臺灣高等法院臺南分院民事判決

111年度上字第333號

上訴人即附帶被上訴人　吳文龍

訴訟代理人　洪茂松律師

上訴人即附帶被上訴人　吳文虎

吳文豹

黃吳素娥

吳素秋

金華人(即吳素琴之承受訴訟人)

金華嬋(即吳素琴之承受訴訟人)

吳素蕙

吳淑美

上九人共同

訴訟代理人　傅金圳律師

被上訴人即附帶上訴人　吳仁湘

吳仁健

吳仁彬

吳仁博

吳碧環

吳麗雪

吳貴悅

上七人共同

訴訟代理人　許坤立律師

複代理人　張思瀚律師

上列當事人間請求返還借名登記土地事件，上訴人對於中華民國111年10月31日臺灣嘉義地方法院第一審判決（110年度訴字第271號）提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，並為訴之追加，本院於114年2月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及附帶上訴均駁回。

上訴人金華人、金華嬋應就被繼承人吳素琴所有如附表1編號1至3、5至10、20至24所示土地所有權應有部分各36分之1，辦理繼承登記。

第二審訴訟費用，關於上訴及追加之訴部分，由上訴人負擔；關於附帶上訴部分，由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項

一、按當事人死亡者，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前當然停止。又承受訴訟人於得為承受時，應即為承受之聲明。他造當事人，亦得聲明承受訴訟。聲明承受訴訟，應提出書狀於受訴法院，由法院送達於他造；分別有民事訴訟法第168條、第175條及第176條可參。查上訴人吳素琴於民國113年9月5日死亡，有戶籍謄本可參，其繼承人金華人、金華嬋具狀聲明承受訴訟（本院卷四第35至37頁），符合前揭規定，應予准許。

二、次按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一者，不在此限；民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。又所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之新訴與原訴之主要爭點有其共通性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理與利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之。被上訴人於原審之請求權基礎原類推適用民法第541條第2項規定暨繼承之法律關係，請求上訴人將後開所述系爭土地所有權應有部分為移轉登記，於本院提起附帶上訴後，追加依民法第767條第1項前段、第179條等規定為請求，經核其請求之基礎事實為同一，與首揭規定相符，應予准許；另系爭土地原共有人即上

訴人吳素琴死亡，其應有部分由繼承人金華人、金華嬋繼承，被上訴人另追加依民法第1148條、759條規定，請求金華人、金華嬋應就吳素琴所有系爭土地所有權應有部分各36分之1 辦理繼承登記，係因吳素琴於訴訟繫屬中死亡始為追加，其基礎事實仍屬同一，依前揭說明，此部分追加亦屬合法。

貳、實體事項

一、被上訴人主張：伊等之父吳萬炭，與同為祖輩大房後代之吳萬淺、吳萬耀、次房後代即上訴人之父吳萬地、三房吳泉、四房吳俊、五房吳昭添，簽立日據時期昭和8年（即民國22年，以下未另指明者均為民國紀年）11月18日闔書（下稱系爭闔書），協議分配曾祖輩吳周、吳祥脈下「吳茂記家振興會之業」（茂記係家族堂號）於日據時期之土地19筆（下稱系爭19筆土地），本應按祖輩大房吳炎、二房吳烟、三房吳泉、四房吳俊、五房吳昭添各應有部分5分之1份額平均繼承。因吳烟時任吳茂記財產總管，乃借名登記在其名下，後由吳萬地繼承，再由上訴人繼承；系爭19筆土地並演變為如附表1所示之24筆土地（下稱系爭24筆土地）。而伊祖父大房吳炎之5分之1份額，由吳萬炭、吳萬淺、吳萬耀依當時施行之日本民法繼承而分別共有，伊等繼承自吳萬炭所有，並借名登記在吳萬地名下之系爭24筆土地，應有部分（因涉及日據時期之法律及實務，以下部分用語以「持分」為之，其意義與應有部分相同）均各15分之1（計算式：吳炎份額1/5×吳萬炭應繼分1/3＝1/15）。系爭闔書之目的並非在設立祭祀公業，其簽立迄今已逾88年，應不再受闔書土地約定用途之限制，伊等爰以送達起訴狀繕本為終止前揭借名登記契約之意思表示，並類推適用民法第541條第2項規定暨繼承之法律關係、或依民法第767條第1項前段、第179條等規定，擇一請求上訴人各將附表1編號1至3、5至10、20至24等14筆土地，如附表1「登記名義人及權利範圍」欄所示所有權應有部分（下稱系爭土地），在伊等公同共有應有部分15分之1之

範圍內，移轉登記與伊等。原判決認定伊等得按借名登記關係請求，固無違誤，惟僅命移轉登記予伊等公同共有應有部分18分之1，尚有未洽，爰提起附帶上訴等語。另上訴人吳素琴業已死亡，爰追加請求其繼承人就吳素琴於如附表1編號1至3、5至10、20至24所示土地所有權應有部分各36分之1辦理繼承登記。答辯聲明：上訴駁回。附帶上訴聲明：（一）原判決不利伊等部分廢棄。（二）上訴人應將系爭土地如附表1「被上訴人附帶上訴請求再移轉登記比例」欄所示之應有部分移轉登記予伊等全體公同共有。追加聲明：金華人、金華嬋應就吳素琴所有如附表1編號1至3、5至10、20至24所示土地所有權應有部分各36分之1辦理繼承登記。

