

## 裁判簡析

## 原住民保留地「借名登記契約」的效力

— 公法規定的私法效力，或私法自治的公法限制？

李建良

中央研究院法律學研究所特聘研究員

壹、法律問題與爭點  
 貳、民事大法庭裁定  
 參、簡析：憲法視角

肆、限制目的的比較  
 伍、相關案型的比較  
 陸、後記：憲法審查

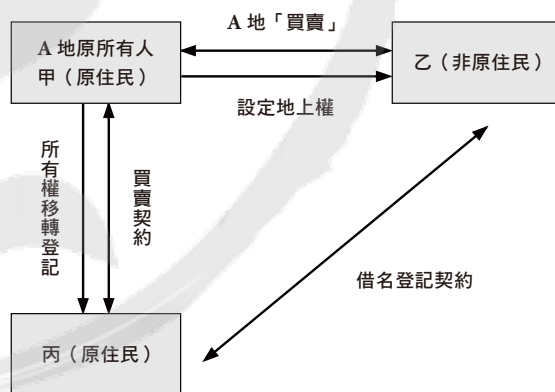
## 壹、法律問題與爭點

A 地原為甲所有之原住民保留地（下稱原保地），非原住民乙為經營民宿而出資購買 A 地，並與原住民丙成立借名登記契約，而以丙之名義與甲簽訂買賣契約，該借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

同上情形，甲於 A 地為乙設定地上權，該設定行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

同上情形，甲將 A 地所有權移轉登記予丙，該移轉登記行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

圖示如右：



以上法律問題，為最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號提案裁定所提出，原因事件的基礎事實略以：甲（原住民）以未經全體繼承人同意之協議書，於辦理繼承分割登記後，將屬原住民保留地之遺產 A 地登記為其所有。嗣非原住民乙為經營民宿，出資購買 A 地及興建 B 屋，且為擔保該出資及取得 B 屋之占有權源，由甲處取得 A 地之抵押權、地上權後，繼

與原住民丙成立借名登記契約，再以丙之名義與甲簽訂 A 地買賣契約，甲即將 A 地所有權移轉登記予丙。丁為繼承人之一，依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條本文及第 767 條第 1 項中段；或民法第 831 條準用第 828 條第 2 項、第 821 條本文、第 179 條、第 184 條第 1 項前段、第 213 條、第 242 條及第 113 條規定，起訴請求：丙應塗銷 A 地之所有權登記；乙應塗銷 A 地之抵押權暨地上權登記；甲應塗銷分割繼承登記。

## 貳、民事大法庭裁定

最高法院民事大法庭於 2021 年 9 月 17 日作出 108 年度台上大字第 1636 號裁定，主文如下：

非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。

裁定理由重點節要如下：

中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段作為基本國策（下稱保障原住民族國策），此為憲法之價值選擇，

具公益目的，為有拘束力之憲法規範，司法機關有遵守之義務，並據以判斷相關法令是否符合「積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟土地並促其發展」之憲法價值。

山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項，及依該條第 6 項授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，乃為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規。

系爭規定限制原保地所有權之移轉對象以原住民為限，於形式上固有差別待遇。惟為保障原住民族文化權與經濟土地發展，落實保障原住民族國策，俾承載原住民族集體文化之原保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握，所形成之制度性保障規範，其所採取之分類與達成該差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，無違憲法之平等原則。

依山坡地條例第 3 條規定，原保地係……所劃定之山坡地。佐諸原保地乃為承載原住民族集體文化，以達成「維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟發展」之憲法價值，則系爭規定自為合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段。

系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。再綜合考量系爭規定之規範目

的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效。

綜上，非原住民乙欲購買原住民甲所有之 A 地（原保地）經營民宿，為規避系爭規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙之名義與甲簽訂買賣契約，甲以 A 地為乙設定地上權後，再將所有權移轉登記予丙。則乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得 A 地所有權之效果，自違反系爭規定之禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。

### 參、簡析：憲法視角

本裁定的論結是：當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第 71 條本文規定，亦屬無效。觀其論證與理由構成，（應）可分解如下：

- 系爭規定是否為民法第 71 條之禁止規定？是！
- 系爭規定是否合憲？是！
- 系爭行為是否違反系爭禁止規定？是！

系爭規定為山坡地條例第 37 條第 2 項：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限。」核其規範意旨，旨在禁止原保地所有權被移轉予非原住民，屬民法第 71 條所定「禁止之規定」，應無疑問。

本裁定徵引中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段基本國策，指系爭規定乃為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規，並認系爭規定所採取之分類與達成該差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，無違憲法之平等原則，且為合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段<sup>1</sup>。此段論述為大法庭就系爭規定所為之憲法審查，並得出合憲之論斷。

至本裁定論及系爭規定之法律明確性，並綜合考量系爭規定之規範目的及其所涉之公益與私益，得出「應否認違反系爭規定之私法行為效力」，則旨在證立系爭行為「違反系爭規定」，再由此得出上揭系爭行為「亦屬無效」的論結。

