臺灣高等法院花蓮分院民事判決

104年度原上易字第3號

上　訴　人　鄭金玉
訴訟代理人　黃璧川律師
視同上訴人　潘榮輝
　　鄭幸成
　　林鄭玉英
　　鄭玉春
　　鄭玉珍
　　鄭金生
　　鄭玉玲
　　潘榮成
　　潘春妹
　　潘榮貴
　　潘奕銓
　　李裕昇
被上訴人　原住民族委員會
法定代理人　夷將・拔路兒
訴訟代理人　林長振律師

上列當事人間請求塗銷地上權登記事件，上訴人對於中華民國104年2月13日臺灣臺東地方法院103年度原訴字第6號第一審判決提起上訴，本院於民國108年5月7日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分

（一）本院具有審判權：

1、按我國目前採二元訴訟制度，關於民事訴訟與行政訴訟審判權之劃分，應由立法機關通盤衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能（諸如法院組織及人員之配置、相關程序規定、及時有效之權利保護等）決定之（司法院大法官

會議釋字第448號、第466號及第691號解釋參照）。法律未有規定者，應依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。亦即，關於因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（民國106年12月29日司法院大法官會議釋字第759號解釋理由書意旨參照）。土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響（106年12月22日司法院大法官會議第758號解釋文及理由書參照）。次按地上權之存否，屬私權事項。人民向行政機關提出原住民保留地地上權設定登記之申請，主管機關依相關法規審查所為准駁之決定，固屬行政處分性質。惟於准許後訂立地上權設定契約，即應適用關於私權關係之原理，如有爭執自應循民事訴訟程序解決（最高法院104年度台簡上字第28號判決意旨參照）。

2、經查，關於本件之請求權基礎，被上訴人於原審業已陳明為民法第767條及原住民保留地開發管理辦法第15條、第16條（見原審卷第102頁）。於本院仍為相同之主張（見本院卷二第170頁）。則被上訴人即土地所有權人，既已依民法第767條請求塗銷原住民保留地地上權登記，揆諸前開見解，核其性質，即屬私法關係所生之爭議，原法院及本院具有審判權，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響，合先敘明。

（二）列視同上訴人之說明：

1、按「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用下列各款之規定：一、共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。」民事訴訟法第56條第1項第1款定有明文。所謂共同訴訟人中一人之行為，有利益於共同訴訟人或不利益於共同訴訟人，係指於行為當時就形式上觀之，有利或不

利於共同訴訟人而言。非指經法院審理結果有利者其效力及於共同訴訟人，不利者其效力不及於共同訴訟人而言，故共同訴訟人中之一人，對於下級法院之判決聲明不服提起上訴，在上訴審法院未就其內容為審判之前，難謂其提起上訴之行為對於他共同訴訟人不利，其效力應及於共同訴訟人全體，即應視其上訴為共同訴訟人全體所為（最高法院52年台上字第1930號判例意旨參照）。

2、查本件塗銷地上權之訴，上訴人等人為訴外人鄭銀花之繼承人，且未就系爭地上權為遺產分割，其訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定。故上訴人鄭金玉對於原判決聲明不服提起上訴，其效力及於其他未提起上訴之同造當事人，爰將之併列為本件視同上訴人。

（三）一造辯論判決之說明：

除上訴人鄭金玉外，其餘視同上訴人均經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情事，爰依被上訴人之聲請，而為一造辯論判決。

貳、實體部分

一、被上訴人起訴主張：

（一）坐落臺東縣○○○鄉○里段○○○○○號土地（重測前為泰和段235地號，下稱系爭土地）為被上訴人所管理之國有原住民保留地，前經訴外人鄭銀花於民國59年12月1日設定登記為地上權人（權利存續期間為59年12月1日至69年11月30日，下稱系爭地上權）。系爭地上權因存續期間屆滿而當然消滅，且系爭地上權堪認對系爭土地之所有權有所妨害，是被上訴人本於系爭土地管理機關之地位，依民法第767條第1項中段所有權人妨害除去請求權，自得請求塗銷地上權，且無須先辦理地上權繼承登記，始准許塗銷登記。

（二）而依原住民保留地開發管理辦法之前身，即臺灣省政府於49年所制訂之臺灣省山地保留地管理辦法第8條第1項前段、第65條第1項之規定，山地人民取得山地保留地之地上

權，不得讓與或出租，上開規定雖於80年4月10日廢止，惟原住民保留地開發管理辦法第15 條第1項、第16條則亦同有上開不得轉讓或出租之規定，並規定若有違反，應訴請法院塗銷登記。詎訴外人鄭銀花竟於60年1月間將系爭地上權及系爭土地上之建物以新臺幣（下同）25,000元之價金讓售予訴外人周曾秀蘭（已歿），與上開規範有違，被上訴人亦得依原住民保留地開發管理辦法第16條之規定，訴請上訴人等人塗銷系爭地上權之登記等語。

（三）並答辯聲明：

1、上訴駁回。

2、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、上訴人則以：

（一）上訴人之被繼承人鄭銀花及其家族世居在系爭土地，業已經歷數十代，在日治時代即已占用，依當時法律早已取得永久居住權利，59年間辦理總登記，登記鄭銀花為地上權人，乃對原住民居住土地事實，給予法律上之認定，給予鄭銀花等族人永久居住使用權利。

（二）原住民保留地開發管理辦法並非法律，系爭地上權存續期間到期日為69年，將永久居住使用權利，變更為10年，片面減縮原住民永久居住權利，明顯違法。又依時效規定，鄭銀花已可因時效取得登記為所有權人或主張時效取得地上權，不必經由政府給地上權而有權利。系爭土地早已蓋有建物，依民法地上權規定，建物存在期間，地上權即不能消滅，被上訴人訴請塗銷地上權登記，亦非合法。退步言之，塗銷登記請求權時效亦因15年不行使而消滅。

（三）被上訴人認為鄭銀花於60年1月間將該地上權讓售與周曾秀蘭，並將土地及房屋交付周曾秀蘭云云。然鄭銀花不識字，並未在出讓地上權之文書有所簽名，一切均由其子鄭幸成簽字，且未辦理登記，依民法第758條第1項規定，應認無轉讓地上權之情事，況被上訴人提出之調解筆錄，係由鄭幸成一人以其自己名義而為，亦可認定，所謂鄭銀花

