

長期照顧法簡評

——從私法之觀點



作者文獻

黃詩淳

臺灣大學法律學院副教授

壹、前言

長期照顧服務法在二〇一五年五月十五日經立法院三讀通過，同年六月十三日公布，預計於公布後二年施行。為了支持長照體系，使其有充足而穩定之財源，行政院院會也已通過了長期照顧保險法草案¹，擬以社會保險法之方式為之²，尙待

立法審議。作為我國因應高齡化社會之政策一環，長期照顧制度廣受社會矚目，即使長照雙法當中的服務法已先立法完成，但關於財源（保費分擔方式）、服務人力、服務內容³及世代公平性等，仍充滿爭議⁴。法學界對長期照護議題之研究，有從比較法的觀點，對長期照護法制（社會保險）提出建言者⁵；或自長期照顧服務體系

出發，探討整體服務體系者⁶，均有不少值得傾聽的建議。受限於能力，筆者無法從公法或社會法的角度對長照雙法有所評論，惟嘗試從私法學者的角度提供若干想法，盼能拋磚引玉，促進學際對話。

貳、長照服務之提供乃契約關係

長照服務之輸送流程，從申請、受理、訪視評估、需求分級判定、照顧計畫、服務提供至複評分爲七階段⁷。惟「服務提供」之方式，現行制度係採「派案」作法，亦即政府依據個案所需服務類別，派案給各服務單位提供服務。派案完畢後，服務使用者須與長照機構間締結服務契約，長期照顧服務法第四二條第一項明文規定：「長照機構於提供長照服務時，應與長照服務使用者、家屬或支付費用者簽訂書面契約。」即爲如此。但關於此契約之性質鮮少有學術討論，可能是因爲服務使用者無法自行選擇長照機構，也無法選擇服務內容，全由政府派案指定，故此

「契約」缺乏私法自治下的「契約」之傳統特質。

未來長期照顧保險法施行後，服務的提供方式究竟要延續現行的「派案」，抑或容許保險對象自行尋找適當之長照機構（長期照顧服務法第三條第五款稱「長照機構」，長期照顧保險法草案第五三條將「經保險人同意特約之長照機構」稱爲「保險服務機構」，以下本文不特別區分）之締約，從長期照顧保險法草案以及長期照顧服務法之明文規定均無法窺知。

研究指出，長照制度應重視使用者參與之理念，以「人」爲中心，讓保險對象有權參與服務使用的計畫⁸，設計出更貼近「顧客導向」的長照計畫內容⁹，故制度上除了保留原有的派案作法外，尙應仿效日本、德國、韓國之模式，承認保險對象自行尋找保險服務機構¹⁰。此外，也有學者倡議福利服務民營化及多元化，認爲除了由公立機構、非營利組織提供長照服務外，亦應積極肯認企業之參與¹¹。

DOI: 10.3966/102559312016020249013

關鍵詞：長期照顧、長照服務契約、成年監護

¹ 2015年6月4日行政院院會通過之版本在衛生福利部網站可下載，[http://www.mohw.gov.tw/MOHW_Upload/doc/長期照顧保險法草案\(1040604_行政院院會通過版\)_0049650001.pdf](http://www.mohw.gov.tw/MOHW_Upload/doc/長期照顧保險法草案(1040604_行政院院會通過版)_0049650001.pdf)（最後瀏覽日：2015年6月28日）。

² 鄧素文，「長期照顧服務法」草案說明，醫療品質雜誌，5卷4期，2011年7月，37頁，指出長照制度分爲三階段進行，而長照保險之實施乃第三階段之任務。

³ 黃惠鈴、鄧凱元，長照服務法三大挑戰，天下雜誌，573期，2015年5月，<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5067926>（最後瀏覽日：2015年6月28日），指出財源、服務人力、服務社區化是三大挑戰。

⁴ 臺灣醒報，2015/05/17，長照法定案 財源、公平性爭議未歇，<https://anntw.com/articles/20150517-WZ18>（最後瀏覽日：2015年6月28日）。

⁵ 周世珍，日本介護保障法制及其基本理念之發展，明新學報，33期，2007年7月，105-128頁；江清謙、柯木興、林谷燕，德國、荷蘭長期照護保險內容與相關法令之研究，行政院經建會委託研究，2009年，91頁（可於行政院國家發展委員會網站下載，<http://oldweb.ndc.gov.tw/dn.aspx?uid=7069>，最後瀏覽日：2015年7月16日）；李麒，2008年日本長期照護保險法制及相關問題之研究，開南法學，5期，2011年7月，33-54頁。

