

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：黃啟禎 博士

民間公證人賠償責任之研究

A Study on Notaries  
Responsibility for State  
Compensation

研究生：劉詠琳

中華民國一〇一年 六月



碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 劉詠琳 君所提之論文：

---

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

---

黃啓禎

---

林昱梅

---

蕭淑芬

101 年 4 月 17 日

## 摘要

現代公證制度是一項國際通行的預防性法律，可針對一般私人間之法律關係提供「公的證明」，藉以達到保障私權、殊減訟源、安定社會秩序之效果。而公證賠償制度是公證制度的重要組成部分之一，對於維護公證事項當事人及利害關係人的權益、規範公證行為、提高公證之公信力，具有不可或缺之地位。又我國現制採獨特之法院公證人及民間公證人雙軌併行制，法院公證人性質上屬於國家公務員，其因執行公證職務時因故意、過失造成公證相對人或利害關係人損失者，法理上有國家賠償法之適用。民間公證人之賠償責任依據為公證法第 68 條，依本條第 1 項規定，因故意違反職務上之義務時致他人權利受損者，民間公證人負損害賠償責任；其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負損害賠償責任。又為擔保被害人權益可獲得有效之填補，針對民間公證人因執行職務之侵權行為，國家則居於補充賠償之地位，此於同條第 2 項前段亦有規定。

現有的法律規範條文僅對民間公證人民事賠償責任制度做出了原則性框架規定，而探討公證人賠償責任問題文獻亦少之又少，本文力求透過相關問題的思索與研究，期許能夠釐清民間公證人在公證賠償中所應承擔之責任，為請求權利人利益的實現建立必要的途徑和保障之機制，故本文之中心思想在於如何從民間公證人存續發展間與保障受損害人民權利間，尋求最佳平衡點。

再者，我國民間公證人賠償責任制度之特色，除了自己責任、保險責任外，另訂立了補充性國家賠償責任，此與其他拉丁公證人制度相較之下屬於較特別之立法例，然多數學說上未可否認地承認民間公證人屬於「受委託行使公權力」之類型之一，故此種立法例顯然並無錯誤，也許立法者係基於鞏固民間公證人新制之考量，又或許多一分保障更促使一般民眾善用民間公證人制度，惟世界各國公證發展趨勢，無不更加強民間公證人法學專業能力及強化責任保險補償財力而非另外再訂立國家賠償補充責任，究竟國家賠償責任補充性之訂定，是否更有助於我國立法目的之達成，誠屬值得思索饒富趣味之議題。

為尋求問題之答案，本文嘗試抽絲剝繭分為六個章節。從國家賠償法之制度介紹起，從其歷史洪流發展、侵權責任內涵、賠償責任類型，直至限縮於委託行使公權力予私人之內涵，作為開啟民間公證人之前導；再從我國立法者創設民間公證人立法沿革探討起，並介紹公證之本質、外國公證制度之介紹，並探討民間公證人與委託行使公權力之關係，民間公證人於此基本內涵大抵完成；最後，鎖定民間公證人民事賠償責任之探討，從細琢法條內涵並輔以學說實務見解，搭配外國公證人賠償制度，民間公證人賠償責任內容之宏觀體系即建構完成；文末，提出個人淺見，希冀作為未來公證法修法之參考。

一國法律之制定，須根植於自身的法律文化傳統，西方國家通用的法律或做

法，即使符合市場經濟減少交易成本，也未必皆符合我國現實之法律環境，惟不可否認地，吾人社會經濟發展日益變遷，舊制度隨著時間的洪流亦可能不敷使用，應隨時掌握時代之脈動，精益求精而非故步自封，乃追求法學真理應有之學習態度。本文之宗旨，在於整合我國公證歷史發展脈絡、法律制度繼承移植、法律文化傳統等各方面綜合分析，以追求未來更完善之公證制度！



#### 關鍵字

公證、民間公證人、公證損害、公證賠償、民事責任、過失責任、性質、國家賠償、補充性、救濟、保障制度

## 謝辭

有幸這本論文在我研究所生涯裡劃下了完美的句點，賦予我對於未來無限的希望和動力!

在此，要特別感謝黃啟禎老師為我量身打造這個論文題目，有鑒於民間公證人的賠償責任，在台灣尚乏人研究，老師賦予我這般重大使命，雖然初始讓學生備感壓力，一想到要在本國寥寥無幾的文獻資料中，闖出一番與眾不同的新天地，著實有一定的難度，深怕自己無法如期完成。幸好，有老師的諄諄教誨，開啟我從各角度去思考問題的源頭脈絡，從收集來的有限資料中一一抽絲剝繭，期間老師也給予我獨立發掘問題、解決問題的空間，過程雖然辛苦，但是最後所獲得的果實亦是最香甜可口。

當然，這本論文的完成，光靠我一個人孤軍奮戰是不夠的!首先，我要感謝我的家父家母，沒有您們隨身在側，時時鞭策我、砥礪我，就不會有今日之我，雖然我常常偷懶，說些喪氣話，您們仍是在旁默默守候，讓我能堅守自己的目標，勇往向前，很謝謝您們給予我經濟上的支持，讓我可以無後顧之憂的追求自己的夢想，我不會讓您們失望的!

謝謝台北的好朋友杜婷婷，很感激妳當時明明上班很忙碌，仍陪伴我去國家圖書館印資料，現在我真的畢業了，真的非常感謝妳熱情幫忙，也希望妳今後一切順遂喔!再來，感謝台中地方法院的施法官，因為法官前身就是擔任公證人的職務，在我書寫論文期間給予我不同的靈感，而我也真的用上了!(民間公證人與海基會辦理查、驗證的比較)也謝謝擔任法助期間不斷鼓勵我的好同事：秀梅、玟琦，邊上班邊寫論文雖然辛苦，但幸好有妳們緊盯我的進度，才讓這本論文如期完成。另外，也要特別謝謝我的好學妹曉蓓，謝謝妳平日的幫忙，讓我省去來回奔波東海之苦，也希望妳今年可以如願畢業；還有遠在高雄實習的天儀，給予我論文寶貴的意見，也希望妳司訓所受訓圓滿完成。最後，我要特別感謝你，清源!這本論文你是幕後最大功臣，同樣都是上班族的你，還要幫忙我校對、排版，甚至還陪我”失眠”，真是讓我萬般不捨，也謝謝你一直給我動力，編織無限的夢想，讓我後期的論文進度更是快馬加鞭，雖然宜蘭行還是沒去成，不過先欠著，總有一天終極目標達成，我們會有很多時間低。

再見，東海!妳給予我大學、研究所美好的回憶，讓我可以認識小藍、晉豪、孟依、振榮、文俊、耀樑、威元、仁華、小美、乃云、丁丁，以及政勳、聖耀、凱倫、美枝、家暉，還有可愛的學妹佳微、鈴育、佩琪、學弟懋荃、偉成、閔憲，謝謝你們的陪伴，讓我研究所的生活多采多姿，希望我們的友誼將延續至往後職場，也希望大家今後學業、工作皆一切順遂!

## 簡目

<b>第一章 緒論</b> .....	5
第一節 研究動機與目的.....	5
第二節 研究範圍.....	6
第三節 研究方法.....	7
第四節 論文撰寫架構.....	7
<b>第二章 我國國家賠償責任制度之概述</b> .....	9
第一節 國家賠償法之制定與歷史沿革.....	9
第二節 國家賠償法之意義、性質與功能.....	15
第三節 賠償義務類型.....	19
<b>第三章 現行我國民間公證人制度之探討</b> .....	46
第一節 我國公證制度之內涵.....	46
第二節 民間公證人制度之概述.....	64
<b>第四章 民間公證人之國家賠償責任制度—析論公證法第 68 條</b> .....	82
第一節 民間公證人賠償制度.....	82
第二節 公證法第 68 條之構成要件.....	87
<b>第五章 民間公證人賠償制度之比較法觀察與案例探討</b> .....	116
第一節 法國、德國、日本及中國大陸公證之民事賠償法律制度.....	116
第二節 具體案例探討.....	131
第三節 我國實務案例之評析.....	137
<b>第六章 結論與建議</b> .....	148
第一節 結論.....	148
第二節 建議與展望.....	155

## 圖目錄

圖 2.1：國家賠償責任制度之變革·····	12
圖 3.1：民營化之類型分類圖·····	68
圖 4.1：民間公證人侵權行為責任成立要件·····	93
圖 4.2：民間公證人之代理人侵權行為責任·····	95
圖 4.3：民間公證人之助理人或使用人之債務不履行責任·····	97
圖 4.4：民間公證人之國家賠償責任適用條件·····	99
圖 4.5：民間公證人侵權行為之國家賠償責任與內部求償權·····	100





## 表目錄

表 2.1：各委託私人形式之國家賠償責任比較表.....	41
表 3.1：各地方法院轄區內公證人人數.....	75
表 3.2：台灣地區八地方法院民間公證人與法院公證人辦理之公認證事件所占比率.....	75
表 5.1：我國民間公證人與外國公證人賠償責任制度之比較.....	130
表 5.2：我國民間公證人與外國公證人擔保形式之比較.....	131
表 6.1：受託行使公權力之「私人」與民間公證人間之比較.....	153



## 詳目

<b>第一章 緒論</b> .....	<b>5</b>
第一節 研究動機與目的.....	5
第二節 研究範圍.....	6
第三節 研究方法.....	7
第四節 論文撰寫架構.....	7
<b>第二章 我國國家賠償責任制度之概述</b> .....	<b>9</b>
第一節 國家賠償法之制定與歷史沿革.....	9
第一項 國家賠償責任制度之變革.....	9
第一款 否定階段.....	9
第二款 相對肯定階段.....	10
第三款 肯定階段.....	10
第四款 結論.....	13
第二項 我國國家賠償法之制定.....	13
第一款 行憲前.....	13
第二款 行憲後.....	13
第三款 國家賠償法施行後.....	14
第二節 國家賠償法之意義、性質與功能.....	15
第一項 國家賠償法之意義.....	15
第二項 國家賠償法之性質.....	15
第一款 公法或私法.....	15
第二款 普通法兼特別法.....	17
第三項 國家賠償法之功能.....	19
第一款 損害賠償功能.....	19
第二款 監督功能.....	19
第三節 賠償義務類型.....	19
第一項 公務員違法有責所生之國家賠償責任.....	21
第一款 國家賠償法第二條.....	21
第二款 國家賠償法第四條.....	31
第三款 國家賠償法第十三條.....	42
第二項 公有公共設施瑕疵所生之國家賠償責任.....	43
第三項 小結.....	45
<b>第三章 現行我國民間公證人制度之探討</b> .....	<b>46</b>
第一節 公證制度之內涵.....	46

第一項	外國公證制度之介紹.....	46
第一款	拉丁公證制度.....	46
第二款	英美法系公證制度.....	50
第三款	公職化公證制度.....	51
第二項	我國公證法之立法背景.....	52
第一款	民國 88 年修正公證法概述.....	52
第二款	民國 88 年修正公證法之相關立法問題.....	54
第三項	我國公證業務程序、實體內容簡介.....	58
第二節	民間公證人制度概述.....	64
第一項	身分之取得.....	64
第二項	民間公證人與委託行使公權力之關係.....	66
第一款	民營化之概念.....	66
第二款	民營化時代之公權力委託.....	68
第三款	民營化之憲法容許性.....	71
第四款	民間公證人之設立容許性.....	72
第三項	民間公證人與其他相近似職業比較.....	72
第一款	民間公證人 V.S 法院公證人.....	72
第二款	民間公證人 V.S 律師.....	76
第三款	民間公證人 V.S 海基會辦理查、驗證.....	79
第四項	結語.....	81
<b>第四章</b>	<b>民間公證人之國家賠償責任制度—析論公證法第 68 條</b>	<b>82</b>
第一節	民間公證人賠償制度.....	82
第一項	民間公證人之法律責任.....	82
第一款	民事責任.....	82
第二款	行政責任.....	82
第三款	刑事責任.....	83
第二項	民間公證人民事責任之內涵.....	83
第一款	契約責任說.....	83
第二款	侵權責任說.....	84
第三款	小結.....	84
第三項	民間公證人民事責任之法源依據.....	85
第一款	公證法第 68 條與民法之關係.....	86
第二款	公證法第 68 條與國家賠償法之關係.....	86
第三款	小結.....	87
第二節	公證法第 68 條之構成要件.....	87
第一項	基本構成要件結構分析.....	87
第一款	義務違反.....	88

第二款	損害結果發生.....	90
第三款	因果關係.....	90
第四款	歸責原則.....	91
第二項	第 68 條各項要件分析 .....	93
第一款	民間公證人侵權行為責任之限制(公證法§68I).....	93
第二款	民間公證人之代理人、助理人或其他使用人之侵權責任(公證法§68 III、V) .....	95
第三款	民間公證人侵權行為之國家賠償責任(公證法§68 II、III、IV) .....	97
第三項	民間公證人之保險制度.....	101
第一款	責任保險之概念.....	101
第二款	民間公證人之強制責任保險制度.....	102
第四項	附論—公證法第 68 條與國家賠償法第 4 條之比較 .....	113
第一款	相同點.....	113
第二款	相異點.....	113
第三款	小結.....	115
<b>第五章</b>	<b>民間公證人賠償制度之比較法觀察與案例探討.....</b>	<b>116</b>
第一節	法國、德國、日本及中國大陸公證之民事賠償法律制度.....	116
第一項	法國.....	116
第二項	德國.....	121
第三項	日本.....	125
第四項	中國大陸.....	126
第二節	具體案例探討.....	131
第一項	公證人之單獨侵權行為責任.....	133
第一款	故意.....	133
第二款	過失.....	134
第二項	公證人之共同侵權行為責任.....	134
第三項	公證人未構成侵權行為責任.....	136
第四項	小結.....	136
第三節	我國實務案例之評析.....	137
第一項	義務違反之認定標準.....	137
第一款	最高法院 88 年度台上字第 784 號判決〈請求交付房屋〉.....	137
第二項	民間公證人侵權行為責任之認定標準.....	141
第一款	最高法院 96 年度台上字第 1282 號判決〈塗銷繼承權登記等〉.....	141
<b>第六章</b>	<b>結論與建議.....</b>	<b>148</b>

第一節 結論.....	148
第一項 委託行使公權力與國家賠償之重點.....	148
第二項 民間公證人賠償責任之重點.....	150
第三項 總結.....	151
第四項 民間公證人適用國家賠償法之妥適性.....	153
第二節 建議與展望.....	155
參考文獻.....	157



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

公權力之行使攸關人民權利義務甚鉅，一般私人原則上不得行使，惟現代國家面臨事務多樣化與專業性，為確保行政管理之有效實行，並擔保實行後之品質及減輕主管機關之負擔，遂發展出委託行使公權力之概念，然任何機關若欲將其依法所享有之公權力授權委由國家各部門以外之私人代為行使時，亦須透過公權力(參照行政程序法第 11 條、第 16 條之內容)始得為之，其方法大致歸納為法律、法規命令、行政處分或行政契約等。我國立法機關於民國 88 年修法時，首度引進「民間公證人」制度，此乃立法者藉由公證法委託符合國家考試資格之私人向不特定多數人行使公證權以達到預防糾紛之效果，性質上亦屬於法律直接委託私人行使公權力類型之一，故有關民間公證人賠償責任方面，應有國家賠償法第 4 條之適用，此從公證法第 68 條第 2 項之規定<sup>1</sup>，亦可窺探出端倪。

公證法第 68 條係規範民間公證人賠償責任之要件及請求國家賠償之程序，相較於國家賠償法第 4 條之規定屬於特別法，其特別之處在於民間公證人處理受託事務行使公權力致侵害他人權利所生之賠償責任，以其「自行負責為原則者，國家賠償為例外」，故國家僅負「補充性」之賠償責任。而一般受託行使公權力之私人（例如：商品檢驗主管機關將有關檢驗之技術工作，委託私人或團體代為實施、環保機關授權私人攔檢汽、機車排放廢氣之情形等）若立法無特別規範，僅能回歸國家賠償法第 4 條之規定。何以惟獨民間公證人不直接適用國家賠償法第 4 條，而以自行負責為原則，其最大理由莫過於民間公證人係自負盈虧，倚賴公證費用自給自足，並搭配強制責任保險制度，理論上應有能力承擔賠償責任，非如一般受委託行使公權力之私人，其向人民收取費用需上繳國庫非屬自己的收益，委託行使公權力所需用之費用需另由委託機關支付。

惟民間公證人乃承襲拉丁公證人制度。拉丁公證人本身為私人，可依法設立事務所並自負盈虧，若因違法行使公證權而導致人民受到損害者，先由保險金或基金制度（或是其它擔保形式）負起補償被害人損失之責任，若被害人仍無法合理受償者，公證人本身必須負無限清償責任，雖其執行業務方面本質上為公權力之行使，亦屬於受託行使公權力之私人，惟拉丁國家並沒有就公證人之賠償責任另外規定國家賠償責任，而僅需由公證人本身對相對人或利害關係人負民事賠償

---

<sup>1</sup> 公證法第 68 條第 2 項前段：「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。…」

即可！同樣都是委託行使公權力之私人，何以我國民間公證人需特別規定補充性國家賠償責任，而拉丁公證人卻不需要，或許因歷史淵源不同，亦或是有其立法特殊考量，皆係本文饒富趣味之研究課題。

就上開初淺論述可得知，民間公證人之於公證法第 68 條，與一般受委託行使公權力之私人之於國家賠償法第 4 條，屬於針對特殊類型所為之特別規定，公證法第 68 條針對民間公證人之賠償責任規範堪稱完善，然其與拉丁公證制度之公證人賠償責任相較，對民間公證人之保護似乎又過於周延。本文研究目的主要在於探討民間公證人與一般受託行使公權力私人之關聯性、補充性國家賠償責任訂立之必要性、申請公證之當事人或利害關係人能否獲得有效之救濟及如何擔保民間公證人之賠償能力作為探討標的，於此合先敘明。

## 第二節 研究範圍

主體方面：我國公證法從民國 88 年修法以來，已改採獨特之公證人雙軌制，即所謂法院公證人、民間公證人，並於民國 90 年正式施行！惟法院公證人因適用公務人事法令規章，屬於隸屬於公證處之一般公務人員，若發生違法行使公權力而致人民受損害者，當有國家賠償法第 4 條之適用；惟民間之公證人，介於自由職業與一般公務員之間，就其執行公、認證事務而言，係依法令從事公務之人員，屬刑法第 10 條第 2 項之最廣義公務員<sup>2</sup>，且不適用我國有關公務人員人事法律之相關規定，其資格為司法院依本法遴任，並委託其從事於公共事務，性質上偏向於委託行使公權力之私人（待下文詳述），雖然法院公證人與民間公證人皆會有因違法行使公證權而衍生出賠償責任之問題，然惟有民間公證人制度才與一般受託行使公權力之「私人」相關，故本文僅限定於民間公證人國家賠償責任內容之探索。

客體方面：公證內涵牽連過廣，舉凡公證人法律地位、公證之效力、公證之範圍、公證之程序、電子公證書皆可為討論之對象，吾人僅就上述相關內容簡略介紹，主要以公證之法律責任為研究核心，又法律責任可細分為民事責任、刑事責任、行政責任，公證法第 68 條之性質屬於民事賠償責任，從其法條內容構造觀察，多數說以為侵權責任，另國家賠償責任之本質亦屬於侵權行為，兩者間相互關係為何，以下分述之。

法規範方面：公證法第 68 條為民間公證人民事責任之規定，且民間公證人之身為準公務員，故參酌之法律包含了民法、國家賠償法及公證法；又承前所

---

<sup>2</sup> 伊章華、王明宏、謝永誌編著，兩岸公證制度，文笙書局股份有限公司出版，民國 93 年 2 月，頁 37。

述公證人賠償責任定性為侵權行為，法條以民法第 184 條、第 186 條、國家賠償法第 2 條、第 4 條、公證法第 68 條、第 67 條為研究主軸，其他相關法規將於必要時論述之。

### 第三節 研究方法

本文著重於民間公證人制度與國家賠償責任之關係，故以下列方法為研究基礎：

#### 壹、文獻分析法

在收集資料方面，從學者所著教科書、期刊資料，學位論文、立法資料為研究主軸，試圖用歷史演繹分析法與法解釋方法論，將現有之資料加以分析、統整、歸納，並於內文中穿插圖解、表解、田野實證數據之方式加以具體論述，期許將抽象概念予以具象化，使民間公證人與國家賠償責任之本質內涵與相互間之關係，愈顯明朗。

#### 貳、外國立法例比較觀察法

選用外國法資料方面，以大陸法系之法國、德國、日本、中國大陸公證法為主軸，輔以英美法系之英國、美國之公證法進行比較分析。蓋民間公證人本身屬於傳來制度，故希望藉由「他山之石，可以攻錯」作為我國法立法架構或未來修法之參考。

#### 參、我國實務研究

僅就學說論著討論尚不足以全盤了解民間公證人賠償責任之全貌，故探討實務判決，了解法院心證有其必要性，惟我國針對民間公證人賠償責任之判決較為貧乏，故僅能針對下文嚴選之二則判決加以統整歸納，藉此了解我國法院係如何操作賠償責任之構成要件。

### 第四節 論文撰寫架構

本論文共分為六章，茲描述其要點如下：

第一章緒論，提出民間公證人賠償責任之特殊性，與探討其適用國家賠償法之必要性，以此動機為研究主軸並開展相關次要主題討論，並嘗試歸納資料、邏輯推演之方式架構出本文民間公證人有何問題需待解決。



第二章內容，主要先從介紹國家賠償法淵源、意義、性質、功能著手，並詳細介紹國家賠償義務類型：義務類型大抵可區分為人之賠償責任與物之賠償責任。最後集中火力於國家賠償法第 4 條之內含介紹，其中委託行使公權力之私人屬於民間公證人之上位核心概念，從行使公權力之內涵、私人主體資格之獲取，作為下文建構民間公證人內涵之基石。

第三章正式進入民間公證人主題。其一，民間公證人屬於外來制度，故先介紹拉丁法系公證人制度（法國、德國、日本、中國大陸）、英美法系公證人制度（英國、美國），接續探討我國公證制度之立法背景與修法過程與實務上面臨之相關問題；其二、欲了解民間公證人本質前，須先探索公證本身制度之內涵，並從實體面、程序面交互觀察，建構出公證制度之基本框架；其三、民間公證人主體制度內涵之介紹，試從其資格取得、民營化、委託行使公權力之關係、其他相近似職業比較三方面著手，期許對民間公證人有更深刻之認識。

第四章深入民間公證人賠償責任之核心領域。民間公證人之法律責任可分為民事責任、行政責任、刑事責任。本章主要係集中於民事責任，故以介紹公證法第 68 條要件為主軸。公證法第 68 條共有 5 項，其侵權責任設計要點大抵有：第 1 項、自己責任原則；第 2 項、補充性責任原則；第 3 項、補充性之國家賠償責任；第 4 項、代理人或使用人之故意過失，視為自己故意過失責任；第 5 項、保險制度。針對上述各項內容皆有深入之剖析。

第五章開啟拉丁公證人賠償責任制之內涵介紹，並回歸我國實務界案例之探討。本文就外國法方面，鎖定於整理公證人之賠償責任與責任保險制度之內容，最後以圖表之方式將各國立法例與我國立法例作一番比較；再者，僅從法理、學說上之探討無法充分理解公證法第 68 條之實際運用，本章中試舉兩則我國有關民間公證人賠償責任之判決，藉由個案中原審、二審、終審法院之心證，形塑出實務上具體操作標準，並從中觀察學說與實務間就民間公證人賠償責任之判斷標準是否存有落差。

第六章結論與建議，將上述各章之內容加以整合，並就本文初始之問題意識提出淺見，即民間公證人適用國家賠償責任妥適與否，並就該問題提出個人建議，期許就民事賠償責任而言，無論就民間公證人發展存續本身與相對人或利害關係人損害之填補本身，皆能達到合乎經濟效益、公平正義之最佳平衡點，希冀為將來有志於研究相關議題領域之人員，提供棉薄之助力！

## 第二章 我國國家賠償責任制度之概述

### 第一節 國家賠償法之制定與歷史沿革

#### 第一項 國家賠償責任制度之變革

按公務員違法執行公權力，致使人民受到損害，苟受害人民並無可歸責之事由時，國家應否負損害賠償責任？從早期學說及立法例之否定論，隨著法治國思想逐漸萌芽變遷進入到相對肯定論時期，最後終於進入全面肯定階段，而確立了今日之國家賠償責任制度，其歷史之洪流，論述如下：

##### 第一款 否定階段

約莫十九世紀以前，歐陸國家認為「國家」非僅為一般統治權主體之地位，更具有至高無上之特性。即國家享有絕對之權利，國家與人民之關係屬於權力服從之關係，國家為統治者，人民為被統治者，其統治權之行使與私人間之活動大相逕庭。觀諸當時歐陸各國法諺：英國秉持著「國王不能為惡」，亦即國王不會犯錯，國家不可能成立侵權行為、法國提倡「朕即國家」，強調主權免責之概念、再者，美國則奉「主權免責」，認為國家享有最高特權，任何人不得對國家主張法律上之權利<sup>3</sup>。

惟受國家委任處理事物之公務員，違反受託職務行使公權力，導致人民受到損害時，人民應如何自保？按早期德國學說見解，公務員與國家係屬於「處理事物之授權關係」，國家對官吏之委託不包含違法行為在內，公務員所執行之職務合法，效果歸屬於國家；公務員違反任務時，屬於公務員本身行為之違法，公務員須自行負法律上之責任<sup>4</sup>，與國家之行為無關。

綜上所述，歐陸各國之思想，不論係源自於「絕對主權」之概念或是「自己

<sup>3</sup> 摘錄自曹競輝，國家賠償法實用(修訂版)，自版，民國 73 年 12 月，頁 16 至 18。

<sup>4</sup> 德國當時公務員係依民法規定負責，該民法條文內容分別係一九七四年普魯士普通法第八十八條及第八十九條。該法第八十八條規定：「擔任公職者，應盡最大之注意義務執行公務。」同法第八十九條則規定：「執行前條公務之際，如其所犯過失依應注意義務及執行該公務具備之智能能夠避免且應避免者，該擔任並犯有過失公職之人應負責任」。蔡麗照譯，Dr.Fritz Ossenbuehl 著，西德國家責任法，台北：法務部法律事務司出版，民國 75 年 6 月，頁 3。

責任原則」，若公務員執行職務，無論係公法、私法行為，已違反侵害到人民之權利時，均認為國家毋須負國家賠償責任<sup>5</sup>。

## 第二款 相對肯定階段

此階段又稱為國家國庫責任論<sup>6</sup>。第一次世界大戰以後，國家之職能日益擴大，行政事務複雜化，伴隨著人民頻頻受到國家的干涉與侵害，故若繼續主張國家無責任論，有失事理之平。因而學說、判決、立法例上均逐漸採取國家責任鬆綁之態度，惟國家應否負賠償責任，應視公務員代表國家所執行職務之性質，國家在法律上所處之地位而定。若國家係處於統治權地位者(類如徵兵、課稅)，國家不須負責；反之，國家從事非統治權作用之行為(類如；郵政、鐵路、航空事業)因而損害他人者，國家應依民法負責<sup>7</sup>。

## 第三款 肯定階段

第一次世界大戰後，學者倡議國家與人民之關係，已非權力服從關係，而係基於社會契約所生之權利義務關係，因而對於公務員執行職務之違法侵權行為，國家均承認國家賠償責任。

因德國法規定較完善，以下以德國立法例作說明。德意志帝國早於西元 1910 年即制定「帝國責任法」(Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten)，並於該法第 1 條第 1 項明定：「國家對其官吏行使被委任之公權力，因故意或過失違反對第三人之職務義務時，應代該官吏負民法第 839 條<sup>8</sup>之責任。」惟上述法律僅適用於聯邦，僅具普通法之性質，無法拘束其他各邦，為加強其效力，於西元 1919 年威瑪憲法第 131 條復規定：「官吏於行使被委任之

<sup>5</sup> 葉百修，國家賠償法之理論與實務，元照出版 2 版第 1 刷，2009 年 7 月，第 8 頁以下；董保城、湛中樂，國家責任法一兼論大陸地區行政補償與行政賠償，元照出版 2 版第 1 刷，2008 年 9 月，頁 37 至 38；劉春堂，國家賠償法，三民書局出版修訂 2 版 1 刷，2007 年 6 月，頁 3。

<sup>6</sup> 此源自於德國之概念(Fiskustheorie)。德國民法認為國家具有雙重法人格，亦即國家除為公權力主體外，尚係一種財產權之主體，該財產權之主體稱為「國庫」。有關德國國庫責任之立法例，規定在 1900 年 1 月 1 日公布施行之德國民法第 89 條：「第 31 條之規定，於國庫、公法上社團及機關，準用之。」同法第 31 條則規定：「社團對於理事會理事、或其他依章程選任之代理人因執行職務所為應負損害賠償義務之行為，加損害於第三人者，應負責任。」摘錄自蔡麗照譯，Dr.Fritz Ossenbuehl 著，同註 4 前揭(書)文，頁 3 至 4。

<sup>7</sup> 葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 10 以下；董保城、湛中樂，同註 5 前揭(書)文，頁 39。

<sup>8</sup> 德國民法第 839 條規定：「公務員因故意或過失違反對於第三人應執行之職務，對於第三人因此所生之損害，應負損害賠償之責任，公務員僅因過失時，以被害人不能依其他方法受損害賠償時為限，得向其請求賠償。公務員於判決訴訟事件違反職務時，以其職務違反應依刑事訴訟程序處以刑罰為限，對因此所生之損害，負其責任。其義務之違反，係職權行使之拒絕或遲延者，不適用本條之規定。被害人因故意或過失，怠於行使法律上之救濟方法除去損害時，不生賠償義務。」中國社會科學院法學研究所研究員，德國國家賠償法研究，2008 年 11 月 5 日，網址：<http://www.lawtime.cn/info/sunhai/shpclw/2008110543401.html>，造訪日期：2011 年 1 月 14 日。

職務之公權力，違反對於第三人職務上之義務時，原則上由該官吏所屬之國家或公共團體負其責任，但保留對該官吏之求償權，依通常私法程序之訴求，不得拒絕之。」依照威瑪憲法第 131 條規定，公務員行使受委託之公權力，損害第三人權利時，由國家或公共團體代公務員負責，而公務員的責任，因國家的取代而致對被害人不直接負損害賠償責任。嗣後，德國基本法第 34 條取代威瑪憲法第 131 條之地位，內容為：「任何被委託行使國家職務之人，如違反其對第三人應執行之職務時，原則上由其所屬之國家或公共團體負其責任，但有故意或重大過失時，保留其求償權。前項損害賠償請求權及求償權，得向普通法院起訴之。」至此，德國之國家賠償法制，已告完備，從上述法條亦樹立三大特點：(一)國家賠償係針對公權力行為；(二)國家賠償採用過失主義；(三)國家賠償責任之性質為代位責任<sup>9</sup>。

從早期德國承認國家賠償責任之立法例觀察，係從「人為」之國家賠償責任發跡，從法條內容觀察，國家皆「代」違法執行職務行使公權力之官員負損害賠償責任，惟國家針對公務員之上開違法行為，為何須負賠償之責，即國家賠償責任制度之性質為何？其歷史發展軌跡，討論如下：

## 一、代位責任說

從上揭德國法條內容以觀，係由國家「代」官員負損害賠償責任。顧名思義，即國家雖然對於被害人負損害賠償責任，但該賠償責任之本質係公務員個人賠償責任之替代。故國家賠償責任之成立前提，須公務員個人本身之行為該當賠償責任為必要，公務員因該行為須負損害賠償責任時，國家始負損害賠償責任。從而，法律如有為公務員利益，對於公務員之賠償責任加以限制或免除之規定，此等規定也將使國家賠償責任受到限制或免除<sup>10</sup>。

採此說之優點在於：(一)由有償付能力之國家負損害賠償責任，較足以保障人民之權利；(二)由國家負賠償責任可免除公務員執行職務時，遇事畏縮，得以提高行政效率的目的<sup>11</sup>。且國家代替公務員負起責任後，對公務員有求償權，國家行使求償權，依德國基本法第 34 條規定，以公務員有故意或重大過失時，國家可保留對公務員求償之權利。

## 二、自己責任說

國家自己責任，是指對於公務員執行公務之際所為之不法行為，且將該不

<sup>9</sup> 葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 12 以下；董保城，同註 4 前揭(書)文，頁 41 以下。

<sup>10</sup> 董保城、湛中樂，同註 5 前揭(書)文，頁 43。

<sup>11</sup> 葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 34。

法行為之責任直接歸屬於國家，由國家對受害人負責，公務員不負損害賠償責任。法治國家原則下，國家主權者亦必須依法行事，故該公務員係國家意志之代表，於行使公權力時，其人格為國家所吸收，公務員之行為視同國家之行為，故國家賠償責任承認與否，非取決於公務員個人之賠償責任是否成立，只要公務員不法侵害人民之權利時，不論侵害態樣為何，國家即須負賠償責任，而公務員之責任僅係與國家間之內部關係，公務員並非對被害人直接負責之主體<sup>12</sup>。德國曾於 1981 年將國家賠償法改成由國家直接、自己賠償責任，與公務員是否成立民法第 839 條<sup>13</sup>之民事責任無關，此觀德國 1981 年國家賠償法第 1 條第 3 項規定：「該違反義務之人對於被害人不負賠償之責。」云云，即可明瞭。雖該法嗣後遭該國聯邦憲法法院宣告違憲，但可看出德國賠償法制漸傾向於自己責任說。

### 三、小結

區分「代位責任說」及「自己責任說」之實益在於可辨認國家賠償法中「故意或過失」之要件功能上之不同，甚或國家得否援用加害公務員個人抗辯事由之特別法規定，達到阻卻違法之效果。目前多數學說係採代位責任說，然二十世紀以來，國家無論在經濟與社會生活中之角色均產生重大之變革，人民要求服務最多之政府才是最好的政府，國家與國民接觸之機會日益增多，相對地人民發生損害之風險亦隨著增長，故國家應對其自身行為所帶來之風險，應自負其責，為加強人民之自由、權利保障，採取「自己責任說」勢必為未來趨勢<sup>14</sup>。

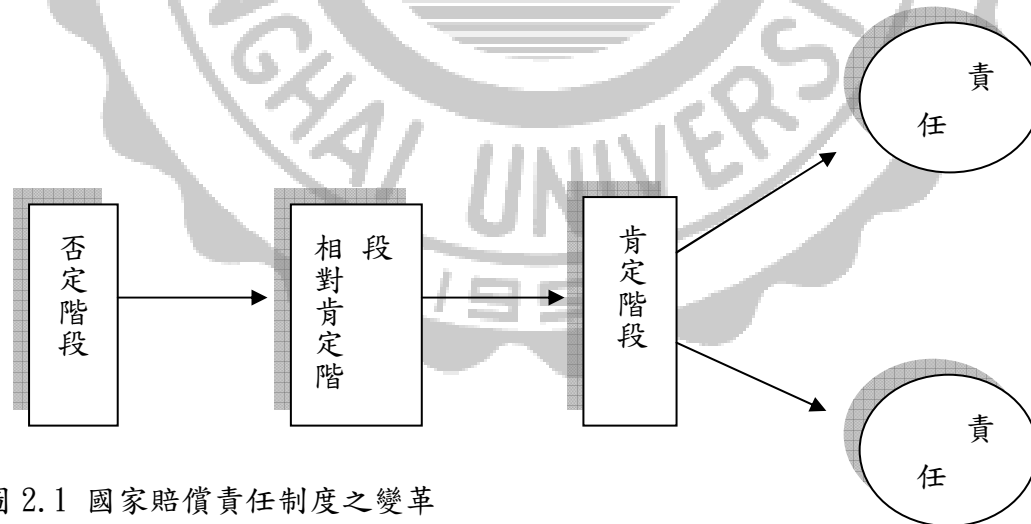


圖 2.1 國家賠償責任制度之變革

(資料來源：自繪)

<sup>12</sup>董保城、湛中樂，同註 5 前揭(書)文，頁 43 以下。

<sup>13</sup> 參照前註 8。

<sup>14</sup>翁岳生，西德一九八一年國家賠償法之研究，台大法學論叢第十卷第二期，頁 142；城仲模，行政法上國家責任之理論與立法之研究，收錄氏著行政法之基礎理論，增訂初版，1991 年，頁 547 至 655、葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 39。

#### 第四款 結論

上述國家賠償責任制度之發展，已從早期之否定論變成今日之肯定說。從國家責任制度之歷史變遷觀察，可知早期國家與人民間絕對服從之思想已進步到國家與人民兩者間係法律上權利義務關係、過失責任主義、社會保險思想之崛起(即藉由社會團體大眾之力量來填補個人意外損害)。故國家賠償責任乃貫徹憲法保障人民自由、權利之事後補償救濟制度，只要是公務員違法執行職務，不論係基於公法關係或係私法關係，侵害到人民之自由或權利，並且導致損害結果發生，國家皆應負損害賠償責任。因現今已全面採取肯定國家賠償制度之見解，以下，將介紹我國國家賠償法之制定。

### 第二項 我國國家賠償法之制定

我國國家賠償法制於民國 69 年 6 月 20 日經立法院三讀通過，並由總統於同年 7 月 2 日公布，於民國 70 年 7 月 1 日開始實行，係屬我國第一部統一的國家賠償法典，象徵著我國邁向現代民主法治國家之重要里程碑，更是開創人權保障之新紀元。為深入了解國家賠償法之內涵，有必要關照本法制定前後之歷史脈絡，期許對國家賠償法制有一番新認識。

#### 第一款 行憲前

傳統中國法律價值觀受到儒家思想之浸濡，講求身分的差異性之禮儀規範，進而成為傳統社會生活的行為準則。所謂「君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱」，顯示出君在整個秩序中位於至高無上之地位。故從家族體制中對父兄的遵從，巧妙地轉換到政治體制上，即整個國家是為大家庭，皇帝是君父、大家長，派駐到各地之官員為皇帝意志的代表人，一般百姓必須服從地方官員之指令，故在此種「君父權統治模式」下，人民尚未建立向國家請求賠償之觀念，即便是人民因政府違法侵害而受到損失，只要冤屈被平反的時刻到來，所有的錯誤即算是「圓滿」落幕，尚不至於發生國家賠償之問題<sup>15</sup>。

#### 第二款 行憲後

直至滿清末年時期，西方列強欺壓中國，加上滿清政府之腐敗，有識之士者鼓吹建立立憲共和國，遂引進了歐美國家民主法治之觀念以及孫中山先生的三民

---

<sup>15</sup> 郭怡利，台灣國家賠償制度的生成與實踐——一個以國家賠償法為中心的法律史考察，國立台灣大學法律學系碩士論文，2008 年 8 月，頁 13 至 14。

主義思想，於民國元年制定臨時約法第 10 條，首度承認人民具有行政救濟權利之概念<sup>16</sup>。直至民國 36 年公佈了中華民國憲法第 24 條，終確認了國家賠償責任制度之憲法基礎。

然而，憲法第 24 條規定，並未直接賦予人民國家賠償請求權，依照該條後段之規定：「被害人就其所受損害，並得依法律項國家請求賠償。」從條文意旨觀之，人民須「依法律」使得向國家請求賠償，而非可直接「依憲法」向國家請求賠償，可知本條是採取所謂「憲法委託<sup>17</sup>」之立法技術。然適逢國家歷經時局變遷、圍剿共匪、國家實施動員戡亂，於憲法公布施行後三十餘年來，雖有少數零星國家賠償特別法之規定(類如：就行政訴訟法第 2 條、土地法第 68 條、舊警械使用條例第 10 條、冤獄賠償法等是)，惟實施此一憲法條文之統一的一般國家賠償法卻遲遲未予制定，遭致學術界嚴厲批判。

### 第三款 國家賠償法施行後

所幸，在政府機關、各方專家學者努力的催生之下，於民國 68 年完成國家賠償法草案，全文共計條 17 條，函請立法院審議，並於民國 69 年 7 月 2 日公布，並於民國 70 年 7 月 1 日施行，至今已施行三十餘年。然社會經濟環境之巨大變遷及學說實務之發展，現行法之諸多規定已不合時宜，極待修法解決，法務部所組成國家賠償法研究修正小組已著手於國家賠償法之修正事宜，並於民國 96 年公佈國家賠償法修正草案初稿<sup>18</sup>，若將來三讀通過實行後，想必更加因應社會趨勢，人權保障亦更加完備。

<sup>16</sup> 臨時約法第 10 條規定：「人民對於官吏違法損害權利之行為，有陳述平政院之權。」轉引自董保城、湛中樂，同註 5 前揭(書)文，頁 48。

<sup>17</sup> 憲法委託，係指「憲法」雖建立了人民具有國家賠償之權利，惟其並非人民直接向國家請求之依據，須仰賴憲法課予立法機關「制定法律之義務」，透過相關國家賠償法律之制定，人民之國家賠償請求權才能獲得保障。茲整理自翁岳生，我國行政法四十年來之發展，收錄於氏著〈法治國家之行政法與司法〉，元照出版社，1994，頁 296。

<sup>18</sup> 參照法務部全球資訊

<http://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=28005&CtUnit=803&BaseDSD=7&mp=001>，造訪日期：2011 年 2 月 1 日。

## 第二節 國家賠償法之意義、性質與功能

### 第一項 國家賠償法之意義

國家賠償責任有廣、狹二義，故國家賠償法之意義亦有廣狹兩種。廣義之國家賠償法係泛指規定有關因國家之違法行政作用，致人民權益發生損害時，應負賠償責任之法律而言<sup>19</sup>。而狹義之國家賠償法乃係指民國 69 年 7 月 2 日公布，民國 70 年 7 月 1 日施行之國家賠償法。從憲法第 24 條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任，被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」及國家賠償法第 1 條規定：「本法依中華民國憲法第 24 條制定之。」顯示憲法承認國家賠償責任制度，並概括授權給立法機關制定國家賠償法，此乃狹義國家賠償法立法目的及依據之所在，本文論述之重點，將集中於狹義之國家賠償法之介紹，合先敘明。

### 第二項 國家賠償法之性質

#### 第一款 公法或私法

我國法律體系係承襲大陸法系之概念，故法律可分為公法、私法二種分類，惟此種區分到底有無實益，頗受學者間之非議，然卻無法抵擋現今通說採取公、私法二元論之事實。故國家賠償法究竟屬於公法或私法，以下討論之。

#### 一、公法說

從公權力作用與民法私經濟作用之性質不同以觀，主張國家賠償法係「公權力作用」屬於公法，與民法不成立特別法與一般法之關係，係個別獨立之法<sup>20</sup>。

<sup>19</sup>乾昭三，國家賠償法，注釋民法(10)，有斐閣，昭和 50 年 7 月，頁 388。

<sup>20</sup>日本學者杉村敏正認為：「日本國家賠償法第 1 條第 1 項之規定與日本民法第 715 條之規定不同，而排除僱用人之免責條款；且同法第 2 條第 1 項之規定亦與日本民法 717 條之規定不同，擴大占有人賠償責任之範圍，並排除占有人之免責條款，因此在理論上雖似可認係私法之特別法，實者國家賠償法之適用範圍較私法法規為廣，並儘量對被害人予以救濟，故不能否認者，國家賠償法係一種超乎調整私人相互間利害關係之特殊性法律。」(杉村敏正，行政法講義總論(上)，第 26 頁)，有倉遼吉亦主張：「公權力之作用與民法上之私經濟作用，共性質不同。國家賠償法係規定因公權力之行使與公共營造物設置或管理之瑕疵所生之損害，應予賠償之獨立法，其與規定私經濟作用之民法相對立，不能成立一般法與特別法之關係。」(有倉遼吉，逐條國家賠償法解說，法律時報，第 25 卷第 9 號，第 24 頁)。轉引自葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 40。



## 二、私法說

此說係將國家立與私人同地位，認為國家賠償法係屬於私法，並進而主張國家賠償法在私法制度中，係屬於民法之特別法地位，若無特別規定者，可準用民事法規範<sup>21</sup>。

## 三、折衷說

採具有公法性質之私法說。雖我國學者通說大都採取公法說<sup>22</sup>，惟國家賠償法第 5 條規定：「國家損害賠償，除本法規定外，適用民法規定。」；又國家賠償法第 12 條規定：「損害賠償之訴，則除依國家賠償法規定外，適用民事訴訟法之規定。」可謂國家賠償法仍具有私法性質，不容否認<sup>23</sup>。

## 四、小結

現今之國家賠償法修正草案走向肯認損害賠償責任主體為國家及地方自治團體<sup>24</sup>、且補充法源順序，亦從行政程序法優先，其次在準用民法<sup>25</sup>。可見國家賠償法已修正傳統觀念，凡行使公權力之行為，係屬於公權力主體本身之行為，若公務員違反公法上之義務，致他人因此所受到的損害，公權力主體應直接負責，被害人不得對公務員請求賠償；又，國家賠償法草案第 2 條規定補充法源應優先準用行政程序法，而行政程序法係公法之性質，基於性質相類似之法源應優先準用之法理，可得知國家賠償法修正草案採取偏向公法之看法；雖有論者謂國家賠償法本身係規範侵權行為，要件、法律效果皆以民法侵權行為為依歸，此從國家賠償法第 5 條、第 12 條準用民事法之規定，即可窺探之端倪，故

<sup>21</sup> 從比較法例觀察，日本無論通說或實務皆認為國家賠償事件屬於私法事件，應循通常之民事訴訟程序救濟之。日本學者田中二郎以為：「公法說與私法說之區別，已有可疑，實者依國家賠償制度意旨觀之，應可與民法侵權行為之規定，融合一起而形成所謂之侵權行為法。」(田中二郎，國家賠償法について，法律時報，第 19 卷第 13 號，頁 36。)；另早期德國國家賠償之觀念，係建立在私法基礎上，即國家賠償責任係代位、間接、補充之責任，必須公務員之違法行為構成民法第八百三十九條之責任要件時，國家始依基本法第三十四條規定代替公務員負責，故國家賠償法除特別規定者外，當然適用民法之規定，乃認國家賠償法係民法之特別法，屬於私法。轉引自葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 42。

<sup>22</sup> 翁岳生，行政法與國家賠償法，國家賠償法研習資料彙編，法務部印行，1981 年 9 月，頁 119 以下。

<sup>23</sup> 劉春堂，同註 5 前揭(書)文，頁 11。

<sup>24</sup> 國家賠償法草案第三條第一項：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家或地方自治團體應負損害賠償責任。公務員因故意或過失怠於執行職務，致人民自由或權利受損害者，亦同。」

<sup>25</sup> 現今國家賠償法草案第二條第一項前段規定：「…本法未規定者，適用行政程序法；行政程序法亦未規定者，準用民法之規定。」

應定性為私法；惟吾人以為，國家權力之行使既已區分為公權力行為、私經濟行為，倘若因公權力違法行使致使人民受到損害者，人民依法可主張國家賠償；相對地，國家因私經濟行為而侵害人民之權利時，被害人得依民法規定請求損害賠償，則參酌新主體說以公權力主體是否居於「行使公權力」地位作為區分公、私法之標準，若肯定者，定性為公法；反之，定性為私法，綜上，國家賠償法之性質應定性為公法較為適宜。

## 第二款 普通法兼特別法

法律依其適用範圍之廣、狹，區分為普通法與特別法。所謂普通法，乃對於某種共通事實，法律予以概括規定，並適用於一般人民、一般事項及全國者而言；特別法乃針對特定範圍之人、事、物事項，特定區域或時期所發生之事實，法律予以特別之規定。依中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用<sup>26</sup>。」其立法意旨為，針對同一事項或同一之人，有普通法與特別法併存時，應優先適用特別法規，倘若舊普通法變更為新普通法時，舊特別法仍須優先適用新普通法，此乃「特別法優於普通法」原則。國家賠償法屬於國家賠償責任之一般規定，屬於普通法之性質，此觀國家賠償法第 6 條規定：「國家損害賠償，本法及民法以外其他法律有特別規定者，適用其他法律。」及國家賠償法修正草案第 2 條第 1 項前段：「國家損害賠償，除法律有特別規定者外，適用本法；本法未規定者，適用行政程序法；行政程序法亦未規定者，準用民法之規定。…」即可得知。從而諸如土地法第 68 條、警械使用條例第 11 條、冤獄賠償法及核子損害賠償法等，皆係針對其他領域之國家損害賠償責任之特別規定，因有其特殊的立法目的，自應優先於國家賠償法來適用<sup>27</sup>。

茲有疑問者，乃國家賠償法有關損害賠償責任與民法上之損害賠償責任相較，是否為特別法及普通法之關係？有論者謂：雖然兩者間有關責任要件、賠償主體等有所不同，但皆同以填補損害為本旨。觀察國家賠償法第 5 條規定：「國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法之規定。」顯示國家賠償法規範內容較為精簡概括，為使其適用上完整無缺，適用結果發現本法有不完整或欠缺之處，類如損害賠償範圍、過失相抵原則、非財產上之損害賠償責任，皆可適用民法之規定；在損害賠償訴訟方面，依國家賠償法第 12 條規定：「損害賠償之訴，除依本法規定者外，適用民事訴訟法之規定。」蓋被害人依國家賠償法向國家或公共團體提起損害賠償訴訟，就其請求標的而言，與

<sup>26</sup> 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>，造訪日期：2011 年 2 月 2 日。

<sup>27</sup> 劉春堂，同註 5 前揭(書)文，頁 12。

民事上之損害賠償訴訟相同，故宜由普通法院依民事訴訟程序行之<sup>28</sup>，從上得知，民法及民事訴訟法為國家賠償法之補充法，兩者在適用上，應優先適用國家賠償法之規定<sup>29</sup>，若實體要件或訴訟程序本法未為規定者，再適用民法或民事訴訟法規。

惟有學者從公法上之角度立論，認為國家賠償法性質上屬於公法，既然與民法間屬於完全不同之法系，自無特別法與補充法之關係可言<sup>30</sup>。另有學者<sup>31</sup>從比較國家賠償法與民法間規定內容之不同，例如：民法第 184 條規定之「不法」非等同於國家賠償法第 2 條之「不法」<sup>32</sup>、依民法第 188 及第 28 條規定，僱用人與受雇人須負連帶損害賠償責任，然國家賠償法規定，被害人不得向公務員個人請求損害賠償，與國家間並無連帶責任關係等，故肯認兩法間並無所謂特別法與普通法之關係。

參酌法學方法論之學說解釋，特別法優於普通法原則之適用，並不以特別法和普通法屬於同類性質的法律為限。申言之，普通法與特別法「同為」民事法律、刑事法律或行政法律，當然適用此原則，但不同性質的兩種法律，亦適用特別法優於普通法原則<sup>33</sup>。例如依據刑法第 36 條第 1 款規定，被褫奪公權者，可因褫奪期間屆滿而恢復公權，恢復其為公務員的資格；但依據公務人員任用法第 28 條第 3 款之規定，動員戡亂時期終止後，曾犯內亂、外患罪，經判決確定者，雖褫奪公權期滿，仍不得為公務人員。即公務人員任用法第 28 條為特別規定，具有優先適用於刑法第 36 條第 1 款的效力<sup>34</sup>。再者，普通法與特別法的區別非絕對，而係相對之概念<sup>35</sup>，故同一個法律，可能同時具有普通法和特別法之

<sup>28</sup> 翁岳生，《國家賠償法之研究》，行政院研究發展考核委員會，1981，再版，頁 41；行政院對國家賠償法草案總說明要點十一，轉引自法務部網址：<http://www.moj.gov.tw/mp001.html>，造訪日期：2011 年 2 月 2 日。

<sup>29</sup> 劉春堂，同註 5 前揭(書)文，頁 13；黃謙恩，國家賠償法實務，自版，1980 年 9 月，頁 31。另有日本學者亦同此見解，參閱芝池義一，行政救濟法講義，有斐閣，1996 年 2 月，頁 193。

<sup>30</sup> 翁岳生，同註 16 前揭(書)文，頁 10。

<sup>31</sup> 葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 44 以下。

<sup>32</sup> 不法與違法之意義是否相同，端視認為國家賠償法之法律性質為何，採私法說者，為同義說；反之，採公法說者，為異義說。民法上所稱之「不法」，係指權利侵害為表徵，而公法上之違法，須考慮到「依法行政」之概念，凡國家居於優越之地位，行使公權力導致人民受到損害，若公權力行使有法律為依據(例如：依法徵收土地)，並且遵守法律之規範，縱使侵害到人民的權利(財產權)，仍屬適法；反之若相同情形，公務員卻濫用權限，不遵守法律之規定，即構成違法。

<sup>33</sup> 管歐，法學緒論，自版，民國 75 年 8 月增訂第五十七版，頁 132。

<sup>34</sup> 陳麗娟，法學概論，五南出版，2010 年 9 月五版，頁 31。

<sup>35</sup> 管歐，同註 33 前揭(書)文，頁 32；鄭玉波，法學緒論，三民書局，民國 70 年 2 月七版，頁 32。

地位<sup>36</sup>。從上論述，不論係認定國家賠償法為公法或私法，或係屬於較偏向公法性質之私法，民法、民事訴訟法與國家賠償法之關係，依國家賠償法第 5 條、第 12 條規定仍具有補充關係，即原則上須優先適用國家賠償法，若本法無規定者，才適用民法或民事訴訟法，故無論採取何種見解，兩者仍具有特別法與普通法之關係。

### **第三項 國家賠償法之功能**

#### **第一款 損害賠償功能**

隨著社會風險之多樣化，人民所受到的損害，不應由其個人單獨承受，而應由社會共同分擔損害發生之風險，其乃社會保險之概念，具有促進社會安定之效果。惟國家損害賠償有其行使之界限，須行使公權力侵害人民之行為，可能無法律上授權或違反法律之規定，甚或怠於執行職務、濫用公權力，總之，係該當「違法」行使公權力之行為，且人民確實受到損害，才可向國家請求損害填補。由國家負損害賠償責任較諸被害人只對無資力之加害公務員個人請求損害賠償，更能獲得賠償之機會，更能貫徹社會國原則。

#### **第二款 監督功能**

所謂監督功能，係藉著國家賠償法之公佈實施，期待未來能抑制國家官員違法公權力之行使，並督促國家公有公共設施能為適當之設置或管理，避免因其欠缺，而導致國家損害賠償責任之發生。若公務員之國家賠償責任，係因公務員主觀上故意或重大過失所導致；又或者公有公共設施之設置或管理有欠缺，另有應負賠償責任之人，基於衡平理念，國家依法對其有求償權，為避免國家對公務員求償之情勢發生，可收未來執法相關人員謹慎行事之效。

### **第三節 賠償義務類型**

國家賠償責任可分為人之責任與物之責任兩種類型。針對物之責任方面，

---

<sup>36</sup> 例如：土地法關於土地事項，相對於民法而言，民法為普通法，而土地法為特別法；但相對於耕地三七五減租條例而言，土地法為普通法，耕地三七五減租條例卻係特別法。

