

福建高等法院金門分院民事判決

109年度建上字第1號

上訴人 劉煥騰
訴訟代理人 林啟瑩律師
高羅亘律師
被上訴人 陳保文
訴訟代理人 卓品介律師

上列當事人間請求設定法定抵押權等事件，上訴人對於中華民國109年8月20日福建連江地方法院108年度建字第2號第一審判決，提起上訴，並為訴之追加，本院於112年5月10日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決廢棄。

被上訴人應將其所有坐落連江縣○○鄉○○段000地號土地上之1樓至8樓建物〔門牌號碼同鄉介壽村226-8號及226-8號2樓至8樓，建造執照號碼連江縣政府民國101年11月8日（101）連建字第6號〕，權利範圍全部，辦理以上訴人為抵押權人，債權額新台幣562萬5690元之預為抵押權登記。

第一、二審（含追加之訴）訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、本件上訴人於原審先位聲明請求被上訴人應將其所有坐落連江縣○○鄉○○段000地號土地（下稱684地號土地）之1樓至8樓建物〔下稱系爭建物，建造執照號碼連江縣政府民國101年11月8日（101）連建字第6號，樓層總面積886.16平方公尺（房屋稅籍總面積930.88平方公尺），門牌號碼介壽村226-8號及226-8號2樓至8樓〕，以上訴人為抵押權人，預為債權額新台幣（下同）562萬5690元之法定抵押權登記；備位聲明請求被上訴人應就系爭建物辦理上訴人為抵押權人、債權額562萬5690元之法定抵押權登記。嗣於本院更正其先位聲明為：被上訴人應將其所有系爭建物以上訴人為抵押權

01 人，預為或為債權額562萬5690元之法定抵押權登記，並追
02 加備位聲明，請求被上訴人應給付上訴人562萬5690元及自
03 原審起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之
04 利息(本院卷第405-411頁)。核係將原訴之先、備位聲明合
05 併改列先位聲明，並追加備位之訴，前者聲明請求為法定抵
06 押權登記之本質不變，僅用語不同，非為訴之變更追加；後
07 者追加備位之訴主張之基礎事實與原訴同一，原訴主張之事
08 實及證據資料，於備位之訴得加以利用，依民事訴訟法第44
09 6條第1項但書、第255條第1項第2款規定，其追加在程序上
10 應予准許。

11 二、上訴人主張：兩造於102年6月26日簽訂山隴介壽村電梯華廈
12 工程合約(下稱系爭契約)，約定由伊承攬坐落684地號土地
13 上系爭建物之興建工程(下稱系爭工程)，工程總價2223萬
14 1750元，簽約金222萬3175元，並依工程進度請領估驗款。
15 伊已完成系爭建物至8樓頂版，依約可請領總價65%之工程
16 款共1445萬0638元。惟被上訴人自103年11月26日以後，合
17 計僅給付809萬6213元，尚積欠工程款635萬4425元，伊自得
18 請求就系爭建物預為或為債權額562萬5690元之法定抵押權
19 登記。另被上訴人於訴訟中將系爭建物之事實上處分權移轉
20 予訴外人楊美鈴等人，致不能辦理抵押權登記，依債務不履行
21 給付不能之規定，伊亦得請求被上訴人賠償562萬5690元
22 等情，先位聲明，依民法第513條之規定，求為命被上訴人
23 將其所有系爭建物以伊為抵押權人，辦理(預為或為)債權額
24 562萬5690元法定抵押權登記之判決；備位聲明，依民法第
25 226條第1項之規定，求為命被上訴人給付伊562萬5690元及
26 自原審起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計
27 算利息之判決(就原審共同被告陳保富部分之訴，上訴人敗
28 訴後未提起上訴，該部分非本院審理範圍，不予贅敘)。

29 三、被上訴人則以：上訴人延遲開工，且就系爭工程時常無故擅
30 自停工，施工進度嚴重落後，較原預定進度落後15%以上，
31 經伊限期通知於10日內完成工作，上訴人逾期仍未完成，伊

