

新北市政府 109 年度自行研究報告

我國不動產借名登記契約之出名
人逕為處分效力探討

研究機關：新北市樹林地政事務所

研究人員：廖庭卉

研究期程：109.01.01-109.10.31

新北市政府 109 年度自行研究成果摘要表

計畫名稱	我國不動產借名登記契約之出名人逕為處分效力探討
期程	自 109 年 1 月 1 日至 109 年 10 月 31 日
經費	—
緣起與目的	<p>按最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議來看，於借名登記契約終止前，出名人違反契約約定逕行處分標的不動產之效力得分為有權處分說、折衷說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分）及無權處分說，然不動產借名登記契約雖屬債權契約，卻隱然影響了一定的物權關係，故於契約成立後，首要確立者乃標的不動產所有權之歸屬，且因不動產借名登記將可能導致登記名義人與實質權利人不一之情形，於出名人違反契約約定逕行處分標的不動產前提下，牽涉到借名人之救濟方式，另於無權處分說下，學說理論及實務見解就該處分行為之第三人有無登記公信力之適用亦有不同見解；再者，何種理論更能有效確保交易安全並兼顧實質權利人權益，以及將對不動產借名登記契約之當事人雙方造成何種影響，乃為本文主要所欲探討者。</p> <p style="text-align: right;">次者，依照司法院 28 年院字第 1919 號解釋之意旨，其</p>

	<p>揭開了財產法的一個法理，即並非要在保護交易安全之必要限度以外剝奪真正的權利，真正權利及交易安全的保護，乃財產法之兩大課題，也是物權和債權之區分，或權利是否對第三人有拘束力，在解釋適用時所應權衡的兩大價值；是故，本文認為於訂定不動產借名登記契約之情況下，尤其是出名人違反契約約定逕行處分標的不動產情形，亦應衡量真正權利及交易安全之保護以符合前述法理。</p>
<p>方法與過程</p>	<p>本文主要透過文獻探討法之運用，探討不動產借名登記契約出名人違反契約約定逕行處分標的不動產之效力；同時嘗試透過法律經濟分析以釐清出名人違背不動產借名登記契約約定逕行處分標的不動產時，其處分行為效力究應採有權處分說、折衷說，抑或無權處分說，何者更能有效確保交易安全並兼顧實質權利人權益，以及將對該契約之當事人雙方造成何種影響，以供後續研議有無擬定保護借名人權益機制之必要。</p>
<p>研究發現及建議</p>	<p>本文主要係探討出名人違背該契約約定逕為處分標的財產之效力，蓋以不動產物權變動過程來看，本文肯認出名人成為借名登記不動產法律上之所有權人，故其逕為處分不</p>

	<p>動產是為有權處分，如此較符合現行法律制度及基本法理，但同時基於惡意不受保護原則及優勢風險承擔原則，以及交易成本之考量，就借名人與惡意相對人間之利益衡量，不應給予該惡意相對人法律上之保護，而應有保護借名人權益之機制存在，以符真正權利與交易安全保護之平衡；是以，若按目前學說理論關於保護借名人權益之方法，本文認為賦予不動產借名登記契約登記對抗力是為保護借名人權益之最有效率機制，且對交易安全負面影響最小。</p>
備註	

摘要

所謂不動產借名登記契約，乃係指當事人間約定，一方經他方同意，將屬於一方現在或將來之不動產，以他方之名義，登記為所有權人，且實際管理、使用、收益、處分權限通常均由一方行使之契約。倘從最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議來看，該決議應係以不動產借名登記契約有效成立之前提下進行探討；再者，從前揭決議內容來看，最高法院似乎更傾向於交易安全之保障，惟如此將有於保護交易安全必要限度外剝奪真正權利之疑慮。

文章主要透過文獻探討法及法律經濟分析之運用，探討出名人違背該契約約定逕為處分標的財產之效力，蓋以不動產物權變動過程來看，本文肯認出名人成為借名登記不動產法律上之所有權人，故其逕為處分不動產是為有權處分，如此較符合現行法律制度及基本法理，但同時基於惡意不受保護原則及優勢風險承擔原則，以及交易成本之考量，就借名人與惡意相對人間之利益衡量，不應給予該惡意相對人法律上之保護，而應有保護借名人權益之機制存在，以符真正權利與交易安全保護之平衡；是以，若按目前學說理論關於保護借名人權益之方法，本文認為賦予不動產借名登記契約登記對抗力是為保護借名人權益之最有效率機制，且對交易安全負面影響最小。

目錄

壹 研究背景及動機	1
貳 研究範圍及方法	4
一、研究範圍.....	4
二、研究方法.....	5
(一)文獻探討法.....	5
(二)法律經濟分析.....	6
參 文獻回顧及議題探討	9
一、出名人逕為處分效力探討.....	10
(一)學說理論.....	10
(二)實務見解.....	22
(三)綜合評析與意見.....	37
二、不動產借名登記契約採登記對抗之可行性分析.....	70
(一)真正權利及交易安全保護平衡之必要性.....	70
(二)有權處分說下借名人權益保護機制之抉擇與建構.....	74
三、小結.....	111
肆 結論與建議	114
一、結論.....	114
二、後續研究建議.....	117
參考文獻	119
一、書籍.....	119
二、期刊、研討會論文.....	124
三、學位論文、計畫報告書.....	130
四、網頁資料.....	130

圖目錄

圖 1：出名人逕為處分效力之各說架構圖	40
圖 2：不動產借名登記關係下真正權利保護與交易安全保護之關聯圖	65
圖 3：出名人逕為處分之有權處分說及無權處分說下成本變動圖	66

表目錄

表 1：出名人逕為處分之處分行為效力—實務見解表（無權處分說）	25
表 2：出名人逕為處分之處分行為效力—實務見解表（有權處分說）	28
表 3：COASE 定理交易成本表	58
表 4：有權處分說及無權處分說之社會成本比較表	63
表 5：現行民法中債權契約對世效力基礎表	92

壹 研究背景及動機

民國 106 年 2 月 14 日最高法院作出第三次民事庭會議決議¹，其會議內容係有關於不動產借名登記成立之際，出名人未經借名人同意即將該不動產移轉予第三人，則出名人之處分行為效力應當為何？就此問題共提出三說，分別為有權處分說、折衷說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分）²，以及無權處分說³，決議最後採行甲說（有權處分說），亦即：「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。」

不動產借名登記之原因百百種，惟其所產生之問題主要在於出名人扮演著「人頭」角色，即僅為形式上權利人，並非真正權利人，理應無權利處分標的財產，若出名人與借名人彼此間發生爭議，則可能

¹ 司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

² 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。

³ 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。

涉及舉證之責任及方式；次倘出名人與第三人從事以該借名登記財產為標的之交易，於無權處分說下，該第三人即有可能遭受不測損害，換言之，借名人得請求塗銷財產之移轉登記，又若該第三人因善意受到信賴登記制度之保障，即會產生財產權與交易安全何者應優先保障之問題⁴；於目前實務見解及學說理論對於無權處分說下之第三人究竟是否受有土地登記公信力保護，其見解並不統一，應予以一併整理。

再者，由於不動產所有權依法律行為而為變動須賴土地登記始得發生效力，且不動產物權係以登記為公示方法，進而產生登記之推定力，此似乎是最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議之立論基礎；倘從前揭決議內容來看，可知最高法院係肯認借名登記契約雖有效成立，惟不具對抗第三人之物權效力，同時因該不動產所有權登記於出名人名下，故其違反借名登記契約之處分行為為有權處分，亦即透過土地登記之效力，將債權效力及物權效力予以明確劃分，賦予出名人（名義權利人）處分該不動產之權能（有權處分說），故處分行為之相對人亦無主張登記公信力保護之必要。綜上所敘，倘將借名人及交易第三人權益進行利益衡量，最高法院似乎更傾向於交易安全之保障，即不論該第三人善意與否均得取得不動產所有權，但如此將有於保護交易安全必要限度外剝奪真正權利之疑慮，惟若採行無權處分

⁴ 湯文章，2018，土地登記與物權變動—從借名登記、註記登記及塗銷登記論公平與效率的均衡，司法院司法行政廳，臺北市，頁 86。

說，又將降低登記之公示作用，是故，該採行何種學說便顯示出真正權利及交易安全保護間衡平之重要性。

貳 研究範圍及方法

一、研究範圍

本文研究範圍係以標的為不動產之借名行為，且該行為態樣涉及土地登記為主要探討對象，亦即不動產借名登記契約，所謂之不動產係指土地及其定著物⁵，定著物則為非土地之構成部分，繼續附著於土地，而達一定經濟上目的，不易移動其所在之物而言，其構成要件可分為非（土地）成分性、繼續性、經濟性以及固定性⁶；次按我國民法第 153 條第 1 項：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」因此，契約為基於當事人互相意思表示一致而成立之法律行為。

次於目前司法實務上，關於借名登記契約外部關係效力之爭論，除最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議所探討之出名人逕為處分標的不動產效力外，亦發現針對過借名人能否行使所有物返還請求權，以及何人得提起第三人異議之訴的疑問，前者係指借名登記之借名人在終止借名登記契約後，得否行使所有物返還請求權；後者則是為借名登記之不動產遭借名人或出名人債權人查封拍賣時，究竟何人

⁵ 民法第 66 條第 1 項。

⁶ 最高法院 63 年度第 6 次民庭推總會決議（一）。

得提起第三人異議之訴的疑問⁷；而本文主要所欲探討者乃為出名人逕為處分標的不動產之效力，亦即著重於真正權利及交易安全間之衡量，並非外部關係效力之全面性探討，在此先予以敘明。

二、研究方法

(一)文獻探討法

研究方法與研究途徑概念不同，一般人認為研究方法乃是指涉資料蒐集與分析之程序及技術，例如應用文獻探討、問卷調查、晤談、參與觀察等方法，去蒐集有關研究主題之資料，後三種均為第一手資料蒐集法；所謂文獻探討法，亦稱為文件分析法或次級資料分析法，其係指研究者蒐集與研究問題有關之期刊、文章、書籍、論文、專書、研究報告、政府出版品及報章雜誌的相關報導等資料，進行靜態性與比較性之分析研究，以了解問題發生之可能原因，解決過程及可能產生之結果，事實上，此項研究方法是任何研究工作絕對不可或缺者⁸。

由於資料來源廣泛，前述方法的運用具有以下特點：1. 探討先前的人類思想、活動和社會現象，2. 了解人類思想、活動或社會現象的發展與變遷，3. 比較不同地區或文化的人類思想、活動和社會

⁷ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玫惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 28-29。

⁸ 吳定，2003，政策管理，聯經出版事業股份有限公司，臺北市，頁 10-11。

現象，4. 避免研究對象的反應，以及 5. 節省研究費用；再者，因採用之資料具有先天上缺點，於蒐集與應用資料時，研究者須特別注意：1. 資料之真實性與精確性，審慎依據資料本身內在邏輯結構，和外在參照證據，確定所蒐集文件和檔案資料可靠而適用，2. 運用適當人際關係和正當管道，取得較為完整資料，以免偏差不全，以及 3. 依據研究目的，有系統地整理資料以利分析⁹。

是故，本文主要透過文獻探討法之運用，藉以探討不動產借名登記契約出名人違反契約約定逕行處分標的不動產之效力，以供後續研議有無擬定保護借名人權益機制之必要。

(二)法律經濟分析

自西元 1960 年代以來，法律之經濟分析（或法律經濟學）已經成為當代最重要的法學研究方法之一¹⁰。法律之經濟分析（economic analysis of law），又稱法與經濟學（law and economics），或若欲強調法學研究之主體性，則不妨稱之為經濟分析法學，其特徵是將經濟學的研究方法融入法學研究之中，於此特別強調的是經濟學的分析方法——此即經濟分析，而非一般人所認知的經濟活動；一般來說，法

⁹ 黃國彥，2000，文件分析法 Documentary Research，國家教育研究院雙語詞彙、學術名詞暨辭書資訊網，<http://terms.naer.edu.tw/detail/1303274/>，2018 年 12 月 26 日。

¹⁰ 林三元，2004，法律經濟學之發展特別報導——從有效率的公平正義出發，科技法學評論，第 1 卷，第 2 期，頁 249。

律之經濟分析所要達成之目的有三：探討法律的影響、理解法律為何是如此，以及法律應該是如何¹¹，相對於傳統上法律人之核心活動——法律釋義，法律經濟分析乃為科際整合取向¹²（法律學與經濟學整合）之體現。

蓋科學之推理係基於一定假設為前提，經濟推理亦是基於一定假設條件以追求效用極大或成本極小¹³，而於經濟學裡，對人性之兩大根本假設為：人是理性及自利的¹⁴。如果針對固定資源所生產財貨之價值，則效用極大通常指利潤或財富極大，因而財富極大通常符合效率，若針對固定財貨產出所需消耗之資源，則消耗資源愈小，即成本極小，也就愈符合效率，因而經濟推理之本質即是在限定條件下追求效用極大或成本極小，即追求效率；又法律既然可以決定如何分配現有有限資源，經濟學則是研究如何就現有有限資源，以生產、分配物品勞務以供人們消費，如欲增進人民最大福祉為兩者共同目的，則法律學和經濟學就同一問題之選擇，除非涉及不同價值利益取捨，因偏好不同，結果可能不同外，其結果應是相同的，因此，依經濟學方法

¹¹ 簡資修，2003，一個自主但開放的法學觀點，月旦法學雜誌，第93期，頁236-237。

¹² 所謂科際整合取向係指不同學科之間的相互溝通與整合，包括學門、人員、方法、概念、原理、術語、價值等之整合，其目的在於打破知識專門化，避免只知部分而不了解整體，參閱林瑞榮，2000，科際整合取向 Interdisciplinary Approach，國家教育研究院雙語詞彙、學術名詞暨辭書資訊網，<http://terms.naer.edu.tw/detail/1307684/>，2018年12月26日。

¹³ 謝哲勝，2007a，何謂法律經濟學，收錄於謝哲勝主編，法律經濟學，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁11。

¹⁴ 林三元，2004，法律經濟學之發展特別報導—從有效率的公平正義出發，科技法學評論，第1卷，第2期，頁263。

與理論研究法律問題所得到之結論，係具有參考價值的¹⁵。綜合前述所敘，本文擬嘗試透過法律經濟分析之運用，探討出名人違背不動產借名登記契約約定逕行處分標的不動產時，其處分行為效力究應採有權處分說、折衷說，抑或無權處分說，何者更能有效確保交易安全並兼顧實質權利人權益，以及將對該契約之當事人雙方造成何種影響，以供後續研議有無擬定保護借名人權益機制之必要。

¹⁵ 謝哲勝，2007a，何謂法律經濟學，收錄於謝哲勝主編，法律經濟學，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁11。

參 文獻回顧及議題探討

民國 106 年 2 月 14 日，最高法院第三次民事庭會議通過有關借名登記之決議一則，其探討議題乃謂：「借名人甲與出名人乙就特定不動產成立借名登記關係，乙未經甲同意，將該不動產所有權移轉登記予第三人丙，其處分行為效力如何？」由此來看，甲乙間訂立之不動產借名登記契約有效成立，且應有借名人自己仍保留管理、使用、收益和處分權之約定，另乙丙間亦已辦竣不動產所有權移轉登記。

按我國民法規定之權利，有所謂債權及物權之分，債權乃特定人間請求為特定行為或不為特定行為之權利¹⁶，其客體是特定人對特定人之給付，因此，其效力僅存於「特定當事人」間，其他第三人對債權人不負任何義務，並無所謂不可侵犯的義務存在¹⁷，而不動產借名登記契約即屬債權契約，惟如前所述，該契約之有效成立及標的物辦竣移轉登記後，便會涉及不動產物權變動及土地登記效力，又關於出名人違反契約約定逕行處分標的物之效力，究竟應採行有權處分說、折衷說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分），抑或無權處分說更能使真正權利及交易安全保障趨於平衡點？以及是否有方法能促進兩者間之平衡？以下將進行探討。

¹⁶ 司法院大法官釋字第 349 號解釋李志鵬大法官協同意見書。

¹⁷ 謝哲勝，1995，財產法專題研究，三民書局股份有限公司，臺北市，頁 61。

一、出名人逕為處分效力探討

(一) 學說理論

在不動產借名登記契約有效成立之前提下，倘出名人違反該契約約定而處分借名登記不動產時，其處分行為之效力為何？學說理論就此見解不一，得區分為有權處分說、折衷說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分），以及無權處分說三種見解，其各自立論基礎分述如下：

1. 有權處分說

學說上代表性採此見解者認為，若特別比較與借名登記在制度上相似之信託法制規定，則就出名人違約處分標的財產標的之外部關係上，毋寧採取完全的「有權處分說」¹⁸，蓋借名登記契約並未如信託契約有其信託財產登記制度之公示要求¹⁹，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²⁰，在未撤銷前，仍屬有效，尚非無效或效力未定，且物權法上乃有重要之公

¹⁸ 採相同見解如陳聰富學者，其認為借名登記契約係法院針對消極信託行為之效力，由實務判決逐漸演化而發展之無名契約，其性質與信託契約類似，於信託契約，受託人轉讓信託物於他人時，為有權處分，並無疑義，而在借名登記契約，應為相同解釋，亦即，自登記形式觀之，有權處分說較為合理，詳陳聰富，2016，民法總則，元照出版有限公司，臺北市，頁270。

¹⁹ 信託法第4條第1項：「以應登記或註冊之財產權為信託者，非經信託登記，不得對抗第三人。」

²⁰ 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（第一項）。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（第二項）。」

示原則，我國不動產登記採生效（成立）要件主義，登記之目的在於保障交易安全，以對外表彰物權變動及其變動後之現狀，為達登記制度之目的並發揮其功能²¹，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，以免立法者價值判斷失衡，再者，不動產借名登記契約乃為一債權契約，不宜任意賦予其對抗第三人之效力²²，準此，形式上之權利人即出名者就該財產為處分者，縱其處分違反契約約定，仍應側重交易安全之保護而屬有權處分，無再區分相對人善意與否，而異其處分行為效力之理，此時，借名人在透過借名登記契約獲益同時，即應自行考量與承擔出名人違約處分財產之風險，至於借名人因此所受損害，則由其依內部關係之債務不履行規定請求損害賠償²³。

其次，不動產借名登記制度之名實不符狀態所造成法學理論推論上之不一致，實已無法邏輯一貫地加以解決，我國法院實務採取尊重私法自治、契約自由原則之思維，且愈來愈寬認借名登記契約之效力，惟在面對交易現實上相同制度濫用時，透過不區分相對人善意與否之方式貫徹有權處分說，藉以抑制不動產借名登記契約，似乎較符合交易現實之需要，再者，借名人通常非社會實際交易之弱勢，其理

²¹ 卓心雅，2011，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，頁106-107。

²² 王柏淨，2008，借名登記契約—以不動產物權為中心，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，頁93。

²³ 吳從周、卓心雅，2009，借名登記與無權處分／最高法院九八台上七六，台灣法學雜誌，第137期，頁164-165。

當得以預測在不動產登記公示下，出名人可能以名義歸屬之形式權利人方式，背於契約本旨而處分不動產，而其在風險評估後仍然選擇訂立契約，法律上則應當尊重形式上的權利變動即可，實無特別保護之必要，換言之，從利益衡量角度來看，借名人應受之保護實不應較形式上有權處分下的相對人更多，且實際上借名登記契約之原因，多為投機、逃稅或規避法律，在最高法院已認其有效之法制現況下，透過該契約外部關係在效力上風險承擔之轉嫁，恐為法律政策上能夠抑制借名人不當之不動產借名登記契約被濫用，僅剩之主要手段²⁴；惟亦有論者²⁵認為基於惡意當事人不受保護之原則，在相對人為惡意之情況下，宜類推適用信託法第 18 條第 2 項第 3 款規定，賦予借名人得向法院撤銷出名人處分行為之權利。

除前述之理由，亦有部份學者依出名人取得特定財產登記名義之方式，並基於所有權變動過程，就不同類型之不動產借名登記契約提出見解，整理如下：

- (1) 類型一：出名人係由第三人處取得特定財產之登記名義—
由借名人與第三人成立一定法律關係，並由出名人與第三人成立
物權行為

²⁴ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 33。

²⁵ 陳聰富，2016，民法總則，元照出版有限公司，臺北市，頁 270；王柏淨，2008，借名登記契約—以不動產物權為中心，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，頁 94。

在此一案型下，有論者²⁶認為借名人與第三人間乃成立一有效債權契約，且透過借名人指定將標的物所有權移轉予出名人之指示，賦予出名人成為民法第 309 條第 1 項²⁷所定之「其他有受領權人」²⁸，又既係依據借名人之指示，則在該第三人與出名人間，原則上未發生通謀虛偽意思表示之情事，雙方間之物權行為有效，出名人單獨取得標的物完全之所有權²⁹，此時，出名人乃依據不動產借名登記契約，將標的物之債權性質管理、使用、收益及處分等權能授予借名人，且出名人依據該契約約定，可能負有不得處分之義務。

又或者是認為於此種類型不動產借名登記契約下，第三人多有移轉登記不動產予出名人之真實意思表示，但出名人一方，無論其受讓登記不動產之意思表示係由出名人自行作成或借名人代理為之者，因其多無使出名人真正取得不動產物權之法效意思，法律上應論以虛偽意思表示，依照民法第 86 條規定，單方虛偽意思表示除相對人明知者外，否則其意思表示仍為有效，故原則上出名人仍得藉由與第三人間之不動產物權移轉登記行為

²⁶ 王千維，2017，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第 271 期，頁 31-32。

²⁷ 民法第 309 條第 1 項：「依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。」

²⁸ 王澤鑑，2015，不當得利，王慕華發行，頁 240。

²⁹ 最高法院 104 年度台上字第 38 號民事判決。

取得物權，法律判斷上出名人仍為真正不動產物權人，此時借名人僅得依債務不履行之規定內部向出名人請求賠償³⁰。

再者，亦有論者³¹認為此種類型之不動產借名登記契約，借名人原非借名登記不動產之所有權人，而是欲借由出名人取得該不動產之所有權，因此，借名人委任處理之事務，非單純提供出名者之名義，而係要求出名人以其名義與第三人作成不動產所有權讓與移轉登記之物權行為，以令出名人先取得不動產所有權後，於契約終止後再由出名人將不動產所有權讓與移轉登記予借名人，如此才未違背民法物權行為之基本原則，另其也主張以下類型二之不動產借名登記契約亦是如此。

(2) 類型二：出名人係由第三人處取得特定財產之登記名義—由出名人與第三人成立一定法律關係及物權行為

在此一案型下，有論者³²認為出名人與該第三人間之買賣、互易等債權契約，以及針對標的物所有權移轉所發生之物權行為，原則上亦未構成通謀虛偽意思表示，蓋出名人與第三人內心皆無將標的物所有權保留於該第三人處，而令其間之債權契約或

³⁰ 林誠二，2013，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會出版，臺北市，頁416。

³¹ 黃鈺慧，2017，論不動產借名登記契約，收錄於于明等，楊崇森講座教授八秩華誕祝壽論文輯，銘傳大學法律學院出版，臺北市，頁465-466。

³² 王千維，2017，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第271期，頁32。

物權行為成為無效之意思，甚且，縱該第三人明知出名人與借名人間存有不動產借名登記契約，惟解釋上該第三人乃相當基於借名人之指示，而與出名人成立債權契約及物權契約，從而，出名人乃依據不動產借名登記契約，將標之物之債權性質管理、使用、收益及處分等權能授予借名人，且出名人依據該契約約定，亦可能負有不得處分之義務。

除前述理由外，另有補充者³³：如係由出名人與第三人成立債權契約，則該第三人移轉所有權之意思表示之相對人和移轉登記之對象（登記名義人）應為同一人，倘分別為不同之人（例：合意移轉與借名人，卻登記為出名人），不動產所有權變動之要件即有欠缺，則所有權並未變動，所有權人仍為該第三人，此恐非借名人之本意。

（3）類型三：出名人係由借名人處取得特定財產之登記名義

於此類型之不動產借名登記契約，有論者³⁴認為借名人與出名人間具移轉所有權之意思，符合不動產所有權變動之所有要件，且按通說及實務對於借名登記契約之定義，係以限縮出名人之所有權權能（實際管理、使用、收益及處分均由借名人自行為之，出名人不得為之）為內容，可謂為一「限制所有權權能」之

³³ 卓心雅，2011，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，頁107-108。

³⁴ 卓心雅，2011，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，頁108-109。

契約。

2. 折衷說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分）

學說上代表性採此見解者認為，按出名者在名義上，既為標的財產之所有人或其他權利人，且一般人僅得依據該名義，從形式上認定權利之歸屬，故出名者就該財產為處分者，縱其處分違反借名登記契約之約定，仍應以有權處分看待為原則，但相對人惡意時，則應依據無權處分規定³⁵處理之，以兼顧借名者之利益化³⁶；換言之，當出名人逕為處分標的不動產時，相對人如屬善意者當然取得所有權，此時不必訴諸民法及土地法有關善意取得及公信力規定之保護，惟若相對人為惡意者，則出名人之處分行為係屬無權處分，效力未定，相對人無法取得所有權，除非經有權利人之承認始生效力。有認為，此見解既非採絕對之無權處分立場，或有權處分之結論，而是介於兩者間之折衷說³⁷。

又或者是有論者³⁸認為出名人逕為處分借名登記不動產之效力如何，應屬法官造法層次，而非僅法律文義解釋之問題，自不能拘泥於

³⁵ 民法第 118 條第 1 項規定。

³⁶ 詹森林，2003，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，頁 132。

³⁷ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 15-16。

³⁸ 林大洋，2017，借名登記對外效力之探討—法學方法與債法現代化之思考，中華法學，第 17 期，頁 121-122、124、127。

法律邏輯或法學概念³⁹，對此問題，法院應運用第三順位的法源即法理尋求其適用之依據，次採有權處分說之論者，雖從利益衡量之觀點，認為借名人在透過借名契約獲益同時，應自行考量與承擔出名人違約處分財產之風險，無論出名人處分財產之相對人係善意或惡意，均應認為係有權處分云云，此種說法固合乎法律邏輯與法學概念，然所謂利益衡量係法官處理具體案件之一種價值判斷，一種裁判的結論，而非導出此項結論之方法，法官在闡釋法律時，應擺脫邏輯的機械規則之束縛，衡量現行環境及各種利益之變化，以探求立法者若處於今日立法時，所可能表示之意思，而加以取捨，其發現之本身，亦為一種價值判斷⁴⁰；蓋借名登記契約，因出名人擅自處分予第三人，在法律經濟學上恆會產生「外部效應」⁴¹，此項外部效應如第三人為善意時，基於借名登記契約之合法地位，固應採有權處分說，但若第三人為惡意時，根據民事上長久以來所建立之「惡意不受保護」原則

³⁹ 誠如最高法院 66 年台再字第 42 號民事判例：「按因私法上法律行為而成立之法律關係，非以民法（實質民法）有明文規定者為限，苟法律行為之內容，並不違反公序良俗或強行規定，即應賦予法律上之效力，如當事人本此法律行為成立之法律關係起訴請求保護其權利，法院不得以法無明文規定而拒絕裁判。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。信託關係係因委託人信賴受託人代其行使權利而成立。應認委託人有隨時終止信託契約之權利。」另本判例經同院 91 年度第 12 次民事庭會議決議通過不再援用，理由為 85 年 1 月 26 日信託法已公布施行。

