

刊登於月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 4 月，第 188-201 頁。

消極信託和借名登記形同脫法行為—實務相關判決評釋

謝哲勝

中正大學法律學系教授

摘要

消極信託和借名登記的效力及其與脫法行為的關係，困擾實務界已久，並未因信託法的制定而有改善，實應深入探究釐清癥結所在，並提出解決之道。本文第貳、參、肆部分首先分別介紹脫法行為、消極信託和借名登記的意義，作為全文探討的基礎；第伍部分整理最高法院判決要旨，並作歸納分析，作為第陸部分評釋實務見解的依據；第陸部分評釋實務見解，認為承認消極信託和借名登記將為不法行為大開方便之門，最高法院應有法學睿智和道德勇氣，向主張消極信託和借名登記為有效的人說「不」；第柒部分總結全文，提出本文結論。

壹、引言

某一法律未明文規定的法律關係效力的詮釋，應該是以宏觀的角度觀察如何詮釋符合當事人的整體利益，而非機械地依既有法律效力的分類加以分類，然後依分類的結果賦予其效力，否則其結果將不符合當事人的期待，也不符合當事人和社會的利益。¹然而，法律作為一種社會生活規範，就是人民的行為規範、行為準則，作為行為規範的法律，是為了導引人們從事利己利人利國家的行為，因而法律規範必須是明智的，使規範的效果有利於全民。²因此，某一法律未明文規定的法律關係效力的詮釋，當然也必須考量對人民行為的影響，基本上，利己利人利國家的行為值得鼓勵，因而應尊重當事人意思，承認其為有效；然而，利己害人的行為，除非有利於國家，否則，不應讓當事人意思得逞，而應認定其為無效，或不得對第三人主張。【月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 4 月，第 188 頁】

消極信託和借名登記的效力，困擾實務界已久，並未因信託法的制定而有改善，尤其二者與脫法行為的關係，實務上屢見不一致的見解，實應深入探究釐清癥結所在，並提出解決之道，此即本文撰寫的動機。

關鍵詞：信託、消極信託、借名登記、脫法行為、信託法

1 參閱謝哲勝，意定的相鄰關係，民法物權實例問題分析，五南，2001 年 1 月，117 頁。

2 參閱謝哲勝，以經濟分析突破概念法學的困境，法律哲理與制度——基礎法學：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照，2006 年 1 月，613 頁。

本文第貳、參、肆部分首先分別介紹脫法行為、消極信託和借名登記的意義，作為全文探討的基礎；第伍部分整理最高法院判決要旨，並作歸納分析，作為第陸部分評釋實務見解的依據；第陸部分評釋實務見解，認為承認消極信託和借名登記將為不法行為大開方便之門，最高法院應有法學睿智和道德勇氣，向主張消極信託和借名登記為有效的人說「不」；第柒部分總結全文，提出本文結論。

貳、脫法行為

一、脫法行為的意義

「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能存在。」³即如實務見解所認為「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。」⁴簡單地說，脫法行為是用來稱呼以形式合法掩飾非法的行為，即形式合法但實質不法的行為，因此，稱呼某行為是脫法行為，其實已同時對該行為作了法律的價值判斷。

二、脫法行為的效力

契約自由原則仍是私法的一大原則，但契約自由也有其限制，如當事人的契約有外部性，法律就有加以管制的必要，⁵而脫法行為都會影響第三人，即有外部性，而法院即應加以管制，以避免第三人的權益受損。⁶

「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。」⁷簡單地說，即對某一法律關係應適用哪些法律規範，應實質認定其事實屬於哪些法律規範評價的事實，而非拘泥於當事人為了掩飾非法目的而於形式上偽裝所呈現的事實，實質認定的結果，如當事人的實質目【月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第189頁】的，違反法律的規範目的，或該行為與直接違反法律規定的行為，可以達到相同的效果，承認其效力將與直接承認違反法律規定的行為的效力，具有相同的結果，則應認定該行為是脫法行為，而不應發生當事人所欲發生的效力，即為無效或不得對第三人主張。⁸

