

# 原住民保留地買賣之 法律爭議問題

蕭立俊\*

## 壹、前言

憲法增修條文第10條第11項及同條第12項分別規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」、「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。」此二規定明確提及對於臺灣原住民族之權利保障，其性質一般認為屬於基本國策，效力則為國家目標規定<sup>1</sup>，仍具備客觀法秩序之功能，原住民雖不能依原住民族保障條款請求國家為一定之作為或不作為，但國家仍有義務依據原住民族保障條款之指示行事。也基於這樣的理念，國家陸續制訂相關專屬於原住民之法律，諸如原住民族教育基本法、原住民族基本法、原住民族傳統智慧創作保護條例、原住民身分法、原住民族工作權保障

法等法規，以落實保障原住民之目標。

現行憲法等相關法規對於原住民保障之制訂，表面上似乎是將原住民族視為較為弱勢之族群，有特別立法予以保障之必要，但事實上之由來是起因於外來政權殖民後所產生不得不之結果，原住民族身為台灣土地原始的主人，卻因為外來政權之移民，面對殖民政權的變化，不斷喪失對於土地擁有之權利，使得其原本賴以維生之重要資源受到重大剝奪。最後僅能透過「原住民保留地」之方式，在一定條件之規範下，由原住民取得土地之各項權利，進而更轉化取得所有權。此種現象也導致原住民保留地成為一種特殊所有之型態。又為能確實使原住民能夠以土地維生，國家對原住民保留地設定諸多取得或移轉限制，但事實上卻無法抑制原住民因處於經濟弱勢為能保障生活，僅能將土地想盡辦法擅自私下買賣給非原住民，導致實務發生諸多案例需判斷原住民保留地買賣效力爭議。

\* 本文作者係執業律師，國立中正大學法律學研究所博士候選人

註1：劉建宏（2004），〈原住民族之人權保障〉，《華岡法粹》，31期，第237頁。吳信華（2018），《憲法釋論》，3版，第118頁，三民。但有不同意見認為應屬「憲法委託」效力，參李建良（2003），〈淺說原住民族的憲法權利——若干初探性的想法〉，《台灣本土法學雜誌》，47期，第123頁。至於該二規定是否具有「集體權」性質，於憲法學上亦有諸多討論，但因非本文論述重點，故不另外特別說明，可參許育典（2019），〈原住民族文化集體權在憲法的保障：以原住民保留地為例〉，《台灣本土法學雜誌》，379期，第43-82頁。

因此，本文以下第貳部分首先將對原住民保留地之概念作初步介紹後；第參部分進一步探討原住民保留地權利型態及就目前原住民保留地權利制度進行檢討後；緊接於第肆部分接續討論原住民保留地買賣之型態、爭議問題及效力見解並闡述本文看法；第伍部分總結歸納全文，提出本文結論。

## 貳、原住民保留地概念

### 一、原住民保留地沿革

原住民保留地買賣之相關爭議涉及原住民保留地制度發展之歷程與沿革，因此有必要先對原住民保留地之沿革作介紹說明，原住民保留地之雛形主要源自於清代。在此之前，1624年荷蘭東印度公司進入時期，原住民村落仍相當程度保留對於土地的權利，若未知會原住民，不能剝奪其土地。當漢人在原住民土地上伐木或耕種時，必須支付費用給荷蘭東印度公司，以將這筆錢補償給原住民<sup>2</sup>。到了1661年鄭成功攻打荷蘭並於隔年荷蘭投降後，鄭成功接收荷蘭東印度公司在台產業與權利，對於原住民土地政策並無太大改變。因此本文將以清朝時期出發說明原住民保留地之沿革<sup>3</sup>。

#### (一) 清代

臺灣山地本屬原住民族傳統生活領域，狩

獵、採集及粗放農耕為其營生之方式。惟於清雍正年間，實行「番大租」制度，准許漢人租用原住民的土地，它分為大租5百甲、中租4百甲、小租3百甲，這是原住民保留地的起源。於清嘉慶年間，改制設立「番社」，「番社」周圍2公里種樹作為籬笆，提供給原住民耕作、狩獵，嚴禁漢人越界侵墾，這類的土地是原住民保留地的雛型。

清朝依族群之分佈，大體上將臺灣劃分為漢人區、熟番區、生番區，被稱為「生番」的臺灣原住民，居住於不受清朝統治的「境外」，且繼續依其固有的原住民規範而生活，禁止漢人或熟番進入生番所居住的番境為墾耕、伐木、獵鹿或交易。熟番所居住的番社成為清朝設官治理的版圖內的特殊地區，帶有類似今日「保留地」的性格。清朝於治台晚期曾進行所謂「開山撫番」，將官府統治力量伸進原屬「境外」的生番區，漢人因此在官府支持下至生番區開發土地，使原住民生活空間遭擠壓<sup>4</sup>。

#### (二) 日據時期

日據時期（西元1895年至1945年），總督府為開發山地資源，先後於明治28年及43年頒布「官有林野及樟腦製造業取締規則」與「台灣林野調查規則」，依「官有林野及樟腦製造業取締規則」第1條：「缺乏可證明所有權之地券或其他確證之山林原野全部為官

註2：王泰升（2015），〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《臺大法學論叢》，44卷4期，第1646頁。

註3：其內容主要參考原住民委員會網站，關於「什麼是原住民保留地」一文之說明，<https://www.cip.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=83E8DEBBCBD6BD6A&DID=3E651750B4006467129B87C08EA884A7>（最後瀏覽日：2021年2月20日）

註4：王泰升，前揭註2，第1652-1654頁。張博鍾（2016），〈原住民保留地相關法律爭議之探討——以桃園市復興區為例〉，第35頁，東海大學法律學研究所碩士論文。

有」，將原住民族生息攸關的「山地」宣告為官有，因而影響原住民族使用土地及自然資源之權利。嗣於大正3年與14年（西元1914年與1925年）總督府分別實施「官有林野整理事業」與「森林計畫事業」。

森林計畫事業將官有林野區分為「要存置林野」、「不要存置林野」及「準要存置林野」，其中「準要存置林野」再分四類：1、因軍事上或公共安全上有必要保留；2、為蕃人的生活保護而必要保留；3、為理蕃上蕃人的移住獎勵而有必要保留；4、上述原因之外，將要成為存置林野的。其中第2、3類與生番生活空間有關<sup>5</sup>。1930年又開始「蕃地開發調查」，更細緻調查蕃人所要地及蕃人移住地。1936年到1939年還有追求經濟利益為目的的「山地開發調查」，對部分經上述森林計畫事業調查之土地重新調查，其所再確認的「準要存置林野」，主要作為「高砂族保留地」，又稱「番人所要地」<sup>6</sup>，專門供給原住民耕作使用，這類土地是原住民保留地的基礎，然「高砂族保留地」面積僅有253,748公頃。

### （三）國民政府時期

國民政府撤遷來臺後，於1945年頒布台灣接管計畫綱要第82條規定：「日本佔領時代之官有、公有土地及其應行歸公之土地，應

於接管台灣後，一律收歸國有，依照我國土地政策及法令分別處理。」又於同年森林法第1條第2項規定：「森林以國有為原則」。由政府接收日產，將所有官有林野地登記為國有，管理機關登記為前臺灣省政府林務局（現改隸行政院農委會林務局）及財政部國有財產局者占大多數，另將「高砂族保留地」改稱為「山地保留地」。臺灣省政府於1948年發布「台灣省各縣山地保留地管理辦法」，專供保障原住民族生計及推行山地行政之用，土地權屬仍屬國有，原住民族僅有「使用權」。臺灣省政府嗣於1960年將前開辦法修正為「臺灣省山地保留地管理辦法」，原住民仍只有「使用收益權」。