⁶ 鍾秉正，論長期照護制度之憲法保障論，社會法與基本權保障學術論文集，元照，2010年，200-232頁；陸敏清，健全長期照護服務體系：以我國長期照護服務法草案為例，興國學報，15期，2014年1月，125-142頁。

⁷ 現行制度參見衛福部護理及健康司網頁，申請照管十年計畫服務流程圖，http://www.mohw.gov.tw/MOHW_Upload/doc/申請長照十年計畫服務流程圖_0003416000.pdf（最後瀏覽日：2015年6月29日）。長照保險施行後之流程亦無大變化，參照長期照顧保險法草案第48、49條；吳肖琪、林麗嬋、蔡閻閻，長期照護保險法制服務輸送及照顧管理之評估，行政院經建會委託研究，2009年，VI頁（可於行政院國家發展委員會網站下載，http://www.ndc.gov.tw/ml.aspx?sNo=0012094&ex=1#.VY_HYWC5FEA，最後瀏覽日：2015年6月28日）。

⁸ 張淑卿、林麗嬋、蔡閻閻、吳肖琪，長期照護保險法制服務輸送可行方案之探討，長期照護雜誌，14卷3期，2010年12月，243-244頁。

⁹ 蕭文高，長期照顧服務需求估計與規劃之檢視，高齡服務管理學刊，1卷1期，2011年4月，70-71頁；陸敏清，同註6，129頁。

¹⁰ 張淑卿、林麗嬋、蔡閻閻、吳肖琪，同註8，249-250頁。

¹¹ 施孟涵，臺灣地區長期照顧服務政策現階段推動方向之研究，臺灣老人保健學刊，7卷1期，

倘若未來長照保險開辦後，採納上述顧客導向、以人爲本之思想，允許服務使用者自行與保險人同意特約之保險服務機構締約，則至少此關係有了選擇相對人之自由，更接近於傳統意義之「契約」，便有必要進一步從私法之觀點檢討消費者保護及代理制度之問題。

參、長照服務契約之當事人

長照服務之使用者該當於消費者，故長期照顧服務法自消費者保護之觀點，對契約之內容給予了一定規範，亦即第四二條第一項規定契約應以書面爲之，第二項則賦予主管機關有訂定定型化契約範本與其應記載及不得記載之事項之權限。學者也建議，應儘量讓機構資訊公開，擴大社會監督並提升服務使用者的選擇權¹²；或要求機構保存付費請款單一定年限等，強化政府對機構之管理監督¹³。

然而另一方面，長期照顧服務法第四二條第一項卻存在一個極度基礎卻被忽視的問題，即契約當事人爲何？質言之，同條項規定，「長照機構……應與長照服務使用者、家屬或支付費用者簽訂書面契約。」亦即契約當事人看似得爲服務使用

者、家屬或支付費用者。

然而，爲何服務使用者以外之人，竟得越俎代庖，代替使用者本人締結契約？或許立法者是考量到長照服務使用者爲失能者，部分同時該當身心障礙者，或許無法或難以理解契約之意義，無法期待其自訂契約，故將「家屬」及「支付費用者」亦納入契約當事人。然而，人乃是獨立之個體，無人得強加利益或負擔於他人身上，若要有效地「替他人訂立契約」，該人必須具備合法的代理權。長期照顧服務法第四二條第一項的用語並非「代理人」，而是「家屬」及「支付費用者」，一般的家屬及支付費用者並不必然享有代理權，因此，「家屬」及「支付費用者」所締結之契約，之所以對本人發生效力，並非代理之法律關係，僅可能是「利益第三人契約」。但此種契約應以「第三人表示享受契約利益之意思」而發生效力，在第三人未表示意思以前，當事人仍得將契約變更或撤銷之（參見民法第二六九條第二項及立法理由）。倘若接受長照服務者本人之意思能力，已衰退至無法爲任何意思表示，如何能期待本人表示「享受契約利益之意思」¹⁴？若本人未爲此意思表

