

由借名登記契約論不動產物權

變動登記之效力

林誠二

東吳大學法學院教授

美國伊利諾州立大學比較法學碩士

目 次

- 壹、借名登記契約之概念
- 貳、不動產物權變動與登記制度
- 參、借名登記契約之有效與無效
- 肆、出名人處分借名登記不動產之
效力問題
- 伍、結論

壹、借名登記契約之概念

所謂借名登記契約，遍翻民法以及相關特別法，並無此種契約類型之明文規定。事實上，借名登記契約係由司法實務運作中所產生之法律行為類型，並非立法者之預設概念。故在分析借名登記契約之效力及相關問題前，應先行說明借名登記契約之意義、目的與其他類似法律概念間之異同。

一、借名登記契約之意義

借名登記契約因未有法律之明文規定，故亦不存在明確無疑之法律上定義，但綜合實務上相關判決之說明¹，應可解為「當事人間相互約定，一方（即「借名人」）以他方（即「出名人」）名義登記為特定財產之權利人，但仍保留特定財產之使用、收益及處分權限，他方允為擔任特定財產之權利登記名義人之契約。」²，準此定義，借名登記契約中之出名人僅負有出借名義擔任特定財產權利登記名義人之義務；但該財產之使用、收益及處分權限仍為借名人所享有，出名人未經借名人之指示或同意時，即不得任意處分該特定財產。

借名登記契約之性質，應屬債權契約，固無異論，但有實務見解認定為無名契約，應類推適用委任契約之規定³，亦有論者認為此應為依民法第 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，應補充適用委任規定之適用結果⁴，雖其效果並無不同，但就理論上之性質而言，借名登記契約中之出名人僅單純出借名義供借名人登記特定財產，並未有給付勞務之約定，故似以類推適用委任之規定較為合理。

二、借名登記契約之訂立目的

借名登記契約既然並非民法中所規定之有名契約類型，同時可能產生不動產物權登記與真正權利歸屬不一致之風險，則實務上為何仍有當事人不斷採用？由

1 最高法院 99 年度台上字第 1424 號民事判決；同院 99 年度台上字第 1097 號民事判決；同院 98 年度台上字第 990 號民事判決；同院 98 年度台上字第 76 號民事判決；同院 91 年度台上字第 1871 號民事判決。

2 借名登記契約相關概念之整理，可參閱卓心雅，「論不動產借名登記契約—以所有權歸屬為中心」，法學新論，台灣•台北，第 33 期，2011 年 12 月，頁 92-93。

3 最高法院 95 年度台上字第 1037 號民事判決；同院 91 年度台上字第 1871 號民事判決。

4 吳從周•卓心雅，「借名登記與無權處分/最高法院九八台上七六」，台灣法學雜誌，台灣•台北，第 137 期，2009 年 10 月，頁 163。

相關實務判決所示內容推究其可能之訂立目的，不外有以下情形⁵：

（一）規避法律上有關取得不動產物權之資格限制：

例如 2000 年 1 月 26 日修正刪除前舊土地法第 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，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。」以及國民住宅條例第 7 條第 2 項規定授權內政部得就國民住宅之承購人資格加以限制，故借名人倘欲取得上開私有農地或國民住宅之不動產物權而不具有法律所定之資格者，常以具有資格之出名人作為上開不動產物權之登記名義人。⁶

（二）避免稅捐負擔之加重：

由於現行地價稅之課徵係採累進稅率（土地稅法第 16 條），又依特種貨物及勞務稅條例第 2 條及第 7 條規定銷售持有期間在二年以內之房屋及其坐落基地或依法得核發建造執照之都市土地而無同條例第 5 條之事由（例如所有權人與其配偶及未成年直系親屬僅有一戶房屋及其坐落基地，辦竣戶籍登記且持有期間無供營業使用或出租情形）者，應課徵一定比例之特種貨物稅（即一般稱為「奢侈稅」）。故當事人為避免累進稅率之增加或因不動產交易額外負擔特種貨物稅，即可能由借名人以出名人之名義作為不動產之登記名義人，俾以達成節稅或避稅之考量。⁷

（三）基於身分關係所為之財產配置：

此種情形最常見於夫妻或父母子女間，即具有身分關係之一方（例如夫或父母）基於財產配置或分配之考量，而將本屬於自己所有之不動產借名登記他方（例如妻或子女）之名義之下，此時如借名人仍享有不動產之使用、收益以及處分之權，即屬借名登記契約而非親屬間之贈與行為。⁸

5 相關整理，可參見陳聰富，「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，台灣•台北，第 123 期，2005 年 8 月，頁 228 以下；卓心雅，前揭文（同註 10），頁 96 以下；葉張基，「借名登記契約與信託契約之比較—兼評最高法院九十一年度台上字第二〇二八號民事判決」，全國律師雜誌，台灣•台北，5 月號，2005 年，頁 119 以下。

6 類似情形，例如最高法院 73 年度第 5 次民事庭會議決議（經同院 92 年度第 8 次民事庭會議決議不再供參考）；同院 80 年度台上字第 2700 號民事判決；同院 93 年度台上字第 919 號民事判決；同院 97 年度台上字第 289 號民事判決等。

7 類似情形，例如最高法院 88 年度台上字第 2115 號民事判決；同院 92 年度台上字第 1054 號民事判決；同院 98 年度台上字第 1048 號民事判決等。

