臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度重上字第57號

上　訴　人　祭祀公業林河
特別代理人　李淑妃律師
參　加　人　林保興
　　林明宏
　　林明芳
　　林仕愷
上　一　人
法定代理人　洪麗玲
參　加　人　林崇賢
　　林日
　　林雅堂
　　林志浩
　　林秋松
　　林春生
　　洪林麗君
　　林東慶
　　林志庭
　　林佳蓁
　　林茂雄
　　林源益
　　林國清
　　林秀雄
　　林育嫻
　　林淑媛
　　林晏辰
　　林秋男
　　林秋長
　　林景輝
　　林慶明
　　林成章

王林菊
林玉華
林秀鳳
林良晉
林良丞
林仕偉
共　　同
訴訟代理人　孫守濂律師
被上訴人　林進入
林進
林茂成
林茂照
林豐圓
林永瓊
共　　同
訴訟代理人　林怡君律師

上列當事人間請求確認派下權存在事件，上訴人對於中華民國臺灣高雄地方法院105 年度重訴字第176 號第一審判決提起上訴，本院於108 年7 月31日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人於第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人起訴主張：緣林河後人邀集林氏宗親集資設立上訴人祭祀公業林河。林河後人林岩及其配偶王治生有林初、林柯二子，之後王治另與林知高生有林陣九（即被上訴人先祖），林陣九（明治27年7 月6 日即民國前00年0 月0 日生）出生當時林岩（明治27年11月15日即民國前18年11月15日歿）尚未死亡，林陣九遂被林岩收養，是依祭祀公業條例第3 條第4 款、第4 條之規定，林陣九亦為派下員。又祭祀公業

林河之派下員曾於昭和8年（即民國22年）8月19日召集開會，會議上全體亦認林陣九有派下權。再者，訴外人林進添等28人前以訴外人林天賜等人為被告訴請確認派下權存在，後經臺灣高等法院臺南分院75年度重上字第6號確定判決（下稱前案）認定林陣九與林初為同母異父兄弟、上開會議乃就祖先留下土地而為分配、林陣九於民國37年6月間曾將其身為祭祀公業林河派下所有之持分讓售與林漏牛並簽訂土地持分交換約字等事實。準此，林陣九確為祭祀公業林河之派下員，而林陣九之子即被上訴人林進入、林進及訴外人林進丁、林進財4人依法繼承林陣九之派下權，被上訴人林豐圓、林永瓊再繼承林進丁之派下權，被上訴人林茂成、林茂照再繼承林進財之派下權。詎被上訴人向祭祀公業林河請求補列入派下員名冊，卻遭所拒，被上訴人等因林陣九身為林岩養子身分繼承取得之祭祀公業林河派下權遭祭祀公業林河及其他派下員所否認，被上訴人有即受判決確認之法律上利益，爰依民事訴訟法第247條、祭祀公業條例第17條提起本件訴訟，並聲明：確認伊等對於祭祀公業林河之派下權存在。

二、上訴人祭祀公業林河則以：依林陣九、林岩、林知高於日據時代之調查薄、戶籍謄本等資料，並無記載林陣九被林岩收養之事實；被上訴人所提出昭和8年的契約證並非祭祀公業林河派下召開派下員會議之結論；前案判決與本件兩造當事人並非同一，故其認定之事實，對於兩造並無拘束力，亦無爭點效，且該判決認定之事實有諸多錯誤，有違臺灣民事習慣調查報告所載，其見解並不足採；林陣九於民國37年6月間與林漏牛簽訂土地持分交換約字無法證明林陣九確有派下員身分等語置辯。

三、參加人林保興等則以：就林陣九何以享有派下權之原因事實，被上訴人前後說法變更明顯不一，且依卷內證據，林陣九並無被林岩收養、與林岩共同生活之事實，反而繼承生父林知高之戶主權與財產；被上訴人所提出昭和8年的契約證並非表明召開祭祀公業林河派下員會議，該契約證內容僅為部

分派下員與第三人間就祭祀公業土地林河土地及部分非公業土地之糾紛，所為分配約定而已，難認據此發生林陣九取得派下身分權利之效力；縱林陣九為祭祀公業林河之派下，但其既已於37年6月間將其派下權讓與同公業之其他派下員林漏牛，自已喪失對系爭祭祀公業派下權。從而，被上訴人縱為林陣九後嗣，亦無因繼承關係取得林陣九派下身分可言等語置辯。

四、原審判決確認被上訴人對於祭祀公業林河之派下權存在，上訴人不服提起上訴，聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人於第一審之訴駁回。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

五、兩造不爭執事項：

㈠林河後人邀集林氏宗親集資設立祭祀公業林河。林河之後人林岩及其配偶王治，生有林初、林柯二子，之後王治另與林知高生有一子林陣九（即被上訴人先祖），林陣九（明治00年0月0日生即西元1894年）出生當時林岩（明治27年11月15日歿）尚未死亡。