1966年修正「臺灣省山地保留地管理辦法」，明定原住民取得「耕作權」或「地上權」後繼續耕作或自用滿10年，無償取得土地所有權<sup>7</sup>。1990年行政院訂定「山胞保留地開發管理辦法」，把「山地保留地」之名稱修改為「山胞保留地」。1995年為配合憲法修改，將名稱再修正為「原住民保留地開發管理辦法」，並將「山胞保留地」名稱修改為「原住民保留地」。

目前原住民保留地之主要規範即來自於原住民保留地開發管理辦法（下稱原開法）<sup>8</sup>，自名稱修改後迄今總共經歷7次修正（1998

註5：張博鍾，同前註，第40頁。

註6：王泰升，前揭註2，第1664頁。楊清民（2010），〈臺灣原住民保留地相關法律問題之研究—以地上權、所有權及設置專業法庭為中心〉，第17頁，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

註7：吳秦雯（2016），〈原住民保留地權利之實然與應然——相關行政救濟實務見解分析〉，《臺灣原住民族法學》，1卷1期，第47-48頁。

註8：依原住民保留地開發管理辦法第1條可知其母法係山坡地保育利用條例第37條，依據1976年4月29日公布之山坡地保育利用條例第37條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導山胞開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之

年、2000年、2001年、2003年、2007年、2018年及2019年）。

## 二、原住民保留地意義

原住民保留地之意義，依據原開法第3條規定：「本法所稱原住民保留地，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」，可知原住民保留之意義係指「經過特別規範保留專門供給原住民使用之土地」，目前可包含三類：

### （一）原有山地保留地

此部分即是前述原住民保留地沿革中在日據時代林野區分中的「準要存置林野」，主要作為「高砂族保留地」，又稱「番人所要地」，專門供給原住民耕作使用，「高砂族保留地」面積約為25萬公頃。

### （二）增編原住民保留地

因為原住民人口逐年增加，原來分配給原住民使用的耕地（農地及林地），已經不夠維持基本的生活。且原來的保留地的地理條件很差，而且經營農業的環境不好，對原住民族「整體」的發展空間，已經構成很大的壓力。為因應整體社會生活品質的提升，原住民有增加土地面積的需求，以發展原住民族經濟。

增編原住民保留地是針對原來已經有原住

民保留地的鄉（鎮、市、區）或花蓮、台東地區的平地原住民所提出的增編，經過勘查確定的土地為增編的實施地區。

政府為了辦理增編的工作，訂頒了「原住民使用原住民保留地以外公有土地預定增編原住民保留地會勘處理原則」和工作計畫，規定凡原住民於1988年2月1日前繼續使用其祖先遺留之土地，迄申請當時仍使用者，皆可向轄區鄉（鎮、市）公所申請，經公有土地管理機關同意後，即可增編為原住民保留地<sup>9</sup>。

民國79年至87年期間，依增編原則完成增編手續之原住民保留地面積合計約17,000公頃。本增編計畫分2期辦理，第一期為「增編原住民保留地3年工作計畫」，工作執行期間自民國80年至82年，實施面積計13221.0933公頃；第2期為「增編原住民保留地追加工作計畫」，工作執行期間自民國83年至84年，實施面積計3294.65公頃。

### （三）劃編原住民保留地

臺灣光復以來，平地原住民居住的鄉（鎮、市）都沒有劃設原住民保留地，平地原住民居住的建地，多屬於公有土地，必須向土地管理機關承租或承購。

為因應整體社會生活品質的提升，原住民有增加土地面積的需求，以發展原住民族經濟。為符合實際，凡是平地原住民原居住使用公有土地範圍內的建築用地者，由鄉（鎮、

特定用途外，如有移轉，以山胞為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」，經歷歷次修正後，目前該條例第37條第6項修正為：「原住民保留地之所有權取得資格條件與程序、開發利用與出租、出租衍生收益之管理運用及其他輔導管理相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。」。

註9：資料來源，原住民委員會網站，

<https://www.cip.gov.tw/portal/index.html>（最後瀏覽日：2021年2月20日）。另可參照李永然、黃介南（2009），〈論台灣地區原住民保留地與原住民族權益保障〉，《人權會訊》，93期，第24-25頁。



市)公所勘查、審查並經公有土地管理機關同意，即劃編為原住民保留地，以供原住民居住之用。

政府為了辦理劃編的工作，訂頒了「台灣省原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點」和作業計劃，依劃編要點所劃編之原住民保留地，主要係針對建築用地，故自民國1990年至1998年期間，劃編面積合計284公頃<sup>10</sup>。

### 三、本文意見

依據原住民委員會截至107年之最新統計資料，原住民保留地土地總面積為264460.768公頃<sup>11</sup>，此種看似特別保留給原住民保障原住民生計、推行原住民行政之恩典，背後卻不乏是殖民主義剝奪後之政策及措施而已。

原住民是最早居住於台灣地區的人，因為殖民之結果，漢民族憑藉著族群之優勢，將其思想作為等均強加諸於原住民身上，並且掠奪其原本占有使用之土地，原住民因為無法與之對抗，進而成為弱勢族群，之後卻又大張旗鼓設立原住民保留地作為特別保障原住民生活之空間，使原住民可以取得相關權利，然原住民原已合法占有之土地權利，卻因殖民及制度之原因，使得無法登記為所有權人，必須透透種種審查，經過國家同意後才能成為所有權人，實為極度不合法之現象<sup>12</sup>。

此種制度，在1987年台灣解嚴後，社會運動如雨後春筍般進行，促成原住民意識不斷高漲後，發展成為原住民還我土地運動，在1988年有第1次還我土地運動，其中「台灣原住民族權利促進會」發表「台灣原住民族權利宣言」，宣言第8點主張「原住民有他們的土地和資源的所有權，一切被非法奪取、霸佔的土地應歸還給他們」及第9點「土地全包括地上、地下和海域（按國際法限度）」、後續另有1989年及1993年之還我土地運動<sup>13</sup>，其主要目的及訴求均不外是請求國家歸還原本就屬於原住民之土地，未來原住民保留地之發展是否完全持續現況，仍有待發展，但可預見的是，原住民保留地勢必因原住民之覺醒而有必要改變原有之思考路線。

## 參、原住民保留地權利型態

### 一、原住民保留地使用權

依據原開法第7條規定：「中央機關應輔導原住民保留地承租權或無償取得原住民保留地所有權」，該條文2019年7月3日修正，未修正前之規定為：「中央主管機關應會同有關機關輔導原住民設定原住民保留地之耕作權、地上權及取得承租權、所有權」。由此可知，原住民保留地之他項權利即使用權型態可透過下列方式取得：

