

刊登於月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 10-16 頁。

原住民保留地的借名登記—大法庭裁定的商榷

陳榮傳

臺北大學終身榮譽特聘教授

甲、丙、丁為原住民，乙非原住民。甲之被繼承人死亡，遺留包含原住民保留地 A 地之遺產，由甲、丁與其他繼承人共同繼承。甲未經全體繼承人同意，持偽造之協議書，辦理繼承分割登記後，將 A 地登記為自己所有。乙出資，由丙出面向甲購買 A 地，由甲將 A 地登記於丙之名下。丁為 A 地繼承人之一，訴請丙應塗銷 A 地之所有權登記；甲應塗銷分割遺產的登記。試問：丁的請求有無理由？

關鍵詞：

原住民保留地、強制禁止規定、效力規定、所有權移轉、借名登記

壹、問題研析

一、最高法院民事大法庭裁定

上述案例的事實，是參考並改編自最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事大法庭裁定。本案提案的法律問題有三個：（一）A 地為原住民保留地，非原住民乙為經營民宿而出資購買，與原住民丙成立借名登記契約，並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？（二）同上（一）之情形，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？（三）同上（一）之情形，甲於 A 地為乙設定地上權，該設定地上權行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

上述三個法律問題，原提案均列有二種見解，即甲說（無效說）與乙說（有效說），大法庭裁定就三個法律問題均採甲說（無效說），其裁定依法院組織法第 51 條之 10，對提案庭提交之案件固有拘束力，但未來仍有檢討並變更其見解之空間，本文呼應林恩山法官不同意見書的結論，特從方法論的角度檢討本裁定的內容。

本件大法庭裁定的主文謂：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（下稱「山坡地條例」）第 37 條第 2 項、原住民保留地開發管理辦法（下稱「原保地管【月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 10 頁】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借地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。

關於上述見解的依據，本大法庭共提出六點理由，其中第一點為中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定，第二點為指出山坡地條例第 37 條第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，及依該條第 6 項授權訂定之原保地管理辦法第 18 條第 1 項規定：「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」（以下合稱系爭規定），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。第三點說明上述規定無違憲法之平等原則。第四點說明上述規定符合原住民族基本法（下稱「原民基本法」）、公民與政治權利國際公約之相關規範意旨。

第五點是最重要的理由：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。

第六點是本案事實依上述理由判斷的結果：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。

二、私有農地限定承受人資格的殷鑑

上述山坡地條例第 37 條第 2 項的立法模式，在我國法制上並非首創，其限定所有權承受者資格的規定所衍生的爭議，在司法實務的見解也已經確立。例如土地法為執行「農地農有」政策，第 30 條於 1946【月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 11 頁】年立法時即規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。」1975 年增訂限制，規定「並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。」同時增訂第 2 項，規定「違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」本條在 2000 年 1 月 26 日因變更「農地農有」

政策，乃予以刪除。

關於舊土地法第 30 條的上述規定，司法實務認為該條規定禁止的，是私有農地移轉所有權的行為，而不及於其原因行為或買賣契約。最高法院在實例中明確指出，「況修正前土地法第三十條就私有農地所有權移轉之物權行為所作之強制規定！關於約定負擔移轉該土地所有權之債權債務行為，並不在限制之列。故約定出售私有農地於自耕能力之人者，其所訂之農地買賣契約，尚不能認係違反強制規定為無效。」（71 年台上 1891）。

不過，上述實務見解只在說明私有農地的買賣契約，不在舊土地法第 30 條的禁止範圍，從而意味該買賣契約為有效。故最高法院也在實例中明確指出，「約定出賣私有農地與無自耕力人之買賣契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二項之情形外，依同條第一項規定其契約應屬無效。如此項契約當事人訂約時並無預期買賣之農地變為非農地後再為移轉之情形，縱令契約成立後該農地已變為非農地，亦不能使無效之契約成為有效。」（66 年台上 2655）。

