臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第四庭
113年度訴字第513號
113年9月12日辯論終結

原　　告　李美蘭

訴訟代理人　王子文　律師
　　黃靖雯　律師
被　　告　臺北市中正區戶政事務所

代　表　人　張貴華（主任）住同上
訴訟代理人　江程碧鴻
　　胡秀卿

上列當事人間戶政事件，原告不服臺北市政府中華民國113年4月19日府訴一字第1126087015號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

訴願決定及原處分均撤銷。

被告應作成准予填載登記李免養母為李林銀之行政處分。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、事實概要：

一、訴外人李雨傑於民國（下同）112年11月13日以利害關係人身分委託石宏裕向被告申請補填原告母親李免（原登記出生日期：15年2月12日，光復後97年2月16日死亡，生前設籍臺北市中正區）之養父姓名李金崇、養母姓名李林銀、更正出生日為18日及日據時期李免為「李勉」補登更名為「李免」等戶籍登記事項。

二、經被告查調戶主陳酒灌及李葦之日據時期戶口調查簿，查得李免登載姓名為「陳氏勉」，生年月日為「大正拾伍年貳月

拾捌日」，昭和2年（即民國16年）10月4日養子緣組入戶為李金崇之養女；戶主李金崇之日據時期戶口調查簿，登載戶內人口養女「李氏勉」；35年戶長李金崇之戶籍登記申請書，申報李免姓名為「李勉」、稱謂載「養女」、出生年月日載「民國壹伍年貳月壹貳日」、其父姓名為「陳清塗歿」、其母姓名為「陳許查某 存」、出生別載「四女」，未登載養父母姓名；李免於37年8月4日與李朝宗結婚，即登載為「李免」，其後輾轉遷徙，相關戶籍資料沿用至97年2月16日李免死亡，均查無記載養父母姓名。

三、被告據前揭戶籍資料，審認李免之養父姓名係35年光復後設籍時即未登載，惟李免死亡時仍從養父姓，爰應補填養父為「李金崇」及更正出生日期等之戶籍登記事項，遂以112年11月17日北市正戶登字第11260083211號函通知李免之一親等直系血親即原告及訴外人李進財、李進富等3人，請其等於112年12月5日前至被告辦理補填及更正事宜，若屆期未辦理，將依戶籍法第46條規定，由利害關係人李兩傑辦理更正登記。復經原告之弟李進財於112年11月22日至被告辦理補填李免之養父姓名及更正李免之出生日期事宜，惟就補填李免之養母姓名，並未提供資料；被告遂以112年11月24日北市正戶登字第11260085421號及第11260085422號函分別回復李兩傑及原告與訴外人李進財、李進富等3人，就補填李免之養母姓名事宜，請其循司法途徑釐清。

四、原告復以未具日期之陳述意見狀於112年12月1日向被告主張李免之收養關係屬配偶共同收養等語，應補填李免之養母姓名。被告據前揭戶籍資料所載，均未曾登載李免之養母姓名，爰以112年12月5日北市正戶登字第1126008731號函（下稱原處分）復原告否准補填李免之養母姓名為「李林銀」，且收養關係之成立攸關養親與養子女間身分及財產權益，請循司法途徑釐清，俟取得確定判決後，再提憑相關判決文件正本辦理。原告不服，提起訴願，業經臺北市政府113年4月

19日府訴一字第1126087015號訴願決定（下稱訴願決定）駁回，原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

貳、本件原告主張：

一、觀日據時期臺北州新莊郡鷺洲庄和尚洲水湳18番地戶主「李葦」、「李金崇」之戶口調查簿，復觀35年臺北縣○○市○○里0鄰00號之戶籍登記申請書，登載戶長為「李金崇」，戶內人口妻「李林銀」、養女為「李勉」（附件2、原證4），至李免97年死亡時之戶籍資料，均可見「李金崇於民國16年收養李免」，以及「李金崇於民國12年與配偶李林銀結婚」、「直至民國35年戶籍登記申請時，李林銀仍記載為李金崇之配偶，且李免仍為『該戶』之養女」等事實。是以，李金崇於16年收養李免時，既已有配偶李林銀，則依當時之習慣，李林銀自應與李金崇共同收養李免，且觀上述戶籍資料，李免在出嫁前遷出李金崇之戶籍前，均為李金崇「戶內」之養女，且同戶內亦有李金崇之配偶李林銀，益徵李林銀與李金崇共同收養李免，李林銀與李免自成立收養關係。綜上，李免之戶籍登記漏未記載養父及養母姓名，顯屬戶政機關漏未登記，自應依戶籍法第22條規定更正登記補填李免養母姓名為李林銀。

