

第八章

法律能力平等認可

◎陳俊翰

律師、會計師、衛福部社家署CRPD專案計畫研究員

◎黃詩淳

國立臺灣大學法律學院副教授

壹、前言

本條在整個《身心障礙者權利公約》當中占有非常重要的地位。不但要求締約國確保身心障礙者享有與其他人平等之法律能力，並應採取措施協助身心障礙者行使法律能力，此外，這些措施必須尊重本人，適合本人需求，並定期接受審查。本條對身心障礙者法律能力觀點帶來重大的轉變——過去代替身心障礙者做決定的制度包含監護等「替代決定制」(substituted decision-making)，必須修正為「輔助決定制」(supported decision-making)，為身心障礙者提供適當有效的措施，從旁協助身心障礙者行使法律能力並自己做出決定。就此點而言，本條文和第 19 條協助身心障礙者自立生活，行使自主權、自己作出決定相呼應。以下將先說明本條的內涵，其次再依照此內容，檢視我國法制落實的狀況。

貳、公約第 12 條之規範意旨

一、重要概念說明

(一) 法律能力和意思能力

1. 法律能力

首先要說明的是，本條文法律能力的用語在普通法系和大陸法系國家代表了不同的意涵，前者以法律能力一詞來含括大陸法系中的權利能力 (legal standing) 和行爲能力 (legal agency)，權利能力是指擁有權利並負擔義務的能力，行爲能力則爲行使這些權利並爲法律認可之能力，身心障礙者在行爲能力部分經常受到否定或限制。例如法律容許身心障礙者擁有財產，但他們在買賣財產時的各種行爲，卻無法受到法律尊重和認可。法律能力的意義在於，所有人（包含身心障礙者在內）僅單憑身而爲人這一事實，便足以享有權利能力和行爲能力，因此這兩個部分必須被視爲擁有法律能力不可分割的要件¹。而本條文最主要的目的，在於擴大身心障礙者自主決策的能力，以實現其人性尊嚴、自主權以及其他基本權利和自由的保障²。

2. 意思能力

法律能力 (legal capacity) 和意思能力 (mental capacity) 爲兩個不同的概念。法律能力爲擁有權利與義務（權利能力），並行使此等權利及義務的能力（行爲能力），是有意義地參與社會的關鍵。意思能力指的是一個人做成決策的技能，此項技能因人而異，並視諸多因素如環境和社會因素等有所變化。CRPD 第 12 條清楚顯示心智不健全以及其他歧視性標籤，並非否定一個人法律能力的正當理由，依據 CRPD 第 12 條規定，不論是感受上和實際上的意思

¹ CRPD General Comment No. 1 (2014), CRPD/C/GC/1, para. 14.

² Andreas Dimopoulos, *Issues in Human Rights Protection of Intellectually Disabled Persons* (London and New York: Routledge, 2010), p. 72; Gerard Quinn et al., *Human Rights and Disability: The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability* (New York and Geneva: United Nations, 2002), pp. 29-46, <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf>>.

能力不足，皆不可作爲剝奪法律能力的合理事由³。

在許多國家的法律制度中，意思能力和法律能力的概念常被混淆或合而爲一。當個人基於認知或社會心理的障礙，決策能力被視爲不足時，其法律能力往往被剝奪。通常剝奪法律能力的決定單純基於對某缺損的診斷（狀態法則），或當某人做出被視爲有負面結果的決定（結果法則），或當某人做決策的能力被視爲不足（功能法則）。功能法則企圖評估意思能力，並依此決定法律能力，通常係基於某人是否能理解其作出決定的性質與後果，以及其是否能善用或衡量相關資訊。但 CRPD 第 12 條不容許以一個人的身心障礙狀態或決策能力高低，作爲否定法律能力並矮化其法律之前平等地位的理由，相反地，本條文要求締約國必須提供行使法律能力的必要協助⁴。

(二) 替代決定制和輔助決定制

1. 替代決定制

替代決定制 (substituted decision-making) 包含許多不同形式，例如：全面性的監護 (plenary guardianship)、託管 (trusteeship)、禁治產 (judicial interdiction) 和部分監護 (partial guardianship) 等，這些形式具有共同特徵，包括：即便只是單一決定，某人的法律能力亦被剝奪；由本人以外的其他人士來指定替代決定者，可能違反本人的意願；替代決定者所爲之決定，是基於所謂客觀上本人的最佳利益，而非出於本人的意願和偏好⁵。

歷史上許多族群，包含女性和少數民族等，法律能力都曾被剝奪，然而至今身心障礙者的法律能力最爲普遍受到歧視或剝奪。法律能力對於行使公民、政治、經濟、社會和文化等權利上不可或缺，在身心障礙者必須做出和其健康、教育和工作相關之基本決定時，具有特殊意義，對於身心障礙者法律能力的否定，將會導致其許多基本權利受剝奪，例如：選舉權、結婚和建立家庭的權利、生育權、親權、親密關係同意權、醫療權和自由權等⁶。

³ *Supra* note 1, para. 13.

⁴ *Supra* note 1, para. 15.

⁵ *Supra* note 1, para. 27.

⁶ *Supra* note 1, para. 8.

