

從身心障礙者權利公約之觀點評析臺灣之成年監護制度



作者文獻

黃詩淳

臺灣大學法律學院助理教授

摘要

立法院甫三讀通過身心障礙者權利公約施行法，本文先簡介公約第十二條之意涵，並以此前提檢討臺灣民法中的成年監護制度，對本人能力限制之作法，以及對監護人、輔助人賦與代理權、同意權的規定，是否符合公約的法律上能力平等、本人尊重、必要性、最小限制、比例原則等精神，並參考日本及韓國批准公約後對成年監護制度之討論，最後提出修正方向建議。

目次

- 壹、身心障礙者權利公約與民法之關聯
- 貳、公約第十二條概述
- 參、本人能力之限制
- 肆、協助本人之方法：代理權與同意權之問題
- 伍、結論：檢討修正，刻不容緩

壹、身心障礙者權利公約¹與民法之關聯

臺灣並非聯合國會員國，但近年來

DOI: 10.3966/102559312014100233007

關鍵詞：成年監護、身心障礙者權利公約、行為能力、代理、支援意思決定。

* 本文為科技部專題研究計畫 MOST 103-2410-H-002 -055「成年監護代行決定基準之研究」之部分研究成果。

¹ 聯合國官方漢語條約參見聯合國網站，<http://www.un.org/chinese/disabilities/convention/convention.htm>（最後瀏覽日：2014年8月15日），惟不論公約名稱（殘疾人權利公約）或條文內容，均與臺灣法學界用語有相當差異，故本文不依據聯合國之漢語內容，主要參照廖福特，從「醫療」、「福利」到「權利」：身心障礙者權利保障之新發展，

多以單邊批准及制定施行法之方式，將國際人權條約內國法化，身心障礙者權利公約 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD) 亦如是，二〇一四年八月一日甫於立法院三讀通過「身心障礙者權利公約施行法」，待總統公布，便即將上路。

公約施行法第十條課以各級政府機關檢討、修正其主管法規之義務。與身心障礙者相關的法律，吾人最容易聯想到「身心障礙者權益保障法」，學者指出，此法在權利模式、權利範疇及權利內容上，均已接近「身心障礙者權利公約」之規範，惟獨立監督機制及權利救濟管道尚未齊備爾²。除此之外，民法的成年監護制度（廣義，包含民法總則之規定）亦與身心障礙者密切相關，因成年監護或輔助之適用對象，乃因精神障礙或其他心智缺陷，「致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果」者（民法第十四條第一項）

或「其為意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足」者（民法第十五條之一第一項）。此一判斷能力之欠缺或不足的狀況，通常均已該當身心障礙者第五條之要件（影響本人之活動與參與社會生活），只不過身心障礙證明與民法上監護、輔助宣告是兩種不同的制度，前者由行政機關認定，後者必須經過法院裁定，又，監護、輔助宣告的效果，主要在行為能力的受限以及法定代理等私法上之關係變動，因此，在檢討國家的身心障礙相關立法與政策，是否符合公約精神時，民法容易被忽略。

民法的成年監護制度，目的在協助判斷能力不足之人亦即精神障礙者，由法院選任監護人或輔助人，代理或協助本人為法律行為。雖然坊間似乎傾向認為成年監護是為了因應高齡社會，亦即為了「老年人」所設置³，但成年監護制度並非高齡者的專利，因精神疾病、發

中研院法學期刊，2期，2008年，167-210頁；廖文所無者，則係筆者自英文版翻譯而成。

² 廖福特，同註1，201頁。

³ 包括筆者在內，幾乎所有學者論及成年監護制度之修正時，均指出過去的禁治產制度無法因應高齡化社會之問題。此一觀念不僅存在臺灣，也是世界各國的成年監護法學界的共同認知，例如2010年於日本舉行的第一屆成年監護法世界會議，會後發表的共同聲明《成年監護制度橫濱宣言》II(1)(2)(3)，也提及了高齡人口增加對整體社會的衝擊，以及老化造成判斷力減弱之人增加。參見2010成年後見法世界會議組織委員會編，成年後見法における自律と保護：成年後見法世界會議講演錄，2012年，309頁。日本成年後見法学会之網站亦有刊登全文，<http://www.jaga.gr.jp/pdf/yokohamasengen.pdf#search=成年後見+横浜宣言>（最後瀏覽日：2014年8月15日）。

展障礙或後天性腦部損傷致使判斷能力不足之青壯年人，也適用成年監護制度。因此，成年監護制度是否不當限制或剝奪受監護宣告人之權利，違反身心障礙者權利公約，均應廣泛而全面地加以檢討⁴

已有學說指出臺灣的成年監護制度可能與公約牴觸，乃以民法對人身管理規範之疏忽為主要論點⁵。本文將聚焦於更抽象位階之問題，亦即，現行成年監護制度採用了「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、協助判斷能力不足者之目的，然而，此二手段是否符合公約精神，不無疑問。以下將介紹與成年監護制度最密切相關的公約第十二條之規定內涵，並以其為基礎，依序檢討能力限制以及支援方式（代理權、同意權）之妥當性，此際，也將適度參照日本法與韓國法對成年監護制度與公約之關係的相關論述，最後做出結論。

貳、公約第十二條概述

身心障礙者權利公約中，與成年監

護制度最密切相關之條文為第十二條。

第十二條 法律前之平等

一、締約國重申，身心障礙者在任何地方均獲承認享有在法律面前的人格權利。

二、締約國應當承認身心障礙者在生活的各方面享有與其他人平等的法律上能力(legal capacity)。

三、締約各國應當採取適當措施，使身心障礙者在行使其法律上能力時，獲得必要之協助。

四、締約國應當確保，行使法律上能力相關之法規，均依照國際人權法，提供適當和有效的濫用保障機制(safeguard)。此保障機制應確保法律上能力之法規，尊重本人權利、意願和喜好，避免利益衝突和不當影響，符合比例並適合本人情況，適用時間盡量短縮，並定期由有資格、獨立、公正的當局或司法機構審查。保障措施應與法規影響個人權益的程度符合比例。