確有違反規定而將系爭地上權讓與他人，即為認定錯誤。依原民會函，系爭土地應已由鄭銀花或其繼承人取得土地所有權，被上訴人如何可請求除去地上權。

（三）並聲明：

1、原判決廢棄。

2、被上訴人在第一審之訴駁回。

3、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

三、視同上訴人部分：

（一）視同上訴人林鄭玉英、鄭玉春、鄭玉珍、鄭金生、鄭玉玲未於本院最後言詞辯論期日到場，據其等於本院104年10月22日審理中所述，係稱上訴聲明及理由，均同上訴人所述等語（見本院卷一第117頁）。

（二）視同上訴人李裕昇未於本院最後言詞辯論期日到場，據其於104年8月17日所提出之民事陳述意見狀（本院104年8月18日收文）所述，其對原判決並無任何意見等語（見本院卷一第86頁）。

（三）視同上訴人鄭幸成未於本院言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作任何陳述，據其於原審言詞辯論期日係聲明駁回被上訴人之訴，並主張訴外人鄭銀花不識字，所以由我代筆簽立契約，對於被上訴人主張應依現行規定塗銷地上權登記沒有意見，只是有關訴訟費用應由被上訴人負擔等語（見原審卷第101頁背面、第102頁、第140頁背面、第141頁）。

（四）其餘視同上訴人在本院審理中均未到庭，亦未提出書狀作何陳述。

三、本件經原審為被上訴人勝訴之判決，即（一）上訴人、視同上訴人等應將坐落臺東縣○○○鄉○里段○○○○○號土地，於59年12月2日以臺東縣○○里地○○○○○地000000000號所設定之地上權登記予以塗銷。（二）訴訟費用由上訴人、視同上訴人等連帶負擔。

四、認定事實之基礎：

（一）被上訴人主張系爭土地為其所管理之國有原住民保留地，前於59年間設定登記系爭地上權予訴外人鄭銀花，存續期間自59年12月1日至69年11月30日，地上權登記尚未塗銷，有系爭土地之土地登記謄本、手抄土地登記簿各乙份在卷可稽（見原審卷第6、16頁）。

（二）而系爭土地及其上建物嗣於60年1月間之後即為訴外人周曾秀蘭所使用，業據證人周玉妹即周曾秀蘭之女於本院108年5月7日審理中證述明確（見本院卷三第124頁背面至第127頁），並有建地居住權讓渡證、買賣價金收據、臺東縣太麻里鄉調解委員會81年10月18日81年民調字第63號調解書、臺東縣○○里000000000000000000里0000000000000號函及所附之太麻里鄉新香蘭58號60年至71年間設籍之全戶戶籍謄本等件附卷可稽（見原審卷第7、8、17頁、本院卷三第54至58頁）。

（三）又鄭銀花業於70年8月23日死亡，上訴人及視同上訴人因繼承而承受鄭銀花財產上之一切權利及義務（繼承經過如附件所示），且迄未就系爭地上權為遺產分割等情，有鄭銀花及其繼承人之戶籍資料、繼承系統表等件為證（見原審卷第18至35頁、第47、48、62 頁、本院卷三第66頁、第99頁）。並經原審依職權調閱之戶籍資料、原法院民事科就被繼承人鄭銀花、鄭玉葉、潘榮祥、鄭秀銀之繼承人有無聲明拋棄繼承所製作之查詢表、簡答表及臺灣新北地方法院就被繼承人李潘春月、李小達之繼承人有無聲明拋棄繼承之函文等件在卷可佐（見原審卷第36、43、44、45、50頁、第52至54頁、第59頁）。

五、本件爭執事項：

（一）上訴人主張其等取得永久居住權利，被上訴人不得請求塗銷系爭地上權，是否有理由。

（二）被上訴人主張系爭地上權因存續期間屆滿而訴請上訴人塗銷系爭地上權登記，是否有理由。

（三）被上訴人依原住民保留地開發管理辦法第15條第1項、第

16條規定訴請上訴人塗銷系爭地上權登記，是否有理由。

六、得心證之理由：

（一）上訴人主張其等取得永久居住權利，被上訴人不得請求塗銷系爭地上權，並無理由：

1、原住民土地之政策演進：

(1)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。

(2)日治時期：

日治時期（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」，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」，「準要存置林野」即稱為「高砂族保留地」，又稱「番人所要地」，專門供給原住民耕作使用，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。

(3)「山地保留地」階段：

國民政府撤遷來臺後，於34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37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49 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」。

(4)原住民保留地歸還原住民階段：

55年台灣省政府辦理保留地調查工作，同年將前述辦法修正為「台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。全省保留地經陸續調查測量後，於57年至64年間辦理山地保留地「總登記」，將所有權登記為中華民國，管理機關登記為台灣省政府民政廳（目前為行政院原住民族委員會），並於土地登記簿註明為「山地保留地」，總面積為240,634公頃。再將符合規定之山地保留地所有權，由國有改賦予原住民。

(5)增編、劃編原住民保留地階段：

79年行政院公布「山胞保留地開發管理辦法」，84年將名稱再修正為「原住民保留地開發管理辦法」。79年至87年間，依精省前臺灣省政府訂定之「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」及行政院核定之「臺灣省原住民原居住使用公有土地劃編原住民保留地要點」辦理「增編」、「劃編」原住民保留地，及依行政院96年1月12日核定，與101年12月3日、104年2月5日核定修正之「補辦增劃編原住民保留地實施計畫」辦理增編、劃編之原住民保留地。「增編」原住民保留地的原因，在於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），已不夠維持基本生活。又因原來保留地的地理條件差，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，而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增編原住民保留地。「劃編」原住民保留地之原因，則因光復以來，平地原住民居住的鄉（鎮、市）均無劃設原住民保留地，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，於是對於平地原住民居住使用公有土地範圍內的建築用地，依規定得劃編為保留地。

