



# 拍賣公證

向明恩\*

## 壹、前言

「拍賣公證」一辭未見於我國法規範之中，然透過歷史篇章，特別是藉由Alexia M. Yates所著「出售巴黎：在世紀末資本時代之房地產與商業文化」一文，重現巴黎在十八世紀拍賣不動產時，將蠟燭拍賣制度與公證結合之場景：「…拍賣因此別有意義地呈現。它是在儀式場所完成之行為，並賦予法定形式之效力。不確定契約（contingent contract）之出賣人，係藉由公證人之裁決，為此形式之買賣。也就是說，此買賣之形式係以—從蠟燭火花燃燒至熄滅，且公證人裁決以做出神聖宣示與聲明—為核心要件，未符合形式之仿效（mimicking）行為，乃重大違反拍賣形式之要求。即使該形式要求於法律未明文定之，然不遵守此形式，係有損於公眾和公證人之職業。為確保完美市場之出現與治理，公證人則相續地在拍賣程序上制訂交易規則。而此拍賣交易規則在1846年為公證人公會所採納，並要求

公會成員應在拍賣室進行所有之拍賣，但法院判決所為之拍賣不在此限。藉由禁止虛假出價（bidding）和限制所有人撤回拍賣之意思，以激勵競爭性之出價，並提升交易之可靠性。同時因巴黎市之規模與拍賣場之喧囂，致難有以確認應買人之情形，為解決與確保應買人身份之認定，公證人公會對應買人代理人之資格為限制。代理應賣人參加拍賣之律師（solicitor）或公證人須出示應賣人之授權書，並證明其受有出最高價之指示<sup>1</sup>。」

透過十八世紀巴黎拍賣與公證結合之展示，折射出兩個值得關注之點：一是，拍賣係在法定形式之要求下，以競價方式，達最高價合意，而成立之契約，且為因應交易習慣與市場需求，在抽象法律形式框架之要求下，容有競價操作方式變換之可能。二是，藉由職業本質上具獨立性和中立性之公證人參與，為整個拍賣交易過程，提供驗證機制，並進而確保交易之合法性與有效

\*國立臺北大學法學院專任教授，德國敏斯特（Münster）大學法學博士。

<sup>1</sup> ALEXIA M. YATES, SELLING PARIS-PROPERTY AND COMMERCIAL CULTURE IN THE FIN-DE-SIÈCLE CAPITAL 143(2015).



性。

在廿一世紀全球被新冠肺炎（COVID-19）席捲三年中，拍賣市場不再固守以實體方式進行公開拍賣，而是藉由線上直播、虛擬展聽、新媒體多平台同步互動等方式，開展出網路競價拍賣。2021年蘇富比亞洲拍賣金額更高達87億港元<sup>2</sup>，其中尤受矚目拍賣標的為非同質化代幣（Non-Fungible Token，NFT）<sup>3</sup>。相較於十八世紀之拍賣，現今拍賣標的更具多樣性與多元性，也就是從傳統的動產和不動產，擴展至物

權<sup>4</sup>、債權、無體財產權<sup>5</sup>、可行使之財產請求權<sup>6</sup>、有價證券，甚至電磁波頻譜（Spectrum）<sup>7</sup>、非同質化代幣（NFT）<sup>8</sup>以及排碳權<sup>9</sup>等。從多樣化與多元性拍賣標的觀之，每一種類型之財產權益具有各自之法律特徵與定位，而拍賣契約成立繫諸於拍定，拍定與導致最高價之方式，又伴隨著各種經濟市場需求，開展出更具靈活性與複雜性組合模式。

經由國家任命且行使國家所賦予證明權力之公證人，其承載著預防司法糾紛、保全證據與維護私權之任務<sup>10</sup>。

<sup>2</sup> 藍玉琦，挑戰與機遇並存-2021拍賣市場回顧與展望，典藏古美術，354期，2022年3月，頁18。

<sup>3</sup> 蘇富比（Sothebys）拍賣會拍賣NFT之作品介紹與說明，參<https://www.sothebys.com/zh-hant/digital-catalogues/natively-digital-a-curated-nft-sale>（最後瀏覽日2022年10月31日）。

<sup>4</sup> 值得注意的是，金融機構合併法第11條第2項與第3項對於不動產之拍賣另設規定：「II 金融機構或金融機構不良債權之受讓人，就已取得執行名義之債權，得就其債務人或第三人所提供第一順位抵押權之不動產，委託經主管機關認可之公正第三人公開拍賣，並不適用民法債編施行法第二十八條之規定。公開拍賣所得價款經清償應收帳款後，如有剩餘應返還債務人。III 前項公正第三人認可之條件、業務範圍、負責人資格、廢止認可及公開拍賣程序等事項之辦法，由主管機關定之。」依此而另行制訂公正第三人認可及其公開拍賣程序辦法。

<sup>5</sup> 國立交通大學專利授權暨拍賣平台已於2011年6月開始上線服務，其拍賣標的為專利權，參<https://pcm.tipo.gov.tw/PCM2010/PCM/commercial/01/bid.aspx?aType=1&ArticleType=1>（最後瀏覽日2022年10月31日）。

<sup>6</sup> 詹森林，拍賣物為第三人財產時之物權關係與債權關係--兼論最高法院九十三年台上字第二八七號判決，日新，第6期，2006年1月，頁19-24。

