

論修正後之收養法

郭振恭*

摘 要

民法親屬編於 2007 年 5 月 23 日修正公布，其中關於收養部分，修正條文多達 24 條，影響收養法全部之內容，殊值重視。本文就收養法上之收養要件、收養之無效與撤銷、收養效力等部分，依新法規定為完整之說明，並就新法內容為評述。

新收養法特別重視未成年人最佳利益之收養，又明定收養效力發生之時點，並為解決舊收養法之若干適用上之疑義，作若干明確之修正，殊可肯定。惟依新收養法仍有不少於未來立法宜為補充者，例如：夫妻共同收養，於例外情形，許一方單獨收養，惟效力應不及於他方，此宜明定之；夫妻得否共同被收養，立法上宜為斟酌；宜增列收養意思之欠缺為收養無效原因之一；養子女之稱姓於何種情形得維持原來之姓，有待為補充之規定。

* 現任：中原大學財經法律學系教授
經歷：國立高雄大學法律學系教授兼系主任

Discussion on New Adoption Law

Kuo, Jen-Kong

Abstract

In May of 2007, the corrected family section of the Civil Law Code was used to correct the unseasonable part of the Adoption system. This article is built upon analyzing and examining the New Adoption Law.

Part I discusses the substantial requisites of adoption. Part II presents the formal requisites of adoption. Part III is used to analyze the nullity and annulment of adoption. Part IV examines the effect of adoption. Part V offers a solution to the problems arising from the New Adoption Law.

Keywords : Substantial Requisites of Adoption, Formal Requisites of Adoption, Actual Intent of Adoption, Admitted of to Adoption, Joint Adoption of the Spouses.

論修正後之收養法

郭振恭

目 次

壹、前言	
貳、收養之實質要件	
一、須有收養意思之合致	
二、須收養者與被收養者之年齡有適當之差距	
三、須非近親及輩分不相當親屬間之收養	
四、夫妻收養子女應共同為之	
五、須非一人同時為二人之子女	
六、夫妻之一方被收養應得他方之同意	
七、子女被收養應得其父母之同意	
八、收養或被收養須非被詐欺或被脅迫	
參、收養之形式要件	
一、應作成書面	
二、向法院聲請認可	
肆、收養之無效與撤銷	
一、收養之無效	
二、收養之撤銷	
伍、收養之效力	
一、收養發生效力之時點	
二、親子關係之發生	
三、養子女與本生父母及其親屬間之關係	
四、養子女之從姓	
六、結語	

關鍵字：收養之實質要件、收養之形式要件、收養之實質意思、收養之認可、夫妻共同收養、養子女之從姓

壹、前言

民法親屬編之修正經立法院於 2007 年 5 月 4 日第 6 屆第 5 會期第 11 次會議通過，並於同年 5 月 23 日公布。此次修正涉及結婚、離婚、子女稱姓、婚生子女與非婚生子女、收養，親權。其中又以收養之修正，範圍最廣，修文多達 24 條，影響收養法之全部內容，本文擬就其中關於收養之要件、無效與撤銷、效力等部分依修正後之規定為完整之說明，並就新、舊法之內容為比較及評述。

貳、收養之實質要件

一、須有收養意思之合致

此一要件雖無明文，但收養為發生養親子關係之身分行為，自須當事人間收養意思之合致，此由民法第 1076 條之 2 第 1 項規定，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，益為明瞭。是故，收養行為須為有意思能力之收養人與被收養人間意思表示之合致。至當事人間欠缺收養意思者，其收養為無效，另如後述。

因收養為法定要式行為(民 1079 條第 1 項)，則所謂收養意思亦有形式意思與實質意思之分¹。實質意思說，認當事人須有創設社會通念上親子關係之意思合致，因此通謀虛偽之收養為無效。形式意思說則以踐行收養法定方式之意思合致，為收養意思合致，即以表示意思為準，認通謀虛偽之收養為有效。我國學者對收養意思雖少為實質意思與形式意思之區別，但均認當事人須有發生親子關係之意思，故為其他目的而假借收養形式者，應認其無收養意思，其收養為無效；又前司法行政部台 42 公參字第

¹ 關於收養意思有形式意思說與實質意思說之區分，於現行法收養意思應以實質意思說為據，詳請參照拙著，論虛偽之身分行為，台大法學論叢 25 卷 1 期，頁 385-389，1995 年 10 月。

2970 號函亦以當事人之收養另約定不履行收養之義務者，其收養為無效。足見均認收養意思應採實質意思說。日本於判例及通說對收養意思均採實質意思說，以虛偽之收養為無效²。由於現代收養法正視收養制度之看護機能，考慮養子女之利益，尤其強調未成年養子女之最佳利益(民 1079 條之 1)，現代之收養自須當事人有創設親子關係之實質意思合致，難以容許假借收養形式而遂行其他目的之虛偽收養。從而，收養意思之合致，應為實質意思之合致。

