總是覺得說在搶他們的業務，所以即使是一個通過的法律都沒辦法施行。

林誠二 教授:

這個要講要講歷史，因為當年修我很清楚，是因為公證法還沒有修，等民法債各都已經快要定案了，才跑出來說要公證，加強公證的功能以及公證的業務，

所以才去訂了很多的公證，我不是寫了一篇文章，我們現在民法裡面公證有哪些條文，每一條的條文作用都不一樣，你看 425 條的公證又不一樣，會影響到最嚴重的就是碰到不動產的贈與，因為不動產贈與如果放在 166-1 的話，因為 407 刪掉了，它的債權契約就要公證，沒有公證的話，就沒有所謂撤銷的問題。這個問題就很嚴重。

參、公證可補人民法律知識不足

林誠二 教授:

我建議你(游進發 教授)這樣，你從第一個 166 條之 1，你分幾部分來我們大家討論一下，這樣才有結果，比如說最後，到底施行好，還是不施行，施行的缺點在哪裡，不施行的缺點在哪裡，優點在哪裡。

游進發 教授:

所以說我們理解德國法錯誤，一個是那個債權契約強制公證的範圍過大，然後是物權契約他沒有強制公證，但是他們通常會公證，因此才可以治療那個債權契約欠缺公證的瑕疵，但是我們台灣誤解這點，說完成登記可以治癒，可是公證人根本沒有介入，怎麼可能去治療去補正那個公證人沒有介入的瑕疵。再來，我覺得我們還是要引進強制公證在債權契約，因為台灣有兩個點很嚴重，一個是預售屋，一個是借名登記，這裡面有很多紛爭。預售屋如果把他強制公證進去之後，公證人可以去介入說，你買預售屋很多問題，你要不要考慮清楚，我今天不幫你公證，你回去再考慮，我們可以免除掉很多預售物的紛爭。

那再來，消保處的定型化契約應記載不得記載事項，也沒有用，因為他已經發生紛爭，才跑去消保官那裡，那是嗣後的紛爭解決，如果我們一開始引進強制公證，包括預售屋這個，因為它也是以不動產所有權移轉為內容，一開始就把紛爭排除掉一部分，就不用再跑去消保官那裡。

再來，借名登記也有必要強制公證，因為借名登記都是不動產所有權的移轉，如果一定要去公證的時候，公證人問說，真的要借名嗎？借出去要返還不容易，或許可以避免掉一些紛爭。我的想法是這樣，我們 166-1 要推，是要避免這兩個實務上常常發生的問題，這個或許可以去說服，來證明我們真的有必要去做這件事。

林誠二 教授:

其實這個當時就考慮過，第一個當時就已經要推那個實價登記(錄)，失敗了，但是那個實價登記進去以後，公證人責任就很重，所以公證法規定，公證人要投

保險，所以這裡就是造成台灣今天，當事人跟你說的不動產移轉契約的那個價格，是不是都是真的實價登錄的那個價格，以後如果打官司不用產生一大堆的問題，可以說就是這個登錄的價格，但是後來沒有弄。當時還有一個其他的想法，就是稅收，你登記進去不能改，對稅務機關來講非常好，以後都不用查，公證的契約書拿來就可以，第三點為何台灣沒有辦法做出來，因當時整個公證還沒有普遍，當時也考慮了這點，而且公證制度裡面公證人是地區制度。

趙之敏 公證人:

講到公證沒有普遍，無法施行 166-1 是因為公證人人太少，我想說公證法修到今天已經過 18 年，為甚麼從那天到今天，我們台北公會的公證人只有 70 幾個人？為甚麼都沒有辦法再多？事實上就沒有那麼多業務，因為沒有強制公證，都是自發性。

因為沒有強制公證，所以推不起來，而且更糟糕的是公證的費用 18 年沒有漲，我們費用表你也看過，1000 萬的房子，買賣契約公證費只有 6000 元，那你能收多少錢，一個單身證明 500 元，一個授權書 500 或 1000，你沒有一定的量，無法撐不起一個事務所。

林誠二 教授:

我坦白講，業務是你們的問題，不是我要管的問題。

趙之敏 公證人:

是回應剛才老師說修法當時是沒有足夠公證人。

林誠二 教授:

我要管的是說，台北市的人知道要公證，鄉下人不知道，結果鄉下人都被騙，沒公證，就移轉登記，就治癒。

游進發 教授:

沒有啊，沒有移轉登記啊，我就說不應該移轉登記就可以治癒，債權契約也好或物權契約也好，一定要作成一個公證書，才可以。

林誠二 教授:

你還要再修法，這個法律才能用啊。

游進發 教授:

對啊，這就是這個計畫的內容。

林誠二 教授:

所以這個地方我就想說，要怎麼樣才讓公證人願意負這麼大的責任。

游進發 教授:

他沒有甚麼責任啦，因為他沒有實質審查，只有看形式。

林誠二 教授:

NO，他們有不同意見的話要在公證書上表示

趙之敏 公證人:

我們現在是，法條規定如果說公證人認為有疑義的話，都要在公證書作成時向當事人闡明。

游進發 教授:

老師你剛剛講的那點我突然想到，你說鄉下地方老人家不知道，太好了，那才應該要改成強制公證。

林誠二 教授:

我現在最怕的是，怕鄉下人不知道，沒有公證結果他又移轉登記過去。

游進發 教授:

可以塗銷啊，因為債權契約尚未生效啊。

趙之敏 公證人:

其實這要看地政機關的態度了，地政機關只要沒公證的不能讓他登記就 ok 了。

林誠二 教授:

所以你目前的法條，你要實施你必須要把法條再改啦，你如果說不改法條，只有這樣根本沒有作用。

游進發 教授:

對啊，要改，我現在就是要改它啊，我第 2 項要把它刪掉。

林誠二 教授:

我跟你講，如果你要修法的話，你要寫研究報告，每一點都要寫出來，你如果說要修法，又是地政派跟法學派要鬥爭。

游進發 教授:

對，老師所以才有這個計畫

趙之敏 公證人:

老師我們法學派爭不過地政派，我剛剛說現在地政機關在不動產所有權移轉的部分完全是針對物權契約作形式審查，可是在信託已經有了改變，現在債權契約的信託契約也可以送地政登記，地政也接受，可以看出來地政機關也不一定只接受物權契約了，已經有點傾斜像日本、法國那樣。

肆、物權契約經公證的治癒效力

游進發 教授:

我們回過頭來講，老師你剛才講得那點很好，鄉下老人家有時候不知道，所以第 2 項要改成說如果物權行為公證就可以治癒債權行為欠缺公證的瑕疵，要改成這樣，第 1 項要強制公證，第 2 項是說如果物權行為有作成公證，債權行為沒公證沒關係，這樣至少有一個公證，這樣老人家.....

林誠二 教授:

你說那條的立法意旨就是類似 *statue of frauds*，要防止詐欺，一個沒有知識的人被有知識的人騙

趙之敏 公證人:

對，而且這個不動產產權變動的過程裡面沒有任何一個法律人介入，你說在別的國家，英美法都是有律師，在大陸法都有公證人。

鄭惠佳 主任公證人:

為什麼這樣債權物權要兩次?

游進發 教授:

它不是兩次，一個是的 1 項強制債權契約公證，一個是第 2 項規定成，如果物權行為有公證，債權行為沒公證，沒關係；地政機關說，契約拿來給我看，（林誠二 教授：它不會登記嘛），你沒任何公證，我地政機關就不登記下去。

趙之敏 公證人:

只有地政機關說是怎麼樣才是怎麼樣，他們就是決定是否能登記的真正把關者。

游進發 教授:

如果照我的意見修法，地政機關會說：因為你現在一個公證都沒有，我怎麼可能讓你登記

吳瑾瑜 教授:

所以現在只要變成有任一個擇一就好。

林誠二 教授:

所以我的書上有寫類似英美法裡面的 unenforceable contract，不能強制履行的契約，其實如果它自動履行，你也沒辦法。依目前的條文。但如果改成強制，

趙之敏 公證人：

英美法有 statue of fraud，我們沒有。它有 consideration，這些都是要使法律行為慎重，避免當事人被欺騙或希望他們慎重考慮的例子，我們都沒有，大陸法系有強制公證，英美法有 statue of fraud，這些保護當事人的法律機制，其實我們都沒有。

林裕嘉 科長:

雖然我國現行民法第 166 條之 1 與德國民法規定有出入，但它原本是繼受德國民法，老師剛剛提到德國民法的物權行為並沒有強制公證，但是在交易習慣上通常會一併公證。

游進發 教授:

交易習慣上通常會一起作。

林裕嘉 科長:

如果套用到我國，是否可能會因為民法第 166 條之 1 第 1 項規定債權契約要強制公證，導致未來我們實務運作上也演變成如同德國一般，亦即民眾在公證人面前也會將債權行為與物權行為一起在公證人面前公證？

游進發 教授:

也有可能，但現在的問題是，它如果都沒有去作公證，公證地政機關也許會登記，怕我們的地政機關很被動，你沒有公證，就直接登記下了，怕地政機關不去看那個債權契約。

林裕嘉 科長：

據瞭解地政機關是不會審查債權契約的。

鄭惠佳 主任公證人：

他只要看那個公契。

林誠二 教授:

地政機看有一個叫公契的。

鄭惠佳 主任公證人:

公證人針對一個債權跟一個物權。兩個標的不一樣的時候，會公證嗎？

趙之敏 公證人:

只有符合幾個特定原因(早期說是五大原因)，地政機關才願意作不動產移轉登記。

游進發 教授:

現在是怕我們地政機關的人員，它那個法律...怕它太被動

趙之敏 公證人:

就我所了解，地政機關是這樣，他們登記是只看公契，但地政機關只要符合幾個特定原因，譬如說買賣、贈與、繼承、遺產分割協議、共有物分割、信託，符合這幾個原因，地政機關才給你登記，你這幾個以外的，抱歉，借名，不可能。你要去拿判決。因為他是行政人員，所以他們是非常形式的，所以如果法務部可以有一個明確的函釋或命令，或是內政部，你在幾大原因外又加了一個原因，他們就會照你處理，你必須要給他一個很明確的指令才行，因為他們是行政人員。但他的作法，只要地政一說我願意接受或不接受，就會就影響整個交易行為。現在我們的問題不是只有法律的理論，真正的問題在於代書和跟仲介整個反對，他們跟地政機關、內政部的關係很好，你看內政部居然作主辦單位跟地政士作聯合舉辦研討會，討論如何擴大地政士的業務，內政部怎麼可以跟利益團體開研討會還定這種題目呢？就法言法，還是要從這個角度，解決實務面的問題。

游進發 教授:

我們要去說服他們。

趙之敏 公證人:

法務部陳明堂次長上次第一次來主持會議，他第一次看 166 之 1 就問，為甚麼第 2 項會這樣定，那第一項這樣有甚麼意義？他不知道。那如果林科長可以跟他作說明，至少就會知道說這是抄錯了。但那時候沒人敢說。

游進發 教授:

我請教一下，如果沒有強制公證，地政機關會讓他登記嗎？

趙之敏 公證人:

你說未來還是現在？

游進發 教授:

我們預測一下他們會怎麼作。

林誠二 教授:

現在目前是會登記的阿。

游進發 教授:

如果沒有第 2 項的話？

鄭惠佳 主任公證人：

如果沒有第 2 項，地政機關一定會叫當事人去公證。

游進發 教授：

那債權契約無效他為什麼讓當事人登記？

林裕嘉 科長：

因為地政機關只審查物權契約（公契）。

游進發 教授：

地政機關推定債權契約就是有效？有作成公證？可是公證書沒拿出來看，地政機關也登記下去？

趙之敏 公證人：

因為你說刪掉之後，預想刪掉？

游進發 教授：

假設沒有第 2 項。

趙之敏 公證人：

地政機關就會叫他提出。

游進發 教授：

因為他強制公證，可是地政機關不會叫他提出債權契約的公證書。

鄭惠佳 主任公證人：

沒有第 2 項就會要吧？

趙之敏 公證人：

我跟你講，會。

鄭惠佳 主任公證人：

沒有第 2 項就會要阿。

趙之敏 公證人：

地政他雖然是只管物權，但是他買賣、繼承、贈與他有審查，對不對？舉個例，昨天有一件遺產分割協議，當事人跟我說他必須拿到遺產分割協議才能去辦地政過戶，我說地政不是只看公契嗎？沒有，在這個案件上，個雖然是私契，但他就是要看才登記。

游進發 教授：

那這就很奇怪。他還是會去看債權契約。

林誠二 教授：

你就算拿到協議分割書，如果我是地政機關，我還是不給你登記，除非你有去公證。沒有公證我怎麼知道你的章是真的還假的

鄭惠佳 主任公證人：

所以他們只是不想負擔太大的責任。

游進發 教授：

所以我們有第 2 項，第 2 項如果說，物權契約經公證可以治療第 1 項，他們更會要當事人拿債權契約來看。

趙之敏 公證人：

我那時就覺得很奇怪。

鄭惠佳 主任公證人：

其實地政機關我覺得應該都會希望拿來公證。因為如果有公證，他們責任可以減輕。

林誠二 教授：

還有一個例外，你如果拿出印鑑證明出來我 OK，我可以給你。

趙之敏 公證人：

我這件因為他們之前有訴訟，就算拿印鑑證明地政都說不收，當事人要去公證。你看他裁量空間有多大，當事人都拿印鑑證明了，全套每個人都有。然後地政說不辦過戶，去找公證人公證。所以他來公證的時候我一條一條念。我就覺得奇怪，地政不是通常有印鑑證明就過戶了嗎。他們說沒有，地政說這件一定要公證，他們有自己的審查標準。

游進發 教授:

我再問你更進一步的問題，如果第2項這樣規定說，物權行為經公證，治療了債權契約公證書欠缺的瑕疵，這樣會不會更好?

趙之敏 公證人:

我覺得這樣的結果會變成只有物權契約作公證

林誠二 教授:

債權契約沒有人要去作。

游進發 教授:

他還是不會拿債權契約來對?

鄭惠佳 主任公證人:

因為他債權契約跟物權契約的標的是不一樣的

趙之敏 公證人:

主要是因為，你在國外價格是一樣的嘛，但你在台灣不一樣阿。台灣通常是債權契約的標的價額比較高，物權契約的比較低。

鄭惠佳 主任公證人：

債權是真正成交的價值，物權是就是公告的那個價值嘛。

游進發 教授：

齁，台灣人真的是。

林誠二 教授:

這裡面牽涉到逃稅的問題，稅的問題啦。

游進發 教授：

對，我知道，德國法也有這個問題。

趙之敏 公證人：

這就是舉世無雙的沒有實價課稅，但卻又有一堆稅目。

林誠二 教授：

你如果實價登錄的話，他們不敢作假，公證人作假抓到的話，就完蛋了。

游進發 教授：

所以變成說都只拿物權契約去公證

鄭惠佳 主任公證人：

過去在民國 88 年之前，全部都是依契稅條例，那時全部都是物權，但那全部都是假的，因為那真的不是實價。

游進發 教授：

他上面也不需要寫價金阿。

鄭惠佳 主任公證人：

要阿。當事人要寫他繳稅的價金阿。現在根本沒有來辦了。

趙之敏 公證人：

沒有來辦是指沒有來公證。但在公契上還是會寫價額。他們只寫公告現值，課稅用的。

鄭惠佳 主任公證人：

對，因為那是要報稅的，他們不會寫實價，不然實價就很高

吳瑾瑜 教授：

那實價登錄在幹嘛呢？

林誠二 教授：

課稅阿。

游進發 教授：

問一個問題，其實他債權契約，買賣契約也可以作假。

趙之敏 公證人：

這就是另外一件事情。你作假將來你訴訟的時候（鄭惠佳 主任公證人：你請求權基礎就會變低），對，就會涉及他們真正的權利保障。所以他們不敢寫假的。

游進發 教授：

他們的想法還真奇怪。

鄭惠佳 主任公證人：

例如不動產買賣實際價金 1000 萬，物權契約 200 萬，將來你不給我的時候，只能請求 200 萬...像我們有的時候，租約也是這樣阿。有些人為了稅金繳低一點，我就用少的。

林誠二 教授：

就連勞工跟老闆的薪資，報健保都是用假的啦。

鄭惠佳 主任公證人：

因為他就是要繳稅啦。

林誠二 教授：

然後什麼時候，等到退休的時候回過頭來咬老闆啦。說你為什麼少報。結果最高法院才沒有辦法說，欸與有過失。幫你減一些。

游進發 教授：

所以你們不覺得第 2 項這樣改會比較好嗎？像德國這樣。

趙之敏 公證人：

我覺得會比較好啊。當然。

游進發 教授：

可是會變成都拿物權行為去公證喔。就回到跟以前一樣。

趙之敏 公證人：

事實上也不完全會回到以前一樣。

林誠二 教授：

你就都刪掉啦。反正債權、物權都公證。

鄭惠佳 主任公證人：

希望合一啦。如果債權物權都在一張。

游進發 教授：

哇，雙重強制公證，德國人也不敢這樣搞。

趙之敏 公證人：

合一太困難。公契私契合一都很困難。這是稅的問題。

游進發 教授：

我覺得像德國這樣可以選擇比較好。就是債權契約強制，物權不強制，但你物權約作成公證書的話，可以治癒債權契約欠缺公證的瑕疵。

趙之敏 公證人：

頂多就是回到 88 年的契稅條例嘛。

鄭惠佳 主任公證人：

可是重點是如果他作了一個，可是兩個契約標的是不一樣的，金額是不一樣的，我們能做嗎？

趙之敏 公證人：

當事人不會同時在我這裡做阿。

鄭惠佳 主任公證人：

有可能。有，我就看過。

游進發 教授：

所以說你們能發揮功能，跟當事人說不行，我不幫你公證。

趙之敏 公證人：

只能選擇一個。

游進發 教授：

那太好啦。這就是德國法的目的嘛。

鄭惠佳 主任公證人：

還是有人債權跟物權都做，因為他物權只是要給地政的。債權是我們之間的，但就一起。

趙之敏 公證人：

你就糾正他。

游進發 教授：

不是，這就太棒了嘛。如果他兩個不一樣，就不要給他公證。發揮要式的慎重、警告功能。

鄭惠佳 主任公證人：

本來就是這樣。

林誠二 教授：

不是，你如果兩個金額不同，將來打官司一定問題很多。

伍、強制公證—更多交易量

游進發 教授：

不是，我們現在是把法規弄好一點，說服給人家聽。政治是另一個問題嘛。

趙之敏 公證人：

對，我覺得我們該做的還是要做。

游進發 教授：

對，但到底要不要採納，就是決策者的決定。

林誠二 教授：

你就分甲案乙案。

游進發 教授：

對，我就分兩案。一案就是廢掉，一案就是改進跟德國一樣。

趙之敏 公證人：

不是，是改進跟德國一樣。或廢掉只剩下第一項。

游進發 教授：

我去競標時，主管跟我說，我們有政策考量的，我們要考慮到各方面。所以我要給他們兩條路走。

趙之敏 公證人：

不，你是給他下台階，這樣是不對的。這沒有學者的風骨，而且這對民眾來說是可憐的。而且最後只會讓我們走向更左派的國家。就是用定型化契約引導一切。

游進發 教授：

這些都可以講，沒有問題，我計畫書會一一附理由。

吳瑾瑜 教授：

我去消保處開會也有講到這一點。

趙之敏 公證人：

我們是左傾國家，什麼都定型化契約，沒有契約自由。

游進發 教授：

部長有他的糾結，我分析給你聽。不要先有結論。我跟你講，這會涉及到預售屋，如果要公證的話，那些人賺不到錢。因為你公證人把他擋掉。這個反撲力量很大。今天如果我們讓他施行了，你要知道長官可能面臨多大的壓力。

