

# 承攬人抵押權登記之效力

## 一 登記生效或登記對抗

黃健彰\*

### 目 次

壹、前言

貳、登記生效或登記對抗

一、學說實務見解

二、本文見解

參、如採登記對抗說，承攬人抵押權與意定抵押權間的次序

一、費用性擔保物權優先原則

二、若未為登記，仍優先於成立在先的抵押權

肆、結論

關鍵詞：承攬人抵押權、法定抵押權、優先權、建設工程價款優先受償權、登記生效、登記對抗、交易安全、費用性擔保物權優先原則、費用性擔保物權優先於融資性擔保物權的原則。

投稿日期：九十九年十一月十五日；接受刊登日期：九十九年十二月九日。

\*中正大學法學博士、台灣大學法律學系博士後研究，現為台北大學不動產與城鄉環境學系專任助理教授。

## 壹、前言

承攬人抵押權制度涉及「承攬人報酬的確保」與「動的交易安全之保護」，是橫跨契約法與物權法理論及實務上的重要問題，相關規定有待妥適地解釋適用。

在台灣，民法五一三條關於承攬人抵押權的規定，在一九九九年修法前不以登記為生效或對抗要件，易使第三人遭受不測損害，有害交易安全甚至公益，被部分學者稱為「惡法」<sup>1</sup>，該條也是民法修正討論費時最久的條文<sup>2</sup>。一九九九年修正後的該條第一項規定：「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。」第二項規定：「前項請求，承攬人於開始工作前亦得為之。」第三項規定：「前二項之抵押權登記，如承攬契約已經公證者，承攬人得單獨申請之。」第四項規定：「第一項及第二項就修繕報酬所登記之抵押權，於工作物因修繕所增加之價值限度內，優先於成立在先之抵押權。」而土地登記規則一一七條針對承攬人抵押權的登記，有進一步的規定。修正後本條的承攬人抵押

---

<sup>1</sup> 楊與齡，惡法的適用，收錄於民法總則爭議問題研究，頁 45，五南出版公司，二版（1999）。

<sup>2</sup> 參閱楊與齡，承攬人法定抵押權之成立與登記，收錄於民法物權實例問題分析，頁 29，五南出版公司（2001）。

權是否仍為「法定抵押權」，或只是「(強制性)意定抵押權」<sup>3</sup>，本條的抵押權登記究為「對抗要件」或「成立、生效要件」<sup>4</sup>，學說實務見解不一，迄今未有定論。而此爭議問題在實務上確實會影響到承攬人的權利，故甚有探討實益。

本文第貳部分即探討台灣修法後承攬人抵押權登記的效力，究竟應採登記生效要件說或登記對抗要件說，並試圖回應學說與最新各級法院判決中的不同見解<sup>5</sup>，其中尚牽涉強制執行法與土地登記規則等法規的解釋適用，而鑑於兩岸交流愈來愈頻繁，兩岸法制比較與分析的重要性與日俱增，本文在相關處也論述大陸法制<sup>6</sup>；其次，前述民法第五一三條第四項規定：第一項及第二項就修繕報酬所「登記」之抵押權，於工作物因修繕所增加之價值限度內，優先於成立在先之抵押權，據此，「承攬人抵押權與意定抵押權間的次序」也屬於登記效力的相關問題，同時這也是修法欲解決的重點之一，故本文於第參部分探討此問題；第肆部分是結論。

<sup>3</sup> 又稱「法定的意定抵押權」，參閱蘇永欽，私法自治中的國家強制－從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向，收錄於走入新世紀的私法自治，頁18，元照出版公司（2002）。

<sup>4</sup> 「成立要件」與「生效要件」是否應區別、如何區別，並非本文重點。本文以下就此統一使用「生效要件」一詞。

<sup>5</sup> 本文歸納分析實務見解時，除引用最高法院之判決外，亦引用許多高等法院或地方法院之見解。一般法學文獻探討實務見解時，不一定會特別留意下級法院之見解。但其實許多高等法院或地方法院之見解均深具參考價值，本文亦希冀能藉由對這些判決之探討，喚起吾人對於下級法院判決之關心與重視。

<sup>6</sup> 本文引用條文，若未特別註明，則為台灣的法律條文；如為中國大陸法條，將特別註明。

## 貳、登記生效或登記對抗

台灣修法後承攬人抵押權的性質，甚有爭議，以下分別說明與探討。

### 一、學說實務見解

#### (一) 實務見解

實務見解方面，由於承攬人抵押權的修正規定並無溯及既往的效力（參閱民法債編施行法第一條），而目前最高法院審理的相關案例中，承攬人交付或完成工作而得請求報酬的時點多發生於民法債編修正施行前，故仍適用「舊法」。但最高法院於九十二年度與九十五年度處理請求給付工程款等事件<sup>7</sup>與分配表異議之訴事件<sup>8</sup>，在論述「承攬人抵押權得否事先拋棄」的問題時，均曾附帶提到：「惟法定抵押權，旨在保護承攬人之私人利益，究與公益無涉，非不得由承攬人事先予以處分而為拋棄之意思表示，此細釋修正後民法第五百十三條已規定法定抵押權應辦理物權登記，並可預為登記。如未辦理登記，縱其承攬關係之報酬請求權發生在先，仍不能取得抵押權，亦無優先於設定抵押權之效力等意旨益明<sup>9</sup>。」表示最高法院就修正後承攬人抵

<sup>7</sup> 最高法院 92 年度台上字第 2744 號民事判決。

<sup>8</sup> 最高法院 95 年度台上字第 1809 號民事判決。

<sup>9</sup> 「承攬人抵押權得否事先拋棄」問題的學界探討，參閱謝在全，民法物權論（下），頁 146-147，自版，修訂五版（2010）；朱柏松，論保證人預先拋棄權利之效力—評最高法院 92 年臺上字第 1368 號判決，月旦法學雜誌，第一二五期，頁 206（2005）；朱柏松，論不同抵押權之效力，收錄於民事法問題研究—物權法論，頁 239，元照出版公司（2010）；鄭冠宇，承攬人抵押權，

押權的登記規定，採取生效要件的看法。

而最高法院九十三年度台抗字第一八七號民事裁定與最高法院九十七年度台抗字第四四三號民事裁定，則是少數直接適用「修正後」民法第五一三條規定的最高法院裁判。前者，最高法院就聲請拍賣抵押物事件，明白表示新法規定「將承攬人之抵押權改採登記生效主義」，因而認為再抗告無理由；後者，最高法院就聲請參與分配事件，提到：「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。」此裁定固然一方面仍將承攬人抵押權稱為「法定抵押權」，但另一方面又認為「應辦理登記，始有優先權可言」，因而亦認為再抗告無理由。

最高法院上開裁判，無論是附帶提到或直接適用修正後民法第五一三條規定，似均將「新法規定改採登記生效主義」視為理所當然，在裁判中未見詳盡說理。

雖然最高法院至少自九十二年度後即有上述裁判明白採取登記生效要件說，但下級法院判決不乏採取登記對抗要件說者<sup>10</sup>，且說理

---

法學叢刊，第五十一卷第三期，頁 19-21(2006)；黃立編，民法債編各論(上)，頁 664，元照出版公司(2006)(楊芳賢執筆)；黃茂榮，承攬(六)，植根雜誌，第二十五卷第六期，頁 1-3(2009)；林誠二，民法債編各論(中)，頁 125，瑞興公司(2008)；謝哲勝，承攬人法定抵押權的拋棄，月旦法學教室，第六十一期，頁 9(2007)；吳光明，新物權法論，頁 619-622，三民書局(2009)；黃健彰，法定優先權制度研究－兩岸物權法修正草案芻議，國立中正大學法律研究所博士論文，頁 151-159(2008)。但此問題並非本文重點，故在此不深究。

<sup>10</sup> 在 92 年度之前者，例如台灣台北地方法院 90 年度重訴字第 396 號民事判決：「依前揭修正後民法第五百十三條第一項之規定，原告既對於被告長○公司所有

較為詳盡，特別是台灣高雄地方法院九十三年度重訴字第五二九號民事判決、台灣台中地方法院九十六年度建字第一七一號民事判決均提到：「本次修法固著重貫徹登記公示制度以保障交易安全，惟亦未否定承攬人於承攬關係報酬額內就其承攬工作所附不動產依法可享有之權利，故除交易安全外，仍需兼顧承攬人之利益，以維衡平。再者，倘認法定抵押權之登記為其生效要件，於承攬人行使法定抵押權時，承攬工作所附之不動產上並無任何意定抵押權存在之情形，如認承攬人之法定抵押權對於定作人仍因未登記而不生效力，則盡失『法定』抵押權之意義，而與意定抵押權並無差異，顯未盡保護承攬人已付出之工作成本與勞力，與法定抵押權之設立意旨相違。反之，如認登記僅為對抗要件，承攬人因未辦理法定抵押權之登記，僅善意之定作人債權人或交易第三人無法自土地登記簿上判斷是否有法定抵押權，故承攬人之法定抵押權不得對抗善意第三人，惟對於定作人仍屬有效，如此方符新法修正意旨<sup>11</sup>。」

台灣台北地方法院九十三年度建字第一五二號民事判決則一方面提到：「系爭房屋已遭債權銀行聲請強制執行，並經本院民事執行處.....查封拍賣，然因被告並未配合為法定抵押權登記，原告因此無法以法定抵押權人之地位參與分配.....，則原告主張其就系爭不動產之法定抵押權存否不明確，致其在私法上之地位有受侵害之危險，而有即受確認判決之法律上利益，應為可取。」另一方面又認為：「本

---

如附表一所示之建物有債權額為四千九百四十萬元之法定抵押權存在，則其請求被告長○公司以原告為抵押權人辦理債權額為四千九百四十萬元之法定抵押權登記，自屬有據。」筆者未尋得該判決的上訴審裁判，可能是當事人未上訴。

<sup>11</sup> 筆者未尋得該等判決的上訴審裁判，可能是當事人未上訴。

件原告既就被告所有系爭建築物為重大修繕，則其主張就承攬關係報酬額，對於系爭建築物，有法定抵押權存在，即屬有據。」該院民事執行處似認為當事人既未為法定抵押權登記，即無法定抵押權，故無法參與分配；承審法官則認為，原告既就被告所有系爭建築物為重大修繕，即便未為登記，仍有法定抵押權，與同院民事執行處採取不同立場<sup>12</sup>。