二、上訴人則以：本件應由五大房之繼承人全體起訴請求，被上訴人單獨起訴，當事人不適格。而系爭鬮書由五大房共7人共同簽立，被上訴人未向全體當事人後代終止借名登記關係，不生終止之效力。又依系爭鬮書記載可知，系爭19筆土地係「吳茂記家振興會」之公產，且日據時期繼承財產法制並無借名登記之概念或習慣。另由系爭19筆土地歷期登記權利人變動情形可知，被上訴人乃至他房繼承人，現亦為系爭19筆土地其中一部分之所有人，渠等主張系爭24筆土地有借名登記情形，並非事實；且他房亦各領有系爭19筆土地因重劃之價金補償，足徵兩造間並無借名登記契約存在。縱認被上訴人對伊等為終止借名登記之意思表示有效，然其所主張之借名登記關係，應於吳萬地73年間死亡時消滅，其迄今始為終止，已逾15年時效，伊得拒絕給付。被上訴人追加請求命金華人、金華嬋辦理繼承登記更屬無據。原判決命上訴人就系爭土地如附表1之「應移轉應有部分比例」欄所載之應有部分移轉登記予被上訴人全體公同共有，尚有未洽，爰提起上訴等語。上訴聲明：（一）原判決不利伊等部分廢棄。（二）上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。答辯聲明：附帶上訴及追加之訴均駁回。

三、兩造不爭執之事實

(一)附表1編號1至編號24所示系爭24筆土地所有權，原登記於吳烟名下，嗣由吳萬地繼承，現登記於吳文龍、吳文虎、吳文豹、黃吳素娥、吳素秋、吳素琴、吳素蕙、吳淑美名下，應有部分如附表1「登記名義人及權利範圍」欄所載。

(二)訴外人吳泉、吳萬淺、吳俊、吳萬地、吳昭添、吳萬炭、吳萬耀等7人，於昭和8年11月18日，共同書立如原審卷一第449至489頁之系爭闢書。其第3至4頁所載日據時期系爭19筆土地，涵蓋前項系爭24筆土地之前身，異動沿革如原判決附表2所示。

(三)系爭闢書第4至第6頁（原審訴字卷一第453右半至455頁右半），約定記載系爭19筆土地乃吳茂記家振興會保存所有之公業，而吳周脈下長房吳炎子弟、次房吳烟之子弟、三房庶子吳昭添，持分2分之1；吳祥脈下長房吳泉、次房吳俊，持分2分之1之所有；又該等土地之小作料（按即佃租）要為先人吳安份、陳氏梁、吳周王氏玉、吳祥黃氏等六氏作為盆墓或修理盆墓、祭祀、教育子弟之資金所用，斷無分配亦不得賣出，並第6至9號闢書土地收益做訴外人吳許氏菜之生活費、10至12號闢書土地收益做為吳陳氏粉之生活費，不得不給。

(四)關於吳周脈下繼承情形，其中（本件無關之房次從略）：

1長房吳炎18年8月29日死亡，繼承人為吳萬淺、吳萬耀、吳萬炭；吳萬炭73年1月14日死亡（妻吳陳秀雲108年2月1日死亡），繼承人現為被上訴人。

2次房吳烟21年7月19日死亡，繼承人為吳萬地，嗣吳萬地於73年10月28日死亡，由吳蒲金盞，及上訴人吳文龍、吳文虎、吳文豹共同繼承系爭19筆土地權利（吳蒲金盞嗣於101年2月15日死亡，其權利由上訴人8人繼承）；又吳素琴於113年9月5日死亡，其權利由金華人、金華嬋繼承。

(五)系爭24筆土地中，坐落嘉義縣○○市○鄉段000地號農地，前以上訴人吳文龍、吳文虎、吳文豹、訴外人吳蒲金盞名義，與

訴外人李慶河訂有耕地三七五租約（新朴民永字第30號），嗣李慶河授權訴外人李慧敏與上開名義出租人協議，由出租人補償李慶河新臺幣（下同）64萬元、李慶河願放棄耕作權，並已履行完畢。該64萬元補償金係由吳炎、吳烟、吳俊、吳昭添等四房脈下共同分擔。

(六)被上訴人本件起訴以該起訴狀繕本之送達，作為向上訴人終止借名登記契約之意思表示。

四、被上訴人主張就系爭土地所有權應有部分15分之1比例借名登記在上訴人名下，爰終止借名登記關係，請求移轉系爭土地應有部分15分之1予被上訴人公同共有。惟為上訴人否認，並以上情置辯。是被上訴人請求金華人、金華嬋應就吳素琴所有如附表1編號1至3、5至10、20至24所示土地所有權應有部分各36分之1辦理繼承登記，是否有據？被上訴人就系爭土地應有部分15分之1是否借名登記在上訴人名下？被上訴人依繼承、借名登記終止返還請求權、民法第767條第1項前段、第179條，請求移轉系爭土地所有權應有部分15分之1予被上訴人公同共有，有無理由？為本件應審究之爭點，茲分述如下：