業於106年7月24日以存證信函為終止契約之表示，上訴人起訴時已不具承攬人身分，不得請求預為抵押權之登記。況系爭建物因可歸責於上訴人之事由，建造執照未辦理展期，於102年8月20日逾期而失效，致未能取得使用執照，亦無法辦理建物之保存登記，地政機關自無從為法定抵押權之登記。又預為法定抵押權之登記，適用於尚未完成之建物。伊終止契約後，已委託他人完成系爭建物，上訴人請求預為法定抵押權之登記，亦屬無據。況系爭建物之2至8樓已售出，1樓則已贈與他人，亦無法作為法定抵押權之標的。系爭契約第40條所稱估驗款，係依各階段工程進度請領之款項，屬承攬報酬，惟上訴人此項報酬請求權，已罹於2年時效而消滅，其預為抵押權登記之請求權為從權利，亦隨同主權利而消滅。再者，上訴人施工逾期，應給付伊逾期違約金共1920萬8448元，因未依約提出施工計畫與報表等相關文件，亦應給付伊違約金333萬4763元。而上訴人未完成建物結構體打底內外牆、地坪防水粉刷貼磁磚、裝修、門窗完成、機電（含電梯、內部管線全部）等後續工程，伊委由他人施工所增加之費用196萬2036元，依約應由上訴人負擔。各該債權與上訴人主張之工程款債權互為抵銷後，上訴人已無餘額可請求等語，資為抗辯。

四、不爭執之事項（本院卷第480-481頁）

(一)陳保富與被上訴人於101年3月15日簽立委託書，約定由陳保富全權委託被上訴人處理所有關684地號土地及地上物買賣事項。

(二)上訴人於102年6月26日向被上訴人承攬系爭工程，並簽訂系爭契約，約定承攬報酬2223萬1750元，被上訴人已匯款給上訴人共809萬6213元之工程款。

(三)上訴人於106年9月13日提起本件民事訴訟時，系爭工程尚未完工。

(四)系爭契約第4條約定：「本工程期限約定於102年11月1日開工，並於104年2月27日以前全部完工」；第20條第1項第7點

約定：「乙方無故停工，甲方得遇（預）見其無法履約，自接甲方書面通知之日起10日內來（未）改正者」；第40條約定：「…。一、本工程一（依）下列規定辦理付款：…簽約金：貳佰貳拾貳萬參仟壹佰柒按伍元整（10%）；1. 筏基大底完成請領建築標價部分7%。2. 2F頂版完成請領建築標價部分12%。3. 4F頂版完成請領建築標價部分12%。4. 6F頂版完成請領建築標價部分12%。5. 8F頂版完成請領建築標價部分12%。結構體打底內外牆、地坪防水粉刷貼磁磚完成5%。拆架（裝修、門窗完成）5%。機電含電梯、內部管線全部完成20%。保留總價之5%待全部驗收後支付。」

(五)系爭契約對於完成部分是依約定估驗款百分比數給付金額。

(六)系爭契約第40條估驗款之性質為承攬報酬。

(七)被上訴人曾於102年5月20日向連江縣政府申請建造執照開工展延，連江縣政府同意展延至102年8月20日。

(八)連江縣政府核發之(101)連建字第6號建造執照於102年8月20日失效。

(九)系爭工程上訴人於103年8月間開工。

(十)系爭建物未依規定申報開工。

☐被上訴人於106年8月間占用系爭建物。

☐被上訴人占用系爭建物時，上訴人已完成系爭建物之8樓頂版。

☐被上訴人於106年7月24日曾以內容記載終止系爭工程契約之存證信函寄送上訴人，並於107年7月25日由連江縣農會收受。（但上訴人對於存證信函載地址是否為上訴人地址或上訴人是否收受仍有爭執）

☐被上訴人於106年7月11日曾以內容記載「催告原告於文到10日內完成工程，若未完成，將終止契約，並請求違約金」之存證信函寄送給上訴人。（但上訴人對於該存證信函地址或上訴人收受時間仍有爭執）

☐系爭建物未取得使用執照。

五、爭執事項及其判斷

01 (一)上訴人得請求之工程款金額為何？

02 系爭契約第40條約定，系爭工程依簽約金及各工程項目完成
03 之進度，按約定比例分期估驗付款，而被上訴人占用系爭建
04 物時，上訴人已完成系爭建物至8樓頂版，為兩造不爭執。
05 則依前開分期估驗付款之約定比例，於8樓頂版完成時，上
06 訴人得請領之估驗工程款累計為總價2223萬1750元之65%。
07 據此計算，上訴人得請領之款項合計為1445萬0368元〔計算
08 式：2223萬1750元×65%=1445萬0368元，小數點以下四捨
09 五入〕。扣除被上訴人已給付809萬6213元後，上訴人得請
10 求給付之估驗款為635萬4425元。

