

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*

吳 從 周**

壹、序 說

「借名登記購買不動產」在當事人間其實就是「利用人頭購屋」，在我國的不動產交易實務上相當常見，在其他國家亦非少見，但卻少見有類似我國不斷擴大承認此種「借名登記契約」，特別是「不動產借名登記契約」之效力者。尤其是我國的法院實務，已從早期的否定借名登記契約之效力，轉向幾乎全面性地肯定與承認借名登記內部契約之效力。

迄 2013 年為止，如果在「司法院法學檢索資訊系統」以「借名登記」為關鍵字，查詢最高法院之判決，至少就可以找到共 514 筆判決。而僅僅 2014 年再搜索「借名登記」此一關鍵字，就又增加了 184 個判決，足見此一論題在我國法院實務上之重要性。

本文擬特別觀察近年來我國實務出現對借名登記契約外部效力之宣示，進一步思考如何繼續承認或者限制不動產借名登記契約之內部契約之效力，並觀察二者間之互動與影響。

貳、我國學說與實務見解

一、借名登記契約之內部關係

(一) 借名登記契約之意義

借名登記契約之定義，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，

責任編輯：黃右瑜

* 本文初稿曾發表於 2015 年 4 月 26 日在上海財經大學舉辦之「第三屆比較民商法裁判研討會」。

** 國立臺灣大學法學博士、德國科隆大學法學博士候選人，現任國立臺灣大學法律學院副教授。

登記為所有人或其他權利人¹，但實際管理、使用、收益與處分均由一方自行為之²。」

最高法院在其有關借名登記之判決中之定義，與學說上之定義基本上固無不同，但大致上可以歸納出以下幾種判決表達的不同形態：

1. 94 年度台上字第 953 號判決：「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。」

2. 97 年度台上字第 2445 號判決：「所謂借名登記契約，係在目的無違強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當之前提下，當事人約定一方所有應經登記之財產，以他方為登記名義人，惟自己仍保留管理、使用處分之權之契約。」

3. 98 年度台上字第 76 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，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。」

4. 100 年度台上字第 2101 號判決：「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。」

準此，借名登記契約的特徵可歸納為：當事人約定一方（借名人）所有應經登記之財產，(1)以他方（出名人）為登記名義人，惟(2)借名人自己仍保留管理、使用、收益和處分權之契約。由於出名人只負有單純出借名義供登記之義務，不負有管理財產標的之義務，借名人則視雙方是否有約定，而決定是否負有支付對價義務，故屬不真正雙務契約³。又因其非民法債編之有名契約類型，故屬於無名契約；且因(3)重視兩造間之信任關係，出名人有為借名人處理事務之本旨，故性質上屬於勞務契約。

此種契約之類型特徵，與信託法上之信託契約最大之不同在於：（積極）信託，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，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係（信託法第 1 條）；故受託人對於信託財產必有為管理或處分之權限或事實，始為信託關係。但借名登記，出名人僅係單純

¹ 詹森林，〈借名登記契約之法律關係〉，《台灣本土法學》，2003 年 2 月，第 43 期，頁 129；氏著，《民事法理與判決研究(五)》，元照出版社，2007 年 12 月，頁 84。

² 葉張基，〈借名登記契與信託契約之比較—兼評最高法院九十一年度臺上字第 2101 號民事判決〉，《全國律師》，2005 年 5 月，頁 117。

³ 吳從周、卓心雅，〈借名登記與無權處分〉，收錄於氏著，《民事法學與法學方法（第四冊）》，2010 年 3 月，頁 191-194。

出借名義，對於登記之標的物或權利並無任何管理處分之實質，「管理、使用、處分權仍屬於借名人」，故並非信託契約，而是下述的無名契約。

最近，最高法院 99 年度台上字第 1662 號判決對借名登記契約總結式之敘述，完整而扼要地涵蓋實務對於此種無名契約「內部效力」之內涵的理解，值得參考。該事件第二審判決原認為是消極信託關係，判決謂：「按信託法於八十五年公布前，民法雖無關於信託行為之規定，然因私法上法律行為而成立之法律關係，非以民法有明文規定者為限，苟法律行為之內容不違反強制規定或公序良俗，即應賦予法律上之效力。倘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。」但最高法院不採消極信託之見解，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，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，及出名者與該登記有關之勞務給付，具有不屬於法律上所定其他契約種類之勞務給付契約性質，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，當賦予無名契約之法律上效力，並依民法第五百二十九條規定，適用民法委任之相關規定。查系爭……土地為被上訴人所有，源於借名登記之關係，而委託登記上訴人名義，……上訴人就各該土地僅為委託關係之出名登記人，並無管理、使用或處分之權責，被上訴人為購地實際出資者或真正所有人，足認兩造間就該土地登記，乃側重於彼此間之信任關係及上訴人與登記相關之勞務給付，而無『信託登記契約』之法效意思，依上說明，核屬不違反強制、禁止規定或公序良俗而有效之借名登記契約無疑，被上訴人據以終止該契約關係，即屬合法。」

又此項借名登記契約在類推適用委任契約終止後，「借名人須待終止借名登記契約後，始得請求出名人返還借名登記之財產，故依民法第一百二十八條前段規定，其返還請求權之消滅時效期間，應自借名登記契約終止時起算。」（最高法院 102 年度台上字第 1726 號判決）

（二）借名登記契約之性質

最高法院幾乎無異議地將此種非典型契約，定性為是一種「無名契約」，而此種無名契約，因著重在兩造間之信任關係，且出名人亦有為真正所有權人處理事務之本旨，故其性質上為一種勞務契約，特別與典型勞務契約中之委任契約類同或雷同，職是，法律效果應類推適用委任契約之規定（95 年度台上字第 1037 號判決參照）。尤其是借名契約之終止或消滅，應該類推適用委任關係終止或消滅之規定（91 年度台上字第 1871 號、97 年度台上字第 2445 號、97 年度台再字第 33 號等判決），實務上常見者是類推適用民法第 549 條第 1 項（當事人之任何一方得隨時終止契

約⁴)、第 540 條(委任關係因一方當事人死亡而消滅)及第 541 條第 2 項(受任人以自己之名義,為委任人取得之權利,應移轉權利於委任人之規定),以請求借名關係終止後,標的財產之移轉登記(91 年度台上字第 1871 號、97 年度台上字第 2240 號判決)。

(三)借名登記契約之內部效力

借名契約究竟應否承認其在當事人間內部的效力,最具爭議,最高法院的判決實務上有著轉折性的發展。其大致的變遷軌跡是:從無效說的疑問中轉向附條件有效說的肯認⁵。

早期最高法院之見解多當然認為:借名登記契約為消極信託⁶,構成通謀虛偽意思表示,助長脫法行為,因此無效。但目前最高法院已不再當然認為如此,其所確立的基本命題殆為:只要借名登記契約之「目的或內容無違強制、禁止規定或悖於公序良俗,且原因正當」,在此前提下,「依契約自由原則」,即為有效。(最高法院 92 年度台上字第 1054 號、97 年度台上字第 2445 號判決)

不過,上開命題的關鍵仍在於所謂「正當原因」為何。實務判決類型,絕大多數認定借名登記之原因正當,未悖強行規定或公序良俗;典型的兩種代表案型為:

一、「基於父女情誼」,父母借用子女名義登記不動產,並非脫法行為或違反強制規定(最高法院 89 年度台上字第 1119 號、94 年度台上字第 362 號判決)。

二、單純為「節稅(例如避免地價稅之累進課徵)及迴避(限制每人持有土地面積之)土地政策」,並非不正當原因(84 年度台上字第 1083 號、88 年度台上字第 2115 號、92 年度台上字第 1054 號判決)。

實務上長時間以來重複出現認定其原因不正當,因此為脫法行為之案型,則主要是針對為了「規避已修正之舊土地法第 30 條第 1 項之禁止規定」而訂立之借名契約,無效。但此種情形相當少見。