註10：同前註。

註11：資料來源，原住民委員會網站：

<https://www.cip.gov.tw/portal/index.html>（最後瀏覽日：2021年2月20日）。

註12：同此意旨，參楊清民，前揭註6，第22頁。

註13：雅柏魁詠·博伊哲努（2013），〈還我土地觀點下的原住民族土地政策〉，《台灣原住民族研究學報》，3卷3期，第68-72頁。

### （一）設定方式

依據已刪除之原開法第8條及第9條之規定，在合於一定情形下，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定地上權及耕作權，因此在一般情況下可透過設定地上權、耕作權及農育權之方式取得原住民保留地之使用權利。

### （二）承租方式

透過承租原住民保留地取得原住民保留地之使用權。其規定為原開法第13條第1項：「原住民因經營工商業，得擬具事業計畫向鄉（鎮、市、區）公所申請，經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見，報請直轄市或縣（市）主管機關核准後，租用依法得為建築使用之原住民保留地，每一租期不得超過九年，期滿後得續租」。

但須注意者為，此種承租方式不限於原住民，依原開法第24條第4項規定：「原住民機構、法人或團體以外企業或未具原住民身分者（以下簡稱非原住民）申請承租開發或興辦，應由鄉（鎮、市、區）公所先公告三十日，公告期滿無原住民或原住民機構、法人或團體申請時，始得依前二項規定辦理」，可知在一定條件下亦得由非原住民團體承租使用原住民保留地<sup>14</sup>。

### （三）無償使用方式

原開法第14條第1項就無償使用取得原住民保留地使用權方式設有規定，該規定為：「原住民因興辦宗教建築設施，得於主管宗

教機關核准後，擬具計畫向鄉（鎮、市、區）公所申請，經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見，報請直轄市或縣（市）主管機關核准，無償使用原住民保留地內依法得為建築使用之土地，使用期間不得超過九年，期滿後得續約使用，其使用面積不得超過零點三公頃」。

### （四）繼承方式

依原開法第15條規定：「原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權，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」。

因而對於原住民保留地使用權可透過繼承取得，然若是原住民與非原住民結婚，身為配偶之非原住民，是否可以繼承取得，則有不同意見：

#### 1.肯定說：

有認為若原住民之配偶由於上述法令之限制，不能合法繼承保留地之權利，將造成不符合公平正義現象，且仔細探究山坡地保育利用條例第37條第1項之立法意旨，條文中所謂之「移轉」，應係指意定移轉」，即保留地權利之移轉以意思表示為基礎時始受限制，而繼承在我國係採當然繼承主義，不以意思表示為繼承發生之原因，因此認為非原住民之配偶應不受上述法令之限制，得合

註14：至於此種對外開放非原住民團體使用，是否最終亦將造成原住民土地受到外來開發之影響，仍值得進行相關討論，但此非本文重點，不另專章說明介紹，有關此部分之意見，亦可參陳竹上（2012），〈我國原住民保留地政策之當代課題與司法案例分析〉，《台灣原住民族研究季刊》，5卷2期，第99頁以下之說明。

法繼承保留地之權利<sup>15</sup>。

## 2. 否定說：

依據條文規定之文義，已限定必須由原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民，刻意排除非原住民，其主要目的係因原住民保留地係為了讓「原住民」得以永久保留其土地得使用之權利，故非原住民之繼承人不得取得原住民保留地之權利<sup>16</sup>。

## 3. 本文見解：

原住民保留地因為歷史因素而有異於一般土地使用或取得之情況，因而特別為原住民保留地設定管理辦理，若承認原住民保留地得由非原住民之繼承人加以繼承，在未來輾轉繼承之情況下，恐有因非原住民之身分而不受到原住民保留地相關法規規範之可能性，因此本文認為依照目前之規定，不得由非原住民身分之配偶繼承取得，實務亦同此見解，臺灣高等法院102年重上字第708號民事判決即認為：「按『山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿五年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理

辦法，由行政院定之』『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。』山坡地保育利用條例第37條、原住民保留地開發管理辦法第18條第1項分別定有明文，是原住民保留地之承受人以原住民為限，亦有新北市新店地政事務所103年4月16日新北店地登字第0000000000號函在卷足佐（見本院卷第118至120頁）。被繼承人高金發於85年3月19日死亡，其遺產除附表一所示系爭土地外，無其他未分割之遺產，為兩造所不爭執（見本院卷第98頁反面），系爭土地之地目分別為田、旱、建，且均係原住民保留地，有土地登記第二類謄本在卷足憑（見原審卷第35至64頁），惟視同上訴人于美惠不具原住民身分，有戶籍查詢資料、戶籍謄本可稽（見本院卷第119、134頁），依上開規定，無法繼承系爭土地而為共同共有人……」<sup>17</sup>。

## （五）小結

原住民保留地使用權之方式有如上之型態，依據原住民委員會截至107年之最新統計資料，原住民就原住民保留地上設定建地地上權面積為137.218公頃，設定農育權（林地

註15：周滄賢（2000），〈試析原住民土地立法與其相關問題〉，《律師雜誌》，247期，第54頁。

註16：楊清民，前揭註6，第142頁。

註17：資料來源，司法院法學資料檢索系統網站，

[https://law.judicial.gov.tw/FJUD/default\\_AD.aspx](https://law.judicial.gov.tw/FJUD/default_AD.aspx)（最後瀏覽日：2021年2月20日）。臺灣高等法院花蓮分院108年度原上字第10號民事判決亦同此意旨：「……故上開辦法第17條第1項之移轉，依其立法意旨，除包括因買賣、贈與、交換等法律行為而移轉外，亦應包括因「繼承」而取得所有權之情形在內。是以被繼承人死亡時，其所遺留之遺產有原住民保留地者，被繼承人之繼承人若有具原住民身分者及非原住民身分者，應僅由具原住民身分者當然繼承取得為原住民保留地之遺產土地，至於非原住民身分者，仍可繼承被繼承人其餘非原住民保留地之其他遺產……」。

地上權)面積為17319.814公頃,設定耕作權面積為7964.144公頃,原住民或原住民團體承租原住民保留地面積為947.286公頃<sup>18</sup>,非原住民及公民營企業承租原住民保留地面積為8080.348公頃。

## 二、原住民保留地所有權

依照山坡地保育利用條例第37條第1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」,可知原住民保留地可由原住民在一定條件下取得所有權,其具體取得之方式、程序及辦法,依據該條例第7項之授權進而訂立原開法,以下將分別說明原住民取得原住民保留地所有權之方式。

### (一) 權利或占有使用現狀轉換取得

依現行原開法第17條第1項規定:「原住民符合下列資格條件之一者,得申請無償取得原住民保留地所有權:一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。二、原住民於原住民保留地內有原有自住房屋,其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。三、原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權」,原住民得因權利及使用現狀轉換取得所有權。

該條文於2019年7月3日修正為現行規定,其修正之立法理由為:「配合總統108年1月9日華總一經字第一〇八〇〇〇〇三八六一號令公布山坡地保育利用條例修正第37條條文,於第一項規定原住民得申請無償取得原住民保留地所有權之資格條件:(一)參考

修正前第8條第1項及第9條第1項,訂定本辦法施行前(民國79年3月26日前)原住民使用迄今之原住民保留地,得申請無償取得所有權。(二)參考修正前第12條第1項,訂定原住民於原住民保留地內有原有自住房屋,得申請無償取得所有權。(三)山坡地保育利用條例第37條於108年1月9日修正公布,原住民依修正前上開條例第37條規定,於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權,無論是否設定滿五年,均得申請無償取得所有權」。

