借名登記契約之爭議問題
—以我國實務判決為中心 (下)

文／張新楣

（文接上期）

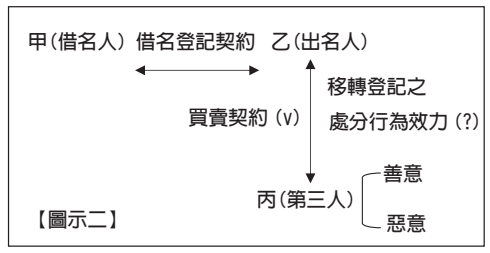
另須指出一點，消極信託與借名登記契約有無區分之必要？學說上有認為消極信託行為與借名登記契約應予區別。在土地所有人登記不動產於第三人之法律關係，若為一般信託行為者，固應依信託契約之法律關係處理。若雙方成立者為消極信託關係，而未具有確實正當原因者，得解為雙方係屬通謀虛偽意思表示，信託契約無效。反之，若雙方之消極信託關係具有確實正當之原因者，得解為消極信託行為屬通謀虛偽意思表示而無效，但雙方隱藏借名登記契約之法律行為，依民法第 87 條第 2 項之規定，適用借名登記契約之約定。至於當事人雙方若一開始即以借名登記契約成立法律關係者，即應依據契約自由原則及一般契約解釋之理論，以認定此種無名契約之效力[17]，準此，當事人成立之契約為借名登記契約或消極信託，效力有所差別。亦有學說認為以他人名義登記財產權，但登記名義人不真正享有權利之事實，不管稱呼為消極信託或借名登記，法律事實都相同，不應以不同之稱呼而使法律效力有所不同[18]。

消極信託與借名登記契約均非信託法所定之信託，實務及學說向來也未明確界定消極信託與借名登記之不同處，甚至有判決指出消極信託關係乃屬側重於兩造間信任關係之借名登記契約，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定[19]，借名登記契約與消極信託本質上均為委任契約。本文認為借名登記契約與消極信託其實指涉相同之權利義務關係及法律事實，為一體兩面，各說明此契約之二大契約要素即必要之點，借名登記係說明所有權登記於何人，消極信託係說明管理、使用及處分權限歸屬於何人，是以兩者並無區分之實益及必要，效力亦無不同。在實務上可見當事人訂立名為「信託契約」之書面，實為借名登記之法律關係，當事人仍堅持依信託契約關係主張權利。甚至可見當事人對於訂立消極信託或借名登記，並無確信或法效意思，亦不明瞭消極信託或借名登記何意。故應跳脫契約定性之名稱，從兩造成立契約關係之主義務內容判定，不宜以契約之標題為信託或借名登記，予以區別並定其效力之不同。而且無論是消極信託或借名登記，在實務上均著重當事人間之信任關係，本質上為委任，應類推適用委任之規定[20]，效力也不應當有所區別，例如寬認借名登記契約成立之有效性，或限縮消極信託成立之有效性。

最高法院 96 年度台上字第 1958 號判決意旨：「查原審謂：本件消極信託既未迴避任何強行規定之適用，非屬脫法行為，與公序良俗無違，應認為效力相當於借名登記之無名契約，仍屬有效之契約云云。惟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。[21]」認為消極信託與借名登記契約之性質、效力有別，似值商榷。本文認為前揭見解忽略二者可能指涉相同之契約關係，有效性之認定不應區別對待。

參 外部效力：出名人處分登記財產之效力

借名登記之財產移轉予出名人名下後，出名人依借名人之指示處分該財產者，係屬有權處分而有效，並無爭議。而出名人未經借名人同意，就借名登記財產與第三人訂立買賣、租賃、使用借貸，基於債權行為之相對性，前述契約在其當事人之間係屬有效[22]。惟出名人未經借名人同意，就借名登記財產為移轉所有權、設定抵押權等處分行為，效力為何，



【圖示二】

法律關係如圖示二所示，學說及實務容有不同意見。

一、學說及實務見解

學說上認為出名人在名義上為登記財產之所有人或其他權利人，且一般人僅得依據該名義，從形式上認定其權利之歸屬，出名人就該財產為處分者，縱其處分違反借名登記契約之約定，仍應以有權處分看待為原則；但相對人惡意時，則應依無權處分規定處理（參見民法第 118 條），以兼顧借名人之利益[23]。無權處分行為之相對人是否惡意，係以相對人於取得權利（物權行為）時，是否知悉處分人無處分之權限，為判斷標準[24]（本文稱之為「出名人無權處分說」）。