二、依法務部69年7月8日（69）法律字第0167號函釋，不得僅以戶籍謄本未有收養之記載即推定當事人間不具收養關係。查日治時期之收養並不以戶籍登記為必要，是被告僅以李免之戶籍登記並無養母之記事即一概否認李免與李林銀間之收養關係，已有違誤。再查，本件依日據時期臺北州新莊郡鷺洲庄和尚洲水湳18番地戶主「李金崇」之戶口調查簿，其上登載戶內人口養女「李氏勉」，而李金崇之妻「李林氏銀」亦設籍在同一戶籍內，且戶籍記事更無李金崇單獨收養之記載，則依當時習慣即應由李林銀共同收養，復無證據資料證明李林銀於李免被收養為養女後，曾對李免行使撤銷權，以撤銷其與李免之收養關係，則依高雄高等行政法院90年度訴字第1348號判決（原證8）意旨，自應認李林銀與李免間成

立收養關係。復觀35年臺北縣○○市○○里0鄰00號之戶籍登記申請書，其上登載「戶長為李金崇，戶內人口養女為李勉」，是以35年之戶籍登記申請由養父李金崇申請，戶內人口有養女「李勉」、妻「李林銀」等人，「李勉」則係於37年與李朝宗結婚始遷出李金崇之戶籍，是以，由戶籍相關資料可證16年迄37年，長達21年，「李林銀」均與「李勉」同設於李金崇戶籍內，顯有共同生活之事實，該收養關係應一直存在，且李林銀應未行使撤銷權撤銷該收養關係。

三、原處分所援引之法務部101年11月15日法律字第10100624460號函釋（下稱法務部101函釋，原證6）有自相矛盾、誤解日本民法第856條但書意思等違誤，依司法院釋字第216號解釋，本院自得依正確之法律見解表示不同見解：

（一）被告引用法務部101年函釋意旨已為最高行政法院95年度判字第1627號判決認前後矛盾而不採，被告引用該函釋自有違誤，應予撤銷。訴願機關亦僅以形式上認最高行政法院95年度判字第1627號判決係不採法務部81年8月12日（81）法律字第11986號函釋，而被告引用者為法務部101年函釋，即認與本案情形不同而不採納，顯未正確認識到兩個函釋之內容在實質上是相同的，亦有違誤。

（二）被告援引法務部101函釋，認日治時期民國15年以後之台灣習慣，對於養親之配偶逾期未行使撤銷權時，其與養子女是否成立收養關係之習慣不明確，進而再援引日本民法第856條但書為法理，惟細究當時之習慣，實已就該逾期未行使撤銷權之效果為明確記載，則該函釋再援引日本民法第856條但書為法理，自有違誤：

1、對於日據時期臺灣人之親屬關係，應以當地之習慣判斷，而現今考究日據時期之臺灣舊慣，多會參照「臺灣民事習慣調查報告」，而對於日據時期臺灣人收養相關規定，「臺灣民事習慣調查報告」即記載：「日據時期，台灣關於收養之無效及撤銷，本不適用日本民法，一如婚姻之無效及撤銷，依據習慣法。惟其習慣不甚明顯，故只有以日

本民法為條理而予補充。……收養無效之原因，不外為：收養當事人之任何一方無收養之意思。收養如有①未成年人收養養子女；②收養尊親屬或年長者為養子女；③配偶之一方，不得他方之同意而收養或被收養；④收養未得同意權人之同意，或其同意係出於詐欺或脅迫等，撤銷權人（即收養當事人、其法定代理人、戶主或親屬等），得於相當期間內，行使撤銷權。惟撤銷權人經過相當期間未為撤銷，或事後追認其收養關係者，其撤銷權即行消滅」（見調查報告第173、174頁）。」（臺灣高等法院94年度重上字第57號判決、臺灣高等法院高雄分院108年度上字第14號判決參照），顯見依當時舊慣，收養子女應與配偶共同為之，若否，則配偶他方得於相當期間內行使撤銷權，惟如若於期間內未予撤銷，撤銷權即消滅。

2、則上開調查報告中即已明確記載，配偶他方於其未行使撤銷權時，其法律效果為撤銷權消滅，此時，該配偶他方與養子女間是否成立收養關係，即得依撤銷權之意涵認定，撤銷權之行使既係使「原已生效」之法律行為溯及無效，則反面解釋，若未行使撤銷權，該原已生效力之法律行為自當然持續有效，即原先應由夫妻共同收養之法律行為，自屬有效，該配偶他方自亦與配偶之一方共同收養養子女，而使配偶他方與養子女間亦成立收養關係，此亦為最高行政法院95年度判字第1627號判決所肯認（原證7）。