(6)以上內容，參原住民族委員會網站，關於「什麼是原住民保留地？」一文之說明，https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.htm.h.html?CID=83E8DEBBCBD6BD6A&DID=3E000000Z0000000000000000C08EA884A767129B、行政院104年7月17日原住民族土地及海域法草案第3條說明，http://www.ey.gov.tw/Upload/RelFile/2016/727132/b7132/b94ce620-b37a-4f26-aaa4-591d4-591dc356dfe5.pdf、立法委員Kolas Yotaka等人107年5月25日提出「原住民族土地及海域法」草案（提案字號：院總第336號委員提案第22170號）說明，及原住民族委員會「原住民保留地土地政策調查研究──非原住民使用總登記為原住民保留地問題研析」期末報告，https://www.apc.gov.tw/po.tw/po.tw/portal/getfile?source=2D838540F5D6F659FAFB9859F31AC3B381A272F479D65D98D65D98D902DFAAFC2E154F8BA5C71F1D E2142A68BDZ00000000000000DD783A0B159A0301C33B91B9DF71659FC&filenamelename=A2D39C991D364CD00000000EF791F1604DF7A0A A996ADFBF7A0A91659F071F1D3B9859E（見本院卷三第130至158頁）。

2、原住民土地管理法規及原住民取得保留地權利及限制之沿革：

(1)37年「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」：

①臺灣省政府於37年1月5日以37子微府秘法字第1032號令訂定發布「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」（見原審卷二第30、31頁），專供保障原住民族生計及推行山地行政之用。

②原則及定義：

該辦法第1條規定：「臺灣省政府為安定山地人民生活發展山地經濟起見，特訂定本辦法。」；第2條規定：「本辦法所稱山地保留地，係指日治時代因維護山地人民生計及推行山地行政所保留之國有土地及其地上產物而言。」。則山地保留地係屬國有土地。

③原住民對於保留地之權利及限制：

該辦法第4條第1項：「山地保留地林產物非經申請省民政廳會商省農林處核定許可，不得採伐，但有左列各款情形之一，經該管鄉公所之許可者，不在此限。一、山地人民因建築自用之材料。二、山地人民自用薪炭所需之材料。三、山地人民製造自用家具農具所需之材料。」；第21條：「山地人民除因避免天災地變等不可抗力之情事外，非經呈准，不得擅自佔用保留地區域外之土地。」；第28條：「山地保留地應俟山地人民生活改善，及有自營生活能力時解除之。」。則依37年發布之「臺灣省各縣山地保留地管理辦法」，土地權屬仍屬國有，原住民僅有「使用權」。

(2)49年「臺灣省山地保留地管理辦法」：

①臺灣省政府於49年4月12日以府民四字第12109號令修正為「臺灣省山地保留地管理辦法」共46條。

②原則：

該辦法第15條規定：「山地保留地應由民政廳地政局視各山地鄉村地理條件及山地人民經濟情形、文化水準分期編

查登記，確定其使用權籍，俟山地人民有自營生活能力時實施放領...」。亦即主管機關應定期調查，日後則將實施放領。

③原住民對於保留地之權利及限制：

該辦法第16條規定：「山地保留地屬於國有，山地人民及奉准租用之非原住民及事業機關僅有使用收益權，不得將山地保留地及其土地改良物作為買賣、抵押、交換、贈與、租賃之標的，但個別自行栽植之產物，得依第三十條規定辦理。」，從而原住民對與山地保留地只有「使用收益權」，土地仍屬國有。

(3)55年「臺灣省山地保留地管理辦法」：

①臺灣省政府於55年1月5日修正「臺灣省山地保留地管理辦法」全部條文75條（見本院卷二第32至39頁）。

②原則及定義：

該辦法第1條規定：「臺灣省政府為保障山地人民土地使用，促進山地保留地合理利用，以安定山地人民生活，發展山地經濟起見，特訂定本辦法。」；第2條規定：「本辦法所稱山地保留地，係指本府為保障山地人民生計及推行山地行政所保留之國有土地而言。」；第3條：「本辦法所稱山地人民，係指居住山地行政區域內而其本人或父系尊親屬在本省光復前戶籍種族欄記載為高砂族或其各族名稱者而言。父為入贅者從其母系。」；第6條第1項：「山地保留地，在辦理土地總登記之前，山地人民有無償使用收益之權，但不得將所使用之土地及其上建築改良物或其權利作為典賣、質押、交換、贈與、租賃之標的。」。

③原住民對於保留地之權利：

該辦法第7條規定：「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：一、農地登記耕作權，於登記後繼續耕作滿十年時，無償取得土地所有權，並於登記後八年內准予免納土地稅及田賦。二、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。三、林地准予聲請租地造林，其租期不得超過十年，所種植之木竹為國家與造林人共有，造林人之利益不得超過全部收益十分之八，種竹不得超過全部收益十分之九。其造林之存續期限超過十年，或所種植之林木達到伐砍年齡報經核准處分者，均得續訂租約。其在土地總登記以前已種植之林木，收益全部歸造林人。四、牧地准予承租經營，其租期不得超過十年。」從而原住民對於山地保留地有「耕作權」、「地上權」等物權及「租賃權」，且賦予原住民於耕作權滿10年時，無償取得農地所有權，就地上權部分，於農地移轉時，隨同農地一併無償移轉，賦予原住民得以取得原住民保留地所有權之權利。

④原住民對於保留地權利之限制：

A、該辦法第8條第1項、第2項分別規定：「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地、林地之土地改良物，除合法繼承或贈與得為繼承人及原配受戶內山地人民及旁系三等血親及旁系二等姻親外，不得讓與轉租或設定負擔。」、「山地人民取得山坡保留地所有權後，如有移轉，其承受人應以能自耕，而其已取得之土地面積尚未超過規定限額之山地人民或供工業或供建築用者為限。」

B、該辦法第64條：「山地人民違反第八條第一項之規定，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讓與、轉租或設定其他負擔，或在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權者，終止其租賃契約或訴請法院判決後撤銷其耕作權或地上權，並得視其情節輕重，限期停止使用其他山坡保留地之權利。」、「山地人民假冒取得耕作權或地上權或租用林地、牧地者，並將其已登記地上權或租地造林之山地保留地土地改良物讓與、轉租、或設定其他負擔者，依照前項規定處理。」。

C、該辦法第20條：「山地人民申請登記地上權之土地，以地上房屋係自費建築並供為自住者為限，其面積以建築物及其附屬用地實際使用之面積為準。」

D、該辦法第23條：「山地人民申請登記耕作權、地上權或租用林地、牧地，經審查不合第十八條至前條規定者，由鄉公所限期收回其土地。其不如期交還者，依第十二條規定處理。」

