

# 非原住民借名承買原住民保留地之問題研究

## Analysis of the Registration of the Non-Indigen as the Transferee in the Name of the Indigen in a Contract for the Transfer of Indigenous Reserve

陳 忠 將\*

Chung-Chuan Chen

### 摘 要

基於原住民之保護，原住民保留地依法原則上僅得登記為原住民之所有，實務上卻有非原住民以原住民保留地為交易標的之契約，依民法第 71 條之規定而當然無效，或依民法第 246 條之規定決定其效力之爭議。若依民法第 246 條規定決定交易行為效力時，即有脫法行為規劃之空間。本文採不同理由，但認同最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定之結論，出賣人與買受人之非原住民約定，將依契約而得取得之標的，登記為以借名登記之出名人原住民所有，彼此若同時設定地上權予該非原住民之買受人時，則整體交易行為屬迂迴違反民法第 71 條本文規定，當然無效，而契約當事人間對原已交付之標的物即須負回復原狀之義務。意即買受人須返還無權占有物予出賣人及塗銷地上權之登記，出名人應塗銷所有權之移轉登記，而出賣人對於借名人之費用支出，依其性質及規定，負償還之責任。此外，

---

投稿日期：112.09.01      接受刊登日期：112.10.15      最後修訂日期：112.10.26

\* 國立東華大學法律學系副教授，德國哥廷根大學法學博士。

Associate Professor, National Dong Hwa University; Doctor of Law, Goettingen University, Germany.

若借名登記人將登記在自己名義之原住民保留地交易、移轉登記於第三人時，當然也有登記絕對效力規定之適用。

**關鍵詞：**原住民；原住民保留地；禁止規定；借名登記；不法原因給付

## 目 次

壹、前言

貳、原住民保留地制度沿革

一、臺灣光復之前

二、臺灣光復之後

參、非原住民借名迂迴承買原住民保留地契約之效力

一、「原住民」及原住民保留地之意義

二、非原住民買受原住民保留地所締結債權契約之效力

肆、不法原因之給付

一、不法原因給付立法理由

二、不法原因給付在適用上之構成要件

三、不法原因而為之給付之法律效果：不法原因而為之給付不得請求返還

四、民法第 180 條第 4 款規定類推適用於所有物返還請求權之問題

五、評析（代小結）

伍、非原住民借名迂迴承買原住民保留地契約被判定無效後之回復關係

一、在三人契約關係間無效之縮短給付回復關係

二、買賣價金之返還

三、無權自主占有人費用支出之償還

陸、結論

## 壹、前言

由於近年來頻傳非原住民取得原住民保留地之社會現象，在 2021 年「報導者」出刊的專題「山頭上的掠奪」<sup>1</sup>中，特別詳述了仲介業者一條龍的操作手法。業者以「代找具有原住民身分之年輕人頭」、「與該出名人之人頭締結長期無租金之租賃契約」廣告，且協助擁有資金之非原住民投資客辦理設定地上權、農育權或典權，為了確保避免該人頭違約將所有權處分於他人，再以該買賣標的物設定及登記之高額抵押權等複雜脫法交易行為之宣傳，銷售原住民保留地。

依山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項之行為規範命令中規定，原住民保留地所有權之移轉，應以原住民為限。然而依此規定之文義解釋及在法律保留原則之適用下，前述之仲介業者仍得藉由買受之非原住民受私法自治原則之保障，以不移轉所有權，而仍維持原所有權人在土地登記簿上之名義，並以財產權在使用、收益之安排及授予處分權方式，先設定用益物權或土地之租賃契約出租予實質買受之非原住民，再進一步透過虛創消費借貸關係，輔以高額抵押權設定之保障，從而使買受人取得所有權之實質內容，而名義上所有權人之原住民地主，則僅是擁有一個所謂「名存實亡、虛假的所有權」<sup>2</sup>。對此現象中有關原住民保留地使用、收益法律關係上之安排，除了其中消費借貸與抵押權之設定得以通謀虛偽意思表示及主債務不存在附從性質之考量，被否認其具有無瑕疵之有效性外，其餘部分之法律關係，原則上則不宜逕行認定其違反上述禁止規範，完全否認其效力。

- 
- 1 嚴文廷、何柏均、林慧貞、何榮幸、陳曉威，山頭上的掠奪，<https://www.twreporter.org/a/aboriginal-reserve-camping-and-hot-spring-area-chaos>（最後瀏覽日期：2023 年 10 月 19 日）。
  - 2 程明修，原住民保留地所有權之空洞化現象，臺灣原住民法學，第 3 期，頁 25，2017 年 12 月；監察院 105 年 6 月 1 日 105 內調 0047 號調查報告，頁 7、9。

另一種由非原住民實質上享有原住民保留地使用、收益之型態，但礙於非原住民源於法令之限制無法辦理欲買受之原住民保留地所有權名義之移轉變更登記，因此先請願意出借具有原住民身分之第三人，以其名義將所有權為移轉變更之登記，但實際上使用、收益之人，則為該借名登記契約之非原住民；或者以形式上合夥經營契約之方式，但實質上對於該合夥財產之原住民保留地使用、收益之人，則為該實質出資之非原住民合夥人<sup>3</sup>。由上述諸種案例類型可知，係以保留地所有權之移轉變動之登記發生在皆具有原住民身分之讓與人與受讓人之間，因而得以規避上述有關保留地受讓人身分要求之限制規定。同樣為了避免原住民保留地登記名義之第三人擅自移轉保留地於他人，通常非原住民之實質所有權人（在稅法上則稱之為經濟上之所有權人）也會與出名登記之原住民合意設定高額的抵押權，以保障該非原住民（實質買受人）之使用、收益權限；而永久地上權、典權之設定或不定期限土地租賃契約之締結等，亦屬方法上可能之選項。

對於上述利用具原住民身分之第三人借名登記之情形，實務上長期以來一直存在有效性之爭議。核心之問題在於上述受讓人身分限制相關之規定，是否屬於民法第 71 條之禁止規定<sup>4</sup>或僅是第 246 條規定適用之

- 
- 3 監察院，同前註，頁 7。對於與此土地所有權取得人身分限制相似相關之舊土地法第 30 條非自耕農購買農地之買賣契約，最高法院 97 年度台上字第 1533 號民事判決中，並無肯定農地之買受人以非自耕農與自耕農之合夥契約形式，締結買賣契約之效力；學者則認為此判決認定事實之合夥關係，不符合當事人之本意。嚴格言之，當事人間真實意思應為締結隱名合夥之契約關係，因而該出名人之自耕農單獨取得耕地之所有權，該非自耕農之隱名合夥人僅取得耕地之使用、收益經濟上利益而已，最高法院逕自否認買賣契約之效力，與前審法院認定耕地所有權移轉有效不符。劉昭辰，債法總論實例研習－法定之債，頁 57，三民書局股份有限公司，2010 年 9 月。
  - 4 詹森林著，范光群教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，效力規定與取締規定之區別標準－最高法院裁判之評析，程序正義、人權保障與司法改革－范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁 303-304，元照出版有限公司，2009 年 3 月。

對象？持無效說之見解<sup>5</sup>認為：「…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」。反之，採有效說之見解<sup>6</sup>則認為：「出售原住民保留地與非原住民者，如同時約定登記與買受人所指定具有原住民身分之人，此項約定，非為法律所不許，難謂係以不能之給付為標的，其契約為有效。」。

對於上述原住民保留地受讓人在主體資格上限制規定效力之爭議，本文擬就借名登記與禁止規定之關係、不法原因給付之性質，及契約若為無效後，已為給付之回復原狀之權利義務等部分，就學說與與實務見解上之差異加以比較分析，期待能對此議題紛爭，提供一己之法律見解，雖是管窺蠡測，應當尚能有所助益。

## 貳、原住民保留地制度沿革

由於原住民對於土地之關係與漢人之私人所有權之觀念不同，原住民係以勢力範圍界定彼此間在土地上之關係；傳統上原住民將土地之使用區別為社地、獵場、漁區及耕地之類型，除了有些耕地可能為家族私有外，其餘概皆歸屬於生產團體或親族團體所共有，然而各原住民族群間仍存在著差異性<sup>7</sup>。

---

5 最高法院 100 年度台上字第 775 號民事判決。最高法院 106 年台上字第 2538 號民事判決對於與原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權移轉予非原住民亦認為，1990 年 3 月 26 日頒布之原住民保留地開發管理辦法（原名山胞保留地開發管理辦法）第 15 條第 1 項規定「山胞取得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、不得轉讓或出租」，均為效力規定，如有違反，依民法第 71 條規定，應均屬無效。最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定（併案：最高法院 109 年度台上字第 1302 號及 110 年度台上字第 709 號民事裁定）對於一條龍交易之整體行為亦採違反第 71 條本文規定，併為無效之裁定。

6 最高法院 87 年台上字第 2677 號、102 年度台上字第 2189 號民事判決、108 年度台上字第 803 號民事裁定。

7 林秋綿，台灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討，台灣土地研究，第 2

因而在探討前述實務爭議之前，本文擬先說明原住民與其土地在歷經多次與不同國家政權在歷史上碰觸時，曾經發生過的捍衛自己土地主權之各種緊張情勢。

## 一、臺灣光復之前

1620 年前，原住民在臺灣是當時唯一的族群，全島的平原、丘陵與高山都是原住民生活地空間，土地屬於氏族共有，或名義上為頭目、長老或貴族所有，然而並非現行法制上所有權之觀念，而是僅具任其自由遷徙、狩獵之意義。

1624 至 1662 年荷蘭東印度公司佔據臺灣期間，在建構封建體制「領主」與「封臣」關係下，在臺灣的原住民仍得大部分保有土地上原有之權利<sup>8</sup>；為了開發臺灣殖民地，荷蘭當局招喚漢人移入臺灣從事開墾活動，包括提供農墾所需之物資，且將非屬原住民之土地售予所有權，協助移民漢人排除原住民的騷擾，確實建立了當時在臺灣的漢人墾植區<sup>9</sup>。其次，再透過專賣租佃執照拍賣制度及利用漢人開墾活動，而此種方式引起了原住民與漢人間在土地利用上之緊張關係，並導致原住民（平埔族）典賣其原有之鹿場耕地，並逐漸喪失對原有土地上之優勢地位<sup>10</sup>。

在明朝鄭成功成功驅離荷蘭人後，在臺灣正式引進了中國傳統的產權觀念。藉由屯田政策，將軍隊駐紮於農耕地，並以軍隊武力排除了原住民的反抗。此時，只要文武官員有意願開墾土地，在不侵犯原住民既有農地之前提下，經過報備，即能取得原屬原住民獵場土地的所有權，

---

期，頁 25-26，2001 年 5 月。

8 王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，國立臺灣大學法學論叢，第 44 卷，第 4 期，頁 1646，2015 年 12 月。

9 同前註，頁 1647。

10 林秋綿，同註 7，頁 26-27。

亦即原屬原住民部落共有的獵場土地，被明鄭時期文武官員當作荒地開墾，並成為所開墾土地的所有權人<sup>11</sup>。

明鄭降清後，清朝治理臺灣初期採取「為防台而治台」之政策，因而延續明鄭時期「隔離民蕃」之統治方式，亦採取以明鄭時期之「土牛」方式，為清朝在臺灣的版圖界線<sup>12</sup>，並且將當時居住在線外的「高山族原住民」視為不在天朝治理版圖內之境外「生蕃人」。對於這些「高山族原住民」而言，由於居住於不受清朝統治之「境外」，乃得以依原來固有之方式繼續生活<sup>13</sup>。

如上所述，由於在現行法制族群平等實現前，以中原天朝自居之漢民族及伸張統治正當性而維持中原文化之清朝，皆視臺灣原住民為「蕃」，並依是否在荷、明鄭時期被納入管轄或漸受漢化之原住民，作為土牛界線內外分類為「熟蕃」<sup>14</sup>或「生蕃」差別待遇之依據。清朝初期對於「生蕃」係採臺灣蕃地封禁之政策，亦即所謂的族群分化的統治策略，利用蕃地封禁與土地政策，使在臺灣的漢人、熟蕃與生蕃彼此間達到相互牽制之目的。雖然上述封禁政策於清朝同治 13 年（1874 年）時期沈葆楨來臺灣實施「開山撫蕃」而正式廢止，然而實際上蕃地封禁政策並未被有效奉行，更早於乾隆晚期就已被地方官員放棄了。在實施「開山撫蕃」政策後，在臺灣西部地區，即以「土牛」界線隔離成不同土地屯墾區：（一）漢墾區，在土牛界往西至海岸線；（二）熟蕃保留區，位於土牛界至屯界之間；（三）隘墾區，從屯界以東至隘防邊界之間<sup>15</sup>。上述三區雖有不同之開墾模式，但皆形成一田二主之制度，即在同一土

---

11 林秋綿，同註 7，頁 28。

12 王泰升，同註 8，頁 1652。

13 同前註。

14 「熟蕃」可能因其居住於最早開發的台灣本島西南部和北部的平原地帶，所以漢人又稱之為「平埔族」，詳參同前註。

15 林文凱，晚清台灣開山撫蕃事業新探—兼論十九世紀台灣史的延續與轉型，漢學研究，第 32 卷，第 2 期，頁 158，2014 年 6 月。



地上擁有大租戶與小租戶之兩種地主存在<sup>16</sup>。

上述依清朝之法所為特定區之劃分，並不能阻止原住民族（清朝所謂之生蕃）漸漸喪失對自己原有土地之掌控權，因為在清朝所設定之生蕃區之土地上，清朝已移居臺灣之漢人仍可設隘開墾土地<sup>17</sup>。甚至在 1886 年時，當時由劉銘傳在臺主政時期，積極往中央山脈推進設隘，以阻隔生蕃之侵犯，因而也再度縮減了生蕃的活動區域。

相對於清朝以中原政權自居之漢人觀點，將版圖外生蕃區之原住民族視為治外「非人」，表明不欲統治之態度；對於在熟蕃區原住民族，則因採取「蕃業漢佃」政策，也使其逐漸喪失對於原有熟蕃地之掌握<sup>18</sup>。由於「熟蕃」已被編入版籍，雖然依清朝法制無須因其身為業主對擁有之土地繳納田賦，然而仍須繳納充公之屯田屯租作為蕃餉之來源及服邊防勞役<sup>19</sup>之任務。

然而依清朝在臺漢人之民間習慣，如若承租土地之佃戶自行出資開墾田地者，即得以成為實質控制田地之業主（或可稱之為實質之地主），亦即在大小租之形態下，雖然依清朝當時之律例，小租戶並未取得業戶之地位，但仍是被社會公認為業主之小租戶。從而身為漢人之業戶都難

---

16 在清朝採取此種蕃產漢佃之態度下，基本上承認了原住民業主私有地權，同時意謂著部落地權之私有化。亦即在接受漢人一田二主地權結構觀點下，原住民業主之地權分裂成收租權與佃作權；原住民業主變成租主，只有收租權卻喪失了管產權，致使原住民與他們土地間之關係漸行漸遠。甚至在大租主缺銀錢時，將租業典賣給其田主（小租戶），此時原有之業主與佃戶間即轉變成為典主與銀主之典借關係。詳參林秋綿，同註 7，頁 29。

17 王泰升，同註 8，頁 1655。

18 同前註，頁 1656。

19 在前述屯墾區之熟番保留區裡，由熟番向漢人小租戶收取番大租，本區內另有田園被充公為屯田，須向官府繳納屯租以供轉發屯番薪餉；本區田園因熟番需要負擔屯防任務協助官府維持臺地治安，所以熟番保留區田園不用陞科納稅。至於隘墾區之田園，由隘墾戶向墾區內的小租戶收取隘糧大租，小租戶一樣可自耕或交由現佃耕人佃耕；隘墾區的田園同樣無須陞科納稅，但收取隘租的隘墾戶須承擔防範生番的任務。詳參林文凱，同註 15，頁 158-159。

免成為僅能收租之大租戶，熟蕃業戶更是無法避免喪失對自己之原有土地之實質支配力。就在此種清朝在臺漢人之（習慣）法為準之觀點下，熟蕃對自己原有之生活用地空間，也逐日隨之喪失縮減<sup>20</sup>。

1895 年清朝與日本爆發戰爭，清朝落敗，雙方簽訂馬關條約時，將臺灣、澎湖及相關島嶼割讓與日本。日本統治臺灣初期，1895 年日本在臺總督府頒布「官有林野及樟腦製造業取締規則」，其中第 1 條規定：「無官方證據，及山林原野之地契，算為官地」，將「蕃地」收歸為日本政府官方所有，然因此時日本政府仍忙於對付漢人之反日行動，無暇實際處置「蕃地」，所以實質上原住民仍得實際上享有對原有土地之使用權利。而此時日本統治臺灣原住民的理蕃政策，係先將山胞分為「熟蕃」、「化蕃」及「生蕃」三種，僅前者生活在漢人所在之普通行政區域，同時對其土地所有權仍依舊慣例承認享有；但是對於後兩者，則依同化程度而為差別之待遇，令其居住於特殊行政區域，對於土地所有權之享有，則依歸化程度而為不同之處置決定。其次，1903 年、1904 年接連頒布「關於大租權確定之件」、「關於大租權整理之件」，作為處理清代時期臺灣「蕃業漢佃」政策實施時，所產生蕃大租戶僅享有虛存之業主權，而實質對土地支配力早已移轉至漢小租戶手中，鑒於兩者間權利關係複雜，管理不便，恐導致妨礙日本臺灣總督府治臺政策時之措施，乃藉由上述之規定，逐漸廢止蕃大租戶之大租權，終而將土地權能歸屬於漢小租戶<sup>21</sup>。

自 1904 年起，因在臺平地人已為日本所平定，日本當局展開大舉討伐不願歸順之原住民，至 1938 年之期間，也被稱為威壓時期。此外，日本臺灣總督府展開「蕃界土地調查五年事業」，調查完畢後，蕃地從此成為日本政府實質佔有之土地，又稱為「官有地」。這些「官有地」

---

20 王泰升，同註 8，頁 1656。

21 顏愛靜、陳亭伊，原住民族土地制度變遷及課題與對策之研析，台灣原住民族研究學報，第 2 卷，第 2 期，頁 3，2012 年 6 月。

僅分配於歸順之原住民，然而在這些「官有地」上，有時已有日本人或漢人居住，因而不可避免地再度發生「民蕃雜處」（此為當時對於原住民否認為法律上權利主體之用語）之土地紛爭<sup>22</sup>。

1914年時，日本臺灣總督府制定了「林野整理事業處理規程」<sup>23</sup>，依第1條之規定，將官有林野區分為需要保留林野（要存置林野）及不需要保留林野（不要存置林野）；又依第2條之規定：「要存置林野之選定標準為：…（8）上述以外有特別保留之必要者或認定為『生蕃地』列為必要保存者。」於1925年時，日本政府為了更精確掌握原住民土地之範圍，建立了「十五年繼續視野的土地調查」<sup>24</sup>。在完整調查完畢之後，於1928年頒布日令81號「森林事業計劃事業規程」，其中第8條明定<sup>25</sup>：「符合下列各項者，即為準要存置林野：…2. 因『蕃人』生活需要保留者。3. 因『理蕃』上為獎勵『蕃人』移居需要特別保留者。…」依上述規程之內容，若認定某區域屬於「生蕃地」必要保留者時，即列為準要存置林野；若認為特定區域屬於「蕃人」生活上所需保留者時，及因「理蕃」而為獎勵「蕃人」移居之需要而特別保留時，即將該等區域列為準要存置林野。隨後於1928年10月，日本臺灣總督府產殖局頒布第3523號文「蕃人使用保留面積標準有關要件」，將官有林野中，因撫育原住民族之需要，作為專供山胞使用之生活空間，劃出近45萬公頃山地作為為準要存置林野，並將之稱為「高砂族保留地」。此種保留地之劃分，將土地所有權歸為官方所有，僅將土地使用之專屬權限歸之於部落，改變了原住民族原有傳統之產權型態<sup>26</sup>，卻也成為日後臺灣光復時，