<sup>7</sup> 樊沁萍/陳仁傑，頻譜拍賣制度之理論回顧、政策經驗與模擬研究，人文及社會科學集刊，第30卷第3期，2018年9月，頁1-頁40。

<sup>8</sup> 蘇富比（Sothebys）拍賣會拍賣NFT之作品介紹與說明，參<https://www.sothebys.com/zh-hant/digital-catalogues/natively-digital-a-curated-nft-sale>（最後瀏覽日2022年10月31日）。

<sup>9</sup> 新加坡碳交易市場（CIX）之碳權拍賣說明，參[https://www.moea.gov.tw/mns/ietc/bulletin/Bulletin.aspx?kind=51&html=1&menu\\_id=33594&bull\\_id=9615](https://www.moea.gov.tw/mns/ietc/bulletin/Bulletin.aspx?kind=51&html=1&menu_id=33594&bull_id=9615)（最後瀏覽日2022年10月31日）。

<sup>10</sup> 有關於公證法中文書籍與期刊文獻可參：鄭雲鵬，公證法新論，元照，2015年3月，4版；陳又麟，公證人職務與違法審查義務，司法週刊，1761期，2015年8月，頁2；賴來焜，最新公證法論，三民，2004年3月；周家寅，論我國公證人就法律行為公證之審查



公證人對於請求證明之法律行為及其他關於私權之事實，不僅有審查權利，亦有審查義務。而現今我國公證人制度之發展，猶在不斷建構之中，一個健全且完整之自律與他律監督機制也尚待整合<sup>11</sup>。又拍賣標的具多樣性與續生性，拍定與導致最高價方式具高度複雜性，2018年司法院會商行政院發布施行「公證人防制洗錢及打擊資恐辦法」，要求公證人落實公、私部門洗錢防制之作為行為。綜合該等因素，在解析「拍賣公證」之議題上，本文將非以全面形塑一般性「拍賣公證」為出發，而是藉由比較法，特別是參考德國公證書作成法（Beurkundungsgesetz）中，對於公證人職權猶囿於不動產任意拍賣為引子，以限縮「拍賣公證」之範疇。同時希冀透過拍賣公證議題之初探，為類型化與個別化之拍賣公證新頁，起拋磚引玉之作用。

## 貳、公證與任意拍賣之關係

拍賣為特種買賣一種，而所謂拍

賣，係使競買人各自提出條件，出賣人擇其最有利者而出賣之方法，乃結合競買人之競價行為及出賣人之賣定表示而為之競爭買賣<sup>12</sup>。拍賣之種類，因執行人與執行程序之不同，可區分為公的拍賣（或稱強制拍賣）與私的拍賣（或稱任意拍賣），因公的拍賣於我國強制執行法另有規定，故以下則首先聚焦於我國現行民事實體法規範中就任意拍賣（私拍賣）與公證所生之交錯關係為探討：

### 一、匯流拍賣與公證之相關規範

私的拍賣，是基於個人意思所為拍賣，國家公權力未予介入強制為之，故其拍賣程序適用民法第391條以下之規定。一般而言，意定拍賣原因既是出於出賣人之自由意志與決定，自是適用私拍賣程序。而基於法律規定之原因而為拍賣者，亦有適用私拍賣程序之情形，羅列如下<sup>13</sup>：

#### （一）債編之規定：

權，公證法學，第5期，2008年12月，頁29-45。另外學位論文部分參，趙之敏，民法中法律行為方式與公證制度之研究，東吳大學法律學系研究所博士論文，2018年；鄭惠佳，不動產交易中的公證制度，中正大學法律學研究所博士論文，2011年；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，東吳大學法律學系研究所碩士論文，1998。

<sup>11</sup> 黃慧文，民間公證人業務監督之比較研究，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2011年，頁79。

<sup>12</sup> 參最高法院109年台上字第1831號民事判決。

<sup>13</sup> 關於抵押權之實行，依學者史尚寬先生之意見，應聲請法院依強制執行法為拍賣，債法各論上冊，1976年10月3版，頁94。



1. 民法第585條：「I委託人拒絕受領行紀人依其指示所買之物時，行紀人得定相當期限，催告委託人受領，逾期不受領者，行紀人得拍賣其物，並得就其對於委託人因委託關係所生債權之數額，於拍賣價金中取償之，如有賸餘，並得提存。II如為易於敗壞之物，行紀人得不為前項之催告。」

2. 民法第621條：「倉庫契約終止後，寄託人或倉單持有人，拒絕或不能移去寄託物者，倉庫營業人，得定相當期限，請求於期限內移去寄託物。逾期不移去者，倉庫營業人，得拍賣寄託物，由拍賣代價中扣去拍賣費用，及保管費用，並應以其餘額交付於應得之人。」

3. 民法第650條：「I受貨人所在不明或對運送物受領遲延或有其他交付上之障礙時，運送人應即通知託運人，並請求其指示。II如託運人未即為指示，或其指示事實上不能實行，或運送人不能繼續保管運送物時，運送人得以託運人之費用，寄存運送物於倉庫。III運送物如有不能寄存於倉庫之情形，或有易於腐壞之性質或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時，運送人得拍賣之。IV運送人於可能之範圍內，應將寄存倉庫或拍賣之事情，通知託運人及受貨人。」

