民法第1055條及第1059條之1適用疑義研商會議紀錄

壹、時間：107年8月13日（星期一）下午2時30分

貳、地點：本部2樓簡報室

參、主席：陳政務次長明堂

肆、出席人員：

戴教授東雄、許教授澍林、鄧教授學仁、林副教授昀嫺、黃副教授詩淳、陳法官金圍、賴法官劍毅、司法院、內政部

伍、列席人員：

本部法律事務司鍾司長瑞蘭、邱副司長銘堂、陳科長忠光、賴科長俊兆、王專員鉉驊、王科員詠儀、賴助理研究員佑欣、歐助理研究員苡均

陸、發言要旨：

主席：

會議開始，請法律事務司說明。

賴科長俊兆：

議題一：未成年父母離婚後尚未成年者，約定對其未成年子女權利義務行使負擔，是否須經其法定代理人同意？

就問題分析部分，已結婚之未成年父母，倘離婚後尚未成年，依民法第 1055 條規定協議對於未成年子女親權之行使或負擔，是否須經法定代理人同意，因民法就此部分並無明文規定，於戶政登記實務上產生疑義，內政部爰函詢本部。按民法第1089條規定並未限制為親權人之行為能力，準此，未成年人離婚時，其為親權人之能力既不受影響，則就何人為親權人之協議，是否「須」經法定代理人之同意？次按未成年人已結婚者有行為能力，不因離婚而喪失行為能力，惟該未成年人取得行為能力之規定，僅適用於財產行為而不及於身

分行為。惟「離婚後親權之協議」，其性質為何？是否為身分行為？如是，則依本部函釋意旨，未成年父母離婚後，就其未成年子女之親權協議，是否即應得其法定代理人同意，始為適法之身分行為？另未成年人所為之身分行為，除民法明定「須」得法定代理人同意者（民法第 974 條、第 981 條、第 1049 條、第 1076 條之 2 第 2 項、第 1080 條第 6 項）之外，未成年人為其他身分行為，是否均「須」得法定代理人同意？或者均「不須」得法定代理人同意？又或者應個別判斷（例如未成年人為認領無須得法定代理人之同意）？法律事務司初步研析意見擬具甲乙二說。

甲說係認為：未成年父母離婚後為民法第 1055 條第 1 項親權協議「不須」得其法定代理人同意。按民法第 1049 條僅規定未成年人兩願離婚時，應得法定代理人同意，並未明文要求未成年父母離婚後所為之親權協議，亦須得法定代理人之同意，爰未成年父母離婚後所為民法第 1055 條第 1 項之親權協議，應「不須」得其法定代理人同意。次按未成年人離婚後為其所育子女行使身分行為之同意權或代理權及身上事項之同意權，影響所育子女之權，自應得其法定代理人之同意。惟未成年父母離婚後所為民法第 1055 條第 1 項之親權協議，似非屬「親權行使」之範圍，蓋離婚後親權協議（決定何人為親權人）與親權行使（親權人如何行使親權）有別，二者乃不同層次之事項。末按家事事件法第 14 條第 2 項規定：「滿 7 歲以上之未成年人，除法律別有規定外，就有關其身分及人身自由之事件有程序能力。」司法實務上，法院依民法第 1055 條第 1 項後段酌定親權人，尚無是否須經法定代理人同意之問題，法院亦不會詢問未成年父母之法定代理人意見。準此，同為決定何人為親權人之「親權協議」，理應得由未成年父母自為決定，而毋庸得其法定代理人同意。

