臺灣高等法院臺中分院民事判決

113年度家上易字第18號

上　訴　人　丁張貴美（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

丁日強（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

丁蒂娜（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

000000000000000000

丁仙玲（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

丁宥辰（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

丁偉玲（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

丁蓄榕（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

丁鈺馨（即丁佳雄之承受訴訟人）

000000000000000000

共　　同

訴訟代理人　朱逸群律師

被 上訴 人　丁瑊正（原名丁正雄）

000000000000000000

訴訟代理人　王昌鑫律師

被 上訴 人　丁世平　　住○○市○○區○道路○段00巷00號0樓

李丁全卿

兼 上一 人

訴訟代理人　丁麗卿

主　　文

一、原判決廢棄。

二、確認丁○○就丁文鵬所遺坐落彰化縣○○鎮○○段0000○0000地號土地之繼承權存在。

三、被上訴人應將前項土地於民國111年12月15日以調解繼承為原因所為登記塗銷。

四、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按當事人死亡者，訴訟程序在繼承人承受其訴訟以前當然停止；惟於有訴訟代理人時不適用之；承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，民事訴訟法第168條、第173條、第175條分別定有明文，依家事事件法第51條規定，並為家事訴訟事件所準用。本件被上訴人丁○○於民國113年7月16日死亡，業經其繼承人即配偶庚○○○、子女即甲○○、辛○○、丙○○、戊○○、己○○、癸○○、壬○○等8人於113年7月31日具狀聲明承受訴訟，此有丁○○之死亡證明書、繼承系統表及上開繼承人戶籍謄本、聲明承受訴訟狀等在卷可稽（見本院卷第227至247頁），核無不合，應予准許。

二、按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文，此規定依家事事件法第51條規定，亦為家事訴訟事件所準用。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52年台上字第1240號判例參照）。查丁○○主張其對被繼承人丁文鵬之遺產具有繼承權，為被上訴人所否認，足見兩造爭執丁○○繼承權存否，且得以本件確認訴訟排除其法律上不安定之狀態，揆諸前揭說明，丁○○提起本件訴訟有受確認判決之法律上利益而有權利保護之必要，合於前開規定，先予敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：丁○○與被上訴人均為被繼承人丁文鵬所生子女，被上訴人以丁○○於36年1月20日被訴外人丁施溫收養為養子，非為丁文鵬之繼承人，於111年12月15日辦理繼承登記時，將丁文鵬所遺留坐落彰化縣○○鎮○○段0000○0000地號土地(下稱系爭土地)登記予被上訴人分別所有。惟丁施溫為丁○○祖父之弟媳，其與丁○○間屬四親等之旁系姻親且輩份不相等，丁施溫所為收養違反民法第1073之1條第3款規定而無效。如認收養當時無此規定適用，仍應類推適用當時民法第983條第1項第2款、第988條第2款（即現行民法第983條第1項第3款、第988條第2款）等規定而無效。爰請求確認丁○○對系爭土地之繼承權存在，及依民法第1146條、第828條第2項準用民法第821條、第767條第1項前段、中段等規定，擇一命被上訴人應塗銷系爭土地繼承登記（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴）。並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡確認丁○○對於丁文鵬所遺系爭土地之繼承權存在。㈢被上訴人應將系爭土地於111年12月15日以調解繼承為原因所為登記塗銷。

二、被上訴人丁堪正則以：丁施溫收養丁○○為養子時，當時民法並無明文限制有親屬關係之收養須輩分相當，且該收養亦未違反日據前後臺灣地區之收養慣行，依民法親屬編施行法第1條規定，自非無效。又丁施溫與丁○○無血親關係，僅為四親等旁系姻親，此收養關係並未違反倫理觀念，上訴人主張應類推適用當時民法第983條第1項第2款、第988條第2款等規定而無效，並無理由等語，資為抗辯。並答辯聲明：㈠上訴人駁回。

三、被上訴人乙○○、丑○○○、子○○則以：民法第1073條之1係於74年6月3日新增之條文，依民法親屬編施行法第1條後段規定，對丁施溫合法收養丁○○之效力不生影響。又丁施溫於36年2月7日死亡後，丁○○繼為同戶戶長，且戶政登記記載丁○○已出養與丁施溫，客觀上非為丁文鵬之繼承人，

被上訴人等人辦理系爭土地繼承登記並無侵害丁○○之繼承權等語，資為抗辯。並答辯聲明：㈠上訴人駁回。

四、兩造不爭執事項如下（見本院卷第117至119頁；本院依判決格式修正或增刪文句，或依爭點論述順序整理內容）：

㈠丁施溫之配偶丁銅為被繼承人丁文鵬之六叔，丁施溫與丁文鵬為三親等旁系姻親，與丁文鵬之子女為四親等旁系姻親關係。

㈡丁○○原為丁文鵬之子，丁銅於34年12月24日前死亡，丁施溫於36年1月20日收養丁○○為養子。

㈢丁文鵬於78年3月8日死亡，所遺系爭土地經被上訴人以調解繼承為原因於111年12月15日登記為被上訴人分別共有，權利範圍各4分之1（下稱系爭土地繼承登記）。

五、得心證之理由：

㈠確認丁○○繼承權存在部分：

1.按左列親屬不得收養為養子女：㈠直系血親。㈡直系姻親。但夫妻之一方，收養他方之子女者，不在此限。㈢旁系血親及旁系姻親之輩分不相當者。但旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者，不在此限。民法第1073條之1有明文規定；又依同法第1079條之1規定，違反第1073條之1者無效。查前揭法條之規定係於74年6月3日始增訂，而74年民法親屬編修訂前之民法第1072條至第1079條有關收養規定，固無禁止旁系血親、姻親間收養之規定，惟觀之74年修正後民法第1073條之1之立法理由：「為維持我國傳統倫理觀念，…旁系血親在八親等以內，旁系姻親在五親等以內輩分不相當者，不得收養為子女，雖有判解可據（司法院院字第761號解釋、最高法院49年臺上字1927號判例），惟收養為發生身分關係之行為，宜以法律明文規定，俾資遵循，並收法律教育之效，爰增列本條。」，可知74年民法親屬篇修正前未就一定親等之血親、姻親間收養設有禁止明文，應係立法時之疏漏，就此疏漏自應回歸民法第1條規定，本諸「相類似之案件，應為相同之處理」之法理解決之。是以，被上訴人