根據上述見解，無自耕能力之人與私有農地之所有人訂定買賣契約時，即使買受人當時依法不得承受其所有權，其買賣契約並不因違反禁止規定而無效，而應視其契約的標的是否為不能之給付而定。「以不能之給付為契約之標的，如其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，依民法第二百四十六條第一項但書規定，固應認其契約仍為有效。惟在不能之情形除去前，債權人尚不得據以對債務人為給付之請求。」（70 年台上 4537）。

最高法院並於實例中進一步指出，「私有農地出售與無自耕能力之人者，其買賣契約原則上固因有客觀上之給付不能而無效，惟如同時約定可登記與買受人所指定有自耕能力之人者，則此約定，亦為法律所不禁，即難謂係以不能之給付為標的，而認其契約係自始無效（70 年台上 1688）」關於農地之買賣，倘承買人係無自耕能力人，而約定得由承買人指定登記於第三人時，必須明白約定指定登記於任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三人，始能認為非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，此際，其契約方屬有效。」（76 年台上 724）。

由上述見解可知，舊土地法第 30 條雖禁止無自耕能力之人承受農地的所有權，最高法院非常明確地認為，其規定對農地買賣契約，並非禁止規定，故即使買受人自己為無自耕能力之人，買賣契約仍【月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 12 頁】不因此而無效，其約定以該買受人為移轉所有權的承受人者，因以不能之給付為契約標的，其契約依民法第 246 條第 1 項本文規定，固屬無效，不過，其但書也規定，「其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。」故如約定等日後買受人成為自耕能力之人，或於該土地不再被禁止移轉時，始移轉其所有權者，該農地買賣契約仍為有效；如在買賣契約中約定以其他有自耕能力之人承受其所

有權者，則該農地買賣契約均不違法，且其履行顯屬可能，並無客觀上自始給付不能情形，應屬有效。進一步言之，買受人與農地所有權承受人之間的借名登記契約，亦不因前述規定而無效。

三、山坡地條例與舊土地法禁止規定的比較

本件大法庭裁定所涉及的山坡地條例第 37 條第 2 項，如與舊土地法第 30 條上述規定比較，其中並無「其所有權之移轉無效」的規定，立法上此種刻意省略似係將其定性為取締規定，而非使法律行為無效的效力規定。不過，本件大法庭裁定上述第五點理由認為，違反系爭規定之私法行為應屬無效，始得落實其規範目的。姑且不論此項見解的妥當性，此項見解至多似應僅使其規定與舊土地法第 30 條的適用結果相同，即原保地移轉給非原住民的物權行為固然無效，但非原住民就原保地訂定的買賣契約，除可能因給付不能而無效外，並未因違反禁止規定而無效。

可是，本大法庭裁定認為，山坡地條例第 37 條第 2 項的「所有權，如有移轉，以原住民為限」及原保地管理辦法第 18 條第 1 項的「其移轉之承受人以原住民為限」的禁止範圍，除使移轉所有權給非原住民的物權行為無效之外，也使原住民與原住民之間就原保地所訂定的買賣契約、移轉原保地所有權給原住民的物權行為，均歸於無效，甚至，未直接涉及原保地所有權移轉的借名登記契約，及顯然非屬於所有權移轉的設定地上權行為，亦均屬無效。

相對於舊土地法第 30 條的上述規定，現行山坡地條例第 37 條第 2 項及原保地管理辦法第 18 條第 1 項規定的形式、禁止的強度及內容，均無過之，甚至有不足之處（未明文規定該移轉行為無效），但本大法庭裁定的見解卻採取不同的論述邏輯，就禁止規定的效力內容及適用範圍，形成相去甚遠的結論。雖然大法庭裁定具有拘束力，本文仍然認為其未充分說明理由，其結論也有再商榷的必要。

四、大法庭裁定值得商榷

依據最高法院前此關於私有農地所確立的實務見解，買賣契約如係由非原住民乙與甲訂定，該買賣契約只要依雙方當事人的約定，其給付並非自始客觀不能，例如指定由原住民丙承受，或「其不能情【月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 13 頁】形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者」，例如等到乙可以承受時再移轉 A 地所有權，其契約仍為有效。此種存在於舊法時期私有農地交易的空間，按理而言，在規範形式及意旨類似的原住民保留地的交易，亦應存在；但大法庭不僅認為其不存在，甚至推而廣之，認為在出名的原住民丙與原住民甲之間的買賣契約，亦屬無效。本文認為，由於系爭規定僅限定 A 地所有權之承受人應為原住民，大法庭裁定的理由並非充分。

