

不動產借名登記契約有效性的 檢討^{*}

黃健彰^{**}

目 次

壹、引 言	二、消極信託的效力
貳、脫法行為	三、違法信託的效力
參、借名登記與信託	(一)英美法
一、借名登記的法律關係是	(二)韓國法
否為信託	肆、我國不動產借名登記契約

投稿日：108年5月2日

接受刊登日：108年7月30日

^{*} 敝人2018年6-9月受邀在澳洲擔任訪問學者時研究此議題，感謝雪梨大學Matthew Conaglen, Joe Campbell與凌兵等教授、新南威爾斯大學Janice Gray高級講師提供意見。本文部分初稿曾發表於2018年12月8日中華民國公證學會、台灣法學基金會、台北地區公證人公會主辦的不動產法律行為公證研討會，以及2019年4月27-28日香港大學法學院主辦的第六屆兩岸四地財產法論壇，感謝謝哲勝、簡資修、徐珮菱等學者、李國增廳長與鄭惠佳主任公證人及其他與會者提供意見，並感謝趙奕縣、吳昀臻、吳東諺、劉鎮宇、楊博為、廖啓鈺等研究生協助研究。

^{**} 國立臺北大學不動產與城鄉環境學系教授、國立臺北大學教學發展中心主任、臺灣財產法暨經濟法研究協會常務理事，國立中正大學法學博士。

本身的效力

一、不動產借名登記契約原則
上應屬無效

二、各種動機下的不動產借
名登記契約效力分析

(一)規避受讓人資格

(二)避免不動產遭強制執行

(三)稅捐考量

(四)為取得低利貸款或其
他資格

(五)因罹患精神疾病而為
免受騙

(六)其 他

伍、結 論

中文摘要

我國目前多數最高法院判決認為不動產借名登記契約有效，除非該契約內容違反強行規定或公序良俗；然而，多數判決並未實質檢視該契約是否符合相關強行規定的意旨或公序良俗。本研究聚焦於出名人未管理、使用不動產的借名登記契約。

由於討論該契約效力時常提及脫法行為與消極信託的概念，故本研究第貳及第參部分探討該等概念以及借名登記與信託的關係，特別是以比較法的觀點探討消極信託與違法信託，基於信託制度源於英美法系的考量，第參部分亦介紹該法系相關判決，並澄清美國法上土地信託與本研究定義的不動產借名登記契約並不相同。第肆部分反思我國該契約的有效性，臚列在當事人的各種借名動機下，該契約效力的判決見解並檢視之。

本研究認為，未由出名人管理、使用的不動產借名登記契約常可認定是違反相關強行規定的意旨而無效；即便無法認定是違反強行規定，也將造成不動產登記失實達相當期間而有過大的外部成本，故除非能被證明有正面功能，否則應認為是違反公序良俗而仍無效。

關鍵詞： 借名、借名登記、脫法行為、信託、登記、契約自由

壹、引言

不動產借名登記契約的有效性，涉及脫法行為、信託、契約自由與限制、登記功能等，是理論與實務上的重要問題。

關於借名登記契約，最高法院判決對其定義略有不同。其中，第一種定義為「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」¹或「借名登記契約，乃借名者經他方即出名者同意，就屬於借名者之財產，以他方之名義登記為所有人或其他權利人之約定」²；第二種定義為「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」³；第三種定義為「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」⁴；第四種定義為「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

¹ 例如最高法院100年度台上字第2101號、105年度台上字第1897號、106年度台上字第1157號民事判決。

² 最高法院106年度台上字第469號、107年度台上字第542號民事判決。

³ 例如最高法院98年度台上字第76號、106年度台上字第1363號、107年度台上字第414號民事判決。

⁴ 最高法院102年度台上字第2215號、104年度台上字第64號、104年度台上字第1570號民事判決。

用處分之權之契約」⁵。在前述四種定義中，前三種是最高法院判決中較常使用者。

前述四種定義中，第一種定義最廣，並未提到「仍由借名者自己管理、使用、收益、處分財產」⁶，而為使討論聚焦，本文所謂借名登記，僅指由借名者自己管理、使用、收益、處分財產的情形，亦即部分最高法院判決提到的純粹借名登記⁷，或部分學者提到的單純之借名登記⁸；第三種定義的特色在於提及「實質上仍由借名者負擔因此所生之義務」，不過，其先提到「登記為所有人或其他權利人」，接著僅提到「該出名者僅為名義上之所有權人」，而未提到其他權利人，並不周延；第四種定義以「目的無違強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當」為前提，問題是該契約是否在何種情形符合此前提，正是本文欲探討者。⁹

⁵ 最高法院97年度台上字第2445號民事判決。

⁶ 詹森林，最高法院民事99年度台上字第2448號裁判，司法院司法智識庫，http://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=bfcMVHcvOWVdG7kr8OHAi9OQwcLBD2%2fFSCvnVul6lH5rurzIXr6LX%2bvkq9AZLxWw（最後瀏覽日2019/06/17），亦認為借名財產之管理、使用及處分並非不得約定由出名人或第三人為之。

⁷ 最高法院94年度台上字第953號民事判決：「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。」

⁸ 黃茂榮，借名登記與信託，植根雜誌，第31卷第4期，頁121，2015年4月。

⁹ 黃鈺慧，論不動產借名登記契約，載：楊崇森講座教授八秩華誕祝壽論文集，銘傳大學法律學院，頁457-458，2017年11月，認為在出名人自第三人取得登記名義的情形，依民法第758條規定，不得認為提供買賣資金的借名人是不動產的所有人，故上述對借名登記契約的各種定義，應檢討修正之。就此爭議，不在本文探討範圍。

依上述說明，以下情形，如出名者有管理、使用、收益或處分借名登記之不動產的權能或義務，均非本文所謂借名登記：共同出資購買不動產，而僅以其中部分買受人名義登記；家產¹⁰、祖厝以部分家人名義登記¹¹；法人或寺廟在未完成法人設立登記或寺廟登記前，取得不動產所有權或他項權利者，以其籌備人公推之代表人名義登記¹²；隱名合夥人將出資的不動產移轉登記於出名營業人¹³；合夥公司共有不動產以分別共有方式登記¹⁴；同

¹⁰ 最高法院93年度台上字第2214號民事判決要旨：「台灣之家產自清朝以降即屬父祖子孫所構成家屬之公同共有，日本割據後，社會制度並未立即改變，仍然維持家產制度。」

¹¹ 最高法院105年度台上字第1697號民事判決：「查陳榮○、陳添○及陳增○三人就系爭圖書中所列財產確認各人有三分之一之持分，並互有借名登記關係；系爭土地乃借名登記陳添○名下」。最高法院106年度台上字第743號民事判決：「原審以：……依證人王○修之證詞，系爭房地移轉登記予上訴人，係被上訴人為避免遭銀行拍賣之故，參以系爭不動產係被上訴人夫妻購買供全家居住，並供奉祖先牌位，可見被上訴人將系爭房地視為祖厝，年節時作為全家聚會祭拜之用，尚無分產或單獨贈與上訴人之意，移轉登記上訴人名下，應係借名登記關係。又系爭房屋雖登記為上訴人所有，然係供作全家居住使用，迨上訴人之其他兄弟姊妹相繼結婚搬出後，始由上訴人長年居住使用，則上訴人於單獨使用期間，自行支付各項稅捐及維修，尚符常情，不能執以認定被上訴人已贈與上訴人。依此，被上訴人主張系爭房地係借名登記予上訴人等情為可採……，經核於法並無違誤。」

¹² 參閱土地登記規則第104條、第150條。關於寺廟登記，參閱辦理寺廟登記須知（寺廟登記規則已於2018年8月3日廢止）。在臺灣高等法院104年度重上更(二)字第2號民事判決（同案最高法院105年度台上字第1244號民事裁定駁回上訴）一案，系爭寺廟尚未辦理寺廟登記而將寺廟財產登記為住持所有，法院認其為借名登記契約，且該契約有效。

¹³ 認為此為合法的借名行為者，例如邵慶平等，納稅義務與刑事責任之交會，月旦刑事法評論，第7期，頁128，2017年12月，柯格鐘的發言。

居之家屬，以其家庭成員中符合配售資格者之名義購置國宅¹⁵；原住民保留地的地上權人及耕作權人甲死亡後，甲的繼承人協議「將該地的地上權及耕作權登記予其中一繼承人，待該人依法取得該地所有權後，再將土地所有權移轉登記予其他繼承人」¹⁶。

關於類此行爲，早期最高法院判決多未稱其爲借名登記，認爲其爲消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀之虛僞意思表示，極易助長脫法行爲之形成，應難認其合法性，¹⁷認爲該行爲原則上無效；後來最高法院判決多稱其爲借名登記，並認

¹⁴ 最高法院98年度台上字第76號民事判決中，被上訴人主張：「因一部合夥人以合夥權利無保障為由，恣意興訟，始將上開合夥財產以『借名登記』方式，依各合夥人之出資比例登記為『持分』共有，而無礙於該不動產為合夥公司共有財產之本質。」最高法院認定：「系爭不動產乃秀○醫院合夥之財產，並將其應有部分借名登記為鐘○雄等合夥人名義。」

¹⁵ 最高法院105年度台上字第600號民事判決：「政府興建之國宅，固設有配售資格之限制，惟由同居之家屬，以其家庭成員中符合配售資格者之名義購置國宅者，並未違反上開規範之目的，自不得認係規避強制規定之脫法行為，而否定其效力。……，該借名登記契約難謂無效。」

¹⁶ 臺灣南投地方法院104年度原訴字第7號民事判決（無上級審裁判）案例事實。該判決提到：「參酌原住民保留地開發管理辦法第15條，准許原住民於取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權後，得因繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民，而為權利移轉之規定。本件兩造均為方○生之子，均為原住民，有上開繼承系統表在卷可稽，堪認兩造屬二親等內之原住民，依舉重明輕法理，一定關係之原住民間得就原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權為移轉，則其等間為借名登記之約定，尚非法所不許。」

¹⁷ 例如最高法院83年度台上字第3172號、87年度台上字第2697號、88年度台上字第3041號民事判決（該等判決所稱信託登記其實僅為所有權登記）。

爲倘該契約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，適用或類推適用民法委任之相關規定，¹⁸亦即認爲該行爲原則上有效；晚近最高法院判決甚至認爲借名人如委由出名人借貸等，則屬借名登記及委任之混合契約。¹⁹

學說上，多數認爲借名登記契約倘不違反強行規定或公序良俗者，應屬有效²⁰。有認爲依私法自治原則，當事人基於特定目的而訂立借名登記契約，自無不可；再者，現行法並無任何明文規定禁止借名登記契約，故不生違反強行法規而無效的問題，且與公序良俗並無牴觸。²¹然而，有認爲借名登記契約是消極信

¹⁸ 例如最高法院98年度台上字第76號、98年度台上字第990號、99年度台上字第1662號、106年度台上字第2683號民事判決。楊淑文，委任與消費金融精選判決評析，元照，頁249，2018年1月，贊同上述最高法院99年度台上字第1662號民事判決見解。

¹⁹ 例如最高法院104年度台上字第553號民事判決：「上訴人爲取得低利貸款，並避免系爭房地遭拍賣，與被上訴人通謀而虛偽將該房地以買賣爲原因而移轉所有權登記予被上訴人，委由被上訴人出名借貸，兩造間固無買賣系爭房地之合意，然隱藏兼有借名登記及委任性質之混合契約」；最高法院107年度台上字第792號民事判決：「按當事人之一方借用他方名義辦理不動產所有權登記，並委託他方辦理新貸款、償還舊貸款及陸續償還新貸款等事務，性質上屬於借名登記及委任之混合契約，如未違反法律之強制或禁止規定，或有背於公序良俗者，該契約自屬有效，且依民法第528條及第529條規定，應適用民法委任之規定。」

²⁰ 例如王澤鑑，民法總則，自版，頁410，2019年2月增訂新版；鄭冠宇，民法總則，自版，頁377，2018年9月5版；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，第242期，頁176，2014年2月。

²¹ 詹森林，借名登記契約之法律關係，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁99，2017年11月。而王志誠，信託法，五南，頁29，2018年8月7版，亦採有效說。

託、脫法行為而無效；²²借名登記有被濫用的情形，有無必要改採否定見解或限縮肯定的見解，值得反思²³，甚至提到：會不會是法律人的縱容，導致借名炒房，害房價降不下來？並認為如出名入處分借名登記的不動產，應貫徹有權處分說抑制不動產借名登記契約，²⁴也提到：最高法院透過外部效力承認有權處分的論證過程，已有效達到抑制借名登記內部效力的效果²⁵。

另外，有學者認為在借名人將自己的財產移轉登記予出名人的情形，借名人與出名人間契約是通謀虛偽意思表示，並非真正借名登記契約；而財產由借名人以外之人移轉登記於出名人的

²² 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，載：財產法專題研究(六)，臺灣財產法暨經濟法研究協會，頁479-507，2008年11月。而黃茂榮，同註8，頁121-122，亦認為：單純的借名登記，多為脫法行為、消極信託，至少相對於其所規避的管制規定為無效。而郭松濤，談借名登記契約——兼評最高法院98年度台上字第990號判決，司法周刊，第1579期，頁2-3，2012年2月，認為應否定借名登記契約的合法性，不承認有借名登記契約存在，並建議規定借名登記視同贈與。

²³ 參閱吳從周，從指標性判決看民事法院的法官造法：以財產法案例為中心，載：變遷中的東亞法院——從指標性判決看東亞法院的角色與功能，國立臺灣大學出版中心，頁216，2016年10月。

²⁴ 吳從周，認真看待不動產借名登記契約——著重分析在最高法院98年度台上字第76號判決之後的外部效力，載：民法與民事訴訟法之對應適用(一)，元照，頁212、236-238，2015年12月。而吳從周，臺灣民事實務之當前論爭課題，民商法前沿論壇，第469期，中國民商法律網，<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34738#>，2018年10月（最後瀏覽日2019/06/17）提到：當時如果我在最高法院，我一定會想盡辦法讓最高法院繼續宣告借名登記契約是無效的，因為我從來不認為將不動產借名登記在別人的名下的任何背景、目的或者原因是所謂正當的。

²⁵ 詳參吳從周，2017年民事法發展回顧，載：民事實務之當前論爭課題，自版，頁433-434，2019年1月。

情形，並非通謀虛偽意思表示，是真正借名登記契約。²⁶本文則與前述目前實務見解與多數學說相同，將以上二情形皆稱為借名登記契約，並認為借名人與出名人間就債權行為均有借名登記的真實意思表示。

有鑑於目前多數判決並未實質檢視該契約是否符合相關強行規定的意旨或公序良俗，且本文認為如欲抑制不動產借名登記契約，應釜底抽薪地檢討該契約本身的效力，故不擬探討該契約所有的爭議問題，而將重點放在「該契約是否有效」的最基本問題。由於學說與實務上論及該契約效力時，常提到脫法行為，以及借名登記與信託的關係，故先於以下第貳部分與第參部分探討之，並就國內較少深入介紹的外國法部分予以探討；第肆部分分析我國該契約本身的效力，並闡述本文看法；第伍部分總結全文，提出本文結論。

貳、脫法行為

學說與實務在論及借名登記契約效力時，常提到脫法行為，已如前述。最高法院認為脫法行為無效²⁷。學說則見解不一，有認為脫法行為無效是普世法理²⁸。有認為脫法行為是法律解釋的問題，獨立的脫法行為理論根本不能存在²⁹。有認為脫法行為原則上無效，脫法行為嚴重者為完全無效，如賭債更改；較不嚴重

²⁶ 詳參黃鈺慧，同註9，頁450-455。

²⁷ 例如最高法院104年度台上字第65號、105年度台上字第1852號民事判決。

²⁸ 謝哲勝，信託法，元照，頁400，2016年7月5版。

²⁹ 王澤鑑，同註20，頁324。

者為部分無效，如利息超過部分³⁰。有認為脫法行為無效，但脫法行為若基於合理的社會需要或依據法的理想，認為有存在必要時，不妨認之為有效³¹。有認為「脫法行為是否有效，須視強行法所禁止之事項其立法目的是否以維護社會經濟交易安全為唯一目的，如是，則在社會公共利益（public policy）考量下，應解為無效，否則仍為有效。前者如賭博、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；後者如流質或流押契約固原則上為民法所禁止之事項，但為達擔保債權目的所為之信託的讓與擔保，則仍生債權契約之效力，並非無效。如又約定利率超過週年20%部分之利息無請求權，債權人以債之更改方式，使之成為有請求權是。」³²有文獻則提到：「依國內學者通說，脫法行為若違反法律強制禁止規定之精神（目的脫法），對任何人皆為無效。但若所迴避之強行規定僅係禁止以特定手段發生一定效果者（手段脫法），則其行為仍然有效。」³³

就前述後二見解，其中，前者似以公益與私益為區別標準，後者以目的或手段脫法為斷。但其法理依據為何，不甚明確，且何種情形是前述「以維護社會經濟交易安全為唯一目的」，不易

³⁰ 參閱施啟揚，民法總則，自版，頁250，2014年8月8版。

³¹ 詳參劉得寬，民法總則，五南，頁175-176，2004年9月4版。

³² 林誠二，民法總則新解——體系化解說（下），瑞興，頁48-49，2018年8月3版。應注意者，2007年修正後的民法第873條之1與第893條第2項已不禁止流押、流質契約。

