

東海大學法律學系研究所

碩士論文

借名登記契約之研究

——以不動產借名登記契約為主

The Study Of Contracts Of Borrowing From Other's
Name For Registration—Focusing On Borrowing From
Other's Name For Real Estate Registration.

指導教授：溫豐文 教授

研究生：潘俊蓉

中華民國 108 年 6 月

謝辭

本論文得以完成，需感謝出現在我生命中的許多貴人，此刻的心中充滿感恩，回首在東海大學的這些日子，將成為我此生難忘的回憶。

首先，感謝我的論文指導教授溫豐文老師的教導，從大學時期修習溫老師的物權法與土地法，老師嚴謹的教學態度與處事為人，令人欽佩並深值我學習，在論文撰寫過程中，感謝溫老師耐心的指導，並提供我許多寶貴的論文撰寫技巧，使我能循序漸進地完成論文。有人說，師恩如山，因為高山巍巍，使人崇敬，而師恩亦似海，因為大海浩瀚，無法估量，能夠在溫老師的指導下完成我的碩士論文，是作為學生的我莫大之榮幸。

另外，感謝林更盛老師與何彥陞老師在口試時，惠賜寶貴的意見與建議，讓我對於本論文有了不同層面思考上的啟發，並了解尚需加強與改進之處。同時，感謝助教慧如學姐在準備口試的程序上給予我許多幫忙，讓我得以順利完成口試。

再者，我要感謝我的父母親，無論是在情感上或經濟上，您們總是給予我最大的支持與鼓勵，使我無後顧之憂地追求自己的夢想，能夠成為您們的女兒，是我這輩子最大的福氣與幸運。

最後，感謝黃士龍學長，感謝您在課業上與生活上，總是給予我許多的幫助、陪伴、支持與鼓勵，您的處事為人亦是我學習的好榜樣，願您在未來的人生道路上，雖不一定每每花香滿地，但總能順心、圓滿、平安。

潘俊蓉 謹致

民國 108 年 6 月

摘要

借名登記契約，指一方（借名者）以他方（出名者）之名義，將借名者所有之財產或權利登記在他方（出名者）之名下，借名者對該財產或權利仍保有使用、管理，處分權之契約。此種「借人頭文化」，隨我國社會經濟之發展，其態樣也愈來愈多樣化，借名登記之標的，除不動產外，尚有以汽車、股票等作為借名登記之客體者，惟由於不動產經濟價值甚高，我國實務亦多以不動產借名登記作為訟爭對象，因此，本文即以不動產借名登記法律行為作為本文探討主要核心。

本文擬先說明不動產借名登記契約之起源，與此類法律行為在實務或學者間對於意義、性質與常見態樣之討論，又借名登記契約不僅在民事法領域出現，於刑事法領域中，亦有相關實務案件之發生，因此，本文嘗試整理與析研借名登記契約在不同領域是否產生相同或相異之看法。其次，鑑於我國對於借名登記契約定性為無名契約，本文試圖將我國民法所規範之有名契約與其進行比較，並觀察與借名登記契約相異同之處並提出本文看法。此外，查外國立法例，韓國「不動產真實權利人名義登記法」與我國借名登記契約制度相似，是本文透過韓國對於該制度之規範，提出值得我國借鏡之處。最後，由於借名登記契約在我國並未立法，於借名登記契約當事人死亡時，該契約關係究應如何處理，仍為現行司法實務與學者討論之爭點，本文整理實務與學者對此議題之不同看法進而提出本文心得，嘗試尋找可行之解決方案。

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 研究範圍與研究方法	4
第一項 研究範圍	4
第二項 研究方法	5
壹、司法實務案例研究.....	5
貳、文獻分析研究.....	5
參、比較法研究.....	6
第二章 借名登記契約基礎理論	7
第一節 借名登記契約之起源	7
第二節 借名登記契約之意義與性質.....	9
第一項 借名登記契約之意義	9
壹、學者見解	9
貳、實務見解	10
參、本文見解	11
第二項 借名登記契約之性質	12
壹、無名契約	12
貳、債權契約	12
參、不要式契約.....	13

陸、雙務契約	13
柒、繼續性契約.....	14
第三節 借名登記契約與其他相類似契約之區辨.....	14
第一項 與租賃契約之區別	15
壹、有償契約與否.....	15
貳、移轉使用與收益權與否.....	15
第二項 與贈與契約之區別	16
壹、有償契約與否.....	16
貳、有無移轉財產權與他方之意思.....	16
第三項 與寄託契約之區別	16
第四項 與委任契約之區別	17
壹、勞務性質契約與否.....	17
貳、得為有償或無償契約與否.....	18
參、事務處理權之多寡.....	18
第五項 與使用借貸契約之區別	19
壹、有償契約與否.....	19
貳、要物契約與否.....	20
第六項 與信託契約之區別	20
第四節 不動產借名登記契約之類型與效力.....	22
第一項 民事法領域	23
壹、實務見解	23
貳、學說意見	34
參、本文見解	37

第二項 刑事法領域	40
壹、勇哥炒房案	40
貳、土地假買賣之借名登記	43
第五節 借名登記契約之法律適用	48
第一項 肯定說	48
第二項 否定說	48
第三項 本文見解	49
第三章 不動產借名登記契約外國立法例與我國之比較	51
第一節 前言	51
第二節 韓國「不動產真實權利人名義登記法」之介紹	52
第一項 韓國關於不動產物權變動與不動產登記制度	53
壹、不動產物權之變動	53
貳、不動產登記制度	53
第二項 韓國「不動產真實權利人名義登記法」	55
壹、立法目的	56
貳、主要內容	57
第三節 我國不動產物權之變動	63
第一項 物權之變動	63
壹、公示原則	63
貳、公信原則	64
第二項 不動產物權之變動	65
壹、因法律行為之變動	65
貳、非因法律行為之變動	66

參、以登記為對抗要件之物權關係債權約定等之登記	67
第四節 我國土地法之土地登記	67
第一項 特色	68
壹、強制登記主義.....	68
參、登記具有公信力.....	70
肆、登記簿之編製採物的編成主義.....	70
伍、登記確定後發給權利書狀.....	70
陸、地政機關設置登記儲金.....	71
柒、登記時應申報地價.....	71
捌、登記簿公開主義.....	71
第二項 土地登記之效力	72
壹、公示力	72
貳、公信力	72
參、推定力	73
第五節 韓國「不動產真實權利人名義登記法」對我國之啟示與借鏡	74
第四章 不動產借名登記契約當事人死亡時之處理	75
第一節 前言	75
第二節 現行民法繼承之標的	76
第三節 有名契約對於當事人死亡時效力之設計.....	78
第一項 租賃契約	78
壹、承租人死亡.....	78
貳、出租人死亡.....	78
第二項 使用借貸契約	79

壹、貸與人死亡.....	79
貳、借用人死亡.....	80
第三項 僱傭契約.....	81
壹、受僱人死亡.....	81
貳、僱用人死亡.....	81
第四項 承攬契約.....	82
壹、定作人死亡.....	82
貳、承攬人死亡.....	82
第五項 委任契約.....	82
第六項 小結.....	84
第四節 不動產借名登記契約當事人死亡之處理.....	86
第一項 實務見解.....	86
壹、類推適用民法第 550 條本文之規定.....	86
貳、由死亡之一方繼承人繼承該借名登記法律關係.....	87
參、視是否具民法第 550 條但書規定之情形.....	89
肆、視是否具民法第 551 條規定之情形.....	90
第二項 學者見解.....	91
第三項 本文見解.....	91
第五章 結論與建議.....	95
第一節 結論.....	95
第二節 建議.....	98
第一項 借名登記契約中落實公證制度.....	98
第二項 借名登記契約之立法芻議.....	100

壹、借名登記契約之定義.....	101
貳、借名登記契約雙方當事人之權利義務.....	101
一、出名人之權利義務.....	101
參、借名登記契約當事人死亡時之處理.....	107
肆、立法條文之綜整.....	107
參考文獻.....	110



第一章 緒論

第一節 研究動機與研究目的

第一項 研究動機

借名登記行為，早在日據時期業已出現，當時日本政府為進行土地調查，需進行申報查定土地所有權，家屬所共有之財產，多以家長、尊長或年長者之一人或數人的名義進行申報。雖與現今所定義之借名登記有所不同，然仍可見此種文化制度已深根於台灣社會許久時間。隨時代之進步與交易市場之活絡，許多交易類型無法一一被我國明文規範的契約類型所包含，且基於契約自由與私法自治之精神，我國對於當事人間訂立之契約方式、內容與對象予以廣泛尊重與承認，只要當事人契約內容不牴觸法律之強制禁止規定與公序良俗時，允許當事人自行約定彼此間權利義務內容。

借名法律行為乃我國實務社會常見之事件，數量相當多，其大致指行為人不利用自己之名義直接與他人從事法律行為，而假借他人名義為之，俗稱借人頭。由於此種借人頭文化所涉及事件類型繁多、情況各異，如為逃稅或節稅之目的將財產暫時登記在他人名下、父母基於理財規劃將財產一部登記與子女名下等等，而借名人之所以不利用自己之名義當作當作登記外觀，其因素相當複雜，往往需探求當事人真意方可知悉，可能基於單純情感上之信賴關係，或因法令上之限制而為之等等不一而足，法院時常難以透過外部特徵加以評斷。也因為財產登記外觀與實際權利歸屬不相符合，借名登記行為因此具有相當程度之便捷性與隱匿性，各種類型的法律行為均可借名登記，相反的，此種名實不

符之現象亦同為是類法律行為缺失之一，其背後隱藏之動機不一定是合乎正當目的，可能為了迴避法律漏洞而為之，因此，隨現今實務普遍且廣泛承認其有效性，各種名目成立之借名登記契約也越來越多，此些現象不禁使學生深感疑問與好奇心，進而希望以借名法律關係為題探討此種特殊型態之法律議題。

此外，搜尋近年我國司法實務有關借名登記之案件眾多，學者對此亦有相當數量之文獻在探討，可見借名登記行為不僅是學術上討論之議題，更成為當事人進入法院主要爭執的對象。社會上常見的法律行為，諸如贈與、承攬、租賃、委任及使用借貸等，我國立法者對其構成要件乃至法律效果均明文予以規範，然而，在實務普遍承認借名登記契約效力且案件量日益增多之情形下，我國立法者並未對其定義、性質、效力與責任範圍等明文規範，進而造成司法實務間與學者間對於是類契約形態之定義未能有一致完整的看法，另外，借名登記契約之實質內容是否適法妥當，能否通過強制禁止規定、公序良俗、甚至脫法行為之檢驗，且當事人透過各種名目成立之借名行為是否均容許其合法有效等均為值得探討之議題。契約自由與私法自治原則固然尊重當事人之真意與選擇，然應有其一定程度之限制，尤其在法律未有所規範下，容易造成規避法律等不正當情形發生，如在特定類型之借名登記，雖形式上外觀符合法律規定，但實際上卻係為了逃避某種法律適用為目的，因此，在立法者未就此類法律行為明文規範前，應如何評價其效力，除有賴法院與學者加以闡釋外，實有進一步研究之必要。

第二項 研究目的

由於借名登記法律關係涉及的爭議繁多，且我國未明文立法之下，唯有透過法院對此類法律關係之闡釋與學者文獻之探討方得以釐清，且當事人成立借名登記之原因與態樣甚多，是否均承認其合法性，更有賴法院審酌後作成意見，供日後相類似案件得以參考與遵循，因此，本文為了解借名登記契約所可能產生之爭議，有先了解借名登記契約在我國歷史之演進，並藉由實務對於各類型借名登記行為之評價，歸納整理此種契約形態之特徵，並以我國最高法院之判決及其他各級法院之相關裁判為研究探討之核心，分析司法實務上對於不同類型之借名登記行為如何檢驗其效力，是否對於借名登記契約有更精細之闡述，另外，透過現行各有名契約形態之觀察，本文亦企圖找出與借名登記契約相同或相異之處，並進行表格整理化之比較，期能從中建構借名登記契約之體系。再者，民事法院對於借名登記契約之評價，是否在其他法領域有不同之析論也為本文所欲探究此議題之目的。

有鑑於借名登記契約所涉法律問題不計其數，而這些問題如何解決，我國學說與司法實務目前見解大多仍然相當分歧。本研究之目的，即希望藉由體系化之研究，建立類型化之運作模式，整理借名登記所涉爭議在實務與學說間相同或不同之看法，並就現行法有待改進之處，提出修法之建議。

第二節 研究範圍與研究方法

第一項 研究範圍

按借名登記法律行為，隨台灣社會經濟之發展，其態樣也愈來愈多樣化，借名登記之財產，實務上雖以土地為最大宗，然不乏以汽車、股票或存款為借名登記之標的，然有鑑於不動產經濟價值高，實務上大多也以不動產借名登記為當事人爭執之焦點，因此，本文即以不動產類型成立之借名登記契約為研究之核心，期許可以透過司法實務案例與學者文獻之累積，更進一步了解在此類法律關係中所涉及之相關爭議。

本文研究參考之範圍，主要以近年我國最高法院與各級法院之裁判，分析實務對於同一類型之不動產借名登記爭議中，是否採用相同看法或出現不同之認定結果，如在借名登記契約當事人一方死亡時，該契約關係是否由其繼承人繼承而繼續發生效力，或隨當事人死亡而消滅，還是應區分借名人死亡與出名人死亡而異其效力，關於此議題在實務裁判中即出現相當分歧之見解，本文透過實務裁判之整理，與觀察學者對此議題的探討，進一步提出本文看法。

而借名登記文化，在我國不屬罕見，或許基於高度本土化之原因與法律制度之不同，造成此類法律行為，在其他國家未必具備相同之習慣或文化，唯觀察亞洲國家當中，韓國即出現與我國借名登記契約相類似之法律制度，因此，本文也透過比較韓國相似的法規制度，試圖就該法律行為之定義、締約目的、與效力等，進行分析與研究，期能提出值得我國將來修法之參考與借鏡。

第二項 研究方法

本文之研究方法，主要採取司法實務案例研究、文獻分析與比較法研究，茲分述如下：

壹、司法實務案例研究

在司法實務案例研究方面，由於最高法院裁判見解對於司法實務運作具相當程度之影響力，因此本文大多以最高法院對於不動產借名登記契約相關之裁判見解為主要研究之目標對象，並嘗試整理歷來實務裁判對於借名登記契約所作之定義解釋，希望能將其統整出一個更完整且具體之意義說明。另外，對於借名登記契約在何種類型下會被允許其效力，或被認為不合乎正當目的而無效，往往也係當事人在法院爭執之重點，同時逐漸成為法院所關注之對象，因此，本文亦透過司法實務對不同類型成立之借名登記契約所表示之見解進行整理並進而分析與研究。

另外，查歷來對於借名登記契約之探討多集中在民事法領域進行探討，然借名登記契約除了在民事法領域外，透過不同的法律領域，亦可對於借名登記契約進行不同層面之研究，因此，本文即舉例二起關於借名登記契約在刑事法上之案件，觀察相同之法律行為在不同法領域下，是否有相異之看法，又其是如何看待借名登記契約效力之問題，實耐人尋味。

貳、文獻分析研究

其次，除了最高法院與各級法院之裁判以外，有鑑於借名登記契約在社會上使用之頻繁，不乏學者針對此法律行為發表文章，以及相關學位論文亦非少

見，諸多文獻饒富研究價值，故本文亦將以國內學者之文獻作為研究對象，將學者間對於我國各類型之有名契約，如租賃、贈與、寄託、委任、使用借貸與信託契約之闡釋，與法律未明文規範之借名登記契約進行比較，透過觀察與分析進一步瞭解彼此之間之異同，並找出更多借名登記契約之具體特徵。此外，在借名登記契約當事人一方死亡時，該契約關係應如何處理，於司法實務上存在分歧之看法，透過學者文獻與期刊之觀察，盼能找出更加正確之處理方式，同時兼顧當事人在實體法上之權益保障，藉以充實研究之案例類型，希冀更能契合當前實務運作之需要。

參、比較法研究

再就比較法研究方面，本文透過韓國之翻譯文獻蒐集與研究，對我國與韓國就借名登記契約之法制、學說及實務運作進行探討，又鑑於韓國也存有如同我國借名登記之情況，其稱為「名義信託」，與我國所不同者在於，韓國制定「不動產真實權利人名義登記法」明文禁止其關於名義信託之效力，並對於違反者給予行政與刑事制裁等相關規定，對於韓國此一立法，於我國之借名登記制度實有參考與研究之價值，是以，本文嘗試先介紹韓國「不動產真實權利人名義登記法」之內容，並整理我國不動產登記制度與不動產物權之變動，進而提出對於我國不動產借名登記制度之若干心得。

第二章 借名登記契約基礎理論

第一節 借名登記契約之起源

在我國，借用他人名義為各種法律行為，儼然成為台灣本土之文化。其發展早在日據時期業已出現，於明治 29 年至大正 10 年（即民國前 16 年至民國 10 年）時期，日本政府對於當時台灣一般社會生活上採取放任主義，對舊風俗習慣不加約束，除本島人（即選擇入日本國籍之漢人）及清國人以外無關係者，關於民商法事項，仍依舊慣，且有關土地權利事項亦以臺灣舊習慣規律之¹。當時台灣社會對於私有土地之繼承，基於家族團結一體，保持共同繼承財產永不分割之精神以維持大家族制度之目的，當時日本政府為進行林野調查或土地調查申報查定土地所有權，多數人民於申報時，多以共有者中之家長，尊長或年長者之一人或數人以其名義申報，因而產生經查定或裁決為所有名義人者，與實質上亦具共有身分之他共有人於申報時因未出名致查定或裁決時未被認定為所有權人之紛爭。而當時此種於林野調查或土地調查申報查定土地所有權之際，出名者與未出名之實質所有權人間存有之契約，約定由出名者以其名義申報為所有權人者，稱為「代表申報契約」²。

¹臺灣高等法院臺中分院 99 年重上字第 85 號民事判決。

²日據時期祭祀公業及在臺灣特殊法律之研究(改訂版)，臺灣省文獻委員會編印，民國 72 年 6 月，頁 113 至 119。

由此可知，日據時期台灣社會上所盛行之代表申報契約，與我國現今之借名登記契約之意義相當類似，隱含有出名人與借名人雙方約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，就屬於一方之財產，以他方名義登記為所有人之概念，顯見借名登記契約已深根蒂固於台灣社會。此種「借人頭文化」，隨台灣歷史之演進，社會經濟之發展，其態樣也愈來愈多樣化，借名登記之財產，實務上雖以土地為最大宗，然不乏以汽車³、股票⁴或存款⁵為借名登記之標的，而其借名原因舉凡用於節稅之目的⁶、或基於父母子女之情而借用子女名義登記不動產⁷，甚至係為免遭人留言非議而借用他人名義為法律行為⁸等等情形皆有之，足見我國借名登記文化之廣泛與普遍。或基於我國本土化或民族性使然，在台灣社會上此種借用他人之名而不直接使用自己名義為各式法律行為之現象，因而產生許多名實不符之情形，又因我國現行法並未將借名登記契約規定為有名契約類型之一，勢必產生許多有待解決之紛爭產生，是以，對於借名登記契約制度於現今與未來，即存有相當重要性之地位，值得詳加研究。

³最高法院 97 年台上字第 1652 號民事判決。

⁴最高法院 99 年台上字第 226 號民事判決。

⁵最高法院 100 年台上字第 1001 號民事判決。

⁶最高法院 92 年台上字第 1054 號民事判決。

⁷最高法院 94 年台上字第 362 號民事判決。

⁸最高法院 91 年台上字第 1871 號民事判決。

第二節 借名登記契約之意義與性質

第一項 借名登記契約之意義

本於契約自由原則，當事人得自由依照相互間之約定定其法律關係，進而完成各式法律行為。而借名登記契約之態樣廣泛，在現行法下，借名登記契約，乃無名契約，法律並無明文予以定性，使得其內部法律關係是否隨借名態樣之不同而有不一樣之解釋，因此有探討之必要。而實務與學者間對於借名登記契約之意義，從過去到現在見解不一，茲整理如下：

壹、學者見解

學者對於借名登記契約之解釋，有謂當事人約定，一方(借名者)經他方(出名者)同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人而言⁹。而另有論者進一步依當事人所約定之借名登記財產標的予以區分，認為若於不動產與權利借名登記之情形應為：「當事人約定，一方(出名人)將其名義提供他方(借名人)辦理登記並受讓所有權或權利，惟對該財產之管理、使用、收益與處分均由他方(借名人)為之。」；而於準不動產和一般

⁹詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第43期，2003年2月，頁129。同此說之學者上尚有：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台上字第二〇二八號民事判決，全國律師，2005年5月，頁117；蔡晶瑩，論借名登記契約／最高法院100台上2101判決，台灣法學雜誌，2014年2月15日，第242期，頁176；吳從周，我國不動產借名登記契約之發展現狀—特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動，軍法專刊，第61卷第4期，2015年8月，頁47、48。