3、是以，被告所引用法務部101函釋謂：「關於未為收養意思表示之配偶逾期未行使撤銷權時，該配偶與養子女間是否發生收養關係，因上開臺灣民事習慣調查報告並未載明，以致當時之習慣內容如何不甚明確」即屬有誤，蓋當時之習慣既已載明由配偶行使撤銷權，逾期未行使其撤銷權消滅，則應得依撤銷權行使之法理推認，即因未行使撤銷權，夫妻共同收養之法律行為自仍屬有效，則配偶之他方與養子女間自亦成立收養關係。

（三）退步言，縱認確如法務部101函釋所指在配偶之他方逾期未行使撤銷權，此時其與養子女間是否發生收養關係，當時之習慣內容如何不甚明確（假設語氣），而引用日本民法為法理，惟法務部101函釋對日本民法第856條但書之解釋亦有違誤：

1、按日本明治民法第856條僅規定：「違反第841條所規定之收養，未同意之配偶得向法院請求撤銷。但其配偶知有收養後經過六個月者，視為已為追認」（參鄧學仁，日治時期夫與妾收養子女之效力—評最高行政法院91年度判字第598號判決，月旦法學雜誌第109期，2004年5月，第229頁【原證11，第5頁至第6頁】），並非如101年函釋所載：「夫妻未共同收養者，其收養之關係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不發生親子關係。」，是以縱認應參考日本明治民法規定以為法理，亦應探究日本明治民法第856條但書規定之「視為已為追認」之意涵為何？

2、對此，學者鄧學仁引用當時殖民法院之姉歯松平法官論著謂：「此處所謂之視為追認，乃指雙方一致具有收養之意思，而使收養有效之謂也」，並謂：「未同意收養之配偶既未行使撤銷權，則對於收養之他方其收養關係既未遭撤銷，則該單獨收養自然應為有效，何須再由未同意之配偶追認，顯見法定追認乃為配合使雙方收養均為有效而設之規定，縱使夫妻一方未同意共同收養，亦因撤銷權除斥期間之經過，而使夫妻共同收養均為有效，以貫徹明治民法共同收養之精神。」，是以，縱使以日本明治民法第856條但書為法理判斷，基於明治民法共同收養之精神、撤銷權行使之意涵，其解釋之結果應為肯定配偶他方亦與養子女成立收養關係，則法務部101函釋雖以日本民法第856條但書規定為法理，卻誤用該規定之意涵，導致雖以日本明治民法為法理，反而卻得出違反日本明治民法共同收養精

神之結果，該函釋顯然有誤，本院自得依法為正確之評價及表示不同見解等語。

四、並聲明：

（一）訴願決定及原處分均撤銷。

（二）被告應作成准予填載登記李免養母為李林銀之行政處分。

（三）訴訟費用由被告負擔。

參、被告則以：

一、查日據時期臺北州新莊郡鷺洲庄和尚洲水湳18番地戶主「李葦」之戶口調查簿，登載戶內人口長男「李金崇」、「李林氏銀（續柄欄載『婦』、續柄細別榮稱職業欄載『長男李金崇妻』、事由欄載『大正12年（即民國12年）12月16日婚姻入戶』）」、「李氏勉（續柄欄載『孫』、續柄細別榮稱職業欄載『長男李金崇養女』、事由欄載『……陳酒灌姪昭和2年（即民國16年）10月4日養子緣組入戶……』」；另查日據時期臺北州新莊郡鷺洲庄和尚洲水湳18番地戶主「李金崇」之戶口調查簿，登載戶內人口妻「李林氏銀」、養女「李氏勉、事由欄載『……陳酒灌姪昭和2年（即民國16年）10月4日養子緣組入戶』」；復查35年臺北縣○○市○○里0鄰00號之戶籍登記申請書，登載戶長為「李金崇」、戶內人口妻「李林銀」、養女「李勉」，惟並未登載養父母姓名。爰李勉被李金崇收養時，日據時期戶口調查簿續柄欄及35年設籍登記時所載「養女」係指其與戶主之關係，非必然表示李勉與該戶內其他人口「李林銀」間存在收養關係，是李勉與李林銀間是否存有收養關係依法務部101年函釋意旨，可視李林銀是否曾有與李金崇共同收養之意思表示、行使撤銷權等，且日據時期至35年初次設籍登記，皆無任何有關養母之記事記載，爰被告實難審認李勉與李林銀雙方存有收養關係。