(一)按繼承人自繼承開始時，除另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務；因繼承、強制執行、公用徵收、或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記不得處分其物權，此有民法第1148條、第759條規定可參。查上訴人吳素琴係於113年9月5日本院訴訟繫屬中死亡，並由其繼承人金華人、金華嬋繼承，惟其等迄未就吳素琴所有如附表1編號1至3、5至10、20至24所示土地所有權應有部分各36分之1辦理繼承登記（見本院卷四第41至45頁、第269至323頁），尚無處分權，被上訴人據前揭規定請求金華人、金華嬋先行辦理繼承登記，符合訴訟經濟原則，且符合民法第1148條、第759條之規定，應屬有據。

(二)次按臺灣於日本統治之初之軍政時期，係以軍令為統治之法源，西元1895年(日明治28年)11月17日即以日令第21號之

3，實行臺灣住民民事訴訟令，依該令第2條規定，審判官依地方慣例及條理審判訴訟。依此，臺灣之地方習慣即具有實體法行為準則之法規範性質，得為民事法源。迨西元1896年（日明治29年），日本中央政府制訂法律第63號「有關施行於臺灣之法令之法律」，改以委任立法方式，得由臺灣總督發佈命令，做為法源依據，此時期臺灣之有效法源乃以臺灣地方習慣為原則，日本法令為例外。嗣自西元1923年（日大正12年）1月1日施行法律第3號，開始進入以敕令立法為原則，此時期改以日本內地當時有效民法為原則，臺灣地方習慣為例外，迄至臺灣光復日止（最高法院105年台上字第51號民事判決意旨、並參見法務部編臺灣民事習慣調查報告〔93年6版，下同〕第326頁以下）。而大正12年（即民國12年）1月1日起，日本民法（第四、五編除外）及不動產登記法等附屬法律，施行於臺灣，而日本民法關於物權行為係採取意思主義，其第176條規定「物權之設定及移轉僅依當事人之意思表示而發生效力」，第177條規定「有關不動產物權之得喪變更，非經依登記法所定之登記，不得對抗第三人」，關於不動產物權之變動，係採意思主義，惟非經登記，不得對抗第三人，是以臺灣人民，於日據時期，不動產物權依法律行為而有變動者，當事人間於意思表示合致時，即生效力，不以登記為必要，縱當時未經登記，或於臺灣光復後，亦未依我國法律辦理登記，在當事人間仍有效力。又臺灣習慣上之鬮分，係指分割家產，其所以稱鬮分而不稱分割者，蓋分配時係以拈鬮，即以抽籤方式決定各房應得部分之故。另按不動產之協議分割，係以法律行為使不動產物權發生變動，於日據時期，繼承人間訂有分產契約（如鬮分書），協議分割不動產者，於分產契約訂立時，即生不動產分割之效力，各自取得分得部分之單獨所有權（最高法院93年度台上字第2390號民事判決參照）。查本件被上訴人主張借名登記成立之時點分別為明治45年（按為大正1年）至大正8年間、昭和3年至5年間（本院卷二第71至72頁、第341至

390頁），故依前揭說明，應適用之法律分別為律令時期以臺灣地方習慣為原則，日本法令為例外；及敕令時期以日本民法為原則，臺灣地方習慣為例外。又系爭屬書係訂立於22年，即昭和8年，此時應適用之法律為敕令時期以日本民法為原則，臺灣地方習慣為例外。此時物權行為係採取意思主義；如當事訂有分產契約之屬分書，協議分割不動產者，於分產契約訂立時，即生不動產分割之效力，各自取得分得部分之單獨所有權（各時期適用之法律原則及本件事實之時點如附表2）。

(三)查吳安份繼承人有吳周及吳祥；吳周死亡後，其繼承人為吳炎、吳烟及吳昭添；吳炎死亡後，其繼承人為吳萬淺、吳萬耀、吳萬炭；吳烟死亡後，其繼承人為吳萬地，嗣吳萬地死亡後，由吳蒲金盞，及吳文龍、吳文虎、吳文豹等4人共同繼承，其中吳蒲金盞死亡後，由吳文龍、吳文虎、吳文豹、黃吳素娥、吳素秋、吳素琴、吳素蕙、吳淑美繼承吳蒲金盞之權利。吳昭添死亡後由吳安行、吳炳然、吳安成等人繼承。吳祥死亡後，其繼承人為吳泉及吳俊；吳泉死亡時由吳岸繼承；吳俊死亡後由吳萬亨（配偶為訴外人吳黃美蘭）繼承等情，有被上訴人繼承系統表及全體繼承人之戶籍謄本影本可參（原審卷一第317至339頁），且為兩造所不爭執。

