

臺灣高等法院民事判決

106年度重上字第384號

上訴人 金興發資產管理有限公司

法定代理人 謝文哲

訴訟代理人 謝宗穎律師

複代理人 林銘龍律師

陳彥嘉律師

上訴人 隆豪營造有限公司

法定代理人 夏全宗

訴訟代理人 楊延壽律師

複代理人 吳永鴻律師

參加人 瀧興發建設開發股份有限公司

法定代理人 謝文哲

訴訟代理人 蘇志倫律師

鄭嘉欣律師

吳聖平律師

被上訴人 桂子敏

林麗水

郭月娥

楊仲萍

楊建偉

共同

訴訟代理人 黃銘照律師

上列當事人間分配表異議之訴事件，上訴人對於民國106年2月23日臺灣士林地方法院104年度重訴字第483號第一審判決提起上訴，本院於108年7月17日言詞辯論終結，判決如下：

主文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人金興發資產管理有限公司負擔八分之五，餘由上訴人隆豪營造有限公司負擔。因參加訴訟所生之費用，由參加人負擔。

原判決主文第一項更正為「臺灣士林地方法院一〇一年度司執助

字第一六七八號清償票款強制執行事件，於民國一〇四年十月十九日製作之分配表，次序20被告金興發資產管理有限公司第1順位抵押權之債權原本新臺幣壹億元、受分配金額新臺幣壹億元及次序2併案執行費新臺幣捌拾萬元，均應予剔除，不得列入分配」。

原判決主文第二項更正為「臺灣士林地方法院一〇一年度司執助字第一六七八號清償票款強制執行事件，於民國一〇四年十月十九日製作之分配表，次序21被告隆豪營造有限公司第1順位抵押權之債權原本合計新臺幣參仟零捌拾伍萬參仟貳佰捌拾肆元、受分配金額新臺幣伍仟玖佰參拾玖萬捌仟玖佰玖拾伍元及次序4併案執行費新臺幣貳拾肆萬陸仟捌佰貳拾陸元，均應予剔除，不得列入分配」。

事實及理由

壹、程序方面

一、上訴人隆豪營造有限公司（下稱隆豪公司）之法定代理人於本院審理期間變更為夏全宗，業經其具狀聲明承受訴訟，有民事聲明承受訴訟狀、臺北市政府函、公司變更登記表及委任狀（本院卷一第472至478頁，本院卷二第335頁）在卷可按，核與民事訴訟法第175條第1項、第176條規定相符，應予准許。

二、按就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加。民事訴訟法第58條第1項定有明文。查參加人與上訴人就其等承攬關係所生報酬，於民國101年3月21日以興建中之門牌號碼臺北市○○區○○路○段○○○號建物（下稱系爭建物）為抵押物，辦理預為抵押權之登記（下稱系爭預為抵押權登記），惟被上訴人提起本件訴訟主張系爭建物為訴外人創意世家有限公司（下稱創意世家公司）所有，系爭預為抵押權登記無效等情，顯有損及參加人之法律上利益，因此，參加人於本院審理時，以其就兩造間之訴訟有法律上利害關係，為輔助上訴人而聲請參加訴訟（本院卷一第198頁），合於前開規定，應予准許。

01 。

02 三、次按當事人不得於二審提出新攻擊防禦方法，但對於在第一
03 審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，民事訴訟
04 法第447條第1項第3款規定甚明。查上訴人金興發資產管
05 理有限公司（下稱金興發公司）與隆豪公司（與前者，下合
06 稱上訴人）於原審均抗辯伊等為系爭建物修繕工程之承攬人
07 ，參加人為定作人，並已辦理系爭預為抵押權之登記，因參
08 加人尚未清償工程款，而金興發公司、豪隆公司之修繕行為
09 係對系爭建物之增益行為，如認系爭建物增益價額屬創意世
10 家公司之責任財產，仍受民法第513條規定保障云云（原審
11 卷三第33、52至53頁）。又上訴人於本院審理時抗辯：創意
12 家公司與參加人乃共同定作人（本院卷一第293頁）；隆
13 豪公司另抗辯：如認系爭建物為創意家公司原始取得所有
14 權，隆豪公司對創意家公司無因管理，依民法第176條第
15 1項規定所生債權，均為系爭預為抵押權登記效力所及等節
16 （本院卷一第51、238頁），核屬新防禦方法，惟係對在第一
17 審已提出之防禦方法為補充，依前開規定，尚無不合。

