

民事法判解

民法第1079條修法前之請求確認親子關係存在爭議
最高法院108年度台上大字第1719號民事裁定

【實務選擇題】

下列事由中，何者因違反收養之要件，而使收養效力為得撤銷？

- (A) 生父收養自己之非婚生子女
- (B) 未成年之子女，分別為未婚同居之男女朋友所收養
- (C) 10歲之未成年子女出養時，未得其法定代理人之同意
- (D) 夫妻共同收養他人未成年之子女時，夫長於養子女22歲，妻長於養子女15歲

答案：C

【裁判要旨】

中華民國七十四年六月三日民法第1079條修正公布前，以收養之意思，收養他人未滿七歲之未成年人為子女者，如未成年人有法定代理人，且該法定代理人事實上能為意思表示時，應由其代為並代受意思表示，始成立收養關係。

【爭點說明】

民法第1079條於74年6月3日修正公布前，以收養之意思，自幼撫育他人未滿7歲之未成年人為子女者，如未成年人有法定代理人，且該法定代理人事實上能為意思表示時，是否須經其代為並代受意思表示，始得成立收養關係？

(一)按收養，係以創設親子關係為目的之身分行為，於收養人與被收養人間形成教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人與被收養人之身心發展與人格形塑影響重大，基於個人之人格發展自由，收養人有收養子女之自由，被收養人亦有決定是否與他人成立養親子關係之自由。是收養人與被收養人間創設親子關係之合意，乃為收養關係成立之正當基礎。自民法親屬編於民國19年12月26日（下稱19年民法）制定公布以來，我國親屬法學者咸認收養為身分契約，收養人與被收養人之合意為收養關係成立之實質要件。

(二)19年民法關於收養之要件，除於第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」外，並無其他明文。未滿7歲之未成年子女，無意思能力，無從為同意收養與否之意思表示，究應如何發生收養關係？即生疑義。本院就此乃有「修正前民法第1079條所謂『自幼』，係指未滿7歲；『撫養』則指以有收養他人之子女為自己之子女之意思養育在家而言；民法修正前之收養子女，如係自幼撫養為子女者，並非要式行為，既不以書面為必要……，易言之，修正前民法第1079條但書規定，收養人收養未滿7歲無意思能力之被收養人，應認為係收養人單方之收養意思與自幼撫育之事實結合而成立養親子關係，不以將原報戶籍塗銷，辦妥收養登記為生效之要件，法律亦未明定應得生父母之同意，故只須有自幼撫養之事實，並有以之為子女之意思即可成立」（本院55年度台上字第2188號、102年度台上字第2301號、103年度台上字第51號、第528號判決，下稱單獨行為說），與「74年修正前民法第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。所稱『自幼撫養為子女者，不在此限』，係指以自幼撫養為子女之方式收養子女，無庸訂立書面收養契約而言，非謂得不經幼年子女法定代理人之同意；又民法第13條第1項規定，未滿7歲之未成年人，無行為能力；第76條規定，無行為能力人由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。是以收養之意思自幼撫養未滿7歲之未成年人為子女，應由該未成年人之法定代理人代為或代受被收養之意思表示，始生效力」（本院103年度台上字第2449號、58年度台上字第2354號判決，下稱契約說）之歧異見解。

- (三)依19年民法第1079條規定之文義合併體系邏輯觀察可知，該條係在規範收養應以書面為之形式要件，至但書所定自幼（指未滿7歲）撫養為子女者，不必以書面為之，僅係收養要式性之例外而已。蓋收養，既使收養人與被收養人發生親子關係，為昭鄭重，19年民法第1079條本文規定收養應以書面為之。惟收養未滿7歲之人為養子女，因被收養人無意思能力，如其又無法定代理人代為或代受意思表示，即無從以書面為之，故74年6月3日修正公布後之民法（下稱74年修正後民法）第1079條第1項仍維持上開條文本文之規定，而將但書規定修正為「但被收養者未滿七歲而無法定代理人時，不在此限。」以解決困難（該條立法理由參照）。凡此均僅係就收養形式要件所為規定，並未變更收養係身分契約之性質，無從據以推認19年民法之立法者有意以該條但書規定，排除未成年子女及其法定代理人於收養關係成立上之地位，謂僅以收養人單方收養之意思及自幼撫育之事實，即得成立收養關係。

(四)基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受保障，被收養人應有決定是否與他人成立養親子關係之自由，其與他人成立收養關係身分契約之主體地位及身分形成意思，應受保障與尊重。又國際聯盟於西元1924年9月26日通過之日內瓦兒童權利宣言，明揭全世界所有人均應承認人類負有提供兒童最好福祉之義務；聯合國大會於西元1959年11月20日決議宣布之兒童權利宣言，於原則二揭示：「兒童應受到特別保護，並應通過法律和其他方法而獲得各種機會與便利，使其能在健康而正常的狀態和自由與尊嚴的條件下，得到身體、心智、道德、精神和社會等方面的發展。在為此目的而制定法律時，應以兒童的最佳利益為首要考量。」明示處理兒童相關事務，應以兒童最佳利益為優先考量，此於收養幼年子女，亦得資為解釋法律之參考。我國之收養，多發生在被收養者之幼年，未滿7歲之未成年人雖無意思能力，然解釋上應認得由其法定代理人為意思能力之補充，例外承認身分行為得為代理，以務實解決此一幼年收養之問題，俾保障幼年子女契約主體地位及身分形成意思，暨其最佳利益。

