臺灣彰化地方法院民事裁定

109年度抗更一字第3號

抗　告　人　泰成機械股份有限公司

法定代理人　趙國隆

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）

黃國棟（即寶德電化材科技股份有限公司之破產管理人）

兼上二人

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）

上列抗告人因與相對人間拍賣抵押物事件，抗告人對於司法事務官於民國109年7月29日所為本院109年度司拍字第50號裁定提起抗告，經本院於109年9月21日以109年度抗字第59號裁定駁回抗告，抗告人不服並提起再抗告，嗣經臺灣高等法院臺中分院於109年11月10日將原裁定廢棄，發回本院更為裁定，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

抗告及發回前再抗告程序費用共計新臺幣二千元由抗告人負擔。

理　由

一、寶德電化材科技股份有限公司（下稱寶德公司）於民國109年4月10日經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）以109年度破字第4號裁定破產宣告後，復於同年5月19日經臺北地院以109年度執破字第7號裁定選任袁震天律師、馬國柱會計師、黃國棟（下合稱袁震天律師等三人）為寶德公司之破產管理人，有上開裁定在卷可稽（見本院109年度司拍字第50號卷第103至106、147至149頁），是以本件應以袁震天律師等三人為相對人。

二、發回意旨略以：抗告人於109年4月7日向原法院聲請裁定拍賣抵押物後，寶德公司始於同年月10日經臺北地院以109年度破字第4號裁定破產宣告，本件司法事務官未依非訟事件

法第35條之1準用民事訴訟法第174條第1項規定，於依破產法有承受訴訟人或破產程序終結以前，停止本件非訟程序之進行，即於109年7月29日逕以109年度司拍字第50號裁定駁回再抗告人之聲請，於法未合。抗告人不服該裁定，提起抗告，抗告法院未察，非但未停止本件非訟程序之進行，仍以裁定駁回聲請人拍賣抵押物之聲請，於法亦有未合，故廢棄原裁定，發回本院另為適當處理。經查：

㈠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。故寶德公司既經宣告破產，於破產管理人承受訴訟前，本件非訟程序即當然停止。茲有疑義者，係本院司法事務官及原法官為前開裁定時，是否未經承受訴訟而仍屬訴訟程序當然停止之狀態？

㈡次按所謂承受之聲明，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。本件被上訴人之法定代理人於76年3月6日變更為林某，林某隨即於同年3月19日以被上訴人法定代理人之名義，對於原法院75年度重上字第104號判決，表示不服，聲明上訴，並於同年4月9日提出上訴理由狀。此項聲明上訴及提出上訴理由狀之行為，即屬承受訴訟之具體表示，且其上訴狀繕本及上訴理由狀繕本均已送達於上訴人，上訴人指被上訴人於停止訴訟期間所為上訴之聲明，依法不生效力，尚有誤解（最高法院77年度台上字第772號民事判決）。據此判決意旨，可知承受訴訟之聲明，並無一定之用語，即非當然必須指出「承受訴訟」四字方可，且由相關程序具體觀察，已有合於承受訴訟要件之具體情事，即應認為業已遂行承受訴訟之程序。

㈢又民事訴訟法第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，為民事訴訟法第175條所明定。而前揭最高法院77年度台上字第772號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。本件聲請人最初向本院提起109年度司拍字第50號拍賣抵押物事件，固係以寶德公司為相對人，嗣本院司法事務官知悉前揭寶德公司破產及選任破產管理人之情事後，即令抗告人查報寶德公司遺產管理人及改列適格相對人，有本院員林簡易庭審理單及民事裁定在卷可稽（本院109年度司拍字第50號卷，以下簡稱司拍卷，第127、129頁），聲請人隨即向本院提出109年6月5日民事陳報㈣狀，逕將相對人改為袁震天律師等三人（司拍卷第141～143頁），據此等抗告人之具體訴訟作為，應堪認抗告人業已為合法之承受訴訟聲明。從而，抗告人既為前開承受訴訟之聲明，嗣並均列袁震天律師等三人為本件非訟程序之相對人，復於再抗告時表示本院司法事務官為停止本件程序之瑕疵，顯違程序法上之誠信原則，自無可採。

