

刊登於月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 220-231 頁。

脫法行為、消極信託及借名登記契約

—最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋

陳聰富

台灣大學法律學院副教授

目次

- 壹、序言
- 貳、最高法院民事判決
 - 一、案例事實
 - 二、判決之理由
- 參、信託行為與脫法行為
 - 一、擔保信託
 - 二、管理信託
- 肆、脫法行為之概念
- 伍、消極信託與借名登記契約之有效要件
- 陸、借用子女名義登記之效力
- 柒、結論

壹、序言

借用他人名義登記不動產之案例，在我國社會甚為常見。早期經常發生於，無自耕能力人購買農地，因法律規定，無法取得所有權，而登記於有自耕農身分之第三人。此外，不動產之買受人可能基於節稅、避人耳目等各種原因，而指定將不動產移轉登記於第三人。不動產所有人亦可能為脫產，避免懷權人之強制執行，而將不動產移轉登記於第三人。再者，父母可能基於親情，而將所有之不動產移轉登記於子女名下，雙方之法律關係可能為贈與，亦可能為單純之借名登記契約。凡此，均足以發生借名登記之情形。

借名登記，早期法院認為，係屬信託行為（尤其是消極信託），近來則認為係屬借名登記之無名契約。無論為消極信託或借名登記契約，若無確實之正當原因，法院均認為係屬脫法行為而無效。

所生疑問者為，借用他人名義登記不動產，究屬消極信託或借名登記契約？二者何時有效？脫法行為是否得作為認定消極信託或借名登記契約無效之法律依據？本文整理

最高法院之最近判決，說明借名登記法律關係之定位及其法律效力。

貳、最高法院民事判決

一、案例事實

本案上訴人爲被上訴人之母，從事國際貿易，「做生意，怕生意有問題，恐怕以後沒有房子欠人家錢」，「做生意怕被查封，爲了要預防，所以把系爭房屋過戶給被上訴人」因而與被上訴人簽訂「約定書」一份，內容爲：「信託人：母親許○雌，基【**月旦法學雜誌第123期，2005年7月，第220頁**】於信託關係，將附表所示不動產，以贈與方式，移轉登記爲立約定書人蘇○彬名義。立約定書人蘇○彬未經母親許○雌之同意，不得將附表所示不動產，予以買賣、出租、設定抵押權與第三人。母親許○雌對附表所示不動產仍有使用及處分之權利。」

在訴訟中，上訴人主張：上訴人本於信託關係，將第一審判決附表所示之不動產，以贈與方式，移轉登記爲被上訴人名義，被上訴人並出具上訴人基於信託關係，將附表所示不動產，以贈與方式，移轉登記爲被上訴人名義之約定書，該約定書第三條並載明上訴人對附表所示不動產仍有使用及處分之權利，足見兩造間有信託關係之存在。茲上訴人以起訴狀繕本送達與被上訴人，爲終止信託之意思表示，兩造間信託關係業已消滅，且被上訴人無法律上之原因受有利益，致上訴人受有損害等情，爰依信託法第六五條之規定、約定書第三條之約定及不當得利之法律關係，求爲命被上訴人將如附表所示之不動產移轉登記與上訴人之判決。

被上訴人則以：上訴人係以贈與爲原因，於二〇〇一年六月間將系爭不動產移轉登記予被上訴人，兩造間並無信託之約定，被上訴人因不願違逆母親，始於移轉登記後之同年十月十七日在溫○鳳律師所擬之約定書上簽名、蓋章，惟信託必有一定之目的，上訴人主張其信託目的爲怕生意有問題，恐怕以後沒有房子住，此與事先脫產以逃避債權人之追償無異，顯然違反信託之規定而不合法，故兩造確無信託之意思，自不得以於事後簽立之約定書而溯及既往的創造信託關係，兩造間既無信託關係，而該贈與又非不法原因之給付，上訴人依信託法第六五條之規定、約定書第三條之約定暨不當得利之法律關係請求，即屬無據等語，資爲抗辯。

二、判決之理由

（一）原審判決

惟按稱信託者，謂委託人將財產權移轉或爲其他處分，使受託人依信託本旨，爲受益人之利益或爲特定之目的，管理或處分信託財產之關係，信託法第一條亦有明文規定。因此，信託係指信託人爲自己或第三人之利益，以特定財產爲信託財產，將之移轉於受託人，由受託人管理或處分，以達成一定經濟上或社會上目的之行爲，受託人不特僅就

