



「自幼撫養為子女者」 之收養

——談訴訟上被收養人舉證困難之
緩和

湯惟揚

武律律師事務所
主持律師

目次	壹、前言 貳、舊法規定及相關爭議	參、大法庭裁定衍生之疑義——如何緩和 被收養人之舉證困難？ 肆、本文見解暨實務經驗分享（代結論）
----	---------------------	--

壹、前言

自民法親屬編於1930年12月26日（下稱「1930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」，以收養人與被收養人之合意為收養關係成立之實質要件。惟有疑義者係，1930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。則未滿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？就此，過去實務上見解分歧，乃有「單獨行為說」及「契約說」等不同看法。¹直至最高法院大法庭於2020年7月31日作成「108年度台上大字第1719號民事裁定」，明確採取「契約說」之見解，始暫時平息此項爭議。不過，於「契約說」之下，卻可能衍生受撫養人於訴訟中舉證困難，導致身分安定性動輒遭受破壞之疑義。基此，本文乃整理相關學

說、實務見解，並分享筆者個人承辦訴訟案件之經驗於後，以嘗試為上開問題提供解方。

貳、舊法規定及相關爭議

1985年6月3日修正前之民法第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。」。而就本條但書規定所稱「但自幼撫養為子女者，不在此限。」之解釋，過去最高法院主要有下開「單獨行為說」及「契約說」之歧異見解，茲分別說明如下：²

一、單獨行為說

此說認為，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，故祇須有自幼撫養之事實，並有以之為子女之意思即可成立（最高法院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

號判決參照）。

二、契約說

此說則認為，1985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（最高法院103年度台上字第2449號、58年度台上字第2354號判決參照）。

三、最高法院大法庭裁定之見解

針對上開爭議，近期最高法院大法庭裁定（即最高法院108年度台上大字第1719號民事裁定）採取上開「契約說」之見解，並明確宣示：「中華民國七十四年六月三日民法第一〇七九條修正公布前，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。」，算是暫時平息

了上開長久以來的爭議。其主要理由略以：其一、就文義及體系解釋而言，自文義觀之，1985年修正前民法第1079條規定僅免除書面之形式要件，而非無須法定代理人代為、代受意思表示。其二、依目的解釋，為符人性尊嚴、個人主體性及人格自由發展，欲保護未成年子女之利益，解釋上仍須經法定代理人為意思表示，方能保障子女之契約主體地位、身分形成之意思及其最佳利益。其三、依歷史解釋，不論是中國大陸或臺灣民事上之舊律、舊慣，皆認收養為契約，不得將其解釋為單獨行為。其四、實質考量單獨行為說最大之缺點便是使偷抱、偷拐他人子女者經過一段時間之撫養事實後，便能成立親子關係，有所不妥。³

參、大法庭裁定衍生之疑義——如何緩和被收養人之舉證困難？

大法庭裁定基於前揭文義、體系、目的、歷史解釋之觀點，並實質考量「單獨行為說」之缺陷後，最終採取「契約說」之見解，固有所據，且為我國多數學者所肯定⁴，惟於「契約說」之下，卻可能衍生受撫養人（養子女）於訴訟上舉證困難，導致身分安定性動輒遭受破壞之疑義。

申言之，於「自幼撫養為子女」之

情形，實務上常見撫養者（養父母）與受撫養人（養子女）共營親子生活多年，惟當養父母死亡，該養子女繼承養父母之遺產時，卻遭養家兄弟姊妹否定，進而遭提起「確認收養關係或親子關係不存在訴訟」（家事事件法第3條第1項第3、4款規定參照）之案例。又確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任，乃我國實務一貫之見解（原最高法院42年台上字第170號民事判例、28年渝上字第11號民事判例參照）⁵。依此見解，於上開「確認收養關係或親子關係不存在訴訟」，即應由被告（受撫養人、養子女）就該「收養關係（或親子關係）」之存在負擔舉證責任。⁶再依前開「契約說」，被告（受撫養人、養子女）即應就「法定代理人有代為並代受意思表示」等事實負擔舉證責任，惟此類案件實務上最困難者，即如何判斷法定代理人為何人？該人是否曾同意收養？⁷蓋須知此類訴訟事件之系爭收養關係，均成立於1985年以前，距今至少數十年，年代久遠，往往人物已非。如此，即造成被告（受撫養人、養子女）舉證之困難，更可能導致第三人恣意爭執被收養人之養子女地位而濫行起訴，破壞身分關係之安定性。