8 類似情形，例如最高法院 89 年度台上字第 1119 號民事判決；同院 94 年度台上字第 362 號民事判決。

（四）為避免債權人將來可能之強制執行：

當事人無論是否已發生對於他人之債務，惟為避免未來可能發生債權人之強制執行，即可能將自己名下之不動產登記予第三人（出名人）。⁹

（五）為隱藏借名人之財產狀態資訊：

即借名人為避免他人向其借錢或遭流言議論，而以自己之不動產借名登記於他人（出名人）名下，以達隱藏借名人財產狀態資訊之目的。¹⁰

由上述各種借名登記契約之訂立目的，應可發現借名登記契約實係遊走於合法與不法目的邊緣之契約類型，在以「基於身分關係所為之財產分配」、「隱藏借名人之財產狀態資訊」等原因下所為之借名登記契約，固然沒有目的不法之疑義。然而，基於「規避法律上有關取得不動產物權之資格限制」、「避免稅捐負擔之加重」或「避免債權人將來可能之強制執行」之情形，借名登記契約即有是否以合法手段達成不法目的之疑慮。但事實上當事人為何訂立借名登記契約可能兼有多重目的，如非瞭解當事人締約當時之完整背景狀態，實難判斷當事人真正之訂約目的為何。惟應先說明者，借名登記契約雖有目的不法或不正當之可能性，然基於尊重私法自治之精神，似難一概以借名登記契約得成為當事人達成目的不法之工具即論以無效。又借名登記契約縱有構成違反法令之處，因民法對於有瑕疵之法律行為亦非一律論以無效，舉例而言，於債務人所為詐害債權之法律行為時，民法僅賦予債權人撤銷權（民法第 244 條），故如以「避免債權人將來可能之強制執行」所訂立之借名契約，倘無同時構成其他法律行為無效之事由，自不能單以「有害債權人之債權或強制執行」即論以無效。但無論如何，借名登記契約仍因為其有構成目的不法之可能性，所以引起實務與學說上對於其有效性之爭論（詳後述）。

三、與其他法律行為之辨異

由於借名登記契約在定義上之模糊性以及訂立目的上之多重性，借名登記契約極易被歸類為下列法律概念之中，說明如下：

（一）通謀虛偽意思表示與借名登記契約：

民法所稱之通謀虛偽意思表示，係指表意人與相對人有相互故意通謀而為違

9 類似情形，例如最高法院 80 年度台上字第 1412 號民事判決；同院 94 年度台上字第 362 號民事判決。

10 類似情形，例如最高法院 89 年度台上字第 572 號民事判決；同院 91 年度台上字第 1871 號民事判決。

反內心真實意思之虛偽表示者，始足當之，例如債務人甲恐債權人乙查封執行其財產，而與丙偽作買賣及移轉行為，將財產出賣並讓與丙即屬之¹¹。此時依民法第87條第1項本文規定，通謀虛偽意思表示應屬無效，故無論表意人與相對人基於通謀虛偽意思表示所為之債權行為與物權行為均屬無效。從而有判決認為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¹²。對此，本文以為借名登記契約與其配合完成之不動產物權移轉登記行為應屬不同之法律行為，不動產物權移轉登記行為固因當事人欠缺變動不動產物權之法效意思而有構成通謀虛偽意思表示而無效之可能性，但借名登記契約之雙方當事人既有訂立契約之法效意思，應無構成通謀虛偽意思表示可言¹³。故引用民法通謀虛偽意思表示之概念論斷借名登記契約之效力，應有誤解之處。

（二）信託行為與借名登記契約：

信託行為者，於信託法施行前，有實務見解認為係指委託人授與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。¹⁴而於信託法1996年1月26日公佈施行後，信託行為之定義依信託法第1條規定：「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨為受益人之利益或特定目的，管理或處分信託財產之關係。」故信託行為之約定內容必然包含「使受託人依信託本旨為受益人之利益或特定目的，管理或處分信託財產」。然而，借名登記契約之內容雖使出名人取得特定財產之登記名義，但有關該特定財產之使用、收益以及處分權限仍由借名人享有，故其應非信託法所稱之信託行為。再者，有學者認為在信託法理下有所謂「積極信託」與「消極信託」(passive trust)之分，其區分標準在於受託人有無處理信託事務之積極義務，如受託人無處理信託事務之積極義務而僅擔任特定財產之名義所有人（人頭）者，即屬消極信託，準此，借名登記契約中之出名人倘無積極管理該登記財產之義務者，即為消極信託行

11 拙著，民法總則新解（下），瑞興圖書公司，2012年9月3版，頁88以下。

12 最高法院70年度台上字第2052號民事判決。

13 相同見解，請參閱詹森林，「借名登記契約之法律關係」，收錄於『民事法理與判決研究（五）』，元照出版公司，台灣•台北，2007年12月初版，頁80。

14 最高法院66年度台再字第42號判例（已不再援用）。

為。¹⁵但亦有判決認為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權責，凡財產之管理、使用或處分悉仍由委託人自行為之時，是為消極信託私法行為。惟信託與借名登記之無名契約，性質迥然不同，消極信託得否逕認其效力相當於借名登記之無名契約，洵非無疑。¹⁶似認為借名登記契約並非消極信託行為。就此，本文以為由出名人對於登記財產不負有管理義務或使用、收益以及處分權限之事觀之，借名登記契約確與消極信託具有高度相似性，甚至將借名登記契約認定為消極信託類型之一，亦無不可。但應注意者，消極信託乃為英美信託法下之概念，台灣信託法中並無規定¹⁷，更無禁止消極信託行為之相關規定，故縱使承認借名登記契約為消極信託行為，並不當然即為否定借名登記契約之效力。