修正前原開法第17條第1項係規定「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年,經查明屬實者,由中央主管機關會同耕作權人或地上權人,向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記」,但因參考民法用益物權之規定並未設有至少需有多久之存續期間限制及山坡地保育利用條例亦未就申請無償取得所有權之期間,因而將該部分加以修正。

因此若依現行規定,原住民取得原住民保留地所有權之方式可以透過下列三種情形,並且於原住民提出申請後能使他人主張權利,原開法第17條第2項規定:「前項申請案由鄉(鎮、市、區)公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見,並公告三十日,期滿無人異議,報請直轄市、縣(市)主管機關核定後,向土地所在地登記機關辦理所有權移轉登記」。

- 1.原先占有使用而取得,條文中雖未敘述如何認定其占有,本文認為占有依據民

註18:資料來源,原住民委員會網站,

<https://www.cip.gov.tw/portal/index.html> (最後瀏覽日:2021年2月20日)。



法第940條之規定為一種事實狀態，並進而享有支配性與排他性<sup>19</sup>，又為避免舉證之困難，因此該辦法中所謂「本辦法施行前使用迄今」之占有使用狀態，依民法第944條第2項，若能證明前後兩時為占有者，推定前後兩時有繼續占有使用之事實<sup>20</sup>。

- 2.原住民於原住民保留地內有原有自住房屋進而依據現狀取得所有權。
- 3.原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權之情形進而申請取得所有權。

需注意者為土地面積限制，原住民保留地由原住民申請無償取得所有權，對於土地部分設有面積限制，原開法第10條規定：「原住民申請無償取得原住民保留地所有權，土地面積最高限額如下：一、依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區，並供農作、養殖或畜牧使用之土地，每人一公頃。二、依區域計畫法編定為林業用地或依都市計畫法劃定為保護區並供作造林使用之土地，每人一點五公頃。三、依法得為建築使用之土地，每戶零點一公頃。四、其他用地，其面積由中央主管機關視實際情

形定之。原住民申請無償取得前項第一款及第二款土地得合併計算面積，其比率由中央主管機關定之。但基於地形限制，得為百分之十以內之增加」。

## （二）買賣取得

山坡地保育利用條例第37條第2項、原開法第18條第1項分別規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」、「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」。

由上述條文可知，原住民保留地所有權亦可透過「買賣」之方式加以取得，在此所指主要係指原住民間合法買賣取得原住民保留地所有權之情形。

至於其他買賣給非原住民或透過借名登記原住民名下之買賣原住民保留地，為目前最具爭議之法律問題，本文將於下述肆做詳細討論。

## （三）繼承取得

依據前述山坡地保育利用條例第37條第2項、原開法第18條第1項之規定可知原住民也可透過繼承之方式取得原住民保留地所有權。

另就非原住民之配偶是否可因繼承取得原住民保留地所有權之爭議同上原住民使用權

註19：王澤鑑（2014），《民法物權》，4版，第539-540頁，自版。

註20：雖有論者認為依據目前台灣司法體制下，證據法則不利於原住民，因為原住民傳統權利之存在型態異於現在的法律所確立的權利型態，而這也意味著權利證明方式的差異，在這樣的差異下，有關權利存在的證明將異常困難，例如原住民要如何證明其祖先對某塊森林有「事實上管領力」而後被國家或私人以極為不公正的方式剝奪，參謝若蘭、楊曉珞（2017），〈台灣司法體制下之不利原住民處境初探〉，《臺灣原住民族法學》，3期，第45-46頁。但本文認為此部分不影響占有之舉證，因占有為事實狀態，且透過推定占有之制度，已能有效避免舉證之困難，故至少仍應符合推定之前後狀態。

中繼承取得（前述參、一、（四））之爭議，不另贅述。

### 三、原住民保留地權利制度檢討

前述分析原住民保留地使用權及所有權之取得方式，之所以有特別需要就原住民保留地以山坡地保育利用條例之授權另外制訂原開法之原因是因為原住民保留地之特殊性，但就原住民保留地權利制度之設立是否適當，似非無討論之餘地。

以土地為標的物之權利，統稱為地權，其概念包括土地所有權和土地上他項權利，依土地法第10條第1項規定：「中華民國領域內之土地，屬於中華民國人民全體，其經人民依法取得所有權者，為私有土地」，私有土地所有權的取得可分原始取得或繼受取得，民法和土地法甚或土地法之特別法都有規定<sup>21</sup>，山坡地保育利用條例為土地法之關係法<sup>22</sup>，因該條例進而訂定原開法，就原住民保留地特別設定一定之程序規範。

原住民保留地將資本主義下的產物即個人所有制度，帶進原住民的傳統思維中，但在原住民土地概念中，並非各族對私有土地均加以承認，泰雅族土地為私有或公有；賽夏

族、布農族、阿美族、雅美族則為公有；排灣族土地屬部落中之頭目所有，世代由長子繼承家業，爭取租稅藉以生活，而原住民族對私有土地所有之概念亦與漢民族不同，因此私有財產權制度是否符合原住民族傳統習慣近年來不斷有檢討之聲量出現<sup>23</sup>。

對於原住民土地型態，究竟應以何種方式較符合原住民之生活形態或能夠促進原住民生活之保障至今仍莫衷一是，有不同之主張，或有認為應承認原住民傳統使用權，將原住民保留地放領給原住民團體，使其以自治之方式管理使用；或有認為集體所有權必然導致原住民的自治與隔離，故私有制度仍應存在；另有認為將原住民族土地傾向於集體所有，但並不限於採行公同共有或祭祀公業制度，在我國現行法律體系中，存有供法人制度，且可依據特別法加以設立<sup>24</sup>；甚或有認為對原住民保留地土地所有權移轉加以限制須具有原住民身分者，應屬較為合理且適當之手段，但此仍可能剝奪原住民關於其土地之自治權限，可能存在的更小侵害手段為，需經原住民所屬部落之同意後，始能移轉其土地所有權<sup>25</sup>。各種論述提出之理由雖各有所持，但主要之目的不外均是希望能夠

註21：謝哲勝（2020），《土地法》，4版，第61-66頁，翰蘆。

註22：稱為關係法之原因係因為法律制訂的目的雖然和土地法並無直接關連，但其規範的內容也會影響土地法的適用，同前註，頁31。

註23：湯文章（2012），〈淺談當前原住民族面臨的重要法律爭議〉，《法律扶助》，35期，第36頁。雅柏魁詠·博伊哲努，前揭註13，第85頁，提出未來還我土地之地權存續方式，可以有：1、個人私有；2、部落共有；3、自然資源利用；4、特殊的原住民族土地權利。官大偉（2014），〈原住民族土地權的挑戰：從一個當代保留地交易的區域研究談起〉，《考古人類學刊》，80期，第31-32頁。