五、依照本條的規定，締約國應當採取一切適當和有效的措施，確保身心障礙者享有平等的財產所有權或繼承權，掌管自己的財務，有平等機會獲得

⁴ 戴瑪如，由聯合國身心障礙者權利公約論我國成年監護制度之改革，收錄於：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，2014年，109頁，說明成年監護制度係以精神、心智能力之欠缺為前提，而公約的「身心障礙者」則包含身體、精神、智力或感覺器官受到損害，使本人與其他人產生平等參與社會之困難，亦即公約適用範圍較廣，不過必然包含成年監護制度的適用對象，因此成年監護制度應該被檢討是否符合公約之原則。

⁵ 戴瑪如，同前註，99-121頁。

銀行貸款、抵押和其他形式的金融信貸，並應當確保身心障礙者的財產不被任意剝奪。

首先，身心障礙者權利公約第五條禁止任何基於身心障礙的歧視，第十二條第一項揭示身心障礙者與他人有同等的權利，同條第二項規定身心障礙者應享有行使自己權利的自我決定權（法律上能力＝行使權利之權利），由此可知，障礙並非限制本人法律上能力之正當理由，也非選任監護人的根據⁶。本人法律上能力的限制及監護人的選任，僅在本人事實上無法自己為決定時始得正當化⁷。

第二項的legal capacity，官方翻譯為「法律權利能力」，但此中文詞彙並不精確。Legal capacity不僅指民法的「權利能力」(capacity for rights)，尚包

含「行為能力」(capacity to act)。參照第三項的規定即可明白，因為締約國必須協助身心障礙者「行使其legal capacity」，然而，「權利能力」本與生俱來（民法第六條），人人皆享有，不因年齡、智識程度、身心障礙而有差異，何須待他人協助行使？若將公約的legal capacity狹隘地解為「權利能力」，將使其失去意義，淪為具文。事實上，臺灣⁸及外國學說⁹，均未將legal capacity僅解為「權利能力」，而是包含民法上的「行為能力」¹⁰。從而，第二項所謂的「享有與其他人平等的法律上能力」，其意涵在於，身心障礙者應享有「行使權利的權利」。目前臺灣民法將受監護宣告人定為「無行為能力人」，其意思表示一律無效，受監護宣告人雖然有「享受權利」的權利能力，

⁶ Tina Minkowitz, *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to Be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions*, 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 405, 408, 410 (2007).

⁷ Volker Lipp & Julian O. Winn, *Guardianship and Autonomy: Foes or Friends?*, 5 J. Int'l Aging L. & Pol'y 41, 49 (2011).

⁸ 戴瑪如，同註4，107-108頁，雖然依照殘障聯盟網站的翻譯，使用「法律權利能力」一詞，但在頁108則指出公約第12條第1、2項涉及行為能力，亦即獨立行使權利之權利，以及對於行使之結果自我負責之能力。

⁹ 田山輝明，障害者權利条約と成年後見制度に関するまとめ，收錄於：成年後見制度と障害者權利条約，2012年，169頁，闡釋公約第12條2項的legal capacity相當於日本法上的權利能力與行為能力之概念。

¹⁰ 固然，在當初訂定公約時，法律前平等的對象是否應包括行為能力，各國曾有爭論，因此才刻意使用了legal capacity此一模糊的詞彙，參見石川和實，「意思決定支援」の考え方からみた未来：障害者人權尊重を実現するために，實踐成年後見，50号，2014年，48頁。但本文基於上述理由，與其他學說相同，認為legal capacity應包含行為能力。

卻無「行使權利」的行為能力，此種規定不免有違反公約第十二條第二項之嫌，以下於參再詳為檢討。

雖然第二項強調「行使權利的權利」，然而，倘若本人實際上無法自己作意思決定時，此種規定也只不過是唱高調。因此，第三項規定，本人如果缺乏自主決定能力，國家應制定法規，支援、協助本人行使權利，現行之成年監護制度即屬此種措施。

由此可見，「公約」第十二條的「自我決定權」（行使權利的權利）有兩種不同的面向，一方面可以排拒國家或他人對個人自我決定的干涉，另一方面，當個人無法自主決定時，又可要求國家支援、協助其意思決定及權利行使¹¹。

第四項則是關於協助本人決定的方法，亦即成年監護制度應遵守必要性、最小限以及比例原則。臺灣民法上協助本人為意思決定之方法，包括賦與監護人法定代理權，以及賦與輔助人同意權，不過，監護人的法定代理權範圍廣泛，法院無從限縮，輔助人的同意權範圍依照第十五條之二第一項定之，亦無

從依個案需求改變，恐違反公約，以下肆再行詳述。

參、本人能力之限制

一、身心障礙者權利公約第十二條對能力限制之立場

如上所述，公約並非全盤禁止對本人的法律上能力為限制，而是必須在本人事實上無法自己為決定時始可，且此手段必須符合第十二條第四項亦即適合本人情況，尊重本人權利、意願和喜好。換言之，能力的限制必須符合必要性原則與比例原則，依本人的需求個別調整¹²，例如，雖限制本人財產管理之能力，但本人仍保有人身、醫療決定之能力，即可符合公約要求；或者，某些重大財產交易的能力受限，但日常生活交易則可獨立為之，此種模式亦不違反公約。易言之，能力限制之方式必須符合第十二條第四項，而全面性、固定式的限制方式則為公約所不許¹³。以下循此前提，檢討臺灣民法之規定。