（三）脫法行為與借名登記契約：

所謂脫法行為，乃當事人將強行法所禁止之事項，以其他合法方法迂迴達成不法目的之行為。脫法行為是否有效，須視其所迴避之強行法規是否為禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，如為肯定且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，¹⁸例如賭博、私娼為法所禁止，為達此目的而簽立支付賭債之票據行為或借貸行為，均應屬無效。¹⁹因此，脫法行為嚴格來說並非一種法律行為之類型，而係法律解釋的問題²⁰。脫法行為之無效，乃因其實質違反強行法所禁止之事項。至於借名登記契約是否為脫法行為？有判決認為被上訴人因無自耕能力，依（舊）土地法第 30 條之規定，不能享有系爭土地之所有權，竟於買賣契約中，作成徒具形式而無實質之利他契約，利用登記名義人之指定，逃避土地法第 30 條之禁止規定，以達其享有土地所有權之實質目的，此種脫法行為應屬無效。亦有論者直指借名登記契約多為有目的且否定土地法第 43 條不動產登記效力之脫法行為²¹；或謂借名登記契約為名實不符且違反積極信託之脫法行為

15 謝哲勝，「消極信託和借名登記形同脫法行為－實務相關判決評釋」，月旦法學雜誌，台灣•台北，第 132 期，2006 年 5 月，頁 190 及 196。

16 最高法院 76 年度台上字第 1958 號民事判決。

17 王志誠，信託法，五南圖書出版公司，台灣•台北，2010 年 1 月四版，頁 43-44。

18 最高法院 87 年度台上字第 2834 號民事判決。

19 最高法院 44 年台上字第 421 號判例。

20 王澤鑑，前揭書（同註 6），頁 309-310。

21 郭松濤，「談借名登記契約－兼評最高法院 98 年度台上字第 990 號判決」，司法週刊，台灣•台北，第 1579 期，2012 年 2 月 2 日，頁 2-3。

²²。然本文認為脫法行為之判斷標準既在於「行為結果有無實質違反強行法所禁止之事項」，故首先應檢視有無法律上之禁止規定，其次再檢視借名登記契約之結果有無造成實質違反該禁止規定所欲避免之事項。以 2000 年 1 月 26 日修正刪除前舊土地法第 30 條第 1 項規定為例，其性質應屬強行性之禁止規定，是無自耕能力借名人利用具有自耕農身分之出名人實質取得私有農地使用、收益及處分之權，此種借名登記契約應有違反舊土地法第 30 條第 1 項規定而無效之可能。然依前述，借名登記契約之訂約目的各有不同，倘現行法上無某種行為之禁止規定者，自不能將全部之借名登記契約均藉由脫法行為之概念而論以無效，亦即借名登記契約是否構成脫法行為，應依具體個案以為認定。

貳、不動產物權變動與登記制度

一國有關不動產法律制度之良莠，不僅涉及國家對於不動產是否能有效管理監督以及按實課稅，更關乎於對人民財產權之保護以及交易安全之維護。是以舉世各國莫不以建制完整之不動產登記制度以達成上開目的。當時國民政府亦於西元 1930 年 6 月 30 日制定土地法，並於 1946 年 10 月 2 日發布土地登記規則，其中不動產登記制度兼採「權利登記制」以及「托崙斯登記制」之特長²³，故不動產物權採取全面強制登記，不動產物權之得喪變更應以登記為其公示方法（民法第 759 條之 1 第 1 項），且藉由登記制度所彰顯之不動產物權資訊，應具有絕對效力（土地法第 43 條），任何人不得任意推翻不動產物權登記之真實性，用以保護社會大眾對不動產登記制度之信賴以及交易安全。

一、不動產物權變動之原因

按民法上之權利義務變動，係來自一定法律事實之發生，不動產物權變動之原因亦復如此，大體上可分為「基於法律行為所生」以及「基於法律行為以外之法律事實所致」二種情形²⁴。在前者，係指因當事人間一定之債權債務關係使一方或雙方當事人負有使不動產物權發生、變更或消滅之義務，進而當事人以物權行為履行其義務內容，例如甲與乙約定將甲名下之A屋出售予乙（成立買賣關係），