示，則契約根本尚未發生拘束力，如此一來，家屬及長照機構豈非得隨時變更或撤銷契約，而已爲之給付僅能依不當得利之規定請求返還，對雙方而言毫無安定性可言。

綜上所述，「家屬」及「支付費用者」爲本人訂立利益第三人契約之見解可能破壞契約之安定性，「家屬」及「支付費用者」又非本人之代理人，則長期照顧服務法將之定爲契約當事人，顯屬不當。固然，實務上照顧服務的實施相當程度須仰賴家屬之配合，但並不代表家屬可以在無法律根據之下取代本人成爲契約主體。這樣不加思索地將長照服務使用者與家屬、支付費用者並列的規定方式，透露出立法者不尊重服務使用者本人之主體性，輕率地排除本人參與決策之地位，無疑違背了強調障礙者與高齡者社會參與之國際潮流¹⁵。

肆、成年監護與長照相互配合之必要

事實上，民法早就有適當的機制來解決本人無法親自締結契約之問題，亦即代理。因此，長照服務使用者若於喪失意思

能力前，預先授與某人替自己締結「長照服務契約」之代理權，使該人成爲（意定）代理人¹⁶，當然就能達到目的。倘若臺灣民眾不習於預先授與代理權，那麼對於無判斷能力之人，民法也設有監護宣告制度（或稱成年監護），本人受監護宣告時，法院同時會選任監護人擔任法定代理人，監護人有權限替本人締結長照服務契約，本人無法締約之問題便迎刃而解。

常有人認爲「成年監護制度」是財產管理制度，僅在缺乏判斷力之人有相當資產時，始有開始監護之必要。然成年監護的本質實爲替代或輔助本人爲「法律行爲」，法律行爲的種類絕非僅有出售不動產、設定抵押權、參與都更、消費借貸、定存等與財產相關之行爲，事實上，「訂立長照服務契約」也是不折不扣的法律行爲，雖其效果主要以人身服務爲主。

成年監護制度的意義與重要性，在長期照顧保險法施行後，會愈發凸顯。因如前所述，未來的服務使用者除了被動地接受政府的「派案」以接受服務之外，亦得主動地至長照服務市場挑選長照服務機構，雖契約之內容已有定型化契約範本與其應記載及不得記載之事項的限制，對服

¹⁵ 聯合國 2006 年身心障礙者權利公約第 3 條規定：「本公約之原則是：(a)尊重固有尊嚴、包括自由做出自己選擇之個人自主及個人自立；……(c)充分有效參與及融合社會」；1991 年聯合國老人綱領提出的五個要點係：「獨立」(independence)、「參與」(participation)、「照顧」(care)、「自我實現」(self-fulfilment)與「尊嚴」(dignity)。

¹⁶ 例如學界推崇的「意定監護人」制度，便是其中一例，但臺灣尚未立法。即使如此，當事人本得自由賦與他人代理權，不待意定監護人制度之施行，亦可有效賦與他人「締結長照服務契約」之代理權；參見陳自強，臺灣及中國任意監護研究的一些觀察，收錄於：黃詩淳、陳自強主編，高齡化社會法律之新挑戰：以財產管理爲中心，2014 年，38 頁，稱爲「委託監護契約」。

2011 年 6 月，73-75 頁；莊秀美、周怡君、賴明俊，論照顧服務提供多元化存續的條件：日本介護保險制度監督機制因應經驗之啟示，臺大社會工作學刊，26 期，2012 年 12 月，211 頁。

¹² 陸敏清，同註 6，133 頁。

¹³ 莊秀美、周怡君、賴明俊，同註 11，215-216 頁。

¹⁴ 附帶一提，由於第三人利益契約對第三人而言乃「純獲利益之行爲」，故學說指出，第三人縱係限制行爲能力人，亦可單獨爲之，參見邱聰智，新訂民法債編通則（下冊），2001 年，615 頁；黃立，民法債編總論，三版，2006 年，590 頁。惟本文之情況係第三人雖未受監護或輔助宣告，但事實上無意思能力，在此情況下所爲之意思表示係無效，包括「享受契約利益之意思」亦同。

務使用者之保障較周，但挑選服務機構本身，依然需要一定的判斷力。倘服務使用者本人欠缺此種能力，法律上有權限為之判斷者僅有監護人，而非任意的家屬或支付費用者。

以鄰近的日本為例，日本社會中固然尚有一些障礙者或高齡者，仰賴親屬或安養中心業者替其為法律行為，而未選任監護人，然而，親屬或安養中心業者之所為未必符合高齡者或障礙者之利益，並且缺乏監督，容易濫權。從而，如何促障礙者與高齡者之自立並兼顧保護便是重要課題¹⁷，承認服務使用者得與業者自由締結長照契約的介護保險法，強調著「自立」的一面，而成年監護制度的監護人，則具有「保護」判斷能力未周之長照服務使用者之作用。二〇〇〇年日本施行介護保險與成年後見制度，此二法被稱為車子的兩輪，相輔相成，亦即在當時社會福利基礎構造的改革潮流中，長照與監護制度在一開始便被定位為一個套組¹⁸，缺一不可，其理由便是如此。