二、受監護宣告人無行為能力

（一）民法第十五條違反公約意旨

如上所述，民法第十五條規定，受監護宣告人無行為能力，其法律行為依同法第七五條前段乃一律無效。僅極少數日常生活行為，有特別法例如郵政法第十二條和電信法第九條，將無行為能力人使用郵政和電信之行為，視為有行為能力人之行為；以及「事實上契約關係理論」，使無行為能力人之行為被解為有效¹⁴，解決部分實際生活之需求。

何以民法第十五條採取了如此不尊重受監護宣告人之作法？根據立法理由，因過去禁治產人，係屬無行為能力，此一制度業已施行多年，為民眾普遍接受，為避免修正後變動過大，社會無法適應，爰仍規定受監護宣告之人無行為能力。然而，此種似是而非的說法，倘若對照最近施行的家事事件法，恐站不住腳。過去在民事訴訟法及非訟事件法，並未賦與受監護宣告之人訴訟能力或非訟程序能力，家事事件法為了保障程序主體權及聽審請求權，於第一六五條前段承認「應受監護宣告之人及受監護宣告之人」，不論有無意思能

力，於聲請監護宣告事件及撤銷監護宣告事件，均有程序能力，倘若此種「形式上有程序能力」的本人，受心理及精神狀態等影響，無法辨別利害得失，實質上無法充分行使程序能力，同條後段再規定，法院應依職權為其選任程序監理人。換言之，平等地肯認某種行使權利之能力，並不會造成重大不利之後果，惟當本人實際行使有困難時，提供適當的支援措施即可¹⁵。

學說對民法第十五條並非沒有批判，例如有學者指出，臺灣監護制度之修正雖參考日本民法，但基本精神與日本法有異，因日本法並未剝奪被後見人之行為能力，其法律行為僅為得撤銷，且日常生活行為得單獨為之；臺灣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¹⁶。也有學者比較了德國與臺灣法，認為臺灣的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¹⁷。

臺灣民法第十五條全盤否定受監護

¹¹ Anna Lawson, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?*, 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 563, 596-597 (2007).

¹² Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, *Persons with Mental Disabilities Should be Assisted but Not Deprived of Their Individual Human Rights*, available at <http://www.refworld.org/docid/4ac0a01e2.html> (accessed Aug. 16, 2014).

¹³ Mary Keys, *Legal Capacity Law Reform in Europe: An Urgent Challenge*, 1 Eur. Y.B. Disability L. 59, 65, 82 (2009).

¹⁴ 鄧學仁，臺灣成年監護之現況與課題，全國律師，17卷5期，2013年5月，16頁。

¹⁵ 身心障礙者權利公約第12條第2項的 legal capacity 實則包含程序能力，臺灣家事事件法第165條之規定相當進步，已符合公約要求。歐洲人權法院在 Stanev v. Bulgaria Case (Application No. 36760/06) 及 Kedzior v. Poland (Application No. 45026/07) 事件中，認為否定應受監護宣告人或受監護宣告人在監護相關程序中之程序能力，違反歐洲人權公約，因此歐洲大部分國家均承認本人之程序能力。

¹⁶ 林秀雄，論我國新修正之成年監護制度，月旦法學雜誌，164期，2009年1月，155頁。

¹⁷ 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，167期，2009

宣告人之行為能力，否認受監護宣告人具有「行使權利之權利」，顯然牴觸身心障礙者權利公約第十二條第二項的「法律上能力平等原則」。那麼應該如何改善？以下介紹日、韓之作法，於伍再提出本文見解。

(二) 日本法與韓國法之規範模式

最能服膺公約要求的當為德國的輔助制度，輔助的開始並不當然發生對受輔助人能力限制之效果，僅在個案必要時，由監護法院以同意權保留之方式，就輔助之職務範圍內，命令受輔助人之意思表示，應經輔助人之同意¹⁸，符合公約的「適合本人情況」之要件。然而，日、韓兩國在近年改革成年監護制度時，仍均維持類型制，原因是擔心「量身定做」過於複雜，法院不堪負荷，審理期間拖延¹⁹。雖如此，日、韓兩國的成年監護類型均有三種，較臺灣為多，實質內涵也比臺灣彈性。

日本的成年監護制度分為後見、保

佐、補助三種類型，即使是限制最多、對本人干涉程度最大的「後見」，被後見人也非「無行為能力人」，至少得獨立為日用品購買等日常生活相關行為，其餘法律行為也非完全無效，僅為得撤銷（日本民法第九條）。日本法上「後見」的能力限制方式，或許勉強符合公約之要求，因被後見人仍得獨立為日常生活行為，但「後見」的能力限制範圍、監護人之職務範圍，卻無法依個人需求調整，批判此不符公約之論者亦不在少數²⁰。

二〇一三年七月一日施行的韓國法新成年監護制度也是三類型：成年後見、限定後見、特定後見。在限制最多的「成年後見」類型，與日本法類似，被成年後見人之法律行為得撤銷（韓國民法第十條第一項），但日用品購買等對價並非過度之行為則不得撤銷（同條第四項）；此外，與日本法不同者，韓國的家庭法院可針對個別需求，指定不

受撤銷之法律行為之範圍，此彈性措施更為尊重本人的現有行為能力（同條第二項）。雖然韓國的「成年後見」已經較日本法的「後見」有所改善，但韓國仍有學者認為，被成年後見人之行為原則上均得撤銷，與公約第十二條有所衝突，故實務應盡量避免使用²¹。

