

國立政治大學法律學研究所
碩士學位論文

指導教授：楊淑文

不動產借名登記之理論與實務—
以實體與程序交錯適用為核心

研究生：黃德聖

中華民國一〇四年六月二十九日

謝辭

在政大三年的日子，走到這階段終於告了一個段落。儘管對於校園生活仍有太多不捨和惋惜，但這最後一哩路，終究還是得靠自己的雙腳走完。

感謝吾師楊淑文的指導，過去三年的求學生涯中，不論是生活上的或是課業上的，您總是一如媽媽般的關心，在我迷惘的時候指引一盞明燈，讓我不致於在人生的茫茫大海中迷失方向。感謝政大這些年來曾經指導過我的老師們，像是幽默風趣的姜世明老師、博學多聞的許政賢老師、認真教學的王千維老師、為人客氣的王海南老師、專業嚴謹的吳瑾瑜老師、和善親民的陳洸岳老師、貴氣大方的方嘉麟老師、活潑有趣的許恆達老師、以及其他在大學以來就一直不斷為學生付出的老師們，若沒有你們的耐心指導，我恐怕無法堅持走完研究所這條路。而在這三年的生活中，感謝許許多多朋友們的陪伴，你們是我在學生生涯中最大的資產，也是我生活中不可或缺的調味劑，因為有你們，讓我擁有了求學生涯中最美好的回憶。至於其中最先要感謝的，當然是眾多楊門夥伴的陪伴，不論是貼心的奕璇、細心的祐涵、含蓄的婉琦、不羈的凱翔、以及恬心、有容、卉薰、怡真、博鈞，不管是工作上的或是生活上的點點滴滴，我都銘記在心。當然，還有數不完的民中伙伴以及民法之友-駿賢的陪伴，有你們的日子，讓我的研究所生活增色不少。在此之外，還要感謝常來散步的老朋友蘇育霆、馬振祥、歐東彥、王瑋強、莊孟蒼、以及志文、明潔、儒聰，當然還有在台中同甘共苦的王寶明與歐陽樺，因為有你們的吐槽與打鬧，日子從來不會無聊。

最後，感謝一路支持我走完研究所的家人，尤其是辛苦打拚的爸爸，以及為這個家無私奉獻的媽媽與開始幫忙賺錢養家的妹妹，你們是我最大的依靠也是我永遠的支柱，謝謝你們，我愛你們。

2015年夏天 寫於台中

摘要

本文主要係在探討國內不動產借名登記之法律行為，尤其係關於借名登記之性質、效力以及借名財產所有權之變動。本文試圖自實體法上觀點出發，藉由實務與理論之探討，以釐清借名登記法律關係中當事人間之權利義務，並就常見之爭議例如與類似契約之區辨、出名人處分借名財產之效力以及借名財產所有權認定等進行討論。此外，亦將以借名財產所有權歸屬與不動產登記制度之設計為核心，套用於訴訟法上常見之爭議例如確認訴訟之提出、第三人異議之訴之提起以及舉證責任分配等進行分析，以謀求實體法與程序法間之調和，並嘗試建構解決不動產借名登記糾紛之標準或最佳模式。

關鍵字：借名登記、無名契約、委任、消極信託、無權處分

目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與研究目的.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 研究目的.....	3
第二節 研究範圍與架構.....	5
第一項 研究範圍.....	5
第二項 研究架構.....	6
第三節 研究方法.....	7
第一項 實務觀察與分析.....	7
第二項 文獻探討.....	8
第二章 不動產借名登記之法律關係	10
第一節 借名登記之發展與爭議.....	10
第二節 不動產借名登記之意義與性質.....	11
第一項 借名登記契約之特色.....	11
第一款 高度本土性議題.....	11
第二款 名實不符.....	12
第三款 與法規範之對立與衝突.....	13
第二項 借名登記契約之意義.....	13
第三項 借名登記契約之性質.....	17
第三節 不動產借名登記之效力判斷與類型.....	19
第一項 私法自治與契約自由.....	19
第二項 不動產借名登記效力之判斷.....	20
第一款 實務見解.....	21
第二款 學說見解.....	24

第一目 少數見解.....	24
第二目 多數見解.....	25
第三款 本文見解.....	28
第三項 重要類型探討.....	33
第一款 規避法律上之資格限制.....	33
第一目 國宅承購.....	34
第二目 原住民保留地買賣.....	36
第二款 規避賦稅或節稅.....	40
第三款 脫免債權人強制執行.....	43
第四款 基於親屬情誼.....	47
第四節 小結.....	51
第三章 不動產借名登記爭議之實體法上觀察.....	53
第一節 借名登記與類似契約之區辨.....	53
第一項 與寄託契約之區辨.....	53
第二項 與委任契約之區辨.....	54
第三項 與贈與契約之區辨.....	55
第四項 與信託契約之區辨.....	56
第二節 借名登記契約契約之內部效力.....	60
第一項 契約之解釋適用.....	60
第二項 契約之消滅與存續.....	62
第一款 契約之任意終止.....	62
第二款 契約之消滅.....	63
第三款 契約之存續.....	64
第三項 契約之權利與義務.....	69
第一款 出名人之義務.....	69

第二款	出名人之權利.....	70
第一目	必要費用請求權.....	70
第二目	報酬請求權.....	72
第三款	借名人之義務.....	73
第四款	借名人之權利.....	74
第一目	登記返還請求權.....	74
壹	契約上之借名登記返還請求權.....	74
貳	其他登記返還請求權.....	77
第二目	損害賠償請求權.....	84
第三節	不動產登記制度與物權變動.....	85
第一項	不動產登記制度之基本理論.....	85
第一款	不動產登記之意義.....	86
第二款	不動產登記之立法主義.....	86
第三款	公示原則與公信原則.....	89
第一目	公示原則.....	89
第二目	公信原則.....	90
第四款	不動產登記之效力.....	90
第一目	推定力.....	91
第二目	公信力.....	91
第二項	不動產物權之變動.....	92
第四節	借名登記契約之外部效力.....	95
第一項	契約之利害關係人.....	95
第一款	借名財產之買受人.....	95
第二款	契約當事人之債權人.....	96
第三款	契約當事人之繼承人.....	97
第二項	出名人處分借名財產之效力.....	98

第一款 無權處分說.....	98
第二款 折衷說.....	99
第三款 有權處分說.....	100
第四款 本文見解.....	101
第五節 小結.....	111
第四章 不動產借名登記爭議之訴訟法上觀察	113
第一節 訴之客觀合併.....	113
第一項 問題之提出.....	113
第二項 不動產借名登記與訴之客觀合併.....	114
第一款 訴之客觀合併與訴訟標的理論之關係.....	114
第二款 當事人訴訟上主張與訴之客觀合併之判斷.....	116
第三款 分析檢討.....	122
第三項 案例探討.....	127
第二節 確認訴訟.....	131
第一項 問題之提出.....	131
第二項 不動產借名登記與確認訴訟.....	132
第一款 確認訴訟與確認利益.....	132
第二款 確認訴訟之審理.....	135
第三款 分析檢討.....	139
第三項 案例探討.....	143
第三節 舉證責任.....	146
第一項 問題之提出.....	146
第二項 不動產借名登記與舉證責任分配.....	147
第一款 舉證責任分配之一般理論.....	147
第一目 舉證責任之基本定義.....	147

第二目 舉證責任之一般分配理論.....	148
壹、學說見解.....	148
貳、實務見解.....	149
第二款 不動產借名登記契約之舉證責任分配.....	149
第一目 借名登記契約存在之舉證責任分配.....	149
第二目 借名登記與贈與區辨之舉證責任分配.....	152
第三款 分析檢討.....	154
第三項 案例探討.....	156
第四節 強制執行.....	159
第一項 問題之提出.....	159
第二項 不動產借名財產之強制執行與權利人之保障.....	160
第一款 借名財產之強制執行與善意取得.....	160
第二款 借名人與第三人異議之訴.....	161
第三款 分析檢討.....	164
第五節 小結.....	167
第五章 結論	170
參考文獻	174
一、專書.....	174
二、期刊文章.....	176
三、碩士論文.....	179
四、網路資源.....	180

第一章 緒論

第一節 研究動機與研究目的

第一項 研究動機

隨著科技日新月異，交易日趨頻繁之今日，傳統交易類型之契約早已不符當代所需。而為追求最大利益，除有礙於公共秩序與善良風俗，在不牴觸強行禁止規定下，基於私法自治與契約自由原則，當事人間對於契約締結之方式、內容與對象，原則上應盡量予以寬認，並尊重當事人間之自主意思，允其自由形成各類契約。此即表示，人民為達特定目的或追尋特定利益時，得盡量選擇對其最有利之方式，並透過契約約定加以實現。在雙方當事人間皆能透過契約共同創造最大利益之同時，間接的也能藉由生產者剩餘與消費者剩餘之加總，形成社會公益。因此，利用契約謀取當事人間利益之同時，實際上亦隱含有促進公益之意味。這也是當今承認私法自治與契約自由原則之最大用意，即鼓勵人民自由創造契約，並隨者時代之推移不斷的精進、不斷的創造利益，以帶動整體經濟社會之進步。

然而，在承認當事人得自由約定契約之同時，亦可能發生當事人間未有明確約定之情形。此時，究應如何利用有名契約加以補充解釋，即屬一重要之課題。此外，儘管吾人承認契約自由不應無限上綱，為平衡當事人間利益或保障社會公益，所謂之契約自由，應有其界限，亦即當事人形成契約之內容或方式仍須受法律之規範，而不容許當事人任意以契約約款規避強行禁止法規之限制。但所謂契約自由之界限，在若干情況仍存有一定之模糊空間，尤其在法律規範未能設想所有情形下，其可能有疏漏或文意不明確之情況，導致當事人間約定以特定方式規避系爭規定時，將發生該契約究屬有效或無效之疑義。例如特定類型之借名登記，其形式上雖未牴觸法律規定，但本質上卻有規避

法律適用之目的存在，此時應如何評價此種法律行為之效力，實有進一步討論之空間。

關於借名登記，大抵可認為係借用他人名義進行交易，或用以表彰權利之行為，俗稱借人頭。此種借人頭之風氣在華人社會中存在已久，更為當前生活中所常見，例如為避免親朋借貸而將自己財產移轉登記於他人名下、父母為預先分配財產將一部房地移轉登記與子女名下、個人基於避稅之需求以他人名義購置不動產、親屬間借用長輩名義集資進行投資等。各種類型之借名登記層出不窮，這不但早已成為國人之習慣，各類交易中如有借名登記之情況，亦不足為奇。蓋借名登記之好處在於，其不但可節省因不具特定資格而須額外支出之交易成本，亦因其具有高度彈性，幾乎任何法律行為皆可使用借名。此外，在高度重視人際關係之華人社會，借名登記無疑是一種人際關係維繫之證明，亦為「做人情」或「賣人情」之一種工具。因此，在講究人情之我國，借名登記使用之情況可謂相當普遍。

但借名登記行為之最大優點亦可能為其最大缺點，尤其在當事人間未有明確約定下，借名登記行為將使當事人間之權利關係與外部行為有所區隔，導致契約當事人對權利義務發生爭執時，法院難以自外部行為特徵加以評斷。甚者，在有第三人介入下，系爭因借名登記所取得之權利或財產究屬何人所有，第三人因信賴登記所取得之權利，是否有遭真正權利人追奪之可能，進而間接地影響到交易秩序等，皆為借名登記契約隱含之風險。此等問題，不管是過去已經發生，或將來可能面對者，對於當事人之影響皆非同小可，因此到底應否承認此種契約，或吾人應如何處理因此種契約所衍生之問題，仍有賴學說與實務之發展加以解決，亦為本文所關注之焦點。

尤其在不動產借名登記之類型中，登記制度深深地影響不動產物權之變動。不論是私有農地買賣，或是父母為子女投資而購置不動產，在契約當事人間發生糾紛時，不可避免地將觸及何人為系爭不動產真正權利人之爭議。又如系爭不動產在契約存續中又移轉登記給第三人，此時當事人間應如何行使其權利義務，而該不動產之權利是否又會發

生移轉之效力等，亦可預見為不動產借名登記之重大爭議之一。

由於前述因借名登記所生之糾紛時有所聞，此即引發學生之好奇：究竟是何種原因導致國人如此熱愛使用借名登記契約？法院到底要如何處理此類糾紛？如果借名登記有如此高度不確定之風險與侵害第三人權利之可能，為何法院仍承認此種契約之效力？以上種種問題，在筆者腦海中久久不能散去，每每與同儕討論亦未能理出共識，參尋實務判決亦經常得出不同之答案。究竟借名登記之真正樣貌是何種模樣，頗耐人尋味。

第二項 研究目的

有鑑於借名登記之高度彈性，當事人間藉由約定，將使借名登記契約之類型呈現多種樣貌。不論是關於當事人間之權利義務分配，或係對於特定類型之客體，只要當事人能想像的到的，基於其需要與實際使用上之便利，不論係不動產、動產、甚至權利等，皆有締結借名契約之可能性。因此，在處理此種契約所生之爭議前，實有先行釐清借名行為特徵之必要，此亦為本研究之首要目的。即本文將試圖自借名登記行為之發展歷史出發，藉由觀察實務對此種法律行為之評價，並透過實務所肯認之借名登記類型，嘗試歸納出此種契約之特色與內涵，並自不同之觀察角度，探詢此種契約存在之意義及功能，以尋求一可得為多數見解所接受之定義或描述。

次就借名登記契約本身性質而言，由於部分類型中存在著規避現行法律規定之特徵，導致此種契約往往處於法律之灰色地帶，亦使其經常與所迴避之規範意旨或立法目的處於高度緊繃之關係。例如土地法舊法第 30 條原規定，取得農地者須以具自耕能力者為限，該立法目的原係為保障農民權益，使農地得為農用而不被不肖行為人轉為他用，具有濃厚之土地政策色彩。但在該規範之限制下，現實中卻發生有農民無欲農耕，卻找不到得轉讓土地之農民；或實際上他人欲為農耕，卻因未能取得自耕能力證明，而無法承受土地之情形。此時，人

民就土地利用之需求並不因土地法之限制而不存在，相對的，原本用意良善之立法亦可能過度的阻礙市場的自由發展。為突破該立法限制，借用他人名義進行不動產交易之行為，似乎成為不得不然之方法。而在此種情形下，借名登記契約雖具有規避法律之外觀，但實質上卻也反映了法律規範之不足，或規定之缺漏。如現實中未有任何人因此遭受損害，相反的，反而積極促進土地利用以及活化市場，吾人是否仍可一概而論的稱凡借名登記契約皆屬脫免責任、惡意規避法律之不當行為，實有進一步探討之餘地。若借名登記並非如此的罪無可赦，是否仍有肯認其效力之可能性，或其與契約自由之界線為何，皆屬一值得探討之問題。本文希望藉由實務與學說之分析，得以摸索出此種契約合法性之界線，並在討論其合法性之過程中，一併檢視現行規範之不足處與其可能衍伸之爭議。

此外，由於當事人難以預見將來所有可能發生之爭議並與以約定，在借名登記發生糾紛時，法院將面臨如何藉現行之有名契約加以補充解釋之問題。尤其借名登記具有名實不符之特徵，導致過往實務經常以信託契約比擬之，但借名登記果真類似信託契約？恐有進一步斟酌之餘地。又出借名義之行為，字面上或有提供勞務，或授予權利之意思，因而使得借名登記契約被當事人主張為委任、贈與、保管、使用借貸契約等。對此，本文認為，借名登記與各種現行有名契約仍有本質上之差異，尚未能為當前有名契約之內容所涵蓋。其雖有部分特質與現行有名契約相似，因而得藉由有名契約就契約當事人之權利義務予以補充解釋，但鑒於不同案型以及當事人締結契約方式之不同，借名登記呈現之樣貌亦有多種可能。因此，在進一步解決當事人間之糾紛前，實應優先釐清交易上使用借名登記之習慣與其特色，始能正確尋獲一得與以補充解釋之對象。

又契約當事人為實現其權利，在訴訟程序上攻防所花費之程序成本亦不容小覷。儘管當事人間之爭執多為實體法上之主張有無理由，但該等爭議實際上亦有可能係程序法上之問題。例如借名人若欲藉由確認所有權之訴以主張借名財產之所有權，在程序上恐面臨法院以不具確認利益為由加以駁回，或縱使肯認借名人得提起確認訴訟，卻又

在實質審理之過程中以其在出名入返還登記前非所有人為由給予敗訴判決。另外，即便實務肯認登記名義有虛偽不實之可能，並設有允許真正權利人提起第三人異議之訴之規定，但在借名登記中，卻又禁止借名人以真正權利人之身分提起之。諸等爭議，雖係訴訟法上之問題，但其重要性並不亞於實體法上權利義務之釐清，且該等程序上之主張有無理由，亦將直接影響其權利之實現。因此，在釐清實體法上之權利義務外，因借名登記可能引發之訴訟法上爭議，實有一併探討之必要。

第二節 研究範圍與架構

第一項 研究範圍

借名登記契約之客體不但可為不動產、動產或權利，亦可能因其締結之方式，而存有多種之可能性。本文為聚焦此種借用他人名義之行為，並進一步探討登記制度在其中的功能與重要性，因此將研究範圍限縮於不動產借名登記之類型。

蓋不動產借名登記，除了係借名登記糾紛之大宗外，亦屬實務上發展較為完整之借名登記類型，故本文認為，以不動產類型作為借名登記契約探討之第一步，實為一較可行且具體之方式，亦能在觀察實務發展之歷程中，尋得將來類似爭議解決之契機。因此，如能就不動產類型之借名登記契約加以歸納統整，必能藉由解決之經驗與法理，逐漸形成此種契約內容之共識，並在累積相當案例後，形塑此種契約成為有名契約之可能性。

本文研究參考之範圍將以民國 85 年後之實務判決為主，並將焦點著重於 100 年後之近期實務動態。除了實務判決，本文亦將就學說曾經提出之相關議題進行探討，並輔以近期重要文獻加以分析。

第二項 研究架構

關於不動產借名登記之研究架構，本文將以實務過往之案例為核心，並將其實體法與訴訟法上可能發生之爭議，分為兩個主要部分進行探討。

就實體法爭議部分而言，本文將歸納過往大宗糾紛案型，並分別就其契約效力與締約目的、契約解釋等方面進行探討。其中除了檢視各類不動產借名登記締結之緣由，例如為規避法律限制、個人或團體理財規劃、脫免債權人強制執行、基於親屬間之情誼等，本文亦將就契約之內部效力與外部效力進行探討。尤其在有第三人介入之情形，當事人間之權利義務關係將發生何種變化，例如借名人或出名人一方死亡時，是否因繼承而使原契約關係繼續存續或因此消滅，一方之繼承人如未知被繼承人有系爭借名登記契約存在時，其所為處分借名財產之效力應如何評價等。

此外，在借名登記契約當事人或與第三人間，其等最關心者無非為系爭借名財產之所有權歸屬。即在借名財產移轉登記與出名人後，究竟孰人始為真正之所有人，或出名人未得借名人同意擅自處分財產是否為有權處分等。學說與實務在探討該問題時，基於不同之觀察角度，所得出之答案亦有所不同。惟究竟何種見解較為妥適，實有賴進一步之比較分析，始有定論。

另就程序法爭議而言，本文將著重於實務上較常發生爭議之部分進行探討。例如在請求權規範競合之案例中，原告以一訴主張數項請求權基礎，在傳統訴訟標的理論下所面臨之困境為何，實務又採取何種應對，其做法是否妥當等。另就確認訴訟之提起、舉證責任之分配等，本文將一併探討不動產借名登記爭議在該等程序中之地位，以及當事人在該等程序中可能面臨之困境。此外，在強制執行程序中，如系爭登記確有不實之情形，真正權利人之權益應如何確保，其得否提起第三人異議之訴，或第三人在拍賣程序中取得之權利應如何確保等，

本文亦將對此為進一步之介紹。

第三節 研究方法

在研究方法上，本文將採取文獻研究法與案例分析法，除了針對過去舊有之文獻予以整理歸納外，本篇研究之核心將置於實務見解之觀察與分析，並嘗試就當前實務常見之爭議提出解決辦法。

第一項 實務觀察與分析

首先就實務見解之觀察，本文嘗試將歷來對於借名登記契約敘述之見解予以歸納，以探詢實務眼中之借名登記契約究竟應具備何種特質。例如：是否凡利用他人名義進行登記者，即稱為借名登記契約，借名人在契約中是否當然有使出名人終局取得所有權之意思等。而除了借名與登記之行為，出名人是否當然負有移轉登記之義務、系爭契約常見之案型，均屬實務在借名登記契約發展歷程中之一大觀察重點。此外，當事人締結借名登記契約之目的與契約效力間之關係，過往經常成為當事人攻防之焦點，亦為實務關注之對象。但近期實務是否仍在意借名登記之目的，其又是如何看待借名登記效力之問題，實耐人尋味。尤其在借名登記契約發展已經數十個年頭之今日，照理而言，應大致可形成某一固定見解，然為何借名登記在部分爭議中仍未形成一穩定見解，其箇中原因，猶賴吾人進一步觀察，始可得知。

次就實務見解之分析，本文將嘗試就各別判決之理由提出辯證，並比較不同判決所採取之立場，以探詢實務在不同個案中可能採取之看法為何。此外，在分析之過程中，除了將個別判決之理由進行比較外，本文亦將嘗試追溯法律規範之意旨，以尋求正確之解釋方式，並提出若干心得。例如世界各國雖設有不動產登記制度，但各國之立法例以及登記之效力仍有所不同。而通說雖認為我國不動產登記制度之立法例係採取形式主義之立法，並與德國、奧地利等國家相近，因此得參考其登記制度效力之解釋，適用於我國之不動產登記。然縱使是

採取相同立法例之不動產登記制度，德國之規定與我國仍未完全一致，因此得否將德國法上之解釋套用於我國，實有進一步分析之必要。

第二項 文獻探討

在文獻探討方面，國內關於不動產借名登記契約之著作並不罕見，學者間對此項議題之討論亦屬熱烈。然或許為借名登記之高度本土性，其他國家未必與我國有相同之借名習慣或風俗，筆者在尋找相關外國文獻中，未能尋獲適當之資料，又或有類似議題之文獻，惟在與本文探討之議題有所差距下，實難以作進一步之介紹。因此，本文相關文獻之探討，將以本國文獻之分析作為主要內容。

就學說專書而言，由於借名登記契約尚在發展中，因此多數學者僅將借名登記之議題置於書中與特定議題做比較，或於某一章節中簡單提及，而未有一專題性之討論。例如在民法總則之教科書中，學者多將之置於法律行為效力之章節進行討論，或在債編各論中，列為與現行有名契約之比較。另就信託法相關書籍而言，亦常見學者將借名登記契約列於消極信託之討論中，或並列比較。實際上較多討論者，以期刊著作為主，且不限於對近期之實務探討，在過去信託法未制定之年代，亦屢見學者提出類似概念並予以比較分析。事實上，早期雖多見學說將借名登記並列於消極信託之進行探討，但近期之文獻則多將之與信託契約之概念嚴加區分。此項趨勢，本文認為似係受到信託法立法之影響，即在立法後難再以現行信託法之規定套用於借名登記上，且在不斷累積相關案例後，現代借名登記契約之內涵已逐漸形成，因此，多數學說不再將借名登記視為信託或其他有名契約之一部，實屬必然之趨勢。

末就學位論文之探討，以借名為題之相關論文並非少見，惟個別論文間所探討之議題尤有巨大之差異。例如有以歸納借名行為之契約為核心、以與信託制度之比較為核心、以物權變動之歷程為核心等，在在皆係自各種不同之面向探討此一無名契約。此外，關於登記制度

之研究，亦有不少學位論文可供參考。本文除專書與期刊著作外，將一併參考相關之學位論文，以祈能自多方觀點探討借名登記契約，不致偏廢於特定看法。



第二章 不動產借名登記之法律關係

第一節 借名登記之發展與爭議

在華人社會中，習有借用他人名義從事法律行為之現象，俗稱借人頭。此種借用他人名義之行為，在現代交易中不但經常為國人所用，甚至已成為日常生活之一部分，例如借用朋友之會員資格訂購產品、以子女帳戶購買股票、借用他人執照從事營業行為等等。在該等借名關係中，出借名義之人大多僅充作人頭之角色，亦即提供名義之人僅作為借用人與他人交易之媒介，而與系爭交易內容無關。蓋在國人一般觀念中，所謂借人頭之行為，不過是「搏感情」或給他人圖個方便的一種表現，因此出名人不會將自己視為系爭以人頭所為交易之當事人，亦不會就該交易之內容或權利義務加以干涉。此外，即便在借人頭的過程中不一定有好處可拿，但擔當人頭者基於人情關係，通常不會與借用人約定報酬，也不會主動向借用人索取。

而借用人之所以不欲使用自己名義對外進行交易，其原因有多種可能。或許係因法律限制，例如土地法舊法第 30 條限制農地之取得以具自耕能力者為限，不具自耕能力之人勢必得借用符合法規限制之人之名義始得取得農地¹；或許係為了躲避債權人追討債權，而將自己名下之財產登記於他人名下²；也或許是因為感情或輿論上之壓力，方借用他人名義進行財產登記³；以及可能係基於財產管理上之便利，將組織之財產全部登記於某一成員名下等等。此外，為借名行為之客體亦可因當事人間之約定呈現多種樣貌，例如借用特定資格進行營業（借牌營業）⁴、借用親屬帳戶進行股票買賣⁵、借用他人名義為不動產登記等等。又相較於遵循相關規定，直接借用他人名義進行交易無疑

¹ 最高法院 73 年度台上字第 4072 號判決。

² 最高法院 94 年度台上字第 362 號判決。

³ 最高法院 91 年度台上字第 1871 號判決。

⁴ 最高法院 94 年度台上字第 2303 號判決。

⁵ 最高法院 99 年度台上字第 226 號判決。

係一種交易變通，對當事人而言亦為便捷，如能善加利用將可大幅減少交易成本，並變相的促進交易市場活絡。是以，借名行為不但為兩人關係友好的一種證明(出名人通常係基於一定情誼始答應出借名義)，亦因其具有高度彈性、多樣性、與便利性，在講究人情的台灣，此種借人頭文化之興盛，實不難想像。

然而，由於使用人頭之緣故，借名關係以外之第三人無從得知提供名義之人是否為真正權利人，導致第三人需承擔遭真正權利人追奪權利之風險。此外，在借名人與出名人間，亦常見其等對於借名約定是否存在，以及孰人為真正權利人等發生爭議。尤其在不動產借名登記類型，雖然依法律行為所為之物權變動必須以登記為要件，但如借名人與出名人間欠缺物權變動之意思而為虛偽登記，系爭登記名義將發生名實不符之情形，並有造成第三人因信賴不實登記而為交易之可能。此時，第三人因不實登記而取得之權益應如何確保，真正權利人應如何保障其權利，系爭借名財產之所有權究屬何人等，皆屬借名登記經常發生之爭議。

第二節 不動產借名登記之意義與性質

第一項 借名登記契約之特色

即便借名登記在各種不同案例中呈現之面貌有些許不同，但大致上仍可歸納出其具有以下特色。

第一款 高度本土性議題

借名登記，解釋當事人之真意，其目的應在於借用他人名義以實現特定經濟上之需求。例如一方在欠缺合法登記資格之情形下，如其欲取得特定法律行為之利益(如向第三人購置不動產或規避稅捐)，勢必得透過他人名義完成登記始能達其目的。因此，只要有上述需求存

在，借名登記就有存在之可能。

但除了須有借用他人名義之需求存在，一國之民俗風情或習慣毋寧才是影響借名登記發展最主要之關鍵。以我國為例，在華人社會中，相較於追求個人利益，人際關係之和諧毋寧更為國人所重視，尤其台灣社會向來講究人情關係，或許是基於維繫人際關係之目的，即便明知借名登記有可能發生爭議，借人頭之風氣在台灣仍不見消退。

此外，或許是民族性使然，相較於遵守制式不變之規定，華人社會更善於「變通」與「取巧」，使得許多本受法律限制而無法達成目的之行為，仍得透過借名行為變相實現當事人之利益。又即便借名登記之目的並非在規避法律，由於華人社會向有來「財不露白」之習慣，因此基於不欲使人知悉個人實際之財產狀況，不論其本意係為規避債權人強制執行，或僅係單純避免親朋借貸，將自己財產登記於他人名下之情況仍時有所聞。

因此，即便各國同有借用他人名義之動機，但似乎僅我國具有高度重視人情與財不露白之風氣。故借名登記契約之所以具高度本土性之色彩，實不難想像其道理。

第二款 名實不符

由於借名人無法或不願就財產權對外彰顯名義，因此需要透過借名登記以實現其目的，換言之，借名登記本係為滿足形式名義表彰之需求，所謂名實不符必然為借名登記之特色。然而，登記制度存在之意義，本係為使交易之當事人及利害關係人得正確評估財產權之實際致狀況，並透過登記所生之公式力與公信力保障交易安全。此外，登記制度亦有簡化稅捐徵收、落實行政管制、與實現規範之立法目的等功能，如一律放寬借名登記契約，恐使前述登記制度之作用落空，並架空法律規範。

因此，是否有承認此種契約之必要，或應如何拿捏此種契約之效

力，由於所設情狀不同，契約內容之差異等理由，在當事人實現利益與保障公益間之取捨，往往僅能個案認定，難以形成一客觀標準。也或許正因為如此，導致借名登記雖已在我國存在相當時日，卻遲遲仍未能立法化。

第三款 與法規範之對立與衝突

借名登記成立之原因，除了隱匿財產或財務規劃外，多半具有規避法律規定之情形。也正是因為借名人欲突破法律規範之限制，方須借用形式上之合法名義以實質取得利益，但在此同時，借名登記恐與法律規範發生若干之衝突。

又即便法律限制不以強制規定為限，但仍有不少借名登記存在之目的係為迴避強制禁止規定，以使原先無效之行為轉為有效。而此種迂迴規避法律之方式，不論是直接或間接的衝撞法規，每每挑戰法規之立法目的或評價，因此使借名登記之效力遊走於法律邊緣，而有被宣告為無效之風險。

第二項 借名登記契約之意義

依私法自治與契約自由原則，當事人本得基於不同目的與需求，自由形塑其間之契約關係。因此關於借名登記契約之內涵，藉由不同之約定，其所呈現之樣貌也存在著多種可能性。例如在借用名義為登記外，另行約定出名人得為借名人之利益為借名財產之管理或利用，此時該契約表面上雖稱為借名登記，但實質上亦可能被評價為委任或信託。因此，欲就此種新興契約予以定性，實有一定之難度。

就案例類型予以歸納，即便當事人得就權利義務為進一步具體之約定，但大部分之爭議類型，多屬當事人未有具體約定之情形。導致實務在處理借名登記糾紛時，將遭遇應如何以有名契約補充解釋之難題。尤其在一開始界定當事人借名登記之行為是否可評價為某種契約，

或應給予借名登記契約何種意義，即便近期實務似有逐步統一借名登記定義之現象，但基於不同之案型與需求，在不同之法律關係下所形成之借名登記，恐仍難給予其一明確之定義。

如自國人借名習慣加以解釋，出名人通常不會對借名目的或借名人對外締結之法律關係內容加以置喙，實際上亦經常認為其與該項因借名行為而成立之法律關係無關，甚至在借用名義取得特定財產或權利之類型中，亦不會認為自己為該借名財產之所有權人，因此不會對系爭借名取得之財產進行使用、收益、處分或管理。此種類借名登記，常見於借用他人名義對外為法律行為之情形。相關案例有：

最高法院 94 年度台上字第 953 號判決：

「本件被上訴人主張：伊為上訴人之堂弟，於民國五十三年六月十九日，曾與上訴人之父即訴外人沈水樹，共同出資向訴外人林金誥購買坐落台南縣新營市…土地三筆，並由沈水樹代理上訴人，與伊在代書陳振明見證及代筆下簽立覺書，言明土地信託登記在上訴人名下，日後如有出賣或自用時，上訴人應將伊所占有之○·二甲部分（經換算後為共同購買土地面積之十二分之五）歸還，絕無異議。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。」

最高法院 97 年度台上字第 2445 號判決：

「被上訴人起訴主張：坐落台北市○○區○○段一小段六二○地號、六二一地號、六二二地號、六二三地號、六二四地號、六二五地號、六二六地號、六二七地號土地應有部分前四筆各為四分之一、後四筆各為十六分之一及其上建物即門牌號碼台北市○○路○段一四七號三樓房屋（下稱系爭房地），係由伊出資於民國九十一年十一月八日，以訴外人即伊胞妹蔡素卿名義向法院所標得。其後輾轉借名登記於上訴人名下，系爭房地之所有權狀皆由伊執有，貸款本息及水、

電等費用，亦均由伊負擔，並已覓工進行裝修，係由伊管領使用。…按所謂借名登記契約，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。」

另一常見類型，借名人之所以借用他人名義為法律行為，大部分之原因係基於管理財產上之便利，或係基於特定目的不欲使外人能輕易得知其為財產之所有人或權利人，但當事人間亦經常有出名人不得就借名財產為使用、收益、處分、管理之約定。相關案例有：

最高法院 100 年度台上第 2207 號判決：

「本件被上訴人主張：兩造及訴外人曾秀治共同繼承訴外人曾有泉名下嘉義市…等土地，登記應有部分各四分之一。陳白敬於民國四十四年四月七日代理伊及曾美惠、曾秀治將…號土地售予前台灣省交通處公路局，並以所得價金先後購買嘉義縣民雄鄉…及嘉義市…土地，依序登記於曾美惠、陳白敬名下，此項登記應屬信託或借名登記。…按不動產借名登記契約，其性質為關於勞務給付之契約，依民法第五百二十九條之規定，固得適用同法關於委任之規定，惟借名登記之出借名義人，其義務僅出借名義供借名人登記為不動產所有人，而於借名契約終止後，依約將登記其名下不動產移轉登記返還予借名人，並無為借名人管理、處分或收益不動產義務。」

最高法院 103 年度台上字第 1551 號判決：

「被上訴人主張：吳清溪為藤蔓國際有限公司（下稱藤蔓公司）及老虎鑣局投資顧問有限公司（下稱老虎投資公司）之實際負責人，自民國九十六年起成立所謂「老虎團隊」（或稱老虎集團），以藤蔓公司名義開設銀行與投資不動產系列課程，繼而於網路上發佈上開課程訊息招募學員，藉各項不動產之投資方案聲稱可分享利益而向不特定人或學員募集資金，集資所得則四處購買不動產，並借名登記於第三人名下。…按稱「借名登記」，乃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，應與委任契約同視，而類推適用民法第五百四十六條、第五百四十七條規定。」

觀察前述常見之不動產借名登記類型，就實務所肯認之借名登記契約加以歸納，即便個別案例中法院對借名登記之描述有些許差異，但吾人仍可得知實務所承認之借名登記，應至少具備二主要特徵：(1)當事人約定一方將自己之財產移轉登記與他方或以他方名義登記以實際取得權利(2)實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有⁶。

至於學說上對於借名登記契約之定義則有：「借名登記契約，謂當事人約定，一方（借用人）經他方（出名人）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人。⁷」，或在此基礎上，認為應加上「實際管理、使用、收益與處分均由一方自行為之」之要件⁸。

本文認為，自借名登記之交易習慣解釋，借名人締結借名登記契約之目的，無非係借用他人名義，暫時的由出名人擔當借名財產之登記名義人，而無使出名人終局保有登記名義之意思。亦即在借名登記之對內關係中，借名人通常並無使出名人成為實質權利人之意思，因而多有出名人不得為使用、處分、收益、管理之約定，即借名人將立身於真正權利人之地位，行使借名財產之所有權能，並排除他人之利用，此乃實務所稱之「實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有」之特徵。但得否以該特徵作為區別借名登記與其他契約之最主要依據，本文認為，借名人對內既以真正權利人之身分自居，其本得

⁶ 例如最高法院 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。」類似見解：最高法院 100 年度台上第 2207 號判決、最高法院 103 年度第 1551 號判決、最高法院 103 年度第 2405 號判決等。

⁷ 詹森林，借名登記契約之法律關係，民事法理與判決研究(五)，元照出版，初版，2007 年 12 月，頁 78。

⁸ 葉張基，借名登記契與信託契約之比較一兼評最高法院九十一年度臺上字第二〇二八號民事判決，全國律師，2005 年 5 月，頁 117。

自由決定如何使用、處分、收益、管理借名財產，如其欲使出名人享受部分權能亦無不可。況且，在部分案例中，借名人締結借名登記之目的並非在獲取一定之經濟利益，基於一定人際關係之維持，其亦可基於出名人之利益而為移轉登記，並約定由出名人使用管理借名財產。例如父親為了避稅而將新購置之不動產登記於大兒子名下，雖然實際使用管理之人皆為大兒子，但在父親無贈與之主觀意思下，其借用大兒子名義進行登記之行為，仍可為借名登記。因此，實務所稱「實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有」，應非構成借名登記契約之必要之點。

此外，由於借用他人名義通常係借名人為獲取特定利益，所為暫時由他人擔當登記名義人之行為，因此當借名人已實現該利益，而無繼續借用他人名義之需求或已無法再繼續使用他人名義，借名人勢必將本於真正權利人之地位，請求出名人返還登記。是以，就借名行為進行解釋，借名登記另一經常被忽略之特徵應為「出名人負有返還移轉登記之義務」，且即便當事人間對於返還時點未有約定，基於習慣與經驗法則，在借用名義之需求已不存在或借用名義之行為已無法再繼續維持(例如借名登記契約遭法院宣告為無效或當事人一方死亡)，出名人即應將登記名義返還與借名人。

因此，本文認為得稱為借名登記契約者，其應具備之特徵為：(1)一方向他方借用名義，並使他方擔當登記名義人；(2)他方應於契約終止時返還借名登記與一方。

第三項 借名登記契約之性質

為實現一方借用他方名義以獲得特定利益之借名目的，出名人基於履行擔當登記名義人之義務，經常需與借名人或為交易之第三人協同辦理移轉登記，該項協同辦理移轉登記之行為因而似有隱含為借名人處理事務之意義。但由於借名登記與典型如僱傭、委任、承攬等勞務契約之構成要件存有些許差異，因此多數學說與實務見解仍將借名

登記視為一種無名契約⁹。並依交易習慣與一般契約原則，認為借名登記不以書面或交付標的物為必要，即其應屬一不要式與不要物契約。

再就借名登記契約之存續期間而言，借名人雖不一定與出名人有所約定，然一般情形下契約多會存續一段時期，並於約定之期間屆滿或契約終止時，由出名人負移轉登記之義務，因此借名登記契約應為繼續性契約。

在我國嚴格劃分債權、物權契約之分際，以及採取物權法定原則下，物權之變動仍須遵守法定要件，而不容當事人任意以約定之方式為之。且當今通說所謂依契約自由原則成立之契約，毫無疑問的都是債權契約¹⁰，因此借名登記既未經法律承認具有形成或變動物權之效力，又係基於契約自由原則而被承認，故借名登記契約實乃一債權契約。

此外，基於交易習慣，借名登記係以一定信賴關係作為維繫，出名人基於做人情之目的，通常不會向借名人要求或約定報酬，且即便借名人願意給付報酬，出名人仍不會因此將之視為係借用名義之對價。因此，借名人之報酬給付義務與出名人協同辦理登記義務間，並不具有對價關係，即借名登記應屬一不真正雙務契約¹¹。且視當事人約定，借名人不一定負有給付報酬之義務，因此借名登記並非當然為一有償或無償契約。

⁹ 詹森林，借名登記契約之法律關係，民事法理與判決研究(五)，元照出版，初版，2007年12月，頁78；陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約—最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，第123期，2005年，8月，頁231；吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分/最高院98台上76，臺灣法學雜誌，第137期，2009年10月1日，頁163。

¹⁰ 陳自強，契約自由原則及其界限，契約之成立與生效，元照出版，三版，2014年2月，頁155。

¹¹ 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二〇二八號民事判決，全國律師，2005年5月，頁118。

第三節 不動產借名登記之效力判斷與類型

第一項 私法自治與契約自由

一般而言，法律可謂係人類生活關係之規範，並可分為公法上之生活關係與私法上之生活關係二種。就前者而言，係以權利服從關係為基礎，並以國家或公共團體作為當事人之一方或雙方為原則，此種關係即為公法關係。後者則以自由平等關係為基礎，並以尊重個人之自由意思為指導思想，以對立之權利義務為內涵，此種關係即私法關係¹²。

在私法關係中，由於尊重個人之自由意思，私法自治原則亦成為私法領域中最高指導原則。所謂私法自治，其意義為：當事人得依其自由意思創設、變更或消滅其私法上之生活關係。在私法自治原則下，法律並不預先就私法上之生活關係加以規範，相反的，私法自治原則賦予個人法律之力，肯認當事人本於自由意思所為之表示具有法之約束力，並對基於此種標示形成之私法上生活關係賦予法律上之保護。亦即在私法自治原則下，國家應盡可能地減少干預，並尊重個人在公平、自由之秩序上追求其最佳之個體利益，使個人得實現自己之意思，以成就自我決定¹³。

私法自治原則雖言個人得自由型塑其私法上之生活關係，但具體實踐仍有賴契約自由原則加以闡釋。作為私法自治原則最主要之內涵，學說一般認為契約自由原則之具體化包含四個部分：締約自由、相對人選擇自由、內容決定自由與方式自由。即個人得自由選擇是否締約、與何人締約、如何締約、以及在不抵觸強行禁止法規或公序良俗之前提下自由約定契約內容。而承認契約自由除了作為私法自治之具體化

¹² 詹森林，私法自治原則之理論與實務，民事法理與判決研究，1998年11月，頁1。

¹³ 詹森林，私法自治原則之理論與實務，民事法理與判決研究，1998年11月，頁3。

外，在交易過程中亦具有相當重要之功能。例如簡化交易及免除不必要之手續，以減少時間、金錢、勞費等成本支出；或藉由契約自由，使當事人能針對個案實際需求，量身訂做符合自己需要之契約，以使契約法能夠深具彈性，並使法律能與經濟發展，齊頭並進¹⁴。

第二項 不動產借名登記效力之判斷

依私法自治與契約自由原則，以一方借用他方名義進行登記為內涵之契約，不論係將自身財產移轉登記於他方名下，或係以他方名義登記取得財產為內容，依當事人主觀目的判斷，此種一方利用他方名義以實際取得財產或從事經濟行為之契約，均應可將之稱為借名登記契約，並在未抵觸強行禁止規定或違反公序良俗下，得肯認此種契約之效力。

然而，基於不同之動機與需求，當事人間對於借名登記之內涵可能有不同之約定，其間之法律關係亦未盡一致，導致今日對於借用他人名義進行登記之契約效力與內涵，難以一統一之「借名登記契約」概念加以涵蓋並解釋，亦難謂此種契約必然為有效或無效¹⁵。

事實上，在進一步分析系爭借名登記之效力前，首先應就個案之背景事實加以釐清，並在不同之案型中，針對實務或學說判斷系爭借名登記效力之方式進行探討，方能得知借名登記在不同案例事實中之效力究屬有效或無效，而不得泛言「借名登記」契約之效力為有效或無效。

觀察實務上因移轉登記所生常見之借名登記糾紛，如依當事人借用他人名義之目的進行分類，可大致區分為規避法律上之資格限制、

¹⁴ 陳自強，契約自由原則及其界限，契約之成立與生效，元照出版，三版，2014年2月，頁161。

¹⁵ 國內多數論述似認為借名登記有一統一之概念，並試圖以該統一概念分析借名登記契約之效力。詳參：卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011年2月，頁14-36。

規避賦稅或節稅、脫免債權人強制執行、基於親屬情誼、單純隱匿財產訊息、團體之投資與財務規劃等類型。本文以下將就實務與學說對於判斷借名登記契約效力之方式進行說明，並就不動產借名登記之重要類型進行探討，最後提出若干心得。

第一款 實務見解

於借名登記契約一詞尚未為實務使用之階段，關於一方借用他方名義進行登記之借名登記行為，實務經常以脫法行為理論¹⁶以及有無正當理由之消極信託理論¹⁷作為判斷系爭借名登記法律行為效力之依據。

以早期私有農地買賣之類型為例，過去受限於舊土地法第 30 條¹⁸之規定，農地之所有人以具自耕能力者為限，因此，不具自耕能力之人勢必需借用具自耕能力者之名義，始能實質取得農地所有權。而在尚未發展出借名登記種契約概念之當時，對於此種以迂迴方式規避舊土地法第 30 條之「借名買地」行為，法院多將之評價為脫法行為而無效¹⁹，並認為如承認此種借名登記契約之效力，恐造成舊土地法第 30 條之立法目的不達，因此否定此種借名登記契約之效力²⁰。例如最

