

刊登於中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 105-127 頁。

借名登記對外效力之探討 —法學方法與債法現代化之思考

林大洋*

目次

- 壹、前言
- 貳、借名登記之由來及演變
 - 一、借名登記之由來
 - 二、借名登記契約效力之演變
- 參、借名登記契約外部（對外）之效力
 - 一、概說
 - 二、學說之見解
 - 三、實務之見解
- 肆、有權處分說之思辨
 - 一、概說
 - 二、法學方法上之探索
 - 三、債法現代化之啟發
- 伍、結語

關鍵詞：

借名登記、法官造法、借名人、出名人、信託【中華法學第17期，2017年11月，第105頁】

壹、前言

法律乃社會生活之規範，亦為國民共同生活的準繩。在民主法治的國家，法律乃定紛止爭、排紛解難、維持生活秩序、促進社會安寧最重要之工具。

我國社會自進入資訊（高科技及通訊）時代以後，進步神速，一日千里，各種事務日新月異，層出不窮，人民之慾望及需求不斷增加。為滿足人民對於社會有限資源之享

* 最高法院庭長。

有，法律自須順應社會脈動，制定出各種與時俱進的規範，以蔚為民用。惟法律的制定常須經冗長的立法程序，而舊有之法律一旦制定公布後，難免固定僵化，停滯不前，倘新的法律復因立法之延遲或怠惰，未及訂定，此時對於社會新的事務，即可能出現缺陷（漏洞）的現象。基於民事上，法官不得因法無明文而拒絕審判之原則，必須透過「法官造法」（司法造法或法的續造）之功能，以突破困境，覓致妥當的裁判結果，俾可維繫人民的正常生活。

法官造法乃超越法律解釋的層次，又可分為法律（制定法）內之法的續造（法律漏洞的填補）及法律外之法的續造（超越法律計畫外的法之續造）¹。法律內之法的續造，係以類推適用、目的性限縮及目的性擴張之方法填補法律漏洞；至於法律外之法的續造，則指現行法中完全沒有可資比附援引的法條，由法官依據法理亦即事務本質或法律原則，創造法律規範，以作為裁判上之依據，又稱為創造性補充²。【中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 106 頁】

法律內之法的續造，在實務上屢見不鮮，例如最高法院 105 年度台上字第 2111 號民事判決：「按民法第二百二十五條第二項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應『類推適用』上開規定，得為代償請求權之標的。」同院 104 年度台上字第 358 號民事判決：「醫療行為適用消費者保護法無過失責任制度，反而不能達成消費者保護法第一條所明定之立法目的，是應以『目的性限縮』解釋之方式，將醫療行為排除於消費者保護法適用之範圍之列。參以九十三年修正之醫療法第八十二條第二項，已明確將醫療行為所造成之損害賠償責任限於因故意或過失為限，醫療行為自無消費者保護法無過失責任之適用。」同院 102 年度台上字第 26 號民事判決：「農地共有人於出賣其農地應有部分及坐落該農地上之農舍時，土地法第三十四條之一第四項規定之文義，雖未將土地（農地）應有部分及所坐落之農舍之類型涵蓋在土地共有人優先承購權內，惟綜觀上開土地法第三十四條之一第四項及農業發展條例第十八條第四項中段規定之原規範意旨，乃屬漏洞，自應依漏洞補充之方法作『目的性擴張』，透過其包括作用，將土地法第三十四條之一第四項規定所取得之優先承購權範圍，擴及於農地之應有部分及該農地上所坐落之農舍，以符合並貫徹該二條項立法之規範目的，初與農地之共有人就該農地之使用有無為分管之約定無關。」【中華法學第 17 期，2017 年 11

1 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，2004 年 5 月版，頁 217 以下。黃茂榮，法學方法與現代民法，2011 年 9 月版，頁 252 以下。

2 楊仁壽，法學方法論，2010 年 5 月版，頁 279 以下。吳從周，「論民法第 1 條之法理—最高法院相關民事判決判例綜合整理分析」，東吳法律學報，第 15 卷 2 期，2004 年 2 月，頁 1 以下。

