

借名买房行为的法律效果研究

冉克平 黄依焯*

内容提要：借名买房行为由借名人、出名人的借名协议与出名人、交易相对人的房屋买卖合同所组成。借名协议的效力会因购买房屋的性质不同而有所不同。在当事人内部，以借名当事人的意思自治为主，依据借名协议的约定以及相关举证对房屋归属予以认定。在借名关系外部，涉及交易第三人的借名行为法律效果须考虑第三人是否为善意以及争议房屋的所有权是否已经转移至第三人名下等因素，以判断借名人的债权是否更值得优先保护；涉及申请执行人时，作为借名人的案外人享有的债权不足以排除强制执行。出名人无法履行义务时，借名人可主张违约责任以求救济。

关键词：借名买房 交易第三人 申请执行人

在国家对房地产实施限购、税收等政策的背景下，现实生活的错综复杂导致了大量借名买房现象，司法实践也受到了较大影响。^{〔1〕}借名买房行为不仅涉及借名人与出名人之间的借名协议（以下简称“借名协议”）关系，还包括与第三人之间的房屋买卖关系，并影响围绕争议房屋所产生的各种民事关系。借名买房行为的性质、借名协议的效力、争议房屋产权的归属、涉及交易第三人或申请执行人时的法律效果等问题围绕借名买房行为展开，对这些问题的处理又关涉借名人、出名人、交易第三人乃至强制执行申请人等第三人的利益平衡，因此须对借名买房行为的法律效果作整体性研究。

一、借名买房行为的认定与性质

（一）借名买房行为及其司法认定

借名买房行为一般具有以下特点：（1）不具有买房资格的借名人征得出名人同意并约定借出

* 冉克平，武汉大学法学院教授；黄依焯，武汉大学法学院硕士研究生。

〔1〕 如北京市高级人民法院下发的《关于妥当审理涉及房屋新政策相关房屋买卖案件的会议纪要》，对房屋买卖合同当事人之间的利益予以平衡，在相关政策实施的背景下避免当事人利益失衡。

名人名义购买房屋，出名人协助配合办理相关手续；（2）出名人或借名人代理出名人与第三人签订房屋买卖合同，房屋所有权登记在出名人名下；（3）借名人对房屋实际享有占有、使用、收益的权利；（4）约定待符合一定条件时将房屋所有权变更登记至借人名下。

根据《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》（以下简称《北京指导意见》）第15条第一句〔2〕的规定，借名人要求出名人转移房屋所有权的诉求得到支持的前提是双方存在借名买房的约定。实践中，双方通常会签订书面借名协议以避免纠纷，就民事权利义务作出明确约定，但也可能仅作出口头约定。根据借名买房行为的特点，就“是否存在借名买房约定”的司法认定，各地法院存在一定的差异。

首先需判断是否存在书面协议。一般应当存在书面借名协议以证明存在借名买房的合意。〔3〕同时应对书面协议中约定的权利义务进行严格审查，如考虑当事人签订协议的时间与买房时间的匹配，以确认是否存在当事人所主张的借名买房关系。〔4〕不存在书面借名协议时，一般应由主张借名买房关系存在的一方对以下内容进行举证：（1）对房屋的实际出资情况，如对照支付款项及时间节点、账户往来等；（2）房屋的实际占有使用收益情况，如房屋物业费、供暖费等费用的缴纳等；（3）证明材料的持有情况，如购房票据、房屋权属证书等重要票据或证书的持有；（4）借名买房是否有合理解释，如是否需要规避限购政策；〔5〕（5）风俗习惯等合理因素的考量〔6〕。除此之外，还要针对具体案件展开更多细节性的考虑：比如当事人之间的身份关系（通常为亲友关系）；选择购买诉争房屋系根据何方意思而为。〔7〕综上，司法实践对借名买房行为主要结合该行为的特点，围绕“是否存在借名买房约定”，根据借名协议的有无情况并结合相关证据加以确认。

（二）借名买房行为的性质

借名买房行为中既存在内部借名关系，也存在外部房屋买卖关系。借名协议也非任一有名合同，其安排了房屋购买前、中、后的各项内容。

借名人实施购房行为的情形为直接借名行为，出名人实施购房行为的情形为间接借名行为，其实质为间接代理。〔8〕对此，有学者认为“直接借名”与“间接借名”的用语并不贴切，狭义借名买房（借名人出面购房）与“委托型借名买房”（出名人出面购房）属于广义借名买房。〔9〕另有学者认为，借名买房包括内部的借名约定与外部的借名行为，后者包括借名订立买房合同与借名登记房屋。其认为借名协议实质上是混合合同，且为类型结合合同。〔10〕我国台湾地区早期判例认为借名登记契约为消极信托，构成通谋虚伪表示从而主张脱法行为，因而无效。此后，我

〔2〕《北京指导意见》第15条第一句对借名买房的借名人要求出名人办理房屋所有权转移登记持支持态度。

〔3〕参见北京市第三中级人民法院（2018）京03民再33号民事判决书。

〔4〕参见北京市第三中级人民法院（2018）京03民再37号民事判决书。

〔5〕参见北京市第二中级人民法院（2017）京02民终9830号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第04049号民事判决书。

〔6〕参见广州市中级人民法院（2017）粤01民终23964号民事判决书。本案中，一方提供了在涉案房屋内竖立的镇宅石碑，碑文刻有“纪念父亲×××诞辰95周年”。一审法院认为，若该房屋属于另一方所有，按民风、民情，另一方不可能允许他人任其房屋内竖立石碑，结合风俗习惯的考量及其他证据，一审法院认为当事人之间为借名买房关系。

〔7〕参见无锡市中级人民法院（2013）锡民终字第1572号民事判决书。

〔8〕参见冉克平：《论借名实施法律行为的效果》，载《法学》2014年第2期。

〔9〕参见杨代雄：《借名购房及借名登记中的物权变动》，载《法学》2016年第8期。

〔10〕参见马一德：《借名买房之法律适用》，载《法学家》2014年第6期。

国台湾的判例逐渐改变了态度，认为借名登记契约不违反强制法、禁止法及公序良俗，具有正当理由，依契约自由原则而有效，为无名契约。^{〔11〕}关于无名合同，“借名登记契约乃无名契约”的观点受到诸多学者的赞同，但也有反对者认为借名登记乃消极信托或脱法行为等。^{〔12〕}

借名协议符合《合同法》对合同的定义，包括借名登记的合意。借名协议并非有名合同，其中包含了借名买房合同、借名登记合同、过户房屋等一系列内容，包括内部借名协议与外部房屋买卖合同。有些学者的观点着眼于借名人与出名人的内部关系，不适用于借名买房的内、外部整体行为的性质确定。考虑到借名买房行为非为单一化的表现形式，出名人与借名人都有可能以出名人的名义买房，借名买房行为的性质因此有所不同。

