福建高等法院金門分院民事判決

107年度重上字第3號

上　訴　人　倪君耀即以讚工程行
　　倪振國
共　　同
訴訟代理人　楊申田律師
　　陳佳煒律師
被　上訴人　達威營造股份有限公司
兼　上一人
法定代理人　姚祖江
共　　同
訴訟代理人　盧世欽律師

上列當事人間確認抵押權不存在等事件，上訴人對於中華民國106年12月29日福建金門地方法院104年度重訴字第28號第一審判決提起上訴，本院於107年12月12日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

確認被上訴人姚祖江就上訴人倪振國所有坐落金門縣○○鎮○○○段○○○○○○○○○○○○○○號等三筆土地，權利範圍均為全部，經金門縣地政事務所（現金門縣地政局）於民國一００年四月二十二日，以一００年金登資二字第００三七００號所設定登記之擔保債權總額金額新臺幣伍仟萬元之普通抵押權及所擔保之債權均不存在。

被上訴人姚祖江應將前項抵押權設定登記予以塗銷。

被上訴人達威營造股份有限公司應給付上訴人倪君耀即以讚工程行新臺幣壹仟肆佰貳拾陸萬元，及自民國一０四年十一月十日起至清償日止，按年息百分五計算之利息。

第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

本判決第四項，於上訴人倪君耀即以讚工程行以新臺幣肆佰柒拾伍萬參仟參佰元為被上訴人達威營造股份有限公司供擔保後，得為假執行；但被上訴人達威營造股份有限公司如以新臺幣壹仟肆佰貳拾陸萬元供擔保後，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人倪君耀即以讚工程行、倪振國（下各逕以倪君耀、倪振國稱之）主張：被上訴人達威營造股份有限公司（下逕以達威公司稱之）之負責人即被上訴人姚祖江（下逕以姚祖江稱之）於民國99年12月下旬邀約倪君耀以借牌達威公司名義之方式投標金門縣政府公開招標之「大小金門客運浮動碼頭增建工程」（下稱系爭工程）。系爭工程之決標金額為新臺幣（下同）1億4,260萬6,678元，履約保證金為1,426萬元。倪君耀即於99年12月30日交付750萬元予達威公司，再於100年1月20日匯款676萬元予姚祖江之配偶林淑芳，共計1,426萬元，用以支付達威公司標得系爭工程之履約保證金。達威公司得標後，倪君耀因沒有足夠資金承作系爭工程，姚祖江原稱要提供資金供倪君耀周轉，並要求倪君耀提供擔保，倪君耀乃於100年4月22日以父親即倪振國所有坐落金門縣○○鎮○○○段○○○ 號、242號及242之2地號等3筆土地（下稱系爭土地），為姚祖江設定權利範圍為全部、擔保債權總額5,000萬元，擔保債權種類為100年4月21日金錢消費借貸債權之普通抵押權（下稱系爭抵押權），經金門縣地政事務所（現金門縣地政局）於100年4月22日以100年金登資二字第003700號完成登記；詎姚祖江事後反悔，不願依先前協議將系爭工程交由倪君耀施作，僅將系爭工程之「土木、棚架、給水、配電工程」以總價2,600萬元委由倪君耀施作，亦未借款5,000萬元予倪君耀。因系爭工程實際上並未交由倪君耀承作，倪君耀即無提出履約保證金之必要，姚祖江自應返還系爭工程履約保證金1,426萬元。倘認為1,426萬元係供作系爭工程之「土木、棚架、給水、配電工程」之履約保證金，該系爭工程亦已完工業經驗收，故姚祖江也應返還系爭工程履約保證金1,426萬元。又因姚祖江並未將上開5,000萬元借貸倪君耀，系爭土地所設定擔保之5,000萬元抵押權應不存在，自應予塗銷。爰依民事訴訟法第247條第1項前段、民法第767條第1項中段、第259條

