臺灣高等法院花蓮分院民事判決

110年度原上字第4號

上　訴　人　溫秀蘭（即溫正義之承受訴訟人）

000000000000000000

溫秀玉（即溫正義之承受訴訟人）

000000000000000000

溫明亮（即溫正義之承受訴訟人）

000000000000000000

共　　同

訴訟代理人　林秉嶔律師(法扶律師)

追加原告　　溫正治

000000000000000000

000000000000000000

溫正雄

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

溫正明

000000000000000000

溫正春

000000000000000000

000000000000000000

被上訴人　　梁秀珍

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　林長振律師(法扶律師)

上列當事人間請求土地所有權移轉登記事件，上訴人對於中華民國110年4月16日臺灣臺東地方法院108年度訴字第30號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於民國111年2月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

□上訴人之上訴及假執行之聲請均駁回。

□追加之訴部分

㈠被上訴人即追加被告應將坐落○○縣○○鄉○○段000地號土地（面積52,590平方公尺）之所有權全部移轉登記予被繼承人温明勳之繼承人全體（即上訴人及追加原告)公同共有。

㈡上訴人及追加原告假執行之聲請均駁回。

□第二審（含追加之訴部分）訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項

□按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一者、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者，不在此限，民事訴訟法(下稱民訴法)第446條第1項、第255條第1項第2款、第5款定有明文。次按公同共有之債權人起訴請求債務人履行債務，係公同共有債權之權利行使，非屬回復公同共有債權之請求，尚無民法第821條規定之準用，而應依同法第831條準用第828條第3項規定，除法律另有規定外，須得其他公同共有人之同意，或由公同共有人全體為上訴人，其當事人之適格始無欠缺（最高法院104年台上第481號民事判決、104年度第3次民事庭會議決議參照）。查：

㈠上訴人温秀蘭以次3人（即原審原告温正義之承受訴訟人，以下合稱上訴人）於原審主張被繼承人温明勳與被上訴人就○○縣○○鄉○○段000地號土地（下稱系爭地）成立借名登記、委任暨第三人利益契約，約定將系爭地之耕作權借名登記予被上訴人，並處理申請登記耕作權及所有權事宜，待被上訴人取得系爭地所有權時，應移轉系爭地所有權應有部分1/2予第三人温正義，具有第三人利益契約之性質。温明勳於民國91年12月3日過世，被上訴人於105年間已登記取得系爭地所有權，爰依民法第269條第1項、借名登記關係終止後之返還請求權，請求被上訴人將系爭地所有權應有部分1/

2移轉予上訴人(原審卷第4頁反面至第7頁、第175頁至第177頁、第255頁)。依上訴人主張之事實及請求權基礎，關於第三人利益契約部分，溫正義為該契約之第三人，依民法第269條第1項規定，對被上訴人有直接請求權，故溫正義於原審以自己名義，本於其主張之第三人利益契約所為請求，無當事人適格之爭議，要無疑義。

㈡惟就借名登記暨委任關係終止後之返還請求權部分，上訴人應係繼承溫明勳依借名登記(委任)關係對被上訴人之債權，於溫明勳死亡後，屬遺產之一部，為其繼承人繼承，屬公同共有債權。上訴人雖主張該部分債權已為分割，然為被上訴人所否認(原審卷第255頁)；審酌溫明勳死亡後遺留多筆財產，其繼承人先後於92年、94年間就不同筆遺產辦理分割，分由不同人繼承(見下述不爭執事項㈢2.)，可知溫明勳之繼承人應係就遺產逐筆達成分割協議。上訴人復未提出上開公同共有債權，於溫明勳死亡後已為分割之證明，應認仍屬溫明勳之遺產，於繼承開始時，即為其繼承人公同共有。則上訴人基於繼承之公同共有債權，請求上訴人移轉系爭地所有權登記，核屬公同共有債權之權利行使，訴訟標的對繼承人全體有合一確定之必要，依前揭說明，應由全體繼承人共同起訴，當事人適格始無欠缺。