被收養人未滿七歲者，因無意思能力，其被收養時，應由其法定代理人代為並代受意思表示，有如前述，此乃身分行為不得代理之例外。滿七歲以上之未成年人被收養時，應由其本人自為意思表示³，但因其思慮尚有未周，且其出養為他人之子女並涉及本生父母之權益，故其被收養，應得其法定代理人之同意(民 1076 條之 2 第 2 項)。

二、須收養者與被收養者之年齡有適當之差距

養父母為養子女之直系血親尊親屬，負擔父母對子女之各種義務，收養者與被收養者之年齡自須有適當之差距。是故，收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上(民 1073 條第 1 項本文)。惟此一原則，有下列二例外：(1) 夫妻共同收養時，夫妻一方長於被收養者二十歲以上，而他方僅長於被收養者十六歲以上，亦得收養(同條項但書)。(2) 夫妻之一方收養他方之子女時，應長於被收養者十六歲以上(同條第 2 項)。

上開二例外為新法所增訂，乃斟酌釋字第 502 號解釋意旨，認夫妻共

² 參照中川淳著，親族法逐條解說，頁 290-291，日本加除出版，1992 年；遠藤浩等編集，民法(8)親族，頁 214-215，有斐閣，2002 年。

³ 民法以未滿七歲者，概無意思能力，故其被收養，應由其法定代理人代理該收養行為；七歲以上之未成年人，如有意思能力，得自行為收養行為，惟尚須其法定代理人之同意。宜注意者，七歲以上之未成年人，如無意思能力，其收養行為仍屬無效，並非七歲以上之未成年人，概有出養之意思能力。又，上述收養行為之代理權及同意權，舊法規定於第 1079 條第 2、3 項，即原規定於第 1079 條收養形式要件之條文內，新法以其屬收養之實質要件，移到於第 1076 條之 2 第 1、2 項。

同收養子女或夫妻之一方收養他方子女時，養親子間年齡相距二十歲之規定，應有彈性，以符實際需要，再參酌民法規定結婚最低年齡為十六歲，即滿十六歲之人始得結婚並有養育子女之能力，且台灣地區習俗亦於十六歲舉行成年禮，為此於上開二種情形將夫妻一方與被收養者之年齡差距減為十六歲(參照修正理由之說明)。此一修正，符合社會生活之現況，自無不合。

三、須非近親及輩分不相當親屬間之收養

民法為維持倫常，並考慮婚姻及家庭生活之美滿，於第 1073 條之 1 明定，下列親屬不得收養為養子女：(1)直系血親。(2)直系姻親。但夫妻之一方收養他方之子女者，不在此限。(3)旁系血親在六親等以內及旁系姻親在五親等以內，輩分不相當者。

舊法原規定，旁系血親在八親等以內，其輩分不相當者，不得收養為養子女，新法考慮民法第 983 條禁婚親規定於 1998 年修正時，旁系血親不得結婚之限制，由八親等以內放寬為六親等以內，乃配合修正為旁系血親在六親等以內，其輩分不相當者，禁止收養為養子女(參照修正理由之說明)。即七親等或八親等之旁系血親，不論其輩分是否相當，均已不禁止收養。新法縮減近親禁止收養之範圍，切合實際，可資贊同，惟近親間之收養，一般較受歡迎，立法論上仍可考慮再為放寬。

四、夫妻收養子女應共同為之

為維持夫妻之和諧及家庭之秩序，自以夫妻共同收養子女為宜。是故民法第 1074 條規定，夫妻收養子女時，應共同為之。所謂夫妻共同收養，指收養時有配偶者而言，如收養時並無配偶而後結婚者，除後來之配偶對該養子女另為收養外，其僅生姻親關係。惟夫妻共同收養之原則有二種例外情形(同條但書)：(1)夫妻之一方收養他方之子女。(2)夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年。有上開情形之一者，即為單獨收養。

查夫妻之一方收養他方之子女，因他方與其子女本有親子關係，無待

再為收養，由一方為收養即可，原已有明文。至夫妻之一方不能表示意思，他方得否單獨收養子女，原無明文，學者見解不一，新法增訂夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年者，他方得單獨為收養，符合實際需要，自屬正確。

所成問題者，於法許他方單獨收養時，經成立之收養關係，是否及於不能為意思表示或生死不明已逾三年之配偶？⁴ 因法無明文，有待分析。按夫妻共同收養子女，究為一個收養行為，抑為二個收養行為，不無疑義。日本現今之學說及判例認其為二個收養行為，即養父與養子女、養母與養子女間各別之二個收養行為⁵。我國學者亦有不同見解；有認夫之收養與妻之收養成為一體者⁶，即採一個收養行為之見解，另有認夫妻分別與養子女成立養親子關係，而為各別收養者⁷。按如就我民法上之夫妻共同收養，認其屬二個收養行為時，則夫妻一方不能為收養之意思表示者，他方所為收養，其效力自不及於該不能表示意思之配偶。惟我民法第 1079 條之 5 第 1 項(舊法 1079 條第 1 項)明定，夫妻應共同收養而未共同為之者，收養者之配偶得請求法院撤銷之，如經撤銷，夫妻與養子女之收養關係，均向將來消滅其養親子關係(民 1079 之 5 條第 3 項)；易言之，於撤銷收養之前，收養關係存於夫妻與養子女之間，準此，我民法上夫妻之共同收養為一個收養行為，而非二個收養行為。則此一問題尚待另為檢討。參酌日本民法舊第 796 條規定，夫妻之一方不能為意思表示者，他方得以雙方名