第1、2款提起本訴，聲明：㈠確認姚祖江就倪振國所有金門縣○○鎮○○○段○○○ ○○○○ ○○○○ ○○ 號等3筆土地，權利範圍均為全部，經金門縣地政事務所（現金門縣地政局）於100年4月22日，以100年金登資二字第003700號所設定登記之擔保債權金額5,000萬元之普通抵押權及所擔保之債權均不存在。㈡姚祖江應將前項抵押權設定登記予以塗銷。㈢達威公司應給付倪君耀1,426萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日即104年11月10日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。㈣第三項聲明，倪君耀願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人達威公司、姚祖江則以：倪君耀因居住金門地區，欲藉地利之便承作系爭工程；但所經營之以讚工程行不具資格投標且處於停業中，遂透過訴外人鐘福乾之介紹而認識達威公司負責人姚祖江。嗣雙方協議達成共同合作約定，由達威公司投標系爭工程，並負責出面統籌購置大宗物資（例如鋼管樁、打樁、樹脂塗裝、浮台船購置等事宜），但由倪君耀負擔系爭工程最後之盈虧責任。系爭抵押權之設定是為擔保系爭工程進行期間資金運作順利並確保達威公司所支出工程款項可獲清償，遂以系爭土地設定及本票數張供擔保。而系爭工程進行中，以蘆船為例，100年5月6日起至102年10月4日止，達威公司代支大陸國安船業即達4,254萬3,483元之多，船舶租金840萬元、鋼板樁打設約560萬元之多，僅上開款項即達5,600多萬元，且實際上達威公司亦代倪君耀支出購船費用、船舶租金費用、打樁費用及多項工程費用。兩造前於102年8月間共同結算系爭工程之金額為虧損53萬4,412元，上訴人等均同意此結算金額，且同意負責系爭工程保固修繕事宜，達威公司始同意倪君耀等人取回抵押權證明書及相關工程進行所開立本票正本，詎倪君耀事後竟拒為保固修繕事宜進行處理，達威公司接獲業主保固修繕通知聯繫倪君耀未果後，不得已只得自行派員處理，倪君耀已違反誠信原則。因保固修繕係由達威公司處理，故於104年

9月間再經達威公司結算，系爭工程共虧損237萬2,238元，即倪君耀仍需再給付達威公司之金額，倪君耀向達威公司請求給付1,426萬元本息，自屬無據。聲明：㈠上訴人之訴及假執行之聲請均駁回。㈡如受不利判決，願供擔保，請准免為假執行之宣告。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，認上訴人之訴無理由，駁回上訴人之請求。上訴人不服，提起上訴，聲明求為判決：㈠確認姚祖江就倪振國所有坐落金門縣○○鎮○○○段○○○ ○○○○ ○○○○ ○○號等3筆土地，權利範圍均為全部，經金門縣地政事務所（現金門縣地政局）於100年4月22日，以100年金登資二字第003700號所設定登記之擔保債權總額金額5,000萬元之普通抵押權及所擔保之債權均不存在。㈡姚祖江應將前項抵押權設定登記予以塗銷。㈢達威公司應給付倪君耀1,426萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日即104年11月10起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。㈣第三項聲明，倪君耀願供擔保請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保，請准免為假執行之宣告。

四、兩造不爭執事項（見本院卷第88頁，為說明方便，字句略作修正）：

㈠倪君耀與達威公司負責人姚祖江於99年12月底，約定共同合作承攬系爭工程，推由達威公司以自己名義參與並得標系爭工程之公開招標案，決標金額是1億4,260萬6,678元，履約保證金為1,426萬元。

㈡倪君耀於99年12月30日交付750萬元予達威公司，又於100年1月20日匯款676萬元予姚祖江之配偶林淑芳，共計1,426萬元，用以支付系爭工程之履約保證金。

㈢倪振國以其所有坐落金門縣○○鎮○○○段○○○ ○○○○ ○○○○ ○○ ○○號等3筆土地，權利範圍全部，為姚祖江設定5,000萬元之普通抵押權，擔保債權種類為100年4月22日金錢消費借貸債權，經金門縣地政事務所（現金門縣地政局）於10

0年4月21日以100年金登資二字第003700號完成登記。

㈣達威公司與倪君耀於100年7月間簽訂系爭工程合約，由倪君耀承包達威公司標得系爭工程之「土木、棚架、給水、配電工程」部分，合約總價為2,600萬元。

五、本院之判斷：

㈠按確認之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。又所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存在與否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去者而言（最高法院42年台上字第1031號民事判例意旨參照）。本件倪振國所有之系爭土地，設定普通抵押權予姚祖江以供擔保之用，現系爭工程已完工並經驗收，倪君耀亦完成系爭工程，亦無積欠姚祖江或達威公司債務。準此，倪振國對於姚祖江得否就倪振國所有之系爭土地加以執行抵押權，即屬不確定，而此種不確定之狀態復得以本確認判決加以除去，參照上開判例意旨，則倪振國對於姚祖江提起二人之間就系爭土地之抵押權不存在訴訟，自有即受確認判決之法律上利益，合先敘明。