林裕嘉 科長：

應該說民法第 166 條之 1 已存在多年而未施行，目前實務上還是可以運作尚無明顯窒礙，倘若施行後反而可能製造出更多更大的問題，此是我們所擔憂且不樂見的。

趙之敏 公證人：

其實不是沒有出事情，我今天我有帶一本法學雜誌，裡面也有我們主任寫的文章。在 2017 的時候，辦了一個研討會，我們有去整理不動產訴訟，因為簽約時沒有落實法律的保障功能，真正的問題最後留到了法院。你們前端看不到問題，反正就是法官很可憐的在那邊寫判決啊。

游進發 教授：

所以我就這樣講，如果有問題，當預售屋買賣要公證，公證人就可以說，恐怕這樣的預售屋買賣有問題，不要這樣搞。

吳瑾瑜 教授：

可是你知道嘛，現在預售屋不是有應記載不得記載事項（游進發 教授：可是那是事後的），可是現在台北市跟新北市都在搞預審制度。也就是說建商就把契約送去給公會預審。然後預審之後，他就在台北市或新北市的網站上公告，公告哪些是有合格什麼。民眾都可以上台北市網站的政府雲去查。

游進發 教授：

這不是更好嗎。

吳瑾瑜 教授：

他現在的介入已經是很前端了。

游進發 教授：

那是行政措施。但難保還是蓋出來有問題。

趙之敏 公證人：

我要講的是說，本來應該私法自治，由公證人告知雙方權利。可是我們國家不是，我們選擇了一個很左傾的作法。這邊一直出事，那沒關係，政府出來幫你作保證。政府幫你審合約。你這是不是一個社會主義國家。所有都適用消費者保護法，大家都用一模一樣的合約最好，但事實上每個房子就是不一樣。當然阿，你可以設排除條款阿，你如果建商通過預審可以不要做公證。

游進發 教授：

沒有，我覺得要併行。這是行政措施。所以強制公證不是更好嗎。因為如果推行的好，預審加強制公證，人民可以信賴，大家就很安心去買預售屋，預售屋的銷售會很好。所以。我們應該是用這些積極面去告訴大家，因為現在預售屋太多問題，大家才不願意買。像我就不願意去買預售屋。

趙之敏 公證人：

對，可是民眾不知道。像我跟剛講的，財富之所在，禍害之所在嘛。他是靠這個賺錢的。所以誰擋他的路？他要的就是大家都神智不清來簽約。我講白了就是這樣。我們跟仲介開會推 166 條之 1，他們就說：那我問你公證人，我半夜 12 點要簽約，你願意出來幫我公證嗎？我反問：你為什麼半夜 12 點要簽約？

游進發 教授：

這不符合誠實信用原則。

趙之敏 公證人：

就是要大家神智不清楚的時候簽約，然後成交後發生紛爭也與仲介無關(不過我也看到很多爭議是去告仲介)。

游進發 教授：

仲介賺不到錢，如果強制公證的話？

趙之敏 公證人：

他還是會照賺，他只是會吸收。你說民眾會增加負擔，我覺得應該不會，因為 1 千萬的房子公證費用只有一千萬，仲介費用如果 6% 是 60 萬，3% 是 30 萬。

吳吳瑾瑜 教授：

你們公證法學上是發現什麼問題？

趙之敏 公證人：

我們公證人整理了一些判決，就找到很多出事都出在後端的例子。

游進發 教授：

所以你們認為有公證可以阻止這些紛爭？

趙之敏 公證人：

真的可以？

游進發 教授：

你是推測可以？

趙之敏 公證人：

我是推測可以。就是說，至少在簽約之前，民眾有了解訊息的機會。

游進發 教授：

這理論上可以理解。

趙之敏 公證人：

不要說民眾，連建商都很可憐。我看過有建商自己出的合約不符合定型化契約版本，然後他自己吃大虧欸。因為簽約的時候，他小建商就根本沒有研究嘛。

吳瑾瑜 教授：

怎麼會有這種建商。

趙之敏 公證人：

有啊，就是那種 Local 的建商。

游進發 教授：

小建商桃園很多。

趙之敏 公證人：

唉小建商其實也是一種打帶跑的行業。

游進發 教授：

他就小建商，蓋一間之後公司就沒有了，再另外設一間。

趙之敏 公證人：

對，他們要負責任的時候，他們反正就破產了。他就再設一間，那你能怎麼辦？他們自己用到錯誤的契約，所以他們自己也吃過虧。不見得建商就都一樣，大間的建商才有專業的法務。他們也不見得在乎。他們比較在乎的事情應該是成交。

鄭惠佳 主任公證人：

我看到一筆啦。

趙之敏 公證人：

他們怕公證人公證的時候講太多，導致我無法成交。

陸、強制公證預防糾紛

林裕嘉 科長：

我想請問兩位公證人，公證制度已實施多年，倘若公證有許多好處，為何民眾在進行許多重要法律行為時，普遍並沒有很大的意願和動機去辦理公證？原因為何？

林誠二 教授：

稅嘛！最大的原因就是稅嘛！

趙之敏 公證人：

我其實覺得第一個原因是民眾不清楚。民眾習慣都找代書，代書說好就好了。代書可能會說也不用公證阿，公證多花錢啊，能過戶就好了。

林裕嘉 科長：

參考司法院的統計數據，像是遺囑或租賃契約，民眾辦理公證的比例還算高，但在買賣契約（大多應為不動產買賣）方面，民眾辦理公證的比例一直都很低。

趙之敏 公證人：

買房子都是委託代書，代書跟他講不用。但是有些民眾，或現在有些代書，或是仲介喔，他們有些法律意識，他們會覺得說，像我剛剛講的，這老先生說要賣，如果他回家反悔不賣怎麼辦？對，那就叫他來公證一下。對不對？

游進發 教授：

我在臉書上有看到。

趙之敏 公證人：

還有就是我們現在不動產買賣一大堆借名嘛。他就自己要來的阿，他說我都登記在你名下，我沒有保障，所以要來作借名。我幾乎每個禮拜都會接到這種電話。

游進發 教授：

法院其實沒有講借名登記的債權契約到底有沒有效。

趙之敏 公證人：

最高法院沒有講清楚。所以我現在都會問說到底是什麼原因。如果他說因為出名人是公務員貸款比較好貸，最高法院是說 OK，對不對。這種我就會說好，我幫你辦。但如果他說什麼，呃我先生有外遇，所以我要把我買的房子放在我妹妹名下。這種可不可以？

游進發 教授：

我覺得這是良善的，可以啊。

吳瑾瑜 教授：

這不知道可不可以。

趙之敏 公證人：

所以我說嘛...。對，所以我只好花很多時間跟他們講不一定有效或無效。

鄭惠佳 主任公證人：

反正就闡明。

趙之敏 公證人：

我還是要闡明。像有些就直接說我要逃稅，這就一定不行阿。

游進發 教授：

這不就更好嘛。如果強制公證可以避免借名的紛爭。

趙之敏 公證人：

其實借名應該是可以。但讓人痛苦的就是本來像法院一開始說借名一律不准，但接下來呢，就變成說你要去過濾嘛。但其實這樣就是讓借名更受到法律有效性的肯認。

游進發 教授：

我講我的想法，借名其實就是信託啦。

趙之敏 公證人：

其實它也是委託契約嘛。

林誠二 教授：

本來就是。

游進發 教授：

信託有的有效，有的無效，例如消極信託。但因為台灣很多人不主張這樣，所以我就不強調這個見解。所以借名有的有效，有的無效。

鄭惠佳 主任公證人：

其實它就是信託，只是百分之 80 都是消極的。

趙之敏 公證人：

不一定嘛。

游進發 教授：

我為什麼見解改變？我以前也覺得借名登記的債權契約一定無效，後來我聽到一個名嘴在新聞上講一個他以前處理過的事情。他說某某大老闆有一個小三，他就把他台灣的不動產分成三份，一份給他兒子，一份給他小三，一份再給他小三，跟她說，我以後兩個兒子如果不成材，把他們財產都敗光光，就把這份財產分給他們兩個。我說這個借名真的超棒，它在教育，怎麼借名一定會無效呢。我以前一直以為借名一概無效，我是看到這個報導，這個事實才讓我想到，借名也有它良善的目的。

趙之敏 公證人：

這就是信託阿。

游進發 教授：

我後來也覺得這就是信託。這是管理信託阿，積極的。

趙之敏 公證人：

要不要讓借名登記契約在法律的層次肯認它的效力我是沒有意見。但這樣做從公證人的角度當然是好啦。因為事實上現在常常有人來找我們作借名契約的公證，我都要一個一個過濾你是什麼原因。現在也有律師來跟我說，你管我什麼原因，最高法院就說借名一定有效，你公證人不要管我啊。

林誠二 教授：

法院沒說一定有效。

趙之敏 公證人：

對。

游進發 教授：

你就跟他說借名到時候要不回來喔，他就會驚到了。這個不是發揮你公證人的目的嘛。

趙之敏 公證人：

當事人不怕，他們就說我就是相信出名人。

鄭惠佳 主任公證人：

他們就說我就是保存證據。

游進發 教授：

相信就是拿來破碎的。信賴是拿來破碎的，你怎麼可以隨便相信人。

鄭惠佳 主任公證人：

他覺得只要公證人在這邊做一個保存證據，他就相信了。

趙之敏 公證人：

對，就要告訴他。

游進發 教授：

所以你告訴他，發揮功能很好嘛。

趙之敏 公證人：

對，我覺得在借名我們現在是實質上有發揮功能。因為他們當事人至少有這個證據，而且是經過有公信力的第三人證明，也許沒有別的了，只能說至少至少還有這個東西。

林誠二 教授：

還有債的效力啦。

游進發 教授：

他想說他可以因為違約向對方主張損賠啦。

趙之敏 公證人：

也不一定是錢，但他想說至少你曾經承諾過我。對不對，有些人是要這個。每個人要的不一樣。但這個部分（公證）是有明確發揮功能。至於剛才說不動產買賣，民眾不知道阿。你想想看，我們這個制度是從民國 90 年開始發展，然後公證人才那麼少人。那你說多人又活不下去。這就變成一個雞生蛋，蛋生雞的問題。大家都說，如果 166 條之 1 通過，你們公證人就會很好，但好在哪裡？在沒

有實施之前主管機關一直補人一直補人，就變成每一家公證人事務所的業務都往下掉。

游進發 教授：

所以說如果我從地院一直查到最高法院關於預售屋的紛爭，借名登記的紛爭，調出來那麼多，然後說強制公證可以減少一些紛爭。

趙之敏 公證人：

對，之前有整理。我也有整理。

游進發 教授：

所以拿來說服說強制公證更有道理。

趙之敏 公證人：

其實是有意義的。而且說實在，我覺得世界各國都有法律人的介入，以一個這麼大的交易，你沒有任何一個法律人去提示他。（游進發 教授：對齣，這樣很奇怪齣）。然後你不要講地政士，其實地政士也很可憐。地政士被告的也一大堆。

游進發 教授：

所以這個有做的話，可以保護大家，產業更發展不是很好嘛。

趙之敏 公證人：

我看到一個最高法院判決，當事人購買國有土地上的違建，地政士自己出報告給當事人說這樣不會有法律問題，結果被告到最高法院去了。這對地政士和當事人來說都很可憐。

林誠二 教授：

法務部他給你的意思是說...

游進發 教授：

他們沒有特定立場，他們叫我好好分析就對了。

林誠二 教授：

你要先分析 166 條之 1 現行法的要件是哪些，如果你分析下來的結果是說，台灣的現象是為了避免哪些缺點，所以有去實施公證的必要的話。那你的建議是，166 條之 1 應該要修法。要修的話，修成你講的強制公證。然後再分強制公證是只有不動產債權契約強制公證，還是連物權也要公證。你要有層次。

柒、公證制度的推行問題

林裕嘉 科長：

倘若目前民眾在進行不動產交易時，尚未習慣去辦理公證，此時就直接貿然推行強制公證，因為民眾尚未建立這樣的交易習慣，也許會造成很大的民怨和反彈。

游進發 教授：

這個法社會上可以證成的。法律有教育功能，它可以超前社會。

林裕嘉 科長：

如果公證有這些好處，為什麼目前卻沒辦法讓民眾自發性地去辦理公證？

趙之敏 公證人：

我覺得不了解是一個很大的原因。現在有做的該怎麼說，也是比較有法意識的。像我剛剛講，甚至不是當事人自己要來公證，是律師或地政士帶他來。因為他不了解。他不了解就不會突然做這種事情，因為他很陌生啊。他自己跑到事務所，他也會怕怕的。一定是有一個人帶他來。像我很多案件，說實在也是律師或地政士帶他們來。

吳瑾瑜 教授：

那為什麼地政士會要把他們的客戶帶去公證？

趙之敏 公證人：

你是說現在這些案件嗎？

吳瑾瑜 教授：

不是，我是說以後啦。

趙之敏 公證人：

其實買賣還是有一部分是自己處理，一部分是地政士。

鄭惠佳 主任公證人：

有些人是自己辦。

游進發 教授：

現在有人先把錢信託給銀行，賣方過戶了，銀行就把錢撥給買方。有人就跳過代書，不讓代書與仲介賺這個錢。

林裕嘉 科長：

目前我國地政士主要業務是代理客戶辦理不動產登記，倘若民法第 166 條之 1 施行，公證人於辦理公證後，是否可能一併代理客戶辦理不動產登記？從而導致地政士業務受到影響？

游進發 教授：

就怕他們（公證人）也去代理。

趙之敏 公證人：

其實當時 166 條之 1 修的時候，本來就考慮過向歐洲國家一樣，由公證人登記，但怕影響代書業務，在立法協商時就明確表示公證人不能代理登記。這是當時協商的結果。

林裕嘉 科長：

因為德國沒有地政士。

游進發 教授：

因為德國有規定兩人必須於登記機關同時在場作成不動產物權契約，叫作 Auflassung，而公證人亦得受理這 Auflassung。

趙之敏 公證人：

因為這個世界上只有台灣和日本有地政士。

游進發 教授：

自己要移轉土地，結果自己卻不用去地政機關。

趙之敏 公證人：

對，很奇怪。

游進發 教授：

只有台灣這樣搞。德國是兩個人都要去地政機關或公證人那裡作成不動產物權契約，同時在場。

趙之敏 公證人：

其實我們公證人並沒有要搶他們的登記業務。他們想去登記就登記。但是以這個趨勢來講，第一個關於契約，客觀來說，應該可以理解公證人的法律審核能力高於地政士。其實以後如果開放 166-1 律師也可以轉任全職公證人。

捌、公證費用對民眾的負擔

游進發 教授：

這是另一個問題，我想請教關於（民眾）負擔的問題。我們現在房子大概 2000 萬，一般民眾還負擔得起，這樣的話公證要多少錢？如果算 2000 萬的話。

趙之敏 公證人：

1000 萬以上至 2000 萬是 8000 元，2000 萬以上至 3000 萬是 10000 元，我記得。這跟仲介費比，內政部公告只能收到百分之 6，仲介就在哇哇叫我們只能受到百分之 3，1000 萬的房子你收 3% 是 30 萬元公證費是 6000 元。。

游進發 教授：

但即便公證費用不高，也是成本阿。人民會這樣考量。

趙之敏 公證人：

其實，很有可能的結果是這 8000 塊的公證費，仲介會吸收。代書也不一定賺到錢，很多情形賺錢的都是仲介。就有可能是這樣賣家就會說我不要出啊，仲介你吸收。

游進發 教授：

但仲介會說買家叫你賣家出阿。

趙之敏 公證人：

哎呀我跟你講，仲介自有辦法啦。他們會去看划不划算。他們如果不想出，他們就會想辦法叫誰出。

游進發 教授：

最後會不會說，就是當事人自己負擔？

趙之敏 公證人：

當事人自己負擔也是有可能。但你有 2 千萬買房子，叫你負擔 8 千塊塊你可能根本沒有感覺。

游進發 教授：

因為法律上沒有規定是賣的人或買的人要負阿。

鄭惠佳 主任公證人：

應該會一人一半吧。

游進發 教授：

一半其實也還好。因為這也是我們這個法條要考慮的嘛。這是民眾的交易成本。

趙之敏 公證人：

對，交易成本要考慮。但這其實是市場的問題，公證法那個費用表拿出來實在太可笑了。所以不用太擔心。上次那個忘記是哪個長官看到那個表，就問 1 千萬（的標的）是要把表上的錢（每個級距的價額都）加起來嗎。我就說不是，看 1 千萬那欄就好。

游進發 教授：

不要這樣說，我 5 千塊也很難賺，兼任 2 個學分，一個月也不過多幾千塊。

趙之敏 公證人：

你買3千萬的房子，多1萬塊根本不會扎眼睛。你不如跟買家說少算我1%。

游進發 教授：

所以你們覺得這微乎其微。

趙之敏 公證人：

真正反對的理由就是代書怕我們搶他的業務。仲介是怕我們會干擾交易。你不能講太多，現在這個成交很多是透過資訊不對等才能成交。

鄭惠佳 主任公證人：

反正你趕快簽名就對。

游進發 教授：

我知道。這是我要說服的點。

趙之敏 公證人：

我們以前同期的公證人阿，他自己是律師、教授、公證人，他跟我說他要買房子的時候，仲介跟他報說實價都是這樣子。結果後來他自己上網去看，發現仲介給他的實價資訊是假的。所以他出錯價嘛。他氣到發存證信函叫人家退他錢。後來仲介就跟他和解。但這是因為他了解啊，他會自己上去查。

還有什麼問題呢。公證還有什麼好處，除了釐清法律關係以外，還有一個重點是說戶政不想發印鑑證明了。如果經過公證的話，就不需要印鑑證明。在人別的部分就是確認的。因為戶政不想發了，地政士曾說他們願意承擔。

鄭惠佳 主任公證人：

就是核對人別。

趙之敏 公證人：

對，就是做不動產的簽證。可是呢，他們在這部分也是有點搞不定。因為簽證的話，他們就要收多少錢多少錢。可是現在印鑑證明一份才10塊，但代書想想10塊他也是不能做，所以開會開半天，也是還沒有定案。當然現在是講簽證，21條說他們可以做簽證。

玖、強制公證對仲介業的影響

游進發 教授：

找你來果然是對的，你講了很多。那我還有一個問題想請教一下，如果我們今天把公證推出去，對他們業界的發展不是更好嘛，更透明。正當的人他會賺更多錢。

趙之敏 公證人：

但是這是長期看來。如果要在短期內賺快錢、黑錢...