---

22 林秋綿，同註7，頁31。

23 顏愛靜、陳亭伊，同註21，頁4（註4）。

24 林秋綿，同註7，頁31。

25 顏愛靜、陳亭伊，同註21，頁4（註5）。

26 以泰雅族為例，獵場為部落族人所共有共用之場域，僅在某些承認農地得享有私有產權之部落，得因開墾先占而取得各自之所有權，然而在部分農地公有之部落裡，農地之使用則仍須經過公眾共同協議始得為之。而日本殖民政府對於

中華民國政府保留地制度之規劃雛形<sup>27</sup>。

## 二、臺灣光復之後

原住民族對於自己土地之主權在歷經荷蘭東印度公司、明朝鄭成功、清朝及日本等不同國家政權接觸而發生各種捍衛之緊張衝突情勢後，1947年中華民國政府來臺，於1948年訂定「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」作為管理、開發山地保留地之依據。此時之政府係將國有之山地，劃分為「山地保留地」以及林班地或政府用地，而沿襲日治時期「高砂族保留地」所設置之「山地保留地」，則僅僅是將法律上歸屬為「國有土地」中之一部份，保留提供給居住於地方行政區劃上稱之為「山地鄉」高山上之原住民族（當時特稱為山地同胞）收益及使用<sup>28</sup>。

隨後因應環境變遷及管理需要，上述原住民保留地之管理法規亦隨之陸續加以制定及修正。首先於1960年訂頒「臺灣省山地保留地管理辦法」、1966年對「臺灣省山地保留地管理辦法」<sup>29</sup>進行修訂、1974年「臺灣省山地保留地管理辦法」接續修訂其內容、於1990年時則改訂頒「山胞保留地開發管理辦法」<sup>30</sup>，之後於1995年再更名為「原住民保留地開發管理辦法」，最近一次為2019年進行之修訂<sup>31</sup>，此時即明定原

---

原住民土地所採取之政策，徹底顛覆了上述泰雅族傳統產權體制，造成了部落族人間土地使用之紛爭，同時破壞了其部落內部裡原有之凝聚力。詳參顏愛靜、陳亭伊，同註21，頁5。

27 同前註。

28 王泰升，同註8，頁1676。

29 本辦法此次修正之第7條明定，「地籍測量完竣地區，山地人民對其所使用之山地保留地，應按左列規定取得土地權利：1. 農地登記耕作權，於登記繼續耕作滿十年，無償取得土地所有權，…；2. 建築用地登記地上權，繼續無償使用，於前款農地移轉時，隨同農地一併無償移轉；3. 林地准予聲請租地造林，其租期不得超十年…；4. 牧地准予承租經營，其租期不得超過十年。」。

30 此次修正將設定取得他項權利後自行繼續經營之年限，由十年縮短為五年。

31 此次修正刪除原住民須取得耕作權、地上權滿五年，始無償取得原住民保留地

住民得直接申請無償取得原住民保留地之所有權，並刪除原有取得耕作權或地上權滿 5 年，始得申請所有權登記之限制。其後為因應原住民族社會要求提升「原住民保留地開發管理辦法」為法律位階之主張，乃研議「原住民保留地開發管理條例草案」<sup>32</sup>，行政院則於 2022 年通過草案，送請立法院審議。

## 參、非原住民借名迂迴承買原住民保留地契約之效力

### 一、「原住民」及原住民保留地之意義

依原住民保留地開發管理辦法第 4 條規定，本辦法所稱原住民，指山地原住民及平地原主民。對於原住民保留地之意義，則依原住民保留地開發管理辦法第 3 條之規定：本辦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。」。

### 二、非原住民買受原住民保留地所締結債權契約之效力

#### （一）買受人原住民身分要求與契約之效力

原住民保留地所有權之移轉，其受讓人以原住民為限，「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 項定有明文。以原住民保留地為標的物之買賣契約，當事人締結契約之

---

所有權之規定，故除了修正法規第 1 條之授權依據，亦刪除輔導原住民設定耕作權、地上權之相關規定。該辦法的修正係考量該等土地或於該開發管理辦法施行前早已由原住民開墾完竣並世代使用，或已完成造林、居住使用，然該辦法發布施行後，規定其應先設定耕作權或地上權滿五年方能取得所有權，實不合理，爰刪除其限制，將原住民保留地所有權直接回復予原住民，並協助原住民辦理所有權之移轉登記。

32 王泰升，同註 8，頁 1690。

目的，係在於移轉該原住民保留地之所有權（民法第 348 條第 1 項），從而若買賣雙方約定以非原住民之買受人為原住民保留地之承受人時，該買賣契約是否會發生效力？亦即此買賣契約是否因違反原住民保留地相關之規定，究竟是依民法第 71 條，或者是適用第 246 條之規定而無效<sup>33</sup>？此即為長期實務上核心之爭議。

## （二）非原住民利用借名登記契約以具原住民身分之出名人買受原住民保留地之效力

在原住民保留地之買賣契約中，若買受人為非原住民者，實務之見解中<sup>34</sup>，曾以該買賣契約屬於自始客觀不能，依民法第 246 條第 1 項本文之規定，原則上無效。因此為了因應此項規定，買受人乃與出賣人約定，將該保留地移轉登記予指定之具原住民身分第三人，即得依民法第 246 條第 1 項但書之規定，規避契約原為無效之規定。此即實務上常見之非原住民以具原住民身分第三人借名登記之現象<sup>35</sup>。

---

33 1946 年為執行農地農有政策，於舊土地法第 30 條規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。」其後於 1975 年增訂第 2 項規定：「違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」而修正後之山坡地保育利用條例第 37 條之規定並為有如舊土地法第 30 條第 2 項相同之該移轉行為無效之規定。詳參陳榮傳，原住民保留地的借名登記—大法庭裁定的商榷，月旦法學教室，第 237 期，頁 11-13，2022 年 7 月。

34 最高法院 108 年度台上字第 803 號民事裁定、臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上字第 61 號民事判決。

35 參與此次民事大法庭裁定之法官認為，非原住民藉由數法律行為之結合，以抵押權及地上權之設定取得原住民保留地之交易價值與使用收益價值之權限後，再結合借名登記契約及買賣契約之方式，將原保地移轉登記為「人頭」所有，以茲規避相關法規之限制，此又稱為原保地買賣一條龍之手法。詳參鍾任賜，「非原住民得因法律行為而『取得』原住民保留地？—淺論最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定及相關問題」，第九屆原住民族傳統習慣與國家法治研討會，原住民族委員會，新北，2022 年 10 月 22 日，頁 7。

## 1. 最高法院民事大法庭 108 年度台上大字 1636 號裁定前實務之見解

最高法院 102 年度台上字第 2189 號民事判決認為：「出售原住民保留地與無原住民身分者，如同時約定登記與買受人所指定具有原住民身分之人，此項約定，非為法律所不許，難謂係以不能之給付為標的，其契約為有效<sup>36</sup>。」。準此以觀，該項規定係屬效力規定，如有違反，依民法第 246 條第 1 項本文規定，應屬無效。基此判決之見解，可以評價本判決之思維為，在援用「規避已修正之舊土地法第 30 條第 1 項之禁止規定」而訂立之借名登記契約，在長期最高法院見解之原有脈絡下<sup>37</sup>，將前述例外認定無效借名登記之見解，同樣延伸用以評價「原住民保留地買賣予非原住民」案型，即可解決關於借名登記契約之效力問題。同時鑒於最高法院經過數十年的發展，對於借名登記之爭議，已經形成穩定之見解，採取「原則有效，例外無效」之思考架構<sup>38</sup>。亦即只要借名

---

36 按借名登記契約為繼續性契約，出名人於契約屆滿或終止時，應將系爭不動產回復登記與借名人或借名人指定之第三人。本件似乎得解釋為，金○玉與陳○女（原住民）成立借名登記契約，因金○玉非原住民，勢將永遠無法承受系爭原住民保留地之移轉登記，陳○女得形式上終局保有該土地；縱金○玉指定陳○女將該土地移轉與第三人，該第三人亦須具有原住民身分，始得為移轉登記，如此與該辦法之規範目的在形式上並無違反。然金○玉日後依借名登記契約請求陳○女回復登記給自己時，則會面臨「以自始不能為借名登記契約標的，該借名契約依民法第 246 條第 1 項本文規定為無效」之結果。

37 最高法院 93 年度台上字第 919 號民事判決即認為：…且「借名登記與信託法公布前之信託行為，二者要件並不相同，…法律又無禁止借用他人名義為不動產登記，則楊○仁及邱○祥二人與被上訴人間有無成立借名之無名契約，可否認為楊○仁及邱○祥二人不得本於債之關係對被上訴人為請求，即非無研酌之餘地。」。

38 詳參臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上字第 61 號民事判決：「系爭土地係原住民保留地，實際出賣人施明清非具原住民身分，依原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項之規定，不能承受系爭土地所有權移轉登記，且訂約時亦未具體指定或約定由出賣人指定具原住民身分之第三人為移轉所有權登記名義人，則系爭買賣契約係以不能給付為標的，依民法第 246 條第 1 項前段，應為無效。」

登記之契約符合最高法院長期判決所採「目的或內容無違強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當」之前提下，即應認為出售原住民保留地與無原住民身分者，如同時約定登記與買受人所指定具有原住民身分之人時，即應評價該契約為有效之結論<sup>39</sup>。

最高法院 100 年度台上字第 775 號民事判決則採不同見解，謂：「…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<sup>40</sup>，依法無效。」判決理由中認為：「原住民保留地開發管理辦法第 18 條係一強行規定，違反該規定之原住民保留地買賣契約及借名契約均屬無效。」相似此判決之見解<sup>41</sup>，其思考係以合憲性之解釋，認為原住民保留地開發管理辦法第 18 條之規定，其立法目的係為保障原住民族自治，維持原住民生存之基本需求，並維護其生活品質等，並鑒於保障原住民族政策具有憲法位階，甚至在憲法增修條文第 10 條第 12 項中有所明定<sup>42</sup>。因此限於原住民身分者始得承受原

---

最高法院 87 年度台上字第 2677 號、92 年度台上字第 2189 號民事判決。

- 39 詳參吳從周，民事大法庭裁定選評之一：「原住民保留地買賣予非原住民」案一評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，月旦裁判時報，第 113 期，頁 22-23，2021 年 11 月。
- 40 在有關私有農地買受人借名登記移轉與第三人之最高法院 94 年度台上字第 907 號民事判決，即認為：「…兩造間既有以被上訴人名義辦理係爭土地所有權移轉登記之合意，是兩造間所成立者，應僅係單純借名登記之無名契約，惟亦在規避修正前土地法第 30 條第 1 項之規定，仍屬脫法行為，自無保護之必要，…之買賣契約為無效。」。
- 41 最高法院 88 年台上字第 3075 號民事判決亦採相似之見解認為：「…上訴人並非居住於桃園縣復興鄉，…並未實際從事耕作，難認其有自耕能力，其買受系爭農地，即係以不能之給付為契約標的，…上訴人復未能證明有民法第二百四十六條第一項但書或同條第二項規定之情形，依同條第一項前段規定，其契約應屬無效。次按行政院頒布之山胞保留地開發管理辦法…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，依民法第七十一條規定，應屬無效。」。
- 42 在此憲法委託下，立法者於 2005 年 2 月 5 日制定了原住民族基本法。藉此國家積極創設了各種不同制度，型塑了原住民族在傳統文化上自由開展的客觀環



住民保留地，而原住民土地所有權除了具有財產權性質外，尚具有生存權之性質。亦即，若土地所有權人是以該土地作為確保生活或生存的依據時，便具有生存權保障之特質<sup>43</sup>。在此觀點下，應不容許藉由私法自治之手段、由非原住民以借名登記方式實質取得原住民保留地之考量餘地。

上述實務之判決，係在我國民事大法庭裁定<sup>44</sup>之前，最高法院對於

---

境，並因此落實了原住民文化集體權在憲法委託下的國家義務。詳參許育典，原住民集體權在憲法的保障：以原住民保留地為例，台灣法學雜誌，第 379 期，頁 62，2019 年 11 月。

43 詳參，同前註，頁 69。

44 對於最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定中認為：「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，違反系爭規定之意旨，依民法第 71 條本文，亦屬無效」之結論，有學者提出質疑認為，關於借名登記契約之效力如何，最高法院經過數十年的發展，已經形成穩定之見解，採取「原則有效，例外無效」之見解架構。亦即只要借名登記之契約符合最高法院長期判決所採「目的或內容無違強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當」之其提下，應為有效。而所謂之原因不正當，實務上長期以來認為屬於脫法行為之案型，主要是針對「規避已修正之舊土地法第 30 條第 1 項之禁止規定」而訂立之借名登記契約。因而最高法院只須在這個自己見解之原有脈絡下，將前述例外認定無效借名登記之見解，同樣延伸用以評價「原住民保留地買賣予非原住民」案型，即可解決問題，亦不至於貿然造成在本法庭裁定出現宣示：「原住民保留地買賣予非原住民」案型之借名登記因違反強制規定而無效之見解時，引發最高法院是否變更見解認為「借名登記契約均為脫法行為，無效」之整體圖像的疑慮，詳參吳從周，同註 39，頁 22-23。相似之見解對於法律禁止之自始客觀給付不能即認為，法律上不能與法律行為標的不法，應予區別。前者契約內容並無不法，僅債務人之給付因法律強制規定而不能實現。其以舊土地法第 30 條私有農地限於自耕農方得承受為例，認為關於約定負擔移轉該項土地所有權之債之契約，並不在限制之列，故約定出售私有農地於無自耕能力者，其訂定之農地買賣契約，尚非違反強制規定，不得依民法第 71 條前段規定認為標的不法而無效。惟移轉私有農地之所有權於無自耕能力之人則因違反修正前土地法第 30 條第 2 項規定而為法律上之給付不能。反之若當事人約定以走私方法進口違禁物品者，此債之契約即因標的不法而無效，與標的不能而無效者，兩者原因不同，詳參孫森焱，民法債編總論（下），頁 516，自版，2014 年 11 月，修訂新版。

非原住民買受原住民保留地時，買受人藉由與原住民之第三人間之借名登記契約，所生見解上之分歧。在最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號則裁定：「當事人為規避系爭規定之之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定之意旨，依民法第 71 條本文，亦屬無效」之結論後，依法院組織法第 51 條之 10 之規定，對提案庭提交之案件具有拘束力；然而，對於未來其他相似之案件，有學者<sup>45</sup>則呼應林恩山法官不同意見書<sup>46、47</sup>之結論，認為仍存在檢討並改變大法庭所持見解之空間<sup>48</sup>。鑒於借名登記之複雜性，本文以下部分先

---

45 陳榮傳，同註 33，頁 10。

46 最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號對於原住民保留地設定地上權予非原住民亦因違反民法第 71 條規定而無效之結論部份，林恩山法官提出不同意見書認為，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 項規定僅明文禁止非原住民取得保留地之所有權，並未禁止取得地上權。禁止規定應從嚴解釋，使人民得以預測，避免無謂之損害。法律既無明文禁止，人民即無規避法律問題。不得因本件買賣契約、借名契約及所有權移轉登記行為無效，甲取得代價而為乙設定之地上權即因實現所有權之效果而當然隨同無效。詳參最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號部分不同意見書，頁 10。

47 大法庭之裁定中，林恩山之部分不同意見書認為：「…非原住民之當事人參酌過去有關農地買賣之實務見解，產生錯誤期待，予以類推援引買受原住民保留地。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。倘進一步…僅因『原住民族』或『原住民族文化』之集體權概念，即解釋為禁止非原住民取得保留地之地上權，難認妥適，其對非原住民之懲罰過苛。」詳參同前註，頁 8-10。

48 對於民事大法庭此點裁定理由，有學者認為，鋪陳完此等包括從規範目的到誠信公平等八個高度抽象的「大前提」之後，接下來並沒有就「小前提」論述何以符合此等標準，而使其具有大前提之「涵攝能力」因而可以得出無效之「結論」，並認為大法庭之解釋理由，其實是運用一種以「規範目的」進行套套邏輯的循環論證形式，富含較少的實質理由。看來毋寧更接近只是為了「將移轉原住民保留地予非原住民之行為」直接宣示為無效的一種說理方式。詳參吳從周，同註 39，

論述說明其內涵。

## 2. 借名登記之性質<sup>49</sup>與內外部效力

不動產借名登記（俗稱“借人頭”）之現象於我國社會並非少見，因借名登記所衍生之法律糾紛亦為數不少。對於此一民法未予明文規範之行為樣態，學者間對此議題探討頗多；法院判決實務早期多持否定態度，有直接認係脫法行為應屬無效<sup>50</sup>，也有認為借名登記契約係消極信託，除非具有正當理由外，恐有助長脫法行為之發生，不宜承認該信託為適法行為<sup>51</sup>；惟經歷年演變，現今已轉為肯定態度<sup>52</sup>，認為借名登記係一種「無名契約」，得類推適用關於委任之規定，定其法律關係<sup>53</sup>。

當事人採取借名登記之目的不一，首先由實務案例之內容可以得知，有為規避法律強行規定者<sup>54</sup>、有為理財規劃免於錢財露白者、有為

---

頁 24。

49 林誠二著，陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，由借名登記論不動產物權變動登記之效力，陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集－法學的實踐與創新（上冊），頁 402，承法數位文化有限公司，2013 年 9 月。

50 最高法院 71 年度台上字第 2052 號、87 年度台上字第 2697 號民事判決。

51 最高法院 98 年度台上字第 1339 號、93 年度台上字第 752 號、83 年度台上字第 3172 號民事判決。

52 最高法院 94 年度台上字第 362 號民事判決認為，按所謂脫法行為係指當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為而言。法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。

53 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，頁 129，2003 年 2 月。

54 最高法院 105 年度台上字第 1852 號民事判決：「按當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效。」另外在農地買受人與登記名義人間的債權契約有借名登記的真實意思表示，有見解認為，雙方均有真意「使出名人取得登記為名義人的債權，使借名人取得請求出名人容忍其自己管理、使用財產的債權」，並非通謀虛偽意思表示；「是否間接違反強行規定」與「是否為通謀虛偽意思表示」的判斷無關。再者，無論出名人是否取得農地所

逃避債權人強制執行者<sup>55</sup>、有為單純節稅者<sup>56</sup>…，種種原因，不一而足。因此即生何種類型得承認其效力？何種類型應歸類為脫法行為而無效？自有加以區辨之必要。又不動產登記名義人若將該不動產處分、移轉於第三人，其效力又應如何？

