臺灣彰化地方法院民事裁定

109年度抗字第88號

抗　告　人　健祐營造有限公司
法定代理人　柯健文
相　對　人　寶德電化材科技股份有限公司
法定代理人　黃世岳
破產管理人　袁震天律師
　　馬國柱會計師
　　黃國棟

上列當事人間拍賣抵押物事件，抗告人對於中華民國109年4月28日本院109年度司拍更一字第2號司法事務官所為之裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

抗告訴訟費用由抗告人負擔。

理　由

壹、本件抗告意旨略以：

一、抗告人與相對人寶德電化材科技股份有限公司(下稱相對人公司)簽立工程承攬契約書，並就承攬價金，以附表所示之建物及工作物預為抵押權登記，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日內給付工程款予聲請人，詎相對人迄今共積欠新臺幣（下同）17,968,126元未清償，迭經催討，相對人仍置之不理，並經法院為破產宣告。

二、然原裁定有下列適用法規錯誤：

㈠寶德公司於抗告人提出裁定拍賣抵押物聲請後經法院裁定為破產宣告，寶德公司破產管理人未具狀聲明承受訴訟，原裁定亦應依職權裁定命破產管理人承受訴訟，並續行訴訟程序，原裁定未停止本件非訟程序之進行，並於依破產法有承受訴訟人或破產程序終結前，即駁回抗告人之聲請，有適用法規(非訴事件法第35-1條準用民事訴訟法第174條第1項)顯有錯誤之瑕疵。

㈡實務通說均認修89年5月5日修正後民法第513條所定承攬人抵押權「無」非訟事件法第73條第1項規定之適用，原裁定認本件僅得就無爭執部分准許拍賣，違反非訟事件法第73條第1項規定，有適用法規顯有錯誤之瑕疵。

㈢又退步言，縱認本件有非訟事件法第73條之適用，寶德公司於抗告人提出本件聲請後旋經裁定為破產宣告，寶德公司於原裁定程序提出之書狀應不發生任何非訟事件法第73條所稱「爭執」之法律上效力，且破產管理人於本件未聲明承受訴訟，亦未經法院依職權裁定命承受訴訟，破產管理人於原裁定程序所為之任何主張或陳述，亦不生任何法律上效力，原裁定逕以寶德公司爭執預告登記擔保之債權發生及範圍尚未確定，駁回抗告人之聲請，實違反破產法第75條、非訟事件法第73條規定，有適用法規顯有錯誤之瑕疵。

㈣預為抵押權設定登記之效力與普通抵押權設定登記並無不同，且實務上亦存在有大量預為抵押權登記准予拍賣抵押物之前例，原裁定認預為抵押權登記之抵押權人不得為裁定拍賣抵押物之聲請，實遠反民法第873條規定，有適用法規顯有錯誤之瑕疵。

㈤本件符合民法第873條所定「（擔保）債權已屆清償期，而未受清償者」條件，且預為抵押權登記之抵押物已具備民法第66條第1項所稱「定著物(不動產)」性質，抗告人自得依民法第873條規定為裁定拍賣抵押物之聲請。況系爭抵押物是否屬民法第66條第1項所稱之「定著物(不動產)」，攸關抗告人得否行使系爭抵押權，為本件重要事項，原裁定就抗告人聲請現場勘驗或為調查均未置理，即駁回抗告人之聲請，實違反非訟事件法第32條第1項規定，有適用法規顯有錯誤之瑕疵。

三、既原裁定有上述適用法規錯誤，其駁回本件抗告人聲請裁定拍賣抵押物聲請之 作法，實與法有遠，是為此提出本件抗告，請准為抗 告聲明之判決故提起本件抗告，以資救濟等語。