本文認為，山坡地條例第 37 條第 2 項及原保地管理辦法第 18 條第 1 項所禁止者，

係原住民保留地所有權「移轉」給非原住民的行為，原住民丙承受 A 所有權之移轉，未違反系爭規定；甲就 A 地設定取得地上權，應考慮者是有無限制非原住民不得取得地上權或用益權之規定，但因非承受所有權，也不在系爭規定禁止的範圍之內，也不宜據以認定其法律行為無效。在私法自治的原則下，禁止規定應從嚴解釋，由於系爭規定的禁止範圍明確，在違反禁止規定的類型之外，不宜再增加「規避」禁止規定的類型，大法庭應該具體說明各行為是否違反及如何違反其規定，不宜以概括的保護原住民族的政策意旨，作為否定法律行為效力的依據，也不宜以提案及多數決定方式，逕自擴大禁止規定的範圍，以法律解釋之名，行法律修正或立法之實。

最高法院各庭之間的法律見解如有不同，固然應統一，但大法庭對於各種見解，似宜先就其所涉及的法律規定進行解釋論的探討：如偏離解釋論的原則，而以國際公約或憲法規定的精神為依據，直接否定該法律規定的見解，已經屬於立法的層次，即不宜採納。本文認為，大法庭不應以統一法律見解或其具有原則重要性為理由，而裁定採納此種超越現行法，而屬於修法層次的見解。

五、原住民保留地的物權變動與登記

本文首揭案例中的丁訴請丙塗銷 A 地之所有權登記，是認為其乃 A 地的公司共有人之一，丙與甲就 A 地移轉所有權的物權行為無效，丁仍為 A 地的公司共有人，其請求權的依據或基礎，乃是民法第 828 條第 2 項準用第 821 條、第 767 條第 1 項中段之規定。此項請求權是以 A 地仍為甲、丁等繼承人共同共有為前提。但就 A 地的物權登記外觀而言，A 地原為甲、丁的被繼承人所有，在丙登記為 A 地的所有人以前，已經經歷數次所有權的變動，分別是（一）依民法第 1148 條第 1 項規定，自繼承開始時，與被繼承人財產上之其他一切權利、義務，由甲、丁等繼承人承受，在遺產分割以前，與其他遺產均為各繼承人共同共有（民法第 1151 條）；（二）甲持偽造的遺產分割協議書，登記自己為 A 地的所有人；（三）甲與丙協議，將 A 地的所有權移轉給丙。至於乙、丙的借名登記契約，因屬債權行為性質，無須登記，也【月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 14 頁】不屬於地政機關審查的範圍。

在上述各階段的物權變動中，第一次變動是以繼承為原因，純粹是依法律規定而發生，最沒有問題；而其後的幾次物權變動，都是因法律行為而發生，都涉及不動產物權行為是否成立生效的問題。甲、丁等繼承人就其繼承的遺產，並未達成遺產分割的協議，欠缺讓甲單獨取得 A 地所有權的意思表示，無論債權行為或物權行為，都未有效成立，故甲持偽造的遺產分割協議書，即使順利登記自己為 A 地的所有人，實際上並未能取得 A 地的所有權，故 A 地仍為甲、丁等繼承人共同共有的遺產之一。如丙非屬信託登記而為法律行為並完成登記的第三人（民法第 759 條之 1 第 2 項），丁的請求即有理由，無須再探討其他債權行為的有效性問題。