對於借名登記<sup>57</sup>之類型如何？效力如何<sup>58</sup>？法律未有明文規定，多

---

有權，因為農地確實有借名登記於出名人的可能性，故該借名登記契約並非民法第二四六條的標的不能。而現行法雖無任何明文規定禁止借名登記契約，但借名登記契約仍可能因違反強行規定而依民法第七十一條本文而無效，此即屬一例，亦即除了移轉行為是直接違反修正前土地法第三十條規定而無效以外，該借名登記契約也違反該條規範意旨而無效，而無須認為該條僅規範地主與買受人間的物權行為。詳言之，如認為該借名登記契約有效，又依實務見解認為該契約不具要物性，則出名人得請求借名人履行，此時借名人須促使出賣人移轉該地於出名人，將違反該條規範意旨；如認為該借名登記契約無效，則出名人不得請求借名人履行，而可符合該條規範意旨，且在該借名登記契約約定借名人應支付出名人報酬時，則出名人不得請求該報酬，將可抑制訂定此種借名登記契約的可能性，而有助於實現該條規範意旨。至於成立上開借名登記契約後，即便土地法上開規定刪除，該契約仍將造成登記失實達相當期間而有過大的外部成本，宜認為違反公序良俗而無效。黃建彰，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，第 64 期，頁 105-106，2019 年 7 月。

55 最高法院 94 年度台上字第 130 號民事判決。

56 最高法院 92 年度台上字第 1054 號、84 年度台上字第 1083 號民事判決。

57 最高法院 99 年度台上字第 2448 號民事判決認為，借名登記契約，指當事人約定一方將自己之財產（土地、房屋、股票等），以他人名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該產為出名登記之契約。最高法院 92 年度台上字第 1054 號判決與最高法院 97 年度台上字第 2445 號民事判決認為，借名登記契約系無名契約，早其實物認為系屬通謀虛偽表示或脫法行為而無效，近來則基於契約自由原則，指須其「目的或內容無違反強制或禁止規定，或悖於公序良俗，且原因正當」，即為有效。最高法院 92 年度台上字第 1054 號民事判決認為，所謂「原因正當」的借名登記契約，如甲父向乙購買 A 屋，…而僅借用丙名義登記為所有人，以避免地價稅累進課徵，屬節稅之情形，…應為有效。但若為逃稅或避免債權人強制執行而為借名登記，則非正當原因。

58 相異於透過借名登記迴避稅賦的累進課徵仍肯定其民事上效力之最高法院 92 年度台上字第 1054 號民事判決之見解，不同之觀點則認為，縱使僅是以迴避法定納稅義務為主要目的所進行的借名安排，例如利用低所得者的名義，持有有價

係由法院判決之案例界定，經學者加以綜合整理，大抵可得出以下結果：所謂「借名登記契約」，乃當事人約定，一方（借名人）經他方（出名人）同意，就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<sup>59</sup>，惟現實上借名人並未交付該財產與出名人，該財產之管理、使用、收益與處分均仍由借名人保有並自行為之<sup>60</sup>，而實務判決<sup>61</sup>中亦採相同之看法。另一實務之見解<sup>62</sup>對借名登記契約則有類推適用上進一步詳盡之說明：「稱借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，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。」。

借名登記契約之定義已如前述，則該契約之性質究應如何？首先，本於私法自治、契約自由原則，人民得在不違反法律強制、禁止規定或公序良俗之前提下，自由創設彼此間之法律關係<sup>63</sup>。借名登記契約本即為規範人民私人間之法律關係，應容許有自由彈性之空間，得由當事人間約定彼此間之權利義務關係，雖無法律明文之規定，近期則均肯認「借

---

證券、不動產，借以分散自身租賃、股利收入，若欠缺其他合理、正當理由者，基於納稅義務法定原則，不容借名規避、減輕，故於民法上應應評價為不法、通謀虛偽之無效行為。詳參評黃士洲，借名規避法律管制的法律與稅務風險－以農業用地及原住民保留地為例，月旦會計實務研究，第 43 期，頁 29，2021 年 7 月。

59 詹森林，同註 53，頁 129。

60 陳聰富，民法總則，頁 46，元照出版有限公司，2014 年 12 月；黃士洲，同註 58，頁 27。

61 最高法院 100 年度台上字第 2101 號、103 年度第 1551 號、103 年度第 2405 號民事判決，皆同其旨趣。

62 最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決。

63 林誠二，同註 49，頁 412-413。

名登記契約」得以「無名契約」之方式而有效存在<sup>64</sup>。

其次，基於物權法定主義，民法第 757 條規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」借名登記契約既未有法律之明文規定，並非物權契約，自不因借名人與出名人之借名約定即生不動產物權變動之法律效果；而基於當事人間「借名登記約定」，隨後發生不動產物權移轉或設定之「登記行為」，故借名登記約定實為不動產物權移轉或設定之原因行為，借名登記契約本質上為「債權契約」，應無疑義<sup>65</sup>。

由於借名登記契約通常所涉及之標的常為價值不菲之不動產，而借名人基於一定目的或現實上之顧慮，而與出名人約定將自己所有之不動產登記在出名人名下或設定一定不動產物權與出名人。鑒於土地法第 43 條規定之登記具有絕對效力，故要將價值不菲的不動產登記在他人人名下，若彼此間不具有高度可信賴性<sup>66</sup>，實難以想像，否則借名人怎會願意甘冒可能弄假成真、一去不回頭之風險，將自己所有之財產登記與出名人<sup>67</sup>。而通常在借名登記時，僅借用出名人名義登記不動產，至於該不動產則仍處於在借名人管領使用收益中，從而形成實質所有人（借名人）與形式所有人（出名人）不一致之「名實不符」現象。

此外，不動產登記制度因具有強大之公信力與公示效力，除供社會大眾閱覽以保障交易安全外，尚有簡化稅捐徵收、落實行政管制之目的。而借名登記、名實不符現象與上開法規範目的相悖，這也是早期實務見解認係脫法行為而否定借名登記契約效力的原因之一。

相對於實務見解，學說則進一步認為形成借名登記的原因常常是為

---

64 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，第 61 卷，第 4 期，頁 47，2015 年 8 月。

65 林誠二，同註 49，頁 402。

66 游進發，借名登記是信託可能無效－以最高法院 107 年度台上字第 792 號民事判決為例，月旦裁判時報，第 101 期，頁 38，2020 年 11 月。

67 最高法院 105 年度台上字第 2384 號民事判決中即認為：「借名登記成立原則重於借名者與出名者間之信任關係……。」。

隱匿財產<sup>68</sup>、財務規劃<sup>69</sup>，甚至是為規避法律強制、制止規定<sup>70</sup>，藉由借用他人名義登記之手段，實質上卻迂迴達到該强行法規所禁止之相同效果之行為。而羅馬法諺有言<sup>71</sup>：「從事法律所禁止者，係違反法律；雖不違反法律之文字，但迂迴法律趣旨者，乃脫法行為。」因此在無實質正當理由所為借名登記之情形，當事人借用形式上合法手段以獲得利益，在實質上卻違反相關法規目的，此類借名登記情形與法規形成相當大的衝突，縱然未直接違法，但已足以產生「脫法行為」之疑慮<sup>72</sup>。

### （1）借名登記契約與委任契約之相似性

在民法各種有名契約中，與借名登記契約最相似者為「委任契約」，惟兩者間仍有不同之處。民法第 528 條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」所謂處理，乃處分管理之意，並以給付一定勞務為方法。但給付勞務僅為處理事務之過程，而非其終局目的。此外，處理事務原則上須尊重受任人之知識、技術或經驗，受任人亦享有自主裁量權限。此為「處理」與「供給勞務」最大不同之處，亦屬委任與僱傭區別之重點。至於事務內容，得為事實行為或法律行為，可為財產上行為或非財產上行為，只要適合成為債之

---

68 林誠二，同註 49，頁 404。

69 同前註，頁 403。

70 同前註。

71 王澤鑑，民法總則，頁 321-322，自版，2014 年 2 月，增訂新版。

72 最高法院 94 年度台上字第 907 號民事判決認為，縱使兩造間之法律關係為單純之借名登記契約，亦在規避修正前土地法第 30 條之規定，仍屬脫法行為而無效。然而對於此判決之內容，有學者認為，舊土地法第 30 條之規定，係規範農地移轉之物權行為，而非農地買賣契約之債權行為，且其規範之對象，為地主及買受人間之法律關係，而非買受人及登記名義人間之法律關係。農地買受人及登記名義人間之借名登記契約無效，無非係因當事人為規避修正前土地法第 30 條之規定，而為通謀虛偽之意思表示，依民法第 87 條而無效。詳參陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約—最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，第 123 期，頁 227，2005 年 7 月。

客體之一切事項，都得成為此處所稱之事務<sup>73</sup>。

若將委任契約與借名登記契約一起觀察，可知兩者頗為相似。委任契約所包含之處理事務範圍不小，只要適於為債之客體之一切事項均可成得為委任之事務；如將借名登記契約中的「出借名義為不動產登記」作為委任事務，此兩種契約即呈現重疊性。亦即「當事人約定，一方（借名人）委託他方（出名人）處理事務（出借其名義為不動產登記），他方允為處理（出名人允為出借名義）之契約」，既符合委任契約、亦合乎借名登記契約之定義；然二者仍有下列不同之處：其一、在委任契約中，受任人必須得到委任人之授權，方得進行積極作為，給付一定勞務<sup>74</sup>，但借名登記之出名人雖有擔任登記名義人之義務，卻並非基於借名人之「授權」；其二、委任他人處理事務，如上所述，須尊重受任人之知識、技術、經驗，且受任人亦享有自由裁量權限，此乃委任契約之特徵<sup>75</sup>；惟借名登記契約中，協同辦理不動產登記並無須借重出名人之知識、技術或經驗，而係由地政機關依法為登記，至於應如何登記，則全由相關機關依法辦理。

基於上述區別，縱使認為借名登記契約並非委任契約，惟兩者間甚為相似，為規範當事人間權利義務關係，仍應類推適用關於「委任契約」之規定<sup>76</sup>。

---

73 邱聰智，「新訂債法各論」中冊，頁 190-192，自版，2002 年 10 月；林誠二，債編各論新解—體系化解說（中），頁 232-233，瑞興圖書股份有限公司，2015 年 6 月，2 版。

74 林誠二，同註 49，頁 245。

75 同前註，頁 239。

76 最高法院 98 年度台上字第 76 號民事判決。有見解認為，借名登記契約中之出名人僅單純出借名義與借名人登記特定財產，並未有給付勞務之約定，故似以類推適用委任之規定較為合理，詳參同前註，頁 402；不同見解則認為，出名人所負之事務管理義務，係以提供登記名義與對外表明登記名義與真實相符，或至少不否認該項名義為內容，所以借名登記應是信託契約，從而認為類推適用民法關於委任契約之規定，恐有再斟酌之餘地，詳參游進發，同註 66，頁 39；



## (2) 借名登記契約之內部效力<sup>77</sup>

現行民法對於借名登記契約並無規文規範，然而應肯認係屬於與登記密切相關之勞務給付型無名契約。依民法第 529 條規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」故當事人間權利義務關係，如雙方有所約定者，依其約定；倘未有約定者，則得（類推）適用關於委任之規定<sup>78</sup>。

借名登記契約若違反強制規定之規範，或違反公序良俗者，應屬無效，前已述及，惟所登記之不動產應如何處理？基本上依物權行為無因性之原則，借名人得依關於不當得利之規定請求返還<sup>79</sup>。

雙方當事人如欲終止借名登記契約時，實務見解上採得準用（最高

---

另有見解則認為，借名登記契約具有不屬於法律上所定其他契約種類之勞務給付契約性質，應與委任契約同視，並依民法第 529 條規定，適用委任之相關規定。詳參鄭冠宇，民法總則，頁 380，新學林出版股份有限公司，2019 年 9 月，6 版。

77 有學說見解即認為，在土地所有人登記不動產於第三人之法律關係，若雙方成立者為消極信託關係，而未具有正當之原因者，得解為雙方係屬通謀虛偽意思表示，信託契約無效。反之，若雙方之消極信託關係具有確實鄭當原因者，得解為消極信託行為屬通謀虛偽意思表示而無效，但雙方隱藏借名登記契約之法律行為，依民法第 87 條第 2 項，適用借名登記契約之約定。至於當事人雙方若一開始即以借名登記契約成立法律關係者，即應依據契約自由原則即一般契約解釋之理論，以認定此無名契約之效力。詳參陳聰富，同註 72，頁 231。

78 最高法院 94 年台上字第 953 號民事判決：「…在當事人間，借名登記契約在行性質上類似於委託關係，故其內部關係應類推適用委任契約的規定。是以，當事人之任一方得隨時終止借名登記契約（第 549 條第 1 項）；當事人一方死亡，借名登記關係消滅（第 550 條）；契約終止後，借名人得請求返還財產（第 541 條第 2 項）。」對此，有學者則認為，依民法第 529 條規定，應係適用而非類推適用委任之相關規定，詳參鄭冠宇，同註 76，頁 380。另一學者則進一步認為，最高法院對於借名登記為無名契約，應類推適用民法關於委任契約之規定，並不具有完全妥當性，其理由為借名登記縱使不承認是信託契約，亦非為類推適用民法關於委任契約規定，而是應適用民法第 529 條規定，進而準用第 528 條規定以下關於委任契約之規定。詳參游進發，同註 66，頁 39。

79 王澤鑑，同註 71，頁 319。

法院 103 年度台上字第 1466 號民事判決) 或類推適用 (最高法院 103 年度台上字第 2230 號民事判決) 民法第 549 條第 1 項規定：「當事人之任何一方，得隨時終止委任契約。」從而於借名登記之情形，雙方得隨時終止借名登記契約。

對於借名登記契約之消滅時點，契約中如有明定者，自應依其約定。否則依民法第 550 條之規定：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，不在此限。」本文對於因一方當事人死亡，除契約另有約定、借名登記因事務性質或因消滅有害於借名人不能消滅外，借名登記契約消滅之情形，借名人移轉登記或返還登記利益請求權與時效消滅有關之爭議，約略分析其可能之情狀。

首先，在出名人死亡之情形，依最高法院 103 年台上字第 2522 號民事判決之意，系爭借名登記契約如無其他不消滅事由，即應認為借名登記契約消滅，借名人得 (類推) 適用民法第 541 條第 2 項：「受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人」規定，請求出名人之繼承人為回復之移轉登記，其請求權時效原則上應自出名人死亡時起，開始進行。

其次，借名契約原則上因借名人死亡而消滅，其繼承人因繼承借名人之權利，自得請求出名人移轉登記或返還登記利益。然而若該不動產係先向第三人購買，並由第三人逕行移轉登記與出名人時，則借名人自始並未成為該筆不動產法律上之所有權人，因而其繼承人僅得行使債之請求權，請求出名人為移轉登記，且依民法第 128 條、第 125 條規定，其消滅時效應自出名人死亡時起，起算 15 年。若繼承人未向出名人請求回復之移轉登記，於逾越 15 年後，出名人則可以因時效消滅拒絕其移轉登記<sup>80</sup>之請求。

---

80 最高法院 103 年度台上字第 1519 號民事判決：「系爭不動產係闕德標於生前出資購買，借名登記於被上訴人名下，其與被上訴人間有借名登記契約存在，為

最後，系爭不動產原係借名人所有，僅因借名登記而移轉登記予出名人，則借名登記契約是否有效成立，將影響嗣後移轉登記請求權之行使結果。如確定借名登記有效，因借名人死亡，由其繼承人繼承該借名契約上之權利，自得（類推）適用民法第 541 條第 2 項：「受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人（之繼承人）」之規定，請求出名人返還登記該筆不動產，其請求權時效應自借名人死亡時起，經過 15 年而消滅。若認定原借名登記契約係違反強行規定或公序良俗而無效者，依物權行為無因性之觀點，其移轉物權行為仍為有效，若借名人死亡時，其繼承人得行使不當得利返還登記利益之請求權，當然亦有 15 年消滅時效之適用。如原借名登記契約係違反強行規定或公序良俗而無效，且物權行為亦違反該強行規定或公序良俗而無效，則借名人之繼承人得對出名人依民法第 767 條規定行使其物上請求權，此際則無時效消滅規定之適用。

### （3）借名登記契約之外部效力

不動產借名登記之問題，除借名人與出名人間法律糾紛外，常出現於出名人將系爭不動產移轉於第三人，則該第三人與借名契約當事人間之法律關係如何？亦為實務與學界關注之重點，此為借名登記契約之外部效力問題。

系爭不動產係登記於出名人名下，外觀上，出名人為該不動產形式

---

原審認定之事實。果爾關德標與被上訴人間之契約有否其他約定，或該契約有無依其事務之性質不能因關德標之死亡而消滅情事，即攸關其返還請求權消滅時效之起算，自應究明。」從本件判決可知，最高法院即認定借名登記契約因借名人死亡而消滅，消滅時效自斯時起算 15 年，逾越 15 年後即已時效完成，出名人主張時效抗辯、拒絕返還登記為有理由；而最高法院亦基本上認同此見解，只是發回要高院查明有無民法第 550 條但書所規定之借名契約不消滅情形，若查明並無契約不消滅、或並無契約不能消滅之情形，出名人為時效抗辯即有理由。邱玟惠，借名登記契約當事人死亡之實務爭議－最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決評析，月旦裁判時報，第 51 期，頁 35，2016 年 9 月。

上所有人，第三人與出名人為交易行為並受讓該不動產，其效力如何？對此，實務與學說上有不同見解之爭議，即無權處分說<sup>81</sup>、有權處分說<sup>82</sup>、<sup>83</sup>、折衷說<sup>84</sup>、<sup>85</sup>及區分說<sup>86</sup>等相異之觀點。鑒於土地登記具有絕對規範效力之觀點，本文認為以有權處分之見解較為妥當。

因此，當具原住民身分之出名人未得非原住民身分之借名人同意，逕自將該原住民保留地移轉登記與具原住民身分之第三人，本文對此情形認為，基於土地法第 34 條規定：「依本法所為之登記，有絕對效力。」為貫徹土地登記之絕對效力及維護交易上之安全<sup>87</sup>，應認為出名人之移

---

81 此說認為，在借名登記情形，以借名人為實質所有人，方有處分系爭不動產之權，出名人雖名義上為所有人，倘未經借名人委託或同意，即無權處分該不動產，部分實務之見解認為：「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，自當依民法第一百十八條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者利益。」最高法院 98 年度台上字第 76 號、99 年度台上字第 1114 號民事判決。

82 此說認為，借名登記契約雖造成系爭不動產實質所有人與形式所有人不一致之情形，惟為貫徹土地法第 43 條土地登記之絕對公示效力，在出名人未將土地返還登記於借名人之前，該土地仍屬出名人所有；出名人所為之物權處分行為，不論相對人係善意或惡意，仍為有權處分。吳從周，同註 64，頁 66。

83 最高法院 103 年度台上字第 1518 號、103 年度台上字第 2142 號民事判決，以及最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議（會議日期：106 年 2 月 14 日）。

84 此說認為，出名人在名義上既為借名財產之所有人或其他權利人，且一般人僅得依據該名義，從形式上認定權利之歸屬，故出名人就該財產為處分時，縱其處分違反借名契約之約定，仍應以有權處分看待為原則；但相對人如為惡意，則應依無權處分之規定處理，以兼顧借名人利益。詹森林，同註 53，頁 132。

85 最高法院 100 年度台上字第 2101 號民事判決。

86 此說認為，應區分為出名人自第三人處獲得登記名義與自借名人處獲得登記名義而有所不同。自借名人處獲得登記名義之情形，出名人之處分行為應屬無權處分；若出名人由第三人處獲得登記名義者，其處分應屬有權處分。林誠二，同註 49，頁 416-417。

