臺灣彰化地方法院民事裁定

110年度抗字第12號

抗　告　人　華豐營造股份有限公司
法定代理人　陳葉美惠
相　對　人　馬國柱會計師（即寶德電化材科技股份有限公司之
　　黃國棟（即寶德電化材科技股份有限公司之破產管
兼上二人共同

上列當事人間拍賣抵押物事件，抗告人對於中華民國109年12月28日本院109年度司拍更二字第4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。

抗告及前抗告程序費用共計新台幣3,000元由抗告人負擔。

理　由

一、按非訟事件法第44條第1項規定，抗告，除法律另有規定外，由地方法院以合議裁定之。而所謂法律另有規定，即司法事務官決定之救濟方式，非訟事件法第55條第1、2項已有特別規定：「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。」，至於地方法院應由獨任法官或合議庭審理？依司法院秘書長民國98年3月16日秘台廳民二字第0980006307號函即明示：「四、司法事務官辦理拍賣抵押物裁定或本票裁定事件所為裁定：…　當事人不服該裁定，應依非訟事件法第55條規定提起抗告，由該司法事務官所屬一審法院獨任法官或合議庭審理該抗告事件。對該一審法院獨任法官或合議庭就該抗告事件所為裁定不服者，應依非訟事件法第45條規定請求救濟。」，換言之，司法事務官就拍賣抵押物所為決定之救濟方式，依上開說明，由該司法事務官所屬一審法院獨任法官或合議庭審理該抗告事件，均無不可，合先敘明。

二、抗告人聲明求為原裁定廢棄；相對人所有附表所示不動產准予拍賣。抗告意旨略以：

預為抵押權設定登記之效力與岠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，本件定作人自始至終均為寶德電化材科技股份有限公司，抗告人自屬非訟事件法第72條所指抵押權人，得為裁定拍賣抵押物之聲請。實務通說均認為民法第513條並無非訟事件法第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，適用法規顯有錯誤之瑕疵。非訟事件法第73條固規定：「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。」，然觀諸該條立法理由，並未列及民法第513條規定之承攬人抵押權。況依最高法院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經修正後（89年5月5日），已改採登記生效原則，性質屬強制性之意定抵押權，核與修正施行前係屬法定抵押權之性質有間。故非訟事件法第73條所指之法定抵押權，並不包括民法第513條規定之承攬人抵押權在內，實務上亦多採此見解（台灣高等法院台南分院96年度非抗字第8號裁定、台灣台南地方法院95年度抗字第136號裁定、台灣嘉義地方法院102年度抗字第37號）。修正後（89年5月5日）民法513條所定承攬人抵押權無非訟事件法第73條規定適用。

本件無論係依民法第505條第2項之規定，或依兩造所簽立訂購單約定，抗告人均得要求抵押人寶德公司為各期工程款項之給付，況寶德公司於破產宣告請時，將抗告人列為債權人並申報債權額4756萬餘元，依破產法第100條及第102條規定本件工程款債權當然視為到期，符合民法第873條規定之條件，寶德公司現又就承攬報酬全部否認，明顯違反誠信原則，意圖阻撓抗告人聲請拍賣本件抵押物，所辯自無不足採，原裁定認本件債權發生及範圍均未確定，有適用法規顯有錯誤之瑕疵。

本件預為抵押權設定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，且依內政部建物所有權第一次登記法令補充規定第9條第1款規定辦理建物所有權登記，抗告人自得為拍賣抵押物之聲請，系爭抵押物是否完工，而屬民法第66條第1項所稱之「定著物」，攸關抗告人得否行使系爭抵押權，為本件重要事項，原裁定未予斟酌及調查，違反非訟事件法第32條第1項規定。由抗告人提出之現場照片與舊廠區現場照片比對，可知兩者幾無不同，足證系爭抵押物已完工，且由抗告人陳報之寶德公司土木經理程東茂簽署之竣工確認書，以及承造人健祐營造有限公司出具之聲明書，亦足認系爭抵押物已經完工。另鈞院109年度抗字第61號裁定意旨，該案亦肯認現場照片可看出廠房結構、樑柱等外觀已具雛形，並有屋頂足以遮蔽風雨，放樣、基地環境雜項工程已施工至相當程度，已具備定著物之性質，依最高法院77年度台上字第790號裁判要旨之內容，即屬土地之定著物，依最高法院63年度第6次民庭庭推總會議決議（一）內容意旨，自得作為民法第860條所定抵押權之抵押物，相對人空言否認系爭工程已完工，所辯自不可採。

