

臺灣的高齡化社會與身分法的變動： 以成年監護及生存配偶之保障為中心

Aging Society and the Response of Family and
Succession Laws in Taiwan: Focused on Adult
Guardianship and the Protection for Surviving Spouse

黃詩淳*

(Sieh-chuen Huang)

〈차례〉

壹、高齡化社會與家庭功能的衰退

貳、高齡者相關的法制度

參、成年監護制度的改革

肆、生存配偶的保障

伍、結語

壹、高齡化社會與家庭功能的衰退

一、平均餘命之延長和高齡人口的增加

因醫療和生活水準的改善，臺灣人民平均餘命的提高十分顯著，例如1957年男性平均餘命59.7歲、女性63.25歲，2012年成長到男性76.4歲，女性為82.8歲(參見 Table 1)。現在的高齡者和55年前相較，增加了超過約16至19年的老後生活。

* 國立臺灣大學法律學院副教授。

** 투고일자 2015년 2월 26일, 심사일자 2015년 3월 6일, 게재확정일자 2015년 3월 6일.

Table 1: Life Expectancies at Birth in East Asia

Year	Taiwan		China		Japan		Korea	
	Male	Female	Male	Female	Male	Female	Male	Female
1990	71	77	67	71	76	82	68	76
2012	76	83	74	77	80	87	78	85

Source: WHO (2014). World Health Statistics. Retrieved from http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112738/1/9789240692671_eng.pdf?ua=1. Taiwan's data see Department of Statistics, Ministry of the Interior (2014). Retrieved from <http://www.moi.gov.tw/stat/life.aspx>.

臺灣的65歲以上高齡人口占總人口比率也明顯上升，2013年為11.5%，預估2018年將增至14.0%，達到聯合國等國際機構所稱的高齡社會(aged society)，2025年超過20%，成為超高齡社會(super-aged society)。¹⁾另外，高齡者之人口總數，2012年底有269萬多人，較22年前的1990年126萬多人，增加了兩倍以上。

Table 2: Population Distribution (%) By Three-stage Age Groups in East Asia

Year	Taiwan			China			Japan			Korea		
	0-14	15-64	65-	0-14	15-64	65-	0-14	15-64	65-	0-14	15-64	65-
1980	32.5	63.5	4.0	35.4	59.5	5.1	23.6	67.4	9.0	33.9	62.2	3.9
1990	27.2	66.7	6.1	29.3	64.9	5.8	18.3	69.7	11.9	25.6	69.4	5.0
2000	21.4	70.2	8.5	25.6	67.5	6.9	14.6	68.2	17.2	21.0	71.7	7.3
2010	16.0	73.3	10.7	18.1	73.5	8.4	13.3	63.8	23.0	16.2	72.7	11.1

Source: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013). World Population Prospects: The 2012 Revision. Retrieved from http://esa.un.org/unpd/wpp/Excel-Data/EXCEL_FILES/1_Population/WPP2012_POP_F09_1_PERCENTAGE_OF_TOTAL_POPULATION_BY_BROAD_AGE_GROUP_BOTH_SEXES.XLS.

另外少子化趨勢亦相當明顯，育齡婦女總生育率²⁾從1970年的4.0人，下降至

1) 國家發展委員會(2014)，《中華民國人口推計(103年至150年)》，臺北：國家發展委員會，頁13，<http://www.ndc.gov.tw/dn.aspx?uid=38321>(最後瀏覽日：2014/12/05)。

2) 總生育率係指一個婦女一生中所生育之平均子女數。

2010年的0.9人(參照Table 3)。

Table 3: Total Fertility Rate

Year	Taiwan	China	Japan	Korea	U.S.	Germany
1970	4.00	5.74	2.1	4.27	2.45	2.02
1985	1.88	2.36 (1986)	1.73	1.66	1.84	1.39
1995	1.78	1.86 (1994)	1.39	1.66 (1996)	2.01	1.25
2005	1.12	1.33	1.22	1.14	2.04	1.33
2010	0.90	1.47 (2008)	1.35	1.31	2.08 (2008)	1.37

Source: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013). World Fertility Data 2012 (POP/DB/Fert/Rev2012). Taiwan's data see Department of Household Registration Affairs, Ministry of the Interior (2014). Retrieved from http://www.ris.gov.tw/zh_TW/346.

二、家庭功能之衰退

上述高齡人口比率和數量的增加，以及老年生活期間的延長，使人們開始重視老年經濟安全及照護需求，此外伴隨資本主義工業化、都市化之進展，人們晚婚或者不婚，生育子女人數減少，家族規模縮小且功能衰退，使高齡者之經濟來源和照護任務變得更艱辛。

研究指出，過去的農業時代，高齡者的經濟及照護需求，均由同居的家屬負責供應。然而現代社會人口自由流動，子女到遠方求學、工作、結婚，以致與父母分隔甚遠的情況比比皆是，自然不易提供實際的照護。³⁾ 另外，離婚率的升高、不婚、再婚之增加，家庭結構不如以往穩固緊密，高齡者依賴子女養老的可能性逐漸降低。家庭功能的衰退，使得高齡者必須向外謀求經濟來源和照護服務，此時一方面有國家的介入，以社會法的措施保障高齡者之生活，另一方面則出現高齡者積極自行運用資產養老之現象。

3) Michael A. Kirtland (2004), Estate Planning for Protected Persons, 65 The Ala. Law. 404.

臺灣也有相同的趨勢，目前最多的家戶型態，雖仍以父母及未婚子女所組成之核心家庭為主，占35.8%，但此比率連年下降，反之，單親家庭、單人家戶之比率則向上攀升。⁴⁾ 又由於離婚率升高⁵⁾及人口移動年齡選擇性之故，造成獨居或未與子女同居之高齡者數量日漸增多。⁶⁾

三、高齡者之醫療與經濟安全需求

高齡者的需求十分多元而複雜，包括了健康醫療、生活照顧、就業、公共設施、建築物及交通之無障礙、教育和休閒等。⁷⁾ 下表四顯示出，在諸多老年時期問題中，臺灣的高齡者最關切者，乃健康狀況(包含照護)和經濟來源;⁸⁾ 而因高齡者之經濟來源主要來自子女之奉養，⁹⁾ 家戶型態之變遷勢必影響高齡者之經濟來源。¹⁰⁾

〈表 四〉65歲以上老人對未來生活擔心的問題(人/百人)

項目別	自己的健康問題	自己生病失能照顧問題	配偶的健康問題	配偶生病失能照顧問題	經濟來源問題	人身安全問題	人際關係問題	居住問題
65歲以上	28.5	15.7	5.2	4.9	14.1	1.1	0.3	1.1

(資料來源: 中華民國102(2013)年老人狀況調查報告)

