

(一)甲說：適用第1076條之1（林秀雄師¹⁰⁸）：

林秀雄老師認為，兒少法第18條（82年增訂時為第14條）原係因應舊民法第1089條：「父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。」的規定，在第1089條於85年修正後，兒少法第18條之階段性任務已結束，應功成身退。

然兒少法於100年修法後，將本條條次變更，實質內容並無改變，卻於立法理由將其定位為第1076條之1特別規定，就時序上，兒少法第18條（82年）早於第1076條之1（85年）制定，何以於當時即預見未來會修正普通法，此將架空收養新修正之第1076條之1，仍應回歸民法適用。

(二)乙說：適用兒少法第18條（高鳳仙師、實務¹⁰⁹）：

兒少法第18條是民法第1076條之1的特別規定，應優先適用¹¹⁰。若本生父母有不同意出養致意見不一致，一方仍得聲請法院認可收養。若法院認為收養符合兒童及少年最佳利益時，仍應予認可。



114司律民法與民事訴訟法(二)第2題第1、2小題

甲男與乙女結婚，生有丙男與丁女，丙自研究所畢業後即與父母雙亡之戊女結婚。婚後兩人與甲、乙同住，10年來未生有子嗣。丁自高中時期即因個性叛逆，在網咖結識庚男後，不顧甲、乙反對與其交往，搬出家中，與庚同居後懷胎，庚得知要當爸爸後非常開

108 林秀雄，父母對被收養子女之同意權，新學林法學，11期，頁158-159，2025年10月。

109 參最高法院114年度台簡抗字第16號裁定：「兒童及少年福利與權益保障法第18條第1項規定，父母對於兒童及少年出養之意見不一致，或一方所在不明時，父母之一方仍可向法院聲請認可。經法院調查認為收養乃符合兒童及少年之最佳利益時，應予認可。其立法理由謂：本條項為民法第1076條之1之特別規定，應予優先適用。」

110 高鳳仙，親屬法——理論與實務，頁266，2020年8月，二十版。

心，定期給予生活費，細心照料丁及其腹中胎兒，並以書面約定胎兒辛從庚姓。試問：

- (一)丁於辛1歲後與庚分手，而與丙、戊訂立收養契約，單獨將辛出養給丙、戊夫婦，該收養契約是否發生效力？庚得否向法院請求酌定對辛之權利義務行使與負擔？（25分）
- (二)丙因突發心臟病去世，戊仍與甲、乙互相照顧多年，感情深厚。此時甲、乙有意收養戊，雙方訂立書面之收養契約，向法院聲請收養之認可，法院得否為收養認可之裁定？又如甲、乙與戊事先訂立書面之終止姻親關係契約，其結果是否不同？（25分）

題型剖析

(一)本題在考收養的成立要件以及非婚生子女認領後的親權行使：

1.辛之收養契約無效：

第1076條之1規定，子女被他人收養需本生父母均同意。若本生父母未同意，依第1079條之4，收養契約為無效。本件應涵攝丙、戊收養辛，是否得到本生父母丁（經撫育辛已視為認領）、庚同意¹¹¹。

2.庚得請求法院酌定：

丁與庚並未結婚，但丁對辛有撫育行為，視為認領，因此辛為丁、庚之婚生子女；丁與庚分手後，二人不一定會同居，因此有決定辛的親權人之必要，應依第1069條之1決定親權人¹¹²。

¹¹¹ 可能有讀者思考到，能不能依兒童及少年福利與權益保障法第18條聲請法院許可呢？筆者認為該條的要件需「父母對於收養意見不一致」始得聲請，但從本題題意無法判斷庚是否不同意或所在不明，建議還是用第1076條之1。（評分要點也沒有提及到兒福法§18）

¹¹² 也可能有讀者思考到，能不能依第1089條之1酌定親權呢？筆者認為，本題沒有提到「丁、庚分手後是否已分居達6個月以上」，比較難涵攝第1089條之1的要件，因此還是適用第1069條之1比較安全些。（評分要點也是用第1069條