月，第 107 頁】

至於法律外之法的續造，實務在操作上相當慎重，出現過之案例不多，經蒐尋彙整後，最高法院曾先後以下列四則判例創設出三種重要類型之法律制度：一、最高限額抵押權 66 年台上字第 1097 號判例：「所謂最高限額之抵押契約，係指所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約而言。」³。二、信託行為 62 年台上字第 2996 號判例：「我國民法並無關於信託行為之規定，亦無信託法之頒行，通常所謂信託行為，係指信託人將財產所有權移轉與受託人，使共成為權利人，以達到當事人間一定目的之法律行為而言。」⁴66 年台再字第 42 號判例：「按因私法上法律行為而成立之法律關係，非以民法（實質民法）有明文規定者為限，苟法律行為之內容，並不違反公序良俗或強行規定，即應賦予法律上之效力，如當事人本此法律行為成立之法律關係起訴請求保護其權利，法院不得以法無明文規定而拒絕裁判。所謂信託行為係指委託人授予受託人超過經濟目的之權利，而僅許可其於經濟目的範圍內行使權利之法律行為而言。」⁵。三、信託的讓與擔保 70 年台上字第 104 號判例：「債務人為擔保其債務，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，取得擔保物所有權者，為信託的讓與擔保，債務人如不依約清償債務，債權人得將擔保物變賣或估價，而就該價金受償。」【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 108 頁**】

法官造法之依據源自民法第 1 條所規定之「法理」，所謂法理，係指法律之原理，乃自法律根本精神演繹而得之法律一般的原則。蓋社會現象變化萬千，各種新的事務不斷產生，在成文法的國家，欲以有限的法典，規範無窮的社會事實，不免捉襟見肘，自有授權法官運用法理以補充立法不足之必要。

惟「法理」為一極為抽象之法律概念，而法律之制定又本屬立法機關之專屬（獨占）職權，法官應如何嚴守分際，於不侵犯立法權之範圍界限內，運用法理創設出新的法律制度，為一項相當艱難的任務。又債法乃規範人與人間交易之法律，自應順應時代的潮流，方能符合民眾之需求。觀乎德國已於 2002 年公布施行債法現代化法，法國經過多年的研議，其新修訂之契約法亦於 2016 年 10 月 1 日施行，並適用於新訂立之契約⁶，另外，日本耗費多年所研修的現代化債法，目前已送國會審議中，可望在近期內通過施行⁷，足見債法現代化已成為當今先進國家之法律思潮。最近，最高法院就借名登記對外之效力，

3 關於最高法院限額抵押權，立法院於 96 年 3 月 28 日增訂民法第 881 條之 1 加以明文化。

4 本則判例，已因 85 年 1 月 26 日信託法公布施行，經最高法院於 91 年 10 月 15 日、91 年度第 13 次民事庭會議決議不再援用。

5 本則判例，業經最高法院於 91 年 10 月 1 日、91 年度第 12 次民事庭會議，以信託法已公布施行為由，決議不再援用。

6 陳自強，「法國契約法修正與現代化」，月旦法學雜誌第 259 期，2016 年 12 月，頁 143。

7 磯村保著，蘇惠卿譯「買賣契約修正草案出賣人之責任」，月旦法學雜誌第 261 期，2017 年 2 月，頁 7。

經一番相當熱烈的討論後，作成決議，正好關係到法官造法與債法現代化的問題，引發筆者之興趣，乃參考會議中討論之內容及相關文獻，撰成此文，以就教方家賢達。

貳、借名登記之由來及演變

一、借名登記之由來

借名行為為我國現行法所未規定之法律行為，屬於無名契【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 109 頁**】約及債權契約，乃民間基於實際之需要，長年使用，相沿成習，而普遍存在於社會上的一種保有財產之方式。借名登記之由來雖無文獻可考，但據論者研究指出：清光緒 12 年，臺灣第一任巡撫劉銘傳為擴大稅收，實施土地清丈調查，對於土地所有人發給丈單（地契），民間土地如有典賣即隨著丈單移轉，憑以記載於魚鱗冊或過戶冊。及至日治時期，為增加稅收，又先後於明治 31 年 7 月以律令字第 13、14 號公布臺灣地籍調查規則，成立臺灣臨時土地調查局，開始實施土地調查，並依據土地調查結果，設置土地台帳及地籍圖冊。而無論是清朝的魚鱗冊或日治時期的土地台帳，其共同開墾之土地，雖屬共同開墾人所共同所有，但卻大都登記在「頭人」或有娶妻生子者名下，部分甚至登記在「石頭公」、「大樹公」等名下，此外，亦有不少神明會、寺廟、祭祀公業之財產登記在信徒或派下員之下，此種名實不符之登記，實為借名登記之濫觴，足見借名登記自古即有之，並非始自於今日⁸。

借名行為之緣由容有多端，或因職業關係，例如公務人員依公務員服務法第 13 條第 1 項規定不得經營商業，則公務人員常須借用他人名義從事商業行為。或為規避法律強制規定，例如土地法在 89 年修正前第 30 條第 1 項規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，在當時非農民欲購買農地，常借用具有自耕能力者（農民）之名義為之。或為節稅或逃稅，例如為避免自己名下財產過於集中而增加稅賦，乃借用子女或親人名義分散財產。或為避免朋友向其借錢⁹。或為避免流言，例如村婦為避免鄉里批評其欺侮其夫前妻之子，將土地【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 110 頁**】登記在該子名義¹⁰。或為逃避強制執行，例如債務人因恐遭受債權人查封拍賣，乃將財產登記與第三人。實不一而足。

