

刊登於月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 28-37 頁。

## 自耕能力與借名登記 —最高法院 107 年度台上字第 1023 號判決評析

林慶郎

臺北大學法律學系助理教授

### 【前言】

我國物權變動，原則上以登記為生效要件，惟我國民眾因各種考量，往往借用他名義為物權登記，衍生諸多爭議，向來成為我國司法實務關注之重點。又近年來因國內經濟成長及海外臺商陸續回臺，帶動國內不動產之發展，使得不動產之借名登記，又成為訴訟上常見之抗辯與爭點。特別是早期為了因應修正前土地法第 30 條規定<sup>1</sup>，而產生諸多借用自耕能力之人為借名登記契約之效力，最高法院相關見解之變遷，反應了最高法院試圖調和不動產物權登記公信原則及遵循契約當事人內心真意間，所遭遇之挑戰與努力，值得吾人持續關注，最高法院 107 年度台上字第 1023 號判決，針對當事人間約定「取得人名義，任由一方指定」之文義，從諸多角度出發，使契約朝向有效之方向解釋，具有重要之啟發意義。

### 【本案事實】

本件甲主張其與原地主於民國（下同）77 年間，就農地簽訂不動產買賣契約，惟因甲並無自耕農能力，受限於當時土地法第 30 條之規定，無法辦理所有權移轉登記，乃委託訴外人代書覓得有自耕能力之乙，並以買賣為原因，辦理所有權移轉登記於乙，但乙卻將該土地向銀行設定抵押權，並將貸得款項交給代書，再將土地以贈與為原因，為贈與所有權移轉登記於丙，甲於 91 年間知悉上情後，即對代書及乙提出刑事自訴，並遭刑事判決確定。甲主張其出資購買系爭土地，為真正所有權人，乙、丙共同侵占系爭土地，係故意不法侵害甲之所有權，亦無法律上原因受有利益，而乙係基於借名登記，為系爭土地名義人，借名登記存在於乙與原地主間，甲代位原地主終止該借名登記契約，並請求返還土地。【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 28 頁】

關鍵詞：借名登記、自始客觀不能、自耕能力、農地買賣

<sup>1</sup> 即 89 年 1 月 26 日刪除前之土地法第 30 條規定：「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。違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」

## 【爭點】

本件原告甲主張被告乙係基於借名登記為系爭土地之名義人，並代位原地主終止借名登記契約，並類推適用第 541 條第 2 項、第 549 條第 1 項、第 550、541 條及民法第 179 條規定<sup>2</sup>，先位聲明請求丙移轉系爭土地所有權予甲<sup>3</sup>。

原告另主張乙、丙共同侵占系爭土地，致原告受有按公告現值計算之損害，以備位聲明一，依民法第 184 條第 1、2 項及第 179 條規定，請求損害賠償。

原告又主張乙、丙間贈與契約及所有權移轉登記，為通謀虛偽意思表示，丙負有回復原狀義務，原告為乙之債權人，代位乙請求丙塗銷系爭贈與之所有權移轉登記，而以備位聲明二，依民法第 87、113、242 條規定，請求丙應塗銷贈與之所有權移轉登記，並回復為乙所有，及乙應為所有權移轉登記於原告。

被告乙抗辯系爭農地買賣契約，因違反修正前土地法第 30 條之規定而無效，原告並無任何權利，縱然買賣契約有效，但因尚未為登記，原告並非系爭農地之所有權人。被告丙則抗辯因乙未能清償貸款，而向丙為借貸，為免土地被拍賣，才登記於丙。

從而，本件爭點乃在於借名登記究竟存在於何人間，以及原告與原地主間之買賣契約，是否因違反修正前土地法第 30 條規定而無效。

## 【判決理由】

本件原審認為原告於簽約時不具自耕能力，該買賣契約亦未敘明應移轉登記於有自耕能力之第三人，亦無雙方預期系爭土地變為非農地或上訴人日後取得自耕農身分或不受法律限制後，再為移轉登記，故買賣契約依民法第 246 條第 1 項前段規定無效，原告既非系爭土地之所有權人，無從主張所有權受侵害，而維持第一審所為原告敗訴之判決。