㈢上訴人上訴後，將其於原審之主張聲明，改列為先位之訴，另追加備位之訴為：若認溫明勳與被上訴人間之約定不具有第三人利益契約之性質，則依民訴法第56條之1第1項規定，追加溫正治、溫正雄、溫正明、溫正春(以下合稱追加原告，分別逕稱其名)為原告，並依溫明勳與被上訴人間之借名登記關係，本於繼承之法律關係，依民法第179條及類推民法第541條第2項，請求被上訴人將系爭地移轉登記為溫明勳全體繼承人(即上訴人及追加原告)公同共有。

㈣經核，上訴人追加備位之訴，追加原告於本院均表示同意追加為備位之訴原告(本院卷一第305頁至第311頁、卷二第13頁)，且備位之訴之訴訟標的對上訴人及追加原告有合一確

定之必要；另備位之訴請求之基礎事實係與其原審之主張同一，應無礙被上訴人之攻防。從而，上訴人於本院追加備位之訴，合於民訴法第446條第1項、第255條第1項第2款、第5款規定，應予准許。

□溫正雄、溫正明、溫正春經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民訴法第386條所列各款情形，爰依被上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體事項

□上訴人於原審主張略以：溫明勳育有5子，依序為溫正治、溫正義、溫正雄、溫正明以及溫正春。溫明勳生前已安排將系爭地及○○縣○○鄉○○段000○000○000地號土地（以下均省略段名)平均分配給5子，即000、000、000地號土地依序分由溫正治、溫正雄及溫正春繼承，而系爭地因面積較大，則由溫正義和溫正明共同繼承，應有部分各為1/2。系爭地原屬國有原住民保留地，溫明勳為實際耕作人，本得申請登記為耕作權人，然於89年11月23日將系爭地之耕作權借名登記予被上訴人（即溫正明之前妻），處理申請登記所有權等事宜，並約定日後被上訴人依法取得系爭地所有權時，應移轉系爭地所有權應有部分1/2予溫正義。上開約定具有借名登記與委任契約混合之法律關係，且具有第三人利益契約的效力，爰依此法律關係而為請求，並聲明：被上訴人應將系爭地所有權應有部分1/2移轉登記予上訴人公同共有。願供擔保請准宣告假執行。

□被上訴人則以：溫明勳自80年間起常至伊○○居所就養，於89年間以伊最為孝順為由，將系爭地無條件贈與伊，系爭地亦於89年11月間設定耕作權予伊，並非借名登記(委任)或第三人利益契約。伊設定登記為系爭地之耕作權人及於105年10月因耕作權期滿而無償取得系爭地所有權，係基於行政機關之處分，核屬公法行為，況當時設定耕作權是國有財產，無法成立民法借名登記關係等語資為抗辯。並於原審聲明：上訴人之訴駁回。

□原審判決駁回上訴人之訴，上訴人不服提起上訴，併為訴之追

加。兩造於本院之主張及聲明如下：

㈠上訴人：除援引原審陳述，並補充：

1.先位之訴：溫明勳與被上訴人間補償關係為借名登記，溫明勳與溫正義間對價關係為贈與系爭地，溫正義與被上訴人間履行關係為移轉系爭地所有權應有部分1/2予溫正義。本於溫明勳與上訴人間之借名登記契約、第三人利益契約，類推民法第541條第2項、民法第269條第1項規定請求，並先位聲明：原判決廢棄。被上訴人應將系爭地所有權應有部分1/2移轉登記予上訴人公同共有。願供擔保請准宣告假執行。

2.備位之訴：如認系爭地之借名登記關係不具有第三人利益契約之性質，且因溫明勳死亡而消滅，上訴人與追加原告為溫明勳之全體繼承人，則被上訴人無法律上原因而受利益，致全體繼承人受損害，本於繼承之法律關係，依民法第179條或類推適用民法第541條第2項之規定，擇一請求被上訴人應將系爭地所有權全部移轉登記予溫明勳之全體繼承人公同共有。並備位聲明：被上訴人應將系爭地所有權全部移轉登記予上訴人及追加原告公同共有。願供擔保請准宣告假執行。