87 最高法院 103 年度台上字第 2142 號民事判決即認為，不動產物權之有無，全依土地或建物登記簿登載之狀態為準。

轉登記該原住民保留地為有權處分之行為，受讓之第三人如具有原住民之身分，即能取得該原住民保留地之所有權。

### 3. 評析

借名登記在我國社會裡屢見不鮮，基於私法自治與契約自由原則，實務判決已肯認其為無名契約，在不違反法律強行規定與公俗良俗之前提下，得（類推）適用民法委任之規定，決定當事人間權利義務關係。從而，借名登記契約是否有效，應依具體個案，視該契約目的有無規避法律強制、禁止規定或違反公序良俗而定。

對於不動產受讓人採取資格限制的制度，曾在舊土地法第 30 條（現已刪除）中有所規定。當時的最高法院之見解認為，買受人欠缺自耕能力，但如於契約中約定「買受人得任意換名登記<sup>88</sup>」或「本件不動產實行移轉登記時，其登記權利人，無論以任何人名義，買方得自由指定之，賣方絕無異議<sup>89</sup>」，或「買方得任意指定登記名義人<sup>90</sup>」，或「買方申請過戶，得由買方自由指定人員登記，賣方應隨同辦理<sup>91</sup>」，此時當事人間之買賣契約即非以不能之給付為標的，該契約即應屬有效。

基於上述最高法院之見解，最高法院進一步於 73 年第 5 次民事庭會議之決議中認為：「關於耕地之買賣，承買人雖為無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體登記與有自耕能力之特定之第三人，即非民法第 246 條第 1 項以不能之給付為契約之標的，難認其契約為無效。又在立約當時承買人雖無自耕能力，而約定待承買人自己有自耕能力時方為移轉登記，或約定該項耕地之所有權移轉與無自耕能力之特定第三人，待該第三人有自耕能力時再為移轉登記者，依同條項但書規定，其契約仍為有效。」依其決議內容可知，

---

88 最高法院 69 年台上字第 2563 號民事判決。

89 最高法院 70 年台上字第 1688 號民事判決。

90 最高法院 70 年台上字第 2791 號民事判決。

91 最高法院 71 年台上字第 1825 號民事判決。

買受人應以特定具體有自耕能力第三人為登記名義人，或者以抽象有自耕能力之第三人為登記名義人，甚或以特定具體無自耕能力之第三人為登記名義人，並約定待該第三人取得自耕能力時，再為該土地之移轉登記，此時，依本決議之內容，其契約皆為有效。然而在之後的最高法院判決<sup>92</sup>中卻認為：「惟此項不問有無自耕能力，得任意指定承受人之約定，於訂約當時，即以違反土地法第 30 條規定而自始無效，尚難認有民法第 246 條第 1 項但書及第 2 項之情形，不能因嗣後指定有自耕能力之第三人為移轉所有權登記之名義人，而變為有效。」進一步言之，買受人若已指定第三人，而該第三人並無自耕能力時，該土地買賣契約應屬無效，買受人無從另行指定符合資格之他人，而使契約復為有效之可能。

上述之觀點，於非原住民購買受讓原住民保留地案例之情形，實務上長期以來亦採相似之立場。然而在前述民事大法庭之裁定認為此種借名登記係屬迂迴違反禁止規定，依民法第 71 條之規定，應屬無效。其係基於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 項之規定，本質上應係處分行為之禁止規定，且以之為交易標的之債權契約，亦應認定為無效。鑒於民法規範中之法律原則係植基於憲法人權保障之價值選擇，例如契約自由與私法自治即以憲法為其建構之基礎，因而在此相關之領域中，私法規定之適用、解釋及私法續造，即應受憲法價值取向上之影響。除了私法規定有無違憲審查之方式外，並須檢視其解釋之內容是否合乎憲法之價值決定，亦即在諸多解釋之方法中，只要存在合憲性解釋可能性的話，該解釋之內容即應具有優先性，甚至法院之判決決定，如認為往昔之判決先例與憲法價值不一致時，即應更正為合憲性解釋之本案判決<sup>93</sup>。

---

92 最高法院 75 年台上字第 920 號、82 年台上字第 2805 號、84 年台上字第 1592 號及 97 年台上字第 879 號民事判決。

93 Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl.,

基於上述合憲性解釋<sup>94</sup>之考量下，此次大法庭裁定之理由形成中乃認為，我國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項之規定，雖為基本國策，然已非往昔之「方針條款」，而是具有單純（客觀）拘束各高權機關，使其產生義務之規範型態<sup>95</sup>；因此於裁定之第 2 點理由中認為：「…立法者為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多元性，自得制定保障原住民族權益之相關法規，以賦予制度性之保障<sup>96</sup>」。且於第 1 點裁定理由中認為，此憲法增修條文中「原住民族條款」之規範為憲法價值之選擇，具有公共利益之性質，屬於具有拘束力之憲法規範，司法機關負有遵守之義務，並以之判斷解釋「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 項規定之適

---

2004, S. 86-88. 對於如何進行合憲性解釋的方法卻存在爭議性，主要為解釋民法第 1 條所稱「法律」之範圍，有認為不應包括憲法在內，亦即憲法非屬私法的法源，因憲法規範內涵僅具垂直之效力，主要在於針對法律規定是否構成違憲之審查依據，因而無從依其規定直接適用以處理私法之關係。王澤鑑，同註 71，頁 61-62。

94 此外，本次大法庭裁定之理由中亦引用原住民基本法之規定及其理由認為，堪認系爭規定禁止所有權移轉與非原住民，符合原住民基本法。對此，受諮詢之法律專家林明昕教授於其書面法律意見中回覆認為：「原住民基本法非但對原住民保留地、原住民土地之所有權、其他不動產物權等問題，無任何明文指示，甚至期第 20 條第 3 項反而規定：『原住民族或原住民所有、使用之土地、海域，其回復、取得、處分、計畫、管理及利用等事項，另以法律定之』，顯見立法者在此將原住民族或個別原住民的土地問題，完全切割於原住民基本法外」；再者，對於引用兩公約施行法作為本次大法庭裁定之理由，林明昕教授亦認為：「兩公約施行法對於原住民族之土地政策，抑或特別著眼於原住民個人之土地保障的問題，似無特別規定。」顯見本次大法庭裁定採取之理由，亦非林明昕教授所支持。詳參最高法院 108 年度台上大字第 1636 號事件林明昕書面法律意見，頁 8-9。

95 詳參鍾任賜，同註 35，頁 21。

96 有學說認為：「然而對於國家基本國策中制度保障之規定，雖然具有明確指導國家權力發展方向之效力。然而其實踐之方法仍有賴立法者之立法，僅於立法者之立法侵犯此制度性保障之內容，即可能造成違憲的後果。」詳參陳新民，憲法學釋論，頁 720-721，三民書局股份有限公司，2018 年 7 月，9 版。

用，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<sup>97</sup>，而作為此次裁定之決定標準。

本次大法庭裁定之理由中第 3 點認為：「…為保障原住民族文化權與經濟土地之發展，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…。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。」由此理由之觀點似可得知，系爭規定是在強調「原住民文化集體權」基本國策之規範保障<sup>98</sup>。然則，原保地之現行主管機關「原住民族委員會」對於原住民保留地之定義說明<sup>99</sup>，卻強調：「原住民保留地之設置目的，主要在輔導推動原住民個體或家庭生計之發展，同時也兼顧了原住民族整體生存空間和民族經濟體的發展，它是具有政治和經濟的特殊目的與用途，和其他的公有土地的性質是不同的<sup>100</sup>。」且依原住

---

97 鍾任賜，同註 35，頁 31。

98 有見解認為：「然則上開憲法條文能否推導出具有集體權性質之原住民族之基本權利？採比較保守之想法，鑒於當前憲法對於基本權利之規範旨趣，是建立在對個人權利之保障上，因此對於原住民之集體權，僅能透過修憲予以明定，始得加以承認。然則若以上開條文可以推演出原住民族自治之憲法意旨之觀點，則屬於民族自治之必要內涵，亦應得附麗於其上，否則原住民自治之體制建構，僅是虛有其表而已，因此對於原住民族集體權之基本權利，非不得已透過解釋之方式，論證將之具體化承認之。」詳參李建良，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，第 47 期，頁 124，2003 年 6 月。又憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決理由第 26 段：考量我國原住民之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益。

99 原住民族委員會，什麼是原住民保留地？，<http://goo.gl/cp8TJ>（最後瀏覽日期：2023 年 10 月 18 日）。

100 有論者認為：「自此公告內容之觀點，原住民保留地除了經濟之外，似尚有政治之特殊目的，惟自原住民保留地開發管理辦法之規定中觀察，其中主要仍為對原住民經濟生活的規範，包括土地相關權利取得之保障及限制，故提升原住民個人及總體的經濟生活，應為現行原住民保留地法制的主要目的。惟是否有其他於該辦法中未明文，但隱含於制度中之目的，仍須就整體制度觀察。」雷化豪，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，台灣原住民族法學，第 5 期，頁 55，2018 年 8 月。



民保留地開發管理辦法第 3 條第 1 項之規定：「…原住民保留地，旨為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之…供原住民使用之保留地。」甚至於立法院 74 年山坡地保育利用條例有關原住民保留地審查會之修正議案關係文書中<sup>101</sup>之記載：「山地保留地旨在保障山胞權益…；若平地同胞夾經濟之優勢，大肆取得山地保留地，則山胞必無法與之抗衡，致生活失去保障，故其移轉時應以山胞為限。」由此可知，立法過程之資訊與現行相關之法律規定中「個別原住民」之保障與大法庭裁定中所期待藉由憲法增修條文對於原住民集體（文化）權之保護，兩者間似乎並未存在法規範解釋與適用上之必然關聯性<sup>102</sup>。

由於憲法增修條文第 10 條第 12 項明確指出「…其辦法另以法律定之」，因此在性質上宜將之認定為「立法委託」，從而直接受拘束的，主要應以立法機關為主，雖然其他國家高權機關於適用相關法規，例如依法行政或裁判時，亦應善用合憲性解釋之方法為之，從而間接負有相同之行為義務<sup>103</sup>。然則如立法機關怠惰立法時，並不宜逕行由司法機關一味擴大各種基本國策規範之主觀法效力，導致「司法權限」範圍不當擴大，否則即有違國家權力分立之民主法治制度，如此並非國家之幸<sup>104</sup>。亦即，當解釋與適用法律時，雖應透過「基本權利之第三人效力」之合憲性解釋，實現並保障憲法基本權利之意旨。然則法條規定依一般解釋方法，得知規範目的無法與憲法完全相符時，則應透過司法機關釋

---

101 立法院議案關係文書，院總第 984 號，政府提案第 2649 號之 2，1985 年 11 月 27 日印發，頁 207；參照林秉嶽，解析原住民保留地借名登記之爭議－以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定為例，第九屆原住民族傳統習慣與國家法治研討會，原住民族委員會，新北，2022 年 10 月 22 日，頁 47。

102 有論者認為，本次大法庭之裁定對於係爭規定之立法目的究竟如何從「保障原住民生計」、過渡到「保障原住民族文化權與經濟土地發展之制度性保障」隻字未提，恐有僭越立法權之嫌，有欠妥適。詳參同前註，頁 48。

103 林明昕，原住民族地位之保障作為「基本權利」或「保障」？，公法學之開拓線－理論、實務與體系之建構，頁 21，元照出版有限公司，2006 年 9 月。

104 同前註，頁 25-26。

憲機制處理，不得假合憲性解釋之外觀，遂行立法之實<sup>105</sup>。

再者，憲法之規定得否被認定為民法第 71 條規範之禁止規定？基本上亦應採否定之見解<sup>106</sup>。雖然在大法官解釋之趨勢中，對於基本權利在私法上之適用，有逐漸採取擴大之態度，然而迄今為止，大致上仍以人格權之發展<sup>107</sup>、隱私權<sup>108</sup>及平等權<sup>109</sup>為限；雖然憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決理由第 17 段明白承認憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定係保障原住民多元文化、地位及其政治參與等，因而原住民之身分認同權即應受憲法第 22 條之高度保障，此乃原住民特殊人格權利。然而本文認為，此憲法增修條文規定保障之對象為「原住民集體權」與「原住民之集體文化」且非屬禁止命令之行為規範，因而無從直接成為民法第 71 條得引致作為原住民保留地受讓人資格限制之強行規定。而一般之憲法規定，學說上採取基本上否認其得直接適用於私法之關係，而僅得依間接第三人效力之見解<sup>110</sup>，藉由透過像誠信原則（德國民法第 242 條、第 307 條；我國民法第 148 條第 2 項、第 245 條之 1 第 1 項第 3 款、第 246 條第 2 項、第 571 條）、公序良俗（德國民法第 826

---

105 林明昕，基本國策之規範效力即其對社會正義之影響，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷，特刊，頁 1329，2016 年 11 月。因此行政院乃草擬「原住民保留地管理利用條例」草案送請立法院審議中，其中第 13 條第 2 項即規定：「原住民保留地讓與人及受讓人應具結確實未與他人約定將自己名義借與未具原住民身分之他人登記，且未由未具原住民身分之他人實質管理、使用、收益、處分情事，經鄉（鎮、市、區）公所審核並出具同意函，始得向登記機關辦理所有權移轉登記。」第 3 項：「原住民保留地所有權之移轉違反前項具結內容者，經鄉（鎮、市、區）公所撤銷其同意函後，囑託登記機關塗銷登記。」如此即可解決國家權力分配之妥當適法性。

106 Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 93), S. 724.

107 人格權之侵害特別會發生在基本權利之競合與衝突有關之情形，詳參司法院釋字第 689 號。

108 司法院釋字第 603 號。

109 司法院釋字第 719 號。

110 王澤鑑，同註 71，頁 62。

條；我國民法第 17 條第 2 項、第 36 條、第 72 條、第 184 條第 1 項後段）等概括條款得到適用<sup>111</sup>，其中所謂之概括條款，並未見包含德國民法第 134 條（我國民法第 71 條）之規定<sup>112</sup>。

對於原住民保留地之受讓人以具有原住民身分為限之相關規定，依上述之觀點，承審法院藉由民法第 71 條規定承受憲法所規範之內容，在合憲性解釋之正當性上，尚有不少疑慮。本文乃認為，此際即應考量得否另行以民法第 71 條規定作為民法與其他具禁止命令之行為規範聯繫之管道，決定違反原住民保留地之受讓人以具有原住民身分為限之相關規定，利用借名登記之方式在私法上之效力。

須詳細思考的是，以借名登記掏空所有權實質內涵之一條龍交易模式，迂迴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 項之規定，是否屬於欠缺正當理由，應依民法第 71 條規範之禁止規定，認定整體行為為無效？

首先，德國民法第 134 條（我國民法第 71 條）本身是否具有直接否認法律行為效力或具有解釋規則推定功能之規定？否定說認為<sup>113</sup>，應否認定法律行為違反德國民法第 134 條（我國民法第 71 條）規定而無效，僅得就被違反之禁止規定本身之意義上，期待該法律行為為無效而決定。

---

111 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 24，植根法學叢書編輯室，2020 年 4 月，增訂 7 版。

112 詹森林在其專論之文章中亦認為：「…但憲法規定之基本權，得藉由民法條文，尤其市民法之概括條款（例如民法第 148 條之『權利不得濫用』、『誠實信用等』）及不確定法律概念（例如民法第 72 條之『公共秩序』及該條與第 184 條的 1 項後段之『善良風俗』等，在私人間發揮規範功能，以實踐憲法透過該基本權所表彰之基本價值。」其中所提及之規定，亦無民法第 71 條。詳參詹森林，憲法之基本原則及基本權在民事法上之實踐，台灣法學雜誌，第 381 期，頁 94，2019 年 12 月。

113 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, zweiter Band, Das Rechtsgeschaeft, 4. Unveraenderte Aufl., 1992, S. 21.

反之，德國民法中第 134 條規定（我國民法第 71 條）立法後之帝國法院<sup>114</sup>及早期聯邦最高法院<sup>115</sup>則採不同之觀點認為，禁止規定指涉對象為契約雙方當事人時，原則上違反該規定之契約為無效；反之，如僅指涉契約當事人之一方時，縱使契約違反了該禁止規定，仍應承認該契約之效力。然而德國聯邦最高法院之判決在一些判決中<sup>116</sup>卻仍有以“違反禁止規定之法律行為應否認為無效，仍應依該禁止規定之意義與目的而定”作為前述原則之例外見解，認為雖僅明文禁止一方之行為，仍得以否認整體法律行為之效力。另一學說<sup>117</sup>觀點則進一步認為，德國民法第 134 條（即我國民法第 71 條違反禁止法律行為原則上無效之規定）之規範性質應從單純解釋規則提昇為對審判法官之概括授權，令其得於私法自治原則之架構下，有意識地尋找並創造得與國家社會在經濟進行干預時，具有最妥當精緻且得以控制法律行為內容之調和標準。

德國相關學說對於德國民法第 134 條（我國民法第 71 條）規定所應有之規範功能，有認為應發展出類型化規範效力之判斷標準<sup>118</sup>。在此類型化之觀點下，對於僅指涉契約當事人一方本身之事由、執業<sup>119</sup>或營業許可<sup>120</sup>欠缺之禁止規定，依該學說之見解<sup>121</sup>認為，若非因認定其無效

---

114 RGZ 60, 273, 276.

115 BGHZ 46, 24, 26; BGHZ 71, 358, 360; BGHZ 78, 263, 265; BGHZ 78, 269, 271.

116 BGHZ 71, 358, 361; BGHZ 78, 263, 265; BGHZ 78, 269, 271 ff.

117 Thomas Westphal, *Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstosses gegen gewerbrechtliche Verbotsgesetze*, 1985, S. 133 ff. 轉引自蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為－從德國民法§ 134 的理論與實務操作看我國民法§ 17，國立臺灣大學法學論叢，特刊，頁 240，1987 年 11 月。【編按：應是§ 71，此為該文原刊題名之編輯錯誤】

118 Claus-Wilhelm Canaris, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschaeft*, 1983, S. 54-55; Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 93), S. 725-729.

119 在欠缺不動產仲介及稅務顧問執業資格之契約締結，早期德國實務之見解不否認該契約之效力，BGHZ 78, 269, 271 ff; BGHZ 78, 263, 265.

120 在欠缺營業許可之授信行為，早期德國實務之見解並不否認該契約之效力，BGH WM 1966, 1101, 1102; BGH WM 1978, 1268, 1269; BGH WM 1980, 374, 377.