4. 民法第656條：「I旅客於行李到達後一個月內不取回行李時，運送人得定相當期間催告旅客取回，逾期不取

回者，運送人得拍賣之。旅客所在不明者，得不經催告逕予拍賣。II行李有易於腐壞之性質者，運送人得於到達後，經過二十四小時，拍賣之。III第六百五十二條之規定，於前二項情形準用之。」

### (二) 物權編之規定：

1. 民法第892條：「I因質物有腐壞之虞，或其價值顯有減少，足以害及質權人之權利者，質權人得拍賣質物，以其賣得價金，代充質物。II前項情形，如經出質人之請求，質權人應將價金提存於法院。質權人屆債權清償期而未受清償者，得就提存物實行其質權。」

2. 民法第893條：「I質權人於債權已屆清償期，而未受清償者，得拍賣質物，就其賣得價金而受清償。II約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權移屬於質權人者，準用第八百七十三條之一之規定。」

3. 民法第936條：「I債權人於其債權已屆清償期而未受清償者，得定一個月以上之相當期限，通知債務人，聲明如不於其期限內為清償時，即就其留置物取償；留置物為第三人所有或存有其他物權而為債權人所知者，應併通知之。II債務人或留置物所有人不於前項期限內為清償者，債權人得準用關於實行質權之規定，就留置物賣得之價金優先受償，或取得其所有權。III不能為第一項之通知者，於債權清償期屆至後，



經過六個月仍未受清償時，債權人亦得行使前項所定之權利。」

鑑於我國拍賣法之制訂尚付闕如，民法債編施行法第28條就債編所定之上開法定原因而為私拍賣程序，另設有特別規定：「民法債編所定之拍賣，在拍賣法未公布施行前，得照市價變賣，但應經公證人、警察機關、商業團體或自治機關之證明。」至於上開有關物權編之質物與留置物之拍賣，民法物權編施行法第19條規定：「民法第八百九十二條第一項及第八百九十三條第一項所定之拍賣質物，除聲請法院拍賣者外，在拍賣法未公布施行前，得照市價變賣，並應經公證人或商業團體之證明。」此所稱之證明，參照民國22年9月23日院字第980號解釋意旨，係指證明其變賣係依市價<sup>14</sup>。具體言之，民法債編施行法第28條與民法物權編施行法第19條為公證人得為拍賣價格為證明行為之法律依據。而值得注意的是，公證人對拍賣價格為市價所做之證明，應是指公證人基於自己對事實觀察所得之陳述或紀錄而言。

## 二、稼接不動產拍賣與公證之民

### 法第166條之1

自1999年4月21日增訂民法第166條之1迄今已逾23年，行政院仍未會同司法院另定其施行日，而對於不動產債權契約—特別是針對買賣契約，應由公證人作成公證書規定之存廢問題，近年來在學界已有深入分析與建議<sup>15</sup>，對此條存廢問題將不續行論述。

民法第166條之1之立法說明中有謂：「…二、不動產物權具有高度經濟價值，訂立契約約定負擔移轉、設定或變更不動產物權之義務者，不宜輕率。為求當事人締約時能審慎衡酌，辨明權義關係，其契約應由公證人作成公證書，以杜事後之爭議，而達成保障私權及預防訴訟之目的；爰參考德國民法第三百十三條第一項及瑞士債務法第二百十六條第一項之立法例，增訂第一項規定。三、當事人間合意訂立以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的之契約（債權契約），雖未經公證，惟當事人間如已有變動物權之合意，並已向地政機關完成物權變動之登記者，則已生物權變動之效力，自不宜因其債權契約未具備第一項規定之公證要件，而否認該項債權契約之效力，俾免理論

<sup>14</sup> 另可參臺灣高等法院109年度上更一字第32號民事判決。

<sup>15</sup> 陳明燦，我國不動產買賣契約公證與登記法律問題分析—兼論德國公證人制度（下），公證法學，第16期，2020年8月，頁61-78；陳明燦，我國不動產買賣契約公證與登記法律問題分析—兼論德國公證人制度（上），公證法學，第15期，2019年8月，頁72-90；游進發，法務部「民法第166條之1施行相關問題研究與政策建議」委託研究案成果報告書，2018年12月。



上滋生不當得利之疑義；爰參考前開德國民法第二項，增列第二項規定。此際，地政機關不得以當事人間之債權契約未依前項規定公證，而拒絕受理登記之申請。至對此項申請應如何辦理登記，宜由地政機關本其職權處理，併此敘明。」

據此可知，不動產債權契約應由公證人作成公證書之規定，係援引德國現行民法第311b條（舊民法第313條）。不動產債權契約應經公證人作成公證書要求係濫觴於羅馬君士坦丁大帝時期（Constantinus Magnus，西元272-西元337）。君士坦丁大帝鑑於土地交易在經濟與社會有重要意義，又為確保國家稅捐之收入，則以古典羅馬對不動產買賣移轉所採之握手取得（Mancipatio）方式為基礎，並飭令不動產買賣移轉行為須作成證書，並應經鄰里為證明，其在訴訟上具表見證據（Prima-facie-Beweis）效力<sup>16</sup>。此種公證形式要求，見諸於十八世紀之法國與普魯士<sup>17</sup>。1900年德國民法典之立法者在制訂舊民法第313條時，是存有異見的。而該條立法歷程可謂起伏跌宕備受爭議，說明