二、次查蘆洲鄉水湳村4鄰水湳路27號之戶籍登記簿，登載戶長為李金崇、戶內人口妻「李林銀」、養女「李勉、記事欄載『民國37年8月4日遷出台北市○○區○○里○00鄰與李朝宗

結婚除籍』」，此份戶籍登記簿，亦無養母之記載。被告為釐清雙方之關係，遂於112年11月16日傳真臺北市大安區戶政事務所，請其協查李勉37年結婚登記申請書及附件，並查詢是否有李勉姓名變更為李免之資料；該所回傳僅有結婚資料，無姓名變更資料，經審視臺北市大安區梨和里民國37年結婚戶籍登記申請書，登載戶長為「李朝宗」、妻「李免」，該申請書之記事記載「民國37年8月4日因結婚台北縣蘆洲鄉水湳村第4鄰5戶戶長李金崇之養女徙入」，另結婚證書之主婚人欄，登載妻養父「李金崇」，並無養母之記載。

三、原告向被告申請主張戶籍登記漏未記載李免之養母姓名，欲補填李免之養母姓名，被告再次審查李免日據時期戶口調查簿、35年初設戶籍登記申請書及迄至97年死亡連貫戶籍資料，均未見有養母姓名記載，被告實難僅憑上開日據時期及光復後戶籍資料審認李免與李林銀成立收養關係，逕依原告所請補填李免之養母姓名，且原告未能依戶籍法施行細則第16條規定提出任何足資證明李免與李林銀間有收養關係之文件或具體事證以資判斷，又李林銀已死亡，無從探查其有無收養李免之真意，乃否准原告補填養母姓名之申請，並通知其司法訴訟救濟途徑確認收養關係存在後憑辦，自屬有據。

四、至原告稱被告引用法務部101函釋業據最高行政法院95年度判字第1627號判決所不採，惟查該判決係引用法務部81年8月21日（81）法律字第11986號法規諮詢意見前後文有矛盾，不能據以全採，且與本案情形並不相同，原告理解之情形與該判決內容有誤。且被告亦未自限非有意思表示之單一條件不可，僅係告知原告各類可能提供參酌之證據，惟本案經查皆未有相關資料佐證，原告亦未提供，既有所爭議，被告遂比照該函釋後段，請原告另循司法途徑解決，並以法院判決為準等語。

五、並聲明：

（一）駁回原告之訴。

（二）訴訟費用由原告負擔。

肆、兩造不爭之事實及兩造爭點：

如事實概要欄所述之事實，業據提出李勉日據全戶（含生家、養家）戶籍謄本（見原處分可閱覽卷第1至5頁）、35年戶長李金崇戶籍登記申請書全戶、連貫李金崇、李林銀及李免至死亡全戶戶籍謄本(含李免結婚文件)（見原處分可閱覽卷第6至27頁）、被告112年11月17日北市正戶登字第11260083211號函（見原處分可閱覽卷第28至30頁）、原告112年12月1日（被告收文日）陳述意見狀（見原處分可閱覽卷第33至34頁）、原處分（見本院卷第27至29頁）、訴願決定（見本院卷第31至37頁）等本院卷、原處分可閱覽卷所附證物為證，其形式真正為兩造所不爭執，堪信為真，兩造之爭點厥為：

關於未為收養意思表示之配偶逾期未行使撤銷權時，該配偶與養子女間是否發生收養關係？若發生收養關係，則本件漏未登記李免養母為李林銀之情形，是否屬於戶籍法第22條之脫漏？有無更正登記之適用？

伍、本院之判斷：

一、本件應適用之法條與法理：

（一）戶籍法第2條規定：「本法所稱主管機關：在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」

（二）戶籍法第4條第1款規定：「戶籍登記，指下列登記：一、身分登記：……（三）收養、終止收養登記。……」

（三）戶籍法第5條規定：「戶籍登記，由直轄市、縣（市）主管機關於其轄區內分設戶政事務所辦理。」

（四）戶籍法第5條之1第1項規定：「本法所稱戶籍資料，指現戶戶籍資料、除戶戶籍資料、日據時期戶口調查簿資料、戶籍登記申請書、戶籍檔案原始資料、簿冊及電腦儲存媒體資料。」

（五）戶籍法第22條規定：「戶籍登記事項有錯誤或脫漏時，應為更正之登記。」

（六）戶籍法第26條規定：「戶籍登記之申請，應向當事人戶籍地之戶政事務所為之。……」

（七）戶籍法第46條規定：「變更、更正、撤銷或廢止登記，以本人為申請人。本人不為或不能申請時，以原申請人或利害關係人為申請人，戶政事務所並應於登記後通知本人。戶政事務所依職權為更正、撤銷或廢止登記，亦同。」