要言之，日本或韓國並未剝奪本人之行為能力，使其意思表示完全無效，本人之意思表示僅得撤銷爾，只要不被撤銷，該行為即有效，並承認本人得獨立為日常生活行為。雖然「得撤銷」依然是對能力的限制，但相較於臺灣的「一律無效」，至少較為溫和，如此可以避免正面牴觸身心障礙者權利公約第十二條第二項，但類型化的做法，依然較難滿足第四項的必要性與比例原則。

三、受輔助宣告人之特定行為須經同意

臺灣之受輔助宣告者，仍具行為能力，依民法第十五條之二，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

十五條之二第一項，多屬於財產行為，又分為列舉與概括之事由。列舉事由在第一至六款，皆應經輔助人之同意方生效力。概括事由，則係第七款規定，法院得依聲請權人或輔助人之聲請，而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，故並未正面違反公約第十二條第二項。惟須經同意之行為種類均已事先規定於民法第十五條之二第一項第一至六款，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（第七款），亦即擴大能力限制，如此作法仍無法完全符合公約第十二條第四項。

臺灣的「輔助」與日本法的「保佐」相當類似，日本民法也列舉了數種重要財產行為，須經保佐人同意（第十三條第一項），也可經家庭裁判所之審判來擴張須經同意的事項（同條第二項）。但未得同意之效果與臺灣不同，係得撤銷（同條第四項）。如此，日本的「保佐」也難免被批判不符公約第十二條第四項，而應加修正²²。

至於韓國的「限定後見」，則遠比

年4月，148-149頁。

¹⁸ 戴瑀如，同註17，145頁。

¹⁹ 詳細理由，日本部分參照小林昭彥、原司，平成11年民法一部改正等の解説，2002年，57-58頁；韓國部分參照朴仁煥，韓國新成年後見制度の成立と課題，東洋文化研究，14號，2012年，153頁。

²⁰ 上山泰、菅富美枝，成年後見制度の理念的再検討：イギリス・ドイツとの比較を踏まえて，筑波ロー・ジャーナル，8號，2010年，19-20頁；池原毅和，法的能力，收錄於：松井亮輔、川島聡編，概説障害者権利条約，2011年，191頁；金政玉，障害者権利条約と障害者制度改革への取組み，実践成年後見，41號，2012年，66-67頁；上山泰，現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性，收錄於：法政大学大原社会問題研究所、菅富美枝編，成年後見制度の新たなグランド・デザイン，2013年，107頁。

²¹ 朴仁煥，韓國新成年後見制度の施行と課題，成年後見法研究，11號，2014年，193頁。

²² 村田彰，東アジアにおける新成年後見制度からみた日本成年後見制度の問題点と課題：韓國新成年後見制度との比較を中心として，実践成年後見，50號，2014年，41頁。至於改善方式，須永醇，新訂民法總則要論，二版，2005年，68頁；田山輝明，

臺灣及日本都更為彈性²³，並未以條文訂定須經同意之法律行為種類，而是由家庭法院依個案需求決定（韓國民法第十三條第一項），此際，未得同意之行為係得撤銷（同條第四項）。換言之，韓國的「限定後見」類型雖然仍有可能限制本人之能力（同意權保留），但已脫離了定型化的規範方式，故可謂已符合公約第十二條第四項的必要性原則，受到肯定評價²⁴。

四、日、韓的第三類型

日本和韓國的法定成年監護均有三類型，是對本人能力限制最少者，臺灣只有兩種，並無可相類比之型態，但第三種類型最符合公約精神，因此簡介如下。

日本的「補助」實與韓國的「限定後見」類似，亦即同意權保留之範圍、補助人之代理權之範圍，完全由家庭裁

判所視本人需求，以審判定之（日本民法第十七條、第八七六條之九）。此制度除了不符合公約第十二條第四項的「適用時期縮短」與「定期審查」外，並無其他問題²⁵，因此有論者認為，於改革日本的法定成年監護制度時，應廢除現行的三類型，統合為補助單一類型即可²⁶。

韓國的「特定後見」對本人干涉更小，僅賦與特定後見人一段時間或甚至一次性的代理權，且對象僅限特定事務（韓國民法第十四條之二），例如本人若臨時陷入意識不明，需要醫療同意時，即可使用此制度。因此，特定後見可謂實現了必要最小限原則，完全符合公約精神²⁷。

綜上所述，臺、日、韓同樣都採類型化的成年監護制度，但以實質內涵論，臺灣的制度彈性最小，不考慮個別需求，且一旦進入了制度，本人所受限

同註9，172頁，均認為應讓家庭裁判所自第13條第1項所列之行為，選擇需要限制本人能力之部分即可。

²³ 鑑於其為韓國的法定監護制度的第二類型，本文於此處敘述，惟請讀者留意，其制度內涵實與日本的第三類型「補助」相似，而與日本的「保佐」及臺灣的「補助」差異甚大。

²⁴ 朴仁煥，同註19，156頁。

²⁵ 田山輝明，同註9，172頁。

²⁶ 新井誠，成年後見法の構造と課展開，收錄於：新井誠、山本敬三編，ドイツ法の継受と現代日本法：ゲルハルト・リース教授退官記念論文集，2009年，73-98頁；新井誠，由聯合國身心障礙者權利公約論我國成年監護制度之改革，收錄於：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，2014年，189頁；新井誠，補助類型一元化への途，実践成年後見，50号，2014年，65-69頁。