如下：

1. 德國民法典起草者 von Kübel 認為，不動產買賣契約以雙方合意即成立，無須另有特殊法定方式要求，而不動產移轉讓與踐履公示登記，即足確保國民之經濟。其強調，倘此法定要式要求是源於不動產在經濟上具有重要性，以此思維為推衍，無疑地則凡是具有經濟重要性之契約，則應等同為規制<sup>18</sup>。

2. 德國民法典第一次草案修正委員會卻持反對意見，並建議增列不動產債權契約之法定形式規定。其認為，不動產債權契約之要式性要求，不是基於不動產在經濟上之特殊價值，毋寧應著力於不動產具社會之重要決定性。亦即是，在農業經濟之背景下，不動產是人民定居以及為經濟活動之基石<sup>19</sup>。

3. 德國民法典第二次草案修正委員會肯定第一次草案立場並表示，為保護精明能力較為欠缺之農村人民（weniger gewandten der bäuerlichen Bevölkerung），不動產債權契約不僅應以書面為之，更應經過法院或公證人為證明，以確保農民之權益<sup>20</sup>。不動產債權契約欠缺此要式性，契約因違反法定

<sup>16</sup> Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*, 1992, 16. Aufl., S. 47 ff.; Harke, Jan Dirk, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht, 2007, § 311b, Rdn. 2.

<sup>17</sup> Harke, Jan Dirk, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht, 2007, § 311b, Rdn. 2.

<sup>18</sup> Harke, Jan Dirk, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht, 2007, § 311b, Rdn. 3.

<sup>19</sup> Mugdan, Bd. II, 104.

<sup>20</sup> Mugdan, Bd. II, 621.



要式性而無效，而祇要不當得利返還請求未罹時效，當事人間之法律關係即處在不安定狀態。有鑑於此，第二次修正草案修正委員會則建議增訂，以當事人對不動產之嗣後讓與合意與登記，緩和與限制契約之無效<sup>21</sup>。

4. 不動產債權契約應經公證之草案送交聯邦參議院（Bundesrat）審查時，就嗣後治癒法律效果之規範模型，在聯邦參議院引發劇烈爭論，認為嗣後治癒效果，無疑是剝削小人物（kleinen Leute）之工具。普魯士政府則提出捍衛性看法，強調若無嗣後治癒可能性之規範，將使大城市之不動產交易市場陷入難以承載之不確定性，並形成法不安定性<sup>22</sup>。

5. 1900年通過之德國民法第313條之模型，不僅維持治癒條款，同時也保留不動產債權契約法定形式要求之規範。為落實不動產債權契約公證之要求，相應地在德國現行法第925a條為規定：「對於土地所有權讓與合意之表示，僅於提示或當場作成311a條第1項第1段所訂契約之必要證書時，始得受領。」然此為程序規定，欠缺形式時，不使土

地所有權之讓與合意無效。

透過德國民法典立法歷史之篇章可知悉，不動產債權契約應由公證人作成公證書之社會因素與價值擷取。誠然，公證制度源自於古羅馬法，公證人無偏頗性之特質，透過時間與經驗淬鍊，已深植在歐陸法系人民刻板認知中。人們將公證人理解為神職人員一般，故有稱：「公證人在世俗領域就像神父在精神領域一樣，他們是我們秘密的保管者。」除人民對於公證人賦予高度信賴外，德國公證人之自律性，以及他律監管制度之健全，則裨益於舊民法第313條規定之落實。

拍賣是特種買賣之一種，惟其屬性為競爭性之買賣，而德國舊民法第313條已設有不動產債權契約（包含買賣契約）應公證之規定。依此，以拍賣方式成立之不動產債權契約，則亦須依德國現行民法第311b條第1項規定為公證<sup>23</sup>。公證人職務執行之範圍限於法律明文規定為限，而任意拍賣之標的為不動產時，則公證人得依據德國現行民法第311b條第1項規定，對不動產拍賣契約為公證，此即德國所稱之「不動產任

<sup>21</sup> Mugdan, Bd. II, 105

<sup>22</sup> Harke, Jan Dirk, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht, 2007, § 311b, Rdn. 3

<sup>23</sup> Limmer Peter, Die freiwillige Grundstückversteigerung durch den Notar, in Westermann, Harm Peter/Mock, Klaus (Hrsg.): Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag, 2000, S. 512.

Limmer, Festschrift für Bezenberger, 2000, 509, 510.