(4)63年「臺灣省山地保留地管理辦法」：

①臺灣省政府於63年10月9日修正「臺灣省山地保留地管理辦法」全部條文77條（見本院卷一第131至136頁）。

②原則及定義：

該辦法第1至3條與55年辦法相同，第6條第1項亦大致相同。

③原住民對於保留地之權利：

該辦法第7條第2款修正為：「二、自住房屋建地登記地上權，於登記後繼續無償使用滿十年時，無償取得土地所有權。」從而取得設定地上權之建地所有權，毋庸隨同農地一併無償移轉。並增列第5款：「五、雜、池、溜地准予聲請無償使用，其期間不得超過十年。」、第2項：「前項第一款及第二款登記耕作權、地上權之土地，在土地所有權移轉前，准予免納土地稅及田賦、第三款森林用地，自開始造林之日起，得於三十年以內，免其造林地區之稅。」。

④原住民對於保留地權利之限制：

A、該辦法第8條第1項「山地人民依前條規定取得或使用之土地及權利暨基地、林地之土地改良物，除合法繼承或贈與得為繼承人及原配受戶內山地人民及旁系三等血親及旁系二等姻親外，不得讓與轉租或設定負擔。」後增訂「並不得在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權。但為土地集中合理經營，以價值相等為準，得互相交換分合及為改良土地增加生產與興建國民住宅，得將

基地林地上之土地改良物作為抵押，向金融機關申請貸款。」之文字；第8條第2項增訂「違者，其土地所有權之移轉無效。」。

B、該辦法將55年「臺灣省山地保留地管理辦法」第64條移列至第65條，規定：「山地人民違反第八條第一項之規定，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讓與、轉租或設定其他負擔，或在取得耕作權、地上權期間內預期轉讓所有權者，終止其租賃契約或訴請法院判決後撤銷其耕作權或地上權，並在可享受土地面積計算不准申請不足之土地。」、「山地人民假冒取得耕作權或地上權或租用林地、牧地者，並將其已登記地上權或租地造林之山地保留地土地改良物讓與、轉租、或設定其他負擔者，依照前項規定處理。」；將第23條移列至第24條，規定：「山地人民申請登記耕作權、地上權或租用林地、牧地營業用地或使用雜、池、溜等土地，經審查不合第十八條至第二十三條之規定者，由鄉公所限期收回其土地。其不如期交還者，依第十二條規定處理。」；第20條則未修正。

(5)65年「山坡地保育利用條例」：

65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。」。作為原住民關於山地保留地「耕作權」、「地上權」、「承租權」、「所有權」等權利之法律依據。

(6)79年「山胞保留地開發管理辦法」：

⑴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，於79年03月26日公布「山胞保留地開發管理辦法」共41條（見本院卷二第40至42頁），臺灣省政府遂於80年4月10日將「臺灣省山地保留地管理辦法」予以廢止

。

②原則及定義：

該辦法第3條：「本辦法所稱山胞保留地，指為保障山胞生計，推行山胞行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編、增編供山胞使用之保留地。」；第4條：「本辦法所稱山胞，指山地山胞及平地山胞。」、「前項山胞身分認定標準由中央主管機關定之。」；第5條：「山胞保留地之總登記，由省（市）市政府民政廳（局）囑託土地所在地之市縣地政機關為之，其所有權人登記為中華民國，管理機關為省（市）政府民政廳（局），並於土地登記簿標示部其他登記事項欄註明山胞保留地。」、「已完成總登記增編為山胞保留地之公有土地，由省（市）政府民政廳（局）會同原土地管理機關囑託當地登記機關辦理管理機關變更為省（市）政府民政廳（局），並依規定註明山胞保留地。」。

③原住民對於保留地之權利：

A、輔導設定、取得權利：

該辦法第7條：「省（市）主管機關應會同有關機關輔導山胞設定山胞保留地之耕作權、地上權及取得承租權、所有權。」。

B、耕作權、所有權：

該辦法第8條：「山胞於左列山胞保留地，得會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定耕作權登記。一、本辦法施行前由山胞開墾完竣並自行耕作之土地。二、由政府配與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、保護區之田、旱地目土地。」、「耕作權登記後繼續自行經營滿五年經查明屬實者，由省（市）政府民政廳（局）會同耕作權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」。

C、地上權（租地造林）、所有權：

該辦法第9條：「山胞於左列山胞保留地，得會同省（

市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定地上權登記。一、本辦法施行前由山胞租用造林並已完成造林之土地。二、山胞具有造林能力，由政府配與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之林地目土地。」、「地上權登記後繼續自行經營滿五年經查明屬實者，由省（市）政府民政廳（局）會同地上權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」。

D、地上權（原有自住房屋等）、所有權：

該辦法第12條：「山胞於山胞保留地內得就原有自住房屋基地申請設定地上權，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。」、「為適應居住需要，山胞並得就依法得為建築使用之山胞保留地申請設定地上權。」、「前二項土地面積合計每戶不得超過0．一公頃。第一項及第二項之地上權，應由山胞會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定地上權登記。」、「地上權登記後繼續自用滿五年經查明屬實者，由省（市）政府民政廳（局）會同地上權人向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」。

E、承租權：

該辦法第13條：「山胞因經營工商業，得擬具事業計畫向鄉（鎮、市、區）公所申請，核轉直轄市或縣（市）主管機關核准後租用依法得為建築使用之山胞保留地，每一租期不得超過九年，期滿後得續租。」、「前項事業計畫不得妨害環境保育、國土保安或產生公害。」。

F、無償使用權：

該辦法第14條：「山胞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，經山胞保留地土地權利審查委員會通過後，核轉直轄市或縣（市）主管機關核准無償使用山胞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0．三公頃。」。

④原住民對於保留地權利之限制：

A、原則上不得轉讓或出租及其例外：

該辦法第15條：「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。」、「前項山胞保留地，山胞為擴大經營面積或便利農業經營，得經直轄市、縣（市）主管機關核准後交換使用，並辦理權利變更登記。」。

B、違反第15條第1項之法律效果：

該辦法第16條：「山胞違反前條第一項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回山胞保留地外，應依照左列規定處理之。一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。二、租用或無償使用者，終止其契約。」