(四)被上訴人之父吳萬炭與訴外人吳泉、吳萬淺、吳俊、吳萬地、吳昭添、吳萬耀等7人，於昭和8年11月18日，共同書立系爭屬書（原審卷一第449至489頁），除將部分土地分配予吳炎、吳烟、吳俊等各房（原審卷一第455至475頁）外，並協議將系爭屬書所記載之嘉義縣○○庄○○000番地號等系爭19筆土地之小作料（即佃租）要為先人吳安份、陳氏梁、吳周王氏玉、吳祥黃氏等6氏作為盆墓或修理盆墓、祭祀、教育子弟之資金所用，不得分配、賣出，並其中6至9號土地收益做吳許氏菜之生活費、10至12號土地收益做為吳陳氏粉之生活費，不得不給（原審卷一第453頁）。斯時受系爭屬書拘束之人為吳周之脈下長房吳炎之子弟吳萬淺、吳萬耀、

吳萬炭，與次房吳烟之子弟吳萬地、三房庶子吳昭添，及吳祥之脈下長房吳泉、次房吳俊等共五房。嗣系爭19筆土地歷經重測、重劃、分割、放領、徵收等，演變為現存系爭24筆土地。而系爭24筆土地所有權，原登記於吳烟名下，嗣由吳萬地繼承，現登記於吳文龍、吳文虎、吳文豹、黃吳素娥、吳素秋、吳素琴、吳素蕙、吳淑美名下，應有部分如附表1「登記名義人及權利範圍」欄所載等情，為兩造所不爭執（不爭執事實㈠㈡㈢），且有系爭鬮書影本（原審卷一第449至501頁、卷二第519至571頁）為憑，應堪信為真實。

(五)又按家產鬮分之方法，在日據初期，於決定鬮分後，先確定繼承人之應分額；在鬮分家產時，如須設定公業、養贍業等，應先確定此項財產，並自家產中抽出另行處理，然後確立應分割之財產（臺灣民事習慣調查報告第417頁）。日據後期，家產鬮分為共有物之分割，此時所謂共有已非臺灣習慣上之公同共有關係，而係日本民法上之共有，即類似我國現今民法物權編所定之分別共有關係，繼承之標的如為土地，則各共同繼承人按其應繼分之比例有其持分權，雖尚未鬮分異財，各共同繼承人仍得自由將其持分權讓與他人，對於第三人亦得單獨主張其權利，於是原來具有團體性之家產一變而為各繼承人得按其持分處分之分別共有財產（臺灣民事習慣調查報告第421至422頁）。查系爭鬮書除將部分土地分配予吳炎、吳烟、吳俊等各房（原審卷一第455至475頁）外，並將系爭19筆土地作為「吳茂記家振興會之業」（原審卷一第451頁），顯係在鬮分家產時，將系爭19筆土地作為「吳茂記家振興會之業」而設定公業（兩造原爭執是否有設立祭祀公業，上訴人對於未設立祭祀公業，已不爭執，見本院卷三第8頁），自家產中抽出另行處理。而系爭鬮書係在昭和8年11月18日所訂立，並約定系爭19筆土地乃吳茂記家振興會保存所有之公業，且載明吳周脈下長房吳炎子弟、次房吳烟之子弟、三房庶子吳昭添，持分2分之1；吳祥脈下長房吳泉、次房吳俊，持分2分之1之所有等情（原審卷一第

453頁）。足見，系爭鬮書係在日據後期訂立，且內容涉及吳周、吳祥脈下各房持分之比例，依前揭說明，系爭19筆土地縱然仍屬公業，各共同繼承人仍得自由將其持分權讓與他人，對於第三人亦得單獨主張其權利，屬各繼承人得按其持分處分之分別共有財產，自堪認定。

(六)另查，共同書立系爭鬮書之五大房，其中吳泉脈下之繼承人即訴外人吳岸，將其對系爭24筆土地繼承之持分，全部作價80萬元讓與被上訴人吳仁湘（吳炎脈下）、吳文龍（吳烟脈下）、訴外人吳萬亨（吳俊脈下)、吳安成（吳昭添脈下）等4人，並簽有切結書可憑（原審卷二第657頁）。又系爭24筆土地之稅捐及代書費，吳炎脈下之吳仁顯等、吳俊脈下之吳萬亨等、吳昭添脈下之吳炳然等房亦共同分擔乙節，有分擔稅捐及代書費文件影本（原審卷二第583至589頁）在卷足憑，且為上訴人所不爭執（本院卷四第126頁）。又系爭24筆土地其中坐落嘉義縣○○市○○段000地號土地（農地），前以吳文龍、吳文虎、吳文豹、吳蒲金盞（於101年2月15日死亡，由上訴人繼承吳蒲金淺之應有部分）名義，依耕地三七五減租條例規定出租予訴外人李慶河（租約字號：新朴民永字第30號），嗣李慶河授權訴外人李慧敏與上開名義上出租人達成協議，由出租人補償李慶河64萬元，李慶河願放棄耕作權，而該64萬元補償金亦由吳炎、吳烟、吳俊、吳昭添等4大房脈下共同分擔，並由吳安行（即吳昭添派下）、吳萬亨(即吳俊脈下)會同吳文虎、吳文龍在朴子市公所民政課辦理終止耕地租約時，當場交付補償金尾款44萬元現金予李慧敏之事實，亦有100年4月2日簽具之切結書暨收款簽據在卷可資佐證（原審院卷二第591、593頁），且為兩造所不爭執（不爭執事實㈤）。又依系爭鬮書為分配之部分土地被政府徵收及被嘉南大圳水利會買收之代款，亦分予各房，有立證書可參（本院卷二第391至393頁）；此外，系爭24筆土地之歷年農作物收益，例如水稻、甘薯、花生等；如有出租給佃農者，租金收入均由4大房脈下平均分享，此外