³³ 詹森林、馮震宇、林誠二、陳榮傳、林秀雄，民法概要，五南，頁87，2019年3月13版。而史尚寬，民法總論，自版，頁299，1970年11月，似採此見解，其尚提到以保護經濟弱者為唯一目的之法規，其脫法行為為無效的要求甚強；以經濟安全為主要目的的法規，其脫法行為為無效的要求甚微。

判斷，也難以區別目的脫法或手段脫法。依民法第七十一條規定，違反強行法規的行為，雖然通常是無效的，但也有例外，故如將脫法行為定義為「形式上不違反強行規定，但其實現的內容實質上牴觸該規定的法律行為」³⁴，則脫法行為不一定無效，而應視違反之強行法規的效果而定。是否為無效的脫法行為，應衡量「基於社會新情事的經濟上必要」及「該強行法規的理想」³⁵。

另應說明者，民法第七十一條但書「其規定並不以之為無效者」，不限於法條明文規定「不以之為無效」的情形，而包含從規範意旨與衡量相關人利益後可認為「不以之為無效」的情形；且該條但書的適用不限於禁止規定，而包含強制規定。³⁶而大多數禁止規定存在於民法外的特別法，該等特別法並不當然明示禁止的意旨，禁止的意旨來自法規的立法精神與規範目的，³⁷例如2000年修正前土地法第三十條前段規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限」，即在禁止無法自耕者受讓私有農地所有權，此可看出強制規定與禁止規定的區別有時與法規文字的表述方式有關，無須過度強調其區別。

³⁴ 日本將此稱為廣義的脫法行為，其中應無效者稱為狹義的脫法行為，又可分為表層行為、變性行為、真性迴避行為，詳參川島武宜、平井宜雄編，新版注釈民法(3)總則(3)，有斐閣，頁225-228，2015年8月復刊版，此處引用森田修執筆的部分。

³⁵ 參閱川島武宜、平井宜雄編，同前註，頁226-227，此處引用森田修執筆的部分。其提到規避保護經濟上弱者之強行法規的行為無效，但規避以經濟交易安全為主要目的之強行法規的行為未必無效。

³⁶ 參照司法院釋字第726號解釋理由書。

³⁷ 參閱詹森林，效力規定與取締規定之區別標準——最高法院裁判之評析，載：民事法理與判決研究(六)，自版，頁52，2012年12月。

參、借名登記與信託

前述不少實務與學說見解在論及借名登記契約效力時，常提到借名登記與消極信託的關係。以下先討論借名登記的法律關係是否為信託，再探討消極信託的效力，而由於消極信託常有不法目的，故最後闡述違法信託的效力。

一、借名登記的法律關係是否為信託

實務上，有判決將借名登記契約與消極信託並列³⁸；有判決則認為信託與借名登記之無名契約，性質迥然不同³⁹。學說上，有認為財產事實上仍由借名者管理的借名登記是消極信託⁴⁰；反之，有認為借名登記與消極信託應予區別，二者法效意思不同⁴¹，不過並未詳述二者法效意思有何不同。⁴²

³⁸ 例如最高法院94年度台上字第907號民事判決：「兩造間對於系爭土地應如何積極管理、使用或處分，並無約定，殊與信託之要件不合，究僅有消極信託關係存在。……兩造間所成立者，應僅係單純借名登記之無名契約。」

³⁹ 最高法院96年度台上字第1958號民事判決：「信託與借名登記之無名契約，性質迥然不同，本件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。」但該判決未說明兩者性質有何不同，且該判決亦稱兩造間的契約為借名契約。

⁴⁰ 例如黃茂榮，同註8，頁122；謝哲勝，借名登記之名消極信託之實——評最高法院98年度台上字第76號判決，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁69，2017年11月；吳從周，台灣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，載：民事實務之當前論爭課題，自版，頁122，2019年1月。而林誠二，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，載：法學的實踐與創新——陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），承法，頁406，2013年7月，亦認為將借名登記契約認定為消極信託類型之一，並無不可。

⁴¹ 參閱張葉基，借名登記契約與信託契約之比較——兼評最高法院九十

按信託法第一條規定：「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，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」據此，我國法上的信託必須是由受託人「管理或處分」信託財產。在本文探討的借名登記關係中，出名人並未管理或處分系爭財產，故借名登記關係並非我國信託法上的信託。⁴³

一年度台上字第二〇二八號民事判決，全國律師，第9卷第5期，頁126-128，2005年5月。另外，陳聰富，脫法行為、消極信託與借名登記契約——最高法院94年度台上字第362號民事判決評釋，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁94-95，2017年11月，提到：「消極信託行為與借名登記契約應予區別。在土地所有人登記不動產於第三人之法律關係，若為一般信託行為者，固應依信託契約之法律關係處理。若雙方成立者為消極信託關係，而未具有確實正當之原因者，得解為雙方係屬通謀虛偽意思表示，信託契約無效。反之，若雙方之消極信託關係具有確實正當之原因者，得解為消極信託行為屬通謀虛偽意思表示而無效，但雙方隱藏借名登記契約之法律行為，依民法第八七條第二項之規定，適用借名登記契約之約定。至於當事人雙方若一開始即以借名登記契約成立法律關係者，即應依據契約自由原則及一般契約解釋之理論，以認定此種無名契約之效力。」之效力。」

⁴² 此外，黃鈺慧，同註9，頁450-460，認為不動產由借名人以外之人移轉登記於出名人的情形，是真正借名登記契約，而真正借名登記契約欠缺信託契約成立時須達成的一定經濟目的，並非消極信託。

⁴³ 另外，如純粹依上開條文文義，我國信託法上的信託必須是「委託人」將財產權移轉或為其他處分，且最高法院95年度台上字第500號、97年度台上字第2199號民事判決認為契約信託是「要物行為」。而在借名登記關係，可能由借名人以外的人將財產權移轉登記於出名人，且最高法院104年度台上字第64號民事判決認為借名登記契約並無要物性，也加深了「借名登記關係是否為信託」的疑慮。不過，學說與實務認為信託財產不當然由委託人移轉與受託人，參閱謝哲勝，同註28，頁397-398；王志誠，同註21，頁36。而關於契約信託（設定信託）應否為要物行為：肯定者例如謝哲勝，同註28，頁80、397。否定者例如黃茂榮，同註8，頁124-126；吳英傑，歐洲民事法模範草案信

在日本，依信託法第二條第一項規定，信託是由受託人就信託財產管理或處分及其他為達成該目的之必要行為。在日本，不動產借名登記無效，並類推適用「通謀虛偽意思表示之無效不得對抗善意第三人」的規定，不以名義信託、信託行為的法理解決該問題。⁴⁴

而歐洲民事法模範草案信託（trusts）編第一章第二〇一條規定，稱信託者，謂受託人負有以下義務之法律關係，即受託人依關於該法律關係之條款（信託條款），為受益人利益或增進公益之目的，管理或處分（administer or dispose）一宗或數宗財產（信託財產）之法律關係。⁴⁵據此，信託財產是由受託人管理或處分，故借名登記關係並非該規範下的信託。

不過，信託制度源於英法，而英國權威著作提到，信託是一個衡平法上的忠實義務（fiduciary obligation），該義務拘束受

託編之比較研究，國立臺灣大學法學論叢，第46卷第3期，頁889-891，2017年9月；溫俊富，信託契約的要物性——最高法院九十五年度台上字第五〇〇號民事判決及其下級法院判決評析，月旦法學雜誌，第193期，頁172-183，2011年6月；溫俊富，有償共益信託契約的要物性——臺灣高等法院九十六年度重上字第一八四號民事判決評析，月旦法學雜誌，第199期，頁210-226，2011年12月；溫俊富，信託契約的法律構造試論——以日本信託立法及學說的變遷為中心，法學叢刊，第58卷第1期，頁95-130，2013年1月。又日本信託法第4條第1項認為契約信託為諾成契約。

⁴⁴ 詳參大村敦志，信託受容の特性に関する小考——フランスと韓国を素材として，信託研究奨励金論集，第34号，頁128-129，2013年11月；近江幸治、田炳西，韓国の登記制度における名義信託と法的規制，比較法學，第29卷第2号，頁12-13，1996年1月。

⁴⁵ 參閱吳英傑，同註43，頁880；PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) FULL EDITION VOL. 6, at 5679-86 (Christian von Bar & Eric Clive eds., 2010).

託人爲受益人處理信託財產，該財產爲受託人所有並控制（owned and controlled）且與其個人財產區別成爲獨立財產。⁴⁶其雖提到信託財產由受託人控制，但由於信託依受託人被賦予之義務的性質可分爲積極信託（special trust, active trust）與消極信託（simple trust, bare trust）⁴⁷，且依英國學者見解，只要分離法律上產權與衡平法上產權就會發生信託關係⁴⁸。果爾，信託未以「由受託人管理或處分信託財產」爲成立要件。

美國權威著作提到，信託得被定義爲一個忠實關係（fiduciary relationship），其中一人有財產上利益，但有爲其他人之利益保留或使用該利益的衡平法上義務；且信託尚有積極信託（active trust, special trust）與消極信託（passive trust, bare trust, executory trust, dry trust, naked trust, general trust）之別。⁴⁹據此，信託亦未以「由受託人管理或處分信託財產」爲成立要件。⁵⁰

英美法上的信託依其發生的方式主要分爲意定信託（express

⁴⁶ See DAVID HAYTON, PAUL MATTHEWS & CHARLES MITCHELL, LAW RELATING TO TRUSTS AND TRUSTEES: FIRST SUPPLEMENT TO NINETEENTH EDITION 3 (2017).

⁴⁷ See *id.* at 27.

⁴⁸ See GARY WATT, TRUSTS & EQUITY 23-25 (8th ed. 2018). 其並提到：所謂分離，並不需要由不同人有法律上與衡平法上產權，且信託的發生不必然都是分離法律上與衡平法上產權。

⁴⁹ GEORGE GLEASON BOGERT ET AL., THE LAW OF TRUSTS AND TRUSTEES §§ 1, 206, WESTLAW (database updated June 2019). 應說明者，fiduciary不限於我國法上的受託人或受任人，參閱謝哲勝，忠實關係與忠實義務，載：財產法專題研究(三)，元照，頁124、143-149，2002年3月。

⁵⁰ 方嘉麟，信託法之理論與實務，元照，頁344，2003年3月，亦認為英美法對信託的定義並未以「受託人管理處分信託財產」為要件。至於消極信託是否有效，詳後述。

trust)、回復信託(resulting trust)與擬制信託(constructive trust)等三種;⁵¹此外,尚有制定法信託(statutory trust)的類型。⁵²由於衡平法注重意思而非形式(equity regards the intention rather than the form)⁵³,因此於意定信託的情形,委託人(settlor)的口頭或書面用詞雖然通常會表示委託人的意思,但其他類型的證明亦足,例如「委託人將產權、占有及收益歸屬於受益人的行為」得表示有信託的意思,即便委託人並未明示該效力。意定信託的設定不要求正式或技術性的用語,所需者僅為委託人表示受託人有基於受託關係的職務與義務。因此,在有些案件,法院發現委託人有意定創設信託的意思,即使委託人並未使用信託或受託人的用詞,而使用表面上相當於「成立契約」等用語。⁵⁴果爾,不能因為當事人使用「借名登記契約」一詞,就認為其非信託。

在我國,常須認定當事人間究竟是借名登記抑或是贈與關係⁵⁵,以及借名人得否請求出名人移轉登記或塗銷登記,而英

⁵¹ BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 1. 有文獻又將回復信託分為自動成立型回復信託(automatic resulting trust)與推定型回復信託(presumed resulting trust),例如JONATHAN GARTON ET AL., *MOFFAT'S TRUSTS LAW: TEXT AND MATERIALS* 22, 215 (6th ed. 2015),故本文不將resulting trust翻譯為推定信託。

⁵² See DAVID HAYTON, PAUL MATTHEWS & CHARLES MITCHELL, *UNDERHILL AND HAYTON LAW RELATING TO TRUSTS AND TRUSTEES* 85 (19th ed. 2016).

⁵³ See *id.* at 123.

⁵⁴ See BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 45. See also *id.* at 86. 而吳英傑,論受託人違反信託本旨而為信託財產之處分:救濟方法暨其法理基礎,國立臺灣大學法學論叢,第44卷第2期,頁425-426,2015年6月,亦強調express trust非僅指明示信託。

⁵⁵ 關於借名登記契約的證明,最高法院98年度台上字第1048號民事判

美法的回復信託可供比較、參考。回復信託的回復（resulting）一詞源自拉丁文*resalire*，意思是跳回（jump back），亦即回復（revert）；因此，回復信託就是將信託財產的實質上產權回復至（移轉於受託人之前的）財產價值提供者，所謂財產價值提供者，可能為直接提供信託財產者，亦可能為使出賣人移轉信託財

決：「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推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○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。」最高法院107年度台上字第521號民事判決：「按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，當事人間若未訂立書面契約以保留證據，借名人得就客觀事實舉證，如由何人出資、何人管理使用收益等情形，以證明其與登記名義人間確有借名登記之合意存在。倘登記名義人就登記為其所有之財產，任令他人管理使用收益，並由該他人持有財產證明文件等異於常態之事實，無法提出合理可信之說明，得推定雙方間有借名登記之合意。」（亦請參閱最高法院103年度台上字第2069號民事判決）。最高法院105年度台上字第2317號民事判決：「原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：……依一般實務借名登記之常情，系爭房地之所有權狀正本，應係由借名人即上訴人保管，房屋之稅單、管理費等，亦應由上訴人自行負擔，並保管相關稅費之收據正本，然依被上訴人提出之證物顯示，系爭房地之所有權狀、稅費單據，均由其持有、繳納，顯與一般借名契約相違，已不能遽認兩造間確有借名契約存在。……，經核於法並無違誤。」

產至受讓人名下的出資者；⁵⁶一旦成立回復信託，受託人須依請求而將財產回復於受益人。⁵⁷信託乃受英美人士普遍利用之機制，故法院會推定當事人有設立信託之意思。⁵⁸

在美國，買受人回復信託（purchase-money trust, purchase money resulting trust, PMRT）是回復信託的其中一種情形⁵⁹。買受人回復信託是指：當財產移轉於某人，而買賣價金是由其他人支付，則回復信託為支付買賣價金的人而生，除非有以下其中之一情形：⁶⁰

（一）支付買賣價金的人表示不應發生回復信託。

（二）該移轉是基於不法目的而履行，且在個案中，「不使不法交易的人獲得救濟的政策」（the policy against giving relief to a person who has entered into an illegal transaction）優於「不使受讓人不當得利的政策」（the policy against unjust enrichment of the transferee）。

再者，財產受讓人系支付買賣價金人的配偶（spouse）、卑親屬（descendant）或其他依雙方的關係而可能受贈的人（other natural object of the bounty），亦不生回復信託，除非支付買賣價金的人表示「受讓人針對該財產不應享有利益」。⁶¹

在Jocoy v. Jocoy一案⁶²，已中風、無法言語但不影響其意思

⁵⁶ See HAYTON, MATTHEWS & MITCHELL, *supra* note 52, at 431-32.

⁵⁷ See ROBERT H. SITKOFF & JESSE DUKEMINIER, WILLS, TRUSTS, AND ESTATES 418 (10th ed. 2017).

⁵⁸ 參照吳英傑，同註54，頁427。

⁵⁹ BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 451.

⁶⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 9 (2019).

⁶¹ *Id.*

⁶² 562 S.E.2d 674, 349 S.C. 441 (Ct. App. 2002). See also BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 454.

能力 (mental abilities) 的 Jocoy (J)，為避免住養老院，與其媳婦 Nancy (N) 協議「由 J 出資購屋，但登記在 N 名下」。J 與其兒子 William (W) 的家庭住在該屋，嗣 W 與 N 分居，W 搬離該屋。N 罹癌而無法照顧 J，於是 W 將 J 送到養老院。之後 W 與 N 復合並住在該屋，J 以 N 為被告，訴請返還該屋。原審與上訴審法院均認為構成推定的回復信託，婆媳間此交易並不推定為贈與 (no gift presumption)，且 J 的證詞顯示其欲於死前保有財產的受益權。⁶³

另外，如全體合夥人均同意買賣價金由合夥財產支付，而購買財產在一合夥人名下，則回復信託為所有合夥人而存在。⁶⁴

在英國，亦承認買受人回復信託的類型。如當事人無特殊關係，將動產（不含不動產）無償讓與他人，而無充分證據認定讓與人的意思時，也有回復信託的適用；所謂特殊關係，例如父親無償讓與財產（含動產與不動產）於小孩，則推定為贈與 (presumption of advancement)。⁶⁵

應注意者，英國法權威文獻在提及信託分為積極信託與消極信託時，尚並列虛偽信託 (sham trust)，認為虛偽信託是指雖然表面上是為其他人或公益目的之有效的積極信託，但委託人與受託人自始有不誠實的主觀共同目的，他們的真意是「受託人為委託人的利益並受限於委託人的指示而行使權能」；虛偽信託亦發生於委託人不誠實地宣示自己為特定財產的受託人，表面上是為他人或公益而為信託，但其真意是自己仍為其財產的受

⁶³ J 起初欲以遺囑將房屋留給 W 與 N，N 阻其想法，因為她怕 J 變更遺囑而將該財產給他人。J 將該屋登記在 N 名下以避免 W 的債權人之請求。

⁶⁴ See BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 454.

