臺灣高等法院臺南分院民事判決

112年度家上字第45號

上　訴　人　盧輝堂

訴訟代理人　張淵森律師

被 上訴 人　臺灣嘉義地方檢察署檢察官

000000000000000000

訴訟代理人　吳柏慶

上列當事人間請求確認收養關係存在事件，上訴人對於民國112年6月6日臺灣嘉義地方法院112年度親字第2號第一審判決提起上訴，本院於113年3月26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

一、上訴人主張：上訴人於臺灣日據時期昭和00年（即民國00年）00月00日出生，於同年00月00日出養為訴外人盧萬成之養子，盧萬成於00年0月00日死亡，其原為戶長，戶內除上訴人為養子外，另有歐查某，稱謂為「家屬」，欄位記載「隨同戶長遷居」、職位「家庭管理」。盧萬成死亡後，由歐查某繼任為戶長，上訴人為家屬。盧萬成死亡時，上訴人僅19歲，由歐查某監護，歐查某嗣於00年0月0日死亡。上訴人自被收養起，即與盧萬成及歐查某共同生活，盧萬成及歐查某以夫妻相稱，其等之配偶欄雖為空白，實係有婚姻關係，且共同收養及扶養上訴人至成年，上訴人自幼視歐查某為養母，盧萬成及歐查某或其他親友，未曾有人告知上訴人，歐查某非上訴人之養母，上訴人配偶之胞兄林慶宗及胞妹林素精亦曾見過歐查某。又日據時期之臺灣，有收養制度存在，當時收養須養父與生父合意始能成立，未申報戶口，於收養之成立並無影響，故戶籍資料雖無收養關係之記載，如有證據足以證明當時確有收養之事實，仍應認其有收養之關係，盧萬成及歐查某為夫妻關係，可推知其等係於25年間

共同收養上訴人，否則盧萬成收養上訴人時，歐查某有何不共同收養上訴人之情事存在，且日據時期之收養，亦不以戶口登記為要件，自不得以手抄戶籍謄本未記載上訴人為歐查某之養子，遽認無收養關係存在。另上訴人於49年1月19日結婚時，盧萬成已死亡，當時拍攝之照片，歐查某係坐在上訴人左側的左側，且上訴人於67年間將盧江、盧萬成及歐查某之墓重新合葬，碑上記有「妣歐查某」即歐查某，歐查某死亡後，上訴人亦將其列入祖先牌位中祭拜。爰請求確認歐查某與上訴人間之收養關係存在等語。

二、被上訴人則以：依卷內所附相關證據及證人之陳述，均無法證明盧萬成與歐查某有實質及法律上之夫妻關係，無法證明歐查某有收養上訴人之事實等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡確認歐查某與上訴人間之收養關係存在。

被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項：

㈠盧萬成於明治32年即民前00年00月00日生，民國00年0月00日死亡。其於昭和00年（即民國00年）12月15日收養上訴人為養子。（原審調字卷第19、21頁）

㈡歐查某於民前0年0月0日生，民國51年4月2日死亡。（原審調字卷第23頁、原審卷第36頁）

㈢依相關除戶及現戶戶籍資料（含日據時期戶籍簿冊、戶籍登記申請書）所示（原審卷第19-37頁），戶長及親屬關係如下：

1.民前23年（即明治22年），盧江（即盧萬成父親）因原戶長死亡續為戶主（即戶長）。盧萬成「續柄（即稱謂）」：長男。民國25年（即昭和11年）12月15日，盧萬成收養上訴人（民國00年00月00日生），「稱謂」：孫，「親屬細別」：長男盧萬成養子，「父」鄭崑山、「母」鄧氏銚，「事由（即記事）」：鄭崑山三男，昭和11年12月15日養子緣組入

籍。（原審卷第21-22頁）。

2.民國35年間（35年10月1日初次設籍登記），盧江為申請義務人，登記為戶長。盧萬成「稱謂」：長子，「親屬細別」：空白。上訴人「稱謂」：孫，「親屬細別」：長子盧萬成之養子。歐查某「稱謂」：家屬，「出生別」：非婚生子女，「父」不詳、「母」歐吳玉，「親屬細別」：空白。（原審卷第26-27頁）