乙說係認為：未成年父母離婚後為民法第1055條第1項親權協議「須」得其法定代理人同意。按未成年人已結婚者有行為能力，惟該未成年人取得行為能力之規定僅適用於財產行為而不及身分行為。因身分行為之成立係以意思能力為前提，故如未成年人離婚後，再為身分行為時如仍未成年，則仍應依民法親屬編相關規定取得法定代理人同意後，其身分行為始為適法，而法定代理人同意權行使，並非補充未成年人能力之不足，而係為保護未成年人之利益。次按實務上臺灣高等法院高雄分院104年度上字第328號判決指出，所謂身分行為係以發生身分法上效果為目的之行為，因親子身分關係所取得之親權，夫妻離婚後，協議僅由一方任之而使他方就親權之行使或負擔受有影響、限制，已發生身分法上之效果，具有公益性，是上開協議行為性質應屬身分行為。綜上，未成年人離婚後，再為身分行為時如仍未成年，則仍應依民法親屬編相關規定取得法定代理人同意後，其身分行為始為適法。又因夫妻離婚後，協議僅由一方擔任親權人，對於他方之親權行使或負擔造成影響、限制，已發生身分法上之效果，從而可認父母之親權協議行為屬於身分行為，故縱民法並未明文未成年父母離婚後所為之親權協議須得法定代理人同意，惟基於保護未成年父母及所生子女之利益，未成年父母離婚後所為民法第1055條第1項所定之親權協議，仍應得其法定代理人之同意。再者，本部90年3月7日（90）法律決字第003497號函謂「未成年人離婚後為其所育子女行使身分行為之同意權或代理權及身上事項之同意權，影響所育子女之權義，自應得其法定代理人之同意」，則就何人為親權人之協議，因對未成年父母所育子女權義之影響更鉅，依舉輕以明重之法理，亦應得其法定代理人之同意。

以上為議題一之說明。

主席：

請各位發表意見。

許教授澍林：

本人認協議親權係親權行使之前提，非行使親權本身。首先，因親權協議對未成年子女權益影響甚大，故須得法定代理人同意。再者，本人不贊同乙說中親權協議屬身分行為之部分。另外，甲說提及家事事件法第 14 條第 2 項，此條係規定未成年人本身，而非規定法定代理人，故不宜提及此條規定。

鄧教授學仁：

第一，解釋函所提婚姻「撤銷」後達法定結婚年齡者，其行為能力不受影響，申言之，婚姻「撤銷」時未達法定結婚年齡，其是否仍具行為能力？於本議題中，首先須確定未成年人「離婚」時是否已達法定結婚年齡，又「離婚」情況是否與「撤銷」相同？第二，我國民法非規定結婚視為成年，而係規定結婚有行為能力，此部分須再細分為財產行為及身分行為之行為能力。針對財產行為部分，日本法規定縱離婚仍得處理相關事宜，惟針對身分行為部分，本人認應再細分為純粹身分行為及身分上契約行為。純粹身分行為（懲戒、保護教養）無須經未成年人之法定代理人同意，惟身分上契約行為（離婚、約定親權行使）則應比照民法第 1049 條，須法定代理人同意。

另外，法務部提供之會議資料第 5 頁，民法第 1006 條已刪除。

陳法官金圍：

如鄧老師所言，親權協議係身分上之契約行為，而非行使親權之方法及範圍，故會議資料之甲說第 1 段第 5 行，以「我國民法並無限制未成年之父母不得行使親權」作為理由並非妥適。未成年人結婚及離婚皆須法定代理人同意，故親權協議時亦須法定代理人同意，以求邏輯一致性，此為本人於法條文義解釋

之意見。惟於法條之外，現今未成年人自主性較強，倘親權協議須法定代理人同意，於行使上恐有困難。

賴法官劍毅：

本人採乙說，未成年人結婚後之行為能力不因離婚而喪失，惟實務上認為此係財產行為之行為能力，而不包含身分行為。親權協議屬身分行為，故仍須得法定代理人同意。

林副教授昀嫻：

本人認應分三層次討論：第一，未成年人離婚後，具財產行為之行為能力，而無身分行為之行為能力。第二，就實質面，未成年子女權利義務行使與負擔之性質為何？倘為身分行為則須法定代理人同意，倘為親權人能力則無須法定代理人同意。第三，就程序面，約定未成年子女權利義務行使與負擔之登記，就法務部提供之資料可知此登記須法定代理人為之。依上述分析結果，本人認須法定代理人同意。惟就法條以外之解釋論，參酌未成年子女最佳利益、家的自主性，本人較傾向甲說。