¹⁶ 最高法院 87 台上字第 2834 號判決：「按當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，乃學說上所稱之脫法行為，倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。」

¹⁷ 針對借名登記與信託概念之比較，詳參第三章第一節第四項。

¹⁸ 民國 89 年 1 月 26 日修正刪除之舊土地法第 30 條規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。違反前項規定者，其所有權移轉無效。」其立法理由乃謂：「本條規定私有農地所有權移轉之限制，其目的在防止非農民承受農地，實行土地壟斷、積極輔助農民增加取得耕地使用機會，從而創始扶持自耕農，促進土地利用，並期促進耕者有其田政策之實踐。」

¹⁹ 詹森林，信託之基本問題，民事法理與判例研究，自版，三刷，2001 年 8 月，頁 229-231；吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分/最高院 98 台上 76，臺灣法學雜誌，第 137 期，2009 年 10 月 1 日，頁 163。

²⁰ 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，2006 年，11 月，頁 19。

高法院 73 年度台上字第 4072 號判決即稱：「上訴人並無自耕能力，依契約第八條約定：上訴人雖可指定登記名義人，並經上訴人先後指定有自耕能力之林甲、林乙為登記名義人。然林甲供證：「只用我的名義登記，並不是要登記為我所有」。高某亦供證：「指定林乙，只是用他名義登記而已，無意把該土地給他」等語。顯見被上訴人因無自耕能力，依土地法第三十條之規定，不能享有系爭土地之所有權。乃於買賣契約中，作成徒具形式而無實質之利他契約，利用登記名義人之指定，逃避土地法第三十條之規定，以達其享有土地所有權之實質目的此種脫法行為應屬無效。上訴人本此請求被上訴人辦理所有權移轉登記，即難准許。」

至於其他無明顯規避法律限制之借名登記類型，則經常被法院視為消極信託²¹，並於個案中視借名人借用他人名義是否具正當理由，以評斷系爭法律行為是否有效²²。例如基於隱匿財產訊息目的所締結之借名登記契約，過去即有法院認為此種借用他人名義進行登記之法律行為，因具有一定之社會目的，故不屬一無正當理由之脫法行為，因而肯認其效力²³。相反地，如係基於避免被課徵重稅而借用他人名義進行移轉登記，恐被視為係一不具正當理由之消極信託而無效²⁴，例如最高法院 79 年度台上字第 2757 號判決曾經表示：「本件上訴人

²¹ 最高法院 71 年度台上字第 2052 號判決：「所謂信託，係指信託人為自己或第三人之利益，以特定財產為信託財產，移轉與受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上目的之行為。受託人不特就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約之內容為積極之管理或處分。倘信託人僅將其財產在名義上移轉與受託人，而有關信託財產之管理、使用或處分悉仍由信託人自行為之，是為消極信託，除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，應難認為合法。」

²² 詹森林，信託之基本問題，民事法理與判例研究，自版，三刷，2001 年 8 月，頁 229-231。

²³ 最高法院 89 年度台上字第 572 號判決：「原審既認定係爭房地為上訴人所購買，使用王江山名義登記，且上訴人主張信託王江山名義登記，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江山名義登記，其社會上之目的，尚難謂有何脫法行為。原審未予究明，徒以本件為消極信託，屬脫法行為，即認上訴人與王江山間就係爭房地之信託契約為無效，亦嫌速斷。」類似判決，請參考最高法院 91 年度台上字第 1871 號判決。

²⁴ 關於基於避稅目的所締結之借名登記效力，本文將於本節第三項之重要類型探討中作進一步之說明。

自陳：係爭土地及房屋為伊所有，為免稅負太重及被政府徵收，乃將其所有權移轉登記與次子賴憲涇，但係爭土地及房屋之稅捐均由伊繳納，所有權狀亦由伊保管，土地房屋亦由伊佔有使用管理等語。是上訴人主張之信託事實，縱屬實在，其目的係在規避稅負及公用徵收，屬脫法行為，難認其合法有效，應不受法律保護…原審未待當事人之主張或抗辯，認定上訴人主張之信託行為為脫法行為，而為上訴人不利之判斷，並非訴外裁判。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，不能認為有理由。」

然而，第三人如欲主張系爭借名登記屬不具正當理由之消極信託而無效，恐因難以證明借名人借用名義之主觀目的，而使雙方攻防系爭借名登記效力之過程淪為互相抬槓。且縱然第三人得證明借名人利用他人名義進行登記之特定目的並非出於正當理由，然因借名人締約之目的實際上可能不只一個，如以締約目的是否具正當理由作為判斷契約有效與否之論據，不但未能使相對人得預見判決之結果並據以竭力攻防，亦將使系爭契約效力之判斷繫諸於一高度不確定之法律概念，而有淪為法官恣意之危險。

所幸，於信託法制定後，由於過去實務稱呼借名登記之「消極信託」概念已與信託法下之信託定義相去甚遠，因此今日多數實務已不再將借名登記稱呼為信託，亦捨棄了過去以「具正當理由」之消極信託概念作為判斷借名登記效力之方式。此外，隨著各種類型之案例不斷累積與學說理論之發展，當今實務已瞭解到脫法行為理論並不具有獨立之效力，並接納學說關於脫法行為理論之看法，認為其不過為法律解釋之問題而無法作為判斷法律行為效力之依據。因此，今日多數法院已不再將借名登記行為視為一不法之脫法行為，並據此宣告其為無效。而時至今日，實務已普遍承認借名登記乃一具獨立概念之無名契約，並回歸一般契約原則，於案例中就當事人之主張具體判斷是否有牴觸強行禁止規定或違反公序良俗之情事，若無該等契約無效事由之存在，本於私法自治與契約自由原則，則肯認系爭借名登記之法律行為應屬有效。

第二款 學說見解

在學說見解方面，即便今日多數見解認為，基於私法自治與契約自由原則，借名登記契約在無牴觸強行禁止規定與違反公序良俗下應肯認其效力，然仍有部分見解認為，「借名登記」必為脫法行為與消極信託，因此一概否定借名登記之效力。

第一目 少數見解

有學者主張，脫法行為是用來稱呼以形式合法掩飾非法的行為，即形式合法但實質不法之情形，因此，如稱呼某行為是脫法行為，實已同時對該行為做了法律的價值判斷。此外，對於某一法律關係應適用哪些法律規範，應實質認定其事實屬於那些法律規範評價之事實，不得拘泥於客觀上當事人為掩蓋非法目的所偽裝之事實。以消極信託為例，就外部事實而言，其雖與積極信託同具相同外觀，然消極信託係當事人規避法律所為之偽裝，因而發生名義所有人與實質所有人不一致之情形，其不但無積極創造財產利用之功能，反而可能對第三人造成不測之損害與妨礙交易安全，因此消極信託為形式合法但實質違法之脫法行為，當屬無效²⁵。

至於應否承認借名登記之效力，其認為除非事實發生於信託法公布前而不受信託法規範外，信託法可以概括適用於民事法律關係，只要該法律關係名實不符，就有信託法之適用，且除非符合積極信託之定義，否則就是消極信託而無效。因此，現代借名登記既為名實不符之法律關係，亦不符積極信託之要件，故應將之視為消極信託，而認為係一脫法行為，自始無效²⁶。

²⁵ 謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為，財產法專題研究(六)，台灣財產法暨經濟法研究學會出版，初版，2008年，11月，頁481-484。

²⁶ 謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為，「財產法專題研究(六)」，台灣財產法暨經濟法研究學會出版，初版，2008年，11月，頁484-486。類似見解：在土地法舊法第30條仍屬有效之時期，不論不具自耕農身分之借名人與出名人

針對以「是否具正當理由之消極信託」作為判斷借名登記效力標準之實務見解，其批評：過往實務承認具「正當理由」之借名登記，不論係出於親子情誼或避免流言議論，本質仍不外乎出於脫產或逃稅，如承認借名登記契約之效力，將為不法行為大開方便之門²⁷。

而對於多數學說基於私法自治肯認借名登記契約效力之見解，其亦指出：契約自由應具一定限制，如當事人之契約具外部性，法律即有加以管制之必要，以避免第三人的權益受損。因此，借名登記契約必須受管制，而不得單純以契約自由作為認定借名登記契約有效之論據²⁸。

第二目 多數見解

不同於前述借名登記否定論之看法，多數見解認為借名登記之效力必須依個案事實個別認定，尚無一概將「借名登記」視為無效之必要。過去學理上雖曾有脫法行為應否給予法律上獨立定位及脫法行為效力之爭議，然在無法尋得承認其獨立法學類型之基礎，及未能建立可茲適用之標準下，脫法行為理論已然不具有獨立存在之價值。此外，在法學方法論興起後，大部分之法律行為與事實皆可依細密之推論過程，於現有之法條下獲得解決，縱使有部分案型無法依解釋方法納入

締結之契約為積極信託或消極信託，基於真正貫徹土地法第 30 條之立法精神與公共政策，縱現行信託法第五條未將違反公共政策之不法信託行為列入其中，但參酌英美有關不法信託之類型，包括違反公共政策，似應將信託法第 5 條第 2 款之公共秩序擴張解釋道包含違反公共政策之情形，使借名人與出名人間之信託行為歸於無效。詳參：蔡英欣，論農地移轉之信託問題，律師通訊，第 204 期，1996 年 9 月，頁 45。

²⁷ 謝哲勝，借名登記之名消極信託之實一評最高法院九十八年度台上字第七六號判決，月旦裁判時報第 1 期，2010 年 2 月，頁 58-62。類似見解亦有指出，如承認借名登記契約之效力，不啻間接否定土地法第 43 條及其他有關法律登記之效力，同時借名登記後，如認定其無效，又造成許多糾紛，譬如宣告農地借名登記無效，則原地主是否可請求回復原狀，或請求損害賠償，再衍生許多法律糾紛及社會問題。詳參：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，2012 年 2 月 2 日，頁 2。

²⁸ 謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為，財產法專題研究(六)，台灣財產法暨經濟法研究學會出版，初版，2008 年，11 月，頁 485-486。

法條適用，今日亦得透過漏洞補充理論獲得解決²⁹。是以，所謂脫法行為理論，充其量不過為法律解釋之問題³⁰，而無承認脫法行為具獨立意義之必要，亦不因法律行為被評價為脫法行為，即當然無效。

少數見解所謂消極信託無效之論述，無非係將消極信託視為脫法行為，並將脫法行為解釋為無效之法律行為，方能得出消極信託為無效法律行為之見解。今日所謂信託，自英美信託法展之歷史沿革以觀，其最初雖係為「規避法律」而設，但發展至今，其早已擺脫過去消極之色彩，並在各類交易需求之發展下，進入一全新領域。過去不符現代交易使用之理論不但早已被揚棄，現代之信託概念亦與早期有所不同。因此今日若再以過去脫法行為之概念解釋消極信託之效力，恐非洽當。

且即便早期英美曾有立法例否定消極信託之效力，但晚近亦有立法例基於保障財產隱私權之理由，在某些商業交易中，承認消極信託之有效性³¹。因此，如稱消極信託必為無效，實已與當代法制有所扞格。更何況消極信託於我國並無明文，因此難謂我國法當然有否定消極信託效力之意味。此外，當今實務趨勢與多數學說見解皆認為借名登記並非信託法上之信託，故即便認為信託法將消極信託評價為無效之法律行為，亦與借名登記之效力無直接關聯³²。

另自外部特徵觀察，部分類型之借名登記雖與消極信託同具有「一方當事人將其財產移轉於他方」以及「名實不符」之特徵，但如欲以此即稱借名登記為消極信託，論理上尚有不足之處。蓋判斷某一

²⁹ 黃瑞明，契約自由與脫法行為，國立臺灣大學法律學系碩士論文，1980年6月，頁159。

³⁰ 所謂脫法行為，係指以迂迴手段規避強行規定，目的在於達成法律所不許之效果。今日通說認為脫法行為本身並無獨立意義與效果，其不過為法律解釋之問題，因此縱使構成脫法行為，仍應具體解釋該法律行為是否有牴觸強行禁止規定或違反公序良俗，方得確知系爭法律行為之效力。詳參：王澤鑑，民法總則，自版，2005年6月，頁306-309。

³¹ 方嘉麟，信託法之理論與實務，元照出版，初版，2003年3月，頁214。

³² 林誠二，不動產物權變動登記之實與虛-以我國台灣地區借名登記契約之相關問題為說明，北方法學，第8卷，第43期，2014年第1期，頁11。

法律行為之性質，實不得僅以外觀認定，而應探究雙方間真實法律行為之意思。學理上一般認為，法律行為之法效意思乃決定法律行為定性最重要之因素，因此為探求系爭法律行為之本質，實應探究當事人主觀真意。借名登記法律關係之解釋亦為如此，吾人實不得僅以外部特徵即稱借名登記必為消極信託，而應判斷當事人主觀上到底是單純借用名義，還是有信託目的存在，作為認定該法律行為之依據³³。因此，僅以該外部特徵即稱借名登記必為消極信託，尚屬牽強³⁴。又縱使當事人係以消極信託之意思為借名登記，在認定係爭法律行為效力時，仍應以其是否具「正當理由」作為判斷。如不具正當理由，即可解釋雙方係基於通謀虛偽意思表示而為消極信託，屬一無效之法律行為³⁵。然其間如有正當理由，依民法第 87 條第 2 項，應可解釋為當事人間有隱藏締結借名登記契約之真意，並依一般契約解釋之理論認定此種無名契約之效力³⁶。

此外，依私法自治原則(Privatautonomie)，即指私法給予個人廣泛之機會，依自己之自由意願去形塑其與四周之法律關係。任何人皆可依自己之好惡決定是否締約、向何人締約及決定契約之內容(契約自由原則)³⁷。而承認契約自由，將可達成契約之簡化與彈性³⁸，一

³³ 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 二〇二八號民事判決，全國律師，2005 年 5 月號，頁 123。

³⁴ 今日多數學說認為應嚴加區分借名登記與消極信託之不同，惟本文認為，在部分個案中，縱當事人稱其為借名登記，惟實際上與消極信託並無差異。況且，如嚴加區分消極信託與借名登記後，卻仍以過去實務「有無正當理由」作為判斷消極信託效力之依據，顯有高度不確定性、過為抽象、不符一般法律原則以有無違反強行禁止規定與公序良俗之疑慮。

³⁵ 有學說認為，針對過去農地買賣之借名登記，如將之評價為消極信託，則可能因系爭契約目的在於迴避土地法第 30 條，屬一不具正當目的之消極信託，而有構成信託法第 5 條第 1 款及第 4 款之契約無效事由。詳見詹森林，私有農地之買賣—最高法院相關判決之分析，政大法學評論，第 58 期，1997 年 12 月，頁 226-227。惟本文認為消極信託既不符信託法第 1 條關於信託之定義，自非信託法上所稱之信託，亦無信託法之適用，因此恐無法以信託法第 5 條之規定作為借名登記因欠缺「正當理由」而無效之依據。

³⁶ 陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約—最高法院九十四年度台上字第 三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年，8 月，頁 231。

³⁷ 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第 125 期，2005 年 10 月，頁 5。

³⁸ 陳自強，契約之成立與生效，元照出版，三版，2014 年 2 月，頁 153。

方面滿足各種交易之需求，使自由交易所促成之福祉達到極大，另一方面簡化交易成本，形成福祉極大、成本極小之境界，原則上符合公共利益。

因此，在符合私益同時不違公益之情形下，依私法自治原則與契約自由原則，應肯認借名登記契約之效力。蓋現行法並無禁止借名登記契約，故此類契約不生違反民法第 71 條之問題，在不抵觸公序良俗下，亦無民法第 72 條之適用³⁹。又否定論者指出，在借名登記契約有侵害第三人權利與妨礙交易安全下，應不得忽視契約自由之界線而泛以私法自治原則肯認借名登記之效力。然締結借名登記契約之目的、內容與對第三人之效力，尚應依個案具體認定，因此在個案具體認定前一概否定借名登記之效力，實無必要。例如特定借名登記約定僅影響課稅之計算基礎或導致土地登記制度有違真實，此為稅捐機關得否核實課稅或當事人應否承擔登記不實所生風險之問題，不當然得做為否定私人所為法律效力之依據，亦無一概禁止之必要⁴⁰。

第三款 本文見解

同多數學說見解，本文認為，依私法自治與契約自由原則，借名登記故得由當事人依其需求與目的自由形成之，而判斷該契約效力之方式，應回歸一般法律原則之判斷，即於個案中視當事人間之約定是否有抵觸強行禁止規定或違反公序良俗而定，而無須另行借用抽象之脫法行為理論與無正當理由之消極信託理論作為判斷借名登記效力之依據。

關於借名登記之效力，過往實務上多以脫法行為理論與是否屬具正當理由之消極信託作為判斷依據。本文認為，此或許係早期實務未能釐清脫法行為概念以及誤用消極信託概念使然。

³⁹ 詹森林，借名登記契約之法律關係，收錄於民事法理與判決研究(五)，元照出版，初版，2007年12月，頁79。

⁴⁰ 林誠二，不動產物權變動登記之實與虛-以我國台灣地區借名登記契約之相關問題為說明，北方法學，第8卷，第43期，2014年第1期，頁11。

按民法第 98 條之規定，解釋意思表示應探求當事人之真意，而不得拘泥於所用之辭句。尤其在契約解釋中，應通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣，本於經驗及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值做全盤觀察，不能拘泥字面任意推解當事人真意⁴¹。從而，面對一法無明文之契約，基於對私法自治與契約自由之尊重，猶應注意交易習慣與契約目的之解釋，不得僅因契約當事人之約定具規避法律之外觀，即泛以脫法行為為由，宣告系爭契約無效。

誠如多數見解所稱，脫法行為不應做為單獨宣告某一法律行為無效之論據，應探討者係法律解釋之問題。是以，法官職責乃解釋適用法律，縱當事人嘗試以形式合法之方式規避法律，法院仍需進一步探究當事人所迴避之法律規定是否屬強制禁止規定。如該規定僅為一般取締規定，則該法律行為不因此而無效。又縱使該規範屬強制禁止規定，亦應探究違反系爭規定之效果係屬何種無效，是否負擔行為與處分行為皆屬無效，或僅有負擔行為或處分行為無效？如違反系爭規定僅使處分行為無效(例如舊土地法第 30 條)⁴²，即不應泛以脫法行為為由，宣告系爭規避強制禁止規定之借名登記契約(負擔行為)亦同為無效。

至於借名登記契約是否應與消極信託契約加以區別，多數論者指出，基於不同之法效意思，當事人間法律行為之定性亦將有所不同，因此應先區辨當事人締約主觀目的究為消極信託或借名，始得判斷係爭契約之效力。本文認為，所謂消極信託固屬英美信託法制下之產物，於早年信託法尚未制定之階段，透過法官造法之方式，借用消極信託概念以判斷借名登記效力，誠屬不得已之方法⁴³。然現今信託法既已

⁴¹ 詳參最高法院 102 台上字第 748 號判決。

⁴² 王澤鑑，民法總則，自版，2005 年 6 月，頁 302-204。

⁴³ 最高法院 71 年台上字第 2052 號判決要旨：「所謂信託，乃委託人為自己或第三人之利益，以一定財產為信託財產將之移轉於受託人，由受託人管理或處分，以達成一定經濟上或社會上之目的之行為。受託人不特僅就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約所定內容為積極之管理或處分。如委託人僅以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義務，凡財產之

制定，多數實務亦已明示借名登記並非信託⁴⁴。因此，是否仍需借用「有無正當理由之消極信託」作為判斷借名登記效力之依據，本文持保留見解。

另關於借名登記否定論者稱借名登記必為消極信託而當然無效，本文認為其中似有誤用英美消極信託概念之虞。蓋英美法制上不承認消極信託效力，係因其信託有「名義上之所有權」與「實質上之所有權」概念之區分，即信託乃受託人取得「名義上之所有權」，而由受益人享有「實質上所有權」之法律關係。如承認受益人得管理又可收益之消極信託，將使區分「名義上之所有權」與「實質上之所有權」概念毫無實益。是以，美國信託法下所謂不承認消極信託，是因受益人既得管理又可收益，受託人當無繼續存在之必要，信託亦因此消滅，而非認定消極信託自始無效。況美國仍有某些州基於尊重隱匿性立法承認此類安排為有效之信託，不使之歸於消滅⁴⁵。由此可知，美國法院所稱消極信託消滅，實與我國實務所稱消極信託無效有別。因此，否定論者稱借名登記應屬英美法上無效之消極信託，似係於借用消極信託概念時，有所誤會。

況且，我國信託法制定後並無「消極信託」之用語，亦無構成消極信託即屬無效之規定。學者更進一步指出，如當事人為規避土地法舊法第30條而將農地登記在具自耕農身分之第三人名下，此種情形雖屬消極信託，而有構成信託法第5條第2款所稱目的違反公共秩序或善良風俗無效之可能。然依我國信託法第1條之規定，消極信託因自始不符該條之構成要件，故根本無法稱為信託法上之信託契約，亦無信託法第5條第2款之適用。固即便稱此種類型之借名登記屬消極

管理、使用、或處分悉由委託人自行辦理時，是為消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀而為之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，法院殊難認其行為之合法性」。

⁴⁴ 早期於信託法制定前，實務已自行發展出信託之概念，並將其進一步區分為積極信託與消極信託，而在「借名登記契約」一詞尚未廣泛為法院所使用下，將借名登記稱為消極信託。然於信託法制定後，早期之信託概念已與今日信託法所稱之信託有所不同，因此今日實務已不再以早期信託概念下之消極信託稱呼借名登記。

⁴⁵ 方嘉麟，信託法之理論與實務，元照出版，初版，2003年3月，頁215。

信託，亦將因無法適用信託法之規定，而難稱其必為無效⁴⁶。

本文認為，當今於信託法制定後，在判斷此種一方借用他人名義進行登記之法律行為定性時，僅需區辨系爭契約究屬信託法上之信託或借名登記契約，而無須借用消極信託之概念進行解釋。蓋現行法下並無消極信託之立法，消極信託亦因不符積極信託要件而無信託法之適用，倘嚴格區別借名行為屬消極信託或借名登記，僅徒增法律解釋適用上之困擾，倒不如直接回歸一般法律原則判斷其效力即可。即在判斷此種契約性質時，如認此種契約為信託法上之信託，依信託法之規定處理即可；如認為當事人雖具有信託外觀但無信託之實，不妨解釋當事人間有成立借名登記契約之意思，並依一般法律原則判斷其效力，而無借用消極信託概念之必要。

又基於私法自治與契約自由原則，個人享有締約與否、與何人締約及形成內容之自由。對當事人而言，其得以追尋成本極小、福祉極大之最佳利益，對社會而言，由於自願的交易會產生消費者剩餘和生產者剩餘，兩者相加亦形成社會之福祉，因此，契約自治原則上符合公共利益。而當私益和公益事一致不衝突時，藉由促進私益的行為，同時促成公益，此時國家並無干預契約自由之理由⁴⁷。即多數見解認為本於私法自治與契約自由原則，當事人締結借名登記契約，如無抵觸強制禁止規定或公序良俗，應肯認借名登記契約之效力，此項見解，應值贊同。本文亦認為，新興之無名契約，毋寧係反映了當代交易之需求，為避免箝制交易秩序發展之可能性，對於此類契約效力之承認應給予較大之彈性。即除有害於第三人利益或社會公益，對於借名登記契約之效力，吾人應採取較寬大之態度，原則上予以肯定。

此外，誠如前述，本文認為借名登記無須借助脫法行為或消極信託理論判斷其效力。蓋借名登記契約於契約自由之範疇中，本得藉由當事人之約定自由形成其內涵。縱其締結之目的不一而足，吾人尚可

⁴⁶ 方嘉麟，信託法之理論與實務，元照出版，初版，2003年3月，頁434。

⁴⁷ 謝哲勝，契約自治與管制，收錄於財產法專題研究(五)，台灣財產法暨經濟法研究學會出版，初版，2006年，5月，頁225-226。

藉由一般法律行為合法性之判斷原則加以認定，而無須一開始即全盤否認借名登記之效力。然應特別說明者，晚近實務雖已肯認借名登記契約屬一不同於信託之無名契約，但仍有部分判決指出該契約必須具備「正當理由」，始為合法有效⁴⁸。本文以為，實務所謂之「正當理由」，似指法律行為需出於正當原因，如締約目的不具正當性，即屬無正當理由之借名登記，而歸為無效。

但所謂法律行為之原因，應係指法律行為之構成部分，即當事人為財產上給與之目的，至於當事人所以為此給與行為之緣由，則屬動機。如汽車買賣契約中出賣人給付汽車與買受人，其給與行為之目的在於履行契約以取得價金請求權，至於其出賣汽車之緣由，或為出國、或換車，均屬動機⁴⁹。

因此，於借名登記契約中，判斷該法律行為效力所應端視者，應為該法律行為之原因，即當事人是否確實係基於履行契約之目的而為移轉登記或允出名人承受登記，至於所謂避免親朋借貸、親子情誼等緣由，應僅為「動機」，而非認定借名登記契約效力之依據。蓋所謂「正當理由」本身即屬一不確定法律概念，例如節稅是否為「正當理由」，實務上即有爭論⁵⁰，且如同否定論者所稱，過往實務曾肯認具「正當理由」之借名登記契約，其本質仍不外乎係出於脫產或脫法之目的。又當事人於法庭上陳述之「正當理由」除了可能有千百種外，當事人決定締約亦可能係出於多重目的，難僅以單一目之正當與否判斷借名登記契約之效力。況且，爭執是否具「正當理由」恐使借名登記契約之法律爭點失焦，而忽略了一般法律原則之判斷，故本文認為，判斷借名登記契約之效力，無須檢視當事人締約理由是否正當，而應回歸一般法律原則之判斷，始為正途。

⁴⁸ 最高法院 97 台上 2445 號判決：「按所謂借名登記契約，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。」

⁴⁹ 王澤鑑，民法總則，自版，2005 年 6 月，頁 287-288。

⁵⁰ 葉張基，借名登記契與信託契約之比較一兼評最高法院九十一年度臺上字第 二〇二八號民事判決，全國律師，2005 年 5 月號，頁 124。

觀察新近以來之實務見解，最高法院似已意識到前述法律行為原因與緣由之差異，而不再要求當事人締結契約之「理由」需出於正當，如最高法院 103 年度台上字第 1148 號判決稱：「按當事人之一方借用他方名義辦理不動產之所有權登記，且未違反法律之強制規定或公序良俗者，性質上屬於借名登記之無名契約，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種類之勞務給付契約之性質，依民法第五百二十九條規定，應適用民法委任之相關規定，得隨時終止借名登記契約。」，不再強調借名登記契約須具「正當理由」，而回歸一般法律原則，即未違反強制禁止規定或公序良俗者，原則上即屬一有效之契約。對於實務如此之轉變，本文表以贊同。

第三項 重要類型探討

第一款 規避法律上之資格限制

為保障特定族群取得財產權與達成行政管制之目的，部分法律在取得特定資格或財產權之條件上設有若干限制。因此，如借名人不具法規要求之資格，其欲取得系爭不動產，勢必得透過具備特定資格之出名人代其進行交易，以符合法規之形式要求。例如土地法舊法第 30 條第 1 項、國民住宅條例第 7 條第 3 項 與原住民保留地開發管理辦法等規定。此類型借名登記契約之特色在於，借名人係透過契約之方式規避原先法律禁止之事項，例如借名人因不具自耕能力，而與出名人約定先由具自耕能力之出名人取得農地財產權登記，待借名人取得自耕能力後，再由出名人返還登記與出名人，以達成借名人終局取得財產權之目的。而由於此種類型之借名登記多係為了規避法律上之資格限制，實務上產生了應如何判斷此種類型借名登記契約效力之爭議。此外，借名人如以自己名義向第三人購買須符合特定身分方得承受登記之不動產，該買賣契約是否有效，亦屬一實務上經常面對之難題。

此種規避法律上資格限制之借名登記類型，可謂係最常見之借名登記類型之一，而鑒於不同之需求與當事人間之約定，規避法律之借名登記可能出現之子類型更有百百種。為聚焦此種類型於現代交易中之重要性，本文以下僅就近期最具爭議之重要類型進行說明：

第一目 國宅承購

類似於早期非自耕農不得承受農地登記之規定，國民住宅條例第7條第3項限制承購國民住宅者須符合一定資格使得承購。此外，該條例第19條第1項⁵¹更進一步規定，承購國民住宅者須「居住滿一年」始可轉售。因此，不符承購國民住宅資格之人，勢必須與承購人簽訂附始期、約定「居住滿一年後移轉登記」之借名登記契約(轉售契約)，並由具承購資格之人作為出名人向政府承購國民住宅，始能實質取得國宅。

然而，國宅承購雖與過去私有農地買賣之借名登記同屬規避法律上資格限制之類型，但對此種類型之借名登記效力，即便係基於類似之事實或當事人主張，法院卻未有一致之看法。有部分見解認為，借名承購國宅應屬一附條件之國宅「轉售契約」，規避國民住宅條例僅有事後可能遭主管機關收回之問題，而與脫法行為無涉，亦非以自始不能之客體作為買賣契約之標的，因此出名人向政府承購國宅之買賣契約應屬有效。而本件見解雖未明確指出系爭借名登記之效力，但自其肯認借名人得請求移轉登記一事以觀，似有隱含承認借名登記效力之意思：

最高法院 85 年度台上字第 294 號判決：

「查上訴人於原審主張：伊並未與國宅處訂立購買系爭國宅之契約，故不生伊與國宅處間契約無效之問題；而直接與國宅處訂立買賣契約者為被上訴人，因被上訴人具有購買系爭國宅之資格，故其買賣

⁵¹ 國民住宅條例第19條第1項：「政府直接興建之國民住宅，其承購人居住滿一年後，得將該住宅及基地出售、出典、贈與或交換。」

契約應屬有效。至兩造所訂立之借名契約，實為系爭國宅之轉售契約，亦即由上訴人向被上訴人買受系爭國宅。該批國宅已有多戶辦理移轉登記，並無給付不能之情事等語。（見原審卷七九頁辯論要旨狀）似非主張伊與國宅處間就系爭國宅訂有買賣契約。原審竟謂上訴人主張系爭國宅之買賣關係存在於上訴人與國宅處之間，進而認定該買賣契約因給付不能而自始無效，上訴人不得請求被上訴人移轉登記，似已曲解當事人之主張而為論斷，揆諸首開說明，自屬違誤。上訴論旨執以指摘原判決違背法令，聲明廢棄，為有理由。」

但仍有見解認為，借名承購國宅同屬脫法行為，為確保國民住宅條例保障弱勢之立法目的得以實現，該項規定應屬強制禁止規定，此種規避規定承購國宅之借名登記，依民法第 71 條應屬無效：

臺灣高等法院 103 年度重家上字第 17 號判決：

「系爭房地為國宅，依 75 年間鄭模購買系爭房地時之國民住宅條例第 2 條規定，須收入較低家庭始有購買國宅之資格，鄭瑞誠自認其非低收入戶，並無申購國宅之資格（見原審卷(一)第 32 頁），是鄭瑞誠在 75 年間並無權向臺北市政府承購系爭房地。如其與鄭模間確就系爭房地締有借名登記契約，核屬以此迂迴之方式，以規避禁止鄭瑞誠取得系爭房地所有權之強制規定，而與政府興建國民住宅係為安定低收入者生活及增進社會福祉之政策目的相悖，要屬脫法行為，揆諸首揭說明，不應認可該契約，並賦予無名契約之法律上效力。是被上訴人主張鄭瑞誠、鄭瑞隆所主張之借名登記契約，顯違反民法第 71 條規定而屬無效，誠屬有據。」

另就學說見解而言，對於此種類型借名登記契約之效力，有見解認為此種借名行為雖有違反國民住宅條例之虞，但確為現今社會之實情，因此不否認此契約之效力⁵²。但亦有見解認為，國民住宅條例第 19 條第 1 項之立法意旨，在避免國宅承購人私自轉讓期國宅，以杜

⁵²葉張基，借名登記契與信託契約之比較一兼評最高法院九十一年度臺上字第 2002 號民事判決，全國律師，2005 年 5 月號，頁 120。

絕圖謀私利，並維護社會公益。國民住宅乃政府已直接或間接補貼方式所興建，具有實現社會正義之目的，如任由當事人以借名行為取得國宅，不啻以全體納稅國民之心血，補貼非法使用國宅者之私益。因而此種類型之借名登記契約，應已違反民法第 71 條之強行禁止規定，屬一無效之借名契約⁵³。

針對前述學說見解之討論，部分基於社會公益之維持與保障弱勢之目的，認為國民住宅條例第 19 條屬一強行禁止規定之學說見解，固有見地。惟本文認為，借名購買國宅之類型，應無抵觸系爭禁止規定之疑慮。蓋國民住宅條例第 19 條之規定僅限制須居住滿一年後始得轉讓，但未禁止轉讓。又民國 91 年修正系爭規定由原先需居住滿二年改為現今僅須居住滿一年，由該修法理由⁵⁴中可得知立法者係有意放寬限制，而有促進國宅轉讓之意。是以，不具承購資格之借名人與出名人締結此類借名登記契約，應無抵觸系爭規定之核心價值，而無民法第 71 條契約無效之情事。

第二目 原住民保留地買賣

依原住民保留地開發管理辦法第 18 條：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。」因此不具原住民身分者，如欲取得原住民土地者，將面臨與舊土地法第 30 條下農地買賣相同之困境。對於此種類型之借名登記契約效力，類似於私有農地買賣之類型，實務向來認為利用原住民身分以取得土地乃不法之脫法行為，因此認定此種借名登記為無效：

⁵³ 詹森林，違法轉售國宅之效力，月旦法學雜誌，第 21 期，1997 年 2 月，頁 84-85。

⁵⁴ 國民住宅條例第 19 條修正理由：「五、本條文規定國宅原承購人於承購國宅後，不得立即轉讓，須至少等二年的期限，同時，其承受人的條件資格也有所限制。如此不僅使國宅原承購人之財產權處分受到限制，造成國宅轉讓不易，亦導致無承購國宅資格者無法購買二手國宅，因此，為免除國宅交易受到不當的限制，同時進一步開放國宅自由買賣，修正本條。」

最高法院 100 年度台上字第 775 號判決：

「游阿和取得系爭土地所有權登記，囿於法令，無法依買賣契約辦理移轉登記，乃與王文增等八人（由王文增代表）成立借名契約，合意王文增等八人將系爭土地借名登記於其名下…系爭土地為原住民保留地，承受人以原住民為限，上開系爭土地買賣契約及借名契約均屬脫法行為，依法無效」。

臺灣高等法院 98 年度上字第 978 號判決：

「系爭土地為原住民保留地（見原審卷(一) 4 至 34 頁），依修正前原住民保留地開發管理辦法第 17 條第 1 項之規定，其移轉之承受人以原住民為限。乃游阿和竟將系爭土地出賣予非原住民之上訴人及訴外人甲○○、王陳秀玉，並經彼等約定借用原住民之游阿和登記為所有權人，而規避上開強制規定，固應認係脫法行為而無效。」

然而，關於借名人與原住民締結之原住民保留地買賣契約，今日實務多半認為，在法無明文禁止移轉登記於第三人之情形，只要承受登記之第三人具原住民身分，在該買賣契約中無其他抵觸強行禁止或違反公序良俗之情事下，即便買受人不具原住民身分，該項約定移轉登記與具原住民身分之第三人之買賣契約，仍屬有效：

臺灣高等法院 101 年度上字第 382 號判決：

「金中玉與張美英間就系爭土地成立買賣契約之合意，約定張美英將系爭土地所有權移轉予具有原住民身分之陳玉女；張美英並於 93 年 4 月 26 日依約履行系爭土地所有權移轉登記完竣乙節，已如前述；且參以金中玉與張美英間達成系爭土地買賣之合意，因金中玉並未具有原住民身分，乃約定張美英將系爭土地所有權移轉登記予具有原住民身分之陳玉女，並以陳玉女名義，與張美英簽訂系爭土地買賣契約等情，…堪認金中玉與張美英間成立系爭買賣契約之合意，既約定以陳玉女為系爭土地所有權之登記名義人，而金中玉與陳玉女間之借名登記契約並非法所禁止，則自難謂金中玉與張美英成立買賣契約

之合意，並以第三人為系爭土地所有權之登記名義人，為脫法行為甚明。是以，金中玉與張美英間就系爭土地成立買賣之合意，並約定將系爭土地所有權移轉登記予具有原住民身分之第三人陳玉女，並非屬脫法行為，自難謂為無效。」

最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決：

「出售原住民保留地與無原住民身分者，如同時約定登記與買受人所指定具有原住民身分之人，此項約定，非為法律所不許，難謂係以不能之給付為標的，其契約為有效。金中玉與張美英達成買賣系爭土地之合意，因金中玉不具原住民身分，乃約定張美英將系爭土地移轉登記與具有原住民身分之陳玉女，經證人即代書吳美玉證實，並有土地登記謄本、土地異動索引、土地所有權移轉契約書可稽。足見金中玉與張美英非通謀虛偽成立系爭土地買賣契約，且金中玉與張美英成立買賣契約時，已同時約定將系爭土地移轉登記與具有原住民身分之陳玉女，依上說明，難謂為脫法行為，該買賣契約有效。」

臺灣高等法院 103 年度上字第 907 號判決：

「原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效。(參照最高法院 102 年度台上字第 2189 號判決意旨)…系爭土地之拍定價金固係由陳素英、曾彥翔全額出資，僅曾武舉有管理、使用及收益之權，因曾武舉不具有原住民身分，無法取得系爭土地之所有權，故借由林貴春之名義出名應買，並由林貴春登記為系爭土地之名義上所有權人，林貴春經由拍賣程序與周守信等間就系爭土地成立之買賣契約，而曾武舉確係無法取得系爭土地之所有權，尚難認此以迂迴之方法逃避首揭原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項、第 18 條第 1 項規定之限制，而屬脫法行為，參諸上開首揭判決意旨，承買人非原住民，約定指定登記與原住民身分之第三人，仍非法之所不許，則舉輕以明重，本件買賣契約非屬無

效。」

至於學說對於此種類型借名登記契約之效力，則未有進一步之說明。本文認為，不同於舊法下之農地買賣或國宅承購之借名登記⁵⁵，除非法律變更，否則在現行法律限制下，不具原住民身分之借名人根本沒有取得承受登記身分之可能(原住民身分為生來取得)，因此系爭借名登記契約中返還借名登記之義務既無任何人可達成，依民法第246條之規定，該借名登記契約將因契約義務自始無人得以實現，而自始當然無效。又縱使肯認出名人得履行返還移轉登記與不具原住民身分之借名人，惟本文認為，系爭契約仍將因違反民法第71條之強行法規⁵⁶而屬一無效之借名登記契約。至於不具原住民身分者與第三人締結之原住民買賣契約，由於法律並無禁止由具有原住民身分之第三人承受系爭原住民保留地之登記，因此即便買受人並不具有原住民身分，系爭買賣契約在無其他無效事由下，仍屬一有效之買賣契約。

而基於該有效之原住民保留地買賣契約，第三人將系爭原住民保留地依不動產物權變動之規定移轉登記與出名人後，該原住民保留地之所有權即告移轉，出名人因此成為系爭土地之所有人。此時因系爭借名登記契約無效且借名人自始未取得系爭土地之所有權，故借名人將無法依所有物返還請求權以及借名登記返還請求權向出名人請求移轉登記系爭原住民保留地之土地登記。

此外，如就三人關係不當得利之給付歷程進行觀察，第三人固係基於履行與借名人之買賣契約之義務向出名人為給付，但該給付行為可視為係借名人透過履行輔助人(第三人)以履行其基於借名登記契

⁵⁵ 不論是農地買賣或國宅買賣，在現行法規限制下，借名人尚有取得承受系爭標的登記之可能，因而出名人履行移轉登記與借名人之義務尚屬可能，無自始客觀不能之情事。

⁵⁶ 參考原住民保留地開發管理辦法第19條之立法目的，限制非原住民者取得原住民保留地具有保障原住民自治，維護其生活品質，並作為原住民生存之基本需求等功能，具有高度公益性。且不同於農地使用之土地政策，多數原住民保留地多位於山坡地或地質敏感地區，真正得以開發利用之部分十分稀少，因此不得將原住民保留地與農地等同視之，即系爭管理辦法應屬民法第71條之強行禁止規定，規避該規定所成立之借名登記契約應屬無效。

約所生之給付義務(使出名人取得登記名義),即第三人移轉登記與出名人之行為,應視為係借名人向出名人為給付。故於爭借名登記契約無效之情況下,出名人保有原住民保留地之土地登記自屬無法律上原因受有利益,而構成不當得利。然而,在評價原住民保留地之借名登記因牴觸強行禁止規定而無效下,借名人既明知非原住民不得受讓原住民保留地之登記,仍與出名人締結借名登記契約,其指示第三人移轉登記與出名人之給付,應已構成民法第 180 條第 4 款不法原因之給付⁵⁷,而不得在系爭借名登記契約遭法院宣告為無效後,依不當得利規定向出名人請求返還相當之價額。此種使出名人無須返還登記之結果,毋寧係借名登記之風險,亦即借名人在明知系爭借名登記很可能遭宣告無效下,如其仍欲為之,自應承擔此種人財兩失之危險。

第二款 規避賦稅或節稅

由於我國不動產之賦稅主體係以登記名義人為形式認定,如同一登記名義人名下擁有數筆不動產,依稅法相關規定恐被課徵高額稅賦。例如土地稅法第 15 條⁵⁸規定地價稅採取類進課稅,或特種貨物及勞務條例規範⁵⁹不動產交易需額外負擔特種貨物稅,即有可能使當事人為避免負擔高額稅賦,因而與出名人約定由其出任財產登記名義人,使借名人形式上之財產總額降低以減輕其可能之賦稅。

基於此種目的而締結借名登記契約者,在實際交易中,通常採取由出賣人直接移轉登記給出名人,再由借名人對該不動產為使用收益之方式為之,且除非借名人變更財產權配置或出名人有債務不履行之情況,當事人間通常將維持一段長時間或未約定期限之契約關係,此

⁵⁷ 王澤鑑,債法原理第二冊,不當得利,2003年2月,頁147。

⁵⁸ 土地稅法第 15 條:「地價稅按每一土地所有權人在每一直轄市或縣(市)轄區內之地價總額計徵之。前項所稱地價總額,指每一土地所有權人依法定程序辦理規定地價或重新規定地價,經核列歸戶冊之地價總額。」

⁵⁹ 特種貨物及勞務條例第 1 條:「在中華民國境內銷售、產製及進口特種貨物或銷售特種勞務,均應依本條例規定課徵特種貨物及勞務稅。」

亦為借名登記契約中最常見之契約類型之一⁶⁰。

早期實務判決多認為此種類型之借名登記契約應屬一無正當目的之消極信託，因其構成脫法行為，而屬一無效之借名登記契約：

最高法院 79 年度台上字第 2757 號判決：

「本件上訴人主張：第一審判決附表所示之土地及建築物均係伊所有，因伊之土地、房屋多，為減輕稅負及避免政府徵收，乃將上開房地信託登記為次子賴憲涇所有。茲因賴憲涇死亡，信託關係終止，被上訴人均為其繼承人，已辦妥繼承登記，自有繼承賴憲涇之義務，將上開房地返還與伊之義務等情，求為命被上訴人將系爭房地所有權移轉登記與伊之判決。…所謂信託，係指信託人為自己或第三人之利益，以特定財產為信託財產，移轉與受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上目的之行為。受託人不特就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約之內容為積極之管理或處分。倘信託人僅將其財產在名義上移轉與受託人，而有關於信託財產之管理、使用或處分悉仍由信託人自行為之，是為消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀之虛偽意思表示，易助長脫法行為，應難認為合法。⁶¹」

惟近期實務似有變更見解之趨勢，認為基於避稅或節稅之目的為借名登記，並非脫法行為，亦無違反法律而無效之情事：

最高法院 90 年度台聲字第 534 號判決：

「查相對人因節稅之需，於六十年十月十六日以其子劉宏彬名義

⁶⁰ 近期相關判決，請參考 92 年度台上字第 1054 號判決、97 年度台上字第 1270 號判決、98 年度台上字第 1048 號判決、102 年度台上字第 1833 號判決、103 年度台上字第 1031 號判決等判決。

⁶¹ 類似判決：最高法院 88 年度台上字第 2115 號判決：「被上訴人以上訴人名義登記為係爭房屋所有人，係為逃避稅負，係爭房屋之管理使用均自行為之，已據被上訴人自認在卷。此種為逃稅之消極信託行為，即屬脫法行為，與公序良俗有悖，不能認有正當原因，難認其合法性，不生法效。」

