

以「鬮書」為名的契約

——最高法院109年度台上字第2396號民事
判決及歷審裁判的商榷



陳榮傳

臺北大學終身榮譽特聘教授

摘要

本案的三兄弟出生於日據時期，對於臺灣光復所造成的法律變遷，顯然敏感度不足，誤以為臺灣在光復以後，仍然不適用民法規定，而是繼續適用舊習慣法的桃花源。三兄弟基於此種誤解，以為其財產仍然為共同共有的家產，乃依舊習慣法上的鬮書，為分家、分財的法律行為。本案的各審判決，未能發現法律變更的時間因素問題，進而為正確的法律適用，反而以鬮書為回溯的起點，認為三兄弟確實有共同共有的家產。就此而言，本文認為相關判決的法律適用，並非正確。舊習慣法上雖有家產制度，現在已經不可能再依舊習慣法，指定特定財產為家產，成立共同關係，使其成為共同共有財產。本案三兄弟簽立的鬮書，在家產制度已經瓦解，兄弟的財產屬於各自所有的現行民法之下，乃是三兄弟重新分配財產利益的債權契約，屬於私法自治的範圍，其在當事人之間具有債權效力，當事人自可請求直接移轉應有部分或分配利益。

目次

壹、事實摘要

貳、爭點

參、法院見解

肆、評析

伍、結論

壹、事實摘要

甲、乙、丙為三兄弟，於日據時代與父親離開苗栗家鄉，旅居高雄共同打拼，臺灣光復之後，三人名下均有不動產，甲有A1、A2，乙有B1、B2，丙有C1、C2。甲、乙、丙三人於民國61年（下同）12月15日，共同書立鬮書，就A1、A2、B1、B2、C1、C2等所載之不動產，約定「……右記所有權承租權各係所得1/3之權，分鬮即分耕分餐之意，若係後來誰一個人名義之自耕之土地需要出賣，出賣之金錢即1/3分配，將來3人之土地再平均分配一次，平分耕作及所有權也是1/3各取得。不動產、動產若係出賣，方式由2/3之人決定通過為原則出售，以上條件絕不虛言」。甲於80年間死亡，由丁及戊繼承，乙於82年間死亡，由己繼承，丙於96年間死亡，由庚繼承，均已各自辦理遺產之繼承登記。丙於82年間將C1、C2之所有權，各移轉1/3應有部分給丁。試問：甲、乙、丙三人是否因書立鬮書，而就A1、A2、B1、B2、C1、C2成立公司共有關係？依該鬮書成立的法律關係為何？

貳、爭點

兄弟多人一起打拼，各自取得的財產，是否應歸類為家產，而為兄弟共同共有？臺灣光復前的舊習慣法與光復後適用的民法，對此的規範是否相同？兄弟在臺灣光復後各自取得的財產，是否應適用舊習慣法的家產規範？鬮書在舊習慣法上的法律效力為何？鬮書如係為分割家產而簽立，在民法上的法律效力如何？兄弟誤認為其各自單獨所有的財產為共同共有的家產，而簽立鬮書予以分割時，該鬮書在民法上應具有何種效力？

參、法院見解

上述事實是整理並簡化自最高法院109年度台上字第2396號民事判決。本案的起因，是丁與戊為甲的繼承人，丙後來依鬮書的記載，將C1、C2之所有權，各移轉1/3應有部分給甲房份繼承人，但全部移轉給丁，戊發現其有應得而未得之部分，受有損害，乃請求丙的繼承人庚賠償其損害。本案經臺灣高雄地方法院為第一審判決（97年度重訴字第65號判決），臺灣高等法院高雄分院（下稱「高雄高分院」）為第二審判決（102年度重上字第37號判決），最高法院以104年度台上字第642號判決予以廢棄發回，高雄高分院作成104年度重上更（一）字第10號判決，最高法院再以105年度台上字第1697號判決予以廢棄發回，高雄高分院作成105年度重上更（二）字第28號判決，最高法院再以109年度台上字第2396號判決予以廢棄發回，最後當事人和解，高雄高分院作成110年度重上更三字第31號和解筆錄，始解決全部爭議。由以上過程可知，本案雖以當事人和解收場，但其爭議曾三度由最高法院作成判決，廢棄高雄高分院作成之判決，顯示最高法院藉由廢棄高雄高分院之判決，宣示值得重視並被誤解的相關法律見解。本文擬僅針對最高法院就本案作成之三則判決中，有關兄弟的家產共同共有關係及分鬮部分，分別予以評析。