⁶⁵ See HAYTON, MATTHEWS & MITCHELL, *supra* note 52, at 486-98.

益人。⁶⁶果爾，除非該借名登記契約在表面上有賦予出名人積極義務（但實際上出名人並無積極義務），否則，一般而言，借名登記契約在表面上並未賦予出名人積極義務，故非虛偽信託。

又英美法尚有虛幻信託（*illusory trust*）一詞，惟文獻中對其內涵的詮釋並不一致。詳言之，有認為其是指看似信託的安排，但由於委託人保留權能，故無真正的實質而信託不成立⁶⁷或無效，並提到與前述虛偽信託一詞指稱者不同，⁶⁸但其所舉之例為「委託人的意思是其死後該信託才生效」的情形⁶⁹。有文獻則提到美國過去以及僅在目前一些州，將委託人保留權能的宣言信託（*declaration of trust*），即委託人亦為受託人的情形，稱為虛幻信託，認為委託人並無真正的信託目的而無法創設有效的信託，但在目前多數州，此可創設有效且有強制實現力的信託⁷⁰（*valid and enforceable trust*）。⁷¹由上可知，一般而言，借名登記契約並非虛幻信託。

綜上，借名登記關係非屬我國信託法上的信託；日本法不以信託法理處理借名登記問題；借名登記亦非歐洲民事法模範草案規範下的信託；英美法則將借名登記關係定性為消極信託，不稱其為借

⁶⁶ See HAYTON, MATTHEWS & MITCHELL, *supra* note 46, at 27.

⁶⁷ *Illusory trust*, BRYAN A. GARNER, BLACK'S LAW DICTIONARY (11th ed. 2019). 此文獻並未舉例說明。

⁶⁸ See LYNTON TUCKER ET AL., LEWIN ON TRUSTS: FOURTH CUMULATIVE SUPPLEMENT TO THE NINETEENTH EDITION 14 (2019).

⁶⁹ See LYNTON TUCKER ET AL., LEWIN ON TRUSTS 9-11 (19th ed. 2015). 該文獻在闡述信託的定義時言之。

⁷⁰ 如為有強制實現力的信託，則受益人得依信託本旨請求給付且可強制執行。

⁷¹ See GERRY W. BEYER, WILLS, TRUSTS, AND ESTATES 351-52 (7th ed. 2019). 該文獻在闡述信託的創設時言之。

名登記契約，不將之定性為契約法問題。

二、消極信託的效力

我國學者對消極信託效力（含英美法上消極信託效力）的看法不一。詳言之，有認為消極信託是通謀虛偽意思表示而無效。⁷²有提到消極信託又稱名義信託或被動信託，在英美法如受託人應履行之行爲乃純粹機械與形式之性質者，被視為消極信託而歸無效。⁷³有提到英美信託法理認為消極信託無效，除了消極信託是脫法行爲外，也是爲了避免在無創造財產利用效率的情形，實質權利人對第三人主張兼具物權效力的受益權，造成第三人不測損害，妨礙交易安全。⁷⁴有認為消極信託雖非我國信託法規定的信託類型，但如有正當原因，仍爲有效。⁷⁵有提到美國信託法不承認消極信託，是因信託成立的目的即爲分離名義上所有權與實質上所有權，如受益人既得管理又可收益，則受託人無繼續存在必要，且財產所有人不可藉設立信託一方面免除受益人因享有所有權所生的負擔，另一方面卻仍掌握對所有物的全面支配能力（此種所有權似爲「超級所有權」，蓋純享權益然責任卻大幅限縮），信託法爲避免實質上所有權在各層面均優於單純所有權，乃逕將信託財產移轉予受益人從而使信託當然終止，並非認定消極信託自始無效（倘信託自始無效，則此時委託人，而非受

⁷² 廖家宏，論消極信託與借名登記——實務相關見解的綜合評釋，法令月刊，第57卷第11期，頁21，2006年11月。

⁷³ 楊崇森，信託法原理與實務，三民，頁95，2010年10月。

⁷⁴ 詳參謝哲勝，同註22，頁484。

⁷⁵ 王志誠，同註21，頁29。類似見解：張大為，消極信託之研究，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁65，2017年11月，認為消極信託於非脫法行爲時有效。

益人將取得信託財產絕對所有權）；但即使是受益人本身享有管理處分權，而受託人唯一職責係持有信託財產名義上所有權，美國有些州基於加強自然人或法人的財產隱私性（某些商業交易隱匿性相當重要），仍承認性質上屬消極信託的土地信託（land trust），不使之歸於消滅。⁷⁶

信託法制源於英美法，本文以下即參考英文獻予以探討：

在美國，意定之私益信託委託人必須賦予受託人積極的權能（power）與義務，亦即必須設定積極信託，而非消極信託或用益（use）⁷⁷；但如設定消極信託，其效力為何，則見解並不一致。設定積極信託的要求源自英國1925年廢除前的用益法典（Statute of Uses），用益法典消滅用益的方式是使受益人（cestui que use）的衡平法上利益成為法律上利益，並完全剝奪受託人（feoffee to uses）該用益財產，用益法典稱之為藉由執行（executing）以消滅用益。法院認為執行、消滅用益於積極用益並不適用之。在許多州，用益法典被認為是習慣法（common law）的一部分；有的州已制定與用益法典類似的成文法；而在一些並未接受用益法典或相似法律之州的成文法規定，如無創設信託的意思、信託目的不法或信託目的無法實現，私益信託即終止（terminated）或得終止（terminable）。本來用益法典的理論似乎是賦予受託人法律上所有權，並藉由強制適用用益法典而使法律上所有權立刻移轉於受益人，使得法律上利益與衡平法上利

⁷⁶ 詳參方嘉麟，同註50，頁168-169、214-216、282。其未提到所稱信託法是指某一成文法或信託法理。而其尚提到：消極信託並非全然不具正面功能，例如公司兼併時，兼併者在初期根本不可能自己出面購買被兼併公司股票以免打草驚蛇。

⁷⁷ 用益是信託的前身，用益財產相當於今所稱信託財產，see BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 2.

益合併，受益人成為絕對的所有權人。現代美國成文法則認為並無利益曾經賦予受託人，而是所有權全部直接移轉於消極信託的受益人。⁷⁸在美國統一信託法之下，即使適用用益法典，消極信託仍有效，但得終止。⁷⁹然而，也有文獻認為消極信託無效。⁸⁰

而美國法上的land trust，並非廣指以土地為信託財產的信託，而是習慣法上的土地信託。受託人是名義人（nominee），而由受益人管理財產。土地信託僅在特定州被承認，其必須符合以下三要件之一：(一)用益法典不再為該州成文法或習慣法的一部分；(二)土地信託在州法之下必須被詮釋為積極信託，而非消極信託，故不在用益法典的適用範圍；(三)儘管有用益法典的規定，但有特定法律承認土地信託。⁸¹土地信託的受託人被視為賦予不動產法律上與衡平法上產權；由於其最早在伊利諾州被法院承認，又稱為伊利諾土地信託（Illinois land trusts），但多數州並不承認之。⁸²土地信託固然允許不公開受益人，但也受到批

⁷⁸ See BOGERT ET AL., *id.* §§ 1, 206. See also JOHN BOURDEAU ET AL., 90 C.J.S. TRUSTS §§ 250, 252, WESTLAW (database updated June 2018). 而 SITKOFF & DUKEMINIER, *supra* note 57, at 403, 亦認為此時受益人取得信託財產的法律上產權。

⁷⁹ See Unif. Trust Code § 402 (2000), Comment; ROMUALDO P. ECLAVEA ET AL., 76 AM. JUR. 2D TRUSTS § 6, WESTLAW (database updated August 2018).

⁸⁰ See, e.g., BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 1141. 應注意者，用益法典不適用於回復信託，回復信託被承認是消極的，受託人的唯一義務是承認受益人的利益並將財產移轉於受益人；用益法典也不適用於擬制信託與一般的公益信託，see BOGERT ET AL., *id.* §§ 1, 206.

⁸¹ See BOGERT ET AL., *id.* § 1141.

⁸² See JOYCE PALOMAR, 2 PATTON AND PALOMAR ON LAND TITLES § 414, WESTLAW (3rd ed. database updated November 2018).

評，故在 *People v. Chicago Title & Trust Co.* 一案⁸³，土地信託的受益人被認為是不動產稅成文法中的所有人，因為受益人控制並管理財產。與之相似者，受益人的隱匿性得受限制，例如在亞利桑那州，移轉不動產的信託契據須提供受益人的姓名與住址或提及列有受益人姓名與住址的公共檔案。⁸⁴土地信託模式不一而足⁸⁵，文獻上認為對於土地信託的經典定義源於 *Robinson v. Chicago Nat. Bank* 一案⁸⁶，其提到受託人是依受益人或其他有權指示者的書面指示，處理財產的契據、抵押或其他交易，且自協議日二十年之時，有義務以公開拍賣的方式出賣仍屬信託的財產，故為積極信託。⁸⁷綜上，無論將土地信託定性為積極或消極信託，由於受託人仍有依指示處理信託財產的義務，故與本文定義的不動產借名登記有別。

在英國，消極信託的受託人亦無積極管理的義務，此受託人

⁸³ 75 Ill. 2d 479, 27 Ill. Dec. 476, 389 N.E. 2d 540 (1979).

⁸⁴ See GEORGE GLEASON BOGERT ET AL., CASES AND TEXT ON THE LAW OF TRUSTS 102-03 (9th ed. 2012); Ariz. Rev. Stat. § 33-404 (2018). 我國已有文獻介紹美國土地信託的其他優點與批評，例如楊崇森，信託業務與應用，三民，頁76-77，2010年10月。

⁸⁵ 例如租賃權的出賣人將租賃權移轉於受託人，於買受人支付完畢時將租賃權移轉於買受人，於買受人不履行時將租賃權返還出賣人，受託人作為無利害關係的中間人而能保護交易的雙方（包含降低出賣人將租賃權出售於他人的可能性），see BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 249. 我國已有文獻介紹美國土地信託的其他部分模式，例如謝哲勝，同註28，頁278-281，其中的土地分割出售（subdivision trust），如依 BOGERT ET AL., *id.*，雖以土地為客體，認為是不動產信託（real estate trust）的一種，但不稱其為land trust。

⁸⁶ 32 Ill. App. 2d 55, 58-59, 176 N.E.2d 659, 661 (Ill. App. Ct. 1961).

⁸⁷ See VICTOR P. WHITNEY & MICHAEL CRAW, TRUST DEPARTMENT ADMINISTRATION AND OPERATION Vol. 1 § 7.09[1] (2018).

被稱為消極受託人（bare trustee, passivetrustee）。然而，成文法中消極信託一詞的意義，取決於成文法中的上下文。而土地消極信託（bare trust of land）被列為1996年土地信託與指定受託人法（Trusts of Land and Appointment of Trustees Act）中的土地信託，其受託人有絕對所有權人（absolute owner）的所有權能，但依據該法，無論受益人的意願為何，受託人得移轉土地於受益人，以免於履行積極管理義務；不過，前述受託人有絕對所有權人的所有權能，仍受限於信託文件中任何相反的條款或特定立法。一般而言，如A為B擁有信託財產，且B被賦予「得請求A移轉法律上所有權給他」的權利，則A仍被稱為B的消極受託人。如B已移轉財產於A，A為B擁有信託財產，B指示A就該財產不要有任何作為（除非依B的指示），則為典型的消極信託。⁸⁸消極信託最常發生於設定信託終了（settlement trust come to an end）之時，例如為了B之終生及C之剩餘權（for B for life and C in remainder）而設定信託，於B死亡時，受託人為C的利益而持有信託財產即為消極信託；而消極信託也在商事背景下發生，例如律師擁有客戶的金錢，是為客戶而發生的消極信託。⁸⁹回復信託與擬制信託原則上也是消極信託。⁹⁰

用益法典固然源於英國，但已被英國財產法（Law of Property Act）廢除，與前述美國許多州「承認其為習慣法的一部、將其法典化或有相似法則」不同。⁹¹英國論述消極信託的文

⁸⁸ See HAYTON, MATTHEWS & MITCHELL, *supra* note 52, at 93, 95.

⁸⁹ See GARY WATT, *EQUITY & TRUSTS LAW DIRECTIONS* 34 (6th ed. 2019).

⁹⁰ 但擬制信託有時會有例外而非消極信託，see Paul Matthews, *All about Bare Trusts: Part 1*, 5 P.C.B. 266, 270 (2005).

⁹¹ MARK L. ASCHER ET AL., SCOTT AND ASCHER ON TRUSTS Vol. 1 § 3.4.1 (5th ed. 2006).

獻，一般均未如美國文獻提到委託人應設定積極信託，也未提到用益法典，亦未提到「法律上利益與衡平法上利益合併，受益人成為絕對的所有權人」或「消極信託無效」。⁹²不過，與前述美國法類似的是，英國許多消極信託的受託人仍有一些處理信託財產的義務，與本文定義的借名登記有別。

三、違法信託的效力

英美法與韓國法將借名登記定位為信託的問題，不稱其為借名登記契約。我國的借名登記常有不法目的，故以下分別介紹英美法與韓國法違法信託的效力。

(一)英美法

就違法信託的效力，美國與英系國家有些不同，以下分述之：

1.美國違法信託的效力

在美國，為達成不法目的之信託可能無效。設定信託的主要目的如為詐害自然人或私法人的習慣法或成文法上權利、對政府為詐害行為、鼓勵犯罪或其他高度反社會行為，將不被法院承認。⁹³就詐害債權人而言，如何判斷該移轉是否有詐害債權人的意思？此問題常由成文法解決。在美國許多州已制定統一反詐害轉讓法（Uniform Fraudulent Conveyance Act, UFC）或統一反詐害移轉法（Uniform Fraudulent Transfer Act, UFT），此二法均提

⁹² See, e.g., HAYTON, MATTHEWS & MITCHELL, *supra* note 52, at 93, 95-96; TUCKER ET AL., *supra* note 69, at 15-24; Matthews, *supra* note 90, at 266-73; Paul Matthews, *All about Bare Trusts: Part 2*, 6 P.C.B. 336, 336-46 (2005).

⁹³ See BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 211.

到，如無相當對價（fair consideration）或債務人已無資力（insolvent），則該債務人的移轉行為被擬制為詐害債權，而無論債務人真正的意思為何。⁹⁴

至於支付價金者如有不法目的，有無回復信託的適用？以下闡述之：

由於「入法庭者應有潔淨的手」是衡平法的原則（principle that equity will not aid one who comes into court with unclean hands），因此，如支付買賣價金的A移轉財產於他人是為了脫產，則A不得尋求救濟，但A的債權人得享有A的衡平法上利益。詳言之，有些法院認為此時並無回復信託存在，A的債權人被允許取得衡平法上利益；有些州的成文法則明文將「購買土地在他人名下」推定為詐害A的既存債權人，且賦予該等債權人信託利益。⁹⁵

如同在「基於不法目的而為意定信託」的情形，有些法院傾向承認上開法則的例外，例如以下情形：主張回復信託者一方的不法性低於被告一方的不法性、雖有不法目的但未造成實際損害、主張回復信託的原告為詐害債權之支付買賣價金者的善意繼受人。然而，其他法院希望抑制未來詐害行為的發生，更勝於特定案件的衡平，故在這些或類似案件中拒絕承認例外。美國權威著作較傾向後者的見解。⁹⁶

買受人有時基於其他不當目的而將財產置於他人名下，例如助長不法事務的進行、使外國人規避擁有土地的限制、為了開始或維持不當性關係、為逃避政府對不動產買賣與借貸的管制。在這些個案中，因為支付價金者從事不法行為，故衡平法拒絕承認

⁹⁴ See *id.*

⁹⁵ See *id.* § 463.

⁹⁶ See *id.*

回復信託，幾乎是沒有疑問的，其不正行為使其無法獲得法院的救濟。⁹⁷

2. 英系國家違法信託的效力

在英系國家，前述潔手原則（clean hands principle）有許多不適用或緩和化的案例，⁹⁸以下介紹英系國家信託法文獻上常提及的標竿判決：

在英國的Tinsley v. Milligan一案⁹⁹，女同性戀伴侶Tinsley (T) 與Milligan (M)共同出資買受一屋，並有意共同所有、居住。其同意將該屋的法律上產權僅登記於T名下，從而M得以詐取各種社會福利。數年後，其關係破裂，T搬出該住所，並以法律上所有人的地位訴請M返還對該屋的占有，M表示其當時支付一半的買賣價金，主張推定的回復信託關係而兩人應有部分均等，T主張「潔手原則應嚴格適用，不法的存在應使M無法就該財產主張衡平法上利益」。法院多數見解採鮑梅克法則（Bowmaker rule）¹⁰⁰，認為有回復信託的適用，因為M得以其出資證明其於該財產上的利益，而不需要依賴其不法的行為，所謂的依賴原則（reliance principle）即從此而生。多數法官認為，假設是父親無償讓與財產於小孩，則因為推定為贈與，父親如欲推翻贈與的推

⁹⁷ See *id.*

⁹⁸ See MICHAEL HALEY & LARA MCMURTRY, EQUITY AND TRUSTS 362-68 (5th ed. 2017).