㈡次按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任（最高法院42年台上字第170號民事判例意旨參照）。換言之，若原告提起消極確認之訴，依舉證分配原則，應由主張法律關係存在之人即被告負舉證之責。而負舉證責任之當事人，須證明至使法院就該待證事實獲得確實之心證，始盡其證明之責任，苟應負舉證責任之當事人，不能舉證，以證實其主張之事實為真實，即應受不利之認定。

㈢系爭工程決標時間為100年1月11日，倪振國於99年12月30日交付750萬元予達威公司、並於100年1月20日匯款676萬元至姚祖江配偶林淑芳帳戶，充作系爭工程之履約保證金，此為兩造所不爭執。復系爭工程之押標金750萬元，係由倪君耀交付達威公司再提出予金門縣政府，該押標金於達威

公司標得系爭工程後，轉換為履約保證金之一部分，連同倪君耀交付姚祖江配偶林淑芳之676萬元，合計1,426萬元，由達威公司交付金門縣政府作為系爭工程履約保證金等情，亦為被上訴人等所自認在卷（見本院卷第83頁）。而100年4月22日倪振國則以系爭土地為擔保，作為承作系爭工程資金之擔保，設定5,000萬元之普通抵押權予姚祖江，並於100年5月10日、同年6月1日、同年8月1日由倪振國分別簽發票面金額各為846萬9,279元、858萬6,000元、560萬元、1,280萬7,850元、840萬元之本票作為達威公司代墊廠商各期代墊款之擔保（見原審卷一第79、81、83、89、92頁）。職是，若倪君耀無與達威公司有上開借牌以承包系爭工程之約定，應不至由倪君耀負責750萬元之押標金，並於達威公司得標後轉換為履約保證金之理，更無可能係倪振國將其所有系爭土地供擔保，設定普通抵押權予姚祖江作為系爭工程資金之用，嗣又開立至少5張本票作為達威公司為倪振國代墊款項之擔保。準此，倪君耀主張與達威公司原有借牌投標系爭工程之合意，堪信為真實。

㈣兩造縱然起初係以借牌方式參與系爭工程投標，然系爭工程進行至驗收期間，兩造是否依舊維持原借牌合作關係，或已改由被上訴人負責系爭工程之分包、施作，仍應就「系爭工程主導者」、「實際負責工程項目分包及廠商接洽者」、「兩造於系爭工程進行中扮演之角色及工作內容」等重要事實由兩造各負舉證責任。經查，倪君耀於福建金門地方檢察署（下稱金門地檢署）103年度偵字第472號案（下稱刑案）偵查中陳稱：「（你與被告〈姚祖江〉間在大小金門客運浮動碼頭增建工程是何種合作關係？）被告剛開始是說要合作，要我出押標金1,426萬元，我向被告表示我不懂工程也沒有本錢，被告向我表示沒關係，他來處理，要我等著分錢。後來標到這個標案之後，被告後悔，跟我說金門的工程你來負責就好了，要我拿土地抵押給他借我一些錢周轉就可以了，並簽立本票5張，但是林淑芳有意見，她說不信任我，而

且我不懂工程她會擔心我沒處理好工程她們要收尾，於是林淑芳要我們設立以讚工程行來承包一些工程，後來結算虧了3、400萬。」、「（你為何向被告借錢？以本票擔保債權？雙方約定利息多少？總共給付多少利息？）系爭工程大部分是達威公司施作，以讚工程行只有做後續的一小部分，我跟達威借錢但是達威都不借給我，所以我沒有跟被告借錢，我沒有付管理費，也沒有付利息錢，我支付的押標金的1,426萬元都沒有拿回來。以讚工程行又損失了3、400萬元。」。復陳稱：「（你與被告間在『大小金門客運浮動碼頭增建工程』是何種關係？如何約定利潤、虧損分配？）這有三階段，第一階段達威公司要叫我出押標金，說要保證我可以賺1,000萬元，所以我才出了押標金。第二階段達威公司說我在金門就叫我來做，他們輔導，我就拿我的不動產拿去設定，設定後，林淑芳反對。第三階段，姚祖江說我要做，就一部分包給我做。最後姚祖江結算後就說他虧了。」、「（姚祖江有無答應要借牌？）一開始有說要，但後來因他太太反對，所以就沒有同意借牌。」（見本院卷第195至197頁、207至209頁）等語。參酌達威公司工地負責人呂學禮於刑案偵查中證稱：「（大小金門客運浮動碼頭增建工程是與倪振國（倪君耀之誤，下同）的以讚工程行與達威公司簽立工程合約？是否約定由倪振國負責這件工程成敗？）我只知道他們有簽立關於欄杆及土木工程的部分由以讚工程行負責。」、「（大小金門客運浮動碼頭增建工程是由何人主導？理由為何？）應該是由達威營造主導的。因為有些大項的工程是達威營造在採購的，但僱工的部分我不曉得。」、「（倪振國是大小金門客運浮動碼頭增建工程的工程下包？理由為何？）在我的想法內倪振國是下包，因為在工程的欄杆、棚架、土木工程都是由倪振國施作，他有向達威公司請款。」、「（系爭工程的工項？決算工程的估驗由何人負責？）工程有3大部分，鋼管的採購、打設、躉船的製作。估驗的部分是由達威公司另外1位工地主任陳前地負責的。」、「