（三）两类借名买房行为的性质

借名买房行为主要表现为两种类型：类型一，出名人仅提供“名”与相关证件，由借名人以借来之“名”完成房屋买卖合同的订立与不动产登记等事务。类型二，内部借名协议达成后，由出名人与相对人订立房屋买卖合同并办理不动产登记手续，借名人实际出资购买房屋并缴纳税收等费用，实际占有使用收益房屋，并且房屋产权证书等文件很可能由其持有。对此，需要明确房屋买卖合同在何人之间产生效力，即明确房屋买卖合同的法律效果应当归属于借名人还是出名人。

类型一中，借名人借用他人名义实施法律行为，此时不具有购房资格的借名人相当于出名人的代理人，二者可视为直接代理关系，借名协议相当于出名人授权借名人与相对人进行房屋交易。从外观上看，房屋买卖合同的主体为出名人与相对人，借名人仅发挥了代理人的功能，房屋买卖合同的法律效果由出名人承受，房屋所有权转移至出名人名下。类型一中，既存在出名人对借名人的委托授权，又有待条件成熟后的房屋所有权转移等内容的约定，因此借名协议为非典型合同。整个借名买房行为包含了借名当事人内部的数个合同与外部的房屋买卖合同，表现形式类似于无名合同中的合同联立或者混合合同。^{〔13〕}虽然外部房屋买卖合同发生的动机源于借名协议，但该外部合同并不依存于内部协议，也不与内部协议统一在同一份合同之中，因此借名买房行为（类型一）的性质既非合同联立也非混合合同，而是一种兼具内部协议与外部合同的综合性法律行为，几个主要部分的合同或约定互相独立。

类型二中，出名人既是行为实施者又是名义主体，其实施房屋购买行为符合间接代理的表现形式。间接代理指代理人以己身之名义与第三人为法律行为，最终法律效果间接归属于本人的行为。^{〔14〕}出名人与相对人签订房屋买卖合同，合同的权利义务由出名人承担，相对人须向出名人转移不动产所有权，即该房屋买卖中负担行为与物权行为的法律效果均直接由出名人承受。根据借名协议，登记在出名人名下的房屋所有权将在条件成熟时转移至借人名下。

综上，类型一（借名人实施房屋购买行为）的借名买房行为属于综合性法律行为，类型二

〔11〕 认为属于无名契约的理由为：借名登记契约侧重于当事人之间的信任关系，倘不违反强制、禁止规定或公序良俗，应当赋予无名契约法律上的效力。参见我国台湾地区“最高法院”2010年度台上字第1662号、2009年度台上字第76号、2010年度台上字第1424号民事判决。

〔12〕 参见前引〔10〕，马一德文。

〔13〕 混合合同指在一个有名合同中规定其他有名合同事项的合同，合同联立是指数个合同不失其个性而相结合。合同联立与混合合同不同，存在数个而非一个合同关系。参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2013年版，第10-11页。

〔14〕 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2014年版，第211页。

（出名人实施房屋购买行为）的借名买房行为属于间接代理，应根据借名协议的具体约定与不同的借名买房行为作出区分。

二、借名买房行为的法律效力

对房屋买卖合同关系中的相对人而言，着重点为与其进行交易的主体是否具有购买经济适用房^{〔15〕}或限购房^{〔16〕}等的资格。从考虑交易安全的角度看，相对人愿意交易的对象应当为具有购房资格的出名人，其并不愿意承担借名人为合同主体而可能导致合同被认定无效等纠纷的风险。若房屋为限购房，仍可推定相对人愿意交易的对象为出名人。正是借名人不具有购房资格，不能成为房屋买卖合同的主体，故而出名人借名进行交易，以求规避政策或规章实际拥有房屋。从理性第三人的角度看，与第三人订立买卖合同的主体均为具有购房资格的出名人，否则合同不能成立。外部的房屋买卖合同独立于借名协议而存在，不受协议效力影响，合同的法律效力归属于出名人。

实践中所争议的往往是案涉房屋的归属问题，借名人通常根据借名协议或举证证明存在借名买房的约定诉请房屋归自己所有。借名协议的效力判断因房屋属于经济适用房或限购房而有所区别。参考我国台湾地区判例对借名登记契约的态度，关键在于协议是否违反法律禁止性规定。判断的主要依据为《合同法》第52条，倘不违反，协议应为有效。^{〔17〕}

第一，借名人与出名人之间通常为亲友关系，借名人只有将自己购房意愿告知出名人并取得出名人的同意才能顺利借名买房。若存在欺诈、胁迫的情形，认定借名协议无效还需要该合同损害国家利益，^{〔18〕}但第52条第（一）项中的“国家利益”不应当包括国有单位的利益。^{〔19〕}此外，借名协议并不涉及国有资产，^{〔20〕}不涉及损害国家利益的情形，故无法依第（一）项认定借名协议无效。

第二，司法实务中，恶意串通行为的双方主观上串通作出表示行为，客观上双方的表示行为损害他人的利益，其行为具有损害他人利益的目的即可。^{〔21〕}合同无效本质上是对当事人合同自由和意思自治的一种限制和干预，由于恶意串通行为损害了国家、集体或第三人的利益，法律对

〔15〕 根据《经济适用住房管理办法》第2条的规定，经济适用住房是指政府提供给城市经济困难家庭申购，有社会保障作用的政策性住房。另外，经济适用住房既包括一般的政府主导型经济适用房，还包括特殊的“单位集资合作建房”形式。借名买房通常涉及前者，下文简称为一般经济适用房。

〔16〕 国务院与地方政府出台“限购令”（如国务院2010年发布的“新国十条”与2011年的“新国八条”），通过对城市商品房的买卖主体或买卖标的作出一系列限制性政策规定进行行政干预，以求平衡和调整房价。

〔17〕 台湾学者林诚二认为，为尊重私法自治的精神，借名登记契约并不能一概因其具有目的不法或不正当之可能而被认定为无效。参见林诚二：《不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说明》，载《北方法学》2014年第1期。

〔18〕 对国家利益之内涵，学界有三种观点：一是公法意义上的国家利益，即纯粹意义上的国家利益；二是国有企业的利益，国有企业的所有者是国家，所以国有企业的利益就是国家利益；三是社会公共利益。学界达成的共识观点为，国家利益是指国家在整体上具有的政治利益、经济利益和安全利益。国有企业、国家控股、国家参股公司的利益，包括国家机关、国有事业单位的利益（统称为国有单位的利益）不应当总是被作为国家利益对待。

〔19〕 参见王德山：《合同效力研究》，中国政法大学出版社2015年版，第232-234页。

〔20〕 通过体系解释方法，“社会公共利益”的观点可被《合同法》第52条第（四）项“损害社会公共利益”的合同无效所吸收，故第52条第（一）项的“国家利益”应当为国家在整体上具有的政治利益、经济利益和安全利益，在合同法中体现为国家的经济利益。“损害国家利益”指的应当是以欺诈、胁迫等手段侵吞国有资产。