向訴外人徐淑惠等人購買系爭房地，由聲請人之法定代理人劉宏基代理當時年僅二歲之聲請人，與賣方訂立公定買賣契約，直接將該房地登記為聲請人之名義，所有權狀則一直由相對人保管執有，系爭房地之買賣價金、長達近三十年之各項房地稅捐均係由相對人所支付，且由相對人自行使用收益，並保管所有權狀以牽制聲請人不得擅自處分…兩造間既成立類似信託之委任契約，相對人將系爭房地信託以聲請人名義登記，其真正權利人之相對人對於登記名義人之聲請人，自得依契約主張之，亦無違背法令之可言」

最高法院 92 年度台上字第 1054 號判決：

「查係爭土地為上訴人所購買，為避免地價稅之累進課徵，乃依代書建議，經其媳即被上訴人(現已與上訴人之子賴佳享離異)同意，借用其名義登記為所有權人，經上訴人一再自陳在卷，並引證人即代書羅壹相在原法院八十五年度上字第三七三號乙案之證言，作為其主張單純借名登記之依據，既為原審所認定，且以此項單純借名登記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。」

臺灣高等法院 91 年度重上更(二)字第 82 號判決：

「被上訴人雖以陳查某為節稅而…登記為被上訴人所有，係屬不法原因之給付，上訴人不得請求返還等語為辯。然按民法第一百八十八條第四款規定，因不法原因而為給付者，不得請求返還。所謂不法原因係指給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言，非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。蓋法律禁止或強制規定，或因國家政策考量之結果，若概指為不法原因之給付而謂已給付者不得請求返還，將有失衡平，故借名登記如節稅(或稱規避稅賦)目的，仍難謂其給付即有違反強制或禁止規定，遑論違背公序良俗，而為不法原因之給付。」

62

⁶² 此後少見法院對此類借名行為之評價，而多直接就當事人間因借名登記所生之權利義務進行裁判。類似判決：最高法院 92 台上 1054 號判決、102 台上 642 號判決、102 台上 1729 號判決等。

學說上雖有將此類型之借名登記契約，視為借名人脫免責任之藉口，而否認此類借名登記契約之效力。惟本文認為，如當事人間之約定在符合法律規定下，既得被評價為合法節稅，自不得僅因當事人間所約定者為借名登記契約，即忽略當事人間約定是否符合節稅規定之判斷，因此如當事人間之約定符合節稅之規定，自不須將此種類型之借名行為視為無效之脫法行為。此外，縱使將此類借名行為一律視為違法逃稅，國家尚得透過公權力手段以實現課稅目的，例如採取漏稅罰或強制執行等方式在事後對蓄意逃稅之借名人給予處罰，自無事前否認此類借名登記契約效力之必要。又即便當事人利用借名登記導致國家稅收減少，單一個人因規避稅捐所造成之國家利益侵害尚屬有限，如以此即謂系爭借名登記契約因違反公序良俗或強行禁止法規而無效，恐有過度限制契約自由之嫌。

第三款 脫免債權人強制執行

藉由借名登記契約，借名人得使其財產形式歸屬於他人，達成脫免債權人強制執行之目的。但此種類型之借名登記契約，多被實務以違反善良風俗為由宣告無效：

最高法院 94 年度台上字第 130 號判決：

「杜振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。」

臺灣高等法院 100 年度重上字第 629 號判決：

「本件上訴人於不爭執事項（四）所示之前案審理程序中，始終否認兩造間就係爭不動產間有借名登記關係存在，更於該案件第一審審理時出言抗辯：縱有該借名登記關係存在，惟被上訴人係因擔心財務狀況，故而借上訴人名義登記為係爭不動產之所有權人，顯見被上

訴人係為脫免債權人強制執行，其目的有違公序良俗，該借名契約應屬無效等語（見原審 98 年度訴字第 1011 號判決），詎其於本件審理時復翻異前詞，改稱：兩造間有借名登記之契約關係云云，則上訴人此部分抗辯之提出，是否違反訴訟上誠實信用原則，已值商榷。再者，觀諸被上訴人於原審另案審理時自承：其將係爭不動產移轉登記為上訴人名義之目的，係為「擔心自身的財務狀況」、「（未登記在親人名下）是因為稅法的關係，如果贈與子女要繳納贈與稅」、「（為何不贈與給配偶）是因為被上訴人的配偶在外面有作生意，被上訴人擔心作生意（有風險）的關係才沒有將房子過戶給配偶」等語（見原審 98 年度訴字第 1011 號案卷，第 30 頁背面、第 64 頁背面），堪認被上訴人係為規避債權人之追償、稅捐之給付，始將係爭不動產借名登記為上訴人名義。其借名登記之內容除與所有權歸屬之實際狀況有間，亦與稅捐及不動產登記之相關規定有違，目的更係為損害債權人及國家稅收之利益，且影響土地登記之公示性而與公益不符，揆諸上開說明，兩造間就係爭不動產縱有借名登記之意思表示合致，亦與公序良俗有違，應評價為無效。」

臺灣高等法院 95 年度重上更(一)字第 213 號判決：

「上訴人起訴狀載明之信託登記之目的為「免遭債權人聲請法院查封拍賣」等情（見原審卷第 3 頁反面、第 4 頁反面、第 5 頁）；嗣於本院前審時，稱登記之目的為「為避免其他債權人之追償，及為避免係爭土地及地上建物之正常利用受影響」等情（見前審卷 1 卷第 26 頁反面、第 28 頁）；嗣復稱「因為上訴人債務纏身，避免遭其他債權人查封，並有利於係爭土地出售或出租，其餘詳本院前審卷 1 第 25、26 頁所載」等情（見前審卷 2 第 8 頁）。上訴人前後所稱之登記目的雖有不同，惟避免債權人查封則一，且其他有利於係爭土地之正常利用及出售或出租，均以避免查封為前提，依上訴人前揭自承事實觀之，上訴人信託登記之目的顯係在避免係爭土地遭債權人查封拍賣，則其所指兩造間之信託登記及消極信託契約，乃意在規避強制執行，係以侵害債權人之債權為目的，當屬有背於善良風俗之法律行為。揆諸上開說明，亦屬無效。」

至於法院判斷當事人借名目的是否為脫免強制執行之方式，除了利用當事人於訴訟中所明示之訴訟資料，例如前二判決中「當事人之抗辯」以及「契約約款」外，法院亦經常以「所有權變動之歷程是否正當」作為檢視借名登記有效之依據。亦即若被告未能提出所有權變動之正當理由⁶³，或未能積極提出實務定義下之借名登記契約要件事實⁶⁴，縱使借名人抗辯其所為移轉登記之行為係出於合法之借名登記契約，仍恐被法院認定係爭借名登記無效，或縱然有效，亦將因構成詐害債權而被撤銷：

臺灣高等法院 101 年度上易字第 578 號判決：

「被上訴人主張：上訴人康宸睿就其借款或連帶保證之債務，…未按期清償，迄尚積欠伊借款本金新臺幣（下同）664,001 元…。詎伊於 100 年 10 月 28 日查詢上訴人康宸睿之財產資料時，始知悉上訴人康宸睿為避免其財產遭強制執行，竟將其名下所有之係爭不動產，以買賣為原因移轉登記予上訴人康梅涓，而上訴人康宸睿名下已無其他財產可供清償對伊之債務。係爭房地經上訴人康梅涓及康宸睿向兆豐國際商業銀行股份有限公司設定 240 萬元之最高限額抵押權，迄今卻未塗銷，亦與交易常情有違；又上訴人間若有實際價金之交付，上訴人康宸睿理應可清償上開債務，然上訴人康宸睿並無任何清償行為；是認上訴人間明知上訴人康宸睿積欠被上訴人上開債務未清償，上訴人康宸睿卻仍將其所有之係爭不動產所有權以買賣為原因辦理所有權移轉登記予上訴人康梅涓，該所有權移轉行為自有害及被上訴人之債權，…其就係爭不動產所為之無償行為，使其本身陷於無資力而致伊之債權有不能受償之虞，自係屬有害伊之債權，爰依民法第 244 條第 1、4 項之規定，請求上訴人間就係爭不動產之無償行為及所有權移轉登記之物權行為，應予撤銷。…」

⁶³ 例如借名人形式上以買賣為由移轉登記，但實際上卻無交易金額。或在未能積極證明合理正當之目的下，將財產無償的移轉登記與他方之情形。

⁶⁴ 例如被告抗辯其移轉登記乃係為履行借名登記之義務，並據以主張其僅為出名人，受移轉登記者乃實質所有人，但未能積極證明其與受移轉人間有借名登記契約存在之事實(例如實際出資、使用、管理者為受移轉人，移轉人不得使用處分收益等等)。

查：本件上訴人就係爭不動產所有權移轉時並無買賣價金之給付乙節，並無爭議，僅辯稱係爭房地為其母借名登記予上訴人，係爭不動產非上訴人康宸睿所有，且係爭不動產之貸款係由上訴人康梅涓繳納，上訴人康宸睿同意上訴人康梅涓處理等語（見本院卷(二)第2頁背面），堪認上訴人就係爭不動產之移轉確無買賣價金之支付，則上開以買賣為原因所為係爭不動產之移轉行為自屬無償，堪以認定。又上訴人康宸睿將係爭不動產無償移轉予上訴人康梅涓，導致其名下無其他財產可資清償積欠被上訴人之債務，自有害被上訴人之債權，被上訴人依據上揭法條聲請法院撤銷上訴人就係爭不動產之於94年7月27日所為無償贈與債權契約及94年8月3日所為物權契約自屬有據。…

上訴人雖抗辯係爭房地係由其母廖明珠買受，上訴人康宸睿於88年間依據其與廖明珠間之借名契約，登記為係爭不動產所有權人，嗣廖明珠與上訴人康宸睿終止借名登記契約，就係爭不動產及登記上訴人康梅涓名下之另二分之一全部借名登記予上訴人康梅涓，上訴人康宸睿將非其所有之係爭不動產移轉登記予上訴人康梅涓，並無侵害被上訴人之債權云云（見本院卷(一)第192頁）。…查係爭不動產原登記為上訴人康宸睿所有，於上訴人康宸睿積欠被上訴人債務後之94年7月間始移轉登記予上訴人康梅涓，如前所述，而廖明珠並未給付係爭房地全部價金，而係由上訴人分別擔任借款人及連帶保證人，向銀行貸款方式付清價金等情，為上訴人所是承，堪認係爭房地要非全由廖明珠出資所購，已難遽認廖明珠為係爭房地之真正所有權人，則廖明珠與上訴人間是否存有借名契約即非無疑。況廖明珠早罹疾病，常在蓐，且已住院多年，於94年間已頭腦不清楚，並不知係爭房地已全部登記在上訴人康梅涓名下等情，為上訴人康宸睿供承於卷（見本院卷(二)第2頁背面），則上訴人辯稱廖明珠與上訴人康宸睿終止借名契約，即屬不合。…上訴人得自行決定係爭不動產所有權之移轉及95間向銀行貸款抵押設定事宜等處分與負擔行為，益證廖明珠與上訴人間並無借名契約可言，上訴人辯稱係廖明珠借名登記云云，並不可取。…」

第四款 基於親屬情誼

此種目的之借名登記常見於夫妻或父母子女間，通常係基於財產配置或分配之理由，而將本屬自己所有之不動產登記與配偶或子女，或對外以配偶或子女名義購置不動產，並登記為配偶或子女所有。如將基於此種目的之借名登記進一步細分，尚可再區分為以配偶名義置產與為子女置產兩種情形。

就前者而言，常見之爭議為夫於民法親屬編施行法第 6 條之 1⁶⁵所定期限屆滿後，主張系爭登記於妻名下之財產，係其借名登記而來，與聯合財產無關，並主張其已終止系爭借名登記契約，要求妻應返還登記。學說上雖有見解認為，此係修正前民法第 1016 條及第 1017 條夫妻財產制之特別規定適用問題，要與借名登記契約無關⁶⁶。惟實務見解多認為，於前開聯合財產制下另行約定借名登記契約亦無不可，例如：

最高法院 99 年度台上字第 1927 號判決：

「夫妻聯合財產中，於七十四年六月三日以前婚後以妻名義登記之不動產，如未於八十五年九月二十七日起一年內辦理更名或移轉登記為夫所有者，自八十六年九月二十七日起，仍登記為妻名義之不動產即屬妻之原有財產，妻保有其所有權；倘非夫妻間就上開法律適用

⁶⁵ 民法親屬編施行法第 6 之 1 條：「中華民國七十四年六月四日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻之名義在同日以前取得不動產，而有左列情形之一者，於本施行法中華民國八十五年九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之第一千零十七條規定：一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻之名義登記者。」

民國 74 年修正前之民法第 1017 條：「夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。不能證明為婚前或婚後財產者，推定為婚後財產；不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有。夫或妻婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，視為婚後財產。夫妻以契約訂立夫妻財產制後，於婚姻關係存續中改用法定財產制者，其改用前之財產視為婚前財產。」

⁶⁶ 張聰耀，論消極信託與借名登記契約，47 期學員法學研究報告，司法新聲，頁 804。

之結果，另有新債之約定，自不容夫再以舊法時期夫妻間之借名約定，主張其保有該不動產所有權。」⁶⁷

最高法院 101 年度台上字第 127 號判決：

「九十一年民法親屬編修正前，夫妻未以契約約定財產制者，以聯合財產製為夫妻之法定財產制，而依七十四年六月修正之民法第一千零十七條規定：聯合財產中，夫或妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中取得之財產，為夫或妻之原有財產，各保有其所有權。依此規定，夫或妻於婚姻關係存續中，以夫或妻名義取得之財產，固應認為夫或妻之原有財產，各保有其所有權，惟該規定並不排除第三人（包括夫或妻）提出證據證明該財產實際非屬登記名義人所有。」

然而，即便實務上允許夫另行舉證說明其與妻間於前開法律適用外尚有借名登記契約之約定，惟在證明之過程中，夫似難僅以系爭財產之使用、收益、管理皆歸其享有之消極事實，使法官達成借名登記契約存在之確信。如最高法院 100 年台上字第 1399 號判決：「末查上訴人並不爭執係爭所有權狀原由林招育佔有中，迄林招育去世，始由林清坤等七人實際佔有。係爭土地未辦理更名或移轉登記為夫林招育所有，自難以被上訴人未佔有係爭所有權狀、未繳納水費及曾提供印鑑證明以利林招育處分係爭土地之消極事實，即認被上訴人與林招育間已有新債之約定」，即屬一例。

另一關於基於親屬情誼而締結借名登記契約之爭議則為，父母以未成年子女法定代理人身分所進行代理行為，是否有侵害子女最佳利益，違反民法親屬編優先保障未成年子女利益之核心價值，而有否定此種類型借名登記契約效力之必要？

今日實務多認為父母借用子女名義進行登記並非脫法行為，在不違反強行禁止規定或公序良俗下，應屬有效。但父母究竟是基於何種理由或目的借用子女名義進行登記，卻鮮少有判決對此有進一步描述，

⁶⁷ 類似見解：最高法院 100 年度台上字第 1399 號判決、99 年度台上字第 1927。

而多泛以法律並無禁止父母移轉登記與子女為由輕易帶過：

最高法院 89 年度台上字第 1119 號判決：

「所謂脫法行為係指當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為而言。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，實情究竟如何？原審未遑詳為勾稽，遽以上開情詞，為上訴人不利之判決，自嫌速斷。」

最高法院 94 年度台上字第 362 號判決：

「按所謂脫法行為係指當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為而言。法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。」

即便實務上對此種借名登記之效力並無爭議，但仍有論者指出，由於父母借用未成年子女名義成立之借名登記契約具高度投機性，在未成年子女尚未具備完全行為能力下，難以期待未成年子女對於系爭契約內容具有充分認知。此外，父母以未成年子女名義成立借名登記契約，其目的並非為維護未成年子女之利益，而係為保全自己財產，例如規避賦稅、躲避債權人之追討等，即便借名登記契約具有部分保障未成年子女權益之內容，然此將使子女承擔不可預期的契約對外責任風險，而違反了民法親屬編中保障未成年子女最佳利益之核心價值，因此應禁止此類之借名登記契約⁶⁸。

本文認為，此種借名登記契約尚不至於因有侵害第三人權利之虞，而使未成年子女承受未可預期之契約責任風險。蓋父母成立系爭借名

⁶⁸ 黃子竣，借名法律關係之研究，國立中正大學法律學系碩士論文，2013 年 1 月，頁 70-73。

登記契約之目的如係為侵害第三人權益，例如脫免債權人強制執行，則此種借名登記契約本屬一違反民法第 72 條公序良俗規定之無效契約，自無使未成年子女承擔系爭契約責任風險之可能。此外，父母對於未成年子女之法定代理權範圍本包括契約之代理，在借名登記契約無害於子女利益之情形下，自可為之。又縱使認為父母之代理行為與未成年子女之利益相反，如允許父母代理締結借名登記將將侵害子女利益，本文認為，此時應考慮者實為民法第 1086 條第 2 項之問題⁶⁹，要與承認此種類型借名登記契約效力之爭議無涉。因此，本文認為以未成年子女名義成立借名登記契約在無違法律強行禁止規定或牴觸公序良俗下，應無不可。



⁶⁹ 林秀雄，親屬法講義，元照出版，三版，2013 年 2 月，頁 327-329。

第四節 小結

由於借名登記具有高度彈性與便利性，透過約定之方式，幾乎任何法律行為皆可以借名之方式達成目的。然即便世界各國皆有利用他人名義以謀取經濟上利益或避免損失之需求，但似僅有華人社會有高度重視人際關係更勝於個人利益、善於變通取巧、與財不露白之風氣與習慣，因而使借名登記成為一高度本土性之議題。

為因應各種不同之需求與目的，當事人借名登記之客體、方式與內容等存有多樣之可能性，導致即便借名登記在我國已存在一段時日，至今學說與實務間仍無從給予其一明確之定義。歸納實務上常見之借名登記案例，主要可分為兩種主要案型：其一為借用他人名義以實際取得權利或利益(例如借名購置不動產或基於避稅之目的借用他方名義登記為權利人)；其二為將自身財產移轉登記於他人名下以隱匿財產資訊(例如為規避債權人強制執行或避免親朋借貸而將自身財產移轉登記於他人名下)。而自該等實務所肯認之借名登記案型進行觀察，欲成為實務上所肯認之借名登記，應至少具備二主要特徵：(1)當事人約定一方將自己之財產移轉登記與他方或以他方名義登記以實際取得權利(2)實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有。

惟本文認為，借名人締結借名登記之目的不以獲取一定之經濟利益為限，基於一定人際關係之維持，其如係為出名人之利益而為移轉登記，亦可將使用、處分、收益、管理權限皆歸出名人享有。因此，實務所稱「實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有」，應非構成借名登記契約之必要之點。此外，另一經常被忽略之特徵應為「出名人負有返還移轉登記之義務」，即基於習慣與經驗法則，在借用名義之需求已不存在或借用名義之行為已無法再繼續維持時(例如借名登記契約遭法院宣告為無效或當事人一方死亡)，出名人即應將登記名義返還與借名人。因此，得被視為借名登記契約所應具備之基本特徵，應修正為：(1)一方向他方借用名義，並使他方擔當登記名義人；(2)他方應於契約終止時返還借名登記與一方。

另關於借名登記之效力，由於涉及個案事實之不同，基於不同之需求與目的及當事人間不同之約定，借名登記之效力實無法一概而論，亦無法以一統一之借名登記概念稱其當然有效或無效。如依當事人間締結借名登記契約之目的進行歸納，常見之不動產借名登記大致上可分為規避法律上之資格限制、規避賦稅或節稅、脫免債權人強制執行、基於親屬情誼、單純隱匿財產訊息、團體之投資與財務規劃等類型。在個案中，早期實務經常利用「脫法行為理論」與「有無正當理由之消極信託」概念作為判斷借名登記效力之依據，但鑑於通說指出脫法行為不過為法律解釋之方式，且在信託法施行後無法再以過去之消極信託概念檢視下，今日實務已放棄前述判斷借名登記效力之方式，而同當今多數學說見解，認為依私法自治與契約自由原則，除有牴觸強行禁止規定或公序良俗，原則應肯認借名登記之效力。

又雖有部分學者認為，借名登記為消極信託而屬一脫法行為，如肯認其效力無異將為不法行為打開方便大門。惟本文認為，該項見解似對脫法行為以及消極信託概念有所誤會。蓋今日脫法行為理論不過為契約解釋之問題而無獨立之效力，又早期實務所發展之消極信託概念亦已與當今信託法上所稱之信託有所歧異，因此徒以借名登記必為消極信託與脫法行為即一概否定其效力實不可採。本文認為，依私法自治與契約自由原則，借名登記倘無違反強行禁止規定與公序良俗下，應可肯認其效力，至於「有正當理由」之消極信託概念，無非係早期實務因法無明文所自行創設之判斷方式，所謂「正當理由」不但為高度不確定法律概念，在消極信託並非當然無效之前提下，以此種高度抽象之標準作為判斷借名登記效力之依據，並非妥適。所幸今日實務已揚棄此種判斷方式，而回歸一般法律原則，即今日多數學說所採之判斷方式，對此，本文表以贊同。

第三章 不動產借名登記爭議之實體法上觀察

第一節 借名登記與類似契約之區辨

依私法自治與契約自由原則，當事人本得自由約定借名登記契約之內涵，並依該內容形成當事人權利義務之準則。故於當事人有約定之情形，系爭約款依私法自治原則將發生法律上之拘束力，而得在當事人間發生爭執時，作為解決當事人間糾紛之途徑。

惟當今借名登記之案例，多屬當事人間未有明確約定之情形。此時應如何透過契約之補充解釋，以及借用任意規範加以補充，即為法院在審理此種無名契約爭議時，應優先處理之問題。

在判斷某一當事人權利義務時，由於各典型有名契約之特徵與要件有所不同，因此在嘗試尋得一作為補充解釋之規定時，猶應注意系爭契約與現行有名契約間之差異，不得任擇適用，以免造成適用結果抵觸交易常態，或違反當事人締約目的等等不當情形。是以，在處理借名登記契約解釋適用法律之問題時，應自其特徵與構成要件著手，探究其與個別有名契約間之差異後，方能覓得一正確之適用效果。本文以下將嘗試比較借名登記與現行類似之有名契約間之差異，並提出若干心得。

第一項 與寄託契約之區辨

所謂寄託契約，依民法第 589 條規定，為當事人一方，以物交付他方，他方允為保管之契約，而為實現保管之目的，必以標的物之交付與移轉占有為要件，至於所有權之移轉，因與契約目的無涉，故非寄託契約之要件。

至於借名登記契約，雖有權利移轉登記之外觀，但實際上仍由借

名人為標的物之管理、使用、收益、處分。故為實現借名人對系爭財產之使用收益權能，必以借名人占有標的物為要件，因而不發生借名人交付與移轉占有之行為。因此，比較寄託契約與借名登記契約，吾人可以得知，借名登記契約具權利移轉之特徵，而寄託契約則無；借名登記契約不必移轉占有，而寄託契約則需要。

第二項 與委任契約之區辨

稱委任者，為當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約，民法第 528 條定有明文。所謂處理事務，不僅為委任之目的，亦為與其他非委任型之勞務契約類型區別之依據。就事務而言，凡適於債之客體之一切事項，均得為此處所稱之事務，且不論其為事實行為或法律行為，亦不問其為財產上行為或非財產上行為。至於處理，則為處分管理之謂，並以給付一定勞務為手段。但給付勞務應僅為處理事務之過程，而非目的。此外，處理事務須重其過程，且須尊重受任人之知識、技術、經驗上之意見，受任人亦享有自由裁量權限。此為處理與供給勞務主要不同所在，亦為委任與雇傭區別之重要依據⁷⁰。

至於借名登記契約，其特徵在於出名人僅負有出借名義供借名人登記之義務，而未享有處分、管理標的物之權限。有論者指出，委任契約：「一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」與借名登記契約：「當事人約定，一方委託他方出借名義，他方允為出借」甚而相似，且委任契約所謂處理事務，既得以適於債之客體之一切事項為標的，自得將借名登記契約視為委任契約，而直接適用民法第 528 條以下規定⁷¹。惟我國多數見解認為，借名登記契約並非委任契約，自構成要件可略窺端倪，其應屬一法無明文之勞務契約。因此在解釋上，不應直接適用委任契約之規定，而係應以委任契約作為補充解釋。

⁷⁰ 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照出版，2002 年 10 月，初版，頁 190-192。

⁷¹ 王柏淨，借名登記契約-以不動產物權為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2009 年 7 月，頁 33。

蓋委任契約中，受任人必須得到委任人之授權，而進行積極作為、給付一定勞務，但借名登記之出名人雖負有擔當登記名義人之義務，但並未獲借名人授權⁷²，亦不負有管理財產標的之義務。此外，出名人並非當然負有協同辦理移轉登記之義務⁷³，又縱使當事人間約定出名人需協同辦理登記，但此並非決定債之關係類型之依據。蓋約定協同辦理登記係確保債權人之利益能夠獲得最大滿足之從給付義務而非主給付義務，因此「出借名義」並不得視為委任契約構成要件之「處理事務」主給付義務⁷⁴。此外，由於協同辦理登記並不需委諸於出名人之知識、技術、與經驗，出名人對於登記行為亦無任何自由裁量之權限，且於大部分之情況中，出名人既僅有出借名義擔當名義人之義務，而未有實質為借名人提供勞務之情事，又縱使出名人有類似提供勞務之偕同辦理移轉登記之行為，然該「協同辦理」之行為仍難謂為委任契約中「處理事務」之構成要件，因此實無法將借名登記當然視為委任契約。

第三項 與贈與契約之區辨

按民法第 406 條規定，所謂贈與契約，係一以財產之終局移轉為目的，且出於無償之契約。其所彰顯之特徵包含：財產之終局移轉與無償，且必以同時具備此二特徵者始為贈與契約⁷⁵。其中就「財產之終局移轉」此一要件而言，其代表贈與物之財產權需完全移轉與受贈人，即受贈人所享有者乃標的物完整之所有權，並得本於所有權人之身分，對標的物為全面概括之占有、管理、使用、收益及處分，與行使排除他人干涉之權能⁷⁶。次就「無償」此一特徵，其表彰贈與契約

⁷² 出名人向借名人或第三人為承受移轉登記之意思表示並非基於借名人之授權。

⁷³ 依土地登記規則第 37 條和第 41 條之規定，出名人不一定需要協同辦理移轉登記。

⁷⁴ 卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011 年 2 月，頁 12-13。

⁷⁵ 謝銘洋，贈與，民法債編各論(上)，黃立主編，楊芳賢、陳洗岳、謝銘洋、吳秀明、蘇惠卿、郭玲惠合著，元照出版，初版，2004 年 10 月，頁 257。

⁷⁶ 謝在全，民法物權(上)，新學林出版，修訂六版，2014 年 6 月，頁 117-119。

屬單務契約，即僅贈與人負有給付贈與物之主給付義務，而受贈人並無相對應之對待給付義務。縱受贈人有給付義務，亦非對待給付，而是負擔⁷⁷。

至於借名登記契約，雖具有移轉登記之形式物權變動外觀，然借名登記契約之目的並非在使出名人得終局取得所有權，相反的，借名人僅係暫時借用他人名義進行登記而已，於登記目的已獲實現或登記關係無以繼續維持下，出名人終將負起返還移轉登記與借名人之義務。又當事人締結借名登記契約之目的不一而足，亦可約定對待給付作為出借名義之代價，因此縱使雙方約定一有償之借名登記契約，亦無不可，此亦與贈與契約之無償性質有所不同。

然而，縱使學理上得將贈與契約與借名登記契約做明確區分，於個案中解釋當事人間主觀真意卻有一定之難度，此亦為當今借名登記實務最常碰到之爭議之一。尤其涉及親子情誼之案例，如父母以子女名義購買不動產，其使子女登記為不動產權利人之行為究屬借名或贈與，往往難自客觀事實推知，而使區辨借名與贈與成為一大難題。因此，概念上贈與契約與借名登記契約雖無混淆之疑慮，但在實際個案中，卻經常因客觀事實之不明確，導致法院難以判斷系爭法律關係究屬借名登記或贈與。

第四項 與信託契約之區辨

現代所稱之信託契約雖係英美法制之產物⁷⁸，然於我國信託法制定前，實務即已普遍承認信託契約之效力，如最高法院 66 年度台再

⁷⁷ 謝銘洋，贈與，民法債編各論(上)，黃立主編，楊芳賢、陳洗岳、謝銘洋、吳秀明、蘇惠卿、郭玲惠合著，元照出版，初版，2004 年 10 月，頁 257。

⁷⁸ 對於信託之起源，有謂係源於羅馬法信託遺贈(Fideicommissum)，亦有認為係仿自日耳曼之 Treuhand 或 Salman 制度。後來在十二世紀諾曼人入侵後不久傳入英國，最初被人民用作逃避法律之手段，而後逐步發展出 Use 制度。至於現代通稱之信託，則係由該英國制度或由英國傳至美國之制度加以演化，並配合各國國情所加以發展。徐國香，信託法研究，五南圖書出版，1988 年 5 月，頁 2-3。

字第 42 號判例⁷⁹所稱：「所謂信託行為，係指委託人授予受託人超過經濟目的之權利，而僅許可其於經濟目的範圍內行使權利之法律行為而言，就外部關係言，受託人固有行使委託人所授予之權利，就委託人與受託人之內部關係言，受託人仍應受委託人所授與權利範圍之限制。」⁸⁰。在此定義下，當時之實務又區分信託為管理信託與擔保信託，並於管理信託下進一步區分積極信託與消極信託。其中積極信託與現行信託法所稱之信託相似，至於消極信託則係指：委託人僅以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義務，凡財產之管理、使用、或處分皆由委託人自行辦理⁸¹。

早期法院尚未使用「借名登記契約」稱呼借名登記之法律行為時，確實有過借名登記是否為信託之爭論。但於民國 85 年信託法制定後，依信託法第 1 條之規定：「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。」，吾人可以得知，現行信託法中所稱之信託契約，係一強調受託人為受益人管理或處分財產之契約，而與實務強調借名登記仍由借名人管理或處分之特徵有所不同。此外，依通說見解，信託契約需委託人將信託財產移轉與受託人始生效力，因此屬一要物契約；相反的，使出名人取得移轉登記乃契約賦予借名人之義務，要與契約之生效無涉，即借名登記契約應屬一諾成契約，而不以移轉登記為生效要件⁸²。是以，信託法上之信託契約除了在構成要件與借名登記契約有所不同外，於契約性質上，亦有所差異。

⁷⁹ 此則判例因民國 85 年 1 月 26 日信託法已公布施行，而於民國 91 年 10 月 1 日經最高法院 91 年度第 12 次民事庭會議決議不在援用。

⁸⁰ 王志誠，信託之基本法理，元照出版，2005 年 11 月，頁 32。

⁸¹ 最高法院 93 年度台上字第 752 號判決：「信託法頒布施行前，所謂信託，係指信託人為自己或第三人之利益，以特定財產為信託財產，移轉與受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上目的之行為，受託人不特就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約之內容為積極之管理或處分，倘信託人僅將其財產在名義上移轉與受託人，而有關信託財產之管理、使用或處分仍由信託人自行為之，是為消極信託，除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，應難認為有效」

⁸² 徐佩琪，信託法制下借名登記契約適用及發展之研究，中國文化大學法律學系碩士論文，2012 年 7 月，頁 84。

近期最高法院亦已明確指出借名登記契約並非信託法所稱之信託契約：

最高法院 92 年度台上字第 1263 號判決：

「按借名登記與信託法公佈施行前之信託行為，二者之要件並不相同，前者係約定一方所有應經登記之財產以他方為登記名義人，而後者則指委託人授與受託人超過經濟目的之權利，但僅許可其於經濟目的範圍內行使權利之法律行為而言，故原審既確定系爭土地為被上訴人之被繼承人即第一審原告劉瑞堂所購買，自無本於借名登記契約登記在上訴人名下，同時又認此登記係屬信託行為之可能。」

最高法院 94 年度台上字第 953 號判決：

「按信託法頒行前，通常所謂之信託契約，受託人僅須就信託財產承受權利人名義，且須對信託財產，依信託契約所定內容為積極之管理或處分，並非將自己之財產，以他人名義登記時，當然即有信託關係存在。倘權利人僅以其購買之不動產，名義上登記於他人名下，該他人自始未負責管理、處分，而將該不動產之管理、使用、處分悉由權利人自行為之，即係側重於權利人與該他人間信任關係之純粹「借名登記」契約，苟其內容不違反強行規定或公序良俗者，該「借名登記」之無名契約，在性質上應與委任契約同視，除契約內容另有約定外，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。」

最高法院 96 年度台上字第 1958 號判決：

「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。」

至於學說見解，雖仍有部分論者認為借名登記應屬消極信託，且

同有信託法之適用⁸³。惟本文認為，今日於信託法制定後，消極信託既已不符信託法第1條所要求之構成要件，自無法再將之納為我國信託法下之信託契約，且即便認為借名登記屬消極信託，亦無從適用信託法規定其效力。

蓋實務早期將借名登記稱為消極信託，無非係在解決信託法制定前借名登記之問題，惟信託法制定後，如依當事人間約定屬信託法可資適用之範疇，以信託法解決即可，至於無信託法適用之情況，尚得藉由其他有名契約予以補充解釋，因此實已無需再以早期實務所稱之消極信託概念處理借名登記之必要。

然應特別指出者，即便借名登記並非信託法上所稱之信託契約，其仍有構成廣義信託之可能。蓋當今信託法上所稱之信託，無非係一財產移轉及管理之設計⁸⁴，但廣義之信託，亦可不對財產之「移轉」與「管理」要件嚴格要求。例如信託佔有，即無實際「移轉」之發生；而信託讓與擔保之「管理」色彩亦極度薄弱⁸⁵。如單純自原始之信託設計觀察，借名登記與英美信託前身之用益制度，實有高度類似之處⁸⁶。又借名登記無非係一方暫時借用他方名義進行登記，故於借名目的已經實現或無以繼續維持借名登記效力時，出名人負有返還移轉登記與借名人之義務。此項義務不但係借名登記之最大特徵，亦與前述廣義信託設計之「一方為形式所有人」、「他方為實質所有人」內涵相符。因此，即便今日已不得再以信託法上信託稱呼借名登記，但基於廣義信託之概念，吾人仍得稱其為一無名之廣義信託契約。

⁸³ 謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為，「財產法專題研究(六)」，台灣財產法暨經濟法研究學會出版，初版，2008年，11月，頁484-486。

⁸⁴ 徐國香，信託法研究，五南圖書出版，1988年5月，頁1-2。

⁸⁵ 信託之概念固以信託財產為中心，但廣義之信託並不須受託人對信託財產有積極移轉或管理之行為，只要形式上符合一方擁有「名義上之所有權」而他方擁有「實質上之所有權」即可。詳參：方嘉麟，信託法之理論與實務，元照出版，初版，2003年3月，頁88-89。

⁸⁶ 早期英美之用益制度中，用益讓與人如同借用人，得享有用益利益；用益讓人則如同出名人，對財產之管理並無真正之管理權限和義務。此外，用益制度與借名登記皆同有「避法」之特色。謝哲勝，信託法總論，元照出版，2003年6月，頁7。

第二節 借名登記契約契約之內部效力

第一項 契約之解釋適用

由於當今多數學說與實務見解皆肯認借名登記契約屬一法無明文之非典型契約，因此在解釋契約效力時，應先以雙方契約之內容而定；如契約未約定者，則以補充解釋之方式為之⁸⁷。又借名登記契約使出名人出借名義與借名人之性質，與勞務契約中完成一定事務之性質相似，然而在個別構成要件與契約目的差異下，尚無從直接適用雇傭、承攬、委任、居間、行紀等典型有名勞務契約之規定。其中依民法第 529 條之規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」，似乎可使借名登記契約直接適用委任之規定。然而，即便兩者在當事人義務(出借名義之於完成一定事務)或當事人之締約基礎(皆側重於當事人間一定信賴)具一定類似性，但在構成要件上借名登記契約仍與委任契約有所不同，因而在解釋上僅得援用委任契約之規定予以補充，而無法以委任契約之規定涵蓋整個借名登記契約並予以直接適用。亦即，借名登記契約在當事人未明定契約內容時，應可利用委任契約予以補充解釋，使此種與委任契約具高度類似性之無名契約尋獲一得遵循之法律效力規定。此將有助於契約當事人間紛爭之解決，亦使此種無名契約之效力具可預見性，即此種以委任契約予以補充解釋借名登記契約效力之方式，應屬一規範其內部法律關係之可行辦法。

當今實務亦多採此項見解，認為借名登記契約之法律效果應類推適用⁸⁸委任契約之規定：

最高法院 94 年度台上字第 953 號判決：

⁸⁷ 詹森林，借名登記契約之法律關係，民事法理與判決研究(五)，元照出版，初版，2007 年 12 月，頁 79。

⁸⁸ 實應為藉由委任契約予以補充解釋。

「按信託法頒行前，通常所謂之信託契約，受託人僅須就信託財產承受權利人名義，且須對信託財產，依信託契約所定內容為積極之管理或處分，並非將自己之財產，以他人名義登記時，當然即有信託關係存在。倘權利人僅以其購買之不動產，名義上登記於他人名下，該他人自始未負責管理、處分，而將該不動產之管理、使用、處分悉由權利人自行為之，即係側重於權利人與該他人間信任關係之純粹「借名登記」契約，苟其內容不違反強行規定或公序良俗者，該「借名登記」之無名契約，在性質上應與委任契約同視，除契約內容另有約定外，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。」

最高法院 100 年度台上字第 1972 號判決：

「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。」

最高法院 103 年度台上字第 2405 號判決：

「按借名登記者，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，性質與委任關係類似，應類推適用民法第五百五十條規定，因當事人一方死亡而消滅。」

然而，仍有部分實務見解認為，借名登記契約應「適用」委任契約之規定，如最高法院 100 年度台上字第 1972 號判決稱：「按不動產借名登記契約，其性質為關於勞務給付之契約，依民法第五百二十九條之規定，固得適用同法關於委任之規定，惟借名登記之出借名義人，其義務僅出借名義供借名人登記為不動產所有人，而於借名契約終止後，依約將登記其名下不動產移轉登記返還予借名人，並無為借名人管理、處分或收益不動產義務。」

第二項 契約之消滅與存續

第一款 契約之任意終止

依民法第 549 條第 1 項規定，當事人之任何一方，得隨時終止委任契約。蓋當事人係基於一定信賴關係而締結契約，該契約之維繫亦有賴雙方當事人間之信用，因此，如當事人間之信賴基礎發生變化，自無勉強繼續維持契約之必要。借名登記契約與委任契約皆強調當事人間一定信賴之基礎，在契約之終止事由上，兩者之性質可謂相同，因此如契約無另行約定，應允借名登記契約之雙方當事人得類推民法第 549 條之規定，任一方得隨時終止契約。實務上之見解有：

最高法院 102 年度台上字第 1581 號判決：

「按借名契約，係以當事人間之信任關係為基礎，其性質與委任關係類似，依民法第五百四十九條第一項規定，當事人任何一方，均得隨時終止契約。被上訴人既以起訴狀繕本之送達，向上訴人為終止契約之意思表示，兩造間就係爭土地之借名契約，於九十八年六月二十五日該起訴狀繕本送達上訴人時，即告終止。」

最高法院 103 年度台上字第 1466 號判決：

「當事人任何一方均得隨時終止委任契約，民法第五百四十九條定有明文。而借名登記契約準用委任之規定，故借名登記契約成立後，當事人任何一方得隨時終止，得終止時而不終止，並非其借名登記關係當然消滅，必待借名登記關係消滅後，始得請求返還借名登記財產」

最高法院 103 年度台上字第 2230 號判決：

「係爭房地係被上訴人出資向訴外人麻映明買受後，借上訴人名義辦理所有權移轉登記，迄仍為被上訴人佔有使用並繳納房屋稅款，兩造間就該房地自有借名登記之無名契約存在。被上訴人自得類推適

用民法第五百四十九條第一項規定，以起訴狀繕本之送達對上訴人終止該契約，並請求上訴人辦理係爭房地所有權移轉（返還）登記。」

第二款 契約之消滅

依民法第 550 條之規定，委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，不在此限。由於委任契約高度重視當事人間之信用，因此原則上如無契約另行約定，當事人一方發生死亡、破產或喪失行為能力之事由，委任契約即告消滅。至於借名登記契約雖同樣高度重視當事人之信用，惟實務上類推民法第 550 條使借名登記契約消滅之事由，多集中於當事人一方死亡之情形。雖然當事人一方破產或喪失行為能力亦構成民法第 550 條契約消滅之事由，但在近期借名登記契約之實務上，幾乎無當事人以此主張契約消滅⁸⁹。此是否為借名登記契約與委任契約之差異使然，尚值進一步之觀察，惟礙於篇幅限制，本文於此即不多做著墨。對於借名登記契約類推民法第 550 條契約消滅之操作，本文試舉數例實務判決說明如下：

最高法院 100 年度台上字第 600 號判決：

「借名契約著重在當事人間信任關係，性質與委任契約同，應類推適用委任關係之規定，而按委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。…但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限，此觀民法第五百五十條規定自明。楊老為係於三十六年十一月十五日死亡，依上開說明，楊老為與被上訴人就係爭土地之借名登記關係已消滅。上訴人主張其於九十八年四月二十一日以民事準備狀之送達，為終止借名登記法律關係，該借名關係始消滅云云，並不可採。」

⁸⁹ 本文以關鍵字：「民法第 550 條」與「借名」於法源法律網-判決書查詢民國 88 年迄今借名登記契約消滅之事由，除一方當事人死亡外，別無所獲。法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw>，最後檢索日期，2015 年 4 月 2 日。

最高法院 102 年度台上字第 2399 號判決：

「按借名登記契約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，賦予無名契約之法律上效力，於當事人一方死亡時，應類推適用民法第五百五十條規定，除契約另有訂定外，該契約因而消滅。」

最高法院 103 年度台上字第 2522 號判決：

「按委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅，民法第五百五十條本文定有明文。借名登記契約，係以當事人間之信任關係為基礎，其性質與委任關係類似，自可類推適用上開規定，而認借名登記契約關係因當事人一方死亡而消滅。查被上訴人與王塗萬於王○井死亡時皆為礦工，均不具自耕能力，惟王○萬得就係爭土地辦理繼承登記，被上訴人應無不能就係爭土地辦理繼承登記之情形，亦非因無自耕能力而與王○萬成立係爭借名契約，更無預先約定於王○萬死亡後，係爭借名契約仍存在於兩造間之可能，係爭借名契約應於七十五年十月四日王○萬死亡時消滅。」

第三款 契約之存續

在借名登記契約與委任同樣高度重視當事人間信賴關係下，通說皆肯認借名登記契約之消滅得類推委任契約之規定，即原則上若當事人一方死亡，在無另行約定或依無契約性質不得消滅之情形，借名登記契約即告終止。然而在當事人另有約定外，借名登記契約中是否存在依契約性質不消滅之情形，或是否有類推適用民法第 551 條使契約繼續維持之餘地，即屬一值得探討之問題。

本文認為借名登記在契約之延續上，與委任契約尚有所不同。不動產借名登記與委任契約雖同以信賴關係為前提，然不動產借名登記契約中當事人間信賴關係並非對等，反而較偏重於出名人一方之信

用。蓋出名人必須具備得為登記名義人之資格(如土地法舊法第 30 條之自耕農身分)，始得與借名人締結借名登記契約，而出名人得否依約於契約終止後返還登記，亦端視出名人之信用。相反的，借名人對出名人而言不以具備特殊資格或條件為必要，借名人就系爭借名財產之處分、使用、管理亦與出名人無涉，而通常基於親朋關係所締結之借名登記契約，亦多未約定對待給付，因此，對出名人而言，借名人之信用對其權利義務之影響甚小。換言之，主要維繫借名登記契約存續者，乃出名人之信用。因此，不同於委任契約，借名登記契約對於契約維持之要件，尤應視該事由存在於何人，並區別其效力。

以當事人一方死亡為例，在借名人死亡但出名人尚存之情形，由於出名人仍能維持出名外觀並於契約消滅後履行返還登記之契約目的，因此即便借名人死亡，對於借名登記契約存續之目的並無影響，因此當事人間如約定由借名人之繼承人繼承契約，並無不妥。反之，如為出名人死亡但借名人尚存之情形，勢必將因出名人死亡，面臨變更登記之問題。考量出名人之繼承人未必符合登記所須之身分資格，以及借名人未必對其具一定信賴關係，如強使出名人之繼承人承受契約，除使法律關係複雜化外，亦可能侵害其對被繼承人遺產之期待利益，更遑論要求其繼續為一不認識之借名人盡「出借名義」之義務。故本文認為，由於借名登記契約偏重於出名人一方之信用，因此在契約之維持，應區分情形予以認定。