3 王澤鑑，民法總則，2004年3月，309、310頁；相同見解，參閱陳自強，契約之成立與生效，學林，2002年3月，182、183頁。

4 最高法院87年台上字第2834判決。

5 參閱謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌，125期，2005年9月，29頁。

6 關於契約自由與脫法行為的關係，另請參閱黃瑞明，契約自由與脫法行為，台灣大學法律研究所碩士論文，1980年9月，13頁以下。

7 邱聰智，民法總則（上），三民，2005年2月，585頁。

8 此處「不得對第三人主張」，是指相對無效的概念，包括可以由一方或雙方主張無效，或由第三人主張其無效或

參、消極信託

一、消極信託的意義

從受託人是否有處理信託事務的積極義務，信託可分為積極信託和消極信託，受託人若無積極義務，只是作為人頭，則是消極信託（passive trust）。⁹

二、消極信託與脫法行為

信託是英美衡平法下的產物，¹⁰而且信託創設方式有多種，包括明示、默示（推定）和法定，¹¹對法律關係的解釋適用，與誠實信用原則相同，都具有調整和補充的功能，¹²因此，只要是民事法律關係，形式上權利名義人和實質享有權利的人不同，即名實不符的情形，都有信託法適用的可能性。

如前所述，脫法行為是用來稱呼以形式合法掩飾非法的行為，即形式合法但實質不法的行為，因此，稱呼某行為是脫法行為，其實已同時對該行為作了法律的價值判斷。如從法律事實觀察，脫法行為既然也有名實不符的情形，當然也在消極信託法理適用的範圍內，而形成法律規範競合的情形，即同時構成消極信託和脫法行為。

三、消極信託的效力

英美信託法理認為消極信託無效，除了消極信託是規避法律的行為（脫法行為）外，也是為了避免妨礙交易安全，因為信託法的信託受益權是兼具物權的效力，可能影響交易安全；¹³由於信託的創設，在形式上權利名義人的權利上，切割出實質權利人的權利，¹⁴而實質權利人的權利又可以對第三人主張，而可能對第三人造成不測的損害，¹⁵因此，信託法藉由積極信託有效的法理，一方面限制名實不符的法律事實可以有效的範圍，同時也藉由積極信託創造財產利用效率的優點，以彌補可能形成的缺點，若無創造財產利用效率的功能，則無理由聽任當事人創造可能對整【月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第190頁】體社會不利的法律事實，藉由消極信託無效的法理，無法發生當事人所要發生的效力，以剝奪當事人形成此一法律事實的誘因。

肆、借名登記

一、借名登記的意義

所謂借名登記，顧名思義，就是借用他人名義登記不動產產權或其他權利。從最高

有效。

9 參閱謝哲勝，信託法總論，2003年6月，60頁。

10 參閱謝哲勝，信託之起源與發展，財產法專題研究（三），2002年3月，221-239頁。

11 參閱謝哲勝，註9書，89-98頁。

12 參閱姚志明等，誠信原則與附隨義務，收錄於民法研究⑥，學林，2003年10月，185-189頁。

13 參閱謝哲勝，註9書，61頁。

14 參閱方嘉麟，信託法之理論與實務，月旦，1994年5月，43頁。

15 參閱謝哲勝，註9書，54頁。

法院的若干判決理由可知，¹⁶有見解主張將借名登記排除於信託法適用範圍外，因而不適用消極信託無效，也不視為脫法行為，而為基於契約自由原則下的有效無名契約。

二、借名登記與脫法行為

如前所述，對某一法律關係應適用哪些法律規範，應實質認定其事實屬於哪些法律規範評價的事實，而非拘泥於當事人為了掩飾非法目的而於形式上偽裝所呈現的事實，因此，借名登記必須通過脫法行為的檢驗，也必須確認此種借名登記契約是在契約自由的範圍內，而且也不受消極信託法理的適用，才能承認其為有效。