通說係採自己責任說；人之責任方面，有採代位責任說或自己責任說兩種見解。多數學者及實務係採代位責任說，然此項見解已開始遭我國近期學者批評，認為國家既然屬於法人之一種，基於法人實在說，公務員視為國家之機關，故其執行職務行使公權力時，其人格被國家所吸收，公務員之行為視為國家行為，為保障人民之權益，及分散公共風險，應採取自己責任說較為妥當，以下，針對國家賠償責任類型，作一介紹。



## 第一項 公務員違法有責所生之國家賠償責任

### 第一款 國家賠償法第二條

國家賠償法第 2 條第 2 項規定：「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」其要件內涵，分析如下：

#### 一、行為人須為公務員

依本條第 1 項規定，所謂公務員，謂依法令從事公務之人員。惟我國並無統一之公務員法，對公務員之解釋亦無統一之定義，從我國人事行政法律發展來看，公務員之概念可細分為下列四種<sup>37</sup>：

##### (一)最狹義之公務員：

指依公務員任用法取得官等(委任、薦任、簡任)與職等任命證書，對任命之機關負有勤務與忠誠關係之公務員。

##### (二)狹義之公務員：

即公務員懲戒法上所稱之公務員，指官等為特任、簡任、荐任或委任之文職人員，包括事務官與政務官。其範圍較前者稍廣，稱之為狹義之公務員。

##### (三)廣義之公務員：

依公務員服務法第 24 條規定，該法所稱之公務員係指受有俸給之文武職人員以及其他在公營事業機關服務之人員。所稱俸給，不僅指現行公務人員俸給法所定之俸給而言，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之；又不以由國家預算內開支者為限，其由縣市或鄉鎮自治經費內開支之公務員，亦包括在內，因此，凡受有俸給者，即為公務員服務法之公務員，如非受有俸給，則不在適用該項規定之列。

##### (四)最廣義之公務員：

<sup>37</sup> 摘錄自曹競輝，國家賠償立法與案例研究，三民出版，民國 77 年 11 月再版，頁 56 至 57；葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 96；謝榮盛，國家賠償構成要件之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，民國 73 年 6 月，頁 49 至 50。

即刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員」因而，凡依現行法令之規定，從事於公務者，均為刑法上之公務員，其產生是由選舉、或者派用、任用、僱用、聘用，為有給職、無給職、政務官或事務官、文職或武職，均不影響其為公務員，範圍甚為廣闊，是為最廣義之公務員。

我國國家賠償法第 2 條規定之公務員，究屬於哪一類？查行政院送請立法院審議之「國家賠償法草案」，對公務員一詞原無定義，有意待將來學說、判例補充之。惟國家賠償法之制定，係為促進民主法治，保障人民權益，如對公務員之範圍限制過嚴，則人民獲得賠償之機會減少，國家賠償制度之設，勢將形同具文<sup>38</sup>。故國家賠償法上公務員之認定，並不以具有公務員法上之公務員身分為必要，而是以所執行之行為是否該當於行使公權力之職務行為為準，不論其屬於臨時性或永久性，一般職務或特別職務，是否受有俸給、報酬，及其任命有無瑕疵，均非所問。有此可知，公務員之概念，較諸國家公務員法或地方公務員法所稱之公務員範圍為廣，故我國學者主張公務員之範圍應從寬解釋<sup>39</sup>。

至於受委託行使公權力之私人或私法人，亦屬於準公務員之類型，屬於法理上新興之概念，目前已發展出多種實務上承認之例子<sup>40</sup>，其內涵不同於上述概念，其重要內容留待下文詳述之。

## 二、須為執行職務行使公權力之行為

### (一)執行職務之行為

公務員之不法侵害行為，必須執行職務所為者，始能由國家或其他公法人負賠償責任。如為公務員個人行為或非執行公權力之職務行為所造成之損害，則國家或其他公法人對之不負賠償責任。行為，可分為作為與不作為兩種，前者稱為積極作為，乃積極執行職務之行為；後者稱不作為，乃怠於執行職務之行為。以下分別就積極、怠於執行職務作細部介紹：

<sup>38</sup> 曹競輝，同註 37 前揭(書)文，頁 57。

<sup>39</sup> 我國國家賠償法之公務員，應理解為「行使公權力之人」較為妥當。參廖義男，國家賠償法，三民出版，民國 85 年 4 月增訂版五刷，頁 26。

<sup>40</sup> 類如私立學校委託行使教育權、公路局監理處委託私人公司或修護廠代為檢驗車輛、商品檢驗主管機關將有關檢驗之技術工作，委託私法人團體代為實施、漁會受政府機關委託，代徵漁港工程受益費及漁港修復費、另民間公證人亦屬於多數學者承認之實例，其亦為本文討論之重點，將於後文介紹。

## 甲、積極執行職務：

一般所謂執行職務，皆會引用民法第 188 條第 1 項規定：「受雇人因『執行職務』<sup>41</sup>，不法侵害他人權利者，…」來解釋國家賠償法上所稱執行職務之概念。我國公法學者以為應採取客觀說之見解，認為公務員之行為在客觀上足認為與其執行職務有關，即使為自己之利益所為，一旦不法侵害他人權利，亦構成國家賠償責任。客觀說之見解在於保障被害人之權利，故針對執行職務之概念應從寬解釋。

另，針對執行職務之範圍，又區分為廣義說和狹義說。廣義說以為，執行職務本身之行為，當係屬執行職務之行為，且如執行遂行職務之手段行為，或執行與職務內容有密切關聯之行為，亦屬之<sup>42</sup>。狹義說以為，執行職務之行為必須與執掌之公務內容表裡如一，始克相當。易言之，係指職務本身之行為而言，故非屬職務本身之行為，而係與職務無關之私人行為，或與職務有相關聯之行為者，均非執行職務之行為<sup>43</sup>。

綜上，如何判斷公務員「執行職務」之內涵，並同時兼顧人民權利之保障及避免範圍解釋過寬而失之偏頗，須對本條之文義作合目的性之解釋。所謂執行職務，必須以「行為目的」與「行為外觀」等兩種因素作為判斷標準：執行職務，係指公務員乃在行使其職務上之權力或履行其職務上之義務等而與其所執掌之公務有關之行為，其不能僅以行為與職務間在外觀上、時間上或處所上有相關聯即為已足，更必須是行為之目的與職務之作用間內部上存有密切之關聯為必要，於此必須與「職務予以機會之行為」嚴加區別，類如：利用公家汽車為私人性質之郊遊、警察利用值勤時所持有之手槍，從事私人報復之行為，即不屬於執行職務之行為；惟行為在辦公處所及辦公時間以外所為者，例如警

<sup>41</sup> 依我國民法學者之見解，民法第 188 條所定「執行職務行為」之判斷基準，有主觀說與客觀說二種。主觀說是以意思，而客觀說則是以行為外觀作為判斷標準。其中主觀說又以依何人意思之不同，又分為：一、是以僱用人之意思為準，即認受僱人所執行者，必屬僱用人所命令或委託事項之行為，或與該行為有相牽連關係者，才屬執行職務之行為。二、是以受僱人之意思為準，即認除上述情形外，如受僱人認為所執行者，係為僱用人之利益之行為者，亦屬之，惟若為其個人利益者，則不屬之。而客觀說以為，係以行為外觀為判斷基準，凡外觀上具有執行職務之形式者，則不問僱用人以及受僱人之意思為何，亦不問係僱用人或受僱人何者之利益，均屬執行職務之行為。轉引自葉百修，同註 4 前揭(書)文，頁 116 至 117。

<sup>42</sup> 類如：偵查犯罪嫌疑人，予以刑求逼供、稅務員查帳時，對納稅義務人為脅迫行為，使之承認有漏稅行為、公務員對新聞記者發表犯罪偵查經過等是。劉春堂，同註 4 前揭(書)文，頁 23；葉百修，同註 4 前揭(書)文，頁 118。

<sup>43</sup> 類如，衛生機關之食品檢驗員，對合乎規定之食品，誤認為不合格予以公佈者，屬違法之行政處分，即該當執行職務侵害人民之權利；惟若稅務員在辦公室內清帳時因吸菸失火，而燒毀納稅人之帳簿時，依狹義說之見解，即不該當執行職務之範圍，自亦無國家賠償責任之問題。



員飼養保管警犬於家中之行為，仍應認為屬於執行職務。再者，執行職務，並非表示行為須在權限範圍內不可，逾越權限或濫用權利之行為，正是公務員執行職務不法侵害人民自由或權利之典型行為，類如，裁判實務上，交通警察對違規停車之駕駛人，依法僅能處以罰鍰或拖吊，惟竟處以吊扣駕照之處分者，認該當於執行職務、逾越權限之行為<sup>44</sup>。

## 乙、怠於執行職務：

人民遭受到損害，除了因公務員積極行為所致者外，亦有可能因公務員消極不作為所生，即公務員因怠於執行職務所生之國家賠償責任<sup>45</sup>。類如水庫放水，公務員未事先告知者，致下游人民受到損害、公務員對於人民申請之案件，怠於依法令規定限時處理，致人民受到損害即是。按怠於執行職務，乃公務員依其職務內容，對於第三人有作為之義務，卻不作為或遲緩履行者致人民自由或權利遭受到損害者，簡言之，乃職務上應執行而不執行之消極行為。又怠於執行職務屬於違法性、欠缺正當性之問題，與因果關係之要件無關<sup>46</sup>。

至於怠於執行職務之範圍，有下列學說實務上例示之判斷標準：

1. 依法規規定內容及依其解釋得導出作為義務：法規若已明定公務員之作為義務，或依對該法規之解釋可以導出公務員之作為義務時，則公務員應作為而不作為時，該當怠於執行職務。從上述方式所導出之作為義務，理論上須認第三人之利益而存在，即其法規目的在於保護或增進第三人利益，始足當之，若法規範之目的在於維護公益，個人僅有反射利益者，不能因國家機關不執行該行為，即主張怠於執行職務而行使國家賠償。我國實務見解以為<sup>47</sup>，被害人對於公務員特定職務行為，須有公法上請求權存在，經其請求其執行而怠於執行，

---

廖義男，同註 39 前揭(書)文，頁 30；葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 117、120。

<sup>45</sup> 我國國家賠償法第 2 條第 2 項規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。」本條前段乃規定公務員因積極行為行使公權力所生之國家賠償責任；後段乃針對公務員消極行為所生之國家賠償責任，兩者共同構成公務員職務侵權行為的國家賠償責任體系。

<sup>46</sup> 葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 157；董保城、湛中樂，同註 5 前揭(書)文，頁 96 至 106；廖義男，同註 39 前揭(書)文，頁 54；曹競輝，同註 37 前揭(書)文，頁 78 至 79。

<sup>47</sup> 最高法院 72 年臺上字第 704 號判例謂：「國家賠償法第二條第二項後段所謂公務員怠於執行職務，係指公務員對於被害人有應執行之職務而怠於執行者而言。換言之，被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之行為者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法上請求權可資行使，以資保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。」

至自由或權利遭受到損害，始得依國家賠償法第 2 條第 2 項後段規定，請求國家負損害賠償責任。比較上，實務上對人民因公務員怠於執行職務，請求國家損害賠償責任之條件較為嚴格。

2.從機關內部之行政規則透過一般法律原則之運用導出作為義務：行政機關為增加其辦事效率，常訂定若干規則，以供內部遵守。此項規則，原僅對內部生效，惟行政機關既自訂規則而願意自我拘束，則基於平等原則，對於同一性質之事件，即應作相同之處理，從而對外亦發生有規範國家與人民關係之間接效力，若行政機關違反其自訂之規則，恣為職務義務之違反，人民的權利若受有損害，亦不能脫免國家賠償責任。

3.依公序良俗或法理得導出作為義務：目前在學理上尚未有一致之見解。採肯定說者以為，「如從公序良俗、條理或健全之社會觀點以觀，公務員之不作為有違反公平正義時，則公務員即負有作為義務，詎該公務員竟不作為時，會發生國家賠償責任之問題」。茲舉例如下：公務員之作為義務，法令賦予其自由裁量之權限，而公務員不正確行使其權限者，應如何論處？在日本昭和 46 年以後，已傾向保障人民權利之解釋，認為「雖屬於自由裁量之事項，但該裁量權之不行使，顯然欠缺合理性，而社會亦認為不妥時，其不作為即不能免於違法之評價<sup>48</sup>」，以裁量權之不行使，是否顯然合理性，作為判斷權限不行使違法性之有無，所謂顯然欠缺合理性，係指公務員對於人民生命、身體、財產急迫之危險，可以容易行使其權限，且該權限之行為為有效避免危險之適當方法，倘公務員以具有裁量權為藉口而怠不行使，其不作為顯然欠缺合理性，可追究其責任。惟亦有折衷說以為，「苟無法令上之依據，則公務員對其不作為只負政治責任，由國民透過選舉或言論等方式來追究為政者之責任，惟若公務員之不作為會對人民之生命、身體、財產帶來急迫或重大危險者，國家即負有保護之義務，其應作為而不作為者，須負國家賠償責任。」

4.保護規範理論：司法院大法官作出釋字第 469 號解釋，首度提出保護規範理論之觀點。其重點如下：(1)行政機關怠於執行職務之構成，不再以人民應先行使行政介入請求權，亦及毋庸先命行政機關作為，倘符合一定要件而有公法上之請求權，經由一定程序請求公務員作為而怠於執行職務者，始得請求國家賠償。(2)提出危險防止或危險管理之措施概念。蓋近來行政業務種類繁多，

<sup>48</sup> 參曹競輝，同註 37 前揭(書)文，頁 79。

並伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境、衛生之危害，故對行政不作為之違法基準，不再限縮解釋。(3)提出「裁量權收縮至零」之概念。即行政機關在特定之條件<sup>49</sup>下，達到無可裁量之餘地，非採取必要適當之措施，則無法保護人民之權利。上開解釋之作成，擴大了人民因公務員怠於執行職務致受到損害時，得以請求國家賠償之依據，不僅可以促使公務員應積極任事，且對人民權益之保障即有助益，自值讚許。

綜上所述，因不作為而生違法性者，係以有作為義務為前提，且此種作為義務，亦須為第三人(即被害人)之利益而存在，亦即係為保護或增進第三人之利益。如該作為之義務，專在增進或保護社會公益，雖該個人因該作為獲有反射利益，亦不能因國家機關不執行該作為，即謂係怠於執行職務，而請求國家賠償。

## (二)行使公權力之行為

我國學者對公權力之見解，可區分為廣義、狹義兩說。狹義說以為，公權力之行使乃指國家基於統治權之優越地位意思所發動之行為，不問為具體公權力或抽象公權力均屬之(但不包括非權力之公行政作用與私經濟行為在內)，舉凡國家之行政、立法、司法、考試、監察等，亦不問下令權、強制權、形成權皆屬之。惟近期學者趨向採取廣義說之見解，認為公權力係指私經濟作用以外之其他公法行為，包括高權行為與單純高權行為者。

我國實務觀察，因公法學發展較為遲緩，故參酌外國之學說與實務見解，乃從廣義觀點解釋：所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為，包括適用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行為<sup>50</sup>。與學說通說採取相同之廣義看法。從上述見解，可以歸納「公權力」之類型如下<sup>51</sup>：

<sup>49</sup> a.人民權益所受侵害達危險迫切之程度、b.公務員對於損害之發生，可得預見、c.侵害之防止仰賴公權力之行使，當事人無法自行排除、d.判斷有無保護規範理論，應從法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及設會發展因素綜合判斷之。整理自釋字第 469 號解釋理由書。

<sup>50</sup> 最高法院 80 年度臺上字第 525 號判決。

<sup>51</sup> 茲摘錄自葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 140 至 141。

1.具有命令、強制等權力性質者：又稱為狹義之公權力。茲所稱者為具有命令、強制性質之行為，另事實行為亦包括在內。例如：衛生機關強迫民眾施打預防針、搜索或扣押郵件、消防隊救火等即是。

2.以法規、行政處分或行政契約之方式為之者：行政處分係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，而對外直接發生法律效果之單方行政行為<sup>52</sup>，主要強調行政機關之高權性與官方性；而行政契約係指行政機關與其他機關或與人民締結行政契約，以設定、變更或消滅公法上法律關係為內容，為行政作用方式之一種，故兩者皆該當公權力之行使。

3.國家行為具有侵害行政之性質者：所謂侵害行政，即國家居於統治權力主體之地位，運用禁止或命令之方法，對於人民之自由或權利加以限制或課予負擔之行為，此與早期學者所稱之官方行政相當，自屬於公權力之行使。

4.國家行為係以公法方式履行給付行政之性質：給付行政，指國家對於社會大眾或特殊條件之人(如：老弱殘廢、災胞、難民、農民、中小企業等)，提供金錢、保證、服務或物質給付，以增進公共利益或達到特定政策目的之行為者，若國家行為係以公法行為方式履行此種給付行政義務者，類如：強迫學齡兒童入學接受國民教育、強迫住戶垃圾之處置應交給垃圾車處理，即學者所稱之單純高權行政行為，不同於行政私法行為，屬公權力之行使範疇。

5.國家行為之性質屬於國家應完成之公共任務者：道路、公園、停車場、堤防等公共設施之興建原屬於國家應行之公共任務，故國家為該行為者，乃該當單純高權行政行為，為公權力之行使。

### 三、須為不法之行為

「不法」係民法上的用語，行政法等公法法規通常使用「違法」之用語<sup>53</sup>，國家賠償法第 2 條第 2 項之所以用「不法」，實係與民法第 184 條之規定相配合。實際上，公務員行使公權力侵害人民之自由和權利，是否構成「不法」，亦屬於違法性判斷之問題，故此之「不法」乃等同於公法上「違法」之概念。

<sup>52</sup> 行政程序法第 92 條有明文規定。

<sup>53</sup> 憲法第 24 條、訴願法第 1 條、行政訴訟法第 1 條等。

國家賠償法之要旨，在於保障被害人盡可能獲得救濟的機會，故公務員之行為，不法侵害人民之權利者，不以違反法令為限，尚包括侵害人權，濫用權利，違反誠信原則及公序良俗，致人民權利發生損害在內，是以上開原則，均為「違法」之判斷標準。所謂「不法」，應指行為在客觀上欠缺正當性者，諸凡違反憲法、法律、命令、習慣法、解釋、判例及行政法上之一般原理原則，類如比例原則等，均屬不法，再者，公務員本有作為義務而不作為者，亦受到「不法」之評價。

公務員執行職務，行使「不法」之行為，究應由誰擔負舉證責任？觀照民法第 184 條之規定，侵害他人權利之行為即屬於不法，亦即受不法之推定，被害人僅須證明其權利遭受侵害即為已足，對於不法並無舉證責任，而加害之行為人為免除賠償責任，則非不舉證證明其行為為適法，即行為具有阻卻違法事由不可<sup>54</sup>；反觀公法上之舉證責任，因國家履行國家任務時處於優越之地位，若其行使公權力致人民遭受損害，事所常見，故常受合法之推定。惟依照上述見解，被害人若不能就公務員不法行為舉証時，不得請求賠償責任，對人民實屬不利，為保障被害人之意旨，學者間均主張被害人僅須證明加害行為之事實為已足，不必證明公務員之不法，而國家或公共團體就行為適法性之行使，應予舉證<sup>55</sup>。

#### 四、須有故意、過失

我國國家賠償法制定之初，因參酌我國民法之概念，為期與民法規定相配合，故明定以故意、過失<sup>56</sup>為賠償責任要件。故我國國家賠償法係採過失責任主義，關於公務員不法侵害人民之自由或權利，必須出於故意或過失者為限，國家始對之負損害賠償責任，至於國家對於公務員之選任與監督，不問有無過失，皆應就被害人所受損害負賠償責任。惟國家賠償責任之性質，有採代位責任說抑或自己責任說之區別，對於故意、過失之定位亦隨之不同：採代位責任說者，故意、過失為公務員本身主觀歸責要件，國家無可歸責性，故國賠責任成立之

<sup>54</sup> 摘錄自王澤鑑，*侵權行為法第一冊—基本理論一般侵權行為*，自刊臺北，1998年9月，頁263。

<sup>55</sup> 摘錄自廖義男，同註39前揭(書)文，頁125至126。

<sup>56</sup> 故意、過失之概念，乃套用刑法、民法之解釋。故意乃包涵直接故意和間接故意，而過失，係以抽象輕過失、具體輕過失、重大過失為標準。以公務員為例，應要求盡善良管理人之注意義務，其程度須達到忠於職守之一般公務員在具體情況下應能注意，並可期待其注意者而言，違反者，以過失論。

前提，須公務員有故意、過失，倘若公務員欠缺故意、過失者，即無國家賠償責任可言；採自己責任說者，故意、過失僅係國家公務運作之瑕疵而已，只要不法侵害人民權利即可成立賠償責任。通說係採代位責任說。

故意、過失之認定標準，以公務員擔任某項職位，必須具備執行該職務所須之能力或知識。關於一定職務之執行，若法令已有明確規定者，公務員對之必須瞭解且確實遵守，若未盡其注意，而不知該法令之存在，或對用語明確之法令規定，而為顯然錯誤之解釋，即可認定有過失。再者，公務員須服從長官或依上級機關之命令行事<sup>57</sup>，原則上，上級之命令、指示應推定為合法，故下級之公務員違背長官之命令，即可能構成違背應執行之職務而有故意、過失。又因國家賠償法第 5 條規定係以民法為補充法，由公務人員受有俸給或報酬，並受專業訓練，在專業領域事務上，理應較他人嫻熟，故於執行職務行使公權力時，應盡民法上**善良管理人注意義務**，從而比一般人有更高的注意義務<sup>58</sup>。

## 五、須人民之自由權利受到損害

此處所稱自由或權利，係指法律所維護及保障之一切自由及權利而言。自由，當係指憲法所定之一切自由在內，如身體自由、居住遷徙自由、集會結社自由、言論出版自由等即是。而權利，自包含人格權(如：姓名權、生命權、身體權、健康權、名譽權、自由權)、身分權、財產權等屬之。另，非現行法律體系上所明認之權利，僅為一種利益時(例如：占有)，可否為國家賠償法所保護之對象，基於憲法第 24 條保障人權之精神，似宜採肯定之見解。

茲所謂「損害」，與民法上之理論相同，乃基於法益侵害之不利益，不論係為財產上之損害或非財產上之損害，亦或積極之損害或消極損害，皆非所問。惟反射利益及單純感情之損害，則不包括在內。又國家賠償之立法意旨，在於損害之填補，無損害自不生賠償之問題。

<sup>57</sup> 按公務員服務法第 2 條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」、公務人員保障法第 17 條第 1 項：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該管長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從義務。」

<sup>58</sup> 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，元照出版，2011 年 9 月，頁 263。

須補充說明者，被侵害之人民，係指居於國家主權作用下之一般統治關係，並受公權力支配之一般人民，此所謂之人民，除自然人外，尚應包括法人在內。至於服從特別權利關係之人，於受到侵害時可否請求國家賠償，從早期主張此立場之人民與國家乃內部關係，具有忠誠服從之義務，故不得主張損害賠償，亦不得請求行政救濟，惟大法官陸續作成釋字第 382、462、491、653、684 號，已肯認此特別權力關係(現已稱為特別法律關係)之人民，只要憲法保障之自由、權利受損，皆可請求行政救濟及賠償。

## 六、 不法行為與損害之發生須有相當因果關係

相當因果關係，乃指有此行為，依客觀觀察，通常即會發生此損害者，是為有因果關係；如無此行為，必不生此損害，或雖有此行為，通常亦不生此損害者，即為無因果關係。人民之自由或權利受到侵害而請求國家賠償時，必須主張其損害與公務員之不法行為有此等因果關係，亦即必須證明係由於公務員違背其職務義務之行為所致，如該職務義務之行為與該受害之自由或權利無關，亦即並不在保護被害人之自由或權利為目的者，則不能認為有相當因果關係<sup>59</sup>。

國家賠償法第 2 條第 3 項規定：「前項情形，公務員有故意或重大過失者，賠償義務機關對之有求償權。」國家求償權成立之前提，必須賠償義務機關對於被害人民已支付損害賠償金額(國家賠償法以金錢賠償為原則，回復原狀為例外)或為其他免責行為(如抵銷、代物清償或其他回復原狀等行為)之求償請求權存在，從而得向違法公務員請求賠償。惟對公務員行使求償權須嚴格限制其要件，須限於故意和重大過失者。蓋故意係明知並有意使其發生違法事實；重大過失係怠於或欠缺一般常人應有注意之心理狀態，其程度已趨近於故意程度致違法事實發生，為衡平法律秩序與公平正義，國家始可向公務員求償。反面推論，若國家對被害人不負損害賠償責任，或國家僅盡力使損害賠償債務消滅(如使被害人免除債務)，本身並未對被害人為有償的給付以消滅債務者，自不得向公務員求償。

<sup>59</sup> 代表例子：A、B 工廠因排放廢氣超過標準值而違法空氣汙染防制法，惟僅 A 工廠遭到主管機關取締，致使 A 的生產成本明顯高於 B 工廠，以致無從抵抗 B 工廠之營業競爭，A 工廠對其營業競爭之不利與損失，不能對主管機關請求國家賠償。整理自廖義男，同註 38 前揭(書)文之例子。

## 第二款 國家賠償法第四條

國家賠償法第 4 條第 1 項規定，受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視為委託機關之公務員；受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時，亦同。故不具有任何公務人員身分之第三人，於受國家委託行使公權力時，即成為國家賠償法上之公務員，堪稱為「最廣義之公務員」。既然屬於實質意義上之公務員，當然構成國家賠償法責任之一環，其成立國家賠償責任之要件與本法第 2 條大同小異：即客觀上必須具備公務員身分、執行職務行使公權力、不法性、人民之自由權利受到損害、相當因果關係；主觀上亦須具備故意、過失。再者，同法第 4 條第 2 項規定，若行使公權力之私人有故意或重大過失時，賠償義務機關對其亦有求償權，故國家賠償法第 4 條與國家賠償法第 2 條之主要差異點在於行使公權力之「主體」。茲提出相關想法：委託行使公權力之私人，對構成國家賠償「行使公權力」部分，是否等同於國家賠償法第 2 條「行使公權力」之解釋？又私人代替國家完成行政任務的類型有哪幾種？最後，嘗試連結委託行使公權力之私人與民間公證人之關係。

### 一、行使「公權力」之內涵

依當前公法之理論，所謂「公權力」者，其範圍已不在僅限於高權行為或下命性行為，依照實務上 80 年台上 525 號判決，尚包括非以命令及強制之手段，而以提供給付、服務、救濟、照顧、教養、保護或輔助等方法，達成國家任務之行為，諸如公路之修築、垃圾的收集及清運，或上下水道之建設等均屬之。從上述實務解釋，所謂受委託行使「公權力」之私人者，自應包括受委託從事「公路之修築」或「垃圾之收集運送」之民間業者在內。故學者李建良<sup>60</sup>主張，我國國家賠償法第 4 條第 1 項所謂受委託行使公權力之私人概念上，除了「受委託行使國家絕對高權之私人」外，亦包括「受委託行使單純高權之私人<sup>61</sup>」。惟另有學者林三欽<sup>62</sup>以為，國家賠償法第 4 條之行使公權力，其權限僅限於「作成行政處分」

<sup>60</sup> 李建良，因執行違規車輛拖吊及保管所生損害之國家賠償責任—兼論委託私人行使公權力之態樣與國家賠償責任，中興法學第 39 期，頁 118；陳敏，行政法總論，新學林，98 年 9 月 6 版，頁 1144。

<sup>61</sup> 這裡所謂行使絕對高權，乃指私人位居統治權主體之地位，以自己之名義對外作成行政處分之意思表示，具有強制力。而所謂單純之高權行政，係指不具權威性之高權行政，即對外拋棄威權之命令與強制手段，例如公行政設置營造物，或與人民締結行政契約即是。故受委託行使單純高權行政之私人，亦可以訂立私法契約之手段完成國家任務。

<sup>62</sup> 此概念摘錄自林三欽，將「專業簽證」納入「行政管制體系」後之國家責任問題—以建築簽證為例，月旦法學雜誌第 151 期，頁 22 至 23。



以及「與上述權限密切相關之事務」。作成行政處分之概念已然明白，至於「與作成行政處分權限關係密切之事務」，主要係指行政調查權限以及其他與行政處分之作成關係密切之事務。若不在此一範圍內，而屬於事務性工作者，例如：修剪樹木、清掃街道，此等事務若由行政機關自行從事固然屬於公權力行政，但明顯地具有勞務委託之性質，故應排除於行政委託之概念外，故國家賠償法第 4 條之行使公權力，自不包括單純高權行政。

管見以為，從現今國家賠償法之修法趨勢，已走向放寬請求國家賠償責任之事由範圍，依舉重以明輕之法理，規定委託「行使公權力」之解釋範圍，亦應從寬解釋。因此只要國家任務具有公權力性格，不因其行使手段方式之不同(公法方式、私法方式)，而異期處理態度，故有關國家賠償法第 4 條之「行使公權力」應採取廣義見解，範圍除了包涵絕對高權外，亦包含單純高權。

## 二、私人主體之類型

為何需將國家權力委託給私人行使？其乃源自於現今吵得沸沸揚揚之「民營化」概念，即藉由民營化之參與，將國家的行政任務適度的移轉給富有專業、效率化、技術管理的私人代為履行，行政仰賴民間市場法則經營，讓國家任務更可已圓滿完成外，其主要目的在於減輕行政在人力與財政上之負擔。回歸正題，國家賠償法第 4 條之委託行使公權力之私人或私法人，屬於功能民營化<sup>63</sup>之類型之一，學理上稱為「行政委託」，除此之外，功能民營化亦包涵行政助手、專家參與、依私法契約羅致之私人等，學理實務上已肯認行政委託屬於國家賠償法第 4 條涵攝之範圍，內涵如下文；另上述其餘類型，是否亦有國家賠償法第 4 條之適用，自有對各民營化之類型加以釐清之必要。

### (一) 行政委託

---

<sup>63</sup>所謂功能民營化，指某特定事務之履行，不僅其國家任務之屬性不變，即國家本身也未放棄自身執行的責任，只是執行階段選擇借重私人力量的方式完成任務。由於有執行之責的國家要借重私人力量完成行政任務，所以國家與私人間通常會有委託或其他類似契約關係存在，故此種民營化之類型又俗稱為「委託外包」，簡稱「委外」。再者，依私人參與履行的強度，功能民營化本身還可作如下分類：1.行政助手 2.專家參與 3.行政委託。此外，亦有形式民營化、實質民營化，與上述功能民營化三者構成行政任務之民營化，因與公務員之認定有密切關係者為功能性民營化，故以功能民營化之內涵作為論述重點。功能民營化之定義，摘錄自許宗力，論行政任務的民營化，收錄於當代公法新論(中)\_翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版，2002年7月，頁585以下。

何謂行政委託，參酌學說見解，似可認為：由國家賦予得以自己名義對外獨立行使公權力，而完成一定國家任務之私人、私法人或私法人團體而言<sup>64</sup>。另，參照大法官釋字第 269 號意旨：人民受委託行使公權力時，於外部關係上，得獨立以自己名義執行公行政職務，在受託權限範圍內，具有行政主體之地位(行政程序法第 2 條第 3 項<sup>65</sup>)。類如民航機機長在飛機上行使警察權；受託辦理汽車監理檢驗之民間業者對檢驗合格者以自己名義簽證，海基會受國家委託處理兩岸人民往來有關事務，執行文書認證部分等均是。因行政委託在功能民營化類型中，其私人參與程度和行使公權力強度，皆勝於其他類型，故有必要對其內涵論述之：

#### 1. 受託對象為私人或私法團體：

由於行政委託係屬由國家等行政主體將公權力交予人民行使之現象。因此，得為受委託之對象，僅以人民為限。而此所謂之人民，不以自然人為限，尚包括私法人與私法上之非法人團體。惟無權利能力之非法人團體得否為受託人尚有商榷之餘地，實務上以為，非法人團體雖無權利能力，但依照行政訴訟法第 22 條規定，非法人團體仍有當事人能力，具有擔任原、被告之適格，故應採肯定說。然無論如何，該等法律主體在組織法上之地位，須屬於私的，與國家不具有任何之職務或受僱關係為必要。從上述推論可知，人民苟因職務或受僱關係而具備公務人員之身分，並且執行公務者，即非此所謂之受託行使公權力之人。

#### 2. 受託依據須有法律保留：

在功能民營化之情形，狹義之行政委託的特徵是授權私人獨立行使公權力，因此公權力以由具一定資格之公務員行使為常，倘若國家等行政主體基於事實情況之需要，亦得將公權力委託予第三人行使，此時，是否須有法律依據？依法理以觀，公權力委由一般私人行使，對於法律關係之相對人權益之影響，不可謂不重要，根據功能最適理論下之基本權重要性標準，應有法律保留之適用<sup>66</sup>。

然功能民營化落入法律保留之範疇，仍有單純法律保留與國會保留之分。狹義的行政委託因涉及委託行使公權力，對社會公益與相對人權益影響均大，因而所需之法律授權，原則上必須是個別、具體的授權，而不是概括授權。簡言之，

<sup>64</sup> 廖義男，同註 39 前揭(書)文，頁 26；葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 101。

<sup>65</sup> 行政程序法第 16 條固然沒有明定受託之私人得獨立以自己名義去行使公權力，但第 2 條第 3 項既已規定受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，「視為行政機關」，則該私人必然是以自己名義行使公權力，否則根本就沒有被視為行政機關之可能或必要。參許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 589。

<sup>66</sup> 許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 597。

每一單項業務要委託私人行使，都需有為其量身訂作之個別法律授權，而概括性法律授權，諸如行政程序法第 16 條第 1 項直接作為狹義行政委託之依據，尚有所不足，故一個特別的、個別法律的授權，仍是有必要的，故此所指之法律保留，應係指個別之法律保留<sup>67</sup>。

### 3. 私人受託方式與公告：

行政委託之方式並無限制，或直接依法律規定而生<sup>68</sup>，或由國家行政機關基於法律之授權，依行政處分或公法契約之方式為之。又公權力之委託行使，僅能針對「權限之一部分」使得為之，不得為權限之全部委託，否則違反法治國家「制度法律保留」之精神。再者，行政部門將公權力委託給私人行使，並對外發生法律關係，牽涉到人民之基本權甚鉅，故不論人選之選定程序、行政交付給民間的事實，應一併公告之，除了一方面提供一般人民協助監督受託人是否切實履行行政義務之機會，他方面也有使外界有機會監督委託事項之內容，使其不致於有違背公益之機會。

### 4. 私人或私法團體行使方式：

受委託行使公權力之人須以「自己名義」，對外獨立行使公權力，而完成一定之國家任務者。故其須具備：1. 獨立行使公權力，即執行公權力時，不受公權力主體之指揮監督；以及 2. 所執行之職務是屬於委託機關之公權力職務等要件，始克相當<sup>69</sup>。

從上得知，行政委託之內涵，應符合國家賠償法第 4 條之適用。

## (二) 行政助手

行政法所習稱的行政助手，是最典型的機能民營化類型之一。在此，行政任務基本上仍是由國家親自以自己名義執行，民間扮演的角色只是受行政指揮監督，從旁執行較技術性、支援性的工作。例如：交通警察執行違規車輛之拖吊，民間拖吊業者則受在場警察指揮監督，從事助手或輔助人的工作、公立學校之教

<sup>67</sup> 摘錄自許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 598。另參蔡茂寅，行政委託相關問題研究，收錄於當代公法新論(中)\_翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版，2002 年 7 月，頁 627，亦採相同見解。

<sup>68</sup> 此種方式係由法律直接規定國家權限之移轉，而私人於具備該項移轉規定之法定構成要件時，即成立行政委託。此如：所得稅法第 89 條規定即屬之。葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 103。

<sup>69</sup> 葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 103。

師於上體育課時，使用跳箱或單雙桿等運動器材時，請若干學生從旁協助，防止傷害之發生。故其特徵在於，非以自己名義獨立對外行使公權力，而是在行政機關指示下，立於幫手地位，協助該行政機關處理行政事務，且行政助手發生之需求乃屬於臨時性、偶發性、即時性，且此等幫手不須具有特殊技能或豐富經驗條件，只要具備一般知識技能即為已足<sup>70</sup>。

### (三)專家參與

專家參與，指國家將某特定事務全權委託民間專家獨立執行，之後再根據該民間專家之決定以國家名義作成最後之決定。在此民營化類型，民間專家固然是獨立作成決定，而與前述受行政指揮監督，僅作非獨立性之協助工作的行政助手有別，然其獨立作成之決定不僅不是最終的，並且對行政也沒有拘束力。不過，通常行政還是會尊重該專家所作之中間決定，顯聞有推翻、自行再作審查、決定之列。民間專家受託獨立作成決定，其性質與功能，基本上頗類似於行政程序法第 41 條所稱之鑑定人所為之鑑定報告。例如，根據商品檢驗法第 26 條之規定，主管機關得委託有關業務之私人機構代為實施檢驗，惟受託機關尚不能以自己名義獨立對外作成決定，其檢驗報告只是主管機關最後作成合格證書或不合格通知書之參考資料而已。故，代為檢驗的私人機構與受處分人民間也不存在有直接法律關係，與行政助手之情形同<sup>71</sup>。

### (四)依私法契約羅致之私人

國家有時為公益之達成，尚得透過締結私法契約(通常是承攬契約)之方式，將一定之行政任務委託民間業者處理或執行之，例如，私人營造廠受國家之委託，修築高速公路或營造捷運系統等是。此類型是否屬受委託行使公權力之私人？按德國學說看法，此種類型之特色在於，因國家與受託之私人間係私法關係，故受委託之民間業者執行國家任務之行為，並不具有高權行為之性質，與「經授權行使國家高權之私人」不同，另一方面，因該民間業者係本於自己之權利獨立從事公務，亦與「行政助手」非獨立從事公務有別<sup>72</sup>。從上，因受託之團體或個人，係本於自己權力之作用，而從事國家委託之事務，縱令該事務本身應受國

<sup>70</sup> 茲摘錄自曹競輝，同註 37 前揭(書)文，頁 62；董保城、湛中樂，同註 5 前揭(書)文，頁 70 至 71；許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 588；葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 103 至 104。

<sup>71</sup> 許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 588。

<sup>72</sup> 李建良，同註 60 前揭(書)文，頁 102。

家之監督、檢查、認許，其所為之行為，乃屬於「私經濟行為」，而非受委託行使公權力之團體或個人。倘因民間業者之故意或過失致人民之權利受到損害，原則上，國家不負損害賠償責任，而由私人業者自行負民事損害賠償責任。惟此觀點學說上仍有爭議，留待下文討論。

### 三、委託私人後之法律管制與賠償責任

依照上述行政委託、行政助手、專家參與、依私法契約羅致之私人，皆屬於功能民營化類型之內涵。惟本屬於國家之任務，其將部分之權限移轉給私人，不代表國家將可免除行政責任，藉此公法遁入私法，任由私人宰割，此與民主法治國家之理念顯有違背。故為執行國家之意志，貫徹國家之目的，確保國家公共利益得以實現，國家有必要對於授權或受託行使國家任務之私人予以適當之監督，且違法侵害人民之權利時，賦予行政救濟機會與國家賠償責任保障。

#### (一)法律管制

我國對委託私人擔任行政任務時，其具體之統制方式較少著墨。茲可參照日本法之相關規定，以為我國借鏡。大致上可區分為：私人行使權利之監督、行政程序法、資訊公開、組織營運、職員等之規制<sup>73</sup>。

##### 1.私人行使權利之監督：

對行使公權力之私人，原則上必須確保與監督一般行政時大致相當程度之監督，且受託之法規範，指定授權標準及行使權力之方式必須合乎立法意旨並符合明確性原則，惟日本之行政程序法第4條第3項規定，關於行政機關對指定機關(係指受託機關)等所為之監督作用，原則上排除該法之適用，頗受日本學者詬病。

##### 2.行政程序法：

由私人行使行政權限，既然該當於行使公權力之作用，即需擔保其作用上及程序上符合適當性、合法性之手段。就此，日本行政程序法，其適用範圍不限於國家組織所為之行政處分，仍包含作為功能性行政之指定機關(受託機關)等所為之處分，為其適用對象之一。因此，指定機關(受託機關)等既為作成行政處分之

<sup>73</sup> 茲摘錄自日本神戶大學法學部教授 米九恒治著、劉宗德譯，公私協力與私人行使權力—私人行使行政權限及其法統制，月旦法學雜誌第173期，2009年10月，頁249至251。

機關，即須徹底適用行政程序法。

### 3.資訊公開：

為確保私人行政過程之透明性，日本行政機關資訊公開法，係以國家行政機關為其直接適用對象(該法第二條第一項)，而不以受託行使行政權限之私人為適用對象。日本學者米丸恒治以為，就行使權力之私人，亦應公開其相關資訊，以確保其過程之透明性，而且此等私人公開資訊之必要，可能超過正統之行政組織。惟，作為功能性行政組織擔任行政權限之私人，應針對其活動內容區分為私人的部分或涉及公共利益的部分，針對確保資訊公開的法制度，應以後者為限。目前，日本神奈川縣厚木市、兵庫縣尼崎市等，已出現將受託之指定管理人作為資訊公開自治條例之適用對象。

### 4.組織營運、職員等之規制—確保私人行政之公共性

基於私人執行業務之公共性，亦被要求須遵守各式之國際規律事項，諸如信賴性、公平性、獨立性、完全性、技術適格性、確保損害賠償能力、陳情處理及聲明異議程序等。然就私人行使行政權限之情形，在組織上、營運上規制仍有不足，有待將來綜合檢討之。

## (二)委託私人之國家賠償責任

### 1. 行政委託

由於此等被賦予行使公權力之私人，得以自己名義為公權力之行為，並自行負擔一切責任，與一般正式之行政主體同(參照行政程序法第 2 條第 3 項)。被賦予行使公權力之私人，除仍保有其固有之法主體性外，其所為公權力行使之效果，乃直接歸屬於國家<sup>74</sup>。至於其與授權之國家間，則存在本於「賦予(或委任)關係」所生之忠誠關係，國家並得對之行使必要之監督，例如：依建築法第 77 條第 4 項規定，就受託檢查建築安全之簽證結果，主管建築機關得隨時派員或定期會同各有關機關複查<sup>75</sup>。

行政委託之救濟方面，我國法制規定較為完整，訴願方面：依訴願法第 10

<sup>74</sup> 因屬於間接行政，故該被授與行使公權力之人，在法律關係上只係「中間歸屬主體」，而非直接行政(如國家組織法上之行政機關)，屬「終局歸屬主體」。參蔡志芳，論公權力之授與、委託及其行政救濟(上)，植根雜誌第九卷第二期，頁 79。

<sup>75</sup> 葉百修，同註 5 前揭(書)文，107 至 108 頁。

條之規定：「依法受中央或地方機關委託行使公權力之團體或個人，以其團體或個人名義所為之行政處分，其訴願之管轄，向原委託機關提起訴願。」故人民不服受委託團體或個人之行政處分，得向「原委託機關」提起訴願。舉例言之，對於海基會之行政處分不服者應向陸委會提起訴願。行政訴訟方面：因先前大法官作出釋字第 269 號略謂：「依法設立之團體，如經政府機關就特定事項依法授與公權力者，以行使該公權力為行政處分之特定事項為限，有行政訴訟之被告當事人能力。」即指受託之私人團體，具有行政訴訟法當事人能力，此後，陸續制定行政程序法第 2 條第 3 項、行政訴訟法第 22、25 條，明白規定就受託事件涉訟時，受託行使公權力之私人一律具有當事人適格。

至於受委託行使公權力之人民執行職務，侵害人民權利時，人民究應向何人請求國家賠償？因我國國家賠償法第 4 條已有明文，且參照同法第 9 條第 1 項之規定，則受委託行使公權力之人民，於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民之自由權利者，被害人應向委託之政府機關請求賠償，而非受託人，其目的係因國家之財力較為豐厚，並鼓勵受委託之私人勇於任事，為滿足受害人之損害賠償請求權易於達成，所作成立法裁量之結果。惟另有質疑之聲浪以為，受委託之「私人」不見得係處於弱勢之地位，有些甚或是企業家或財團，在現今國庫愈趨緊縮之形式下，若由私人業者主動擔負起民事上之損害賠償責任，似乎更能填補人民的損害，此議題雖發人省思，惟並非本論文論述之重點，在此點到為止。

## 2.行政助手

從上文論述，其僅係偶而受到國家機關之指揮命令，並非以自己之名義獨立對外行使公權力，故其所從事者為非獨立性活動，幫助國家完成公共任務，其行為視為其所輔助機關之行為，為機關手臂之延長，故行政助手在執行公法上職務時，國家應隨時居於指揮督導之地位，不如行政受託人般享有自主裁量決定權。因其非獨立之官署，亦無自主地位，不構成公務員法上之公務員，惟行政助手行為之效果歸屬於所協助之行政機關，屬於實質意義之公務員，只要該協助行為具有公法法律性質，因而造成損害者，亦負國家賠償責任。

則行政助手於執行職務不慎對第三人造成侵害權利時，國家賠償責任應由何人承擔？其請求依據究係國家賠償法第 2 條第 2 項或第 4 項？從上文得知，行政

助手為行政機關公務員之化身，屬於國賠法上意義之公務員<sup>76</sup>，故人民對其請求國家賠償之基礎應為國家賠償法第 2 條第 2 項之規定，因而行政助手因故意或過失侵害人民之自由或權利者，其效果直接歸屬於國家，由國家負損害賠償責任。倘若行政機關在選任行政助手未審慎選任，或為錯誤之指令，因而造成人民之權利受損時，是否仍成立國家賠償責任，國內看法不一：有論者謂須視公務員能否選任行政助手，以及指揮時有無過失，或者選任及指揮助手，有無盡應盡注意義務，以決定國賠責任應否成立<sup>77</sup>，反對看法以為，行政助手即為行政機關自己行為之延伸，亦即為公務員本身行為，故無論選任是否恰當，下達協助指令是否錯誤等，國家皆負損害賠償責任，似無必要藉由國家選任行政助手是否盡其必要之注意義務作為判定應否負國家賠償責任之標準，人民應可對國家直接請求<sup>78</sup>。

### 3. 專家參與

專家參與之國家賠償責任，首應探究者係這些「專家」應屬於國家賠償法第 2 條第 1 項之「公務員」，蓋其角色為「依法令從事公務之人員」並無疑問，然而此等人員於執行時係本於自己之專業，原則上獨立性甚強，只不過其最終之決定及做成之處分係以行政機關之名義而已，此時應由何者承擔起最終之國家賠償責任？解答此問題之前，前提應從專家參與之性質加以決定，一般而言，專家參與之行為本身應可定性為「公權力之事實行為」，專家參與並不會改變國家公權力行為之法律性質，故專家參與因違法失職自損害第三人權利時，由國家負賠償責任自不待言，至於國家與專家間之法律關係為另一問題。又專家參與之國家賠償責任之請求權基礎為何？究應適用國家賠償法第 2 條第 2 項前段，亦或同法第 4 條之受委託行使公權力之團體所生之國家賠償責任，頗值玩味。如上所述，專家參與雖非最終作出行政決定之機關，然在政策形成過程中，具有獨立性，屬於介於「行政委託」及「行政助手」之中間類型，有學者<sup>79</sup>以為，從專家獨立性較強且不受指揮監督之特點分析，應適用國家賠償法第 4 條之規定為宜。

<sup>76</sup> 國家賠償法意義公務員之認定，係採最廣義，即依法令從事公務之人員，不從身分資格為標準，而就公務員執行職務之行為為斷。應視其著手實施行為之職能而定，而非從其身分。不論其係派用、聘用或任用之人員，不分正式編制人員或臨時人員，不問職位、官等如何，均包括在內。例如政府機關內約聘僱之人員與從事勞力工作之工友，其和政府之間雖處於私法契約關係，然就其對外所執行活動若具有公法職務性質，即屬於國家賠償法意義之公務員，董保城，行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究，台灣本土法學雜誌第 51 期，2003 年 10 月，頁 151。

<sup>77</sup> 廖義男，同註 39 前揭(書)文，頁 27；董保城，同註 76 前揭(書)文，頁 151，亦採相同見解。

<sup>78</sup> 整理自李建良，前註 60，頁 102。

<sup>79</sup> 專家參與，係非行政委託亦非行政助手之委託類型，其特色有：1. 執行過程中獨立性強，不受指揮監督；2. 最後之決定係以行政機關之名義為之，故因強調專家參與之獨立性且不受指揮監督，故較偏向國家賠償法第 4 條之適用。專家參與(專業參與)之名詞，首見於林子儀，行政檢查業務委託民間辦政法制之研究，行政院研考會編印，1998 年，頁 200。



#### 4.依私法契約羅致之私人

綜上所述，依私法契約羅致之私人，係指國家非屬於公權力性質(例如私經濟行為或不對外發生法效力之事實行為)委由民間，以簽定私法契約之方式辦理之，即行政機關於不違反法律禁止規定(法律優位原則)，得依職權，依政府採購法之方式委託私人辦理<sup>80</sup>。職是之故，就民間業者辦理行政事務之實質功能而言，私人業者完成受託事務，其事務本質並未改變，其從事國家業務只不過是其營利活動之一部分，屬於私經濟作用無關公權力，因而非屬於國家賠償法意義之公務員，若有侵權情事，應依民法侵權行為法則負損害賠償責任。

茲提出一問題：私法業者履行業務，果真不帶有「公權力」之性質嗎？近年來，德國聯邦法院提出「工具說」，即視該民間業者履行業務時，受到委託機關指示或支配影響程度，是否已失去完全的自主性，若民間業者施作的過程中已完全受到委託政府機關的支配，儼然成為政府執行公務之工具，視為國家賠償法之公務員。德國聯邦法院提出此見解，係從人民之角度出發，不論此公務係由國家機關履行或民間業者為之，都是遂行完成國家任務，被執行之人民且對業者而言，負有容忍之義務，故在此狀態下，民間業者猶如行政機關「延長之手」，若因相同執行政程序分成不同主體執行，因公、私法相異之概念，導致人民求償權行使之方式亦不相同，是否違反平等原則？故德國聯邦法院修正見解，以為行政機關於交付民間業者任務時，對民間業者施以一定程度之影響或指示時，則例外承認民間之行為具公法性質，應負國家賠償責任<sup>81</sup>。

惟並非與機關訂立承攬契約、委任契約而履行私法上義務之私人，皆屬於公權力之行使，諸如建築師在監造過程所為之勘驗、各類技師與會計師等對相關事務之簽證等。上述情形，雖亦干涉到人民之權利，為此等私人乃依其專業遵守法律上之義務，縱令受到國家機關之檢查、特許或認證等，仍是本於自己之權力從事活動。故此類型之私人，並非受委託行使公權力，亦非行政助手，僅係單純

<sup>80</sup> 實務上常舉之例子如下：市區道路違規汽車委由民間拖吊公司拖吊移置、違章建築委由營造建築公司拆除、民間業者受政府委託於十字路口裝置交通號誌、營建道路橋樑、行政機關辦公大樓之清潔維護或保全等…不勝枚舉。

<sup>81</sup> 以德國聯邦最高法院拖吊車案為例，警察機關與民間拖吊業者簽訂私法上承攬契約，由警察指揮業者拖吊違規停車之車輛。吾人不能因為有私法承攬契約之簽訂，而認為拖吊行為已由公部門移轉到私人，遂主張不屬於公法上之職務。私人拖吊違規車輛之行為，性質上屬於代履行或直接強制，此時拖吊公司司機就遭受損害之當事人而言，居於警察機關履行業務之協助人地位，係國家賠償法上意義之公務員。

契約及法律義務之履行，人民受到損害，自無國家賠償法之適用<sup>82</sup>。

私法契約羅致之私人履行國家任務，可否請求國家賠償，一般指涉者為干涉行政而言，蓋給付行政領域，國家本有決定以公法形式或私法形式完成之選擇自由，且一般不會侵害人民之權利，不在討論之列。故針對干涉行政事務委由私人行使，是否為公權力之行使，逕而請求國家賠償？理論上，以該事務之高權性格愈高，委託機關與受委託辦理之私人或團體之間關係愈緊密，辦理行政事務之私人或團體自主決定空間愈受限，此時，該民間業者已與政府合而為一，屬於國家賠償法第 2 條之公務員，人民可依國家賠償法第 2 條第 2 項請求。為便於與其他概念比較，茲繪圖如次：

表 2.1：各委託私人形式之國家賠償責任比較表

類型 要點	行政委託	行政助手	專家參與	依私法契約羅致 之私人
以何人名義 為之	受託行使公權力之私人(私法人)	原機關	原行政機關	私人
執行職務獨立性	完全自己執行	於指示範圍內受原機關指揮監督	不受指揮監督	原則上不受指揮監督
國家賠償法有無及適用法條	國家賠償法第 4 條	國家賠償法第 2 條第 2 項	國家賠償法第 4 條 國家賠償法第 2 條第 2 項前段	原則：X 例外：高權行政、受監督— 國家賠償法第 2 條第 2 項

(資料來源：自繪)

#### 四、民間公證人之定位

<sup>82</sup> 摘錄自黃啟禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督—簡評台中地方法院 90 年重國字第 5 號判決，台灣本土法學雜誌第 84 期，2006 年 7 月，頁 202 至 206。又本文章雖以為監造非屬公權力之行使，惟吾人以為遭受損害之人民仍得依具體情形主張國家賠償法第 2 條或民法第 188 條請求損害賠償責任。

上述之介紹，無非針對本論文之重心：「民間公證人」作一個先導。即欲探討民間公證人之國家賠償責任，必須對其定位作一初步了解。依照現行公證法第 24 條規定：「民間公證人為司法院依本法遴任，從事第二條所定公證事務之人員。」其所定之公證事務，係指基於當事人或其他關係人之請求，就法律行為及其他關於私權之事實，作成公證書或私文書予以認證而言，故就其所從事之公共事務而言，顯然屬於依法令從事公務之人員(符合國家賠償法第 2 條第 1 項之規定)。從上述條文推論可得知，民間公證人(私人)係依法律規定(公證法)取得公權力(辦理公、認證屬於司法權之內涵)，乃立法者於法律中自行規定受託人權限之取得及其行使方式，屬於「行政委託之法定委託」，故其執行職務致生他人權利受損害時，亦產生國家賠償責任，此規定於公證法第 68 條。有關民間公證人之國賠責任，留待第三章論述之。

### 第三款 國家賠償法第十三條

按國家賠償法第 13 條規定：「有審判或追訴職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，適用本法之規定。」主要指推事、檢察官或其他有審判或追訴職務之人員，雖亦該當依法令從事於公務之人員，其實施審判或追訴職務，雖亦該當執行職務行使公權力之範圍，惟如致使人民之自由或權利受到損害，應依照本條規定，負國家賠償責任。這裡所指就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，例如，枉法裁判罪(刑法第 124 條)、濫權追訴處罰罪(刑法第 125 條)等，經判決有罪確定，始具侵權行為性，國家才負有賠償責任。蓋限制侵權行為性及賠償責任之保護規定，主要理由在於審判及追訴時，關於法律之適用及證據之取捨，難免有不同之見解，不能因其見解不同，而令其負損害賠償責任。且現行法制之民刑訴訟法有規定，人民不服司法人員之審判追訴，另有審級制度、再審、非常上訴及冤獄賠償程序，可資救濟，故為維護審判獨立，有必要對該等人員之侵權行為性及賠償責任加以限制。