〔21〕 参见冉克平：《“恶意串通”与“合法形式掩盖非法目的”在民法典总则中的构造》，载《现代法学》2017年第4期。

恶意串通而订立的合同予以否定评价。借名协议的订立目的是为使不具有买房资格的借名人间接购买并占有房屋，当事人之间确实存在串通的合意，但并不存在损害的“恶意”。“损害国家利益”经前文分析并不能作为认定借名协议无效的依据，而“集体利益”在民法中体现为集体企业资产，集体企业与非集体企业同为平等的民事主体，不存在一方利益应优于另一方予以保护的优待权。对是否“损害第三人利益”，借名协议表达的是借名人支付全部购房款而房屋登记在出名人名下的真实意思表示，“第三人利益”一方面表现为房屋的对价支付，另一方面体现为购买资格，即当事人试图串通规避的是《经济适用住房管理办法》等部门规章及地方政策性文件或者关于房屋限购的相关规章以及政策，对此，是否恶意串通的判断可以被《合同法》第52条第（五）项所替代。^{〔22〕}

第三，“以合法形式掩盖非法目的”与避法行为可以交叉，与通谋虚伪表示可以重叠。^{〔23〕}就借名协议而言，借名人与出名人之间只实施了一个行为——通过规避政策的手段达成不具有购房资格的借名人最终取得房屋所有权的目的，从规避法律的角度解释更为合理。但规避政策购买保障性住房与限购房，规避对象非为“法律”所禁止的内容。从体系解释的角度看，“以合法形式掩盖非法目的”与“违反法律、行政法规的强制性规定”的程度应当相同、相近，规避的“法律所禁止的内容”也应当是法律、行政法规所禁止的内容，而“限购令”等规范性文件的性质不属于上述规避内容，以合法形式掩盖非法目的作为认定借名购房协议无效的理由并不充分。

第四，是否可适用“损害社会公共利益”否定借名协议效力视借名购买之对象而有所区分：（1）一般经济适用房等保障性住房是为保障低收入家庭的住房而设，具有极强的社会公益性，出台本意是满足低收入家庭的住房需求。部分保障性政策房被不具有被保障资格的人群借名购买，意味着符合购买政策房的相应人群将失去购房的机会与权利，这明显与社会公共利益^{〔24〕}相悖。绝大多数法院都不认可借名购买一般经济适用房这类政策房的效力。^{〔25〕}根据《北京指导意见》第16条的规定，借名购买政策性保障住房的，一般不能获得法律认可。（2）“限购令”是为平衡和调整房价作出的行政干预，是对城市商品房购买自由的限制。一方面，“限购令”是否能够代表公共利益仍存在疑问；另一方面，法律否认借名协议所欲达成之法律效果也极有可能因当事人其他的法律行为而削弱。借名当事人之间通常具有亲友关系，联结二人的是较强的信任。当购买限购房之借名协议因违反“限购令”而无效，借名人仍可与出名人之间订立房屋赠与合同或房屋买卖合同继续令出名人负有交付房屋的义务，实质效果较借名协议有效时并无差别。究其根本，法律能够否定借名协议本身，却否定不了借名当事人之间的信任关系，其仍可通过其他法律行为达到被否定的借名协议的法律效果，适用“违反社会公共利益”否定借名购买限购房协议的法律效果因此被削弱，并且会引发当事人之间更多更复杂的法律关系，既达不到法律所欲实现的惩罚效果又可能带来新的法律问题。与其令该借名协议无效，不如承认其效力，借名协议有效也并不

〔22〕 参见前引〔21〕，冉克平文。

〔23〕 参见冉克平：《意思表示瑕疵：学说与规范》，法律出版社2018年版，第147-148页。

〔24〕 立法对社会公共利益的含义无明确规定。从广义上看，社会公共利益是指全体社会成员为实现个体利益所必需的社会秩序，实现形式包括国家制度和国家权力。在私法中，社会公共利益通常被具体化为公共秩序和善良风俗，与私人利益既对立又统一。

〔25〕 参见前引〔10〕，马一德文。

意味着损害第三人的利益。

第五，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号）第4条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号）第14条，确认合同无效的依据为法律与行政法规中的效力性规定。目标为一般经济适用房等保障性住房时，当事人协议规避的是《经济适用住房管理办法》等部门规章及地方政策性文件，目标为限购房等非一般经济适用房时，规避的是关于房屋限购的相关规章以及政策。借名协议规避的对象为行政规章及其他政策性文件，效力低于“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”，因此不能依据《合同法》第52条第（五）项认定协议无效。另外，私法中的强制性规范主要集中于交易安全以及公共利益等领域，目的在于界定自治行为的边界，强制性规范对行为人的意思自治的限制是基于社会公共利益的考量。^{〔26〕}对经济适用房等涉及社会公共利益的考量又可以转向第（四）项关于社会公共利益违反的考量。“限购令”等规章与政策性文件乃至银行、商户推出的限贷、限购措施，也不属于效力性的法律、行政法规的强制性规定，前者为公权力对私法自治的干涉，后者则发生在私主体之间，私主体间的意思自治与第（五）项无涉。“限购令”是公权力对房地产市场交易行为的直接管控行为，是对私主体私法自治的法律行为的直接干预，是否符合比例原则尚且存在疑问，即使行政干预具有正当性也并不意味着法律行为必然无效。

三、借名买房行为的内部法律效果

争议房屋为一般经济适用房或限购房的差异可以影响到借名协议的效力，涉及一般经济适用房时协议无效，而借名购买限购房的协议通常有效。未涉及第三人时，争议房屋归属于借名人还是出名人这一问题在学理上或在司法实践中都争议颇大。房屋归属何者又可转化为借名人依据内部协议享有物权还是债权的问题。

（一）借名购买一般经济适用房行为的法律效果

涉及代表社会公共利益的一般经济适用房的借名协议无效。不论是类型一还是类型二的表现形式，独立于借名协议的房屋买卖合同成立并生效。有学者认为，借名协议因违反社会公共利益而无效，其本欲发生的法律效果因而无法发生，但可根据法律行为转换，发生稍弱一些的具有合法性并且不违背社会公共利益的效果。当符合《经济适用住房管理办法》第30条的规定条件时，出名人应当将房屋所有权及占有以合理价格转让给借名人，由此无效协议将转换为有效的附较长履行期限的房屋买卖合同。^{〔27〕}也有学者认为，若借名人依据借名购买经济适用房的协议提起确权之诉并要求办理所有权转移登记的，不应支持；如出名人以所有权人的名义主张借名人返还房屋占有，在解决由于房屋升值导致的借名人与出名人之间利益失衡的问题之前，应维持现状。^{〔28〕}前一观点基于法律行为转换而试图平衡当事人之间的利益，后一观点则直接指出在解决房屋增值

〔26〕 参见冉克平：《论效力性强制规范与私法自治》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2019年第1期。