3.民國36年1月22日，盧萬成因原戶長盧江死亡繼為戶長。上訴人「稱謂」：養子，「親屬細別」：空白。歐查某「稱謂」：家屬，「親屬細別」：空白。（原審卷第30-31頁）。

4.民國44年6月27日，歐查某因原戶長盧萬成死亡繼為戶長。上訴人「稱謂」：家屬，「親屬細別」：空白，「父」：鄭崑山、「母：」鄧銚，「記事」：因未成年民國45年5月2日由戶內歐查某監護；46年1月11日起經輾轉遷徙，48年4月16日服兵役期滿退伍遷回歐查某戶內，「稱謂」：家屬，「親屬細別」：空白，「父」：鄭崑山、「母」：鄧銚，「養父」盧萬成。（原審卷第33-34頁）。

5.民國51年4月2日，上訴人因原戶長歐查某死亡繼為戶長，上訴人「稱謂」：戶長，「父」：鄭崑山、「母」：鄧銚，「養父」：盧萬成。（原審卷第36、37頁）。

五、兩造爭執事項：

上訴人請求確認其與歐查某間之收養關係存在，有無理由？

六、得心證之理由：

㈠按確認收養關係存否，為家事事件法第3條所定甲類訴訟事件，若訟爭身分關係被告一方均死亡，家事事件法雖未如否認子女之訴、子女否認推定生父之訴、母再婚後所生子女確定生父之訴，有以檢察官為被告之特別規定（家事事件法第63條第3項、第65條第3項參照）。惟養子女之身分地位、財產權，同受憲法保障，本於有權利斯有救濟之訴訟權保障意

旨，雖法無明文，但有立法不完善而形成法律漏洞時，審判者應為法之續造填補，以維護其身分地位或法律上之權益。養親子關係存否，身分上有統一確定必要，本質上具公益性，被告之人均死亡時，自得類推適用家事事件法第63條第3項、第65條第3項規定，以檢察官為被告（最高法院109年度台上字第1940號判決參照）。依上訴人之主張，其與歐查某間有收養關係存否之公益事項，而歐查某已於51年4月2日死亡，亦為兩造所不爭執（不爭執事項㈡），依前開說明，上訴人以被上訴人（即臺灣嘉義地方檢察署檢察官）為被告，提起本件訴訟，應屬適法。

㈡次按養子女與養父母之關係，須收養者有以他人之子女為子女之意思而收養之，始能發生。若僅有養育之事實，而無以之為子女之意思，則被養育者，自不能取得養子女之身分。準此，有無收養之意思，即應以收養者之意思為張本，不能僅以戶籍登記為認定之依據。又修正前民法第1074條規定，有配偶者收養子女時，應與其配偶共同為之，乃課以配偶雙方應共同收養子女，而非謂只要有配偶關係存在，一方為收養行為時，另一方當然與被收養者成立收養關係。衡以台灣在日據時期本省人間之親屬事項，雖應依當地之習慣決之，但收養之習慣不甚明顯時，原得以日本民法為條理而予補充之。是日據時期昭和年代（民國15年）以後之臺灣習慣，獨身之成年婦女固得獨立收養子女，然養親有配偶者，收養子女即應與其配偶共同為之，否則未為收養意思表示之配偶一方，自得依當時日本民法第853條之規定，於相當期間內行使撤銷權，縱未為撤銷行為，收養關係仍僅存在於收養者與養子女間，未為收養意思表示之配偶，與養子女間並不發生養親子關係（最高法院94年度台上字第2155號判決參照）。又當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段亦有明文。