信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約所定內容為積極之管理或處分。倘信託人僅將其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用或處分悉仍由信託人自行為之時，是為消極信託，除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，應難認其行為之合法性。經查，上訴人雖提出被上訴人所不爭執之約定書，以證明兩造間存有信託關係，惟該約定書所約定之內容，並未具有信託本旨之為上訴人或第三人之利益，以達成一定經濟上或社會上的目的，且尚約定上訴人對系爭不動產仍有使用及處分之權利，反之居於受託人地位之被上訴人，竟未約定其應如何積極負責管理或處分之義務，該約定顯屬消極信託，要與信託之規定及目的不符，即難認為適法有效，上訴人僅憑上開之約定書而主張兩造間有信託關係存在，自有未合。又依上訴【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 221 頁】人自陳：信託登記之原因，係出於因恐經營生意致遭查封，故借用被上訴人名義登記，可見上訴人所主張之信託關係顯為消極信託，且又係圖事先脫產以避免債權人追償之脫法行為，上訴主張兩造間存有信託關係難認為合法有效。被上訴人辯稱兩造間並無信託關係，尚非無據。

（二）最高法院判決

惟按所謂脫法行為係指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而言。法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。本件被上訴人並無證據證明上訴人係因生意失敗而隱匿財產，則上訴人此項借用其子即被上訴人名義為系爭不動產登記之行為，既未迴避任何強行法規，能否謂係脫法行為，非無研求之餘地。原審以兩造間即使有信託法律關係存在，亦屬脫法行為，而為上訴人不利之認定，尚嫌率斷。

（三）法律爭點

本案上訴人與被上訴人為母女關係，上訴人主張，其為預防生意失敗，房屋被查封，乃與被上訴人簽訂信託契約之約定書一份，該約定書明白書明二人為信託關係，而以贈與方式移轉登記系爭不動產。但被上訴人則抗辯，二人之間為單純贈與關係，並非訂立信託契約。因而上訴人不得終止信託契約，而請求返還房屋。

原審法院認為，信託契約之成立，必須當事人之間具有依信託本旨，為信託人或第三人之利益，達成一定經濟上或社會上之目的。本件當事人之約定，居於受託人地位之被上訴人並無積極負責管理或處分之義務，性質上屬於消極信託，且信託登記之原因，係圖事先脫產，以避免債權人追償之脫法行為，因而兩造之信託契約應為無效。

最高法院則認為，本件上訴人借用其子之名義，所為不動產登記之行為，既未迴避任何強行法規，難認為係屬脫法行為，兩造間之借名登記契約，尚有存在之可能。

據此，本件案例所涉法律問題有三：

1. 當事人間之法律關係，究為贈與契約、信託契約或借名登記契約？

2.脫法行為之意義與效力為何？

3.消極信託與借名登記契約，如何區分？何時有效？

參、信託行為與脫法行為

信託行為，指當事人爲達成一定經濟上之目的，在對外關係，將超過其目的之財產權移轉於相對人，使其爲權利人，但於內部關係，則約束相對人，使其僅在該經濟目的之範圍內，依據該行為之本旨，行使其權利之法律行為¹。信託行為，依據不同目的，可分爲二類：

一、擔保信託

信託的讓與擔保（即擔保信託），乃屬權利移轉型之擔保物權，即債務人爲擔保其債務，將擔保物所有權移轉與債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物之所有權，債務人如不依約清償債務時，債權人得依約定方法取償，縱【月旦法學雜誌第123期，2005年7月，第222頁】無約定，亦得逕將擔保物變賣或估價，而就該價金受清償之法律行為²。

二、管理信託

依據實務見解，管理信託，可分爲二類：

（一）積極信託

所謂積極信託，乃委託人爲自己或第三人之利益，以一定財產爲信託財產將之移轉於受託人，由受託人管理或處分，以達成一定經濟上或社會上之目的之行為。受託人不特僅就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約所定內容爲積極之管理或處分。

（二）消極信託

當事人之法律行為，在形式上爲信託關係，但如委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用、或處分悉由委託人自行辦理時，是爲消極信託。除有確實之正當原因外，通常多屬通謀而爲之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，其行為不具合法性而無效。

