

最高法院民事判決

109年度台上字第1437號

上訴人 歐麗卿
鄭雅方
歐士超
歐鄭玉華

共同

訴訟代理人 唐治民律師

被上訴人 國泰人壽保險股份有限公司

法定代理人 劉上旗

訴訟代理人 李明益律師

上列當事人間請求確認債權不存在等事件，上訴人對於中華民國108年1月2日臺灣高等法院高雄分院第二審判決（107年度上字第42號），提起上訴，本院判決如下：

主文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

理由

本件被上訴人主張：上訴人歐士超前邀上訴人歐鄭玉華為連帶保證人，自民國89年10月起向伊借款共新臺幣（下同）568萬元後，自92年4月起即未依約繳納本息，經伊聲請強制執行擔保物，仍有349萬6,165元本息，未獲清償。詎歐士超、歐鄭玉華為圖避債，歐士超於92年10月14日將其所有坐落高雄市○○區○○○段○○○○○○○號土地（權利範圍1/32）及門牌號○○區○○路1之2號房屋（下合稱系爭甲房地），通謀虛偽為上訴人歐麗卿設定債權總額為320萬元之普通抵押權（下稱系爭甲抵押權）；歐鄭玉華則於同年月20日將其所有所有坐落高雄市○○區○○段○○○ ○號土地（權利範圍176/10000）及○○○區○○路29之273號、29之294號房屋（下合稱系爭乙房地），通謀虛偽為上訴人鄭雅方設定債權總額200萬元之最高限額抵押權（下稱系爭乙抵押權），致伊於103年3月聲請強制執行時，因各該抵押權之設定致無拍賣實益而終結。上開抵押權既係為避債而虛偽設定，所擔保之債權自屬不存在，惟歐士超、歐鄭玉華均怠於行使權利，請求塗銷等

01 情，依民法第87條第1項、第242條、第767條第1項規定，並於原
02 審追加歐士超、歐鄭玉華為被告，求為確認歐麗卿與歐士超間就
03 系爭甲房地所設定系爭甲抵押權所擔保之債權不存在，歐麗卿應
04 將該抵押權登記予以塗銷；及確認鄭雅方與歐鄭玉華間就系爭乙
05 房地所設定系爭乙抵押權所擔保之債權不存在，鄭雅方應將該抵
06 押權登記予以塗銷之判決。

07 上訴人則以：歐麗卿自87年起，即陸續借3至5萬或數十萬元與歐
08 士超，因歐士超無力償還，乃書立借據為憑，並設定系爭甲抵押
09 權予歐麗卿，歐麗卿前並於106年5月間向法院聲請拍賣抵押物，
10 惟經以債務清償期未屆至而駁回。另鄭雅方因胞妹歐鄭玉華經濟
11 困頓，長期予以金錢協助，歐鄭玉華除書立借據外，並以系爭乙
12 房地設定系爭乙抵押權與鄭雅方，且自104年2月起每月轉帳清償
13 7,000元。系爭甲、乙抵押權之設定非出於通謀虛偽意思表示，
14 所擔保之債權亦均確實存在等語，資為抗辯。

15 原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改判如其聲明，無
16 非以：消極確認之訴，應由被告負立證責任、確認法律關係不成
17 立之訴，原告如僅否認被告於訴訟前所主張法律關係成立原因之
18 事實，以求法律關係不成立之確認，則應由被告就法律關係成立
19 原因之事實，負舉證之責。被上訴人提起本件確認之訴，主張系
20 爭甲、乙抵押權係通謀虛偽設定，請求確認上訴人彼此間就系爭
21 甲、乙抵押權所擔保之消費借貸債權不存在，屬消極確認之訴，
22 依最高法院判例意旨，自應由歐麗卿與歐士超就系爭甲抵押權擔
23 保之320萬元債權、鄭雅方與歐鄭玉華就系爭乙抵押權擔保之200
24 萬元債權之消費借貸法律關係成立事實舉證，非謂應轉由被上訴
25 人就系爭甲、乙抵押權之設定係出於通謀虛偽意思，負舉證責任
26 。雖歐麗卿提出借據及拍賣抵押物裁定為證，且借據固有歐士超
27 向歐麗卿前後共借得320萬元，且同意以房屋設定抵押權之記載
28 ，惟收受各次借款時，卻均未簽立收據，事隔多年後，始簽立前
29 開借據，尚不能證明有借款交付情事，僅能證明借貸合意，尚難
30 憑為借貸法律關係成立生效之證據。再者，歐麗卿固曾於106年5
31 月聲請拍賣系爭甲房地，然法院准否拍賣係形式審查，無從確定