## （二）學說見解

有關修法後承攬人抵押權的登記，採登記生效要件說者，頗有其人<sup>13</sup>；採登記對抗要件說者，更絕非少數<sup>14</sup>；也有學者原先採登記對

<sup>12</sup> 筆者未尋得該判決的上訴審裁判，可能是當事人未上訴。

<sup>13</sup> 採生效要件說者，例如謝在全，前揭註 9，頁 137-139；謝在全，承攬人抵押權之研究，月旦法學雜誌，第六十九期，頁 124（2001）；孫森焱，民法債編總論上冊，頁 17，自版，修訂版（2010）；王澤鑑，民法概要，頁 401，自版，增訂四版（2010）；黃立編，前揭註 9，頁 660；邱聰智，新訂債法各論（中），頁 99-100，自版，二刷（2008）；蘇永欽，關於租賃權物權效力的幾個問題—從民法第四二五條的修正談起，收錄於走入新世紀的私法自治，頁 382，元照出版公司（2002）；劉春堂，民法債編各論（中），頁 77，三民書局（2009）；蔡明誠，二〇〇三年物權法實務見解回顧，台灣本土法學雜誌，第六十六期，頁 85-86（2005）；黃鈺慧，抵押權，頁 138、140，三民書局（2008）。但採生效要件說者，許多仍稱之為法定抵押權。

<sup>14</sup> 採對抗要件說者，例如林誠二，論法定抵押權新舊法之適用問題，收錄於民法問題與實例解析（第一冊），頁 346-347，瑞興公司（2005）；林誠二，承攬人之法定抵押權，台灣法學雜誌，第一三三期，頁 148-150（2009）；林誠二，前揭註 9，頁 120；朱柏松，前揭註 9，頁 235、237、244；溫豐文，費用性抵押權優先效力之要件，月旦法學教室，第四期，頁 13（2003）；溫豐文，台灣民法典物權優先效力規定之施行經驗，月旦民商法雜誌，第三期，

抗要件說，之後又改採登記生效要件說<sup>15</sup>。由此可見此問題的爭議性、見解的分歧性，也可見二說取捨之不易。

登記生效要件說與強制性意定抵押權說主要係基於以下理由：(1) 民法第五一三條修正的立法史：本條之修正文字於修正過程中雖迭有變動，然自修正說明可知係雙方會同辦理抵押權設定登記的旨趣並無以異；(2) 比較法：在日本與瑞士，對承攬人的抵押權或擔保權均規定須登記；在德國，承攬人僅有設定抵押權的債權請求權，自須登記後方能取得抵押權；日本不動產物權採登記對抗主義，猶有多數說主張承攬人先取特權以登記為生效要件<sup>16</sup>，我國就不動產物權行為的立

---

頁 139 (2004)；吳光明，前揭註 9，頁 614；鄭冠宇，前揭註 9，頁 25 (2006)；黃茂榮，民法債編修正條文要論（債各部分）大綱（上），法令月刊，第五十卷第七期，頁 10 (1999)；黃茂榮，概論勞務之債，收錄於債法各論（第一冊增訂版），頁 30，自版，再版（2006）；郭振恭，民法，頁 280，三民書局，修訂七版（2010）；謝哲勝，前揭註 9，頁 8-9；謝哲勝等，工程契約理論與實務（下冊），頁 695-696，翰蘆圖書出版公司，增訂二版（2010）；楊與齡，前揭註 2，頁 28-29；鄭玉波，民法物權，頁 377，三民書局，修訂十七版（2010）；葉錦鴻，承攬，頁 218，三民書局（2007）。

<sup>15</sup> 例如林洲富，民法實例解析，頁 270，五南出版公司（2005），採登記對抗要件說；而林洲富，民法物權－案例式，頁 181，五南出版公司，三版（2010），認為其為強制性意定抵押權，顯然改採登記生效要件說。

<sup>16</sup> 在日本法律條文中，也有「優先權」一詞，但亦有類似台灣法制一語多義的情形，「優先權」指的不當然是優先受償權（例如日本種苗法第 11 條）。就其優先受償權的意義而言，也包含意定優先權（例如日本民法第 389 條第 1 項規定）與法定優先權（例如日本民法第 329 條第 1 項、第 330 條第 1-2 項、第 331 條、建物區分所有法第 7 條第 2 項規定），但「優先權」一詞似乎較常使用在指稱其效力、行使與順位（次序）等場合。又台灣法制中的留置權，有一部分在日本民法規定為先取特權。為忠於日本條文用語，避免誤



法原則與德國同，是自更宜解為生效要件；(3) 規範目的：為保障交易安全，勢需講究公示方法，而與我國所採登記生效主義體系一致<sup>17</sup>。

採登記對抗要件說與法定抵押權說的主要理由如下：(1) 對承攬人較為有利；(2) 條文文字表示抵押權原已存在，僅再賦予登記的權利；(3) 本條的登記僅有公示作用，對抗要件說方符立法本旨及法律不保護惡意的原則；(4) 預為抵押權的規定，係仿海商法第三四條規定，而其登記為對抗要件；(5) 如須經登記始生效力，即失法定的本質；(6) 特殊抵押權登記的效力，可特設規定，此就動產擔保交易法第五條規定即可明瞭；(7) 民法五一三條仿土地法第一〇二條規定，賦予承攬人直接登記請求權，與德國民法第六四八條僅賦予承攬人對於定作人設定抵押權的請求權不同<sup>18</sup>；(8) 對法安定性較有助益<sup>19</sup>。

## 二、本文見解

本文以為本條的承攬人抵押權仍為「法定抵押權」，本條的抵押權登記，應為對抗要件，而非生效要件。茲分「對於登記生效要件說的回應」及「支持登記對抗要件說的理由與澄清」，說明如下：

---

解日本法制，日文法條、裁判或文獻上如使用「先取特權」一詞，本文相關部分將直接沿用之。

<sup>17</sup> 以上詳參謝在全，前揭註 9，頁 137-139。採生效要件說者，多未詳述理由，而謝在全教授是其中提出較詳盡說理者。

<sup>18</sup> 以上詳參楊與齡，前揭註 2，頁 27-29。楊與齡教授是較早為文採取對抗要件說並詳盡說理者。

<sup>19</sup> 詳參林誠二，論法定抵押權新舊法的適用問題，前揭註 14，頁 346-347。林誠二教授該論文亦為說理較為詳盡者。

## (一) 對於登記生效要件說的回應

### 1. 文義上不當然採登記生效要件說

按修正後民法第五一三條條文與修正理由使用的文字，均祇以「請求定作人爲抵押權之登記」呈現，而非「請求定作人爲抵押權之『設定』登記」，因此單純就文義解釋上，未必要採登記生效要件說。

條文上有「得……登記」甚至是「應……登記」的規定，就該權利未必就要採登記生效要件說<sup>20</sup>。例如國民住宅條例第十七條規定：「政府出售國民住宅及其基地，於買賣契約簽訂後，應即將所有權移轉與承購人。其因貸款所生之債權，自契約簽訂之日起，債權人對該住宅及其基地，享有第一順位之法定抵押權，優先受償。」此即法定抵押權的規定。該條例雖無「應（得）……登記」的規定，但同條例施行細則第二十三條第三項規定：「本條例第十七條規定之第一順位法定抵押權，應由直轄市、縣（市）主管機關列冊囑託地政機關辦理

<sup>20</sup> 以下三例爲「較可與承攬人抵押權」相提並論的例子。其他性質較不同，但可附帶一提的例子尙有：船舶登記法第 3 條規定：「船舶關於左列權利之保存、設定、移轉、變更、限制、處分或消滅，均應登記：一、所有權。二、抵押權。三、租賃權。」但海商法第 9 條、第 36 條與船舶登記法第 4 條均認登記僅爲對抗要件；又耕地三七五減租條例第 6 條第 1 項後段規定：「租約之訂立、變更、終止或換訂，應由出租人會同承租人申請登記。」但最高法院 51 年度台上字第 2629 號判例仍謂：「耕地三七五減租條例第六條第一項『本條例施行後耕地租約應一律以書面爲之，租約之訂立、變更、終止或換訂，應由出租人會同承租人申請登記』云云，係爲保護佃農及謀舉證上便利而設，非謂凡租約之訂立、變更、終止或換訂，須經登記，始能生效。」亦參閱溫豐文，土地法，頁 334，自版，修訂版（2010）。

登記，免發他項權利證明書。於全部貸款本息清償後，由直轄市、縣（市）主管機關囑託地政機關辦理塗銷登記，或由所有權人憑債務清償證明書向地政機關申辦塗銷登記。」該項明文規定「法定抵押權，應……辦理登記」，不過，該抵押權登記並非生效要件<sup>21</sup>。

又如二〇〇七年民法增訂第九〇六條之一第一項規定：「為質權標之物之債權，以不動產物權之設定或移轉為給付內容者，於其清償期屆至時，質權人得請求債務人將該不動產物權設定或移轉於出質人，並對該不動產物權有抵押權。」第二項規定：「前項抵押權應於不動產物權設定或移轉於出質人時，一併登記<sup>22</sup>。」為保障交易安全，法條明文規定「前項抵押權應……登記」，但修正說明仍然提到：該抵押權登記並非生效要件。而學者也都採取相同見解<sup>23</sup>。

再如二〇〇九年民法增訂第八二四條之一第四項規定：「前條第

<sup>21</sup> 詳參黃健彰，特定優先權的類型，中正法學集刊，第二十七期，頁 52-54（2009）。

<sup>22</sup> 土地登記規則第 117 條之 2 第 1 項規定：「質權人依民法第九百零六條之一第一項規定代位申請土地權利設定或移轉登記於出質人時，應提出第三十四條、第四十條規定之文件及質權契約書，會同債務人申請之。」第 2 項規定：「前項登記申請時，質權人應於登記申請書適當欄記明確已通知出質人並簽名，同時對出質人取得之該土地權利一併申請抵押權登記。」第 3 項規定：「前二項登記，登記機關於登記完畢後，應將登記結果通知出質人。」。