所稱「亦屬」無效者，係相對於直接

1 此段論述根基於山坡地條例第 3 條有關山坡地之規定（原保地係……所劃定之山坡地）。實則，原保地的劃定並非依山坡地條例第 3 條規定，其與山坡地「保育、利用」亦無直接之規範關聯。原保地若屬「山坡地」者，本即受到山坡地條例的規範。參見李建良，原住民保留地的認定：法律的邏輯與經驗，台灣法律人，2 期，2021 年 8 月，172 頁。

將原保地所有權移轉予非原住民之違法行為，用以凸顯縱使透過「迂迴方法」將原保地所有權「移轉予原住民」，亦屬違反系爭規定而無效。姑且不論系爭規定的實質規範目的何在（後詳），本裁定有關平等原則與比例原則的論述，如「於形式上固有差別待遇」（指對非原住民構成差別待遇）、「系爭規定自為合於保障原住民族國策公益目的所採取之必要手段」等，似乎僅從「非原住民權利受到限制」的角度出發。因此，論述重心再三強調系爭規定對原住民族保障的重要性。問題在於，**系爭規定限制的對象是「取得原保地所有權之原住民」**，而不是「非原住民」。儘管有意取得原保地所有權的可能是「非原住民」。然則，中性以解系爭規定的規範旨趣，亦在限制有意將原保地所有權移轉予非原住民之「原住民」。換言之，本裁定所稱「當事人為規避系爭規定之適用……」，其中之「當事人」，包括原住民在內。從憲法基本權角度以論，原住民依法取得原保地之所有權<sup>2</sup>，即應享有憲法第14條保障之**財產權**，從而原住民為該財產權之**基本權主體**。對於取得原保地之原住民而言，系爭規定構成對其**財產權之限制**，須具備憲法上之正當性與必要性。此外，原住民就其財產權與非原住民締結契約或設定權利，為「契約自由」與「私法自治」之一環，亦屬憲法保障之基本權利。國家非不得以法律限制之，但須為維護正當公益，且不得逾越必要之限度<sup>3</sup>。是以，儘管本裁定結論言之成理，然似乎未觸及問題的核心與制度規範的全貌。

## 肆、限制目的的比較

從本件爭議事件的基礎事實，探討所涉之法律爭點，設若系爭行為違反系爭規定，乃因系爭行為以迂迴方法「達成該規定所禁止之相同效果」，而所謂「所禁止之相同效果」，衡諸基礎事實，若係指非原住民在原保地上經營民宿之行為者，從法規範的邏輯以思，系爭規定是否亦禁止原住民於其所有之原保地上從事「非原住民所欲從事的行為」？具體的說，原住民得否在其所有的原保地上經營民宿或其他開發行為（包括與非原住民共同開發或委託非原住民開發）？本裁定的問題設定及論結：「非原住民乙欲購買原住民甲所有之A地（原保地）經營民宿，為規避系爭規定，……」，若改成「原住民甲欲出售其所有之A地（原保地）予非原住民乙，供其經營民宿，為規避系爭規定，……」，結論是否相同？凡此問題，顯然無法單憑「系爭規定乃為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制定之法規」等語而獲得解答，必須回到法制（限制）的規範本旨探求之。可資比較的制度是，外國人取得土地所有權之限制規定（現行法），以及農地所有權移轉之限制規定（舊法）。

土地法第17條第1項規定：「左列土地不得移轉、設定負擔或租賃於外國

2 關於原住民保留地之私有化問題，參見李建良，原住民保留地的私有化：私權糾紛或公法爭議？，台灣法律人，3期，2021年9月，166頁。

3 參見釋字第576號解釋。



人：一、林地。二、漁地。三、狩獵地。四、鹽地。五、礦地。六、水源地。七、要塞軍備區域及領域邊境之土地。」考其立法理由，旨在維護本國國家安全、自然資源與經濟命脈。從該條於 2001 年 10 月 31 日修正理由「過去我國產業以農為本，為防止外資介入炒作，影響農民權益、動搖國本，故禁止外國人取得農業相關用地。然而，今日時空丕變，爰刪除本條第一款（按：農地）及第四款（按：牧地）。」可知限制外國人取得本國土地的規範目的，與土地的種類與用途密切相關，此猶可從限制外國人租賃或購買土地法第 17 條第 1 項以外土地之規定<sup>4</sup>，獲得佐證。

再就農地所有權移轉之限制以論，土地法第 30 條原規定：「私有農地所有權之移轉。其承受人以承受後能自耕者為限。」後又為配合農業發展，擴大農場經營規模，防止農地細分，增加「不得移轉為共有」之限制。嗣「因放寬農地農有政策之執行」，而於 2000 年 1 月 26 日修正刪除原有關農地移轉承受人資格及身分限制之相關規定；同時於農業發展條例第 33 條另設規定，以禁止「私法人」承受耕地為原則，開放「農民團體、農業企業機構及農業試驗研究機構」承受為例外。儘管如此，「農地農用」的政策與法制並未因「農地農有」政策鬆綁而改變。所謂「農地農用」者，係農地供「農業使用」之意。就此農業發展條例第 3 條第 12 款設有明文，指「農業用地依法實際供農作、森林、養殖、畜牧、保育及設置相關之農業設施或農舍等使用者。但依規定辦理