三、借名登記的效力

（一）契約自由範圍的檢驗

如前所述，契約自由有其限制，如當事人的契約有外部性，法律就有加以管制的必要，而借名登記會影響第三人，即有外部性，法院應加以管制，以避免第三人的權益受損，因此，借名登記契約必須受管制，而不在契約自由的範圍內，即不得單純以契約自由為理由而認定借名登記為有效。

（二）消極信託法理的檢驗

如前所述，只要是民事法律關係，形式上權利名義人和實質享有權利的人不同，即名實不符的情形，都有信託法適用的可能性。簡單地說，因信託法並無溯及既往的規定，除非事實發生於信託法公布前而不受信託法規範外，信託法可以概括適用於民事法律關係，因此，名實不符的法律事實就有信託法的適用，除非符合積極信託的定義，¹⁷否則就是消極信託，而消極信託即是無效。

（三）脫法行為的檢驗

如前所述，脫法行為是就法律事實為實質認定，如當事人的實質目的，違反法律的規範目的，或該行為與直接違反法律規定的行為，可以達到相同的效果，則應認定該行為是脫法行為，任何借名登記契約，都在規避法律的適用，除非符合積極信託的意義，適用信託法的規定，否則都在脫法行為法評價的規範範圍內，而脫法行為即為無效。

事實上，承認借名登記有效，無疑為名實不符行為大開方便之門，而名實不符行為若不符合積極信託，則對社會有害無利【月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 4 月，第 191 頁】¹⁸而且綜合上述三項檢驗，也絕無承認其為有效的理由。

16 最高法院 92 年度台上字第 1054 號判決。

17 積極一詞的解釋，對於不同種類的信託間，例如民事信託和商業信託或投資信託間，有程度上的不同。

18 最高法院承認借名登記有效的例子，其實都會損害第三人的權益，即對國家社會有害無利。例如：最高法院 94 年度台上字第 362 號判決所稱：「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。」；最高法院 89 年度台上字第 1119 號判決所稱：「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情誼，借用被上訴人名義登記，並無贈與之意

伍、實務見解整理

一、相關判決要旨

最高法院有關消極信託和借名登記的判決有上百筆，以下依無效說與有效說兩種不同見解，例舉代表性的判決要旨如下：

（一）無效說

1.九十四年台上字第九〇七號判決

「復查本件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。而系爭六七五之二地號土地地目經編定為『旱』，依修正前土地法第三十條及土地登記規則第八七條規定，買受人須具備自耕能力證明，復為兩造所不爭執，故上訴人向第三人訴外人林進城購買系爭六七五之二地號土地時，係因該筆土地地目為旱，而其本身無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不能受讓系爭六七五之二地號土地，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林進城簽訂系爭六七五之二地號土地應有部分二分之一之買賣契約書，並以被上訴人為系爭六七五之二地號土地所有權應有部分二分之一之登記名義人，兩造間之消極信託乃為脫法行為而無效。是上訴人依終止信託契約後之法律關係請求被上訴人將系爭六七五之二地號土地所有權應有部分二分之一移轉登記於伊，即非有據。再者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，仍應認系爭六七五之二地號土地所有權應有部分二分之一之買賣契約為無效。」

2.九十三年台上字第七五二號判決

「復按修正前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。又信託法頒布施行前，所謂信託，係指信託人為自己或第三人之利益，以特定財產為信託財產，移轉與受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上目的之行為，受託人不特就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依【**月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第192頁**】信託契約之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與受託人，而有關信託財產之管理、使用或處分仍由信託人自行為之，是為消極信託，除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，應難認為有效。是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

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。」其實會造成脫產而損害債權人和逃稅而損害國家的結果，而無任何有用的功能。

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。」

3.八十八年台上字第二一一五號判決

「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，不能認為正當原因，難認其合法性，不生法效。」

4.八十八年台上字第三〇四一號判決「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，販易助長脫法行為之形成，難認其行為之合法性……。惟所謂消極信託，係指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。」

