臺灣臺南地方法院民事判決

109年度重訴字第207號

原　　告　凱基期貨股份有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　糜以雍

訴訟代理人　張學禮

被　　告　杜明華

訴訟代理人　杜貴雄

被　　告　東設營造有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　吳家銘

上列當事人間請求塗銷抵押權設定登記事件，經本院於民國109年11月12日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、被告應將坐落臺南市○○區○里段0000000 地號土地上之臨時建號臺南市○○區○里段00000 ○號建物，於民國（下同）101年1月5日以建造執照號碼(99)南縣建字第02423號，權利人東設營造有限公司，義務人兼債務人杜明華，設定權利範圍全部，擔保承攬報酬額新臺幣（下同）880萬元，所為之預為抵押權登記塗銷。

二、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、原告主張：

㈠原告為訴外人杜貴雄（即被告杜明華之父）之債權人，坐落臺南市○○區○里段0000000 地號土地上之臨時建號臺南市○○區○里段00000 ○號之未辦保存登記建物（下稱系爭建物），乃為杜貴雄所有，前經杜明華及被告東設營造有限公司（下稱東設公司）於101 年1月5日以建造執照號碼(99)南縣建字第02423 號，為東設公司設定擔保承攬報酬額880萬

元之預為抵押權登記（下稱系爭抵押權登記）。嗣據原告聲請假扣押系爭建物，經本院101年度司執全助字第142號查封在案，再聲請本院104年司執字第42240號拍賣系爭建物，因系爭抵押權之登記，進行至特別變賣程序後之減價拍賣，仍無人應買而視回撤回執行，致影響原告債權之受償。

㈡而杜明華前主張系爭建物為其所有，對原告提起第三人異議之訴，請求撤銷本院101年度司執全助字第142號執行程序，業經本院106年度重訴字第4號、臺灣高等法院臺南分院107年度重上字第59號及最高法院108年度台上字第730號裁判（下稱前案裁判），認定系爭建物為杜貴雄所有，而駁回杜明華之訴確定。足認系爭抵押權所設定之定作人杜明華，並非系爭建物之所有權人，東設公司自不能對系爭建物取得法定抵押權。

㈢然原告於108 年7月5日對杜明華及東設公司寄發存證信函，限期催告其等塗銷系爭抵押權登記，其等收受後逾期未塗銷，而杜貴雄與杜明華為父女，亦難期其會主動請求杜明華及東設公司塗銷系爭抵押權登記，是原告為保全債權，自得依民法第242 條及第767條第1項中段之規定，代位杜貴雄訴請杜明華及東設公司應將系爭抵押權登記予以塗銷。

㈣並聲明：如主文第1項所示。

二、被告答辯：

㈠東設公司與杜貴雄於99年11月間簽立新建工程合約書，約定在臺南市○○區○里段0000000號土地上興建系爭建物，杜貴雄為原告之客戶，其於100年8 月初因期貨交易虧損破產，無力繼續興建，為讓工程能繼續進行，杜貴雄於100 年8月8日將其與東設公司之工程契約，讓與杜明華概括承受繼續興建，故杜貴雄已喪失對系爭建物之處分權，而由杜明華取得事實上處分權。杜明華與東設公司乃於100年8月11日另行簽立新建工程合約書，並將系爭建物之建造執照起造人變更為杜明華，且為確保東設公司之承攬報酬，而預為系爭抵押權之登記，故東設公司就系爭建物具法定抵押權。嗣杜明

華於103年2月20日取得系爭建物使用執照，並於同年3月12日向臺南市政府財政稅務局申報稅籍，繳納房屋稅至今，杜明華自為系爭建物之事實上處分權人。

㈡前案裁判僅表示杜貴雄未將所有權移轉予杜明華，但無礙於杜明華已取得系爭建物之事實上處分權，而事實上處分權人雖不能辦理保存登記為所有權人，但其所享有之權能實質上等同所有權人，自應認事實上處分權人得與承攬人對於將來完成之建物預為抵押權之登記。是系爭建物之定作人杜明華縱非所有權人，東設公司就系爭建物仍具有法定抵押權。

㈢又東設公司因信賴系爭抵押權之登記，才願意繼續興建，應為善意之第三人，且其之法定抵押權自開始承攬即存在，不受杜貴雄將與其之工程契約讓與杜明華之影響，亦為民法第867條所規定。故縱認系爭建物為杜貴雄所有，惟其已將事實上處分權讓與杜明華，杜貴雄對系爭建物已無任何權利，原告自無代位其行使權利之餘地。