惟現今之學者已開始探討人民權利之保護與維持法安定性、獨立性之關係，即是否須擴張或限縮國家賠償法第 13 條之適用。就審判、追訴而言，立法除了應明白規定「審判<sup>83</sup>」、「追訴<sup>84</sup>」之範圍外，對於審檢人員必須符合違背職務構成

<sup>83</sup> 目前依國家賠償法修正草案第 5 條第 1 項之說明如下：「審判職務，應限於法官從事民事、刑事、行政訴訟、公務員懲戒及其他法律所定訴訟案件之審判職務時，始適用本條之規定，如法官依強制執行法規定辦理民事強制執行事務，則無本條之適用。」可見針對執行審判職務採取了明

犯罪確定之要件才可該當國家賠償之請求，是否有助於立法目的之達成，持保留態度。劉鐵錚大法官以為，因嚴格限制國家賠償法第 13 條之請求權要件，使人民不易請求國家賠償，須退而求其次依民法第 186 條向法官請求，反而不利審判者於執行職務時，無所顧瞻；再者，人民向審判追訴者請求損害賠償，若審檢人員財力不豐沛，被害人民難獲得賠償，此又豈國家保護人民基本權利之道？，故主張審檢人員之國家賠償和一般公務員之國家賠償，不應差別對待<sup>85</sup>。另檢察官追訴而言，董保城氏以為，參酌德國、日本立法例，皆不將之列入限縮國家賠償責任之範圍內，且國家賠償法第 13 條之立法意旨在於保障審判獨立，而檢察官之職務在於犯罪之偵查以及公訴權之行使，且須遵守檢察一體原則，與職司審判之法官迥不相同，反觀我國釋字第 228 號解釋不詳查法官與檢察官本質之不同而作相同處理，實違反平等原則，故法理上，宜將檢察官之賠償責任援用國家賠償法第 2 條規定<sup>86</sup>。

目前之法務部國家賠償法修正草案，仍維持法官、檢察官之特殊國家賠償責任要件，並移師至修正條文第 5 條，除了重申釋字第 228 號外，對於「審判」、「追訴職務」之範圍亦有較明確之解釋，並強調法官、檢察官因「審判或追訴職務」致生之國家賠償責任，係因職務保障而設，非關其身分保障。

## 第二項 公有公共設施瑕疵所生之國家賠償責任

國家賠償法第三條第一項規定：「公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負賠償責任。」是為公有公共設施瑕疵所生之國家賠償責任，依該項規定之成立要件為：一、須有公有公共設施；二、須該公有公共設施之設置或管理有欠缺；三、須人民之生命、身體或財產受有損害；四、須該項損害與公共設施設置或管理之欠缺具有相當因果關係。國家提供公有公共設施予國民使用，難免為國民帶來風險，國家自應負高度之安全注意義務，故因設施所生之損害，基於分擔危險責任之立場，國家應負擔擔保責任，故國家賠償法第三條之規定，實具有社會保險之效果與機能，依通說見解，採「無過失責任」主義<sup>87</sup>。

---

確、限縮之解釋。

<sup>84</sup> 按國家賠償法修正草案第 5 條第 3 項規定：「第一項所稱追訴職務，指實施偵查、提起公訴、上訴、非常上訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及其他依法令參與審判程序之行為。」另修正草案亦說明指揮刑事裁判執行之檢察官，無該條之適用。

<sup>85</sup> 茲摘錄自釋字第 228 號劉鐵錚大法官不同意見書。

<sup>86</sup> 董保城、湛中樂，摘錄自同註 5 前揭(書)文，頁 151。

<sup>87</sup> 實務見解亦採相同看法。參見最高法院 85 年臺上字第 2766 號判例謂：「國家賠償法第 3 條所

而近幾年，政府引進企業管理精神，以提升政府服務效能與品質，由民間投資興建完成後(或由政府投資興建完成後)，委託民間機構營運之公共設施，如公立醫院公辦民營、委託經營高速公路休息站、委託操作管理垃圾焚化爐、委託經營停車場等，此類設施是否屬於國家賠償法第 3 條之「公有公共設施」，備受爭議。即對於公有他管<sup>88</sup>之設施，一旦因設置或管理有欠缺，造成損害，是否有國家賠償法第 3 條之適用，急待釐清<sup>89</sup>，分述如下：

國營事業或以公司組織形式經營之公營事業，該財產屬於私法人所有，非國有之公用財產。有關其國營事業之屬性應為國家之私經濟行為，呈現於國家私經濟行為之物，雖亦屬於公有公共設施，惟其所生之責任，並非國家賠償法第 3 條，僅係一般民法損害賠償責任。

公物之性質若屬於直接提供公共目的使用之物，如道路、橋樑、堤防、廣場等，即使委託予私人管理，然由於此等公物本身即是國家應提供給人民使用，實踐對人民生活照顧之基本義務，因渠等公物與人民日常生活具有密切關係，基於與人民使用之需求具有不可替代性，自然不能因國家委託予私人經營、管理，而使國家之公法責任避難至私法，故此情形仍應負國家賠償法第 3 條之責任。

因給付行政所設置之設施，如醫院、文化中心、停車場、體育館等，基於行政機關對其行政行為方式或利用關係具有選擇之自由，若採以公法型態為之，自有國家賠償法之適用；反之，若選擇以私法型態規範政府機關與利用人之關係，不在此限。

政府以獎勵民間參與公共建設之興建，並借助其企業效能管理營運之模式(簡稱 BOT)，倘若政府對「建設」、「管理」、「營運」具有相當重要之主導或參與影響力量，則藉由前述之工具論，肯認國家應負賠償責任。換言之，國家以 BOT 方式達成給付行政目的，但對其營運展現高強度及高密度之指導，則形同國家之工具完成特定公共任務，此時，國家當然不能因引進企業化之經營，而逸脫其國賠責任。

---

定之國家賠償責任，係採無過失主義，即以該公共設施之設置或管理有欠缺，並因此欠缺致人民受有損害為其構成要件，非以管理或設置機關有過失為必要。」；最高法院 91 年臺上字第 2232 號判決謂：「國家賠償法第 3 條第 1 項所規定之國家賠償責任，係採無過失主義，不以故意或過失為責任要件，祇須公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害，國家或其他公法人即應負賠償責任，致其對該設置或管理之欠缺有無故意或過失，或於防止損害之發生已否善盡其注意義務，均非所問。」

<sup>88</sup> 大致分為「民辦民營」、「公辦民營」或「公、民合營」下之公共設施，即只要是公有公共設施，若由私人管理，均有成立國家賠償責任之可能。

<sup>89</sup> 本文以下例示事項摘錄自董保城，國家賠償法在台灣實施現況與檢討，法治與權利救濟，元照初版，2006 年 4 月，頁 315 至 316。

### 第三項 小結

從上述介紹公務員違法有責之國家代位賠償制度與因公有公共設施瑕疵所致人民受損害之無過失責任，可見我國國家賠償法之制定，係採取折衷式之立法例，即呈現國家代位責任與國家自己責任之二元型態，未來是否全面走向國家自己責任制之立法趨勢，有待觀察。



## 第三章 現行我國民間公證人制度之探討

### 第一節 公證制度之內涵

#### 第一項 外國公證制度之介紹

公證的內涵，顧名思義乃公證人依法行使公權力，認定事實並準確的適用法律，進而作成公文書，已達到保障當事人私權及疏減訟源的目的。公證制度之發源地起源於羅馬，盛行於德、奧、法、比、日、義、西、葡諸國，故又稱為拉丁公證制度。我國自民國 88 年 4 月 21 日公布之公證法修正案，開始採納「民間公證人」制度，故其立法走向較趨近於拉丁公證制度；再者，除了拉丁公證制度之外，其他如英國、美國、加拿大、丹麥等，亦各自順應其政治情事及特殊的法制環境，另發展出英美法系或公職化的公證制度，公證對我國而言，係為因應近年來經濟成長、社會結構快速變遷、國際交流頻繁，所不得不繼受之產物，故有必要對各種法系之公證人作一番鳥瞰。

#### 第一款 拉丁公證制度

所謂羅馬法系國家，係指繼受羅馬法且承認私有財產自由制的歐陸及拉丁美洲各國。這些國家之特色在於對於法的概念具有一致性，且都是制定民法典的「成文法」國家。歐洲絕大多數的國家之公證制度均繼受自羅馬之制度，故羅馬公證制度又稱為「拉丁公證」制度，其歷史源遠流長，制定完整、明確。拉丁公證制度最大的特點，在於具有「定額條款」、「專業條款」之規範，前者係指特定地區內之公證人，應限定其員額，不得任意增加<sup>90</sup>；後者係指公證人必須專職辦理公認證業務，不得兼任他職、他業，其他業者亦不得兼任公證人，以免影響公證品質。再者，因定額條款之限制，公證人具有一定的管轄權，又強調其責任之專業，所作成之公證書不但具有證據上的公信力，也具有執行力。此外，公證人雖設置於民間的自由業，但具有「官方職位」的性質，行為規範必須受到國家嚴格之監督。

在現代各種之公證制度中，拉丁公證制度適用的地區最為廣泛，舉凡德國、法國、荷蘭、比利時、奧地利、中國大陸、日本、韓國等國家，皆採之。其中，以法國公證制度最具代表性，立法經驗十分豐富，公證人發揮其重要的社會功

<sup>90</sup> 所謂「定額條款」，乃為保障公證人業務的發展及維護公證的品質，就公證處的數量，公證人的數目都有嚴格的控管，此乃「拉丁公證制度」重要之特點之一。

能。針對各國之發展重點，簡約介紹如下：

## 一、法國

法國早在西元 1270 年即建立了公證制度，並於西元 1803 年頒布了世界上第一部系統之公證法律－《法國公證人法》<sup>91</sup>。十六世紀末，法王亨利四世更進一步授予公證人國璽，「使用公證人成為國璽的持有者」，使其蓋有國璽的公證書，不但具有公文書之地位，並具有證據力及執行力。截至目前，法國公證人仍維持了昔日的崇高地位，自西元 2000 年統計，全法國共有七千六百位公證人，四千六百個公證人事務所<sup>92</sup>。

法國公證人資格的取得，較該國之律師、司法官嚴格<sup>93</sup>。依其社會演進發展結果，兼具有兩種身分，一方面是公務人員，另一方面是自由業，為一責任制之職業。前者之公職性展現在：一、法律對公證人之資格有嚴格條件之限制；二、公證人必須受國家監督並應履行相應的法律義務；三、公證書具有不容置疑的證明力與執行力；四、公證人應保持公平中立，不得偏袒任何一方，除有違反公序且為法律明文禁止之公證事項外，不得拒絕公證；五、懲戒制度；六、公證費用法定。後者的特點為：一、當事人有選擇公證人的自由；二、公證人有獨立職業的自由；三、公證人得自由組織甚至成立公證公司；四、公證人有結社之自由，得自由組織公證人協會；五、公證人事務所屬私有財產，公證人可以指定具備法律要求資格之人為自己的繼任人，繼承該事務所。

法國公證人的主要職責，在於為當事人制作文書並提供相關的法律意見。其業務內容十分廣泛，舉凡有關婚姻親屬的家庭事務、不動產買賣與管理等相關事務、協助公司設立等商業事物領域等均包括在內。另外，公證職務執行方式，還包括法律顧問與諮詢、法律談判等類型之服務。因此拉丁公證制度下，公證人係代表國家進行公證或制作公證文書，故其制作的公證書具有絕對的證據力、執行力，國家原則上應尊重其效力，除非透過其他法律程序加以推翻。且為擔保公證的品質與人民對公證的信賴，須搭配司法行政部之監督及公證人的法律責任，以維護社會公共利益和當事人之權益。

<sup>91</sup> 以下內容摘錄自黃慧雯，由民間公證人制度之施行，檢討法院公證人力，司法研究年報第 26 輯第 9 篇，民國 98 年 11 月，頁 9 至 10；藍瀛芳，法國公證人的法律地位，律師雜誌 8 月號，第 227 期，頁 32 至 34。

<sup>92</sup> 鄭雲鵬，公證文書之效力及瑕疵公證文書救濟方法之研究—以公證文書在民法、民事訴訟法、強制執行法所生之效力為中心，私立東海大學法律學研究所博士論文，2010 年 8 月，頁 19。

<sup>93</sup> 公證人資格之取得須具備下列條件：1.須有法國國籍；2.無違反名譽、良俗等刑事前科；3.未曾受公務員之革職、除名、撤職等行政處分等；4.未曾受破產或類似行為之宣告；5.須具備有法學碩士文憑(此為 1991 年法律的新規定)；6.須持有執行公證人資格之學歷證明書，且完成公證人實習之證明文件或相當之「高級公證文憑」證明者(此文憑係指在大學選修公證法，並有兩年實習且經公證專業考試及格者)。於具備以上條件，尚須經法務部任命始為正式職業之公證人。藍瀛芳，同註 91 前揭(書)文，頁 32。



## 二、 德國

德國公證制度之發展亦有數百年之歷史，而現今規範公證人的主要法律為《德國公證人法》。目前，德國有三種類型的公證人：獨立職業公證人、律師公證人、國家公證人。獨立職業公證人是專門從事公證業務的，律師公證人則主要從事律師工作兼公證業務，上述兩種公證人是自謀職業者，工作性質獨立、自己承擔風險；而國家公證人則領取政府的薪水。設在德國科隆的德國聯邦公證人協會是德國所有公證協會的最高組織，他為所有的公證人員就所有公證問題制定共同的工作方案，包括維護公證人權益等問題<sup>94</sup>。

德國公證人資格的取得，有著嚴格的規定和限制，其目的無非為了達到保護該行業能正常運作，故取得德國公證人之資格絕非易事。就獨立公證人方面，須為大學法律系畢業，還必須通過第二次國家司法考試，取得良好成績者，得允許作為公證人實習生進行為期 3 年的培訓實習；辯護律師公證人候選者，必須有 5 年的律師工作經歷，在第二次國家司法考試中，成績占最重要的因素之一；國家僱用的公證人是根據選取國家公務員的原則來挑選的，只有以上的學歷和良好的品質、豐富的經驗，並通過了國家第二次司法考試，才能被任命為公證人。

德國公證人的業務，包含一切公證事項，以及簽字、畫押和繕本之認證，尤其包括集會決議之公證、抽籤摸彩之進行、意思表示之送達、拒絕證書之簽發等，對於不動產物權移轉登記及抵押權等設立登記、公司成立、註冊、繼承亦包括在內。在德國經過公證的文件，毋須再經過法律判決的支持，其本身就具有法律效力。另外，「宣誓」在德國的司法制度有著重要的角色，公證人亦有權接受外國人的宣誓或接受代替宣誓的保證。除此之外，公證人亦得承擔一般的法律服務工作。

另外，德國公證行業組織機構亦是另一特色。聯邦德國公證人協會是公證人自我約束與保護的組織，為最高的公證人組織，公證人加入公證人協會的目的除了自律與監督外，更可透過其來維護並解決公證人合法權益問題。例如：如果公證人有重大違反國家法律的行為或從事公證業務不中立，至使當事人遭到重大損失者，公證人協會有權對公證人撤職<sup>95</sup>。

<sup>94</sup>上述內容摘錄於黃慧雯，同註 91 前揭(書)文，頁 10 至 12；趙林，赴德國公證考察報告，中國司法，2002 年 8 期，頁 49。

<sup>95</sup> 德國公證人之懲戒處分，有申誡、罰鍰、撤職三種。黃慧雯，同註 91 前揭(書)文，頁 12。

### 三、日本

日本之公證制度是在明治維新之後，引進大量西方文化時而承襲了一系列的現代法律制度，公證制度亦包含在內。並於 1909 年，採取普魯士法律體系正式頒布《公證人法》，歷經數次修改而沿用至今，是日本公證制度運作的基本法律。

日本公證人之選任<sup>96</sup>，係由法務部長任命之，並指定所屬之法務局或地方法院為其執行業務之區域。除非公證事項之性質不允許或法律另有規定外，原則上，必須在指定之該事務所執行職務。又日本公證人於執行職務行使國家公權力，被定性為準公務員，惟仍不收受國家俸給，而依法定標準向委託人收取手續費和酬金。此外，日本對公證人之員額，亦採拉丁公證國家之定數條款，由法務大臣依各地區經濟成長、人口酌定其名額。

業務範圍，主要為公證人法規定之職務範圍，包含各種公證、認證事項，且所作出的公證文件一般具有證據力，可作為裁判或調解糾紛的依據；若符合一定要件的公證書，亦有執行力，當事人可聲請法院強制執行。管理監督部分，係交由法務大臣負責，若公證人違法履行職務，依其情節輕重，有譴責、罰款、停職、調動、免職等懲戒，以保障公證制度健全發展。

### 四、中國大陸

中國大陸受社會主義的影響，故早期之公證人採公職化的公證制度。其公證單位為「公證處」，隸屬於行政機關之同級人民政府，受該級人民政府司法行政機關之領導。西元 1982 年 4 月 13 日頒布了《公證暫行條例》後，對公證的性質、任務、原則、制度、業務範圍、組織領導及管轄、程序等，皆作了詳盡的規範。公證處之設置，依照公證暫行條例第 5 條之規定，直轄市、縣設立，經省、自治區、直轄市司法行政機關批准，市轄區亦可設立公證處<sup>97</sup>。惟近年來中國大陸公證制度蓬勃發展，而舊制法規位階層次凌亂，多數事項重複規定，已不敷需求，遂於 2005 年 8 月 28 日通過《中華人民共和國公證法》(以下簡稱中國公證法)，並自 2006 年 3 月 1 日開始施行<sup>98</sup>。

依中國大陸新施行的公證制度，承襲了拉丁公證制度，設立機關獨立專設的

<sup>96</sup> 公證人資格之取得，須具有日本國籍的成年人，經一定考試及格後，至公證人役場實地學習 6 個月以上。但如具有法官、檢察官或律師資格者或有多年法務學識經驗經公證人審查會選考者，則不必經考試實地學習。實際派任公證人之任用大部分從法官、檢察官或律師中選任，絕少以考試方式錄用。黃穎倉，政府再造中法院公證業務民營化之研究，私立東海大學公共事務研究所在職專班碩士論文，民國 90 年 12 月，頁 77。

<sup>97</sup> 鄭雲鵬著，公證法新論，元照出版有限公司，2005 年 9 月三版第一刷，頁 18。

<sup>98</sup> 中國大陸地區司法部先後發佈了《公證機構執業管理辦法》、《公證員執業管理辦法》、《公證程序規則》以保障母法《中國公證法》的順利推展。

模式，從傳統上「國家機關」的性質，轉變成不以營利為目的之證明機構。其次，中國公證法明確規定公證機構民事承擔責任，確立公證錯誤的救濟機制，且規定公證機構應參加職業責任保險。最後，在設置上廢除以往按照行政區劃分設立公證處的作法，而改採「總量控制、合理佈局」的設置原則，以符合該地區公證實務的情形，達到防止公證行業不當競爭及加強公證管理。

## 第二款 英美法系公證制度

這裡主要係指英國及美國。兩者皆係採普通法(Common Law)系的國家，其公證人原則上在執行公證業務時，係以私人地位為之，地位僅同於一般之證人，屬絕對之自由業。因受到言詞證據原則、傳聞證據法則之影響，故公證人所作成之公證書不具有強大之證據力，除非該等作成文書之公證人被傳喚作為證人並宣誓作證者，例外容許有證據力，相較之下，其地位遠不如拉丁公證人<sup>99</sup>。

### 一、英國

英國之公證觀念從十三世紀末由歐陸傳至英格蘭，主要是因與歐陸涉外交易頻繁，所不得不為之接觸結果(如匯票、船運單據等具涉外性文書均是)，如無「公證」、「認證」則無法使該等文書發生效力，故應交由何人公、認證即成問題。

英國公證人種類大至可分為神職公證人與普通公證人兩種<sup>100</sup>。前者係與宗教事務的公證有關，後者則為辦理一般世俗的公證。普通公證人又可區分為代書公證人、書狀公證人、其他公證人。所有這些公證人皆須有法律教育的背景，而其教育綜括土地法、契約法以及權益讓渡等，且須經公證人考試與實務考驗後才予以指派。又公證人為自由業，收入依其業務多寡而定，公證人公會就公證收費標準訂有最低之限制。其業務除了撰寫訴訟書狀外，有關辦理繼承、訂立遺囑、簽訂婚姻契約、不動產移轉契約與登記等均是。

<sup>99</sup> 摘錄自黃慧雯，同註 91 前揭(書)文，頁 14 至 15；藍瀛芳，從比較公證人制度談如何提昇國內公證人之地位，收錄於公證法律問題研究暨文書格式彙編，司法周刊雜誌社印行，民國 84 年 3 月再版，頁 278。

<sup>100</sup> 神職公證人：依現行法只要擔任坎特培雷或約克省的登記官以及威爾斯總主教的登記官、英格蘭教會總會的法律顧問、教會在威爾斯管理機關的法律秘書、教區的登記官、書狀律師擔任大教堂負責書記官等職位的人士，「僅就宗教目的」得向主事官聲請指定為公證人；普通公證人區分為代書公證人、書狀律師公證人、其他公證人。代書公證人：職位有其歷史因素，承認特定代書有公證與經營特定行業的資格與特權，具有特定之管轄，屬於特許行業，為一專職公證人，並且有職業公會(如：代書公證人公會)；書狀律師公證人：以律師身分為專業，公證人只是兼職。凡在最高法院登錄執行業務的「書狀律師」經通過「公證實務考試」者，得向主事官聲請允許並指定其為公證人；其他公證人：指執行「神職公證人」與「代書公證人」等特許業務以外公證工作的公證人。此類公證人資格之取得亦相當嚴謹，類如以法律研習為主，亦須通過公證實務考試，且須向「主事官」聲請認命以前的五年期間以三年的全部時間在英格蘭或威爾斯大學或法律學院研習法律等。摘錄自藍瀛芳，公證人的地位，司法周刊第 1076 期第 2 版，2002 年 4 月 3 日。

公證人無監督機關，惟如公證人執行職務有違法失職時，當事人得向公證人公會申告，公證人公會則依情節輕重加以決定是否懲戒及如何懲戒。

## 二、 美國

美國屬於聯邦制之國家，各州有不同之公證制度，惟就大體觀之，除路易斯安那州因歷史淵源繼受法國公證制度外，其他州之有關公證人資格條件與公證業務之內容皆大同小異。大多數的公證人不一定是由法律人或律師所擔任，因此又稱為「非律師公證人」<sup>101</sup>，這種公證人無公職身分，其公證僅是法律授權所為之單純的私人行為。美國公證人執行公證時，只是指其在文件上核對過當事人簽名為實在而已，其功能也只不過是文書的見證人，又因其非法律人，亦無從擔保公證書內容之正確性與適法性，因此，美國的公證書無執行力，當事人若有爭執者，應透過訴訟判決之。

公證人的名額無任何限制，且大多為正式工作以外的兼職，無管轄區域之限制，即公證人可在全州執行職務。人數亦不若拉丁公證人有定額條款之限制，甚至比美國三大行業之律師、醫師、會計師人數的總和還要多。

### 第三款 公職化公證制度

公職化的公證人，顧名思義，乃公證人皆為公務員，公證機關是國家機關之一，實行此制度之國家包括丹麥等北歐國家及社會主義法系國家。在公職化的公證制度下，公證人不得個人開業，必須由數個公證人集體在公證事務所內執業，在受託處理事件時，公證人是所有當事人的法律顧問。再者，公證人所製作的公證書具有公文書之性質，有強大的證據力；有無執行力則視各國法律、政治環境而定。

以丹麥為例，雖無拉丁國家通行之公證人制度，惟一般國民仍有公證之必要，遂有公設之公證人，並配置於地方法院。因公證人屬於公務員，自無社團組織，而全國僅哥本哈根地方法院內設有公證(人)處，其餘地方則由各該法官兼行公證人職務，故其種類分為專業公證人及法官兼辦公證業務之兼業公證人，其業務範圍包含遺產管理暨處分遺囑之公證、一般證書之認證、畢業證書之公證、銀行保管箱開箱之公證，另外公證人不負責保管現金、文書或證件之責。監督機關由法院院長及司法部長擔任，若違法執行職務人民受到損害者，由國家負損害賠

<sup>101</sup> 美國公證人資格之取得：1.年滿 18 歲以上；2.合法居民(無期間的限制)；3.無刑事前科(此並非絕對禁止)；4.再提出聲請書的同時繳交二十一美元(稱「州指派費」)及一紙一萬元價值的「公證擔保債券」(此債券可以支付五十美元保險費即取得，用以須對當事人負賠償責任之保險之用)即可被核可擔任公證人。摘錄自藍瀛芳，同註 100 前揭(書)文。

償責任<sup>102</sup>。

我國早期的公證人，係在各地法院設置公證處，為法院公證人，具有公務人員身分；於民國 90 年以後採取法院公證人、民間公證人之雙軌制，前者為公務員，後者為私人自由業，屬於拉丁公證與公職化公證的混合制，此種我國獨有之公證制度，將於下文說明。

## 第二項 我國公證法之立法背景

我國公證法於民國 33 年 1 月 1 日施行至今，其間雖經過 63 年和 69 年之修正，雖屬於部分技術性之調整，惟司法院已體認到擴大公證之非訟服務，簡化申請公證程序，放寬辦理公證處所之限制，將可達到殊減訟源的效果。惟當時階段之公證人僅有法院公證人一種，員額僅有 54 人，案件卻是逐年增加，可見每位公證人的工作負擔十分沉重。所幸，司法院為因應我國近年來經濟成長與社會結構的快速變遷，參考外國最新立法例及國內外有關公證制度之學說與實務經驗，於民國 88 年援引拉丁公證之民間公證人制度，採用「法院公證人與民間公證人並行的雙軌制」，並於民國 90 施行，實行至今剛好滿十周年，蓋此種雙軌制度綜觀任何國家制度比較觀察，實屬絕無僅有。嗣後，於民國 96、97 年雖亦有零星的修正，惟仍不改變雙軌制之本質。引進民間公證人，屬於我國公證法制發展上重要的分水嶺，故本文以下將著重介紹民國 88 年公證法之修法重點，其餘限於題目與篇幅則省略之。

### 第一款 民國 88 年修正公證法概述

民國 88 年 4 月 21 日公證法新制公布，於民國 90 年 4 月 23 日施行，宣告公證制度邁入新紀元，司法院原先提出的草案版本中，引進拉丁公證制度之核心內容。例如代理申辦制度(原草案第 2 條)、專業公證制度(原草案第 38 條，現行公證法第 37 條)、民間公證人執業區域定額數限制(草案第 31 條、第 36 條，現行公證法已予以刪除)，均被立法院立法委員審查時，加以修正<sup>103</sup>。最後三讀通過的版本，屬於以拉丁公證制度為主軸，另參酌英美法系、公職化之融和版本。歸納修正要點如下<sup>104</sup>：

<sup>102</sup> 摘錄自司法院，歐洲公證制度訪問報告—附各國公證制度資料，司法院秘書處發行，1990 年 6 月出版，頁 114 至 117。

<sup>103</sup> 參考立法院法律系統之公證法立法紀錄：

[http://lis.ly.gov.tw/lcggi/lglaw?@20:1804289383:f:NO%3DB04525\\*%20AND%20NO%3DA2%24%246\\$\\$\\$PD](http://lis.ly.gov.tw/lcggi/lglaw?@20:1804289383:f:NO%3DB04525*%20AND%20NO%3DA2%24%246$$$PD)，造訪日期：2011 年 3 月 9 日。

<sup>104</sup> 立法院，立法院第三屆第二會期司法、法制兩委員會審查「公證法修正草案」案第一次全體委員聯席會議紀錄，立法院公報第 85 卷第 61 期，會議日期：1996 年 11 月 13 日，頁 1 至 5。

## 一、 引進民間公證人制度及相關配套規定

觀諸大陸法系國家(如德、奧、法、比、日)，其公證人係設在民間，不置於法院，且因應社會的轉變、經濟的發展、國際貿易頻繁、人際關係的複雜，使得人民愈來愈樂意使用公證制度。然而，當時的公證人員額非常有限，因必須經公務人員考試及格進用，無法大量增員，而公證業務的需求又是如此龐大，實無法因應將來的需求，故司法院公證法研修會自民國 78 年成立後，邀集學者、專家，收集國外資料，再三斟酌，決定引進民間公證人制度。惟實施初期，國內尚無任何經驗，因此在該制度成立之初，乃以法院、民間兩者雙軌並行，待實施一段時間後，再研究是否作一轉變。

民間公證人之定性及遴任資格，規定在公證法第 24 條至第 26 條；其退職事由規定在公證法第 33 條至第 35 條。另外，為普及公證制度及照顧偏遠地區人民使用公證制度之便利性，增設候補公證人制度(公證法第 27 條)。再者，依公證法第 2 條規定，民間公證人的職務與法院公證人的職務相同，互相分擔公證的業務。又民間公證人執行國家的公務，國家應善盡指導指揮之功能，故本法採取自律及他律之作法：自律方面，於第 133 條至 146 條規定，民間公證人須加入公證人公會及全國公證人公會聯合會，由此公法人發揮團體自律之功能；他律方面，本法第 53 條至第 64 條有監督、懲戒等相關規範。若民間公證人違法執行職務，致使人民受到不利益損失，於公證法第 68 條亦規定損害賠償責任。此法條乃本論文論述之核心所在。

## 二、 擴大認證標的之範圍

舊時公證法對於認證之標的，僅侷限於私文書之認證，為因應國境內外往來日益頻繁之實際需要，援參考德、奧公證法規將認證之範圍擴大至與公共登記簿相符事項出具證明，或為影本、繕本與公共登記簿相符認證之例，遂增設公證人對於涉及私權事實之公文書原本或正本，經表明係持往境外使用者，及公、私文書之繕本或影本，均得予以認證之規定。即擴大認證標的範圍及於公文書(公證法第 2 條第 2 項及第 102 條第 2 項、第 3 項)。

## 三、 加強公證人的職權和義務

修正條文明文規定公證人在執行職務時於有必要的情況下得向有關機關查詢、查證，意指公證人不單單是認證契約，還要審酌其內容是否違法，以減少將來發生訟爭的可能性，故公證人在職權探知方面更為周密。此外，本法亦要求公證人在辦理公證事務時要向當事人善盡解說的義務，即民事訴訟法所謂之「闡明

義務」，當事人往往不清楚公證結婚<sup>105</sup>、契約公證之外的公證事務，因此本法特規定公證人應向當事人負說明之義務。(公證法第 12 條、第 72 條、第 102 條、第 108 條)

#### 四、重視涉外公證事務之辦理

修正草案第 152 條(現行法第 150 條)：「駐外領務人員，得依法令授權，於駐在地辦理公證事務。…第 1 項之授權辦法，由司法院會同行政院定之。」此法條之增訂，為我國駐外領務人員辦理公證事務提供法源依據。

#### 五、有關遺囑公證之管理

遺囑的公證涉及死亡人財產之管理，惟當時國內遺囑之公證尚不普遍，故此此次修法條文規定公證遺囑應有集中保管、集中閱覽、集中申請的制度。修正案第 99 條第 2 項規定：「公證人應於作成公證遺囑之日起十日內製作繕本一份，將其密封，於封面上記明遺囑人之人別資料及作成之年、月、日，加蓋職章後，送交全國公證人公會聯合保存之。」

#### 六、此修正案增加了三條罰則

修正案第 149 條(現為第 147 條)處罰冒充公證人或候補公證人而執行其職務者；依據第 150 條(現為第 148 條)的規定，對於民間公證人或候補公證人非親自執行職務，而將事務所、章程或標識提供與無民間之公證人資格之人使用者，也要加以處罰；又第 151 條(現為第 149 條)則參酌刑法第 168 條偽證罪，對於出虛偽不實之具結者亦須加以處罰。

### 第二款 民國 88 年修正公證法之相關立法問題

此次之修正案雖走向世界潮流之拉丁公證制度，惟查詢本次修法之委員會紀錄，專家學者、相關司法人員、立法委員針對新公證法之衍伸問題，皆有一番精彩的論戰，茲整理探討如下：

#### 一、單軌制、雙軌制之爭

##### (一)贊成單軌制：

---

<sup>105</sup> 民國 96 年 5 月 23 日修正公布的民法親屬篇中，將我國自民國二十年民法親屬篇施行以來採取的儀式婚制度，修改為登記婚，即新婚配偶需至戶政事務所辦理結婚登記，才會發生法律上婚姻之效力，故有關「公證結婚」有無繼續存在之實益，值得觀察。

公證制度之目的，在於有效疏減訟源已達到預防司法之目標。之所以引進民間公證人制度，在於民間公證人，非僅扮演證人之角色，應如同外國公證人般，扮演當事人之特別法律顧問、客觀之協調人、經濟弱者之保護者及當事人意思表示形諸於外而著於文書之草擬專家。惟傳統之法院公證人囿於各種主、客觀因素，並不能跳脫「定式作業」之窠臼，要不能注意每個個案內容及當事人之差異性，詳為解說可能之法律效果，使當事人作出正確的選擇判斷，此乃法院公證人公務員職業屬性使然，難期改變。若一方面，肯認開放民間公證人制度，重塑公證人之定位；另一方面又繼續保留法院公證人制度，兩者似嫌矛盾。故有論者以為，毋庸訂立二年之緩衝期間，直接開放給民間公證人主導公證，刪除法院公證人<sup>106</sup>。

## (二) 贊成雙軌制：

新制度建立之初，恐擔心一般人難以接受，故有論者主張法院公證人不宜廢除，而應逐步鬆綁，再者，基於程序選擇權的法理觀之，人民有權利決定採取用何種方式來保障自己權益之自由。又基於競爭原理，不論代書業務、公證業務與律師制度皆是為人民而存在，雙軌制之建立與其他工作權之妨礙，並不相關。又民間公證人係以自行收受報酬以維持生計，考量其收益問題，可能導致民間公證人不願意將其事務所設置偏遠地區，損及當地民眾利用公證制度之機會，故仍有設置法院公證人之必要。更有論者以為，法院公證人制度已實施多年，不應隨意加以破壞，故不應輕易民營化，導致惡性競爭，反而應擴大公證人的業務範圍，將對人民影響深遠的事物保留給法院公證人，故主張法院公證人為主，民間公證人為輔等<sup>107</sup>。

## 二、 律師兼任民間公證人之妥適性

### (一) 贊成律師兼任：

律師乃優秀之法律人才，故民間公證人制定之初，應可大量引進律師兼任民間公證人之工作，藉由律師法律專業之優勢性，可為民眾提供安排法律生活之規劃，以奠定民間公證人往後發展之基石。雖有反對者以為，民間公證人和律師存有本質上之不同，具有抽象衝突之存在，故不得互相兼任。然律師既然腳色已轉化成民間公證人，為確保其能中立、公正的處理公證事務，自可搭配其他配套措施：諸如從事公、認證事務，即不能再從事雙方代理之工作，甚或以前擔任過公

<sup>106</sup>立法院，立法院第三屆第五會期司法、法制兩委員會審查「公證法修正草案」第一次聯席會議紀錄，立法院公報第 87 卷第 8 期，會議日期：1998 年 3 月 5 日，頁 65 至 94。

<sup>107</sup>摘錄自藍瀛芳，公證制度的存在目的與基本功能，公證法學創刊號，公證學會編，2004 年 5 月，頁 96 至 98；立法院，同註 106 前揭(書)文，頁 81 至 82。



證人，之後亦不能成為當事人之訴訟代理人。更何況，民間公證人之外在行政監督、事前的遴選、事後的懲罰，職前訓練等方式，於律師兼任民間公證人亦有適用，故可維持其中立、公正性。以國外美國律師為例，亦可兼做公證業務，可茲斟酌<sup>108</sup>。

## （二）禁止律師兼任：

公證人之地位特殊，具有中立性、公正性及專業性的特質，其性質介於自由業與公務員之間，屬於準公務員，與律師的自由業性質不相容。若一方要求律師實現社會正義，另一方面又要求其執行公權力，即一個人身兼律師和民間公證人的身分，將發生角色衝突。倘若擴大承認律師兼任民間公證人，若某公證書是由律師做成的，將來這份公證書成為訴訟上之證據資料，則法官可能還需要判斷該公證書是否為本案律師或其服務之律師事務所之其他律師所作，造成審判程序花費很多勞力、時間、費用，致使本來預防訴訟之美意竟變成延宕訴訟程序，豈非不是和設立公證制度之目的，完全背道而馳，故多數意見主張民間公證人應設為專職較妥適<sup>109</sup>。

## 三、定額條款之存廢與否

### （一）肯定說：

定額條款乃拉丁公證制度所採行，係為維持公證品質之配套措施。管控公證人之人數，並不是要保護公證人獨占或壟斷之地位，而是要達成平均司法資源、保障公證人一定之生活水準避免削價競爭、方便司法監督考核。依照司法院版本原第 31 條規定：「民間公證人由司法院遴任之，並指定其所屬之地方法院或分院。」第 36 條規定：「地方法院或其分院管轄區域內民間之公證人人數及設置聯合事務所之許可事項，由司法院斟酌當地情形定之。」立法要旨為為使全國各地均有公證人之服務而無偏枯，並避免民間之公證人過分集中於同一地方法院轄區，造成惡性競爭，爰規定民間公證人由司法院遴任並指定其所屬之地方法院或分院，以確定其職務區域，且授權由司法院得斟酌各地區人口多寡、交通狀況及經濟發展情形等情形，限定各地方法院轄區內公證人之員額人數。故原來草案版本，係遵行拉丁公證制度之定額條款制，惟立法院三讀審查時已刪除了定額條款之限制<sup>110</sup>。

### （二）否定說：

<sup>108</sup>摘錄自立法院，立法院第三屆第二會期司法、法制兩委員會審查「公證法修正草案」第二次聯席會議紀錄，立法院公報第 85 卷第 67 期，會議日期：1996 年 12 月 4 日，頁 35 至 50。

<sup>109</sup>立法院，同註 106 前揭(書)文，頁 68 至 89。

<sup>110</sup>立法院，立法院公報第 88 卷第 13 期會議紀錄，會議日期：1998 年 5 月 26 日，頁 85 至 86。

民間公證人對於社會或法律層面具有正面之功能，故應開放民間公證人自由競爭，透過市場機制之篩選，以提升法律服務之品質。故民間公證人是否可以存活，非本制度所考量之重點，只要民間公證人之服務好，自然會有生意上門，藉由民營化淘汰優劣，給予民眾更好之公證品質。故有立委主張，於公證人之資格上從嚴審查，即可達到中立、公正之效果。從立法委員刪除關鍵條文第 36 條，另於第 31 條加具但書為「但不得限制其人數。」即可得知民間公證人不採定額條款制<sup>111</sup>。

#### 四、結論

上述問題經過立法院最後審議之結論：針對第一個問題(單軌制、雙軌制之爭)，係採民間公證人與法院公證人並行之雙軌制。惟雙軌制實施至今，對於法院公證人已產生重大影響，因案源多寡攸關民間公證人之生計，故其努力開發案源、爭取案件，法院公證處的案件銳減，此種情形猶以民間公證人眾多的都會地區更為明顯，然法院公證人辦理之公、認證案件減少，其人數亦逐年降低，故其案件量並未相對減少；又，民間公證人辦理公、認證事件必須受其所屬之地方法院監督，而法院之監督單位又非公證處莫屬，將造成法院公證人更大之工作負擔，故將來公證人力應如何安排，仍有待未來檢討。

至於，律師得否兼任民間公證人，依司法、法制兩委員會審查會最後將公證法第 37 條第 1 項修正為「民間公證人不得執行律師業務。」並且加列但書「但因地理環境或特殊需要，經司法院許可者，不在此限。」故審查會之結論採取有限度的開放律師兼任民間公證人的工作，經由司法院遴選的律師得執行認證的工作，至於公證業務本身，仍保留給具有專業性的民間及法院公證人。惟為避免認證與律師業務產生角色衝突，特規定第 2 項：「律師兼任民間公證人者，就其執行文書認證事務相關之事件，不得再受委任執行律師業務，其同一聯合律師事務所之他律師，亦不得受委任辦理相同事件。」以維持公證人地位之中立性與公正性。此法條之修改係引進美國式公證制度<sup>112</sup>之折衷改良物，惟我國公證法之修正係採用拉丁公證制度之精神，故有關第 37 條但書規定，應從嚴解釋。另有論者<sup>113</sup>以為，我國因設有法院公證人，在偏遠地區不虞無公證業務之服務，並設有候補公證人之補救規定，讓偏遠地區之民眾，亦可享有公證之服務，故有無必要在偏

<sup>111</sup> 立法院，立法院第三屆第五會期司法、法制兩委員會審查「公證法修正草案」第二次聯席會議紀錄，立法院公報第 87 卷第 11 期，會議日期：1998 年 3 月 18 日，頁 253 至 260。

<sup>112</sup> 英美法系的公證僅是對於事實的確認，並非對於紛爭的裁判，因為裁判是屬於法院的職權，因此所謂之公證只是指其係以法令所承認與授權的職業見證人的身分為當事人之簽名實在或文件之真正為證名而已。故美國之公證毋須高深的法學素養，舉凡律師、會計師、雜貨店老闆皆可擔任公證人。

<sup>113</sup> 胡文棟，公證法新制立法過程之爭點及施行後相關問題探討，軍法專刊第 53 卷第 4 期，2007 年 8 月，頁 64 至 65。

遠地區另規定律師兼任公證業務，誠屬可議。

最後，司法院提案之定額條款部分在立法院審查時，遭到刪除。惟避免公證法第 31 條及第 1 條第 3 項之規定，產生適用上之疑義，有學者<sup>114</sup>主張從目的解釋、法律體系解釋修正條文，即所謂「不得限制民間公證人之人數」，仍由主管機關司法院斟酌各地方法院管轄區域人口數，社經發展情形及公證事務之多寡，決定各該區域應遴任辦理公認證事務之公證人數，但不宜預先固定其人數，以免無法因應實際需要。另有其他學者<sup>115</sup>亦採相同看法：在民間公證人總人數不得限制之解釋下，司法院在指定時，應考量各地方法院及其分院間區域之均衡。故司法院仍須監控各地方法院所屬區域中事務所之業務容量限度，一旦超出標準之容量需求，則該區域應不再允許新事務所之設置，以求各地方法院區域間均衡發展。

我國新公證法整體結構及制度設計，係仿造歐陸拉丁公證國家之立法例而來，立法者惟恐一般民眾難以接受，法院公證人制度不宜遽廢，故兼採法院與民間公證人並行之雙軌制，縱使兩年之緩衝期已過，至今仍保留公職化公證人之型態。公證人專職方面，由律師兼任民間公證人，有助於民眾有更多樣化之選擇各式公證人辦理公、認證，即擷取美式公證制度，以促進交易發展，惟認證案件大都超過公證案件，若公證案件過少，可能導致專職公證人無法生存，而迫使其辭職關門，有悖當初立法本旨。修法後公證法之面貌融合了拉丁、英美、公職化特色，誠為全世界獨創制度，然當初立法本意選擇走向拉丁公證制度，則不應輕易破壞其本質，又融合其他公證制度，導致我國公證業務發展仍綁手綁腳，實行十年後仍未建立堅實的公證制度，法院之訴訟案件量依然沉重，故吾以為應盡快採取全面拉丁公證人制度化，以達最初立法之美意。

### 第三項 我國公證業務程序、實體內容簡介

民間公證人為本論文論述之重心，惟按現行公證法第 1 條、第 2 條之規定，公證事務皆由法院公證人及民間公證人辦理之。簡言之，不區分法院、民間公證人，其公證業務應屬相同，故有必要對公證業務之相關內涵作一番介紹，進一步對民間公證人有更深厚之認識。

法律並未對「公證」加以定義。惟有學者<sup>116</sup>將公證行為描述為「基於公益的

<sup>114</sup>公證法律問題研究(六)，張特生，公證新制的基本精神—新制成敗的關鍵，臺北，司法院出版，民國 91 年 11 月，頁 102 至 103；同前書，張特生，公證新法上的幾個疑難問題，頁 122 至 123。

<sup>115</sup>摘錄自鄭雲鵬，同註 97 前揭(書)文，頁 64；賴來焜，最新公證法論，臺北，三民書局，2004 年 3 月，頁 107 至 108。

<sup>116</sup>陳幼麟，公證人職權行使界限之探討—公證法第十七條之解釋及公證裁量理論，東吳大學法律學研究所碩士論文，民國八十八年六月，頁 13 以下。

目的，由公證人依法定程序就特定事項給與證明，而由法律賦予一定效果之行為」，堪稱較為周延。大體上，公證分為一元制與二元制，前者類如美國之公證制度，僅就文書之作成或形式上之證明即為已足，視為「認證」；後者則除了證明文書之作成或形式上之真正外，尚兼及法律行為或私權事實之證明，即「公、認證」。我國係採公證二元制，又公證法中之具體規範與制度，乃係由公證法學之基本原則貫穿而來，諸如聲請原則、公正原則、保密原則、直接原則、真實原則、合法原則、妥速原則<sup>117</sup>等，無論公、認證，皆有適用，為規制公證人及其他輔助人行使公權力之上位行為準則。

綜合學說、實務見解，「公證」，乃公證人就請求人請求公證之法律行為或有關私權之事實賦予公證力，已證明該項法律行為之作成或該項事實之存在；「認證」，係公證人就請求人請求認證之文書，證明其文書之作成或形式上為真正，而不直接接觸文書記載之法律行為或私權事實<sup>118</sup>。雖然公、認證行為皆賦予公（認）證書程度不等之公證力、證明力<sup>119</sup>，然而不論何種形式，均要求公證人應以實際體驗方法，親自經驗公、認證事項，至於究為親自所見之狀況或當事人之陳述，均無不可。

---

<sup>117</sup>公證法學基本原則內涵如下：一、聲請原則：公證程序之啟動、進行與撤回，應以當事人自願向公證機關提出聲請，未經聲請，公證機關無權依職權強制特定的自然人、法人或其他團體辦理公證事務，蓋公證程序乃非訴訟性行為，公證機關不得依職權主動辦理公證。二、公正原則：公證機構與公證人員在公證行為中，應忠於職守，恪遵法律，公正無私，不偏不倚地開展公證行為，排除一切與職業特性相衝突之因素，依法行使司法公證權，如：公證法第 10 條（迴避制度）、第 37、38 條（公證人禁止兼職制度）等皆屬之。三、保密原則：公證機構及其公證人員，以及其他受公證人委託、聘請或因職務需要而接觸公證事務之人，對其在公證行為中所接觸國家秘密或當事人秘密，負有保守秘密之義務，例如我國公證法第 14 條：「公證人、佐理員及助理人，除法律另有規定外，對於經辦事件，應守秘密。」即可得知。四、直接原則：公證機構在辦理公證行為時，應由公證人親自與當事人在場，直接審查公證事項之內容以及其他有關的全部資料，親自聽取當事人及其他有關人員之陳述與觀察所見狀況及其他實際體驗之方法與結果，了解當事人之真實意願，已決定是否給予證明，公證法第 80 條、第 101 條第 1 項規定即是。五、真實原則：公證機關與公證人員在辦理公證事項時須查明公證事項是否真實，以防止或避免出現虛偽公證，「以事實為根據，以法律為準繩」，故真實與合法是公證行為中兩大基本原則，真實性是公證書的靈魂。合法原則：公證機關辦理公證事項之內容、形式與程序必須符合國家法律。蓋公證之屬性係依法證明，公證之目的，是為了某法律行為、私權事實與文書符合法律的規定，將其納入法律的軌道，故依照法律規定出具的公證文書始具有法律效力，公證法第 70 條、第 11 條即是。妥速原則：保證和督促公證機關依法執行公證事務，即要妥當達法律化、個別化、品質化，並同時兼顧及時迅速達事務化、標準化、效率化，防止違法背職，怠於公證，維護正常公證事務進行，保證公證行為順利完成，藉以保護當事人合法權益。以上內容摘錄自賴來焜，同註 115 前揭（書）文，頁 29 至 47。

<sup>118</sup>公、認證除了上述性質不同者外，亦有下列差異點：一、證據力不同。二、代理範圍不同。三、得附強制執行力不同。四、證書製作格式不同。五、費用收取標準不同。六、偽造罪責情形不同。摘錄自鄭雲鵬，同註 97 前揭（書）文，頁 160 至 161。

<sup>119</sup>公證部分，若由公證人親自擬訂契約，或在公證人面前作成之契約，或公證人親自所見之情況，皆係由公證人親自接觸者，證明力最強；倘若體驗之方法係當事人在公證人面前陳述之內容，無論時點為現在或過去，僅能證明當事人有此陳述而已，故證明力次強；認證部分，僅能證明當事人之簽章屬實，或當事人陳述其簽章為自己所為屬實，文書內容不在證明範圍，其證明力最低。摘錄自鄭雲鵬，同註 97 前揭（書）文，頁 139 至 140。

公證法第 2 條規定：「公證人因當事人或其他關係人之請求，就法律行為及其他關於私權之事實，有作成公證書或對於私文書予以認證之權限。…」揭釐了公證人公、認證的業務範圍，即「法律行為」或「其他關於私權之事實」係作成公、認證行為之共同客體要件<sup>120</sup>。該條規定之「法律行為」是否僅限於「關於私權之法律行為」？抑或包括公法上之法律行為，學說及實務迭有爭議<sup>121</sup>。有論者謂，從公證事件之本質觀察，公證著重體驗之可能性與事件之客觀性，公證人在該事件上居於客觀的第三人，預先予以證明，故不論公權、私權，皆有作為證據保全之可能，以避免將來不必要之證據調查；從比較法觀察，無論德、法、西班牙、義大利、奧地利、日本、韓國之公證法，皆不限於私權有關之法律行為，始可作成公證書；又公、私法之區分，主要係因訴訟制度採二元制度，在於解決某些事件應歸普通法院管轄，某些事件應歸行政法院管轄之問題，而與公證客體之適格性無關，故重點在於法律行為本身，是否具有驗證可能性<sup>122</sup>。一般而言，辦理公證之法律行為，以行政契約<sup>123</sup>為大宗，按行政程序法第 148 條，債權人得以該條規定，作為強制債務人履行債務之名義，故似無作成公證書之必要，惟公證制度之目的，除了得否強制執行外，亦具有保障人民權益、保全證據、促進程序之功能，避免行政機關違法行政，從訂立行政契約或以私法契約之方式「公法避難到私法」。觀察我國實務，向來將公、認證標的之法律行為須以涉及「私權者」為限，然此非法律之明文限制，而係公證實務自我設限之結果，與多數國家無不以擴張公證人職務為要務相較，顯然背道而馳。為將公證之功能發揮至最大，依現行公證法第 2 條第 1 項之規定，就法律行為之部份，應將之擴大解釋，認為應包括公法上之法律行為，否則，至少將所謂「涉及」、「關於」私權之定義從寬認定，認為凡涉及私人權益之問題，均為所謂「涉及私權」之領域，以擴大公證業務服務之範圍。

公證人就法律行為及其他關於私權事實行使審查權，究應採取形式審查權或實質審查權？有關於**私權事實**之審查，多認為係由公證人聽取當事人之陳述，並以公證人親自所見之狀況或其他體驗之方式就該私權事實予以證明，查公證法第 80 條即有明文，故學說、實務上較無爭議。惟**法律行為**之審查，則有爭議，依我國現行公證法之修正草案總說明觀之，公證人應從形式上審查文書是否真正，

<sup>120</sup> 除了公證法之規定外，於契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更義務之標的者(民法第 166 之 1 條：尚未施行)、債務消滅公認證書之蓋印、簽名(民法第 308 條)、有瑕疵及易敗壞物品變賣之許可(第 358 條第 3 項)、公證遺囑(民法第 1191 條)、拒絕證書之作成等(票據法第 106 條)、海事報告書(船員法第 66、71 條)等實體法規定亦屬公、認證業務範圍。

<sup>121</sup> 司法院秘書長 91 年秘臺廳民三字第 00804 號函說明；依公證法第 2 條規定，得公、認證之法律行為或文書，以涉及私權為限；賴來焜亦認為，案件標的本身如純屬公權上之法律行為及事實，則不可以予以公證，故公證法第 2 條第 1 項之規定，公、認證案件或標的之適格性，若涉及公權事項，則不得請求公、認證，同註 115 前揭(書)文，頁 147；又早期鄭雲鵬亦採相同見解。

<sup>122</sup> 李惠宗，公證客體之研究—以公權和私權區別為中心，公證法學第三期，2006 年 2 月，頁 6 至 9。

<sup>123</sup> 類如：動物結紮補助契約、開發契約、退學賠償契約等，以上例子摘錄自李惠宗，同註 122 前揭(書)文，頁 10 至 11。

即僅從形式上探求請求人之真意及事實真相，此乃從非訟之角度出發，似乎係採形式審查說。然比較外國立法例<sup>124</sup>及我國多數學者<sup>125</sup>漸趨向實質審查說，以為公證人雖非判斷法律行為效力之最終裁判者，惟為擔保現代公證人作為有效法律行為文書之草擬者及最佳法律諮詢顧問之立法目的，至少也要擔保法律行為形式上有效，故公證人除了確定當事人之同一性外，並於形式上訊問當事人間之意思表示是否合致，並詢問申請人就公證人審查法律行為所作成之書面是否符合請求人之真意，以及確保法律行為內容形式上有無違反法令；再者，從公證法第 101 條辦理公、私文書認證審查方面，除了觀察法定形式要件有無具備者外，亦包含文書真偽之審查，若有偽造、文書內容不合理或與眾所周知得確定之事實不符，或公文書前後表示相矛盾，文字有增刪塗改者，皆有從實質上查明之必要，故在認證方面，公證人具有某些實質審查權。舉輕以明重，**法律行為之公證審查權之嚴謹度應不下於公、私文書之認證審查密度**。以往只有法院公證人時，因工作負擔過重，無法就公證之法律行為作實質審查，係礙於事實上之不能，然今既已引進民間公證人制度，為達到「客制化」之目標，應無分法院、民間公證人除了有形式審查權外，亦容許有部分之實質審查權<sup>126</sup>。

為使上述審查權行使能盡其功，須搭配公證人闡明權之行使，此乃履行審查權義務之核心<sup>127</sup>(公證法第 71、72 條)。闡明權之理念，在於使公證行為成為一個「可能完全之證明」，以維持公證文書之公信力。又公證程序與訴訟程序之闡明權涵意並不相同，故公證人似可不必受辯論主義之拘束，對於當事人所未主張之事項，公證人亦可說明之。具體實踐之方式，乃探求當事人之真意，並以詢問當事人以澄清事實真相，若有不明瞭、不充足之處亦可繼續發問或曉諭，並從中了解請求人所意欲達成之法律效果，加以磋商、補充、調整，若有客觀陳述情形與一般常理有異者，請求人仍堅持該項內容者，公證人須記載請求人就此所為之表示，以明責任歸屬。**闡明權之行使，不論公、認證應皆有適用。**

