

原住民保留地借名登記之法律關係

兼評最高法院 108 年台上大字第 1636 號民事裁定

目 錄

- 壹、 問題意識
- 貳、 一般不動產借名登記之法律關係
 - 一、 不動產借名登記契約之意義與效力
 - 二、 不動產借名登記契約之統一見解
 - 三、 不動產借名登記契約統一見解之探討
- 參、 原住民保留地借名登記契約效力之不同見解
 - 一、 原住民保留地借名登記契約效力之爭議
 - 二、 原住民保留地借名登記法律關係之統一見解
- 肆、 契約自由基本權與原住民保留地財產權保障
 - 一、 非原住民與原住民成立借名登記之契約行為無效
 - 二、 非原住民與原住民所成立之地上權設定登記物權行為無效
 - 三、 非原住民代理原住民與原住民簽訂原住民土地之買賣契約無效
 - 四、 非原住民基於借名登記契約所為所有權移轉登記無效
- 伍、 原住民借名登記法律關係之省思-代結論
- 參考文獻
 - 一、 中文部分

壹、問題意識

為統一借名登記法律關係之見解，最高法院以 106 年度第三次民事庭會議決議作出統一見解，認為應採有權處分說：「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。」雖其採有權處分說之理由，隱含著迫使借名人自負風險而實現其遏止借名登記遂行之目的，然而此說非但未解決借名登記之相關爭議，反而有助漲借名登記之盛行，尤其係以原住民土地借名登記之爭議性為最高。蓋因眾所皆知，原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，應以原住民為限。亦即須有具原住民身分者，始得取得原住民土地之所有權。易言之，其得為原住民土地所有權之主體者，須以具有原住民身分為其主體要件，始得依法律規定或法律行為取得原住民保留地之所有權。

惟自最高法院作出上開決議後，非具有原住民身分者，即得透過借名登記契約之法律關係，迂迴取得原住民保留地之所有人地位而對享有某種程度之支配權，即以非原住民身分基於借名登記契約，對於原住民土地享有使用、收益、處分之權能，惟此是否妥適？並非全然無疑。蓋因此種藉由借名登記契約之法律關係，企圖達到取得原住民保留地支配權之法律地位，其與為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用保留地之立法意旨，是否尚無牴觸而無進一步研求之必要？便有疑義。

為弭爭議，最高法院大法庭以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定作出統一法律見解，認為非原住民與原住民成立借名登記契約者，無異係實現非原住民取得原住民保留地所有權之法律所禁止效果，自違反山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項暨原住民保留地開發管理辦法 18 條第 1 項之禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。

最高法院摒棄以往一般借名登記契約法律關係之有權處分說，巧妙迴避有權處分說與無權處分說之泥濘，直接就原住民保留地借名登記契約之效力是否違反法律強行規定之疑義，作出肯定見解。惟此為統一法律見解之裁定，乃係以憲法增修條文第 10 條第 10、11 項規定為其理由依據，認為國家應對原住

民土地予以保障扶助並促其發展之基本國策，具公益目的，此為具有拘束力之憲法規範，並以之作為判斷相關法令是否符合憲法價值之準據，對此具有憲法價值目的之見解似應持肯定見解，惟最高法院為實現此目的所為之統一解釋見解，是否妥適而全然無疑？恐容有再行商榷之餘地。

按大法庭裁定之統一見解，乃係以原住民保留地借名登記之法律關係，違反民法第 71 條之法律強行規定而應為無效。從而，所稱其違反之強行規定者，係指原住民保留地之所有權，其移轉應以原住民為限之規定，而依借名登記契約所為之移轉登記承受人，仍係具有原住民身分，故是否即有大法庭所稱違反該強行規定之疑義？甚有疑義。況且，否認借名登記契約、買賣契約、所有權移轉登記契約之效力，乃係涉及限制當事人締約自由之契約自由權，而信賴一般借名契約為有效之善意相對人是否應受保護？便有疑義。亦即法律爭點是否應回歸於契約自由與交易安全社會秩序暨公共利益之衡量。再則，原住民保留地借名登記之爭議，是否將因上開大法庭裁定見解而得以全然消弭而無爭議？非謂尚無商榷之虞地。蓋因借名登記契約乃係借名人與出名人間之內部關係，其不具公示力與公信力之表徵，對於信賴登記而依法律行為取得原住民保留地之相對人及善意第三者而言，當其依民法第 759 條之 1 主張取得原住民保留地所有權時，真正權利人應如何主張權利？是否基此派生更多法律爭議？實已非無疑義。此乃攸關契約自由、交易安全之社會秩序、公共利益之憲法價值衡量，爰有進一步釐清之必要。

本文首先簡要彙整學術及實務上，有關借名登記契約內涵暨法律性質之通說見解。續以，為統一法律見解以達法院判決一致性之目的，最高法院以決議定性借名登記之法律性質，並以肯認出名人有權處分之見解，是否妥適？而提出本文不同見解。繼以，有關原住民土地借名登記之法律關係疑義，似並無因上開決議作成後而定分止爭，爰臚列並類型化不同實務見解，並以最高法院大法庭為統一法律見解所作成之 108 台上大 1636 裁定為中心，探討大法庭對原住民借名登記法律關係之見解是否妥適而提出本文見解。惟另須特別說明者係，本文主題因受限於法解釋論暨法適用論之檢視前提，方足以續以法律規範明確之法律保留原則及比例原則作為檢視後，並得再以其是否符合憲法保障原住民文化之基本國策作為說理基礎，惟限於篇幅限制，恐須另為文探討，爰此，本文最後僅以原住民借名登記法律關係之省思為題，探討最高法院大法庭如以為避免原住民保留地財產權遭受非原住民取得事實上支配權為由，遽以犧

性原住民私法自治之契約自由基本權，逕以否認其基於自由意志自主決定之契約行為效力為手段，是否符合憲法保障原住民族文化及經濟土地權利之基本國策作為代結論。

貳、一般不動產借名登記之法律關係

一、不動產借名登記契約之意義與效力

(一) 不動產借名登記契約之意義

學者認為，所稱借名登記契約者，謂當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現有或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人¹。

是以，借名登記契約之意涵，依照學說之見解，可理解為：「當事人約定，一方（借名人）經他方（出名人）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但實際管理、使用、收益與處分均由一方自行為之²。」、「借名登記契約，謂當事人約定，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³。」

又司法實務見解認為，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。由是而論，借名登記契約之成立，側重於借名者與出名者間之信任關係，性質上應與委任契約同視。倘其內容不違反強