⁴⁰ 楊仁壽，2010，法學方法論，三民書局股份有限公司，臺北市，頁 302。

⁴¹ 庫特（Cooter, R.）、烏蘭（Ulen, T.）著，2003，法律經濟學（Law and Economics），溫麗琪譯，華泰文化事業股份有限公司，臺北市，頁 192。

及「惡意者不得主張權利」法理⁴²，針對借名登記名實不符之本質，應認為出名人係無權處分，較能符合當事人利益狀態及法律價值判斷，並避免創造出惡意受到保護之惡例。

3. 無權處分說

不動產登記名義人若非真正權利人，如借名登記契約之出名者，將登記於己之不動產擅為物權處分，係屬無權處分，惟相對人為善意第三人，且已為物權變動之登記者，應受登記公信力之保護⁴³，另該相對人是否惡意，應係以其「取得權利（物權行為）時」是否知悉處分人無處分權限為判斷標準，至於相對人就該處分「訂立基礎原因行為（債權契約）時」，是否知悉其債務人無處分權限，則非所問⁴⁴。

按信託法第 18 條規定，就受託人違反信託本旨處分信託財產之行為，賦予受益人聲請法院撤銷該處分之權利，且信託財產縱未經信託登記或信託表彰，只要處分行為之相對人及轉得人明知或因重大過失而不知，受益人亦得撤銷該處分，因此，本條之立法精神，亦在貫

⁴² 蘇永欽，1999，跨越自治與管制，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 243。

⁴³ 溫豐文，2015，論物權行為，台灣環境與土地法學雜誌，第 16 期，頁 69；王澤鑑，2003，民法總則在實務上的最新發展（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，頁 77；詹森林，2011，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 54；蔡晶瑩，2017，論借名登記契約／最高院 100 台上 2101 判決，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，臺北市，頁 114。

⁴⁴ 詹森林，2011，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 52；最高法院 89 年度台上字第 1165 號、88 年度台上字第 225 號民事判決。

徼私法之一般原則：財產之形式上權利人（受託人）違反約定而處分財產致損害真正權利人（受益人）之利益者，應優先保護真正權利人，而賦予其推翻該處分效力之權利，至於此項權利，究竟為撤銷權⁴⁵，或無權處分之承認權⁴⁶，則僅為立法技術之細節，無關價值判斷之宏旨；蓋信託之受益人行使撤銷權而聲請法院撤銷，與借名登記契約之借名人主張無權處分而拒絕承認，均使得違反真正權利人利益之處分行為，對真正權利人不生拘束力，兩者並無不同⁴⁷。

再者，善意之相對人與出名人交易時，不知該交易可能損害借名人之利益，自無法被期待採取合理措施，以兼顧借名人之利益，惟相對人惡意者，則其與出名人交易時，已明知該交易可能損害借名人之利益，並得事前取得借名人同意，以兼顧其利益，反之，借名人無論採取何種措施，均無法全面防止出名人擅自處分登記財產之風險，因此，依據「優勢風險承擔」原則⁴⁸，在借名人與惡意之處分相對人二者之間，應由後者承擔出名人違反契約約定處分登記財產之風險⁴⁹。

前述有權處分說之理由實蘊含著借名人成立借名登記契約時，即使自

⁴⁵ 例如信託法第 18 條規定。

⁴⁶ 例如民法第 118 條第 1 項規定。

⁴⁷ 詹森林，2011，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 53。

⁴⁸ 所謂「優勢風險承擔」原則，乃法律經濟分析理論之概念，係指應將風險分配於支付最少成本，即可防阻風險發生之人，始能達成契約最高經濟效率之目的，就優勢風險承擔原則而言，即是由最廉價的風險承擔者來承擔預防風險的責任是成本最低的，詳洪誌宏，2017，消費者保護法，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 24-25。

⁴⁹ 詹森林，2011，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 53-54。

己處於「自甘冒險」、「後果自負」之狀態，然此處假設一案例來看：乙出賣某屋與甲，其後見房價高漲，意圖避免甲之強制執行，與丙約定假裝作成買賣並辦畢所有權移轉登記，依據民法第 87 條第 1 項規定，乙丙間之買賣契約及物權契約均無效，丙移轉房屋予善意第三人丁，是為無權處分，丁得主張受登記公信力之保護而善意取得房屋所有權⁵⁰，此例中乙之道德上可責性不下於借名登記契約之借名人，是否更應認定丙係有權處分，因乙自甘冒險，後果自負？故有權處分說單獨就借名登記之情形為不同處置，不符事理之平⁵¹。

除前述之理由，亦有部份學者基於所有權變動過程，就「類型三：出名人係由借名人處取得特定財產之登記名義（詳圖 2-3）」之不動產借名登記契約提出見解：蓋依據借名人與出名人間成立之不動產借名登記契約本旨，借名人僅負擔使出名人取得登記名義之給付義務，並不負擔移轉標的物所有權之給付義務，從而，借名人與出名人間乃為令出名人取得登記名義所必要一切形式要件之行為，惟因雙方均欠缺成立物權行為之效果意思，所以解釋上並未發生移轉標的物所有權之物權行為⁵²，以致在此等類型之不動產借名登記契約下，借名人仍

⁵⁰ 王澤鑑，2010a，民法總則，王慕華發行，頁 385-393，蓋民法第 87 條第 1 項但書係一般規定，土地法乃特別規定，應優先適用。

⁵¹ 張新楣，2016a，借名登記之爭議問題—以我國實務判決為中心（下），司法周刊，第 1831 期，頁 3。

⁵² 王千維，2017，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第 271 期，頁 34；陳自強，2014，登記生效與登記對抗之間，月旦法學雜誌，第 227 期，頁 63。

為標的物之真正所有權人，而出名人僅係登記名義人，故出名人對標的物所為之處分行為，如未取得借名人事前或事後同意之授權，自屬無權處分，此時另有民法第 759 條之 1 以及土地法第 43 條規定適用之可能性，自不待言⁵³；然亦有論者⁵⁴認為借名人與出名人間之不動產物權移轉行為應構成民法第 87 條第 1 項之通謀虛偽意思表示而無效⁵⁵，出名人遭強制執行或逕為處分之相對人如屬善意者，得主張該項但書之保護，或逕為主張不動產善意取得之規定。

惟應注意者為，前揭學說理論中雖多有主張出名人之處分構成無權處分，善意之處分相對人得適用不動產善意取得相關規定獲得保護，然亦有論者⁵⁶認為民法第 759 條之 1 第 2 項登記公信力之適用須

⁵³ 最高法院 104 年度台上字第 298 號民事判決；林誠二，2013，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會出版，臺北市，頁 416；王千維，2017，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第 271 期，頁 34。

⁵⁴ 林誠二，2013，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會出版，臺北市，頁 416-417；陳自強，2014，登記生效與登記對抗之間，月旦法學雜誌，第 227 期，頁 63。

⁵⁵ 持相反見解如詹森林學者，其認為該物權行為乃達成借名登記契約之締約目的而必須之行為，故仍係出於當事人之真意，非屬通謀虛偽意思表示，詳詹森林，2003，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，頁 130；抑或是實務見解如最高法院 104 年度台上字第 298 號民事判決：「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。」

⁵⁶ 卓心雅，2011，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，頁 110；最高法院 105 年度台上字第 473 號民事判決：「……該項所稱『原登記物權之不實』，係指物權登記之物權行為，具有無效或得撤銷原因，或登記錯誤或漏未登記等情形，本不應發生物權變動效力，因該物權登記致登記所表彰之物權與實際狀態不一致而言，不包括依適法債權行為所為之物權登記。又不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何『原登記物權之不實』可言。」；臺灣高等法院花蓮分院 105 年度重上字第 14 號民事判決。

有不實之物權原登記存在（實無物權卻登記為有該物權，有物權卻未登記之情形），但於不動產借名登記之情形並未存在不實之物權登記，第三人無善意受讓之適用，再者，倘該第三人有善意受讓之適用，其是否於交易前即應查證不動產有無借名登記，否則無從善意善讓；惟本文認為此見解乃誤解登記公信力之內涵，如前所述，第三人因信賴登記而取得不動產物權時，通常可認其不知登記不實，此項善意應受推定，且該第三人實際上有無閱覽土地登記簿，亦在所不問，是故，在該第三人有善意受讓適用之前提下，縱算其於交易前無查證不動產有無借名登記，亦得主張善意善讓而取得不動產所有權。

（二）實務見解

關於在不動產借名登記契約有效成立前提下，出名人於返還標的財產給借名人前，而逕行處分該財產之效力問題，我國實務上多年來始終未明確表達統一見解，直至最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決終於採取通說見解，明白宣示採取無權處分說⁵⁷，惟該見解於最

⁵⁷ 於該判決前亦有最高法院採行無權處分說，如 96 年度台上字第 1487 號民事判決：「原審維持第一審所為上訴人敗訴判決，駁回其上訴，無非以：……再依土地登記簿謄本所載，慶隆公司就系爭土地有應有部分六十分之一，上訴人不能舉證證明慶隆公司與子○○間之買賣及所有權移轉事先已知情，係屬惡意。慶隆公司抗辯伊信賴此項登記而自子○○移轉登記予伊，並辦妥移轉登記完畢，依土地法第四十三條規定，有絕對真實之效力，自屬有據。從而上訴人請求確認被上訴人間於九十四年九月二十二日以買賣為原因，就系爭土地所有權應有部分六十分之一所為土地所有權之移轉登記無效，暨慶隆公司應將上開土地所有權登記予以塗銷，不應准許等詞，為其判決之基礎。……再系爭土地如係簡漢生公祭祀公業之土地，而借名登記予子○○之被繼承人，則於子○○出賣予慶隆公司時，倘慶隆公司為惡意時，即應依無權處分之規定處理，以兼顧借名者之利益。上訴人一再主張：系爭土地上建有歷代簡氏住居房屋，祭祀簡漢生公之公廳，慶隆公司對於系爭土地為簡漢生公祭祀公業派下之祀產，知其實情，其以公告現值四成，未及市價之價

高法院判決上仍有歧見，在其後之 100 年度台上字第 2101 號民事判決，最高法院並未貫徹無權處分說之理論而採行折衷說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分），到了 102 年度台上字第 1358 號一案中之二審臺灣高等法院（案號：100 年度重家上字第 16 號判決），則似乎開始改採有權處分說，且最高法院在 103 年後之幾個判決中，似乎亦多採行有權處分說⁵⁸，而直至 106 年 2 月 14 日，最高法院作出第三次民事庭會議通過有關不動產借名登記之決議，確定採行有權處分說，就此爭議問題提出統一性之見解⁵⁹。

1. 無權處分說

蓋實務上採行無權處分說以最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決⁶⁰最具有代表性，該判決之重要意義在於第一次明白宣示：出名

格，承買系爭土地，乃係因系爭土地為簡漢生公祭祀公業派下員之共同共有財產，非子○○所有，慶隆公司顯知其情（見一審卷九三至九四頁；二審卷四七、八二之八及九頁），原審未違詳查究明，並說明其取捨意見，遽以上開情詞，為上訴人不利之判斷，亦不足昭折服。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，為有理由。」，惟此判決並未如 98 年度台上字第 76 號民事判決一樣明白宣示。

⁵⁸ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玫惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 13、15-16、20。

⁵⁹ 司法院大法官釋字第 374 號解釋理由書：「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生抵觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。……至於司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋，合先說明。」

⁶⁰ 最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決：「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，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、

者所為之物權處分行為應論以無權處分，依民法第 118 條之規定而定其效力，相對人為善意者，應受到民法上善意受讓或土地法第 43 條信賴登記之保護⁶¹，而此一論述是非常耐人尋味的，最高法院對於名實不符的登記，也賦予名實不符的法律效力，即登記行為是形式上有效的，但此一「有效」的效力範圍，卻不能對真正權利人主張，即對於實質上之真正權利人不生效力，此一推理，已明白賦予內部約定對第三人發生效力，顯然揚棄所謂的「債之相對性」，形同賦予內部約定物權效力，跨越物權債權劃分之鴻溝⁶²。

除前述之判決，無權處分說亦同樣為其後之部分最高法院採行，如表 1 所示，另近期 105 年度台上字第 634 號民事判決⁶³在區辨信託

禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。惟出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第一百八條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。查原審審據上開事證，綜合研判，並本於取捨證據、認定事實之職權行使，合法認定系爭不動產乃秀傳醫院合夥之財產，並將其應有部分借名登記為壬○○等合夥人名義，該受讓不動產之己○○及辛○○與壬○○等五人間均具有一定之親屬或同住一處之關係，就如附表一至四、六所示不動產屬合夥財產難諉為不知，均非善意之第三人，則壬○○等五人就該不動產，各以贈與為原因所為所有權移轉登記予己○○及辛○○之處分行為，依上說明，對秀傳醫院之全體合夥人言，即屬無權處分，該處分行為迄未經秀傳醫院全體合夥人之承認，復由被上訴人為合夥提起本件訴訟，依民法第一百八條第一項規定，自不生其效力。」須注意者為，本件案例事實為合夥共同共有不動產以分別共有方式登記，出名人就借名登記不動產應具有管理、使用、收益或處分之權能或義務，詳黃健彰，2018，不動產借名登記契約公證爭議問題—契約有效性的檢討，不動產法律行為公證研討會，國立臺灣大學法學院霖澤館一樓國際會議廳，頁 73。

⁶¹ 吳從周、卓心雅，2009，借名登記與無權處分／最高法院九八台上七六，台灣法學雜誌，第 137 期，頁 164。

⁶² 謝哲勝，2017，借名登記之名消極信託之實—評最高法院 98 年度台上字第 76 號判決，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，臺北市，頁 69、74。

⁶³ 最高法院 105 年度台上字第 634 號民事判決：「信託契約之受託人在法律上為信託財產之所有人，其就信託財產所為之一切處分行為完全有效，倘其違反信託本旨處分信託財產，僅對委託人或受益人負契約責任而發生債務不履行之損害賠償問題；至借名登記，在借名關係存續中，出名人就借名之財產並無處分權，而由借名人自己管理、使用及處分，二者並不相同。」

與借名登記時，則指出出名人就借名之財產並無處分權，而由借名人自己管理、使用及處分，似乎採取無權處分說⁶⁴。

表 1：出名人逕為處分之處分行為效力—實務見解表（無權處分說）

裁判字號	重點內容摘要
98 年度台上字第 1679 號	<p>被上訴人乃於八十七年間洪保嬌死亡後，與其繼承人達成協議，將系爭土地借名登記在其配偶即第一審共同被告洪劉金蓮名下，仍由被上訴人繼續管理、使用。嗣洪劉金蓮未經被上訴人同意，於九十五年十月十二日以買賣為原因將系爭土地所有權移轉登記予其知情之媳婦即上訴人所有，應屬無權處分。該處分行為復未經被上訴人承認，對被上訴人自不生效力。</p>
99 年度台上字第 1114 號	<p>被上訴人向李龍山購買系爭土地時，並無自耕農身分，甲○○則有自耕農身分，為其所不爭。……再系爭土地係由被上訴人借名登記為甲○○名義，為原審所合法認定，則雙方間有類似委任關係存在，甲○○擅將系爭土地出賣予乙○○，乃違反借名登記之本旨，並無為被上訴人管理事務之意思，自屬無權處分，而非無因管理。</p>
104 年度台上字第 123 號	<p>系爭房地所有權移轉予梁興邦後，所有權狀原本仍由被上訴人保管；上訴人亦自承系爭房地仍由被上訴人之配偶黃金環出租與訴外人，即尚由被上訴人管理中。梁興邦既僅單純提供其名義為系爭房地之登記名義人，與被上訴人間就系爭房地無買賣之真意，系爭房地買賣契約實係借名登記契約。嗣梁興邦未經被上訴人同意，於九十八年八月二十五日以買賣為原因將系爭六樓之四房地所有權移轉登記予其知情之母武培茹所有，應屬無權處分。該處分未經被上訴人承認，被上訴人業以起訴狀繕本送達終止借名登記契約，其請求武培茹塗銷以買賣為原因之系爭六樓之四房地所有權移轉登記，並請求梁興邦將系爭房地所有權移轉登記予伊，即有理由等情。</p>
104 年度台上字第 298 號	<p>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</p>

⁶⁴ 張新楣，2016a，借名登記之爭議問題—以我國實務判決為中心（下），司法周刊，第 1831 期，頁 2。

	<p>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。原審認系爭中華路房地之登記簿謄本既有民國九十八年十一月二十一日涉訟中之記載，丙○○知悉上情，仍於同年十二月十八日買受，即非善意之第三人，不受信賴保護等情，於法亦無違誤，併此敘明。</p>
--	---

資料來源：整理自陳明燦，2018，我國不動產借名登記後處分之效力問題分析——以最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議為中心，台灣法學雜誌，第 349 期，頁 25。

2. 折衷說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分）

此見解為最高法院 100 年度台上字第 2101 號民事判決所認同，其謂：「……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。……又依民法第八百二十八條第二項準用同法第八百二十一條規定，行使共同共有物返還請求權，須以共同共有人對該物有所有權為必要。而借名登記財產於借名關係存續中，乃登記為出名人之名義，在該財產回復登記為借名人名義以前，借名人尚無所有物返還請求權可資行使。」

從前述判決理由來看，該判決係依第三人之善惡意分別認定出名人之處分行為屬有權或無權處分，然善意取得是以「無權處分」為前

提，以保護善意信賴公示制度(無權)變動外觀之相對人或第三人(物權公信原則)，不能反過來以善意或惡意來決定是否為無權處分⁶⁵；蓋某一權利人之權利是否可以對相對人主張，之所以會受到相對人善意或惡意而有所不同，其原因是為了保護動的安全(交易安全)，而交易安全保護和真正權利保護為不同法律保護之利益，有無處分權係真正權利保護之範圍，其認定標準與交易安全之保護無關，因此，有無處分權之認定是以處分人有無權利或經權利人授權為準，與相對人善意惡意無關⁶⁶，是故，若認為出名人處分借名財產是有權處分，則即使第三人為惡意，仍應認為係有權處分，就此觀點而言，最高法院 100 年度台上字第 2101 號民事判決本身在無權處分與善意取得之理論邏輯上，即存有內在矛盾⁶⁷；此說雖維護了當事人間之利益平衡，卻缺乏法理論證⁶⁸。

3. 有權處分說

在最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議作成前之無權處分說與折衷說爭論時代，早期實務見解雖多採取無權處分說，但到了最

⁶⁵ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玫惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 19-20。

⁶⁶ 謝哲勝，2017，借名登記之名消極信託之實—評最高法院 98 年度台上字第 76 號判決，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玫惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，臺北市，頁 72。

⁶⁷ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玫惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 20。

⁶⁸ 卓心雅，2011，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，頁 110。

高法院 102 年度台上字第 1358 號一案中之二審臺灣高等法院(案號：100 年度重家上字第 16 號判決)⁶⁹，則似乎開始改採有權處分說⁷⁰，且後續亦有不少最高法院判決朝向有權處分說靠攏，如表 2 所示，企圖回歸土地登記與實際權利之一致⁷¹。

表 2：出名人逕為處分之處分行為效力—實務見解表（有權處分說）

裁判字號	重點內容摘要
103 年度台上字第 323 號	惟按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。民法第七百五十九條之一第一項定有明文。此登記之推定力，乃登記名義人除不得援以對抗真正權利人外，得對其他任何人主張之。系爭不動產既登記為上訴人所有，則除被上訴人為真正權利人外，上訴人自得對被上訴人主張權利，而被上訴人如抗辯其始為真正權利人，自應就其抗辯之事實，舉證證明之。……又系爭不動產縱係藍明和購置，借用上訴人名義登記，該借名登記之法律關係亦僅存在於藍明和與上訴人間，依上開民法規定，並無礙於上訴人本於所有權，對藍明和以外之人行使所有權。
103 年度台上字第 1192 號	按不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記不生效力，此觀民法第七百五十八條第一項之規定甚明。故登記為不動產所有權變動之生效要件。……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

⁶⁹ 最高法院 102 年度台上字第 1358 號民事判決：「原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改為如其先位聲明之判決，無非以：……上訴人係基於借名契約關係而取得系爭不動產之所有權，上訴人本於其與借名者間之內部關係，對於該財產之所有權權能固受到限制，而由借名者實際管理、使用、收益及處分該財產，惟上訴人僅於借名登記契約終止時，負有將借名登記物返還借名者之義務。賴森林既已死亡，該借名契約關係消滅，賴星樑兄弟繼承賴森林基於借名登記關係所生之債權，即得行使返還借名登記物之債權，請求上訴人將系爭不動產回復（移轉）登記為賴星樑兄弟共同共有，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。準此，上訴人縱將系爭不動產應有部分各三分之一移轉予被上訴人，乃處分所有物之行為，並非分割共有物，亦非無權處分行為。」類似見解亦出現於最高法院 102 年度台上字第 1164 號一案之二審臺灣高等法院（案號 100 年度重上字第 467 號判決）。

⁷⁰ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 16-17。

⁷¹ 月旦法學教室編輯部，2018，借名登記契約之外部效力（上）—從最高法院「名實相異」的無權處分說到「名實相符」的 106 年度第 3 次民事庭會議決議，月旦法學教室，第 184 期，頁 123。

	<p>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。</p>
<p>103 年度台上字第 1518 號</p>	<p>查不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分，無無權處分可言。附表編號 1、編號 2 至 4 土地係游景富於六十二年間向陳添成購買，借名登記於潘同盛名下，潘同盛於九十九年三月五日依序出售予陳宏林及賴榮華，於同年月八日辦理移轉登記，為原審認定之事實。果爾，系爭土地既登記於潘同盛名下，其自有權處分系爭土地，能否謂其將之移轉登記予陳宏林、賴榮華係無權處分，自滋疑問。</p>
<p>103 年度台上字第 2142 號</p>	<p>原審以：……次按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，民法第七百五十八條第一項定有明文。我國民法就不動產物權採登記要件主義，除法律另有規定外，不動產物權之有無，全依土地或建物登記簿登載之狀態為準。又稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名人與出名人間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗，應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。是借名人有將該財產所有權移轉予出名人之意思表示，出名人亦有同意該財產所有權移轉於己之意思表示，並依法完成所有權移轉登記手續者，出名人即取得該財產之所有權，僅出名人基於其與借名人間之內部關係（即借名登記契約），對於借名人負契約約定之義務，及於借名登記契約終止時，負將借名登記之物返還予借名人之給付義務。……上訴人主張系爭房地為其出資購買，借名登記於董淑清名下，即令非虛，董淑清仍取得系爭房地所有權，僅對於上訴人負有於借名登記契約終止時，將系爭房地返還予上訴人之給付義務，在董淑清履行此一給付義務，將系爭房地所有權移轉登記予上訴人前，系爭房地仍為董淑清所有，上訴人僅有請求董淑清返還系爭房地所有權之債權，尚無從因董淑清之同意，認其已</p>

	當然取得系爭房地之所有權。
104 年度台上字第 38 號	<p>惟按不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記，不生效力。又所有人依法得行使所有物返還請求權，此觀民法第七百五十八條及第七百六十七條第一項規定即明。反之，非所有人，即無此項物上請求權。查系爭房地為被繼承人王文正（與孫石玲）向周瑞珊、黃武佩琴購買，並借上訴人之名義登記，既係原審確定之事實，似見王文正未曾登記為該房地之所有人。果爾，被上訴人得否於王文正死亡後，因繼承而取得系爭房地之所有權？並得行使所有人所有物返還請求權，請求登記名義人即上訴人移轉登記予其他共同共有人？均滋疑義。原審未遑詳予研求，並說明所由依據，即遽謂被上訴人得本於民法第七百六十七條第一項、第八百二十一條、第八百二十八條第二項規定請求上訴人將系爭房地之所有權移轉登記予其及徐雅娟等二人共同共有，已不無可議。</p>
105 年度台上字第 473 號	<p>按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利（第一項）。因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響（第二項）。民法第七百五十九條之一定有明文。上開第一項為貫徹登記之效力而規定之推定力，真正權利人僅得以對登記名義人主張登記原因係無效或得撤銷，並依法定程序塗銷登記，始得推翻，在此之前，登記名義人即為該不動產物權之權利人。又為保護信賴登記而依法律行為為物權變動登記之善意第三人，同條第二項復規定善意第三人之權益，不因原登記物權之不實而受影響，以維交易安全。該項所稱「原登記物權之不實」，係指物權登記之物權行為，具有無效或得撤銷原因，或登記錯誤或漏未登記等情形，本不應發生物權變動效力，因該物權登記致登記所表彰之物權與實際狀態不一致而言，不包括依適法債權行為所為之物權登記。又不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何「原登記物權之不實」可言。</p>
106 年度台上字	<p>上訴人之父張銘欽於民國 101 年 2 月 17 日以買賣為原因，將其所有坐落臺北市○○區○○路 000 號 2 樓房屋（下</p>

第 3002 號	稱系爭房屋)及其基地(即同區華中段3小段421地號土地應有部分1/4,下合稱系爭房地)移轉登記予訴外人李卓軒,李卓軒於104年11月5日將系爭房地出賣予訴外人鄒金菊,鄒金菊再轉售被上訴人,並由李卓軒於同年12月9日以買賣為原因,將系爭房地所有權移轉登記予被上訴人,李卓軒與鄒金菊,及鄒金菊與被上訴人間個別就系爭房地所成立之買賣契約,均非通謀虛偽而均屬有效。縱系爭房地為張銘欽借名登記於李卓軒名下,李卓軒仍有權處分系爭房地,被上訴人已合法取得系爭房地之所有權。上訴人縱因得張銘欽之同意占有系爭房屋,而得對系爭房屋之出名人李卓軒主張為有權占有,然李卓軒將系爭房地所有權移轉登記予被上訴人後,基於債之相對性,上訴人即無從對被上訴人主張為有權占有。……又借名登記之不動產在法律上為出名人所有,借名關係消滅後,在將借名標的物辦理返還登記予借名人或其繼承人以前,出名人對該標的物仍具有處分權。
----------	--

資料來源：整理自吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玫惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁20-25；陳明燦，2018，我國不動產借名登記後處分之效力問題分析——以最高法院106年第3次民事庭會議決議為中心，台灣法學雜誌，第349期，頁24-25。

蓋其實早在臺灣高等法院100年度重家上字第16號判決前，最高法院判決⁷²便曾經認為倘出名人之債權人對於借名登記不動產聲請為強制執行時，借名人不得據以借名登記契約或內部約定處分權歸屬

⁷² 最高法院97年度台上字第637號民事判決：「未按強制執行法第十五條規定之第三人異議之訴，所謂第三人（即該異議之訴之原告）就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，係指對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言。若為執行標的之不動產係登記於執行債務人名下所有，縱令該第三人（原告）與執行債務人間有借名登記或信託登記之情形，亦僅得依借名登記或信託登記關係，享有請求執行債務人返還該不動產所有權之債權而已，系爭為執行標的之不動產所有權人既為執行債務人，原告即無足以排除強制執行之權利（參見本院六十八年台上第三一九〇號判例意旨）。」最高法院68年台上字第3190號民事判例：「強制執行法第十五條所謂就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，係指對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言。上訴人（道教會團體）主張訟爭房屋係伊所屬眾信徒捐款購地興建，因伊尚未辦妥法人登記，乃暫以住持王某名義建屋並辦理所有權登記，由王某出其字據，承諾俟伊辦妥法人登記後，再以捐助方式將房地所有權移轉登記與伊各節，就令非虛，上訴人亦僅得依據信託關係，享有請求王某返還房地所有權之債權而已，訟爭房地之所有權人既為執行債務人王某，上訴人即無足以排除強制執行之權利。」