（八）戶籍法施行細則第13條規定：「下列登記，申請人應於申請時提出證明文件正本：……三、收養、終止收養登記。……十四、非過錄錯誤之更正登記。十五、依其他法律所為之登記。」

（九）戶籍法施行細則第16條規定：「戶籍登記事項錯誤，係因申報資料錯誤所致者，應由申請人提出下列證明文件之一，向戶籍地戶政事務所申請更正；戶籍地戶政事務所並依前條規定辦理：一、在臺灣地區初次登記戶籍或登記戶籍前之戶籍資料。二、政府機關核發並蓋有發證機關印信之原始國民身分證。三、各級學校、軍、警學校或各種訓練班、團、隊畢（肄）業證明文件。四、公、私立醫療機構或合格助產士出具之出生證明書。五、國防部或其所屬相關機關所發停、除役、退伍（令）證明書或兵籍資料證明書。六、涉及事證確認之法院確定裁判、檢察官不起訴處分書、緩起訴處分書，或國內公證人之公、認證書等。七、其他機關（構）核發之足資證明文件。」

二、關於未為收養意思表示之配偶逾期未行使撤銷權時，該配偶與養子女間是否發生收養關係？

（一）經查：

1、法務部81年8月12日（81）法律字第11986號函釋，與同部101年函釋，兩函釋之內容實質相同：

I、法務部81年8月12日法（81）法律字第11986號函釋示：「臺灣在日據時期本省人間之親屬事項，依當地之習慣決之（參照最高法院57年台上字第3410號判例）。收養（無效及撤銷）之習慣不甚明顯時，以當時之日本民法

為條理而予補充（參照前司法行政部編印「臺灣民事習慣調查報告」第163頁）。經查日據時期昭和年代（民國15年）以後之臺灣習慣，養親有配偶者，收養子女應與其配偶共同為之，否則未為收養意思表示之配偶一方得於相當期間內行使撤銷權，期間內未經撤銷，其撤銷權即行消滅（參照前揭書第163頁）。惟該習慣調查報告對於未為收養意思表示之配偶逾期未行使撤銷權時，該配偶與養子女間是否發生收養關係則未載明，以致當時之習慣內容如何不甚明確。當須參考當時日本民法第856條但書有關視為追認之意旨略為：『夫妻未共同收養者，其收養之關係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不發生親子關係。』，以為條理補充之。」

Ⅱ、法務部101年函釋：【……說明：……二、按日據時期台灣民事習慣，收養子女於養親有配偶時，究應單獨收養抑或共同收養，應視其收養之時期而有不同，如於日據時期昭和年代（民國15年）以前，有配偶者收養子女固得不與其配偶共同為之，其收養之效力仍及於其配偶。惟如於昭和年代（民國15年）以後成立之收養關係，養親有配偶者，收養子女應與其配偶共同為之（本部80年2月12日（80）法律字第2385號函參照），否則未為收養意思表示之配偶一方得於相當期間內行使撤銷權，期間內未經撤銷，其撤銷權即行消滅（本部93年5月編印「臺灣民事習慣調查報告」第173-174頁參照）。次按臺灣在日據時期本省人間之親屬事項，依當地之習慣決之（最高法院57年台上字第3410號判例參照）。故日據時期，臺灣關於收養之無效及撤銷，本不適用日本民法，惟其習慣不甚明顯，故只有以日本民法為條理而予補充（本部93年5月編印「臺灣民事習慣調查報告」第173頁參照）。準此，關於未為收養意思表示之配偶逾期未行使撤銷權時，該配偶與養子女間是否發生收養