ŋ 本件系爭抵押權早經辦畢預為抵押權設定登記，依最高法院100年度台抗字第157號裁定之意旨，預為抵押權登記之效力與屭通抵押權登記者並無不同，是倘若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）」性質之情形下，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，預為抵押權登記之抵押權人自得聲請裁定准予拍賣押物。又依內政部地政司92年5月1日內授中辦地字第0920082830號函之內容可知，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，對於尚未完成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薄標示部，惟此登載方式不影響其登記之效力，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。再者，預為抵押權設定之抵押物已具備民法第66條第1項所稱「定著物（不動產）」性質之情形下，預為抵押權設定登記之債權人經法院准予裁定拍賣抵押物之前例亦所在多有，本件系爭不動產均已完工，可向地政機關為保存登記，僅因寶德公司財務惡化至今仍未為登記，不得以此認系爭抵押物尚未完工。原裁定援引最高法院106年度台抗字第17號裁定，認預為抵押權之登記僅係預先、暫時性登記，然細繹前開裁定事實，該案係因建築執照起造人嗣後變更，致生保存登記工作物所有人與定作人不符，而認承攬人欲實施抵押權，應負證明之責。惟本件兩造就定作人自始至終均為寶德公司，且系爭抵押物是基於承攬關係所施作等事，並不爭執，是本件無保存登記工作物所有人與定作人不符之情形。

ē 本件系爭抵押物是否合乎民法第66條第1項所稱之「定著物」，得作為抵押權之標的，攸關抗告人得否行使系爭抵押權，為本件重要事項，兩造就此部分有爭執時，法院應即為調查，原裁定就有利於骯告人之證據全未置理，逕以實體上法律關係無從認定，且相對人未爭執承攬工作物是否屬定著物，無需調查為由，對抗告人為不利之認定，違反非訟事件法第32條第1項規定，故聲請向監造人錢柏青建築師事務所函詢調閱工程進度照片、系爭抵押物是否為定著物、工程（土木、鋼構、配管、保溫、儀電、桶槽、設備等）是否構成抵押物之一部；向承造人健祐營造有限公司函詢本件工程是否已施作完成可供一般使用；聲請訊問程東茂本件工程是否已施作完成可供一般使用；聲請鈞院至現場勘驗系爭抵押物是否為定著物、工程（土木、鋼構、配管、保溫、儀電、桶槽、設備等）是否構成抵押物之一部；聲請囑託臺中市土木技師公會鑑定系爭抵押物是否為定著物、工程（土木、鋼構、配管、保溫、儀電、桶槽、設備等）是否構成抵押物之一部等語。

三、相對人答辯聲明求為駁回抗告，答辯意旨略以：抗告人所引

判決明示抵押權經登記始生效力，抗告人聲請賣抵押物文件僅有預為抵押權登記，尚未辦理抵押權登記，根本不具備抵押權要件。本件依形式審查，抗告人自始未提出已完工、已屆清償期之證明，連標的物是否該當定著物尚屬未能確定狀態，不符拍賣抵押物要件。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，此為最高法院106年度台抗字第17號裁定所揭意旨。抗告人並非非訟事件法第72條所指抵押權人，且請求之金額亦有爭執，自無從裁定拍賣抵押物等語。

四、本院之判斷：

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。然本院司法事務官為裁定時，是否已有於破產管理人承受訴訟？經查：

－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（最高法院77年度台上字第772號民事裁判可參）。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。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。

一查本件抗告人於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號裁定選任黃國棟、袁震天律師、馬國柱會計師為破產管理人後，抗告人已於109年6月23日提出民事補充抗告理由　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（見本院109年度抗字第29號卷31頁），本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（附於本院109年度司拍更一字第1號卷內），據此可知，抗告人業已為合法之承受訴訟聲明，本院司法事務官即將袁震天律師等三人列為相對人，且於本院109年度109年度司拍更一字第1號裁定亦係將袁震天律師等三人列為相對人，可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形。