㈣復按承受訴訟之聲明有無理由，法院應依職權調查之；法院認其聲明為無理由者，應以裁定駁回之，民事訴訟法第177條第1、2項定有明文。故如法院調查後，認為承受訴訟聲明合法且有理由者，訴訟停止之原因終竣，法院應續行當然停止前之訴訟程序，無庸另為准予承受訴訟之裁定。故審判長應即指定期日，法院與當事人亦得為其他訴訟行為（參陳計男著，民事訴訟法上，第363頁，2014年1月修訂六版一刷），此由前開條項之反面解釋，亦可得相同結論。本件抗告人為前開合法承受訴訟之聲明後，本院司法事務官即將袁震天律師等三人列為相對人，有本院員林簡易庭審理單附卷可按（司拍卷第169頁），本院109年度司拍字第50號民事裁定，

亦係將袁震天律師等三人列為裁定對象之相對人，顯見本院司法事務官認為抗告人前開承受訴訟之聲明應屬合法且有理由，故即續行當然停止前之非訟程序，進而為前開裁定，應無未合法承受訴訟之情事。

㈤此外，雖袁震天律師等三人所提民事陳述意見狀（司拍卷第197頁以下）及民事陳述意見㈡狀（司拍卷第327頁以下）雖僅將其等三人列為陳述意見人，並依據破產法第92條第13款規定，須經監查人同意始得承受訴訟，而不同意承受本件非訟程序，惟此節性質上應係袁震天律師等三人對於准許承受本件非訟事件有爭執，並不影響本件業經袁震天律師等三人業已承受訴訟之效力。而當事人對於准承受訴訟如有爭執，法院就此中間爭點得為中間裁定，或於終局判決理由中，說明准為承受訴訟之理由（民事訴訟法第383條第2項、第226條第3項。以上參閱陳計男，前揭書，第363頁）。

㈥按破產法第92條第13款之規定，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請求收回，破產管理人居於主張權利地位之情形而言。本件被上訴人主張對於破產人有債權存在，而起訴請求清償，破產管理人係居於防禦地位，核與前開條款規定之情形有別，應無該條款規定之適用。從而原審引用上開條款之規定，認上訴人提起第二審上訴，未得監查人同意，於法不合，所持見解，顯有違誤（參照最高法院80年台上字第2736號民事判例），此並經抗告人於民事陳報㈥狀中引用（司拍卷第295～297頁），據此可知，如居於防禦地位，破產管理人承受訴訟或非訟程序，猶須經監查人同意，提起相關法律程序之權利人將完全受制於對造之監查人，造成法律程序長久無法續行，誠非妥適。故本件非訟事件，袁震天律師等三人顯係居於相對人之防禦地位，揆之前揭判例意旨，其等承受訴訟即無須經監查人之同意。從而，本院司法事務官於准許袁震天律師等三人承受本件非訟程序，亦無違反前開破產法第92條規定之情事，併此說明。

三、抗告意旨略以：

㈠系爭抵押權早經彰化和美地政事務所辦畢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，預為抵押權登記效力與普通抵押權登記者並無不同，倘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）」性質情形下，在符合民法第873條所定「（擔保）債權已屆清償期，而未受清償者」條件時，預為抵押權登記抵押權人自得聲請裁定准予拍賣抵押物，內政部地政司民國92年5月1日內授中辦地字第0920082830號函，亦大致同此意旨。本件無論係依民法第505條第2項之規定，或依兩造所簽立之訂購單：「付款條件：發票日（或請款日）30轉帳」之約定內容，抗告人均得要求抵押人寶德公司為各期工程款項之給付，況寶德公司已於109年4月10日經裁定破產，寶德公司更於破產宣告聲請時，將抗告人列為債權人，依破產法第100條及第102條規定，無論本件系爭抵押權所擔保之工程款債權是否已屆清償期，抵押人寶德公司既經破產宣告，則本件工程款債權當然視為到期，抗告人自得依民法第873條規定為裁定拍賣抵押物之聲請。而由抗告人於原裁定提出之現場照片，可知各該抵押物已屬民法第66條第1項所稱之「定著物（不動產）」，得作為民法第860條所定抵押權之標的，相對人稱本件所涉及工程（土木、鋼構、配管、保溫、儀電、桶槽、設備等）未經施作而構成本件抵押物之一部的說法，顯然與事實有違。

