臺灣高等法院臺中分院民事裁定

110年度非抗字第149號

再抗告人　華豐營造股份有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　陳葉美惠

000000000000000000

000000000000000000

代　理　人　陳哲偉律師

相　對　人　馬國柱會計師即寶德電化材科技股份有限公司之破產管理人

000000000000000000

黃國棟即寶德電化材科技股份有限公司之破產管理人

000000000000000000

000000000000000000

兼上二人

送達代收人　袁震天律師即寶德電化材科技股份有限公司之破產管理人

000000000000000000

000000000000000000

上列抗告人因與相對人間拍賣抵押物事件，對於民國110年3月3日臺灣彰化地方法院110年度抗字第12號所為裁定，提起再抗告，本院裁定如下：

主　文

再抗告駁回。

再抗告程序費用新臺幣壹仟元由再抗告人負擔。

理　由

□按對於抗告法院之裁定再為抗告，僅得以其適用法規顯有錯誤為理由，非訟事件法第45條第3項定有明文。所謂適用法規顯有錯誤，係指原裁定就其取捨證據所確定之事實適用法規，顯

然不合於法律規定，或與司法院現尚有效及大法官會議之解釋，或最高法院現尚有效之判例顯有違反，或消極的不適用法規，顯然影響裁判者而言（司法院釋字第177號解釋、最高法院60年台再字第170號判例意旨參照）。又聲請拍賣抵押物，屬非訟事件，法院所為准駁之裁定，對於債權、抵押權存否及抵押權標的物範圍等均無實體確定效力，如對於抵押債權等實體法律關係有爭執者，應由有爭執之人提起訴訟，以求解決，並非准許拍賣抵押物裁定所得審究。

□原法院司法事務官以109年度司更拍二字第4號裁定駁回再抗告人於拍賣抵押物之聲請，再抗告人不服，提起抗告，原裁定駁回抗告，再抗告人不服，提起本件再抗告。再抗告意略以：

㈠原裁定程序部分有適用法規顯有錯誤之情形：

1.依非訟事件法第44條第1項，對於非訟事件之抗告，應由地方法院合議庭為之。但原裁定僅由獨任法官為之，顯有適用非訟事件法第44條第1項規定之錯誤。

2.寶德電化材科技股份有限公司(下稱寶德公司)於再抗告人提出拍賣抵押物聲請後，旋經法院裁定宣告破產，並選任袁震天律師、馬國柱會計師、黃國棟為破產管理人，依非訟事件法第35之1條準用民事訴訟法第174條第1項規定，司法事務官應於依破產法有承受訴訟人或破產程序終結以前，停止非訟程序之進行。但本件破產管理人於民國109年8月21日已明確具狀陳明渠等在未經監察人同意前，無法承受訴訟，司法事務官未先依職權裁定命渠等為承受訴訟人，即續行非訟程序，且原裁定更認破產管理人已承受訴訟，亦有適用非訟事件法第35之1條準用民事訴訟法第174條第1項錯誤之情形。

㈡原裁定實體部分有適用法規顯有錯誤之情形：

1.非訟事件法第73條明文以法定抵押權及其他未經登記之擔保物權為規範對象，且其立法理由並未列及民法第513條之承攬人抵押權，而最高法院92年度台上字第2744號判決亦揭明，民法第513條所定承攬人之抵押權經修正後，已改採登記生效原則，性質上屬強制意定抵押權，與修正前係屬法定

抵押權之性質有間，故修正後民法第513條規定之抵押權應無非訟事件法第73條規定之適用。此亦為多數實務見解所採。因此，本件抵押權早辦畢預為抵押權設定登記，性質上已非未經登記之抵押權，且修正後民法第513條抵押權亦無非訟事件法第73條規定之適用。但原裁定認本件僅得就無爭執部分准許拍賣，顯有適用非訟事件法第73條規定錯誤之情形。