<sup>23</sup> 參閱謝在全，前揭註 9，頁 308；朱柏松，民法第 906 條之 1 規定適用疑義探討，月旦法學雜誌，第一八〇期，頁 123、128（2010）；鄭玉波，前揭註 14，頁 450；劉春堂，判解民法物權，頁 559-560，三民書局，修訂七版（2010）；鄭冠宇，普通抵押權之修正與適用（除共同抵押權部分外），收錄於民法物權編（擔保物權部分）修正後法律適用問題，頁 118，最高法院（2008）；吳光明，前揭註 9，頁 535。

三項之情形，如為不動產分割者，應受補償之共有人，就其補償金額，對於補償義務人所分得之不動產，有抵押權。」第五項規定：「前項抵押權應於辦理共有物分割登記時，一併登記。其次序優先於第二項但書之抵押權<sup>24</sup>。」權威學者提到：該規定是為保障不動產分割應受補償之共有人的利益，而為保障交易安全，法條雖明文規定「前項抵押權應……登記」，但該法定抵押權若未一併登記，就法定抵押權的成立並無影響，只是不生「對抗效力」而已<sup>25</sup>。該抵押權登記為對抗要件，而非生效要件。

以上三例「應……登記」的規定，就該權利均不採登記生效要件說，而民法第五一三條僅規定「得……登記」，更非只能採登記生效要件說。

## 2. 修法委員中採登記對抗要件說者較多

事實上，該問題於修法時，委員意見即不一致。法務部開會時，最終看似採生效要件說<sup>26</sup>；但其實法務部修法討論時，明確表示登記

<sup>24</sup> 土地登記規則第 100 條之 1 第 1 項本文規定：「依民法第八百二十四條第三項規定申請共有物分割登記時，共有人中有應受金錢補償者，申請人應就其補償金額，對於補償義務人所分得之土地，同時為應受補償之共有人申請抵押權登記。」第 2 項規定：「前項抵押權次序優先於第一百零七條第一項但書之抵押權；登記機關於登記完畢後，應將登記結果通知各次序抵押權人及補償義務人。」。

<sup>25</sup> 參閱謝在全，民法物權論（上），頁 578，自版，修訂五版（2010）；劉春堂，前揭註 23，頁 274。

<sup>26</sup> 89 年 1 月 15 日法務部（89）法律字第 001438 號函：「關於民法第五百十三條第一項（民國八十九年五月五日施行）抵押權登記之效力為何乙節，經查在『法務部民法研究修正委員會』有關研修本條之多次會議中，研究修正

為對抗要件的委員共有五位，認為須登記始可取得的委員僅有三位，未明確表示意見者有二位，嗣主席雖作成生效要件的宣示，但非表決結果<sup>27</sup>。因此，無法僅由民法五一三條修正的立法史而認為應採登記生效要件說。

### 3. 就規範目的宜採登記對抗要件說

修法委員於修法時，就本問題即有歧見，無法明白確定修法者的意思（主觀說），已如前述，故更應由本條規定的功能，探求其規範意旨（客觀說），尋求本問題最佳的解決方案。

承攬人抵押權的規定意旨即在於依衡平原則，確保承攬人失去「同時履行抗辯」的費用債權（即令承攬人於簽約之後先取得「預付款」，就其餘大部分的報酬仍喪失同時履行抗辯權）<sup>28</sup>。而且承攬人還要承擔定作人終止、解除、不協力等特殊風險<sup>29</sup>。此外，也因承攬人完成之工作物的所有權，原則上屬於定作人，由其原始取得<sup>30</sup>，而

---

委員就究採『登記生效』或『登記對抗』主義，亦有不同見解，惟最終之議決仍認為本條項之登記乃承攬人取得抵押權之生效要件(法務部民法研究修正委員會第一〇二三次會議紀錄參照)。」參閱法務部編，法務部法規諮詢意見彙編（四）下冊，頁 197-198，法務部（2003）。

<sup>27</sup> 參閱楊與齡，前揭註 2，頁 29。

<sup>28</sup> 參閱黃茂榮，前揭註 9，頁 2；黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 909-910，自版，增訂六版（2008）；陳榮隆，一般留置權成立要件之修正，台灣本土法學雜誌，第七十一期，頁 154-155（2005）。

<sup>29</sup> 參閱蘇永欽，法定物權的社會成本，收錄於尋找新民法，頁 181，元照出版公司（2008）。

<sup>30</sup> 參閱黃茂榮，承攬（五），植根雜誌，第二十五卷第五期，頁 11（2009）。關於傳統及現代不同種類的承攬與工作物所有權歸屬的關係，詳參林誠二，承攬

工作物的誕生，正係因承攬人人力、財力、物力的提供，若無承攬人的工作，工作物將不存在，定作人的其他債權人無從查封拍賣<sup>31</sup>，使承攬人優先受償，符合「依貢獻而分配」的公平理念<sup>32</sup>，對於定作人的其他債權人並無特別的不利益<sup>33</sup>。從規範意旨來看，承攬人抵押權（擔保費用性債權的抵押權）的取得本來就不以登記為必要<sup>34</sup>。

司法院二十八年院字第一九一九號解釋揭示的意旨為：登記的規定，並非於保護交易安全的必要限度以外剝奪真正的權利。而民法第五一三條規定的一九九九年修正說明雖載以：「法定抵押權之發生，實務上易致與定作人有授信往來之債權人，因不明該不動產有法定抵押權之存在而受不測之損害」，其修法意旨也包括「防止定作人與承攬人勾串主張虛偽之法定抵押權而損害意定抵押權人之權益」<sup>35</sup>，則採登記對抗制度已足。從規範意旨來看，承攬人於登記前本應取得抵押權，前已論及。若採登記生效制度，在尚未登記前，承攬人原應取得的抵押權形同被剝奪，故採登記生效制度似是在保護交易安全的限

契約中建築物所有權之歸屬，台灣法學雜誌，第一三一期，頁 121-127（2009）。

<sup>31</sup> 參閱陳自強，契約之內容與消滅，頁 237，新學林出版公司（2004）。按承攬人至少有提供勞力，在現代工程契約，一般也會提供物力（物力通常又須以財力購買），而不論是否因此成為承攬與買賣混合的不動產製造物供給契約，都應賦予承攬人抵押權，以保護承攬人。

<sup>32</sup> 謝哲勝，民法物權，頁 371，三民書局，增訂三版（2010）。

<sup>33</sup> 參閱平野裕之，基礎コース 民法I 總則・物權法，頁 458 新世社（2005）。

<sup>34</sup> 參閱黃茂榮，民法債編部分修正條文要論（債各部分），植根雜誌，第十六卷第一期，頁 27（2000）。

<sup>35</sup> 法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（二），頁 539，法務部（2000），民法研究修正委員會第 561 次會議紀錄—財產法組第 166 次會議，王委員甲乙的發言。亦請參閱同實錄，頁 541-542，戴委員東雄的發言。

度外，剝奪真正權利人（承攬人）的權利，有違反該號解釋揭示的意旨之嫌<sup>36</sup>。而從本文前述「文義上不當然採登記生效要件說」該段關於「民法物權編增訂第九〇六條之一第二項與第八二四條之一第五項」的討論也可得知，為保障交易安全而增訂的不動產抵押權登記規定，不一定就是採取登記生效制度。

#### 4. 與「不動產分割應受補償人抵押權」的價值判斷不可輕重倒置

民法第五一三條規定是否能與「民法物權編增訂許多登記對抗的明文規定<sup>37</sup>」或「前述學者提到海商法第三十四條（動產，且顯然並非法定物權）、動產擔保交易法第五條（動產，且顯然並非法定物權）與土地法第一〇二條（用益權）等規定」相提並論，由於性質上較為不同，故本文不予置評。但「民法第五一三條規定的承攬人抵押權」與「民法第八二四條之一第四項及第五項規定的不動產分割應受補償人之抵押權」，同屬可能定性為「不動產」「法定」「抵押權」的規定，應或多或少有比較、參考的空間。而權威學者提到不動產分割應受補償人抵押權的登記為對抗要件，而非生效要件，本文前述說明「文義上不當然採登記生效要件說」時，已有論及。

<sup>36</sup> 該號解釋雖然是在詮釋舊土地法第 36 條（即現土地法第 43 條）規定，而非針對民法第 513 條規定，但其闡述的意旨於此應非無參照餘地。

<sup>37</sup> 例如民法第 836 條之 1、第 836 條之 2 第 2 項、第 838 條第 2 項、第 841 條之 2 第 2 項、第 850 條之 3 第 2 項、第 850 條之 9 準用第 836 條之 1 及第 836 條之 2 第 2 項、第 873-1 第 1 項、第 859 條之 2 準用第 836 條之 1 及第 836 條之 2 第 2 項、第 913 條第 3 項等規定。

按賦予不動產判決分割應受補償人抵押權主要是基於公平的考量（因為補償義務人按其應有部分分配到原物而享有所有權<sup>38</sup>；應受補償人未分配到原物或未按其應有部分分配原物而喪失所有權），效率方面的考量較少；而承攬人抵押權的賦予既是基於公平又是基於效率，前已論及。此二抵押權相較，承攬人由於對財產價值的增加有較直接的助益，故法律對承攬人的保護至少應不亞於不動產分割應受補償人。如認為「不動產分割應受補償人抵押權不待登記即可生效，承攬人抵押權須經登記才能生效」，其價值判斷似乎是輕重倒置。若只因爲「民法第八二四條之一第四項規定的文字爲『有抵押權』，修正後民法五一三條規定則無此等文字」，而認爲二者登記的效力必然不同，則說服力似乎不強。

### 5. 日本多數學說實務見解已改採登記對抗要件說

民法五一三條規定於修正時曾參酌日本立法例<sup>39</sup>。而在日本，

<sup>38</sup> 不動產分割應受補償人的抵押權至少可適用於「判決分割」，但可否適用於「協議分割」，文義上則不是很清楚，由於此非本文重點，故於此不深究。關於該抵押權類此相關問題，詳參陳明燦，共有土地分割效力之探析—簡論民法第八二四條之一，台灣法學雜誌，第一四九期，頁84-89（2010）；謝哲勝，共有不動產分割應受補償人的法定抵押權，月旦法學教室，第八五期，頁18-19（2009）；黃健彰，買賣契約中出賣人的優先權與買受人的優先權，台大法學論叢，第三十八卷第三期，頁375-376（2009）。

