

不動產借名登記契約之負擔行為與處分行為

蔡旻耿、陳靜瑩



目錄

壹、	前言	1
貳、	負擔行為與處分行為	2
一、	負擔行為與處分行為意義	2
(一)、	負擔行為	2
(二)、	處分行為	2
(三)、	無因理論	2
二、	物權行為立法主義之態樣	3
(一)、	意思主義（物權行為不具獨立性、無因性）	3
(二)、	形式主義（物權行為具獨立性、無因性）	3
(三)、	折衷主義	3
三、	負擔行為與處分行為之區別實益	4
參、	不動產借名登記契約之負擔行為	6
一、	不動產借名登記契約之意義	6
(一)、	學術上見解	6
(二)、	司法實務見解	7
二、	不動產借名登記契約之法律性質	8
(一)、	借名登記契約係屬負擔行為	9
(二)、	借名登記契約係屬債權契約、無名契約	9
(三)、	借名登記契約之標的	9
(四)、	借名登記契約之權利義務關係	10
(五)、	借名登記契約之成立與生效	11
肆、	不動產借名登記契約之處分行為	12
一、	不動產借名登記契約之物權行為	12
(一)、	標的物特定原則	13
(二)、	物權行為之獨立性與無因性	14
二、	不動產借名登記契約之物權登記	14
(一)、	不動產物權變動之原則	14
(二)、	不動產物權變動之公示方法	15
三、	不動產物權變動之生效要件	15
(一)、	依法律行為所為之不動產物權變動之生效要件	15
(二)、	不動產物權登記須與物權行為內容之一致	16
四、	不動產借名登記契約之不動產物權登記法律效果	17
(一)、	借名者以「現有」之不動產為處分行為	17

(二)、 借名者以「將來」之不動產為處分行為	18
五、 借名登記契約借名者處分登記財產之效力	22
伍、 結論與建議	23
陸、 參考文獻	23



壹、前言

所稱不動產借名登記契約，乃係以當事人間之意思表示為要素，企圖使其發生私法上效果之法律行為，其係民法所稱之法律行為固無疑義，惟應詳與區別者係，不動產借名登記契約係負擔行為，而並非處分行為。而不動產借名登記契約之有效成立，並不發生物權變動之效果，而僅係發生當事人間給付義務之法律關係。依民法第 758 條設有不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力之規定，揆其立法理由知悉，立法者乃係採登記要件主義，亦即不動產物權登記僅係不動產物權變動生效要件之一，尚仍須兼具物權行為讓與合意或意思合致之意思表示，始得發生不動產物權變動之效力。

學術暨司法實務上對於借名登記契約之闡述，均係基於契約自由原則，並於其不違背法律強行規定暨公序良俗之情形下，應承認不動產登記契約之有效成立，繼而導出應承認借名者為所有權人之結論。惟須詳加探究者係，為何負擔行為之有效成立，即可導出借名者為所有權人之結論？是否意味著最高法院對於民法第 758 條規定所稱之「法律行為」係指物權行為，而非債權行為之見解已經揚棄。又相關判決是否意味著不動產物權變動之判斷標準，應改由負擔行為之有效成立與否為斷，而處分行為之有效成立與否，在所不問？另最高法院是否得基於不動產借名登記契約之有效成立，並於未檢視處分行為是否有效成立前，即得謂應承認借名者為所有權人？此攸關不動交易安全之公共利益至鉅，並涉及我國民法不動產物權變動規範體系架構，非謂尚無再行檢討改進之必要。

本文首先闡明我國民法關於權利變動體系之負擔行為與物權行為，除簡易介紹物權行為立法主義之態樣外，並詳加論述二者之區別實益。續就負擔行為之觀點，彙整學術暨司法實務見解有關不動產借名登記契約之意義暨其法律性質。繼以處分行為之觀點，基於有效成立之不動產借名登記契約為前提，檢視其所作成處分行為之不動產物權登記與物權行為之內容是否一致，以判斷當事人間不動產物權之變動效力。最後提出本文結論，並希冀最高法院應釐清不動產借名登記契約之處分行為與債權行為，須詳加檢視該處分行為於法律要件該當時，始得推導出發生不動產物權變動之效力，否則將難逃判決不備理由之指摘。

貳、負擔行為與處分行為

要分析不動產借名登記契約之法律性質，首應先說明我國民法負擔行為與處分行為之規範體系，茲因負擔行為、處分行為及無因性理論乃係民法最基本概念，爰將其分述如下：

一、負擔行為與處分行為意義

（一）、負擔行為

法律行為依其效力之不同，可分為負擔行為及處分行為。所稱負擔行為，係指以發生債權債務為其內容之法律行為，亦稱債權行為或債務行為。負擔行為包括單獨行為（如捐助行為）及契約（如買賣租賃等），其主要特徵在於因負擔行為之作成，債務人負有給付之義務。易言之，所稱負擔行為係指意思表示為要素，使其發生債權債務給付義務之法律關係，亦即使原本無法律關係之人，透過雙方之意思表示而發生給付義務之法律關係，亦即成立給付義務法律關係之法律行為。¹

（二）、處分行為

處分行為，係指直接使某種權利發生、變更或消滅之法律行為，包括物權行為及準物權行為。物權行為，係指發生物權法上效果之行為，有為單獨行為：如所有權拋棄（764）；有為物權契約：如不動產物權（758、759-1）、動產物權（761、885）。準物權行為係指以債權或無體財產權作為標的之處分行為單獨行為：如債務免除（343）；準物權契約：如債權讓與（294）。

（三）、無因性理論

所稱無因性理論，乃係指處分行為（物權行為、準物權行為）是否受負擔行為存否之影響，通說認我民法採所謂之無因性原則（Abstraktionsprinzip）。所謂無因性，非謂處分行為無原因（原因行為），而係將負擔行為從處分行為中抽離（abstrahieren），不以負擔行

¹ 民法第 199 條規定：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。給付，不以有財產價格者為限。不作為亦得為給付。」立法理由謂：「僅按債權者，即得向債務人請求作為或不作為之相對權，其作為或不作為，實為債之標的，故總稱為給付。至給付須有財產價格與否，古來議論不一，本條規定，雖無財產價格之給付，亦得為債之標的，於實際上方為賅括。又可稱為給付者，固不僅限於債務人履行之作為義務，即履行不作為義務亦得為給付。此本條所由設也。」

為之存在作為處分行為之內容，使處分行為之效力，不因原因行為（負擔行為）不存在而受影響。²

二、物權行為立法主義之態樣

（一）、意思主義（物權行為不具獨立性、無因性）

物權因法律行為而變動時，僅須當事人之意思表示即足生效力。法國、日本採此立法例。

1. 發生債權之意思表示即為物權變動之意思表示，二者合一併無區別。
2. 物權變動之法律行為，僅須當事人之合意（債權合意主義），公示原則所需之公示方法（登記或交付），乃僅係對抗要件而非成立或生效要件。
3. 物權行為既無獨立性，則其效果自依其原因行為即債權行為所決定，而無物權行為無因性可言。

（二）、形式主義（物權行為具獨立性、無因性）

物權因法律行為而變動時，須有物權變動之意思表示，兼具履行登記或交付占有之法定形式，始能成立或生效之主張，德國與我國採此立法例。

1. 債權發生之意思表示與物權變動之意思表示相互分離（分離主義），德國法上將發生債權之合意稱為「普通契約（Vertage）」，變動物權之合意則稱為「物權契約（Einigung Auflassung）」以示區別。
2. 物權變動之法律行為除當事人物權變動合意外，尚須履行登記或交付之法定程序。質言之，公示原則所需之公示方法，乃物權變動之成立或生效要件，而非對抗要件。
3. 一個法律行為不能同時發生債權及物權變動之二重效果，債權行為僅能發生債之關係，須另具有物權行為方能發生物權變動效果，故物權行為另外獨立存在，且具有獨立性。