註24：張博鍾，前揭註4，第79-83頁。

註25：雷化豪（2018），〈從憲法保障原住民的觀點論原住民保留地的取得及移轉限制〉，《臺灣原住民族法學》，5期，第59-60頁。

就原住民保留地做最完善之安排。

本文以為，原開法既為目前有效對於原住民保留地之規範，並無實質討論將原住民保留地在現行制度下立刻劃歸為原住民集體共有、部落共有等可能性，未來若認考量原住民傳統文化及歷史背景有必要就原住民保留地權利之狀態作更適當之制訂，仍應先依循法規制訂之方式將其明文化，避免產生相關權利規範是否悖離原住民文化之疑慮，但在此之前，原住民保留地私有制度已儼然成形，因此當前之課題應該是對於現行原住民保留地所取得之權利如何有適當之程序規範及安排，才能使原住民保留地在符合保障原住民生計，推行原住民行政之目的下運行無礙。

#### 肆、原住民保留地買賣爭議

原住民保留地雖然有原開法加以規範，但向來無法抑制原住民保留地浮濫私自進行買賣之情形，此種買賣之效力在實務上產生不同之歧異見解，最高法院民事第四庭於受理案件後（最高法院108年度台上字第1636號），為避免未來仍產生歧異，依據法院組織法第51條之3規定，裁定將下列法律問題提交大法庭裁判：「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？」<sup>26</sup>，迄至目前為止，最高法院民事大法庭曾分別於2020年7月20日及同年8月28日召開準備程序後，目前尚未做出最新裁判，因此就現行此種就原住民保留地買賣之情形，其效力仍存有不同之爭議，以下將針對原住民保留地買賣不同類型說明其爭議。

##### 一、買賣原住民保留地使用權的效力

原開法第15條規定：「原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權，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」，依照此條之規定，原住民若買賣此規定下之使用權且其身分並非得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民，其效力依據目前實務見解均認為為無效，其主要之理由為：

按行政院頒布之山胞保留地開發管理辦法（現已修正為原住民保留地開發管理辦法），係依山坡地保育利用條例第37條及農業發展條例第17條第2項規定，授權制定之中央法規，該辦法第15條第1項規定：山胞取得山胞保留地之承租權，除繼承或贈與於得為繼承之山胞、原受配戶內之山胞或三親等內之山胞外，不得轉讓或出租。旨在保障依法

註26：資料來源，最高法院網站，  
<https://tps.judicial.gov.tw/>（最後瀏覽日：2021年2月20日）。



受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第71條規定，應屬無效。如附表二所示之土地為山胞保留地，被上訴人有承租權，有土地登記簿謄本及桃園縣復興鄉公所函可憑，並為兩造所不爭。上訴人與被上訴人間並無上開規定所定之關係，被上訴人於83年8月6日將該土地之承租權讓與上訴人，顯係違反上開規定，自屬無效（最高法院88年度台上字第3075號民事判決）。

79年3月26日頒布之原住民保留地開發管理辦法第15條第1項規定：「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，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。」，其意旨均係在保障依法受配原住民之生活，使原住民保留地能歸原住民耕作，以保障原住民之權益，避免非原住民脫法取巧，使原住民流離失所（參見臺灣省山地保留地管理辦法第1條、原住民保留地開發管理辦法第3條規定），均為效力規定，如有違反，依民法第71條規定，應均屬無效。……系爭土地於57年9月15日總登記為中華民國所有山胞保留地，○○○（原住民）於58年5月27日登記為耕作權人，存續期間自57年8月21日起至67年8月20日

止，為兩造所不爭執，並有土地登記簿在卷可憑（見原審卷第39至41頁）。則○○○於64年5月25日與非原住民之○○簽訂系爭讓渡契約，將其使用收益權（耕作權）讓與○○，核係於取得系爭土地之耕作權後，將地上物及耕作權轉讓與無原住民身分之人，違反當時之臺灣省山地保留地管理辦法第8條第1項規定，應屬無效（臺灣高等法院臺中分院107年度原上更一字第1號民事判決）。

買賣原住民保留地使用權之情形，其效力被認定為無效之原因主要在於該規定使用「不得」之方式，而民法第71條本文規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效」，強制規定與禁止規定之分別一般認為前者係指應為某種行為的規定，而後者係指禁止為某種行為的規定，而禁止規定又區分為「取締規定」與「效力規定」而有不同效力，違反前者之法律行為，行為人雖受行政或刑事處罰，但該法律行為在私法上仍為有效；若違反後者之法律行為，該法律行為的司法效力亦被否定，而成為無效<sup>27</sup>。

本文認為前述無效見解應屬正確<sup>28</sup>，其理由為：

1. 依據該條文之文義解釋，就原住民取得原住民保留地使用權已明確規範除基於繼承或贈與具一定親屬關係之原住民

註27：王澤鑑（2020），《民法總則》，5版，第297頁，自版。陳聰富（2019），《民法總則》，3版，第272-274頁，元照。

註28：同此意旨：最高法院106年度台上字第2538號民事判決、臺灣高等法院臺中分院108年度再易字第39號民事判決、臺灣高等法院臺中分院107年度原上易字第6號民事判決、臺灣高等法院臺中分院106年度上字第46號民事判決、臺灣高等法院臺中分院103年度重上字第163號民事判決、臺灣高等法院臺中分院101年度上易字第24號民事判決、臺灣高等法院臺中分院95年度上易字第345號民事判決、臺灣高等法院高雄分院109年度原上字第1號民事判決、臺灣高等法院102年度上字第65號民事判決。



外，均不能讓與或出租。

- 2.就該條文之目的解釋，原住民取得原住民保留地使用權之最終目的乃是希望透過使用權轉換取得原住民保留地之所有權，進而能夠成為原住民保留地之實質權利人，在此之前若認為原住民保留地使用權可逕行買賣轉換，將使原住民保留地使用權之轉換權喪失其實質意義。
- 3.原住民保留地使用權部分並不會因為最高法院大法庭目前正在審理原住民保留地之法律問題爭議而有差異，因為該提案並不包括原住民保留地使用權買賣之情形，臺灣高等法院高雄分院109年度原上字第2號民事判決詳細說明原因為：「上訴人援用最高法院107年度台上字第90號判決、108年度台上字第803號裁定、87年度台上字第2677號判決及108年度台上大字第1636號裁定法律問題見解，據為抗辯違反管理辦法第15條或第18條第1項規定，依民法第71條規定，應屬無效，僅在限制所有權移轉之物權行為，債權行為不在限制之內，原住民間仍得基於契約自由原則自行與他人訂定債權契約。惟上訴人所援引之前揭最高法院裁判之個案事實乃針對原住民已取得原住民保留地所有權後，或出租，或以借名登記方式所為之買賣契約，是否有違反管理辦法第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。』，即原住民取得保留地所有權後雖可移轉所有權，然移轉對象應以原住

民為限，若移轉之承受人雖為原住民，但僅為借名登記之出名人時，是否符合管理辦法之立法意旨之問題，此顯與本件上訴人於84年5月簽訂協議書時，系爭土地為中華民國所有，非屬原住民已取得原住民保留地所有權之情形，而依當時應適用84年3月22日修正之管理辦法第15條第1項規定『原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，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』，依此足認，在原住民尚未取得原住民保留地所有權之前，該原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，僅得於繼承或贈與特定之得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，其餘均不得轉讓或出租。可見，本件乃管理辦法第15條第1項規定明文禁止原住民尚未取得原住民保留地所有權之前，不得任意轉讓保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，而無契約自由原則適用之餘地。縱使最高法院大法庭所就前開法律問題之見解肯認借名登記及買賣契約之債權行為有效，亦與本件個案事實迥然不同，而無從比附援用上開最高法院之法律見解，故上訴人執前開最高法院裁判據為抗辯其基於協議書為有權占用系爭土地云云，亦不可採。」。

