

臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度重上字第214號

上訴人 莊文秀
訴訟代理人 陳益軒律師
王永春律師
上一人之
複代理人 陳伯彥律師
訴訟代理人 顏嘉盈律師
被上訴人 佑典開發有限公司

法定代理人 林清江

被上訴人 廖慶霖

陳家瑩

陳韻如

鄭湘琪

上四人共同

訴訟代理人 周進文律師

上列當事人間分配表異議之訴事件，上訴人對於中華民國109年8月21日臺灣臺中地方法院108年度重訴更一字第2號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於111年3月1日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

01 原判決關於駁回後開第二項及訴訟費用之裁判均廢棄。

02 上開廢棄部分，確認佑典開發有限公司與廖慶霖、陳家瑩、陳韻
03 如、鄭湘琪間就臺中市○○區○○段0000、0000、0000、0000、
04 0000、0000、0000、0000、0000、0000、0000、0000建號建物，
05 於民國106年7月25日以臺中市○○地○○○○○○○○○○000000
06 號，設定新臺幣3608萬9000元普通抵押權所擔保之債權（廖慶
07 霖、陳家瑩、陳韻如、鄭湘琪債權及抵押權比例各為4分之1）超
08 過新臺幣162萬5000元部分不存在。

09 其餘上訴駁回。

10 廖慶霖、陳家瑩、陳韻如、鄭湘琪應共同給付佑典開發有限公司
11 新臺幣3446萬4000元，並交由臺灣臺中地方法院民事執行處重行
12 分配。

13 其餘追加之訴駁回。

14 第一審、第二審（含追加之訴）訴訟費用由被上訴人負擔百分之
15 95，餘由上訴人負擔。

16 事實及理由

17 壹、程序部分：

18 一、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。
19 但請求之基礎事實同一者，不在此限。民事訴訟法第446條
20 第1項、第255條第1項第2款定有明文。查：

21 (一)、上訴人於原審起訴主張被上訴人佑典開發有限公司（下稱佑
22 典公司）與訴外人甲○營造有限公司（下稱甲○公司）間就
23 佑典公司所有臺中市○○區○○段0000、0000、0000、
24 0000、0000、0000、0000、0000、0000、0000、0000
25 建號之12戶房屋（下稱系爭建物）於民國106年6月22日設定
26 之新臺幣（下同）3608萬9000元普通抵押權所擔保之債權不
27 存在，嗣甲○公司於106年7月25日將該抵押權讓與並登記予
28 被上訴人廖慶霖、陳家瑩、陳韻如、鄭湘琪（下合稱廖慶霖
29 等4人），債權及抵押權比例各為4分之1，經臺中市○○地
30 ○○○○○○○○○0000號收件登記（下稱系爭抵押權），
31 廖慶霖等4人關於系爭抵押權所擔保之債權並不存在，渠等

於原法院民事執行處（下稱執行法院）107年度司執字第35130號（含併案執行）強制執行事件（下稱系爭執行事件）之強制執执行程序（下稱系爭執执行程序）中，以上開不存在之債權作價承受系爭建物，並無給付買賣價金，主張代位佑典公司請求廖慶霖等4人應將3608萬9000元之買賣價金給付佑典公司，並交由執行法院再就系爭執行事件進行分配等語，並於原審聲明：(1)確認佑典公司與廖慶霖等4人就系爭建物設定之系爭抵押權所擔保之債權均不存在。(2)廖慶霖等4人應共同給付佑典公司3608萬9000元，並交由執行法院再就系爭執行事件進行分配。原法院就上開聲明(1)部分以無理由駁回上訴人之請求；聲明(2)部分，以不符民事訴訟法第255條第1項第4款規定，認上訴人所為追加之訴不合法而駁回，即未實體審理（見原判決第13至14頁）。上訴人就聲明(1)部分之判決不服，提起上訴，聲明請求確認佑典公司與廖慶霖等4人間就系爭建物設定之系爭抵押權所擔保之債權不存在。另追加先位聲明：請求廖慶霖等4人應共同給付佑典公司3608萬9000元，並交由執行法院重行分配，及追加備位聲明：請求廖慶霖等4人應共同給付佑典公司3608萬9000元，及自受領日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，並由上訴人代為受領（見本院卷(二)第261至262頁）。經核上訴人所為訴之追加，與原訴主張系爭抵押權所擔保之債權不存在之基礎事實同一，訴訟資料亦得相互援引，揆諸首揭規定，應予准許。

(二)、廖慶霖等4人雖謂上訴人就上開追加先位聲明部分，曾於110年2月4日民事準備(一)狀為訴之變更，即變更為上述追加備位聲明所示，上訴人所為已屬以新訴取代原訴，上開追加先位聲明部分已因撤回而終結云云。惟查，觀之上訴人所為追加先位及備位聲明部分，均係基於廖慶霖等4人於系爭執执行程序中以不存在之債權充作系爭建物買賣價金，而代位出賣人佑典公司請求將相當於債權金額之買賣價金給付佑典公司，而僅就在廖慶霖等4人於給付佑典公司後，究應交由執行法

01 院再為執行或應由伊受領乙節，為聲明之修正、補充及調整
02 其順序，不生撤回之問題，是以廖慶霖等4人主張上訴人追
03 加先位聲明部分已經撤回，非在本院審理範圍，自屬無據。
04 另追加先位聲明部分，原審係以訴不合法駁回，並未為實體
05 判決，業如前述，亦不生民事訴訟法第263條第2項所定不得
06 提起同一之訴之問題。廖慶霖等4人此部分之抗辯，亦屬無
07 據，附此說明。