游進發 教授：

我相信正當的人還是很多，仲介業我想還是不錯的。

趙之敏 公證人：

其實各行各業都有好壞，在法律部分，個人以為代書程度還是會比仲介好些。個人以為

游進發 教授：

有好有壞，但我們就用好的說服他。這個做得更好，你們是會賺更多錢。

趙之敏 公證人：

理論上是這樣。

拾、公證人的負擔

游進發 教授：

再來請教一個問題，這個現在公證人有多少？

趙之敏 公證人：

目前台北只有 70 幾位。

游進發 教授：

如果說台北一年有 50 萬件移轉次數，你們受得了嗎？

趙之敏 公證人：

我 跟你講，真的不用擔心，因為真的實施之後，律師會大幅轉任。

游進發 教授：

問題是沒有這個相配套措施轉不過去。

鄭惠佳 主任公證人：

每年都有。三年以上律師就可以。

游進發 教授：

假設說現在沒轉呢？如果有 50 萬筆，台北市受得了嗎？不然這樣會造成擠兌現象。我的天阿，嚇死人了。而且你會拉長整個交易的時間。

趙之敏 公證人：

其實就兩個主管機關講好就好。如果說哪天開放，司法院馬上就可以做了。

游進發 教授：

問題是，人來得不會這麼快。你會產生擠兌。大家在那邊排隊要公證。

林裕嘉 科長：

現在有一些兼任的民間公證人，但只能承辦認證業務，不得辦理公證業務。未來倘若民法第 166 條之 1 要施行，司法院勢必要有配套機制。

游進發 教授：

就是讓他做好後，再施行。

趙之敏 公證人：

其實司法院這個權限是蠻大的。因為每年都有人去轉任，但就是沒有案件阿。第一年遴任的時候，就有 400 位律師喔，來上課什麼的，但後來就是不了了之。他們就說沒賺頭。沒賺頭還要被法院一直監督。有個律師跟我說又不能這個又不能那個，囉哩叭嗦的，他們就不做了。事實上公證就是個高度管制的行業。我們要怎麼辦案是北院那邊說 ok 才 ok。他說不能辦的，我們就乖乖的摸摸鼻子說就不辦了。所以說他有點就是半公務員的性質。公證人的員額其實是控制在司法院手上。如果法務部說要開放，司法院他們現在就說尊重法務部。

游進發 教授：

那他們要先發一個函，他們才可以實行，不然會受不了。但例如花蓮呢？只有一個。

趙之敏 公證人：

花蓮其實有另一個公證人。

游進發 教授：

對，但他不是兼的嗎。

趙之敏 公證人：

不是，他是專職，但他沒有開。

游進發 教授：

那台東怎麼辦？澎湖怎麼辦？

趙之敏 公證人：

就由法院那邊辦理。

鄭惠佳 主任公證人：

我跟你講，沒有公證人，就是由司法事務官或法官。

趙之敏 公證人：

我不好意思講的是說，不用擔心沒有人啦。有錢的地方就會有人。

游進發 教授：

阿，這超有說服力的。

趙之敏 公證人：

我跟你講，司法院每一年都開有員額，每一年。那他可以決定要多少人嘛。他考量的標準就是有多少案件。你知道為什麼現在沒有開放很多嗎？因為他現在的標準是每一個公證人月收入 10 萬以上就可以開放一個。月收入 10 萬塊來看還

這麼少公證人，你看這個市場有多小。月收入 10 萬塊在台北市怎麼開呢？你要付租金還有每年提高的人事成本啊。

游進發 教授：

他就像說，菜鳥法官也是這個錢。

趙之敏 公證人：

法官沒有成本阿。他就覺得我已經給你法官一樣的待遇了欸。你坐在冷氣房裡永遠想不到我們遇到的有多艱難。現在是說只要你今天要開放，你就要請司法院配套。配套也沒那麼難。你就多辦遴任委員會，你就說今年要開放。或是考慮遴任附條件或期限，就是如果有開放你就可以轉任全職公證人。

游進發 教授：

現在就怕說，我建議配套是要增加公正人數，但他就不增加，這樣就沒辦法施行。

趙之敏 公證人：

廳長已經說我尊重你了阿。

游進發 教授：

不是，你看那個實價登錄本來要 2.0 現在變成 0.5。

林裕嘉 科長：

請問實務上在辦理公證的時候，當事人是真的到公證人面前為意思表示及法律行為，還是當事人事前已經預擬好一份契約，才到公證人面前辦理？

趙之敏 公證人：

每間做的方法不太一樣，但我們事務所的話，如果是租賃契約，我們是全程幫他擬。

游進發 教授：

天阿，那你就划不來。

趙之敏 公證人：

要有量公證人事務所才能生存，因為單價太低我們還是有例稿，你如果有特殊需求再跟我們講。

游進發 教授：

律師事務所也是例稿。你這樣划不來，你這有律師功能。

趙之敏 公證人：

對。我們這是血汗工廠，你不知道我們有多血汗。

鄭惠佳 主任公證人：

因為現在租約已經算是公證費用比較高的。

游進發 教授：

我每天看何公證人的臉書在那邊要幫人擬契約他就不幹。

趙之敏 公證人：

一定要先有量，這是殘酷的事實。

吳瑾瑜 教授：

你們這就公證服務客製化。

游進發 教授：

你們就是給他們沙必思。

趙之敏 公證人：

對。有律師來跟我們說我們在跟他們競爭。我說不會，我們費用這麼低要怎麼跟你競爭。他也覺得很好笑。

游進發 教授：

他真的少掉一些錢。

趙之敏 公證人：

大部分租賃契約我們都會幫他們擬。但有些大公司有自己的範本，所以我們當然就是尊重他。但如果他的合約有違反法令的事項，我們就會請他改。但如果他就堅持不改，我們就只好在公證書上註記。我們現在的鄭惠佳主任公證人很好很明理，只要我們註記就好。像我們前任主任就是不行，要我們一定要叫他改。你怎麼叫大公司改，他要上簽呈用印不知道幾百層去。所以現在鄭惠佳主任公證人就叫我們註記說這有法律上的疑義。沒有註記的人，就會收到一個台北地院的公函說你怎麼沒有註記他這個違反法令。還可能會移送懲戒，非常嚴格喔。

游進發 教授：

所以你可以以後借名登記註記這是借名？雖然他講說他這不是借名。你可以說這雖然是買賣，但實際上是借名。

趙之敏 公證人：

會問清楚，買賣就買賣，借名就借名。

游進發 教授：

或是註記他就是要逃漏稅。

趙之敏 公證人：

不行，這種違反法令。

游進發 教授：

說不定看不出來他違反。

鄭惠佳 主任公證人：

看不出來違反就要推定沒有違反阿。如果懷疑就不能辦了阿，你不能隨便懷疑別人阿。除非他明確的說他是通謀虛偽。

游進發 教授：

所以這就是我要引進的目的。你要看他有沒有通謀虛偽。

鄭惠佳 主任公證人：

對，但大部分其實問清楚之後，就知道可不可以辦。

游進發 教授：

那你會跟他說你通謀虛偽嗎？

趙之敏 公證人：

像昨天有一個人找我辦，他就跟我說他要辦信託。這故事當然很奇怪啦。有一個男的，他就把房子送給他的小三。他的小三幫他生了一個小孩。他的小孩很不乖，所以後來呢他就跟這個小三說你把這個房子還給我。但他也不是真的要回來。他說如果以後兒子孝順你或孝順我的話，房子就真的給你。所以我就問說妳是要贈與嗎？或你要撤銷贈與？他就說代書叫他辦信託。叫這個女的信託給男的。我就說信託的意思是這個房子是這個女的，不是你的。當時贈與給這個女的，現在信託回來給你。那個女的就說不是啦，我是借名，這個房子根本就是這個男的。我只是一個人頭。那兩個人居然當場這樣講。他們兩個對所有權歸屬於誰都搞不清楚。我的立場就是跟他們說，如果你主張借名的話，這房子就是這個男的。你如果主張信託，這房子就是這個女的。當時這個男的出錢買了這個房子。但他到底是不是要送給你，你們要討論清楚。

游進發 教授：

這是消極信託。

趙之敏 公證人：

對阿。我就說你們要講清楚是什麼。但是那個女的還是說當兒子乖的時候她就去收租金，不乖的時候就由這個男自己收租金。

吳瑾瑜 教授：

天阿，好複雜喔。

趙之敏 公證人：

這就是我的日常。

游進發 教授：

所以有公證不是很好嗎。他們的權利義務關係就清楚。你把他問清楚是怎樣把他公證下去。

鄭惠佳 主任公證人：

公證人每天接觸到的就是這樣子。

游進發 教授：

你把他們講的怎樣都公證下去，這樣不就更好。跑到法院就以這個為準。

鄭惠佳 主任公證人：

對，不然他們就會覺得是這樣子，然後到法官面前重講。

趙之敏 公證人：

這個是代書叫他們來的。代書就說我也不清楚他們之間是什麼。有時候律師也會，像覺得講話比較反覆，就會帶來確認一下。或者說剛剛講的合約。對我們來說，租賃契約最簡單。借名的話呢，我當然是有例稿，可是每一家狀況不一樣。買賣更複雜，因為買賣他每個房子都不一樣。買賣當然內政部有例稿、代書公會有例稿、律師有例稿，一大堆例稿，可是當事人間到底是什麼狀況？每個人付錢買房子，狀況也不一樣。售後回租或再委託你買賣，這合約可以很複雜。在這樣的公證費用結構下，我們能做的就是跟當事人講，這合約標的那麼大，你要找律師寫好。我只是幫你看有沒有問題，你不能為什麼都要我做。我只收你 6000 塊，我幫你從頭弄到尾，不能太搶律師生意。我們基本上要審查，然後跟當事人講。現在當事人也很誇張，我上次辦一個公證，我已經都一條一條講了。居然最後就是承租人主張他要優先續租權。然後說他有跟房東講。

鄭惠佳 主任公證人：

沒有寫在上面？

趙之敏 公證人：

沒有寫在上面，然後就說我沒有給他寫。我說怎麼可能，我要是聽到，我就會幫他寫。你們自己講沒有跟我講，我怎麼會知道。為了這件事還傳我去開庭。法官就問我說知不知道，我說我是一條一條唸欸。他要是沒有的話，就是沒有阿。我覺得這種案子，其實就是釐清法律關係。

林誠二 教授：

你一條一條唸，有錄影嗎？

趙之敏 公證人：

沒有啦。如果那樣子的話，我們成本會吃不消。你看每一個案子都錄的話，我要有多少的時間和費用成本。

林誠二 教授：

你會死無對證喔。

趙之敏 公證人：

成本太高啦。老師阿如果每件事情都要錄影，那為什麼還要公證。

林誠二 教授：

現在獨立董事都乖乖的錄影。

趙之敏 公證人：

獨立董事一個月收多少報酬，我們收多少報酬。這都關係到成本問題。你想想看，租約好了，我上次辦那件可能公證費才 3000 塊，我還要幫他錄影，他的合約我還要幫他保存 15 年以上。

游進發 教授：

所以如果推強制公證，會不會有公證人不願意做。他說責任好重。我看很多公證人就因此反對。

趙之敏 公證人：

也有可能阿。

鄭惠佳 主任公證人：

法院公證人一定想反對。

拾壹、地政機關的相關配套措施

游進發 教授：

我有一個學生是民間公證人。他就說他不願意做這個強制公證。他說，我又不能跟地政機關連線，我為什麼要做。我又不能看土地登記簿。

趙之敏 公證人：

對，因為他沒辦法知道這個不動產有沒有什麼問題。像德國就有很多資源。

鄭惠佳 主任公證人：

也可以調謄本，但就是要花錢。

林裕嘉 科長：

有沒有什麼配套措施應該要一併處理？

吳瑾瑜 教授：

乾脆刪除算了。民法第 166 條之 1 的實益到底在哪裡？

趙之敏 公證人：

刪除的話，其實最可憐就是民眾。我們就是走向一個更左派的國家。就是說，它不是沒有出事喔。它是一直在出事。民眾這麼重要、可能是一生一次的交易，從頭到尾都沒有法律人在幫忙。民眾最後的反撲就是說政府要出一個公版。我要是怎麼樣就叫你們賠。然後你們全部都要適用消保法。最後就是這樣。

游進發 教授：

履約擔保什麼都來了。

趙之敏 公證人：

對阿履約擔保什麼的。這最後就是羊毛出在羊身上。公證正好就是有一個這麼好的制度。只是移植的過程。我們所有都繼受法嘛。只是移植的過程你要注意到比較實務的問題，這樣阻力會少一點。可是其實呢，也沒有像他們講的那麼誇張。因為政府要實施什麼，你看租賃住宅不是要實施就實施嘛。也就是這樣嘛。

游進發 教授：

所以說你們就要去申請調地籍謄本就要錢，對不對？

趙之敏 公證人：

我們現在網路上可以調阿。一張 20 塊。但我們只能調二類謄本。

游進發 教授：

調那個要多久？

趙之敏 公證人：

很快，就下載。每個人都可以調。

趙之敏 公證人：

最好可以調一類啦。因為二類就是你只會看到你的房子是游某某，不是游進發。以前是可以看到，但後來說有個資法，所以只有特定的。

游進發 教授：

所以這個不是問題。

趙之敏 公證人：

如果他們願意開權限給我們公證人看到一類謄本或二類謄本可以顯示姓名就可以。因為前兩年呢，一類謄本是任何人都可以去調。就可以看到比如說游進發的房子在哪裡。後來就有民眾說這樣仲介都會知道我的房子在哪裡一直來煩我。這樣沒有隱私保障。所以就改了，改成寫游某某。

游進發 教授：

游某某也可以阿。

趙之敏 公證人：

但這樣就變成看不到全名。

鄭惠佳 主任公證人：

你就不知道到底是不是這個人。

趙之敏 公證人：

就是它不完全啦。

游進發 教授：

這很難克服吧。

趙之敏 公證人：

沒有阿，這很好克服阿。你之前就已經開過，而且是面向全部的民眾嘛。你只要現在面向我們公證人，我們只要特定 IP 或密碼，讓我看這個人是不是權利人就好了阿。我可以輸入案號給你，這樣就不可以任意的使用這個資料阿。技術上是可以克服的。