## 二、買賣原住民保留地所有權的效力

山坡地保育利用條例第37條第2項、原開法第18條第1項分別規定：「原住民取得原住民

保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」、「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」，原住民因為經濟上需求等原因，就原住民保留地進行所有權買賣之情形相當嚴重，其效力在實務爭議上也有不同見解，以下分別列舉實務主要之四種見解分析說明：

### （一）無效說

實務見解中，主張無效說之理由亦不盡相同，主要見解有下述2種：

#### 1.認為違反第71條之禁止規定無效<sup>29</sup>：

嗣游阿和取得系爭土地所有權登記，囿於法令，無法依買賣契約辦理移轉登記，乃與王文增等八人（由王文增代表）成立借名契約，合意王文增等八人將系爭土地借名登記於其名下，並為保障其應履行借名契約所生之債務，同意提供系爭土地為王文增等八人設定系爭最高限額二千二百七十五萬元之抵押權登記，各人權利範圍同其等出資比例（下稱系爭抵押權登記）。雖系爭土地為原住民保留地，承受人以原住民為限，上開系爭土地買賣契約及借名契約均屬脫法行為，依法無效；惟系爭抵押權登記仍屬合法有效，所擔保者，不僅限於游阿和應履行借名契約所生之債務，尚及於因該契約無效，所生之回復原狀或損害賠償債務（最高法院100年度台

上字第775民事裁定）。

又系爭保證書之真意固然係請求將系爭土地移轉登記於上訴人所指定具原住民身分之楊治德名下，業經本院認定如前，然原住民保留地開發管理辦法係依山坡地保育條例第37條及農業發展條例第17條第2項規定，授權制定之中央法規，屬效力規定已如前述。再者，原住民保留地開發管理辦法制定之目的本在保障原住民之生存權，於94年2月5日公布實行之原住民基本法第20條更規定政府承認原住民族土地，且要求另以法律規範土地之取得、處分、管理等事項，行政院並擬訂「補辦增劃編原住民保留地實施計畫」，責由原住民族委員會負責原住民土地增編、劃編之規劃，在在均明原住民之基本權利應受法規之保護，亦為政府所追求之政策，若承認非原住民之人得借名具原住民身分之人買賣原住民保留地，即與政府保障原住民基本權之政策相違背，而失卻立法之目的。是以，縱認系爭保證書之真意係約定將系爭土地移轉予楊治德，因係違反禁止之效力規定，依民法第71條規定當然無效（臺灣高等法院106年度原上字第9號民事判決）。

#### 2.認為屬民法第246條第1項給付不能無效<sup>30</sup>：

被上訴人係第一審共同被告黃清文之

註29：同此意旨：臺灣高等法院94年度上易字第91號民事判決、臺灣高等法院102年度上字第65號民事判決、臺灣高等法院花蓮分院96年度上字第22號民事判決、臺灣高等法院98年度上字第978號民事判決、臺灣高等法院高雄分院108年度原上字第3號民事判決、臺灣高等法院花蓮分院106年度原上易字第7號民事判決。

註30：同此意旨：臺灣高等法院90年度重上字第276號民事判決、臺灣高等法院高雄分院105年度原上字第5號民事判決。

債權人，而系爭土地係原住民保留地，原屬黃清文所有，嗣出售予共同被告施明清，因施明清不具原住民身分，乃借名登記於具有原住民身分之上訴人名下。系爭土地之買受人施明清既不具原住民身分，依原住民保留地開發管理辦法（下稱管理辦法）第18條第1項規定，不能承受系爭土地所有權移轉登記。且黃清文、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。……未查原判決載明管理辦法第18條第1項為效力規定，如有違反，依民法第71條規定，應屬無效，此係在限制所有權移轉之物權行為，債權行為不在限制之內等語，可見並未認定系爭買賣契約（債權行為）因違反強制規定，依民法第71條規定而無效，自無涉及民法第180條第4款所定因不法之原因而為給付，不能依不當得利之法律關係請求返還之問題，附此敘明（最高法院108年度台上字第803號民事裁定）。

上開山坡地保育利用條例第37條、原住民保留地開發管理辦法第18條第1項為原住民保留地所有權之移轉，其承

受人以原住民為限之規定，係對於所有權移轉之物權行為所為之強制規定，違反此項強制規定之行為，即屬法律上之給付不能、客觀自始給付不能（臺灣高等法院93年度上易字第563號民事判決）。

## （二）有效說<sup>31</sup>

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（最高法院102年度台上字第2189號民事判決）。

惟查，參酌憲法增修條文第10條第12項，及原住民族基本法、原開法第18條等規定，乃係以保障原住民權益為立法目的，則原住民於取得原住民保留地後，限制一定條件下，始得將所取得之土地處分即為已足，若對於原住民有過多且不必要之限制，反而違背保障原住民權益之精神。申言之，原住民保留地開發管理辦法之立法目的，係在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，惟現今土地利用與農業時代不同，原住民之生活習慣及工作技能亦不同於以往，如原開法第18條第1項之規

註31：同此意旨：臺灣高等法院臺中分院106年度原上易字第2號民事判決、臺灣高等法院臺中分院106年度上字第321號民事判決、臺灣高等法院臺中分院104年度原上易字第4號民事判決、臺灣高等法院101年度上字第382號民事判決、臺灣高等法院105年度重上字第472號民事判決。



定，逕行解釋為禁止規定，非但有害原住民就土地之利用，限制其就業範圍，反不利於原住民之生計。是立法者有意將原開法第15條、第18條第1項之規定，採不同之規範內容，有如上述，則本院認原開法第18條第1項之規定，應非禁止規定。是系爭土地之買賣契約縱有違反前揭規定，並非當然無效。從而，上訴人上開主張，即無可採（臺灣高等法院臺中分院109年度原重上字第1號民事判決）。

次按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，原住民保留地開發管理辦法第18條第1項分別定有明文。又行政院頒布之山胞保留地開發管理辦法（現已修正為原住民保留地開發管理辦法），係依山坡地保育利用條例第37條及農業發展條例第17條第2項規定，授權制定之中央法規，該辦法第15條第1項規定：山胞取得山胞保留地之承租權，除繼承或贈與於得為繼承之山胞、原受配戶內之山胞或三親等內之山胞外，不得轉讓或出租，旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第71條規定，應屬無效（最高法院88年台上字第3075號判決意旨參照）。準此，舉輕以明重，原住民保留地之承受人以原住民為限，如有違反，亦屬違反民法第71條規定而無效。惟此乃指原住民保留地之受移轉登記之人非具原住民身分而言，倘承買人雖非原住民，然既依約定或指定登記予具原住民身分之第三人，仍屬有效。且法律亦未禁止承買人借用具原住民身分之第三人登記為原住民保留地所有權人之強行規定，即難認此借名登記係屬脫法行為（臺灣高等