²⁷ 朴仁煥，同註21，193-194頁。

制最大，立法者只重視如何防止本人做出不利自己之行為，並不尊重本人的現有能力。

肆、協助本人之方法：代理權與同意權之問題

一、身心障礙者權利公約第十二條對協助方法之立場

公約第十二條第三項規定，國家之法規必須「協助」(support)身心障礙者行使其法律上能力，因此，以監護人「代替、代理」本人作決定的監護制度，違反了公約，侵害本人之自主決定權²⁸。亦即公約僅允許協助、支援障礙者做出自己的決定(supported decision-making，支援意思決定)，禁止替代障礙者為決定(substituted decision-making，替代意思決定)。倘若貫徹此想法，將會導致世界上多數國家的成年監護制度採用的協助方法，亦即代理權之賦與，均違反公約。

然而，現實上有些狀況本人確實無

法做決定，例如植物人，而不得由他人為代替決定，因此不能逕謂替代意思決定之方法必然違反公約²⁹。亦即，支援意思決定及替代意思決定並非互斥關係，重點在於，應以支援意思決定為優先，倘若僅以支援仍有不足，始得替代意思決定，且在代行決定時，法律上必須須設置有效的濫用防止機制，確保公約要求的各項原則（例如尊重本人喜好等）得以實現。「支援意思決定」不僅為成年監護制度的協助方式之原則，也是個別監護人的職務行使基準³⁰。整體言之，成年監護制度必須重視本人的自主權，更甚於其福祉³¹。

二、臺灣法中的協助方法

(一) 監護人之代理權

在監護宣告方面，由於受監護宣告人無行為能力，無法自為意思表示，民法規定監護人在監護權限內，為受監護宣告人之法定代理人（第一一一三條準用第一一九八條第一項）。而監護人的

²⁸ Marianne Schulze, *Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities*, 86 (3rd ed., Handicap Int'l 2010) (available at <http://www.handicap-international.fr/fileadmin/documents/publications/HICRPDManual.pdf>).

²⁹ Amita Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 429, 449-450, 460-461 (2007).

³⁰ Lipp & Winn, *supra* note 7, at 53-54.

³¹ United Nations, *Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disability: from Exclusion to Equality Realizing the Rights of Persons with Disabilities* 90 (2007), available at <http://www.ipu.org/PDF/publications/disabilities-e.pdf> (accessed Aug. 20, 2014).

權務範圍廣大，從第一——二條之規定可知，涵括了生活、護養療治及財產管理³²，因此，監護人之法定代理權的範圍相當全面，包含人身及財產事項。惟須留意下述三點。

1. 監護人僅得代理法律行為

監護人既是代理人，代理又以法律行為為限³³，故監護人僅得代理法律行為。第一——二條雖肯定監護人的權務包括生活、護養療治及財產管理，但非指監護人必須從事照護之事實行為，監護人的職務在於尋找適當的照護者，締結照護契約（法律行為）³⁴。醫療亦同，非謂監護人必須親自治療受監護宣告人，而係指監護人應代理受監護宣告人締結醫療契約爾。惟締結醫療契約後，實際的醫療行為係對人體的侵襲，醫師必須對病患盡說明義務，並取得病患之同意（informed consent，告知後同意），始得阻卻侵襲身體之違法。而告

知後同意法則的規範對象是醫師和病人，此醫病關係(doctor-patient relationship)並非依照契約法所成立的法律關係，因醫療行為具有個別性及高度之屬人性，故醫病關係是基於需要、信任、與託付所形成的「事實關係」³⁵。既然告知後同意的醫病關係不是法律關係，對於手術等醫療侵襲的「同意」當然也不是法律行為，理論上監護人無從代理為同意（接受治療）之意思表示，此種「同意」僅能由病人自為之。但倘若病人無法自為醫療同意（例如昏迷），仍需要他人代為決定，本文以下提及此種「由他人代為之醫療決定」時，不以「代理」稱之，而使用「代行決定」或「替代決定」之說法，下述3進一步檢討。

2. 身分行為不得代理

身分行為例如結婚、離婚等，應特別尊重本人意思，不得代理為之，受監

護宣告人是否可結婚、離婚等，端視其是否具備意思能力，雖受監護宣告，若回復正常狀態者，有結婚、離婚等能力³⁶。

3. 其他人身事項代行決定權之狀態混亂

非屬身分行為、亦非財產行為，而與本人身體、人格高度關聯之事項，例如醫療之同意、居所決定等，得否由監護人代本人決定？通說認為，未成年監護之第一〇九七條第一項之規定，依第一——三條得準用至成年監護，亦即成年監護人「於保護、增進受監護人利益之範圍內，行使、負擔父母對於未成年子女之權利、義務」，而未成年人之父母本得指定子女之居所、行使手術同意權³⁷，因此成年監護人也有此等權

限³⁸。此外，特別法尚允許監護人代受監護宣告之人決定接受結紮手術（優生保健法第十條第二項）³⁹，監護人得決定該當「（精神疾病）嚴重病人」之受監護宣告人的緊急處置（保護與送醫，精神衛生法第二十條⁴⁰）、接受電痙攣治療（精神衛生法第四九條）等，且不須經過其他機構的審查。

然而，此種與人格高度相關的行為，雖非身分行為，但具有一身專屬性，本不適合由他人代為決定，若本人有意思能力，則應由本人自行決定。本人有無意思能力、能否自行決定接受手術，應個案判斷，治療方式可能有不同的複雜程度，本人的判斷力也可能因時間而有所不同，故意思能力的判斷必須依時依地個別為之⁴¹。即使是受監護宣

³² 以 2009 年新法施行後的代表性教科書為例，均認為（成年）監護人之職務包含身上及財產上之事務，參見許樹林，親屬法新論，二版，2010 年，322-326 頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2011 年，482-484、492-493 頁；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，十一版，2013 年，483-485 頁；高鳳仙，親屬法：理論與實務，十四版，2013 年，457 頁。