四、並聲明(一)原裁定廢棄。(二)相對人所有如附表所示之不動產准予拍賣。(三)抗告費用及聲請費用由相對人負擔。

貳、經查：

一、按「按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。觀諸民法第五百十三條第一、二項規定可明。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。」(最高法院106年台抗字第17號民事裁定)、「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。」，非訟事件法第73條第1項定有明文。且查附表所示之不動產均處於尚未完工階段，為兩造所不爭，故抗告人基於抵押權預告登記權利人地位聲請拍賣抵押物，自為非訟事件法第73條之未登記不動產擔保物權人。況因承攬關係所生之擔保債權或其範圍常不明確，故於踐行拍賣程序時，不應與已登記之抵押權完全相同，並為兼顧債權人與債務人雙方之權益及非訟程序之進行，故法院僅得就無爭執部分裁定准許拍賣，是相對人於原審以承攬工作物尚未完工為由，爭執預告登記擔保之債權發生及範圍尚未確定，依非訟事件法第73條規定，自不得准許拍賣附表所示之不動產，係屬適法可採。從而抗告人所陳承攬人依據民法第513條第1項之抵押權為意定地上權，且無非訟事件法第73條第1項之適用云云，尚屬無據。

二、再按「破產債權非依破產程序，不得行使，破產法第99條定有明文。是破產債權之範圍，如何申報，何時依何種方法、順序及比例就破產財團之財產而為分配，悉依破產法規定之程序為之，俾各破產債權人獲得平等之清償，以實現債務人

之財產為全體債權人債權總擔保之原則，該破產債權人應祇可依破產程序行使其債權以受清償，殊無再另以訴訟方法或其他非訟程序行使其權利之餘地」(最高法院91年台抗字457號)、「對於破產人之債權，在破產宣告前成立者，為破產債權，但有別除權者，不在此限。」、「破產債權，非依破產程序，不得行使。」、「在破產宣告前，對於債務人之財產有質權、抵押權或留置權者，就其財產有別除權。有別除權之債權人，不依破產程序而行使其權利。」，破產法第98條、第99條、第108條定有明文。查，本件相對人公司業經臺灣臺北地方法院宣告破產，且本件抵押權預告登記係發生於破產宣告前等情，為兩造所不爭執，並有相對人於原審所提之臺灣臺北地方法院109年度破字第4號裁定為可證，是本件抗告人據以聲請准予拍賣之依據為承攬人抵押權預告登記，承上開說明與已登記之抵押權尚有不同，相對人公司既經法院為破產宣告，而抗告人既僅有普通債權，於相對人公司經破產宣告後自屬為破產債權，僅得依破產程序行使權利，是抗告人所主張系爭如附表之不動產應屬破產程序中別除權之財產，自不須依破產程序行使權利，並無可採，恐係誤解法令之詞。

三、綜上所述，抗告人以其已為抵押權預告登記，而得據此聲請拍賣附表所示之抵押物，顯與法令不符，並無所據。是執行法院司法事務官駁回抗告人強制執行之聲請，當無違誤。抗告意旨指摘原裁定不當，求為廢棄，為無理由，應予駁回。

參、據上論結，本件抗告為無理由，依非訟事件法第46條、第21條第1項，民事訴訟法第495條之1第1項、第449條第1項、第95條、第78條，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　19　　日

民事第四庭　　法　官　洪志賢

附表：　　109年度抗字第88號

編號	暫編建號	位置	基地坐落	建築式樣主要建築材料	建物面積（平方公尺）		權利	備考
					樓層面積	附屬建物主		

（續上頁）

號				及房屋層數	合　　計	要建築材料及用途	範　圍	
001	76	彰化縣線西鄉線工路25號	彰化縣線西鄉西興段27、28、30、31、44、45、46、47地號				全部	工作物（雜項）
002	77	彰化縣線西鄉線工路25號	彰化縣線西鄉西興段27、28、30、31、44、45、46、47地號		1層：186.00；合計：186.00		全部	
003	78	彰化縣線西鄉線工路25號	彰化縣線西鄉西興段27、28、30、31、44、45、46、47地號		1層：144.00；合計：144.00		全部	

以上正本係照原本作成。

如不服本裁定，僅得於收受本裁定正本送達後10日內，以適用法規顯有錯誤為理由，向本院提出再抗告狀（須附繕本一份及繳納再抗告裁判費新台幣1,000 元），經本院許可後始可再抗告。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　19　　日

書記官　林嘉賢