<sup>39</sup> 參閱法務部編，前揭註35。其中頁539-540、544、548，王委員甲乙的發言、頁543，楊委員與齡的發言；法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（五），法務部（2000）。其中頁149-150，張委員特生與林委員誠二的發言、頁186，楊委員與齡的發言；法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（七），法務部（2000），其中頁747楊委員與齡的發言。



「先取特權」大致相當於我國的「法定優先權」，「不動產工事先取特權」大致相當於我國的「承攬人抵押權」。而日本民法第三二七條第一項規定：「不動產工事之先取特權，就工匠、技師或承攬人關於債務人之不動產所作之工事費用，存在於該不動產上。」第二項規定：「前項先取特權，以不動產因工事而生增價現存情形為限，存在於該增價額部分之上。」第三三七條規定：「為保存不動產保存先取特權之效力，保存行為完了後應即行登記。」第三三八條第一項規定：「為保存不動產工事先取特權之效力，應於工事開始前，登記其費用之預算額。工事費用超過預算額時，先取特權就超過額不存在。」第三三九條規定：「依前二條規定之先取特權，得先於抵押權而行使之。」第三四〇條規定：「為保存不動產買賣先取特權之效力，買賣契約訂立時，應登記不動產價金或其利息未受清償之意旨。」二〇〇八年一月一日最新修正施行的日本不動產登記法第八十五條至第八十七條對不動產工事先取特權的登記，也有進一步規定。

對於上述日本條文中不動產工事先取特權的保存登記，日本早期判決與許多學者雖採生效要件說<sup>40</sup>，但不乏採取對抗要件說者<sup>41</sup>；後來，生效要件說僅為少數學者所採<sup>42</sup>，對抗要件說成為有力的多數說<sup>43</sup>，因為日本民法第三三七條規定雖然使用「保存效力」的特別文字，

<sup>40</sup> 大判大正6年2月9日民錄23輯244頁。

<sup>41</sup> 學說情形參閱林良平編，注釋民法（8）物權（3），頁165（甲斐道太郎執筆）、218、221（西原道雄執筆），有斐閣（1970）。

<sup>42</sup> 例如道垣內弘人，担保物權法，頁59，三省堂，二版（2005）；伊藤真，民法I 總則·物權，頁360-361，弘文堂，三版（2005）。

<sup>43</sup> 明白採登記對抗說者，例如我妻榮，新訂担保物權法，頁98，岩波書店（1993）；川井健，民法概論2（物權），頁265，有斐閣，二版（2006）；森

但並無實質理由構成不動產物權登記一般理論(日本民法第一七七條明文規定不動產物權變動採「登記對抗制度」)的例外<sup>44</sup>。且從同法第三三九條規定得知,有可能有「雖未登記,但仍生效」的不動產工事先取特權<sup>45</sup>。實務也承認基於欠缺登記之先取特權的拍賣<sup>46</sup>,與早期判決見解有異。

日本民法規定了三種不動產先取特權:不動產保存、不動產工

---

泉章等,民法入門・担保物權法,頁53,日本評論社,三版(2005);中井美雄,担保物權法,頁56,青林書院(2000)。提到現在通說、多數說解為登記對抗說者,例如高木多喜男,担保物權法,頁56-57,有斐閣,四版(2005);椿寿夫編,担保物權法,頁299,法律文化社(1993)(尾崎三芳執筆);林良平,物權法,頁217,青林書院(1986);田山輝明,担保物權法,頁45,成文堂,二版(2004);高橋真,担保物權法,頁45,成文堂(2007);甲斐道太郎等編,物權法,頁287,青林書院(1994)(吉岡祥充執筆);湯淺道男編,担保物權法,頁32,成文堂,新版追補版(2004);遠藤浩等編,不動產担保(注解不動產法第三卷),頁77、82,青林書院(1990)(小野秀誠執筆);遠藤浩等編,物權-平成16年民法現代語化,別冊法学セミナー基本法コンメンタール No.188,頁209,日本評論社,五版新條文對照補訂版(2005)(平田春二執筆);半田正夫,やさしい担保物權法,頁143,法学書院,新裝版(1995);松井宏興等,物權・担保物權法,頁237,法律文化社,三版(2005)。提到現在解為登記對抗說者,例如近江幸治,民法講義(3)担保物權法,頁59,弘文堂,新版(1995);高島平藏,物權法の世界,頁357,敬文堂(1992)。提到近時有力說解為登記對抗說者,例如山本進一等編,改訂物權法,頁339,青林書院(1990)。

<sup>44</sup> 參閱我妻榮,前掲註,頁98。

<sup>45</sup> 參閱尾崎三芳,不動產の特別先取特權の内容・効力,担保法大系<第二卷>,頁424、437,金融財政事情研究会(1985)。

<sup>46</sup> 東京高決昭和42年12月24日下民集18卷11、12號1160頁。

事、不動產買賣<sup>47</sup>。而事實上，由於這些不動產先取特權的登記手續嚴格，導致此類先取特權於現實上不太被利用<sup>48</sup>。其中，就不動產工事先取特權，日本民法第三三八條第一項前段「應於工事開始前，登記其費用之預算額」的規定，遭到學說在立法論上的一致批判<sup>49</sup>。因此，日本上述繁冗手續的規定，似不值得仿效。

## 6. 登記生效制度曠日費時

如本條的抵押權登記為生效要件，則在未經登記前，承攬人尚未取得抵押權。但承攬人原則上無法單獨申請為抵押權登記，須由承攬人與定作人共同為之。雖然承攬人為抵押權登記的請求後，定作人即有會同為登記的義務，如定作人拒絕辦理，承攬人自得訴請定作人協同辦理登記，並於獲勝訴判決確定後，單獨申請登記。但力持生效要件說的學者也坦承：「然此項程序一般而言需時甚久，有礙承攬人抵押權之從速取得，對承攬人不利實甚顯然<sup>50</sup>。」

至於修法後的民法五一三條第一項後段、第二項與第三項規定，似仍不足以保護承攬人。有論者即表示，不太能夠期望定作人配合承攬人辦理承攬契約的公證<sup>51</sup>。而力持登記生效要件說的學者也坦

<sup>47</sup> 關於此三種先取特權，詳參黃健彰，日本民法上的先取特權，財產法暨經濟法，第二十期，頁 14-18、23-25、32（2009）。

<sup>48</sup> 近江幸治，前揭註 43，頁 41；北川善太郎，物權（民法講要II），頁 258，有斐閣，三版（2004）。

<sup>49</sup> 參閱林良平編，前揭註 41，頁 163-164；遠藤浩等編，不動產擔保，前揭註 43，頁 65。

<sup>50</sup> 謝在全，前揭註 9，頁 139，。

<sup>51</sup> 參閱許春寶，營建工程中承攬人對法定抵押權運作爭議之探討，朝陽科技

承：「民法雖設有『得預為抵押權登記』及於開始工作前，即得請求為抵押權登記之規定，但……依國內交易之常情及習慣，定作人是否願依上述規定辦理抵押權登記，承攬人為取得生意是否會如此請求，致定作人為難，似有待觀察<sup>52</sup>。」

登記生效制度的弊害在實務上已經發生。例如台灣南投地方法院九十二年度訴字第263號民事判決的案例事實中<sup>53</sup>，原告（承攬人）於一九九九年三月間承攬被告（定作人）的土木工程，伊依約於二〇〇〇年四、五月間完成上開主體建物部分之工程，於二〇〇〇年七月間取得使用執照，約於二〇〇一年底完成全部工程，詎被告僅給付部分工程款，承攬人即訴請確認抵押權存在，但法院認為該承攬報酬債權應於二〇〇〇年七月甚或於二〇〇一年底才發生（即二〇〇〇年五月五日新法施行後），適用新法，僅有權請求被告為抵押權登記，在未為法定抵押權登記前，依民法第七五八條規定，自尚未取得法定抵押權。原告另請求被告應協同辦理抵押權登記，惟該建物已於二〇〇三年初遭第三人實施假扣押，經假扣押查封登記，被告對該建物即已失其處分權，被告自己無權協同原告辦理抵押權登記，原告此項請求，對於被告而言已屬給付不能，原告此部分請求自亦應予駁回。

學者認為，如採登記對抗要件說，承攬人抵押權在登記前即已存在，故此登記非屬強制執行法第五十一條第二項所稱的查封後債務人所為設定負擔的情形，因而登記機關實無拒絕其為登記之理<sup>54</sup>。據

---

大學營建工程系碩士論文，頁 48（2004）。

<sup>52</sup> 謝在全，前揭註 9，頁 153。

<sup>53</sup> 筆者未尋得本判決的上訴審裁判，可能是當事人未上訴。

<sup>54</sup> 鄭冠宇，前揭註 9，頁 12；吳光明，前揭註 9，頁 615。不同見解：前述

此，本文以為，在上開案例中，如採登記對抗要件說，既然承攬人抵押權登記並非強制執行法第一一三條（不動產）準用第五十一條第二項（動產）提到「債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為」，故被告即應協同原告辦理承攬人抵押權登記，如被告不協同辦理登記，原告請求被告協同辦理登記，則法院應判決原告勝訴，而非予以駁回。固然系爭建物已遭第三人實施假扣押，而土地登記規則第一四一條第一項本文規定：「土地經法院或行政執行處囑託辦理查封、假扣押、假處分或破產登記後，未為塗銷前，登記機關應停止與其權利有關之新登記。」不過，該條項亦設有但書規定。此時的「承攬人抵押權登記」，與同條項但書第一款至第三款提到「徵收、法院確定判決、繼承」等登記相類似，均屬於民法第七五九條的宣示登記（相對登記），而非屬於民法第七五八條第一項的設權登記（絕對登記），因而「承攬人抵押權登記」似屬於土地登記規則第一四一條第一項但書第四款「其他無礙禁止處分之登記」<sup>55</sup>，故登記機關仍應辦理登記。

「採登記對抗要件說」的前述台灣高雄地方法院九十三年度重訴字第五二九號民事判決雖提到：「本件原告之法定抵押權因尚未辦理

---

台灣高雄地方法院 93 年度重訴字第 529 號民事判決與台灣台中地方法院 96 年度建字第 171 號民事判決。

<sup>55</sup> 一般提到「不妨礙或損害債權人利益的新登記」的例子是：前順位抵押權的塗銷登記、住址變更登記等，參閱楊松齡，實用土地法精義，頁 212，五南出版公司，十版（2010）。另外，楊與齡，論查封之效力，法令月刊，第三十一卷第十期，頁 92（1980），提到：「保存登記並不具有創設效力」、「保存登記即第一次所有權登記，……不違背查封之效力」。按保存登記為宣示登記，故也屬於「不妨礙或損害債權人利益的新登記」。