例如最高法院 97 年度台上字第 879 號判決謂:「再退而言之,縱認金恩公司係基於信託或借名登記關係,將系爭土地登記於被上訴人名下,惟按私有農地所有權

⁴ 實務上也發生因借名人之借名登記行為,致借名人之債權人無法強制執行借名人之財產,危害借名人之債權人債權之實現者,法院因而准許債權人得因保全其債權而依民法第 242 條規定,代位借名人行使民法第 549 條第 1 項終止借名契約,依民法第 179 條規定請求返還借名登記之不動產者。(例如最高法院 100 年度台上字第 1696 號判決)

⁵ 經典之觀察,參見詹森林,〈台灣信託法最新判決發展〉,《民事法理與判決研究(五)》,自版,2007 年 12 月,頁 219-225。

⁶ 同此見解,謝哲勝,〈借名登記之名消極信託之實〉,《月旦裁判時報》,2010 年 2 月,創刊號,頁 58 以下。



之移轉，依修正前土地法第三十條第一項規定，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。從而，契約約定將農地移轉由無自耕能力之人承受者，其契約標的即有法律上不能而無效之情形。本件系爭土地買賣當時，金恩公司並無自耕能力，欲購買農地供興建廠房之用，乃借用有自耕能力之被上訴人名義登記，此為上訴人主張之事實，顯係以迂迴方法逃避土地法第三十條第一項禁止規定，且自始由該公司占有興建廠房，不論金恩公司係以信託或借名登記為之，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。綜上所述，金恩公司或受讓該權利之上訴人，本於信託或借名登記關係終止後之返還請求權，請求被上訴人將系爭土地所有權移轉登記於伊，為無理由，應予駁回⁷。

到了最近最高法院 104 年度台上字第 65 號判決：按當事人為規避強行法規之適用，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。系爭土地使用分區、使用地類別為「山坡地保育區、農牧用地」，屬農業發展條例第三條第一項第十一款所規定之耕地。上訴人無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不得取得系爭土地所有權，系爭六十七年間借名登記契約，係為規避上開法律之限制。又依農業發展條例第三十三條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭九十年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效。原審本此見解，就上訴人先位聲明請求被上訴人辦理系爭土地繼承登記及移轉所有權部分，為其敗訴之判決，經核於法洵無違誤。

值得注意的是，在上開第一種「基於父女情誼」之案型的最高法院判決發展上，最高法院開始出現對於契約成立要件較多嚴格之質疑，亦即：在父母與未成年子女間之借名登記契約，如何具備「相互合致之意思表示」？因而傾向認定其不成立者。例如最高法院 102 年度第 1233 號判決謂「查借名登記為契約之一種，須當事人互相表示意思一致，始能成立。林川將系爭警大段土地借名登記於上訴人名下，斯時上訴人係未滿二十歲之限制行為能力人，原審…未查明上訴人究如何與林川互相表示一致，達成將系爭警大段土地借名登記於上訴人名下之契約，遽以林川係以借名登記之意，將系爭警大段土地登記於上訴人名下，林川自己仍保有管理、使用、處分

⁷ 在此之前之判決，另參見最高法院 73 年度台上字第 4072 號、80 年台上字第 2284 號、93 年度台上字第 919 號、94 年度台上字第 907 號等；但似採不同認定：95 年度台上字第 1037 號判決！並參見陳聰富，〈脫法行為、消極信託及借名登記契約〉，《月旦法學雜誌》，2005 年 8 月，第 123 期，頁 228-230 對借名登記契約內部效力演變的詳細介紹。

權，斯時上訴人雖未成年，但此並不影響上訴人與林川之內部關係中，林川係實際權利人，被上訴人得繼承林川之權利為由為不利於上訴人之判決，已有可議。⁸」似開始從內部效力，出現限縮借名登記契約之趨勢。

(四) 借名登記契約之舉證責任

最高法院不少判決明白強調借名登記契約之舉證責任，應由借名人證明借名登記之事實。最高法院 102 年度台上字第 1833 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，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，是出名人與借名者間應有借名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。又不動產登記當事人名義之法律關係原屬多端，主張借名登記者，自應就該借名登記之事實負舉證責任。本件被上訴人主張系爭房屋係李鴻賓出資購買並借名登記上訴人名義，為上訴人所否認，自應由被上訴人就事實負舉證責任。⁹」又最高法院 104 年度台上字第 228 號裁定謂：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。民事訴訟法第二百七十七條第一項前段定有明文。上訴人主張兩造就系爭房地有借名登記契約，既為被上訴人所否認，其應就借名登記契約存在之事實負舉證責任，若其先不能舉證使法院得到確實如此之心證，則被上訴人就其抗辯之事實即令不能舉證，或其舉證尚有疵累，亦應駁回上訴人請求。原審以上訴人未舉證證明兩造借名登記關係存在，為其不利之認定，無適用法規錯誤可言。」就筆者所瀏覽的諸多判決中，相當比例的判決均係以借名人無法舉證證明其所主張有借名登記契約存在之事實，因而遭到敗訴判決¹⁰。

⁸ 最高法院 100 年度台上字第 1972 號判決亦謂：「借名登記契約究屬於『非典型契約』之一種，仍須於雙方當事人，就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，相互為合致之意思表示，其契約始克成立。…系爭房地為兩造父母借名登記上訴人名下，其管理、使用、收益、處分權均係父母，上訴人僅係登記名義人，…關涉上訴人是否與其父母，或父，或母間，就系爭房地有無借名登記契約之意思表示合致之判斷。原審未遑詳予調查審認，並說明借名登記契約究係如何存在於當事人間，於何時達成意思表示之合致，遽為上訴人…不利之判決，殊屬速斷。」（並參見最高法院 100 年度台上字第 2207 號判決）

⁹ 同旨最高法院 101 年度台上字第 1775 號判決。至於應如何證明借名登記之事實，例如出名人未出資購買系爭房地、未參與系爭房地之購買及登記過程、系爭房地係由借名人管理、使用，所有權狀亦由借名人保管等，則認係借名登記（參見最高法院 102 年度台上字第 1693 號判決）。又例如最高法院 101 年度台上字第 1527 號判決強調「被上訴人雖未能提出直接證據證明兩造間就系爭房地有借名登記關係，但系爭土地係由被上訴人與劉樑材出資買受，由其洽談合建事宜，並變更起造人，系爭房屋建成後，由其管理使用，由此間接事實觀之，應認被上訴人為系爭房地之權利人，兩造間有借名登記契約關係。」

¹⁰ 也有出名人遭到其債權人強制執行而查封借名登記之不動產者，出名人辯稱其乃借名登記之名義人，並非實際所有人時，法院強調出名人應「對其所稱『借名登記』之變態事實」負舉證責任。（參見 100 年度台上字第 602 號判決）

二、借名登記契約之外部效力

(一)出名人處分財產之效力爭論

除了上開內部關係的效力爭議外，借名登記契約還有一個重要的「外部效力」之問題，有待釐清。亦即：如果契約之出名者，在將標的財產返還借名者之前，違反約定而處分該財產時，其效力如何？以下特別整理並觀察我國學說及實務上近年來的變遷，以觀察內部效力與外部效力互動之有趣現象。

1. 無權處分說

學說上代表性見解採此見解，認為：「出名者在名義上，既為標的財產之所有人或其他權利人，且一般人僅得依據該名義，從形式上認定權利之歸屬，故出名者就該財產為處分者，縱其處分違反借名契約之約定，仍應以有權處分看待為原則；但相對人為惡意時，則應依據無權處分規定處理（民法第 118 條），以兼顧借名者之利益」¹¹。並強調：「借名登記之出名人違反約定而處分登記之財產者，係屬無權處分，故相對人善意時，固得依善意受讓規定取得該財產（參見民法第 759 條第 1 項第 2 款、第 801 條、第 948 條等）。相對人如為惡意，則應依民法第 118 條規定處理，除有該條第 2 項所定出名人於處分登記財產後取得該財產權利之情事外，非經借名登記人承認，該處分不生效力；借名人否認者，則該處分即確定不生效力¹²。」蓋「善意之相對人與出名人交易時，不知該交易可能損害借名人之利益，自無法被期待採取合理措施，以兼顧借名人之利益。惟相對人惡意者，則其與出名人交易時，已明知該交易可能損害借名人之利益，並可事前取得借名人同意，以兼顧借名人之利益；反之，借名人無論採取何種措施，均無法全面防止出名人擅自處分登記財產之風險。因此，依據『優勢風險承擔』原則，在借名人與惡意之處分相對人二者之間，應由後者承擔出名人違反借名登記約定處分登記財產之風險¹³。」