動產借名登記之情形則為：「當事人約定，一方(出名人)單純將其名義提供他方(借名人)辦理登記¹⁰。」

貳、實務見解

最高法院 94 年台上字第 953 號民事判決：

「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」。」

最高法院 97 年台上字第 2445 號民事判決：

「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。」

最高法院 98 年台上字第 76 號民事判決：

「稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係。」

¹⁰卓心雅，論不動產借名登記契約——以所有權歸屬為中心，法學新論，第 33 期，2011 年 12 月，頁 93。

最高法院 99 年台上字第 1424 號民事判決：

「當事人約定一方（借名者）經他方（出名者）同意，就屬於一方現在或將來之財產，以他方名義登記為所有人，但無使他方取得實質所有權之借名登記契約。」

最高法院 106 年台上字第 1157 號民事判決：

「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之契約，是出名人與借名者間應有借名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。」

從上述實務見解可以得知，對於借名登記契約之意義未有統一之見解，有認為係指當事人約定一方將所有應經登記之財產，以他方為登記名義人，而自己仍保留管理、使用處分之權之契約，惟目的需無違強制、禁止規定或悖於公序良俗且原因必須正當；另有認為係指一方應經登記之財產，當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記而他方同意就該財產為出名登記之契約，惟自己仍保有管理、使用、處分之權。

參、本文見解

從上述學者與實務見解可以歸納與整理，對於借名登記契約定義如下：一、當事人雙方約定，一方（借名者）以他方（出名者）之名義，將借名者所有之財產或權利登記在他方（出名者）之名下，二、借名者對該財產或權利仍保有

管理、使用、收益及處分之權。是以，本文認為當事人間之法律關係尚具備上述二點要件，應可認當事人間存有借名登記之契約關係。

第二項 借名登記契約之性質

本文整理關於借名登記契約之性質，如下：

壹、無名契約

按契約依我國民法有無依其類型賦予名稱，規定其內容，可分為有名契約與無名契約¹¹。而借名登記契約，與勞務契約性質相近，但與我國民法有明文規定之僱傭、承攬、委任等典型勞務契約又有差異，且現行法下並未將借名登記契約規定為有名契約之類型之一，是以，借名登記契約乃一無名契約¹²。

貳、債權契約

當事人以發生債之關係為目的而成立契約，且不發生權利直接變動之效果者，為債權契約；反之，若直接使權利義務產生變動之效果者，為物權契約¹³。又基於物權法定主義，物權之創設與變動需法律之明文規定始得為之，而現行法並未賦予借名登記契約具有發生物權變動之效力，且借名登記契約乃基於契約自由原則所承認，是以，其僅具有債權契約之性質，所有權不因借名人與出名人成立借名登記契約即發生變動，尚須借名人與出名人完成物權登記，始生借名登記之效力。

¹¹孫森焱，新版民法債編總論（上冊），三民出版，2003年2月修訂版，頁39。

¹²詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第43期，2003年2月，頁129。

¹³林誠二，債法總論新解體系化解說（上），瑞興出版，2010年9月初版，頁49。

參、不要式契約

按契約之成立是否須踐行一定方式，可分為要式契約與不要式契約。而依一般契約自由原則與交易習慣，借名登記契約，並不以書面為必要，故為不要式契約。

肆、不要物契約

契約是否成立，除雙方當事人意思表示合致外，是否須交付標的物，可分為要物契約與不要物契約。而借名登記契約，僅須雙方當事人約定，一方經他方同意，以他方之名義，登記為標的物之所有人或其他權利人，並不以物權移轉為其成立或生效要件，故應為不要物契約。

伍、有償或無償契約

契約之雙方當事人是否各因給付而取得對價之利益，可分為有償契約與無償契約¹⁴。借名登記契約是否有償，應視借名人與出名人之約定而定，如雙方約定借名人借用出名人之名義，必須支付對價者，則此借名登記契約為有償契約；反之，則為無償契約。

陸、雙務契約

按契約關係中之雙方當事人，是否互負對價關係之義務，可分為雙務契約與單務契約。借名登記契約是否為雙務契約，亦應視雙方約定而定。出名人應有出借名義之義務(包括出具相關文件等從義務)，借名人負有辦理物權登記

¹⁴孫森焱，新版民法債編總論（上冊），三民出版，2003年2月修訂版，頁42。

之義務，惟借名登記契約重視雙方間之信賴關係，借名人所支付與出名人之報酬，不一定即為出名人出借名義之對價，因此應為一不真正雙務契約¹⁵。

柒、繼續性契約

就契約之成立，除須當事人意思表示合意外，其契約之內容是否須經一方之繼續履行方得實現，可分為繼續性契約與一時性契約。就現行社會上所出現之借名登記契約，通常均會持續一段期間，且於該契約期間屆滿或借名人終止借名登記契約時，出名人須負有返還所有權之義務，故應為一繼續性契約。

第三節 借名登記契約與其他相類似契約之區辨

按借名登記契約雖普遍存在於我國社會，然其成立目的種類繁多，常與我國本土社會文化有關，又借名登記契約於現行法下，被認為屬無名契約，因此，其契約之特徵及有探討之必要，而首要分析者，為借名登記契約與其他現行民法所規定之有名契約的差異，方能進一步探究借名登記契約之契約特徵，而為法律之適用，本文嘗試比較借名登記契約與我國有名契約之差異，說明如下：

¹⁵葉張基，借名登記契約與信託契約之比較---兼評最高法院九十一年度台上字第二〇二八號民事判決，全國律師，2005年5月，頁118。

第一項 與租賃契約之區別

稱租賃契約者，稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約，民法第 421 定有明文。依此可以得知，租賃契約係以提供、移轉用益權為其契約特徵，且係具備對價之有償契約。因此，與借名登記契約有如下兩點不同：

壹、有償契約與否

租賃契約中，出租人負有使承租人為租賃物使用收益之義務，而出租人則負有支付租金之義務，故租賃契約為有償契約。而借名登記契約，其成立之目的種類繁多，由於該契約強調當事人間之信賴關係，是以，多為借名人與出名人間情感上之幫忙，少論及金錢給付之對價關係，因此，借名登記契約雖得為有償契約，然多數屬無償契約，與租賃契約必須為有償契約之性質並不相同。

貳、移轉使用與收益權與否

租賃契約係提供物之使用收益為目的之契約，出租人負有使他人依照該契約所定為使用收益之義務，同時，其亦負有使租賃物合於約定之使用狀態的義務，因此，租賃物使用、收益權之移轉為該契約之特徵。惟借名登記契約中，借名人僅係借用出名人之名義而已，無使出名人得就標的物為使用、收益之意思，出名人亦僅負有出借名義與借名人之義務，故借名人對於該財產仍保有使用、收益之權能，與租賃契約須以移轉使用、收益權為要件顯不相同。

第二項 與贈與契約之區別

稱贈與契約者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約，民法第 406 條訂有明文。與借名登記契約有兩點之不同：

壹、有償契約與否

如前所述，借名登記契約可為無償或有償契約，然贈與契約於條文中已明顯規範，係以無償給與財產於他方之契約，因此贈與契約必為無償契約。

貳、有無移轉財產權與他方之意思

贈與契約原則上係贈與人以其財產給予受贈人為內容之契約，亦即贈與人具有移轉該財產與受贈人之意思表示，因此，若係無償將自己之物借用他人者，則非贈與，應為民法上所規範之使用借貸。而借名登記契約，僅係借名人就屬於自己現在或將來之財產，以出名人之名義，登記為所有人或其他權利人，並無將該財產贈與予出名人之意思，是以，借名登記契約與贈與契約並不相同¹⁶。

第三項 與寄託契約之區別

稱寄託契約者，謂當事人一方以物交付他方，他方允為保管之契約，民法第 589 條訂有明文。因此，與借名登記契約有以下不同之處：

¹⁶詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月，頁 131。

寄託契約係以受寄人為寄託人保管寄託物為內容，且該契約除需寄託人與受寄人之間有合意之約定外，尚需寄託人將寄託物交付與受寄人，始克成立，故寄託契約為要物契約。換言之，寄託契約須以移轉占有之方式方得成立；於寄託契約消滅時，寄託人享有對寄託物之返還請求權（參照如民法第 597 條之規定）。

而借名登記契約係出名人將其名義出借與借名人，而為財產移轉之登記，於借名登記契約消滅時，借名人原則得請出名人將已登記於出名人名義之財產返還予借名人，似與寄託人享有寄託物之返還請求權相類似，並具財產移轉之外觀，惟借名登記契約中關於財產之使用、收益與處分權仍保留借名人享有，易言之，借名人仍占有該財產，始得實現該權能，與寄託契約須以受寄人占有寄託物之要件迥不相同。

第四項 與委任契約之區別

稱委任契約者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約，民法第 528 條規定訂有明文。與借名登記契約有以下幾點異同之處：

壹、勞務性質契約與否

委任契約為典型勞務給付之契約，只要有為他人處理事務之約定，即可稱作委任契約，又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，民法第 529 條規定訂有明文，從此條文可以得知，委任契約之定義與其他民法規定之勞務契約相較簡單，例如僱傭契約，係當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約（民法第 482

條規定參照)，是僱傭契約除需有受僱人為雇用人服勞務外，尚需受僱用人之指揮監督於一定時間、場所及方法服其勞務為其要件。

而按借名登記契約，其性質亦屬勞務性質之契約型態，但實際上其與我國民法所設之承攬、僱傭、委任、居間等典型勞務契約又有不同，因此，於現行法下，借名登記契約乃無名契約。因此，有學說認為借名登記契約當事人間之權利義務，應先探究其契約之內容而定，若無契約規定者，則以補充解釋之方法，參考民法第 529 條關於委任之相關規定¹⁷。而實務上有認為，借名登記契約側重當事人間之信任關係，於性質上應與委任同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗，應賦予無名契約法律上之效力，並類推適用民法委任之相關規定¹⁸。對於借名登記契約法律之適用，多數見解均認為應類推適用民法委任之規定，惟對於學理上存有不同看法，詳如第五節。

貳、得為有償或無償契約與否

如前所述，借名登記契約可為無償或有償契約；而委任契約中，委任人可能會支付報酬，也有可能不支付報酬，可由當事人間自由約定之，因此該契約與借名登記契約相同，得約定為有償或無償契約。

參、事務處理權之多寡

委任之目的，在於一定事務之處理，除當事人另有約定，受任人因委任得在委任人授權範圍內，自行裁量決定處理一定事物之方法，取得事務處理之權，且不要求受任人因其勞務之提供，而需獲致一定成果；又關於受任人處理事務

¹⁷ 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月，頁 129。

¹⁸ 最高法院 98 年台上字第 76 號民事判決。

權之範圍，依民法第 532 條之規定¹⁹，可以再分為就一定事項之特別委任（民法第 533 條規定參照）與就一切事物之概括委任（民法第 534 條規定參照）。

於借名登記契約，依前述雖亦具有勞務契約之性質，亦即出名人有為借名人完成出借名義之義務，此處含有出名人為借名人處理事務之意思存在，惟其處理事務之範圍亦僅於借用名義而已，未如委任契約中受任人通常對財產具有一定之裁量權，是以，本文認為，在處理事務權上，兩者之間不完全相同。

第五項 與使用借貸契約之區別

稱使用借貸者，謂當事人一方以物交付他方，而約定他方於無償使用後返還其物之契約，民法第 464 條訂有明文。與借名登記契約有兩點之不同：

壹、有償契約與否

而如前所述，借名登記契約之內容得按當事人間之約定，而為有償或無償之契約；而使用借貸則係以物無償貸與他方使用者，構成使用借貸契約之要素之一，亦即借用人對於借用物之使用，不需支付對價，又所謂「使用」係指不毀損或變更其物體或性質，而依其物之用法，加以利用之謂，因此，自不得以之供收益，否則，亦不成立使用借貸，例如，房屋之居住、車輛之供行駛等，均屬對物之使用²⁰，並與敘明。

¹⁹民法第 532 條規定：「受任人之權限，依委任契約之訂定。未訂定者，依其委理事務之性質定之。委任人得指定一項或數項事務而為特別委任。或就一切事務，而為概括委任。」

²⁰ 邱聰智，新定債法各論（上），元照出版，2002 年 10 月，頁 490。

貳、要物契約與否

使用借貸契約屬典型之要物契約，須經交付標的物，使得成立。而借名登記契約如前述，雖具移轉財產權與出名人之外觀，惟財產標的之使用、收益及處分仍由借名人享有，與使用借貸契約，貸與人須將物交付與使用人作為成立要件不同，因此，兩者之間並不相同。

第六項 與信託契約之區別

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，信託法第 1 條定有明文。惟在民國 85 年 1 月 26 日信託法制定前，我國實務上即已出現信託之概念，如最高法院 62 年台上字第 2996 號判例：「通常所謂信託行為，係指信託人將其財產所有權移轉與受託人，使其成為權利人，以達到當事人間一定目的之法律行為。」²¹又信託行為以受託人是否負有積極管理或處分行為之義務，可分為積極信託與消極信託，前者係指，委託人將財產移轉於受託人，受託人不但取得信託財產名義上之權利，且須依信託行為之內容，負擔積極管理或處分之義務；後者則指受託人並不負積極管理或處分行為之義務，凡財產之管理

²¹又如最高法院 66 年台再字第 42 號判例：「…所謂信託行為，係指委託人授與受託人超過經濟目的之權利，而僅許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，受託人固有行使超過委託人所授與之權利，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。」

使用處分悉由委託人或受益人自行辦理，受託人僅為信託財產名義上之權利人，對信託財產不能為任何積極行為²²。

因此，於借名登記契約一詞廣泛出現以前，多以消極信託行為來認定借名登記契約之法律關係，且實務上進一步認為，消極信託除有確實之正當原因外，常為通謀虛意思表示，極易助長脫法行為之形成，法院因此否定其合法性²³。

然所生爭議者，乃消極信託與借名登記契約應如何區辨之問題，學說上，不乏討論之聲浪，有認為應依據個案及當事人之意思定之。若當事人明白約定為信託契約者，應依法認定該信託契約是否有效。若雙方約定為消極信託行為，應探討是否具有實質正當原因，而認定其效力。倘當事人雙方一開始即以借名登記契約成立法律關係者，即應依據契約自由原則及一般契約解釋之理論，認定此種無名契約之效力²⁴。而近期學說見解則有認為，兩者間其實均涉及相同權利義務關係及法律事實，為一體兩面，借名登記契約說明所有權登記於何人，消極信託則說明管理、使用與處分權限歸屬何人，因此兩者間並無區分之實益與必要，其效力亦無不同。因此，其認為，應跳脫契約定性之名稱，從兩造所成立契約之主義務內容判定，且兩者均著重當事人間之信任關係，本質上應為委任之關係，而應類推適用委任之規定處理²⁵。

²²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台上字第二〇二八號民事判決，全國律師，2005年5月，頁123、124。

²³如最高法院71年台上字第2052號民事判決、最高法院79年度台上字第2757號民事判決與最高法院83年度台上字第3172號民事判決可資參照。

²⁴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。

²⁵張新楨，借名登記契約之爭議問題—以我國實務判決為中心（下），司法周刊，第1831期，2016年12月30日。

然隨信託法制定後，消極信託之定義已與該法第一條所明示之信託定義不同，且於法無明文規定消極信託下，現今已甚少使用消極信託一詞，且消極信託實在解決借名登記契約制度出現以前之問題，因此，如當事人間所約定者係信託法所得適用範疇內者，以信託法處理即可，否則，應回歸現行有名契約之相關規定或按借名登記契約制度解決之，無再以消極信託處理借名登記契約之必要。

第四節 不動產借名登記契約之類型與效力

關於我國不動產借名登記契約之態樣，在我國社會發展之類型多端，蓋雖借名登記契約之定義，大致為一、當事人雙方約定，一方（借名者）以他方（出名者）之名義，將借名者所有之財產或權利登記在他方（出名者）之下；二、借名者對該財產或權利仍保有使用、管理，及處分之權兩大特徵，以及實務上關於借名登記契約之承認與否，大致從無效說轉向為有效說之認定，惟隨借名登記理由之不同，進而形成許多的類型於實務上是否承認此些借名登記契約之效力爭議。而我國實務上對於不動產借名登記契約之運作，舉凡為規避賦稅或節稅²⁶、父母將財產權登記於子女名下²⁷、為脫免強制執行²⁸、為承購國宅²⁹、購買農地³⁰、買賣原住民保留地³¹、單純之土地借名³²、或基於恐遭留言議

²⁶如最高法院 88 年度台上字第 2115 號民事判決。

²⁷如最高法院 89 年度台上字第 1119 號民事判決。

²⁸如最高法院 94 年度台上字第 130 號民事判決。

²⁹如最高法院 85 年度台上字第 294 號民事判決。

³⁰如最高法院 94 年台上字第 907 號民事判決。

³¹如臺灣高等法院 98 年度上字第 978 號民事判決。

³²如最高法院 97 年台上字第 2445 號民事判決。

論等情感面向上之原因而借名³³，其原因不一而足。因此，從前述舉例之類型多端可以得知，借名登記契約在我國之普遍與運用之廣泛，其中尤以涉及大量經濟效用與高度價值之不動產借名登記契約更是如此，故而，關於其類型之效力爭議，本文區分民事法領域與刑事法領域進行探討：

第一項 民事法領域

我國法制關於借名登記契約之內部效力之認定，其軌跡之轉變，大致從早期認為無效說轉向肯定之見解，惟承前所述，由於實務上常見借名登記契約之類型多端，因此，對於借名登記契約效力之認定，不能一概而論，而應區分不同類型討論其效力，本文嘗試整理借名登記契約常見類型效力如下：

壹、實務見解

一、為規避稅捐或節稅

按所謂稅捐規避係指納稅人不選擇稅法上所考量認為通常之法形式，卻選擇與此不同的迂迴行為或多階段行為或其他異常的法形式，來達成與選擇通常的法形式之情形基本上同一的經濟上效果，而同時減輕或排除與通常的法形式相連結之稅捐上負擔³⁴，實務上時常發生為避免地價稅之累進課稅，而利用多個

³³如最高法院 91 年度台上字第 1871 號民事判決。

³⁴陳清秀，稅法總論，元照出版，2010 年，頁 224。

人頭以借名登記之方式降低借名人之總財產額，進而減輕其可能應繳的賦稅。實務對於此種避免賦稅之案件，效力為何有所爭議，有認為係不合於正當原因之消極信託行為，屬脫法行為而認為不合法：

最高法院 79 年度台上字第 2757 號民事判決：「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，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。本件上訴人自陳：系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 O 涇，但系爭土地及房屋之稅捐均由伊繳納，所有權狀亦由伊保管，土地房屋亦由伊占有使用管理等語。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。」

最高法院 88 年度台上字第 2115 號民事判決：「被上訴人以上訴人名義登記為系爭房屋所有人，係為逃避稅負，系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。」

惟另有見解認為單純之避稅或節稅，未違反法律之強制規定或公序良俗，非屬脫法行為，依契約自由之原則，其借名登記契約應屬有效：

最高法院 90 年度台聲字第 534 號民事裁定：「相對人因節稅之需，於六十年十月十六日以其子劉 O 彬名義向訴外人徐 O 惠等人購買系爭房地，由聲請人之法定代理人劉 O 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，聲請人甚至授權相對人為買賣等處分行為，其間均未表明異議…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。」

最高法院 92 年度台上字第 1054 號民事判決：「查系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，經其媳即被上訴人同意，借用其名義登記為所有權人，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。則無論上訴人事實上有無曾將系爭土地交其媳即被上訴人管理、使用，兩造間確有借名登記之無名契約關係存在。」

最高法院 98 年度台上字第 1048 號民事判決：「本件上訴人基於節稅考量，將系爭房地信託登記為其胞妹即被上訴人之名義，法院認為，本件上訴人雖未能提出足以證明兩造間就系爭房地確有借名登記契約關係存在之直接證據，但已主張系爭房地係其出面洽簽及出資所購，貸款、房地稅捐均由其繳納，且由其出租與他人收取租金，所有權狀原亦由其保管等情，並提出系爭房地不動產買賣契約書、所有權狀、謄本、匯款申請書、房屋稅繳款書、銀行客戶存款異動資料等件為證，倘屬實在，則就系爭房地之權利及義務向由上訴人享受及負擔等間接事實觀之，是否不足以推認上訴人始為系爭房地之權利人及兩造間存在有借名登記關係，非無斟酌之餘地。」