其而提起第三人異議之訴（強制執行法第 15 條規定⁷³），執行標的不動產之所有權人仍為執行債務人（即出名人），從而依此推論，拍定人藉由強制執行程序取得借名登記不動產時，借名人不得依物上請求權（民法第 767 條⁷⁴第 1 項前段規定）請求返還或塗銷登記⁷⁵。

次從前揭有關出名人逕為處分效力之判決來看，得發現在名實不符之不動產借名登記契約上，最高法院似乎逐漸放棄以借名人作為「實際」權利人之實質標準，而係以出名人之「名義」權利人為依據，並援引民法第 758 條第 1 項規定，就不動產物權採登記要件主義，完全以不動產物權之有無，全依土地或建物登記簿之登載狀態為準，同時強調同法第 759 條之 1 第 1 項之登記推定力而謂「不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。……此登記之推定力，乃登記名義人除不得援以對抗真正權利人外，得對其他任何人主張之。……」，進而將不動產借名登記契約之效力侷限於雙方當事人間內部約定，不得及於第三人，且在契約存續期間，該不動產於法律上（外部關係）自屬出名人所有⁷⁶。

⁷³ 強制執行法第 15 條：「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。如債務人亦否認其權利時，並得以債務人為被告。」

⁷⁴ 民法第 767 條：「所有人對於無權占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（第一項）。前項規定，於所有權以外之物權，準用之（第二項）。」

⁷⁵ 林誠二，2013，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會出版，臺北市，頁 413-414。

⁷⁶ 吳從周，2017a，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

4. 最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議

綜上，由於司法實務上對於出名人處分借名登記不動產之效力，未有一致見解，最高法院便於 106 年 2 月 14 日作成第三次民事庭會議決議而決定採取有權處分說之立場（甲說），有關提案討論事項如下⁷⁷：

(1) 借名人甲與出名人乙就特定不動產成立借名登記關係，乙未經甲同意，將該不動產所有權移轉登記予第三人丙，其處分行為效力如何？

(2) 甲說（有權處分說）：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。

(3) 乙說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分）：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

變之互動，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 36-37。

⁷⁷ 司法院最高法院：<http://tps.judicial.gov.tw/>

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。

(4) 丙說（無權處分說）：出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第 118 條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。

倘從前揭民事庭會議決議來看，其採行有權處分說之最主要立論基礎應係基於登記推定力，按推定力係指依法登記之不動產物權，推定登記權利人適法有此權利⁷⁸，其目的是為了保障登記名義人之利益而設，一般而言，土地登記簿上之登記，通常均有實質之權利為基礎，登記名義人行使其權利時，基於土地登記賦予推定力，登記名義人無須再舉證證明其權利之來源，故推定力源於登記本身，所對抗者為非登記名義人⁷⁹，換言之，出名人既然是依合法有效之不動產借名登記契約而受登記為不動產權利人（登記名義人），在外部關係上，其自

⁷⁸ 民法第 759 條之 1 第 1 項規定。

⁷⁹ 楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 200。

然受推定適法有此不動產之物權，故其逕為處分該不動產是為有權處分，而借名登記之法律關係僅存在於借名人與出名人間，未對第三人發生效力。

次者，我國不動產物權變動既以登記為公示方法，則為了維護交易安全，確立公示制度之公信力，縱使登記與實質權利狀態不符，對於信賴此登記之善意第三人，應予以保護，故公信力乃為第三人對抗真正權利人之有效手段⁸⁰；蓋土地登記之效力（公示力、推定力及公信力），於登記完畢後即發生效力，惟如前所述，公信力之存在目的係於「登記與實質權利狀態不符」時，保護信賴登記之善意第三人，是以，於前揭民事庭會議決議中，僅在採取無權處分說前提下，始有探討善意第三人有無公信力保護之空間，而於有權處分說下，因不管第三人善意與否，出名人均為有權處分，故該第三人並無主張公信力保護之必要。

綜合前述所敘，從偏向保護實質權利人(借名人)之無權處分說，到試圖於借名人與處分行為相對人間取得平衡之折衷說，再到106年度決議貫徹登記公示效力之有權處分說，實務見解對於不動產借名登記契約之出名人逕為處分效力，得說是從登記名義與真正權利人「名實相異」之無權處分說最終走向「名實相符」的有權處分說，而決議

⁸⁰ 楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁199-200。

後，實務判決明確表示係依據 106 年度決議採取有權處分說者，例如臺灣高等法院 105 年度上字第 1348 號、105 年度上易字第 600 號、106 年度上易字第 767 號，以及 106 年度上字第 456 號等民事判決⁸¹；惟須注意者為，目前法院實務似乎有意將繼承取得借名登記不動產⁸²或信託行為⁸³之態樣排除前揭決議之適用，且於出名人將動產讓與給第三人之情形，高等法院⁸⁴有見解花了相當篇幅於討論動產是否有前

⁸¹ 月旦法學教室編輯部，2018，借名登記契約之外部效力（上）—從最高法院「名實相異」的無權處分說到「名實相符」的 106 年度第 3 次民事庭會議決議，月旦法學教室，第 184 期，頁 124-125。

⁸² 臺灣高等法院 106 年度上易字第 159 號民事判決：「復以，陳怡妃登記為系爭房地之所有權人時，為年齡 9 歲之限制行為能力人，被上訴人與陳怡妃間之借名登記契約，……由此足見陳怡妃並非單純沈默而係默示同意與被上訴人間成立借名登記契約。至於上訴人主張依最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議之意旨，倘認陳怡妃與被上訴人成立借名登記契約，因貫徹土地登記制度，上訴人仍取得系爭房地之所有權一節，按該決議固揭示：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，自屬有權處分等語。然本件上訴人係因繼承取得系爭房地之所有權，與上開決議所指出名人處分移轉登記之第三人權利來源顯然不同，其法律關係自無從比附援引，亦此敘明。」

⁸³ 最高法院 107 年台上字第 1664 號民事判決：「原審本其採證、認事之職權行使，合法認定系爭房地所有權係被上訴人出資取得，借名登記於鄭勝男名下，因鄭勝男罹重病，乃終止彼此間之借名登記契約，另與鄭秀英訂立借名登記契約。鄭秀英未經被上訴人同意，擅自將系爭房地信託登記與其子張曉生，對被上訴人而言屬無權處分，被上訴人拒絕承認，受託人張曉生應繼受委託人鄭秀英於信託財產上之權利瑕疵，因以上揭理由，為上訴人不利之判決，經核於法並無違背。」

⁸⁴ 臺灣高等法院 105 年度重上字第 1031 號民事判決：「被上訴人出資購買附表所示車輛後，為領牌從事汽車運輸業而與北鑫公司訂立靠行契約，各將附表所示車輛借名登記予北鑫公司名下，被上訴人仍為附表所示車輛之所有權人，詳如前述。據此，北鑫公司與被上訴人就附表所示車輛訂立借名登記契約後，其僅係允就附表所示車輛為出名登記而已，並無處分附表所示車輛之權限，尚難謂有將附表所示車輛設定動產抵押之處分權能。至於最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議：『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。』係專就不動產借名登記契約所作論述，對動產借名登記契約尚無適用。……動產物權變動之公示方法既與不動產有別，並非以登記為其外部辨認之公信表徵，自無因監理機關基於行政管理方便，而將附表所示車輛登記於北鑫公司名下，即認為北鑫公司對附表所示車輛有處分權能，此與前揭最高法院決議之基礎事實並不相同，尚無從比附援引。」惟須注意者為，就此最高法院亦另有判決持相反見解，按該院 107 年台上字第 2096 號民事判決：「按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。出名人既登記為該財產之所有權人，則在借名關係存續中，其將該財產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分，初不因第三人為善意或惡意而有異，為本院自 106 年 2 月 14

揭決議適用之可能，其亦特別點出動產與不動產公示方法不同，然而，該高等法院判決現階段上訴三審中，最高法院之態度如何，仍有待觀察⁸⁵。

（三）綜合評析與意見

於 106 年 2 月 14 日最高法院決議作成後，在借名人終止不動產借名登記契約或該契約消滅後，出名人辦理返還登記予借名人以前，出名人處分借名登記不動產之行為，不問處分對象之主觀意思為善意或惡意，最高法院現在一概認為屬於有權處分，且對於借名人並無侵害權益之不法情事，亦無不當得利可言⁸⁶，借名人僅得依其與出名人間之借名登記契約約定，對抗出名人並主張其為實際所有權人⁸⁷，並依債務不履行之規定向出名人請求損害賠償⁸⁸。惟有論者⁸⁹認為在違反

日以後所持之法律見解。本件被上訴人係因系爭靠行契約而將系爭車輛借名登記在德嘉公司名下，乃原審所確定之事實（原判決第 4 頁），果爾，德嘉公司既為系爭車輛之出名人，其在借名關係存續中，將系爭車輛設定系爭抵押權予上訴人，即非無權處分，原審為與此相反之見解，並進而為上訴人不利之論斷，已有違誤。又附表編號 1 至 3 所示動產抵押權設定時間均為 103 年間，而被上訴人提出之靠行委託契約書及公證書所載日期為 104 年 1 月 23 日（一審卷（一）第 27 至 31 頁，原判決誤載為 101 年 1 月 23 日），所提出之附表編號 3 車輛之汽車貨運業接受自備車輛靠行服務契約書，為訴外人王信賢與德嘉公司於 104 年 3 月 30 日所訂（一審卷（一）第 34 頁），則系爭抵押權設定時，被上訴人就系爭車輛是否與德嘉公司有靠行契約？亦待釐清。上訴論旨，執以指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由」。

⁸⁵ 許茹媛，2018，最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議文根本解決借名登記關係之爭議？—借名登記內部關係之效力與借名人之救濟，萬國法律，第 222 期，頁 76-78。

⁸⁶ 最高法院 106 年度台上字第 2362 號、106 年度台上字第 3002 號、107 年度台上字第 139 號民事判決。

⁸⁷ 最高法院 106 年度台上字第 304 號民事判決。

⁸⁸ 最高法院 103 年度台上字第 1148 號民事判決：「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。又不動產之借名契約關係既已終止，基於終止借名登記契約後之返還請

借名登記契約之處分中，如出名人及受讓財產之第三人於處分時均知悉借名登記關係存在，於刑法上可能構成背信罪⁹⁰，至少亦屬故意以背於善良風俗之方法侵害借名人利益之行為，則借名人應得對出名人及惡意第三人主張共同侵權行為之損害賠償⁹¹，是若借名人藉此損害賠償請求權主張廢止出名人與惡意第三人間之處分行為，並將該借名登記財產返還登記予借名人，仍屬請求回復侵權行為發生前之原狀，於法應無不許之理；又或者是有認為在出名人逕為處分屬有權處分之情況下，得類推適用民法第 544 條⁹²規定，出名人應對借名人負擔損害賠償之責⁹³。

若綜合上述學說理論與實務見解之觀察，則關於出名人處分借名

求權，自得請求他方移轉不動產所有權登記；他方就借名登記終止後之移轉登記債務如給付不能，即應依民法第二百二十六條第一項規定負損害賠償責任。」104 年度台上字第 1399 號：「查借名登記之契約，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，除契約另有訂定或因契約事務之性質不能消滅者，因當事人一方死亡而消滅。此際借名者或其繼承人自可依借名契約消滅後之借名標之物返還請求權請求出名者或其繼承人返還該標之物，如該標之物因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，借名人得依民法第二百二十六條第一項之規定請求賠償損害，且該項損害賠償之債，性質上為原債權之延長，屬於原債權之變形，與原債權具有同一性，其請求權之消滅時效，應自原債權之請求權可行使時起算。所謂請求權可行使時，係指權利人得行使請求權之狀態，其行使請求權無法律上之障礙，不包括事實上之障礙在內。」許茹媛，2018，最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議文根本解決借名登記關係之爭議？—借名登記內部關係之效力與借名人之救濟，萬國法律，第 222 期，頁 74-76。

⁸⁹ 林誠二，2017，借名登記財產之請求返還方式，月旦法學教室，第 181 期，頁 11。

⁹⁰ 刑法第 342 條：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金（第一項）。前項之未遂犯罰之（第二項）。」

⁹¹ 民法第 184 條：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同（第一項）。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限（第二項）。」第 185 條第 1 項前段：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。」

⁹² 民法第 544 條：「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。」

⁹³ 王千維，2017，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第 271 期，頁 33。

登記不動產於第三人之效力，即產生一個基本之疑問：究竟當出名人違反借名登記契約之約定，將借名之不動產讓與第三人，而該第三人為善意時，出名人之處分行為究係「無權處分」，抑或「有權處分」？如果貫徹借名人才是實際所有權人，出名人並非所有權人，則其將借名不動產讓與第三人，當屬無權處分，第三人須善意始能取得所有權，惡意者（明知該交易不動產為他人借名登記）則不能取得所有權，惟如此勢必將降低土地登記之公示作用，此為無權處分說難處之所在；反之，倘貫徹出名人是形式上所有權人，則出名人處分該借名不動產，自屬有權處分，又何以會因第三人是善意或惡意而有所不同？此為折衷說難題所在⁹⁴。

從以下有關出名人逕為處分效力之各說架構圖來看（詳圖 1），在出名人處分對象為善意第三人時，無論認定出名人之處分為有權處分（有權處分說、折衷說）或使第三人得主張善意取得制度（無權處分說），其目的皆使善意第三人得終局取得借名登記之不動產物權，反之，在出名人處分對象為惡意第三人時，學說理論及實務見解（最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議作成前）則有認為出名人之處分為有權處分（有權處分說）或無權處分（折衷說、無權處分說）兩

⁹⁴ 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玫惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，頁 19。

種不同見解，論者並對此後續提出相關補充理由相互辯駁，形成近期台灣民法方面之重要爭議⁹⁵。蓋出名者對登記財產之處分究屬有權處分，抑或為無權處分之爭論，具法學方法之意義，各有所據，就登記形式而言，以有權處分為可採，然問題在於惡意相對人有無保護之必要，無權處分說則著眼於不動產之實質歸屬，如何處理，涉及法律形式（Form）及實質內容（Substance），係法學上恆久之難題，若有取捨，無權處分說亦屬可採⁹⁶，以下將從法律及經濟觀點就本文見解進行撰寫。



圖 1：出名人逕為處分效力之各說架構圖

資料來源：本文繪製

1、從法律觀點進行探討—不動產物權變動及惡意不受保護原則

蓋任何人不得處分他人之權利，原則上只有權利人可以決定是否

⁹⁵ 林誠二，2013，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會出版，臺北市，頁 414。

⁹⁶ 王澤鑑，2014，民法總則，王慕華發行，頁 411。

處分其權利，無權處分係指處分人處分超過其權利範圍內之權利，因而只有所有權人或經所有權人授權之人可以處分所有權，而有無權利之認定，與有無處分權之認定，除經所有權人授權情形外，原則上是相同的，即都是以處分人是否享有處分標的之真正權利(歸屬性權利)為認定標準，真正權利之認定是屬於靜的安全之規範領域⁹⁷。從最高法院 106 年度第三次民事庭會議及上述學說理論與實務見解來看，其雖就出名人之處分行為是否係有權處分或無權處分意見不一致，惟應肯認的是借名人透過不動產借名登記契約之訂立，擬定自身仍保有標的物處分權能之約定，而由民法第 117 條及第 118 條第 1 項⁹⁸等規定可以得知，任何人非基於法律規定之授權，對他人權利而為處分行為之人，即屬第 118 條第 1 項、第 2 項所定之「無權利人」⁹⁹，是以，在不動產借名登記下，借名人對標的物之處分權，究係基於借名人對標的物之所有權而生，抑或經由出名人之同意授與而生，本文將就不同類型之借名登記契約分述如下：

(1) 類型一：出名人係由第三人處取得特定財產之登記名義——

⁹⁷ 謝哲勝，2017，借名登記之名消極信託之實——評最高法院 98 年度台上字第 76 號判決，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，臺北市，頁 72。

⁹⁸ 民法第 117 條：「法律行為須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人之一方為之。」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(第一項)。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(第二項)。前項情形，若數處分相抵觸時，以其最初之處分為有效(第三項)。」

⁹⁹ 王千維，2017，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，第 271 期，頁 30。

由借名人與第三人成立一定法律關係，並由出名人與第三人成立物權行為

於此類型之不動產借名登記契約下，借名人與第三人間成立一債權契約應無疑義，而作成物權行為之當事人乃出名人及該第三人，換言之，借名人自始自終無法透過物權行為而成為所有權人，進而取得標的物之處分權；又透過借名人指定將標的物所有權移轉予出名人之指示（利益第三人契約或不真正利益第三人契約¹⁰⁰），該第三人應有移轉登記不動產予出名人之真實意思表示，問題在於出名人是否有受讓標的物之真實意思，本文認為在物權行為作成及登記當下，其應實有為借名人取得不動產之真實意思表示，縱算受讓登記不動產之意思表示係由借名人代理為之者，借名人亦應有使出名人先行取得不動產之意思，否則不動產所有權仍為該第三人所持有，恐非借名人之真意。綜上所述，因物權行為有效，出名人單獨取得標的物完全之所有權，此時，出名人乃依據不動產借名登記契約，將標的物之債權性質管理、使

¹⁰⁰ 最高法院 92 年度台上字第 2581 號民事判決：「按第三人利益契約，乃當事人之一方與他方約定，由他方向第三人為一定之給付，第三人因此取得直接請求他方給付權利之契約。倘第三人並未取得直接請求他方給付之權利，即僅為當事人與第三人間之「指示給付關係」，尚非民法第二百六十九條所規定之第三人利益契約。又於「指示給付關係」中，被指示人係為履行其與指示人間之約定，始向領取人（第三人）給付，被指示人對於領取人，原無給付之目的存在。苟被指示人與指示人間之關係不存在（或不成立、無效或被撤銷、解除），被指示人應僅得向指示人請求返還其無法律上原因所受之利益，至領取人所受之利益，原係本於指示人而非被指示人之給付，即被指示人與領取人間尚無給付關係存在，自無從成立不當得利之法律關係。」法觀人編輯部，2015，三方關係之不當得利—以幾則最高法院判決為核心，法觀人月刊，第 197 期，頁 3-4。

用、收益及處分等權能授予借名人。

(2) 類型二：出名人係由第三人處取得特定財產之登記名義—

由出名人與第三人成立一定法律關係及物權行為

於此類型之不動產借名登記契約下，係由出名人與第三人成立一定法律關係，並在出名人與該第三人間，發生不動產物權移轉之物權行為，故該一定法律關係之債權契約及物權行為當事人乃出名人與第三人，蓋本文認為出名人與第三人內心應均無將標的物所有權保留於該第三人處，而使債權契約或物權行為無效之真實意思，縱使該第三人明知出名人與借名人間存有不動產借名登記契約，此亦不影響其具有移轉標的物所有權之真實意思表示；再者，借名登記契約之出借名義義務實與委任契約之處理事務義務具有相似性，因出名人依據契約所負義務，非單純提供名義，而係以其名義與第三人作成債權契約及不動產所有權讓與移轉登記之物權行為，故出名人應有為借名人取得不動產之真實意思表示，形成類似間接代理之情形，所謂間接代理乃係以自己名義為本人之計算而為法律行為，其法律效果首先對間接代理人發生，再依內部關係移轉於本人¹⁰¹，從而，出名人單獨取得標的物

¹⁰¹ 王澤鑑，2014，民法總則，王慕華發行，頁494。在間接代理，交易經濟上之利益及不利益不歸由實際締約之受任人承受及負擔，受任人所為之交易，法律上是自己的，但經濟上是本人的，且第三人是否知道受任人係為本人之利益進行交易，無關宏旨，另間接代理不符合代理公開原則，受任人與交易相對人為契約當事人，本人在法律上並非受任人所訂立契約之當事人，唯有受任

完全之所有權，並依據不動產借名登記契約授與借名人標的物債權性質之管理、使用、收益及處分等權能。

(3) 類型三：出名人係由借名人處取得特定財產之登記名義

在此案型下之不動產借名登記契約，有論者認為因雙方均欠缺成立物權行為之效果意思，所以解釋上並未發生移轉標的物所有權之物權行為，又或者是有認為借名人與出名人間之不動產物權移轉行為應構成民法第 87 條第 1 項之通謀虛偽意思表示而無效者，惟本文認為借名登記契約乃係立基於雙方當事人之信任而成立（尤其標的物為高經濟價值之不動產），且為使名義出借結果（即借名登記契約之訂立目的）歸屬於借名人，例如降低地價稅稅基¹⁰²，於物權行為成立及登記當下，借名人與出名人雙方應有使出名人暫時成為對外法律上不動產所有權人之共識，進而創造出出名人為法律上所有權人之表象，且該物權行為亦為達成借名登記契約締約目的而必須之行為，故係出於當事人之真意，綜上，基於雙方當事人間之信任與為達成締約目的，借名人及出名

人方能主張契約所生權利，我國民法就間接代理雖無一般規定之設，但在第 578 條明文規定受任人與第三人所訂立契約並不直接拘束委託人，行紀人自當為當事人，取得契約所生權利，而在事務處理一般規定之委任中，**第 541 條第 2 項**：「受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人。」亦間接表明此意旨，又受任人以自己名義，為委託人取得之不動產所有權，依前述規定雖應負移轉於委託人之義務，然此**僅為受託人與委託人間之權利義務關係，在受任人移轉其所有權於委託人以前，委託人尚未取得該不動產所有權**（最高法院 41 年台上字第 1011 號、44 年台上字第 262 號民事判例），詳陳自強，2018a，間接代理，月旦民商法雜誌，第 61 期，頁 65-66、73-75。

¹⁰² 土地稅法第 3 條第 1 項：「地價稅或田賦之納稅義務人如左：一、土地所有權人。二、設有典權土地，為典權人。三、承領土地，為承領人。四、承墾土地，為耕作權人。」

人間應有物權變動之意思表示合致，從而，出名人單獨取得標的物完全之所有權，並依據不動產借名登記契約授與借名人標的物債權性質之管理、使用、收益及處分等權能，使其透過該契約享有標的物經濟上利益與不利益。

綜合上述所敘，從不動產物權變動過程來看，就前揭三種類型之不動產借名登記契約，本文認為出名人均成為該不動產法律上之所有權人，故其逕為處分不動產是為有權處分，如此亦較符合現行法律制度及基本法理；惟此處仍有幾個問題須釐清者，分述如下：

(1) 民法第 758 條第 1 項規定之登記僅為不動產物權變動生效

要件之一

從最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議所採之甲說(有權處分說):「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」來看，該說乃係採不動產物權之有無，以土地或建物登記簿之登載狀態為準，同時推定出名人為借名登記不動產法律上之所有權人。

蓋僅以借名人與出名人有效成立之借名登記債權契約，並不使該不動產所有權上發生物權變動之法律效果，應無疑義，而足令借名登記之不動產所有權發生變動效力者，乃係基於不動產借名登記之物權行為，再者，以邏輯嚴謹度而言，民法第 758 條第 1 項規定之登記僅係不動產物權因法律行為而為變動之必要條件，亦即登記僅為不動產物權變動生效要件之一，非謂不動產物權一經登記，即發生物權變動效力，易言之，所稱「非經登記，不生效力」，以法律邏輯反面推論，僅能推導出「欲生效力，須經登記」，非謂得反面推論出「既經登記，即生效力」之結論¹⁰³，故不動產之公示登記，並不足以謂登記名義人擁有登記不動產之形式（對外關係）與實質（對內關係）所有權，或真正權利人¹⁰⁴，前揭最高法院決議未詳加檢視是否完全符合不動產物權變動之生效要件，僅以具備生效要件之一（出名人登記為登記名義人），即推導出出名人有權處分之結論，有過於率斷之疑慮。

（2）登記物權狀態與真實物權狀態一致是否有登記推定力之適用

所謂登記之推定力（權利正確性推定效力），係指以登記方

¹⁰³ 蔡旻耿，2018，不動產借名登記適法性之研究—評最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議，2018 土地研究學術研討會—智慧城鄉與不動產管理，國立臺北大學公共事務大樓，頁 12、17。

¹⁰⁴ 黃士洲，2009，稅法實例研析：第三講：所得名目、歸屬及實質課稅之運用，月旦法學教室，第 81 期，頁 91。

法公示出來之物權，具有使社會一般人信賴其為真實、正確物權之效力，即登記簿記載之登記名義人在法律上推定其為真正權利人¹⁰⁵，此乃立基於「不動產登記簿正確之推定上」(Die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs)¹⁰⁶，德國民法典第 891 條¹⁰⁷即規定：「在土地登記簿上，某項權利被為某人的利益而登記的，推定此人享有該項權利。在土地登記簿上，某項已登記的權利被塗銷的，推定該項權利不存在。」

惟此處有疑義者為，得否基於登記名義人之登記推定力，即謂出名入將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分？對此應採否定見解較為妥適，蓋物權登記權利狀態如係真實，出名入應即得依民法第 758 條規定取得該不動產物權，而無同法第 759 條之 1 第 1 項規定登記推定力之適用，反之，主張登記之推定力者，須以該物權登記權利狀態不真實為前提¹⁰⁸；換言之，本文認為於前述三種類型之不動產借名登記契約下，因出名人均成為該不動產法律上之所有權人，而無原登記物權不真實之情事發生，而在第三者信賴登記而取得不動產權利前，借名人應無從舉

¹⁰⁵ 常昱、常憲亞，2009，不動產登記與物權法：以登記為中心，中國社會科學出版社，北京，頁 21。

¹⁰⁶ 陳明燦，2015，土地法學，作者自版，新北市，頁 271-272。

¹⁰⁷ 陳衛佐譯注，2010，德國民法典（第 3 版），法律出版社，北京，頁 323-324。

¹⁰⁸ 蔡旻耿，2018，不動產借名登記適法性之研究—評最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議，2018 土地研究學術研討會—智慧城鄉與不動產管理，國立臺北大學公共事務大樓，頁 17。

證證明加以推翻出名人，惟其得類推適用同法第 549 條第 1 項¹⁰⁹

及第 541 條第 2 項¹¹⁰規定，主張隨時終止不動產借名登記契約¹¹¹，

進而向出名人請求返還借名登記不動產¹¹²。

其次，倘從前揭最高法院決議所採之有權處分說來看，則出名人將借名登記不動產處分移轉登記予第三人時，當事人間所為之物權契約，僅須具備依法律行為而生不動產物權變動之要件（詳本文第三章第一節第三項），該第三人即當然取得不動產所有權，而第三人之善意、惡意與否，均在所不問¹¹³，換言之，在該第三人為惡意時，最高法院仍決定給予其保護而允許其取得不動產所有權，惟此恐有過於保護惡意第三人之疑慮。本文雖肯認就前揭三種類型之不動產借名登記

¹⁰⁹ 民法第 549 條：「當事人之任何一方，得隨時終止委任契約（第一項）。當事人之一方，於不利於他方之時期終止契約者，應負損害賠償責任。但因非可歸責於該當事人之事由，致不得不終止契約者，不在此限（第二項）。」