¹ 詹森林，2003.02，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43期，頁129；氏著，2007.12，民是法理與判決研究（五），元照出版社，頁84參照。採相同見解者，蔡晶瑩，2014.02，論借名登記契約-最高法院100台上2101判決，台灣本土法學雜誌，242期，頁176參照。

² 吳從周，2015.08，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，軍法專刊，第61卷第4期，頁47以下；卓心雅，2011.12，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92；吳從周、卓心雅，2009.10，借名登記與無權處分，台灣法學，第137期，頁162；收錄於氏著，2010.03，民事法學與法學方法，第4冊，頁191以下。

³ 詹森林，2003.02，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43期，頁129參照。

制、禁止規定或公序良俗者，應賦予無名契約之法律效力，並類推適用民法委任之相關規定⁴。

要言之，所稱借名登記係指借名人與出名人約定，出名人僅出借其名義供借名人登記為其不動產之登記名義人，借名人仍保有該不動產之自由使用、收益、處分並排除他人干涉之權利，借名人仍得保有該不動產之所有權，出名人亦不因登記為不動產之登記名義人而使不動產物權發生變動之效力，亦即出名人僅係出借其名義而為登記，不因其出借名義登記為該不動產之登記名義人而取得該不動產之所有權。

(二) 不動產借名登記契約之法律性質

按民法債篇所稱之「債權契約」，係指藉由雙方當事人互相意思表示一致，而使其發生債權債務為內容之法律行為。所稱借名登記契約乃係屬債權契約之類型，亦即透過雙方當事人之意思表示一致約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，由「借名者」借用「出名者」之名義，作為借名者所有不動產之登記名義人。

準此，借名登記契約，既係藉由雙方之意思表示而發生給付義務之法律關係，依法理而言，借名者僅得向出名者請求借用其名義登記為不動產之所有人。申言之，借名登記契約之成立生效，僅使當事人間發生債權債務給付義務之法律關係，並無直接發生不動產物權變動之法律效果，故借名登記契約自應歸屬於法律行為之「負擔行為」，而非「處分行為」，故借名登記契約之法律性質，即應定性為債權契約，殆無疑義。

(三) 不動產借名登記契約之成立與生效

按契約行為，因當事人互相意思表示一致而成立，至於該契約是否即發生效力，仍須視其是否具備生效要件而定。復按法律行為之債權契約一般成立要件：須具備「當事人」、「標的」、「意思表示」三者；而一般之生效要件：則為「當事人須有行為能力」、「標的須可能、確定、適法、妥當」、「意思表示須健全」三者。惟法律行為之內容有其規範上之限制，非謂該當上述要件即成立生

⁴ 最高法院 102 年台上字 1726 號判決；採相同見解者，最高法院 104 年度台上字第 64 號、103 年台上字第 1518 號、100 年度台上字第 2207 號、99 年度台上字第 1097 號、99 年台上字第 2448 號、98 年台上字第 76 號、94 年度台上字第 953 號判決。

效而無疑義。蓋因法律行為內容除須具備上開成立生效要件外，尚不得違反法律強行規定或公序良俗者，始得有效成立。

基此，最高法院認為：「按不動產借名登記契約，其性質為關於勞務給付之契約，依民法第 529 條之規定，固得適用同法關於委任之規定⁵。」、「倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，應賦予無名契約之法律效力，並類推適用民法委任之相關規定⁶。」、「倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，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⁷。」、「倘其內容不違反強制禁止規定或公序良俗者，應承認其法律效力，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人⁸。」、「苟其內容不違反強行規定或公序良俗者，該『借名登記』之無名契約，在性質上應與委任契約同視，除契約內容另有約定外，自可類推適用民法上有關委任契約之相關規定⁹。」

是以，司法實務上認為，借名登記契約如無違反強行規定或公序良俗者，均應賦予其無名契約之法律上效力。準此，所稱賦予其無名契約之法律上效力，乃係應專指「借名登記契約」之負擔行為而言，固無疑義。惟本文認為，最高法院相關判決中，均謹就具有負擔行為法律性質之「不動產借名登記契約」為法律效力之闡明，而對於基於有效成立之借名登記契約而得請出名者作成移轉登記之物權登記契約之處分行為效力，則語焉不詳或避而不談。是否意味著最高法院採認物權變動之法律效果，乃繫於債權契約之成立生效與否？其僅就債權契約為闡明，而對物權行為之說理卻未置一詞，即遽此導出物權變動效果之結論，便有再詳加研求之必要。蓋因借名登記契約效力之有無，僅就當事人間發生給付義務之法律關係，並不生不動產物權變動之效力，除非最高法院對於不動產物權變動見解係採「登記對抗主義」而非「登記要件主義」¹⁰，否則由當事人間所作成移轉登記物權契約之效力為何？亦即不動產物權之變動應須具備之要件為何？當事人間於辦竣不動產移轉登記後，究應由何人取

⁵ 最高法院 100 年度台上字第 2207 號判決。

⁶ 最高法院 109 年度台上字第 19 號、102 年度台上字第 1726 號、102 年度台上字第 3578 號判決。

⁷ 最高法院 110 年度台上字第 1305 號、106 年度台上字第 2678 號、106 年度台上字第 262 號、103 年度台上字第 1031 號、102 年度台上字第 2399 號判決。

⁸ 最高法院 104 年度台上字第 1787 號、101 年度台上字第 2019 號、99 年度台上字第 2448 號判決。

⁹ 臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1919 號、98 年度訴字第 1868 號、高雄高等行政法院 95 年度訴更二字第 34 號判決。

¹⁰ 陳自強，2014.04，登記生效與登記對抗之間，月但法學雜誌（No.227），頁 47-65。

得該不動產物權？又其理由究係為何？最高法院實有再詳加闡明說理之必要，否則即有判決不備理由之嫌。

二、 不動產借名登記契約之統一見解

(一) 最高法院 106 年度第三次民事庭會議決議

院長提議：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？

1. 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。

2. 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. 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。以上三說，應以何說為當？請公決。

(二) 決議：採甲說（有權處分說）。

三、 不動產借名登記契約統一見解之探討

經檢視最高法院第 106 年第 3 次民事庭會議決議前段：「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。」此僅說名不動產借名登記契約之性質僅具屬債權性質之債權契約，其契約所為之約定，僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人，對此說理應值讚同。惟其決議後段：

「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。」對此應說明者係，是否得僅係基於「出名人既登記為該不動產之所有權人」為理由依據，即得謂「其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。」非謂尚無再行商榷之餘地。