部分最高法院判決也採上述類似「出名人無權處分說」見解，適用無權處分之法理，因第三人善意或惡意異其效果。98 年度台上字第 76 號：「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 118 條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益」[25]、100 年度台上字第 2101 號判決：「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。[26]」前一判決係正面說明構成無權處分，並適用善意取得之法理；後一判決則以反面，自相對人主觀出發，若為惡意，則屬無權處分，論理邏輯雖有不同，但結論應屬相同。另近期 105 年度台上字第 634 號判決區辨信託與借名登記時，同時指出在借名關係存續中，出名人就借名之財產並無處分權，而由借名人自己管理、使用及處分，似採「出名人無權處分說」。

學說上之反對意見（本文稱之為「出名人有權處分說」）認為出名人就登記財產所為之處分行為，縱有違反借名登記契約之情事，仍為有權處分，不論處分行為之相對人善意或惡意，均非無權處分。理由為借名登記契約並未如信託契約有信託財產登記制度之公示要求（信託法第 4 條），若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，在未撤銷前仍屬有效，並非無效或效力未定。故借名登記契約土地登記簿上登記名義人為出名人之公示外觀與效力，理應予以較強之貫徹，以免立法者之價值判斷失衡。借名人在透過借名登記契約獲益之同時，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，得依內部關係之債務不履行或不當得利規定，請求出名人返還其所受利益[27]。並補充理由：物權法上具重要性之公示原則，我國採不動產登記要件主義，登記之目的在於保障交易安全，對外表彰物權之變動或其變動之物權現狀，故於借名登記之情形，仍應以登記名義人即出名人為權利人，以達登記制度之目的。且以出名人為不動產所有權人，辦理移轉登記之當事人，方與所有權變動之當事人相符。當事人間約定禁止所有權受讓人處分所有權或處分時應經其監督之

（文轉三版）

註釋

17. 陳聰富，同註 14 文，第 231 頁。
18. 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，月旦裁判時報，第 1 期，2010 年 2 月，第 59 頁。
19. 94 年度台上字第 953 號判決。
20. 100 年度台上字第 1972 號：「按借名登記契約云者，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。」如 100 年度台上字第 1854 號判決、103 年度台上字第 2405 號判決類推適用委任關於終止、消滅之規定（民法第 550 條）。103 年度台上字第 1551 號判決類推適用委任關於費用償還請求權（民法第 546 條）、報酬給付（民法第 547 條）之規定。學說上不同見解，名實不符之登記不宜解為類推適用具勞務給付性質之委任契約，不宜排除信託法之適用，請參照：謝哲勝，同註 18 文，第 60 頁、第 61 頁。
21. 在程序面上，亦不宜逕認指涉相同原因事實之借名登記與消極信託為不同訴訟標的。
22. 詹森林，借名登記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—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，民事法理與判決研究（六），第 258 頁。
23. 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月，第 132 頁。
24. 詹森林，同註 22 文，第 260 頁至第 261 頁。
25. 學者有評釋本判決說明名實不符之借名登記為有效，出名人為所有人，但因出名人受到與借名人間之內部約定拘束，即出名人違反約定，對登記財產之處分均為無權處分，此推理已明白地賦予內部約定對第三人發生效力，顯然揚棄所謂債之相對性，形同賦予內部約定物權之效力。請參照：謝哲勝，同註 18 文，第 62 頁。
26. 96 年度台上字第 1487 號、99 年度台上字第 1114 號判決亦同斯意旨。
27. 吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分，台灣法學雜誌，2009 年 10 月 1 日，第 137 期，第 164 頁。學者並進一步從內部效力與外部效力演變之互動，應採有權處分說，請參照：吳從周，我國不動產借名登記契約之發展現況—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，第 47 頁至第 68 頁。
28. 卓心雅，同註 15 文，第 106 頁至第 110 頁。惟司法院大法官釋字第 349 號解釋：「最高法院 48 年度台上字第 1065 號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用」，也曾讓單純之債權契約，對第三人發生類似物權之效力，並區分第三人善意、惡意，故本文認為以出名人及借名人間之特約，不能具備類似物權之效力，作為有權處分說之論點，並不充分。

JUDICIAL 司法 復 稿 問 事 院網站。 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂 閱 辦 法
本刊每 全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

特約，僅在當事人間有債之效力，而不能發生物權之效力。是出名人違約而處分登記財產，借名人只能依內部關係向出名人賠償損害[28]。

而近期部分之最高法院判決似改變見解，認為出名人處分登記財產，縱使違反與借名人間之內部約定，仍屬有權處分，即改採「出名人有權處分說」。

1. 103 年度台上字第 1518 號判決：「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」。

2. 102 年度台上字第 487 號判決：「次按土地法第 43 條規定，依本法所為之登記，有絕對之效力。系爭土地原登記於莊○和名下，莊○和出賣與邱○榮，並將所有權移轉登記予邱○榮指定之上訴人，為原審認定之事實。是莊○基、莊○明既非系爭土地登記之所有人，縱莊○基、莊○明之父莊○順與莊○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○基、莊○明以其為真正權利人自居，而對抗上訴人。原審謂莊○基、莊○順將系爭土地借名登記於莊○和名下，莊○基、莊○明為系爭土地之真正所有人，莊○和出賣系爭土地予邱○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。」

