

刊登於月旦裁判時報第 1 期，2010 年 2 月，第 58-62 頁。

## 借名登記之名消極信託之實 ——評最高法院九十八年度台上字第七六號判決

謝哲勝

中正大學法律學系暨研究所教授

### 本案事實

#### 壹、被上訴人（第一審原告）主張事實

主張系爭不動產為被上訴人與部分上訴人間的合夥財產，用以作為其所合夥事業運作之用並為其事業的財產。惟部分合夥人認為合夥權利未受保障，故之後以借名登記的方式變更登記為全體合夥人依其出資比例的持分共有，但仍不改其為合夥財產的性質。而部分上訴人竟於未得全體合夥人同意，私自將系爭不動產之一部以贈與的方式移轉所有權，有害該合夥財產的所有權，故主張該處分行為依民法第八二八條第二項應為無效，訴請法院塗銷該所有權移轉登記。

#### 貳、上訴人（第一審被告）抗辯

主張系爭不動產並非合夥的財產，而且也並非借名登記在他們（部分上訴人）名下。該不動產在部分上訴人移轉他人（其他部分上訴人）之前，是以買賣原因為所有權移轉登記，部分上訴人依法即得為自由處分，該處分行為自非無效。

### 爭點

本案事實的法律關係及其效力。

### 判決理由

本案判決認為本案事實是借名登記，並闡述借名登記的定義和效力，認為「按稱『借名登記』者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。惟出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產【月旦裁判時報第 1 期，2010 年 2 月，第 58 頁】為物權處分者，

對借名者而言，即屬無權處分，除相對人爲善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第一一八條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。」

本案中，上訴人間有一定親屬或同住一處的關係，受讓人（部分上訴人）就該財產爲合夥財產不能推說不知，均非善意第三人，受讓人不能主張善意受讓或信賴登記的保護。就合夥財產的處分行爲既未得全體合夥人的同意，則其所爲的處分對於全體合夥人而言即爲無權處分，未得全體合夥人的承認，依民法第一一八條第一項的規定，自不生效力。

## 關鍵詞

合夥財產、借名登記、無權處分、共同共有、消極信託

## 評析

該判決的論理過程爲：該名實不符的登記（所謂借名登記）是無名契約，類推適用民法委任的規定，是「有效」的，但爲兼顧真正權利人（借名人）的利益，名義權利人（出名人）違反借名登記契約的約定，將登記的財產爲物權處分，對借名人而言，即屬無權處分。

此一論述是非常有趣的，即最高法院對於名實不符的登記，也賦予名實不符的法律效力，即登記行爲是有效的（形式上），但此一「有效」的效力範圍，卻不能對真正權利人主張，即對真正權利人不生效力（實質上）。所以，與定義爲消極信託相比較，只是在形式上描述登記名義人和真正權利人間的效力，分爲有效和無效的說法有形式上區別，但實質的效力（結論）卻是相同的，即登記名義人違反約定，對登記財產的處分都是無權處分。就此一論述過程和結論評析如下：

## 壹、名實不符的登記是否宜排除信託法的適用

以他人名義登記財產權但登記名義人不真正享有權利的事實，不管稱呼爲「消極信託」或「借名登記」，法律事實都是相同的，不應以不同的稱呼而使法律效力有所不同。信託法是民事特別法，符合信託法規範事實範圍內的事實，沒有道理不適用信託法，而信託法正是規範名實不符的法律事實，因而名實不符的登記，正是信託法所欲規範的事實，因而名實不符的登記不宜排除信託法的適用。<sup>1</sup>

1 謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行爲——實務上相關判決評釋，收錄於：財產法專題研究（六），2008年11月，494-495頁。

## 貳、契約自由的真諦

### 【月旦裁判時報第1期，2010年2月，第59頁】

除了採信託法理，其他法制都不規範名實不符的事實，因而名實不符的登記當然找不到可以適用的條文依據，欲解釋其為有效，只能訴諸契約自由原則，認為無強行規定禁止下，可以自由締約。此一論述忽略了契約官由的真諦，契約自由的假設前提來自於自願的交易會產生福祉，即社會福祉，因此，法制上以契約自由加以實踐。<sup>2</sup>名實不符的登記，如無出名人的積極處理，產生專業經營的效益，仍由借名人處理，則經營效益與不為借名登記相同，則借名登記契約即無福祉產生可言，既未產生福祉，不符合假設前提，自不能主張契約自由。

## 參、名實不符的登記是否宜解為類推適用委任契約

所謂「倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力」的判決理由，除了遺忘最高法院白已建立的「當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，乃學說上所稱之脫法行為，倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。」的脫法行為見解外，也忽略了委任的「勞務給付」內容，在名實不符的登記下，登記名義人何來的「勞務給付」，既無勞務給付，給付內容性質並不相同，又如何類推適用，因而名實不符的登記不宜解為類推適用委任契約。<sup>3</sup>

## 肆、名實不符的登記的效力

最高法院之前早有就同一事實認為是消極信託，而相關判決認為「消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，自難認其合法性。」最高法院此一消極信託的判決見解，符合信託法理，即受託人（名義上權利人）如無積極義務，則此一分離名義權利人和實質權利人（信託）的行為無效，不發生信託財產獨立於實質上權利人的效力，此一財產仍為借名人所有。