（三）、折衷主義

² 王澤鑑，2010.04，民法總則，作者自版，頁 283；2010.06，民法概要，作者自版，頁 86；2009.07，民法物權，作者自版，頁 75；2009.12，三論「出賣他人之物與無權處分」：基本概念仍待釐清，民法學說與判例研究第 5 冊，作者自版，頁 78 參照。

1. 意思主義下之折衷主義（物權行為不具獨立性、無因性）

物權行為因法律行為而為變動時，除債權之合意外，僅須踐行公示方法之法定形式，始足生物權變動效果。西班牙採此立法例，亦即發生債權之意思表示即為物權變動之意思表示，二者合一，並無區別。物權變動之法律行為僅有當事人之債權意思表示尚有為足，仍須履行公示方法之法定形式始足當之，故公示原則之公示方法，乃為物權變動之成立或生效要件。物權變動僅須於債權意思表示外加上登記或交付即為已足，無須另有物權變動之合意，故無物權行為之獨立存在。

2. 形式主義下之折衷主義（物權行為具獨立性、不具無因性）

物權行為與形式主義原則上並無不同（分離主義），亦仍有物權行為之獨立性，然物權行為之效力受其原因關係及債權行為之影響，故物權行為仍屬有因。³

三、負擔行為與處分行為之區別實益

區別負擔行為與處分行為者，應視其法律要件之具備，始得發生其法律效果，亦即該法律行為要件該當，即得適用其權利變動之法律效果，乃屬當然。首先，處分行為之有效以處分人具有處分權為要件。反之，於負擔行為，則不以負擔義務者具有處分權為必要。其次，於處分行為，適用優先次序原則，於負擔行為則無次序關係。⁴茲將其區別實益析述如下：

	負擔行為	處分行為
定義	以發生債權債務關係之法律行為	直接使物權發生、變動或變更之法律行為
性質	原因行為	履行行為
內容	1.債務人有給付義務（作為、不作為） 2.不生物權變動之效力	發生物權變動之效力
種類	1.單獨行為（捐助行為） 2.契約行為（買賣）	1.物權行為（拋棄） 2.準物權行為（債權讓與）

³ 謝在全，2010，民法物權論（上），自版，修正五版，頁 75 參照。

⁴ 王澤鑑，2009.12，三論「出賣他人之物與無權處分」：基本概念仍待釐清，民法學說與判例研究第 5 冊，作者自版，頁 81 參照。

方式	依契約內容可分為： 1.要式與不要式契約 2.要物與不要物契約	應踐行之方式： 1.動產：交付占有 2.不動產：登記完畢
無權處分之適用	民法第 118 條之無權處分規定不適用於負擔行為。 無處分權人仍得作成有效之負擔行為。	有效之處分行為須以作成人有處分權為前提，若無處分權之人所為之處分行為，依民法第 118 條， <u>效力未定</u> 。
標的物特定原則之適用	1.負擔行為生效時，標的物不須特定。例如：種類之債、選擇之債。 2.債權行為不須就每一標的物個別作成（一契約中可以包含許多標的物。例如：單一買賣契約買賣多數標的物）	1.最晚於其生效時，其標的物必須特定。 2.一物一權主義之適用：對一個標的物需作成一個處分行為。
公示、公信原則之適用	債權僅具相對效力，原則上無排他之效力，故就公示及公信原則，均無適用餘地（例外：民法第 166 條之 1。惟須注意：本條規定尚未施行）	1.公示原則：物權之得喪變更，須有足於外部可以辨認之表徵，避免第三人遭受損害（保障交易安全）。 2.公信原則使公示方法具有保護從事物權行為之善意第三人之效力，亦即公信力。

參、不動產借名登記契約之負擔行為

有關借名登記契約之標的，可為不動產、動產或其他權利均有可能。按不動產與動產物權依法律行為所生之物權變動方式有間，前者依據民法第 758 條規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」乃係以「非經登記，不生效力」為要件；後者依民法第 761 條規定：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。」則係以「非將動產交付，不生效力」為要件。鑑於不動產物權之得、喪、變更之物權行為，攸關當事人之權益至鉅，為示慎重，故不動產物權依法律行為所發生之變動，依據民法第 758 條規定所稱「登記」，乃係專指「土地登記⁵」而言。另本文所稱「借名登記契約」，乃係專指「不動產借名登記契約」，至於其他借名登記契約標的如為動產（如汽機車之登記）、或其他權利（如債權、銀行、證券等帳戶之登記）者，因其物權依法律行為與不動產物權之變動要件不同，則非民法第 758 條所稱之「登記」，自無該條物權變動效力之適用⁶，如有必要則另須為文加以探究，故不在本文討論範圍。

一、不動產借名登記契約之意義

（一）、學術上見解

所稱借名登記契約者，謂當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現有或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人。⁷又借名登記契約之意涵，依照學說之見解，可定義為：「當事人約定，一方（借名人）經他方（出名人）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但實際管理、使用、收益與處分均由一方自行為之。」

⁵ 土地法第 37 條規定：「土地登記，謂土地及建築改良物之所有權與他項權利之登記。」立法理由謂：「土地與建築改良物為兩個獨立之權利客體，應分別設置土地登記簿及建築改良物登記簿分別辦理登記…」另土地登記規則第 2 條規定：「土地登記，謂土地及建築改良物（以下簡稱建物）之所有權與他項權利之登記。」參照。

⁶ 臺灣高等法院 100 年家上易字第 53 號民事判決：「按汽車為動產，依民法第 761 條規定，其物權讓與以交付為生效要件，汽車行車執照上車主、汽車權利變動過戶登記，僅為行政管理措施，不得據此認定車輛所有權之歸屬，惟一般汽車交易，受讓人均為權利變動之過戶登記，以保障自身權利。是以，如當事人之一方不能證明汽車為其出資購買，則汽車自應認屬汽車登記名義人之遺產，於汽車登記名義人去世後，由其繼承人取得。當事人之一方如未經繼承人同意，而處分被繼承人遺產，自屬不法侵害繼承人之財產權。」臺灣宜蘭地方法院 102 年重訴字第 48 號民事、臺灣士林地方法院 99 年簡上字第 205 號民事判決參照。

⁷ 詹森林，2003.02，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43 期，頁 129；氏著，2007.12，民是法理與判決研究（五），元照出版社，頁 84 參照。採相同見解者，蔡晶瑩，2014.02，論借名登記契約-最高法院 100 台上 2101 判決，台灣本土法學雜誌，242 期，頁 176 參照。

⁸、「借名登記契約，謂當事人約定，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。⁹」

（二）、司法實務見解

司法實務見解有關不動產借名登記契約之定義，其與學說上之定義相距不遠，茲將具代表性判決臚列如下：

1. 最高法院 104 年度台上字第 64 號判決謂：「按所謂借名登記契約，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，該出名者僅為名義上之所有權人，實質上仍由借名者享有該財產之使用、收益及處分權，並負擔因此所生之義務。其屬無名契約之一種，性質與委任契約類似，尚難認係要物契約。」¹⁰
2. 最高法院 103 年台上字第 1518 號判決謂：「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，然此僅為內部約定，其效力不及於第三人。」
3. 最高法院 102 年台上字 1726 號民事判決謂：「所謂借名登記契約，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。由是而論，借名登記契約之成立，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，應賦予無名契約之法律效力，並類推適用民法委任之相關規定。」
4. 最高法院 100 年度台上字第 2207 號判決謂：「按不動產借名登記契約，其性質為關於勞務給付之契約，依民法第 529 條之規定，固得適用同法關於委任之規定，惟借名登記之出借名義人，其義務僅出借名義供借名人登記為不動產所有人，而於借名契約終止後，依約