㈣並聲明：原告之訴駁回。

三、兩造不爭執事項（見本院重訴卷第201-202頁）：

㈠原告為杜貴雄之債權人。

㈡系爭建物經前案裁判，認定為杜貴雄所有。

㈢系爭建物於101年1月5日辦理系爭抵押權登記。

㈣原告於100年間聲請本院強制執行拍賣系爭建物，因系爭抵押權登記而拍賣無實益，又於104年再聲請本院強制執行拍賣系爭建物，進行至三拍減價拍買後之特別拍賣程序，依舊無人應買。

四、兩造爭執事項：原告依民法第242條及第767條第1項中段規定，代位杜貴雄請求杜明華及東設公司塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

五、本院之判斷：

㈠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。現行民法第513條第1項定有明文。而此之法定抵押權，係指承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有就其賣得價金優先受償之權，倘無承攬人與定作人之關係，或工作物非定作人所有，不能謂就定作物有法定抵押權，亦有最高法院104 年度台上字第2148號判決意旨可參。又88年4月21日修正前之民法第513條規定之法定抵押權，固不待登記即生效力，但仍以屬於定作人所有之不動產為限，始得對之主張法定抵押權。因此，不論修正前或修正後，承攬人就建築物取得法定抵押權，均以屬於定作人所有之不動產為限，嗣因所有權人讓與未保存登記建物，而取得事實上處分權之人，縱再與承攬人就該建物成立承攬關係，亦不發生法定抵押權之效力。

㈡查依兩造不爭執事項㈡、㈢所示，杜明華及東設公司雖於101年1月5日就系爭建物辦理系爭抵押權之登記，然系爭建物早於100年6、7月間業經建造成為獨立之不動產，而自斯時起即由原始出資建築之杜貴雄取得所有權等情，足認系爭抵押權登記時，系爭建物之所有權人乃為杜貴雄，並非屬於杜明華所有之不動產，應堪認定。

㈢又按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權。復分據民法第758條及第759條所明定。因此，依據前案裁判卷證，杜貴雄取得系爭建物之所有權後，嗣雖於100年8月8日與杜明華簽立讓渡書，約定由其將系爭建物讓與杜明華，並由杜明華概括承受其與東設公司之工程合約，再由杜明華與東設公司於同年月11日另行簽立新建工程合約書，並將系爭建物之起造人由杜貴雄變更為杜明華等情事，固亦堪認定。然系爭建物為未辦理保存登記建物，杜貴雄既未能將所有權移轉登記予杜明華，則杜明華縱因受讓而取得系爭建物之事實上處分權，並變更起

造人為杜明華，亦不能使東設公司取得法定抵押權。是杜明華與東設公司就系爭建物所為之系爭抵押權登記，既不符合民法第513條第1項之規定，自不生使東設公司取得法定抵押權之效力。其等以杜明華已受讓取得系爭建物之事實上處分權，應等同所有權人，而認其得與承攬人之東設公司預為抵押權之登記等情詞，與法尚有未合，並無可採。

㈣再按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之；債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。民法第767條第1項中段及第242條亦定有明文。承前所述，杜明華與東設公司間之系爭抵押權登記既屬無效，應予塗銷。然杜貴雄與杜明華為父女，自亦難期其會主動請求杜明華及東設公司塗銷系爭抵押權登記。而原告為杜貴雄之債權人，其於100年間聲請本院強制執行拍賣系爭建物，因系爭抵押權登記而拍賣無實益，又於104年再聲請本院強制執行拍賣系爭建物，進行至三拍減價拍買後之特別拍賣程序，依舊無人應買等情事，復有兩造不爭執事項㈠、㈣可明。是其為保全債權，代位杜貴雄訴請杜明華及東設公司塗銷系爭抵押權登記，即屬有據，應予准許。

六、綜上所述，原告依民法第242條及第767條第1項中段規定，代位杜貴雄請求杜明華及東設公司塗銷系爭抵押權登記，為有理由，應予准許。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、論結：原告之訴為有理由，依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　31　　日

民事第一庭　法　官　陳淑卿

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。

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　　110　　年　　1　　月　　6　　日

書記官　謝璧卉