C、所有權移轉以原住民為限：

該辦法第17條：「山胞取得山胞保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以山胞為限。」、「前項政府指定之特定用途，指政府實施國家經濟政策或興辦公共事業需要。」。

(7)84年「原住民保留地開發管理辦法」：

行政院嗣於84年3月22日修正「山胞保留地開發管理辦法」部分條文並將名稱修改為「原住民保留地開發管理辦法」。就前開79年「山胞保留地開發管理辦法」相關規定，除將「山胞」修改為「原住民」外，其餘內容並無變更。

(8)87年「原住民保留地開發管理辦法」：

①行政院於87年3月18日以（87）台內字第11301號令修正發布全文43條。

②87年之修正除將第8條第2項、第9條第2項、第12條第5項中有關申請辦理所有權，移至第17條，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，由省（市）政府原住民事務委員會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。」、「前項土地，於辦理所有權移轉登記前，因實施都市計畫或非都市土地變更編定使用地類別時，仍得辦理所有權移轉登記與原耕作權人或地上權人。」外，其餘規定大致與84年「原住民保留地開發管理辦法」相同。

(9)「原住民保留地開發管理辦法」分別再於89年、90年、92年、96年、107年修正，內容大致上仍同87年「原住民保留地開發管理辦法」。

(10)現行「原住民保留地開發管理辦法」之規定：

①行政院於107年6月28日以院臺原字第1070177593號令修正發布第2、6、13、14、18、19、24條條文；並增訂第14-1、43-1條條文。

②原則及定義：

該辦法第3條：「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。」；第4條：「本辦法所稱原住民，指山地原住民及平地原住民。」、「前項原住民身分之認定，依原住民身分法之規定。」；第5條：「原住民保留地之總登記，由直轄市、縣（市）主管機關囑託當地登記機關為之；其所有權人為中華民國，管理機關為中央主管機關，並於土地登記簿標示部其他登記事項欄註明原住民保留地。」、「已完成總登記，經劃編、增編為原住民保留地之公有土地，由直轄市、縣（市）主管機關會同原土地管理機關，囑託當地登記機關，辦理管理機關變更登記為中央主管機關，並依前項規定註明原住民保留地。」。

③原住民對於保留地之權利：

A、輔導設定、取得權利：

該辦法第7條：「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。」。

B、耕作權：

該辦法第8條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關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。二、由政府配與該原住民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。」。

C、地上權（租地造林）：

該辦法第9條：「原住民保留地合於下列情形之一者，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登記：一、本辦法施行前已由該原住民租用造林，並已完成造林之土地。二、該原住民具有造林能力，由政府配與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造林使用之土地。」。

D、地上權（原有自住房屋等）：

該辦法第12條：「原住民於原住民保留地內得就原有自住房屋基地申請設定地上權，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。」、「為適應居住需要，原住民並得就依法得為建築使用之原住民保留地申請設定地上權。」、「前二項土地面積合計每戶不得超過零點一公頃。」、「第一項及第二項之地上權，應由原住民會同中央主管機關向當地登記機關申請設定地上權登記。」。

E、承租權：

該辦法第13條：「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。」、「前項事業計畫不得妨害環境資源保育、國土保安或產生公害。」。

F、無償使用權（宗教建築設施）：

該辦法第14條：「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。」。

G、無償使用權（因應災害之無償使用）：

該辦法第14條之1：「直轄市、縣（市）政府為因應災害之預防、災害發生時之應變及災後之復原重建用地需求，得擬訂需用土地計畫，報請中央主管機關核准後，無償使用國有原住民保留地，使用期間不得超過九年；屆期有繼續使用之必要，應於期滿前二個月，重新擬訂需用土地計畫，報請中央主管機關核准。」、「前項需用土地計畫之辦理程序不適用第六條之規定。第一項無償提供災區受災民眾使用之原住民保留地，不適用第十二條之規定。」。

H、所有權：

該辦法第17條規定：「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。」、「前項土地，於辦理所有權移轉登記前，因實施都市計畫或非都市土地變更編定使用土地類別時，仍得辦理所有權移轉登記與原耕作權人或地上權人。」。

④原住民對於保留地權利之限制：

A、原則上不得轉讓或出租及其例外：

該辦法第15條：「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。」、「前項原住民保留地，原住

民為擴大經營面積或便利農業經營，得經直轄市、縣(市)主管機關核准後交換使用，並辦理權利變更登記。」。

B、違反第15條第1項之法律效果：

該辦法第16條：「原住民違反前條第一項規定者，除得由鄉(鎮、市、區)公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。二、租用或無償使用者，終止其契約。」。

C、所有權移轉以原住民為限：

該辦法第18條：「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。前項政府指定之特定用途，指下列得由政府承受情形之一：一、興辦土地徵收條例第三條及第四條第一項規定之各款事業。二、經中央主管機關審認符合災害之預防、災害發生時之應變及災後之復原重建用地需求者。三、稅捐稽徵機關受理以原住民保留地抵繳遺產稅或贈與稅者。政府依前項第三款規定承受之原住民保留地，除政府機關依法撥用外，其移轉之承受人以原住民為限。」。

3、上訴人雖主張伊之被繼承人鄭銀花及其家族世居在系爭土地，業已經歷數十代，在日治時代即已占用，依當時法律早已取得永久居住權利，59年間辦理總登記，登記訴外人鄭銀花為地上權人，訴外人鄭銀花等族人取得永久居住使用權利。原住民保留地開發管理辦法並非法律，系爭地上權存續期間到期日為69年，將永久居住使用權利，變更為10年，片面減縮原住民永久居住權利，明顯違法。又依時效規定，訴外人鄭銀花已居住系爭土地數十年，已於民法施行前，已可因時效取得登記為所有權人或主張時效取得地上權，不必經由政府給地上權而有權利。退步言之，塗銷登記請求權時效亦因15年不行使而消滅云云。然查：