〔27〕 参见前引〔9〕，杨代雄文。

〔28〕 参见马强：《借名购房案件所涉问题之研究》，载《政治与法律》2014年第7期。

导致的问题之前不应改变当事人之间的借名买房现状。

《经济适用住房管理办法》第30条体现的是政府对经济适用房转让的严格管控，要求购房人或居住人承担一定的义务。借名人不符合管控条件却客观上实际占有使用收益了保障性住房，相当于在经济适用房可以上市转让之前就享受了其本不具有的购买权带来的社会性保障利益。于此，不能仅针对借名当事人平衡利益，更应考虑到经济适用房背后所保障的其他具有购买资格的低收入者与住房困难者的利益乃至社会公共利益，所以法律行为转换这一观点并不适宜。根据《物权法》第9条第1款的不动产物权变动规定，房屋买卖合同成立有效，房屋所有权登记在出名人名下。对拥有房屋产权的出名人而言，其房屋的实际增值建立在其与借名人之间违反社会公共利益的借名行为之上，后一学者的观点值得借鉴，在解决房屋增值的问题前不宜改变借名买房现状，待通过行政手段予以解决之后，享有房屋所有权的出名人可要求借名人返还房屋占有，作为房屋购买的实际付款人与其他费用的实际支出人，借名人可对出名人主张债权。

（二）借名购买限购行为的法律效果

1. 确定内部效果的两条路径

借名购买“限购房”“限贷房”等非一般经济适用房的协议通常有效。由于房价上涨，出名人可能不再愿意履行借名协议。借名人通常会请求法院确认所有权，主张出名人履行转移登记房屋所有权的义务。如何确定此时的借名买房内部效果，学界和司法实务界主要有两条路径。

路径一：借名人举证回归事实权利。有学者认为，不动产借名登记契约为借名人与出名人之间的内部约定，借名人仅负担令出名人取得登记名义之给付义务，并不负转移标的物所有权之给付义务。借名人仍为标的物的真正所有权人，出名人仅为登记名义人。^[29]登记的公信力包含权利确信推定效力的内容，当不涉及第三人利益时，不动产物权登记的正确性推定效力并非确权，不具有证明权利归属的绝对效力。^[30]司法实践中，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释》第2条的规定，有法院认为“借名买房”属于“不动产登记簿的记载与真实权利状态不符”的一种情形，^[31]并结合相关证据判断是否存在借名买房事实，以及实际买房人是否为借名人，以此确定真正物权人。

路径二：出名人与借名人之间具有合同关系，借名协议在合同法规定的框架下直接发生法律效力，借名人不能依据合同直接取得不动产所有权。房屋所有权的转移未经登记不发生物权效力，因此协议中通常约定的“房屋归借名人所有”因违反《物权法》第9条的规定无效，其他约定如借名人支付购房款、出名人待条件成熟后转移房屋所有权至借人名下等仍然有效。或者“房屋归借名人所有”的约定可被理解为出名人负有的向借名人转移房屋所有权的义务。总之，协议仅在当事人之间产生债权债务关系，而不发生物权变动的效果，出名人为房屋的所有权人。

对此，路径一（借名人享有物权）更注重当事人之间的意思自治，承认事实物权人与法律物权人的分离，借名买房当事人的权利处于“名实不符”状态，认为自己是真正不动产权利人却未

[29] 参见王千维：《由最高法院一〇六年度第三次民事庭会议决议看不动产借名登记》，载《月旦法学杂志》第271期。

[30] 参见尹田：《物权法司法解释（一）的相关问题》，载北大法律信息网组编：《责任高于热爱》，北京大学出版社2013年版，第295、303、312页。

[31] 参见最高人民法院（2011）民申字第261号民事裁定书。

被准确地记载于登记簿之上的借名人可通过确认之诉请求法院确认物权。路径二（借名人享有债权）则侧重于协议本身的性质与物权登记公示公信等制度与交易秩序的维护，否认这种“名实不符”的状态，基于不动产转移采登记生效主义的《物权法》规定否定借名买房行为中存在不动产登记簿错误。两条路径的出发点虽然不同，但均符合逻辑推论，而问题的难点却是如何平衡借名关系的内外部当事人利益。本文认为，与第三人无涉时，当事人内部的意思自治优于外部的交易安全与信赖保护，借名当事人之间的权利义务应以借名协议的约定为准，但不能对抗第三人。路径二多以涉及第三人之视角反观借名当事人内部关系，且基于借名协议的逻辑推论并不具有更强的说服力，司法实务对同样为借名的代持股内部关系已经做出了谨慎处理，可予以参考。

2. 参照股权代持法律效果的论证

股权代持是指实际出资人与他人约定，他人代实际出资人履行股东权利义务的一种股权处置方式。在股权代持中，实际出资人为隐名股东，该他人为名义股东，二人之间存在股权代持协议，对外则由名义股东履行股东权利义务。此行为构造与借名买房本质上相同，均为借名行为，且都涉及当事人内部与第三人的外部法律关系与利益平衡，对借名买房中的法律关系处理可借鉴股权代持的相关做法和规定。对名义股东处分股权的问题，实际出资人与名义股东之间的股权代持协议约定不能对抗外部的第三人，基于商事交易中外观主义原则而信赖公司对外登记的第三人与名义股东所成立的民事行为的效力应当得到法律的认可，第三人取得的权利也应受到保护。^{〔32〕}也即，涉及第三人时，名义股东对外形式上的权利外观使得其对股权的处分为有权处分。

然而，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第25条规定了名义股东处分股权的法律效果，实际出资人要求认定该处分行为无效的，人民法院可以参照善意取得的规定处理。该规定的指引为“参照”善意取得，明明名义股东对外为有权处分，为什么却参照适用善意取得的规定？善意取得的前提为无权处分，在涉及第三人时名义股东为有权处分，却需参照前提为无权处分的善意取得的相关规定，这其中隐含了司法实践对“隐名人”与“出名人”内部权利义务关系的谨慎衡量：名义股东对股权并不享有完整的处分权，股权代持协议与公司对外登记内容使该非完整的处分权显示为形式上的完整状态，但在内部却隐藏着实际出资人基于代持协议对股权享有的权利。换句话说，在代持股权外部，保护交易安全和第三人信赖优先；内部则以当事人意思自治的协议为主。出名人可以公司登记和显现的权利外观对抗外部第三人，却独独不能对抗与其签订了股权代持协议的内部实际出资人，此时不能以公司的对外资料确定双方权利义务，而应以有效的股权代持协议为依据进行处理，否则将有违实际出资人与名义股东之间的意思自治。

对比而言，借名人与出名人之间也可参照这一司法解释规定的利益衡量：对外，出名人享有显见的物权；对内，借名人真正享有房屋物权。若按借名协议产生债之效力而非物权变动效力的逻辑，对外可保障第三人信赖，却也有忽视借名当事人真意的嫌疑。不涉及第三人时，借名人与出名人之间的内部关系应以借名协议为据，司法实践可根据借名协议与当事人的进一步举证、质证对借名关系予以认定，厘清具体当事人之间的权利义务，以确认房屋归属。