㈡系爭抵押物是否合乎民法第66條第1項所稱「定著物」，得作為抵押權標的，攸關抗告人得否行使系爭抵押權，為本件重要事項。系爭抵押物雖未經地政機關為保存登記，但系爭抵押物相關工程（土木、鋼構、配管、保溫、儀電、桶槽、設備等）實際上均已完成施作而構成該抵押物之一部，有抗告人於原裁定提出現場照片可稽。各該抵押物已然具備有「非土地之構成部分，繼續附著於土地，而達一定經濟上目的，不易移動其所在之物」之性質，而屬民法第66條第1項所

稱之「定著物（不動產）」，得作為民法第860條所定抵押權標的。由彰化縣政府109年6月22日回函，至多僅可證明（108）府建管（建）字第072715號建照於108年6月27日申報開工、放樣勘驗備查階段，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，抗告人除提出現場照片，並聲請至該標的現場勘驗，惟原裁定逕以抗告人所述事項屬實質調查事項為由，駁回抗告人之聲請，顯有不適用非訟事件法第32條第1項規定應調查事實之違法。

㈢實務通說認非訟事件法第73條第1項係以未登記之抵押權或擔保物權為規範對象，本件抵押權（民法第513條）早經地政機關預為抵押權登記，性質上已非未經登記之抵押權，無非訟事件法第73條第1項規定之適用。該條立法理由並未列及民法第513條之承攬人抵押權。況最高法院92年度台上字第2744號判決要旨，現行民法第513條所定承攬人之抵押權修正後，已改採登記生效原則，性質屬強制之意定抵押權，與修正前係屬法定抵押權性質有間。原裁定以抗告人非非訟事件法第72條所指抵押權人，且認承攬工作物非為定著物，駁回抗告人聲請裁定拍賣抵押物聲請，於法有違等語。並聲明：1.原裁定廢棄。2.寶德公司所有前揭不動產准予拍賣。3.抗告費用及聲請費用由相對人負擔。

四、相對人陳述略以：

㈠本件承攬契約報酬請求權尚未屆清償期，不符拍賣抵押物要件，且其取得預為抵押權登記，僅有「保全註記性質」，與抵押權登記有間，尚不生抵押權物權效力，抗告人亦不得依民法第873條請求拍賣抵押物。遑論其亦未提出相關證據證明系爭承攬工作物已為定著物，自不符拍賣標的要件，依法應駁回拍賣抵押物聲請。

㈡預為抵押權登記尚非抵押權，抗告人並非非訟事件法第72條所指抵押權人，無從裁定拍賣抵押物。從文義解釋，民法第513條第1項規○○○區○○段承攬人得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，非抵押權登記本身。蓋物權客體，須具有獨立性，是抵押權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，無具體存在預計將來完成之不動產預為登記，為因應法律體系一致性，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效力與抵押權有同一效力，今法條既未明文為此類似規定，於立法上即已彰揭預為抵押權登記本即不具抵押權登記效力，應無疑義。核諸最高法院106年台抗字第17號民事裁定意旨，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」登記，僅是一種「保全註記性質」登記。