鄭惠佳 主任公證人：

公證人也不是隨便亂查阿，就像法官。

趙之敏 公證人：

查這個就是為了不要遇到偽造啊，或是詐騙集團這種。我以前遇到過詐騙集團，就是說某人冒充一個大地主來賣房子。

游進發 教授：

他冒充說這個 A 地是我的。像這樣？

趙之敏 公證人：

沒有，他就是拿一個身分證，比如他就說他是游進發 教授進發。他就要賣一塊 13 億的土地。

游進發 教授：

可是你拿地籍謄本也看不出真偽。

趙之敏 公證人：

身分證雙證件我都看不出來。

游進發 教授：

身分證也可以假的。所以這個調不調不是問題吧。

趙之敏 公證人：

這是程度的問題阿。

游進發 教授：

你只是製造他的難度而已。

趙之敏 公證人：

這就差很多了阿。我那件後來就沒有辦成阿。沒被詐騙。我那件買家要去調3千萬現金。但我就覺得，你就是有點不太像游進發這人。所以後來我就拿假的身分證去戶政查閱。

游進發 教授：

所以現在的地籍謄本看不出來？

趙之敏 公證人：

地籍謄本只能看出游進發 教授進發有沒有財產。

游進發 教授：

這樣就夠了？

趙之敏 公證人：

但問題是來的人說他是游進發，你怎麼知道是不是。

游進發 教授：

但是你本來就可以跟他要身分證嘛。

趙之敏 公證人：

那是假身分證阿。

游進發 教授：

但假身分證到處都有假，這也不是問題。所以那個民間公證人講這個一點都不是問題。他就不想做找個理由而已。所以他有沒有權限去查這不是問題。

鄭惠佳 主任公證人：

如果能夠開放權限會好一點。

游進發 教授：

現在問題是開放到什麼程度。

趙之敏 公證人：

開放到跟之前一樣就好。看得到人跟不動產資料還有身分證字號就好。

游進發 教授：

不開放到這個程度，難道都不能解決嗎？

趙之敏 公證人：

不容易解決阿。要叫他拿權狀。我可以把權狀傳真給地政查驗真偽，但地政就會覺得你怎麼這麼機車。

游進發 教授：

就傳真給他，叫他對一下給你回覆就好了嘛。其實也不需要開權限給你阿。

趙之敏 公證人：

但他就不會馬上，會給你拖很久。

游進發 教授：

如果有 50 萬筆，他要弄很久。

拾貳、刪除民法第 166 條之 1？

游進發 教授：

吳瑾瑜老師有沒有什麼想法分享一下？

吳瑾瑜 教授：

我是覺得說恐怕如果是要維持或增加一些...那個實益到底是什麼。我剛剛聽到最後我就想說乾脆刪掉算了。因為我覺得問題實在是太多。

趙之敏 公證人：

我覺得是為全體法律人和民眾利益。

游進發 教授：

要通過，當然是有很多問題要克服，沒有錯。

游進發 教授：

所以 166 之 1 條如果通過，可以拓展業務。

趙之敏 公證人：

我覺得是替全體法律人。

吳瑾瑜 教授：

之前說通過後可以拓展業務，可是又被凍結了。

游進發 教授：

拓展業務是有必要。那個必要性。現在很多人會說沒有必要，像罷工就有人說你都賺那麼多錢了，幹嘛罷工。台灣就是這樣。公證人有錢賺就好了，為什麼要拓展業務。

趙之敏 公證人：

因為是共產國家嘛。

游進發 教授：

所以 166 條之 1 通過，可以減少國家機關介入。

趙之敏 公證人：

避免司法資源浪費。

林誠二 教授：

166 條之 1 就不要訂啦。留給別的地方去訂。

游進發 教授：

老師覺得不要訂？

林誠二 教授：

我那時候就主張不要。

趙之敏 公證人：

老師您那時候應該花一點時間幫我們研究啦。

吳瑾瑜 教授：

我可不可以問一個問題，兩位公證人在這邊。以你們的經驗，公證真的可以減少不動產的交易糾紛嗎？

趙之敏 公證人：

我覺得所有交易糾紛都會減少。至少促進訴訟，還有相當大的過濾功能。

鄭惠佳 主任公證人：

保存證據。

趙之敏 公證人：

在訴訟上會快很多。

林誠二 教授：

但就是不徹底啦。不應該有第 2 項啦。那等於有訂跟沒有訂一樣。

林裕嘉 科長：

民法第 166 條之 1 第 2 項會導致一些法律解釋適用上的問題，例如優先承買權、詐害行為的撤銷等。

趙之敏 公證人：

因為我們之前登記都有一個很大的效力。但到今天，登記的效力也開始弱化。

林誠二 教授：

不是啦，還有一個也牽涉到，黃立老師講得也對。如果把你不動產仲介條例又借進來，那就問題更大了。你仲條條例規定的要件究竟是生效要件還是成立要件，還是什麼，搞不清楚嘛。

趙之敏 公證人：

他訂這個的時候也沒想這個阿。

林裕嘉 科長：

民法第 166 條之 1 第 2 項其實就是仿效德國民法的規定。

趙之敏 公證人：

你說 166 條之 1？

林裕嘉 科長：

是的。

游進發 教授：

他們抄錯了。

林裕嘉 科長：

可是嚴格來說，民法第 166 條之 1 的立法體例就是仿效德國法的規定。

游進發 教授：

但真的抄錯了。

林裕嘉 科長：

只是民法第 166 條之 1 第 1 項要求應強制公證的債權契約範圍較德國法更為廣泛。

游進發 教授：

這怎麼會抄對。我們是不動產債權行為。我們是完成登記，他們是土地所有權移轉的債權契約，他們是有作成公證才會治癒瑕疵。因為他們物權行為通常有公證，所以才有可能去治癒那個瑕疵。所以他們就不要擔心，因為有做成那個物權行為，所以當然能治癒瑕疵。

趙之敏 公證人：

我去問德國公證人啊。對，他也說通常有公證。他說沒有規定，但通常都有公證。

游進發 教授：

他法條沒有規定，但通常有公證。所以我們這部分也是誤解。我那時候查物權法教科書也覺得不對勁，台灣怎麼可能抄錯。但就真的抄錯了。

林裕嘉 科長：

個人認為也許是德國實務運作的結果導致民眾也會就物權行為一併辦理公證。但同樣的交易習慣，於民法第 166 條之 1 施行後，在我國亦可能發生與德國一樣的實務運作結果。

游進發 教授：

我們沒有這種通常。我們一個完成登記可以治癒瑕疵，我的天阿。

趙之敏 公證人：

我們以前契稅條例有物權行為一律公證。這部分最大的問題是物權跟債權契約記載的價金是不一樣。

游進發 教授：

還有一點，抵押權哪需要公證。那個銀行自己搞得很好。再來，我們頂多去爭執地上權、農育權的原因契約要不要公證。我們頂多去爭執這個而已，結果我們是擴大到任何不動產的債權契約。所以我一開始才講方法論上不妥當。我們都是針對每個有名契約去看，從來沒有一個打擊範圍這麼廣的要式行為。

拾參、公證人觀點總結

游進發 教授：

我們最後請教公證人還有什麼想法嗎？

鄭惠佳 主任公證人：

我還是覺得要推。可以確定當事人意思自主。

林誠二 教授：

大前提要推就要改條文啦。條文沒有改不行。

趙之敏 公證人：

要抄德國就徹底一點。

林誠二 教授：

把所有問題點，配套措施都想好。

林裕嘉 科長：

請問有無建議的配套措施？

趙之敏 公證人：

配套措施我覺得最大的問題就是司法院遴任的時候快一點或是遴任附條件或期限。我覺得這是願不願意做的問題。說實在，主管機關願意做的話，他有那個權力。那其實看它想不想。現在是說尊重法務部。另一個配套就是說，當然公證人人數夠，速度就會快，但另一方面我們擔心建商阿仲介阿找公證人做一些不好的事情。這我當然是擔心，但所有的行業都有可能。反正法院公證處會做很大監督的事情。還有當然是說地政機關跟我們能有更大的連結。比如說剛才講的，可以對我們開放當事人的姓名。或是我們有疑問時跟地政機關做查詢，它能願意回覆。因為有時候地政機關承辦人會說我們不知道也不一定會回答你。地政要跟我們做配合提供查詢這樣。也沒有什麼了不起，就這樣而已。

林誠二 教授：

另外還有一點，關於公證人執業區域的問題（錄音不清楚）。因為原來（公證人）的設計是區域性的。像你就是哪一區這樣。

趙之敏 公證人：

我們這個區域是這樣子，是說我在這裡設區域，但你在全國哪裡都可以來找我。但是我這個人不能跑出這個區域。比如說我是台北地院轄區，我就不能跑去士林區辦案。但是如果士林的民眾要找我辦是可以的。

游進發 教授：

德國保護得更好，還有些是有規定最低收入。

趙之敏 公證人：

這個制度如果好起來，像有一次前任民事廳的廳長問我，你到底希望公證人到什麼地方，我希望公證制度有一天就是林誠二教授也願意來當公證人，吳瑾瑜老師也願意當公證人，游進發老師也願意當公證人，那公證制度就成功了。

游進發 教授：

德國教授去當公證人很多，賺很多錢。

趙之敏 公證人：

對，很多德國教授去當公證人，那這個制度就是做到好。而且我們現在做這些事情，其實對岸中國大陸，也都想參考。

附件二、第二次座談會紀錄

一、會議時間：108年8月23日（二）下午1時30分

二、會議地點：國立臺北大學民生校區教學大樓9樓923會議室

三、主席：游教授進發

四、與會人員：謝教授哲勝（國立中正大學法律學院）、顏鴻彬公證人（司法院民事廳調辦事公證人）、唐飛雄理事長（新北市不動產經紀人公會理事長）、高欽明榮譽理事長（台北市地政士公會榮譽理事長）、羅全志地政士（迦南羅全志地政士事務所）

游進發教授：

這個我們166-1的立法理由，它裡面寫說是抄德國法，我去做研究就發現，其實德國法不是我們這樣，你去看民法166條之1的立法理由說抄德國法，完全一模一樣的抄德國法，怎麼會是這樣子，他理解德國法錯誤耶。我現在先講德國法，我簡單的講，德國法是說土地所有權移轉為內容的債權契約，只限於土地喔，然後他們有公寓所有權法，公寓所有權法當然也適用，沒有問題，他們僅限於土地所有權移轉為內容的債權契約要做成公證書，還有區分所有要做成公證書。

那台灣是怎麼樣，不動產的負擔行為全部都要做成公證書啊，例如抵押權的設定地上權、農育權那些通通都要，我就覺得這個還蠻誇張的，理解德國法有一段很大的落差，他把其他不動產的物權行為都包括進去了，這個你能夠說你抄德國法嗎？令我蠻驚訝的，當初十幾二十年前的債編修正是怎麼一回事，不過我大概可以想像，台灣研究德國物權法的人其實不多，鄭冠宇老師有啦，他還是主要著重於破產跟強執。

然後再來，它的物權法怎麼規定，我們166-1第2項是說完成登記可以治癒這一個公證書做成的欠缺，完成登記喔，物權行為依據民法第758條要去作一個登記嘛，設權登記，如果你完成登記就可以治療這個不動產的負擔行為公證欠缺的瑕疵，可是德國法不是這樣子啊，德國法他們的物權行為是要兩人同時在場去地政機關，或者是公證人面前，作一個物權行為的合意，我願意移轉給你，願意作一個抵押權給你，兩個人同時在場，要麼去地政機關，要麼去公證人那裡，是這樣，然後它們還有規定說，這個土地所有權移轉為內容的物權契約，當事人可以隨時撤銷，也就是說我答應移轉給你了，你也願意移轉給我，但是呢他隨時可以撤銷喔，跟台灣不一樣，台灣如果答應就沒有辦法撤銷了，他們說隨時可以撤銷，但是做成公證書之後，你就不能撤銷了，所以在他們這個制度背景底下會怎

麼做，當然不是去地政機關面前作物權契約啊，它跑去公證人面前作物權契約，因為做成了物權契約之後，它就不能撤銷了，做成了公證書之後再跑去地政機關登記，只有跑完這個程序之後，公證書做成也完成登記了，才可以治療這個土地所有權移轉為內容的債權契約欠缺公證的瑕疵，所以說我們立法理由寫說抄德國法，又訂成那個樣子，登記就可以治癒，差了十萬八千里，從頭到尾都沒有公證人介入，怎麼可能去治療那個一開始債權契約公證欠缺的瑕疵？德國是因為他物權行為沒有強制規定一定要公證，但是它相關的制度運作會讓當事人通常會去公證那個物權行為，於是如果你那個債權契約沒有公證，有了這個物權行為的公證，就可以治療債權欠缺公證的瑕疵，因為總是有一個公證在那裡，我很簡短的講完，你們就可以知道說，台灣繼受德國法是有落差，落差是好聽，講的實際一點就是，它理解錯誤，它繼受錯了，他們抄錯，它根本抄錯啊，然後瑞士法基本上也是這樣子，稍微講一下，它也是限於土地所有權移轉為內容的債權契約，要做成公證書，然後它的物權法又有一條規定說，土地的買賣要做成公證書，它沒有要求物權行為要做成公證書，它沒有治癒的規定，換句話說，連我們理解瑞士法也錯誤，因為我們是不動產任何物權行為，瑞士法也限於土地所有權的移轉這樣子而已，其他的抵押權設定地上權不需要公證的，我們台灣的繼受上的兩個錯誤就是，公證的範圍過廣，治療條件理解錯誤，就這樣。

再來還有一點我要講，方法論上我們這個法條也是很奇怪，哪裡奇怪，你們大家都懂民法，我們民法債各那些契約，好多種契約，叫做有名契約典型契約，每一個契約到底是不是要作成方式，是不是要「要式」，我們基本上方法論上是要每一個契約去審查，例如，立法者說這個贈與必須有要式，這個合會要有要式，是一個一個契約去看，每一個類型去看，而不是像 166-1 說，任何不動產的負擔行為都要作成公證書，這個顯示出一個現象是說，它對私法自治契約自由的侵害，是非常廣泛的，大家應該了解我的意思，我們基本上是看每一個契約有沒有要式的必要，然後再去制定法律，只有 166-1 他是打擊範圍非常廣，任何不動產負擔行為應作成公證書，這個很可怕，這個國家介入非常深，換句話說人民在這邊沒有方式自由，但是有沒有必要是一回事，可以討論，從來沒有一個規範設計像台灣這樣子，只要你的債權契約是不動產的，通通都要作成公證書，這個嚇死人啊，以上是我從我們民法專業的角度去看這個法條到底出現哪些問題，那接下來是輪到各位發表意見的時間，我們按照議程表設計，先請謝哲勝教授來分享他的想法。然後下一位就唐理事長、高理事長然後最後公證人，學界先再來業界，再來公證人。

有一個插曲必須事先澄清，我們一開始不知道有這個聯合公會，我們受通知後馬上更正，但是全聯會一直沒有跟我們講(參加人)名字，我們沒有辦法把它放在海報上，這是我們的失誤，請大家諒解。

那我們現在請謝老師跟我們分享他的看法。

謝哲勝教授：

主席、各位老師、各位先進大家好，我想這個剛才我們主席游老師有講就是說，這個條文定得不是那麼好，那我是覺得說條文定的當然不夠好，那當然如果要施行就會有一些解釋的空間，要不要施行當然是一種選擇。另外就是說，要不要修了之後再考慮要不要施行。那我對 166-1 的看法是這樣，要不要公證之前我們要先討論公證的功能，我覺得公證是可以減少紛爭解決的成本，這也是當初 166-1 之所以會定的其中一個重要理由，也就是說跟我們現在有關於不動產物權變動的訴訟，在法院相對是比較多，那如果說有公證這個管道，然後也有一定比例的人用。

可以減少糾紛解決的成本，所以我們當然要先瞭解公證他的功能。然後接下來我們再來看一下，現在的條文第一像那確實打擊面很廣，但是它在第二項卻又讓當事人如果合意移轉它也發生效力。我認為現行的這個條文不應該把它解釋為強制公證，因為當事人如果合意，是可以自願的辦移轉，你們沒有糾紛，對照我剛剛講的，公證的功能是要來減少糾紛解決的成本，所以你沒有糾紛的，你去辦移轉，我法律也還是肯認你，但是你如果有糾紛的，那就是接下來我們要講的說，那第一項你如果沒有公證呢，那怎麼辦？第一個就是說你自願履行那就是有效，那將來就不能再去爭執說，你這個違反要式無效，請求回復原狀或是怎麼樣的。可是如果沒有公證呢，也就是說這個條文假如一旦施行的話，那你簽了一個不動產物權變動的契約，那你可不可以請求法院，來強制履行？這個就涉及說第一項沒有公證，然後它的效力是怎麼樣的，那我們說有好多種見解，無效說、不成立說，我是認為說以現行第二項的對照民法 73 條要式行為的違反，原則上無效，但法律不以之為無效者，不在此限，那第二項就是法律不以之為無效者的規定，因此我覺得他的效力是介於無效跟有效之間，他是有瑕疵的。但是呢，它因為可以履行之後治癒他的無效，如果依照我這樣的解釋的話，變成是說他是不能強制履行，也就是說你有經公證的，一方不履行，你可以去訴訟，然後得到勝訴判決來強制履行，但是如果說你沒有公證的，你只好鼻子摸一摸，沒辦法履行了，就是不能強制對方履行，包括強制履行價金、強制移轉標的物所有權，或其他的權利都不行。

可是這裡會有一個剩下的問題就是說，那契約不履行要不要賠的問題，那剛剛也有講過就是說他是一個有瑕疵的契約，所以就我的解釋呢是說，就是要讓這種糾紛的解決成本減低，因此如果沒有公證，原則上不可以請求損害賠償，如果說你沒有公證還請求損害賠償，而且法院也認可的話，那當然大家都還會去訴訟嘛，糾紛解決成本不會降低，那有些人可能會想到說，有人可能有付訂金、約定違約金等等，那這些怎麼處理？那我的看法是認為說，這個違反要式行為的這樣一個契約呢，既然它依照民法 73 條是原則上無效，那如果是這樣子的話，就是說原則上我們就把他理解為是一個無效的契約，將來的回復原狀的問題來解決，

也就是說你如果有付訂金，付這種部分款項的付款，那有關於這些部分的給付，可以請求返還。這個時候你看到底是用不當得利請求返還或是依照所謂無效的契約的回復原狀都可以，但是約定的違約金還沒有給付的，我認為也是不能請求的，要把它解釋為是一個無效的契約，只有當事人可以自願的履行，那所以我大概對這條的理解是這樣，那如果是這樣的理解的話，我覺得啦，讓它施行又何妨？因為就是說，怕有糾紛的，那你就去公證，如果說雙方當事人不會有糾紛的，那你不公證也沒有關係，反正就是當事人自動的去辦理這樣的登記，等於是說讓人民可以選擇，因為強制公證老實講，我也反對啦，因為你強制公證變成就是說是一個額外的成本，就是說現有的這個交易，本來當事人可以選擇我不經過公證，不支付這個成本，強制公證變成是說額外要支付這個成本，我是覺得那也不當，我才會覺得說 166-1 不要去強調他是強制公證，而是去強調他的一個預防糾紛的功能，這樣的法條呢讓人民知道你可以去做這個公證減少糾紛，這是我的看法。

游進發教授：

謝謝老師，老師的很多觀點我也贊成，那接下來我們請唐理事長發表高見。

唐飛雄理事長：

今天呢，跟幾位老師還有先進報告。

當然首先剛剛游老師講的很清楚，其實在德國我們這個 166-1 其實是抄錯，我最早就知道他當初不是這樣子做，但當時要立這個法的時候，我當時是一個小委員，可是沒有用他們也聽不進去啦，因為我們本來兩個國家的制度面是不同的，那謝老師講的也百分之百是對的，他是一個選擇權，就是說我可以選擇當我有這個買賣雙方如果是合意的時候，我選擇完成物權登記後，那當然不需要公證，但是我覺得從謝老師的立場來看，當然他是預防糾紛的成本，但事實上整個交易的過程中其實最大的成本，其實並不一定是只有預防糾紛的成本，他其實真的在我們實務界，最大的箝制成本是磋商跟撮合的成本，這個磋商跟撮合的成本其實在整個交易的過程中，沒有一個公證人，現在講公證人不是現在這個公證人，包括地政士，包括經紀人都沒有辦法做到百分之百的公正的原因是因為太難了。因為雙方是兩者的權利與義務，他的權益是相對立的，要撮合起來，是非常非常困難的。