〔32〕 参见荣明瀚：《股权代持行为效力的司法认定》，载《法律适用》2019年第2期。

3. 借名买房与夫妻共同财产“潜在共有”之间的共通性与区别

在财产实质上归夫妻共有、名义上归夫妻一方所有的情形，即夫妻共有财产处于“名实不符”状态时，夫妻共同财产的外部关系与借名买房行为的内外部关系似乎是一样的。对此，依据日本学者我妻荣提出并已成为日本亲属法学界多数说的“潜在共有理论”，在婚姻关系存续期间，尽管从取得该财产的贡献上考虑该财产属于夫妻“共有”，但处理夫妻共同财产的归属时，对外以财产名义人为依据，对内则根据实质对价的负担来判断。上述“名实不符”的夫妻共同财产即属于夫妻“潜在共有”，这种“潜在共有”并不显在化。对内，可以取得财产的对价来源确定财产的分配；对外，以财产名义人为主，避免夫妻财产关系的复杂化危害交易安全。^{〔33〕}

可见，财产处于“名实不符”时，以“潜在共有理论”解释的夫妻共同财产的外部关系与下文所述借名买房的外部关系具有共通之处。在前者，财产名义人对夫妻“潜在共有”的财产享有“显见”的财产权利，其处分为有权处分。同样的，涉及交易第三人时，借名关系中的内部约定也不能对外显示出其真实“身影”进而影响外部法律效果，出名人对不动产享有处分的权利，以此保护交易安全。然而，在财产“名实不符”的情形下，夫妻共同财产的内部关系与借名买房的内部关系存在着本质区别。我国婚姻法是以婚后所得共同制为法定的夫妻财产制，以“潜在共有理论”解释的“名实不符”夫妻财产归属类型在对内关系上属于共同财产制，对外关系上则属于分别财产制。该“名实不符”财产的内部关系属于法定的婚后所得共同制，若无证据证明该财产源自一方的个人财产，则推定是夫妻共同财产。而借名买房当事人间的内部关系源自借名协议的约定，是当事人意思自治的产物，并无明确的法律依据。并且，不动产的归属在借名当事人之间非此即彼，不存在潜在共有的关系。

因此，财产归属处于“名实不符”状态时，夫妻共同财产的外部关系与借名买房行为的外部关系具有共通之处，可资借鉴，但内部关系则有法定与约定之别，应予区分。

四、涉及交易第三人的外部法律效果

（一）借名买房各主体的利益衡量与风险分配

名义产权人与实际产权人的分离将产生多种法律风险，具体如下：（1）所有权权属纠纷，如出名人突然死亡而其继承人不知借名之事，则借名人与继承人之间将发生房屋权属纠纷；（2）房屋转售争议，如出名人违反借名协议并将房屋另卖与他人，特别是在交易价格符合市场正常价格时，借名人主张房屋买卖合同无效一般无法得到支持；（3）借名人处分房屋受限争议，出名人为不动产登记簿上的权利人这一点事实上限制着借名人的处分权；（4）强制执行争议，房屋可能会被作为出名人的责任财产予以强制执行；（5）对出名人而言，其面临未来买房受到“限购令”“限贷令”等限制而不再享有优惠或购房资格的风险，并且其作为房屋名义权利人承担借名人不当使用房屋的侵权责任等风险。^{〔34〕}

路径一（借名人享有物权）偏重于保护享有事实物权的权利人。从利益平衡的角度看，借名

〔33〕 参见龙俊：《夫妻共同财产的潜在共有》，载《法学研究》2017年第4期。

〔34〕 参见刘耀宏：《限购令下借名买房的法律风险探讨》，载《齐齐哈尔大学学报》（哲学社会科学版）2014年第1期。

人实际支付购房款、占有使用收益房屋，其获得房屋增值利益符合公平原则，而出名人未付出等额出资却享有名义上的房屋所有权，这一点正是对强制执行程序中“不符合公平原则”的“房屋作为被执行人（出名人）责任财产”的驳斥。然而，借名买房涉及多个法律关系，价值衡量与利益衡量应从多方面展开：第一，路径一的推论仅适用于与他人无涉的借名内部关系，涉及第三人合法利益时，由于借名当事人本质上串通规避了相关购房政策，对借名人享有事实物权的司法裁判支持可能催生更多效仿此类以借名手段攫取利益的现象，还可能引发以借名为由进行诉讼以逃避债务履行的不良行为。第二，作为理性的民事行为主体，借名人于风险评估后作出的意思表示应受到尊重，房屋暂且登记在出名人名下的双方合意应受到法律肯定和保护。第三，借名人通过借名行为提前几年甚至更长时间享受到其本不应享有的房屋利益，事实物权的认定又令其获得了对房屋事实上的支配权，前一既得利益与后一事实物权的享有与其所承担的风险并不相符。对房屋另售中的交易第三人而言，其将承担出名人无权处分、诉讼成本、金钱与时间成本甚至其他期待利益落空的风险；对强制执行中出名人的债权人而言，其将面临执行中止、额外诉讼增生甚至其强制执行的请求无法得到支持的风险。简而言之，涉及外部第三人时，借名人享有物权的观点令本应由借名人承担的风险转移给了交易第三人、强制执行申请人等其他民事主体，而信赖物权登记与公示公信的善意第三人本不应承担这些风险。因此，路径一的观点降低甚至消除了这些风险，过分保障了借名人的利益。

路径二（借名人享有债权）则着眼于维护物权登记、公示公信与维持市场交易秩序。借名人实际出资并享有对出名人的债权，同时承担上述房屋产权纠纷、交易纠纷、执行纠纷等风险，出名人也应当对未来购房不再享受政策优惠的风险有所预见，以上均为当事人意思自治的选择。对信赖不动产登记公示效力的交易第三人与强制执行申请人而言，其预期法律利益也可在出名人对房屋享有所有权的前提下较为顺利地实现。借名协议引发的风险应在当事人之间消化，不应影响到第三人。一旦风险发生，借名人希望通过借名实现自身某种利益的预期落空，虽然不能直接要求确认房屋所有权归自己所有，但仍可依据借名协议请求出名人转移房屋所有权的权利或请求违约损害赔偿，通过权利义务的分配，其合法利益仍能得到债法的支持。

（二）涉及交易第三人的三种情形

借名协议无效时，出名人不负将房屋所有权转移至借人名下的义务；协议有效时，出名人负有该义务，但过快上涨的房价有可能使出名人不愿意再履行对借名人的义务，反而将房屋卖与交易第三人。涉及交易第三人时有以下三种情形：

第一，交易第三人为善意，且不动产所有权已经转移登记至其名下。根据借名人享有物权或债权的观点不同，出名人处分房屋也分为无权处分说与有权处分说。我国台湾地区“最高法院”对出名人将不动产所有权移转登记给第三人的处分行为效力问题，采有权处分说，依据台湾地区“民法”第758条和第759条之一的规定推定出名人享有所有权，外部关系上的出卖以形式登记为主。台湾学者吴从周则认为借名登记下的名实不符无法以逻辑思考，应该是风险承担的分配问题，其从价值判断和利益衡量的角度判断，所发生的风险应当分配给借名人自己承担，应当以有权处分说抑制不动产借名登记契约。从物权登记与公示公信原则以及理性第三人角度看，作为不动产登记簿上登记的权利人的出名人有权处分房屋，交易第三人信赖物权公示外观。根据《北京指导意见》第17条的规定，对借名人以其实际享有权利为由要求确认买卖合同无效的