法院104年度原上易字第4號民事判決）。

### （三）可適用民法第246條第1項但書說

按以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但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；附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約為有效，民法第246條定有明文。次按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，原住民保留地開發管理辦法第18條第1項亦有規定。又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予任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記予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。則原住民保留地之買賣，承買人若非原住民，則須於契約中約定由承買人指定登記予具原住民身分之第三人，或具體約定登記予原住民身分之特定第三人，其買賣契約始屬有效（臺灣高等法院107年度原上字第2號民事判決）。

按法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。又以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但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。又附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約為有效，民法第71條前段、第246條分別定有明文。次按原住民（山胞）取得原住民（山胞）保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民（山胞）、原受配戶內之原住民（山胞）或三親等內之原住



民（山胞）外，不轉讓或出租。原住民（山胞）取得原住民（山胞）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（山胞）為限，原住民保留地開發管理辦法第15條第1項、第18條第1項（修正前山胞保留地開發管理辦法第17條第1項參照）亦分別定有明文。……況依兩造所訂合作合約書第3條之約定：「本合約土地□□□『俟山地保留地管理辦法開放所有權可登記平地人時』，乙方應無償將上記土地辦理產權移轉登記給甲方…」，復於第9條載明：「本件所有權移轉登記名義由甲方自由指定，乙方決無異議」等情以觀，足認雙方締約時已預期將來政府對原住民保留地所有權移轉之禁令解除開放予平地人民承受後，始辦理所有權移轉登記，則依上開民法第246條第1項但書之規定，關於系爭保留地所有權移轉契約雖仍屬有效，惟在法律開放非具原住民身份之平地人可取得原住民保留地之條件成就前，被上訴人尚不負有移轉系爭土地予上訴人或其指定之第三人之義務甚明（臺灣高等法院88年度上字第1610號民事判決）。

#### （四）區分說<sup>32</sup>

按原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，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，原住民保留地開發管理辦法第15條第1項固定有明文。次按法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第3日起發生效力，中央法規標準法第13條亦定有明文。又原住民保留

地開發管理辦法於79年3月公布時原名為山胞保留地開發管理辦法，於該法第1條載明：「本辦法依山坡地保育利用條例第37條及農業發展條例第17條第2項訂定之。」足見該辦法係行政院依山坡地保育利用條例第37條及農業發展條例第17條第2項規定，授權制定之行政命令，而山坡地保育利用條例係65年4月29日公布施行；農業發展條例則係62年9月3日公布施行，則在原住民保留地開發管理辦法公布施行適用之前所為之轉讓行為，依法律不溯及既往原則，自無該管理辦法之適用餘地。再者，臺灣省政府為促進山地保留地之合理使用，曾於49年4月12日公布臺灣省山地保留地管理辦法（已廢止），本件系爭土地既訂定於60年間出讓系爭土地之權利，則系爭土地買賣契約之效力，自應受臺灣省山地保留地管理辦法所規範。觀諸上開臺灣省山地保留地管理辦法第8條第1項規定：「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地、林地上之土地改良物…不得讓與轉租或設定負擔，並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權」，同辦法第65條第1項復規定：「山地人民違反第8條第1項之規定，將其取得及使用之土地及其權利暨基地、林地上之土地改良物非法讓與、轉租、交換或設定其他負擔或在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權者，終止其租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權…」，同辦法第8條第2項則規定：「山地人民取得山地保留地所有權後，如有移轉，其承受人以能自耕之山地人民或供工業或供建築用者為限。違者，其土地所有權

註32：同此意旨：臺灣苗栗地方法院100年度苗簡字第461號民事判決、臺灣南投地方法院106年度原訴字第7號民事判決、臺灣南投地方法院104年度原訴字第22號民事判決同此意旨。

之移轉無效」，則依上揭規定所示，山地人民將其取得之耕作權轉讓，及在取得耕作權而未取得所有權之前，預期讓與所有權之法律效果，與取得山地保留地所有權後，如有移轉之法律效果規定不同。再參以該管理辦法僅係臺灣省政府自行發布之管理辦法，而由行政院所頒布之原住民保留地開發管理辦法，則係依山坡地保育利用條例第37條及農業發展條例第17條第2項規定（農業發展條例部分於90年間修正刪除）授權制定之中央法規，二者在制定機關、立法過程、法規位階等均有不同等情，應認違反臺灣省山地保留地管理辦法第8條第1項規定，亦即山地人民在未取得所有權之前，將其取得之耕作權轉讓，及未取得所有權之前預期讓與所有權之情形，均僅生主管機關得終止租賃或使用契約或訴請法院判決確定後撤銷其耕作權或地上權之法律效果，尚難認已構成違反民法第71條所稱禁止規定之行為（最高法院90年度台上字第262號判決意旨參照）……上訴人固稱系爭土地之買賣契約違反原住民保留地開發管理辦法第15條第1項規定為無效等等。惟依上開說明，系爭土地之買賣契約係於原住民保留地開發管理辦法公布施行前已成立，依法律不溯及既往原則，自無該辦法第15條取得限於繼承及贈與相關規定之適用，且系爭土地買賣契約是買賣耕作權及山地人民在未取得所有權之前，預期讓與所有權之情形，僅生主管機關得訴請法院判決確定後撤銷其耕作權之法律效果，尚難認已構成違反民法第71條所稱禁止規定之行為，故系爭土地

之買賣契約自屬有效。上訴人主張系爭土地之買賣契約無效，並不可採（臺灣高等法院臺中分院106年度原上易字第4號民事判決）。

### （五）本文見解

仔細觀察上述實務見解，對於買賣原住民保留地所有權之情形，可以區分為以下兩種不同情形：

#### 1. 非原住民買賣原住民保留地但約定未來若可辦理移轉時再予以辦理：

民法第246條第1項規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但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」，該條規定之不能給付通說認為係指自始客觀不能，亦即依社會觀念，其給付自始不能依債務本旨實現者而言，至於給付自始客觀給付不能之原因，有可能是法規之限制或是事實之狀態，但是此種狀態若可以除去且當事人於訂約並預期於不能之情形除去後為給付者，則契約仍為有效，只不過在不能之情形除去前，債權人上不得據以對債務人為給付之請求<sup>33</sup>。

原住民保留地所有權移轉制度雖然現行之山坡地保育利用條例及原開法均規範其承受以原住民為限，但此種限制原住民自由移轉之規範近年來爭議不斷，主要原因即為因為移轉限制，致使原住民保留地之「交易價格」無法以一般市場價格衡量，導致原住民保留地利用閒

註33：鄭冠宇（2019），《民法債編總論》，3版，第249-250頁，新學林。詹森林（2002），〈自始客觀不能（二）〉，《月旦法學教室》，2期，第53-56頁。楊佳元（2007），〈雙務契約給付不能之效力〉，《臺北大學法學論叢》，61期，第7頁。

置問題<sup>34</sup>，因此希望重新檢視原住民保留地是否可交由原住民自行決定之聲浪崛起，未來是否會重新就原住民保留地移轉之限制加以更改，尚無定論。

但無論如何，根據現行之規範，倘若直接將原住民保留地買賣給非原住民，應屬於自始客觀給付不能之型態而屬契約無效，但如同前述，若非原住民與原住民間買賣原住民保留地時，基於法規限制尚且無法移轉，惟當事人均同意若未來法規有變更可以移轉時才辦理移轉之約定時，本文認為符合民法第246條第1項但書之規定，其契約仍為有效。但須強調者為，此部分僅限於非原住民與原住民間就原住民保留地直接訂立未來若規範重新變更可辦理移轉時才辦理移轉登記之情形，不包含下述以借名登記於原住民名下之情形。