一、最高法院104年度台上字第642號民事判決

本則判決係廢棄高雄高分院第二審判決（102年度重上字第37號），該判決認為針對甲、乙、丙三人是否因書立鬮書，而就A1、A2、B1、B2、C1、C2成立共同共有關係，丙對丁移轉A1、A2之所有權1/3應有部分，並非依債之本旨所為的給付。最高法院本則判決認為系爭鬮書不足以成立共同共有關係，但未說明是否有依其他理由成立的共同共有關係，其見解主要可分為二部分：

（一）法律規則部分，最高法院謂：「按依法律規定、習慣或法律行為，成一共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物者，為共同共有人；前項依法律行為成立之共同關係，以有法律規定或習慣者為限；各共同共有人之權利，及於共同共有物之全部，民法第八百二十七條第一項至第三項分別定有明文。故共同共有人之應有部分係屬潛在，與分別共有人之應有部分為顯在者，迥然不同，共同共有人不得主張共同共有物有其特定之部分，亦不得單獨處分其共同共有物之權利。」

(二) 事實涵攝部分，最高法院認為系爭鬮書記載除甲、乙、丙等三人各自取得之土地地號之所有權及承租權及建物管理使用部分外，並記載「……右記所有權承租權各係所得三分之一之權，分鬮即分耕分餐之意，若係後來誰一個人名義之自耕之土地需要出賣，出賣之金錢即三分之一分配，將來三人之土地再平均分配一次，平分耕作及所有權也是三分之一各取得。不動產、動產若係出賣，方式由三分之二之人決定通過為原則出售，以上條件絕不虛言」，並未明文約定成立共同共有關係，又分別甲、乙、丙等三人各人登記之土地，明載各有1/3之權利，且得處分各人名下之財產（經2/3之人決定通過），似與前述共同共有關係之特質不符。果爾，則能否逕將系爭鬮書解為共同共有關係之約定？即滋疑問。原審未遑深究，並依民法第827條第2項規定，說明系爭鬮書所成立之共同共有關係如何合於法律規定或習慣，遽認該鬮書為共同共有關係，進而為上訴人不利之認定，尚屬速斷。

二、最高法院105年度台上字第1697號民事判決

最高法院本則判決係廢棄高雄高分院更一審判決〔104年度重上更(一)字第10號〕，該判決再度認定甲、乙、丙依系爭鬮書成立共同共有關係，最高法院明確表示本件應依臺灣民事習慣，而系爭鬮書並非成立共同共有關係之約定，乃係分家、分財的文書契據。其見解主要可分為二部分：

(一) 家產法律關係部分，最高法院謂：按依臺灣民事習慣，家產係家長與家屬共同共有，應分人於未分析前，不得任意處分家產中之任何財產，又不得讓與其應分額與他人。家產之處分行為應得全體之同意，但父祖之處分不受此限。而系爭鬮書所列財產為旅居高雄之甲、乙、丙三兄弟共同打拼所得，為原審所認定。果爾，似認系爭鬮書所列財產為渠三人之家產，依臺灣民事習慣，為渠等共同共有。則甲、乙、丙等三人有無必要再就該等財產約定為共同共有，並確認個人潛在持分均為1/3？即滋疑義。

(二) 鬮書法律性質部分，最高法院謂：在臺灣民事習慣舊制中，鬮書乃分家、分財的文書契據，一般用以家主、家屬間分耕分釀，系爭鬮書中亦載明「右記所有權、承租權各係所得三分之一之權，分鬮即分耕分餐之意」，乃原審未遑推闡明晰，逕認該鬮書為成立共同共有關係之約定，即嫌速斷，究竟鬮書之性質如原審所認係成立共同共有關係之約定，抑或為共同共有關係之分析，及各權利人與登記名義人互為借名登記，自應由原審詳為推研。

