

108 年度台上大字第 1719 號裁定不同意見書

本件裁定主文認為應由法定代理人代為並代受意思，始成立收養關係，本席不同意。理由如次。

一、民國 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。嗣雖修正刪除但書之規定，並於同條第 2 項增訂：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，惟但書仍規定無法定代理人時，不在此限。立法理由並說明收養未滿 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意思表示或代受意思表示，應設例外規定。及至 96 年 5 月 23 日始以「但書之除外規定造成被收養者無法定代理人時，其收養程序過於簡略，對未成年人之保護未周，為保護未成年人之利益，在未成年人無法定代理人之情形，應先依民法親屬編或其他法律之規定定其監護人為法定代理人，以杜弊端」為由，刪除但書之規定。由以上之立法沿革，可知收養之要件，係隨國家制度之建立（如法院認可、為未成年人定其監護人）而有所差異，74 年 6 月 3 日修正之民法第 1079 條既仍承認於無法定代理人時，無須由法定代理人代為並代受意思表示，可見修法後，仍肯認收養關係之成立，非以契約為限。

二、本件法律爭議係有關 74 年 6 月 3 日修正前之民法第 1079 條但書

如何解釋之問題。而適用舊法規定之收養關係，距今至少超過 30 年，於實務上不乏有收養人及被收養人均已死亡，而由後代子孫出面爭執者，即原屬親屬法之議題已偏移至繼承法領域。基於該收養關係已成立數十年，人倫秩序之安定性應優先被考量，此與在法律概念上是否應將未滿 7 歲之被收養人納為契約當事人，更見重要。修正前民法第 1079 條僅規定收養子女，應以書面為之。但自幼撫養為子女者，不在此限，未有應由法定代理人代為並代受意思表示之明文；再因身分行為不得代理，乃身分法上之大原則，學說及甚多實務乃認為自幼撫養未滿 7 歲之未成年人為子女，係以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，以建構無行為能力人被收養，何以仍可有效成立收養關係之理由。採裁定主文見解者雖謂該條但書僅係規定無須以書面之形式為之，非認無須由法定代理人代為或代受意思表示。但如謂收養關係之成立，均須由法定代理人代為並代受意思表示，則其訂立書面毫無困難，特將自幼撫育之情形除外，理由何在？是本席認為舊法規定以書面為之，係指原則上應由當事人成立書面之收養契約，但書所稱「不在此限」，自指於但書情形，得不以契約之方式成立收養關係。上述學說及實務之見解，應有所本。

三、至於未滿 7 歲之未成年人被收養，而有法定代理人得為意思表示時，其收養應得法定代理人之同意，自屬當然。蓋收養應經父母同意係基於父母子女身分關係之本質使然，此與有關法定代理人所為代為、代受意思表示，係對於未成年人能力之補充，有所不同（參見現行民法第 1076 條之 1 立法理由）。實務見解中有認以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，無須經其父母同意，尚欠妥適，應予修正。採自幼撫養未滿 7 歲之未成年人為子女，經父母同意即可有效成立收養關係之見解，在本生父母對於子女自幼出養不予聞問之情形，大多可認其已默示同意，既可避免長久存在之收養關係因未由法定代理人代為並代受意思表示而被判定不成立，亦可兼顧父母子女之利益。

最高法院民事大法庭法官高孟焄

本院 108 年度台上大字第 1719 號裁定部分不同意見書

- 一、親子關係是發生在父母與子女間，因互動而形成的一種人際關係，重在家庭生活的相處，以及從幼年撫養到老年照護的維繫。
- 二、立法者於民國 74 年增訂民法第 1079 條第 2 項前段「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」的原則規定時，雖然認為身分行為於例外時，可以代理；惟同時也有「但無法定代理人時，不在此限」的但書例外規定，可見立法者針對未滿 7 歲未成年人被收養而無法定代理人的情形，特別規定無須由法定代理人來補充未成年人意思能力的不足，即可認為收養成立並生效。此項但書規定所示的法理，於本件提案法律問題的評價上，允宜有一定程度的類推適用空間。即在法定代理人不知情或知情而不為任何反對表示下，任由未滿 7 歲未成年人被收養，縱使缺少該法定代理人的意思能力補充，於該未成年人被收養時，即與收養人成立親子關係。
- 三、基於誠實信用原則、信賴保護原則而生的法安定性原則，在一般社會生活的規範上，有其適用的必要；在親子關係的維繫上，尤其重要。立法者在 96 年修訂民法第 1063 條第 2 項時，即使賦予子女否認婚生推定的權利，仍有「子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後二年內為之」的規定，應係本諸社會生活關係及法秩序安定，所為的立法選擇。即認為親子身分關係的長期安定及發展，也是必須加以維護的重要法益。此項規定所示的法理，於本件提案法律問題的評價上，亦宜類推適用。即任由未滿 7 歲未成年人被收養，未成年人就該已成立的親子關係，如未於成年後 2 年內提起確認親子關係不存在等訴訟，可認為該收養關係將繼續存在。
- 四、本件提案的法律問題，固然是以「.....如該子女（未滿 7 歲未成年人而由他人以收養意思自幼扶養）有法定代理人，且事實上無不能為意思表示者」為前提，惟本件裁定主文諭知「.....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」，似未充分考量社會現象多元存在的現實，而未於主文中有例外排除的示釋，其理由中亦未論及 74 年增訂民法第 1079 條第 2 項但書規定的解釋適用原則，即一概認為須由法定代理人補充意思能力的不足，收養關係始能成立，恐引起法律適用的疑義，並有侵蝕長期穩定形成的親子關係之虞，自有未宜。

