

借名登记合同中的法律问题

赵秀梅

(北京理工大学 法学院, 北京 100081)

摘要: 借名登记合同是无名合同, 应类推委托合同的法律规定。没有违反法律禁止规定和公序良俗的借名登记合同是有效的。借名登记合同房屋的所有权原则上应该由实际出资购买房屋的人享有。如果出名人将房屋出卖给第三人的, 除出名人和第三人恶意串通之外, 合同有效, 第三人将取得房屋的所有权。

关键词: 借名登记 所有权 无权处分

中图分类号: D923.3

文献标识码: A

文章编号: 1004-9428 (2014) 05-0118-09

一方当事人(借名人)可能会借用他人(出名人)的名字购买房屋, 房屋所有权登记在出名人的名下, 但房屋由借名人占有、使用和收益, 并保存房屋买卖合同、所有权证书等。借名登记合同会引发很多纠纷。一种情形是借名人要求办理房屋所有权的过户登记, 但出名人违反约定, 不予办理; 另一种情形是出名人要求借名人返还房屋的占有, 借名人拒不返还等等。在司法实践中, 法院的判决也往往不尽相同。本文以我国大陆和台湾地区法院的判决为基础, 探讨借名登记合同引发的法律问题。

一、案例事实及裁判结果

2000年9月5日, 吴某与北京中海信房地产开发有限公司(以下简称中海信公司)签订《北京市内销商品房预售契约》, 购买该公司开发的国英绿景公寓两套底商房屋, 总价款为770多万元。吴某与银行签订贷款合同, 贷款616万元, 期限20年。2002年11月15日, 郑某与吴某签订了一份协议书, 内容为: 一、国英绿景公寓两套底商房屋系郑某的住房, 但由于其尚未取得北京市户口, 故使用吴某名义购房, 而实际购房付款人均均为郑某, 现该房由郑某管理使用。二、鉴于上述情况, 吴某对该房产不具有实际产权和使用权, 也不对该房产承担任何风险及法律责任, 不承担该房产发生的任何费用; 不得擅自将该房产处置、转让、设置抵押或担保; 不得就该房产向郑某提出任何权利主张。三、郑某对上述房产享有实际的产权和完全的使用权(包括收益权), 同时, 由于上述房产尚在吴某名下, 吴某应为郑某出具全权授权书, 由郑某自用或出租、经营使用该房产, 并收取租金等收益, 该收益与吴某无关。同日, 吴某给郑某出具了授权委托书。2007年3月28日, 北京市西城区房屋管理局向吴某颁发了上述房屋的产权证。

现双方因产权问题发生争议, 郑某诉至法院, 请求判决确认两套房屋为郑某所有。在诉讼期间, 郑某向法院提交了如下证据: 包括支付全部购房款的发票原件、贷款银行的储蓄存款存折原件(户名为吴某)和吴某的身份证原件, 同时郑某明确陈述了贷款银行及每月按揭还款数额。吴某在

作者简介: 赵秀梅, 北京理工大学法学院副教授。

答辩中,不同意郑某的诉讼请求,认为自己签订了房屋购买合同,支付了房款,并依法取得产权证书,双方签订的协议书应属无效,双方间的纠纷应属于债务纠纷,不能对抗吴某已经取得产权的事实。质证过程中,吴某对付款的地点、月供的付款数额、付款时间均不能明确陈述,对存折开户日期的陈述也是错误的。

北京市第一中级人民法院经审理认为,郑某与吴某于2002年11月15日签订的协议书系双方当事人的真实意思表示,不违反法律、行政法规的强制性规定,应属合法有效,双方当事人均应依约履行义务,行使权利。吴某称该协议无效,缺乏依据,对其主张不予支持。对本案诉争的房屋,虽然吴某拥有产权证,但是并不能提供其对该房屋实际享有所有权的充分证据。房屋产权证书是登记机关颁发给权利人作为其享有权利的证明,具有证据资格,但并不能直接决定实体法律关系的存在与否。房屋产权证书是权利的外在表现形式,只具有推定的证据效力,与实际权利状况并不完全吻合。因此,尽管该房屋的所有权证上显示所有权人为吴某,并且吴某也实际持有该房的所有权证书,但并没有证据证明其对该房屋拥有实体所有权。依据相应的证据,可以认定郑某是以吴某的名义购买了上述房屋,并实际支付了全部购房款,是该房屋的真正购买人和实际所有权人。据此,法院判决诉争房屋为郑某所有。⁽¹⁾