(1)依前開原住民土地之政策演進、原住民土地管理法規及原住民取得保留地權利及限制之沿革可知，原住民族固在17世紀漢人移民移入前，即已定居在臺灣，生活及管領臺灣土地，然隨著清代、日治時期及國民政府政權更替，歷代政府對於原住民土地政策並非相同，清嘉慶年間設立「蕃社」，禁止漢人侵入，日治時期則將山地均歸為官有，於大正時期設置「準要存置林野」（高砂族保留地），供原住民耕作使用，國民政府來臺後，則將日治時期官有、公有土地收歸國有，而將高砂族保留地改稱為山地保留地，原住民僅有使用權，並無所有權。即至55年臺灣省政府修正「臺灣省山地保留地管理辦法」，才給予原住民「耕作權」、「地上權」等物權，並在繼續耕作或繼續無償使用10年後，無償取得所有權，但原則不得讓與轉租或設定負擔，違反者得訴請法院判決後撤銷耕作權或地上權；65年山坡地保育利用條例第37條則將耕作權、地上權無償取得土地所有權之時間縮短為5年；79年山胞保留地開發管理辦法，則除耕作權、地上權、所有權外，另規定承租權及無償使用權，耕作權、地上權、承租權及無償使用權，原則上仍不得轉讓或出租，違反者，已為耕作權或地上權登記，訴請法院塗銷登記。其規範架構則延續至現行原住民保留地開發管理辦法。79年起原住民土地政策上則增編、劃編原住民保留地。從而由歷史、政策及權利、義務演進角度觀察，根本不存在上訴人所主張訴外人鄭銀花及其家族在日治時代因占用系爭土地，依當時法律早已取得「永久居住使用權利」之事實。且依臺灣省政府於55年修正發布之「臺灣省山地保留地管理辦法」第6條第1項：「山地保留地，在辦理土地總登記之前，山地人民有無償使用收益之權，但不得將所使用之土地及其上建築改良物或其權利作為典賣、質押、交換、贈與、租賃之標的。」。而系爭土地係於59年12月1日辦理土地總登記（詳後述），從而於59年12月1日前，訴外人鄭銀花對於系爭土地亦僅有

無償使用收益之權，更無所謂「永久居住使用權利」。再者，原住民保留地土地，在國民政府來臺後，原住民僅有使用權，嗣臺灣省政府於55年修正發布之「臺灣省山地保留地管理辦法」，原住民透過設定耕作權繼續耕作或設定地上權無償使用10年等程序，始逐漸取得所有權，將原住民土地歸還原住民。訴外人鄭銀花亦係依55年修正之「臺灣省山地保留地管理辦法」相關規定，設定系爭地上權，則必待繼續無償使用10年，且未違反相關規定，始能無償取得所有權，上訴人自不能置外於法律秩序外，自認世居在系爭土地，且設定地上權，即認為擁有永久居住使用權利。縱使基於返還土地或原住民轉型正義之觀點，亦必須透過修法程序，不能置原住民保留地之管理法規於不顧，自行主張取得權利，更難以遽指依山坡地保育利用條例第37條授權訂定之「原住民保留地開發管理辦法」明顯違法。況上訴人並未就其家族世居系爭土地數十代之事實，盡其舉證責任，上訴人前開主張顯難認有理由。

(2)又在日治時期，揆諸前開說明，將山林收歸國有，僅將部分土地劃歸「高砂族保留地」，供原住民耕作使用，難認有原住民可因時效取得為所有權人或地上權之法源依據。則上訴人主張民法施行前，訴外人鄭銀花已可因時效取得登記為所有權人或主張時效取得地上權，不必經由政府給地上權而有權利，根據為何，令人費解。且系爭土地於59年12月1日即已登記為中華民國所有，有系爭土地之土地登記簿謄本在卷可稽（見原審卷第6頁），屬已登記之不動產，已非「未登記」之不動產，依民法第769、770、772條之規定，亦無從因時效取得所有權。且系爭地上權因存續期間屆滿而消滅（詳後述），而因「時效」取得地上權登記請求權在未登記為地上權人以前，仍不得據以對抗土地所有權人，上訴人所辯無足採。

(3)再按「已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第一百二十五條消滅時效。」，司法院大法官會議釋字第107號

解釋文意旨參照。又「已登記不動產所有人之除去妨害請求權，不在本院釋字第一〇七號解釋範圍之內，但依其性質，亦無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用。」，司法院大法官會議釋字第164號解釋文意旨參照。本件被上訴人既為系爭土地所有權人中華民國之管理機關，其依民法第767條第1項中段所有權人妨害除去請求權，請求塗銷系爭地上權，揆諸前開解釋，顯無消滅時效之規定，上訴人認被上訴人塗銷登記請求權時效因15年不行使而消滅云云，顯然誤會。

（二）系爭地上權已因存續期間屆滿而消滅：

1、法律關係定有存續期間，期間屆滿之效果：

按法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定外，並不當然發生更新之效果（最高法院70年台上字第3678號判例、79年度台上字第2251號判決意旨參照）。

2、就民法物權編之地上權而言：

次按地上權並無如民法第451條之規定，其期限屆滿後自不生當然變更為不定期限之效果，因而應解為定有存續期間之地上權於期限屆滿時，地上權當然消滅（最高法院70年台上字第3678號判例、104年度台上字第1008號判決意旨參照）。又定有期限之地上權於期限屆滿時消滅之效力，是因民法第102條第2項之法律規定而生，則自不待登記，當然生消滅之效力（最高法院84年度台上字第1625號判決意旨參照）。再者，定有存續期間之地上權登記，係屬物權，應於存續期間屆滿時消滅，物權消滅後，兩造就系爭土地縱仍有其他債權關係存在，惟此項債權並無使應消滅之地上權繼續存在之效力（最高法院91年度台上字第1466號裁定意旨參照）。

3、就原住民保留地開發管理辦法之地上權而言：

(1)「原住民管理辦法第十七條第一項規定：『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，由中央主管機關原民會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』，目的在扶助原住民藉由原住民保留地之開發使用，得以自立更生，只要符合地上權登記後自行經營或自用屆滿五年之要件，即得申辦土地所有權移轉登記，與地上權契約存續與否無涉。查中華民國與被上訴人合意設定系爭地上權，存續期間自八十四年一月五日至八十九年一月四日止，為原審確定之事實。果爾，系爭地上權之契約關係，已於八十九年一月四日期限屆滿時消滅。上訴人抗辯：被上訴人就系爭土地之地上權，已因存續期間屆滿而消滅，其已非地上權人云云，似非全然無據。原審就此持相異見解，以系爭地上權在未依原住民管理辦法第十六條第一款、第十九條規定塗銷登記前，不因存續期間屆滿而消滅，進而謂被上訴人得代位中華民國請求上訴人返還系爭占用土地，自有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」（最高法院102年度台簡上字第29號判決意旨參照）。