系爭24筆土地早期應繳納田賦，及向嘉南農田水利會繳納農田灌溉水費，亦由4大房脈下平均分擔等情，上訴人亦不爭執。綜上，系爭24筆土地，除吳泉脈下之吳岸已出售其持分，有關系爭24筆土地之稅捐、代書費、租金之補償金及水費等負擔，均由4房負擔，而領取之徵收款、賣款及租金收入則由4房利益共享。足見，從系爭19筆土地轉換而來之系爭24筆土地，縱然仍屬公業，但各共同繼承人仍得自由將其持分權讓與他人，且共同分擔土地之費用、稅捐，共同分享土地之利益，依前揭說明，除吳泉脈下之吳岸已出售其持分外，其餘各房就系爭19筆土地轉換而來之系爭24筆土地，應為吳炎、吳烟、吳昭添、吳俊脈下之各繼承人得按其持分處分之分別共有財產。故縱然登記於上訴人名下，但系爭闔書將系爭19筆土地劃出而設立之公業，實質上係屬吳炎、吳烟、吳昭添、吳俊脈下之各繼承人所分別共有，被上訴人主張自系爭19筆土地而來之系爭24筆土地係借名登記於上訴人名下，即有可採。

(七)證人即吳昭添脈下之吳安行證稱：系爭24筆土地本是吳烟管理，之後由吳萬地接管，嗣由吳萬亨、吳炳然接管，目前由我管理；系爭24筆土地有的出租給佃農交租金，由4大房分配，三房吳泉那房並未參與；土地稅單、水租都寄到吳萬地處，吳萬地拿稅單來給我，我收到稅單後，再到每一房收錢繳納；土地都是登記在吳烟名下，因為家族傳承，所有的一起收，一起用，所以祭祀都在大廳，長工的僱用都住在一起，這些土地都是吳烟在耕作管理。從吳萬地在世時，第四房吳俊有提出要求，土地也要讓其兒子吳萬亨管理一下，所以才由吳萬亨、吳炳然管理，嗣由我管理至今，但這段期間都是登記吳萬地的名義。系爭24筆土地從系爭19筆土地而來，所以由各大房輪流管理及使用、收益。至於教育子弟之資金從來沒有實施過，系爭19筆土地至今都未分配，都登記於吳萬地的名義，裡面有幾筆是族人的，被徵收或做水路或三七五耕者有其田外，其餘都是在吳萬地的名下，因為耕者

有其田之身份僅有吳萬地，其他人則領取補償金；原證9之切結書是吳岸親自簽立。切結書的內容是四大房協議，文稿是吳文虎草擬後傳真給我。切結書的內容實在。切結書所載的土地持分與本件訴訟的24筆土地都包含在內。我們實際上有支付80萬元，是分4次給付。原審卷一第363頁以下有關代書費及稅捐之記載，其53筆土地包含系爭屬書之土地等語（原審卷二第313至322頁、本院卷三第324至337頁）。證人所為證述與前揭切結書、分擔稅捐、代書費文件、立證書等客觀情節相符，所為證言堪以採信。依吳安行之證述，亦可證明系爭24筆土地雖登記在吳萬地之名下，惟由4大房共同分擔土地之費用、稅捐，共同分享土地之利益，亦可證明被上訴人所主張之借名登記關係屬實。

(八)綜上所述，系爭屬書訂立時應適用日本民法為原則，臺灣地方習慣為例外，物權行為係採取意思主義。而系爭屬書係設立系爭19筆土地之公業，系爭19筆土地為各繼承人得按其持分處分之分別共有財產。而系爭土地借名登記於吳烟、吳萬地脈下，嗣並登記於上訴人名下，則被上訴人基於分別共有人之權利，將其等借名登記於上訴人名下之系爭土地應有部分18分之1（依不爭執事實㈢，系爭屬書所載，吳周、吳祥各應有部分2分之1，吳周脈下有吳炎等3房，各有應有部分6分之1，吳炎脈下有吳萬炭等3房，各有應有部分18分之1，被上訴人繼承吳萬炭之應有部分18分之1），即如附表1之「應移轉應有部分比例」欄所載之應有部分，以起訴狀繕本為終止借名登記契約，並類推適用民法第541條第2項規定暨繼承之法律關係，請求移轉為被上訴人全體公同共有，即屬有據。被上訴人此部分請求，既屬有據，其另依民法第767條、第179條請求部分，自無再予審酌之必要，併予敘明。