08 二、次按當事人不得提出新攻擊或防禦方法，但如不許其提出顯
09 失公平者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第6款定有
10 明文。查廖慶霖等4人於本院審理中主張如上訴人請求有理由，
11 因渠等前與佑典公司間就部分建物簽立買賣契約，佑典
12 公司就該建物已給付不能，經渠等解除契約，則就得請求佑
13 典公司返還之價金、所失利益及渠等受讓自第三人之債權部
14 分，與本件所命被上訴人給付部分主張抵銷等語，核屬廖慶
15 霖等4人於本審始提出之新攻擊防禦方法，然此既關乎上訴
16 人得請求之範圍，且第二審仍為事實審程序，如不許其提出，
17 應有顯失公平，揆諸上開規定，應准其提出。

18 貳、實體部分：

19 一、上訴人主張：

20 (一)、佑典公司於104年間委由訴外人乙○○營造有限公司（下稱
21 乙○○公司）承攬「○○○」建案（下稱系爭建案）工程，
22 約定乙○○公司興建系爭建物，嗣乙○○公司因無力完成全
23 部建案，遂於105年6月8日出具拋棄承攬切結書，以釐清雙
24 方權益。其後，佑典公司又於105年6月16日與甲○公司簽署
25 營建工程承攬合約書（下稱系爭工程合約），約定由甲○公
26 司施作「○○○」建案後續工程，工程總價為3608萬9000
27 元，佑典公司並將系爭建物於同年6月22日預為設定登記擔
28 保金額為3608萬9000元之第一順位普通抵押權予甲○公司，
29 以擔保甲○公司系爭工程合約之工程款，佑典公司並簽發同
30 面額之本票以為擔保。詎甲○公司於系爭抵押權設定後，藉
31 故推拖遲不進場施工，未依約完成興建系爭工程，即將其對

佑典公司之不實工程款債權及系爭抵押權，於106年7月14日讓與其股東廖慶霖等4人（債權比例各4分之1），系爭抵押權並於106年7月25日完成登記予廖慶霖等4人。

(二)、佑典公司前向伊借款3600萬元，且雙方於105年間約定由佑典公司將「○○○」建案之A1建物作價1300萬元出售予伊，並以上開3600萬元借款債權抵銷價金。嗣佑典公司遲未將該A1建物完工交付予伊，經伊調閱建物謄本後，始發現其上有系爭抵押權登記，惟系爭建物興建工程實際係由乙○○公司施作至趨近完工，甲○公司實際上並未施作，且乙○○公司尚未完工部分所需收尾之工程款亦僅約1000餘萬元即可，根本不需高達3608萬9000元，甲○公司對佑典公司並無債權存在，系爭抵押權亦無擔保之債權，故廖慶霖等4人自甲○公司受讓系爭抵押權所擔保之債權不存在。

(三)、又佑典公司之債權人對佑典公司聲請強制執行，由執行法院以系爭執行事件執行拍賣系爭建物及所坐落之土地（下合稱系爭房地），由廖慶霖等4人以不存在之系爭抵押權債權以債作價承受系爭房地所有權，負有給付買賣價金3608萬9000元之義務，且廖慶霖等4人已侵害佑典公司之權利並受有不當得利，佑典公司怠於對廖慶霖等4人行使該等債權，伊自得依民法第242條規定，代位佑典公司，擇一依民法第367條、第184條、第197條第2項及179條、第182條第2項之規定，請求廖慶霖等4人返還佑典公司3608萬9000元，並請求交由執行法院重行分配或由伊代為受領（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴）。並上訴聲明：1.原判決關於駁回上訴人後開第二項部分廢棄。2.確認佑典公司與廖慶霖等4人間就系爭建物設定之系爭抵押權所擔保之債權不存在。並為訴之追加，於先位聲明：廖慶霖等4人應共同給付佑典公司3608萬9000元，並交由執行法院重行分配；於備位聲明：廖慶霖等4人應共同給付佑典公司3608萬9000元，及自受領日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，並由上訴人代為受領。

01 二、佑典公司則以：同意上訴人之請求。伊原將系爭建物委由乙
02 ○○公司施作，並接近可請領使用執照之階段，嗣因故無法
03 繼續施作，乃改委由甲○公司施作，甲○公司施作極少數零
04 星工程後即申請使用執照，後續工程皆未施作，伊前以存證
05 信函通知甲○公司結算工程款未獲置理。又廖慶霖等4人主
06 張之上開已交付價金，係投資款非買賣價金，廖慶霖等4人
07 係虛偽受讓系爭抵押權所擔保之債權。