㈡追加原告

主張之事實及聲明同上訴人之備位之訴。

㈢被上訴人援引原審抗辯，並答辯聲明：㈠上訴人先位及備位之訴均駁回。㈡追加原告之訴駁回。

□兩造不爭執事項（見本院卷一第210頁至第211頁）

㈠溫明勳於91年12月3日死亡，其配偶即訴外人溫胡春英(109年3月27日死亡)、其子即追加原告溫正治、溫正雄、溫正明及溫正春及原審原告溫正義，為溫明勳之全體繼承人(關於溫明勳之繼承系統表，如原審卷第190頁所示)，均未向法院聲請拋棄繼承或限定繼承。

㈡溫正義提起本案訴訟後，於109年8月24日死亡，上訴人為溫正義之全體繼承人（原審卷第24頁、第188頁至第203頁、第216

頁、第223頁至第230頁）。

㈢溫明勳遺產資訊如下：

1.溫明勳死後遺有現金、多筆不動產，並有3筆地上權及1筆耕作權等遺產，詳如財政部南區國稅局臺東分局110年7月30日南區國稅臺東營所字第1101365293號函附之遺產稅通知書明細所載(下稱溫明勳遺產，本院卷一第79頁至第82頁)。

2.溫明勳遺產中之不動產部分，分別於92年、94年間申辦分割繼承，情形如下(詳見臺東縣太麻里地政事務所《下稱太麻里地政事務所》110年8月4日太地所登記字第1100003041號函，本院卷一第85頁至第129頁)：

⑴92年間申辦分割繼承登記資料因逾檔案保管期限，業經銷燬。

⑵○○縣○○鄉○○段000○000地號土地，於94年間申辦分割繼承，由溫正春單獨繼承。

㈣溫正義與訴外人林玉蘭原為夫妻關係，嗣於103年5月12日離婚；溫正明與被上訴人原為夫妻關係，嗣於91年10月11日離婚，被上訴人自91年離婚後即未居住於○○。

㈤系爭地之相關資訊如下：

1.原屬原住民族保留地，所有權人為中華民國，原住民族委員會為管理機關。

2.89年間，被上訴人將身分證件交付溫明勳，由溫明勳以被上訴人之名義向臺東縣達○○公所(下稱○○鄉公所)申請設定耕作權。嗣因耕作權期間屆滿，經○○鄉公所審查符合修正前原住民保留地開發管理辦法(下稱原民地管理辦法)第17條規定，被上訴人於105年10月28日登記為系爭地所有權人（原審卷第28頁、第91頁至第109頁、第125頁）。

3.系爭地經臺灣臺東地方法院以106年4月10日東院義106司執玄字第3878號函辦理查封登記，債權人為國泰世華商業銀行股份有限公司，債務人為被上訴人，限制範圍為全

部。嗣於107年1月25日塗銷查封（原審卷第18頁、第21頁）。

㈥被上訴人曾將系爭地伐木所賣得之價金及造林回饋金之一半扣除訴外人吳明德伐木之報酬及相關費用後，於107年1月4日匯款新臺幣(下同)4萬8,000元至林玉蘭中華郵政帳戶(帳號：00000000000000號)（原審卷第25頁至第26頁、第125頁至第126頁）。

㈦被上訴人於106年間曾同意分割系爭地，並向太麻里地政事務所繳交審查費及書狀費共4,960元（原審卷第27頁）。

㈧兩造對於卷附證據之形式上真正均不爭執。

□本院之判斷

㈠先位之訴部分

1.上訴人依民法第269條第1項請求被上訴人移轉系爭地所有權應有部分1/2，為無理由。

⑴按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民訴法第277條前段定有明文。又民事訴訟如係由上訴人主張權利者，應先由上訴人負舉證之責，若上訴人先不能舉證以證實自己主張之事實為真實，則被上訴人就所抗辯之事實即令不能舉證，又或所舉證據尚有疵累，亦應駁回上訴人之請求。其次，所謂第三人利益契約，乃當事人之一方與他方約定，由他方向第三人為一定之給付，第三人因此取得直接請求他方給付權利之契約（民法第269條第1項規定參照）；倘第三人並未取得直接請求他方給付之權利，即僅為當事人與第三人間之「指示給付關係」，尚非民法第269條所規定之第三人利益契約(最高法院92年度台上字第2581號民事判決意旨參照)，此為學者所稱「不真正第三人利益契約」。又審認契約是否有以使第三人取得該債權為標的，並不以明示為必要，祇要依契約之目的及周圍之情況，可推斷當事人有此法效之意思為已足。於此情形，除審究其契約是否為第三人利益而訂立外，尚可考量契約訂定之