⁸ 吳從周，2015.08，我國不動產借名登記契約之發展現狀-特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動，軍法專刊，第 61 卷第 4 期，頁 47 以下；卓心雅，2011.12，論不動產借名登記契約-以所有權歸屬為中心，法學新論，第 33 期，頁 92；吳從周、卓心雅，2009.10，借名登記與無權處分，台灣法學，第 137 期，頁 162；收錄於氏著，2010.03，民事法學與法學方法，第 4 冊，頁 191 以下。

⁹ 詹森林，2003.02，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43 期，頁 129 參照。

¹⁰ 臺灣臺南地方法院民事判決 100 年度重訴字第 171 號判決謂：「按借名契約，顧名思義，係指當事人約定，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，但無使他方取得實質所有權或其他權利之意思。而在現行法制下，借名契約乃無名契約，依私法自治原則，當事人基於特定目的而訂立借名契約，如未違反強制規定或公序良俗，當非法所不許。」

將登記其名下不動產移轉登記返還予借名人，並無為借名人管理、處分或收益不動產義務。」

5. 最高法院 99 年度台上字第 1097 號判決謂：「按稱『借名登記』者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，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，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，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。¹¹
6. 最高法院 99 年台上字第 2448 號判決：「稱借名登記者，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，倘其內容不違反強制禁止規定或公序良俗者，應承認其法律效力，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。¹²
7. 最高法院 98 年台上字第 76 號裁判：「稱『借名登記』者，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，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。…」¹³
8. 最高法院 94 年度台上字第 953 號判決謂：「倘權利人僅以其購買之不動產，名義上登記於他人名下，該他人自始未負責管理、處分，而將該不動產之管理、使用、處分悉由權利人自行為之，即係側重於權利人與該他人間信任關係之純粹『借名登記』契約，苟其內容不違反強行規定或公序良俗者，該『借名登記』之無名契約，在性質上應與委任契約同視，除契約內容另有約定外，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。」¹⁴

二、不動產借名登記契約之法律性質

¹¹ 最高法院 98 年度台上字第 990 號判決；臺灣高等法院臺中分院 101 年度上字第 242 號判決，臺灣士林地方法院 99 年度訴字第 16 號、99 年度重訴字第 225 號判決；臺灣臺北地方法院民事判決 99 年度重訴字第 1071 號參照。

¹² 最高法院 99 年度台上字第 1662 號及第 2448 號判決；臺灣高等法院 101 年度上字第 1397 號判決、102 年度上字第 6 號判決、103 年度上易字第 548 號判決參照。

¹³ 臺灣高等法院 99 年度重上字第 53 號、100 年度重上字第 435 號判決、101 年度上字第 702 號判決參照。

¹⁴ 臺灣高等法院臺南分院 101 年度上字第 74 號判決；臺灣臺中地方法院 99 年度訴字第 2675 號判決參照。

借用他人名義作為自己所有不動產之名義上所有人之爭執，檢索司法院網站相關判決即有 700 多筆，不動產借名登記契約之法律性質究應如何定性，攸關當事人權益至鉅，爰將其契約性質特徵彙整歸納如下：

（一）、借名登記契約係屬負擔行為

按民法債篇所稱之「債權契約」，係指藉由雙方當事人互相意思表示一致，而使其發生債權債務為內容之法律行為。所稱借名登記契約乃係屬債權契約之類型，亦即透過雙方當事人之意思表示一致約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，由「借名者」借用「出名者」之名義，作為借名者所有不動產之登記名義人。此種借名登記契約，乃係藉由雙方之意思表示而發生給付義務之法律關係，依法理而言，借名者僅得向出名者請求借用其名義登記為不動產之所有人。申言之，借名登記契約之成立生效，僅使其發生債權債務給付義務之法律關係，並無直接發生不動產物權變動之法律效果，故自應歸屬於法律行為之「負擔行為」，而非「處分行為」。

（二）、借名登記契約係屬債權契約、無名契約

誠如上開最高法院判決謂：「不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約…」；「按所謂借名登記契約，…其屬『無名契約』之一種，性質與委任契約類似，尚難認係要物契約。…」；「性質上應與委任契約同視…」；「…苟其內容不違反強行規定或公序良俗者，該『借名登記』之無名契約，在性質上應與委任契約同視，除契約內容另有約定外，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。」是以，目前無論係學術或司法實務上，對於不動產借名登記契約之法律性質見解幾乎一致，咸採認其乃係一種「債權契約」、「無名契約」¹⁵，並可類推民法委任契約之相關規定。

（三）、借名登記契約之標的

按最高法院相關見解：「就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義…」、「當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記…」、「當事人約定一方將權利人僅以其購買之不動產，名義上登記於他人名下…」，即可歸納出，所稱借名登記契約之標的，應係指借名者以「現在」或「將來」之不動產為契約之標的，又所稱「現在」者，應係指

¹⁵ 非典型契約，指法律未特別規定而賦予一定名稱之契約亦稱為無名契約，非典型契約之種類有三：1、純粹非典型契約（無名契約）：指以法律全無規定之事項為內容，及其內容不符合任何有名契約要件之契約。2、契約聯立：指數個契約（典型或非典型）具有一定依存關係之結合，即依當事人之意思，使一個契約之效力依存於另一個契約。3、混合契約：指由數個典型或非典型契約之部分而構成之契約。王澤鑑，2010.06，民法概要，自版，頁 318 參照。

借名者已取得並登記為其名義之不動產；而所稱「將來」者，係指借名者以其購買而尚未辦竣登記之不動產為契約之標的而言。惟對此應特別說明者係，以借名者之現有不動產作為借名登記契約之標的固無爭議。然有疑義者係，以借名者「將來之不動產」作為不動產借名登記契約之標的，對該債權契約之效力固不生影響，惟如基於有效成立之借名登記契約所為之履行行為，是否會仍將發生借名登記契約所約定之物權變動效力？則有爭議。蓋因以出名者之名義，作為借名者將來不動產物權之登記名義人，此種直接由出賣人與出名者間所作成之「不動產物權登記契約」，其法律效果如何？容後詳述。

（四）、借名登記契約之權利義務關係

依最高法院相關見解：「出名者僅為名義上之所有權人，實質上仍由借名者享有該財產之使用、收益及處分權，並負擔因此所生之義務。」、「通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為內部約定，其效力不及於第三人。」、「借名登記之出借名義人，其義務僅出借名義供借名人登記為不動產所有人，而於借名契約終止後，依約將登記其名下不動產移轉登記返還予借名人，並無為借名人管理、處分或收益不動產義務。」、「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，成立側重於借名者與出名者間之信任關係，」、「權利人僅以其購買之不動產，名義上登記於他人名下，該他人自始未負責管理、處分，而將該不動產之管理、使用、處分悉由權利人自行為之，即係側重於權利人與該他人間信任關係之純粹『借名登記』契約。」承上見解即可描繪出借名登記契約之特徵：出名者僅係不動產登記名義上之所有人，通常並無管理、使用、收益、處分該不動產之權利；其給付義務，僅係出具其名義供借名者作為其不動產之登記名義人，並於借名契約終止後，將登記於出名者名下之不動產移轉登記返還於借名者。又借名者僅係將其不動產，名義上登記於出名者之名下，而該不動產之管理、使用、處分悉由借名者自行為之，實質上仍享有該不動產之使用、收益及處分權，並負擔因此所生之義務。