從前述可以得知，採無效說之實務見解認為逃避或規避賦稅之情形係不具正當理由之消極信託行為，屬脫法行為，不應有效。然從前述所舉例二則採無效

說之判決可以發現，有採直接構成脫法行為而認定無效；另有認尚與公序良俗亦有違背，惟不論何者，隨信託法制之修訂，信託之定義已與消極信託之意義不同，是消極信託已不再屬信託法所規範之內容，進而也不再以是否為具正當理由之消極信託加以判斷。又多數學者對於脫法行為均認為僅屬法律解釋之問題，不再以其作為效力承認與否之依據；而採有效說之見解，則認為單純因節稅之目的為借名登記者未違反法律之強制規定或公序良俗，依契約自由之原則應為有效，似有意將借名登記排除於信託法適用範圍外，因而不適用消極信託無效，也不視為脫法行為，而為基於契約自由原則下的有效無名契約，可以得知實務上對於借名登記契約之認定，回歸一般契約自由原則認定，擺脫以往以消極信託來認定之框架。

又逃稅、避稅與節稅時常難詳細劃分，民事法院應非最合適判斷之機關，因此，有論者認為，若當事人所約定者，符合法律對於合法節稅之規定，則應認為其間成立之借名登記契約有效，不得僅因當事人所約定者為借名登記契約，即忽略是否符合合法節稅之規定³⁵，因此，本文認為，逃避或規避稅賦之情形，仍應就個案加以判斷合法性，逃稅，避稅與節稅之間之認定與判斷標準，應有精確之立法供人民加以遵循，期待未來立法者更加精緻之立法。

³⁵黃德聖，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，國立政治大學法律學系碩士論文，2015年6月，頁43。

二、將財產權登記於未成年子女名下

實務常見父母以其子女之名義購置財產，而財產之使用、管理與收益仍歸父母自行為之之情形，此處借名登記契約效力如何，實務上並無爭論，大多肯認其效力：

最高法院 89 年度台上字第 1119 號民事判決：「**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。」

最高法院 94 年度台上字第 362 號民事判決：「上訴人為免生意失敗致房屋遭查封無家可歸，而將房屋借名登記於其子名下，**法院認為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**。本件被上訴人並無證據證明上訴人係因生意失敗而隱匿財產，則上訴人此項借用其子即被上訴人名義為系爭不動產登記之行為，既未迴避任何強行法規，能否謂係脫法行為，非無研求之餘地。」

實務上對於此種借名登記之類型，其內部效力雖較無爭議，惟父母以其子女之名義為借名登記契約之理由為何，實務上對此卻少有提及，有論者認為父母以其子女之名義成立借名登記契約，具高度風險性，尤其在子女對於系爭契約不知情之情況下，遑論子女尚未成年之情形，且若父母以未成年子女之名義成立借名登記契約，其目的非為保護子女最佳利益時，該未成年子女將因此承受

不可預測之風險，有違民法保護子女最佳利益之核心價值，應否定此種借名登記之類型³⁶。

三、為脫免強制執行

借名人為逃避債務而將自身財產登記予出名人，以避免財產遭強制執行之情形，亦為借名登記契約常見類型之一，實務上除有出名人因未能證明借名人有隱匿財產之情而認不屬脫法行為外，多認為此種借名登記之情形，有違公序良俗而為無效，整理如下：

最高法院 94 年度台上字第 130 號民事判決：

「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 95 年度重上更(一)字第 213 號民事判決：「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，且其他有利於系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系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。」

³⁶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，2014 年 1 月，頁 70-73 頁。

臺灣高等法院 100 年度重上字第 629 號民事判決：

「被上訴人係因擔心財務狀況，故而借上訴人名義登記為系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：其將系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，堪認被上訴人係為**規避債權人之追償、稅捐之給付**，始將系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，兩造間就系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。」

四、夫妻財產制之不動產登記

關於舊親屬法第 1017 條第 2 項規定：「聯合財產中夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。」是以，於舊親屬法時期對於夫妻財產之登記，如以妻作為登記名義人，除屬於妻之原有財產或特有財產外，在善意第三

者因信賴登記，自妻受讓取得不動產所有權以前，依前述規定，應認為屬於夫之所有³⁷。

而舊親屬法第 1016 條與 1017 條規定雖於民國 74 年 6 月 3 日修正，惟因民法親屬編施行法第 1 條規定不溯及既往原則，則民國 74 年 6 月 5 日前結婚，且於同日之前、結婚時期所取得之財產無法適用新法規定，而嗣經司法院大法官會議釋字第 410 號解釋，基於憲法第 7 條男女平等原則之考量，宣告違憲，民法親屬編施行法於 85 年 9 月 25 日增訂公布第 6 條之 1 之規定：「中華民國 74 年 6 月 4 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，於本法施行法民國 85 年 9 月 6 日修正生效一年後，適用中華民國 74 年民法親屬編修正後第 1017 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。」因此，上述規定中，民法第 1017 條規定嗣於民國 91 年 6 月 26 日再行修正，夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，原則上由夫妻各自所有，惟夫妻間仍可成立借名登記契約，不因上述規定之修正而受限制³⁸。

³⁷最高法院 63 年度台上 1895 號判例：「土地法第 43 條規定之絕對效力，係為保護善意第三者因信賴登記而設，夫妻如係以法定財產制為其夫妻財產制，則以妻為登記名義人之不動產，除屬妻之原有財產或特有財產外，在善意第三者因信賴登記，自妻受讓取得不動產所有權以前，依民法第一千零十七條第二項規定，應認為屬於夫之所有。」（本則判例經最高法院 91 年度第 8 次民事庭會議決議不再援用，不再援用理由：民法第 1016 條已刪除、第 1017 條已修正。）

³⁸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台上字第二〇二八號民事判決，全國律師，2005 年 5 月，頁 120。

五、國民住宅承購權

按國民住宅條例雖於民國 104 年 1 月 7 日廢止，惟於該條例廢止前，國民承購國宅時，依當時國民住宅條例第 7 條第 3 項規定³⁹，設有配售資格之限制，如同居之家屬，以其家庭成員中符合配售資格者之名義購置國宅者，因此實務上此類不具承購資格之人借用具承購資格之人名義承購國宅，約定由出名人依相關規定取得國宅所有權，借用人則負擔所有價金之情形，法院有認為其間成立之借名登記契約，為國宅之轉售契約關係：

最高法院 85 年度台上字第 294 號民事判決：「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。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。」

³⁹國民住宅條例第 7 條第 3 項規定：「政府直接興建之國民住宅，其承購、承租資格、優先承購、承租資格與比例、辦理程序、權利義務及商業設施、服務設施與其他建築物等之標售、標租等事項之辦法，由內政部定之。」

另有見解認為倘綜合其他情狀，證明由一方出資取得財產登記他方名下後，仍持續行使該財產之所有權能並負擔賦稅等義務者，即得憑此間接事實，推理證明出名人與借名人間存在有效之借名登記契約：

最高法院 105 年度台上字第 600 號民事判決：「鄭○誠主張其於系爭房屋興建完成後即居住其內，執有鄭○、鄭李○利名義之系爭房地所有權狀，且逐年繳納房屋稅及地價稅等情，並提出土地及建物所有權狀、繳稅資料為證，亦見鄭○誠持續行使系爭房地之所有權能並負擔其義務。綜上，鄭○誠二人抗辯系爭房地係由鄭○誠出資購買並借用鄭○名義登記，是否全無可採？非無再斟酌之餘地。倘鄭○誠確係借用同居父親鄭○之名義購買國宅而為登記，揆諸前揭說明，該借名登記契約難謂無效。」

六、農地登記

按舊土地法第 30 條規定雖已於民國 89 年 1 月 26 日刪除，惟當時舊土地法第 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，違反者，其所有權之移轉為無效。是以，若借名人借用具自耕能力者（出名人）之名義就土地訂立買賣契約，雖土地登記為出名人所有，然因借名人並無自耕能力，其顯係以不正當之方式規避舊土地法第 30 條禁止規定，為脫法行為，應認其間成立之借名登記契約為無效：

最高法院 94 年台上字第 907 號民事判決：「兩造間對於系爭土地應如何積極管理、使用或處分，並無約定，殊與信託之要件不合，究僅有消極信託關係存在。……兩造間之消極信託乃為脫法行為而無效……是兩造間所成立者，應僅係單純借名登記之無名契約，惟亦在規避修正前土地法第三十條第一項之規

定，仍屬脫法行為，自無加以保護之必要，仍應認系爭六七五之二地號土地所有權應有部分二分之一之買賣契約為無效。」

隨舊土地法第 30 條之刪除，現行法對於農地之取得已無需具備自耕能力，當事人間得自由成立借名登記契約，不受土地法之限制。從上述常見類型觀之，實務上對於借名登記契約之內部效力，從早期借名登記契約一詞尚未被普遍運用時，多以消極信託之關係予以認定，且進一步以是否具正當原因進行判斷，而是否為合法之消極信託，若採肯定者，則該契約合法；反之，則不合法。惟是否具正當原因之判斷，並未予以明確定義或闡釋其標準，因此，有學者認為過去判決所出現的「正當原因」欠缺可操作之基準，何謂正當，究為合乎法律上之正當或道德上之正當，亦未見法院明白說明清楚，因此認為，所謂正當原因，並非特定之要件或理論，而如同多數學者對於脫法行為認定一般，僅為法律解釋之問題而已，解釋是否違反強制禁止規定或公序良俗，是以，不應以此作為認定系爭契約有效與否之依據⁴⁰。此項看法本文贊同之，蓋以是否具正當原因作為判斷借名登記契約之合法性，不僅內容抽象不清，更使人民對於自身案件是否合法有效無法預測。

而現今實務見解，已不再強調是否具正當原因，亦甚少使用消極信託之概念來判斷借名登記契約之合法性，已如前述，而以私法自治、契約自由原則來承認此種契約之有效性，法院僅就系爭契約是否違反強制規定或公序良俗來認定其效力。

⁴⁰ 張新楨，借名登記契約之爭議問題—以我國實務判決為中心（上），司法周刊，第 1830 期，2016 年 12 月 23 日。

貳、學說意見

一、少數說

有學者認為，借名登記制度，此種借用他人名義為不動產或其他權利，而登記名義人不真正享有權利之事實之法律關係，即為消極信託行為，蓋不論稱為消極信託或借名登記，其本質事實並無不同，均具形式上符合法律之規定，實質上卻有規避法律適用之意味存在。而契約自由之真正意涵，必須當事人間自願交易，進而產生社會福祉，方對社會有所助益，惟名不符實為借名登記制度最大特性之一，倘出名人僅出具名義，而借名人為從事實際交易之行為人，對於講究公示原則之我國社會，恐造成對於第三人之損害，無助於健全我國經濟社會之發展，無社會福祉產生而言，因此，上述實務見解多以契約自由原則廣泛承認借名登記制度有效性之看法，應有所限制，不可一概逕自認為有效⁴¹。

因此其認為，基於信託法乃民事法之特別法，除信託法公布前無適用信託法之規範外，應回歸信託法之適用，除非符合積極信託之定義，為有效之信託，否則即屬對社會無益之行為，屬消極信託，又現今對於借名登記制度之要件，既與信託法之積極信託有所不同，因此，借名登記即為消極信託，且無需視其有無正當原因來例外承認其有效性，否則將易為不法行為打開方便之門，是以，一概均認屬於脫法行為之評價範圍內而為無效，無承認借名登記制度已為有效之理由⁴²。

⁴¹ 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其十六號判決，月旦裁判時報，2010年2月，頁59-60。

⁴² 謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為—實務相關判決評釋，月旦法學雜誌，2006年5月，第132期，頁200。

二、多數說

多數說有別於少數說，如前述，少數說論者認為借名登記制度屬脫法行為而無效，惟脫法行為係指各種透過間接迂迴之手段或方式，迴避法律之規定，進而達成法律禁止之相同效果之總稱，因此，有學者認為脫法行為本身並非特定之法律制度，僅係間接違反法律規定案例之統稱而已⁴³。脫法行為屬法律解釋之問題，不足以作為當事人間法律行為無效之認定基礎，尚需參酌該「脫法行為」違反之法律規定或公序良俗，始得依法宣告當事人之法律行為無效⁴⁴。

少數說論者直接認定借名登記制度即為消極信託，惟消極信託與借名登記之區別，學說上不乏討論，借用他人名義為法律行為，尤其係不動產登記之情形，當事人間之法律關係應依據當事人之主觀意思決定，亦即若當事人間明白約定為信託契約者，應依信託法相關規範認定該信託契約是否有效；若雙方約定為消極信託者，則需討論是否存在實質正當原因而為認定，倘無正當原因者，應認為雙方屬民法第 87 條通謀虛偽意思表示，無效；倘具正當原因者，則雙方隱藏借名登記之法律行為，依同條第二項之規定，適用借名登記契約之約定。而當事人雙方如一開始即以借名登記契約成立法律關係者，即依據契約自由原則與一般法律解釋，來認定該無名契約之效力⁴⁵。

⁴³ 王澤鑑，民法總則，三民出版，2004 年 3 月，頁 309-310；相同見解：參陳自強，契約之成立與生效，學林出版，2002 年 3 月，頁 182-183。

⁴⁴ 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。

⁴⁵ 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。

另有學者認為，消極信託與借名登記契約所涉及之權利義務關係與法律事實本質上相同，前者重點在於管理、使用與處分之權限歸屬何人；後者則在於所有權登記於何人，是以兩者並無區分之實益存在，蓋實務上時常發生當事人間訂立名為消極信託之契約，實為借名登記契約之法律關係，或基於雙方不明瞭借名登記契約與消極信託之意義或不明確其法效意思使然，且兩者均著重當事人之信賴關係，是故，其契約效力之認定，應跳脫形式上契約之名稱，從兩造所成立之契約內容加以判定，方為適當⁴⁶。

近來，隨信託法已於民國 85 年制定，所謂信託，依信託法第一條係指：「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。」至於消極信託之意義，依通說與實務之見解，指委託人僅將財產名義上之權利移轉於受託人，受託人不具有積極管理或處份之義務存在，而管理與使用等處分權，仍保留由委託人或受益人自行為之。是以，鑑於信託法之修訂，消極信託與信託法所明定之信託定義已有所不同，且我國法制關於消極信託亦未立法直接定義，因此，實務上甚少使用消極信託一詞來界定借名登記契約。按法律行為之法效意思為判定法律行為重要因素之一，因此，當事人之間主觀真意為何更顯重要，基於私法自治原則，在不違反公益情形下，本得依其自由意思，締結契約而取得權利，負擔義務。因此，當事人基於特定目的而訂立借名登記契約，自無不可。且現行法並無任何明文規定禁止借名登記契約，故此類契約不生民法第 71 條所定違反強行法規而無效之問題。此外，借名登記契約，與公共秩序或善良風俗

⁴⁶ 張新楨，借名登記契約之爭議問題—以我國實務判決為中心（下），司法周刊，第 1831 期，2016 年 12 月 30 日。

並無牴觸，故亦無民法第 72 條之適用⁴⁷。綜上所述，多數學者對於借名登記契約之合法性認定，須視個案判斷，尚不得直接認定其為有效或無效，須先本於契約自由原則下，探求當事人之真意，始得認定其效力。

參、本文見解

按私法自治原則，係指在私法領域內，由當事人依其意思形成法律關係之原則。將法律行為建立在私法自治之原則之上，對內為「意思自主」，對外為「契約自由」，已成為現代民法之基本精神。法律行為之效力必須基於當事人間的意思，學理上稱之為「意思自主」，為私法自治內在之基礎，法律允許當事人在一定範圍內，得以法律行為創設私人間之法律關係，此種精神為「契約自由」，為私法自治原則的對外表現⁴⁸。

而私法自治原則適用於一切私法關係，惟主要功能表現在財產交易方面，私法自治旨在保障交易經濟活動之運作，不受國家統治或支配，而係經由個人意思決定所體現的自由競爭。個人自主與自由競爭乃成為規律經濟活動的高度有效手段，在市場經濟體制下，可以將勞力與資本產生更多最大效益之場所⁴⁹。

惟不論對於私法自治、契約自由或法律行為保障之同時，仍應有其界限，當此類要求是以法規範的型態出現時，為貫徹立法目的並避免法律體系矛盾，此類規範即為民法第 71 條「強制或禁止規定」⁵⁰。亦即人民訂約時仍須遵守法律

⁴⁷ 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月，頁 129。

⁴⁸ 施啟揚，民法總則，三民出版，2008 年 8 月 8 版，頁 237。

⁴⁹ 王澤鑑，民法總則，三民出版，2009 年 6 月版，頁 266。

⁵⁰ 林更盛，法律行為的限制——「強制或禁止之規定」_最高法院七十四年台上字第七〇三號民事判例，月旦裁判時報，2011 年 4 月，第 8 期，頁 2。

之規定，不得享有無限制之自由，因此產生與之相對立，人民不得任意透過契約排除之強行法規的適用，民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」是以，強行法規之制定，除象徵國家意志之展現外，更代表人民締結私法關係時，不得享有完全的自由，恐造成人民規避法律之意圖，透過形式上合法之外觀，然所為者，卻係實質違反法律規定之脫法行為。隨社會之演進，民主法治國家講究私法自治原則，民法為民主法治國家重要之法典之一，其更以私法自治原則為基礎，因此，脫法行為在民主法治國家中更為盛行，同時顯其重要性。

觀察前述所提多數學說及實務見解可知，借名登記契約合法性應視個案而定，稍有疑問在於，借名登記契約合法性之判斷是否應審查脫法行為，實務與學者迄今之見解仍未完整明確，學者見解中有認應適用者；實務亦有相同看法。但另有論者認為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牴觸強行禁止規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。本文認為，基於私法自治與契約自由原則，當事人間得依其需求成立契約關係，進而決定其效力，固值贊同。惟脫法行為之重要性已如前述，其雖無明文，但依民法第一條之規定，民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。又多數學者雖認為，脫法行為僅為法律解釋之問題，然是否得據此否定脫法行為作為判斷借名登記契約效力之依據，稍嫌速斷，因此，本文認為，仍得援用法理加以適用，作為輔助判斷借名登記契約效力之依據，故解釋上應無排除適用之必要。

且參考目前實務上對於借名登記契約效力之判斷，不乏有以脫法行為作為判斷之依據，如最高法院 105 年度台上字第 1852 號民事判決即明示：「按當事人

為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。……查系爭土地之地目為「田」，其上有三七五租約。柯○公司為興建高爾夫球場購買系爭土地，與上訴人成立借名登記契約，由上訴人與祭祀公業呂○春於七十八年六月十日簽立不動產買賣追加補約書，為原審確定之事實。該借名登記契約如於七十八年間成立，是否為規避前開土地法第三十條第一項前段法律之限制？又柯○公司為私法人，似非農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構。其於一○二年三月六日提出之聲請狀，陳稱：「受限於法令規定無法登記於原告柯○育樂公司名下，始決定借名登記於公司各股東名下」；嗣於一○二年十二月三日簽立「土地返還登記請求權讓與證書」，將其對於上訴人之土地返還登記請求權讓與被上訴人。依此情形，能否謂非規避農業發展條例第三十三條前段之脫法行為？尚非無疑。」

又如最高法院 104 年度台上字第 65 號民事判決：「按當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。系爭土地使用分區、使用地類別為「山坡地保育區、農牧用地」，屬農業發展條例第三條第一項第十一款所規定之耕地。上訴人無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不得取得系爭土地所有權，系爭六十七年間借名登記契約，係為規避上開法律之限制。又依農業發展條例第三十三條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭九十年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效。」⁵¹。因

⁵¹ 同以脫法行為判斷借名登記契約之實務見解尚有，如最高法院 102 年度台上字第 1088 號民事判決：「脫法行為係當事人為迴避強行或禁止規定之適用，以迂迴方法達成該強行或禁止法

此，縱認脫法行為無法作為認定借名契約合法性之主要依據，學者有認為尚需參酌該脫法行為所違反之法律規定或公序良俗以茲判斷之見解，本文表以贊同。

第二項 刑事法領域

對於借名登記契約合法性在民事法領域之討論，已如前述，惟透過不同法律領域，亦可對於借名登記契約之合法性進行不同層面之研究，茲以近期實務上發生的「勇哥炒房案」與「土地假買賣之借名登記」二例進行說明：

壹、勇哥炒房案

一、案例事實

被告黃 oo 原係不動產交易經紀人，自民國 92 年間起，見國內房地產價格大幅上揚，認有利可圖，即以臺北市某地作為其辦公地點，經營土地買賣、出租不動產事業，並由其妻，即被告郭 oo 負責買賣、出租不動產之資金調度、帳務記錄、不動產標的買賣、租賃管理、價金支付、繳付銀行貸款及報稅等事宜，另以新臺幣 2 萬元至 4 萬 5 千元不等之月薪，僱用劉 oo、胞妹黃 oo、等數人處理買賣、出租不動產之相關業務。

規所不容許之效果。原判決泛稱縱時逢昇將系爭土地信託或借名登記為魚管處名義為真實，亦屬脫法行為而無效，然未敘明時逢昇與魚管處間如存在信託或借名契約時，該契約究係規避何強行或禁止規定而應為無效？亦有判決不備理由之違法。…本件時逢昇等人與魚管處間究竟是否存有上開信託或借名契約關係？該等契約是否因脫法行為而無效或有其他無效之原因？各該事實既均未明，本院自無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