顯然會產生不當之結果，否則所締結之契約即應否定其效力。因為這類型之禁止規定，其目的係因其涉及國家經濟監管導引<sup>122</sup>或社會政策<sup>123</sup>之核心領域，從而優先考量公共利益之前提下，宜避免國家法秩序間矛盾現象之發生，應適當限縮私法自治之適用空間。因此，當締結之契約違反強行規定之核心規範內容，縱使其禁止對象僅指向契約中一方當事人，除該強行法規另有不同之效力規定外，原則上亦應否認該契約之效力<sup>124</sup>。

在原住民保留地移轉行為在對象身分上限制之相關規定適用時，法院於具體案例事實評價上，應依法益權衡之方法補充解釋妥當之價值決定，以資判定該具體案例事實是否違反相關禁止規定之核心價值。其次，當違反禁止規定之原因行為與處分行為間具有緊密的牽連關係時，即宜認定兩者均屬違反強行規定之行為，依第 71 條本文之規定，併歸為無效。而此種一致無效決定，並未牴觸物權行為「無因性」之基本原則<sup>125</sup>。

再者，於上述有關原住民保留地轉讓對象之身分上限制管制規範之案例適用，論理上亦應以民法第 71 條規定作為聯繫民法與其他具禁止命令之行為規範間渠道之觀點，除了直接違反行為依第 71 條本文規定<sup>126</sup>無效外，在以前述借名登記之行為，即使法律行為當事人採取形式上

---

121 Canaris, a.a.O. (Fn. 118), S. 44.

122 Canaris, a.a.O. (Fn. 118), S. 17-19; Flume, a.a.O. (Fn. 113), S. 341.

123 Karl/Wolf, a.a.O. (Fn. 93), S. 725.

124 Canaris, a.a.O. (Fn. 118), S. 40.

125 蘇永欽，同註 117，頁 248。

126 第 71 條就是立法者對司法者的概括授權，讓法官就公法管制的政策與私法自治的保障，從管制涉及的法益政策目的的強度，與私法行為的關聯性，輔助或抵消效果的大小，可預見性與防免、資訊等交易成本，以及補強執法成本的分析，做綜合、客觀的權衡，而決定是否應完全或部分排除法律行為之效力。亦即效力規定僅適法官的權衡結果，並非立法者已經有意以無效來配合公法的強制或禁止。此及立法者將接軌的難題解決重任，交由法官承擔與決定。蘇永

不構成違法之脫法行為，亦應認定其實質上違反該強行規定之行為規範<sup>127</sup>而為無效之判定。而具有行為規範強行性質之前述規定，本身因具有保護原住民生存權之價值與政策之目的，設若國家期待人民遵守該私法以外其他行為規範之規定，要求為一定之作為與不作為，卻又容認並賦予相反之法律行為具有完全契約拘束力，並得要求公權力強制執行時，顯然會出現價值或政策上嚴重矛盾之結果<sup>128</sup>。

進一步而言，長期以來實務見解以比附援引方式，對於非原住民以借名承買原住民保留地之契約效力，認為應採取往昔實務上論斷非自耕農借名承買農地之態度。然而原住民之身分之取得係源於血緣，非如自耕農身分之取得係依法令之規定，任何人皆得因符合法定之要件即能取得自耕農之身分，兩者間之規範目的與國家土地政策之形成緣由截然不同，實無存在類比適用之正當性。

此次民事大法庭審理之案件事實中，非原住民與原地主及具原住民身分之第三人間進行就原住民保留地所採取之借名登記、買賣契約、地上權及所有權之移轉登記行為，亦涉及了所有權之內容及法令上限制之爭議。我國在承繼歐陸法系發展之物權體制下，建構之所有權係具有基於物權種類及內容法定主義而制定對於所有權權限之扣減權後「無所不包」之本質。再者，物之利用方式與經濟效益因社會文明之進化而不斷產生變化，從而藉由與他人為權限範圍之扣減約定方式，在形式上雖然不違反行為規範中禁止命令之義務，但事實上卻可能剝奪或完全限制了所有權的實質內容，嚴重時將導致所有權人僅取得設定限制物權及授權

---

欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和—以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，月旦民商法雜誌，特刊號，頁 89，2003 年 3 月。

127 將公法之行為規範接軌於私法關係之效力認定時，接軌者不應總是拘泥於概念之形式，必須穿透概念之幃幕，從立法意旨及政策之合目的性為實質之觀察，以功能性之觀點為認定之依據，決定公私法之銜接上實質之評價決定。同前註，頁 80。

128 同前註，頁 85。

第三人使用、收益之權限後，成為被扣光光如「空盒子」般的名義上所有權<sup>129</sup>。職是，在實現原住民保留地依法不得移轉登記為非原住民所有之立法目的考量下，認為此種掏空所有權實質內涵之一條龍交易模式，應屬於實質違反第 71 條本文所引致（*Verweisung*）原住民保留地受讓資格限制之禁止規定，從而在行為緊密牽連成為一體之觀點下，得以為整體無效之認定。否則，我國原住民族在歷經各個階段國家政權藉由武力方式侵蝕其原有以勢力範圍享有之社地、獵場及耕地後，國家以現代資本主義建構之私有所有權體制為保護原住民而劃設之原住民保留地制度，將再因大量違反禁止規定之脫法行為，實質上被掏空殆盡。如此，恐有違國家原先制定為達成保護原住民且符合現代國際人權思潮而特別規劃與規範之土地政策。

綜上所述，基於防免所有權實質空洞化程度差異性之觀點，此次民事大法庭對於基礎事實不同之 109 年度台上字第 1302 號及 110 年度台上字第 709 號之併案事實申請裁定，因其與提案事實對所有權內涵實質空洞化之程度，可能會因基礎事實之差異而有不同強度之影響，因此應該要有差異化統一見解<sup>130</sup>之作成。

## 肆、不法原因之給付

早期的實務見解<sup>131</sup>對於違反「山坡地保育利用條例」第 37 條第 2

---

129 基於憲法第 15、23、143 條之規定，所有權可以透過法律加以限制，因而所有權之權限範圍之原始狀態，即是「法令扣減」後之狀態，蘇永欽，同註 126，頁 83。依行政院送請立法院審議中之「原住民保留地管理利用條例」草案第 17 條第 1 項即規定：「原住民保留地不得設定地上權、典權、農育權或抵押權予非原住民。」即為試圖透過立法方式限制所有權之內容。第 3 項規定：「違反前二項所為之設定或移轉登記無效。」。

130 李建良，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，台灣法律人，第 6 期，頁 156，2021 年 12 月。

131 最高法院 87 年度台上字第 2677 號民事判決認為：「按因不法之原因而為給付者，不得請求返還，民法第一百八十四條第四款定有明文，原審以兩造所定之讓

項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條規定而為買賣之給付，存在有是否為民法第 180 條第 4 款所規定不法原因之給付的疑慮。依該實務之見解，就非原住民受讓原住民保留地之契約，雖認為係以禁止讓渡規定而否認該契約之效力，而對於買受人請求已支付價金之返還，顯採取其性質為給付型不當得利請求權行使之見解，乃產生其可能為不法原因之給付不得請求返還規定在適用上之爭議<sup>132</sup>。

## 一、不法原因給付立法理由

對於民法第 180 條第 4 款之解釋適用，必須先了解其在法制史上的發展演變之過程。在羅馬法之法制史上<sup>133</sup>，若為給付之人的給付具有侮辱性時，即使該給付無法律上的原因，承審之法院亦得否認其所主張之訴權。在羅馬法上，所謂不法原因之給付，其基本思考觀點為，若有人之行為不顧及社會倫理秩序、背於善良風俗時，則不應容許其請求應受

---

渡契約，因違背法令給付不能而無效，被上訴人得依不當得利之法律關係，請求上訴人返還價金固非全無見地，…倘兩造間就系爭土地之讓渡，確為現行法令所禁止，倘兩造間就系爭土地之讓渡，確為現行法令所禁止，被上訴人基於此項禁止讓渡而為之給付是否為不法原因之給付？能否依不當得利之法律關係請求上訴人返還？原審就上訴人所為之上開防禦方法，未加審酌，遽予判決上訴人之上訴為無理由，駁回其上訴，自嫌疏略。」對於這些疑問，在最高法院 108 年度台上字第 803 號民事裁定中，則以系爭買賣契約（債權行為）未因違反強制規定，非依民法第 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，自不能依不當得利之法律關係請求返還之問題，規避了前述判決所提出之疑問。

- 132 對於非原住民對於原住民保留地之買賣應否適用民法第 180 條第 4 款規定之問題，學者楊芳賢認為，依山地保留地法令或地政法規即可達成山地保留地交易之限制，故山地保留地之交易，並不成立本條第 4 款之「因不法原因而為給付」，致不得請求返還。亦即當事人相互間，得依不當得利規定請求返還，可謂較符合山地保留地相關法令規定之目的。詳參楊芳賢，不當得利，頁 109，三民書局股份有限公司，2009 年 3 月。
- 133 王澤鑑，不當得利，頁 136，自版，2003 年 8 月，增訂版；鄭玉波，不法原因給付之分析，法令月刊，第 23 卷，第 9 期，頁 8，1972 年 9 月。



非難行為而已為給付之返還。

當代各國民法關於不法原因給付應否返還之規範型態，某些國家採取在民法典上設有一般性之規定，另有國家雖不以立法方式但仍以法諺為依據，在判決先例中呈現相似之法理見解。例如：（一）英國為不成文法國家，無不法原因給付之規定，但該國衡平法諺有：「入衡平法庭者，須自身清白」（He who comes into a court of equity, must come with clear hand）之說，在裁判上即足以適用<sup>134</sup>。（二）法國民法關於不法原因給付亦無規定，但在學說與判例上皆依法諺：申述自己之醜行，不被聽許（Nemo auditor propriam turpitudinem allegans）之說，因而認為不法原因之給付，不得請求返還<sup>135</sup>。（三）瑞士債務法第 66 條則明文規定：「以發生不法或違反道德效果為目的，而交付其物者，不得請求返還。」（Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizufuehren, gegeben worden ist, kann nicht zurueckgefordert werden）其意義與我國民法規定算是頗為接近<sup>136</sup>。（四）德國民法第 817 條<sup>137</sup>規定：「I. 給付目的之訂定，如使受領人因受領給付，而違反法律之禁止規定或善良風俗者，受領人負返還之義務。II. 給付人就此項違反亦應負責者，不得請求返還。但給付係以債務之負擔為其內容者，不在此限；為清償此項債務所已為之給付，仍不得請求返還<sup>138</sup>。」（五）日本在民

---

134 鄭玉波，同前註，頁 266。

135 同前註。

136 同前註。

137 德國民法第 817 條法條原文為：「War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfaenger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfaenger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rueckforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoess zur Last faellt, es sei den, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfuellung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurueckgefordert werden.」。

138 依早期德國聯邦最高法院之見解認為，德國民法第 817 條第 2 句規範在法理性思考下，應具有懲罰性之性質，BGHZ 39, 87, 91; BGHZ 63, 365, 369.

法第 708 條規定：「因不法原因而為給付者，不得請求返還其給付物；但不法原因僅存於受益人時，不在此限。」我民法採取與日本相同之規範內容<sup>139</sup>。然而對於「不法原因給付」此項不確定概念應如何加以具體化，長期以來卻成為裁判與學說上的重大難題。癥結點在於，物權契約之目的係在於履行債之關係所生之債務，本質上應採中立性及無因性之評價，本不應產生對該物權行為是否有違反強行規定或悖於公序上之問題，因此該物權契約本身應仍屬有效<sup>140</sup>，因而所產生在權義變動上關聯性之困難。

上述問題，或許可藉由下述情狀之說明，對於民法第 180 條第 4 款所規定不法原因給付不得請求返還所生之疑慮，能得到有助於澄清疑義及在適用範圍上限界之思考取向。在債權契約違反強行規定或悖於公序良俗無效，當事人未發生契約上債權債務關係之情形，可能出現下述三種情形<sup>141</sup>：（一）債權契約之一方當事人得拒絕他方當事人給付的請求。在此種情形，對於法律上禁止不法行為之規範目的之達成，並無疑問；（二）倘若雙方當事人均已提出給付時，且具有給付上之不法原因，如仍認為彼此間皆不得各自請求返還，此時即會產生「不法即合法」的怪異結果，與原先民法第 71 條及第 72 條規定法律行為無效所期待的規範上之意旨不符，造成民法第 180 條第 4 款與第 71 條及第 72 條的對立及規範上之矛盾<sup>142</sup>。然其雖然不妥，在現實考量上，尚能維持交易上在對

---

139 王澤鑑，同註 133，頁 136。

140 同前註，頁 138。

141 Dieter Reuter/Michael Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1983, S. 203; 鄭玉波，同註 133，頁 264；同前註，頁 138-139。

142 對於最高法院 83 年台上第 3022 號民事判決：「雙方當事人違反公司法第一百六十三條第二項規定交付股票及交付價金，均基於不法原因之給付，且雙方皆有所認識，故不得起訴請求返還價金」，學者楊芳賢認為，舊公司法第 163 條第 2 項規定之目的，係不欲公司發起人在公司登記後一年內移轉其股份，然而依本判決之見解，卻反而使雙方實際完成移轉股份及交付價金之結果，並非妥適。詳參楊芳賢，*民法債編總論（上）*，頁 186，三民書局股份有限公司，2020 年 9

價關係上目的之達成；(三)然而如一方當事人已先為自己債務之履行，而他方尚未給付時，而他方當事人卻得以買賣標之物之給付不得請求返還，結果竟然可以保有對方已為之給付，此種情形顯然違背雙務契約的交換關係及契約正義之實踐。

德國民法學者對於不法原因給付不得請求返還，有主張拒絕保護說<sup>143</sup>，認為當事人因其違反法律禁止規定及悖於公序良俗的行為，雖然可能會受到行政法上之處罰，然而若僅是如此，通常並不足以產生心理上完全之嚇阻作用，因此對於將自己行為置於違反法律規範之人，在民法上並無須再加以保護之必要，且強調此乃基於「禁止主張自己之不法」，或「拒絕不潔淨手的抗辯」等原則適用上之結果<sup>144</sup>。

據上所述，或許會主張不法原因給付不得請求返還之規定符合公平正義，且應儘量擴張其適用範圍。然而本文認為，受損人於具備不當得利構成要件時，其不能請求返還，應僅在少數例外之情形，且須對其構成要件作嚴格合理適當之解釋，方能符合不當得利制度立法政策上之規範目的。

## 二、不法原因給付在適用上之構成要件<sup>145</sup>

民法第 180 條第 4 款之適用，須以不法原因而為之給付<sup>146</sup>在客觀上

---

月，修訂 2 版。

143 Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2, 13. Aufl., 1994, S. 162.

144 關於在不法原因存在於雙方時，依然否定給付者之不當得利返還請求權，其道理由何在？是否妥當？難有透澈的說明。有謂是基於處罰的思想，有謂是根本不發生不當得利請求權，亦有謂是雖有不當得利返還請求權，但基於惡意抗辯不能請求返還，大多認為，基於拒絕對不法給付者提供司法保護。黃茂榮，不當得利，頁 357，植根法學叢書編輯室，2011 年 7 月。

145 鄭玉波，同註 133，頁 266；王澤鑑，同註 133，頁 141。

146 最高法院 83 年度台上字第 2677 號民事判決認為：「…所謂因不法原因而為給付，係以一方以為給付，而他方又已加以受領為其構成要件。倘受領人並非由

發生無法律上原因受有利益為要件。而所謂給付<sup>147</sup>，則是指有意識地基於一定目的所為財產上的給與，例如債務人所為自己所有之債權或物權等權利之移轉、因物之交付而生占有之移轉、在不動產登記簿上為移轉變更登記及所提供之勞務等均屬之<sup>148</sup>。

而所謂不法原因之給付，係指給付在原因上具有不法性<sup>149</sup>。然而所謂不法性內容為何？規範上存在著四種觀點思考上之可能：（一）第一種看法認為，包括公序<sup>150</sup>良俗之違背及強行法規之違反<sup>151</sup>，依我國民法而言，指的是違反第 72 條<sup>152</sup>及第 71 條規定之情形<sup>153</sup>，亦即於契約所約

---

於受領行為而受利益，即無上開條款之適用。」。

147 所謂給付，指一方為清償債務而對於他方為物、權利或勞務之提出，其需受領者，並經他方受領。這當中給付之客體為權利者，雙方必須有以該權利之移轉為內容的（準）物權行為；給付之客體為占有者，雙方須為該占有之交付。約定以抵銷或交互計算的方式清償債務，而就交互計算之結果有錯誤而為承認者，固可依不當得利的規定請求返還，惟利息債務人就超額利息默許債權人為抵銷或計入交戶計算項目，而不為反對之表示者，其沉默所構成之給付，因認定為任意給付高額利息，而不得依不當得利的規定請求返還。黃茂榮，同註 144，頁 366。

148 王澤鑑，同註 133，頁 142。

149 鄭玉波，同註 133，頁 265。

150 有學者認為民法第 72 條所規範之公共秩序應分類為（1）侵害憲法所規定基本人權之違反公序良俗之法律行為；（2）違反公共秩序之法律行為；（3）以人體或人倫為標的所成為之法律行為；（4）阻害正當婚姻或成立非正常婚姻關係之法律行為。詳參朱柏松，違反公序良俗法律行為之類型分析—兼評最高法院民國 92 年台上字第 2061 號判決，法令月刊，第 64 卷，第 6 期，頁 10-23，2013 年 6 月。

151 參照鄭玉波，同註 133，頁 265；王澤鑑，同註 133，頁 147；最高法院 84 年度台上字第 1083 號民事判決。林誠二，債務本體論與不法原因之給付，中興法學，第 20 期，頁 244，1984 年 3 月。依林氏之見解，認為強行禁止法規，實則亦係該時代社會大眾利益反應要求下之法典化結果，可說法律乃最低限度之道德，且公序良俗之社會道德，甚為抽象，實務判斷上頗為困難，因此認為狹義說不可採。

152 有關法律行為違反公序良俗，一般而言，如以法律行為標的有不正當情事為中心，在形態上可區分為（1）法律行為中心標的違背公序良俗，例如：就賭博、

定之內容得適用此二條規定之情形，皆屬本款之不法<sup>154</sup>，此說在適用範圍上最為廣泛；(二) 第二種見解則認為，僅指違背公序良俗<sup>155</sup>，但不

---

通姦等犯罪行為成立契約時，其約定無效。(2) 法律行為中心標的因法律上強制而違背公序良俗，例如：就不得在任何區域為任何營業成立契約時，綜觀該行為的趣旨，一方當事人將強制受法律上拘束，其約定無效。(3) 法律行為中心標的因與金錢利益結合而違背公序良俗，例如：公務員對於所執行職務而約定收受報酬，其約定為無效(參照最高法院 90 年度台上字第 1978 號民事判決)。

(4) 法律行為中心標的因附條件而違背公序良俗，例如：法律行為附有不法條件，或約定以不為犯罪為條件，其約定無效。對此情形，最高法院 88 年度台上字第 1906 號民事判決則認為：「按附條件之法律行為是否有背於善良風俗或公共秩序者，應就該法律行為及所附條件本身以為判斷之依據。至於附條件之法律行為當事人為使條件成就所為之行為，縱有背於善良風俗或公共秩序，於法律行為之效力，不生影響。」(5) 動機不法或不當，在此情形，當事人試圖實現不法或不當社會生活關係，而未表示其動機時，原則上其法律行為有效。但如相對人於行為時明知其情事，致行為違法或欠缺社會正當性時，其法律行為無效(參照最高法院 102 年度台上字第 1686 號、91 年度台上字第 28 號民事判決)。詳參許政賢，台灣法上之公序良俗，月旦民商法雜誌，第 62 期，頁 33-35，2018 年 12 月。