要言之，不動產借名登記契約之內涵，借名者自始即以保有不動產物權為真意，並無讓與不動產物權之意思表示，而出名者亦無受讓該契約標的不動產物權之意思表思，亦即借名登記契約之履行行為，當事人間雖有不動產物權登記之外觀，並無使其發生物權變動法律效果之不動產讓與合意或意思合意之意思表示，故不動產借名登記契約之履行行為是否會發生物權變動效果，榮有進一步商榷之餘地，非謂尚無檢視深究之必要。

（五）、借名登記契約之成立與生效

按契約因當事人互相意思表示一致而成立，至於該契約是否即發生效力，仍須視其是否具備生效要件而定。按法律行為之債權契約一般成立要件：須具備「當事人」、「標的」、「意思表示」三者；而一般之生效要件：則為「當事人須有行為能力」、「標的須可能、確定、適法、妥當」、「意思表示須健全」三者。惟法律行為之內容有其規範上之限制，非謂該當上述要件即成立生效而無疑義。蓋因法律行為內容除須具備上開成立生效要件外，尚不得違反法律強行規定、公序良俗或暴利行為之禁止者，始得有效成立。故最高法院認為：「按不動產借名登記契約，其性質為關於勞務給付之契約，依民法第 529 條之規定，固得適用同法關於委任之規定。」、「倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，應賦予無名契約之法律效力，並類推適用民法委任之相關規定。」、「倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，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。」、「倘其內容不違反強制禁止規定或公序良俗者，應承認其法律效力，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。」、「苟其內容不違反強行規定或公序良俗者，該「借名登記」之無名契約，在性質上應與委任契約同視，除契約內容另有約定外，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。」是以，實務上認為，借名登記契約如無違反強行規定或公序良俗者，均應賦予其無名契約之法律上效力。準此，所稱賦予其無名契約之法律上效力，乃係應專指「借名登記契約」之負擔行為而言，固無疑義。惟令人感到詫異者係，最高法院相關判決中，均謹就具有負擔行為法律性質之「不動產借名登記契約」為法律效力之闡明，而對於基於有效成立之借名登記契約而得請出名者作成移轉登記之物權登記契約之處分行為效力，則語焉不詳或避而不談。是否意味著最高法院採認物權變動之法律效果，乃繫於債權契約之成立生效與否？其僅就債權契約為闡明，而對物權行為之說理卻未置一詞，即得導出物權變動效果之結論，便有疑義。蓋因借名登記契約效力之有無，僅就當事人間發生給付義務之法律關係，並不生不動產物權變動之效力，除非最高法院對於不動產物權變動見解係採「登記對抗主義」而非「登記要件主義」¹⁶，否則由當事人間所作成移轉登記物權契約之效力為何？亦即不動產物權之變動應須具備之要件為何？當事人間於辦竣不動產移轉登記後，究應由何人取得該不動產物權？又其理由究係為何？最高法院實有詳加闡明說理之義務，否則即有判決不備理由之嫌。

¹⁶ 陳自強，2014.04，登記生效與登記對抗之間，月但法學雜誌（No.227），頁 47-65。

肆、不動產借名登記契約之處分行為

稱「債權」者，乃係指債權人得依債之關係，向債務人請求為特定給付之謂。亦即，債權人基於債之關係，能有效受領債務人之給付，並得向債務人請求特定給付之權利。非謂對債務人之身分支配，亦非對給付物之支配；而是請求給付與保有給付之權利。又所稱「債權行為」，乃係指以意思表示為要素，而使其發生債權債務為內容或目的之法律行為，又稱之為「負擔行為」。是按前揭最高法院實務上之見解，不動產借名登記契約既係屬無名契約，自應歸屬所稱負擔行為、債權契約之類型。是基於有效成立之「不動產借名登記契約」所得請求之給付，係指債權人（借名者）本於有效成立之借名登記契約而得向（出名者）請求以其名義辦理不動產物權登記之履行行為。惟令人感到惋惜者係，學術暨最高法院實務上均僅對出名者提供其名義作為借名者所有不動產之登記名義人之「債權行為」闡明，而不動產借名登記契約之「物權行為」，均未見其有進一步詳加說理之見解。亦即，當出名者完成不動產物權登記後，則該不動產物權究應歸屬於何人所有？均未見最高法院相關判決對此詳加說理¹⁷。申言之，出名者提供其名義並於辦竣不動產物權登記後，是否有取得該不動產物權？亦即當出名者完成登記名義人之物權變動登記之履行行為後，借名者是否會發生物權消滅之法律效果？蓋因此不僅涉及借名登記契約當事人之內部之法律效果，更涉及出名者與第三人為該登記不動產處分行為之外部法律效果，此攸關不動產交易安全之公共利益至鉅，非謂尚無進一步探究並詳予釐清之必要。惟此乃係歸屬於處分行為之物權契約概念射程範圍，須視其是否具備物權變動之成立生效要件而定。

一、不動產借名登記契約之物權行為

按最高法院 104 年度台上字第 64 號判決謂：「所謂借名登記契約，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，該出名者僅為名義上之所有權人，實質上仍由借名者享有該財產之使用、收益及處分權，並負擔因此所生之義務。其屬無名契約之一種，性質與委任契約類似，尚難認係要物契約。」是借名者與出名者所為有效成立之「不動產借名登記契約」，係為負擔行為（原因行為），而以出名者名義所為之「不動產物權登記契約」則係為處分行為之物權行為（履行行為）。鑒於物權行為之獨立性與無因性，對

¹⁷最高法院 99 年台上字第 2448 號判決謂：「稱借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，…倘其內容不違反強制禁止規定或公序良俗者，應承認其法律效力，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。」此判決為少數論及借名登記契約之物權變動效力，惟該判決謹言及「應承認借名人為真正所有權人」，至於物權變動過程暨說理過程則語焉不詳。

於借名登記契約之不動產物權登記契約（物權行為）之法律效果，則須有進一步探究之必要。

按不動產物權，依法律行為¹⁸而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。此為民法第 758 條所明定。又所稱不動產物權係關於不動產之歸屬權利，即法律將某不動產歸屬於特定之主體，並賦予其支配該不動產之權利。不動產物權行為係以此項「歸屬變動」為內容之法律行為，依此法律行為之作成而直接引起不動產物權之發生、變更或消滅。是以，不動產物權行為¹⁹係屬所謂之「處分行為」關於不動產物權之得、喪及變更者。通說認為不動產物權變動須具備雙重要件：須以「物權行為之意思合致」與「非經登記，不生效力」為其發生物權變動之生效要件。²⁰準此，借名登記契約之不動產物權登記契約，既係獨立於借名登記契約（負擔行為）外之履行行為，則有效之處分行為，自應符合「標的物特定原則」、「當事人須有處分權」、「無因性原則」、「物權行為公示原則」等基本原則，始能發生物權變動效果。

（一）、標的物特定原則

「物權」，係指直接支配特定物而享受其利益，從而物權係以「物」為其客體，乃屬當然。易言之，因物權係對物直接支配之權利，故物權之客體必須為現實存在之特定物，此為物權標的物之特定性。惟應注意者係所謂「特定物」僅須一般社會或經濟觀念為特定物即可，非必為物理上之特定物。例如分別共有物，雖非物理上之特定物，仍得為物權之標的物。²¹至何種權利方得為物權之客體，則須以法律有規定者為限，並準用「物」權之規定，如權利抵押權準用關於不動產抵押權之規定（民法第 883 條）；權利質權準用關於動產質權之規定（民法第 901 條）。

