

《民法親屬編概要》

| | |
|--------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>試題評析</p> | <p>第一題：本題旨在測驗對於扶養要件之理解，難度不高。只要能掌握夫妻間扶養、對未成年子女扶養與「不能維持生活」要件之關係者，當可輕鬆回答。</p> <p>第二題：本題旨在測驗對於兩願離婚形式要件之理解。本題涉及之實務見解為最高法院75年度第9次民事庭會議決議。</p> <p>第三題：本題旨在討論單獨收養之效力。只要掌握「身分行為不得代理」之基本觀念，當可輕鬆回答。</p> <p>第四題：本題旨在測驗婚生否認之訴之當事人適格問題。在回答時，可附帶說明家事事件法的相關規定，獲取加分機會。</p> |
| <p>高分命中</p> | <p>第一題：《高點身分法講義Ⅱ》，梁台大編撰，頁107-111。</p> <p>第二題：《高點身分法講義Ⅰ》，梁台大編撰，頁64。</p> <p>第三題：《高點身分法講義Ⅱ》，梁台大編撰，頁44-46。</p> <p>資料引自《親屬法》戴瑀如、戴東雄、戴炎輝，自版，頁356。</p> <p>〈論民法親屬編修正內容與檢討〉戴東雄，《月旦法學雜誌》第147期，頁21。</p> <p>《民法親屬新論》陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，三民書局，頁338-339。</p> <p>〈論我國收養法之修正〉林秀雄，《月旦法學雜誌》第151期，頁173。</p> <p>〈收養法修正後之問題〉郭振恭，《月旦法學雜誌》第161期，頁6-7。</p> <p>第四題：《高點身分法講義Ⅰ》，梁台大編撰，頁19-23。</p> <p>《高點身分法講義Ⅱ》，梁台大編撰，頁5-10。</p> |

一、甲男、乙女為夫妻，分別任職於公務機關，有未成年子女丙、丁二人。某日甲遭戊男殺害，乙、丙和丁可否根據民法第192條第2項之規定，主張甲生前對彼等負有法定扶養義務而請求戊損害賠償？（25分）

答：

未成年子女丙、丁可根據民法第192條第2項之規定，主張甲生前對彼等負有法定扶養義務而請求戊損害賠償；惟配偶乙則不許。

(一)法定扶養義務：

1. 「不法侵害他人致死者，對於支出醫療及增加生活上需要之費用或殯葬費之人，亦應負損害賠償責任。」「被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。」「受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限。」「前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬，不適用之。」民法第192條第1項、第2項、第1117條第1項、第2項定有明文。
2. 按被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於第三人亦應負損害賠償責任；而受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限；前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬，不適用之。準此，直系血親尊親屬受扶養之權利，雖不受無謀生能力之限制，惟仍應受「不能維持生活」之限制。
3. 再按，夫妻間之扶養，是否以受扶養人無謀生能力為必要？實務認為，於民法第1116條之1增訂後，夫妻間之扶養不以無謀生能力為必要。又對未成年子女之扶養，學者一般則認為亦不以無謀生能力為必要。惟夫妻與未成年子女受扶養之權利，仍應受「不能維持生活」之限制甚明。

(二)未成年子女丙、丁可向戊請求損害賠償；惟配偶乙則不許：

1. 查乙女為甲之配偶，丙丁二人為甲之子女，甲對彼等均負有法定扶養義務。
2. 第查，戊既殺害甲而死亡，未成年子女丙、丁如尚未就業工作而無任何收入以致不能維持生活者，當可向戊請求損害賠償。至於配偶乙因任職於公務機關，尚有穩定之工作收入，似難認定乙有不能維持生活之情節，自不許乙向戊請求損害賠償無訛。