對於借名登記契約是否因當事人一方死亡而終止，實務多泛類推民法第 550 條規定，說明契約原則上將因一方死亡而消滅，而未進一步區分出名人或借名人死亡之情形。然整理相關判決，實務在個別當事人死亡所作之處理，似乎有逐漸趨於一致並與以區分之現象。如在借名人死亡之情形，最高法院會要求前審應注意當事人間有無契約繼續存續之約定。例如：

最高法院 102 年度台上字第 1726 號判決：

「本件上訴人於事實審主張：借名登記契約之真意、目的在於移

轉土地所有權登記予真正權利人，故於當事人一方死亡時，其繼承人除拋棄繼承或限定繼承外，即應繼受該借名登記契約。而黃堆清等三人與被上訴人在係爭借名登記契約內容，並無特別約定凡於委任人（借名人黃堆清等三人）或受任人（被上訴人）一方死亡時，借名登記契約即為終止，堪認該借名登記契約成立之時，當事人有不因雙方當事人之一方死亡而終止借名登記契約之「默示合意」等語（原審卷一一二頁背面），參諸上訴人嗣於一〇〇年十二月十六日以訴狀繕本之送達為向被上訴人終止係爭借名登記契約之意思表示等情（一審卷司重調字卷四頁背面），自屬重要之攻擊方法。原審未於判決理由項下說明何以不可採之理由，遽為上訴人敗訴之判決，即有判決不備理由之違誤。」

最高法院 103 年度台上字第 1519 號判決：

「按委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，不在此限，民法第五百五十條定有明文。而借名登記契約，係以當事人間之信任為基礎，性質上與委任契約相同，自得類推適用上開法條之規定。係爭不動產係闕德標於生前出資購買，借名登記於被上訴人名下，其與被上訴人間有借名登記契約存在，為原審認定之事實。果爾，闕德標與被上訴人間之契約有否其他約定，或該契約有無依其事務之性質不能因闕德標之死亡而消滅情事，即攸關其返還請求權消滅時效之起算，自應究明。乃原審就上開事項未查明審認，遽謂係爭借名登記契約因闕德標於八十一年六月三十日死亡而消滅，上訴人請求權之消滅時效，應自斯時起算，至九十六年六月三十日止，已屆滿十五年，進而為上訴人不利之判決，自有可議。」

相反的，在出名人死亡之情形，法院多認為契約並無存續之必要，甚至當事人有主張其間具契約繼續存續之約定，仍被法院予以駁斥。

最高法院 102 年度台上字第 1729 號判決：

「按借名登記之財產若無特別約定，類推適用委任規定，出名人或其繼承人應於借名登記關係消滅後返還標的物於借名人或其繼承人。又被繼承人死亡前，未償之債務，具有確實之證明者，應自遺產總額中扣除，免徵遺產稅，遺產及贈與稅第十七條第一項第九款亦著有明文。是出名人死亡，借名登記之財產並非必然列為其遺產而課徵遺產稅，亦不影響借名人或其繼承人請求返還之權利。準此，出名人死亡，其繼承人於借名登記之財產返還借名人或其繼承人前，得否類推適用民法第五百五十一條規定，將該借名登記之財產列入遺產繳納遺產稅，自有再推研之餘地。原審未予細究，就借名人之繼承人許吳秀琴尚未請求返還之借名登記土地，嗣以出名人死亡為由，遽認出名人之繼承人許李絹代等人將之列入遺產繳納遺產稅，係屬該條規定得繼續處理其事務而支出之必要費用，不無可議。」

臺灣高等法院 100 年重上字 467 號民事判決：

「被上訴人主張：陳金樹死亡時，伊尚無法登記為附表土地之所有權人，依民法第 551 條規定，借名登記契約關係於伊及陳火旺之間繼續存在云云。按民法第 551 條規定，委任關係因受任人死亡而消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人之繼承人於委任人或其繼承人或其法定代理人能接受委任事務前，應繼續處理其事務。經查，被上訴人主張陳金樹死亡當時，其無法受移轉取得附表土地所有權乙節，即令可採，惟被上訴人非不得與第三人間另成立借名登記契約，而請求陳金樹之繼承人將附表土地所有權移轉登記予其指定之受任人。故本院認為被上訴人與陳金樹間之委任關係，因陳金樹死亡而消滅，並無損害被上訴人利益之虞，自無適用上開規定，使陳金樹之繼承人繼受此借名登記契約關係餘地。……被上訴人將附表土地借名登記陳金樹名下之事實縱令存在，惟被上訴人主張本於借名登記物返還請求權，請求上訴人移轉附表土地所有權予被上訴人，其請求權時效已於 40 年 3 月 18 日完成，復無中斷時效或拋棄時效利益等情事存在，則上訴人為時效抗辯，拒絕履行移轉義務，尚非無據，應認被上訴人之請求為無理由，不應准許。」

臺灣高等法院 102 年度重上更(二)字第 113 號判決：

「上訴人就渠等有與王塗萬約定該借名登記契約於王塗萬死亡後仍不消滅乙節，自陳因上訴人沒有自耕能力，渠等於登記於王塗萬名義時已事先約定，若王塗萬過世後，上訴人仍無法依當時法令辦理所有權移轉登記，原借名登記契約即繼續存在上訴人與被上訴人之間云云，惟查，係爭土地為農地，依當時土地法第 30 條規定，其承受人固以承受後能自耕者為限，但因繼承而移轉者則無此限制，上訴人自認渠等二人與王塗萬當時均為礦工之事實（見本院重上字卷(二)第 139 頁），其三人顯均不具自耕能力，惟王塗萬得就係爭土地辦理繼承登記，上訴人應無不能就係爭土地辦理繼承登記情形，則上訴人要無因自耕能力問題，將其所有系爭土地應有部分借名登記王塗萬之必要，而上訴人既非因無自耕能力致無法辦理係爭土地繼承登記，渠等焉有可能事先約定將來借名登記契約於王塗萬死亡時仍存在兩造之間？況以被上訴人王廖美枝於王金井過世時職業為家庭管理，其所生子女或為學生，或尚年幼無任何職業登記，有上訴人提出被上訴人之戶籍登記簿謄本在卷可參（見原審調解卷第 33、34 頁），上訴人若係因無自耕能力始願意將係爭土地登記為王塗萬單獨繼承，渠等又如何預見將來王塗萬的繼承人可以順利辦理繼承登記？是上訴人謂係因無自耕能力，無法辦理繼承登記，方將係爭土地所有權借名登記於王塗萬，渠等與王塗萬曾約定若王塗萬過世後，上訴人仍無法依當時法令辦理繼承登記，原借名登記契約即繼續存在上訴人與被上訴人之間等語，委非可取，且以上訴人並無因無自耕能力而將系爭土地登記為王塗萬名義之必要，上訴人主張渠等間借名登記契約有因性質屬不能消滅情形存在云云，亦無可取」

歸納上開實務見解似可發現，在出名人死亡之情形，實務多半認為系爭借名登記契約即無繼續存在之必要，其主要理由包括：1. 出名人死亡，借名登記之財產並非必然列為其遺產而課徵遺產稅，亦不影響借名人或其繼承人請求返還之權利，因此無類推民法第 551 條使

之繼續存續之必要⁹⁰。2. 縱使當事人間存有契約繼續存續之約定，然出名人之繼受人未必具備得為出名人之一定身分或資格，因此無從使出名人之繼承人繼承系爭借名登記契約。3. 若出名人死亡時借名人尚未取得移轉登記之資格，其應得與第三人另成立借名登記契約，使出名人之繼承人移轉登記與第三人，而無需求強求出名人之繼承人承接原借名登記契約。

過去實務雖並未就借名登記契約之存續多有著墨，惟近期陸續有法院開始針對此一議題進行表態。誠如前開相關判決之見解，縱今日仍難謂實務已對此議題形成穩定見解，然數則判決皆對借名登記契約之存續表達類似之看法，似可認為最高法院就此議題有逐步形成共識之趨勢，應值注意。

第三項 契約之權利與義務

第一款 出名人之義務

所謂借名登記，無非係指一方借用他方名義並使他方充任登記名義人而言。依契約之目的進行解釋，借名人使出名人取得移轉登記係為使出名人擔當登記名義人，以實現「借用名義」進行登記之目的。因此，在借名人僅單純欲向出名人借用名義下，出名人應負有於借名需求不復存在或契約無以繼續維持時塗銷登記之義務，或稱返還借名登記，此亦應為出名人於借名登記中唯一之主給付義務。

至於協同辦理移轉登記一事，自借用名義之目的而言，借名人固有使出名人擔當登記名義人之義務，例如向第三人約定直接移轉登記與出名人，或將自身財產移轉登記與出名人。然並非所有案型之借名登記，皆須出名人協同辦理移轉登記，始能實現「借用名義」之目的

⁹⁰ 實務向來認為，縱出名人死亡，該借名財產仍不因此歸於出名人之遺產，亦無需就此課徵遺產稅。最高法院 103 台上 1519 號判決、100 台上 1854 號判決、100 台上 1634 號判決參照。

⁹¹。蓋約定協同辦理登記，係為確保債權人之利益能夠獲得最大滿足，而屬一從給付義務。因此，即便在部分類型之借名登記中出名人須協同辦理登記，仍無法以此作為借名登記之主給付義務。

另關於不得就借名財產為使用、處分、收益、管理一事，多數見解認為由於借名人係以借名財產之真正所有人身分自居，因此當事人間多有僅借名人享有借名財產所有權能之約定，故出名人不得對借名財產為管理、使用、收益與處分。惟本文認為，自「借用他人名義進行登記」之契約目的進行解釋，並無法得出借名財產之所有權能僅借名人得享有之結論，況個案中當事人本得就借名財產之所有權能利用進行約定，允許出名人為使用、收益或管理自無不可，因而實務所稱借名登記契約係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，實不可採，亦難將此當然視為出名人義務之一。

第二款 出名人之權利

依實務見解，借名登記係指一方借用他方名義進行登記，且借名財產之使用、處分、收益、管理權限仍歸一方享有之契約。於該定義下，歸納實務上常見之案例，當今實務肯認出名人得向借名人主張之權利，似僅有類推適用民法第 546 條請求必要費用支出之權利。至於類推民法第 547 條之報酬請求權，實務雖未有明確表態，惟學說見解則認為限於契約中有明定之情形始得請求⁹²。

第一目 必要費用請求權

依當事人間之約定或借名登記之常態，多數之借名登記契約，關於借名財產使用、收益、處分、管理之權能，均皆歸借名人享有。故

⁹¹ 依土地登記規則第 37 條和第 41 條之規定，出名人不一定需要協同辦理移轉登記。

⁹² 詳參本款第二目之說明。

在該前提下，本於管理借名財產所生之負擔，例如購地之貸款利息、土地稅賦、保險費等，均應由借名人支付之。然我國機關向以登記外觀認定負擔義務人，如借名人未按時繳納相關費用，出名人即可能因此遭相關機關為延遲繳納之處罰，故為了避免遭受處罰，出名人通常會先行墊付，事後再向借名人為請求。該等先行墊付之款項，應可認為係出名人為維持借名登記存續所必要之支出，因此應允出名人類推民法第 546 條之規定⁹³，向借名人請求支付前述先行墊付之費用。實務對該等費用之支出，亦肯認出名人得類推民法第 546 條之規定向借名人為請求。例如最高法院 103 年台上字第 1551 號判決稱：「按稱『借名登記』，乃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，應與委任契約同視，而類推適用民法第五百四十六條、第五百四十七條規定。原審認系爭房地由吳清溪出資，以四千七百萬元向李詩嫻購得，約定登記於劉沂佩名下，另以其名義向富邦銀行借款一千九百萬元供做買賣價款之一部等為借名登記契約之內容。故劉沂佩支付貸款利息之一部、買賣仲介費、房屋稅、地價稅、火災保險費等，均係其以出名人資格為處理委任事務所支付之必要費用」。

惟在出名人死亡之情形，出名人之繼承人得否主張因借名財產之登記，使其需支出額外之遺產稅，因此該筆先行支付之遺產稅亦屬借名登記契約所生之必要費用？實務向來認為，在能證明該財產屬被繼承人未償還之債時，該部遺產稅不予課徵，且出名人死亡不影響其應於契約終止時移轉登記與借名人之義務，因此不得將之視為借名登記契約之必要費用。如最高法院 102 年度台上字第 1729 號判決指出：「按借名登記之財產若無特別約定，類推適用委任規定，出名人或其繼承人應於借名登記關係消滅後返還標的物於借名人或其繼承人。又被繼承人死亡前，未償之債務，具有確實之證明者，應自遺產總額中扣除，免徵遺產稅，遺產及贈與稅第十七條第一項第九款亦著有明文。是出

⁹³ 民法第 546 條第 1 項：「受任人因處理委任事務，支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支出時起之利息。」

名人死亡，借名登記之財產並非必然列為其遺產而課徵遺產稅，亦不影響借名人或其繼承人請求返還之權利。準此，出名人死亡，其繼承人於借名登記之財產返還借名人或其繼承人前，得否類推適用民法第五百五十一條規定，將該借名登記之財產列入遺產繳納遺產稅，自有再推研之餘地。原審未予細究，就借名人之繼承人許吳秀琴尚未請求返還之借名登記土地，嗣以出名人死亡為由，遽認出名人之繼承人許李絹代等人將之列入遺產繳納遺產稅，係屬該條規定得繼續處理其事務而支出之必要費用，不無可議。」

本文認為，出名人死亡後，縱使出名人之繼承人未支付該部遺產稅，借名人之借名登記返還請求權既不受影響，該部遺產稅之支付自非屬處理借名登記事務所必要，因此實務認為該借名財產之遺產稅非處理借名登記契約之必要費用，應屬可採。至於出名人之繼承人如已就該部遺產稅進行繳納，則屬公法上不當得利之問題，要與處理借名登記事物之必要費用無涉。

第二目 報酬請求權

就報酬請求權而言，民法第 547 條稱報酬之給付如未約定，依習慣或委任事務之本質得請求報酬者，始可請求。惟借名登記是否屬依習慣或委任事務之本質得請求報酬之契約，最高法院迄今仍未明確表態。

至於學說上則有認為，借名登記契約不以有償為必要，且縱使為有償契約，亦非提供名義擔任出名人之對價，亦即借名登記契約為一不真正雙務契約⁹⁴。本文亦認為，借名登記契約無非係華文化中「借人情」行為之展現，通常約定借名之當事人間多為親戚或好友關係，出名人之所以願意擔任登記名義人並非係為取得一定之報酬，多係出於好意或為維繫人際關係始為出名行為。因此，尚無從以習慣或委任

⁹⁴ 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 二〇二八號民事判決，全國律師，2005 年 5 月，頁 118。

事務之本質認為出名人在未約定之情況下仍享有報酬請求權，即借名契約當事人間如未約定一定報酬之給付，在該報酬並非係提供名義之對價下，出名人無從類推委任之規定向借名人請求支付報酬。

第三款 借名人之義務

誠如前述，基於實現借用他人名義進行登記之目的，借名人應負有使出名人成為登記名義人之義務。依動機與欲獲得利益之不同，在不同類型之借名登記契約中，該項借名人之義務亦有所變化。例如在借用他人名義購置不動產之類型中，借名人即負有與第三人約定直接移轉登記與出名人之義務；在避免親朋借貸之類型中，借名人即負有將自身財產移轉登記與出名人之義務。

關於借名財產所有權能歸屬之約定，由於借名人通常將以借名財產之實際所有人身分自居，因此亦將約定實際得為借名財產處分、使用、收益、管理之人僅以自己為限。因此，本於管理借名財產所生之費用自不歸於出名人負擔，換言之，在借名登記契約存續中因借名登記所生之稅捐或費用，若未有約定由出名人代為管理，自應由借名人自行承擔。而該等費用支出之證明文件，亦經常成為借名財產仍由借名人實際使用、管理之證明，亦為實務認定借名登記契約存在之證據之一。而在實務強調借名登記需以借名人自己仍保留管理、使用處分之權作為要件下，上述費用如皆係由出名人單獨支出，借名人對此不聞不問，在當事人對其間之法律關係有所爭執，例如該移轉登記之法律行為究屬借名登記或贈與，在借名人未能充分提出其乃真正管理人之證據下，例如支付前述費用，法院認為當事人間不存在借名登記契約之可能性甚高。

另就報酬之支付而言，由於國人使用借名登記多係基於一定人際關係之維持，因此並無請求報酬或支付報酬之習慣，學理上亦難認借名人給付報酬與出名人充任登記名義人間有對價關係，故如當事人間未有報酬給付之約定，借名人自無給付報酬之義務。

第四款 借名人之權利

鑒於借名登記無非係一方暫時借用他方名義進行登記之法律行為，其核心價值乃一方借用他方名義並於契約終止時由他方返還登記名義，此即同時為出名人之義務與借名人之權利。然借名人該項請求返還移轉登記之依據應為何者，學理上則有爭議。此外，借名人得否另行主張物上返還請求權與不當得利請求權，亦為借名人向出名人請求返還登記名義時經常遭遇之問題，本文亦將對此一併進行說明。至於出名人私自處分借名財產導致無法履行返還登記義務之情況，通說皆肯認借名人得類推民法第 544 條之規定，向出名人請求因債務不履行所生之損害賠償。

第一目 登記返還請求權

壹、契約上之借名登記返還請求權

借名登記之目的，無非係暫時的使出名人登記為財產所有人或其他權利人，除非當事人間就登記之財產另有交易(例如買賣或贈與)，否則出名人最後仍應將借名財產之所有權登記移轉與借名者，始結束雙方之法律關係⁹⁵。至於請求返還移轉登記之依據，實務向來採取類推民法第 541 條(又稱登記返還請求權)之方式為之，然而究應類推該條第 1 項或第 2 項，實務似未有統一見解。

有類推民法第 541 條第 1 項者，例如：

最高法院 95 年度台上字第 1037 號判決：

「按借名登記契約係著重當事人間之信任關係之無名契約，登記名義人亦有為真正所有權人處理事務之本旨，應類推適用民法有關委任契約之規定，茲上訴人以本件九十三年一月六日訴狀繕本之送達，

⁹⁵ 吳宜勳，借名登記與公證之探討，公證法學，第 8 期，2012 年 4 月，頁 35。

為終止借名登記契約之意思表示，契約終止後，類推適用民法第五百四十一條第一項之規定，被上訴人得請求上訴人將係爭三筆土地返還與被上訴人，此返還請求權之消滅時效計算，亦應於借名登記契約終止之翌日起算。」

最高法院 103 年度台上字第 2223 號判決：

「足以推認被上訴人向上訴人借用係爭台銀帳戶辦理二百萬元定期存款，且彼此間已有成立係爭借名契約之意思合致。上訴人既始終否認兩造間有借名關係存在，自無為履行返還義務而於九十八年八月二十七日匯還一百萬元之可能。且亦無證據顯示上訴人領取之九十萬元有交付被上訴人，其辯稱已為前述款項之清償云云，並無可取。被上訴人已以起訴狀繕本之送達為終止係爭借名契約之意思表示，其類推適用民法第五百四十一條第一項規定，請求上訴人返還係爭二百萬元本息，應予准許」

亦有類推民法第 541 條第 2 項者，例如：

最高法院 103 年度台上字第 29 號判決：

「如原判決附表所示不動產（下稱係爭不動產）乃兩造被繼承人林輝樑借名登記於上訴人名下，林輝樑與上訴人間借名契約關係，可類推適用委任關係法則。被上訴人主張林輝樑與上訴人間借名關係已消滅，依民法第五百四十一條第二項規定及繼承法律關係，請求上訴人將係爭不動產移轉登記與兩造公司共有，即屬正當」

最高法院 103 年度台上字第 2277 號判決：

「被上訴人夫妻並委託律師於一〇三年一月間寄發存證信函，向上訴人告知鄭陳秀霞已將係爭不動產權利贈與被上訴人，被上訴人且予允受，再對上訴人表示終止借名登記契約之意思，上訴人已收受該函。此項契約既經被上訴人合法終止，被上訴人依借名登記契約類推適用民法第五百四十一條第二項之規定，請求上訴人將係爭不動產所

有權移轉登記與伊，應屬有據…」

最高法院 104 年度台上字第 263 號判決：

「被上訴人向訴外人蔡金河買受嗣經重測及逕為分割之係爭土地後，僅將之借名登記在上訴人名下，而始終持有該土地之所有權狀，及保有係爭土地之實質處分權。上訴人抗辯兩造間就該土地之登記係屬贈與關係，並無可取。被上訴人既以本件起訴狀繕本之送達為終止該借名登記關係之意思表示，其類推適用民法第五百四十一條第二項規定，請求上訴人將係爭土地所有權移轉（返還）登記予伊，即應予准許…」

針對前開不同之實務見解，有論者指出，如自民法第 541 條進行觀察，第 1 項之規定為：「受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人。」，而第 2 項為：「受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人。」。其中第 2 項所稱受任人以自己名義為委任人取得權利，應係指「間接代理」而言，即受任人基於委任契約之約定而以自己名義替委任人取得權利，則該項權利人為受任人，委任人基於委任契約而對之有債權請求權。至於借名登記契約，因出名人並未為借名人處理事務，而係同意出借名義登記為借名財產之所有人或其他權利人，性質上應與第 541 條第 2 項較為類似，故應類推民法第 541 條第 2 項較為正確⁹⁶。

本文認為，在借名人透過出名人向第三人取得財產登記之類型，由於借名人自始並非系爭標的之所有人，其透過借名登記契約使出名人以自己名義先取得財產登記之情形固屬間接代理，故此種案型之借名登記契約類推適用民法第 541 條第 2 項堪稱正確。又縱使系爭標的原為借名人所有，然出名人出借名義之行為並不能視為處理事務，且即便出名人確實有替借名人處理事務，該財產登記之取得亦與出名人處理事務間無必然之關係。因此前述類推民法第 541 條第 2 項之見解，

⁹⁶ 卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011 年 2 月，頁 141。

應值贊同。

貳、其他登記返還請求權

一、物上返還請求權

依民法第 767 條第 1 項之規定，所有人對於無權佔有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。而得行使此項請求權者，必以請求權主體為所有權人或依法得行使所有權之人。因此，如借名人欲依該條規定向出名人請求移轉登記，必以借名人為適法之所有權人或依法得行使所有權之人始得為之，然借名人於內部關係中是否當然為所有權人？實務與學者間存有不同見解：

(一)、於內部關係中借名人仍為真正所有權人

實務有採取此項見解者認為，在借名登記契約中，借名財產之真正所有權人仍為借名人，出名人雖享有登記名義，然所謂登記之公信力係就外部關係而言，亦即在第三人因信賴登記取得權利前，於借名登記之內部關係中，借名人尚得以真正所有權人之身分，向出名人請求移轉登記。惟採取此項見解之實務多未就個案之案型有進一步說明，亦即採取此項看法之實務見解，似未有意在不同類型之借名登記中進一步區分內部當事人間法律關係之差異，而一概認為凡於借名登記契約之內部關係中，真正權利人均為借名人。相關判決有：

最高法院 99 年度台上字第 2448 號判決：

「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，倘其內容不違反強制禁止規定或公序良俗者，應承認其法律效力，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。」

最高法院 101 年度台上字第 2019 號判決：

「按借名登記契約內容倘不違反強制禁止規定或公序良俗者，應承認其法律效力，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。係爭土地為工業用地，故以共有人劉新發為負責人之大髮油廠股份有限公司為登記名義人，核其借名登記契約內容並無違反強制禁止規定或公序良俗，原審因認係爭借名登記契約有效，尚無不合。」

(二)、未曾登記為所有權人之借名人不得行使所有權

採取此項見解之實務，係立基於借名人透過出名人向第三人購買不動產之借名類型。此種類型係指，借名人可能係以出名人之代理人或以自己名義與第三人締結買賣契約，並約定直接由第三人移轉登記與出名人。在此種情形下，由於借名人自始未曾享有過登記，其與出名人間雖存有借名登記契約，惟因借名人自始未享有所有權，因此僅得行使借名登記返還請求權，而不得向出名人依民法第 767 條之規定請求移轉登記。相關之實務見解有：

最高法院 100 年度台上字第 1722 號判決：

「被上訴人既未曾登記為係爭土地之所有人，則能否謂其得行使所有人之所有物返還請求權，請求上訴人將係爭土地之所有權移轉登記予伊，即不無研求之餘地。原審遽謂被上訴人得本於民法第七百六十七條所有物返還請求權，請求上訴人將係爭土地之所有權移轉登記為被上訴人所有，自有可議。」

最高法院 102 年度台上字第 243 號判決：

「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係爭十七筆土地，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係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，請求將係爭十七筆土地之所有權移轉登記予渠等，非無研求之餘地。」

(三)、借名人移轉登記與出名人後即不得再行主張所有權

採取此說者認為，借名登記契約乃一限制出名人所有權能之契約，亦即借名人與出名人間有移轉所有權之意思，符合不動產所有權變動之所有要件，出名人承受登記後即因此成為所有權人，不論係對內或對外，借名人皆不得再行主張所有權，而僅得依借名登記契約所生之借名登記返還請求權向出名人請求移轉登記名義。採取此說之論者更有指出，若認為出名人並無移轉所有權與借名人之意思，則雙方應成立一類似於登記名義之使用借貸或租賃契約等為論及借名財產所有權權能之契約才是⁹⁷。採此說之實務有：

臺灣高等法院 100 年度重上字第 467 號判決：

「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，將該財產回覆（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。」

最高法院 102 年台上字第 1358 號判決：

「上訴人係基於借名契約關係而取得係爭不動產之所有權，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

⁹⁷ 卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011 年 2 月，頁 58。

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，請求上訴人將係爭不動產回覆（移轉）登記為賴星樑兄弟共同共有，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。」

本文認為，前開不同論點各有其據，惟在內部關係中借名人是否一律得或不得向出名人主張所有權，實不得一概而論。蓋借名登記契約乃一無名契約，藉由當事人間不同之約定，其可能形成之態樣亦不一而足，因此在探討借名人於內部關係中是否享有所有權人地位，應視個案分別探討較為適宜。

如以借名登記契約較常見之案型區分，大致上可分為借名財產本屬第三人所有以及本屬借名人自己所有兩種情況。在前者之情形，該借名財產本非借名人所有，而係借名人欲藉借名登記契約以出名人之名義加以取得，因此在此種類型中，由於借名人自始未曾取得所有權，自無從於內部關係中向出名人以民法第767條之規定請求移轉登記。然在第二種情形，借名財產本為借名人所有，不論其係基於何種目的與出名人締結借名登記契約，只要該契約屬合法有效，借名人自負有移轉登記與出名人之義務。然此得否謂借名人當然有移轉所有權之意思，本文持保留態度。蓋借名人締結借名登記契約之目的無非係不欲以自己名義彰顯權利資格，而與移轉所有權之意思無直接關聯，且其既仍欲就借名財產為使用收益，一般應認為其無使出名人終局取得所有權之意思⁹⁸，因此稱借名人必有所有權移轉之意思而為移轉登記，似欠允洽。

承上所述，由於借名登記中並非當然存在借名人已移轉所有權與

⁹⁸ 學說上有不同見解指出，實務所稱之借名登記契約係一所有權能之限制契約，而借名人必係基於移轉所有權之意思使出名人取得所有權，換言之，凡借名財產已經移轉登記與出名人之情況，真正之所有權人即為出名人，而無借名人仍為真正所有人之情形發生。詳參：卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011年2月，頁57-59。

出名人之事實，在個案中亦可能出現借名人因欠缺物權變動之意思，導致徒有移轉登記之事實，實質上卻無所有權移轉之情形。因此，如有登記無效之情事發生，出名人對外雖得以形式登記主張其為真正所有權人，但除有第三人主張依登記之公信力取得權利之情形，於內部關係中，真正之權利人仍為借名人，出名人尚不得以該虛偽登記對抗借名人⁹⁹，亦即在借名人仍屬借名財產之真正所有權人下，其欲以真正所有權人之身分向出名人請求移轉登記，應無不可。

至於在借名財產遭第三人侵奪之情形，得否允許借名人本於所有權人之身分向第三人主張物上返還請求權？本文持否定見解。蓋借名人雖得本於真正所有權人之身分以不實之登記對抗出名人，但在該等內部關係難為外界得知之情況下，基於保障交易安全以及貫徹不動產登記公信力之目的，實不應任由借名人以對內關係對抗第三人。而實務亦以此為理由，向來皆僅以形式認定借名財產之所有人，並強調依土地法第 43 條登記具有絕對效力下，即便借名人為真正所有權人，仍不得以該登記不實為由向第三人行使所有權。因此，既然享有登記名義者為出名人，對外得向第三人主張物上請求權之人亦以出名人為限，如借名人欲向第三人主張物上請求權，則僅得於出名人怠於行使下，依民法第 242 之規定代位行使之，並以向第三人請求返還借名財產與出名人為限，而不得請求第三人返還借名財產與自己。

二、不當得利返還請求權

按民法第 179 條之規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。多數實務見解認為，在借名登記契約終止前，出名人享有登記名義固具有法律上原因，惟於契約終止後，其占有財產登記名義將喪失法律上之合法基礎。因此，在契約終止後，借名人除了得以契約之登記返

⁹⁹ 最高法院 85 年台上字第 2996 號判決：「不動產所有人之登記，如有無效原因時，真正權利人得執此原因對抗登記名義人，固得主張其權利，然此等事由，僅存在於真正權利人與登記名義人間，不得執以對抗第三人，是真正權利人尚不得對第三人主張其權利。」

還請求權請求移轉登記，尚得以出名人繼續保有登記名義無法律上原因為由，請求出名人返還之。例如：

最高法院 99 年度台上字第 1422 號判決：

「借名登記契約乃當事人約定一方經他方同意，而就屬於一方現在或將來之財產以他方名義為所有人或權利人登記而成立之契約。故陳彩臣等五人購買係爭土地未先登記為其所有，而逕登記為陳先進名義，仍不妨成立借名登記。且上開借名契約終止後，借名人給付之目的即歸於消滅，上訴人仍保有係爭土地之所有權登記，自屬不當得利，應將所有權移轉登記予被上訴人（借名人之繼承人），以返還其無法律上原因所受之利益，俾矯正欠缺法律關係之財貨損益變動之狀態」

最高法院 102 年度台上字第 2399 號判決：

「借名登記關係消滅後，上訴人為登記名義人之法律上原因已不存在，被上訴人因而基於不當得利規定，請求上訴人返還登記之利益，此項請求權非繼承自被繼承人林輝樑、楊玉炎，自無上訴人所指「委任關係既已消滅，被上訴人復非借名登記之當事人，其主張本於繼承林輝樑、楊玉炎之移轉登記請求權，自屬矛盾」之情形。」

最高法院 103 年度台上字第 1244 號判決：

「按借名登記契約係以當事人間之信任關係為基礎，性質與委任關係類似，應類推適用民法第五百五十條規定，因當事人一方死亡而消滅。楊呈聰借用周曼莉名義開設係爭存款帳戶及係爭證券帳戶，該借名關係因楊呈聰之死亡而消滅，周曼莉應將係爭存款帳戶及係爭證券帳戶名義回覆予楊呈聰之繼承人，惟周曼莉竟申報係爭帳戶存摺、印鑑遺失，申請補發，拒絕將係爭存款及係爭股票返還予童慧懿，係屬無法律上之原因而獲有利益，致童慧懿及其他繼承人受有損害，其他繼承人於九十七年七月十一日書立同意書，同意就係爭存款及係爭股票債權，均由童慧懿行使，童慧懿得依不當得利法律關係，請求周曼莉將係爭存款及係爭股票返還予楊呈聰全體繼承人。」

在實務之外，有見解認為，不應使借名人以不當得利請求權作為請求移轉登記之名義。其認為，在所有權本屬借名人所有，而由其單純基於借名登記契約移轉登記與出名人之情形，由於出名人受有登記之初既係基於有效之借名登記契約，縱借名登記契約已終止，惟契約終止不具溯及效力，因此在其終止前已取得之登記名義不因此受有影響。又如出名人取得登記名義係基於與第三人之買賣或利益第三人契約而來，出名人保有登記名義之原因並非基於借名登記契約，因此縱使借名登記契約已經終止，仍不影響其保有登記名義¹⁰⁰。因此，不論係何種情形，皆不發生出名人於借名登記契約終止後仍保有登記名義之行為構成無法律上之原因，故借名人應不得以不當得利請求權作為契約終止後移轉登記之依據。

惟本文認為，上開見解似僅在借名人自始未介入出名人與第三人間交易之情形始有適用。例如借名購買國宅，在借名人取得承受登記之資格前，勢必得透過具資格之出名人以自己名義向政府進行購買（無法由借名人向政府承購後再指示政府移轉登記與出名人），並於借名人取得承受國宅之資格後，方得請求出名人移轉登記與自己。此種情形中，出名人取得登記名義之原因必然係基於其與政府之交易，而不能謂其取得登記名義之原因係基於借名登記契約（單純之借名登記契約尚無法使出名人因此取得登記名義），因而在此種情形中，借名人必然無法依不當得利請求權請求出名人返還登記名義。然除了此種情形，不論是由借名人直接移轉登記名義與出名人，或因利益第三人契約¹⁰¹或不真正利益第三人契約由借名人指示第三人直接移轉出出名人，借名人之所以願意轉由出名人承受登記名義，必然係基於有效之借名登記契約。倘借名登記契約業已終止，出名人仍繼續保有登記名義，自屬無法律上原因受有利益。因此本文認為，除非自始即僅有

¹⁰⁰ 吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分/最高院 98 台上 76，臺灣法學雜誌，第 137 期，2009 年 10 月 1 日，頁 141。

¹⁰¹ 在借名人取得登記名義係基於第三人利益契約之情形，借名人與出名人間基於借名登記契約可謂有一對價關係存在（借名人與第三人間為補償關係）。如該對價關係不存在，應可由借名人向出名人主張不當得利請求權。參見王澤鑑，債法原理（二）不當得利，自版，2005 年 9 月，頁 114。

出名人與第三人進行交易而無借名人介入之情形(借名人指示第三人向出名人為移轉登記)，否則於借名登記契約終止時，借名人應得以不當得利請求權向出名人請求移轉登記。

第二目 損害賠償請求權

借名人得向出名人主張之契約上損害賠償請求，應係指出名人違反約定私自處分借名財產，致出名人無法於契約終止時返還移轉登記而言。蓋出名人因享有登記名義而為登記名義人，對外自可以真正所有權人身分自居，如其因處分借名財產所得獲得之利益遠高於借名登記契約，出名人自有相當大之動機違背其不得處分借名財產之義務。此時縱使認為出名人就借名財產對外所為之處分屬無權處分，依不動產登記之公示原則與公信原則，善意信賴該登記之第三人，仍得主張民法第 759 條之 1 而保有其自出名人處承受登記之權利，故除非第三人係惡意明知借名登記契約存在之人，否則借名人勢必將因第三人善意信賴登記而喪失所有權，出名人亦無法履行契約終止時移轉登記與借名人之借名登記返還義務而陷於給付不能。故除有出名人處分借名財產屬不具可歸責(例如出名人之繼承人不知有借名登記契約之存在而將借名財產處分與第三人)之情形，出名人在明知其不得任意處分借名財產之情況下仍將借名財產處分與第三人，並因此導致其無從履行於借名登記契約終止時履行借名登記返還義務，當屬債務不履行，借名人即得類推民法第 544 條之規定，向出名人請求損害賠償：

最高法院 98 年度台上字第 709 號判決即稱：「按借名登記之法律關係其性質與委任契約類同，應類推適用委任契約之規定。又受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責，民法第五百四十四條定有明文。兩造間就系爭土地有借名登記之法律關係，迄八十九年十一月六日始終止。上訴人於此法律關係存續中之八十九年七月間，將系爭二一八之五四號土地所有權移轉與訴外人趙宜慎及弘眾建設股份有限公司，已逾越受借名登記名義人之權限，違反兩造間借名登記契約，致被上訴人及選定人受有

喪失二一八之五四號土地之損害，類推適用民法第五百四十四條規定，上訴人對被上訴人及選定人應負損害賠償責任。」

此外，除了契約上之債務不履行損害賠償，如出名人係以故意侵害借名人權利之意思將借名財產處分與第三人之情況。本文認為，此時借名人尚得依侵權行為之規定，向出名人請求損害賠償，而該二請求權亦將構成請求權規範競合。

就侵權行為而言，學說向認為民法第 184 條第 1 項前段所稱之權利應以絕對權為限，例如所有權。因此，在借名財產之真正所有權人仍為借名人之情形(例如借名財產本為借名人所有，其移轉登記與出名人時雙方皆無移轉所有權之意思)，出名人如擅自將借名財產處分，並因第三人善意信賴登記使借名人無法回復所有權，此時借名人當得依民法第 184 條第 1 項前段之規定向出名人請求損害賠償。又縱使借名人並非借名財產之所有權人，如出名人係基於故意侵害借名人債權之意思處分借名財產，借名人亦可依民法第 184 條第 1 項後段之規定向出名人請求損害賠償。

第三節 不動產登記制度與物權變動

第一項 不動產登記制度之基本理論

在進一步探究借名登記契約之外部效力前，必須先行介紹登記制度在當事人間法律行為中之意義，以及其在不動產物權變動中之地位。蓋借名登記契約對外部第三人最大之影響，莫過於其因信賴登記所為一定法律行為之效力，尤其涉及不動產所有權之移轉變更，第三人能否順利取得系爭所有權，將因登記名義人究為有權處分或無權處分而異其命運。

第一款 不動產登記之意義

不動產物權不論係土地或房屋，都具有恆常存在與人為劃分之特徵，其價值亦居於人們財產之首要。因此，為明確保障人民不動產物權之權益，藉由精確之測量與釐定輔以登記制度之採行，不動產登記制度除能釐清權利人真實權利並給予確切保障，同時具有節約交易成本、維持經濟秩序與保障交易之功能。對國家而言，明確之登記亦提供了課稅之計算依據，並因其精細與確實之內容而提高了行政效率，故不動產登記制度自歐洲中世紀確立以來，一直為各國所慣行¹⁰²。

至於我國實施不動產登記制度之目的，在傳統中國社會中，原是為了徵收賦稅，次要目的則為供作實證以杜爭端¹⁰³。而所謂以保障交易安全或保障私權為目的之登記，則首見於日治時期之台灣。蓋當時日本明治維新後大量引進西方制度，在統治台灣之時期，雖仍以徵收稅賦作為土地登記之實質目的，但該種新式土地登記制度，實際上亦具有保障私權之功能¹⁰⁴。至台灣光復後，即不再採行日本之登記制度，而改師德國規定採行權利登記制，於是乎以保障私權與交易安全為核心之不動產登記制度在台灣即告確立，即便立法後經歷多次修改，仍不改其原先之立法本旨。

第二款 不動產登記之立法主義

不動產借名登記常見之爭議為，於系爭不動產所有權移轉登記與出名人後，是否即意味著出名人因此成為所有權人？為解決此一問題，首應理解不動產登記所彰顯之意涵，及其對外效力之解釋。然而，不同立法例之登記制度下，登記之要件或效力或有不同。因此，在討論

¹⁰² 朱柏松，海峽兩岸不動產物權變動理論及土地登記制度之比較研究，民事法問題研究—物權法編，元照出版，初版，2010年3月，頁9-11。

¹⁰³ 詳參卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011年2月，頁44。

¹⁰⁴ 詳參李志殷，土地登記制度變遷之研究，國立政治大學法律學系碩士論文，2010年1月，頁51-52。

登記對契約外第三人之影響前，應有探討各種不動產登記立法例之必要。目前各國所施行之土地登記制，主要有契約登記制、權利登記制、以及托崙斯登記制。以下即就各制度之特點進行簡單之說明。

一、契約登記制

契約登記制，係指不動產物權之得喪變更，所端視者為雙方當事人所合意訂立之契約。至於不動產物權之登記，不過為登記機關依契約所載內容予以登記，不生物權變動之效力。但非經登記，不得對抗第三人，因而此種登記制度又稱為登記對抗主義。此制度一般咸信創始於法國，又稱「法國制」，凡物權變動之立法主義採取「意思主義」之國家，大體採用此制，如法國、日本、義大利、比利時及西班牙等國¹⁰⁵。

此種登記制度之特色在於土地登記之終極目的僅在於對人民課稅，並非在確認不動產權利之存在，更不是權利人取得權利之要件。因此，登記官於為不動產之登記時，僅負有形式審查之責任，對於物權變動則無實質審查之權力與義務。此種登記縱然具公示外觀，但不具有公信力，故已被加以登記之物權，如有無效、得撤銷或不成立之原因，善意受讓該不動產物權之人仍無由受到保障¹⁰⁶。

二、權利登記制

所謂權利登記制，係指不動產物權之得喪變更，必須仰賴登記始生效力。在此種登記制度下，物權之變動除了須有當事人意思表示一致外，尚須經登記機關實質審查確定，並踐行法定登記之形式要件後，始生效力。此種登記制固以德國法為代表，不過凡物權變動立法主義採行「形式主義」或「折衷主義」者，均採循此制，如德國、瑞士、奧地利等國家皆採此例。而由於我國民法大抵係繼受德國形式主義之

¹⁰⁵ 劉煜明，兩岸不動產登記制度之比較研究，中國文化大學法律學系碩士論文，2011年1月，頁30。

¹⁰⁶ 朱柏松，海峽兩岸不動產物權變動理論及土地登記制度之比較研究，民事法問題研究—物權法編，元照出版，初版，2010年3月，頁19-20。

立法，因此學者與實務多認我國之不動產登記制度，亦屬權利登記制。

此種登記制度之特色在於，登記官對於登記申請具有實質審查之權限，對於物權變動之原因與事實是否相符均須詳加審查後，始允登記。而此種登記制度之目的在於確保私權，並作為物權變動之要件之一。是以，不動產物權之變動，除當事人意思表示一致外，非經登記不生效力，因此又稱「登記要件主義」。然而，在此制度下所謂物權變動因登記而生效，係指推定效力而言。如所登記之權利名義人最後被發現並非真正之權利人時，自容許真正權利人請求更正登記。不過由於此種登記具有一定之公信力，如取得權利之第三人不知登記有無效或不能生效之原因，為確保交易安全，該善意信賴登記之第三人將受到保護¹⁰⁷。

三、托崙斯登記制

此制度係本於南澳洲托崙斯爵士(Sir Robert Richert Torrens)西元 1858 年之創案加以改進、深化之土地登記制，又稱「澳洲登記制」。除澳洲外，英國一部與美國、加拿大多數洲亦採取此種登記制度。此種登記制度與權力登記制同以登記做為不動產物權變動之生效要件，實施登記之官吏對於土地登記亦有實質審查權。但不同於權力登記制之登記僅具有推定效力，托崙斯登記制之登記則具有絕對效力，不容推翻。如登記發生錯誤、遺漏或虛偽致權利人受損時，登記機關須對被害人負損害賠償責任。至於損害賠償之資金來源，則由登記費用中抽取一定比例之金額充作資金以為支應¹⁰⁸。

¹⁰⁷ 朱柏松，海峽兩岸不動產物權變動理論及土地登記制度之比較研究，民事法問題研究—物權法編，元照出版，初版，2010年3月，頁20-24。

¹⁰⁸ 朱柏松，海峽兩岸不動產物權變動理論及土地登記制度之比較研究，民事法問題研究—物權法編，元照出版，初版，2010年3月，頁24-27。

第三款 公示原則與公信原則

物權乃對標的物直接支配之權利，如物權之變動無以外顯供世人知悉，在交易頻繁，工商發達之今日社會，實無以促進以及保護交易安全。是以，為達此目的，近代民法確立了「公示原則」與「公信原則」作為物權變動之二大原則。此在物權作為抽象概念，物權變動常會伴隨外部現象之今日，尤具重要性¹⁰⁹。

第一目 公示原則

由於物權具有得對抗任何人之絕對性與排他性，因而物權之內容與狀態，必須具有可從外界辨識之客觀表徵，以使他人知悉物權之狀態與內容。此種要求物權之變動必須以一定之公示方法表示於外方能發生一定法律效果之原則，即稱公示原則¹¹⁰。積極而言，公示原則得以表彰物權變動之動態現象，使外部人因此知悉物權狀態之變更，另一方面，亦可消極地呈現物權存在之靜態現象，換言之，無公示，即無該物權存在¹¹¹。以物權之變動為例，由於我國與德國就公示原則之效果係採取形式主義，即「登記」或「交付」為物權變動之成立或生效要件，因而不同於採取意思主義之國家¹¹²，作為公示方法之登記或交付行為，僅為物權依法律行為所生變動之對抗要件，此觀我國民法第 758 條與第 761 條之規定¹¹³，即可明之。