二、借名登記契約效力之演變

借名登記乃民間本於個人之需求及彼此間之信任所成立之法律行為，在純樸的農村社會，相約成俗，咸能信守承諾，相安無事。迨至近世，人心不古，民風丕變，毀約背信，糾紛迭起，出名人事後否認借名行為，侵吞或擅自處分借名財產者，時有所聞，法

8 參考最高法院民一庭庭長劉福來，在該院 105 年民議字第 1 號提案所提書面意見書。

9 最高法院 89 年度台上字第 572 號民事判決。

10 最高法院 91 年度台上字第 1871 號民事判決。

院受理此類之案件，日益增加。由於借名行為屬於非典型之契約，欠缺法律之明文規定，其所衍生之法律關係，應如何解決，始能恰如其分，在審判實務上造成相當之困擾。

借名登記契約，係指當事人約定，一方（借名者）經他方（出名人）同意，將其財產（土地、房屋及股票等）以他方名義，登記為所有人或其他權利人之法律行為¹¹。傳統上咸認為借名登記係由信託登記質變而來。惟信託者，乃委託人將財產移轉或為其他處分，使受託人依信託本質，為受益人之利益或特定之目的，管理或處分信託財產之關係（信託法第1條）。委託人與受託人間因存有一定之經濟目的，恆具有社會之正當性，屬有效之法律行為¹²，自無疑問；至於借名登記係借用人頭以圖私利而為之名實不符行為，與脫法行為或通謀意思表示，往往僅為一線之隔，是否具有社會之正當性，不易區分，是否應承認其合法性，頗費思量。【中華法學第17期，2017年11月，第111頁】

早期實務上曾謂信託行為，倘委任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者，為消極信託¹³。並進一步指出消極信託，除有確實之正當原因外，通常多為通謀之意思表示，極易助長脫法行為之形成，應難認其合法性¹⁴。而借名登記實質上即為消極信託，則依上開見解，除有確實之正當原因外，自非有效之法律行為。

嗣因借名登記，在工商社會之需求日殷，其成長之情形有如潮水，不斷湧現，且其有無確實之正當原因，調查不易，實務如仍堅持早年之見解，徒然增加訴訟成本，並違逆社會之實情，背離現代法律之思潮，遂改弦更張，重新定調，而以66年台再字第42號判例之相同理論，陸續於多數判決中表示：「稱借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他人名義登記，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規定、禁止規定或公序良俗者，應賦予無名契約契約之法律上效力。」¹⁵並逐漸成為最高法院成熟穩定之見解。【中華法學第17期，2017年11月，第112頁】

參、借名登記契約外部（對外）之效力

一、概說

借名登記契約如同信託行為，可分為內部關係與外部關係，內部關係乃借名人與出名人之關係，外部關係則為出名人將登記標的物處分與第三人，對借名人效力之問題。

借名登記契約之內部效力已由早期之否定立場（因通謀意思表示或脫法行為而無

11 王澤鑑，民法總則，2014年2月版，頁410。

12 最高法院66年台再字第42號判例。

13 最高法院76年度台上字第1958號民事判決。

14 最高法院87年度台上字第2697號民事判決。

15 如最高法院98年度台上字第76號、99年度台上字第1662、2448號、103年度台上字第1148號民事判決。

效)，到爭執（以是否有確實之正當原因判斷有效與否），演變為原則上有效，例外於違反強行規定或公序良俗者，始為無效，與當初實務創造信託行為制度時之思維如出一轍，應係為配合社會之需求所作的妥協。