最後進入了公、認證書作成之階段，作成公、認證書之必要條件應具備，若證書記載欠缺、誤載、違背本法規定，自不生公證效力(公證法第 11 條)：公證

<sup>124</sup> 以法國為例，法國公證人應調查公證書所載事實之真實性，始得予以公證，否則公證人應就其過錯負擔民事賠償責任。故公證人有義務確保公證當事人間法律行為完成後，該法律行為具備當事人間所期待達成之完整效力，當事人藉公證文書所欲達成之目的，要得以實現，故謂法國公證人具有實質審查權。

<sup>125</sup> 我國學者張特生認為：依公證法第 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，而其均可能涉及實體事項，殊難謂非實體審查，整理自張特生，〈續談公證新法上的疑難問題〉，司法周刊，第 1078 期，民國 91 年 4 月，第二版；鄭雲鵬認為：公證行為不具有確認權義關係存否之效力，故原則上仍採取形式審查之觀點。但公證程序之形式審查並非不能審究實體事項，而是公證人應盡量避免為權義關係存否之判斷，並就足以影響請求事項有效性、真實性之客觀事實為審究，再就審查結果為形式客觀之記載，同註 97 前揭(書)文，頁 169。

<sup>126</sup> 以上摘錄自周家寅，〈論我國公證人就法律行為公證之審查權〉，公證法學第 5 期，2008 年 12 月，頁 29 至 36。

<sup>127</sup> 以拉丁公證制度為例，公證人之審查權(義務)就是闡明義務。

人須先審核有無消極要件，規定於公證法第 70 條，即其受理當事人或關係人請求公證或認證案件時，應先審查案件是否具備合法性與適格性，審查結果未有違法和無效事由時，遂進行證書記載階段，積極要件須符合公證法第 81 條、公證法施行細則第 56 條、公證法第 101 條至第 103 條等，公、認證書方屬完成。作成證書之過程中應注意須由「公證人本人實際體驗」並逕而記載所見之狀況與結果，若是由助理人甚或其他無權限之人為之，所作成之證書將罹於無效(公證法第 80 條)，不可不慎。公、認證書製作完成後，公證人應向在場人朗讀或使其閱覽，經請求人或代理人承認無誤後，記明其事由，即算完成公證法規範之程序，應認為公證人已完成其職務上之行為。最後，必須做成卷宗<sup>128</sup>、簿冊<sup>129</sup>之編製，並將上列文書保存於公證處或事務所，不得攜出，以方便將來歸檔管理。有鑒於拉丁公證國家將公證書視為國家重要之文化遺產，且攸關人民權利甚鉅，故依原本公證法施行細則第 10 條規定，公證書原本、認證之私證書繕本、公證書登記簿及認證書登記簿，應永久保存，若是前項以外之簿冊及其他文卷，應自歸檔之翌年起保存五年，惟慮及保存空間之有限，依新訂定公證文書簿冊保存及銷毀規則第 10 條、第 8 條之規定，針對公證文書簿冊之保存期限作一番修正<sup>130</sup>。上述之保存規則，無非係達到證據保全之目的。

請求人請求公證或認證須支付對價，即須依法繳納公證費用，故本法係採有償主義。又按公證法第 108 條謂：「公證費用，應依本章之規定收取之，不得增減其數額」，乃明定**公證費用法定原則**<sup>131</sup>，其立法理由為因應民間公證人與法院公證人併行不悖，其收取之公證費用，自宜有統一、合理的標準，不得任由公證人自行增減其數額或與請求人達成不同之協議，以免惡性競爭，茲生流弊，影響公證之品質<sup>132</sup>。公證費用依其財產關係或非財產關係有不同之算定標準。就財產上法律行為及私權事實關係，主張標的價額主義以及聲請公證時之交易價額為

<sup>128</sup> 所謂卷宗，係指公證法第 87 條第 1 項規定，將公證書、證明身分、代理人權限、第三人允許或同意之證明書及其他附屬文件編製而成。

<sup>129</sup> 所謂簿冊，係指依公證法第 90 條第 1 項公證書登記簿及其他相關之簿冊。詳細內容規定於公證法施行細則第 34 條至第 38 條。

<sup>130</sup> 公證文書簿冊保存及銷毀規則第 10 條：「遺囑或遺產處分行為之公證書原本及其附件、認證書繕本或影本及其附件，應永久保存；不動產物權得喪變更、婚姻、認領、收養、其他涉及親屬關係之公證書原本及其附件、認證書繕本影本及其附件，永久保存。前項以外之文書簿冊保存期限如下：一、公證事件卷宗，保存十五年。二、認證事件卷宗，保存十年。三、公證書登記簿及認證書登記簿，保存三十年。四、收件簿、閱覽登記簿及異議事件登記簿，保存五年。前二項保存期限，自歸檔之翌年一月一日起算。但因特別事由有繼續保存必要，或公證文書係就履行定有確定期限或定有存續期間之法律行為作成者，自該事由消滅或期限屆滿翌年一月一日起算。」、同規則第 8 條第 2 項規定：「卷宗內之文書，有宜特別保存已備查考者，於保存期限屆滿後，得抽出繼續保存之。」

<sup>131</sup> 公證費用法定原則之內涵分為二，一、費用種類之法定：公證法所規定之公證費用，除公證費、認證費外，尚包括抄錄費、翻譯費、郵電費、運送費、日費、實際體驗費、旅費等其他費用，悉由法律規定之，故公證人不得巧立名目收取之。二、費用數額之法定：此於公證法第 108 條已有規定，但依同法第 129 條：「本章所定之收費標準，司法院得按情勢需要，以命令減至二分之一，或增至十倍。」故司法院按情勢需要，在一定範圍內，得以命令增減之。

<sup>132</sup> 立法院，同註 110 前揭(書)文，頁 224。

準，此乃準用民事訴訟法之結果(公證法第 110 條)；若不能算定時，則收取一固定費用<sup>133</sup>。若當事人所申報之標的價額公證人認為與實際情形不符者，應當職權調查，賦予公證人核算費用之裁量權，公證法施行細則第 82 條有明文規範。惟為避免認定標準不一，造成同一案件收取費用差距不等，以致有削價競爭之疑慮，對於公證費用之核算標準，有學者以為<sup>134</sup>，實不宜準用民事訴訟法之規定，而應另行建立認定標準；非因財產關係之法律行為或私權事實之收取標準，諸如婚姻、認領、收養或其他非財產關係者，收取費用 1 千元整(公證法第 113 條第 1 項)。另公證遺囑，則依遺囑內財產價額依財產公證之方式計算之。認證書，亦應按該文書所載內容究為財產關係或非財產關係，依公證法之相關規定，減半收取之<sup>135</sup>。

公證費用對法院公證人及民間公證人而言，具有不同之意義。法院公證人收取之公證費均歸國庫，與法院公證人本身尚無影響，性質上屬於公法上之請求權，當事人怠不繳交，可由行政執行署對繳納義務人強制執行；惟民間公證人收取公證費用攸關其生計，屬於維持其公證品質最關鍵之要素，倘若未來嘗試公證費用交由市場供需決定，即「公證費用自由化」，是否有助於追求合理之公證價格及高品質的服務，值得往後實務探討。

總結上述，乃進行公、認證業務之基礎概念，藉由基本原則之貫徹並配合公證人落實職權調查法律行為與私權事實，以作成具有公信力、公正力之公證文書，以達到避免當事人雙方糾紛之產生並減少法庭干預的「預防性法律保障」，進而減少國家無謂的司法開支。惟我國係採取雙軌制，法院公證人、民間公證人實行至今已十年，二者仍有不少差距點，類如設備資源不均衡、法院公證人負擔過重、未建立堅實的民間公證人<sup>136</sup>等，實有悖於效法拉丁公證制度之立法原意，故有關民間公證人之設立初期至現今發展之現況，皆有深入探索之必要，以下為本論文之核心內涵。

<sup>133</sup> 我國收取固定價額係採最低標準，亦即依公證法第 112 條規定：新台幣一千元。

<sup>134</sup> 賴來焜，同註 115 前揭(書)文，頁 230 至 232。

<sup>135</sup> 認證費用按公證法第 109 條至第 119 條所訂之「公證費用額」，並依公證法第 120 條減半數收取之。

<sup>136</sup> 伍婉嫻民間公證人即指出，許多民眾走進民間公證人事務所時，所表現出來的不信任和懷疑，嚴重打擊我們民間公證人的士氣！取自伍婉嫻，〈我當民間公證人的點點滴滴〉，公證法學第 4 期，2007 年 12 月，頁 154。



## 第二節 民間公證人制度概述

### 第一項 身分之取得

按公證法第 24 條第 1 項規定，民間之公證人為司法院依本法「遴任<sup>137</sup>」之。候選人必須具備公證法第 25 條或第 27 條所定積極資格之中華民國國民，且無第 26 條各款消極情事之一者，即可遴選為民間公證人，其內涵分析如下：

#### 一、積極資格：

按公證法第 25 條規定：「民間之公證人，應就已成年之中華民國國民具有下列資格之一者遴任之：1.經民間之公證人考試及格者。2.曾任法官、檢察官，經銓敘合格者。3.曾任公設辯護人，經銓敘合格者。4.曾任法院之公證人，經銓敘合格，或曾任民間之公證人者。5.經高等考試律師考試及格，並執行律師業務三年以上者。」得知其資格要求甚嚴，蓋民間公證人辦理公證事務，攸關人民之權利義務及公共利益甚鉅，且民間公證人辦理公證事務，得向當事人收取報酬，並於自設之事務所單獨為公證行為，故須有較高之素質，方可保障當事人之合法權益。

#### 二、消極資格：

依公證法第 26 條規定：「有下列情事之一者，不得遴任為民間之公證人：1.年滿七十歲。2.曾受一年有期徒刑以上刑之裁判確定。但因過失犯罪者，不在此限。3.褫奪公權，尚未復權。4.曾任公務員而受撤職處分，其停止任用期間尚未屆滿。5.曾依本法免職或受撤職處分。6.曾受律師法所定除名處分。7.受破產之宣告，尚未復權。8.受監護或輔助之宣告，尚未撤銷。9.因身體或精神障礙致不能勝任其職務。」蓋民間公證人辦理公證事務繁重，年齡過高者，自難以勝任，必須要求身心健全，信譽良好，未受一年以上徒刑之裁判確定，並有完全之行為能力者，才能獲得當事人之信賴。

候選人經民間公證人任免委員會依法審查篩選任免後，該民間公證人應向所屬法院提出聲請，經法院准許層報司法院，即完成登錄程序，最後由法院公證處備置民間公證人名簿，以供民眾查參。若公證業務繁忙，民間公證人得依本法第

<sup>137</sup> 任命行為之性質，有行政契約及行政處分之爭。以日本為例，民間公證人之任命行為，須被任命者之同意為條件，故為公法上之契約；惟我國依公證法第 31 條規定謂民間公證人由司法院遴任之，並指定其所屬之地方法院或其分院等文義觀之，其性質應屬於單方之行政處分。參鄭雲鵬，同註 97 前揭(書)文，頁 71。

28 條規定，經所屬地方法院或其分院之許可，雇用助理人，協助辦理公證事務，助理人之地位等同於法院公證人之佐理員，受民間公證人之指揮監督。又為便利民眾使用公證制度，故有民間公證人事務所設置之規範，依本法第 1 條第 3 項，謂民間公證人應於所屬之地方法院或其分院管轄區域內，司法院指定之地設事務所，以避免事務所過於集中轄區某地，以致城鄉差距過大，不利公證事務之推展，惟自從上文介紹立法院審議時，將「定額條款」刪除後，司法院之指定權似乎不具實質意義，但按體系解釋之結果，民間公證人任免委員會及司法院自得於遴任民間公證人時於總人數不限制之情形下，考量各地方法院及其分院間城鄉區域之均衡來指定事務所，藉此達到“限額”的效果，此為當初立法者始料未及。

民間公證人於任命後，非經踐行公證法第 32 條之下列各款事項，不得執行職務<sup>138</sup>。即須向所屬地方法院或其分院登錄、加入公證人公會、參加責任保險並繳納保險費、向所屬地方法院或其分院提出職章、鋼印之印鑑及簽名式。再者，民間公證人必須在執行職務前經過研習訓練，並踐行一定之事項，才能確保公證之高品質服務，此為民間公證人之一大特色，主要因師法拉丁公證制度<sup>139</sup>。故我國公證法第 29 條之規定：「民間之公證人於執行職務前，應經相當期間之研習。但具有第 25 條第 2 款或第 4 款(參前文法條)之資格者不在此限。」「民間之公證人於執行職務期間內，得視業務須要，令其參加研習。」為使民間公證人熟稔公證事務，得以確實執行，充分保障人民權益，遂參考司法人員人事條例第 28 條及第 29 條之例<sup>140</sup>，增設本條，明定民間公證人應經相當期間之職前研習，並得視業務之需要，令其參加在職研習，並且為顧及曾任法官、檢察官或公證人者，法學素養及實務經驗應較考試取得資格者更為豐富，如經遴任為民間公證人，可例外不接受前開職前研習，但有必要時仍得令其參加第 2 項之在職研習，其詳細規範內容，可參照司法院依公證法第 30 條所發佈之「民間公證人遴選、研習及任免辦法」(該法於 2001 年 4 月 23 日起施行)。在此須注意者，就職前研習期限未滿或期滿成績不及格者，皆不得以公證人名義於公證文書上簽名，否則會有本法第 11 條不生公證效力之後果。

有關民間公證人遴任、執行職務前必須參加責任保險、參加相當期間之研習，甚或公證業務之執行或拓展、監督等，皆與公證人公會有著密切關係。公證

<sup>138</sup> 臺灣新竹地方法院 92 年 5 月 1 日(92)新院昭文字第 13331 號函：「民間公證人未向所屬地方法院登錄不得執行職務，公證法第 32 條第 1 項定有明文。查民間公證人 ooo 於民國 92 年 3 月 3 日使經本院核准登錄，右開各案(007 至 009 號案除外)卻分別於 92 年 1 月 23 日(二件)、1 月 24 日、2 月 17 日及 2 月 20 日(二件)即受理認證，顯已違背法律之規範，從而以其民間公證人名義作成之文書，依公證法第 11 條第 2 項規定已不生公證效力，核其所為已與公證法第 54 條第 1 項第 1 款之規定相當。」

<sup>139</sup> 在拉丁公證國家，公證人執行職務之前，必須經過研習訓練，蓋拉丁公證國家之公證人均係法律專家，並注重公證品質且責任甚重，故無論在任命前、在職期間，均應參加訓練、研習。

<sup>140</sup> 司法人員人事條例第 28 條：「具有第 9 條第 3 款及第 4 款任用資格之一者，於初任司法官前，應施予職前訓練。其他司法人員於任職前，得施予職前訓練。」此規定為律師、法學教授授充任司法官之職前訓練。又同法第 29 條亦規定：「司法人員在職期間，得視業務需要，施予在職訓練。」

人公會係民間公證人組成，因成員具有準公務員身分(公證法第 24 條、第 36 條)，故所組成之公證人公會，在性質及功能上與一般人民團體有所不同，有承認其具有法律上獨立人格之必要，故於公證法第 131 條規定其地位屬於「公法人」，以利組織之管理與運作。目前公證人公會分為兩個層級，其一為地區公證人公會，另一為全國公證人公會聯合會，民間公證人必須強制入會，無論地區或全國公證人公會，皆須依法訂定章程，並依公證人公會之特殊性質加以變通，若變更章程，亦需依本法第 136 條規定，報經司法院准後，向該管行政主管機關報備。查公證法第 134 條至第 139 條、第 142 條至 143 條，係參造律師法及其他專業執業人員的制度而建立，此乃法人性質使然。惟畢竟仍屬公法人，故召開會員大會須陳報主管機關派員列席參加，俾便利行使監督權。為順利推展公證業務，地區公證人公會可分設各種委員會，例如：研習委員會、風紀及懲戒委員會、公共關係委員會、保險業務辦理及監督委員會等<sup>141</sup>，其中有關辦理責任保險業務，一般民間公證人會自行投保責任險，此外公會也會為每位公證人投保強制責任險，此部分與以下探討之民間公證人民事賠償責任有密切關聯，故將留待後文討論。

## 第二項 民間公證人與委託行使公權力之關係

公證制度作為預防司法糾紛之先驅，因此公證人於執行職務時，除了扮演證人抑或履行勘驗或報告之任務外，尚期許朝向拉丁公證人兼任多重角色，類如雙方之法律顧問、客觀之協調人、經濟弱者之保護者等。為何擴編法院公證人之員額無法解決此類問題，而需大刀闊斧推展民間公證人，大抵原因乃係為了因應民營化之國際思潮，希冀藉由民間的人力、物力資源達到提昇預防司法之功能，本文論述之重心，先著手於民營化之初步介紹，並嘗試說明民間公證人與民營化之關係，並說明民間公證人屬於何種民營化型態，以開啟後文司法任務民營化後(後民營化)，有關受託行使公權力之私人或團體之類型、國家對受損第三人賠償責任問題之探討。

### 第一款 民營化之概念

有鑑於行政任務之日益擴張，單純以國家的力量對人民給付已愈趨困難，故而各國紛紛興起「公私協力」(public-private partnership)之方式，將國家之任務，外包給民間處理，例如興建重大之公共建設等等。而我國受外國之影響，乃促成民間參與公共建設法等法律之立法，並且普遍採用民營化或公辦民營之方式辦理國家可能欠缺資力或能力之案件。如此一來，可以引入民間的力量，以減少國家之負擔，更能夠有效率的達成行政目的，上述乃「民營化」之初步描述。

<sup>141</sup> 本項內容參考臺中地區公證人公會。

依照德國文獻，民營化大抵可區分為形式民營化、實質民營化與功能民營化<sup>142</sup>。所謂「形式民營化」，亦稱組織民營化(Organisationsprivatisierung)，係指行政機關設立私法組織體，將原本由其執行之行政任務交由該私法組織體執行，而行政機關則退居幕後控制該私法組織體之運作，如航空發展中心改制為漢翔航空工業股份有限公司、電信局將部分業務改制為中華電信股份有限公司等。與此相對之概念為「實質民營化」，亦稱任務民營化(Aufgabenprivatisierung)，指某特定行政事務的國家任務屬性雖維持不變，但國家本身不再負責執行，而轉由民間負責或提供，一般多出現在不涉及公權力行使之公共任務、給付行政領域，如開放民營加油站、民營電廠、民營銀行等。其次一種民營化模式稱為「功能民營化」，指某特定事務之履行，不僅其國家任務之屬性不變，即國家本身並未放棄自身執行的責任，只是執行階段選擇借重私人力量的方式完成任務。早期功能民營化多見於以公權力之行使為內涵的干預行政，如今已擴張到提供公共服務之給付行政領域，而公共服務的民營化又幾乎都是出自於契約，所以到今天，「委託外包」或「委外」一詞也幾乎與公共服務之民營化同其意義了，依私人參與履行公共任務強度之高低，可細分為：行政助手、專家參與、行政委託，此種功能民營化類型於下文將有詳細介紹。綜上，一般學說論著大抵區分上述三種民營化類型<sup>143</sup>，為方便理解，圖示如下：

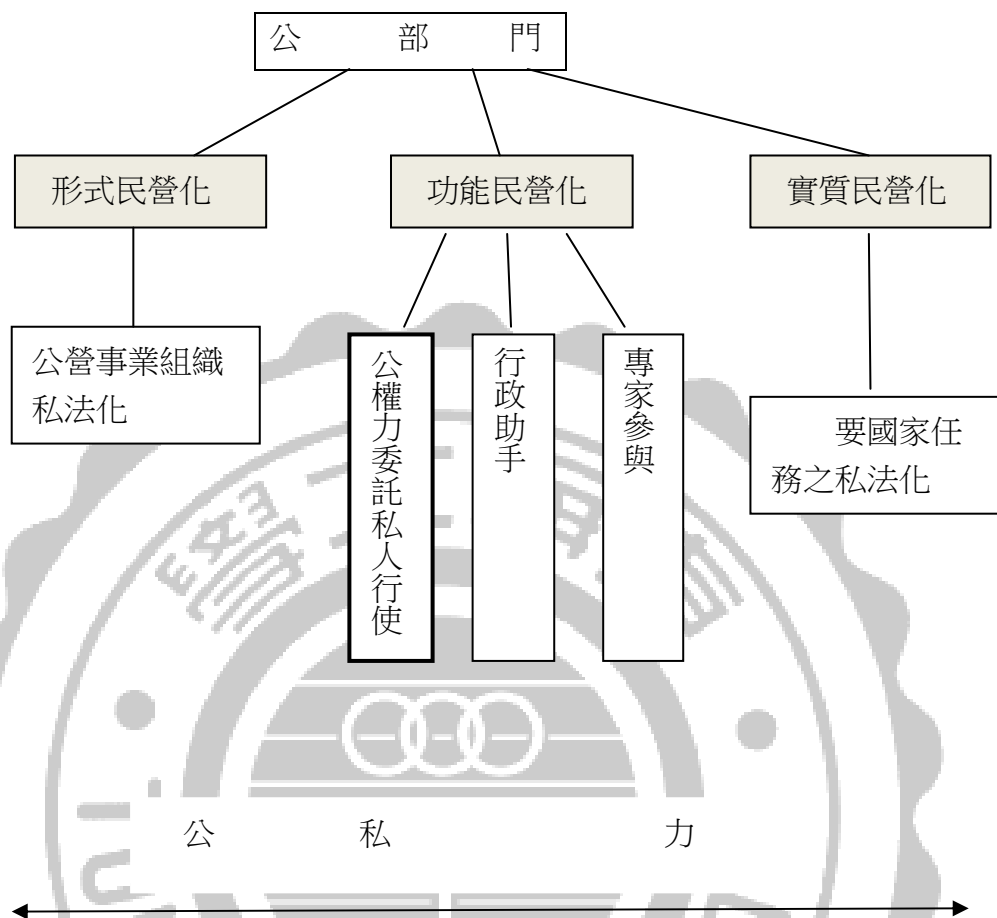
<sup>142</sup> 綜合摘錄自〈論公權力之委託行使〉，中國評論學術出版社，網址：

<http://www.chinareviewnews.com/cm-webapp/cbspub/secDetail.jsp?bookid=35393&secid=35411>、

許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 585 至 589。

<sup>143</sup> 針對上述民營化之類型，有學者不認同「形式民營化」作為民營化類型之一，因私法人之設立(無論是公司抑或財團法人)其營運權仍有國家掌控，充其量只能說是「披著私法外衣的國家」或「形式上的私人」，而不是「真正的私人」，且不能免於基本權等公法原理原則的拘束，且依現行國營事業管理法之相關規定，其人事與會計制度還須受層層束縛，與政府機關幾無二致，故所謂的民營化，應不包括「形式的民營化」。參許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 584 至 585。

圖 3.1：民營化之類型分類圖 (資料來源：自繪)



## 第二款 民營化時代之公權力委託

蓋公權力委託係國家延攬私人參與執行國家任務(尤其是行政任務)之型態中制度化歷史最悠久的，其間雖歷經二次大戰而逐漸式微，復至 1990 年代末期，民營化運動蔚然成風，舉世皆然，公權力委託遂又再度崛起，彷彿「鳳凰從灰燼中復活」。此所謂民營化乃指「功能民營化」，在國家財政日益拮据之境下，公部門若欲獨立達成所有行政任務，已趨艱難，最為棘手者乃急需龐大資金、專業知識、先進科技及現代化經營管理能力之基礎公共設施。另一方面，各個行政主體(尤其是地方自治團體)為避免過度加稅、舉債或延宕任務實施，為走向兩全其美之道，乃不得不借重經濟發展已臻成熟之民間社會，運用其豐富多元之資源財力來完成公共任務，邁向現代行政合作國家。此種以公部門與私部門共同合作達成行政任務為其要徵之功能民營化，有論者隱喻為近代民營化中最引人入勝之一環。

## 一、公權力委託於功能民營化中之定位

國家委託私人參與協助履行行政任務之情況，依私人享有之法律地位強度而言，傳統行政法學概分為行政輔助、公權力委託兩大類型。行政輔助之特點在於未擁有任何公法職權，亦非行政組織之一環(例如：行政助手)；反觀公權力委託，係指國家委託私人執行特定行政任務並授予相關之公權力，該受託之私人據此得以自己名義獨立行使公權力，關鍵性之要素在於「公權力授予」，私人基於此乃可行使原屬國家行政權專有的特定公法職權。在身分上，受委託行使公權力之私人雖仍屬私法之權利主體(自然人或私法人)，然若論其功能，在公權力所及之範圍內，私人則為間接國家行政一環之行政主體，並具有行政程序法上之實質行政機關地位<sup>144</sup>。

公權力委託究屬於何種民營化類型？有論者將之定位為形式民營化，亦有歸類為任務私部門化者(即實質民營化)，惟通說以為，公權力委託(如：行政委託)應屬於功能性民營化之範疇<sup>145</sup>。然近期有學者劉淑範綜合歸納出民營化之特性，認為公權力委託制度除了借助私人力量之餘，國家又賦予私人公法權限並將之劃入行政組織體系，故並非能硬性分類出屬於上述三類型之哪一種，而將其認定為兼具功能民營化和形式民營化兩者特徵之混合民營化類型<sup>146</sup>。其又謂公權力委託並非想像中單純，於公法方面，縱使是公權力委託之「私人身分」，仍須受到公法權限與義務之修飾添附，而無法完全受到私經濟市場支配；於私法方面，公權力委託於各國廣為採納，又不得不歸功於民營化推動之結果，加以「委外」、「私人競爭」、「受託私人之獨立負責性」，其法律關係之錯綜複雜，蓋不能以「純粹」民營化加以完整解釋。

## 二、公權力委託之概念與適用範疇

第二章所論述之「行政委託」，即意指「公權力委託」之概念。大部份之學者未再細分此兩者，為本文以為，公權力委託所涵括之範圍應比行政委託來的廣，蓋行政委託係行政法學項下之內涵，惟公權力委託私人之**事物種類**，無論現代公共安全、秩序行政等其他國家較敏感重要之核心領域，皆有可能作為委託之事項，故吾人以「公權力委託」之名稱來介紹其與後文「民間公證人」的關係，更符合文義上的精準，合先敘明。

<sup>144</sup> 我國行政程序法第 2 條第 3 項有明文規定。

<sup>145</sup> 參閱許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 585 以下；黃錦堂，行政任務民營化之研究—德國法之觀察與我國法的省思，吳庚大法官榮退論文集(公法學與政治理論)，元照出版，2004 年 10 月，頁 484 以下；黃默夫，行政組織概述(X 軸與 Y 軸)，基礎行政法二十五講，三民書局出版，民國 94 年 8 月 20 日，頁 209。

<sup>146</sup> 參劉淑範，民營化時代之公權力委託—變遷中之古典制度，中央研究院法律學研究所之個人研討會，題目：民營化與公權力委託，2009 年 6 月 2 日，頁 47。

公權力委託，簡言之乃國家委託私人之權利主體執行行政任務，並為此目的授予其以自己名義運用公法行為形式之特殊職權<sup>147</sup>。此概念於第二章行政委託已有簡略之介紹，再此不復敘明。傳統之公權力委託主要以危險防制之干預行政為重心，諸如：民航機機長或商船船長於機上之緊急處置權、狩獵看守人於轄區內之秩序權、私立學校在教育行政上之特定公法權、依據道路交通法規受委託行駛車輛檢驗許可職權之專業鑑定人等。發展迄今，公權力委託私人履行公共任務大抵可區分為兩種類型：

### (一)基礎設施之公權力委託

由於基礎建設(如鐵路、公路、醫院、停車場)興建與營運耗費不貲，故亦興起了一股民營化之風潮。此風潮的特色在於，藉由民間資金進行基礎公共設施的興建，並(或)利用民間力量營運公共設施<sup>148</sup>。此種民營化類型又可分為 1.興建、營運民營化、2.營運民營化。第 1 點又稱 BOT(Build-Operate-Transfer)模式，由民間自己投資興建公共設施，該公共設施之所有權自屬於私人，且私人營運該公共設施須經國家許可或特許，並且以自己名義經營，之後再把所有權移轉給國家，為實質民營化之一種類型<sup>149</sup>；第 2 點一般係指「公設民營」或「公辦民營」，此種民營化類型即公有設施委託民間經營之謂，乃經營權交由民間機構，待營業權期間屆滿後再歸還給政府，公辦民營是由國家委託民間經營公共設施，以對人民提供公共服務，屬於功能民營化之範疇<sup>150</sup>。

### (二)廣義之公共安全與秩序行政

除了上述傳統公權力委託所舉之類型外，公權力委託之適用情況亦持續擴張，諸如違規停車之認定、道路交通之監測紀錄、違反秩序行為之調查、交通設施與公共場所由警察與保全人員協同巡邏、受刑人之運送、監獄行刑之守衛、保安處分之執行、法院之強制執行等。可見委託行使公權力之標的已擴張至警察治安與司法執行之領域，故私人行使公權力之範圍不限於傳統狹義之公共任務，憲法中國家保留事務<sup>151</sup>亦可朝向民營化邁進，藉由減輕國家負擔及分擔國家權力之結果，以締造現代合作行政國家。

<sup>147</sup> 劉淑範，同註 146 前揭(書)文，頁 30。

<sup>148</sup> 我國於民國 89 年 2 月 9 日制訂促進民間參與公共建設法。

<sup>149</sup> 台灣高鐵公司投資興建公速鐵路，並獲國家特許營運，即屬 BOT 適例。

<sup>150</sup> 台北市立萬芳醫院、關渡醫院、台北市二二八紀念館、高雄市立小港醫院。

<sup>151</sup> 如行政、立法、司法等國家機關之所謂國家的自我組織事項，都是典型的國家保留。



### 第三款 民營化之憲法容許性

茲有疑問者，上述公權力委託範圍推廣到極致，有無界限？是否所有業務都有民營化之潛在可能性，抑或根據憲法，仍有某些事務應當保留給國家親自執行，不准開放給民間或委託民間？有學者王天華從比較法觀察，依照德國基本法第 33 條第 4 項規定：「高權性許可權的行使，作為持續性事務，原則上應當委任給具有公法上的勤務關係和負有忠誠義務的公務員。」、日本憲法雖沒有明確規定只有行政機關才能行使公權力，但其公法學者以為從日本地方自治法第 243 條規定：「除非法律或者根據法律制定的政令有特別規定，否則普通地方公共團體不得將公金的徵收和出納許可權委任給私人，也不得讓私人進行公金的徵收和出納。」故體現了公權力委託民間是有憲法界限的，蓋由國家壟斷公權力之正當性係源自於民主原則，民主原則強調國家權力之行使應有民主正當性，簡言之，必須直接或間接回歸到人民意志<sup>152</sup>。

觀照我國，從憲法第 144 條明白規定：「公用事業及其他有獨占性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。」對民營化採取不敵視亦不友善之態度，由其”以公營為原則”在在傳達出制憲者對公營事業民營化的顧慮；再者，從憲法第 107 條至第 111 條列舉各該相關事務應分別由中央或地方「立法並執行之。」並未規定中央或地方事務可委託私人；又民營化有可能違反憲法第 1 條民生福利國原則，蓋此原則係強調社會正義，不是市場經濟法則，故若將公共服務「商品化」，完全依照市場供需法則來決定公共服務的品質、數量、價格，似有牴觸民生福利國之嫌疑。綜觀憲法條文，我國似無任何要求或鼓勵民營化之規定。

惟雖有上述推動民營化之疑慮，然細究憲法第 144 條，只要在「法律許可」的條件下，仍可開放民營而尚不至於違憲；第 107 條至第 111 條雖將公共事務劃歸給中央或地方，惟並未禁止中央與地方將各自權限範圍內之事務委託民間經營，只要國家擔保任務確實有履行，是由中央或地方親自履行抑或委由民間操刀，均非所問；就民生福利國而言，就公共服務的商品化，不代表國家非不能就民營化為適度修正，俾盡可能將市場經濟邏輯與社會正義作適度之調和，故前揭憲法規定都導不出禁止民營化的結論<sup>153</sup>。然所有公共事務皆能民營化嗎？有論者<sup>154</sup>以為有關行政、立法、司法等所謂國家自我組織事項，屬於典型的「國家保留」，而國家保留事項源自於武力獨占，故只要係任何以物理強制力為後盾之國家任務(如軍事、警察、司法、徵稅、刑罰等)應不得開放民營，反之有關生活照護之提供(如水、電、瓦斯、電信等)無設物理強制力，仍有民營化之潛在可能性。總而

<sup>152</sup>王天華，〈行政委託與公權力行使〉，騰訊評論：

<http://view.news.qq.com/a/20100629/000002.htm>，造訪日期：2011 年 4 月 3 日。

<sup>153</sup> 摘錄自許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 594。

<sup>154</sup> 許宗力，同註 63 前揭(書)文，頁 595。



言之，須區分事物性質有無高權性格而區別對待，方符合公平正義原則。

#### **第四款 民間公證人之設立容許性**

為何公證人亦趕上民營化之潮流？要因公證人如置於司法或行政機關中，身為公務員固定之地位，工作條件與環境一成不變，未必能吸引足夠之法律專家，進入公門而參加公證人行列，故欲提昇公證人之素質顯有困難；又法定公證人作成公證書乃制式化處理<sup>155</sup>，此乃歸究於公務員職業習性與文化使然，而非個人好惡問題。是近年來為改變公職化公證人之缺失，順水推舟趕上民營化之潮流，冀望步上世界絕大多數國家，採行民間公證人制度，藉由法律化、個別化及品質化處事風格之蛻變，展現防杜糾紛、殊減訟源之機制功能。

然公證制度作為司法體系之一環，依上段所敘屬於「國家保留」範疇，既屬於國家保留之事項，原則上應不能開放給民間，然無論學說及實務皆贊同公證制度民營化，其原因何在？有待深究。按國家事務民營化亦須區分民營化之類型，若係為「實質民營化」，則以物理強制力為後盾之國家任務應為民營化之禁區，禁止民營化；反之，若係為非真正的、功能的民營化，因國家仍負執行之責，只是程度不等地假借私人之手執行而已，所以不在禁止之列。其次，雖然原則上司法屬於民營化之禁地，但細部觀察其內容，並非所有項目皆與物理強制力有關，類如商務仲裁、民間保全業者負責私人或機構之安全者即是。故綜觀公證制度，因非屬於「使用物理強制力」之司法制度，且司法院仍須負監督責任，非完全脫離國家任務屬性，故國家委託民間公證人辦理公證事務，應屬合憲，又公證權力行使關係到人民重大之基本權利，故須遵守法律保留原則，如公證法之制定即是。

### **第三項 民間公證人與其他相近似職業比較**

#### **第一款 民間公證人 V.S 法院公證人**

現行公證制度雖採雙軌制，設法院公證人與民間公證人，雙軌並行。但本法除第二章第二節之規定，係專為民間公證人而設外，大都為二者所共同適用。是故，無論法院公證人或民間公證人在我國公證制度上，同等重要，本文乃試從各方面角度分析比較之。

<sup>155</sup> 目前之公證實務，率以當事人就公證處統一供應之例稿填載而成之文書作為附件，公證人只於公證書公證之本旨項下略綴數語，表示引用該項文書作為附件，再在二者騎縫處蓋章，於焉完成，其程序幾與認證無異，對於當事人之個別情形毫不在意，蓋能否充分發揮公證預防功能，誠有疑義。

## 一、身分不同

法院公證人性質為公務員，有關公務員之人事、任免、懲戒、職業責任、監督之公務人員相關法律規範，皆有其適用，並按月支領國家薪俸。積極條件須符合公證法第 22 條第 1、3 項，即司法人員人事條例第 23 條第 1 項之規定，消極條件須不具有公務人員任用法第 15 條任一款，即可遴任之。服務地點為各地方法院之公證處或公證分處，有關辦公廳舍、軟硬體設備、輔佐人員皆由國家提供。

民間公證人之性質，參酌大法官解釋第 269 號之見解<sup>156</sup>，可定性為具專門職業色彩的「準公務員」，為受委託行使公權力之個人，依據法律行使公證權力，並作成行政處分。其未受公務人員人事法律之規範，故不收受國家俸給，需自行收取法定報酬，盈虧自負，辦公廳舍之設置及各式軟硬體設備亦需自行添購，若有業務需要，亦須自行聘僱人員並按月支付其薪資，其中遴選、研習、任免、懲戒、監督、職業責任與上述公務員制度均相迥異。

## 二、辦理公、認證模式不同

以往法院公證人公證業務繁重，為快速消化案件，遂以定型化格式快速處理公、認證文書，品質頗受民眾詬病。雖公證新制實施後，法院公證人工作量大為減少，較有充裕時間與當事人溝通，克盡闡明義務，惟囿於長期實務操作結果，公證人顯少以第一人稱之口吻就當事人陳述及所體驗審查之結果作一法律上判斷並作成公證書，而多以認證簽署之宣誓書或聲明書代替之，似乎有「公證遁入認證」之嫌<sup>157</sup>。

設立民間公證人之用意，就是借重民營化之優點，達到「客制化」服務。藉由注意每個個案內容及當事人之差異性，詳為譬解可能之法律效果，不斷為之協調折衝，最後由公證人代為執筆精準表達意思內容，以達預防未來糾紛之立法目的<sup>158</sup>。具體適例如：1. 民眾到法院公證處洽公時，須排隊等候繳費、影印、審理等，但是由民間業者辦理，卻可隨到隨辦。2. 法院公證處辦理各項書類文件都得

<sup>156</sup> 按大法官解釋第 269 號解釋理由書：「...故行政爭訟之被告，原則上應為作成處分或決定之政府機關、行政訴訟法第九條亦有明文。政府機關以外之團體，原不得作為行政訴訟之被告。惟依法設立之團體，如經政府機關就特定事項依法授與公權力者，在其授權範圍內，既有政府機關之功能，以行使該公權力為行政處分之特定事件為限，當有行政訴訟之被告當事人能力。...」從理由書可窺之，能作成行政處分行使公權力者，已不再限於狹義的公務員，此號大法官解釋作成後，開啟了委託行使公權力之概念。

<sup>157</sup> 張滋偉，淺析我國公證新制之現況與展望，公證法學，2011 年 3 月，頁 17。

<sup>158</sup> 猶如外國學者所稱，公證人應係當事人之特別法律顧問、客觀之協調人、經濟弱者之保護人及當事人意思表示形諸於外而著於文書之草擬專家。參高瑞錚律師，關於「公證法修正草案」之我見，全國律師月刊，1998 年 4 月，頁 74。

自行填寫或等候志工幫忙填寫，如果是到民間業者，則由服務人員一手包辦代為填寫與製作，當事人只要簽名即可，相當方便。3.若案件內容過於複雜，當事人可提前傳送相關文件讓民間公證人先行審閱，避免辦理等候時間。4.在非公家機關上班期間，民間公證人仍可接受預約辦理公、認證業務等<sup>159</sup>。可見民間公證人辦理公證業務已跳脫「定式作業」之窠臼。

### 三、公證業務範圍、公證費用、效力均相同

公證業務，諸如不動產買賣契約、遺囑、結婚、精卵受贈、血緣關係、財力證明、履約保證等各項法院有在受理的公證和認證，民間公證人皆有受理，此於公證法第一條即有明文規定。效力方面，法院公證人因屬公務員，故其作成之公證書乃公文書，具有法律上所賦有之證據力、執行力，而民間公證人依本法執行公證職務所作成之文書，亦視為公文書，故當有上述公證書特有之效力，兩者效力一致。又為了使民眾樂意使用民間公證人制度，故立法特明文規定公證費用，無區分法院公證人、民間公證人皆屬相同，且費用法定，公證人不能任意調漲降價，否則可依法受到懲戒、懲處。

### 四、法院公證人與民間公證人之消長

自從整體案件量因修法而大幅減少以來<sup>160</sup>，於民國 90 年又引進了民間公證人，使得法院公證數量亦呈現逐年下降的趨勢。若在大都會地區，有鑒於交通、工商、文化都很發達，多數民眾較知利用公認證，來預防私權發生糾紛，爭取較有利的法律保障，而民間公證人在大都會區開業人數較多，且獲得民眾之信賴，因此在大都會區法院之公認證件數大幅移轉至民間，致使法院公認證事件大幅減少，法院公證人之工作負荷因而大幅減輕。再加上民國 90 年起，不少法院公證人陸續離職轉任民間公證人之行列，因此法院公證人有逐年下降的趨勢，反觀民間公證人人數卻逐年上升。截至目前為止法院公證人人數僅為 47 人，民間公證人(包含全職、兼職)登錄人數為 152 人<sup>161</sup>。有關各法院轄區內公證人人數及法院、民間公證人辦理公、認證事件所占比例可由下表 3.2、表 3.3 表示：

<sup>159</sup> 記者陳金聲，〈民間公證人效力、收費等同法院〉，聯合報，2010 年 4 月 13 日，高雄報導。

<sup>160</sup> 公證案件減少之原因，在於 1999 年 7 月 15 日契稅條例刪除第 28 條關於取得房屋所有權契約公證之規定，馬上反映在 2000 年共減少約 10 萬件之公證案件數；2001 年下半年，各輸出外勞國家之駐台代表處分別取消外勞聘僱文件之認證，案件量又再減少約 14 萬件；再者，1998 年 5 月 23 日民法第 982 條將結婚修改為登記婚，刪除公證結婚之規定。

<sup>161</sup> 資料來源：司法院網站 <http://www.judicial.gov.tw/work/work06.asp>

表 3.1：各地方法院轄區內公證人人數

公證人別 法院別	法院公 證人數	全職民 間公證 人數	兼辦認 證律師 公證人 數	公證人別 法院別	法院公 證人數	全職民 間公證 人數	兼辦認 證律師 公證人 數
台北地院	8	30	45	台南地院	3	3	5
士林地院	4	3	1	高雄地院	4	8	7
板橋地院	4	5	5	基隆地院	1	0	1
桃園地院	5	4	3	宜蘭地院	1	0	0
新竹地院	2	2	3	花蓮地院	0	1	0
苗栗地院	1	0	1	台東地院	1	0	0
台中地院	6	12	7	屏東地院	2	0	0
南投地院	1	1	1	澎湖地院	0	1(律師)	0
彰化地院	2	1	0	金門地院	0	0	0
雲林地院	1	1	0	連江地院	0	0	0
嘉義地院	1	1	2	合計	47	73	81

資料來源：1.司法院人事處 2.司法院各地方院所屬民間公證人登錄名冊 3.參考張滋偉，  
〈淺析我國公證新制之現況與展望〉，公證法學，2011年3月，頁18之附表。

表 3.2：台灣地區八地方法院民間公證人與法院公證人辦理之公認證事件所占比率

年度 機關別	92 年度	93 年度	94 年度	95 年度	96 年度
台北地院	民間公證人 占比 70% 法院公證人 占比 30%	民間公證人 占比 70% 法院公證人 占比 30%	民間公證人 占比 74% 法院公證人 占比 26%	民間公證人 占比 75% 法院公證人 占比 25%	民間公證人 占比 79% 法院公證人 占比 21%
台中地院	民間公證人 占比 52% 法院公證人 占比 48%	民間公證人 占比 55% 法院公證人 占比 45%	民間公證人 占比 62% 法院公證人 占比 38%	民間公證人 占比 63% 法院公證人 占比 37%	民間公證人 占比 64% 法院公證人 占比 36%
板橋地院	民間公證人 占比 0.2% 法院公證人 占比 99.8%	民間公證人 占比 16% 法院公證人 占比 84%	民間公證人 占比 22% 法院公證人 占比 78%	民間公證人 占比 26% 法院公證人 占比 74%	民間公證人 占比 26% 法院公證人 占比 74%

新竹地院	民間公證人 占比 3.4% 法院公證人 占比 96.6%	民間公證人 占比 21% 法院公證人 占比 79%	民間公證人 占比 36% 法院公證人 占比 64%	民間公證人 占比 48% 法院公證人 占比 52%	民間公證人 占比 52% 法院公證人 占比 48%
桃園地院	民間公證人 占比 34% 法院公證人 占比 66%	民間公證人 占比 38% 法院公證人 占比 62%	民間公證人 占比 35% 法院公證人 占比 65%	民間公證人 占比 34% 法院公證人 占比 66%	民間公證人 占比 40% 法院公證人 占比 60%
高雄地院	民間公證人 占比 62% 法院公證人 占比 38%	民間公證人 占比 66% 法院公證人 占比 34%	民間公證人 占比 66% 法院公證人 占比 34%	民間公證人 占比 61% 法院公證人 占比 39%	民間公證人 占比 62% 法院公證人 占比 38%
花蓮地院	民間公證人 占比 70% 法院公證人 占比 30%	民間公證人 占比 98% 法院公證人 占比 2%	民間公證人 占比 99% 法院公證人 占比 1%	民間公證人 占比 100% 法院公證人 占比 0%	民間公證人 占比 99% 法院公證人 占比 1%
士林地院	民間公證人 占比 13% 法院公證人 占比 87%	民間公證人 占比 23% 法院公證人 占比 77%	民間公證人 占比 13% 法院公證人 占比 87%	民間公證人 占比 17% 法院公證人 占比 83%	民間公證人 占比 18% 法院公證人 占比 82%

資料來源：周家寅 民間公證人

## 第二款 民間公證人 V. S 律師

民間公證人與律師均不受國家俸給，屬於法律執業中之自由業，雖兩者皆具有提供法律服務之公益性要求，但從下列方面亦可窺探其差異<sup>162</sup>：

### 一、 角色不同

民間公證人：身分介於自由職業與一般公務員間，雖不具有公務員之官等與職等，惟就其執行公、認證事務而言，係依法令從事於公務之人員(刑法第 10 條之最廣義公務員)，但不受國家俸給，自行收取法定報酬，與公務員人事法律上之公務員不同。故我國係參照拉丁公證制度之體制，建立民間公證人特殊之地位，於公證法第 24 條第 1 項明定民間公證人為司法院依法遴任從事法定公證事務之人

<sup>162</sup> 以下內容摘錄自周家寅，〈民間公證人與律師角色之比較研究—兼論我國律師兼辦認正之妥適性〉，公證法學第 4 期，2007 年 12 月，頁 137 至 143。

員。

律師：主要任務在於提供當事人諮詢及代表當事人出庭，促成正確裁判並避免法院、檢察機關、公務機關之錯誤，保護法律外行之委託人權利受損，以促成「保障人權、實現社會正義」，為促成上列目的達成，須佐以完全自由、獨立性之特性，以便順利發揮其制衡公權力。

## 二、 酬勞規範不同

民間公證人：採公證費用法定原則。由公證人協會按事件之性質，訂定收取報酬之標準，報由司法部核定之。主要目的在於避免公證人惡性競爭，公證人收取報酬，一律按標準收取，既不能多少亦不能少收。一般而言，區分公證標的有無財產價值，有財產價值者，依標的物價值之一定比例收取之；反之，按所定費用收取之。

律師：我國沒有律師費用法之立法，故有關律師費用由當事人與律師簽訂委任契約時即協議訂立之，此所謂「意定報酬」。然費用標準仍需依案件類型而區分，依德國聯邦律師費用法之規定，有關民事事件，律師履行律師契約義務時，費用以其工作標的價值計算；若受理刑事案件，其費用則由律師在法定最高及最低之金額酌定之，故不論刑事或民事案件，報酬皆屬當事人意定。

## 三、是否為中立第三人

民間公證人：民間公證人並不是任何一方當事人的代表人，而是各方相關當事人獨立且公正的諮詢者，意指公證人必須揭示契約中各方當事人之利害關係，為當事人的每一方謀求最佳利益及避免不利益，尤其公證人要確保契約中弱勢一方免受不公平之不利益，故公證人於公、認證關係中應保持中立性。

律師：律師執行職務主要考量者，乃係維護其委託人之利益，而毋須考慮委託人在訴訟上對造之利益，惟為維護律師獨立性與公益性之要求，我國律師倫理規範第 7 條<sup>163</sup>有明文規範。

## 四、受理義務與締約自由

民間公證人：因公證人是依國家法令從事於公務之人員，於受有請求公證職務時，除非有正當理由，否則不得拒絕當事人之請求，此於公證法第 15 條訂有明文。故公證人無故拒絕當事人之合法請求，即構成職業倫理之違反，除本身要受到懲戒外，亦可能對當事人負民事賠償責任。

律師：律師與當事人訂立契約之性質，屬於有償之委任契約，委託人原則上

<sup>163</sup> 律師倫理規範第 7 條：「律師應體認律師職務為公共職務，於執行職務時，應兼顧當事人合法權益及公共利益。」

須為律師之工作支付報酬，而律師除非有其他法定原因<sup>164</sup>外，原則上得自由決定是否接受某項委託，亦即非如民間公證人有強制締約之情形。

## 五、設立事務所之自由

民間公證人：公證法第 1 條第 3 項開宗明義地限制民間公證人設立事務所之自由，亦即應於司法院指定之民間公證人所屬地方法院管轄區域內指定之地設事務所，又依公證法施行細則第 25 條第 1 項第 2 款規定，不論在同一地方法院管轄區域內或區域外，均不得設置他事務所。

律師：我國律師法第 21 條規定，律師應設事務所，並應加入該事務所所在地及執行職務所在地之地方律師公會。但同一地方法院管轄區域內，不得設二以上之事務所，亦不得設立其他名目之事務所。

## 六、小結

區分民間公證人與律師差異性之實益，在於律師兼任民間公證人究竟是否為一個立法良善之制度，前於民國 88 年大刀闊斧修正公證法時，已針對本問題有精彩之論辯，正反方理由各有千秋，難以遽然判斷孰是孰非。惟公證新制施行至今已十年，兼辦認證之律師民間公證人辦理公認證之成效似乎頗為不佳，從新制初期觀察，曾有 150 位登錄，現在僅餘 81 位(參表 3.1)，登錄地區除了有過度集中大都會區外(台北、台中、高雄)，因認證費用與律師收費相較之下誘因不大及辦理認證後涉及同一事件不得再受委任之影響，實際辦理認證之律師公證人並不多；再者，雖然其業務量不多，惟律師對於公證法規及認證程序較不熟悉，以至於作成的認證文書易有缺失，故其受監督機關發函指正、受懲戒處分之比例，皆高於全職公證人<sup>165</sup>。因而肯定說希望由律師兼任民間公證人以達成便民的目的似乎並未達成，故現行法所採律師兼辦認證制度經過十年之試煉觀察，成效不彰，故本文建議應盡速回歸拉丁公證之全職公證人制度，以利民間公證人制度之健全發展。

<sup>164</sup> 律師法第 20 條第 1 項規定：「律師受當事人之委託或法院之指定，得辦理法律事務。」又同法第 22 條明定：「律師非經釋明有正當理由，不得辭法院指定之職務。」

<sup>165</sup> 張滋偉，同註 157 前揭(書)文，2011 年 3 月，頁 22 至 23。

### 第三款 民間公證人 V.S 海基會辦理查、驗證

#### 一、海基會簡介

財團法人海峽交流基金會(簡稱海基會)之設立，緣自於台海兩岸關係複雜獨特，在沒有官方接觸，政府公權力無法直接介入處理的情況下，兩岸交流所衍生的問題必須透過一個具有民間性質、但由政府委託指定執行公權力的機構，來擔任中介的角色，故由政府及民間團體共同捐助資金，並於 1991 年 2 月正式成立海基會，並推選辜振甫先生擔任第一任董事長。設立至今，持續與對岸之「海峽兩岸關係協會」(簡稱海協會)進行交流對談，此一雙向聯繫與溝通管道正式啟動。

海基會處理之業務，包括大陸文書驗證、司法暨行政協助、兩岸共同打擊犯罪、協助台商重大經貿案件、協助兩岸人民人身安全等，皆與公權力行使有關，由於兩岸交流頻繁，因其法律制度之差異衍生出許多問題，其中又以兩岸「文書驗證與查證」服務最為繁重，為使海基會與海協會、中國公證協會，就兩岸公證書查證有法規依據可循，故於 82 年 4 月 29 日簽署「兩岸公證書使用查證協議」，作為驗證兩岸公證文書真偽之標準。此之「查證」、「驗證」與我國公證事物較為相關，具有比較之實益性，故以下僅就海基會與民間公證人之公證實務作一番比較，其他有關海基會之組織章程、人員、基金管理等於此不論，合先敘明<sup>166</sup>。

#### 二、民間公證人與海基會辦理驗證之異同

##### (一)皆屬於委託行使公權力之私人

民間公證人乃依據公證法第 24 條受委託行使公證書公、認證業務之自然人，屬於受委託行使公權力之私人，並受主管機關(司法院)之監督；海基會乃依據「台灣地區與大陸地區人民關係條例」(簡稱兩岸關係條例)第 4 條「行政院得設立或指定機構處理台灣地區人民與大陸地區人民往來有關之事務」的規定成立與運作的機構，其性質亦屬於依法受託行使公權力之私法人，並受陸委會之指示、監督。兩者唯一差異在於委託方式不同，民間公證人係審查是否符合法定資格加以「遴用」，性質上屬於行政處分；海基會則透過與陸委會簽訂委託契約，訂定公法上權利義務關係，性質上屬於行政契約。

##### (二)皆採報酬法定原則

民間公證人辦理公證業務可向當事人請求公證費用，作為維持生計之報酬，

<sup>166</sup>以上內容摘錄自財團法人海峽交流基金會之網站：<http://www.sef.org.tw/mp.asp?mp=1>，造訪日期：2011 年 4 月 19 日。



且依公證法規定，採公證費用法定主義；海基會按其捐助暨組織章程第 2 條但書規定，提供服務時得酌收費用，故其辦理大陸地區文書之驗證時亦可向當事人收費，作為本會經費之來源，收費標準可參「財團法人海峽交流基金會辦理文書查驗收費辦法」，從其內容觀察，亦採「費用法定主義」。

### (三)辦理業務內容不同

民間公證人辦理者係公、認證業務，海基會辦理者是驗證、查證業務，兩者雖然皆為行使公權力之一環，惟其內容迥不相同。公、認證於上文已詳細介紹其內涵，茲不贅述。驗證，其目的在於辨別兩岸作成公證書之真偽，我國海基會驗證方式為核對申請人提出公證書之正本與大陸公證協會寄交本會之同字型大小公證書副本，若二者相符、內容無矛盾、無違反法令強制規定或公序良俗，且無待查證之疑點者，即發給證明；查證，依兩岸公證協議第 3 條規定：「…公證書有下列情形之一，雙方應相互協助查證：1.違反公證機關有關受理範圍規定；2.同一事項在不同公證機關公證；3.公證書內容與戶籍資料或其他檔案資料記載不符；4.公證書內容自相矛盾；5.公證書文字、印鑑模糊不清，或有塗改、擦拭等可疑痕跡；6.有其他不同證據資料；7.其他須要查明事由…」，可見查、驗證僅作公證文書形式上審查，若兩相符合即推定為真正，此雖與「認證」類似，然兩岸公證書記載之內容是否屬實，主管機關(例如：法院)仍可本於職權審核，再交由海基會查明。