2.縱認有非訟事件法第73條規定適用，依破產法第75條規定，寶德公司經破產宣告後，應改由破產管理人為法定代理人並承受訴訟，該公司原董事長已當然失其法定代理人之地位。故寶德公司經裁定宣告破產後，仍以原董事長名義具狀表示意見，其書狀所述任何主張或陳述應不生任何非訟事件法第73條規定所稱「爭執」之法律上效力，自無所謂法院僅得就無爭執部分裁定准許拍賣之問題。且本件破產管理人既尚未承受訴訟，司法事務官亦未依職權命渠等承受訴訟、續行訴訟，則渠等自非本件當事人，則渠等於原裁定程序或抗告程序所為之任何主張或陳述，亦不生非訟事件法第73條所稱之爭執之法律上效力。則原裁定以預告登記擔保之債權發生及範圍尚未確定，駁回再抗告人之聲請，自有違誤。

3.本件抵押權早經辦妥預為抵押權設定登記，依最高法院100年度台抗字第157號裁定意旨，預為抵押權登記之效力與普通抵押權登記者並無不同，是倘若預為抵押權登記之抵押權已具備民法第66條第1項所稱定著物性質之情形下，在符合民法第873條規定債權已屆清償期，而未受清償者之條件時，預為抵押權登記之抵押權人自得聲請裁定准許拍賣抵押物。實務上亦多有前例。且依內政部地政司92年5月1日內授中辦地字第0920082830號函可知，承攬人就尚未完成之建物，申請預為抵押權登記時，因地政機關不動產登記電腦作業，對於尚未完建物所有權第一次登記之建物，無法於他項權利部辦理登記，乃權宜以一般註記方式將承攬事實登載於建物登記簿標示部，惟此登載方式不影響登記之效力，是承

攬人就尚未完成之建物向地政機關申請預為抵押權登記，與已登記建物以他項權利為抵押權登記之效果相同。故原裁定認預為登記抵押權人不得聲請裁定拍賣抵押物，亦有適用民法第873條規定錯誤之情形。

4.本件無論依民法第505條第2項規定或依兩造簽訂之訂購單「付款條件：發票日(或請款日)30轉帳」之約定內容，再抗告人均得請求寶德公司給付各期工程款。況寶德公司於破產宣告聲請時，將再抗告人列債權人，並申報債權額為新臺幣（下同）4756萬餘元，依破產法第100條及第102條規定，無論本件抵押權所擔保之工程款債權是否已屆清償期，均視為當然到期，符合民法第873條所定債權已屆清償期而未受清償之條件。故原裁定認本件債權發生及範圍尚未確定，亦有適用民法第505條第2項、第873條、破產法第100條、第102條錯誤之情形。爰提起本件再抗告，聲明廢棄原裁定，相對人所有如再抗告狀附表所示之不動產准予拍賣。

□經查：

㈠按聲請拍賣抵押物，原屬非訟事件，而非訟事件，依法院組織法第17條之2第1項第3款規定，得由司法事務官辦理。移由司法事務官處理之非訟事件，依非訟事件法之規定，司法事務官就受移轉之非訟事件所為處分，與法院所為者有同一之效力；聲請人或權利受侵害者對於司法事務官就受移轉事件所為之處分，得依各該事件適用原由法院所為之救濟程序，聲明不服；前項救濟程序應為裁定者，由地方法院行之。非訟事件法第50條、第54條、第55條第1項、第2項分別定有明文。而非訟事件法第55條就司法事務官所為處分設救濟程序之目的，在予法院重新審究原處分之機會，地方法院此時究應以合議或獨任行之，則由地方法院視具體個案決定，此觀非訟事件法第55條之立法理由即明。換言之，非訟事件若由地方法院司法事務官辦理者，其救濟程序自應優先適用非訟事件法第55條之規定，由地方法院以合議或獨任行之；而不再適用同法第44條第1項，須以合議庭裁定之。是原裁定

由獨任法官裁定駁回再抗告人之抗告，並無錯誤適用非訟事件法第44條第1項規定之情形，則再抗告人以前詞主張原裁定僅由獨任法官，未由地方法院合議庭裁定，違反非訟事件法第44條第1項規定，適用法規顯有錯誤云云，即屬無據。