最高法院民事大法庭法官沈方維

108 年度台上大字第 1719 號裁定不同意見書

本院大法庭就 108 年度台上大字第 1719 號提案，於中華民國 109 年 7 月 31 日所為裁定主文「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」，本席不能苟同，爰提出不同意見如次。

- 一、按收養非從己身所出之未成年人為養子女，如該未成年人親生父、母尚存，應得被收養之未成年人（下稱被收養者）尚生存之親生父、母同意（民法第 1076 條之 1 第 1 項前段規定參照），此項同意係被收養者親生父、母同意在其子女被收養（出養）期間暫時停止與親生子女間親權等關係，為親生父、母固有權利。
- 二、收養契約存在於收養者及被收養者間，即收養者與被收養者間有成為養父母子女關係（身分契約）之一致意思表示，被收養者之親生父、母雖有同意子女出養與否之權利，但仍非收養契約之當事人，自不得僅因親生父、母同意，即認收養契約已然成立。
- 三、我國民法係以被收養者年齡是否滿七歲為區別被收養者有無為收養契約行為能力之標準，被收養者如已年滿七歲，有自為收養

契約之行為能力，但法定代理人仍有同意子女出養與否之權利（民法第 1076 條第 2 項）。

四、被收養者如係未滿七歲之未成年人，無自為收養契約之行為能力。

於此情形，如何補充該被收養者成立收養契約之能力？屬立法技術之問題。74 年 6 月 3 日民法第 1079 條第 2 項（嗣於 96 年 5 月 23 日改列為同法 1076 條之 2 第 1 項）增訂「被收養者未滿七歲時，應由其法定代理人代為並代受意思表示」。係立法者針對未滿七歲未成年人收養契約能力補充之規定（見民法第 1076 條之 2 修正理由四），並於 96 年 5 月 23 日增訂第 1079 條之 4，明訂對於違反「未滿七歲之未成年人被收養時，由其法定代理人代為意思表示並代受意思表示」規定之收養應屬無效，此等立法是否妥適，固有討論空間，惟無論如何，此等新增加之規定，依民法親屬編施行法第 1 條所訂關於親屬之事件不溯及既往原則之規定，對於 74 年 6 月 3 日修正前成立之收養關係並不適用，亦即在 74 年 6 月 3 日以前，被收養者如係未滿七歲之未成年人，法律並無應由法定代理人代為並代受意思表示之明文規定，甚至在 96 年 5 月 23 日之前，亦無未經法定代理人代為並代受意思表示之收養係屬無效之規定，則在 74 年 6 月 3 日以前，被收養者為未滿七歲之未成年人，應

不排除以其他方式補充其收養契約行為能力之情形（例如被收養者年滿七歲後相當期間內，未為反對收養之表示等）。

五、依本裁定主文文義，在 74 年 6 月 3 日以前，被收養者為未滿七歲之未成年人，如未經其事實上能為意思表示之法定代理人代為（出養）、代受（被收養）意思表示者，該收養關係自始不成立（依現行民法第 1079 條之 4 規定應屬無效之收養），勢將造成原來已經穩定之人倫關係動搖（例如本件丁男自 53 年 2 月 10 日起撫育丙女，丙女向未反對，直至乙男 96 年死亡，始以被收養時未經乙男代為並代受意思表示，收養自始不成立為由，訴請確認與乙男間親子關係存在），衍生相關訴訟（遺產之繼承、收養者支出之撫育費是否得依不當得利規定請求返還？有無不法原因給付等問題），是否妥適？值得再行斟酌。