案經上訴後，最高法院認為通觀契約全文，斟酌立約當時之情形及其他一切證據資料，就文義上及理論上詳為推求，系爭買賣契約第 10 條雖未記載登記予任何或特定有自耕能力之第三人，但在斟酌一切證據資料後，認為原審未調查審認，逕認系爭買賣契約為無效，自嫌速斷，並廢棄發回臺灣高等法院。

## 【評析】

本件爭點在於某甲與原地主間之農地買賣契約，是否有效，此攸關原告對於地主是

2 最高法院亦有認為借名登記之成立側重於借名者與出名者間之信任關係，其契約性質應與委任契約同視，而認為直接適用民法委任之相關規定，參見最高法院 106 年度台上字第 2683 號民事判決。另關於借名登記在法學方法論上之探討，請參閱吳從周，台灣民法解釋學之發展現況—著重在本土判決實踐的印證，月旦民商法雜誌，30 期，2010 年 12 月，35 頁。

3 此外，原告尚有依民法第 184 條第 1 項前段及第 179 條規定，追加第三項損害賠償請求之聲明；其後復追加主張代位系爭土地原地主對被告行使所有物返還請求權。上開各請求權皆為擇一請求。

否有登記請求權，間接影響借名登記契約之存在。【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 29 頁】

首先，本件關於借名登記之當事人，究何所指，在兩造及歷審判決間，曾有不同見解。

就此而言，若依最高法院向來針對借名登記，認係出名人與借名人間之債權契約<sup>4</sup>，則出名人為登記名義人之丙，殆無疑義，但借名人究係農地之買受人甲，或農地之出賣人即原地主，在實務上容易發生爭執。以本件為例，原告起訴主張「代位原地主終止借名登記契約」，顯然係認為借名登記契約存在於登記名義人乙與原地主之間，而第二審判決亦認為「其復未證明原地主與○○○（某丙）間成立借名登記契約，自無從代位原地主終止該借名登記契約」，似乎亦未指摘原告就借名登記契約當事人之認定有誤。因此，原告與第二審法院，均認為借名登記係出名人與「原地主」間。

就此而言，最高法院判決理由認為「系爭土地有無借名登記之法律關係？即待釐清。苟上訴人（甲）為該借名登記契約之借名人，其已於第一審……言詞辯論期日陳述：若借名登記關係存在於伊與○○○（乙）間，當庭向○○○（乙）終止該借名登記關係在卷……與上訴人（甲）得否請求被上訴人（乙丙）返還系爭土地所有權所關頗切」<sup>5</sup>，將借名登記契約之當事人，轉回至「農地之買受人」與出名人之間，其就借名登記契約之當事人認定，誠屬正確<sup>6</sup>。

而原告之所以需要透過借名登記，主要乃因原告並無自耕能力，依斯時之土地法第 30 條規定，無法取得農地登記，始有藉助借名登記之必要<sup>7</sup>。

又關於農地之買賣，最高法院於 95 年度台上字第 1682 號判決認為「私有農地所有權之移轉，依八十九年一月二十六日修正刪除前之土地法第三十條規定，其承受人以能自耕者為限，如承買人當時係無自耕能力之人，須於訂約時明白約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三人，或約定待承買人自己有自耕能力時為移轉登記，或其他預期於不能之情形除去後為給付者，其契約始為有效，否則，即係以不能之給付為契約標的，依民法第二百四十六條第一項前段規定為無效。」，其類似之立場，也出現在原住民保留地之買賣契約<sup>8</sup>（詳後述）。

析言之，最高法院認為，私有農地所有權之移轉，承買人若無自耕能力，須於「訂

4 最高法院 106 年度第 3 次決議。

5 括弧內文字為作者所增，不影響判決真意，但有助於讀者理解。

6 相同之見解，亦見於最高法院 99 年台上字第 1114 號民事判決。

7 惟有學者認為此時當事人間之借名登記，係因雙方通謀虛偽意思表示而無效，並非屬脫法行為，參閱陳聰富，2005 年 8 月，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，227 頁。

8 最高法院 106 年度台上字第 2683 號判決認為「按原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效。」



約時」明白約定前述三種情【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 30 頁】況，否則就僅能於其他預期不能之情形除去後為給付者，其契約始得有效。