(2)「按地上權之存否，屬私權事項。人民向行政機關提出原住民保留地地上權設定登記之申請，主管機關依相關法規審查所為准駁之決定，固屬行政處分性質。惟於准許後訂立地上權設定契約，即應適用關於私權關係之原理，如有爭執自應循民事訴訟程序解決。參稽原民地管理辦法第十六條第一款揭櫫：原住民違反該辦法第十五條第一項關於地上權不得轉讓或出租之規定，『已為地上權登記者，鄉（鎮、市、區）公所應訴請法院塗銷地上權登記』等規範意旨亦明。又法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，除法律另有規定外，並不當然發生更新之效果。民法物權編所稱地上權並無如債編第四百五十一條之規定，定有存續期間之地上權於其期限屆滿後，不生當然變更為不定期限之效果，自應解為該地上權於期限屆滿時消滅。至土地所有人於地上權關係消滅後，如同意原地上權人繼續

使用土地，尚無不可，但難謂該地上權仍為有效。查系爭地上權存續期間係八十四年一月五日至八十九年一月四日，為原審所確定，且有土地登記謄本及仁愛鄉公所受理山胞（原住民）保留地地上權設定登記申請審核單所載可稽。系爭地上權設定契約關係，已於八十九年一月四日期限屆滿時消滅。經觀山坡地保育利用條例第三十七條立法意旨，原住民保留地地上權人，於所定『繼續經營滿五年』之情事發生時，即生『無償取得土地所有權』之物權變動效力。是該條例授權訂定之原民地管理辦法第十七條第一項規定：『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，由中央主管機關原民會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。』目的在扶助原住民藉由原住民保留地之開發使用，得以自立更生，祇要符合地上權登記後繼續自行經營或自用滿五年之要件，即得向有關機關申辦土地所有權移轉登記，俾以符合物權公示制度而利於所有權之行使，要與地上權設定契約關係存續與否無涉。前經本院發回意旨予以指明，關此法律上之判斷，依民事訴訟法第四百七十八條第四項規定，原審應以之為判決基礎。乃原審仍以系爭地上權不因五年存續期間屆滿而消滅為由，進而為上訴人不利之論斷，其所持法律上之見解，自有可議。」（最高法院104年度台簡上字第28號判決意旨參照）。

4、由前開見解可知，無論依臺灣省政府於55年修正發布之「臺灣省山地保留地管理辦法」，或現行之「原住民保留地開發管理辦法」所設定之地上權，雖非民法物權編所稱之「地上權」，且民法物權編之地上權並無得經繼續無償使用或自用而取得所有權之規定，然就地上權人因在原住民保留地上因原有自住房屋而使用其土地之權能，與民法地上權並無顯著不同，性質上應屬「物權」關係。有關存續期間之規定，亦係法律關係定有存續期間，從而定有存續

期間之原住民保留地地上權登記，應於存續期間屆滿時消滅，至於物權消滅後，地上權人是否得向有關機關申辦土地所有權移轉登記，與地上權設定契約關係存續無涉。

5、茲因歷來原住民族委員會（下稱原民會）、法務部與內政部就與本件相關爭議事項之意見，容有不同，且原民會為本件之當事人，本院因而於105年8月11日以花分院貴民博104原上易3字第1050203709號函請行政院統一各部會意見後予以函覆，經行政院秘書長於107年10月23日以院臺原字第1070036868號函檢附原民會107年10月11日原民土字第000000000號函及附件「臺灣高等法院花蓮分院函詢原住民族土地地上權等相關疑義研議報告」（見本院卷二第98至143頁），然行政院秘書長之回函仍僅臚列各部會之意見，並無統一各部會意見，相關見解仍然分歧，茲將與地上權之性質及存續期間相關之意見，臚列並評析如下：

(1)就「臺灣省山地保留地管理辦法」、「原住民保留地開發管理辦法」所稱之地上權與民法地上權之異同乙節：

①相同部分：

A、原民會之意見：

內涵與民法地上權無異。

B、法務部之意見：

內涵解釋上包含民法修正後，以種植竹木為目的之「農育權」。

②相異部分：

A、原民會之意見：

原住民保留地開發管理辦法所稱地上權性質，與民法所稱地上權附有存續期間，於期間屆滿後當然失去效力乙節似有不同，茲因依原住民保留地開發管理辦法設定地上權，該地上權並非存續期間屆滿而自動失效，而係於繼續經營滿5年之情事發生時，即生「無償取得土地所有權」之物權變動效力。

B、法務部之意見：

原住民保留地地上權人，所定繼續經營滿5年之情事發生時，即生「無償取得土地所有權」之物權變動效力。

(2)就「臺灣省山地保留地管理辦法」、「原住民保留地開發管理辦法」所定地上權期間屆滿，而未申請登記為所有權人，地上權是否因屆滿而消滅：

①原民會意見：

依法務部103年8月6日法律字第10303508300號函釋，原住民保留地耕作權人、地上權人，於法律所規定之事由「繼續經營滿5年」發生時，即生「無償取得土地所有權」之物權變動效力。又依原民會104年10月15日原民土字第0000000000號函釋，繼續經營或自用滿5年，較相近於行政處分之條件或期限，條件成就（繼續經營或自用滿5年）則發生申請登記為所有權人之法律效果。是滿5年之要求，並非民法一般用益物權之存續期間，而係法律行為之條件或期間，與一般用益物權不同在於依原住民保留地開發管理辦法於過渡期間屆滿後，取得申請為所有權人之地位，進而取得所有權；因此耕作權等他項權利並非存續期間屆滿而自動失效，山坡地保育利用條例第37條亦未限制取得期間。而認原住民保留地設定地上權之期間，並非一般用益物權之存續期間，而係法律行為之條件或期間，設定地上權期間屆滿，該地上權並非當然消滅。地上權存續期間屆滿，地上權並非自動失效，該地上權人仍繼續擁有該地上權，並具取得申請為所有權人之權能。