黃副教授詩淳：

法務部會議資料第 18 頁函釋之前提與學說通說相異，學說認無論未成年人是否已婚皆能行使親權，法務部函釋另加諸一具體限制，使部分情況下未成年人得單獨行使親權，其餘則須法定代理人同意，於法無明文之情況下加此限制實有未妥。於此前提，未成年子女於婚姻關係存續中抑或不存續時皆能獨立行使親權，何以於離婚後協議親權時須法定代理人同意？此限制似多此一舉。退一步言，「約定親權人」及「具體行使親權」何者較重大，似不能逕以法律上之定性判斷，方才許多師長提及協議親權為身分行為，何以協議親權須較高之判斷力，而具體親權行使如懲戒權則毋須如此高之判斷力？本人對協議親權為身分行為此想法存疑，其本質上應與具體行使親權無異，

於判斷上亦無須更高之意思能力，故無須法定代理人同意，本人採甲說。

司法院代表：

按民法第 13 條第 3 項規定，未成年人結婚有行為能力，而依學者見解，未成年人結婚後取得之行為能力於財產行為有適用，而身分行為除法律另有規定外並未取得行為能力，此為史尚寬老師之見解，而結婚與離婚皆須法定代理人同意此二規定即為身分行為法律另有規定之明文。參考民法第 1049 條但書之立法意旨係為保護未成年人，如方才學者所言，協議親權屬身分行為，為保護未成年人及未成年人子女之利益，須得法定代理人同意，故採乙說。

另外就會議資料甲說第 4 點補充說明，實務上法院酌定未成年人之親權人係由法院裁量一切情況決定，故無是否須法定代理人同意之問題，惟必要時法院仍會詢問法定代理人之意見，以考量其生活環境、支持系統、家庭成員關係等。

鍾司長瑞蘭：

甲說第 4 點不適宜，我們將此點理由刪除。

戴教授東雄：

本人認須法定代理人同意，蓋現今各國立法例無不以未成年人利益為優先考量，我國亦不例外。本議題中未成年子女有兩者，即離婚之未成年人及其子女，就未成年人本人言，法務部提供之資料中，林秀雄教授認得法定代理人同意之目的非補充未成年人判斷力之不足，而係保護其利益。從此角度出發，大法官解釋第 365 號父權優先條款係行使親權之問題，惟協議親權與行使親權係相異之概念，故此協議不得與行使親權比較。民國 96 年收養法修正增訂第 1076 條之 1，成年子女、未成年子女之出養皆須父母之同意，蓋出養子女係將權利義務全數移轉至養父母，事關重大，已非親權行使，而係類似於處分行為。

同理，協議親權後亦有一方喪失親權，故不得以民法第 1089 條解釋，而應與出養情形之解釋同。故考量未成年子女利益，應得法定代理人同意較為周全，亦更能保護雙重未成年子女。

主席：

議題一多數採乙說，惟具體個案仍以法院判決為準。

賴科長俊兆：

議題二：非婚生子女於出生前經生父認領，該子女之從姓，是否仍應適用第 1059 條之 1 規定？

以下係問題分析部分：一、關於子女姓氏，民法第 1059 條及第 1059 條之 1，就婚生子女及非婚生子女，分別定有明文。又民法雖未規定胎兒之認領，但依民法第 7 條規定，實務及學說均肯定胎兒得為認領之對象。從而，非婚生子女於出生前，經生父認領，依民法第 1069 條規定，非婚生子女認領之效力，溯及於出生時，則該子女於辦理出生登記前，倘父母業以書面約定子女從父姓，則其從姓究係以婚生子女視之，逕行適用第 1059 條規定？抑或仍應適用第 1059 條之 1，亦即依該條第 1 項前段先從母姓，再依同項後段適用第 1059 條第 2 項至第 4 項規定，變更為父姓，不無疑義。二、戶政實務上，內政部 98 年 7 月 23 日台內戶字第 0980129881 號函略以：有關非婚生子女於未出生登記前經生父認領，其從姓之登記，於辦理非婚生子女出生登記時，仍應依民法第 1059 條之 1 規定應從母姓，其嗣後因認領辦理變更從姓及次數之計算，依同法第 1059 條第 4 項規定，於子女成年前後各以 1 次為限。惟為顧及當事人之權益，非婚生子女之生父生母於出生登記當日前，如確有認領之事實，且已以書面約定子女從姓，於辦理出生登記時，可逕登記為約定之從姓，不辦理姓氏變更登記。惟上述「可逕登記為約定之從姓，不辦理姓氏變更登記」之作法，其適用依據為何，似有未明。三、有關非婚生子女之從姓，依第 1059