18 貳、實體方面

19 一、被上訴人主張：伊等為創意家公司之債權人，聲請對創意
20 家公司所有之系爭建物實施強制執行，經臺灣士林地方法
21 院（下稱士林地院）以101年度司執助字第1678號受理執行
22 （下稱系爭執行事件），士林地院於104年10月19日將各債
23 權人之債權原本、受分配金額製作如原判決後附之分配表（
24 下稱系爭分配表）所示。茲因系爭建物之頂樓即11樓屋頂板
25 已於99年8月6日建築完成，而成為獨立之不動產，由原始
26 出資興建之創意家公司取得所有權，雖參加人於100年9
27 月22日向創意家公司購買系爭建物，於100年10月3日變
28 更為起造人，並於101年3月21日就系爭建物為系爭預為抵
29 押權登記，惟斯時系爭建物尚未辦理第一次登記，亦未移轉
30 所有權登記予參加人，故參加人尚未取得所有權，上訴人以
31 對參加人之承攬報酬額所為系爭預為抵押權登記，應屬無效

。縱屬有效，因金興發公司係承攬飯店裝修工程，與系爭建物興建竣工之工程無關，亦非系爭建物本身之重大修繕，且承攬報酬尚未發生。縱認上訴人對參加人之承攬報酬均已發生而存在，惟於101年7月10日系爭建物查封時，系爭預為抵押權之擔保債權已告確定，在此之後始發生之承攬報酬，及隆豪公司陳報之遲延利息、違約金，均非系爭預為抵押權擔保效力所及，僅為普通債權，不能優先受償。爰依強制執行第41條規定，請求將系爭分配表(一)次序20金興發公司第1順位抵押權擔保之債權原本新臺幣(下同)1億元、優先受償額1億元及次序2併案執行費80萬元；(二)次序21隆豪公司第1順位抵押權所擔保之債權原本合計3,085萬3,284元(被上訴人誤載為6,000萬元)、優先受償5,939萬8,995元及次序4併案執行費24萬6,826元，均應予剔除，不得列入分配等語。

二、上訴人則各以下列情詞置辯：

(一) 金興發公司：被上訴人對創意世家公司無債權存在，分配表異議之訴本質上為「消極確認債權不存在訴訟」，被上訴人無確認利益，提起本件訴訟自不合法。參加人已向創意世家公司買受並受讓占有系爭建物，應認參加人已取得所有權。況民法第513條規定係為優先保障承攬人之承攬報酬而設，工作所附定作人之不動產，應包含定作人為事實上處分權人之不動產，建造執照之起造人登記乃土地登記之一種，伊係善意信賴參加人為起造人之登記，所為系爭預為抵押權登記，應受保護。伊對參加人之承攬報酬債權1億元確實存在，迄未獲清償。縱認創意世家公司方為系爭建物之所有人，因創意世家公司與參加人乃共同定作人，伊之1億元債權亦為系爭預為抵押權效力所及等語。

(二) 隆豪公司：創意世家公司已自陳非系爭建物之所有人，又創意世家公司依其與參加人間之不動產買賣契約(下稱系爭買賣契約)，已將系爭建物事實上處分權等悉數轉讓予參加人，並同意系爭預為抵押權之登記，應評價參加人為

共同定作人。民法第513條規定之抵押標的物亦不以定作人所有為必要，建物未辦理第一次登記時，承攬人欲知悉承攬工作所附之不動產誰屬，僅有查閱建造執照之起造人，地政機關亦會審查是否合乎民法第513條要件始准予登記，伊因信賴登記應受保護。伊對參加人尚有3,085萬3,284元報酬及遲延利息、違約金未獲清償。如認系爭建物為創意世家公司所有，伊與創意世家間無法律關係存在，則主張系爭預為抵押權登記之擔保債權包含伊對創意世家公司無因管理所生民法第176條第1項規定之債權等語。