又被告黃 oo、郭 oo 均知悉我國綜合所得稅係採累進稅率制，且均知悉個人以營利為目的而為經常性且繼續性持續從事買賣、出租不動產之經濟活動，係稅法上之營利事業。詎被告黃 oo、郭 oo 於民國 92 年間起至 100 年止為分散黃 oo 個人年度所得，以規避綜合所得稅之累進稅率，藉以逃漏應納之綜合所得稅，竟共同基於以不正當方法逃漏稅捐之單一接續犯意聯絡，陸續以直接邀約或透過他人介紹，且事前明示或事後給予每次出借其個人名義擔任一件不動產之登記名義人，即給付 2 萬元至 3 萬元不等之報酬，或補貼生活費、過節送禮金、禮品、不定時參加尾牙春酒摸彩抽獎、免費招待出國旅遊，或提供仲介、裝潢、銷售商品等增加業績機會之方式，徵得與其 2 人同具以不正當方法逃漏稅捐，涉嫌共同犯稅捐稽徵法第 41 條之逃漏稅捐罪，嗣遭法務部調查局臺北市調查處報請臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

二、本案第一審法院判決之認定⁵²

本判決法院認為被告二人利用多名親友之名義，買進不動產並登記為所有權人後再行出售或出租之經常性交易行為，為基於營業目的之營業行為，屬所得稅法第 11 條第 2 項所稱之營利行為。又購買本案不動產之出資者，與出售、出租後所生實質經濟利益之歸屬及享有者，均為被告黃 oo，足見本案購入不動產後，再行出售或出租之整個經濟活動均由被告黃 oo 所控制，故實質上為被告黃 oo 以營利為目的，經常性且繼續性持續購買不動產後復行出售或出租之營業行為所生之所得，屬被告黃 oo 之營利所得，其本應據此申報其上開各年度之綜合所得稅並予繳納，然其卻透過利用他人名義買進不動產並登記為所有權人後再

⁵² 臺灣台北地方法院 102 年度金重訴字第 3 號刑事判決。本案上訴審理中，（案號：臺灣高等法院 106 年度上重訴字 30 號）。

行出售或出租之積極方式，隱藏分散至上開各附表所示出借名義人名下，藉此隱匿被告黃 oo 本身為實質銷售人之地位，而降低其個人綜合所得，並隱瞞此事，致使稅捐稽徵機關無法從前揭經被告黃 oo 安排透過「利用他人名義買進不動產並登記為所有權人後再行出售或出租之不動產交易行為」之登記外觀核課正確之所得稅，係含有詐欺惡性之逃漏稅捐不正當方法；主觀上，並具逃漏稅之犯意聯絡。

而關於借名登記契約之部分，本判決認為，被告黃 oo 與多名親友間縱有借名契約存在，亦僅是表示被告黃 oo 與該等出借名義人間關於借用名義一事有達成意思表示之合致，在其雙方當事人間係有效成立，而為規範被告黃 oo 與該等出借名義人間內部權利義務關係之私法上約定，但並無從因此推翻或否定法院對於上開所述，被告黃 oo 藉由「利用他人名義分散所得」以「隱匿」、「掩飾」其真實經濟活動所得之積極行為，致使稅捐機關無法從正確課徵稅收之結果。

三、本文見解

從本案判決可以觀之，對於借名登記契約合法性之認定，在刑事法院之認定與民事法院有不盡相同之看法，在刑事法之部分，本判決被告辯護人主張被告與出名人間存在有效之借名登記契約，因此非屬捐稽徵法第 41 條逃漏稅捐罪之不正當方法，惟法院則認為，當事人間縱使成立借名登記契約之關係，也僅係說明當事人間私法上之權利義務關係，無從藉此否定其故意違反稅捐稽徵法之刑事責任。本文認為，本案法院似將借名登記契約之合法性與刑事不法分別認定，亦即即便認為私法上之借名登記契約有效成立，亦不等同於免除刑事上面之不法。惟在民事法之部分，依照多數學者與實務之看法，則以契約自由原則下，探求當事人之真意，若其違反強行規定與公序良俗者，認定該借名登記契約不合法；反之，則為合法。

因此，所生疑問者，如當事人間之借名登記原因在刑事上被認為不法者，可否認為民事法上之借名登記契約亦同為無效，對此本判決並未明確說明，本文認為，若當事人間之借名登記原因在刑事法上，認定不法者，則於民事法上通常亦會被認定違反民法強行規定或公序良俗，因此，該借名登記契約亦應連動認定為無效，似較妥適。再者，值得一提的是，為防止投機操縱，破壞土地政策，我國平均地權條例第 83 條規定：「以經營土地買賣，違背土地法律，從事土地壟斷、投機者，處三年以下有期徒刑，並得併科七千元以下罰金。」依此規定，「土地壟斷投機罪」之特別構成要件有三：（一）經營土地買賣。（二）違背土地法律。（三）從事土地壟斷投機。若本案經法院判斷具備上述要件者，則行為人應受刑事之制裁⁵³，本判決未援引此條例規定作為處罰依據，似有遺漏，並與敘明。

貳、土地假買賣之借名登記

當事人間虛偽成立買賣契約，將土地移轉登記於他人名下，致地政機關依照不實之登記事項登載於其職務上所掌之公文書，是否成立刑法第 214 條使公務員登載不實之罪，司法實務先後有不同看法，敘述如下：

一、否定見解

此一見解為早期見解，依照司法院（80）廳刑一字第 562 號法律座談會之見解，某甲擬移居國外，為全權委託某乙將其土地出售，乃與某乙虛偽成立買賣契約，將土地移轉登記予某乙所有，惟為達到制衡某乙之目的，又與某乙就該

⁵³溫豐文，土地法，2015 年 8 月修訂版，頁 485。

土地設立虛偽之抵押權，均經向地政機關辦妥登記之情形，法院主要基於下述理由認為不成立刑法第 214 條使公務員登載不實之罪：

（一）按地政機關於辦理登記時，僅須審核其形式上要件具備即可准許，對於甲、乙間買賣及抵押權設立之實質上是否真正，並無審認之責任與義務。

（二）且地政機關對地政之管理範圍，亦僅以甲、乙二人登記於外部之權利狀況為其對象，對甲、乙二人內部之權利義務關係，並無管理之權責，因此，甲、乙二人所為對地政機關管理地政之正確及公信並無損害之虞。

二、肯定見解

此一見解，如臺灣高等法院臺中分院 102 年度上訴字第 1236 號刑事判決⁵⁴，其主要理由如下：

（一）本案法院認被告溫 oo、曾 oo 均明知張 oo 與溫吳 oo 二人就系爭土地及建物並無買賣關係存在，蓋系爭土地雖移轉登記於張 oo 之名下，惟有關之契稅、房屋稅等稅賦實際上仍由溫 oo 所自行支配，其並無買賣之情，因此，溫 oo 與張 oo 間應為借名登記之法律關係。

（二）又被告曾 oo、溫 oo 均明知張 oo 與溫吳 oo 二人就系爭土地及建物並無買賣關係在，竟指示不知情之林 oo 以買賣為移轉登記原因，製作不動產買賣契

⁵⁴ 本案案例事實為：被告溫 oo 因細故欲將登記在其配偶溫吳 oo 名下，但實際上均由其管理處分之 14 筆土地及其建物借名登記至其友人張 oo 名下，乃委託被告曾 oo 辦理前開土地及建物之所有權移轉登記事宜。溫 oo 等三人均明知溫 oo 之配偶溫吳 oo 並未將前開 14 筆土地及建物出售予張 oo，亦即雙方並無買賣交易上開土地及建物之事實，竟共同基於行使業務登載不實文書及使公務員登載不實之犯意聯絡，假借張 oo 與溫吳 oo 有買賣前開 14 筆土地及建物之名義，向彰化地政事務所申請將前開 14 筆土地及建物之所有權以買賣為由移轉登記至張 oo 名下，致使該所承辦公務員於將上開虛偽買賣之不實事項，登載於職務上所掌之土地及建物登記簿等公文書上，足生損害於彰化地政事務所對於土地及建物登記管理之正確性，嗣經臺灣彰化地方法院檢察署檢察官自動檢舉偵查起訴。

約書、土地登記申請書、土地買賣所有權移轉契約書、建築改良物買賣所有權移轉契約書等文書，持以向彰化地政事務所申請辦理所有權移轉登記至張 oo 名下，致地政事務所承辦人員以形式審查，將該不實事項登載於職務上所掌之公文書，業足以生損害於地政機關土地登記之正確性及公信力，自己該當於刑法第 214 條使公務員登載不實罪。至於，被告溫 oo 與張 oo 間就系爭土地及建物所為借名登記之約定，並不影響與其等以不實買賣契約辦理所有權移轉登記等犯行之成立。

(三) 雖被告溫 oo 抗辯因其與時任彰化縣長因政治派系不同，其擔心如以自己為所有權人名義持有上開土地向彰化縣政府依法申請建照或變更使用分區時，恐遭彰化縣政府惡意刁難，乃決定於 98 年 3 月 4 日將所有之上開土地借名登記予張 oo，以免自身權益受損，惟法院認並無相關事證足以佐其說，尚難僅憑其個人之詞據以認定，因此不予採納。

三、本文見解

觀察上述實務見解，主觀上行為人均無移轉財產權之真意，客觀上均有使公務員登載不實之行為，惟前後實務見解不一，有認為地政機關辦理登記時，僅需形式上審核要件是否具備即可准許，對於行為人間實質上之法律關係是否真正，並無審認之責任與義務，故申請登記者不成立使公務員登載不實罪；另有認為，移轉財產權之登記或設定虛偽抵押權，使不知情之地政機關承辦人員將此不實事項登載於職務上所掌公文書，自生損害於該地政機關登記資料之正確性，應成立使公務員登載不實罪。

本文認為，前述採形式上審查之見解，有些許牽強之處，蓋如此一來，縱行為人間存有虛偽登載不實之意思，亦很難構成使公務員登載實之罪，而造成本罪形成具文之疑慮，因此，有學說認為，不論公務員採何種審查方法，與本罪

之成立無關，更重要者是行為人所提供登載之資料是否構成使公務登載不實犯罪時，應判斷該資料指涉部分是否屬於客觀事實，且是否屬於該公文書所要擔保證明之事實部分⁵⁵，本文贊同之。

故而，基於現今實務與通說已肯認借名登記契約之合法性，又該契約特性隱藏有名實不符之性質，當事人間在地政機關辦理財產移轉等土地登記時，本文認為，應於土地登記事項上增設借名登記契約之選項較為妥適，避免行為人因不熟諳法律而構成使公務員登載不實之犯罪。換言之，倘行為人間的借名登記契約經認定不合法者，則應認為有使登載不實事項出於明知而決意使公務員加以登載之直接故意，而構成使公務員登載不實罪；反之，若其間成立合法之借名登記契約，則應認為不會構成刑法使公務員登載不實罪，如此一來，亦可解決實務上認定民事上借名登記契約合法成立，於刑法上卻構成犯罪之怪異現象。

⁵⁵吳耀宗，使公務員登載不實罪—評最高法院九十一年度台上字第二四三一號裁判及相關實務見解，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 262。

※本文以表格化整理上開兩則實務之不同看法：

	司法院（80）廳刑一字第 562 號 （否定說）	台灣高等法院臺中分院 102 年度 上訴字第 1236 號刑事判決（肯 定說）
相同之處	主觀上行為人均無移轉財產權之真意；客觀上均有使公務員登載不實之 行為。	
借名登記之原因	行為人擬移居國外，全權委託他人將 其土地出售。	行為人因政治因素考量，而將所 有之土地登記在他人名下。
法院之看法	地政機關對地政之管理範圍，僅以 甲、乙二人登記於外部之權利狀況為 其對象，對甲、乙二人內部之權利義 務關係，並無管理之權責，因此， 甲、乙二人所為對地政機關管理地政 之正確及公信，並無損害之虞。	行為人明知該項買賣為移轉登記 原因係不實之事項，竟以之申請 移轉登記，自足損害於地籍之管 理，即土地登記之公信性及政府 稅課之正確性。
結論	不成立刑法第 214 條之罪	成立刑法第 214 條之罪

第五節 借名登記契約之法律適用

依前述觀察，借名登記契約之性質似與民法關於委任之規定相似，均強調當事人間之信任關係，實務上多數見解均認為應類推適用委任之相關規定，因此，是否應類推適用民法委任契約之規定，實務與學說存有不同之見解，茲敘明如下：

第一項 肯定說

現行法對於借名登記契約並無法律予以明文，屬無名契約，是不論實務上或學者間，即不斷對借名登記契約之定性進行討論，而實務上多以借名登記契約係著重當事人間之信任關係，性質與委任契約類似，應類推適用民法有關委任契約之規定⁵⁶。而有學者進一步認為，將借名登記契約類推委任之規定，應注意所類推適用者，應係指關於委任之法律效果，亦即主要是指借名登記契約在契約終止與消滅上之法律關係，至於其他關於受任人為委任人處理事務在義務上之相關規定，應與借名登記契約之內容中無關，蓋出名人僅有負擔出借名義之義務，關於標的物之使用、收益與處分等均由借名人自行為之⁵⁷。

第二項 否定說

此說認為，出名人出借名義之行為雖非關財產之給付，而似勞務之給付，而有民法第 529 條之規定適用，然而所忽略者在於是否尚有其他法律之規定，蓋

⁵⁶ 如最高法院 95 年台上字第 1037 號民事判決、最高法院 91 年台上字第 1871 號民事判決以之參照。

⁵⁷ 蔡晶瑩，論借名登記契約／最高院 100 台上 2101 判決，台灣法學雜誌，第 242 期，2014 年 2 月 15 日，頁 177。

若有其他法律得以適用，則無以委任契約加以補充之必要。而信託法即為民法之特別法，且該法即在規範財產名義人不實享有財產利益之法律關係，是以，借名登記契約應可概括適用於信託法之規範之中。此說認為若逕自依民法委任規定做補充解釋，則忽略信託法為民法之特別法的法律關係。再者，出名者僅負擔出借名義之義務，與委任契約中受任人為委任人處理事務並不相同；更有甚者，借名登記契約名實不符之特性，多係拿來規避法律之適用，以形式合法來掩飾非法，應屬無效之法律行為⁵⁸。

第三項 本文見解

本文贊同肯定說之看法，蓋如前述，現今信託法對於信託之定義與借名登記契約之定義已有不同，且未明文承認消極信託之下，更使得借名登記契約無法與信託行為比附援引，因此，基於借名登記契約屬無名契約，有必要參酌我國民法各有名契約之相關規定，找出屬性相類似之要素予以援用方為妥適，故肯定說之見解透過類推適用民法有關委任契約之相關規定來加以處理借名登記契約之法律關係，本文認為較值可採。

⁵⁸ 謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為—實務相關判決評釋，月旦法學雜誌，第 132 期，2006 年 5 月，頁 195、196。



第三章 不動產借名登記契約外國立法例與

我國之比較

第一節 前言

由於不動產經濟價值高，涉及交易安全甚大，各國遂透過土地登記制度，將不動產變動過程與以透明化，並以此作為奠定國家施政之基本方針，並堅實國家之經濟基礎，為國計民生之所託，而不動產借名登記最大特色之一，在於其名實不符之特性，於我國實務與通說多數承認之下，對於以公示原則作為我國不動產物權變動方法下，是否產生相互齟齬之地方，為本文嘗試探討之動機。

又鑑於韓國也存有如同我國借名登記之情況，其稱為「名義信託」，與我國所不同者在於，韓國制定「不動產真實權利人名義登記法」明文禁止其關於名義信託之效力，並對於違反者給予行政與刑事制裁等相關規定，對於韓國此一立法，本文認為，於我國之借名登記制度實有參考與研究之價值，是以，本文以下先介紹韓國「不動產真實權利人名義登記法」之內容，其次，論述我國不動產物權之變動與登記制度，最後，提出對於我國啟示與借鏡之心得。

第二節 韓國「不動產真實權利人名義登記法」

之介紹

觀察外國立法例，對於借名登記契約制度，以韓國之發展與我國最為相似，我國之借名登記契約，在韓國稱為「名義信託」，其指在對內關係上，由信託人保有所有權與使用、收益及管理之權；對外關係上，受託人則於登記簿上充當所有權人之約定⁵⁹。此乃韓國最高法院之判例支持下，為了不動產之交易，基於契約自由原則下，原則承認其效力之制度，與我國甚為相似，然隨韓國經濟之發展，不動產交易之活絡，名義信託時常被惡意用來用於投機、逃稅、隱匿財產等不正當行為，減損不動產交易市場之透明度，亦嚴重違反市場秩序。因此，韓國於 1995 年 3 月頒布「關於不動產真實權利人名義登記法」（以下簡稱不動產實名制法），明文禁止當事人名義信託之約定，否認其登記之效力，並對違反者處以行政罰與刑事之制裁。

鑑於我國不動產借名登記契約在我國社會之普遍性，且於立法者未妥善明文規範之下，韓國「關於不動產真實權利人名義登記法」之立法，實具參考之價值，是以，本文嘗試整理韓國制定該法之立法目的、主要內容並提出對於我國啟示之若干心得，期能更完善我國不動產借名登記契約之制度。

⁵⁹ 崔吉子，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月，頁 139。

第一項 韓國關於不動產物權變動與不動產登記制度

壹、不動產物權之變動

「韓國民法典」關於不動產物權變動相關規範，主要規定於該法第 186 條與第 187 條，其中，第 186 條規定：「依有關不動產的法律行為產生的物權之取得、喪失和變更，經登記方能發生其效力。」乃基於法律行為而生不動產物權變動之規定；第 187 條復規定：「依繼承、公用徵收、判決、拍賣或其他法律規定而取得之有關不動產的物權，無需登記。但非經登記不得處分。」則係基於法律規定之不動產物權變動規定。

該法第 186 條規定當中之法律行為，通說認為包括物權行為與債權行為，而物權行為則係以發生物權變動為目的之物權意思表示，登記非物權行為之構成要件，而係獨立構成要件以外之公示方式，於滿足物權行為意思表示與登記二要件，使發生物權變動之效力。又其適用範圍除所有權外，尚包括權利變動時需踐行登記之地上權、地役權、典權、抵押權與權利質權六種。該法第 187 條之制定，則係立法者考量於性質上不能登記者，或出於政策性與便利性之想法，而認定僅存在取得原因即可生物權變動而無須經登記，惟須經登記方得處分之規定，因此認為第 187 條規定為第 186 條之例外規定⁶⁰。

貳、不動產登記制度

⁶⁰ 崔吉子，韓國不動產物權變動之實體法解釋及判例，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月，頁 84-85。

韓國民法於財產法領域，主要繼受日本與德國民法，關於其物權之變動，於不動產，則係依「韓國民法典」第 186 條之規定：「依有關不動產的法律行為產生的物權之取得、喪失和變更，經登記方能發生其效力。」於動產，則依同法第 188 條第 1 項規定：「有關動產的物權的轉讓，以動產交付發生效力。」由此可知，在韓國，關於物權變動之方式，除需當事人意思表示合致外，另需具備登記或交付等公示方法，方能發生物權變動之效果。

而所謂不動產登記，在韓國，指國家專職機關公務員根據法定程序將不動產權利關係記載於登記簿之行為或該記載內容。大體可分為實體登記法與程序登記法兩種，前述即指實體登記之內容；於程序法上所稱之登記，除不動產權利關係之登記外，還包括「不動產表示」登記，即關於不動產位置、面積等自然狀態之登記。若當事人向登記機關申請登記且經受理，然因登記機關公務員之過失未記載於登記簿上時，仍屬未經登記，而未發生物權變動之效力。又登記公務員之審查權限僅限於書面審理，主要在審查是否具備程序法上所要求之事項，而不及於申請登記之時之理由與效力，乃採形式主義之審查⁶¹。

關於登記之效力，以下分述之：

一、公示力

依前述，依據「韓國民法典」第 186 之規定，其生效時期，應係當事人申請登記，並經登記機關公務員合法記載於登記簿上之時，是以，若登記機關受理登記之申請並核發登記完畢證書亦交付與當事人，但該申請事項未記載於登記簿者，則不生物權變動之效果。

⁶¹ 崔吉子，韓國的不動產登記制度，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 117。

二、推定力

在韓國，對於登記之推定力並無法律明文予以規定，但於學說及實務見解均肯認之，蓋登記係由國家機關來管理，且透過登記之程序，如各種交付與登記機關之文書或不具登記要件之申請之駁回等程序，對於其相當程度之登記得保障其實體法上之權利義務關係⁶²。

三、公信力

對於登記之公信力，在韓國同樣未明文規定，公信力原則係在保障善意第三人，如因信賴登記之外觀，致發生登記外觀與實際權利狀態不符之情形，韓國判例認為此種情形屬於例外之情況，是以，既法律未明文登記公信力之規定，應解釋為登記不具公信力⁶³。