物權在於支配其物，享受其利益，為使法律關係明確，便於公示，以保護交易安全，物權法採用「一物一權」原則。所稱一物一權原則，係指一個物權之客體，應以一物為原則，一個物權不得存在二

¹⁸ 民法第 758 條所稱「法律行為」，乃係指「物權行為」而言。王澤鑑，2009.12，「買賣、設定抵押權之約定與民法第 758 條之法律行為」，民法學說與判例研究（五），自版，頁 129 參照。

¹⁹ 物權行為早在大理院時期，即以二年上字第 8 號判決中肯認，故物權行為之存在乃係實務上之定論，大法官釋字第 349 號；最高法院 30 年上字第 441 號、70 年台上字第 453 號判例；最高法院 88 年度台上字第 1310 號、89 年台上字第 961、號判決。王澤鑑，2009.07，民法物權，自版，頁 70 參照。

²⁰ 上開要件究屬成立或生效要件，學說上尚有爭論，學者王澤鑑建議採「生效要件」之見解。其理由有二：首先，法律明文規定「非經登記或交付不生效力」。其次，登記係為公法上之行為，不能作為私法上法律行為之構成部分，作為其成立要件。王澤鑑，2009，民法物權，自版，頁 73 以下參照。謝在全，2010，民法物權論，修訂五版，頁 74 以下參照。

²¹ 王澤鑑，2009.07，民法物權，自版，頁 49。謝在全，2010，民法物權論，自版，修訂五版，頁 16。

個物之上，此亦系基於物權之「支配性」而來。是以，基於物權標的物特定原則，物權之變動應就個別之物作成之。²²

（二）、物權行為之獨立性與無因性

於現行民法上，物權之變動並非債權行為之當然結果，而係應依一個獨立於債權行為以外之物權行為作成之，亦即所稱「物權行為獨立性」，是以借名登記契約之履行行為：「不動產物權移轉登記」而言，乃係指獨立於借名登記契約債權行為以外之物權行為。所稱「有因性」，係指物權行為之效力為其原因行為（債權行為）有效成立與否所左右。易言之，借名登記契約之債權行為不成立、不生效力、被撤銷或無效者，其不動產物權登記之物權行為亦同其命運。又所稱「無因性」，係指不動產物權登記之物權行為之效力，不因其借名登記契約之原因行為（債權行為）所左右，縱借名登記契約債權行為雖不成立、不生效力、被撤銷或無效，不動產物權登記物權行為並不因此而受影響，仍發生物權變動之法律效果。惟對此應特別說明者係，物權行為無因性理論之適用，應以物權行為本身有效成立為前提，如物權行為本身不成立、不生效力、被撤銷或無效，則根本不發生無因性適用之問題。

二、不動產借名登記契約之物權登記

（一）、不動產物權變動之原則

物權具有絕對排他效力，其得、喪、變更須有足以由外部可辨認之表徵，始可透明其法律關係，降低交易成本，避免第三人遭受損害，保護交易安全。此種可由外部辨認之表徵，即為物權變動之「公示方法」。

1. 物權變動之公示原則

物權變動之公示原則，乃係指物權之變動，必須以一定之公示方法表現於外，始能發生一定法律效果之原則。公示方法之具備，足使物權變動發生一定之法律效果，此種法律上之效果即為「公示

²² 王澤鑑，2009.07，民法物權，自版，頁 50。一物一權主義係指一個獨立物上僅能成立一所有權，故物之一部不能成立所有權。一所有權之客體，以一個獨立物為限，故數個物亦不得成立一所有權。所有權之計算，以一個物為單位，所有權之變動，以個別獨立物為之。理由如下：第一，確定物權支配客體之範圍，使其支配之外部範圍明確化。蓋物權係對物之直接支配，為使其於事實上得圓滿實現其內容，於法律上國家得依法加以保護，其支配客體之範圍非客觀地確定或得以確定不為功。第二，一物一權間接使物權易於公示，交易安全因獲得確保。謝在全，2010，民法物權論，自版，修訂五版，頁 18。

力」。易言之，公示方法乃在對外顯示物權之變動及變動後之物權現狀。

2. 物權變動之公信原則

物權變動之公信原則，乃係指依公示方法所表現之物權與真實之物權狀態不一致時，對於信賴此項公示方法所表示之物權狀態，而為交易行為之人，法律仍承認其具有與真實物權狀態相同之法律效果，以為保護之原則。公信原則使公示方法具有保護從事物權行為之善意第三人之效力，即為公信力。²³

（二）、不動產物權變動之公示方法

不動產之物權變動，即係以登記為其公示方法，分述如下：

1. 以登記作為依法律行為而生物權變動之生效要件，如民法第 758 條之設權登記。
2. 以登記作為依法律規定而取得物權之處分要件，如民法第 759 條之宣示登記。
3. 不動產物權變動既以登記為公示方法，則信賴此項表徵者，縱令其表徵與實質之權利不符，對於信賴之人，亦應予保護。爰如民法新修正第 759 條之 1 規定：「不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。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。」
4. 不動產物權變動係以登記作為公示方法，登記制度為不動產交易提供一個明確基礎，使不動產物權變動得不以「交付標的物」為要件；於同一個不動產上得成立數個用益物權與擔保物權，以登記先後定期順序，對全體社會經濟活動具有重要貢獻。

三、不動產物權變動之生效要件

（一）、依法律行為所為之不動產物權變動之生效要件

按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。此為民法第 758 條所明定。是於借名登記契約有效成立後，本有使不動產物權登記契約合法成立之義務，而借名者以其現有不動產物權與出名者所作成不動產物

²³ 謝在全，2010，民法物權論（上），自版，修正五版，頁 69 參照。

權登記契約，乃係要式行為，除須以書面為之，非經登記，不生效力。惟應特別詳加說明者係，所稱「非經登記，不生效力」，乃係指會發生物權變動之效力者，必須係已辦竣物權登記之不動產，非謂已辦竣物權登記之不動產，必定發生物權變動之效力。蓋因「物權登記」僅係不動產之生效要件之一，故僅具備物權登記之要件，尚不生不動產物權變動之效力。簡言之，依法理邏輯觀點，「非經登記，不生效力」，僅得導出「發生效力，須經登記」之結論，而不得推導出「凡經登記，即發生效力²⁴」之結論。蓋因不動產物權之變動，我國民法乃係採「登記要件主義」暨「物權行為意思合致」為其生效要件²⁵，故除須依法辦竣不動產物權登記外，尚須有該不動產物權行為意思合致之意思表示，否則仍不生不動產物權變動之效力。準此，縱謂借名者對於該物權行為具有處分權，如僅於出名者辦竣不動產物權登記，而無物權行為之意思合致，亦當然不發生取得該不動產物權變動之效力。易言之，出名者於辦竣登記後，當事人間如無具備物權行為之意思合致，借名者未必當然取得該不動產物權，而出名者之不動產物權亦不當然消滅。

（二）、不動產物權登記須與物權行為內容之一致

按不動產物權登記須與物權行為內容一致，始生物權變動效力。²⁶所稱借名登記契約乃係當事人約定，借名者經出名者同意，而就屬於借名者現有之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人之謂，縱謂以借名登記契約之內容不違反強制、禁止規定或公序良俗為由，而主張應賦予其無名契約之法律效力，惟此債權契約之有效成立，並不當然發生不動產物權變動之效力。是出名者基於有效成立之