三、參加人為輔助上訴人稱以：伊已向創意世家公司買受並點交系爭建物，創意世家公司已非所有人，故伊與上訴人基於承攬關係所為系爭預為抵押權登記應屬有效。縱認伊非系爭建物之所有人或事實上處分權人，依系爭買賣契約第3條第5項約定，創意世家公司負有協助發包義務，伊亦表見代理創意世家公司與上訴人訂立承攬契約，仍有民法第513條規定之適用。又系爭建物於拍賣時價值明顯增加，可見上訴人之修繕行為確屬增益行為，而為適法之無因管理，故伊為適法之無因管理人，對上訴人負擔之承攬債務，自得依民法第176條規定請求本人即創意世家公司清償，並以系爭預為抵押權登記為擔保等語。

四、原審判決：

（一）系爭執行事件於104年10月19日製作之系爭分配表，次序20金興發公司第1順位抵押權受分配金額1億元及次序2併案執行費80萬元，均應予剔除，不得列入分配。

（二）系爭執行事件於104年10月19日製作之系爭分配表，次序21隆豪公司第1順位抵押權受分配金額5,939萬8,995元及次序4併案執行費24萬6,826元，均應予剔除，不得列入分配。

上訴人聲明不服，提起上訴，上訴聲明分別為（本院卷二第324頁）：

（一）金興發公司：

01 1.原判決關於主文第一項不利伊部分廢棄。

02 2.前開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。

03 (二)隆豪公司：

04 1.原判決關於主文第二項不利伊部分廢棄。

05 2.前開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。

06 被上訴人答辯聲明：上訴駁回

07 五、本件不爭執事項如下（僅保留與本判決論述有關部分於後，
08 並依案卷資料調整其內容，餘詳本院卷二第12、13頁）：

09 (一)創意世家公司取得臺北市都市發展局（下稱臺北市都
10 發局）核發之096建字第0571號建造執照（下稱0571號建
11 造執照），並在臺北市○○區○○段○○段000地號（下
12 稱580地號）土地上興建系爭建物。

13 (二)創意世家公司於100年9月22日與參加人簽訂系爭買賣契
14 約出售580地號土地及興建中之系爭建物予參加人。系爭
15 建物之建造執照起造人於100年10月3日變更為參加人；
16 系爭建物於102年3月22日竣工，並於102年6月17日取
17 得使用執照，有使用執照存根、建造執照存根及變更概要
18 、系爭買賣契約可佐（原審卷一第23、195、203、245
19 、246頁）。

20 (三)參加人與上訴人於101年3月14日就系爭建物提出系爭預
21 為抵押權登記之申請，並檢附0571號建造執照、參加人與
22 上訴人簽立之裝修工程合約、工程合約，經臺北市建成地
23 政事務所（下稱建成地政事務所）於101年3月21日完成
24 登記，有系爭建物登記謄本、建成地政事務所檢送之土地
25 登記申請書可按（原審卷一第24、178至223頁）。

26 (四)士林地院受理系爭執行事件後，於101年7月10日查封系
27 爭建物（見該院101年度司執助字第1678號影卷〈下稱執
28 行影卷〉一第1頁）；於104年2月5日拍賣，由訴外人
29 甲天下股份有限公司以3億2,888萬9,999元得標，嗣金
30 興發公司於104年2月17日聲明優先承買，並於104年4
31 月2日繳足價金（原審卷二第247至249、262至265頁

01)。上訴人以就系爭建物有系爭預為抵押權登記擔保債權
02 為由參與分配，經士林地院作成系爭分配表。

03 六、茲就兩造協議簡化之爭點（本院卷二第13至15頁）及本院判
04 斷分述如下：

05 （一）被上訴人提起本件分配表異議之訴為合法

06 1.按分配表異議之訴屬形成之訴，其訴訟標的為對分配表之
07 異議權，倘原告係以被告聲明參與分配之債權不存在為異
08 議權之理由，其本質上即含有消極確認債權不存在訴訟之
09 性質，如被告主張其債權存在，依舉證責任分配法則，自
10 應先由主張該債權存在之被告負舉證之責（最高法院101
11 年度台上字第904號判決要旨參照）。此乃因以強制執行
12 事件之債權人以他債權人之債權不存在為異議權之事由，
13 而提起分配表異議之訴，法院須確認該爭議之債權不存在
14 後，始得為剔除該債權於分配表外之形成判決，因此，依
15 舉證責任分配法則，應先由主張該債權存在之被告負舉證
16 之責，惟此類訴訟非確認原告債權存否，原告不因此應先
17 負舉證自己債權存在之責。從而，上訴人否認被上訴人對
18 創意世家公司之債權，並援引前開實務見解，認被上訴人
19 應就其對創意世家公司債權存在一事先負舉證責任（本院
20 卷二第210至212、289、291頁），容有誤會。