153 最高法院 87 年度台上字第 2677 號民事判決。

154 最高法院 84 年度台上字第 1083 號民事判決認為，民法第 180 條第 4 款之規定適用範圍乃指給付違反強制規定及有背公序良俗者而言。

155 最高法院 69 年度台上字第 2603 號民事判決指出：「民法第 72 條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言」、73 年度台上字第 1930 號民事判決則認為：「民法第 72 條所謂法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，乃指法律行為有背於國家社會之一般的要求或利益，或社會一般道德觀念之情形而言」、103 年度台上字第 2036 號民事判決就背於公共秩序或善良風俗者無效之客觀標的分析認為：「民法第 72 條所稱之『法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效』，係指法律行為之標的，亦即法律行為之內容(當事人因該法律行為所欲使其發生之事項)，與上開秩序、道理、法則暨社會道德不相容，顯然背離社會之妥當性，或帶有反社會之動機經表現於外而成為法律行為標的之一部，或與其結合之法律行為，有助長反社會行為實現之具體危險，而為相對人有預見可能者而言。」學者許政賢則認為，涉及國家社會秩序的公序概念，乃依據法律的內在原理(價值體系)而判斷；至於涉及社會道德觀念之良俗概念，則以法律以外之道德(倫理秩序)為斷。詳參許政賢，同註 152，頁 30。

包括強行規定的違反<sup>156</sup>，亦即僅指違反我國民法第 72 條悖於善良風俗規定<sup>157</sup>之情形，方得認定為不法<sup>158</sup>，此說在適用範圍上較為狹窄；(三) 第三種觀點則認為，僅指違背善良風俗之情形而言，不包括違背公共秩序及強行規定在內<sup>159</sup>，此說在適用範圍上則更為狹窄；(四) 第四種觀點則認為，所謂之不法性，應僅限於高強度的違背善良風俗（已達到違反社會道德之醜惡程度）之情形而言<sup>160</sup>，此說之適用範圍最為狹窄。

我國最高法院相關判決中對於客觀上不法原因之給付，亦有如下不同之觀點。

### (一) 屬於違反法令規定之判決<sup>161</sup>

契約約定之給付標的為法令所禁止的，如販賣鴉片煙土<sup>162</sup>、賭博<sup>163</sup>。此之所謂法令應是指關於法律行為違反強行規定無效力而言（第

---

156 依此說見解，所謂不法原因係指給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言，非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。蓋法律禁止或強制規定，或因國家政策考量之結果，若概指為不法原因之給付而謂已給付者不得請求返還，將有失平衡，詳參最高法院 81 年台上第 742 號民事判決意旨；孫森焱，民法債編總論（上），頁 170 以下，自版，2018 年 11 月；邱聰智，新訂民法債編總論（上），頁 145，華泰文化事業股份有限公司，2013 年 9 月。但孫說認為，違反強行規定之情形，受損人明知不法之原因而為給付，與公序良俗之違反無差，亦應適用本款之規定，不得請求返還。最高法院 99 年台上字第 1948 號民事判決亦採此見解。

157 有關民法第 72 條違反公序良俗之法律行無效之詳實內容。參照許政賢，同註 152，頁 26 以下相關論述。

158 最高法院 81 年度台上字第 742 號民事判決即認為：「…所謂不法原因係指給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言，非為凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。」。

159 參照鄭玉波，同註 133，頁 265。

160 同前註。

161 王澤鑑，同註 133，頁 147。

162 最高法院 29 年度上字第 464 號民事判例、29 年上字第 626 號民事判決。

163 最高法院 44 年度台上字第 421 號民事判例。

71 條)，不包括被評價為行政取締規定在內<sup>164</sup>。例如違反醫師法之規定未加入公會的醫師卻執行治療行為時，在行政法上雖應受一定之制裁<sup>165</sup>，但在私法關係上仍應承認其效力，因此前述醫師受領診察費用之給付，具有法律上原因，不應成立不當得利<sup>166</sup>。

## (二) 屬於違反公序良俗之判決<sup>167</sup>

最高法院中不少判決並未特別表明違反哪種規範而為不法原因之

- 
- 164 在各種不法原因給付中，特別疑難者之一為非法工作，亦即黑工的問題。所謂打黑工，指外國人未經許可而在中華民國境內工作（就業服務法第 43 條）。當外國勞工違反該強制規定而受僱工作時，因其勞動契約無效，引起其僱主如請求已給付工資之返還時，外國勞工得否依民法第 180 條第 4 款拒絕返還？學說意見雖然不一，但德國聯邦法院認為僱主不得拒絕返還不當得利。雖然打黑工之禁止與僱用童工之禁止的意旨不同，但德國聯邦法院就打黑工，按原因行為無效，依不當得利處理其履行給付之返還的問題；而在童工之雇用，則依事實上契約的論點，認為違反禁止規定之童工的雇用契約雖然無效，但在其已履行的限度，該童工契約構成事實上存在的契約，不適用不當得利之規定，童工得依該契約請求已履行部分之工資，僱主不得以其未受有利益，拒絕給付。此為其效力與不當得利返還請求權主要不同之處。黃茂榮，同註 144，頁 363-364。
- 165 依醫師法第 8 條，執行醫師業務，應先為職業之登記，否則應依第 27 條之規定加以行政法上之懲處。
- 166 民法第 180 條第 4 款中所稱之不法，違反者包含民事法、刑事法及行政法；且不限於形式意義的法律，含法規命令及勞工法上之團體協約。黃茂榮，同註 144，頁 357。
- 167 王澤鑑，同註 133，頁 148；實務上以一般公序良俗之概念就個案為具體價值之判斷之判決有：最高法院 18 年度上字 1745 號民事判決以人身為客體所為之抵押權之契約、31 年度上字 3003 號判決以為免破壞風水所立不得打開特定門戶之契約、46 年度台上字 1068 號判決以養子女在父母生前預立未來遺產分管之契約、50 年度台上字 2596 號判決以為防夫妻一方未來侮辱或虐待對方而預立離婚之契約、65 年度台上字 2436 號判決以贈與土地誘與同居但附以一旦停止同居即應返還土地所有權之契約、96 年度台上字 1396 號民事判決以勞工契約預立勞務期限之有效與否應依契約存在之必要性及合理性以為論斷，以及最高法院 95 年度台上字 1396 號民事判決以約定提供證據，於獲勝訴判決時可分得財產若干…等，認定這些法律行為該當違反公序良俗而無效。

給付，例如：1. 上訴人之先生陸續將所搶劫取得之贓物交由上訴人寄藏，自屬因不法原因而給付<sup>168</sup>。2. 上訴人以金錢向被上訴人收買某女性，在其所開設娼館內為妓，藉以謀生，則其交付被上訴人之價款，應為不法原因所為之給付<sup>169</sup>。3. 賣妻為娼之契約無效，因而所已支付之價金，係屬不法原因之給付<sup>170</sup>。在上述提及這些案例，最高法院究竟如何認定「不法原因」，在其論述中並未明確說明，但似乎皆得以背於公序良俗為其判決上之理由<sup>171</sup>。最高法院在其判決中有特別提及公序良俗的有 67 年度台上字第 1997 號判決：「法律行為有違於公序良俗者無效，附停止條件之法律行為，其條件有悖於公序良俗亦然。無效之法律行為，固無待於撤銷，而自始不存在，但其已為給付，果係出於不法原因，仍無礙民法第 180 條第 4 款之適用。」可供以背於公序良俗作為不法原因之給付，在實務見解上之參照<sup>172</sup>。

對於法律行為違反公序良俗之情形，在學說上也有相關之見解認為

---

168 最高法院 20 年度上字第 2129 號民事判例。

169 最高法院 29 年度附字第 600 號民事判例。

170 司法院院字第 145 號。

171 民法第 180 條第 4 款中所稱之不法是否含單純違反善良風俗的情形？該款雖未像德國民法第 817 條將違反善良違反法律併列，但民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」自該條規定應可導出：違反公共秩序會善良風俗，而未至違反強制或禁止之規定（民法第 71 條）的情形，在第 180 條第 4 款之適用，應與因違反法律而構成之不法同視。黃茂榮，同註 144，頁 365。最高法院 89 年台上字第 1934 號民事判決中認為，民法第一百八十四條第四款規定之不法原因，係指給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言，非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。

172 被質疑者還有：（1）因受詐欺而對行政或司法黃牛給付，是否為因不法原因而為給付？。歸納之，有認為其給付之原因行為只要違反法律之禁止規定即可，亦有認為其所違反之禁止規定，必須兼有違反公共秩序或善良風俗的意義。為緩和該款規定之濫用，有必要解釋為：受領給付者縱無不法原因，但如知相對人係基於不法原因而為給付者，仍應負返還義務。黃茂榮，同註 144，頁 362-363。



<sup>173</sup>，對於讓與人體器官所成立之買賣契約、約定殺人而給予報酬、給予性服務而支付金錢或一定財物、為婚姻外關係維繫而與自己同居之人給予一定金錢給付等契約上之約定，宜透過公序良俗之抽象概念而藉由上述相關實務上已有之說明，否認前述契約內容之約定在法律上效力；當事人間若仍無視於該契約之無效，依然為原所約定之給付時，即有民法第 180 條第 4 款規定適用之必要，因而無從請求返還已為之給付。

### （三）同時兼採違反法令及背於公序良俗之判決

最高法院 107 年度台上字第 2342 號民事判決<sup>174</sup>：「…然受損人係因不法之原因而為給付者，仍不得請求受益人返還，觀諸民法第 180 條第 4 款前段規定自明。此乃因受損人之給付原因，違反強行規定或有背公序良俗，而不應予以保護，以維社會公益及不違誠信原則使然。惟若認不法原因之給付均不得請求返還，將不免發生『不法即合法』之不公平結果，當非上開條文規定之本意，自應由法院就具體個案事實為妥適判斷。即不法之給付關係，倘係因受損人之發動而成立者，縱係出於受益人之詐欺所致，亦不應准受損人請求返還。」。

對於民法第 180 條第 4 款本文僅規定不法原因給付不得請求返還，除了上述客觀要件外，對給付者的主觀要件<sup>175</sup>，卻未設有明文之規範。

---

173 詳參朱柏松，同註 150，頁 8。

174 在此判決中對於案例事實涵攝於不法原因給付之論述為：「查上訴人交付 200 萬元予被上訴人，固係受不實欺罔所致，然其係主動請求被上訴人協助，且在系爭刑案已坦言交付該款係用以行賄徐○崑，圖藉時任自來水公司董事長之徐○崑及自稱為顧問之陳○國力量，為其經營之誠○公司關說或牟取承包自來水公司系爭工程之利益等情，為原審確定之事實。則其給付該 200 萬元，意在破壞國營事業工程正常招標、發包、承攬法制，摧毀公平正義，給付之原因違反公序良俗，自有不法之情形，該不法原因存在於兩造，非僅存在於被上訴人一方，且上訴人請求返還該 200 萬元，必主張自己之不法情事，無異鼓勵為不法行為，更屬不當。」。

175 不法原因之給付，係指給付目的主觀的不法，與法律行為標的之客觀不法不

對此，在實務之判決<sup>176</sup>中則認為：「聘娶有夫之婦，如不知情，則所交聘禮，自可依不當得利之原則，向受領者要求返還，否則為不法原因之給付，自無要求返還之理。」對此問題，學說上有見解<sup>177</sup>認為，鑑於排除不當得利請求權係屬一種法律上的制裁，在解釋上應認民法第 180 條第 4 款本文規定之適用，至少須以為給付之人對給付原因所存在不法性的認識，具有故意或過失為適用上之要件。並進一步認為，公序良俗為社會上之一般通念，違反者，原則上即應認定其具有過失。例如買女為妓者，不能辯稱自己不知該買女為妓之行為有背於公序良俗，而容許其得主張請求返還已支出之買價<sup>178</sup>。

---

同。對於動機的不法，由於動機係法律行為之緣由，然而動機存在於表意人之內部，未經表示，何得知其動機不法？因此宜採「債務本體論」之觀點，認為動機不法，須其動機業經表示而成為意思表示之內容時，始有不法原因給付可論。所謂成為表示內容，即給付本體，故又稱為「給付本體論」，從而，動機不法未經表意人表示者，不得論為給付原因不法。詳參林誠二，同註 151，頁 247。

176 大理院 7 年統字第 774 號判例。最高法院 83 年度台上字第 3022 號民事判決認為：「…雙方當事人違反公司法第 163 條的 2 項規定交付價金及交付股票，均基於不法原因之給付，且雙方均有所認識，固不得請求返還價金。」對於最高法院 83 年度第 3022 號民事判決，學者楊芳賢則認為之目的，係不欲發起人在登記後一年內移轉期股份，然而依本判決之見解，反而使雙方實際完成移轉股份及交付價金之結果，並非妥適。詳參楊芳賢，同註 132，頁 109。

177 Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn. 143), S. 163; 王澤鑑，同註 133，頁 150。

178 不同之見解則認為，其不法應僅指客觀行為，不要求行為人在主觀上有違反之認識。蓋不當得利的規定僅在於規範保有移轉之財產利益的正當性，而不在於對相關當事人之歸責。關於債務契約是否不法之判斷，認為應單純僅以約定之給付本身，而不應併為考慮其所以為該債務契約締結的動機或目的。黃茂榮，同註 144，頁 357。

### 三、不法原因而為之給付之法律效果<sup>179</sup>：不法原因而為之給付不得請求返還

依民法第 180 條第 4 款之規定，除了不法原因僅存在於受領人一方<sup>180</sup>外，因不法原因而為之給付，受損人不得對於已為之給付，因欠缺法律上之原因，而請求返還。例如為使公務員為違背職務行為而贈與汽車時，不得請求該車所有權之返還，此係因給付而移轉所有權之情形<sup>181</sup>。然而若僅將標的物或現金在一定期間內交付他人使用，縱使其交付使用之原因具有不法性。在此種情形，有學說見解認為，給付人僅於該一定期間內不得請求返還，於期限屆滿後，仍得向占有人主張返還之請求<sup>182</sup>。例如甲將漁船出租給乙，並為一定期間之約定，在巴士海峽間，進行走私品之運送，於此一定期間內甲雖不得請求該漁船之返還，但於期間屆滿後，則仍得請求返還該漁船之占有<sup>183</sup>。

### 四、民法第 180 條第 4 款規定類推適用於所有物返還請求權之問題

依民法第 180 條第 4 款之規定，因不法之原因而為給付者，不得請求返還，依體例編制而言，應是僅以不當得利請求權為其規範之對象。然而對於此款規定依其規範目的，應否予以一般化而類推適用於所有物

---

179 王澤鑑，同註 133，頁 150。

180 在僅受領人有不法源因，若於行為人因擄人勒贖而受領被擄人之家屬所給付之贖金，縱使給付人明知明知無給付之義務，仍不適用民法第 180 條第 3 款規定，主因乃其所為之給付係因受到脅迫而為贖金之交付，仍宜適用同條第 4 款之規定，較符合正當性之要求。詳參楊芳賢，同註 132，頁 188。

181 王澤鑑，同註 133，頁 150。

182 楊芳賢，同註 142，頁 188。

183 王澤鑑，同註 133，頁 150。

返還請求權？值得探討說明如下。

鑒於我國民法對於物權行為係建構於無因性之理論上，因此物權行為本身在倫理之評價上具有中立性，故基於原因行為無效而仍為契約標的物所有權之移轉時，其物權行為則仍屬有效，因而僅會發生不當得利返還或償還之請求權，並不存在所有物返還請求權行使之空間<sup>184</sup>。然若債權行為與物權行為同時均被認定為因違反強行規定或背於公序良俗無效時，給付者即得行使所有物之返還請求權。在此情形，德國民法學者有見解認為<sup>185</sup>，為不使請求權人在主張不法的情事時，卻仍得行使所有物返還請求之權利，即應認為有德國民法第 817 條（相應於我國民法第 180 條第 4 款）規定本文類推適用之必要性，從而達成該規範目的妥當具體之實現。

相對於上述之看法，不同之見解則認為<sup>186</sup>，民法第 180 條 4 款規定之不法行為，應指其原因行為本身不法，而其履行行為仍為合法而言。蓋履行債務之物權行為如果亦為不法時，則應依民法第 71 條規定而無效，不會發生財產利益之移轉結果。在這種情形，原先之讓與人應依據其所有之財產權利直接請求所有物之返還，無須引用不當得利相關規定之返還請求權，從而也不應有民法第 180 條第 4 款規定之適用餘地。

在承租人以應召站經營為目的並已受出租人交付之定期房屋租契約，此一租賃契約若因違反公序良俗，依民法第 72 條規定而無效<sup>187</sup>之

---

184 同前註，頁 153。

185 Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn. 143), S. 165-166.

186 黃茂榮，同註 144，頁 354。

187 當事人試圖實現不法或不當社會生活關係，而未表示其動機時，原則上其法律行為有效。但如相對人於行為時明知其情事，致行為違法或欠缺正當性時，其法律行為無效，亦即不法動機已表示於外，將構成法律行為之內容，而影響該法律行為之效力。詳參許政賢，同註 152，頁 34。最高法院 102 年度台上字第 1686 號、91 年度簡上字第 28 號民事判決亦採相同之見解。

情形，學說上雖然有見解<sup>188</sup>採如前述為走私魚貨而為漁船租賃之情形，認為在此情形，承租人無權占有出租人之房屋，出租人行使依民法第 767 條規定之所有物返還請求權時，應類推適用第 180 條 4 款規定，在此定期租賃期間內不得請求租賃標之物之返還。然而不同的見解卻認為<sup>189</sup>，雖然租賃契約因違反公序良俗之規定而無效，出租人不得請求租金之支付，但若依前述見解之結果，將導致承租人在該約定之特定期間內，得自由使用收益租賃物，在其尚未支付租金前，卻得無償使用收益該租賃物；若其已先支付租金，而出租人在該約定之特定期間內，若不得請求返還該租賃物，則形同如該租賃契約被認定為有效之結果。此一結果是否符合第 180 條第 4 款前段之規範目的，不無疑問。因此乃認為，應承認出租人得無礙地行使第 767 條規定之所有物返還請求權。因為被解釋違反公序良俗而無效者，乃當事人間之租賃契約，此乃由於在租賃契約無效之情形，不應影響租賃物所有權人原有之權限。至於承租人如已支付租金，即應適用第 180 條第 4 款前段之規定，不得向出租人請求返還。承租人已預先支付之租金，固然因此而蒙受依法不得請求返還租金之不利益，然而如此解釋，乃因承租人本身之行為違反了公序良俗，應自行承擔已支付之租金無從請求返還之風險。本文認為如此見解，符合風險妥當分配之原則，其理由具有實質上之正當性。

## 五、評析（代小結）

實務上對於非原住民以買受原住民保留地之交易行為雖然也有採取認為屬於法律上不能之觀點，認為債權契約之內容並無不法<sup>190</sup>，因此

---

188 王澤鑑，同註 133，頁 142、151。

189 楊芳賢，同註 132，頁 112。

190 日本學者指出，所謂「不法原因而為付給」，係指「給付目的的主觀不法」，例如因賭博而給付金錢，而所謂「法律行為內容（標的）之不法」，則指「標的客觀的不法」，例如販賣煙毒之買賣契約，二者性質上既有差異，其效果自亦有不

限制取得人身份規定之標的物買賣契約，並非違反強制規定<sup>191</sup>，亦即無法逕行依民法第 71 條本文規定，認定因標的不法而無效<sup>192</sup>，僅債務人之給付因法律之強行規定而不能直接實現。然而該買賣契約仍得依民法第 246 條第 1 項但書規定而生效<sup>193</sup>，買受人得依締結契約之約定，請求出賣人移轉登記該原住民保留地所有權於所指定借名契約中之出名人。反之，買賣契約當事人若未約定移轉於具有原住民身分之第三人時，則應依第 246 條第 1 項本文規定而無效。亦即買賣契約非依第 71 條本文違反強行規定規定而無效，自無涉及第 180 條第 4 款所定不法原因而為給付之問題。