²⁴ 所稱「非經登記，不生效力」其與「登記有絕對效力」係屬二事，後者乃係基於交易安全公共利益所需而對善意第三人之保護所由設。簡言之，登記僅係不動產物權變動之要件之一，縱經登記，如無物權讓與合意或意思和之意思表示，仍不生物權變動之效力。最高法院 50 年台上字第 929 號民事判例：「土地法第 43 條所謂依本法所為之登記有絕對效力，係為保護第三人起見，將登記事項賦予絕對真實之公信力，故第三人信賴登記而聲請所有權移轉登記，縱令嗣經法院查封而對於查封後始辦妥移轉登記，執行債權人亦不得對之主張債務人無權處分，而認第三人尚未取得所有權，固為本院所持之見解，惟此係指所有權移轉登記之情形而言，不包括所有人之保存登記在內。」；最高法院 63 年台上字第 1895 號、50 年台上字第 96 號、48 年判字第 72 號、42 年台上字第 1196 號、41 年台上字第 323 號民事判例、40 年台上字第 1892 號判例參照

²⁵ 立法理由謂：「不動產物權之得、喪、變更之物權行為，攸關當事人之權益至鉅，為示慎重，並便於實務上作業，自應依當事人之書面為之，…又此所謂「書面」，係指具備足以表示有取得、設定、喪失或變更某特定不動產物權之物權行為之書面而言。如為契約行為，須載明雙方當事人合意之意思表示，如為單獨行為，則僅須明示當事人一方之意思表示。」、「登記要件主義者，於各不動產所在地之官署，備置公簿，於簿上記載不動產物權之得喪變更，使有利害關係之第三人，得就該公簿推知該不動產物權之權利狀態，而不動產物權之得喪變更，若不登記於該公簿上，不能生不動產物權得喪變更之效力也。（非但不能對抗第三人，即當事人間，亦不能發生效力。）登記要件主義辦法，既簡捷易行，亦不至有不得對抗第三人之物權，就實際理論言之，均臻妥協，此為本法所採用也。」

²⁶ 王澤鑑，2009.07，民法物權，自版，頁 92 參照。

借名登記契約而與出名者作成之不動產物權登記契約，是否發生物權變動效果？應繫於該不動產物權登記與物權行為內容是否一致為斷，而非取決於不動產借名登記契約之負擔行為有效與否。蓋因不動產物權變動之生效要件，除當事人間辦竣不動產物權移轉登記外，取決於雙方當事人之物權行為仍須具備意思合致之意思表示，始能發生不動產物權變動之效力。

四、不動產借名登記契約之不動產物權登記法律效果

基於無因性理論，不動產借名登記契約之不動產物權登記契約之效力，不因其不動產借名登記契約之不成立、不生效力、被撤銷或無效而受影響。又處分行為之生效除須具備「當事人有行為能力」、「標的須合法、可能、適當、確定」、「意思表示健全」要件外，尚須以處分人有處分權為必要。²⁷鑒於不動產借名登記契約之標的，因其具處分權之當事人不同，為便於說明不動產物權登記暨物權行為之法律效果，爰區分借名者係以「現有」或「將來」之不動產為處分行為之標的分述如下：

（一）、借名者以「現有」之不動產為處分行為

借名登記契約如係以借名者現有已登記不動產為標的者，則借名者具有處分權固無疑義，惟其與出名者間所作成之不動產物權移轉登記契約是否有效？所應檢討者乃係民法第 758 條關於依法律行為所為之不動產物權變動效力，亦即是否具備「物權登記」與「物權行為」內容一致之要件。

實務上借名登記契約履行行為之內涵，借名者所為物權行為之意思表示，僅係以借用出名者之名義登記為真意，實質上仍由借名者享有該財產之使用、收益及處分權，並負擔因此所生之義務。亦即僅係以出名者之名義作為借名者所有不動產之登記名義人，借名者所為物權行為意思表示之內涵，自始並無讓與其所不動產物權與出名者之意思表示；而出名者亦自始未有受讓取得借名者所有不動產物權之意思表示，當事人間之履行行為並無使標的不動產發生物權變動之意思合致。質言之，借名者與出名者間所為之物權行為，雙方自始未曾有過不動產物權讓與合意之意思表示。準此，縱謂借名者對該標的不動產具有處分權能，並於出名者辦竣不動產物權登記後，仍因不動產物權登記核與物權行為內容並不一致，自不應發生物權變動效力，此乃係無庸置疑。故借名者現有之不動產物權，並不因登記為出名者名義而

²⁷ 王澤鑑，2009.12，出租他人之物、負擔行為與無權處分，民法學說與判例研究（五），自版，頁 112。2005.01，法律思源與民法實例-請求權理論體系，自版，頁 388 以下參照。

喪失，借名者仍為該不動產物權之所有人，而出名者亦不因此而取得該不動產物權。

舉例而言之，最高法院認為基於父女情誼，父母借用子女名義登記不動產，或單純為避免地價稅之累進課徵或土地持有面積限制之節稅所為之借名登記契約，並非脫法或違反強制規定而有效²⁸，惟此僅係指借名登記契約之負擔行為有效，仍不得以此作為不動產權變動之依據，當然不發生不動產物權變動之效果。至於當事人間所作成之不動產物權登記契約，仍不得因辦竣不動產物權登記，即得謂出名者（子女）當然取得該不動產物權，尚仍須檢視當事人間之物權行為有無意思合致之意思表，否則亦不生不動產物權變動之效力。亦即當事人間之物權行為如無具備意思合致之意思表示，縱辦竣不動產物權登記，出名者（子女）仍不因此取得該不動產物權，而借名者（父母）仍為該不動產物權之所有人。

（二）、借名者以「將來」之不動產為處分行為

借名登記契約如係以借名者未具處分權之「將來之不動產」為標的者，則由出名者其與出賣人間所作成之不動產物權移轉登記之物權契約為是否有效？不無疑義。所稱「將來」之不動產，乃係指借名者尚未取得該標的不動產物權，即係以未具處分權之標的與出名者成立不動產借名登記契約。實務上此種法律關係涉及多數當事人，試舉一例說明之，設甲（出賣人）售不動產於乙（買受人），乙（借名者），借用丙（出名者）之名義登記之。析言之，甲、乙間成立買賣契約，乙、丙間成立借名登記契約，二者債權契約均為負擔行為，分別成立於甲乙、乙丙各當事人間。惟有疑義者係，當甲（出賣人）將其所有不動產物權移轉登記為丙（出名者）之名義時，該不動產物權究係應歸屬於何人？易言之，甲（出賣人）與丙（出名者）間所作成之不動產物權移轉登記契約，是否會發生不動產物權變動之效力？此涉及我國登記要件主義之存廢，非謂尚無進一步詳加探究之必要。惟所應檢討者，仍亦係民法第 758 條關於依法律行為所為之不動產物權變動效力，亦即是否該當物權登記與物權行為內容一致之規定。

1. 甲、乙間之不動產物權變動效力

按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。此為民法第 758 條所明定。基於有效成立之買賣契約，甲（出賣人）依民法第 348 條規定，負有移轉不動產物權於乙（買受人）之義務。雖謂甲乙間具

²⁸ 最高法院 84 年度台上字第 1083 號、88 年度台上字第 2115 號、89 年度台上字第 1119 號、92 年度台上字第 1054 號、94 年度台上字第 362 號判決等參照。

