

刊登於司法周刊第 1579 期，2012 年 2 月，第 2-3 版。

## 談借名登記契約

### —兼評最高法院 98 年度第 990 號判決

郭松濤

臺灣高等法院法官

#### 壹、緒言

「借名登記」契約目前非常時興，賣房屋借名登記、買賣股票借名登記、投資理財借名登記……，花樣百出，不勝枚舉，因此之故，社會上因「借名登記」契約而引起之糾紛，更是層出不窮，刑事案件有之，民事案件亦不乏其例；父母告子女者有之，子女控告父母者亦有之；朋友反目，互告偽造文書者有之，提起返還財產或不當得利者有之，其實「借名登記」在民法債編第二章各種之債中並無此項規定，而純係最高法院基於民事契約自由之原則，而認同其契約在內容不違反強制、禁止規定或公序良俗之前提下，應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之規定。最高法院曾就「借名登記」為下列之見解：稱「借名登記」者，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，在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，並類推適用民法委任之相關規定<sup>1</sup>。依上述最高法院之見解可得出下列定義及要件：

定義：當事人約定一方將自己財產以他方名義登記，而任由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約。

要件：

1、須雙方當事人意思表示一致，此其一。依民法第 153 條第 1 項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」，「借名登記」契約既為契約行為，當然須雙方當事人意思表示一致，但目前社會上發生之「借名登記」契約，往往其被借名者為無行為能力人，根本無表示意思之能力，如利用子女開戶、買賣股票或不動產；或雖為成年人，但是在不知情之情況下被借名？譬如已成年之子女在外工作，

1 最高法院 98 年度台上字第 990 號判決要旨。

其父母持子女之身分證、印章在銀行開戶、買賣股票等是，此種情形，其意思表示並未明示合致，但實務上多認為成立「借名登記」契約（容候補述）。

2、須意思表示之內容為約定一方將財產以他方名義登記而由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記。此要件可用來區別所有權或借名登記或信託登記等之不同，因此雙方之約定內容必須借名者，保有自己管理、使用、處分之權，否則即非借名登記。

## 貳、借名登記契約之性質

借名登記契約性質上與委任契約同視，其內容不能違反強制、禁止之規定或公序良俗，否則無效，並賦予無名契約之法律上效力，且類推適用民法委任之相關規定，依其性質可得探討者：

### 一、借名登記契約有無存在之必要

依私法自治之原則，當事人基於特定目的而訂立借名登記契約，為社會一般常見之現象，但大多數之當事人，其借名登記均有其意圖，譬如在土地法、農業發展條例未修正前，非自耕農不得買受農地，當事人一方（借名者）為買受農地，而借用他人之名義（被借名者）登記為該買受農地之登記名義人。又借名者為分散所得而借用他人名義投資或買賣股票、基金。或借名者為債務人其為買回被法院查封之不動產，而借用他人之名義買回等情，不勝枚舉，而幾乎都在迴避相關法律之規定，應視為「脫法行為」。至於「脫法行為」是否應為無效，最高法院之見解係採肯定說，茲舉最高法院裁判二例以明：

1、按農地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第 246 條第 1 項所定以不能之給付為契約之標的，固難認其契約為無效。惟若購買農地之承買人並無自耕能力，依土地法第 30 條第 1 項規定，本不得取得農地所有權，間接取得農地所有權，以逃避上開法律之限制，應屬脫法行為，自無加以保護之必要，仍應認該買賣農地契約為無效<sup>2</sup>。

2、按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，而其行為實達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。查私有農地所有權之移轉，依土地法第 30 條第 1 項規定，其承受人以能自耕者為限，旨在防止非農民承受農地，造成土地投機壟斷之情形，並積極輔助農民增加取得耕地使用之機會，從而扶助自耕農，促進土地利用，貫徹耕者有其田之基本國策，發揮