本旨，是否由第三人自己行使權利，較諸僅由要約人行使權利，更能符合契約之目的，債務人對第三人為給付是否基於要約人亦負擔相當之給付原因暨要約人與第三人間之關係，並分就具體事件，斟酌各契約內容、一般客觀事實、工商慣例、社會通念等相關因素，探究訂約意旨之所在及契約目的是否適合於使第三人取得權利，以決定之(最高法院97年度台上字第2694號民事判決意旨參照)。上訴人主張溫明勳與被上訴人間訂有第三人利益契約，約定被上訴人應將系爭地所有權應有部分1/2移轉登記予溫正義，溫正義亦得直接向被上訴人請求給付等語，然為被上訴人否認，則溫明勳與被上訴人訂有利益第三人契約之事實係有利於上訴人之事實，自應由上訴人負舉證之責任。

⑵經查：

①89年間，被上訴人將身分證件交付溫明勳，由溫明勳以被上訴人之名義向○○鄉公所申請設定系爭地耕作權。嗣因耕作權期間屆滿，經○○鄉公所審查符合修正前原民地管理辦法第17條規定，被上訴人於105年10月28日登記為系爭地所有權人，為兩造所是認(見不爭執事項㈤2.)。

②證人溫正治及吳明德雖於原審均證述溫明勳將來欲將系爭土地分給溫正義及溫正明等語(原審卷第139、145頁)，惟依證人溫正治及吳明德之證言內容，僅係溫明勳對於該土地計畫有所分配，並無法逕行推論溫明勳於89年以被上訴人名義設定耕作權時(借名登記關係詳下述)即有將系爭地贈與溫正義之意思，並由溫明勳與被上訴人訂立第三人利益契約，約定將系爭地應有部分之1/2移轉登記與溫正義。蓋溫明勳係91年12月間死亡，其以被上訴人名義設定系爭地之耕作權時仍在世，所有之財產自尚無遺產分割問題，無從逕行推認溫明勳以被上訴人名義申請系爭地之耕作權時

即有將系爭地贈與温正義之意或約定移轉予温正義。其次，上訴人主張温明勳生前安排000、000、000地號土地分由温正治、温正雄、温正春單獨繼承等語，並提出上開地號土地登記第一類謄本及地籍異動索引為據(原審卷第12頁至第18頁)。惟温明勳死亡遺產列有000地號土地耕作權及000地號土地，有財政部南區國稅局遺產稅核定通知書可參(本院卷一第82頁)，並未在生前已為贈與，之後分由温正雄、温正春取得，僅得證明繼承人間之分割協議，難認温明勳生前已為贈與。

③其次，上訴人雖主張被上訴人同意温正義逕向其請求移轉系爭地應有部分1/2，並提出太麻里地政事務所106年5月4日分割審查費繳費收據為證(見不爭執事項㈦)。然查，上訴人提出之繳費收據僅能證明被上訴人於106年間曾同意分割系爭地，仍難以證明温明勳與被上訴人間成立利益第三人契約之事實。蓋系爭地依上訴人之主張係借名登記於被上訴人名下，於89年借名登記契約成立當時，系爭地仍屬國有，實際之耕作權利人乃為借名人即温明勳，出名人即被上訴人斯時僅為耕作權登記名義人，尚未取得系爭地所有權；而登記為耕作權人後，尚需符合積極、消極要件，方能進而登記為所有權人(修正前原民地管理辦法第15條至第17條規定參照)，則被上訴人於89年借名登記契約成立當時，在尚無系爭地所有權，之後能否取得所有權也屬未明之情形下，應無可能又與温明勳訂立第三人利益契約，約定讓温正義得直接向被上訴人請求移轉系爭地所有權應有部分1/2。

④復次，上訴人主張温明勳生前擬將系爭地分配給温正義、温正明，故與被上訴人約定登記取得所有權後要「分割移轉」予温正義、温正明等語(原審卷第3頁反面)。惟系爭地面積達52590平方公尺，有土地登記公