關係，因上開臺灣民事習慣調查報告並未載明，以致當時之習慣內容如何不甚明確，故而參考當時日本民法第856條但書規定：「夫妻未共同收養者，其收養之關係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不發生親子關係。」，以為條理補充之（本部81年8月12日（81）法律字第11986號函參照）。三、次查日據時期規範本省人民商事項之法源，乃日據時期發布之日令、律令、民法典、特例勒令。然上述日令、律令、特例勒令等只規定依習慣、或法理，故其於適用個案時，何謂「習慣」、「法理」，仍須由執法機關認定。又由於台灣總督府法院判決，並不對不特定人發生一般性的規範效力，至多只能稱為「間接法源」（王泰升，台灣法的斷裂與連續，元照出版社，第227-228頁參照）。本部前開81年函亦肯認日據時期本省人間之親屬事項，應依當地之習慣決之，惟於習慣不明時，而以法理補充之，是與上開學者之見解，尚無牴觸。至於個案上當事人間之法律關係，仍由法院依法審判，不受本部函釋之拘束。四、本件卷附民眾邱先生陳情書內容，認為有關臺灣在日據時期昭和年代，於養父母收養子女後，因當時知識未能普及、戶籍人員未能全部並正確抄錄、登載等因素，迄光復後始陸續發現缺漏，養子女赴各戶政所申請補填養父母姓名之案件相當多，但後來各戶政機關奉內政部84年12月29日台（84）內戶字第8405425號函所援引本部81年8月12日法（81）律字第11986號函後始一一予以駁回，致使類此申請案件，招致民怨日深等情。依前開說明，日據時期養親有配偶時，其收養之效力是否及於其配偶，應視收養之時期而有不同，此觀最高法院85年度台上字第1655號判決自明。又收養關係之成立，攸關養親與養子女間身分及財產權益，故本部所作解釋仍須以相關法院判決或臺灣民事習慣調查報告所載為據，以求嚴謹慎重。況關於本案疑義，查無

當時之習慣，僅能依法理；當時日本法雖未適用於臺灣人民，惟當時臺灣為日本所統治，其法理自為日本民法之法理。又當時臺灣總督府法院判決就此類案例判決為何？上開學者並未就此類案例提出具體依據，陳情人亦未提出臺灣總督府法院判決相關案例供參，是以，本部81年前開函與上開學者之見解，尚無矛盾之處。至於民眾陳情所述，因戶籍人員未能全部並正確抄錄、登載等因素，至致光復後始陸續發現缺漏乙節，要屬戶籍登記實務事宜，戶政機關應依相關戶籍資料，及參酌當事人所提相關證明文件，就具體個案事實，依上開說明本於職權審認之。又日據時期戶籍資料所記載之事實，當事人及利害關係人如有爭議，仍宜另循司法途徑解決，並以法院判決為準。】

Ⅲ、前揭兩函釋均認【關於未為收養意思表示之配偶逾期未行使撤銷權時，該配偶與養子女間是否發生收養關係，因上開臺灣民事習慣調查報告並未載明，以致當時之習慣內容如何不甚明確，故而參考當時日本民法第856條但書規定：「夫妻未共同收養者，其收養之關係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不發生親子關係。」，以為條理補充之】，是可認定法務部前揭兩個函釋之內容實質相同。

2、法務部81年8月21日（81）法律字第11986號函，已經最高行政法院95年度判字第1627號判決認定不可採用，則內容實質相同之法務部101年函釋，本院自得拒絕適用：

Ⅰ、按【上訴人所引法務部81年8月12日（81）法律字第11986號法規諮詢意見，後段雖有當須參考日本民法第856條但書規定之記載，惟該意見前段業已載明日據時期昭和年代（民國15年）以後之臺灣習慣，養親有配偶者，收養子女應與其配偶共同為之，否則未為收養意思表示之配偶一方得於相當期間內行使撤銷權，期間內未經撤銷，其撤銷權即行消滅（見台灣民事習慣調查報告第16

3頁），並無習慣不甚明顯之情形，依最高法院57年臺上字第3410號判例意旨，本件上訴人之親屬事項自應依當時之台灣民事習慣決定之，並無引用日本民法為法理之餘地，是法務部上開諮詢意見之前後文有所矛盾，不能遽予全採，上訴人加以引用，尚有誤會。】（最高行政法院95年度判字第1627號判決參照）。可知法務部81年8月21日（81）法律字第11986號函，業經最高行政法院95年度判字第1627號判決認定「前後文有所矛盾，不能遽予全採，上訴人加以引用，尚有誤會」，則法務部101年函釋既與前揭函釋內容實質相同，本院自得拒絕適用。

Ⅱ、查日據時期臺灣人之親屬關係，應以當地之習慣判斷，而現今考究日據時期之臺灣舊慣，多會參照「臺灣民事習慣調查報告」，而對於日據時期臺灣人收養相關規定，「臺灣民事習慣調查報告」即記載：「日據時期，台灣關於收養之無效及撤銷，本不適用日本民法，一如婚姻之無效及撤銷，依據習慣法。惟其習慣不甚明顯，故只有以日本民法為條理而予補充。……收養無效之原因，不外為：收養當事人之任何一方無收養之意思。收養如有1、未成年人收養養子女；2、收養尊親屬或年長者為養子女；3、配偶之一方，不得他方之同意而收養或被收養；4、收養未得同意權人之同意，或其同意係出於詐欺或脅迫等，撤銷權人（即收養當事人、其法定代理人、戶主或親屬等），得於相當期間內，行使撤銷權。惟撤銷權人經過相當期間未為撤銷，或事後追認其收養關係者，其撤銷權即行消滅」，顯見依當時舊慣，收養子女應與配偶共同為之，如若不然，配偶他方得於相當期間內行使撤銷權，惟如若於期間內未予撤銷，撤銷權即為消滅（臺灣高等法院94年度重上字第57號判決、臺灣高等法院高雄分院108年度上字第14號判決亦同此見解）。易言之，配偶他方於未行使撤銷權時，原