對此問題，實務上多年來始終未明確表達統一見解。到了 98 年度台上字第 76 號判決，最高法院終於採取通說見解，第一次明白宣示：出名者所為之物權處分行為，應論以無權處分，依民法第 118 條之規定而定其效力。至於相對人為善意時，則應受到民法上善意受讓或土地法第 43 條之信賴登記之保護¹⁴。該判決要旨謂：「按稱

¹¹ 參見詹森林，前揭（註 5）書，頁 84。

¹² 詹森林，〈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》，2011 年 10 月，第 186 期，頁 54；氏著，《民事法理與判決研究（六）》，元照出版社，2012 年 12 月，頁 263-264。

¹³ 詹森林，前揭（註 12）文，頁 53-54。

¹⁴ 王澤鑑，〈民法總則在實務上的最新發展（一）〉，《台灣法學雜誌》，2003 年 11 月，第 52 期，頁 77。

『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。惟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，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第一百十八條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。」

本件判決認定事實為出名人將系爭財產標的不動產移轉登記與第 3 人（相對人），該受讓不動產之第 3 人與出名人間「具有一定之親屬或同住一處之關係」，「難諉為不知」借名人與出名人間之借名契約關係，因此認定本件在第 3 人為惡意之情形下，其所謂之物權處分行為乃無權處分。

無權處分說似乎同樣表現在其後的最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決。該判決之原審亦謂「乙○○於買受前自當知悉系爭土地係被上訴人所有，其並非善意第三人，自無土地法第四十三條之適用，復不能證明被上訴人承認上訴人就系爭土地之處分行為，依民法第一百十八條第一項規定，自不生效力。從而，被上訴人依民法第七百六十七條、第一百十三條之規定，請求塗銷系爭土地之所有權移轉登記，及類推適用民法第五百四十一條第二項規定，請求甲○○將系爭土地所有權回復登記為被上訴人名義，為有理由」，對原審此一見解，最高法院維持原審之見解謂「本件原審綜合一切證據資料，依上開理由認定系爭土地係被上訴人向李龍山所購買而借名登記為甲○○名義，嗣由甲○○賣與知情之乙○○，因而為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤。…系爭土地係由被上訴人借名登記為甲○○名義，為原審所合法認定，則雙方間有類似委任關係存在，甲○○擅將系爭土地出賣予乙○○，乃違反借名登記之本旨，並無為被上訴人管理事務之意思，自屬無權處分，而非無因管理¹⁵。」

上開兩則判決在最高法院開始對於外部效力表示意見之際，明確採取「無權處分說」的見解，亦即，當出名人違反借名登記契約之約定，將借名之不動產讓與第 3 人時，不論第 3 人為善意或惡意，其不動產之「處分行為」均屬無權處分行為（民法第 118 條），僅在其善意時有信賴原則之適用，而受到善意取得之法律規定（土地法第 43 條、民法第 759 條第 2 項）之保護。

2. 折衷說

¹⁵ 本判決之詳細評釋，參見詹森林，前揭（註 12）文，頁 49 以下。



不過，此種見解在最高法院的判決上似乎仍有歧見。隨即在其後的 100 年度台上字第 2101 號判決，最高法院即未貫徹無權處分說之理論，而認為：「按民法第一百七十九條規定之不當得利，須當事人間財產損益變動，即一方所受財產上之利益，與他方財產上所生之損害，係由於無法律上之原因所致者，始能成立。無權處分他人之物而取得之利益，因違反權利歸屬內容，致他人受損害，並無法律上之原因，固應成立不當得利；惟倘所處分者在法律上為自己名義上之物，即不能概論以無權處分而認係成立不當得利。又所謂借名登記契約，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。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。本件附表…土地及…建物係翁祿壽借名登記為翁 OO…名義，乃原審所認定，倘非虛妄，則翁明輝以次四人，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。」

換言之，在此一判決中最高法院認為：當出名人違反借名登記契約之約定，將借名之不動產讓與第 3 人時，因為出名人是「名義上…之所有（權）人」，故其不動產之「處分行為」並非「無權處分」，而是有權處分，相對人當然取得所有權（因此不必訴諸善意取得之法律規定的保護！）。但在「相對人係惡意」時，則係無權處分，相對人無法取得所有權。

3. 有權處分說？

到了最高法院 102 年度台上字第 1358 號一案中之二審臺灣高等法院（案號：100 年度重上字第 16 號判決），則似乎開始改採有權處分說，而謂：「上訴人係基於借名契約關係而取得系爭不動產之所有權，上訴人本於其與借名者間之內部關係，對於該財產之所有權權能固受到限制，而由借名者實際管理、使用、收益及處分該財產，惟上訴人僅於借名登記契約終止時，負有將借名登記物返還借名者之義務。賴森林既已死亡，該借名契約關係消滅，賴星樑兄弟繼承賴森林基於借名登記關係所生之債權，即得行使返還借名登記物之債權，請求上訴人將系爭不動產回復（移轉）登記為賴星樑兄弟公司共有，但在上訴人履行此一給付義務之前，上訴人之所有權人地位仍然存在。準此，上訴人縱將系爭不動產應有部分各三分之一移轉予被上訴人，乃處分所有物之行為，並非分割共有物，亦非無權處分行為。¹⁶」

¹⁶ 該判決雖經最高法院以其他理由廢棄發回，但並非針對該部分見解。類似見解還出現在最高法院 102 年度台上字第 1164 號一案之二審臺灣高等法院（案號 100 年度重上字第 467 號判決）亦謂：「按所謂

抑有進者，在最高法院 102 年度台上字第 487 號一案，原審高等法院（案號 100 年度上字第 78 號）沿用上開最高法院 98 年度台上字第 76 號判決「無權處分說」之見解，認為：「次查莊訓基及莊基順於七十六年六月間，以每坪新台幣四萬元向訴外人邱基正購買系爭土地，登記於莊德和名下，價金係莊訓基給付，九十二年以前之地價稅係莊訓基繳納，土地所有權狀由莊訓基持有，莊德和違反借名登記之約定，將系爭土地出賣予邱金榮，並移轉登記予上訴人，自屬無權處分。…邱金榮明知被上訴人與莊德和於系爭土地所有權之歸屬有爭議，其並非善意第三人，邱金榮或其借名登記之上訴人，均無從依土地法第四十三條規定，善意取得系爭土地之所有權。」

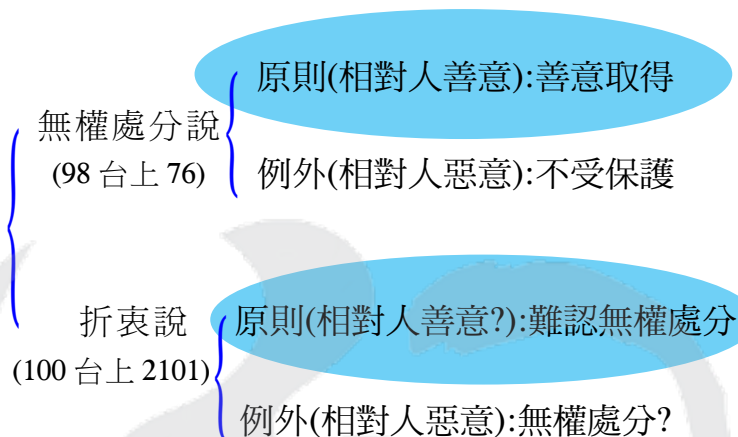
但最高法院卻一反原審就受讓借名登記土地之相對人為惡意第 3 人的認定，以下列理由廢棄原判決所採之「無權處分說」：「系爭土地原登記於莊德和名下，莊德和出賣與邱金榮，並將所有權移轉登記予邱金榮指定之上訴人，為原審認定之事實。是莊訓基、莊育明既非系爭土地登記之所有人，縱莊訓基、莊育明之父莊基順與莊德和間有借名登記契約，於上訴人之所有權登記被塗銷前，仍不許莊訓基、莊育明以其為真正權利人自居，而對抗上訴人。原審謂莊訓基、莊基順將系爭土地借名登記於莊德和名下，莊訓基、莊育明為系爭土地之真正所有人，莊德和出賣系爭土地予邱金榮，係屬無權處分，上訴人無從取得系爭土地之所有權，爰為上訴人敗訴之判決，亦有未合。」似乎往有權處分說傾斜之傾向。