08 三、廖慶霖等4人則以：

09 (一)、系爭執行事件業已終結，系爭抵押權及其所擔保之債權因而
10 消滅，上訴人請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，乃
11 係就過去之法律關係為確認，已無確認利益。又乙○○公司
12 所遺工程屬多項次且各項次數量相對少，甲○公司乃將各項
13 次發予包商施作，甲○公司確實有依系爭工程合約施作後續
14 工程，甲○公司對佑典公司有工程款債權存在無誤。且佑典
15 公司於臺灣臺中地方檢察署（下稱臺中地檢署）107年度偵
16 字第33497號詐欺等案件，並未爭執佑典公司應給付甲○公
17 司工程款3608萬9000元，僅就未約定之使用執照與所有權狀
18 核發事項及交屋之條件為由，作為拒絕給付之理由，故系爭
19 抵押權所擔保之工程款債權已實際發生而存在。另甲○公司
20 已將上開債權讓與予伊等，伊等已於系爭執行程序以該債權
21 抵繳系爭房地價金；且伊等既於系爭執行事件聲明買受系爭
22 房地，而與佑典公司就系爭房地成立買賣契約，伊等因該買
23 賣契約取得系爭房地所有權自屬有法律上原因，並非不當得
24 利。

25 (二)、此外，伊等於104年間向佑典公司買受系爭建案之編號A8、
26 A2、B3、C1、A5房屋，訴外人丙○○向佑典公司買受編號B5
27 房屋，均分別繳付部分價金，惟上開房屋已遭強制執行程序
28 拍定，佑典公司陷於給付不能，伊等經丙○○讓與債權，故
29 對佑典公司有伊等已解除該買賣契約，自得對佑典公司請求
30 返還已給付之價金（陳家瑩繳付223萬、廖慶霖繳付221萬、
31 陳韻如繳付178萬及182萬、鄭湘琪繳付219萬、丙○○繳付

177萬元)加計利息共1620萬9375元、所失利益1590萬元
；另伊等受讓自訴外人丁○○對佑典公司債權393萬2583元
及受讓自戊○房屋實業有限公司(下稱戊○公司)對佑典公
司之仲介報酬249萬元，及無法自買受人處取得仲介報酬所
失利益249萬元，共498萬元等之債權，伊等以上開債權抵銷
本件應給付佑典公司之數額等語，資為抗辯。並答辯聲明：
上訴及追加之訴均駁回。

四、兩造就本件為爭點整理如下：(見本院卷(二)第7至10頁、446
頁)

(一)、不爭執事項：

- 1、佑典公司於104年間在其所有坐落臺中市○○區○○段○○
○○地號)000、000、000地號土地上興建系爭建物。
- 2、佑典公司於104年9月9日與乙○○公司簽立工程承攬合約
書，由乙○○公司承攬施作系爭建物之興建，工程金額總計
為4482萬4188元。
- 3、佑典公司因乙○○公司工程延宕而停工，乙○○公司於105
年6月8日出具拋棄承攬切結書(於該切結書記載完成比例為
60%，其法定代理人己○○於偵查中則稱其已完成工程比例
為85%)，乙○○公司關於興建系爭建物工程已領取2558萬
6528元之工程款，另佑典公司交付之面額共計1700萬7515元
之15張支票，尚未兌現。佑典公司就上開15張支票對己○○
提起刑事侵占告訴，嗣經臺中地檢署檢察官以105年度偵字
第28511號不起訴處分確定在案(下稱系爭侵占案件)。
- 4、己○○於系爭侵占案件偵查中提出系爭建物興建工程之工程
日誌表及施工現場照片。
- 5、佑典公司於105年6月16日與甲○公司簽署之系爭工程合約
(本院卷(一)第225至253頁)，約定甲○公司施作系爭工程合
約附件一營建工程估算總表(即本判決附件一，下稱附件
一)所示工程，工程總價為3608萬9000元。
- 6、甲○公司因與佑典公司簽立系爭工程合約，於105年8月10日
就系爭建物預為抵押權設定登記(以臨時建號設定登記)。

- 01 7、系爭建物於106年4月10日取得使用執照，於106年6月21日完
02 成第一次建物登記。
- 03 8、甲○公司於106年6月22日就系爭建物完成普通抵押權設定，
04 擔保總金額為3608萬9000元。
- 05 9、甲○公司於106年7月25日將系爭抵押權讓與廖慶霖等4人
06 （債權比例各4分之1）。
- 07 □、佑典公司之債權人對佑典公司聲請強制執行，由執行法院以
08 系爭執行事件受理執行，執行法院執行拍賣系爭房地，並於
09 107年9月5日作成分配表（下稱系爭分配表）。執行法院於
10 分配後，上訴人尚有執行債權5302萬5746元未獲清償。
- 11 □、廖慶霖等4人以其於系爭分配表所列之債權，於107年5月24
12 日向執行法院聲明承受系爭房地，並聲明3608萬9000元之債
13 權進行抵扣部分價款，經執行法院於109年3月3日核發權利
14 移轉證書，嗣並登記為系爭房地之所有權人。廖慶霖等4人
15 關於系爭分配表所列共計3608萬9000元之債權全部受償。
- 16 □、執行法院於110年1月25日以中院麟民執107司執梅字第35130
17 號函覆本院：「系爭強制執行事件，於本院將價金分配予債
18 權人時，執执行程序即為終結。縱拍定人用以抵繳價金之債權
19 經法院確認不存在，當事人應另以訴訟行使權利，本院不續
20 行或重新進行分配程序」。