第二項 韓國「不動產真實權利人名義登記法」

察外國立法例，與我國借名登記契約相似者，為韓國之「名義信託」，名義信託屬韓國特有之概念，係指當事人約定於對內關係上，由信托人保有所有權與管理、使用及收益信託財產之權；對外關係上，受託人則為以其名義於登記簿上之充當所有權之人。早期名義信託在韓國並未明文立法，而係經由韓國判例法上予以承認，尤其表現在韓國土地大部分屬宗中所有，而「韓國朝鮮令」並不承認宗中之法人地位，且「朝鮮不動產登記令」亦無相關規定，因此，土地僅能以宗中成員中的一人或數人之名義進行登記，易言之，實際上所有權屬

⁶² 崔吉子，韓國的不動產登記制度，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013年4月版，頁133。

⁶³ 崔吉子，韓國的不動產登記制度，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013年4月版，頁133。

於宗中所有之土地，於土地登記簿上則以宗中成員之名義登記之，對此，朝鮮高等法院肯定宗中土地得以個人名義進行登記之效力，名義信託由此開始萌芽。

然隨上世紀 60 年代後，由於經濟高速發展，不動產投機行為及基此所產生不動產價格之暴漲開始產生，名義信託之便捷性，形成名義信託人無須登記即可進行不動產之交易，進而作為投機、逃稅與規避法律之手段，阻礙韓國經濟之運行，亦降低韓國限制不動產投機政策之實效，嚴重搗亂不動產之交易秩序。如前述，因韓國不動產登記制度並未承認登記之公信力，不動產交易即隱藏一定之風險，加上韓國判例法支持名義信託效力下，名義信託之制度被惡意使用於逃稅或規避法律等方法，造成不動產交易秩序之大亂，故韓國在 1995 年 3 月 30 日制定不動產真實權利人名義登記法（下稱不動產實名登記法），並於同年 7 月 1 日施行⁶⁴。

壹、立法目的

依據「不動產實名登記法」第 1 條規定：「為確保不動產所有權及其他物權之登記與實際之權利關係一致，以實際權利人之名義登記，防止惡意利用不動產登記制度來進行投機、逃稅、規避法律等違反社會秩序之行為；以謀求不動產交易之正常化與不動產價格之穩定；促進國民經濟健康發展，以制定本法。」⁶⁵並對於名義信託定義為，指享有、事實上取得或欲取得不動產所有權

⁶⁴ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 138-142。

⁶⁵ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 142。

以及其他物權之人，與他人約定，在對內關係中實際權利人保有不動產物權，但以他人名義登記（該法第 2 條第 1 項之規定）。

因此，該法主要用以防止惡意利用不動產登記制度，進行投機、逃稅及規避法律等違背社會正義之行為為目的。

貳、主要內容

一、真實名義登記之義務

（一）禁止名義信託

根據韓國「不動產實名登記法」第 3 條第 1 款規定，任何人不得根據名義信託約定將相關不動產以名義受託人的名義登記。對於不動產的所有權及其他物權，不得透過名義信託之約定，以受託人的名義辦理登記，而必須以實名辦理登記，此為禁止名義信託的強行規定。並對於違反者，科以課徵金、履行強制金，以及刑事處罰。其中，存在三種例外之情形，其一，為了擔保債務清償向債權人移轉不動產物權或辦理假登記者；其二，兩人以上就特定不動產之位置和面積約定區分所有並登記為區分所有人共有；其三，根據「信託法」或者「關於資本市場和金融投資業的法律」，已將信託財產之事實進行登記之情形⁶⁶。

因此，該法規定所有的不動產物權變動必須以真實權利人之名義來登記，若與他人訂定名義信託約訂者，其約定無效，違反者將被科以課徵金、履行強制金與刑事處罰等制裁。

⁶⁶崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 143-144。

（二）防止惡意利用讓與擔保

該法第 3 條第 2 款規定，為了擔保債務清償，債權人受讓不動產時，在向登記機關提交登記申請書之同時，需提交記載擔保債務人及債務清償內容的書面資料。

在韓國，讓與擔保與名義信託產生之背景與功能雖不相同，但由於在登記簿上並不記載登記原因，因此難以區辨究竟該登記是真正的所有權移轉登記或讓與擔保，又或係名義信託。是以，當事人即可透過設定形式上之債權債務關係，主張其為讓與擔保之方式來惡意規避法律，故在讓與擔保之情形，該法即要求當事人提交書面資料，且該書面資料必須記載債權人與債權金額，以明確債權債務關係，如實反映實際上真正的權利義務關係⁶⁷。

（三）對於長期未登記者之處罰

依據該法第 10 條之規定，對於取得不動產物權者，自可以登記之日起 3 年內以實際權利人之名義辦理登記；而未登記狀態經過 3 年者，處 5 年以下有期徒刑，或 2 億韓元以下罰金的刑事處罰，科以相當於不動產價格百分之 30 的罰款。該法之規範，對於長期未進行登記者加以處罰，以防止取得不動產所有權者，透過長期不辦理移轉登記，利用前所有權人之名義，來進行投機、逃稅或其他規避法律之行為⁶⁸。

⁶⁷ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 144。

⁶⁸ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 145。

（四）對宗中、配偶之特例

依據該法第 8 條規定，由宗中所有的不動產為名義信託以及配偶之間的名義信託，若不以逃稅、規避強制執行或者規避法令限制為目的者，不適用禁止名義信託之規定。其理由在於，以宗中成員之名義為宗中財產之登記，在韓國已形成慣例；而夫妻之間共同承擔日常費用，且雙方在財產登記時也不會按貢獻分割財產，因此，若對於上述兩種情形禁止以名義信託進行登記並予以處罰，恐會影響法律秩序之穩定，因此設有兩種特例之情形⁶⁹。

二、名義信託之效力

（一）屬強行規定

「不動產實名制法」為了確保禁止名義信託的時效性，除了否認名義信託約定之效力外，亦否定基於該約定所為之登記的效力。於該法制訂前，韓國最高法院多數認為名義信託在事實上與法律上具有保護之價值，因而肯定名義信託之效力，惟「不動產實名制法」制定後，推翻韓國最高法院以往之判例，該法不僅禁止名義信託之約定，同時也否定名義信託在私法上之效力並予以行政上、刑事上之制裁，此說明韓國立法者對於名義信託內在不法性之考量，同時也是基於國家經濟狀況、扶植不動產政策、穩定不動產交易之秩序等層面的維護。因此，「不動產實名制法」對於名義信託的無效規定，既是效力規定，也屬強行規定⁷⁰。

⁶⁹ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013年4月版，頁146。

⁷⁰ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013年4月版，頁147。

（二）債權效力之無效

「不動產實名制法」第 4 條第 1 款規定：「名義信託約定，無效。」該條文係在規範名義信託債權效力之規定，亦即，信託人與受託人之間關於名義信託之約定，其效力為無效。對此，韓國最高法院進一步認為，所謂名義信託約定之無效，尚包括依據同法第 2 條第 1 項之不動產所有權及其他物權的保有人或事實上將要取得所有權之人，因此，縱使該名義信託約定非基於惡意利用不動產登記制度來進行投機、逃稅等違法行為，也會被認為無效。從而，信託人即不得要求受託人履行該約定之義務，亦不得行使中止權或回復原狀請求權⁷¹。

（三）物權變動之無效

依同法第 4 條第 2 款規定：「依名義信託約定辦理登記之不動產物權變動，無效。」因此，當事人間所為名義信託之債權行為無效外，基於該約定所為之物權行為，其效力亦同屬無效。又依該規定，因以受託人名義所為之登記無效，故該名義信託不動產仍歸屬於信託人所有，與登記簿上之記載無關，名義信託之信託人仍可行使所有權。

對此，在韓國法律存有法理上之問題，亦即，依據該法，當事人間名義信託之約定與所為之物權變動登記為無效，且對違反者科以處罰以強制其進行實名登記時，然該法僅僅不承認物權變動本身，於之前的權利仍然有效，並要求真

⁷¹ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 149。

正權利人以自己名義登記，對此，與韓國民法上的無效除特別情形外，均為絕對自始無效之規定並不相同，並與敘明⁷²。

又依同條但書之規定：「但在不動產物權轉讓之契約中，名義受託人為一方當事人，而其相對人不知曉存在名義信託約定事實者，不在此限。」此即為對第三人保護所設之規定，對此，在韓國有學者將其視為「委任型名義信託」來處理，亦即，買賣契約之當事人為出賣人、信託人與受託人，受託人對出賣人享有所有權移轉請求權及價金支付之義務，惟實際上不動產得選擇、價金之支付均係由背後之信託人透過受託人為之，出賣人並不知情信託人之存在，因此，形式上，出賣人與受託人成立買賣契約且受託人取得不動產所有權，此即為該條但書所規範之情形⁷³。

（四）對第三人之效力

依據同法第 4 條第 3 款規定：「第一項及第二項規定之無效，不得對抗第三人。」在韓國，不動產登記簿上之登記為權利之外部表現，不動產所有權仍歸屬於符合實體關係之真正名義人，而非屬無效登記之名義者，因此「不動產實名制法」否認受託人得以取得所有權。而此款規定與前述同法第 4 條第 2 款但書之規定，均係為了保護第三人所設之規範，其中對於第三人之認定，不論為善意或惡意，均予以保護，其理由為，信託人因名義信託之違法行為所導致之結果應自行承擔，不應由信賴登記之第三人承擔，亦能符合禁止名義信託之立法目的，又因主觀層面之善惡意難以區分，立法者因此未加

⁷² 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 144。

⁷³ 崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 150。

以區分善意或惡意，以避免因錯誤判斷第三人之主觀意思而有損交易安全

74。

三、違反不動產真實名義制度之處罰

對於違反「不動產實名制法」之行為，有以下三種制裁方式⁷⁵：

(一) 課徵金

依「不動產實名制法」第 5 條第 1 款規定，以下情形需課以不動產價格百分之 30 之課徵金：

1、未以真實權利人名義登記之名義信託人；2、於取得不動產三年內未進行所有權移轉登記之登記權利人；3、於登記簿上隱瞞債務人、作為擔保提供之事實之讓與擔保中的債權人以及將非債務人登記為債務人的實際債務人。

(二) 履行強制金

被課以課徵金者應及時將不動產物權變更登記在自己名下，若怠於履行，自附加課徵金之日起經過 1 年者，依該不動產價格之百分之 10，再經過 1 年者，依該不動產價格之百分之 20 收取履行強制金。但是因名義信託人而使名義受託人成為該不動產物權取得契約當事人者，不附加履行強制金。

(三) 罰則

依「不動產實名制法」第 7 條之規定，對於構成犯罪者，視情節處以下不同刑罰：

⁷⁴崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 151。

⁷⁵崔吉子，韓國不動產真實權利人名義登記小考，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月版，頁 152。

1、對未以真實權利人名義登記之名義信託人，3 年內未進行物權變動登記之登記權利人，於登記簿上隱瞞債務人、作為擔保提供之事實之讓與擔保中的債權人以及將非債務人登記為債務人的實際債務人，處 5 年以下有期徒刑或 2 億韓元以下罰金；2、對違反真實名義登記義務之名義受託人及教唆人，處 3 年以下有期徒刑或 1 億韓元以下罰金；3、對違反真實名義登記義務提供方便或幫助者，處 1 年以下有期徒刑或 3000 萬韓元以下罰金。

第三節 我國不動產物權之變動

第一項 物權之變動

所稱物權者，乃對於標的物之直接支配，具有絕對之效力，而物權之變動，係指物權之發生、變更及消滅而言。既指物權自體所生之動態現象，則於外觀上，必須有一定之表徵行為形諸於外，使當事人或第三人得就此外部表徵行為認識物權之存在與其變動之過程，其目的無非在保障將交易安全，尤其不動產經濟價值高，其物權之變動內容更是重要，因此，遂有「公示原則」與「公信原則」之出現，來作為物權變動之表徵，本文嘗試說明此二大原則之內容。

壹、公示原則

公示原則係指，物權變動之際，須有一定之公示方法表現於外，始能發生一定法律效果而言，而物權之變動若未能符合一定之公示方法以表現其物權變動

之內容，則物權變動之法律效果即無從發生⁷⁶。對此，我國民法對於不動產與動產物權變動之公示方法，設有不同之規定：

一、動產

依民法第 761 條第 1 項之規定：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。」依此規定，我國動產之物權變動方式，係以交付此一事實行為作為生效要件，若當事人未完成交付之動作，其間則不發生物權變動之效力。

二、不動產

依民法第 758 條之規定：「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。」此又稱為「設權登記」，亦即登記後，隨即創設物權之效力。以此規定，我國不動產物權變動之方式，係以登記作為生效要件，亦即國家透過地政機關之登記，將不動產物權之變動過程公示於外，若當事人間未踐行登記，則當事人縱有物權變動之事實，於法律上仍不發生物權變動之效力，欲依法律行為為不動產物權變動者，絕對需辦理登記，故學理上亦稱「絕對之登記」⁷⁷。

貳、公信原則

公信原則係指，公示方法所表現之物權變動與真實情況不一致時，對於信賴此項公示方法所表徵之外顯狀態，而為交易行為之人，法律仍承認其具有與真實物權狀態相同之法律效果，亦即，公信原則具有保護從事物權行為之善意第

⁷⁶ 謝在全，民法物權論（上冊），三民出版，修訂三版，2004年8月，頁81。

⁷⁷ 謝在全，民法物權論（上冊），三民出版，修訂三版，2004年8月，頁111。

三人之效力，法律提供一定之保障，使該善意第三人不致在交易過程中，因與實際權利狀態不符而受損害⁷⁸。我國民法第 759 之 1 條規定與土地法第 43 條規定即為示例。

第二項 不動產物權之變動

物權之變動，因動產與不動產而設有不同之規定，本文礙於篇幅，僅就不動產物權變動進行說明，關於不動產物權之變動，大抵可分為因法律行為之變動與非因法律行為之變動兩種情形，如下敘明之：

壹、因法律行為之變動

依民法第 758 條之規定：「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。」首先，以法律行為為所為之不動產物權變動，需具備下列要件：

一、不動產物權變動之意思表示

按不動產物權之變動，除需為有處分權人所為外，尚需有物權變動之意思表示，所謂法律行為指物權行為而言，單獨行為，例如不動產物權之拋棄，於契約，例如所有權移轉契約、抵押權設定契約均包括之⁷⁹。

二、須訂立書面

依同條第二項之規定，不動產物權行為，須以書面為之，而為要式行為，此觀最高法院 57 年台上字第 1436 號判例：「不動產物權之移轉，應以書面為

⁷⁸謝在全，民法物權論（上冊），三民出版，修訂三版，2004 年 8 月，頁 84。

⁷⁹溫豐文，土地法，2018 年 8 月修訂版，頁 158。

之，其移轉不動產物權書面未合法成立，固不能生移轉之效力。惟關於買賣不動產之債權契約，乃非要式行為，若雙方就其移轉之不動產及價金業已互相同意，則其買賣契約即為成立。出賣不動產之一方，自應負交付該不動產並使他方取得該不動產所有權之義務，買受人若取得出賣人協同辦理所有權移轉登記之確定判決，則得單獨聲請登記取得所有權，移轉不動產物權書面之欠缺，即因之而補正。」可以得之。

三、須經登記

如前述，本於公示原則，不動產物權係以登記作為特別生效要件，亦即民法第 758 條所指之登記係採登記生效要件，未完成不動產物權登記者，其不動產物權行為不發生物權變動之效力。

貳、非因法律行為之變動

依民法第 759 條之規定：「因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權。」依此規定，與前述民法第 758 條規定所採「登記生效原則」不同在於，本條係採「登記處分原則」，亦即在登記前已依法律規定或因法律事實而取得不動產物權者，而該已取得之不動產物權，需踐行「登記」方得處分該不動產。

而此種將成立之物權變動昭示於人之登記又稱為「宣示登記」，是以，此種登記並非創設物權之效力，因在進行登記之前，已發生不動產物權變動之效力，惟倘未經登記，則當事人不得處分其物權，換言之，宣示登記是以登記為處分要件，因此，此種登記之效力為相對的，又稱為「相對的登記」。其類型除民法第 759 條規定所指因繼承、強制執行、徵收、法院之判決取得不動產物權外，如因典期屆滿而取得典物所有權者（民法第 923 條第 2 像之規定）或其

他非因法律行為於登記前已取得不動產物權者亦屬之，並與敘明。又宣示登記之目的乃在貫徹不動產物權變動之公示原則，透過公諸於世之方式，保障交易安全，穩定不動產經濟秩序⁸⁰。

參、以登記為對抗要件之物權關係債權約定等之登記

我國不動產登記制度除上開所指，設權登記是以登記為生效要件，宣示登記是以登記為處分要件外，尚有以登記為對抗要件者，如一、物權關係債權約定之登記（如民法第 826 條之 1、873 條之 1 規定）；二、用益物權設定目的及使用方法之登記（如民法第 836 條之 2、850 條之 9、859 條之 2 規定）；三、事實行為之登記（如民法第 836 條之 1、850 條之 9 及 859 條之 2 關於地上權、農育權、不動產役權預付地租之登記。）併予敘明⁸¹。

第四節 我國土地法之土地登記

稱土地登記，係指不動產物權變動之公示方式，國家將土地及建築改良物之所有權與他項權利之得喪變更，依法定程序，登載於地政機關掌管之簿冊。藉以管理地籍，確定產權，並作為課徵土地稅，推行土地政策之依據⁸²。關於我國現行不動產登記制度主要參考外國土地登記制度，兼採德國權利登記制與托崙斯登記制，於我國民法與土地法均設有相關之規定，而就民法關於土地登記

⁸⁰溫豐文，土地法，2015 年 8 月修訂版，頁 159。

⁸¹溫豐文，土地法，2015 年 8 月修訂版，頁 160。

⁸²溫豐文，土地法，2015 年 8 月修訂版，頁 154。

之規定已於前述不動產物權變動說明之，是以，茲就我國土地法關於土地登記之內容析述之：

第一項 特色

土地法所指之土地登記，係指土地及建築改良物之所有權與他項權利之登記，土地法第 37 條第 1 項定有明文，實則為不動產登記，該法所定土地登記制度，兼採德國權利登記制與托崙斯登記制，其特色如下敘明之：

壹、 強制登記主義

依據土地法第 38 條規定，辦理土地登記前，應先辦地籍測量，其已依法辦理地籍測量之地方，應即依本法規定辦理土地總登記。又同法第 72 條復規定，土地總登記後，土地權利有移轉、分割、合併、設定、增減或消滅時，應為變更登記。

貳、 實質審查主義

不動產登記機關對於申請登記之要件，有「形式審查主義」與「實質審查主義」兩種不同主張於司法實務及學者間各有所採。學說方面，有學者主張，地政機關對於申請登記之案件，除需為形式上審查之外，尚需為實質上審查，其審查內容主要係指：一、申請書所載事項是否與證明文件或登記簿相符；二、證明文件是否相符；三、權利有無爭執；四、登記申請案件有無違反強制或禁止規定等事項。登記事項經審查證明無誤者，應即登載於登記簿（土地法第 55

條第 1 項規定)。其經審查證明有瑕疵者，應通知補正或駁回(土地法第 55 條第 2 項、第 56 條；土地登記規則第 56 條與第 57 條規定訂有明文)⁸³。

主張「形式審查主義」之實務見解，例如最高行政法院 96 年度裁字第 2751 號行政裁定：「經查依土地行政之基本法理，地政機關對人民有關不動產登記請求之原因事實是否真正，基本上是採取外觀形式審查原則，地政機關只須審查請求人是否提出法律所要求之證明文件，以為准駁登記之依據。至於實體爭議部分，應由民事法院審理，而待民事法院形成確定判決後，地政機關才可依判決內容對登記事項再為變動。」是以，登記機關於符合申請登記之要件即可同意辦理登記。

而採「實質審查主義」有實務見解，依司法院大法官解釋第 598 號解釋之內容：「土地登記為不動產權利之公示制度，依法具有公信力。主管機關辦理土地總登記並發給書狀之前，應履行嚴謹之實質審查程序，諸如調查地籍、公布登記區及登記期限、接收文件、審查並公告等。」同採此說之實務裁判，可參最高法院 95 年度台上字第 1151 號民事判決：「而依土登規則之規定，土地權利登記之申請，採實質審查主義，登記人員不僅須審查申請手續是否完備，且要調查申請登記之權利變動事實，如認為其事實不正確時，得以附理由之決定，駁回其申請(土登規則第 8 條規定參照)。」