伍、小結

社會福利的民營化已是趨勢¹⁹，而福利服務提供者與使用者之間之關係乃是契約，只要是契約（法律行為），就存在著

使用者不具備意思能力，而需要他人代為意思表示（下稱代行決定）之需求，長照服務係如此，醫療契約亦如是。過去此些代行決定被國家法無視，直接委諸家庭，亦即由家屬事實上代本人處理各種法律行為。然在家庭功能逐漸萎縮之現在，可能必須由家庭外部之人協助，二〇〇九年施行的監護與輔助宣告制度便是將代行決定配合現代社會的需求，加以「法化」（legalization）的現象。「代行決定」不僅包括代理本人出售不動產等財產管理行為，也包括代理本人締結長照契約、醫療契約，甚至代本人為手術之同意等廣泛層面。遺憾的是，立法者似乎只記得財產管理，在民法上給予較詳盡之規範，但其餘的「代行決定」，仍經常不加思考地推諉給「家屬」²⁰，但對「家屬」為何有此權限、「家屬」範圍與意見衝突時之優先順位、「家屬」代行決定之監督機制等，規定付諸闕如。

社會福利之民營化將會提升對「契約」及「代行決定」制度之需求，此種公私法交錯的現象，在老年法學(elder law)領域中屢見不鮮，也是學術研究須面對之新挑戰。♣

（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）

¹⁷ 岩村正彦，社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点：社会保障法と消費者法との交錯，收錄於：岩村正彦編，福祉サービス契約の法的研究，東京：信山社，2007年，9頁。

¹⁸ 上山泰，專門職後見人と身上監護，東京：民事法研究会，2008年，8頁。

¹⁹ 李玉君，社會福利民營化法律觀點之探討，月旦法學雜誌，102期，2003年11月，92-93頁，指出在民營化的風潮下，國家的角色由服務之提供者，轉為政策規劃者與執行監督者。

²⁰ 除了本文論及的長期照顧服務法第42條第1項外，尚包括醫療法第63條第1項、精神衛生法第50條第1款但書等。

文獻新訊學術實務篇



延伸閱讀

以下資訊收錄至月旦法學知識庫，歡迎上網檢索（www.lawdata.com.tw）。
（依作者姓氏筆劃排序）

公法類

作者	文章名稱	期刊名稱	期數	出版日
王泰升	臺灣司法官社群文化中的中國因素——從清末民國時代中國追溯起	政大法學評論	142	2015年9月
李浩	泰州環境公益訴訟案的三個程式問題 關鍵詞：環境公益訴訟、社會公益組織、原告資格、共同訴訟、人民檢察院支援起訴原則	月旦民商法雜誌	50	2015年12月
周佳宥	我的小財富，你的大利益？——「有利於私人之徵收」合憲性審查基準 關鍵詞：徵收、有利於私人之徵收、必要性原則	月旦法學教室	159	2016年1月
林三欽	「違建拆除通知書」是否僅係「接續執行行為」？ 關鍵詞：接續執行行為、程序違建、實體違建、違建拆除通知書、法效性	月旦法學教室	159	2016年1月
林良榮	勞基法第二八條積欠工資申請墊償之「雇主」與「勞工」概念——最高行政法院一〇四年度判字第四七二號判決評釋 關鍵詞：勞基法、積欠工資申請墊償、法理解釋	月旦裁判時報	42	2015年12月
林明鏘	2014年行政法發展回顧	臺大法學論叢	44卷特刊	2015年11月
林昱梅	論食品安全管理法中之預防原則：以歐盟與臺灣為中心	臺大法學論叢	44卷特刊	2015年11月
洪德欽	歐盟生物科技與食品安全政策 關鍵詞：歐盟、生物科技、食品安全、基改食品、消費者保護	月旦法學雜誌	248	2016年1月
洪德欽	歐盟食品安全制度對臺灣食安改革的啟示	臺大法學論叢	44卷特刊	2015年11月