最高法院民事大法庭法官鄭傑夫

最高法院民事大法庭 108 台上大字第 1719 號裁定

部分不同意見書

壹、部分不同意見部分

本件裁定主文「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」。本意見書提出部分不同意見，認應修正為「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。法定代理人意見不一致，得由法定代理人一人本於未成年子女之利益為之。法定代理人之代為並代受意思表示，得因身分上養親子事實狀態之持續，推認其已有該代為代諾之默示意思，視為已為意思表示。被收養之未成年人滿七歲者，有為被收養人之真意者，溯及於被收養時發生養親子關係」。

貳、本意見書之前提條件

本提案基礎事實，並不明確，本意見書以如下之前提為條件：

一、本提案法庭因認相同基礎事實，本院另案判決所持法律見解，認為未滿七歲之未成年人收養，得因收養人一方單獨為收養之意思表示而成立（下稱單獨行為說），惟本提案法律見解，主張須經法定代理人代為並代受意思表示，始能成立（下稱契約說）。因此無論係採單獨行為說或契約說，本提案之前提要件，收養人一方須有收養他人未滿七歲未成年人為女之意思表示。

二、本提案基礎事實。甲（生母）與乙（生父）未婚生丙（被收養人），乙有自幼撫育丙之事實。其後甲帶同年僅 3 歲之丙與丁結婚，甲與丁，將丙登記為「長女」。提案事實並未載明「長女」，係指向戶政機關申報為「婚生女」，或「養女」。依提案之法律爭議所載，係請求本大法庭就有關收養之成立要件為裁定，本意見書之論述，即以本件係指「收養」，或「轉換為收養」之成立要件，作為說明對象。否則所指「長女」登記與事實不符，乃登記錯誤

之申請更正戶籍記載即足。又甲、丁如主張丙係其婚生子女，為丙所否認，則屬甲、丁、丙有無提出婚生否認之訴，或訴請確認丙、丁間親子關係不存在問題。惟核本提案基礎事實，本件係丙對乙之繼承人訴請確認乙、丙間親子關係存在訴訟。職故，提案所指之登記為「長女」，及提案庭之真意，本意見書以「丙、丁間之收養契約須否經甲、乙二人共同代為並代受收養意思表示，收養契約方能成立」，作為論述之前提。

參、本意見書理由

一、典範變遷或法規範再度確認

民國 19 年民法親屬編第 1079 條原規定，「收養子女，應以書面為之。但自幼撫養為子女者，不在此限」；74 年 6 月 3 日本法修正，同條第 1 項修正為「收養子女，應以書面為之。但被收養者未滿七歲而無法定代理人時，不在此限」。並增訂第 2 項，「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。但無法定代理人時，不在此限」。同時立法首次引進「收養許可制」，藉由國家監督機制，以防收養弊端，並確立收養制度以未成年人之利益為指導原理，宣示收養之「為子目的」。

本件大法庭裁定主文所持理由（下稱多數說），無非以：親屬法第 1079 條未滿 7 歲之未成年人之收養（下稱此類型收養），74 年修法後（下稱修法後），因增訂同條第 2 項，此類型收養「由法定代理人代為意思表示並代受意思表示」，為修法前原第 1079 條所無，惟仍應作相同解釋，未經法定代理人代為並代受意思表示者，收養契約不成立（裁定主文）。

本意見書認為：法規範文義因修法而有不同，關涉法規範變遷之有無，理解方法固不以文字形式為限，應探究規範之實質內容，包括規範之構成要件、法律效果，甚或規範適用之時間、對象範圍。實質內容如有更迭者，即應以規範變遷視之（典範變遷）。

本條修法前後，無可爭議的，確有文義上及規範體系之差異。依多數說之見，修法前之此類型收養須經法定代理人代為並代受意思表示，則修法之價值意義，僅是立法者再次宣示「法定代理人之代為或代諾，是收養成立不可欠缺之實質要件」而已，此要件乃自本法 19 年實施以來之一貫立場，修法無關典範變遷，修法前之此類型收養，未得法定代理人代為並代受意思表示者，收養關係不成立。

典範變遷有無之判定，最大意義在，凡於舊法適用時間範圍內，一般人民依舊典範生活而建立之法律關係，包括身分關係之法律效果必須被尊重，不能任依新法取代或否定，除非舊法秩序價值顯然違背正義，如平等原則，或背離人性尊嚴。

二、多數說之採代理說，依據為何之質疑

多數說之理由採代理說（代諾說），尚未提出充分依據。本意見書固認此類型收養關係之成立，以契約說較具說服力，但收養身分關係之建立，在自幼被收養情形，收養契約之成立，非有如一般財產契約，須具較大彈性與解釋空間，先此說明。