㈢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。再修正後民法第513條所定承攬人抵押權，非經登記無從成立，性質上已非不待登記即能享有權利之法定抵押權，而為強制性意定抵押權，亦即承攬人「抵押權」既應登記，不得將抵押權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，其後「預為」抵押權登記人方始成為「抵押權人」，其後始得行使抵押權權利，此於非訟程序之形式審查更顯必要。內政部92年5月1日內授中辦地字第020082830號函示不但詳細說明預為登記登記方法，更指出預為登記效果是：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）103年9月修訂六版，第427頁註19參照）。亦即，預為抵押權登記僅具有保全特性而已，尚不生抵押權法定效力。至於抗告人所引最高法院106年度台抗字第157號裁定，所涉事實係該案當事人已取得勝訴之確定判決，與本件事實不同，

無比附援引餘地。無論從實務見解抑或學者通說觀之，抗告人並非非訟事件法第72條所指抵押權人，自無從准許裁定拍賣抵押物。

㈣縱抗告人主張預為抵押權登記與抵押權登記有同一效力，抗告人主張之債權金額仍有爭議而尚未確定。又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。縱使採修正後民法第513條規定仍屬法定抵押權登記對抗要件說見解，於工作物新建，仍須待工作物完成，成為定著物而為獨立之不動產，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，法院只須就抵押權人提出文件為形式上審查，如就雙方所提出證據資料，從其外觀及記載內容，無從判斷是否符合聲請拍買抵押物法定要件，自無准許之情存在。抗告人雖提出地政機關預為抵押權登記資料、系爭工程現場照片等資料為據，惟並未提出其聲請拍賣標的已屬「定著物」相關證明，遑論抗告人聲請債權金額與承攬合約金額已有不符，可見抗告人主張之工程尚未完工，則抗告人不僅無法請求承攬報酬，更何況其主張之債權金額今仍有諸多爭議而未確定，而其聲請亦無法提出相關形式證據以證明其所稱承攬工作物已符合「定著物」之抵押權客體要件，形式審查自始無從認抗告人所稱承攬工作物為定著物，在在顯見本件自始未有任何抵押權存在問題討論餘地。則抗告人聲請裁定拍賣抵押物，顯於法無據，不應准許。

㈤本件係非訟事件，僅得為形式上審查，無如訴訟事件一般應踐行嚴格調查證據程序，故抗告人以原裁定並未調查證據、未至現場履勘云云為由提起抗告，並以此論斷原裁定有違誤情事，容有誤會，倘抗告人堅稱法院應至現場履勘，抗告人應直接提起訴訟為宜，而非於本件非訟事件提起抗告。綜上所述，抗告人就預為抵押權登記擔保之債權發生及範圍自始均尚未確定，其請求金額亦仍有爭執，而其所提證據資料，從其外觀及記載內容觀之，更無從證明該未完工之承攬物已

符合抵押權客體法定要件，依非訟事件法第73條第1項規定，自不應准許其拍賣之聲請等語。並聲明：1.抗告駁回。2.抗告及聲請等程序費用均由抗告人負擔。

五、本院之判斷：

㈠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。又修正前民法第513條規定之承攬人之法定抵押權之發生不以登記為生效要件，實務上易致與定作人有授信往來之債權人，因不明該不動產有法定抵押權之存在而受不測之損害。為確保承攬人之利益並兼顧交易安全，89年5月5日施行之民法第513條第1項乃修正為：「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」，將承攬人之抵押權改採登記生效主義，以兼顧定作人之債權人及承攬人之權益。即民法第513條規定將法定抵押權之規定修正為承攬人對定作人有抵押權登記請求權，並兼採「預為抵押權登記」制度，期使第三人得藉由物權登記之公示原則，明確瞭解法定抵押權之存否，即就因承攬關係所生之報酬額，應辦理法定抵押權登記或預為登記，始有優先權可言。換言之，依民法第513條所為「預為抵押權」之登記，僅係就法定抵押權「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97年度台抗字第443號、100年度台抗字第157號、106年度台抗字第17號裁定意旨參照）。是承攬人只要符合民法第513條之要件，即有權利請求定作人辦理抵押權登記。法院就該事件之審理，亦僅須就承攬人是否具備民法第513條之要件為審核，並以兩造均無爭執、已確定之報酬額作為已登記之債權額，以兼顧時效性。