㈡訴外人林進添等28人前以林天賜等人為被告起訴確認對祭祀公業林河之派下權存在，經臺灣高雄地方法院判決林進添等人敗訴，林進添等28人提起上訴後，經前案判決林進添等28人對於祭祀公業林河有派下權存在確定。

㈢祭祀公業林河之管理人林天賜於77年間向改制前高雄縣大寮鄉公所申請辦理派下員全員證明書，未將被上訴人六人列入祭祀公業林河之派下員名冊。

㈣原審卷四第157-163頁之昭和8年契約證（下稱系爭契約證）所載翁公園388番地，及389番地，登記名義人為祭祀公業林河（現為重測○○○區○○段564、564-1、568、569、569-1、569-2、570、571、573、574、574-1、574-2、574-3、575、577、729地號），另外就388番地第三股位置，乃現琉球段564、569-2地號土地範圍內。

㈤系爭契約證所載：「林追等8人所有之山子頂16、17番地，歸林風等7人（包括林陣九）取得」，該山子頂16、17番地

，重劃後部分為山子頂段2887地號土地；林月於57年10月21日以買賣為原因將山子頂段2887地號土地登記移轉予被上訴人林茂成。

㈥林漏牛所有鳳山區大寮鄉山子頂18番土地，本為訴外人祭祀公業林諒名下，嗣輾轉贈與林知高等人，再由林漏牛、林陣九繼承取得；該番地為○○○鄉○○○段1、2、2-1、2-2、13地號。

㈦林陣九與父親林知高於日據時期籍設鳳山廳小竹上里山仔頂庄18番地（即為前開林漏牛所有山子頂18番土地）；林岩與林初、王治於日據時期籍設翁公園389番地。林陣九並未繼承林岩之其他不動產。

㈧祭祀公業林河於77年間派下全員名冊，並無林虎、林清江；於104年7月15日申請者尚無林虎、林清江之子孫列明，於105年2月17日申請人林峻頡即補列林虎、林清江子孫即本件參加人林保興、林明宏、林明芳、林仕愷、林崇賢、林日、林雅堂、林志浩、林東慶、林志庭、林佳蓁、林茂雄、林源益等。

六、本院之判斷：

㈠祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之；無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其子孫（含養子），為該條例第4條第1項所明定。又依照祭祀公業條例第3條第5款規定，所謂派下權者係指祭祀公業或祭祀業法人所屬派下員之權利，而因其屬身分權之一種，如無特別之約定，應依照同條例第4條第1項規定，由設立人及其男系子孫因繼承而取得。再親屬事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定，民法親屬編施行法第1條前段定有明文。又於臺灣光復前之日據時期臺灣地區之親屬事件，應依當地之習慣決之，而不適用民法親屬編之規定，亦不適用當時日本民法之規定（最高法院57年度臺上字第3410號判例意旨參照）。經查，祭祀公業林河管理暨組織規約第4條規定：「本公業派下員資

格如下：㈠設立人之男性直系血親卑親屬。㈡派下員死亡，無男性直系血親卑親屬，其女子招贅，所生男子冠姓及養子皆屬之。」（見原審卷一第63頁），而祭祀公業林河設立人林河之後人林岩，生有林初、林柯二子，非無男性直系血親卑親屬，故林陣九對於祭祀公業林河是否具有派下員資格並繼受取得派下權，依前開條例以及祭祀公業林河規約之規定，端視林岩生前是否曾收養林陣九，此亦為本件爭點所在。而林岩係於明治27年11月15日即民國前18年11月15日死亡，林陣九則於明治27年7 月6 日即民國前00年0 月0 日出生，故兩人間之收養關係，自應依日據時期之臺灣民事習慣定之，而不適用民法親屬編之有關規定（最高法院85年度台上字第2316號裁判意旨參照）。

㈡而依日據時期臺灣民間習慣，收養之要件，包含實質要件與形式要件，說明如下：1.就實質要件而言，養父母的資格為：⑴養親須為男子，但民國15年以後之習慣，則認為獨身婦女如已成年，得獨立收養子女。⑵收養者須達20歲。⑶養子年齡小於養親。⑷同族間之收養需昭穆相當。⑸獨生子除兼祧以外，不得為他家收養，但實際上或因貧窮等原因而出繼他家。⑹養父與生父之合意，但養子本人亦可為收養之當事人。⑺乳哺銀與身價銀之授受。2.就形式要件而言，雖有：⑴拜養親、拜宗廟等儀式。⑵書面之作成，依戶口規則，收養子女須申報戶口；但已未申報戶口，於收養之成立並無影響。⑶媒人，惟立媒非收養之要件。（法務部編印「臺灣民事習慣調查報告」，99年12月6 版三刷，第166 頁至第172 頁參照）。再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，應以收養者之意思為本，最高法院23年上字第4823號判例、96年台上字第691 號判決意旨參照。另查日據時期，台灣民間習慣收養子女，係因養子女之生父與養父之合意而成立，其生母或養母不過問其