主张不予支持。^{〔35〕}此时,房屋已经归属于交易第三人,借名人可请求出名人承担违约责任。

第二,交易第三人为恶意。第三人可能明知或应当知道借名买房事实而与出名人串通,这属于《合同法》第52条第(二)项“恶意串通损害第三人利益”,出名人与交易第三人的买卖合同无效。根据《北京指导意见》第17条,借名人能够证明第三人知道或应当知道房屋存在借名登记的,可以其对房屋享有实际权利为由要求确认买卖合同无效。合同无效但房屋所有权可能转移至交易第三人名下时,借名人可主张第三人由于原因行为无效而未取得房屋所有权。

第三,已签订房屋买卖合同但尚未转移登记房屋不动产时,涉及借名人的债权与第三人的债权何者优先的问题。根据《北京指导意见》第17条的规定,买受人、借名人均要求继续履行合同的,可以参照本意见第13条第1款的规定处理。^{〔36〕}借名买房中,在与第三人进行交易之前,出名人已经担负待条件成熟后将不动产所有权转移至借人名下的义务,并且借名人实际占有使用房屋,连续的占有使用已经使借名买房维持稳定状态。参照《北京指导意见》第13条第1款的规定,出名人先后负担对借名人与交易第三人转移不动产所有权的义务,借名人在享有债权的同时已经实际合法占有房屋,优先于只签订了房屋买卖合同的交易第三人,基于维护现有物权秩序的考虑,可根据“绝对的占有权理论”^{〔37〕}对先行占有房屋的借名人的权利予以优先保护。第三人可基于房屋买卖合同向出名人主张赔偿损失。

综上,对涉及交易第三人的借名买房行为效果,在出名人享有不动产所有权并有权处分的前提下,考虑交易第三人是否为善意以及争议房屋的所有权是否已经转移至第三人名下等因素,判断借名人对出名人享有的债权较第三人是否更值得优先保护。

五、涉及申请执行人的外部法律效果

涉及第三人的外部法律效果中还存在房屋作为出名人的责任财产被其金钱债权人申请执行的情形。信赖利益的范围应当包括信赖物权公示并与被执行人发生交易关系的申请执行人。2015年出台的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(以下简称《规定》)既对案外人的真实权利予以切合实际的保护,也对其在执行标的之上的权利进行适当干预。^{〔38〕}执行异议之诉的前置程序是执行异议审查,执行程序遵循优先效率原则,根据《规定》第25条贯彻形式审查,已经登记的不动产按照不动产登记簿判断案外人是否系权利人。借名人往往为申请执行异议与提起执行异议之诉的案外人。在借名买房情形中,出名人为不动产权利登记簿上的权利人,按照执行异议的形式化审查要求,借名人的异议几乎不会得到支持,由此引起

〔35〕 参见,北京市第一中级人民法院(2017)京01民再93号民事判决书。

〔36〕 《北京指导意见》第13条规定的是对合同均为有效情形下“一房数卖”的处理办法,在均未办理房屋所有权转移登记的情形下,已经实际合法占有房屋的买受人优先于未合法占有房屋的买受人。

〔37〕 参见彭诚信、岳耀东:《房屋多重转让中权利保护顺位的确立依据与证成》,载《山东社会科学》2012年第5期。借名买房情况下,出名人将房屋卖与第三人属于该文所述“出让人随意违约侵害买受人利益”的情形,基于借名协议,借名人对房屋的占有属于有权占有,其产生的占有权是一种“绝对的权利”,借名人基于此足以对抗出名人的返还请求。法律至少应保护借名人的绝对占有权。

〔38〕 参见刘贵祥:《〈关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2015年第11期。

执行异议之诉。如何平衡申请执行人与案外人之间的利益，一直是执行程序中的难题，属于实体法与程序法交叉的地带。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《民事诉讼法司法解释》）第312条的规定，案外人对执行标的所主张的权利应为“足以排除强制执行的民事权益”。司法解释对此并未给出更为详细的标准，而该问题主要涉及实体法内容。有学者认为，从民法关于民事实体权利的分类来看，物权、债权、期待权、股权、真实产权等实体权利都可以成为异议事由。

（一）对“是否享有足以排除强制执行的民事权益”的司法判断

在执行异议之诉中，借名人往往以存在借名买房事实为由对抗强制执行。案外人提起执行异议之诉的原因为其认为的事实状态与权利外观的分离，以借名买房为由对抗房屋的强制执行，案外人或明示或暗示地表达为：其对房屋享有（实际上的）产权，以此期望对抗强制执行。以借名买房为由试图排除强制执行的案外人对作为执行标的的房屋享有的民事权益是否足以排除金钱债权人申请的强制执行，司法实践对此问题的判断主要分三步走：第一，是否存在案外人主张的借名买房事实；第二，案外人在借名买房中享有何种权利；第三，案外人享有的民事权利是否足以排除强制执行。

第一，对借名买房事实的司法认定正如前文所述，法院根据借名买房的书面或口头约定、购房款的实际支付者、购房票据和产权证等的实际持有人以及房屋的占有使用等情况判断案外人与被申请执行人之间是否存在借名买房关系，若案外人无法完成举证，比如只能证明是父母对子女的房产赠与等情形，^{〔39〕}则无法认定存在真实的借名买房关系，案外人对执行标的的不享有实体民事权利。

第二，法院对作为借名人的案外人享有何种权利主要有三种裁判观点：（1）案外人仅享有债权请求权。多数法院认为即便存在借名买房事实，借名买房行为属于合同行为，仅对合同双方产生约束力，在当事人内部产生债权债务关系而不发生物权效力，不能据此认为案外人为不动产的所有权人，案外人仅享有对被执行人的债权请求权。^{〔40〕}（2）有法院认为案外人享有对执行标的的物权期待权。理由主要为：当事人有相应证据证明真正的权利人时，可以推翻不动产物权登记的推定效力，从而维护事实上的真实。尽管案外人并非不动产登记簿上的房屋产权人，但并不影响其对案涉房屋的物权期待权。（3）案外人对案涉房屋享有实质上的物权。理由主要为：“借名买房”系“不动产登记簿的记载与真实权利状态不符”的一种情形，案外人能够证明自己是案涉房屋的实际出资人和占有人。^{〔41〕}此外，还有法院直接根据认定的借名买房事实认为房屋的实际所有权人为案外人。^{〔42〕}

第三，关于案外人享有的债权/物权期待权/事实物权是否足以排除强制执行，首先，直接根据借名买房事实判定案外人享有足以排除强制执行的民事权益的裁判路径过于粗糙。借名买房事