(二)本題在考「得否終止姻親關係」以進行收養，請參【貳、一、爭點2-1】及【第一章、壹、爭點2-2】。

筆者擬採爭點的實務見解，原則上，甲乙與戊仍為直系姻親關係，收養契約可能違反第1073條之1。但血親關係比姻親關係更加親密，應允許甲乙與戊間先終止姻親關係後，再成立收養，以達成親上加親的目的。

答題架構

(一)收養契約無效；庚得請求法院酌定：

1.辛之收養契約無效：

(1) § 1076-1意義

(2)涵攝：庚未同意→ § 1079-4無效

2.庚得請求酌定辛之權利義務行使負擔：

(1)庚已認領辛：撫育

(2) § 1069-1意義

(3)涵攝

(二)法院原則應不予認可；若雙方合意終止姻親關係，法院得予認可：

1.法院原則不予認可：雙方為直系姻親（ § 1073-1②本文）

2.若雙方合意終止姻親關係，法院得予認可：

(1)Q：一方配偶得否與死亡配偶之父母終止姻親關係：

①否定說

②肯定說（採此說）

(2)涵攝

之1解決～)

擬 答

【共1,550字】

(一)收養契約無效；庚得請求法院酌定：

1. 辛之收養契約無效：

(1)依民法（下同）第1076條之1，子女被他人收養時，原則上應經本生父母同意。蓋子女與他人成立收養關係，將使子女與本生父母之權利義務處於停止狀態，對於本生父母影響甚鉅，應賦予本生父母決定是否允許子女收養之權利。此同意權係基於父母子女身分關係所生之「父母權」，不因父母是否行使子女親權而消滅，故縱父母非未成年子女之親權人，仍得行使同意權。

(2)查本件，丁為辛之生母，辛視為丁之婚生子女；庚因自辛為胎兒時即照料之，已視為認領，辛為庚之婚生子女，故丙、戊收養辛應經本生父母丁、庚同意。丁單獨將辛出養予丙、戊，雖得視為已行使同意權¹¹³，惟庚未知悉辛與丙、戊之收養契約，辛之出養未獲得庚之同意，已違反第1076條之1第1項，依第1079條之4，辛與丙、戊之收養契約無效¹¹⁴。

2. 庚得請求酌定辛之權利義務行使負擔：

(1)如前所述，本件之庚聽聞丁懷有胎兒辛後，定期給予生活費，細心照料丁及胎兒辛，對於辛已構成撫育行為，依第1065條第1項後段，已視為庚認領辛，辛為庚之婚生子女。

113 第1076條之2第3項：「被收養者之父母已依前二項規定以法定代理人之身分代為並代受意思表示或為同意時，得免依前條規定為同意。」

114 讀者也可以試著涵攝本件有無第1076條之1第1項但書例外無須本生父母同意的事由（筆者是覺得題意看不太出來，所以還是依照本文認定收養無效）。

(2)依第1069條之1，若未成年之非婚生子女已被認領，對於生父及生母均為婚生子女，應決定由何人行使親權，故本條規定準用第1055條，生父或生母得協議是否親權人，若未協議、協議不成或協議不利子女，得請求法院酌定之。

(3)查本件，庚原與丁同居，丁生下辛後，應認二人原先具有共同行使辛之親權之默示意思表示。惟庚與丁分手後，前述默示意思表示應認已不復存在，故丁與庚已無行使親權之協議，庚得依第1069條之1準用第1055條第1項後段，請求法院酌定辛之親權人。

(二)法院原則應不予認可；若雙方主張已合意終止姻親關係，法院得予認可：

1. 法院原則不予認可：

查本件，甲乙之子丙與戊女結婚，甲、乙與戊為直系姻親一親等之親屬，又丙死亡後，依第971條之反面解釋，甲、乙與戊之姻親關係仍然存在。倘甲、乙與戊成立收養契約，已違反第1073條之1第2款本文直系姻親不得收養之規定，且雙方不符合本款但書之情形，依第1079條之4，收養關係無效，故法院於受理許可收養時，應依第1079條第2項，認收養契約有無效原因而不予認可，以裁定駁回其聲請。