就此，學說、實務上亦有意識到該問題，並提供不同之解決方式，茲分別

介紹如下：

一、就「收養契約之合意」從寬解釋

關於前述「契約說」可能造成之問題，前開大法庭裁定（即最高法院108年度台上大字第1719號民事裁定）似乎亦有所意識，乃於理由中有一附論：「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。」。換言之，雖然採取「契約說」可能使收養關係難以成立，但法院於具體個案中，仍得就該「收養契約之合意」從寬解釋，以緩和該困難。

應注意者係，學者指出，上述意見固言之有理，惟仍須注意該默示行為之時點。若子女滿7歲後，父母始知其為他人收養，縱有默示之行為，也會因欠缺收養之書面，而無法成立收養。⁸

二、舉證責任之轉換或減輕

有學者整理前揭大法庭裁定作成前之相關最高法院判決，發現：法院若願意讓養子女繼承養父母遺產，或不希望子女繼承本生父母遺產，便會採取「單獨行為說」，使子女與生父母間之權利義

務停止。反之，若法院不希望子女繼承本生父母遺產者，便會採取「區分說」⁹或「契約說」，使收養關係不易或無法成立。由此看來，似乎是先決定讓子女繼承養家或本家之遺產的結論，再採取相對應之法律見解。¹⁰

與上述思考邏輯不同而獨樹一幟者，乃「最高法院106年度台上字第2743號民事判決」，該判決以「自幼撫養為子女者」，收養仍須有法定代理人代理之契約行為說為前提下，以「舉證責任轉換」減輕被收養人之舉證負擔，再依經驗法則，以收養人之學經歷、經濟能力、家庭組成狀況等要素，判斷收養人有無擅自帶走他人子女據為自己子女之必要，以推測收養是否已經法定代理人之同意。若推測收養已經法定代理人之同意，則認定被收養人就此事實無庸再負擔舉證責任；若推測收養未經法定代理人之同意，則依前述舉證責任轉換，被收養人亦無庸證明收養已經法定代理人之同意。換言之，被收養人僅需證明收養人有自幼撫養為子女之事實，以及按收養人之學經歷等要素，實無擅自帶走他人子女為其子女之必要，則有反對主張者，即必須就收養未經法定代理人之同意負舉證之責，亦即透過「舉證責任轉換」及「經驗法則」之採用，加重有反對主張者之舉證責任，以避免第三人恣意爭執被收養人之養子女地位而濫訴之情況。¹¹有學者認為，該判決巧妙地運

用訴訟法原理解決舉證困難之問題，為實體法上採契約行為說者建立理論上之強力後盾，不僅維持收養之性質之理論上之一貫性，對養子女之保護亦最為周全。¹²就此，亦有學者稱之為「修正的契約行為說」，並認為這是在現下，契約行為說不符合多數人的狀況，卻又不得不將之作為原理時，唯一的折衷之道。¹³

三、「權利濫用」法理之運用

此外，有學者主張，舊法下被自幼撫養為子女者，亦得對有反對主張者，主張民法第148條規定之「權利濫用」(雖有即受確認判決之法律上利益，惟其權利之行使，係以損害他人為主要目的或未依誠實信用方法為之)，而由法院依個案審酌一切情狀判斷之。¹⁴至於其「權利濫用」之判斷要素，學者則整理日本判例之見解，認為包括：其一、重新辦理收養之可能。其二、親子般生活之長短。其三、第三人請求確認親子關係不存在之動機或目的。其四、被撫養人及關係人因親子關係不存在判決確定所受之損失。換言之，依「利益比較衡量論」，當受撫養人無法重新辦理收養以取得撫養人婚生子女之身分，而雙方確有真實親子般之長期生活事實時，若第三人請求確認雙方間親子關係不存在所得之利益，與被撫養人及關係人因親子關係不存在判決確定所受之損失差別甚大，則親子關係不存在確認請求權之行使應屬

權利濫用，法院應駁回之。是以，我國舊法下，自幼撫養為子女者，收養仍須有法定代理人之代理，而「權利濫用」係用以彌補契約行為說之不足，使無法證明收養已經法定代理人代理之被撫養人，得主張「權利濫用」以駁斥異議者之請求。¹⁵

就此，亦有學者認為，日本最高裁判所平成18年7月7日判決認為，基於長期共同生活之事實，一般社會上皆已認知其有親子關係存在，嗣後為爭執遺產而提起確認親子關係不存在之訴，可能構成權利濫用，此項概念或可作為參考。¹⁶