11 (二)系爭契約是否已發生終止之效力？

12 1.被上訴人抗辯系爭工程約定於104年2月27日完工，上訴人逾
13 期未完工，且施工進度嚴重落後，復未依約提供施工計畫與
14 報表，伊因此依系爭契約第20條約定，於106年7月24日以台
15 北東門郵局存證號碼0329號存證信函向被上訴人為終止契約
16 之意思表示，該存證信函於同月25日達到被上訴人，已發生
17 契約終止效力等情。上訴人則謂被上訴人寄發終止契約存證
18 信函地址不符系爭契約第20條之約定，不生契約終止效力，
19 且尚未完成系爭工程，係因被上訴人未依法申請建照及申報
20 開工，並因建照逾期失效遭勒令停工及行政處罰，暨未完成
21 地質改良，又迄104年3月11日始付足簽約金，其他各期估驗
22 款之給付遠不及施作進度等原因所致，非可歸責於伊，被上
23 訴人不得終止契約等詞。

24 2.系爭契約第20條第1項約定，乙方（即上訴人）履約有該項
25 各款情形之一者，甲方（即被上訴人）得以本契約上所載乙
26 方住址以存證信函通知乙方終止或解除契約（原審訴字卷一
27 第17頁），僅係約定被上訴人於有各該情形之一時，得按契
28 約所載之乙方地址，以存證信函通知終止或解除契約而已，
29 非謂被上訴人行使該條約定之契約終止或解除權時，必須踐
30 行以契約記載之地址並以存證信函為通知，始能發生契約終
31 止或解除之效力。被上訴人前開存證信函寄至復興村78號1

樓，並由連江縣農會代收，雖與契約記載之上訴人地址為同村178號不同。然上訴人事後確有收受該存證信函，為其承認無誤（本院卷第163頁），仍有意思表示達到被上訴人之效力。惟系爭契約是否因此發生終止之效力，須以被上訴人有此項約定終止權為前提。

3.系爭建物之建造執照起造人為被上訴人，有連江縣政府109年4月16日府工都字第1090007439號函及其附件為憑（原審建字卷第179-193頁）。系爭契約第43條約定：「本工程不含燈具，不含裝潢與廚具，不含家具與設備，不含請建照，…」（原審訴字卷一第20頁背面），可知其約定之上訴人工作範圍不包括申請建照在內，自亦不包括建照申請展期。是申請建造執照及申請展期均應為被上訴人之義務。本件被上訴人於101年11月20日領取建造執照，依規定本應於領照後6個月內即102年5月20日以前申報開工，但被上訴人申准展延開工期限3個月至同年8月20止後，並未在該期限申報開工，致建造執照在兩造約定之開工日期（102年11月1日）屆至以前，即逾期失效，自屬可歸責於被上訴人。上訴人主張其未於約定之102年11月1日開工，係因被上訴人未依法申請建造執照及申報開工，導致其遲延開工，即非無據。

4.系爭契約第40條就契約價金給付方式，明白約定被上訴人應給付上訴人簽約金222萬3175元（契約總價10%）。惟被上訴人於簽約後超過1年才開始付款，從103年11月26日至104年3月11日止，始付足此項金額（原審訴字卷三第81-82頁）。其後上訴人持續施工，迄被上訴人於106年8月接管系爭建物為止，按工程完成數量達可請領總價65%分期估驗款之程度，然被上訴人僅支付809萬6213元（總價36.4%），與約定應分期給付之估驗款有顯著落差。查民法關於承攬雖採取報酬後付原則（民法第490條第1項、第505條參照），惟此為任意規定，雙方當事人得就報酬之給付時期及數額等，另為約定。此時，定作人就分期給付報酬既有先為給付義務，如有給付遲延者，承攬人即非不得行使同時履行之抗辯。系爭契

約第40條已約定採取分期估驗付款之方式，於確認估驗期間內已完成工程之數量後，由被上訴人按約定之比例分期給付報酬。被上訴人對於簽約金及各期估驗款之給付，顯不符合上訴人施作完成數量，其抗辯得行使同時履行之抗辯權，即屬可採。再者，系爭工程自103年8月間開工以後，由於原建造執照已失其效力，屬違法擅自建築，經連江縣政府於104年12月10日函查報違章建築並勒令停工，復於105年8月29日針對擅自復工行為裁罰，有連江縣政府107年7月12日函及馬祖日報之報導可證（同上卷第128頁、原審訴字卷二第182頁）。上訴人謂此等事由，非可歸責於伊，亦堪採取。