抗辯丁施漚於36年1月20日收養丁○○為養子之效力，應適用該時即74年06月3日修正公布前之民法親屬編規定，固非無據，然依前開說明，斯時立法既有疏漏，非謂本件收養即屬有效，合先敘明。

2.又按結婚與收養子女同為發生身分關係之行為，且特定親屬間之收養，必影響原有之倫常名分，例如子與婿兩種身分如由一人兼具，使親屬關係趨於混亂，是關於結婚無效及撤銷違法結婚之規定，在收養無效及撤銷違法收養時，亦有同一之法理，自應類推適用，故於21年6月7日司法院院字第761號解釋已明示：「養子女之關係。原則上既與婚生子女相同。則旁系血親在八親等以內。旁系姻親在五親等以內。輩分不相當者。自不得為養子女。以免淆亂。」，且最高法院49年台上字第1927號判決先例意旨亦認為：「收養八親等以內之旁系血親為養子女，而輩份不相當者，類推適用民法第983 條第1 項第2 款及第988條第2 款之規定，應認為此種違反倫理觀念之收養，不生收養之效力」。而本件收養發生在36年間，收養人丁施漚之配偶丁銅為丁文鵬父親之六弟，丁施漚為丁文鵬之六嬸、丁○○之六嬸婆，其與丁○○為四親等旁系姻親且輩分不相當，為兩造所不爭執，則本件收養顯然混亂輩份，有違我國倫常，揆之前揭說明，自應類推適用收養時即74年修正前民法第983 條第1 項第2 款及第988條第2 款之規定，應認丁施漚與丁○○間之收養無效。

3.又上開判決先例雖經最高法院96年8 月28日96年度第5次民事庭會議決議不再援用，惟不再援用理由係因民法第1073條之1 第3 款已修正，且第1079條之4 就此已有明文規定。可見上開判例不再援用之原因乃現行法已有明確規範可資遵循，非謂74年6 月3 日前民法第1073條之1 第3 款所定之親屬，有輩分不相當之情事者，因上開判決先例不再援用而可認為收養係屬有效。另被上訴人丁瑉正辯稱本件收養未違反日據時期臺灣民事習慣，應認有效等語，惟本件收養係發生於我國民法親屬編施行於臺灣地區後之36年間，自無適用日

據時期臺灣民事習慣，其此部分所辯，亦無足取。是以，丁施溫與丁○○之收養既屬無效，丁○○仍為丁文鵬之子，就丁文鵬所遺系爭土地自有繼承權存在。被上訴人抗辯：丁○○為丁施溫之養子，對丁文鵬無繼承關係存在云云，不足採取。

㈡被上訴人應塗銷系爭土地繼承登記部分：

1.按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之；對於妨害其所有權者，得請求除去之；各公同共有人對於第三人，得就公同共有物之全部為本於所有權之請求，但回復公同共有物之請求，僅得為公同共有人全體之利益為之，民法第767條第1項前段、中段、第828條第2項準用第821條均有明定。此所謂妨害其所有權者，係指以占有以外方法，客觀上不法侵害所有權或阻礙所有人之圓滿行使其所有權之行為或事實而言（最高法院88年度台上字第2420號判決意旨參照）。查丁○○為丁文鵬之繼承人，業據認定如前，其得繼承丁文鵬之系爭土地，惟被上訴人業將系爭土地以調解繼承為原因登記為其等分別共有，應有部分各4分之1，有土地登記謄本在卷可按（見原審卷一第117至123頁），自屬妨害丁○○圓滿行使系爭土地所有權，丁○○依前開規定請求被上訴人塗銷系爭繼承登記，亦屬有據。

2.按繼承回復請求權與個別物上請求權係屬真正繼承人分別獨立而併存之權利，真正繼承人繼承之財產如受侵害，於回復請求權時效完成後，仍得依民法相關規定排除侵害並請求返還，其請求權之消滅時效應自繼承財產受侵害時起算（最高法院111年度台上字第1665號、110年度台上字第1058號判決意旨參照）。查被上訴人於111年12月15日為系爭土地繼承登記，斯時始侵害丁○○對於系爭土地所有權潛在之應有部分權利，丁○○於112年8月18日依民法第767條第1項中段、第828條第2項準用第821條規定，起訴請求塗銷系爭土地繼承登記（見原審卷一第11、21頁），依上開說明，未罹於民法第125條所定15年時效。又丁○○依民法第767條第1項中

段請求塗銷上開繼承登記，既屬有據，其餘請求權部分即無庸再予審酌，附此說明。

六、綜上所述，丁○○請求確認其對丁文鵬之系爭土地繼承權存在，及被上訴人應塗銷系爭土地繼承登記，為有理由，應予准許。原審就上開應予准許部分，駁回丁○○之請求，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院廢棄改判如主文第2、3項所示。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認均不足影響本判決結果，爰不逐一論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依家事事件法第51條、民事訴訟法第450條、第78條、第85條第1項規定，決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　14　　日

家事法庭　審判長法　官　謝說容

法　官　施懷閔

法　官　廖純卿

正本係照原本作成。

不得上訴。

書記官　梁棋翔

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　14　　日