本案值得玩味者在於，本件兩造當事人之買賣契約第 10 條約定：「本件產權移轉登記時之取得人名義，任由甲方（買方，指上訴人）指定，乙方（出賣人）不得異議」，並未如最高法院向來實務所要求之明白約定。基此，第二審法院乃認買賣契約並未敘明應移轉登記與有自耕能力之第三人，亦無雙方預期系爭土地變為非農地或上訴人日後取得自耕農身分或不受法律限制後，再為移轉登記之意旨，故認原告與地主間買賣農地之契約仍係以不能之給付為標的，依民法第 246 條第 1 條規定為無效。

第二審法院之見解，僅係依循最高法院向來就農地買賣效力之見解，本無問題。但最高法院在本案中，卻與向來司法實務持不同之看法。

首先，最高法院認為契約文末「買賣不動產標示」欄載明買賣標的之地目為旱地或林地，依刑事確定判決事實欄所載，上訴人購買之農地筆數甚多，面積龐大，已付清價金，其取得系爭土地之意願強烈；地主也交付相關土地登記文件，使代書得以順利辦理所有權移轉登記，而包括本件乙在內之全部出名人，均屬有自耕能力之人，從而認為爭買賣契約簽訂時，兩造均明知系爭土地為農地及原告無自耕能力，故契約關於「取得人名義，任由上訴人指定」之約定，兩造間確有移轉於有自耕能力之人，以符合法律要求之締約真意。

簡言之，兩造間僅有「取得人名義，任由一方指定」之約定，依最高法院向來標準，顯然不符合「訂約時」有「明白約定」之意旨，本屬民法第 246 條第 1 項前段之情形，應屬無效。而我國民法之無效，為自始無效，於當法律行為成立時，即自始不發生當事人所意欲發生之效力<sup>9</sup>。從而，若依向來最高法院之標準，系爭契約因未於締約時明白約定日後待當事人預期不能之情形除去者，仍為有效之例外情形，契約為無效，於締約時即自始不發生當事人所意欲發生之效力，此時原地主無移轉所有權之義務，即無後續應以借名登記為契約履行手段之必要。

然而，最高法院在本件中，卻一反常態，衡量買賣所涉及標的之筆數甚多，買受人又確實交付大筆價金，乃至於代書所找之出名人，均係具有自耕能力之人，認為兩造間雖然僅約定「取得人之名義，任由上訴人（即農地實際買受人）指定」，仍有移轉予原告所指定之有自耕能力之人，以符合法律要求，而非致令其無效之真意。

最高法院積極從當事人農地買賣之筆數、兩造買賣價金及不動產所有權移轉登記文件之交付等情，綜合判斷當事人之真意，肯認兩造之契約有效，結論上固值贊同，但對於契約效力認定過程，仍值得商榷。

9 王澤鑑，民法總則，2020 年 9 月，573 頁。

首先，我國司法實務對於違反修正前土地法第 30 條之效力，定性為無效，而非效力未定，故訂約之時，倘無最高法院所稱三種例外約定，其效力自屬無效，且係於「訂約時」即已當然無效，【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 31 頁】當事人無論嗣後怎麼補救，甚至土地法第 30 條嗣後亦因修正而刪除，都不會使當然無效之法律行為，復活而發生原當事人預期之效力<sup>10</sup>。

甚至，於訂約當時，若無前述三種例外之約定，縱然嗣後買受人取得自耕能力，或土地法修正取消農地承受人資格限制，最高法院也認為不會讓原本已經無效之契約轉為有效<sup>11</sup>。

易言之，無效之法律行為，邏輯上其實並不發生「履約」之問題，但由於我國對於法律行為無效，採取自始、當然、確定無效之制度，於實體法上直接不發生法律效果，而非將無效作為「訴權」之規範，從而，雖然實體法上當事人之行為不發生效力，但當事人心目中，可能「並不知道」，或甚至「並不認為」法律行為會無效，從而仍然會有積極「履約」之行為，至於該行為之效力，必須要等具體紛爭發生，經法院判決確定後，在當事人「心目中」，才會發生「感覺上」類似於溯及既往失效之效力，但實際上該契約之效力，於訂約時早已當然無效。

因此，實務操作上困難之處，在於究竟應否由當事人「訂約後」之行為，反推當事人「訂約時」之心中真意。以最高法院 107 年度台上字第 1023 號判決之操作來看，顯然最高法院採取肯定立場，以「訂約後」之買賣價金及登記文件交付、登記名義人均具有自耕能力之人等情，作為「立約當時之情形及其他一切證據資料」，以回推「訂約時」當事人間應有欲符合法律要求，而無致令其無效之真意。