登記，僅對定作人即被告有效，惟不能對抗已登記之其他意定抵押權人或成立在先之普通債權人甚明，苟其他抵押權人或債權人對於原告之法定抵押權有爭執，仍須透過司法訴訟程序予以確定後，原告方能行使其法定抵押權，故系爭抵押權之登記攸關原告、被告及其他債權人私法上權利甚深，顯非無礙禁止處分之登記」。但本文以為，此見解與登記對抗要件說有違，茲分數點說明如下：

(1) 首先，承攬人抵押權嗣後辦理登記，並不影響該登記之前的權利人。因為登記對抗要件說所謂「非經登記，不得對抗善意第三人（須具物權地位）<sup>56</sup>」的「善意」判斷基準時點，應為該物權人取得物權之時。如取得物權之時不知有承攬人抵押權存在，即應受到保護，而可對抗承攬人，不因承攬人嗣後辦理登記而受影響，屆時抵押物拍賣分配價金時，發生在前的該物權之次序依然在前<sup>57</sup>，而承攬人抵押權的登記只是在避免發生在後的物權人主張其為善意。

<sup>56</sup> 此即「善意物權人保護原則」。第三人須具物權地位的原因在於：一般債權人如欲優先保護，自須成立擔保物權，否則應承擔不能清償的危險，故普通債權人縱使不知承攬人抵押權存在，其次序仍劣後於承攬人抵押權。又「善意物權人的保護」不以「無權處分」為前提，故其涵蓋面較「善意取得」為廣，參閱中國法學會民法學研究會 2008 年年會暨紀念改革開放 30 年民法學學術研討會會議簡報（第二期），第三組 改革開放 30 年民法學成就與展望，劉保玉教授該場次第一次發言，中國民商法律網，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=41065>（2010/08/09，造訪）。

<sup>57</sup> 但應注意者，此「發生在前的該物權」通常是指該物權發生於「承攬人抵押權生效（即得請求承攬報酬時）之後，承攬人抵押權登記之前」。如該物權發生於「承攬人抵押權生效之前」，嗣後標的物因承攬人的工作、修繕而增加價值，該物權人縱使不知有承攬人抵押權存在，仍有「費用性擔保物權優先於融資性擔保物權原則」的適用，詳後述。

前開判決駁回承攬人抵押權登記的請求，不許標的物被查封時辦理承攬人抵押權登記，特別是在嗣後標的物啓封時，倘有其他善意的物權人隨即完成登記而有效取得物權，承攬人抵押權又未為登記（定作人如不配合登記，承攬人須再次訴請定作人辦理登記），則承攬人抵押權即不得對抗之，對承攬人實不公平。

（2）再者，不論是在前述台灣南投地方法院九十二年度訴字第二六三號民事判決或台灣高雄地方法院九十三年度重訴字第五二九號民事判決中，固然承攬人抵押權均尚未登記，但承攬人都有訴請確認抵押權存在，法院即可審酌承攬人是否符合民法五一三條規定的抵押權要件。特別是在採登記對抗要件說的前述台灣高雄地方法院九十三年度重訴字第五二九號民事判決，法院已明白確認承攬人有抵押權，應認為可辦理登記。

固然基於「既判力的相對性」，有「既判力使絕對權亦相對化」的情形<sup>58</sup>，其他抵押權人或債權人嗣後仍可爭執承攬人的抵押權，但應由該有爭執的其他抵押權人或債權人提起「確認承攬人抵押權不存在」的訴訟（消極確認之訴）。在前開判決情形，如不允許辦理承攬人抵押權登記，將使得其他抵押權人或債權人嗣後爭執承攬人的抵押權時，仍須由承攬人提起「確認承攬人抵押權存在」的訴訟（積極確認之訴），對承攬人亦有不公。

（3）此外，即便在定作人系爭財產遭查封時，定作人願意至地政機關辦理承攬人抵押權登記，或依民法五一三條第三項規定，承

---

<sup>58</sup> 詳參駱永家，既判力之主觀範圍，收錄於既判力之研究，頁 120，自版，三版（1981）。

攬契約已經公證，而由承攬人直接單獨至地政機關申請登記，在這些情形，承攬人雖未訴請定作人登記，法院並未審理承攬人抵押權要件是否存在，地政機關在審查承攬人抵押權要件無誤後，也應辦理承攬人抵押權登記，因為如前所述，承攬人抵押權的登記是「其他無礙禁止處分之登記」。而同樣的，其他抵押權人或債權人嗣後仍可爭執承攬人的抵押權，但應由該有爭執的其他抵押權人或債權人提起確認之訴，而非由承攬人提起確認之訴。

## （二）支持登記對抗要件說的理由與澄清

關於本文支持登記對抗要件說的理由，說明與澄清如下：

### 1. 登記對抗制度並非鼓勵當事人不去辦理登記

首應澄清者，登記對抗制度並非鼓勵當事人不去辦理登記。因為如前所述，「承攬人抵押權若未登記，則不得對抗善意第三人（須具物權地位）」，因此，若不辦理登記，對承攬人是有風險存在的。而且，法定抵押權不以登記為生效要件，非如意定抵押權，設有抵押權登記的被擔保債權，得逕依國家機關作成的登記文件證明確有債權，則於無登記的法定抵押權情形，定作人有無債務自無從遽行斷定，從而如定作人就債權的發生或存在有爭執時，仍應由承攬人另行提起確認之訴，始得准予拍賣定作人的不動產，以保護承攬人的利益。此與「實行經登記的法定抵押權時，定作人有爭執者，應由定作人提起確認之訴」，不能作同一解釋（因為登記具有「權利推定」的功能）<sup>59</sup>。簡

<sup>59</sup> 最高法院 55 年度台抗字第 616 號民事判例（類似意旨：同院 57 年度台抗字第 305 號民事裁定、27 年度台抗字第 334 號民事裁定、76 年度台抗字第 143 號民事裁定、76 年度台抗字第 313 號民事裁定、87 年度台抗字第 309



言之，承攬人抵押權如未辦理登記，關於其存在及範圍如有爭議，則行使程序較為複雜。因此，登記對抗制度絕非鼓勵當事人不去辦理登記，更無「破壞既有登記制度」可言。

## 2. 採登記對抗要件說對承攬人較有利

「登記生效」與「登記對抗」的差別不在於「強制登記」與「任意登記」，採取「登記對抗制度」也有可能搭配「強制登記制度」，而規定「若不登記，則處罰鍰」<sup>60</sup>。「登記生效要件說」與「登記對抗要件說」的差別僅在於從「得請求承攬報酬之時」至「辦畢抵押權登記」之前的這一段時間差，承攬人是否取得抵押權。若採取「登記生效要件說」，則承攬人在這一段時間差，其承攬報酬債權僅為「普通債權」，與定作人的其他善意或惡意的普通債權人立於平等的地位，換言之，承攬人不但不得對抗善意第三人，亦不得對抗惡意第三人，該見解違反賦予承攬人抵押權的立法意旨；若採取「登記對抗要件說」，則承攬人在這一段時間差，已取得「抵押權」，只是不得對抗「善意且具物權地位」的第三人，而仍得優先於其他第三人而受償，對承攬人較為有利，且不會有過度保護的問題。

質言之，「登記對抗要件說」與「登記生效要件說」的差別首先

---

號民事裁定、88 年度台抗字第 313 號民事裁定、88 年度台抗字第 619 號民事裁定、89 年度台抗字第 77 號民事裁定、91 年度台抗字第 344 號民事裁定) 參照。因民法第 513 條規定修正，本則判例於 91 年 8 月 20 日經最高法院 91 年度第 9 次民事庭會議決議不再援用。但本文以為，修正後民法第 513 條仍為法定抵押權規定，故本則判例仍可援用。

<sup>60</sup> 例如土地法第 73 條第 2 項規定，即為強制登記制度。只是，採取強制登記制度是否是較佳的立法選擇，仍有待進一步檢視，容另文論述。

主要在於「承攬人」與「惡意第三人」二者，是否應優先保護「承攬人」的問題。「登記對抗要件說」優先保護「承攬人」；而「登記生效要件說」則平等保護「承攬人」與「惡意第三人」，二者相較，似宜採「登記對抗要件說」。

其次，「登記對抗」與「登記生效」對於「定作人的債務清償」也可能略有差別。若採取「登記對抗要件說」，承攬人在上述該段時間差，已取得「抵押權」，如定作人對承攬人負擔數宗債務（例如承攬報酬債務與普通債務），而其提出的給付不足清償全部價額，定作人未指定應抵充何宗債務，而各宗債務均已屆清償期或均未屆清償期者，依民法第三二二條第二款前段規定，以債務的擔保最少者，僅先抵充<sup>61</sup>（例如先抵充普通債務，則承攬人對定作人的報酬債權仍是有擔保的）；若採取「登記生效要件說」，承攬人在這一段時間差，其承攬報酬債權僅為「普通債權」，在上述情形，如獲益及清償期均相等者，依民法第三二二條第三款前段規定，僅能各按比例，抵充其一部（例如承攬報酬債務與普通債務各抵充其一部，則承攬人對定作人的債權均無擔保）。

綜上，二者相較，採登記對抗要件說對承攬人較為有利。

另外，在工作物為違章建築的情形，定作人仍取得工作物所有權，但由於違章建築在行政作業上無法登記<sup>62</sup>，如採登記生效要件

<sup>61</sup> 參閱楊與齡，前揭註 2，頁 28。

<sup>62</sup> 土地登記規則第 117 條第 1 項本文規定：「承攬人依民法第五百十三條規定申請為抵押權登記或預為抵押權登記，除應提出第三十四條及第四十條規定之文件外，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。」故違章建築勢必無法登記承攬人抵押權。

說，將導致承攬人無法取得民法第五一三條規定的抵押權，相對於定作人而言，對承攬人的保護顯然不周且不公<sup>63</sup>。

### 3. 採登記對抗要件說較有效率

有學者提到：「就登記制度而言，採登記對抗為原則，即未登記仍可生物權變動，惟不得對抗善意第三人而已，因可使當事人又多一層選擇而較登記生效原則更有效率。」<sup>64</sup>「登記生效與登記對抗兩種模式比較起來，若純從交易成本來分析（不考慮諸如登記在稅務行政上的附屬效益），後者似又優於前者」<sup>64</sup>。