⁹⁹ [1993] 3 ALL ER 65, [1994] 1 AC 340, HL.

¹⁰⁰ See SAMANTHA HEPBURN, PRINCIPLES OF EQUITY AND TRUSTS 511-15 (5th ed. 2016). 此法則源自Bowmakers Ltd. v. Barnet Instruments Ltd. [1945] KB65, 是指針對不法交易而生的財產上利益，如原告不依賴不法即得主張該利益，則原告的主張有理由。

定，則須依賴其不法的行為，從而不得主張回復信託。¹⁰¹

澳洲長久以來拒絕適用前述依賴原則，而是基於公共政策予以彈性判斷，¹⁰²*Nelson v. Nelson*一案¹⁰³具指標性。本件母親支付房屋的全部買賣價金，因其有意隱藏其為該屋的唯一實質上所有人，故安排兒女（均已成年）訂約購買該屋，登記兒女為該屋共有人（joint tenants），而由母親與兒子居住。該交易背後的目的的是母親希望未來購買另一房屋時有國家貸款補助，而該補助僅適用於一間房屋。嗣母親佯稱其並未擁有任何其他不動產，成功申請補助，並使用補助作為其第二間房屋的部分買賣價金，母親與兒子並搬進該屋。之後，兒女將其名下的該屋出賣，而針對買賣價金清償抵押貸款後的淨價金，女兒主張對該淨價金有一半的受益權，但母親與兒子主張僅母親有受益權。下級法院不容忍「母親以其不法的目的而推翻贈與的推定」，否定信託的存在；然而，上級法院一致認為母親移轉財產於兒女，亦推定為贈與，母親為舉證推翻該推定雖須依賴該不法目的之揭露，但該補助法規的政策並不阻止母親取得該淨價金，本件「母親有意成為實質

¹⁰¹ See HAYTON, MATTHEWS & MITCHELL, *supra* note 52, at 471-72; GARTON ET AL., *supra* note 51, at 338-39; HALEY & MCMURTRY, *supra* note 98, at 363. 而GRAHAM VIRGO, *THE PRINCIPLES OF EQUITY & TRUSTS* 224 (3rd ed. 2018)尚提到在Tinsley v. Milligan一案，T嘗試推翻回復信託推定的唯一途徑是主張「M意圖使T單獨取得產權而據此行騙」，但T無法如此主張，因為這將成為不法目的之抗辯。

¹⁰² 加拿大與北美亦有拒絕適用前述依賴原則的案例，see HALEY & MCMURTRY, *supra* note 98, at 364.

¹⁰³ [1995] 184 CLR 538; 132 ALR 133. 我國不動產登記兼採澳洲托崙斯登記制，澳洲不動產借名登記案例應有比較的價值。關於我國與澳洲不動產登記一般性的比較，see Chien-Chang Huang, *The System of Real Estate Registration/Recordation in Taiwan: A Comparison with Australia*, 23 APLJ 122, 136-37 (2014).

上所有人」的證據推翻該贈與的推定，而有回復信託的適用，但多數見解認為其條件是「母親支付第二間房屋的貸款差額給國家」。¹⁰⁴上級法院判決認為重點在於系爭法規是否有意使信託無強制實現力；如法規的處罰規定並不使信託無效，則法院得支持該信託的成立，以符合該法規的政策，亦即要求法院檢視被違反之法規背後的政策。其後，澳洲法院判決¹⁰⁵針對為取得首次購屋補助，避免印花稅（stamp duty）及土地稅，並極小化資本利得稅（capital gains tax）而隱藏受益權的交易，均認為相關規定並無意使信託無強制實現力。¹⁰⁶

在英國的Tribe v. Tribe一案¹⁰⁷，原告因預期未來可能債務的發生，基於詐害債權人的意思而將股份移轉於其子（原告聲稱是出賣股份，然而其實該移轉並無對價）。後來發現並無債務，故不需要詐害債權人，但其子拒絕返還股份於其父，父親提起訴訟請求返還股份，上訴法院認為父親移轉股份於其子，推定為贈與，父親為舉證推翻該推定雖須依賴該不法目的之揭露，但法院仍認為父親得以其不法目的之證據推翻贈與的推定，只要在不法交易已無需要時，自願撤回該不法交易已足，而不需要真正的悔

¹⁰⁴ See DENIS SK ONG, TRUSTS LAW IN AUSTRALIA 510-12 (5th ed. 2018); J. D. HEYDON & M. J. LEEMING, JACOBS' LAW OF TRUSTS IN AUSTRALIA 99 (8th ed. 2016); Joseph Campbell, *The Consequences of Rebutting a Presumption of Advancement*, 46 AUST. BAR REV. 229, 236-38 (2018); See also MICHAEL EVANS, BRADLEY L. JONES & THERESA M. POWER, EQUITY AND TRUSTS 483-84 (4th ed. 2016).

¹⁰⁵ Robins v. Robins [2006] WASC 301; Tesoriero v. Tesoriero [2007] NSWSC 54; Huang v. Zheng [2017] NSWSC 471 at [86]; REW08 Projects Pty Ltd. v. PNC Lifestyle Investments Pty Ltd. (2017) 95 NSWLR 458.

¹⁰⁶ See PETER RADAN & CAMERON STEWART, PRINCIPLES OF AUSTRALIAN EQUITY AND TRUSTS 537-39 (4th ed. 2019).

¹⁰⁷ [1996] Ch 107.

改，惟此仍稱為悔改原則（*principle of locus poenitentiae*），也稱為「因撤回而構成例外」（*withdrawal exception*）。本件基於推定的回復信託，父親得向其子請求返還股份。¹⁰⁸

英國法律委員會（the Law Commission）曾對上開「依賴原則」與「因撤回而構成例外」提出質疑，並建議立法解決「以不法為抗辯」（*illegality defence*）的部分問題，¹⁰⁹但未被政府採納。應注意者，英國近年Patel v. Mirza一案的最高法院判決¹¹⁰不採上開「依賴原則」與「因撤回而構成例外」，而採取新的檢視方式——系列因素檢視（the “range of factors” test），並認為適用於所有案件，包含契約、侵權行為、回復原狀與信託。其認為應評估不法協議的履行是否侵害公益，法院應考慮：第一，違反之禁止規定的目的，以及駁回請求履行不法協議是否將有助於該目的；第二，拒絕該請求對任何其他相關公共政策的影響；第三，懲罰是刑事法院的事務，拒絕該請求對於違法行為是否為合比例性的回應。¹¹¹該判決被認為是英系國家私法上相當重要者¹¹²。

綜上，在美國，為達成不法目的的信託常被認為無效；如基於不當目的將財產置於他人名下，原則上並無回復信託的適用。在英系國家，目前認為應考慮規範目的與公共政策等判斷違法信託的效力。

¹⁰⁸ See GARTON ET AL., *supra* note 51, at 338-43; HAYTON, MATTHEWS & MITCHELL, *supra* note 46, at 77.

¹⁰⁹ See THE LAW COMMISSION, THE ILLEGALITY DEFENCE (2010).

¹¹⁰ [2016] 3 W.L.R. 399.

¹¹¹ See TUCKER ET AL., *supra* note 68, at 24-25, 44-45; HALEY & MCMURTRY, *supra* note 98, at 367-68.

¹¹² See Alan Bogg & Sarah Green, *Introduction*, in ILLEGALITY AFTER PATELV MIRZA 1, 1-3 (Sarah Green & Alan Bogg eds, 2018).

(二)韓國法

韓國與我國同屬大陸法系，都位於東亞，就不動產物權變動於日本殖民時期均曾採登記對抗主義，現行法皆採「依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力；依法律規定取得者，不以登記為必要，但非經登記，不得處分」的規定模式，均分別建置土地登記簿與建物登記簿，登記簿均採物的編成主義，且均以共同申請登記為原則，¹¹³而2007年我國民法物權編修正時，第七五七條的修正說明即提到是參考韓國法。據學者研究，我國的物權法最接近韓國¹¹⁴。又我國信託法制定時亦深受韓國影響¹¹⁵。就此等相關法領域，韓國法應有比較的价值。

韓國實務上適用的信託有三種：1.從英美法發展而來，在立法上繼受的信託法上之信託，主要適用於以金錢信託為中心的金融業；2.從大陸法的學說與判例發展而來，在學說上繼受的民法解釋學上之信託，適用於假登記擔保法制定前之讓與擔保之法律上性質的說明；3.在韓國固有發展而來的名義信託，大幅適用於不動產交易。¹¹⁶

¹¹³ 不過，韓國不承認登記公信力。以上參閱韓國民法第186條與第187條、不動產登記法第14條、第15條與第23條；高翔龍，韓國法，信山社，頁159、172-173、199、201，2016年8月3版。本文引用的韓國法，均參閱Korea Ministry of Government Legislation, <http://law.go.kr/LSW/eng/engMain.do?menuId=0> (last visited June 7, 2009).

¹¹⁴ 參閱張永健，中國民法典物權編在世界物權法的位置——量化比較法路徑，環球法律評論，第41卷第1期，頁93，2019年1月。

¹¹⁵ 詳參立法院，立法院公報第84卷第63期院會紀錄，頁126-168，1995年12月。

¹¹⁶ 參閱金相容，片智嫻〔訳〕，名義信託の法理構成と問題点及び公法の規制，比較法学，第30卷第2号，頁67-68，1997年1月，其認為前二種信託對社會發展有貢獻，而名義信託對社會有弊害。而崔吉子，韓

韓國將不動產借名登記稱為不動產名義信託。韓國早期就家族財產名義信託，朝鮮高等裁判所判決認為適用讓與擔保法理，受託人如處分不動產，限於受讓人善意時始取得所有權；大法院判例則認為適用信託行為法理，對內關係由信託人保有不動產所有權，而就對外關係是由受託人為不動產的所有人，其對不動產有處分權，不問受讓不動產第三人的善意或惡意，均合法取得不動產所有權。¹¹⁷嗣於1995年制定不動產實權利者名義登記法（下稱「不動產實名制法」），迄2016年已修正十四次。目前該法第一條規定，該法的目的為防止惡用不動產登記制度的投機、逃稅、脫法行為等反社會行為，以圖不動產交易正常化與不動產價格安定，並寄望國民經濟健全發展。

該法第二條第一款規定，以下情形均不適用本法：1.為擔保清償債務，債權人受不動產物權移轉登記或為預告登記的情形；2.數人約定就其不動產的位置及面積分別予以特定，但登記為該數人共有的情形；3.依信託法或資本市場及金融投資業法就信託財產事實予以登記的情形。

該法第三條第一項規定，任何人均不得就不動產物權藉由名義信託的約定而以名義受託人的名義登記。第四條第一項規定，名義信託的約定為無效。¹¹⁸第五條至第七條針對違反者尚有罰

國不動產實名制小考，載：韓國法專題研究：民法經濟法，法律出版社，頁181，2013年5月，也提到韓國法上這三種信託。

¹¹⁷ 關於韓國家族財產的概念與對上開實務見解的介紹、檢討，詳參高翔龍，宗中財產と名義信託，北大法學論集，第49卷第3号，頁236-251，1998年9月。應注意者，家族財產受託人有管理權限的情形，不過是普通的管理信託；受託人無此等權限者，才是名義信託，參閱近江幸治、田炳西，同註44，頁13-14。

¹¹⁸ 該條第2項規定，以名義信託約定不動產物權變動之登記為無效。但名義受託人如為取得不動產物權之契約的一方當事人，而相對人不知名

緩、罰金、拘役的規定。不過，依第八條（對家族、配偶及宗教團體的特例）規定，於以下各款之一情形，如未以逃稅、脫免強制執行或規避法令上限制為目的，則不適用第四條至第七條及第十二條第一項至第三項規定：1.就家族保有的不動產以家族本身¹¹⁹以外之名義登記（包含以家族成員中的一人或數人名義登記）的情形；2.以配偶名義登記不動產的情形；3.以宗教團體名義登記其附隨組織保有之不動產的情形。

依韓國學者所述，名義信託的主要類型如下：¹²⁰

1.家族財產型名義信託：為保全或保管家族團體的不動產，以家族成員中的一人或數人名義登記。

2.不動產買賣型名義信託：¹²¹

(1)二者間名義信託：以「移轉登記於受託人」為其形式的名義信託。此名義信託是原本意義的名義信託，為移轉型名義信

義信託約定的事實，不在此限。第3項規定，第1項及第2項之無效，不得以之對抗第三人。而高翔龍，韓國における不動產物權と不動產登記制度，大東ロージャーナル，第3号，頁60、63-64，2007年3月，提到：該條第2項但書的例外規定，使該法實效性產生疑問；第3項的第三人問善意或惡意，而「保護惡意第三人」係違反正義。

¹¹⁹ 在韓國，家族本身可為不動產登記名義人，詳參高翔龍，同註113，頁169。

¹²⁰ 以下1.與2.(1)至(4)，詳參高翔龍，同註113，頁217-227，其尚提到在二者間名義信託的情形，基於名義信託約定的移轉登記行為不該當不法原因給付，名義信託者對名義受託者行使物權請求權不違反誠信原則。而村瀬銀一，韓國不動產登記法——理想的登記制度への接近，民事法研究会，頁579，2004年4月，提到在中間省略名義信託的情形，如名義信託者請求返還不動產所有權，由於名義信託者的法律行為是不法原因給付，故不得請求返還。

¹²¹ 近江幸治、田炳西，同註44，頁6-8，就名義信託的利用實態亦闡述以下(1)至(4)類型。

託。此情形包含所有人是所有權移轉登記前的不動產登記名義人、新建建物情形的原始取得人、基於法律規定而取得所有權之人。

(2)中間省略型名義信託：結合中間省略型登記與名義信託結合型態的名義信託。例如買受C所有不動產的A，不以自己名義登記，而與B締結名義信託契約，而自C為所有權移轉登記於名義受託人B的情形。

(3)契約型名義信託：例如名義信託人A與名義受託人B之間，約定關於當事人地位的名義信託；名義受託人B與出賣人締結買賣契約，其後以名義受託人B之名義為所有權移轉登記的名義信託，此亦稱委任型名義信託，常發生在企業以職員個人名義取得不動產的情形。契約型名義信託約定係由「受託人以自己名義買受不動產，應移轉於信託人」為內容的一種「委任契約」以及「以受託人名義買受不動產」為內容的「名義信託約定」所構成。該名義信託約定依不動產實名制法第四條第一項而無效，該名義信託約定是契約型名義信託的重要構成要素，故適用「法律行為一部無效者，全部無效」的規定，因此，委任契約也無效。從而，名義信託人對名義受託人不得請求不動產所有權移轉登記。

(4)相互名義信託：判例提到，土地所有人出賣土地的一部，而就其全部以買受人名義為所有權移轉登記的情形，就未出賣的部分，當事人間成立相互名義信託關係。另外，也有判例提到數人各買受一筆土地的特定部分，便宜地將其所有權移轉登記為分別共有，則各個應有部分登記，就各個特定買受部分，每個也成立相互名義信託；而依不動產實名制法第二條第一款第二目規定，此並非該法的規制對象。

(5)數人取得而共有不動產，僅以部分取得者名義登記的名

義信託。¹²²

綜上，在韓國，除該法第二條第一款與第八條情形外，不動產名義信託全部無效。

肆、我國不動產借名登記契約本身的效力

就我國不動產借名登記契約本身的效力，以下先說明其原則上應屬無效的理由，再分析各種動機下不動產借名登記契約的效力：

一、不動產借名登記契約原則上應屬無效

首先，雖有認為所謂有效或無效，其實對於借名者與出名者，含其各自之債權人在內的內部關係，並無意義。¹²³本文則以為，有效或無效，其實對於借名者與出名者，仍有意義。理由為：如認為借名登記契約並非要物契約，且認為借名登記契約有效，出名者得請求借名者（倘標的物屬借名者所有）履行該契約義務（移轉登記）；當借名者請求出名者會同申請移轉登記時，出名者不得拒絕；而該契約如為有償，出名者尚得請求對待給付。如未履行上開義務，皆有債務不履行責任的問題。以上均是借名登記契約無效所無的法律效果。再者，不動產登記於出名者名下之後，如借名登記契約有效，則借名者才有可能適用或類推適用民法第五四九條規定終止契約，請求出名者移轉登記或塗銷登記¹²⁴；如借名登記契約無效，才有可能參考前述英美法，並依

¹²² 參閱金相容，片智嫻〔訊〕，同註116，頁70。

¹²³ 黃茂榮，同註8，頁122。

¹²⁴ 如出名者取得所有權，則借名者得請求出名者移轉登記；如出名者未取得所有權，則借名者得請求出名者塗銷登記。

個案認定是否依我國民法第一八〇條第四款關於不法原因給付的規定，借名者不得請出名者移轉登記或塗銷登記。¹²⁵另外，倘借名登記契約無效，依公證法第七十條規定則不得公證¹²⁶。