### (四)文書種類範圍不同

民間公證人公證事項範圍包含法律行為及其他關於私權之事實，只要有助於未來紛爭解決且無違反法令或公序良俗者，種類上無特殊限制。反觀，向海基會認證文書，依「兩岸公證書使用查證協定」之規定，雙方相互寄送公證書副本以供核對之範圍，包括繼承、收養、婚姻、出生、死亡、委託、學歷、定居、扶養親屬、財產權利證明、稅務、病歷、經歷以及專業證明等 14 種，若係上述 14 種公證書以外文書需進行查證者，依前述協議第 5 條規定，兩岸可就公證書以外的文書查證事宜進行個案協商並予以協助，但若其性質仍屬於 14 種證明者，仍以辦理公證書後再送置本會驗證為宜。

## 三、民間公證人與海基會相互協助、支援關係

依據「法院及公證人辦理兩岸公證書使用查證協議注意要點」之協議內容，法院、地方法院公證處及公證人(法院公證人、民間公證人)須配合辦理之事項，為公證書副本之寄送及公證書之查證。副本之製

作，公證人須比照公證法第 96 條及第 97 條所定製作繕本方式為之，並於其上加蓋「副本」戳記。副本如以影本製作時，應註明作成日期，由公證人簽名並蓋職章或鋼印；查證，涉及審查公證書形式上真偽之專業事項，故依上開要點第 7 點，法院或民間公證人得受大陸地區囑託查證我方作成之公證書或受海基會委託查證大陸地區公證書，並定期函復海基會，若受託查證，發現有違反查證範圍、未敘明查證事由或公證書上另有加蓋其他證明印章情事者，法院或民間公證人得敘明理由拒絕查證。

#### 第四項 結語

公證法對我國來說係繼受之法律，受到拉丁公證制度及近代民營化之雙重影響，我國終於在民國 90 年正式邁人民間公證人之新紀元，倚著「實踐司法為民理念，建立溫暖人性化司法」為終極目標。而公證制度以近十年觀察，確實亦達到便民效果，諸如辦理公證場所、時間是有彈性的，充分尊重當事人的需求、闡明義務之貫徹使民眾了解法律效果，更有助於將來訟爭發生，以上，均是具體展現公證制度為民服務之理念。

凡此種種，均是借助民間力量之公權力委託概念，以發揮公共服務之最大經濟效益，從早期之行政權漸次拓展至司法權，可見識到公權力委託亦隨著時代洪流而「進步」，並且亦達到應然之效果。惟百密總有一疏，少數民間公證人因不法行為或不當競爭方式，迭引起詬病，加以監督機關力有未逮，可能致使人民受到財產或非財產上之損害，為填補人民之損害，公證法第 68 條特規定民間公證人賠償責任，此乃現行國家賠償法第 4 條之特別法，惟上文既將民間公證人定性為「受委託行使公權力」，為何不直接適用國家賠償法之規定，而須另外訂定此特別條文，誠值思量，故下文將重心移置於民間公證人民事賠償責任之探討，並嘗試比較其與國家賠償法之關係。

## 第四章 民間公證人之國家賠償責任制度— 析論公證法第 68 條

### 第一節 民間公證人賠償制度

公證權之行使，具有遵守法律並堅持客觀公正的義務，倘若因違法或不當的公證行為造成公證當事人或利害關係人利益之損害，此時，公證人就須承擔相應的法律責任，至於責任之類型，大致上可區分為民事責任、行政責任、刑事責任，茲先初步介紹此三種責任之概念，而本章之重心將聚焦於民間公證人之民事賠償責任，合先敘明。

#### 第一項 民間公證人之法律責任

大致上可區分為民事責任、行政責任、刑事責任，內涵如下<sup>167</sup>：

##### 第一款 民事責任

公證民事責任發生之原因不外乎基於侵權行為、債務不履行、契約或法律特別規定，而公證法規定民間公證人之賠償責任，主要係指基於侵權行為而生之損害賠償責任（理由留待下述），而其請求權基礎之法源依據係參考民法第 184 條而來。又我國公證制度採行「法院公證人」與「民間公證人」雙軌制，其民事侵權行為賠償制度之依據不同：就法院公證人而言，因身分為公務員，應依民法第 186 條規定為請求權基礎；民間公證人，則有公證法第 68 條為其特別規定。且無論法院或民間公證人，皆有程度不等之國家賠償法適用，以上，乃公證人民事責任之初探，有關民間公證人民事賠償成立之構成要件內容將於本章第二節論述。

##### 第二款 行政責任

就廣義而言，包含公證監督與公證懲戒。民間公證人監督之主管機關為司法

<sup>167</sup> 賴來焜，同註 115 前揭(書)文，頁 543 至 588；鄭雲鵬，同註 97 前揭(書)文，頁 88 至 96。

院，監督方式規定於公證法第 52、53 條<sup>168</sup>，另外，其具體義務類如須按月將公、認證書繕本、影本、月報表、電磁紀錄提交法院或其分院備查、對於監督機關之詢問負有不得拒絕及據實陳述之義務、須在特定地區設立事務所等皆屬於司法院監督民間公證人執行職務之事項，違反者有應付懲戒或得付懲戒之問題。

### 第三款 刑事責任

公證人之刑事責任於民國 88 年新法修訂時，增訂了第 147 條至第 149 條。係指公證人觸犯刑事特別法，構成犯罪，將受到法律之制裁。其法理依據乃為健全公證制度，落實具結認證之採行；再者，為保障憲法人身自由，實現罪刑法定主義，須特設公證法「罰則」專章，以符法律明確性。罰則規定三種態樣犯罪：一、為僭行公證人職務罪（公證§147）；二、非親自執行職務而擅將事務所、章證或標誌交予他人使用罪（公證§148）；三、為具結之人而為虛偽陳述罪（公證§149）。

## 第二項 民間公證人民事責任之內涵

綜觀公證法之相關規定，民間公證人受理公證事件，依本法第 36 條規定所作成之公證書視為公文書；第 67 條規定應參加責任保險；第 68 條規定民間公證人故意或過失違反職務上之義務導致他人權利受損時，須負賠償責任或備位性賠償責任。而民事賠償責任不外乎侵權行為或債務不履行，公證法第 68 條內民間公證人違反職務義務致當事人受到損害，究應負何種性質之賠償責任，值得思索玩味。

### 第一款 契約責任說

有謂當事人向民間公證人申請公證，乃當事人委託公證人對於其申請之法律行為或私權事實加以證明，並由公證人作成提供勞務之意思表示，雙方達成合意。嗣後公證人完成公證書後當事人需給付一定之報酬，概念上類似於有償之委任契約<sup>169</sup>。倘若公證內容有誤，即民間公證人未履行委託契約內容，致使履行義

<sup>168</sup> 公證法第 52 條：「依前條規定行使監督權之機關，得定期檢查民間之公證人保管之文書、物件。」公證法第 53 條：「監督機關得對民間之公證人為下列行為：一、關於職務上之事項，得發命令促其注意。二、對有與其職位不相稱之行為者，加以警告。但警告前，應通知該公證人得為申辯。」

<sup>169</sup> 稱委任者，為當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。所謂處理事務，凡適於債之客體之一切事項均屬之。最高法院之判決例示如下：委任代為辦理土地出售、移轉或合建等行為（88 年台上字第 1455 號判決）、委任代為領取土地徵收補償費及關於遺產爭執之和解給付金（87 年台上字第 1509 號判決）、委任律師處理遺產事宜（85 年台上字第 343 號判決）、委任醫師治療骨折（70 年台上字第 1049 號判決）等，故處理事務得為法律行為或事實行為，並

務出現瑕疵，且公證人本身具有客觀可歸責性（故意或過失）者，應負債務不履行之損害賠償責任。

## 第二款 侵權責任說

公證行為乃公證人代表國家所進行的一種證明活動，並以真實合法性為基本原則，當事人正是基於對國家證明力之信任，才對公證書之內容深信不疑，假如公證書有錯誤，那麼即是侵害了當事人的信賴利益，即構成侵權行為。所謂侵權行為，係指因行為人的過錯侵害他人的財產權和人身權，依法應對其不法行為承擔民事賠償責任，就公證人而言，係指依法履行公證權能之職務行為，違反法定程式和法定義務就應該承擔相應的民事責任，公證法第 68 條即屬規範民間公證人之侵權責任，我國多數學者採此種看法<sup>170</sup>。

## 第三款 小結

要探討公證賠償責任之前提，須辨認公證行為究竟為公法行為或私法行為？依前所述，公證權即證明權，係通過國家法律授權的方式對具體的法律事實予以證明，並對所證明的事實賦予法定的特殊效力，在在顯示出屬於「公法行為」，並具有法定性，如公證活動有法律明確規範的程式；強制性，有若干法定公證事項散見於多種法規；義務性，公證人不得任意拒絕受理合法的公證事項等性質。故即使公證權交由民間行使，主體變更並不改變民間公證人受託行使公權力之事實。惟就探討其賠償責任而言，民間公證人已脫離國家機關之一環亦是不爭之事實，並自負盈虧，與其他律師事務所、會計師事務所一樣，具有獨立承擔賠償責任之能力，若因其執行業務造成相對人損害，應與其他私人一樣自負民事賠償責任。

又民事賠償責任區分為債務不履行及侵權行為。有關民事行為所強調之私法自治原則，係民法契約活動有之，當事人可以自由選擇締約之對象，決定締約之方式，且完全依照當事人決定締約內容，不受他人干涉或監督，且意思表示合致後，具有法律拘束力，行為人非依法律規定或取得對方同意，不得擅自變更或解除，若按照意思自治原則，公證人就可以自己選擇當事人或是自己選擇辦理何種案件或是按照自己的意願決定辦證方式，亦不受主管機關監督，惟以上皆是我國公證法所不允許的。故從契約行為所衍生出之債務不履行責任，顯然不適用於民

---

就委任人或第三人利益為之。以上參黃立主編，民法債篇各論（下），元照出版，2002年7月初版第1刷，頁63。

<sup>170</sup>賴來焜，同註115前揭(書)文，頁543；鄭雲鵬，同註97前揭(書)文，頁99；周家寅，法國與我國民間公證人民事責任之探討，公證法學，2004年5月，頁69。我國學者對於民間公證人之民事責任清一色皆認定屬於侵權責任，或許因概念明確並未加以探討，惟本文以為針對賠償責任之性質仍有加以探討之必要，將有助於民間公證人民事責任體系化之了解。

間公證人執行公證職務賠償責任之類型。

就侵權賠償責任而言，無論私法行為或公法行為皆可導致侵權責任，只要符合行為主體因故意或過失，不法侵害他人之權利或利益者，致使其受到損害，兩者間具有相當因果關係，即構成侵權行為。則因民間公證人未能依法履行公證職能，出具了錯誤的、虛假的或有重大瑕疵的公證書，而申請當事人或公證事項利害關係人因使用該公證書致使自身合法權益受到損害，從此公證活動特殊屬性來看，民間公證人應對其過錯行為承擔侵權責任較為合理。

惟若細分公證事務，並非所有公證事項皆涉及公權力，例如保管、提存、登記、法律諮詢等，即屬一般私法行為，此時若因民間公證人之過錯而致當事人或利害關係人受到損害時，即有可能承擔違反委任契約之債務不履行責任或是侵權責任，甚或是債務不履行責任與侵權責任之競合。惟本章以下探討主題，限定以民間公證人侵權行為之賠償責任為主，茲合先敘明。

### 第三項 民間公證人民事責任之法源依據

我國民間之公證人民事責任的法律依據主要規定在公證法第 68 條。而一般私人侵權行為法之請求權基礎為民法第 184 條；公務員之侵權責任規定於民法第 186 條；若私人受委託行使公權力發生侵權損害賠償責任，則有國家賠償法第 4 條之適用。觀照公證法第 68 條第 1 項：「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 2 項更進一步謂：「被害人不能依前項、前條、第 145 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分院。」從其內容可得知，民間公證人需自行承擔民事侵權賠償責任，並採取有條件之公證國家賠償責任制度，究竟公證法第 68 條與其他法律關係為何，當有多數請求權成立時，應如何適用，以下探討之：

## 第一款 公證法第 68 條與民法之關係

關於一般侵權行為，我國民法係規定於第 184 條，其建立了侵權行為法上行為、過失、違法性、權利或利益、損害、因果關係等基本概念，屬於普通法性質。嗣後，為因應社會經濟變遷及侵害型態種類多樣化，而發展出特殊侵權行為<sup>171</sup>，類如民法第 186 條僅是其中一例。然細究公務員侵權責任，僅係著眼於侵權行為之主體身分之特殊性，於執行公法上職務時侵害他人之權利或利益<sup>172</sup>，其他成立要件與一般侵權行為（如：相當因果關係、不法、責任能力）尚無不同，故雖民法第 186 條相較於民法第 184 條，具有特別法與普通法之關係，然實際上公務員責任，仍須配合一般侵權責任規定，不具有「特別法排除普通法」之效力，兩者間仍屬相互關聯，須一體觀察適用。值得一提的是，雖然公務員亦適用過失原則，惟其法律評價並不相同，除了因故意須直接負損害賠償責任外；若因過失，其賠償責任以被害人無其他法律上救濟方法才告成立，顯係優遇公務員之身分，特別制定公務員免責事由。公證法第 68 條乃仿照民法第 184 條、第 186 條之規定而設立，雖然其本身亦具有特殊法之性質，惟其賠償責任之內涵，仍有上述民法侵權責任要件之適用，亦不具有排除普通法之效力。茲須附帶一提者，法院公證人或民間公證人之民事侵權行為賠償制度之依據不同：法院公證人因其身為公務人員，應依民法第 186 條規定負賠償責任；民間公證人應依公證法第 68 條負民事賠償責任，且兩者皆有程度不等之國家賠償法適用。由此，公證法第 68 條與國家賠償法關係為何，以下論述之。

## 第二款 公證法第 68 條與國家賠償法之關係

公證，乃對於沒有爭議的事項，以公的權威作認定，性質上屬於行政處分<sup>173</sup>。故民間公證人於執行公證職務時，正如國家賠償法第 4 條第 1 項規定，係受委託行使公權力之人，屬於實質意義上之公務人員。既然已確立了公證的法律性質及民間公證人之法律地位，即可推論出民間公證人具有國家賠償法之適用。

從上論證得知公證權屬於國家公權力行使之結果，若履行公證職能而致人受損害時，當然應承擔國家賠償責任，然公證法第 68 條第 2 項特規定，國家對於

<sup>171</sup> 特殊侵權行為的「特殊性」，在於針對某種侵害行為，規定異於一般侵權行為的要件，包括歸責原則、受保護的法益、因果關係、責任的型態（連帶責任）及舉證責任等，只要上述其一異於一般侵權責任，即屬之。包括民法上的特殊侵權行為（民法第 185 條至第 191 之 3 條）、特別法上之特殊侵權行為（消費者保護法第 7 條以下、鐵路法第 62 條、公路法第 64 條）；參王澤鑑，侵權行為法第二冊—特殊侵權行為，三民書局，2006 年 7 月再版，頁 8 至 10。

<sup>172</sup> 早期民法第 186 條第 1 項前段規定：「…致第三人之『權利』受損害者，負賠償責任。」現行民法第 186 條第 1 項前段修正為「致第三人受損害」即可請求賠償，立法修正理由謂，現行條文以第 1 項規定以第三人之「權利」受損害者，公務員始負賠償責任，範圍過於狹窄，無法周延保障第三人利益，為擴大保障範圍，乃仿照德國民法第 839 條第 1 項規定，刪除第 1 項內「之權利」等字，使保護客體及於「利益」。

<sup>173</sup> 劉宗德，立法院公報第 87 卷第 8 期委員會紀錄，民國 87 年 3 月 5 日，頁 84。

民間公證人僅負有條件之責任。為何係有條件之賠償責任？主要理由為民間公證人具有獨立執行職務之性格，異於一般公務員上命下從之行事方式，故自然具有獨立承擔民事責任的能力；再者，民間公證人所收取之公證費用，係作為其報酬，毋庸支付給國庫，為了衡平公平正義，應不再要求國家以其財政為其支付賠償；再加上公證保險制度建立（本章第二節第三項將有詳細論述），國家才退居於幕後，改由保險人或民間公證人作為第一線承擔賠償責任人。

公證法第 68 條與國家賠償法第 4 條相較，雖亦具有特別法和普通法之關係，因特別法有其特殊之立法政策，原則上本應優先適用。惟吾人初探公證法第 68 條各項規定，與其說是特別法與普通法之關係，倒不如說兩者為補充關係<sup>174</sup>，即當事人或利害關係人因申請公證而導致損害，應先追究直接債務人（民間公證人）之責任，若民間公證人無法清償或依其他方式亦不能救濟者，國家才承擔補充性責任，故兩者請求權基礎具有先後備位之關係，詳細論述將留待於本章第三節作介紹。

### 第三款 小結

以上，藉由公證人相關民事責任規定介紹，大致已對公證法第 68 條之體系定位有著基本認識，下述第二節之內容，將更深入了解公證法第 68 條賠償責任之內容，合先敘明。

## 第二節 公證法第 68 條之構成要件

民間公證人成立侵權責任之前提，乃以義務違反為其責任根據，當不為一般公證人應為之行為或為不應為之行為時，應追究其民事責任。規範民間公證人民事責任之法條依據為公證法第 68 條，依前所述，僅係一般民事侵權責任之特別規定，故仍無法跳脫侵權行為之本質，為更深刻了解公證法第 68 條，本文乃嘗試從基本構成要件、特別構成要件，來剖析本條之內涵。

### 第一項 基本構成要件結構分析

從侵權行為責任角度分析，民間公證人責任的構成要件大致歸納為：義務違反、損害結果、因果關係、歸責原則。

<sup>174</sup> 相似見解可參黃啟禎，受委託行使公權力與國家賠償責任，游於藝電子報第 111 期，民國 99 年 10 月。網址：<http://epaper.hrd.gov.tw/111/EDM111-0601.htm>，造訪日期：2011 年 5 月 5 日。



## 第一款 義務違反

從侵權行為法角度分析，民間公證人成立侵權賠償責任之前，需其執業行為在客觀上有悖於法律或違反保護他人之一般原則所要求之行為模式，致其委託當事人或利害關係之第三人受到「不法損害」。而民間公證人執業行為背於法律或一般原則的要求，最主要表現在對其「應盡義務之違反<sup>175</sup>」，理由在於當事人委託民間公證人處理公證事務，係信賴專家對於其專門領域的工作具備最低基準能力之保證並信賴專家關於裁量的判斷。基於上述信賴，民間公證人履行公證任務時，應負有高度注意義務<sup>176</sup>、忠實義務<sup>177</sup>，惟公證人義務類型無法窮盡，以下，僅從公證法規有關公證人重要違反義務之類型作如下之介紹：

### 一、公證人作成之文書不生公證效力

我國公證法第 11 條第 1 項規定，公證人作成之文書，非具備本法及其他法律所定之要件，不生公證之效力。若公證人作成不生公證效力之公證書係出於故意或過失且致他人權利受有損害時，自構成職務上義務之違反，應依公證法第 68 條負民事賠償責任。惟因瑕疵公證書所致之損害係採「直接損失原則」，也就是通常公證人只就因自身過錯執行職務，對請求人與利害關係人造成直接損失，始負賠償責任，而在大多數情況下，公證人不是直接的侵權行為人，公證的法律行為也不直接導致損害發生，故公證人原則上應不致對請求人與法律上利害關係人以外之人負損害賠償責任，此種限縮要件可減少公證人成立民事賠償責任之機會<sup>178</sup>。具體案例如下：對於不符合公證法第 13 條強制執行要件之請求，作成載明逕受強制執行公證書之場合，此時，如債權人聲請強制執行，如債務人適時聲明異議，而經執行法院駁回債權人之聲請，致使債權人須另訴向法院請求時，則債權人即屬受有損害，應負損害賠償責任<sup>179</sup>。

### 二、就違反法令事項及無效之法律行為作成公證書

<sup>175</sup>此義務違反乃構成「違法」之概念，早期傳統理論認為「違法」與「過失」屬性質不同之概念，前者為侵權行為之客觀要件，後者為主觀要件，此謂之違法與過失關係之二元化。惟有部分學者力主過失之客觀化，逐漸採用過失推定之結果，導致違法與過失在理論發展上，有一元化之趨勢，「違法視為過失」即其理論之表徵。葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 180。本文為便於理解公證人違反義務之型式，仍將義務違反與過失原則分別以觀，惟並未否認違法與過失關係一元化之見解，合先敘明。

<sup>176</sup>專業人員有異於一般人之專門知識、技能、具有從事其專門領域的最基本能力，因而對其為服務對象提供的服務須盡到與其專業技術等級相一致的注意義務，該義務相對於一般人而言為高度注意義務，對同一等級之同行業專家而言，屬於中等偏上的謹慎、勤勉義務。

<sup>177</sup>此義務基於委託人對專家裁量判斷之信賴，專家在裁量判斷時須忠實於委託人，從委託人之利益中選擇最優方案；同時，專家須對其所接觸到的有關委託人之隱私、秘密等應加以保密。

<sup>178</sup>摘錄自周家寅，同註 170 前揭(書)文，頁 65 至 66。

<sup>179</sup>鄭雲鵬，同註 97 前揭(書)文，頁 101。

此為公證法第 70 條之要求。惟民間公證人對於請求公證之內容是否符合法令有疑義時，依公證法第 72 條之規定，應就其疑慮向請求人說明，此乃闡明義務之行使，如請求人仍堅持該項內容，公證人應依其請求作成公證書，但應於公證書記載其說明及請求人就此所為之表示，民間公證人於前開法條所為之公證，縱日後經法院或有關機關認定為違反法令，仍可免除其民事責任。再者，若民間公證人對公證內容是否違反法令有不同法律觀點的可能性時，縱使公證人選擇的法律見解當時為符合法令，日後卻被判斷為違反法令，對於法律觀點的選擇錯誤，公證人不一一定要負民事責任<sup>180</sup>。

### 三、 守密義務之違反

公證屬預防司法之領域，不同於法庭公開審理，請求人有權維護其隱私，如同當事人求助於律師或求診於醫師，公證人對於請求人亦負有守密之義務<sup>181</sup>，劉初枝學者<sup>182</sup>稱此為「公證程序對外不公開原則」。我國公證法第 14 條規定，公證人、佐理員及助理人，除法律另有規定外，對經辦事件，應守秘密。民間公證人違反守密義務時，除了應負懲戒責任或刑事責任外，亦該當於公證法第 68 條所稱之違背職務上義務之行為。惟是否為民間公證人保密之對象，必須審酌當事人之資格來界定，亦即有權申請閱覽抄錄的請求人或其繼承人或就公證書有法律上利害關係之人，公證人可以使其知悉公證文書之內容或交付繕本而不違反守密義務，其餘之人，皆須遵守保密義務。

### 四、 闡明義務之違反

我國公證法第 71 條與民事訴訟法第 199 條第 2 項闡明權的規定類似，即民間之公證人於作成公證書時，應探求請求人之真意及事實真相，並說明其行為之法律效果；請求人對公證之內容有不明瞭、不充足或顯失公平者，應向請求人發問或曉諭，使其敘明、補充或修正之。若違反闡明義務時，民間公證人應負民事賠償責任。惟闡明義務是否違反，判斷標準較為抽象，且牽涉我國民間公證人之法學專業素養，此觀乎公證法第 54 條第 3 項第 1 款民間公證人闡明義務違反是得付懲戒之事由而非應付懲戒之事由即可得知。總的來說，公證人素質雖難免會有良莠高低之分，盡量降低其素質上之差距，勢必是我國民間公證制度提升法律專業形象之重要任務<sup>183</sup>。

<sup>180</sup>周家寅，同註 170 前揭(書)文，頁 67 至 68。

<sup>181</sup>周家寅，同註 170 前揭(書)文，頁 68。

<sup>182</sup> 劉初枝，公證與非訟事件問題研究，公證法律問題研究暨文書格式彙編，司法周刊雜誌社，民國 84 年 3 月，頁 306。

<sup>183</sup>周家寅，同註 170 前揭(書)文，頁 68 至 69。

## 第二款 損害結果發生

損害結果係一種事實狀態，係因故意或過失行為所造成的權利和利益受損之狀況，廣義的損害即指對各種權利和利益之侵害，包含財產損失、人身損害和精神損害等；狹義的損害僅指權利損害而言。就民間公證人民事責任中之損害中，有兩個問題須思考：一、第三人被侵害者，是否以權利為限，是否包括「法益」？二、所謂損害之範圍除了「財產上之損害」是否及於「非財產上之損害」？就第一問題而言，公證法明示「…，致他人之權利受損害者」，自不及於「法益」。是故文義解釋上，似僅包含「權利」，惟從民法第 186 條之立法走向，將公務員侵權責任的保護客體，從「權利」擴大至「利益」，擴大保護客體範圍，而民間公證人亦視為準公務員身分，為符合體系之一貫，公證人之賠償責任亦應包括權利或利益較為妥適，可作為未來修法之參考；其二，損害之範圍除了財產上之損害外，是否包括非財產上之損害，有學者<sup>184</sup>以為，民法第 18 條雖以法律有特別規定者為限，惟從立法者擴張同法第 192 條至第 195 條非財產上損害類型可得知現今立法趨向於人民非財產上損害之保護，故採肯定之見解。

## 第三款 因果關係

學說上對於侵權行為法上之因果關係可區分為二，一為「責任成立因果關係」，另一為「責任範圍因果關係」<sup>185</sup>。惟實務上對此二種因果關係採統一思考模式，即：「損害賠償之債，以有損害之發生及有責原因之事實，並兩者之間有相當因果關係為其成立要件。」<sup>186</sup>即指被害人的權利是否受侵害，及被害人因權益被侵害所受損害得否請求賠償，均採「侵害行為」與「損害」之間是否具有相當因果關係，作為判斷基準。而責任成立因果關係所欲斷定的是「權利」（或利益）受侵害是否因其原因事實（加害行為）而造成；另權利被侵害而導致損害發生，應否予以賠償，則屬責任範圍因果關係之內涵，惟有關侵權行為構成要件之判斷，這裡僅指以「責任成立因果關係」為限。

所謂因果關係，通說係採相當因果關係，依最高法院 76 年台上字第 158 號判決謂，侵權行為之債，固須損害之發生與侵權行為間有相當因果關係使能成立，惟所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能，該行為人之行為與損害之間，即有因果關係。例如最高法院 100 年度台上字第 695 號意旨：「縱楊○○（醫師）未施以血管攝影，仍應充分告知楊登富

<sup>184</sup> 賴來焜，公證法「公證賠償」與「雙重強制責任保險」兩制度之研究，公證法學第 2 期，2005 年 5 月，頁 5。

<sup>185</sup> 王澤鑑，侵權行為法第一冊，三民書局，2003 年 10 月初版 9 刷，頁 212；孫森炎，民法債篇總論上冊，三民書局，89 年 10 月修訂版，頁 229。

<sup>186</sup> 最高法院 30 年上字第 18 號判例。

家屬，有對楊登富施以開刀手術摘除腦水腫，俾降低臚內昇壓之必要性，以避免死亡之發生。乃竟未正確向江淑娟說明手術之內容等，致江淑娟認知錯誤，決定不進行開刀，終致楊登富不治死亡，自難辭過失之咎。且該過失與楊登富之死亡間，有「相當因果關係」，為侵權行為典型案例之一種。」此種相當因果關係概念，理論上亦適用於民間公證人之侵權責任。

#### 第四款 歸責原則

「歸責」原則是行為人因其行為致他人損害的事實發生後，應依何種依據使其承擔民事責任，故此要素除了係確定行為人侵權責任的標準外，亦是決定民事責任之構成要件、舉證責任之承擔、損害賠償的原則和方法等，其重要性不言而喻。就一般侵權責任而言，區分為無過失原則與過失責任原則，無過失，乃指損害發生不以行為人的主觀過錯為責任要件的歸責標準；過失責任原則，顧名思義乃以過失為歸責基礎，而過失範疇本包含故意，藉由譴責行為人主觀犯意，以達到填補損害、預防損害之效果。

過失責任原則因適用於民間公證人之侵權責任，除了公證法第 68 條規定者外，其根本原因在於民間公證人亦為專家<sup>187</sup>之一種，所從事的法律工作本身具有「不確定性」及「非定型性」，在提供專業服務之過程中，需以自身技能和判斷力去應對一些無法預知之情況，不能準確測量的不定因素，此乃專業服務的固有風險，提供公證服務的民間公證人不可能保證在任何情況下不會出錯，即使是一位在公證領域具有豐富經驗的資深公證人亦不例外。再者，就不同專業領域而言，對所謂的成功要求之程度也不相同，例如律師輸掉訴訟案件、醫生無法完全治癒患者，並非不能令人接受；惟若設計師設計的建築物經常倒塌，則會令人瞠目結舌。因此，種種不確定因素的存在或干擾，致使公證人服務中產生錯誤在所難免，吾人當嚴格要求民間公證人避免錯誤之發生，惟究其實，往往判斷民間公證人有無故意、過失，不在於是否獲得成功之結果，而在於要求民間公證人是否遵守業務規範並「合理」運用技能和判斷公證事務，以民間公證人為例，公證人只是對公證文書盡合理的保證作用，而不是絕對的保證作用，這是公證的國際慣例，公證人只要盡其職業上注意義務，即使出現了錯誤公證，公證人即可免責，而非只要出現錯證，公證人就要承擔民事責任，兩者係不同層次的概念，不可不辨。

---

<sup>187</sup> 專家，係指具有專業知識或技能，得到執業許可或資格證書，以為委託人提供專業服務為執業的專業人士。其特徵可歸納如下：1.作為“專家”資格，須經授權獲得。2.專家工作性質上屬高度技能化和專門化，具有獨立自由判斷之屬性，工作成果具有不確定性。3.專家與委託人及公眾間存在特別信賴關係。4.專家被賦予高度的義務。5.專家被賦予更高的職業道德標準。摘錄自唐先鋒、趙春蘭、王洪宇，我國專家民事責任制度研究，法律出版社，2005年8月，頁6至8。

民間公證人之過失責任判斷，可區分為故意、過失。故意，文義上係指民間公證人對於構成侵權行為之事實，明知並有意使其發生，或預見其發生，而其發生並不違背其本意而言，此概念源自於刑法理論，而判斷其是否有故意，可於事後根據有關法律、法規、辦證規則或者其他證據方法來判斷行為主體是否有意違反法定義務；過失，按文義係指公證人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者，或對於構成侵權行為之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者；過失之內涵亦包函「重大過失」，係指公證人在執業中不僅沒有履行或不恰當履行公證人所應盡的注意義務，甚且連一般普通機構、人員所應盡的注意義務，也沒有履行或恰當履行。有關故意或過失認定標準，學說上迭有爭議<sup>188</sup>，吾人以為，認定公證人主觀上有無故意、過失，若從行為人本身的預見能力作出準確的判斷，方法上顯然難以掌握，採取主、客觀混合說又過於理想化，套用上列刑法理論，縱使是故意、過失，也必須從「事後根據有關法律、法規、辦證規則或者其他證據方法來判斷行為主體是否有意違反法定義務」，綜合比較之下，顯然採用客觀說較為合理，從民間公證人執行業務時有無符合標準行為準則來判斷有無故意、過失，此種操作模式，又稱為「過失責任客觀化」。

有鑑於因行為而發生之責任，依一般之法理，須行為人有可歸責之原因始可令其負責，故仍要求民間公證人需有「故意、過失」為條件。但為減輕被害人之舉證責任，似可參酌 98 年 7 月 31 日 **法務部** 國家賠償法修正草案第 3 條第 4 項之規定：「公務員不法執行職務行使公權力或怠於執行職務者，推定為有過失」。蓋公務員本即有應忠心努力，依法律命令所定執行職務之義務（公務員服務法第 1 條）。因而如其行為違法，應可推定其違反此執行職務之注意義務而有過失<sup>189</sup>。公證法雖無特別明文規定適用「過失推定原則」，惟審酌公證性質屬於技術性較強的工作，有關公證活動底稿檔案的所有權屬於民間公證人，並對之實行保密原則，而一般受損害的一方也可能不是公證當事人，在受損害之一方出於專業的無知，又無法取得公證檔案的情況下，如果要求其在請求賠償時對公證人主觀上的過失負舉證責任，顯然過於苛刻，故有部分學者主張公證責任歸責原則應為過失推定原則。惟「過失推定原則」，需以法律有特別規定者為限，若法無明文，仍需適用一般之「過失責任原則<sup>190</sup>」。現階段民間公證人之賠償責任仍採**過失責任主義**，惟究其實，無論公證歸責責任係採過失責任原則或過失推定原則，皆從形式上觀察公證人是否符合證明事項和證明程式合法性之要求，故因公證受害之相

<sup>188</sup> 歸責原則之判斷標準，可區分為主觀說和客觀說。主觀說以為：過錯(即故意、過失)，乃行為人具有一種應受非難的「心理狀態」，其判斷不包括行為人的外部行為，過錯和行為的違法性是兩個不同的歸責概念；客觀說以為，應以某種客觀行為為標準來判定行為人有無過錯，過錯與行為的違法性可視為一個相同之歸責要件。

<sup>189</sup> 廖義男，夏蟲語冰錄（十一）國家賠償法修法中所面臨之理論及實務問題，法令月刊第 59 卷第 11 期，頁 130。

<sup>190</sup> 蔡翁，〈小議公證賠償責任〉，甘肅法律服務網，2008 年 1 月 31 日，網址：<http://www.hfgzc.com/Article.asp?Tid=4&Ntype=105&Id=319>，造訪日期：2011 年 5 月 9 日。

對人或利害關係人只要證明民間公證人有不法執行職務行使公權力或怠於執行職務者，即可認定其有過失，民間公證人若不服者可自行舉反證推翻。

上述有關民間公證人侵權行為構成要件之成立，可圖示如下：

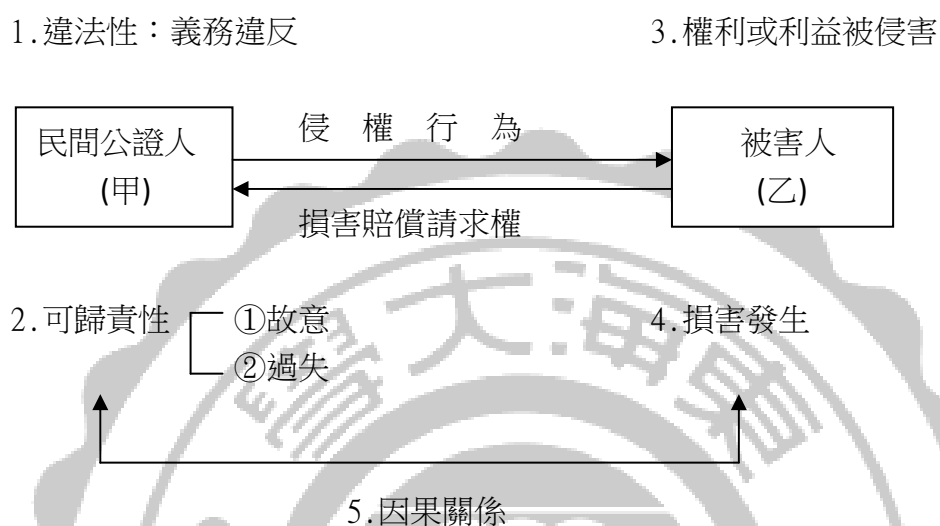


圖 4.1：民間公證人侵權行為責任之成立要件

(資料來源：賴來焜，同註 114 前揭(書)文，頁 543。)

## 第二項 第 68 條各項要件分析

綜觀公證法第 68 條法條規定，共分為五項。惟細究其內容，大致可分為下列類型：民間公證人侵權行為責任之限制(公證法§68I)、民間公證人之代理人、助理人或其他使用人之侵權責任(公證法§68III、V)、民間公證人侵權行為之國家賠償責任(公證法§68II、III、IV)，又公證人民事責任之雙重強制責任保險制度(公證法§68II)已跳脫出侵權行為民事責任之範圍，故另闢專章說明之。

### 第一款 民間公證人侵權行為責任之限制(公證法§68I)

按公證法第 68 條第 1 項之規定：「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。」可見民間公證人侵權行為責任之限制，因其違反職務上義務之行為係出於故意或過失而有不同。本項係參考民法第 186 條所訂定，蓋



民間公證人「故意」違反職務上之行為，主觀上惡性重大，按文義解釋被害人得直接向其請求損害賠償；若以「過失」違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利或利益受損者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任，按公證人之職務行為，多與人民權益有關，終年從事公證業務，難免偶有過失，倘若由公證人直接負賠償責任，勢必將影響執行公證業務之效率<sup>191</sup>。從上即知，民間公證人是否直接賠償被害人，以其主觀惡性為故意或過失作為界分之標準。此不同於國家賠償法第 2 條第 2 項之規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。…」未再區分公務員之歸責事由，國家皆擔負起賠償責任。兩者差異之主要理由，乃民間公證人在執行業務上皆收取一定之報酬，不同於一般公務人員或受託人單純無償處理受託業務行使公權力，基於此特殊考量，特規定民間公證人若故意構成侵權行為責任，未待被害人以其他法律上救濟方法除去其損害，公證人即需自行負損害賠償責任。綜上論述，縱使公證法第 68 條第 1 項係仿造民法第 186 條第 1 項所制定，而國家賠償法第 2 條第 2 項、第 4 條對民法第 186 條第 1 項而言，又屬於特別法和普通法之關係，故針對公務員(包含準公務人員)故意、過失理應適用國家賠償法之規定，惟公證法之民間公證人賠償責任相對於國家賠償法而言，更另有其特別之立法目的，故仍優先適用於國家賠償法之規定，故區分民間公證人之故意、過失，於本條係有實益的。

又被害人得依法律上救濟方法除去損害，因故意或過失不為之者，民間公證人是否還須負賠償責任？此於民法第 186 條第 2 項<sup>192</sup>有規定，蓋公務員執行職務難免有失誤，不論此項失誤係由於故意或過失，法律多設有救濟方法，類如對於法院裁判得提起抗告或上訴，以防止或除去公務員因侵權行為所致之損害，故被害人因故意或過失不依此種方法謀求救濟，公務員即不負賠償責任，惟觀諸公證法第 68 條第 1 項卻無規定，此應如何解釋？如為法院公證人侵權行為責任，法院公證人自得依民法第 186 條第 2 項主張不負責任；如為民間公證人侵權行為責任，因公證法第 68 條第 1 項僅參考民法第 186 條第 1 項而未參考第 2 項，若依「法律明示其一而排斥其他」之法理，應採否定說，即請求人雖因故意或過失未依公證法第 16 條至第 17 條主張公證異議程序救濟，仍得向民間公證人請求侵權行為損害賠償，惟學者賴來焜<sup>193</sup>以為，民間公證人與法院公證人應居於同一地位，基於「相同事件，相同處理」之法理，不宜使民間公證人負較重責任，未來修法時宜參酌民法第 186 條第 2 項法理為妥。故採上述肯定說之結果，被害人必須盡其所能尋求其他法律上之救濟方法免除損害之發生，若被害人獲得完全賠償時，而民間公證人係出於過失者，則民間公證人毋庸負責，反之，被害人別無受賠償之方法，或雖有方法而未能受賠償時，民間公證人始負賠償責任；而民間公證人出於

<sup>191</sup> 賴來焜，同註 184 前揭(書)文，頁 5。

<sup>192</sup> 民法第 186 條第 2 項：「前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，是因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」

<sup>193</sup> 賴來焜，同註 184 前揭(書)文，頁 6。

故意者，則無論被害人能否依他項方法請求賠償，民間公證人一概負責。茲須注意者，倘若被害人實際上如已依他項方法受賠償時，亦不得再向民間公證人請求賠償，自不待言<sup>194</sup>。

## 第二款 民間公證人之代理人、助理人或其他使用人之侵權責任(公證§68Ⅲ、Ⅴ)

依公證法第 24 條以下之規定，可知民間公證人得以自己名義辦理公、認證事務，具有執行公權力之獨立性，必要時得由司法院所屬機關定期檢查督導之，故民間公證人作為賠償責任主體要無疑義。惟履行公證事務者並非僅有民間公證人本人而已，尚包括代理人、助理人、其他使用人之情況，茲分別其類型說明之：

### 一、民間公證人之代理人之侵權行為責任

公證法第 68 條第 3 項謂：「前 2 項之規定，於第 42 條第 1 項之民間公證人代理人準用之。」民間公證人之代理人(§42I)與民間公證人之資格及職務，大體相同，故因代理行為違反職務上之義務，致他人權利義務受損害者，應自負賠償責任，與民間公證人自己執行職務之情形無殊，故民間公證人之代理人於代理期間內發生公證賠償事由，須自行負侵權行為損害賠償責任。爰增列第 3 項，明定本條第 1、2 項之規定於第 42 條第 1 項之民間公證人之代理人亦同得準用之<sup>195</sup>。

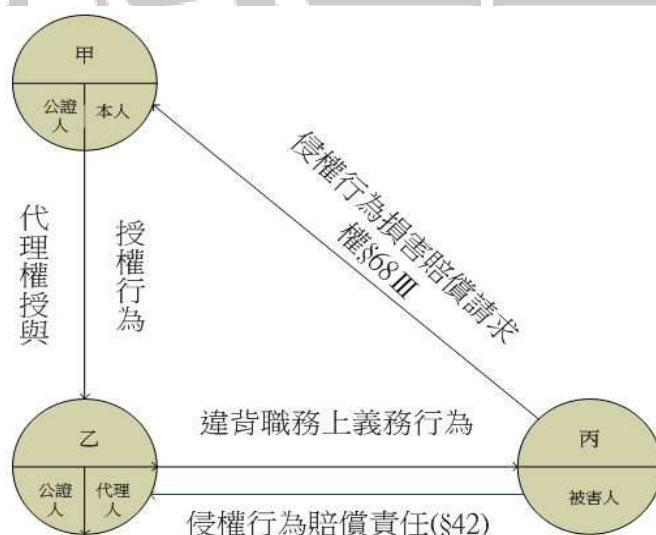


圖 4.2：民間公證人之代理人侵權行為責任

(資料來源：賴來焜，同註 115 前揭(書)文，頁 547)

<sup>194</sup> 鄭玉波，民法債篇總論，三民書局出版，民國 91 年 6 月，頁 196。

<sup>195</sup> 摘錄自立法院司法委員會編〈公證法修正案〉法律案專輯第 227 輯(上)，立法院公報處發行，台北市，2001 年 2 月初版，頁 134 至 135。



## 二、民間公證人之助理人或其他使用人之責任

公證法第 68 條第 5 項之立法理由，乃民間公證人執行公證職務時，常會借用助理人或其他使用人之行為以拓展公證業務，惟若影響他人權利致生損害在所難免，遂參考民法第 224 條之例，增訂本項，規定民間公證人於其助理人或其他使用人辦理有關公證事務有故意或過失時，應與民間公證人自己之故意或過失，負同一責任，以確保當事人之權益<sup>196</sup>。

就法理基礎而言，按債權係以債務人之財產為總擔保，民間公證人(債務人)就其所負債務之履行，常藉助他人之行為以為輔助，用以擴張自己之活動範圍，增加效益。故民間公證人之助理人或其他使用人等履行輔助人，關於執行公證事務之履行有故意或過失者，債務人即民間公證人就此危險所生之損害，應負擔擔保責任<sup>197</sup>。助理人，係指公證法第 28 條第 1 項規定民間公證人經所屬地方法院或其分院之許可，得僱用助理人輔助辦理公證事務者，其資格、人數、處理事務之範圍及撤銷許可之事由等事項，委由司法院由行政命令定之<sup>198</sup>。其他使用人，係指為民間公證人服勞務之人，凡事實上輔助公證人履行公證事務之人均屬之，不以負有法律上之義務為必要，故不限於僱用人與受雇人間之關係，亦不以在經濟上或社會上有從屬地位為限，只要民間公證人於必要時即得對該人之行為加以監督或指揮者即足<sup>199</sup>(例如：翻譯人員、公證檔案管理人員等)，學理上稱之「事實上之僱傭關係」。故民間公證人得選任、監督或指揮第三人，為履行公證事務而服勞務者，該第三人即屬使用人，其服勞務則不問為履行債務之協力，或為全部或一部之代行，均該當之<sup>200</sup>。

從上得知，本項規定「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」，係指與辦理公證相關範圍內之事務。如與辦理公證事務無關者，僅因利用執行職務之機會，侵害他人之權利者，則為「侵權行為」而非「債務不履行」，此際不能依公證法第 68 條第 5 項請求，而應依民法第 188 條作為請求權基礎。又民間公證人應就其助理人及使用人之故意或過失，負同一

<sup>196</sup> 立法院第三屆第一會期第十一次會議議案關係文書，〈立法院議案關係文書一院總第 951 號〉，民國 85 年 5 月 1 日印發，頁報 8。

<sup>197</sup> 孫森炎，〈民法債篇總論(上冊)〉，自版，臺北市，2002 年 2 月修訂版，頁 492。

<sup>198</sup> 詳細內容規範於公證法施行細則第 30 條第 1 項：「本法第二十八條所定助理人，不包括民間公證人事務所內未直接輔助辦公證事務之其他人員。」；第 2 項：「助理人人數不限，應就國內外專科以上學校畢業之已成年中華民國國民或曾任法院公證佐理員經銓敘合格者聘僱之。但有本法第二十六條第七款至第九款情形之一者，不得聘僱。」

<sup>199</sup> 賴來焜，同註 184 前揭(書)文，頁 7。

<sup>200</sup> 實務上亦承認「事實上僱傭關係」之概念，參最高法院 74 年台上字第 1170 號判例：「…而駕駛機車出於過失致坐於後座之人被撞死亡者，後座之人係因藉駕駛人載送而擴大其活動範圍，駕駛人為之駕駛機車，應認係後座之人之「使用人」，原審類推適用民法第二百二十四條之規定而適用過失相抵之法則，依民法第二百十七條第一項規定減輕被上訴人之賠償金額，並無不合。」

責任之原因，係在於因民間公證人本身無故意或過失，惟因利用助理人或其他使用人之行為以履行債務，法理上屬於民間公證人手臂之延長，故助理人或使用人之故意或過失，亦應由民間公證人負其責任，再者，有關助理人或使用人辦理公證事務行為之履行應盡注意義務程度，與民間公證人自行履行債務者，不論係依當事人契約約定或法律規定，兩者間應盡之注意義務相同，若債務人之民間公證人之注意義務程度有加重或減輕者，助理人或其他使用人之注意義務，應隨同加重或減輕，方符公平正義。

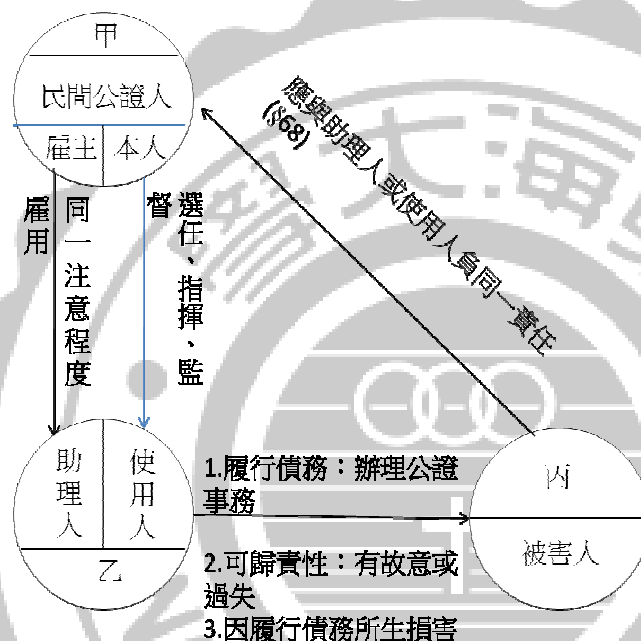


圖 4.3：民間公證人之助理人或使用人之債務不履行責任  
(資料來源：賴來焜，同註 115 前揭(書)文，頁 549)

### 第三款 民間公證人侵權行為之國家賠償責任(公證法§68 II、III、IV)

依公證法第 68 條第 2 項謂：「被害人不能依前項、前條、第 145 條規定或其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 3 項謂：「前 2 項之規定，於第 42 條第 1 項之民間之公證人代理人準用之。」第 4 項又謂：「國家賠償法第 4 條第 2 項之規定，於前 2 項情形準用之。」上述條項係指民間公證人因故意或過失違反職務上之義務侵害他人權利之損害賠償時國家賠償責任制度之規定，值得分析說明的有：

一、我國採「有條件國家賠償責任制度」而非採「完全國家賠償責任制度」

民間公證人身分之特殊性前章已有大致的介紹，屬於準公務員類型之一：於執行職務方面非同一般公務員上命下從之制式形式，更具有獨立性、公正性之性格，於每完成一件公證事務後須自行向辦理公證之當事人收取報酬，不另外接受國家俸給，且須強制參加責任保險；然行使之公證權，屬於國家授與的公共職權，並由司法院遴任從事公證事務，作成之文書視為公文書(公證法第 24 條及第 36 條)。從以上特點觀察，民間公證人在執行職務上雖有完全之獨立性，惟其畢竟仍屬履行國家司法事務，故尚且不能捨棄司法院之概括監督，只要國家權力得觸及之領域，為保障人民因公權力所受到之損害可獲得有效之填補，國家即不能脫免其賠償責任(即國家仍負擔保責任)，惟考量民間公證人已自行收取報酬毋庸另繳納收益予國庫，基於公平正義，善用國家有限之資源，故立法者特採取「有條件之國家賠償責任」之立法模式，於被害人不能受賠償或其他補償時，才由國家適時介入，負擔補充性之賠償責任。此種立法模式全世界大抵只有我國及日本獨採，其他法系(拉丁、英美)之公證責任僅有民間公證人自行負擔民事賠償，而無須再由國家另外負擔補充性之賠償責任，主要理由乃在於強制保險制度，其詳細內容將留待專章探討，以下以本條 2.3.4 項內容綜合說明之。

## 二、國家賠償責任之條件

為貫徹上述法理概念，公證法第 68 條第 2 項規定國家賠償責任之條件限於「被害人不能依前項、前條、第 145 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。條件可歸納如下，須被害人：(一)不能依第 68 條第 1 項向民間公證人請求損害賠償，即民間公證人因過失違反職務上之義務，致他人之權利受損害時，被害人能依他項方法受賠償時，民間公證人不負賠償責任。意指民間公證人不論因「故意」、「過失」違反職務時，按本條第 1 項之文義解釋，受損害人民之賠償請求權順位，皆係「民間公證人」優先於「國家」；(二)不能依第 67 條或第 145 條所定「雙重責任保險」獲得足額補償時。即民間公證人應強制訂定因應未來賠償責任之保險契約，故損害賠償責任發生時，責任保險本應優先於國家賠償法之適用，除非不能透過保險受償時，才例外尋求國家賠償之管道；(三)不能依他項方法受賠償或補償時，例如因民間公證人所僱助理人或其他使用人應負賠償責任，而該助理人、使用人另參加責任保險之類等，被害人既不得受賠償或獲得足額補償者，應由國家負擔補充賠償之責<sup>201</sup>。綜上，無論如何人民因辦理公證而受到違法損害時，國家皆擔任最後救濟之防線，之所以另外賦予人民國家賠償請求權以避免求償無門，想必係透過完善之賠償、補償制度更可健全公證制度之發展，兩者相輔相成，上述條件，吾人嘗試圖示如下：

<sup>201</sup> 賴來焜，同註 184 前揭(書)文，頁 9。

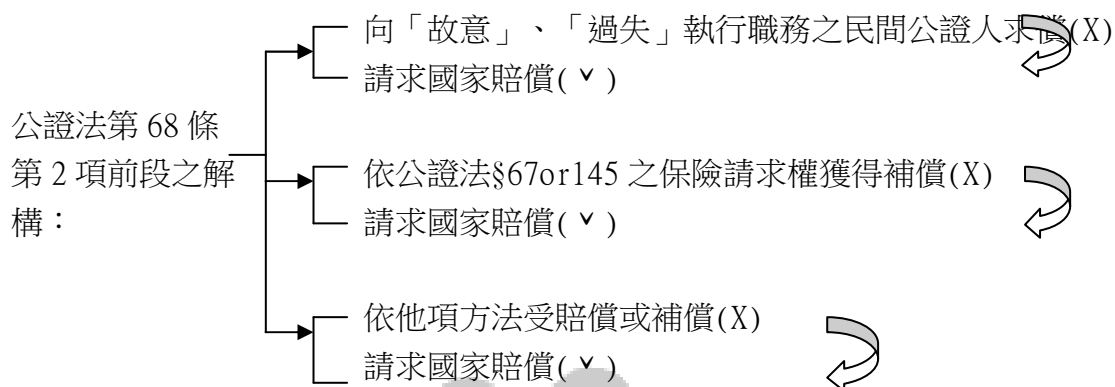


圖 4.4：民間公證人之國家賠償責任適用條件

(資料來源：自繪)

### 三、國家賠償責任請求程序

同樣在第 68 條第 2 項中段規定，「得依國家賠償法所定程序」的意旨為何？蓋依照我國國家賠償責任法之規定係採取程序雙軌制，其一，乃賠償義務機關與請求人達成協議(國家賠償法第 10 條)；其二，提起損害賠償之訴訟(國家賠償法第 11 條)。有關賠償義務機關，按國家賠償法第 9 條第 1 項之規定，為該公務員所屬機關為賠償義務機關，而在民間公證人方面有特別規定賠償義務機關，民間公證人之監督機關為司法院，而民間公證人事務所又分散於台灣地區各地，為方便監督起見，特於公證法第 68 條第 2 項後段規定：「其賠償義務機關為該民間公證人所屬之地方法院或分院。」故人民請求國家賠償時，應先以書面向民間公證人所屬之地方法院或分院請求之，該所屬之法院或分院對於前項請求，應即與請求人達成協議，若協議成立時，應作成協議書，該項協議書依國家賠償法第 10 條第 2 項規定，得為執行名義，作為將來填補人民損害之依據。若所屬之法院或分院拒絕賠償者，或自提起請求之日起逾 30 日不開始協議，或自開始協議之日起逾 60 日協議不成立時，受損害之民眾得提起損害賠償之訴<sup>202</sup>。本條項規定「得依國家賠償法所定之程序」，即意旨回歸普通法「國家賠償法」之規定。

### 四、國家賠償後對民間公證人之求償權

公證法第 68 條第 4 項規定調：「國家賠償法第 4 條第 2 項之規定，於前 2 項情形準用之。」此立法目的亦係考量國家對民間公證人因違反職務上之義務所致他人之損害，既係負有條件之賠償責任，為期許其能謹慎行事，又不致遇事惟恐失誤而裹足不前，有礙公證制度之發展，援於第 4 項規定，明定國家賠償法第

<sup>202</sup> 依國家賠償法第 12 條規定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」