以承攬人抵押權而言，在承攬人付出勞力而創造財產價值之後，如於未登記前，在時間上就早一步讓承攬人取得抵押權，節省時間成本，可早日符合條文保護承攬人的規範目的，故登記對抗要件說較登記生效要件說更有效率；而登記需要支出費用，辦理登記需要耗費時間，訴訟外請求或甚至訴訟上請求定作人辦理登記更需要時間、費用等成本，承攬人可自行判斷、選擇是否花費成本請求定作人辦理登記或在已有公證的前提下單獨申請抵押權登記（民法五一三條第三項、土地登記規則第二十七條第十四款）；而承攬人抵押權的登記又不像所有權登記有政府課稅的問題，亦即承攬人抵押權登記沒有稅務行政上的附屬效益。因此，採登記對抗要件說較有效率。

<sup>63</sup> 參閱林秉毅，不動產承攬人抵押權之研究，頁 44、45，中原大學財法所碩士論文（2004）。

<sup>64</sup> 蘇永欽，物權行為的獨立性與無因性，收錄於跨越自治與管制，頁 248、251，五南出版公司（1999）。蘇教授此段論述雖非針對承攬人抵押權，但本文認為於此仍足供參考。

#### 4. 不能僅為了簡約而反對登記對抗要件說

或有認為相較於「登記生效」，「登記對抗」係一「複雜而不乾脆」的制度，因為「善意」與「惡意」均須進一步認定。但誠如學者提到：「法律概念本身多是抽象模糊的，實際判斷時或多或少都有困難，民法上更充斥許多不確定法律概念或概括條款，我們從來不曾因它們認定上的困難而建議揚棄它們」；「法律人追求法律的安定性、精確性、預測可能性，但也不要忘記法律最後的目的在追求正義」<sup>65</sup>。按民法許多條文都使用「善意」或甚至「重大過失」等概念<sup>66</sup>，這些固然須進一步認定，也有訴訟上舉證責任的問題<sup>67</sup>。但本文以為：法律制度選擇的首要關鍵點應該在於「何者較能促成人民乃至整體社會福祉的極大」。在相同明智的法律制度中，應選擇較簡約者。但不能為了簡約，而採取較劣的法律制度，進而犧牲法的妥當性。故不能單以「登記對抗複雜而不乾脆」為由，而採取登記生效制度。

<sup>65</sup> 陳忠五等，法律行為絕對無效與相對無效之區別，收錄於民法研究3，頁188、195，學林出版公司（1999），陳忠五教授發言與研討會後書面答覆。

<sup>66</sup> 民法物權編近年修正或增訂條文，更充斥著這些不確定法律概念，例如民法第759條之1第2項、第768條之1、第796條第1項、第820條第3項、第881條第3項、第899條第3項、第928條第3項、第932條之1、第944條、第948條等規定。

<sup>67</sup> 如以本文探討的承攬人抵押權為例，承攬人抵押權如未登記，承攬人應證明他債權人係屬惡意，才能優先受償，參閱楊與齡，前揭註2，頁31。應注意者，此處的善意與惡意，是指他債權人是否知悉有承攬人抵押權存在，故不適用民法第944條第1項「推定善意占有」的規定。

## 5. 大陸法制也應採登記對抗要件說

大陸合同法第二八六條規定：「發包人未按照約定支付價款的，承包人可以催告發包人在合理期限內支付價款。發包人逾期不支付的，除按照建設工程的性質不宜折價、拍賣的以外，承包人可以與發包人協定將該工程折價，也可以申請人民法院將該工程依法拍賣。建設工程的價款就該工程折價或者拍賣的價款優先受償<sup>68</sup>。」該條未有登記的規定，就此而言與修正前台灣民法五一三條規定類似，而此亦為相當有爭議的規定。

### (1) 法定抵押權或優先權的爭議

針對大陸合同法第二八六條規範權利的性質，大陸學說上主要有「法定抵押權說」或「優先權說」的爭議<sup>69</sup>。但實際上，法定抵押權是法定優先權的一種<sup>70</sup>，爭論該權利究為法定抵押權或優先權，似無太大的實益<sup>71</sup>，重點應放在該權利具何種效力。

<sup>68</sup> 所謂「折價」是指將該工程議價後轉讓給他人，參閱趙德樞，由大陸最高人民法院（2002）法釋字第 16 號解釋論合同法中建設工程價款優先受償權，收錄於新世紀宏觀法學之研究與展望—劉鐵錚教授七秩華誕祝壽論文集（一），頁 313，元照出版公司（2008）。

<sup>69</sup> 學說上的整理，參閱吳春岐等，抵押權，頁 250-253，中國法制出版社（2007）。

<sup>70</sup> 有認為法定抵押權可說是實質意義上的法定優先權，參閱高富平等，房地產法學，頁 171，高等教育出版社，二版（2006）。

<sup>71</sup> 參閱黃健彰，法定優先權，收錄於中國民法，頁 452，新學林出版公司（2007）。在台灣，前述最高法院 97 年度台抗字第 443 號民事裁定提到：「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

或有認為，該條文並無「抵押權」的文字，依物權法定原則無從認其為法定抵押權，故應將之定位為優先權。但本文以為，即便不論「物權法定原則緩和論」甚至「物權自由原則」的問題，物權法定原則頂多是指：物權的種類和內容，由法律規定，當事人不得創設。該權利有合同法的明文規定，而「其是否為法定抵押權」是解釋的問題，不應以條文是否出現「抵押權」的文字為斷。優先權具物權性質<sup>72</sup>，將本條解釋為法定抵押權或優先權，只是名稱不同，均不牽涉「當事人創設新種類或新內容之物權」的問題。

或又有認為，如將之定位為法定抵押權，則該權利與意定抵押權競合時，應適用或類推適用<sup>73</sup>大陸物權法第一九九條第二項規定：「抵押權已登記的先於未登記的受償」，故勢難導出法定抵押權優先的結論。但本文以為，法定抵押權與意定抵押權的次序問題，似無適用或類推適用大陸物權法第一九九條第二項規定的餘地，詳本文後述「費用性擔保物權優先原則」的說明。

## (2)宜引進登記對抗制度

大陸建築商在建築施工中的墊資行為普遍且數額巨大，墊資數量可能達到建築安裝成本的百分之五十。由於建築市場准入門檻低，競爭激烈，開發商和建築商處於實質不平等的地位，建築商的墊資也是

---

可言。」似亦不區別法定抵押權與優先權。

<sup>72</sup> 詳參黃健彰，兩岸物權法中增訂法定優先權一般規定的立法建議，財產法暨經濟法，第十一期，頁171-176（2007）。

<sup>73</sup> 按物權法的規定於一定範圍內，仍有類推適用的可能，參閱謝在全，前揭註25，頁52；王澤鑑，民法物權，頁21，自版，增訂二版（2010）。

出於經營的考慮，賦予建築承包商此項權利是完全有必要的<sup>74</sup>。

大陸合同法第二八六條有關建設工程價款優先受償權的規定，目前尚無登記制度，與修法前的台灣承攬人抵押權規定類似。為保護交易安全，避免與發包人有授信往來的債權人，因不明該不動產有建設工程價款優先權的存在而受不測的損害，宜引進登記制度，但採取「登記對抗」模式即可<sup>75</sup>，不宜採取「登記生效」模式。

須予澄清者，建設工程價款優先權與海事（船舶）優先權雖同屬特定優先權<sup>76</sup>，但引進登記制度的可能性與必要性有所差異。海事優先權一般而言並無登記制度，是由於其擔保債權與客體的多樣性與不確定性，故登記的困難度較高。其原則上雖無登記制度以保護交易安全，但有「船舶所有人責任限制」的措施適度限縮了船舶所有人對部分債務的責任，似亦有間接保護交易安全的作用；而建設工程價款優先權則無「定作人責任限制」的規定，且客體確定，引進登記制度的可行性相對較高。

<sup>74</sup> 參閱符啓林，商品房預售中與抵押權相關的權益衝突及其立法完善，收錄於擔保法疑難問題研究與立法完善，頁 215，法律出版社（2006）。

<sup>75</sup> 類似見解，參閱黃喬雍，中國大陸建設工程價款優先受償權之研究，頁 97，文化大學法研所碩士論文（2009）。

<sup>76</sup> 就債務人不特定總財產上成立的優先權為「一般優先權」；而就債務人特定財產成立的優先權為「特定優先權」。特定優先權存在的客體是債務人的特定財產，但不一定只存在於特定的「單一」財產上，也可能存在於特定的「數個」財產上，詳參黃健彰，前揭註 9，頁 114、116。

### 參、如採登記對抗說，承攬人抵押權與意定抵押權間的次序

有關承攬人抵押權與意定（設定）抵押權間的次序，涉及「物權堆疊」的問題<sup>77</sup>。其中，有二點特別值得注意，而此均與登記的效力密切相關：

#### 一、費用性擔保物權優先原則

不論擔保物係因「費用性擔保物權人」的修繕而增加價值，或因其保存而不致毀損、滅失，均使成立在先的「融資性擔保物權人」霑其利益，基於公平與效率的考量，應該認為「費用性擔保物權」於增加的價值限度內優先於「融資性擔保物權」，此即費用性擔保物權優先原則<sup>78</sup>，該原則主要是用來解決「意定擔保物權」與「法定擔保物權」間的次序問題。民法第五一三條第四項即為該原則的具體化規定<sup>79</sup>。

在台灣，最高法院六十三年台上字第一二四〇號民事判例雖然認為，法定抵押權與設定抵押權的次序應「參照民法第八百六十五條

<sup>77</sup> 參閱蘇永欽，物權堆疊的規範問題－建議修法明訂以次序為軸心的堆疊原則，收錄於尋找新民法，頁439，元照出版公司（2008）。

<sup>78</sup> 參閱謝在全，民法擔保物權之新風貌，法學叢刊，第五十一卷第四期，頁46（2006）。「費用性抵押權」具共益性質，與一般為個人利益設定的「融資性抵押權」不同，參閱鄭冠宇，民法物權，頁432，新學林出版公司（2010）。