1.依不爭執事項㈢相關除戶及現戶戶籍資料（含日據時期戶籍簿冊、戶籍登記申請書）所示，盧萬成於民國25年12月15日

收養上訴人時，戶內尚無任何關於歐查某之記載，而於35年間以盧江為戶長初次設籍登記及於36年間盧萬成繼為戶長時，歐查某之稱謂亦均記載為「家屬」，並無歐查某為盧萬成之妻而與盧萬成共同收養上訴人之任何註記。嗣歐查某於44年間因盧萬成死亡而繼為戶長，及於48年4月16日上訴人退伍遷回歐查某戶內時，上訴人之稱謂仍僅記載為戶長歐查某之「家屬」，而非「養子」，上訴人並僅有「養父」為盧萬成之記載，而無歐查某為其「養母」之註記，亦不足以證明上訴人係以歐查某之「養子」身分住居於歐查某戶內。且若歐查某確與盧萬成為夫妻而有共同收養上訴人之情事，則前開戶籍資料，又豈會僅申報歐查某為戶長盧江之「家屬」或記載為戶長盧萬成之「家屬」，及僅申報上訴人為盧萬成之養子，而無養母為歐查某之註記？

2.另依嘉義○○○○○○○○檢送歐查某於22年1月30日日據時期戶口調查簿之戶籍資料（本院卷第81頁）所示，歐查某原為臺北市○○町○○○○○番地之戶主，於昭和8年（即民國22年）1月30日雖曾寄留在所有權人為盧江之宮前町七町目十二番地，稱謂為「同居寄留人」，惟查無當時同戶之其他人戶籍資料（本院卷第83頁公務電話查詢紀錄表），則除無法認定歐查某於22年1月30日時已與盧萬成同戶外，縱或盧江之日據時期戶籍簿冊浮籤記事專用頁中（原審卷第23頁），曾有臺南州嘉義市○○町○○目○○番地之記載，亦不足以認定歐查某於00年00月00日盧萬成收養上訴人時，與盧萬成係夫妻而有共同收養上訴人之情事。上訴人空言主張：盧萬成及歐查某因不識字，且家境貧寒，不知將其2人之夫妻關係進行戶籍登記，亦因不識字而無從知悉戶籍人員如何記載其戶籍資料云云，尚難憑採。

3.證人即上訴人配偶盧林彩麗之妹妹林素精於原審雖證稱：伊大姊與上訴人結婚時，伊約7、8歲，伊沒有參加婚禮，是在大姊嫁給上訴人後，伊才跟母親去過上訴人家。伊大姊嫁過去時，歐查某還在，盧萬成已經不在了。伊聽別人說歐查某

與盧萬成有結婚，伊大姊跟伊說的。伊大姊已經過世6年了。伊沒有看過歐查某與盧萬成兩人結婚，伊去上訴人家時，只有看過歐查某跟上訴人（筆錄誤載為盧萬成，本院卷第48、71頁）住一起而已。伊大姊跟伊說這個就是親家母，要叫親家母而已，因為年紀差很多沒有什麼話可以說，當小孩就要安靜。當初看到上訴人，上訴人叫歐查某「老母」等語（原審卷第49-52頁），及證人即上訴人配偶之哥哥林慶宗於原審證稱：伊妹妹嫁上訴人時，伊不知道上訴人與歐查某之關係，是媒人跟伊說上訴人是歐查某的兒子。伊妹妹嫁給上訴人，主婚是伊父母，男方是歐查某主婚，伊是相信媒人說的，媒人說母牽子。伊妹妹嫁過去後，就只有她跟母親住在同一個家。伊妹妹跟著上訴人叫歐查某「阿母」等語（原審卷第53-55頁），惟查：

⑴證人林素精、林慶宗均係在盧萬成死亡後，始因其手足與上訴人結婚，而見過歐查某，則其等就盧萬成生前與歐查某是否有結婚之意思及有無結婚之客觀事實，或歐查某有無因與盧萬成結婚而有共同收養上訴人之意思及事實等節，並未曾在場親自見聞，則尚難以其等自上訴人之配偶或媒人處之前開聽聞，或於49年以後曾聽上訴人稱呼歐查某為「老母」、「阿母」，逕認歐查某與盧萬成為夫妻或歐查某曾與盧萬成共同收養上訴人為養子。