¹¹⁰ 民法第 541 條：「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）。」

¹¹¹ 最高法院 100 年度台上字第 1696 號民事判決：「次按『借名登記』者，……，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，應賦與無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。而當事人之任何一方，得隨時終止委任契約，民法第五百四十九條第一項定有明文。」104 年度台上字第 2136 號民事判決：「次按借名登記者，……，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，應類推適用民法第五百四十九條終止之規定，亦即當事人之任何一方，得隨時終止委任契約。又依民法第二百六十三條準用同法第二百五十八條第一項及第九十四條規定，終止權之行使，應向他方當事人以意思表示為之，其以對話為意思表示者，其意思表示以相對人了解時，發生效力。」

¹¹² 臺灣高等法院 102 年度重上字第 126 號民事判決：「按稱『借名登記』者，……，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 98 年度台上字第 990 號判決意旨參照）。次按當事人之任何一方，得隨時終止委任契約；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，民法第 549 條第 1 項、第 541 條第 2 項亦分別定有明文。」最高法院 103 年度台上字第 1466 號民事判決：「次按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，故借名登記財產之返還請求權消滅時效，應自借名登記關係消滅時起算。」

¹¹³ 蔡旻耿，2018，不動產借名登記適法性之研究—評最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議，2018 土地研究學術研討會—智慧城鄉與不動產管理，國立臺北大學公共事務大樓，頁 18。

契約，出名人均成為不動產法律上之所有權人，故其處分行為是為有權處分，但亦認為不應給予惡意第三人法律上之保護，而應有保護借名人權益之機制存在。

為貫徹登記制度之公示性，財產登記之形式應盡量與實質一致，以免危害交易安全，蓋不動產借名登記契約雖因在當事人間具有成立契約之真正意思，與通謀虛偽意思表示不可等量齊觀，但倘第三人明知出名人所處分之不動產係借名登記財產，仍與之為交易行為，此際出名人除違反借名登記契約之約定，而應負債務不履行責任外，極可能亦構成犯罪（侵占罪¹¹⁴或背信罪），而第三人知情卻仍與之完成交易行為，無異為虎作倀，其行可議，如依有權處分說之觀點，該第三人依然可以受到法律之保護，是否合於正義之要求？實有疑問；有權處分說雖主張依登記之外觀形式，認無須區分第三人為善意或惡意，而均應認出名人對借名之財產有處分之權利，然所謂權利外觀原則（權利外觀優越原則、信賴原則），係因其具有一定之外形事實，足可推斷有真實之權利或事實關係存在，而對於信賴此項外觀而為法律行為之人，法律均給予其所信賴事實相同之法律效果，以為保護¹¹⁵，由此反面推論，倘非信賴該外觀形式而為法律行為之人，自不應加以

¹¹⁴ 刑法第 335 條：「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金（第一項）。前項之未遂犯罰之（第二項）。」

¹¹⁵ 謝在全，2014，民法物權論（上），修訂六版，作者自版，臺北市，頁 52。

保護，否則將破壞民事法長期以來所建立之「惡意不受保護」原則¹¹⁶；再者，所謂土地登記之公示力，係為保護不動產交易安全所定之制度設計，於不動產物權變動時，須有一得由外界辨識之表徵，使其法律關係透明化，該效力之目的在於維護交易秩序，避免善意第三人遭受損害，且縱使登記簿上權利關係與實體法上不相符，基於登記之公信力，對於信賴登記之善意第三人，亦應給予保護¹¹⁷，換言之，我國土地登記效力所欲保護者，不包括明知真實物權狀態之惡意第三人。

又所謂惡意（當事人）不受保護原則，乃法律之基本原則，其具體適用民事法多設有明文¹¹⁸，如土地登記之公信力（土地法第 43 條、民法第 759 條之 1 第 2 項）、動產善意受讓（民法第 801 條、第 948 條）外，其他如通謀意思表示之當事人，不得以其無效對抗善意第三人（民法第 87 條第 1 項）、債權讓與之特約不得對抗善意第三人（民法第 294 條第 2 項）等等，不勝枚舉，此與法諺所云：「法律乃善良及公平之藝術」¹¹⁹，如出一徹，已成為民事法一項重要原則¹²⁰。

蓋惡意（當事人）不受保護原則曾在民法物權編修正有過相關討

¹¹⁶ 林大洋，2017，借名登記對外效力之探討—法學方法與債法現代化之思考，中華法學，第 17 期，頁 122-123。

¹¹⁷ 楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 198-199。

¹¹⁸ 王澤鑑，1982，添附與不當得利，法學叢刊，第 27 卷，第 1 期，頁 34。

¹¹⁹ 鄭玉波譯解，1984，法諺（一），作者自版。

¹²⁰ 林大洋，2017，借名登記對外效力之探討—法學方法與債法現代化之思考，中華法學，第 17 期，頁 123。

論，原係擬增訂第 814 條之 1：「第八百十二條至第八百十四條¹²¹之規定，於惡意之附合、混合、加工者，不得取得其所有權或為其共有人。」而有甲（支持增訂）、乙（反對增訂）兩案不同見解，按該甲案之條文增訂理由：「惡意添附人之權利是否受到保障？現行法未設排除規定。惟學者間有認為依惡意當事人不受法律保護之原則，宜設特別規定加以排除，參考瑞士民法第七百二十六條第二項，亦有相同之規定，爰仿該立法例，增訂如上規定。又第八百十一條¹²²動產之惡意附合人，本應由不動產所有人取得動產所有權，不待於本條中另設明文規定；如不動產所有人惡意將他人之動產附合於其不動產，而令動產所有人取得不動產所有權，亦非公允，故未明訂列入本條排除之列。」乙案則以：「（一）所謂『惡意當事人不受法律保護之原則』，僅是一項抽象的法律原則或『法諺』而已，欠缺明確具體的構成要件及法律效果，訴諸此一原則，宜謹慎小心，避免因空泛的道德情感，而流於濫用。（二）此一原則的適用範圍，並非毫無限制。私法關係上，惡意當事人並非絕對不受法律保護（如不違反競爭秩序之一物二賣或一物二租，不當得利法上之『強迫得利』類型，動產或不動產物權之時

¹²¹ 民法第 812 條：「動產與他人之動產附合，非毀損不能分離，或分離需費過鉅者，各動產所有人，按其動產附合時之價值，共有合成物（第一項）。前項附合之動產，有可視為主物者，該主物所有人，取得合成物之所有權（第二項）。」第 813 條：「動產與他人之動產混合，不能識別，或識別需費過鉅者，準用前條之規定。」第 814 條：「加工於他人之動產者，其加工物之所有權，屬於材料所有人。但因加工所增之價值顯逾材料之價值者，其加工物之所有權屬於加工人。」

¹²² 民法第 811 條：「動產因附合而為不動產之重要成分者，不動產所有人，取得動產所有權。」

效取得等)，……（五）同理，於惡意之動產與動產附合、混合或加工，如因而大幅創造或增進添附物之經濟效用及社會價值（例如竊取他人劣質木材雕刻成昂貴藝術品），基於『公允』考量，似不應排除附合、混合或加工者取得添附物所有權或成為添附物共有人之可能性。可見『惡意』與否，並不重要，是否『公允』，才是關鍵。而所謂『公允』，判斷上不脫添附物經濟效用及社會價值創造或增進程度之考量。其他行為評價或利益調整問題，則留諸債權法上相關制度¹²³予以解決。」理由進行回應與反駁，且最後決定鑑於該條擬增訂之條文，立法政策上有無必要，仍有再斟酌餘地而不予增訂¹²⁴。

按惡意（當事人）不受保護原則乃一抽象法律原則，欠缺具體明確之構成要件及法律效果，倘隨意爰引確實可能流於濫用，惟其具體精神之體現應在於利益關係人或當事人間之利益衡量，而上述有關惡意添附人權利是否受到保障之議題，基於公允考量，即添附物經濟效用及社會價值創造或增進程度之考量，賦予惡意添附人取得添附物所有權或成為添附物共有人之可能，其考量點乃在於物盡其用，促進物之經濟效用提升，換言之，添附制度之適用，本應從添附後之「結果」本身，依其物質狀態、經濟效用及社會價值，以決定是否或如何使原

¹²³ 如契約、無因管理、不當得利，以及侵權行為等，另民法第 816 條亦規定：「因前五條之規定而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償還價額。」

¹²⁴ 法務部編印，2009，民法物權編研究修正實錄—通則、所有權、用益物權、占有及施行法（第一冊），頁 49-53。

物權歸屬關係重新發生變動，且惡意添附行為，理論上亦可能大幅創造或增進添附物之經濟效用及社會價值¹²⁵；然在訂立不動產借名登記契約之情況下，出名人逕為處分之相對人若屬惡意者，有無保護其之必要？本文認為從不動產利用此一角度來看，該惡意相對人並非一定能對不動產為最有效使用¹²⁶之人，亦即該相對人對於不動產之評價係有可能低於借名人，從而無法提升不動產之經濟效用或社會價值，基於公允考量，實無犧牲借名人權益以保護惡意第三人之理由。

是故，最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議採取之有權處分說，即肯認出名人為所有權人無異，處分行為相對人進而無民法第 759 條之 1 條善意取得之適用，借名人無法對抗出名人之逕為處分，乃至於增加出名人道德風險¹²⁷危機問題，而有保護惡意第三人之法律效果，恐失確保交易安全暨兼顧真正權利人權益之目的¹²⁸，從而對於借名人權益保障密度不足，牴觸（保護）過當禁止¹²⁹之意旨¹³⁰。

¹²⁵ 法務部編印，2009，民法物權編研究修正實錄—通則、所有權、用益物權、占有及施行法（第一冊），頁 49-50。

¹²⁶ 不動產估價技術規則第 2 條第 17 項：「十七、最有效使用：指客觀上具有良好意識及通常之使用能力者，在合法、實質可能、正當合理、財務可行前提下，所作得以獲致最高利益之使用。」

¹²⁷ 所謂道德風險（Moral Hazard）是指參與合約的一方所面臨的對方可能改變行為而損害到本方利益的風險，詳 Weimer, David L. and Vining, Aidan R., 2004. Policy Analysis: Concepts and Practice (4th Edition). Pearson Prentice Hall. pp. 121.

¹²⁸ 蔡旻耿，2018，不動產借名登記適法性之研究—評最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議，2018 土地研究學術研討會—智慧城鄉與不動產管理，國立臺北大學公共事務大樓，頁 19。

¹²⁹ 蓋從憲法與行政法（公法學）的觀點來看，「比例原則」係要求立法、行政及司法之行為，在其手段與所欲實現之目的間，皆應有合理、適當及公允之比例關係，且不得不成比例，也就是「禁止過當」，詳陳朝建，2003，行政法教室：比例原則的法律政策思維，陳誠法政專業教學網（Pchome 個人新聞台網），<http://mypaper.pchome.com.tw/macotochen/post/4276652>，2019 年 4 月 9 日。

¹³⁰ 陳明燦，2018，我國不動產借名登記後處分之效力問題分析—以最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議為中心，台灣法學雜誌，第 349 期，頁 30。

2、從經濟觀點進行探討—交易成本及優勢風險承擔原則

如前所述，若貫徹借名人才是借名登記不動產之真正權利人，出名入並非所有權人，則其將該不動產讓與第三人，當屬無權處分而論，惟如此將降低土地登記之公示作用，且無疑賦予內部約定得對第三人發生之效力，反之，倘貫徹出名入是形式上所有權人，則出名入處分該不動產，自屬有權處分，然問題在於惡意相對人有無保護之必要；爰此，面對出名入逕為處分之相對人，究竟是該採有權處分說或無權處分說，何者更能使真正權利及交易安全之保障趨於平衡，為本文於此處所欲探討者。

(1) 真正權利與交易安全之保護應取得平衡

按司法院 28 年院字第 1919 號解釋¹³¹揭櫫了一個財產法法理，即並非要在保護交易安全之必要限度以外剝奪真正的權利，真正權利及交易安全的保護，乃財產法之兩大課題，也是物權和債權之區分，或權利是否對第三人有拘束力，在解釋適用時所應權衡的兩大價值¹³²。

法律對權利為排他性 (exclusive) 之保護，可以拘束第三

¹³¹ 司法院 28 年院字第 1919 號解釋：「土地法第三十六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。」

¹³² 謝哲勝，2012，民法物權，三民書局股份有限公司，臺北市，頁 92。

人，主要目的在於鼓勵生產誘因，藉以拘束第三人之效力，使權利人的投資受到保護，誘導人們從事長期的投資規劃，增加財貨產出¹³³，因此，在權利人就其權利標的為長期投資符合物之使用效率時，法律即應保護其對投資報酬的期待，不受相對人違約之風險影響，將權利定位為可對第三人主張，即可達到此一目的，又可以對第三人主張之權利，已非特定人對特定人主張之權利，並非相對權，而係絕對權之概念，在財產分類裡，即是物權（狹義財產權），有別於基於契約可以主張的權利，物權法是規範財貨歸屬秩序之法律，權利人既然是對物主張權利，不受物之歸屬發生變動的影響，即可保護投資報酬之期待，達到鼓勵生產誘因、增加財貨產出之目的¹³⁴。

然保護真正權利人進而鼓勵生產誘因，雖然重要，但此無法確保就該資源（物）權利人是最有效率使用之人，為了確保資源流向最有效率使用的地方，就有必要讓資源自由流動，由對資源評價最高之人取得；而對某物評價最高之人是否能最終取得該物之使用權，關鍵在於交易成本的高低¹³⁵，交易成本包括事前成本

¹³³ Posner, Richard A., 1992. *Economic Analysis of Law* (4th Edition). Little, Brown and Company, pp. 32-33, 轉引自謝哲勝, 2009, 信託法, 元照出版有限公司, 臺北市, 頁 91。

¹³⁴ 謝哲勝, 2009, 信託法, 元照出版有限公司, 臺北市, 頁 91-92。

¹³⁵ 資源要能夠經由市場自願交易由一方移轉到另一方，當然需經由雙方協商，協商花費之各種支出，如租會議室之租金、僱用速記員之薪資、及花費時間成本等等，Coase 統稱（或含糊的）為交易成本，且依據寇斯定理（Coase theorem），當交易成本等於零時，不管原先所有權指定予何人，均可經由私人自願交易，使資源做效率使用，參閱 Cooter, R. and Ulen, T., 2000. *Law*

與事後成本，事前成本指原始締約成本，包含資訊蒐集成本、協商斡旋等成本，事後成本則是指契約成立後履行和糾紛解決等成本，蓋經由交易取得權利之人，若其權利事後無預期地被追奪，因而喪失權利，即受到不測損害，倘此一損害無法藉由支出些微費用蒐集交易資訊，確認交易標的之權屬狀態，即可避免，而是必須支出相當高之資訊蒐集成本，則將造成交易成本過高，交易無法發生，因此，避免第三人受到不測損害，即成為交易安全保護之重點¹³⁶。

次按誠實信用原則是民法之帝王條款¹³⁷，為民法解釋適用之最高指導原則，幾乎與法律最高指導原則之公平正義同等地位，而該原則是在具體法律關係中，妥善地權衡當事人利益，所謂之權衡，即是當事人間利益之平衡，又法律制度之設計，在大多數情形即是就各種競爭利益求取平衡，以符合社會最大福祉，真正權利是法律保護的一種重要價值，交易安全亦是法律保護的另一項重要價值，二者間之保護須取得平衡，即取得二者相加之最大

and Economics. Addison-Wesley, pp. 85, 轉引自謝哲勝, 2005, 以經濟分析突破概念法學的困境—兼回應熊秉元教授的幾個觀點, 收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會, 法律哲理與制度—基礎法學: 馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集, 元照出版有限公司, 臺北市, 頁 618-619。

¹³⁶ 謝哲勝, 2012, 民法物權, 三民書局股份有限公司, 臺北市, 頁 92-93。

¹³⁷ 民法第 148 條:「權利之行使, 不得違反公共利益, 或以損害他人為主要目的(第一項)。行使權利, 履行義務, 應依誠實及信用方法(第二項)。」

利益，也自然符合社會最大福祉¹³⁸。

真正權利人是對資源正在利用之人，交易安全所欲保護的第三人可能是對資源為最有效率使用之人，一個是現在現時之投資，一個是將來之效率使用，且不一定發生，故權衡之下，當然是保障現時之投資較為重要，因而要將真正權利之保護放在前面，但是，為求二者相加利益極大，最好的結果是將對交易安全之負面影響減至最小，在保護交易安全之必要限度以內，就只好犧牲真正權利，所以權衡真正權利保護與交易安全保護之結果，就是在保護交易安全之必要限度內剝奪真正權利¹³⁹；蓋於無權處分說下，不動產善意取得制度乃是真正權利保護與交易安全保護平衡之結果，惟如前所述，在有權處分說下，不論第三人善意與否均犧牲借名人權益而給予該第三人保護，恐失確保交易安全暨兼顧真正權利人權益之目的。

(2) 採取有權處分說之總社會成本將高於無權處分說

蓋於經濟分析理論所用之財產權概念，係指「因財貨存在所造成有關財貨的使用，而為社會所接受之行為」¹⁴⁰，主要內容包

¹³⁸ 謝哲勝，2003a，債權確保與信託制度的平衡，月旦法學雜誌，第93期，頁224。

¹³⁹ 謝哲勝，2005，以經濟分析突破概念法學的困境—兼回應熊秉元教授的幾個觀點，收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法律哲理與制度—基礎法學：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照出版有限公司，臺北市，頁619。

¹⁴⁰ Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott, 1986. Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Springer, Berlin, S. 68 轉引自蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁20。

括財貨之使用 (usus)，孳息之收取 (usus fructus) 及財貨形式的改變，又財產權之結構乃是依法律、命令、習慣法、判決例而形成，惟採取私法自治之國家（現在幾乎已包括所有國家，只有程度差別），會透過契約或其他法律行為做進一步安排，此種第一次及第二次之分配是交叉進行的，私法自治的領域不是一次決定以後便固定，而是不斷有公權力介入、退出，使得財產權結構不斷發生變化¹⁴¹。

次依據 Coase 定理，由於每個人會為自己做最有利之考慮，因此當財產權歸屬明確，而其所包含之各種行為可能性均得自由移轉，且有關權利移轉之資訊、協調等交易成本與請求、訴訟等實現權利成本等於零時，該社會之資源配置效率最高；按 Coase 所說之交易成本，係指第二次財產權架構與第一次財產權架構間支出之社會成本，如表 3 所示，包括認識成本(I)、協議成本(C)、規範成本 (N)、防險成本 (R) 及爭議成本 (S)，各項成本間並非完全獨立，有時可能重疊或互補，比如 I、C、N、R 與 S 便有明顯互補性，換言之，前者支出愈多，通常後者愈可以避免¹⁴²。

表 3：Coase 定理交易成本表

交易成本	內涵
認識成本	交易雙方在精確計算自己之利益與需要後，必須設法了解交易

¹⁴¹ 蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁 21。

¹⁴² 蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁 29-30。

Information	標的帶來之技術可能性與法律利益，扣除所生之不利益即為其「經濟利益」，這裡為查詢、計算、了解等消耗之人力、時間、金錢等即是認識成本。
協議成本 Coordination	交易者必須接頭、談判，從而不可避免地支付一些函電、交通、應酬之花費及時間。
規範成本 Norm	交易者必須把協議之結果變成一點一點的有拘束力之規範，可能是一份十幾頁之書面契約，也可能僅是簡單的口頭約定，但都是有效之法律補充，這裡涉及之成本謂之。
防險成本 Risk	交易者為了排除或降低交易之法律風險（被詐欺、第三人追奪等），往往會採取一些防險措施，如徵信（此部分有時應併入I）、諮詢律師、會計師、委託代書、做成公證（此部分有時應併入N）或買保險，要求提供擔保等。
爭議成本 Suit	交易之結果可能產生爭議，而需要調解、和解、仲裁乃至訴訟、執行，這些成本一部分由當事人負擔，一部份由國家負擔。

資料來源：蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁29-30。

已如前述，善意取得是以「無權處分」為前提，不能反過來以善意或惡意來決定是否為無權處分，折衷說本身於無權處分與善意取得之理論邏輯上，即存有內在矛盾，亦缺乏法理論證，故關於出名人逕為處分借名登記不動產之處分行為效力，無非是回歸於有權處分說或無權處分說之爭論，於處分行為相對人為善意時，有權處分說及無權處分說兩者之目的均是使其取得不動產所有權，而在該相對人為惡意時，則有兩種不同見解，爰此，於以下各項交易成本之比較分析，本文將排除折衷說，比較範圍以有權處分說及無權處分說為限；次者，因不動產借名登記契約之有效成立，借名人及出名人均可能有所利益，例如訂立契約之目的達成或取得對價等，是以，本文就以下各項成本之比較分析，以

及相關經濟模型之建構，將不考量借名人與出名人成立該契約之利益。

A. 認識成本 (I)

於此處交易者須充分了解的是「標的物」之交易狀況，而不是相對「人」之財產權狀況，換言之，交易者應充分計算有「對世」效力之部分（指物權或有物權效力之債權），而可以忽略對相對人個人發生拘束力之部分¹⁴³；從而初看下，我們或許會認為採取無權處分說，出名人逕為處分相對人之認識成本有高於有權處分說之趨勢（因不動產借名登記契約之內部約定得對第三人發生效力），惟按照土地登記公信力之意旨，善意之相對人即便不知借名人與出名人間訂有借名登記契約，仍受公信力之保護而取得不動產所有權，故本文認為無論採取有權處分說或無權處分說，兩者之認識成本應無差異。

B. 協議成本 (C)

關於此項成本，本文認為採取有權處分說應會高於無權處分說，蓋因於有權處分說下，借名人為彌補標的不動產缺乏追及保護之缺點（因不動產借名登記契約僅為借名人與出

¹⁴³ 蘇永欽，1994，*經濟法的挑戰*，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁 31。

名人間之債權契約，其內部約定不得對第三人發生效力），應會藉由多層之債權關係（例如於借名登記契約明訂出名人違約條款或提供擔保等）或混合債權與物權之關係（例如預告登記請求權¹⁴⁴）來達到同一利用目的，造成交易層次增加，法律關係複雜化；又於無權處分說下，雖善意第三人得取得不動產，惟法律對於借名人之權益保障程度亦較多（舉證第三人為惡意、代位出名人行使物上請求權、不當得利請求權等¹⁴⁵），故借名人對於標的不動產保護要求應會低於有權處分說。

C. 規範成本（N）

基於和協調成本一樣的理由，採取有權處分說之規範成本也有高於無權處分說之趨勢。惟此處須說明者為，在我國不動產物權交易方面，實務上多把申請登記所用之「公契」

¹⁴⁴ 土地法第 79 條之 1：「聲請保全左列請求權之預告登記，應由請求權人檢附登記名義人之同意書為之：一、關於土地權利移轉或使其消滅之請求權。二、土地權利內容或次序變更之請求權。三、附條件或期限之請求權（第一項）。前項預告登記未塗銷前，登記名義人就其土地所為之處分，對於所登記之請求權有妨礙者無效（第二項）。預告登記，對於因徵收、法院判決或強制執行而為新登記，無排除之效力（第三項）。」土地登記規則第 136 條：「土地法第七十八條第八款所稱限制登記，謂限制登記名義人處分其土地權利所為之登記（第一項）。前項限制登記，包括預告登記、查封、假扣押、假處分或破產登記，及其他依法律所為禁止處分之登記（第二項）。」同規則第 137 條：「申請預告登記，除提出第三十四條各款規定之文件外，應提出登記名義人同意書（第一項）。前項登記名義人除符合第四十一條第二款、第四款至第八款及第十款規定之情形者外，應親自到場，並依第四十條規定程序辦理（第二項）。」同規則第 146 條：「預告登記之塗銷，應提出原預告登記請求權人之同意書（第一項）。前項請求權人除符合第四十一條第二款、第四款至第八款及第十款規定之情形者外，應親自到場，並依第四十條規定程序辦理（第二項）。預告登記之請求權為保全土地權利移轉者，請求權人會同申辦權利移轉登記時，於登記申請書備註欄記明併同辦理塗銷預告登記者，免依前二項規定辦理（第三項）。」

¹⁴⁵ 詹森林，2011，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 59。

解為民法第 758 條第 2 項之書面物權契約¹⁴⁶，此亦可併入認識成本中，因此實際上物權行為在我國尚未造成額外之規範成本¹⁴⁷。

D. 防險成本 (R)

交易層次或對象愈多，法律關係愈複雜，風險自然也愈大¹⁴⁸，再者，於有權處分說下，不問第三人善意與否，其均得取得不動產所有權，無疑是增加出名人道德風險危機問題，使借名人不得不支出更多防險成本以為應對。

E. 爭議成本 (S)¹⁴⁹

蓋無論是採無權處分說或有權處分說，首先會涉及之爭議乃是有無借名登記關係之存在，此時因不動產係登記於出名人名下，故舉證責任在於契約之另一方即借名人所有¹⁵⁰，

¹⁴⁶ 雖最高法院解釋書面並不拘於一定形式，參 32 年上字第 4349 號民事判例。

¹⁴⁷ 蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁 32。

¹⁴⁸ 蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁 33。

¹⁴⁹ 於司法院法學資料檢索系統之裁判書查詢，以民事案件及「不動產&借名登記」作為檢索字詞，則僅最高法院之裁定或判決便已高達至 593 件，查詢日期：2019 年 6 月 17 日。

¹⁵⁰ 最高法院 98 年度台上字第 1048 號民事判決：「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。本件上訴人雖未能提出足以證明兩造間就系爭房地確有借名登記契約關係存在之直接證據，但已主張系爭房地係其出面洽簽及出資(含上訴人經營之春星有限公司匯款)所購，貸款、房地稅捐均由其繳納，且由其出租與他人收取租金，所有權狀原亦由其保管等情，並提出系爭房地不動產買賣契約書、所有權狀、謄本、匯款申請書、房屋稅繳款書、銀行客戶存款異動資料等件為證……。倘屬實在，則就系爭房地之權利及義務向由上訴人享受及負擔等間接事實觀之，是否不足以推認上訴人始為系爭房地之權利人及兩造間存在有借名登記關係，非無斟酌之餘地，且觀諸被上訴人自承將所有權狀交付上訴人保管，卻又以減失為由，向地政機關申請補發一節益明。又原審就此攸關上訴人得否請求被上訴人回復登記之重要攻擊方法恣置不論，疏未說明其取捨意見，所為上訴人不利之判決，自屬難昭折服，且有判決不備理由之違法。」

其次爭議則是出名人逕為處分之處分行為效力等問題；又關於此項成本，本文認為採取有權處分說應有高於無權處分說之趨勢，首先，爭議成本會隨著交易層次增加與對象擴大而上升¹⁵¹，再者，雖於無權處分說下，會有第三人得否善意取得標的不動產之爭議，且由借名人負舉證責任，然若採取有權處分說，則因多層債權關係之存在，擴增了借名登記契約雙方當事人間之未來爭議範圍（例如請求實行出名人違約條款或關於擔保之爭訟），如此所生之總爭議成本可能反而高於無權處分說。