條之 1 規定，非婚生子女應先從母姓，於辦理出生登記後，因經生父認領，再辦理姓氏變更登記。非婚生子女，係因非婚生子女之生母與生父於無婚姻關係存續中受胎所生之子女，生母因有分娩事實，該子女與生母之關係，依第 1065 條第 2 項規定視為婚生子女，其從姓自應從母姓；在生父未認領前，生父與子女無親子關係。倘經生父認領者，依第 1065 條第 1 項規定「視為」婚生子女，適用第 1059 條第 2 項至第 4 項之規定。四、非婚生子女於出生前經生父認領，倘適用第 1059 條之 1 規定，依該條第 1 項前段規定，應先從母姓，於辦理出生登記後，再辦理姓氏變更登記。且依第 1059 條之 1 第 1 項後段規定，僅適用第 1059 條第 2 項至第 4 項規定，第 5 項規定不在適用之列。五、第 1059 條第 5 項就聲請法院宣告變更婚生子女姓氏定有明文，非婚生子女姓氏變更則於第 1059 條之 1 第 2 項亦有規範。兩者規定未臻相同。非婚生子女於出生前經生父認領，如視為生父之婚生子女而適用第 1059 條規定，則倘嗣後發生子女之姓氏與任權利義務行使或負擔之父或母不一致之情形時，能否適用第 1059 條第 1 第 2 項第 3 款規定，聲請法院為子女姓氏變更？亦有疑義。法律事務司初步研析意見擬具甲乙二說。

甲說係認為：逕依第 1059 條第 1 項規定，由父母書面約定從姓。非婚生子女於出生前（生母懷孕時期之胎兒），生父亦可為認領，為通說及實務所承認。按第 1065 條第 1 項規定「視為」婚生子女，係法律所擬制，是以，非婚生子女於出生前生父既已認領，即應視為婚生子女，自有第 1059 條之適用，應逕依該條規定辦理，由父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓後，辦理出生登記。倘非婚生子女於出生前經生父認領，仍須依第 1059 條之 1 第 1 項規定，先從母姓辦理出生登記後，再立即辦理子女姓氏變更登記，似徒增不必要

之戶籍登記作業，且姓氏變更列入第 1059 條第 4 項規定次數計算，恐影響當事人權益。另相關學說見解，例如林秀雄教授認為，第 1059 條之 1 第 1 項前段規定非婚生子女從母姓，係指於出生登記前，生父尚未認領之情形而言，非婚生子女於出生登記前，若已經生父撫育或認領，而被視為生父之婚生子女時，則似應依第 1059 條第 1 項規定，由生父與生母以書面約定子女從父姓或母姓。本部函釋認為，關於準正之子女變更姓氏，應依民法第 1059 條第 2 項至第 5 項規定辦理。非婚生子女之從姓，在準正之情形，因明文規定「視為」婚生子女，其從姓依第 1059 條規定，則於第 1065 條規定經生父認領之情形，亦規定「視為」婚生子女，自應為相同之處理。