⁴ 學者對此提出質疑，認如夫妻之一方不能為意思表示，得由他方單獨收養，則養子女入夫家，仍應與該不能為意思表示之配偶共同生活，對該養子女是否有利，不無疑義；又配偶一方生死不明已逾三年，亦得由他方單獨收養，則養子女入夫家，若該生死不明之配偶返家，該養子女仍應與配偶共同生活，惟其中彼此間之關係如何，如何經營共同生活，亦有疑義，則本條修正仍有商榷之餘地云云。請參照許澍林著、論民法親屬編修正後之未成年人收養，司法周刊 1344 期，2007 年 6 月 28 日。

⁵ 就夫妻共同收養之共同性，日本於明治民法時代之多數學說及判例，認其為夫妻全體之一個收養行為；但戰後之學說及判例，則認其為夫妻各別之二個收養行為，並認其為個人主義養子法理念之所當然。請參照中川淳前揭書 261 頁。

⁶ 參照史尚寬著，親屬法論，548 頁，1964 年。

⁷ 參照陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，民法親屬新論，329-30 頁(黃)，三民書局，2005 年。

義為收養，但此一條文於昭和 62 年經改正後，於法夫妻須共同收養，但如一方不能為意思表示者，他方得單獨收養，不得再以雙方名義為收養⁸。我民法第 1074 條但書第 2 款既已明定，因夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年者，他方得單獨收養，為夫妻共同收養之例外，而此時他方既不得以雙方名義為收養，應認此時之收養關係惟於他方配偶與養子女之間成立，而不及於不能意思表示或生死不明之配偶⁹。惟第 1074 條似宜增訂第 2 項明定：「依前項但書第二款單獨收養者，其效力不及於他方。」有如第 1080 條第 8 項明定一方單獨終止收養者，其效力不及於他方，以期明確，並杜爭議。

五、須非一人同時為二人之養子女

民法第 1075 條規定，除夫妻共同收養外，一人不得同時為二人之養子女。所謂同時，指在收養關係存續中而言，於收養關係消滅後，再為他人之養子女，則無不可。新法對本條之文字雖酌予修正，但內容則與舊法相同。

六、夫妻之一方被收養應得他方之同意

夫妻之一方被收養，他方即隨之與配偶之養父母往來或共同生活，如一方被收養，未得他方之同意，則婚姻及家庭之和諧難保。故民法第 1076 條明定，夫妻之一方被收養時，應得他方之同意；但他方不能為意思表示或生死不明已逾三年者，不在此限。但書為新法所增訂，乃鑑於該夫妻之他方，事實上不能為同意，已無婚姻和諧之考量，而增列例外規定，此一增訂亦為現實之考慮，自無不合。

有問題者，為夫妻得否共同被收養？法無明文，向有爭議，學者見解

⁸ 參照中川淳前揭書 263 頁。

⁹ 於舊法尚無如新法第 1074 條但書第 2 款規定時，學者即認夫妻之一方不能表示意思者，應許他方單獨為收養，但收養關係不及於不能表示意思之配偶。請參照史尚寬前揭書 537 頁、陳棋炎等前揭書 330 頁(黃)。

不一。有謂夫妻共同被收養，其結果將以夫妻而又兼兄弟姐妹，與禁止近親結婚之法理不合；另有謂夫妻共同被收養，可保持夫妻共同生活及家庭之和平，其為互無自然血統連絡之擬制旁系血親，應無民法第 983 條禁止近親結婚之適用，而為肯定解釋。¹⁰按依日本民法第 796 條規定，有配偶者被收養時應得其配偶之同意，但與其配偶共同被收養或其配偶不能為意思表示者，不在此限。即日本法許夫妻共同被收養，得為同一人之養子女¹¹。於我民法上，因收養而成立之四親等及六親等旁系血親，輩分相同者，始得結婚(民 983 條第 1 項第 2 款但書)，養子女間互為二親等之旁系血親，雖非自然血親，仍禁止其結婚，則如許夫妻共同被收養，又同屬二親等之兄弟姐妹，顯與禁止近親結婚之規定有違；再如夫妻之一方，得他方同意被收養，他方與一方之養父母即發生直系姻親關係，依民法第 1073 條之 1 第 2 款，其後他方亦不得被其配偶之養父母所收養。參互以觀，於現行法，應解為夫妻不得共同被收養。惟立法論上，夫妻共同被收養，對家庭之和諧有所裨益，似宜如上述之日本民法，明文許之。