前述早期判決提到不動產借名登記契約是否有效，關鍵在於有無確實之正當原因，近期判決提到倘該契約內容不違反強制禁

¹²⁵ 本文僅探討不動產借名登記契約是否有效，至於一旦認定為無效，在個案中，出名者是否取得所有權（特別是由借名者以外的善意第三人移轉於出名人時），以及如何權衡「使不法交易的人無法獲得救濟」與「不使受讓人不當得利」，不在本文探討範圍。

¹²⁶ 就此，有以下實務見解：司法院第12期、第13期暨95年公證實務研究會研究專輯第48則法律問題：「本國人甲購買房屋，約定登記於乙之下，並用該房屋借乙之名義向銀行抵押貸款，約定房屋由甲處分、收益，並在甲之使用占有中，由甲按期匯款至該銀行乙之帳戶償還貸款，並就此訂立契約，請求公證。是否受理公證？」研討結論：採肯定註記說（闡明後註記。契約如無明顯違反法律之情形，應可受理公證，然須註明「該契約之目的是否違反相關之法律，應由主管機關自行審認」）。

司法院98年、99年公證實務研究會研究專輯第58則法律問題：「公證人得否就以他人名義作為登記名義之『原住民保留地之買賣及登記協議書』（協議書內容之原住民保留地已由借用名義人『不具原住民身分者』出資購買取得並管理、使用及收益）作成公證書？」研討結論：多數說採否定說（理由：不論雙方當事人間係信託或借名登記之法律關係，均顯係以不正當之方式規避原住民保留地開發管理辦法第18條強制規定之脫法行為，當屬無效）。

司法院105年公證實務研討會法律問題：「當事人於辦畢不動產移轉登記後，就該不動產提出借名登記契約公證之請求，主張該不動產登記名義人僅為出名者，借名者方為實際不動產所有權人，仍保有管理、使用、處分權。問不動產借名登記契約可否辦理公證？」〔註：本題與公證法律問題研究(八)第48則有所區別，即設題為辦畢不動產移轉登記，且借名契約內容不違反強制、禁止規定或公序良俗〕研討結論：多數說採丁說（視具體個案作判斷）。但該說未提到如何視具體個案作判斷。

止規定或公序良俗者，應承認其法律效力。有學者提到：債權行為的原因在於取得對人的請求權¹²⁷，債權行為本為要因行為，若其原因違反法律或有背善良風俗等，則法律行為不生效力；無論消極信託或借名登記契約，若原因不法、違反公序良俗，均足認為法律行為無效，從而為逃稅或避免債權人強制執行而為消極信託或借名登記，由於原因不正當而無效。¹²⁸

本文則以為，債權行為的原因在於取得對人的債權；借名登記契約的原因，在於使出名人取得登記為名義人的債權，使借名人取得請出名人容忍其自己管理、使用財產的債權；而逃稅或避免債權人強制執行等為借名登記契約的動機，並非原因。至於不法動機（含違反公序良俗的動機）是否影響法律行為的效力，宜綜合判斷動機不法性的強弱、法律行為與不法動機的牽連態樣與牽連程度、相對人參與或認識的程度、結論的妥當性等，不以「動機表達為法律行為的內容」為絕對必要¹²⁹。應注意者，違反強行規定的行為，依民法第七十一條規定，只是原則上無效，不一定皆無效；該條但書所謂「不以之為無效」，不限於法律有明文規定其他效力者，已如前述。對民法第七十一條的解釋，應妥適衡量當事人的權利，並重視公益目的的實現¹³⁰。參照歐洲民法模範草案契約與其他法律行為（contracts and other juridical acts）編第七章第三〇二條規定，違反的強行法規無明文規定契

¹²⁷ 參閱陳聰富，民法總則，自版，頁209，2018年8月2版。

¹²⁸ 陳聰富，同註41，頁92。該文並未明示消極信託或借名登記契約原因不法、違反公序良俗的情形。

¹²⁹ 詳參陳洗岳，動機與違背公序良俗之約定，載：民法總則實例問題分析，五南，頁164-168，2001年5月。

¹³⁰ 參閱賴英照，有效無效，法無定法——從法律解釋方法看民法第71條，中原財經法學，第41期，頁64，2018年12月。

約效力時，需考慮所有相關情形，包含法規目的、法規保護的對象、法規可能賦予的制裁、違反的嚴重性、是否為故意違反、法規違反與契約間的緊密度。¹³¹另有學說提到違法契約效力的考量因素尚包括履約階段，亦即在未履行前的階段，趨向認為契約無效；在履行後的階段，則趨向認為契約有效。¹³²就上開履約階段說，本文以為，從事後（*ex post*）觀點言，基於成本考量，有其道理；但從事前（*ex ante*）觀點言，此反倒使違法契約的當事人為避免契約被認為無效而有儘速履約的誘因，故判斷契約有效雖可略微斟酌「當事人是否履約及履約的程度」，但不宜將之作為最重要的判準。

如名實相符的法律行為違反強行規定，有民法第七十一條但書「不以之為無效」的可能；但不動產借名登記契約係由借名者（而非由出名人）實質上管理、使用財產，為名實不符的法律行為，如無正面功能，在價值判斷上，應屬無效，並無該條但書

¹³¹ See PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) FULL EDITION VOL. 1, at 538-47 (Christian von Bar & Eric Clive eds., 2010). 在我國，就禁止規定，最高法院103年度台上字第976號、103年度台上字第1620號民事判決認為：「權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力者，性質上應僅屬取締規定而非效力規定」，亦可供參考。

¹³² 參照陳聰富，同註127，頁240、242；陳聰富，法律行為違反經濟法規之效力——以違反公平交易法之違法契約為中心，載：民事法之思想啟蒙與立論薪傳——孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集，新學林，頁640，2013年11月；川島武宜、平井宜雄編，同註34，頁241，此處引用森田修執筆的部分。如考慮上開「是否為故意違反」、「履約階段」等，則同一法規，有時是效力規定，有時則是取締規定。

「不以之為無效」的可能。詳言之，契約自由是假設當事人都能理性地依相關資訊締結符合雙方和社會整體利益的契約，如有獨占、公共財、外部性與不公平等情形，且管制所產生的福祉高於管制的成本時，則有管制的必要。¹³³再者，在探討契約有效與否時，應留意結果導向方法，¹³⁴解釋適用法律時，應留意其結果是否將引導人民為何種行為，造成何種結果。前述英國近年最高法院判決將「對相關公共政策之影響」與「拒絕請求履行不法協議是否有助於相關規範目的之達成」納入考量，以及韓國認為「不動產名義信託原則上全部無效」的見解¹³⁵，均值得重視。不動產借名登記契約在我國社會固然早已存在，但如法院認為該契約有效，將使當事人更無忌憚地訂定該契約；如法院認為該契約無效，至少將使部分民眾不再訂定該契約。不動產借名登記契約的借名人常有故意不法動機，該契約的履行將導致相關規範目的無法達成而有過大的外部成本（external cost）¹³⁶，出名人也常參與或可預見借名人有不法動機¹³⁷，故不適合認為「此無效為一

¹³³ 詳參謝哲勝編，法律經濟學，五南，頁213-221，2007年5月。此處引用謝哲勝執筆的部分。

¹³⁴ 解釋適用法律時，應考量結果導向，詳參許政賢，契約結果導向的司法控制——初探民事裁判結果導向案例，載：民事法學與法學教育，元照，頁3-79，2014年5月。

¹³⁵ 韓國不承認不動產登記公信力，雖與我國不同，但其對不動產名義信託本身（而不涉及前述名義受託人處分不動產）效力的價值判斷，仍有可供參酌之處。

¹³⁶ 詳後述例如規避受讓人資格、避免不動產遭拍賣、避免累進稅率、為申請不課徵土地增值稅的借名登記。另外，也可能是規避公務員財產來源不明罪、規避公務員不得經營商業或投機事業的規定、為符合租金補貼申請資格。

¹³⁷ 如借名人為父母，出名人為無行為能力或限制行為能力的子女，或借名人擅自持不知情的家人文件，而將不動產借名登記於該家人名下，

部無效或其中一方當事人得主張並非無效」¹³⁸。該契約如尚未履行，不得請求履行或賠償，以免有鼓勵違法之虞¹³⁹。另外，如認為借名登記契約有不法動機而無效，於當事人已給付的情形，該履行行為的原因為借名登記契約，故常有民法第一八〇條第四款本文關於「因不法原因給付者，不得請求返還」之規定的適用或類推適用¹⁴⁰，就此而言，並無回復當事人履行前法律狀態的困難。

即便無法明確認定當事人有不法動機，其履行也會造成不動產登記失實¹⁴¹達相當期間，而另有過大的外部成本，茲列出五點：

則出名入固然未參與或無法預見借名人的不法動機，但借名登記契約有可能因自己代理或無意思合致而效力未定或不成立。

¹³⁸ 關於民法第71條多樣的法律效果，參閱蘇大法官永欽提出之釋字第726號解釋一部不同、一部協同意見書。

¹³⁹ 如訴請履行或賠償而獲勝訴，尚有減損人民對司法信賴之虞。

¹⁴⁰ 陳洸岳，同註129，頁166-168，認為不法動機（含違反公序良俗的動機）使法律行為無效時（不限於動機表達為法律行為的內容），如當事人已履行，則生是否適用該條款的問題。

¹⁴¹ 以最常見的不動產所有權借名登記為例，出名入現在與將來均無使用、收益、處分等所有權的積極權能，故為登記失實（此與「所有人以訂定契約或設定物權的方式使他人使用、收益其不動產一段期間，並非登記失實」，有所不同）。請比較最高法院105年度台上字第473號民事判決，此尚涉及「登記推定力是否應依法定程序塗銷登記始得推翻」的問題，詳參黃健彰，美國不動產契據登記制與托崙斯登記制及其對我國的啟示，中原財經法學，第35期，頁139-145，2015年12月。

臺灣臺北地方法院102年度金重訴字第3號刑事判決認定炒房天王「勇哥」犯稅捐稽徵法第41條之逃漏稅捐罪，但不構成刑法第214條之使公務員登載不實罪，該判決並提到：「現行不動產物權移轉登記事項並未要求申請辦理移轉登記之受移轉權利人，揭露其與移轉登記義務人以外之第三人間就此受移轉權利是否存有其他內部關係（如：借名登記契約、利益第三人契約、合夥契約等），則此一缺漏極易遭有心人

(一)公示是登記的重要功能，而借名登記導致不動產登記簿上的登記名義人並非有收益、處分權的真正權利人，使公示作用大減，造成有意交易（例如承租、取得用益物權、買受）之人誤認有收益、處分權的真正權利人，並須以其他方式得知真正權利人，增加交易成本中的資訊蒐集成本。

(二)借名人的債權人（包含通常法定財產制關係消滅時的配偶）、繼承人可能因而不知有借名登記的不動產而受不利益。

(三)法院、行政機關時常藉助登記資料，而借名登記可能使法院、稅捐稽徵機關、地政機關等誤判真正權利（義務）人、適用錯誤的稅率，間接使他人（甚至全民）受不利益。

(四)如為公職人員的不動產，將降低公職人員財產申報的正確性。

(五)在愈來愈重視政府資料大數據分析的今日，認為不動產借名登記契約有效，將造成借名登記的情形愈來愈多，導致政府登記與實價登錄資料失實，提供錯誤訊息，進而降低藉助該資料的各種官方或民間分析之正確度。

在我國，倘登記名義人有隱私的考量，得依土地登記規則第二十四條之一第二項規定，申請隱匿第二類土地登記及地價資料的部分住址，但不應藉由借名登記而破壞不動產公示制度。

應澄清者，有認為承認借名登記契約的效力，不啻否定土地

士利用，致使捐稽徵機關無法從此種『利用他人名義買進不動產並登記為所有權人後再行出售或出租之不動產交易行為』之登記外觀作成正確之稅負課徵，故相關土地登記事項是否有再為修改以達完善之必要，亟待立法機關深思研究，冀能從源杜絕此一不正現象」（本件上訴中）。類似建議，陳明燦，我國不動產借名登記後處分之效力問題分析——以最高法院106年第3次民事庭會議決議為中心，台灣法學雜誌，第349期，頁31，2018年8月。本文則以為，不動產借名登記契約多無正面功能，故立法上不宜使其得登記。

法第四十三條的效力，及其他有關法律登記的效力。¹⁴²本文則以爲，土地法第四十三條是登記公信力的規定，如承認借名登記契約的效力，在該登記不實的情形，而出名人處分不動產時，仍可保護善意第三人¹⁴³，故並未否定該條文的效力；但會使登記的公示作用大減，已如前述。

另有認爲，法律制度應界定簡單且明確的財產權，以減少交易成本，而爲證明有借名契約存在，須耗費極大的成本，借名登記完全不是有效率的法律制度。¹⁴⁴本文以爲，由於不動產借名登記契約有上述過大的外部成本，即便當事人明示訂立該契約，而不須耗費極大成本證明該契約存在，原則上仍不宜認爲該契約有效。

前述許多美國文獻固然認爲消極信託有效，但其消極信託一詞的意涵並不完全一致，消極信託的受託人不一定完全無管理、處分信託財產的義務，且其認爲消極信託有效主要在於使他益信託的受益人取得法律上利益與衡平法上利益；而我國實務上的不動產借名登記關係，如依信託的架構而言，委託人就是受益人，並不需要爲使受益人取得法律上利益與衡平法上利益而認爲借名登記契約有效。

按契約違反公序良俗，表示對他人造成負的、且是過大的外部性；¹⁴⁵最高法院判例¹⁴⁶亦曾以「經濟之流通、地方之發達」

¹⁴² 郭松濤，同註22，頁2。

¹⁴³ 參閱林誠二，同註40，頁412-413、417。

¹⁴⁴ 詳參湯文章，不動產登記效力之研究，頁292，國立中正大學法律學系博士論文，2018年8月。

¹⁴⁵ 參閱熊秉元，仇人眼中長刺蝟——法學裡的外部問題，載：熊秉元漫步法律，商周，頁164，2013年1月2版。

¹⁴⁶ 綜合參閱最高法院18年上字第1346號、19年上字第1710號、30年上字第131號、30年上字第191號判例。

詮釋公序良俗，具有法律經濟分析的意涵。¹⁴⁷我國學者即認為，不合於強制、禁止規定者，得以該條之概括的基本原則，填補法律規定的不足¹⁴⁸。

綜上，不動產借名登記契約常可認為是違反強行規定而無效。縱使無法認為是違反強行規定而無效，由於該契約有前述過大的外部成本，因而如無法證明有正面功能，宜認為違反國家法針對私法自治領域理想秩序，認定其違反公序良俗而無效。就我國現行法而言，信託法第一條定義的信託僅以積極信託為限，故借名登記並無信託法的直接適用。而且，既然已有民法第七十一條本文與第七十二條可適用，自無須討論「可否類推適用信託法第五條第一款（其目的違反強制或禁止規定者）、第二款（其目的違反公共秩序或善良風俗者）與第四款（以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者）」的問題。至於前述英美法文獻上提到的回復信託、違法信託諸判決，雖有參考價值，但有的客體並非不動產，不涉及前述不動產登記失實的成本¹⁴⁹，有的登記名義人仍有使用標的物的權能¹⁵⁰，且前述英美法就此討論的重點之一在於能否請求返還，對於我國法就此的主要參考價值是在「借名人得否請求出名人移轉登記或塗銷登記」的層面。

如為積極信託，因其有管理或處分效率的提升，有正面功能，且受託人享有部分所有權的權能，故無論是否為信託登記，

¹⁴⁷ 參閱王澤鑑，同註20，頁74。

¹⁴⁸ 參閱姚瑞光，民法總則論，自版，頁284，2002年9月。有認為民法第72條的「公共秩序」概念，應作最廣義解釋，詳參陳忠五，法律行為無效之規範依據，載：黃宗樂教授六秩祝賀——財產法學篇（一），學林，頁19-22、31，2002年5月。

¹⁴⁹ 例如Tribe v. Tribe與Patel v. Mirza兩案。

¹⁵⁰ 例如Jocoy v. Jocoy一案的N，Tinsley v. Milligan一案的T，Nelson v. Nelson一案的兒子。

將其登記為不動產所有人並非不實登記，而與借名登記有所不同。¹⁵¹此外，不動產讓與擔保具擔保、融資的功能，且有實行程序便捷等優點，在標的物的財產權移轉登記於擔保權人時註明「讓與擔保」或其他相當意旨的文句，¹⁵²可避免擔保權人的債權人誤解擔保權人的債信能力；不動產讓與擔保縱定性為借名登記或消極信託，並非無效。¹⁵³

¹⁵¹ 應注意者，如表面上設定積極信託，實際上卻未由受託人管理或處分信託財產，則該積極信託為通謀虛偽意思表示而無效，此相當於前述國外文獻中的虛偽信託。

¹⁵² 參閱謝在全，民法物權論（下），自版，頁598-601、608、613，2014年9月修訂6版；陳榮隆，非典型擔保物權對典型擔保物權之突破——以讓與擔保之取得為中心，載：黃宗樂教授六秩祝賀——財產法學篇（一），學林，頁352-353、366-367，2002年4月。

¹⁵³ 宜留意者，最高院105年度台上字第2317號民事判決：「原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：……復依信託讓與擔保契約，乃屬權利移轉型之擔保物權，即債務人為擔保其債務之清償，將擔保物所有權移轉登記於債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物之所有權，債務人如不依約清償債務時，債權人得依約定方法取償，無約定時亦得逕將擔保物變賣或估價，而就該價金受清償，其特性亦如不動產抵押權，著重於不動產之價值對債權之擔保性，亦係以債務人得繼續使用不動產為其特性，是亦難以系爭房地現多數仍為上訴人使用之事實，即可推論兩造間屬於借名登記之法律關係。……，經核於法並無違誤。」臺灣高等法院102年度上易字第900號民事確定判決：「上訴人林○清固將系爭房地所有權移轉登記予被上訴人，然雙方之目的係上訴人林○清因清償債務貸款需要，而委託被上訴人為系爭房地登記名義人向銀行申請辦理貸款，並作為訴外人劉○坤債權之擔保，上訴人林○清並未將系爭房地之占有現實交付，因此，上訴人林○清及被上訴人、訴外人劉○坤之法律關係為借名登記及信託之讓與擔保之聯立契約」。又前述韓國不動產實名制法第2條第1款第1目亦將讓與擔保排除在該法規範的名義信託之外。在美國，如金錢貸與人表示由其取得「以該金錢購得之土地的產權」作為擔保，則其為讓與擔保的權利人，也是買受人回復信託的受託

二、各種動機下的不動產借名登記契約效力分析

茲依各種不動產借名登記契約的主要動機，分類說明契約的效力，並評析相關實務與學說見解如下：¹⁵⁴

(一)規避受讓人資格

前述修正前土地法第三十條前段規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限」，第二項規定：「違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」上開條文固然已刪除，但最高法院迄今仍常處理該條修正施行前的事件，且現行法尚有許多受讓人資格的其他規定¹⁵⁵，故最高法院相關裁判仍有分析的價值。

規避受讓人資格的借名登記安排有兩種情形，有的買賣契約書上的買受人是借名人¹⁵⁶；有的買賣契約書上的買受人是出名人¹⁵⁷。無論是上述何種情形，該等借名登記契約效力為何？

人，*see* BOGERT ET AL. *supra* note 84, at 208. 相關眾多案例，*see* BOGERT ET AL., *supra* note 49, § 455.