本案判決認為借名登記有效，並類推適用民法委任的相關規定，則此一登記財產為何人所有，就有疑問。如認為是出名人所有，則出名人就其所有的財產，自無不能處分之理，然而這將損害借名人的權利，保護背信的出名人，將違反法律公平正義的理念。如認為是借名人所有，則出名人處分借名人所有的財產，當然是無權處分，應經借名人同意，始生效力，以保護真正權利人的【月旦裁判時報第1期，2010年2月，第60頁】

2 參閱謝哲勝，契約自制與管制，收錄於：財產法專題研究（五），2006年5月，226頁。

3 參閱謝若勝，同註1，494-495頁。

權利，而符合法律公平正義的理念。一旦認為登記財產是借名人所有，而出名人的處分權限受到內部契約的限制，則此一效果正是信託法規範受託人權限的具體展現，而形成名實不符的法律事實，即登記名義人享有名義上所有權，但其處分權限受信託本旨的限制。

## 伍、有無處分權是否與相對人善惡意有關

任何人不得處分他人的權利，原則上只有權利人可以決定是否處分其權利，無權處分指處分人處分超過其權利範圍內的權利，因而只有所有人或經所有人授權的人可以處分所有權。有無權利的認定，與有無處分權的認定，除經所有人授權的情形外，原則上是相同的，即都是以處分人是否享有處分標的的真正權利（歸屬性權利）為認定標準，真正權利的認定是屬於靜的安全的規範領域。

某一權利人的權利是否可以對相對人主張，之所以會受到相對人善意或惡意而有所不同，其原因是為了保護動的安全（交易安全）。交易安全保護和真正權利保護是兩個不同法律保護的利益，有無處分權既然是真正權利保護的範圍，其認定標準就與交易安全的保護無關。因此，有無處分權的認定是以處分人有無權利或經權利人授權為準，與相對人善惡意無關。

## 陸、判決理由有待修正補充

從以上所述可知，本案判決理由有待修正補充如下：

### 一、排除信託法適用的理由

本案判決將名實不符的登記排除信託法的適用，忽略了特別法優先適用的法理，如果法院堅持此一見解，則應提出相當理由。

### 二、契約自由的真諦

契約自由的假設前提來自於自願的交易會產生福祉，即社會福祉，如果法院堅持借名登記可以主張契約自由，則應提出借名登記會產生福祉的理由。

### 三、為何類推適用委任契約

判決理由認為類推適用委任契約是「側重於借名者與出名者間之信任關係」然而具有信任關係的法律規範有許多種，不限於委任，合夥也是，信託更加符合，為何類推適用委任契約，顯然理由不充分。而委任契約是以「勞務給付」為內容，如果法院堅持借名登記可以類推適用委任契約，則應提出借名登記具有勞務給付內容的理由。

### 四、出名人處分自己的所有物為何是無權處分

本案判決認為借名登記有效，則出名人享有登記財產的所有權，所有人處【月旦裁



**判時報第 1 期，2010 年 2 月，第 61 頁】**分其所有權，為何會構成無權處分。如因對方是惡意，就構成無權處分，則是將出名人和借名人的內部約定，賦予物權（對抗第三人）效力，此一推論是否符合本案法院的真意，也有待法院釋疑。

## 柒、判決結果值得讚揚

本案判決其實是以借名登記之名行消極信託之實，就論理而言固然十分特異，就結果而言則值得讚揚，原因如下：

### 一、兩面討好巧妙至極

最高法院判決一旦公布，都可能遭到學者犀利的批評，順了姑意則逆嫂意，不容易兩面討好。最高法院關於名實不符的登記，從最早一致認定為消極信託無效的見解，經歷出現有正當原因的消極信託有效的見解，一直到眾多認定是借名登記契約有效的見解，這些軌跡其實是許多主張名實不符登記為有效的學者和律師所引導的結果。然而，學者也有主張名實不符的登記是消極信託或脫法行為而無效，這就使最高法院或許十分徬徨無法適從，也可能是為了兩面討好，兼採不同學者見解，而形成本判決折衷說的見解。面子給了有效說，但裡子則給了無效說，也符合最高法院最早判決的結論。

### 二、跨越物權債權劃分的鴻溝

本案判決認為名實不符的登記是借名登記為有效的，則出名人是所有人，但因出名人受到與借名人間的內部約定拘束，即出名人違反約定，對登記財產的處分都是無權處分。此一推理，已明白地賦予內部約定，對第三人發生效力，顯然揚棄「所謂的債之相對性」，形同賦予內部約定物權效力，跨越物權債權劃分的鴻溝，而符合本文作者一貫的主張。<sup>4</sup>【月旦裁判時報第 1 期，2010 年 2 月，第 62 頁】

4 參閱謝哲勝，債權物權相對化，月旦法學教室，69 期，2008 年 7 月，10-11 頁；謝哲勝，債權物權相對化（二）——最高法院九十六年台上字第一三五九號判決評釋，月旦法學雜誌，102 期，2008 年 11 月，196-206 頁。