21 2.次按異議未終結者，為異議之債權人或債務人，得向執行
22 法院對為反對陳述之債權人或債務人提起分配表異議之訴
23 。強制執行法第41條第1項前段定有明文。可徵分配表異
24 議之訴之原告，係指於分配期日前，對分配表聲明異議之
25 債權人或債務人，而得列入分配表之債權人，乃持有執行
26 名義及證明文件聲請強制執行或參與分配者，此觀諸強制
27 執行法第6條、第34條規定可明，經執行法院審查執行名
28 義有效成立已足（最高法院81年台抗字第114號判例參照
29 ）。查被上訴人持臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）核
30 發之本票裁定暨確定證明書為執行名義，聲請對債務人創
31 意世家公司所有，已興建完成尚未取得使用執照之系爭建

01 物實施強制執行，而併入系爭執行事件執行，經士林地院
02 執行處審查執行名義後，將被上訴人列為執行債權人，暨
03 將被上訴人主張之本票債權、併案執行費分別列入系爭分
04 配表等情，業經原審調閱系爭執行事件卷宗，並有系爭分
05 配表可明，堪信被上訴人所持執行名義業經執行法院審查
06 有效成立。又被上訴人於分配期日前，已於104年10月14
07 日具狀聲明異議，主張分配表所列之上訴人債權原本、優
08 先受償額及執行費均應剔除，不得列入分配，債權人及債
09 務人均未於104年11月19日分配期日到場而未再更正分配
10 表等情，亦有民事聲明異議狀、104年11月19日分配筆錄
11 可稽（執行影卷五第8至12、49頁），應認被上訴人之異
12 議尚未終結，則被上訴人依前開規定，對上訴人提起分配
13 表異議之訴，程序上自屬合法；另本件訴訟性質上為形成
14 之訴，上訴人抗辯被上訴人對創意世家公司之債權不存在
15 ，無提起本件訴訟之確認利益云云（本院卷二第210、21
16 2、289、291頁），即非可取。

17 （二）系爭預為抵押權登記無效

- 18 1.按民法第513條之法定抵押權，係指承攬人就承攬關係所
19 生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有就其賣
20 得價金優先受償之權，倘無承攬人與定作人之關係，或工
21 作物非定作人所有，不能謂就定作物有法定抵押權。而建
22 物所有權之取得，除基於他人既存之權利而繼受取得者外
23 ，非不得因出資興建而原始取得其產權；至建造執照及使
24 用執照之起造人名義，僅為依建築法規行政管理之措施，
25 並非決定建物所有權歸屬之依據；另建物之所有權第一次
26 登記通常有其原因關係，或基於買賣或互易或其他法律關
27 係，不一而足，亦不能僅以第一次登記名義人，作為判斷
28 原始取得建物產權之依據，進而推論為該建物承攬契約之
29 定作人（最高法院104年度台上字第2148號判決參照）。
30 又民法第66條第1項所謂定著物，係指非土地之構成部分
31 ，繼續附著於土地，而達一定經濟上目的，不易移動其所

在之物而言。凡屋頂尚未完全完工之房屋，其已足避風雨，可達經濟上使用之目的者，即屬土地之定著物，買受此種房屋之人，乃係基於法律行為，自須辦理移轉登記，始能取得所有權。僅變更起造人名義，而未辦理保存或移轉登記時，當不能因此項行政上之權宜措施，而變更原起造人建築之事實，遽認該買受人為原始所有權人（同院63年度第6次民庭庭推總會議決議（一）參照）。