惟如前所述，我國民法之無效，既屬實體法上概念，而非訴訟法上之訴權，倘若當事人針對無效法律行為，還能透過嗣後行為加以補救，甚至扭轉戰局，成為有效之法律行為，無異將使得無效「效力未定化」，模糊了無效與效力未定之界限。亦即，最高法院所謂「立約當時之情形」，實不應擴大至當事人「立約後」之行為。

析言之，最高法院針對無自耕能力之人買受農地時所創設之三種例外約定，重點在於預期登記於「有自耕能力之人」，必須於「訂約時」、「明白約定」，但依最高法院 107 年度台上字第 1023 號之脈絡，無異賦與當事人事後針對無效法律行為有加以補正，以爭取敗部復活之機會，將使契約效力處於浮動狀態，實有礙於法律安定性。

再者，最高法院以嗣後指定之出名人，均為有自耕能力之人，反推兩造確有符合法律要求之真意乙節，猶值探討。因為若指定不具自耕能力之人為登記名義人，根本不可

10 類似之理由，亦可見最高法院 97 年度台上字第 879 號民事判決：「……當時係以不正當方式規避強制規定之脫法行為，應屬無效。無效之法律行為，係自始、當然、絕對無效，不能因嗣後土地法之修正，取消農地承受人之資格限制，而認為有效。」

11 最高法院 109 年度台上字第 2742 號民事判決。

能發生登記效力，若要完成登記程序，所指定之人「必然」為具自耕能力之人，若依最高法院之見解推演，所有訂約時無自耕能力之買受人，只要嗣後能找到具自耕能力之人進行登記，就一概認為當事人間有欲符合法律要求，無致令其無效之真意，【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 32 頁】所有農地買賣之契約，顯然形同「全盤解放」，根本無待當事人為最高法院所指三種例外約定之必要。換言之，訂約時有無明白約定，根本無傷大雅，並不影響買賣契約之效力。但最高法院是否真有此意，不無疑問。

又契約解釋應不超過當事人文義約定之最大範圍<sup>12</sup>，本件兩造契約既然約明「取得人名義，任由上訴人指定」，充其量僅表達出買受人「有權指定」取得人名義，並未約明指定「具有自耕能力之人」之意旨，基礎事實類似之案例，最高法院向來都認為屬民法第 246 條第 1 項前段而為無效<sup>13</sup>，何以唯獨於本件中卻改絃易轍，實不得而知。

換言之，本件當事人之約定，顯然並未約定登記給具自耕能力之人，當事人之文義並未有漏洞可言，最高法院之解釋，似乎超過當事人契約文義約定之最大範圍。

不過，如果從判決前後文對照，吾人可以猜想，本件真正影響最高法院內心證形成者，或許在於本件農地買賣之標的「數筆」，且出賣人並非僅有系【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 33 頁】爭被告一人，但其它出賣人與原告間，透過借名登記為所有權移轉之行為，均如願發生雙方「各取所需」，即原告確實迂迴取得農地所有權，其他農地出賣人也取得買賣價金，在買賣雙方「賓主盡歡」之氣氛下，映襯本件被告之抗辯，就顯得無理由。畢竟，倘不如此認定，本件同一次買賣其它已順利藉由借名登記完成所有權移轉登記之出賣人，假如「有樣學樣」，也紛紛主張當時買賣契約無效，可能在

12 最高法院 103 年度台上字第 713 號民事判決謂：「按契約乃當事人間在對等性之基礎下本其自主之意思、自我決定及自我拘束所成立之法律行為，基於私法自治及契約自由之原則，契約不僅在當事人之紛爭事實上作為當事人之行為規範，在訴訟中亦成為法院之裁判規範。因此，倘當事人所訂立之契約真意發生疑義時，法院固應為闡明性之解釋，即通觀契約全文，並斟酌立約當時之情形及其他一切證據資料，就文義上及理論上詳為推求，以探求當事人締約時之真意，俾作為判斷當事人間權利義務之依據。惟法院進行此項闡明性之解釋（單純性之解釋），除依文義解釋（以契約文義為基準）、體系解釋（綜觀契約全文）、歷史解釋（斟酌訂約時之事實及資料）、目的解釋（考量契約之目的及經濟價值）並參酌交易習慣與衡量誠信原則，加以判斷外，並應兼顧其解釋之結果不能逸出契約中最大可能之文義。除非確認當事人於訂約時，關於某事項依契約計畫顯然應有所訂定而漏未訂定，致無法完滿達成契約目的而出現契約漏洞者，方可進行補充性之解釋（契約漏洞之填補），以示尊重當事人自主決定契約內容之權利，並避免任意侵入當事人私法自治之領域，創造當事人原有意思以外之條款，俾維持法官之中立性。又解釋契約須以邏輯推理及演繹分析之方法，必契約之約定與應證事實間有必然之關聯，始屬該當，否則即屬違背論理法則。且契約如有疑義時，應盡量避免作成偏向不利於債務人之解釋，以防對經濟弱者之權益造成損害（法國民法第一千一百六十二條參照，該規定乃事物本質之本然及應然，自可當成法理）。」