乙說係仍應依第 1059 條之 1 規定先從母姓，再行辦理姓氏變更。非婚生子女之從姓，非婚生子女於出生前雖經生父認領，論其事實仍係非婚生子女，僅係經由法律擬制其法律效果，就非婚生子女之從姓，第 1059 條之 1 第 1 項前段明文規定：「非婚生子女從母姓。」自應先從母姓辦理出生登記。非婚生子女於出生前雖經生父認領，從母姓於辦理出生登記後，第 1059 條之 1 第 1 項後段規定，經生父認領者，適用第 1059 條第 2 項至第 4 項之規定。倘父母協議非婚生子女從父姓，可依第 1059 條第 2 項規定，辦理姓氏變更。非婚生子女在未經認領或準正之情況下，於辦理出生登記時，依第 1059 條之 1 規定，必先從母姓。待經生父認領、撫育之事實或生父生母嗣後結婚，依第 1064 條或第 1065 條規定視為婚生子女後，方有依第 1059 條第 2 項至第 4 項辦理子女姓氏變更之可能。又倘嗣後發生子女之姓氏與任權利義務行使或負擔之父或母不一致之情形時，仍可依第 1059 條之 1 第 2 項第 3 款規定，聲請法院為變更子女姓氏之宣告。

以上為議題二之說明。

陳法官金圍：

本人採甲說，蓋無須先登記為母姓再變更為父姓，於登記上較便捷，且變更次數之計算，亦可保障當事人權利。

賴法官劍毅：

本人採甲說，蓋民法第 1059 條係規範婚生子女之從姓，第 1059 條之 1 係規範非婚生子女之從姓，依第 1065 條，本案情形應視為婚生子女，依第 1059 條書面約定從姓，此為法條解釋，亦符合當事人利益。

內政部代表：

本部 98 年函所提之考量，較接近甲說意見。

許教授澍林：

本人贊成甲說。蓋民法第 1059 條之 1 非婚生子女應從母姓之情形，係指生父未認領前之情況，倘於子女出生登記前生父已為認領，則應依民法第 1059 條處理，無再依民法第 1059 之 1 條之理。

賴科長俊兆：

就會議資料第 8 頁補充說明，因民法第 1059 條及第 1059 條之 1 於宣告變更姓氏之規定有異，故倘採甲說而認應適用民法第 1059 條，則於子女姓氏與行使親權之父或母不一致時，能否再適用民法第 1059 條之 1 第 2 項第 3 款之規定？此部分亦一併提請討論。

鄧教授學仁：

民法第 1059 條和第 1059 條之 1 就字面而言係婚生與非婚生子女之區別，然實為父母是否具婚姻關係之差異。蓋民法第 1059 條之 1 係出生後之認領，倘為出生前胎兒之認領，參酌現今實務上認照顧生母亦屬有撫育之事實，得為認領之認定。於此情形即應適用民法第 1059 條。而民法第 1059 條之規定係須經協議，倘協議不成則由雙方抽籤決定，倘生父認領後不為抽籤，

未成年子女是否即無從辦理出生登記？就結論言，倘為出生前之認領，原則上應適用民法第 1059 條之 1，惟倘生父母有書面約定從姓，方得以民法第 1059 條逕為登記。此時即毋須先登記母姓後再為變更登記。而就計算更改姓氏次數之部分，僅為約定之問題，因現行法仍得請求法院宣告變更姓氏，實務上更有調解變更姓氏之案例。故本人認民法第 1059 條之 1 應著重於生父母間是否具婚姻關係，邏輯上似較一致。

林副教授昀嫻：

婚生與非婚生子女之區辨係著重父親與子女之關係，與生母無關。蓋子女為生母所生，縱生母終身未婚，現行法亦認定子女與生母之關係為婚生子女。故既係著重於父親與子女之關係，劃分婚生或非婚生子女究係以準正或認領之方式使父子關係轉為婚生，是否須於法律上予以區辨，恐尚須斟酌。依實務函釋見解，倘以準正之方式，子女姓氏應依民法第 1059 條之規定；認領則依民法第 1059 條之 1 之規定。自此見解出發，即可認重點係父與母是否結婚，而非婚生子女或非婚生子女，故仍應先從母姓。就子女利益觀點而言，應於程序上保障子女於辦理出生登記時即有法定從姓，亦即先從母姓。