．至於相對人袁震天律師等三人於109年8月21日民事陳述意見狀雖表示依破產法第92條第11、12款規定，須經監查人同意始得承受訴訟，而認尚難承受本件非訟程序等語，惟此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，且能否承受訴訟，實與破產法第92條第11款：「取回權、別除權，財團債務及第九十五條第一款費用之承認」、第12款「別除權標的物之收回。」等規定無涉，至於同

條第13款：「破產管理人為左列行為時，應得監查人之同意：…十三、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請求收回，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，核與前開條款規定之情形有別，應無該條款規定之適用（最高法院80年台上字第2736號民事判例可參），則本件相對人袁震天律師等三人是居於防禦地位，承受訴訟即無須經監查人之同意。從而，本院司法事務官准許袁震天律師等三人承受本件非訟程序，亦與破產法第92條之規定無違。

j 綜上所述，寶德公司經宣告破產後，破產管理人業已承受訴訟，因此本件非訟程序已無當然停止之事由，本院司法事務官續行非訟程序，進而為前開裁定，並無未經合法承受訴訟之情形。

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。又按民法第513條第1項規定：「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，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、106年度台抗字第17號裁定意旨參照）。經查：

－抗告人前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）96,390,000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日內給付估驗工程款予抗告人，寶德公司迄今共積欠工程款69,588,051元尚未清償，抗告人已向地政機關「預為抵押權」之登載，已生依法登記之效力，依民法第873條規定，聲請裁定寶德公司所有如附表所示之建物准予拍賣等情，雖提出公證書、工程承攬契約書、暫編為彰化縣○○鄉○○段○○○號之建物登記謄本等為證，然依上開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」，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0318186號，權利範圍全部。內容詳如109年度北院民公晉字第500290號公證書之承攬人與定作人工程承攬契約書，承攬報酬額：新台幣玖仟陸佰參拾玖萬元整…」，即知此係承攬人就預計將來完成之建照「預為抵押權」登記，而與就已登記之不動產設定抵押權登記，明顯不同，又抗告人主張積欠工程款69,588,051元尚未清償，相對人對抗告人之債權已有爭執，則系爭抵押權擔保債權之範圍為何，顯然已有爭執，尚難逕予認定。

－按民法第513條第1項規定：「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」，足見「預為抵押權登記」與法定抵押權登記實有不同，差別在於民法第513條第1項前段之不動產本已實際存在，而該條後段為「將來完成之不動產」，本就尚未存在，非抵押權得登記之客體，自無從為法定抵押權之登記。從而，新建工程之承攬標的物如尚未完成建物所有權第一次登記，為使與定作人往來之債權人知悉該未完成之承攬標的狀況，民法第513條第1項後段規範設計「預為抵押權登記」制度，惟於預為登記時，因承攬標的尚非屬不動產，不得為抵押權登記之客體，故該「預為抵押權登記」並非抵押權登記，不生抵押權登記之效力；又土地登記規則第117條之規定，明定承攬人單獨申請抵押權或預為抵押權登記之程序及應檢附之證明文件，並於該條文第4項明定登記機關受理承攬人就尚未完成之建物，申請預為抵押權登記時，應即暫編建號，編造建物登記簿，於他項權利部辦理登記。惟因目前電腦作業，對於尚未完成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，內政部乃權宜以90年11月13日台內中地字第9084407號函示，以一般註記方式，將承攬事實登載於建物登記簿標示部，此有內政部92年5月1日內授中辦地字第0920082830號函可憑，故「預為抵押權登記」係對於尚未完成建物所有權第一次登記之建物，因無他項權利部可供辦理登記，方以前述權宜措施方式登記，與一般抵押權係設定在已辦理第一次所有權登記建物，即有本質上不同，非僅是地政機關不動產登記電腦作業限制所致，自不得倒果為因，而得認「預為抵押權登記」與抵押權登記並無不同。「預為抵押權登記」本身無抵押權效力，尚待承攬標的完工，於辦理建物所有權第一次登記時，將「預為抵押權登記」內容轉載於該建物他項權利部，斯時方完成該抵押權之登記，是縱承攬標的事後完工，或已達不動產之標準，未經轉載登記，仍無法使「預為抵押權登記」產生抵押權之效力。本件抗告人聲請拍賣抵押