²² 謝哲勝，前揭文（同註 23），頁 191-192。

²³ 陳立夫，「土地登記之公信力及其保護對象之範圍」，收錄於『土地法研究』，新學林出版公司，台灣•台北，2017 年 8 月一版，頁 127。

²⁴ 詳細說明，請參閱鄭冠宇，民法物權，新學林出版公司，台灣•台北，2011 年 9 月二版，頁 40 以下。

甲為履行其買賣契約之義務（民法第 348 條）遂與乙合意完成A屋所有權移轉之物權行為並辦理A屋所有權移轉之登記（民法第 758 條）。此種不動產物權變動原因之承認，係法律保障人民對於財產權之處分自由以及尊重私法自治而來，故不動產物權變動與否，除法律有特別限制外，應依當事人有無變動不動產物權之意思表示定之。倘當事人關於變動不動產物權之意思表示有瑕疵時，例如發生通謀虛偽意思表示（民法第 87 條）、意思表示錯誤（民法第 88 條）或意思表示被詐欺（民法第 92 條）時，即非當然發生確定之不動產物權變動效果。至於後者，係指因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為之法律事實所致不動產物權變動之情形（民法第 759 條），此時不動產物權於法律事實發生或法律規定之時間點發生變動，故不以當事人有變動不動產物權之意思表示為必要。舉例而言，強制執行法所規定之拍賣，雖依實務見解係解為由執行法院代執行債務人為出賣之意思表示並與拍定人間成立買賣契約²⁵，然拍定人取得執行債務人之不動產物權方式，係由拍定人繳足拍賣價金後，即由執行法院發給權利移轉證書（強制執行法第 97 條），拍定人自領得執行法院發給之權利移轉證書之日起，不待完成不動產物權之登記，即取得不動產物權（強制執行法第 98 條第 1 項）²⁶。故此，因強制執行程序取得不動產物權者，並非來自執行債務人與拍定人間有移轉不動產物權之合意（物權行為），實際上係基於國家公權力使執行債務人之不動產物權消滅並使拍定人取得該不動產物權，性質上即非基於法律行為所生之不動產物權變動。

二、不動產物權行為之要件

在基於法律行為所生不動產物權變動之情形，由於台灣民法接受德國立法例所採之「形式主義」，即物權因法律行為變動時，當事人間須有變動物權之意思表示（物權行為）並履行登記或交付之法定方式，始能發生物權變動之效力²⁷，故單純成立債之關係（例如訂立買賣契約）尚不足發生物權變動，必須另有物權行為始能發生物權得喪變更之效果。又此變動物權之意思表示（物權行為），其效力對於當事人影響甚鉅，為求當事人作成意思表示前慎重考慮並留存證據以避免日後爭執，民法第 758 條第 2 項規定不動產物權行為應以書面為之，若未完成書面者，縱當事人有口頭或其他形式以變動物權為目的之意思表示，該不動產物權行為仍屬無效（民法第 73 條）。

25 最高法院 49 年台抗字第 83 號判例；同院 64 年台上字第 2200 號判例。

26 最高法院 56 年台上字第 1898 號判例。

27 謝在全，民法物權論（上），作者自版，台灣•台北，2009 年 6 月修訂四版，頁 83。

其次，債權行為與物權行為效力不同，債權行為僅使當事人間產生債權債務關係，基於債之相對性，對於第三人並無拘束力。反之，物權行為可使物權直接發生變動，又因物權具有對世效力，故以物權行為處分物權之人必以有處分權為前提，否則即構成無權處分，依民法第 118 條第 1 項規定非經權利人承認該行為前，無權處分行為效力未定²⁸。最後，基於交易安全（動的安全）之維護，物權變動有賴於建立信賴保護原則而保護善意第三人之信賴，而信賴保護原則又以權利外觀為基礎，表現在制度上，即為「公示原則」。即物權之變動為減少交易成本，避免第三人遭受不測的損害以及維護交易安全，須有一足以由外界可以辨認的徵象，在不動產物權之變動，民法係以「登記」作為公示方法，故不動產物權行為非經登記不生效力（民法第 758 條第 1 項）。至於動產物權變動則以「交付」作為公示方法，動產物權之讓與，除讓與合意外，非經交付不生效力（民法第 761 條）。因此，一個有效之不動產物權行為，除因符合一般法律行為要件之要求（例如當事人有行為能力、標的適法、妥當等）外，並應符合下列三者特殊要件：

- （一）須有書面作成以變動不動產物權為目的之有效意思表示；
- （二）須處分人對於不動產物權有處分權限；
- （三）須當事人完成不動產物權變動之登記。

三、不動產登記制度與善意取得制度

藉由台灣土地法所採之不動產全面登記制度以及民法以登記作為不動產物權變動之公示方法下，據其所為之不動產登記資訊應具有相當之可信賴性，而事實上縱不動產登記資訊有何違反真實之處，除第三人為惡意者外，亦難以判斷其真偽與否，此時如仍堅持依真實情形論斷不動產物權變動有效與否，恐有害交易安全並影響社會大眾對於不動產登記制度之信賴。因此，縱不動產登記資訊與真實權利歸屬有所不符，仍應使善意信賴不動產登記資訊而為法律行為之人取得不動產物權，此即為「不動產善意取得制度」（或稱「登記之公信力」），例如土地法第 43 條規定：「依本法所為之登記，有絕對效力。」其立法意旨即為保護第三人起見，將不動產登記事項賦與絕對真實之公信力，故真正權利人只能在未有第三人取得權利前，以登記原因無效或得撤銷為塗銷登記之請求，但若已有第三人本於現存之登記而為取得權利之新登記以後，則除得依土地法第 68 規定請求損害賠償外，