¹⁰⁹ 謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014年9月，頁47-48。

¹¹⁰ 鄭冠宇，民法物權，新學林出版，二版，2011年9月，頁27。

¹¹¹ 謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014年9月，頁48。

¹¹² 就物權之變動，有兩種不同之立法例，一是以登記或交付之公示方法為物權變動之成立或生效要件，即形式主義，我國與德國採之。另一則是以登記或交付之公示方法為物權依法律行為所生變動之對抗要件，即意思主義(或稱登記對抗主義)，法、日採之。在意思主義下，物權之變動只要經雙方意思表示合致即生效力，縱未登記，亦僅生不得對抗第三人之效力，對已經變動之物權不生影響。

¹¹³ 民法第 758 條第 1 項：「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。」第 761 條第 1 項：「動產物權之讓與，非將動產「交付」，不生效力，但受讓人已佔有動產者，於讓與合意時，即生效力。」

第二目 公信原則

所謂公信原則係指，為保障交易安全，使信賴物權公示之第三人不因登記不實而受有損害，因而在善意第三人信賴登記而為交易之情形下，透過法律保障其因信賴登記而為法律行為之效力。如我國民法第 759 條之 1 第 2 項、第 801 條、第 886 條、第 948 條等規定，皆係本於此原則所設立，使善意信賴物權公示外觀之第三人，不因外觀不實之公示而遭受損害。

與公示原則相比，公示原則之目的在於使人「知」，而公信原則之目的則在於使人「信」¹¹⁴，並更進一步地發生保障善意第三人之效力，亦可稱為公信力。此種保護從事物權行為善意第三人之效力，在不同立法例中，效力意有所不同。以不動產登記為例，在採取權利登記制之國家，如德國或我國，善意第三人享有信賴取得規定之保障，而在採取契約登記制之國家，如法、日則無此種保障，至於採取托崙斯登記制之國家，則由登記規費中提撥基金，作為損害賠償。

第四款 不動產登記之效力

登記具有推定力與公信力固為我國現行法所肯認，然而在 2009 年物權編修正前，當時之民法對此並無著墨。但此並非意味著在修法前我國不承認登記之推定力與公信力，相反的，當時之學說與實務對此皆一致肯認，例如司法院院字第 1956 號解釋與最高法院 41 年台上字第 323 號判例¹¹⁵，因而 2009 年物權編之修正並非創設登記之效力，

¹¹⁴ 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，修訂十六版，三民出版，2009 年 10 月，頁 45。

¹¹⁵ 最高法院 41 年台上字第 323 號判例要旨：「土地法第四十三條所謂登記有絕對效力，係為保護第三人起見，將登記事項賦與絕對真實之公信力，故真正權利人祇許在未有第三人取得權利前，以登記原因無效或得撤銷為塗銷登記之請求，若至已有第三人本於現存之登記而為取得權利之新登記以後，則除得依土地法第六十八條規定請求損害賠償外，不得更為塗銷登記之請求，因之真正權利人對於第三人依此取得之不動產，訴請返還，自無法律上之根據。」

而係將原有之通說見解予以明文化而已¹¹⁶。

第一目 推定力

依民法第 759 條之 1 規定：「不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。」此即登記之推定力。至於推定力之內涵，則是指不動產物權一經登記，即推定與真實物權一致。蓋在形式主義下，辦理不動產登記之機關具有實質審查權，透過公權力與嚴格之審查程序，不動產登記之真實性應足以獲得確保。因此，透過此種慎重程序而為之登記，不論是否依法所為，均生登記推定力¹¹⁷。

至於推定之內容，凡屬登記所能表彰之不動產物權或具有物權效力之法律關係，例如物權之種類、內容、次序及權利人，均在推定之範圍內。但債權、債權性質之約定、權利人之個人情況(例如受監護宣告)、公法法律關係及負擔(例如公用地役關係、土地使用分區之管制等，或登記標示之記載、建物目前之現況等，則非推定力所及。於前項不動產物權登記之推定範圍內，登記之權利人僅須證明其物權業經登記，即足以證明依登記內容所記載物權之存在及其物權種類、內容、次序、物權人，並得行使其權利。推定力之效果原則上得對任何人主張，但物權變動登記之當事人間，包含其概括繼承人，就該物權變動之存否，不得援用登記之推定力以對抗真正物權人¹¹⁸。

第二目 公信力

依公示原則，不動產物權之變動係以登記為公示方法，而登記所

¹¹⁶ 關於土地登記之推定力，土地法第 43 條雖規定：「依本法所為之登記，有絕對效力」，但土地法本條文字並非適當，如依土地法第 69 條規定反面解釋，可得知錯誤或遺漏之登記既得予以更正，該不當之登記自不生絕對效力。因而於物權法修正時，民法第 759 條之 1 將登記之效力明文為：「推定登記權利人適法有此權利」

¹¹⁷ 謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014 年 9 月，頁 85-86。

¹¹⁸ 謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014 年 9 月，頁 86-87。

表彰之物權又推定為真實(民法第 759 條之 1 參照),是以登記之公視方法所表彰之物權與真實物權之狀態不一致,若善意之第三人信賴該不動產之不實物權登記,而依法律行為完成物權變動之登記者,法律即認其具有與真實物權存在相同之法律效果,此即公信力。

登記公信力之適用要件,包括了 1. 需有不實之物權登記存在、2. 須已依法律行為為物權變動之登記、3. 第三人必須善意,即必須同時具備上述要件,第三人始得主張登記之公信力並要求據以保護。蓋登記之公信力本係基於公示原則所衍生,因此必有一足以構成信賴之物權登記外觀,始有發生公信力之可能。又該物權登記如屬真實,則無公信力之保護,或無適用之餘地。而在公信力之創設係以保障交易安全為前提下,公信力所保障者,必須為善意之第三人,因信賴該登記而為一定之法律行為,如第三人取得物權之方式並非基於一定之法律行為,則無由主張信賴登記,亦不受登記公信力之保障¹¹⁹。

第二項 不動產物權之變動

登記制度於不動產借名登記契約中所彰顯之意涵,在採取形式主義之國家如德國或我國,最重要者乃在於判斷不動產物權之變動。蓋借名登記契約本屬債權契約,基於契約之相對性與隱匿性,除有契約承擔或其他依法令之情形,當事人不得以契約內容對抗第三人。是以,借名登記契約之外部效力爭議,將著重於第三人因信賴登記而為一定之法律行為,導致原本借名登記契約當事人之權利義務遭受影響之情形。故於探討借名登記契約當事人與契約外第三人之權利義務關係前,尤應先行了解不動產物權變動之過程,以預見第三人因信賴登記而為一定法律行為可能引發之爭議為何。

因法律行為之不動產物權變動要件,包含以下幾點:

¹¹⁹ 第三人固可主張信賴登記而被推定為善意,但即便實際上並未閱覽土地登記簿,仍受登記力之保障而被推定為善意。詳參:王澤鑑,民法物權,2009年7月;謝在全,民法物權論(上),修訂六版,新學林出版,2014年9月,頁87-90。

一、需為有處分權人所為

因法律行為使不動產物權發生變動，必有當事人為一定之物權行為，而物權行為乃處分行為之一種，因此處分人對標的物必須具有處分權，方能使其物權移轉、變更或消滅。如為物權行為之人不具處分權，則不能發生物權變動之效力(民法第 118 條第 1 項、最高法院 17 年上字第 123 號判例、18 年上字第 1420 號判例參照)。原則上除法令另有限制處分權者(如破產人受破產宣告後，對於應屬破產財團之財產喪失處分權，破產法第 75 條參照)，所有權人原則上即有處分權。而除了所有權人外，第三人亦可因法律授與處分權，而對標的物為有權處分(如父母對於未成年子女之特有財產，有為子女利益之處分權，民法第 1088 條第 2 項但書參照)。又處分權於物權行為完成時仍須具備，倘處分權於物權行為完成前，已受限制或喪失者，其物權行為即難謂合法有效(強制執行法第 51 條第 2 項¹²⁰參照)¹²¹。

二、需有物權變動之意思表示

一般咸認我國民法係繼受德國民法，其中雖融合其他歐陸各國民法之長並結合我國固有習慣，然對於物權變動之立法例，仍較近似於形式主義之立法。如我國民法第 758 條規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。」第二項所謂依法律行為使物權發生變動應以書面為之之意涵，通說認此係參考德國民法第 873 條¹²²之規定所設，並以該書面作為不動產物權變動之合意¹²³。

¹²⁰ 強制執行法第 51 條第 2 項：「實施查封后，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。」

¹²¹ 謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014 年 9 月，頁 65-66。

¹²² 德國民法第 873 條第 1 項：土地所有權之移轉或於土地上設定權利，以及此等權利之移轉或設定權利，應經變更權利人與相對人之合意，並於土地簿冊上為權利變更之登記，但法律另有規定者，不在此限。

¹²³ 關於不動產所有權移轉合意之規定，德國民法典第 925 條第 1 款規定第 873 條第 1 項所需之合意必須由出讓人與取得人同時出席，向登記管轄機關表示出讓合意。在不損害不動產登記機關地位之前提下，亦可向管轄公證機構表示合意，或在司法和解中表達。其中所稱之合意，實際上為物權契約之名稱，且該「合意」

然而，所謂需有物權變動之意思表示，是否得以類推適用民法債編關於契約成立之規定，不無疑問。我國多數見解認為，物權行為乃法律行為之一種，自須有意思表示健全及無瑕疵之要求，雙方為物權變動之合意，亦應考慮是否成立並得類推適用民法債編關於契約成立之規定¹²⁴。以不動產買賣為例，當事人除有成立債之關係之意思，應尚有移轉標的物所有權之意思，理論上將之納入債權契約之意思表示中即可，而無需將移轉標的物所有權之意思獨立之必要，即吾人可認為當事人已藉由債權契約同時表示物權變動之意思。又不動產物權之變動以登記與書面為必要，故物權變動之意思表示通常即已存在於成立之書面或辦理登記之中，是以如已有物權變動之書面或已辦畢登記，自應認為已有此項意思表示存在，此際如主張無此項意思表示存在者，應負舉證之責¹²⁵。

三、需訂立書面

不動產為人類賴以生存之重要資源，民法重視不動產甚於動產，故以不動產物權變動為標的之法律行為，需以書面為之，民法第 758 條第 2 項定有明文。此項要式之要求，除了具有保全證據之功能外，亦有使當事人注重其後果，必須慎重之警告作用，為保障當事人權益與避免紛爭，此項不動產物權變動需訂立書面之要式要求，猶具其意義與必要性。

亦必須踐行一定之形式程序，並於登記後始生效力，是以物權變動所需之合意，實與一般債權契約之合意並不相同。詳參孫憲忠，德國物權法，五南圖書出版，1999 年 8 月，頁 163-166。

¹²⁴ 有不同見解指出，我國民法第 758 條並無與德國民法第 873 條同具有「合意」之明文，所謂「書面」僅著重於物權行為所為之方式，而非在於「意思之一致」。又我國通說認為民法第 761 條第 1 項之「於讓與合意時」即與德國民法之「合意」(Einigung Auflassung)同義，但相當於我國民法第 761 條之德國民法第 929 條規定，仍明定應有當事人移轉物權之合意，但這樣的要件卻未在我國民法第 761 條加以明文，因此我國民法對於物權人間關於物權變動之合意，究否如德國法一般，被加以定位，其實是有待斟酌的。詳參朱柏松，海峽兩岸不動產物權變動理論及土地登記制度之比較研究，民事法問題研究—物權法編，元照出版，初版，2010 年 3 月，頁 29-32。

¹²⁵ 謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014 年 9 月，頁 66-67。

至於書面之內容，僅涉及不動產物權變動之合意，應屬中性而不帶任何道德倫理上之色彩，亦無違反公序良俗之問題，此又稱為物權行為內部無因性，例如約定同居而贈與房屋者，其贈與契約雖因違反公序良俗而無效，但移轉不動產所有權之物權行為則仍有效¹²⁶。

四、需經登記

在採取形式主義立法例之國家，登記係作為不動產物權公示之方法，並具有確定私權與保障交易安全之目的。是以，凡依法律行為使不動產物權發生變更者，必以登記作為物權發生變動之成立或生效要件，在學理上即將此種登記稱為「絕對登記」，如民法第 758 條第 1 項規定所稱之登記。至於經登記後，始生創設物權之效力，則稱「設權登記」。因此，在不動產物權依法律行為發生變動皆以已辦理登記為前提下，如不動產依法不得辦理登記(例如違章建築)，即不得僅以債權契約或其他證明文件，作為不動產物權已變更之證據，亦不論為交易之第三人是否善意，凡未能辦理登記者，均不發生物權變動之效力。

第四節 借名登記契約之外部效力

第一項 契約之利害關係人

第一款 借名財產之買受人

在借名登記契約存續中，借名財產之使用、處分、收益、管理權限固仍歸借名人享有，因此借名人如欲再行處分係爭借名財產，出名入當無置喙之餘地，惟由於該財產之登記名義仍置於出名人之名義下，此時如欲移轉變更登記，勢必得由出名人協同辦理登記，以達成借名人處分財產之目的。此時，與借名人交易之買受人信賴者為借名人之

¹²⁶ 王澤鑑，民法學說與判例研究(三)，2009年12月，頁121。轉引註自鄭冠宇，民法物權，二版，新學林出版，2011年9月，頁41。

信用，而非係爭財產權之登記，縱第三人發現係爭買賣標的之登記名義人並非借名人，此時可能演生之問題為借名人是否為出賣他人之物，而有主觀不能之情事。然該項風險既可由登記簿之記載輕易為買受人所掌握，因此尚不致於發生買受人因信賴登記而受有損害之情事(該登記名義並非借名人之情事既已為買受人所知悉，自無再稱買受人有得以信賴之基礎)。是以，在借名人與第三人締結買賣契約之情形，借名登記契約尚無侵害第三人權利之虞，亦無動搖交易安全之可能。

然而，在第三人與出名人買賣之場合，則涉及第三人對係爭財產登記之信賴，而有侵害交易安全之疑慮。蓋在採取形式主義之登記制度下，為求促進經濟與保障交易安全，依法律行為為不動產物權之變動必以登記為生效要件，而登記既須由登記機關為實質審查後方得為之，第三人自得信賴該登記之真實度，而無進一步查證之必要。因此，如出名人在借名登記契約存續期間違反約定私自出賣標的物與第三人約，並逕自完成所有權之移轉登記，此時將涉及出名人究否為有權處分，以及因信賴登記之第三人應如何保障其權益之問題。又如第三人明知出名人與借名人間存有借名登記契約而仍自出名人處承受移轉登記，由於此種情況中第三人並無信賴利益遭侵害之虞，甚至第三人可能係基於侵害借名人權益之目的故意與出名人進行交易，此時究應優先維護登記之效力，或優先保障善意之借名人，猶值吾人深思。

第二款 契約當事人之債權人

借名人使用借名登記契約之目的除了為規避特定法律所設之身分限制、規避租稅外，另一常見之情形為，借名人締結借名契約之目的是在於脫免債權人之強制執行。藉由借名登記契約，借名人得輕易的變更其帳面上之財產總額，使其債權人對於借名人之實際財產產生誤認。即便當今實務多認此種以脫免債權人強制執行之借名登記契約係屬無效，然而在舉證之過程中，由於借名登記契約具高度隱匿性且當事人間不一定有約定報酬或有其他資金、物件往來，亦即借名人之債權人勢必得面臨高度舉證困難，而面臨高度敗訴之風險。此外實務

對於執行標的向採形式認定，縱借名人之債權人得證明系爭財產係因借名而登記於出名人名下，然形式上該財產並非為借名人所有，因此在塗銷系爭登記前，借名人之債權人不得就該財產為強制執行¹²⁷。

另就出名人之債權人而言，借名登記契約亦恐使其對出名人之責任財產發生誤認，甚至基於善意信賴出名人形式之財產登記而與之進行交易，此時出名人之債權人債權之確保與借名人之權益間即可能發生衝突，而面臨孰應優先保護之難題。惟一般而言，基於惡意不保護原則，如出名人之債權人明知系爭財產屬於借名契約之標的，其應不得再行主張系爭財產屬出名人之責任財產，相對於不知出名人之債權人存在的借名人，出名人之債權人即不得主張對出名人責任財產之信賴，亦無優先保護之必要。蓋不動產登記制度之目的本係保障交易安全，如出名人之債權人已明知系爭借名登記契約之存在而仍與出名人進行交易，自應承擔可能無從獲得足額擔保之風險，以避免其惡用借名登記契約侵害借名人之權益，甚或從中獲取不當利益。

第三款 契約當事人之繼承人

在借名登記契約存續期間內，如發生契約當事人一方死亡之情形，依通說見解類推民法第 550 條¹²⁸之規定，原則上系爭借名登記契約即應歸於終止。然而，在部分案例中，契約當事人一方死亡之情事並非當然為他方所知悉，而該死亡當事人之繼承人亦未必知悉被繼承人與相對人間存在借名登記契約之事實，導致一方之繼承人未能因契約之終止，而知悉得向他方請求返還移轉登記或應返還移轉登記與他方。如死亡之一方為出名人，在其繼承人知悉系爭借名登記契約存在前，該筆借名財產勢必將被繼承人視為遺產之一部而繼承。此時，出名人

¹²⁷ 如系爭借名登記契約合法有效，僅係締約後借名人為避免遭債權人強制執行而遲未請求出名人返還登記之情形，實務肯認借名人之債權人得代位行使借名人終止契約以請求出名人返還登記，然在系爭契約未終止前，借名人之債權人尚不得直接就該財產為強制執行。詳見最高法院 103 年度台上字第 1192 號判決。

¹²⁸ 民法第 550 條：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，不在此限。」

之繼承人處分借名財產之效力為何？繼承人得否主張信賴被繼承人之登記而免於返還不當利得？借名人得否主張系爭借名登記契約應由出名人之繼承人承受？此等問題猶待進一步之討論。惟應澄清者，出名人之繼承人於該等問題之地位，尚不得將之與其他借名財產之利害關係人等同視之。於借名當事人間有使出名人之繼承人繼續承受借名登記之約定下，因借名登記契約之拘束，出名人之繼承人同樣不得任意處分借名財產，亦不得主張享有類似於其他利害關係人之權利。又縱使認為出名人之繼承人未能承接原出名人之地位使借名登記繼續維持效力，依實務見解，系爭借名財產將被視為被繼承人之債務而非積極財產之一部，因此仍無從使出名人之繼承人依繼承關係對借名財產主張權利。因此，在討論契約出名人之繼承人與借名登記契約之關係時，相對於前述契約外第三人可能受到保障，其如欲主張享有超過原借名登記契約當事人基於契約而生之權利義務，恐有一定難度。

第二項 出名人處分借名財產之效力

第一款 無權處分說

此說認為，出名人對該標的物並無處分權，如出名人違反借名登記契約中不得處分借名財產之約定，其所為處分之效力，依民法第118條¹²⁹規定，應屬效力未定。實務上有採取此說者，如最高法院98台上字第76號判決：「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¹³⁰。」。於此見解下，出名人並不因取得登記名義即為所

¹²⁹ 民法第118條：「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效。但原權利人或第三人已取得之利益，不因此而受影響。前項情形，若數處分相牴觸時，以其最初之處分為有效。」

¹³⁰ 類似判決：最高法院99年台上字1114號判決、臺灣高等法院101年重上更(一)字21號判決。

有權人，其所為之處分亦不因其具有登記名義之外觀，即稱其處分為有權處分。以不動產買賣契約為例，若第三人與出名人就系爭借名不動產締結買賣契約並移轉所有權登記，在第三人屬善意之情形，其始得依善意取得制度取得系爭借名不動產之所有權。蓋不動產之登記制度，並非謂登記名義人取得形式之登記後即當然成為所有權人，因此，出名人既未依借名登記契約取得所有權或享有處分權能，其就借名財產之處分自屬無權處分。如與出名人交易之第三人欲取得所有權，則必以符合善意取得規定要件者，方得主張善意取得系爭借名不動產之所有權。

第二款 折衷說

此說主張，出名人在名義上既為借名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，故出名人就該財產為處分時，綜其處分違反借名契約之約定，仍應以有權處分看待為原則；但相對人如為惡意，則應依據無權處分規定處理，以兼顧借名人之利益¹³¹。最高法院 100 年度台上字第 2101 號判決即採此項見解：「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。」。

另有認為，由於一般人僅得從登記名義判斷所有權之歸屬，因此為保障交易安全，縱出名人違反借名登記契約之約定而處分系爭借名財產，原則上仍應將該處分行為認定為有權處分，例外於第三人明知或因重大過失不知出名人違反借名登記契約之約定處分借名財產時，

¹³¹ 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學，第 43 期，2003 年 2 月，頁 132。

類推信託法第 18 條第 2 項第 3 款¹³²賦予借名人得向法院聲請撤銷該處分之權利¹³³。

第三款 有權處分說

此說指出，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，則就出名人違約處分財產標的之外部關係上，毋寧採取完全的「有權處分說」。蓋借名契約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，理應予以較強之貫徹，以免立法者法之價值判斷失衡。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¹³⁴。採取此說之實務見解，如最高法院 103 年台上字第 1518 號判決稱：「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。」，茲可作為

¹³² 信託法第 18 條：「受託人違反信託本旨處分信託財產時，受益人得聲請法院撤銷其處分。受

益人有數人者，得由其中一人為之。前項撤銷權之行使，以有左列情形之一者為限，始得為之：

一、信託財產為已辦理信託登記之應登記或註冊之財產權者。二、信託財產為已依目的事業主管機關規定於證券上或其他表彰權利之文件上載明其為信託財產之有價證券者。三、信託財產為前二款以外之財產權而相對人及轉得人明知或因重大過失不知受託人之處分違反信託本旨者。」

¹³³ 陳聰富，民法總則，元照出版，2014 年 12 月，頁 270；王柏淨，借名登記契約-以不動產物權為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2009 年 8 月，頁 93-94。

¹³⁴ 吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分--最高院九八臺上七六，台灣法學雜誌，第 137 期，2009 年 10 月 1 日，頁 164。

參考¹³⁵。

此外，更有見解進一步指出，在登記機關均對申請登記者進行嚴格審查，以確保登記物權狀況之真實性，倘無視登記名義，恣意認為借名人始為借名登記財產之所有權人，豈非肯認非權利人得登記為權利人，而完全悖離登記制度之立法目的。又借名登記契約本質應屬一所有權權能限制契約，借名人與出名人辦理移轉登記時，借名人固然有出讓所有權之意思，而出名人亦有受讓所有權之意思，該項借名財產之所有權既已由借名人(原所有權人)以物權移轉之意思與出名人(受讓人)達成物權變動之意思表示合致，於踐行登記程序後，該借名財產之所有權當已移轉與出名人，即出名人本於所有權人之地位對系爭借名財產所為之處分當為有權處分¹³⁶。

第四款 本文見解

分析上開無權處分說、折衷說與有權處分說之見解，本文認為該等見解均有不足之處。首先就無權處分說而言，採行該論點者指出，由於出名人對於系爭借名財產並無處分權，故其擅自將借名財產予以處分自屬無權處分。然出名人是否必然不具處分權，實有進一步探討之必要。蓋處分權乃所有權能之一¹³⁷，即原則上享有對標的物之使用、

¹³⁵ 類似見解，最高法院102年台上字第487號判決：「按土地法第四十三條規定，依本法所為之登記，有絕對之效力。係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、莊育明既非係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、莊基順將係爭土地借名登記於莊德和名下，莊訓基、莊育明為係爭土地之真正所有人，莊德和出賣係爭土地予邱金榮，係屬無權處分，上訴人無從取得係爭土地之所有權，爰為上訴人敗訴之判決，亦有未合。」

¹³⁶ 卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011年2月，頁53-59。

¹³⁷ 民法第765條：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」所謂處分權能，乃所有人對物之積極行為，以產生所有物之價值，並成為其利益歸屬之積極權能。參見謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014年9月，頁117-118。

收益、處分、管理權能者乃所有權人。除非符合法律規定¹³⁸，例如租賃、使用借貸等債權契約允許所有權人單獨讓與標的物使用權能之情形，否則基於民法第 757 條¹³⁹之規定，縱使當事人間約定特定所有權能行使之限制，亦不具物權效力。因此，限制出名人不得就借名財產為使用、收益、處分、管理之借名登記契約，在法無明文下，契約對出名人所為不得處分借名財產之限制，僅具債權效力而不具物權效力¹⁴⁰。換言之，倘出名人已依法取得借名財產之所有權，其所為之處分既係本於其所有權而來，自非無權處分，縱該處分違反與借名人之借名登記契約，亦僅生債務不履行之問題，而不得謂凡借名登記契約之出名人對借名財產之處分皆屬無權處分。以國宅買賣之借名登記契約為例，在出名人未能取得承受國宅登記資格前，其若欲取得對國宅所有權，勢必得透過借名登記契約由出名人先行向出賣人承購國宅後，待借名人取得受讓所有權登記之資格後再依借名登記契約請求出名人為移轉登記。而在借名人取得受讓登記之資格前，系爭借名國宅之所有權自始未為借名人所有，反而出名人才是自出賣人處受讓登記之所有權人，此時出名人本於所有權人之身分當然享有處分權能，其所為處分之效力亦屬有權處分。是以，無權處分說未注意借名登記契約限制處分權能之效力僅具債權效，而忽略了處分權能乃基於所有權而來，即出名人是否得本於所有權人之身分為處分行為，應依個案而定，不可一概而論。

次就折衷說而言，該說之論點似係為衡平借名人與第三人之利益，對於出名人處分之效力採取原則有效例外無效之看法。然而，採取此項見解之論者並未提出進一步之論據，於實際操作上亦與無權處分說無異。此外，判斷出名人所為處分是否為有權處分，實應端視出名人是否具備處分權能而定，至於第三人屬善意或惡意，則為其是否符合

¹³⁸ 所有權之權能僅能於法令限制之範圍內為之，無法律之授權，不得對所有權加以限制。參見謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014年9月，頁119-120。

¹³⁹ 民法第 757 條：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」

¹⁴⁰ 參照最高法院 30 年上字第 121 號判例：「所有權之讓與人與受讓人，於不違反公益之程度，所訂禁止受讓人處分所有權之特約，固應認為有效，但僅於當事人間發生債之關係，不能發生物權的效力。」

善意取得規範要件之問題，要與出名人是否有權處分無涉。又另有採取此種見解者認為，於第三人明知或因重大過失不知出名人違反借名登記契約之約定處分借名財產時，宜類推信託法第 18 條第 2 項第 3 款賦予借名人得向法院聲請撤銷該處分之權利。然所謂「類推適用」(Analogie)，在法學方法論中係填補法律漏洞(Gesetzeslücken)之方法，即關於某一法律問題，法律依其內在目的及規範計畫，應有所規定卻未設規定之情形，始有「類推適用」之必要¹⁴¹。然借名登記契約本屬一無名契約，考其制度、要件、效果皆與信託法不同，其本未有法律規定，何來法律漏洞可言，因此得否類推信託法之規定，實有疑問。

末就有權處分說探討，此說認為登記制度目的既在於保障交易安全，自不容許非權利人登記為權利人，以保障登記物權狀況之真實性。且自不動產物權變動之過程觀察，不論借名人係以出名人之代理人與第三人交易，或單純由借名人移轉借名財產所有權與出名人之情形，如欲使出名人得順利取得登記，借名人必有移轉所有權之意思。否則，若認為出名人並無移轉所有權與借名人之意思，則雙方應成立類似於登記名義之使用借貸(無償)或租賃(有償)等未論及借名財產所有權權能之契約才是¹⁴²。是以，借名人既與出名人具有物權移轉之合意，於踐行法定要件後，所有權當移轉與出名人，而出名人本於所有權人之身分處分借名財產，自屬有權處分。本文認為，此說主張基於保障交易安全，應優先保障第三人之見解，固有見地。然其忽略了「登記」制度本身僅為不動產物權變動必須具備之要件之一，因而得否謂凡出名人取得登記名義，其所為之處分即必然為有權處分，實有疑問。尤其我國登記制度並非採取托崙斯制，登記之效力並非絕對，因而登記名義人縱使具備登記名義外觀亦有可能實質上不具所有權。況移轉登記雖係出名人成為登記名義人之方式，然吾人得否稱當事人間為移轉登記必有物權變動之意思，實有疑義。蓋不動產物權變動雖需具備登記與移轉物權意思等要件，但各該要件之成立實應分別判斷，尚難認

¹⁴¹ Karl Larenz, 陳愛娥譯, 法學方法論, 五南出版, 初版, 1996 年 12 月, 頁 285。

¹⁴² 卓心雅, 論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心, 東吳大學法律學系碩士論文, 2011 年 2 月, 頁 53-59。

為一辦理移轉登記則其中必有真實之物權變動合意，尤其目前實務雖言移轉登記係採實質審查，然實質上當事人只要得提出形式文件即允為登記，該合意文件為通謀虛偽之情形亦非不可能，故難以登記本身擔保當事人移轉物權意思之真實。此外，採取有權處分說之論者主張凡出名人所為之處分皆為有權處分，實已牴觸民法第 759 條之 1 之規定之立法意旨，並將使惡意之第三人同受保障。本文認為，有權處分說強調交易安全之維護確有其論據，惟此目的並無法推得凡出名人對借名財產所為之處分皆為有權處分之結論。因此，此種強加解釋借名人必有移轉所有權予出名人之意思，且不分情形一律將出名人處分借名財產視為有權處分之見解，實有思慮未周之處，難以採納。

另由於借名登記契約僅具有債權性質，縱借名人明示限制或禁止出名人對借名登記之標的為處分，其仍不足以判斷出名人有無處分權，更無從據此論斷出名人對外所為之處分屬有權或無權處分¹⁴³。是以，本於處分權屬所有權能之一部，判斷出名人對外處分借名財產效力之方式應為：出名人處分時是否具有借名財產之所有權而享有處分權能。至於第三人為善意或惡意，則僅為其得否主張登記公信力之問題，要與出名人是否為有權處分無涉。因此，本文認為，出名人是否為有權處分應自所有權變動之歷程加以判斷，依個案進行判斷。以下試以常見之借名登記案型加以說明。

如以當事人間法律關係作為分類標準，可大致將不動產借名登記契約區分為二大案型：1. 出名人係由第三人處取得特定財產之登記名義(案型 1)、2. 出名人係由借名人處取得特定財產之登記名義(案型 2)。

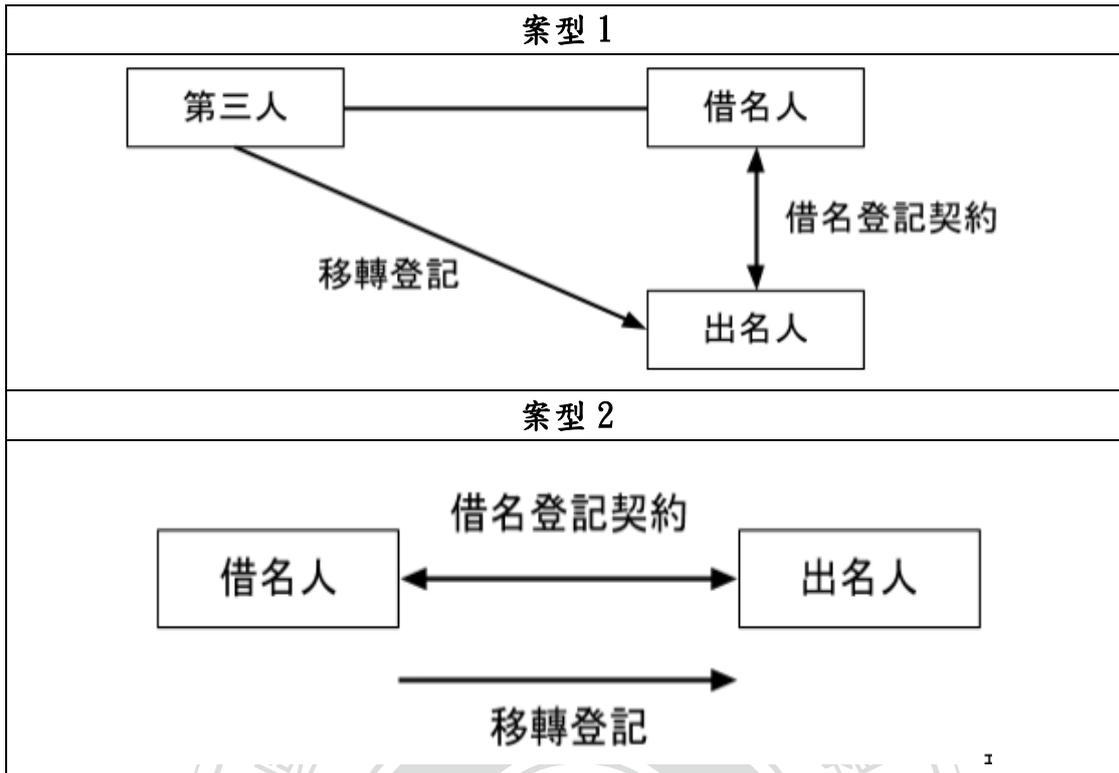
此二案型中，出名人與借名人間均存在一借名登記契約，但二者之差異在於，案型 1 中移轉登記之關係係存在於第三人與出名人間，而案型 2 移轉登記之當事人則為借名契約當事人，與第三人無涉。在案型 1 中，借名人與出名人間並無不動產所有權變動之物權行為，兩

¹⁴³ 林誠二，不動產物權變動登記之實與虛-以我國台灣地區借名登記契約之相關問題為說明，北方學，第 8 卷，第 43 期，2014 年第 1 期，頁 13。

者間僅存在單純之借名登記契約，而案型 2 中出名人與借名人間除了契約關係外，尚有不動產移轉登記變動之物權行為。



不動產借名登記常見案型



於案型 1 中，不論借名人係以出名人之代理人或以自己之名義與第三人進行交易，在借名人不欲或無法直接自第三人處承受登記之情形下，為履行借名人負有使出名人取得登記名義之義務，其必以指示第三人向出名人為移轉登記始得為之。此時，第三人向出名人為移轉登記之行為雖係基於借名人之指示，惟自物權變動之要件觀察，第三人既係基於移轉所有權與出名人之意思，於踐行不動產物權變動所需要件後，承受移轉登記之出名人即應為真正所有權人。至於借名人因其自始未曾承受登記，亦非第三人移轉物權之對象，而自始未曾取得所有權人之資格。因此，在案型 1 中出名人始為真正所有權人，其本於所有權能對外之處分行為，當屬有權處分。縱使借名人於訴訟中抗辯其無使出名人實質取得所有權之意思，但在借名人與出名人間未有一真正之物權移轉行為下，借名人該項抗辯仍不影響出名人於自第三人處承受移轉登記後即為借名財產之真正所有人之事實。換言之，借名人是否有使出名人實質取得所有權之意思，在案型 1 中是無需考慮的。

但不同於有第三人介入之案型 1，案型 2 中與出名人為移轉登記

物權行為者乃借名人本身，此時借名人是否確實有物權變動之意思，將直接影響移轉登記之物權行為效力，此亦為與案型 1 區別之最大實益。

由於我國不動產登記係採取權利登記制，亦即經登記官實質審查後允為登記者，該項登記將被推定為真正。而在登記被視為依法律行為所生之不動產物權變動所需之最後一項構成要件下，登記審查官必以確認移轉登記之當事人已符合其他不動產物權變動所需要件後，始允進行登記。是以，經審查官作成移轉登記者，該不動產物權變動之效力亦將被推定為有效。換言之，在案例 2 中經借名人移轉借名財產之登記與出名人後，出名人即應已取得系爭借名財產之所有權。然而，該項移轉登記之效力既僅被推定為真正，在借名人得以舉證該移轉登記之物權行為欠缺物權變動所需之要件下，其仍得向出名人主張係爭登記無效，並請求塗銷之。亦即，在案型 2 中，借名人得藉由爭執移轉登記無效之方式，確認其仍為借名財產之所有人，並宣告出名人為無權處分。

蓋以借名登記之目的進行觀察，借名人移轉登記之目的無非係僅暫時的使出名人擔當登記名義人，而無使出名人終局保有登記名義之意。此外，在大部份之案例中，真正享有借名財產所有權能者乃借名人而非出名人，由此得以推知，在對內關係中，借名人通常無真正變動所有權之意思，亦多不認為一經移轉登記，其即當然喪失借名財產之所有權。相對的，出名人亦明知借名人並無使其終局保有登記名義之意思，在認知到借名人未有因移轉登記而改變所有人身分之意思下，系爭移轉登記之物權行為無非係達成借名登記之手段而已。換言之，在借名登記當事人雙方皆未有物權變動之真正意思下，系爭移轉登記將因雙方通謀虛偽意思表示，依民法第 87 條規定，成為一無效之物權行為。即借名人若能舉證通謀虛偽意思表示之存在以推翻登記之效力，出名人處分借名財產當屬無權處分；反之，如出名人未能成功舉證，在登記推定為真實下，出名人處分借名財產應屬有權處分。

事實上，任何法律行為皆有因通謀虛偽意思表示而無效之可能，

借名登記之物權行為何嘗不是如此？是以，在案型 2 中借名人主張移轉登記因通謀虛偽而無效之情況並非不可能發生，主張出名人處分借名財產必為有權處分者所稱「借名人必有移轉登記之真正意思」顯然並非正確。尤其在案型 1 中，借名人既自始未曾承受過所有權登記，何來因借名人必有「移轉登記之真正意思」，而使出名人因此成為有權處分？

本文認為，判斷出名人是否為有權處分，所應端視者乃其處分借名財產時是否為借名財產之所有人。而區辨出名人是否為借名財產所有人之方式，必須自不動產物權變動之歷程加以觀察始得而知。如借名財產物權變動之過程係由第三人移轉登記與出名人之案型 1，由於借名人自始未曾承受過登記，故不可能為借名財產之真正所有人，是以，真正所有人乃自第三人處承受登記之出名人，其所為之處分，自屬有權處分，且縱使借名人於訴訟中抗辯其未有實質變動物權之意思，仍不改變出名人有權處分之結果。至於在案型二中，由於登記之公信力使借名人之移轉登記被推定為有效，因此原則上出名人所為之處分亦屬有權處分。但在借名人得以舉證證明係爭移轉登記之物權行為屬通謀虛偽而無效下，出名人既未取得借名財產之所有權，其處分即屬無權處分。

簡言之，在當事人間之法律關係為案型 1 下，縱使借名人抗辯其未有實質移轉所有權之意思，出名人之處分仍必為有權處分；而在案型 2 下，依登記之公信力，系爭移轉登記之效力應被推定為有效，出名人原則上得本於所有人之身分為有權處分。但如借名人確實能證明係爭移轉登記屬通謀虛偽，系爭移轉登記之物權行為既屬無效，則出名人既非借名財產之所有人，其所為之處分將屬無權處分。

至於何種情況下借名人移轉登記與出名人之物權行為得被法院視為通謀虛偽，似未有一客觀標準存在。然如自判決進行觀察，可知實務在判斷借名人與出名人間物權行為效力之重點，應係著重於當事人間意思表示之判斷，亦即借名人是否有使出名人「實質取得所有權」之意思。而實際上借名人會主張其並無使出名人「實質取得所有權」

之情況，多係在出名人主張借名人移轉登記之行為係基於買賣或贈與¹⁴⁴，並以此否定借名登記存在之情況。此時，法院之審理重點將置於借名人移轉登記之目的以及出名人保有所有權主張之判斷，換言之，在借名人提出無使出名人保有所有權之事實後，若出名人未能證明保有所有權之原因存在，即可認為借名人主張無使出名人實質取得所有權之事實屬屬實在，並據以進一步肯認系爭移轉登記之物權行為無效¹⁴⁵，及允借名人得本於真正權利人之身分向出名人請求返還登記名義。例如臺灣高等法院 103 年度重上字第 675 號判決，即對此有較明確之說明：

「廖寧弘於 89 年 6 月 20 日死亡後，係爭房地應有部分由上訴人廖晏榆繼承取得，復於 102 年 1 月 23 日以贈與為原因移轉登記予其繼父即上訴人廖士凱，固已如前述。惟上訴人廖士凱於本院明確自陳：「為了要保護上訴人的權益，因為被上訴人廖麗雅動作頻頻，一直要將係爭房地從廖晏榆名下騙回去……廖晏榆告訴我們姑姑的動作非常奇怪，所以我們才將房子贈與過戶作為預防跟保護的措施。」等語（參本院卷第 93 頁背面）。上訴人廖晏榆亦陳稱：「（問：廖晏榆為何系爭房屋贈與繼父廖士凱？）那時候我們去問外面法律諮詢，以前我都沒有回去，我繼承係爭房子以後，姑姑就叫我回去對我很好，買衣服給我，有一些奇怪的動作，我覺得怪怪的，又說要用另一棟房子跟我交換這棟房子，所以跟媽媽討論之後去問法律諮詢，他們跟我說將係爭房子過戶給我繼父，我只是怕我的權利受影響。」等語（參本院卷第 141 頁背面）。則依其等陳述，上訴人實僅係互謀以形式上移轉係爭房地應有部分予上訴人廖士凱之方式，而達保護上訴人廖晏榆對於係爭房地應有部分權益之真正目的，並無使出訴人廖士凱因此而實質取得係爭房地應有部分之真意。參以係爭房地應有部分實為上

¹⁴⁴ 出名人為買賣或贈與之主張乃實務上之大宗，但其亦可能主張其他足使其保有借名財產所有權之契約存在。

¹⁴⁵ 法院經常使用共同瑕疵理論，在認定隱含借名登記之形式法律行為屬通謀虛偽後，一併宣告該移轉登記之物權行為同屬無效。例如假贈與真借名之情形，法院通常在認定借名人與出名人之贈與契約為通謀虛偽後，一併宣告該物權移轉行為無效。然亦有判決係於借名登記契約外單獨探討移轉登記物權之效力，詳參臺灣高等法院 102 年度上字第 960 號判決。

訴人廖晏榆繼承自其生父廖寧弘之遺產，衡諸民間觀念此對於上訴人廖晏榆應具有一定之紀念意義，而與一般財產有別，且其係81年4月2日出生，有戶籍謄本存卷可稽（參本院卷第55頁背面），於102年1月23日將系爭房地應有部分贈與上訴人廖士凱時未滿21歲，則其於甫成年時即將繼承自生父之不動產無償贈與繼父即上訴人廖士凱，實與社會一般事理有悖，益見其等間所為贈與應無使上訴人廖士凱實質上取得係爭房地應有部分之真意。是以上訴人主張其等間確有贈與之真意云云，核與上開陳述顯然不符，而無可採，被上訴人主張上訴人間就係爭房地應有部分所為贈與及轉讓係基於通謀虛偽意思表示乙節，亦堪信屬實而可採認。」

但應特別強調者係，仍有部分實務見解認為即便當事人間之形式契約因通謀虛偽而無效（例如假買賣或假贈與），但基於隱含之借名登記意思所為之移轉登記，不論借名人是否有使出名人實質取得所有權之意思，該項物權行為必屬有效：

最高法院104年度台上字第298號判決：

「查甲○○自承：被上訴人希望伊將房子過戶給其子女，待其付清貸款時，再移轉登記給他，但移轉登記予小孩後，因小孩不能貸款融資，才又過戶至伊名下等語（見原審卷（一）一九五頁）。核與證人即代書黃秀琴證述：甲○○將係爭○○段○○之○地號及○○段○○○○地號土地應有部分二分之一過戶予乙○○，同時再與乙○○將中華路房地贈與被上訴人之兩名未成年子女，係為符合贈與稅額度。嗣因未成年子女無法貸款，所以再登記給甲○○，以其名義向銀行貸款等情相符（見一審卷一七一頁至一七三頁）。再參以被上訴人與彭馨誼間之協議書，渠等經營之○○影印社、○○紙品印刷行始終以係爭中華路房地為營業處所及彭馨誼證述被上訴人為係爭中華路房地之所有人，貸款本息均由公司支付等語各情以觀，被上訴人顯無使甲○○、乙○○或兩名未成年子女取得房地所有權之意思，原審認係借名登記，並無違誤。末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。」

第五節 小結

依借名登記之目的進行解釋，借名人締結借名登記無非係暫時借用他人名義進行登記以取得特定利益，因此，為使借名登記之目的得以實現，借名人應負有使出名人擔當登記名義人之義務，出名人亦負有於借名目的消滅或契約無以繼續維繫時返還移轉登記之義務，此亦為借名登記契約之主要特徵，以及與其他有名契約區辨之依據之一。