13 例如最高法院 88 年度台上字第 1015 號民事判決，該案兩造之「不動產買賣契約書」第 6 條約定：「聲明移轉登記時之取得人名義任由甲方（指上訴人）自由指定」，而買受人嗣後確實也找了具自耕能力之人為取得名義人，但事實審及最高法院均認為未指明須為具有自耕能力之人，而認契約無效。法院甚至認為倘若當事人於契約訂立當時，有口頭約定允許買受人自由指定有自耕能力之人為承受人，何以代書不於書寫契約書之同時，加以明確記載，以明雙方權義關係，而認為證人即代書關於兩造有口頭約定由有自耕能力之人取得登記名義之證述不實。換言之，最高法院對於當事人間針對有自耕能力之人之約定，其實既嚴格又寬鬆，嚴格係指必須「訂約時」有約定，且約定方式必須限於「明白約定」，寬鬆則指當事人並非一定要在訂約時即已找到適合之自耕能力之人，縱然尚未尋得適切之人，但只要訂約時有明白約定，最高法院也就順應當事人之意，保留給當事人極大空間，可以在契約訂立後，再加以尋找，並於尋找到適切之人時，再為登記。



當事人間發生連鎖反應，引發更多訟爭。或許是在這樣之結果考量下，最高法院於本案例中，才罕見地將「取得人名義，任由上訴人指定」之字句，透過雙方當事人「訂約後」之行為，甚至第三人（同次農地買賣之其他出名人）為自耕能力之人等情，將契約朝有效之方向解釋。既然本件買賣契約有效，「借名登記」就順理成章，為雙方不得不採取之後續履約行為。畢竟，最高法院於本案例中，如果一方面肯認農地買賣契約有效，他方面又認為當事人借名登記之目的，在於規避修正前土地法第 30 條而無效，恐怕會讓當事人無所適從。

因此，以此邏輯推論，最高法院似乎只能認為本件買賣契約之效力，並不因形式上僅約定「取得人名義，任由上訴人指定」而無效，並進而肯認後續借名登記行為之效力，始得避免當事人間發生一連串「地動天搖」之骨牌效應。

其實綜觀最高法院在農地買賣案例中，當事人以借名登記契約為履約行為時之效力，「形式上觀之」確實有所歧異。

首先，最高法院曾採取「否定立場」，認為「當事人為規避強行規定之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。<sup>14</sup>」亦有採取肯定立場，但若再細分，肯定立場有偏「形式論」角度，即當事人間只要約定「有自耕能力之第三人」，即為有效<sup>15</sup>，亦有偏「實質論」角度，認為除了形式上之約定外，尚必須該出名之第三人，對於該借名登記之農地，具有耕作、管理或處分的能力，並且農地買受人確實將該購買之農地，賦予該登記名義之第三人耕作、管理或處分權，以達成一定之經濟上或社會上目的，與農地農用之國家政策尚無違背，才會認定農地買賣及借名登記契約，均屬有效，反之，若買受人僅將農地在名義上移轉登記與該第三人，但就農地之管理、使用或處分，仍由買受人自行為之，即認係脫法行為，買賣及借名登記契約均認為無效<sup>16</sup>。因此，這又使得實務上對於農地買賣契約之效力，除了就「訂約時」是否有「明白約定」登記於有自耕能力之第三人以外，尚且必須就嗣後出名人是否就該農地有實際耕作、管理或處分之事實，認定上更加複雜。