<sup>79</sup> 民法第871條第2項後段、動產擔保交易法第5條第2項與海商法第25條亦為該原則的具體化規定。



規定，就同一不動產設定數抵押權者，其次序依登記（即抵押權生效）之先後定之之法意」。但本則判例與現行民法第五一三條規定的意旨不符，已於民國九十一年八月二十日經最高法院九十一年度第九次民事庭會議決議不再援用。

最高法院六十三年度第一次民事庭庭長會議決定要旨雖然提到：「同一不動產上設定有抵押權，又有民法第五百十三條所定之法定抵押權存在時，其順位應以各抵押權成立生效之先後為次序（法定抵押權於其所擔保之債權發生時即同時成立生效）。」但本則決定亦經民國九十五年五月十六日最高法院九十五年第八次民事庭會議決議不再供參考。

至於大陸物權法第一九九條規定：「同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押財產所得的價款依照下列規定清償：抵押權已登記的，按照登記的先後順序清償；順序相同的，按照債權比例清償（第一項）；抵押權已登記的先於未登記的受償（第二項）；抵押權未登記的，按照債權比例清償。（第三項）」該條第二項規定與第三項規定所謂「未登記的抵押權」，係指「動產抵押權」（不採登記生效主義，而採登記對抗主義）<sup>80</sup>，不是指「法定抵押權」。該條第二項規

<sup>80</sup> 大陸將「動產抵押」規定於物權法，其中第 188 條規定：「以本法第一百八十八條第一款第四項、第六項規定的財產或者第五項規定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。」第 180 條規定：「債務人或者第三人有權處分的下列財產可以抵押：（一）建築物和其他土地附著物；（二）建設用地使用權；（三）以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；（四）生產設備、原材料、半成品、產品；（五）正在建造的建築物、船舶、航空器；（六）交通運輸工具；（七）法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。抵押人可以將

定不能解釋為「『已登記的意定抵押權』次序優先於『未登記的法定抵押權』」；即便法定抵押權已登記，也不能依該條第一項規定而認為「按照登記的先後順序清償」；數個法定抵押權均未登記者，亦不能依該條第三項規定而單純地認為「按照債權比例清償」。法定抵押權與意定抵押權的次序，是解釋的問題，而有「費用性擔保物權，於增加價值的限度內，優先於融資性擔保物權」等原則的適用，似無適用或類推適用大陸物權法第一九九條第二項規定的餘地。

有認為法定優先權來自羅馬法，為羅馬法所承認「不依時間評價，而依原因評價」的特權<sup>81</sup>。所謂「依原因評價」，即強調了此處「費用性擔保物權，於增加的價值限度內，優先於融資性擔保物權」的原則。

## 二、若未為登記，仍優先於成立在先的抵押權

在新建工作物的情形，由於新建之前工作物尚未存在，對於該工作物，本無「成立在先之意定抵押權」的存在可能性<sup>82</sup>；在修繕工作物的情形，由於修繕之前工作物已存在，對於該工作物，則可能有成立在先之意定抵押權的存在可能性，關於此，民法五一三條第四項規定：「第一項及第二項就修繕報酬所登記之抵押權，於工作物因修繕所增加之價值限度內，優先於成立在先之抵押權。」有疑問的是，可否反面推論而認為：若未辦理登記，即不得優先於成立在先的抵押權<sup>83</sup>？

---

前款所列財產一併抵押。」。

<sup>81</sup> 謝在全，前揭註9，頁134。

<sup>82</sup> 參閱黃茂榮，前揭註30，頁12。

<sup>83</sup> 法務部編，民法研究修正實錄－債編部分（六），頁416-417，法務部

如採登記生效要件說，在登記之前根本無有效的承攬人抵押權可言，當然不得優先於成立在先的抵押權。但本文以為此見解泯滅承攬人的貢獻，對承攬人的保護不周。如前所述，本文採取登記對抗要件說。而就「若未辦理承攬人抵押權之登記，則其是否得優先於成立在先之抵押權」的問題，本條項實未明訂，從真正權利的保護言，即令未辦理登記，抵押物既因承攬人的修繕而增加價值，使成立在先的抵押權人霑其利益（不論抵押物毀損的事由發生於該意定抵押權設定前或後<sup>84</sup>），應該認為「費用性擔保物權優先於融資性擔保物權」，且其僅於「工作物因修繕所增加的價值限度內」，始優先於成立在先的抵押權，故不會危害交易安全。而登記的目的在於保護交易安全，在不妨礙交易安全的情況下，不應讓「未登記」成為「適用費用性擔保物權優先原則」的障礙。

正如同民法第八七一條第一項規定：「抵押人之行為，足使抵押物之價值減少者，抵押權人得請求停止其行為。如有急迫之情事，抵押權人得自為必要之保全處分。」第二項規定：「因前項請求或處分所生之費用，由抵押人負擔。其受償次序優先於各抵押權所擔保之債

---

（2000）；法務部編，民法研究修正實錄－債編部分（七），前揭註 39，頁 745-747；法務部編，民法研究修正實錄－債編部分（八），頁 714-715，法務部（2000），黃委員茂榮均不斷力持「承攬人抵押權未辦理登記，仍優先於登記在先的意定抵押權及成立在先的同類抵押權」；同說，黃茂榮，前揭註 30，頁 13-15，其中也提到「登記在先的意定抵押權」、「未登記的承攬人抵押權」與「不知承攬人抵押權存在而登記在後的意定抵押權」三者間次序的處理方式，可供參照。

<sup>84</sup> 如毀損的事由發生於該意定抵押權設定後，該毀損的風險本應由該意定抵押權人承擔。

權。」「請求或處分所生之費用」雖未登記，其受償次序仍優先於各抵押權所擔保之債權。因此，擔保修繕報酬債權的法定抵押權，若未為登記，仍得類推適用民法第五一三條第四項規定，於工作物因修繕所增加的價值限度內，優先於成立在先的抵押權。

有無辦理登記的差別，主要在於「承攬人抵押權」與「設定在『後』的意定抵押權」之次序關係。如承攬人抵押權未登記，設定在後的意定抵押權人又不知已有承攬人抵押權存在（土地法第四十三條與民法第七五九條之一參照），此時，為保護交易安全，設定在後的意定抵押權之次序優先於承攬人抵押權；反之，如承攬人抵押權已登記，自得對抗設定在後的意定抵押權人，此時，承攬人抵押權的次序優先於意定抵押權。

#### 肆、結論

關於修正後民法第五一三條規定的承攬人抵押權，雖然最高法院裁判採取登記生效要件說，但下級法院判決仍不乏採取登記對抗要件說者，且說理較為詳盡，可見此議題在實務上的爭議性；在學說方面，二說在學者數目的統計上乍看之下似乎均非少數，但仔細查閱相關文獻後可以發現，採登記生效要件說者，多未詳述理由，而就此議題為文詳盡探討者，多採登記對抗要件說，只有少數採取登記生效要件說。

本文以為，就法條文義上不當然採登記生效要件說，而無論是從立法史、規範意旨或日本立法例的角度，均無法得出登記生效要件說的結論，且仔細研究發現，從這些觀察點出發，反而應該傾向採取登記對抗要件說。事實上，採登記對抗要件說對承攬人較有利，也較有

效率。

權威學者認為，為保障不動產分割應受補償之共有人的利益，二〇〇九年民法增訂第八二四條之一第四項與第五項「不動產分割應受補償之共有人的抵押權」是「法定抵押權」，而為保障交易安全，該條雖有抵押權登記的規定，但應為「對抗要件」，而非「生效要件」，已如前述。本文以為，為保障承攬人的利益，充分發揮承攬人抵押權制度的功能，並基於公平原則，修正後民法五一三條規定的承攬人抵押權也應為「法定抵押權」，而非「強制性意定抵押權」；本條的抵押權登記，應為「對抗要件」，而非「生效要件」，就此而言，與「不動產分割應受補償之共有人的抵押權」可同採登記對抗要件說，據此，承攬人抵押權若未登記，則不得對抗善意第三人（須具物權地位）。而大陸合同法第二八六條規範權利的性質，既是「法定抵押權」也是「優先權」，為保護交易安全，宜引進登記制度，但採取「登記對抗」模式即可，不宜採取「登記生效」模式。

關於承攬人抵押權與意定抵押權間的次序，亦與登記的效力密切相關。就此應採費用性擔保物權優先原則，且為貫徹此原則，若承攬人抵押權未為登記，則仍優先於成立在先的抵押權，而這也是採取登記對抗要件說才可能有的解釋。

## 參考文獻

### 書籍

- 王澤鑑，民法物權，自版，增訂二版（2010）。
- 王澤鑑，民法概要，自版，增訂四版（2010）。
- 邱聰智，新訂債法各論（中），自版（2010）。
- 吳光明，新物權法論，三民書局（2009）。
- 吳春岐等，抵押權，中國法制出版社（2007）。
- 法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（二），法務部（2000）。
- 法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（五），法務部（2000）。
- 法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（六），法務部（2000）。
- 法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（七），法務部（2000）。
- 法務部編，民法研究修正實錄—債編部分（八），法務部（2000）。
- 法務部編，法務部法規諮詢意見彙編（四）下冊，法務部，（2003）。
- 林洲富，民法實例解析，五南出版公司（2005）。
- 林洲富，民法物權—案例式，五南出版公司，三版（2010）。
- 林秉毅，不動產承攬人抵押權之研究，中原大學財法所碩士論文（2004）
- 林誠二，民法債編各論（中），瑞興公司（2008）。
- 孫森焱，民法債編總論上冊，自版，修訂版（2010）。
- 高富平等，房地產法學，高等教育出版社，二版（2006）。
- 郭振恭，民法，三民書局，修訂七版（2010）。
- 許春寶，營建工程中承攬人對法定抵押權運作爭議之探討，朝陽科技大學營建工程系碩士論文（2004）。