4. 迄今為止之基本疑問

茲先對照圖示上開迄今為止出現之無權處分及折衷說之疑問如下（圖一）：

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，但仍由借名者管理、使用、收益及處分該財產之債權契約。是借名者有移轉該財產所有權至出名者之意思表示，出名者亦有受讓該財產所有權之意思表示，並由出名者依法完成取得該財產所有權之手續，出名者因而取得該財產之所有權，僅出名者基於其與借名者間之內部關係（即借名登記之債權契約關係），對於該財產之所有權權能受到限制，而實際由借名者管理、使用、收益及處分該財產。準此，借名登記契約關係消滅時，出名者依其與借名者之約定，將該財產回復（移轉）登記為借名者名義以前，借名者尚未取回該財產之所有權，該財產仍為出名者所有，借名者自無主張自己為所有權人之餘地。上訴人主張：伊借用陳金樹名義，登記為附表土地所有權人，該借名登記契約已終止等語，即令屬實，惟揆之前揭說明，陳金樹屈 e 合法取得附表土地所有權，嗣該借名登記契約終止，上訴人固得本於返還借名登記物之債權，請求陳金樹或其繼承人將附表土地回復（移轉）登記為上訴人名義，但於完成此移轉登記手續之前，尚難謂上訴人已為附表土地之所有權人。」

對照圖示

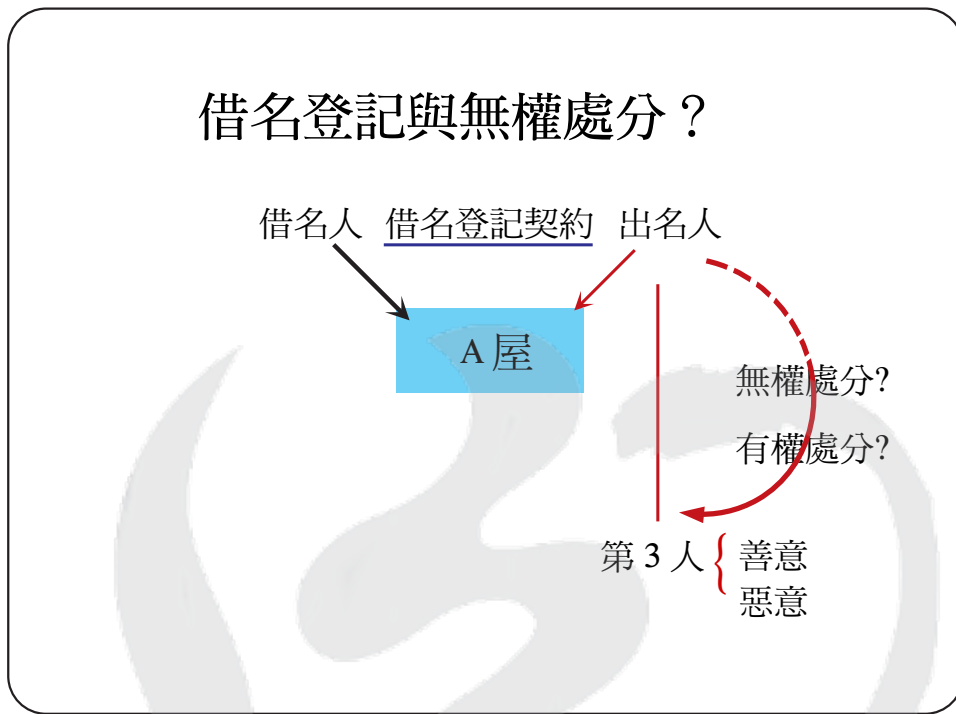


如果綜合上開最近最高法院判決發展之觀察，則在出名人處分借名財產於第 3 人之效力時，從最高法院判決之歧異所產生的一個基本疑問，即是：究竟當出名人違反借名登記契約之約定，將借名之不動產讓與第 3 人，而該第 3 人為善意時，出名人是之「處分行為」究係「無權處分」，抑或「有權處分」？上開 98 年度台上字第 76 號判決認為是無權處分，但 100 年度台上字第 2101 號判決則似乎認為是有權處分，前後顯然不一。

如果貫徹借名人才是實際所有人，則出名人並非所有權人，其將借名不動產讓與第 3 人，當屬無權處分，第 3 人須善意始能取得所有權，如為惡意（明知該交易之不動產為他人借名登記），則不能取得所有權。但如此勢必將犧牲不動產登記之公示效力，此為「無權處分說」之難處所在。

反之，如果貫徹出名人是形式上所有權人，則出名人處分該借名不動產，自屬有權處分，又何以會因第 3 人是善意或惡意而不同？此則為折衷說之難題所在。換言之，善意取得是以「無權處分」為前提，以保護善意信賴公示制度的（無權）變動外觀之相對人或第 3 人（公信原則），但並不能反過來以惡意或善意來決定「是否為無權處分」。然而，如果認為出名人處分借名財產是「有權處分」，則即使第 3 人為惡意，仍應認為係有權處分。就此點而言，100 年度台上字第 2101 號判決本身在無權處分與善意取得的理論邏輯上，亦有內在矛盾。

茲再圖示如下：（圖二）



5. 最新發展：實務似應已確定採取有權處分說

值得注意的是，在上開搖擺之後，最高法院在 2014 年的幾個判決中，開始明確地揚棄「無權處分說」之猶豫，確定往「有權處分說」方向前進。至少有以下幾個判決可以參考：

(1) 最高法院 103 年度台上字第 1192 號判決

「按不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記不生效力，此觀民法第七百五十八條第一項之規定甚明。故登記為不動產所有權變動之生效要件。又借名登記，乃當事人約定一方（借名人）將自己之財產以他方（出名人）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。因此，在借名契約存續中，不動產之所有權既登記為出名人所有，該不動產在法律上（外部關係）自屬於出名人所有。本件系爭不動產為高世銅借用高薇捷之名義登記，乃原審所確定之事實，則在上訴人間終止其借名契約以前，依上說明，系爭不動產自屬出名人高薇捷所有，被上訴人請求確認系爭不動產為高世銅所有，即非有據。」

(2) 最高法院 103 年度台上字第 1518 號判決

在本件之高院見解原採無權處分：「嗣潘同盛無權處分系爭土地，於九十九年三月五日十時三十六分，向士林地政事務所申請，以同年二月九日買賣為原因，於



同年三月八日將附表編號1、編號2至4土地，依序移轉登記予知悉上開訴訟繫屬之陳宏林及賴榮華。陳宏林再於九十九年五月六日、同年月二十七日，以買賣為原因，將附表編號1土地應有部分一萬分之一八六一、二八二五，依序移轉登記予知悉上開訴訟繫屬之陳秉豐、甘紘溢。系爭土地之所有權狀自始置於游景富或其繼承人處，賴榮華於九十九年一月十二日、同年二月十日與潘同盛簽約時，潘同盛未提出土地所有權狀，迨同年二月二十二日始聲請補發，賴榮華及其父即出面接洽之訴外人賴圳哲均從事土地投資，應知悉此與一般土地買賣常情有異。再對照陳宏林與潘同盛於九十八年十二月二十三日所簽土地買賣契約書與賴榮華與潘同盛上開所簽土地買賣契約書第七條之約定，前者有約定違約金，後者為無條件解約，且陳宏林及上訴人之買受價金均低於市價或保留價金未付，益證其等均非善意第三人，不受土地法第四十三條信賴登記之保護。被上訴人不承認潘同盛、陳宏林上開處分行為，依民法第一百十八條規定，渠等二人各該所有權移轉登記行為，不生效力。故被上訴人類推適用民法第五百四十一條、民法第一百十三條規定，請求陳秉豐塗銷附表編號1土地應有部分一萬分之一八六一之移轉登記、甘紘溢塗銷附表編號1土地應有部分一萬分之二八二五之移轉登記、賴榮華塗銷附表編號2至4土地，權利範圍如附表所示之移轉登記，為有理由。」