2. 若雙方合意終止姻親關係，法院例外得予認可：

(1)又若甲、乙與戊已事先終止姻親關係，是否得允許收養。此涉配偶死亡後，死亡配偶之親屬與生存配偶得否合意終止姻親關係，分析如下：

①有認為，又自修正前後之第971條觀之，死亡均非姻親關係消滅之原因，可認本條所定之消滅原因應為「列舉規定」，並無

法律漏洞存在。終止係以雙方成立契約關係為前提，惟姻親關係係婚姻成立所生之效力，並無契約存在，故無從類推適用第1080條規應合意終止姻親關係。

②另有認為，收養與結婚均得終止，惟姻親關係卻不得終止，且不因死亡而消滅，此已明顯剝奪生存配偶或死亡配偶之血親欲消滅姻親關係之權利，故第971條未規範死亡為姻親關係消滅原因存在法律漏洞，得類推適用第1080條第1項規定，合意終止姻親關係。

③本文認為，姻親關係僅係婚姻之效力之一，婚姻既得終止，舉重以明輕，姻親關係亦應有允許終止之空間。若雙方終止姻親關係之目的，係為使生存配偶再婚後能更加照顧再婚配偶之親屬，抑或與原配偶之雙親建立親子關係而親上加親，均應認有消滅雙方間姻親關係之必要。第971條雖未明定死亡為姻親關係消滅之原因，明顯已侵害生存配偶或死亡配偶之血親之人格自由，構成法律漏洞，故生存配偶與死亡配偶之血親得類推適用第1080條第1項、第2項，以書面合意終止姻親關係。

Tips

【本文見解採否定說（爭點的學說見解）的寫法¹¹⁵】

本文認為，第971條曾於民國74年修正，惟僅刪除「夫死妻再婚、妻死贅夫再婚」等情形會使婚姻關係消滅之規定，修正前後均無因配偶一方死亡而消滅婚姻關係之明文，應係立法者考量死亡配偶之血親仍可能與生存配偶共同

115 若讀者想採否定說，則最終的解法有兩種：一為既然不得終止姻親關係，收養還是會違反第1073條之1第2款本文而無效；二為採取林秀雄老師與黃淨愉老師的見解，既然配偶已死亡，由死亡配偶之血親收養生存配偶不會發生配偶間互為兄弟姊妹的身分關係，應目的性限縮第1073條之1第2款本文之規定，例外允許收養，第二種解法請參【貳、一、爭點2-1】。提供讀者參考。

生活而有意排除，不構成法律漏洞。倘承認合意終止姻親關係，是否未來亦將允許宣告終止、死後終止姻親關係等規定之類推適用？又合意終止僅對契約雙方發生效力，然該效力是否具有對世效？是否應經登記使第三人知悉？允許合意終止姻親關係即可能使第三人之身分關係不安定，應有法律明文，不適合由法院自為法之續造。

(2)查本件，若甲、乙與戊已合意以書面終止姻親關係，則甲、乙與戊間之姻親關係向後消滅，雙方並無親屬關係。故甲、乙收養戊並無違反第1073條之1第2款本文之問題。又戊之父母雙亡，依第1076條之1第1項但書第2款，無需得戊之父母同意即可收養戊。故法院於審查甲、乙與戊之收養時，若無違反收養目的之情形，應以裁定認可收養。

Q 2 114成大民法第3題（改編）¹¹⁶

甲男與乙女於1973年就讀大學時，同為大學法律服務社社團成員，二人因學期中參加大學所舉辦之校園宿舍巡迴法律諮詢服務活動而認識。甲與乙於1974年同時自大學畢業，並於1980年結婚，然1981年甲出差時，遭遇航空交通事故之意外，甲雖幸運生還，但飛機緊急迫降時的猛烈撞擊，導致甲的生殖系統受到傷害。經甲與乙之仔細討論後，1982年甲與乙二人決定以書面收養於丙女與男網友未婚所生的8歲女兒A。而甲的姐姐丁女與丁所任職的公司法務主管戊男熟識，於戊與己女結婚後，丁與戊仍持續有業務以外的往來。1983年丁於未婚之狀態下生下B女後，戊不知悉B之存在，丁於1984

¹¹⁶ 本題原版的當事人法律關係較不易判斷。除了長輩與晚輩之外，連地點與社團都用英文字母ABCD當代號。提醒讀者在考成大民法時，可以先將當事人的代號圈出來，這樣才不會搞混。