本案宣判后,被告吴某不服一审判决,向北京市高级人民法院提起上诉。北京市高级人民法院经审理认为,本案涉及两个法律关系:一是吴某作为买受人与中海信公司之间形成的房屋买卖法律关系,二是郑某依据协议书与吴某之间形成的委托购房法律关系。郑某本应以自己名义购买诉争房屋,取得诉争房屋的所有权,但其以保留所有权的意思表示,依据协议书委托吴某购买诉争房屋,致使吴某对房屋享有法律上的所有权,而郑某自身则享有事实意义上的所有权。由于物权直接体现了物权公示原则的要求,因此法律赋予法律物权以权利正确性推定的效力,即法律物权人在行使权利时,无需举证证明其权利的正确性;而事实物权人欲取得法律的认可和保护,就必须举证来推翻法律物权的正确性推定,以证明事实物权的正确性。本案中,吴某取得诉争房屋的产权登记,可以推定其为权利人,但依据郑某提交的协议书、购房发票等相关证据,可以确认吴某取得诉争房屋法律上的所有权系基于郑某的委托,吴某作为受托人负有将诉争房屋返还给郑某的义务,郑某才对该房屋享有事实上的所有权。依据物权人的真实权利优先保护的原则,郑某有权要求吴某注销其产权登记,并将诉争房屋的产权变更登记到郑某名下。吴某辩称其已取得诉争房屋的产权证书,协议书不能对抗房屋权属证书的效力,缺乏法律依据,不予支持。判决:驳回上诉,维持原判。⁽²⁾

本案引发的法律问题很多:郑某以吴某名义购买房屋,该法律行为的性质是什么?这种行为的法律效力如何?双方当事人就房屋所有权的归属发生争议时,如何判断房屋所有权的归属?若吴某将房屋出卖给第三人,该买卖合同的效力又如何?以下将对上述问题加以分析。

二、借名登记合同的性质及效力

(一) 关于本案合同性质的判断

在本案中,北京市高级人民法院认为郑某与吴某之间是委托购房法律关系。但如果是委托购房法律关系,郑某是委托人,吴某是受托人,房屋应该以委托人郑某的名字办理房屋所有权的登记,

(1) 北京市第一中级人民法院(2007)民初字第6945号判决书。

(2) 北京市高级人民法院(2008)民终字第862号判决书。

这显然与本案的情形不同。本文认为郑某与吴某之间是典型的借名登记合同。相关法律并无此种契约类型之明文规定。在台湾地区,借名登记契约系由司法实务运作中所产生之法律行为类型,并非立法者之预设概念。⁽³⁾我国台湾地区“最高法院”在多个判决中,都有明确的界定。其中,台湾“最高法院”2009年度台上字第76号判决认为“借名登记合同是指当事人约定一方将自己之财产以他方名义登记,而仍由自己管理、使用、处分,他方允就该财产为出名登记之契约,其成立侧重于借名者与出名者间之信任关系,在性质上应与委任契约同视,倘其内容不违反强制、禁止规定或公序良俗者,固应赋予无名契约之法律上效力,并类推适用民法委任之相关规定。”⁽⁴⁾从上述判决可以得知,借名登记合同是一种无名合同,类推适用关于委任契约的规定。

我国《合同法》亦无借名登记合同的规定,因此,该合同在我国司法实务中也应按照无名合同来处理。北京市高级人民法院(2008)民终字第862号判决书直接认定本案为委托合同,并不正确。