事（法務部80年2月12日法80律02385號函釋）；再依日據時期臺灣之習慣，收養應由養父與生父合意成立，養父死亡者，始由養母；養父母均亡，則由養父之父母兄弟或其他近親充任收養之當事人。養子之生父死亡者，由生母；生父母均亡，則由本生家之尊長為當事人，與養方訂定收養契約；又養子本人亦可為收養之當事人（前開「臺灣民事習慣調查報告」，第169-170頁）。而本件祭祀公業林河設立於民國之前，關於公業派下員之資格，輒因年代久遠，人物全非，每每難以查考，舉證誠屬不易，難有直接證據呈現，故本件自應斟酌當事人各自提出之間接證據資料，且不以書面資料為限，綜合全辯論意旨，推論林岩生前有無與林陣九生父合意收養林陣九為其子之應證事實，合先敘明。

㈡林岩生前並無與林陣九生父林知高合意收養林陣九為其子：

1.按日據時期之戶口調查簿既為日本政府之公文書，其登記內容自有相當之證據力，如無與戶口調查簿登載內容相反之事實存在，就其所登載之事項應有證據力，即不得任意推翻（最高法院105年度台上字第645號裁定意旨參照）。觀諸林知高與林陣九日據時期戶口調查簿之記載，林陣九生於明治27年7月6日，林陣九之父親始終登載為「林知高」，迄至林知高於大正3年2月15日死亡為止，渠等均同住在「鳳山廳小竹上里山仔頂庄十八番地」，且戶口調查簿上「績柄」項下（按：續柄欄係指有關親屬關係的註記）全無「收養入戶」、「養子緣組入戶」等任何關於收養之相關記載（見原審卷三第233-237頁、第245頁），被上訴人亦無提出任何生家交付養家之契字或其他資料以明林知高將林陣九出養與林岩之情，故從書面資料上即難以認定林陣九確曾被林岩生前收養。雖被上訴人主張台灣戶籍制度始於明治39年，而當時林岩業已去世12年，且林陣九年僅12歲，故未在戶口調查簿登記林陣九經林岩收養亦合常情云云。然查，林陣九與林知高戶籍事由欄記載：「明治39年7月27日全戶轉居」（見原審卷三第233頁），顯見於明治39年時，日本政府警察官

吏派出所或郡役所之承辦戶口人員業已查訪林陣九與林知高之戶籍遷徙狀況，並將其戶口實查之狀況記載於戶口調查簿上（日據時期施行戶口登記法令與執行狀況詳如原審卷五第2-3頁所示），則如林陣九確有經林岩收養之情狀，斯時生父林知高自應告知戶口調查人員後記載在戶口調查簿上，但卻完全付之闕如；再日據時期未辦收養登記，亦可在國民政府來台後憑雙方合意書約等證明文件補辦（內政部74年2月16日台內戶字第292156號函釋參照），而林陣九係於民國59年3月29日去世（見原審卷三第237頁），則其在國民政府來台後，自有相當時間可做補登被林岩收養手續，但亦無任何補辦紀錄在卷，自難認林陣九確有經林岩生前收養之情。

2.又按日據後期，台灣現行習慣上之財產繼承，有因戶主喪失戶主權而發生之財產繼承，與因家屬之死亡而發生之財產繼承二種。前者由於戶主死亡或因其他事由喪失戶主權時開始繼承。後者則因家屬具有其家屬身分時死亡而開始繼承。此二者之間，其為繼承人之資格與順序迥異。繼承戶主權者，同時亦繼承前戶主之財產。戶主繼承係採單獨繼承主義，其順位大致以日本民法有關家督繼承之規定為辦理。戶主繼承人分為下列三種：1.法定戶主繼承人2.指定戶主繼承人3.選定戶主繼承人。法定戶主繼承之第一順位繼承人為直系卑親屬。其要件有二；一須為被繼承人之「家屬」。二須為被繼承人之直系卑親屬之男子。因收養而入他家者，或因分戶及其他原因另創一家之男子，既非家屬，自不得為法定之戶主繼承人（最高法院85年度台上字第3101號判決意旨，及前開「臺灣民事習慣調查報告」，第441頁至第442頁參照）。而林陣九與生父林知高之戶口調查簿記載戶主本為林知高，林知高於大正3年2月15日死亡，同日由林陣九「戶主相續」即繼任林知高為戶主（見原審卷三第233-237頁），足見林陣九並無在林岩生前被收養入林岩家之情，否則即無具備林知高法定戶主繼承人之資格而得為戶主繼承。又為他家之養子，習慣上對其本生家之財產無繼承權，雖於本生家屬分