㈡至於抗告人主張民法第513條修正後，已無非訟事件法第73條之適用云云。然參諸非訟事件法第73條之立法理由「依現行法律，法定抵押權（例如國民住宅條例第17條所定債權人對於國民住宅及其基地因貸款所生之債權、同條例第27條所定貸款機關對於申請貸款自建之國民住宅及其基地所生之債權，均享有第一順位之法定抵押權）及未經登記之擔保物權，均係未經登記之擔保物權（例如質權、留置權等），就所擔保債權之發生或其範圍常不明確，故於踐行拍賣程序時，不應與已登記之抵押權完全相同。為兼顧債權人與債務人雙方之權益及非訟程序之進行，爰增設本條第一項，規定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。前開擔保物權，因未經登記，法院於裁定前，自宜使債務人有陳述意見之機會，以確定其債權是否屬於擔保範圍，俾免將來對債務人造成難以回復之損害，爰增設第二項」，就法定抵押權部分雖例示國民住宅條例第17條，尚難據此即謂民法第513條之法定抵押權無非訟事件法第73條之適用。

㈢抗告人於原審主張其與寶德公司簽立工程承攬契約書，承攬工程總價約定為新台幣（下同）72,765,000元，並約定寶德公司應於抗告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抗告人，寶德公司迄今共積欠工程款31,969,502元尚未清償，抗告人已向地政機關「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，聲請裁定寶德公司所有暫編為彰化縣○○鄉○○段○○○○○○號之建物准予拍賣等情，固據其提出工程承攬契約書、公

證書及暫編為彰化縣○○鄉○○段○○○○○○號之建物登記謄本等為證。惟依上開暫編謄本記載之登記日期為109年3月12日，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0318168號、（108）府建管（雜）字第0072707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：新台幣柒仟貳佰柒拾陸萬伍千元整…」，可知係承攬人就預計將來完成之建照「預為抵押權」登記，此與就已登記之不動產設定抵押權登記，尚屬有間。

㈣抗告人雖稱上開建物已為定著物云云，惟原審於109年6月2日函詢彰化縣政府是否業已完工，施工進度或未完成之主要結構、設備為何等事項，經彰化縣政府函覆尚未申請使用執照，僅於108年6月13日申報開工、放樣勘驗備查在案，並檢送勘驗資料影本到院，此有彰化縣政府發文日期109年6月22日發文字號府建管字第1090216746號函附卷可稽（見原審卷第137、223-289頁）。再原審於109年5月26日函詢抗告人不動產是否已建築完竣，並請抗告人補正提出得以證明該不動產已屬定著物，得為獨立交易及使用之不動產之證明文件到院，抗告人雖提出照片，並聲請現場勘驗或為調查，惟相對人否認承攬之工作物已完成，且對於是否已符合「定著物」亦有爭執，並稱抗告人聲請債權金額與承攬合約金額已有不符，抗告人不僅無法請求承攬報酬，更何況其主張之債權金額今仍有諸多爭議而未確定等語。則兩造間既有上開實質上之爭議，依非訟事件法第73條第1項規定，即無從就無爭執部分裁定准許拍賣之。

㈤此外，聲請拍賣抵押物係屬非訟事件，法院僅就抵押權人提出之文件為形式上審查，本件既未有兩造無爭執部分得准予拍賣抵押物，則抗告人聲請調查證據、履勘現場及囑託鑑定，均無調查之必要，併予敘明。

六、綜上所述，抗告人主張其已為抵押權預告登記，聲請拍賣抵

押物，不應准許。原裁定駁回抗告人拍賣抵押物之聲請，並無違誤。抗告意旨指摘原裁定不當，求為廢棄，為無理由，應予駁回。

七、依非訟事件法第46條、第21條、第24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，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　22　　日

民事第三庭　　法　官　林于人

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　　12　　月　　22　　日

書記官　魏嘉信