（結算、估驗、計算是否要透過倪振國？3項工項是由何人去尋覓廠商及負責簽約的？）都是我及陳前地及達威公司的李技士辦的，不是經過倪振國。鋼管的採購是由達威公司、蘆船是我及倪振國去大陸洽談，最後是姚祖江簽約的。鋼管的打設是我去洽談，再由達威公司去簽約的。」（見本院卷第203至207頁）；達威公司工地主任陳前地於刑案偵查中證稱：「（大小金門客運浮動碼頭增建工程是由何人主導？理由為何？）是達威公司主導，因為是達威公司得標的，也是達威公司的團隊在施作的。」、「（倪振國是大小金門客運浮動碼頭增建工程的工程下包？理由為何？）是，因為達威公司與以讚工程行有簽棚架工程的合約。」、「（結算、估驗、計價是否要透過倪振國？）結算、估驗是我要做的，跟業主的計價是我做。」（見本院卷第209至211頁）；達威公司人員劉彩南於刑案偵查中證稱：「（大小金門客運浮動碼頭增建工程是由何人主導？理由為何？）我不知道是何人主導的。我的工作是陳前地及另外1位李姓技師跟我說要負責何工作。」（見本院卷第211至213頁），此有上訴人提出之金門地檢署103年度偵字第472號不起訴處分書1件（見本院卷第145至159頁）及上開偵訊筆錄在卷可參。由上可知倪君耀於本件之主張與刑案偵查中之陳述大致相符，即一開始就系爭工程，兩造係約定由倪君耀以向達威公司借牌投標方式施作系爭工程，並由達威公司收取管理費，嗣因姚祖江之配偶林淑芳反對，而將系爭工程收回全部，由達威公司自行發包施作，僅就其中部分工程發包予倪君耀施作，此亦與刑案偵查中證人呂學禮、陳前地均證述系爭工程應認係由達威公司主導，有些大項目係達威公司採購，倪君耀應該係下包之證述相符，足認系爭工程得標後，達威公司確為工程進行之主導者，除負責主要工項之採購外，其團隊亦負責現場施作及工程結算、計價及估驗事宜，倪君耀僅負責欄杆及土木工程的部分，為工程下包之角色，對於系爭工程之分包、施作及後續結算、計價、估驗等事宜均無決定權，非

屬負擔系爭工程最後盈虧責任之一方。再衡諸一般借牌態樣，借牌者因本身欠缺投標資格，僅能借用他人名義參與投標，並以工程獲利或工程款總額之固定比例作為借牌費給付容許借牌之一方，容許借牌者通常不會涉入工程施作、分包事宜，蓋借牌者乃有意經由參與工程賺取利潤之人，本需透過負責工程施作、分包，以控制投入成本以獲得利益，斷無放棄主導工程之權，轉由容許借牌者負責之理。反之，若借牌者僅係承攬部分工程，其餘工程則均由容許借牌者負責施作、分包，且無工程結算、計價、估驗之權，實難想像該借牌者仍有意願與容許借牌者訂立自願承擔最後盈虧責任之不平等約定，此顯與合作投標常態及借牌本旨相違背，除不符公平合理原則外，更有違經驗法則，況系爭工程款項均由達威公司管領支配，而達威公司始終無法就自身主導系爭工程，卻無須負擔盈虧責任作出合理解釋，核其所辯，顯已悖離常理，要難採信。達威公司抗辯系爭工程由倪君耀負擔最後之盈虧責任，咸難信為真實。倪君耀主張與達威公司原有借牌之合意，但達威公司於標得系爭工程後，其負責人姚祖江事後反悔，僅將達威公司標得系爭工程之一部分即系爭工程之「土木、棚架、給水、配電工程」以總價2,600萬元委由倪君耀施作，倪君耀與達威公司間原借牌之合意，實際上業已默示合意解除等語，自堪信為真實。