21 (二)、爭點：

- 22 1、上訴人主張甲○公司實際上並未施作系爭建物之興建工程，
23 對於佑典公司並無債權存在，系爭抵押權亦無擔保之債權，
24 故廖慶霖等4人自甲○公司受讓系爭抵押權所擔保之債權不
25 存在，有無理由？
- 26 2、上訴人於主張廖慶霖等4人於系爭執执行程序，以不存在之債
27 權抵繳系爭房地價金，承受系爭房地所有權，受有不當得利
28 及買賣價金給付義務3608萬9000元，於追加先位之訴代位佑
29 典公司請求廖慶霖等4人應返還佑典公司，並交由原法院民
30 事執行處重行分配，有無理由？於追加備位之訴代位佑典公
31 司請求廖慶霖等4人應返還佑典公司，並由上訴人代為受

01 領，有無理由？

02 3、廖慶霖等4人主張如本件上訴人請求有理由，因廖慶霖等4人
03 對佑典公司有基於買賣契約所生債務不履行等債權、另廖慶
04 霖等4人亦受讓訴外人丙○○、丁○○、戊○房屋實業有限
05 公司對佑典公司之債權，以此等債權主張抵銷，有無理由？

06 五、得心證之理由：

07 (一)、按民事訴訟法第247條第1項前段規定，確認法律關係之訴，
08 非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。所謂
09 即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，
10 原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種
11 不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言。上訴人主張廖
12 慶霖等4人就系爭建物之系爭抵押權所擔保債權不存在等
13 語，為廖慶霖等4人否認，雙方就系爭抵押權所擔保之債權
14 是否不存在乙節發生爭執，且債權存在與否，攸關廖慶霖等
15 4人得否於系爭執执行程序以該債權為買賣價金作價承受系爭
16 建物，及上訴人得否代位佑典公司請求廖慶霖等4人給付等
17 節，則上訴人請求確認被上訴人間關於系爭抵押權擔保之債
18 權不存在之聲明，確可除去其所主張之不安狀態，應認有提
19 起本件確認訴訟之確認利益。

20 (二)、於確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在
21 時，應由被告負舉證責任；消極確認之訴之舉證責任分配原
22 則，並非僅適用於爭執之法律關係當事人間之訴訟，即使兩
23 造所爭執者，為他人間法律關係之消極確認之訴，仍有該舉
24 證責任分配原則之適用，而應由被告就其主張該法律關係存
25 在之事實負舉證責任；又抵押權為從物權，以其擔保之債權
26 存在為發生之要件，若所擔保之債權不存在，縱為抵押權之
27 設定登記，仍難認其抵押權業已成立（最高法院42年台上字
28 第170號判決先例、103年度台上字第1451號判決、89年台上
29 字第1086號判決意旨參照）。上訴人主張被上訴人間就系爭
30 抵押權所擔保之債權不存在，而為廖慶霖等4人所否認，並
31 辯稱系爭抵押權係擔保甲○公司對佑典公司之工程款債權，

則依上開說明，廖慶霖等4人自應就其主張工程款債權存在之事實，負舉證責任。

(三)、經查：

1、佑典公司與甲○公司於105年6月16日簽立系爭工程合約，約定由甲○公司施作如附件一所示工程，工程總價3608萬9000元；甲○公司於105年8月10日就系爭建物（臨時建號）預為抵押權設定登記，依據建物登記第二類謄本記載：建築完成日期為105年6月16日，其他登記事項：104年○○○字第0000號建造執照，權利範圍：全部；權利內容：依承攬契約之約定，承攬報酬額3608萬9000元；限制登記事項：105年9月13日收件110240號依原法院麟民執105司執全梅字第468號函辦理假扣押查封登記，債權人：庚○○、債務人：佑典公司；嗣系爭建物於106年4月10日取得106○○○字第000-000號使用執照，並於106年6月21日完成建物第一次登記，甲○公司於106年6月22日就系爭建物完成普通抵押權設定登記；嗣甲○公司將系爭抵押權及債權讓與其股東廖慶霖等4人，廖慶霖等4人於106年7月25日以讓與為原因登記為系爭抵押權之抵押權人，債權額比例各4分之1；廖慶霖等4人於系爭執行程序中，於107年5月24日向執行法院聲明承受系爭房地，並以其債權額共3608萬9000元（每人902萬2250元）扣抵部分價款，嗣經執行法院就系爭房地中其中如權利移轉證書所載標別1至2、6至12之房地核發權利移轉證書，廖慶霖等4人關於系爭分配表所列之3608萬9000元之債權全部受償；執行法院於109年7月16日以中院麟民執105司執梅字第101385號函檢還原繳文件，債權人庚○○並通知執行終結等情，業據本院調取系爭執行卷宗核閱無訛（相關資料影印附於本院卷(三)第5至27頁、83至209頁、213至309頁），並為兩造所不爭執（見不爭執事項5至9、□），堪認為事實。

2、復查：

(1)、佑典公司於104年9月9日委由乙○○公司興建系爭建物，並簽立工程承攬合約書，約定工程總價4482萬4188元；乙○○

公司已領取2558萬6528元之工程款，另佑典公司交付之面額共計1700萬7515元之15張支票，尚未兌現；乙○○公司工程延宕而停工，並於105年6月8日出具拋棄承攬切結書等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項1、2），堪認為事實。而依乙○○公司法定代理人己○○在偵查中提出興建系爭建物之工程日誌表顯示其最後進場施作日期為105年6月3日，再依己○○所提出之施工現場照片顯示系爭建物結構、內部隔間、樓梯、外牆磁磚、部分窗框已大抵完成，內部樓梯扶手、裝潢設備、大門、窗戶等均尚未裝設，有本院調取系爭侵占案件卷宗可稽（見臺中地檢署105年度他字4541號卷【下稱105他字4541號卷】隨卷所附己○○刑事陳報狀附件之施工日誌表及現場照片，相關節本影印附卷於本院卷(三)第517至566頁）。