務用謄本可參(原審卷第51頁)，溫正義與溫正明究應如何分配、各占何方，上訴人並未說明，則被上訴人究應如何「分割移轉」予溫正義、溫正明，實屬不明。故溫明勳與被上訴人於89年間約定由溫明勳向被上訴人請求返還系爭地所有權，再由溫明勳視當時情形進行分配，應較由第三人溫正義直接向被上訴人行使權利，更能符合部落戶長享有對財產管理之慣俗及達到公平分配之目的。因此，依溫明勳與被上訴人訂約時之一般客觀事實、社會通念、契約目的等情，應無約定使溫正義得直接向被上訴人請求移轉系爭地所有權應有部分1/2之意。

⑤再者，債權效力以相對性為原則，效力及於第三人為例外。縱認溫明勳預為財產分配具有贈與性質，然上訴人仍未提出任何證據足資證明溫明勳與被上訴人所約定之借名登記(委任)契約，有約定使第三人即溫正義直接對被上訴人取得任何債權。則溫明勳與被上訴人間之約定，究為民法第269條之「第三人利益契約」，抑或僅為「不真正第三人利益契約」，實屬不明，上訴人對此未為充分舉證，所為主張自難憑採。

2.又上訴人主張溫明勳本於借名登記關係得對被上訴人請求之民法第541條第2項返還請求債權，已為分割，然為被上訴人否認，上訴人所舉證據復不足證明該債權已為分割，如前說明(詳本判決壹.□㈡)，則上訴人僅以自己名義訴請被上訴人將系爭地所有權應有部分1/2返還於己，欠缺當事人適格，請求並無理由。

3.綜上，上訴人就被上訴人與溫明勳間有第三人利益契約約定之事實，所舉證據無法使本院獲致高度蓋然之心證，復未能證明溫明勳本於借名登記(委任)關係得對被上訴人行使之民法第541條第2項返還請求債權，於溫明勳死亡後業已分割予溫正義所有，從而，上訴人依民法第269條第1項、第541條第2項之規定，請求被上訴人移轉系爭地所有

權應有部分1/2予上訴人，應無理由。

㈡備位之訴部分

1.按稱借名登記者，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，是出名人與借名者間應有借名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。又不動產登記當事人名義之法律關係原屬多端，主張借名登記者，自應就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院102年度台上字第1833號民事判決意旨參照）。次按，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，民法第528條定有明文。又關於契約之定性即契約之性質在法律上應如何評價，屬於法律適用之範圍。法院依辯論主義之審理原則就當事人事實上之陳述，依調查證據之結果確定契約之內容後，應依職權判斷該契約在法律上之性質，不受當事人所陳述法律意見之拘束(最高法院99年度台上字第1422號民事判決意旨參照)。

2.上訴人主張：系爭地過往均由溫明勳及其家族耕作，於89年間因尚無法分割，故約定將耕作權借名登記在被上訴人名下，並處理登記所有權事宜，待將來取得所有權後，應予返還等語。審酌：

⑴修正前原民地管理辦法第8條第1款：「原住民於下列原住民保留地，得會同行政院原住民委員會向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。」修正前同法第15條第1項：「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。」修正前同法第17條第1項：「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。」

本件上訴人及追加原告主張溫明勳為系爭地實際耕作人，被上訴人並無異議，並自認登記為耕作權人前，未曾實際耕作系爭地(本院卷一第418頁)，故溫明勳於89年間時，得依上開規定申請登記為耕作權人，應無疑義。又系爭地之耕作權除取得於該地耕作使用之權利外，並得讓與、贈與一定親屬，於繼續耕作、自用滿5年，復能進一步取得所有權，則該等耕作權應有相當經濟價值，具財產之性質甚明。是依上訴人主張事實，溫明勳乃係將其本能依法取得有相當經濟價值、具財產性質之系爭地耕作權，於89年間借名登記在被上訴人名下，是就耕作權部分，當可評價溫明勳與被上訴人間成立借名登記契約。