- 黃立編，民法債編各論（上），元照出版公司（2006）。
- 黃健彰，法定優先權制度研究—兩岸物權法修正草案芻議，中正大學法研所博士論文（2008）。
- 黃喬雍，中國大陸建設工程價款優先受償權之研究，文化大學法研所碩士論文（2009）。
- 陳自強，契約之內容與消滅，新學林出版公司（2004）。
- 黃茂榮，法學方法與現代民法，自版，增訂六版（2009）。
- 黃鈺慧，抵押權，三民書局（2008）。
- 楊松齡，實用土地法精義，五南出版公司，十版（2010）。
- 溫豐文，土地法，自版，修訂版（2010）。
- 葉錦鴻，承攬，三民書局（2007）。
- 劉春堂，民法債編各論（中），三民書局（2009）。
- 劉春堂，判解民法物權，三民書局，修訂七版（2010）。
- 鄭玉波，民法物權，三民書局，修訂十七版（2010）。
- 鄭冠宇，民法物權，新學林出版公司（2010）。
- 謝在全，民法物權論（上），自版，修訂五版（2010）。
- 謝在全，民法物權論（下），自版，修訂五版（2010）。
- 謝哲勝等，工程契約理論與實務（下冊），翰蘆圖書出版有限公司，增訂二版（2010）。
- 謝哲勝，民法物權，三民書局，增訂三版（2010）。
- 川井健，民法概論 2（物權），有斐閣，二版（2006）。
- 山本進一等編，改訂物權法，青林書院（1990）。
- 中井美雄，担保物權法，青林書院（2000）。
- 半田正夫，やさしい担保物權法，法學書院，新裝版（1995）。

- 平野裕之，基礎コース 民法Ⅰ 総則・物權法，新世社（2005）。
- 田山輝明，担保物權法，成文堂，二版（2004）。
- 甲斐道太郎等編，物權法，青林書院（1994）。
- 北川善太郎，物權（民法講要Ⅱ），有斐閣，三版（2004）。
- 伊藤真，民法Ⅰ 総則・物權，弘文堂，三版（2005）。
- 我妻栄，新訂担保物權法，岩波書店（1993）。
- 近江幸治，担保物權法，弘文堂，新版（1995）。
- 林良平，物權法，青林書院（1986）。
- 林良平編，注釈民法（8）物權（3），有斐閣（1970）。
- 松井宏興等，物權・担保物權法，法律文化社，三版（2005）。
- 高木多喜男，担保物權法，有斐閣，四版（2005）。
- 高島平蔵，物權法の世界，敬文堂（1995）。
- 高橋真，担保物權法，成文堂（2007）。
- 道垣内弘人，擔保物權法，三省堂，二版（2005）。
- 森泉章等，民法入門・担保物權法，日本評論社，三版（2005）。
- 湯浅道男編，担保物權法，成文堂，新版追補版（2004）。
- 椿寿夫編，担保物權法，法律文化社（1993）。
- 遠藤浩等編，不動産担保（注解不動産法第三卷），青林書院（1990）。
- 遠藤浩等編，物權 - 平成 16 年民法現代語化，別冊法学セミナー 基本  
法コンメンタール No.188，日本評論社，五版新條文對照補訂版  
（2005）。

### 期刊論文

- 朱柏松，論保證人預先拋棄權利之效力 - 評最高法院九十二年臺上字第  
一三六八號判決，月旦法學雜誌，第一二五期，頁 202-213（2005）。
- 朱柏松，民法第九〇六條之一規定適用疑義探討，月旦法學雜誌，第一



八〇期，頁 115-130 (2010)。

林誠二，承攬契約中建築物所有權之歸屬，台灣法學雜誌，第一三一期，頁 121-127 (2009)。

林誠二，承攬人之法定抵押權，台灣法學雜誌，第一三三期，頁 145-152 (2009)。

陳明燦，共有土地分割效力之探析－簡論民法第八二四條之一，台灣法學雜誌，第一四九期，頁 84-89 (2010)。

陳榮隆，一般留置權成立要件之修正，台灣本土法學雜誌，第七十一期，頁 154-160 (2010)。

黃茂榮，民法債編修正條文要論（債各部分）大綱（上），法令月刊，第五十卷第七期，頁 7-17 (1999)。

黃茂榮，民法債編部分修正條文要論（債各部分），植根雜誌，第十六卷第一期，頁 1-56 (2000)。

黃茂榮，承攬（五），植根雜誌，第二十五卷第五期，頁 1-17 (2009)。

黃茂榮，承攬（六），植根雜誌，第二十五卷第六期，頁 1-15 (2009)。

黃健彰，兩岸物權法中增訂法定優先權一般規定的立法建議，財產法暨經濟法，第十一期，頁 159-200 (2007)。

黃健彰，買賣契約中出賣人的優先權與買受人的優先權，台大法學論叢，第三十八卷第三期，頁 349-394 (2009)。

黃健彰，特定優先權的類型，中正法學集刊，第二十七期，頁 33-70 (2009)。

黃健彰，日本民法上的先取特權，財產法暨經濟法，第二十期，頁 1-38 (2009)。

楊與齡，論查封之效力，法令月刊，第三十一卷第十期，頁 85-92 (1980)。

溫豐文，費用性抵押權優先效力之要件，月旦法學教室，第四期，頁 12-13

(2003)。

溫豐文，台灣民法典物權優先效力規定之施行經驗，月旦民商法雜誌，第三期，頁 131-140 (2004)。

蔡明誠，二〇〇三年物權法實務見解回顧，台灣本土法學雜誌，第六十六期，頁 83-97 (2005)。

鄭冠宇，承攬人抵押權，法學叢刊，第五十一卷第三期，頁 1-27 (2006)。

謝在全，承攬人抵押權之研究，月旦法學雜誌，第六十九期，頁 122-133 (2001)。

謝在全，民法擔保物權之新風貌，法學叢刊，第五十一卷第四期，頁 1-48 (2006)。

謝哲勝，承攬人法定抵押權的拋棄，月旦法學教室，第六十一期，頁 8-9 (2007)。

謝哲勝，共有不動產分割應受補償人的法定抵押權，月旦法學教室，第八十五期，頁 18-19 (2009)。

#### 專書論文

朱柏松，論不同抵押權之效力，收錄於民事法問題研究－物權法論，頁 217-255，元照出版公司 (2010)。

林誠二，論法定抵押權新舊法之適用問題，收錄於民法問題與實例解析 (第一冊)，頁 326-353，瑞興公司 (2005)。

符啓林，商品房預售中與抵押權相關的權益衝突及其立法完善，收錄於擔保法疑難問題研究與立法完善，頁 205-217，法律出版社 (2006)。

陳忠五等，法律行為絕對無效與相對無效之區別，收錄於民法研究 3，頁 109-210，學林出版公司 (1999)。

黃茂榮，概論勞務之債，收錄於債法各論 (第一冊增訂版)，頁 1-45，自

版，再版（2006）。

黃健彰，法定優先權，收錄於中國民法，頁 451-471，新學林出版公司（2007）。

楊與齡，惡法的適用，收錄於民法總則爭議問題研究，頁 41-56，五南出版公司，二版（1999）。

楊與齡，承攬人法定抵押權之成立與登記，收錄於民法物權實例問題分析，頁 19-36，五南出版公司（2010）。

趙德樞，由大陸最高人民法院（2002）法釋字第 16 號解釋論合同法中建設工程價款優先受償權，收錄於新世紀宏觀法學之研究與展望－劉鐵錚教授七秩華誕祝壽論文集（一），頁 307-330，元照出版公司（2008）。

鄭冠宇，普通抵押權之修正與適用（除共同抵押權部分外），收錄於民法物權編（擔保物權部分）修正後法律適用問題，頁 118，最高法院（2008）。

駱永家，既判力之主觀範圍，收錄於既判力之研究，頁 115-146，自版，三版（1981）。

蘇永欽，物權行為的獨立性與無因性，收錄於跨越自治與管制，頁 219-259，五南出版公司（1999）。

蘇永欽，私法自治中的國家強制－從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向，收錄於走入新世紀的私法自治，頁 1-58，元照出版公司（2002）。

蘇永欽，關於租賃權物權效力的幾個問題－從民法第四二五條的修正談起，收錄於走入新世紀的私法自治，頁 373-394，元照出版公司（2002）。

蘇永欽，法定物權的社會成本，收錄於尋找新民法，頁 159-216，元照出版公司（2008）。

蘇永欽，物權堆疊的規範問題－建議修法明訂以次序為軸心的堆疊原則，收錄於尋找新民法，頁 421-459，元照出版公司（2008）。

尾崎三芳，不動産の特別先取特権の内容・効力，收錄於担保法大系＜第二卷＞，頁 418-442，金融財政事情研究会（1985）。

# 中原財經法學

## 摘要

關於修正後民法第五一三條規定的承攬人抵押權，無論是從立法史、規範意旨或日本立法例的角度，均無法得出登記生效要件說的結論，而且仔細研究發現，從這些觀察點出發，反而應該傾向採取登記對抗要件說。事實上，採登記對抗要件說對承攬人較有利，也較有效率。本條規定的承攬人抵押權仍為法定抵押權；該抵押權登記，應為對抗要件，而非生效要件。

大陸合同法第二八六條規範權利的性質，既是法定抵押權，也是優先權。為保護交易安全，宜引進登記制度，但採取登記對抗模式即可，不宜採取登記生效模式。

關於承攬人抵押權與意定抵押權間的次序，應採費用性擔保物權優先原則；若未為登記，仍優先於成立在先的抵押權。

## **The Effect of Registration of the Mechanic's Lien— Registration Effectiveness or Registration Antagonism**

**Chien-Chang Huang**

### **Abstract**

With regard to the revision of the mechanic's lien by Article 513 of the Civil Code, either from the angle of the legislative history, the legislative intent, or the enactment of legislation in Japan, it is unable to come to the conclusion of registration effectiveness, and embarking from these above viewpoints, careful study found that it should tend to adopt registration antagonism. In fact, registration antagonism is more favorable for the contractor and efficient. Mechanic's lien by this article is the statutory lien and the registration of lien is an element of antagonism, not an element of effectiveness.

The character of the right by Article 286 of the Contract Code in Mainland China is both the statutory mortgage and lien. In order to protect the safety of the transactions, the registration system should be introduced and it is suitable to adopt the model of registration antagonism, not registration effectiveness.

About the order of the mechanic's lien and the lien by contract, it should be based on the principle that expense lien is superior to

financial lien, and even if the mechanic's lien does not be registered, it is still superior to the mortgage established earlier.

Keywords: mechanic's lien, statutory lien, lien, construction lien, registration effectiveness, registration antagonism, the safety of the transactions, principle of expense lien first, principle that expense lien is superior to financial lien

# 中原財經法學