綜合前述所敘，本文認為採取有權處分說所支出之總社會成本反而會高於無權處分說，有關採取有權處分說及無權處分說之社會成本比較如表 4 所示。

表 4：有權處分說及無權處分說之社會成本比較表

成本項目	有權處分說	無權處分說
認識成本 (I)	同等 (交易相對人支出)	
協議成本 (C)	* (借名人支出)	
規範成本 (N)	* (借名人支出)	
防險成本 (R)	* (借名人支出)	
爭議成本 (S)	* (借名人支出)	

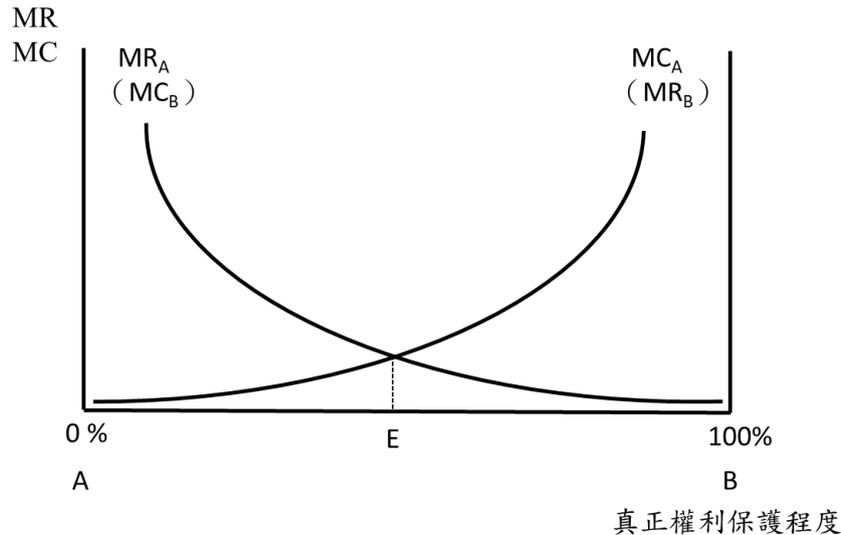
備注：*表示成本較高

資料來源：本文製作

次因本文於此處旨在分析不動產借名登記契約關係存續

¹⁵¹ 蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市，頁 33。

中，借名人與（出名人逕為處分行為相對）交易第三人之權益衡量，以及究竟採有權處分說或無權處分說更能使真正權利與交易安全之保護趨於平衡，對此本文擬以出名人有無處分權為經緯，並採法律經濟分析觀點作為輔助分析，茲以圖 2 說明如次：首先該圖之縱軸係分別代表「借名人」與「交易第三人」因隨其權益保障程度所生之邊際成本（MC）與邊際效益（MR），次就橫軸而言，亦即就借名人與交易第三人之權益保障程度而言，借名人之「真正權利保護」與交易第三人之「交易安全保護」，兩者間之關聯應屬互斥（消長），以借名人（圖中之 A）為例，隨著真正權利保護程度增加，其 MR_A 呈遞減狀態（基於邊際報酬遞減法則之故），相反地，其 MC_A 呈遞增狀態；又借名人之 MC_A 及 MR_A 因前述之互斥關係，可解為交易第三人之 MR_B 與 MC_B ；當 MR 等於 MC 時，即圖中之交點 E 點，可視為是於公平正義考量下，兩權利關係人之最佳利益均衡點，換言之，當對於真正權利與交易安全之保護達到 E 點時，兩者間達到平衡且資源配置最有效率。



備註：A 為借名人之真正權利保護，B 為交易第三人之交易安全保護。

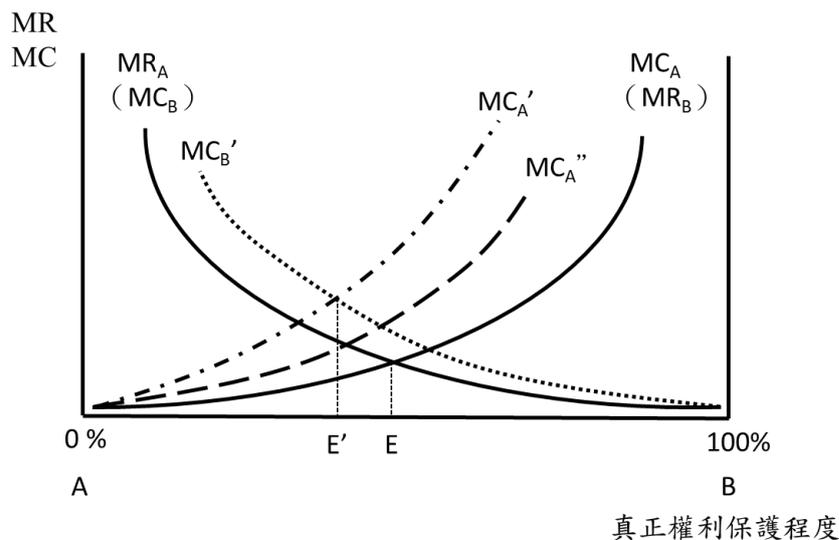
圖 2：不動產借名登記關係下真正權利保護與交易安全保護之關聯圖

資料來源：改自陳明燦、何彥陞，2005，不動產權利信託登記之法制分析—以公示制度與強制執行為中心，公平交易季刊，第 13 卷，第 4 期，頁 53。

倘按照 Coase 定理之假設，當交易成本為零時，財產權之指定將不影響資源配置效率，因最高使用效率之人會藉自由交易取得財產權，然於現實生活中是有交易成本存在的，因而財產權之指定將影響資源配置效率，故為避免交易成本過高，使最高使用效率之人無法取得財產權，法律應將財產權配置給最高使用效率之人，並盡量減少交易成本，始符合資源配置效率¹⁵²；基於本文上述見解，即：無論採取有權處分說或無權處分說均會使交易第三人有同等之認識成本，以及相較於無權處分說，採有權處分說之借名人反而須支出更多協議成本、規範成本、防險成本與爭議成本；茲以下圖（圖 3）來看，E 點為真正權利與交易安全保護

¹⁵² 謝哲勝，2007c，經濟學的基本理論，收錄於謝哲勝主編，法律經濟學，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 26-27。

之最適平衡點，因交易第三人須支出認識成本，從而其邊際成本由圖中之 MC_B 增至 MC_B' ，次因採取有權處分說會使借名人支出更多協議成本、規範成本、防險成本與爭議成本，將使其 MC_A 增至 MC_A' （若採無權處分說則為 MC_A'' ），且其增長幅度應會大於前述之 MC_B ，故總體來看，於有權處分說下之結果（ E' 點）將更偏離最適平衡點（ E 點），且相較於真正權利之保護（ $\overline{AE'}$ ），反而給予交易安全更多之保護（ $\overline{E'B}$ ），造成借名人與交易第三人間之保障程度不均衡。



備註：A 為借名人之真正權利保護，B 為交易第三人之交易安全保護。

圖 3：出名人逕為處分之有權處分說及無權處分說下成本變動圖

資料來源：本文繪製

(3) 依優勢風險承擔原則應由惡意相對人承擔出名人違約風險

為達成契約最高經濟效率之目的，一般而言，契約之風險分

擔原則約略如左：A. 將風險分擔給最有能力掌控風險能力者，

B. 將風險分擔給有經驗或有能力遇見風險者，C. 將風險分擔給能以有效率之方式處置風險者，D. 將風險分擔給經濟能力上最能承擔風險後果者，E. 將風險分擔給交易過程中具有主導交易進行之能力者；蓋所謂「優勢風險承擔原則」，即是將風險分配於支付最少成本，即可防阻風險發生之人，又如何決定當事人間何者為最廉價之風險承擔者，其判斷標準有兩種：A. 以較低成本估算風險，包括預估風險發生之或然率及若發生所可能造成之損害額，亦即風險之期待值者，B. 以較低之交易成本獲得保險者，即「分散危險消化損失」之費用，例如購買相關責任保險或履約保險等¹⁵³。

按契約法最主要功能在於使有限資源達到最有效之使用，以達財富極大化，換言之，即是要使物盡其用，貨暢其流，如此之經濟活動始為最有效率，次一般而言，效率化是人類追求之目標，而透過法律分析，提出一個既能兼顧效率，又能兼顧正義及倫理需求之規範模式，最符合社會正義價值觀，法律經濟分析尤其運用在風險不確定之情形下，決定如何將風險可能衍生之成本，歸由最小成本預防、控制風險及最能創造極大化利潤之人承

¹⁵³ 洪誌宏，2017，消費者保護法，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 24-25。

擔¹⁵⁴，此種最有效率之風險承擔原則，即是前揭之優勢風險承擔原則¹⁵⁵。

在不動產借名登記關係有效成立下，出名人逕為處分之處分行為相對人倘為善意時，因其不知該交易可能損害借名人之利益，自無法期待其採取合理措施，以兼顧借名人之利益，然該相對人係屬惡意者時，代表其與出名人交易時，已明知該交易可能損害借名人之利益，並得事前取得借名人同意，以兼顧其利益，反之，借名人無論採取何種措施，均無法全面防止出名人擅自處分標的不動產之風險¹⁵⁶，又或者是其必須付出昂貴成本始得防阻，則依據前揭之優勢風險承擔原則，與借名人相較，該惡意相對人乃為得透過支付較少成本，即可防阻風險發生之人（即能以有效率之方式處置風險者），且其亦是有能力遇見風險之人，爰此，於借名人與惡意相對人間，應由後者承擔出名人違反借名登記契約約定而擅自處分財產之風險，較能兼顧效率與公平正義。

再者，基於私有財產之尊重即保護所有權（靜的安全），乃近代法制之一大職志¹⁵⁷，亦為民法及憲法¹⁵⁸之優先價值秩序，借

¹⁵⁴ 如臺灣桃園地方法院 86 年度桃簡字第 1171 號民事判決（信用卡掛失前被冒用風險）、臺灣臺南地方法院 97 年度小上字第 9 號民事判決（自來水內線漏水風險）。

¹⁵⁵ 洪誌宏，2017，消費者保護法，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 25-26。

¹⁵⁶ 詹森林，2011，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 53-54。

¹⁵⁷ 謝在全，2014，民法物權論（上），修訂六版，作者自版，臺北市，頁 292。

¹⁵⁸ 憲法第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」第 23 條：「以上各條列舉之

名登記契約在今日既與其他之法律行為同樣取得合法地位，則借名人之財產自仍應受到應有之保護，其與出名人訂立契約所承擔之最大風險，應僅止於日後可能因出名人心存歹念將財產占為己有，而無法請求返還之風險（借名人訂立借名登記契約，常因存有不可告人之隱情或不欲人知，而未書寫書面，致日後訴訟時難以舉證，而遭受不利之判決），不宜擴大到惡意相對人介入之情形，就利益衡量之觀點，於借名人與該惡意相對人間，借名人已屬該交易之弱勢，何人之利益較值保護，答案已昭然若揭¹⁵⁹。

於經濟學之世界中，成本這個概念之重要性，幾乎等同於公平正義在法學裡之重要性，但是，在成本與公平正義間，卻有一些微妙的區別，公平正義是一種規範式之價值，其內涵通常是由人們在觀念上賦予或填充，頗有見仁見智之意味，相形之下，成本不是抽象之理念，而是見諸於人們各式各樣、大大小小之行為¹⁶⁰。蓋最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議之作成，或許有某程度反映法院不鼓勵借名登記契約成立之政策思想，然換個角度想想，採取無權處分說亦同樣有杜絕未來名實不符借名登記之功效，因不動產善意取得制度之存在；又折衷說雖全面地維護當事人間之利益平衡，倘採取此說，本文認為

自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

¹⁵⁹ 林大洋，2017，借名登記對外效力之探討—法學方法與債法現代化之思考，中華法學，第 17 期，頁 125。

¹⁶⁰ 熊秉元，2013，熊秉元漫步法律，商周出版，臺北市，頁 195-196。

極有可能達成前揭經濟模型之E點，即真正權利與交易安全保護之最適平衡點，然考量該說缺乏之法理論證，故將其排除於交易成本之比較分析範圍。蓋相較於有權處分說，採取無權處分說支出之交易成本較少且更保護借名人權益，惟倘從不動產物權變動過程來看，本文肯認出名人成為借名登記不動產法律上之所有權人，且其逕為處分不動產是為有權處分，如此較符合現行法律制度及基本法理，但同時基於惡意（當事人）不受保護原則及優勢風險承擔原則，以及交易成本之考量，就借名人與惡意相對人間之利益衡量，不應給予該惡意相對人法律上之保護，而應有保護借名人權益之機制存在，以符真正權利與交易安全保護之平衡，爰此，本文將於下節進行該機制建構之探討。

二、不動產借名登記契約採登記對抗之可行性分析

（一）真正權利及交易安全保護平衡之必要性

蓋觀之我國借名契約實務上及理論上最重要發展，乃聚焦於出名人因同意借名人使用其名義而成為不動產登記名義人之情形，此類型借名契約被稱為「借名登記契約」，事實上，消極信託法理之提出亦是在處理相同社會現象，惟因消極信託並非信託法典型情形，即使認為屬於最高法院所謂具有實質正當理由之消極信託，並無法解決法律適用問題，而最後，歷經脫法行為、消極信託理論之挑戰，借名登

記終於在借名登記契約之護身符下，取得安身立命之所，透過契約自由原則順理成章地正當化其有效性，從而確定該契約於現行法之地位，於私法自治容許範圍賦予其效力¹⁶¹，與一般債權契約並無不同；換言之，現行最高法院對於借名人透過訂立不動產借名登記契約而得使用、收益、處分與管理標的財產之權利，亦肯認並賦予其法律上效力。

按憲法第 15 條規定，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障，而財產權、平等權與自由權三種基本權，自法國大革命以來，並稱三大古典人權；所謂財產權應受保障之意義，即人民以合法方式所取得具有經濟價值之財產，無論係有形、無形之財產均應受國家保障，不容他人任意侵害因而無端減少，任何人民財產之減少或被剝奪時，亦須有法律依據，且該法律應不能牴觸憲法或憲法上原理原則，始為正當¹⁶²。惟按照前揭規定，並未明確地指出財產權保障之內容為何，實際上而言，關於是否具備財產價值而須以法律保障，必須取決於立法者之規範，就此，早於司法院大法官釋字第 386 號解釋¹⁶³，大

¹⁶¹ 陳自強，2018b，契約之成立與生效，元照出版有限公司，臺北市，頁 230-231。

¹⁶² 法務部編印，2004，法務研究選輯（93 年度 - 94 年度）（下冊），法務部出版，臺北市，頁 743。

¹⁶³ 釋字第 386 號解釋：「中央政府建設公債發行條例第八條前段規定：『本公債債票遺失、被盜或滅失者，不得掛失止付，並不適用民法第七百二十條第一項但書、第七百二十五條及第七百二十七條之規定。』使人民合法持有之無記名公債債票於遺失、被盜或滅失時，無從依民法關於無記名證券之規定請求權利保護，亦未提供其他合理之救濟途徑，與憲法第十五條、第十六條保障人民權利之意旨不符，應自本解釋公布之日起，於其後依該條例發行之無記名公債，停止適用。」

法官即已說明，於制度性保障（Institutsgarantie）¹⁶⁴面向上，國家有義務對於財產權之內容加以形成，換言之，立法者有形成財產權內容之義務，法律可以規定何種權利為財產權¹⁶⁵，又依據司法院大法官釋字第 576 號解釋，契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第 15 條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第 14 條¹⁶⁶所保障，除此之外，契約自由亦屬憲法第 22 條¹⁶⁷所保障其他自由權利之一種，惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制；爰此，於不妨害社會秩序公共利益之範圍內，契約自由亦受到憲法之保障，此乃屬於靜的安全範疇。

次所謂交易安全，係指主體移轉財產權利與履行財產義務的交易行為之合法性與確定性，亦即通過交易取得之利益不受法律突然打擊與對方當事人意志之任意左右，而此種效果之達成是透過確認交易行為效力之合法性和確定性進而實現，換言之，交易所獲利益乃是交易行為發生效力之結果，故總結來說，交易安全亦可謂交易行為本身之

¹⁶⁴ 蓋財產權之保障可產生兩種效果：制度性保障與個別性保障，前者係指國家立法者在立法規範人民財產制度時，應注保障人民私有財產制度；後者則為立法者應立法防止國家非法侵害人民財產權，詳陳新民，1997，中華民國憲法釋論，作者自版，臺北市，頁 282-283。

¹⁶⁵ 胡博硯，2015，憲法對私有財產權的保障，台灣國際法季刊，第 12 卷，第 2 期，頁 57。

¹⁶⁶ 憲法第 14 條：「人民有集會及結社之自由。」

¹⁶⁷ 憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」

合法性及確定性，此乃屬於動的安全範疇；蓋靜的安全與動的安全為民商法上兩大重要概念，所有法律制度之立法精神莫不縈回于是，兩者之要求總是同時存在，且彼此相互依存，在二者並行不悖時，法律固應施以平等之保護，然二者彼此牴觸產生不相容情形時，法律便只能對該兩種安全進行調節，調節實乃損害分配之意，即因靜的安全和動的安全產生衝突，勢必造成一方損害時，法律上應使何者負擔損害，故調節之關鍵在於找尋一個合理調節點¹⁶⁸。

最後，參照司法院 28 年院字第 1919 號解釋，不得於保護交易安全之必要限度以外剝奪真正的權利，如前所述，為求真正權利及交易安全保護之相加利益極大化，最好的結果便是將對交易安全之負面影響減至最小，故權衡真正權利保護與交易安全保護之結果，便是在保護交易安全之必要限度內剝奪真正權利，易言之，在該必要限度內，保護交易安全之公益凌駕於保護真正權利之私益上，然從反面推之，於必要限度外，前述之公益並非絕對高於私益，而是須兩者兼顧，如此社會資源配置始為最有效率，倘若於保護交易安全之必要限度外侵害真正權利，不僅違背憲法保護人民財產權之意旨，亦有可能反而使交易成本上升，此應非司法者所樂於預見之結果；惟此處有問題者為：何謂前揭之「必要限度內」？本文以為其應係指不動產借名登記

¹⁶⁸ 孫鵬、王智斌，1996，交易安全與中國民商法現代化，學習與探索，第 1 期，頁 99-100。

契約有效成立前提下，借名人所應當承受之「合理風險範圍」，在現今司法實務已承認借名登記契約法律地位情況下，有鑑於私有財產之尊重乃近代法制之一大職志，且基於惡意不受保護、優勢風險承擔原則及交易成本考量（詳本章第一節第三項），縱使訂立不動產借名登記契約係立基於雙方當事人之高度信賴（尤其不動產又具有高度經濟價值），但倘出名人逕為處分之相對人係屬惡意，該風險並非為借名人應當容忍之合理風險，其風險應止於日後無法向出名人請求返還，不宜擴大到惡意相對人介入之情形，又如相對人係屬善意者，則基於前述公益優先於私益之概念，應當犧牲借名人權益優先保護交易安全。

（二）有權處分說下借名人權益保護機制之抉擇與建構

綜上所述，從利益衡量觀點，即真正權利與交易安全保護平衡之觀點來看，於有權處分說下，無論出名人逕為處分之相對人善意與否，一律給予其法律上保護並允許其取得不動產所有權，本文認為實已造成於保護交易安全之必要限度外剝奪真正權利，從而應有保護借名人權益之機制存在，是故，以下將分為兩個部分進行論述：第一部分為整理分析現行學說理論上關於借名人權益保護之機制，並闡述理由從中選取其中一個，第二部分為就前揭選取之機制建構內容。

1、借名人權益保護機制之抉擇

關於出名人違反不動產借名登記契約約定逕行處分標的不動產之效力，倘若採行有權處分說，則就現行學說理論來看，保護借名人權益之方法得分為三種，分述如下：

(1) 類推適用信託法第 18 條規定

主張此見解者¹⁶⁹認為借名登記契約係由法院，針對消極信託行為之效力，由實務判決逐漸演化而發展之無名契約，其性質與信託契約類似，蓋在信託行為時，倘受託人違反約定處分信託物，相對人為明知或因重大過失¹⁷⁰而不知時，雖為有權處分，信託人仍得依信託法第 18 條聲請撤銷之；而在借名登記契約，相對人為惡意時，雖採取有權處分說，惟基於惡意當事人不受保護之原則，得類推適用信託法第 18 條規定，使借名人具有撤銷權，其結果與無權處分說並無重大差異。

按照信託法第 18 條第 1 項前段規定：「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。」即明文規定受益人為保護信託財產以達成信託目的，得行使撤銷權，換言之，受益人得自由決定是否選擇行使撤銷權，以撤銷受託人所為之處分行為，惟為保護交易安全，以保障善意交易相對人，受託

¹⁶⁹ 陳聰富，2016，民法總則，元照出版有限公司，臺北市，頁 270。

¹⁷⁰ 顯然違反一般人注意義務者謂之，詳臺灣臺中地方法院 107 年重訴字第 239 號民事判決。

人行使撤銷權不應毫無限制，故依同條第 2 項規定，受益人於行使撤銷權時，應以三款情形為限：A. 信託財產為已辦理信託登記之應登記或註冊之財產權者；B. 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；C. 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¹⁷¹。

爰此，有撤銷權者，以受益人為限，且撤銷之意思表示，應向該處分行為相對人或自相對人取得該財產之轉得人為之，又信託財產為應登記或註冊之財產權時，非已為登記或註冊，受益人不得為撤銷，又雖非應登記或註冊之財產，然為主張其為信託財產，須具備對抗要件者，非具備該對抗要件者，受益人亦不得為撤銷，故土地或房屋為信託財產，如未辦竣信託登記，縱令受託人違反信託本旨以處分信託財產，受益人不得以該財產為信託財產，而撤銷該處分行為，又前揭第三種得行使撤銷權之情形，惡意或重大過失之舉證責任，應由何者負擔較為適當？倘與民法第 244 條¹⁷²規定對照之，則以受益人負舉證責任為適當¹⁷³；換言之，

¹⁷¹ 王志誠，2018，信託法，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 198。

¹⁷² 民法第 244 條：「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之（第一項）。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之（第二項）。債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給

撤銷權之行使，固在維護信託財產，以保障受益人，然亦不應使不知有信託存在之第三人受不測之損害，故於信託法第 18 條第 2 項明定，受託人處分之信託財產為應登記或註冊之財產權或有價證券者，須該財產權或有價證券已依同法第 4 條規定辦理公示，倘受託人處分之信託財產為法無公示規定之財產權者，須相對人及轉得人明知或因重大過失不知其處分違反信託本旨者為限，受益人始得行使撤銷權¹⁷⁴。

蓋有鑑於不動產借名登記契約之訂立，標的財產並無信託法上就信託財產辦理信託登記之類似制度，即未有任何借名登記之註記，故對於出名人違反契約約定處分標的財產之效力問題應係參考信託法第 18 條第 2 項第 3 款之處理方式，可能得加以類推適用或將之作為民法第 1 條¹⁷⁵之法理而加以適用，惟若將之作為民法第 1 條之法理而加以適用，則屬於「造法」之範疇，而能否造法以及如何造法有其要件之限制，且在方法論上，倘有類推適用之可能，則應先加以類推適用而非直接進入造法階段，是故，在相對人明知或因重大過失不知出名人違反契約約定處分標的

付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定（第三項）。債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限（第四項）。」

¹⁷³ 史尚寬，1947，同註 225，頁 49。

¹⁷⁴ 詳見信託法第 18 條立法理由。

¹⁷⁵ 民法第 1 條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

財產時，宜類推適用信託法第 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¹⁷⁶。

(2) 共同侵權行為之廢止請求權

主張此見解者¹⁷⁷認為在違反借名登記契約之處分中，如出名人及受讓財產之相對人於處分時均知悉借名登記關係存在，至少屬於故意以背於善良風俗之方法侵害借名人利益之行為，則借名人應得對出名人及惡意第三人主張共同侵權行為之損害賠償¹⁷⁸，是若借名人藉此損害賠償請求權主張廢止出名人與惡意第三人間之處分行為，並將該借名登記財產返還登記予借名人，仍屬請求回復侵權行為發生前之原狀，於法應無不許之理。

稱廢止請求權者¹⁷⁹，一般認為係因侵權行為而使加害人對於被害人取得債權時，被害人本於侵權行為損害賠償請求權，請求廢止該債權藉以達到回復原狀（回復至未因侵權行為成立債權前之狀態）之結果¹⁸⁰，故其本質上仍為損害賠償請求權行使方式之一¹⁸¹，僅請求內容為回復原狀而非金錢賠償而已，惟前揭論

¹⁷⁶ 王柏淨，2008，借名登記契約—以不動產物權為中心，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，頁 92、94。

¹⁷⁷ 林誠二，2017，借名登記財產之請求返還方式，月旦法學教室，第 181 期，頁 11。

¹⁷⁸ 民法第 184 條第 1 項後段及第 2 項、第 185 條第 1 項前段規定。

¹⁷⁹ 民法第 198 條：「因侵權行為對於被害人取得債權者，被害人對該債權之廢止請求權，雖因時效而消滅，仍得拒絕履行。」

¹⁸⁰ 民法第 213 條第 1 項：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。」第 215 條：「不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。」

¹⁸¹ 王澤鑑，1986，因侵權行為負債務者之拒絕履行權及不當得利請求權，收錄於王澤鑑，民法

者¹⁸²認為此一廢止請求權應不僅限於得請求廢止因侵權行為所生之債權而已，即如同一交易中之處分行為同時構成侵權行為時，考量回復原狀之完整性與必要性，解釋上應許被害人據此一併廢止之，藉以完整保護被害人之權益。

(3) 賦予不動產借名登記契約登記對抗力¹⁸³

茲為因應民法物權編於 98 年 1 月 23 日所增訂相關條文(均採登記作對抗要件)，內政部乃於土地登記規則增訂若干條文、亦即將具有「物權關係債權約定」特色者，於不動產登記簿之「其他事項登記欄位」予以登記，又該種登記類型之內容，如本文第三章第一節第二項所述，得包括三種類型：A. 物權關係債權約定之登記，亦即以具「物權效力」債權約定內容為登記對象之登記；B. 用益物權設定目的與使用方法之登記，亦即以構成用益物權內容為登記對象之登記；C. 事實行為之登記，亦即以已成事實事項為登記對象所為之登記。

倘綜結上述「物權關係債權約定登記」之主要目的乃在於揭露債權契約之內容，以利第三人知悉之（其亦不得為相反之意思表示），以免發生不利情事，則於不動產借名登記關係成立之情

學說與判例研究（四），作者自版，頁 303。

¹⁸² 林誠二，2017，借名登記財產之請求返還方式，月旦法學教室，第 181 期，頁 11。

¹⁸³ 陳明燦，2018，我國不動產借名登記後處分之效力問題分析—以最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議為中心，台灣法學雜誌，第 349 期，頁 31。

形，似亦得藉此類型登記而將借名人與出名人就系爭不動產所簽訂契約之約定內容予以登記，並進而對於第三人發生對抗效力，以彌補就借名人權益保障密度不足及過於保護處分相對人（第三人）之缺點；惟須說明者為，儘管得採該類型登記以化解借名人、出名人與處分相對人之法律爭議，然而此種登記類型終究已逸脫我國所採「權利登記制」之範疇而發生制度上變動之衝擊，不僅如此，登記機關對該類型所衍生審查密度之判定等事項，中央主管機關亦應儘早研訂因應對策。