先應由夫妻共同收養之法律行為，即屬有效，等於該他方配偶已與配偶之一方共同收養養子女，他方配偶亦與養子女間成立收養關係。蓋撤銷權之行使乃使「原已生效」之法律行為溯及無效，則依反面解釋，若未共同收養之他方配偶未行使撤銷權，該原已生效力之法律行為因未被撤銷而持續有效，則未為收養之配偶他方與養子女間，亦應成立收養關係。

Ⅲ、是以，當時之習慣已載明「未共同收養之他方配偶可行使撤銷權，逾期未行使其撤銷權消滅」，則未共同收養之他方配偶未行使撤銷權時，夫妻共同收養之法律行為仍屬有效，未共同收養之他方配偶，與養子女間自亦成立收養關係，甚為明確。被告所引用法務部101函釋謂：「關於未為收養意思表示之配偶逾期未行使撤銷權時，該配偶與養子女間是否發生收養關係，因上開臺灣民事習慣調查報告並未載明，以致當時之習慣內容如何不甚明確」等語，即屬有誤，本院自得拒絕適用。

Ⅳ、何況日本明治民法第856條僅規定：「違反第841條所規定之收養，未同意之配偶得向法院請求撤銷。但其配偶知有收養後經過六個月者，視為已為追認」（參鄧學仁，日治時期夫與妾收養子女之效力—評最高行政法院91年度判字第598號判決，月旦法學雜誌第109期，2004年5月，第229頁【原證11，見本院卷第131頁至第132頁】），而日本明治民法第856條但書規定之「視為已為追認」之意涵，依學者鄧學仁引用當時殖民法院之姉齒松平法官論著謂：「此處所謂之視為追認，乃指雙方一致具有收養之意思，而使收養有效之謂也」，並謂：「未同意收養之配偶既未行使撤銷權，則對於收養之他方其收養關係既未遭撤銷，則該單獨收養自然應為有效，何須再由未同意之配偶追認，顯見法定追認乃為配合使雙方收養均為有效而設之規定，縱使夫妻一方未同意共同收養，亦因撤銷權除斥期間之經過，而使夫妻共

同收養均為有效，以貫徹明治民法共同收養之精神。」，可知縱使以日本明治民法第856條但書為法理判斷，基於明治民法共同收養之精神、撤銷權行使之意涵，其解釋之結果應為肯定配偶他方亦與養子女成立收養關係，則法務部101函釋稱「因上開臺灣民事習慣調查報告並未載明，以致當時之習慣內容如何不甚明確，應以日本民法第856條但書規定為法理」云云，已有違誤，其又稱「依日本民法第856條但書規定之法理，配偶他方與養子女不成立收養關係」云云，亦難認為有理由，被告主張，尚不足採。

3、本件依卷附戶主為陳酒灌（李免之生父陳清塗之兄）之日據時期戶口調查簿影本，李免之姓名欄登載「陳氏勉」、父及母欄位分別登載「陳清塗」及「陳許查某」、續柄欄登載「姪」、續柄細別榮稱職業欄登載「弟陳清塗四女」等記事；依戶主為李葦（李免養父李金崇之父）之日據時期戶口調查簿影本，李免之姓名欄登載「李氏勉」、父及母欄位分別登載「陳金塗」及「陳許氏查某」、續柄欄登載「孫」、續柄細別榮稱職業欄登載「長男李金崇養女」、事由欄登載「……陳酒灌姪昭和二年十月四日養子緣組入戶……」等記事；李林氏銀之姓名欄登載「李林氏銀」、續柄細別榮稱職業欄登載「長男李金崇妻」等記事；李金崇於光復後35年申報之戶籍登記申請書影本，申報李免之姓名為「李勉」，稱謂為「養女」，父姓名為「陳清塗歿」、母姓名為「陳許氏查某存」；依前揭日據時期戶口調查簿及35年戶籍登記申請書等影本顯示，李免於日本昭和2年（即民國16年）10月4日以養子緣組入戶為李金崇之養女；是李金崇收養李免之收養關係之事實，堪予認定。又戶長李金崇之臺灣省臺北縣戶籍登記簿影本記載，配偶姓名「李林銀」、養女「李勉、記事欄載『民國參拾柒年捌月肆日遷出台北市大安區……與李朝宗結婚除籍』」，李金崇之妻「李林氏銀」亦設籍在同一戶籍內，