5.八十七年台上字第二六九七號判決

「所謂信託，係信託人為自己或第三人之利益，以一定財產為信託財產，移轉與受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上目的之行為。倘信託人僅將其財產在名義上移轉於受託人，而有關信託財產之管理、使用、處分悉仍由信託人自行為之，是為消極信託，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。」

（二）有效說

1.九十四年台上字第九五三號判決

「按信託法頒行前，通常所謂之信託契約，受託人僅須就信託財產承受權利入名義，且須對信託財產，依信託契約所定內容為積極之管理或處分，並非將自己之財產，以他人名義登記時，當然即有信託關係存在。倘權利人僅以其購買之不動產，名義上登記於他人名下，該他人自始未負責管理、處分，而將該不動產之管理、使用、處分悉由權利人自行為之，即係側重於權利人與該他人間信任關係之純粹『借名登記』契約，苟其內容不違反強行規定或公序良俗者，該『借名登記』之無名契約，在性質上應與委任契約同視，除契約內容另有約定外，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。查兩造於信託法實施前，被上訴人委與沈○樹共同向林○誥購買系爭土地，而將其應有部分之【月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第193頁】土地信託登記在上訴人名下，就系爭土地確有上述有效之消極信託關係存在，既為原審審據上開事證所合法確定之事實，該消極信託關係乃屬側重於兩造間信任關係之借名登記契約，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。」

2.九十四年台上字第三六二號判決

「惟按所謂脫法行為係指當事人爲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爲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，而爲上訴人不利之認定，尚嫌率斷。」

3.九十二年台上字第一〇五四號判決

「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，非爲信託關係。查本件上訴人於起訴時稱系爭土地爲其所買，而以被上訴人名義信託登記，惟於其後準備書狀則稱系爭土地，其爲免地價稅之累進課徵，而以被上訴人名義登記，並引據……。足見系爭土地登記爲被上訴人名義，係兩造依代書節稅之建議，而駕單純之借名登記，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。」

4.九十一年台上字第一八七一號判決

「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，亦無爲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，其原因亦不能認爲不正當，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之系爭土地，以買賣爲原因移轉登記與鍾○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爲信託契約，而影響該借名登記契約終止或消滅與否之判斷。」

5.八十九年台上字第五七二號判決

「按消極信託除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，固難認爲合法。惟原審既認定系爭房地爲上訴人所購買，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。原審未予究明，徒以本件爲消極信託，屬脫法行為，即認上訴人與王○山間就系爭房地之信託契約爲無效，亦嫌速斷。」

6.八十九年台上字第一一九號判決【月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 4 月，第 194 頁】

「所謂脫法行為係指當事人爲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。」

二、判決要旨歸納分析

（一）無效說的理由

採無效說的判決，理由簡單而且一致，理由為：「消極信託行為，除有確實的正當原因外，通常多屬通謀虛偽意思表示，極易助長脫法行為的形成，與公序良俗有悖，不能認有正當原因，難認其合法性。」

（二）有效說的理由

採有效說的判決，理由並不一致，可以分為兩種：

1. 正當原因的消極信託

有些判決與無效說見解同樣認為借名登記是消極信託，但因為有正當原因，因而為有效。這些正當原因有：「恐遭流言議論」、「避免朋友向其借錢」、「父女情誼」及「避免地價稅之累進課徵」等。

2. 借名登記並非信託關係

也有些判決認為：「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。」

陸、實務見解評釋

一、信託法可以概括適用於民事法律關係

（一）如符合信託定義就不適用委任契約

最高法院九十一年度第十三次民事庭會議宣告不再援用信託法公布前最高法院的許多關於信託行為的判例，應解釋為因信託法的公布，原判例與信託法意旨不符，因此，不再援用。所以，信託法公布後，符合信託的法律事實，當然有信託法的適用。