不論是依此次民事大法庭裁定或本文前述不同理由之論述，結論上則皆認為，非原住民以借名登記一條龍方式所為之原保地之交易行為，應依民法第 71 條規定全部無效。從而履行契約債務之原住民保留地出賣人本得依真正所有權人之地位，請求登記名義之第三人塗銷登記，並得向無權占有之非原住民，請求所有物之返還；此外尚得依不當得利之規定主張返還占有及塗銷登記之權利，契約之相對人同樣享有因契約無效後之回復原狀之請求權。然而其各自履行契約而已為之給付，是否可

---

同。蓋給付目的（即原因）主觀的不法，僅生應否剝奪不當得利返還請求權之問題，亦即先有法律行為（標的）不法而生不當得利請求權後，始有給付目的主觀的不法問題之適用。至於標的客觀的不法，乃指法律行為內容本身應否無效之問題，即不當得利返還請求權發生原因之一。石坂音四郎，法律行為之原因與不當得利，民法研究，2 卷，頁 32，有斐閣，1913 年 1 月。林誠二，同註 154，頁 246。

191 法律行為不法與法律行為標的不法並無差異，但其與標的物不法，則大有不同。所謂標的物，係指法律行為內容（標的）所生而依法須給付之物，例如因買賣而出賣人應交付移轉財產權之物，買受人應交付之價金，自與法律行為之標的有別。因此法律行為（標的）不法，不一定標的物亦不法，因為標的物之不法僅生不融通物之問題，但二者究有性質上之差異。林誠二，同前註，頁 245。

192 孫森焱，同註 44，頁 516。

193 楊芳賢，民法債編總論（下），頁 83，三民書局股份有限公司，2021 年 5 月，修訂 2 版。

能因屬於不法原因之給付，依民法第 180 條第 4 款規定而不得請求返還或償還？

雖然上述交易行為係因違反第 71 條規定而無效，似乎符合第 180 條第 4 款規定之形式要件。然而在正當性之建構上，本文認為，縱使違反法令之行為亦必須具備違反公序良俗之性質，否則該行為雖為法令所禁止，但卻仍在貫徹國家政策或公共利益之規範目的範圍內，如認為屬不法原因之給付，而返還並未違反法令規範所期待之保護目的時，若仍謂已給付者不得請求返還，則會造成價值判斷上欠缺一致之妥當性。因此，在涉及原住民保留地交易客體在法規對於受讓主體限制之情形，由於此種情形對於規定之違反並未達到本條第 4 款之「因不法之原因而為給付」所要求本質上之嚴重程度<sup>194</sup>，而受領標之物之返還亦屬於貫徹國家政策或公共利益之規範目的<sup>195</sup>，且不得請求返還明顯有違國家政策目

---

194 最高法院 96 年度台上字第 2362 號民事判決認為：「不當得利制度乃基於「衡平原則」而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件，避免生不公平之結果。」。

195 最高法院 81 年台上字第 742 號民事判決曾對於相似但已被刪除之土地法第 30 條私有農地禁止移轉於非自耕農之規定，表達相關之意見認為：「所謂不法原因係指給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言，非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。蓋法律禁止或強行規定，或因國家政策考量之結果，若蓋指為不法原因之給付而謂已給付者不得請求返還，將有失衡之虞。該買賣契約因買受人資格之欠缺…應歸無效乃係實施國家土地政策之結果，並非買賣有違反公序良俗而無效，不能謂被上訴人依此買賣契約而給付之定金，為不法原因之給付。」本文認為，就原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項之規定而言，該條立法目的，在於貫徹原住民保留地由原住民保有，並非以懲罰當事人間關於原住民保留地買賣之給付為目標，或拒絕對於給付之當事人加以保護，從而違反該條規定而為給付時，無須認定其為不法原因之給付，從而得依不當得利之規定請求返還。而依此次大法庭裁定，非原住民以一條龍方式買受原住民保留地之契約，應依民法第 71 條本文規定為無效，其支付之買賣價金，得依不當得利之規定，請求出賣人返還，且依上述相同之觀點，亦無民法第 180 條第 4 款規定之適用空間。

的之實踐<sup>196</sup>。因此，對於非原住民以買受原住民保留地一條龍之交易行為因違反的 71 條本文而無效，契約當事人已為之給付，應無第 180 條第 4 款規定之適用。雙方於行使第 767 條規定之權利時，縱使採取得類推適用第 180 條第 4 款規定之觀點，然而基於上述之理由，在此案例亦應無第 180 條第 4 款規定類推適用之妥當性。

## 伍、非原住民借名迂迴承買原住民保留地契約被判定無效後之回復關係

如上所述，本文雖然採取不同理由，但亦認為前述一條龍之交易模式，應依民法第 71 條之規定，而為無效之認定；而其規定之違反亦不符合第 180 條第 4 款「因不法之原因而為給付」之要件，從而無不得請求返還效果之適用。職是，當事人彼此間即應各負回復原狀之義務。

### 一、在三人契約關係間無效之縮短給付回復關係

在非原住民以原住民之第三人作為借名登記原住民保留地之買賣契約之締結及所有權移轉之情形，因違反第 71 條本文之禁止規定，評價該一條龍之整體交易行為無效。於此種交易行為如係以縮短給付、指示交付之模式進行契約締結與實現所有權之變動行為，當三方關係之法律行為無效時，即應以三方之不當得利回復關係及所有物返還請求權作為規範彼此間之權利義務之內容。由於在此種為規避相關規定之一條龍

---

196 對於民法第 180 條第 4 款之適用，應考量不得請求返還給付能否達成所違反之法規期待之目標與政策，及不得請求返還與不法違反間在比例上關聯性如何，同時並應考慮該給付目的所具有之不法性質、內容或嚴重程度，交易客體之性質或交易行為等相關情事之因素，作為判斷決定之依據。詳參楊芳賢，同註 142，頁 185-187。同此見解者亦認為，得否因不法原因給付，應判斷不許返還，是否反而使道德規範或禁止規定之目的無法達成而定。此雖鮮有國家明文規定，但此應為自明之理，為各國所認同。陳自強，契約法中的給付不當得利—契約法之現代化 VII，頁 136，新學林出版股份有限公司，2022 年 11 月。



措施係違反第 71 條禁止規定，原則上應被判定整體行為皆為無效，且於非例外之情形下，通常應包含非原住民買受人指示出賣人移轉所有權予第三出名人之行為也違反禁止規定而為無效。

準此，當事人彼此間各自主張行使不當得利規定之返還或償還之權利，則非原住民借名之買受人指示出賣人對借名登記出名人之給付，即應依是否存在有效之指示移轉登記，作為不當得利回復關係中個別債權債務關係當事人之決定依據。若指示移轉登記並未被宣告無效時，而補償關係、對價關係及履行債務之所有權移轉行為無效，原住民保留地之出賣人為排除所有權移轉登記與真實狀態不符之現象，自得行使第 767 條之權利，訴請法院塗銷出名人所有權之移轉登記<sup>197</sup>。如原住民保留地出賣人欲行使第 179 條不當得利規定之權利，基於契約當事人間抗辯權利之保障及破產風險合理分配原則，則僅得向補償關係之相對人（於此為非原住民之借名人）請求塗銷所有權移轉登記<sup>198</sup>，而非向所有權移轉登記名義之出名人請求。

相對而言，在指示行為、補償關係、對價關係與所有權移轉登記行為同時被宣告為無效之情形，則因欠缺有效授權行為及清償目的之決定，因此無從將出賣人給付行為以經濟上觀察之關聯性，認定為「有如」買受人之給付。從而對於欠缺有效指示行為之情形，在三人關係不當得利之回復請求上，則無須考量契約當事人間抗辯權利之保障及破產風險合理分配之基本原則。在此種情形，移轉所有權登記之給付僅於原住民保留地之出賣人與出名人之間發生，與借名人並無關聯性，從而出賣人得依第 767 條或第 179 條規定向出名人主張及行使權利<sup>199</sup>。

---

197 楊芳賢，依私有農地買賣契約以第三人為移轉登記名義人時本於契約無效、解除契約及所有權請求之被告當事人—最高法院 89 年度台上字第 1769 號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 23 期，頁 43，2001 年 6 月。

198 同前註，頁 48。然而該筆不動產並非登記於借名人名下，出賣人乃無從主張請求此塗銷登記之權利。

199 同前註，頁 42。

職是，得由為給付之原住民保留地之出賣人直接向出名人依第 767 條規定請求所有權登記之塗銷或因所有權讓與合意無效，產生與實際權利狀態不符之不動產所有權移轉登記，依第 179 條規定逕行請求出名人返還（塗銷所有權之移轉登記）。此外，在不論是出賣人或出名人登記地上權予借名人之物權行為被無效認定後，出賣人得訴請借名人塗銷該地上權登記，並依不當得利或所有物返還請求權規定，向借名承買之非原住民，主張原住民保留地無權占有之返還。

## 二、買賣價金之返還

原住民保留地之買賣契約因違反原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項之規定而無效，買受人已為價金支付之物權行為，如認定應依第 71 條規定而無效，買受人原本得依第 767 條規定主張所有物之返還請求。然而在此情形可能會發生金錢與金錢之混合，若該混合係發生於一定之空間，應認為由各所有權人依混合時金錢數額享有合成物之所有權，彼此得隨時請求分割共有物，各自取回原本之數額，且應肯定出賣人得以同種類之物返還，以代替原支付之價金，以茲防免支付價金之非原住民因混合而喪失已支付價金之所有權，而僅得依第 816 條規定行使不當得利之價額償還請求權所生保障不足之疑慮。然而現實生活中，金錢處於流動狀態，並非常於固定空間發生混合，以致非原住民所支付之價金即可能因金錢混合而喪失所有權。此時，支付價金之非原住民僅得依第 816 條規定準用不當得利價額之償還請求<sup>200</sup>。反之，如堅持物權獨立性與無因性原則之適用，價金支付之物權行為因未受主體資格限制之禁止規範而無效，出賣人即已取得支付價金之所有權，支付價金之非原住民則僅得依不當得利之規定請求出賣人返還。

---

200 鄭冠宇，民法物權，頁 170-171，新學林出版股份有限公司，2022 年 7 月，12 版。

然而於被認定非原住民所買受原住民保留地之契約無效後，林恩山法官於最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定之不同意見書中曾提及：「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。」對此情形，得採用前最高法院之見解<sup>201</sup>：「按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第二百六十四條第一項前段定有明文。又按雙務契約當事人之一方負擔的給付與他方負擔的對待給付有牽連關係，此項牽連關係於雙務契約罹於無效以後仍然存在。是以，於買賣契約罹於無效後，買方固得以不當得利法律關係請求賣方返還收受之價金，賣方亦得依不當得利法律關係請求返還交付之房屋，雙方似得依此為同時履行抗辯權之主張。」及時效完成後，不能妨礙同時履行抗辯權之觀點<sup>202</sup>：「按雙務契約當事人間互負之債務，既有履行上之牽連關係，即使一方當事人之請求權因罹於時效而消滅，其同時履行之抗辯權則無時效規定之適用，仍然存在。故他方當事人請求給付時，仍得行使同時履行抗辯權，以拒絕自己之給付。」如此，方得以在買賣契約無效後，緩和雙方當事人在回復關係上發生利益狀態失衡及達成評價上妥當性之結果<sup>203</sup>。

---

201 最高法院 89 年度台上字第 594 號民事判決。最高法院 93 年度台上字第 910 號民事判決亦認為：「按買賣契約為雙務契約，雙方之給付，依其經濟上之交換目的構成一整體。是以買賣契約縱然無效，倘當事人雙方事實上均已履行，則給付與對待給付仍應一併觀察計算。若買受人所支付之價金與出賣人所交付物品之價額相當，即難謂買受人受領買賣標的物獲有不當得利。」。

202 最高法院 94 年度台上字第 431 號民事判決。

203 臺灣臺東地方法院 109 年度原訴字第 10 號民事判決。

### 三、無權自主占有人費用支出之償還<sup>204</sup>

依民法第 71 條本文規定，所有交易行為因迂迴違反法律禁止行為，全部無效。從而，當出賣人依此見解，依民法第 767 條規定向出名人請求所有權及向借名人請求地上權之塗銷登記，其後再向借名人主張無權占有之返還請求時，此際借名人對於自己無權占有買賣標的之原住民保留地已支出之費用，得依民法第 954、955、957 條，請求出賣人（回復請求人）償還。此種原住民保留地之無權占有人費用支出償還請求權相對於原住民保留地所有人所有物返還請求權而言，稱為次要返還請求權，且其內容視原住民保留地無權占有人善、惡意而有所不同。所謂善意係指誤信有占有之權源，且無懷疑之情狀。相對而言，惡意則是指，占有人明知無占有權源或對有無占有權源有所懷疑仍為占有的情況<sup>205</sup>。

---

204 在民間藉由假人頭等手法，將原住民保留地實際移轉於非原住民與財團進行開發，例如在新北市烏來區、苗栗縣泰安鄉開發溫泉設施，或新竹縣尖石鄉；五峰鄉進行大型露營區建設，甚至在觀光景點之觀光設施等，在民事大法庭裁定中，認為因違反禁止規定，依民法第 71 條本文規定，所有相關之交易行為，皆屬無效。從而非原住民於返還無權占有之土地時，即生這些大型開發所支出之費用，得否請求償還之問題，林清汶，評原住民保留地以人頭買賣之爭議－以最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定為例，軍法專刊，第 68 卷，第 4 期，頁 63，2022 年 8 月。最高法院 87 年度台上字第 2677 號民事判決：「…被上訴人已給付上訴人新台幣（下同）六十萬元價金，並因整地而支付挖土機工資九萬六千五百元及代墊罰款一萬五千元。嗣伊發現系爭地為原住民保留地，伊不具原住民身分，系爭讓渡契約因違反原住民保留地開發管理辦法之規定而無效。爰依民法第一百三條契約無效回復原狀及不當得利之法律關係，求為命上訴人返還價金六十萬元及前揭整地、代墊罰款之支出共計七十一萬一千五百元並自訴狀繕本送達上訴人翌日（即八十六年九月十日）起至清償日止，按年息百分之五計算遲延利息之判決（被上訴人請求超過六十萬元買賣價金及遲延利息部分，業經第一審判決被上訴人敗訴，被上訴人就其敗訴部分未聲明不服。）。原審維持第一審所為被上訴人勝訴之判決（上訴人應給付被上訴人六十萬元本息），駁回上訴人之上訴…。」。

205 鄭冠宇，同註 200，頁 212。

原住民保留地無權占有之借名人費用支出通常是指，對原住民保留地享有實際支配之人以任何之方式自主地犧牲自己財產利益給予原住民保留地經濟上正面效果之支出行為。縱然原住民保留地無權占有回復請求之出賣人實際上未因此受有利益，無權占有之借名人對原住民保留地為必要費用支出仍屬其應得請求償還之範圍<sup>206</sup>。意即對於原住民保留地無權占有之借名人費用支出償還請求權而言，原住民保留地回復請求之出賣人是否因無權占有之借名人費用支出而取得並保有該利益，並不具重要性。原住民保留地回復請求之出賣人對無權占有之借名人費用支出，而取得利益，僅於善意原住民保留地之無權占有之借名人依民法第 955 條規定對有益費用支出之請求償還時，在認定其構成要件中對原住民保留地「現存增加價值限度內」時，才具有決定上之意義<sup>207</sup>。

至於原住民保留地無權占有之借名人財產上犧牲可被評定為費用支出，則存在各種不同之樣態，例如原住民保留地無權占有之借名人以自己所有之物，添附於無權占有之借名人所占有之原住民保留地；或者原住民保留地無權占有之借名人可能以自己金錢作為原住民保留地僱請他人修復、保管或改良之對價，甚或支付原住民保留地上之負擔<sup>208</sup>。

就無權占有之借名人費用支出之主觀要件而言，須因有意識行為而形成之財產犧牲<sup>209</sup>，因此自然現象發生之無權占有借名人財產犧牲於原住民保留地，即不屬於法規範上費用支出<sup>210</sup>之性質。

就必要費用支出規範而言，在原住民保留地費用支出之必要性係指，為避免原住民保留地毀損、滅失或為回復原有狀態而為之支出，在

---

206 Hans Josef Wieling, Sachenrecht Band 1 Sachen, Besitz und beweglichen Sachen, 2. Aufl., 2006, S. 591.

207 陳忠將，對占有物費用支出償還之探討－以我國民法第 954、955 及 957 條規定為中心，東吳法律學報，第 25 卷，第 3 期，頁 129，2014 年 1 月。

208 同前註，頁 129。

209 Wieling, a.a.O. (Fn. 206), S. 592.

210 Klaus Vieweg/Almuth Werner, Sachenrecht, 5. Aufl., 2011, S. 225.

客觀上係屬必要<sup>211</sup>，且若未為此項支出，該原住民保留地將因而發生毀損或滅失而言。

在我國民法第 954 條於民國 99 年 2 月 3 日之修正理由中即明言：「必要費用分為通常費用及特別必要費用兩種。前者例如占有物之維護費、飼養費或通常之修繕費；後者例如占有之建築物因風災或水災而毀損，所支出之重大修繕費用…。」。

而費用支出必要性係以該費用支出時點作為判斷之標準<sup>212</sup>，亦即在原住民保留地善意占有之借名人在占有物上必要費用支出償還之情形，善意占有之借名人在原住民保留地必要費用支出之償還請求權，亦非以原住民保留地回復請求之出賣人請求返還時必要費用支出之效果存在為要件。

至於在無權占有之借名人對原住民保留地所提供之維護，雖然自始曾發生效果然因原住民保留地之滅失，或對該原住民保留地之維護，客觀上具妥當性但自始卻未產生效果，對於原住民保留地之無權占有之借名人必要費用償還求權，並無不同之影響。因為對於原住民保留地必要費用支出是否能持續地產生應有效果之風險，基本上應由回復請求之出賣人承擔而非得轉嫁於原住民保留地無權占有之借名人<sup>213</sup>。

若善意無權占有之借名人為原住民保留地而購買維修設備，縱其所有權仍為原住民保留地無權占有之借名人所有，其支出則應認為屬於必要費用之支出。但在雙方對於設備利益保留之計算時，則應類推損益相抵原則，使原住民保留地回復請求人選擇以限於設備已消耗之範圍內償

---

211 王澤鑑，民法物權—第二冊—占有，頁 203，自版，1997 年 9 月。

212 最高法院 44 年台上字第 21 號民事判決。此判決雖然是針對第 957 條之適用而為之判斷，然依王澤鑑之觀點，此見解於第 954 條亦有適用餘地。同前註，頁 203（註 166）。

213 相異於民法第 955 條善意占有人有益費用支出之規範內容，民法第 954 條之規定並未以占有物現存增加價值限度內為要件，占有人之支出只要是屬於必要費用即得以請求償還。