2.被上訴人主張系爭建物為創意世家公司出資興建，並於99年8月6日完成頂樓即11樓屋頂板，已完成主結構體，而由創意世家公司原始取得所有權等語，為上訴人否認，辯稱：創意世家公司業已自承非所有人，系爭建物乃創意世家公司出售並交付予參加人，參加人方為所有人，至少亦取得事實上處分權等語（本院卷二第216、218、299頁）；參加人則陳稱：臺北市都發局100年10月3日准許變更系爭建物之起造人為參加人，可認斯時主結構體尚未建築完成，嗣由參加人出資建築並取得所有權，此由隆豪公司於101年7月23日估驗單請款項目為屋頂鋼構可資佐證等語（本院卷二第160、161頁）。經查：

(1)依臺北市建築管理工程處之系爭建物施工進度案件明細，申報日99年8月6日之申報進度項目為屋頂板（見原審卷一第244頁）。又依金興發公司所提參加人在士林地院另案104年度重訴字第46號事件之民事辯論意旨所附100年9月購入時建築物屋頂照片（原審卷二第66頁），及參加人於本院另案106年度上字第706號事件具狀陳稱：本買賣標的之興建中建物，於賣方將建物點交予買方（指參加人）時，該建物係以規劃為住家使用，工程進度大約為主結構完成，電梯、機械停車設備等工程組裝接近完成，其餘外牆及內部隔間粉刷、鋁門窗、水電消防均未施作等語（本院卷二第89頁），可證參加人購買時，系爭建物包含屋頂板之主要結構體業已建築完成。且兩造於本院106年8月25日準備程序，對於系

01 爭建物於99年8月6日已完成屋頂板一事，均當庭積極
02 表示不爭執（本院卷一第259頁），隆豪公司更以書狀
03 自認（本院卷二第295頁），依民事訴訟法第279條第
04 1項規定已生自認之法律效果，益徵系爭建物之屋頂板
05 於99年8月6日業已完成一事，堪信為真。

06 (2) 雖金興發公司事後撤銷前開自認，參加人嗣亦改稱依隆
07 豪公司101年7月23日所提第9期工程估驗單項目名稱
08 記載「屋頂鋼構、造型鋁包板、外牆鋁包板」（原審卷
09 二第161頁），可證購買當時，屋頂尚未完成云云（本
10 院卷二第10、161頁）。據隆豪公司提出各期估驗單對
11 應之發票、支票整理表（原審卷三第15頁）及各期工程
12 估驗單（原審卷二第153至173頁），可知隆豪公司進
13 場施作工項，依序第1期為全棟整理、消毒等，第2期
14 為鷹架安檢等，第3期為外牆石材、二丁掛工程，第4
15 期為樓梯裝修、泥作工程等，第5期為室內外防水工程
16 ，第6期為外牆打石、拆除清運等，第7期為屋頂水塔
17 H鋼樑、屋頂防水與隔熱磚工程等，第8期為室內RC牆
18 切割、打石、拆除工程等，第9期為屋頂鋼構、造型鋁
19 包材、外牆鋁包材…等，而參加人所稱屋頂建築工程乃
20 第9期工程。然依101年6月20日第7期估驗單之工項
21 名稱載為「1.屋頂水塔H鋼樑、屋頂防水與隔熱磚工程
22 …」（原審卷二第159頁），倘屋頂板尚未建築完成，
23 焉會先進行屋頂防水與隔熱磚工程之理，故參加人前開
24 所稱，殊無可採。反之，由隆豪公司前開各期工程估驗
25 單所載施工內容及順序，堪認前開第9期估驗單所載「
26 屋頂鋼構…」之工程，應與系爭建物之屋頂板建築無涉
27 ，且由該紙估驗單所載項目與屋頂鋼構並列之造型鋁包
28 板、外牆鋁包板，與辦理系爭預為抵押權登記時檢附隆
29 豪公司施工之立面圖所載之面貼鋁包版（原審卷一第
30 217頁）、參加人另案所附之系爭建物完工時建築物屋
31 頂照片中之鋼構建物（原審卷二第67頁背面）相互勾稽

，互屬相符，益證第9期工程之屋頂鋼構工程，並非屋頂板本身之建築。輔以金興發公司於原審業已自承其向參加人承攬之工程，是系爭建物之水、電、電信系統為主要施工內容（原審卷一第150頁），並列舉施工內容（原審卷一第91頁背面），核與證人即參加人之會計鄭淑貞證述：參加人發包予金興發公司之施作項目有五大管線等語（原審卷二第53頁背面）相符。綜上堪信上訴人承攬之工程均與系爭建物之主要結構體（含屋頂板）建築無涉。