管理信託行為，在實務上發生最爲頻繁者爲，無自耕能力人購買農地時，因爲無法登記爲所有權人，而將土地登記於有自耕農身分之第三人。關於無自耕能力之人，購買農地之買賣契約與移轉農地之物權行為，效力如何，最高法院六十五年度第九次民庭庭

1 洪遜欣，中國民法總則，三民，1981年，378頁。

2 參見最高法院70年度台上字第104號、74年度台上字第272號、79年度台上字第1085號、80年度台上字第1813號民事判決。

推總會議決議：「土地法第三十條係就私有農地所有權移轉之物權行為所作之強制規定，關於約定負擔移轉該項土地所有權之債務之債權行為（如買賣、互易、贈與等契約），並不在限制之列，故約定出售私有農地於無自耕能力之人者，其所定之農地買賣契約（債權契約），尚不能認係違反強制規定，依民法第七一條前段應屬無效。惟此項買賣契約所約定之給付，既為移轉私有農地之所有權於無自耕能力之人，屬於違反強制規定之行為，即屬法律上之給付不能，亦即客觀的給付不能（自始不能），依民法第二四六條第一項規定以不能給付為契約標的者，其契約為無效。因之此項約定出售私有農地於無自耕能力之人之買賣契約，除有民法第二四六條第一項但書及第二項之情形外，其契約應屬無效³。」換言之，無自耕能力人購買農地之買賣契約及移轉農地之物權行為，均為無效。

由於無自耕能力人購買農地之買賣契約無效，因而農地買受人經常以指定有自耕農身分之人為登記名義人，以規避修正前土地法第三十條之適用。最高法院七十三年度第五次民事庭會議決議：「關於耕地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第二四六條第一項以不能之給付為契約之標的，難認其契約為無效。又在立約當時承買人雖無自【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 223 頁】耕能力，而約定待承買人自己有自耕能力時方為移轉登記，或約定該項耕地之所有權移轉與無自耕能力之特定第三人，待該第三人有自耕能力時再為移轉登記者，依同條項但書規定，其契約仍為有效。⁴」

最高法院在上述決議中認為，在立約當時承買人雖無自耕能力，而約定該項耕地之所有權移轉與無自耕能力之特定第三人，待該第三人有自耕能力時再為移轉登記者，依民法第二四六條第一項但書規定，其契約仍為有效。換言之，農地買賣，約定登記於具有自耕農身分之特定第三人時，地主與買受人之農地買賣契約有效，而買受人與第三人之契約關係，則屬管理信託行為，亦屬有效。

此項見解，沿用甚久。但其後實務變更見解，認為無自耕能力人購買農地，登記於第三人名下，地主與買受人之農地買賣行為，係屬脫法行為而無效。而買受人與第三人之行為，則與信託行為之要件不符，該信託行為亦為無效。

例如，在最高法院九十三年度台上字第九一九號民事判決，原審法院認為：「按農地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第二四六條第一項所定以不能之給付為契約之標的，固難認其契約為無效。惟若購買農地之承買人並無自耕能

3 本則決議於 2003 年 5 月 13 日經最高法院 92 年度第 8 次民事庭會議決議不再供參考。理由：土地法第 30 條已於 2000 年 1 月 26 日公布刪除。

4 同註 3。

力，依土地法第三十條第一項規定，本不得取得農地所有權，竟借用第三人名義辦理所有權移轉登記，間接取得農地所有權，以逃避上開法律之限制，應屬脫法行為，自無加以保護之必要，仍應認該買賣農地契約為無效。」又「信託契約之受託人不僅就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產，依信託契約所定內容為積極的管理或處分。並非將自己之財產，以他人名義登記時，雙方之間當然即有信託關係存在。本件楊○仁及邱○祥購買系爭土地，名義上登記於被上訴人名義，上訴人並未主張及證明被上訴人對於系爭土地負有管理、處分之權利，自與信託契約之要件不符。」