不過，在農地買賣的例子，如果主角變成私法人，問題似乎就單純許多。【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 34 頁】因為私法人無論如何不可能取得農地所有人資格，縱有最高法院所說之三種例外約定，仍被認為屬脫法行為而無效<sup>17</sup>。亦即，私法人

14 最高法院 105 年度台上字第 1852 號。

15 最高法院 106 年度台上字第 2683 號。

16 最高法院 93 年度台上字第 752 號判決參照，另最高法院在該案中，將借名登記契約定性為信託契約，值得關注。

17 例如前揭最高法院 105 年度台上字第 1852 號，農地之買受人為公司，其基於興建高爾夫球場而購買農地，最高法院判決理由中便認為「甲公司為私法人，似非農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構……陳稱：『受限於法令規定無法登記於甲公司名下，始決定借名登記於公司各股東名下』；嗣……簽立『土地返還登記請求權讓與證書』，將其對於上訴人之土地返還請求權讓與被上訴人（丁等）。依此情形，能否謂非規避農業發展條例第

為農地買受人之案件，不容易發生「敗部復活」之情況。

但是，一樣有政策保護目的之原住民保留地，最高法院就沒有實質要求必須就原住民保留地有何管理或處分事實，只要約定登記與買受人所指定具有原住民身分之人，契約即為有效<sup>18</sup>。

而雖然最高法院 108 年度台上大字第 1636 號大法庭針對原住民保留地之借名登記，已清楚闡釋以原住民為登記名義人之借名登記契約、原住民保留地之買賣契約、設定地上權及移轉所有權等契約，均屬無效。但是否就能遏止原住民保留地之買賣，仍然值得觀察。

首先，由前揭大法庭作成之後，最高法院於 109 年度台上字第 2742 號關於農地買賣之案例中，仍然重申向來「原則無效，三種例外約定有效」之既定模式來看，**目前可以確定，大法庭之見解，似乎並未擴及農地買賣之情形。**

再者，原住民保留地依照依台灣省山地保留地管理辦法（80 年 4 月 10 日廢止；79 年 3 月 26 日另訂定原住民保留地開發管理辦法<sup>19</sup>）第 8 條第 2 項規定，若係由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記。換言之，原住民實際耕作、養殖或畜牧使用，才應該是原住民保留地政策保護之重點，

因此，原住民保留地政策，是否仍應糾結於所有權人之「原住民身分」，或關心其使用狀態，是否確實符合保護原住民之生計，推行原住民行政所保留之「原有山地保留地」及經依規定劃編，增編供原住民「使用」之保留地之「使用目的」，何者孰為重要，其實不無疑義。或許應該思考，原住民保留地之政策，可以如農地一樣，從重視「農有」（自耕農能力）轉為「農用」（農業使用），將原住民保留地與農地取得【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 35 頁】人之要件，為相同之解釋，始為正論。

## 【結論】

農地保護為我國政府長期政策目標，但隨著經濟發展，土地價格飆漲，農地之投資效益逐漸浮現，許多農地之所有權爭執，隨之浮上檯面。

---

33 條前段之脫法行為？尚非無疑。」不過，細譯該案例之事實，甲公司係借用公司股東之一之某乙為出名人，主張借名登記契約在「公司」與股東乙之間，再由甲公司將其基於借名登記終止後之「登記請求權」讓與給其它股東，而請求出名人乙應將土地為所有權移轉登記於其它股東。若就物權移動軌跡觀之，其實還是在自然人（乙股東）與自然人（其它自然人股東）之間，公司唯一之角色，其實只有借名人之角色，而借名契約既然性質上只是債權契約之性質，公司自無不能當借名人之理，最高法院 105 年度台上字第 1852 號似乎混淆了債權行為與物權行為之區別，其見解有待商榷。

18 最高法院 102 年度台上字第 2189 號民事判決。

19 原住民保留地開發管理辦法第 3 條。



最高法院為了因應我國國情，向來同意當事人得約定待買受人取得自耕能力，或具體有自耕能力之特定人，或約定有自耕能力之第三人等三種情況，得認屬民法第 246 條第 1 項但書之情形，認契約為有效；但在農地保護之思維下，最高法院亦認為出名人除具有自耕能力外，尚需實際上為農地之耕作、管理或處分，否則即屬以迂迴方式規避民法強制規定而屬無效，充分展現最高法院對於捍衛農地保護政策，同時兼顧我國民間交易習慣，及鞏固物權登記公信力間之折衷及努力，值得肯定。