財產時，有對出養之人酌給財產之例，但此不外為屬分者協議所為之贈與（前開「臺灣民事習慣調查報告」，第398 頁參照），而根據林陣九與林知高同住之小竹上里山仔頂庄18番土地登記謄本「事項欄五」記載：「林知高持分移轉、受附大正七年壹月貳九日第參九陸號、原因大正參年貳月拾伍日相續、取得者小竹上里山仔頂庄十八番地伍分之壹林陣九」等語（見本院卷一第20頁），足見林知高死亡後，林陣九係以直系血親卑親屬及家屬之身分，繼承生父林知高之戶主權及土地財產，此與日據時期養子對本生家無繼承權之臺灣習慣不符，顯見林陣九並無出養他人之事實。反觀林陣九並無繼承林岩之其他不動產，為兩造不爭執，此與養子得繼承養家遺產之臺灣習慣亦不相符（前開「臺灣民事習慣調查報告」，第396 頁參照），足見林陣九確非林岩養子。

3. 雖被上訴人主張日據時期之「過房子」不因繼承其本生家之財產而當然喪失其於養家之繼承權，而林知高未結婚亦無其他子女，故縱林陣九已由林岩收養，林知高逝世時將其遺產由林陣九繼承，亦合常情云云（見本院卷二第37頁）。然按台灣日據時期收養之「過房子」，係養親無子，以立嗣之目的而收養者（司法行政部59年1 月20日台59函民決字第486號函釋參照）；再按日據時期台灣戶籍上所載之「過房子」係以傳宗繼嗣為主要目的，自有別於一般所稱之養子。因之，在台灣習慣上，恆有於被繼承人死亡後追立繼承人以為其過房子（即死後立嗣）之例，且於夫亡後無子嗣時，雖由寡妻為其立嗣，但因當時女子無收養能力，究亦非由寡妻為自己立嗣，最高法院89年度台上字第335 號判決意旨參照。惟查，觀諸林陣九日據時期戶口調查簿上「績柄」項下並無「過房子」之相關記載（見原審卷三第233-237 頁），且林岩育有親生子林初、林柯為其傳宗接代及奉祀香火，在林岩去世時，長子林初亦業已15歲（林岩於明治27年11月15日歿，林初為明治00年0 月0 日出生，見原審卷四第3 頁戶口調查簿），林初、林柯並均各自成婚生有子嗣得以綿延林岩一脈

香煙，足見林岩並無再指定無血緣關係之林陣九以祀奉其祀之必要性。除此，被上訴人亦無提出記載林陣九「繼祀」之族譜或任何證據證明林陣九以嗣子身分參加林岩族中祭祀活動，更自陳林陣九住處所祭拜之祖先牌位僅記載「林氏歷代祖先」，並無內牌（見本院卷二第36頁），則林陣九如因林岩過房子身分祭拜林岩，其住處之祖先牌位卻無內牌記載林岩之名？有違常情。足見被上訴人主張林陣九可能係以「過房子」身分繼承其本生家之財產外亦不喪失其於養家之繼承權云云，難謂可採。

4.又查，林陣九與生父林知高於日據時期籍設鳳山廳小竹上里山仔頂庄18番地（原審卷三第233 頁、第245 頁），該土地本為訴外人祭祀公業林諒所有，嗣輾轉贈與林知高等人，再由林陣九以及其他人繼承取得（林陣九取得之原因日為大正3 年2 月15日即生父林知高死亡日），該18番地為○○○鄉○○○段1 、2 、2-1 、2-2 、13地號土地，目前為林進入、林茂照、林勇村、林峻頡等共17人共有，此有土地登記簿、土地登記謄本在卷可證（見本院卷一第19-23 頁，原審卷五第30-34 頁），足見18番地並非祭祀公業林河所有之土地（祭祀公業林河於73年間陳報之不動產清冊上亦無18番地之記載，見原審卷一第61-62 頁），林陣九及其子孫取得18番地之原因乃因繼承生父林知高之遺產而來，林陣九所居住之該土地並非祭祀公業林河之土地。另林岩之子林初、配偶王治於日據時期籍設鳳山廳小竹上里翁公園庄389 番地（見原審卷三第239 頁、第243 頁），該389 番地登記名義人為祭祀公業林河（見原審卷五第79頁），林初所蓋三合院位置在目○○○區○○段○○○ ○號土地上，經參加人林春生即林初之孫到庭陳述明確（見原審卷五第108 頁背面、第112 頁、第43頁），被上訴人亦自陳祭拜林岩與王治大廳的位置是在原審卷四第96頁編號62林國清的公廳內（見本院卷二第36頁），足見林岩、王治以及二子林初、林柯二子均居住在原審卷四第96頁編號62處（○○○區○○段○○○ ○號範圍內），