⁸³ 溫豐文，土地法，2015 年 8 月修訂版，頁 161。

參、登記具有公信力

依據土地法第 43 條之規定，依本法所為之登記，有絕對效力。所謂絕對效力，指將登記事項賦予絕對真實之公信力，保護善意第三人，以維護交易安全⁸⁴。

肆、登記簿之編製採物的編成主義

依據土地登記規則第 17 及第 18 條之規定，登記簿係就登記機關轄區情形，按鄉（鎮、市、區）或地段登記之，依地號或建號順序，採用活頁裝訂之，並於頁首附索引表。

伍、登記確定後發給權利書狀

依據土地法第 62 條之規定，聲請登記之土地權利，公告期滿無異議，或經調處成立或裁判確定者，應即為確定登記，發給權利人以土地所有權狀或他項權利證明書，作為權利人應享土地或建物權利之憑證。又依土地登記規則第 65 條規定，有下列情形之一，經申請人於申請書記明免繕發權利書狀者，得免發給之，登記機關並應於登記簿其他登記事項欄內記明之：一、建物所有權第一次登記；二、共有物分割登記，於標示變更登記完畢者；三、公有土地權利登記。

⁸⁴ 楊松齡，實用土地法精義，五南出版，2009 年，頁 156。

陸、地政機關設置登記儲金

依據土地法第 68 條與第 70 條之規定，因登記錯誤遺漏或虛偽致真正權利人受損害者，由該地政機關負損害賠償責任。地政機關所收登記費，應提存百分之十作為登記儲金，專備同法第 68 條所定賠償之用。

柒、登記時應申報地價

依據土地法第 156 條規定，土地所有權人聲請登記所有權時，應同時申報地價，但僅得為標準地價百分二十以內之增減。土地所有權人依本法所申報之地價，為法定地價（同法第 148 條規定）。每直轄市或縣（市）辦理地價申報完竣，應即編造地價冊及總歸戶冊，送該管直轄市或縣（市）財政機關（同法第 159 條規定）。

捌、登記簿公開主義

我國既以土地登記作為我國不動產物權之公示方式，於繳納工本費或閱覽費後，任何人均得向登記機關申請發給登記簿之謄本或節本，以了解登記簿上所載之事項，並維護交易安全，土地法第 79 條之 2 定有明文之規定。

第二項 土地登記之效力

壹、公示力

依前述登記之公示力，指以登記作為不動產物權變動之外觀表徵，透過登記外觀，使不動產物權之變動得以透明化，保障交易安全，穩定交易秩序，以避免第三人遭受損害，因此，既以登記作為不動產物權變動之公示方法，則登記機關不問何人，以建號、地號查詢不動產相關登記資料時，登記機關依土地登記規則第 24 條之 1⁸⁵規定已保護登記名義人之權益下，登記機關不得拒絕。

貳、公信力

依前述，公信原則係在保障善意第三人，因信賴登記之外觀，惟該登記外觀與實際權利狀態不符之情形，為避免該善意第三人蒙受財產不測，所設保護善意第三人之規範。土地法第 43 條之規定：「依本法所為之登記，有絕對效力。」與民法第 759 條之 1 之規定：「不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之

⁸⁵ 土地登記規則第 24 條之 1 規定：「申請提供土地登記及地價資料，其資料分類及內容如下：一、第一類：顯示登記名義人全部登記資料。二、第二類：隱匿登記名義人之出生日期、部分姓名、部分統一編號、債務人及債務額比例、設定義務人及其他依法令規定需隱匿之資料。但限制登記、非自然人之姓名及統一編號，不在此限。三、第三類：隱匿登記名義人之統一編號、出生日期之資料。前項第二款資料，得依登記名義人之請求，隱匿部分住址資料。但為權利人之管理人及非自然人，不適用之。登記名義人或其他依法令得申請者，得申請第一項第一款資料；任何人得申請第一項第二款資料；登記名義人、具有法律上通知義務或權利義務得喪變更關係之利害關係人得申請第一項第三款資料。土地登記及地價資料之申請提供，委託代理人為之者，準用第三十七條第一項規定。」

登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響。」為登記公信力之具體規定。

而所謂依法所為之登記，有絕對效力，係指已登記之土地權利，如其登記原因係無效或得撤銷，真正權利人固得訴請塗銷登記，惟若該土地權利已經第三人信賴登記取得，並為新登記時，則此登記即具有不可推翻之效力，真正權利人不可訴請塗銷⁸⁶，此觀民國 28 年院字第 1919 號解釋揭明：「土地法第 36 條所謂登記有絕對效力，係為保護第三人起見，將登記事項賦予絕對真實之公信力，故第三人信賴登記而取得土地權利時，不因登記原因之無效或撤銷而被追奪。惟此項規定，並非於保護交易安全之必要限度以外剝奪真正之權利，如在第三人信賴登記，而取得土地權利之前，真正權利人仍得對於登記名義人主張登記原因之無效或撤銷提起塗銷登記之訴。」

參、推定力

推定力係指，依法經登記機關將不動產權利關係登記於登記簿上者，則推定登記權利人適法有此權利，登記簿上之登記事項，由於係經國家依法登載之事項，通常與真實權利狀態相符，是以，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。」則為登記推定力之明文。

⁸⁶ 溫豐文，土地法，2015 年 8 月修訂版，頁 185。

第五節 韓國「不動產真實權利人名義登記法」

對我國之啟示與借鏡

觀我國借名登記契約與韓國名義信託之最大不同在於，於我國，對於借名登記契約之效力，乃基於私法自治原則與契約自由原則而廣泛肯認之；惟在韓國不動產實名登記法，雖有例外寬認名義信託效力之規定（如該法第 8 條關於親屬及配偶間名義信託之規定），然原則上一概以法律明文禁止，且韓國將借名登記契約以「信託」之名義定義，與我國以無名契約定性其性質不同。

依前述，韓國不動產登記制度欠缺公信力，關於不動產物權之變動不具對世性之效果，且登記機關公務員不具實質審查權，不能實質審查當事人間實際權利義務關係為何，僅能作形式審查，亦未採如法國契據登記制般須經公證人作成公證書之制度。該法之訂立，原則否認一切關於借名登記之原因及效力，於韓國也不乏反對聲浪，蓋名義信託在韓國已被廣泛利用，政府透過該法一律加以禁止之作法，反造成社會秩序之混亂，與經濟活動之停滯不前，且對違反者課以高額課徵金、強制履行金與罰金情形下，反而間接助長不動產價格大幅提高，形成政府帶動經濟不景氣之怪異現象，如何更完善不動產登記制度，實為韓國立法者須加以思索與改善之處，避免抑制不動產投機行為，穩定不動產交易秩序與不動產交易價格之美名遭受破壞，為我國借鏡。

第四章 不動產借名登記契約當事人死亡時

之處理

第一節 前言

由於我國現行法並未將借名登記契約定性為有名契約類型之一，其乃一無名契約，故對於「借名登記契約與死亡」並未設有處理規範，而如前所述，實務見解與多數學者認為借名登記契約與委任契約性質相似，故應類推適用委任契約之相關規定，又鑑於實務上不動產借名登記契約所生契約當事人死亡之案件甚多，在探討關於該借名登記契約當事人一方死亡時，契約法律關係是否隨當事人死亡而消滅，抑或由其繼承人繼承而繼續發生效力此一問題時，實務上對此卻產生相當分歧的見解，而此一爭議不僅攸關當事人間權利義務法律關係之變動，尚涉及交易安全之維護，可謂茲事體大，故容有待進一步釐清之必要，而在探究此一議題時，不應僅侷限於委任契約之規定，而應探究民法上各種有名契約就死亡制度之設計，分析立法者對於契約死亡與繼承之設計意旨，並將分析結果一併納入借名契約之考量，才可以建立或維護與各種有名契約之整體性。因此，首先必須先掌握幾個層次的探究，始能達到化簡馭繁之效、俾利進行體系性的分析與研究。在第一個層次上：我國現行民法所得繼承之標的為何，本文先簡要敘述相關學說之理論。其次，第二個層次為：我國現行有名契約對於當事人一方死亡之設計，並加以探討其中之差異並進行分析。最後，第三個層次是：不動產借名登記契約關於當事人一方死亡，其契約關係之處理。以下分別詳述之。

第二節 現行民法繼承之標的

依現行民法第 1148 條第 1 項規定：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。」，依此規定可知，我國民法採包括繼承主義，對於繼承之承認或拋棄，須以遺產之全部或依本法所規定應繼分之比例為之，於繼承人有多數時，被繼承人生前之權利義務，係由各繼承人按其應繼分共同繼承遺產之全部，而非個別歸屬於繼承人，是以，被繼承人一經死亡，繼承即開始發生，被繼承人之財產權，即移轉與繼承人，被繼承人之權利義務係包括且一體的移轉⁸⁷。

上開條文第 1 項所稱財產上之權利義務，係指凡不涉及專屬於繼承人身分者，皆可作為繼承之標的，如債權、物權、撤銷權、形成權等，值得說明者，為繼承標的是否包含代理權，或有認為代理權屬於債權⁸⁸，惟本文認為代理權僅使代理人所為法律效果歸屬本人而已，故本質上並非權利，故應採否定見解，實務見解亦採此見解，例如最高法院 89 年度台上字第 222 號民事判決表示：「代理權僅使代理人所為代理行為之法律上效果直接歸屬於本人之法律上地位或資格而已，故代理權本質並非權利，自不得為繼承之標的，而代理權因本人或代理人一方之死亡而歸於消滅。本件授權人鄭○○既已死亡，則上訴人之代理權亦因鄭○○之死亡而消滅。上訴人將該代理權誤為債權，主張被上訴人應繼承該債務，並授權上訴人出賣系爭土地云云，顯有誤會。」

⁸⁷ 卓進仕，論繼承之標的—以法律關係之繼承為中心，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994 年 5 月。

⁸⁸ 史尚寬，繼承法論，1975 年 10 月，頁 146。

此外，具有人格權色彩的財產權，如著作財產權、商標權、專利權等智慧財產權亦得作為繼承之標的，例如最高法院 104 年度台上字第 1407 號民事判決即認為：「按傳統人格權係以人格為內容之權利，以體現人之尊嚴及價值的『精神利益』為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質，固有一身專屬性，而不得讓與及繼承。然隨社會變動、科技進步、傳播事業發達、企業競爭激烈，常見利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定之經濟效益，該人格特徵已非單純享有精神利益，實際上亦有其『經濟利益』，而具財產權之性質，應受保障。又人之權利能力終於死亡，其權利義務因死亡而開始繼承，由繼承人承受。故人格特徵主體死亡後，其人格特徵尚有產生一定之經濟利益，該人格特徵使用之權利尚非不得由其繼承人繼承，而無任由第三人無端使用以獲取私利之理。」；此外，不論繼承之標的有無瑕疵或限制；被繼承人所為所受是否受詐欺或脅迫；且亦與被繼承人之善、惡意或過失無關，繼承之標的均於繼承開始時歸屬繼承人⁸⁹。

另一方面，被繼承人生前所發生之財產上法律關係（如因租賃、使用借貸、僱傭、承攬與委任等所生之法律關係），在被繼承人死亡後應如何處理，均屬本文研究之範圍，容待後詳述。

⁸⁹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，三民出版，2013 年 9 月，頁 103、105。

第三節 有名契約對於當事人死亡時效力之設計

鑑於我國民法所規範有名契約中，租賃契約、使用借貸契、僱傭契約、承攬契約與委任契約均一定程度重視契約當事人間之信任關係，此點與借名登記亦重視當事人間之信任之特徵相同，故本文擬先就以下各有名契約作為觀察對象，比較其間對於當事人一方死亡之設計，並進一步探討借名登記契約於此議題之分析與研究。

第一項 租賃契約

壹、承租人死亡

依民法第 452 條規定：「承租人死亡者，租賃契約雖定有期限，其繼承人仍得終止契約。但應依第四百五十條第三項之規定，先期通知。」是以，承租人死亡時，其繼承人如不欲繼續該租賃契約，得終止契約使契約關係消滅，惟需提前通知出租人。

貳、出租人死亡

實務對於出租人死亡之看法，多認為由其繼承人繼承。例如最高法院 75 年度台上字第 2240 號判決：「共有人對於共有物之應有部分與共有物之一部，為截然兩事。王 O 前與被上訴人成立之租賃契約，其標的物果為上開共有土地內特定之一部，即非可與出租共有物之應有部分同視。是以王甲嗣後雖將對於該土地之應有部分贈與王乙，倘難適用民法第四百二十五條之規定而謂上開租賃王甲之出租人地位，已由王乙承受，認其不復再為出租人。若然，王甲死亡後，關

於上開租賃之出租人地位即當然由為繼承人之上訴人繼承，而與被上訴人間發生租賃關係，殊不因其未與被上訴人另訂租賃契約而受影響。」；臺灣高等法院 95 年度上更(一)字第 147 號民事判決：「又系爭耕地租約之出租人為曾○夏，承租人為曾○開、曾○讚及第四被上訴人癸○○等 3 人，嗣後遇承租人或出租人死亡情事，因此租賃權並無專屬性質，則系爭租約之法律關係依民法第 1148 條規定由出租人、承租人之繼承人繼承。」亦採此見解。

第二項 使用借貸契約

壹、貸與人死亡

依臺灣高等法院臺南分院 88 年度上字第 435 號民事判決：「民法第 472 條之規定，有關貸與人死亡並非得終止借貸契約之要件；亦即使用借貸關係之消滅，其原因有四，即(1)使用借貸契約所定之期限屆滿時。(2)使用借貸契約未定期限者，依借貸之目的已使用完畢者。(3)通常終止，即民法第 470 條第 1 項本文及但書所規定之情形。(4)非常終止，即民法第 472 條第 1 至 4 款之情況。至於貸與人死亡，除其繼承人因而需用借用物外，不為終止借貸契約之原因以觀；上訴人主張貸與人死亡，使用借貸關係即為終止，被上訴人自屬無權占有；且上訴人為繼承人，並不當然繼受前手債權債務關係云云，顯不足採。」由此得知，貸與人之死亡原則不影響使用借貸契約關係之效力，除發生其繼承人因而需用借用物有例外情形時，使用借貸契約方消滅。

貳、借用人死亡

依民法第 472 條規定：「有左列各款情形之一者，貸與人得終止契約：一、貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者。二、借用人違反約定或依物之性質而定之方法使用借用物，或未經貸與人同意允許第三人使用者。三、因借用人怠於注意，致借用物毀損或有毀損之虞者。四、借用人死亡者。」；最高法院 91 年台上字第 1926 號判例：「因任職關係獲准配住宿舍，其性質為使用借貸，目的在使任職者安心盡其職責，是倘借用人喪失其與所屬機關之任職關係，當然應認依借貸之目的，已使用完畢，配住機關自得請求返還。故公務員因任職關係配住宿舍，於任職中死亡時，既喪失其與所屬機關之任職關係，依借貸目的應認已使用完畢，使用借貸契約因而消滅，此與一般使用借貸契約，借用人死亡時，貸與人僅得終止契約之情形尚有不同。」由上述可以得知，於借用人死亡之情形，貸與人原則上得終止契約，但例外發生如公務員因任職關係獲准配住宿舍，而於任職中死亡時，有實務見解認為屬借貸目的已使用完畢，使用借貸契約因而當然消滅，有別於貸與人得選擇終止契約之情形。

第三項 僱傭契約

壹、受僱人死亡

受僱人之死亡，原則使僱傭契約關係終了。但如受僱人得僱用人之承諾，使他人代服勞務或其勞務由任何人為之並無差異時，則契約關係不當然終了⁹⁰。

貳、僱用人死亡

於僱用人死亡之情形，僱傭契約關係原則不當然終了，蓋對於受僱人之報酬支付義務與勞務請求權而言，原則上非專屬於僱用人之一身，然若係受僱看護僱用人或對於僱用人為講授之情形，則係具專屬於僱用人一身之性質之勞務契約內容，此時，其勞務請求權可認為屬專屬於僱用人一身之權利，因僱用人死亡，僱傭契約關係即為終了⁹¹。臺灣高等法院 95 年度勞上易字第 93 號民事判決亦同此見解：「此觀民法第 484 條『僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務』之立法理由『按依僱傭契約，僱用人與受僱人相互間之權利義務，基於專屬之關係而生……』自明，故除未得受僱人之同意，僱用人對受僱人之勞務請求權，不得讓與他人外，如受僱人之勞務如係專屬於僱用人一身者則僱傭關係於僱用人死亡而終了。」

⁹⁰ 史尚寬，債法各論，1986 年 11 月，頁 300。

⁹¹ 史尚寬，債法各論，1986 年 11 月，頁 300。

第四項 承攬契約

壹、定作人死亡

依臺灣高等法院 99 年建上更(一)字第 18 號民事判決：「承攬人雖應聽從定作人之指示而為工作，但定作人及承攬人並無信任關係，除有特別約定外，定作人將其權利讓與他人，或承攬人將其承攬工作發包予他人完成，均非所禁，且除以承攬個人之技能為契約要素者外，不因承攬人死亡而使契約終止(民法第 512 條)，更不因定作人死亡而使承攬契約終止或消滅。」故而，定作人死亡原則不影響承攬契約之效力。

貳、承攬人死亡

依民法第 512 條第 1 項規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。」，此由最高法院 52 年台上字第 666 號民事判決：「系爭國校教室建築工程，依其性質既非限於承攬人個人施工始可完成，即由其他建築工程人員代替，亦可達完成之目的，則縱承攬人死亡，要無民法第五百十二條第一項規定之適用。」可以得到論證。

第五項 委任契約

依民法第 550 條規定：「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。」

基此，不論係受任人死亡或委任人死亡，委任契約原則當然消滅，惟如契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者情形時，則例外不消滅。

※本文以下圖整理上開有名契約當事人一方死亡之比較

	死亡對象	效力	依據
租賃	承租人	承租人之繼承人得終止契約。	民法第 452 條
	出租人	出租人地位即當然由為繼承人繼承。	最高法院 75 年台上字第 2240 號
使用借貸	貸與人	貸與人死亡，除其繼承人因而需用借用物外，不為終止借貸契約之原因。	臺灣高等法院臺南分院 88 年上字第 435 號民事判決
	借用人	借用人死亡，貸與人得終止契約，但如因任職關係獲准配住宿舍，公務員因任職關係配住宿舍，而於任職中死亡時，應認為借貸目的應認已使用完畢，使用借貸契約因而消滅。	民法第 472 條、最高法院 91 年台上字第 1926 號判例
僱傭	受僱人	原則使僱傭契約關係消滅，但例外情形不消滅。	學者見解
	僱用人	僱傭契約關係原則不當然消滅，但例外情形消滅。	學者見解、臺灣高等法院 95 年度勞上易字第 93 號民事判決
承攬	定作人	不因定作人死亡而使承攬契約終止或消滅。	臺灣高等法院 99 年建上更(一)字第 18 號民事判決
	承攬人	如承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止；若否，則無民法第 512 條規定之適用。	民法第 512 條、最高法院 52 年台上字第 666 號民事判決
委任	委任人	除契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，委任契約消滅。	民法第 550 條
	受任人	除契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，委任契約消滅。	民法第 550 條

第六項 小結

歸納以上分析可知，立法者對上開有名契約於當事人一方死亡效力之設計有以下四種模式：一、契約消滅，例外情形不消滅；二、契約不消滅，例外情形消滅；三、契約不消滅，但當事人得終止契約或例外情形生法定當然終止；與四、契約不消滅，且當事人不得終止。關於第一種情形，本文觀察，於僱傭契約中關於受僱人死亡及委任契約中當事人死亡兩者採取類似之處理方式，如此設計考量僱傭契約原則屬對人之信用關係，蓋受僱人為何人對於僱用人之利害關係影響甚巨，委任契約亦同此性質，故於僱傭契約中受僱人死亡及委任契約當事人死亡之情形，方設計原則使契約關係消滅。

第二種情形，則於僱用人死亡之情況，依前開說明，因僱用人之報酬給付義務與勞務請求權原則非專屬於僱用人一身，因此僱傭契約除有例外情形不因僱用人之死亡而消滅。

第三種情形，因租賃契約之成立、存續與履行，均涉及當事人之人格信用與信賴關係並具有密切之關聯，因此，承租人死亡之情形應屬重大事由，因而將發生契約關係之信賴基礎不復存在，是民法第 482 條即規定承租人之繼承人得終止租賃契約，賦予承租人之繼承人選擇權，得選擇續住至租賃期限屆滿，亦得終止租約，但應先通知出租人。又因承攬契約原則不因承攬人死亡或喪失行為能力而消滅，惟若以承攬人個人技能為契約要素時，其承攬契約始告終止，此終止為當然終止，無須承攬人為意思表示⁹²。

⁹²史尚寬，債法各論，1986 年 11 月，頁 338。

第四種情形，出租人死亡時，於繼承人與承租人間，應類推適用民法第 425 條規定，發生法定租賃承擔⁹³，繼承人成為出租人，使租賃契約關係得以繼續發生效力，於承租人而言並無損失。同樣的，於承攬契約中，因定作人及承攬人並無信任關係，除有特別約定外，定作人將其權利讓與他人，或承攬人將其承攬工作發包予他人完成，均非所禁，因此定作人之死亡亦不影響承攬契約之有效性，契約關係有效存在，當事人無終止契約之權。本文以下圖進行表格化整理：