備不動產物權行為讓與合意之意思表示，惟該不動產物權登記契約卻於甲丙間作成，其乃係企圖借用丙（出名者）之名義登記之，而試圖由乙（借名者）取得該不動產物權，而並未曾於甲、乙間作成不動產物權登記契約並完成登記。亦即，基於甲乙間有效成立之買賣契約，甲乙間雖有物權行為讓與合意之意思表示，惟並未作成不動產物權契約，更無辦竣不動產「物權登記」。準此，乙除違反「非經登記，不生效力」之登記要件主義外，甲、乙間之未為不動產物權登記，核與物權行為內容並不一致，甲乙當事人間之履行行為自始不生不動產物權變動之效力，而乙自始亦未曾取得該不動產物權，乃屬當然。

2. 乙、丙間之不動產物權變動效力

乙丙間之借名登記契約有效成立後，本有使不動產物權登記之物權契約合法成立義務，亦即丙（出名者）有出具其名義供乙（借名者）辦理不動產登記之義務。乙丙間履行行為之內涵，乙僅係借用丙之名義作為其向甲所購買不動產之登記名義人，並無讓與該不動產物權於丙之意思表示，而丙亦僅係提供其名義登記之，亦無受讓該標的不動產物權之意思表示。亦即，乙丙間之履行行為僅有乙借用丙之名義登記其所購買不動產之意思合致，雙方當事人間並無物權行為讓與合意或意思合致之意思表示。又乙丙間係以其「將來」之不動產為契約標的，除非乙事後取得該標的不動產物權²⁹，否則乙於對該標的不動產物權欠缺處分權能之情形下，如於乙丙間擬作成不動產物權契約並辦竣登記，即屬客觀不能。準此，於乙丙間既無法作成不動產物權移轉登記，亦乏不動產物權行為讓與合意之意思表示，即應認其不動產物權登記與物權行為內容不一致，故乙、丙間不發生不動產物權變動效力，殆無疑義。

3. 甲、丙間之不動產物權變動效力

甲乙與乙丙間，分別成立買賣契約與借名登記契約，而於甲、丙間並無任何債權行為之法律關係，是如於甲、丙間作成不動產物權契約並辦竣登記，是否將對丙或乙發生不動產物權變動效力？不無疑義。惟此仍須應檢視當事人間不動產物權登記須與物權行為內容是否一致，否則仍不生物權變動效力，此乃係無庸置疑。

（1）甲丙間不動產物權登記之物權無因性

²⁹ 如乙於事後取得標的不動產物權再與丙作成不動產物權登記契約且辦竣登記，此種情形即歸屬於上開「借名者以現有之不動產為處分行為」類型之守備範圍。

雖謂甲與乙於買賣債權契約中合意，甲須將不動產物權移轉於乙所指定之登記名義人丙。相同地乙丙間雖亦於借名登記契約中合意，乙（借名者）借用丙（出名者）之名義登記之。惟此約定僅係甲乙或乙丙間之債權契約合意，僅對當事人甲乙或乙丙間發生相對效力，對他人並無拘束力。

實務上甲丙間於無具備立任何原因行為之情形下，仍得辦竣不動產物權登記固無疑義。惟有疑義者係，甲丙間於無任何負擔行為之法律關係下所作成之不動產物權登記，是否得依無因性理論，即得謂甲、丙間之不動產物權登記即為有效？恐有爭議。對此應採否定見解，蓋因物權行為無因性理論之適用，應以物權行為本身有效成立為前提，如物權行為本身不成立、不生效力、被撤銷或無效，則根本不發生無因性適用之問題。

（2）甲丙間不動產物權行為之讓與合意

甲丙間不動產物權行為之意思表示內涵，雖謂甲同意移轉不動產物權與丙，惟丙本人並無「為自己取得該不動產物權」之意思表示，而僅係「出具名義提供作為乙購買不動產之登記名義人」，或「提供其名義登記之，為（代）乙取得所有不動產物權」之意思表示。簡言之，甲丙間之物權行為內涵，甲有讓與不動產物權與丙之意思表示，而丙之真意並無受讓該不動產物權之意思表示，其所隱藏法律行為真意，乃係「出借名義作為登記名義人」，並無為丙自己取得該不動產物權之意思表示，故甲丙間雖作成不動產物權契約，並辦竣不動產物權登記，惟該不動產物權行為之內容欠缺讓與合意或意思合致之意思表示。

準此，甲丙間雖謂辦竣不動產物權登記，當事人甲雖有移轉不動產物權之意思表示，惟丙並無受讓該不動產物權之意思表示，故仍不得謂二者間之物權行為具有讓與合意或意思合致之意思表示，是以，甲丙間不動產物權行為之內容核與不動產物權登記並無一致，故丙不因辦竣登記而取得該不動產物權，而該不動產物權仍為甲所有。

（3）丙之登記得否代乙取得該不動產物權

至於能否基於丙出借其名義作為登記名義人，並於甲丙間完成不動產物權登記後，而得代乙取得該不動產物權？對此應採否定見解。蓋因同上開所述，甲同意移轉不動產物權於丙，甲丙間雖得辦竣物權移轉登記固無疑義，惟乙對該標的不動產自始未辦竣登記，

除顯然牴觸「登記要件主義」所稱非經登記，不生效力之立法意旨外，更與不動產物權登記公信原則及公示原則相悖。故乙自始未曾以自己名義辦竣登記，非但不能對抗第三人，即使於甲乙當事人間，亦不能發生不動產物權變動之效力，更不得謂丙之不動產物權登記得對已發生取得該不動產物權之效力，故乙自始未取得不動產物權，對該標的不動產未具處分能力，乃屬當然。司法實務上認為，不動產物權於登記丙之名義後，將會對乙發生取得不動產物權之效力，並肯認以丙（出名人）之名義登記，丙本人無法取得該登記不動產物權，而迂迴地採認丙之不動產物權登記，將能使乙（借名者）成為真正所有權人之見解，對此本文歉難贊同。蓋因除非我國不動產物權規範揚棄「非經登記、不生效力」之登記要件主義，否則將難逃繼受日本意思生效主義之指摘。³⁰

據上所言，於借名者以「將來」之不動產為處分行為之類型觀察，實務上甲（出賣人）售予不動產與乙（借名者），約定履行行為須將標的不動產移轉登記為其所指定之丙（出名人）。質言之，甲乙與乙丙間各自分別做成買賣契約及借名登記契約之負擔行為，而甲乙與乙丙間雖均有履行行為之約定，但各當事人間卻均無作成任何不動產物權登記契約並辦竣登記，而取巧地於無任何債權法律關係之甲丙間，且無不動產物權行為讓與合意或意思合致之意思表示之情形下，企圖使乙發生取得不動產物權之效力，基於不動產交易安全之公共利益暨登記公示、公信原則之考量，對此應採否定見解較為妥適，故甲丙間所作成不動產物權登記，當然不發生物權變動之效力。蓋因甲（出賣人）對該不動產物權雖具有處分權能，惟甲丙間之物權登記與物權行為內容並不一致，其不發生物權變動之效力乃屬當然。準此，乙（借名者）以「將來」之不動產所為履行行為，將因甲（出賣者）與丙（出名者）所作成之登記與物權行為內容不一致，而不發生不動產物權之效力。故甲（出賣人）之不動產物權不因登記為出名者之名義而喪失，而丙（出名者）不因其辦竣不動產物權登記而取得該登記不動產物權。此外，亦不因丙辦竣不動產登記而得為（代）乙取得該不動產物權，而甲仍為該不動產物權之所有人。