- 4) 中華民國統計資訊網站「2013年社會指標統計表」之「家庭統計表」, <http://www.stat.gov.tw/public/Attachment/49261123476OJTO36W.xls>(最後瀏覽日: 2014/12/05)。
- 5) 粗離婚率, 從1971年的0.36%, 上升至2012年的2.41%。統計資訊網, <http://sowf.moi.gov.tw/stat/month/m1-02.xls>(最後瀏覽日: 2014/12/23)。
- 6) 蔡宏進(2004),《臺灣的人口與人力研究》, 臺北: 唐山出版社, 頁88-90。
- 7) 邱月雲、陳素春(2006),〈老人福利法規與及老人福利政策發展趨勢〉,《律師雜誌》, 326期, 頁19。
- 8) 衛生福利部(2014),《中華民國102年老人狀況調查報告》, 臺北: 衛生福利部, 頁40-41, http://www.mohw.gov.tw/cht/DOS/Statistic.aspx?f_list_no=312&fod_list_no=4695(最後瀏覽日: 2014/12/05)。
- 9) 衛生福利部(2014), 前揭註8, 頁25, 不過「依靠子女或孫子女奉養」的比例有逐漸下降的趨勢, 2009年為重要度為48.3, 2013年為43.9。
- 10) 孫迺翊(2006),〈親屬法與社會法的交錯領域: 一個教學構想的嘗試〉,《臺灣本土法學雜誌》, 89期, 頁92-93指出了核心家庭的功能失靈, 而影響扶養能力之現象。

為保障老年時期的經濟生活，個人須運用各種資源移轉之方式，以獲取所需的物資或服務。資源的移轉可分為三種型態：¹¹⁾ 一為生命週期的移轉，即個人將生命中早期或中期的資源移轉至晚其使用，例如儲蓄、投資、個人年金；二為家庭間或家庭內的移轉，例如成年子女提供父母生活所需；三為社會的移轉，例如各種社會安全制度。那麼臺灣對高齡者之醫療或經濟安全的需求，目前有哪些制度？

貳、高齡者相關的法制度

一、公法，特別是社會法領域

在公法中，主要是社會法¹²⁾領域的各種社會安全制度，擔負了高齡者之生活保障。¹³⁾ 社會安全制度以國際勞工組織之定義為主，通常可分為社會保險、社會津貼與社會救助，¹⁴⁾ 其中社會保險屬「繳費制」，而社會津貼與社會救助則為「非繳費制」。¹⁵⁾

(一) 醫療上的保障

在醫療方面，臺灣是以社會保險的方式提供保障，原本只有勞工保險、農民保險、公務人員保險等醫療保險，無法照顧到全體國民。1995年3月「全民健康保險法」施行，廢除了過去的職業別健康保險，全部整合為一。全民健康保

11) 蕭麗卿(1994)，〈人口老化與老人經濟保障問題探討〉，《經社法制論叢》，13期，頁321-322。

12) 關於社會法之定義與範圍，參見郭明政(1997)，〈社會法之概念、體系與範疇——以德國法為例之比較觀察〉，《政大法學評論》，58期，頁369-380；郝鳳鳴(1997)，〈法國社會安全法之概念、體系與範疇〉，《政大法學評論》，58期，頁381-388；蔡茂寅(1997)，〈社會法之概念、體系與範疇——以日本法為例之比較觀察〉，《政大法學評論》，58期，頁389-404。

13) 郭明政(2006)，《社會安全制度與社會法》，臺北：翰蘆，頁53以下，介紹了臺灣社會安全制度的沿革，並於頁61指出，老人安全是全民健保以外，最受矚目的社會保障與社會福利問題。

14) 林萬億(2006)，〈我國憲法與社會權的實踐〉，蘇永欽編，《部門憲法》，臺北：元照，頁280-282。

15) 郝鳳鳴(2003)，〈社會法學門研究之展望〉，《月旦法學雜誌》，100期，頁107，將社會法的研究範圍，依保障對象是否分擔財務責任，分為非繳費制和繳費制之法律規範。

險在分類上屬於「公營單一社會保險制」的醫療照顧體系，類似加拿大的現行制度，唯加拿大各省可針對各省財務狀況設定不同的費率，而臺灣則是全域一致的費率級距。

此外，人口快速老化，長期照顧需求人口數劇增，但目前臺灣的長期照顧服務體系未臻完善。2008年起政府推動「長期照顧十年計畫」，提供居家護理、居家(社區)復健、喘息服務、照顧服務、輔具購買(租借)及居家無障礙環境改善、老人營養餐飲服務、交通接送、長期照顧機構等數種服務，¹⁶⁾但此些長期照護措施目前仍屬社會福利制度，財源為一般稅金。未來擬改採社會保險方式，開辦長期照護保險，雖預計2016年施行，¹⁷⁾但相關法案仍未進入立法機構，通過時期未定。

(二) 經濟上的保障

非繳費制¹⁸⁾的經濟保障措施，亦即以一般稅金為財源的制度，包括根據老人福利法第12條而制定的「中低收入老人生活津貼發給辦法」、「中低收入老人特別照顧津貼發給辦法」，此二制度屬社會津貼性質，補充社會救助所無法滿足之需求，以金錢給付為主。此外，社會安全制度的最後防線，亦即基於憲法保障人民生存權而設置之社會救助制度，¹⁹⁾對於其他社會安全措施所遺漏之對象，給予最低限度的生活保障，當然亦適用於高齡者。

而繳費制的經濟保障措施，過去臺灣也因不同職業或身分亦即公職人員、勞工、農民而各有不同的年金²⁰⁾。但如此一來，不屬上述職業之工作人口被排除在外，老後無法獲得充分的經濟保障，而這種高齡者長期仰賴政府發放無償式

16) 衛生福利部(2007),《我國長期照顧十年計畫摘要本》，臺北：衛生福利部，頁3-4，http://www.mohw.gov.tw/cht/DONAH/DisplayFile.aspx?url=http://www.mohw.gov.tw/MOHW_Upload/doc/我國長期照顧十年計畫摘要本_0003412000.pdf&name=我國長期照顧十年計畫摘要本_0003412000.pdf(最後瀏覽日：2014/12/05)。

17) 衛生福利部(2007)，前揭註16，頁10；李玉春、林麗嬋、吳尚琪、鄭文輝、傅立葉與衛生署長期照護保險籌備小組(2013)，〈臺灣長期照護保險之規劃與展望〉，《社區發展季刊》，141期，頁27。

18) 郝鳳鳴(2003)，〈社會法學門研究之展望〉，《月旦法學雜誌》，100期，頁107，將社會法的研究範圍，依保障對象是否分擔財務責任，分為非繳費制和繳費制之法律規範。

19) 郝鳳鳴(1996)，〈我國社會救助法之現況分析與檢討〉，《東海法學研究》，10期，頁2。

20) 郭明政(2002)，〈個人帳戶方案之憲法分析〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編，《當代公法新論(下)：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，臺北：元照，頁498-500。江亮濱、林勝義、林振裕合著(004)，《社會政策與立法》，臺北：洪葉文化，頁175。

的敬老生活津貼，造成財務無力支援，也讓年輕世代承擔較重之財務責任，有違世代正義之虞，²¹⁾故2007年通過了國民年金法，自2008年10月1日正式施行。惟國民年金與上述(一)的全民健康保險不同，並非廢除過去的職業別保險而統合為一，而是僅將未參加軍保、公教保、勞保、農保的國民作為納保對象。因此，職業別的不同，將造成退休後可領受之年金額有相當差距。

以上措施係藉由國家的力量落實對個別高齡者的生活保障，亦即是上述「壹」之「三」高齡者獲取所需物資或服務之第三類資源移轉方式。不過，除「社會的移轉」，高齡者獲取所需物資或服務之方式尚有二類，係私法學之面向。