意拍賣公證」類型一種<sup>24</sup>。

而另外值得一提的是，德國公證人條例（Bundesnotarordnung，簡稱BNotO）第三章規範公證人之職務（Die Amtstätigkeit），在第20條有關公證人公證（Beurkundungen）與認證（Beglaubigungen）事項中之第3項有規定：「此外公證人之權限為執行任意拍賣（freiwillige Versteigerungen）。動產之拍賣僅限於因不動產之拍賣而生者、或是因公證人公證或調解所生之財產爭議者，公證人方得為之。<sup>25</sup>」此為另一種類型之「不動產任意拍賣公證」，此類型係指公證人自為任意拍賣程序之拍賣人（Auktionator），以執行拍賣行為，並為公證。公證人自為拍賣人之情況，在德國實務運用上較為罕見。

綜上所述，依據上開德國民法與德國公證人條例之規定可知，所謂之任意拍賣公證有兩種類型：一是公證人自為

不動產任意拍賣程序之拍賣人，其地位可類比強制拍賣程序中之執行法院，公證人之權限係依據為公證人條例第20條第3項之規定；二是公證人介入第三人舉辦之不動產任意拍賣程序，就當事人締結之不動產拍賣契約為公證，公證人之權限係依據德國現行民法第311b條第1項規定。第一種類型之不動產拍賣公證，囿於我國公證制度以歐陸拉丁公證人制為基石<sup>26</sup>，公證人職務執行之範圍限於法律明文規定者，故此類型之拍賣公證則有待立法。至於第二種類型之拍賣公證，則取決於我國民法第166條之1施行封印之解開。若此封印解開，當事人請求公證人就不動產任意拍賣為公證時，公證人為拍賣公證也因此取得合法之依據。

## 參、不動產拍賣契約之公證

### 一、任意拍賣

拍賣契約之所以異於買賣契約，在

<sup>24</sup> DNotZ-Mitteilung, 2005, 161, 162.

<sup>25</sup> 德國公證人條例第20條（公證與認證）中文翻譯為：「（1）公證人之權限為對任何形式之簽名、合格之電子簽章（qualifizierte elektronische Signaturen）、畫押和副本為認證。特別是其任務涉及對會議決議之公證、進行摸彩和有獎競賽、編制財產目錄、遺產目錄和遺產清冊、調解遺產和夫妻公共財產分配、依據土地登記法第36條和第37條發與證明、加蓋封印和解除封印、制作拒絕書、陳述之交付以及依職權對處理事務之事實進行公證。（2）公證人之權限為受領不動產所有權讓與合意、設定部分抵押權債務和出讓部分土地債務證書。（3）此外公證人之權限為執行任意拍賣（freiwillige Versteigerungen）。動產之拍賣僅限於因不動產之拍賣而生者、或是因公證人公證或調解所生之財產爭議者，公證人方為之。（4）公證人之權限為依據物權清理法之規定（den Bestimmungen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes）為調解。（5）公證人在遺產保全程序中對封印和解除封印之權限範圍，依各邦法律定之。」

<sup>26</sup> 關於拉丁公證制度之詳細說明參，藍瀛芳，拉丁公證人之法律地位，司法週刊第46期與47期，1983年2月17日。



於拍賣契約為競價買賣。最高法院109年台上字第1831號民事判決有謂：「拍賣，係使競買人各自提出條件，出賣人擇其最有利者而出賣之方法，乃結合競買人之競價行為及出賣人之賣定表示而為之特種買賣。」依我國民法第391條規定：「拍賣因拍賣人之拍板或其他慣用之方法為賣定之表示而成立。」據此，賣定表示，係以拍板方法為原則，例外尚得依其他慣用之方法為之，諸如按鈴、甚或歐洲交易習慣所採之蠟燭熄滅或沙漏等方式。且民法第393條規定：「拍賣物之拍定，除拍賣之委託人有反對之意思表示外，得將拍賣物拍歸出價最高之應買人。」由是可知，基本上拍賣人則是將拍賣物，拍歸出價最高之應買人。傳統慣用導致最高價之基礎模型有二種：一是競爭漸次加價法；另一是競爭漸次減價法。為因應各種交易市場之需要，拍賣人在拍賣公告對拍定方式與導致最高價之運作，也因此開展出多樣性與複雜性之組合與變換模式<sup>27</sup>。耙梳交易市場慣用且導致最高價之重要拍賣模型，略有<sup>28</sup>：

### (一) 基礎拍賣模型：

1. 傳統英式拍賣，採公開競爭漸次加價法（ascending auction），係指競買人公開競爭出價由下往上喊，喊價最高價者拍得，競買人得多次重複提高價格。

2. 荷蘭式拍賣，採公開漸次減價法（descending auction），係指拍賣人先行出價，無人應買時，則自高價漸次往低價遞減，直至有人應為止，此價即為最高價額。

### (二) 基礎拍賣模型之變體：

1. 日本式拍賣，採漸次升價時鐘拍賣法（ascending clock auction），競買人得進入拍賣臺，價格隨著時鐘移動持續上漲，停留在拍賣臺上者，係為應買之表示，不欲應買之競買人得隨時離開拍賣臺，離開後不得再為競買，僅剩單一競買人在拍賣臺時，則拍賣停止，並以該價格為最高價。

2. 變體之英式時鐘拍賣（English Clock Auction），採漸次升價時鐘拍賣法，即是競買人公開競爭出價由下往上

<sup>27</sup> 值得注意的是，在新型態之拍賣模型中以同步多輪拍賣制度最值得關注，參PAUL ROBERT MILGROM, PUTTING AUCTION THEORY TO WORK, 241(2004)。此拍賣模型是Milgrom與其指導老師Robert B. Wilson一起合作研究之拍賣理論，為改進1996年諾貝爾經濟學得主William Vickrey在1960年所提出之拍賣理論，並建立新的拍賣形式。其為美國公共電磁波頻譜（spectrum）設計新式拍賣方式，師徒二人所提出之理論也重大影響eBay電商拍賣模型，2020年一起同獲諾貝爾經濟學獎（<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2020/summary/>, last visited 2022/10/23）。

<sup>28</sup> GREGOR BERZ, GAME THEORY BARGAINING AND AUCTION STRATEGIE, 26-41 (2015).