雖然所有身心障礙者都可能受到法律能力被剝奪和替代決定制的影響，然而具有認知或社會心理障礙者長久以來直至今日，最易受到替代決定制和剝奪法律能力的巨大影響。委員會因此特別重申，身心障礙者的狀態或某種缺損存在的事實（包含身體或感官上的缺損），不得作為剝奪法律能力和第12條所列任一項權利的理由⁷。

2. 輔助決定制

輔助決定制（supported decision-making）是由各種將個人的意願和偏好置於首位，並尊重人權規範的輔助選項所構成，輔助決定制不應過度干預身心障礙者的生活。雖然其具有多種不同的形式，但應該融入下列關鍵要素，以確保符合 CRPD 第 12 條規定⁸。

1. 輔助決定制必須適用於所有人，需要各種協助程度的人，特別是需求高度協助者，不應成為獲得輔助決定的障礙⁹。
2. 所有行使法律能力的輔助形式，包含需求程度較高的輔助，都必須根據本人的意願和偏好，而非針對其客觀上最佳利益的認定¹⁰。
3. 即便個人的溝通模式屬於非傳統方式，或僅有少數人能理解，也不得成為獲得輔助決定的障礙¹¹。
4. 針對個人所選擇的輔助者之法律認可，必須具有普遍可及性。各締約國有義務建立輔助系統，特別是針對社區中孤立且無法獲得自然形成的支持網之人士，此必須包含可使第三者驗證輔助者身分的機制，以及當第三者認為輔助者並未依據當事人的意願和偏好行動時，得以提出異議的機制¹²。
5. 締約國必須確保身心障礙者僅需支付象徵性的費用或免費即可獲得

⁷ *Supra* note 1, para. 9.

⁸ *Supra* note 1, para. 29.

⁹ *Supra* note 1, para. 29(a).

¹⁰ *Supra* note 1, para. 29(b).

¹¹ *Supra* note 1, para. 29(c).

¹² *Supra* note 1, para. 29(d).

協助，並且缺乏財務支援不致成為獲得行使法律能力協助的障礙¹³。

6. 輔助決定制不得做為限制身心障礙者其他基本權利的正當化事由，尤其是選舉權、結婚權、或建立民事伴侶關係、建立家庭、生育權、親權、親密關係同意權、醫療權以及自由權¹⁴。
7. 個人有權拒絕並隨時終止或改變協助關係¹⁵。
8. 所有跟法律能力以及協助行使法律能力相關的程序都應建立保障措施，以確保個人的意願和偏好能獲得尊重¹⁶。
9. 行使法律能力協助的提供與否，不應取決於意思能力的評估，必須依照一套全新的、不歧視的指標來提供行使法律能力的協助¹⁷。

現代的輔助決定制度來自許多不同的發源。北歐斯堪地那維亞地區在九〇年代引進了法律認可的輔助者（support person）的概念，而在加拿大此一概念甚至可以追溯到十九世紀末的《民法典》¹⁸，今日在許多加拿大的省區中依然是相關法律體系中的關鍵部分。另外在英屬哥倫比亞還存在混合式的體系，允許個人簽訂代表協議（Representation Agreements）——一種混合輔助決定和長期授權書（enduring power of attorney），提供輔助者廣泛的協助決定甚至是代替當事人作出決定之權利¹⁹。

¹³ *Supra* note 1, para. 29(e).

¹⁴ *Supra* note 1, para. 29(f).

¹⁵ *Supra* note 1, para. 29(g).

¹⁶ *Supra* note 1, para. 29(h).

¹⁷ *Supra* note 1, para. 29(i).

¹⁸ Kees Blankman, “Guardianship Models in the Netherlands and Western Europe,” *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol.20, Issue 1, Winter 1997, pp. 47-55; Robert M. Gordon, “The Emergence of Assisted (Supported) Decision-Making in the Canadian Law of Adult Guardianship and Substitute Decision-Making,” *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol.23, No.1, 2000, p. 63.

¹⁹ See generally Representation Agreement Act, BC 1996, c 405. Lana Kerzner, “Paving the Way to Full Realization of the CRPD’s Rights to Legal Capacity and Supported Decision-Making: A Canadian Perspective,” Paper presented at New Foundations for Personhood and Legal Capacity in the 21st Century (Vancouver, Canada: Centre for Inclusion and Citizenship at the University of British Columbia, April 2011), pp. 35-56.

二、公約第 12 條之內容與釋義

(一) 條文內涵

第 12 條 在法律之前獲得平等承認

1. 締約國重申，身心障礙者於任何地方均獲承認享有人格之權利。
2. 締約國應肯認身心障礙者於生活各方面享有與其他人平等之法律能力。
3. 締約國應採取適當措施，便利身心障礙者獲得其於行使法律能力時可能需要之協助。
4. 締約國應確保，與行使法律上能力有關之所有措施，均依照國際人權法提供適當與有效之保障，以防止濫用。該等保障應確保與行使法律上能力有關之措施，尊重本人之權利、意願及偏好，無利益衝突及不當影響，符合比例並適合本人情況，適用時間儘可能短，並定期由一個有能力、獨立、公正之機關或司法機關審查。提供之保障與影響個人權利及利益之措施於程度上應相當。
5. 於符合本條規定之情況下，締約國應採取所有適當及有效措施，確保身心障礙者平等享有擁有或繼承財產之權利，掌管自己財務，有平等機會獲得銀行貸款、抵押貸款及其他形式之金融信用貸款，並應確保身心障礙者之財產不被恣意剝奪。

本條第 1 項和主要的人權公約規定類似，包含：

《世界人權宣言》第 6 條：「人人在任何地方有權被承認法律前的人格」；

《公政公約》第 16 條：「人人在任何所在有被承認為法律人格之權利」；

《遷徙勞工權利公約》第 24 條：「每個移徙工人及其每一家庭成員均應有權在任何地方獲得承認其在法律之前的人格」；

《消除婦女歧視公約》第 15 條：「1. 締約各國應給予男女在法律面前平等的地位。2. 締約各國應在公民事務上，給予婦女與男子同等的法律行為能力，以及行使這種行為能力的相同機會。特別應給予婦女簽訂合同和管理財產的平等權利，並在法院和法庭訴訟的各個階段給予平等待遇。3. 締約各國