那你說，我在這個行業待了 38 年，我今年要邁入 39 年了，坦白跟你說，我遇到很多公證人，我坦白說啦，剛剛游老師你剛剛講那段話講這麼長，我看到很多公證人坐下來，大概只有講四分鐘就解決問題，因為我們都幫他做完了，他就說大家有沒有問題，資料有沒有看完，好沒問題，確定了就公證了，那這樣子事實上，坦白講我剛剛講撮合跟磋商的成本是我們最大的成本之一，我為什麼講之一，包含事後有糾紛啦，可能紛爭解決啦，即便有紛爭解決，它是不是得以成為

法院強制執行的標的，或者他的執行力或者他的動力，不一定喔！我再講一次不一定喔，我為什麼講這樣子原因在哪裡，就是如果大家法律上學習就知道，這個標的，舉例子像瑕疵的擔保責任，我換個角度啦，假設我很早問過很多公證人都這樣，你認為這個瑕疵當你白紙黑字寫了，就一定不會發生紛爭嗎？不會嗎？應該也是會啦，它可以買方或賣方一路跟你對幹到三審，這個其實對我們這都是有一定困擾。

第二個，疊床架屋啦，我再講一次，我們現有的經紀人，我今天有帶一份小資料，不講名字啦，游老師很抱歉，那個有一個教授，他有講我們經紀人當中可能有 22 條啦 23 條、24 條啦 26 條的連帶賠償啦，地政士啦有很多相關的資料在那裡，我們現有的經紀人的制度、地政士的制度，這兩個制度面的相關的契約跟配套，已經有什麼像不動產的成屋也好，委託契約也好，要約也好的相關的契約的定型化鉗制，其實有很多是我去開會，幾乎都是我去開會的，那些東西雖然很多不合理的，但是它已經架構整個交易面的預防機制在前面，包括不動產說明書在內。再來多一個公證人，他的公證人要必備的資料，也是從我們這一塊，當作是他的基石啊，他可以成交的時候在我們買賣雙方簽約的時候不用看不動產說明書嗎？我們不動產說明書現階段，如果大家有稍微看過，像我今天本來要帶一份不動產說明書，包山保海耶，包的我真的每次去開會都快吐血了，所以像這樣子的話，你今天公證人到底真的落實會有他的實益面嗎？我看也很難。

第三個，我們還有各類的專業人士的輔導交易的輔助交易人，比如說地政士也好啦，經紀人員也好，這些人要如何處理呢？

第四點就是，對消費者他的消費交易成本，剛剛謝老師有提過，這個交易的這塊，錢誰來出？以我個人實務的經驗，往往到最後都在服務報酬扣掉我們不動產房仲業的佣金、佣收裡面，你很難想像這是最大的實際面，而不是理論面，當然你消費者使用者付費，你找一個公證人，為什麼你消費者不用出？消費者說，講台語可以啦？我買清的啊，其他的稅我不管啊，應該聽過這個啦，應該常常聽到這個啦，另外一個，我認為如果將來要做公證的話，一定會違反消費者的自由選擇權，我不要可不可以，我如果不要到底可不可以？

第五點，真的公證人可以減少它的交易損失成本嗎？因為其他的成本，全部別人幫你墊付好了，比如說我舉個例子，賣一千萬的房子，假設眼睛閉起來，消費者跟賣方眼睛閉起來，最高是 60 萬，對不對你認為我們現在假設實務面來講，如果一個案子是 60 萬，消費者閉起來，買賣雙方閉起來，所有人閉起來，誰是最終的付款者？當然是那個 60 萬啊，他眼睜睜就是看到那個 60 萬而已，最大的損失當然就是房仲業啊，所以我當初為什麼跟他講說，當然我後面有解決方法，後面會提到解決方式，這個是實務面最有可能發生的，那為什麼要從房仲業這邊來開刀呢？

第六點，現在公證是不是要強制公證，或者有效說也好無效說也好，事前預防說也好，理論、學說也好，在還沒統一之前，一定要貿然做這個動作嗎？你的基礎有沒有好。

第七點，這件事情我也跟游老師抱歉啦，現階段要推公證，公證人講個最現實的，難道有政治實力嗎？我們房仲業、地政士後面 background 也夠大的啊，你真的要推我就在前面給你擋下來啊，你有這個實力嗎，你有經濟規模力量嗎？我提出問題我會有解決問題，真的要這樣搞嗎？其實我覺得相當困擾，第一次開會我就一直在強調，如果你真的要推，那就到立法院來拼了啊，不用開這種會了，我連來都不用來，我們就在立法院來對幹，就是這樣子啊，因為你不講道理，因為實務上根本就窒礙難行，那你的經濟實力跟政治實力也不夠，為什麼一定要推這個呢？你這時候推只是毀掉我們很多人對公證的理想跟他應為的行為啊，你應該是到一個階段了，大家都覺得，對，這個公證不錯，可以避免經紀人、地政士偏頗啦，為了要成交啊，倉促成交，這個負面的話，我比你還要會說啊，我在行業裡面鷹派的耶，你們為什麼不等到那個時候。

我剛剛有提出解決方式，第一個，經紀人、公證人的人是一定要改變的，我們不能抄國外的，為什麼，我曾經跟消費者當面問他，我們要請公證人來公證嗎？他就丟兩個問題給我，我為什麼不能到法院公證？法院公證又便宜又好，第二個你們不動產經紀人差在哪裡？我回答不出來耶，我說公證人程度比較好，經紀人程度比較差，那我們不是自己打兩個耳光嗎？兩個都是人嘛，消費者是說在國外經紀人是受到尊重的，我們國內呢，經紀人可能這個人，那我要怎麼跟消費者說，你看我們管理條例第 21 條之 1、21 條之 2 你看，我們也要想一大堆啊，甚麼法律糾紛啊，還十幾條，我們那個內政部地政司的科長，叫游啟明，他給你編了一大排，包山保海的法律喔，真的會輸給公證人那個法律嗎？其實差很多，他又給你列了一堆，消費者就說，那我為什麼要找你，我就跟他講專業不同、業務也不同，所以我建議說，這個人是不是在這個地方應該要處理。第二件事情，我剛剛講那個最後面的重點，真的要推公證人的時候，一定要想各種方法補充，現在的地政士因為他們也是在做類似、經紀人往上堆疊上來，比如說地政士他可能只考兩科三科，那要推到公證，讓公證人的經濟規模、效應達到一個階段，他有能力的時候。其實地政士它的簽證也是類似，當然他有很多跟公證人也是缺很多，盡量補足讓它的經濟規模出來效益出來以後，再來推政治實力，這樣叫水到渠成啊，不是這樣嗎？

這其實我一直常常在講這個要慢慢的，真的要趕快就推嗎，我第一次來開會的時候，我就希望把這個事情推出來跟大家講，為什麼，我們並不反對，房仲業不是每一次都在唱反調，但是你實務面很難做的時候，現在雙地政士已經推到大家臉都快翻臉了，我跟游老師講齣，雙地政士，買方帶一個地政士，賣方帶一個地政士，都已經吵翻天，再簽約，從一個小時可以簽完，弄到三個小時簽不下來，

最後謝謝再聯絡。到一個公證人，不得了，實務面窒礙難行，非常困難，大家的腦袋，第一個要多花錢，第二個多紛爭，講這個也不對，講那個也不對。所以我剛剛提幾個方式來給大家做建議，我們全聯會向來都是堅決反對，但是我不認為一定一味地反對是可以解決問題的，我認為是要讓大家知道說，你實務面就像我剛剛講的，難道只有預防糾紛是他最大成本嗎？你的磋商跟撮合成本，沒有前面你後面怎麼可能發生，不能只看尾巴不看前頭啊，這樣怎麼做呢，這很難做。所以我才會把我剛剛講的那幾個，六、七點提出來，很抱歉，今天再一次抱歉，我講話可能比較大聲，也比較直，但我是直腸子的，也請大家多見諒。

游進發教授

謝謝唐理事長，我們也很尊重您的意見，我都有抄(筆記)下來。接下來我們請高理事長來發表他的高見。

高欽明理事長

主席、還有我尊敬的謝哲勝老師，還有今天的與談人，抱歉我今天算是插花的，因為我才剛剛卸任理事長代表，所以我現在是輔導理事長的身分。

我們是認為，假設 166 條之 1 將來要實施的話，可能直接衝擊比較大的層面包含公證人及地政士的層面，當然不動產經紀人也會包含在裡面，那我跟唐理事長的意見基本上是一致，但是我的火力沒有他那麼猛。我在這個 1999 年 4 月 21 民法修正公佈 166 條之 1，一直到現在 20 年都沒有實施，可能有他的原因，因為我常常從實務的角度在想，我們民法 166 條之 1 實施了沒有，我認為實施了，現在民法 166-1 第一項不是說不動產的物權移轉設定變更，全部應由公證人做成公證，若沒有公證人做成公證的話只要去物權登記的話，那也不失其效力，現在也有人買賣契約有拿去公證人那邊公證，但更多人是沒有公證跑去登記，那我認為某種程度上來講民法 166-1 也已經在實施了，只是說實施之後把不要式的契約變成一個法定要式契約，透過一個物權登記的一個做法讓它變成有效。那這樣也造成我們各界學說的一些分歧，有可得治療瑕疵、可補正等等，還有無強制實力的契約說等等還有很多這樣的一個見解，還有游老師剛剛介紹德國的一個說法，那這麼眾多學者的見解，在還沒有做出一個統一見解的情形下我們就來實施 166-1 那會不會造成更多的紛爭發生，這一點也是必須可以拿出來討論的。

那我們對於現行公證制度來做一個簡單的探討，我們現在公證人做的公證，他到底是公證還是認證，當然依照公證法第 2 條規定，它當然是一個公證，可是依照如果拉丁制的公證制度，包括我們公證法的規定還有包括法務部的函釋，都認為公證人要親自體驗，他要把買賣雙方當事人找來，把要移轉不動產物權的人找來，親自擬定這個契約書，把契約的內容來跟雙方當事人講解說明，再問他們是不是這個意思，大家都合意的情況下，當場做成這個契約書，這個親自體驗在

實務上，我必須要提，這個能力，人力、能力這兩個都包含在裡面，講一句實在話我們這個不動產債權契約內容複雜多元化，我隨便舉一個買賣之外，抵押權設定、合建契約，合建契約又分為合建分售、合建分層等等，還有現在共有物分割，都更等在加上土地法 34 條之 1 的一些買賣契約，這個東西我們一般做一二十年的地政士，碰到這樣一個契約，坦白說我們都要花很多的時間去研究去擬這個契約書，對於這個不具有不動產交易實務經驗的公證人，能在這麼短的時間來做一個這樣的契約書嗎？這樣不但沒辦法預防訴訟，反而造成將來訴訟更多的問題，而且我們來設定抵押它的目的是甚麼，他要快嘛，他要快速取得這個資金，如果這每一個契約妳都要親自去擬訂的話，那這個交易時間的延長，會不會影響當事人的權益，講到這個就會牽扯到，公證到底是形式審查還是實質審查，形式審查或實質審查確實是有差別的，如果你是一個實質審查的話，可能將來經過公證人公證之後這個公證書的效力會有一個絕對的保障，可是我們目前不是，我們目前法律實務，都認為說我們是形式審查，至少他非屬於實質審查，這是我們一些見解。

那公證的強制力是我們特別強調的，可是按照公證法 13 條第 1 項，應受強制執行只有四種狀況，給付金錢、給付特定物、借用時間屆至未交還等等，這一類的才可以做強制執行，買賣、贈與因為他們具備同時履行抗辯權，而且當事人在做這一個公證書時，並沒有發生爭執，而且公證這東西目前解釋上是屬於非訟事件，事後能不能再做法律上的爭執，按照我們實務見解當然可以提起異議之訴，所以我的意思就是說公證不是萬靈丹，也不是說公證就可以強制執行，還是有一定的限制，那很多的判決不是你具有執行名義的公證書，就可以取得確定判決的既判力，他還是可以做一個爭執。另外就是跟大家提到 20 年沒有做，有一個理由就是公證人人數不足，我找到的是 2017 年的一個統計，可能多一點點或少一點點也不一定，我們現在民間公證人不包含法院公證人只有 175 位，辦理公證業務的只有 104 位，因為這個律師不能辦理公證，所以只有 71 位，104+71 只有 175 位，要應付我們幾十萬件不動產全部的移轉設定買賣的公證，恐怕是力不從心啦，也做不到，再來是另外一個剛剛唐理事長講的，現在就做的好好的，為什麼還要再去多支付這個公證費，依照我們公證法 109 條的規定，我舉個例子 2100 萬的不動產買賣案件，要 12000 元的公證費，如果它是有強制執行的大概 15000，那不是增加老百姓無謂的負擔嗎？那另外我覺得貿然實施 166-1，也可能跟很多法條有點矛盾，那這個部分我講的不一定是對的，有兩位老師，如果我講錯的可以來指正一下，我們隨便來舉個例子，共有土地買賣，經過公證人公證，這個買賣契約不就發生他一定的效力了嗎？那土地法 34-1 的第 4 項告訴我們，其他共有人可以主張優先承買，當我經過公證的這個契約書，通知其他共有人，其他共有人主張優先承買權，這個應該是一個形成權他一主張也發生效力，請問他要不要再回來公證處，再公證一次，還是說他已經發生效力，不需要再公證，那如果是這樣的話，公證人不就沒意義了，那這個法條的矛盾。

剛剛唐理事長講的第 22 條，因為 22 條有講說這個銷售經紀人來簽章，這個部分我們法律素養不夠，就會想說，到底是要先公證呢，還是要先簽證呢？那照道理講，我們公證人要簽字為之嘛，那現在公證，經紀人不簽章怎辦，會不會有這樣情況發生，我也不知道，那如果先拿來公證，經紀人再簽章，我覺得好怪，變成一個「士」管「師」，類似這樣一個法條矛盾或是競合的情況之下，我覺得比比皆是，這個都要考量，所以我最後做一個結論跟建議，第一個我們應該尊重現行不動產交易的一個秩序，不動產交易的市場就有地政士就有經紀人，公證人可以扮演它的角色，你要公證你可以去公證，還有很多律師在把關，我想這些交易秩序跟這些專業人士在把關，並沒有讓我們交易秩序產生失衡的狀況發生，我覺得現階段 166-1 可能是可以再思考的，尤其是剛剛唐理事長有講的我們也有一些履約保證，履約保證某種程度的安定性比強制執行或公證的安全感還來的高一點，再加上我們現在不動產交易的主管機關內政部，在消費者保護委員會的催生之下，也有定型化契約應記載不應記載，這都是經過專家學者制定，判決審判也是有引用這個東西，我覺得在交易市場上，他的安全度，並沒有說你一定要經過公證人公證否則他就不安全，我覺得沒有到這樣的一個程度，也沒有到這樣的一個矛盾，反而現在實施 166-1 的話，那本來是要減少紛爭，但是我覺得減少紛爭的目的不但不能夠達成，反而造成實務跟法律解釋面一些矛盾一些混亂面，那當然我也建議啦，我們這個公證只是確認身分的一個真正的話，那為什麼不回到我們地政士法第 22 條，地政士法 22 條有簽證人的制度啊，你可以好好利用我們簽證人制度啊，那如果不是只針對當事人身分真正那我們也要建議，我們不反對買賣契約書要經過公證，但是我覺得這個公證法要修，這個公證法不修，你到底是形式審查還是實質審查，有沒有親自體驗，法院不把你當成一個既判力的作為，那我覺得這樣必須要賦予公證人更高的權限，這樣要做民法 166-1 才有成功的可能性，否則來推動民法 166-1，不要說失敗啦，老百姓既然可以選擇，他為甚麼一定要選擇去公證呢？他也可以選擇不要花費，他直接送地政士事務所不就也可以了嘛，那民法 166-1 推他有何意義呢，這是以上簡單做一個說明，謝謝主持人，謝謝老師，謝謝各位與談人。

游進發教授：

謝謝高理事長的高見，我也聽到很多建議，那接下來我們請羅地政士分享他的實務經驗。

羅全志地政士：

教授、理事長，還有各位先進前輩，我今天在研討時突然有一個感觸很深，我們之後要不要去等到 166 條之 1 這個法條的部分。因為我今天是以一個最基層的地政士來作一個自己實務上面的感想跟發言，沒有代表任何的立場。

對我們地政士，也就是代書來說，我們的工作就是幫...今天透過仲介磋商後，我們就是幫雙方作一個簽約的動作。不敢說認證，但就是一個見證的動作。關於公證人這個部分，以我在做地政士的時間來說的話，到目前為止，買賣簽完約再去做公證的，其實比例大概不到十分之一，甚至更少。100 件裡面可能只有 1 或 2 件是買賣雙方說好要到公證人前面作公證。大部分公證會用到是租約，因為其實大部分的民眾都有一個觀念是，我今天房子租人家，如果今天我的租客不付租金的話，我可以透過公證的租約，來做一個排除跟強制的動作。我相信大部分民眾八成以上，他不是從事地政士或法律相關行業的話，他們所受到的資訊大概就是這樣。就是公證人能夠幫我預防未來要排除的事情。那至於交易上來說，誠如理事長所說，的確很多磋商，甚至雙方都已經坐在檯面上在簽約的時候，還是很多經紀人與買賣雙方另外的協商部分。其實是不會總是在合約上面的。如果今天把這個的狀況拉到公證人這邊的話，公證人能不能去做一個...每個的事情能不能公證到，我自己本身是抱一個很大的疑問。因為的確這也不能怪公證人，因為不可能要求公證人在 30 分鐘或 1 小時內仲介與買賣雙方溝通了可能三、五天甚至更長到一個禮拜的細節都吸收消化，甚至把它轉換成公證的內容去做。甚至有些是無法表現在合約或不能表現在合約上面的。那以我們現在在做，以我來說，我現在大部分是在協助仲介做一個簽約的動作。很多都是簽約當下，實務上很多我們就是當下在旁邊等。兩邊只要針對一些重要條件比如說價格，然後比如說屋況，比如說交付的部分，這些重要的細節討論好之後，我們地政士就要協助做簽約的動作。