黃副教授詩淳：

鄧老師所提民法第 1059 條及第 1059 條之 1 之區別係父母是否具婚姻關係。本人欲就民法第 1059 條第 1 項和第 2 項之立法目的略為說明：第 1 項之規定係認非婚生子女於出生登記時，倘尚未受生父認領，則法律上尚無父親，故應先從母姓；第 2 項之立法目的係考量非婚生子女之生父母並無婚姻關係，故於法院宣告變更姓氏時，方得考量子女之姓氏與任親權人不一致之因素，故變更事由與民法第 1059 條第 5 項有異。倘考量子女利益之保護，本人認於本議題中似應對民法第 1059 條之 1 之「非婚生子女」採較狹義之解釋，亦即倘非婚生子女於未出

生即受生父認領，即可認未包含於民法第 1059 條之 1「非婚生子女」之範圍，而得適用民法第 1059 條第 1 項由父母書面約定從姓，如此即可避免賴科長適才所言變更任親權人後，是否得以此為由再變動子女姓氏，亦無須嗣後再變更為父姓，惟倘嗣後須法院宣告變更姓氏時，仍得適用民法第 1059 條之 1 第 2 項。故本人亦認得對民法第 1059 條之 1 第 1 項採狹義解釋以達到目的。

另會議資料乙說第 4 點引述林秀雄教授之見解，認為為保護胎兒之利益，於胎兒受認領時即應生認領之效力。本人認此為支持甲說之論據，是否應移列為甲說之理由較為適當？

簡言之，本人採甲說之結論，但不妨礙非婚生子女仍應適用民法第 1059 條之 1 第 2 項。

司法院代表：

本院採甲說，適用民法第 1059 條之規定。如方才賴科長所言，胎兒得為認領對象，故若非婚生子女於出生前經生父認領，依民法第 1069 條之規定，於出生時即生認領之效力，視為婚生子女。故子女之從姓，基於保護非婚生子女之最佳利益，依民法第 1059 條定其姓氏；倘依民法第 1059 條之 1 則如法務部所提之研析意見，須先從母姓後，再變更為父姓，故建議採甲說。而採甲說後所衍生之問題即為適才賴科長所補充，倘嗣後子女姓氏與任親權人不一致時，應如何處理？是否仍得適用民法第 1059 條之 1 第 2 項第 3 款聲請法院變更？就此，為求適用法條之一貫性，本院建議於採甲說適用第 1059 條時，應併觀同條第 2 項本文，尚須考量子女利益後，方可變更。若僅因決定子女從姓後，行使親權之父或母有所變動，法院未必准許變更姓氏。舉例而言，倘本約定子女從父姓，監護權亦由父行使，而於扶養過程中父親皆善盡扶養義務，爾後另有原因使親權人變更為生母，則其得否以單純變更親權行使為理由聲請法院變更

子女姓氏？此時法院尚會考量變更行使親權人為生母後，父親是否持續支付扶養費或繼續協力照護子女等事由以為准駁。故倘依民法第 1059 條之 1 第 2 項第 3 款未必得僅因變更親權人而變更子女從姓。綜上所論，本院建議若採甲說，倘發生賴科長所提之情形，應適用民法第 1059 條第 5 項第 4 款聲請變更子女姓氏。

戴教授東雄：

本人傾向甲說。能否在民法第 1059 條之 1 條加上但書，於子女未為出生登記前適用民法第 1059 條之規定，所謂出生登記前包含出生後未為出生登記之情形。本人認為係先有子女姓氏之問題，而後始有親權行使不一致之問題，待有行使親權之問題再適用第 3、4 款。

另外，會議資料中甲說第 4 點有些微瑕疵，準正係無認領之意思表示，透過「結婚」使非婚生子女視為婚生子女。故於準正之情形中，子女通常於父母結婚前出生，於此情形下，應先從母姓後再為變更。子女未為出生登記前，恐生民法第 1059 條之 1 非婚生子女已約定從姓，於此情況即依民法第 1059 條，亦得抽籤決定，使非婚生子女先有姓氏後，再適用民法第 1059 條其他各項。