(二) 关于本案合同效力的判断

我国司法实务界通常认为,借名登记的合同在没有违反法律禁止性规定和善良风俗的情况下,应该是有效的。比较有争议的问题是,如果借名购买经济适用房和其他政策性保障房的效力如何?在郭某诉周某案件中,北京市昌平区人民法院认为“经济适用住房是政府提供政策优惠,具有保障性质的政策性商品住房,国家对该类房相屋的交易有特殊的规定和限制,其购买人必须满足国家规定的条件,购买资格具有专属性。本案中,郭某借用周某的名义购买经济适用住房,该民事行为违反了国家关于购买经济适用住房的相关规定,损害了社会公共利益,应属无效,郭某理应将涉案房屋返还给周某。返还期限由法院根据实际情况合理予以确定。”⁽⁵⁾在这个案件中,实际上是包含两个合同关系:一个是出名人与借名人关于借名购买房屋的法律关系;另外一个则是出名人购买经济适用房的法律关系。第二个法律关系需要适用国家关于购买经济适用房的法律规定,而买受人,即出名人是符合关于购买经济适用房的资质的,因此这个合同是有效的。第一个合同是否违反《合同法》第52条的规定而无效?

本文认为,购买经济适用房的借名登记合同,不能以违反法律的规定而认定无效。我国《合同法》第52条第五项规定:违反法律、行政法规强制性规定的合同无效。为了更加明确本项规定的含义,《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释》第4条规定“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”之后,又对“强制性规定”进行了限缩。《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释(二)》第4条规定“《合同法》第52条第五项规定的“强制性规定”,是指效力性强制性规定。”这表明只有违反了法律和行政法规效力性强制性规定的合同才是无效的。我国建设部等7部委联合颁布了《经济适用住房管理办法》,但该《办法》只是行政规章,不能据此认定合同无效,而且《办法》也没有规定效力性的强制性规定。

借名登记合同是否属于恶意串通损害国家、集体或第三人利益的合同?本文认为,借名登记购

(3) 林诚二《动产物权变动登记之实与虚——以我国台湾地区借名登记契约之相关问题为说明》[J],《北方法学》2014年第1期。

(4) 台湾“最高法院”在多个判决中都对借名登记合同有明确的界定。如2005年台上字第953号判决;2008年度台上字第2445号判决;2011年台上字第2101号判决;2013年台上字第1885号判决等。

(5) 北京市昌平区人民法院(2011)昌民初字第08319号民事判决;北京市第一中级人民法院(2012)一中民终字第3253号民事判决书。

买经济适用房,是双方当事人真实的意思表示,并非虚假意思表示,更非通谋,因此不属于双方通谋为虚假意思表示的民事行为。通谋虚伪表示,系指表意人与相对人通谋而为虚伪之意思表示。虚伪者,指表意人无意为其意思表示所拘束之意,即表意人故意使其意思与表示不一致;通谋者,则指相对人明知表意人之虚伪意思表示而与之同谋为之。⁽⁶⁾我国《合同法》没有采纳通谋虚伪意思表示的概念,而是采纳了“恶意串通”的概念。德、日民法上的通谋虚伪表示,系指违背真意之表示,与心中保留相同。而我国民法学对恶意串通行为是否属于意思表示不真实行为的问题,存有歧见。通说认为其意思表示并不必然为虚假,也包括真实意思表示的情况,只要行为人有损害国家、集体或第三人利益的恶意,并且双方有通谋,也可构成。但也有观点认为,恶意串通是指行为人串通合谋实施的与其内心意思不一致的意思表示。⁽⁷⁾本文认为,《合同法》所称的恶意串通,应解释为双方为通谋的意思表示,并且该意思表示并非当事人真实的意思表示。借名登记购买经济适用房是双方当事人真实的意思表示,因此借名登记合同,不能以我国《合同法》第52条第二项所规定的恶意串通、损害国家、集体和第三人利益为由,认定合同无效。对此,我国台湾地区也有学者认为:借名登记契约与其配合完成之不动产物权移转登记行为应属不同之法律行为,不动产物权移转登记行为固因当事人欠缺变动不动产物权之法效意思而构成通谋虚伪意思表示而无效之可能性,但借名登记契约之双方当事人既有订立契约之法效意思,应无构成通谋虚伪意思表示可言。故引用“民法”通谋虚伪意思表示之概念论断借名登记契约之效力,应有误解之处。⁽⁸⁾本文赞同上述观点。借名登记合同本身不是通谋的虚伪表示,因此合同是有效的。