三、最高法院109年度台上字第2396號民事判決

最高法院本則判決係廢棄高雄高分院更二審判決〔105年度重上更(二)字第28號〕，該判決係認為丁與戊固然共同繼承甲因系爭鬮書而取得之權利，但戊已授與代理權給丁，故丙與丁移轉C1、C2之所有權1/3應有部分之行為，效力及於戊。最高法院認為戊並無授與代理權給丁的事實，其理由謂：按有權代理須本人有授與代理權之行為；授與代理權，依民法第167條規定，應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之；由於甲、乙、丙等3人於61年間簽立系爭鬮書，丙於82年間將C1、C2之所有權1/3應有部分移轉給丁，原審認定戊早於88年初之前，即已知悉系爭鬮書所約定借名登記於三大房名下之家產為處分時，所得均應分配各房1/3之事，至遲於93年間知悉丙移轉C1、C2之所有權1/3應有部分移轉給丁，並無移轉予戊，最高法院認為丙於82年間移轉C1、C2之所有權之登記在先，戊知悉系爭鬮書就家產處分所得分配之約定及丙辦理上開移轉登記在後，則戊似乎不可能事先為授與丁概括代理權之意思表示，原審未遑細究，遽謂丁已獲授與代理權處理系爭鬮書借名登記家產所生分配權義，已嫌速斷。

肆、評析

一、共同共有與單獨所有的差異

共同共有是指依一定原因成立一共同關係的數人，共同享有一物的所有權的狀態。民法第827條規定：「依法律規定、習慣或法律行為，成一共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物者，為共同共有人。」「前項依法律行為成立之共同關係，以有法律規定或習慣者為限。」「各共同共有人之權利，及於共同共有物之全部。」共同共有的重點，是在共同共有人之間有一共同關係，而共同共有的標的物通常不是一個物，而是物及其他財產權集合而成的財產集合體。

物之所有權究竟為單獨所有或共同共有，直接影響權利人的物權。共同關係的成立，使財產成為共同共有，不利該財產的使用、收益及處分。本案所涉及的，不是甲、乙、丙兄弟共同繼承的遺產的分割問題，而是甲、乙、丙的財產中，是否有部分為家產，而對其成立共同共有關係？值得注意的是，在施行我國民法物權編的地區，物權行為與債權行為分離，

物權採公示原則¹，登記在甲、乙、丙名下的不動產，依法被推定為甲、乙、丙各自所有，各自得自由使用、收益及處分（民765），如要使其成為公同共有的財產，限制公同共有人的處分，即須以物權行為為之或以法律規定為依據，使其物權發生變動。

本案如有公同共有關係，則甲、乙、丙間即有一公同關係，並有特定的財產作為其公同共有的標的物，故關鍵的問題乃是：甲、乙、丙之間是否成立公同關係？如有，係如何成立？係就哪些財產成立公同共有？

二、最高法院各判決認定的公同共有關係

當事人在本案就上述問題的爭議形式，是C1、C2原來登記在丙名下，其是否為甲、乙、丙公同共有？如果是，登記在丙名下，是否為借名登記？甲、乙、丙共同簽訂的系爭鬮書，對於其所列舉的財產，是否構成法律上的處分？如果是，是物權的處分行為或債權的負擔行為？

對於上述問題，最高法院三個判決均肯定此等財產乃是甲、乙、丙公同共有，但對於其公同共有關係成立的依據，在各自廢棄原審判決的理由中，則有不甚一致的說明。

在104年度台上字第642號民事判決中，最高法院明確認為系爭鬮書的約定內容，並不足以成立公同關係或公同共有關係，其言下之意，似乎認為系爭鬮書如明確地表示要成立公同關係或公同共有關係，只要其合於法律規定或習慣，即可成立公同共有關係。在105年度台上字第1697號民事判決中，最高法院認為臺灣民事習慣上有家產制度，系爭鬮書所列財產為旅居高雄之甲、乙、丙三兄弟共同打拼所得，乃其家產，依臺灣民事習慣，為渠等公同共有，而系爭鬮書乃係分家、分財的文書契據。根據此一見解，甲、乙、丙三兄弟的公同共有關係，並非依系爭鬮書而成立，而是依臺灣民事習慣所成立。

三、鬮書的原意與巧解

鬮書乃是臺灣民事習慣中常見的文書，顯見當事人係依習慣法而對其財產進行分家、分財，最高法院似擬順應當事人使用的文書形式，依據習慣法解決其間的爭議，因此乃對於系爭鬮書所列舉的財產，定性為公同共有的家產；在104年度台上字第642號民事判決中，最高法院提示C1、C2雖

¹ 請參閱陳榮傳，實用民法物權，二版，2021年9月，21-22頁。

係登記在丙名下，實際上乃是甲、乙、丙共同共有，其登記的方式乃是借名登記，即真正所有人借用丙的名義予以登記。此一見解的巧思，是要解決共同共有財產登記在丙的名下的問題。不過，借名登記是一種契約上的安排，甲、乙、丙在登記之初應該都沒有借名的意思，法院此種巧解違反當事人的真意，並非妥適。