(五)再者，19年民法制定前，大陸地區舊律、舊慣，及臺灣地區民事習慣，均認收養為身分契約；74年修正後民法第1079條第2項之規定，亦明認收養係身分上契約，介於其間之19年民法，關於收養之法律性質，自應為相同之解釋：1.我國舊律所定擬制之親子關係，主要者有二：一為立嗣，一為收養，二者目的不同，立嗣所以承宗，要件嚴格，嗣子之地位與親生子女同；養子之要件較嗣子寬，待遇則與親生子女異。19年民法所定收養制度，實將二者熔於一爐。依大理院5年上字第269號判例：「無子立嗣，除應遵守律例規定外，並須由承繼人與被承繼人雙方表示同意，方能發生效力；……」，足見立嗣為契約行為。又自清末至19年民法制定前，我國曾依國情、舊律、舊慣，並參仿外國法制，多次擬訂民律草案，其中完成於清宣統3年之大清民律草案及民國4年之民律親屬編草案，均採嗣子制，分別於各該草案之第78條第2項、第81條第2項明定年在15歲以下為人嗣子者，得由其父母代為允許；14年民律第二次草案兼採嗣子制及養子制，於第七節養子第167條亦明定年在15歲以下為人養子者，得由其父母代為允許。均以立嗣或收養，為身分契約，年在15歲以下未成年人子女被收養時，得由其父母代為允許。另依身分法學者戴炎輝之研究，中國收養制度之實質要件，應有生家與養家之合意，通常情形，由本生父與養父訂定；本生父已死亡或不在，由本生母為之（見氏著，《中國身分法史》，第91頁，司法行政部印行，48年12月初

版)。學者吳歧亦謂：「我國關於立嗣，乞養異姓，收養棄兒，多在被收養者之幼年，由其尊親屬代表，……，為攸久慣行，民法亦仍襲之。被收養者為幼少者，由其法定代理人直接為收養契約之當事人。」（見氏著，《中國親屬法原理》，第183頁，36年4月滬初版）。可見大陸地區舊律、舊慣，立嗣或收養，均為契約行為，幼少被收養，如其有法定代理人者，須經其為意思表示。2.臺灣地區收養習慣，自前清時代、日據時期至光復後，均認收養為身分契約，光復後臺灣地區之收養年幼者為養子女，實際上仍以養父母與生父母之合意而收養（《臺灣民事習慣調查報告》，第169至170頁，法務部編印，93年5月6版）。足見19年民法制定前、後，臺灣地區收養習慣，收養年幼子女，仍為身分契約之性質，須有養家與本生家之合意。3.74年修正後民法，參照同法第76條，於第1079條增訂第2項規定：「未滿七歲之未成年人被收養時，由法定代理人代為意思表示並代受意思表示」（見該條立法理由）。明定收養係身分上契約，未滿7歲之未成年人無意思能力，應由其法定代理人代為並代受意思表示，以為意思能力之補充。介於其間之19年民法，就此雖無明文規定，惟在修正施行前發生之未滿7歲未成年人被收養，仍應作相同解釋，以保護幼年被收養子女之利益，並維持收養之性質為身分契約理論之一貫性。

(六)19年民法關於收養，係採放任主義，於收養關係之成立，未如74年修正後民法採行法院許可等之監督機制，倘認收養為單獨行為，得因收養人單方收養之意思及自幼撫育之事實成立收養關係，否定幼年子女之契約主體地位及身分形成意思，排除其與法定代理人於收養關係成立上之地位，不僅與保障兒童尊嚴與利益之價值有違，且所為立論悖於收養為身分契約之性質，與大陸地區舊慣及臺灣地區收養習慣不符，亦使偷抱或拐帶他人年幼子女者，經一段撫育事實，即成立親子關係，應不可採。

(七)本院判決雖有採單獨行為說者，惟19年民法制定前、後，大陸地區舊律、舊慣，及臺灣地區收養習慣，均以收養為身分契約，收養年幼者為養子女，如該子女有法定代理人，且事實上能為意思表示者，實際上仍以養父母與生父母之合意而收養，有如前述，即國人收養年幼子女之慣行，於其有法定代理人，且事實上能為意思表示時，實際上均與其本生父母之合意為之，本案法律爭議採取契約說，符合國民慣行。再者，能否以自幼撫育之事實，推認被收養子女之法定代理人已為同意之意思表示，或被收養子女於年滿7歲具意思能力後已為同意收養之意思，係屬具體個案事實認定問題，應由事實審法

院於具體個案兼顧身分關係安定及子女最佳利益，為公平之衡量。

(八)綜上，民法第1079條於74年6月3日修正公布前，以收養之意思，收養他人未滿7歲之未成年人為子女者，如未成年人有法定代理人，且該法定代理人事實上能為意思表示時，應由其代為並代受意思表示，始成立收養關係。

【相關法條】

民法第1079條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！