㈡按當事人受破產之宣告者，關於破產財團之訴訟程序，在依破產法有承受訴訟人或破產程序終結以前當然停止；又民事訴訟法第168條至180條規定，於非訟事件準用之。民事訴訟法第174條、第175條、非訟事件法第35條之1，分別定有明文。故寶德公司經宣告破產後，於破產管理人承受訴訟前，本件非訟程序即當然停止。又所謂承受之聲明，並無一定之用語，苟依書狀意旨，及承受義務人以該書狀所為之訴訟行為，足認其係出於承受訴訟之意思者，即不能指為尚未為合法之承受訴訟之聲明（最高法院77年度台上字第772號裁判意旨參照）。民事訴訟法第168條至第172條及前條所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明；他造當事人，亦得聲明承受訴訟，則為民事訴訟法第175條所明定。最高法院前揭判決雖係針對承受訴訟人聲請承受訴訟之情況而為說明，惟他造當事人既亦得聲明承受訴訟，則對於他造當事人承受之聲明，亦應為相同之解釋，換言之，如依他造當事人所提書狀意旨及程序具體情事，他造當事人係出於聲明承受訴訟之意思者，即不得指為尚未為合法之承受訴訟聲明。是以：

1.查本件再抗告人於109年4月7日向原法院聲請裁定拍賣抵押物，惟臺灣臺北地方法院於同年月10日以109年度破字第4號裁定宣告寶德公司破產，復於109年5月19日以109年度執破字第7號裁定（見原審109年度抗字第29號卷第41頁）抗選任黃國棟、袁震天律師、馬國柱會計師為破產管理人後，再抗告人已於109年6月23日提出民事補充抗告理由㈠狀，將袁震天律師、馬國柱會計師、黃國棟列為相對人，聲請命其承受訴訟（同上卷第31頁）。則再抗告人以該書狀所為之訴訟行為，足認其係出於以他造當事人之身分聲明應由袁震天律師

等3人承受訴訟之意思，參諸前揭說明，本件再抗告人已聲明由袁震天律師等3人應為承受訴訟之具體表示。且經原審法院司法事務官函請相對人陳述意見，業經袁震天律師、馬國柱會計師、黃國棟以寶德公司之破產管理人身分於109年8月21日具狀陳述意見（附於原審法院109年度司拍更一字第1號卷內），準此，再抗告人既已為合法之承受訴訟聲明，並已由袁震天律師等3人為寶德公司續行當然停止前之非訟程序，因此本件非訟程序已無當然停止之事由，原審法院司法事務官續行非訟程序，即無不合。則再抗告人主張本件未承受訴訟，應停止訴訟程序云云，亦屬無據。

2.至於相對人袁震天律師等3人於前揭民事陳述意見狀雖表示依破產法第92條第13款規定，須經監察人同意始得承受訴訟，而認尚難承受本件非訟程序等語；惟按破產法第92條第13款：「破產管理人為左列行為時，應得監察人之同意：…□關於應行收歸破產財團之財產提起訴訟或進行其他法律程序」之規定，係指破產管理人就應屬破產財團之財產，提起訴訟或進行其他法律程序，破產管理人居於「主張」權利地位之情形而言，如破產管理人係居於「防禦」地位，核與前開條款規定別除權標的物之收回情形有別，應無該條款規定之適用（最高法院80年台上字第2736號裁判意旨參照）；則本件相對人袁震天律師等3人是居於防禦地位，承受訴訟即無須經監察人之同意。從而，原法院司法事務官准許袁震天律師等3人承受本件非訟程序，亦與破產法第92條之規定無違。