法院是否可以根据《合同法》52条第三项以合法形式掩盖非法目的认定合同无效?以合法形式掩盖非法目的通常认为是脱法行为。所谓脱法行为者,是指以迂回手段的行为,规避强行规定。被回避的强行规定,有为禁止规定,有为租税法规范等。当事人所采迂回手段行为乃是利用契约自由(内容形成自由),其目的则在达成法律所不许的效果。⁽⁹⁾这表明,如果借名登记合同是脱法行为,那必须要违反法律的禁止性规定。目前尚未有禁止借名登记的强行规定,因此不能认定借名登记合同是脱法行为,进而认定合同无效。

北京市昌平区人民法院(2011)昌民初字第08319号民事判决,以“民事行为违反了国家关于购买经济适用住房的相关规定,损害了社会公共利益”为由判决合同无效,其理由不够充分。如果借名登记购买经济适用房的合同无效,则借名人无法对出名人主张违约责任,只能主张缔约过失的损害赔偿赔偿责任,要求其赔偿信赖利益的损失。这样的后果难谓公平。通常借名登记都发生在家庭成员、亲戚和值得信赖的朋友之间,否则出名人也不敢借其名字登记。当出名人违反协议,要求借名人返还房屋时,不仅违反了合同的约定,也违反了诚实信用原则。由出名人获得房屋增值的巨大利益,难谓公平。只有认定借名登记合同有效,借名人可向出名人主张违约损害赔偿请求权,方可避免出名人获得房屋增值后的巨大利益。

三、借名登记房屋所有权的确认

借名登记房屋所有权的判断,在我国司法实务中存在着不同的做法,通常会区分为普通商品房

(6) 王泽鉴《民法总则》[M],2014年2月自版,第407页。

(7) 朱建农《论民法上恶意串通之效力》[J],《当代法学》2007年第6期,第89页。

(8) 同前注[3]。

(9) 同前注[6],第321页。

和经济适用房等不同类型。在商品房借名登记合同纠纷中,只要借名人能够证明自己是实际的出资人,并对房屋享有事实上的占有、使用和收益,法院通常会判断房屋的所有权由借名人享有,由出名人移转房屋的所有权于借名人。但由于经济适用房的特殊性质,法院在审理这类案件时存在不同的做法:一种做法是判决房屋的所有权归借名人所有,由借名人给与出名人一定的补偿;另外一种做法是判决由出名人享有房屋所有权,然后由出名人返还借名人支付的购房款,并赔偿借名人的损失;还有一种做法是法院判决维持现状,即不支持借名人要求办理房屋过户的诉讼请求,也不支持出名人要求借名人返还房屋的诉讼请求。

(一) 判决房屋的所有权归借名人所有

在田某与姚某财产权属纠纷案件中,北京市朝阳区人民法院一审判决认为:本案所涉房屋并非完全意义上的商品房,其中有政府和相关单位的补贴。该住房的购买者具有特定性,应是住房困难的北京市城镇居民。田某不具有北京市城镇居民身份,不具备购买上述性质住房的条件,其让姚某帮助购置有康居工程性质住房的行为,不符合有关政策。田某要求姚某办理房屋过户手续,没有法律依据。判决驳回田某的诉讼请求。⁽¹⁰⁾ 田某不服一审判决,上诉到北京市第二中级人民法院。北京市第二中级人民法院认为,一审认定事实清楚,适用法律正确,判决驳回上诉,维持原判。⁽¹¹⁾ 田某不服,申请北京市高级人民法院再审。