---

2 最高法院 87 年度台上字第 184 號判決要旨參照。

農地之作用；故同條第 2 項明定，違反者，其所有權之移轉無效；是為禁止無自耕能力者承受並享有私有農地所有權之強行規定。又稱信託者，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，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。無自耕能力之人，信託有自耕能力之他人以其名義取得農地所有權，係以迂迴方法逃避土地法第 30 條第 1 項強行規定之適用，以達其享有土地所有權之實質目的，依上說明，此脫法行為於法即屬無效。85 年 1 月 26 日公布施行信託法第 5 條第 4 款明定：「以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者，信託行為無效」，更揭示斯旨<sup>3</sup>。

就一般社會現象觀之，借名登記大都是有目的的脫法行為，筆者認為，與其承認借名登記契約，再判斷其何者為有效，何者為無效，使法律關係陷於不確定之狀態，莫若直接否定借名登記契約之合法性不承認有借名登記契約之存在。蓋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，及其他有關法律登記之效力。同時借名登記後，如認定其無效，又造成許多糾紛，譬如宣告農地借名登記無效，則原地主是否可請求回復原狀，或請求損害賠償，再衍生出許多法律糾紛及社會問題。

## 二、借名登記契約與信託關係

借名登記與信託關係有所不同，前者雖係將自己之財產以他方名義登記，但其管理、使用、處分權仍屬於自己。至於信託則係委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係（見信託法第 1 條）兩者雖均將財產之所有權名義登記為他方，但前者委託人仍保有管理、使用、處分之權；而後者，其為特定目的之管理處分權已歸登記名義人。但兩者均於契約終了後，應返還其借名或信託之標的物。

## 三、借名登記與贈與

稱贈與者，當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約（民法第 406 條），受贈人因贈與而取得所有權、使用權、處分權。借名登記契約僅借用他方名義登記而已，其所有權、使用權、處分權及管理權仍歸借用人。在訴訟上常見原告主張借名登記，請求被告移轉所有權，被告即以係爭標的物，係原告贈與被告資為抗辯，此時原告應就借名登記負舉證責任，如原告就借名登記之舉證有所未殆，而被告有關贈與之舉證雖有疵累，仍應認借名登記之主張為不可採，而駁回原告之訴<sup>4</sup>。

## 四、借名登記與偽造文書

3 最高法院 87 年度台上字第 2834 號判決要旨參照。

4 最高法院 17 年上字第 917 判例要旨：「民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求」。



1、刑法上之「使公務員登載不實罪」是指「明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑，拘役或五百元以下罰金。」（刑法第 214 條）「借名登記」如係脫法行為，究竟有無觸犯刑法第 214 條之使公務員登載不實罪？學者詹森林教授主張：「現行法並無任何明文規定禁止借名登記契約，故此類契約不生民法第 71 條所謂違反強行法規而無效之問題。此外借名登記契約，與秩序或善良風俗並無牴觸，故應無民法第 72 條之適用」<sup>5</sup>。依詹教授之見解，借名登記既不違反強制或禁止之規定，也與善良風俗並無牴觸，則在刑法上，並不觸犯刑法第 214 條之罪。然查，譬如土地法及農業發展條例修正前，應具有自耕能力者，始能購買農地，某甲無自耕農之身分，其為買受農地，而借名有自耕能力之某乙名義，買受該農地，並登記某乙為所有權人，甲、乙之行為足以使土地法第 43 條「依本法所為之登記，有絕對效力」，發生不確定之狀態，即土地所有權人，究竟是某甲、抑或某乙，如日後某乙欠某丙債務無法清償，某丙乃持執行名義聲請執行法院查封登記某乙之上開農地，進行拍賣，此時某甲以「借名登記」之法律關係，主張該農地為其所有，某乙僅係借名登記之名義人而已。如此，某甲或某乙，始為該農地之所有權人即發生爭議，土地法第 43 條之絕對效力，將蕩然無存，此種情形，甲、乙均明知甲無自耕能力之身分，竟買受農地，矇使地政機關將以買賣為由移轉上開土地所有權之不實事項，登載於土地登記簿上，自足以生損害於地政機關土地登記之正確性及公信力，故甲、乙 2 人之行為自應構成刑法第 214 條之偽造文書罪。