七、子女被收養應得其父母之同意

民法新增第 1076 條之 1，明定子女被收養時，應得其父母之同意(第 1 項本文)。其理由為：「按收養關係成立後，養子女與本生父母之權利義務於收養關係存續中停止之，影響當事人權益甚鉅，故應經父母之同意，爰參酌德國民法第 1174 條、瑞士民法第 265 條之 1 及奧地利民法第 181 條增訂第 1 項。」此所謂子女被收養，包括未成年子女或成年子女之出養。又，上開父母之同意應作成書面並經公證，但已向法院聲請收養認可者，得以言詞向法院表示並記明筆錄代之(同條第 2 項)；其同意並不得附條件或期限(同條第 3 項)。

¹⁰ 參照陳棋炎等前揭書 332-333 頁(黃)。

¹¹ 參照島津一郎、松川正毅編，基本法コンメンタル親族，151 頁，日本評論社，2004 年。

子女被收養應得其父母同意之原則，於有下列情形之一者，不在此限，即例外得免除父母之同意：1.父母之一方或雙方對子女未盡保護教養義務或有其他顯然不利子女之情事而拒絕同意者(同條第 1 項但書第 1 款)。2.父母之一方或雙方事實上不能為意思表示者(同條第 1 項但書第 2 款)。所謂「事實上不能」，例如父母不詳、死亡、失蹤或無同意能力等情形，至停止親權等法律上不能，則不包括之。3.被收養者如為未成年人，已由其父母以法定代理人身分就收養代為並代受意思表示或為同意者(民 1076 條之 2 第 3 項)。如前所述，未滿七歲者被收養時，應由其法定代理人代理該收養行為，七歲以上之未成年人被收養時，應得其法定代理人之同意(民 1076 條之 2 第 1、2 項)，則如未成年人被收養已由其父母以法定代理人身分為上開之代理或同意時，自不必再另行就其子女被收養行使同意權。

由於本條增設子女被收養應得其父母同意，向來有爭議之夫妻離婚後，其未成年子女歸一方為親權之行使(即對於未成年子女權利義務之行使或負擔由一方任之)，一方得否單獨對該子女被收養行使收養行為代理權或同意權之問題，即因新法之規定而解決。詳言之，親權之內容包括身上照護及財產照護，收養行為之代理權及同意權自屬身上照護，則夫妻離婚後，由一方任未成年子女之親權人時，對該未成年子女被收養，他方既無親權可得行使，應僅由一方行使收養代理權或同意權即可，但向有不同見解，認此亦關乎他方與該未成年子女相互間之權利義務之停止，宜由雙方共同行使該收養行為代理權或同意權。新法基於父母子女身分關係之本質，認不論未成年子女或成年子女出養，均應經其父母同意，而為上開規定後，雖他方未任未成年子女之親權人，該收養仍應得他方之同意，惟任親權人之一方如就該未成年子女之出養已行使代理權或同意權時，得免為同意(民 1076 條之 2 第 3 項)，已如前述。由上觀之，新法將父母之同意子女出養與法定代理人對未成年子女出養之代理權或同意權，區分為二事，前者為父母子女間身分關係之本質所生，不論成年人或未成年人之出養，

後者為對未成年子女能力之補充，僅於未成年人之出養有其適用。是故，夫妻離婚後，其未成年子女之出養，除由任親權人之一方行使出養代理權或同意權外，尚另須其父母之同意，又如父母之一方或雙方被停止親權時，監護人為受監護人即未成年子女之法定代理人，就該未成年子女被收養，監護人之行使收養行為代理權或同意權為一事，其父母之同意該子女出養又為另一事。

八、收養或被收養須非被詐欺或被脅迫

收養與結婚同為形成身分行為，收養尚須類推適用結婚之要件¹²，故為保障收養意思之自由，尚應類推適用民法第 997 條之規定，即收養或被收養須非被詐欺或被脅迫。

參、收養之形式要件

民法第 1079 條第 1 項規定，收養應以書面為之，並向法院聲請認可。從而，收養之形式要件有二：

一、應作成書面

收養使收養者與被收養者發生親子關係，為昭慎重，自應以書面為之。舊法就作成書面，有例外規定，即舊第 1079 條第 1 項但書：「但被收養者未滿七歲而無法定代理人時，不在此限。」新法以「現今藉收養名義達成其他之目的者，亦時有所聞，為保護被收養者之權益」為理由，將之刪除，尚無不合。依新法，被收養者未滿七歲而無法定代理人時，仍應訂

¹² 收養之實質要件，本應類推適用民法第 984 條結婚要件中之監護人與受監護人在監護關係存續中不得結婚之規定，但依該條但書，經受監護人父母同意者，不在此限。即除經受監護人父母同意外，於監護關係存續中，監護人本不得收養受監護人。惟新法已增訂第 1076 條之 1，明定子女被收養應得其父母同意，即監護人與受監護人間之收養，須得受監護人父母之同意，如未得同意，監護人不得收養受監護人。是故，依新法收養已無類推適用第 984 條規定之必要。