但最高法院廢棄高等法院判決改採有權處分說：「查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，然此僅為出名人與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，無無權處分可言。附表編號1、編號2至4土地係游景富於六十二年間向陳添成購買，借名登記於潘同盛名下，潘同盛於九十九年三月五日依序出售予陳宏林及賴榮華，於同年月八日辦理移轉登記，為原審認定之事實。果爾，系爭土地既登記於潘同盛名下，其自有權處分系爭土地，能否謂其將之移轉登記予陳宏林、賴榮華係無權處分，自滋疑問。原審遽謂其所為係無權處分，進而為上訴人敗訴之判決，尚有可議。」

(3)最高法院 103 年度台上字第 2142 號判決

本件高等法院及最高法院則均採有權處分說。判決謂：「原審以：上訴人主張伊為系爭房地所有權人，為被上訴人所否認，則系爭房地所有權之權利歸屬不明確，致上訴人在法律上之地位及權利有不安之狀態存在，此種狀態得以確認判決予以除去，上訴人提起本件確認之訴，有即受確認判決之法律上利益。次按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，民法第七百五十八條第一項定有明文。我國民法就不動產物權採登記要件主義，除法律另有規定外，

不動產物權之有無，全依土地或建物登記簿登載之狀態為準。又稱『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，其成立側重於借名人與出名人間之信任關係，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，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。是借名人有將該財產所有權移轉予出名人之意思表示，出名人亦有同意該財產所有權移轉於己之意思表示，並依法完成所有權移轉登記手續者，出名人即取得該財產之所有權，僅出名人基於其與借名人間之內部關係（即借名登記契約），對於借名人負契約約定之義務，及於借名登記契約終止時，負將借名登記之物返還予借名人之給付義務。系爭房地於七十二年七月九日以買賣為原因，登記為董淑清所有，董淑清等人因繼承其母陳彩霞之遺產而欠繳遺產稅、罰鍰、利息、滯納金，經被上訴人依稅捐稽徵法第二十四條規定，囑託台北市建成地政事務所就系爭房地辦理禁止處分登記，為兩造所不爭執，並有欠稅查詢情形表、系爭房地登記謄本及被上訴人三重稽徵所函可稽，堪信為真實。系爭房地既登記為董淑清所有，上訴人即非該房地之所有權人。上訴人主張系爭房地為其出資購買，借名登記於董淑清名下，即令非虛，董淑清仍取得系爭房地所有權，僅對於上訴人負有於借名登記契約終止時，將系爭房地返還予上訴人之給付義務，在董淑清履行此一給付義務，將系爭房地所有權移轉登記予上訴人前，系爭房地仍為董淑清所有，上訴人僅有請求董淑清返還系爭房地所有權之債權，尚無從因董淑清之同意，認其已當然取得系爭房地之所有權。若為執行標的之不動產係登記於執行債務人名下，縱令該第三人（原告）與執行債務人間有借名登記或信託登記之情形，僅享有依借名登記或信託登記關係，得請求執行債務人返還該不動產所有權之債權而已。系爭執行標的之不動產所有權人既為執行債務人董淑清，上訴人自無足以排除強制執行之權利。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，及追加之訴，經核於法並無違誤。」

(4) 最高法院 103 年度台上字第 323 號判決

「惟按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。民法第七百五十九條之一第一項定有明文。此登記之推定力，乃登記名義人除不得援以對抗真正權利人外，得對其他任何人主張之。系爭不動產既登記為上訴人所有，則除被上訴人為真正權利人外，上訴人自得對被上訴人主張權利，而被上訴人如抗辯其始為真正權利人，自應就其抗辯之事實，舉證證明之。乃原審竟謂上訴人除提出登記謄本外，尚應提出佐證，以證明其為所有權人，被上訴人抗辯系爭不動產係藍立全或勝德公司借用上訴人名義登記，是否可信，無庸審酌云云，自違背上開民法規定及舉證責任分原則。又系爭不動產縱係藍明和購置，借用上訴人名義登記，該借名登記之法

律關係亦僅存在於藍明和與上訴人間，依上開民法規定，並無礙於上訴人本於所有權，對藍明和以外之人行使所有權。原審因上訴人主張系爭不動產係藍明和購買，即謂系爭不動產為藍明和所有，上訴人不得本於系爭不動產之所有權，請求被上訴人返還權狀云云，亦有可議。」

(5)最高法院 104 年度台上字第 38 號判決

「惟按不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記，不生效力。又所有人依法得行使所有物返還請求權，此觀民法第七百五十八條及第七百六十七條第一項規定即明。反之，非所有人，即無此項物上請求權。查系爭房地為被繼承人王文正（與孫石玲）向周瑞珊、黃武佩琴購買，並借上訴人之名義登記，既係原審確定之事實，似見王文正未曾登記為該房地之所有人。果爾，被上訴人得否於王文正死亡後，因繼承而取得系爭房地之所有權？並得行使所有人所有物返還請求權，請求登記名義人即上訴人移轉登記予其他公司共有人？均滋疑義。原審未遑詳予研求，並說明所由依據，即遽謂被上訴人得本於民法第七百六十七條第一項、第八百二十一條、第八百二十八條第二項規定請求上訴人將系爭房地之所有權移轉登記予其及徐雅娟等二人公司共有，已不無可議。」

6. 無權處分的逆襲

不過，仍偶有見最高法院採取無權處分說者。例如最高法院 104 年度台上字第 298 號裁定謂：「未按借名登記契約之一方當事人將自己之財產，以他方名義登記為所有人，雙方均有締結借名契約之真意時，該債權契約及移轉財產之物權行為，均非通謀虛偽意思表示，應屬有效。又出名者對借名之標的物並無真正所有權，其處分違反借名契約之約定；苟相對人為惡意時，應有民法第一百八條無權處分法則之適用。原審認系爭中華路房地之登記簿謄本既有民國九十八年十一月二十一日涉訟中之記載，丙○○知悉上情，仍於同年十二月十八日買受，即非善意之第三人，不受信賴保護等情，於法亦無違誤，併此敘明¹⁷。」

¹⁷ 在中國大陸也有不少借名登記之案例，例如在北京市第一中級人民法院（2007）民初字第 6945 號判決一案中（以下案件事實轉引自北京理工大學法學院趙秀梅教授，在網路上之「借名登記合同中的法律問題」一文），2000 年 9 月 5 日，吳某與北京中海信房地產開發有限公司（以下簡稱中海信公司）簽訂《北京市內銷商品房預售契約》，購買該公司開發的國英綠景公寓兩套底商房屋，總價款為 770 多萬元。吳某【筆者按：即出名人】與銀行簽訂貸款合同，貸款 616 萬元，期限 20 年。2002 年 11 月 15 日，鄭某【筆者按：即借名人】與吳某簽訂了一份協議書，內容為：一、國英綠景公寓兩套底商房屋系鄭某的住房，但由於其尚未取得北京市戶口，故使用吳某名義購房，而實際購房付款人均為鄭某，現該房由鄭某管理使用。二、鑒於上述情況，吳某對該房產不具有實際產權和使用權，也不對該房產承擔任何風險及法律責任，不承擔該房產發生的任何費用；不得擅自將該房產處置、轉讓、設置抵押或擔保；不得就該房產向鄭某提出任何權利主張。三、鄭某對上述房產享有實際的產權和完全的使用