學者對於借名登記契約之內部效力雖有仍持否定之意見，認為契約自由有其限制，如當事人的契約有外部性，法律便有加以管制之必要，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，借名登記既不在契約自由的範圍，自不應受契約自由之保護，且任何名實不符之法律事實，皆應適用信託法，使脫產脫稅的行為無法得逞，並防止當事人形成此一法律事實的誘因¹⁶。但主流之學說則持肯定立場，認為借名登記契約，性質上為勞務契約，與民法明定之僱傭、承攬、委任、居間、行紀等典型勞務契約雖有不同，惟現行法並無明文規定禁止借名登記契約，應不生違反民法第 71 條、72 條規定之問題；且當事人將自己財產，以他人名義登記為所有人或其他權利人，有時係基於有意迴避相關法律規定之適用所致，例如為避免債權人之強制執行、或為分散所【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 113 頁**】得、避免稅捐，不必當然視之為所謂之「脫法行為」，一概否定其效力。而當事人既本於純粹隱藏財富或分散所得之合法目的，縱與所謂之「消極信託」相符，仍應解釋當事人之真意，為如委任等可達類似目的之契約，依民法之目的，定其效力¹⁷，因此，借名登記契約在目前為具有正當性之法律制度，已無須爭論。所尚待解決者，乃借名契約定性為勞務契約，則究應類推適用委任之規定¹⁸，或應依民法第 529 條：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定」直接適用委任之規定？以及借名契約之當事人死亡時，其契約之效力是否依民法第 550 條但書、第 551 條、第 552 條之規定，仍不消滅¹⁹等問題。惟此因不在本文探討之範圍，故不予深論。

至於借名登記契約之外部效力如何？長期以來學說爭論不休，莫衷一是，實務上亦見解紛歧，各有所本。最高法院為解決此一長久以來所存在之重大爭議問題，於最近藉由台灣高等法院所移送之法律問題，作成決議，以統一法律見解，以下分述之。

二、學說之見解

（一）無權處分說：此說認為因出名入非所有權人，其對於不動產並無處分權，如將登記之財產為物權處分者應屬無權處分（民法第 118 條），倘相對人為善意者，可依民法第 759 條【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 114 頁**】之 1 第 2 項及土地法第 43

16 謝哲勝，「消極信託和借名登記形成脫法行為」，月旦法學雜誌，第 132 期，2006 年 5 月。

17 詹森林，借名登記之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月，頁 128-132。王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（1），臺灣本土法學雜誌，第 52 期，2003 年 11 月，頁 76。陳聰富，「脫法行為、消極信託及借名登記契約」，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月，頁 180。

18 此為最高法院長期以來多數之見解。

19 邱玟惠，「借名登記契約當事人死亡之實務爭議」，月旦時報雜誌，第 51 期，2016 年 9 月，頁 26。

條善意受讓之規定，取得不動產之所有權，蓋不動產之公示登記，並不足以謂登記名義人擁有登記不動產的形式（對第三人的外部關係）或實質（對出名人的內部關係）所有權，或為真正權利人²⁰。此說並進一步指出由借名人自負出名人違約處分的風險，某種程度雖反映出不鼓勵成立借名登記契約之政策思想，然法院之功能不在抑制當事人訂立借名契約之誘因，而在個案中之動、靜安全中謀求當事人間的利益平衡，登記制度與「惡意不受保護」原則，本質上即屬衝突的狀態，以第三人是否善意或惡意，決定第三人之信賴是否值得保護，較能維護第三人利益之平衡²¹。

（二）折衷說：又可分為二種：

1、第三人善意時為有權處分，惡意時得撤銷：此說認為借名登記契約係由法院，針對消極信託行為之效力，由實務判決逐漸演化而發展的無名契約，其性質與信託契約類似，在信託契約，受託人登記為信託物的所有權人時，取得所有權，而轉讓信託物於他人時，為有權處分，在借名登記契約，應為相同之解釋。惟相對人為惡意時，基於惡意不受保護之原則，應類推適用信託法第 18 條之規定，使借名人有撤銷權²²。

2、第三人善意時為有權處分，惡意時為無權處分：此說認為出名人於名義上為標的物之權利人，當其違反借名登記契約處分該標的物時，原則上仍應認為係有權處分，蓋一般人通常得依登記名義形式認定權利歸屬。惟若第三人為惡意時，為兼顧借名人之權益，則應依民法第 118 條無權處分之規定處【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 115 頁**】理。良以財產之形式權利人違反約定處分財產，致真正權利人利益受損時，應優先考量真正權利人之權益，賦予借名人權利，使其得主張出名人仍無權處分而拒絕承認出名人之處分行為，真正權利人亦不因此受該處分行為拘束²³。並進而指出相對人為善意時，借名人即不得向第三人主張該行為無效、得撤銷或效力未定等，此時借名人須承擔出名人違反契約處分財產之風險，借名人僅得於內部關係依債務不履行之規定尋求救濟；然倘相對人為惡意時，由於借名人無法全面防止出名人擅自處分財產之風險，基於優勢風險承擔原則，應由相對人承擔借名人可能拒絕承認該無權處分行為之風險²⁴。此說並為王澤鑑教授所贊同²⁵。亦有認為第三人與出名人成立法律關係時，如已知悉該財產為借名登記者所有，縱不能直接適用民法第 87 條第 1 項規定，使移轉所有權之物權行為解為因通謀虛偽意思表示無效，但參考該條保護善意第三人之法理，該知情之第三人