鄧教授學仁：

胎兒可能因準正而視為婚生子女，惟若超過 181 天到 302 天之限制，則非得受婚生推定，此時應認係認領抑或準正？於此情形胎兒準正非無可能，故倘於懷孕超過 181 天後生父母始結婚，則係準正而無認領之問題，以此認定方式較易，亦較有利於子女。甲說之情況係由父母書面約定，約定不成則抽籤決定，此時倘生父不配合至戶政事務所抽籤，子女是否即無從完成出生登記？此時戶政機關是否得代為抽籤？

倘約定從母姓，依民法第1069條之1準用第1055條，由父親擔任親權人應適用第 1059 條，因父親無未盡保護教養義務之情形，則僅得約定變更之，然因無從約定變更，故應聲請法院宣告變更，而任親權人無從變更子女姓氏，對其保障顯有不足。本人不認為子女姓氏與子女利益有關，而自法條觀之，多數意見認應適用民法第 1059 條，然若法務部作出如此結論，上述情形應如何處理。

許教授澍林：

民法第1059條和第1059條之1之差別為父母親是否結婚，子女出生前生父即為認領而生父母未結婚之情形中，為便宜行事依民法第 1059 條之規定處理。本人認是否應解釋為因民法第1059條之1未規定，故該情形與第1059條之規範類似而以類推適用第 1059 條之方式處理。然本質上因其生父母並未結婚而為非婚生子女，故除民法第 1059 條第 1 項外，其餘情形仍適用第1059條之1。

鍾司長瑞蘭：

民法第1059條之1與第1059條有一款規定不同係當初修法時有意為之，此立法背景與性別平等有關，當時有婦女團體認為子女與生母之關係係無庸置疑，與林昀嫺教授適才所言相同，故先從母姓，倘爾後非婚生子女發現其姓氏與行使親權人不同時，允許其無須附理由即可變更，當初立法係有意使其無須舉證是否未盡保護教養義務即得變更姓氏，戶籍法或姓名條例中亦有類似規定。而倘採甲說，是否會發生生父於未出生前認領或出生後認領實際上僅差數天，卻使日後子女本人欲變更姓氏時少一款聲請事由之情形？故可知生父認領子女之時點將影響子女日後行使聲請變更姓氏之權利。而就適才林昀嫺教授提及從母姓之部分，非婚生子女出生後先從母姓，而後生父母欲約定子女從姓時，是否易對生母之談判地位有不利之影響？

戴教授東雄：

從母姓是否係因未為約定？如是，則應尚有一次變更姓氏之機會。

鍾司長瑞蘭：

非婚生子女應逕行適用民法第 1059 條之 1 從母姓，如欲變更則須再為約定，僅係減少一次變更姓氏之機會；而倘適用民法第 1059 條則會多一次變更姓氏之機會，惟因已溯及成為婚生子女，即不發生從母姓之情形。故認為倘一開始即須以書面約定非婚生子女之從姓，生母於嗣後與生父處理子女及婚姻之相關問題時，恐處於較弱勢之地位。

鄧教授學仁：

使子女之生父身分盡早確認方符合子女最佳利益之考量，變更姓氏之次數增減，於日後尚可請求法院宣告變更之。

賴科長俊兆：

有關司長適才所提之問題，因民法第 1059 條之 1 逕行規定非婚生子女從母姓，此是否可認係生母之權利？而依民法第 1069 條但書規定，認領之效力溯及於出生時，但第三人已得之權利不因此受影響，則解釋上是否可認為生母使非婚生子女從母姓之已得權利，不因認領而受影響？

鄧教授學仁：

此處之第三人應係指生父母以外之第三人。

主席：

多數採甲說，許澍林教授似採甲說，然僅適用第 1059 條第 1 項。

戴教授東雄：

本人與許澍林教授採相同見解。

主席：

請增列**丙說：採甲說之結論，但只適用 1059 條第 1 項規定，其他情形適用第 1059 條之 1。**

鄧教授學仁：

倘生父認領後不至戶政機關抽籤應如何處理？民法第 1059 條之主語為父母，倘生父不來抽籤，是否可由戶政機關代為抽籤？倘僅係意見不一致之情形，戶政事務所應不得代為抽籤。