4 條第 2 項之規定於前 2 項準用之。明示國家在民間公證人符合故意或重大過失之要件時，使得對之行使求償權，此規定與一般公務員之規範並無不同。細究本項之目的，乃民間公證人係近十年來新興發展之委託行使公權力類型，本質當屬於準公務員，為使其勇於任事，故同樣規範其限定於「故意」或「重大過失」之條件，國家才能對其求償。然從上文介紹可得知，民間公證人係自行收取報酬，其辦理公證事物所得盈利不另外繳納國庫，與一般公務員本質上畢竟不同，故若僅限定於故意或重大過失時，國家才能對其求償，似乎對於民間公證人過於寬厚，對國家財政而言無疑是另一項沉重的負擔(豈有獨讓民間公證人賺錢，國家僅賠錢之道理)，故吾人以為，待民間公證人制度發展愈趨成熟，建議未來修法可朝向為民間公證人只要具有可歸責(故意、過失)之事由，國家皆可對其求償。

茲將公證法第 68 條第 2 項至第 5 項之規範內涵，圖示如下：

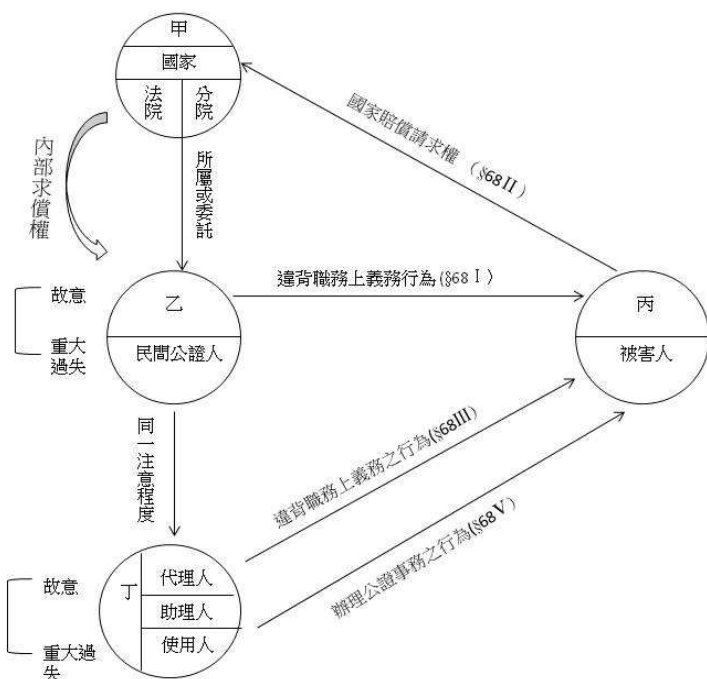


圖 4.5：民間公證人侵權行為之國家賠償責任與內部求償權

(資料來源：賴來焜，同註 115 前揭(書)文，頁 551。)

上述論述內容，大抵上已對公證法第 68 條作一番初步了解，亦可得知我國公證法為穩固民間公證人堅實的發展，係採取較寬容之態度(如增訂國家賠償補充性責任即屬一例)。惟立法既明文採取「有條件之國家賠償責任」，屬於一種

新型的專家民事責任分擔類型，由全體國家成員分擔責任，責任來自於國庫(即來自於納稅人民之納稅錢)，應可推知立法規範「國家賠償法」作為補充民間公證人之民事責任，實乃不得已之最後手段，然最能兼顧民間公證人民事承擔責任及保障因申請公證而權利受損之人民，實乃責任保險制度，而我國係採「雙重責任保險制度」，規定於公證法第 67 條、第 145 條，此亦為公證法第 68 條第 2 項所規定之內涵，針對民間公證人特殊之強制責任保險制度，以下將特闢專章介紹，並嘗試探討賠償責任與保險制度之關係。

### 第三項 民間公證人之保險制度

#### 第一款 責任保險之概念

責任保險(又稱為第三人責任險)，是被保險人依法對第三人負損害賠償責任時，由保險人承擔其補償責任的一種保險。它以被保險人對第三人在法律上的損害賠償責任作為保險標的，讓本應由被保險人獨自承擔的損害賠償責任轉由保險公司(實際上為全體投保人)承擔。

民事賠償責任促成了責任保險制度之興起，而責任保險制度又促進了民事賠償責任制度之發展，兩者間實乃相輔相成。民事責任制度的基本功能是在補償受害人所受損害，真正發揮效用需有賴於責任主體之經濟狀況，實行責任保險，被保險人支付保險人一定之保險費，民事賠償責任風險就由被保險人移轉給保險人，從而為民事責任損失填補功能提供了堅實擔保基礎，可見，責任保險制度強化了民事責任的補償功能，既能促進並救濟受害人所受損失，侵權行為要件中無過失責任、過失責任得以確立或完善，又可將未來即將面臨的風險得以消除。另外，責任保險還強化了故意導致損害責任不能免除的基本規則，充分體現了任何人均應對其故意行為負責的精神(保險法第 29 條第 2 項但書規定)，加強了民事責任制度中對違法行為人道義上的譴責。從消極面觀察，責任保險雖然有上述優點，但因具有不可預料之風險發生即予以賠償之特點，不免削弱了民事制度對不法行為的遏止和預防功能。惟責任保險從二次大戰後，已成為保險發展的重要趨勢，一些發達之國家甚至對責任保險採取「強制責任保險」形式，其責任保險費用收入已占全部非壽險費收入的相當一部分且有繼續擴大之趨勢，以美國加利福尼亞州法院 1980 年判決的 180 起醫療責任賠償案，每一案件平均支付約 35 萬美元<sup>203</sup>，這些現象皆顯示，透過責任保險制度，對於受害人的救濟得到加強，人性尊嚴也愈加得到重視。最後，責任保險促進了無過失責任的確立，但實際上責任保險並不僅僅承保無過失責任，以現在發展趨勢來看，從過失責任到無過失責任皆無險不保，一般常見之責任保險可分為公眾責任保險、產品責任保險、雇主責

<sup>203</sup> 唐先鋒、趙春蘭、王洪宇，同註 187 前揭(書)文，頁 94。

任保險與專業人員責任保險四類，其中專業人員責任保險，以醫生、律師、工程師等專家的職業責任為標的之保險，他承保了專家因行使職務(業務)的過失造成委託人(服務對象)或第三人的人身、財產損害的賠償責任，本質上係轉移專家所面臨職業責任風險的一種方式。

專業人員責任保險產生之原因，其目的不外乎作為轉移職業責任風險的一種有效方式，而其產生之理由有其必然性，要點如下：

一、人民對專業人員日益依賴，增加了專家責任發生的機率：

現代社會分工越趨細密，人民在從事某項專門活動時，總傾向於求助具有此種專業知識的專家，於是接觸的機會增加，對專業人員的依賴，對專家所提供的專業服務和專業訊息的依存度增長，由此涉及專家責任的機率也相應增加。

二、人民對專家的損害賠償索賠日益增多

有鑒於科學與教育水平不斷提高，而有些專業人員工作馬虎，加上現代職業工作的高效率與急迫感，使得受損害之人民勇於主張自己之權利，因服務品質關係商品化，使得人民對專家責任索賠日益增多。

三、專業人員責任導致的賠償金數額將愈來愈大

以 1967 年美國法院判決有關專家責任賠償金達到數百萬美元的僅一件，如今，這類巨額賠償金的專家責任訴訟案，聯邦法院和州法院每周都要審判一次。

204

上述各點顯示，專家面臨的職業責任風險愈趨增大，甚而影響其正常執業活動。面對上述職業責任風險，專家除了應謹慎職業，採取各種預防措施控制責任事故發生外，還應採取某些善後措施，以轉嫁或分散風險，避免利益損失。保險人正是因應這一需求陸續開辦一系列專家責任保險險種，並使其迅速成為獨具特色的責任保險業務新體系。由於專家責任保險可有效分散專家承擔的賠償責任，很多國家在其規制各行業專家的特別法中都增加了專業責任保險制度，類如公證法中民間公證人之保險制度即為一例。

## 第二款 民間公證人之強制責任保險制度

世界各國不論實施公證人獨立賠償或國家賠償責任制度，均以公證人之賠償能力與經濟實力為基礎，簡言之，任何一個公證人或公證人公會之經濟實力應屬有限的，一個實際損害賠償數額卻常是無限性客觀存在，公證人或公證人公會常無法承擔數額龐大之賠償，故我國公證法亦順應世界潮流，採取「雙重責任保險制度」，此乃仿造德國聯邦公證人條例所訂定。惟任何國家之公證制度在解決賠償能力之缺陷以時係採取不同之立法例，有的建立公證賠償基金制、有的建立公

<sup>204</sup>唐先鋒、趙春蘭、王洪宇，同註 187 前揭(書)文，頁 95。

證保證書制、破產制，甚或是採取公證職業強制責任保險制度，雖然採取之制度不同，然殊途同歸，故吾人嘗試先介紹各國相關類似「保險」制度，最後再介紹我國之雙重責任保險制。

## 一、各國民間公證人保障制度之立法例

### (一)公證賠償基金制

以日本為例，日本有所謂之身分保證金，係在擔保公證人將來應負擔之損害賠償債務及公證人與國家基於特別關係所生之費用(例如：懲戒罰之罰緩)，而向國家繳納金錢或公債證券之制度。依日本公證人法第 19 條第 1 項規定，公證人應自收受任命證書之日起 15 日內向其所屬之法務局或地方法務局繳納身分保證金<sup>205</sup>。

### (二)公證保證書制

美國為確保公證人因執行職務之故意或過失而侵害他人權利之損害賠償責任之清償責任，而採行 Notary Public Bond 與 Notary Errors Omissions Insurance 制度，Notary Public Bond 係一種保證書，須公證人與保險公司與州政府訂立保證契約，擔保在一定金額範圍內對於因公證人違反職務義務而侵害他人者，負損害賠償責任，而所謂 Notary Errors Omissions Insurance 即為一般認知之保險制度。

### (三)破產制

即不建立公證清償能力之擔保制度，而適用一般破產法之破產制度，使公證業務得以重新開始，使不能清償餘額之債權、請求權得以消滅。一旦被保險人(例如：民間公證人)破產而進入清算程序時，受損害之第三人與其他之債權人列於相同受償地位，第三人並無優先受償權，使得其難以獲得適當的賠償，顯然對於第三人之保障不夠充分。目前一般國家仍以「專家」責任保險制為主，破產制度為輔。

### (四)公證職業強制責任保險制度

德國聯邦公證人條例第 6 條之 1、第 19 條之 1 及第 67 條第 2 項第 3 款分別規定公證人在執行業務前應參加責任保險並繳納保險費用後，使得開始執行職務，且於執行職務期間繼續維持保險契約之有效，以確保當事人之權益；又須規

<sup>205</sup> 司法院編印，各國公證法規彙編，司法院秘書處發行，民國 81 年 12 月，頁 9。



定地區公證人公會應該為該地區民間公證人辦理補充責任保險，即所謂「雙重公證職業強制責任保險制度」；另奧地利亦採相同制度，其公證法第 22 條規定：公證人及公證人之代理人在執行業務前，基於公證人公會理任保險。執行業務期間並應繼續維持該保險之有效存在，於公證人公會理事會要求時，即提出證明，保險金額之最低限額為 20 萬西林。有關實施公證職業強制責任保險制度乃我國公證法所採，為更深刻理解雙重強制責任保險制，吾人試先從責任保險之法學概念著手。

## 二、我國責任保險制度

呈上所述，已知我國民間公證人係採取強制責任保險，故有必要針對保險法責任保險之相關規定作一番介紹。責任保險之主要條文係規定於保險法第 90 條至第 95 條，其亦屬於「專家」責任保險之主要法律依據，惟國內專家責任保險未獲得廣泛的重視，尚處於起步之階段，進度遲緩，反倒是強制汽車責任險發展已較為純熟。惟隨著市場經濟發展，各類專業人員面臨的責任風險日益增大，以下嘗試對「專家」責任保險作一番介紹，並期許對民間公證人責任保險有更深刻之認識。

### (一)責任保險之緣起

在現代工商業發達之今日，對於被保險人之故意、過失行為造成相對人或第三人損害之侵權行為時有所聞，故漸產生「責任保險」之新興險種。責任保險事故之發生其受損害之人有二：一為被保險人本人因為責任事故之發生而須負賠償責任、另一為受被保險人侵害之被害人。故責任保險所保障者不僅為依法須負賠償責任的被保險人，更保障到受到侵害之第三人。責任保險之發生，須保險特約期間內保險事故發生，保險人於被保險人受第三人之賠償請求時，始對被保險人負其責任，故通說係採「被保險人責任發生」說與「被保險人受請求」說<sup>206</sup>，反面推論，若該項保險事故未發生，或縱使發生而第三人不向被保險人請求時，則被保險人仍無損害可言，從而保險人自不必對之負賠償責任。

### (二)責任保險之類型

關於責任保險業務的種類有如下之分類：

---

<sup>206</sup> 「被保險人責任發生說」：損害事故發生後，如被保險人依法應負賠償責任，即為保險事故之發生。例如，車禍發生後，查明確係被保險人過失所致，而被保險人依法應負責任，則為保險事故之發生；「被保險人受請求說」：認被保險人受第三人之賠償請求時，始為保險事故之發生，也就是「被保險人受請求時」才是責任保險的保險事故。我國保險法係兼採上述二說，即是被保險人依法應負賠償責任時，而受賠償之請求，便是保險事故之發生(參保險法第 90 條)。鄭玉波著，劉宗榮修訂，保險法論，三民書局出版，2006 年 2 月修訂六版一刷，頁 114 至 115。

### 1. 企業責任保險(Business liability insurance)

即由保險人承保從事各種企業者，因業務上之行為所發生損失賠償責任的保險。類如：製造商及承包人責任保險、業主及製造商保障責任險、產品或以完成作業責任保險等。

### 2. 職業責任保險(Professional liability insurance)

又稱為業務過失保險，多以醫生、藥劑師、會計師、律師等為被保險人。類如：醫生之責任保險、藥劑師之責任保險、律師職業責任保險、會計師責任保險、保險代理人及經紀人責任保險等。

### 3. 個人責任保險(Personal liability insurance)

即由保險人承保被保險人因個人行為所發生損害賠償責任之保險。類如：綜合個人責任保險。

有關民間公證人之強制責任險，其類型較偏向於「職業責任保險」，惟其責任保險內涵屬於草創階段，故可參酌我國已設立之律師責任保險基本條款，目前待發展之醫事人員強制責任保險制度<sup>207</sup>。惟職業責任保險仍屬於為專門職業之人量身打造故有其特殊性，若具有相同性質者，本可互為類推適用，惟職業責任保險仍不能逸脫一般責任保險之範疇，我國保險法關於責任保險之規定，係規範於第 29 條、第 31 條、第 92 條等，其中第 92 條係規範於事業責任保險<sup>208</sup>，以下分別論述責任保險之內涵。

#### (三) 責任保險之保險標的

按我國保險法第 90 條規定，責任保險係指以被保險人對於第三人，依法應負賠償責任，而受賠償之請求時，負賠償之責。該「賠償責任」即為責任保險之保險標的，以職業責任保險來說，保險標的即為專家責任。所謂專家責任之概念，多採取廣義看法，包含了法定之債(例如：侵權行為之債)、意定之債(例如：債務不履行之賠償責任)。就民間公證人來說，公證法第 67 條、第 145 條之雙重強制

<sup>207</sup> 醫療人員強制責任保險制度尚為草創階段，行政院於 2006 年作成「醫事人員強制保險之相關研究計畫」經由民意調查所獲致之結論如下：一、大多數約 86% 受訪者贊成未來推動醫事人員強制保險；二、保費方面有 51.2% 醫師認為應全部由健保局(醫療糾紛金)負責較佳、亦有 43.8% 醫師認為健保局與醫事人員各付一半最合理；三、有關死亡給付標準，有 67% 醫師認為死亡給付標準 150 萬較合理適中，有 75.2% 醫師認為殘廢給付約 4 萬至 150 萬較合理適中；四、訴訟方面，76% 醫師不贊成再提民事訴訟，惟大部分民眾與保險業者以為，除非理賠金額高達 200 萬元，否則受害人仍可能依傳統訴訟來追究醫事人員責任。高添富、林建智，醫事人員強制責任保險制度之研究，政大法學評論第 110 期，頁 43 至 44。

<sup>208</sup> 「事業責任保險」為較籠統之概念，是以被保險人事業上所發生之賠償責任為標的之保險，且攸關於公益，因而法律上強制其訂立保險契約者。例如：運送人對於運送物所負責任之保險、倉庫營業人對於寄託物所負責任之保險、僱主責任保險、旅店主人責任之保險等皆是。故上述分類之「企業責任保險」、「職業責任保險」皆屬「事業責任保險」，乃保險法第 92 條所規範。

責任保險規定，通說限於民間公證人發生「侵權行為責任」時，得由保險公司填補被害人之損失，故有關民間公證人強制責任保險之保險標的，主要係指「侵權行為賠償責任」而言。

### 三、責任保險之承保範圍

以專家責任來說，若專家在執業過程中給委託人或相關第三人造成損失而承擔賠償責任時，保險人不會對所有的專家責任都予以承保，保險承保範圍之大小取決於專家責任保險間保險人與被保險人之間之約定，倘若保險契約對承保範圍沒有約定，被保險人因職業行為對他人造成損失而承擔的損害賠償責任，除非法律有特別規範外，保險人都應承擔填補損害之責任。承保範圍簡述如次：

#### (一)一般承保範圍

責任承保範圍為被保險人因工作疏忽或過失而應對他人承擔的損害賠償責任，若要保人、被保險人出於「故意」而導致保險事故發生者，保險人毋庸負損害賠償責任，此規定於保險法第 29 條，此條乃總則性之規範，故同樣適用於專家責任保險，即保險人不承保因專家故意致人損害的賠償責任。又承保對象依我國保險法第 29、第 31 條規範意旨，除了被保險人自己及其前任、被保險人的受僱人或前受僱人的過失行為皆屬於承保範圍。復承保期間必須保險人以受害人向專家請求索賠的事實發生在責任保單有效期間內，無論係現任或是前任僱員，亦不管是過去、現在之被保險人所致之職業賠償責任，保險人都應對被保險人即專家承擔全部填補損害之責任。又保險契約本屬於雙方意思合致，基於契約自由原則，有關保險契約承保之損害賠償責任當以保單明列的職業行為所致之損害賠償為限，與職業行為無關之損失，當不在承保範圍之列。

茲有一問題是，被保險人之代理人、管理人、監督人和受僱人若「故意」致保險事故發生時，保險人對於被保險人是否不須負保險給付之責任？

早期學說在解釋保險法第 29 條第 2 項時，係指要保人或被保險人之代理人所致保險事故發生之損害，須區分其故意、過失：若因過失所致之損害，保險人須對被保險人負賠償責任；反之，出於故意者，保險人則不負保險給付的責任。惟比較觀察同法第 31 條規定，其規定保險人對於要保人或被保險人之受僱人所致之損失，按其字面上之解釋不管其受僱人之故意或過失，保險人皆應負保險給付之責任。至於事業責任保險中(保險法第 92 條)，由被保險人之代理人、管理人、或監督人所負之損失賠償責任，亦享受保險利益，即將被保險人之代理人、管理人或監督人提昇至相當於被保險人之地位，使之受保險契約之保障，如其代理人、管理人、監督人之「故意」所致保險事故之發生，應屬主觀之不保事項，

保險人本應對其履行輔助人不負保險給付之責任，惟對於被保險人本人而言，保險公司應否承擔保險責任，乃本爭點所在，學說上區分肯定說、否定說如下<sup>209</sup>：

#### 甲、否定說

以修法前保險法第 29 條第 2 項規定為例，被保險人之代理人故意所致之損害，因代理人所為之法律行為其效果歸屬於本人，故代理人之故意本身即同等於本人之故意，保險人不須負保險給付的責任；再者就責任保險而言，有認為保險法第 92 條係第 31 條之特別規定，故排除第 31 條有關被保險人受僱人之適用，保險法第 92 條之規定係將被保險人之代理人、管理人或監督人……等之受僱人亦享受保險利益，受保險契約之保障，使其提昇至相當於被保險人之地位，故其若故意致保險事故發生應屬主觀之不保事項，保險人當然不負保險給付的責任，故保險法第 31 條規範因被保險人之受僱人之故意致保險事故發生時，於責任保險不適用<sup>210</sup>。

#### 乙、肯定說

其主要法理乃從保險制度「偶發性原則」著手。除了被保險人故意唆使其受僱人或故意使其所有物或動物致保險事故發生，即屬主觀惡意所致之不保事項，保險人應不負責。若其責任之發生單純是由被保險人之受僱人，或其所有之物、或動物所致之損害，或甚至由第三人所引起，而被保險人依法須對此責任負責而受賠償之請求時，依保險法第 90 條規定：「責任保險人於被保險人對於第三人，依法應賠償而受賠償之請求時，負賠償之責。」即指，被保險人之受僱人所致之損害賠償責任，因非被保險人之主觀故意所致，符合偶發性原則，保險人理應負給付保險金之責<sup>211</sup>。

#### 丙、小結

管見以為，責任保險保護之主體，除了受被保險人侵害之第三人外亦包括被保險人，在現代工商業發達之今日，對於被保險人之受僱人之故意所為之侵權行為時有所聞，若將之排除在外則無法達到保險保護被保險人之目的。被保險人之受僱人所為之侵權行為不管故意或過失，其被保險人須依民法第 188 條之規定負連帶責任，若將受僱人之故意致保險事故發生的情況以契約排除在外，事故發

<sup>209</sup> 有關代理人、管理人、監督人、受僱人，統稱為履行輔助人，從最廣義解釋輔助人之成立，不以契約上之僱用關係為限，而係以「選任監督關係」之有無為據，即符合選任監督關係之要件，縱使為被保險人之代理人，亦可解釋為「受僱人」之一種，合先敘明。

<sup>210</sup> 江朝國，保險法上的代理人、管理人、監督人和受僱人之意義及其相關規定之法律效果，保險法論文集，瑞興圖書股份有限公司出版，86 年 3 月出版，頁 314。

<sup>211</sup> 江朝國，同註 210 前揭(書)文，頁 312。

生時被保險人將無法負擔此一責任，尤其在責任保險部分其理賠的金額往往非常的龐大，更容易造成被保險人無力清償之窘境，如此一來，被侵害的第三人將無法獲得賠償之保障，責任保險的社會功能無法發揮，故為發揮保險的功能達到社會安定之目的，倘若被保險人之受僱人故意為侵權行為(如員工和老闆吵架而放火燒毀老闆所開設之 KTV)，保險人不能藉口其係被保險人的受僱人故意所為而拒絕給付保險金，而受害人因能獲得迅速且充分的理賠，保險的社會性得以實現。

之所以介紹被保險人之「履行輔助人」之概念，理由在於公證法第 68 條第 3 項、第 5 項，亦規定民間公證人之代理人、助理人或其他使用人發生侵權行為責任時，民間公證人亦須為其履行輔助人負擔賠償責任，又民間公證人須強制納責任保險，當係由其代理人、監督人、管理人發生保險事故時，是否亦須區分其為故意或過失不同之歸責程度而異其作法，有待下述介紹民間公證人之強制責任保險時再作介紹。

## (二)約定承保範圍

約定承保範圍，可區分為擴展承保範圍與限制承保範圍。擴展承保範圍方面，乃責任保險契約雙方當事人約定擴展承保範圍：類如善意地違反授權範圍<sup>212</sup>、文件滅失或損失引起的索賠、被保險人被指控對他人誹謗或惡意中傷行為等，惟被保險人故意所致的，仍排除在責任保險契約之外；限制承保範圍方面，以限額賠償、限制保險對象和地點為大宗。究其實，只要不違反保險法之絕對強制規定或相對強制規定，基於契約自由原則，原則上皆尊重當事人間之合意。

## 四、雙重強制責任保險制度

民間公證人因其業務行為具有高度技術性與高風險性，再加上相對於較高社會地位之同時，事實上也承擔著較嚴格之法律責任，故須仰賴分散風險之方式以緩和其責任。蓋一個專業人員致人損害而造成的損失往往難以事前估計，法律出於對委託人信賴之保護，往往對於專家賦予嚴格的賠償責任，又專家因失職而造成的損失往往可以達到百萬、千萬、甚至上億，而專家則很少有能與這種責任相稱的支付能力，事實上，專家很少是擁有雄厚資本的資本家，往往無力承擔鉅額的賠償責任，故發展出專家責任保險。有鑒於上述法理概念，我國民間公證人採取「雙重」強制責任保險制度乃不得不然之結果。

綜觀公證法第 32 條、第 67 條、第 145 條，可得知我國係仿德國聯邦公證人條例亦採行「雙重公證職業強制責任保險制」，其規定有三：一、參加責任保險

---

<sup>212</sup> 這主要發生在代表委託人的代理人行為超出授權範圍時，不管此授權是明示或是默示，因善意超越授權範圍而承擔的責任可由保險人承擔。

並繳納保險費，為執行職務「前」應踐行之事項。(§32③)；二、執行職務期間應繼續參加強制責任保險。(§67)；三、地區公證人公會應為地區民間公證人之補充責任保險。(§145)以下就此三種法條及相關概念分別說明。

#### (一)參加責任保險為執行職務「前」應踐行事項(公證法§32)

公證法第 32 條第 3 款謂：「民間之公證人於任命後，非經踐行下列各款事項，不得執行職務：……三、參加責任保險並繳納保險費。」值得分析的要點如下<sup>213</sup>：

1. 立法理由：本條之規定係參照德國、奧地利兩國公證人強制職業責任保險之立法例，並參考我國《民用航空法》第 72 條及《公路法》第 65 條之例，明定民間公證人應參加責任保險並繳納保險費後，始得執行公證職務，其設立目的在於使因民間公證人執行職務而受有損害之當事人，能獲得充分之賠償。

2. 本項責任保險之性質：依本法第 32 條規定，民間公證人於任命後，非參加責任保險並繳納保險費，不得執行業務，性質上為「強制性」責任保險，且為「職業性」責任保險。茲須說明者，「強制責任保險」是責任保險之一種，但其保險宗旨與指導原則和「任意性責任保險」不同，蓋任意責任保險之立法宗旨，在於填補被保險人賠償第三人所致之損害；強制責任保險之立法宗旨則在於保障第三人，使第三人能獲得補償，故強制責任保險具有「社會保險」之性質。

3. 適用法源：民間公證人之強制責任保險除公證法有特別規定外，仍適用保險法「責任保險」之規定。故若特別法未規定者，仍回歸普通法之適用。

4. 責任保險之過渡期間：依公證法施行細則第 19 條第 3 項謂：「前項第五款(按：已參加責任保險及繳納保險費之證明)之證明文件，於財政部核准開辦民間公證人責任保險業務前，得暫免繳驗。但應於民間公證人責任保險業務開辦後一個月內補正之；逾期不補正者，得註銷其登錄。」此項規定乃為避免首批民間公證人登錄時，尚無保險公司開辦民間公證人責任保險業務，特定此專文，以免窒礙。

#### (二)執行職務期間應繼續參加責任保險(公證法§67)

##### 1. 維持保險契約有效(§67 I)

公證法第 67 條第 1 項明文規定：「民間之公證人於執行職務期間，應繼續參加責任保險」，立法目的係為貫徹公證法之強制責任保險制度，除規定民間公證人依公證法第 32 條於任命後非參加責任保險不得執行職務外，並應使其於執

<sup>213</sup> 摘錄自賴來焜，同註 115 前揭(書)文，頁 554 至 555。

行職務期間維持保險契約繼續有效，以確保當事人權益。若民間公證人在執行職務期間未繼續參加責任保險者，應依公證法第 54 條第 1 項第 1 款應負懲戒。又公證法施行細則第 19 條第 3 項謂：「前項第五款(按：已參加責任保險及繳納保險費之證明)之證明文件，於財政部核准開辦民間公證人責任保險業務前，得暫免繳驗。但應於民間公證人責任保險業務開辦後一個月內補正之；逾期不補正者，得註銷其登錄。」為避免首批民間公證人登錄時，尚無保險公司開辦民間公證人責任保險業務，亦特定此專文，以利保險業務之推行。

## 2. 最低保險金額 (§67II)

公證法第 67 條第 2 項規定「最低保險金額」。即除保險法規定外，「前項保險契約於每一保險事故之最低保險金額，由司法院視情事需要，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二倍下。」此規定係仿造公路法第 65 條第 1 項及民用航空法第 72 條第 2 項暨現行汽車責任保險以「每一保險事故」為基準為例，規定每一保險事故保險金額之最低標準，授權司法院得隨情事需要另以命令定之，以適應不同時空之變遷。惟為避免保險人賠償金額過高，故在但書中規定保險人對最高賠償金額得加限制之範圍，以資兼顧。最低保險金額之作用有二，一方面係國家強制被保險人投保之數額，以強制加入責任保險；二方面係國家認定第三人或其家屬，在事故發生後，為維持最基本生活水準所必需，以為平衡保險人與第三人間之雙方利益。又就最低保險金額之效力而言，法律要求保險人對第三人在一定期間內繼續負擔責任保險義務，並降低保險人保險給付數額之責任，換言之，若保險人之「承保金額」高於國家規定之「最低保險金額」，在保險契約對第三人相對有效期間內，其保險金額及保險事故，均應依國家所定之「最低保險金額」而定。

## 3. 影響保險契約效力情形之通知 (§67III)

公證法第 67 條第 3 項規定：「保險人於第一項之保險契約停止終止、解除或民間之公證人遲延繳納保險費或有其他足以影響保險契約效力之情形時，應即通知所屬地方法院或其分院及地區公證人公會。」本項規定，為切實符合強制責任保險之目的，故明定保險人於第一項執行職務期間之責任保險契約有停止、終止、解除等情形時，應即通知所屬法院及公證人公會，俾資因應。蓋民間公證人執行公證業務，涉及多數不特定第三人利益之問題，且涉及國家賠償責任與公正人本身之清償能力，民間公證人所屬地方法院或其分院因應，得命民間公證人另外洽覓保險人承保或對民間公證人提付懲戒(公證法§54 I ①)，以防止可能危險之發生<sup>214</sup>。

### (三) 地區公證人公會之補充責任保險制度 (§145)

<sup>214</sup>摘錄自賴來焜，前註 115 前揭(書)文，頁 555 至 557。

### 1. 地區公證人公會之補充責任保險(§145 I)：

依公證法第 145 條第 1 項規定謂：「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 67 條規定參加責任保險所不能理賠之損害賠償。」立法理由在於民間公證人參加責任保險，每囿於保險金額或違反義務出於故意行為，致不能將應負之賠償責任全部涵蓋於保險契約範圍之內，為期因民間公證人執行職務違背義務而受有損害者能獲得充分之賠償，因此參考德國聯邦公證人條例第 67 條第 2 項之例，增設地區公證人公會應為該地區民間公證人辦理第 67 條個人責任保險以外之補充責任保險，可更加落實有關責任保險之規定，即「雙重責任保險制度」。

### 2. 補充責任保險之最低保險金額(§145 II)：

依公證法第 145 條第 2 項規定：「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。」其明文規定「最低保險金額」以規範保險金額之最低標準及其金額之調整程序，更加落實責任保險之規定。

綜合公證法第 67 條及第 145 條規定來看，我國除了民間公證人本身強制參加責任保險外，地區公證人公會亦應為該地區民間公證人辦理責任保險，以確保民間公證人因執行職務依第 67 條規定參加責任保險所不能理賠之損害賠償，即「雙重責任保險制」，地區公證人公會因職業得以自律或他律，促成民間公證人於執行職務期間維持保險契約繼續有效，以落實責任保險制度，確保民間公證人之民事清償能力<sup>215</sup>。

## 五、民間公證人之助理人、使用人之責任保險制

民間公證人依公證法第 67 條參加責任保險，可否涵蓋民間公證人之助理人或其他使用人之民事責任在內？又民間公證人之助理人或其他使用人本身是否亦為責任保險之承保主體之範圍？保險人應否就此等人員行為所致之損害負賠償責任？最後一問題對照公證法第 68 條第 5 項規定，民間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，民間公證人應與自己之故意或過失，負同一責任，即保險人亦負擔保責任，上開法條已有明文規定。茲思考上列問題一，涉及保險法第 31 條之解釋，通說認為保險法第 31 條屬於總則性之規定，適用於人身、財產、責任保險。因被保險人之受僱人或其所有之物或動物所致之損害應負保險給付之責任，其係針對保護被保險人之利益而規定，承上文所述，為達到本條維護被保險人利益之立法目的，無論被保險人之助理人、使用人出於故意、過失，對於被保險人而言，皆屬於偶發性事故，仍屬於保險人保險給付之範圍，故吾人在處理民間公證人之助理人或其他使用人辦理公證事務

<sup>215</sup>摘錄自賴來焜，同註 115 前揭(書)文，頁 557 至 558。



之行為所致之損害，自應可涵括在民間公證人責任保險之範圍內；上列問題二，乃牽涉保險法第 92 條之解釋，有關被保險人之代理人、管理人或監督人須限於職務上行為且出於過失行為致第三人受有損害，此之履行輔助人之損失賠償責任的消極保險利益亦受到該保險契約之保障，故可言保險法第 92 條規定，係保障被保險人之履行輔助人因輔助經營事業所致之損失賠償責任，此種保險契約之保障，應當與該保險契約的被保險人有所區別：稱訂約時之被保險人(即代理人、管理人或監督人之授權及僱用之人)為主要被保險人，而稱其代理人、管理人或監督人為次要被保險人且因係法律之規定又稱為法定被保險人。主要被保險人之責任保險事故發生，保險人即應對主要被保險人為保險之給付，而次要被保險人之責任事故發生，保險人亦應對次要被保險人為保險之給付，兩者係兩獨立之保險利益<sup>216</sup>。

以上，針對民間公證人之雙重強制保險制度已大致介紹至此，採取公證責任保險之目的，主要為保護尋求法律救濟之當事人，確保其對公證的賠償請求權之實現，透過多一分保障，使公證職業聲譽與尊嚴得已保全；其次，公證責任保險制度亦可保障公證人本身免於財產或生存的危機或損失，雖然實務操作上公證保險制度有些窒礙難行之處，甚至有修法的呼聲<sup>217</sup>，惟此並非本章討論之重心，於此不論。

<sup>216</sup> 江朝國，同註 210 前揭(書)文，頁 335 至 336。

<sup>217</sup> 現行公證法係以責任保險作為瑕疵公證行為的賠償方式，施行之後，因我國民間之公證人人數過少，不似德、奧等國公證人數多，未能達保險制度應有之規模，故保險費率甚不合理。且責任保險條款於公證人退職後若未繼續投保者，於投保期間因執行職務所生之損害賠償責任並不予理賠，無法保障民眾權益，實不可採。故有民間公證人建議採納日本公證人法第 19 條之身分保證金制。(網路資料：伍婉嫻公證人事務所、公證法及相關法規修正草案總說明、網址：

[http://tw.myblog.yahoo.com/notary\\_wu/article?mid=1330](http://tw.myblog.yahoo.com/notary_wu/article?mid=1330)，造訪日期：2011 年 6 月 21 日)。

## 第四項 附論—公證法第 68 條與國家賠償法第 4 條之比較

本文曾於本章第一節第三項第二款介紹公證法第 68 條與國家賠償法第 4 條之適用關係，即公證法第 68 條相較於國家賠償法第 4 條而言，具有特別法和普通法之關係，民間公證人因違法執行職務致使人民受到損害者，應優先適用公證法第 68 條。惟探究公證法第 68 條規範內涵之於國家賠償法第 4 條而言，有何異同之處，值得吾人思索。

### 第一款 相同點

無論公證法第 68 條與國家賠償法第 4 條，皆係規範受委託行使公權力之私人因行使公權力所生之侵權行為責任，有關侵權行為責任之要件，諸如受託行使公權力之私人、執行職務行使公權力、行為不法、須有故意或過失、自由或權利受到損害、相當因果關係皆須具備，缺一不可，此於上述介紹國家賠償法第 4 條、公證法第 68 條之內涵即可得知，因兩者係規範公法上之侵權行為賠償責任，故構成要件上大致相同；再者，按國家賠償法第 4 條第 2 項、公證法第 68 條第 4 項規定，若國家為受託行使公權力之私人負賠償責任時，於受託人係因故意或重大過失導致損害賠償責任發生，國家對其有求償權。

### 第二款 相異點

國家賠償法第 4 條規範主體為「受委託行使公權力之私人」，而民間公證人係依公證法直接賦予特定私人行使公證權，屬於行政委託之法定委託，其侵權行為責任本可藉由國家賠償法第 4 條來規範，惟立法者卻特制定公證法第 68 條，何以如此，先嘗試比較其差異點如下：

#### 一、受託人是否自行負責

參照國家賠償法第 4 條、第 2 條之規定，委託行使公權力之私人只要係構成過失責任原則，無論主觀上出於故意或過失，依國家自己責任說或代位責任說之見解，國家皆負賠償責任；公證法第 68 條第 1 項規定，民間公證人是否直接負損害賠償責任，以主觀上有無故意或過失作為區別標準：民間之公證人因故意違反職務上之義務，致他人權利受損害者，直接負賠償責任。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，再依同法第 2 項規定，被害人不能

依前項、前條、第 145 條規定或他項方法受賠償或補償者，得依國家賠償程序所定程序，請求國家賠償。比較上述法條，一般私人因執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利時，先由國家負損害賠償責任，國家乃第一線負責人；惟民間公證人受當事人委任辦理案件時，因自己可歸責事由在執行職務的過程中侵害當事人之權益時，依公證法第 68 條文義內容皆由民間公證人負賠償責任，並於本法中尚且區分民間公證人於故意時應負自己責任；過失時應負補充性賠償責任，惟無論主觀上係故意或過失，民間公證人之賠償責任順位皆優先於國家賠償責任。故受託之私人是否須自行負責，就民間公證人賠償責任而言，似採肯定之看法。

## 二、國家賠償責任是否補充適用

從國家賠償法發展脈絡以觀，國家應否負賠償責任，歷經了否定階段、相對肯定階段、肯定階段，肯定階段又細分了代位責任說與自己責任說，此於本文第二章第一節第一項有詳盡之介紹。目前通說係採取代位責任說，惟因社會福利國之發展趨勢，國家事務愈加專業、繁瑣，相對地亦升高了國家侵害人民權利之風險，故本法修正草案漸採納自己責任說，惟無論採取何種見解，為免於公務員遇事裹足不前，只要公務員或受託行使公權力之私人不法侵害人民權利時，皆由國家率先負損害賠償責任；而公證法第 68 條第 2 項規定，被害人不能依前項、前條、第 145 條規定或他項方法受賠償或補償時，得依國家賠償法所定之程序，請求國家賠償，且其賠償義務機關為該民間之公證人所屬之地方法院或分院，故針對國家賠償法之適用，係採補充適用原則<sup>218</sup>。總結而言，國家賠償法第 4 條係國家賠償責任直接性適用，公證法第 68 條係採國家賠償責任補充性適用。

## 三、有無代理人、助理人、其他使用人之侵權責任

國家賠償法第 4 條之受委託行使公權力之私人主體，係指國家透過公權力之方式諸如法律、法規命令、行政處分、行政契約等，授權委由國家各部門以外之私人行使，由於公權力事涉公益重大且攸關國家統治權之行使，原則上除法律或行政契約另有規定者外，受指定行使國家公權力之私人或團體不得再將公權力轉委託於其他私人，此私人自包含其代理人、助理人或其他使用人，故本法第 4 條之賠償責任，未另外規範團體或私人之代理人、助理人或其他使用人之國家賠償責任；而公證法第 42 條第 1 項規定民間公證人有代理人制度、第 28 條第 1 項規範民間公證人得僱用助理人且依法理亦有使用人制度，前者代理人之賠償責任準用民間公證人相關賠償責任之規定，後者因助理人、使用人為民間公證人辦理公證業務手足之延長，故民間公證人於選任、指揮、監督履行輔助人有疏失者，應與自己之故意、過失負同一責任，此為公證法第 68 條第 3 項、第 5 項之特別

<sup>218</sup> 黃啟禎，同註 58 前揭(書)文，頁 258。

立法規範。

#### 四、有無強制責任保險制度

國家賠償法本身即屬於社會保險制度，法理上毋庸為擔保社會保險經濟上填補損失能力再為其訂立商業保險，且社會保險與一般商業保險(責任保險亦為商業保險之一環)本質上大不相同，社會保險更偏向追求於公益之目的，兩者間不能交疊適用，故綜觀國家賠償法之各條文，尚無復訂立責任保險制度；民間公證人須辦理強制責任保險，目的係為搭配上民間公證人因違法執行職務造成人民損害時皆須自行承擔賠償責任，差別僅在於須區分民間公證人主觀上故意、過失而間接影響被害人請求權行使之優先順位，故為擔保被害人之損失皆能獲得相當之填補，強化公證制度之健全發展，公證法第 32 條、第 67 條、第 145 條遂規範「雙重公證執業強制責任保險制」，惟於公證法第 68 條第 2 項復增訂國家賠償法之補充適用，是否有疊床架屋之感，此將於第六章結論時論述。

#### 第三款 小結

有關民間公證人因處理受託事務行使公權力致侵害他人權利所生之賠償責任，認事用法上皆適用國家賠償法第 4 條、公證法第 68 條，惟公證法第 68 條之於國家賠償法第 4 條屬於特別法與普通法之關係，且規範民間公證人執行職務所致之賠償責任亦較完善，本應優先適用公證法第 68 條之規定，惟立法者考量民間公證人制度發展初期，為鼓勵一般民眾善加利用民間公證人辦理公、認證業務，於自己賠償責任後又補充適用國家賠償法，則可能因同樣違法行使公證權之結果，因行使主體是法院公證人或民間公證人而有所不同(法院公證人適用國家賠償法第 4 條、民間公證人適用公證法第 68 條)，又上文分析兩法差異點可得知同樣是侵權行為賠償責任，無論是責任歸屬主體、要件、法律效果皆有些許之差異，則公證法第 68 條第 2 項另補充適用國家賠償法第 4 條是否妥適，有待第六章時深入探討。

本章節從探討公證法第 68 條之法條結構作為開啟民間公證人國家賠償責任之引子，下面章節將著重於描述外國民間公證人賠償制度之介紹並嘗試將其與我國民間公證人賠償責任制之比較，以啟發對我國公證法第 68 條規範之新思維，並設想民間公證人因執行職務違反而導致損害賠償責任發生之各種情況，以及思索因公證相對人「與有過失」時民間公證人賠償責任是否相對減輕，檢視具體案例後再搭配適用公證法第 68 條之結果是否妥適，合先敘明。

## 第五章 民間公證人賠償制度之比較法觀察 與案例探討

第四章已將公證法第 68 條有關民間公證人賠償責任要件作一番詳盡之介紹，惟探討賠償責任之前提要件須先追本溯源至「瑕疵公證行為」問題，申請公證相對人發生損害結果時，是否因公證人制作「瑕疵公證行為」而構成義務違反，並同時該當故意、過失，與損害結果間具有相當因果關係。惟參閱台灣學術論著針對此問題之探討寥寥無幾，司法實務界對此問題亦不重視，然細部審酌本法第 68 條之實際運用，卻發現無具體操作標準，這對公證人賠償責任未來發展實屬不利，健全公證賠償責任係打造堅實公證制度之基石，既攸關民間公證人之職業生涯亦保障受損相對人之權利。吾人嘗試拋磚引玉，提出判斷民間公證人是否該當賠償責任之具體標準，試從比較法、實務案例、學說等資料綜合分析，並於最末探討國家賠償法「補充」責任存在於公證人賠償責任中之實益，期許未來對公證賠償制度之發展，貢獻一己棉薄之力！

### 第一節 法國、德國、日本及中國大陸公證之民事賠償法律制度

有鑒於我國公證法第 68 條乃師法大陸法系公證賠償制度，茲以較具代表性之法國、德國以及鄰近國家日本、中國大陸作為比較分析對象，合先敘明。

#### 第一項 法國

##### 第一款 公證人的賠償責任

法國民事賠償責任之法源依據有四，分別為：一、法國民法第 1832 條，為法國公證人民事責任最基本亦是最重要的法源依據，規定為：「任何人之行為致他人受有損害時，應依其過錯程度負賠償之責。」；二、法國民法第 1383 規定：「個人不僅對於因自己之故意行為所生之損害，即對於因自己之懈怠或疏忽，致損害於他人者，亦負賠償責任。」；三、法國 1803 年 3 月 16 日公證法第 68 條<sup>219</sup>；四、其他特別法之規定。從上述法源依據可得知，公證人承擔民事賠償責

<sup>219</sup> 法國公證法第 68 條規定，業已於 1996 年修正，其現行條文內容並非關於公證人責任之規定。

任係採「過錯責任原則<sup>220</sup>」，亦即須符合公證人主觀上有過錯，客觀上公證當事人要有實際損失，且公證人的過錯行為與當事人的損失結果須有直接因果關係，才構成民事賠償責任。茲較有疑問者，乃「過錯」標準之認定，簡言之係指公證人在履行職責時是否盡到應盡義務之判斷，以法國為例，公證人是否有過錯，係按公證行業的一般標準觀察公證人是否履行了應盡的義務和責任，亦或是否對當事人提供有效的建議，如在房屋買賣契約公證中，公證人應提醒買方注意所買房屋的所有權、位置、面積、價金等，公證人未提示則有過錯，提示了則無過錯。另因果關係之認定在公證賠償責任認定中十分重要，公證人只對其過錯行為直接引起的損失負責。如上例中，公證人若未提示買方注意房屋的面積，如因房屋面積問題給買方造成損失者，則認為公證人負有賠償責任；而其他公證人提示注意的問題引起的損失，因損失結果與公證人的過錯行為無因果關係，則公證人不承擔賠償責任；再如，因當事人不如實告知真實情況或提供不完整資料致其他利害關係人造成的損失，公證人亦不承擔責任，而由不如實告知的當事人承擔賠償責任。而共同過錯造成的損失，由過錯人按責任大小，依比例共同承擔賠償責任<sup>221</sup>。

法國公證人雖係經過宣誓後由司法部長任命，辦理公證事務之公職人員，但係獨立於政府之外，自設事務所須自負盈虧，並非公務人員，故發生民事賠償責任時，必須由公證人自行負損害賠償責任，國家毋須負國家賠償責任。根據法國〈公證事務法律地位條例〉第1條規定，公證人事務所可以分為三種類型：個人型公證人事務所、合夥型公證人事務所、公司型公證人事務所，不同類型的公證人事務所中，公證人承擔責任的具體表現各不相同：

#### 一、個人型公證人事務所的責任承擔主體

於此須區分為兩種情況：其一，如果該事務所只有一個獨立職業的公證人，該公證人就是唯一的責任主體，並且要就其所導致的損害承擔無限責任；其二，如果公證人僱用了受薪公證人，又可再區分為兩種情況：若損害是雇主公證人所造成的，由雇主公證人獨立承擔無限責任；若損害是由受薪公證人所造成的，由受薪公證人獨立承擔無限責任，雇主公證人一般不承擔責任，但如果該受薪公證

<sup>220</sup> 法國法之「過錯」(法語 *faute*)，包含違法性與過失概念，二者未有清楚劃分。所謂過錯，指行為人未遵守法律上義務，或未符合一般的注意義務。至於行為人主觀上是否可歸責，並非所問。換言之，過錯概念更接近於違法性。而與傳統注重主觀要件的過失概念，迥然不同。復法國法上「過錯」概念極度擴大，逐漸喪失作為侵權責任控制機制的功能，因而實務上轉而以「因果關係」之有無，作為限制被害人請求損害賠償之控制因素《法國民法典第1382條：「任何行為致他人受損害時，因其過失致行為發生者，應對該他人負擔賠償之責任。」〈法語 Art 1382 *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*〉可茲參考。》參陳聰富，侵權違法性與損害賠償，元照出版，2008年12月，頁39以下。

<sup>221</sup> 茲摘錄自江曉亮，法國公證人的責任賠償制度，中國公證，2002年第5期，頁34。

人在承擔無限責任後仍不足以彌補損害，可責令雇主公證人承擔無限補充責任<sup>222</sup>。

## 二、合夥型公證人事務所的責任承擔主體

一般而言，如果某一個或某幾個合夥人因其過錯公證行為導致了損害，則該一個或幾個合夥人應當就此承擔獨立的無限責任或連帶的無限責任，其他無過錯的合夥人不承擔責任。但是，如果該獨立的無限責任或連帶的無限責任尚不足以彌補損害，其他合夥人應當承擔「補充」的有限責任。此外，需要指出的是，在聘請了受薪公證人的情況下，如果損害是因為受薪公證人的過錯公證行為所導致，原則上由該受薪公證人承擔無限責任，如果該受薪公證人承擔無限責任尚不足以彌補損害，則由聘請該受薪公證人的合夥公證人承擔補充的無限責任，如果該補充的無限責任仍不足以彌補損害，再由其他合夥公證人承擔補充的有限責任<sup>223</sup>。

## 三、公司型公證人事務所的責任承擔主體

公司型公證人事務所在法律責任的承擔方面具有很大的特殊性。依照〈法國公證法〉第4條的規定，公證人是為從事輔助性司法活動而設立的公證員，但公證人不從國家領取薪水，按自由職業者方式獨立職業，自主決定公證事務，並獨立承擔法律責任。據此，即使在公司型事務所中，公證人仍然是第一順位的責任承擔主體，這一點顯然不同於一般的公司。原則上來說，不管公司型公證人事務所中的公證人是股東公證人還是受薪公證人，如果因自身過錯導致損害結果的發生，均要承擔無限責任。如果有過錯的公證人以其全部個人財產承擔無限責任之後仍不足以彌補所導致的損害，則該公證人所在的公司型事務所應承擔有限責任，直至損害依法得到充分彌補為止。當然，如果事務所資產不足以彌補全部的損害，可以依法國公司法向法院聲請宣告破產。<sup>224</sup>

### 第二款 公證人的追究程序

了解公證民事賠償責任之主體及要件後，人民莫不過於關心如何「追究」公證人的民事責任。惟在確定公證人是否承擔賠償責任以前，需要對相關損害進行認定，因為「無損害即無賠償」。而公證賠償責任的認定方式有兩種：一種為公證人公會和保險公司認定；另一種是在當事人不接受前種認定結果時可訴請法院認定。上述方式係有優位順序關係，一般而言，如果申請人對公證標的(動

<sup>222</sup> 劉曉兵，法國公證法律責任制度研究，中國司法，2009年第5期，頁106。

<sup>223</sup> 劉曉兵，同註222前揭(書)文，頁106。

<sup>224</sup> 劉曉兵，同註222前揭(書)文，頁106。

產或不動產)投了一定的保險，則因公證行為受到損害應由保險公司認定；倘若申請人沒有投保，或者公證人對保險公司的認定結果存在異議，則公證人公會(通常為地區公證人公會)可以參與損害認定。當然，如果申請人不接受前種認定結果，則可訴請法院認定。在損害得到認定之後，申請人可以根據〈法國公證機關條例〉或其他公證法的規定，直接向大審法院提出民事訴訟，大審法院在法國民事法院中級別高於小審法院，有一整套審理公證賠償案件的專門訴訟程序。其中最重要的是，審理公證賠償案件不適用獨任制，而必須實行合議制，由至少3名法官組成合議庭進行審理，由合議庭根據前述公證人民事賠償責任的三個標準判定公證人是否承擔民事責任。據統計，法國平均每年遇到4000個索賠請求(約占全部公證案件的0.1%)，給予賠付的約2000件。其中，理事會和保險公司認定的占2/3，法院認定的占1/3，法院認定公證人不予賠償的占2/3<sup>225</sup>。

舉證責任方面，也有一點比較特殊。再追究公證人未盡諮詢義務的賠償訴訟中，申請人不必就公證人是否盡到諮詢義務進行舉證，其舉證義務由公證人承擔，這就是法國公證法律制度中的**舉證責任倒置原則**。如果公證人不能證明其已經向申請人盡到諮詢義務，則構成民事賠償責任的一個充分條件，為了避免這種情況發生，公證人可以在辦理的公證書為必要的提示，或者在申請人同意的其他書面文件中加以記錄，例如提醒申請人關注某種困難、某種不確定性<sup>226</sup>。

### 第三款 公證人賠償責任之擔保形式

法國公證責任賠償保障體系，由公證責任保險和公證人集體擔保基金兩個系統構成。

#### 一、公證人職業責任保險：

法國公證人職業責任保險屬於商業保險，保險賠償範圍限於因公證人過失行為產生的賠償責任。

1955年以前，該保險由公證人自願投保，保險公司自願承保。1955年以後，法國為此頒布了一個法令，即1955年5月20日公證法令——將該保險規定為強制責任保險，並且為公證人執業的必備條件之一，對不參加保險的公證人視同辭職。該法令第10條規定，公證職業責任保險契約由法國公證人高等理事會代表全國公證人與保險公司簽訂，法國公證人高等理事會聘請的保險顧問——新安全保險經紀公司參與契約的簽約工作。該法令第15條規定，公證職業責任保險契約的承保方式為保險團承保，保險團由高等理事會選定的四家保險公司組成，其

<sup>225</sup> 摘錄自江曉亮，同註221前揭(書)文，頁34；劉曉兵，同註222前揭(書)文，頁108。

<sup>226</sup> 劉曉兵，同註222前揭(書)文，頁108。



中法國 MMA 保險公司為保險執行人。該法令第 11 條規定，公證職業責任保險契約的保險費率為公證人年業務收入總額的 1.4%，由各省公證人公會收集後分兩期向法國 MMA 保險公司交納。1958 年 5 月 28 日，法國又頒布了一個法令，其中第 9 條規定，對於參加保險的每一位公證人，保險公司必須提供至少兩倍於保險到期之前一年度城市公證人(以事務所為單位計算)平均毛收入的保費，不過，公證人至少需要負擔賠付總額得十分之一，但不超過一定的上限<sup>227</sup>。

關於公證人職業責任保險的保險範圍，僅管原則上限於公證人的過失行為，但對於究竟什麼是過失行為，公證業界和保險公司曾長期存在分歧。對此，法國最高法院於 1974 年通過司法解釋申明了兩個原則：其一，**公證人職業責任保險同樣受到〈法國保險法〉第 113 條<sup>228</sup>**關於過失行為規定的約束；其二，重大過失也是過失，但不包括故意、隱瞞或詐欺<sup>229</sup>。

## 二、公證人集體擔保基金：

為了彌補商業保險的不足，法國於 1935 年 1 月 25 日專門頒布了一個法令，要求在全法公證行業建立集體擔保基金，以進一步保障公證人的職業責任風險和申請人獲得賠償的權利。保證基金最早是由各地區公證人公會所設立之地區擔保基金，後來為了避免各省所設之地區基金出現超支現象，乃於 1977 年法令之要求下，另設立中央擔保基金。中央擔保基金由最高公證理事會監管，其主要任務是在協調及控管各地區基金的功能。每個地區基金須在每年 5 月 15 日前向中央擔保基金交付年分攤額之 4/5(1965 年 2 月 29 日法令第 10 條)。如果地區基金所保管之基金不足，中央擔保基金有義務提供足夠擔負法律責任所需之金額給地區基金(前開法令第 13 條)，以確保當事人之權益不會受到影響<sup>230</sup>。