20 黃士洲，「所得名目、歸屬及實質課稅之運用」，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 91。

21 張新樞，「借名登記契約之爭議問題（下）」，司法周刊，第 1831 期，2016 年 12 月 30 日。

22 陳聰富，民法總則，2014 年 12 月，頁 270。

23 詹森林，「借名登記契約之法律關係」，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月，頁 132。

24 詹森林，「借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任」台灣法學雜誌第 186 期，2011 年 10 月，頁 53。

25 王澤鑑，註 17 文。

主張出名人為所有權人，亦即第三人為惡意時，應例外認為借名人始為所有權人²⁶。

（三）有權處分說：此說認為借名契約並未如信託契約有其信託財產登記制度之公示要求（信託法第4條），且受託人違反信託本旨處分信託財產時，亦僅賦予受益人有聲請法院撤銷其處分之權（信託法第18條第1項），在未撤銷前，仍屬有效，尚非無效或效力未定。因此，在借名登記契約上，土地登記簿上登記名義人之公示外觀與效力，理應予以較強之貫徹，【**中華法學第17期，2017年11月，第116頁**】以免立法者之價值判斷失衡。準此，形式上之權利人即出名者就該財產為處分者，縱其處分違反借名契約之約定，仍應為有權處分，無再區分相對人（第三人）為善意或惡意，而異契約之效力。此時，借名人在透過借名契約獲益之同時，即應自行考量與承擔出名人違約處分財產之風險。至於借名人因此所受之損害，則由依其內部關係之債務不履行或不當得利規定，尋求救濟²⁷。

三、實務之見解

實務上歷年來針對借名登記契約之出名人擅將標的物處分予第三人之效力，所作成之判決，汗牛充棟，主要亦不外如以下三說：

1、甲說：有權處分說

不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人与借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分（最高法院103年度台上字第1518號民事判決）。

2、乙說：原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分借名登記契約乃當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人。出名人在名義上為財產之所有人或其他權利人，且法律行為之相對人係依該名義從形式上【**中華法學第17期，2017年11月，第117頁**】認定權利之歸屬，故出名人就該登記為自己名義之財產為處分，縱其處分違反借名契約之約定，除相對人係惡意外，尚難認係無權處分，而成立不當得利（最高法院100年度台上字第2101號民事判決）。

3、丙說：無權處分說

出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之

26 劉春堂、黃宏全、張鈺光，司法院司法智識庫就最高法院99年度台上字第2448號民事判決評釋。

27 吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分，台灣法學雜誌，第137期，2009年10月，頁162。

相對人係惡意時，自當依民法第 118 條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益（最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決）。

前述無權處分說係沿襲實務上早年之見解脈絡而來，蓋實務上早期認為借名登記契約乃消極信託，大多係通謀虛偽意思表示或脫法行為，屬於無效之法律行為。則出名人未得借名人之同意，擅將標的物處分，自屬無權處分。有權處分說則係因實務嗣後已改變見解，承認借名登記契約之合法性，本此思維脈絡所建立之理論，並成為最高法院近年來之主流見解，在該院 105 年度台上字第 473 號民事判決中對此更有詳盡細膩之解析：「按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利（第 1 項）。因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響（第 2 項）。民法第 759 條之 1 定有明文。上開第 1 項為貫徹登記之效力而規定之推定力，真正權利人僅得以對登記名義人主張登記原因係無效或得撤銷，並依法定程序塗銷登記，始得推翻，在此之前，登記名義人即為該不動產物權之權利人。又為保護信賴登記而依法律行為為物權變動登記之善意第三人，同條第 2 項復規定善意第三人之權益，不因原登記物【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 118 頁**】權之不實而受影響，以維交易安全。該項所稱『原登記物權之不實』，係指物權登記之物權行為，具有無效或得撤銷原因，或登記錯誤或漏未登記等情形，本不應發生物權變動效力，因該物權登記致登記所表彰之物權與實際狀態不一致而言，不包括依適法債權行為所為之物權登記。又不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何『原登記物權之不實』可言。」至於折衷說之理論基礎與有權處分說相同，但為貫徹「惡意不受保護」之原則，應將第三人為惡意之情形，排除在外。

以上三說為最高法院在近十年來先後所表示之法律見解，造成下級審法院極大的困擾，乃由臺灣高等法院暨所屬法院 104 年度法律座談會作成提案討論，經決議移請最高法院討論，最高法院遂將上述甲乙丙三說列為該院 105 年度民議字第 1 號提案，經多次開會熱烈討論後，於 106 年 1 月由民事庭全體庭長、法官表決後採甲說（有權處分說），使得此一長期懸而未決之重大爭議問題，得以統一法律見解。