蓋前揭三種保護借名人權益之機制，其目的無異是促進真正權利及交易安全保護之平衡，故倘若其均得達成目的，即最終借名人可依據借名登記契約取回標的不動產，則此時方法之選取基準應係從成本效率觀點進行考量，亦即何種方法借名人所支付成本最少，以及影響交易安全最小；又倘從上述三種方法來看，本文較為贊同第三種方法，理由敘述如下。

（1）基於借名人爭議成本及舉證責任之考量

按信託法第 18 條立法理由：受託人違反信託本旨處分信託財產時，為保護信託財產，以達信託目的，受益人得聲請法院撤銷其處分，此項權利之行使，應以訴訟為之；又借名人共同侵權行為損害賠償請求權之行使亦須透過民事訴訟途徑以取得執行

名義，且損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，自有侵權行為時起，逾十年者亦同¹⁸⁴。是故，上述第一種及第二種方法之行使借名人須賴以訴訟程序，且該成本之支出由當事人（聘請律師、訴訟等費用）及全民（司法機關人事、運作等費用）共同承擔，換言之，前揭兩種方法均係透過「事後」之爭議協調程序以保護借名人權益，而反觀第三種方法，其係利用「事前」防險成本之支出以減少未來爭訟發生之可能性，且該成本同是由當事人（委託地政士、登記規費¹⁸⁵等費用）及全民（登記機關人事、運作等費用）負擔；又倘若不動產借名登記契約經登記後出名人仍逕為處分標的物並辦竣登記，借名人雖必須透過訴訟主張撤銷處分行為，以塗銷不動產所有權移轉登記¹⁸⁶，惟此時涉及的便是舉證責任分配問題。

根據布萊克法律辭典（Black's Law Dictionary）第 8 版，善意（good faith, bona fides）係指存在以下情況之思想狀態：

A. 在信念和目的上之誠實，B. 對其職責或義務之忠實，C. 在特定貿易或生意中遵守有關公平交易之合理商業準則，或 D. 沒有詐欺或尋求過分益處之意圖；而在定義善意之同時，該辭典亦

¹⁸⁴ 民法第 197 條第 1 項規定；另民事訴訟法第 15 條第 1 項規定，因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。

¹⁸⁵ 土地登記規則第 45 條：「登記規費，係指土地法所規定之登記費、書狀費、工本費及閱覽費。」

¹⁸⁶ 土地登記規則第 143 條第 1 項：「依本規則登記之土地權利，因權利之拋棄、混同、終止、存續期間屆滿、債務清償、撤銷權之行使或法院之確定判決等，致權利消滅時，應申請塗銷登記。」

引用 1979 年美國《第二次合同法重述》中有關善意之論述作進一步說明，該重述指出：「它（善意）排除各種各類的具有『惡意』性質的行為，因為這些行為違反正直、公正或合理的社會準則。」此處已間接指出「善意」之反義詞——「惡意」，又前揭辭典關於惡意（bad faith, mala fides）之定義主要是信念和目的的不誠實；爰此，善意之基本含意乃是誠實、公正與合理，而故意違背誠實、公正和合理之要求是惡意的基本特徵¹⁸⁷。在前揭第一種方法中，相對人惡意或重大過失之舉證責任，應由借名人負擔為合理¹⁸⁸，惟本文認為「惡意與重大過失」乃抽象之法律概念，故對於借名人而言，其舉證應有一定之難度。

次按民法第 184 條第 1 項後段規定，故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者須負損害賠償責任，關於侵權行為上之「故意或過失」，應由被害人（原告）主張有利於己之事實，負舉證責任，另所謂之故意，民法未設規定，刑法第 13 條¹⁸⁹則有明文，通說認為民法上故意之解釋亦應同於刑法，即故意者，指行為人對於構成侵權行為之事實，明知並有意使其發生（直接故意），或遇見其發生，且其發生並不違背其本意（間接故意或未必故意）

¹⁸⁷ 趙建文，2013，條約法上的善意原則，當代法學，第 27 卷，第 4 期，頁 122。

¹⁸⁸ 民事訴訟法第 277 條：「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。」

¹⁸⁹ 刑法第 13 條：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意（第一項）。行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論（第二項）。」

¹⁹⁰；又所謂之善良風俗，其意義相當於民法第 72 條所稱之善良風俗，指一般社會道德觀念而言，蓋有關民法第 184 條第 1 項後段之構成要件，如加害行為、背於善良風俗及侵害之故意，均應由被害人（原告）負舉證責任¹⁹¹。是故，倘若借名人依據第二種方法主張共同侵權行為之損害賠償請求權，進而請求廢止出名人与惡意相對人間之處分行為，則其除須舉證該第三人係屬惡意（侵害之故意）外，亦須負加害行為、背於善良風俗之舉證責任，再者，前揭規定係侵權行為法上之概括條款，且善良風俗乃相當不確定及高度抽象之概念，具有靈活、適應、發展及引入法律外道德規範之功能，誠如史尚寬學者¹⁹²所云：「違背良俗之加害，有如侵權行為之蓄水池，大有取用自如之妙」，其適用時須於個案就一定生活關係予以具體化，使裁判成為可能¹⁹³，故借名人得否適用民法第 184 條第 1 項後段請求廢止處分行為，有討論空間存在。

最後，於第三種方法中，借名人除得透過事前防險成本之支出，以保護自身權益並使第三人知悉借名登記財產存在之事實外，倘若真因出名人逕為處分而進入訴訟程序，則不動產借名登

¹⁹⁰ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，2006，民法債編總論，三民書局股份有限公司，臺北市，頁 182。

¹⁹¹ 王澤鑑，2010b，侵權行為法，王慕華發行，頁 305、324、345-349。

¹⁹² 史尚寬，1983，債法總論，史吳仲芳、史光華發行，臺北市，頁 156。

¹⁹³ 王澤鑑，2010b，侵權行為法，王慕華發行，頁 350。

記契約之資訊揭露（物權關係債權約定登記）亦得減輕借名人之舉證責任，使爭訟過程不致過於冗長，進而有效避免訴訟發生或節省訴訟資源。

（2）基於交易安全穩定之考量

按人類社會生活最重要的部分莫過於彼此間之經濟關係，而民法則是規範基礎經濟關係之法律，因此在財產權制度之下的債權與物權，必須要考量市場交易安全、效率和公平的價值目標，又隨著經濟流通之需要，資源配置亦隨之受到改變，物權之變動益發頻繁，此一經濟活動不單只對當事人之利益有所影響，更與當事人以外之第三人發生連結¹⁹⁴。

蓋交易安全所涉及之問題，包括了財產靜態與動態之安全，於民法理論上，對安全之理解為具合法、確定與連續性¹⁹⁵，詳言之，於社會經濟交易之過程中，對進行交易之當事人而言，其須信賴該交易行為是合法的，並且認為交易行為不會受到其他人之法律上突襲，而否定當事人之權利，使交易成為無效的法律行為，此外，交易當事人必須是可以期待其交易行為是確定的，交易行為若是不確定的狀態，將會發生效力未定之情形，可能任由

¹⁹⁴ 陳明燦、何彥陞，2010，我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討，臺北大學法學論叢，第74期，頁57。

¹⁹⁵ 孫鵬、王智斌，1996，交易安全與中國民商法現代化，學習與探索，第1期，頁98-100。

具有合法否定權之追及而喪失交易之權利，另所謂之連續性，其係指長期之穩定狀態，交易當事人對於自己獲取之合法性和確定性是連續而為長期且穩定，綜合言之，交易安全乃係指對財產移轉與履行義務之合法、確定與連續性要求¹⁹⁶。

如前所述，第一種及第二種方法乃是利用事後爭議協調程序以保護借名人權益，亦即賦予借名人合法否定權進而使惡意相對人喪失取得借名登記不動產所有權之權利，而第三種方法係透過事前預防手段以減少未來爭訟發生之可能性，透過不動產借名登記契約之資訊揭露使潛在交易第三人均得知悉；是故，倘若綜合前揭三種方法來看，前兩種方法對於交易安全穩定之影響將大於第三種方法，因只要經法院判決確定，出名入與惡意相對人間之處分行為將被撤銷或廢止。

綜合前述所敘，本文認為與前兩種方法相較，賦予不動產借名登記契約登記對抗力是為保護借名人權益之最有效率機制，且對交易安全負面影響最小，再者，從優勢風險承擔原則角度來看，倘若不動產借名登記契約經登記後，則交易第三人即為風險遇見者，換言之，其得支出少量認識成本以知悉不動產為借名登記財產，故由其承擔出名人逕為處分之風險應為合理，即契約經登記後得對抗第三人，而在借

¹⁹⁶ 陳明燦、何彥陞，2010，我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討，臺北大學法學論叢，第74期，頁57-58。

名人選擇不登記該契約之情況下，為避免使不知有借名登記關係之第三人遭受不測損害，而由借名人承擔前述風險亦為合理。

2、 借名人權益保護機制之建構：賦予不動產借名登記契約登記對抗力

我國民法繼受大陸法系，於民法財產權之權利體系中，以物權及債權最為基本與重要，傳統見解認為物權係絕對權，即以一般不特定人為義務人，而要求其不為一定行為之權利，反之，債權則為相對權，僅得對抗特定人，即僅以特定人為義務人，而要求其為一定行為之權利¹⁹⁷；換言之，我國民法體系下之財產權，理論上債權與物權區分是明確的，然實際上兩者是人類生活財產法律關係之重要依據，前者具有請求交付標的物之請求力，後者則有對於標的物之支配力，透過取得請求權可以取得特定物之支配權，可見兩者概念因性質、效力或機能有所差距，實則具有手段與目的之密切關係¹⁹⁸。

然而，由於隨著社會經濟條件之變遷，不動產交易型態益趨多樣化，因此產生許多新型態之權利，使的合於一定要件之部分債權亦得享有物權化之效果，或是部分物權為因應自由化之故而具債權性質，前者即「債權物權化」(Die Verdinglichung obligatorischer

¹⁹⁷ 王澤鑑，2014，民法總則，王慕華發行，頁114。

¹⁹⁸ 李福隆，2016，以債權物權化與物權公示的理論基礎評議不動產信託登記法制及現行做法，收錄於謝哲勝主編，不動產登記法律與政策，元照出版有限公司，臺北市，頁322-340。

Rechte) 之體現，例如民法第 425 條第 1 項規定¹⁹⁹；後者則如不動產之證券化²⁰⁰，即屬「物權債權化」之適例²⁰¹。次以優先購買權為例，按照最高法院見解，土地法第 34 條之 1 第 4 項²⁰²之先買權僅具債權效力，而同法第 104 條第 1 項²⁰³之先買權則具有物權效力，蓋對於同一權利會有定性為債權或物權的不同，顯示債權與物權之區分不具一般性和普遍性意義，因此，債權和物權之區分為技術規定而非法理，既非法理就非一成不變，重要的是某權利具有何種效力，否則就無法理解釋字第 349 號解釋²⁰⁴「具有物權效力（對第三人發生效力）之債權」的概念²⁰⁵；又債權和物權之區分並非普遍之法理，公平正義才是普遍之法理，唯有在每一個個案實現公平正義，始會有一般性之公平正義可言，因而只有在每個個案都足以實現公平正義之法理才是值得

¹⁹⁹ 民法第 425 條第 1 項：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。」

²⁰⁰ 不動產證券化條例第 4 條第 1 項第 4 款：「證券化：指受託機構依本條例之規定成立不動產投資信託或不動產資產信託，向不特定人募集發行或向特定人私募交付受益證券，以獲取資金之行為。」

²⁰¹ 陳明燦、何彥陞，2010，我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討，臺北大學法學論叢，第 74 期，頁 51。

²⁰² 土地法第 34 條之 1 第 4 項：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。前四項規定，於公同共有準用之。」

²⁰³ 土地法第 104 條第 1 項：「基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之。」

²⁰⁴ 司法院大法官釋字第 349 號解釋：「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。至建築物為區分所有，其法定空地應如何使用，是否共有共用或共有專用，以及該部分讓與之效力如何，應儘速立法加以規範，併此說明。」

²⁰⁵ 謝哲勝，2008，債權物權相對化，月旦法學教室，第 69 期，頁 11。

遵循之法理²⁰⁶。

蓋債權物權化乃是一個法律現象，而非新的權利名稱，其本來之權利就是債權，只不過法律上給予了一些不同於債權之法律效果，使其擁有物權效果，故債權物權化之意義可謂是一種「對第三人之干涉相似於絕對物權之保護」，亦即運用物權所具「優先性」²⁰⁷之特性於債權中，此尚可分為兩個部分，一為「對於第三人之干涉」，另一為「相似於絕對物權之保護」；所謂「對於第三人之干涉」便是債權於一定要件下，可以干涉第三人之權利，至於「相似於絕對物權之保護」，則是建立在前述「對於第三人之干涉」的基礎上，當債權可以去限制他人物權權利時，該等權利之效力已經可以達到物權的「對世效力」，此等效果非一般債權所有之權利，因此該等債權就會不同於一般債權，而是一種「物權化」之債權²⁰⁸。

從前述本文選取之第三個保護借名人權益機制來看，該機制即是賦予不動產借名登記契約登記對抗力，使出名人授與借名人之標的物債權性質管理、使用、收益及處分等權能，透過「登記」之物權公示

²⁰⁶ 謝哲勝，2010，債權物權相對化（三）—最高法院九十七年台上字第一七二九號民事判決評釋，月旦裁判時報，第5期，頁49。

²⁰⁷ 當同一個物上之特定利益有多數能相容支配之物權存在或該物亦為債權給付之標的物時，先成立物權有優先後成立物權之效力，物權則有優先債權之效力，謂之物權之優先效力（優先權），乃基於物權之直接支配性而發生，詳謝在全，2014，民法物權論（上），修訂六版，作者自版，臺北市，頁26。

²⁰⁸ 陳明燦、何彥陞，2010，我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討，臺北大學法學論叢，第74期，頁56-57。

手段，發生物權效力，進而取得對抗第三人之效力，屬前揭債權物權化之範疇；次所謂登記之對抗力，即是指經過登記之權利具有對抗第三人之效力，當登記權利人與第三人發生權利上之衝突時，登記權利人之權利受到法律保護，即登記與否，不影響權利之存在，惟經登記後之權利，發生物權效力，足以對抗第三人²⁰⁹，是以，該效力目的在於調和登記權利人與第三人間之權利衝突，及維護當事人利益；而當債權存在公示外觀時，第三人得支出較低認識成本獲取債權存在之資訊，倘此時能立法使債權發生物權效力，亦有助於當事人就物之事先長期投資，使資源被投放於更精確位置，整體而言，能有效避免社會資源浪費，離整體社會效用最大化之理想更進一步²¹⁰，以民法第 425 條第 1 項為例，該條文當初（民國 18 年）之立法理由即為：「謹按出租人於租賃物交付後，將為租賃標的物之不動產所有權讓與第三人時，其第三人依法律規定，當然讓受出租人所有之權利，並承擔其義務，使租賃契約仍舊存續，始能保護承租人之利益。故設本條以明示其旨」²¹¹。

²⁰⁹ 楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 200。

²¹⁰ 賴川，2018，債權相對性及債權物權化：體系鳥瞰，
<https://foreseer.live/2018/03/24/%e3%80%90%e5%b8%ab%e8%a8%b4%e5%88%97%e8%bb%8a%e3%80%91%e5%82%b5%e6%ac%8a%e7%9b%b8%e5%b0%8d%e6%80%a7%e5%8f%8a%e5%82%b5%e6%ac%8a%e7%89%a9%e6%ac%8a%e5%8c%96%ef%bc%9a%e9%ab%94%e7%b3%bb%e9%b3%a5%e7%9e%b0/>，2019 年 7 月 10 日。

²¹¹ 法務部，2019，民法第 425 條立法理由，法務部主管法規查詢系統，
<https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL001351&LawNo=425>，2019 年 7 月 10 日。

綜合前述所敘，若賦予不動產借名登記契約登記對抗力，則此機制之行使應該未改變當事人間物權歸屬，而係改變物權之內容，出名人仍為不動產所有權人，惟借名人取得之債權性質處分等權能轉換為具對世效力之權利，又縱使借名人與出名人意思表示合致並成立不動產借名登記契約，仍不足以使物權發生變動，此與契據登記制之對抗力有所不同；以下將就前述機制之內容進行建構與闡述：

(1) 訂立強制性法律規範並以登記為不動產借名登記契約之公示手段

蓋物權之存在及其變動，須有一定之公示方法以為表現，使當事人與第三人均得自外部認識其存在與內容，否則在交易旺盛，物權變動頻繁之今日，實將造成重大困擾及混亂，進而無法保障交易安全，又按公示制度可為社會大眾（第三人）提供客觀標準，使第三人得透過簡單查詢，即可明悉該物權之權利內容，不僅得大量減少資訊搜尋之交易成本，更提供第三人善意主張之基石²¹²，有利於當事人透過公示資料，達到舉證責任，並減少訴訟成本之耗費；而由於債權物權化法律關係中往往與第三人利益有所牽連，因而應選擇以制定法律規範方式以作為保護第三人及調和當事人權利義務之手段，實屬必要，果爾，物權之公示性原

²¹² 民法第 759 條之 1 第 2 項及土地法第 43 條規定。

則亦應適用於債權物權化，故債權物權化須有一定程度之公示方法，以利權利變更內容具可知悉性（Kundbarkeit）²¹³，此從最高法院 97 年台上字第 1729 號民事判決²¹⁴亦得看出，於該判決中最高法院似乎認為倘不動產債權契約具備「第三人可得知悉公示狀態（交付使用）」之要件時，則應使其與「登記」之不動產公示方法作「等同處置」（Gleichstellung；判決用字為「等量齊觀」）之相同判斷，又或者說，最高法院認為此時應將物權契約之公示方法，「類推適用」到債權契約作為其取得物權效力之公示方法上，其效果為「使該債權契約對於受讓之第三人繼續存在」²¹⁵；爰此，說公示為債權物權化之核心也不為過。

承前所述，權利之對世效力均須搭配適當的「公示機制」（notice regime），以使市場的參與者能瞭解相關之權利義務狀態，就法律本身而言，即為一種公示機制，惟其須搭配其他公示

²¹³ 陳明燦、何彥陞，2010，我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討，臺北大學法學論叢，第 74 期，頁 58、62。

²¹⁴ 最高法院 97 年台上字第 1729 號民事判決：「按以不動產為標之債權行為，除法律另有規定外，固僅於特定人間發生法律上之效力（對人效力之債權相對性），而非如物權行為，以登記為公示方法使第三人得知悉之狀態下，並以之作為權利取得、喪失、變更之要件，俾保護善意第三人，而對任何第三人均發生法律上之效力（對世效力之物權絕對性）。惟特定當事人間倘以不動產為標的所訂立之債權契約，其目的隱含使其一方繼續占有該不動產，並由當事人依約交付使用，其事實為第三人所明知者，縱未經以登記為公示方法，因已具備使第三人知悉該狀態之公示作用，自應與不動產以登記為公示方法之效果等量齊觀，並使該債權契約對於受讓之第三人繼續存在，此乃基於『債權物權化』法理所衍生之結果，觀之民法第四百二十五條第一項規定：「出租人於『租賃物交付後，承租人占有中』，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在」，特揭禁「租賃物交付後，承租人占有中」等公示作用之文字，並參照司法院釋字第三四九號解釋文、理由書暨協同意見書、部分不同意見書、不同意見書及本院四十八年台上字第一〇六五號判例意旨自明。」

²¹⁵ 吳從周，2009，互易契約之債權物權化—簡評最高法院九七年台上字第一七二九號判決，臺灣本土法學雜誌社，第 123 期，頁 199。

方法，以將各種權利義務內容與細節公告曉示，以現行民法規定具有對世效力之債權契約為例，其亦同樣搭配了公示機制，除了登記外，亦將當事人主觀是否知悉、有無占有事實等方式作為公示機制，此亦可說明公示機制之千變萬化，茲將民法中具有對世效力之債權契約整理如表 5 所示，總的而言，公示機制可窄可寬，應當思考公示之目的，進行各種公示方法之比較，選擇最適當之公示機制，使市場參與者得透過公示機制瞭解資訊，進而節省交易成本，健全市場運作²¹⁶。

表 5：現行民法中債權契約對世效力基礎表

條文 依據	內容	擴張效力之基礎	受拘束之 第三人
425	出租人與承租人之租賃契約	1. 承租人占有中 2. 未經公證之不動產租賃契約，其期限不逾五年或非未定期限者	受讓租賃標的物所有權之第三人
799-1	區分所有人間之規約與其他約定	1. 規約：閱覽請求權 2. 其他約定：繼受人之主觀知悉	繼受區分所有之人
826-1	關於共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定或依第 820 條第 1 項規定所為之決定；或由法院裁定所定之管理方法	1. 不動產：登記 2. 動產：主觀知悉與否	1. 不動產：所有繼受人 2. 動產：惡意繼受人
836	地租之約定	登記	地上權之受讓人
836-1	土地所有權讓與時，地上權人已預付之地租	登記	第三人

²¹⁶ 王文宇，2011，物權法定、資訊成本與公示登記—兼論物權法修訂，月旦民商法雜誌，第 31 期，頁 76-78。

836-2	地上權人與土地所有人間所約定之對土地使用收益方法	登記	第三人
838	地上權人與土地所有人間之不移轉地上權或不設以該地上權為標的之抵押權約定	登記	第三人
841-2	區分地上權人與其設定之土地上下有使用、收益權利之人，約定相互間使用收益之限制	登記	第三人
850-3	農育權人與土地所有人間之不移轉農育權或不設以該農育權為標的之抵押權約定	登記	第三人
873-1	流抵契約	登記	第三人
913	典物絕賣契約	登記	第三人
1008	夫妻財產制	登記	第三人

資料來源：王文字，2011，物權法定、資訊成本與公示登記—兼論物權法修訂，月旦民商法雜誌，第31期，頁78。

蓋倘以不動產借名登記契約來看，本文以為除須訂立強制性法律規範外，亦應配合登記以為該契約物權化之正當化基礎，雖從表5來看，債權契約物權化之公示機制並非僅限於登記一途，惟若將出名人逕為處分之相對人「主觀知悉與否」作為債權物權化之成立基礎，則須就個案認定該相對人是否善意，不僅耗費成本，抑且有害物權秩序之安定性，根本解決之道，仍應經由立法建立具有公示性之制度²¹⁷，再者，如此作法亦與上述保護借名人權益之第一種方法無異（類推適用信託法第18條規定）；又如以

²¹⁷ 王澤鑑，1998，憲法基本權利與私法—合憲性控制在法學方法上的分析，收錄於司法院大法官書記處，司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，司法院，臺北市，頁78-79。

借名人對標的物之「占有」作為債權物權化之理由，本文認為似有不妥，按此立論基礎在於標的物因被占有中而具公示作用，相對人應得知悉契約存在而受該契約拘束²¹⁸，惟借名登記不動產之管理、使用、收益及處分，並非不得由出名人或第三人為之，且借名人就該不動產之使用²¹⁹亦可能不涉及占有，而不具備使第三人知悉之公示作用，例如單純供作雜物堆放；爰此，以登記作為不動產借名登記契約取得對世效力之公示機制應最為合適。

(2) 其他登記事項欄之註記與借名登記專簿建置

按照私法自治原則，當事人是否締結契約，應由當事人自由決定，又基於自由意思訂立之契約，當事人應受該契約拘束，嚴守契約約定，此為契約自由原則之積極意義，而在當事人未締結契約時，則不受該契約拘束，此乃契約自由原則之消極意義，爰此，債權契約僅具有相對性，而不得拘束契約當事人以外之第三人，如欲使第三人受到他人締結契約之拘束力，則必須該第三人同意加入契約，契約當事人始得對其主張權利；惟從債權物權化原則來看，其係使契約之拘束力擴張於契約當事人以外之第三

²¹⁸ 陳聰富，2010，債權物權化之適用基礎—最高法院 96 年度台上字第 334 號民事判決評釋，法令月刊，第 61 卷，第 10 期，頁 34。

²¹⁹ 蓋所有權之行使在法令限制範圍內有充分之自由，故民法第 765 條規定之權能不過例示而已，實不只以四者為限，又所謂之使用係指不毀損物體或變更其性質，而依其用法，以供生活上之需要而言，而未達於收取天然孳息之階段，例如以土地供自己建屋使用，房屋供自己住用，衣服供自己穿著等均為適例，詳謝在全，2014，民法物權論（上），修訂六版，作者自版，臺北市，頁 118。

人，從而與私法自治原則之原理相背²²⁰。

次按所有權具有完全性之性質，其係就標的物為一般支配之完全權，即所有權乃為就標的物為占有、管理、處分、使用、收益等全面且一般之支配物權，我國民法第 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。」即含此意義²²¹；倘按照學說理論和實務見解對於借名登記契約之定義，多涉及限縮出名人之所有權權能（如實際權能仍歸由借名人享有，即等同於出名人不得管理、使用、收益及處分），可謂為一「限制所有權權能」之契約²²²，此種當事人間約定之限制，例如禁止所有權受讓人處分所有權或處分時需經其監督之特約，如不違反強制規定或公序良俗時，原則僅在當事人間有債之效力，而不發生物權之效力²²³。

惟如前所述，為使真正權利及交易安全之保護取得平衡，並節省交易成本，本文認為宜將登記作為賦予不動產借名登記契約物權效力之最適當公示手段，而此時則涉及兩個問題：如何進行登記與揭露不動產借名登記事實之資訊，又前揭資訊之公示範圍

²²⁰ 陳聰富，2010，債權物權化之適用基礎—最高法院 96 年度台上字第 334 號民事判決評釋，法令月刊，第 61 卷，第 10 期，頁 32。

²²¹ 史尚寬，1979，物權法論，史吳仲芳、史光華發行，臺北市，頁 55。

²²² 卓心雅，2011，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，頁 108-109。

²²³ 最高法院 30 年渝上字第 121 號、32 年上字第 11 號民事判例；謝在全，2014，民法物權論(上)，修訂六版，作者自版，臺北市，頁 119-120。

為何？首先，就第一個問題來說，有鑑於不動產借名登記契約為一限制所有權權能之契約，故登記機關應於登記簿所有權部之其他事項欄內進行公示性註記²²⁴，如記明「借名登記財產」、「契約內容詳借名登記專簿」，以及「收件年月日字號」，並就借名登記契約複印建立借名登記專簿，以提供民眾申請閱覽或複印；次就第二個問題而言，本文以為登記機關所扮演之角色在於運用登記將不動產屬於借名登記財產之事實公示大眾，並同時揭露不動產借名登記契約內容以作為後續處分時出名人能否具有處分該財產之權限，是以登記機關應掌握的是何「人」對「物」具有何種「權能」，且公示之目的應在於保護交易安全，爰此，登記機關不應就前揭契約作全面性之內容公示，而僅須將借名登記財產及其使用、收益、管理與處分等權能之歸屬，即契約之約定內容進行公示，換言之，專簿提供之資料內容及申請閱覽或複印者之資格應準用土地登記規則第 24 條之 1 之規定，又考量到借名人訂立該種契約常存有隱情或不欲人知，故於第二類專簿之提供，宜