休耕、休養、停養或有不可抗力等事由，而未實際供農作、森林、養殖、畜牧等使用者，視為作農業使用。」同條例第 3 條第 10 款復就「農業用地」設有定義；農業用地之外，同條例第 3 條第 11 款另有「耕地」之定義。觀諸上述規定，「農業用地」與「耕地」表面上分屬兩種概念，實則在「農業使用」之概念及規範意旨之下，「耕地」為「農業用地」之下位概念，二者皆是供農業使用之農地。簡要的說，農業使用＝農業用地供農作使用；耕地亦供農業使用。總之，「農業使用」為農地管理的核心規範概念。

與上述二例比較，系爭規定限制原保地所有權移轉的對象，其立法目的究係著重在原住民的「身分」？抑或是原保地的「用途」？若是前者，則在「借名登記契約」下移轉原保地，土地所有權人仍是「原住民」，何以和系爭規定相牴觸？反之，若為後者，固可作為禁止「脫法行為」之理據，然原保地的「用途」有無及如何「限定」？何謂本裁定所稱「承載原住民族集體文化」、「由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族掌握」？此一問題的釐清與確認，不僅涉及非原住民「脫法行政」的效力問題，更攸關原住民如何利用其所有之原保地？除受山坡地條例之限制

4 例如土地法第 19 條第 1 相：「外國人為供自用、投資或公益之目的使用，得取得左列各款用途之土地，其面積及所在地點，應受該管直轄市或縣（市）政府依法所定之限制：……」、第 20 條第 1 項：「外國人依前條需要取得土地，應檢附相關文件，申請該管直轄市或縣（市）政府核准；土地有變更用途或為繼承以外之移轉時，亦同。其依前條第一項第八款取得者，並應先經中央目的事業主管機關同意。」

外，是否受有其他的限制？例如不得經營民宿？或只能經營具有原住民族集體文化風格的民宿？

## 伍、相關案型的比較

本裁定末尾附此說明：「本院 109 年度台上字第 1302 號、110 年度台上字第 709 號之併案事實與提案基礎事實有異，且其所涉法律爭議與本案法律爭議不同，應由併案庭另行處理」，可見「基礎事實」之差異可能影響法律的解釋，所涉法律爭議，可待民事法院另為統一見解之裁判後，再行評析。

於此須先指出者，本裁定認定無效的法律行為中，除乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲將所有權移轉登記予丙之行為外，尚包括「**甲為乙設定地上權**」在內，其理由為此等行為「無異實現非原住民乙取得 A 地所有權之效果」。問題在於，地上權的設定與土地所有權的移轉，乃屬不同的兩種法律行為。本件基礎事實雖是原住民先設定地上權予非原住民，而後再移轉所有權予另一原住民。然原住民亦有可能僅將其所有之原保地為非原住民設定地上權，則此一**單獨之地上權設定行為**是否亦為法之所禁？法律依據何在？須知系爭規定的內容是：「原住民取得原住民保留地**所有權，如有移轉**，以原住民為限。」並未禁止原住民將其所有之原保地為非原住民設定權利或提供非原住民使用。本裁定若以此規定作為認定「甲為乙設定地上權」無效之依據，不無違反法律保留原則之嫌，除非本裁定將系

爭規定的「如有移轉」擴張解釋，使之包括「如有設定權利」。

上述法律解釋疑義之索解，為本文前述理路的延續，即系爭規定之限制目的若僅著眼於「所有權移轉承受人的原住民身分」，而原保地之利用與權利設定無涉「土地所有權之移轉」者，即無違反系爭規定之可言；反之，系爭規定之規範旨趣若側重在原保地之「用途」（承載原住民族集體文化），則縱使不是透過「借名登記」將所有權移轉予「名義原住民」，系爭土地之使用仍有可能被認定為「以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為」。只不過系爭規定所禁止的「相同效果」行為，究竟是「實際所有」（限制土地所有權的取得）抑或「實際利用」（限制土地的利用權）？若為後者，主要受該禁止規定限制的是**利用該原保地**的人民，包括原住民及非原住民！

## 陸、後記：憲法審查

本裁定針對系爭規定之憲法審查部分，係民事法院就系爭規定之解釋所表示之法律見解，而本裁定認定系爭行為違反系爭規定之禁止規定，應屬無效部分，則是適用民法第 71 條本文規定之法律見解。本裁定經各民事法院適用後，即為民事法院的裁判見解，人民如有不服，於窮盡法定審級救濟程序後，自得以受不利確定終局裁判為標的，依憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定，向憲法法庭聲請宣告其違憲之判決。就系爭事件，不僅非原住民得提起民事裁判之憲法審查，原住民亦得聲請之。