喊，競買人欲退出應買，須向拍賣師為表示，退出競買人不得再參與競價，僅剩單一競買人時，拍賣停止並以該價格為最高價。

3. 蘇格蘭式拍賣，或稱時間間隔拍賣 (time-interval auction)，亦可理解為英式拍賣變體之一種。時間間隔拍賣允許競買人於合理時間考慮為應買，而非倉促為之，此種導致最高價之競價方式，適用於非追求快速交易之不動產拍賣。

4. 最高價密封拍賣 (The first-price sealed auction, FPSBA)，係指多數競買人以密封方式同時為應買，競買人僅得出價一次，出價最高競買人拍得，並依最高價格付款。

5. 次價密封拍賣 (The sealed-bid second-price auction, SBSPA)，或稱維克里拍賣 (Vickrey auction)<sup>29</sup>，係指多數競買人以密封方式同時為應買，競買人僅得一次出價，而出價最高者拍得，但依次高價付款即可。

最高法院 109 年台上字第 1831 號民事判決對於拍賣之詮釋，係為廣義之拍賣，因其強調者為於欲締約之多數競買人中，擇最有利者與之締約之方法。而在此廣義競價締約之拍賣方法中，尚可區分狹義拍賣與標賣，最高法院 32 年永上字第 378 號民事判決即認為拍賣與標賣於競爭締約方式與法律性質有所差

異，而應予區辨：「拍賣與標賣，雖皆為使競買人各自提出條件，擇其最有利者而出賣之方法。惟拍賣時，各應買人均得知悉他人之條件而有再行提出條件之機會，標賣時，各投標人均不知悉他人之條件而無再行提出條件之機會，此為其不同之點。拍賣之表示為要約之引誘，而非要約，民法第三百九十一條以下定有明文，而標賣之表示，究為要約之引誘抑為要約，法律既無明文規定，自應解釋標賣人之意思定之。依普通情形而論，標賣人無以之為要約之意思，應解為要約之引誘，且投標非見他投標人之條件而為之，雖有出價較高之投標，而其他之投標亦不失其拘束力，故開標後標賣人或不與全體投標人訂約，或竟與出價較低之投標人訂約，均無不可。但標賣之表示明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留外，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務。」據此可知，狹義拍賣之特徵在於多數競買人公開競價，而標賣則以競買人不知其他競買人所提出之條件為方式，最高價密封拍賣與次價密封拍賣即屬之。

我國民法第 394 條規定：「拍賣人對於應買人所出最高之價，認為不足者，得不為賣定之表示而撤回其物。」在解釋論上，將拍賣人之拍賣表示，原

<sup>29</sup> 1996 年諾貝爾經濟學得主 William Vickrey 在 1960 年所提出之拍賣理論與模型。



則上詮釋為要約引誘。學者史尚寬先生則有謂：「然此非強行規定，而屬解釋之規定，惟於要約或要約引誘有疑義時，而決定其為後者。<sup>30</sup>」循此，拍賣人拍賣表示之屬性為何，尚繫諸於具體拍賣方式與拍賣條件，而公開競價之拍賣表示，亦容有解釋為要約之可能。以拍賣人自訂最高價額，再公開漸次減價為拍賣為例，因拍賣人自定最高價格，除拍賣表示另有保留外，契約內容係屬確定，在解釋係屬要約為適切。

值得敘明的是，從我國民法第391條至第397條之立法技術（rechtstechnisch）觀之，立法者並未就應買人之應買表示（Gebot）與拍賣人之拍定（Zuschlage）為定性，毋寧是強調應買人之應買表示與拍賣人之賣定表示，是在於企圖促成締結拍賣契約之法律效果。同時應買之表示與拍定之表示，必須符合民法第86條以下所稱意思表示之意義與內涵。無疑地，拍賣契約成立，原則上適用一般契約成立之法則，即拍賣契約因相互意思表示而成立。而應買人所為之應買表示（Gebot），在解釋論上，除拍賣人提出之拍賣方式或拍賣條件另有保留外，一般而言則將應買表示解釋為要約，此要約在有出價較高為

應買時或拍賣物經撤回時，失其拘束力（參民法第395條）。至於拍賣人之賣定表示，原則上解釋為承諾，則拍賣因拍賣人拍板或依其他慣用之方法為賣定之表示而成立（參民法391條）<sup>31</sup>。

## 二、不動產之拍賣

最高法院57年台上字第1436號民事判決有謂：「不動產物權之移轉，應以書面為之，其移轉不動產物權書面未合法成立，固不能生移轉之效力。惟關於買賣不動產之債權契約，乃非要式行為，若雙方就其移轉之不動產及價金業已互相同意，則其買賣契約即為成立。出賣不動產之一方，自應負交付該不動產並使他方取得該不動產所有權之義務，買受人若取得出賣人協同辦理所有權移轉登記之確定判決，則得單獨聲請登記取得所有權，移轉不動產物權書面之欠缺，即因之而補正。<sup>32</sup>」承此，拍賣不動產之債權契約，亦非要式行為，若應買人與拍賣人對移轉之不動產及價金，業已經應買表示與賣定表示互相同意，拍賣契約即為成立。

惟我國民法第166條之1第1項有規定：「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

<sup>30</sup> 史尚寬，債法各論，1967年，3版，自版，頁65。

<sup>31</sup> HK-BGB/Schulze, 10. Aufl., 2018, § 311 b, Rdn. Rdn. 16.