- (3) 參加人固以內政部73年6月6日台內營字第235176號、73年3月16日台內營字第213732號函示，抗辯如建築物於主要結構完成後，即不得辦理起造人變更，可資推論買受時，系爭建物之屋頂板等主要結構體尚未建築完成云云（本院卷二第159頁）。惟依臺北市都發局函載內政部74年8月20日台內營字第337118號函示略以：「二、建築物之整體工程，依建築法第70條應包括建築物之主要構造、室內隔間及建築物之主要設備三者。是同法第8條所定各項主要構造，僅為建築物整體工程之主要部分，故僅主要構造完成，自不能謂為建築物整體工程完竣。三、本部對於依建築法第55條第1項第2款申請為起造人變更者，曾數函規定以其主要結構尚未完成之建築物為限。唯此項規定於主要構造體完成後，將所有權移轉時，其室內隔間及建築物主要設備工程尚未完成者，為確定其完成工程之起造責任歸屬，主管機關得查明移轉約定，如約定由起造人繼續完成者，則不生起造人變更問題，如約定由買受人或他人為起造人繼續完成者，則准由各關係人會同辦理起造人變更，以利建築管理」（本院卷一第646至648頁），可徵建築物之主要結構體完成後，如有約定其餘隔間工程及建築物主要設備工程由買受人或他人為原起造人繼續完成者，仍准許辦理起造人變更。觀諸系爭買賣契約第3條第4項即約

01 定於甲方（指參加人）發包工程繼續興建期間，乙方（
02 指創意世家公司）應協助甲方工程發包及取得使用執照
03 ，第4條第1項約定辦理建造執照起造人，如有需要，
04 乙方負有協助義務（原審卷一第245頁背面）；另由參
05 加人所提其與創意世家公司、原承攬人即訴外人中華廣
06 停股份有限公司等間之合約移轉協議書、保留款移轉協
07 議書、參加人與原承攬人間之協議書（本院卷一第388
08 至410頁，下合稱系爭協議書等），堪信參加人與創意
09 世家公司業已約定嗣後工程由參加人負責繼續建築完成
10 。因此，臺北市都發局100年10月3日准許變更起造人
11 為參加人一節（見不爭執事項第(二)點），乃合於前開內
12 政部74年8月20日台內營字第337118號函示，並無法據
13 此證明斯時系爭建物屋頂板尚未建築完成，故參加人前
14 開所稱並非有理。

- 15 (4) 依前開臺北市都發局函覆、隆豪公司第9期估驗單（本
16 院卷二第16、215頁）均無法證明金興發公司前開自認
17 與事實不符，復未經被上訴人同意，依民事訴訟法第27
18 9條第3項規定不生撤銷自認之效力。綜上說明，被上
19 訴人主張參加人向創意世家公司買受前，系爭建物之屋
20 頂板業已於99年8月6日建築完成，應屬可信。

- 21 3. 參以系爭建物之建造執照存根（原審卷一第195頁），原
22 計畫建築地上11層及地下3層之建築物1棟，第11層之屋
23 頂板既已於99年8月6日建築完成；復依參加人所提買受
24 時之建築物外觀照片、室內照片（原審卷二第66頁及背面
25 ），暨隆豪公司係承攬系爭建物之外牆、室內等裝修工程
26 （見原審卷三第15頁附表），金興發公司則承攬水、電、
27 電信設備等工程（原審一第150頁），足認參加人買受時
28 ，系爭建物雖未達建築法第70條規定建築物之主要構造、
29 室內隔間及建築物主要設備等均已完全竣工之程度，但於
30 99年8月6日完成屋頂板時，系爭建物已足避風雨，且由
31 參加人係以9,100萬元向創意世家公司買受一節以觀，益