肆、本文見解暨實務經驗分享（代結論）

關於1985年6月3日修正前之民法第1079條規定之解釋，究應以前述「單獨行為說」、「契約說」或其他見解為當，非本文所欲評價。本文所欲探討者，乃目前大法庭裁定已定調採取「契約說」之前提下，應如何緩和被告(受撫養人、養子女)舉證之困難，避免身分安定性動輒遭受破壞之危險。茲說明本文見解並分享筆者實務經驗如後：

一、參考前開諸多學說及實務見解，本文以為，於前述「養子女繼承養父母之遺產時，遭養家兄弟姊妹否定，進而遭提起『確認收養關係或親子關係

不存在訴訟』之實務常見案例，應依民事訴訟法第277條但書關於「依其情形顯失公平」之規定，減輕被告（受撫養人、養子女）之舉證責任，其減輕方式包括「證明度降低」、「舉證責任轉換」及「經驗法則」之採用等，由法院於具體個案斟酌情形採用之。蓋此類訴訟事件之系爭收養關係，均成立於1985年以前，距今至少數十年，年代久遠，往往人物已非，業如前述，而撫養者（養父母）與受撫養人（養子女）共營親子生活多年，該長期撫養之事實與當事人間親子般之關係與情感宜予尊重，身分關係安定及子女最佳利益亦應受到保障，不容第三人恣意破壞，則基於證據之可及性、誠信原則、法規範之內容與目的，及衡平與利益衡量等因素之考量，自有援引該民事訴訟法第277條但書關於「依其情形顯失公平」之規定，減輕被告（受撫養人、養子女）舉證責任之必要。¹⁷就此，前開大法庭裁定認為仍可能「以自幼撫養之事實『推認』被收養人之法定代理人已同意」，本文以為，此種「推認（推定）」實質上亦具有「舉證責任轉換」，以減輕被告（受撫養人、養子女）舉證責任之意義。

二、前開大法庭裁定另認為，受撫養人（養子女）滿7歲後無反對之意思表示者，可認為已有同意被收養之意思。惟有疑義者係，子女滿7歲後，縱有默示之行為，是否可能因欠缺收養之書面，

而無法成立收養？此外，實務上，收養人於撫養之初，常為隱瞞收養之事實，而為虛偽之出生或認領登記，除了避免被收養人遭受他人異樣眼光外，亦可與被收養人間保有如自然血親般之關係及情感，避免被收養人得知收養之事實而求去。¹⁸則於被告（受撫養人、養子女）因被隱瞞收養事實，直至養父母死亡後（即繼承發生後），始因原告（其他養家兄弟姊妹）否認其繼承人地位而知悉身世之情形，即無從透過所謂明示或默示之「同意」而與養父母成立收養關係。

三、又根據筆者承辦此類案件之經驗，於前揭實務常見案例，其舉證困難不僅存在於「如何判斷法定代理人為何人？該人是否曾同意收養？」，亦可能發生於其他收養關係之要件事實（例如「撫養人是否係基於『收養之意思』而撫養該子女」等，可參考「臺灣高等法院110年度家上字第201號民事判決」所涉案例）。於此情形，基於相同之身分關係安定及子女最佳利益考量，自亦應透過上開「證明度降低」、「舉證責任轉換」及「經驗法則」等方式，減輕被告（受撫養人、養子女）之舉證責任。

四、此外，本文亦認同前揭學者見解，舊法下被自幼撫養為子女者，亦得對有反對主張者，主張民法第148條規定之「權利濫用」（雖有即受確認判決之法律上利益，惟其權利之行使，係以損害他人為主要目的或未依誠實信用方法為

之)，而由法院依個案審酌一切情狀判斷之，以彌補契約行為說之不足。例如於前揭實務常見案例，撫養人（養父母）業已死亡，事實上無從再依新法規定，與被撫養人訂立收養書面並向法院聲請認可；而撫養者（養父母）與受撫養人（養子女）共營親子生活多年，該長期撫養之事實與當事人間親子般之關係與情感宜予尊重；且若第三人請求確認收養關係或親子關係不存在，其動機或目的僅係貪圖被繼承人（養父母、撫養人）之遺產。則於法院為利益衡量後，認為第三人請求確認雙方間親子關係或收養關係不存在所得之利益，與被撫養人及關係人因親子關係不存在判決確定所受之損失差距甚大時，即應認為該「確認親子關係或收養關係不存在訴訟」之提起屬「權利濫用」，而應予駁回。