<sup>32</sup> 另可參最高法院74年度台上字第1374號民事判決、最高法院79年度台上字第1754號民事判決、最高法院82年度台上字第2855號民事判決、最高法院95年度台上字第1718號民事判決。



人作成公證書。」一旦此規定施行，拍賣不動產之債權契約在實體法上則應經公證人作成公證書。又德國實務與學者通說認為，不動產債權契約應公證之法定要式規定，在屬性上係為強行性之規定，依德國民法第125條規定，欠缺法定方式之法律行為無效<sup>33</sup>。拍賣是為一個競價性且高動態性交易樣態，如何使不動產拍賣契約有效成立，取決於公證人對拍賣不動產債權契約是否作成公證書為斷。公證人應如何在應買人應買表示與拍賣人賣定表示相互合意之神奇時刻進行公證行為，公證人審查權利與審查義務之實現係為核心所在。

### 三、不動產拍賣契約之公證

承前所言，拍賣是一個競價性且具動態性之交易過程，而導致拍賣高價方式具多元性與複雜性，公證人對不動產拍賣契約為公證時，公證人應就整個拍賣過程以實際體驗之方法與結果加以審查，方得對不動產拍賣契約作成公證書。又民法第166條之1之立法理由明確指出：「為求當事人締約時能審慎衡酌，辨明權義關係，其契約應由公證人作成公證書，以杜事後之爭議，而達成保障私權及預防訴訟之目的。」公證人之審查權係為確保

當事人締約審慎衡酌，辨明權義關係之最重要與最顯著之方法，我國公證法第71條與第72條定有明文<sup>34</sup>。德國證書作成法（Beurkundungsgesetz）第3章就審查（Prüfungs-）和闡明（Belehrungspflicht）義務為規定，其中第17條為原則性規範，其規定：「（1）公證人應探求當事人之真意，澄明事實，向當事人闡明其行為在法律上之效力，並將其所做之表示（Erklärungen）明白、清楚地記明於公證書。同時，應注意避免錯誤和疑義，以及不得損無經驗及輕率當事人之利益。（2）當事人行為於合乎法律規定或當事人真意存有疑義時，公證人應就疑義與當事人討論之。公證人就行為之效力存有疑義，但當事人仍堅持為公證時，公證人於筆錄中載明其所為之闡明，以及對當事人所為之表示。（2a）公證人行公證程序，應確實遵守第1項和第2項規定之義務。涉及消費者契約（Verbraucherverträgen）時，公證人應力促：1. 消費者為法律行為之表示，係由其親自或由其信賴之人向公證人為之，以及2. 消費者有充分機會預先了解公證之標的；消費者契約依據民法第311b條第1項第1句和第3項應經公證者，應為公證之公證人，或是與其有共同執行職務之公證人

<sup>33</sup> 有關民法第166條之1法定方式要求之效力，國內學者林誠二先生有提出深入論述，參林誠二，債法總論新解（上），2010年，頁88以下。

<sup>34</sup> 有關我國公證人審查義務之詳細與深入說明，參鄭雲鵬，公證法新論，元照，2015年3月，4版，頁217以下。



應於公證前之兩星期，將為法律行為之預期文本提供予消費者。期間不足者，應於筆錄中載明其事由。公證人之其他義務，不受影響。(3) 適用外國法或是應否適用外國法有疑義時，公證人應向當事人為闡明。」既然拍賣是競爭性買賣契約，欲締約之競買人係為多數，公證人之闡明義務，原則上須於拍賣開始前，向所有競買人為充分之釋明，方能達闡明義務之目的。另外，拍賣不動產契約係涉消費者時，則公證人負有將預期公證之契約文本送交消費者審閱之義務，以避免消費者輕率地倉促行事，或稱倉促保護 (Übereilungsschutz)<sup>35</sup>，以為警示之作用。德國證書作成法第 15 條特別針對拍賣公證如何作成筆錄有特別規定：「為拍賣公證行為時，僅受應買表示拘束之應買人，得視為關係人。應買人於拍賣行為結束前離開者，則本法第 13 條第 1 項規定不適用之，且筆錄應載明應買人於拍賣行為結束前已離開。<sup>36</sup>」

附帶一提，既然公證人公證行為之核心在於審查與闡明義務，就關於公證

人審查與闡明義務之射程，新近臺灣臺北地方法院 111 年度聲字第 508 號民事裁定中表示，以形式上之審查為之，並透過客觀方式予以界定，其有謂：「不動產拍賣契約之公證人不得就違反法令事項及無效之法律行為，作成公證書；公證人於作成公證書時，應探求請求人之真意及事實真相，並向請求人說明其行為之法律上效果；對於請求公證之內容認有不明瞭、不完足或依當時情形顯失公平者，應向請求人發問或曉諭，使其敘明、補充或修正之；公證人對於請求公證之內容是否符合法令或對請求人之真意有疑義時，應就其疑慮向請求人說明；如請求人仍堅持該項內容時，公證人應依其請求作成公證書。但應於公證書上記載其說明及請求人就此所為之表示；公證人作成公證書，應記載其所聽取之陳述與所見之狀況，及其他實際體驗之方法與結果，公證法第 70 條、第 71 條、第 72 條及第 80 條分別定有明文。又關於公證人於公證時所應行使審查權限之範疇為何，公證法並無明文，然公證法第 71 條之立法理由載明：公

<sup>35</sup> Ambrüster/Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, Kommentar, 4. Aufl. 2003, § 17, Rdn. 186.