例如與委任契約相較，由於出名人並不當然負有協同辦理移轉登記之義務，因此實難將之視為委任契約中「為他人處理事務」之要件，此亦為借名登記與委任之最大不同。此外，於信託法制定後，早期實務用以稱呼借名登記之「消極信託」，因其概念已不符信託法第1條之要件，且在消極信託無從自相關規定尋得一確定效力下，通說與實務均已不再以早期實務之消極信託概念稱呼借名登記契約，實務亦已明確表示借名登記並非信託法上之信託。然而，借名登記仍具備原始信託制度之特色，亦與早期英美國家中之用益制度相似，因此即使無法再將借名登記稱為信託法上之信託，在其仍具原始信託特徵下，仍可將之稱為一廣義之信託契約，或一法無明文之信託契約。

另關於借名登記與贈與契約之比較，二者最大之差異在於前者無使相對人終局保有所有權之意思，而後者無。但在個案中，由於借名登記與贈與皆有相同之移轉登記事實，因此導致學理上雖得輕易區辨借名登記與贈與之差異，但就解釋當事人主觀真意一事，在事實認定上將遭遇極大困難。而由於實務向來認為借名登記包含「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」此一要件，導致其經常以借名財產之實際使用或管理人為何，作為判斷借名登記與贈與之依據。惟本文認為，自暫時借用他人名義進行登記以獲取特定利益之契約目的進行解釋，實無法得出上開實務之見解，尤其於部分借名人仍允出名人就借名財產為使用、處分、收

益或管理之案例，如仍以前開實務之判斷方式，將無從區辨借名登記與贈與之差異。本文認為，該項錯誤之判斷方式無疑係基於對借名登記之錯誤認識而來，實際上以客觀事實區辨該二契約本有一定難度，因此仍應綜合其他間接證據進行判斷，而不應僅以借名財產之實際使用或管理人為何，作為判斷借名登記與贈與之依據。

次就不動產借名登記契約外部效力之探討，目前實務或學說皆未有一致之見解，即出名人未得借名人之同意擅自處分系爭借名財產之效力為何，在無效說、折衷說以及有效說間，各自有其擁護者而未能達成共識。本文認為，出名人是否有權處分之爭議實乃出名人是否具備處分權能之問題，即出名人若係本於享有處分權能之所有人地位處分借名財產，自屬有權處分；反之，則為無權處分。換言之，出名人是否為有權處分，所應端視者應為其處分借名財產時是否為借名財產之所有人，而不得一概將出名人處分之行為論為有權或無權處分。

如自不動產物權變動之軌跡觀察，可以得知在不同案型之不動產借名登記契約下，即便出名人因借名登記契約取得不動產登記，仍不意味著其取得登記後即當然成為所有人。蓋登記本身僅為不動產物權變動之要件之一，出名人縱有承受移轉登記之行為存在，但在滿足其他不動產物權變動要件前，出名人仍非借名財產之所有人。因此，主張出名人處分借名財產必為有權處分之見解，不但忽視了不動產物權變動要件之要求，亦有過度保護第三人，使惡意之第三人同受保障，而抵觸了民法第 759 條之 1 僅保障善意第三人之立法意旨，故不可採。至於採取出名人必為無權處分者，則似忽略了我國不動產物權變動係採取形式主義而非意思主義之立法，亦不可採。

第四章 不動產借名登記爭議之訴訟法上觀察

第一節 訴之客觀合併

第一項 問題之提出

有關不動產借名登記契約內部效力之爭議，在近年法院逐步形成穩定見解後，除特殊個案外，該爭議之討論在近期實務判決中已極為少見。相對的，在承認不動產借名登記契約內部之效力後，當事人間基於契約所伴隨之義務違反，如出名人未得借名人之同意私自處分借名財產之行為，各項法定或約定之權利主張與競合，毋寧方係當今不動產借名登記契約在訴訟實務上最重要之課題。

而當事人為獲勝訴判決，在訴訟中往往將窮盡其法律上之主張，其間或有同時主張複數聲明之情形，例如借名人在終止借名登記契約後欲向出名人請求移轉所有權之登記，在訴訟上之主張可能同時包含所有物返還請求權、類推委任規定之借名登記返還請求權、信託物返還請求權等；又如借名財產已遭出名人處分，在請求返還或移轉登記外，借名人亦可能同時請求債務不履行之損害賠償、不法管理之利益返還、不當得利返還等。亦即於同一訴中，原告向法院提起之請求可能存在複數個請求權基礎與訴之聲明。

蓋由於因借名登記所衍生之糾紛往往極為複雜，當事人往往未能或未知在訴訟中為何項程序性主張，尤其在傳統訴訟標的理論下，數項請求權基礎之主張將被法院視為複數訴訟標的之提出，並因此產生訴之客觀合併之問題。而在當事人未必清楚瞭解各類合併之內涵下，法院如何透過當事人訴訟上之主張以判斷合併之方式，將深深影響當事人攻防之順序、訴訟標的之特定、法院審理之範圍等等。因此，與其說在借名登記之訴訟中證據資料之提出為勝敗之核心，倒不如說當事人訴訟程序上之主張才是真正影響法院審理與判決之關鍵。

又基於處分權主義以及辯論主義之限制，法院固應僅得於當事人已提出之請求範圍內進行審理，然由於一般民眾並不具法律專業，時有主張錯誤之法律關係或不知為法律上主張之情況發生。例如借名人於請求出名人返還借名登記之聲明中同時主張了不可併存之請求權基礎，此時法院應如何協助借名人特定訴訟標的？又或借名人堅持其與出名人間之法律關係為信託，而僅以信託物返還請求權訴請出名人移轉登記，如法院在審理過程中認為該法律關係並非信託，法院此時應如何審理？法院又是否僅得就該等當事人錯誤之法律主張中擇一進行審判？亦即此等乃訴訟標的如何特定，以及原告所為之法律上主張得否拘束法院之問題。

第二項 不動產借名登記與訴之客觀合併

第一款 訴之客觀合併與訴訟標的理論之關係

依民事訴訟法第 248 條規定，對於同一被告之數宗訴訟，除訂有專屬管轄之外，得向就其中一訴訟有管轄權之法院合併提起之；但不得行同種訴訟程序者，不在此限，此即學者所稱之訴之客觀合併¹⁴⁶。由於現代社會交易形態日趨複雜，對於單一紛爭事實可能存有不同法律規範得以適用之情形，同一原告對於同一被告亦可能同時存在複數個法律上請求之依據。此時若不允同一原告於起訴時利用同一程序合併主張多項請求，原告勢必須對同一被告先後提起多次訴訟，而有浪費訴訟資源與耗費當事人時間與精力等情況。因此基於訴訟經濟之理由，同一原告與被告間之多數請求如符民事訴訟法第 248 條之規定，自應允許原告起訴時合併提起，以減輕訴訟進行之負擔與避免因重複審理相關事實所生之裁判矛盾。

然而，民事訴訟法第 248 條雖就訴之合併制度設有規定，但並未對訴之客觀合併定其種類。實際個案中，亦將因採取之訴訟標的理論

¹⁴⁶ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民出版，修訂八版，2013 年，頁 343；姜世明，民事訴訟法(上冊)，新學林出版，2012 年 11 月，頁 317。

之不同，不一定會有訴之客觀合併之發生。例如在傳統訴訟標的理論下，訴訟標的係以原告主張之請求權基礎為斷¹⁴⁷，因此只要原告於訴訟中同時主張複數請求權基礎，必然將構成訴之客觀合併；但如係採取新訴訟標的的理論，將訴訟標的之判斷置於訴之聲明之認定而非請求權基礎，即便原告於訴訟中曾提出多個不同之請求權基礎，亦僅被視為其攻擊防禦方法，要與訴訟標的的本身無涉，亦無從以此認定是否構成客觀合併，即除非原告於訴訟中存在著不同之聲明，否則不生客觀合併之問題。

至於我國實務見解，向來採取傳統訴訟標的的理論，因此當原告以一訴同時主張數項請求權基礎時，當構成訴之客觀合併。此在請求權真正競合之情況下，由於原告本得向被告同時主張不同之多項請求，基於不同聲明所為不同之請求，實務認為此種情況構成訴之客觀合併並無不妥。然在原告為聲明之請求僅為單一之情況下(例如請求權規範競合)，此時似不宜認為原告即因此享有數個真正之請求權。蓋複數請求權基礎之主張固然係為支持原告之請求，然原告實體法上既僅得享有被告一次全部之給付，因此亦應認為原告所得處分之權利僅屬單一。然而實務基於傳統訴訟標的的理論之見解，在原告以單一聲明同時主張複數請求權基礎時，仍認為有複數訴訟標的之存在。但此時必然將發生原告僅得受領一次被告全部給付，卻在訴訟上享有複數標的，甚而得分次提起訴訟之矛盾¹⁴⁸。即傳統訴訟標的的理論固然具有便於法院裁判、當事人易於攻擊防禦、以及使既判力之客觀範圍明確等優點，但其卻存在著無法說明何以原告實體法上僅得受領一次卻得在訴訟法上享多個訴訟標的之致命缺點¹⁴⁹。

¹⁴⁷ 所謂傳統之訴訟標的的理論或舊訴訟標的的理論，固係指舊實體法說。此說始源於德國學者 Hellwig 而終於 Lent。其理論意旨在於將民法上權利保護請求權之概念，移植到訴訟上。依其內容，訴訟標的的乃原告在訴訟上所為一定具體之實體法上權利主張。因此，原告在訴訟程序中，必須具體表明實體法上之權利或法律關係葉賽鶯，辯論主義與訴訟標的的理論之關係，民事法專論，新學林出版，2011年3月，頁205；陳榮宗，訴訟標的的理論，民事程序法與訴訟標的的理論，1977年5月，頁336。

¹⁴⁸ 陳榮宗，訴訟標的的理論，民事程序法與訴訟標的的理論，1977年5月，頁336。

¹⁴⁹ 姜世明，民事訴訟法(上冊)，新學林出版，2012年11月，頁289-290。

第二款 當事人訴訟上主張與訴之客觀合併之判斷

為了解決前述傳統訴訟標的理論之困境，在原告以單一聲明為多項請求權基礎主張之情況下，實務發展出了透過重疊合併¹⁵⁰與選擇合併¹⁵¹之方式進行處理。然而，在當事人不清楚上開合併類型之內涵下，其未必能適時的就該程序上之事項為正確與適法之主張，甚至導致法院審理之對象、範圍、順序乃至於攻防之焦點難以特定或未能為其所預見，因而有導致訴訟攻防徒勞以及突襲裁判之可能。

因此，為了使當事人能就該等程序事項為正確之主張，實應探求法院對各類客觀合併之看法，以及實務係如何藉由當事人之主張以判斷其本意究係採取何種客觀合併類型。例如借名人起訴主張依民法第 767 條、第 179 條、類推民法第 541 條請求出名人返還借名登記時，該項訴訟上之陳述將被法院視為何種類型之客觀合併。又若同樣在借名人請求出名人返還借名登記之情況下，借名人卻同時主張論理上不可併存之民法第 87 條以及民法第 244 條之情形，法院又將如何認定借名人為客觀合併之類型。此外，如借名人之聲明為依民法第 767 條「或」民法第 179 條「或」類推民法第 541 條之情形，法院是否亦將因此異其態度？即本於同一因借名登記行為所生之法律關係下，借名

¹⁵⁰ 最高法院 96 年度台上字第 2836 號判決：查上訴人起訴係本於民法第四百七十條第二項使用借貸物返還請求權之規定，請求被上訴人返還係爭房屋，另於原審主張業依民法第四百七十二條第一款規定，終止使用借貸關係，而追加依同法第七百六十七條所有物返還請求權之法律關係，請求被上訴人遷讓房屋，原審並以兩者基礎事實同一，而許其訴之追加。是本件上訴人雖為單一之聲明，惟其據以為訴訟標的請求之法律關係則有二，應屬訴之重疊的合併（或稱競合之合併）。而重疊的合併之訴訟型態，法院應就原告主張之數項標的逐一審判，如認其中一項標的之請求為有理由時，固可為原告勝訴之判決，而無須就他項標的審判，惟若認其中一項請求為無理由，則仍須就他項標的請求加以審判。」

¹⁵¹ 最高法院 91 年度台上字第 2577 號判決：「按選擇合併係原告主張二以上得兩立之給付請求權或形成權為訴訟標的，請求法院擇一訴訟標的為判決。」但在此之外，仍有不少見解認為選擇合併乃以選擇之債為其內容，並以原告在實體法上之請求權得行使選擇權為前提，如原告不享有實體法上之選擇權，即不得主張選擇合併。詳參：王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，2003 年 8 月，頁 307-308；楊建華，重疊（競合）訴之合併與選擇訴之合併，法律新論，第 54 卷第 5 期，1988 年 5 月 1 日，頁 6。

人雖為相同之「請求出名人返還借名登記」之聲明，法院是否將因前述借名人訴訟上陳述之不同而認定其等乃不同類型之合併，並進一步影響訴訟當事人攻防焦點與審理順序之特定，甚至間接的導致勝訴或敗訴之結果，即為本文所欲探求之重點。

本文以下即以借名人請求出名人返還借名登記為例，說明各種當事人訴訟上之陳述，將如何為法院所評價。

一、以單一聲明主張數項請求權基礎

在原告以單一聲明同時主張數項請求權基礎之情形(例如原告聲明：依民法第 179 條、第 767 條、第 541 條請求被告返還移轉登記)，即便原告未表明其所欲合併之類型，多數實務仍認為此時原告之數項請求權主張應已構成重疊合併。實務並認為，於重疊合併下，若其一請求權基礎之主張為有理由，即無須再就他項請求權基礎進行審理。

臺灣高等法院 101 年度重上字第 346 號判決：

「上訴人主張略以：…伊購得如附表一所示不動產…伊因係公司負責人而遭牽連，導致債信不良，無法以自身名義登記為上開房地之所有權人，遂將…不動產所有權借名登記予被上訴人。嗣伊…另出資購買如附表二所示之不動產，供伊與被上訴人、兩造之子潘國宣共同居住，伊冀盼被上訴人能陪伴並照顧伊至終老，故將附表二所示之不動產所有權借名登記予被上訴人，…被上訴人明知伊係將附表二、附表三所示不動產所有權借名登記予被上訴人，該二不動產之所有權狀正本均由伊合法持有中，卻向前揭機關謊報遺失申請補發，其顯有擅自處分、變賣附表二、附表三所示不動產之意圖，伊為避免被上訴人再以類似或其他不法手段擅自處分附表二、附表三所示之不動產，爰以本件起訴狀繕本之送達，對被上訴人為終止兩造間借名登記契約關係之意思表示，並依民法第 179 條、第 541 條第 2 項規定提起本件訴訟，聲明求為命被上訴人應將附表二、附表三所示不動產所有權移轉登記予伊之判決。原審駁回上訴人之訴，上訴人不服，提起上訴。

其上訴聲明求為判決：1. 原判決廢棄。2. 被上訴人應將登記其名下之附表二、附表三所示不動產所有權移轉登記予上訴人。…

綜上，上訴人主張其與被上訴人間就附表二、附表三所示不動產有借名登記之法律關係存在，應屬可取，揆諸前開說明，上訴人自得隨時終止兩造間借名登記之法律關係，是上訴人主張以本件起訴狀繕本之送達，向被上訴人為終止兩造間借名登記關係之意思表示，再依民法第 179 條之規定，請求被上訴人應將附表二、附表三所示不動產之所有權移轉登記予上訴人，即有理由。又被上訴人另依民法第 541 條第 2 項規定請求被上訴人將附表二、附表三所示不動產所有權移轉登記予上訴人部分，係以單一聲明，請求法院與不當得利返還請求權為同一之判決，自屬訴之重疊合併，本院既認被上訴人依不當得利返還請求權請求為有理由，則其另依民法第 541 條第 2 項規定請求部分，縱經審酌，無從為更有利於上訴人之判斷，自無須再加以論究，附此敘明。」

臺灣高等法院 102 年度上字第 551 號判決：

「被上訴人起訴主張：兩造於 76 年 11 月 5 日就附表所示不動產由伊負責分期償還）、10 萬元共同購買係爭房地，並依係爭協議書第 1 條第 3 條之約定將係爭房地所有權全部登記予上訴人，係爭房地使用權則歸伊行使，顯然兩造間就伊所購買係爭房地所有權之 175/185 有借名登記關係。因伊年歲已高，為免日後產權糾葛，遂以起訴狀繕本之送達終止兩造間係爭房地借名登記法律關係之意思表示，爰依民法第 541 條第 2 項、第 767 條第 1 項之規定，求為命上訴人將係爭房地如附表所示請求移轉範圍欄移轉登記予伊之判決。…

被上訴人已終止借名登記關係，自得請求上訴人移轉係爭房地應有部分：兩造間就被上訴人係爭房地應有部分成立合法有效之借名登記契約，…應類推適用民法第 549 條第 1 項之規定，當事人之任何一方，得隨時終止委任契約。…上訴人於借名登記契約終止後，自負有將係爭房地如附表所示請求移轉範圍欄移轉登記予被上訴人之義

務。…又被上訴人係於同一訴訟程序主張借名登記、所有權 2 訴訟標的，以單一聲明，請求法院為同一之判決，應屬訴之客觀重疊合併。本院既認兩造間就係爭房地所有權之 175/185 成立借名登記契約，被上訴人已合法終止借名登記契約，其請求上訴人將係爭房地所有權之 175/185 移轉登記為有理由，則被上訴人另主張本於係爭房地所有權法律關係請求上訴人移轉係爭房地應有部分，縱經審酌，亦無從為更有利於被上訴人之判斷，自毋庸再加以論究，附此敘明。」

但應注意者係，即便原告係以單一聲明同時主張數項請求權基礎且未明示請求法院擇一審判，部分見解卻認為此時原告就該等請求權基礎之主張，應屬選擇合併，而得由法院僅就該等請求中擇一進行審判：

臺灣高等法院 101 年度重家上字第 1 號判決：

「上訴人起訴主張：兩造為兄弟姊妹關係，兩造之父林輝樑、母楊玉炎為節稅及有利出售他人考量，於 84 年 6 月 6 日出資向臺灣士林地方法院拍賣取得附表一所示不動產，並借用未結婚登記之媳婦林秀玲名義登記，且為將「拍賣」原由隱去，旋於 85 年 3 月 27 日再將該不動產以買賣為由移轉登記被上訴人名下…。另附表二編號 1 所示土地，乃林輝樑於 84 年 8 月間出資借用被上訴人名義向臺灣士林地方法院以新台幣(下同)4,959,000 元拍定取得…。嗣因林輝樑、楊玉炎相繼死亡，借名登記關係因而消滅，附表一及附表二編號 1 之不動產，於林輝樑死亡時，由其全體繼承人即楊玉炎、林寶蘭及兩造等 8 人共同繼承，嗣楊玉炎死亡時，即由兩造共 6 人共同繼承附表一、二不動產。爰本於繼承法律關係、類推適用民法第 541 條第 2 項及依民法第 179 條後段之規定，請求被上訴人將附表一、二之不動產移轉登記予全體繼承人共同共有。…」

本件上訴人係本於民法不當得利之法律關係據以請求被上訴人為移轉義務，已如前述，並非上訴人逕就係爭房地為處分行為，自無涉民法第 759 條規定適用與否之問題，被上訴人所辯，自無足採。

又上訴人雖併依繼承、類推適用民法 541 條第 2 項規定請求被上訴人將附表一、二不動產登記為兩造共同共有，…核屬選擇合併之訴訟，因上訴人依不當得利之法律關係所為聲明之請求為有理由，已達其目的，則關於依繼承、類推適用民法 541 條第 2 項規定之請求權，本院自毋庸再為審認，附此敘明。」

二、於單一聲明中表示某一請求權基礎「或」他項請求權基礎

在原告不清楚法院對特定議題之法律見解下，為了獲得對其最有利之判決以及基於節省訴訟成本等考量，經常可見原告雖於一聲明中同時主張數項請求權基礎，但卻於訴訟程序中表明請求法院就 A 或 B 或 C 或 D 之請求權基礎中，擇一對其為最有利之判決。針對原告此種訴訟中之主張，實務向來認為此係原告欲採取選擇合併之意思。而基於該項原告請求法院擇一審判之請求，如其中一請求之主張為有理由，即可為勝訴判決，且無須再就他項請求之主張進行審理。

臺灣高等法院臺南分院 98 年度上易字第 173 號：

「被上訴人主張：被上訴人…向參加人即被上訴人之兄乙○○購買係爭不動產，被上訴人之應有部分為 10 分之 3。因上訴人是入股，故當時約明被上訴人將應有部分 10 分之 3 登記為上訴人所有，…嗣上訴人欲出售係爭不動產，並表示不分配價金予被上訴人，顯違反兩造登記時之約定，…則依信託關係或借名登記關係消滅之規定，被上訴人自得以起訴狀、民事補正狀之送達為終止信託或借名登記之意思表示，並依持分證明書及信託法第 65 條規定，訴請上訴人將被上訴人所有應有部分登記返還予被上訴人。…」

被上訴人依前揭投資持分證明書向上訴人請求移轉係爭不動產應有部分 10 分之 3，即屬有據，有如前述。而該證明書既為上訴人開具給被上訴人收執，是其乃當事人所訂立之契約無訛。而依該契約

被上訴人即已得向上訴人為本件請求，是本件殊無強令被上訴人就該契約予以定性之理，上訴人此部分所為辯解，尚非可採。而本件被上訴人既已得依前揭契約即證明書向上訴人請求，則其係以選擇合併之方式，併予主張依信託關係及追加依借名登記關係向上訴人請求，即無庸再予審酌，併予敘明。」

臺灣高等法院 101 年度上字第 934 號判決：

「被上訴人主張：伊於民國 96 年 6 月間委任上訴人買受如附表所示之不動產（下稱係爭房地），所有權登記在上訴人名下，買賣總價新臺幣（下同）220 萬元全由伊支付，其中頭期款 50 萬元以伊出售門牌號碼新北市○○區○○路 000 巷 0 號 12 樓房屋及坐落基地（下稱裕民路 5 號房地）所得價金及手中現款支付，其餘價金 170 萬元則以係爭房地向銀行抵押貸款所得支付，抵押貸款之分期還款本息由伊按月交由上訴人繳納。上訴人未出資買受係爭房地，且係爭房地自買受後均由伊管理、使用，詎上訴人與訴外人即伊同母異父之兄盧剛於 100 年 7 月間離婚後，竟拒不將係爭房地所有權移轉登記予伊，爰依委任契約或借名契約或不當得利之法律關係提起本訴，求為擇一法律關係命上訴人將係爭房地所有權移轉登記予伊之判決…

本件被上訴人主張依委任契約或借名契約或不當得利之法律關係，請求本院擇其中一法律關係為其請求上訴人移轉係爭房地所有權登記予被上訴人之判決，而被上訴人本於委任契約關係得依民法第 541 條第 2 項規定請求上訴人將係爭房地所有權移轉登記為其所有，既已達其請求之目的，根據訴之選擇合併之審理原則，本院無庸再就被上訴人主張之借名契約、不當得利法律關係之請求予以審究、裁判之必要。」

三、於單一聲明中同時主張不得兩立之請求權基礎

臺灣高等法院 98 年度重上字第 480 號：

「上訴人起訴主張：係爭 1 樓房地及同棟門牌號碼為臺北市○○路 11 號 3 樓建物暨其坐落土地（下稱係爭 3 樓房地）之原所有權人分為上訴人之夫林玉能及上訴人，惟因上開兩房地遭法院拍賣，上訴人遂與被上訴人潘楊淑惠約定出資各半共同購買，並約定借名登記於被上訴人潘楊淑惠名下。…詎被上訴人潘楊淑惠竟於 95 年 9 月 19 日委請律師寄發存證信函主張係爭 1 樓房地皆為其出資，並催告上訴人於 5 日內給付應負擔之款項，復於同年月 26 日解除兩造合作協議，上訴人不得已乃終止兩造間之借名登記契約，並起訴請求被上訴人潘楊淑惠將係爭 1 樓房地所有權之 1/2 移轉登記予上訴人，然被上訴人潘楊淑惠於訴訟進行中，竟與被上訴人曾桂花就係爭 1 樓房地通謀虛偽締結買賣契約及移轉所有權，該買賣之債權契約及所有權移轉之物權行為均屬無效…乃依民法第 87 條、第 118 條、第 242 條、第 767 條前段、第 179 條規定，請求被上訴人曾桂花…於所有權 1/2 之移轉登記部分塗銷，回覆為被上訴人潘楊淑惠所有，再於終止借名契約後，依民法第 767 條中段、第 184 條第 1 項、第 179 條規定，請求被上訴人潘楊淑惠將係爭 1 樓房地之所有權 1/2 移轉登記予上訴人，…追加民法第 244 條第 2 項規定…聲明請求撤銷被上訴人潘楊淑惠與被上訴人曾桂花間，就係爭 1 樓房地所為之買賣債權行為及所有權移轉之物權行為…

上訴人提起本件訴訟其中先位部分以被上訴人間就係爭 1 樓房地為通謀虛偽意思表示、無權處分及詐害債權等兩立之訴訟標的為同一內容之請求，核屬選擇合併，本院既已擇對上訴人最有利之通謀虛偽而無效之訴訟標的而為判決，即無庸再就其餘無權處分及追加部分（即上訴聲明(二)部分）、詐害債權等訴訟標的（參見最高法院 87 年度台上字第 1493 號裁判意旨）暨備位之訴為審理」

第三款 分析檢討

觀察前開判決，儘管訴訟中借名人所為之聲明皆為「請求出名人返還移轉登記」，然基於不同之請求權基礎主張方式，法院對借名人

主張複數請求權基礎之處理卻有很大的不同。例如在借名人以單一聲明同時為複數請求權基礎主張之情形，法院向來認為此種情況屬重疊合併之類型。然在同一聲明下，如借名人表明依 A「或」B「或」C 請求權基礎請求法院審判，卻將被法院視為選擇合併之類型。此外，亦有借名人在未主張「或」之情況下，仍被法院視為選擇合併之情況。由此可知，不同之請求權基礎主張方式，將影響後續法院對該等請求合併類型之認定。又即便實務似已對借名人之主張與客觀合併之類型形成一固定之分類標準，但在個案中仍不時可見實務無視該項標準，而逕自認定合併類型之情形，至於其中理由為何，在法院未公開心證下，實無從得知。

針對法院就當事人主張之方式而為不同合併類型之認定，固然係基於傳統訴訟標的理論使然。亦即基於傳統訴訟標的理論，數項請求權基礎之主張將被視為複數訴訟標的之存在，因此即便借名人內心僅單純只有一個出名人返還借名登記之請求，但只要其於訴訟中同時有主張複數個請求權基礎，將因此被認定構成客觀合併。至於法院依當事人訴訟上之主張認定合併類型，乃係基於其對各種客觀合併類型概念形成所需，即為了符合實務對於重疊合併與選擇合併概念之區分，縱使當事人未明確表達其所欲為之合併類型，法院仍將自動的依其訴訟上之主張判斷其屬何種合併。此時，一個重要問題是，既然訴訟標的之處分屬原告處分權主義之範疇，何以在原告未積極表明其所欲之合併類型下，即得由法院擬制其意思並代其決定？又基於同一「請求出名人返還借名登記」之目的，何以僅因其在訴訟中就各請求權基礎之主張方式有所不同，即對其合併之類型為不同之認定？此外，如法院堅持因原告主張之方式分別將之視為重疊或選擇合併，惟如在效果上兩者皆為法院得擇一進行審理，並於其一有理由時即無庸就他項更為審理，則法院硬性區別該二種合併方式之實益何在？

如單純就實務對重疊或選擇合併之效果均為法院得於其一請求有理由即無庸就他項請求更為審理一事以觀，實務此項作法應係在解決傳統訴訟標的理論於請求權規範競合所生之困境。然而，實務所稱之重疊或選擇合併是否能解決上開問題，恐有商榷之餘地。

以重疊合併為例，過去實務所稱之重疊合併係指：「訴訟標的雖有數項，而僅有單一之聲明，法院應就原告所主張之數項標的逐一審判，如其中一項標的之請求為無理由時，仍須就他項標的之請求審判；若認其中一項請求為有理由，即可為原告勝訴之判決，就他項標的無須更為審判，法院如就數項標的同時判決，則為法所不許。¹⁵²」。惟在借名人請求出名人返還借名登記之情形下，自前揭說明之判決以觀，法院並未「就原告所主張之數項標的逐一審判」，相反的，其似僅擇其一進行審理，至於理由為何，亦未見其說明。又即便前揭實務遵照過去重疊合併要求逐一審理之見解，然所謂重疊合併一方面要求法院應就原告主張之數項標的逐一審判，卻又稱不能就數項標的進行判決，論理上實屬矛盾。此外，針對重疊合併此種其中一標的有理由即無庸就他項標的進行審理之作法，學理上有批評此無異將原告主張之他項標的視為攻擊防禦方法¹⁵³，亦有見解指出原告主張之數訴訟標的固均在支持同一聲明，如法院未經原告對其利害為處分，即就諸訴訟標的任擇審理，將使原告遭受不當侵害與造成突襲性裁判¹⁵⁴。故在借名人以複數請求權基礎請求出名人返還借名登記之情況，有鑑於前述重疊合併之缺陷，此時實務將借名人該等訴訟上之主張視為係其欲為重疊合併之表現，不僅未能解決請求權規範競合在傳統訴訟標的理論下所生之困境，甚至反而更加深了其矛盾之處，因此本文認為，實務此項作法實不可採。

再就實務將借名人於訴訟中聲明 A「或」B 請求權基礎視為選擇合併一事進行討論，於請求權規範競合之情況下，如採取新訴訟標的理論，因該等請求權基礎之主張將被視為攻擊防禦方法，尚不生客觀合併之問題。然在傳統訴訟標的理論下，實務將原告之主張視為選擇合併，且不論原告數請求間是否可併存皆允許由原告授權法院擇一進

¹⁵² 最高法院 71 年度台上字第 2388 號判決參照。

¹⁵³ 楊淑文，單一聲明下之重疊、選擇或預備合併—最高法院之相關判決之評析，台灣本土法學雜誌，第 98 期，2007 年 9 月，頁 105。；楊淑文，民事實體法與程序法爭議問題，元照出版，二版，2010 年 6 月，頁 233-235。

¹⁵⁴ 許士宦，從重疊合併到選擇合併，訴訟理論與判決實務，元照出版，2011 年 12 月，頁 174-175。

行審理，似有不當之處。蓋由法院代替原告選擇審理之訴訟標的，不但會有原告起訴未特定訴訟標的之疑慮，亦恐使當事人處分權主義淪為「法官處分權主義」¹⁵⁵。此外，如原告所提出之數請求權基礎涉及單一契約性質之主張或特別規定與普通規定之優先適用問題，應認為此乃法院正確適用法律之問題，而不應受原告主張之拘束。換言之，如法院對系爭借名登記契約性質之認定與原告聲明 A 或 B 之請求權基礎有所不同，法院仍應正確適用法律，而不得以此即稱僅得就 A 或 B 中擇一進行審理。

總結前述實務就原告主張認定客觀合併類型之問題，過往當事人間如對此有所爭議，多係對實務採取之合併類型有所爭執。但本文認為當事人與法院間爭執之癥結點並非在於法院採取客觀合併之類型，而應係法院對當事人就訴訟標的與法律適用主張之判斷問題。

鑒於民事訴訟解決紛爭之目的，當事人間之爭執事項固屬其請求法院審判之對象，即訴訟標的。因此原告當負有於起訴時表明訴訟標的、原因事實及應受判決事項聲明之義務，此觀民事訴訟法第 244 條即可得知。惟關於訴訟標的之認定，綜觀民事訴訟法之規定，似未要求以當事人之法律關係或權利義務為限。此外，關於訴訟標的特定之最早期學說亦僅指稱原告應表明給付內容、權利種類與法律效果，惟並未要求原告應具體指明法律規定，亦未稱原告所主張之法律規定如有錯誤，法院亦應受當事人處分權主義之限制，將正確法律規定之適用予以排除¹⁵⁶。換言之，純粹自民事訴訟法之規定實無從推得當今實務所稱，依傳統訴訟標的理論以原告主張之法律規定為訴訟標的，並使法院因此受拘束之見解。

本文認為，民事訴訟法第 244 條固然明文規定原告應表明訴訟標的及其原因事實與訴之聲明，但觀察該條之修正理由，要求原告表明

¹⁵⁵ 楊淑文，消保法與民法之分與合，元照出版，2013 年 8 月，頁 311；劉明生，客觀選擇合併，民事訴訟法實例研習，元照出版，二版，2013 年 10 月，頁 264；劉明生，客觀選擇合併—評最高法院九十五年度台上字第二八五〇號民事裁定及相關實務見解，月旦裁判時報，第 12 期，2011 年 12 月，頁 40-41。

¹⁵⁶ 楊淑文，消保法與民法之分與合，元照出版，2013 年 8 月，頁 292-293。

原因事實之目的僅係在協助法院特定訴訟標的，而非在於確立傳統訴訟標的理論於民事訴訟法中之地位。此外，本於同一紛爭事實所生之請求權基礎，如皆係在支持原告單一聲明之請求，既然原告基於不同請求權基礎所為之聲明皆指向同一請求，即不應認為此時原告享有複數個得處分之標的存在。換言之，在單一聲明下，原告所為之數個請求權基礎應僅屬攻擊防禦方法，而非訴訟標的本身。

至於權利或法律適用之主張，在實務見解採行之傳統訴訟標的理論下，基於訴訟標的之特定乃原告處分權主義之範疇，因此法院僅得在當事人已提出之請求權基礎下進行審判，否則即有訴外裁判之虞。然實際上當事人並非法律專家，其或有主張錯誤法律適用之情況發生，此時如認法院仍僅得就其主張之法律規定進行審判，似已有使當事人拘束法院見解之嫌，而侵害了法院應正確適用法律之審判核心。本文認為，訴訟標的之特定固為當事人處分權主義之範疇，然此應係指由原告藉由聲明表達欲向法院請求審判之標的而言，而不及於法律見解之主張。蓋正確適用法律本屬法院職責，本不應使當事人之法律見解拘束之，如法院審理過程中發現當事人有不知或為錯誤主張之情形，此時法院應依民事訴訟法第 199 條或第 199 條之 1 之規定予以闡明，以使當事人為正確之陳述，而非謂此屬當事人處分權之範疇並禁止法院介入。

因此，在借名人請求出名人返還借名登記之案例中，即便基於借名登記法律行為所生之請求權基礎眾多，但借名人以單一聲明下所為之複數請求權基礎主張，應視為係其法律上之見解而屬攻擊防禦方法，且不應使法院受其不當之主張拘束。換言之，在借名人已藉由單一聲明表達其請求乃在訴請出名人返還借名登記下，透過事實理由之陳述，即應可認該訴訟標的已經特定-即請求返還登記，此時既無複數訴訟標的存在，自不生客觀合併之問題。此外，針對借名人請求權基礎之陳述，應認為僅係攻擊防禦方法之提出，惟於其主張有不當或不明瞭之虞，法院仍應予以闡明，並正確適用法律。

第三項 案例探討

最高法院 101 年度台上字第 157 號判決

一、案例事實

原告(被上訴人)與出名潘楊淑惠間存有借名登記契約，惟出名人未得借名人之同意擅自處分借名財產與被告(上訴人)曾桂花，原告因而向被告為以下請求。先位聲明：求為命(一)曾桂花塗銷系爭房地應有部分二分之一之移轉登記，回復為潘楊淑惠所有，(二)潘楊淑惠應將該房地應有部分二分之一移轉登記與伊所有之判決。並以如認上訴人間之移轉登記並非通謀虛偽，潘楊淑惠無法將系爭房地應有部分二分之一返還與伊，係屬給付不能，伊依民法第二百二十六條第一項規定，得請求其賠償八千五百萬元，僅先請求其中之三千萬元等情。備位聲明：求為命潘楊淑惠給付三千萬元，及加計法定遲延利息之判決。後追加上開先位聲明為：求為(一)上訴人間就系爭房地所為買賣之債權及物權行為，應予撤銷。(二)曾桂花塗銷系爭房地之移轉登記，回復為潘楊淑惠所有，(三)潘楊淑惠應將該房地應有部分二分之一移轉登記與伊所有之判決。備位聲明則仍相同。

二、法院見解

原審：被上訴人已於九十七年三月十二日當庭交付準備狀與潘楊淑惠為終止系爭契約，則契約既已終止，其自得請求潘楊淑惠返還系爭房地，並代位潘楊淑惠請求曾桂花塗銷移轉登記，回復原狀。被上訴人就先位聲明部分，雖主張上訴人間之買賣係通謀虛偽、無權處分及詐害債權等訴訟標的，但為同一內容之請求，核屬選擇合併，原法院既已擇對被上訴人最有利之通謀虛偽而無效之訴訟標的而為判決，自無庸再就其餘無權處分及追加部分、詐害債權等訴訟標的，暨備位之訴為審理。綜上，被上訴人就先位聲明，請求曾桂花塗銷系爭房地

之移轉登記，回復為潘楊淑惠所有，潘楊淑惠應將該房地應有部分二分之一移轉登記與其所有，洵屬正當，應予准許。

最高法院：惟查所謂選擇訴之合併，係原告以單一之聲明，主張二以上之訴訟標的，請求法院擇一訴訟標的為其勝訴之判決而言。被上訴人主張上訴人就系爭房地之買賣係通謀虛偽，及潘楊淑惠無權處分，其買賣應屬無效云云，其聲明為請求曾桂花塗銷系爭房地之移轉登記，回復為潘楊淑惠所有；而其主張上訴人間之買賣係詐害行為，依民法第二百四十四條第二項規定撤銷部分，其聲明為上訴人間就該買賣之債權及物權行為，應予撤銷。上開主張之內容不同，聲明各異，原審認係同一內容之請求，為選擇合併，已有未合。…被上訴人主張上訴人就系爭房地之買賣係通謀虛偽，及潘楊淑惠係無權處分云云，倘非虛妄，上訴人間之行為應屬無效；而被上訴人另主張上訴人間之買賣係詐害行為云云，縱屬實在，係屬上訴人間之行為原屬有效，僅係被上訴人得否依民法第二百四十四條第二項規定以訴請求撤銷之問題。該二主張，性質上相互排斥不能併存，被上訴人同時為之，其真意是否係欲提起預備合併之訴，自欠明瞭，審判長應行使闡明權，令其敘明，並曉諭其就該部分聲明定先後之順序。

三、案例分析

自本案事實觀之，可知原告(借名人)針對於被告與出名人處分移轉借名標的一事，向法院同時為數項不同之請求，在此姑且不論原告所為之先位聲明應屬單一聲明或複數聲明，就其同時提起先位與備位聲明而言，固應認為有複數請求存在。依本文見解，訴訟標的之判斷應繫諸於訴之聲明而非請求權基礎之主張，因此本案之訴訟標的應有兩個，：1. 請求塗銷已移轉與被告之所有權登記，並將該登記移轉與原告；2. 如無法塗銷並移轉登記與原告，則請求潘楊淑惠給付三千萬元加計遲延利息，此時原告以一訴合併為二標的之請求，於符合民事訴訟法第 248 條規定下，當已構成訴之客觀合併。又縱依實務見解所採行之傳統訴訟標的理論，各聲明下請求權基礎既均為獨立之訴訟標

的，則本案原告以二請求同時主張複數請求權基礎，亦已構成訴之客觀合併。

因此，本案爭點為，原告就上述二請求所為之訴之客觀合併，應屬何種類型？又法院應如何進行審理？

原審法院認為，在先位聲明中，原告雖同時主張數項請求權基礎，惟各項請求權基礎皆屬同一內容之請求，因此屬選擇合併，僅需其中一標的有理由，即可為原告勝訴判決，而不須就其他標的與備位聲明進行審理。最高法院則認為，原告於先位請求中同時主張通謀虛偽與詐害債權等，該等請求權基礎間係屬不可併存，且在原告同時具有備位聲明下，自不得將之評價為選擇合併。此時原告是否有排列各該請求權基礎而為預備合併之意，猶待法院闡明，因此將本案發回。

依近期實務對於選擇合併之定義：「原告以單一聲明向法院同時主張複數個可以併存之請求權基礎，並授權由法院擇一最有利於原告之項目，為原告勝訴判決，且惟有全部皆無理由，否則不得為原告敗訴判決」，最高法院認為本案不屬選擇合併當可想像。誠如本案最高法院之宣示，詐害債權與通謀虛偽本屬不同之主張，前者固以出名人之處分有效為前提，後者則以出名人之處分無效為前提，兩者自非同一主張，或可謂兩者乃不可併存之主張。因此，原審認為此種合併屬選擇合併，實不符當前多數實務對於選擇合併之見解。

本文認為，前述最高法院與高等法院之爭執焦點，無非係對於選擇合併之解釋。惟如進一步觀察原告請求之內容，其二主要請求分別為 1. 塗銷已移轉之所有權登記以及 2. 如不能塗銷登記，則請求被告給付 3000 萬元加計遲延利息。亦即原告於實體法上享有之真正受領地位應僅有一個塗銷(移轉)所有權登記之權利，以及在此權利無法實現下，依債之有機性轉變而成之損害賠償請求。縱使原告於訴訟上有主張數項請求權基礎，亦不能因此認為其得享有數次給付，因此本文認為，本件原告之請求自訴之聲明加以判斷，即原告實際上於本案特定之訴訟標的應僅有 1. 塗銷移轉登記與 2. 賠付金錢，二個訴訟標的。

至於個別支持系爭請求之規範請求權基礎，並非真正之訴訟標的，原告縱有複數請求權基礎之主張，亦僅為攻擊防禦方法之提出，法院並不受其拘束。

因此，針對第一項請求：塗銷請求登記，內部即便有數項請求權基礎規範可茲適用，亦不生真正客觀合併之問題，數項請求權基礎間縱認有客觀合併之情況，亦屬「想像之客觀合併」，對於法院之審理並不生影響。而在第一項請求外，原告尚提出損害賠償之請求，以避免在塗銷移轉登記之請求無理由下遭受敗訴判決，此時，原告以一訴同時提起數項標的請求法院進行審理，當屬構成客觀合併。而本案原告將數項標的排序，請求法院就前項標的審理無理由時始就後位標的進行審理之合併類型，應屬預備合併。因此，本案法院僅以原告與被告間之物權行為屬通謀虛偽判決原告勝訴，而未再就原告他項請求進行審理之真正理由，應係基於預備合併而來，而非原審所稱之選擇合併。

至於最高法院稱原告於先位聲明中同時有主張數項不可併存之請求權基礎，因而不得為選擇合併。該項見解無非係為了避免原告因同時主張不能相容之請求權基礎導致論理上之自我矛盾，故將原審所稱之選擇合併見解予以糾正，以符近期多數實務見解對於選擇合併之描述。

惟本文認為，本案應無選擇合併之問題。蓋原告已明確表示其請求為塗銷移轉登記，並在無法塗銷移轉登記下請求被告賠付 3000 萬元加計利息，兩請求間本負有條件關係，而非原告請求法院在該二請求中任擇一進行審判。又在先位請求中，即便原告有主張通謀虛偽與債害債權不得兩立之請求權基礎，惟正確適用法律本屬法官之職責，自不應受原告主張之拘束。縱使認為原告該項主張有自我矛盾之疑慮，但此應屬原告對法官適用法律之善意提醒，而不得以此即認為原告之請求屬自我矛盾。亦即本案只有法官應協助原告為正確預備合併之問題，而不生原告是否有為正確選擇合併之疑慮。本件最高法院結論上雖尚屬正確，惟推論上並未能正確指出原審不應採行選擇合併之原因，

尚屬可惜。

第二節 確認訴訟

第一項 問題之提出

依國人為借名登記之習慣，借名人通常並無使出名人終局保有登記名義之意思，所謂借名登記無非係基於便利或規避法律規定所為暫時借用他人名義之行為，亦即在借名登記之法律關係中，借名人仍將以借名財產之真正所有人身分自居。而儘管在對外關係中表徵權利之登記仍屬出名人所有，但在一般民眾未必對不動產登記有正確認知下，因移轉登記所生之糾紛或借名財產所有權之歸屬，每每成為當事人間爭執之焦點，亦為當今借名登記糾紛之大宗。