³³ 王澤鑑，民法總則，修訂版，2008 年，474 頁；施啟揚，民法總則，八版，2010 年，325 頁。

³⁴ 河上正二，日本的成年監護制度與高齡者的支援與保護，收錄於：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，2014 年，209 頁指出，法律並不要求監護人從事實際的照護、看護行為，有些人以為成年監護制度可保障事實上的身上照護，此乃誤解。

³⁵ 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，36 卷 2 期，2007 年 6 月，245-246 頁。

³⁶ 林秀雄，親屬法講義，元照，三版，2013 年，63 頁；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，90 期，2014 年 6 月，187 頁。

³⁷ 史尚寬，親屬法論，1974 年，596、600 頁；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同註 32，400 頁。

³⁸ 此係依民法之解釋而來，參見林秀雄，同註 16，145 頁。此外，當病人不具同意能力時，醫療法第 63 條尚授與病人之法定代理人、配偶、親屬或關係人代為同意之權，由於監護人係受監護宣告人之法定代理人，依照醫療法監護人亦享有手術同意權。

³⁹ 該條項規定，未婚之未成年人或受監護或輔助宣告之人，於施行結紮手術時，應得法定代理人或輔助人之同意。雖看似「本人決定加上監護人或輔助人」之構造，但實務運作的結果並非如此，而是解為監護人或輔助人逕對結紮手術有決定權，受監護或輔助宣告之本人則無。參見戴瑀如，同註 4，116-118 頁。

⁴⁰ 精神衛生法第 20 條第 1 項規定：「嚴重病人情況危急，非立即給予保護或送醫，其生命或身體有立即之危險或有危險之虞者，由保護人予以緊急處置。」而所謂保護人，係由監護人、法定代理人、配偶、父母、家屬等互推一人為之（同法第 19 條 2 項）。

⁴¹ 諸外國法也認為醫療等決定，只要本人有判斷能力，均應由本人自行為之，而與其行為能力無關。德國法之說明參見戴瑀如，同註 36，頁 170。日本法參見田山輝明，成年後

告之人，只要具備意思能力，其人身管理的決定僅能自己為之，監護人、醫師甚或法院均不應違背本人意願而採取不同措施。這也才符合身心障礙者權利公約第十二條的「支援意思決定」之精神，亦即本人若能行使權利，均應加以尊重，僅在無法自為決定時，始得由他人代行。如此一來，廣泛地承認監護人享有上述人身事項的代行決定權之解釋及立法（特別法），均與公約扞格，必須修正。

當然，倘若本人實在不具備決定所需的意思能力，公約並未禁止由他人代為之，不過，上述人身事項的決定經常伴隨著不可回復的後果，例如送入精神病院隔離、結紮使失去生殖能力、接受手術可能有死亡的風險等，關於此種重大的人身事項，有些外國立法例便規定須經法院許可⁴²。法院對監護人決定的審查，便是公約第十二條第四項所謂的濫用保障機制(safeguard)。反觀臺灣法，除了上述不承認有意思能力的受監護宣告人得單獨為人身事項決定外，對於監護人的代行決定權行使，也未設任何的覆核機制。

(二) 輔助人之同意權

見制度の変遷とその改正提案，実践成年後見，50号，2014年，58頁。韓國則直接規定於民法第947條之2第1項：「被成年後見人關於自己身上事務，若本人狀態容許，應單獨決定」。

⁴² 德國民法第1904條、韓國民法第947條之2第4項。

⁴³ 戴瑀如，同註36，192頁。

⁴⁴ 村田彰，同註22，42頁。

至於輔助宣告方面，輔助人僅對民法第十五條之二第一項列舉的重大財產事項或法院指定的特定行為有同意權，而不具備代理權。不過，上述事項皆為財產上之行為，民法對於人身事項則無明文，似乎表示受輔助宣告人得獨自決定，輔助人並無置喙餘地。惟如上所述，與人格高度相關的例如醫療決定等，本人得否自行做決定，應依其意思能力定之，受輔助宣告人或有在個別的情況下，可能不具備意思能力，需要他人協助，但依現行民法，輔助人並無替代決定之權，有論者認為此係保障不周，應明文規定⁴³。

三、日本與韓國之作法

(一) 日本法

如前所述，日本的成年監護有後見、保佐、補助三種類型。第一種「後見」類型，賦與後見人財產行為的代理權（日本民法第八五九條第一項）；身分行為如同臺灣法之解釋，被後見人若有意思能力則得單獨為之，後見人無代理權。由於後見人的財產行為代理權範圍廣泛，未能依個別需求調整，論者認為已違反公約第十二條之規定⁴⁴。

至於其他人身事項尤其醫療同意，則是爭議性最大的問題，首先，日本民法的文義解釋、立法說明⁴⁵均明確否定成年後見人有代行決定權，其理由係因醫療決定乃一身專屬事項，應由本人自行為之。然而，問題發生在病人實際上無意思能力時，不得不由他人代為決定，但並無任何法律規定，到底何人有代行決定之權。此際，日本醫療實務的作法是以「家屬的同意」取代本人之同意⁴⁶。然而，「家屬」的範圍為何，若病患並無家屬，又該由何人代行決定，依然不明確，因此有論者倡議應立法賦與後見人代行決定權⁴⁷，但也有反對見解⁴⁸。

日本的第二種類型「保佐」，就重要財產行為，賦與經保佐人同意權，此外，經家庭裁判所審判，得賦與保佐人一定行為之代理權（民法第八七六條之四）。由於保佐人同意權之範圍已規定