②法務部意見：

依最高法院104年度台簡上字第28號、102年度台簡上字第29號判決意旨，山坡地保育利用條例及原住民保留地開發管理辦法之地上權存續期間屆滿，與民法之地上權存續期間屆滿，地上權均屬消滅，原民會意見容值商榷。又所謂「條件」，係指對於法律行為之內容或效力有所補充或限制，故「條件成就」依其係屬法律行為附停止或解除條件，而分別使法律行為發生效力或失其效力，惟法律自行規

定各種條件，並非法律行為「條件」。原民會意見認前開辦法規定之期間，仍須具備一定條件成就（繼續經營或自用滿5年），始發生申請登記為所有權人之法律效果乙節，該條件係上開法規所定，非法律行為「條件」。

(3)就「臺灣省山地保留地管理辦法」、「原住民保留地開發管理辦法」所規定之地上權，是否繼續無償使用（或地上權登記後繼續自用）一定期間，即當然、一律取得所有權，或取得申請為所有權人地位乙節：

①原民會意見：

立法意旨，係規範地上權人於法律所規定之事由繼續無償使用滿10年、繼續經營或自用滿5年發生時，即生無償取得土地所有權之物權變動效力，惟均需實際有繼續使用、自行經營或自用之事實，始准予取得所有權，非當然、一律取得所有權，仍須具備一定條件成就時，始發生申請登記為所有權人之法律效果。依法務部103年8月6日法律字第00000000000號函釋，原住民保育地開發管理辦法第17條第1項作為山坡地保育利用條例第37條授權訂定之補充規定，自不得增加法律所無限制，故其規定之「所有權移轉登記」，應僅係為符合物權公示制度，而非取得土地所有權之生效要件。爰此，原住民保留地地上權人，於繼續經營滿5年發生時，不待登記即生無償取得土地所有權之物權變動效力，惟為符合物權公示制度，尚須申請所有權移轉登記，始符取得所有權人地位。

②法務部意見：

法務部103年8月6日法律字第10303508300號函僅說明原住民保留地開發管理辦法第17條之所有權移轉登記請求權，雖屬公法上請求權，惟並非公法上「財產」請求權。

(4)依「臺灣省山地保留地管理辦法」、「原住民保留地開發管理辦法」登記之地上權人，在登記地上權後，並未繼續（自行）使用達一定期間（如10年或5年），縱使原登記之地上權期間屆滿，並提出申請，是否仍當然取得「所有

權」，相關機關有無駁回之權限乙節：

原民會意見認為，原住民保留地之地上權，除繼承或贈與予得為取得之原住民外，尚有不得轉讓或出租予他人之限制。依臺灣省山地保留地管理辦法第7條第2款、第12條、原住民保留地開發管理辦法第17條第1項之立法意旨，係規範地上權人於法律所規定之事由繼續自行使用滿10年或5年發生時，即無償取得土地所有權之物權變動效力，惟地上權人尚須具備實際繼續使用、自行經營或自用事實之條件，並經機關查明屬實，始准予辦理取得所有權，爰地上權於存續期間內將建築物、自助房屋及其基地讓與他人使用，而未具自行繼續使用之事實，自無當然取得所有權，而審查機關有駁回所有權移轉申請案之權限。而鄉（鎮、市、區）公所查明地上權繼續使用或地上權登記後繼續自行經營或自用之要件屬實，經直轄市、縣（市）政府核定地上權人取得土地所有權，該核定係公法之行政處分。

(5)評析：

關於前開依「臺灣省山地保留地管理辦法」、「原住民保留地開發管理辦法」所定地上權諸多問題，原民會與法務部見解並不一致，行政院並未如本院函詢事項，進行整合與統一見解，基於以下之說明，本院仍認定有存續期間之原住民保留地地上權登記，其地上權應於存續期間屆滿時消滅，理由如下：

依照前開原民會之意見及法務部自93年起之見解（如93年11月10日法律決字第0930043946號、103年8月6日法律字第00000000000號函、107年1月31日法律字第00000000000號函），原住民保留地耕作權、地上權人，於法律所規定之事由「繼續經營滿5年」發生時，即發生「無償取得土地所有權」之效力，惟先前如80年10月21日（80）法律字第15777號函則認依山坡地保育利用條例第37條、山胞保留地開發管理辦法第12條第4項規定，如山胞須符合法定要件，始得取得山地保留地土地所有權，尚難逕賦予山胞

山地保留地土地所有權）。倘此見解可採，地上權人於存續期間屆滿時，即取得所有權，成為所有權人，然原民會之意見卻又認原住民保留地設定地上權之期間，並非一般用益物權之存續期間，而係法律行為之條件或期間，設定地上權期間屆滿，該地上權並非當然消滅，地上權人仍繼續擁有該地上權，並具取得申請為所有權人之權能，地上權人既已取得所有權，然地上權又未消滅，使原地上權人同時擁有所有權、地上權及申請為所有權人之地位，邏輯、論理上顯有矛盾之處，難以採信。則基於地上權存續期間屆滿，原地上權人即已無償取得所有權之見解，益證地上權存續期間屆滿，地上權即當然消滅，從而應以前開最高法院及法務部之見解可採。

6、經查：系爭地上權，依土地登記簿之記載，「存續期間：自民國59年12月1日至民國69年11月30日」，則系爭地上權自應在69年11月30日存續期間屆滿時消滅。按「國有財產撥給各地國家機關使用者，名義上雖仍為國有，實際上即為使用機關行使所有人之權利，故本院對於是類財產，向准由管領機關起訴，代國家主張所有權人之權利。」（最高法院108年度台上字第101號、51年度台上字第2680號判決意旨參照）。系爭土地之管理機關為被上訴人，則被上訴人代國家主張所有權人之權利，依民法第767條第1項中段妨害除去請求權，請求塗銷系爭地上權，即有理由。又系爭地上權既已消滅，訴外人鄭銀花之繼承人即無地上權可資繼承，且訴外人鄭銀花既有塗銷地上權之義務，前開義務亦由其繼承人繼承，從而被上訴人亦毋庸請求上訴人先辦理地上權繼承登記，再准許塗銷登記。

七、本件事證已臻明確，至於未論述之爭點、兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無一一詳予論駁之必要。

八、綜上所述，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

中　　華　　民　　國　108　　年　　6　　月　　14　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　廖曉萍

法　官　張宏節

以上正本係照原本作成。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　108　　年　　6　　月　　14　　日

書記官　蔣若芸