歸納此等實務上常見之糾紛，重點皆指向一個最重要之核心，亦即在借名登記法律關係中，借名財產之所有權將如何變動之問題。而此問題表徵於訴訟之聲明中，多半為借名人請求出名人返還借名登記，以及確認借名財產之所有人為借名人等情形。然而，鑒於實務對於不動產所有權之判斷向來係採取形式認定，因此導致借名人在主張對於借名財產之權利時，屢屢遭遇困難。如有見解認為，在借名人得提起給付之訴下，即不允其單獨就借名財產提起確認之訴；亦有見解認為，在借名人依契約所生之借名登記返還請求權請求出名人移轉登記之前，法律關係並無不安定之虞，因此否定借名人具備確認利益。又即便肯認借名人就借名財產之所有權一事上具備確認利益，然仍有不少見解認為，不論在何種情況下，凡於出名人返還移轉登記前，借名人均非屬借名財產之所有權人，因此即便允其得提起確認之訴，仍僅得予借名人一敗訴判決。

然而，是否所有類型之借名登記法律關係中，借名人均無從以借名財產之真正所有人身分主張權利？又關於確認利益之判斷以及其與給付訴訟之關係，現行實務之判斷標準是否一致，或是否合理？蓋

確認利益之判斷，不但在確認借名財產訴訟中扮演重要之角色，亦往往成為當事人權利得否真正獲得伸張之關鍵。

本文認為，對於借名登記所生之借名財產所有權糾紛，有鑑於當事人間之約定、目的以及借名方式與類型之不同，當事人間之法律關係亦有所不同，因此，實不應純粹以不動產登記之形式登記為由駁回所有借名人對借名財產之主張。即便基於維護交易秩序與保障第三人等目的，使不動產登記具有強大之公信力，然由於我國並非採取托崙斯登記制，在登記僅具有推定力下，實不應過度強調登記形式而忽略了真正權利人之保障。因此，針對借名人對借名財產提起確認訴訟一事，現行實務見解是否有過度依賴登記外觀而忽略了對真正權利人之保障，容有進一步檢討之必要。

第二項 不動產借名登記與確認訴訟

第一款 確認訴訟與確認利益

所謂確認利益，即為訴之利益¹⁵⁷於確認之訴中之展現，目的在使法院與當事人能集中處理有迫切需要解決，且能得以解決之問題，以避免訴訟資源之浪費與避免徒增法院及當事人對於時間與金錢之勞費¹⁵⁸。我國民事訴訟法雖未就訴之利益設有一般性規定，惟自民事訴訟法第 247 條第 1 項前段之文意：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之」，仍可得知確認訴訟之提起，以具備訴之利益為必要。而訴之利益於確認訴訟中之具體展現，即稱為受確認判決之法律上利益，或簡稱為確認利益。

所謂即受確認判決之法律上利益，實務向來認為，此係指因法律

¹⁵⁷ 姜世明，民事訴訟法(上冊)，新學林出版，2012年11月，頁457。

¹⁵⁸ 呂太郎，客觀的訴之利益(下)，月旦法學教室，第142期，2014年8月，頁55-56；沈冠伶，確認訴訟之標的與確認利益，月旦法學教室，第28期，2005年2月，頁18。

關係不明確，致原告在私法上之地位不安定，有受侵害之危險，並得以確認判決予以除去之利益而言¹⁵⁹。蓋確認之訴乃從固定某一事物（法律關係或證書或基礎事實）之觀念，以解決當事人間私法上之紛爭¹⁶⁰，因此所謂即受確認判決之法律上利益，當應具有解決當事人間私法上紛爭之功能，換言之，若提起確認之訴無法解決當事人間之紛爭，即不應認原告具備確認利益。

再就法律關係之不明確而言，多數實務認為不以客觀之不明確為必要，只要當事人主觀上有不明確即為已足。至於所謂原告在私法上之地位不安定或有受侵害之危險，一般係指被告否認原告之權利存在，或被告主張自己對原告享有權利而言。然被告對原告主張之權利如僅為沉默不表示意見，此時仍應認為此時原告權利已面臨危險¹⁶¹。例如原告對於土地登記簿上之登記真實性有所爭執，即便被告不表示意見，但因土地登記簿之登載具有一般公示性，如能以確認判決予以更正，對原告而言仍可謂具有法律上之利益，即藉由更正登記使原告之真正權利得以排除遭他人主張權利之危險，應具有確認利益。

對於前述抽象標準之具體化，實務於個別案件中曾有過以下表示：
1. 某一法律關係之存否，於當事人間固有爭執，但此法律關係之存否，對於原告私法上之地位並無影響者，不具確認利益，例如非祭祀公業之派下成員提起確認派下關係存在者¹⁶²。
2. 自己雖為私權主體，但此私權已不能實現者，不具確認利益，例如消滅時效已完成且經被告抗辯，或違章建築已出賣之情形等¹⁶³。
3. 原告主張所有權遭他人無權處分與第三人，忽略現實主張權利之第三人而僅以無權處分之他人為被告，因既判力無從擴及於第三人，故原告無確認利益¹⁶⁴。
4. 因確認判

¹⁵⁹ 最高法院 52 年度台上字第 1240 號判例。

¹⁶⁰ 呂太郎，確認利益之研究，民事訴訟之基本理論(二)，元照出版，2009 年 6 月，頁 143。

¹⁶¹ 劉明生，確認訴訟-評最高法院 96 年台上字第 1487 號民事判決，月旦裁判時報，第 9 期，2011 年 6 月，頁 38。

¹⁶² 最高法院 89 年度台上字第 2893 號判決、92 年度台上字第 1397 號判決。

¹⁶³ 最高法院 32 年度上字第 4198 號判例、50 年度台上字第 1236 號判例。

¹⁶⁴ 最高法院 32 年度上字第 5959 號判例。

決並無法強制使生活利益發生變動，因此即便原告私法上之地位有受侵害之危險，但該危險既不能透過確認判決加以除去，因此無確認利益¹⁶⁵。

復就給付訴訟與確認訴訟之關係而言，若原告本得提起給付之訴，卻捨給付之訴而提確認之訴，此時原告提起確認之訴是否仍具確認利益？例如原告本得直接向被告依物上請求權之規定請求返還所有物，卻僅提起確認所有權存在之訴，此時法院究否應闡明改命其提起給付之訴，或得直接就確認之訴進行審判？關於此問題，學說上有不同見解。

認為不應允原告提起確認之訴者指出，由於確認之訴並無強制執行之效力，紛爭解決之功能終究不及於給付之訴，因此如原告同時得提起確認之訴或給付之訴，應由其提起給付之訴較為妥適，何況原告即使提起給付之訴獲勝訴判決，不但不禁止被告為任意履行，且因其具有執行力，被告為任意履行之機會或許反較確認之訴高。因此原則上得提起給付之訴，即不應允原告提起確認之訴¹⁶⁶。

至於肯定原告在能提起給付之訴下仍得提起確認之訴之學者認為，確認之訴存在之目的並非在補充給付之訴之不足，兩者之目的有異，權利保護之方法彼此亦有所不同，又確認給付請求權存在者，有加強債務人任意履行之可能性，故得逕行提起給付之訴之場合，不能謂無受確認判決之法律上利益，亦即在原告得提起給付之訴或確認之訴之場合，其若選擇提起確認之訴而非給付之訴，仍應允之¹⁶⁷。

¹⁶⁵ 最高法院 52 年度台上字第 1240 號判例。

¹⁶⁶ 張文郁，確認訴訟之補充性，月旦法學教室，第 80 期，2009 年 6 月，頁 12-13。但有認為，在得提起給付之訴之情況，如原告係針對基本法律關係(例如所有權)提起確認之訴，仍應具有確認利益。詳參：呂太郎，確認利益之研究，民事訴訟之基本理論(二)，元照出版，2009 年 6 月，頁 144-145；呂太郎，客觀的訴之利益(上)，月旦法學教室，第 141 期，2014 年 7 月，頁 56-57。

¹⁶⁷ 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，2003 年 8 月，頁 280。

第二款 確認訴訟之審理

在確認借名財產所有權之訴訟中，即便部分實務見解肯認借名人對確認借名財產所有權訴訟具備確認利益¹⁶⁸，但仍有部分法院認為，在借名人自出名人處承受移轉登記前，因形式上借名財產仍屬出名人所有，因此系爭法律關係並無不安定之狀況，亦不允許借名人或借名人之債權人提起確認訴訟。相關判決如下：

最高法院 103 年度台上字第 1192 號判決：

「本件被上訴人主張：上訴人高世銅於民國九十六年間積欠伊新台幣（下同）五十萬元，迄未清償。…高世銅竟借用其女兒即上訴人高薇捷之名義，將系爭不動產借名登記在高薇捷名下。…伊為保全其債權，自得於高世銅怠於行使其權利時，代位高世銅終止上開借名登記契約等情，爰依民法第二百四十二條規定…確認系爭不動產之所有權為高世銅所有。…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。至高世銅如於終止其與高薇捷間之借名契約，請求高薇捷將系爭不動產移轉登記予高世銅經判決確定後，系爭不動產所有權之歸屬，已無不明確之情形（強制執行法第一百三十條第一項參照），被上訴人提起上開確認之訴，亦無即受確認判決之法律上之利益。原審未遑詳求，遽就此部分為上訴人不利之判決，自有可議。」

¹⁶⁸ 102 年度重上字第 577 號判決：「查上訴人主張：係爭房地為伊出資購買，借名登記於董淑清名下，惟伊已終止該借名登記契約，且與董淑清成立訴訟上調解，董淑清同意將係爭房地之所有權移轉登記予伊，伊為係爭房地之所有權人等語，為被上訴人所否認，則係爭房地之所有權之權利歸屬並不明確，致上訴人在法律上之地位及權利有不妥之狀態存在，而此種狀態得以本件確認判決予以除去，揆諸上開說明，上訴人提起本件確認之訴，即有受確認判決之法律上利益，先予敘明。」

臺灣高等法院臺中分院 101 年度上易字第 396 號判決：

「上訴人主張：上訴人於…九十七年四月間，…委請被上訴人以 205 萬元向訴外人張淑英買受…土地，及其上…建物…供上訴人子女居住，且為免上訴人子女受其債權人催討債務之困擾，乃借用被上訴人為登記名義人，而與被上訴人成立借名登記契約，爰以起訴狀繕本送達為終止兩造間借名登記契約之意思表示，請求確認上訴人就系爭房地之所有權存在。又上訴人雖於起訴時，請求被上訴人返還系爭房地之借名登記，惟因上訴人對系爭房地之所有權，仍有不安之狀態，故變更為確認所有權存在…然不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，依民法第七百五十八條第一項之規定，非經登記，不生效力，而系爭房地現係登記於被上訴人名下，此為上訴人所不爭執，並有上訴人所提出之土地暨建物登記第二類謄本附卷可稽（見原審卷十九至二十頁正反面），則縱被上訴人同意系爭房地為上訴人所出錢購買，被上訴人同意移轉登記予上訴人，然亦無得藉法院之確認判決代替此移轉行為，實無即受確認判決之法律上利益。」

又即便係肯定借名人得提起確認所有權之訴，部分實務見解仍基於「凡借名登記契約必有移轉登記之真正物權行為意思」，認為因係爭移轉借名財產登記之行為並無虛偽之意思表示，因此於借名人終止借名登記契約請求出名人返還借名登記前，借名財產之真正所有權人仍為出名人，並以此為借名人之請求無理由之敗訴判決。然而，借名人將自身財產以履行借名登記契約為目的移轉登記與出名人之行為，其中是否當然可認為借名人有實質變動所有權之意思，實有可議。相關判決如下：

最高法院 103 年度台上字第 2689 號判決：

「本件上訴人王炘宇主張：被上訴人王胡菊英係王仲文之配偶，伊及對造上訴人王夢蘭與被上訴人係王仲文之子女，王仲文於民國九十六年十月七日死亡，遺有如原判決附表（下稱附表）一至三所示財產，兩造為其繼承人，應繼分各為六分之一等情，依民法第一千一百

六十四條、第八百二十四條第二項規定，求為裁判分割之判決。嗣於原審主張：如附表二之(一)所示不動產係王仲文生前借名登記於王夢蘭名下，該不動產為兩造共同共有，伊本於借名登記物返還請求權，得請求王夢蘭將該不動產移轉登記為兩造共同共有…求為(一)確認附表二之(一)所示不動產為兩造共同共有，(二)命王夢蘭將附表二之(一)所示不動產移轉登記為兩造共同共有…王仲文借用王夢蘭名義，登記王夢蘭為附表二之(一)所示不動產之所有權人，王夢蘭已取得所有權，在王夢蘭將該不動產所有權移轉登記為兩造共同共有前，難謂兩造為該不動產之共同共有人，王忻宇請求確認該不動產為兩造共同共有，為無理由。」

最高法院 102 年度台上字第 1164 號判決：

「本件上訴人起訴主張：如原判決附表一、二（下稱附表一或附表二，合稱附表）土地為伊所有，借用登記在伊之管理人陳金樹名下，陳金樹於民國（下同）二十五年三月十八日死亡，其子陳火旺竟於九十五年間為繼承登記，陳火旺嗣於九十八年二月十六日死亡，陳火旺之子即被上訴人又於同年十一月二十四日為分割繼承登記如附表一、二所示，伊請求被上訴人返還遭拒等情，先位聲明求為確認附表土地為伊所有之判決。…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。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，陳金樹業已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。從而，上訴人先位請求確認附表土地為其所有，為無理由，不應准許。」

最高法院 102 年度台上字第 577 號判決：

「上訴人主張：伊於 72 年間出資購買系爭房地，並於同年 7 月 9 日依當時有效之民法第 1017 條規定，將系爭房地借名登記在伊配偶董淑清名下…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 758 條第 1 項定有明文。又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…再稱「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…。是借名者有將該財產所有權移轉予出名者之意思表示，出名者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，則出名者即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（即借名登記契約），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、收益及決定處分該財產，且負有於借名登記契約終止時，應將借名登記物返還予借名者之給付義務。…系爭房地既已登記為董淑清所有，上訴人即非系爭房地登記之所有權人，則上訴人主張系爭房地為其所出資購買，而借名登記於董淑清名下一節，即令非虛，惟依前開說明，董淑清仍取得系爭房地之所有權，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，上訴人僅享有請求董淑清返還系爭房地所有權之債權，難認其已取回系爭房地之所有權，自無主張其為系爭房地所有權人之餘地。」

臺灣高等法院 100 年度重上字第 467 號判決：

「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。查被上訴人主張：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，陳金樹業已合法取得附表土地所有權，嗣該借名登記契約終止，被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）登記為被上訴人名義，但於完成此移轉登記手續之前，尚難謂被上訴人已為附表土地之所有權人。從而，被上訴人先位請求確認附表土地為其所有，為無理由。」

第三款 分析檢討

所謂有受確定判決之法律上利益，依實務向來見解，固係指當事人間之法律關係存有爭執，致私法上關係不安定，而可藉由確認之訴加以排除者。但在確認借名財產所有人之訴中，得否僅以形式登記判斷借名財產之所有人，即有疑問。部分實務見解認為，在出名人返還借名登記與借名人前，借名人僅依契約法享有返還借名登記返還請求權，而在出名人返還登記名義前，借名人既非所有人，法律關係亦無不安定之虞，因此借名人不得就借名財產之所有權歸屬提起確認之訴。

惟本文認為，前述法院對於借名人確認利益之判斷，實有欠允洽。蓋所謂以形式認定不動產之所有人，固係指依土地法第 43 條或民法第 759 條之 1，為避免危害交易安全而推定登記名義人為所有人而言。故該登記名義之效力，應係指於外部關係上，第三人得據以信賴登記名義人為適法有權之人，不得任意以該登記不實為由，否定登記名義人之法律上地位而言。惟在內部關係中，由於我國不動產登記並不具有絕對效力，因此在登記有不實在或有瑕疵之可能性下，理應實質認

定真正所有權人之歸屬，而不得再以形式登記進行評斷。因此，實務在借名人就內部關係請求確認所有權訴訟中，一律以形式登記判斷其非所有權人而欠缺確認利益，實有誤解登記制度功能及漠視真正權利人權利保障之嫌。

蓋在無第三人介入之情況下，登記之形式外觀並無保障內部關係人之目的與功能，故當借名關係之當事人間就借名財產之所有權發生爭執，即不應再以形式登記判斷真正權利人。且既然借名人提起確認訴訟之目的在於請求法院實質認定借名財產所有權之歸屬，如法院泛以形式登記為由拒絕借名人提起確認之訴，無異強迫借名人另提起給付之訴。而在借名人可能享有多個請求權基礎之情況下，依實務所採行之傳統訴訟標的，將使借名人有就同一紛爭事實多次提起訴訟之可能。故本文認為，實務一再以形式登記判斷借名財產之所有人，並稱此時無法律上不安定而否定借名人之確認利益，不但不能真正解決當事人間之紛爭，反而可能造成將來更多訴訟之提起，故實務此項否定借名人不具備確認利益之看法，實不可採。

本文認為，藉由確認訴訟之提起，當事人對於係爭法律關係之權利義務將可先行獲得確認，而有助於預防將來紛爭之提起，亦具有促進人民守法意識，與紓減案源之功能。故對確認訴訟之提起，吾人應採取較寬大之態度，將確認利益之範圍應盡可能地予以放寬，以促進一般民眾之使用及增進確認訴訟之功效。亦即，除顯有濫行起訴或浪費訴訟資源等惡用情形，凡當事人對於法律關係有所爭執，即應允其得提起確認之訴。因此，前揭否定借名人得就借名財產之所有權提起確認訴訟之見解，本文認為，該項看法似對確認利益之操作有所誤解，或有過度限縮。所幸，今日已有越來越多的判決對於借名人之確認訴訟採取較寬大之立場，因而在實務寬認確認利益之立場下，借名人對借名財產提起確認所有人之訴已有日益增加之趨勢，

然而，即便已有越來越多的實務見解肯認借名人得就借名財產提起確認之訴，但仍有不少法院於判決理由中提及：借名者有將該財產所有權移轉予出名者之意思表示，出名者亦有同意該財產所有權移轉

於己之意思表示，於依法完成所有權移轉登記手續後，出名者即因此取得借名財產之所有權。因此，借名人在出名人塗銷並移轉登記前並非所有權人，所有權仍歸出名人所有。換言之，只要在出名人返還借名登記與借名人前，借名人無從成為借名財產之所有人，縱其仍得提起確認訴訟，仍終將獲致敗訴判決。

惟對於該等實務見解，本文認為有可議之處。蓋即便符合(1)當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記(2)實際管理、使用、收益與處分之權限僅自己享有，該二實務上所肯認之借名登記契約特徵，基於不同之需求與目的，當事人間因借名登記契約所形成之法律關係仍有多種不同之可能。因此，得否一概認為凡於出名人返還借名登記與借名人前，借名人皆非借名財產之所有人，實有進一步探討之必要。

本文認為，實務此項「於出名人返還借名登記前借名人並非借名財產所有人」之見解，乃係基於對借名登記之錯誤認知而來。蓋以交易習慣與解釋當事人真意之方式進行說明，一般民眾在「借人頭」時並不會將出名人視為真正之權利人，出名人在同意為借名行為時不但不會置喙借名人對借名財產實際使用之狀況，亦無欲將借名事務視為自己之事務。此外，借名人使用他人名義進行登記無非係因其不欲或不能為借名財產之登記名義人，方有向他人借用名義之需要，單純此項目的實無法推論出借名人必有移轉登記與出名人或使出名人成為借名財產所有人之意思。又雖然借名人有使出名人成為登記名義人之義務，但其中借名人未必有移轉登記與出名人之行為存在¹⁶⁹，所謂「使出名人成為登記名義人」一事實無從推出借名人有移轉登記與出名人甚或使出名人成為借名財產所有人之義務。況且即便係借名人將本屬自己所有之財產移轉登記與出名人之情形，亦難謂借名人系爭移轉登記之行為必有使出名人取得實質所有權之意思，否則借名人不可能得

¹⁶⁹ 在借名人因法律限制而無從以自己名義取得財產權登記時，其必須先行透過出名人自第三人處取得移轉登記後，方得嗣後向出名人請求移轉登記與自己，而在此之前，因借名人自始並非借名財產之所有權人，故根本不可能發生借名人移轉登記與出名人之行為。

以真正所有權人之身分自居，並就借名財產繼續為使用、收益、處分、管理。又或有部分判決肯認借名人並無使出名人實質取得所有權之意思¹⁷⁰，在物權行為已然欠缺實質移轉登記之意思下，卻又稱借名人移轉所有權登記之物權行為合法有效，豈不自我矛盾¹⁷¹？

事實上，在需要借名人將自身財產移轉登記與出名人之案例中，系爭借名財產既本屬借名人所有，在借名人無欲使出名人取得實質所有權之前提下，其縱有移轉登記之行為，亦僅屬形式上之移轉登記，而未有實質變動所有權之意思存在。而出名人既明知借名人無欲使其取得實質所有權，仍與其協同辦理登記，系爭移轉登記之物權行為，實屬通謀虛偽意思表示，依民法第 87 條第 1 項之規定，該不動產登記將因欠缺物權變動之要件而成為一有瑕疵之登記，系爭借名財產之所有權亦因此不生變動之效力¹⁷²。即在借名人移轉登記與出名人之不動產借名登記案型下，如借名人得舉證其與出名人之物權行為乃通謀虛偽，即便借名財產已登記於出名人名下，借名財產之實質所有人仍應為借名人。此時，如一味認為凡借名人請求出名人移轉登記與自己前皆非真正所有權人，恐已不當限制甚至侵害了借名人之權利。

又借名人未必對借名登記行為之法律上概念有所理解，而僅一再強調其係基於借名登記之目的移轉登記與出名人，導致真正主張其與

¹⁷⁰ 最高法院 92 年度臺上字第 1263 號：「按借名契約者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方為登記名義人，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，但無使他方取得實質所有權或其他權利之意思」。相同見解：98 台上 76、98 台上 1048、99 台上 1662、99 台上 1424、101 台上 1175、104 台上 298 等。

¹⁷¹ 最高法院 104 年度台上字第 298 號判決：「被上訴人顯無使甲○○、乙○○或兩名未成年子女取得房地所有權之意思，原審認係借名登記，並無違誤。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，應有民法第一百十八條無權處分法則之適用。」

¹⁷² 臺灣高等法院 96 年度重上更(一)字號判決明確指出：「...惟借名關係既係基於權利人與登記名義人之合意而成立，且實質上並無移轉權利之真意，惟其情況未必為第三人所得悉，與通謀虛偽意思表示不無相似。」

出名人間之移轉登記屬通謀虛偽意思表示之案例尚屬少見¹⁷³。本文認為，如借名人有一再主張其無使出名人取得實質所有權之意思，應認為借名人之陳述有不明瞭或不完足處，此時即需由法官依民事訴訟法第 199 條闡明其是否有主張登記不實之意思，以避免突襲性裁判。

第三項 案例探討

臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 1985 號判決

一、案例事實

原告主張門牌號碼坐落台南市○○街 94 巷 3 號之房地，係政府為照顧軍眷而限定軍人始得承購，原配住於訴外人張伯仁所有，原告於民國 77 年間有意向張伯仁購買該房地，但因受限軍宅之限制，乃委由時任軍職之被告即原告之子出名承購該房地，並由被告出名與張伯仁簽訂房地轉讓契約，由原告給付張伯仁新台幣 70 萬元。嗣因該房地須拆除，原告以被告名義向空軍後勤司令部申請以該房地交換坐落台南市○區○○段 303 地號之土地及其上 2499 建號之房屋（即門牌號碼台南市○○街 66 巷 10 號 6 樓之房地，下稱系爭房地），經准許後仍登記被告名下，今為求所有權之客觀真實與登記名義可歸一致，爰提起本訴。並聲明：（1）確認系爭房地所有權為原告所有。（2）被告應將系爭房地所有權移轉登記予原告。被告辯稱：原告主張系爭房地係借名登記乙事為真實，是系爭房地應為原告所有。

二、法院見解

經查，原告主張之事實，業據其提出土地及建物登記謄本、合約書（參原證 1）、空軍後勤司令部 81 理絡字第 247 號函（參原證 2）、協議書（參附件）、支票各 1 份為證；…，本件原告將其所有系爭房

¹⁷³ 臺灣高雄地方法院 92 年度簡上字第 419 號判決參照。

地，登記被告為所有權人，並無使被告取得實質所有權之意思，兩造間成立借名登記契約。原告以本件起訴狀繕本之送達，為終止借名登記契約之意思表示，於契約終止後，因所有權登記仍繼續存在，自係對所有權人之所有權行使造成妨害，故原告本於所有權人地位，依民法第 767 條之法律關係，訴請被告辦理系爭房地移轉登記予原告，為有理由，應予准許。

三、案例分析

觀察本件判決，法院就係爭借名登記行為，僅簡單陳稱兩造間成立借名登記契約，並認為在原告將系爭房地登記為被告所有時，並無使被告取得實質所有權之意思，因此系爭房地之所有人仍屬原告。然如進一步深究本案當事人間之法律關係，本件判決理由對於係爭借名財產所有權歸屬之認定，實有可議之處。

蓋自係爭借名財產之所有權變動歷程觀察，原告締結借名登記契約之目的，無非係受到軍宅僅得由具軍職身分之人登記之限制，因而透過具有軍職身分之被告(原告之子)，出名向訴外人張伯仁購買以及移轉登記，其後雖遭政府拆除，然仍透過許可將所換發之房屋登記於被告名下。亦即在借名不動產之物權登記上，原告自始未曾承受過登記名義。因此，如以因法律關係變動不動產物權所需之要件觀察，原告既自始未曾承受過登記名義，當無成為係爭借名財產真正所有權人之可能。如仍謂我國乃貫徹形式主義立法例登記制度之國家，不論原告締結之借名登記契約內容為何，在未承受過登記名義下，其自始不可能成為係爭借名財產之所有人。本件判決卻稱：「原告以本件起訴狀繕本之送達，為終止借名登記契約之意思表示，於契約終止後，因所有權登記仍繼續存在，自係對所有權人之所有權行使造成妨害，故原告本於所有權人地位，依民法第 767 條之法律關係，訴請被告辦理系爭房地移轉登記予原告，為有理由」，顯然已抵觸我國關於不動產

物權變動要件之要求，而似有改採意思主義之意味¹⁷⁴。

本文認為，在類似此種為突破法律限制所締結之借名登記契約中，由於借名人自始無法承受借名財產之所有權登記，因此在形式主義之登記制度下，借名人自始不可能為借名財產之真正所有人。此時借名人如提起確認訴訟，即如當今多數實務見解所言，在借名人終止借名登記契約請求出名人為移轉登記前，借名人並非所有權人，故法院應以無理由敗訴駁回借名人之請求。但在此之外，如借名財產本屬借名人所有，而其單純為履行使出名人成為登記名義人義務之義務，在借名人得舉證證明其未有使出名人實質取得所有權之意思，以及出名人明知借名人未有使其成為所有權人之意思下，系爭不動產登記之移轉行為，即因構成民法第 87 條第 1 項之通謀虛偽意思表示，而屬一無效之法律行為。

此時借名財產之真正所有人既仍為借名人，即便其未向出名人請求塗銷移轉登記，仍無法抹滅其乃真正所有人之事實。亦即當今多數實務見解所稱「借名人在出名人塗銷移轉登記前非所有人」之見解，僅描繪了不動產借名登記之其中一種案型，而未能為所有不動產借名登記一體適用。

又即便本判決雖未對借名登記當事人間之法律關係，以及不動產物權之變動作出正確之判斷，但其確實點出了當今部分實務在確認不動產借名財產所有權訴訟之盲點。本文認為，本案在論理上雖非正確，但如作為喚醒實務對借名人權利保障之重視，仍值肯定。

¹⁷⁴ 類似看法亦可自最高法院 98 年度台上字第 76 號判決、99 台上字第 2448 號判決中略窺端倪。學者對此亦認為最高法院似有在借名登記之情形，就不動產物權變動，例外採取意思主義之意味。詳參陳自強，登記生效與登記對抗之間，月旦法學雜誌，第 227 期，2014 年 4 月，頁 63-64。

第三節 舉證責任

第一項 問題之提出

為使法官對其主張之權利形成有利於己之心證，在訴訟過程中，雙方當事人無不盡力就其所主張之事實竭力舉證，並試圖透過各種證據方法以形成或動搖法官之心證。然而即便雙方當事人皆已盡力攻防，個案中仍有可能因各種證據無法使法官形成確切心證，而有事實真偽不明之情況，此時該項因事實真偽不明所導致之敗訴不利益應由何人承擔，即為當今實務上經常提及之舉證責任分配。

至於對於借名登記法律關係之舉證責任分配，即便實務依一般舉證責任分配理論，得就契約權利之主張或否定分配其舉證責任，例如主張借名登記契約存在者應就借名登記之構成要件事實進行舉證。然而，在實務對借名登記契約之構成要件仍有所爭議下，如何判斷借名登記契約之存在，又或如何闡明命當事人提出何種證據，實有探討之必要。

此外，對於借名登記與類似契約之區辨，尤其是贈與契約，於相同之行為外觀下，如當事人間對於系爭法律關係由所爭執，究應係由借名人舉證借名登記契約之存在，抑或應由登記名義人舉證贈與契約之存在，往往成為當事人間爭執之焦點。又即便學理上得將借名登記與贈與之概念與以區分，惟實務如何藉由客觀事實認定各該契約之構成要件事實，或何種事實得為法院作為要件事實之判斷，亦為困擾實務已久之難題。

本文以下即自舉證責任分配之學理出發，歸納實務在認定借名登記中所依循之構成要件事實與判斷標準，並針對上開實務採行之判斷標準進行檢討，最後提出若干心得。

第二項 不動產借名登記與舉證責任分配

第一款 舉證責任分配之一般理論

第一目 舉證責任之基本定義

法院案件審理之核心，毋寧係法官認事用法之過程。為了解決當事人間之糾紛以及確認其間之權利義務關係，法官本負有依憑事實正確適用法律之義務，亦即法官除了須依法審判外，尚須就為法律適用之事實基礎與以釐清，並綜合全辯論意旨與訴訟資料後，始能對當事人之請求是否存在，給以一正確之判決。其中就事實認定之部分而言，本於辯論主義之限制，原則須以經當事人主張之事實，始能採為判決之基礎。惟如一方對他方提出之事實真偽有所爭執或否認，則仍需透過證據法則之適用，由當事人對對此提出證明，始能使法院對該事實形成心證，並據以作為適用法律之基礎。此種賦予當事人證明待證事實真偽之義務，大致可稱之為舉證責任，並可再進一步區分為主觀之舉證責任與客觀之舉證責任。

目前實務上所稱之舉證責任，一般係指客觀舉證責任而言，即待證事實之存否無法使法官獲得確切之心證時，該項因真偽不明之事證所導致之敗訴不利益，應歸由何人承擔之問題。如同法諺所云「舉證之所在，敗訴之所在」，負擔客觀舉證責任之一方，如未能使法院就事實形成心證，亦即無法舉證證明系爭待證事實存在時，即須承擔敗訴之結果。

至於舉證責任分配之一般性規則，民事訴訟法第 277 條雖規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」，然就其具體內容而言，以及如何尋得一合理之分配標準(操作規則)，基於不同角度之觀

察角度，學說與實務之看法仍有些許不同¹⁷⁵。

第二目 舉證責任之一般分配理論

壹、學說見解

客觀舉任責任之分配理論學說上雖有不同見解，惟當今國內多數學說仍認為以規範理論建立一般分配標準，應屬一較可行之方式。規範理論係德國 Rosenberg 學者所提出，其嘗試以法條之構造關係分析出發，建立一明確之規範標準。其認為舉證責任分配原則乃係，若無一定法條之適用，則無法獲得訴訟上請求成果之當事人，應就該法條要件於實際上已存在之事實，負主張及舉證責任。亦即，各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證。其並將實體法法律規範區分為權利發生(根據)規範(Rechtsbegründende Norm)、權利妨害(障礙)規範(Rechtshindernde Norm)、權利消滅規範(Rechtsvernichtende Norm)或權利受制(抑制)規範(Rechtshemmende Norm)。

依據規範理論之分配標準，主張權利存在之人應就權利發生之法律要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害法律要件、權利消滅法律要件或權利受制法律要件負舉證責任¹⁷⁶。

規範理論建立後，雖成為德國之通說，但此學說並非完美，且仍具一定之盲點。例如在部分實體法規定中難以區辨孰為權利發生要件或權利妨礙要件，實際運用時亦經常發生混淆或難以釐清之情形。此外，實體法之規範原有一定之立法目的，如僵化以此規則適用於所有類型案件，亦可能導致不公平，或因不易舉證，導致實體法之規範目的難以實現¹⁷⁷。然而，即便規範理論仍有不足之處，但由於規範理論

¹⁷⁵ 姜世明，新民事證據法論，新學林出版，2009年11月，頁181。

¹⁷⁶ 姜世明，新民事證據法論，新學林出版，2009年11月，頁184。

¹⁷⁷ 楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準(上)，台灣本土法學雜誌，第60期，2004年7月，頁56-57。

之架構符合法治國法律安定性之需求，因此仍為我國多數見解所肯認¹⁷⁸。

貳、實務見解

我國實務向以民事訴訟法第 277 條作為舉證責任分配之依據，但基於法條文義之高度抽象性，於個案操作中尚難以該條文義確認實務所採行之一般分類標準。過往實務曾操作過之分配標準包含利己事實說(最高法院 82 年度台上字第 2549 號判決)、特別要件說(最高法院 48 年度台上字第 887 號判例)、變態事實說(最高法院 78 年度台上字第 2392 號)以及消極事實說(最高法院 42 年度台上字第 170 號判例)等。

上述各類分配標準，或為實務基於個案正義，基於誠信原則或武器平等原則所為之調整。在民事訴訟法第 277 條但書修訂後，法院既得基於公平原則就舉證責任之分配為適當調整，於一般未有顯失公平之案例中，即應有一得為多數見解所依循之判斷標準。而該項得為多數見解所依循之判斷標準，就實務之觀察，一般咸認應係特別要件說。即該說將實體法上之權利發生、變更或消滅，分為特別要件與一般要件。並由主張權利或其他法律上效果存在者，就其權利或法律上效果發生之特別要件事實負舉證責任；主張已發生之權利或法律上效果之變更或消滅者，就其變更或消滅之特別要件事實負舉證責任。

第二款 不動產借名登記契約之舉證責任分配

第一目 借名登記契約存在之舉證責任分配

學說對於借名登記契約存在之舉證責任分配，雖無進一步之討論，然依多數見解所採取之規範理論判斷，主張權利之人應就權利發生要

¹⁷⁸ 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2006 年 11 月，頁 129。

件負舉證責任，則欲以借名登記契約為請求之借名人，自應就借名登記契約存在之事實負舉證責任。

至於實務在不動產借名登記糾紛中所採取之分配理論雖未一致，但結論上仍多認為，應由主張借名登記契約存在者就借名登記契約存在之事實負舉證責任。例如有採取特別要件說之見解：臺灣高等法院 103 年度重上字第 249 號判決稱：「按稱借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他人名義登記，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，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，並類推適用民法委任之相關規定。又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。」

亦有採取變態事實說之見解，例如臺灣高等法院 104 年度上字第 138 號判決：「房地登記名義人即為房地之所有權人，乃社會通念之常態事實，登記名義人非房地之實際所有權人，則為變態事實，主張屬變態事實之借名關係者，負舉證責任。準此，本件上訴人主張系爭房地係張庸生出資所購買，僅將該房地所有權借名登記在被上訴人名下乙情，既為被上訴人所否認，則上訴人自應就系爭房地與被上訴人間有借名登記契約存在乙節，負舉證之責。」

至於證明借名登記契約所需之證據資料，在實務習以借名登記契約之特徵¹⁷⁹作為判斷契約存在之依據下，欲主張借名登記契約存在者，自應就出名人已因移轉登記成為登記名義人，以及實際上使用、管理、處分、收益權限歸借名人享有之事實進行舉證。其中就實際上使用、管理、收益、處分皆為借名人享有一事，在人證以外，實務經常要求借名人需提供下列文書以供佐證：

¹⁷⁹ 實務上所肯認之借名登記，應至少具備二主要特徵：(1)當事人約定一方將自己之財產移轉登記與他方或以他方名義登記以實際取得權利(2)實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有。

1. 資金證明

在借名人透過出名人名義向第三人購置不動產之案型中，實務多要求借名人需提供資金證明文書，以確認實際出資購買者為借名人。常見之資金證明文書包括匯款單、貸款證明文件、現金支出傳票、收據、銀行對帳單等等。(最高法院 98 年度台上字第 1084 號判決)

2. 所有權狀

即便借名登記契約終止前仍係由出名人享有登記名義，惟為確保對借名財產之使用、處分、收益、管理，通常仍係由借名人保管所有權狀，亦得由此推知借名人通常並無終局使出名人取得借名財產之意思。即便借名人係以出名人名義向第三人購置不動產，借名人亦多會向出名人請求交付系爭不動產之所有權狀。(最高法院 101 年度台上字第 741 號判決)

3. 稅捐完納證明及其他為管理所支出之費用

由於借名財產之管理權限依契約應歸借名人享有，因而為維持借名財產得以持續利用，基於管理之需要所繳納之費用，亦可充作證明文件。例如完納稅捐之證明、水電費、管理使用費等。(最高法院 102 年度台上字第 2215 號判決)

此外，亦有學者指出，倘法院經調查證據後，以認定係爭財產之出資人、用益人、稅捐及費用繳納人暨財產證明文件之執有人均非登記名義人，而係他人(借名人)，且登記名義人僅虛有產權登記，卻任令他人(借名人)用益該財產，且由該他人持有財產證明文件等異於常態之事實，又無法提出合理可信之說明者，則依民事訴訟法第 282 條規定，推定雙方之間有借名登記之合意¹⁸⁰。

¹⁸⁰ 詹森林，信託之基本問題，民事法理與判決研究，1998 年 11 月，頁 22-23。

第二目 借名登記與贈與區辨之舉證責任分配

誠如前述，借名人如欲依借名登記契約向出名人請求返還移轉登記，依實務採取之客觀舉證責任分配標準，應由其就借名登記契約存在一事負舉證責任。而在實務認為借名財產之使用、處分、收益、管理權能必須僅限借名人享有下，借名人自應就該待證事實進行舉證。

然而，在借名人主張借名登記存在而遭出名人以該法律關係屬贈與抗辯下，由於借名登記與贈與皆有借名人使出名人取得登記名義之事實，若借名人無法證明「借名財產之使用、處分、收益、管理權能必須僅限借名人享有」之待證事實，在部分判決中，出名人取得借名財產登記之行為將被視為贈與。事實上，對於何項待證事實得被視為系借名登記或贈與之要件事實，實務迄今尚無統一之客觀判斷標準，而多於個案中依法官之自由心證判斷之。然而，部分實務見解基於強調借名登記必須具備「借名財產之使用、處分、收益、管理權能必須僅限借名人」之要件，對贈與契約與借名登記契約之區辨，採取**實際對借名財產為使用、處分、收益、管理之人為何**作為判斷標準：如實際對借名財產為使用、處分、收益、管理之人為借名人，則屬借名登記；反之，則為贈與。相關判決如下：

臺灣高等法院高雄分院 100 年度重家上字第 1 號：

「被上訴人又主張系爭房地之所有權狀一直由被上訴人及張木海所保管，歷年來系爭房地之地價稅、房屋稅亦由被上訴人與張木海持繳款書繳納，僅於 97 年度後由張錫坤取走繳款書由其繳納等情，業據被上訴人提出系爭土地自 82 年起至 96 年止之地價稅繳款書、系爭房屋自 84 年起至 96 年止之房屋稅繳款書為證。且黃鈺芳等 3 人自承系爭房地之所有權狀一向由張木海保管之事實，是系爭房地之所有權狀固有由張木海保管情事。又依被上訴人所提出系爭房地之地價稅、房屋稅繳款書觀之，其中 84 年度地價稅繳款書上有記載「爸付」、86、87、88、89、92 年度之地價稅繳款書上有記載「I 納」，87 年度

房屋稅繳款書上記載「爸納」，黃鈺芳等 3 人對以上記載「爸付」、「爸納」表示係由張木海繳納部分並不爭執，可知確有稅款由張木海繳納。惟張木海或被上訴人單純保管權狀或繳納地價稅、房屋稅，僅得認係代為保管或代付稅款，尚難認係行使所有權之表徵，自無從證明張木海與張錫坤間有借名登記關係存在。」

最高法院 102 年度台上字第 2215 號判決：

「查本件上訴人於第一審及原審已辯稱：係爭房地之所有權狀由楊梅座持有保管；係爭房屋漏水紛爭之協調與賠償、房屋之裝潢事宜，及歷年房屋稅、地價稅及管理費之繳納，皆由楊梅座指示上訴人處理；被上訴人從來不曾關心繫爭房地之狀況，甚至自九十年六月房屋出售並點交予買受人起至九十八年三月楊梅座辭世時止，長達近八年的時間內，被上訴人從來不曾造訪係爭房地，否則怎麼可能會到九十八年三月楊梅座辭世時，才知悉房屋業已出售。上開行為顯示被上訴人從未行使係爭房屋所有權人之權利，亦未曾負擔其義務，何以致之，實係因被上訴人不過為楊梅座借用其名義登記為所有權人而已，實際上之管理、使用及處分權仍由楊梅座行使，義務亦由其負擔等語（見第一審卷(一)第七〇、七一、二〇五頁，卷(二)第三六九、三七〇、三七五、三八二、三八三頁），為其重要之攻擊防禦方法，以資證明楊梅座與被上訴人就係爭房地有借名登記關係，迺原審就此悉未加以審酌，亦未說明其不足採取之理由，即認定係爭房地確係楊梅座贈與被上訴人，被上訴人非僅為借名登記名義人，殊屬速斷。」

最高法院 102 年度台上字第 1596 號判決：

「上訴人自承：伊買係爭房地本來是要送給二個兒子，登記給二個媳婦，要他們一起住等語。其顯係基於贈與之意思，將係爭房地登記於被上訴人名下。倘其僅係借名登記，則陳賴春麗何以同意於七十一年十二月十七日以贈與為原因，將如附表一所示房地辦理所有權移轉登記予陳王淑切，而未予質疑？上訴人執有係爭房地八十五年度至九十七年度之地價稅、房屋稅繳款書，不足以證明其為真正權利人。」

依該繳款書所載納稅義務人僅有陳王淑切一人，上訴人對此長達三十年均無爭執，可證陳賴春麗將如附表一所示房地贈與陳王淑切，合於上訴人一貫贈與之意思，且為其所知悉。上訴人嗣後翻異前詞，改稱：係爭房地沒有要送給陳松達兄弟，只是讓他們住云云，不足採信。陳王淑切陳稱：係爭房地貸款，係伊夫妻經營工廠賺錢繳納，有時由上訴人繳納等語，業經其子、女陳鈺德、陳意然證述無訛，尚難認該貸款均為上訴人償還者。而上訴人繳付部分貸款，應認係其贈與，否則，何能任由陳王淑切離家後仍保管係爭房地所有權狀。陳王淑切並於七十八年六月十三日以係爭房地向新莊農會抵押借款二百五十萬元，可見其對係爭房地有管理、使用及處分權，與借名登記契約之要件不符。」

第三款 分析檢討

觀察前開判決，實務判斷借名登記與贈與之方式，無非係基於借名登記須具備「實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有」特徵之前提而來。然而，借名登記是否以具備該項特徵為必要，實有疑問。

蓋借名登記之核心特質既在於「一方借用他方名義」之行為，單純自借用名義一事實無從推出借名登記契約須具備「實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有」之要件，更枉論以此作為與贈與契約之區辨標準，如堅持以此作為區辨借名登記與贈與之方式，於個案中將嚴重發生不當之結果。

就一般民眾使用借名登記之情形進行觀察，雖然多數案例中實際就借名財產之使用、收益、處分、管理之人為借名人，但由出名人實際享有借名財產使用、收益、管理權限之類型亦非罕見，例如借名人使用借名登記之目的係在增進出名人利益¹⁸¹，或是基於借名財產之維護而使出名人使用管理¹⁸²。在該等情況下，借名人恐因無法證明「實

¹⁸¹ 例如出名人基於特定目的需提出一定之財產證明，而向借名人提出暫時移轉財產登記之請求。

¹⁸² 例如借名人因事實上無法親力就借名財產使用管理，而委託出名人代為行

際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有」之要件，而遭法院敗訴駁回。尤其在親屬間借名登記之情形，實際使用、管理借名財產者多為出名人，至於借名人本身，則未必有對借名財產為使用、管理之事實(例如父母基於避稅目的使用子女名義購置不動產，但實際使用管理該不動產者卻為子女而非父母)，如仍堅持前述實務之判斷標準，將導出與交易常態及民間習慣相反之結果，實不可採。

