臺灣高等法院高雄分院民事裁定

93年度抗字第233號

抗　告　人　東亞建築經理股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　林博德

相　對　人　國城建設股份有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　蔡麗環

抗告人因與相對人間假處分事件，對於中華民國九十三年三月二十二日臺灣高雄地方法院九十三年裁全字第一二六九號所為裁定提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄。

相對人在第一審之聲請駁回。

聲請及抗告訴訟費用由相對人負擔。

理　由

一、本件抗告意旨略稱：抗告人與相對人及第三人和旺聯合實業股份有限公司（下稱和旺公司）間，曾經簽訂合建契約，約定由和旺公司提供坐落高雄縣○○鄉○○段○○○地號等十四筆土地，交由相對人以和旺公司為名義申請核准之建造執照，由抗告人提供建築經理及信託服務。言明和旺公司提供之土地應信託登記於抗告人名下，而和旺公司之建造執照於抗告人通知期限內，和旺公司須將建造執照人名義信託登記於抗告人名下。相對人為求合建工程順利推動，而陸續貸予和旺公司以新台幣（下同）一千零四十二萬二千五百八十元，並由和旺公司開立本票五紙交由相對人收執以之為貸款之擔保。詎該五紙本票屆期不獲兌現。又和旺公司之建造執照已依約信託登記予抗告人，但抗告人未履行受託義務，反擬將建造執照變更名義及處分，相對人恐抗告人處分和旺公司提供作為合建房屋之基地不動產，無法保全日後之強制執

行而聲請准予假處分，命抗告人持有之建照執照不得為移轉，設定抵押、出租及其他一切處分行為。然兩造與和旺公司簽訂之合建契約業經和旺公司通知相對人解除契約，且相對人貸予和旺公司款項，其貸款債權債務關係僅存在於相對人與和旺公司，與抗告人並無關係，而所謂建造執照係屬行政機關之管理行為，並非私法上債之關係，並不能為強制執行之標的物，原法院竟置上情於不顧，遽為命抗告人持有之建造執照不得為移轉、設定、出租、處分等假處分裁定，抗告人殊難甘服，因而提起抗告等語。

二、按債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分，假處分非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之。又於爭執之法律關係為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之假處分，前項裁定以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限，此觀民事訴訟法第五百三十二條、第五百三十八條第一、二項之規定自明。故一般之假處分須就金錢請求以外之請求，其請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行或甚難執行之虞始得為之，而定暫時狀態之假處分，必須爭執之法律關係為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有相類之情形而有必要時，始得聲請定暫時狀態之假處分，而定暫時狀態之假處分又以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限。否則債權人不得聲請假處分，其有聲請之者，法院應予駁回之。據相對人（債權人）向原法院提出之假處分聲請狀稱：聲請人即相對人（下稱相對人）前與抗告人及第三人和旺公司曾簽訂合建契約書，約定由和旺公司提供土地，以和旺公司之建照執照，由相對人出資興建，和旺公司應將建造執照之起造人名義信託登記於抗告人名下並由抗告人提供建築經理及信託管理服務。三方簽訂契約後，相對人陸續貸予和旺公司一千零四十二萬二千五百八十元，並由和旺公司簽發本票五紙以為貸款之擔保。詎該本票屆期均不獲兌現。相對人為保全強

制執行，經原法院裁定准許提供擔保後，就和旺公司之建造執照為假處分等語。若相對人係因保全其貸予和旺公司之金錢，因和旺公司簽發之本票不獲付款而欲保全強制執行，則所保全者為金錢債權，核與民事訴訟法第五百三十二條規定之要件不合，尚不得聲請假處分。相對人雖具狀表示：「相對人係為保全合建契約之履行而聲請假處分」（九十三年四月三十日民事答辯狀第六頁），經查兩造所爭執之建造執照，係行政機關所核發之許可建造建築物之文件而已，與汽車牌照、營業執照、漁船執照等以證明具備一定資格者，允許其為某項營業之公文書同，建造執照僅係許可得為建築之公文書而已（參照建築法第二十六條第一項），為行政主管機關所為之行政管理行為而已，該建造執照未具有財產權之性質，自無從為移轉、設定抵押、出租等法律行為，相對人雖以最高法院二十年抗字第五號判例稱：「假處分為保全強制執行方法之一種，苟合於假扣押條件，並經債權人聲敍假處分之原因存在，法院即得為假處分之裁判，至債權人起訴主張之實體上理由是否正當，乃屬本案判決問題，非假處分裁判中所能解決」等語，惟上開判例係就為假處分後，得提起本案訴訟之情形而言，如得提起本案訴訟，則於假處分程序中，自不能一併解決。惟本件原裁定假處分之內容為：「債權人以新台幣肆佰陸拾陸萬元為債務人供擔保後，債務人就其所有之建造執照不得為移轉、設定抵押及其他一切處分行為」，而建造執照既不具財產權之性質，原裁定以之為禁止移轉、設定抵押及其他一切處分行為云云，自有未洽，從而相對人為本件假處分之聲請，當非民事訴訟法為保全強制執行而設保全程序之本旨所在，其聲請不應准許。抗告論旨指摘原裁定不當，為有理由，應由本院予以廢棄改判如主文所示。

三、依民事訴訟法第四百九十二條、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　九十三　　年　　五　　月　　四　　日

民事第二庭

審判長法　官　簡色嬌

法　官　沈建興

法　官　周慶光

正本係照原本作成。

如不服本裁定應於送達後十日內向本院提出再抗告狀，並繳納再抗告費新台幣一千元。再為抗告應以適用法規顯有錯誤為理由，並經本院之許可，該許可以原裁定所涉及之法律見解具有原則上之重要性者為限，並委任律師為代理人。

抗告人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或抗告人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審代理人。

抗告人或其法定代理人具有律師資格者及前項情形，應於提起抗告或委任時釋明之。

中　　華　　民　　國　　九十三　　年　　五　　月　　五　　日

法院書記官　馬蕙梅