借名登記契約從其契約標的並非財產上的給付，而似乎可歸類為勞務給付，而依民法第五二九條規定，勞務給付契約不屬於法律所定其他契約的種類，則適用關於委任的規定，暫不論其是否構成脫法行為，適用委任的可能性，固然有討論的空間，然而這必須是借名登記契約無法適用其他特別規定的前提下，才有適用委任契約的補充規定的空間。信託法是民事特別法，可以概括適用於信託法規範本旨範圍內的民事法律關係，而信託法本在規範財產名義人不實質享有財產利益的法律關係，因而借名登記契約，當然在信託法規範範圍內，如符合信託定義就不適用委任契約。因此，所謂「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」¹⁹【月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 4 月，第 195 頁】固無問題，但「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。」²⁰，則忽略了特別法的規範，因此「借名登記契約的性質同於委任契約」²¹的見解，顯然是忽視信託法的結果。

（二）委任契約必須一方為他方合法處理事務

借名登記契約的性質同於委任契約」的見解，除了忽視信託法的適用外，也忽略了委任契約必須一方為他方合法處理事務，在借名登記，被借用名義的人根本並未處理事務，其實不符合處理事務的定義，更何況借名登記都是為了規避法律的適用，以形式合法掩飾非法，為實質違法，違反契約標的必須合法的要件，從契約或法律行為的要件檢驗，也當然是無效。

二、脫法行為採概括認定

（一）借名登記不能規避脫法行為的檢驗

任何契約都不能規避脫法行為的檢驗，借名登記契約當然也不例外，前述每一個實務有關借名登記的案例，都是為了規避現行有效法律的適用，這些有效的法律都是強行規定，規避其適用所為的行為就是實質不法的行為，即是脫法行為，不能以契約自由為口號，而主張合法。

（二）借名登記如不符合積極信託，即是消極信託和脫法行為

如前所述，借名登記符合信託定義，但是受託人並無積極管理信託財產的義務，因而是消極信託，因其以形式合法掩飾實質不法，又缺乏有效法律肯認其法律效果（如符合積極信託就不構成脫法行為），因而是脫法行為。

三、承認消極信託有效將為不法行為大開方便之門

（一）消極信託其實都是對社會無益的實質不法行為

雖然信託起源於脫產和逃稅的動機，²²信託法早已去蕪存菁，使脫產和逃稅的行為難以得逞，以避免因為承認其有效，而使對社會無益的不法行為有發展的空間，消極信託無效即用來防堵一部分以信託為名的不法行為。

前述認為消極信託無效的實務見解，因為提出「有確實的正當原因」的除外理由，因而被有意鑽法律漏洞的人所利用，而主張所為的消極信託有正當原因而為有效，然而檢驗每一個被認為有效的案例事實，包括「恐遭流言議論」、「避免朋友向其借錢」、「父

19 詹森林，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。

20 詹森林，註 19 文，129 頁。

21 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（一）——最高法院九〇及九一年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌，52 期，2003 年 11 月，76 頁。

22 參閱謝哲勝，註 9 書，7-8 頁。

女情誼」及「避免地價稅之累進課徵」，其實無非爲了脫產和逃稅，根本不是正當原因。因合法取得財產怎有「恐遭流言議論」的疑慮，除非是不【月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第196頁】法取得，所以，真正目的仍是爲了掩飾不法取得財產、脫產或逃稅：有錢人既無道德上更無法律上義務借錢給朋友，更何況朋友也無法調查自己真正有多少財產，何須「避免朋友向其借錢」而消極信託，此種理由同樣適用來掩飾脫產或逃稅的直正目的；而如因父女情誼，父親如欲贈與財產給女兒，法律並不禁止，但必須依贈與相關法律辦理，如欲信託，女兒必須有積極處理信託財產的義務，而爲有效的信託，因父女情誼而消極信託，並未探討信託的真正目的，因說不出正當理由，而只好以父女情誼搪塞，脫產或逃稅的真正目的更是欲蓋彌彰，最離譜的是「避免地價稅之累進課徵」，公然主張爲了逃稅竟然被視爲正當理由，真是令人嘆爲觀止。以上各種消極信託的事實，都符合最高法院對脫法行為所爲的見解：「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。」可知消極信託其實都是對社會無益的不法行為。