高點·高上高普特考 goldensun.get.com.tw 台北市開封街一段2號8樓 02-23318268

【中壢】中壢市中山路100號14樓 03-4256899

【台中】台中市東區復興路四段231-3號1樓 04-22298699

【台南】台南市中西區中山路147號3樓之1 06-2235868

【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓 07-2358996

【另有板橋·淡水·三峽·林口·羅東·逢甲·東海·中技·雲林·彰化·嘉義】

二、甲乙結婚多年，因口角不斷，終致離婚。兩人簽署離婚協議後，乙卻拒絕與甲同赴戶政機關為離婚登記。請問甲可否訴請法院命乙履行登記義務？（25分）

答：

甲乙兩人簽署離婚協議後，如乙拒絕與甲同赴戶政機關為離婚登記者，甲不得訴請法院命乙履行登記義務。

(一)兩願離婚之要件：

1. 「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。但未成年人，應得法定代理人之同意。」「兩願離婚，應以書面為之，有二人以上證人之簽名並應向戶政機關為離婚之登記。」民法第1049條、第1050條定有明文。
2. 按夫妻得自行兩願離婚；兩願離婚之形式要件，應以書面為之，有二人以上證人之簽名並應向戶政機關為離婚之登記等為必要。由是可知，如夫妻僅有以書面方式、有二人以上證人之簽名，惟尚未向戶政機關為離婚之登記者，其兩願離婚尚未生效，當屬無疑。

(二)甲不得訴請法院命乙履行登記義務：

1. 經查，甲乙兩人簽署離婚協議後，如乙拒絕與甲同赴戶政機關為離婚登記者，甲得訴請法院命乙履行登記義務？甲得否提起離婚戶籍登記之訴？對此，實務上曾有所爭議。
 - (1)甲說：（肯定說）兩願離婚，應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應向戶政機關為離婚之登記，為修正民法第1050條所明定，是兩願離婚，雙方當事人應向戶政機關申請為離婚之登記，如一方拒不為申請，他方自得提起離婚戶籍登記（給付）之訴，求命其履行。
 - (2)乙說：（否定說）兩願離婚，須具備書面，二人以上證人之簽名及辦理離婚戶籍登記三項要件，始生效力，為修正民法第1050條所特別規定。當事人兩願離婚，祇訂立離婚書面及有二人以上證人之簽名，而因一方拒不向戶政機關為離婚之登記，其離婚契約尚未有效成立，他方自無提起離婚戶籍登記之訴之法律依據。
2. 吾人以為乙說可採。詳言之，民法第1050條既已將「向戶政機關為離婚之登記」作為形式要件之一，是一方拒不向戶政機關為離婚之登記者，其離婚契約尚未有效成立，他方自無提起請求協同辦理離婚戶籍登記之訴之法律依據。就此，我國實務亦同此見解（最高法院75年度第9次民事庭會議決議意旨參照）。是以，甲不得訴請法院命乙履行登記義務，當屬無疑。

三、甲男、乙女結婚數載，膝下猶虛。嗣甲因風災死亡，乙欲延續甲之香火，乃收養甲之未成年侄兒丙為養子。請問丙是否因此而與甲成立父子關係？（25分）

答：

丙與甲之間並不成立父子關係。

(一)收養之實質要件與夫妻單獨收養

1. 「收養他人之子女為子女時，其收養者為養父或養母，被收養者為養子或養女。」民法第1072條定有明文。按養父母擬收養他人之子女為養子女者，其收養應分別具備形式要件與實質要件，始能發生效力。收養之形式要件，應以書面為之，並向法院聲請認可（民法第1079條第1項）。又實質要件，包含收養之合意應經被收養者父母、法定代理人之同意；收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上（民法第1073條）；非禁止收養之親屬（民法第1073條之1）；一人不得同時為二人之養子女（民法第1075條）；有配偶者被收養時，應得其配偶之同意（民法第1076條）；夫妻應共同收養子女（民法第1074條）。
2. 按「夫妻收養子女時，應共同為之。但有下列各款情形之一者，得單獨收養：一、夫妻之一方收養他方之子女。二、夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年。」民法第1074條定有明文。由是可知，原則上夫妻收養子女時，應共同為之；如違反上開情節者，收養者之配偶得請求法院撤銷之（民法第1079條之5第1項）。
3. 第按，如夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年者，夫妻自得單獨收養。惟存有疑問者，即夫妻之一方單獨收養子女時，其效力為何？收養效力是否及於他方配偶？有論者謂：他方得以雙方名義為收養，而使收養效力及於他方，是單獨收養之效力及於他方等云云。惟有鑑於身分行為原則上不得代理，故上開見解容許他人代理為收養行為，恐有疑問。據此，一方之單獨收養，效力應不及於他方不能表意之配偶，較為可採。