查19年立法時，此類型收養關係，立法者所持態度為何，並未見諸於文字說明，而大清民律草案是否為本法之前身，早具爭議，多數說亦未引以為據，本意見書亦略之。惟多數說如認立法時即採代代理制，尚嫌速斷。本法法制史料不多，查證困難，而參與當年立法之史尚寬先生個人著作，究係認採代理制，或無須經法定代理人代理，多數說之解讀與少數意見，截然不同，姑不引為論述依據。但從修法前後之法條文義、體系位置、實質內容以觀，參以修法後正式表達「為子目的」之收養觀，至少可以得到一初步概念，修法係「新收養制度之建立」，明確表達「未滿7歲未成年人之收養，由其法定代理人代為代諾」，惟是否為舊法所無，屬典範變遷，再申論如下：

第一、從法規範本身以觀，原第1079條顯係收養成立之「形式要件」（以書面為原則，但書為例外。但書是本文之例外或限制，本文既係形式要件，但書自應解為係形式要件）。換言之，修法前本項，不涉及收養成立之「實質要件」。修法後，本條第1項仍維持收養書面之形式要件，第2項則增訂「實質要件」（代為代受、無法定代理人時，不須由其代為代受）。再者，修法後正式引進法院許可制，及確立為子利益之收養。凡此種種，至少修法後收養制度，已涉及整體收養制度規範內容之實質更迭，不能排除係典範變遷，非如多數說以立法者再次確認須由法定代理人代理方能成立之解釋，而否定無任何例外情形可言。此論點，可由以下得到論證，亦即：修法後亦規定「無法定代理人者，不在此限」。蓋如以法定代理人代理為必要條件，則於無法定代理人時，亦應有其他替代機制，如家族會議、選任特別代理人等等，否則又如何代為或代受該未成年人為被收養之意思表示。

第二、再從各國有關收養成立之方式，作為對照。各國收養制度本有不同，收養之成立，並不一定非經法定代理人意思表示之參與為必要。尤其英美法系國家及部分大陸法系國家，採國家監督機制，法定代理人意思參與並非必要，同樣亦可成立收養契約。我國舊法既法無明文，又如何推斷未經法定代理人之代為並代受，收養契約不能成立？

第三、多數說立論，或謂未滿7歲之未成年人，身分法律行為基礎之意思能力—識別能力欠缺，又如何以自己之意思與他人建立收養關係。此論點前提必須是收養只能以契約方式成立，且係以明示之內心真意得以外在言語或文字方式表達為前提。但如前述，各國立法例，有不採契約制者，即便採契約制立法例，身分契約成立方式，並非不得以一定身分生活事實之存續而默示建立（養親子身分關係）（如後述）。

第四、多數說之論述，如為真正，則：凡無識別能力者之身分法律行為，均須由法定代理人代為，因此無識別能力者之結婚法律行為，亦可因法定代理人代為或代受意思表示而成立？無法定代理人者，因無識別能力，又無法定代理人，則無從以自己之意思與他人締結婚姻關係乎？

以無識別能力，作為身分法律行為必須要有法定代理人之代理行為，否則不能成立之說，理論基礎實有待商榷。此類型收養之成立方式，至多只能說是立法形成自由而已。換言之，主張修法前未經法定代理人之代為或代諾，收養契約不成立，理由尚屬牽強跳躍，有待補充說明。

第五、此類型之收養，如前述，英美法系與大陸法系不同，而同一法系，復有差異。主要差別可分二大類：即契約制，及國家機關參與制。採契約制者，此類型之收養（按德國指14歲以下，日本為15歲以下），收養契約之成立，法定代理人意思之參與方式有二，代為代諾制（代理制）與同意權制。此制亦有兩者兼具者。國家機關參與制，又分為法院許可制及行政機關許可命令制。再者，即便採契約制，現今各國為保護未成年被收養人，以防收養弊端，收養亦須經國家機關之許可。

何類型收養制度最為妥適，難一概而論，約略以觀，英美法制採國家監督制，大陸法系採契約制。美國多數州、英國養子法，法國完全養子法及普通養子法，則完全由國家機制決定收養之成立，法定代理人意思參與並不重要。而處戰亂或因重大變故致生大量孤、棄兒年代，國家機制較諸契約機制，更易於解決收養問題。由此可知，此類型收養關係之成立要件，本屬立法形成自由，法定代理人之意見參與及參與方式，並非收養契約成立之本質要素或必要條件。本法民國19年立法時，是否採契約制或國家