蓋因有權處分除須視為處分行為之主體是否具有處分權外，尚有基於法律行為授與處分權者，亦無不可。易言之，出名者是否為有權處分？此須視其是否具有處分權而斷。最高法院於翹置不論出名人究係如何取得處分權，僅係以「出名人既登記為該不動產之所有權人」一詞置之，於未詳加研求出名人是否具有該當法律行為所為之讓與合意要件，並因意思表示合致而使該物權契約有效成立？復未檢視該物權契約意思表示合致與其不動產物權登記內容是否一致？亦即於未闡明出名人究係如何取得借名登記於其名下不動產物權之前提下，即導出其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分之結論。對此結論，本文尚難贊同，茲將理由說明如下：

（一） 僅有移轉登記而無讓與合意未必取得不動產物權

不動產經登記非未必當然發生取得該不動產所有權之效力，此由民法第 758 條文義：「非經登記，不生效力」即可證明。如依土地法第 43 條規定文義：「登記有絕對效力」，而主張既經登記，而當然發生取得該不動產物權之效力者，則屬對該條文規範客體有所誤解。蓋因土地法第 68 條所稱登記有絕對效力，其規範意旨與民法第 759 條之 1 第 2 項規定所規範相同，此係指出名人丙與善意受讓第三人間所為之物權登記，非謂係指出賣人甲與出名人丙間之物權移轉登記。最高法院於未詳加審究出賣人甲與出名人丙間所為之物權登記，是否與其物權行為意思合致之內容相符，即以出名人記登記為不動產所有人為說理依據，即認為出名人丙將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分之結論，即顯欠妥適。

質言之，最高法院決議認為出名人將不動產移轉登記與第三人，自屬有權處分，其內容是否意味著，不動產物權變動之要件，僅係單獨具備登記要件，即可發生取得物權之絕對效力而不容推翻，而當事人間之移轉物權行為之意思是否合致？又其移轉物權行為之意思合致是否與登記內容一致，均在所不問。果爾，對此決議內容，最高法院於未詳加審究物權發生變動之所有必條件之前，率以出名人僅於具備不動產物權變動生效要件之一，即「登記為所有權人」之必要條件，是否有使出名人發生取得該不動產所有權之法律效果？且未言明其係依據何種法律行為或非法律行為方式而取得登記不動產之處分權，即作出肯認出名人自屬有權處分之結論，此勢必將對不動產物權變動效力所為之相關規範造成衝突矛盾，非謂尚無再行檢討改進之必要。

(二) 採有權處分見解將有發生道德風險而影響交易安全之虞

上開最高法院決議一方面基於考量私法自治與契約自由原則之觀點，肯認借名登記契約，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、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。其所持見解，除該借名登記契約內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者外，應肯認借名登記債權契約效力，此除定性借名登記契約之法律性質，而賦予其僅具債權效力之無名契約外，並認為應類推適用民法委任之相關規定。

然而另一方面基於考量基於交易安全公共利益之觀點，最高法院決議對於出賣人甲與出名人丙間之物權行是否因讓與合意之意思合致而有效成立？又當事人間所為之物權行為與不動產登記內容是否一致，而有使出名人取得該不動產所有權之效力？均恣置不論即認為出名人乃係有權處分，其是否妥適，實已非全然無疑。尤有甚者，最高法院肯認出名人丙有權處分之見解，將可能使出名人發生道德風險危機，而造成不動產交易安全制度之破壞，進而導致公共利益之危害。

蓋因最高法院一方面使借名人以與出名人丙之間發生借名登記契約效力，另一方面避而不談出賣人甲與出名人間之物權行為與不動產所有權移轉登記之變動效力，而僅以作成出名人有權處分之決議，該見解除顯有欠缺闡明說理過程而恐遭作成結論不備理由之指摘外，其採認出名者有權處分說之決議，則造成出名人丙，於其基於與借名人有效成立之借名登記契約而將其名義登記之不動產，處分與第三人時，無論該第三人明知或可得而知與否？對第三人而言，

其均得基於出名人之有權處分而取得不動產所有權。詳言之，即縱使第三人惡意明知出賣人僅係以出名人之地位，將其基於借名登記契約而登記其名下之不動產為處分，第三人仍得主張出名人乃係有權處分而取得由出名人所移轉登記之不動產所有權。

至於最高法院基於契約自由、私法自治之憲法價值，於不違反法律強行規定或公序良俗之情形下，認為借名登記契約應類推適用委任之規定。從而，借名人固得基於借名登記契約向出名人請求移轉其名下之所有權，惟於出名人將其名下不動產為處分移轉登記於第三人時，出名人將陷於主觀給付不能，借名人不得向第三人主張塗銷所有權移轉登記，不因第三人善意不知或惡意明知而有所不同¹¹。是以借名人之觀點而言，其僅得基於有效成立之借名登記契約，向出名人主張因可歸責於出名人之事由致給付不能之債務不履行損害賠償，此道德風險即由借名人自行承擔。

綜而言之，最高法院上開決議乃係以出名人處分其名下之不動產為有權處分之見解作為手段，該決議究係為確保不動產交易安全之公共利益目的？抑或為保護惡意之第三者？便有疑義。爰此，上開手段與目的之間，其是否能通過比例原則之檢視，實難謂尚無再行商榷之餘地。

參、原住民保留地借名登記契約效力之不同見解

一、原住民保留地借名登記契約效力之爭議

(一) 原住民保留地之借名登記契約有效

1. 原住民間基於遺產協議分割得有效成立借名登記契約

有關原住民間得否成立借名登記契約，司法實務有採肯定見解認為：「參酌原住民保留地開發管理辦法第 15 條，准許原住民於取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權後，得因繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民，而為權利移轉之規定。本件兩造均為方順生之子，均為原住民，有上開繼承系統表在卷可稽，堪認兩造屬二親等內之原住民，依舉重明輕法理，一定關係之原住民間得就原住民保留地之

¹¹ 最高法院 108 年台上字第 817 號、107 年台上字第 139 號等。

耕作權、地上權、承租權或無償使用權為移轉，則其等間為借名登記之約定，尚非法所不許，則兩造間就系爭土地成立之借名登記契約，並未違反強制規定，應肯認其法律效力。」其所持理由乃係以高法院 103 年度台上字第 1217 號判決為說理依據，認為「查本件兩造就系爭土地成立借名登記契約之事實，已如前述，則原告自得隨時終止兩造間之借名登記契約¹²。」