	租賃	使用借貸	僱傭	承攬	委任
1、契約消滅， 例外情形不消滅			V（受僱人 死亡）		V
2、契約不消滅，例外情形消滅			V（僱用人 死亡）		
3、契約不消滅，但當事人得終止契約	V（承租人 死亡）	V		V（承攬人 死亡）※例 外民法第 512 條。	
4、契約不消滅，且當事人不得終止	V（出租人 死亡）			V（定作人 死亡）	

⁹³ 邱聰智，新訂債法各論（上），元照出版，2002 年 10 月，頁 414。

第四節 不動產借名登記契約當事人死亡之處理

由前述各個有名契約關於當事人死亡時，該契約之消滅與否定有不同之規定與實務見解，而於借名登記契約關係，依照現行實務與多數學者見解，均認其性質屬無名契約，因此對於借名登記契約中，於當事人死亡時，該契約關係是否消滅，在實務與學者間上存有不同之見解，因學者大多以論述實務見解為主，因此，為了解學者之看法，有先了解實務見解之必要，本文整理如下：

第一項 實務見解

壹、類推適用民法第 550 條本文之規定

在司法實務判決中，有若干判決主張借名登記契約因側重當事人間之信賴關係，於當事人一方死亡時，應類推適用民法第 550 條本文之規定，因當事人一方死亡而消滅。例如最高法院 100 年度台上字第 600 號民事判決：「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，此觀民法第 550 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，楊老與被上訴人就系爭土地之借名登記關係已消滅。」；此外，最高法院 102 年度台上字第 2399 號民事判決：「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 550 條規定，該契約因而消滅。是出借名義人與借名人間就不動產成立借名登記契約，該契約均因借名人死亡而消

滅。」；最高法院 103 年度台上字第 2405 號民事判決：「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。原審認駱○欽生前與黃○求間就系爭土地所成立之借名登記法律關係，於駱○欽死亡後，應由駱○欽之繼承人承受該借名登記法律關係，亦有未合。」；最高法院 104 年台上字第 847 號民事裁定：「系爭不動產之借名契約關係，已因陳○農於一○○年九月二十六日死亡，及被上訴人為終止借名契約之意思表示而消滅。」；最高法院 104 年台上字第 1682 號民事裁定：「原審認定被上訴人鄭○甘、江○美、江○育、江○恭（下稱鄭○甘等四人）之被繼承人江○郎、被上訴人江○鏞與上訴人間，就系爭土地所成立之借名登記契約，分別於江○郎死亡時之民國一○一年十一月間及江○鏞一○二年八月二十三日為終止之表示時消滅。」，上述判決均同此見解為認定判準。

貳、由死亡之一方繼承人繼承該借名登記法律關係

然而，上開判決見解是否已經蔚為司法實務通說？本研究於個案探討後發現未必如此。另有司法實務見解認於借名登記契約之當事人死亡時，由死亡一方之繼承人繼續繼承該法律關係，契約關係不因死亡而消滅。可參最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決：「借名人於借名登記關係消滅後，自得類推適用委任之規定，請求出名人返還借名登記財產。李○修所有系爭土地持分二分之一係以謝○欽名義登記，雙方並約定分管之位置使用，而由李○修及被上訴人使用土地迄今，足認其等間成立借名登記契約。謝○欽與李○修均已死亡，而由兩造各自繼承該借名登記契約之權利義務，被上訴人於起訴時並已終止系

爭借名登記契約；從而被上訴人本於借名登記關係消滅後之返還請求權，請求上訴人移轉系爭土地所有權二分之一予伊之判決，自無不合。」

另外，不同於上述實務直接認定借名登記契約得由當事人之繼承人繼承該法律關係之見解，有實務見解進一步區分出名人或借名人死亡之情形，如在借名人死亡時，最高法院會審酌注意當事人間有無契約繼續存續之約定，例如最高法院 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。系爭不動產係關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，關○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關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，遽謂系爭借名登記契約因關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。」；在出名人死亡之情形，有法院則認為契約無存續之必要，如最高法院 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○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○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。」

參、視是否具民法第 550 條但書規定之情形

不同於前開實務見解之認定，此說則認為如當事人間之借名登記契約有民法第 550 條但書之「契約另有訂定」或「因委任事務之性質不能消滅者」情形時，該借名登記契約例外不消滅。可參最高法院 104 年度台上字第 1362 號民事判決：「系爭不動產係黃○雄於生前購買，借名登記於黃○田名下，其與黃○田間有借名登記契約存在，為原審認定之事實。**果爾，黃○雄與黃○田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黃○雄之死亡而消滅情事**，即攸關其返還請求權消滅時效之起算，自應究明。」；最高法院 103 年度台上字第 1519 號民事判決：「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。系爭不動產係關○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，關○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關○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。」；最高法院 104 年度 台上字第 350 號民事判決：「被上訴人之被繼承人黃○清，於與訴外人黃○懇、李○芳，合資

向訴外人黃○王買受系爭土地（斯時尚屬農地）後，因無自耕能力，乃將其對系爭土地所有權應有部分十分之三之權利，借名登記在具自耕能力之胞弟即上訴人名下……借名登記契約亦未違反強制規定或公序良俗。另解釋該借名登記契約之目的及真意，借名登記契約不因借名人黃○清之死亡而終止，被上訴人仍得（因繼承而）繼受該借名登記契約之法律關係。」

肆、視是否具民法第 551 條規定之情形

更有甚者，本文觀察有實務見解以是否具民法第 551 條之情形作為認定，對此可參最高法院 104 年台上字第 1718 號民事判決：「查系爭借名契約係因應日本政府打壓祭祀公業不得已之方法，雖陳○樹（出名人）於二十五年間死亡，惟此事實並未改變，自屬緊急情事，應由陳○樹之繼承人於被上訴人得處理委任事務前，實行必要之處分，即應繼續處理其事務，故系爭借名契約不因陳○樹死亡而消滅。」；最高法院 102 年台上字第 1581 號民事判決：「被上訴人與上訴人之被繼承人王○萬間就系爭土地之借名契約，於王○萬死亡後究否消滅，被上訴人主張因委任事務之性質而不能消滅，或消滅有害於被上訴人利益之虞，上訴人於被上訴人能接受委任事務前，應繼續處理其事務。」由上述裁判內容可知，就借名登記契約當事人一方死亡之處理，司法實務見解迄今未見統一，綜合上述例證，本文認為「見解不一」恐怕才是最符目前實務對此議題態度的描述。

第二項 學者見解

對於上開分歧之實務見解，有學者提出不同看法，其認有效之借名登記契約既定位為類似委任之無名勞務契約，則應適用民法第 529 條之規定，適用委任契約之規定，進而關於借名登記契約之消滅與終止，亦應適用委任關係終止與消滅之規定，準此，應審酌借名登記契約是否有民法第 550 條但書規定之「契約另有訂定」或「因委任事務之性質有不能消滅之情形」而使契約不因當事人死亡而消滅。；或民法第 551 條於委任關係之消滅「有害於委任人利益之虞者」；與民法第 552 條之規定擬制委任存續後，方能判斷該借名之委任關係是否因當事人之死亡而消滅⁹⁴。

第三項 本文見解

關於借名登記契約關係，當事人一方死亡時，該契約關係是否隨之消滅，從上述可以得知，實務與學者間有五種類型的見解：一、為類推適用民法第 550 條本文之規定，認為借名契約因當事人一方死亡而當然消滅；二、借名契約當事人一方死亡時，該契約關係由死亡一方之繼承人繼承之；三、視是否具民法第 550 條但書規定之情形；四、視是否具民法第 551 條規定之情形；五、視是否具民法第 552 條規定之情形。上述五種見解中，由於第三到第五種見解相類似，以下分第一種見解、第二種見解及第三至五種見解，共三大見解進行探討：

⁹⁴ 邱玟惠，借名登記契約當事人死亡之實務爭議---最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決評析，月旦裁判時報，2016 年 9 月，頁 28、29。

就第一種見解，實務見解似乎有意忽略同條但書之規定，且本文整理相關最高法院裁判，也未有法院對於未採納同條但書規定有所說明，或為何僅適用本文規定之敘明，因此，本文認為，於借名契約關係中，倘出名人或借名人一方死亡或均死亡時，若逕自認定其契約因死亡而當然歸於消滅，似有稍嫌速斷之疑慮。

其次，就第二種見解，似乎承認借名登記此一債權契約得作為繼承之標的，此一見解或基於借名登記契約之訂定，當事人間多具較親密之情感關係存在，且當事人或其子女通常知悉借名登記契約關係之存在，於當事人死亡時，由其繼承人繼承該借名契約關係，似可達到當事人欲繼續維持該法律關係之真意。然本文認為，借名登記契約側重當事人之信賴關係，且隨訂定該契約時間之久遠，當事人以外之親屬未必知曉該法律關係之存在，若使出名人或借名人一方死亡時，由其繼承人當然繼承該契約關係，除有違借名登記契約所具備信賴關係之特性外，亦有未能保障該繼承人之虞，應不足採。而關於實務有見解進一步區分出名人與借名人死亡之情形，有論者認為在借名人死亡之情形，因出名人仍保有登記名義之外觀並於契約消滅後履行返還登記之契約目的，故雖借名人死亡，對於該契約之存續應無影響，因此由當事人約定由借名人之繼承人繼承該契約，並無不妥。相反的，在出名人死亡之情形，將造成因出名人死亡而發生登記變更之問題，且考量出名人之繼承人未必符合登記所需之身分資格，與借名人對其亦不定具信賴關係，如強迫出名人之繼承人承受該法律關係，可能造成法律問題之複雜化，甚至侵害其對被繼承人遺產之期待利益，因此，於此情形應不可一概認定契約發生繼承之效力⁹⁵。

⁹⁵黃德聖，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，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2015年6月，頁61-63。

再者，就第三至第五種見解，即分別審酌民法第 550 條但書規定與第 551 條之規定，若當事人間借名契約具「契約另有約定」或「因委任事務性質不能消滅者」之情形，或委任關係之消滅有害於委任人利益之虞，以及民法第 552 條規定所定之情形時，借名登記契約關係繼續有效而不消滅。基於上述不同意見，本文贊同此類型之見解，蓋如前述，借名登記契約除著重出名人與借名人間之信賴關係外，基於契約自由原則，考量該借名登記契約若存在有民法第 550 條但書規定至第 552 條規定情形時，應尊重當事人之真意，而使該等契約繼續有效存在，逕自透過法院解釋而判定借名契約關係是否消滅，似有違背私法自治原則與契約自由主義之精神。

借名登記契約消滅與否，上開實務分歧之見解，除影響當事人間之權利義務關係是否消滅，包括究竟借名登記契約可否作為繼承之標的，尚涉及返還借名登記財產之請求權消滅時效起算時間點，蓋借名人請求出名人返還借名標的之請求權基礎，實務上大致有借名登記契約關係消滅後之返還請求權⁹⁶與依照不當得利請求權⁹⁷之規定兩種見解，不論何者，其消滅時效均為 15 年。有所不同者在於，返還借名登記財產之請求權消滅時效起算時間點，若依照民法第 550 條規定本文之規定，則自當事人死亡時起算；若依照民法第 550 條但書、或有第 551 條與第 552 條規定之情形而不消滅時，則返還請求權之時效，應自當事人終止契約後方才起算。本文認為，借名登記契約於現今社會上普遍存在，且為一繼續性契約之特性，勢必造成當事人一方死亡時該借名契約是否消滅之爭議不斷出現，實務雖正視此一問題，然「類推適用民法第 550 條」究應為類推適用本文或但書，分歧之主張讓人民遇此紛爭進入法院時如進入賭場般，不僅產

⁹⁶參最高法院 104 年台上字第 847 號民事判決。

⁹⁷參最高法院 102 年台上字第 2399 號民事判決。

生無法預測法院所採心證結果之不安定感外，更易流為法官造法與法律適用突襲之弊端浮現。



第五章 結論與建議

第一節 結論

關於借名登記契約之定義，觀司法實務與學者迄今仍未能有一致之解釋，在實務見解方面，有認為借名登記契約係指：「當事人約定，一方將所有應經登記之財產，以他方為登記名義人，而自己仍保留管理、使用、收益及處分之權之契約，惟目的需無違強制、禁止規定或悖於公序良俗且原因必須正當」；另有認為，係指：「一方應經登記之財產，當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記而他方同意就該財產為出名登記之契約，惟自己仍保有管理、使用、處分之權。」；至於學者見解方面，有認為應依當事人所約定之借名登記財產標的予以區分，若於不動產與權利借名登記之情形應為：「當事人約定，一方（出名人）將其名義提供他方（借名人）辦理登記並受讓所有權或權利，惟對該財產之管理、使用、收益與處分均由他方（借名人）為之。」；而於準不動產和一般動產借名登記之情形則為：「當事人約定，一方（出名人）單純將其名義提供他方（借名人）辦理登記。」另有認為，係指當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人而言。本文認為，既然此種契約關係已為司法實務與學者普遍承認，對其定義之闡述應有統一之文字規範較為妥適，簡化此種契約類型之特徵，宜定義為「一、一方（借名者）以他方（出名者）之名義，將借名者所有之財產或權利登記在他方（出名者）之名下，二、借名者對該財產或權利仍保有使用、管理，及處分之權。」之設計，應較能清楚先行判斷當事人間之法律關係是否為借名登記契約關係。

又消極信託與借名登記二者有相類似之性質，因此，在信託法制定以前，司法實務普遍以消極信託來定義借名登記法律關係，惟信託法制定後，現行信託法對於信託之定義與借名登記契約之定義已有不同，前者係委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係；後者則指借名者以出名者之名義，將借名者所有之財產或權利登記在出名者之名下，但借名者對該財產或權利仍保有使用、管理及處分之權。再者，信託法未明文規定消極信託之下，遂使借名登記契約無法與信託行為比附援引，基於借名登記契約屬無名契約，有必要參酌我國民法相關有名契約之相關規定，找出屬性相類似之要素予以援用方為妥適，即透過類推適用民法有關委任契約等之相關規定來加以處理借名登記契約之法律關係，特別係指借名登記契約在契約終止與消滅上之法律關係之類推適用。

多數學者主張借名登記契約之合法性認定，須視個案判斷，尚不得直接認定其為有效或無效，須先本於契約自由原則下，探求當事人之真意，始得認定其效力。惟名不符實為借名登記制度最大特性之一，倘出名人僅出具名義，而借名人為從事實際交易之行為人，對於講究公示原則之我國登記制度，恐造成對於第三人之損害，無助於健全經濟社會之發展，多數學說及實務見解認為，借名登記契約合法性應視個案而定。稍有疑問在於，借名登記契約合法性之判斷是否應審查脫法行為，實務與學者迄今之見解仍未明確，又多數學者雖認為，脫法行為僅為法律解釋之問題，然是否得據此否定脫法行為作為判斷借名登記契約效力之依據。本文認為，宜援用民法法理加以適用，作為輔助判斷借名登記契約效力之依據。

於借名登記法律關係在刑事領域方面，以勇哥炒房案例，如當事人間之借名登記原因在刑事上被認為不法者，可否認為民事法上之借名登記契約亦同為無

效，對此該等判決並未明確說明，若當事人間之借名登記原因在刑事法上認定為不法，則於民事法上通常亦會被認定違反民法強行規定或公序良俗，故而，該借名登記契約亦應連動認定為無效，似較妥適。另外，我國土地登記機關對土地登記之案件，究竟採形式審查抑或實質審查主義向來為我國實務上之爭議，蓋地政機關對於當事人物權變動之聲請登記審查權限，我國目前通說雖採實質審查，然地政機關並無法真正落實實質審查之機制，往往僅能以形式審查方式為不動產登記，造成當事人間借名登記之原因為何難以審查，且亦影響不同法領域之案件判斷，如上述所舉土地假買賣之案件中，不同的審查標準將影響行為人在刑事上是否成立刑法使公務員登載不實之犯罪，如此是否對人民保障有所不足，實有可議之處。

探查外國立法例，韓國出現與我國相類似之借名登記文化，其稱為「名義信託」，與我國借名登記契約相同者，均指當事人約定，由一方保有所有權與管理、使用及收益信託財產之權；他方則以一方之名義於登記簿上充當所有權之人。早期此一制度廣泛為韓國實務所承認，並且肯認其合法性。惟由於韓國不動產登記制度欠缺公信力，關於不動產物權之變動不具對世性之效果，且登記機關公務員僅能作形式審查，不能實質審查當事人間實際權利義務關係為何，造成名義信託在韓國社會普遍盛行之後，開始出現名義信託人利用名義信託無須登記即可進行不動產之交易之便利性，進而作為投機、逃稅與規避法律之手段，阻礙韓國經濟之運行，影響市場交易之健全。為解決此亂象，韓國立法者遂制定「不動產實名登記法」，嚴格規範禁止借名登記之契約關係，將實質所有人與形式所有人名實不符之登記行為，一律視為無效，併課徵金、限期履行強制履行金、罰鍰與有期徒刑等處罰。政府透過該法一律加以禁止之作法，似未達立法者當初所期望之結果，反造成社會秩序之混亂。韓國關於「不動產實

名登記法」之立法，實值得作為我國未來研究借名登記契約制度之參考與借鏡。

另外，對於借名登記契約當事人死亡時，該契約關係究是否隨之消滅抑或得由繼承人繼承而繼續有效，其處理方式，實務與學者間存在五種不同類型的見解：一、為類推適用民法第 550 條本文之規定，認為借名契約因當事人一方死亡而當然消滅；二、借名契約當事人一方死亡時，該契約關係由死亡一方之繼承人繼承之；三、視是否具民法第 550 條但書規定之情形而定存續；四、視是否具民法第 551 條規定之情形而定存續；五、視是否具民法第 552 條規定之情形而定存續。

本文認為，由於借名登記契約之重要特徵為出名人與借名人間之信賴關係，且本於私法自治原則與契約自由原則，在借名登記契約尚未明文立法之前，若強制使該等契約關係因當事人死亡而消滅，似與前述原則相違背，因此，較妥適之處理方式，係考量該借名契約若存在有如民法第 550 條但書當事人另有約定時，應尊重當事人之真意來決定契約是否消滅。尤有甚者，如有民法第 551 條至 552 條所定情形時，亦應納入決定借名登記契約是否消滅之因素，如此一來，方能更徹底維護私法自治之精神，同時維護不動產交易市場之安全。

第二節 建議

第一項 借名登記契約中落實公證制度

由於借名登記契約在社會上普遍存在，如其不違反公序良俗或強制規定，本於契約自由、私法自治原則，司法實務與學者多數見解均承認其有效性。然借

名登記契約之存在，往往造成實務上對於契約當事人關於借名登記之目的是否正當、是否確實約定借名登記契約等審查之困難，且隨訂立契約時間久遠，也造成舉證之不易，因此，借名登記契約應具公證之實益。公證法第 15 條規定：「公證人非有正當理由，不得拒絕請求人之請求。公證人拒絕請求時，得以言詞或書面為之。但請求人要求說明其理由者，應付與理由書。」；又公證法第 70 條規定：「公證人不得就違反法令事項及無效之法律行為，作成公證書。」因此，借名登記契約中如有規避法律強制規定或逃避稅捐等不法目的，公證人透過其專業之審查發現該等情形時，應予拒絕，否則公證人對於當事人借名登記契約作成公證之請求，應予公證或認證⁹⁸，透過辦理公證，可減少不合正當目的之借名登記行為。

另外，公證法第 71 條規定：「公證人於作成公證書時，應探求請求人之真意及事實真相，並向請求人說明其行為之法律上效果；對於請求公證之內容認有不明瞭、不充足或依當時情形顯失公平者，應向請求人發問或曉諭，使其敘明、補充或修正之。」賦予公證人闡明義務，公證人除要探求當事人真意外，尚需使當事人明瞭法律行為之效果，如當事人對於內容有不瞭解、不充足或依當時情形顯失公平者，應發問或曉諭，使其敘明、補充或修正之，在不動產交易過程中，公證人扮演保障交易安全之重要角色⁹⁹。

當事人一方就自己財產，移轉予他人名下，或以他人名義登記，其間所可能成立之法律行為態樣繁多，舉凡借名登記、信託行為或贈與等，當事人真意為何可透過公證人之專業作成公證書，來加以確認並予以法律定性。且由於借名

⁹⁸ 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 36。

⁹⁹ 謝永誌，建立我國不動產交易安全制度之研究，公證法學，第 4 期，2007 年 12 月，頁 227-243。

登記契約屬繼續性契約，隨時間之經過或年代之久遠契約或當事人死亡發生繼承時，繼承人對於該契約所約定之內容發生爭議時，往往難以蒐集事證來舉證證明，因此，經由辦理公證亦具有保存證據之實益。另外，借名登記契約所隱含名實不符之特性，加上該等契約當事人僅為債之關係，實務上雖承認其效力，然對於當事人間仍存有不確定之風險。故而，如當事人真意在於成立贈與契約，則公證人應依公證法第 71 條規定進行闡明，如當事人真意僅在成立借名登記行為，則公證人應就借名登記契約予以公證，公證制度具有引導人民作成良好法律規劃之功能，對於不熟諳法律之人民更可使其獲得實質之法律保障¹⁰⁰。