公證人集體擔保基金通過兩種操作方式達到擔保目的：一是購買集體補充責任保險，由此可將公證責任賠償限額由個案 5000 萬法郎提高到 4 億法郎以上；二是支付由於公證人的故意行為產生的公證責任賠償費用，此類案件每年有 10 件左右。此外，為了使擔保基金得以保值增值，基金管理人可以用於購買政府債券之類的低風險投資，這也可以間接地達到責任擔保之目的。

1955 年 5 月 20 日法令第 12 條對集體擔保基金的擔保範圍作了規定：「(基金的擔保範圍)涵蓋公證人在正常行使公證職能過程中因其自身過錯行為或其雇員的過失行為而須承擔之民事責任的經濟賠償後果。」據此，有三種情況不在責任

<sup>227</sup> 劉曉兵，同註 222 前揭(書)文，頁 109 至 110。

<sup>228</sup> 法國保險法第 L113-1 至 L113-17 條係規範保險人與被保險人的義務章節，被保險人違反相關行為準則者，即可能構成過失。

<sup>229</sup> 劉曉兵，同註 222 前揭(書)文，頁 110。

<sup>230</sup> 司法院，司法院及所屬各機關出國報告一荷、比、法公證制度之考察報告，99 年 2 月，頁 34。

擔保金的賠償範圍：一是雇員故意行為導致的損害；二是非公證業務行為導致的損害，如公證人挪用申請人資金用於謀取個人私利；三是申請人向公證人交付的質押擔保之不足部分<sup>231</sup>。

通過上述體系，基本上解決了法國公證人的責任賠償能力問題，雖然有人質疑公證人通過轉嫁職業風險而獲取不合理的職業優勢，因而致公證人的獨立地位和無限責任制形同虛設，惟自從法國建立公證人職業保險制度後，法國公證業界有關偽證、濫證和誤證的情形並未增多，反而一直呈現下降的趨勢，由此可證，責任保險制度為當事人提供了絕佳的安全保障，不容置疑。

## 第二項 德國

### 第一款 公證人的賠償責任

公證人賠償的法條依據，依據德國聯邦公證人法第 19 條規定：「公證人因故意或過失，而違反對他人之職務義務，致生損害者，負賠償責任。因過失所生之損害，公證人僅於被損害人無法由他法獲得賠償時為限，負賠償之責任；但公證人和委託人之職務行為關係，係以本法第 23 條、第 24 條所定之者，不適用之。…」<sup>232</sup> 此賠償依據可分為四要件：一、主體。二、過失原則。三、直接損害結果發生。四、行為與損害間有因果關係，分述如下：

#### 一、主體

德國同時存在三種類型的公證人，即專職公證人、律師公證人、公務員公證人。德國目前有 1 萬多公證人，其中律師公證人約有 8 千多人。

**專職公證人**，就是只以公證工作為職業的自由職業者<sup>233</sup>；**律師公證人**，乃從律師隊伍中擇優選拔出來的，允許律師公證人既辦理律師業務，也辦理公證業務，但在同一業務中，只允許選擇用律師或公證人一種身分署名，不能同時使用或不區分兩種身分<sup>234</sup>；**公務員公證人**<sup>235</sup>在德國法的體系中屬於非訟法官，可以辦

<sup>231</sup> 劉曉兵，同註 222 前揭(書)文，頁 110。

<sup>232</sup> 摘錄自司法院編印，同註 205 前揭(書)文，頁 161。

<sup>233</sup> 中國公證員協會，德國公證制度簡況，中國司法，2005 年 5 期，頁 100。

<sup>234</sup> 王京，走進德國公證業，中國公證，2010 年 10 期，頁 23。

<sup>235</sup> 公務員公證人之公證機構係設在法院，當事人辦證經常與犯罪嫌疑人碰面，加上公證人是非

理公證業務和只能由公務員公證人辦理的業務(例如：在公民的戶籍登記卡上做重大財產登記、處理未成年子女監護扶養問題、弱勢群體的監護等<sup>236</sup>)。德國是聯邦制國家，各州公證員形式因應其歷史發展、社會環境皆有所差別，實行哪一種形式由各州自行決定，惟無論採哪一種型式，皆是透過嚴謹流程篩選出來<sup>237</sup>。上述三種公證人，除了公務員公證人外，因專職公證人與律師公證人屬於根據國家授權行使公證職能並為社會公共利益服務的自由職業人員，故聯邦公證人條例亦規定國家不代替該類型公證人承擔賠償責任。

另外，其他公證輔助人員在履行公證職務行為時，亦可引發公證賠償責任<sup>238</sup>，其他如為公證機構採買辦公用品或與履行公證職務無關的個人行為，當然不能認為是公證業務行為，而這些行為引發的民事責任，應依據德國民法之一般規定處理。

## 二、過失原則

公證人作為行使國家證明權之法律專業人員，對其職務行為中的過錯，當然也要承擔相應的法律責任。從前述德國聯邦公證人法第 19 條規定之內容觀察，顯然地，只有公證人在有「過失」的情形下才負賠償責任。按照此一規定，在公證人的民事違法行為是出於其過失時，受害當事人應當首先考慮用其他方法獲得賠償，而不能一開始就請公證人給予賠償，只有在通過其他方法不能獲取合理的賠償費用時，才可以請求公證人賠償。但是，受害人必須提供通過其他方法無法獲得救濟的有效證明，否則，公證人有權拒絕賠償請求。由此可見，該法實際上已將故意、過失之法律效果加以區分：在故意違法行為時，受害人可以逕向違法公證人提出賠償請求，而不必先訴諸其他賠償方法，除非其本人自願這樣做。德國聯邦公證人法對公證人在有過失的情況下負賠償責任的限制性規定，體現了法院對公證人的特殊照顧。同時，德國聯邦公證人法規定了兩種例外情形：其一，當事人委託公證人保管金錢、有價證券、貴重金屬等有價物品，或者委託公證人將上述物品轉交給第三者，公證人由於自己職務上的過錯行為造成了上述物品丟失或毀損的；其二，公證人為當事人起草文書、提供諮詢服務以及在法院或行政

---

訟法官，為當事人服務的主動性和積極性亦不高，這種體制已逐漸暴露出弊端，故德國已著手改制，預計 2018 年將取消公務員公證人制度。

<sup>236</sup> 王京，同註 234 前揭(書)文，頁 24。

<sup>237</sup> 取得公證人資格要完成下列程序：1.取得大學法律專業畢業證書，即通過第一次國家考試。考試以實體法為主。與中國有法律、法學、刑法、經濟法、國際法、法制史等諸多專業不同，德國大學在法學方面只有法律一個專業。2.在司法部門或律師事務所、公證人事務所實習兩年半，然後參加第二次國家考試。考試以程序法為主。3.兩次國家考試合格人員中有志成為公證人的，還必須接受為期三年的公證業務培訓，培訓成績合格的，才具有公證人從業資格。王京，同註 234 前揭(書)文，頁 24。

<sup>238</sup> 舊時德國聯邦公證人法第 19 條第 2 項前段規定：「公證助理獨自處理有關本法第 23 條、第 24 條業務，有違反職務義務時，準用第一項之規定負責。…」

機關代理當事人進行活動過程中發生錯誤給當事人造成損失的<sup>239</sup>。以上兩種情形，受害當事人可以逕向公證人提出賠償請求，不必首先考慮其他賠償方式<sup>240</sup>。由上可知，德國針對公證人過失違法行為提供較佳的保護，此亦為我國公證法第68條第1項效仿之對象。

### 三、直接損害結果發生

公證損害的構成，必須有當事人、其他利害關係人損害後果的發生。損害後果應包括財產權和人身權的損害結果，而且限定是**直接的**。如果公證人在執業過程中雖有過錯，但因種種客觀因素的存在和作用，並沒有給當事人、其他利害關係人造成損害，也沒有造成客觀可見的損失，就不構成公證賠償責任。

### 四、行為與損害間有因果關係

即公證人的過錯行為與當事人的損失間有直接因果關係。如因當事人不如實陳述事實，給利害關係人造成損失，公證人不承擔責任，而由不如實陳述的當事人承擔賠償責任。另，若係由公證人與當事人共同因過錯造成的損失，由侵權人按過錯比例大小共同承擔賠償責任<sup>241</sup>。

有關德國公證賠償責任是根據德國民法典的規定所應承擔的賠償責任。公證人行使職務雖然係履行國家授予的公共職權，但其具有獨立的法律地位，非屬於國家雇員，其獨立自主地辦理公證事務，公證人業務收入歸公證人所有。又公證賠償責任與公證人的義務有密切關係，只有公證人未履行法定義務時<sup>242</sup>，才可能產生公證賠償問題，又公證人是承擔過失責任，過錯的產生並非國家授權所致，故其責任應屬於民事賠償責任，而非屬於國家賠償責任。惟民事賠償責任之說法應係適用於專職公證人以及律師公證人，公務員公證人本身身分屬於公務員，應仍有國家賠償法之適用。

## 第二款 公證人賠償責任之擔保形式

### 一、連帶責任

<sup>239</sup>張文章主編，公證制度新論，台海文化傳播事業有限公司，2007年10月，頁345至346。

<sup>240</sup>理由在於，當事人基於信任關係委託公證人保管金錢等有價物品，或者要求公證人提供正確的服務，而公證人有義務完成當事人的委託或者滿足當事人的提供正確服務的合理要求。如果不能實現這些目的，且是由於公證人的過錯所致，不論其為故意或者過失，都毫不例外地承擔賠償責任。參閱張文章，同註239前揭(書)文，頁345至346。

<sup>241</sup>摘錄自王繼華，從德國的公證賠償制度說起，中國公證，2005年1期，頁12。

<sup>242</sup>例如：公證人被要求參與的行為明顯地不被允許時或不誠實時，則公證人必須拒絕該項活動而仍執行業務、公證人不允許進行借貸及地產業務的中介而違反等。

德國聯邦公證人法規定了見習公證人、公證代理人和公證託管人，所以當出現責任承擔時，就會產生三種連帶責任的情形：第一種是公證人與見習公證人的連帶責任、第二種是公證人與代理人的連帶責任、第三種是公證託管人與公證人協會的連帶責任。根據德國聯邦公證人法第 19 條之規定：「公證人為培養見習公證人的能力，委託他人獨立實施某項職務行為的，公證人與見習公證人對外共同承擔連帶責任。但是，在公證人與見習公證人內部之間，則由見習公證人承擔責任，又不得以見習公證人與國家之間的職務關係之故(第 7 條第 3 款)<sup>243</sup>來追究國家的責任。」當公證人由於某些原因暫時不能執行職務時，監督機關將會任命公證代理人代行其職務，該法第 46 條規定：「如果代理人違反職務上的義務，公證人和代理人作為連帶債務人向被害人負責。兩者內部之間，則由代理人負責」又當公證人職務終止或由於某些原因不能親自執行職務時，州司法行政機關將任命公證託管人，依該法第 61 條規定：「如果公證託管人違反其職務上的義務，公證人協會和該公證託管人作為連帶債務人向被害人負責。在公證人協會與公證人託管人內部之間，則由公證託管人承擔責任<sup>244</sup>。」

## 二、保險制度

為保證公證人賠償能力，德國建立公證責任保險制度，並於 1981 年 8 月 7 日的聯邦公證人法第一次修正案增加公證人職業期間應投保責任保險之規定<sup>245</sup>，此屬於個人責任保險部分。其次是由公證人協會進行綜合保險，法律規定與個人保險同是 50 萬歐元；再次，因公證人地位和職務特殊，如果再不能填補受害者損失，還有特別保險—信譽損害賠償基金(德國聯邦公證人協會在 1983 年設定，由各地公證人協會給基金繳費，然後再分攤到公證人的會費中。該項基金現有 1000 萬歐元)，損害賠償額由法律規定<sup>246</sup>。公證人對受害者承擔無限賠償責任，賠償的金額先由保險公司支付，不足部分由公證人本人支付，直至破產為止，永遠不得再擔任公證人。

通過上述三層保險，從根本上解決了公證人賠償能力問題，同時給當事人提供了絕對的安全保障。

<sup>243</sup> 德國聯邦公證人法第 7 條第 3 款規定：見習公證人，在履行見習職務期間，與國家是公法上的職務關係。

<sup>244</sup> 吳奕晗，論公證賠償制度，中國政法大學碩士學位論文，2011 年 3 月，頁 12 至 13。

<sup>245</sup> 德國聯邦公證人法第 19 條之 1(1990 年 9 月 12 日版本)規定：公證人為預備因其職務行為而導致之賠償責任危險，應保職業責任險，在其被選任期間內，並應持續要保該責任險。該保險契約應與國家監督保險公司之機構所核准之一般保險要件相符，以使保險之範圍包括可能產生對公證人賠償請求權之每一件義務違反行為。每一保險事件之最低保險金額為五十萬馬克。保險人對在一保險年度內致生之所有損害賠償金額得限制在最低保險金額之雙倍以下。該保險契約並應加付保險人有對於保險契約之開始、結束、終止以及任何足以影響所規定保險利益之變更，立即通知邦司法部及公證人公會之責。保險契約內得約定，在處理單一職務行為時所造成之所有職務義務違反，不論此係由公證人或其助手所為，視為一個保險事件。司法院編印，同註 205 前揭(書)文，頁 162。

<sup>246</sup> 王繼華，同註 241 前揭(書)文，頁 12。

### 第三項 日本

#### 第一款 公證人的賠償責任

日本之公證制度係揉合法國及德國模式，並於 1908 年(明治 41 年)頒布了關於公證的法律—公證人法<sup>247</sup>，確立了現行公證人制度。公證機構的組織形式為公證人事務所，可由一人獨立開設，也可以由若干人聯合開設，其設立地點須經法務大臣批准，公證業務接受法務省和各地方法務局管理。根據日本公證人法規，公證人的職責是受當事人或其他有關人員的委託，針對民事法律行為和有關事實製作公證證書；或對私人製作並簽署的文件進行認證，具體職務內容有：製作婚姻、財產分割、遺產繼承、個人遺囑、領養關係等公證證書；對公司、社團法人、財團法人章程進行認證；對企業擔保、破產、債務抵償、有價證券信託、合同變更等文件進行認證等。又日本同屬於拉丁公證制度國家之一員，不僅要對待證事項(如文書等)形式上的真實性和合法性加以證明，而且要對其內容的真實性和合法性加以證明，並承擔相應的責任，故日本公證人辦理業務時，要進行實質性證明，相對地，對其公證人之資格亦嚴格要求。

公證人履行上述業務時，必須遵守若干基本原則<sup>248</sup>，若義務違反，即可能構成賠償責任，又賠償責任之性質需從公證人職業身分以觀。一方面，其選擇、任命、獎懲等基本上係參照國家公務員管理辦法，履行職務是由國家授予資格，代表國家行使職能，即使公證人需要獨立開業、自負盈虧，亦不影響其具有公務員或準公務員的身分，故日本的公證立法規定，公證賠償屬於國家賠償，適用國家賠償法的規定<sup>249</sup>。至於日本的國家賠償法第 1 條規定：「國家或公共團體的公務員在行使公共權力的過程中，因故意或過失對他人造成違法損害時，國家或公共團體負賠償責任。」其中公務員自為廣義之解釋，除了國家公務員外，亦包含被授權或委託行使公權力的民間人士。又提起國家賠償訴訟的請求，亦須具備：一、國家或公共團體的公務員行使公權力；二、公務員履行義務造成的損害是基於故意或過失；三、存在違法行為；四、違法行為與損害間有因果關係<sup>250</sup>等要件，而

<sup>247</sup> 日本公證人法自 1908 年頒布，成為日本公證制度運行的基本法律，沿用至今。其間歷經過數次修改，最近一次修改是 2011 年(平成 23 年)5 月，目前的公證人法內容為 7 章加附則，共 95 條規定。

<sup>248</sup> 例如：保密義務、不得兼任其他公職或商業、職務迴避等。

<sup>249</sup> 劉潔，淺談我國公證賠償中的幾個問題，魅力中國，2010 年第 12 期，網址：

<http://wuxizazhi.cnki.net/Article/XXZY201012256.html>，造訪日期，2011 年 11 月 14 日。

<sup>250</sup> 日本在公害以及醫療過失等具有高度專門科學知識之訴訟上，有學說採取相當因果關係說，但此種見解，為日本實務所不採，仍認為公害訴訟事件，仍須有高度之蓋然性，即直接(必然)因果關係。然最近在日本之實務上，相當因果關係說又廣泛被承認。葉百修，同註 5 揭(書)文，頁 202 至 203。

國家承擔了損害賠償責任後，亦可向有故意或重大過失的公證人進行追償。

## 第二款 公證人賠償責任之擔保形式

另賠償保證制度係採取「身分保證金<sup>251</sup>」。取得公證人資格的公證人必須按規定時間和數額繳納公證人身份保證金，才能履行公證人職務。身分保證金的作用之一是具有登記註冊的性質，不能按時繳納者不得開業；其二是具有一定的預備賠償的性質，如果公證人因業務辦理錯誤給當事人造成損失，當事人可向法院提起訴訟，如法院認定是公證人的責任，則由國家向當事人先行賠付，然後再由國家向公證人索賠。保證金不足時，必須在規定時間內補足，公證人退休時退還其身分保證金。

## 第四項 中國大陸

### 第一款 公證人的賠償責任

大陸地區公證法第 43 條規定：「公證機構及其公證員因過錯給當事人、公證事項的利害關係人造成損失的，由公證機構承擔相應的賠償責任；公證機構賠償後，可以向有故意或者重大過失的公證員追償。當事人、公證事項的利害關係人與公證機構因賠償發生爭議的，可以向人民法院提起民事訴訟。」從上，可歸納出幾個概念：

一、責任主體：公證法規定，以公證處為責任主體，輔以公證員承擔法律責任。惟現實上，大陸地區多元化的公證體制下，公證法律責任的承襲主體事實上包括國家、公證機構和公證人<sup>252</sup>，出現現實與立法脫節之現象。

二、歸責原則：所謂歸責原則即過錯原則<sup>253</sup>，乃公證人對於公證對象只能擔負合理的保證作用，無論因公證行為所導致的侵權損害賠償或違約責任的處理，皆適用過錯原則。至於過錯之標準如何認定？依民法一般理論，過錯是侵權行為人對其行為造成他人損害的一種故意、過失，因此公證機構承擔賠償責任的前提

<sup>251</sup> 公證人身份保證金制度，根據日本法務省的規定，保證金的具體數額在 1 萬元至 3 萬元日幣之間，按照現在的匯率折算，大致相當於 800 多至 2500 元人民幣(相當於台幣 3680 元至 11500 元)，這相對於日本公民的收入水準並不高，以全日本 500 多位公證人估算，保證金總額亦不多，故其法律象徵意義大於收費行為本身。

<sup>252</sup> 行政體制的公證機構(例如：駐外使領館接受委託辦理公證事務)適用國家賠償法；事業性質的公證機構依其體制上的不同，有的採取以公證機構作為責任承擔主體，有的採取公證機構和公證人承擔連帶責任或公證人個人承擔制度。

<sup>253</sup> 在台灣稱之為「過失原則」。



是公證機構及其公證人在履行公證職務時對造成他人損害的事實存在故意或過失之心理狀態。故意在實踐中比較容易認定，惟過失認定標準較具爭議，一般分為主、客觀說<sup>254</sup>，惟多數大陸學者以為，公證追求的應該是程序上的正義和法律上的真實，並非客觀上絕對的真實，故判斷其有無過錯，應審酌其在履行職責時是否盡到應盡的義務，亦即公證機構及公證員是否嚴格按照法律、法規及規章的規定盡到核實、審查的義務來出具公證書，是否對其在證明事項和證明程式履行合法性之要求，以上對於過錯判斷，係採取客觀說之見解。因此，倘若公證人在執業過程中已遵守了執業準則和操作規範之各項規定，即使當事人一方或雙方之利益有損害發生，公證機構或公證員，亦無過失。

三、損失：因公證行為所造成之損害，包括了直接經濟損失以及預期利益損失、精神損害。惟公證收費屬於非營利性的低收費，在無國家補貼或提高收費標準的情況下，只賠償當事人、公證事項的利害關係人的**直接經濟損失**，較符合公平正義。

四、因果關係：損害結果之發生必須是由於公證人員在履行公證職務中的過錯行為所導致，若兩者間沒有一定的關聯，都不能認定為公證賠償。而因果關係的判斷，有採取必然因果關係說<sup>255</sup>、相當因果關係說，兩說皆有擁護者，惟多數看法以為，在公證賠償責任中，只要公證行為能成為公證損害的相當原因，即在相同公證行為下有發生同種損害的可能性，因果關係這一要件便已具備。也就是說，有關因果關係的證明，不需要證明必然性，只要能證明可能性即為已足，故採取相當因果關係說，這對加強被害人之保護及維護公證行業的信譽係有幫助的。

茲須討論者，乃公證賠償的發生，係由當事人以及其他個人或者組織故意提供虛假證明材料騙取公證書以從事詐欺活動給他人造成損失的，除了應依法承擔民事責任外<sup>256</sup>，公證機構是否同時應承擔相應的責任？有認為既然公證機構出具

<sup>254</sup> 主觀說，是通過判定行為人實施行為時的主觀心理狀態判定其有無過錯；客觀說，是套用某種客觀行為準則和行為規範來衡量行為人的行為，進而認定行為人有無過錯。參閱張文章，同註239前揭(書)文，頁168。

<sup>255</sup> 必然因果關係說，是指行為人的行為與損害結果之間的必然的、內在的聯繫。採必然因果關係學者以為，公證機構的非營利性、公益性性質，決定了公證賠償具有補充性特徵，公證責任僅是一種有限責任，且公證賠償這種補充性在大多數國家的公證立法中也都有明確的規定，且大陸〈公證法〉第15條規定，公證機構須參加公證執業責任保險，可見其賠償能力極為有限，故採相當因果關係說將無限制地擴大公證賠償的範圍。參呂莉，關於公證賠償制度探討，網址：

[http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive\\_content\\_look.jsf?id=14010](http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive_content_look.jsf?id=14010)，造訪日期：2011年11月18日。

<sup>256</sup> 大陸〈公證法〉第44條規定：「當事人以及其他個人或者組織有下列行為之一，給他人造成損失的，依法承擔民事責任；違反治安管理的，依法給予治安管理處罰；構成犯罪的，依法追究刑事責任：(一)提供虛假證明材料，騙取公證書的；(二)利用虛假公證書從事詐欺活動的；(三)偽造、變造或者買賣偽造、變造的公證書、公證機構印章的。」



了與事實不符的虛假公證書，亦即公證機構存在過錯而造成當事人或利害關係人損失，公證機構亦承擔相應的賠償責任；有認為公證法第 44 條明確規定由騙取公證書的當事人承擔民事賠償責任，則公證機構不再承擔賠償責任。惟公證機構是否承擔賠償責任不能一概而論，應該根據具體情況分析之：例如，公證機構及其公證員按照職業準則和操作規範盡到了必要的審查與核實義務，則公證機構及其公證員並無過錯，理當毋須負損害賠償責任；或公證機構及其公證員存有故意，給他人造成損失者，則公證機構與當事人以及其他個人或者組織共同負連帶賠償責任；又或者公證機構及其公證員僅存在過失並被當事人或其他個人、組織所利用，只有在當事人無法擔負賠償責任時，才由公證機構承擔補充賠償責任，並於賠償後向最終應負責之當事人追償。

## 第二款 公證人的追究程序

當事人或公證事項的利害關係人認為公證書有錯誤，至使其發生損害，如對公證機構提出撤銷申請但遭拒絕者，當事人、公證事項的利害關係人可以提起民事訴訟解決爭議。大陸〈公證法〉第 40 條規定：「當事人、公證事項的利害關係人對公證書的內容有爭議的，可以就該爭議向人民法院提起民事訴訟。」茲須注意者，乃訴訟事項須對「內容有爭議」而不能對公證程式有爭議，若法院審理後仍維持了公證證明的事項，則公證書依然有效；反之，若否定了公證書證明事項，公證書作廢；其二、訴訟對象是以公證的當事人為被告，不能以公證機關為被告；其三，法院直接對公證事項進行裁決，不需要也不必要對公證書的效力再次認定，以尊重公證書作為認定事實之證據<sup>257</sup>。

舉證責任的分配，大陸公證法規尚屬空白，惟公證賠償責任屬於民事賠償的一環，按「誰主張、誰舉證」的原則，公證賠償責任的舉證責任應由公證賠償申請人主張公證員存在主觀過錯、損害結果、因果關係等，否則，就要承擔敗訴的風險。然公證員屬於專家的一環，基於資訊不對等的情況下，作為非專家的當事人能力有限，無法對專家進行高度專門化服務過程中就過失等構成要件舉證，故應弱化當事人對專家之舉證責任，實行舉證責任倒置原則，由公證員一方證明自己無過失或與其專家行為與損害結果之間不存在因果關係方可免責，惟亦有學者採取回歸原則之見解<sup>258</sup>。

## 第三款 公證賠償責任之擔保形式

<sup>257</sup> 摘錄自呂莉，同註 255 前揭(書)文，網址：

[http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive\\_content\\_look.jsf?id=14010](http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive_content_look.jsf?id=14010)，造訪日期：2011 年 11 月 18 日。

<sup>258</sup> 黃琦，公證賠償的研究，安徽大學碩士學位論文，2007 年 10 月 22 日，頁 19 至 20。

中國大陸地區基本上採納了責任賠償保險制度，公證責任保險制度的目的，主要為保護尋求法律救濟的當事人以確保公證賠償請求權得以實現，並可保障公證機構免於財產或生存陷入危機。2000年12月18日，中國公證員協會與中國人民保險公司簽訂協議，由全國範圍內的公證事務所統一向中國人民保險公司投保公證職業責任保險，由公證處作為被保險人，於在中華人民共和國境內(港、澳、台地區除外)從事公證業務時，由於疏忽或過失造成關係人的經濟損失或傷害時，並在保險期限內由關係人首次向被保險人提出索賠申請，依法應由被保險人承擔經濟賠償責任的，中國人民保險公司將按保險合同之規定負責賠償<sup>259</sup>。此外，為了解決公證賠償的追償問題，公證機構內部還應建立公證員個人執業保證金制度，保證公證賠償制度的真正實現<sup>260</sup>。



<sup>259</sup> 唐先鋒、趙春蘭、王洪宇，同註 187 前揭(書)文，頁 254。

<sup>260</sup> 公證責任是一種民事責任，按照《最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定》，沒有法律特別規定，民事訴訟實行“誰主張、誰舉證”的原則，故公證賠償的舉證責任不發生舉證責任倒置問題，公證賠償申請人應當就公證機構及其公證員存在主觀過錯、損害結果的發生承擔舉證責任。呂莉，同註 255 前揭(書)文，網址：

[http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive\\_content\\_look.jsf?id=14010](http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive_content_look.jsf?id=14010)，造訪日期：2011年11月18日。

比較各國公證人與我國民間公證人賠償責任相關要件，作成表 5.1 如下：(O →有、X→無、Δ→有爭議)

表 5.1：我國民間公證人與外國公證人賠償責任制度之比較

國家 要件	法國	德國	日本	中國大陸	台灣
主體	非公務人員— 1.個人型 2.合夥型 3.公司型	非公務人員 1.專職公證人 2.律師公證人 公務人員 1.公務員公證人	準公務員	非公務人員— 公證處為主，公證員為輔	公務人員— 法院公證人 準公務員— 民間公證人 (雙軌制)
過失原則	O 故意、過失效力相同	O ┌故意：直接賠償 └過失：限制性賠償	O 故意、過失效力相同	O 故意、過失效力相同	O ┌故意：直接賠償 └過失：限制性賠償
損失結果	O	O(強調直接損害結果)	O	O(強調直接損害結果)	O
因果關係	直接因果關係	直接因果關係	Δ	相當因果關係	相當因果關係
舉證責任倒置	O			Δ	
國家賠償責任	X	專職公證人、律師公證人：X 公務員公證人：O	O	X	法院公證人：O 民間公證人：O(補充性)

(資料來源：自繪)

比較各國公證人與我國民間公證人賠償責任之擔保形式，作成表 5.2 如下：  
(O→有、X→無)

表 5.2：我國民間公證人與外國公證人擔保形式之比較

國家 擔保形式	法國	德國	日本	中國大陸	台灣
強制責任保險	O	O	X	O	O
公證賠償基金 (身分保證金)	X	X	O	X	X
連帶責任		O			

(資料來源：自繪)

## 第二節 具體案例探討

公證人違反義務之類型千百種，舉凡公證人違反法律或辦證規章、公證文書內容中文字或數位出現差錯、缺少必備要素或用語不當等公證文書製作不符合規定、適用法律錯誤，甚或更嚴重之遺失、篡改、洩露及違反守密義務、迴避規定等行為，皆可能構成民間公證人之賠償責任。而判斷公證人服務有無過失，原則上依照公證行業普遍認同的服務水準或者技能標準加以判斷，惟未免過於空泛，拉丁公證國家亦訂立行為規章作為公證人行事準則<sup>261</sup>，一旦違反即承擔民事責任。以下試擬具體案例類型，並搭配上文介紹外國及我國民間公證人賠償制度內涵，解套出公證人<sup>262</sup>應如何承擔責任：

### 案例一

據報導指出，中國大陸福建省某公證處直接販賣空白的「大陸親屬關係公證書」給人蛇集團（這些公證處所出具之公證書為真品、左下角不顯眼處的羅馬文字編號亦由官方印製），使欲取得假依親身分和公證書的中國籍人士，約付出人民幣五百至七百元即可成為「台灣人親戚」，公證處亦心照不宣，已同一規

<sup>261</sup> 例如，法國〈公證機關條例〉規定，公證人公會的職權之一是制定公證人執行職務，以及公證人之間、公證人與當事人之間的“規章”，報司法部批准。

<sup>262</sup> 此謂之“公證人”以非具有公務員身分者為限。

格為其辦理手續，使該不肖分子「夾帶來台」，損害我方之權益<sup>263</sup>。

#### 案例二

任職台灣桃園地方法院某公證人，涉嫌貪瀆案件，自同年五月起，至八十四年七月止，陸續收受商人蘇振明及其妻賴素綢以及永信公證公司職員陳世昌、易平天等人交付之賄款共計新台幣三十餘萬元，作成不實之機具公證書，交付行賄人據以向台灣省政府建設廳申請營造業設立、變更、升等登記，取得營造執照出售牟利<sup>264</sup>。

#### 案例三

債權人某甲與債務人某乙訂立抵押權擔保契約，約定債權額還款期限屆至時債務人屆期不還款者，某乙所有地號 A 之土地得逕為強制執行之標的，雙方將此擔保契約於某日於某民間公證人事務所公證，惟該民間公證人誤繕寫地號 A 為地號 B（地號 A、B 皆為債務人乙所有），致使期限屆至時，執行處將 B 地號拍賣執行完畢，致使債務人乙受到財產上之損失。

#### 案例四

兒子為了變賣父母之家產，夥同「假父母」至民間公證事務所辦理假公證，惟民間公證人在向其兒子小張出具委託公證書的審查辦理階段存在“重大過錯”，未審查出申請人的假冒身份，即出具公證書，致使二老流落街頭，造成了重大經濟損失<sup>265</sup>。

#### 案例五

陳某與顧某是一對夫妻，婚後陳某出了國，由於感情破裂，顧某決定瞞著丈夫將他們共同的房屋賣掉。於是她找了一家中介公司，提供了一份由丈夫署名的虛假委託書，委託其出售房屋。在辦理房屋買賣手續的過程中，需要對《委託書》進行公證，顧某找來了一名男子，與中介公司一起去了某民間公證人事務所，而民間公證人知悉該虛假之情況下仍出具公證書，房屋出售後，顧某到手 17 萬元。

#### 案例六

甲公司和乙公司簽訂買賣契約，甲公司為慎重起見，要求乙公司提出有關其債信相關資料，惟乙公司故意向公證人提交了乙公司開戶銀行出具內容虛假

<sup>263</sup>參自由時報新聞網，記者賴仁中/特稿，民國 92 年 4 月 4 日，網址：

<http://www.libertytimes.com.tw/2003/new/apr/4/today-p3.htm>，造訪日期：2011 年 11 月 20 日。

<sup>264</sup>參見 88 年度鑑字第 8791 號公務員懲戒委員會議決書。

<sup>265</sup>取自於向明，乳山市公證處，〈由一起委託錯證判賠案談公證賠償的有關法律問題〉，網址：<http://www.xjgz.com/Article/1wal/nbjl/201109/181.html>，參訪日期：100 年 11 月 24 日。

的債信資料，公證人按照程序規則對該文件進行認真的審查並前往開戶銀行核對，開戶銀行亦證實該債信文件確實由其出具，遂作成公證書。然甲公司仍因乙公司信用不良而受到財產上之損失。

上述六案例，突顯出民間公證人違反義務時之各種情況，大致上可歸納為三類，一種屬於公證人單獨構成侵權行為之類型，諸如民間公證人主觀上有故意、過失、重大過失時該如何解決；第二種係損害之發生係共同過錯所造成的，即由申請公證之相對人主觀上之犯意，提供虛偽不實之資料再加上公證人未審慎檢查，發生錯證之情形；第三種公證人非存有過失，毋庸負擔賠償責任。上述案例之責任歸屬應如何分配，皆須深入研究，以下將公證人賠償區分為單獨賠償責任、共同賠償責任、不構成賠償責任三類說明。

## 第一項 公證人之單獨侵權行為責任

### 第一款 故意

公證人主觀上存在故意，給他人造成損失者，公證人應當負起損害賠償責任，受害人可以**直接**向公證人求償。上述案例一、二之具體事實即公證人明知其行為違反義務而仍欲為之並導致第三人受到損害之情形。以法國公證人為例，就其故意所致之損害，須負擔無限賠償責任，由公證人事務所先行對外承擔責任，之後再解決內部賠償<sup>266</sup>，倘若公證人無力賠償時，即可啟動「集體保證金」，針對公證人故意或詐欺導致的賠償責任，擔保受害人可獲得切實的賠償；德國公證人若係故意所致之損害，依其公證人法第 19 條之規定，公證人直接對受害人負擔無限賠償責任，亦即受害人除可向保險公司請求外，亦可直接向公證人請求；中國大陸地區的公證員故意所導致的損害，亦負無限清償責任；日本之公證人，因其屬性上為公務員，縱使故意違反職務，亦有國家賠償責任作為最後防線；反觀我國公證法第 68 條第 1 項之規定，因故意違反職務上之義務，致他人權利受損者，受害人可直接向公證人請求賠償，若受害人無法從公證人、個人或地區公會保險制度受償，亦可向國家請求補充賠償責任。綜觀上述，除了日本以外，對於公證人因「故意」違反職務導致他人受損害之侵權行為，受害人均可直接向公證人請求賠償，又案例一、二中，受害之我方政府受有經濟上之損害者，皆可向主觀上故意之公證人請求賠償，較符合公平正義。

<sup>266</sup> 因法國公證人事務所區分為三種類型，其內部分擔情況亦不一致。以案例一、二為例，屬於個人型公證人事務所作為承擔主體，則由獨立職業公證人或受僱公證人承擔無限賠償責任。

## 第二款 過失

原則上認定公證人服務有無過失，須依照公證行業普遍認同的服務水準或者技能水準加以判斷，若辦理各項公證業務時違反相關程序規則或辦證程序者，即屬未盡應有之注意義務<sup>267</sup>而該當「過失」。若公證人因過失而導致他人受損，應如何負起賠償責任？以德國及我國之公證法為例，皆規定「公證人確因過失所致職業義務的違背，則公證人只有在損害人無法從其他途徑獲取賠償的情況下，才可被要求進行賠償。」顯示出有過失之公證人僅負「補充賠償責任」，有先訴抗辯權。至於法國、日本、中國大陸雖未針對故意、過失之法律效果加以區分，惟其皆有責任保險、身分保證金等擔保制度，若受害人受有損失，應先訴請該擔保機制獲得理賠，賠償額仍嫌不足時，再請求公證人賠償。

以案例三為例，公證人依公證法第 13 條作出具有不動產執行力之公證書時，須審慎盡其審查權<sup>268</sup>，才不致違反應有的注意義務而該當過失。故公證人須遵守辦證程序規則，依職權審酌當事人提供之資料，針對當事人甲、乙間之法律行為應探求當事人之真意及事實真相，必要時得去電去函地政機關或實地現場勘查，以完成公證書之製作。惟本案中公證人純粹疏未注意而誤寫 A 地號為 B 地號，無論有無具體審查權，皆屬未履行應有的注意義務而該當「過失」，致使乙受到財產上之損失，故公證人應負補充性之賠償責任。

## 第二項 公證人之共同侵權行為責任

當事人故意提供虛假證明資料，騙取公證書以從事詐欺活動，給他人造成損失的，除了當事人本身依法應承擔賠償責任外，公證人是否應承擔相應的賠償責任？目前學者間討論較分歧，主要有兩種觀點：

第一種觀點以為，既然公證人出具了與事實不符的虛假公證書，公證人本身即存在過失，若因虛假的公證書造成第三人之損失，公證人同時亦承擔相應的賠償責任，故公證人與騙取公證書的當事人一起承擔連帶賠償責任。

<sup>267</sup> 公證人是否盡其應有之注意義務，必須從合理性與相似性兩方面考慮。合理性：要求公證人在提供公證、諮詢等法律服務時，只需盡其所在團體中合理的注意義務和通常的專業技能，而毋須顯示最高的專業技巧，亦即公證人並非要窮盡現有的各種審查方式，否則會無窮加重公證人的義務；相似性：判斷公證人有無過失時，要把公證人的行為置於具有通常專業技能注意能力的公證人在相同或相似的情況下可能出現相同的行為時，才能得出較公平的結論。

<sup>268</sup> 公證人之審查權，分為形式審查權與實質審查權。主張形式審查說，以為公證事件本質係非訟事件，認為公證人僅須行使形式審查權，如我國現行公證法之修正草案總說明第 8 條即稱公證人應從形式上審查文書上是否真正，第 9 條復指出公證人應自形式上探求請求人之針亦及事實真相，學者鄭雲鵬即採此說；主張實質審查說，我國公證法第 71 條規定，公證人於做成公證書時，應探求請求人之真意及事實真相，而真意及真相均可能涉及實體事項，若非予以實體審查探求，難予以證明，故公證人非僅單純地紀錄，須對契約之有無及意思表示內容之有效性，提出相當之證明，學者張特生、周家寅採取此說。參周家寅，同註 126 前揭(書)文，頁 29 至 31。

第二種觀點以為，由騙取公證書的當事人承擔民事賠償責任，為此公證人不再承擔賠償責任。

公證人究竟應否負賠償責任，應該根據具體情況分析而不能一概而論，因而終究必須回歸到公證人客觀上是否存在「過失」。於此依然區分兩種情況：

其一，如果公證人存有故意給他人造成損失者，則公證人與騙取公證書之當事人或其他個人或者組織共同承擔連帶賠償責任，受害人可以直接向公證人要求賠償，公證人先賠償被害人後，按照責任分擔多賠償的部分可以向最終負責的當事人追償。其二，如果公證人僅存在過失，並被申請公證的當事人所利用，致使第三人受到損失，則理應由該當事人首先承擔民事賠償責任，只有在當事人的賠償責任無法實現的情況下，才由公證人承擔補充賠償責任，公證人賠償後，可以向可歸責當事人追償；又或者公證人與申請公證之當事人皆存有過失，若當事人因錯誤公證導致自身損害而向公證人請求損害賠償時，公證人亦可向相對人主張「與有過失」，依過失比例大小分擔責任。

以案例四而言，兒子夥同「假父母」辦理委託出售房產的公證書，致使原生父母流落街頭。此乃中國大陸實際案例，法院認為，經過相關司法鑑定，張大爺和楊大媽並未在「公證申請表」申請人簽名欄及委託書中的委託人欄中簽名，而公證處在出具委託公證書的審查辦理階段存在「重大過失」並與二老所有房屋被出售有直接關係，造成了重大經濟損失，最後法院依法判決該公證處賠償二老人民幣 120 萬元。惟有學者<sup>269</sup>具體操作過失審查標準，觀察公證人是否盡有應盡的義務，是否嚴格按照法律、法規及規章的規定出具公證書等情節，綜何判斷其有無過失，依當時大陸地區 80 年代辦理的身分證基本上有效期限是長期的，加以當時的技術水準(頭相小、清晰度低)公證人是很難辨別真偽，國家亦無禁止此類身分證使用，公證人不能以此類身分證難辨別而拒絕公證，且公證人只是證明機構並非專業的鑑定機構，故本身必承受可容許的職業風險，復以公證的收費標準體現的是公益性、非營利性，賠償責任應適度之對應，不能本應由當事人、公證事項之利害關係人、假證明人所應承擔的風險皆轉嫁予公證人，不合理地擴大公證職業的風險，故主張公證人不應擔負全部的責任，應承擔補充賠償責任。

案例五之情形，即屬於公證人故意與相對人故意共同造成第三人損害的情形，受到財產上損失的陳某，應該由顧某及公證人共同承擔連帶賠償責任，陳某可直接向公證人要求賠償，公證人賠償後，按照責任分擔多賠償的部分可以向顧某追償，符合「自己責任原則」。

---

<sup>269</sup> 於向明，同前註 265 前揭(書)文，參訪日期：100 年 11 月 25 日。



### 第三項 公證人未構成侵權行為責任

公證人按照職業準則和操作規範盡到了必要的審查和核實義務，則公證人並無過錯，亦無須承擔賠償責任。如案例六之公證人按照程序規則對該文件進行認真的審查並前往開戶銀行核對並最後出具公證書，甲公司基於對公證書的信任而與乙公司簽訂了契約。之後甲公司發現乙公司資產長期處於不良狀態，根本無力履行合約，對此甲公司受到之損失，應該由乙公司獨自承擔賠償責任。由於公證人已盡到必要的審查義務，亦即未存在過失，無庸承擔賠償責任。

### 第四項 小結

綜上所述，公證人是否構成賠償責任必須視不同情況分析，不可一概而論。一方面，公證人不能迴避因自身的過錯造成他人損失所應承擔的賠償責任，藉此來保護他人的合法權益；另一方面，為避免無限制地擴大公證人的賠償責任，該是誰的責任就應該由誰承擔，以防止本應由當事人或是其他個人或者組織承擔的賠償責任不合理地轉嫁給公證人，阻礙公證制度健全發展。以下回歸到我國民間公證人之民事賠償責任之案例探討，藉此觀察我國實務界之態度，合先敘明。

### 第三節 我國實務案例之評析

#### 第一項 義務違反之認定標準

要探討民間公證人民事賠償責任之前提要件必該當義務違反。惟公證人違反義務類型未可一言以蔽之，本文試從較具代表性之法院實務判決來探討公證人應如何踐行審查義務，並就本案所涉及之事實與爭點，與兩造爭執之要旨及攻擊防禦方法，復以歷審裁判、理由要領及本人淺見，分別整理如下：

#### 第一款 最高法院 88 年度台上字第 784 號判決〈請求交付房屋〉

##### 一、事實摘要

緣原告(李○○)與被告(周○○)有同居關係，自民國 79 年 5 月起，被告即已償還債務及準備開畫廊為由，向原告陸續借貸達新台幣(下同)200 萬元以上，雙方遂於 79 年 5 月 21 日協同至台北地方法院公證處作成「借貸協議公證書」，約定被告向原告借貸 200 萬元，被告願將其所有之房屋交付予原告作押，若被告於期限內未還錢，被告願將上開房屋歸原告所有並辦理過戶登記，其後被告果無法償還，被告乃於 79 年 12 月 10 日將前開房屋所有權移轉登記與原告，但卻未將係徵房屋交付予原告，而原告屢次要求被告交付前開房屋，被告均置之不理，爰依前開雙方訂立之公證書，訴請被告將前開房屋交付予原告<sup>270</sup>。

##### 二、本件重要之法律上爭點

本案原告主張被告自 79 年 5 月起陸續向其借貸 200 萬元以上，雙方並於 79 年 5 月 21 日在台北地方法院公證處作成「借貸協議公證書」，約定被告應依協議書之內容：被告屆期不還款，須將其所有之房屋，作押予原告，若被告未於期限內還錢，願將上開房屋登記移轉給原告並辦過戶登記，惟原告屢催被告交付均置之不理，遂爰依前開公證協議書約定，訴請被告將上開房屋交付予原告等情；被告則以兩造間並無借貸關係存在，實情乃原、被告同居期間，為照顧原告生活至被告謝世前有系爭房屋得居住，為避免遭人物議而虛定此借貸協議書，而借貸協議書約定作押之房屋未清償債務，其所有權即歸債權人所有，係因民法第 873 條規定無效等語。

<sup>270</sup>司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/litigant/>，造訪日期：2011 年 12 月 2 日。

故本件爭執點，為雙方公證之借貸協議書究屬有、無效？原告可否就此公證協議書請求被告將上開房屋移轉交付予原告？合先敘明。

### 三、兩造爭執要旨及攻擊防禦方法

原告主張公證借貸協議書應屬真正。按私文書經公證人認證者，推定為真正，民事訴訟法第 358 條定有明文；又公證人公證或認證私約書，均需雙方當事人當面承認該契約之內容，始得作成，公證法第 6 條、第 30 條第 1 項、第 46 條均定有明文。查本案系爭借貸協議書係由台北地方法院公證處，於 79 年 5 月 21 日作成公證書，依前開規定即認定該協議書內容為原、被告雙方之真意，足證被告確有欠原告 200 萬元之事實存在，故被告一再否認該協議書內容為真實，自應由被告負舉證責任。爰依前開協議書之約定，被告負有過戶登記及交付系爭房屋予原告之義務。

被告抗辯理由有二：其一，借貸協議書係兩造同居關係存續中訂立，其緣由係為照顧原告於被告萬一先走時，仍有房屋可以繼續居住，保障其後之生活，惟因現實上為免遭人物議或子孫誤會被告為了女人將整個財產贈送給女人起見，兩人商議虛訂借貸協議書，依民法第 86 但書情形應屬無效；其二，該借貸協議書約定作押之房屋未清償債務時，其所有權即歸債權人所有，此一流質契約依民法第 873 條之規定無效，最高法院 40 年台上字第 766 號亦著有判例，是則，原告依此無效之契約，請求交付，即非有理。

### 四、歷審裁判及理由要領

(一)本件第一審臺北地方法院接受原告之主張，為原告勝訴判決。法院認為公證書公證之貸款協議書內容記載：「甲方(即被告)為修理改裝所有坐落台北市敦化南路 610 號林肯大廈 701 室房屋，向乙方(即原告)借貸新台幣 200 萬元，並願以該房屋作押交予乙方使用，限期二年期間如甲方償還借款，乙方即將房屋交還甲方，如不償清借款，該房屋即歸乙方所有。」，嗣被告於 80 年 1 月 12 日已將系爭房屋所有權移轉登記與原告，雖迄今未交付，復以其他相關證據顯示(類如：被告訴訟代理人之證稱兩造確有借貸事實、台灣高等法院 83 年度上訴字第 4919 號判決等)，無礙於兩造確有 200 萬借款關係存在。

又被告抗辯該借貸協議書約定作押之房屋未清償債務，其所有權即歸原告所有云云，依民法第 873 條規定無效云云。法院認為，按約定於債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權，移屬於抵押權人者，其約定為無效，民法第 873 條第 2 項有明文。故此條文適用對象係於設定抵押權之情形，然依系爭建物

登記簿謄本所載，被告從未就系爭房屋設定抵押權予原告，則與上開條文規定尚有未合，自非適用所及<sup>271</sup>。

(二)惟第二審法院就系爭公證書有無效力，採取與原審不同之觀點，廢棄原審判決。上訴審雖不否認兩造間成立借貸契約，惟按民法第 873 條第 2 項規定：「約定於債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權，移屬於抵押權人者，其約定為無效」，雖係指已登記之抵押權而言，但其立法意旨，係保護債務人免其因一時之急迫，而蒙受重大之不利，故對於未登記之抵押權所為流質契約之訂定，亦屬無效(最高法院 40 年度台上字第 766 號、41 年度台上字第 201 號判例參照)。因之，借貸契約訂明以不動產作押，至一定時期未清借款，該不動產之所有權移轉於債權人者，即屬流質契約，應為無效(最高法院 50 年度台上字第 2613 號判決參照)。從兩造簽訂借貸協議書之內容(依上文所示)等語可知，以系爭房屋作押，為借款之擔保，而於 2 年內未清償借款，房屋即歸被上訴人(原告)所有，顯係流質契約，殊無疑義。依前揭說明，兩造簽訂之借貸協議書應屬無效，被上訴人依無效之協議書，請求交付系爭房屋，即非正當。原審就被上訴人請求交付系爭房屋部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未合<sup>272</sup>。

(三)第三審法院亦認同第二審法院之見解。並同第二審援引民法第 873 條第 2 項規定：「約定於債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，其約定為無效」，雖係指已登記之抵押權而言，但其立法意旨，係保護債務人免其因一時之急迫，而蒙受重大之不利，故對於未登記之抵押權所為流質契約之約定，亦屬無效(最高法院 40 年度台上字第 766 號、41 年度台上字第 201 號判例參照)。因之，本件借貸協議書既訂明以不動產作押，如不清償借款，該不動產之所有權移轉於上訴人，即屬流質契約。復參酌上訴人所一再主張：「過戶名義雖以贈與名義辦理…然無礙被告係為抵債過戶之事實」、「若非被上訴人確實無法還錢，其豈願依貸款協議書約定辦理過戶移轉登記」等語，亦徵明灼。依前揭說明之判例意旨，兩造簽訂之借貸協議書應屬無效，上訴人依無效之協議書，請求交付系爭房屋，即非正當。第二審將原審所為上訴人勝訴之判決廢棄，改判駁回其訴，經核於法並無違誤<sup>273</sup>。

## 五、本文意見

兩造爭執點，在於公證書有無發生法律上推定之效力，除了二審及最高法院論述之理由外，依公證法第 26 條規定：「民間之公證人依本法執行公證職務作成之文書，視為公文書。」因而公證書為公文書而有推定真正之效力，又「公證

<sup>271</sup> 臺灣臺北地方法院 86 年度訴字第 2119 號民事判決。

<sup>272</sup> 臺灣高等法院 87 年度上字第 299 號民事判決。

<sup>273</sup> 最高法院 88 年度台上字第 784 號民事判決。

係就請求人請求公證之法律行為或有關私權之事實賦予公證力，證明該項法律行為之作成或該項事實之存在，是經公證之法律行為或有關私權之事實，除有反證者外，應認其存在」，最高法院 86 年度台上字第 2142 號闡述甚詳，即按我國法制，「公證效力」係指公證書內有關公證人「體驗事實之紀錄內容」，推定為真正之效力，原告欲為與公證書所載之事實為相反之陳述，自應舉反證以證明其主張。

公證標的限於法律行為及其他關於私權之事實，公證法第 2 條第 1 項定有明文，惟有關「私權事實」公證，學說及實務上較無爭議，多認為係由公證人聽取當事人之陳述，並以公證人親自所見之狀況或其他實際體驗之方法就該私權適時予以證明。然有關「法律行為」公證時，就涉及到公證人審查權之行使，本案「借貸協議契約書」即屬此種類型，雖部分學者以為公證人不能審查法律行為之效力而僅有形式審查權<sup>274</sup>，但公證人並非單純的書記，至少應擔保法律行為形式上有效，也就是執行公證業務時，除了確定當事人同一性外，並應形式上詢問當事人間之意思表示是否合致，並詢問公證當事人就法律行為作成之書面是否符合請求人之真意，以及法律行為之內容形式上有無違反法令等，或多或少仍有實質審查之成分<sup>275</sup>。本案訴訟當事人間就借貸協議書請求作成公證書，公證人本應審查該協議書內容是否符合法律強制規定，惟本案公證人卻將民法第 873 條第 2 項所禁止之流質契約條款作成公證，以致該借貸協議書被法院宣告無效，公證人對此法律行為之審查，明顯就違反法令事項及無效之法律行為作成公證書之情形，且無論係法院或民間公證人所作，皆得出無效之效果。

公證人面對當事人請求時，發現請求公證之法律行為有違反法律強行規定者，公證人應對其行使闡明權並請當事人修正其請求公證之內容，若其法律行為無從修正其違反強行規定之部分而當事人仍堅持公證者，公證人應拒絕之，否則即構成義務之違反。本案之公證人即未審查該借貸協議契約有無違法，亦未行使闡明權，顯然義務違反而有過失，若原告受有財產權上之損失，且認定其與公證

<sup>274</sup> 日本學者山木戶克己認為公證書並非公證人判斷法律行為效力之表示，而只是關於事實經驗內容之紀錄。故若當事人間對於法律行為之效力有爭執時，只有法官有權判斷系爭法律行為之效力是否完備，以司法裁判來解決當事人之紛爭。

<sup>275</sup> 然多數實務見解仍採較保守看法，此觀台灣台中地方法院 99 年度抗字第 170 號裁定：「本件抗告人雖主張權利質權之設定與動產質權之設定不同，只要以書面為之即生效力，至有關債權證明之交付僅為出質人之義務，並非質權設立之生效要件，是本件專利權質權於系爭還款協議書簽定之日(即 96 年 3 月 16 日)即已成立生效，而民法第 893 條第 2 項及 873 條之 1，係本件質權設定生效後之 96 年 3 月 28 日所修正增訂公佈，並於公佈後 6 個月即 96 年 9 月 28 日施行，是本件自應適用當時之民法第 901 條準用同法第 893 條第 2 項之規定，該流質契約應為無效，此等明顯可見之約定，公證人未為實質審查，有違公證人之責等語。惟依前述，**向來我國公證實務上，多認為公證事件係非訟事件，基於非訟事件之本質，認公證人僅須行使形式審查權為已足。**」即可得知。

行為間有相當因果關係者，即可訴請該公證人負賠償責任。惟本案並無後續發展，故未可得知法院之態度，然公證人與當事人間發生侵權責任時，實務上究竟如何判斷，可從下述第三人向民間公證人請求賠償之案例窺探之。

## 第二項 民間公證人侵權行為責任之認定標準

實務上當事人或第三人疑似因公證行為受到財產上之損失而訴請公證人賠償時，我國法院應如何審查亦值得探究。可惜的是我國針對此類型判決寥寥可數，茲舉有關繼承人請求塗銷繼承權登記之案例，分析法院認定公證人侵權行為之看法。