在民法第十三條第一項，裁判所只能擴張而不能減縮，也有未能符合個別需求的問題，因此學說認為此作法抵觸公約第十二條，必須修正。

至於第三種類型「補助」，補助人之同意權與代理權賦與皆須依照本人之個別狀況，由裁判所決定，因此不違反公約的比例原則，只不過期間沒有限制，可能無法符合公約的「定期審查」之要求。此外，也有少數學者認為，賦與補助人法定代理權，由補助人代理為法律行為，對於仍有一定程度判斷能力的被補助人言，可能形成自我決定的「壓抑」，可能不符公約的「支援意思決定」，從而應儘可能限縮補助人之代理權⁴⁹。

(二) 韓國法

韓國的「成年後見」類型，成年後見人享有財產行為的概括性法定代理權（韓國民法第九三八條第一項），惟家

⁴⁵ 法務省民事局參事官室，成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説，1998年，43頁。

⁴⁶ 小賀野晶一，民法と成年後見：人間の尊厳を求めて，2012年，153頁；永水裕子，医療同意における成年後見人と家族の位置づけ，実践成年後見，40号，2012年，11頁。

⁴⁷ 赤沼康弘，医療の同意能力がない者に対する医療の保障，老年精神医学雑誌，22号，2011年，431頁。

⁴⁸ 斎藤正彦，後見人への医療同意権付与に関する問題点，老年精神医学雑誌，22号，2011年，434-437頁，理由是讓「個人」單獨決定他人之醫療同意事項有實際困難，後見人恐怕無法勝任，故認為應以關係人全體合意之方式來決定，關係人包括家屬、後見人及本人現居養老機構之負責人等。

⁴⁹ 田山輝明，同註9，170頁；田山輝明，同註41，60頁。

庭法院得依個別需求調整代理權之範圍（同條二項）；雖係如此，仍被認為不符公約精神⁵⁰。

較諸日本與臺灣法，韓國法最具特色的部分是積極對人身事項的代行決定做出規範，亦即韓國民法第九四七條之二第一項規定，身上事務之決定，若本人狀態容許，應單獨為之；倘若本人無法自為決定，則依第九三八條第三項，由家庭法院依個別需求，指定成年後見人得代行決定之權限範圍。此外，若成年後見人欲將本人送入精神病院隔離、接受有死亡風險的醫療、將本人居住用之不動產讓與、租賃、設定傳真權、設定抵押權、終止租賃、塗銷傳真權時，均應經法院許可（第九四七條之二第二、四、五項）。由此可見，韓國法不但將財產與人身事務的代行決定分開規定，論理清晰，對於重大人身事項尚要求法院審查，建立了濫用保障機制，此點應給予高度評價。

韓國的第二種「限定後見」類型，係法院依個案需求，賦與限定後見人同意權、撤銷權或代理權（第十三條第一、四項，九五九條之四準用九三八條第三、四項）。至於人身事項，與「成年後見」類型同，得由家庭法院依個別需求，指定成年後見人得代行決定

之權限範圍（九五九條之四第二項準用九三八條第三項），此外，九五九條之六準用九四七條之二，故上述「成年後見」類型中須得法院許可之人身事項代行決定，於「限定後見」亦同。

第三種「特定後見」類型，家庭法院得視個別需求，賦與特定後見人「期間及範圍限定」之代理權（九五九條之十一第一項），至於此種代理權是否包含人身事項，韓國民法並無明文，不過學說認為應做肯定解釋，類推適用九三八條第三項及九四七條之二⁵¹。

由於「限定後見」和「特定後見」授與代理權或同意權均完全依個案而定，符合公約第十二條並無問題，不過「限定後見」並無期限，無法符合定期審查之要求。

伍、結論：檢討修正，刻不容緩

綜上所述，臺灣的民法第十五條剝奪受監護宣告人之行為能力，嚴重抵觸身心障礙者權利公約第十二條第二項「締約國應承認身心障礙者享有平等的法律上能力」之規定，必須立刻檢討修正。此外，親屬編的規定賦與監護人廣泛的代理權，包含財產與部分人身事項，但監護人的決定除了依第一一一三

條準用一一〇一條第二項，在購置、處分不動產以及將其居住用不動產出租、出借或終止租賃時，須經法院許可外，其他任何事項，即使攸關人格的人身事項例如手術同意，皆不須經由法院審查，此種協助本人行使權利之方式，逸脫了公約同條第四項的必要性、最小限與比例原則。即使民法第一一一二條之一第一項規定，法院選定數人為監護人時，得依職權指定其共同或分別執行職務之範圍，亦非謂法院得變更代理權之範圍，法院僅不過得就既有的法定代理權，在數個監護人之間為事項之分配罷了，此與韓國法的「成年後見」得由家庭法院視個案需求調整成年後見人代理權之範圍者，有所不同。

至於受輔助宣告人，仍有行為能力，惟其某些重大財產行為須經輔助人同意，此乃對於其能力限制，雖未立刻違反公約第十二條第二項，但由於須經輔助之事項已明訂於民法第十五條之二第一項，法院僅能依需求加以擴張，無從減縮，因此仍不得不謂違反公約第十二條第四項。至於協助本人為決定之方法，僅承認輔助人就特定財產行為有同意權，既無代理權，亦無人身事項之權限，也可能不敷所需。