解讀本判決意旨，於出名人所有權登記塗銷前，出名人（莊○和）將登記財產移轉予第三人（上訴人），非無權處分，借名人不得以真正權利人自居向第三人主張權利。

3. 嗣 105 年度台上字第 473 號判決從不動產物權登記之效力闡釋：「按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利（第 1 項）。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（第 2 項）。民法第 759 條之 1 定有明文。上開第 1 項為貫徹登記之效力而規定之推定力，真正權利人僅得以對登記名義人主張登記原因係無效或得撤銷，並依法定程序塗銷登記，始得推翻，在此之前，登記名義人即為該不動產物權之權利人。又為保護信賴登記而依法律行為為物權變動登記之善意第三人，同條第 2 項復規定善意第三人之權益，不因原登記物權之不實而受影響，以維交易安全。該項所稱『原登記物權之不實』，係指物權登記之物權行為，具有無效或得撤銷原因，或登記錯誤或漏未登記等情形，本不應發生物權變動效力，因該物權登記致登記所表彰之物權與實際狀態不一致而言，不包括依適法債權行為所為之物權登記。又不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何『原登記物權之不實』可言」。

雖未明示出名人有權處分，惟其認為該借名登記於外部關係上推定適法有此不動產之物權，且不適用民法第 759 條之 1 善意信賴登記之規定。本文解讀其認為出名人對外均為有權處分，亦無庸適用民法第 759 條之 1 規定區分第三人為善意或惡意。

學說「出名人無權處分說」進一步對前述「出名人有權處分說」作出回應，信託法第 18 條就受託人違反信託本質處分信託財產之行為，賦予受益人聲請法院撤銷該處分之權利，且信託財產縱未經信託登記或信託表彰，只要處分行為之相對人及轉得人明知或因重大過失而不知，受益人亦得撤銷該處分。立法精神在於財產之形式上權利人（受託人）違反約定而處分財產致損害真正權利人（受益人）之利益者，應優先保護真正權利人，而賦予其推翻該處分效力之權利。採取信託法第 18 條之撤銷權或民法第 118 條無權處分之承認權，為立法技術之細節，無關價值判斷，信託之受益人行使撤銷權而聲請法院撤銷，與借名登記之借名人主張無權處分而拒絕承認，均使得違反真正權利人利益之處分行為，對真正權利人不生拘束力。於相對人惡意時，明知與出名人交易可能損害借名人之利益，並可事前取得借名人同意，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，依「優勢風險承擔」原則，應由惡意之相對人承擔出名人違反借名登記約定處分登記財產之風險[29]。

二、本文見解

我國之人頭文化充斥，現行法制對於名實不符之登記，以借名登記及信託法所定信託「雙軌」進行，信託法制定後，仍有為數眾多之借名登記案例，可見借名登記契約仍有其「人頭之地下市場需求」。最高法院實務判決從借名登記契約效力之否定至肯定，亦係礙於司法實務本身無法根絕此種人頭問題，本於借名人與出名人間之契約關係處理所涉之全部權利義務，合乎當事人之意思，相較於依不當得利之規定，更有具體之約定或規定可循。

當事人間之所以成立名實不符之借名登記契約，依實務上之經驗，不外乎避債、避稅、逃稅等目的與動機。法律政策面固然傾向應鼓勵名實相符之登記，或依信託法合於公示之登記，對於借名登記契約之訂定，採取較為否定之態度。而學說上採行「出名人有權處分說」之理由蘊含：借名人與成立借名登記契約時，即使自己處於「自甘冒險」、「後果自負」之狀態，某程度呼應前揭不鼓勵成立借名登記契約之政策思想。但此政策思想，尤其在現今最高法院就此部分見解未統一之情形下，均非當事人事前成立借名登記可得預見，如何構成行為之誘因。授由法院以借名人基於不當動機為借名登記之故，而採有權處分說，以減少現今經濟活動借名登記之使用，是否為法院必須扮演之功能角色，由立法者基於此政策思想另訂專法是否更為適宜？再者，如認應杜絕名實不符之借名登記，在論理上則應回歸借名契約登記內部效力，採早期最高法院之實務判決見解，使契約無效，則出名人處分借名登記財產即屬無權處分，並適用善意取得之法理。而非在肯認借名登記契約內部效力後，發生出名人處分借名登記財產予第三人之外部效力時，再以其自甘冒險為由，採有權處分說以懲罰借名人。