北京市高级人民法院再认为:双方争议房屋属经济适用房,根据有关规定,购买经济适用房需要具备特定的条件。姚某具备购买经济适用房的条件,其在没有购房款的情况下,将其享有的购买经济适用房指标转给具有亲戚关系但当时不具备购房条件的田某,并允许田某以其名义购买。田某支付全款购买争议房屋后,对房屋进行了装修,并经姚某同意以其名义办理了所有权登记,将房屋所有权登记在姚某名下。其后,田某居住使用争议房屋至今,并一直持有以姚某名义办理的《商品房购销合同》、《房屋所有权证》等凭证,办理房屋产权登记的费用及物业费等也由田某负担和缴纳,故争议房屋应认定为田某购买。田某当时不具备政策规定的购买经济适用房的条件,之所以能够购买争议房屋,是行使了本应由姚某享有的购买经济适用房的权利,故田某应给予姚某合理的补偿,补偿数额由本院参照争议房屋所在区域的商品房价格酌定。根据北京市国土资源和房屋管理局、北京市建设委员会、北京市发展和改革委员会、北京市财政局2004年4月30日下发《关于已购经济适用住房上市出售有关问题的通知》,已明确规定在一定条件下允许经济适用房出售转让,故原审判决以田某“不具有北京市城镇居民身份,不具备购买上述性质住房的购房条件,其让姚某帮助购置有康居工程性质住房的行为,不符合有关政策”为由判决驳回田某诉讼请求,没有法律依据,本院再审予以纠正。⁽¹²⁾

北京市高院认为不具备购买资格者在征得符合条件的他人同意的情况下,以他人名义购买了经济适用房,并实际占有、使用了该房,应认定实际购买人享有房屋所有权。由于实际购买人行使了本应由他人享有的购买权利,故应给予他人合理补偿。但北京市高院的观点在此之后发生了改变。2010年北京市高院发布了《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同案件适用法律若干问题的指导意见》(试行)(以下简称《指导意见》)。该《指导意见》第16条规定“借名人违反相关政策、法规的规定,借名购买经济适用住房等政策性保障住房,并登记在他人名下,借名人主张

(10) 北京市朝阳区人民法院(2006)朝民初字第12633号民事判决书。

(11) 北京市第二中级人民法院(2006)二中民终字第14223号民事判决书。

(12) 北京市高级人民法院(2007)高民提字第529号民事判决书。

确认房屋归其所有或者依据双方之间的约定要求登记人办理房屋所有权转移登记的，一般不予支持。”

（二）判决由出名人享有房屋所有权

在原告张某诉徐某等返还房屋案件中，北京市朝阳区人民法院认为：原告张某因拆迁获得了购买经济适用住房的资格，并与住总公司签订合同购买了涉案房屋，但原告并未实际出资，而系由被告徐某实际出资购买，双方就此已形成借名购房的法律关系。因涉案房屋系经济适用住房性质的政策性保障住房，购买该类房屋具有规定的条件限制和程序限制，被告徐某实际出资及事后取得购买经济适用住房资格等事实，不能当然发生取得涉案房屋所有权的法律效力。现涉案房屋系原告通过签订商品房预售合同而购买，并登记在原告名下，原告以房屋所有权人的身份要求被告徐某等返还房屋，符合法律规定，本院予以支持。双方就涉案购房款的返还等其他问题可自行协商，协商不成的另案解决。⁽¹³⁾

本文对此判决不予赞同。即使适用北京市高院的《指导意见》，也难谓正确。在本案中，徐某后来取得了购买经济适用房的资格，已经不存在适用上述规定的前提。即使适用上述规定，也属于可以支持借名人要求办理房屋所有权移转登记的情形。因为，本案不存在没有资格购买经济适用房的人占有这种社会稀有资源，违反购买经济适用房的相关规定，并进而危害社会公共利益的情形。一旦周某向张某主张违约损害赔偿时，张某一定以借名登记合同无效作为抗辩理由。法院很可能会支持其诉讼请求，那么周某只能要求张某赔偿信赖利益的损失，信赖利益与履行利益之间的差额很大。在房价暴涨的今天，张某将获得巨大的利益。根据谁投资谁受益的原则，张某没有出资，却取得了增值后的巨大利益，这显然不符合法律的公平原则。并且，这种判决将难以执行，最终导致丧失司法的公信力。