## 2.非原住民借用原住民名義買賣原住民保留地之情形：

上述實務所出現之四種不同見解，爭議最大即為此種類型之效力，最高法院大法庭之提案法律問題主要也是針對此爭議，此種以借名登記手段，形式上看似符合山坡地保育利用條例第37條第1項及原開法第18條第1項之規定移轉給

原住民，但事實上是非原住民買賣取得所有權之情形，本文認為其效力應為無效，主要理由為：

(1)借名登記或有以「消極信託」加以說明，然不管是何種名稱所指稱之事實均是相同的，不應以名稱不同而有不同之效力，且此種區分實際上並無太大意義<sup>35</sup>，一般認為不動產借名登記契約應可認為是違反強行規定或脫法行為而無效。縱使無法認為是違反強行規定而無效，由於該契約有過大的外部成本，因而如無法證明有正面功能，宜認為違反國家法針對私法自治領域理想秩序，認定其違反公序良俗而無效<sup>36</sup>。

(2)最高法院87年度台上字第2697號民事判決雖曾提出倘若有「確實之正當原因」則借名登記契約（消極信託）應為有效，然就原住民保留地買賣所有權之情形，其原因不外是為能規避法規規定僅能由原民住取得或者為能有效開發原住民保留地，此些原因均不足以作為借名契約有效確實之正當理由。

(3)不動產登記主要是達成公示效力，而能使不動產交易或規範得以落

註34：程明修（2017），〈原住民保留地土地所有權之空洞化現象〉，《臺灣原住民族法學》，3期，第25頁。

註35：謝哲勝（2010），〈借名登記之名消極信託之實——評最高法院98年度台上字第76號判決〉，《月旦裁判時報》，1期，第59-60頁。張新楣（2016），〈借名登記契約之爭議問題——以我國實務判決為中心〉，《司法周刊》，1830期，第2-2頁。

註36：黃健彰（2019），〈不動產借名登記契約有效性的檢討〉，《國立中正大學法學集刊》，64期，第99頁。謝哲勝（2008），〈消極信託和借名登記形同脫法行為——實務上相關判決評釋〉，氏著《財產法專題研究（六）》，第494-495頁，翰蘆。



實，然借名登記之原住民保留地將使人誤以為原住民擁有實質所有權，進而達到該辦法得以保障原住民生計之目的，但實際上之所有權人卻是借名登記契約之第三人，如此將無法落實有效管理不動產之目的，故應認為無效。

- (4)誠如臺灣高等法院花蓮分院107年原上易字第12號民事判決所述：「土地及天然資源乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟保障密不可分。以山坡地範圍內之原住民保留地而言，山坡地保育利用條例及原住民保留地開發管理辦法之規定，亦揭示該等原住民保留地之取得與移轉，均應限於原住民族，如此，方得確保該等土地確實永續供原住民族所用。是為落實維護及保障原住民族文化與政經地位，原保地開發管理辦法有關原住民保留地相關權益之取得限具有原住民身分之規定，自應從嚴解釋。雖然，如此堅守制度性之保障，可能肇致原住民保留地使用過於僵化，有礙市場流通性，使經濟或交易價值受到影響。惟考量政府未能全面有效提升原住民族經濟與生活，現今猶有相當多數原住民族生活經濟狀況處於劣勢，在交易市場幾無立於主導地位之可能，現階段仍有特別保護原住民保留地需為原住民族使用之

必要性，使其等能以土地為資產，世代延續傳統文化及逐漸改善原住民族生活經濟條件。是以，倘原住民族對於山坡地範圍內之原住民保留地權益取得、變易過程中，充其量僅係扮演形式名義人(俗稱人頭)之邊緣角色，自不應允許非原住民族以此方式取巧，而操弄、炒作該等原住民保留地，致原住民保留地應為原住民族所用之基本國策及立法意旨盪然落空」，若以借名登記之方式，將使現行原住民保留地之制度徒留形式而無實質意義。

因此本文認為原住民保留地若以借名登記之方式加以買賣應為無效，無效之理由雖有兩種不同見解，但此二種見解並無衝突，因為契約違反強行法規者，通常亦造成其給付在法律上自始客觀不能，從而導致該契約不但因民法第71條前段而無效，亦因民法第246第1項前段而無效<sup>37</sup>。至於有效說，認為原開法第18條第1項之規定，應非禁止規定或者借名登記並非脫法行為，法律並未禁止借名登記之方式，實則誤解借名登記之性質與效力，本文不採此見解。第三說則以可適用民法第246條第1項但書認為仍有效，然而借名登記之情形於借名後因形式上符合移轉規定，實質辦理移轉，與該條文但書所述之情形並

註37：詹森林，前揭註33，第54頁。



不相同，該見解以但書認定為有效，本文亦認為不可採；第四說雖採區分說，然其主要在於以原開法公布施行前後作為區分，實際上若是發生於公布施行後之移轉行為，仍回到前述爭議而應認為屬無效，本文認為其區分並無多大實益。

### 三、小結

原住民保留地為能落實原住民之保障，因此使原住民對於原住民保留地能夠取得使用權，並依據使用權轉換取得所有權，但因原住民保留地開發之需求，縱使已經有相關規範辦法，但原住民保留地私下買賣之現況仍層出不窮，因此原住民買賣原住民保留地之效力爭議不斷，最高法院大法庭雖尚未就該爭議做出最後之裁判，但未來一旦做成裁判後，對於各級法院將有實質拘束力，仍不得不謹慎看待，本文以為依據目前之規範，對於原住民保留地使用權或所有權之買賣以無效為原則，僅有在極少數之情況有適用民法第246條第1項但書之可能性。

### 伍、結論

原住民保留地制度之由來已久，其最早之雛形可追至之清代開始並持續沿用至今，表面看似是基於特別保障原住民生活經濟目

的，藉由禁止原住民保留地恣意移轉之規定，使原住民得以永久生活於該土地上，但其保留制度的本身背後實際上卻是充滿殖民掠奪再予以分配之意義，但因此而衍生制訂出現行對於原住民保留地之原開法規範。

原住民保留地之權利型態依原住民保留地開發管理辦法有所不同，且各自設有依法取得之方式。但原住民若對原住民保留地權利進行買賣，則會依照規範之不同而產生不同之效力，最具爭議之方式則為借名登記買賣原住民保留地之所有權，實務為此甚至產生諸多不同效力之歧異見解。

本文先就原住民保留地之沿革、權利取得及買賣分別進行討論，本文認為原住民保留地之編定，旨在透過行政手段，保障依法受配原住民之生活，扶助原住民藉由保留地之開發使用，得以自立更生，維持生活所需。其法規之目的不僅在保障原住民經濟生活，避免保留地流入一般市場，成為人人得以交易的財貨，更為透過保留地之編定，促使原住民在其傳統文化所深植之土地上，繼續保存、傳承、發揚優良的族群特色，從中找尋認同，進而開發其族群賴以維繫及繁榮衍生之經濟生活模式，以符合國家編定保留地保障原住民之法制精神，因此主張原住民保留地權利買賣之效力應屬無效，始能達成原住民保留地規範之目的。（投稿日期：2021年3月18日）