二、私法規範於高齡社會之角色

在社會安全制度健全而完備之處，高齡者的生活保障，大部分來自社會法上的措施，例如年金和醫療保險。但臺灣上述公法上的老年安全制度，除發展較遲外，過去因職業不同而有極大的差異，難以期待現實中全體高齡者均享有充分的社會給付。

中華民國102(2013)年的老人狀況調查報告亦指出，65歲以上老人之經濟來源以「子女(含媳婦、女婿)奉養」(重要度43.9)最高，「政府救助或津貼」(重要度36.2)居次，「自己退休金、撫卹金或保險給付」(重要度19.6)再次之，顯示了高齡者之生活來源，依然以私法上之扶養為主之現狀(參照下表五)。

〈表五〉65歲以上老人主要經濟來源

	自己工作 或營業收 入年	配偶 提供	自己儲蓄、 利息、租金 或投資所得	自己退休 金、撫卹 金或保險 給付	子女奉 養(含 媳婦、 女婿)	向他人 借貸	政府救助 或津貼	社會或親 友救助	其他
2005年	11.8	4.42	10.8	14.2	53.4	0.1	33.3	0.6	0.3
2013年	8.0	5.10	16.8	19.6	43.9	0.2	36.2	0.6	0.7
單位: 重要度 註: 重要度=(1×主要的比率+1/2×次要的比率)×100									

(資料來源: 中華民國94(2005)年、102(2013)年老人狀況調查報告)

21) 鍾秉正(2007),〈淺析「國民年金法」〉,《臺灣法學雜誌》,98期,頁319。郝鳳鳴(2008),〈國民年金法評釋〉,《月旦法學雜誌》,153期,頁226-227。

目前臺灣高齡者的生活保障並非全仰賴社會安全制度，私法的扶養以及自己資產之活用仍具相當程度之重要性。許多高齡者累積了相當資產，由於臺灣沒有明確統計數字，在此暫舉美國和日本為例。美國65歲以上家戶占全人口22%，(扣除債務後之)純金融資產持有率為30%；日本的高齡者集中度更為明顯，60歲以上家戶占全人口39%，純金融資產持有率為74%。²²⁾若能將資產妥善用於支付日常生活開銷或醫療等費用，將可獲得比政府的福利措施所提供更好的服務，維持或提升其生活品質。

不過，高齡經常伴隨著反應、記憶或理解力之下降，甚至失智，此種有資產但判斷力減弱的高齡者，往往成為不肖人士覬覦之對象。社會上常聽聞例如假冒政府機關人員偽稱發放老人生活津貼，騙得高齡者之存摺及印章而盜領存款之犯罪，²³⁾或者以顯不相當之對價使高齡者簽訂生前契約(殯葬服務契約)²⁴⁾等。原本用來養老的資產，倘若一夕消逝，將使老年生活陷入困境。換言之，老化造成身心狀態的下降，高齡者不僅需要有人協助其處理日常事務、照護身心，也需要財產管理。此外，「死亡」的到來，也是高齡者在運用資產養老的同時，必須考慮的另一項要素，亦即高齡者有安排事業、傳承財產、照顧遺族之需求，例如以死亡時資產的移轉(繼承)評價生前照護服務者之貢獻。²⁵⁾

22) 高田尚(2008)，〈わが国資産保有の実態と資産活性化プラン〉，《中央三井トラスト・ホールディングス調査レポート》，頁14，http://smtb.jp/others/report/economy/cmtb/pdf/repo0806_2.pdf(最後瀏覽日：2014/12/05)。此外，矢嶋康次(2011)，〈動かない家計金融資産と高齢化〉，《ジェロントロジージャーナル》，11-007卷，頁3-4，http://www.nli-research.co.jp/report/gerontology_journal/2011/gero11_007.html(最後瀏覽日：2014/12/05)，則指出日本60歲以上之家戶所持有之金融資産比率連年上升，1999年為49%，2009年成長為61%，其主要理由是高齡者對退休生活感到不安之故；此外，雖預期因高齡者死亡，資産應會轉移至年輕世代，但日本的高齡層資産集中度卻有增無減，主因是平均餘命提高，繼承發生在80歲的以上的所謂「後期高齡者」和50歲左右的子女之間，資産持有者不久後也邁入高齡世代之故。

23) 例如：臺北市政府法規委員會即指出，獨居高齡者容易遭遇此種詐騙。臺北市政府法務局網站<http://www.legalaffairs.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=34033515&ctNode=56238&mp=120034>(最後瀏覽日：2014/12/05)。

24) 臺北市政府法務局網站 <http://www.legalaffairs.gov.taipei/ct.asp?xItem=34033515&ctNode=56238&mp=120034>(最後瀏覽日：2015/01/31)，舉出的例子是，生前契約業務員誘使老太太購買昂貴骨灰罈，以及將位於臺北市黃金地段的塔位換成外縣市塔位，最後未交付差價。

25) 妥善的私法規範可支持高齡者運用自己的資産養老，而由於死亡必至，高齡期的資産規劃(estate planning)必須一併將繼承相關事務列入考量，因此國家不僅應檢討成年監護、意定監護、信託的生前的財產管理制度，死後的財產處理例如法定繼承、遺囑等也必須重

綜上所述，安心的老後生活，不僅需要社會法上的各種措施，為了協助高齡者活用自己的資產安心養老，私法的規範也不可或缺。由於篇幅限制，以下僅舉出成年監護制度的改革，以及死亡時生存配偶的財產保障為例，說明臺灣的身分法對高齡化社會的因應方式。

參、成年監護制度的改革

針對判斷能力衰弱者，過去臺灣民法設有禁治產制度，藉由剝奪受禁治產人的行為能力，防止精神機能欠缺者所作之決定產生不利本人的結果(民法第75條無行為能力人所為之意思表示一律無效)，並設置監護人為其法定代理人，代其為法律行為，以保護本人。然禁治產制度因用語狹隘、宣告要件未臻明確、缺乏彈性、規定過於簡陋而備受批評。²⁶⁾

2008年5月2日立法院通過了民法監護制度的修正案，毫無疑問地，其中一個背景就是為了因應高齡化社會。例如關於監護人的順位，舊1111條規定依序為配偶、父母、與禁治產人同居之祖父母、家長、後死之父或母以遺囑指定之人、法院選定之人。但此次修法的立法說明指出：「現行條文所定法定監護人之順序缺乏彈性，未必符合受監護宣告之人之最佳利益，且於受監護人為高齡者之情形，其配偶、父母、祖父母等亦年事已高，而無法勝任監護人職務，故刪除法定監護人順序」²⁷⁾而完全授權由法院選定適當之人為監護人。顯然，人口的高齡化確實是成年監護制度的改革的一個契機。

新成年監護制度自2009年11月23日起施行，為法定「監護」與「輔助」之二元制，任意(意定)監護制度尚未立法。以下簡單說明制度概要，並提出筆者之看法。

新思考、設計，詳細推論參見黃詩淳(2011)，〈遺產繼承之圖像與原理解析〉，《臺大法學論叢》，40卷4期，頁2217-2231。

26) 關於舊禁治產制度的問題參見鄧學仁(1998)，〈高齡社會之成年監護〉，《中央警察大學法學論集》，3期，頁337-338；劉得寬(1999)，〈成年「監護」法之檢討與改革〉，《政大法學評論》，62期，頁230-231；劉得寬(2003)，〈成年「監護」制度之比較研究—以日、臺、德為中心〉，《月旦法學雜誌》，101期，頁116。