同意，旨在限制婦女法律行為能力的所有合同和其他任何具有法律效力的私人文件，應一律視為無效。4. 締約各國在有關人身移動和自由擇居的法律方面，應給予男女相同的權利。」

本條第 1 項指出身心障礙者在任何地方均獲承認享有人格之權利，即是因為在許多國家的傳統法律體系下，甚至未認可身心障礙者在法律前平等被承認為人的地位²⁰。

第 2 項的內容在《消除婦女歧視公約》第 15 條亦可發現，不同的是，《消除婦女歧視公約》僅提及私領域事務。須注意的是，所謂的法律能力涵蓋了所有面向的自主行為能力——一個人生而為人即能享有之權利和承擔的義務，並在民事、刑事和公領域的所有方面皆有權利行使此一能力。

在肯定身心障礙者擁有法律能力，得以自主做出決定後，本條第 3 項進一步要求國家應採取適當的措施，提供身心障礙者行使其法律能力所需的協助。在協助身心障礙者行使法律能力時，應尊重他們的權利、意願和偏好。本項規定並未指明協助所應採取的形式。協助為一廣泛的用語，包含各種類型和程度、正式以及非正式的方式，例如身心障礙者可選擇一位或多位信賴者，針對某種類型的決定協助其行使法律能力；其他方式的協助還包含同儕支持、倡議或溝通上的協助。協助身心障礙者行使法律能力還包括提供通用設計與無障礙設施等措施，例如要求民營與公營單位，如銀行和金融機構等，以可理解的格式提供資訊或提供專業手語服務，以便身心障礙者行使包括開戶、簽訂契約或日常交易等各項法律行為。此類協助措施亦能促成多樣化、非傳統溝通方式的發展和認知，對使用非口語溝通來表達意願和偏好的人尤其如此。對許多身心障礙者而言，事前規劃是一種重要的協助形式，藉此他們便能在日後無法與他人溝通時，確保其意願和偏好能被遵循。所有身心障礙者應與他人在平等的基礎上，相同擁有事前規劃的權利。締約國可提供各

²⁰ See Katherine Guernsey et al., *Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Its Implementation and Relevance for the World Bank*, 2007, <<http://siteresources.worldbank.org/SOCIALPROTECTION/Resources/SP-Discussion-papers/Disability-DP/0712.pdf>>.

類事前規劃的機制以滿足不同的偏好，但所有選項皆不得涉有歧視。由於身心障礙者的多元性，協助的類型和程度因人而異，但無論何時，包括在危急狀況下，身心障礙者的自主權和做決策的能力皆應受到尊重²¹。

爲了避免國家政府以協助、保護身心障礙者爲名，實質上卻是以家長式的管理態度，利用監護或是類似監護制度的設計，取代身心障礙者本人做出決定，本條第 4 項特別強調，身心障礙者本人是決定其需要何種協助措施的主體，也就是說，政府所採取的措施都應該尊重身心障礙者本人之權利、意願和選擇。同時第 4 項要求締約國在協助身心障礙者行使法律能力的制度中，必須建立適當有效的保障措施，主要目的在於確保身心障礙者的權利、意願和偏好受到尊重。保障措施可能包括：建立報告機制、設立監督人以監督協助者、法院定期的審查或必要時的強制介入等。雖然所有人都可能遭受不當影響，但對於依靠他人的協助做決定的身心障礙者來說則更形嚴重。不當影響的特點是協助者和被協助者間的互動關係，出現了恐懼、攻擊、威脅、欺騙或操控等跡象。對於行使法律能力的保障措施應提供免受不當影響的保護在內，然而保護措施必須尊重個人的權利、意願和偏好，包括自願承擔風險與犯錯的權利²²。依照身心障礙者權利委員會的看法，即便在「尊重身心障礙者承擔風險和犯錯的權利」和「維護其最佳利益」之間發生衝突時，對於身心障礙者意願和選擇的尊重，仍應爲首要考量，司法機關不可僅以維護最佳利益爲名，作爲審酌監護人做決定的判斷標準。除非當身心障礙者的決定會對其生命、身體、財產帶來重大不可回復之損害時，才能在最小必要限度內，優先考量維護其最佳利益。此外，爲了防止身心障礙者的人權受到侵害，國家應提供一個獨立、公正的司法或準司法機關，以審查相關措施的適當合法性。

另外，依委員會的看法，當在經過各種努力後，判斷身心障礙者的意願和偏好仍舊不可行時，意願和偏好的最佳詮釋必須取代當前許多基於最佳利益的決定，此乃根據第 12 條第 4 項尊重個人的權利、意願和偏好之要求。最

佳利益原則並不符合第 12 條規定的保障措施，意願和偏好的典範必須取代最佳利益典範，以確保身心障礙者和他人平等的基礎上享有相同法律能力的權利²³。

由於身心障礙者在開立或是使用個人銀行帳戶上，在世界各國均面臨了重重限制，特別是在開發中國家情況更爲嚴重，這影響了身心障礙者取得貸款和其他金融借貸的機會，因此第 5 項之目的在於確保身心障礙者財務上的獨立和自主性。

(二) 身心障礙者權利委員會第 1 號一般性意見

身心障礙者權利委員會在其第 1 號一般性意見開宗明義談到法律之前人人平等爲人權保障的基本原則，是行使其他各種人權和基本自由的必要條件。CRPD 第 12 條並未賦予身心障礙者額外的權利，僅是就此項公民權的內涵，特別是著眼於過去身心障礙者通常會被限制或剝奪此項權利，就各締約國的義務和必須採取的措施予以闡述，以保障所有身心障礙者在法律之前皆享有和他人平等的權利²⁴。