本件原審法院認為，購買農地之買受人與地主間之買賣契約，因脫法行為而無效，且買受人與指定登記名義人之間，不成立信託關係。但後二者之間，究為何種法律關係，原審未予探究。最高法院則認為：「按舊土地法第三十條係就私有農地所有權移轉之物權行為所作之強制規定，約定負擔移轉該農地所有權之債權行為（如買賣），並不在限制之內，以故，關於農地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第二四六條第一項所稱以不能給付為契約標的，難認其契約為無效，為本院向持之見解。」又「借名登記與信託法公布施行前之信託行為，二者要件，並不相同，倘楊○仁及邱○祥二人僅係借用被上訴人作為登記名義人，並無移轉所有權之意思，法律又無禁止借用他人名義為不動產登記，則楊○仁及邱○祥二人與被上訴人間有無成立借名之無名契約，可否認為楊○仁及邱○祥二人不【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 224 頁】得本於債之關係對被上訴人為請求，即非無研酌之餘地。」易言之，最高法院在本案認為，農地買賣，約定登記於有自耕能力之特定第三人者，買賣契約仍為有效。且買受人與第三人間之法律關係，並非信託行為，而係借名登記之無名契約，依據契約自由原則，亦屬有效。

然而，最高法院其後再度變更見解，認為農地買賣之買受人與登記名義人之間的契約關係，無論解為信託行為或借名登記契約，均屬脫法行為而無效；農地買賣契約本身，亦屬脫法行為而無效。例如，在最高法院九十四年度台上字第九○七號民事判決認為，農地買受人將農地登記於第三人，「兩造間對於系爭土地究係何人占有使用，亦有所爭執，顯見兩造間對於系爭土地應如何積極管理、使用或處分，並無約定，殊與信託之要件不合，究僅有消極信託關係存在。……其本身無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不能受讓系爭……土地，為規避上開法律之限制，始以被上訴人名義與第三人訴外人……簽訂系爭……買賣契約書，並以被上訴人為系爭……土地所有權……之登記名義人，兩造間之消極信託乃為脫法行為而無效。」又「本件兩造間既有以被上訴人名義辦理系爭土地所有權移轉登記之合意，是兩造間所成立者，應僅係單純借名登記之無名契約，惟亦在規避修正前土地法第三十條第一項之規定，仍屬脫法行為，自無加以保護之必要，仍應認系爭……土地所有權……之買賣契約為無效。」

綜合上述實務見解可知，早期法院認為，關於無自耕能力人之農地買賣契約，在地主與買受人之間依據民法第二四六條規定而無效，但若約定登記於有自耕能力之特定第三人時，則為有效。其後法院認為，農地買賣契約約定登記於第三人者，買受人與第三人之約定，係屬借名登記之無名契約，法律上有效，且農地買賣契約本身，亦屬有效。最後法院則認為，買受人與第三人之約定，無論為消極信託契約或借名登記之無名契約，均屬脫法行為而無效；且農地買賣契約本身，亦屬脫法行為而無效。

有疑問者為，消極信託契約、借名登記之無名契約，及農地買賣契約，何以均屬脫法行為而無效？最根本的問題在於，脫法行為何以無效？脫法行為可否做為法律行為無效的法律基礎？

肆、脫法行為之概念

所謂脫法行為，係指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而言。羅馬法諺謂：「從事法律所禁止者，係違反法律；雖不違反法律之文字，但迂迴法律趣旨者，乃脫法行為。⁵」

脫法行為係當事人為避免直接違反法律強行或禁止規定的效果，藉由法律行為自由之原則，訂立其他法律行為，間接迂迴規避強行法規之適用，而達成法律原本所不容許之效果。實質上當事人所違反者，係法律之強行法規，依據民法第七一條，法律行為違反法律強行規定者，無效。【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 225 頁】從而，「脫法行為，在法律評價上，應本於其實質上目的之所在，認定其亦為違反強行規定之規範拘束射程所及，與其本來直接違法之基礎原因行為，同樣成立標的不合法，在法律效果上亦同其命運。⁶」

實務及學說上藉助脫法行為之名，而認定法律效果為無效者如下：

一、因賭博而負擔新債務，係屬脫法行為而無效⁷。惟查，賭博係屬違反法令禁止規定或違反公序良俗之行為，依民法第七一或七二條，當然無效。

二、通謀虛偽意思表示，係屬脫法行為而無效⁸。然則，通謀虛偽意思表示，依民法第八七條規定，本即無效。

三、債權人巧取利益，係屬脫法行為而無效⁹。實則，債權人巧取利益之行為，違反民法第二〇六條之規定，直接適用該條規定，即得認定巧取利益之約定無效。

5 王澤鑑，民法總則，三民，2000 年，306 頁。

6 邱聰智，民法總則（上），三民，2005 年，585 頁。同說參見黃立教授認為：「脫法行為應適用原擬逃避的強制或禁止規定。」氏著，民法總則，元照，1999 年，318 頁。