那當然，我們也曾經遇過糾紛。所謂糾紛是指買方不願意買，或賣方不願意賣。這個一定遇過，在房價來來回回上上下下的情況。尤其是波動越劇烈的時候，這種狀況就越多。那我們也曾經遇過就是不賣之後，就走到訴訟上面去。這個是我們有遇過的。那話說回來我就在想說，如果這個事情最後走到法院上面去，往回推，如果當時有去做到公證的話，到底能不能對後面這個訴訟，有什麼影響。我自己是抱持一個疑問的觀點。因為回到公證人的立場，公證人也是幫雙方確認雙方的身份，是不是有合理的授權，是不是本人。你們雙方對於這個交易重要的東西像價金，有沒有達到一個同意的項目。對於這個合約也就是做一個認證的動作而已。如果今天這個 166 條之 1 變成強制性的話，其實對實務上，如果配套措施沒有做好的話，實務就會影響許多，例如成交的件數就會受影響。因為很多的確是當下講好就成交了。那如果不可能當下就請一個公證人來公證，可能隔天，或者是兩三天約好再去做公證的話。也許這段時間，又會有一個變數。其實常常遇到簽完隔天，買賣雙方就馬上有一點不同的想法。更何況只是簽約，地政士簽一個合約之後，再經過公證之後這份合約才能有效的話。我相信對於買賣這個行為，會發生非常不穩定的狀況。那以上是我個人在實務上會遇到的一點狀況。

游進發教授：

謝謝羅地政士分享他的一些想法。現在我們請司法院調辦事的顏鴻彬公證人：公證人分享他的高見。

顏鴻彬公證人：

游教授、謝教授，在場的先進大家好。我是司法院民事廳調辦事公證人顏鴻彬。如同剛剛各位先進所分享的見解，我都蠻贊同的。這邊只是補充幾個我對於公證制度的想法。

關於公證制度在不動產買賣上所賦予的一些功能，除了剛剛所說地政士簽證制度之確認人別有著相同功能之外，公證制度真正的功能在於實質證據力與形式證據力。所謂實質證據力，是指公證人做公證時，要在當下確認買賣關係是否實際存在，以及私權事實是不是在公證當下確實發生。公證人做完公證後，縱使產生紛爭，也會被法院推定當下這個關係是存在的、這個事實確實有發生。所以公證的實質證據力就是體現在公證人以其實際體驗的方式，確認說雙方的確是有合意、法律關係確實存在。這是一個確認法律關係與私權事實確實存在的功用。

另外在形式證據力，也就是關於契約的部分，這份契約連同公證書整份會變成一份公文書。按照民事訴訟法第 355 條規定，這份公文書在訴訟上是被推定成真正，是一個真的文書。而這兩個功能是公證在後續縱使發生訴訟，會產生一個比較大的功用，法院可以不必再去認定說法律關係到底存不存在、到底這個文書是不是真的雙方所簽的文書，以上這些就不用再去做認定。所以我覺得這是後續縱使我們有產生紛爭的時候，可以讓這個訴訟更快速地進行一些事實認定，比較快速地解決這個紛爭的方法。

另外在整個公證過程當中，公證人需要去審核整個契約的內容，看雙方是不是確實了解，有沒有哪些條文是不合法的，或是按照現在定型化契約，有哪些是必須要載明卻沒有放進去的條文，公證人必須要逐一地去做核對，而理論上公證人應該是要做到這樣的工作。在這個過程中，公證人也必須要向當事人闡明，你們現在的法律關係是什麼？是不是了解這個法律規定及契約內容？藉此達到一個預防紛爭的效果。也就是說，讓當事人知道他現在在做什麼，讓他們知道，縱使發生紛爭後，你們會有什麼樣的法律權利可以主張。也藉由讓當事人詳細了解契約內容、其間之法律關係為何，提醒當事人日後不要發生違約或違法之情事。

另外，公證可以達到一個保存證據的效果。當事人在完成公證後，會各執一份公證書與契約，當然公證處或公證人事務所也會保留原本的公證書跟契約。當事人手上拿的這份契約不見的時候，可以到公證人這邊申請閱覽或抄錄。所以公證可以達到一個保存證據、留存文書，甚至有紀錄公證當下狀況的功能。

最後是剛剛有先進提到關於強制執行條款的部分。那這個部分目前按照公證法第 13 條規定，它只能是針對金錢，就是定期的金錢如果不給付的話，可以有公證人附上強制執行條款，之後可以不用經過訴訟，直接聲請強制執行。當然對方如果不給付卻有同時履行抗辯的話，這個地方還是會被異議的。只是說金錢在不給付的情況之下，你可以比較快速地不用經過法院，直接去執行處這邊做執行。以上是有關於公證制度可以達到的一些額外的優點去做補充。

我在看第 166 條之 1 的時候，個人也是有幾個疑問。比方說剛剛高理事長有提到的，不動產經紀人應該要在契約上面做簽章。但我們在實務上常遇到的問題是，不動產經紀人已經簽章了，公證當下人卻沒有到場，那這個還可不可以做公證？理論上在契約上簽名的人都應該要現場，到公證人前面來做公證。這就會產生一個很弔詭的事情是說，經紀人有簽章，但沒有來公證，到底經紀人簽章的部分有沒有公證的效力？就會產生這樣的疑問。這邊也要討論的一個問題是，到底公證人應該要介入的時點是什麼時候？是要在經紀人簽章之前就要先介入做公證？還是經紀人簽完章之後我才要去做公證？還是在經紀人簽完章、當事人去做公證時，經紀人也要一併到場？這些都會造成在實務面上運作的困難性。

第二個是有關於優先承買權的問題，這部分剛剛高理事長也有提到。以共有人為優先購買權人為例，其他共有人行使形成權，也就是優先購買權之後，行使後卻不願意配合來公證，那這時候等於說這個交易就會卡在這邊，沒辦法繼續進行後續買賣或交易等等。所以優先承買權確實是在採強制公證後會產生一個非常大的問題。

另外我覺得有疑問的地方是在不動產交易的時候，會有私契跟公契兩種不同的契約。那在未來不動產交易上，是不是這兩種契約都必須要做公證？還是說某一種公證就可以了？萬一兩種契約都必須要做公證的話，在我看來，私契跟公契是兩種不同的公證標的，在公證的時候就必須要收取兩筆費用。如果兩種費用都收取的話，民眾是不是可以接受這樣的一個結果，我覺得這邊是一個要事前預想的問題。

當然 166 之 1 條還有一些比較根本性的問題，像是剛剛游教授所說的範圍過大。因為像是一些國有的不動產標售或買賣，其實他們並沒有什麼太大的爭議性，這些交易是不是一定要先經過公證，才可以去做移轉或後續買賣？這點是可以思考的。另外像其他物權的設定，比如說地上權，或是其他用益物權等等，是不是也一定要做公證？好像也不一定。經過法院判決，或在法院執行處拍賣的不動產，看來似乎也是沒有公證的必要。而這些是不是可以在條文修正之後，進一步做例外的排除，此為條文修正時，可以再進一步討論的問題。

目前166條之1我個人覺得最大的問題是第2項，有第2項的規定存在的話，第1項根本是一個形同具文的規定。依照目前不動產交易的現況，其實大可不必做公證，直接去做登記就可以了。所以從目前現行的條文來看，第1項其實並沒有存在的必要性。以上是我個人對於第166條之1一些個人的想法，謝謝。

游進發教授：

謝謝大家分享意見。我聽到好多東西，我都按耐住不插嘴，因為有些東西要立刻回覆才顯得非常有氣氛。不過我還是按耐下來。我先講一點啦，剛才高理事長講到說優先承買權。因為一直有人來問我說優先承買權到底要怎麼解決。我的理解是，高理事長所提的那個問題，如果第一次公證時看到那是共有，那他（公證人）就不應該公證。他應該要問問這裡有沒有人要優先承買。他怎麼可以公證。他不可以。這就涉及到高理事長的問題，公證人的素質到底有沒有到這裡。這種情況下他是一個共有人他要出賣他的應有部分。他不應該直接就公證下去了。他應該要問說有沒有人要買，他應該要去問，你是不是優先承買權人，把他找過來。這就不應該公證。接下來，就不會有這些問題了。如果他（公證人）公證下去就會產生像瑞士法一樣的問題說，錯誤的公證到底怎麼解決。瑞士法他們就有人開始寫一本教授資格取得論文在討論錯誤的公證。哇，那也是沒完沒了。這告訴我們即便在歐陸的國家裡面，他們的公證人也會有一些可能對於民法或整體法律制度不夠了解，產生出一些錯誤的公證問題要解決。當然他們那不是說很普遍的現象，但總是會產生出一些問題來。本來要預防紛爭反而更造成紛爭。如果法院又會採納公證人的公證書的話，那問題可能會顯得更劇烈喔。

再來，另一個優先承買權的問題是說，一直有人來問我，他（公證人）到底要公證什麼。我如果主張優先承買權，我就公證你所主張優先承買權的內容。依照我們最高法院判決，就是那個買賣條件作為公證的內容。因為我們最高法院向來是這個見解。雖然我知道謝哲勝老師有一些不同的見解。再來，還有一個問題是說，這個優先承買權行使下去，能不能強制...也就是當事人不願意配合去公證，能不能強制去公證。能不能強制他？我的理解是可以，為什麼？因為我法條規定你有優先承買權，一經行使就形成買賣關係。你，當事人應該要協同。你有協同的義務要去做成公證。要不然這個法條的制度落空。我有優先承買權，但你要跟我去做成公證阿。不然我優先承買權的意義是落空的。

換句話說，實務界擔心也不是毫無問題。因為你看光一些細節的法條，有的法律人就已經搞得...在我的理解這些是很容易。其實不是問題。但有些法律人的理解就跟我們不太一樣。就會變成可能又要透過最高法院表示態度了。大家才願意接受。我的理解這裡法律的適用沒有這麼難。我再強調一次，這不應該是個問題。但恐怕都要等到最高法院做成見解，大家才願意接受。不然也是各執一詞。

相同的情形優先承買權在瑞士在德國也有一樣的問題。但是他們都是透過法院判決解決出來。

再來，我覺得很可惜的一點是說，這個法條 20 年了，司法院沒有把握時間醞釀。他如果這 20 年時間一直增加公證人人數，把公證人訓練好。從國考機制開始訓練。到現在目前為止會增加多少公證人。那個素質會提高多少。做出一些業績出來，讓地政士覺得有公證人真好。我覺得他喪失這個契機。如果我們今天再來推，又要再等一個 20 年嗎？時間對大家來講都是一個成本阿。大家願不願意付出。我覺得蠻可惜的。以上是我一些粗淺的想法，我趕快先講，不然我怕我忘記。

接下來我們來討論幾個問題。首先，因為我個人很關心台灣的預售屋跟借名登記。預售屋跟借名登記如果透過公證，假設。大家覺得說他能不能夠避免掉很多紛爭。那因此你們仲介業可以賺更多錢，對不對。因為如果說公證做得很好。公證人跟你講說，預售屋會有灌水問題喔，蓋出來會跟你想得不一樣喔。阿你還願意買嗎？你願意買我就幫你公證下去。公證下去，你沒有辦法反悔喔。就是這樣子喔。買方賣方都是這樣子喔。這樣你錢就賺到了嗎。借名登記就你真的要借名喔。借下去之後，信賴是拿來破壞的喔。到時候你要不回來喔。我公證下去就這樣子了喔。你們雙方真的願意這樣幹嗎？還有贈與。你真的要送他嗎？這個女人你真的要把名字過戶給他嗎？你確定嗎？你不問問你兒子的意見到底是怎麼樣嗎？公證下去生效了欸。移轉登記要不回來了欸。你兒子會怎麼想？你要給這個女人嗎？你跟他沒有名份阿。因為實務上產生出這些問題。實務上產生這些問題，贈與、借名登記、預售屋。我想還是按照剛才的順序。請大家對這些問題發表一些想法。因為為什麼我提出這些問題。因為如果說公證能夠預防紛爭，在這些實務上常見的問題，我想預防紛爭的功能恐怕會很強。因為一般交易是沒有問題的。大家買房子，繳了錢，房子過戶，就像唐理事長講的，交易很快，大家交了錢沒事。你們庸人自擾。大概剛剛高理事長也有類似的想法出現對不對。交易通常是沒有問題的。但是這三方面有很多的問題。如果我們推強制公證，或謝老師講的任意公證，那是不是可以避免掉很多紛爭。我們先請謝老師來分享一下他的想法。

謝哲勝教授：

我就很簡短地講。第一個就是關於預售屋。其實我的態度就是很明確就是，我還是不希望推一個叫作強制公證這一個東西。等於是說，這個成本一定要吸收。等於是說，有些糾紛比較高的，當事人可以選擇說要不要去吸收這個成本阿。對於預售屋我也是認為說，也不需要要求要強制公證。當事人如果說怕將來的糾紛，可以事先藉由支付預防的成本，避免將來糾紛成本的過高。

所以，當然贈與也是一樣。對贈與我的態度也是一樣。我們現行法就是說對於經公證的贈與，你就不可以撤銷了嗎。我認為這都有所謂的減少將來糾紛解決成本的功能。

接下來看借名登記。借名登記我的態度也是一直都很一致的。我認為我看到全世界我認為借名登記是有效的，如果大家有看到先進國家認為借名登記是有效的，請告訴我，我向他請教（游：我贊成老師的想法，（沒有）借名登記一概有效的）。全世界沒有這樣一個國家贊成。我認為借名登記是無效的。所以我一直跟我在所有公證人的前面我都會說，借名登記你不該讓他做公證。你如果讓他公證，請你註記，這個借名登記本身，可能有什麼樣的問題。即使現在的最高法院說借名登記有效，我不認同這個見解。所以如果是這樣，我覺得借名登記不應該讓他公證。你如果要讓他公證，請你就註記吧。你如果對這樣的契約你給他公證，將來糾紛還是一堆阿。那你公證的目的在哪裡？我認為說我們在公證這裡，還是要強調的是說，我們公證的功能在哪裡。我們真的是有預防將來糾紛的發生，降低將來的糾紛解決成本。然後當事人的權利，我們可以讓當事人很清楚，等於是一個客製化的法律服務。如果我們的公證沒辦法讓人民覺得可以達到這個目的。當然你法律再怎麼規定，人民還是不想用阿。先講到這裡，謝謝。

游進發教授：

謝謝謝老師的高見。接下來請唐理事長。

唐飛雄理事長：

游老師、謝老師，現場各位前輩們，以下是我第二次發言。游老師剛剛所提到預售屋、借名登記，但贈與我來不及寫。所以我大概只有提到預售屋跟借名登記而已。

第一個，我們預售屋其實是很複雜的。其實預售屋價格要預防紅單或轉單，造成剛剛開始的價格的不確定，跟將來給付內容的不確定以外，還有我們講嗣後瑕疵的治癒或彌補。這其實分三大塊。公證到底要公證哪一塊，讓他成為一個效力，可能是我們必須考慮的。通常我們實務上，紛爭發生在最前端是他的轉單跟紅單的問題。一般來說，我們預售屋的實務是這樣子。如果我假如說要去買一個房子，我們第一手的人，比如說行情外面是60萬到50萬，第一手平均能夠取得的價格，因為建商剛開始都會先想辦法銷售3成。3成才有他的本。所以他大概會在他標價的5成或6成左右盡量先銷。銷到一定的程度後，他才上來往上拉價格，就是調價。我們在講建商本人。然後如果銷到5成或6成，他的價格就會成等比級數往上跳，如果景氣好的話。這種情況下有兩種要預防的就是，價格要公證。價格要公證他的效力價格確定與否的時候，只有兩個人。第一個是建商。我到底現在跟你公證這個，這個效力是不是及於當事人買的...這個人轉單的時候，這個效力

有沒有及於他（後手）。他將來再買賣後，他是不是還需要再公證。另外一個是我建商自己變價格。比如我這一棟 A1, A2, A3, 我這一戶是一坪比如說 30 萬。賣得很好，怎麼辦？A2 就賣到 35 萬。這個價格以現階段實價登錄，他要整個契約完成才實價登錄。公證的功能是要他價格透明化、穩定性，但這個功能到底有沒有效？

游進發教授：

公證人不管阿，反正你們當事人來講多少錢我就公證下去。所以好像不是問題？

唐飛雄理事長：

這個是很簡單。但他真正要預防是價格的異動。

游進發教授：

沒有阿。之後異動是你們(建商與其他買受人)的事。但你們兩個人說現在是 1000 萬，就是 1000 萬。你們之後再賣說 2000 萬，好，2000 萬我就公證下去。這好像不是甚麼太大的問題。

唐飛雄理事長：

對游老師來說是這樣，但我們實務界有遇到真正價格不確定的問題。我這樣講，一般會去買預售屋的前面百分之 30 或 40，大概有一半都是投資客。他都希望買到第一手趕快能夠轉二手或第三手。那這些人之所以會破壞預售屋價格的穩定性。就像我剛才這樣講的，公證對於這些價格到底有甚麼實益性。現在講回來，你公證人插手到底對這個價格公證有多少實益性，這只是答案而已。我把這個過程講給游老師聽，讓各位老師了解。這是第一個。

第二個呢，剛剛價格我已經跟老師報告過了。第二個是給付的內容。例如說我今天是太平洋的電線、磁磚，好我今天公證就確定下去了。可是你看現在建商大家都會講「同類型的商品」，到底是建商的給付內容並不是確定的。那你公證是不是要確定，那我今天公證人要建商跟消費者都到我面前講，問說你們是要什麼，建商說我哪知道，我叫不到貨，就同級的要給你阿。你要怎麼公證？

游進發教授：

我講一個解決的辦法。海商法上有什麼據告稱、據告知，依所記載者。當然你把他寫得很死，他（公證人）當然只能很死的來公證。你如果說依實際狀況來決定，就海商法上說據告稱、據告知這種方式。那不會有問題阿。

唐飛雄理事長：

我要向游老師報備，公證的效力在裡面到底有多少實益性。好，我現在去公證這一個磁磚好了，我舉例我講磁磚好了。

游進發教授：

你就講 A 磁磚。

唐飛雄理事長：

對。

游進發教授：

契約書這樣寫。

唐飛雄理事長：

對。

游進發教授：

公證也只能講 A 磁磚。那你就沒有轉圜的餘地了。

唐飛雄理事長：

對。但如果 A 磁磚同等級的...