此外，依一般社會通念與經驗法則，無償贈與他人財產並非交易常態，相較於借名登記，一方移轉登記與他方之目的在於無償增益他人財產者，尚屬罕見。因此，如欲認定移轉登記與他人之法律關係屬贈與，實應以更嚴謹之態度加以判斷，而非在借名人難以證明借名登記之存在下，即當然將之視為贈與。以父母移轉登記與子女之情形為例，過去農業社會中經常可見父母將不動產移轉登記與長子之行為，多數情況下，父母為移轉登記之目的多係基於避稅與財務規劃，且顧及到其他子女利益之平均分配，恐難以當然認為父母移轉登記與長子之主觀意思係屬贈與。又儘管仍有不少案例中父母移轉登記予長子之目的確實係出於贈與，但基於慎重起見，通常會有一定書面之作成，或有其他得為證人之親戚存在，以避免將來發生爭議與破壞家族和諧。

事實上，就借名登記與贈與對外表徵之客觀事實而言，兩者皆同樣具有移轉登記之行為外觀，而真正得以區辨二者之關鍵，毋寧係借名人移轉登記時主觀之意思，即借名人有終局使他人保有所有權之意思，為贈與；反之，則為借名登記。簡言之，用以區辨借名登記與贈與之方式，應以「借名人是否有使出名人終局保有所有權之意思」而非「實際對借名財產為使用、處分、收益、管理之人為何」作為判斷標準。

而就「借名人是否有使出名人終局保有所有權之意思」之證明，本文認為，依經驗法則，借名人使出名人取得登記名義之行為通常無

之。

使其終局保有財產權之意思，因此應得藉由民事訴訟法第 282 條之規定，以借名人移轉登記與出名人之事實，推定借名人移轉登記之主觀意思乃借名登記而非贈與。如出名人對此有所爭執，自應由其對借名人移轉登記之主觀意思為贈與負舉證責任。

蓋借名人如係出於贈與之意思為移轉登記，基於慎重必有一定文書之作成或其他足供證明之證據存在，且相較於要求借名人消極證明自己未有贈與之主觀意思，由出名人積極提出贈與之相關證據，顯然較為容易，亦較符一般社會通念與民間習慣。亦即，在當事人間對借名人移轉登記之主觀意思發生爭議時，法官應優先依民法第 282 條規定，依一般贈與多要求慎重而有積極作成相關證據之經驗法則，推定借名人移轉登記之主觀意思為單純借名。此時，該項借名人之主觀真意既被推定為單純借名，借名人自無庸對此進行舉證，而出名人如對此有所爭執，即應由出名人就借名人移轉登記之意思係出於贈與進行舉證。

第三項 案例探討

臺中地方法院 93 年度重訴字第 273 號判決

一、案例事實

本件原告主張：原告之被繼承人乙係台中市世代務農之純樸農夫，育有三子及二女，即長男賴豐儀、次男丑、三男寅、長女賴碧雲、次女賴碧春，而被告辛係賴豐儀之配偶，其餘被告庚、己、丁、子、戊等五人均為賴豐儀子女，亦即乙之孫子女。民國（下同）65 年 2、3 月間，乙購買台中市○○土地。因當時屬投資置產，尚須融資，乃告知賴豐儀、丑、寅三人同意，以丑名義向農會借款，並暫以賴豐儀為系爭土地登記名義人，日後發生繼承時，由賴豐儀、丑、寅各 3 分 1 共同取得。爾後為避免爭議，乙乃書立聲明書：「一、本人乙於 65 年 3 月 7 日，購買台中市○○○號土地，該土地由本人乙出資（以次子

丑名義向農會借款)購買，僅暫時以長子賴豐儀為登記名義人，日後應由本人之子賴豐儀、丑、寅共同取得。二、前述借款名義人，借名登記名義人，經告知賴豐儀、丑、寅同意，特此聲明，並分別留存乙份」，有見證人癸、丙為證。嗣於乙死後欲向賴豐儀之繼承人(即被告五人)請求返還登記，卻遭被告抗辯系爭土地係乙贈與賴豐儀而非借名登記。被告復主張：原告空言乙○○就系爭土地有管理、使用、處分權，而就系爭土地購買迄今已近三十年，未見乙○○就系爭土地有何管理、使用、處分之行使，遑論租金之收取，地價稅之繳納。是原告以上開事項主張乙○○與賴豐儀間有借名登記契約之存在，應非可採。

二、法院見解

乙所書之前開聲明書，係乙單方而所立之私文書，尚難據此證明系爭土地借名登記契約之存在。復揆諸常情，苟該聲明書之內容確為賴豐儀所承認，再依證人丙、癸、丑所述當時情況，豈有不要求賴豐儀於其上簽名之理，…依該聲明書所載：「該土地由本人乙出資購買，僅暫時以長子賴豐儀為登記名義人，日後應由本人之子賴豐儀、丑、寅共同取得。」文義觀之，應係負有負擔及停止條件之贈與，顯與單純之借名登記契約不同。…而系爭土地之所有權狀則由被告所持有中，且系爭土地之地價稅係由被告及其被繼承人賴豐儀所繳納等情，亦有地價稅通知書暨繳款書等件附卷可稽，足徵購買系爭土地後尚難遽認客觀上係由乙管理、使用、處分，而與前開所述借名登記契約之要件不符，則原告主張有借名登記契約存在，自難採信。

三、案例探討

此種借名登記與贈與難以區分之案例，多集中於父母以子女名義購置不動產，或將自身不動產移轉登記與子女之一之情況。蓋民間向來有以長子名義置產之習慣，其目的或為遺產之預先分配或係基於避稅與財務規劃等，不一而足，導致日後在父母死亡時，子女間恐就遺產之分配發生爭執，本案即屬一例。

依案例事實，原告等人乃乙之繼承人，其等主張乙將購買之台中市○○土地登記於長男賴豐儀名下，係基於借名登記，其等並提出乙之聲明書作為系爭土地僅係暫時借用賴豐儀名義進行登記之證明，並主張因乙已死亡，系爭借名登記契約即告終止，因此本於借名登記返還請求權，訴請賴豐儀之繼承人(即被告)返還登記，卻遭被告主張因乙並無對土地之使用、管理、處分事實，抗辯系爭土地乃乙贈與賴豐儀，且其間並無借名登記契約之存在。

本件判決指出，借名登記，係指將自己的財產以他人名義登記，而由自己自行管理、使用、處分之契約。因此，如借名人未曾就該借名財產進行使用、管理、處分，自因構成要件不符，而無借名登記契約存在之可能。此外，其更指出，由於上開聲明書僅係乙單方所擬訂，迫於親屬間之壓力，被告豈有不同意之可能，因此尚難以該聲明視為雙方締結借名登記之證據。又縱肯認係爭聲明書之效力，其中所載「暫時以長子賴豐儀為登記名義人，日後應由本人之子賴豐儀、丑、寅共同取得」之文意，應係負有負擔及停止條件之贈與，故在原告未能積極證明乙與賴豐儀間具借名登記契約下，系爭台中市○○土地，應係乙贈與賴豐儀而非借名登記。

本文認為，上開以借名人是否自行管理、使用、處分作為判斷借名登記與贈與之見解實屬不當。蓋借名登記之目的，無非係借名人暫時借用出名人之名義以取得特定利益，但自此並無從推出借名財產具有「僅出名人享有使用、管理、處分」此一要件。基於當事人間之約定或為維繫借名關係之存續，借名財產由出名人實際使用、管理、處分亦未嘗不可。因此，判斷當事人間是否成立借名登記，實無從以該要件作為標準，更枉論以此作為借名登記與贈與之區別。

前述判決指稱，系爭土地客觀上係由乙管理、使用、處分，因此與借名登記契約要件不符云云。本文認為，此應係實務未對借名登記有正確認識，而在錯誤之定義下所造成之結果。誠如前述，區辨借名登記與贈與之關鍵實應係借名人移轉登記之主觀意思，而非對借名財產實際使用收益為何人。因此，即便借名人允許出名人就借名財產使

用收益或管理，但只要借名人移轉登記時無使出名人終局保有所有權之意思，即便實際使用收益借名財產之人為出名人，然該法律關係仍應屬借名登記而非贈與。

至於本案事實中，足以證明乙未有實質移轉所有權之意思，莫過於系爭聲明書中所載「該土地由本人乙出資購買，僅暫時以長子賴豐儀為登記名義人，日後應由本人之子賴豐儀、丑、寅共同取得」之事實。依該聲明書之內容，乙既已明確表示「暫時以長子賴豐儀為登記名義人」，則其將購買之台中市土地登記於賴豐儀名下，應已足夠證明其無積極贈與之意思。本件判決卻逕以該項聲明乃乙單方所載，並稱系爭聲明書中之文意，應指負有負擔及停止條件之贈與，實已超出該文意可能之解釋範圍，亦與民間以長子名義進行登記之經驗法則相違。故本文認為，本件判決此種不當解釋當事人真意之方式，與區辨借名登記及贈與之判斷標準，實不可採。

第四節 強制執行

第一項 問題之提出

強制執行機關實施強制執程序前，固應對債務人(被執行人)之責任財產進行調查。惟為求執行之迅速與便利，執行機關對於債務人之責任財產僅依形式認定，即責任財產之範圍僅以地政機關登記名義之外觀，作為調查認定之依據¹⁸³，至於個別財產是否確為債務人所有，則非所問。因此，縱特定財產並非屬債務人所有，執行機關依形式判斷債務人責任財產所為之強制執行，不因執行之標的屬第三人所有而構成違法執行。

在不動產借名登記契約存續中，由於借名財產於登記名義上屬出名人所有，縱使出名人本無處分借名財產之意思，亦可能因出名人債

¹⁸³ 沈建興，強制執行法逐條釋義(上)，初版，元照出版，2014年6月，頁143。

權人提起強制執行，使借名財產有遭強制執行而變更所有權歸屬之可能。相對的，在執行機關對責任財產採取形式認定之判準下，借名人之債權人縱使知悉系爭借名財產實際上仍屬借名人所有，在申請強制執行之過程中，亦將面臨因該筆財產並非登記於借人名下而無從查封之困境。此外，第三人如已取得法院核發之權利移轉證明，該借名財產之歸屬究屬何人，亦屬實務上常見之問題。本文以下試就借名財產強制執行過程中常見之爭議，提出討論：

第二項 不動產借名財產之強制執行與權利人之保障

第一款 借名財產之強制執行與善意取得

誠如第三章中關於借名登記外部效力之討論，本文認為違反不得處分借名財產約定之出名人，其對外就借名財產所為處分之效力，依個案可能屬有權處分或無權處分。在出名人有權處分之情形，第三人自出名人處受讓移轉登記後，故當然取得所有權；至於在出名人無權處分之情形，依民法第 759 條之 1 之規定，如第三人係善意信賴登記而與出名人交易，透過登記之公信力與善意取得制度，第三人將可主張善意取得繼續保有其因信賴登記取得之權利。然而，前述登記公信力或善意取得制度，必須係以一般法律行為造成物權變動始有適用¹⁸⁴，如第三人取得物權並非透過一般法律行為，則無主張登記公信力或善意取得制度之餘地。

因此，在借名人與出名人移轉登記之物權行為屬通謀虛偽而無效之情況下，出名人雖具有形式之登記名義，但借名財產之真正所有人仍為借名人。此時如出名人之債權人對該借名財產為強制執行，借名財產之所有權雖將發生變動，惟因該項物權變動並非基於一般法律行為而來，此時拍定人即使取得法院核發之權利移轉證書，恐因不得主

¹⁸⁴ 謝在全，民法物權論(上)，修訂六版，新學林出版，2014年9月，頁89。

張善意取得，而有遭借名人請求返還之可能。蓋依實務見解，由於該強制執行中拍賣之不動產並非出名人所有，因此該次拍賣無效，於執行終結後，借名人仍得提起回復所有權之訴，請求返還¹⁸⁵。

針對此一問題，學說上多認為此時拍定人之權利，應優先於借名人權利之保障。惟具體之操作與解釋方式，則有部分不同。有見解認為，為保護對於拍賣程序之信賴及安定拍定人之地位，即使執行標的物屬於第三人所有者，拍定人仍應受善意取得規定之保護，以維持拍賣之交易安全。易言之，只要拍定人不知土地登記簿上不真實即拍賣不動產非屬於債務人，其仍得自法院發給權利移轉證書時取得該不動產之所有權¹⁸⁶。

但亦有論者指出，在借名登記之不動產遭強制執行拍賣之情形，善意拍定人雖非依法律行為取得不動產物權登記，但其仍屬社會生活中之交易行為，善意第三人仍有受法律保護之必要，此時應得依民法第 87 條第 1 項但書規定，認為借名人與出名人有關不動產移轉登記行為之通謀虛偽意思表示不可對抗善意拍定人，善意拍定人仍得主張拍賣不動產為出名人所有，以確保經拍賣程序所取得之不動產物權¹⁸⁷。

第二款 借名人與第三人異議之訴

按強制執行法第 15 條第 1 項之規定，第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。是以，如借名登記契約存續中，該借名財產發生遭出名人之債權人強制執行事件，借名人如欲提起第三人異議之訴，

¹⁸⁵ 參照司法院院字第 578 號解釋：「強制執行中拍賣之不動產為第三人所有者，其拍賣為無效，所有權人於執行終結後，亦得提起回覆所有權之訴，請求返還，法院判令返還時，原發管業證書當然失其效力，法院自可命其繳銷。」

¹⁸⁶ 許士官，法院強制拍賣債務人以外第三人不動產之效力，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2002 年 2 月，頁 44-45。

¹⁸⁷ 林誠二，不動產物權變動登記之實與虛-以我國台灣地區借名登記契約之相關問題為說明，北方法學，第 8 卷，第 43 期，2014 年第 1 期，頁 14。

必須就執行標的物有足以排除強制執行之權利者始足當之。至於所謂足以排除強制執行之權利，則係指第三人就執行標的物具有一定權利，因強制執行而受侵害，而第三人在法律上並無承受侵害之理由，例如第三人對於執行標的物具有所有權、典權、留置權、質權之情形之一者而言¹⁸⁸。

針對借名財產遭出名人之債權人強制執行時借名人得否提起第三人異議之訴此一問題，實務見解向來持否定見解：

最高法院 68 年度台上字第 3190 號判例：

「按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。上訴人主張由其出資以王梅名義購地建屋並辦理所有權登記各節，就令非虛，上訴人亦僅得依據信託關係享有請求王梅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梅，上訴人即無足以排除強制執行之權利。」。

最高法院 97 年度台上字第 637 號裁定：

「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。」

最高法院 103 年度台上字第 2142 號裁定：

「強制執行法第十五條所定之第三人異議之訴，以排除執行標的

¹⁸⁸ 沈建興，強制執行法逐條釋義(上)，初版，元照出版，2014 年 6 月，頁 339-340。

物之強制執行為目的，故該條所謂第三人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，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。係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。」

近期雖不斷有借名人嘗試突破該項見解，而指出實務有誤解借名登記契約之內涵，甚有侵害借名人之財產權等理由。惟今日實務仍一再強調不論係何種類型之借名人，凡借名人自出名人處取得移轉登記前，皆不得提起第三人異議之訴。甚至於部分判決中，即便借名人已經其他法院判決確定其為真正所有權人，仍不允許其提起第三人異議之訴。參考判決如下：

臺灣新北地方法院 102 年度訴字第 2812 號判決：

「原告…向訴外人翁健智以新臺幣（下同）535 萬買受..系爭房地，並為期能順利貸款而借名登記於被告沈錦德名下。詎被告沈錦德嗣後否認原告為系爭房地所有權人而拒絕返還，原告乃訴請被告沈錦德應將系爭房地辦理所有權移轉登記予伊，並經本院以 102 年度重訴字第 161 號判決¹⁸⁹在案，確認原告確為系爭房地所有權人，僅借名登記於被告沈錦德名下。…按第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴；如債務人亦否認其權利時，並得以債務人為被告，強制執行法第 15 條亦規定甚明。而所謂就執行標的物有足以排除強制執行

¹⁸⁹ 臺灣新北地方法院 102 年度重訴字第 161 號判決：「…原告主張系爭房屋借名登記予被告名下之事實，已據其提出與所述相符之買賣契約書、不動產登記謄本及異動索引表、土地及建物所有權狀、印鑑證明、身分證影本、房屋租賃契約書、土地銀行客戶歷史交易明細查詢、存證信函等為證，且被告對於原告主張之事實已於相當時期受合法通知，而未於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀爭執，依民事訴訟法第 280 條第 3 項準用同條第 1 項規定，即視同自認，準此自堪信原告此部分之主張為真實，應可採信。綜上，原告依據民法第 179 條、**第 767 條**之規定請求被告將如附表示之不動產辦理移轉登記返還予原告，為有理由。」

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（最高法院 44 年台上字第 721 號、68 年台上字第 3190 號判例意旨參照）。又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，是以執行標的之不動產係登記於執行債務人名下所有，縱令該不動產實係借名人基於與出名人即執行債務人間借名登記契約之約定，而登記予執行債務人名下，然借名人亦僅得依借名登記關係，享有請求執行債務人返還該不動產所有權之債權而已，執行債務人在尚未履行該項義務以前仍為執行標的之不動產所有權人，借名人即無足以排除強制執行之權利。」

而除了借名人，實務亦認為借名人之債權人同樣不得提起第三人異議之訴，如最高法院 102 年度台上字第 1056 號判決即稱：「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。」

至於學說見解對此一問題之態度則未有進一步之討論，僅有部分見解採取類似於實務之態度，認為借名登記契約中，借名人所享有者僅終止契約後請求出名人返還標的物登記之債權而已，因此借名人並不具有足以排除強制執行之權利¹⁹⁰。

第三款 分析檢討

關於第三人得否於強制執程序主張善意取得不動產，其中或有見解認為，借名登記契約之當事人必有移轉所有權之意思，因此當出名人取得移轉登記後，即當然為借名財產之所有人，縱使借名財產遭其債權人強制執行，仍不生執行債務人非權利人之疑慮，亦無第三人得否善意取得之問題。

¹⁹⁰ 沈建興，強制執行法逐條釋義(上)，初版，元照出版，2014 年 6 月，頁 340。

惟本文認為，在借名人與出名人對移轉登記存有通謀虛偽之可能性下，實無法稱借名人在出名人返還移轉登記前必然不是所有人。因此，借名人如能證明其與出名人移轉登記之行為屬通謀虛偽，當有依司法院院字第 578 號解釋之要旨主張拍賣無效之可能，亦有第三人得否主張善意取得之疑慮存在。

針對此一問題，有論者雖指出：所謂交易安全之保障範圍，除一般依法律行為所為之交易外，透過拍賣程序取得所有權之情形亦應屬之。然本文認為，在民法第 759 條之 1 第 2 項關於善意取得之構成要件已明文限於「已依法律行為為物權變動之登記」，實無法將強制執行之情況予以納入。故學者認為強制執行程序亦有民法第 759 條之 1 規定之適用，恐已超出法條文義可能解釋之最大範圍，應不可採。

至於另有論者嘗試以民法第 87 條第 1 項但書作為解決之道，本文認為此應為一較可行之方式。蓋借名人如與出名人為不實之移轉登記行為，基於保障交易安全之目的，在第三人無從得知借名人與出名人間之關係下，借名人自不得以該通謀虛偽意思表示對抗第三人。又強制執行程序雖因不符民法第 759 條之 1 構成要件使拍定人無法主張善意取得制度之適用，然同樣基於保護善意第三人之意旨，此時在不動產登記制度外，尚得就民法總則上關於意思表示之規定予以適用。故即便依司法院院字第 578 號解釋借名人有主張拍賣程序無效之可能，然拍定人仍得藉由民法第 87 條第 1 項但書之規定，使借名人不得以無效之移轉登記行為對抗之。亦即透過此種方式，使出名人自借名人處取得之移轉登記為有效，該強制執行程序亦視為有效，以保障因信賴拍賣程序而取得權利之拍定人。

關於借名人是否一概不得提起第三人異議之訴，本文認為容有進一步討論之空間。誠如先前出名人是否為有權處分之討論，本文認為借名人是否具有足以排除強制執行侵害之權利，癥結點應在於系爭強制執行標的之所有權歸屬，如借名人確實能證明其為系爭標的之所有權人，自應肯認其具有強制執行法第 15 條所稱之「足以排除強制執行之權利」，而得允之提起第三人異議之訴。

實務見解或為訴訟便捷或強制執行之慣例所致，而以登記名義作為所有權歸屬之唯一判斷，並以此認定借名人於終止契約請求返還登記前非強制執行標的之所有權人，因此不允借名人提起第三人異議之訴。然此項見解可能係因法院未進一步釐清借名登記契約之外部效力所致。蓋我國登記制度並不具絕對效力，實務亦肯認登記可能存有不實或錯誤之情形。並在此前提下，為避免因信賴不實登記之善意第三人受有損害，因此賦予登記公信力與信賴取得制度，使第三人因信賴登記所取得之權利受有保障。是以，強制執行既係以形式不動產登記作為債務人責任財產之範圍，執行機關同樣會遭遇到登記不實之情形。如實務承認其他登記不實情況下之真正權利人得提起第三人異議之訴以資救濟，為何因借名登記所生之登記不實，卻禁止其真正權利人主張第三人異議之訴？

本文認為，借名人是否為借名財產之所有人尚須依物權變動之要件加以檢視，不得謂借名人自出名人處取得移轉登記前必然非借名財產所有人，而拒絕其提起第三人異議之訴。又縱使實務有認為基於社會交易安全之維護及避免第三人蒙受不測損害，尤無使借名登記契約之當事人內部相對效力高於物權登記要件絕對效力之理。然強制執行程序中未必會有第三人參加拍賣，拍賣流標之情況亦時有所聞，如強制執行程序未有第三人參與，是否仍稱允許為真正所有人之借名人提起第三人異議之訴將使第三人不測之損害？況且實務在多件判決中亦有承認借名人為真正所有權人，既已承認借名人可能為借名財產之所有人，且司法院院字第 578 號解釋亦已明確指出真正權利人得主張拍賣無效，何以在第三人異議之訴之情況下，卻禁止為真正所有權人之借名人提起之？又縱使認為開放借名人提起第三人異議之訴將損及拍定人之權利，然拍定人尚得藉由主張民法第 87 條第 1 項但書以保障其取得之權利，為何在未有任何拍定人出現前，即一概否定借名人有提起第三人異議之訴之可能，實務此項做法是否已然過度侵害借名人之權利，實有可議。

至於較妥適之解決方式，本文認為仍須檢視借名登記當事人間之法律關係，藉由釐清系爭借名財產之真正所有權歸屬，以獲悉借名人

提起第三人異議之訴之可能性。例如在約定以他人名義以實際取得借名財產之案型中，由於借名人自始未曾承受過移轉登記，自無成為所有人之可能，此時借名財產如遭強制執行，其當不得本於所有人之身分提起第三人異議之訴。然在借名人將原屬自己所有之財產移轉登記與出名人之案型中，應認為借名人無使出名人取得所有權之意思，該移轉登記之物權行為應屬通謀虛偽而無效，此時借名財產如遭強制執行，因借名財產之所有權並未真正移轉，故借名人欲以真正所有人身分提起第三人異議之訴，即應允之。而即便在提起第三人異議之訴時已有拍定人存在，拍定人仍得藉由主張民法第 87 條第 1 項但書之規定，主張借名人不得以該無效之移轉登記行為對抗之，以確保其因強制執行程序所取得之權利。

第五節 小結

在借名人以單一聲明請求出名人返還借名登記之情況下，如其同時有複數請求權基礎之主張，依實務見解採取之傳統訴訟標的理論，此時將因當事人就該等請求權基礎主張方式之不同，而被實務認定構成不同類型之客觀合併，並異其審理方式。然在借名人實體法上僅享有單一受領地位下，如依傳統訴訟標的理論之見解，將使其因不同之請求權基礎而享有複數得處分之訴訟標的，並因此得就同一紛爭事實多次提起訴訟。面對此一傳統訴訟標的理論之困境，實務雖試圖透過重疊合併與選擇合併之方式加以處理，然該二合併類型除了有論理上矛盾以及起訴不合法之疑慮外，亦無法說明為何法院需受原告主張之法律適用所拘束。即實務不但未能藉由客觀合併類型之選擇解決傳統訴訟標的理論所遭遇之困境，甚至更加深了其矛盾之處。本文認為，此種結果無異係實務先就訴訟標的之判斷採取了錯誤理論所致。蓋民事訴訟法第 244 條要求原告應於訴狀中表明訴訟標的及其原因事實之目的在於協助法院判斷審理範圍，而非在確認民事訴訟法對於訴訟標的之判斷係採取傳統訴訟標的理論。事實上，正確適用法律本屬法院職責，且不應使其受當事人主張之錯誤法律見解所拘束。因此，基於同一紛爭事實以單一聲明所為之請求，縱原告有複數實體法上之請

求依據，原告請求法院審判之客體仍應僅有單一，而不因原告主張請求權基礎之內容或方式受有影響。換言之，在借名人以單一聲明請求出名人返還借名登記之情況，該等請求權基礎之主張無非僅係攻擊防禦方法而不拘束法院，此時並不存在複數訴訟標的亦無客觀合併之問題。

次就借名人就借名財產提起確認之訴而言，部分實務徒以形式判斷登記之方式，即謂在出名人返還借名登記與借名人前，借名財產仍屬出名人所有，因此系爭法律關係並無不安定之虞而否定借名人之確認利益。又即便實務有肯認借名人具備確認利益者，但仍於判決中強調借名人必有移轉登記與出名人之真正意思，因此於出名人取得登記名義後，真正權利人即為出名人而非借名人，並以此予借名人敗訴之判決。針對前揭實務見解，本文認為，基於擴大確認訴訟之功能與實現其預先解決紛爭之目的，對於確認利益之判斷無需予以過多之限制，即除有明顯濫行起訴或惡用之情事外，凡當事人間就法律關係有所爭執，即應認其具備確認利益。此外，借名人提起確認訴訟之目的無非在請求法院就借名財產之所有權進行實質審理，而在我國不動產登記僅具推定力下，若借名人得舉證個案中所為移轉登記之物權行為因欠缺必要之移轉登記意思而無效，即應可認為借名財產之所有人仍為借名人並予其勝訴判決。蓋借名人基於暫時借用名義之目的所為之移轉登記通常並無使出名人實質取得所有權之意思，因此若借名人得就此進行舉證，即應有使其獲得勝訴判決之可能，而不得謂任何情況下借名財產之所有人必為出名人，並以此拒絕借名人提起確認訴訟或一律於確認訴訟中予其敗訴判決。

就借名登記之舉證責任分配，依實務向來採取之特別要件分類說或規範說，主張借名登記契約存在之人，必須就借名登記契約之構成要件事實負客觀舉證責任。又基於實務對於借名登記契約之要件判斷，其認為借名登記契約係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。因此，欲主張借名登記契約存在者，自須就借名財產仍保留由自己管理、使用處分之事實負舉證責任。但此項標準在當事人間就係爭法律關係究屬

借名或贈與將遭遇困難，蓋借名與贈與同樣具有一方移轉登記與他方之客觀事實，如借名人有約定允許出名人就借名財產為使用或管理，實無從以前開實務所稱之「借名財產仍由自己管理、使用處分」事實作為區辨二契約之標準。本文認為，借名登記之核心特徵應在於一方暫時借用他方名義之行為，至於是否由借名人自行使用管理收益借名財產則在所非論，因此當事人應證事實應為「移轉登記之主觀意思」而非「由何人使用管理借名財產」。因此，在與贈與之區辨上，鑒於贈與並非一般交易之常態，贈與契約為慎重起見通常多有一定形式或書面或人證之作成，此時依經驗與論理法則，應優先依民事訴訟法第282條之規定推定借名人移轉登記與出名人之主觀意思係基於借名，若出名人抗辯該主觀意思屬贈與，自應由其舉證推翻之，以符借名登記契約於交易常態之使用習慣。

末就借名財產遭強制執行之情況，實務向來基於前述「在出名人返還借名登記前借名財產為出名人所有」之見解，一律禁止借名人提起第三人異議之訴。惟本文認為，我國不動產登記既僅具推定效力，實務如肯認在他種情況下登記有不實之可能並允真正權利人提起救濟，因借名所為之移轉登記既有登記不實之可能，實應為相同之解釋允借名人提起救濟。又即便實務基於社會交易安全之維護及避免第三人蒙受不測損害，尤無使借名登記契約之當事人內部相對效力高於物權登記要件絕對效力之理由，拒絕借名人提起第三人異議之訴。惟借名登記契約之存在與判斷借名人是否為真正所有人並無關係，依司法院院字第578號解釋，如借名人確實能證明其為真正所有人，不論該登記名義不實之理由是否係基於借名登記，實應允其得提起第三人異議之訴。又縱使認為允許借名人提起第三人異議之訴將侵害拍定人善意信賴拍賣程序所取得之權利，本文認為，此時拍定人尚得依民法第87條第1項但書，主張借名人不得以該登記無效對抗之。因此，承認借名人得提起第三人異議之訴並不當然會發生侵害第三人權利之結果。更何況，在強制執行程序中未必有拍定人存在，實務此種一律拒絕借名人提起第三人異議之訴之作法，實與前述拒絕借名人提起確認之訴無異，恕難贊同。

第五章 結論

由於借名登記具有高度便利性與彈性，透過約定之方式，幾乎任何法律行為皆可以借名之方式輕易達成目的。而由於華人社會向來注重人際關係之維持，因此即便出名人明知借名登記存在一定之風險，但為維繫一定之人際關係，仍多會同意出借名義，此現象屬我國所獨有，因此使借名登記成為一高度本土性之議題。

歸納實務上常見之借名登記案例，主要可分為兩種主要案型：其一為借用他人名義以實際取得權利或利益(例如借名購置農地或基於避稅之目的借用他方名義登記為權利人)；其二為將自身財產移轉登記於他人名下以隱匿財產資訊(例如為規避債權人強制執行或避免親朋借貸而將自身財產移轉登記於他人名下)。因此，自該等實務所肯認之借名登記案型進行觀察，實務上所肯認之借名登記，應至少具備二主要特徵：(1)當事人約定一方將自己之財產移轉登記與他方或以他方名義登記以實際取得權利(2)實際管理、使用、收益與處分之權限僅借名人享有。惟本文認為，借名人締結借名登記之目的無非係「暫時借用出名人之名義¹⁹¹」，至於借名財產實際上由何人使用、收益、管理，則與該目的無涉，事實上由出名人就借名財產進行管理使用之情況，亦非罕見。因此，得被視為借名登記契約所應具備之基本特徵，應修正為：(1)一方向他方借用名義，並使他方擔當登記名義人；(2)他方應於契約終止時返還借名登記與一方。

在借名登記效力之判斷上，早期實務雖有利用「脫法行為理論」與「有無正當理由之消極信託」概念作為判斷之依據，但鑑於通說指出脫法行為不過為法律解釋之方式，且在信託法施行後無法再以過去之消極信託概念檢視下，今日實務已放棄前述判斷借名登記效力之方式，而同當今多數見解，認為依私法自治與契約自由原則，除有牴觸強行禁止規定或公序良俗，原則應肯認借名登記之效力。而觀察近期

¹⁹¹ 由於係「暫時」借用，因此終須返還，即出名人不得終局保有登記名義而言。

之實務見解，除了少數被認為係規避強行規定或抵觸善良風俗，例如規避原住民保留地開發管理辦法、或蓄意脫產以規避強制執行或詐害債權之借名外，大部分之借名登記均屬有效。

再就借名登記與類似契約之比較，由於借名登記之特徵不符信託法第1條之構成要件，因此今日實務均不再將借名登記視為信託法上之信託契約，亦不再將借名登記稱為消極信託。至於與借名登記具高度類似性之委任契約，即便在部分類型中出名人需與借名人協同辦理登記，但由於該項行為並非得作為契約定性之主給付義務，且單純借用名義並不當然具有勞務之提供，因此借名登記契約僅得視為一類似委任之無名契約。另就其與贈與之比較，二者最大之差異應在移轉登記之一方是否有使他方終局保有所有權之意思，即前者無而後者有。但即便學理上得對於借名登記與贈與做出明確區分，在個案判斷中，由於兩者表徵之客觀事實極為類似，因此實難單純以某一客觀事實作為區辨二者之依據，此亦為當今借名登記最常見之爭議之一。

另一借名登記於實體法上常見之爭議，則為出名人處分借名財產之效力究屬有權處分或無權處分問題。學理上有主張有權處分說者認為，為貫徹土地登記簿上登記名義人之公示外觀與登記效力，出名人所為之處分必為有權處分。主張無權處分說者則認為，出名人凡未經借名人同意對借名財產為處分，均屬無權處分。至於採取折衷說者則指出，由於一般人僅得自登記外觀判斷係爭財產之權利人為何者，為了保障交易安全，原則上應以形式登記為斷，認為出名人所為之處分為有權處分，例外在第三人惡意下，始依無權處分處理之。惟本文認為，出名人是否有權處分，應自出名人是否享有處分權能之觀點而定。即所謂出名人是否有權處分，其實指向一件事：出名人是否為借名財產之所有人¹⁹²。又鑒於借名登記得因當事人間之約定與交易方式存在著不同之類型，因此在判斷借名財產之所有人時應自所有權變動之歷程進行觀察。如借名人自始未曾承受過移轉登記，其固不可能成為所有人，因此出名人於取得移轉登記後，其本為所有人地位所為之

¹⁹² 處分權能本屬所有權之一部，因此除法有限制或當事人另有約定下，具備所有權者，應享有處分權。

處分自屬有權處分。然在借名人將自己名下財產移轉登記與出名人之情況中，基於登記之推定力，原則上應推定出名人本於所有人地位所為之處分為有權處分，但如借名人得舉證系爭物權行為乃通謀虛偽而無效¹⁹³，此時出名人既未因有效之物權行為取得所有權，其所為之處分當屬無權處分。

至於在借名人請求出名人返還借名登記之訴訟中，如其於單一聲明下同時有複數請求權基礎之主張，即便其實體法上僅有單一之受領地位，但訴訟法上仍將被實務視為有複數訴訟標的之存在¹⁹⁴。而面對此種借名人實體法上僅得享有一次給付卻於訴訟上享有多個訴訟標的之衝突，實務雖試圖藉由當事人不同之主張方式以重疊合併或選擇合併之方式加以解決。然實務此等合併做法不但有論理上矛盾與起訴不合法之疑慮，亦未能充分說明為何即便在當事人主張錯誤之法律關係下，法院仍僅得就其主張之法律規定下進行審判。本文認為，實務此項做法無異係基於對訴訟標的之錯誤認知使然。蓋我國民事訴訟法第 244 條雖言明原告需表明訴訟標的與原因事實，但此並非在確認民事訴訟法係採取傳統訴訟標的理論。此外，法院本負有正確適用法律之職責，原告所為之實體法上請求權基礎主張實不應拘束法院之判斷，換言之，系爭法律上之主張應屬攻擊防禦方法而非訴訟標的，至於為法院審判之客體，則應係指原告聲明之請求。因此，在借名人以單一聲明請求出名人返還借名登記下，縱使其同時有多個請求權基礎之主張，此時仍應認為僅有單一訴訟標的之存在，不生客觀合併之問題。

次就借名財產所有權歸屬表現於訴訟法上之爭議進行觀察，由於實務向來係以形式登記外觀認定所有人，因此只要借名財產仍登記於出名人名下，借名人如欲本於真正所有人之地位進行救濟，將面臨極大之挑戰。尤其部分實務認為，在出名人返還借名登記與借名人前，借名人即非所有人，其所享有者無非係借名登記返還請求債權而已。

¹⁹³ 若借名人得證明其無使出名人實質取得所有權之意思，實務即肯認得以此作為物權行為係通謀虛偽之證明。詳參第三章第四節第二項第四款之說明。

¹⁹⁴ 實務於傳統訴訟標的理論下，對於訴訟標的之特定係端視原告所提出之請求權基礎。

因此，系爭法律關係既無不安定之疑慮，借名人自不具確認利益，亦不得本於所有人之身分提起第三人異議之訴。又縱使允許借名人提起確認之訴，然仍有不少判決以借名人必有移轉登記之意思，出名人於取得移轉登記後即為所有人為由，判決借名人敗訴。本文認為，基於擴大確認訴訟紛爭預防之功能，確認利益之判斷標準應盡可能的放寬，即除了顯然濫訴或惡用之情況，只要當事人間就法律關係存有爭執，即應認其具有確認利益。又基於不同之借名目的與當事人間約定，借名登記之法律關係可能存有不同之情形，個案中借名財產之所有人未必為出名人，因此一律以出名人返還移轉登記前借名人非所有人為由拒絕借名人提起確認之訴或第三人異議之訴，不但不能真正解決當事人間之紛爭，亦已有不當侵害真正權利人權利之疑慮。

未就借名人對借名登記契約權利之主張，依實務向來採取之特別要件分類說或規範說，自應由借名人就借名登記存在之要件事實進行舉證。然在實務認為借名登記係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下，借名人自須就借名財產仍由自己管理使用之事實進行舉證。但本文認為，實務此項判斷標準在與贈與契約之區辨上，不但未能真正辨別二者，甚至將導出不合交易習慣之不合理現象。蓋一方移轉登記與他方之目的是否為借名，應以其為移轉行為時之主觀意思進行判斷，而與是否由自己使用管理借名財產無關。又基於經驗法則與民間習慣，基於贈與所為之移轉登記並非交易常態，且為求慎重，贈與契約通常有一定形式或書面或人證之作成，因此當雙方對於系爭移轉登記究屬借名或贈與有所爭執時，本文認為應可藉由民事訴訟法第 282 條之規定優先推定一方移轉登記之主觀意思為借名，若他方對此爭執為贈與，則應由其舉證推翻之。如此，方較合乎一般民眾對借名登記之交易通念，以及學理上對於借名登記之判斷。

參考文獻

按姓名筆劃排序

一、專書

1. Karl Larenz，陳愛娥譯，法學方法論，五南出版，初版，1996年12月。
2. 方嘉麟，信託法之理論與實務，元照出版，2003年3月。
3. 王志誠，信託之基本法理，元照出版，2005年11月。
4. 王澤鑑，民法物權，自版，2009年7月。
5. 王澤鑑，民法總則，自版，2005年6月。
6. 王澤鑑，民法學說與判例研究(三)，自版，2009年12月。
7. 王澤鑑，債法原理(二)不當得利，自版，2005年9月。
8. 朱柏松，民事法問題研究—物權法編，元照出版，2010年3月。
9. 呂太郎，民事訴訟之基本理論(二)，元照出版，2009年6月。
10. 沈建興，強制執行法逐條釋義(上)，元照出版，2014年6月。
11. 林秀雄，親屬法講義，元照出版，三版，2013年2月
12. 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照出版，2002年10月。
13. 邱聯恭講述，許士宦整理，口述民事訴訟法講義(二)，2010年。
14. 姜世明，民事訴訟法(上冊)，新學林出版，2012年11月。

15. 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2006年11月。
16. 姜世明，新民事證據法論，新學林出版，2009年11月。
17. 孫憲忠，德國物權法，五南圖書出版，1999年8月。
18. 徐國香，信託法研究，五南圖書出版，1988年5月。
19. 許士宦，訴訟理論與審判實務，元照出版，2011年12月。
20. 陳計男，民事訴訟法論(上)，三民出版，修訂三版，2006年1月。
21. 陳自強，契約之成立與生效，元照出版，三版，2014年2月。
22. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民出版，修訂八版，2013年。
23. 陳榮宗，訴訟標的理論，民事程序法與訴訟標的理論，1977年5月。
24. 陳聰富，民法總則，元照出版，2014年12月。
25. 葉賽鶯，辯論主義與訴訟標的理論之關係，民事法專論，新學林出版，2011年3月。
26. 詹森林，民事法理與判例研究，元照出版，三刷，2001年8月。
27. 詹森林，民事法理與判決研究(五)，元照出版，2007年12月。
28. 黃立主編，楊芳賢、陳泐岳、謝銘洋、吳秀明、蘇惠卿、郭玲惠合著，民法債編各論(上)，元照出版，2004年10月。
29. 楊淑文，民事實體法與程序法爭議問題，元照出版，二版，2010

年 6 月。

30. 楊淑文，消保法與民法之分與合，元照出版，初版，2013 年 8 月。
31. 謝在全，民法物權(上)，新學林出版，修訂六版，2014 年 6 月。
32. 謝哲勝，信託法總論，元照出版，2003 年 6 月。
33. 謝哲勝，財產法專題研究(五)，台灣財產法暨經濟法研究學會出版，2006 年，5 月。
34. 謝哲勝，財產法專題研究(六)，台灣財產法暨經濟法研究學會出版，2008 年，11 月。
35. 鄭冠宇，民法物權，新學林出版，二版，2011 年 9 月。
36. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，三民出版，修訂十六版，2009 年 10 月。
37. 劉明生，民事訴訟法實例研習，元照出版，二版，2013 年 10 月。

二、期刊文章

1. 王澤鑑，民法總則在實務上的最新法展(一)—最高法院九〇及九一年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌，第 52 期，2003 年 11 月。
2. 呂太郎，客觀的訴之利益(上)，月旦法學教室，第 141 期，2014 年 7 月。
3. 呂太郎，客觀的訴之利益(下)，月旦法學教室，第 142 期，2014

- 年 8 月。
4. 沈冠伶，確認訴訟之標的與確認利益，月旦法學教室，第 28 期，2005 年 2 月。
 5. 林誠二，不動產物權變動登記之實與虛-以我國台灣地區借名登記契約之相關問題為說明，北方法學，第 8 卷，第 43 期，2014 年第 1 期。
 6. 吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分/最高院 98 台上 76，臺灣法學雜誌，第 137 期，2009 年 10 月 1 日。
 7. 吳宜勳，借名登記與公證之探討，公證法學，第 8 期，2012 年 4 月。
 8. 許士宦，訴之變更、追加與闡明，台大法學論叢，第 32 卷，第 3 期，2003 年 5 月。
 9. 許士宦，法院強制拍賣債務人以外第三人不動產之效力，台灣本土法學雜誌，第 31 期，2002 年 2 月。
 10. 張文郁，確認訴訟之補充性，月旦法學教室，第 80 期，2009 年 6 月。
 11. 張聰耀，論消極信託與借名登記契約，47 期學員法學研究報告，司法新聲。
 12. 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，2012 年 2 月 2 日。

13. 陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約—最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年，8 月。
14. 陳自強，登記生效與登記對抗之間，月旦法學雜誌，第 227 期，2014 年 4 月。
15. 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第 125 期，2005 年 10 月。
16. 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二〇二八號民事判決，全國律師，2005 年 5 月。
17. 詹森林，違法轉售國宅之效力，月旦法學雜誌，第 21 期，1997 年 2 月。
18. 詹森林，私有農地之買賣—最高法院相關判決之分析，政大法學評論，第 58 期，1997 年 12 月。
19. 楊建華，重疊(競合)訴之合併與選擇訴之合併，法律新論，第 54 卷第 5 期，1988 年 5 月 1 日。
20. 楊淑文，單一聲明下之重疊、選擇或預備合併—最高法院之相關判決之評析，台灣本土法學雜誌，第 98 期，2007 年 9 月。
21. 楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準

- (上)，台灣本土法學雜誌，第 60 期，2004 年 7 月。
22. 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學，第 43 期，2003 年 2 月。
23. 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，2006 年，11 月。
24. 劉明生，客觀選擇合併—評最高法院九十五年度台上字第二八五〇號民事裁定及相關實務見解，月旦裁判時報，第 12 期，2011 年 12 月。
25. 謝哲勝，借名登記之名消極信託之實—評最高法院九十八年度台上字第七六號判決，月旦裁判時報第 1 期，2010 年 2 月。

三、碩士論文

1. 王柏淨，借名登記契約-以不動產物權為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2009 年 7 月。
2. 李志殷，土地登記制度變遷之研究，國立政治大學法律學系碩士論文，2010 年 1 月。
3. 卓心雅，論借名登記之法律行為—以所有權歸屬為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2011 年 2 月。
4. 徐佩琪，信託法制下借名登記契約適用及發展之研究，中國文化大學法律學系碩士論文，2012 年 7 月。

5. 黃瑞明，契約自由與脫法行為，國立臺灣大學法律學系碩士論文，1980年6月。
6. 黃子竣，借名法律關係之研究，國立中正大學法律學系碩士論文，2013年1月。
7. 劉煜明，兩岸不動產登記制度之比較研究，中國文化大學法律學系碩士論文，2011年1月。

四、網路資源

1. 月旦法學資料庫，www.lawdata.com.tw，最後瀏覽日 2015年5月12日。
2. 法源法律網，www.lawbank.com.tw，最後瀏覽日 2015年5月12日。