機制，如採契約制，是否即採代理制或同意制，凡此均須高度存疑。

第六、雖則本法立法，關於成年收養、滿7歲以上未成年人之收養，採契約制，因其已具備一定之識別能力。如未滿7歲未成年人之收養，因此解為亦採契約制，則仍須進一步思考，法定代理人意思之參與，究係「代理制」或「同意制」？兩者之要件、得否撤銷、是否失權等，均有不同。舊法之立法理由，因無片言殘章提及「契約制」，遑論「代理制、同意制」，今日之解釋又何能斷言，舊法係採代理制？日本昭和23年修法後之未滿15歲未成年人收養，採「代諾諾」。惟就代諾之性質為何，至今仍有爭議，其中不乏認係「同意制」說者。修法前之我國法，此類型收養關係之成立要件，又豈能斷言「未經法定代理人之代為並代受意思表示，收養契約不成立」，而非撤銷，又怎能排除僅能於一定期間內為撤銷權行使之可能性？況當法定代理人有二人以上，而意思不一時，究以何人意思為準，或須二人均有代諾行為，方能成立？

第七、收養制度之採契約制，或國家機制，除受各國文化傳統、法系因素影響外，與時代環境需求有關。如前述，處戰亂或重大變故年代，因大量孤、棄兒發生，以國家機制取代契約制更有利於處理未成年人之收養，且國家機制之介入，多係從未成年子女利益保護出發，實施契約制之結果，不一定有利於嬰幼兒之利益。多數說以契約制符合國際兒童權利公約，似非實情，國家公權力本於監護機制介入未成年人收養事件，方為現今兒童權利保護之主流思想。總之，19年立法背景之社會環境條件，此類型收養是否即採契約制，或有例外（例如向行政機關報備、戶籍登記即可成立），至少應予存疑。

三、法無規定者依習慣

由以上說明，此類型之收養，修法前本法不必然係採「契約制」，即便以契約制作為理解方式（本意見書同採契約說，但實質內容不同於多數說），亦未必採「代理制（代諾制）」；即便採代理制，亦不一定須同時經法定代理人之共同代理，方能成立收養契約。

從法規範所表達之文字形式、體系架構、修法後國家機制進入之採法院許可制（非行政許可命令制）以觀，至少可認修法前後實質內容已有更迭，涉及典範變遷。惟修法前，本法究採如何制度，本意見書同多數說，認係法律漏洞，法未明文。但不同於多數說，本意見書認應先依習慣非依所謂

法理。本案例情形，53 年丙、丁成立收養關係時，台灣當時社會成立收養之習慣為何問題。

本法於台灣有效施行後（脫離日本政府治理），迄 74 年本法修法期間，此類型收養之成立實質要件，因法無明文，可援當時台灣習慣作為解釋之依據，即適用民法第 1 條之規定，資以解決。民法第 1 條已明定，「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者依法理」。因身分關係秩序建立，早於法秩序存在，身分關係是特定人間本質結合，深受各國固有傳統文化影響，涉及人倫秩序，法秩序不能與之背離。身分法學者即謂「由身分到契約」，固為時代趨勢，惟身分關係仍有不能以契約成立（如有血緣關係之祖父母不能收養其孫），或變更（如約定由子女行使對父母之管教權）之固有領域。

身分關係除人倫秩序價值外，尚有身分法律關係須符合安定性須求。雖則收養法制度形成，與國家社會政策有關，不同時代背景，藉由法制度以因應不同環境須求，固應先承認立法形成自由，但當法制不足時，依當時共同現實社會所形成之習慣所建立之養親子身分關係，其效力同應受到肯定，不能任以新法秩序予以否認。因此，當法無明文時，求諸於當時社會之習慣，正符合身分法秩序關係建立之正當性，於民法第 1 條規範意旨，亦有尋得合法性依據。

四、本案例事實之當時台灣收養習慣為何？

（一）提案事由回顧

於說明社會習慣對身分關係建立之重要意義前，須先回顧本提案之基礎事實。被收養人丙生於 50 年，生父乙曾提供扶養費，有自幼撫育事實（提案事實）。53 年間（丙年僅 3 歲）因生母甲與養父丁結婚，由養父丁收養。74 年本法修正，生父乙於 96 年間死亡。丙於 104 年對乙之繼承人提出本件確認乙、丙間親子關係存在訴訟，距被收養時已逾 50 年。而提案庭認丙、丁之收養契約是否成立，與本案訴訟之判斷有關，因最高法院法律見解有歧異，因而提出本案。