2. 非原住民與原住民間得有效成立借名登記契約

有關非原住民與原住民間得否有效成立借名登記契約，司法實務採肯定見解認為：「按原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第 246 條第 1 項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效。系爭土地為原住民保留地，金中玉與張美英訂立系爭土地買賣契約時，已同時約定將系爭土地移轉登記與具有原住民身分之陳玉女，為原審合法確定之事實，金中玉與張美英間之買賣契約，自為有效¹³。」、「次按原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第 246 條第 1 項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效。…出資購買原住民保留地之人縱非原住民，指定或約定登記具有原住民身分之人，因所指定、約定登記者為符合原住民身分之名義人，契約即非無效，更無違反強制或禁止之規定而無效之情¹⁴。」

上開司法實務之所以採肯定見解，其所持理由乃係以借名登記契約非係以自始客觀不能之給付為契約之標的，並以最高法院 98 年度台上字第 990 號、99 年度台上字第 1662 號、102 年度台上字第 2189 號、103 年度台上字第 1217 號民事判決作為說理依據。

(二) 原住民保留地之借名登記契約，原則上有效而例外無效

有關非原住民與原住民間基於借名登記契約所訂立買賣契約，司法實務原則上認為有效，此乃係基於買賣契約乃係雙方約定，買受人以具有原住民身分之出名人作為所有權移轉登記之名義人，此係基於適用民法第 246 條之 1 第 1

¹² 臺灣南投地方法院 104 年度原訴字第 7 號、107 年原訴字第 13 號、109 年度原再字第 1 號、臺灣高等法院 109 年度原抗字第 1 號裁定參照。

¹³ 最高法院 102 年台上字第 2189 號民事判決。

¹⁴ 臺灣高等法院 105 年度重上字第 472 號判決。

項但書或第 2 項規定之法律效果。是以，「按原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第 246 條第 1 項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效¹⁵。」

復按「系爭土地之不動產買賣契約，既已由具有原住民身分之廖丹菱為買受人而購買，系爭買賣契約之債權行為及物權行為即非以不能之給付為契約標的；且實際買受人雖為洪明龍，然亦已將系爭土地所有權移轉登記予具有原住民身分之廖丹菱，尚難認違反禁止規定或為脫法行為而無效，故系爭土地之買賣及移轉登記行為仍屬有效¹⁶。」

惟司法實務亦認為，「黃清文、施明清於簽訂買賣契約時亦未具體約定系爭土地變更為非原住民保留地後再為移轉，或由承買人指定登記予有原住民身分之第三人或特定第三人，系爭買賣契約所約定之給付（所有權移轉登記）係屬法律上之給付不能，依民法第 246 條第 1 項前段規定，應屬無效¹⁷。」

又「以原住民保留地為買賣契約之標的者，除買賣契約之當事人間於締約當時已預期並約定買賣之原住民保留地變更為非原住民保留地後再為移轉，或約定由承受人指定登記予有原住民身分之第三人，或具體約定登記予有原住民身分之第三人或特定第三人，或約定待承受人有原住民身分時方為移轉登記者外，可認係以客觀上給付不能之標的為買賣契約之標的，依民法第 246 條第 1 項前段規定，該買賣契約即屬無效¹⁸。」

另「經查，系爭 576、1006 地號土地均屬原住民保留地之事實，有上述土地之登記謄本在卷可據。又原告均未具備原住民身分，亦為原告所不否認。則依據上述原住民保留地開發管理辦法之規定，上述土地之所有權其移轉之承受人以原住民為限，土地之地上權除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。今原告既不具備原住民身分，惟於渠等向訴外人徐振維購買系爭土地後，旋將系爭土地借名登記於具原住民身分之被告名下之行為，即屬為迴避上開保護原住民法規之適用，以達原告取得系爭土地之手段，乃以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之

¹⁵ 最高法院 102 年台上字第 2189 號民事判決。

¹⁶ 臺灣高等法院花蓮分院 105 年上字第 46 號民事判決。

¹⁷ 最高法院 108 年台上字第 803 號民事裁定。

¹⁸ 臺灣高等法院花蓮分院 104 年度上易字第 3 號判決。

行為，係屬脫法行為，並非法之所許，應屬無效。又觀諸原告與徐振維所簽立之原住民保留地讓渡契約書均未明定應指定登記予具有原住民身分名義之旨，且同時由徐振維與被告另行簽立原住民保留地讓渡契約書之行為，益徵原告確係刻意以迂迴方法規避上開保護原住民法規之適用。從而，原告與徐振維間就系爭土地之買賣契約既均屬無效，則原告請求確認系爭土地之所有權分別為渠等所有，即無理由，應予駁回¹⁹。」

惟本案例之情形，乃係買方與賣方約定，因無法履行移轉登記而成立借名登記於具原住民身分之賣方，亦即買賣雙方不僅成立買賣契約，同時亦成立借名登記契約，實務見解之所以認係為無效，乃係以當事人間未約定應指定登記與具有原住民身分之第三人，而認係乃屬民法第 246 條地 1 項本文規定之自始客觀不能，而認係為無效。故本案仍應歸屬於原則有效力外無效之類型。

申言之，非原住民與原住民間所約定之買賣契約內容，如未符合民法第 246 條第 1 項但書或第 2 項規定要件者，則該當事人間所為之買賣契約行為，則應認係以客觀上給付不能之標的作為買賣契約之內容，依民法第 246 條第 1 項規定，應認係屬無效。

(三) 原住民保留地之借名登記契約無效

原住民保留地之借名登記契約效力，司法實務亦有採否定見解，其所持見解大抵上係以借名登記契約與買賣契約等債權行為，均屬違反法律強行規定之脫法行為而認為無效。

「按參照最高法院 87 年度台上字第 2834 號、88 年台上字第 3075 號民事判決、最高法院 100 年度台上字第 775 號民事裁定、臺灣高等法院 98 年度上字第 978 號民事判決、臺灣桃園地方法院 103 年度原訴字第 12 號民事判決意旨，目前實務多認為，出賣人（原住民族）與買受人（不具原住民身分的人）於買賣契約中特別約定需將原住民保留地所有權移轉登記予買受人指定的具有原住民身分的第三人，出賣人與買受人間的買賣契約，如約定出賣人需移轉原住民保留地所有權予具有原住民身分之第三人，形式上固然符合原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項之規定，然實際上使得不具原住民身分的買受人