以筆者曾承辦之某訴訟事件為例，撫養者（養父）與受撫養人（養子）共

營親子生活多年，後養子繼承養父之遺產時，遭其他繼承人（養家其他兄弟姊妹）否定，進而遭提起「確認親子關係不存在訴訟」。於該訴訟第二審程序（主要爭點為「撫養人是否係基於『收養之意思』而撫養該子女」），養子（被告、上訴人）即有為前開「舉證責任轉換」之主張，並主張其他繼承人（原告、被上訴人）提起本件訴訟為「權利濫用」。最終，第二審法院雖未同意採取「舉證責任轉換」此項最為強烈之舉證責任減輕手段¹⁹，但仍肯認本件年代久遠，人物全非，應有依民事訴訟法第277條但書之規定「降低證明度」以減輕上訴人（養子）舉證責任之必要，並據以廢棄第一審判決，改判上訴人（養子）勝訴；至於「權利濫用」部分，判決理由中則未予說明（臺灣高等法院110年度家上字第201號民事判決參照）²⁰。♣

註釋

1. 詳參「最高法院108年度台上大字第1719號民事裁定」之理由。
2. 同前註。
3. 林秀雄、戴瑀如、黃詩淳，大法庭裁定：「自幼撫養為子女者之收養」綜合探討，月旦法學教室，243期，2023年1月，46頁。
4. 同前註，44-60頁。

5. 此二則判例，依據2019年1月4日修正，2019年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。
6. 實務見解認為，身分關係存否（含養親子關係）確認訴訟判決具對世效，有統一確認必要，參諸家事事件法第10條立法意旨，法院得依職權調查證據，且於事實審言詞辯論終結時有真偽不明情形時，仍應將該真偽不明之不利利益，分配予負舉證責任之一方（臺灣高等法院110年度家上字第201號民事判決參照）。換言之，縱然身分關係存否確認訴訟原則上應適用「職權探知主義」，法院得依職權調查證據（家事事件法第10條規定參照），仍有分配「（客觀）舉證責任」於兩造當事人之必要。
7. 黃淨愉，論「自幼撫養為子女者」之收養，臺北大學法學論叢，2020年3月，113期，91頁。此外，學者尚指出：「本文實難想像被收養人無法定代理人，蓋自然人必有生母及生父，未成年人無父母或父母均不能行使親權時，亦應依法定順序定其監護人，舊法下以祖父母為先，最後至少有由親屬會議選定之人擔任監護人。孤兒棄兒之所以被認為無法定代理人，少數情形可能是因以上之人均死亡、親屬會議又無法召集等，但多數情形依法應有法定代理人，僅事實上甚難尋覓而已。」，詳參同著作，90頁。
8. 林秀雄、戴瑀如、黃詩淳，同註3，55頁。
9. 「區分說」者，認為除了撫養事實外，在有法定代理人的情況，尚須證明法定代理人已代為、代受意思表示；或證明無法定代理人，始可成立收養關係。詳參林秀雄、戴瑀如、黃詩淳，同註3，56頁。
10. 林秀雄、戴瑀如、黃詩淳，同註3，56頁；併參黃淨愉，同註7，82頁。
11. 黃淨愉，同註7，90-91頁。
12. 黃淨愉，同註7，91頁。
13. 林秀雄、戴瑀如、黃詩淳，同註3，58頁。
14. 黃淨愉，同註7，91頁。
15. 黃淨愉，同註7，101-102頁。
16. 林秀雄、戴瑀如、黃詩淳，同註3，55頁。
17. 關於民事訴訟法第277條但書「依其情形顯失公平」之規定，有學者認為，從規範理論之原則，過渡至所謂因公平需要而調整，須「架構橋樑」或設立若干供作檢驗之考慮基點，以避免因過度彈性而造成對「法律安定性」之侵蝕。詳參姜世明，新民事證據法論，二版，2004年1月，193-195頁。
18. 黃淨愉，同註7，81頁。
19. 有學者指出，「舉證責任轉換」乃「最強烈之舉證減輕手段」，參劉明生，醫療瑕疵損害賠償責任成立因果關係證明度之研究，月旦法學雜誌，303期，2020年8月，178頁。
20. 嗣後，該第二審判決因最高法院裁定駁回其他繼承人之第三審上訴而確定，詳參最高法院111年度台上字第1522號民事裁定。

關鍵詞：民法第 1079 條、收養、自幼撫養為子女者、契約說、舉證責任

DOI：10.53106/279069731414

（相關文獻）月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析）月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）