必須注意的是，資產證券化運用信託制度，作爲證券化的導管體的信託，是否構成消極信託也常被檢驗，然而作爲證券化的資產保管機構，本身雖然是被動的，²³但是仍對財產負保管的義務，依指示處理資產，並制衡經理機構，更重要的是將資產與經理機構財產分離，形成防火牆，以保護投資人，²⁴因而證券化而爲的信託，是對社會有益的行爲，絕非消極信託所可比擬。

（二）消極信託無效

消極信託既然都是對社會無益的實質不法行為，如果承認消極信託有效，則實質不法行為都將借信託之名，而主張合法，將爲不法行為大開方便之門。以信託之名達到實質不法行為的目的，則不符信託法追求實質公平和資產有效率管理的積極功能，因此，消極信託無效。

四、承認借名登記有效將爲不法行為大開方便之門

（一）殷鑑不遠

借名登記都是爲了規避法律的適用，最常見的例子，即借用他人名義登記不動產，以實務上最常見的借用他人名義登記農地，說明借名登記如何被用來規避法律（俗稱鑽法律漏洞²⁵）。

土地法第三十條原規定私有農地所有權的移轉，其承受人以能自耕者爲限，如違反此規定，買賣契約效力無效，但理由則分爲以下三說：

23 參照證券投資信託及顧問法第5條第2款。

24 參閱謝哲勝、陳亭蘭，不動產證券化——法律與制度運作，2003年8月，89-100頁。

25 妥當地解釋法律，就無法律漏洞可鑽，如果法律人有意無意地配合有心人解釋法律，製造法律漏洞，就會形成讓眾人都可鑽的法律漏洞，使法律威信和立法意旨因而喪失，連帶地法律人的社會形象也受到打擊。

1.違反強行規定說

此說認為此條文是強行規定，依民法【月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第197頁】第七一條規定，不具承受資格的人所簽訂的買賣契約無效。²⁶

2.權利能力欠缺說

此說認為承受人資格的限制，即是對農地承受人權利能力的特別限制，如同對外國人承受土地權利的限制，²⁷都是關於權利能力的限制，如欠缺此一權利能力，所為的法律行為無效。²⁸

3.不能給付為標的說

此說認為不具自耕能力的人承受農地，是以不能的給付為契約標的，依民法第二四六條第一項前段規定為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效，因此，買受人指定移轉給有自耕能力的第三人，則仍應為有效，此為最高法院判例見解。²⁹

此三說以第二說為妥當，因為法律行為的主體必須具有行為能力和權利能力，承受資格即是對特別權利能力的規定，必須具有此特別權利能力，才可以有效為此一法律行為。

第一說就其效力的說明，仍為正確，因為此一規定本不可由當事人加以變更，但是該說並未說明此一限制的性質，為其缺點。

第三說將承受人資格的限制，解釋為標的不能，是不當的見解。因為標的不能是指法律上或事實上某些標的已不得作為契約給付的標的，例如：標的已不存在，或法律規定為不融通物。承受人資格的限制並非標的不得交易，而是某些人不得交易，是人的問題，而非標的的問題，因此，並非標的不能。而且依該說見解，可以藉由指定由有承受資格的人受讓農地的登記，而使該買賣契約有效，而無承受資格的買受人既付了價金，必將藉由各種方式取得該農地的實質控制權，將使該條限制農地承受人資格的規定，無法發生原定的效果。此說等於公然承認此一脫法行為的效力，實不足取。