¹⁵⁴ 就不動產未由出名人管理、使用的借名登記契約，以下所述已涵蓋主要案型，且以下「規避受讓人資格」等均為借名登記契約的動機，而非原因，已如前述。

¹⁵⁵ 例如土地法第17條、大陸地區人民在臺灣地區取得設定或移轉不動產物權許可辦法第4條、農業發展條例第33條、山坡地保育利用條例第37條、原住民保留地開發管理辦法第18條、加工出口區設置管理條例第12條第1項、合宜住宅承購資格證明核發作業須知第2點。另外，依強制執行法第113條準用第70條第6項規定，不動產強制執行之債務人不得應買該不動產；實務上遂發生為規避上開規定，債務人出資借用他人名義購回，借名登記於該他人的情形，參閱臺灣高等法院臺中分院103年度重上更(三)字第30號民事判決。

¹⁵⁶ 例如最高法院93年度台上字第752號、93年度台上字第919號、97年度台上字第879號、99年度台上字第951號、102年度台上字第2117號、104年度台上字第65號、106年度台上字第304號與第2683號民事判決。

¹⁵⁷ 例如最高法院94年度台上字第907號、105年度台上字第1852號民事判

針對該等規避受讓人資格的借名登記契約效力，最高法院判決見解不一。早期有判決認為該契約是消極信託、脫法行為而無效¹⁵⁸；但也有判決提到法律並無禁止借用他人名義為不動產登記，而傾向認為該契約有效¹⁵⁹。後來，最高法院通常不以消極信託為該行為無效的理由，有判決認為該契約為脫法行為而無效¹⁶⁰，或至少是傾向認為該契約為脫法行為而無效¹⁶¹；相對

決。前一判決並認為系爭土地買賣價金由借名人出資支付，自應認借名人出資之目的係為自己買受該地，該地的真正買受人為借名人，而非出名人。

有大陸學者又將此種情形再分為兩種，一種是直接借名，即借名人直接使用出名人的名義與第三人訂立買賣合同；第二種是間接借名，由出名人出面直接與第三人訂立買賣合同，例如龍衛球，保障住房借名買房合同私法效果研究——兼評天津河北區人民法院「崔某訴白某、隋某所有權確認糾紛再審案」，月旦民商法雜誌，第54期，頁107，2016年12月。而陳自強，契約之成立與生效，自版，頁235，2018年10月4版，則認為：無論買賣契約書上的買受人是借名人或出名人，實際訂約行為人均為借名人；若乙受甲委託以自己名義向丙購買A地，乃間接代理，與借名登記無關。

¹⁵⁸ 例如最高法院93年度台上字第752號、94年度台上字第907號民事判決。

¹⁵⁹ 最高法院93年度台上字第919號民事判決：「借名登記與信託法公布施行前之信託行為，二者要件，並不相同，倘楊○仁及邱○祥二人僅係借用被上訴人作為登記名義人，並無移轉所有權之意思，法律又無禁止借用他人名義為不動產登記，則楊○仁及邱○祥二人與被上訴人間有無成立借名之無名契約，可否認為楊○仁及邱○祥二人不得本於債之關係對被上訴人為請求，即非無研酌之餘地。」

¹⁶⁰ 最高法院104年度台上字第65號民事判決。

¹⁶¹ 最高法院105年度台上字第1852號民事判決：「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。八十九年一月二十六日修正公布前之土地法第三十條第一項前段規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。八十九

的，有判決認為該契約適法¹⁶²，並無違強行規定或悖於公序良俗，仍屬有效¹⁶³，或至少是傾向認為該契約並無「違反法律之強制規定或公序良俗之無效情形」¹⁶⁴。

年一月二十六日新增之農業發展條例第三十三條前段規定：私法人不得承受耕地。但符合第三十四條規定之農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構經取得許可者，不在此限。查系爭土地之地目為『田』，其上有三七五租約……。柯達公司為興建高爾夫球場購買系爭土地，與上訴人成立借名登記契約，由上訴人與祭祀公業呂○春於七十八年六月十日簽立不動產買賣追加補約書，為原審確定之事實。該借名登記契約如於七十八年間成立，是否為規避前開土地法第三十條第一項前段法律之限制？又柯達公司為私法人，似非農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構。其於一〇二年三月六日提出之聲請狀，陳稱：『受限於法令規定無法登記於原告柯達育樂公司名下，始決定借名登記於公司各股東名下』……。嗣於一〇二年十二月三日簽立『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登記請求權讓與被上訴人。依此情形，能否謂非規避農業發展條例第三十三條前段之脫法行為？尚非無疑。原審見未及此，遽謂柯達公司與上訴人就系爭土地成立之借名登記契約……非無效，進而為上訴人不利之判決，不無可議。」

¹⁶² 最高法院105年度台上字473號民事判決。

¹⁶³ 最高法院99年度台上字第951號民事判決。

¹⁶⁴ 最高法院106年度台上字第2683號民事判決：「關於農地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，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項以不能之給付為契約之標的，難認其契約為無效。又在立約當時承買人雖無自耕能力，而約定待承買人自己有自耕能力時方為移轉登記，或約定該項耕地之所有權移轉與無自耕能力之特定第三人，待該第三人有自耕能力時再為移轉登記者，依同條項但書規定，其契約仍為有效。再按，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，其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，並適用民法委任之相關規

至於成立上開借名登記契約後，土地法上開規定的刪除，是否影響之前成立之借名登記契約的效力？有判決認為「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。」¹⁶⁵有判決則認為已成立借名登記契約的出名人於該規定刪除後，立具系爭切結書予借名人，同意於借名人終止借名登記契約時，返還系爭土地，並無違反強制或禁止規定，亦難認係脫法行為。¹⁶⁶

關於前述「規避農地買受人資格而由第三人為登記名義人」的借名登記，學說上亦見解不一。多數說否定（或至少是傾向否定）消極信託或借名登記契約的成立或生效，但理由不同：有認為如約定第三人不得使用、收益或處分該農地，則買受人與第三人間為消極信託，不符合信託法第一條規定，故信託關係不

定。查，51、51-2地號等土地及271建號建物，係由榮○公司出資購買、興建，僅借名登記在鄭○隆名下；且51、51-2地號土地並非屬農業發展條例第3條第11款之耕地範疇，亦無私法人不得承受之移轉限制耕地等情，為原審認定之事實。果爾，參以鄭○隆在系爭股東會中對於系爭土地回歸榮○公司所有乙案，亦無異議……，似見榮○公司與鄭○隆成立借名登記契約時，已有待榮○公司或特定第三人可受移轉前開土地、271建號所有權時，再為移轉登記之預見，則榮○公司與鄭○隆間就系爭51、51-2地號土地及271建號間之借名登記契約，是否有違反法律之強制規定或公序良俗之無效情形，洵非無疑，非無研求之餘地。原審見未及此，逕以51、51-2地號土地地目為『旱』，違反89年1月6日刪除前土地法第30條第1項之規定；……，即謂前開借名登記契約為無效，……，亦有可議。」

¹⁶⁵ 最高法院97年度台上字第879號民事判決。本文則以為，倘認「無效之法律行為不因嗣後法律修正而有效」，與其提及「無效之法律行為，係自始、當然、絕對無效」，不如提及「無效之法律行為，係確定無效」。

¹⁶⁶ 最高法院102年度台上字第2117號民事判決。

成立¹⁶⁷；有認為買受人與第三人間的消極信託，依信託法第五條第一款及第四款規定而無效¹⁶⁸；有認為該借名登記契約有違反修正前土地法第三十條規定而無效¹⁶⁹或有無效的可能¹⁷⁰；有認為消極信託或為借名登記如間接違反強行規定，有可能係因通謀虛偽意思表示而無效，修正前土地法第三十條規定係規範農地移轉的物權行為，且其規範對象為地主與買受人間的法律關係，而非買受人與登記名義人間的法律關係，並認為農地買受人與登記名義人間的借名登記契約無效，是因當事人為規避修正前土地法第三十條規定，而為通謀虛偽意思表示，依民法第八十七條而無效¹⁷¹。相對的，有少數見解認為對此類型契約似乎比較走向有效的見解¹⁷²。

本文以為，首先，借名登記契約並無信託法的直接適用，已如前述。其次，農地買受人與登記名義人間的債權契約有借名登記的真實意思表示，亦即雙方均有真意「使出名人取得登記為名

¹⁶⁷ 蔡英欣，論農地移轉之信託問題，律師通訊，第204期，頁41，1996年9月。

¹⁶⁸ 詹森林，私有農地之買賣——最高法院相關判決之分析，載：民事法理與判決研究(二)，自版，頁310，2003年4月。

¹⁶⁹ 向明恩，借名登記中出名人的處分為有權處分——最高法院105年度台上字第473號判決，載：民法總則精選判決評釋，元照，頁218，2019年7月。而王千維，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第271期，頁33，2017年12月，似亦採此見解。

¹⁷⁰ 林誠二，同註40，頁407。

¹⁷¹ 參閱陳聰富，同註40，頁87、92。類似結論，黃茂榮，房屋之興建的信託與契稅，載：稅法各論，自版，頁904-905，2007年11月增訂2版。

¹⁷² 參閱劉姿汝，借名買房案——評天津市河北區人民法院（2014）北民再字第3號判決，月旦民商法雜誌，第54期，頁139，2016年12月。

義人的債權，使借名人取得請求出名人容忍其自己管理、使用財產的債權」，並非通謀虛偽意思表示¹⁷³；「是否間接違反強行規定」與「是否為通謀虛偽意思表示」的判斷無關。再者，無論出名人是否取得農地所有權，因為農地確實有借名登記於出名人的可能性，故該借名登記契約並非民法第二四六條的標的不能。而現行法雖無任何明文規定禁止借名登記契約，但借名登記契約仍可能因違反強行規定而依民法第七十一條本文而無效，此即屬一例，亦即除了移轉行為是直接違反修正前土地法第三十條規定而無效以外，該借名登記契約也違反該條規範意旨而無效，而無須認為該條僅規範地主與買受人間的物權行為。詳言之，如認為該借名登記契約有效，又依前述最高法院見解認為該契約不具要物性，則出名人得請求借名人履行，此時借名人須促使出賣人移轉該地於出名人，將違反該條規範意旨；如認為該借名登記契約無效，則出名人不得請求借名人履行，而可符合該條規範意旨，且在該借名登記契約約定借名人應支付出名人報酬時，則出名人不得請求該報酬，將可抑制訂定此種借名登記契約的可能性，而有助於實現該條規範意旨。至於成立上開借名登記契約後，即便土地法上開規定刪除，該契約仍將造成前述登記失實達相當期間而有過大的外部成本，宜認為違反公序良俗而無效。

(二)避免不動產遭強制執行

關於避免不動產遭強制執行的借名登記契約，最高法院早期認為如已有債務發生，則該契約顯以侵害債權人之債權為目的，係違反善良風俗而無效¹⁷⁴；但如尚無債務發生，則該契約難認

¹⁷³ 其他動機下的借名登記契約亦然。

¹⁷⁴ 最高法院94年度台上字第130號民事判決：「被上訴人一再主張：杜○明於五十五年間因訴外人陳○輝與他人發生債務問題，而承諾出借支

係脫法行為而無效¹⁷⁵。近年最高法院則認為該借名登記契約有效¹⁷⁶。

票作為擔保，恐日後名下不動產遭陳○輝之債權人查封拍賣，故將系爭土地之應有部分，移轉三分之一與上訴人云云……，果係如此，則杜○明為規避債權人對其所有不動產為強制執行，而與上訴人通謀，將系爭土地所有權應有部分十二分之一移轉登記於上訴人之借名登記行為，顯以侵害債權人之債權為目的，與善良風俗即不能謂無違背，依民法第七十二條規定，該借名登記契約即屬無效。」

¹⁷⁵ 最高法院86年度台上字第2432號民事判決：「按信託契約固屬契約之一種，而六十二、三年間兩造為兄弟，與父母尚一起生活期間，由於被上訴人獨資經營鑄造工廠有成，購買土地，而父母慮其將來經營虧損時，為分散風險，而商得兩造之同意，借用兄弟之名義信託登記，此一過程，雖非由被上訴人親自向上訴人為意思表示，而透過其父、母為之，上訴人亦不反對，契約應已成立。又借名信託登記當時，並非所經營之事業已有債務發生，為避免被強制執行而為之信託登記，自難認係脫法行為。上訴人抗辯信託契約為無效，亦不足取。」

¹⁷⁶ 例如前述最高法院104年度台上字第553號民事判決，該判決認為該契約有效。再如最高法院106年度台上字第2416號民事判決：「按借名契約之訂立，依其性質，以當事人間之信任為基礎，而得類推適用民法第550條前段之規定，因當事人一方之死亡而消滅，惟依同條但書規定，借名登記契約另有訂定或因其事務之性質不能消滅者，不在此限。查闕○標於75年間出資購買系爭不動產，為避免再遭強制執行，將之借名登記於被上訴人名下，闕○標與被上訴人間存有借名登記契約，為原審認定之事實。闕○標與被上訴人間既以避免系爭不動產再遭強制執行為契約之目的，則於闕○標死亡倘尚負欠債務之情形，當事人是否無將系爭不動產仍借名登記於被上訴人名下之意，即系爭借名登記契約不因闕○標之死亡而消滅，以符合契約目的？仍待究明。上訴人據此於事實審主張：系爭借名登記契約之真意，目的在於闕○標本身債務及保證債務完全清償，已無其債權人對系爭不動產聲請法院強制執行之顧慮時，再將系爭不動產歸還登記為其所有……，闕○標與被上訴人有不因雙方當事人一方死亡而終止借名登記契約之默示合意等語……，是否毫無可採？非無再事研求之餘地。」此判決亦以該契約有效為前提而討論。

學說上，有認為「為害怕做生意失敗，房屋被查封，事先脫產以避免債權人追償之行爲，並未侵害特定債權人，與生意失敗後而隱匿財產，侵害特定債權人之權利者，非可同視」¹⁷⁷；但有認為所謂「為害怕做生意失敗，房屋被查封，事先脫產以避免債權人追償之行爲」，本是一種脫產行爲，雖然在行爲當時並未侵害特定債權人，但是等到作生意失敗時，此一行爲的結果，與「生意失敗後而隱匿財產，侵害特定債權人之權利者」完全相同。¹⁷⁸

本文以為，「生意失敗」一詞並不精確，且固然在政策上應抑制脫產（包含為逃稅而脫產）行爲，但脫產行爲態樣不一而足，甚至學說上尚有「法律行爲無效補充性或最後手段性」的說法¹⁷⁹。詳言之，脫產行爲如為通謀虛偽意思表示，無論發生在何時，均依民法第八十七條而無效；脫產行爲如有真實意思表示而為詐害行爲，依民法第二四四條¹⁸⁰規定，在該當「有害及債權」