(2)、另觀之執行法院囑託之辛○不動產估價師事務所（下稱辛○估價事務所）於105年10月16日現場勘估時所拍攝系爭建物現況照片，其後再於106年9月15日現場勘估時拍攝系爭建物之現場照片，及系爭執行事件債權人庚○○陳報其在106年3月25日親赴執行標的物所拍攝系爭建物之現場照片（影印附於本院卷(三)第31至79頁、313至333頁、337至393頁）；及辛○估價事務所於106年9月15日勘估報告上記載：本案12棟建物，現況門窗、地磚及浴廁皆未施作，為毛胚屋，建物未完工等語（見本院卷(三)第347頁），核與己○○所提出最後施工日期105年6月3日最後施作之系爭建物現況，並無明顯差別，即仍呈系爭建物結構、內部隔間、樓梯、外牆磁磚、部分窗框完成，而內部樓梯扶手、裝潢設備、浴廁、廚房、大門、窗戶均未裝設之狀況。而甲○公司雖於105年6月16日簽立系爭工程合約，自無可能於同日完成工程，惟參諸系爭建物所為預為抵押權登記之登記謄本記載「建築完成日期105年6月16日」（見本院卷(三)第5至27頁），顯與事實不符。再者，系爭建物自己○○於105年6月8日出具拋棄承攬切結書退場後，至辛○估價事務所於106年9月15日現場勘估時，系

01 爭建物之現況並未明顯差別，已如前述，且據本院調取系爭
02 建物核發建、使照卷宗所附現場照片顯示，系爭建物僅有施
03 作綠化、水溝蓋鋪面及屋頂戶與戶間之女兒牆等部分有所不
04 同外（影印附於本院卷(三)第451至505頁），其餘亦無明顯差
05 異，則廖慶霖等4人主張甲○公司已完成附件一所示工程，
06 洵無足採。

07 (3)、廖慶霖等4人雖另提出現場照片（見本院卷(二)第29至51
08 頁），欲證明甲○公司有施作系爭工程，並主張其已完成民
09 事答辯六狀附表一（見本院卷(二)第81頁，即附件二）所示金
10 額達3仟餘萬之工程云云。惟廖慶霖等4人未提出該等現場照
11 片係於何日拍攝，已無從證明該施作情形為甲○公司讓與系
12 爭抵押權之前所為。況且，廖慶霖等4人於系爭執行程序承
13 受系爭房地中之9戶，業如前述，其後並委託仲介銷售，有
14 上訴人提出之房屋仲介公司張貼之銷售網頁可參（見本院11
15 0度全字第5號卷第141至145頁）。而觀之該等網頁所示系爭
16 房地外觀，廖慶霖等4人於承受9戶房地後，應有再進行施工
17 以達可銷售之狀態甚明，則廖慶霖等4人所提出上開現場照
18 片，亦可能係渠等於承受上開9戶房地後再行雇工施作，而
19 無從證明確係於渠等受讓系爭抵押權前由甲○公司所為。

20 (4)、此外，佑典公司曾於106年2月24日寄發○○○○郵局000號
21 存證信函予甲○公司，表示甲○公司在預為抵押權設定後即
22 拖延施工，使系爭建物拖延法拍程序，預謀設計佑典公司等
23 語；另於同年6月16日寄發○○○○郵局0000號存證信函，
24 要求甲○公司應詳列所有施作項目、單價、總價金額，以便
25 結算工程款（見本院卷(二)第399頁、401頁），然均未見甲○
26 公司曾提出相關單據與佑典公司結算工程款之情形，反而旋
27 於106年7月25日將系爭抵押權讓與廖慶霖等4人。又系爭工
28 程合約約定總價3千餘萬，金額非微，倘甲○公司有確實施
29 作，豈有未能提出各項工程之進料證明或施工數量、金額之
30 估價單、請款單向佑典公司請款之情形，惟迄至本件言詞辯
31 論終結，廖慶霖等4人亦未能提出任何估價或請款單據，則