⑵至上訴人主張待被上訴人處理取得所有權後，應予返還部分，因被上訴人於89年間登記為耕作權人後，依修正前原民地管理辦法第17條第1項規定，需繼續自行經營或自用滿5年，方可申請登記為所有權人。然溫明勳於91年12月3日死亡(見不爭執事項㈠)，自無法取得系爭地所有權甚明，應無將「自己財產」「登記」在他人名義之可能，故此部分約定，應屬一般委任關係。從而，上訴人起訴主張，溫明勳與被上訴人之約定，性質為借名登記及委任之混合法律關係之意見(原審卷第7頁)，應屬可採。

3.溫明勳與被上訴人間就系爭地應有借名登記與委任關係之約定。

⑴證人即追加原告溫正治於原審證稱：我不知道系爭地為何登記給被上訴人，是父親溫明勳去登記的，但所有權狀在我這裡；我沒有聽父親說過系爭地要送給被上訴人；56、57年間，我與父母親及我太太一起在這塊地種植香茅，後來沒有種就長很多雜草等語（原審卷第139頁至第141頁）。證人吳明德於原審證稱：我是村長，當初溫明勳說系爭地要分給溫正義及溫正明，但他們沒

有身分證，所以温明勳先用被上訴人名義來登記；温明勳在申請前有來問過我，我有跟他講5年內沒有過戶，會很麻煩，結果事情就一直拖到現在。我有提醒過温明勳以後可能會沒有辦法照他的期望過戶給2個孩子。被上訴人當初是掛名而已，5年內要過戶等語（原審卷第145頁至第146頁）。依證人温正治、吳明德之證言內容可知，温明勳為系爭地實際耕作人，依修正前原民地管理辦法第8條第1款規定，原應由温明勳登記為耕作權人，然因無身分證，故先以被上訴人名義申請系爭地之耕作權，嗣耕作權屆滿，被上訴人雖申請登記為系爭土地所有權人，然系爭地之所有權狀仍由温正治保管等情。參以被上訴人也自認其於登記為耕作權人前，未曾在系爭地耕作，權狀都在其大伯(即温正治)那裡等語(本院卷一第418、420頁)，堪認温明勳應僅係借用被上訴人名義申請登記為耕作權人，而非贈與，否則，被上訴人豈願將土地所有權狀交予他人保管(原審卷第28頁)。

⑵證人即温正義前妻林玉蘭於本院證稱：我公公温明勳生前有說系爭地要分給温正義、温正明(被上訴人前夫)。後來，温正義委託我去找被上訴人處理系爭地分割的事，因上面有樹木不好測量，所以就請吳明德先伐木，砍完後，我們有種樹苗造林。砍樹賣得的錢及造林回饋金經扣除相關費用後，是我與被上訴人平分。當時，被上訴人有將分割所需要的印鑑等資料都交給我，讓我去辦理分割，還說小孩都長大，分割後要直接過戶給各自的小孩，後來我跟吳明德去辦理分割時，發現系爭地被查封，無法分割。分割系爭地所需的權狀是跟温正治拿的等語(本院卷一第425頁至第429頁)。佐以被上訴人於106年間曾同意分割系爭地，並向太麻里地政事務所繳交審查費及書狀費共4,960元，亦將其於系爭地伐木之價金及造林回饋金之一半扣除吳明德伐木之報酬後，於

107年1月4日匯款4萬8,000元至林玉蘭中華郵政帳戶，為兩造所不爭執(見不爭執事項㈥㈦)，堪認證人林玉蘭所述，誠值可信。循此，倘若温明勳已將系爭地贈與被上訴人，被上訴人又為何願與他人平分系爭地所有權及使用收益所得，尤其，系爭地面積高達52590平方公尺，107年1月申報地價為10.4/平方公尺，有土地登記謄本可佐（原審卷第51頁），單以申報地價來算就高達54萬6,936元，佐以，温正明與被上訴人原為夫妻關係，嗣於91年10月11日離婚，被上訴人自91年離婚後即未居住於○○乙節，為二造所不爭（本院卷一第210頁），準此，從系爭地的價值、被上訴人與上訴人、追加原告等人已無何親屬關係，甚可說無何互動往來來看，如系爭地確為温明勳「贈與」給被上訴人，在此前提關係下，被上訴人豈願於105年10月28日登記取得所有權後，旋於106年5月4日同意配合辦理分割（原審卷第27頁、第28頁），並分配收益金予林玉蘭（原審卷第26頁），足證温明勳並無將系爭地贈與被上訴人之意甚明，被上訴人對此也始終明白知悉，則其抗辯温明勳係將系爭地贈與伊等語，並非可採。