在審查各締約國所提交的報告時，委員會發現各國對其在 CRPD 第 12 條所應承擔的義務普遍存在誤解，未能認知到以人權爲基礎的身心障礙模式，意謂必須從過去的替代決定制轉變爲輔助決定制²⁵。依委員會的看法，各締約國若要履行本條文要求以輔助決定制取代替決定制的義務，就必須在廢止替代決定制的同時發展輔助決定制，若是讓發展輔助決定制與替代決定制並存，並不符合 CRPD 第 12 條的規定²⁶。

同時委員會也指出，法律之前人人平等長久以來被認可爲一項公民與政治權利，各締約國負有採取措施並即刻落實的義務。因此第 12 條所包含的各項權利於批准時便應立即落實。第 12 條第 3 項課予各國的義務乃提供協助行使法律能力的管道，是一項落實法律之前人人平等之公民與政治權的義務，

²³ *Supra* note 1, para. 21.

²⁴ *Supra* note 1, para. 1.

²⁵ *Supra* note 1, para. 3.

²⁶ *Supra* note 1, para. 28.

²¹ *Supra* note 1, paras. 17, 22.

²² *Supra* note 1, para. 22.

逐步落實並不適用於第 12 條規定²⁷。協助行使法律能力的目的之一，是爲了幫助身心障礙者建立信心與技能，以便在未來他們期望時，得以在較不仰賴協助下行使法律能力。締約國有義務提供接受協助的人必要之訓練，以讓他們自行決定何時可以減少協助，或甚至不需要協助就可以行使法律能力²⁸。

(三) 身心障礙者自主決定的重要性

如果我們將每個人做出決定的方式視作一條光譜，光譜的兩端分別代表完全不依靠他人，獨立做出決策，和由他人完全的代替本人，做出和本人相關的所有決定，所謂的輔助決定制就是存在光譜兩個極端中間的任一選項。如同學者 Gordon 的觀察，輔助決定制實際上不過是代表我們認知到，大多數人日常生活都是藉由外在的建議和支持，透過一種相互依賴的決策過程以做出決定²⁹。這些由親人、朋友或其他人所形成的社交網絡，通常會幫助我們在不同的時期，提供不同程度的協助做出決策，從此點來看，身心障礙者和其他人並無不同，都是在複雜的社會結構中扮演著各種不同、多元、不斷變化的功能³⁰，當我們在決策能力面臨困難或受到限制時，形成支持圈³¹以建構社會資本，提供強化決策能力所需的協助³²。

研究顯示，在監護制下的身心障礙者因爲缺少自主權和發展生活技能的機會，而有較差的生活品質³³，同時他們也容易被監護人忽略或虐待，特別是當存在利益衝突，或監護人是由專業者擔任，缺乏和被監護者間的緊密關係³⁴。剝奪身心障礙者自主決定的法律權利更會導致惡性循環的結果，亦即無法處理自己的事務將減損個人測試自我能力的機會。長期不使用決策能力會進一步降低個人行動的能力和安全感，從而逐步走向於孤立化並失去能力³⁵。

參、台灣的實踐經驗

如貳二(二)所述，根據第 1 號一般性意見第 28 段，在協助身心障礙者行使法律能力的作法上，締約國應廢除替代決定制，改採輔助決定制。我國目前協助身心障礙者做決定（不限於法律行爲）的制度包括：監護與輔助宣告、手術同意、強制治療或住院、DNR 或維生醫療同意等。以下依循前述貳一(二) 1. 第 1 號一般性意見第 27 段對「替代決定制」定義的三項特徵：能力剝奪、決定者人選可能違反本人意願、決定基準是客觀最佳利益，來檢討我國此些制度是否符合公約精神。

²⁷ *Supra* note 1, para. 30.

²⁸ *Supra* note 1, para. 24.

²⁹ Robert M. Gordon, *ibid.*, p. 65.

³⁰ Christine Bigby, Ruth Webber and Barbara Bowers, "Relationships in Later Life Between Group Home Residents with Intellectual Disability, their Siblings and Staff," paper presented at the Proceedings of the Sixth Roundtable on Intellectual Disability Policy: Services and Families Working Together to Support Adults with Intellectual Disability (Bundoora: La Trobe University, 2011), p. 23.

³¹ 指一群人，包含家庭、朋友以及其他社區成員，彼此因經常性的互動來往關係，得以幫助個人達成其生活目標。Deborah Gold, "We Don't Call it a 'Circle': The Ethos of a Support Group," *Disability and Society*, Vol.9, 1994, p. 436.

³² David W. Leake, "Self-Determination Requires Social Capital, Not Just Skills and Knowledge," *Review of Disability Studies: An International Journal*, Vol.8, No.1, 2012, pp. 34-35. For the stepped options in the legally grounded segment of supported decision-making, see John Brayley, "Supported Decision Making in Australia," paper presented to the Victoria Office of the Public Advocate, 2009, p. 16, <http://www.opa.sa.gov.au/documents/11_Supported/020Decision%20Making/4-Supported%20Decision

<http://www.opa.sa.gov.au/documents/11_Supported/020Decision%20Making/4-Supported%20Decision>.

³³ Leslie Salzman, "Guardianship for Persons with Mental Illness - A Legal and Appropriate Alternative?" *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy*, Vol.4, 2011, pp. 289-293.

³⁴ Kristen Booth Glen, "Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond," *Columbia Human Rights Law Review*, Vol.44, No.1, 2012, pp. 138-139.

³⁵ See Leslie Salzman, "Rethinking Guardianship (Again): Substituted Decision-making as a Violation of the Integration Mandate of Title II of the Americans with Disabilities Act," *University of Colorado Law Review*, Vol.81, 2010, pp. 168-170; Arlene S. Kanter, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law," *Georgia State University Law Review*, Vol.25, 2008, p. 561; Amita Dhanda, "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?" *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol.34, 2007, pp. 436-437.