²²⁴ 按現行土地或建物登記簿標示部、所有權部、他項權利部其他登記事項欄常見之註記得分為三種，其一為「配合相關法令規定辦理之管制性註記」，如依據土地法第 17 條第 2 項執行要點第 3 點規定所辦理之註記；其二為「公示性註記」，如依據土地法第 46 條之 1 至第 46 條之 3 執行要點第 25 點規定所辦理之註記；其三則為「限制性註記」，如依據土地登記規則第 29 條、強制執行法第 11 條、行政執行法第 26 條所辦理之註記；詳細內容見新北市樹林地政事務所，2017，新北市樹林地政事務所土地或建物登記簿標示部、所有權部、他項權利部其他登記事項欄常見註記事項表，新北市樹林地政事務所網，

<https://www.shulin.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp?id=50&parentpath=0,5>，2019 年 5 月 28 日。

賦予其向登記機關請求隱匿自身出生日期、部分姓名、部分統一編號及部分住址資料之權利。

最後，依據土地登記規則第 24 條之 1 第 1 項之規定，第三類土地登記及地價資料提供之內容，將隱匿登記名義人統一編號與出生日期，且申請人資格僅限於登記名義人、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（詳本文表 3-2）；又倘從新北市政府地政局編印之民國 104 年 7 月版本土地登記審查手冊²²⁵，以及內政部訂立之「核發土地登記及地價資料謄本注意事項」第 9 條來看，前揭利害關係人包含登記名義人之債權人，其得檢附法院核發之債權憑證正本（已設定抵押權者免附），申請登記名義人（債務人）之謄本。蓋不動產借名登記契約雖有可能構成詐害債權之行為，惟其可能性較一般脫產行為（例如買賣或贈與等）低，原因在於依據民法第 549 條第 1 項及第 541 條第 2 項之規定，借名人（債務人）既可隨時終止借名登記契約，並請求出名人將該不動產移轉登記給自己，故借名登記契約對於借名人之資力實質上影響似乎有限，且在借名人怠於行使上述權利時，債權人若有保全之必要，亦有行使民法第 242 條「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使

²²⁵ 新北市政府地政局，2015，土地登記審查手冊（104 年 7 月版），新北市政府地政局編印，新北市，頁 13-15。

其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限」所規定「代位權」之機會²²⁶；爰此，本文認為基於不動產借名登記契約仍具構成詐害債權行為之可能性，以及為保障借名人債權人之權益（行使代位權），倘若前揭契約經登記機關公示，就借名登記專簿之開放閱覽及複印，宜使該債權人成為上述之利害關係人，換言之，賦予其申請第三類資料之權限。

（3） 對抗第三人之效力範圍

參照民法物權編於民國 98 年間修正之立法理由，所謂非經登記不得對抗第三人，係指約定經登記者，約定事項成為物權內容，不僅拘束約定之當事人，亦拘束物權之受讓人，反之，未登記者，僅在契約當事人間有效；而當事人僅在法律容許之範圍內得以契約變更物權內容，在民法制定時已為我國物權法基本原則，且所謂非經登記不生效力，乃指不生物權之效力，從而以物權修正增訂「與不動產利用有關事項約定」之登記對抗為例²²⁷，看似為日本登記對抗之導入，實質上仍未跳出登記生效主義之框架，是以，涉及物權得喪（如流抵契約、典權絕賣契約）及物權利用（如地上權人使用方法或共有物使用、管理等）之約定，一

²²⁶ 廖家宏，2006，論消極信託與借名登記—實務相關見解的綜合評釋，法令月刊，第 57 卷，第 11 期，頁 23-24。

²²⁷ 如民法第 836 條之 2 規定之增訂理由謂：「若地上權有約定之使用方法者，其約定須經登記，方能構成地上權之內容，發生物權效力，足以對抗第三人，故土地及地上權之受讓人或其他第三人（例如抵押權人），當受其拘束，爰增訂第二項。」

經登記，也成為物權內容，對所有權及定限物權（典權或抵押權）之受讓人亦有效，此並不成為問題²²⁸。

蓋本文認為基於不動產借名登記契約公示之主要目的，在於使隱藏於市場經濟交易下之潛在對象得以知悉標的不動產為借名登記財產之事實，以及當事人間成立之該契約內容，從而平衡借名人權益與交易安全之保護，故若前揭契約經登記後，應當賦予得對抗所有權受讓人及其他取得物權者之效力。惟此處有問題者為，借名人得否主張因該契約經登記而得對抗出名人之債權人？若依本文前述所主張之見解：出名人成為借名登記不動產法律上之所有權人，並透過不動產借名登記契約賦予借名人債權性質管理、使用、收益及處分等權能，且該契約為一限制所有權權能之契約；則應不將出名人之債權人納入得對抗之第三人範圍內，此亦回應到最高法院 97 年度台上字第 637 號民事判決，亦即倘出名人之債權人對於借名登記不動產聲請為強制執行時，借名人不得據以借名登記契約或內部約定處分權歸屬其而依強制執行法第 15 條提起第三人異議之訴，執行標的不動產之所有權人仍為出名人。

次從最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議來看，其採行

²²⁸ 陳自強，2014，登記生效與登記對抗之間，月旦法學雜誌，第 227 期，頁 58-59。

之有權處分說，無論出名人逕為處分之第三人善意與否，即不論該第三人是否明知或可得而知不動產為借名登記財產，最高法院均給予法律上之保護，允許其取得不動產所有權；惟基於本文對於惡意第三人不應保護之想法，倘若賦予不動產借名登記契約登記對抗力，則代表限縮了交易第三人之保護範圍，透過不動產借名登記契約之公示效果，使任何第三人皆得支付少量認識成本查詢及閱覽該契約相關資訊，換言之，對於任何第三人來說，前揭契約存在事實係屬「可得而知」之資訊，是以，第三人因出名人逕為處分而取得不動產物權時，通常可認其已知前揭契約存在，推定其為明知者，此時，為保護借名人權益，賦予其得對抗第三人之權利，再者，不動產借名登記契約經登記後，前述第三人無異是有能力遇見「出名人逕為處分風險」者，依據優勢風險承擔原則，該風險應從借名人轉由該第三人承擔。

(4) 登記機關之審查密度

按土地登記制度乃不動產物權之公示方法，係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²²⁹，而依據土地法第 55 條第 1 項²³⁰及土地登記規

²²⁹ 溫豐文，2014b，土地法，作者自行出版，台中市，頁 154。

²³⁰ 土地法第 55 條第 1 項：「直轄市或縣（市）地政機關接受聲請或囑託登記之件，經審查證明無誤，應即公告之，其依第五十三條逕為登記者亦同」

則第 55 條第 1 項²³¹之規定，登記機關對於登記申請案件，除須為形式上之審查外，尚須「依法」予以審查，謂之「法定審查主義」²³²；然實際上觀諸土地法及土地登記規則相關法條之字面意義，我們實難分辨登記機關所辦理之登記係採「實質審查」或為「形式審查」，此於實務見解與學說理論上亦存有爭議。

蓋審查乃為土地登記之關鍵程序²³³，而有前述兩種審查之區別，於實務見解方面，雖司法院大法官釋字第 598 號解釋理由書中強調：「土地登記為不動產權利之公示制度，依法具有公信力（土地法第四十三條參照）。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（土地法第四十八條）」，從而依照前揭解釋理由書之見解，土地總登記及發給書狀之前，地政機關應即履行包括審查在內之實質審查程序；然而，是否表示地政機關之審查即係採實質審查主義？對此，該號解釋並未進一步加以說明²³⁴。

次倘依目前學說理論之通說見解，考量我國土地登記制度係

²³¹ 土地登記規則第 55 條：「登記機關接收申請登記案件後，應即依法審查。辦理審查人員，應於登記申請書內簽註審查意見及日期，並簽名或蓋章（第一項）。申請登記案件，經審查無誤者，應即登載於登記簿。但依法應予公告或停止登記者，不在此限（第二項）。」

²³² 陳明燦，2015，土地法學，作者自版，新北市，頁 226。

²³³ 楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 173。

²³⁴ 林明鏘，2010，土地登記機關審查權限問題之研究，司法院行政訴訟及懲戒廳委託行政訴訟土地事件專題研究計畫案報告書，頁 22-23

兼採德國權利登記制與澳洲托崙斯登記制，理應採取實質審查主義²³⁵，登記機關於審查申請登記案件時，除應審查形式上之申請人資格、代理人及代理權是否具備、申請書是否符合法定程式、應提出之法定文件是否具備、登記規費是否繳納、登記機關是否有受理之管轄權、登記原因與證明文件是否形式相符等外，亦應審查該證書之真偽及法律行為、法律事實均加以審查，甚至於申請案有無抵觸強制或禁止規定，均應詳加審查，稽其理由除土地法第 55 條第 1 項、第 56 條²³⁶、第 66 條²³⁷及第 75 條²³⁸之規定外，尚包括體系解釋（例如：審查不實有國家賠償責任）、歷史性解釋（我國師承德國土地登記之權利登記制），以及土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定中明訂之「依法不應登記」，而反推認為土地法乃採實質審查原則²³⁹。

²³⁵ 史尚寬，1964，土地法原論，正中書局，臺北市，頁 59-62；陳鳳琪，1985，土地登記實用，作者自版，台北縣，頁 57；溫豐文、鍾政恭，1994，論土地登記之實質審查，現代地政，第 156 期，頁 4；陳明燦，2015，土地法學，作者自版，新北市，頁 227；楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 173；謝哲勝，2013，土地法，翰蘆圖書，臺北市，頁 153。

²³⁶ 土地法第 56 條：「依前條審查結果，認為有瑕疵而被駁回者，得向該管司法機關訴請確認其權利，如經裁判確認，得依裁判再行聲請登記。」

²³⁷ 土地法第 66 條：「依第五十七條公告之土地，原權利人在公告期內提出異議，並呈驗證件，聲請為土地登記者，如經審查證明無誤，應依規定程序，予以公告並登記。但應加繳登記費之二分之一。」

²³⁸ 土地法第 75 條：「聲請為土地權利變更登記之件，經該管直轄市或縣（市）地政機關審查證明無誤，應即登記於登記總簿，發給土地所有權狀或土地他項權利證明書，並將原發土地權利書狀註銷，或就該書狀內加以註明（第一項）。依前項發給之土地所有權狀，應附以地段圖（第二項）。」

²³⁹ 林明鏘，2011，論德國土地登記制度與審查權限—兼論我國相關制度問題，收錄於溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集編輯委員會，民事法學的現代課題與展望—溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集，元照出版公司，臺北市，頁 49-51。

是以，基於我國登記機關審查人員之審查方法，於法解釋上應即採行實質審查主義，茲有問題者為：民法物權編修正後增訂不少以登記為對抗要件之物權關係債權約定等登記，則登記機關就此等登記之審查權限應為何？就此，有論者²⁴⁰認為除不動產使用管理約定或決定²⁴¹純屬債權契約，及地上權、農育權及不動產役權地租預付²⁴²乃事實行為之外，其他各項規定之約定事項，雖法條上明訂「非經登記，不得對抗第三人」²⁴³，但因其構成物權之內容，宜認為就此等約定事項權利關係之效力，於登記審查時，仍得作實質審查²⁴⁴，又此等約定事項登記後，既構成物權內容之一部，則其登記之申請，依規定應檢附登記原因證明文件²⁴⁵，且土地登記規則既明訂「依法不應登記」者，登記機關應以

²⁴⁰ 陳立夫，2010，新物權法之土地登記問題芻議，法學叢刊，第55卷，第3期，頁39。

²⁴¹ 民法第826條之1第1項規定。

²⁴² 民法第836條之1、第850條之9、第859條之2規定。

²⁴³ 民法第836條之2、第838條、第841條之2、第850條之3、第873條之1、第913條等規定。

²⁴⁴ 司法院大法官釋字第600號解釋理由書：「……不動產物權為憲法上所保障之財產權，民法第七百五十八條規定：「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。」同法第七百五十九條規定：「因繼承、強制執行、公用徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權。」是不動產物權登記為不動產物權變動或處分之要件。土地法及其授權訂定之法令乃設有登記制度，以為辦理不動產物權登記之準據。依土地法令所設程序辦理上開不動產物權登記，足生不動產物權登記之公示力與公信力（土地法第四十三條、本院院字第一九五六號解釋參照），為確保個人自由使用、收益及處分不動產物權之重要制度，故登記須遵守嚴謹之程序，一經登記，其登記內容更須正確真實，俾與不動產上之真實權利關係完全一致，以保障人民之財產權及維護交易之安全。」

²⁴⁵ 土地登記規則第34條：「申請登記，除本規則另有規定外，應提出下列文件：一、登記申請書。二、登記原因證明文件。三、已登記者，其所有權狀或他項權利證明書。四、申請人身分證明。五、其他由中央地政機關規定應提出之證明文件（第一項）。前項第四款之文件，能以電腦處理達成查詢者，得免提出（第二項）。」

書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請²⁴⁶，是登記機關對於此等事項之登記申請，雖應依其所附原因證明文件，但仍本於職權予以審查，如審查結果認為其內容有違反實體法上規定者，自不應准予辦理登記；至於前述共有不動產使用管理約定或決定，乃純屬債權契約，以及地上權、農育權及不動產役權地租預付乃事實行為，是對其登記，無妨認為得採形式審查。

次以同經信託登記即具對抗第三人效力之信託行為為例，就信託約款登記是否應實質審查之爭議，依照學說理論通說見解，我國學者大多主張登記機關不須就信託約款登記進行實質審查²⁴⁷，稽其理由在於之所以要求信託契約應予登記，不過是使第三人預見可能性，藉以強化信託財產獨立性及對世效力之正當性基礎，以免妨礙交易安全，故信託登記制度之目的並不在確定財產權與表彰財產權，僅僅作為一個公示方法，國家於此所應扮演之角色，即提供一個管道，使信託契約當事人能將信託契約之內容公諸於世，進而使得契約內容得以對抗第三人，並且第三人亦可查閱以保護自己並節省資訊成本，是故，登記機關不應對信託內容實質審查²⁴⁸，而於內政部民國 99 年 7 月委託研擬之「不動

²⁴⁶ 土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定。

²⁴⁷ 溫俊富，2014，不動產信託約款內容的實質審查，全國律師，第 18 卷，第 7 期，頁 53。

²⁴⁸ 王文宇，2002，信託之公示機制與對世效力，月旦法學雜誌，第 91 期，頁 185；陳立夫，2009，我國土地登記法制若干問題之辨析，台灣法學雜誌，第 121 期，頁 37。

產登記法」草案中，亦認為該登記僅生對抗效果，登記機關僅須就申請人所提之契約書及相關文件是否完備進行審查即可，即採行形式審查²⁴⁹；惟就此亦有論者認為為明信託行為是否成立生效，以及確保信託本旨明確，實應對信託約款內容進行實質審查²⁵⁰。

綜合前述所述，倘回歸於本文所探討之賦予不動產借名登記契約登記對抗力，則依據土地登記規則第 55 條第 1 項之規定，登記機關亦應踐行「法定審查」，惟其究竟該採實質審查或為形式審查？蓋本文認為不動產借名登記契約之有效性與否，實已牽涉到借名人具備之債權性質管理、使用、收益及處分等權能得否對抗第三人之效力，無疑構成出名人借名登記標的所有權內容之一部而具重要性，是以，似應採行實質審查為主，就該契約約定

²⁴⁹ 溫豐文，2012b，「不動產登記法」草案之評介，月旦法學雜誌，第 205 期，頁 135-145。

²⁵⁰ 溫俊富，2014，不動產信託約款內容的實質審查，全國律師，第 18 卷，第 7 期，頁 54-58；另參閱法務部 89 年 8 月 29 日法律字第 023878 號函：「……查『信託登記制度』之設，除為保護信託財產外，旨在使信託主要條款公示周知，俾與之交易之第三人或利害關係人於閱覽時，即知信託當事人、信託目的、受託人權限及信託消滅事由等，而免遭受不測損害（此並無礙於契約自由之原則）。……地政機關在受理土地信託登記時，似應審查其信託條款欄所載內容是否明確及是否符合信託要件，俾免有藉信託而為脫法之行為者……。」內政部 96 年 3 月 26 日內授中辦地字第 0960043346 號函：「一、按「……四、次查信託目的為『管理、運用及處分信託財產』，若委託人依信託本旨約定受益人為本人（即自益信託），並於信託目的載明『管理、運用及於法定禁止處分屆滿後之信託財產處分』即與眷改條例第 1 條照顧原眷戶宗旨及第 24 條眷宅禁止處分之規定無違，得依法辦理『信託登記』。五、若倘屬『他益信託』或未於信託目的載明『管理、運用及於法定禁止處分屆滿後之信託財產處分』者，該信託行為不僅有違眷改條例之立法宗旨，亦有信託法第 5 條第 1 項所定『其目的違反強制或禁止規定者』之脫法行為而為無效，故依信託目的完成而處分該信託財產，原則上不同意辦理信託。……」為國防部 96 年 3 月 19 日昌易字第 0960005009 號函所明釋，合先敘明。二、經查，本案係屬自益信託，惟其信託目的未載明「管理、運用及於法定禁止處分屆滿後之信託財產處分」，應請當事人依國防部上開號函釋意見補正後始得受理登記。」

事項之合法性、有效性進行審查。

惟此處有問題者為：如此作法勢必加重登記機關審查人員之責任，並擴大其審查範圍，而依據土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定，依法不應登記者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請，所謂依法不應登記之事項，係指登記事項違背法律強制或禁止之規定，即依法不許登記之事項，如申請耕地移轉登記，承受人自無自耕能力，或就土地法第 17 條所規定之土地，申請移轉設定與外國人，均不應准予辦理登記，自應予以駁回登記申請，又依法不應登記之情形，應依土地法、民法等有關法律之規定²⁵¹；爰此，本文雖認為登記機關須就不動產借名登記契約之有效性進行審查，然考量到當事人訂立該契約可能兼有多重目的，登記機關實難判斷當事人真正訂約目的為何²⁵²，再者，違反公序良俗之動機（目的）是否影響法律行為之效力，須綜合判斷動機不法性之程度、法律行為與不法動機之牽連態樣與牽連程度之相關關係，並配合違反公序良俗規定之立法旨趣為綜合考量²⁵³，此顯已超出登記機關（行政機關）所能裁斷之

²⁵¹ 焦祖涵，1997，同註 270，頁 580。

²⁵² 林誠二，2013，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會出版，臺北市，頁 404。

²⁵³ 陳沈岳，2001，動機與違背公序良俗之約定，收錄於楊與齡編，民法總則實例問題分析，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 164-165。

範圍，而應屬司法機關之權限，換言之，登記機關對於不動產借名登記契約有無抵觸強制或禁止規定理應加以審查，倘若以依法不得受讓特定財產權之人為該借名登記標的之借名人者，登記機關即應駁回登記申請²⁵⁴；然對於訂立借名登記契約之目的究竟是否違反公共秩序或善良風俗，此非登記機關所能決斷，此時其僅能就書面文件予以客觀審視是否合乎法令；又倘申請登記案件經審查後發生法令執行疑義時，其亦得報送上級地政機關釋示，惟於案件請示中如發生土地法第 75 條之 1²⁵⁵之情事時，仍應改辦查封、假扣押、假處分或破產登記，並將原登記申請案件予以駁回²⁵⁶。

最後，有鑑於我國目前登記作業實務上案件業務繁重，又如因登記人員之重大過失導致利害關係人權益受損時，其亦應負損

²⁵⁴ 以自益信託登記為例，按內政部 97 年 6 月 10 日內授中辦地字第 0970046277 號函：「案經函准行政院農業委員會 97 年 6 月 5 日農企字第 0970128463 號函略以「……按『私法人不得承受耕地。但符合第 34 條規定之農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構經取得許可者，不在此限。』及『信託行為，有左列各款情形之一者，無效……四、以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者。』農業發展條例第 33 條及信託法第 5 條第 4 款定有明文，依來函所述案例事實，本案○○開發股份有限公司（私法人）不得自為承受耕地信託行為之受益人，如為之，依上開信託法第 5 條第 4 款規定，應屬無效。且本案信託行為涉有財產權移轉，如有約定信託財產之歸屬為委託人德安開發股份有限公司者，於信託關係消滅後，涉及耕地所有權移轉登記時，則仍受農業發展條例第 33 條規定之限制。」是以，有關私法人於農業發展條例修正公布生效前合法取得之土地，嗣經政府補註用地別變更為耕地申辦信託登記，並約定受益人為委託人，仍應受農業發展條例第 33 條規定之限制。」

²⁵⁵ 土地法第 75 條之 1：「前條之登記尚未完畢前，登記機關接獲法院查封、假扣押、假處分或破產登記之囑託時，應即改辦查封、假扣押、假處分或破產登記，並通知登記聲請人。」

²⁵⁶ 新北市政府地政局，2015，土地登記審查手冊（104 年 7 月版），新北市政府地政局編印，新北市，頁 45。

害賠償責任²⁵⁷，是長期以來登記機關之審查人員流動率普遍偏高，且就登記機關立場而言，無法擁有完善傳承業務經驗之人力後援，形成新進人員無法在熟稔業務即倉促審理登記案件之窘境，易造成僅為形式審查之困境²⁵⁸，再者，如前所述，不動產借名登記契約原屬債權契約，其內容可能千變萬化，倘若登記審查人員須就該契約之登記為實質審查，勢必會加重其審查責任與範圍，此時不妨可考慮將前揭契約之公證引入，藉以減輕登記機關審查權限²⁵⁹，蓋公證法制度上公證書之效力依民事訴訟法第 355 條第 1 項及第 358 條第 1 項²⁶⁰之規定，其證據力分為形式證據力與實質證據力²⁶¹，而登記機關就登記申請為實質審查，無非是為了確保登記之權利內容真正且有效，公證書所載內容既具有形式證據力與實質證據力，登記機關當可不必實質審查，只須形式觀察是否符合申請格式，即得依格式為相關登記，並於受理後立即

²⁵⁷ 土地法第 68 條：「因登記錯誤遺漏或虛偽致受損害者，由該地政機關負損害賠償責任。但該地政機關證明其原因應歸責於受害人時，不在此限（第一項）。前項損害賠償，不得超過受損害時之價值（第二項）。」土地法第 70 條：「地政機關所收登記費，應提存百分之十作為登記儲金，專備第六十八條所定賠償之用（第一項）。地政機關所負之損害賠償，如因登記人員之重大過失所致者，由該人員償還，撥歸登記儲金（第二項）。」

²⁵⁸ 董婉蓉，2013，「審查，神查？」—論我國不動產登記人員之審查權限，新北市政府 102 年度自行研究報告書，新北市政府地政局，頁 28-29。

²⁵⁹ 王逸馨，2016，論不動產登記制度下借名登記之研究及探討，東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁 113。

²⁶⁰ 民事訴訟法第 355 條第 1 項：「文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正。」第 358 條第 1 項：「私文書經本人或其代理人簽名、蓋章或按指印或有法院或公證人之認證者，推定為真正。」

²⁶¹ 所謂形式證據力，係指足以證明文書作成名義人確實曾經為文書所記載之表示或報告，為文書真正成立時存在之證據力；又實質證據力，則係指文書記載之內容與待證事項有關，足以證明某項事實之效果，詳姚瑞光，2000，民事訴訟法論，作者自版，臺北市，頁 435。

辦理登記完畢，如此應可大幅減輕登記機關及登記人員之審查責任²⁶²。

(5) 登記公信力範圍及登記機關損害賠償之適用疑慮

蓋土地登記公信力創設之目的，在於登記與實際權利關係有不一致之情事時，保護因信賴不真實登記而為交易取得權利之善意第三人，故於法解釋上，該登記事項係限於權利相關之登記事項，至於純粹事實關係之登記事項，則非公信力保護對象，申言之，有關於土地之面積、地價、基地性質、地目、編定使用種類或使用限制等，記載於登記簿標示部關於土地性質之事項，縱有不真實之情事，亦不受公信力保護，而登記事項與所有權、限制物權、擔保物權之變動或此等物權之處分禁止有關者，諸如已登記物權之存續、內容、順位與實際權利關係不一致，或對於物權（例如：抵押權）應登記卻遺漏登記或誤為塗銷等之情事，均為公信力保護對象²⁶³；又債權事項經法令許可登記，經登記後具有物權效力之法律關係亦得為公信力之適用範圍，因此登記之法律關係已成為該相關物權之內容也²⁶⁴，是以，倘回歸於本文所探討之賦予不動產借名登記契約登記對抗力，雖該契約原屬於債權契

²⁶² 謝哲勝，2015，以公證代替不動產登記機關的實質審查責任，公證法學，第11期，頁9。

²⁶³ 陳立夫，2007，土地登記之公信力及其保護對象之範圍，台灣法學雜誌，第93期，頁281-282。

²⁶⁴ 謝在全，2014，民法物權論（上），修訂六版，作者自版，臺北市，頁88。

約，惟其約定事項性質上乃攸關物權內容，並構成對於不動產行使權利之內容，故就不動產借名登記契約之登記，縱使依法僅生對抗第三人之效力，但基於交易安全考量，本文認為於解釋上宜將其納入公信力之保護範圍。

次者，土地登記既具有絕對效力，則在我國土地登記制兼採托崙斯登記之精神下²⁶⁵，為加強土地登記之公信力，依據土地法第 68 條第 1 項規定，倘因登記機關登記錯誤、遺漏或虛偽，致土地權利人受損害時，應由地政機關負損害賠償責任，爰此，土地登記損害賠償之要件有四：1. 須因登記錯誤、遺漏²⁶⁶或虛偽²⁶⁷，2. 須有損害發生，3. 損害之發生須不可歸責於受害人，4. 須有因果關係²⁶⁸；又於目前學說理論及實務見解上，如因登記錯

²⁶⁵ 依澳洲新南威爾斯州 1990 年不動產法 (Real Property Act) 第 129 條規定，任何人因該法就土地之經營而遭受損失或損害者，如登記簿內任何與土地有關之錯誤、誤述或遺漏 (any error, misdescription or omission in the Register in relation to the land)，或是因詐欺而被剝奪該土地或該土地上之任何產業或權益 (the person having been deprived of the land, or of any estate or interest in the land, as a consequence of fraud) 等，有權向登記機關之托崙斯保險基金 (Torrens Assurance Fund) 獲得賠償。

²⁶⁶ 土地登記規則第 13 條：「土地法第六十八條第一項及第六十九條所稱登記錯誤，係指登記事項與登記原因證明文件所載之內容不符者；所稱遺漏，係指應登記事項而漏未登記者。」最高法院 76 年度第 5 次民事庭會議決議：「土地法第六十八條規定因登記錯誤遺漏或虛偽致受損害者，由該地政機關負損害賠償責任。茲該地政事務所既未將重測前已登記之抵押轉載於重測後新設之土地登記簿，自屬登記有遺漏，某乙不知其情，致其嗣後設定之抵押權未獲全部清償，自得請求該地政事務所賠償損害。土地登記規則第十二條所指情形，乃屬例示，不能以此而謂因土地重測而發生之錯誤遺漏之情形，不包括在土地法第六十八條之內。土地法第六十八條之立法精神，旨在保護土地權利人，土地之登記準確與否，影響人民之權益至鉅，地政機關所負責任亦重。不應就土地登記規則第十二條作狹義解釋，致與土地法之立法精神不符。」

²⁶⁷ 所謂虛偽係指明知為不實之事實而竟為之登記，申言之，登記人員於審查時，對於登記原因之不實，未經審查明確，即予以登記，亦應屬之，詳陳明燦，2015，土地法學，作者自版，新北市，頁 285。