（二）應依當年收養時台灣之習慣決定之理由

本法於 19 年實施，74 年收養制度大幅修正。無可置疑的，修法前後，

整體社會環境有鉅大變遷，台灣脫離日本治理後，至 74 年間之經濟發展、交通設施及戶籍登記制度之完善，自非 19 年在大陸制定本法時之社會環境可比。修法係應運新環境而立，修法前有關此類型收養之成立要件，要否由法定代理人代理，法無明文，惟依本法第 1 條規定，如適用台灣當時之習慣（法），於法有據。因此如當時有關此類型收養，台灣有一定習慣可考，且不背於善良風俗或強制禁止規定者，自應先適用台灣習慣決定其收養契約是否成立及有效性。

（三）本案尚缺 53 年時台灣地區關於此類型收養之習慣資料供參

多數說就當時台灣社會之收養習慣，要否由法定代理人代為或代諾一事，固提出台灣民事習慣調查報告為據（調查報告作成時間為民國 55 年分次作成）。報告指出，收養年幼者為養子女，「實際上以養父母與生父母之合意」。但調查報告所稱合意，應指生父母及養父母均能為合意情形，如達成合意之現實情況有實際困難時，如何解決，查無進一步記載。收養事件之實際情形，類型眾多，正常情況，年幼者之被收養，由生父母「作主」，乃當然之理，因此以契約說理解，並不背於常理。但特殊情況下之收養，如本案例係生母與生父無婚姻關係，生母帶同年僅 3 歲之丙與養父丁結婚，成為丁之養子女。依常理判斷，生父乙既曾提供生活費予丙，當知悉丙出生，由生母帶同與丁結婚，及丙已登記為丁之「長女」，脫離與自己之親權關係，凡此種種，自難以稱為其所不知。此類型之收養關係，依台灣當時收養習慣，要否再經生父之代諾，台灣習慣調查報告並未記載，本意見書認有再詳察台灣當時之收養習慣必要，再行決定。在台灣當年習慣不明情況下，本大法庭似不宜作出「凡法定代理人事實上能為意思表示時，即應由其代為並代受意思表示，始成立收養關係」之斷然決定，仍應保留特殊例外情形。如本案例，3 歲被收養人隨母婚姻締結，成為母之夫之養子女，如依當時情形，對幼兒言係最佳利益（子幼原則及獲得完整家庭照顧系統，生父長期未出面反對）時，須否再經生父共同代諾，始能成立收養契約，似非無詳加審酌空間，因此裁定主文應保留特殊例外情況，不以共同代諾為必要，以利具體個案法律解釋適用之彈性空間。

四、身分關係之人倫秩序、安定性特殊需求

（一）身分行為不許代理—人性尊嚴（人之主體性）

身分法律行為不許代理，原因在「人之生而為人」，是人格之主體性，身分關係如許以代理方式成立，無異於視身分人格為處分客體，不許代理即源諸於「人性尊嚴」，身分關係存否不容他人干涉，亦本此思維。觀諸本法修法後，仍維持滿7歲以上之未成年人，其收養關係成立，應親自為之（1079條3項），不得代理，正宣示養親子關係建立之親自為之。無可否認者，未達一定年齡未成年人之出養，已有若干立法例採代為代諾制（代理）。但此方式，係基於未成年人最佳利益之價值選擇，法理解釋上，並未改變其仍為收養契約之主體性，尚能符合人性尊嚴基本要求，但畢竟仍屬例外，不能將之解為係代未成年人處分其身分關係（作為處分客體）。

人性尊嚴，養親子身分關係建立，養子女之身分主體性不變，與養家之身分關係，包括養家之家族成員之輩分、親等、受身上及財產上照護權、繼承地位（修法後之應繼分），正如同其處於本生家。養親與養子女之人格相互關係，亦係本質結合，如同婚生子女；第三人之身分（如養兄弟姐妹關係成立）或財產（如應繼分減少、相互扶養權義）縱受有影響，亦毋庸得其同意始能成立；第三人亦不能任意干涉。因收養關係成立受有不利影響者，法律已特別賦予其干預權限（如否認權或撤銷權），須依特別規定行使權利；非法律特別授予干預或反對權之人，就他人間養親子身分關係存否之確認，亦受最後手段原則限制。其法理基礎均源諸於人性尊嚴。