一、監護與輔助宣告

對於現實上意思能力不足之身心障礙者，《民法》設有監護與輔助宣告制度，採用「剝奪或限制本人之行為能力」加上「賦與保護機關（監護人或輔助人）代理權或同意權」之方式，以達成保護、協助身心障礙者之目的。以下分別檢討監護及輔助宣告與公約扞格之問題。

（一）監護宣告

第一，在能力剝奪方面，《民法》第 15 條已開宗明義謂受監護宣告人無行為能力，其法律行為依同法第 75 條前段乃一律無效。對此，已有學者批評，我國法對受監護宣告人的能力一律剝奪，不尊重其殘存能力及自己決定權，目的僅在保障弱勢³⁶。也有學者比較了德國與我國法，認為我國制度在人權保障上顯有不足，建議在未來修法時，成年監護制度應與行為能力制度切割³⁷。監護宣告全盤否定受監護宣告人之行為能力，而如上述貳所述，行為能力亦為 CRPD 第 12 條第 2 項要保障的「法律能力」，因此，我國《民法》第 15 條顯然抵觸公約，違反了「法律能力平等」之原則。

監護宣告不但隔絕了本人與第三人發生任何法律行為的可能性，更甚者，監護宣告還有民事以外的「外溢效果」。首先，受監護宣告是許多專門職業的缺格要件³⁸。其次，受監護宣告還會導致無法參與公領域的討論，例如無法成為會員代表³⁹，還會喪失投票之資格⁴⁰。因此，監護宣告切斷本人與他人

之連結可能性，阻絕社會參與⁴¹。如前揭貳所述，否定身心障礙者的法律能力，將會導致其許多基本權受剝奪，而這正是我國的現實狀況⁴²。

第二，在決定者（監護人）的選定方式上，監護宣告是由法院為之，雖然依照《民法》第 1111-1 條，此際法院優先考量受監護宣告人之意見，但根據實證研究的結果，在監護宣告事件中有記載本人表達意見者僅 0.8%⁴³，法院也不受本人意願所拘束，選定的結果可能違反本人意願。

第三，在決定者的決定基準方面，《民法》的規定十分混亂。監護人在執行包括財產與人身的監護事務時，應遵守「最佳利益原則」（第 1113 條準用未成年監護之第 1097 條第 1 項本文）。在個別事項上，監護人執行財產管理職務時，依第 1112 條應「尊重本人意思」，然同時，依第 1113 條準用未成年監護之第 1101 條，監護人欲代理本人處分財產時，須「為本人之利益」。人身管理職務方面，依第 1112 條應「尊重本人意思」，但仍適用上述第 1097 條第 1 項本文，須「保護、增進本人之利益」。由此可見，《民法》經常將「本人意願尊重」與「本人（最佳）利益」二者並列，從文義上難以判斷其優先順位。當二者結論發生衝突時，此種雙重規範模式無法給予監護人或法官明確的指引⁴⁴。至於法院的實務運作，根據裁判研究的結果，在監護人代理本人處分不動產時，法院許可與否的標準偏向客觀最佳利益，而非本人意願尊重⁴⁵。換言之，我國的監護宣告制度並未要求監護人應重視本人的意願和偏好更甚於最

⁴¹ 黃詩淳，〈從心理學的老化理論探討臺灣之成年監護制度〉，《月旦法學》，第 256 期，2016 年，頁 76-78。

⁴² Concluding Observations of the initial report of the Republic of China (Taiwan) on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) adopted by the International Review Committee (IRC) on 3 November 2017 (<<https://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/Detail.aspx?nodeid=20&pid=6662>>), para. 38, 亦明確指出台灣國內法尤其是民法的監護制度，不符合 CRPD 第 12 條，其剝奪了本人的法律能力，也連帶使得本人無法從事婚姻、選舉、任公職、處分財產、從事金融交易、受僱、醫療同意等各方面的行為。

⁴³ 根據胡珮琪，前揭註 38，頁 146，針對 2015 年監護宣告之裁定抽樣研究的結果。

⁴⁴ 黃詩淳，〈監護人代理決定基準之研究〉，《身分法之回顧與前瞻：戴東雄教授八十華誕祝壽論文集》，2017 年，頁 309。

⁴⁵ 黃詩淳，〈從許可監護人代為不動產處分評析我國成年監護制度之實務〉，《東吳法律學報》，第 25 卷第 1 期，2013 年，頁 99。

³⁶ 林秀雄，〈論我國新修正之成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，第 164 期，2009 年，頁 155。

³⁷ 戴瑪如，〈初探德國成年輔助法：兼論我國成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，第 167 期，2009 年，頁 148-149。

³⁸ 受監護宣告人不得擔任公務員、私立學校教職員、經濟部所屬事業機構人員、各種法人之董事或監察人、有價證券營業行為之業務人員、調解委員。詳細整理參照胡珮琪，《我國成年監護制度之實證研究》（台北：國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所碩士論文，2017 年），頁 159-172。