徵系爭建物已有相當經濟價值及合乎經濟上之使用目的，具有土地定著物之性質，而為獨立之不動產。雖斯時系爭建物之起造人名義為訴外人合眾建築經理股份有限公司（下稱合眾公司），惟此係因創意世家公司將系爭建物交付信託管理，而於98年6月9日第一次變更起造人為合眾公司，嗣因創意世家公司已提前清償土、建融貸款，遂依融資銀行來函指示，於100年8月23日辦理變更信託返還創意世家公司，有合眾公司函文、不動產信託契約書及合作金庫銀行東臺北分行函在卷可按（本院卷二第193至205頁）。承上，系爭建物係既由創意世家公司出資興建，於99年8月6日已完成建築屋頂板，而為獨立之不動產，依前開說明，應由創意世家公司原始取得所有權，已堪認定。

4.再按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。民法第758條第1項定有明文。上訴人以參加人於100年9月間向創意世家公司買受系爭建物並受讓占有，暨於100年10月3日變更起造人為參加人，據此辯稱參加人已取得系爭建物之所有權或事實上處分權等語（本院卷二第216、299頁）。然創意世家公司已於99年8月6日原始取得系爭建物之所有權，則參加人依系爭買賣契約之法律行為受讓系爭建物，依前開規定，尚應完成所有權移轉登記始生效力，而系爭建物於101年3月21日為系爭預為抵押權登記時，參加人尚未完成所有權移轉登記，有建物登記謄本可明（原審卷一第24頁）。至創意世家公司於100年10月3日將系爭建物之建造執照起造人變更為參加人，或創意世家公司曾於系爭執行程序具狀表示系爭建物非其所有（原審一第62頁），然依前開說明，均無從作為參加人取得系爭建物所有權之法律上理由。

5.另按所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。民法第765條定有明文。

。係謂所有權能包含處分權等，而實務上，對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有權（最高法院95年度台上字第94號判決）；又民法第513條法定抵押權既係以保護承攬人對定作人之工程款債權為主要目的，自以承攬工作所附之定作人所有之不動產，方得為擔保承攬報酬之抵押物。查創意世家公司已原始取得系爭建物之所有權，參加人基於買賣之債權行為受讓後，在未完成所有權登記前，仍非系爭建物之所有人。系爭預為抵押權登記時，參加人既非所有人，上訴人即無從以參加人為系爭建物之事實上處分權人為由，創設新物權。

6. 綜上各節，被上訴人主張參加人非系爭建物所有人，所為系爭預為抵押權登記無效，核屬有據。

（三）上訴人抗辯因信賴登記而應受保護，並不可採

1. 按依本法所為之登記，有絕對效力，土地法第43條定有明文；又不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響。民法第759條之1亦有明定。查系爭預為抵押權登記時，參加人尚未登記取得系爭建物所有權，則上訴人即非因信賴不動產登記，而依法律行為為系爭預為抵押權登記。

2. 次按承攬人依民法第513條規定申請為抵押權登記或預為抵押權登記，除應提出土地登記規則第34條及第40條規定之文件外，並應提出建築執照或其他建築許可文件，會同定作人申請之。但承攬契約經公證者，承攬人得單獨申請登記，登記機關於登記完畢後，應將登記結果通知定作人。承攬人就尚未完成之建物，申請預為抵押權登記時，登記機關應即暫編建號，編造建物登記簿，於標示部其他登記事項欄辦理登記。為土地登記規則第117條所明定。依建成地政事務所函覆：辦理系爭預為抵押權登記時，參加

人已變更為建造執照之起造人，並提出建造執照等證明文件，依建築法第12條第1項規定。若無其他反證，自得推定建築物之起造人即為建造建築物之人，並因建築物之建造而取得該建築物之所有權，因該所無其他反證，無由懷疑參加人非合法定作人，及系爭建物非參加人之不動產，爰審核所附文件符合規定而准予登記（本院卷一第644、645頁），可徵建成地政事務所僅形式上審查辦理所需文件，且無其他反證下，而准予系爭預為抵押權之登記，並非實質認定系爭建物為參加人所有。再依前所述，建築管理機關於建築物主結構體完成後，約定由買受人完成後續建築工程者，仍得准予變更起造人登記，換言之，在有其他反證下，尚難單憑變更起造人登記，即謂變更後之起造人為系爭建物所有人。