〔39〕 参见广东省高级人民法院（2017）粤民申3677号民事裁定书。

〔40〕 参见广东省高级人民法院（2018）粤民申9825号民事裁定书；河北省高级人民法院（2019）冀民申2020号民事裁定书。

〔41〕 参见辽宁省高级人民法院（2018）辽终211号民事判决书。本案一审法院认为案外人对案涉房屋享有物权期待权，二审法院则认为案外人实际上享有真实的物权。

〔42〕 参见广州市中级人民法院（2017）粤01民终23964号。本案一审法院认为案外人与被执行人之间存在借名买房关系，综合各类证据认定案外人对案涉房屋享有所有权。

实只能证明借名人对执行标的享有一定的民事权益，但该民事权益并不一定足以排除强制执行。其次，认定案外人对案涉房屋享有事实物权的法院面临的是“物权对抗债权”，即案外人对执行标的享有真实物权，该执行标的并非被执行人的责任财产，法院不能予以强制执行，因此能够认定案外人享有足以排除强制执行的民事权益。前文已述，这一裁判思路的问题在于“借名买房”并不属于登记簿错误的情形，不能据此认为案外人经过充分举证可以使其对案涉房屋的权利回归至事实物权。再次，认定案外人对案涉房屋享有债权或物权期待权的法院面临的则是“债权对抗债权”，通常认为债权不足以排除强制执行，债具有相对性，仅在合同当事人之间产生法律效力，而不能对第三人产生效力。^{〔43〕}例外的是，法律对金钱债权执行中不动产买受人的物权期待权予以保护，受到法律特别保护的债权足以排除强制执行。一般将案外人与无过错不动产买受人进行类比，参照《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条以及《规定》第28条的规定，在案外人非因自身原因未办理过户登记并满足其他条件时，其债权能够排除强制执行。有法院在裁判理由中表明，《规定》系针对执行程序而制定，作为执行异议之诉的本案并不适用，继而认为案外人在借名买房事实存在时就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益。^{〔44〕}但是《规定》第28条本质上为实质审查标准，法院以第28条作为裁判理由与执行异议之诉的审查原则相契合。^{〔45〕}

（二）原则上借名人的民事权益不能排除强制执行

即使认定存在借名买房事实，案外人享有的债权通常并不足以排除强制执行。理由如下：

第一，案外人与被执行人之间的借名协议仅在当事人之间产生法律效力，“房屋属于借名人所有”的约定不能产生对抗第三人的法律效果。因此案外人享有的债权只能对抗被执行人（出名人），而不能对抗申请执行人。

第二，案外人与申请执行人之间就执行标的享有的权益相比，善意的申请执行人自身并不存在过错，而借名协议若旨在规避政策或规章，则其本身具有不正当性，且在此情形下案外人通常是基于自身原因而未办理过户登记。《规定》第28条对不动产买受人物权期待权加以特别保护，据此，案外人享有的债权能否参照此条获得保护应主要考虑三个因素：（1）案外人是否已经支付了房屋对价；（2）案外人是否实际占有使用房屋；（3）案外人对执行标的物的产权未转移登记到自己名下是否存在过错。^{〔46〕}在能够认定借名买房事实时，案外人通常满足第一、二个因素，争议主要围绕第三个因素展开。不论是为贷款方便还是规避“限购令”等，案外人须就案涉房屋未过户登记至其名下不存在过错进行举证。案外人对借用他人名义购买房屋、使出名人成为不动产登记簿上的房屋权利人等行为均持故意或放任态度。房屋登记在被执行人名下可能是一个暂时的状态，但案外人对房屋登记在他人名下而未登记在其名下显然存在过错，对房屋可能作为被执行人的责任财产而被强制执行这一风险也应当有所预见并予以承担。然而，对于“非

〔43〕 参见王利明：《债法总则研究》，中国人民大学出版社2015年版，第42页。

〔44〕 参见天津市第一中级人民法院（2017）津01民终449号民事判决书。

〔45〕 参见肖建国、庄诗岳：《案外人异议之诉中足以排除强制执行的民事权益》，载《法律适用》2018年第15期。

〔46〕 考虑到《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条的规定无书面合同的要求，《规定》第28条“合法有效的书面买卖合同”可作放宽处理，因在无书面借名协议时仍可根据口头协议并结合其他证据对借名买房事实予以证明。

因自身原因未办理过户登记”没有更明确的解释，诸多案外人的债权正是挫败于未满足《规定》第 28 条的这一要件。本文认为，若未办理过户登记的原因仅在于借名人自身，例如借名人在满足协议条件时或取得买房资格后未及时要求出名人履行债务，此属于“因自身原因未办理过户登记”，理由为：借名买房行为是对“限购令”“限贷令”的规避，借名人应对该规避行为负责，对未办理过户登记具有过错。若未办理过户登记是由于非借名人自身所引起的事由，比如因房屋被查封而无法办理过户手续，或因出名人怠于履行债务等，则属于“非因自身原因未办理过户登记”。考虑到对《规定》第 28 条的参照是将借名人与无过错买受人进行对比，关键在于借名人较买受人多了借名买房行为这一“原罪”（借名协议本身具有不正当性），案外人通常并不能以满足“非因自身原因未办理过户登记”等《规定》第 28 条的四要件来阻却强制执行措施。即使规避的是银行的“限贷令”，规避的后果也仅应由借名当事人承担，而不应由善意的申请执行人承受。

第三，从法律审判的价值引导作用与影响来看，在法律没有明确规定的情况下，须在一定程度上考虑判决的社会影响，有必要在个案裁判时评估利益平衡所带来的影响。一方面不支持借名人的执行异议是为了避免变相鼓励借名买房的存在和发展；另一方面则是对物权登记与公示公信原则的维护，降低故意借名买房类型执行异议主张的可能性。

《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释（一）（向社会公开征求意见稿）》中第 13 条对金钱债权执行中“隐名权利人提起的执行异议之诉的处理”给出了两套方案：（1）对实施借名行为的案外人提起的执行异议之诉不予支持；（2）若实施借名行为的案外人提起执行异议之诉请求排除强制执行，“经查证属实，且不违反法律、行政法规强制性规定，亦不违背公序良俗的”，予以支持。方案一与方案二对隐名权利人的执行异议之诉采取截然相反的处理方式，方案一体现了最高人民法院对该类执行异议之诉的审慎态度，方案二则倾向于在符合一定条件时承认隐名权利人对不动产享有权利。

针对隐名权利人的执行异议之诉是否能够得到法院支持的问题，有学者认为，借名人之债权不能排除强制执行存在例外情形。考虑到借名人已经实际占有使用房屋，在符合保障生存权的条件下，可赋予该债权排除强制执行的效力。条件为《规定》第 28 条的四要件与另外两个要件：第一，存在不违反《合同法》第 52 条规定的书面借名协议，或可通过其他证据证明借名买房事实成立；第二，在法院查封前已经合法占有房屋；第三，已经支付全部价款或已经支付部分价款且剩余部分将按要求支付；第四，在强制执行的时候，案外人已经不受买房政策的限制，或是不符合购房政策但本身属于中低收入住房困难户；第五，非因买受人自身原因未办理过户登记；第六，房屋是案外人的唯一住房且仅用于居住。^{〔47〕}借名买房事实被认定后，出于对借名人生存权保障的考量，第四、五、六点是借名人之债权能够对抗强制执行的重要条件。此时，与申请执行人的债权相比较的是附加了生存权益的案外人债权，应偏重于维护现有秩序。六要件的缺一不可体现出对案外人债权阻却强制执行的审慎态度。司法实践中，北京市高级人民法院、江苏省高级