游進發教授：

那就代替物嗎。

唐飛雄理事長：

建商一定是這樣寫嗎。你叫公證人怎麼公證。

游進發教授：

不是，這是私法自治，當事人本來就可以這樣約定。

唐飛雄理事長：

我今天公證後消費者就期望拿到前面那個，看起來很漂亮。比如說太平洋，或是說羅馬磁磚。可是事實上替代品太多了。

游進發教授：

抱歉，我可能一開始沒有表達清楚。一開始建商一定講說我這是義大利進口 A 牌磁磚。他沒有其他保留，跑到法院就紛爭。現在因為建商開始學聰明了，就開始有點保留。現在就是說可能會有一些新型態的促銷手段，因為廣告內容視為契約內容。他一定跟你說這是全部地下化，一定是 5G、6G，一堆有的沒有的。結果真的沒有 5G、6G，我指的是這種情況。

唐飛雄理事長：

所以我剛剛才想說我們現在的實務裡面五花八樣，公證人到底有沒有辦法與時俱進的跟上這一塊。要經過很多人共同的，當然他們自己本身也是要自我努力。還有很多的教育輔導，才能讓這個公證真正的發揮效用。

關於借名登記的部分，剛剛謝老師講說借名登記，全世界都沒有認為是有效，只有我們國家認為是有效的。其實實務上借名登記，以我遇到的是真的蠻多的。為什麼？我跟謝老師報告，有太多人用借名登記走偏門。尤其像是兄弟爭產的時候這種借名登記是最有機會的。其實借名登記引發後面的紛爭是很高的。但沒辦法最高法院有見解出來，很多的地政士也好，自認專業的人也好，都把借名登記當作是一個浮濫的用法。其實是很困擾的。

至於剛剛的贈與，以我的看法，公證是不是更好，以我來看公證是有他的實質意義。因為贈與其實大家都習慣了。我要贈與給小孩子，我要贈與給誰。他的後遺症因為大部分都已經呈現出來，所以現在站在交易輔助人的立場來說，很多人都已經有一定的預防措施。所以贈與要去做公證，落實公證比較容易。至於借名登記還有預售屋，落實公證還有實質的效益，還有後面他真正預防紛爭的效益，其實現在階段是完全不能夠。

游進發教授：

請問一下，如果他（當事人）要贈與他會找你嗎？

唐飛雄理事長：

怎麼可能。

游進發教授：

對阿，就是自己贈與而已，他不會去找你嘛。但是會找地政士。

唐飛雄理事長：

所以我剛才說關於預售屋的三個問題，公證它的效果，一個是價格，一個是給付的內容，最後一個是瑕疵的預防或補償。這一塊公證到底有什麼實益，這三塊在我們實務上通通都有問題，都很複雜。除了轉單，給付內容的不一樣，最後要修補阿。像這樣瑕疵的預防跟他的彌補跟補救，到底公證有什麼實益性。

游進發教授：

接下來我們請高理事長發表他的高見。

高欽明理事長：

我覺得這三個問題，我們唐理事長與謝老師就幾乎都回答完了。但是我個人的一個看法是說，預售屋要去做公證，我認為實務上的可能性，如果你是要用民法第 166 條之 1 的話，實務上的可能性是很低很低的。我們這個代銷光是簽約的時候要去做實價登錄，我們這個實價登錄 2.0 都沒過。

游進發教授：

阿，這是公契跟私契的稅金問題阿。

高欽明理事長：

就像我們剛剛司法院公證人所提到的，我們到底是公契要公證或私契要公證。如果是從（現在的）166 條之 1 來看的話，我個人是認為是私契啦。私契必然要公證。這個東西你如果去公證，首先金額就曝光了。像唐理事長剛剛講，我現在是 1000 萬，等一下是 2000 萬。他（買受人）馬上就會比較了。建商因為他的實力比較強，他寧可不賣，他也不去公證阿。所以這種預售屋的公證我認為實務上發生的可能性不高。因為建商寧可不公證賣給下一手也不賣給你。為什麼？他這個賣下去，等於他實價登錄曝光了。

游進發教授：

你是說他直接完成登記就好了？

高欽明理事長：

對，他不會去做這種公證。

游進發教授：

可是現在他房子還沒蓋好阿。沒辦法登記。

高欽明理事長：

那沒辦法，但他寧可讓你轉單他也不要去公證。

游進發教授：

所以他就不會去公證。

高欽明理事長：

不會去公證。然後剛剛講那個借名登記。我的事務所是不辦借名登記的。我是謝老師的信徒。我認為什麼是借名登記，我搞不懂阿什麼是借名登記。到底什麼是借名登記，借名登記有沒有贈與的性質。我也搞不太清楚。所以我們事務所不辦借名登記的。相對地借名登記有沒有公證的一個性質，像我事務所以前贈與都還會辦，但現在贈與我都會要求你先去公證再來辦贈與。比如說這個媽媽年紀大了，爸爸年紀大了，他們是跟小兒子住在一起阿。小兒子帶著他要來辦贈與阿。對阿，他們當時辦的時候是親自到場阿。可是之後他大兒子二兒子就來告我們阿。可是我發現一件很詭異的事情。我介紹兩件贈與的案件給公證人好友，可是他不辦。他也不辦阿。現在我發現，聽說很多公證人不辦贈與的公證。所以我覺得贈與也好，預售屋也好，借名登記也好，要靠民法第 166 條之 1 去做一個公證的作為，我覺得成效很低啦。這是我個人的看法。以上報告。謝謝。

游進發教授：

接下來我們請羅地政士。

羅全志地政士：

我補充一下剛才公證部分。其實我相信公證一定有他一定的效力。我舉個小小的例子就好。像我們買賣現在大部分都會做履保。法律規定其實也沒有強制一定要做履保。可是近 10、20 年來，不管是仲介成交，或是民眾自己成交，他們都可以慢慢了解履保的好處跟履保對雙方的保障在哪裡的時候，在這個時間點反而不做履保是少數的。大部分的習慣是，其實這在法律上是沒有強制規定的，可是在實務上只要大家認為這對於雙方交易是安全是好的，其實大家都會慢慢去接受。我倒不覺得公證是好是壞，我不知道。可是在法律上如果要實行的話，是不是讓民眾，或他們接受到的資訊，能夠認同公證對於雙方到底是有什麼好處。我相信未來...就像公會現在會提到雙地政士，為什麼？就是因為去年有買賣詐騙

的事件，其實對我們代書、仲介影響都很大。我覺得公證這件事情，回歸到民眾，舉個例子，如果民眾的認知可以接受公證對他們有保障的話，我相信未來不論在仲介或代書人員，或立法機關，會相對的輕鬆很多。因為大家的認知性是夠的。這是我補充剛剛想到的。

預售屋的話我不太了解。借名登記對我們來說是一個蠻大的困難。到底實際的情況，就算他（當事人）跟我講，也不一定是實際的情況。今天我們簽了這個交易，可能決定登記在太太名下，或小孩子名下，這個是不是借名登記，或是指定登記在特定人名下，這個我們有時候都不知道。為什麼？登記完之後，爸爸媽媽有的習慣做一個抵押權登記，或是再做信託回來。對我們地政士來講，只要你們雙方是同意的，都可以這樣辦。當然借名登記在公證上，法學上我沒有太多的想法，我只會認為說雖然這個事情是一定會發生的，如果由公證人來公證這一件事情的確是存在的話，那對於未來假設真的會走訴訟的情況之下，在有做公證跟沒做公證上面，是不是訴訟的時間會縮短，對我來講我認為是有幫助。雖然這個事情也許早晚都會發生。可是有做借名登記的公證，對於法官在判斷上面都可以加速說確定你真的有這個行為。這是我個人做一個小小的建議。

游進發教授：

我們請顏鴻彬公證人發表他的高見。

顏鴻彬公證人：

關於預售屋、借名登記跟贈與，目前公證實務上比較常做的應該是借名登記跟贈與，其中又以贈與的案子應該是稍微再多一點。我個人是覺得贈與在做公證上面是蠻有實益的，因為重點是真意確認的部分。現在很多贈與，比如年老的父母要贈與財產給他的小孩。或是一個高齡者要贈與給其他不相關的第三人，這種贈與我們在辦的時候，都會特別去注意當事人是不是處於意識清楚的狀態下，去請求辦理這個贈與、是不是真的有贈與的意思表示、這個真意是不是真的是贈與人考慮清楚之下做出來的等等，而以上確認事項都可以記載在公證書中。這種案子經過公證人公證後，日後發生爭執到法院訴訟時，法院會傾向採認當事人確實是有贈與真意，關於法律關係之部分比較不會有認定上之疑慮，甚至這種案子就比較不會進到法院。萬一進到法院的話，法院在事實認定上也會比較好做判斷，所以我覺得贈與在公證的實益是在於確認真意的部分。

借名登記的確是爭議性蠻大的問題，就我所知，目前實務上也是有很多公證人不願意辦理借名登記，主要也是因為後續會產生的紛爭很多。但借名登記如果經過確認的話，就像剛剛羅地政士講的，當下每個人的意思表示是什麼，他們的約定是什麼，是不是真的要去做這個約定，在公證之後可以有比較明確地知道，當初契約當事人有達成這樣的一個協議。所以法院在認定的話，個人也是認為紛爭

解決會比較快速一點。當然在這個過程當中，公證人在做借名登記的時候，會不斷地確認當事人是不是要做這樣的一個借名登記，詢問當事人對於風險認知的程度等，也如同剛才謝老師講的，我們在公證時一定會提醒當事人借名登記的法律效力為何，會做相關的註記提醒當事人：雖然經過公證，但還是可能會產生紛爭，請當事人再考慮清楚是不是真的要締結這樣的契約或協議。

預售屋我自己沒有做過相關的公證，也比較少聽到。而現在預售屋契約應該都蠻複雜的，我還沒有做深入的研究，但如果能在公證當下對當事人針對內容逐一做確認，像我自己在公證的作法，會針對比較複雜的條款，特別再提出來，跟當事人確認是不是真的同意並了解這樣的內容。經過這樣一個步驟後，某程度上可以讓當事人知道他們的權利義務關係是什麼。減少後續紛爭的發生。

游進發教授：

謝謝，謝謝。我想講一下我的想法，我可能要再強調一次，公證是一種方式。只要是方式，都有促使當事人慎重、警告、不要反悔的意思。你只要不做成方式，這個契約書不會有效。公證又更強烈，因為這裡有法律人的介入。他會跟當事人警告他的法律意義。甚至說有可能有潛在的紛爭他把他警告出來。這就是說為什麼歐陸法系的人很強調公證的意義在這裡。因為他比方式還強烈。那種警告，還有促使當事人慎重的意義更強。

既然一般我們不動產交易是沒什麼問題。以兩位理事長在實務界的經驗，其實是沒有什麼問題。我特別舉出這三塊，因為這在我們法院判決裡面好多紛爭。如果我們今天強制公證下去要讓他發揮解決紛爭的功能，大概只能從這裡面探討而已。因為其他的交易沒有問題嘛。大部分的交易是沒有問題的嘛。大部分的交易沒有問題，你強制當事人去公證其實沒有太大的意義。就像謝老師講的，當事人覺得說他自己選的阿，就不會有什麼問題。但有紛爭我們就來公證看看。謝老師的想法我其實蠻能理解。所以我嘗試想說如果這個公證解決紛爭的功能這麼強烈，那是不是只有在這裡看得到。所以我剛才想請教各位的想法，主要是著眼於這一點。

再來我還要補充一點是說，關於借名登記的效力，我一直認為那是信託。我一直認為那是信託，因為 I Trust You 阿，我才會把我的不動產登記在你名下。就是我 Trust You。這是英美法的東西，繼受到歐陸法就是要融入現行法。這個東西繼受到台灣民法裡面，我們把它定性轉換，這就是信託阿。而且最高法院以前就一直講說信託就是委任阿。那你講借名登記也是委任阿。可是我比委任更具體的有信託法的信託阿。那你為什麼你不認為他是信託。我就覺得很奇怪阿。

再來更進一步就是說，信託在英美法上有積極的跟消極的阿。英美法上現在應該還是蠻一致的見解，消極的信託他（文獻上）認為是無效的阿。於是我們如

果認為借名登記是信託，那這種只是單純的要避稅，這種沒有積極管理的事實阿，它應該是無效的。包括它的物權行為，我也認為它無效，不是只有那個債權行為而已。但是在我們國內好像紛爭還是蠻多的。我們國內大概就是像最高法院他不敢講，到底借名登記的債權契約有沒有效。他（最高院）其實不敢講，他只有講處分行為是有效而已。他沒有明確地講說債權契約有效無效。他（最高院）直接跳過去了，那個決議也是這樣講而已。

謝哲勝教授：

前面有。

游進發教授：

前面有一些。但是他（最高院）後來就不敢講了。

謝哲勝教授：

對。他後來就沒講了。

游進發教授：

因為一直有一些有力學者說他有效。

謝哲勝教授：

就是因為有人贊成它（借名登記）有效，所以才有後面要不要承認它（出名人處分行為）是不是無權處分的問題。

游進發教授：

如果我們認為那是信託，就回歸信託法解決，一切問題都沒有。你們業務也可以擴展到這裡。偏偏它（最高院）就不這樣弄。我就覺得很奇怪。

再來，我想說今天如果有法律人、公證人介入，這些紛爭可能一開始就事先預防掉了。事後到了法院它（借名登記）的紛爭解決成本就降低很多。因為法院認為它（公證）有證據力。所以如果要說服別人說要作成公證書，我看大概也只能從這裡著眼。因為一般的交易是沒有問題的。

再來我請教各位，這個公證對於民眾的交易成本到底負擔大不大？我們先請唐理事長。一千萬大概要繳多少公證費？

顏鴻彬公證人：：

1000 萬大概是 6 千塊。

唐飛雄理事長：

我其實一直在講，它（公證費用）是 6 千塊也好，8 千塊也好，或是 1 萬也好，我們就講 1 萬，因為是整數。因為其實在整個交易的過程中，只要房價在 1 千萬以上，其實不是重大的交易成本，事實上它（交易）的成本不在經紀上的成本，而是在磋商與撮合的成本。今天例如說一個完全配合的公證人，他完全不講話的時候，那是我們最高興的公證人。如果他會說三道四，或消費者會問來問去，我們根本就不請公證。因為現在交易最大的問題是，只要任何人多問一兩句話，發生什麼樣的風險，那個不確定性就會跑出來。所以這才是我們所有的業者最害怕的。

游進發教授：

會影響成交啦。

唐飛雄理事長：

對。

游進發教授：

影響成交對當事人來講，我沒有預設立場，只是分析。對當事人來講不是成本，因為他怕所以問我問題。但我知道對業界來講是問題，因為你們已經投入好多店面、租金、人事，結果我們搞了一個月居然不成交。我當然知道你們擔心這個問題。

唐飛雄理事長：

我可以舉一個例子給游老師聽。我曾經辦過一個案子，他有三個兄弟姊妹共同共有（一物件），還沒分別共有。一個是會計師，一個是律師，一個剛好是教授，從國外過來。現場來談的時候，他們就找一個很大牌的律師，到我們的地方坐著。光那個律師發言一個鐘頭，買方就說那我不要買了。條件都談好了喔，當事人兄弟姊妹就派這個人，那時候律師是可以作公證。他就講一個鐘頭後買方說我不要買，為什麼？這樣講的話多害怕，這個也有問題，房子有問題的話通通都要我認。以往我們遇到這樣的問題，我們地政士我們經紀人都要想辦法在現場磋商。比如說少個 3 萬、5 萬塊叫買方自己去修理阿等等。但對公證人來說這個可能不一樣喔，這個還有 5 年什麼的追訴權。我們真正怕不是那個 6 千塊或 8 千塊錢，我們害怕是其磋商撮合的成本無法攤提。這根本就不可確定的風險。那個案

子我足足拖了1年9個多月。打越洋電話比佣金還要高。只要交易有第三者在場，就會造成它隱形不確定性的風險會產生。所以剛剛為什麼游老師一問的時候，我一直跟游老師報告。所以交易的過程中，並不是只有交易當事人的費用，那個交易的磋商成本其實是非常龐大的，裡面確定有非常多的機會成本跟風險存在。這兩塊沒辦法解決，5千塊、1萬塊是外行人在講的。

游進發教授：

所以我們找你來表示意見。因為我知道你們不是當事人，但你們是參與人。

高欽明理事長：

剛剛唐理事長說的是交易成本，那我們剛剛主席你問的是說我們公證的成本。如果以我們地政士，雙方到我們事務所來辦這個案子，我們要不要去公證，按照我們公證法109條，它（公證費用）是有一個比例，按照我所提的資料第21頁，2100萬的不動產買賣案件按照這個收費標準大概要繳1萬2千塊。換句話說，因為我們現在地政士真的很可憐，地政士費不過就是1萬2千塊、1萬4千塊一般的案子，等於說要去公證，1萬2千塊一個案子要多付一個代書的費用。這個費用要誰付？是買方賣方各付一半，或買方或賣方付。對他們來講，也是一個成本。那他（當事人）在民法第166條之1第2項規定已經有一個補正的狀況下，他有選擇權，他為什麼要多去付這個1萬2千塊呢？買賣交易上因為契約衍生的訴訟案件，我今天沒有帶，但我有看過，那比例是偏低啦。大概是一些房屋的結構，那個比例好像比較高一點，我還有看過一些數字。所以他就不需要去花這個錢阿。這個條文如果沒有去做某種程度的修正的話。我個人認為說公證人的業務也不會因此增加到哪裡去。這個成本對於買賣雙方來講他會痛。

游進發教授：

所以我的想法如果要修的話，當然不是完成登記。我一開始有講，德國法不是這樣。它（德國法）是物權契約要作成公證，它才可以治癒瑕疵。所以民眾 anyway 就是會找公證人。不像台灣說沒有公證也可以。那我們請謝老師分享一下意見。

謝哲勝教授：

當然大家講到很多成本，交易成本我是覺得從雙方所要考慮的成本包括仲介業磋商他要付仲介費，地政士代理登記要登記費。我們還有很多稅費。雖然我一直主張我們有很多稅費也要檢討。接下來我要講的是說，公證費再加進來，它（公證費）會變成多一個費用。我一直覺得就是說，他（當事人）支付這個公證費，如果可以去預防將來的糾紛解決成本。等於是事先付了一些成本類似保險的概念。