¹⁹ 臺灣桃園地方法院 103 年度原訴字第 12 號民事判決。

取得實質上原住民保留地所有權，以迂迴手段達成法令所禁止之目的，此為「脫法行為」，該買賣契約仍屬「無效」²⁰。」

按上開案例情形，法院認為買賣契約當事人間縱已約定應登記為具有原住民身分之第三人，仍應認為不具原住民身分之買受人，僅符合法律規範之形式上要件，然實質上取得原住民保留地之所有權，乃係以迂迴手段達成法令禁止之規範目的，應屬脫法行為而認係無效。惟有疑義者係，不具原住民身分之買受人得否藉由借名登記之債權契約之約定，而於實體法上具有取得原住民保留地之所有權？恐尚非全然無疑，似應有再行商榷之餘地，故如以買受人得藉由僅具債權契約性質之借名登記契約，即得發生於實體法上取得原住民保留地所有權之法律效果為前提，作為核屬以迂迴手段達成法規所禁止之目的，而遽此導出肯認該借名登記契約應為無效之見解，則恐有疑義。

二、原住民保留地借名登記法律關係之統一見解

(一) 最高法院 108 年台上大字第 1636 號民事裁定

1. 裁判主文

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。

2. 本案基礎事實

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（下稱原保地）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

²⁰ 臺灣高等法院花蓮分院 105 年上字第 46 號民事判決。

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：丙塗銷A地之所有權登記；乙塗銷A地之抵押權暨地上權登記；甲塗銷分割繼承登記。

(二) 本案法律爭議

1. 土地原為甲所有之原保地，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？
2. 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？
3. 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？

肆、 契約自由基本權與原住民保留地財產權保障

依前揭最高法院大法庭之統一見解認為，非原住民與原住民所成立之借名登記契約，因違反民法第 71 條規定而應否認其效力。其所持理由乃係基於考量其規範目的、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。惟此說理過程既係提及應考量者係「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」，無疑乃係以契約自由與原住民保留地之財產權保障二者，作為利益衡量標的，進而肯認後者之財產權保障應優先於契約自由暨交易安全之公共利益。

爰此，茲將大法庭所統一之法律見解結論彙整如下：首先，大法庭否認非原住民與原住民間所成立之借名登記契約債權行為之效力；續以，否認非原住民與原住民間所成立之地上權設定登記物權行為之效力；再則，否認非原住民

代理原住民與原住民所成立買賣契約債權行為之效力；最後；更進一步否認原住民與原住民間，就原住民保留地所成立之讓與合意之物權契約暨所有權移轉登記之公法行為之效力。

一、 非原住民與原住民成立借名登記之契約行為無效

按基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第 15 條保障人民之財產權，於第 22 條保障人民之契約自由權。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第 23 條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權²¹。

復按山坡地保育利用條例第 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。」及依原住民保留地開發管理辦法第 3 條規定：「所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。」同法第 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。」據此可知，依法劃設原住民保留地，乃係為了保障原住民生計所設計之土地規劃制度。

從而，契約自由乃係憲法第 22 條所稱之基本權，法規範如欲限制人民之契約自由，除應符合憲法第 23 條所定比例原則外，形式上亦須符合法律保留原則，惟上開山坡地保育利用條例暨原住民保留地開發管理辦法相關規定，均係以原住民保留地所有權移轉承受人主體，須以原住民為限所為之規定，其所規範客體之法律行為，乃係原住民保留地之所有權移轉登記物權行為，其規範效力範圍是否及於債權行為，依法規範文義解釋觀點而言，其未設有明文禁止非原住民與原住民就原住民保留地訂立借名債權契約，則該借名登記契約效力，似應係採肯定見解較為妥適。復依法規範目的解釋觀點而言，非原住民與原住民就原住民保留地訂立債權契約，並不發生非原住民有權取得原住民保留地所有權之效力，亦不影響出名人原住民仍為原住民保留地所有人之地位，例

²¹ 大法官釋字第 580 號解釋文參照。

如原住民與非原住民所成立之租賃契約、合作經營契約、共同開發契約等，非原住民均能基於債權契約取得原住民保留地之用益權，乃至於事實上處分權，相對於原住民而言，其即得基於契約自由就其所有原住民保留地自由使用、收益、處分之權。故非原住民基於借名登記契約而續以訂立買賣契約，繼以出名人原住民登記為原住民保留地之所有權人，非原住民僅得基於借名登記契約之約定，請求出名人原住民履行義務，非謂非原住民之借名人即據此已取得原住民保留地之所有權，此是否即屬違反前揭所稱原住民保留地之移轉，其承受人應以原住民為限之規定，而應以否認其效力作為手段，已非無疑義。況且，原住民保留地，既係為保障原住民生計而設，則原住民就其所有原住民保留地與他人所為之債權契約，如有促進保障原住民生計之目的，是否應否認其效力較為妥適？便有進一步探究之必要。

大法庭否認非原住民與原住民間所成立之借名登記契約債權行為之效力，或謂乃係基於為避免原住民保留地遭受非原住民所侵奪，而影響原住民之生計所為之考量，惟其所採取之方法乃係以否認借名登記契約之效力為手段，是否形同於法無明文規範下，顯有不當或違法剝奪、限制非原住民與原住民訂立借名登記契約之契約自由？是以大法庭以上開條文規範為由，認係非原住民與原住民間所成立之借名登記契約債權行為，乃係以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反民法第 71 條強行規定，應屬無效。惟對此見解，本文認為，非原住民與原住民間所成立之借名登記契約債權行為，是否即屬所稱達到非原住民取得原住民保留地之相同法律效果？恐非無疑義。蓋因基於有效成立之借名登記契約，其法律效果僅係當事人取得債權之請求權，而由具有原住民身分之出名人登記為原住民保留地之所有人，亦不違反原住民保留地之移轉承受人應以原住民為限之明文規定，大法庭作出借名登記契約乃係違反法律強行規定而應屬無效之見解，其所適用之法律規範是否妥適而無爭議？是否即得導出借名登記契約為無效之見解？又前已述及，當事人訂立借名登記契約之契約自由，乃係屬憲法所保障之基本權，大法庭以違反強行規定為由，不當限制當事人契約自由之基本權，是否妥適？非謂尚無再行深究之必要。

二、 非原住民與原住民所成立之地上權設定登記物權行為無效

按山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項規定及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，均係以原住民保留地所有權，其移轉之承受人以原住民為限。大法庭於相關規範中並未設有禁止原住民保留地不得設定地上權與非原住民之明文前提下，仍以原住民保留地設定地上權與非原住民之物權登記法律行為，乃係屬違法民法第 71 條強行規定為由，認為該設定地上權負擔之物權契約暨登記行為，均係屬無效。

惟上開規定僅限制非原住民不得取得原住民保留地所有權，並未明文禁止非原住民不得取得原住民保留地之地上權等用益物權，依據「明示其一，排除其他」之法律適用原則²²，應認非原住民取得原住民保留地之地上權，非屬民法第 71 條所稱強行規定之守備範圍。按剝奪或限制非原住民取得原住民保留地地上權之權利，乃係屬限制人民權利義務之事項，尚須符合憲法第 23、170 條規定所稱之法律保留原則、比例原則，否則即有違憲之虞。