7 最高法院 44 年台上字第 421 號民事判決。

8 最高法院 60 年台再字第 75 號民事判決。

9 洪遜欣，註 1 書，333 頁。

綜上案例分析，所謂脫法行為之案例，依據法律之規定，均得認定為無效，並無藉助脫法行為概念之必要。最高法院八十七年度台上字第二八三四號民事判決認為：「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。」從而脫法行為之無效，無非係基於其所違反之法律規定之意旨，亦即法律行為違反法律強行規定而無效。據此，所謂「脫法行為」係各種以間接迂迴之方法，迴避法律規定，而達成法律禁止之相同效果之行為類型的總稱，本身並非特定之法律制度，而係間接違反法律規定案例之統稱。其法律效果，經由法律行為之解釋，依據法律之強行規定，即足以認定該「脫法行為」之效果，從而「一個獨立脫法行為的理論，根本不存在¹⁰」。在前述關於非自耕農購買農地之案例，最高法院於九十四年度台上字第九〇七號民事判決，認為買受人與登記名義人間之信託行為，為消極信託，係屬脫法行為而無效。然而，誠如最高法院七十一年度台上字第二〇五二號所稱：「如委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用、或處分悉由委託人自行辦理時，是為消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀而為之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，法院殊難認其行為之合法性。」換言之，消極信託行為無效之原因，乃因當事人雙方所為者，係屬通謀虛偽意思表示，依民法第八七條第一項之規定而無效，無須藉助脫法行為之名，仍得宣告當事人之法律行為無效。【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 226 頁】

關於農地買受人與登記名義人間之法律行為，最高法院九十四年度台上字第九〇七號民事判決同時認為，縱使兩造間之法律關係為單純借名登記契約，亦在規避修正前土地法第三十條之規定，仍屬脫法行為而無效。惟查，舊土地法第三十條之規定，係規範農地移轉之物權行為，而非農地買賣契約之債權行為，且其規範之對象，為地主及買受人間之法律關係，而非買受人及登記名義人間之法律關係。農地買受人與登記名義人間之借名登記契約無效，無非係因當事人為規避修正前土地法第三十條之規定，而為通謀虛偽意思表示，依民法第八七條而無效。單純脫法行為無法說明二者之間法律行為無效之原因，蓋脫法行為僅說明當事人間接迂迴地規避法律之規定，而該項法律規定（舊土地法第三十條）並非在於規範農地買受人與登記名義人間之法律關係，因而所謂「脫法行為」，顯非規避舊土地法第三十條規定而當然無效。

再者，關於無自耕能力人之買受人與地主間之買賣契約，最高法院九十三年度台上字第九一九號民事判決，認為當事人為規避舊土地法第三十條之規定，買賣契約依法無

10 德國學者 Flume 氏謂：「脫法行為的問題，實際上就是法律解釋的問題。就民法而言，一個獨立脫法行為的理論根本不存在。」引自王澤鑑，註 5 書，309-310 頁。

效。然而舊土地法第三十條規範之對象，係當事人間農地移轉登記之物權行為，並非農地買賣之債權行為，單純依據舊土地法第三十條，無法推論農地買賣契約為無效。換言之，單純脫法行為，在此無法作為認定買受人與地主間買賣契約無效之理由。

然而，最高法院八十年度台上字第二二八四號民事判決謂：「土地法第三十條第一項規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限」，立法意旨在於貫徹耕者有其田之基本國策（參照憲法一四三），防止農地由無自耕能力之人承受以供耕作以外之用途，藉以發揮農地之效用。故農地買受人依民法第二六九條規定指定第三人為登記名義人者，該第三人亦以能自耕者為限。倘僅利用該第三人名義登記為所有人，實則未從事耕作者，則此契約無非為規避土地法第三十條規定而訂立，應認係脫法行為而無效。」認為無自耕能力之人買賣農地契約，係屬脫法行為而無效。