物，係以系爭預為抵押權登記為其為抵押權人之證明，然系爭預為抵押權登記未經轉載登記，尚不生抵押權之效力，相對人自非民法第873條所定之抵押權人，即無從以此聲請拍賣抵押物。抗告人主張預為抵押權設定登記之效力與屭通抵押權設定登記並無不同等語，並無足採。至於抗告人所援用109年度抗字第61號裁定，業經臺灣高等法院臺中分院109年度非抗字第532號裁定廢棄在案，併予敘明。

又按承攬人有無因承攬關係對定作人取得債權，非如設有抵押權登記之擔保債權得逕依國家作成之登記文件以為證明，故承攬人請許可拍賣抵押物時，應提出相當之證據，以證明其對定作人之不動產有此抵押權，且有擔保債權存在，倘承攬人不能為此證明，或定作人對擔保物權所擔保債權之發生及範圍有爭執時，法院僅得就無爭執部分為許可拍賣之裁定（非訟事件法第73條），易言之，若全部有爭執者，法院即不得為許可拍賣之裁定，此際，承攬人需另行提起確認之訴，以確認法定押權或抵押債權存在，待勝訴判決確定後，始得聲請許可拍賣抵押物及強制執行，此與實行經登記之抵押權，債務人有爭執時，應由債務人提起確認之訴不同，且定作人於承攬人聲請許可拍賣抵押物之非訟事件程序中，得爭執法定抵押權及其擔保債權之存否，與屭通抵押權之債務人或抵押人於此項非訟程序中，不得為相類之爭執者，亦屬有異（謝在全著：民法物權論（下）修訂四版，第157-158頁）。由此可知，民法第513條之抵押權不但有非訟事件法第73條之適用，且一旦定作人就此等抵押權及其擔保債權之存否全部有爭執時，法院即不得為許可拍賣之裁定。本件抗告人雖主張預為抵押權登記之效力與屭通抵押權登記者並無不同，上開建物已為定著物，符合民法第873條條件時，得聲請裁定准予拍賣押物等語，然相對人已全部有所爭執，依據上開說明，法院即不得為許可拍賣之裁定，此時應由抗告人另行提

起確認之訴來確認系爭抵押權或抵押債權存在，待勝訴判決確定後，始得聲請許可拍賣抵押物及強制執行。另有關承攬之工作物是否已完成之問題，倘若於完成後，如定作人遲不為建築物所有權第一次登記時，承攬人既有請求定作人會同為抵押權登記之權，應認承攬人得代定作人申請為所有權第一次登記，以保全承攬人之抵押權登記請求權（法務部法律字第10100125640號函可參），因此系爭承攬工作物如果已完成，定作人仍不為所有權第一次登記，則抗告人於具備承攬人抵押權成立要件後，自得代位辦理所有權第一次登記。本件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，所謂形式審查，係就雙方所提出之證據資料，從其外觀及記載內容，判斷是否符合聲請拍賣抵押物之法定要件，至於該等證據資料是否有偽造之情事，記載內容是否與真實相符等應實質調查事項，非形式審查所得審究（臺灣高等法院109年度非抗字第70號裁定可參）。本件既未有兩造無爭執部分得准予拍賣抵押物，則抗告人所主張之事項，併聲請調查證據、履勘現場及囑託鑑定，即因已非本件非訟程序之形式審查所得審究，抗告人應循之救濟途徑，已如前述，故本院均無調查之必要。

綜上所述，抗告人主張聲請拍賣抵押物，不應准許。原裁定駁回抗告人拍賣抵押物之聲請，理由雖不盡相同，但結論並無二致。抗告意旨指摘原裁定不當，求為廢棄，為無理由，應予駁回。

五、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　　110　　年　　3　　月　　3　　日

民事第二庭　　法　官　陳弘仁

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）。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　3　　日

書記官　許雅涵

附表：

編號	建號	建物門牌	基地坐落	建物面積（平方公尺）	權利範圍
				樓層面積合計	
001	75	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	一層：304.08；地下一層：157.50；夾層一層：19.57；合計：481.15	全部