〔47〕 参见前引〔45〕，肖建国、庄诗岳文。

人民法院也正秉持着严格审查的态度。^[48]事实上这与最高人民法院给出的方案二相吻合,都在高标准严要求的情形下才可对借名人之排除强制执行的请求予以支持。然而,较之上文所述只有在符合六要件的情形下才可支持借名人请求排除强制执行的情形,方案二实对借名人享有不动产权利显示出了更加宽容与支持的态度。正如前文所述,原则上借名人的民事权益不能排除强制执行,而借名人因借名所遭受的财产损失,可以依法向被借名人另行主张赔偿,在涉及外部第三人时,借名协议引发的风险应在当事人之间消化,因此,最高人民法院对于“隐名权利人提起的执行异议之诉的处理”中,方案一更为合适。

(三) 股权代持中隐名股权对抗执行的比较分析

虽然股权代持与借名买房在行为内容、权利行使和义务履行形式、法律关系建立的目的以及实现手段等方面均有所不同,但二者均为借名行为,都存在“内外关系并立”这一共性,涉及强制执行的股权代持及其司法裁判规则对借名买房具有一定的参考意义。学理上,隐名股东能否对抗申请执行人的观点存在分歧,具体观点如下:(1)保护隐名股东对股权的实际权利;(2)概括参照善意取得制度保护申请执行人;(3)保护因股权登记而信赖权利外观的申请执行人;(4)有区分地保护具有处分请求权的申请执行人。^[49]司法裁判规则中,《民事诉讼法司法解释》也并未明确“足以排除强制执行的民事权益”是否包括代持的股权。法院对该难题难以决断:执行股权会损害隐名股东的利益,不执行将成为滋生以代持方式逃避债务的土壤。学理上的观念分歧与实践中的各异裁判体现出与借名人权利对抗强制执行同样的问题:如何在隐名股东与申请执行人二者的权利保护之间得出最优解。有学者对此问题的处理提出了几个理念:“别内外”以外观主义原则及其派生原则作为处理外部关系的基本准则;“辨民商”强调在处理代持财产执行问题上对民事关系与商事关系进行区分,民事(如代持房产)往往涉及自然人生存权(唯一房产)等人权问题,在商事股权代持下则偏重于保护交易安全。^[50]在外观主义原则下,保护善意债权人的信赖优于股权代持的内部协议,否则不利于保护交易安全、促进商事流转。虽然我国社会诚信体系的建设正在加快推进中,但仍存在不健全之处,商事交易应更加注重诚信、注重外观主义原则。在此前提下,代持股协议仍在实际出资人与名义股东之间有效,隐名股东所受损失可依据协议请求赔偿,但该遭受损失的风险绝不应转嫁给善意的申请执行人。可见,借名买房与股权代持虽分属民事与商事,但“内外有别”依旧可在借名行为的共性之内互相借鉴。

综上,借名人作为案外人享有的民事权益通常情况下不足以排除强制执行。虽然出名人是不动产权利簿上的房屋所有权人,但是该房屋并非出名人付出其部分责任财产换取而来,将房屋作为出名人的责任财产予以执行,势必会在借名关系内部产生不公。无法阻却对房屋的强制执行时,出名人也将无法履行借名协议,构成违约,借名人可向出名人主张违约责任以求救济。

[48] 《北京市高级人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第19条的规定表明,一般对案外人以借名买房关系为由停止对房屋的强制执行要求不予支持。江苏省高级人民法院发布的《执行异议之诉案件审理指南》第19条规定,案外人以借名买房为由请求对被强制执行的房屋停止执行并确权的,原则上不予支持。但如果不违反国家利益、社会公共利益并能举证证明自己为房屋产权人的除外。此外,还强调了应从严审查,即“在此类的审判实践中,要对借名登记关系成立与否从严审查,防止被执行人与案外人以此为由逃避债务、规避执行”。

[49] 参见王毓莹、李志刚等:《隐名权利能否阻却法院执行:权力性质与对抗效力的法理证成》,载《人民司法》(应用)2017年第31期。

[50] 参见刘俊海:《代持股权作为执行标的时隐名股东的异议权研究》,载《天津法学》2019年第2期。

六、结 语

借名买房行为不仅涉及借名人、出名人，还涉及房屋买卖合同中的交易相对人、强制执行程序中的申请执行人等民事主体。借名买房行为并不单纯地表现为一个合同，而是由出名人、交易相对人签订的房屋买卖合同与借名人、出名人之间的借名协议所组成。借名协议不仅包括买房内容，还包括借名人实际支付买房价款、出名人待条件成熟后将房屋所有权转移登记至借人名下等内容。应根据具体借名协议与具体行为表现对不同的借名买房行为作出区分：类型一（借名人实施房屋购买行为）的借名买房行为属于综合性法律行为；类型二（出名人实施房屋购买行为）的借名买房行为属于间接代理。购买一般经济适用房的借名协议因违反《合同法》第 52 条第（四）项的规定而无效，其他情况下的借名协议通常有效。

在借名当事人内部，借名买房行为的法律效果应以借名当事人之间的意思自治为主，房屋的归属需要依据借名买房协议对当事人权利义务的具体约定以及当事人的进一步举证进行确定，与第三人无涉时，借名人的合法权利应当得到保护。涉及借名行为外部当事人时，应将借名带来的风险在当事人内部予以合理分配，不应将风险转嫁给与借名无涉的善意第三人，从而过分保护借名人的权益。交易第三人为善意且不动产所有权已经移转登记于第三人名下时，借名人只能对出名人主张违约责任。与交易第三人已签订房屋买卖合同但尚未转移登记房屋不动产时，借名人在享有债权的同时已经实际合法占有房屋的，借名人的债权优先于只签订了房屋买卖合同的交易第三人的债权，第三人的损失可基于房屋买卖合同向出名人主张赔偿。涉及申请执行人时，作为借名人的案外人享有的是不足以排除强制执行的债权。房屋被强制执行后，借名人可通过对出名人主张权利以填补因借名所遭受的损失。

Abstract: The behaviour of purchasing estate on a borrowed name is composed of agreements between the parties to the behaviour and a contract for the house sale. The validity of the agreements will vary depending on the nature of the house. Within the parties, party autonomy has priority. The ownership of the house shall be determined according to the borrowing agreement and the relevant proof. When concerned the third party in transaction, the legal effect of the behaviour is related to the good faith of the third party and the transformation of the ownership of the house. When concerned the execution applicant, the borrower's rights can not exclude coercive execution. The borrower can claim for liability for breach of contract when the party who's name is borrowed fails to fulfil the agreement.

Key Words: purchasing estate on a borrowed name, third party in transaction, execution applicant

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)