臺灣彰化地方法院簡易庭民事裁定

109年度司拍字第50號

聲　請　人　泰成機械股份有限公司

法定代理人　趙國隆

相　對　人　袁震天律師即寶德電化材科技股份有限公司之破產

兼下二人送　管理人

達代收人　　413室

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

黃國棟即寶德電化材科技股份有限公司之破產管理人

上列當事人間聲請拍賣抵押物事件，本院裁定如下：

主　文

聲請人之聲請駁回。

聲請程序費用由聲請人負擔。

理　由

一、按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。前項請求，承攬人於開始工作前亦得為之。民法第513條第1項、第2項固定有明文。惟上開規定文義已分為民法第513條第1項前段於定作人既有不動產設定之抵押權，及後段對將來完成即尚非獨立不動產之「預為」抵押權登記。而依後者所為「預為抵押權」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，尚有屬間。應俟不動產完成時，抵押權方能成立，而非以不具獨立性之未完成不動產為抵押權客體。

二、聲請人之聲請意旨略以：相對人前與聲請人簽立工程承攬契約書，承攬工程總價約定為新臺幣（下同）72,765,000元，並約定相對人應於聲請人開立統一發票及經兩造簽認之工程計價單後30日給付估驗工程款予聲請人，詎相對人迄今共積

欠工程款31,969,502元尚未清償，有經相對人簽認之訂購單可證，經聲請人多次以口頭、電話、存證信函知相對人盡速清償上開工程款，相對人均置之不理，甚至向法院為破產之聲請，迄今仍未支付任何款項。聲請人已向地政機關「預為抵押權」之登記，已生依法登記之效力，為此依民法第873條規定，聲請裁定相對人所有暫編為彰化縣○○鄉○○段○○○○○○號之建物准予拍賣云云。

三、聲請人上述主張業提出其與相對人間之工程承攬契約書、公證書及暫編為彰化縣○○鄉○○段○○○○○○○號之建物登記謄本為證。依前開暫編謄本所載，其登記原因為「預為抵押權」，其他登記事項註記：「承攬事實及建造執照號碼，詳如彰化縣政府建照執照（107）府建管（建）字第0000000號、（108）府建管（雜）字第0000000號，權利範圍全部。內容詳如109年度北院民公晉字第500293號公證書之承攬人與定作人工程承攬契約書，承攬報酬額72,765,000元」固可明於聲請人即承攬人於開始為承攬工作前之民國（下同）109年3月間，就尚未建造而「預計將來完成」如上開建照所示建物有「預為抵押權登記」。惟查：

㈠預為抵押權登記尚非抵押權，聲請人非非訟事件法第72條所指抵押權人，自無從聲請裁定拍賣抵押物：

⑴從文義解釋，觀諸民法513條第1項規○○○區○○段承攬人得就請求對定作人現有不動產為「抵押權登記」，及後段對將來完成之定作人不動產，請求「預為」抵押權登記。文義已載明「預為」抵押權設定，而非抵押權登記本身。蓋物權之客體，須具有獨立性，是抵押權之客體亦應符合民法第66條第1項所示土地、定著物，而為獨立之不動產。然「預為」抵押權登記依民法第513條第2項，於承攬人開始工作前，即能就尚未建造，無具體存在之預計將來完成之不動產預為登記，因應法律體系之一致性，若認於非獨立之不動產得例外預為成立抵押權，即應於法條文義明確規定預為抵押權登記之效力與抵押權有同一效力。是預為抵押權登記與抵押權

登記尚屬有別，其性質係「預先的」、「暫時的」之登記，僅是一種「保全註記性質」登記。

⑵按抵押權為不動產物權，依民法第759條規定，非經登記不生效力，抵押權人亦僅能依設定登記內容行使其權利。再修正後之民法513條所定承攬人抵押權，非經登記無從成立，其性質上已非不待登記即能享有權利之法定抵押權，而為強制性之意定抵押權，亦即承攬人之「抵押權」既應登記，自不得將抵押權之預為登記與抵押權設定登記等同視之。是「預為」抵押權登記仍應依法登記為抵押權，抵押權人始得行使權利，此於非訟程序之形式審查更顯必要。基於預為抵押權登記具有保全承攬人抵押權之特性，足使承攬人於建築完成時所取得之抵押權，享有與抵押權登記時相同之次序，以及承攬人之抵押權須經登記方能成立，在承攬人已預為抵押權登記情形，自以從速轉換為抵押權登記為宜。...內政部92年5月1日內授中辦地字第020082830號函：「預為抵押權登記以一般註記方式，將承攬事實登載於暫編建物登記簿標示部，然上述登記方式係為配合目前電腦作業所為權宜措施，爾後辦理建物所有權第一次登記時，自應另編建號為之，並將該預為抵押權登記內容轉載於建物他項權利部，同時刪除原編建號建物之標示部及建號，俾利第三人充分了解該建物他項權利登記情形...」此項函示不但詳細說明預為登記之登記方法，且更指出預為登記之效果是：於定作人辦理建物第一次所有權登記時，應將承攬人之抵押權預為登記，逕行轉載為抵押權登記，因之，發生抵押權登記之效力（謝在全，民法物權論　下ＶＶ103年9月修訂六版，第427頁註19參照）。從而，預為抵押權登記仍須待將來定作人於申辦建物或工作物所有權第一次登記時，由登記機關轉載為承攬人抵押權登記時，方生抵押權法定效力。