堪信為真實。再據被上訴人林進於75年間在前案作證所提出手繪參考資料顯示，林陣九住宅（編號F）係在林漏牛住宅（編號E）旁，並非上開林岩、王治以及林初、林柯所居住之三合院（見原審卷四第76頁），亦經被上訴人自陳明確（見本院卷一第242頁背面）。顯見林陣九與生父林知高並非居住在祭祀公業林河所有之土地上，亦從無與林岩、王治以及林初、林柯共同居住生活之事實。雖被上訴人主張曾聽聞林陣九幼年時原本與林初、林柯同住翁公園段389番地住處，後因三兄弟分家，林陣九才與林知高搬至18番地云云（見原審卷四第168頁暨背面）。惟查，王治於日據時期所籍設翁公園389番地，明治40年6月25日自此戶籍分戶者為次男林柯，並非林陣九，此有戶口調查簿在卷可稽（見原審卷三第239頁、第243頁，卷四第253頁），且林柯分居之時間點亦與林陣九與林知高18番地戶籍事由欄所載：「明治39年7月27日全戶轉居」之時間點不同（見原審卷三第233頁），自難認被上訴人所述林陣九與林初、林柯原本同住389番地，後於同時間分家，林陣九方與林知高搬至18番地之情與事實相符，上開資料無從佐證林陣九曾與林岩、王治以及林初、林柯同住之事實，自難認林岩生前確有收養林陣九在養家照護之情。

5.被上訴人雖再主張日據時期民風保守，林氏宗親均比鄰而居，若非林岩生前願接納收養林陣九，並告知當時其他派下員，則林岩其他親族實不可能容認林陣九繼續居住在附近房地內，應會將林陣九逐出及排除林陣九參與分配公業財產，益徵林岩生前應有收養林陣九，視林陣九為己出之意云云。然查，林岩係於明治27年11月15日即民國前18年11月15日死亡，林陣九則於明治27年7月6日即民國前00年0月0日出生，足見林陣九出生後四個月林岩即離世，故被上訴人上開論證係建立在林岩本人生前確知王治所生之林陣九實非其親生血源，且在林陣九出生後四個月內即立刻決定收養之前提，但被上訴人並無舉證證明林岩本人生前確知林陣九非其血源

，亦無親族到庭證述此情，故被上訴人以上推論即屬無端懸揣。事實上，被上訴人在本件審理過程中，就林陣九之身分，先後出現「王治代其夫收養林陣九」、「派下員大會決議承認」、「寡妻為夫死後立嗣」、「林岩生前收養」、「兼祧取得」、「過房子」等各種說詞（見原審卷一第419頁，卷三第53頁、第111頁，本院卷二第37頁），最終確定主張林陣九應為林岩生前收養（見原審卷四第67頁，卷五第108頁，本院卷一第243頁背面、卷二第73頁），衡諸被上訴人為林陣九之兒子與孫子，並非歷經數代之林陣九後人，若真有林陣九被林岩生前收養之情事，應會自父親或祖父處（即林陣九本人）聽聞明確之說法，豈會有前揭各種完全不同事實之說詞？足證被上訴人主張林陣九被林岩生前收養乙事，應屬臨訟編杜之詞，不值採信。

㈣被上訴人所提出系爭契約證、土地交換約字等證據資料，均不足以證明林陣九確經林岩生前收養而具派下員資格之情：

1.被上訴人主張祭祀公業林河曾於昭和8年（即民國22年）8月19日召集派下員大會，該會議中出席人員均承認其先祖林陣九有派下權乙事，業據提出系爭契約證影本為憑（見原審卷四第157-163頁，電腦繕打部份如原審卷三第55-61頁所示），而上訴人及參加人均否認系爭契約證之形式真正性。經查，被上訴人所提出系爭契約證影本已有泛黃歷史痕跡，經原審當庭勘驗明確（見原審卷三第290頁，彩色列印如原審卷四第38-40頁），足見系爭契約證影本顯非臨訟所杜撰，且由契約證記載「…右契約成立日後不得異言生端口，恐無憑，特立本契約同樣四通，由各代表者林風、林鼻、林柯、洪主良各執壹通為後日之據也」等語，可知該契約證僅有4份正本分由林風、林鼻、林柯、洪主良各執一份作為憑據，則被上訴人自僅能提出影本。又前案審理期間當事人亦曾提出此份契約證，因前案卷宗已逾卷宗保存年限而遭銷毀，本院客觀上固無法調取前案卷宗一窺前案當事人所提契約證原貌，但由前案判決記載契約證內容：「今為親族間所有從

前承受祖先遺下之土地……決定事項如左」、「為承受祖先遺下之土地，或有有權無名義，有名義無權之人，為恐日後子孫生出紛爭不祥之事，各關係者特于本日會齊……公議決定」、判決理由記載「契約證第五頁第二行以次記載如果派下願出時，不能使林柯取得派下名義，則公業應將其持分贈與林柯」等語（見原審卷二第31、33頁），均與本件被上訴人所提契約證影本內容相同。佐以系爭契約證貼用日式印花，契約當事人蓋用當時通行之圓式印章，記載「烟」、「番」、「m 前」等文字，均與其制作時日據昭和之時代相當，應非臨訟製作者。且參與契約證訂立過程之張林月亦曾於前案到庭證稱：該契約證確屬真正，乃為避免日後子孫發生訟爭而開會製作等語，因張林月為女子無派下權，亦無兄弟為派下，其證言應無偏頗之虞，應堪採信，益徵系爭契約證為真正（前案判決亦同此認定，見原審卷二第29頁），本院自得採為裁判基礎，上訴人及參加人否認系爭契約證形式真實性，即無可採，先予敘明。