六、各法律行為的效力認定

法律行為的有效與否，應依各該法律行為的要件分別認定之。債權行為如為有效，則債權人得請求債務人履行債務，物權行為如為有效，則發生當事人合意的物權變動結果。在本文首揭案例中，甲、乙之間有法律行為，甲、丙之間有法律行為，乙、丙之間也有法律行為，在物權行為具有獨立性的基礎上，各組當事人之間，也可能有數個法律行為。在乙、丙之間，其法律行為乃是訂定借名登記契約，丙承受原住民保留地 A 地的所有權，乃是履行借名登記契約的結果，如果借名登記契約約定由丙與甲訂定 A 地的買賣契約，則買賣契約的訂定及 A 地所有權的承受，均屬於履行借名登記契約的結果。

本案例涉及的山坡地條例第 37 條第 2 項及原保地管理辦法第 18 條第 1 項規定，最高法院大法庭認為屬於民法第 71 條本文之禁止規定，使其與舊土地法第 30 條第 2 項規定的效果一致，本文認為尚無不當。有問題的是，此等規定的禁止範圍，乃是原保地所有權移轉給非原住民的行為，丙為原住民，且甲丙之間的買賣契約及乙丙之間的借名登記契約，均非該移轉行為的一部分，而應單獨認定其效力，如其契約有效，只要債務人將來有履行其債務的可能，即應認定其為有效；為何只因為借名人乙非原住民，即認為所有行為均屬無效？

本文認為，首揭案例中的 A 地為原住民保留地，丙為原住民，其作為 A 地所有權移轉之承受人，其與甲之間的所有權移轉行為，並未違反山坡地條例第 37 條第 2 項及原保地管理辦法第 18 條第 1 項之規定。因為此等規定禁止的，是將原住民保留地所有權移轉給非原住民承受，而未禁止承受所有權的原住民丙，向非原住民乙融資以支付價金，或與非原住民的乙進行其他合法的合作。本案例的乙並未取得原保地的所有權，無法律禁止的情事，甲、丙之間的買賣契約僅係債權行為，且為原住民與原住民所為，乙、丙之間的借名登記契約，也未約定丙應立即將原保地的所【月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 15 頁】有權移轉給乙，故均屬有效。

乙、丙之間的借名登記契約為持續性的契約，將來或許在原保地解禁後，可使乙「依法」取得 A 地所有權，但丙也可能違約將 A 地所有權移轉給其他原住民，使乙受損害。惟無論如何，均不影響該契約之有效。乙既未取得 A 地所有權，將來也未必可以如願取得 A 地所有權或避免丙之違約，在原住民丙依法取得 A 地所有權的情形下，大法庭實無必要僅因為乙、丙之間訂定借名登記契約，借名人乙將來可能就 A 地取得利益，即否認相關法律行為的效力。

貳、結論

本案例的丁主張其為 A 地繼承人之一，訴請丙應塗銷 A 地之所有權登記；甲應塗銷分割遺產的登記，其請求權基礎乃是民法第 828 條第 2 項準用第 821 條、第 767 條第 1

項中段之規定，其前提是 A 地仍為甲、丁等繼承人共同共有。甲持偽造的遺產分割協議書，即使順利登記自己為 A 地的所有人，實際上並未能取得 A 地的所有權，故 A 地仍為甲、丁等繼承人共同共有的遺產之一。如丙非屬信賴登記而為法律行為並完成登記的第三人（民法第 759 條之 1 第 2 項），丁的請求即有理由，無須再探討其他債權行為的有效性問題。如丙為信賴登記而為法律行為並完成登記的第三人，則須再探討其承受取得 A 地所有權的法律行為是否有效的問題。

依最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事大法庭裁定的見解，丙雖為原住民，但甲丙之間的買賣契約、移轉 A 地所有權的行為及乙丙之間的借名登記契約，均因規避山坡地條例第 37 條第 2 項及原保地管理辦法第 18 條第 1 項規定，依民法第 71 條本文規定，均為無效。不過，本文認為系爭規定所禁止者，乃是原保地所有權移轉給非原住民的行為；丙為原住民，其行為未發生使非原住民承受所有權的結果，並非禁止的範圍，甲、丙之間的買賣契約及乙丙之間的借名登記契約，也未違反該禁止規定，其契約均屬有效。本大法庭裁定的見解雖對提案的案件有拘束力，其妥適性仍值得商榷。**【月旦法學教室第 237 期，2022 年 7 月，第 16 頁】**