³⁹ 受監護宣告人不得擔任人民團體發起人、各種商工業團體會員代表、各種漁會或農會會員。

⁴⁰ 受監護宣告人無選舉權、被選舉權。

佳利益，法院實務也更在意最佳利益。

綜合上述三點，監護宣告該當於第 1 號一般性意見所非難的「替代決定制」，應無疑義。

（二）輔助宣告

在能力剝奪方面，我國之受輔助宣告者，仍具行為能力，僅特定的重大財產行為，須輔助人之同意，方生效力，而其他事務，則由受輔助人自行決定。重要法律行為之種類規定於《民法》第 15-2 條第 1 項，又分為列舉與概括之事由。列舉事由在同條項第 1-6 款，多屬於財產行為。概括事由，則係第 7 款規定，法院得依聲請權人或輔助人之聲請，指定其他須經輔助人同意之行為。由於輔助宣告並不剝奪行為能力，只是讓受輔助人某些行為必須經輔助人同意，亦即其能力受到限制，故並未正面違反 CRPD 第 12 條第 2 項。惟須經同意之行為種類均已事先規定於《民法》第 15-2 條第 1-6 款，法院無從變更其內容以「縮小」對本人的能力限制，僅得擴張須經同意之行為種類（第 7 款），亦即擴大能力限制，如此作法仍無法完全符合 CRPD 第 12 條第 4 項。

在決定者（輔助人）的選定方面，與監護宣告相同，輔助宣告是由法院為之，雖然《民法》第 1113-1 條第 2 項將第 1111-1 條準用至輔助宣告，法院選定輔助人時理應優先考量受輔助宣告人之意見，但根據實證研究的結果，在輔助宣告事件中有記載本人表達意見者僅 15.4%⁴⁶，究竟輔助人選有多少比例符合本人意願，頗有疑問。

至於輔助人的決定基準（同意與否的基準），相較於監護宣告的「有規定但不清楚」的狀況，輔助宣告則是根本欠缺任何明文。這是因為，監護人的決定基準，包括《民法》第 1097 條、第 1101 條、第 1112 條均不在輔助的準用之列的緣故。

綜上，輔助宣告或許不該當於「替代決定制」，但在能力限制上有更彈性的必要，也應修改制度，在輔助人的選定及同意權行使時，均能確保本人的意願、喜好受到最大尊重。

⁴⁶ 胡珮琪，前揭註 38，頁 146。

雖監護與輔助宣告有上述問題，尤其監護宣告明顯抵觸公約，但衛福部 2016 年發布的《身心障礙者權利公約（CRPD）首次國家報告》，卻對此議題毫無警覺，僅輕描淡寫謂《民法》讓自然人皆享有權利能力，而監護及輔助宣告則是為了保護「無行為能力或無意思能力人之財產權」故合乎公約⁴⁷。此種論述無視第 1 號一般性意見「身心障礙者應享有平等的行為能力」之指摘，也對於「身心障礙→監護或輔助宣告→剝奪選舉權、人體試驗同意權、DNR 或維生醫療之委任代理人指定權」的效果視若無睹，認為造成權利限制的是「監護或輔助宣告」而非身心障礙，此種避重就輕之心態實不足取⁴⁸。

二、醫療的手術同意、侵入性治療之同意、人體試驗之同意

我國《民法》上的監護宣告係以能力剝奪加上法定代理為基本架構。「代理」原則上僅限於法律行為⁴⁹，而《醫療法》上的手術同意、《精神衛生法》上的強制治療或住院等，雖然也是由本人以外之人代替本人做決定，但因這些行為非屬法律行為⁵⁰，替代本人做決定的這些制度不屬於「代理」法的範疇，故傳統上與代理相關的法學研究，鮮少碰觸醫療同意或強制住院的議題⁵¹。

⁴⁷ 衛生福利部，《身心障礙者權利公約首次國家報告條約專要文件》，2016 年，〈<http://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/Detail.aspx?nodeid=846&pid=5534>〉（瀏覽日：2017 年 6 月 5 日），頁 19，第 75 段。

⁴⁸ 過去社福體制的設計中，身心障礙服務體系與老人服務體系分開不整合，可能也是造成衛福部僅看見《身心障礙者權益保障法》，而忽略《民法》的監護宣告與輔助宣告的原因，參見黃詩淳，前揭註 44，頁 300-301。

⁴⁹ 王澤鑑，《民法總則》（修訂版），（台北：自版，2008 年），頁 474；施啟揚，《民法總則》（台北：自版，2010 年，第八版），頁 325。

⁵⁰ 醫療同意（又稱「告知後同意」/informed consent）的性質為何，台灣探討的文獻不多，僅楊秀儀，〈論病人自主權：我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《臺大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，2007 年，頁 245-246 指出，醫師與病人的關係不是法律關係，而是事實關係，醫療中的說明義務旨在保障病人的自主權；但病人所為的「同意」之法律性質為何，什麼情況之下病人無法同意，則無進一步探討。關於此點，德國與日本有較詳盡的研究，但本文受限於篇幅，不擬詳述，總而言之可確定的是，醫療同意並非法律行為，他人替代病人本人所為之同意，也無法以「代理」的法律構造說明。

⁵¹ 僅有戴瑀如，〈論德國成年監護制度之人身管理：兼論程序法上之相關規定〉，《臺北大學法學論叢》，第 90 期，2014 年，頁 189-191；戴瑀如，〈由聯合國身心障

第 1 號一般性意見提供了新視角，把上述原本屬於不同領域的制度，以單一概念含括並批判：「向來由於實施替代決定制，例如監護和允許強制治療的《精神衛生法》，使身心障礙者的法律能力在多方面遭到歧視和剝奪。」⁵²；這些剝奪身心障礙者法律能力的作法衍生出更多的基本權剝奪，包括「投票權、結婚和建立家庭之權、生殖權、親權、同意親密關係之權、同意醫療之權、自由權」⁵³；第 31 段則強調，法律能力的承認與公約所規定的其他許多人權密不可分，包括免於強制住院及強制治療的權利（第 14 條）、同意接受醫療的權利（第 25 條）⁵⁴。上述將監護與強制治療、醫療同意等並列的論述，是著眼於這些措施的共通性：都是限制本人的決定權，並改由他人替本人做決定的措施。監護與強制治療、醫療同意的不同點，僅在於監護是長期性地預先剝奪了本人做決定的權利，故交由法院依照法律規定的程序審慎為之；強制治療等措施則是針對特定的單一行為，通常係由醫師等專家判斷本人無決定能力，而由其他人或機制代本人表示同意。但不論何者，均否定了本人的決定／同意能力，因此均是 CRPD 第 12 條所規範的對象。以下分別就這些制度進行檢討。