⑶雖被上訴人又抗辯：我聽温正治說系爭地是我與温正義平分等語，然與温正治於原審所述：温明勳生前說系爭地要給温正義與温正明等語(本院卷一第419頁，原審卷第139頁)，已有不同。再者：

①温明勳為排灣族，雖為雙性繼嗣世系社會(臺灣原住民族資訊資源網公開資訊參照http://www.tipp.org.tw/aborigines_info.asp?A_ID=1&AC_No=3)，然被上訴人僅係温明勳之兒媳，並非子嗣，被上訴人也未提出温明勳所屬排灣族部落另有兒媳繼承財產之文化慣俗抗辯，是從温明勳所處文化及繼承制度來看，應無由被上訴人傳接系爭地之意。

②系爭地位於山坡地保育區，屬農牧用地，有土地登記

公務用謄本可參(原審卷第51頁)，農牧使用較契合其經濟用途；被上訴人自承婚後與温正明居住○○，每年約回○○3、4次探看公婆，每人停留2至5天。離婚後，就搬到北部，從未實際居住過○○等語(本院卷一第418頁)，可知被上訴人與温明勳互動並非頻繁，與系爭地之地理、經濟、文化及生存依賴等關係更是疏遠，無自行經營耕作使用系爭地之可能，於此情形，温明勳猶將可供部落子孫居住、仰賴生存之系爭地贈與被上訴人，致家族土地落入他人使用、變賣之可能性甚低。

③參以，被上訴人於本院自陳與温正明有債務糾紛(本院卷一第415頁)，温正明於本院亦表示如被上訴人願和解，我同意將系爭地所有權應有部分1/2登記給被上訴人(本院卷一第423頁)，可知被上訴人雖有同意分割系爭地所有權應有部分1/2及平分砍木造林回饋金所得予温正義，自己尚保有1/2權利之舉，惟充其量僅係其自作主張，抑或温明勳往生後，温正義、温正明與被上訴人間，自行就系爭地相關權益有所協議，尚難推認温明勳於89年間有贈與系爭地所有權應有部分1/2與被上訴人之意，亦無從認定温明勳之全體繼承人就系爭地已為遺產分割協議或有同意將所有權應有部分1/2贈與被上訴人之意。

⑷基上，被上訴人於登記為耕作權人前，未曾實際於系爭地耕作；登記為所有權人後，復未實際保管所有權狀；之後，也慨然同意分割，並願將砍林、造林回饋金之一半分予温正義等節，足以證明温明勳與被上訴人於89年間應係約定將耕作權借名登記予被上訴人，並委其代為登記取得所有權後返還，而無將系爭地贈與被上訴人之意，應屬明灼。是故，被上訴人與温明勳就系爭地間應成立借名登記與委任之法律關係，堪可認定。

4.温明勳與被上訴人間就系爭地成立之借名登記及委任之法

律關係，應屬有效。

⑴系爭地實際耕作人為溫明勳，於89年間依修正前原民地管理辦法第8條第1款規定，原應由溫明勳申請登記為耕作權人。惟實務上確有考量土地屬該家族開墾，因實際開墾人或耕作人同意改由親屬申請而審核通過，故原住民族委員會(下稱原委會)於105年10月21日訂定「原住民保留地相關業務標準作業程序-地方政府辦理原住民保留地設定耕作權之流程說明」，其審查應注意事項即規定「申請人是否符合山地保留地使用清冊、土地歸戶表原始清冊之使用(含3親等)或繼承人」，該3親等未排除姻親，有原委會110年10月27日原民土字第1100062321號函可參(本院卷一第319頁至第321頁、第367頁至第369頁)，可見原保地耕作權登記，得由實際耕作者之3親等(含姻親)申請之實務作業事實，由來已久，於105年10月間更於上開標準作業程序規範中明文肯認。