2.系爭契約證開宗明義載明：「今般為親族間所有從前承受祖先遺下之土地，或有有權無名義，有名義無權之人，為恐日後子孫生出紛爭，不詳之事，各關係者特於本日會齊招集妥議，除缺席者林水、林清月之外其他各人公議決定事項列陳于左…」等語，並無「召集祭祀公業林河派下全員會議」、「祭祀公業林河派下全員決議如下」或類此相關記載；佐以契約證之簽立者「『祭祀公業林河管理人』林風、『關係者』林顯、林追、林鼻、林鵠、林凍、林柯、林天謂、林調、林漏牛、林陣九、林江樹、林雀、林江直、林氏月、洪主良」等人（見原審卷四第159-161 頁），明顯將「祭祀公業林河」與「關係者」分立，再經比對卷附民國76年與104 年間祭祀公業林河派下全員系統表（見原審卷一第107-115 頁），即可證林氏月與洪主良非派下員（前案判決亦認定林氏月非派下員，見原審卷二第29頁），被上訴人雖主張洪主良為林香之子，林香之父為林揚，林憨為林揚之別名，而林揚為

祭祀公業林河派下員，生女林香，林香招贅夫洪亮，生子洪主良，故洪主良繼承派下員資格等情（見本院卷一第321 頁背面），但無論更正前或更正後之祭祀公業林河派下員名冊上均無「林憨」、「林揚」之記載（見原審卷一第95-116頁），自難認洪主良係以繼承自林憨或林揚之派下員身分而在系爭契約證上簽名，足見系爭契約證契約主體並非全部為祭祀公業林河之派下員；反觀與系爭契約證簽立者同時代且尚生存之祭祀公業派下員林初卻未出席，亦無他人代其出席或表示意見，契約證上亦無類似林水、林清月之記載，將林初之名特別列明「缺席者」，顯見系爭契約證之簽約主體僅部分祭祀公業林河派下員，並非全部，另尚包括非派下員之私人。又觀諸系爭契約證內容，係將土地分為二部分，一部分為「祭祀公業林河所有之鳳山郡大寮庄翁公園389 番、388番土地」，另一部分為「林追、林江樹、林顯、林雀、林江直、林氏月、林鵠、林鼻等所有之鳳山郡大寮庄山子頂16番、17番土地」，而祭祀公業林河於民國73年間陳報之不動產清冊上並無16、17番地之記載（見原審卷一第61-62 頁），16、17番地於日據時期係登記為林氏月、林顯等人共有（土地登記簿見原審卷四第131-141 頁），又16、17番地東側相鄰之18番地為祭祀公業林諒所有而非祭祀公業林河所有之土地，業如前述，故16、17番地自無可能相隔非祭祀公業林河所有之18番地，而與18番地東側之翁公園388 、389 番地同為祭祀公業林河所有土地（相關地籍位置圖如本院卷一第303 頁），顯見系爭契約證上所載16、17番地並非祭祀公業林河之土地甚明。且祭祀公業派下員林進添等28人於前案亦主張：「鳳山郡大寮庄山子頂段16、17地號土地原係兩造祖先共同遺留之土地，分由上訴人（即林進添等人）祖先耕作，契約證所以決議分配與其他派下，乃為因上訴人祖先占有公業土地較多，為補差額以求公允，故以16、17番地補足」等語（見原審卷二第23頁），足見系爭契約證並非祭祀公業林河全體派下員討論公業土地如何分配予派下員而簽訂，應係

林氏宗族有人占有公業土地較多，故將該族人所有非公業所有之16、17番地分配予祭祀公業林河部分派下員，以期公允。因此系爭契約證應為祭祀公業林河部分派下員與其他非派下員之私人間，就公業所有土地與該其他私人所有土地如何分配之協議，自不足據此證明參與會議且受分配土地之林陣九後，因被林岩收養而具有派下員身分。

3.被上訴人雖再主張林氏月為履行系爭契約證所載移轉山子頂16、17番地持分之義務，故於民國57年10月21日將高雄市○○區○○○段○○○○○號土地移轉登記予林陣九之長孫林茂成，足見林氏族人至民國57年間均承認林陣九確受林岩收養而為林岩之子，否則豈可能將公業土地移轉予林陣九之後人林茂成云云。惟查，林氏月並非祭祀公業林河派下員，此有祭祀公業林河派下員名冊在卷可證（見原審卷一第95-116頁），卷內亦無證據顯示林氏月之父親為派下員，且山子頂16番、17番土地並非祭祀公業林河所有之土地，而係林氏月、林顯等人共有，業如前述，故被上訴人以林氏月履行其父親身為祭祀公業林河派下員之義務，將公業所有土地移轉登記予林陣九後人，以證明林陣九派下員身份之推斷，已難信實。況山子頂16、17番地，重劃後部分為山子頂段2887地號土地，林月係直至民國57年10月21日方以買賣為原因將山子頂段2887地號土地移轉登記予被上訴人林茂成，為兩造不爭執，並有土地登記簿、謄本在卷可證（見原審卷三第271-275 頁），距離系爭契約證簽訂時間點已達35年，自難認與履行系爭契約證所載之協議有關，且該買賣移轉登記內容亦與系爭契約證上載明山子頂第16、17番地應由林追等八人，割歸林風、林凍、林陣九、洪主良、林雀、林鵲、林初等七人取得之內容不符。足見林月以買賣為原因移轉登記山子頂段2887地號土地予林茂成之行為，並非履行系爭契約證所載移轉山子頂16、17番地持分之義務，要難再就此推論林氏族人至民國57年間均仍承認林陣九確受林岩收養而為林岩之子。