<sup>36</sup> 德國證書作成法第 13 條 (宣讀、批准與簽名) 規定：「(1) 公證人須當場向當事人宣讀筆錄，由當事人親筆署名。在地圖、圖片或插畫上簽名者，則以應交予當事人審閱以代宣讀；並於筆錄中載明之。當事人在筆錄中已為親自署名者，推定公證人已為在場宣讀筆錄，或依第二句有必要交予當事人審閱與同意者亦同。筆錄依當事人要求得於同意前交予當事人審查。(2) 製作數份完全或部分相同筆錄時，公證人以相同內容者，依前項第 1 句規定向當事人為宣讀，或以審閱代宣讀為之。德國公證人條例第 18 條不受影響。(3) 公證人應於筆錄親自署名，並對署名加蓋封印。」



證，本質上屬非訟事件，宜本諸非訟事件形式審查之精神，就請求公證之內容，從形式上加以審核。我國公證實務亦多認為公證事件屬非訟事件，基於非訟事件之本質，公證人僅須行使形式審查權，就當事人所提出之資料，作形式上之審查，予以客觀之界定，至於涉及實體法律關係內容之事項，則無調查審核之義務；關於當事人間涉及實體法律關係之爭執仍應由法院依實體訴訟程序調查審認之結果加以裁判；且依公證法第15條第1項規定，公證人非有正當理由，不得拒絕請求人之請求。故公證人就請求人之請求，以當事人所提出之資料為審查之結果，倘無具體明顯之證據，足認存在違反法令或無效法律行為等得加以拒絕之正當理由，即應予公證。」堪值關注。

公證人審查與闡明義務之界線，牽動著公證人公證行為在訴訟法上具證據力之強度，也影響公證人作成公證書之公信力。學者姜世明先生認為，經公證人公證之不動產債權契約具有法定證據能力，是法定證據原則殘留之產物，其有謂：「法定證據主義係指，法律預先規定對於某種事實之認定須依據一定之證據，或如何之證據得認定其有如何之證據價值，法官僅能依法定方式認定事實，而不得由法官依其良知及經驗自由形成其心證。例如，法律明定，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（民法第166條之1）；或合意管轄應以書面證之。此類規定即具有證據方法已被法定限制之意義。若當事人就不動產買賣之事實或有無合意管轄之事實發生爭議，即須以買賣契約之公證書面或合意管轄之書面為證據始可。現多數立法例基於發現真實與司法獨立之基本精神，乃採行自由心證主義，僅保留少數例外之規定。<sup>37</sup>」具有重要參考指引作用。

### 肆、結論

德國公證人之地位與職務，德國公證人條例（Bundesnotarordnung）第1條定有明文，公證人為各邦任命以執行公務之獨立主體，負責公證法律事件，以及預防司法（vorsorgenden Rechtspflege）領域為任務，同法第14條對公證人之職業義務設有高密度自律性規範，以彰顯德國公證制度在法制層面之嚴密性。我國公證法第2條第1項規定：「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。」此概括性規範似乎意指，公證人被請求為公證之法律行為及其他關於私權之事實，無違反公序良俗或強行規定者，公證人即得依職權為公證或

<sup>37</sup> 姜世明，民事訴訟法《下冊》，2019年2月，6版，新學林出版股份有限公司，頁41。



認證。然而在我國公證制度未臻完善發展之時，如何建立完善監管機制，以樹立公正、誠實具公權力之獨立主體圖像，方為要務。在此思維下，就針對拍賣公證之議題，一如前言所述，本文非以形塑一般性拍賣公證為開展，而是從嚴地認定公證人權限為出發，希冀透過現行法規已有拍賣與公證交錯之情形，特別是以民法第166條之1規定為範式。藉由拍賣不動產公證之初探，重新深入認識拍賣是一跨越歷史長廊之重要交易行為，現代拍賣模型更為多變與靈活。拍賣契約成立時點，因拍賣模型與拍賣

條件之不同，而異其解釋。同時我國民法第391條以下有關拍賣之規定，在立法技術上是採取框架式模型，於適用時則繫諸於個案中對拍賣方式與拍賣條件之解釋。我國公證人若欲擴展拍賣行為為公證人權限之一環，可參考德國拍賣公證之作法，先從不動產拍賣之公證行為論起，為拍賣不動產債權契約建立健全預防訴訟與保護私權之公證制度，並以此基礎再漸次繪製「拍賣公證」之新頁。<sup>66</sup>（本文作者：現職為國立臺北大學法學院專任教授）