2、司法院法律問題研究彙編第 6 輯有相同之案例可資參照（78 年 11 月 24 日司法院（78）廳刑一字第 1692 號函）。

法律問題：A 有限公司係經營家畜養殖及買賣業務，擁有一筆土地供畜養豬隻之用，惟因該筆土地為農地，不得登記為公司所有，乃登記為公司股東所有，事後 A 公司因須取得畜養豬隻之技術，乃經全體股東同意，由甲將前開土地，以買賣為原因，申請地政機關將之移轉登記於公司另一實際從事公司畜養工作股東乙所有，並登載於地政機關所職掌之土地登記簿上，以便使乙取得參加由政府舉辦之畜養專業訓練的受訓資格（因參加受訓之資格以擁有農地為條件之一）則甲、乙 2 人所為是否構成刑法第 214 條之使公務員登載不實罪？

討論意見：甲說：按刑法第 214 條之使公務員登載不實罪，以足生損害於公眾或他人為必要，而民法上亦承認信託行為（如動產擔保讓與行為）或隱藏行為（民法第 87 條第 2 項）之合法性，容許不動產名義上權利人與實質所有權人相異，從而甲、乙 2 人就系爭土地所作之私法上安排，無非是將公司財產之受託人移轉為另一股東而已，其目的既非為逃避債務，又非為隱匿財產詐騙他人，且有利於公司之經營難謂對土地登記之

5 見本土法學第 43 期第 128 頁詹森林，「借名登記契約之法律關係」一文。

公信力有何損害，故甲、乙 2 人所為不應構成刑法第 214 條之罪。

乙說：按甲、乙 2 人所為，雖經雙方同意，且非逃避債務之脫產行為，難認為足生損害於他人之權益，但土地登記之原因乃土地登記要件之一，不同之原因對於審查之程序、稅捐之核課等均有差異，本件【**司法周刊第 1579 期，2012 年 2 月，第 3 版**】甲、乙 2 人既非本於買賣之關係，竟通謀為虛偽之意思表示，矇使地政機關將以買賣為由移轉上開土地所有權之不實事項，登載於土地登記簿上，自足生損害於地政機關土地登記之正確性及公信力，故甲、乙 2 人所為自應構成刑法第 214 條之罪。

審查意見：擬採乙說。

研討結果：照審查意見通過。

司法院第二廳研究意見：同意研究結果。

3、另查有關強制執行方面，亦可能出現此種違法之行為，如強制執行法第 70 條第 6 項有關拍賣動產之程序規定「債務人不得應買」，第 113 條則規定：「不動產強制執行，除本節有規定外，準用關於動產執行之規定。」張三為債務人，其不動產已被法院查封準備拍賣，因有上開條文之規定，張三不得自己出面買回其不動產，張三乃出資請李四參與投標，李四竟以最高標拍定，經繳完拍定價款後，執行法院即發給李四權利移轉證書，李四並持往地政機關辦理產權登記，此亦為借名登記之一種，本件出資人為張三，其違反上開強制執行法之規定，參與投標買受該不動產而使地政機關將該不動產登記為李四所有，有損於地政機關土地登記之正確性及公信力，張三、李四，似應構成刑法第 214 條之偽造文書罪。其實社會上此種違法、脫法之行為，不勝枚舉，「借名登記」契約，應否承認其效力，似有探討之必要。