高雄高分院105年度重上更二字第28號民事判決根據最高法院上述見解，認定甲、乙、丙三人簽立系爭鬮書，係將家產之共同共有關係為分析，併各權利人與登記名義人間互為借名登記；該三人原共同共有之家產既經其三人以鬮分方法為分析，以鬮分在本質上與共有物分割相同，鬮分之效果在於終止共有關係（最高法院93年度台上字第2214號裁判意旨參照），原家產之共同共有關係於簽立系爭鬮書時，自己因協議分割而消滅；準此，系爭鬮書所列家產既已經分割，且各該家產性質上亦非遺產，或合夥財產，並無應再為遺產分割或準用合夥財產分析之清算程序之餘地；該三人暨其繼承人即應依借名登記關係及系爭鬮書分配之約定為三房權義之依據。最高法院109年度台上字第2396號民事判決也在借名登記的見解基礎上，探討丙、丁之間的法律行為對戊的效力問題。

四、最高法院判決的待決問題

倘若依最高法院前述見解，認為甲、乙、丙三兄弟係依臺灣民事習慣成立共同共有關係，至少仍然有下列幾個問題需要說明：此種臺灣民事習慣，為何適用於甲、乙、丙三兄弟，而不適用於其他人？臺灣在光復而施行中華民國民法以後，是否仍適用此種臺灣民事習慣？甲、乙、丙三兄弟的哪些財產屬於個人財產，為單獨所有，哪些財產屬於家產，而為共同共有？這些財產，何時開始成為共同共有？如果是共同共有，為何登記為個人所有？最高法院跳過此等問題，直接認為系爭鬮書所列的財產係兄弟共同打拼所得，依臺灣民事習慣為家產，係三兄弟共同共有，嚴格而言，其判決的結論並無充分的理由說明。

五、被忽略的時間因素問題

本案涉及臺灣光復前、後的法制變遷。臺灣在光復以後即開始施行民法物權編，依物權絕對法定主義的規範意旨（舊民757），舊習慣法上的

物權應轉換為民法上的物權，其物權變動也應符合公示原則的規定。²舊習慣法上的公同關係在民法施行前已經發生者，就發生於當時的法律事實，固然仍得依當時的習慣法，而承認其效力，但在民法施行後，舊習慣法上的公同關係如與民法的規定牴觸，當事人自不得再以法律行為，成立舊習慣法上的公同關係。

本案三兄弟的家產分鬮，與民法第827條於98年增訂的第2項有關：「前項依法律行為成立之公同關係，以有法律規定或習慣者為限。」其中之「習慣」，是指習慣法而言，立法理由指出，最高法院已於裁判實例中，確認祭祀公業（39台上364）、同鄉會館（42台上1196）、家產（93台上2214），在臺灣習慣法上為公同共有財產。本案的問題，其實是三兄弟各自名下的財產，是否仍應合併為公同共有的家產？

舊習慣法上的上述公同關係，通常是因為系爭財產在舊習慣法上應該與個人財產分離，實務上乃認定其應由數人依據公同關係而公同共有。此等財產之所以被認為係公同共有，是因為法律關係在民法施行以前即已經成立，而且在其成立之初依當時的習慣法，此等財產即非個人的財產，民法施行以後仍應避免該財產流入私人之私囊，乃在民法上承認其為公同共有。此種對舊習慣法上物權的承認，並不意味著可以根據舊習慣法，創設民法所不承認的物權。在民法施行以後，當事人不得以習慣法上的方法，將財產納入為公同共有的祭祀公業財產或同鄉會館，也不得任意將個人財產指定為公同共有的家產。³

在舊習慣法上，家產是公同共有，鬮書是對家產的協議分割，其目的在消滅公同共有關係。日據時期由於物權行為採意思主義，鬮書簽立之後即發生物權變動。上述各審法院的見解，均已經注意到系爭鬮書簽立於61年12月15日，不可能發生舊習慣法上分鬮的法律效果，但對於作為分鬮的前提的家產及公同共有，卻未確實從時間因素（time factor）的角度予以分析，實屬可惜。因為甲、乙、丙三人的個人財產多係在光復以後取得，並依法律登記為單獨所有，此時既無歸屬不明的問題，也非借名登記，即不應再適用舊習慣法而將其合併為公同共有的家產。