肆、有權處分說之思辨

一、概說

借名登記契約在法律上之地位，實務之見解歷經長久以來【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 119 頁**】之遞嬗及發展，近年來已形成共識，定位於一尊，認為除有違反強制禁止規定或公共秩序善良風俗外，概承認其合法性。則借名登記契約與其他之法律行

為，所應具備之成立及生效要件並無差異，其法律關係不論對內效力或對外效力，均應依法律行為之一般規定處理。

而借名登記契約之標的物，以不動產為最大宗（例外如車輛、有價證券、存款、保險等）。而關於不動產之登記，土地法第 43 條規定：「係本法所為之登記，有絕對之效力。」民法第 759 條之 1 第 2 項規定：「因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因登記物權之不實而受影響。」對於不動產之登記賦予公信力，出名人既為財產登記之所有權，其對外處分該財產之行為，自屬有權處分，固無庸置疑。

惟土地法第 43 條規定土地登記有絕對效力，旨在保護交易之安全，乃建立在第三人信賴登記基礎上，就該善意之第三人對於登記簿上所登載之權利事項，縱使登記與真正權利關係不一致，亦可因信賴登記為交易而取得權利，並非在保護交易安全之必要限度外，剝奪真正之權利²⁸。又民法第 759 條之 1 第 2 項規定「不因登記物權之不實而受影響」，係指不動產物權經登記者，依同條第 1 項推定其適法有此權利，然若登記之物權與實際狀態不一致，例如無所有權登記為所有權者，真正權利人仍得對登記名義人依法定程序推翻其推定力²⁹。

借名登記係由借名人向出名人借用名義登記為財產之所有權人，屬於典型「名實不符」之登記，出名人基於登記之形式【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 120 頁**】外觀，雖被推定為合法之權利人，出名人未得借名人之同意擅自處分標的物時，借名人對於為交易行為之善意相對人（第三人），固不得主張出名人係無權處分；但如第三人為惡意時，是否仍應認為出名人係有權處分？即不無作深層思考之餘地。

二、法學方法上之探索

在法治國家之體制下，法官應依據法律獨立審判（憲法第 80 條），因此，法官在審理具體案件時，應就其依調查證據之結果所認定之事實，適用最正確之法律，以期得出妥適之結論。法官在法律規定明確時，固可根據條文文義以邏輯推理的方式或解釋的方法闡明其含義後，作三段式之涵攝。但在欠缺法律明文規定之情形下，則應以創造補充之方式（法官造法）填補其缺漏，始能使法律的適用完備無缺³⁰。

借名登記本質上屬於消極信託，出名人僅出借人頭（名義），財產仍由借名人依原來之狀態繼續管理、使用及收益，不僅未能產生經營的實益增進社會福祉，且容易成為規避強行法規或公序良俗的手段，增加脫法行為之滋長³¹，其合法性本有高度可疑。嗣因

28 司法院院字第 1919 號解釋、最高法院 33 年上字第 4983 號、35 年京上字第 1681 號判例。

29 民法第 759 條之 1 立法理由。

30 施啟揚，民法總則，2007 年 7 月版，頁 64。

31 謝哲勝，「借名登記之名消極信託之實」，月旦時報，創刊號，2010 年 2 月，頁 58。

社會變遷，國民思想觀念改變，在開放民主的社會及自由經濟市場下，許多傳統的價值藩籬紛紛被推翻，物換星移，昨非今是，已成為時代巨輪不斷前進中必然之現象，實務改弦易轍，承認借名登記之合法性，雖為時勢所趨，但在欠缺法律規範下，法院自須依法官造法之方式填補漏洞，庶免社會交易秩序遭受破壞。

借名契約之對外效力為何？屬於法官造法之層次，而非僅【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 121 頁**】法律文義解釋之問題，自不能拘泥於法律邏輯或法學概念。誠如 66 年台再字第 42 號判例：「因私法上法律行為而成立之法律關係，非以民法（實質民法）有明文規定為限，苟法律行為之內容，並不違反公序良俗或強行規定，即應賦予法律上之效力，如當事人本此法律行為成立之法律關係起訴請求確認保護其權利，法院不得以法無明文規定而拒絕審判。」對此問題，法院應運用第三順位的法源即法理尋求其適用之依據（上開判例亦編在民法第 1 條底下）。

民法第 1 條所稱之法理，意義十分抽象及不確定，且含有濃厚的法律哲學，法官運用法理裁判時，就如同瑞士民法第 1 條第 2 項所言，係自居於立法者地位所應行制定之法規，除應依事物本質及法律之一般原理原則，尚須為其他方面之論證，如衡平、正義、法律的安定性、實效性及一般性等³²。