01 渠等主張甲○公司已施作附件一或附件二所示3千餘萬之工程
02 云云，自難採信。

03 (5)、本件雖據證人壬○○於本院證稱：伊不記得哪一年，好像是
04 105年間，癸○○曾請伊至系爭建物工地施作油漆工程；12
05 間建物之一至頂樓都有施作，工程款約6、70萬元；癸○○
06 付現金給伊，伊用伊經營之○○工程行開立如本院卷(二)第
07 165頁之2張統一發票，發票上的數額是癸○○給伊的，應該
08 是當時的工程款，我不知道怎麼算；伊不記得一間油漆費用
09 多少錢；伊不知道子○公司，也不知道癸○○是否代表子○
10 公司請伊開發票；癸○○是在丑○營造公司工作；伊對丑○
11 公司開立很多發票，但對子○公司就這2張；伊是做了一部
12 分，就叫伊開立發票；伊施作之工程在109年年底驗收等語
13 （見本院卷(二)第271至282頁）；證人寅○○證稱：伊是○○
14 鋁門窗行負責人，癸○○在105年時請伊施作鋁門窗，每戶
15 前後都有施作，工程款約100萬元左右，伊拿現金，伊有開2
16 張發票給子○公司；伊有施作鋁窗、玻璃、紗窗、門窗、塞
17 水路、室內門窗、廁所門、大門；當時沒有合約，也無法估
18 價，伊做多少拿多少；時間太久，伊不記得何時去施作；伊
19 施作的玻璃被人拆掉；伊於統一發票上所載105年10月20
20 日、21日，伊施作部分已經完成百分之90；有的是驗收的窗
21 戶，會去拆掉，有的部分還沒有完成；伊不記得做幾天的工
22 程，也不記得何時進場等語（見本院卷(二)第283至292頁）；
23 證人癸○○證稱：伊與卯○○是朋友關係，一起處理系爭建
24 物之善後工作，系爭工程約做半年，協力廠商是伊跟卯○○
25 找的；現場土木、油漆、搭鷹架、混凝土、水電、鋁窗、水
26 泥、砂、玻璃、磁磚等幾乎全部都有施作，但不記得混凝
27 土、泥作、鷹架找何廠商施作，綠化是找朋友施作，沒有公
28 司行號，模板工程是找○○公司，沒有做廚具、衛生設備；
29 伊有驗收，都是付現金，陸陸續續付款，沒有單據，有拍照
30 片但沒有留存，當初發票都開給子○公司，因為子○需要發
31 票；伊不記得模板工程有無開給甲○公司發票；工程是106

01 年3、4月份完工，那時已經可以請領使用執照，因係為了請
02 領使用執照，所以沒有工程日報表；廠商也沒有給伊估價單
03 及請款單，做多少算多少，金額沒有辦法確定等語（見本院
04 卷(二)第303至312頁）。綜觀上開證人之證詞，壬○○、寅
05 ○○關於渠等何時施工、施作數量、如何計價等情均未能明
06 確陳述，也未提供業主相關估價單、請款單，均與常情有
07 違；另癸○○雖證稱附件二所列工程幾乎都有施作，然竟無
08 法記得許多施作廠商，也無施作廠商之估價單、請款單或任
09 何施作之憑證，也未留存施工照片，於此情形又如何供甲○
10 公司憑以向佑典公司請領3千餘萬之工程款，癸○○所證亦
11 與常情不符，無從採信。

12 (6)、廖慶霖等4人雖提出買受人為子○公司之統一發票，欲作為
13 甲○公司有施作系爭工程之證明（見本院卷(二)第165至171
14 頁）。惟佑典公司最初係委由乙○○公司興建系爭建物，於
15 105年6月8日始退場乙節，業如前述。而子○公司僅係提供
16 牌照予佑典公司興建系爭建物乙情，據證人辰○○於本院證
17 稱：伊是受任代辦系爭建物跑照業務，佑典公司在申報系爭
18 建物開工時有向子○公司借牌，系爭工程後來無法施作，所
19 以請甲○公司來施作，因為要辦使用執照，所以將營造廠商
20 由子○公司換成甲○公司，後續跑照業務仍由伊繼續完成；
21 上證27之營造廠蓋牌費用請款單（本院卷(二)第163頁）是伊
22 製作，其上所載工程造價是估出來的造價，不是實際施作的
23 工程款，是取得建造執照時，由臺中市政府所定的工程造
24 價；雖然承造人已由子○公司變更為甲○公司，但因變更之
25 前，（名義上）施作者為子○公司，那部分就要開子○公司
26 的發票，所以開抬頭為子○公司的發票跟甲○公司嗣後承作
27 並無關；子○公司施作比例及甲○公司要承接的工程比例伊
28 並不清楚；請款單上記載還欠一定金額的發票，子○公司要
29 求要發票，如果沒有發票就不願在變更承造人的文件上蓋
30 章，伊代收發票後交給子○公司（見本院卷(二)第293至302
31 頁），足見開立子○公司為買受人之統一發票係應子○公司

之要求，而非因甲○公司實際有施作發票上之工程。另參之系爭建物建造、使用執照卷宗所附資料，可知系爭工程之承造人約於105年10月間由子○公司變更為甲○公司（影印附於本院卷(三)第441頁），核與辰○○提出之營造廠蓋牌費用請款單（本院卷(二)第163頁）日期記載為105年10月13日乙情相符；再觀諸廖慶霖等4人所提出之油漆、鋁門、泥作修繕、模板工程等廠商開給子○公司之統一發票係在105年9、10月份（見本院卷(二)第165至171頁），益徵辰○○前揭所證系爭工程因承造人變更為甲○公司，基於子○公司之要求，須提供系爭工程造价一定比例金額之統一發票始願意變更承造人而為，應屬無虛。是以廖慶霖等4人所提出上開統一發票，亦不足做為甲○公司確有施作統一發票上之工程及數量金額之依據。又廖慶霖等4人雖提出卯○○匯款予癸○○之匯款申請書、卯○○之子巳○○銀行存摺顯示現金提領之紀錄（見本院卷(二)第195至221頁），然提領現金或匯款之原因甚多，自無從僅以匯款或提領紀錄證明即認與系爭工程有關。