28 王澤鑑，民法總則，作者自版，台灣•台北，2008 年 10 月修訂版，頁 284-285。

不得更為塗銷登記之請求。²⁹

又 2009 年 1 月 23 日台灣民法物權編修正時，復增定民法第 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，不因原登記物權之不實而受影響。」已使不動產善意取得制度於民法上取得明文規定之承認。惟應注意者，依民法第 759 條之 1 第 2 項之規定，不動產善意取得制度之適用，除以「存在違反真實之不動產物權登記」為要件外，尚須「善意第三人係依法律行為已取得不動產物權登記」，是其適用範圍僅限於善意第三人係基於法律行為所生不動產物權變動登記之情形，倘善意第三人基於法律行為以外之法律事實所致不動產物權變動登記者，自無不動產善意取得制度之適用，例如被繼承人生前與他人為通謀虛偽意思表示而取得他人不動產物權之登記名義之情形，縱令被繼承人死亡而繼承人善意繼承者，仍不得對於他人不動產物權主張民法第 759 條之 1 第 2 項規定之效力，蓋被繼承人與繼承人既無法律行為（物權行為）之存在，自非交易安全保護之範疇，亦無保護善意繼承人之必要。即如實務見解所謂不動產信賴登記而受保護之規定，除須為信賴登記之善意第三人，並有移轉不動產所有權之合致意思，及發生物權變動登記之物權行為外，必以依合法有效之法律行為而取得者，始得稱之³⁰。

至於本文以下所欲討論之借名登記契約，因可能造成不動產登記資訊違反真實之情形，此時對於信賴不動產登記資訊之善意第三人，不動產善意取得制度是否足以提供完全之保護？即有詳細分析之必要。

參、借名登記契約之有效與無效

由於借名登記契約與民法中之通謀虛偽意思表示具有相似性，構造上與消極信託名異而實同，目的上更有形成脫法行為之虞，尚且其多有造成不動產登記制度違反真實權利歸屬以及規避其他法律適用之功能，以致無論實務或學說上對於其有效性多有所質疑。以下本文先行介紹各方見解，最後再提出一己之見以供讀者參酌。

29 最高法院 41 年台上字第 323 號判例，及土地法第 68 條：「因登記錯誤遺漏或虛偽致受損害者，由該地政機關負損害賠償責任。但該地政機關證明其原因應歸責於受害人時，不在此限。前項損害賠償，不得超過受損害時之價值。」

30 最高法院 101 年度台上字第 1412 號民事判決。

一、實務上之觀點

實務上有關借名登記契約效力認定之看法頗為歧異，有認為多屬通謀而為之虛偽意思表示而認為無效者³¹；有認為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，即為消極信託，除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，應難認該信託為合法³²；或認定農地買受人依民法第 269 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（舊）土地法第 30 條規定而訂立，應認係脫法行為而無效³³。

然而，亦有判決認為借名登記，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，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，並類推適用民法有關委任之規定³⁴。綜合而言，台灣於較早期之實務見解中，多認定借名登記契約屬於消極信託或脫法行為而否定其效力，特別是借名登記契約之目的如在於規避（舊）土地法第 30 條之適用者。然至近期，實務見解則朝向借名登記契約屬無名契約，並承認其有效性之方向為解釋。

二、學說上之見解

學說上對於借名登記契約之效力亦多有不同意見，其中有認為借名登記契約應屬無效者（可稱為「無效說」），例如有論者即認為信託法係為規範財產名義人未實質享有財產利益之法律關係，借名登記契約自應受其規範，然借名登記契約之出名人（受託人）並無積極管理財產之義務，即屬消極信託及脫法行為，為對社會無益之不法行為，其效力應屬無效。³⁵或直接認為借名登記大多是有目的之脫法行為，應可直接否定借名登記契約之合法性，不承認借名登記契約之存在，蓋

31 最高法院 70 年度台上字第 2052 號民事判決。

32 最高法院 98 年度台上字第 1339 號民事判決；同院 93 年度台上字第 752 號民事判決；同院 83 年度台上字第 3172 號民事判決。

33 最高法院 94 年度台上字第 907 號民事判決；同院 93 年度台上字第 752 號民事判決；同院 80 年度台上字第 2284 號民事判決。

34 最高法院 100 年度台上字第 1972 號民事判決；同院 100 年度台上字第 1696 號民事判決；同院 99 年度台上字第 1662 號民事判決。

35 謝哲勝，前揭文（同註 23），頁 195-200。

承認借名登記契約之效力，不啻間接否定土地法第 43 條之效力，並衍生許多法律糾紛或社會問題。³⁶

反之，亦有認為應概括承認或有條件承認借名登記契約之效力者（可稱為「有效說」），例如有認為基於私法自治原則，當事人基於特定目的而訂立之借名登記契約應屬無名契約，且因現行法並無明文規定加以禁止，其內容亦無與公序良俗牴觸，因無違反民法第 71 條或第 72 條無效之問題。³⁷亦有認為借用他人名義登記不動產時，其法律關係究為消極信託與借名登記，應依個案及當事人意思定之，如屬消極信託行為時，在訂立具有實質正當理由之情形，應解為雙方隱藏之借名契約有效；惟若無正當原因而為消極信託行為時，該行為應屬通謀虛偽意思表示而無效。至於當事人一開始即以借名登記契約成立法律關係者，應依契約自由原則承認其有無名契約之效力。³⁸