首先探討《醫療法》上的措施。在手術同意方面，依《醫療法》第 63 條，醫療機構實施手術時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之；同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。根據《醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則》第 2 條第 2 項，告知的對象原則是病人本人，但若病人「意識不清或無決定能力」，應告知其法定代理

礙者權利公約論我國成年監護制度之改革》，黃詩淳、陳自強編，《高齡化社會法律之新挑戰：以財產管理為中心》（台北：新學林，2014 年），頁 116-120，將此些與人身相關的「他人替代本人為決定」的制度作為監護制度的一環，討論其是否符合公約理念。

⁵² *Supra* note 1, para. 7.

⁵³ *Supra* note 1, para. 8.

⁵⁴ *Supra* note 1, para. 31.

人、配偶、親屬或關係人。由此可見，同意權原則上是由病人本人行使，除非其無同意能力（決定能力），而此能力的有無與是否受監護或輔助宣告無關，乃係依照個案當時的狀況來判定。同樣的原則也適用於侵入性檢查或治療之同意（《醫療法》第 64 條）。由於上述同意能力的有無是依個案當時的狀況判斷，並非預先做能力限制，亦即只在有必要的情況才由他人代為同意，這樣的輔助方式應符合 CRPD 第 12 條第 4 項要求的「合乎比例並適合本人情況」。惟代為同意的人選，目前我國法並未承認得由本人選任，而僅有法定人選即「法定代理人、配偶、親屬或關係人」；因此，決定者為誰可能違反本人意願，尚待改善，亦即應建置普遍性的醫療委任代理人及預立醫療決定之制度。

其次，在人體試驗方面，《醫療法》第 79 條第 1、2 項規定，接受試驗者以有意思能力之成年人為限，但於顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益之試驗，不在此限。於但書之情形，若接受試驗者為無行為能力人，應得其法定代理人同意。此處將法律上的無行為能力人，包括受監護宣告人，一律視為無同意能力，改由其法定代理人來行使同意權，十分不妥。無行為能力人未必沒有人體試驗的同意能力，應回歸個案判斷。

三、精神衛生法上的強制治療或住院等

《精神衛生法》上也存在由他人替代本人決定之制度。

（一）緊急處置

在緊急情況下，可不問嚴重病人之意願，由保護人決定給予緊急處置（保護或就醫）（第 20 條第 1 項）。

（二）錄音、錄影、攝影之同意及監看

對病人錄音、錄影或攝影，應經病人本人同意，但在嚴重病人之情形，則由保護人代為同意。精神照護設置監看設備時，也僅須告知保護人（第 24 條）。

(三) 特殊治療之同意

醫院認為有必要對嚴重病人施行精神外科手術時，經擬訂計畫，提經有關醫療科技人員、法律專家及社會工作人員會同審查通過後，經保護人同意，得施行之（第 47 條第 1 款、第 50 條第 1 款但書）。

因嚴重病人病情急迫，經專科醫師認為電癱攣治療有必要時，經保護人同意，得施行之（第 49 條第 1 款、第 50 條第 1 款但書）。

(四) 強制住院

嚴重病人有傷害他人或自己或有傷害之虞，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要，但病人本人拒絕住院時，主管機關得予以緊急安置，並交由二位以上之專科醫師進行強制鑑定，鑑定結果有全日住院必要者，經審查會許可後，得強制住院（第 41 條第 2、3 項）。

(五) 強制社區治療

嚴重病人不遵醫囑致其病情不穩或生活功能有退化之虞，經專科醫師診斷有接受社區治療之必要，但病人本人拒絕時，經審查會許可後，得強制社區治療（第 45 條第 2、3 項）。

前述（一）、（二）、（三）的決定者是保護人；（四）與（五）則事涉一段時間剝奪病人的自由，故需要較嚴格的程序保障，非由單獨一人來代為決定，而是透過一個程序，讓專科醫師及審查會共同形成強制住院與強制社區治療的決定。當一位病人被醫師診斷為「嚴重病人」⁵⁵時，會自動喪失上述（二）的對隱私侵犯的同意權，似有不妥。其餘（一）（三）（四）（五）的權利，則是必須伴隨特定要件，例如（一）是「緊急情況」，（三）（四）（五）則是「醫師認為有必要」，並非一旦成為「嚴重病人」就失去該事項的同意能力，從而，或許在「個案的必要性判斷」上符合公約的要求。不過，上述限制自己決定權的措施中，嚴重病人本人僅對（四）的緊急安置或強制住院有異議之權（依

第 42 條第 3 項，向法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院），對其他措施本人則無法提起救濟，似尚待商榷。

四、DNR 或維生醫療同意等

如上述二，《醫療法》並未承認病人得於失去決定能力前，預先決定醫療方針或選任代為同意之人；唯一的例外是《安寧緩和醫療條例》以及預定在 2019 年 1 月 6 日施行的《病人自主權利法》。