誠如林恩山法官於其不同意見書謂：「禁止非原住民取得保留地之所有權或地上權，應屬關於人民權利、義務之事項。山坡地保育利用條例第 37 條第 1、2 項規定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權」；「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，僅禁止非原住民取得保留地之所有權，並未禁止其取得保留地之地上權。上揭立法並無法律漏洞或違憲問題，大法庭裁定將其擴張解釋為禁止取得地上權，有侵犯立法權之虞。」

本文認為，非原住民與原住民就原住民保留地設定地上權之約定，乃係屬當事人契約自由之範疇，更係憲法所保障之基本權，當事人間基於設定地上權債權行為所為之約定，繼而當事人間履行作成設定地上權登記契約暨登記行為，既均非屬法律強行規定所禁止之事項，則當事人間之契約自由基本權即應受憲法所保障，故其既未違反移轉承受人應以原住民為限之規定，自不得於法無明文規定下，遽以否認原住民就其原住民保留地與非原住民約定設定地上權之契約自由，否則即有侵害契約自由基本權之虞。

況且，基於原住民經濟土地乃為憲法增修條文所明定，基於憲法財產權保障之觀點而言。如否認原住民就其所有之原住民土地與非原住民約定設定地上權之

²² 司法院釋字第 644 號解釋許宗力大法官協同意見書、第 455 號解釋翁岳生大法官協同意見書參照。

效力，無異係剝奪或不當限制原住民就原住民保留地用益權之行使。易言之，原住民取得原住民保留地後，僅得自為使用收益，不得以設定地上權與非原住民之方式行使用益權，殊不知最高法院是否認為，縱係原住民無法、或無能力自為使用收益時，亦應擴張解釋適用於設定原住民保留地地上權時，其取得地上權者，仍應以原住民為限，果爾，不啻係限制原住民以設定地上權方式為使用收益之契約自由權，斯種見解，究係貫徹原住民之財產權保障，抑或係造成貫徹財產權保障之障礙，難謂尚無再行推敲之餘地。

爰此，大法庭仍以非原住民與原住民所成立之地上權設定登記物權行為乃係違反強行規定為由，並基此否認非原住民依法律行為取得地上權之效力，除顯難通過法律保留原則暨比例原則之指摘外，且有不當限制契約自由之基本權之虞，更與憲法保障財產權精神相悖，故對此統一見解，似應採否定見解較為妥適。

三、 非原住民代理原住民與原住民簽訂原住民土地之買賣契約無效

本案事實乃係非原住民（乙）代理原住民（丙）與原住民（甲）簽訂原住民保留地之買賣契約，而大法庭僅用抽象性法律用語略謂：「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」為前提，即作出：「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…」之結論，嚴謹而言，大法庭對於該買賣契約是否具備實定法所須之要件恕置不論，亦未見其進一步闡明論述物權變動過程，殊難謂為妥適。蓋因依法律行為要件觀點而言，本案事實乃係原住民（甲）與原住民（丙）間，二者當事人係以甲所有原住民保留地為標的而所成立之買賣契約，非原住民（乙）僅係丙之代理人，故買賣契約之當事人為甲、丙，除乙有無權代理之情形外，買賣契約之效力當然發生於甲、丙之間，當事人之法律關係自與乙無涉。準此，如買賣契約當事人均具有行為能力；其標的物亦為合法、可能、妥適；所為之意思表示健全無瑕疵，於雙方表示意思一致時，甲、丙間之買賣契約自應當然有效成立，不因丙之代理人乙係非原住民身分而受影響，此乃屬當然。

大法庭如係以乙、丙間先成立借名登記契約為由，即認為甲、丙間之買賣契約仍為無效，即有待商榷。蓋首應區辨者係，此與前述所稱一般借名登記契約仍尚有不同之處，一般借名登記契約之買賣當事人乃係成立於出賣人與借名人之間，而由雙方約定將不動產登記與出名人。反觀本案事實，買賣契約乃成立於出賣人與出名人之間，二者當事人暨均係原住民，則原住民間買賣原住民保留地，是否仍與違反山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，便有疑義。

本文認為，上開規定條文所稱「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」之文義觀之，於立法理由亦未詳細區辨之情形下，依文義解釋觀點，法所禁止之法律行為乃係指「移轉」行為，又所稱移轉行為應認係指物權行為而言，並不當然包括債權行為在內，應無疑義。如依法規範目的暨體系解釋觀點，誠如大法庭所言：「原住民族之基本國策，保障原住民族之經濟土地，乃係憲法之價值選擇，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。」之立法目的觀之，法規範所稱原住民取得原住民保留地所有權，如有『移轉』，以原住民為限之規定，此係立法者為貫徹保障原住民族經濟土地之立法目的，所為對原住民保留地之所有人所為之限制，規範手段與立法目的之間，有其必要性且堪稱妥適。惟立法者選擇以「移轉」文義作為規範，應係有意僅對原住民保留地之所有權主體，限定應以具原住民身分所為之特別規範要件，進而限制其物權移轉行為，是否有包含「負擔行為」在內之意涵？恐容有進一步深究之必要。

誠如林恩山法官於其不同意見書謂：「所有權與使用權分離始能物盡其用，符合經濟效益：禁止非原住民取得保留地之使用權，則使用之人減少，地不能盡其利，對社會經濟有害。倘僅原住民能取得保留地之使用權，則公共建設（例如水、電、交通等）因缺乏使用土地之權源，如何進行？如非原住民無法使用保留地從事經濟活動，維持保留地農作、漁獵之現狀，是否較符合原住民族利益？或有利原住民族文化之保存？亦值深思，故應適度開放，而非一味禁止。保留地之需求減少，影響土地價格及使用收益，從經濟觀點，對原住民之所有權人不利，是否為憲法及相關法規所欲達成之目的？頗有疑義。」