27) 立法理由參見立法院法律系統網站 [http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@59:1804289383:f:NO%3DE04513%20OR%20NO%3DB04513\\$10\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@59:1804289383:f:NO%3DE04513%20OR%20NO%3DB04513$10$$$NO-PD)(最後瀏覽日：2015/01/31)。

一、保護類型

(一) 監護之開始及對本人之能力限制

對於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，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構之聲請，為監護之宣告(臺灣民法第14條第1項)。

臺灣民法第15條規定，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。何以民法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，倘若對照臺灣在2012年6月1日施行的家事事件法，恐站不住腳。過去臺灣的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，新家事事件法為了保障程序主體權及聽審請求權，於第165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。²⁸⁾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。²⁹⁾

28) 臺灣的家事事件法與成年監護相關的規定包括程序能力以及程序監理人之考察，參見黃詩淳(2014)，〈台灣的成年後見制度的概要と特色〉，新・アジア家族法三国会議編，《成年後見制度》，東京：日本加除，頁119-125。另，日本2013年1月1日施行的家事事件手續法，也承認成年被後見人在特定成年後見相關的審判事件中，具有程序(行為)能力，參見金子修「家事事件手續法の制定と成年後見制度」實踐成年後見39号(2011年)7頁；相對地，韓國的法律尚不承認被成年後見人的程序能力，參見諸哲雄「韓國の成年後見制度の特徴と今後の課題」新・アジア家族法三国会議編『成年後見制度』(日本加除、2014年)90頁。

29) 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。

學說對民法第15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；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。³⁰⁾也有學者比較了德國與我國法，認為臺灣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。³¹⁾

臺灣民法第15條全盤否定受監護宣告人之行為能力，否認受監護宣告人具有「行使權利之權利」，顯然抵觸聯合國身心障礙者權利公約(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)第12條第2項的「法律上能力平等原則」，未來必須儘早進行修正。³²⁾

(二) 輔助之開始及對本人之能力限制

對於因精神障礙或其他心智缺陷，致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，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構之聲請，為輔助之宣告(民法第15條之1第1項)。

受輔助宣告之人並非限制行為能力人，但在為法律所定特定行為時須應經輔助人同意，方生效力，包括：1. 為獨資、合夥營業或為法人之負責人；2. 消費借貸、消費寄託、保證、贈與或信託；3. 訴訟行為；4. 和解、調解、調處或簽訂仲裁契約；5. 不動產、船舶、航空器、汽車或其他重要財產之處分、設定負擔、買賣、租賃或借貸；6. 遺產分割、遺贈、拋棄繼承權或其他相關權利；7. 法院依前條聲請權人或輔助人之聲請，所指定之其他行為(民法第15條之2第1項)。

上述行為多屬於財產行為，而條文未規定的其他事務，則由受輔助人自行決定。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

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

31) 戴瑀如(2009)，〈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，頁148-149。

32) 臺灣並非聯合國會員國，但近年來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。2014年8月1日立法院三讀通過「身心障礙者權利公約施行法」，12月3日施行，該法第7條第1項要求該法施行後二年提出初次國家報告；第10條第1項要求各級政府機關，就其所主管之法規及行政措施不符公約規定者，應於該法施行後三年內完成法規之增修、廢止及行政措施之改進。

同意，亦即其能力受到限制，故並未正面違反身心障礙者公約第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條之2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公約第12條第4項的「配合本人狀況」之原則。³³⁾

二、保護機關：監護人與輔助人

(一) 監護人

1. 選任

法院為監護之宣告時，應依職權就配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、主管機關、社會福利機構或其他適當之人選定一人或數人為監護人，並同時指定會同開具財產清冊之人(民法第1111條第1項)。換言之，民法並未規定擔任監護人的人選的優先順序，政府機關、法人亦可擔任監護人；不過，實際上臺灣的法院多半選任本人的親屬擔任監護人，此係因臺灣欠缺能擔任職業監護人的法律專業人才，也沒有市民監護人這種無償的義工培訓課程。³⁴⁾

2. 監護人的職務與權限

由於受監護宣告人無行為能力，無法自為意思表示，臺灣民法規定，監護人在「監護權限內」，為受監護宣告人之法定代理人(第1113條準用第1198條第1項)。那麼，監護人的「監護權限」範圍為何？民法第1112條規定：「監護人於執行有關受監護人之生活、護養療治及財產管理之職務時，應尊重受監護人之意思，並考量其身心狀態與生活狀況」，由此可知，包括了生活、護養療治及財產管

33) 黃詩淳(2014)，〈從身心障礙者權利公約之觀點評析臺灣之成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，233期，頁143指出，臺灣的「輔助」制度與日本法的「保佐」相當類似，僅在本人特定行為未得保護機關同意時的效果不同，臺灣為效力未定，日本為得撤銷，而日本的「保佐」也確實有論者批判不符合公約第12條第4項，例如村田彰「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：韓国新成年後見制度との比較を中心として」，実践成年後見50号(2014年)41頁。

34) 筆者曾在2012年舉辦的監護實務座談會，根據士林地方法院(大臺北地區的其中一個法院)的法官提供之資料，2011年全年該院監護宣告核准件數約180件，其中非親屬監護人僅12件；此12件的本人幾乎都長期居住於陽明教養院，由政府機關(臺北市社會局)擔任監護人。黃詩淳、陳自強編(2014)，〈「監護宣告之實務與課題」座談會紀錄〉，《高齡化社會法律之新挑戰：以財產管理為中心》，臺北：新學林，頁392-393。

理,³⁵⁾ 換言之, 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。

有疑問的是, 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? 臺灣的通說認為, 未成年監護章節的第1097條第1項,³⁶⁾ 依第1113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10條第2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20條)、⁴⁰⁾ 接受電痙攣治療(精神衛生法第49條)等, 且不須經過其他機構的審查。⁴¹⁾

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

35) 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(2010), 《親屬法新論》(2版), 臺北: 自版, 頁322-326; 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如(2011), 《親屬法》, 臺北: 自版, 頁482-484、492-493; 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭(2013), 《民法親屬新論》(11版), 臺北: 三民, 頁483-485; 高鳳仙(2013), 《親屬法: 理論與實務》(14版), 臺北: 五南, 頁457。

36) 第1097條第1項: 「除另有規定外, 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。但由父母暫時委託者, 以所委託之職務為限。」

37) 史尚寬(1974), 《親屬法論》, 臺北: 自版, 頁596、600; 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭, 前揭註35, 頁400。

38) 此係依民法之解釋而來, 參見林秀雄, 同前揭註30, 頁145。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對於結紮手術有決定權, 受監護或輔助宣告之本人則無。參見戴瑀如, 戴瑀如, 〈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〉, 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》, 臺北: 新學林, 頁116-118。

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19條2項)。

41) 關於臺灣的精神衛生法及優生保健法中的替代決定之進一步介紹, 參見黃詩淳, 前揭註28, 頁126-128。

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。⁴²⁾ 即使是受監護宣告之人，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12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相關事項的代理權(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，例如韓國民法便規定須經法院許可。⁴³⁾ 法院對監護人決定的審查，便是公約第12條第4項所謂的濫用保障機制(safeguard)。臺灣法的問題在於，除了上述不承認有意识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。臺灣法中，對於監護人行為的覆核機制，僅限於監護人代理購入或處分不動產，或將供本人居住之建築物或其基地出租、供他人使用或終止租賃，始須經法院許可(民法第1113條準用第1101條第2項)。⁴⁴⁾