㈤被上訴人又抗辯稱：系爭工程前於102年8月間，先經兩造共同結算，當時結算之金額為虧損53萬4,412元，倪君耀均同意結算金額，被上訴人始同意由渠等取回抵押權證明書及相關為工程進行所開立之本票正本。詎倪君耀事後竟拒為保固修繕事宜進行處理，被上訴人接獲業主保固修繕通知，聯繫倪君耀未果後，不得已只得自行派員處理，倪君耀實已違反誠信原則云云。惟查：

1.觀諸被上訴人104年12月28日民事答辯狀所附結算明細表（見原審卷一第280頁），其上並未有倪君耀之簽名，為被上訴人所不爭（見本院卷第87頁），難認有同意系爭工程虧損

金額為53萬4,412 元之合意。而被上訴人之所以同意倪君耀取回抵押權證明書及相關為工程進行所開立之本票正本，乃系爭工程業已完成，且被上訴人始終未借款5,000 萬元予倪君耀，被上訴人已無再以抵押權設定及本票為供擔保之必要。

2.另就上開答辯狀附件3 結算表所列工程成本部分，姑且暫不論被上訴人決定發包之大宗物資購置項目部分之金額是否過高、合理，然就其中「證9-以讚（含代墊工資）」、「證10-營造綜合保險費及旅費等雜費」、「證11-營業稅+關稅+印花稅+營所稅」、「證12-管理費及利息費用」、「證14-陸棚變更設計建築師費+敦親睦鄰」、「證15-工程會規費及關稅律師費」等項目，是否應支出及如何支出？應否由倪君耀負擔？均乏證據證明之，其結算之金額，自非可採。至於被上訴人上稱「保固修繕事宜進行處理」既非倪君耀承包之工程項目，自非屬保固範圍而無修繕之必要。

㈥被上訴人雖又辯稱系爭工程於104 年9 月間再經其結算，共虧損237 萬2,238 元，倪君耀仍需再給付被上訴人之金額，詳如上開答辯狀附件3 結算總表及相關證物（如證1 至證16）所載云云。惟其結算總表上亦未有倪君耀之簽名（見原審卷一第124 頁），亦為被上訴人所不爭執（見本院卷第87頁），難認有同意系爭工程虧損金額為237 萬2,238 元之合意。且該結算總表「工程成本」證1 至證5 部分，被上訴人固提出支付憑證及發票為憑，惟發包廠商及工程總價均由被上訴人主導決定，已如前述，倪君耀並無負擔系爭工程盈虧之責，況系爭工程業已完成，且被上訴人始終未借款5,000 萬元予倪君耀，原為擔保消費借貸之抵押權資料，理應返還或塗銷，被上訴人如無證據證明兩造間存有倪君耀承擔系爭工程盈虧之約定，則難認上開結算總表所載系爭工程之虧損金額與倪君耀有何干係，被上訴人前揭答辯，自非可採。

㈦復按稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先

受償之權。抵押權所擔保者為原債權、利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用。但契約另有約定者，不在此限。民法第860 條、第861 條第1 項分別定有明文。申請普通抵押權設定登記時，登記機關應於登記簿記明擔保債權之金額、種類及範圍；契約書訂有利息、遲延利息之利率、違約金或其他擔保範圍之約定者，登記機關亦應於登記簿記明之，土地登記規則第111 條之1 亦定有明文。此與最高限額抵押權人係就已確定之原債權、利息、遲延利息、違約金，合計僅得於約定之最高限額範圍內，行使其權利，其登記之擔保債權金額係以最高限額方式表明不同。次按抵押權為擔保物權，具有從屬性，倘無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立或失其存在。查，系爭抵押權為普通抵押權而非最高限額抵押權，核其所擔保之債權種類及範圍為「民國100 年4 月21日之金錢消費借貸」，有系爭土地他項權利明書暨土地登記謄本可稽（見原審卷一第16至21頁）。據此，系爭抵押權既僅載明擔保種類及範圍為「民國100 年4 月21日之金錢消費借貸」，本於上述法理，系爭抵押權之擔保效力僅及於該日特定消費借貸債權，而不及於其他未載明種類、數額之債權甚明。兩造間並無消費借貸契約或相關匯款紀錄可資證明被上訴人確有借款5,000 萬元予倪君耀，且姚祖江本人並未以其名義交付借款予倪君耀之事實，復據被上訴人於民事第二審答辯㈡狀所自認（見本院卷第108 頁），足認系爭抵押權擔保之債權即「民國100 年4 月21日之金錢消費借貸」既不存在，該部分抵押權亦不成立或失其存在。