實則，誠如最高法院九十四年度第九次民庭庭推總會議決議所稱：「此項買賣契約所約定之給付，既為移轉私有農地之所有權於無自耕能力之人，屬於違反強制規定之行為，即屬法律上之給付不能，亦即客觀的給付不能（自始不能），依民法第二四六條第一項規定以不能給付為契約標的者，其契約為無效。」換言之，農地買賣契約之無效，係因其以客觀不能之給付為標的而無效，而非因當事人間之買賣契約，違反舊土地法第三十條之規定，構成「脫法行為」而無效。

最高法院九十四年度台上字第九〇七號民事判決以買受人與登記名義人間法律關係（消極信託或借名登記契約），係屬脫法行為而無效，推論買受人與地主間買賣契約亦屬脫法行為而無效，將消極信託行為、借名登記契約等「脫法行為」，與農地買賣契約之「脫法行為」無效問題混為一談。足見實務上藉助「脫法行為」之名，對於當事人間法律關係之認定，不僅無法確實說明法律關係無效之理由，且使當事人間之法律關係陷於混淆。脫法行為者，【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 227 頁】僅為某種法律行為類型之總稱，不足以作為法律行為效力之依據。實務見解以脫法行為作為法律行為效力之認定依據，尚有不妥。

伍、消極信託與借名登記契約之有效要件

如上所述，在非自耕農購買農地之案例，關於買受人與登記名義人間之消極信託行為，應認為當事人間所為者，係通謀虛偽意思表示，依民法第八七條規定而無效。若當事人間並無信託關係，而為單純借名登記契約時，因同屬通謀虛偽意思表示，依民法第八七條規定而無效。所可討論者為，消極信託與借名登記契約，何時得認為有效成立？

最高法院一再認為，在消極信託，必需當事人間有確實之正當原因，非屬通謀而為虛偽意思表示者，因其非為助長脫法行為，得認為有效。所謂「確實之正當原因」，在無自耕能力人購買農地之案例，最高法院九十三年度台上字第七五二號民事判決謂：「私有

農地之買受人無自耕能力，得否與出賣人約定將農地移轉與其所指定有自耕能力之第三人，並與該第三人訂立信託契約，以自己為受益人，自應以該第三人就受託登記之農地，是否得為耕作、管理或處分，作為判斷標準。倘農地買受人確將農地賦予第三人耕作、管理或處分權，以達成一定之經濟上或社會上目的，則與農地農用之國家政策尚無違背，應認為買賣及信託契約，均屬有效，反之，倘買受人僅將農地在名義上移轉登記與該第三人，而有關農地之管理、使用或處分，仍由買受人自行為之，應認係脫法行為，買賣及信託契約均應認為無效。」換言之，即以當事人間之法律關係，是否具有通謀虛偽意思表示，作為認定之標準。

所謂「確實之正當原因」，在非農地買賣之案件，最高法院認為：「被上訴人以上訴人名義登記為系爭房屋所有人，係為逃避稅負，系爭房屋之管理使用均自行為之……。此種為逃稅之消極信託行為，即屬脫法行為，與公序良俗有悖，不能認有正當原因，難認其合法性，不生法效。¹¹」又「按消極信託除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，固難認為合法。惟原審既認定系爭房地為上訴人所購買，使用王○山名義登記，且上訴人主張信託王○山名義登記，目的在於避免朋友向其借錢云云，果爾，則上訴人購買系爭房地以王○山名義登記，其社會上之目的，尚難謂有何脫法行為。¹²」據此，為「逃避稅負」而為消極信託行為，非屬正當原因。但為「避免朋友向其借錢」而為消極信託行為，則屬正當原因，法律行為有效。此種以「正當原因」作為消極信託行為是否有效之認定標準，是否妥當，有待研究。

在借名登記契約之情形，最高法院九十二年度台上字第一○五四號民事判決謂：「借名登記，其登記名義人若僅單純出借名義，對於登記之標的物或權利並無任何管理處分之實者，應屬於另一種無名契約性質，非為信託關係。……系爭土地登【月旦法學雜誌第123期，2005年7月，第228頁】記為被上訴人名義，係兩造依代書節稅之建議，而為單純之借名登記，此單純借名登記，既只在避免地價稅之累進課徵，屬節稅之情形，既未違反法律之強制規定或公序良俗，依契約自由之原則，應仍有效力。」亦即，當事人因為節稅，而借名登記，未違反法律規定，法律上仍為有效，與前述關於逃稅之消極信託行為無效之見解，迥不相同。