權（包括收益權），同時，由於上述房產尚在吳某名下，吳某應為鄭某出具全權授權書，由鄭某自用或出租、經營使用該房產，並收取租金等收益，該收益與吳某無關。同日，吳某給鄭某出具了授權委託書。2007 年 3 月 28 日，北京市西城區房屋管理局向吳某頒發了上述房屋的產權證。嗣後吳某與鄭某因該屋所有權歸屬問題發生爭議，鄭某訴請法院確認該屋所有權人為鄭某。

北京市第一中級人民法院經審理認為，鄭某與吳某於 2002 年 11 月 15 日簽訂的協議書系雙方當事人的真實意思表示，不違反法律、行政法規的強制性規定，應屬合法有效，雙方當事人均應依約履行義務，行使權利。吳某稱該協定無效，缺乏依據，對其主張不予支持。對本案訴爭的房屋，雖然吳某擁有產權證，但是並不能提供其對該房屋實際享有所有權的充分證據。房屋產權證書是登記機關頒發給權利人作為其享有權利的證明，具有證據資格，但並不能直接決定實體法律關係的存在與否。房屋產權證書是權利的外在表現形式，只具有推定的證據效力，與實際權利狀況並不一定完全吻合。因此，儘管該房屋的所有權證上顯示所有權人為吳某，並且吳某也實際持有該房的所有權證書，但並沒有證據證明其對該房屋擁有實體所有權。依據相應的證據，可以認定鄭某是以吳某的名義購買了上述房屋，並實際支付了全部購房款，是該房屋的真正購買人和實際所有權人。據此，法院判決系爭房屋為鄭某所有。

被告吳某向北京市高級人民法院提起上訴後，該院以（2008）民終字第 862 號判決維持原判決：「本案涉及兩個法律關係：一是吳某作為買受人與中海信公司之間形成的房屋買賣法律關係，二是鄭某依據協議書與吳某之間形成的委託購房法律關係。鄭某本應以自己名義購買訴爭房屋，取得訴爭房屋的所有權，但其以保留所有權的意思表示，依據協議書委託吳某購買訴爭房屋，致使吳某對房屋享有法律上的所有權，而鄭某自身則享有事實意義上的所有權。由於物權直接體現了物權公示原則的要求，因此法律賦予法律物權以權利正確性推定的效力，即法律物權人在行使權利時，無需舉證證明其權利的正確性；而事實物權人欲取得法律的認可和保護，就必須舉證來推翻法律物權的正確性推定，以證明事實物權的正確性。本案中，吳某取得訴爭房屋的產權登記，可以推定其為權利人，但依據鄭某提交的協議書、購房發票等相關證據，可以確認吳某取得訴爭房屋法律上的所有權系基於鄭某的委託，吳某作為受託人負有將訴爭房屋返還給鄭某的義務，鄭某才對該房屋享有事實上的所有權。依據物權人的真實權利優先保護的原則，鄭某有權要求吳某註銷其產權登記，並將訴爭房屋的產權變更登記到鄭某名下。吳某辯稱其已取得訴爭房屋的產權證書，協議書不能對抗房屋權屬證書的效力，缺乏法律依據，不予支持。判決：駁回上訴，維持原判。」

基本上大陸地區法院判決之爭議似乎多集中在當事人內部契約效力之確認上，較少討論外部效力之問題，且學說及實務上 1. 承認借名登記契約之存在與效力；2. 多認為借名登記的契約在沒有違反法律禁止性規定和善良風俗的情況下，應屬有效，且借名登記購買經濟適用房時，是雙方當事人真實的意思表示，並非虛假意思表示，更非通謀，因此不屬於雙方通謀虛偽意思表示的民事行為（參見趙秀梅，前揭「借名登記合同中的法律問題」文）。此一見解發展基本上可以看出與我國學說及實務之發展傾向類似。但實務上較少表示係出名人將該借名之房屋轉讓他人時，其效力如何？對此，學說上有認為：「在大陸地區，第三人的善意和惡意不應成為判斷法律行為為效力的依據，判斷出名人轉讓標的物給第三人法律行為的效力，應區分法律關係的內部和外部分別判斷。借名登記合同中，根據出名人和借名人的約定，房屋佔有、使用、收益和處分的權利應該歸借名人行使，出名人顯然沒有處分房屋的權利，因此對於借名人而言，顯然是無權處分；對於第三人而言，第三人無從知曉出名人和借名人的約定，第三人只能信賴不動產登記所記載的物權狀態，即出名人為房屋的所有權人，因此他會認為出名人是有權處分。因此，有權處分和無權處分，是相對不同的當事人而言的。」，中國大陸與我國情形不同，在中國大陸「不承認有獨立的物權行為，因此要判斷的是無權處分的情形下，債權合同的效力。根據《合同法》第 51 條的規定，無權處分的合同是效力待定的合同。但根據《最高人民法院關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋》（17）（以下簡稱《買賣合同解釋》），無權處分的合



(二)有權處分說的附帶佐證

1. 出名人行使所有物返還請求權

除了上開判決對於借名登記之不動產所有權之認定及其變動表示見解外，在外部關係的效力，還發現實務上針對過出名人能否行使所有物返還請求權以及提起第3人異議之訴的疑問。此項疑問的澄清亦有助於本文對於有權處分之理解。

首先是，借名登記之借名人在終止借名登記契約後，得否行使所有物返還請求權，請求返還不動產登記？在最高法院 102 年度台上字第 243 號判決中，原審高等法院採肯定見解，但最高法院以下列理由廢棄原判決：「惟按不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記，不生效力。又所有人依法得行使所有物返還請求權，此觀民法第七百五十八條及第七百六十七條第一項規定即明。故非所有人，即無此項物上請求權。查莊訓基等二人出資，係以莊金連等四人及莊順興名義買受系爭十七筆土地，並以莊金連等四人及莊順興為登記名義人，為原審確定之事實。果爾，莊訓基及莊育明等四人既未曾登記為系爭十七筆土地之所有人，則能否謂渠等得行使所有人之所有物返還請求權，請求將系爭十七筆土地之所有權移轉登記予渠等，非無研求之餘地。原審就此未詳加審酌，遽謂莊訓基及莊育明等四人得本於民法第七百六十七條第一項規定請求莊金連等四人及陳彩雲等五人將系爭十七筆土地之所有權移轉登記為渠等所有，不無可議¹⁸。」

相應而言，在最高法院 101 年度台上字第 1526 號判決一案之原審法院強調：在有借名關係存在，而房屋為借名人占有使用之情形下，出名人不得向借名人主張所有物返還請求權，請求返還不動產。判決謂：「兩造間就系爭房屋既有借名登記契約存在，系爭房屋之實際所有權人自為被上訴人，其占有使用系爭房屋，有合法權

同是有效的。其第3條第1項規定：「當事人一方以出賣人在締約時對標的物沒有所有權或者處分權為由主張合同無效的，人民法院不予支持。」針對上述規定，在學術界有很多不同觀點。有學者認為從立法論及其理論上講，《買賣合同解釋》相對於《合同法》而言為下位階的規範，不應與《合同法》的規定相抵觸的，抵觸的，不應有效。另外，《買賣合同解釋》第3條的規定不合邏輯。其道理在於，在區分負擔行為和處分行為的德國民法上，兩種行為各負其責，負擔行為無需處分權。在不區分這兩種行為的中國現行法上，買賣合同同時肩負著發生債權債務和引起物權變動的雙重任務，自然也需要處分權。…另外有觀點認為，《買賣合同解釋》的規定承認了物權行為理論。」故應認為「只有買受人和出賣人雙方是惡意通謀的，買賣合同才無效，不能僅僅以買受人是惡意的就否定買賣合同的效力。…在借名登記合同中，出名人將房屋轉讓給第三人的情形下，除非是出名人與第三人惡意串通的情形下，該買賣合同是有效的。因此，爭論出名人是有權處分還是無權處分，在我國的司法實務中沒有太多的意義。」（參見趙秀梅，前揭「借名登記合同中的法律問題」文，文中之不同字體為筆者所自行加上強調）

¹⁸ 學說上同樣強調此點者，參見詹森林，前揭（註12）文，頁56-57。此外，最高法院也強調，借名人因此也不能依民法第828條準用第821條行使共有物返還請求權（參見同院100年度台上字第1854號判決）。