01 實體法上法律關係成立。且核系爭甲房地設定契約書記載，所擔
02 保權利總額320萬元，清償日期為107年12月31日，權利存續期間
03 自87年9月20日起至107年12月31日止，但無任何關於所擔保債
04 權種類之記載。而歐麗卿拍賣抵押物聲請狀係記載擔保債務之清
05 償日期為105年12月30日，亦與設定契約書不同，不能認系爭甲
06 抵押權已特定所擔保債權即為系爭320萬元借款。至於鄭雅方所
07 提歐鄭玉華書立之借據2紙，其上雖記載借得200萬元，及以系爭
08 乙房地為抵押擔保，然亦無法證明鄭雅方確有交付金錢予歐鄭玉
09 華，縱該2紙借據為真正，因雙方另有265萬元借款，鄭雅方於第
10 一審卻主張系爭乙抵押權應更正為最高限額抵押權，並以將來可
11 發生之債權為被擔保債權，惟於200萬元原債權後並無繼續發生
12 之債權云云，即有不合，則二人間系爭借款是否存在及其數額若
13 干，非無疑義。參以系爭200萬元借款數額非小，依常理應有資
14 金提領、交付及會算等相關事證，舉證尚非難事，卻無法舉證以
15 實其說等情，自難認系爭乙抵押權所擔保之200萬元借款存在。
16 從而，被上訴人請求確認系爭甲、乙抵押權所擔保之320萬元、
17 200萬元債權均不存在，並依民法第87條第1項、第242條、第767
18 條第1項規定，請求歐麗卿、鄭雅方分別將系爭甲、乙抵押權登
19 記予以塗銷，應予准許等詞，為其判斷基礎。

20 按表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，
21 但不得以其無效對抗善意第三人，民法第87條第1項定有明文。
22 惟通謀虛偽意思表示之行為係積極行為，非消極行為，因此主張
23 他人間之法律行為係本於通謀虛偽意思表示，就該積極事實之存
24 在，依舉證責任分配法則，自應由主張者一方負舉證責任，不得
25 任意轉換由他方就其法律行為非出於通謀虛偽意思一事負舉證之
26 責，惟不負舉證責任一方仍有真實完全陳述義務。本件被上訴人
27 既主張上訴人間系爭甲、乙抵押權擔保之債權之成立，及系爭甲
28 乙抵押權之設定，均係出於通謀虛偽意思表示所為，依上開說
29 明，自應由被上訴人負舉證之責。至於上訴人抗辯之事實，及所
30 提之借據等相關訴訟資料，是否可認已盡完全真實陳述之義務，
31 要屬另事，不得因此即謂上訴人一方未盡舉證之責。原審以前開

理由，將舉證責任分配由上訴人負擔，認上訴人未盡證明其等間
系爭甲、乙抵押權擔保之債權存在，及系爭甲、乙抵押權設定非
出於通謀虛偽意思表示（原判決第6、9頁），而為上訴人敗訴判
決，自有未合。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為
有理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第
478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 7 月 29 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 王 仁 貴

法官 滕 允 潔

法官 林 金 吾

法官 李 瑜 娟

法官 魏 大 曉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 8 月 4 日