5.至被上訴人抗辯上訴人未依系爭契約第8條第2項提出施工計畫與報表等相關文件，亦構成終止契約事由云云。查系爭契約第20條各款情形，均屬有重大事由方可終止或解除契約，其第4款約定「無正當理由而拒絕履行契約者」、第8款約定「其他本契約中所規定違約事項」，應解為其違約情節重大者，方得終止或解除契約。其中違反系爭契約第8條第2項之約定，未提出施工計畫與報表等文件者，第19條第2項已有應付違約金之約定，是否得解為構成終止契約之重大事由，顯非無疑。況被上訴人抗辯於簽約時已交付施工圖本即系爭工程藍晒圖給上訴人，上訴人應製作上開文件等語，可知上訴人應收受系爭工程藍晒圖後才能按該藍晒圖本製作上開文件。而被上訴人所提出之平面圖雖有兩造用印（原審訴字卷四第145頁），但無從證明係何時交付上訴人，且所提平面圖僅為藍晒圖之一部份，亦難證明其已將系爭工程之藍晒圖全部均交付上訴人。被上訴人主張得據以終止爭契約，尚難以採取。

6.綜上，被上訴人主張上訴人有系爭契約第20條第1項約定之契約終止事由，並不可採，其以前開存證信函向上訴人為終止系爭契約之表示，應不生契約終止之效力。

(三)被上訴人得否請求逾期違約金1920萬8448元、違反系爭契約第8條第2項之違約金333萬4763元，及施作後續工程增加之

費用196萬2036元？

1.系爭契約第19條第3項約定以日為單位，上訴人如未依照規定期限完工，應按逾期日數，每日依系爭契約工程總價千分之一計算逾期違約金。上訴人迄106年7月止雖僅完成系爭建物至8樓頂版，而未全部完工，惟其並無可歸責之事由或得行使同時履行抗辯權，已如前述。且系爭契約第43條亦有約定「施工期為400個工作天」，而非以日曆天為計算依據。被上訴人徒以系爭契約第4條約定系爭工程於104年2月27日以前全部完工，主張上訴人自同年2月28日起至106年7月11日止，逾期864日，應給付逾期違約金共1920萬8448元，尚難採取。

2.系爭契約第19條第2項約定，上訴人違反契約第8條第2項之約定，應給付被上訴人工程總價15%之違約金。然依被上訴人所提事證，難認其已將系爭工程藍晒圖全部交付上訴人，其主張上訴人應給付此部分違約金，亦屬無據。

3.系爭契約第20條第2項固約定：甲方（被上訴人）依據前項各款終止或解除本契約時，甲方得依其所認定之適當方式，自行或洽其他廠商完成後續工程，其所增加之費用，由乙方（上訴人）負擔；已完成工程部分經甲方驗收合格者，甲方應按契約約定給付分期價款。惟甲方得先行扣除違約金、損害賠償及增加之費用。查被上訴人依系爭契約第20條第1項約定終止契約，並無依據，前已認定，其據此主張上訴人應給付洽其他廠商完成後續工程增加之費用196萬2036元，即非有據。況被上訴人主張之此項金額為完成後續工程之總費用，系爭工程依約定得請領之分期估驗款為1445萬0638元，與契約總價仍有35%價差778萬1112元。被上訴人僅以196萬2036元完成後續工程，亦難謂其費用有何增加。

4.從而，被上訴人主張對於上訴人有前開違約金等項債權，均屬無據，其抗辯該等債權與上訴人之估驗款債權互為抵銷後，上訴人之債權已無餘額云云，顯不足取。

(四)被上訴人得否請求預為抵押權登記？

01 1.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
02 作物之重大修繕者，承攬人得就承攬關係報酬額，對於其工
03 作所附之定作人之不動產，請求定作人為抵押權之登記；或
04 對於將來完成之定作人之不動產，請求預為抵押權之登記。
05 民法第513條第1項定有明文。此所稱預為抵押權之登記，乃
06 係就將來完成之定作人之不動產預先為暫時之抵押權登記，
07 與抵押權設定登記有間，須俟不動產完成，定作人辦理所有
08 權第一次登記及地政機關將該抵押權登記內容登載於建築物
09 他項權利部，始預為抵押權轉換為抵押權登記之效力。又民
10 法第513條預為抵押權登記之規定，旨在確保承攬人之利
11 益，而非保障建物之興建完成、取得使用執照或完成第一次
12 所有權登記。故同法條第2項明定，承攬人於開始工作前亦
13 得為之。則承攬人工作所附定作人之不動產，已興建完成而
14 尚未辦理所有權第一次登記者，承攬人就承攬關係報酬額，
15 應認亦得請求就該不動產預為抵押權之登記。蓋承攬人於開
16 始工作前，即得請求定作人預為抵押權之登記，建築物或工
17 作物興建完成，在辦理所有權第一次登記前，卻無法辦理預
18 為抵押權之登記，顯悖於保障承攬人利益之立法意旨。