4.被上訴人雖以：如林陣九非被林岩收養而成為祭祀公業林河

派下員，則為何系爭契約證會記載：「鳳山郡大寮庄翁公園參八八番地…第參股西？四十六五寸東？四拾五尺五寸歸林陣九取得」（見原審卷四第158 頁），而將部分祭祀公業林河土地分配與林陣九云云。經查，由前案判決中其餘派下員林進添等28人之上訴理由：「林陣九與林初為同母異父兄弟，因情誼深厚，同如手足，親族間向來平等看視，故立契約時視之為林河之派下」等語（見原審卷二第23頁），以及林進財、林進丁、林進入與林進（均為林陣九之子）於74年10月28日向大寮鄉公所要求補列進派下員之陳情書所載：「林陣九與林初為同母異父兄弟，因情誼深厚，同如手足，親族間向來平等看視，故立契約時視之為林河之派下…」等語（見原審卷三第277 頁），及附同陳情書之手繪親屬關係圖亦未將林陣九列為林岩之子嗣，而係在圖旁手寫：「備註：林陣九與林初、林柯係同母異父關係」（見原審卷三第281 頁），均無論及林陣九及其子孫取得派下權之原因為林陣九經林岩收養等情綜合判斷，即可窺知林氏宗族係因知悉林陣九與林初為同母異父兄第，故基於情同手足之情誼，方在距離林岩逝世40年後之昭和8 年訂立系爭契約證，同意讓非林岩子嗣之林陣九亦能取得部分祭祀公業林河土地，否則如林陣九確因被林岩收養而取得派下員資格，前開林進添等人之上訴理由書以及林陣九之子所書寫之陳情書，應直接明白記載林陣九經林岩收養成為林岩之子之客觀事實，不致有「同母異父兄弟情誼」、「視之為派下」等字句表達。而按祭祀公業派下權之取得，除祭祀公業之設立人及設立人之繼承人外，其他第三人不得享有派下權。又按祭祀公業係為祭祀祖先之目的而設立，其財產為全體派下之公同共有。祭祀公業之派下權固不得讓與派下以外之第三人，以防患祭祀公業派下權為外姓子孫取得，而使祭祀祖先之行為中斷，違背設立之意旨（最高法院72年度台上字第2005號、92年度台上字第2485號裁判意旨、前開「臺灣民事習慣調查報告」，第783 頁參照）。故祭祀公業之派下權，兼具身分權之性質，派下權

乃派下員對於祭祀公業所有權利及義務之總稱，派下員祭祀祖先之義務應不得出售或讓與。故即使祭祀公業林河部分派下員於昭和8年同意讓非林岩子嗣之林陣九取得部分公業土地，非設立人繼承人之林陣九亦不因此取得派下員身分，並繼受取得派下權。

5.被上訴人雖又再提出林漏牛與林陣九於37年6月20日所簽訂之土地交換約字，上載林漏牛以其所有山子頂18番土地，與系爭契約證上分配與林陣九之翁公園388番地第三股位置交換，以證明林漏牛確知林陣九係祭祀公業林河之派下員云云。經查，上訴人以及參加人對該土地持分交換約字形式真正不爭執（見原審卷四第153頁），然就林漏牛與林陣九交換土地之緣由，據證人林勇村到庭結證稱：林漏牛的後代並無使用永芳壹段第1、2、2-1、2-2、13號等多筆土地（即重測前山子頂段18地號土地），原因是因為林漏牛原本住在重測前山子頂段18地號土地時前妻往生、小孩夭折，並不平安，所以林漏牛就與被上訴人祖先交換土地即換得翁公園段388地號部分土地；係暫時交換土地耕作等語（見原審卷五第109-110頁），足見林漏牛與林陣九交換土地耕作係出於林漏牛個人意願，而處理與林陣九之間土地使用問題，難認得以證明林陣九被林岩收養而取得派下員身份。

6.被上訴人雖再執前案判決理由欄認定林陣九亦為祭祀公業林河派下云云。惟查，前案判決與本件兩造當事人並非同一，其認定之事實，對於兩造並無拘束力或爭點效，合先敘明。且細譯前案判決認定林陣九為派下員之理由為：「另一特殊身分之林陣九雖未特別說明，但林陣九於37年6月間曾將其林河派下之持分讓售與林漏牛，有土地持分交換約字影本在卷可按，並據林陣九之子林進入到庭供述明確，林漏牛為被上訴人林茂男、林茂財、林茂儀之父，若未認林陣九為派下，焉有訂定此一字據之理，該契約證所以未特別記載，應係無一人異議所致，連身分特殊之林陣九亦為派下，與林陣九同一祖先所出之上訴人等自應為派下」等語（見原審卷二第