主席：

應視戶籍法之規定。

內政部代表：

戶籍法第 49 條確有此規定。

主席：

抽籤之規定本有疑義，本部最初係希望以法院裁定之方式為之，然修法結果仍以抽籤決定。

鄧教授學仁：

戶籍法第 49 條僅有無依兒童可由戶政機關代為抽籤之規定。

邱副司長銘堂：

因非婚生子女並非一定是無依兒童，故現行實務做法係先從母姓登記，戶籍法第 49 條未規定意見不一致由戶政事務所代抽；至於無依兒童，係依監護人之姓登記。

主席：

是否限於無異議代抽？父母一方不願配合登記，而他方欲為登記之情形應如何處理？

鄧教授學仁：

戶籍法第 49 條之規定限於無依兒童得由戶政事務所代為抽籤，其餘情形戶政事務所不得代為抽籤。然實務上由生母請求生父協力辦理子女出生登記恐難實行。

主席：

內政部是否確定戶籍法第 49 條限於無依兒童方可適用？

內政部代表：

戶籍法係依民法第 1059 條規定而來。戶籍法第 49 條第 1 項若當事人姓氏依相關法律未能確定時，婚生子女係由申請人於戶政事務所抽籤決定從父姓或母姓，父母同意之情況下亦得由戶政事務所代為抽籤。而實際上如何操作之技術性細節，並未有詳盡之規範。

鄧教授學仁：

民法第 1059 條第 1 項之主語應為父母，無戶政事務所。

主席：

未約定係指父母雙方未為約定，非未與戶政事務所約定。

許教授澍林：

一方若未為約定，則為約定不成之情形。

鄧教授學仁：

無依兒童係由監護人為之，若約定不成，則由實際到戶政事務所之人抽籤。

主席：

父母對子女之姓氏協議不成包含未協議之情形，亦即母親無從通知父親至戶政事務所。故增列丙說:採甲說適用民法第 1059 條第 1 項，其餘情形採乙說適用民法第 1059 條之 1。

鄧教授學仁：

另提出**丁說：原則採乙說，但生父母於出生登記前有書面約定者，從其約定。**

戴教授東雄：

丙說是否限於出生登記前？

鄧教授學仁：

是。

主席：

請各位就甲乙丙丁四說表決。

甲說 2 位（賴法官劍毅、司法院代表）、乙說 0 位、丙說 3 位（戴教授東雄、許教授澍林、陳法官金圍）、丁說 3 位（鄧教授學仁、林副教授昀嫺、黃副教授詩淳）。

丙說採民法第 1059 條之 1，而限於第 1 項，是否與丁說有所衝突？

鍾司長瑞蘭：

丁說原則可先從母姓，而倘已有書面約定則無須先登記為母姓再為變更，得逕登記為父姓。丙說依約定為之。

主席：

請各位就丙丁二說再為表決。

丙說 4 位（戴教授東雄、許教授澍林、陳法官金圍、賴法官劍毅、），丁說 4 位（鄧教授學仁、林副教授昀嫺、黃副教授詩淳、司法院代表）。

本部將以丙丁二說再為研議。

戴教授東雄：

倘生父與生母就子女姓氏有所爭議，則抽籤之規定是否無從適用於丁說？

鄧教授學仁：

若無約定則從母姓。丁說之意為原則從母姓，倘有書面約定則從其約定。約定不成亦為無約定之情形。

主席：

請法律事務司先為紀錄，本部再為研議。若無其他臨時動議，本次會議到此結束。

柒、會議結論：

一、議題一：多數採乙說（未成年父母離婚後為民法第 1055 條第 1 項親權協議「須」得其法定代理人同意），惟具體個案仍以法院判決為準。

二、議題二：採丙說（僅適用第 1059 條第 1 項規定，由父母書面約定從姓，其他情形仍適用第 1059 條之 1）及丁說（仍應依第 1059 條之 1 規定先從母姓，再行辦理姓氏變更，但生父母於出生登記前就子女從姓有書面約定者，從其約定）各有四位，本部將就此二說再為研議。

主席：陳明堂

記錄：賴佑欣、歐苡均