(二) 輔助人

1. 選任

臺灣民法第1113條之1第1項規定：「受輔助宣告之人，應置輔助人」，至於輔

42) 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(2014)，〈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，頁170。日本法參見田山輝明(2014)，〈成年後見制度の変遷とその改正提案〉，《実践成年後見》，50号，頁58。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」，其立法經過參見朴仁煥(2012)，〈韓国新成年後見制度の成立と課題〉，《東洋文化研究》，14号，頁162-164。

43) 韓國民法第947條之2第4項。此外，德國民法第1904條亦同。

44) 關於此規定的由來，以及目前臺灣裁判實務解釋適用的狀況，參見黃詩淳(2013)，〈不動產の処分に対する台湾の裁判所の許可から成年被後見人の利益を考える〉，《成年後見法研究》，10号，頁107-117。

助人如何選任，並無明文，依第1113條之1第2項準用監護的第1111條，因此與監護人相同，係「法院為輔助之宣告時，應依職權就配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、主管機關、社會福利機構或其他適當之人選定一人或數人為輔助人」。

2. 輔助人的職務與權限

輔助的職務與權限，依第1113條之1第2項準用監護的某些條文。輔助人僅對民法第15條之2列舉的重大財產事務或法院指定的特定行為有同意權，而不具備代理權。惟有學者指出，受輔助宣告人可能在個別的情況下，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，故認為此保障不周，應明文承認特定情況下得賦予輔助人代理權。⁴⁵⁾

三、運用狀況

〈表六〉臺灣成年監護的運用狀況

時間	地方法院審理終結的監護及輔助宣告事件數(α)	α之中，聲請監護、輔助宣告之件數*(β)	β之中，准許監護宣告之件數*	β之中，准許輔助宣告之件數*	准許率
2008年	3,862(舊制)	3,102	2,062	N/A	66.47%
2009年	3,992(含新舊制)	3,696	2,430	3	65.83%
2010年	4,530	4,163	2,477	481	71.05%
2011年	4,485	4,443	2,724	524	73.10%
2012年	5,952	4,666	2,806	537	71.65%
2013年	7,573	5,031	3,048	577	72.05%

(資料來源：2008-2013司法統計年報，網址<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>)

* 係透過臺北地院法官詢問司法院統計處之資料。

以2010年至2013年的數據為例，臺灣每年聲請監護及輔助宣告的件數(上表六當中的β)約4,500件，其中監護宣告(准許開始監護)的件數約2,700件，輔助宣告(准許開始輔助)的件數約530件，有逐年增加的傾向。如果以聲請之件數和准許之件數來計算，准許率為7成。與韓國相較，韓國自2013年7月1日起11個月間，成年

45) 戴瑀如，前揭註31，頁192。

後見相關審判請求事件(相當於上表六當中的β)共有1,813件，其中成年後見類型有1,483件、限定後見190件、特定後見129件、任意後見(請求選任任意後見監督人)11件。⁴⁶⁾ 韓國的人口約為臺灣的2倍，但聲請後見相關審判的件數卻大約僅為臺灣的1/2，而正式開始監護的數量更少，⁴⁷⁾ 可見臺灣雖然在制度設計上比韓國有更多嚴重問題，但使用的比例卻比韓國高。

肆、生存配偶的保障

生存配偶的保障，可從二方面加以正當化：第一，因配偶與死者的財產形成以及生活經營有最密切關係；第二，平均餘命的延長使得繼承開始的時間點向後移，被繼承人死亡時已七、八十歲，子女多半也已四、五十歲，子女的家庭和職業基礎均已穩固，因此靠繼承財產來保障子女生活的需要性減低，⁴⁸⁾ 但被繼承人的配偶通常同為高齡者，已無工作能力，需依賴遺產生活的必要性較高。因此，人口的高齡化，經常促使國家重新思考生存配偶的保障問題，例如19世紀末至今法國進行了數次修法，一開始僅肯定配偶可取得「終身的用益權」，⁴⁹⁾ 而非所有權。所有權被保存於「家」中，亦即屬於死者的血親。待該配偶死後，財產的用益權便消滅，而血親的所有權回復至完滿的狀態。到了2001年，法國民法終於承認配偶得繼承所有權。⁵⁰⁾ 1980年日本亦曾修法提高配偶之應繼分，

46) 此數字出自於朴仁煥(2014)，〈国連障害者権利条約と成年後見パラダイムの転換—意思決定代行から意思決定支援へ〉，2014年12月6日学習院大学法学部高齢者法学研究会論文，頁4引用2014年6月30日聯合ニュース。

47) 根據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, 韓國2013年7月1日起至2014年3月31日的9個月間，開始之成年後見有373件，限定後見77件，特定後見34件，任意後見1件，總數485件。

48) 有地亨(1990)，〈現代家族と家族関係に関する諸法〉，有地亨編，《現代家族法の諸問題》，東京：弘文堂，頁14；中川善之助、泉久雄編集(1992)，《新版注釈民法(26)相続(1)相続総則・相続人》，東京：有斐閣，頁198(島津一郎執筆)。

49) 1891年修正之民法第767條，承認配偶對部分遺產(有子女時為四分之一，其他情形為二分之一)享有用益權(usufruit，對標之物之終身使用受益權，於生存配偶死亡時消滅)。

50) 第757條前段規定，當生存配偶與雙方共同子女共同繼承時，生存配偶可選擇全部遺產的用益權，或四分之一財產之所有權。

例如與子女共同繼承時，配偶之應繼分為二分之一。修法背景在於全體人口明顯地高齡化，配偶一方死亡時，他方多半也已屆古稀之年，⁵¹⁾ 確實有依賴繼承財產來維持生活的需求。⁵²⁾ 至於何以要提高至二分之一這個比例，係因繼承財產的管理取決於共同繼承人之多數決(日本民法第898條、252條)，為不讓配偶陷於少數派的窘境之故。⁵³⁾ 對此，在高齡化社會中，臺灣法係透過「繼承」與「夫妻財產之清算」的二重方式來保障生存配偶，詳述如下。

一、繼承編之規定

臺灣民法上，繼承人分為血親及配偶二種，血親繼承人有先後順序，配偶則無順序可言，恆有繼承權，惟配偶之應繼分會因共同繼承之血親種類而有差異。

首先，第1138條規定了血親繼承人的順序：「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」其次，第1144條規定了配偶的應繼分：「配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分，依左列各款定之：一、與第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均。二、與第一千一百三十八條所定第二順序或第三順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產二分之一。三、與第一千一百三十八條所定第四順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。四、無第一千一百三十八條所定第一順序至第四順序之繼承人時，其應繼分為遺產全部。」

死者之特定親屬及配偶享有繼承權，其根據有三：評價對遺產之貢獻、繼承人之生活保障以及被繼承人意思之推測。而承認配偶繼承權之最重要根據，即為評價配偶對遺產之貢獻，表面上遺產屬於死者單獨所有，但在實際共同生活中，有部分財產乃配偶之協力所得，遺產實質上為潛在的共有關係，⁵⁴⁾ 因