### 參、「借名登記契約」之舉證

「信託係契約行為，原告主張信託關係存在，應就信託契約確已成立之事實，負舉證責任，若其先不能舉證，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。」<sup>1</sup>原審並未查明兩造究於何時合意訂立信託契約，遽以前揭理由認被上訴人得依信託物返還請求權，請求上訴人將系爭房地所有權移轉登記予伊，亦嫌速斷<sup>2</sup>（最高法院 87 年度台上字第 562 號判決要旨參照），此最高法院之判決雖係就信託契約為裁判，但依前述最高法院 98 年台上字第 990 號判決對「借名登記」所為之裁判要旨以觀，兩者原告均須就「信託契約」或「借名登記契約」雙方之合意負舉證之責任，但查信託契約是委託人授與受託人超過經濟目的之權利，但僅許可其於經濟目的範圍內行使權利之法律行為，因此雙方應係知情，且已合意，至於「借名登記」契約，雙方往往是在不知情未合意之情況下為之，譬如父母買進不動產以其未滿 7 歲之兒子為登記名義人；又如某甲為買賣股票，竟持其兒子之身分證、印章在證券公司開戶。前者該小孩

並無行為能力，無從為借名登記契約之合意；後者，其子並不知情，因此借名登記契約如要求原告舉證證明雙方合意訂立借名登記契約，此種直接證據，難以舉證，最高法院最近之見解為：

「主張法律關係存在之當事人，固應就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，惟此特別要件之具備，苟能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法則已足認其因果關係存在者，即無不可，非以直接證明要件事實為必要。本件上訴人雖未能提出足以證明兩造間就系爭房地確有借名登記契約關係存在之直接證據，但已主張系爭房地係其出面洽簽及出資（含上訴人經營之春星有限公司匯款）所購，貸款、房地稅捐均由其繳納，且由其出租與他人收取租金，所有權狀原亦由其保管等情，並提出系爭房地不動產買賣契約書、所有權狀、謄本、匯款申請書、房屋稅繳款書、銀行客戶存款異動資料等件為證……。倘屬實在，則就系爭房地之權利及義務向由上訴人享受及負擔等間接事實觀之，是否不足以推認上訴人始為系爭房地之權利人及兩造間存在有借名登記關係，非無斟酌之餘地。」<sup>6</sup>。則主張借名登記所須具備之特別要件，如雙方合意，此種特別要件之具備無法舉證時，如能舉證證明間接事實，且該事實與要件間，依經驗法則及論理法則已足推認其因果關係者，即無不可，非以直接證據為必要，因此舉證責任之範圍較為放寬，主張借名登記契約成立者，是一項利多。

## 肆、借名登記契約之終止與所有物之返還

按「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」，民法第 529 條定有明文。借名登記契約依前述最高法院 98 年台上字第 990 號判決要旨所示，應與委任契約同視，蓋其側重於借名者與出名者間之信任關係，依委任之相關規定，可得出借名登記契約關係終止之原因。民法第 549 條第 1 項規定：當事人任何一方得隨時終止委任契約；另依同法第 550 條規定：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限」，因此依上開規定，不管是借名登記契約終止或借名登記契約關係消滅，借名登記之委任人得依民法第 541 條第 1 項及第 2 項之規定，請求受任人（被借名者）返還借名登記之動產或不動產，亦得依同法第 767 條物上請求權之法律關係請求返還<sup>7</sup>。

## 伍、結語

目前社會上人頭充斥，股票買賣用人頭、股票抽籤用人頭、不動產買賣登記用人頭、空

6 最高法院 98 年台上字第 1048 號判決要旨。

7 見史尚寬著債法各論，65 年版，上冊，第 377 頁。

頭公司用人頭，令人觸目驚心，處處陷阱，事事危機，這恐怕是最高法院承認「借名登記」契約關係之後果。「借名登記」、「借名登記」，多少違法、脫法行為假汝之名以行，為杜絕「借名登記」之後患，無妨規定「借名登記」視同「贈與」，則社會上借名登記事件，將逐漸消失，諸位法界前輩，不知以為然否？【司法周刊第1579期，2012年2月，第3版】