(7)、另據證人卯○○證稱：伊與甲○公司是合作的股東，佑典公司無法繼續後續興建工程，拜託伊等幫他處理，才由甲○公司來承接後續工程；系爭工程合約附件編號6、編號14廚具設備、編號8沒有施作，其他大部分都有施作；伊請癸○○發包，用現金支付工程款；因為子○公司是原來的承攬營造商，所以請廠商直接開統一發票給子○公司，沒有開給甲○公司；施作系爭工程債權讓與廖慶霖等4人，因為廖慶霖等4人是甲○公司股東，他們是直接受讓，沒有拿錢出來；當初與佑典公司口頭約定這個工程就是做到要拿到使用執照及保存登記完成；伊所謂的工作完成證明就是我們取得使用執照等語（見本院卷(二)第313至320頁）。卯○○所述大部分工程均有施作乙節，已與事證不符，無從採信。另由卯○○上開證詞可知甲○公司關於系爭工程實際僅做到足以取得使用執照以完成保存登記之程度，並無將附件一全部施作完畢之意

01 思。再參以辰○○所證：請領使用執照時，臺中市政府人員
02 有至現場履勘使用執照要求項目是否已完工；是以抽查方式
03 查驗，三戶抽一戶，不是全面查驗；使用執照上面要求的部
04 分，伊有請甲○公司做起來。做的金額我不知道，項目是棟
05 與棟之間的施工孔洞要封閉，鋁窗、門窗、外牆的部分要完
06 成，屋頂戶與戶之間的女兒牆要封閉，綠化要完成，道路、
07 水溝要清乾淨，路面要修補，電梯管道間牆面要封閉，樓梯
08 扶手有幾戶，不需要全部完成；當時佑典公司要變更承造人
09 的時候，林清江有來問伊，現況這樣能否請領使用執照，伊
10 說不行，缺伊剛剛說的那些項目及請款單上面的發票才可以
11 等語（見本院卷(二)第295至296頁、299至300頁）；再參以臺
12 中市政府都發局建築物竣工查驗抽查紀錄表（委託公會查驗
13 專用）顯示系爭建物12戶僅抽查其中A3、B3、C1三戶，並僅
14 就特定項目進行查驗（影印附於本院卷(三)第401頁、513
15 頁），及現場照片（影印附於本院卷(三)第451至505頁）顯示
16 綠化、排水溝蓋鋪面等為申請使用執照而施作之項目，與上
17 開乙○○公司施工現場照片、辛○估價事務所現場勘估時之
18 現場照片略有不同外，其餘並無明顯差異等情，更可說明甲
19 ○公司縱有施作工作，亦僅施作至申請使用執照之程度而
20 已，並未施作完成附件一、二所示之大部分工程甚明。又對
21 照上開建、使照卷宗所示現場照片及附件一約定之項目，甲
22 ○公司所施作之綠化、排水溝蓋鋪面等工程部分，至多係完
23 成如附件一項次十七所示「道路圍牆排水溝鋪面綠化」之
24 130萬元工程。至於廖慶霖等4人以上開建、使照卷宗所附現
25 場照片，主張已完成附件一項次十八「雜支及垃圾清運及交
26 屋清潔」之150萬元工程云云（見本院卷(一)第360頁），惟系
27 爭房地顯然並未交屋，且自現場照片並無法看出甲○公司有
28 何雜支之支出或曾以多少費用委由何人為清運垃圾，自無從
29 為其有利之認定。廖慶霖等4人既未提出甲○公司為達可申
30 請使用執照而實際施作項目、金額之證明，則對照附件一所
31 示合約約定項目，至多僅足認甲○公司完成附件一項次十七

01 所示「道路圍牆排水溝鋪面綠化」之130萬元工程，故於加
02 計附件一所示管銷、利潤各10%、營業稅含營造綜合保險費
03 5%，甲○公司得請求佑典公司給付之承攬報酬為162萬5000
04 元【計算式：130萬元 $\times$ 1.25=162萬5000元】。

05 (8)、另關於附件一項次肆所示前營造未付款部分，雖據卯○○於
06 本院證稱其有匯款及交付現金予佑典公司等語（見本院卷(二)
07 第317至318頁），惟為佑典公司所否認，並稱：實際施作系
08 爭工程之乙○○公司曾在105年3、4月間開立900萬元發票予
09 伊，伊則開立遠期支票以支付工程款，惟乙○○公司自行將
10 支票交予訴外人午○○等人周轉資金，甲○公司認此部分工
11 程款仍有遭追訴可能，始有附件一項次肆之約定；其後伊所
12 開立之支票亦由午○○向伊訴請給付票款並判決確定，甲○
13 公司或廖慶霖等4人均未清償等語（見本院卷(二)第324至326
14 頁）。卯○○既係實際主導系爭工程合約之人，其徒言證述
15 有匯款及交付現金，而未另提出確已將950萬元交付予乙○
16 ○公司、佑典公司等應受清償人之相關證明，自難逕採為真
17 實。又廖慶霖等4人亦未提出附件一項次肆所示營造未付款9
18 50萬元確實已經支付之具體事證，即難認甲○公司對佑典公
19 司有此部分債權存在。

20 3、基上，甲○公司關於系爭工程合約之承攬報酬為162萬5000
21 元，逾此部分，對佑典公司即無承攬報酬請求權存在。又依
22 據系爭建物登記謄本，甲○公司就系爭建物於105年8月10日
23 所為預為抵押權登記，嗣於106年6月22日以預為抵押權登記
24 為原因所為之普通抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權
25 為系爭工程合約約定之承攬報酬請求權。甲○公司對佑典公
26 司之承攬報酬請求權既僅為162萬5000元，依抵押權之從屬
27 性，系爭抵押權逾此範圍即不存在。甲○公司於106年7月25
28 日將上開承攬報酬請求權及系爭抵押權讓與廖慶霖等4人，
29 上訴人請求確認佑典公司與廖慶霖等4人就系爭建物設定之
30 系爭抵押權所擔保之債權超過162萬5000元之範圍應不存
31 在，洵屬有據。