㈢另按法定抵押權人或未經登記之擔保物權人聲請拍賣擔保物事件，如債務人就擔保物權所擔保債權之發生或其範圍有爭執時，法院僅得就無爭執部分裁定准許拍賣之。法院於裁定前，應使債務人有陳述意見之機會，非訟事件法第73條定有明文。另承攬之工作為新建建築物，承攬人得就承攬關係報酬額，對於將來完成之定作人之不動產，請求預為抵押權之登記。此項請求，承攬人於開始工作前亦得為之。觀諸民法

第513條第1、2項規定可明。依此所為「預為抵押權」之登記，僅係「預先」「暫時」性登記，與就已登記之不動產設定抵押權登記，尚屬有間。其抵押權之行使，仍以將來完成之不動產係由承攬人基於承攬關係所施作，且屬定作人所有為限，承攬人始得就承攬關係報酬額對之取償。若已完成而未辦理建物所有權第一次登記之建築物與其預為抵押權登記所擬興建之建築物不符，所有權人是否為原定作人亦有爭執時，參照非訟事件法第73條規定，承攬人若欲實施抵押權，仍應由其負證明之責（最高法院106年度台抗字第17號、本院109年度非抗字第289號裁判意旨參照）。又89年5月5日施行之民法第513條第1項修正為：「承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人得就承攬關係報酬額，對於其工作所附之定作人之不動產，請求定作人為抵押權之登記；或對於將來完成之定作人之不動產，請求預為抵押權之登記」，換言之，依民法第513條所為僅係就法定抵押權「預先」「暫時」性登記，其仍屬法定抵押權，自有非訟事件法第73條之適用。且相對人就本件再抗告人之承攬債權已爭執再抗告人並未提出已完工、已屆清償期之證明，並就再抗告人於破產程序申報之全部破產債權聲明異議，有其提出之民事聲明異議狀在卷可稽（見原審109年度司拍更二字第4號卷），依非訟事件法第73條之規定，即無從裁定准許拍賣。再抗告意旨主張就已登記之法定抵押權無非訟事件法第73條規定適用，原裁定以非訟事件法第73條駁回再抗告人拍賣抵押物之聲請，有適用法規顯有錯誤云云，亦為無據。

㈣末按，民法第513條所謂承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產有抵押權者，係指承攬之工作為建築物，或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者而言。準此規定，承攬人之法定抵押權，其抵押物為工作所附定作人之不動產。再抗告人主張其因工程承攬而取得法定抵押權，其抵押權之客觀，應為前述工作所附定

作人之不動產。又系爭抵押物是否已具備民法第66條第1項所稱「定著物」之性質，及再抗告人之承攬債權是否已發生及其範圍為何，均屬實體法律關係之認定問題，兩造對此既有爭執，依首揭說明，民法第513條所規定之法定抵押權，固於其承攬之工作完成並所擔保之債權發生時，即有效成立，不以登記為生效要作，惟此項抵押權並無如一般設定抵押權（意定抵押）之有登記資料足資依據，故如法定抵押權人行使其權利聲請法院裁定准許拍賣抵押物，而抵押物所有權人對於其法定抵押權之存在有爭執時，即應另行訴請確認其法定抵押權存在，否則不能認其拍賣抵押物之聲請為有理由，此部分自應另循訴訟途徑解決，並非本件准許拍賣抵押物裁定所得審究。則再抗告人主張本件符合民法第873條規定「（擔保）債權已屆清償期，而未受清償者」條件，原裁定認本件債權發生及範圍尚未確定，有適用民法第505條第2項、第873條、破產法第100條、第102條顯有錯誤之瑕疵云云，均屬無據。

□綜上所述，再抗告人聲請拍賣抵押物，不應准許，原裁定維持原處分，駁回再抗告人之抗告，經核並無上開法條規定之適用法規顯有錯誤之情事。再抗告意旨執前開事由，提起本件再抗告，請求廢棄原處分、原裁定，並無理由，應予駁回。

□據上論結，本件再抗告為無理由，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　10　　日

民事第六庭　　審判長法　官　楊熾光

法　官　戴博誠

法　官　莊宇馨

正本係照原本作成。

不得再抗告。

書記官　黃粟儀

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　10　　日