19 2.本件上訴人承攬被上訴人所有系爭建物之興建，就該承攬關
20 係對於被上訴人並有635萬4425元報酬額，在系爭建物未辦
21 理所有權第一次登記以前，難認上訴人承攬工作所附之定作
22 人不動產已完成，上訴人依民法第513條規定，請求被上訴
23 人就其所有系爭建物，辦理上訴人為抵押權人，債權額562
24 萬5690元之預為抵押權登記，即屬有據。被上訴人雖謂系爭
25 契約已合法終止，上訴人已非承攬人，建物後續經洽其他廠
26 商興建完成，且因建造執照失效，未能取得使用執照，而無
27 法辦理所有權登記第一次登記，無從預為或為抵押權登記等
28 語。惟被上訴人所為終止系爭契約，不生合法終止效力，且
29 即使契約終止或其他原因無法繼續履行，亦屬往後發生效
30 力，終止以前之承攬關係仍屬有效，被上訴人抗辯上訴人已
31 非承攬人，委無可採。況兩造間就系爭承攬關係是否已終

01 止？上訴人之報酬債權是否存在等事項相互爭執，有待清算
02 解決，系爭建物縱經洽其他廠商興建完成，惟在未辦理所有
03 權第一次登記以前，上訴人仍非不得請求預為抵押權之登
04 記，以便將來於該建物得合法辦理所有權第一次登記時，得
05 立即轉換為抵押權之登記。至系爭建物之建造執照逾期失效
06 及無取得使用執照，均屬建築行政管理事項，非民法第513
07 條所定請求預為抵押權登記之要件，亦非法律所定不能預為
08 抵押權登記之障礙事由。土地登記規則第117條係規定承攬
09 人依民法第513條自行申請為抵押權登記或預為抵押權登記
10 時，應並提出建築執照及其他建築許可文件，此與申請人依
11 法院確定判決申請辦理登記時所需檢具之文件不同。被上訴
12 人據以抗辯系爭建物之建造執照失效、未取得使用執照，依
13 法不能辦理預為或為抵押權登記，不足採取。

14 3.系爭建物於訴訟中經被上訴人以買賣、贈與等原因將稅籍名
15 義變更為第三人楊美鈴等9人，為其陳明，並有連江縣財政
16 稅務局 111年10月26日函送本院之房屋納稅義務人資料及稅
17 籍證明書可參(本院卷第367-385頁)。惟系爭建物既未經辦
18 理所有權第一次登記，第三人無法以法律行為受讓登記取得
19 系爭建物之所有權，但無法以法律行為轉讓其所有權（民法
20 第758條第1項參照）。故系爭建物仍屬於被上訴人所有，並
21 無不得由被上訴人辦理預為抵押權登記之情事。

22 (五)本件預為抵押權登記請求權是否罹於時效？

23 上訴人就系爭工程之承攬報酬，依民法第217條第7款規定，
24 其請求權時效為2年。而民法第513條之預為抵押權登記，於
25 該建物辦理所有權第一次登記後可轉換為普通抵押權，依民
26 法第880條規定，在所擔保之債權消滅時效完成後，仍有5年
27 期間可實行其抵押權。系爭建物106年8月經被上訴人接管占
28 用，並洽其他廠商完成後續之興建，顯已無從繼續由上訴人
29 履行，但迄今未經雙方結算承攬報酬額，上訴人於106年9月
30 提起本件訴訟，被上訴人亦承認尚有前開分期估驗款未為給
31 付，僅以其得以前開逾期違約金等債權互為抵銷。則上訴人

之承攬報酬，顯未罹於時效而消滅，其預為抵押權登記之請求權，亦無罹於時效而消滅可言。

六、綜上所述，上訴人先位之訴，依民法第513條規定，請求命被上訴人就系爭建物，辦理上訴人為抵押權人，債權額562萬5690元之預為抵押權登記，洵屬正當，應予准許。至於追加之備位之訴部分，毋庸審究。原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，請求廢棄改判，為有理由。爰將原判決廢棄，並改判如主文第2項所示。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經審酌於判決之結果不生影響，不予贅詞論列。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 6 月 14 日

民事庭審判長法 官 李文賢

法 官 許志龍

法 官 陳瑞水

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 112 年 6 月 14 日

書記官 李麗鳳