為貫徹登記制度之公示性，財產登記之形式應與實質一致，以免危害交易安全。關於名實不符之登記，應循信託之方式辦理，否則即可能淪為通謀虛偽意思表示，借名登記雖因在當事人間具有成立借名契約之真正意思，與通謀虛偽意思表示不可等量齊觀，但倘第三人明知出名人所處分之財產係借名人所有，仍與之為交易行為，此際出名人除違反借名登記契約之約定，而應負債務不履行責任外，極可能亦構成犯罪（侵占罪或背信罪），第三人知情卻仍與之完成交易行為，無異助紂為虐，為虎作倀，其心可誅，其行可議，如依有權處分說之理論，該第三人依然可以受到法律之保護，是否合於正義之要求？實有疑問。【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 122 頁**】

有權處分說之學說，雖主張依登記之外觀形式，認無須區分第三人為善意或惡意，而均應認出名人對借名之財產有處分之權利。然所謂權利外觀原則（權利外觀優越原則、信賴原則），係因其具有一定之外形事實，足可推斷有真實之權利或事實關係存在，而對於信賴此項外觀而為法律行為之人，法律均給予其所信賴事實相同之法律效果，以為保護³³，由此反面推論，倘非信賴該外觀形式而為法律行為之人，自不應加以保護，否則將破壞民事法長期以來所建立之「惡意不受保護」之原則。

惡意不受保護之原則，分布在民事法之條文中，隨處可見，舉其較具代表性者，除

32 Arthur Kaufmann 著，法律哲學，頁 93 之 7 以下。楊日然，「民法第 1 條之研究」，鄭玉波主編民法總則論文選輯，頁 206 以下。

33 謝在全，民法物權論（上），103 年 9 月版，頁 52。

不動產登記之公信力（土地法第 43 條、民法第 759 條之 1 第 2 項）、動產善意受讓（民法第 801 條、第 948 條）外，其他如通謀意思表示之當事人，不得以其無效對抗善意第三人（民法第 87 條第 1 項）、債權讓與之特約不得對抗善意第三人（民法第 294 條第 2 項）、公司對於股東代表權所加之限制，不得對抗善意第三人（公司法第 58 條）、票據抗辯得對抗惡意之票據取得人（票據法第 13 條）、以惡意或有重大過失取得票據者，不得享有票據上權利（票據法第 14 條）、違反禁止證券詐欺、資訊不實之規定者，對於有價證券之善意取得人或出賣人負賠償責任（證券交易法第 20 條第 3 項）、違反禁止操作市場之規定者，對於善意買受人或出賣人負賠償責任（證券交易法第 155 條第 3 項）等等，貫穿民事法典，不勝枚舉，此與法諺所云：「法律乃善良及公平之藝術」³⁴，如出一轍，已成為民事法一項重要原則，法官造法時【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 123 頁**】自不應再創造出惡意可受保護之惡例。

三、債法現代化之啟發

自德國於 2002 年修正其債法制定債法現代化法後，日本亦啟動債法現代化修訂之工作，並於 2015 年 3 月向國會提出民法修正草案，可望在 2017 年完成立法程序。而法國為提供成文法國家現代化的版本，讓法國契約法更有吸引力，經取得國會授權，以發布命令方式修正其契約法及相關債法的規定，施行於 2016 年 10 月 1 日起訂立之契約³⁵。足見債法之規定及解釋，應以現代立法之思想及價值作為立足點。

採有權處分說之論者，雖從利益衡量之觀點，認為借名登記契約之借名人，在透過借名契約獲益之同時，應自行考量與承擔出名人違約處分財產之風險，無論出名人處分財產之相對人係善意或惡意，均應認為係有權處分云云。此種說法固合乎法律邏輯與法學概念，然所謂利益衡量係法官處理具體案件之一種價值判斷，一種裁判的結論，而非導出此項結論之方法，法官在闡釋法律時，應擺脫邏輯的機械規則之束縛，衡量現行環境及各種利益之變化，以探求立法者若處於今日立法時，所可能表示之意思，而加以取捨，其發現之本身，亦為一種價值判斷³⁶。

最高法院早期創造信託行為時，在 62 年台上字第 2996 號判例稱信託行為之受託人在法律上為所有權人，其就財產所為一切處分行為，完全有效，在受託人未將受託財產移轉還信託人以前，不能謂該財產仍為信託人所有，似亦循所有權處分說【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 124 頁**】之思維所為之立論。惟 85 年公布施行之信託法第 18 條第 3 款規定：受託人違反信託本旨處分前二條以外之財產，而相對人及轉得人明知或因重大過失不知受託人之處分違反信託本旨者，受益人得另請法院撤銷其處分。對於受