⑵再觀諸歐查某於44年間因原戶長盧萬成死亡而繼為戶長時，上訴人稱謂僅係歐查某之「家屬」，而非「養子」，其記事欄並註記：因未成年，45年5月2日由戶內歐查某監護等情，為兩造所不爭執（不爭執事項㈢4.），依110年1月13日修正前民法第1091條前段：未成年人無父母，或父母均不能行使、負擔對於其未成年子女之權利、義務時，應置監護人之規定，益徵歐查某與上訴人間無收養關係，始於盧萬成死亡後，因上訴人未成年，有設置監護人之必要，而由同戶之歐查某監護上訴人至成年。

4.上訴人雖又主張：縱認盧萬成與歐查某未共同收養上訴人，

然日據時期獨身成年婦女得獨立收養子女，未申報戶口，對於收養之成立無影響，盧萬成於44年死亡後，上訴人於45年11月25日已成年，證人林素精及林慶宗均證稱其等於49年時親眼見上訴人與盧林彩麗結婚時，歐查某係以親家母之角色出席，顯示上訴人與歐查某間彼此認定係母子關係，而存在收養關係云云，惟查：

⑴依前述3.，證人林素精並未參與上訴人之婚禮，亦未證稱其有親見上訴人與盧林彩麗結婚時，歐查某係以親家母之角色出席。

⑵又盧萬成死亡時，已非日據時期，依74年6月3日修正前民法第1079條規定：收養子女，應以書面為之。但自幼撫養為子女者，不在此限。上訴人於盧萬成死亡後尚未成年前，歐查某僅係其監護人，縱歐查某因此有養育上訴人之情事，亦難認係以撫養子女之意思而為之，自不符前開自幼撫養為子女而毋庸以書面收養子女之要件。而上訴人於45年11月25日成年後，倘歐查某為盧萬成之配偶且有收養上訴人之意，依前開規定，亦應與上訴人以書面為之，上訴人除未能提出其與歐查某有合意收養之書面外，參諸上訴人於成年後，迄至48年4月16日因退伍遷回歐查某戶內時，上訴人之稱謂仍僅為歐查某之「家屬」，而非「養子」，51年間上訴人因歐查某死亡而繼為戶長時，上訴人之戶籍資料亦僅有養父為盧萬成之記載，而無「養母」或「養母」為歐查某之註記，已如前述，上訴人於99年3月16日換發之身分證，亦僅有父盧萬成，而無母或養母之記載（原審家調字卷第17頁），復無其他歐查某曾收養上訴人之書面資料，均難認歐查某於上訴人成年後，有收養上訴人之事實，則縱或上訴人因歐查某於盧萬成死亡後，對其有監護照顧之恩情，而尊稱同居之女性長輩為「阿母」或請歐查某主婚，亦僅屬人倫之常，是證人林素精證稱：上訴人配偶要伊叫歐查某「親家母」，或上訴人叫歐查某「老母」，及證人林慶宗證稱：媒人跟伊說上訴人是歐查某之兒子，或上訴人配偶跟著上訴人叫歐查某「阿

母」等語，均難逕認上訴人與歐查某間有收養關係存在。

⑶至於上訴人所提其結婚照片、歐查某牌位及祖墳照片、上訴人收取奠儀之筆記影本等，或與收養關係存否無直接關聯，或係上訴人於歐查某死亡後之孝思表現，均難為有利於上訴人之認定。

5.綜上，上訴人請求確認其與歐查某間收養關係存在，尚屬無據。

七、從而，上訴人請求確認其與歐查某間之收養關係存在，不應准許。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，應駁回其上訴。

八、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，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為無理由，依家事事件法第51條，民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　16　　日

家事法庭　審判長法　官　吳上康

法　官　李素靖

法　官　林育幟

上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，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。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　16　　日

書記官　羅珮寧

【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。