還，或以移轉設備所有權為條件，償還全部價格<sup>214</sup>。

在適用民法第 954 條規定時，可能會發生與無因管理規定適用上交錯之疑問。然而依民法第 954 條等相關規定，僅應適用於原住民保留地善意無權占有之借名人所支出之費用，且原住民保留地善意無權占有借名人對於所占有之原住民保留地係以為自己之利益，且以自己無礙地得依自己意思使用該占有物為目的，而為費用之支出；反之，在無因管理制度中，管理人主張無因管理之權利時，須以具有為他人管理事務之意思為要件<sup>215</sup>，然而依原住民保留地善意無權占有之借名人費用支出之相關規定，則未考慮該要件之必要性，從而在得適用民法第 954 條等相關規定之案例中，並不必然存在無因管理規定適用之可能性<sup>216</sup>。然而當原住民保留地無權占有之借名人惡意時，其主張費用支出之償還請求，僅得因該費用支出屬於必要費用<sup>217</sup>之情形，得依民法第 957 條之規定，準用無因管理之規定，請求行使所有物返還請求之出賣人償還。如上所述，惡意無權占有之借名人於支出必要費用時，通常欠缺「為他人管理事務意思」，因此解釋我國民法第 957 條中「得依無因管理之規定」時，此際則應採取部分構成要件準用之見解，較為妥當<sup>218</sup>。亦即準用無因管理之規定時，應排除原住民保留地無權占有之借名人須符合無因管理規定中「為他人管理事務意思」要件，方得準用之要求。

此外，依民法第 957 條之規定，惡意無權占有之借名人對原住民保

---

214 陳忠將，同註 207，頁 136。

215 我國學說認為，所謂為他人管理事務之意思，即管理人必須有管理事務係他人事務之意識，以及為他人管理之主觀意思。黃茂榮，債法各論（第一冊增訂版），頁 307，植根法學叢書編輯室，2006 年 9 月，再版。

216 此處涉及者，係善意占有人費用支出，可能發生無因管理之規定中誤信管理之類型。

217 最高法院 44 年度台上字第 21 號民事判例謂：「民法第 957 條，所謂因保存占有物所支出之必要費用，係僅只因占有物之保存不可欠缺所支出費用而言，至支出之費用是否具備上述要件，應以支出當時之情事，依客觀的標準決定之。」。

218 陳忠將，同註 207，頁 140。

留地支出必要費用後，應依民法無因管理之規定向原住民保留地回復請求之出賣人請求償還。然而原住民保留地無權占有之借名人必要費用之支出在依無因管理之規定下，仍須符合客觀上有利於本人且不應違反本人明示或可得推知之意思。因而若惡意無權占有之借名人明知原住民保留地回復請求之出賣人對被占有原住民保留地上依傳統文化建築之破舊房屋早有拆除意思，卻對其所占有之他人房屋加以整修，此時原住民保留地無權占有之借名人費用支出，因不符合無因管理之要件，自無從依民法第 957 條準用無因管理之規定，請求原住民保留地回復請求之出賣人償還<sup>219</sup>。

如若原住民保留地回復請求之出賣人取回原被他人占有之原住民保留地後，使用、利用非原住民之惡意無權占有之借名人對原住民保留地所為保存、維護等必要費用支出於原住民保留地之部分。對此即應肯認，所有人有默示承認惡意占有人之必要費用之支出之意思，從而應承擔償還該費用之義務<sup>220</sup>。

至於無權占有之借名人在原住民保留地上有益費用支出<sup>221</sup>，得依第 955 條規定請求償還。就請求要件而言，必須原住民保留地無權占有之借名人在支出該項費用之時點時處於善意之狀態，且須原住民保留地之無權占有之借名人返還該原住民保留地予回復請求之出賣人時，該費用支出所產生之利益仍存在於原住民保留地，且使原住民保留地價值因而有所增益，方得加以承認。因為依民法第 955 條規定，僅限於尚存在原

---

219 同前註。

220 同前註。

221 所謂有益費用之支出，依國內學者之見解係指，非為保存占有物所不可或缺之費用，而係因利用或改良占有物，且增加其價值的費用，例如以土填平城壕空地、將年久失修房屋予以粉刷油漆或加裝紗窗、將一般燈泡改為省電節能燈泡而言。劉春堂，判解民法物權，頁 643，三民書局股份有限公司，2010 年 10 月，7 版。



住民保留地增益範圍內，方得請求償還<sup>222</sup>，從而原住民保留地善意無權占有之借名人，因改良原住民保留地所支出之有益費用，於該原住民保留地現存增加價值限度內，始得向原住民保留地回復請求之出賣人，請求償還<sup>223</sup>。依民法第 955 條規定，原住民保留地之現存財產上增益數額之認定，應依物之現存價值與原住民保留地善意無權占有之借名人未為費用支出之假設狀態，於比較上之差異而認定。

職是，依民法第 955 條之規定，善意無權占有之借名人應承擔從支出該非必要費用至回復請求之出賣人取回該原住民保留地時止，所支出費用是否對原住民保留地有無現存增加價值之風險。至於原住民保留地回復請求之出賣人陷於受領遲延狀態時，則應依我國民法第 234 條規定，由善意無權占有之借名人轉由原住民保留地回復請求之出賣人承擔該現存增加價值是否存在之風險<sup>224</sup>。

再者，於原住民保留地維護之費用支出，原則上原住民保留地之善意無權占有之借名人本應依民法第 954 條之規定請求償還；然而若該維護原住民保留地之費用支出逾越了成本利用比例關係時，善意無權占有之借名人應得主張依民法第 955 條之規定，向原住民保留地回復請求之出賣人請求償還<sup>225</sup>。

最後，對於惡意無權占有之借名人對原住民保留地就有益費用支出之償還請求，我國民法雖然並未明文規定。然而若考慮原住民保留地惡

---

222 最高法院 80 年度台上字第 2742 號民事判決之意見：「民法第 955 條規定善意占有人因改良占有物所支出有益費用償還請求權，與土地所有人之回復原狀請求權，非因契約而互負債務，不生同時履行問題。上訴人以善意佔用係爭土地，對係爭土地支出有益費用云云，縱令屬實，亦應另行請求，不得據為拒不交還土地之理由。」。

223 謝在全，民法物權論（上），頁 519，新學林出版股份有限公司，2014 年 9 月，修訂 6 版。

224 陳忠將，同註 207，頁 143-144。

225 同前註，頁 144。

意無權占有之借名人通常係以為自己之目的管理無權占有他人所有原住民保留地而支出有益費用，符合民法第 177 條第 2 項之規定「於管理人明知為他人之事務，而為自己之利益管理之者」之要件，而有適用之可能。因此依第 177 條第 2 項準用第 1 項規定之文義，於「本人仍得享有因管理所得之利益」時，不法管理人亦得行使第 176 條第 1 項規定之有益費用支出之償還請求。於原住民保留地回復請求之出賣人選擇請求惡意無權占有之借名人不法管理所取得利益之返還時<sup>226</sup>，該原住民保留地惡意無權占有之借名人即得向其主張有益費用支出償還之請求。

雖然有見解認為，不法管理人因管理他人事務所取得之不當得利請求權，縱使本人未主張享有不法管理之利益仍可能發生<sup>227</sup>。本文採取限制解釋之見解，因為原住民保留地回復請求之出賣人在尚未決定是否行使「享有因管理所得之利益」前，仍保有是否僅主張第 174 條第 1 項、第 172 條規定損害賠償請求之權利。若原住民保留地回復請求之出賣人選擇僅行使損害賠償之請求時，原住民保留地惡意無權占有之借名人的不當得利請求權，則應無適用之空間<sup>228</sup>。因此，原住民保留地惡意無權占有之借名人對回復請求之出賣人不當得利請求權之取得，即應以回復請求之出賣人主張依第 177 條第 2 項準用第 1 項規定享有因管理所得之利益時，為其前提之要件。

## 陸、結論

鑒於修正後山坡地保育利用條例第 37 條與 2000 年因農地農有之政策變更而廢棄之舊土地法第 30 條規定形式相較之下，在禁止之強度與內容，並無過之，且有不足之處。在最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定之前，國內實務界對於非原住民以具原住民身分出

---

226 楊芳賢，同註 142，頁 121。

227 同前註，頁 120。

228 陳忠將，同註 207，頁 142。

名之第三人為所有權受讓人名義之移轉登記之案例類型，即常以承襲舊土地法第 30 條相關判決之見解，認定非原住民為取得原住民保留地相關債權契約之有效性，應依民法第 246 條有關標的不能規定之情形而定。然而在最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號之裁定，非原住民對於原住民保留地以一條龍方式之交易行為，以合憲性解釋方式，認定涉及實質掏空原住民保留地所有權之內容，應依民法第 71 條之規定而當然無效。

雖然在結論上，本文亦認為上述一條龍之交易模式，依民法第 71 條之規定，應為無效之認定，但採不同之理由認為，具有行為規範強行性質之前述原住民保留地相關之規定，本身即具有保護原住民生存權之價值與政策之目的，設若國家期待人民遵守該強行規定之行為規範，要求為一定之作為與不作為，卻又容許並賦予與此相反私法行為具有完全之契約拘束力，並得以要求公權力強制執行，顯然會出現價值或政策上之矛盾，且在防免所有權人被藉由法令容許私法自治與物權種類與內容法定之扣減行為，以此剝奪或限制了所有權之實質內容，導致其僅成為空盒子之名義所有權人。職是，當違反或迂迴違反禁止規定之數法律行為間，如具有緊密的牽連關係時，應在行為一體性之觀點下，認定均屬違反民法第 71 條規定之行為併歸為無效。

再者，雖然最高法院 87 年台上字第 2677 號民事判決中，對於基於此項禁止讓渡而為之給付是否為不法原因之給付及能否依不當得利之法律關係請求上訴人返還，仍存有疑問。可惜的是，對於有關民法第 180 條第 4 款所定因不法之原因而為給付之性質、內容與適用範圍，在此次民事大法庭之裁定中，卻未有任何相關之進一步論述與說明。

對此本文認為，在涉及原住民保留地交易客體在法規對於主體上限制之情形，由於其規定之違反並未達到本條第 4 款之「因不法之原因而為給付」所要求本質上之嚴重程度，且受領標的物之返還係屬於貫徹國家政策或公共利益之規範目的，因此不宜認為被交易之原住民保留地在

主體上限制之違反，已達評價為不得請求返還之程度，且不得請求返還明顯有違國家政策目的之實踐。從而，當事人相互間之交易縱使違反第 71 條本文規定而無效，彼此間仍得依不當得利規定，相互請求返還各自原先已為之給付。於行使所有物返還請求權時，亦應採相同之理由，無類推適用民法第 180 條第 4 款之必要。

最後，基於上述整體行為無效之見解，當事人彼此間即應各負回復原狀之義務。亦即，在借名登記契約中之出名人依第 767 條中段或不當得利規定應負所有權移轉登記之塗銷義務、借名人則應依第 767 條前段或不當得利規定，返還無權占有之物、出賣人（原住民保留地移轉變更登記前之所有權人）則應對借名人負價金返還義務外，對於借名人費用之支出亦存在償還義務之必要與可能性。

## 參考文獻

### 中文

#### 一、專書

王澤鑑，民法物權－第二冊－占有，自版，1997年9月。

王澤鑑，不當得利，自版，2003年8月，增訂版。

王澤鑑，民法總則，自版，2014年2月，增訂新版。

林誠二，債編各論新解－體系化解說（中），瑞興圖書股份有限公司，2015年6月，2版。

邱聰智，「新訂債法各論」中冊，自版，2002年10月。

邱聰智，新訂民法債編總論（上），華泰文化事業股份有限公司，2013年9月。

孫森焱，民法債編總論（下），自版，2014年11月，修訂新版。

孫森焱，民法債編總論（上），自版，2018年11月。

陳自強，契約法中的給付不當得利－契約法之現代化 VII，新學林出版股份有限公司，2022年11月。

陳新民，憲法學釋論，三民書局股份有限公司，2018年7月，9版。

陳聰富，民法總則，元照出版有限公司，2014年12月。

黃茂榮，債法各論（第一冊增訂版），植根法學叢書編輯室，2006年9月，再版。

黃茂榮，不當得利，植根法學叢書編輯室，2011年7月。

黃茂榮，法學方法與現代民法，植根法學叢書編輯室，2020年4月，增訂7版。

楊芳賢，不當得利，三民書局股份有限公司，2009年3月。

楊芳賢，民法債編總論（上），三民書局股份有限公司，2020年9月，修訂2版。

楊芳賢，民法債編總論（下），三民書局股份有限公司，2021年5月，修訂2版。

劉春堂，判解民法物權，三民書局股份有限公司，2010年10月，7版。

劉昭辰，債法總論實例研習－法定之債，三民書局股份有限公司，2010年9月。

鄭冠宇，民法總則，新學林出版股份有限公司，2019年9月，6版。

鄭冠宇，民法物權，新學林出版股份有限公司，2022年7月，12版。

謝在全，民法物權論（上），新學林出版股份有限公司，2014年9月，修訂6版。

## 二、專書論文

林明昕，原住民族地位之保障作為「基本權利」或「保障」？，公法學之開拓線－理論、實務與體系之建構，元照出版有限公司，2006年9月。

林誠二著，陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，由借名登記論不動產物權變動登記之效力，陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集－法學的實踐與創新（上冊），承法數位文化有限公司，2013年9月。

詹森林著，范光群教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，效力規定與取取締規定之區別標準－最高法院裁判之評析，程序正義、人權保障與司法改革－范光群教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版有限公司，2009年3月。

### 三、期刊論文

王泰升，台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化，國立臺灣大學法學論叢，第44卷，第4期，頁1639-1704，2015年12月。

朱柏松，違反公序良俗法律行為之類型分析－兼評最高法院民國92年台上字第2061號判決，法令月刊，第64卷，第6期，頁1-27，2013年6月。

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，第61卷，第4期，頁47-68，2015年8月。

吳從周，民事大法庭裁定選評之一：「原住民保留地買賣予非原住民」案－評最高法院108年度台上大字第1636號裁定，月旦裁判時報，第113期，頁15-25，2021年11月。

李建良，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，台灣法律人，第6期，頁151-156，2021年12月。

李建良，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，第47期，頁115-125，2003年6月。

林文凱，晚清台灣開山撫蕃事業新探－兼論十九世紀台灣史的延續與轉型，漢學研究，第32卷，第2期，頁139-174，2014年6月。

林明昕，基本國策之規範效力即其對社會正義之影響，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷，特刊，頁 1305-1358，2016 年 11 月。

林秋綿，台灣各時期原住民土地政策演變及其影響之探討，台灣土地研究，第 2 期，頁 23-40，2001 年 5 月。

林清汶，評原住民保留地以人頭買賣之爭議－以最高法院民事大法庭 108 年度台上大字第 1636 號裁定為例，軍法專刊，第 68 卷，第 4 期，頁 59-77，2022 年 8 月。

林誠二，債務本體論與不法原因之給付，中興法學，第 20 期，頁 243-252，1984 年 3 月。

邱玟惠，借名登記契約當事人死亡之實務爭議－最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決評析，月旦裁判時報，第 51 期，頁 26-36，2016 年 9 月。

許育典，原住民集體權在憲法的保障：以原住民保留地為例，台灣法學雜誌，第 379 期，頁 43-82，2019 年 11 月。

許政賢，台灣法上之公序良俗，月旦民商法雜誌，第 62 期，頁 26-49，2018 年 12 月。

陳忠將，對占有物費用支出償還之探討－以我國民法第 954、955 及 957 條規定為中心，東吳法律學報，第 25 卷，第 3 期，頁 119-163，2014 年 1 月。

陳榮傳，原住民保留地的借名登記－大法庭裁定的商榷，月旦法學教室，第 237 期，頁 10-16，2022 年 7 月。

陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約－最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，第 123 期，頁 220-231，2005 年 7 月。



游進發，借名登記是信託可能無效－以最高法院 107 年度台上字第 792 號民事判決為例，月旦裁判時報，第 101 期，頁 35-47，2020 年 11 月。

程明修，原住民保留地所有權之空洞化現象，臺灣原住民法學，第 3 期，頁 11-29，2017 年 12 月。

黃士洲，借名規避法律管制的法律與稅務風險－以農業用地及原住民保留地為例，月旦會計實務研究，第 43 期，頁 26-33，2021 年 7 月。

黃建彰，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，第 64 期，頁 55-130，2019 年 7 月。

楊芳賢，依私有農地買賣契約以第三人為移轉登記名義人時本於契約無效、解除契約及所有權請求之被告當事人－最高法院 89 年度台上字第 1769 號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 23 期，頁 33-52，2001 年 6 月。

詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第 43 期，頁 128-132，2003 年 2 月。

詹森林，憲法之基本原則及基本權在民事法上之實踐，台灣法學雜誌，第 381 期，頁 89-108，2019 年 12 月。

雷化豪，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，台灣原住民族法學，第 5 期，頁 51-63，2018 年 8 月。

鄭玉波，不法原因給付之分析，法令月刊，第 23 卷，第 9 期，頁 7-10，1972 年 9 月。

顏愛靜、陳亭伊，原住民族土地制度變遷及課題與對策之研析，台灣原住民族研究學報，第 2 卷，第 2 期，頁 1-25，2012 年 6 月。

蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為－從德國民法§ 134 的理論與實務操作看我國民法§ 17，國立臺灣大學法學論叢，特刊，頁 229-252，1987 年 11 月。

蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和－以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，月旦民商法雜誌，特刊號，頁 74-106，2003 年 3 月。

#### 四、其他資料

林秉欽，解析原住民保留地借名登記之爭議－以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定為例，第九屆原住民族傳統習慣與國家法治研討會，原住民族委員會，新北，2022 年 10 月 22 日。

鍾任賜，「非原住民得因法律行為而『取得』原住民保留地？－淺論最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定及相關問題」，第九屆原住民族傳統習慣與國家法治研討會，原住民族委員會，新北，2022 年 10 月 22 日。

## 日文

### 一、專書論文

石坂音四郎，法律行為之原因與不當得利，民法研究，2卷，1913年1月。

## 德文

### 一、專書

Canaris, Claus-Wilhelm: Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschaef, 1983.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, zweiter Band, Das Rechtsgeschaef, 4. Unveraenderte Aufl., 1992.

Larenz, Karl/Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 2004.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2, 13. Aufl., 1994.

Reuter, Dieter/Martinek, Michael: Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983.

Vieweg, Klaus/Werner, Almuth: Sachenrecht, 5. Aufl., 2011.

Wieling, Hans Josef: Sachenrecht Band 1 Sachen, Besitz und beweglichen Sachen, 2. Aufl., 2006.

## **Abstract**

In order to protect the indigenous people, the indigenous reserve land can only be owned by the indigenous people in accordance with the law. In practice, however, there are contracts between non-indigenous people and indigenous people concerning indigenous reserve land, which are of course invalid according to Article 71 of the Civil Law. Disputes over the validity of such contracts shall be determined in accordance with Article 246 of the Civil Code, which may be an opportunity for circumvention of the law.

For different reasons, this article agrees with the conclusion of Judgment No 1636 of the Civil Court of the Supreme Court in 2019, which held that where a contract provides that the non-indigenous person will be registered in the name of the indigenous person, and the subject matter acquired in accordance with the contract will be registered as being owned by the indigenous person of the borrower, and superficial rights are given the non-indigenous person at the same time, the overall transaction would be a roundabout violation of Article 71 of the Civil Code. Accordingly, the buyer would have no right to possess the property, and must return the property to the seller. The buyer should also cancel the registration of the transfer of ownership, while the seller shall be responsible for any expenses incurred by the lender.

Additionally, the normative effect of the registration would apply if the registrant transfers the indigenous reserve land registered in his/her name to a third party.

**Keywords:** Aborigine, Reserve, Prohibitive Provision, Nominee  
Registration, Payment of Illegal Cause