又在最高法院九十一年度台上字第一八七一號民事判決謂：「本件被上訴人並無因依法不得取得系爭土地始藉鍾○胤名義取得，亦無為逃避強制執行而以鍾○胤名義登記，被上訴人係恐遭流言議論等單純之目的，而借名登記，其目的並無違反強制、禁止規定或悖於公序良俗，其原因亦不能認為不正當，不發生無效之情形。本件純粹係借名登記，依訂約當時具體之情形觀察，並非信託契約，當事人之真意，係被上訴人將其出資買受

11 最高法院 88 年台上字第 2115 號民事判決。

12 最高法院 89 年台上字第 572 號民事判決。

之系爭土地，以買賣為原因移轉登記與鍾○胤名下，而管理、使用、處分權仍屬於被上訴人之無名契約，其契約重在當事人間之信任關係，並無不法，理由正當，應屬合法有效之契約，性質與委任契約類同，應類推適用委，任關係終止、消滅之規定，不因被上訴人將契約名之為信託契約，而影響該借名登記契約終止或消滅與否之判斷¹³。」亦即，只要當事人非為逃避強制執行而以第三人名義登記，僅係恐遭流言議論等單純之目的，而借名登記者，仍屬有效之借名登記契約。

最高法院認為，消極信託者，若有確實之正當原因，應認為有效。在借名登記契約，其目的並無違反強制、禁止規定或悖於公序良俗，其原因亦不能認為不正當者，即不發生無效之情形。所謂「正當原因」或「原因不正當」，係以法律行為之原因，判斷法律行為是否成立生效。按債權契約，本為要因行為，以原因之存在、合法、妥當、可能，作為法律行為生效之要件。在要因行為，若其原因欠缺、不實在、不可能、違反法律或有背善良風俗者，則法律行為，不生效力¹⁴。無論消極信託或借名登記契約，若原因不法、違反公序良俗，均足認為法律行為無效。從而為逃稅或避免債權人之強制執行，而為消極信託或借名登記，由於原因不正當而無效¹⁵。反之，「避免朋友借錢」及「恐遭流言議論」並無不法或違反公序良俗，因而得為消極信託或借名登記之正當原因。

再者，消極信託或為借名登記，若間接違反法律強制或禁止規定，有可能係因雙方所為之通謀虛偽意思表示，依民法第八七條規定而無效。至於為「避免朋友借錢」及「恐遭流言議論」而為消極信託或為借名登記，其法律行為所以有效，除無不正當原因外，當事人間確有形成契約關【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 229 頁】係之事實，而非屬通謀虛偽意思表示，且不違反法律強行規定，基於契約自由原則而有效。是以，判斷消極信託或借名登記是否有效，除原因是否正當外，當事人之間是否確實具有形成一定法律關係之意思表示，而非屬通謀虛偽意思表示，亦屬重要。

陸、借用子女名義登記之效力

在最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決，上訴人為被上訴人之母，與被上訴人訂立信託契約之約定書，而以贈與之方式，移轉不動產登記於被上訴人。上訴人主張終止信託關係，請求返還不動產。原審法院認為，本案當事人間之消極信託，係圖事先脫產之脫法行為，因而無效。最高法院則認為當事人間為借名登記，且因法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義之強制規定，因而本案之借名登記並非脫法行為，應

13 關於本件判決評釋，參見王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（一），台灣本土法學雜誌，52 期，2003 年 11 月，76-77 頁。