第二項 借名登記契約之立法芻議

如前所述，隨國民經濟之發展與人民生活水準之提高，借名登記契約所涉相關爭議不斷擴大，加上實務上多以不動產借名登記之案件為主，其財產價值甚高，此類契約形態在現今台灣社會上具相當程度之普遍性，需要引起有識之士的密切關注。惟是類契約非如有名契約般，有法律明文之規範，可為當事人所遵循，司法實務與多數學者，大多透過類推適用民法關於委任之規定來處理借名登記契約所生之法律問題，然民法委任契約之性質畢竟與借名登記契約存在諸多相異之處，現今我國民法之立法規定顯然不能因應社會發展之需要，立法者對此有必要建立一套完善之借名登記制度使人民獲得更妥適之法律保障，期盼未來立法者盡速明文立法，使相關爭議得以解決。

¹⁰⁰ 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 36-37、41。

因此，本文認為，就借名登記制度而言，在立法上應從壹、借名登記契約之定義；貳、借名登記契約雙方當事人之權利義務關係；參、借名登記契約當事人死亡時之處理等方面著手，於民法所規定委任契約之後增訂其條文，以下分述之：

壹、借名登記契約之定義

將歷來司法實務與學者間對於借名登記契約之見解，於我國民法所規範委任契約之後，可定義如下：「稱借名登記者，謂當事人約定，一方以他方之名義，將一方所有之財產或權利登記在他方之名下，一方對該財產或權利仍保有使用、管理，及處分之權。前項借名登記契約應由公證人作成公證書。」

貳、借名登記契約雙方當事人之權利義務

一、出名人之權利義務

(一) 出名人之權利

1、必要費用請求權

按借名登記契約關係中，雖借名登記之財產係登記在出名人名下，惟實際財產之管理、使用、收益及處分權均歸借名人享有，因此，基於管理所生如土地稅賦或購地貸款利息等金錢亦應由其繳納，然倘借名人未按時繳納相關費用，致出名人遭地政機關依登記外觀為出名人名義向其為遲延繳納之處罰時，出名人如先行墊付，則該筆費用支出，鑑於借名登記與委任契約類似，宜立法允出

名人得參酌民法第 546 條之規定向借名人主張必要費用請求權¹⁰¹，因此，宜立法為「出名人因處理委任事務，支出之必要費用，借名人應償還之，並付自支出時起之利息。」

2、報酬請求權

按借名登記契約非必為有償契約性質，且若當事人約定為有償契約，有學者認為，亦非提供名義擔任出名人之對價¹⁰²，因此，有論者認為借名登記契約當事人多基於情感因素所生之信任關係，將所有之財產以出名人名義登記之情形，且該報酬非提供名義對價下，除當事人間約定一定報酬之給付外，無從參照民法第 547 條規定，認為借名登記契約當事人若無約定情況下，得以習慣或委任事務之本質認為出名人享有報酬請求權¹⁰³，是以，本文認為，宜立法為「借名登記契約當事人間約定報酬者，出名人得對借名人請求報酬。」

(二) 出名人之義務

按借名登記契約係指當事人一方（借名人）借用他人（出名人）名義，將一方（借名人）所有之財產或權利，登記在他方（出名人）名下，是借名登記契約當事人之主要締約內容，僅在於借名人以出名人之名義，登記為系爭標的財產之所有人或其他權利人，因此，出名人負有完成出借名義之義務，此亦為出名人於借名登記中唯一的主給付義務，將來借名登記契約關係不存在或無法繼續維持時，出名人自負有將標的物財產回復登記予借名人之義務。

¹⁰¹ 黃德聖，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，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2015 年 6 月，頁 71。

¹⁰² 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。

¹⁰³ 黃德聖，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，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2015 年 6 月，頁 72。

由於作為借名登記契約之態樣甚多，除不動產外，尚包括如汽車、股票等，因此有學者認為借名登記契約返還之方式應視其標的物財產類型而定，如出名人經登記為不動產或動產之所有人或其他物權人者，應以移轉所有權或其他物權之方式（民法第 758 條、第 761 條），使借名人成為新所有人或物權人。再者，如出名人經登記為債權之名義上權利人時，應以更名或讓與債權之方式，使借名人成為新權利名義人¹⁰⁴。鑑於不動產經濟價值重大，本文認為，宜特別針對不動產類型的借名登記契約進行立法，增訂其內容為「出名人負有出借其名義之義務，於借名登記契約關係消滅時，應將借名登記財產回復登記予借名人所有。」

二、借名人

（一）借名人之權利

1、借名登記財產之使用、收益、管理及處分之權

借名登記契約之主要特徵，除借名人將其財產借用他人名義登記外，借名人通常亦為該借名登記財產之實際所有人，因此，借名人對該財產仍保有管理、使用、收益、與處分之權能，因此，宜立法為「借名人對借名登記之財產保有管理、使用、收益及處分之權。」

2、契約上之回復登記請求權

依照借名登記契約之性質，於借名登記契約關係結束時，借名人得對出名人請求回復財產登記為其所有，自屬當然，而關於請求返還登記之請求權基礎，

¹⁰⁴ 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月，頁 131。

司法實務上以類推適用民法第 541 條¹⁰⁵之規定處理，其中類推適用第一項¹⁰⁶與第二項¹⁰⁷之實務見解皆有之，本文認為，基於借名登記契約中，借名人方為真正實際所有權人，而出名人僅同意出借其名義為登記而已，並無為借名人處理借名登記事務之權限，因此，性質上類推適用第二項之規定應較妥適，故宜立法為「借名登記契約關係結束時，出名人以自己之名義，為借名人取得之權利，借名人得請求出名人回復登記為其所有。」

3、債務不履行損害賠償請求權與不當得利請求權

出名人違反借名登記契約逕自處分財產與第三人時，應屬違反契約法之給付義務，借名人自得依契約關係請求債務不履行之損害賠償，同時，借名人亦得依不當得利之規定請求出名人返還其所得之利益。有疑問者，若出名人明知不得處分借名財產，仍違反借名登記契約逕行處分該財產與第三人時其效力如何，換言之，借名人可否依據民法第 767 條物上返還請求權之規定，請求第三人返還，早期最高法院之見解大多採無權處分說¹⁰⁸，學者亦有採之¹⁰⁹，但近期最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議表示：「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

¹⁰⁵ 民法第 541 條規定：「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（第一項）。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（第二項）。」

¹⁰⁶ 如最高法院 95 年度台上字第 1037 號民事判決。

¹⁰⁷ 如最高法院 103 年度台上字第 29 號民事判決。

¹⁰⁸ 如最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 1114 號民事判決參照。

¹⁰⁹ 詹森林，出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任，臺灣法學雜誌，2011 年 10 月，第 186 期，頁 54。

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。」

由此可知，司法實務已改採有權處分說，其認為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。依此見解，對於借名登記財產之所有權歸屬，最高法院已朝土地或登記簿上登載之狀態為判斷，既出名人為形式上之登記名義人，自應由其取得所有權，因此，借名人即無法依照民法第 767 條規定，請求出名人或第三人返還該財產，然有學者見解認為，借名人因此所受財產損害，得由其與出名人間內部之借名登記契約，對出名人請求債務不履行損害賠償或不當得利¹¹⁰。關於債務不履行損害賠償請求權基礎，本文認為可以參考民法第 544 條之規定¹¹¹進行立法，實務見解亦有採之¹¹²；關於不當得利請求權基礎，則可以參考民法第 179 條之規定進行立法，實務見解亦有採之¹¹³。因此，宜立法為「出名人違反借名登記契約逕自處分財產與第三人時，借名人得對出名人請求債務不履行損害賠償或不當得利。」

4、侵權行為損害賠償請求權

在出名人違反借名登記契約之處分中，如出名人與受讓財產之第三人於處分時均知悉借名登記關係存在，則有學者認為，於此情形屬故意以背於善良風俗之方法侵害借名人利益之行為，則借名人應得對於出名人與惡意第三人主張共同

¹¹⁰ 吳從周，我國不動產借名登記契約之發展現狀——特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動，軍法專刊，2015 年 8 月，第 61 卷第 4 期，頁 66。

¹¹¹ 民法第 544 條規定：「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。」

¹¹² 如最高法院 98 年度上字第 709 號民事判決參照。

¹¹³ 如最高法院 99 年度上字第 1422 號民事判決參照。

侵權行為之損害賠償（民法第 184 條第一項後段、第二項規定與民法第 185 條第一項前段規定）¹¹⁴，此項見解殊值贊同，因此，宜立法為：「出名人明知違反借名登記契約，逕自處分與惡意第三人時，借名人得對出名人與該惡意第三人請求共同侵權行為損害賠償。」

（二）借名人之義務

1、使出名人成為登記名義人之義務

為符借名登記契約以借用他人名義進行財產登記之目的，借名人即負有使出名人成為登記名義人之義務，因此，宜立法「借名登記契約，借名人負有使出名人成為登記名義人之義務。」

2、支付報酬之義務

同前述，借名登記契約當事人若約定借名人需支付報酬者，則借名人負有支付報酬與出名人之義務，因此，宜立法「借名登記契約當事人間約定報酬者，借名人負有支付報酬與出名人之義務。」

3、支付不動產買賣價金或其他對價與相關賦稅之義務

又基於借名登記契約之性質，借名人對借名登記之財產因保有管理、使用、收益與處分之權能，因此，對於該財產管理所衍生之相關購地費用、土地稅收或利息等金錢，借名人應負擔繳納之義務，宜立法為「借名人對於借名登記財產一切稅捐，由借名人負擔。」

4、必要費用償還義務

¹¹⁴ 林誠二，借名登記財產之請求權返還方式，月旦法學教室，2017 年 11 月，第 181 期，頁 11。

同前述，出名人如代繳納本應由借名人所支出之相關稅收，此等必要費用借名人應償還之，因此，宜立法為「出名人因處理借名登記事務，支出之必要費用，借名人應償還之。」

參、借名登記契約當事人死亡時之處理

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。」；民法第 551 條規定：「前條情形，如委任關係之消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人或其繼承人或其法定代理人，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。」；民法第 552 條規定：

「委任關係消滅之事由，係由當事人之一方發生者，於他方知其事由或可得而知其事由前，委任關係視為存續。」故如借名登記契約存有民法第 550 條但書規定，即當事人另有約定時，應尊重當事人之真意來決定契約是否消滅；另如有民法第 551 條至 552 條所定情形時，亦應並納入決定借名登記契約是否消滅之因素，因此，宜立法為「借名登記契約於當事人一方或雙方死亡時，準用民法第 550 條至民法第 552 條之規定。」

肆、立法條文之綜整

綜上所述，本文將立法條文綜整如下：

一、 定義

「稱借名登記者，謂當事人約定，一方以他方之名義，將一方所有之財產或權利登記在他方之名下，一方對該財產或權利仍保有管理、使用、收益及處分之權。前項借名登記契約應由公證人作成公證書。」

二、 出名人權利義務

(一) 出名人之權利

1、「出名人因處理委任事務，支出之必要費用，借名人應償還之，並付自支出時起之利息。」

2、「借名登記契約當事人間約定報酬者，出名人得對借名人請求報酬。」

(二) 出名人之義務

「出名人負有出借其名義之義務，於借名登記契約關係消滅時，應將借名登記財產回復登記予借名人所有。」

三、 借名人權利義務

(一) 借名人之權利

1、「借名人對借名登記之財產保有管理、使用、收益及處分之權。」

2、「借名登記契約關係結束時，出名人以自己之名義，為借名人取得之權利，借名人得請求出名人回復登記為其所有。」

3、「出名人違反借名登記契約逕自處分財產與第三人時，借名人得對出名人請求債務不履行損害賠償或不當得利。」

4、「出名人明知違反借名登記契約，逕自處分與惡意第三人時，借名人得對出名人與該惡意第三人請求共同侵權行為損害賠償。」

(二) 借名人之義務

1、「借名登記契約，借名人負有使出名人成為登記名義人之義務。」

2、「借名登記契約當事人間約定報酬者，借名人負有支付報酬與出名人之義務。」

3、「借名人對於借名登記財產一切稅捐，由借名人負擔。」

4、「出名人因處理借名登記事務，支出之必要費用，借名人應償還之。」

四、借名登記契約事人死亡之處理

「借名登記契約於當事人一方或雙方死亡時，準用民法第 550 條至民法第 552 條之規定。」



參考文獻

一、專書（按姓名筆劃排序）

- 1、 日據時期祭祀公業及在臺灣特殊法律之研究(改訂版)，臺灣省文獻委員會編印，民國 72 年 6 月。
- 2、 王澤鑑，民法總則，三民出版，2004 年 3 月。
- 3、 王澤鑑，民法總則，三民出版，2009 年 6 月。
- 4、 史尚寬，債法各論，1986 年 11 月。
- 5、 史尚寬，繼承法論，1975 年 10 月。
- 6、 林誠二，債法總論新解體系化解說（上），瑞興出版，2010 年 9 月初版。
- 7、 邱聰智，新定債法各論（上），元照出版，2002 年 10 月。
- 8、 施啟揚，民法總則，三民出版，2008 年 8 月 8 日。
- 9、 孫森焱，新版民法債編總論（上冊），三民出版，2003 年 2 月修訂版。
- 10、 崔吉子，韓國物權法專題研究，北京大學出版，2013 年 4 月。
- 11、 陳自強，契約之成立與生效，學林出版，2002 年 3 月。
- 12、 陳清秀，稅法總論，元照出版，2010 年。
- 13、 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，三民出版，2013 年 9 月。
- 14、 溫豐文，土地法，2015 年 8 月修訂版。
- 15、 楊松齡，實用土地法精義，五南出版，2009 年。
- 16、 謝在全，民法物權論（上冊），三民出版，2004 年 8 月。

二、期刊文章（按姓名筆劃排序）

- 1、 吳宜勳，借名登記與公證之探討，公證法學，第 8 期，2012 年 4 月。
- 2、 吳從周，我國不動產借名登記契約之發展現狀---特別著重觀察內部效力與外 部效力演變之互動，軍法專刊，第 61 卷第 4 期，2015 年 8 月。
- 3、 吳耀宗，使公務員登載不實罪—評最高法院九十一年度台上字第二四三一號裁判及相關實務見解，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月。
- 4、 卓心雅，論不動產借名登記契約——以所有權歸屬為中心，法學新論，第 33 期，2011 年 12 月。
- 5、 林誠二，借名登記財產之請求權返還方式，月旦法學教室，2017 年 11 月，第 181 期。
- 6、 林更盛，法律行為的限制——「強制或禁止之規定」_最高法院七十四年台上字第七〇三號民事判例，月旦裁判時報，2011 年 4 月，第 8 期。
- 7、 邱玟惠，借名登記契約當事人死亡之實務爭議---最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決評析，月旦裁判時報，2016 年 9 月。
- 8、 張新楣，借名登記契約之爭議問題—以我國實務判決為中心（上），司法周刊，第 1830 期，2016 年 12 月 23 日。
- 9、 張新楣，借名登記契約之爭議問題—以我國實務判決為中心（下），司法周刊，第 1831 期，2016 年 12 月 30 日。
- 10、 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。
- 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台上字第二〇二八號民事判決，全國律師，2005 年 5 月。
- 12、 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，2003

年 2 月。

- 13、詹森林，出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任，臺灣法學雜誌，2011 年 10 月，第 186 期。
- 14、蔡晶瑩，論借名登記契約／最高院 100 台上 2101 判決，台灣法學雜誌，第 242 期，2014 年 2 月 15 日。
- 15、謝永誌，建立我國不動產交易安全制度之研究，公證法學，第 4 期，2007 年 12 月。
- 16、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其十六號判決，月旦裁判時報，2010 年 2 月。
- 17、謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為－實務相關判決評釋，月旦法學雜誌，第 132 期，2006 年 5 月。

三、法院判解(按審級排序)

(一) 最高法院

1、決議

最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議。

2、法律座談會

司法院 (80) 廳刑一字第 562 號法律座談會。

3、判例

- (1) 最高法院 62 年台上字第 2996 號判例。
- (2) 最高法院 63 年度台上 1895 號判例。
- (3) 最高法院 66 年台再字第 42 號判例。
- (4) 最高法院 91 年台上字第 1926 號判例。

3、判決

- (1) 最高法院 52 年台上字第 666 號民事判決。
- (2) 最高法院 71 年台上字第 2052 號民事判決。
- (3) 最高法院 75 年度台上字第 2240 號民事判決。
- (4) 最高法院 79 年度台上字第 2757 號民事判決。
- (5) 最高法院 83 年度台上字第 3172 號判決民事判決。
- (6) 最高法院 85 年度台上字第 294 號民事判決。
- (7) 最高法院 88 年度台上字第 2115 號民事判決。
- (8) 最高法院 89 年度台上字第 1119 號民事判決。
- (9) 最高法院 91 年台上字第 1871 號民事判決。
- (10) 最高法院 92 年度台上字第 1054 號民事判決。
- (11) 最高法院 94 年台上字第 362 號民事判決。
- (12) 最高法院 94 年台上字第 953 號民事判決。
- (13) 最高法院 94 年台上字第 907 號民事判決。
- (14) 最高法院 94 年度台上字第 130 號民事判決。
- (15) 最高法院 95 年台上字第 1037 號民事判決。
- (16) 最高法院 97 年台上字第 1652 號民事判決。
- (17) 最高法院 97 年台上字第 2445 號民事判決。
- (18) 最高法院 98 年度台上字第 1048 號民事判決。
- (19) 最高法院 98 年台上字第 76 號民事判決。
- (20) 最高法院 98 年台上字第 709 號民事判決。
- (21) 最高法院 99 年台上字第 1422 號民事判決。
- (22) 最高法院 99 年台上字第 226 號民事判決。

- (23) 最高法院 99 年度台上字第 1114 號民事判決。
- (24) 最高法院 99 年台上字第 1424 號民事判決。
- (25) 最高法院 100 年台上字第 1001 號民事判決。
- (26) 最高法院 100 年度台上字第 600 號民事判決。
- (27) 最高法院 102 年度台上字第 1088 號民事判決。
- (28) 最高法院 102 年度台上字第 2399 號民事判決。
- (29) 最高法院 102 年台上字第 1581 號民事判決。
- (30) 最高法院 102 年度台上字第 1729 號民事判決。
- (31) 最高法院 103 年度台上字第 2405 號民事判決。
- (32) 最高法院 103 年度台上字第 29 號民事判決。
- (33) 最高法院 103 年度台上字第 1519 號判決。
- (34) 最高法院 103 年度 台上字第 1519 號民事判決。
- (35) 最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決。
- (36) 最高法院 104 年度台上字第 1362 號民事判決。
- (37) 最高法院 104 年度 台上字第 350 號民事判決。
- (38) 最高法院 104 年台上字第 1718 號民事判決。
- (39) 最高法院 104 年台上字第 847 號民事判決。
- (40) 最高法院 105 年度台上字第 600 號民事判決。
- (41) 最高法院 106 年台上字第 1157 號民事判決。

4、裁定

- (1) 最高法院 90 年度台聲字第 534 號民事裁定。
- (2) 最高法院 104 年台上字第 847 號民事裁定。
- (3) 最高法院 104 年台上字第 1682 號民事裁定。

(二) 高等法院

- (1) 臺灣高等法院臺南分院 88 年度上字第 435 號民事判決。
- (2) 臺灣高等法院 95 年度上更(一)字第 147 號民事判決。
- (3) 臺灣高等法院 95 年度勞上易字第 93 號民事判決。
- (4) 臺灣高等法院 95 年度重上更(一)字第 213 號民事判決。
- (5) 臺灣高等法院 98 年度上字第 978 號民事判決。
- (6) 臺灣高等法院臺中分院 99 年重上字第 85 號民事判決。
- (7) 臺灣高等法院 99 年建上更(一)字第 18 號民事判決。
- (8) 臺灣高等法院 100 年度重上字第 629 號民事判決。
- (9) 臺灣高等法院臺中分院 102 年度上訴字第 1236 號刑事判決。

(三) 地方法院

臺灣台北地方法院 102 年度金重訴字第 3 號刑事判決。

四、碩士論文

1. 黃德聖，「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」，國立政治大學法律學系碩士論文，2015 年 6 月。
2. 卓進仕，「論繼承之標的-以法律關係之繼承為中心」，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994 年 5 月。
3. 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，2014 年 1 月。

五、網路資源

1. 月旦法學資料庫，

<http://www.lawdata.com.tw/anglekmc/lawkm?68:2080262234:20:/disk1/lawkm/ttswebx.ini:::@SPAWN>。

2. 法源法律網，<https://www.lawbank.com.tw/#>。
3. 司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。
4. 臺灣博碩士論文知識加值系統，<https://etds.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gswweb.cgi/ccd=Yk95E6/webmge?switchlang=en>。