（三）判决维持现状

在王某和姜某借用申某名义购房纠纷案件中，北京市昌平区人民法院认为，原告申某签订《北京市商品房预售契约》后，被告王某、姜某等以申某名义支付了购房款，被告系房屋的实际出资人，被告以原告的名义购买房屋并居住使用，是原告与被告的真实意思表示，故对于原告要求被告从房屋中搬出并返还购房手续、物业合同及电卡等物品的诉讼请求，证据不足，本院不予支持。综合本案案情，原告所说双方系借款关系的辩解，与常理不符，无法解释为何合同等原件均在被告处。综上所述，依据《民事诉讼法》第64条之规定，判决驳回原告申某的诉讼请求。⁽¹⁴⁾

在本案中，法院不支持原告主张被告返还房屋的诉讼请求，这在一定程度上保护了借名人的占有利益，但借名人终归不是房屋的所有权人，而且如果其要求出名人办理房屋过户登记，通常法院也不会支持。这样就造成了困境，真正出资购买房屋的人，只能享有对房屋的占有、使用和收益的权能，但不能处分房屋，因为房屋登记在出名人的名下。应该说，法院的这种判决结果，只能是权宜之计，并不能彻底解决借名登记合同名实不符的问题。而且出名人还面临一个风险，就是一旦出名人将房屋转让给第三人，而第三人因善意取得而取得房屋的所有权时，善意的第三人也会基于其所有权，要求借名人返还房屋。因此，这样的判决结果是不值得赞同的。

权衡上述判决的利弊，本文认为法院应判决借名人取得房屋所有权。尽管这样的判决不符合北京市购买经济适用房的法律政策，也不符合北京市高级人民法院《指导意见》的规定，但是与其让

(13) 北京市朝阳区人民法院（2011）朝民初字第17272号判决书。

(14) 北京市昌平区人民法院（2010）昌民初字第07258号民事判决书。

出名人取得房屋所有权或者维持房屋现状,不如由借名人取得房屋的所有权。首先,借名人取得房屋所有权符合谁投资谁获利的原则。在借名登记的案件中,实际出资人都是借名人。当房屋的价值发生重大增值时,由出资人获得房屋的增值利益符合公平原则。相反,如果由出名人获得房屋增值的巨大利益,有违民法诚实信用原则。其次,判决由借名人取得房屋所有权,即使借名人不具有购买经济适用房的资格,不符合购买经济适用房的法律条件,但并非不可补救。办法是借名人按照届时同地段普通商品住房与经济适用住房差价的一定比例向政府交纳土地收益等相关价款,最终取得房屋的所有权。另外一种方法是,由政府回购经济适用房,再出卖给符合购买条件的人。这既不违反经济适用房的政策,也能够防止借名登记行为的发生。因为借名人最终要按照商品房的价格补交价款,有利于遏制借名购买经济适用房情形的发生,同时也避免了出名人获得房屋增值后巨大利益,避免了司法裁判的不公平。

四、借名人处分行为的效力

在出名人并非不动产物权真正权利人情形下,如其违反与借名人间借名登记契约之约定而擅自处分借名登记之不动产予第三人时,该处分行为的效力如何?对此学说上有两种不同观点:一种观点认为,为保护交易安全,应该认定为有权处分,合同有效。另外一种观点则认为,相对人如为恶意,则为无权处分,如果没有得到借名人承认,则无权处分合同无效。