14 梅仲協，民法要義，1954 年，68 頁。

15 因逃稅或避免債權人之強制執行，而為消極信託或借名登記時，是否得認為違反公序良俗，依民法第 72 條規定而無效，尚待斟酌。

屬合法¹⁶。

按本案上訴人與被上訴人間，的確訂立「約定書」一份，內容為：「信託人：母親許○雌，基於信託關係，將附表所示不動產，以贈與方式，移轉登記為立約定書人蘇○彬名義。立約定書人蘇○彬未經母親許○雌之同意，不得將附表所示不動產，予以買賣、出租、設定抵押權與第三人。母親許○雌對附表所示不動產仍有使用及處分之權利。」據此以觀，當事人之間之真意，係以信託關係成立契約，至於贈與方式，係屬通謀虛偽意思表示，依法無效。當事人間訂立之信託行為，周因信託人對於信託財產仍有使用及處分之權利，而屬消極信託關係。但消極信託關係，若當事人間有確實之正當原因，仍得認為合法有效。若以最高法院之見解，法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義之強制規定，則本件之消極信託契約，應屬有效。至於上訴人為害怕做生意失敗，房屋被查封，事先脫產以避免債權人追償之行為，並未侵害特定債權人，與生意失敗後而隱匿財產，侵害特定債權人之權利者，非可同視。此項價值判斷之問題，本文與最高法院採取相同見解。

最高法院在本案避開消極信託行為是否有效之問題，直接以借名登記契約解釋當事人之意思，並認為其未迴避任何強行法規，非屬脫法行為而有效。所生疑問者為，消極信託行為與借名登記契約，是否應予區別以及如何區別。

關於消極信託行為與借名登記契約之區別，綜合最高法院之見解，早期在無自耕能力人購置農地之案例，認為買受人與登記名義人之間成立信託行為而有效；其後認為雙方成立消極信託，且無正當原因而無效；最後認為雙方成立借名登記契約，但屬脫法行為而無效。對於其他案件，最高法院早期認為，土地所有人與登記名【**月旦法學雜誌第123期，2005年7月，第230頁**】義人間成立消極信託關係，且具有確實的正當原因而有效；其後認為雙方成立借名登記契約，在無違法或原因不正當時，應屬有效。換言之，關於土地所有人登記不動產於第三人之法律關係，最高法院係自消極信託行為，逐漸走向借名登記契約。

本文認為，消極信託行為與借名登記契約應予區別。在土地所有人登記不動產於第三人之法律關係，若為一般信託行為者，固應依信託契約之法律關係處理”若雙方成立者為消極信託關係，而未具有確實正當之原因者，得解為雙方係屬通謀虛偽意思表示，信託契約無效。反之，若雙方之消極信託關係具有確實正當之原因者，得解為消極信託行為屬通謀虛偽意思表示而無效，但雙方隱藏借名登記契約之法律行為，依民法第八七條第二項之規定，適用借名登記契約之約定。至於當事人雙方若一開始即以借名登記契

16 同說參見最高法院 89 年度台上字第 1119 號民事判決：「所謂脫法行為係指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而言。法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義登記之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。倘上訴人當時純係基於父女親誼，借用被上訴人名義登記，並無贈與之意思，縱將來有贈與之合意，亦於將來變更為贈與時，始生課徵贈與稅之問題，自難認該借名契約係脫法行為。」

約成立法律關係者，即應依據契約自由原則及一般契約解釋之理論，以認定此種無名契約之效力¹⁷。

柒、結論

在借用他人名義登記不動產之案例，若無確實之正當原因時，最高法院經常認為係屬脫法行為而無效。本文認為，所謂「脫法行為」係各種以間接迂迴之方法，迴避法律規定，而達成法律禁止之相同效果之行為類型的總稱，本身並非特定之法律制度，而係間接違反法律規定案例之統稱。脫法行為不足以作為當事人間法律行為無效之認定基礎，必需參酌該「脫法行為」違反之法律規定或公序良俗，始得依法宣告當事人之法律行為無效。

關於借用他人名義登記不動產時，當事人間之法律關係，究為消極信託行為與借名登記契約，應依據個案及當事人之意思定之。當事人明白約定為信託契約者，應依法認定該信託契約是否有效。若雙方約定為消極信託行為，應探討是否具有實質正當原因，而認定其效力。在當事人無正當原因而為消極信託行為時，應認為雙方所為者為通謀虛偽意思表示而無效。若有正當原因時，得解為雙方隱藏借名登記契約而有效。至於當事人雙方一開始即以借名登記契約成立法律關係者，即應依據契約自由原則及一般契約解釋之理論，認定此種無名契約之效力。【月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 7 月，第 231 頁】

17 詹森林教授謂：「借名登記契約當事人間之權利義務，應先依雙方之契約內容而定；契約未約定者，應以補充解釋之方法決定之：於補充解釋時，應參考民法關於委任之相關規定。」參見氏著，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43 期，2003 年 2 月，129 頁。