(九)被上訴人雖主張其繼承吳萬炭名下，以吳炎等5大房計算，而吳炎脈下有吳萬炭等3房，故被上訴人就系爭土地得請求之應有部分為15分之1云云，並以證人吳安行之證述為據（本院卷一第175頁、卷二第129頁）。惟查證人吳安行並未

明確證稱就系爭19筆土地之應有部分，有約定變更系爭屬書所載吳周、吳祥各應有部分2分之1，吳周脈下有吳炎等3房，各有應有部分6分之1，吳炎脈下有吳萬炭等3房，各為應有部分18分之1之情形（原審卷二第313至321頁、第347至356頁、本院卷三第324至337頁、第363至379頁），且被上訴人亦無其他積極證據可證明應以吳炎等5大房為計算基礎，復與系爭屬書所載不符，尚難認為被上訴人此部分之主張為可採。

(十)上訴人雖為如下抗辯，但均屬無據：

１、上訴人抗辯應由五大房之繼承人全體起訴請求，被上訴人單獨起訴，當事人不適格云云。惟如前所述，系爭屬書所設立之公業，其性質上屬分別共有，被上訴人基於分別共有之權利起訴，並無當事人不適格之情形。

２、上訴人另抗辯被上訴人並未舉證證明系爭19筆土地究竟係何人借何人之名義為之云云。惟按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但依其情形顯失公平者，不在此限，為民事訴訟法第277條所明定。準此，徵諸臺灣之祭祀公業多設立於前清或日治時期，關於公業名下財產來源及其派下員占用產業之緣由，輒因年代久遠，人物全非，每每難以查考，舉證誠屬不易，如仍嚴守該條本文所定之舉證原則，不免產生不公平結果。故法院於個案審理中，自應斟酌當事人各自提出之證據資料，綜合全辯論意旨，依同條但書之規定，為適切之調查認定，始不失衡平之本旨（最高法院98年度台上字第266號、99年度台上字第1264號、99年度台上字第1264號民事裁判參照）。本件依系爭屬書設立之公業，亦涉及年代久遠，人物全非，難以查考及舉證不易之情形，自應審酌兩造各自提出之證據資料，綜合全辯論意旨而為判斷，而本院之判斷已如前述，上訴人徒以被上訴人未就各筆土地之借名登記逐一舉證而為抗辯云云，自非可採。

３、上訴人復抗辯系爭屬書編號2、3、4、5、10、11、18之土地係吳烟向吳能、涂丙或王安心所購買，並非吳烟繼承自吳周

而取得；編號15土地並非登記於吳周名下；編號17土地登記於吳烟等人名下，為個別所有，均不屬於吳氏家產云云，並提出土地登記簿影本為證（本院卷一第293至329頁）。惟系爭鬮書已列出系爭19筆土地為公業，且敘明吳周及吳祥脈下各應有部分2分之1（不爭執事實㈢），嗣除吳祥脈下之吳岸已出售其所有應有部分之土地外，其餘土地之稅捐、費用及利益均由4房共同負擔及共享，且系爭鬮書將之列入系爭19筆土地時，吳烟脈下之吳萬地亦於系爭鬮書簽名，同意作為公業，如屬吳烟個人之土地，吳萬地理應不會同意列入公業，而由各房共享，故被上訴人主張系爭鬮書編號2、3、4、5、10、11、15、17、18之土地仍屬家產及公業，應為可採，上訴人抗辯非屬公業，並非可採。

4、上訴人另抗辯系爭鬮書已成立新的約定，作為修理盆墓、祭祀等用途，並約定「斷無分配亦不得賣出」，就系爭19筆土地約定長久維持限定用途，而各房之分擔及利益之分享，均係管理公業之本質，縱欲終止，須全體當事人合意而終止云云。查系爭鬮書確有約定系爭19筆土地作為修理盆墓、祭祀等用途，並約定「斷無分配亦不得賣出」等情（原審卷一第453頁），惟如前所述，系爭鬮書約定之公業財產，性質上為分別共有財產，各分別共有人仍得自由將其持分權讓與他人，對於第三人單獨主張其權利，並得按其持分處分。且按各共有人，除法令另有規定外，得隨時請求分割共有物。但因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割之期限者，不在此限。前項約定不分割之期限，不得逾5年；逾5年者，縮短為5年。但共有之不動產，其契約訂有管理之約定時，約定不分割之期限，不得逾30年；逾30年者，縮短為30年。前項情形，如有重大事由，共有人仍得隨時請求分割，有民法第823條規定可參。蓋共有物之消滅，有利於社會經濟，並避免各共有人彼此之爭論，雖定有管理之協議，可使該共有不動產之用益圓滑進行，但仍以30年為限，如有重大事由之發生，宜使共有關係消滅，亦有該條立法理由可參。故參諸民