立書面，此際應先行產生監護人後，再由該監護人為法定代理人(民 1098 條)，代理為出養行為，並與收養者作成書面。

二、向法院聲請認可

法院之認可收養為形式要件之一。向法院聲請認可為非訟事件，以收養人及被收養人為聲請人，由收養人住所地之法院管轄，如收養人在中華民國無住所者，由被收養人住所地或所在地之法院管轄(非訟第 133 條)。關於法院認可之基準，民法規定有三：(1)法院為未成年人被收養時，應依養子女最佳利益為之(民 1079 條之 1)。又依民法第 1083 條之 1，法院就認可之聲請為裁判時，應準用第 1055 條之 1 之規定，審酌一切情狀，具體認定之。此規定為新法所增訂，新法並將舊法第 1079 條第 5 項第 2 款有事實足認收養於養子女不利者，法院應不予認可之規定，予以刪除。該舊規定已包括於新法增訂條文內容之中，此一刪除，亦無不合。(2)被收養者為成年人而有下列各款情形之一者，法院應不予收養之認可：①意圖以收養免除法定義務；②依其情形，足認收養於其本生父母不利；③有其他事由，足認違反收養目的。(民 1079 條之 2)此一規定為新法所增訂，其理由為：「法院於認可收養時，對於未成年收養係以未成年子女之最佳利益為主，成年收養則應以防止脫法行為為主。因此為避免成年收養時，被收養者藉收養之手段達到免除扶養義務等脫法行為之目的，爰增訂成年收養時，法院應不予認可之情形。」新法並將舊法第 1079 條第 5 項第 3 款成年人被收養時，依其情形，足認收養於其本生父母不利者，法院應不予認可之規定，移列於新法之上開條文。新法該規定，區分未成年與成年之收養，定其不予認可之基準，自較周全。(3)收養有無效、得撤銷之原因或違反其他法律規定者，法院應不予認可(民 1079 條第 2 項)。新法此規定為自舊法第 1079 條第 5 項第 1 款所移列，並酌為文字之增列。

至收養發生效力之時點，新法第 1079 條之 3 有所規定，另如後述。

肆、收養之無效與撤銷

民法親屬編於 1985 年 6 月 3 日修正公布後，就收養之形式要件，除應以書面為之外，並應聲請法院認可，由法院介入當事人之收養，惟雖採收養認可制，而非採用由法院以裁判決定之收養宣告制，從而我民法上之收養仍為私法上之法律行為。是故收養行為如欠缺收養之要件，依其情形，即生無效與撤銷之問題，惟因民法採收養認可制，經審查收養有無效或得撤銷之原因時，法院應不認可收養，已如前述，則經法院認可收養而成為無效或撤銷之情形，應為少有。民法第 1079 之 4 條規定收養之無效，第 1079 之 5 規定收養之得撤銷，但以此二條文規範收養之無效與撤銷，尚有不足，仍須類推適用結婚無效與撤銷之規定(參照 49 年台上字 1927 號判例)。

一、收養之無效

(一)、收養無效之原因

1. 民法第 1079 條之 4 規定，收養無效原因如下：

(1) 收養者與被收養者之年齡無適當之差距者：依民法第 1073 條，除夫妻共同收養，一方長於被收養者二十歲以上，而他方僅須長於被收養者十六歲以上，或夫妻之一方收養他方之子女時，僅須長於被收養者十六歲以上者外，均須收養者長於被收養者二十歲以上。如收養者與被收養者之年齡無上開差距者，其收養為無效。

(2) 近親與輩分不相當親屬間之收養：如前所述，民法第 1073 條之 1 禁止收養一定之親屬，違反之者，其收養為無效。

(3) 除為夫妻所共同收養外，養子女同時為二人所收養者：民法第 1075 條以此為實質要件，違反之者，其收養為無效。此所謂之無效，為被收養者與二收養者間之二個收養行為均屬無效。

(4) 子女被收養未得其父母之同意者：如前所述，依民法第 1076 條之

1，子女被收養除有不須經父母同意之例外情形外，不論成年或未成年子女之被收養，均須得其父母之同意，如未得同意者，其收養為無效。

(5)未滿七歲之未成年人被收養未經其法定代理人代理者：如前所述，依民法第 1076 條之 2 第 1 項，未滿七歲之未成年人被收養，應由其法定代理人代為並代受意思表示，如欠缺該法定代理人之意思表示者，其收養為無效。

(6)收養欠缺形式要件者：如前所述，依民法第 1079 條第 1 項，作成書面及聲請法院認可為收養之形式要件，如未具備時，其收養為無效。按收養不備形式要件者，民法第 1079 條之 4 固規定其為無效，惟查收養之不成立與收養之無效，應有所區別，收養之書面及法院之認可為成立要件，兩者均欠缺或欠缺其一者，收養之方式未備，均為收養不成立¹³，並非方式已具備而欠缺上開實質要件之收養無效¹⁴，況且民事訴訟法第 583 條亦有收養無效之訴與收養關係不成立之訴之區分，收養形式要件之欠缺，尤應解為收養不成立。