那麼，如何改善以制度，以符合公約精神？有論者提議引進意定監護制度，本文亦表贊成，但不能因此忽略現行法定監護制度的問題。法定監護制度

的修正，固然德國法般的一元制最為彈性而可符合公約第十二條第四項，然變動可能過鉅，且日、韓亦仍維持類型化作法，因此，臺灣之修正仍得維持現有的二種類型之作法，但必須大幅調整類型內涵。本文建議，可分為本人能力受限制與不受限制之二類型，限制的方法必須與行為能力脫鉤。第一種類型「監護宣告」屬於「本人能力受限制」者，將其修改為接近現行法的「輔助」內涵，但更配合個案需求，亦即受監護宣告人並不喪失行為能力，法院得於現行民法第十五條之二第一項第一至六款列舉的行為中，選擇須經監護人同意者，法院亦得擴張須經同意的行為種類。此外，亦應參考韓國之限定後見，讓法院對得賦與監護人一定之代理權。第二種類型「輔助宣告」屬於「本人能力不受限制」者，亦即仿效韓國的特定後見，本人得單獨為有效之法律行為，不須得任何他人之同意，僅就需要協助之事項，法院得賦與輔助人「期間及範圍限定」之代理權。除此之外，不論監護宣告或輔助宣告，均應參考韓國法之作法，就身上事務明定原則上由本人自行決定，僅在本人無意思能力而無法決定時，由法院賦與監護人或輔助人一定範圍之代行決定權，並且代行決定之事項係例如移送留置、接受有死亡風險之醫療等高度與人格相關之行為時，應經法院許可。而現行特別法上賦與監護人、

⁵⁰ 朴仁煥，同註21，193頁。

⁵¹ 朴仁煥，韓國新成年後見制度之構造と特徴(1)，民事研修，680號，2013年，14頁。

輔助人、一定範圍之家屬的代行決定權，也應一併檢討修正。

成年監護制度與公約牴觸的問題，除了本文既已提及的本人能力限制與監護人、輔助人之權限範圍外，臺灣法上監護人、輔助人行使職務的基準，是否符合公約的「尊重本人之權利、意願、喜好」，抑或仍係父權式的最佳利益原則，此外，交易安全保護之問題如何解決，由於篇幅有限，待日後再以他文檢討。

當然，即使吾人將法律條文修正符合公約之要求，也僅不過是改善了書本上的法(law in books)，實際上成年監護制度究竟有無符合必要性、最小限及比例原則，仍需仰賴實務的運作。以日本為例，二〇一三年十二月底之時點，成年監護制度各個類型的使用人數分別為：後見十四萬三千六百六十一人，保佐二萬二千八百九十一人，補助八千零一十三人，任意後見一千九百九十九人⁵²，可知限制最多、最不符合公約精神的後見占了百分之八十一·四，最符合公約意旨的補助以及任意後見加起來

僅百分之五·七。韓國自新法施行的二〇一三年七月一日起至二〇一四年三月三十一日的九個月間，生效之成年後見有三百七十三件，限定後見七十七件，特定後見三十四件，任意後見一件，總數四百八十五件⁵³，限制最多的成年後見占了全體的百分之七十六·九⁵⁴；且韓國的人口數量約為臺灣的兩倍，臺灣近年每年監護宣告及輔助宣告的總數約三千至三千五百件左右，韓國九個月間僅四百八十五件，可見韓國雖有進步的立法，但使用者並未增加。因此，即使設置了符合公約精神之制度，倘若人民不願使用，或者法院不能配合，也無法落實公約美意。固然如此，若不先改革民法之規定，則連改變成年監護實務的契機也無，況且臺灣既已批准公約，更不能再坐視民法大剌剌地違反公約，必須儘速修正，刻不容緩。♣

(本文已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌●www.lawdata.com.tw)

⁵² 最高裁判所事務總局家庭局，成年後見關係事件の概況：平成 25 年 1 月～12 月，2014 年，11 頁，http://www.courts.go.jp/vcms_1f/20140801koukengaikyoku_h25.pdf（最後瀏覽日：2014 年 8 月 17 日）。

⁵³ Inhwan Park, *Korea's New Adult Guardianship System: Implementation and Challenges*, East Asian Adult Guardianship Law Panel on May 27, 2014, held by Japan Adult Guardianship Law Association.

⁵⁴ 韓國學者對此現象表示憂慮，參見諸哲雄，韓國の成年後見制度の特徴と今後の課題，收錄於：新・アジア家族法三国会議編，成年後見制度，2014 年，85 頁。

刑事訴訟法上之法定法官原則

——從釋字第六六五號案件事實出發



作者文獻

施吟蓓

法務部司法官學院學習司法官

摘要

法定法官的法理基礎在於：避免藉由對法官的操縱，進而對審判有不當的影響，特別是藉由挑選承審法官，來影響裁判的結果或內容。於事務分配計畫制定時所相應之子原則，最重要者首推抽象性原則以及明確性原則。相牽連案件併案，最能符合上開原則之分案方式無非是：後案併前案，但專庭案件不併入普通案件；惟在出現個案性爭議時，仍得由審核小組來進行審查。至於釋字第六六五號案件事實之爭議，從恣意原則檢視之，金融專庭案件併入普通庭且大案併入小案，有悖於專庭設立及相牽連案件併案立法目的，客觀上實已該當恣意，剝奪被告的法定法官。

目次

- 壹、釋字第六六五號案件事實
- 貳、法定法官原則法理基礎
- 參、以法定法官原則重新檢視臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點
- 肆、以法定法官原則重新檢視釋字第六六五號之案件事實
- 伍、結語

壹、釋字第六六五號案件事實

民國九十七年十二月十二日，前總統陳水扁等被告十四人因涉貪汙、洗錢、偽造文書等案件經起訴，經臺北地方法院分案，該院金融專庭認為該案涉貪汙罪名，非其承審範圍，惟普通庭深感金融專庭的案件負擔過輕，要求院長

DOI: 10.3966/102559312014100233008

關鍵詞：法定法官、抽象性原則、明確性原則、恣意、釋字第六六五號解釋

投稿日：2013 年 10 月 14 日；接受刊登日：2014 年 2 月 25 日。