（二）人倫秩序與法安定性需求，及身分生活事實所表彰之身分關係

正因為養親子身分關係之本質結合，身分關係之持續，與一般財產契約成立生效後，係契約義務履行（目的性契約），自有重大差異性，身分契約無所謂義務履行完畢後法律關係即告終結問題。又養親子身分關係，係身分人共同營求符合彼此間身分之生活關係，除具高度人倫秩序性外，與所處環境及周遭之人，有對世性，身分關係之統一確定與法安定性之須求，有其必要。凡此特殊性格，與財產關係截然不同。本於養親子身分關係所建立之人倫秩序，即使於養親子關係廢止後，仍然部分持續著。養親子之身分生活事實，既與第三人交易有關，本此建立之人際網絡，亦藉由社會生活事實之發展而延伸，身分生活事實，即具有身分關係存否之辨識機能作用，係一種身分關係之公示公信方法或表徵。因此「身分的生活事實」，

其持續狀態反而較諸於收養契約成立之那一瞬間，更具公示公信力。加以公權力作用，如戶籍登記制度之背書作用，養親子間之身分關係存否，因身分關係社會生活事實而表彰顯漏，因而養親子身分關係之締結，執法者必須予以正視，並承認其有效性，甚至更應成為判斷養親子關係成立與否之重要依據。

此種身分關係生活事實，於實親子間亦然，母子身分關係成立，係因出生事實，非因法律行為（契約締結）建立，與生父之親子身分關係，係因受推定之父與生母有婚姻關係存在之事實狀態而建立，非因生母與生父結婚法律行為那一剎那之故。據此可以說明，縱將收養成立解為係「契約」法律行為，亦須重視養親子共營身分生活事實狀態之持續，得成為養親子身分關係成立之依據。此即日本身分法學大師中川善之助教授所言「身分的生活事實」，得以補正或追認身分效果意思表示欠缺之重要理論基礎（詳請參看氏著，身分法の總則的課題，211頁）。

（三）身分效果意思與身分生活事實之關係

本意見書須再次重申，身分生活事實持續狀態，對未滿7歲未成年人之收養身分關係建立之重要機能。

如前述，身分法律關係之成立，與財產上法律關係之不同，一為本質結合關係，一為目的性關係。兩者在法律關係成立之時間點，亦有不同。財產關係之成立生效否，原則上定諸於法律行為成立時（訂立契約時）；身分法律關係成立生效否，因其身分關係係持續性進行，無所謂因契約履行完畢，契約目的完成而終了問題，因此得因一定身分關係事實狀態之持續而成立，所謂「要約與承諾」，非特定時間點，係一種延伸面。身分關係成立始點之要件即使欠缺，身分關係人未為反對，並以該身分關係持續營運身分生活事實，如未抵觸強制禁止規定或善良風俗者，本於人倫秩序與法安定性原則，該身分關係亦應被承認。此類型（未滿7歲）之收養，即使採契約說、代理說，如養親子間該身分生活事實，符合該身分關係而持續進行，法定代理人亦明知其情事，未為反對，或因自己行為足以顯現其默許之意，或未成人年齡已滿7歲以上，符合自己成立收養契約要件，並有持續養親子身分關係之生活事實，亦應解為養親子身分關係之確立。

其實，因共營身分生活事實，而可被承認其身分法上效果者，在不違背善良風俗或強制禁止規定下之「事實上夫妻」（欠缺法定形式要件），並非不

得享有一定之身分上及財產上之法律效果，為學說普遍承認。再如「童養媳」與養父母間身分關係之轉換為「養女」，早已成為我國實務之慣例，均為適例。

五、同意權與代理權概念意義不同

（一）代為代諾與親權內容之同意權，性質及意義不同

父母為未成年子女之親權人，是權利義務之行使及負擔。親權概念意義、具體內容，是基於為親者自己固有權，目的在保護未成年子女身分上及財產上之利益。未成年子女之出養，除涉及未成年子女之利益外，同時是停止與本生父母之親權關係，因此父母得本於自己之親權，行使親權內容之「同意權」。

再如前述，身分關係基本法則，身分行為不得代理，是「人之所以為人」主體性之人性尊嚴，此種主體性不得為處分客體，因此身分人格之改變，須由身分人自己決定，不容他人以代理方式決定或補充。未滿7歲未成年人之出養，立法例之採法定代理人代為代諾制，是例外，目的在維護未成年子女利益，在不失其仍為收養關係主體性，及以其最大利益前提下，並不悖於人性尊嚴。因此，所謂代理代諾，不乏權威學說認為，其實是「同意權」之意。又因此種代為代諾並不使未滿7歲之未成年子女主體性喪失，解釋面，當解為：縱然未得法定代理人之代理或代理有瑕疵，當其滿7歲以後（我國法），仍得由自己之被收養意思予以補正或追認。而法定代理人之代為代諾有無效或得撤銷原因者，亦容許由有效為代理之人為補正或追認。凡此均屬該被收養人之主體性之故，屬人性尊嚴。