另尚須值一言者，最高法院 99 年台上字第 2448 號判決所言：「稱借名登記者，…倘其內容不違反強制禁止規定或公序良俗者，應承認其法律效力，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。」殊不知此處所稱「應承認其法律效力」，究係指借名登記契約之負擔行為有效，或係指不動產物權登記之物權行為有效，甚或二者均為有效？否則承認「借名人為真正權利人」之說理依據即有欠缺，顯非妥適。質

³⁰ 陳自強，2014.04，登記生效與登記對抗之間，月旦法學雜誌，（No.227），頁 62-64 參照。

言之，實務上甲、乙間成立買賣契約，乙、丙間成立借名登記契約，而由甲、丙間作成之不動產物權移轉登記，自始未曾完成不動產登記之乙，究係如何藉由登記於丙之名義而取該不動產物權？著實令人費解，尚容有進一步商榷之餘地？蓋因如採認以丙（出名人）之名義登記而無法取得該物權，而由乙（借名人）取得以丙之名義登記之不動產物權，無異係將我國不動產物權變動效力，已經悄悄改成「意思生效主義」，而非「登記要件主義」。

五、借名登記契約借名者處分登記財產之效力

不動產借名登記契約中，以出名人作為登記名義人之物權行為，無論係以「現在」或「將來」之不動產物權為標的，均不生不動產物權變動效力，亦即出名人自始未取得該不動產物權。爰此，當借名者對於登記於其名下之不動產為處分行為時，因其並非該登記不動產之所有人，故於欠缺處分權能之情形下，自應適用民法第 118 條無權處分之規定。蓋因借名人自始未取得登記於其名下之不動產物權，自應以無權處分作為說理依據。至於學術上對於欠缺處分權能之無權利人為處分行為時，究係應如何認定其係為有權處分或無權處分，須視處分相對人之善意或惡意而定之見解³¹，似有誤解民法第 118 條第 1 項規定乃係鑒於無權利人，就其權利而為之處分，當然不生效力。然如此辦理，頗多不便，故無權利人就權利標的物所為之處分，若經有權利人承認時，則亦可認為有效，所以圖實際上之便利而設之立法意旨³²。非謂無權處分於相對人為善意時，即變成有權處分，故出名者對於登記於其名下之不動產為處分行為時，如採「有權處分說³³」之見解，說理上似有再進一步商榷之餘地。

³¹詹森林，2011.10 出名人無權處分及借名人回復登記請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 54；氏著，2012.12 民事法理與判決研究（六），元照出版社，頁 263 下參照。

³²立法理由謂：「按處分權利，須有為其處分之權能，故無權利人，就其權利而為之處分，當然不生效力。然如此辦理，頗多不便，故無權利人就權利標的物所為之處分，若經有權利人承認時，則亦可認為有效，所以圖實際上之便利，此第一項之所由設也。無權利人處分權利標的物，在其初雖未得有權之承認，而其後已從有權利人讓受其權利者，（例如因買賣或承繼關係而取得其物）則應溯及法律行為之時生效力，使其處分，自始有效，此第二項之所由設也。…」

³³吳從周，2015.08，我國不動產借名登記契約之發展現狀-特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動，軍法專刊，第 61 卷第 4 期，頁 66 以下；卓心雅，2011.12，論不動產借名登記契約-以所有權歸屬為中心，法學新論，第 33 期，頁 111；吳從周、卓心雅，2009.10，借名登記與無權處分，台灣法學，第 137 期，頁 162；收錄於氏著，2010.03，民事法學與法學方法，第 4 冊，頁 191 以下。蔡晶瑩，2014.02 論借名登記契約，-最高法院 100 台上 2101 判決，台灣法學雜誌，242 期，頁 176-178。最高法院 102 年度台上字第 487 號；103 年度台上字第 1192、1518、2142、323 號；104 年度台上字第 38 號判決參照。

伍、結論與建議

我國民法關於不動產物權依法律行為所發生之變動效力，須具備「不動產物權登記」與「物權行為讓與合意或意思合致之意思表示」二要件，並於物權登記與物權行為之內容一致時，始得發生不動產物權變動之效力。不動產借名登記契約，僅係負擔行為，其有效成立與否，並不發生不動產物權變動之效果。故無論係借名者以「現在」或「將來」之不動產作為不動產登記契約標的，基於契約自由原則，並於其契約內容不違反強行規定或公序良俗者，應賦予其「無名契約」之法律效力，對此承認不動產借名登記契約為負擔行為法律性質之見解，應值贊同。惟基於有效成立之不動產登記契約所為之履行行為，亦即當事人間所為之不動產物權登記與物權行為之內容，無論係以借名者「現在」或「將來」之不動產為契約標的者，亦即於借名者與出名者間或於出賣人與出名者間，因其不動產物權登記與物權行為內容並不一致，故當事人間均不發生不動產物權變動之效力，乃屬當然。

本文認為最高法院對於借名登記契約，乃係以契約自由原則暨不違背強行規定及公序良俗為由，將其法律性質定性為無名契約，並於未詳加檢視其不動產物權登記與當事人間物權行為內容是否一致前，即以不動產借名登記契約為有效，而導出借名者取得不動產物權而承認借名者為所有權人之見解，顯欠妥適。蓋因除非最高法院揚棄我國民法不動產物權登記所採認「非經登記，不生效力」之「登記要件主義」，而肯認違反法律基本價值判斷地改採日本「意思生效主義」所為之法律續造（*Rechtsfortbildung contra legem*），否則即有混淆負擔行為與處分行為之嫌。為弭爭議，爰建議最高法院應詳加檢視基於有效成立之不動產借名登記契約所為之履行行為，是否該當我國登記要件主義之不動產物權登記與物權行為內容一致之生效要件，始得作為判斷不動產物權變動效力之依據，以符合我國民法關於負擔行為、處分行為與物權無因性之規範體系。

陸、參考文獻

1. 王澤鑑，2010.04，民法總則，作者自版。
2. 王澤鑑，2010.06，民法概要，作者自版。
3. 王澤鑑，2009.07，民法物權，作者自版。
4. 王澤鑑，2009.12，三論「出賣他人之物與無權處分」：基本概念仍待釐清，民法學說與判例研究第5冊，作者自版。

5. 王澤鑑，2009.12，「買賣、設定抵押權之約定與民法第 758 條之法律行為」，民法學說與判例研究（五），自版。
6. 王澤鑑，2009.12，出租他人之物、負擔行為與無權處分，民法學說與判例研究（五），自版，頁 112。
7. 王澤鑑，2005.01，法律思源與民法實例-請求權理論體系，自版。
8. 謝在全，2010.09，民法物權論（上），自版，修正五版。
9. 詹森林，2003.02，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43 期。
10. 詹森林，2011.10 出名人無權處分及借名人回復登記請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任，台灣法學雜誌，第 186 期。
11. 詹森林，2007.12，民是法理與判決研究（五），元照出版社。
12. 詹森林，2012.12 民事法理與判決研究（六），元照出版社。
13. 吳從周、卓心雅，2009.10，借名登記與無權處分，台灣法學，第 137 期，收錄於氏著，2010.03，民事法學與法學方法，第 4 冊。
14. 吳從周，2015.08，我國不動產借名登記契約之發展現狀-特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動，軍法專刊，第 61 卷第 4 期。
15. 卓心雅，2011.12，論不動產借名登記契約-以所有權歸屬為中心，法學新論，第 33 期。
16. 蔡晶瑩，2014.02，論借名登記契約-最高法院 100 台上 2101 判決，台灣本土法學雜誌，242 期。
17. 謝在全，2010，民法物權論（上），自版，修正五版，頁 69 參照。