本例當事人間之約定，若依最高法院向來立場，本應為契約無效之認定，但最高法院卻從兩造及第三人在訂約後之相關行為，回頭認定兩造間契約仍有符合法律要求之締約真意，其見解之開創，值得注意。

最高法院是否想藉此開創，延伸創設第四種類型（即履約過程中積極尋求自耕能力之人為登記對象），不得而知。但既然只能移轉於有自耕能力之人，如果又從契約履行過程中，積極尋找自耕能力之人，即謂兩造間確有符合法律要求之締約真意，將使得原本最高法院向來要求當事人必須「訂約時」「明白約定」之標準，成為空談，進而使民法第 246 條第 1 項前段，在農地買賣之規範上成為具文。

當然，依國際契約法之潮流，並參考德國債法修正，已將舊德國民法第 306 條刪除<sup>20</sup>，不再區分自始主觀與客觀不能而異其效果，倘若最高法院有意採此種潮流，以呼應國際契約法之脈動，限縮契約無效之範圍與事由，就結論而言，固然值得贊同與支持，但最高法院似乎應該更明白表態，以為事實審審判之遵循。

最後，關於借名登記之效力，我國學說討論甚多，惟吾人可以看得出來，借名登記之背後，其原因不一而足<sup>21</sup>，其中若干就是因為早期許多契約自始客觀不能，特別是法律不能，例如本件之農地買賣，在最高法院創設了三種例外約定之標準以後，實務上為了使農地買賣能夠發生當事人所期盼之效力，乃衍生出雙方當事人去尋找有自耕能力之人，再以借名方式為登記。

因此，雖然借名登記違反物權登記主義，為許多學者批評<sup>22</sup>。但不可否【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 36 頁】認，借名登記在臺灣歷史上，承載了許多「當事人確有締約之真意」，但「法律不允許」之買賣，尤其是早期傳統農家社會「重男輕女」、「財產留子不留女」的觀念，家中若有男性子孫欲經營工廠，必須為商業登記，從

20 蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定的轉變，中原財經法學，2002 年 12 月，9 期，133 頁。游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，中研院法學期刊，2013 年 9 月，13 期，49 頁。

21 故學者亦有認為借名登記契約為無名契約，依私法自治原則，當事人基於特定目的而訂立借名登記契約，自無不可，參詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，2003 年 2 月，43 期，129 頁。

22 游進發，借名登記是信託且可能無效—以最高法院 107 年度台上字第 792 號民事判決為例，裁判時報，101 期，2020 年 11 月，47 頁。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，132 期，2006 年 5 月，200 頁。

而不具有自耕能力身分，農地無法登記於男性子孫，遂借名登記於家中女性子孫名下<sup>23</sup>。因此，借名登記某種角度觀之，也是一種「歷史共業」，需要當今人們一起承擔，並思考解決途徑。

因此，當年若沒有「借名登記」之存在，當事人就無法滿足其需求，而在農地買賣政策改變以後，農地政策由「所有人」轉為「使用目的」加以規範，雖已鬆綁農地買賣之限制，惟由於最高法院創設之三個約定例外，都必須「訂約時」「明白約定」為必要，故縱然於當今司法實務，仍然常見當事人努力舉證民國六、七十年代之契約真意，以證明「締約當時」確實有該等文字之真意，本件最高法院煞費苦心、迂迴地從農地筆數、價金給付及相關文件之交付，乃至積極尋找有自耕能力之人等履約過程，盡可能還原當事人訂約時真意，即為適例。

綜上所述，借名登記之效力，實難純粹以其違反物權登記，一律抹煞其效力，毋寧必須以個案判斷，當事人借名之目的、當事人隱藏心中真意之可非難性，來綜合考量，還給當事人一個私法自治的空間，至於最高法院是否有意藉此案，進一步鬆綁農地買賣之限制，寬認基於農地買賣所為借名登記之效力，值得後續觀察。本文不揣淺陋，期收拋磚引玉之效，望更多人持續關注農地買賣與借名登記之議題發展。【月旦裁判時報第 120 期，2022 年 6 月，第 37 頁】

---

23 實務上不乏其例，例如：臺灣高等法院臺中分院 102 年重上字第 7 號民事判決、臺灣高等法院 102 年重上更（二）字第 97 號民事判決等。