51) 根據日本的厚生労働省大臣官房統計情報部人口動態・保健統計課「生命表」、「簡易生命表」, <http://www.stat.go.jp/data/nenkan/zuhyou/y0227000.xls>(最後瀏覽日: 2014/12/06), 1985年男性平均餘命74.78歲, 女性80.48歲。

52) 埒陽子(1992), 〈配偶者相続権〉, 林良平・甲斐道太郎編《谷口知平先生追悼論文集 第一卷 家族法》, 東京: 信山社, 頁377; 佐藤隆夫(1996), 〈配偶者の相続権について〉, 《戸籍時報》, 461号, 頁4; 中川善之助、泉久雄(2000), 《相続法》(4版), 東京: 有斐閣, 頁126。

53) 內田貴(2004), 《民法IV 親族・相続》(補訂版), 東京: 東京大学出版会, 頁376。

54) 林秀雄(2005), 〈論繼承之根據〉, 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯, 《自由、責任與法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集》, 頁465, 臺北: 元照; 林秀雄(2012), 《繼承

此在死亡時肯認配偶得為繼承。

不過，配偶與直系血親卑親屬同為繼承時，依上述第1144條第1款，配偶的應繼分與其他繼承人平均。因此，若被繼承人有2位子女，配偶的應繼分僅有1/3，似乎有偏低之嫌，令人懷疑是否能夠充分評價配偶的遺產形成貢獻。

不過，關於生存配偶的保障問題，不能僅觀察法定應繼分就下結論，而應同時探究其與夫妻財產制的關聯，始能掌握全貌。⁵⁵⁾

二、夫妻財產制

(一) 舊聯合財產制之問題

臺灣在2002年9月27日之前，以「聯合財產制」為通常法定財產制⁵⁶⁾此制度源於中世紀日爾曼民族地方法⁵⁷⁾ 瑞士1907年民法亦以聯合財產制為其通常法定財產制(Güterverbindung, 但1988年已改為所得分配財產制)。夫妻在法律上是個別的權利主體，對自己之財產保有獨立之所有權(舊法第1017條)，惟為了婚姻共同生活之方便，將夫妻之部分財產(原有財產)組成聯合財產(舊法第1016條)，其管理、使用、收益權集中於夫(舊法第1018、1019條)。另一部分的財產(特有財產，舊法第1013、1014條) 則不屬於聯合財產，完全為夫或妻各自獨立支配(參見舊法第1015、1016條但書)。婚姻中，妻之原有財產之受益由夫收取，以補償夫負擔共同生活之費用，故妻之原有財產無由因其孳息而增加，當聯合財產制終了時，妻取回其原有財產(舊法第1029條)，係「不加又不減」的狀態。

若妻並未出外工作，而係在家操持家務、相夫教子，終其一生並無太多勞力

法講義》(5版)，臺北：自版，頁5。

55) 中川善之助、泉久雄，前揭註52，頁128註(一四)。柴田敏夫(1993)，〈配偶者の相続分と第七六二条〉，森泉章編，《統現代民法学の基本問題：内田尚三・黒木三郎・石川利夫先生古稀記念》，東京：第一法規，頁717，亦認為檢討配偶應繼分，必然會遭遇夫妻財產制的問題。

56) 臺灣民法肯定夫妻結婚前及結婚後，得以契約選擇民法所定之約定財產制，作為其夫妻財產制(第1004條)。可選擇的約定財產制共有三種：共同財產制、所得共同財產制及分別財產制。夫妻財產制契約須至法院辦理登記，始得對抗第三人(第1008條第1項)。每年臺灣之結婚對數約15萬，但現實中選擇訂立夫妻財產制契約者不多，每年僅約2000件，換言之，社會上絕大多數的夫妻均適用法定財產制。另補充說明，2000件的約定財產制當中，95%以上都是分別財產制，共同財產制極少。

57) 林秀雄(1986)，《家族法論集(一)》，臺北：自版，頁247。

所得之報酬(特有財產而得保有所有權)，抑或協助夫經營事業，但事業報酬大部分以夫之名義取得，當夫死亡時，依聯合財產制之規定，妻僅能取回數十年前結婚當時的財產，毫無增加，此外便只能與夫之直系血親卑親屬一同分配遺產。在1980年以前，臺灣平均一位婦女生育子女的數量為2.5人以上(參見下列〈表七〉，1960年以前甚至高達5.5人以上)，如此可以預想，在繼承時，妻之應繼分最多也不可能超過1/3，明顯不足評價妻對夫遺產形成的貢獻。

〈表七〉育齡婦女總生育率

1951年	7,040人
1961年	5,585人
1971年	3,705人
1981年	2,455人
1991年	1,720人
2001年	1,400人
2011年	1,065人

(資料來源: 內政部戶政司sowf.moi.gov.tw/stat/year/y02-04.xls)

國家也意識到了配偶應繼分過低的問題，1974年司法行政部提出民法研究修正計畫，組織民法研修委員會，於1975年公布的修正重點當中，曾提案檢討於配偶與直系卑親屬共同繼承時，是否應將其應繼分固定為1/2，其餘始由直系卑親屬平均分配，⁵⁸⁾亦即提高配偶應繼分的問題。

不過，1975年的修正提案並未實現，生存配偶對死亡配偶的遺產貢獻評價，在臺灣並非以提高配偶應繼分的繼承法途徑達成，而是用另一方式——修正夫妻財產制加以解決。

(二) 夫妻剩餘財產差額分配請求權的增訂

1985年親屬編進行修正，增訂了第1030條之1⁵⁹⁾ 有關夫妻剩餘財產的平均分

58) 司法行政部民法研究修正委員會主編(1967)，《中華民國民法制定史料彙編(下)》，臺北：司法行政部，頁978。

59) 1985年的條文內容為如下：聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現

配，以評價家事勞動之價值，自同年6月5日起施行。具體的分配方法如下：夫妻先將各自原有財產自聯合財產加以分離，從各自原有財產中再劃分出「結婚時之原有財產」與「婚姻存續中增加之原有財產」，將各自「婚姻存續中增加之原有財產」扣除婚姻存續中所負之債務後，與他方之差額平均分配。

2002年臺灣進行了夫妻財產制大幅修正，廢除聯合財產制，改採以分別財產制為法定夫妻財產制，但與真正的分別財產制不同，臺灣的法定財產制保有第1030條之1清算的規定，而真正的分別財產制則無(真正的分別財產制目前是約定財產制之一種，可供夫妻選擇)。

(三)「死亡」是剩餘財產差額分配之事由

現行第1030條之1第1項規定「法定財產制關係消滅時」，應進行剩餘財產差額分配。雖然條文並未明確定義，死亡是否屬於法定財產制關係消滅的事由之一，但2002年夫妻財產制修法的提案說明曾提及「法定財產制關係消滅，係指夫或妻之一方死亡、離婚、改用其他財產制及婚姻撤銷等情形」⁶⁰⁾ 因此學說上並無太大爭議，多採肯定說。⁶¹⁾

如此一來，夫妻一方死亡，生存配偶如果剩餘財產少，即得對剩餘財產多的死亡配偶的遺產，主張剩餘財產分配。剩餘財產分配完後之所剩，始為繼承編所規定的「遺產」，才按照民法繼承編的規定與其他繼承人共同繼承。