2. 收養意思之欠缺，亦為收養無效之原因

如上所述，當事人收養意思之合致，亦為收養之實質要件，如當事人為收養之意思表示時，在無意識或精神錯亂中，或為通謀虛偽收養之表示者，其效力為何，民法未另行規定。按收養既為私法上之法律行為，有如前述，則當事人收養意思欠缺，其收養應為無效，並無疑義，此再參酌日

¹³ 收養如欠缺書面，法院本應不予認可，但如有所疏失，竟為認可之裁定時，可否認為書面之欠缺因認可之裁定而補正？法無明文，原有採肯定意見者（請參照陳棋炎等前揭書 342-343 頁（黃））。惟新法第 1079 條之 1 第 1 項明定收養概須以書面為之，並將舊法被收養者未滿七歲而無法定代理人時，其收養不必訂立書面之規定，予以刪除，即已無例外；又，新法第 1079 條之 4 於立法理由中以「收養未以書面為之或未向法院聲請認可者」為違反第 1079 條第 1 項規定為無效情形之一。參互以觀，於法尚無書面之欠缺得因認可裁定而補正之明文下，新法既要求以書面為收養方式之一，如有欠缺，縱法院誤為認可裁定，其收養仍應為不成立。

¹⁴ 日本民法以申報收養為形式要件，如有欠缺，第 802 條第 2 款明定其收養為無效，但日本通說均將之解為收養不成立。請參照中川淳前揭書 293 頁、島津一郎等前揭書 158 頁、遠藤浩等前揭書 212 頁。

本民法第 802 條第 1 款及韓國民法第 813 條第 1 款均以收養意思欠缺者，其收養為無效之規定，尤為明瞭。民法親屬編於 1985 年增訂第 1079 條之 1 規定收養無效，2007 年修正，將該條文移列於第 1079 條之 4，並擴大收養無效事由，則該條文所規定之收養無效事由，應非限制的，不限於所列之上開六種事由，可以概見¹⁵。從而，依民法第 1079 條之 4 規定之擴張解釋，收養意思之欠缺，應包括於其中，亦為收養無效事由之一。

(二)收養無效之主張及其效力

收養之無效為當然、絕對、自始不生收養效力，至收養之不成立，乃當事人欠缺收養之法定方式，尤無收養之效力，均無待法院之判決。惟法律上有利害關係之人有提起收養無效或不成立之訴之確認利益者，自得提起其訴訟，其性質為確認訴訟，殆無疑義¹⁶。收養無效或收養不成立之訴，專屬養父母之住所地或其死亡時住所地之法院管轄(民訴第 583 條)；關於其訴之訴訟能力、選任訴訟代理、代為訴訟行為等，均另有特別規定(民訴第 584-586 條)。

二、收養之撤銷

(一)收養撤銷之原因

1. 依民法第 1079 條之 5 規定，收養得撤銷原因如下：

(1) 夫妻收養子女未共同為之者(同條第 1 項)：依民法第 1074 條，除有該條但書之情形外，夫妻應共同收養子女，違反之者，該收養為得撤銷。撤銷權人為收養者之配偶；撤銷權消滅事由有二，一為自知悉其事實之日起已逾六個月者，二為自法院認可之日起已逾一年者。

¹⁵ 關於收養意思欠缺，其收養為無效之論述，請參照拙著前揭文 387-389 頁。

¹⁶ 參照姚瑞光著，民事訴訟法論，814-815 頁，2004 年。按民事訴訟法第 583 條已就收養關係不成立之訴明定為確認之訴，惟收養無效或不成立既均為當然不生收養效力，自不待法院之宣告，則有確認利益而提起該訴訟時，其性質均為確認之訴，並非經法院判決後始為無效或不成立，至為明瞭。日本人事訴訟法上，於收養無效之訴外，另有確認養親子關係存否之訴，而收養無效之訴其性質，亦應解為確認之訴。請參照松本博之著，人事訴訟法，頁 369-370，弘文堂，2006 年。

(2)夫妻之一方被收養未得他方同意者(同條第 2 項)：依民法第 1076 條，除有該條但書之情形外，夫妻之一方被收養應得他方之同意，違反之者，該收養為得撤銷。撤銷權人為被收養者之配偶；撤銷權消滅事由有二，一為自知悉其事實之日起已逾六個月者，二為自法院認可之日起已逾一年者。

(3)滿七歲以上之未成年人被收養未得其法定代理人同意者(同條第 2 項)：依民法第 1076 條之 2，滿七歲以上之未成年人被收養應得其法定代理人之同意，違反之者，該收養為得撤銷。撤銷權人為未成年人之法定代理人；撤銷權消滅事由有二，一為自知悉其事實之日起已逾六個月者，二為自法院認可之日起已逾一年者。

2.收養或被收養被詐欺或被脅迫者，亦為收養得撤銷之原因

如上所述，收養應類推適用民法第 997 條，即收養或被收養為被詐欺或被脅迫者，該收養為得撤銷。撤銷權人為被詐欺或被脅迫之表意人；撤銷權消滅事由為發見詐欺或脅迫終止後已逾六個月者。