(二)丙與甲之間並不成立父子關係：goldensun.get.com.tw 台北市開封街一段2號8樓 02-23318268

1. 查甲男、乙女為夫妻，嗣甲男因風災而死亡在案。因甲男業已死亡而無法為意思表示，是配偶乙女自得單獨收養他人為子女。

- 2.第查，甲之未成年姪兒丙為乙女之三親等旁系姻親，因乙女為丙之長輩，其輩分相當，是乙女收養丙為養子，並不違反民法第1073條之1之規定，併予敘明。
- 3.再查，有鑑於身分行為不得代理，是乙女單獨收養丙為養子，其收養效力僅及於乙丙間，其收養效力並不及於甲。是以，丙與甲之間並不成立父子關係，當屬無疑。

四、甲男以捕魚為業，民國93年3月29日與乙女結婚，未為結婚登記。同年8月23日甲出海捕魚，因遭遇颱風而失蹤。乙女驚聞噩耗，終日以淚洗面。乙婚前男友丙見狀，乃經常探訪安慰乙女，兩人舊情終告復燃。94年10月31日乙生下一女丁，丙乃將丁登記於自己之戶籍內並隨丙姓。今年4月1日甲失蹤歸來，堅稱丁係其婚生子女。由於乙未曾對甲為死亡宣告，甲之主張是否有理？乙、丙、丁可為如何主張？（25分）

答：

甲主張丁為其婚生子女，應有理由；乙、丁得提起婚生否認之訴，惟丙不得提起婚生否認之訴。

(一)婚生推定與婚生否認之訴

- 1.「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」「前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴。」「否認子女之訴，應以未起訴之夫、妻及子女為被告。」「子女否認推定生父之訴，以法律推定之生父為被告。」民法第1063條第1項、第2項、家事事件法第63條第1項、第2項定有明文。
- 2.按具有婚生否認之訴之原告當事人適格者，有父、母（74年6月3日修正）。又舊法中，子女本不具有原告適格，嗣經司法院大法官釋字第587號解釋宣告舊法違憲後，新法即修正肯定子女亦有原告適格。至於有血緣關係之生父，新法則並未賦予其原告適格，其自無從提起婚生否認之訴甚明。
- 3.再按，「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。」「從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間。」民法第1061條、第1062條第1項定有明文。由是可知，從子女出生日回溯第181日起至第302日止之受胎期間有婚姻關係存續者，推定其所生子女為婚生子女。又婚生推定之目的，為求保護子女，藉由外在事實以安定確立身分關係，而非一律僅以血緣關係決定親子關係。

(二)甲之主張有理由；乙、丁得提起婚生否認之訴，惟丙不得提起婚生否認之訴：

- 1.經查，甲乙於民國93年3月29日結婚，其婚姻成立於97年5月23日採取「登記婚」以前（民法親屬編施行法第4條之1第1項意旨參照），自應適用舊法「儀式婚」規定。是以，甲乙雖未為結婚登記，惟不影響其婚姻存續之效力；至於甲僅失蹤而未受死亡宣告，其婚姻仍存在甚明。循此，乙女於94年10月31日生下一女丁，是從丁出生日回溯第181日起至第302日止之受胎期間，確於甲乙婚姻關係存續中，自應推定丁為甲乙之婚生子女。基此，甲主張丁為其婚生子女，應有理由。
- 2.惟查，甲早於93年8月23日失蹤，顯見事實上丁女與甲男間並無真實血緣關係。是以，如乙、丁有意否認丁受婚生推定之效力者，當可透過婚生否認之訴之方式加以救濟，請求法院推翻婚生推定之效力。至於丙雖為丁之生父，惟現行法律並未賦予其有提起婚生否認之訴之權利，丙自無從加以救濟，併予敘明。

特考

高點·高上高普特考 goldensun.get.com.tw 台北市開封街一段2號8樓 02-23318268

【中壢】中壢市中山路100號14樓·03-4256899

【台中】台中市東區復興路四段231-3號1樓·04-22298699

【台南】台南市中西區中山路147號3樓之1·06-2235868

【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓·07-2358996

【另有板橋·淡水·三峽·林口·羅東·逢甲·東海·中技·雲林·彰化·嘉義】