² 關於物權絕對法定主義、相對法定主義及物權習慣法的適用問題，請參閱陳榮傳，同前註，8-14頁。

³ 請參閱陳榮傳，同前註，241頁。

六、以鬮書為名的契約

鬮書或鬮分字在司法實務上，通常是作為舊習慣法上分割家產的文件。例如在最高法院93年度台上字第2214號民事判決中，其主要的爭議為兄弟對父親的遺產以拈鬮方式予以析分，乃涉及鬮分字的定性問題，最高法院維持原審判決的下列理由：「台灣之家產自清朝以降即屬父祖子孫所構成家屬之共同共有，日本割據後，社會制度並未立即改變，仍然維持家產制度。關於家產分析，通常以鬮分方法為之，故通稱為鬮分，本質上與共有物分割相同，鬮分之效果在於終止共有關係，使各繼承人就其應得部分成為單獨所有人。」此種鬮分，是以系爭財產屬於共同共有為前提，本判決並未涉及家產是否獨立於個人財產之外，或家產究竟為何人共同共有的問題。

不過在本案中，系爭鬮書所列的財產係分別登記為甲、乙、丙所有，並無屬於共同共有財產的外觀或法律的明確規定，登記之初也無借名登記或登記名義人不是所有人的意思，因此並無必須以鬮書予以分割的家產存在。由於甲、乙、丙三兄弟名下的財產是否為共同共有，乃是法律問題，應依法律予以判斷，而此一問題的結論是其財產已經是各自單獨所有。故即使三兄弟誤以為其財產為共同共有，並以鬮書予以分割，法院仍應依法律規定認定其法律關係，而不是以當事人的主張為準。

本文認為，就物權關係而言，三兄弟將其財產誤為共同共有，並以鬮書予以分割，並無法改變其為單獨所有的財產，無須予以分割的事實，系爭鬮書的簽訂也無法發生物權變動，使財產成為共同共有；不過，三兄弟要共享名下財產的利益，並對於財產上利益重新分配的意思很明確，且均已達成協議，在此種情形下，似宜認為三兄弟係在各不動產的現實登記的基礎上，約定按照鬮書的內容重新分配利益。此種約定僅具有債權效力，但相對於否定各不動產的現實登記，認為三兄弟在一開始即為借名登記的解釋，更貼近真實情形，也比較可行。

伍、結 論

本案的三兄弟出生於日據時期，其財產依日據時期有效的舊習慣法，或許得合併為家產，而為三兄弟共同共有，但此種習慣法與民法規定抵觸，在光復之後已經為民法所排斥，三兄弟的財產依民法的規定，已經為各自單獨所有，不再合併為家產。

本案的三兄弟對於臺灣光復所造成的法律變遷，顯然敏感度不足，誤以為臺灣在光復以後，仍然不適用民法規定，而是繼續適用舊習慣法的桃花源。三兄弟基於此種誤解，以為其財產仍然為共同共有的家產，乃依舊習慣法上的鬮書，為分家、分財的法律行為。本案的各審判決，未能發現時間因素的問題，進而為正確的法律適用，反而以鬮書為回溯的起點，認為三兄弟確實有共同共有的家產。就此而言，本文認為相關判決的法律適用，並非正確。

舊習慣法上的家產制度，有其形成的法制條件與社會背景。但在民法的規定之下，每個人的財產均不再區別為個人財產或家產，也無法以法律行為指定特定財產為家產，並僅指定男丁為其共同共有人。故實際上，現在已經不可能再依舊習慣法，就家產成立公司關係，使其成為共同共有財產。

本文認為，本案的三兄弟簽立的鬮書，一方面重申其願意將共同打拼所得，不分彼此，作為家產，將來分產時依據各自貢獻的程度或各得1/3的初衷；另一方面，在家產制度已經瓦解，兄弟的財產屬於各自所有的現行民法之下，此種以鬮書為名的文件，乃是三兄弟重新分配財產利益的債權契約，屬於私法自治的範圍。

依現行民法，本案的三兄弟的財產均在各自名下，且各自管理，依法並得以所有人的名義單獨處分，單純因為舊習慣法上有家產為共同共有之制度，即認為其成立公司關係，所有財產均為共同共有，不但使法律關係過度複雜，也與現行法扞格。本案的三兄弟如要成立獨立於個人財產以外的家產，並對其共同共有，建議以設立信託的方式為之。⁴至於以鬮書為名的財產利益重新分配契約，在當事人之間具有債權效力，自可請求直接移轉應有部分或分配利益。♣

 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw

⁴ 請參閱陳榮傳，同前註，242頁。