(二)撤銷權之行使及其效力

依民法第 1079 條及第 997 條，收養有撤銷原因時，撤銷權人「得請求法院撤銷」，民事訴訟法第 583 條並明定有「撤銷收養之訴」，撤銷權之行使須以訴為之，其訴訟之性質為形成之訴，至為明瞭。

收養經法院判決撤銷(確定)者，依第 1079 條第 3 項明定，準用第 1082 條及第 1083 條之規定，即準用終止收養之效力。足見：(1)收養經撤銷者，僅向將來消滅養親子關係，而非溯及既往發生效力。(2)收養經撤銷者，一方因收養關係消滅而生活陷於困難者，得請求他方給與相當之金額，但其請求顯失公平者，得減輕或免除之(準用第 1082 條)。(3)養子女及收養效力所及之直系血親卑親屬，自撤銷收養時起，回復其本姓，並回復其與本生父母及其親屬間之權利義務，但第三人已取得之權利，不受影響(準用第 1083 條)。

伍、收養之效力

一、收養發生效力之時點

新法增訂第 1079 條之 3 明定：「收養自法院認可裁定確定時，溯及於收養契約成立時發生效力。但第三人已取得之權利，不受影響。」其增訂之理由為：「關於收養之生效時點，現行法未設規定，究應以法院認可裁定時或收養契約時為生效時點，恐有爭議」，而予明定。為求明確，明定收養效力發生之時點，自有必要。如前所述，作成書面，並聲請法院認可，為收養之形式要件，則此所謂溯及收養契約成立時生效，顯指認可裁定確定時，溯及當事人作成收養書面時發生收養關係。

惟查兒童及少年福利法第 15 條第 1 項規定：「收養兒童及少年經法院認可者，收養關係溯及於書面成立時發生效力；無書面契約者，以向法院聲請時為收養關係成立之時；有試行收養之情形者，收養關係溯及開始共同生活時發生效力。」此為民法之特別規定，如為收養未滿十八歲之養子女，其效力發生之時點，即應依該規定決定之。又，民法第 1079 條第 1 項修正後，收養概須以書面為之，上開兒童及少年福利法「無書面契約」之情形已不發生，未來該部分應予刪除；且收養發生效力之時點，於法應不分其為未滿十八歲或滿十八歲養子女而有不同，即民法與兒童及少年福利法之上開規定，未來修法亦應使其一致。

二、親子關係之發生

收養主要效力為被收養者取得收養者婚生子女之身分，但養親子關係乃出於人為的擬制，其法律上地位，與自然之親子關係，尚非完全相同。是故，民法第 1077 條第 1 項規定：養子女與養父母及其親屬間之關係，除法律另有規定外，與婚生子女相同。從而，除養子女取得養父母之婚生子女之身分外，養子女與養父母之親屬間，亦發生親屬關係。

被收養者於收養認可時已有直系血親卑親屬者，收養之效力是否及於

其直系血親卑親屬，舊法並無明文，學理上向有不同見解。鑑於外國立法趨勢，成年收養漸走向不完全收養制度，新法第 1077 條第 4 項明定：「養子女於收養認可時已有直系血親卑親屬者，收養效力僅及於其未成年且未結婚之直系血親卑親屬。但收養認可前，其已成年或已結婚之直系血親卑親屬表示同意者，不在此限。」即收養效力僅及於收養認可時被收養者已有之未成年且未結婚之直系血親卑親屬；但被收養者之已成年或已結婚之直系血親卑親屬如表示同意與被收養者之養父母及其親屬發生親屬關係者，始為收養效力所及；又，上開同意之表示，應作成書面並經公證，且不得附條件或期限(民 1077 條第 5 項準用第 1076 條之 1 第 2 項及第 3 項)。

三、養子女與本生父母及其親屬間之關係

新法增訂第 1077 條第 2 項規定：「養子女與本生父母及其親屬間之權利義務，於收養關係存續中停止之。但夫妻之一方收養他方之子女時，他方與其子女之權利義務，不因收養而受影響。」按收養發生效力後，養子女與本生父母及其親屬間之自然血親仍然存在，但權利義務是否仍存續，並無明文，舊法依第 1083 條規定：「養子女自收養關係終止時起，回復其本姓，並回復其與本生父母之關係。」之反面解釋，認收養關係存續中，養子女與本生父母之權利義務關係為停止。新法予以明定，以期明確，並將夫妻之一方收養他方子女時之情形，併予規定，自屬周全。

新法並增訂第 1077 條第 3 項規定：「收養者收養子女後，與養子女之本生父或母結婚時，養子女回復與本生父或母及其親屬間之權利義務。但第三人已取得之權利，不受影響。」此乃當然之結果，舊法並無明文，新法予以明定，自可避免解釋之分歧。

四、養子女之從姓

民法第 1078 條第 1 項規定：「養子女從收養者之姓或維持原來之姓。」其中「維持原來之姓」為新法所增訂，惟何種情形養子女維持原來之姓，並未規定，是否收養者同意，養子女始可維持原來之姓，亦欠明瞭，適用