不過，在下級法院裁判中，有認為死亡不應為夫妻財產制的解消事由，不應發生剩餘財產分配。⁶²⁾ 最高法院尚未有相關判決，至於最高行政法院針對遺產稅的爭訟，幾乎均肯定死亡時，配偶間有剩餘財產分配請求權。⁶³⁾

存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產，不在此限。

依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得酌減其分配額。

第一項剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自聯合財產關係消滅時起，逾五年者亦同。

60) 立法院秘書處編(2002)，《立法院公報》，91卷40期(1)，臺北：立法院，頁82。

61) 多數學說承認夫或妻之一方死亡係剩餘財產分配之原因，戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註35，頁174。另外，亦有學者雖肯定死亡為法定財產制消滅的原因之一，但認為在立法論上宜將之排除，而改用提高應繼分之方式解決，參閱陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註35，頁171。

62) 臺灣高等法院85年重家上字第5號判決。

63) 例如最高行政法院86年度判字第628號、86年度判字第2461號、91年度判字第1948號、95年度判字第319號判決。最高行政法院91年3月26日91年3月份庭長法官聯席會議決議、

(四) 剩餘財產差額分配請求權之一身專屬性之爭執

1985年增訂第1030條之1時，如上所述，立法者與學說關於「配偶一方的死亡」得發生此請求權，並無爭議。因此，生存配偶若為剩餘財產少者，固然得對剩餘財產多的死亡配偶(之繼承人)，行使剩餘財產分配請求權，但情況相反時，就產生了一些疑問。亦即，生存配偶若為剩餘財產多者，那麼剩餘財產少的死亡配偶之繼承人，可否對生存配偶主張剩餘財產分配，以增加「遺產」？若肯定此點，將會使生存配偶的財產減少，違反「保障生存配偶老後生活」的意旨，因此，有民法學者主張，解釋論上不應承認死亡配偶的繼承人對生存配偶有剩餘財產差額分配請求權。⁶⁴⁾不過，多數學說則不認為此情況有何不當，因剩餘財產差額分配請求權性質是財產權，權利人死亡，由其繼承人加以繼承，符合公平理念。⁶⁵⁾

為了不讓死亡配偶的繼承人對生存配偶主張剩餘財產分配，此外，當夫妻因離婚而解消婚姻關係時，為了禁止夫或妻之債權人代位行使剩餘財產差額分配請求權，2002年夫妻財產制修正時，曾加入第1030條之1第3項：「第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」亦即將之定為一身專屬權。但此一作法引發學界譁然，認為此為立法錯誤，剩餘財產差額分配請求權雖發生於夫妻之間，其本質上是財產權，非謂夫妻之間的請求權必然是一身專屬權，例如婚姻無效及離婚時的財產上損害賠償請求權，就不具備一身專屬性；⁶⁶⁾且將剩餘財產差額分配請求權解為一身專屬權，有害交易安全；對原本繼承此權利之繼承人亦不公平。⁶⁷⁾由於學說猛烈批判，2007年修正民法時，刪除了第1030條之1第3項一身專屬權之規定。

但紛爭並未就此平息，依照當時民法第1011條⁶⁸⁾之規定，夫妻一方之債權人，於夫妻婚姻關係存續中，得聲請法院強制該夫妻改用分別財產制。此時，原本

司法院大法官會議釋字第620號解釋亦同。關於最高行政法院判決的詳細分析，參閱郭欽銘(2008)，〈剩餘財產分配請求權相關問題研究〉，《東吳法律學報》，19卷3期，頁111-112。

64) 林秀雄(2014)，《親屬法講義》(6版)，臺北：自版，頁135。

65) 林易典(2009)，〈論法定財產制中剩餘財產分配數額之調整：我國民法第1030條之1第2項之調整規範，與瑞士、德國民法相關規範之比較研究〉，《臺大法學論叢》，38卷3期，頁58，並舉出瑞士民法第215條第1項及德國民法第1378條第3項為例。

66) 林秀雄(2002)，〈剩餘財產分配請求權之再造〉，《月旦法學雜誌》，89期，頁15；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註35，頁167-168。

67) 戴東雄(2002)，《親屬法別冊》，臺北：自版，頁24。

68) 第1011條：「債權人對於夫妻一方之財產已為扣押，而未得受清償時，法院因債權人之聲請，得宣告改用分別財產制。」

夫妻之間適用的法定財產制關係便消滅，發生第1030條之1的剩餘財產差額分配請求權，接著債權人再行使民法第242條的代位權，代其債務人向其配偶主張分配，來增加債務人的責任財產，供債權人取償。現實中的確出現了許多這樣的案例，夫妻一方之債權人(尤其是銀行)介入夫妻財產關係，且由於大多數的案例都是夫的債權人向妻主張剩餘財產分配，引起了婦女團體的高度重視，認為「剩餘財產差額分配請求權的非一身專屬性」是罪魁禍首。⁶⁹⁾故2012年12月立法院再度修正民法，刪除第1011條，並重新將2007年刪除的民法第1030條之1第3項一身專屬權的規定原封不動地回復。

多數民法學者並不贊成2012年的修法，認為回復一身專屬性矯枉過正，若要防止債權人介入夫妻之財產關係，只須禁止剩餘財產差額分配請求權得被債權人代位行使即可，毋需定為專屬權。⁷⁰⁾

三、死亡時清算夫妻財產，是否造成家庭失和與家業傳承之問題

綜上所述，臺灣並未直接修正繼承法，而是透過夫妻財產制的調節，解決生存配偶保障的問題。由於現代社會家庭型態多樣化，每對夫妻的婚姻期間長短、財產獲取能力不盡相同，筆者認為，當一方配偶死亡時，先分配剩餘財產差額再繼承的作法，較能達成個案的公平。

固然，理論上剩餘財產差額分配的不確定性較繼承為高，例如為了分配，就必須先確認何為婚前財產、何為婚後財產、婚後成立新債務來償還婚前債務到底是「婚後債務」還是「婚前債務」等問題，相對地，繼承一般而言只要確認何為遺產即可，似乎較為單純，但現實上因此而增加的訴訟並不多。自1985年引進第1030條之1至今，配偶死亡時爭執剩餘財產分配的民事事件，最高法院僅有1件判決(101(2012)年度台上字第941號)，生存配偶(妻)對死者(夫)的其他繼承人(子女)提起訴訟，請求剩餘財產差額分配，事實上，反對分配的是死者與其他女子所生之非婚生子女，而最高法院也按照通說的見解，指出「配偶之夫妻剩餘財產差額分配請求權與繼承權，性質上本可相互併存」，肯定了配偶的請求。至

69) 蘋果日報2012年12月8日報導：民法修正，夫欠債妻不必還，禁銀行代位求償「挽回破碎家庭」，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20121208/34692715/>(最後瀏覽日：2015/01/31)。

70) 林易典，前揭註65，頁59；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註35，頁168。

於高等法院層級的相關判決，這30年來僅有8件，⁷¹⁾其中2件⁷²⁾實為死者的債權人欲代位向生存配偶主張分配者，可見死亡時的剩餘財產差額分配，造成家庭失和的狀況有限，實不必擔憂。