因此，應採第二說或第一說，使脫法行為無生存的空間，而最高法院之前的判例，不知因何原因選擇第三說，為脫法行為大開方便之門，如今既已不再援用，就類似案例即應選擇一種可以防杜當事人鑽法律漏洞的見解，才符合法律解釋適用的根本精神。土

26 最高法院 65 年度第 9 次民庭庭推總會決議（二）中的甲說，但不被本則決議採取。值得注意的是，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。理由是土地法第 30 條已於 2000 年 1 月 26 日公布刪除。

27 參照土地法第 17 條。

28 參閱黃茂榮，買賣法，增訂第五版，2002 年 5 月，226、227 頁。

29 最高法院 64 年台上字第 1352 號判例（已不再援用）、69 年台上字第 4131 號、69 年台再字第 16 號、69 年台上字第 2563 號、70 年台上字第 1688 號、70 年台上字第 2791 號、71 年台上字第 1825 號、71 年台上字第 3732 號判決。

地法和農業發展條例修正後，農地可以登記為非自耕農所有，但為了脫產和逃稅，仍有一些人想藉借名登記【月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第198頁】鑽法律漏洞，最高法院難道又要以借名登記契約為理由再為脫法行為再開另一扇門嗎？本文認為最高法院應有法學睿智和道德勇氣，向作此主張的當事人說「不」。

（二）借名登記當然應受信託法規範

民法第九八條規定，解釋意思表示，應探求當事人的真意，不得拘泥於所用的辭句。表示對法律事實的解釋，除了要尊重當事人的真意外，更要探求法律事實的實質內涵。在法律適用結果不利於當事人時，當事人通常會掩飾真正目的，此時即應以當事人從事此行為的實質法律效果為解釋依據，而非拘泥當事人形式上的說詞。

借名登記，當事人（一方或雙方）如擔心被認為是消極信託而無效，使其目的無法得逞，當然會主張借名登記不是信託關係，然而，是否為信託應依客觀事實來認定，而非聽信當事人的說詞。一國的法律構成該國法律的整體，民法典和民事特別法與民事法理，也構成民事法的整體，信託法是用來規範名實不符的法律事實，是民事特別法，在民法委任契約規定僅具補充適用的規定下，符合信託法規範意旨的事實，毫無疑義應適用信託法，而借名登記的事實，既然使財產名義人和真實權利人不同，符合信託法規範意旨的事實，當然應受信託法規範。

（三）借名登記如非積極信託其責都是對社會無益的不法行為

所謂「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」³⁰，本是一種脫產行為，雖然在行為當時「並未侵害特定債權人」，但是等到做生意失敗時，此一行為的結果，「與生意失敗後而隱匿財產，侵害特定債權人之權利者」³¹完全相同。另外，以節稅為目的的借名契約，本是逃避稅捐的行為，造成國家稅捐的減少和稅捐負擔不公平，是違法逃稅的行為，而非合法節稅的行為。此二種行為實質達成脫產效果，違反法律規定的意旨，因此，也都是脫法行為。

積極信託因可以促成資產有效率利用，並藉由信託法制防堵脫產和逃稅的漏洞後，而為對社會有益的行為，因此借名登記如非積極信託，而為消極信託，其實都是對社會無益的不法行為。

（四）借名登記無效

借名登記正足以縱容國家社會虛假不實之風，實現鑽法律漏洞者脫產和逃稅的目的，信託雖起源於脫產和逃稅的誘因，³²但現代信託法絕不容許對社會無益的脫產和逃稅行

30 陳聰富，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，月旦法學雜誌，123期，2005年8月，230頁。

31 不同見解，參閱陳聰富，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，月旦法學雜誌，123期，2005年8月，230頁。

32 參閱謝哲勝，信託之起源與發展，財產法專題研究（三），2002年3月，226-229頁。

為可以得逞，³³脫產是為逃避清償債務，詐害債權人，是民事不法行為，【月旦法學雜誌第132期，2006年4月，第199頁】逃稅是違法行為，既然都是不法行為，當然違反民法第七一條規定，而為無效。