(四)、按買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標的物之義務，民法第367條定有明文。又強制執行法所為之拍賣，通說係解釋為買賣之一種，即債務人為出賣人，拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位（最高法院47年台上字第152號、49年台抗字第83號裁判先例參照）。查，依據執行法院製作系爭分配表，將廖慶霖等4人列為第一順位抵押權，每人債權額為902萬2250元；廖慶霖等4人於107年5月24日向執行法院聲明承受系爭房地，並聲明3608萬9000元之債權進行抵扣部分價款，經執行法院於109年3月3日就系爭房地中標別1至2、6至12核發權利移轉證書，廖慶霖等4人嗣登記為上開房地所有權人，廖慶霖等4人關於系爭分配表所列共計3608萬9000元之債權全部受償等情，有系爭分配表及執行法院函等附於系爭執行事件卷宗（影印附於本院卷(三)第213至304頁），並為兩造所不爭（見不爭執事項□、□），應為事實。惟廖慶霖等4人受讓自甲○公司之債權僅為162萬5000元，其餘3446萬4000元之債權並不存在，渠等於系爭執执行程序承受系爭房地，並以上開不存在之債權充作部分買賣價金，無異未於拍賣程序依執行法院命令繳足買賣價金。上訴人為佑典公司之債權人（見不爭執事項□），佑典公司怠於行使權利，上訴人依據民法第242條、第367條規定，代位佑典公司請求廖慶霖等4人給付買賣價金3446萬4000元，自屬有據。又執行法院雖於110年1月25日以中院麟民執107司執梅字第35130號函覆本院：「系爭強制執行事件，於本院將價金分配予債權人時，執执行程序即為終結。縱拍定人用以抵繳價金之債權經法院確認不存在，當事人應另以訴訟行使權利，本院不續行或重新進行分配程序」等語（見不爭執事項□），惟系爭房地於系爭執执行程序拍賣所得價金，本應於該程序中使債權人平均分配（如有優先權者，則優先分配），廖慶霖等4人既未繳納3446萬4000元之價金，且系爭執行事件尚有債權人未受足額分配之情形，則上訴人於先位請求此部分價金，應交由執行法院重行分配，應

01 無不合。上開執行法院函文之意見並無拘束本院效力，為本
02 院所不採，附此說明。

03 (五)、廖慶霖等4人雖主張以其及受讓自丙○○基於佑典公司債務
04 不履行而生之返還價金請求權1620萬9375元、所失利益1590
05 萬元、受讓自丁○○債權393萬2583元、受讓自戊○公司基
06 於專任委託銷售契約對佑典公司債權498萬元等債權，與上
07 開應給付佑典公司之價金主張抵銷云云。惟廖慶霖等4人關
08 於上開3446萬4000元之價金既應交由執行法院重行分配，則
09 應由執行法院再依系爭執行程序債權人未受分配之情形依法
10 定順序分配，廖慶霖等4人所主張之上開債權縱使存在，亦
11 應於取得執行名義後，於執行程序參與分配，自不得逕予主
12 張抵銷。是以廖慶霖等4人主張以上開債權抵銷應給付之買
13 賣價金，其已無庸再為給付云云，自無可採。

14 (六)、上訴人先位請求廖慶霖等4人應共同給付佑典公司3446萬
15 4000元，並交由執行法院重行分配，既有理由；其備位請求
16 廖慶霖等4人應給付佑典公司部分由其代為受領，即無庸審
17 酌，附此說明。

18 六、綜上所述，上訴人請求確認佑典公司與廖慶霖等4人間就系
19 爭建物設定之系爭抵押權所擔保之債權逾162萬5000元不存
20 在，為有理由，應予准許；逾此部分，則無理由，應予駁
21 回。原審就上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有
22 未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為
23 有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示；至上開不應
24 准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合，上訴人仍
25 執陳詞，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理
26 由，應駁回其上訴。另上訴人追加先位之訴，依據買賣之法
27 律關係，請求廖慶霖等4人應共同給付佑典公司3446萬4000
28 元，並交由執行法院重行分配，為有理由，應予准許。逾此
29 部分，為無理由，應予駁回。

30 七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所提之證
31 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不

01 逐一論列，附此敘明。

02 八、據上論結，本件上訴及追加先位之訴為一部有理由、一部無
03 理由，爰判決如主文。

04 中 華 民 國 111 年 3 月 29 日

05 民事第五庭 審判長法官 游文科

06 法官 楊珮瑛

07 法官 李慧瑜

08 正本係照原本作成。

09 兩造均得上訴。

10 如不服本判決，須於收受判決送達後20日內向本院提出上訴書狀
11 ，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院提出上訴
12 理由書狀（均須按他造人數附具繕本）。因疫情而遲誤不變期間
13 ，得向法院聲請回復原狀。

14 上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法
15 第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具
16 律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項所定關係之釋明文
17 書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

18 書記官 陳秀鳳

19 中 華 民 國 111 年 3 月 29 日