㈧被上訴人固抗辯系爭抵押權設定之際，被上訴人業已代為支出營造綜合保險費、電腦週邊等雜支費用、員工出差旅費、鋼管樁購料費用、鋼管加工費、浮箱建構及安裝費用等費用共計415 萬0,423 元，上述工程款項自為系爭抵押權所擔保之債權，並據提出大小金門客運浮動碼頭新建工程支付清單總表（見原審卷一第342 頁）、營造綜合保險費工程估驗單、支票影本、保險費收據、富邦產物營造綜合保險單（見原

審卷一第343至345頁）、電腦週邊等雜項零用金工程估驗單、統一發票影本、出差旅費報告表影本(見原審卷一第346至347頁）、鋼管樁購料工程估驗單、統一發票影本、華南商業銀行匯款回條聯影本（見原審卷一第348至349頁）、浮箱建造及安裝設計工程估驗單、宋漢棟造船技師事務所收款收據、財政部高雄市國稅局各類所得扣繳稅額繳款書、訂購合約書、委託合約書（見原審卷一第350至353頁）。惟被上訴人所述縱然屬實，顯然與「普通抵押權擔保之原債權範圍應確定」之法理相違背，已難採信。況一般工程實務，如承商欲就現有及將來可能發生之債權，或因繼續性法律關係所生之債權提供擔保，一般會設定最高限額抵押權，或至少就特定時間點之前所欲擔保之債權項目、日期及金額特定於「物權契約」中，如：「○月○日代墊款○元」、「○月○日模板工程款○元」、「薪資報酬○元」，否則系爭抵押權擔保之債權種類及範圍載以「民國100年4月21日之金錢消費借貸」，倘能經由事後解釋，逕自將與字義無涉之諸多債權（即對造自認代為支出之營造綜合保險費、電腦週邊等雜支費用、員工出差旅費、鋼管樁購料費用、鋼管加工費、浮箱建構及安裝費用等）納入擔保範圍內，核與物權法定主義相違，被上訴人之抗辯，自無足採。

㈨再按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，民法第767條第1項定有明文。倪振國、倪君耀既與姚祖江間既無5,000萬元之借款關係存在，倪振國為姚祖江在系爭土地上所設定之5,000萬元普通抵押權已失其依據，而該抵押權之設定實有害倪振國於系爭土地所有權之行使，從而倪振國依民法第247條及第767條第1項物上請求權之法律關係，請求確認姚祖江就倪振國所有金門縣○○鎮○○○段○○○ ○○○○ ○○○○ ○○號等3筆土地，權利範圍均為全部，經金門縣地政事務所（現金門縣地政局）於100年4月22日，以100年金登資二字第003700號所設

定登記之擔保債權金額5,000萬元之普通抵押權及所擔保之債權均不存在。姚祖江應將前項抵押權設定登記予以塗銷。為有理由，均應予准許。

㈡末按契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，由他方所受領之給付物，應返還之。受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。為民法第259條第1、2款所明定。按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5，民法第229條第2項、第233條第1項前段及第203條分別定有明文。倪君耀與達威公司原借牌合意既經默示合意解除，參酌倪君耀交付之1,426萬元係作為達威公司承攬系爭工程之履約保證金；而系爭工程之履約保證金1,426萬668元，達威公司係以兆豐國際商業銀行股份有限公司三多分公司之履約保證金連帶保證書(編號：1AABQ7-001)繳納，該履約保證金業於101年9月4日退還廠商乙節，有金門縣政府107年5月2日港工字第1070002705號函在卷可稽(見本院卷第95頁)，基於誠信原則，倪君耀為借牌而提供予達威公司之1,426萬元，自應予返還。準此，倪君耀請求達威公司返還1,426萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日即104年11月10日起至清償日止，按年息百分之5計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。

六、原判決不察，駁回上訴人之請求，自有未合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰廢棄改判如主文第2、3、4、5項所示；又兩造均陳明願供擔保宣告准免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。

七、兩造其餘攻防暨訴訟資料，經審酌後，認不影響判決結果，爰不另一一論述，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條、第85條、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　9　　日

民事庭審判長法　官　洪曉能

法　官　許志龍

法　官　廖立頓

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　　1　　月　　9　　日

書記官　李麗鳳

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。