- 3.另按土地登記，係指土地及建築改良物之所有權與他項權利之登記。土地法第37條第1項規定可明，建造執照之起造人變更登記，並非前開規定之土地登記，自與土地法第43條、民法第759條之1規定不動產物權之信賴登記無涉。因此，上訴人抗辯係善意信賴起造人變更登記而為系爭預為抵押權之登記，依土地法第43條、民法第759條之1規定因信賴登記，而為系爭預為抵押權登記，應受保護云云（本院卷二第221至225、303頁），均非可採。

（四）上訴人抗辯創意世家公司乃共同定作人，且系爭預為抵押權擔保範圍及於上訴人對創意世家公司之無因管理所生債權，亦不足取

- 1.按抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，但如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分。因此關於最高限額抵押權所擔保之債權，雖未記載於土地登記簿，然於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，此契約書既作為登記簿之附件，自為抵押權效力所及（最高法院

84年台上字第1967號判例參照），可知經登記或於聲請登記時提出作為登記簿附件之定作人、債權範圍，方為民法第513條法定抵押權擔保效力所及。

2. 上訴人抗辯創意世家公司為共同定作人（本院卷二第239、293頁），並引用系爭買賣契約為據（本院卷二第180至182頁）。然觀諸系爭買賣契約，或上訴人與參加人間之工程合約（原審卷一第205至209頁）內容，均未有參加人有表見代理創意世家公司與上訴人簽約之意旨。依系爭預為抵押權之登記內容（原審卷一第24頁）及土地登記申請書（原審卷一第179至223頁）所載，義務人兼債務人為參加人，定作人亦為參加人，並未將創意世家公司登記為定作人，亦未將系爭協議書等（本院卷一第388至410頁）作為登記簿之附件。因此，上訴人所辯創意世家公司為共同定作人，對其等所負承攬報酬債務，亦為系爭預為抵押權擔保效力所及等節，顯非可採。

3. 上訴人抗辯伊等為系爭建物重大修繕之增益行為，對創意世家公司有無因管理所生之債權，亦為系爭預為抵押權擔保效力所及等語（本院卷二第239、293頁）。然上訴人係基於與參加人間之工程合約，而對系爭建物施作工程，顯無為創意世家公司管理事務之意，自無從對該公司成立無因管理債權，且系爭預為抵押權之登記內容或登記簿附件，均未有包含上訴人對創意世家公司無因管理所生之債權，依前開說明，仍非系爭預為抵押權擔保效力所及，故上訴人此部分抗辯，亦非可取。

（五）承上各節，系爭建物非定作人即參加人所有，且系爭預為抵押權登記擔保之承攬關係是存在上訴人與參加人之間，與創意世家公司無涉，因此，系爭預為抵押權登記與民法第513條第1項規定要件不合，自不生法定抵押權之效力而無效。從而，被上訴人依強制執行第41條規定，請求將系爭分配表所載之上訴人債權原本、受分配額及執行費均予剔除，為有理由。至於上訴人之實際債權金額若干，已

無審酌之必要，附此敘明。

七、綜上所述，被上訴人依強制執行第41條規定，請求將系爭分配表(1)次序20金興發公司第1順位抵押權擔保之債權原本1億元、優先受償額1億元及次序2併案執行費80萬元；(2)次序21隆豪公司第1順位抵押權擔保之債權原本合計3,085萬3,284元（被上訴人誤載為6,000萬元，原審卷三第35頁）、優先受償額5,939萬8,995元及次序4併案執行費24萬6,826元，均應予剔除，不得列入分配，為有理由。原審為上訴人敗訴之判決，尚無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。另被上訴人於原審起訴請求剔除，不得列入分配者，尚包含系爭分配表次序20、21所載之債權原本（原審卷三第35、46頁），而隆豪公司主張尚未清償之債權原本僅為3,085萬3,284元（本院卷二第313頁），系爭分配表次序21所載債權原本，亦如隆豪公司主張數額，因此，被上訴人聲請更正原判決主文第1、2項應包含債權原本及其分配額（本院卷二第324頁），核屬有據，爰更正如主文第3、4項所示。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘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。

九、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第85條第1項、第86條第1項前段，判決如主文。

中華民國 108 年 7 月 31 日

民事第二十四庭

審判長法官 陳麗芬

法官 周祖民

法官 黃欣怡

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（詳附註）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 108 年 7 月 31 日
書記官 秦千瑜

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。