準此，本文認為，有關以「移轉」文義作為規範，是否有包含「負擔行為」在內之疑義，依據「明示其一，排除其他」之法律適用原則，應認係不包括「負擔行為」在內較為妥適。蓋因此涉及有否剝奪或侵害原住民對於其所持有原住民保留地之契約自由，亦應屬憲法所稱財產權保障範疇，故如將上開規定解釋為包括負擔行為在內，則持有原住民保留地之原住民，將無法依其自由意志就其原住民保留地為適法之自由使用收益，例如出租、共同經營、設定負擔等法律行為。易言之，原住民保留地將僅剩自為使用價值，而交換價值亦僅以具有原住民身分者為限，依此解釋結果不啻係將原住民保留地之價值排除於自由經濟市場體系之外，顯係以法庭統一解釋不當剝奪或限制原住民保留地投資開發機會，減緩原住民保留地之開發時程，導致具有相同使用效益原住民保留地之市場經濟價值，遠低於一般土地之評價，以此觀點相較於立法者所欲貫徹保障原住民族經濟土地之立法目的以觀，是否毫無矛盾牴觸扞格之處？恐已非全然無疑。申言之，立法者為貫徹立法目的，其對原住民保留地所採取之限制手段，乃應認為以禁止非原住民取得原住民保留地所有權，亦即以禁止移轉之物權行為作為規範手段，即已足達其立法目的，而無須擴張禁止原住民就原住民保留地所為之負擔行為，俾以兼顧原住民契約自由暨符合憲法保障財產權之精神。

如續以不動產交易安全之公共利益觀點而言，本案事實之買賣契約當事人均為原住民，當事人間約定以原住民保留地作為契約之標的並給付價金，大法庭究係基於何種論證理由作為否認當事人間買賣契約效力之依據，並未見其詳加推求之說理過程，如僅係基於代理人（乙）與（丙）之間成立借名登記契約為由，即得否認乙代理丙與甲所成立買賣契約之效力，則大法庭據此要件作為統一解釋之見解，便有爭議。蓋因本案事實之買賣契約當事人均為原住民，如認為該買賣契約係因當事人之一方有成立借名登記契約為要件而否認其效力，恐將有導致原住民保留地交易安全陷於不安定之虞。

另按所稱以不能之給付為契約「標的」者，其契約為無效，此為民法第246條第1項本文所明定。所稱買賣契約之「標的」，乃係指契約內容而言，而非僅指契約之標的物。所稱不能乃係指標的不能而非標的物不能，亦即係指法律上、事實上、經濟上不能而言。以本案事實之買賣契約而言，並無所稱不能之情形，故即無法以本條項規定作為否認其效力之依據。大法庭巧妙迴避本案事實是否該當法律行為要件之檢視過程而恕置不論，直接援引乃係違反民法

第 71 條之強制規定而否定其效力，殊不知大法庭認為違反強制規定之法律行為者，究係指乙、丙間之借名登記契約？或係指甲、丙間之買賣契約？抑或係指因基於乙、丙間成立借名登記契約，致使嗣後甲、丙間所為之買賣契約，二者均淪為無效，對此大法庭並未詳予細說分明。又令人匪夷所思者係，大法庭不惜以犧牲原住民締約之契約自由基本權，更捨棄原住民保留地交易安全之安定性，而否認本案事實之買賣契約效力，其目的究係為何？又其手段與目的之間是否妥適？均非無再行深究之必要。

誠如林恩山法官於其不同意見書謂：「有關買賣契約、借名登記契約及所有權移轉登記行為，既經大法庭認定違反禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。倘締結之買賣契約超過 15 年，買方之價金返還請求權已罹於時效；而有登記保留地之返還及塗銷登記請求權，卻無消滅時效之適用，對非原住民之買方當事人已相當不利。」

以大法庭否認買賣契約效力之必要性觀點而言，如承認當事人契約自由基本權而不否認其買賣契約效力，對於當事人間將有何不利益或有影響交易安全之虞觀之？並以之作為檢視否認其契約效力之必要性依據，應堪稱尚屬妥適。是以，如承認買賣契約之效力，買受人丙即得依據民法第 348 條規定，向甲請求履行移轉登記原住民保留地所有權，當甲履行移轉登記原住民保留地所有權予丙後，因丙乃具有原住民身分，其登記為該原住民保留地之所有人並依法取得其所有權，核與山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定尚無違背，對買賣當事人或第三人而言並無不利益之情形，相較於否認買賣契約效力所衍生之不利益影響，益徵以否認買賣契約效力作為規範手段，並以此檢視禁止非原住民取得原住民保留地之立法目的，其所採取手段之必要性將顯有不足，此乃係無庸置疑。

四、 非原住民基於借名登記契約所為所有權移轉登記無效

前已述及，本案事實乃係非原住民（乙）代理原住民（丙）與原住民（甲）簽訂原住民土地之買賣契約，出賣人甲依約定將原住民保留地移轉登記予具有原住民身分之丙，當事人丙依民法第 758 條規定所為之物權契約與登記行為，大法庭亦否認其甲、丙間物權變動之效力。其所持理由仍係：「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。」

本文認為，原住民保留地所有權之權利主體，由甲移轉登記為丙所有，如以法規範之形式上觀點而言，該當山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定要件，移轉之承受人確實為具有原住民身分之丙，應係毫無爭議。如以法規範之實質上觀點而言，除甲、丙之意思表示尚有瑕疵，或物權契約讓與合意之意思表示尚未合致外，倘經依法申請登記完竣後，即應承認當事人間物權變動之效力，而認丙依民法第 758 條規定取得該原住民保留地之所有權，自不待言。然而，大法庭所稱「當事人」為規避上開規定之適用，究係指甲、丙當事人間？亦或係指乙、丙當事人間，亦意有未明。蓋因原住民保留地讓與合意物權契約之當事人乃係甲與丙，其與丙有否與第三人乙成立借名登記契約無涉，大法庭是否得以丙已先與乙成立借名登記契約為由，即得逕而否認甲、丙間物權移轉登記契約之效力？無論係以債權行為之相對性，或物權行為之獨立性、無因性理論作為分析檢討之法理基礎，均無法導出甲或丙係以「迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為」之結論。蓋因甲、丙間物權移轉登記之效力，僅使丙取得原住民保留地之所有權，非謂同時亦發生使乙取得該原住民保留地所有權之法律效果，不因乙、丙間有成立借名登記契約，而異其法律效果。從而，縱係乙、丙間有效成立借名登記契約，並約定丙所登記之原住民保留地之所有權為乙所有，進而將該保留地之使用收益權賦予乙，甚至授與乙對該原住民保留地有處分權，均無法改變丙仍為該原住民保留地所有人之法律事實，蓋因基於借名登記契約所為之約定，非原住民乙僅享有債法上之請求權並僅得據此向丙為請求，而無法取得該原住民保留地之所有人地位，故乙始終仍無法藉由借名登記契約之成立，而達成法規範所禁止之相同法律效果，此乃係無庸置疑。