²⁶⁸ 楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 173。201-203。

誤、遺漏或虛偽，致受損害者，無論係土地總登記或土地權利變更登記，地政機關均須負損害賠償責任²⁶⁹，是以，前揭土地法所設無過失責任主義之土地登記損害賠償責任，乃係配合土地登記採行實質審查主義及登記具有公信力而建構²⁷⁰，於此前提下，就本文所探討之賦予不動產借名登記契約登記對抗力而言，如前所述，因該契約經登記後已構成物權內容之一部，而應屬登記公信力之保護客體，故本文認為宜有土地登記損害賠償機制之適用。

三、小結

蓋我國人頭文化充斥，現行法制對於名實不符之登記，以借名登記契約及信託法所定信託雙軌進行，信託法制定後，仍有為數眾多之借名登記案例，可見借名登記契約仍有其人頭之地下市場需求，又從最高法院判決之轉變，前揭契約之有效性已為實務所肯認，於法律政策面上，我們固然應傾向名實相符之登記，或依信託法合於公示之登記，而最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議採行之有權處分說，由借名人自負出名人違約處分之風險，實已某程度反映不鼓勵成立借

²⁶⁹ 陳立夫，2000，土地法總點檢，台灣本土法學雜誌，第 16 期，頁 11-12；李鴻毅，2001，土地法論，作者自版，臺北市，頁 223；最高法院 74 年度第 2 次民事庭會議決議（一）：「所謂土地登記，依土地法第三十七條第一項規定，係土地及建築改良物之所有權與他項權利之登記。觀之同法第五十一條及第六十二條等規定，該土地總登記章內，亦併規定關於他項權利之登記事項，更參照土地登記規則第十二條之規定，可見土地法第六十八條之所謂登記，並不限於土地總登記。故若因登記錯誤、遺漏或虛偽致受損害者，無論其為土地總登記或土地權利變更登記，該地政機關均應依土地法第六十八條負損賠償責任」。

²⁷⁰ 陳立夫，2010，新物權法之土地登記問題芻議，法學叢刊，第 55 卷，第 3 期，頁 43。

名登記契約之政策思想，然授由法院基於借名人可能具不當動機成立前揭契約，而採取有權處分說，以減少現今經濟活動不動產借名登記契約之使用，是否真為法院必須扮演之功能角色，由立法者基於此政策思想另訂專法是否更為適宜²⁷¹？

所謂利益衡量，通常係指在利益發生衝突而法律沒有規定或者規定不明確時，為形成公正合理之判決而採用的一種司法平衡方法²⁷²，倘從利益衡量觀點，即真正權利與交易安全保護平衡之觀點來看，於有權處分說下，無論出名人逕為處分之相對人善意與否，一律給予其法律上保護並允許其取得不動產所有權，本文認為實已造成於保護交易安全之必要限度外剝奪真正權利，再者，有鑑於私有財產之尊重乃近代法制之一大職志，且基於惡意不受保護、優勢風險承擔原則及交易成本考量，如出名人逕為處分之相對人係屬惡意，該風險並非為借名人應當容忍之合理風險，其風險應止於日後無法向出名人請求返還，不宜擴大到惡意相對人介入之情形，從而於有權處分說下應有保護借名人權益之機制存在。

是以，按照目前學說理論，於有權處分說下之保護借名人權益機制得分為三種，而方法之選取基準應從成本效率觀點進行考量，亦即

²⁷¹ 張新楣，2016a，借名登記之爭議問題—以我國實務判決為中心（下），司法周刊，第1831期，頁3。

²⁷² 馬平川、趙樹坤，2015，利益衡量的主導取向與方法論特徵，法律方法，第1期，頁79-86。

何種方法借名人所支付成本最少，以及影響交易安全最小，倘從前述三種方法來看，基於借名人爭議成本與舉證責任，以及交易安全穩定之考量，本文較為贊同第三種方法，即賦予不動產借名登記契約登記對抗力。按法律為社會中各種利益衝突之表現，是人們對各種衝突利益進行評價後制定出來的，實際上是利益之安排和平衡²⁷³，立法的目的就是在促使不同利益各得其所，於建立個人利益和群體利益相互協調之秩序時融入公平正義的理念，合理調節社會公共利益，避免相互抵觸²⁷⁴；由於債權物權化乃契約自由原則之例外，應從嚴解釋，據此，當債權契約經由交付或登記而具公示性時，於法律明文規定之案例，固得使債權物權化，但在其他法無明文規定之契約，則不得任意擴張債權物權化之範圍²⁷⁵；爰此，為兼顧借名人權益與交易安全，賦予不動產借名登記契約登記對抗力，勢必須訂立強制性法律規範，同時以登記作為其最適公示機制，並透過登記機關就該契約登記之實質審查，以及使借名人之債權人具閱覽與複印第三類借名登記專簿權限，藉以遏止借名人基於規避法律上有關取得不動產物權之資格限制，或以避債之目的而訂立不動產借名登記契約。

²⁷³ 何勤華主編，2005，西方法律思想史，復旦大學出版社，上海市，頁 255，轉引自李可，2017，利益衡量的方法論構造—以司法性利益衡量為中心，上海政法學院學報（法治論叢），第 2 期，頁 53。

²⁷⁴ 張濤，2012，利益衡量：作為民事立法的方法論選擇，東南學術，第 4 期，頁 167。

²⁷⁵ 陳聰富，2010，債權物權化之適用基礎—最高法院 96 年度台上字第 334 號民事判決評釋，法令月刊，第 61 卷，第 10 期，頁 36。

肆 結論與建議

一、結論

綜合前述所敘，本文主要透過文獻探討法之運用，並輔以法律經濟分析，整理分析我國借名登記契約性質及其效力，同時探討出名
人違背不動產借名登記契約約定逕行處分標的不動產時，其處分行為
效力究應採有權處分說、折衷說，抑或無權處分說，何者更能有效確
保交易安全並兼顧實質權利人權益，並於最後提出保護借名人權益之
機制與內容；爰此，本研究之結論得總結歸納為三部分，茲分述如下：

（一）從利益衡量觀點來看借名人較惡意相對人更值得保護

利益衡量，又稱為利益考量或利益較量，其主要在於解決具利益
衝突、法律條文亦無明確規定何種利益優先之案件，此時便由司法機
關根據公平正義原則對各方利益進行合理分配²⁷⁶，是以，利益衡量乃
是基於公平正義原則而建立，而公平與正義之實現，要求我們無論
是在處理某一件事情或在構建整個社會、政治制度上，均要兼顧其兩方
面之內涵，既要使效用達到最大化，同時又要符合道義之要求²⁷⁷。

倘按照我國現行法律制度及基本法理，本文是為肯認於不動產借
名登記契約有效成立下，出名人成為該不動產法律上之所有權人，故

²⁷⁶ 張瑞，2017，論司法實踐中的利益衡量，理論觀察，第7期，頁113。

²⁷⁷ 王子正，2006，論公平正義的法治理念，遼寧法治研究，第4期，頁45。

其逕為處分不動產是為有權處分，惟此時牽涉之問題為：惡意處分行為相對人有無保護之必要？其與借名人之權益應以何者較為優先，始符合公平正義？就此問題，首先我們應思考的是，借名人與出名人訂立不動產借名登記契約後，出名人逕為處分標的不動產予第三人之風險是否為借名人應當承受之合理風險範圍？在該第三人為善意者時，基於公益優先於私益，故交易安全之保護應當優先於借名人權益之保護；然該第三人為惡意者時，國家究竟應否給予其保護而使其取得不動產所有權？蓋本文認為此時已非公益對於私益之比較，而係私益與私益間之衡量，若按照最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議所採之有權處分說，惡意第三人亦得取得不動產所有權，惟本文認為基於惡意（當事人）不受保護原則，以及優勢風險承擔原則之考量，與前揭惡意第三人相較，借名人實已屬該交易之弱勢，應當保護其權益；再者，縱使從杜絕未來借名登記契約之觀點來看，採取無權處分說亦較有權處分說更能使真正權利及交易安全之保護趨於平衡，爰此，於採取有權處分說之前提下應有保護借名人權益之機制存在，始為公允。

（二） 賦予不動產借名登記契約登記對抗力為保護借名人權益之最適機制

承上所述，依照目前學說理論之見解，於有權處分說下保護借名

人權益之機制得分為三種，其一為適用信託法第 18 條第 2 項第 3 款，賦予借名人得向法院聲請撤銷出名入與惡意第三人間處分行為之權利；其二為借名人行使共同侵權行為損害賠償請求權，以主張廢止出名入與惡意第三人間之處分行為；其三則為賦予不動產借名登記契約登記對抗力，借名人得透過前揭契約內容之登記進而對第三人發生對抗效力。

按行政程序法第 7 條²⁷⁸規定乃係就比例原則為明文規定，而比例原則在於要求「方法」與「目的」之均衡，凡採取一項措施以達成一項目的時，該措施必須為合適、必要及合比例之方法，「合適」(geeignet)之方法，係指可以達成目的之方法；「必要」(notwendig)之方法，係指同樣可以達成目的之多數方法中，該方法所附帶之不利益為最小；「合比例」(verhältnismäßig)之方法，係指該方法之不利益，與其達成目的之利益相權衡，不失合理之比例關係，換言之，不得採取失衡之方法以達成目的，故亦稱為「禁制過度」(Übermaßverbot)²⁷⁹。是以，從上述三種方法來看，倘其均得達成目的，則選取基準應係從成本效率觀點進行考量，蓋本文認為為使交易安全具較高之穩定性，以及有效避免訴訟發生或節省訴訟資源，賦

²⁷⁸ 行政程序法第 7 條：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

²⁷⁹ 陳敏，2016，行政法總論，新學林出版有限公司，臺北市，頁 89。

予不動產借名登記契約登記對抗力是為保護借名人權益之最有效率機制；惟債權物權化乃是契約自由原則之例外，應從嚴解釋，故如透過登記之公示機制使前揭契約得對抗第三人，勢必須搭配強制性法律規範，並同時釐清如何進行登記、資訊公示範圍及申請限制、得對抗第三人之效力範圍、登記機關審查密度，以及有無登記公信力與損害賠償之適用以為因應。

二、後續研究建議

蓋本文主要係在探討我國不動產借名登記契約出名人逕為處分標的財產之效力問題，惟尚有部分課題未於本研究進行研議，謹提供後續可供研究之課題如下：

（一）從訂立目的論借名登記契約之有效性

關於借名登記契約效力之部分，該契約及物權行為之有效與否，實和法律行為之動機、目的有所關聯；以避免地價稅累進課徵而訂立不動產借名登記契約為例，按最高法院判決，該契約並未違反法律之強制規定或公序良俗，仍應屬有效²⁸⁰，然按照學說理論，有認為此為節稅者²⁸¹，亦有認為係屬逃稅者²⁸²而無效。是以，考量法律行為效力與其動機、目的間之牽連，得以前揭契約之訂立目的分述其效力，以

²⁸⁰ 最高法院 92 年度台上字第 1054 號民事判決。

²⁸¹ 陳聰富，2016，民法總則，元照出版有限公司，臺北市，頁 268。

²⁸² 柯格鐘，2014，論稅捐規避行為之立法與行為的類型化，興大法學，第 15 期，頁 53-54；謝哲勝，2006a，同註 105，頁 197。

為更系統化地釐清。

（二）不動產借名登記契約無效與當事人間之權利義務

按最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議，本文認為該決議應係以不動產借名登記關係有效成立前提下來探討出名人逕為處分效力，亦即在前揭關係有效成立基礎下，就當事人間有關借名人仍保有處分等權能之債權約定，其效力得否及於第三人；是以，若不動產借名登記契約目的或內容違反強制、禁止規定或悖於公序良俗而無效時，則當事人間之債權約定亦自始無效，此時借名人如何維護並主張其權利應係回歸於民法相關規定，如不當得利返還請求權或物上請求權等，建議得進一步釐清。

參考文獻

一、書籍

1. Cooter, R. and Ulen, T., 2000. Law and Economics. Addison-Wesley.
2. Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott, 1986. Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Springer, Berlin.
3. Posner, Richard A., 1992. Economic Analysis of Law (4th Edition). Little, Brown and Company.
4. Weimer, David L. and Vining, Aidan R., 2004. Policy Analysis: Concepts and Practice (4th Edition). Pearson Prentice Hall.
5. 王志誠，2018，信託法，五南圖書出版股份有限公司，臺北市。
6. 王澤鑑，1986，因侵權行為負債務者之拒絕履行權及不當得利請求權，收錄於王澤鑑，民法學說與判例研究（四），作者自版，頁 299-314。
7. 王澤鑑，1998，憲法基本權利與私法—合憲性控制在法學方法上的分析，收錄於司法院大法官書記處，司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，司法院，臺北市，頁 53-93。
8. 王澤鑑，2010a，民法總則，王慕華發行。

9. 王澤鑑，2010b，侵權行為法，王慕華發行。
10. 王澤鑑，2014，民法總則，王慕華發行。
11. 王澤鑑，2015，不當得利，王慕華發行。
12. 史尚寬，1947，信託法論，商務印書館，上海市。
13. 史尚寬，1964，土地法原論，正中書局，臺北市。
14. 史尚寬，1979，物權法論，史吳仲芳、史光華發行，臺北市。
15. 史尚寬，1983，債法總論，史吳仲芳、史光華發行，臺北市。
16. 何勤華主編，2005，西方法律思想史，復旦大學出版社，上海市。
17. 吳定，2003，政策管理，聯經出版事業股份有限公司，臺北市。
18. 吳從周，2017a，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，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，臺北市，頁 3-37。
19. 李福隆，2016，以債權物權化與物權公示的理論基礎評議不動產信託登記法制及現行做法，收錄於謝哲勝主編，不動產登記法律與政策，元照出版有限公司，臺北市，頁 322-340。
20. 李鴻毅，2001，土地法論，作者自版，臺北市。
21. 林明鏘，2011，論德國土地登記制度與審查權限—兼論我國相關制度問題，收錄於溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集編輯委員會，

- 民事法學的現代課題與展望—溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集，元照出版公司，臺北市，頁 31-54。
22. 林誠二，2013，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法學的實踐與創新一陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會出版，臺北市，頁 401-419。
23. 法務部編印，2004，法務研究選輯（93 年度 - 94 年度）（下冊），法務部出版，臺北市。
24. 法務部編印，2009，民法物權編研究修正實錄—通則、所有權、用益物權、占有及施行法（第一冊）。
25. 姚瑞光，2000，民事訴訟法論，作者自版，臺北市。
26. 洪誌宏，2017，消費者保護法，五南圖書出版股份有限公司，臺北市。
27. 庫特（Cooter, R.）、烏蘭（Ulen, T.）著，2003，法律經濟學（Law and Economics），溫麗琪譯，華泰文化事業股份有限公司，臺北市。
28. 常昱、常憲亞，2009，不動產登記與物權法：以登記為中心，中國社會科學出版社，北京。
29. 陳自強，2018b，契約之成立與生效，元照出版有限公司，臺北

- 市。
30. 陳明燦，2015，土地法學，作者自版，新北市。
 31. 陳洸岳，2001，動機與違背公序良俗之約定，收錄於楊與齡編，民法總則實例問題分析，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 155-170。
 32. 陳敏，2016，行政法總論，新學林出版有限公司，臺北市。
 33. 陳新民，1997，中華民國憲法釋論，作者自版，臺北市。
 34. 陳鳳琪，1985，土地登記實用，作者自版，台北縣。
 35. 陳衛佐譯注，2010，德國民法典（第 3 版），法律出版社，北京。
 36. 陳聰富，2016，民法總則，元照出版有限公司，臺北市。
 37. 湯文章，2018，土地登記與物權變動—從借名登記、註記登記及塗銷登記論公平與效率的均衡，司法院司法行政聽，臺北市。
 38. 焦祖涵，1997，土地登記之理論與實務，三民書局股份有限公司，臺北市。
 39. 黃鈺慧，2017，論不動產借名登記契約，收錄於于明等，楊崇森講座教授八秩華誕祝壽論文輯，銘傳大學法律學院出版，臺北市，頁 445-469。
 40. 新北市政府地政局，2015，土地登記審查手冊（104 年 7 月版），新北市政府地政局編印，新北市。

41. 楊仁壽，2010，法學方法論，三民書局股份有限公司，臺北市。
42. 楊松齡，2017，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，臺北市。
43. 溫豐文，2014b，土地法，作者自行出版，台中市。
44. 熊秉元，2013，熊秉元漫步法律，商周出版，臺北市。
45. 蔡晶瑩，2017，論借名登記契約／最高法院 100 台上 2101 判決，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，臺北市，頁 109-114。
46. 鄭玉波著、陳榮隆修訂，2006，民法債編總論，三民書局股份有限公司，臺北市。
47. 謝在全，2014，民法物權論（上），修訂六版，作者自版，臺北市。
48. 謝哲勝，1995，財產法專題研究，三民書局股份有限公司，臺北市。
49. 謝哲勝，2005，以經濟分析突破概念法學的困境—兼回應熊秉元教授的幾個觀點，收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會，法律哲理與制度—基礎法學：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照出版有限公司，臺北市，頁 607-638。

50. 謝哲勝，2007a，何謂法律經濟學，收錄於謝哲勝主編，法律經濟學，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 3-12。
51. 謝哲勝，2007c，經濟學的基本理論，收錄於謝哲勝主編，法律經濟學，五南圖書出版股份有限公司，臺北市，頁 19-27。
52. 謝哲勝，2009，信託法，元照出版有限公司，臺北市。
53. 謝哲勝，2012，民法物權，三民書局股份有限公司，臺北市。
54. 謝哲勝，2013，土地法，翰蘆圖書，臺北市。
55. 謝哲勝，2017，借名登記之名消極信託之實—評最高法院 98 年度台上字第 76 號判決，收錄於吳從周、張大為、謝哲勝、陳聰富、詹森林、蔡晶瑩、邱玟惠，借名登記契約之實務爭議探討，元照出版有限公司，臺北市，頁 67-74。
56. 蘇永欽，1994，經濟法的挑戰，五南圖書出版有限公司，臺北市。
57. 蘇永欽，1999，跨越自治與管制，五南圖書出版股份有限公司，臺北市。

二、期刊、研討會論文

1. 月旦法學教室編輯部，2018，借名登記契約之外部效力（上）——從最高法院「名實相異」的無權處分說到「名實相符」的 106 年度第 3 次民事庭會議決議，月旦法學教室，第 184 期，頁 122-125。
2. 王千維，2017，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看

- 不動產借名登記，月旦法學雜誌，第 271 期，頁 28-38。
3. 王子正，2006，論公平正義的法治理念，遼寧法治研究，第 4 期，頁 44-47。
 4. 王文宇，2002，信託之公示機制與對世效力，月旦法學雜誌，第 91 期，頁 177-194。
 5. 王文宇，2011，物權法定、資訊成本與公示登記—兼論物權法修訂，月旦民商法雜誌，第 31 期，頁 65-92。
 6. 王澤鑑，1982，添附與不當得利，法學叢刊，第 27 卷，第 1 期，頁 28-36。
 7. 王澤鑑，2003，民法總則在實務上的最新發展（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，頁 73-87。
 8. 吳從周，2009，互易契約之債權物權化—簡評最高法院九七年台上字第一七二九號判決，臺灣本土法學雜誌社，第 123 期，頁 194-203。
 9. 吳從周、卓心雅，2009，借名登記與無權處分／最高法院九八台上七六，台灣法學雜誌，第 137 期，頁 162-165。
 10. 李可，2017，利益衡量的方法論構造—以司法性利益衡量為中心，上海政法學院學報（法治論叢），第 2 期，頁 53-64。

11. 卓心雅，2011，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，頁 91-113。
12. 林三元，2004，法律經濟學之發展特別報導—從有效率的公平正義出發，科技法學評論，第 1 卷，第 2 期，頁 249-293。
13. 林大洋，2017，借名登記對外效力之探討—法學方法與債法現代化之思考，中華法學，第 17 期，頁 105-127。
14. 林誠二，2017，借名登記財產之請求返還方式，月旦法學教室，第 181 期，頁 9-11。
15. 法觀人編輯部，2015，三方關係之不當得利—以幾則最高法院判決為核心，法觀人月刊，第 197 期，頁 17-22。
16. 柯格鐘，2014，論稅捐規避行為之立法與行為的類型化，興大法學，第 15 期，頁 29-100。
17. 胡博碩，2015，憲法對私有財產權的保障，台灣國際法季刊，第 12 卷，第 2 期，頁 55-68。
18. 孫鵬、王智斌，1996，交易安全與中國民商法現代化，學習與探索，第 1 期，頁 98-105。
19. 馬平川、趙樹坤，2015，利益衡量的主導取向與方法論特徵，法律方法，第 1 期，頁 79-86。
20. 張新楣，2016a，借名登記之爭議問題—以我國實務判決為中心

- (下)，司法周刊，第 1831 期，頁 2-3。
21. 張瑞，2017，論司法實踐中的利益衡量，理論觀察，第 7 期，頁 113-115。
 22. 張濤，2012，利益衡量：作為民事立法的方法論選擇，東南學術，第 4 期，頁 164-170。
 23. 許茹嫻，2018，最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議文根本解決借名登記關係之爭議？—借名登記內部關係之效力與借名人之救濟，萬國法律，第 222 期，頁 72-78。
 24. 陳立夫，2000，土地法總點檢，台灣本土法學雜誌，第 16 期，頁 1-13。
 25. 陳立夫，2007，土地登記之公信力及其保護對象之範圍，台灣法學雜誌，第 93 期，頁 278-284。
 26. 陳立夫，2009，我國土地登記法制若干問題之辨析，台灣法學雜誌，第 121 期，頁 23-44。
 27. 陳立夫，2010，新物權法之土地登記問題芻議，法學叢刊，第 55 卷，第 3 期，頁 23-53。
 28. 陳自強，2014，登記生效與登記對抗之間，月旦法學雜誌，第 227 期，頁 47-65。
 29. 陳自強，2018a，間接代理，月旦民商法雜誌，第 61 期，頁 62-89。

30. 陳明燦，2018，我國不動產借名登記後處分之效力問題分析—以最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議為中心，台灣法學雜誌，第 349 期，頁 21-31。
31. 陳明燦、何彥陞，2005，不動產權利信託登記之法制分析—以公示制度與強制執行為中心，公平交易季刊，第 13 卷，第 4 期，頁 33-65。
32. 陳明燦、何彥陞，2010，我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討，臺北大學法學論叢，第 74 期，頁 45-107。
33. 陳聰富，2010，債權物權化之適用基礎—最高法院 96 年度台上字第 334 號民事判決評釋，法令月刊，第 61 卷，第 10 期，頁 26-36。
34. 黃士洲，2009，稅法實例研析：第三講：所得名目、歸屬及實質課稅之運用，月旦法學教室，第 81 期，頁 88-100。
35. 黃健彰，2018，不動產借名登記契約公證爭議問題—契約有效性的檢討，不動產法律行為公證研討會，國立臺灣大學法學院霖澤館一樓國際會議廳，頁 71-105。
36. 溫俊富，2014，不動產信託約款內容的實質審查，全國律師，第 18 卷，第 7 期，頁 49-69。
37. 溫豐文，2012b，「不動產登記法」草案之評介，月旦法學雜誌，第 205 期，頁 135-145。

38. 溫豐文，2015，論物權行為，台灣環境與土地法學雜誌，第 16 期，頁 67-75。
39. 溫豐文、鍾政恭，1994，論土地登記之實質審查，現代地政，第 156 期，頁 4-9。
40. 詹森林，2003，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，頁 128-132。
41. 詹森林，2011，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任—最高法院 99 年度台上字第 1114 號判決評析，台灣法學雜誌，第 186 期，頁 49-59。
42. 廖家宏，2006，論消極信託與借名登記—實務相關見解的綜合評釋，法令月刊，第 57 卷，第 11 期，頁 19-26。
43. 趙建文，2013，條約法上的善意原則，當代法學，第 27 卷，第 4 期，頁 121-130。
44. 蔡旻耿，2018，不動產借名登記適法性之研究—評最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議，2018 土地研究學術研討會—智慧城鄉與不動產管理，國立臺北大學公共事務大樓。
45. 謝哲勝，2003a，債權確保與信託制度的平衡，月旦法學雜誌，第 93 期，頁 222-235。
46. 謝哲勝，2008，債權物權相對化，月旦法學教室，第 69 期，頁

10-11。

47. 謝哲勝，2010，債權物權相對化（三）—最高法院九十七年台上字第一七二九號民事判決評釋，月旦裁判時報，第5期，頁46-50。
48. 謝哲勝，2015，以公證代替不動產登記機關的實質審查責任，公證法學，第11期，頁2-11。
49. 簡資修，2003，一個自主但開放的法學觀點，月旦法學雜誌，第93期，頁236-242。

三、學位論文、計畫報告書

1. 王柏淨，2008，借名登記契約—以不動產物權為中心，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文。
2. 王逸馨，2016，論不動產登記制度下借名登記之研究及探討，東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文。
3. 林明鏘，2010，土地登記機關審查權限問題之研究，司法院行政訴訟及懲戒廳委託行政訴訟土地事件專題研究計畫案報告書。
4. 董婉蓉，2013，「審查，神查？」—論我國不動產登記人員之審查權限，新北市政府102年度自行研究報告書，新北市政府地政局。

四、網頁資料

1. 司法院法學資料檢索系統：

<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

2. 司法院最高法院：<http://tps.judicial.gov.tw/>
3. 林瑞榮，2000，科際整合取向 Interdisciplinary Approach，國家教育研究院雙語詞彙、學術名詞暨辭書資訊網，
<http://terms.naer.edu.tw/detail/1307684/>，2018年12月26日。
4. 法務部主管法規查詢系統：
<https://mojlaw.moj.gov.tw/index.aspx>
5. 陳朝建，2003，行政法教室：比例原則的法律政策思維，陳誠法政專業教學網（Pchome 個人新聞台網），
<http://mypaper.pchome.com.tw/macotochen/post/4276652>，
2019年4月9日。
6. 黃國彥，2000，文件分析法 Documentary Research，國家教育研究院雙語詞彙、學術名詞暨辭書資訊網，
<http://terms.naer.edu.tw/detail/1303274/>，2018年12月26日。
7. 新北市樹林地政事務所，2017，新北市樹林地政事務所土地或建物登記簿標示部、所有權部、他項權利部其他登記事項欄常見註記事項表，新北市樹林地政事務所網，
<https://www.shulin.land.ntpc.gov.tw/ch/home.jsp?id=50&p>

arentpath=0,5，2019年5月28日。

8. 賴川，2018，債權相對性及債權物權化：體系鳥瞰，

<https://foreseer.live/2018/03/24/%e3%80%90%e5%b8%ab%e8%a8%b4%e5%88%97%e8%bb%8a%e3%80%91%e5%82%b5%e6%ac%8a%e7%9b%b8%e5%b0%8d%e6%80%a7%e5%8f%8a%e5%82%b5%e6%ac%8a%e7%89%a9%e6%ac%8a%e5%8c%96%ef%bc%9a%e9%ab%94%e7%b3%bb%e9%b3%a5%e7%9e%b0/>

a5%e7%9e%b0/，2019年7月10日。