三、本文意見

對於此一爭議，本文認為會因構成通謀虛偽意思表示以致無效者，僅有配合借名登記契約所為之不動產無權移轉登記行為，但借名登記行為本身並非當然有通謀虛偽意思表示，已如前述。再者，脫法行為之構成，依本文前揭說明，必須先確定法律上有強行性之禁止規定存在，始能檢驗借名登記契約是否構成脫法行為。但借名登記契約若僅影響課稅之計算基準或導致土地登記制度有違真實者，此應屬稅捐機關得否按實課稅或當事人應否承擔不真實登記事項所致風險之問題，不當然得作為否定私人所為法律行為效力之依據。申言之，影響國家公權力行使之法律行為應否論以無效，此應屬立法者衡量公共利益與個人利益後應否予以規範之範疇，在未有立法者不能預見而存在填補法律漏洞之必要性下，倘適用法律者得任意以特定法理或制度目的否定法律行為之效力，恐將混淆立法與私法之界限，並造成對於私法關係之過度干涉，例如消極信託行為雖有英美立法例曾否定其效力，但信託法並無類此禁止規定，更無庸論晚近基於保障財產隱私權之緣故，英美立法例已有承認在某些商業交易中應維持消極信託行為有效性³⁹。可見至少在現行法下，借名登記契約之有效或無效，應與其是否屬於消極信託並無直

36 郭松濤，前揭文（同註 29），頁 2。

37 詹森林，前揭文（同註 21），頁 78-79。

38 陳聰富，前揭文（同註 13），頁 231。

39 方嘉麟，「信託架構之價值取向及衝突平衡設計」，收錄於『信託法之理論與實務』，元照出版公司，台灣•台北，2007 年 12 月初版，頁 168-169。

接關連，實務上所謂「有確實正當原因之消極信託即為有效」即同其旨。因此，借名登記行為既為法律所未規定之無名契約，其有效或無效仍應回歸一般法律行為合法性與妥適性之具體判斷，倘個案中之借名登記契約並無直接或間接抵觸法律上之強制或禁止規定（民法第 71 條），亦無背於公序良俗者（民法第 72 條），似仍應肯定其有效性。

肆、出名人處分借名登記不動產之效力問題

依前所述，台灣近期最高法院之判決意旨以及部分學說見解，多肯定借名登記契約如未以規避法律上之禁止規定為目的者，無論解為有正當理由之消極信託或無名契約，均肯定其有效性。然而，在借名登記契約有效之前提下，倘出名人違反內部與借名人間借名登記契約之約定而處分借名登記之不動產時，該處分行為之效力如何？第三人得否藉此取得物權？此爭議問題造成借名人與第三人權益之保護衝突，應有詳為分析討論之必要。

一、實務上之觀點

有關出名人違反借名登記契約而處分借名登記之不動產時，實務上有認為對借名者而言，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。⁴⁰依此一見解，應係認為借名登記契約成立後，借名登記不動產之處分權仍由借名人享有，故出名人違反借名登記契約之處分應構成無權處分⁴¹，非經借名人之承認，該行為效力未定（民法第 118 條第 1 項），但善意第三人得依情形主張善意取得制度（土地法第 43 條、民法第 759 條之 1 第 2 項）之保護。

然而，亦有判決認為若執行標的之不動產係登記於執行債務人名下所有，縱令該第三人（借名人）與執行債務人間有借名登記或信託登記之情形，亦僅得依借名登記或信託登記關係，享有請求執行債務人返還該不動產所有權之債權而已，系爭為執行標的之不動產所有權人既為執行債務人，第三人（借名人）即無

40 最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決。

41 最高法院 99 年度台上字第 1114 號民事判決；同院 96 年度台上字第 1487 號民事判決。

足以排除強制執行之權利。⁴²似認為倘出名人之債權人對於借名登記之不動產聲請為強制執行時，借名人不得據以借名登記契約或內部約定處分權歸屬借名人提起第三人異議之訴（強制執行法第 15 條），從而依此推論，若拍定人藉由強制執行程序取得借名登記之不動產物權時，拍定人自領得執行法院發給之權利移轉證書之日起該取得不動產物權（強制執行法第 98 條第 1 項），借名人不得依物上請求權（民法第 767 條）請求返還或塗銷登記。

二、學說上之見解

學說上對此一爭議問題之看法，亦有不同見解。例如有論者認為其解釋可為依借名登記契約之約定出名人並無處分權，出名人出賣借名登記之不動產予第三人時，買賣契約固然有效，但物權行為則屬無權處分，僅第三人為善意時受善意取得制度（土地法第 43 條、民法第 759 條之 1 第 2 項）之保護⁴³。或謂出名人未經借名人之同意所謂之處分，因出名人作為該財產之登記名義人，且一般人僅得依登記名義形式上認定權利之歸屬，故出名人所為之處分行為縱違反借名登記契約之約定，原則上仍應論以有權處分，但第三人為惡意時，則以無權處分（民法第 118 條）處理，以兼顧借名人之利益。⁴⁴惟亦有認為在出名人違約處分借名登記不動產之外部關係上，對照信託法中對於信託財產仍有登記制度之公示要求（信託法第 4 條），但借名登記契約因無公示方法無從認定權利之歸屬，且為確保不動產登記之公示外觀效力，避免立法者之價值判斷失衡，無論第三人為善意或惡意，均應認為出名人所為之處分仍為有權處分，藉以使借名人在享受借名登記契約之同時，應自行考量並承擔出名人違約處分財產之風險。⁴⁵是由上開說明可知，在出名人處分之對象為善意第三人時，無論認定出名人之處分為有權處分或使第三人得主張善意取得制度，其目的皆使善意第三人得終局取得借名登記之不動產物權，借名人所受之損害僅得透過債務不履行之規定向出名人請求損害賠償。反之，在出名人處分之對象為惡意第三人時，學說上則有認為出名人之處分為有權處分或無權處分之不同見解，論者並對此後續提出相關補充理由互相辯駁，形成近期台灣方面民法學說理論上之重要爭議⁴⁶。