法第823條規定之法理，並審酌本件就系爭屬書約定之公業財產，雖約定為一定目的之共同管理，惟從民國22年至今，至今已歷經約92年，且分別共有人間業已出現紛爭，有難以維持共有之重大事由，已不利於分別共有關係之維持，應准以被上訴人請求就其分別共有財產分離為宜，以利於社會經濟，並避免各共有人彼此間之紛爭，上訴人此部分抗辯亦不足採。

5、上訴人又抗辯切結書（原審卷二第657頁）、買賣契約書（本院卷二第395至409頁）之真實性云云。惟吳岸以切結書將其對系爭24筆土地繼承之持分，全部作價80萬元讓與吳仁湘、吳文龍、吳萬亨、吳安成等4人，已如前述，且事後就土地費用之分擔及利益之共享即以4房為分配，亦如前述，吳岸以切結書及買賣契約書為其持分土地買賣之事實符合客觀情狀。雖上訴人質疑土地移轉持分之情形不符合契約之約定，即為何吳岸未將朴子市○○段0、00地號土地，依買賣契約書移轉予吳文龍云云。惟證人吳安行證稱係因簽完契約書之後，4大房又做了協調，始未按買賣契約書為登記等語，有吳安行之證述可參（本院卷三第326至328頁），尚難認為依切結書及買賣契約書之買賣有不真實之情形。

6、上訴人抗辯縱有借名登記關係存在，因吳周、吳炎、吳烟等人於日本昭和年間已死亡，借名登記關係因死亡而消滅，被上訴人之請求權已罹於15年之消滅時效云云。按日據時期之日本民法第653條、第654條規定：「委任因委任人或受任人之死亡或破產而終止。受任人受禁治產之宣告者亦同」、「委任終止時如有緊急情事，受任人、其繼承人或法定代理人，於委任人、其繼承人或法定代理人得以處理委任事務前，應實行必要之處分」。可知，日據時期之委任關係如有緊急情事，應實行必要之處分。另參照我國現行民法第550條規定之立法意旨，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。查系爭屬書以系爭19筆土地為公

業，約定為一定目的之共同管理，則從性質觀之，當無於吳周、吳炎、吳烟死亡時即為消滅，否則無以達成其目的，應認公業仍延續至今，故吳周、吳炎、吳烟等人死亡後，借名登記關係即輾轉由兩造所繼承。而被上訴人係以本件起訴狀繕本之送達，作為向上訴人終止借名登記契約之意思表示，尚難認為被上訴人之請求權已罹於15年之消滅時效。

7、上訴人抗辯家產係屬家屬間之公同共有關係云云，並引臺灣民事習慣調查報告為證（本院卷四第147至149頁）。惟按日據初期，家產係屬家屬之共有財產，未經鬮分前係家屬全體之公同共有，須經家產分析始特定為各別家屬所有（臺灣民事習慣調查報告第378至384頁）；惟日據後期，如前所述，家產鬮分為共有物之分割，此時所謂共有已非臺灣習慣上之公同共有關係，而係日本民法上之共有，即類似我國現今民法物權編所定之分別共有關係，繼承之標的如為土地，則各共同繼承人按其應繼分之比例有其持分權，雖尚未鬮分異財，各共同繼承人仍得自由將其持分權讓與他人，對於第三人亦得單獨主張其權利，於是原來具有團體性之家產一變而為各繼承人得按其持分處分之分別共有財產（臺灣民事習慣調查報告第421至422頁）。本件縱依日據之初期觀之，家產係屬家屬之共有財產，未經鬮分前係家屬全體之公同共有，但本件業經簽立系爭鬮書分配財產，足見兩造之家產已鬮分，僅係於鬮分時列出系爭19筆土地為公業，尚難認為係未經鬮分而仍為全體之公同共有。其次，系爭鬮書係於民國22年簽訂，為日據後期，如前所述，此時家產之觀念已屬分別共有財產，故簽立系爭鬮書時將系爭19筆土地列為公業，應屬分別共有關係，而非公同共有關係，上訴人此部分主張仍屬無據。

五、綜上所述，被上訴人依類推適用民法第541條第2項規定暨繼承之法律關係，請求上訴人各應將系爭土地如附表1之「應移轉應有部分比例」欄所載之應有部分移轉登記予被上訴人全體公同共有，核無不合，應予准許，逾此範圍之請求，為

無理由，應予駁回。故(１)就被上訴人上開應准許部分：原審為被上訴人勝訴判決，並無不合。上訴人之上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分上訴。(２)就被上訴人上開不應准許部分：原審就此部分為被上訴人敗訴判決，經核於法並無不合，被上訴人附帶上訴意旨聲明廢棄改判，為無理由，應予駁回。被上訴人追加依民法第1148條、第759條規定，請求金華人、金華嬋就吳素琴所有如附表1編號1至3、5至10、20至24所示土地所有權應有部分各36分之1辦理繼承登記，為有理由，應予准許。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所用之證據，均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴人之上訴及被上訴人之附帶上訴，均為無理由，被上訴人追加之訴為有理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　3　　月　　20　　日