未成年人身分法律行為，須經法定代理人之「同意」，係基於保護目的之親權概念。未年人之身分法律關係，未得父母之同意之撤銷，係父母行使自己之撤銷權，要非身分法律關係之不成立。而親權之行使，禁止親權之濫用，且須符合誠信原則。

（二）被收養人之主體不變，未成年人利益維護是收養制度存在目的，代諾只是手段

多數說已然注意親權（同意權）與身分行為之代理，兩者之不同。但就

代理之實質意義，似仍建構在財產法律行為之概念下，並以收養成立之該時間點，作為判斷「代為代諾」之有無欠缺，因而謂此類型之收養，「應由其（法定代理人）代為並代受意思表示，始成立收養關係」，未進一步思考：代為代受之本質（人性尊嚴）、主體性不變、身分生活事實之持續、被收養人滿7歲後得本於自己被收養意思補正或追認代理之欠缺，以及當有代諾權者之意見不一時，作為主體性之被收養人，有最終決定被收養成立生效否之主體權。而此類收養關係，涉及被收養兒童擁有兒童權利公約及眾多人權公約所賦予之利益須被保護之基本人權。而兒童權利公約及本法修法後之收養法，未成年子女最大利益保護，始為收養制度存在之真正價值。換言之，收養制之價值，不在維護法定代理人之代為代諾權，令未滿7歲未成年人，擁有完整家庭制度保護及受父母照護之機會，方為收養目的本身。

多數說強調，未經法定代理人代為代諾，收養契約不成立，非無有將代諾權（手段）價值凌駕於未成年人利益（目的）之嫌，甚或以未成年子女身分關係，以「權利客體」視之意味。

（三）複數法定代理人意見不一，應以子女利益為判準

此類型之收養關係，被收養人法定代理人有二人以上，且意見不一時，如何解決，即應回到前述之主體性及利益歸屬未成年人一方之基礎上，代為代諾，僅在維護未成年子女利益之手段而已。此正如同國家機制之介入（法院裁定、行政許可命令）可取代契約制一般。本意見書並不否定，收養關係之代為代諾，原則上應共同為之，且無財產法所謂善意保護適用問題。但當父母一方行方不明、不能表意，或有其他特殊情事，如僅由一人單獨為之，可藉以維護未成年人之最大利益時，仍可逕認為收養契約不成立或不生效乎？日本最高裁判所昭和23年11月12日判決，同認為如有特殊情況出現時，非不得單獨由一方為之。

以子女利益作為規範解釋基準，則本件提案基礎事實，丙之被丁收養，顯係經生母甲之代為並代受，縱未經生父乙之代諾，即得謂收養契約不成立乎？如收養契約成立是符合丙最大利益，要否保留有不同結論之解釋空間？尤其，生母未與生父結婚共組家庭，帶著年僅3歲之丙與丁締結婚姻，由丁收養之，從被收養人之利益角度觀察，最大利益除得繼續由生母照顧（子幼原則）外，並可獲得養父家庭之照護扶養，而擁有完整家庭照護系

統，能謂不利於被收養人乎？而生父既知該事實（依常理應無不知之理），直至 96 年亡故時，如未曾為反對表示，或從無任何本於親權關係，以同意權或代諾權欠缺為由提出撤銷訴訟或相關確認訴訟，則是否無權利失效，禁反言之解釋空間？案例事實，如逕以丙與丁之收養未經乙代諾而不發生養親子身分關係，對 3 歲之丙言，真能認係最為有利情況乎？

再者，被收養人丙以養親子之身分生活事實持續至生父乙亡故後，始提起本件確認與生父間親子關係存在訴訟，已逾半世紀之久，則那段半世紀與養父丁之養親子身分關係之歷史事實，難道還能一筆抹銷，不足以充足或補正法定收養要件之欠缺？當被收養人年滿 7 歲（不須法定代理人代諾），甚或滿 20 歲後（毋須經法定代理人親權之同意），仍以養子女身分關係，持續與丁以「父女」相稱，以子女身分隨侍在側，以嚴父身分殷殷叮囑或苛責在耳，此種養親子身分生活關係之持續，難道還不能解為已足以補足 3 歲時未經生父乙代諾要件之欠缺？

五、誠信原則

誠信原則亦為身分法律行為成立生效否，法規範解釋之基準。本提案之解答，有無誠信原則之適用，似應併予注意及之。併此敘明。

中 華 民 國 109 年 7 月 31 日

最高法院民事大法庭法官 魏大曉