依《安寧緩和醫療條例》第 7 條第 3 項，若「末期病人」⁵⁶未簽署意願書，在意識昏迷或無法清楚表達意願時，由其「最近親屬」出具同意書代替之，選擇不施行心肺復甦術（do not resuscitate, DNR）或維生醫療。此條例明文規範了「最近親屬」的定義及同意權行使的先後順序（同條第 4、6 項），並規定「同意書不得與末期病人於意識昏迷或無法清楚表達意願前明示之意思表示相反」，較能保障最近親屬之決定不違反本人的意願（同條第 3 項後段）。相對地，末期病人可以在意識清楚時立意願書，選擇安寧緩和醫療或維生醫療（第 4 條）；一般成年且具完全行為能力之人，則得預立意願書及預立醫療委任代理人（第 5 條）；若（將來）經二位醫師診斷確為末期病人，則是否施行安寧緩和醫療、維生醫療或心肺復甦術，將以意願書或醫療委任代理人之決定為依歸。

尚未生效的《病人自主權利法》，則承認完全行為能力之人，得為預立醫療決定，包括意願人於「特定臨床條件」⁵⁷時，接受或拒絕維持生命治療或人工營養及流體餵養之全部或一部（第 8 條）；並得指定醫療委任代理人（第 10 條）。

《安寧緩和醫療條例》及《病人自主權利法》雖允許人民得藉由指定醫

⁵⁶ 指罹患嚴重傷病，經醫師診斷認為不可治癒，且有醫學上之證據，近期內病程進行至死亡已不可避免者，參見《安寧緩和醫療條例》第 3 條第 2 款。

⁵⁷ 特定臨床條件包括：一、末期病人。二、處於不可逆轉之昏迷狀況。三、永久植物人狀態。四、極重度失智。五、其他經中央主管機關公告之病人疾病狀況或痛苦難以忍受、疾病無法治癒且依當時醫療水準無其他合適解決方法之情形。參見《病人自主權利法》第 14 條第 1 項。

⁵⁵ 嚴重病人是指，病人呈現出與現實脫節之怪異思想及奇特行為，致不能處理自己事務，經專科醫師診斷認定者。參見《精神衛生法》第 3 條第 4 款。

療委任代理人的方式自己選擇決定者，但依然受限於末期病人或不可逆轉之昏迷等特定情況，能決定的事項也僅包括維生醫療及插管之接受與否，其所保障的是病人自己選擇「善終」的權利⁵⁸。並且，只有「完全行為能力人」能預立意願書或指定醫療委任代理人，身心障礙者倘若受監護宣告，失去行為能力，不論實際上判斷能力為何，一律失去了此種善終的自我決定權，實為不妥。

此外，一般「非末期病人」的醫療措施，例如是否接受手術等，若病人在當下無決定能力，依然回歸上述二之醫療法，由法定代理人、配偶等家屬代為決定，病人無法事先選擇替代或輔助決定者。因此有必要檢討是否在醫療法中，引進一般性的醫療委任代理人制度，才能更尊重失去決定能力的病人的決定權⁵⁹。

肆、結論

本條要求締約國承認身心障礙者享有與其他人平等之權利能力及行為能力，並應採取措施協助身心障礙者行使法律能力。監護宣告並非妥當的協助措施，它剝奪了身心障礙者的民事行為能力，不僅如此，受監護宣告人也會一併喪失對人體試驗的同意權、預立安寧緩和醫療意願書或指定醫療委任代理人之權，更不用提其他公法上的權利包括選舉權、任公職之權。身心障礙者雖不一定每個人都受監護宣告，但受監護宣告者一定都是身心障礙者。第1號一般性意見已經明確指出，監護等剝奪身心障礙者法律能力的作法衍生出更多的基本權剝奪，不符合公約的意旨。因此，衛福部將監護宣告制度置於

⁵⁸ 《病人自主權利法》第1條即明言：「為尊重病人醫療自主、保障其善終權益，促進醫病關係和諧，特制定本法。」

⁵⁹ 楊哲銘，〈探討病人自主權國際趨勢與我國立法可行性〉，《衛生福利部104年度科技研究計畫期末報告》，2015年，〈<http://grbsearch.stpi.narl.org.tw/search/planDetail?id=11446863&docId=0>〉（瀏覽日：2017年6月5日），頁36，整理了各國法制，指出美國1993 Uniform Health Care Decisions Act肯定了個人自主權及綜合醫療決定的項目；英國2005 Mental Capacity Act亦肯定個人得簽署持續性代理權授權書，選任醫療決定者。頁255-256，建議增訂《醫療法》第81-1至81-4條，明文規範醫療委任代理人。

公約之外，無視監護宣告制度引發的後續權利／能力之剝奪，實為掩耳盜鈴。即使法務部在2016年10月4日公告修正「民法親屬編（意定監護）」部分條文⁶⁰，但新增訂的意定監護制度的效果，幾乎與法定監護完全相同，不但繼續維持本人的無行為能力，本人也無法事先約定意定監護人之權限範圍⁶¹。倘若未來此修正條文通過，原本法定監護制度的缺點，除了「無法預先選定監護人」此點能藉由新制度獲得改善外，其他問題包括無行為能力、《民法》以外的法律對受監護宣告人所為的種種權利／能力限制、違背公約精神等，並無改變。我國距離真正的「承認身心障礙者享有平等之法律能力」還十分遙遠⁶²。

⁶⁰ 修正草案可於法務部網頁下載〈<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=447269&ctNo=27520&mp=001>〉（瀏覽日：2017年6月8日）。

⁶¹ 參見草案第1113-2條第1項：「稱意定監護者，謂本人與受任人約定，於本人受監護宣告時，受任人允為擔任監護人之契約」（底線為筆者所加），可知意定監護之開始，應經法院為監護宣告，參照同草案第1113-4條第1項亦同旨，因此效果幾與監護宣告相同。

⁶² *Supra* note 42, para. 39, 國際審查會議委員們建議台灣應修正所有相關領域的法律，建立輔助意思制；此外，也應訓練公務人員包括法官清楚區辨意思能力及法律能力二概念的差異。