(一) 学说和实务观点

1. 合同无效说

出名人转让不动产予第三人,有学者认为此法律行为为无权处分,如果出名人事后没有取得处分权或者得到借名人的追认,该处分行为无效。借名登记之出名人违反约定而处分登记之财产者,系属无权处分,故相对人善意时,固得依善意受让规定取得该财产。相对人如为恶意,则应依“民法”第118条规定处理,除有该条第2项所定出名人于处分登记财产后取得该财产权利之情事外,非经借名登记人承认,该处分不生效力;借名人否认者,则该处分即确定不生效力⁽¹⁵⁾。在此之后,2009年度台上字第76号判决,台湾“最高法院”第一次明白宣示:出名者所为之无权处分行为,应论以无权处分,依“民法”118条之规定而定其效力。至于相对人为善意时,则应受到“民法”上善意受让或“土地法”第43条之信赖登记之保护。其判决理由为:称“借名登记”者,谓当事人约定一方将自己之财产以他方名义登记,而仍由自己管理、使用、处分,他方允就该财产为出名登记之契约,其成立侧重于借名者与出名者间之信任关系,在性质上应与委任契约同视,倘其内容不违反强制、禁止规定或公序良俗者,固应赋予无名契约之法律上效力,并类推适用“民法”委任之相关规定。惟出名者违反借名登记契约之约定,将登记之财产为物权处分者,对借名者而言,即属无权处分,除相对人为善意之第三人,应受善意受让或信赖登记之保护外,如受让之相对人系恶意时,自当依“民法”第118条无权处分之规定而定其效力,以兼顾借名者之利益。

上述观点认为,出名人转让不动产给第三人,如果第三人是恶意的,则为无权处分行为,合同无效;倘若第三人是善意的,则善意取得该不动产的所有权。但对第三人善意情形下,借名人是有权处分还是无权处分没有正面回答。而实际上,如果是有权处分,则第三人当然取得不动产的所有

(15) 詹森林 《出名人之无权处分及借名人回复登记之请求权基础——兼论出名人之不法管理责任》[J],《台湾本土法学杂志》第186期,第54页。

权，无须适用善意取得制度。因此第三人善意情形下，仍然是无权处分。

2. 合同有效说

另一种观点认为，在出名人并非不动产物权真正权利人情形下，如其违反与借名人间借名登记契约之约定而擅自处分借名登记之不动产予第三人时，学说上有认为保护交易安全而一概论以有权处分。采有权处分说的情形下，债权合同和物权合同都是有效的。上述观点得到了实务界的赞同。我国台湾地区“最高法院”102年度台上字第1358号一案中之二审台湾高等法院（案号：100年度重上字第16号判决），则似乎更进一步采取有权处分说，而谓：上诉人系基于借名契约关系而取得系争不动产之所有权，上诉人本于其与借名者间之内部关系，对于该财产之所有权能固受到限制，而由借名者实际管理、使用、收益及处分该财产，惟上诉人仅于借名登记契约终止时，负有将借名登记物返还借名者之义务。赖森林既已死亡，该借名契约关系消灭，赖星梁兄弟继承赖森林基于借名登记关系所生之债权，即得行使返还借名登记物之债权，请求上诉人将系争不动产回复（移转）登记为赖星梁兄弟共同共有，但在上诉人履行此一给付义务之前，上诉人之所有权人地位仍然存在。准此，上诉人纵将系争不动产应有部分各三分之一移转予被上诉人，乃处分所有物之行为，并非分割共有物，亦非无权处分行为。^[16]

（二）本文之观点

1. 有权处分和无权处分的判断标准

根据第三人的善意或者恶意，来判断出名人转让标的物的性质在台湾具有合理性。首先应当明确，两岸关于无权处分概念并不相同。大陆地区是指债权合同因无权处分而无效，台湾地区“民法”是指物权行为因无权处分而无效。但在大陆地区，第三人的善意和恶意不应成为判断法律行为效力的依据，判断出名人转让标的物给第三人法律行为的效力，应区分法律关系的内部和外部分别判断。借名登记合同中，根据出名人和借名人的约定，房屋占有、使用、收益和处分的权利应该归借名人行使，出名人显然没有处分房屋的权利，因此对于借名人而言，显然是无权处分；对于第三人而言，第三人无从知晓出名人和借名人的约定，第三人只能信赖不动产登记所记载的物权状态，即出名人为房屋的所有权人，因此他会认为出名人是有权处分。因此，有权处分和无权处分，是相对不同的当事人而言的。本文认为，以第三人的主观状态来判断借名人处分行为的效力，该理由不够充分和正当。有权处分和无权处分的判断标准，取决于出名人是否有处分权，而不是取决于第三人的主观状态。因此不能根据第三人的善意或者恶意来判断借名人是有权处分还是无权处分。有处分人有处分权的情况下，不论第三人是善意或恶意，所有权均移转于第三人。在此，保护善意第三人的目的在于阻止借名登记行为的发生。