上疑義滋生。固宜解為收養發生效力後養子女與養父母於收養登記前應約定從收養者之姓或維持原來之姓；惟如約定不成時，應如何處理，即有疑義。此與新法第 1059 條第 1 項僅規定：「父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。」而未規定父母對於子女之稱姓約定不成時，應如何處理之困擾者相同。戶籍實務上如由養子女或養父母依抽籤決定從收養者之姓或維持原來之姓，於法究屬無據，是故民法第 1078 條第 1 項之規定，立法上應再為斟酌修正。

夫妻共同收養子女時，於收養登記前，應以書面約定養子女從養父姓、養母姓或維持原來之姓(民 1078 條第 2 項)。此亦為新法所增訂，解決夫妻共同收養時之養子女稱姓。

至於養子女稱姓之變更，新法增訂第 1078 條第 3 項規定：「第 1059 條第 2 項至第 5 項之規定，於收養之情形準用之。」詳言之：(1)養子女經收養登記後，於未成年前，得由養父母以書面約定變更為養父姓、養母姓或養子女原來之姓。養子女已成年者，經養父母之書面同意得變更為養父姓、養母姓或養子女原來之姓。上開二種情形之變更，各以一次為限。(2)有下列各款情形之一，且有事實足認養子女之稱姓對其有不利之影響時，養父母之一方或養子女得請求法院宣告變更養子女之姓氏為養父姓、養母姓或養子女原來之姓：一、養父母離婚者。二、養父母之一方或雙方死亡者。三、養父母之一方或雙方生死不明滿三年者。四、養父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者。又，法院對此請求宣告變更姓氏為裁判時，準用第 1055 條之 1 之規定(民 1083 條之 1)，即應審酌一切情狀而為認定。

陸、結語

此次民法親屬編關於收養法之修正，至為廣泛，對未成年子女之收養特別重視，區分未成年人及成年人之收養，解決收養法適用上之若干疑

義，殊值肯定。

經修正後之收養法有下列之特色：(1)收養者與被收養者之年齡，原則上固仍應有二十歲之差距，但有例外規定，相差十六歲即可，保有彈性。(2)一定之近親仍禁止收養，但新法已酌予放寬。(3)夫妻應共同收養，但一方不能為意思表示或生死不明已逾三年者，許他方單獨為收養。(4)子女被收養，不問其為未成年子女或成年子女，除有法定例外情形外，均應得其父母之同意。(5)收養概須作成書面，被收養者未滿七歲而無法定代理人時，仍應以書面為之。(6)法院認可未成年人被收養時，應依養子女之最佳利益為之。(7)未滿七歲之未成年人被收養未經其法定代理人代理者，其收養為無效。(8)收養發生效力之時點為自法院認可裁定確定時，溯及收養書面作成之時。(9)收養發生效力時，其效力及於被收養者已有之未成年且未結婚之直系血親卑親屬，但如經其已成年或已結婚之直系血親卑親屬表示同意者，始為收養效力所及。(10)養子女得維持原來之姓；養子女之稱姓得因約定或法院之宣告而變更。

收養法雖經修正，但仍有下列問題，尚待未來立法之斟酌修正：①近親間之收養，一般較受歡迎，民法第 1073 條之 1 禁止近親間收養之範圍，宜再酌為放寬。②民法第 1074 條之夫妻共同收養，例外於夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年者，許他方得單獨收養，惟收養之效力是否及於該不能表示意思之配偶，法無明文，尚欠明確，宜明定其為單獨收養效力所不及，以杜爭議。③民法第 1076 條明定夫妻之一方被收養應得他方同意，惟夫妻得否共同被收養，法無明文，向有爭議，其對家庭之和諧有所助益，宜於立法上明文許之。④收養意思之欠缺，亦應為收養無效之原因，宜於民法第 1079 條之 4 明文增列之。⑤民法第 1079 條之 3 明定收養效力發生效力之時點，固無不合，但與兒童及少年福利法第 15 條第 1 項所規定，尚欠一致，立法上宜將兒童及少年福利法之該條文，予以刪除。⑥民法第 1078 條第 1 項固規定養子女從收養者之姓或維持原來之姓，但於何種情形養子女得維持原來之姓，並無明文，尚待立法之補充，始為周全。

參考文獻

一、中文部分

1. 史尚寬著，親屬法論，1964年。
2. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，民法親屬論，三民書局，2005年。
3. 姚瑞光著，民事訴訟法論，2004年。
4. 許澍林著，論民法親屬編修正後未成年之收養，司法周刊 1344 期，2007年。
5. 郭振恭著，論虛偽之身分行為，台大法學論叢 25 卷 1 期，1995 年 10 月。

二、日文部分

1. 中川淳著、親族法逐條解說，日本加除出版、1992年。
2. 遠藤浩等論集，民法(8)親族，有斐閣，2002年。
3. 島津一郎・松川正毅編，基本法コンメンタール親族，日本評論社，2004年。
4. 松本博之著，人事訴訟法，弘文堂，2006年。