¹⁷⁷ 陳聰富，同註41，頁93-94。

¹⁷⁸ 謝哲勝，同註22，頁501-502。

¹⁷⁹ 詳參陳忠五，同註148，頁6-7（註7）、23-24；陳忠五，第三人確定契約標的與契約的有效性——最高法院100年度台上字第2030號判決評釋，台灣法學雜誌，第203期，頁116-117，2012年7月；陳忠五，2011年民事法發展回顧，國立臺灣大學法學論叢，第41卷特刊，頁1451-1452，2012年11月。相關運用，例如黃健彰，流擔保契約應否禁止——兼評民法物權編第二次修正草案相關規定，台灣本土法學雜誌，第83期，頁42，2006年6月；黃健彰，勞動契約上最低服務年限約定之管制，國立中正大學法學集刊，第21期，頁266，2006年10月；黃健彰，不動產利用關係上的優先購買權，元照，頁110-113，2018年9月。

¹⁸⁰ 在破產的情形，破產法第78條規定：「債務人在破產宣告前所為之無償或有償行為，有損害於債權人之權利，依民法之規定得撤銷者，破產管理人應聲請法院撤銷之。」亦以民法該條為據，但係「破產管理人」「應」訴請撤銷。

等要件下，債權人得訴請撤銷¹⁸¹；如以積極信託為脫產行為，依信託法第六條規定，在該當「有害及債權」等要件下，債權人得訴請撤銷。

約定借名登記的債權契約固然與詐害行為均有真實意思表示，但詐害行為受讓人於受讓時有自己取得物權的真意，有意使自己有物權的積極權能與消極權能，不會造成登記失實的結果；以脫產為目的之借名登記契約，無論發生時有無債務或是否限於無資力，受讓人至少於受讓時並無真意使自己有物權的積極權能¹⁸²，會造成前述登記失實的結果，又無管理或處分效率的提升，從而以脫產為目的之借名登記契約在法的評價上應劣於「有真實意思表示之詐害行為」與「以脫產為目的之積極信託」，即便「為借名登記行為之前與之後，生意均未失敗」亦然。不過，以脫產為目的之借名登記契約難以明確認為是違反哪一個強行規定，故難以認為是依民法第七十一條本文規定而無效，宜認為是依民法第七十二條規定，因違背公序良俗而無效。

至於有判決認為：「上訴人為……避免系爭房地遭拍賣，與被上訴人通謀而虛偽將該房地以買賣為原因而移轉所有權登記予被上訴人，委由被上訴人出名借貸，兩造間固無買賣系爭房地之合意，然隱藏兼有借名登記及委任性質之混合契約」¹⁸³，並認為該混合契約有效。如依該見解，則所有通謀虛偽意思表示而為不動產的脫產行為都可以解釋為隱藏有效的借名登記契約（或借名登記及其他契約性質的混合契約），並不合理。

¹⁸¹ 但請注意最高法院103年度台上字第586號民事判決認為稅捐機關不得訴請撤銷納稅義務人的脫產行為。

¹⁸² 林誠二，同註40，頁416，認為出名人的物權行為是單獨或通謀虛偽意思表示。

¹⁸³ 前述最高法院104年度台上字第553號民事判決。

(三)稅捐考量

動機為稅捐考量的不動產借名登記契約，常見者至少有「避免累進課徵」及「為申請不課徵土地增值稅」¹⁸⁴，析述如下：

最高法院判決認為，為避免地價稅之累進課徵的單純借名登記契約並未違反法律之強制規定或公序良俗，依契約自由之原則，應屬有效。¹⁸⁵學說上有認為此為節稅¹⁸⁶；相對的，有認為此乃「以詐術或其他不正當方法」企圖讓主管之稅捐機關對於納稅義務人本來存在的課稅事實與應稅所得額（或財產額），存在客觀事實錯誤上的認識，換言之，系爭借用行為是讓稅捐機關對於課稅之重要事實陷入錯誤的行為，應屬於逃漏稅捐行為。¹⁸⁷本文亦認為以借名登記避免累進稅不是合法的節稅，該借名登記契約違反累進稅率的規範意旨。¹⁸⁸只是，該借名登記契約是依民法

¹⁸⁴ 另外，尚有為適用自用住宅稅率而成立借名登記契約，例如臺灣高等法院102年度上字第236號民事判決（同案最高法院103年度台上字第1132號民事裁定駁回上訴）認為此為節稅，該契約有效。不過，本件出名人居住於系爭房屋，與本文定義的借名登記契約有別。

¹⁸⁵ 最高法院92年度台上字第1054號民事判決；而最高法院84年度台上字第1083號民事判決亦傾向採此見解。又在最高法院103年度台上字第1679號民事判決一案，當事人為避免所得稅累進稅率，出名人被借名登記為抵押債權人，但該判決並未指明該借名登記契約效力。另外，在前述臺灣臺北地方法院102年度金重訴字第3號刑事判決一案，法院認定勇哥逃漏綜合所得稅。

¹⁸⁶ 陳聰富，同註127，頁268。

¹⁸⁷ 柯格鐘，論稅捐規避行為之立法與行為的類型化，興大法學，第15期，頁53-54，2014年5月。而謝哲勝，同註22，頁497，在結論上亦認為是逃稅。

¹⁸⁸ 此外，出名人不得使用、收益該不動產，出名人也未因使用、收益該不動產而受有政府基礎服務與建設服務的利益，故無論就地價稅的正當化理由採「應有收益理論」抑或「受益負擔理論」，借名登記使稅捐機關誤認公法上的納稅義務人為出名人，也有違反地價稅規範意旨

第七十一條本文而無效，或依該條但書而並非無效？或有認為，只要認為當事人在公法上仍不脫免累進稅的義務即可，並無須將該借名登記契約認為無效。本文則以為，該契約的履行，常使國家無法順利課徵累進稅，該借名登記契約是以「不正當方法讓稅捐機關限於錯誤」的準備行為，該行為的目的即在嗣後的逃稅行為，並無正面功能，且出名人通常明知借名人的不法動機，故應屬無效。¹⁸⁹

平均地權條例第四十五條第一項與土地稅法第三十九條之二第一項均規定：「作農業使用之農業用地，移轉與自然人時，得申請不課徵土地增值稅。」非自然人利用自然人名義取得農業用地，並無上揭規定的適用¹⁹⁰，該非自然人與自然人間為申請不課徵土地增值稅而為借名登記契約，並非合法的節稅，參照前述「避免累進課徵」的說明，該契約應屬無效。

之虞，此與「約定由契約相對人納稅的私法契約，並未變更（也未使稅捐機關誤認）公法上的納稅義務人」不同。關於地價稅的正當化理由，詳參陳清秀，稅法各論（下），元照，頁130-137，2018年1月；陳清秀，地價稅之課稅法理，台灣法學雜誌，第311期，頁21-24，2017年1月。

¹⁸⁹ 參閱蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71，載：民法經濟法論文集（一），自版，頁102、115，1988年10月，介紹德國學說而提到：準備行為可否如法、義民法規定逕認定其因目的違法而無效，基於法治國家一般原則的考慮，原則上應予否定，但如準備行為的主要目的即在嗣後的違法行為，或其不法目的已為相對人所明知者，自可另當別論。陳聰富，同註127，頁241-242，亦認為雙方故意的違法行為，典型案例為借牌營業行為，該借用名義契約違反法律資格規定的規範意旨而無效。

¹⁹⁰ 參閱黃茂榮，契約類型自由與契約當事人或納稅義務人之認定，載：實質課稅與納稅人權利保護，資誠教育基金會，頁376，2012年3月；財政部90年1月30日台財稅第0900450181號函。

(四)為取得低利貸款或其他資格

關於為取得低利員工貸款¹⁹¹或為申請貸款自建國民住宅¹⁹²的借名登記契約，法院認為有效。¹⁹³本文以為此與前述避免累進稅率的借名登記契約，都是以「不正當方法讓他人限於錯誤」的準備行為，即便無法認為是違反強制規定而無效，也因違反公序良俗而無效。

(五)因罹患精神疾病而為免受騙

最高法院判決認為當事人因罹患精神疾病，為免受騙，而可能與他人為有效之不動產借名登記契約，將不動產移轉於該他人，俟病情穩定再行移轉登記於己。¹⁹⁴本文則以為，如當事人有

¹⁹¹ 前述最高法院104年度台上字第553號民事判決。

¹⁹² 臺灣高等法院104年度重上字第6號民事判決：「上訴人主張系爭土地係其出資所購得，因未符系爭限購規定，而不得申請貸款自建國民住宅，蘇○寅遂引介陳○並商得其同意借名予上訴人，系爭房屋貸款嗣亦由上訴人所清償等語，足以信實。又依上說明，上訴人與陳○間就系爭借名契約意思表示一致，縱係由蘇○寅媒介而成立，亦無不可，故上訴人主張其就系爭房地與陳○間存有系爭借名契約，自為可採」，該判決並認為該借名登記契約有效（同案最高法院105年度台上字第1490號民事裁定駁回上訴）。

¹⁹³ 再者，在最高法院104年度台上字第2215號民事判決一案，出名人則是為取得農會農事小組組長選舉資格而為借名登記契約（該判決未明確表示契約是否有效）。另外，亦可能為符合首次購屋優惠而成立借名登記契約。

¹⁹⁴ 最高法院101年度台上字第1722號民事判決：「查本件依張○強之主張，其係因罹患精神疾病，為免受騙，而以買賣為原因，將系爭房地所有權移轉登記於張○瑛名下，俟病情穩定再行移轉登記於己，則兩造間簽訂之買賣契約似隱藏有借名、信託或他項法律關係之合意，並以張○強之病情穩定，作為系爭房地再行移轉登記予張○強之條件。」

此考量，應設定積極信託，或聲請監護宣告、輔助宣告¹⁹⁵等。當事人以此為動機的借名登記契約，是以破壞登記公示制度的方式尋求自我保護，因違反公序良俗而無效。

(六)其 他

判決中提到的借名登記契約固然尚有基於親誼、避免朋友向其借錢¹⁹⁶、避免流言議論等單純之目的，但應留意是否僅為當事人的說詞¹⁹⁷，茲舉例說明如下：

在最高法院八十九年度台上字第一一九號民事判決一案中，原審判決提到：「系爭土地移轉登記為被上訴人名義時，被上訴人為不具資力之學生，倘上訴人直接將系爭土地移轉登記為被上訴人名義，依前揭法律規定，繳納贈與稅之義務，是其顯係規避前揭遺產及贈與稅法之漏稅行為。縱其另有基於親子關係及生意風險等因素之考慮，暫時借用被上訴人名義，登記為系爭房地之所有人，亦不能以此虛偽登載不實方式逃漏法律上應繳納之

¹⁹⁵ 2008年以前則可聲請宣告禁治產。另外，2019年6月21日尚開始施行意定監護制度。

¹⁹⁶ 最高法院89年度台上字第572號民事判決：「原審既認定系爭房地為上訴人所購買，使用王○山名義登記，且上訴人主張信託王○山名義登記，目的在於避免朋友向其借錢云云，果爾，則上訴人購買系爭房地以王○山名義登記，其社會上之目的，尚難謂有何脫法行為。」上訴人主張因任桃園市（鎮）民代表，為免人情借貸壓力，乃有該約定。按本判決所稱信託登記其實僅為所有權登記；再者，本文以為，有不動產登記於名下不一定表示有現金可借給他人，應留意「避免朋友向其借錢」是否僅為上訴人的說詞。

¹⁹⁷ 例如在臺灣新北地方法院106年度重訴字第393號民事判決一案，原告與證人說詞不一，原告主張：「伊為規劃財產，避免萬一發生事故導致繼承人爭產，故先將自身所有之不動產借名登記予兒子、女兒」，證人則稱：「原告怕所有不動產集中在原告身上，稅負會很重」。

稅賦。再依上訴人於八十四年九月十三日在惠仲法律事務所之會談所言，其有贈與之意，只是時機未到，顯見其係規避贈與稅，蓋其若認時機成熟決定贈與，則因系爭房地已登記為被上訴人所有，稅捐機關無從知悉而課徵贈與稅；若上訴人尚未決定贈與即發生遺產繼承時，亦因系爭不動產已登記其子女名義，稅捐機關無從認定屬上訴人之遺產，自無從課徵遺產稅，上訴人所有已登記為子女名義之不動產，均可以此虛偽不實原因之登記而逃漏，有違賦稅課徵公平原則，自屬脫法行為，上訴人為達逃漏贈與稅目的所為之消極信託或借名登記，難認其行為之合法性。」¹⁹⁸

該最高法院判決則謂：「法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義登記之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。倘上訴人當時純係基於父女親誼，借用被上訴人名義登記，並無贈與之意思，縱將來有贈與之合意，亦於將來變更為贈與時，始生課徵贈與稅之問題，自難認該借名契約係脫法行為。」

本文則以為，如純係基於父女親誼，則「上訴人先將系爭土地登記為其公司職員蔡○所有，再登記為被上訴人名義」違反常理，且如果真的是基於親誼，應該是將財產贈與於該人，或以其他方式使該人實質上取得利益。本件縱使是將不動產直接借名登記於兒女，兒女並未實質上取得利益。所謂基於親誼，猶如基於友情，只是表示基於當事人間的關係而信任，並未真正說明借名登記的動機。本件原審判決見解反而較為可採。

即便當事人所述為真，雖然最高法院認為基於親誼、避免朋友向其借錢、避免流言議論都是確實之正當原因，但本文以為，由於不動產借名登記契約有前述過大的外部成本，權衡之下，此

¹⁹⁸ 摘自該最高法院判決引述之原審臺灣高等法院88年度上更(三)字第269號民事判決內容。

等借名登記契約仍難認為有正面功能，應認為違反公序良俗而無效。¹⁹⁹

又如最高法院九十一年度台上字第一八七一號民事判決：「原審依審理之結果，以：……被上訴人主張：其為鄉村婦女，其將土地登記在已成年之鍾○胤名下，係為避免鄉里批評其欺侮前妻之子（鍾○胤乃被上訴人之夫鍾○善與其前妻所生）云云。……本件被上訴人並無因依法不得取得系爭土地始藉鍾○胤名義取得，亦無為逃避強制執行而以鍾○胤名義登記，被上訴人係恐遭流言議論等單純之目的，而借名登記，其目的並無違反強制、禁止規定或悖於公序良俗，其原因亦不能認為不正當，不發生無效之情形。……，經核於法並無違背。」本件中，如被上訴人所言為真，則被上訴人是希望讓鄉里誤以為「被上訴人將土地贈與於前妻之子」，但實際上被上訴人並沒有移轉所有權的意思。被上訴人如真的在意鄉里批評，應該是將財產贈與於該人，或以其他方式使該人實質上取得利益，而不應該是藉由公權力的介入（登記機關辦理登記）製造假象，登記機關花費勞力與時間審查此種借名登記申請，並無正面功能，因此法律不應該承認該借名登記契約的效力，宜認為是違反公序良俗而無效，以免助長製造假象的風氣。²⁰⁰

¹⁹⁹ 再如最高法院84年度台上字第1083號民事判決提到：「即令上訴人所稱借名登記，乃為……迴避土地政策云云為真。」經查判決內容，該土地政策是指迴避限制每人土地面積之政策。按土地法第28條與第29條、土地法施行法第7條與平均地權條例第71條與第72條等關於限制私有土地面積最高額的規定，並未落實施行（參閱楊松齡，實用土地法精義，五南，頁112，2018年8月18版）；即便上訴人前開主張為真，本文以為，基於相同理由，亦應認為該借名登記契約無效。

²⁰⁰ 劉昭辰，物權法實例研習，三民，頁69-70，2013年10月，提到：例如姊姊買房不想讓配偶知道，故以妹妹為房屋買受人及登記名義人，而

伍、結 論

許多國家都有不動產借名登記的情形。日本法認為不動產借名登記無效，不以名義信託、信託行為的法理解決該問題。韓國法將不動產借名登記稱為不動產名義信託，並立法原則上禁止之。英美法將不動產借名登記認為是消極信託，但英美法中，消極信託一詞的意涵並不完全一致，消極信託的受託人不一定完全無管理、處分信託財產的義務。整體而言，美國法認為意定私益信託的委託人原則上必須設定積極信託；如設定消極信託，有認為無效者，多數則認為消極信託仍有效，但法律上利益與衡平法上利益合併而使受益人成為絕對的產權人，不過，習慣法上土地信託、回復信託、擬制信託與一般的公益信託等可為消極信託；為達成不法目的之信託可能無效，買受人如基於不當目的而將財產置於他人名下，衡平法常拒絕承認回復信託。相較而言，英系國家文獻則未提到私益信託的委託人原則上必須設定積極信託，也較寬認回復信託的存在；無論如何，英國近年最高法院判決將「對相關公共政策之影響」與「拒絕請求履行不法協議是否有助於相關規範目的之達成」納入考量的見解，值得重視。

我國近年最高法院判決提到不動產借名登記契約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，但多未檢討該契約是否違反法律規定的意旨或公序良俗，亦未分別分析該契約有效與無效對當事人與社會層面的影響，實在可惜。

本文探討的是不動產未由出名人管理、使用的借名登記契約。此種契約使不動產登記失實達相當期間而有過大的外部成

實則是自己出租房屋收益，該借名登記契約目的是在混淆外界對於房屋所有人的辨識，違反姓名權是用以辨識身分的權利本質，應屬無效。

本，故除非能被證明有正面功能（例如將不動產讓與擔保認定是借名登記），否則應屬無效。詳言之，此種契約如係規避受讓人資格、規避稅捐、規避公務員財產來源不明罪、規避公務員不得經營商業或投機事業等現行法規定，是脫法行為，且宜認定是違反該等強行規定而無效；如係避免不動產遭強制執行、為取得低利貸款或其他資格、因罹患精神疾病而為免受騙，難以明確認為是脫法行為，宜認定是違反公序良俗而無效。