柒、結論

法律人應經常反省：自己所鼓吹或選擇的法律見解，究竟是有助於塑造一個明智的法律制度從而建立一個符合公平正義的社會？還是將成為或已成為脫法行為和不符合公平正義的社會現象的幫兇？消極信託、借名登記和脫法行為相互間關係的法律見解的選擇，正提供一個絕佳的驗證機會。

從最高法院借名登記相關判決的數量之多，就可知有許多人欲藉契約自由的堂皇法律名詞，以掩飾脫產、逃稅的真正意圖，然而，任何人不得藉由任何形式，以規避其法律上的義務，因而有脫法行為的概括認定，脫法行為是用來稱呼形式合法但實質不法的行為，因此，稱呼某行為是脫法行為，其實已同時對該行為作了法律的價值判斷，即法律適用的結果，該行為無效，行為人不能達到其目的。

只要是民事法律關係，形式上權利名義人和實質享有權利的人不同，即名實不符的情形，都有信託法適用的可能性。因此，除非認為准許當事人適用他種合法的法律效果，符合整體法律規範本旨，否則，不應承認名實不符的法律關係。脫法行為既然也有名實不符的情形，當然也在消極信託法理適用的範圍內，而形成法律規範競合的情形，即同時構成消極信託和脫法行為。信託法即是去除脫產逃稅之弊，而存活的合法的名實不符的法律制度，因此，任何名實不符的法律事實，皆應適用信託法，使脫產逃稅的行為無法得逞，而保留資產積極管理的行為，若無創造財產利用效率的功能，則無理由聽任當事人創造可能對整體社會不利的法律事實，藉由消極信託無效的法理，無法發生當事人所要發生的效力，以剝奪當事人形成此一法律事實的誘因。

借名登記，就是借用他人名義登記不動產產權或其他權利，借名登記契約因為對第三人可能造成損害，因此應受法律限制，不能以契約自由即認為有效。名實不符的情形，都有信託法適用的可能性。名實不符的法律事實，就有信託法的適用，除非符合積極信託的定義，否則就是消極信託，而消極信託即是無效，借名登記即是一種消極信託。任何借名登記契約，都在規避法律的適用，除非符合積極信託的意義，為有效的信託，否則都在脫法行為法評價的規範範圍內，而脫法行為即為無效。綜合上述契約自由範圍、消極信託法理、脫法行為三項檢驗，絕無承認借名登記為有效的理由。

經由本文歸納整理，最高法院關於借名登記的相關判決，分為無效和有效兩種不同見解。前者是以消極信託為脫法行為為理由；後者認為借名登記契約為正當原因的消極

33 參閱潘秀菊，信託法之實用權益，永然，三版，2002年4月，45、46頁。

信託，或並非信託關係而為委任契約，而為有效。本文發現被承認為有效的案例中，其實都是為了脫產和逃稅，這就讓人不禁納悶，這難道是最高法院承審法官所樂見的結果嗎？

信託法可以概括適用於民事法律關【月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 4 月，第 200 頁】係，如符合信託定義就不適用委任契約，委任契約必須一方為他方合法處理事務，而借名登記並無合法處理事務可言，也不符合委任的定義。脫法行為採概括認定，因而借名登記不能規避脫法行為的檢驗，借名登記如不符合積極信託，即是消極信託和脫法行為，應為無效。消極信託其實都是對社會無益的實質不法行為，承認消極信託有效將為不法行為大開方便之門，借名登記造成名實不符的事實，因而借名登記當然受信託法規範，而借名登記如非積極信託，其實也都是對社會無益的不法行為，借名登記也是無效，承認借名登記有效將為不法行為大開方便之門。記取教訓，最高法院不應以借名登記契約為理由再為脫法行為開另一扇門，本文認為最高法院應有法學睿智和道德勇氣，向主張借名登記為有效的當事人說「不」。

【月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 4 月，第 201 頁】