42 最高法院 97 年度台上字第 637 號民事判決；同院 68 年台上字第 3190 號判例。

43 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之評釋」，台灣本土法學雜誌，台灣•台北，第 52 期，2003 年 11 月，頁 76-77。

44 詹森林，前揭文（同註 21），頁 84。

45 吳從周•卓心雅，前揭文（同註 12），頁 164-165。

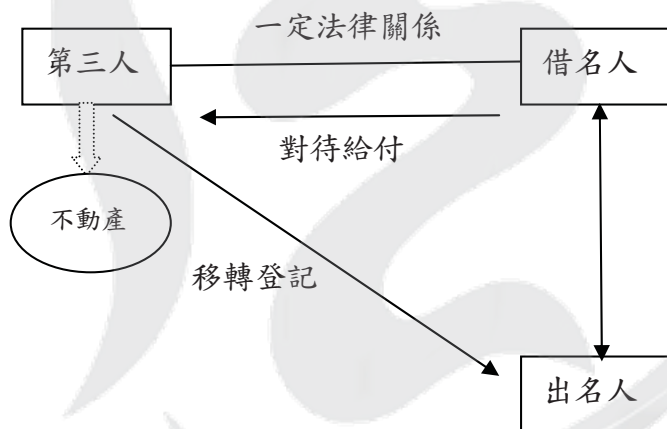
46 後續學說上意見之整理，請參閱詹森林，「借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出

三、本文意見

對於此一爭議問題，本文認為應先釐清出名人取得不動產登記名義之方式者，始能具體判斷不動產物權之歸屬及後續出名人所為處分之效力如何。亦即借名登記契約之可能類型，固可按照借名登記之財產類型、借名登記之實際目的而有不同分類⁴⁷，然與此處討論內容較有關連者，乃依出名人取得特定財產登記名義之方式不同，分為下列類型：

（一）出名人係由第三人處取得特定財產之登記名義（以下簡稱「類型1」）：

此種類型，係指借名人使第三人將自有之不動產物權移轉或設定予出名人並使出名人取得該不動產物權登記名義人之身分。至於借名人與第三人間多有一定法律關係（例如訂立買賣契約），以使第三人得由借名人處獲得對待給付。而借名人與出名人內部間則成立借名登記契約之法律關係。茲以圖示如下：

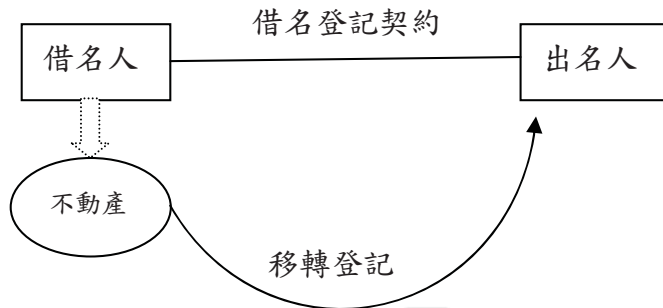


（二）出名人係由借名人處取得特定財產之登記名義（以下簡稱「類型2」）：

此種類型，係指借名人與出名人間除成立借名登記契約之法律關係外，借名人並同時以自己不動產物權移轉或設定登記予出名人，並使出名人取得該不動產物權登記名義人之身分。以圖示如下：

名人之不法管理責任－最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析－；卓心雅，前揭文（同註 10），頁 100 以下。但總結而言，仍不脫出名人之處分為「無權處分」或「有權處分」之爭論。

47 葉張基，前揭文（同註 13），頁 119 以下；卓心雅，前揭文（同註 10），頁 96 以下。



上開二種不同類型借名登記契約之差別，主要在於出名人由第三人處獲得不動產登記名義者（即「類型 1」之情形），借名人與出名人間僅有單純借名登記契約之債權債務關係。反之，出名人由借名人處獲得不動產登記名義者（即「類型 2」之情形），兩者間除有借名登記契約外，應仍存有形式上為完成不動產物權變動登記所需之物權行為。在「類型 1」及「類型 2」之情形中，除借名登記契約有違反民法第 71 條或第 72 條之情形外，在借名人與出名人間固均成立有效之借名登記契約，然借名登記契約僅具有債權性質，縱借名人明示限制或禁止出名人對於借名登記不動產為處分，其亦不足以判斷出名人有無法律上之處分權，更無從據此論斷出名人對外所為之處分屬無權處分或有權處分。