參考文獻

一、中文部分

(一)專 書

1. 王志誠，信託法，五南，7版，2018年8月。
2. 王澤鑑，民法總則，自版，增訂新版，2019年2月。
3. 方嘉麟，信託法之理論與實務，元照，2003年3月。
4. 史尚寬，民法總論，自版，1970年11月。
5. 林誠二，民法總則新解——體系化解說（下），瑞興，3版，2018年8月。
6. 姚瑞光，民法總則論，自版，2002年9月。
7. 施啓揚，民法總則，自版，8版，2014年8月。
8. 陳自強，契約之成立與生效，自版，4版，2018年10月。
9. 陳清秀，稅法各論（下），元照，2018年1月。
10. 陳聰富，民法總則，自版，2版，2018年8月。
11. 黃健彰，不動產利用關係上的優先購買權，元照，2018年9月。
12. 楊松齡，實用土地法精義，五南，18版，2018年8月。
13. 楊崇森，信託法原理與實務，三民，2010年10月。
14. 楊崇森，信託業務與應用，三民，2010年10月。
15. 楊淑文，委任與消費金融精選判決評析，元照，2018年1月。
16. 詹森林、馮震宇、林誠二、陳榮傳、林秀雄，民法概要，五南，13版，2019年3月。
17. 劉昭辰，物權法實例研習，三民，2013年10月。
18. 劉得寬，民法總則，五南，4版，2004年9月。

19. 鄭冠宇，民法總則，自版，5版，2018年9月。
20. 謝在全，民法物權論（下），自版，修訂6版，2014年9月。
21. 謝哲勝編，法律經濟學，五南，2007年5月。
22. 謝哲勝，信託法，元照，5版，2016年7月。

（二）期刊論文

1. 王千維，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第271期，頁28-38，2017年12月。
2. 吳英傑，論受託人違反信託本旨而為信託財產之處分：救濟方法暨其法理基礎，國立臺灣大學法學論叢，第44卷第2期，頁407-456，2015年6月。
3. 吳英傑，歐洲民事法模範草案信託編之比較研究，國立臺灣大學法學論叢，第46卷第3期，頁877-944，2017年9月。
4. 邵慶平等，納稅義務與刑事責任之交會，月旦刑事法評論，第7期，頁111-141，2017年12月。
5. 柯格鐘，論稅捐規避行為之立法與行為的類型化，興大法學，第15期，頁27-100，2014年5月。
6. 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，司法周刊，第1579期，頁2-3，2012年2月。
7. 陳忠五，第三人確定契約標的與契約的有效性——最高法院100年度台上字第2030號判決評釋，台灣法學雜誌，第203期，頁111-119，2012年7月。
8. 陳忠五，2011年民事法發展回顧，國立臺灣大學法學論叢，第41卷特刊，頁1439-1499，2012年11月。

9. 陳明燦，我國不動產借名登記後處分之效力問題分析——以最高法院106年第3次民事庭會議決議為中心，台灣法學雜誌，第349期，頁21-31，2018年8月。
10. 陳清秀，地價稅之課稅法理，台灣法學雜誌，第311期，頁21-39，2017年1月。
11. 黃茂榮，借名登記與信託，植根雜誌，第31卷第4期，頁121-126，2015年4月。
12. 黃健彰，流擔保契約應否禁止——兼評民法物權編第二次修正草案相關規定，台灣本土法學雜誌，第83期，頁31-46，2006年6月。
13. 黃健彰，勞動契約上最低服務年限約定之管制，國立中正大學法學集刊，第21期，頁241-284，2006年10月。
14. 黃健彰，美國不動產契據登記制與托崙斯登記制及其對我國的啓示，中原財經法學，第35期，頁109-167，2015年12月。
15. 張永健，中國民法典物權編在世界物權法的位置——量化比較法路徑，環球法律評論，第41卷第1期，頁81-101，2019年1月。
16. 溫俊富，信託契約的要物性——最高法院九十五年度台上字第五〇〇號民事判決及其下級法院判決評析，月旦法學雜誌，第193期，頁172-183，2011年6月。
17. 溫俊富，有償共益信託契約的要物性——臺灣高等法院九十六年度重上字第一八四號民事判決評析，月旦法學雜誌，第199期，頁210-226，2011年12月。
18. 溫俊富，信託契約的法律構造試論——以日本信託立法及學說的變遷為中心，法學叢刊，第58卷第1期，頁95-130，2013年1月。

19. 賴英照，有效無效，法無定法——從法律解釋方法看民法第71條，中原財經法學，第41期，頁1-88，2018年12月。
20. 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20二八號民事判決，全國律師，第9卷第5期，頁115-128，2005年5月。
21. 廖家宏，論消極信託與借名登記——實務相關見解的綜合評釋，法令月刊，第57卷第11期，頁19-26，2006年11月。
22. 劉姿汝，借名買房案——評天津市河北區人民法院（2014）北民再字第3號判決，月旦民商法雜誌，第54期，頁126-139，2016年12月。
23. 蔡英欣，論農地移轉之信託問題，律師通訊，第204期，頁40-46，1996年9月。
24. 蔡晶瑩，論借名登記契約／最高院100台上2101判決，台灣法學雜誌，第242期，頁176-178，2014年2月。
25. 龍衛球，保障住房借名買房合同私法效果研究——兼評天津河北區人民法院「崔某訴白某、隋某所有權確認糾紛再審案」，月旦民商法雜誌，第54期，頁106-125，2016年12月。

(三)專書論文

1. 向明恩，借名登記中出名人的處分爲有權處分——最高法院105年度台上字第473號判決，載：民法總則精選判決評釋，元照，頁199-226，2019年7月。
2. 吳從周，認真看待不動產借名登記契約——著重分析在最高法院98年度台上字第76號判決之後的外部效力，載：民法與民事訴訟法之對應適用(一)，元照，頁211-

238，2015年12月。

3. 吳從周，從指標性判決看民事法院的法官造法：以財產法案例為中心，載：變遷中的東亞法院——從指標性判決看東亞法院的角色與功能，國立臺灣大學出版中心，頁201-236，2016年10月。
4. 吳從周，台灣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，載：民事實務之當前論爭課題，自版，頁93-126，2019年1月。
5. 吳從周，2017年民事法發展回顧，載：民事實務之當前論爭課題，自版，頁407-435，2019年1月。
6. 林誠二，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，載：法學的實踐與創新——陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），承法，頁401-419，2013年7月。
7. 許政賢，契約結果導向的司法控制——初探民事裁判結果導向案例，載：民事法學與法學教育，元照，頁3-79，2014年5月。
8. 陳忠五，法律行為無效之規範依據，載：黃宗樂教授六秩祝賀——財產法學篇（一），學林，頁1-38，2002年5月。
9. 陳洸岳，動機與違背公序良俗之約定，載：民法總則實例問題分析，五南，頁155-170，2001年5月。
10. 陳榮隆，非典型擔保物權對典型擔保物權之突破——以讓與擔保之取得為中心，載：黃宗樂教授六秩祝賀——財產法學篇（一），學林，頁319-368，2002年4月。
11. 陳聰富，法律行為違反經濟法規之效力——以違反公平交易法之違法契約為中心，載：民事法之思想啟蒙與立論薪傳——孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集，新學

林，頁631-662，2013年11月。

12. 陳聰富，脫法行爲、消極信託與借名登記契約——最高法院94年度台上字第362號民事判決評釋，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁75-95，2017年11月。
13. 黃茂榮，房屋之興建的信託與契稅，載：稅法各論，自版，頁901-907，增訂2版，2007年11月。
14. 黃茂榮，契約類型自由與契約當事人或納稅義務人之認定，載：實質課稅與納稅人權利保護，資誠教育基金會，頁357-415，2012年3月。
15. 黃鈺慧，論不動產借名登記契約，載：楊崇森講座教授八秩華誕祝壽論文輯，銘傳大學法律學院，頁445-469，2017年11月。
16. 崔吉子，韓國不動產實名制小考，載：韓國法專題研究：民法經濟法，法律出版社，頁180-198，2013年5月。
17. 張大爲，消極信託之研究，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁39-66，2017年11月。
18. 詹森林，私有農地之買賣——最高法院相關判決之分析，載：民事法理與判決研究(二)，自版，頁275-313，2003年4月。
19. 詹森林，效力規定與取締規定之區別標準——最高法院裁判之評析，載：民事法理與判決研究(六)，自版，頁35-66，2012年12月。
20. 詹森林，借名登記契約之法律關係，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁97-105，2017年11月。
21. 熊秉元，仇人眼中長刺蝟——法學裡的外部問題，載：

熊秉元漫步法律，商周，頁157-177，2版，2013年1月。

22. 謝哲勝，忠實關係與忠實義務，載：財產法專題研究(三)，元照，頁121-154，2002年3月。
23. 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，載：財產法專題研究(六)，臺灣財產法暨經濟法研究協會，頁479-507，2008年11月。
24. 謝哲勝，借名登記之名消極信託之實——評最高法院98年度台上字第76號判決，載：借名登記契約之實務爭議探討，元照，頁67-74，2017年11月。
25. 蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71，載：民法經濟法論文集(一)，自版，頁87-121，1988年10月。

(四)博士論文

- 湯文章，不動產登記效力之研究，國立中正大學法律學系博士論文，2018年8月。

(五)其 他

1. 吳從周，臺灣民事實務之當前論爭課題，民商法前沿論壇，第469期，中國民商法律網，<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34738#>，2018年10月（最後瀏覽日2019/06/17）。
2. 詹森林，最高法院民事99年度台上字第2448號裁判，司法院司法智識庫，http://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=bfcMVHcvOWVdG7kr8OHAi9OQwcLBD2%2fFSCvnVul6lH5rurzIXr6LX%2bvqk9AZLxWw（最後瀏覽日2019/06/17）。

二、日 文

(一)専 書

1. 川島武宜、平井宜雄編，新版注釈民法(3)総則(3)，有斐閣，復刊版，2015年8月。
2. 高翔龍，韓国法，信山社，3版，2016年8月。
3. 村瀬銀一，韓国不動産登記法——理想的登記制度への接近，民事法研究会，2004年4月。

(二)期刊論文

1. 大村敦志，信託受容の特性に関する小考——フランスと韓国を素材として，信託研究奨励金論集，第34号，頁121-131，2013年11月。
2. 近江幸治、田柄西，韓国の登記制度における名義信託と法的規制，比較法学，第29巻第2号，頁1-46，1996年1月。
3. 金相容，片智媛〔訳〕，名義信託の法理構成と問題点及び公法的規制，比較法学，第30巻第2号，頁67-77，1997年1月。
4. 高翔龍，宗中財産と名義信託，北大法学論集，第49巻第3号，頁236-251，1998年9月。
5. 高翔龍，韓国における不動産物権と不動産登記制度，大東ロージャーナル，第3号，頁41-72，2007年3月。

三、英 文

(一)専 書

1. American Law Institute, Restatement (Third) of Trusts (2019).

2. Ascher, Mark L. et al., *Scott and Ascher on Trusts* Vol. 1, Wolters Kluwer (5th ed. 2006).
3. von Bar, Christian & Clive, Eric (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition* Vol. 1, Oxford University Press (2010).
4. von Bar, Christian & Clive, Eric (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition* Vol. 6, Oxford University Press (2010).
5. Beyer, Gerry W., *Wills, Trusts, and Estates*, Wolters Kluwer (7th ed. 2019).
6. Bogert, George Gleason et al., *Cases and Text on the Law of Trusts*, Foundation Press (9th ed. 2012).
7. Bogert, George Gleason et al., *The Law of Trusts and Trustees*, Westlaw (database updated June 2019).
8. Bourdeau, John et al., *90 C.J.S. Trusts*, Westlaw (database updated June 2018).
9. Eclavea, Romualdo P. et al., *76 Am. Jur. 2d Trusts*, Westlaw (database updated August 2018).
10. Evans, Michael, Jones, Bradley L. & Power, Theresa M., *Equity and Trusts*, LexisNexis Butterworths (4th ed. 2016).
11. Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters (11th ed. 2019).
12. Garton, Jonathan et al., *Moffat's Trusts Law: Text and Materials*, Cambridge University Press (6th ed. 2015).
13. Haley, Michael & McMurtry, Lara, *Equity and Trusts*,

Sweet & Maxwell (5th ed. 2017).

14. Hayton, David, Matthews, Paul & Mitchell, Charles, Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees, Lexis Nexis (19th ed. 2016).
15. Hayton, David, Matthews, Paul & Mitchell, Charles, Law Relating to Trusts and Trustees: First Supplement to Nineteenth Edition, LexisNexis (2017).
16. Hepburn, Samantha, Principles of Equity and Trusts, The Federation Press (5th ed. 2016).
17. Heydon, J. D. & Leeming, M. J., Jacobs' Law of Trusts in Australia, LexisNexis Butterworths (8th ed. 2016).
18. Ong, Denis Sk, Trusts Law in Australia, The Federation Press (5th ed. 2018).
19. Palomar, Joyce, 2 Patton and Palomar on Land Titles, Westlaw (3rd ed. database updated November 2018).
20. Radan, Peter & Stewart, Cameron, Principles of Australian Equity and Trusts, LexisNexis Butterworths (4th ed. 2019).
21. Sitkoff, Robert H. & Dukeminier, Jesse, Wills, Trusts, and Estates, Wolters Kluwer (10th ed. 2017).
22. The Law Commission, The Illegality Defence, The Law Commission (2010).
23. Tucker, Lynton et al., Lewin on Trusts, Sweet & Maxwell (19th ed. 2015).
24. Tucker, Lynton et al., Lewin on Trusts: Fourth Cumulative Supplement to the Nineteenth Edition, Sweet & Maxwell (2019).
25. Virgo, Graham, The Principles of Equity & Trusts, Oxford

University Press (3rd ed. 2018).

26. Watt, Gary, *Equity & Trusts Law Directions*, Oxford University Press (6th ed. 2019).
27. Watt, Gary, *Trusts & Equity*, Oxford University Press (8th ed. 2018).
28. Whitney, Victor P. & Craw, Michael, *Trust Department Administration and Operations Vol. 1*, LexisNexis (2018).

(二)期刊論文

1. Campbell, Joseph, *The Consequences of Rebutting a Presumption of Advancement*, 46 *Aust. Bar Rev.* 229 (2018).
2. Huang, Chien-Chang, *The System of Real Estate Registration/Recordation in Taiwan: A Comparison with Australia*, 23 *APLJ* 122 (2014).
3. Matthews, Paul, *All about Bare Trusts: Part 1*, 5 *P.C.B.* 266 (2005).
4. Matthews, Paul, *All about Bare Trusts: Part 2*, 6 *P.C.B.* 336 (2005).

(三)專書論文

- Bogg, Alan & Green, Sarah, *Introduction*, in *Illegality after Patel v Mirza 1*, Hart Publishing (Sarah Green & Alan Bogg eds, 2018).

(四)其 他

- Korea Ministry of Government Legislation, <http://law.go.kr/LSW/eng/engMain.do?menuId=0> (last visited June 7, 2009).

A Review of Validity of the Contracts of Borrowing Other's Name for Real Estate Registration

Chien-Chang Huang*

Abstract

Most decisions of the Supreme Court in Taiwan nowadays hold that the contracts of borrowing other's name for real estate registration are valid unless the content of such contracts are against compulsory provisions, public policy, or morals. However, those decisions do not review substantially whether such contracts correspond with relevant compulsory provisions, public policy or morals. This study focuses on the issue that the undersigned do not manage and use the property.

Owing to facts that the concepts of evasive act and passive trust are frequently mentioned in the discussion of the validity of such

* Professor, Department of Real Estate and Built Environment, National Taipei University; Director, Faculty Development and Teaching Resources Center, National Taipei University; Executive Director, Taiwan Property and Economic Law Institute; Ph.D., National Chung Cheng University Law School.

contracts, Part II and III of this study explore the concepts and the relationship between borrowing other's name for registration and trust, especially the passive trust and illegal trust in view of comparative law. In light of the derivation of the system of trusts from the Anglo-American Law, Part III also introduces the related cases in the system and clarifies that land trusts in the United States are different from the contracts of borrowing other's name for real estate registration defined by this study. Part IV illustrates the validity of such contracts in Taiwan and reviews the decisions on the validity of such contracts based on different kinds of motivations of borrowing other's name of the parties.

This study argues that the contracts of borrowing other's name for registration in which the undersigned do not manage and use the property are usually void because of the violation of the relevant compulsory provisions. Although such contracts do not contravene the compulsory provisions, they are still invalid as a result of the infringement of public policy or morals. As well, confusion of registration inconsistency and a considerable external cost will ensue with the passage of time. Thus, these types of real estate contracts are still invalid unless positive advantages can be substantiated.

Keywords: Borrow Other's Name, Borrow Other's Name for Registration, Evasive Act, Trust, Registration, Freedom of Contract