準此而言，大法庭究係基於何種理由或法律事實認為乙、丙有迂迴達成法所禁止之相同效果行為，進而否認丙依法取得原住民保留地之效力，而認為該原住民土地之所有權縱係登記為丙所有，亦即仍應屬出賣人甲所有，並肯認甲仍為真正之所有權人，並賦予甲有權依民法第 767 條第 1 項中段除去妨害之規定，得向丙訴請塗銷所有權登記而回復其所有，甚有疑義。此誠如林恩山法官於其不同意見書謂：「倘締結之買賣契約超過 15 年，買方之價金返還請求權已罹於時效；而有登記保留地之返還及塗銷登記請求權，卻無消滅時效之適

用，對非原住民之買方當事人已相當不利。」足證大法庭否認物權移轉登記契約之效力，更將彰顯其必要性之欠缺而殊欠妥適。

反觀之，如以丙尚無與乙成立借名登記契約之情形觀之，大法庭應不至於再堅持否認甲、丙間基於有效成立之物權移轉登記契約之效力，繼而否認丙取得原住民保留地所有權之法律效力，應無爭議。準此，如據此推論大法庭乃係基於原住民丙有否與非原住民乙成立借名登記契約為要件，作為否認丙依物權移轉登記契約而取得原住民保留地之效力，則大法庭所持統一解釋見解，即顯然欠缺適法性依據與法理基礎，其除有不當限制原住民之契約自由基本權之虞外，更與憲法保障原住民財產權精神相違背，其是否能通過法律保留原則、比例原則之檢視？非謂尚無再進一步商求之餘地。

伍、原住民借名登記法律關係之省思—代結論

有關原住民借名登記法律關係之爭議，大法庭認為，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。大法庭統一法律解釋之見解認為，此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。大法庭否認當事人之法律關係有四：首先，乙、丙間借名登記契約之債權契約無效。其次，甲、乙間設定地上權物權登記契約無效，至於甲、乙間設定地上權之債權契約效力，則未遑論及。再則甲、丙間之買賣契約之債權契約無效。最後，甲、丙間之物權移轉登記契約亦為無效。

本文認為，非原住民為投資開發原住民保留地，乃與原住民成立借名登記契約，而借用原住民名義購買原住民土地，以實現其就原住民土地為經營使用收益之目的，對出賣人之原住民而言，其享有就原住民土地交換價值之利益，得以其所有原住民土地所有權，於市場上與他人訂立買賣契約，約定交換對其更有效力之財貨以資運作。如以基於借名登記契約而購買原住民保留地之出名人而言，其不僅係為買賣權契約之當事人，更係依法取得原住民保留地所有權之物權移轉登記契約當事人，其因此取得原住民保留地所有權之法律效果，對其本身並無不利之影響。復以原住民保留地之觀點而言，透過自由競爭市場之

機制，於不違反土地使用分區管制更之前提下，使更有意願之投資者對原住民保留地進行投資開發與改良，以促進原住民保留地有效利用之觀點而言，並無不利之影響。至於借名登記契約之當事人而言，乃係基於私法自治、契約自由原則所締結之債權契約，當事人間於訂立借名登記契約時，自本得依其是否對其自身有利之衡量，以決定是否締結借名登記契約，如當事人間於評估後且願意負擔債權契約之契約風險，而決定與相對人締結借名登記契約，此乃當事人基於自由意志實現自我人格權之發展，當然得以自主決定締約與否，故仍屬當事人契約自由基本權之範疇，此乃應係無庸置疑。

準此，承認當事人間借名登記契約之效力，固乃係憲法第 22 條所保障之契約自由基本權，惟大法庭如有為統一法律見解以達法院裁判之一致性目的所必要時，是否即得以當事人為規避「移轉承受人應以原住民為限」之「規範意旨」，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，乃係違反民法第 71 條本文規定為由，遽以否認原住民保留地借名登記法律關係效力作為手段，逕而犧牲憲法保障當事人契約自由基本權與財產權之精神，繼而導出否則即有無法貫徹保障原住民經濟土地之基本國策之虞作為結論。質言之，對此說理過程所應省思者係，大法庭是否得以侵害原住民以其自由意志自決定之契約自由權及財產權為手段，遂其為達統一見解以達法院判決一致性之目的？恐似有再行商榷之餘地。

再者，如以國家應保護原住民文化之義務觀點而言，憲法課以「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」之積極義務，故國家（立法者）為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，自應有制定保障原住民族權益之相關法規，以賦與制度性保障之積極義務。基此而言，非謂立法者得僅將有關原住民保留地財產權保障之制度性規範，逕以山坡地保育條例授權主管機關訂定原住民保留地管理辦法而已足，即得謂國家已履行制定應盡保護原住民族文化與經濟土地權利之義務。蓋因該相關法規並非以憲法所稱係為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利為其立法意旨所為之法律規範，其乃係以行政機關為管理山坡地之保育、利用之行政目的所制定，且於同條例第 37 條規定所授權訂定之管理辦法，亦然。雖其規範內容均有涉及原住民保留地，惟均係以便於行政管理山坡地之開發利用所為之規範限制，故嚴謹而言，上開法律規範尚與憲法委託國家應制定保障原住民族

權益之立法目的，相距甚遠。爰此，本文認為，為保障原住民族文化權及經濟土地權利，應責請立法機關以立法或修法之方式為之，或聲請大法官解釋以濟其窮，否則僅以大法庭具有統一法律見解之職權，即得將有關限制人民權利義務之事項，透過其主觀認為合憲性解釋之說理過程，而將其原必須以法律明文定之，且須能通過法律保留與比例原則之檢視，始能符合憲法第 23 條所定之形式要件與實質要件，均置若罔聞而恣置不論，除顯有違反權力分立原則之虞外，更有難逃法院造法或僭越立法權之譏，實難謂尚無違憲之虞。

參考文獻

一、 中文部分

(一) 學術專論

- 1.吳從周，2010 年 3 月，民事法學與法學方法，第 4 冊。
- 2.詹森林，2007 年 12 月，民是法理與判決研究（五），元照出版社。

(二) 期刊論文

- 1.吳志光，誰才擁有違憲審查權？-集中式違憲審查制度與分散式違憲審查制度的比較，司法改革雜誌，2006 年 4 月，第 61 期。
- 2.吳從周，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，軍法專刊，2015 年 8 月，第 61 卷第 4 期。
- 3.吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分，2009 年 10 月，台灣法學，第 137 期。
- 4.卓心雅，論不動產借名登記契約-以所有權歸屬為中心，法學新論，2011 年 12 月，第 33 期。
- 5.詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，2003 年 2 月，第 43 期。
- 6.蔡晶瑩，論借名登記契約-最高法院 100 台上 2101 判決，台灣本土法學雜誌，2014 年 2 月，242 期。