⑶再民法第513條之抵押權既屬登記物權，其登記自應以其抵押物已為第一次所有權登記為前提。此觀最高法院106年度台抗字第17號民事裁定意旨，亦認為『「預為抵押權」之登

記，僅係「預先」「暫時」性登記，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。』乃預為抵押權之工作物於最終辦理建物所有權第一次登記時，其工作物所有人等權屬狀況未必然與預為登記情形相同，保存登記之工作物所有人並非即係定作人，致與拍賣抵押物須以抵押物之現所有人即處分權人為相對人有所不合。

㈡縱使聲請人主張預為抵押權登記與抵押權登記有同一效力，聲請人未能於非訟程序形式證明抵押權客體存在，亦無抵押權問題：

按承攬人之抵押權客體須為建築物或其他土地上之工作物，其工作物應符合定著物之要件，而為獨立之不動產。而未完成之建築物，自何時始可謂為民法第66條第1項所稱土地之定著物，應以該新建之建築物，是否已具備適合於其使用目的之構成部分為斷，如已具備適合於其使用目的之構成部分，應認為已脫離動產之範圍，而列為不動產，否則即仍應認為動產（最高法院63年台上字第2100號判決參照）。是縱使採修正後之民法第513條規定仍屬法定抵押權之登記對抗要件說見解，於工作物之新建，仍須待工作物完成，成為定著物，得為物權客體後，始能成立抵押權。復按聲請拍賣抵押物係屬非訟事件，法院祇須就抵押權人提出之文件為形式上審查，如就雙方所提出之證據資料，從其外觀及記載內容，無從判斷是否符合聲請拍賣抵押物之法定要件，自無從准許。經本院於109年5月26日命聲請人應於收受裁定10日內，說明聲請拍賣之標的物是否已建築完竣，並證明拍賣標的已屬「定著物」，而為獨立交易及使用之不動產，並提出證明文件，上開裁定業合法送達，有送達證書1件在卷可稽，聲請

人逾期仍未提出形式證明文件。聲請人雖於109年6月8日、109年6月15日、109年7月8日或陳報所謂現場照片，或並聲請本院勘驗調查，惟其所述事項應屬實質調查事項，並非外觀證據而能即時由本院形式上審查，聲請人仍係未依限按上開裁定補正證明。復經本院檢附聲請人之聲請狀及歷次陳報狀，通知相對人表示意見，相對人否認承攬之工作物已完工，就工作物是否為定著物仍有爭執。再經本院職權向彰化縣政府函詢前開建照是否已完工及其施工進度，並調取施工進度及申報勘驗紀錄表相關資料，惟彰化縣政府函復前開建照僅於108年6月13日申報開工、放樣勘驗備查階段，此有附於本件及本院109年度司拍字第54號卷宗之彰化縣政府109年6月22日回函可佐，而依彰化縣建築管理自治條例第27條第1項規定放樣勘驗須於建築物放樣後，挖掘基礎土方階段前辦理，是可認承攬工作物相關文件外觀上尚未開始起造，形式審查上亦無從認承攬工作物已為定著物。從而，聲請人經本院依非訟事件法第30條之1，定期間裁定命補正逾期未補正，且本院亦已極盡形式調查之能事，仍未能判斷承攬工作物為定著物，自無何抵押權存在問題。揆諸上開說明，聲請人聲請裁定拍賣抵押物，依法自無從准許。另聲請人、相對人如有其餘實體爭執，非本件非訟程序之形式審查所得審究，應循訴訟程序以資解決，附此敘明。

四、依非訟事件法第21條第2項、民事訴訟法第78條，裁定如主文。

五、如不服本裁定，應於裁定送達後10日內向本院提出抗告狀（需附繕本），並繳納抗告費1,000。關係人如就聲請所依據之法律關係有爭執者，得提起訴訟爭執之。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　29　　日

簡易庭司法事務官　汪俊賢