2. 无权处分合同的效力

主张第三人恶意为无权处分的观点，目的是为了保护出名人的利益。在无权处分的情况下，如果没有得到权利人的追认或者处分人取得处分权，则该处分行为无效，恶意第三人也不能取得房屋的所有权。我国台湾理论界和实务界努力区分有权处分和无权处分，是因为台湾“民法”采物权行为和债权行为二分法，在无权处分的情形下，债权合同是有效的，物权行为是效力待定的。如果无权处分没有得到权利人的追认或者处分人没有取得处分权的，则无权处分行为无效。善意的第三人只能根据法律的特别规定取得所有权，但恶意的第三人则不受法律保护，原来的所有权人仍能主张

[16] 吴从周 《认真对待借名登记》[C]，《东亚民事法学国际研究会论文集》，第19页。

所有物的返还请求权。但在我国大陆,情形完全不同,我们不承认有独立的物权行为,因此要判断的是无权处分的情形下,债权合同的效力。根据《合同法》第51条的规定,无权处分的合同是效力待定的合同。但根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》⁽¹⁷⁾(以下简称《买卖合同解释》),无权处分的合同是有效的。其第3条第一项规定“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。”针对上述规定,在学术界有很多不同观点。有学者认为从立法论及其理论上讲,《买卖合同解释》相对于《合同法》而言为下位阶的规范,不应与《合同法》的规定相抵触的,抵触的,不应有效。另外,《买卖合同解释》第3条的规定不合逻辑。其道理在于,在区分负担行为和处分行为的德国民法上,两种行为各负其责,负担行为无需处分权。在不区分这两种行为的中国现行法上,买卖合同同时肩负着发生债权债务和引起物权变动的双重任务,自然也需要处分权。可是,该司法解释确将处分权置之度外,即便欠缺处分权,买卖合同也有效,没有承认任何例外。这在逻辑上不完美。⁽¹⁸⁾ 另外有观点认为,《买卖合同解释》的规定承认了物权行为理论。本文认为,《合同法解释》改变了《合同法》第51条的规定。固然最高法院无权修改法律,但《合同法》第51条的规定显然是错误的,是照搬台湾“民法”第118的结果,但又没有考虑台湾“民法”是区分物权行为和债权行为的。因此与其坚持《合同法》第51条的错误规定,固步自封,不如采纳最高人民法院《买卖合同解释》的规定,认定无权处分的合同是有效的。北京市高级人民法院的《指导意见》第5条规定:“出卖人将登记在其个人名下的法定共有房屋,未经占份额三分之二以上的按份共有人或全体共同共有人同意,擅自以自己名义转让给他人,买受人为善意的,可以认定房屋买卖合同有效。买受人符合《物权法》第106条第一款规定的善意取得构成要件办理了房屋所有权转移登记,其他共有人要求追回该房屋的,不予支持。”从上述规定可以看出,即使是无权处分的合同,人民法院也不因此认定合同无效。但上述规定,仍有一定的缺陷,强调买受人为善意的,可以认定买卖合同有效。那么买受人是恶意的呢?买卖合同就无效吗?本文认为这种观点是不正确的,只有买受人和出卖人双方是恶意通谋的,买卖合同才无效,不能仅仅以买受人是恶意的就否定买卖合同的效力。综上所述,在借名登记合同中,出名人名下将房屋转让给第三人的情形下,除非是出名人与第三人恶意串通的情形下,该买卖合同是有效的。因此,争论出名人是有权处分还是无权处分,在我国的司法实务中没有太多的意义。

(责任编辑:杨会新)

(17) 以下简称法释[2012]8号。

(18) 崔建远《无权处分合同的效力及其动态表现》[C],《东亚民法学国际研究会论文集》,第31页。