或許划算啦。但是如果說你今天公證人所辦的這個公證本身，對於解決糾紛本身沒有幫助。公證人的功能就沒辦法彰顯。所以為什麼我一直覺得就是說，我們現在民間公證人與法院公證人同時存在，這個問題就永遠沒辦法解決。從法院公證人的觀念，你就全部用定型化契約，我就蓋章而已。這樣我幹嘛去公證，我講得比較白一點。如果我們的公證人就是代書，各方面幫當事人寫好就蓋章而已，你說民眾為什麼要做這個公證？但如果你說今天真的公證人是將他（當事人間）的法律關係，我們剛才講除了人別的識別以外，還包括法律關係講得清清楚楚，每個交易可能都有他的特殊性，然後將當事人的權利義務關係講得很清楚，那他去公證，當事人也知道了，將來糾紛解決成本很低。我是覺得這時候公證的功能就彰顯了。所以在這種情況之下，你說多付一個公證費，老百姓就覺得值得嘛。因為他（公證人）預防將來糾紛解決成本，也客製化你們之間的法律關係。那就值得阿。我覺得我們在講交易成本的時候，還是要去考慮到說不同的人，他所需要這些交易上他需要付出的成本是不一樣的。理論上我認為，我作為學者，我從來不會為特定人的利益以他為考量。我是一個整體來看。所以我確實也不應該只看到周邊，不應該只看到公證人，只是為了推廣公證業務。這個角度，不好。我們也不能只考慮到說仲介業，因為他覺得說你今天公證人進來，影響到他的成交，他的仲介費。我是覺得也不能完全就這樣考量。我也不會完全就站在地政士的角度來看。阿你地政士如果說有公證之後，會不會影響到我的業務。我不會這樣看。我還是會看說，我們應該要以使用這個制度的最後還是人民。我們今天用這個制度本身，到底你所謂的成本效益，最後是不是有一個我們說淨的效益，或我們說效益極大。

游進發教授：

謝謝老師。謝老師是法經濟學的專家。

高欽明理事長：

我補充一下。我非常佩服謝老師，因為謝老師剛剛確實都是站在各個不同的領域裡面去思考這些問題。這一點我打從心底佩服。不過我一直在想，我個人是也不反對，如果我們的公證制度可以推展得開，它（公證）確實可以做到預防訴訟的狀況之下。去做公證有何不好？但如果依照我們目前的公證法，我認為是做不到的。我剛剛就質疑幾點，到底是一個實質審查或一個形式審查？到底有沒有親自體驗？到底所做的公證書有沒有既判力的效果？按照我們現在解釋，都是沒有的。你現在做的公證書可不可以被挑戰？當然我可以挑戰阿。像剛剛講的借名登記、贈與做成公證書，也許在法律上的認證，包括贈與都是可以挑戰的。借名登記也許是雙方當時去留下一些證明的文件，可能會好一點點。其他的部分我都認為，事後要反悔挑戰公證人的這一塊，在公證法沒有修正之前，我覺得是都會

發生的。我第一次參加公證人的研討會，我真的是大出意外，為什麼那麼多公證人居然表達他們不願意立民法第 166 條之 1 呢？因為他們也怕被告。

游進發教授：

我們臺北大也有一個學生是公證人，他也說他也不願意。

高欽明理事長：

完全不一樣的心情，我也蠻驚訝的。

游進發教授：

我講我的想法，其實公證法不可能做太多，公證書不可能有既判力。為什麼？公證書如果有既判力，整個交易會拉得很長。因為它（公證書）要有既判力，它必須要有法院的功能。

高欽明理事長：

但如果這樣它預防訴訟的功能能夠大嗎？而且我剛剛講的，以前我們認為公證很大的一個賣點是它（公證書）可以強制執行。但按照公證法第 13 條規定，它只有那 4 項而已阿。對其他並沒有。這還是有它的一些其他問題點要探討。

游進發教授：

公證專業的人其實也不懂到底形式審查到什麼程度。他們自己都搞不定了，這我知道。那我們請顏鴻彬公證人。

顏鴻彬公證人：

關於形式審查跟實質審查，有一點可以補充的是，其實我們做公證時，規定是公證人一定要親自體驗，只是體驗的項目跟內容會隨著不同類型的公證而有所不同。如果今天是法律關係成立的話，公證人是體驗當事人在我面前的確有這樣的合意。如果今天是體驗法律事實的話，比如說保管箱開箱或房屋漏水，那公證人就要到現場去看這個東西，是不是真的有這個東西的存在，或是體驗標的之現況為何。這個是公證法規定，公證人必須親自體驗所要公證的內容，確認它真的是存在，也是公證最主要的目的。

可是在文件審查上，我們就只有形式審查權，也就是當事人給我什麼文書，我就按照上面的內容去做形式審查。公證人不像法院擁有一個主動的調查權，可

以在當事人提供之資料外，再去調取當事人其他更多的資料，換句話說，公證人並無如同法院般強大的職權調查權。

游進發教授：

我一直就覺得這樣的理解很奇怪，法官也是叫你調事實，你也可以「請求」他給你事實嗎。大家爭執在於概念上，這是形式或實質。可是你都到場去看那個東西有沒有瑕疵了，跟法官在場勘驗看有沒有瑕疵是一樣的阿。結果你在吵你是形式，他是實質。然後再來說形式不能有既判力，法官實質有既判力。我就覺得很奇怪。這很概念式。

顏鴻彬公證人：

某些案件上，公證人是有實質地去審酌一些事項，例如現場去看某個東西存不存在，當場體驗當事人的法律關係是否確實成立等，這些當然都是屬於實質認定。我覺得那只是一個方法層次上的問題，簡單地說，公證人對於他所公證的內容，確實是要實質認定、親自體驗法律關係或私權事實（即公證標的）是否存在，但對於「審酌公證標的是否存在」所依據的前提文書或文件，這部分公證人是採形式審查，原則上會以當事人所提供之文件來作為公證的依據，而不會向法院審理案件般，主動以職權調查其他事項。

至於成本的話，當然就如同謝老師所說的，從民眾的角度，他如果今天從公證人這裡獲得一些法律的專業知識，民眾花這筆公證費覺得是值得的、可以預防後續紛爭不會發生、可以知道他之後要做什麼事情、有什麼權利的話，對民眾來說當然是件很好的事情，同時也可以避免將來要花更多勞力、時間、費用去進行訴訟。當然像剛剛高理事長所講，站在地政業者的角度，磋商的成本一定會增加，這點是無庸置疑的。因為公證人在辦公證的時候，不可能都不講話，遇到問題我們一定會提示，一定會闡明，也一定會跟當事人解釋相關法律問題，所以交易成本也一定相對會增加。不過我個人站在民眾的角度來看，對民眾來說，如果花這筆公證費如果可以預防之後紛爭的話，我會認為有辦理公證是一種比較小的成本。

游進發教授：

再跟各位討論一個問題就是說，假設，我沒有預設立場，大家不要誤會。就是說如果這個法條真的要通過，要公證，你們覺得多少公證人才夠？讓你半夜甚至也可以找到公證人。因為有的時候磋商磋商到晚上 10 點。

高欽明理事長：

這是無法估計的。因為你想想看，2017 年才 175 位，104 位可以辦公證。當然這不包括法院公證人。因為它不是只有買賣案件，所有不動產案件都要經過這一條。

游進發教授：

所以我剛才說應該要限縮。如果現在僅限於不動產所有權的移轉？

高欽明理事長：

那我們一年下來也有幾十萬件。我做的統計表裡面，有很多地方是連一個民間公證人都沒有。有的是一個。他怎麼能夠消化那麼多案子呢？

唐飛雄理事長：

大學長這個部分我可以補充一下。第一個，現在目前要多少公證人，以我們計算去年年中，我們那時候最低檔的時候，那時候最不景氣，28 萬戶，一年。一年 28 萬戶，最高峰的時候大概一年 40 萬戶。你 40 幾萬公證人到底有沒有那個容量，這是第一個。我覺得游老師你剛才講了一個非常重要的重點。第一個是公證人的人數是不是嫌少，或是你要限縮。我現在講 28 萬、40 萬只是僅屬所有權移轉喔。

游進發教授：

我知道。

唐飛雄理事長：

還不包括其他的喔。另外一個時間上的問題也是。這個問題是我們剛剛講說，我們交易到晚上 10 點你還可以隨時找到公證人。

游進發教授：

因為有人跟我討論過這個問題。

唐飛雄理事長：

因為 10 點是我們房仲業的 common sense。

游進發教授：

我為什麼會這樣問。因為有時候交易就是會很晚。但是沒有辦法馬上找到公證人的話，你的磋商成本會出來。

唐飛雄理事長：

我跟游老師報告，以我的經驗，我公司的成交大概晚上到 11 點、11 點多的占百分之 60、70。因為你一個買賣過來，完全沒有紛爭，光要談相關契約內容，地政士要解釋。光要解釋，等於說大家都談好了，你點頭我點頭，要準備開始簽約的起算，大概至少要 1 個鐘頭到 1 個鐘頭半。如果有紛爭，這個多問，那個多問，大概平均要拖到 2 個鐘頭到 2 個鐘頭半。公證人是否有能力持續回答問題以外，還有另外一個在哪裡？就是說除了回答問題以外還要解決問題。公證人不負責解決問題。公證人只負責講答案。你這個就將來到法院去阿，法院就強制執行阿。我們經紀人是負責面對問題，還有另一個功能叫解決問題。所以我們實務上會碰到公證人會沒有辦法解決我們實務界的問題在哪裡。

游進發教授：

我的意思是當公證人人數如果夠多，他可以服務大家。如果太少，沒辦法服務夠。

高欽明理事長：

這個法通過，我們很擔心對我們的工作權是在哪裡？就是說當初不動產經紀業通過的時候，我們也有點擔心。但官方都告訴我們，不會，地政士歸地政士，不動產經紀人歸不動產經紀人。現在就變成上下游了。我們很多地政士都受制於不動產經紀業者。因為他們有業務嘛。對於一般的地政士來講，他們就認為他們的工作權受到了很大的傷害。這個問題推到我們公證人。因為我們現在都是寫好交給某個公證人，他來就蓋章。這個東西假設我們 166 條之 1 要實施，假設把第 2 項也拿掉的話，會不會一個公證人也養了很多地政士，就是你跟我關係比較好嘛，你來我就提早幫你蓋章，讓你提早去送件。反正我跟你有信任感，你來我就蓋。而不是所謂的親自體驗。就像黃立老師講的，就是說要親自撰擬契約。這對我們一般的地政士來講，他很害怕二度傷害。第一次不動產經紀業，第二次不動產公證人，那我們地政士就可以消滅了。沒有這個業務了，通通被經紀人，被公證人拿走了，會不會？不要說不會，真的有可能。

唐飛雄理事長：

我講個實例給學長聽，某個公證人就養了 7 個地政士。

游進發教授：

我們最後就請謝老師跟顏鴻彬公證人表達一下意見。

謝哲勝教授：

其實如果依照我的想法，第1項雖然那樣規定，但第2項你沒有紛爭也就自己去登記了。就算實施，你說大家都會去跑去公證嗎？不會啦。放心啦，我那時候就跟那些公證人講，你還怕業務太多喔？不可能啦。應該是說，只有那些覺得有點顧忌的，他（當事人）願意支付這些公證費用，他會去公證。現有的公證人根本就足夠了。現在有些民間公證人業務還不夠多。

游進發教授：

如果我們改成跟德國一樣呢？我完全贊成謝老師的想法，如果按照現行，現有的公證人完全可以負擔。如果改成德國那樣呢？限於土地跟不動產所有權移轉，物權契約公證可以彌補瑕疵。

謝哲勝教授：

我覺得像德國、法國這種強制公證，在後來看到很多國家其實是廢掉的趨勢。也就是說你每個行業，很可能都是一個歷史的因素。造成他一個壟斷的結果。我是覺得至少從我的角度來看，我不大贊成這種強制公證。因為你這樣是說不動產移轉的交易，就冒出來一個額外的成本阿。這個額外的成本是說，我要避免將來糾紛解決成本，但是將來的糾紛不一定發生阿。但你改成強制公證之後，你這個成本就變成一定要去支出的。這樣子的話會不會得不償失，我覺得就有可能。尤其是我們現在不動產登記又會慢慢發展到網路登記，這個事務所要跨所登記，網路登記。你要強調一定要強制公證，這個方向我就不太贊成。

唐飛雄理事長：

我一直贊成謝老師的作法是在於，很多事情是要慢慢成形的，你可以現有的地政士，他有他地政士現有的功能往上提升。他的人數也多，至於剛剛講說是不是經紀業也好，老實說我在經紀業是持跟老師一樣的看法，我是覺得經紀業不可以去箝制地政士的實力。事實上我剛剛說的，我們多請一個地政士，是來解決問題，不是來聽命我們房仲業或受制於我們。我一直都認為老實講你要相信專業，像有好的地政士，像我提供我的經驗，好的地政士他現場真的是能夠解決所有問題。他不僅是面對問題，他還可以解決問題。但你多一個公證人，他不能從那麼有實務的地政士拉上來的時候，老實講他的專業跟我們實務的專業差距是很大的。像我跟老師講，差距是很大的。我們經紀業有現場業務，德國學說那個現場義務，以前黃立老師我有拜讀過。老實講這些東西都不是公證人實務碰得到的。因為公證人不像我們地政士，我們現場要成交的時候，我們都要把不動產說明書還有錄

影，相關的都要看過喔。他如果沒有看過，他不能來簽約喔。在我們還沒簽約，他（地政士）大概就要提前半小時到 1 小時來到現場，如果他認為有問題，地政士還要現場去看房子。為什麼？因為他負責主簽的。我們經紀人負責解說。那如果你實務上這樣，像我公司 38 年來是零糾紛。為什麼可以這樣做，是因為地政士和經紀人他的功能充分發揮。當然零糾紛阿。因為今天為什麼會有糾紛呢？就像老師剛剛提出來重要的，包括一個土地，一個預售屋，因為他一定要資訊不透明。因為他有轉單、紅單的問題，他一定要這樣子。土地也是一樣阿，土地也是要轉單跟紅單阿。剛剛提出預售屋也好，土地也好，我是認為要公證，但公證是不是能發揮他實質的效力？

游進發教授：

我們民法債各的有名契約是逐一看看每個類型，看他有沒有要式的必要。德國 1、200 年前也是沒有做好，也是土地所有權要公證，可是後來發展他們債各契約是逐一審視到底要不要做成公證書，例如合會這樣子。但我們台灣打擊範圍更廣，不動產負擔契約。所以說我才提出這三個類型。這個問題非常多，如果這個法條要改要怎樣改。還是說不要，但又有什麼問題，我們要了解各方面的想法。那我們請顏鴻彬公證人公證人。

顏鴻彬公證人：

就公證人力的部分，目前全台的民間公證人是 122 位，法院公證人是 53 位，所以加起來總共是 175 位。如果是以剛剛謝老師的想法，這 175 位應該足夠因應不動產公證。

游進發教授：

如果改掉像德國這樣呢？

顏鴻彬公證人：

如果改成像德國的模式，我會覺得人數不太夠，175 位應該無法負荷。

游進發教授：

我們用 30 萬件全台一年來算，怎麼可能？給你 200 個公證人每天忙這個就好了。

顏鴻彬公證人：

如果要在短期內施行民法第 166 條之 1 的話，個人目前想到的解決方法可能有以下兩個方向：第一個是目前由律師兼職的公證人有 70 位，開放他們可以做公證。

游進發教授：

這個我跟你講，德國原則上是不能兼。北德不行，南德可以。歷史上是這樣。南德就巴伐利亞那個地方可以。但是北德普魯士是不行的。換句話說，能不能兼職是有爭論的。因為會有利益衝突。

顏鴻彬公證人：

對，兼職公證人確實有不能辦理全職業務的規定，但如果真的要短期內開放不動產公證的話，這 70 位兼職公證人，可以考慮以公證法第 37 條第 1 項規定，開放讓他們去支援不動產公證，這或許是一個可能的思考方向。而此方式也是先前民間團體曾經提出的解決方案，不過是否可行，還是必須要再行審慎評估。另一個解決方式是，我們目前的民間公證人遴選是一年一次，但先前也有辦過一年兩次的。透過增加遴任民間公證人的次數，讓律師可以轉任為民間公證人，或增加遴選民間公證人的人數，以解決目前人力不足的問題。以上是我針對人力不足的問題，所提出的幾個可能解決方向，也僅為個人淺見，不代表司法院立場，至於未來要採取什麼樣的方式，還是要由司法院決定。

游進發教授：

我假設一個問題，假設現在馬上改成像德國這樣，你根本 175 人應付不來，整個交易在那邊排隊。兩年內你有辦法增加到這個量嗎？我看以我們公家機關的作法好像...這就是令人擔心的地方。就算我們要推，你短期內補得足嗎？難道還要再拖成 20 年來補足嗎？所以我一開始就講了，很遺憾當初那個法條過了，他沒辦法馬上補。那個時間就過了，現在又要再拖 20 年去醞釀。

唐飛雄理事長：

如果當初你這邊弄得好的話，我可以跟你們講，我們經紀人也不用那麼累。你知道我們經紀人的法條，我不瞞你講有多誇張嗎，我們修管理條例第 24 條，我們居然還引用公證人的相關資料。

游進發教授：

我要講的就是說，這個法條當初繼受錯誤，讓一些長官或業界認為說，這個法條等於沒有制定，因為我去做登記就好了。換句話說，法律專業程度不夠，他

不知道德國法是那個樣子，以至於說長官、司法界高層或業界認為說，沒關係，就算通過，我們去做登記就好了。換句話說，整個公證的能力沒辦法發揮。很遺憾，他就是理解德國文獻錯誤。我一開始很強調這一點。一個法律好不好，可以討論，但如果連繼受外國法制都繼受錯誤，我們現在回頭 20 年後糾正，已經有點...。所以你們現在公證人就被委屈。

我其實也蠻贊成謝老師剛才講的任意公證。依照現行公證法，當初要不抄德國，要不像謝老師這樣，20 年運作下來一定不會很晚。我們現在浪費 20 年，然後再來想辦法看要怎麼做。

唐飛雄理事長：

我覺得現在公證人的容納程度，那個人數，其實是個非常大的問題。我覺得游老師如果你要寫，我再三地建議，一定要配套好。我覺得除了人以外，以後我們師字輩的，都要到司訓所好好接受像你和謝老師指導，這樣可以講實例給他們聽。