34 鄭玉波，法諺（1），73 年 8 月，頁 1。

35 陳自強，「法國契約法修正與現代化」，月旦法學雜誌，第 259 期，2016 年 12 月，頁 143

36 楊仁壽，法學方法論，99 年 5 月版，頁 302。楊仁壽，法學方法之進展，102 年 4 月版，頁 445。

託人違約處分信託財產之惡意相對人，已不再認為受託人係有權處分，此乃現今立法者對於名實不符法律行為效力之價值取捨。最高法院目前承認借名登記契約之合法性與當年創造信託行為之脈絡如出一轍；則處於今日，吾人在思考借名登記契約外部效力時，究竟應以 40 年以前不再援用之判例為本，抑或應參考信託法中立法者之思維作為基準，不辯自明。

又私有財產之尊重即保護所有權（靜的安全），乃近代法制之一大職志，亦為民法及憲法之優先價值秩序，借名登記契約之第三人，須對真實物權狀態不知，方有信賴存在，倘係惡意，自不受登記公信力之保護³⁷。借名登記契約在今日既與其他之法律行為同樣取得合法地位，則借名人之財產自仍應受到應有之保護，借名人與出名人訂立契約所承擔之最大風險，應僅止於日後可能因出名人心存歹念將財產占為己有，而無法請求返還之風險（借名人之所以訂立借名契約，常因存有不可告人之隱情，不欲人知，而未書寫書面，致日後訴訟時難以舉證，而遭受不利之判決），不宜擴大到惡意之第三人介入之情形，就利益衡量之觀點，在借名人與惡意第三人間，何人之利益較值保護？似亦昭然若揭。

再者，在效力不完全之法律行為上，得撤銷的法律行為在未經撤銷以前，仍為有效之法律行為，且得因除斥期間之經過【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 125 頁**】而確定有效；效力未定之法律行為，於成立時既非有效，亦非無效，在有權利人承認以前，其效力始終處於懸浮不定之狀態。就相對人利益之保護，比較之下，得撤銷之法律效果顯然優於效力未定。而信託行為之正當性遠大於借名登記，對於同屬交易行為之惡意相對人，信託法第 18 條第 2 項第 3 款規定為得撤銷，則借名登記契約如賦予效力未定之法律效果，即給予較為低度之保護，亦能合於法律之價值判斷。

伍、結語

德國著名法學家薩維尼（Savigny）曾言：「解釋法律，係法律學的開端，並為其基礎，係一項科學性的工作，但又為一種藝術。」美國前哈佛大學法學院院長龐德（Roscoe Pound）亦曰：「法貴乎穩定，卻不能停滯。」美國前聯邦最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）更在其鉅著「普通法」（The Common Law）的開端，提出下列膾炙人口、發人深省的經典名言：「法律的生命不在邏輯，而在經驗。」法律的生命係隨社會而成長，並因社會變遷及時代推移不斷發展，法律的運用不能只偏重形式邏輯的演繹及法學概念的推論，而應在變動的社會中，透過價值判斷及利益衡量，俾法律能與社會需求及時代價值相合。

37 謝在全，民法物權論（上），103 年 9 月版，頁 292、295。

借名登記乃實務上為順應民間之需求，承認其合法性所創造出來之法律制度，屬於法官造法之層次，為法學方法上較為細膩及深層之領域，法院在適用時，自不能拘泥於法律的邏輯及法學概念，而必須就事物之本質，經由利益衡量與價值判斷，以尋求最妥當之結論。司法雖應謙抑自制，不宜輕易造【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 126 頁**】法，但亦不該墨守成規，抱殘守缺，致重回昔日概念法學或機械法學之窠臼。

借名登記契約，登記在出名人名義下之不動產，因出名人擅自處分予第三人，在法律經濟學上恆會產生「外部效應」³⁸，此項外部效力如第三人為善意時，基於借名登記契約之合法地位，固應採有權處分說，但若第三人為惡意時，根據民事上長久以來所建立的「惡意不受保護」之原則及「惡意者不得主張權利」之法理³⁹，針對借名登記名實不符之本質，應認為出名人係無權處分，較能符合當事人之利益狀態及法律之價值判斷，並避免創造出惡意受到保護之惡例。前揭最高法院之決議採有權處分說，原則上雖可贊同，但未區分第三人為善意或惡意，而一律給以同等的保護，是否妥當？則有待商榷。【**中華法學第 17 期，2017 年 11 月，第 127 頁**】

38 溫麗琪編譯，法律經濟學，2003 年，頁 192。

39 蘇永欽，「物權行為的獨立性與無因性」，跨越自治與管制，1999 年 1 月，頁 243。