⑵又山坡地保育利用條例第37條第2項：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。」原民地管理辦法第18條第1項：「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。」上開條文乃民法第71條本文之禁止規定，考其規範意旨係為確保原保地永續供原住民族(集體及個人)所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權(最高法院108年度台上大字第1636號民事裁定理由參照)。然而，本件被上訴人同為排灣族，有其全戶戶籍謄本可參(本院卷二第61頁)，將系爭地耕作權借名登記在被上訴人名下，無違原保地永續供原住民族(集體或個人)所用之目的，合於中華民國憲法增修條文第10條第11項、第12項保障原住民族國策之意旨。此外，復查無禁止原保地耕作權於同為原住民族間借名登記之規定。

⑶基上，原保地耕作權登記得經實際開墾人或耕作人同意

後登記在其同為原住民族之3親等(含姻親)名下之實務作業慣例，既行之有年，而原保地耕作權於同為原住民族間借名登記之約定，復無違反憲法或民法第71條本文所稱之禁止規定，則溫明勳與被上訴人約定借用被上訴人之名義，出名登記為系爭地耕作權人，應屬有效。

⑷至溫明勳與被上訴人約定委由被上訴人代為登記取得系爭地所有權後返還部分，僅為原保地所有權於原住民族間之權利移轉，依同上說明，亦不生違反山坡地保育利用條例第37條第2項、原民地管理辦法第18條第1項規定或違憲之疑慮，自屬有效。

5.「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」民法第541條第2項定有明文。溫明勳與被上訴人間就系爭地既有上開借名登記及委任關係，則溫明勳自得依民法第541條第2項規定，請求被上訴人移轉系爭地所有權，該債權於溫明勳死亡後為遺產之一部分，於繼承開始時，即為其繼承人即上訴人及追加原告公同共有。

6.從而，上訴人及追加原告本於繼承之法律關係，依溫明勳與被上訴人間就系爭地成立借名登記及委任契約之法律關係，依民法第541條第2項請求被上訴人移轉系爭地所有權登記予上訴人及追加原告公同共有，為有理由，應予准許。

□綜上所述，本判決結論如下：

㈠上訴人先位主張依民法第269條第1項、第541條第2項規定，請求被上訴人移轉系爭地所有權應有部分1/2予上訴人，為無理由，不應准許。原審就此部分為上訴人敗訴之判決，核無不當，上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。上訴人之先位請求既經駁回，則該部分假執行之聲請，因訴之駁回而失所附麗，併予駁回。

㈡至上訴人於本院追加之備位主張，其與追加原告依民法第541條第2項規定，請求被上訴人移轉系爭地所有權全部予上訴人及追加原告公同共有，為有理由，應予准許。上訴人與追

加原告主張依民法第541條第2項、民法第179條規定，請求擇一判命被上訴人為相同給付，本院既認前者之請求有理由，就後者即不再論述，併予敘明。另上訴人及追加原告於本院陳明願供擔保，聲請宣告假執行。惟按命債務人為一定意思表示之判決確定或其他與確定判決有同一效力之執行名義成立者，視為自其確定或成立時，債務人已為意思表示，強制執行法第130條第1項定有明文。又當事人如持有判令對造應辦理所有權移轉登記之確定判決，原得依強制執行法第130條之規定單獨向地政機關申請辦理登記，此觀土地登記規則第26條、第27條第3款之規定自明。執行法院對此種確定判決，除依強制執行法第130條發給證明書外，並無開始強制執行程序之必要（最高法院49年台上字第1225號民事判決參照）。本件給付判命被上訴人應移轉系爭地所有權登記予上訴人及追加原告部分，係命被上訴人為移轉不動產所有權之意思表示，依前開規定及判決意旨，須判決確定後始視為已為意思表示，如准許宣告假執行，將使意思表示之效力提前發生，而與上開法條規定不合，應不得准許，應予駁回。

□本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法或證據，核與判決結果不生影響，爰不逐一論列，附此敘明。

□據上論結，本件上訴人之上訴為無理由，上訴人追加之訴及追加原告之訴為有理由，因此判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　31　　日

民事庭審判長法　官　林信旭

法　官　顏維助

法　官　廖曉萍

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師

資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　廖子絜

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。