

01 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

02 法官 林 恩 山

03 對於本院民事大法庭108 年度台上大字第1636號裁定，關於原住
04 民甲為非原住民乙設定之地上權，因規避法律規定，依民法第71
05 條本文規定，應屬無效部分，提出不同意見，理由如下：

06 一、大法庭裁定有侵犯立法權之虞：

07 按立法院制定之法律，原則上應推定為合憲，於有疑義時始
08 為違憲審查。立法院依法制定之法律，倘無法律漏洞或違憲
09 問題，法院就該法律所為之解釋，不得逾越立法院所定之界
10 線，否則即有侵害立法權之虞。又中央法規標準法第5 條第
11 2 款規定「關於人民之權利、義務，應以法律定之」，及同
12 法第6 條規定「應以法律規定之事項，不得以命令定之」。
13 禁止非原住民取得保留地之所有權或地上權，應屬關於人民
14 權利、義務之事項。山坡地保育利用條例第37條第1、2項規
15 定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應
16 輔導原住民取得承租權或無償取得所有權」；「原住民取得
17 原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，僅禁止
18 非原住民取得保留地之所有權，並未禁止其取得保留地之地
19 上權。上揭立法並無法律漏洞或違憲問題，大法庭裁定將其
20 擴張解釋為禁止取得地上權，有侵犯立法權之虞。

21 二、大法庭裁定有違反比例原則之虞：

22 憲法第143條第4項規定：「國家對於土地之分配與整理，應
23 以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營
24 之面積」，是農地與原住民保留地相同，亦有其憲法上之依
25 據。在民國89 年1月26日刪除土地法第30條規定前之農地買
26 賣，本院95年度台上字第1682號民事判決即謂：「私有農地
27 所有權之移轉，依89年1月26日修正刪除前之土地法第30 條
28 規定，其承受人以能自耕者為限，如承買人當時係無自耕能
29 力之人，須於訂約時明白約定由承買人指定登記與任何有自

耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三人，或約定待承買人自己有自耕能力時為移轉登記，或其他預期於不能之情形除去後為給付者，其契約始為有效，否則，即係以不能之給付為契約標的，依民法第246條第1項前段規定為無效」。就取得私有農地所有權應具備之「自耕能力」，採取寬鬆立場。實務見解雖亦認為規避法律之農地買賣契約與借名登記契約應屬無效，但對於何謂「規避法律」採取嚴格標準，故法院判決買賣、借名契約無效之案例並不多見。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。保護原住民族或其文化，禁止非原住民取得保留地之所有權為已足，倘進一步禁止非原住民取得保留地之地上權，則土地上已投資興建之民宿，甚至旅館該如何處理？恐成複雜問題。地上權為用益物權，有別於所有權，不因存續期間較長即當然變成所有權，或因實現而取得所有權之全部效果。當事人訂立上揭地上權契約及為處分行為時，並無違反誠信原則或不公平情形，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。保護原住民族及其文化，尚有其他更有效之方法可資運用，與何人有保留地之地上權無必然關係（詳後述）。大法庭有關買賣契約、借名登記契約及所有權移轉登記行為無效之見解，已足保護原住民族及其文化，其進而擴張山坡地保育利用條例第37條第2項規定之適用，認非原住民取得地上權亦在禁止之列，非但有侵害立法權

，且有違反比例原則之虞。

三、所有權與使用權分離始能物盡其用，符合經濟效益：

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

四、保護原住民族文化與保留地之地上權屬誰無關：

大法庭認為保存原住民族文化，應禁止非原住民取得保留地之地上權。惟保存原住民族文化，以立法及行政手段，管制保留地之用途即可達成，與是否限制非原住民取得地上權無關。原住民擁有保留地之所有權、地上權，亦可能為不利原住民族文化之行為，故保護原住民族文化，與限制非原住民之地上權無必然關係。如認為某經濟行為有礙原住民族文化之保存，則制定法律禁止，並以行政手段取締即可，並無禁止非原住民取得保留地地上權之必要。

五、對大法庭裁定之看法：

大法庭多數意見認為非原住民不得取得地上權，甲為乙設定之地上權，因規避法律規定，依民法第71條本文規定，應為無效。然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

01 即因實現所有權之效果而當然隨同無效。本席對大法庭關於
02 地上權部分之見解難以贊同，爰提出不同意見書。