源。故上訴人依民法第七百六十七條規定，請求被上訴人遷讓返還系爭房屋，為無理由，不應准許。¹⁹」

2. 出名人得提起第三人異議之訴

其次是，借名登記之不動產遭到借名人或出名人之債權人查封拍賣時，究竟何人得提起第 3 人異議之訴之疑問。

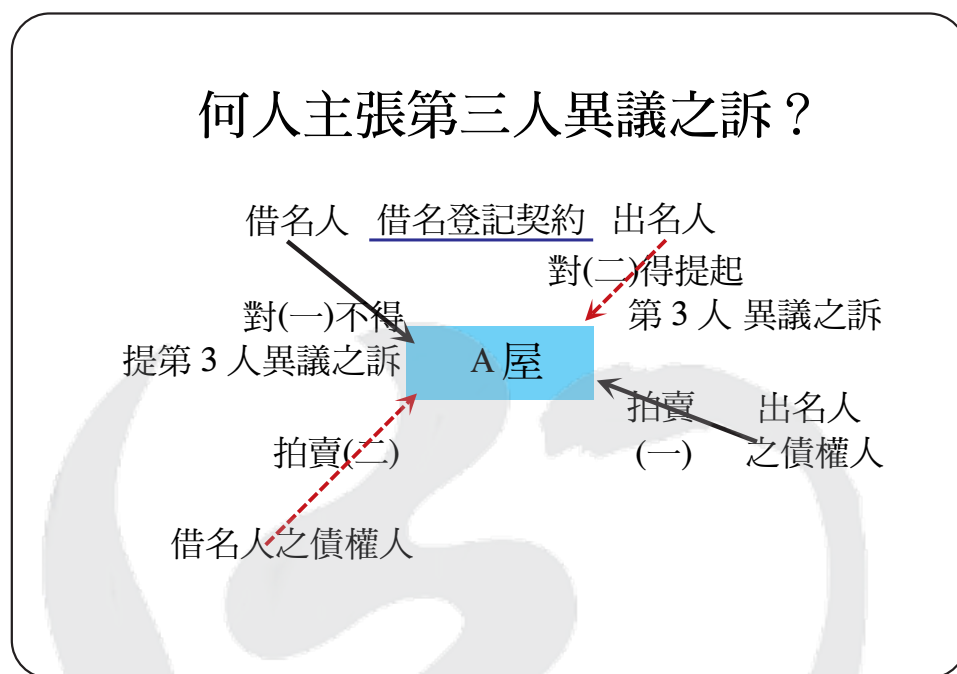
較早的法院判決就曾經出現過，出名人之債權人查封拍賣借名登記之不動產時，法院否定依據內部的借名登記契約為實際上所有權人之借名人，有提起第 3 人異議之訴之權利。最高法院 97 年度台上字第 637 號判決謂：「未按強制執行法第十五條規定之第三人異議之訴，所謂第三人（即該異議之訴之原告）就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，係指對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言。若為執行標的之不動產係登記於執行債務人名下所有，縱令該第三人（原告）與執行債務人間有借名登記或信託登記之情形，亦僅得依借名登記或信託登記關係，享有請求執行債務人返還該不動產所有權之債權而已，系爭為執行標的之不動產所有權人既為執行債務人，原告即無足以排除強制執行之權利（參見本院六十八年台上字第三一九〇號判例意旨²⁰）。」

最近，實務上就借名人之債權人對於借名登記之不動產聲請強制執行時，出名人能否依強制執行法第 15 條規定第 3 人異議之訴？則表示肯定意見。關於此點，在最高法院 102 年度台上字第 1056 號一案中，原審臺灣高等法院（案號 100 年度上更（一）字第 26 號）判決採否定見解認為，系爭不動產雖然登記於出名人名下，但並非出名人之固有財產，出名人並無足以排除強制執行之權利，故不得提起第 3 人異議之訴。但最高法院以下列理由廢棄高院判決，改採肯定見解：「查依土地法所為之登記有絕對真實之公信力，於借名登記之場合，在出名人將借名登記之不動產移轉登記返還予借名人前，該登記並不失其效力，借名人之債權人尚不得以該不動產有借名登記契約為由，主張出名人尚未取得所有權，其無提起第三人異議之訴之權利。原審既認系爭不動產係鄭成業借名登記於上訴人名下，鄭成業已死亡，鄭義俊等人為其繼承人，則於上訴人將系爭不動產移轉登記返還予鄭成業之繼承人前，能否謂上訴人非系爭不動產之所有人，其不得提起本件第三人異議之訴，自滋疑問。」

¹⁹ 最高法院對此點並未指摘，而是以兩造間之借名登記關係是否存在仍有待研求為由，廢棄原判決。

²⁰ 該判例謂：「強制執行法第十五條所謂就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，係指對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言。上訴人（道教會團體）主張訟爭房屋係伊所屬眾信徒捐款購地興建，因伊尚未辦妥法人登記，乃暫以住持王某名義建屋並辦理所有權登記，由王某出其字據，承諾俟伊辦妥法人登記後，再以捐助方式將房地所有權移轉登記與伊各節，就令非虛，上訴人亦僅得依據信託關係，享有請求王某返還房地所有權之債權而已，訟爭房地之所有權人既為執行債務人王某，上訴人即無足以排除強制執行之權利。」

茲圖示如下：（圖三）



由此等最高法院見解亦可得知，實務對於借名登記的內部定義雖然強調借名人保留實際的管理、使用及處分權，但在對外效力上卻不經意且不一貫地認為，形式上登記為所有權人的出名人，才是「所有權人」。

最近最高法院 102 年度台上字第 1164 號判決更罕見地就借名登記內部關係上，當事人有發生不動產物權變動的意思表示，強調：「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，但仍由借名者管理、使用、收益及處分該財產之債權契約。是借名者有移轉該財產所有權至出名者之意思表示，出名者亦有受讓該財產所有權之意思表示，並由出名者依法完成取得該財產所有權之手續，出名者因而取得該財產之所有權，僅出名者基於其與借名者間之內部關係（即借名登記之債權契約關係），對於該財產之所有權權能受到限制，而實際由借名者管理、使用、收益及處分該財產。準此，借名登記契約關係消滅時，出名者依其與借名者之約定，將該財產回復（移轉）登記為借名者名義以前，借名者尚未取回該財產之所有權，該財產仍為出名人所有，借名者自無主張自己為所有權人之餘地。」準此，借名人根本已經依據借名契約，透過「移轉該財產所有權至出名者之意思表示」合致，將不動產所有權移轉予出名人。

從上開最高法院認為「借名人非所有權人，不得向出名人主張所有物返還請求

權，請求返還不動產」，以及肯定在出名人之債權人強制執行時，只有「出名人」可以提起第 3 人異議之訴，也可以看出最高法院無意中默認了「出名人」才是形式登記的所有權人，其未經借名人同意所為之處分行為，應為有權處分。此與筆者向來堅持之有權處分說，其實正不謀而合²¹。

參、結 論

本文認為應該貫徹有權處分說以抑制不動產借名登記契約。

首先，貫徹信託制度的立法者價值判斷來看。如果特別比較與借名登記在制度上相似之信託的法制規定，借名登記本質上就是一種信託的型態，只不過是屬於現行信託法以外的消極信託²²。則就出名人違約處分財產標的之外部關係上，借名契約既然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，理應予以更強之貫徹，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，無再區分相對人是否善意或惡意，而異其契約效力之理。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，則由其依內部關係之債務不履行或不當得利規定，返還其所受利益²³。

其次是，不動產借名登記制度之名實不符狀態所造成法學理論推論上的不一致，其實已無法邏輯一貫地加以解決。從上開最高法院徘徊見解於無權處分說（著重貫徹借名人才是實際所有人，但犧牲不動產登記之公示效力）或折衷說（貫徹出名人是形式上所有權人，但因第 3 人惡意而區分其處分效力）或有權處分說，可見借名登記這個因為借名人自己之個人行為所造成的法律上「名實相異」的權利狀態，已經無法用單純法學邏輯與理論加以推衍解決²⁴，毋寧是數十年來最高法院承認不動產