### 第一款 最高法院 96 年度台上字第 1282 號判決〈塗銷繼承權登記等〉

#### 一、事實概要

原告柯○蓉(下稱甲)於民國 83 年 8 月 6 日與訴外人黃○男結婚，育有一女黃○晏，而被告黃○維(下稱乙)則為黃○男與前妻所生之子女，嗣黃○男於 91 年 6 月 19 日死亡，如附表一所示之不動產為黃○男之遺產，甲與乙等繼承人均未拋棄繼承權，詎乙竟持另一被告陳○麟(下稱丙)於 91 年 6 月 8 日所作之 91 年度北院民公麟字第 221407 號公證書公證之黃○男於 2001 年 4 月 17 日之自書遺囑(下稱係爭遺囑)，將如附表一所示之不動產辦理繼承登記為以一人所有。惟係爭公證書作成時，違反公證法施行細則第 71 條「特留分說明」之強制規定；且依照公證書內「公證本旨」欄記載為「請求人黃○男於今日(民國 91 年 6 月 8 日)於台大醫院在本公證人面前親口表示後附之遺囑為其證明其真正，請求予以公證，本公證人核對其身分與證件相符，該將自書遺囑之影本附於公證書之後…等語」，似違反民法第 1190 條之規定<sup>276</sup>；再者，被告公證人陳○麟僅係依「黃○男於本公證人面前表示所附之遺囑親筆書寫而成」，此與「目睹親筆書寫遺囑」兩者並不相同，「目睹親筆書寫而成」才符合自書遺囑之法律行為與私權事實，公證書之記載未符合公證法第 2 條之要件。故原告甲認為該公證書係被告乙及被告丙意思聯絡行為分擔下所為之不法共同侵權行為，聲明被告乙及被告丙應連帶給付原告新台幣 60 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息。

#### 二、本件重要之法律上爭點

<sup>276</sup> 民法第 1190 條規定：「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年、月、日，並親自簽名；如有增減、塗改，應註明增減、塗改之處所及字數，另行簽名。」

被告乙持被告丙公證之係爭遺囑將附表一所示之不動產辦理繼承登記為被告乙一人所有，惟原告聲明係爭公證遺囑之作成，不具備公證法第 2、3、4、8、11 條所定公證文書成立生效要件，且違反公證法施行細則第 71 條規定，該公證行為不生公證效力，故主張被告乙與丙之公證行為違法，共同不法侵害原告之權利。

本案部分，在於爭執上開遺囑屬於自書遺囑或公證遺囑？倘為公證遺囑是否違反法律規定？該公證遺囑有無生效？縱使其公證行為違法，其行為與原告所受損害間，究竟有無因果關係？

### 三、兩造爭執要旨及攻擊防禦方法

(一)上訴人(即原告甲)聲明要旨如下：

1.被告丙違反公證法施行細則第 71 條<sup>277</sup>「特留分說明」之強制規定，故公證書不具備公證法第 11 條<sup>278</sup>公證文書生效要件，蓋「遺囑公證」應予審查有無違反特留分之規定，有司法院民事廳研究意見可稽。

2.依民法第 1190 條規定「自書遺囑應自書遺囑全文記明年月日並親自簽名。如有增減塗改之處所及數字，另行簽名。」該等規定亦係強行規定，若有違反即不生「公證書」及「自書遺囑」之效力。本公證書內公證本旨欄記載為「請求人黃○男於今日於台大醫院在本公證人面前親口表示後附之遺囑為其證明其真正，請求予以公證等語。」可得知黃國男為「自書遺囑」全文之法律行為並非在公證人即被告丙面前書寫，被告丙既未目睹黃○男親筆書寫「自書遺囑」法律行為構成要件，當不可公證該未符合民法第 1190 條之自書遺囑，被告丙顯然故意曲解公證法第 2 條之文意。

3.又公證日期為 91 年 6 月 8 日，當時黃○男已住進台大醫院多時，病人膏肓，意識異於常人，殘喘至 91 年 6 月 19 日亡，黃○男於重病時不可能離開病房請求公證遺囑，即使符合公證法第 8 條第 1 項但書<sup>279</sup>之情形，亦應在台大醫院病房為之，依該條解釋當會同醫生及利害關係人如配偶行之始可，惟公證書記載「本證書於 91 年 6 月 8 日在台灣台北地方法院所屬民間公證人陳○麟事務所作成」，則本公證書違反公證法第 8 條第 1 項但書，依公證法第 11 條第 2 項當無公證書效力。

4.綜上述，主張民法第 184 條、第 185 條規定，被告乙、丙公證行為，違反公證法第 2、3、4、8、11 條之公證書成立要件，甚而故意違反公證法施行細則

<sup>277</sup> 公證法施行細則第 71 條第 1 項：「公證人辦理遺囑公證或認證，『應』向遺囑人說明民法關於特留分之規定。…」、第 2 項：「公證人應於公證書或認證書記載前項說明及當事人就此所為之表示，必要時並得註明：『於繼承開始時，其遺囑內容如有違反特留分之規定者，相關繼承人得依法扣減之』。」

<sup>278</sup> 公證法第 11 條規定：「公證人作成之文書，非具備本法及其他法律所定之要件不生公證效力。」

<sup>279</sup> 公證法第 8 條第 1 項但書：「…。但有急迫情形或依事件之性質有至管轄區域外執行職務之必要者，不在此限。」

第 71 條「特留分」之強制規定，故被告丙本不應公證而進予以公證，非僅過失，被告乙更持系爭公證書辦理自書遺囑之繼承登記，故與被告丙共同不法侵害原告甲之權利，被告乙、丙應負連帶損害賠償責任。

(二)被告乙抗辯要旨如下：

1.按「法律上推定之事實無反證者，毋庸舉證」又「私文書經本人或其他代理人簽名、蓋章或按指印或有法或公證人認證者，推定為真正」，民事訴訟法第 281 條及第 358 條第 1 項定有明文。查系爭遺囑業經請求人黃○男於生前請求公證人即被告丙作成公證書，並親口表示系爭遺囑為其於公證時點前所作，係屬真正，被告毋庸對原告主張系爭遺囑係被告以詐欺使被繼承人黃○男為遺囑或係以偽造、變造之手段製作遺囑來舉證。

2.系爭公證書依照公證法第 80 條及第 2 條關於私權事實來作的，系爭公證書係在公證黃○男之意思，非民法上之公證遺囑，因此毋須在公證人面前寫遺囑。另黃○男在公證人即被告丙面前親自寫第 6 點遺囑，並親口告訴被告丙說遺囑第 1 點到第 5 點係黃國男親自寫的，參酌司法院民事庭研究意見：「…若從資料作形式上審查，無從得知違反特留分規定，則仍應予以公證或認證。」足見公證人丙辦理系爭遺囑公證並無違誤。

3.有關特留分部分，被告丙亦向鈞院說明其有跟黃○男說明特留分之情形，黃○男說明瞭這個情況，惟自書遺囑僅對不動產部分處理，沒有關於動產的部分，是否侵害特留分有待商議；再者，特留分權利人為實現所受利益，與其特留分比較有所不足時，使得按其不足之數額由指定應繼分財產扣減之(最高法院 91 年度台上字第 556 號判決參照)。今原告既主張其特留分受侵害，亦須表明其所受侵害數額為若干，未可遽行主張特留分受侵害。

4.原告主張被告乙與丙之間應負共同侵權行為責任，然公證行為係存在公證請求人黃○男與公證人丙之間，被告乙持合法有效之系爭遺囑申請辦理繼承登記，地政機關依法准予辦理，何來侵權？原告任意主張並無理由。

(三)被告丙抗辯要旨如下：

1.原告所主張之損害尚未發生，其訴顯無理由：原告主張被告乙、丙共同侵權，然始終未陳明侵及何種權利，若被告丙所為之公證行為無效，導致系爭遺囑無效，則原告本依民法規定之應繼分繼承遺產，自無侵害其特留分之處；且其所作成之公證行為本無瑕疵，自書遺囑當屬有效，縱有侵害其特留分之處，依法亦僅得產生扣減權，原告僅得依法向其他繼承人或受遺贈人請求，豈有特留分受侵害之理。

2.被告丙所為之公證行為合法有效，並無瑕疵：

系爭公證係公證請求人黃○男請求在公證書公證本旨內「紀錄其表示遺囑為親筆書寫」，故公證書紀錄者為「黃○男之特定表示」，公證書並非紀錄公證人丙親眼目睹黃○男書寫遺囑全文，記明年、月、日及遺囑人簽名，而屬與自書遺囑



有關之事實，故非「自書遺囑法律行為」之公證，而屬於公證法第 2 條第 1 項所稱之「其他關於私權之事實」之公證，既非辦理遺囑公證或認證，並不適用公證法施行細則第 71 條有關遺囑公證應說明特留分之規定；又本件公證事件之性質顯無法要求立遺囑人至事務所辦理，顯有公證法第 8 條但書之事由，則公證人丙至立遺囑人病房為公證事務之一部，於法有據，由該條規定亦無從得出應會同醫生及配偶在場之解釋，原告主張顯無理由。

3.倘公證行為有瑕疵，亦不影響系爭遺囑之有效性：

公證法第 11 條規定前段「公證人作成之文書，非具備本法及其他『法律』所定之要件，不生公證效力」，原告若以被告未適用公證法施行細則第 71 條，主張本件公證書“不具備公證法第 11 條公證文書生效要件”為理由，惟實然公證法施行細則係行政命令，並非法律，故原告主張公證法施行細則為「法律」，自屬違誤；倘若本件公證有無效之事由，亦不影響遺囑之有效性，按公證行為係就公證人所見所聞之事實予以記載，賦予證明之效力<sup>280</sup>，若公證無效，僅就立遺囑人於生前曾為本遺囑為其真意表示之部分失去證明力，自書遺囑之部分仍究是否符合民法第 1190 條規定而為判斷。

4.原告主張之損害並不存在，縱使存在亦不具因果關係：原告主張其受有損害，應由其負舉證責任，原告起訴狀未為具體表示。縱使被繼承之遺產已完成過戶登記而認其特留分受有侵害，依民法第 1225 條規定仍得主張扣減權。故特留分並非侵權行為所保護之權利，原告自不得主張損害賠償；再者，倘日後被告將該不動產處分，此乃公證人丙無法管控，兩者當不具有因果關係。

#### 四、歷審裁判及理由要領

(一)第一審法院認定原告聲明系爭遺囑非真正，應無理由，理由略為如下：

1.黃○男在公證人丙面前親自書立系爭遺囑第六點及簽名，並向被告丙自陳系爭遺囑第一點至第五點內容為其本人書立等情，業據被告丙陳明在卷，並經黃○男大姊林黃○珍到庭證述，且對照黃○男於之前與請求公證時之字跡經鑑定後應屬相同，又系爭遺囑業經黃○男簽名、蓋章，並經本院所屬民間公證人丙認證黃○男自書之事實，依民事訴訟法第 358 條第 1 項規定，系爭遺囑應推定為真正。

2.贊同被告乙、丙所述，系爭公證書並非公證遺囑，而係公證黃○男表示系爭遺囑為自書遺囑之「事實」，是以被告丙就上開事實之公證行為合於公證法第 2 條第 1 項規定，乃私權事實之公證，依同法第 80 條規定，由公證人紀錄所見所聞即為已足，並無公證法施行細則第 71 條有關遺囑公證應說明特留分規定之適用。

3.黃○男於請求公證時，已住在台大醫院，無法離開病房，依公證法第 8 條但書規定，依其性質顯無法要求黃○男至被告丙事務所辦理公證，被告丙遂至台大醫院黃○男之病房為黃○男公證，原告所稱被告丙公證之際，應會同黃○男之

<sup>280</sup> 引自最高法院 86 年台上字第 2142 號。

醫生及配偶在場云云，顯乏所據，又被告丙將系爭公證書及系爭遺囑攜回事務所作，並蓋用公證人職章並用機器打騎縫孔「TPD」之連續符號，可謂完成系爭公證書整個作業流程。

4. 原告雖主張被告乙應舉證證明系爭遺囑為真正云云，惟查系爭遺囑依民事訴訟法第三百五十八條規定推定為真正，依同法第二百八十一條規定「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」，是被告乙無庸再舉證證明系爭遺囑為真正之事實，反而係原告應提出反證證明系爭遺囑為被告乙所偽造變造之事實，因原告迄未提出反證以實其說，其所稱系爭遺囑係偽造變造云云，自不足採。

綜上所述，原告訴請確認系爭遺囑非真正或不存，於法未合，惟針對原告甲得行使民法第1225條扣減權之結果，第一審認定被告乙就附表一所示之不動產所為之繼承登記應予塗銷，為一原告勝訴判決<sup>281</sup>。

(二)第二審法院仍維持原審見解。茲補充一點為黃○男於更早前書立遺囑一件，復於今日作成公證遺囑，並在遺囑內第4點載明「在今日以前所曾經寫過的遺囑皆作廢之。本人之遺囑以今日所立者為依據有效。」等字，可知黃○男已以系爭遺囑撤回之前所書立遺囑之全部(民法第1219條規定參照)，上訴人(原告)自不得再爭執黃○男於書立系爭遺囑以前所立之任何遺囑為其他主張。況依照證據調查，黃○男已對原告等人自有安排，故不論系爭遺囑有無礙於上訴人母女之特留分，仍請求被上訴人丙公證，而被上訴人丙實際上亦有詢問黃○男有關特留分之問題，是以不能執此否定系爭遺囑之效力，上訴人若認其繼承權有受侵害之虞，亦得行使扣減權<sup>282</sup>。故系爭遺囑為真正且存在，上訴人等訴請確認系爭遺囑非真正或不存，於法未合<sup>283</sup>。

(三)第三審法院亦贊同原審見解。經查系爭遺囑係黃○男自書及簽名，符合民法第1190條前段所定之法定方式，應屬有效。而系爭公證書係公證人丙就黃○男表示其自書該遺囑之「私權事實」予以公證，依公證法第80條規定，於丙記錄其所見所聞時即成立生效，並無同法施行細則第71條關於遺囑公證應說明特留分規定之適用。原告等人請求確認系爭遺囑不存在，自屬無理，故上訴人乙持系爭遺囑及公證書，辦理附表一所示不動產之繼承登記，並無故意或過失不法侵害原告等人權利之情，原告本於侵權行為法律關係請由被告乙、丙負連帶賠償責任，無從准許。惟針對原告認為其繼承權受有侵害，得行使扣減權之觀點，最高法院

<sup>281</sup> 臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 5950 號民事判決。

<sup>282</sup> 參照最高法院 81 年度台上字第 1042 號判決要旨：「復按被繼承人因遺贈或應繼分之指定超過其所得自由處分財產之範圍，而致特留分權人應得之額不足特留分時，特留分扣減權利人得對扣減義務人行使扣減權，是扣減權在性質上屬於物權之形成權，經扣減權利人對扣減義務人行使扣減權者，於侵害特留分部分，即失其效力。故扣減權利人苟對扣減義務人行使扣減權，扣減之效果即已發生。」

<sup>283</sup> 臺灣高等法院 93 年度重家上字第 8 號民事判決。

顯然不贊同。按應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之，固為民法第1225條所明定，惟仍應以其應得之特留分因被繼承人之「遺贈」，致其應得之數不足時，始得為之，本件原審(第二審)既認定被繼承人黃○男以系爭遺囑指定附表一所示不動產由上訴人乙(即被告乙)單獨繼承，為兼有指定應繼分及定分割方法之意思，似謂黃○男僅係以該遺囑指定應繼分及定分割方法，而非以遺囑為該不動產之「遺贈」，則原告得否行使扣減權，非屬無疑。最高法院針對原審法院命上訴人乙塗銷附表一所示不動產繼承登記之上訴，廢棄發回台灣高等法院<sup>284</sup>。

## 五、本文意見

本案例歷經第一、二、三審法院皆認為被告丙(民間公證人)執行遺囑公證時皆遵守法規要求，盡其應盡的注意義務，主觀上無故意、過失，再加上原告等人本身並無直接受有經濟上的損失，縱使有侵害之虞，亦得行使扣減權，故被告丙未構成侵權行為損害賠償責任，更遑論被告乙、丙應負共同連帶侵權行為賠償責任。

又我國公證人業務範圍區分為公、認證。公證被定義為公證人對當事人的真實身分、意思表示的時間地點及內容，賦予公證的證明力；認證被定義為公證人對簽字人或簽名認證人的真實身分、簽字屬實性或簽字已為該人所承認，賦予公證的證明力。公、認證最大之區別在於公證人應否審查當事人意思表示之真實性及擔保公證事項之合法性。就委託辦理公證而言，公證人必須審查公證事項的真實合法性，若公證書的內容出現虛假，公證人即應承擔賠償責任；反之認證部分，公證人毋庸審查公證內容是否出現虛假，而僅須確認身分和簽名的真實性，對意思表示並不承擔任何責任。故可得知公、認證適用不同的辦證規則<sup>285</sup>，法律責任要求程度亦不相同，而辦理公證責任顯然大於認證責任。

本案例無論哪一審級的法院皆認為公證人丙就黃○男表示其自書該遺囑之「私權事實」予以公證，實質上乃屬於「認證」業務。故本案法院針對公證人丙是否切實遵守法規僅作形式上審查，只要公證人丙辦理認證過程中遵守公證法第73條前段、第80條等相關規定，即認履行認證之辦證規則而無過失。故實務上係針對「認證」審查採取較寬鬆之態度；反觀前述88年台上字第784號判決，雖未探討公證人民事賠償責任之問題，惟依照其公證書之內容觀察，應屬於「公證」業務，按照上述說明可知公證人(不論法院或民間公證人)辦理公證應有實質審查

<sup>284</sup> 最高法院 96 年度台上字第 1282 號民事判決。

<sup>285</sup> 公證，依公證法第 71 條規定：「公證人作成公證書時，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的效果；對於請求公證之內容認有不明瞭、不完整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。」；認證，依公證法施行細則第 74 條規定：「請求認證之文書內容無從查考或不明，請求人仍堅持辦理並記明筆錄者，公證人得予認證…」可知針對公、認證不同業務，辦證規則亦具有相對之彈性。

權，除了審查意思表示內容有無違反強行規定外，必要時公證人還應行使闡明權，否則即構成義務違反而導致公證書無效，甚而被追討民事賠償責任。，可惜的是，目前我國公證人賠償責任之案例寥寥可數，吾人僅從上述兩則案例，嘗試推敲我國實務界對公證人違反義務之看法，且無論法院公證人或民間公證人因辦理事務相同，應採相同處理標準毋庸區別對待，然未來實務界是否改變審查態度，有待將來持續追蹤。



## 第六章 結論與建議

### 第一節 結論

本文從介紹國家賠償責任之性質、功能、賠償要件以至賠償類型，再從賠償類型中之委託行使公權力延伸到民間公證人的賠償責任，最後著重於公證法第 68 條第 2 項與國家賠償法第 4 條之關係與區辯法院公證人與民間公證人之賠償責任間有無偏頗。綜上所陳，國家賠償責任的角色在民間公證人之賠償責任中，僅占有「條件式」的補充地位，然比較外國拉丁公證之立法例，除了日本復採納國家賠償責任者外，可謂絕無僅有，立法者就此安排是否良善，乃係本文文末重心，於此，先將上文內容之結論摘錄於下：

#### 第一項 委託行使公權力與國家賠償之重點

##### 一、國家賠償法性質為公法

國家賠償法之性質，學者間仍存續者公、私法之爭，晚近因社會福利國家興盛，國家權力無遠弗屆，基於保障人民權利，凡因公權力主體本身之行為致使人民受有損害者，公權力主體應直接負責或代位負責，而不得直接請求公務員賠償<sup>286</sup>，故已愈偏向公法性質，雖然現今國家賠償法第 5 條規定：「國家損害賠償，除本法規定外，適用民法規定。」且國家賠償法第 12 條復規定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」而令人誤解為私法，惟兩者法條規範乃係立法者借用民事法完備之法律制度來補強國家賠償法之不足，屬立法裁量之結果，不可謂國家賠償法「適用」民法、民事訴訟法之結果即謂國家賠償法屬於私法，故基於於國家賠償法強調公權力行使之特性，認定為公法較屬適宜。

##### 二、國家賠償法之功能

人民因國家公權力行使所受到的損害應負賠償責任，細究賠償責任手段，乃由全體社會大眾共同分擔某個人損害所發生之風險，此為「社會保險」之概念，具有促進社會安定之效果；再者，國家賠償當事人損害後，可對主觀上具有故意或重大過失之公務員行使求償權，同時達到監督公務員依法行政之作用<sup>287</sup>。

<sup>286</sup> 參第二章第二節第二項之內容。

<sup>287</sup> 參第二章第二節第三項之內容。

### 三、委託行使「公權力」之內涵

參照最高法院 80 年台上 525 號判決內容，公權力之行使非以命令及強制手段為限，諸如提供給付、服務、救濟、照顧、保護、教養、輔助等方式，來達成國家任務皆屬於公權力。故此之公權力，無論是干預行政或是給付行政，只要保有「高權」性質者，即為公權力，故採廣義解釋，除了絕對高權外，亦包函單純高權<sup>288</sup>。又受託行使公權力之私人所獲取之報酬，按行政程序法第 16 條第 3 項之規定：「第一項委託所需費用，除另有約定外，由行政機關支付之。」故原則上此等準公務員，於行使公權力所花費之金錢，須向行政機關支領。

### 四、委託行使公權力之私人之過失認定標準

重心擺在委託行使公權力「私人」之部分。蓋私人受國家委託行使公權力時，仍屬廣義公務員之一環，有關國家賠償法第 2 條賠償責任要件的成立，委託行使公權力之私人當然亦有適用。這裡指涉之重點在於「故意、過失之認定」：主觀上具有故意、過失，前提上須該當於**違法**行為，諸如違反法令、濫用權利、違反誠信原則致人民權利受到侵害者皆屬於國家賠償法中的**不法**。故公務員擔任某項職務，必須具備執行該項職務之能力或知識，若有不明瞭之處或不知有法令存在，至少應盡查明義務，若疏未注意，則至少有被認定構成過失之風險性，故無論是一般公務人員或受託行使公權力之私人，皆負善良管理人之注意義務<sup>289</sup>，有關判定標準，學理上主張可運用「過失之客觀化<sup>290</sup>。」

### 五、私人受委託行使公權力之監督

即使是受委託行使公權力之私人，原則上必須確保與一般公務員大致相當程度之監督，私人行使公權力之準則除了符合立法意旨外，更須擔保其手段符合適當性、合法性，並受到委託機關之監督，且於私人違法時並予以適當的糾正。因私人行使公權力之效果，效力歸屬於國家，本於因委託所生之忠誠關係，國家並得對其行使必要之監督權，例如：依建築法第 77 條第 4 項規定，就受託檢查建築安全之簽證結果，主管建築機關得隨時派員或定期會同各有關機關複查<sup>291</sup>。

<sup>288</sup> 參第二章第三節第一項第二款之內容。

<sup>289</sup> 參第二章第三節第一項之內容。

<sup>290</sup> 在認定公務員有無故意過失時，不以公務員個人之知識能力，而以公務員是否有違反職務上標準注意義務，亦即以忠於職務之一般公務人員在該具體情況下，所應注意且可期待其注意程度來加以判斷，一般而言，發生損害較之嚴重者，則被課予較重的義務，至於公務員是否預見損害發生，則非所問。葉百修，同註 5 前揭(書)文，頁 178。

<sup>291</sup> 參第二章第三節第二款之內容。

## 第二項 民間公證人賠償責任之重點

### 一、特殊之民事賠償責任

民間公證人性質上屬於委託行使公權力之類型之一，其因行使公權力而發生賠償責任者，有國家賠償法之適用，此於公證法第 68 條亦有明文規範。惟民間公證人可自行依法設立事務所，並自負盈虧，理當應可自負其責<sup>292</sup>，雖其所作成之文書依公證法第 36 條規定有公文書之效力，帶有公法性質，然其服務已不限於單純行使公權力，與人民間非屬上下服從關係，而較偏向於平等關係，就辦理公、認證人民私法上之權利以觀，係偏向於服務大眾之性質，故多數學說認定其為民事賠償責任應可接受。

### 二、賠償制度之功能

公證人民事賠償責任，大致可歸納為：預防功能、補償功能、經濟功能。就預防功能而言，因一般民眾對公證事務不了解，在資訊不對等之情形下，特建構民事賠償責任制度，預防公證人違法行事；又賠償責任制度著眼於填補受損害人之損失，若因民間公證人違反義務的行為給當事人造成損害，應給予當事人適當之填補；公證責任制度之經濟功能，在於透過適當的責任制度，能使成本降低及效率最大化，並淘汰不適任之人員，進而提高民間公證人員之素質及質量<sup>293</sup>。

### 三、公證權之內涵

公證，乃基於公益之目的，由公證人依法定程序就特定事項給予證明，並由法律賦予一定效果之行為。我國採公證二元制(公、認證)，雖賦予其程度不等之公證力、證明力，惟皆要求公證人須親身體驗當事人請求事項，並以公正、中立第三人之角色行使司法證明權<sup>294</sup>。不可否認地，公證權當屬於公權力之一環，然又多了一分公益性、非營利性之特色，須擔負起「預防糾紛、減少訴訟」之任務。又公證費用之收取乃民間公證人重要之收入來源，惟為使民間公證人有健康的競爭環境，即並非取決於服務價格，而係以能力和聲譽的競爭，使更多的民眾享受更完善公證服務之品質，故公證法特規定公證費用法定原則。

### 四、過失認定標準

判斷民間公證人之故意、過失，向來有主、客觀說之爭<sup>295</sup>。對於故意，實務

<sup>292</sup> 參第四章第一節第二項之內容。

<sup>293</sup> 摘錄自唐先鋒、趙春蘭、王洪宇，同註 187 前揭(書)文，第 240 至 241 頁。

<sup>294</sup> 參第三章第一節第三項之內容。

<sup>295</sup> 參第四章第二節第一項之內容。

上比較好認定；過失部分，一般係從公證人是否違反職務上的注意義務觀察，具體而言就是民間公證人是否遵守相關「公證職業準則<sup>296</sup>」。若公證人職業時嚴格遵守法規範，則當事人或利害關係人有損害事實發生，其無過失，民間公證人毋庸承擔損害賠償責任；反之，則認為有過失，民間公證人應承擔賠償責任。簡言之，亦採「過失客觀化」之標準<sup>297</sup>。

## 五、獨立性

因民間公證人須維護國家法律和社會公益立場的角色，以不偏不倚的第三方身分進行公證，故在作出公證決策時，不能受任何政府機關的影響，任何上級單位或個人不能對公證人發出影響決策的指示，或施加任何影響，法律和規章是公證人的唯一行為準則，且民間公證人自成一體，可依法設立事務所，並倚靠公證費用自負盈虧，並承擔其責，在管理方面上，一般係以公證人公會為主的「雙重」管理，即除了接受國家宏觀監督外，主要係靠公證協會管理。

## 第三項 總結

本論文重點內涵，先就委託行使公權力之「私人」與民間公證人相關內涵作一番比較，於此並探討公證法第 68 條第 2 項與國家賠償法第 4 條之關係及法院公證人與民間公證人賠償責任之請求權基礎，茲先臚列受託行使公權力之「私人」與民間公證人間之比較表，如表 6.1 所示：

<sup>296</sup> 簡單來說，即看民間公證人是否遵守法律、法規及規章的實體規定來出具公證書，以及是否遵循公證職業準則的相關程序規定。

<sup>297</sup> 參第四章第二節第一項之內容。



表 6.1：受託行使公權力之「私人」與民間公證人間之比較 (資料來源：自繪)

項目 \ 類型	受託行使公權力之「私人」	民間公證人
國家賠償法適用	有	有
公權力行使	絕對高權、單純高權	公正、中立公權力
過失認定標準	過失客觀化	過失客觀化
獨立性	較低	較高
收入	主要來自委託機關	自行收取公證費用

從上表得知，民間公證人之身分仍屬於準公務員類型之一，其行使公證權即該當行使「公權力」，性質上屬於受託行使公權力之一環，若因違法行使公證權致生侵權行為責任應有國家賠償法第 4 條之適用，此從觀照公證法第 68 條法條結構並未排除國家賠償法即可得知。故公證法第 68 條第 2 項相較於國家賠償法第 4 條而言，法理上應是相通而非相斥，兩類法律關係乃互相補充，先後適用。惟公證法第 68 條第 2 項規定，以被害人先向故意違背法律之民間公證人、責任保險公司或他項方法請求賠償而未獲損害填補時，最後才向國家請求賠償，此乃學理上所稱「國家賠償補充適用性」。為何該法不逕自規範國家賠償與公證法第 68 條第 2 項前段所列舉之賠償方式於同一順位？從表 6.1 即可窺探出端倪。表內中民間公證人自行收取費用，並非如一般受託私人單純無償處理受託業務行使公權力，自主性、獨立性顯較優越，理當可自行負責，基於平等原則，兩者之賠償責任主體先後順序自應不同處理，立法者特制定公證法第 68 條第 2 項以安排國家賠償責任之補充性適用，不得不謂用心良苦。

再者須深入思考，民間公證人與法院公證人辦理公、認證業務範圍相同，且受司法院監督，所作成之公證書與認證書效力亦一樣，倘若因相同賠償責任事件發生，法院公證人係適用國家賠償法第 2 條第 2 項；民間公證人係適用公證法第 68 條，兩者間有無正當合理的區別對待？細究本文第二章第三節第一項內容，國家賠償法第 4 條責任成立要件與國家賠償法第 2 條大同小異，即無論是依法任用之公務人員或準公務員，皆有主觀上因故意、過失，客觀上執行職務行使公權力不法侵害人民自由權利致使其受到損害之要件，故法院公證人因被害人行使損害賠償請求權時，其效力亦等同於一般受委託行使公權力之「私人」，即由國家代替其賠償人民之損害後，僅於法院公證人因故意或重大過失時，國家才可對其行使求償權。惟同樣賠償事件套用於民間公證人，因有公證法第 68 條第 2 項之特別規範，國家乃負補充性之賠償責任。兩種公證人之賠償方式雖顯不相同，惟

差異之主要理由仍未跳脫出民間公證人處理業務可自行向當事人收取報酬，並有強制參加責任保險之制度，法院公證人僅係一般公務人員，收取公證費乃國家收入來源，且未規定其須參加責任保險，縱使兩者間賠償依據不同，仍未違反「相同事件相同處理，不同事件不同處理」之法則。

#### 第四項 民間公證人適用國家賠償法之妥適性

公證法第 68 條係規範民間公證人之民事賠償責任，惟公證權本身屬於一種公權，公證人因主觀上具有故意、過失而致當事人或利害關係人損害者，依法承擔法律責任者性質上又屬於國家賠償責任，於公證法第 68 條第 2 項訂有明文。有趣的是，民間公證人之賠償責任同時適用民事法特別法及國家賠償法之概念，兩者之間僅係優先順序不同，究竟民事賠償責任與國家賠償責任有無扞格之處？

民事賠償責任之當事人間具有平等、對等關係，私法上更著重於「自己責任原則」，其他人除了法律有特別規定者<sup>298</sup>外，不可代替行為人承擔賠償責任；國家賠償法係著重於公務員因執行職務致人民權利受到損害時之衡平社會責任概念，故具有高權性、社會保險性之特點，簡言之，民事賠償責任與國家賠償責任最大之差異點在於**公權力作用之行使**。然從國家賠償制度的產生與發展來看，仍是從私法逐漸演進為公法的概念，為區辨國家賠償責任與一般民事侵權責任之差異與聯繫，我國立法者依憲法委託特制定國家賠償法，可得知立法者乃有意區分國家賠償責任與民事賠償責任，人民依國家賠償法之規定對國家請求者乃係公法上之權利，自與私法上之賠償請求權，尚屬有別。雖然國家賠償法第 5 條規定：「…除依本法規定外，適用民法規定。」以及第 12 條規定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」致使有學者將其定性為私法而認為本法係民法之特別法，惟從其本質上觀察，國家賠償責任本身係「公法上侵權行為責任」，僅係於本法尚無完備之際，立法者針對國家賠償責任另適用或準用民事法規範，尚屬合情合理，故其縱使適用民法、民事訴訟法，仍不應更改其為公法之性質<sup>299</sup>。回歸至公證法第 68 條法條內容觀察，結構上兼含有民事賠償責任與國家賠償責任之適用，兩者僅係優先順位不同，則同樣之民間公證人賠償責任，無論私法或公法皆有適用，是否有所衝突？兩種法系規範同一侵權行為責任是否妥適？皆係吾人思考重點。

復觀察表 6.1，民間公證人與受託行使公權力之「私人」一樣，都該當於公權力之行使，倘因行使公權力而導致人民受損害(即符合侵權行為責任要件)者，

<sup>298</sup> 民法第 187、188 條規定。

<sup>299</sup> 參第二章第二節第二項之內容。

一樣應有國家賠償法的問題，雖然學者間一致認為公證法第 68 條定性為民事賠償責任，惟不能因其為民事責任性質，就反推出公證權不再屬於國家權能，而不再構成國家賠償責任，此種論證顯然不合邏輯，故公證法第 68 條第 2 項復規定補充性之國家賠償責任，洵屬正確。惟從上表內容得知，民間公證人較諸一般行使公權力之私人相比，更具有獨立性，且自行收取報酬並自負盈虧，公證權本身與一般公權力相較，更具公正、中立性、獨立性，再者，民間公證人有雙重責任保險制度<sup>300</sup>，顯然比一般行使公權力之私人具有更堅實的保障，補充性國家賠償制度之設立究竟有無實益性，誠有疑問。

民間公證人之賠償責任性質上屬於國家賠償責任，惟並不意味著一定要由國家實際承擔賠償，這兩者係屬於不同之概念。我國於民國 90 年正式納入民間公證人制度，其定性為獨立自主並受託行使公權力之私人已如上述，並受所屬公證人地方協會與地方法院外部監督並自行收受報酬，故具有獨立承擔民事賠償的能力，因此民間公證人於承擔公證賠償責任時，一般應不再需要國家財政直接為其支付賠償，再加上公證賠償有「強制」雙重保險制度之建立，對於受損害之相對人或利害關係人之保護應屬足夠，雖然當初立法者制定「補充性之國家賠償責任」之初，無非係建立民間公證人此新興職業能健全發展及多一分保障人民將更樂於向民間公證人辦理公、認證之心態所為之立法美意。然民間公證人實行至今已逾十年，實務上發生因民間公證人違法行為所生國家賠償責任之案例趨近於零，吾人以為，設立「補充性之國家賠償責任」之目的在於健全制度與填補損害，既然民間公證人制度發展已臻成熟<sup>301</sup>，重心應著重在人民損害填補部分，故堅實公證人賠償保障機制(即「保險制度」)反而比制定國家賠償責任更具實益性，故吾人建議國家責任應從民間公證人損害賠償責任中解脫出來，而改由民間公證人獨立承擔賠償責任，國家既不主動代替民間公證人承擔賠償責任，縱使國家僅負擔補充責任亦復如是(公證法第 68 條第 2 項)。吾人雖不否認民間公證人的賠償責任性質屬於國家賠償責任的一環，惟立法者可依公平正義、經濟效益，綜合評估國家是否仍須負補充性賠償責任之必要，從現今立法設計與其他拉丁公證人賠償制度相比，我國顯然係過度保護民間公證人。

<sup>300</sup> 參第四章第二節第三項之內容。

<sup>301</sup> 參第三章第二節第三項表 3.2 之內容。

## 第二節 建議與展望

建立堅強的民間公證人制度與完善的賠償責任，兩者係互相依存並具有緊密關聯性，目前民間公證人制度仍有許多發展改進之處，茲分述要點如下<sup>302</sup>：

### 一、增加民間公證人前往偏遠地區職業的意願

我國因法定公證項目不多，故在相對偏遠地區，諸如苗栗、屏東、宜蘭、基隆、澎湖等地方法院，並無全職民間公證人職業，如何鼓勵全職民間公證人前往職業乃是一大問題，故限階段為使全國各地之民眾得到最完善之公證服務，一時之間仍無法全部捨棄法院公證人制度，這對朝向民間公證人單軌制的目標顯然不利，而問題最大之癥結點乃民間公證人的收入問題，此時，可參考比利時、法國及德國等國家，由公證人職業團體提供補助金的方式鼓勵公證人前往職業又或者設立公證人基金以補償處於較偏遠地區或辦證量較少的民間公證人，以確保其法律上享有之待遇不得低於法官<sup>303</sup>。由此使民間公證人的設置更加便民、利民，滿足社會日益增長的公證法律服務需求。

### 二、增加民間公證人訓練時間

民間公證人之職前訓練，依「民間公證人遴選、研習及任免辦法」規定，系分成基礎訓練及實務訓練兩部分，至於訓練期間因全職或兼職而有所不同，全職民間公證人依該辦法第 13 條第 1 項之基礎訓練最長為 40 小時，且必要時並得以延長相當之實務訓練期間代之(同辦法第 13 條第 3 項)，實務訓練期間長為 4 個月；兼職民間公證人之基礎訓練為 24 小時，實務訓練期間為 16 小時(同法第 13 條第 2 項)，從上得知，我國民間公證人之職前訓練期間，似乎過短；而公證人實際任職後歷練期相對較長，故專業程度短時間不易建立，有礙獲得當事人信賴度之提昇，觀照拉丁國家公證人職前訓練期間為期三年，我國似乎有檢討加以適度延長的必要。

### 三、民間公證人責任保險之問題

我國民間公證人於執業期間應投保責任保險，故採強制保險責任制，故投保責任險係民間公證人於執行公證事務時之必要條件，公證法第 32 條、第 34 條、第 67 條、第 145 條均有規範。又現行產險公會所提供之地區公證人公會責任保險保險單條款規定，保險公司所承保之責任，仍以公證人之過失行為為其範圍，對於公證人故意、不誠實、惡意違法或犯罪行為所生之損害，並不理賠(地區公

<sup>302</sup> 摘錄自司法院，同註 230 前皆(書)文，頁 40 至 44。

<sup>303</sup> 摘錄自黃啟禎，同註 58 前揭(書)文，註釋 142，頁 357。

證人公會責任保險保險條款第 4 條第 4 款規定)，惟按公證法第 145 條第 1 項規定：「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 67 條規定參加責任保險所不能理賠之損害賠償。」，兩相比較，是否符合公證法第 145 條之立法目的，誠屬疑問。地區公證人公會之保險，係為補充公證人參加責任保險所不能理賠的部分，若保險公司所提供之責任保險無法符合法規所達到之目標，前文介紹法國所採行之「集體擔保基金」<sup>304</sup>，應可供我國參考。

#### 四、不動產交易法定公證應盡快實行

比較拉丁法系公證人，其主要收入來源係自於不動產交易，且不動產交易均屬於強制公證項目，其經濟實力較優渥，可承擔相應之賠償責任。但在我國現階段不動產交易並非強制公證項目，尚未施行之民法第 166 條之 1 第 1 項雖規定：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。」但在第 2 項復規定：「未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」足見民法第 166 條之 1 雖規定不動產交易應經公證(法定公證)，但因非屬強制公證，對於現階段民間公證人來說無非喪失廣大之公證市場，是否能落實公證推廣而預防糾紛，有待進一步評估，惟仍建議民法第 166 條之 1 條應盡快實行<sup>305</sup>。

#### 五、小結

倘若未來立法者修正公證法第 68 條第 2 項，刪除補充性國家賠償制度，勢必須搭配更完善之民間公證人制度，從上文提昇公證人素質、健全責任保險、增加法定公證事項等各方面著手，藉由增強民間公證人之經濟能力及借鏡外國立法例之歷史經驗，將有助於民間公證人地位之提昇。再者，擔保公證人賠償能力確實填補受害人損失並有效分散風險者，為責任保險制度，若受害民眾能從保險公司獲得足額之理賠金，即使僅是補充性之國家賠償責任，亦無設立實益性。又國家賠償屬於分擔社會風險之概念，豈能謂民間公證人自行收費後，若因本身故意、過失之歸責事由所衍生之民事賠償責任，還須由全民買單，是否有違反了公平正義之虞？綜上述，公證法第 68 條第 2 項有關國家賠償責任之補充性訂定，對民間公證人而言究有無保護必要性，立法者不可不慎！

<sup>304</sup> 參第五章第一節第一項之內容。

<sup>305</sup> 現今多數不動產交易行為，在我國係透過地政士代為辦理，而我國目前地政士約有 3、4 千名，若未來民法第 166 條之 1 公佈實行後，地政士工作權之保障，又是另一問題。

## 參考文獻

### 壹、國內文獻

#### 一、專書(依姓氏筆劃順序)

1. 王澤鑑，《侵權行為法第一冊—基本理論一般侵權行為》，自刊臺北，1998年9月。
2. 王澤鑑，《侵權行為法第二冊—特殊侵權行為》，三民書局，2006年7月再版。
3. 王澤鑑，侵權行為法第一冊，三民書局，2003年10月初版9刷。
4. 江朝國，〈保險法上的代理人、管理人、監督人和受僱人之意義及其相關規定之法律效果〉，《保險法論文集》，瑞興圖書股份有限公司出版，86年3月出版。
5. 伊章華、王明宏、謝永誌編著，兩岸公證制度，文笙書局股份有限公司出版，民國93年2月。
6. 林子儀，行政檢查業務委託民間辦理法制之研究，行政院研考會編印，1998年。
7. 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，元照出版，2011年9月。
8. 城仲模，行政法上國家責任之理論與立法之研究，收錄於氏著行政法之基礎理論，增訂初版，1991年。
9. 孫森炎，民法債篇總論上冊，三民書局，89年10月修訂版。
10. 孫森炎，〈民法債篇總論(上冊)〉，自版，臺北市，2002年2月修訂版。
11. 翁岳生，我國行政法四十年來之發展，收錄於氏著〈法治國家之行政法與司法〉，元照出版社，1994。
12. 翁岳生，行政法與國家賠償法，國家賠償法研習資料彙編，法務部印行，1981年9月。
13. 翁岳生，《國家賠償法之研究》，行政院研究發展考核委員會，1981，再版。
14. 陳麗娟，法學概論，五南出版，2010年9月五版。
15. 曹競輝，國家賠償法實用(修訂版)，自版，民國73年12月。
16. 曹競輝，國家賠償立法與案例研究，三民出版，民國77年11月再版。
17. 陳敏，行政法總論，新學林，98年9月6版。
18. 許宗力，論行政任務的民營化，收錄於當代公法新論(中)\_翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版，2002年7月。
19. 陳聰富，侵權違法性與損害賠償，元照出版，2008年12月。
20. 黃謙恩，國家賠償法實務，自版，1980年9月。
21. 黃錦堂，行政任務民營化之研究—德國法之觀察與我國法的省思，吳庚大法官榮退論文集(公法學與政治理論)，元照出版，2004年10月。
22. 黃默夫，基礎行政法二十五講，三民書局出版，民國94年8月20日。

23. 黃立主編，民法債篇各論（下），元照出版，2002年7月初版第1刷。
24. 葉百修，國家賠償法之理論與實務，元照出版二版第1刷，2009年7月。
25. 董保城，國家賠償法在台灣實施現況與檢討，法治與權利救濟，元照初版，2006年4月。
26. 董保城、湛中樂，國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償，元照出版2版第1刷，2008年9月。
27. 管歐，法學緒論，自版，民國75年8月增訂第五十七版。
28. 廖義男，國家賠償法，三民出版，民國85年4月增訂版五刷。
29. 蔡麗照譯，Dr.Fritz Ossenbuehl 著，西德國家責任法，台北：法務部法律事務司出版，民國75年6月。
30. 劉春堂，國家賠償法，三民書局出版修訂2版1刷，2007年6月。
31. 鄭玉波，法學緒論，三民書局，民國70年2月七版。
32. 蔡茂寅，行政委託相關問題研究，收錄於當代公法新論(中)\_翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版，2002年7月。
33. 鄭雲鵬，公證法新論，元照出版有限公司，2005年9月三版第一刷。
34. 鄭玉波，民法債篇總論，三民書局出版，民國91年6月。
35. 鄭玉波著，劉宗榮修訂，保險法論，三民書局出版，2006年2月修訂六版一刷。
36. 賴來焜，最新公證法論，臺北，三民書局，2004年3月。

## 二、專論及期刊(依姓氏筆劃順序)

1. 米九恒治著、劉宗德譯，公私協力與私人行使權力—私人行使行政權限及其法統制，月旦法學雜誌第173期，2009年10月，頁249至251。
2. 伍婉嫻，我當民間公證人的點點滴滴，公證法學第4期，2007年12月，頁154。
3. 李建良，因執行違規車輛拖吊及保管所生損害之國家賠償責任—兼論委託私人行使公權力之態樣與國家賠償責任，中興法學第39期，頁118。
4. 李惠宗，公證客體之研究—以公權和私權區別為中心，公證法學第三期，2006年2月，頁6至11。
5. 林三欽，〈將「專業簽證」納入「行政管制體系」後之國家責任問題—以建築簽證為例〉，月旦法學雜誌第151期，頁22至23。
6. 周家寅，論我國公證人就法律行為公證之審查權，公證法學第5期，2008年12月，頁29至36。
7. 周家寅，民間公證人與律師角色之比較研究—兼論我國律師兼辦認正之妥適性，公證法學第4期，2007年12月，頁137至143。
8. 周家寅，法國與我國民間公證人民事責任之探討，公證法學，2004年5月，頁66至69。
9. 周家寅，論我國公證人就法律行為公證之審查權，公證法學第5期，2008年12月，頁29至36。

10. 胡文棟，公證法新制立法過程之爭點及施行後相關問題探討，軍法專刊第 53 卷第 4 期，2007 年 8 月，頁 64 至 65。
11. 翁岳生，西德一九八一年國家賠償法之研究，台大法學論叢第十卷第二期，頁 142。
12. 高瑞錚律師，關於「公證法修正草案」之我見，全國律師月刊，1998 年 4 月，頁 74。
13. 高添富、林建智，醫事人員強制責任保險制度之研究，政大法學評論第 110 期，頁 43 至 44。
14. 黃啟禎，建築師之勘驗行為係監造義務之履行而非公權力性質之監督—簡評台中地方法院 90 年重國字第 5 號判決，台灣本土法學雜誌第 84 期，2006 年 7 月，頁 202 至 206。
15. 黃慧雯，由民間公證人制度之施行，檢討法院公證人力，司法研究年報第 26 輯第 9 篇，民國 98 年 11 月，頁 9 至 10。
16. 董保城，行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究，台灣本土法學雜誌第 51 期，2003 年 10 月，頁 151。
17. 張特生，續談公證新法上的疑難問題，司法周刊第二版，第 1078 期，民國 91 年 4 月。
18. 張滋偉，〈淺析我國公證新制之現況與展望〉，公證法學第 7 期，2011 年 3 月，頁 17 至 18、頁 137 至 143。
19. 廖義男，夏蟲語冰錄（十一）國家賠償法修法中所面臨之理論及實務問題，法令月刊第 59 卷第 11 期，頁 130。
20. 劉淑範，民營化時代之公權力委託—變遷中之古典制度，中央研究院法律學研究所之個人研討會，題目：民營化與公權力委託，2009 年 6 月 2 日，頁 47。
21. 劉初枝，〈公證與非訟事件問題研究〉，公證法律問題研究暨文書格式彙編，司法周刊雜誌社，民國 84 年 3 月，頁 306。
22. 蔡志芳，論公權力之授與、委託及其行政救濟(上)，植根雜誌第九卷第二期，頁 79。
23. 賴來焜，公證法「公證賠償」與「雙重強制責任保險」兩制度之研究，公證法學第 2 期，2005 年 5 月，頁 5 至 6、頁 9。
24. 藍瀛芳，法國公證人的法律地位，律師雜誌 8 月號，第 227 期，頁 10 至 12、頁 32 至 34。
25. 藍瀛芳，公證法律問題研究暨文書格式彙編，司法周刊雜誌社印行，民國 84 年 3 月再版，頁 278。
26. 藍瀛芳，公證人的地位，司法周刊第 1076 期第 2 版，2002 年 4 月 3 日。
27. 藍瀛芳，公證制度的存在目的與基本功能，公證法學創刊號，公證學會編，2004 年 5 月，頁 96 至 98。

### 三、機關出版品(依字首筆劃順序)

1. 公證法律問題研究(六)，臺北，司法院出版，民國 91 年 11 月。
2. 司法院編印，各國公證法規彙編，司法院秘書處發行，民國 81 年 12 月。



3. 司法院，歐洲公證制度訪問報告—附各國公證制度資料，司法院秘書處發行，1990年6月出版。
4. 司法院，司法院及所屬各機關出國報告—荷、比、法公證制度之考察報告，2010年2月。
5. 立法院公報第85卷第61期，會議日期：1996年11月13日。
6. 立法院公報第87卷第8期，會議日期：1998年3月5日。
7. 立法院公報第85卷第67期，會議日期：1996年12月4日。
8. 立法院公報第88卷第13期會議紀錄，會議日期：1998年5月26日。
9. 立法院公報第87卷第11期，會議日期：1998年3月18日。
10. 立法院公報第88卷第13期院會紀錄，會議日期：1998年5月26日。
11. 立法院司法委員會編〈公證法修正案〉法律案專輯第227輯(上)，立法院公報處發行，台北市，2001年2月初版。
12. 立法院議案關係文書—院總第951號，民國85年5月1日印發

#### 四、論文(依姓氏筆劃順序)

1. 郭怡利，台灣國家賠償制度的生成與實踐——一個以國家賠償法為中心的法律史考察，國立台灣大學法律學系碩士論文，2008年8月。
2. 陳幼麟，公證人職權行使界限之探討——公證法第十七條之解釋及公證裁量理論，東吳大學法律學研究所碩士論文，民國86年6月。
3. 黃穎倉，政府再造中法院公證業務民營化之研究，私立東海大學公共事務研究所在職專班碩士論文，民國90年12月。
4. 鄭雲鵬，公證文書之效力及瑕疵公證文書救濟方法之研究——以公證文書在民法、民事訴訟法、強制執行法所生之效力為中心，私立東海大學法律學研究所博士論文，2010年8月。
5. 謝榮盛，國家賠償構成要件之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，民國73年6月。

#### 五、司法實務判決

1. 最高法院72年臺上字第704號判例。
2. 最高法院80年度臺上字第525號判決。
3. 最高法院85年臺上字第2766號判例。
4. 臺灣新竹地方法院92年5月1日(92)新院昭文字第13331號函文。
5. 最高法院30年上字第18號判例。
6. 最高法院74年台上字第1170號判例。
7. 88年度鑑字第8791號公務員懲戒委員會議決書。
8. 臺灣臺北地方法院86年度訴字第2119號民事判決。
9. 臺灣高等法院87年度上字第299號民事判決。
10. 最高法院88年度台上字第784號判決。

11. 台灣台中地方法院 99 年度抗字第 170 號裁定。
12. 臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 5950 號民事判決。
13. 臺灣高等法院 93 年度重家上字第 8 號民事判決。
14. 最高法院 96 年度台上字第 1282 號判決。

## 貳、國外文獻

### 一、專書(依姓氏筆劃順序)

1. 唐先鋒、趙春蘭、王洪宇，我國專家民事責任制度研究，法律出版社，2005 年 8 月。
2. 乾昭三，國家賠償法，注釋民法(10)，有斐閣，昭和 50 年 7 月。
3. 張文章主編，公證制度新論，台海文化傳播事業有限公司，2007 年 10 月。
4. 芝池義一，行政救濟法講義，有斐閣，1996 年 2 月。

### 二、期刊(依姓氏筆劃順序)

1. 中國公證員協會，德國公證制度簡況，中國司法，2005 年 5 期，頁 100。
2. 王京，走進德國公證業，中國公證，2010 年 10 期，頁 23 至 24。
3. 王繼華，從德國的公證賠償制度說起，中國公證，2005 年 1 期，頁 12。
4. 江曉亮，法國公證人的責任賠償制度，中國公證，2002 年第 5 期，頁 34。
5. 趙林，赴德國公證考察報告，中國司法，2002 年 8 期，頁 49。
6. 劉曉兵，法國公證法律責任制度研究，中國司法，2009 年第 5 期，頁 106、108。

### 三、論文(依姓氏筆劃順序)

1. 吳奕晗，論公證賠償制度，中國政法大學碩士學位論文，2011 年 3 月。
2. 黃琦，公證賠償的研究，安徽大學碩士學位論文，2007 年 10 月 22 日。

### 參、網路資料

1. 中國社會科學院法學研究所研究員，德國國家賠償法研究，2008 年 11 月 5 日，網址：<http://www.lawtime.cn/info/sunhai/shpclw/2008110543401.html>。  
造訪日期：2011 年 1 月 14 日。
2. 法務部全球資訊網：  
<http://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=28005&CtUnit=803&BaseDSD=7&mp=001>。  
造訪日期：2011 年 2 月 1 日。
3. 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>。造訪日期：2011 年 2 月 2 日。
4. 行政院對國家賠償法草案總說明要點十一，  
法務部網址：<http://www.moj.gov.tw/mp001.html>。造訪日期：2011 年 2 月 2 日。
5. 立法院法律系統之公證法立法紀錄：  
[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@20:1804289383:f:NO%3DB04525\\*%20AND%](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@20:1804289383:f:NO%3DB04525*%20AND%)

- [20NO%3DA2%24%246\\$\\$\\$PD](#)，造訪日期：2011年3月9日。
6. 論公權力之委託行使，中國評論學術出版社，網址：  
<http://www.chinareviewnews.com/cm-webapp/cbspub/secDetail.jsp?bookid=35393&secid=35411>，參訪日期：2011年3月18日。
  7. 王天華，〈行政委託與公權力行使〉，騰訊評論：  
<http://view.news.qq.com/a/20100629/000002.htm>，造訪日期：2011年4月3日。
  8. 財團法人海峽交流基金會之網站：<http://www.sef.org.tw/mp.asp?mp=1>，造訪日期：2011年4月19日。
  9. 黃啟禎，受委託行使公權力與國家賠償責任，游於藝電子報第111期，民國99年10月。網址：<http://epaper.hrd.gov.tw/111/EDM111-0601.htm>，造訪日期：2011年5月5日。
  10. 蔡翁，小議公證賠償責任，甘肅法律服務網，2008年1月31日，網址：  
<http://www.hfgzc.com/Article.asp?Tid=4&Ntype=105&Id=319>，造訪日期：2011年5月9日。
  11. 伍婉嫻公證人事務所、公證法及相關法規修正草案總說明、網址：  
[http://tw.myblog.yahoo.com/notary\\_wu/article?mid=1330](http://tw.myblog.yahoo.com/notary_wu/article?mid=1330)，造訪日期：2011年6月21日。
  12. 劉潔，淺談我國公證賠償中的幾個問題，魅力中國，2010年第12期，網址：  
<http://wuxizazhi.cnki.net/Article/XXZY201012256.html>，造訪日期，2011年11月14日。
  13. 呂莉，關於公證賠償制度探討，網址：  
[http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive\\_content\\_look.jsf?id=14010](http://www.fjsf.gov.cn/gip/interfacepublic/archive_content_look.jsf?id=14010)，  
造訪日期：2011年11月18日。
  14. 自由時報新聞網，記者賴仁中/特稿，民國92年4月4日，網址：  
<http://www.libertytimes.com.tw/2003/new/apr/4/today-p3.htm>，造訪日期：2011年11月20日。
  15. 於向明，乳山市公證處，〈由一起委託錯證判賠案談公證賠償的有關法律問題〉，網址：  
<http://www.xjgz.com/Article/lwal/nbjl/201109/181.html>，參訪日期：2011年11月24日。
  16. 司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/litigant/>，造訪日期：2011年12月2日。