本文再假設一例，出賣人甲為躲避債權人對其不動產之強制執行，與買受人乙通謀虛偽成立買賣契約並移轉不動產所有權，依民法第 87 條通謀虛偽意思表示之規定，均屬無效，甲仍為不動產之所有權人，乙移轉不動產予第三人丙，為無權處分，但土地登記謄本仍顯示乙為土地所有權人，丙善意信賴登記，依土地法第 43 條受到保護而取得所有權[30]。此例甲之道德上可責性不下於借名登記之借名人，是否更應認定乙係有權處分，因甲自甘冒險，後果自負？故「出名人有權處分說」單獨對借名登記之情形為不同處置，不符事理之平。

本文認為，法院之功能不在於抑制或降低當事人訂立借名登記之誘因，而是在個案中之動、靜的安全謀求當事人間之利益平衡。借名登記契約之名實不符與不動產之公示登記制度違背，但未經信託登記之信託契約與前述之假設例何嘗不是，而未經信託登記之信託契約與借名登記契約之差別，僅在於由何人管理登記財產，並無區別保護之必要。未經信託登記信託契約之受託人處分信託財產予惡意第三人，依法賦予受益人撤銷處分之權利，依相同法理，出名人處分登記財產予惡意第三人，所賦予借名人之承認權，形同受益人撤銷處分之權利。登記制度有其重要性，但並非目的，其與「惡意不受保護原則」本質上即屬於衝突之狀態，以第三人是否善意或惡意為斷，並由借名人負第三人惡意之舉證責任，決定第三人之信賴是否值得保護，應可維護當事人利益之平衡[31]。

肆、結語

從實務見解之演變，借名登記契約成立之有效性，已為實務所肯認。本文認為早期實務見解之消極信託與「確實之正當原因」之概念應不再援用。因消極信託與借名登記契約為相同之權利義務關係及法律事實，借名登記說明所有權登記於何人，消極信託說明管理、使用及處分權限歸屬於何人，本質上為委任，應類推適用委任之規定，兩契約類型在成立及效力上並無區分之實益及必要，而消極信託一詞可能產生是否為信託而適用信託法規定之疑問，故應可將消極信託正名為借名登記契約。又「確實之正當原因」並非可操作之概念，何謂正當，是指法令還是道德上正當？有道德法律化之疑慮，且借名登記契約與其他契約在效力上，均適用民法所定之第 72 條、第 87 條、第 71 條等規定定其效力，無須於借名登記契約之類型獨立出「確實之正當原因」作為契約之生效要件，「確實之正當原因」為過去消極信託概念下的產物，不宜再適用之。

出名人違反與借名人之內部約定，未經同意將借名登記之財產移轉予第三人，採「出名人無權處分說」、「出名人有權處分說」之學說或實務各有其論理依據。當事人間成立名實不符之借名登記契約，依實務上之經驗，不外乎避債、避稅、逃稅等動機，由借名人自負出名人違約處分之風險，某程度反映不鼓勵成立借名登記契約之政策思想。但本文認為應採「出名人無權處分說」，法院之功能不在於抑制當事人訂立借名登記之誘因，而是在個案中之動、靜的安全謀求當事人間之利益平衡。登記制度有其重要性，但並非目的，其與「惡意不受保護原則」本質上即屬於衝突之狀態，以第三人是否善意或惡意為斷，決定第三人之信賴是否值得保護，能否取得該不動產所有權，應可維護當事人利益之平衡，而非不論第三人是否善意或惡意，一概承認出名人有權處分。

（作者為苗栗地院法官）

註釋

29. 詹森林，同註 22 文，第 262 頁至第 263 頁。
30. 王澤鑑，同註 16 書，第 391 頁至第 392 頁，民法第 87 條第 1 項但書規定通謀虛偽意思表示之當事人不得以其無效，對抗善意第三人，為一般規定，土地法第 43 條係特別規定，應優先適用。
31. 試舉實務常見情形，借名人起訴請求出名人返還借名登記之財產，雖未聲請假處分，但依民事訴訟法第 254 條第 4 項聲請法院核發訴訟繫屬之通知，出名人於訴訟之初即將登記財產移轉予第三人，或是訴訟進行至如火如荼之程度，法院即將辯論終結前，出名人見訴訟之卷證對其不利，法院可能認定成立借名登記契約，遂將借名登記之財產處分予第三人，在第三人屬於惡意之情形下，是否仍認定出名人為有權處分？借名登記契約雖不值得鼓勵，但出名人受到極度之保護，是否有利益失衡之情形。

WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以一次刊出。文後請加註，以利參考。二、本刊並歡迎司法人、事及法院的故事。三、來稿有權潤飾刪改者，請加注說明；刊出文章並將置司法周刊的，不頇接受的故事。
WEEKLY 周刊 訂閱 郵撥 號 4377 戶 司法周刊 定價400元 訂閱 郵撥 號 4377 戶 司法周刊