而在「類型 1」之情形中，出名人由第三人處獲得不動產登記名義者，第三人多有移轉登記不動產予出名人之真實意思表示，但出名人一方，無論其受讓登記不動產之意思表示係由出名人自行作成或借名人代理為之者，因其多無使出名人真正取得不動產物權之法效意思，法律上應論以虛偽意思表示，但依民法第 86 條規定，單方虛偽意思表示除相對人（即「類型 1」中之第三人）明知者外，否則其意思表示仍為有效，故原則上出名人仍得藉由與第三人間之不動產物權移轉登記行為取得不動產物權，縱事後出名人違反借名登記契約之約定將不動產處分予他人者，因法律判斷上出名人仍為真正不動產物權人，其處分應屬有權處分，縱他人為惡意時，亦得取得該不動產之物權，此時借名人僅得依債務不履行之規定內部向出名人請求賠償。

反之，在「類型 2」之情形中，出名人由借名人處獲得不動產登記名義，但兩者間所為之不動產物權移轉行為因雙方均欠缺移轉不動產物權之法效意思，應構成民法第 87 條之通謀虛偽意思表示，故不動產物權移轉行為為無效，不動產物權仍屬借名人所有，出名人僅為不動產之登記名義人，倘出名人違反借名登記契約之

約定將不動產處分予他人時，因出名人欠缺處分權，所為之處分行為自屬無權處分，非經借名人之承認該處分行為效力未定（民法第 118 條第 1 項）。至於他人如為善意第三人時，則可主張民法第 87 條第 1 項但書通謀虛偽意思表示之無效不可對抗善意第三人規定之保護，或逕為主張不動產善意取得之規定（土地法第 43 條、民法第 759 條之 1 第 2 項）。

惟應注意者，前述實務與學說見解中雖多有主張出名人所為之處分構成無權處分時，善意第三人得適用不動產善意取得之規定獲得保護，此於論理上固屬的論。然實務案例中，亦可能發生出名人並非自為處分而係因債權人之強制執行被動處分借名登記之不動產者，此時縱拍定人為善意，因拍定人係基於法律行為以外之原因不動產物權（民法第 759 條），此與不動產善意取得制度（土地法第 43 條、民法第 759 條之 1 第 2 項）之適用前提必須有「善意第三人係依法律行為已取得不動產物權登記」之情形有別，實務上即有見解認為：「強制執行中拍賣之不動產為第三人所有者，其拍賣為無效。所有權人於執行終結後，亦得提起回復所有權之訴請求返還，法院判令返還時，原發管業證書當然失其效力，法院自得命其繳銷，業經司法院院字第 578 號解釋在案。至強制執行法第 98 條規定拍賣之不動產，買受人自領得執行法院所發給權利移轉證書之日起，取得該不動產所有權，係指拍賣之不動產本得為強制執行之標的物者而言，若不動產屬於第三人所有，而不應為強制執行之標的物者，即應依上開解釋辦理。」⁴⁸故此時善意拍定人得否主張逕依不動產善意取得之規定取得借名登記之不動產物權，法律上即存有適用疑義。因此，本文認為在借名登記之不動產遭強制執行拍賣之情形，善意拍定人雖非依法律行為取得不動產物權登記，但其仍屬社會生活中交易行為，善意第三人仍有受法律保護之必要性，此時應得依民法第 87 條第 1 項但書規定認為借名人與出名人有關不動產移轉登記行為之通謀虛偽意思表示不可對抗善意拍定人，善意拍定人仍得主張拍賣不動產為出名人所有，以確保經拍賣程序所取得之不動產物權。

48 最高法院 30 年上字第 2203 號判例。

伍、結論

借名登記契約之產生實際上即當事人為迴避不動產登記制度之公示效力所為之約定，其本身是否因構成違反不動產登記制度之脫法行為或消極信託行為而無效，當屬立法形成之範疇，在現行民法、土地法或信託法無相關禁止規定之情形上，似難直接認定借名登記契約係屬無效之法律行為。

然而，縱認借名登記契約於現行法下仍屬有效之法律行為，惟當事人間為配合完成不動產借名登記所進行之不動產物權行為仍有可能因構成民法第 87 條之通謀虛偽意思表示而無效，從而出名人雖取得特定不動產物權之登記名義，但仍未在法律上當然成為特定不動產物權之真正權利人，此乃因民法接受德國立法例採取債權與物權行為分立制度（即形式主義）之緣故。

因此，在出名人並非不動產物權真正權利人之情形下，如其違反內部與借名人間借名登記契約之約定而擅自處分借名登記之不動產予第三人時，學說上有為保護交易安全而一概論以有權處分，亦有先認定為無權處分再適用善意取得制度以保護善意第三人，或謂依第三人之善惡意分別認定為有處權分或無權處分。而本文認為在出名人欠缺處分權之情形下，認為出名人處分借名登記不動產之行為應構成無權處分，此與理論上物權行為以處分人應有處分權為要件之要求較為相符，但對於保護善意第三人之機制除適用善意取得制度外，因出名人有可能係遭債權人強制執行拍賣借名登記之不動產，此時出名人與拍定人間並無處分行為，拍定人恐有未能受善意取得制度保護之虞。因此，應可考慮適用民法第 87 條第 1 項但書通謀虛偽意思表示不可對抗善意第三人之法理，以避免因借名登記關係而產生保護交易安全之法律漏洞。另為便於讀者清楚認識借名登記契約所生之爭議及相關見解，本文謹以圖示如下：