²¹ 吳從周、卓心雅，前揭（註 3）書，頁 191-194。類似質疑，參見陳忠五，〈2011 年民事法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，2012 年 12 月，第 41 卷特刊，頁 1480。

²² 此觀上開本文一開始引用的最高法院 99 年度台上字第 1662 號判決，就相同的事實，高等法院認定是「消極信託私法行為」，但最高法院則認定當事人間「無『信託登記契約』之法效意思，…（而是）借名登記契約」，就可以很清楚地印證，這兩者其實本質相同，端看法院如何加以稱呼！

²³ 吳從周、卓心雅，前揭（註 3）書，頁 194。

²⁴ 最近分析指出此為法律形式或實質內容之爭論難題者，可參見王澤鑑，《民法總則》，2014 年，增訂新版（自刊），頁 411。又，簡要評釋參見蔡晶瑩，〈論借名登記契約：最高法院 100 台上 2101 判決〉，《台灣法學雜誌》，2014 年 2 月，第 242 期，頁 176-178。

借名登記契約後，因為社會交易狀態的實際變遷，在面對類似濫用借名登記制度而「進行投機、逃稅、規避法律等違反社會秩序之行為」時，法律人的政策考量問題。我國的法院實務採取尊重私法自治、契約自由原則之思維，且愈來愈寬認借名登記契約之效力；但是，在面對交易現實上相同的制度濫用時，透過不區分相對人善意或惡意之方式貫徹有權處分說，藉以抑制不動產借名登記契約，似乎較符合交易現實之需要。

如同最高法院自己所承認的，借名登記契約乃「側重信任關係」作為契約之基礎，借名人基於其內部之「正當原因」而自行擇定其最能信任之出名人，作為價值高昂的不動產之登記名義人，其理當得以預測在不動產登記公示下，出名人可能以名義歸屬之形式權利人的方式，背於借名登記契約之本旨而處分借名登記之不動產。借名人通常並非社會實際交易之弱勢，在風險評估後仍然選擇此種方式，則法律上當應尊重形式上的權利變動即可，實在沒有特別保護之必要。也就是說，從利益衡量的角度來看，借名人應受的保護實不應較形式上有權處分下的相對人更多。更何況，實際上借名登記契約之原因，多為「投機、逃稅、規避法律」，在最高法院已經依契約自由將之認定為有效之法制現況下，恐怕透過借名登記契約之外部關係在效力上風險承擔的轉嫁，應是法律政策上能夠抑制借名人不當的不動產借名契約被濫用，僅剩的主要手段了²⁵！

²⁵ 比較法上，韓國也曾經歷過借名登記之理論與實踐矛盾的過程。該國在1995年3月30日制定（同年7月1日施行）因此制定「不動產實名登記法」，該法第1條就明文規定該法之立法目的是「為確保不動產的所有權及其他物權登記與實際權利關係相一致，以實際權利人的名義登記，防止惡意使用不動產名義登記進行投機、逃稅、規避法律等違反社會秩序之行為，謀求不動產交易的正常化與不動產價格之穩定」。此乃因為韓國跟我國一樣，實務上判例原本均承認借名登記行為，但後來在不動產交易中，借名交易或借名登記被惡意利用於投機、逃稅、隱匿財產，嚴重擾亂不動產交易秩序。韓國政府乃制定該法，禁止不動產交易中名義信託之約定，否定其效力，並對違反者課以較強之行政罰與刑事罰。

名義信託為韓國的特有概念，根據韓國判例之釋示，是指在對內關係上，由信託人保留所有權，並有收益及管理信託財產之權，在對外關係上，受託人即登記簿上之名義所有人充當所有權人之約定。亦即當事人間依據信託債權契約將實質上屬於信託人的不動產登記名義，透過買賣等形式移轉為不存在實際交易關係的受託人之行為。「不動產實名登記法」第2條第1項揭示名義信託之定義，即為：「名義信託契約係指一方（所有、實際獲得或擁有不動產之所有權或其他權利者）與他方約定，在對內關係上，一方擁有不動產之實際權利，但以他方之名義為登記。」

雖然在「不動產實名登記法」制定之前，韓國學說上有認為名義信託為民法上通謀虛偽意思表示而無效（無效說），也有認為是消極信託，在對外關係上所有權屬於信託人，但不得對抗善意第3人，但韓國學說多支持判例之向來見解，承認名義信託之有效性，認為名義信託之受託人對於其名義下之不動產有處分權，「向名義受託人購買該不動產之第3人，不論其善抑或惡意，均合法取得該不動產」，亦即「不論其善意或惡意均被保護。」透過「不動產實名登記法」終究推翻了該項經由韓國判例及習慣所確定的制度，否認名義信託之內部效力（包括債權及物權行為之效力）。學說上認為，該

雖然最近最高法院採取有權處分說之結論與本文見解逐漸相同，但是從上開特別對於最高法院判決在外部效力上之宣示，可以發現：在名實不符的不動產借名登記契約上，最高法院似乎逐漸放棄以借名人作為「實際」權利人之實質標準，而以出名人之「名義」權利人為唯一依據，並援引民法第 758 條第 1 項規定，就不動產物權採登記要件主義，完全以「不動產物權之有無，全依土地或建物登記簿登載之狀態為準」（特別是直接明白宣示此點的最高法院 103 年度台上字第 1192 號判決、103 年度台上字第 2142 號判決、103 年度台上字第 1518 號判決、最高法院 104 年度台上字第 38 號判決等），同時強調民法第 759 條之 1 之登記之推定力而謂「不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。民法第 759 條之 1 第 1 項定有明文。此登記之推定力，乃登記名義人除不得援以對抗真正權利人外，得對其他任何人主張之。」（參見前揭最高法院 103 年度台上字第 323 號判決），而將原本當事人之約定之借名登記契約效力侷限為「僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第 3 人」（參見最高法院 103 年度台上字第 1518 號判決），「在借名契約存續中，不動產之所有權既登記為出名人所有，該不動產在法律上（外部關係）自屬於出名人所有。」（參見最高法院 103 年度台上字第 1192 號判決）時，其實已經背離了其原本在借名登記之內部關係上承認當事人得透過內部關係宣示對外效力，使得借名人對外仍得保有「管理、使用、收益和處分權」之原始意義，喪失殆盡。換言之，最高法院此種透過外部效力承認有權處分之論證過程，其實與其承認內部效力之評價內涵是相互矛盾的，而二者在效力的變遷與互動上之影響，實在值得繼續觀察後續之發展。

法否定名義信託行為之效力，「與其說是基於名義信託的不法性，不如說是源於對國家經濟狀況、扶植不動產政策、安定不動產交易秩序等政策方面的考量。」

此外，該法對外部效力的規範，在第 3 條第 1 項規定：「沒有人可以藉由名義信託契約作為名義信託之受託人以登記任何不動產權利。」如當事人間訂有名義信託契約，其效力規定於第 4 條：「**名義信託契約無效（第 1 項）。任何根據名義信託約定辦理之不動產物權變動登記均無效。**但在名義信託之受託人為不動產實質權利人之一方，且其相對人善意不知名義信託契約之存在（第 2 項）。第 1 項和第 2 項規定之無效，不得對抗第 3 人（第 3 項）。」。換言之，由名義信託人轉讓於第 3 人的不動產所有權，根據該法規定，「不論第 3 人是善意或惡意，均移轉於第 3 人。在此，保護惡意第 3 人的目的在於弱化名義信託人的法律地位」。這是因為立法者認為，「信託人因自身違法行為所致後果應由其自己承擔，不應該由信賴登記的第 3 人承擔，且保護信託人的作法不符合禁止名義信託的立法意旨，加上實際訴訟中證明善意惡意並不容易」，故不區分地保護第 3 人較為妥當。此項限縮借名登記效力之比較法例亦可供參考。（參見崔吉子，〈韓國不動產真實權利人名義登記小考〉，載《韓國物權法專題研究》，北京大學出版社，2013 年 4 月，頁 138-139。