及35年臺北縣○○市○○里0鄰00號之戶籍登記申請書，其上登載「戶長為李金崇，戶內人口養女為李勉」，可知35年之戶籍登記，養父李金崇戶內人口有養女「李勉」、妻「李林銀」等人，「李勉」則係於37年與李朝宗結婚始遷出李金崇之戶籍，則自16年迄37年之21年間，「李林銀」均與「李勉」同設於李金崇戶籍內，顯有共同生活之事實，復無證據資料證明「李林銀於李免被收養為養女後，曾對李免行使撤銷權」，以撤銷其與李免之收養關係，則應認李林銀與李免間之收養關係應一直存在（高雄高等行政法院90年度訴字第1348號判決亦同此見解）。至結婚證書之主婚人欄，登載妻養父「李金崇」，雖無養母之記載，但此記載僅能表徵原告結婚時係以養父為主婚人而已，並無法證明其他事實，更無法證明其與李林銀無收養關係。且該紙結婚證書又非戶籍更正登記要點第4點所規定之文件之一，自不能以此作為李林銀與李免間之收養關係不存在之證明（本院93年度訴字第880號判決亦同此見解）。

三、本件戶籍登記確有戶籍法第22條之脫漏（漏未登記李免養母為李林銀）情事，被告應作成准予填載登記李免養母為李林銀之行政處分：

（一）被告雖主張李勉被李金崇收養時，日據時期戶口調查簿續柄欄及35年設籍登記時所載「養女」係指其與戶主之關係，非必然表示李勉與該戶內其他人口「李林銀」間存在收養關係，是李勉與李林銀間是否存有收養關係依法務部101年函釋意旨，可視李林銀是否曾有與李金崇共同收養之意思表示、行使撤銷權等，且日據時期至35年初次設籍登記，皆無任何有關養母之記事記載，被告實難審認李勉與李林銀雙方存有收養關係。且臺北市大安區梨和里民國37年結婚戶籍登記申請書，登載戶長為「李朝宗」、妻「李免」，該申請書之記事記載「民國37年8月4日因結婚台北縣蘆洲鄉水湳村第4鄰5戶戶長李金崇之養女徙入」，另

結婚證書之主婚人欄，登載妻養父「李金崇」，並無養母之記載。最高行政法院95年度判字第1627號判決係引用法務部81年8月21日（81）法律字第11986號法規諮詢意見，且與本案情形並不相同，本案既有所爭議，請原告另循司法途徑解決，並以法院判決為準云云。

（二）惟按戶籍法第22條規定：「戶籍登記事項有錯誤或脫漏時，應為更正之登記」，本件緣由訴外人李兩傑提出申請，請求補填李免之養父母為李金崇、李林銀，被告就養父部分准予登記為李金崇，養母登記為李林銀部分則予否准，李兩傑並未提起訴願及行政訴訟（見本院言詞辯論筆錄），嗣原告以陳述意見狀為申請，申請登記李免之養母為李林銀，原告係以戶籍法第22條規定作為公法上請求權基礎，提起本件課予義務訴訟，自有所據。

（三）本件「李免」與「李勉」為同一人，有前揭戶口調查簿、戶籍登記申請書可憑，並為被告所不爭執（見本院113年8月14日準備程序筆錄），而李金崇之妻李林銀雖未與李金崇共同收養李免，但李林銀並未對李免行使撤銷權，依當時之習慣已載明「未共同收養之他方配偶可行使撤銷權，逾期未行使其撤銷權消滅」，則李林銀未行使撤銷權時，夫妻共同收養之法律行為仍屬有效，李林銀與養女李免間，自亦成立收養關係，被告即應依戶籍法第22條規定，作成准予填載登記李免養母為李林銀之行政處分。

四、綜上，原處分否准「李免養母登記為李林銀」，非無違誤，訴願決定未予糾正，竟予維持，亦有不合。原告訴請撤銷，並請求作成准予填載登記李免養母為李林銀之行政處分，為有理由，應予准予。

五、兩造其餘攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為有理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　華　民　國　113　年　9　月　26　日

審判長法　官　陳心弘

法　官　林妙黛

法　官　畢乃俊

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。

訴審訴訟代理人	4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　26　　日

書記官　李依穎