民事第四庭　　審判長法　官　翁金緞

法　官　林福來

法　官　黃義成

上為正本係照原本作成。

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日內向本院補提出理由書狀（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　　114　　年　　3　　月　　20　　日

書記官　蔡孟芬

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附表1：

編號	土地	土地面積（平方公尺）	登記名義人及權利範圍	應移轉應有部分比例	被上訴人附帶上訴請求再移轉登記比例
1	嘉義縣○○鄉○○段○○○段000地號土地	1740	左列編號1-24之土地均同下： 1.吳文龍：11/36 2.吳文虎：10/36 3.吳文豹：10/36 4.黃吳素娥:1/36 5.吳素秋：1/36 6.吳素琴：1/36 7.吳素蕙：1/36 8.吳淑美：	上訴人應將左列編號1-3、5-10、20-24之土地如下所載之應有部分，分別移轉登記由被上訴人吳仁湘、吳仁健、吳仁彬、吳仁博、吳貴悅、吳碧環、吳麗雪等7人公同共有。 1.吳文龍：11/648	上訴人應再將左欄編號土地所有權如下所載之應有部分，分別移轉登記由被上訴人吳仁湘、吳仁健、吳仁彬、吳仁博、吳貴悅、吳碧環、吳麗雪等7人公同共有： 1.吳文龍：11/3240 2.吳文虎：10/3240 3.吳文豹：10/3240 4.黃吳素娥：
2	嘉義縣○○鄉○○段○○○段000地號土地	1200			
3	嘉義縣○○鄉○○段○○○段000地號土地	2451			
4	嘉義縣○○鄉○○段○○○段000地號土地	820			

	（非本件請求標的）		1/36	2.吳文虎：10/648 3.吳文豹：10/648 4.黃吳素娥:1/648 5.吳素秋：1/648 6.金華人、金華嬋（繼承自吳素琴）：公同共有1/648 7.吳素蕙：1/648 8.吳淑美：1/648	1/3240 5.吳素秋：1/3240 6.金華人、金華嬋（繼承自吳素琴）：公同共有1/3240 7.吳素蕙：1/3240 8.吳淑美：1/3240
5	嘉義縣○○鄉○○段○○○段000地號土地	1290			
6	嘉義縣○○鄉○○段○○○段00地號土地	1369			
7	嘉義縣○○鄉○○段○○○段00地號土地	1158			
8	嘉義縣○○鄉○○段○○○段0000地號土地	1142			
9	嘉義縣○○鄉○○段○○○段00地號土地	1192			
10	嘉義縣○○鄉○○段○○○段0000地號土地	1296			
11	嘉義縣○○鄉○○段00000地號土地（非本件請求標的）	395			
12	嘉義縣○○鄉○○段00000地號土	242			

	地（非本件請求標的）				
13	嘉義縣○○鄉○○段000000地號土地（非本件請求標的）	3			
14	嘉義縣○○鄉○○段○○○段00地號土地（非本件請求標的）	595			
15	嘉義縣○○鄉○○段○○○段0000地號土地（非本件請求標的）	595			
16	嘉義縣○○鄉○○段000000地號土地（非本件請求標的）	150			
17	嘉義縣○○鄉○○段000000地號土地（非本件請求標的）	167			
18	嘉義縣○○鄉○○段000000地號土地（非本件請求標的）	12			
19	嘉義縣○○	15			

	鄉○○段000000地號土地（非本件請求標的）				
20	嘉義縣○○市○鄉段000地號土地	3000.03			
21	嘉義縣○○市○鄉段000地號土地	278.19			
22	嘉義縣○○市○鄉段000地號土地	1034.30			
23	嘉義縣○○市○鄉段000地號土地	1105.41			
24	東石鄉○○○段○○小段00地號土地	3108.60			

附表2

分期	重要日期			各期適用法	本件相關事實時點
	公元	日紀	日期		
軍政	1895	明28	11月17日	臺灣之地方習慣。	
律令時期	1896	明29	3月31日	臺灣地方習慣為原則，日本法令為例外。	
	1912	明45	7月30日起改元大正。		
		大1			【大正1年12月19日】被上訴人主張該日就附表1編號1至20土地一部，成立借名登記關係。

		大8			【大正8年8月12日】被上訴人主張該日就附表1編號20至24土地，成立借名登記關係。
敕令時期	1923	大12	1月1日	敕令立法為原則，此時期改以日本民法（除第四編親屬、第五編繼承以外）為原則，臺灣地方習慣為例外，迄至光復日止。	
	1926	大15	12月25日同日改元昭和。		
		昭1			
		昭3			【昭和3年4月7日】被上訴人主張該日就編號1至20土地一部，成立借名登記關係。
		昭5			【昭和5年1月17日】被上訴人主張該日就編號1至20土地一部，成立借名登記關係。
	1933	昭8			【昭和8年11月18日】系爭屬書簽立。
民法時期	1945	昭20	10月25日	中華民國法律	
【說明】 被上訴人主張成立借名登記期日，係依其112年12月4日（本院收文日）民事答辯五狀提出之「附表六」記載（本院卷二第341至390頁）為歸納。					