33頁），足見前案判決執以認定林陣九為祭祀公業林河派下員之佐證，僅林陣九於37年6月間與林漏牛所簽土地持分交換約字乙情，惟該情事無法證明林陣九被林岩收養而取得派下員身份，已如前述，被上訴人再依此主張林陣九被林岩收養云云，自無可採。

7.被上訴人雖又主張林初之子林虎、林清江於78年10月28日曾與林陣九之子林進財、林進丁、林進入、林進共同出具陳情書向大寮鄉公所陳情，要求將其六人補列入祭祀公業林河派下員名冊內，固據被上訴人提出原證八陳情書、原證十派下全員名冊為證（見原審卷三第277-284頁，卷四第82-89頁），本院當庭勘驗原證八陳情書之正本，紙張泛黃，上有點點黃斑，紙張交接處蓋有林進財等6人之騎縫章，內容與原證八影本相符；原證十派下全員名冊之正本，紙張稍黃，上略有黃斑，紙張交接處蓋有林進財等6人之騎縫章，內容與原證十影本相符（見本院卷一第317頁），堪認上開正本均有歷史痕跡，顯非臨訟所杜撰，該文書應為真正。然觀諸原證八陳情書主旨，係主張林陣九與林初為同母異父兄弟，基於情同手足之情誼，方視林陣九為祭祀公業林河派下，故請求補予列入，而非主張林陣九經林岩收養成為林岩之子，已如前述，且原證十名冊上絕大多數派下員「蓋章」欄均為空白，自難認林陣九之子的派下員身分為其他派下員所承認。且當時主管機關大寮鄉公所受理林虎等人之陳情書後，批示「函知陳情人及該公業派下員代表依規定辦理」、「函請公業管理人召集派下會議，作成紀錄或同意書附陳本所再為辦理」等語（見原審卷五第125頁），惟管理人林天賜並未補送會議紀錄或派下員同意書檢送主管機關辦理，經被上訴人自陳明確（見本院卷一第243頁）。嗣派下員林峻頡於民國105年間申報辦理事宜時，因林初之子林虎、林清江檢附戶籍文件作為派下子孫之證明，並經派下員全體過半數之同意，故將其等列入派下員並報請主管機關核備，至於林陣九之子林進財等四人則因始終無法提出任何派下子孫之身分證明

，故未被列入派下員名冊，此有大寮區公所函暨所附相關資料在卷可證（見原審卷二第11-79頁、第135-147頁，卷一第385-399頁），足見林陣九之子孫因未備相關身分證明亦無經多數派下員同意而無法補列入派下員名冊，非得徒憑原證八陳情書上少數派下員主觀上承認即認林陣九係因被林岩收養而具派下員身分。

8.被上訴人雖另提出林氏宗親參加被上訴人親族婚禮葬禮之禮金簿、紀錄簿為證（見原審卷四第174-248頁），惟查，林陣九與林初、林柯具同母異父半手足關係業如前述，彼此間出於兄弟情誼參加各家婚喪喜慶，符合事理常情，但難據此推斷林陣九經林岩收養。再查，被上訴人主張祭祀公業林河於民國104年4月19日召開派下員大會，亦有通知被上訴人參加，並提出照片為證（見原審卷四第250-252頁），然觀諸該照片，開會現場為開放空間，故不具派下員身分者亦得自由參加，被上訴人亦未提出其他證據證明祭祀公業林河派下員係因明知林陣九經林岩收養故而同意被上訴人之派下員資格，是上開證據均難以作為被上訴人有派下權之證據。

七、綜合上述，被上訴人先祖林陣九並無被林岩收養之相關戶籍證據資料，林陣九未與林岩同住受其撫養之事實，林陣九係繼承生父林知高之戶主權以及財產，並無繼承林岩之財產，足見林岩生前並無與林陣九生父合意收養林陣九為其養子；另被上訴人所提出系爭契約證、土地交換約字等間接證據資料，亦均不足以證明林陣九確經林岩生前收養而具派下員資格之情。是被上訴人主張林陣九經林岩收養而具備祭祀公業林河派下員資格，爰訴請確認林陣九之子嗣即被上訴人對公業之派下權存在，為無理由，應予駁回，原審判決被上訴人勝訴，則有未洽，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院將原判決廢棄改判如主文第2項所示。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊、防禦方法，核與判決結果不生影響，毋庸逐一論列，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450 條、第78條、第85條第1 項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　28　　日

民事第四庭

審判長法　官　徐文祥

法　官　黃悅璇

法　官　羅培毓

以上正本證明與原本無異。

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　　108　　年　　8　　月　　28　　日

書記官　王紀芸

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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。

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。