此外，亦有論者質疑，讓生存配偶先行使剩餘財產分配，再與其他繼承人共同繼承，例如當死亡配偶的遺產當中有農地或企業經營權時，生存配偶獲得甚多財產，是否會妨礙農業或其他事業的世代傳承。事實上，臺灣在1970年代曾經出現過類似的疑問，當時是討論民法的法定繼承制度規定配偶與子女平均繼承，當死者遺產中有農地時，平均繼承制度可能造成農地細分，不利於生產規模的維持與農業經營的繼續。當然，70年代的問題狀況與現在不完全相同，但其思考脈絡很類似，都是主張「死者的遺產如果不由單一子女取得，可能妨礙家業的延續」。因此，本文認為，臺灣法對農地/農業承繼的掙扎與突破，可以回答此處配偶獲得過多財產的疑問，以農業為例，只要我們能採用「所有與經營分離」的概念，便能理解，農地的所有權即使因平均繼承變得共有人甚多，但只要活化農地租賃制度，使多數的農地所有人將農地出租於少數的農業經營者，亦可達到大規模經營的效果。臺灣的農業相關法規，在2000年之後，已經揚棄了「農地農有」(自耕農主義)的想法，而轉向承認「小地主、大佃農」的現實。⁷³⁾由此做類比，縱然剩餘財產分配導致大部分的農地所有權被生存配偶取得，由於經營與所有分離，欲承繼家業的子女，只需向生存配偶租用農地，即可達成目的。故而，臺灣至今為止從未出現「為了家業承繼而反對配偶剩餘財產分配請求」的看法。

71) 臺灣高等法院102(2013)年度家上字第25號、臺灣高等法院臺南分院102(2013)年度重家上字第3號、臺灣高等法院101(2012)年度家上易字第31號、臺灣高等法院臺中分院101(2012)年度家上易字第9號、臺灣高等法院臺南分院101(2012)年度家上字第74號、臺灣高等法院100(2011)年度重家上字第12號、臺灣高等法院臺中分院100(2011)年度家上字第15號、臺灣高等法院85(1996)年重家上字第5號。

72) 臺灣高等法院101(2012)年度家上易字第31號、臺灣高等法院臺中分院101(2012)年度家上易字第9號。

73) 關於臺灣的農業傳承與平均繼承制度的衝突問題，參見黃詩淳(2007)，〈台湾における農家相統－農業經營の要請と伝統中国語の相統原則との衝突?〉，《比較法研究》，69号，頁211-231。

伍、結語

面對高齡化社會，臺灣的身分法有何調整，本文舉出了成年監護制度的改革及夫妻財產制的修正為例，前者是協助判斷能力減弱的高齡者從事法律行為的手段，後者則是在死亡時更進一步保障生存配偶獲得一定財產，兩者基本上均是透過「立法」的手段達到目的。不過，法律雖然已為修正，但並未解決所有的問題，例如2009年施行的成年監護制度，固然較先前的禁治產改善不少，使用人數也逐年增加；但制度過度限制本人行為能力，無法配合本人實際需求而彈性調整，賦與監護人過大的權限且缺乏監督，這些都可能違反身心障礙者權利公約，亟待檢討。此外，1985年引進的夫妻剩餘財產差額分配請求權，當生存配偶是剩餘較少的一方時，固然可達成保障其生活的目的；但關於其權利本質為何，是否為一身專屬權，可否被繼承、讓與、代位行使，近30年來歷經數次加入及削除一身專屬性的反覆行徑，乃其他法律案罕見，可見臺灣各界依然歧見甚深，無法形成共識。

身分法因應高齡化社會的而生的變動，不僅止於上述二項。例如，臺灣的民法繼承編對於死者以遺囑所為之財產處分，除了遺贈之外，對於其他種類的處分幾乎缺乏明文規定，但臺灣的法院在近年的裁判中，逐漸形成了兩大類：一為遺贈，一為「應繼分之指定或(兼)遺產分割方法之指定」，兩者在登記、時效、可否代位繼承上，具有不同之效力。這樣透過解釋論所形成的法律續造，其背景也與高齡化與家庭結構多元化有關，亦即被繼承人開始積極從事遺產規劃，使死因行為之面貌逐漸多樣化之故。⁷⁴⁾

由此看來，高齡化及家庭結構變遷，確實對臺灣的身分法造成巨大的影響，立法與解釋論層面都發生了相當的變革，而今後也會持續下去。

※ 本文為中華民國科技部專題研究計畫「成年監護代行決定基準之研究」(計畫編號103-2410-H-002-055)及財團法人二十一世紀基金會研究計畫獎勵之部分研究成果。

74) 詳細分析參照黃詩淳(2012)〈台灣における社会の変遷と遺言法〉，《流経法学》，12卷1号，頁71-104；黃詩淳(2014)，〈以遺囑處分遺產之方法與區別實益〉，《月旦法學雜誌》，225期，頁245-257。

주제어

高齡化社會、成年監護、身心障礙者權利公約、生存配偶繼承權、夫妻財產制、剩餘財產差額分配請求權

**Aging Society and the Response of Family and Succession Laws in Taiwan:
Focused on Adult Guardianship and the Protection for Surviving Spouse**

Sieh-chuen Huang*

This article attempts to illustrate the response of family and succession laws to population aging in Taiwan by analyzing the recent legal reforms of adult guardianship and marital property regime. To begin with, the new adult guardianship law enacted in 2009 aims to support the elderly to perform juristic behaviors, which is an improvement from the old interdiction as a result of the gradually increased number of users. However, the restrictions to an individual's legal capacity, in addition to the inflexibility to customize it according to his/her requirements, as well as the endowment of excessive power of guardian but with finite supervision may not conform to the standard of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. On the other hand, according to Taiwan's statutory matrimonial regime, the right to claim for distribution of the remainder of the property was first introduced into Taiwan's Civil Code in 1985. It comes in effect at the termination of a marriage due to divorce or the death of spouse. Therefore, in the case where the deceased spouse's individual gains is more than the surviving party, the deceased party (and his/her heirs) is obliged to pay half of the remaining property to the surviving person. Furthermore, only the remaining property left after the aforementioned claims can be divided equally among the spouse and children according to the rule of succession law. As a result, the total acquisition through the claim of remaining property and inheritance is sufficient to maintain a certain standard of living for the aged surviving

* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University.

spouse. As the marriage length varies in every couple, this method is believed to lead to a more reasonable and fair solution rather than solely adopting the rule of succession. Nevertheless, legislators and commentators in Taiwan have been experiencing a debate on the inheritability and transferability of the claim of remaining property. The entanglement has caused the Civil Code to be amended several times in the past thirty years, yet this issue hardly existed in court cases, showing there is still a long way to reach a consensus outcome. Finally, in addition to the aforementioned legal reforms, court cases also play a significant role in reconstructing family and succession laws to meet the needs of aging society.

대만의 고령화 사회와 가족법의 변화

著: 황시순*

譯: 李 娜**

〈차 례〉

- | | |
|---------------------|------------------|
| I. 고령화 사회와 가정기능의 약화 | IV. 생전 상대배우자의 보장 |
| II. 고령자 관련 법제도 | V. 결 어 |
| III. 성년후견제도의 개혁 | |
-

I. 고령화 사회와 가정기능의 약화

1. 평균수명의 연장과 고령화 인구의 증가

의료기술의 발달 및 생활환경의 개선과 더불어, 대만인구의 평균수명은 현저히 제고되었음을 알 수 있다. 예를 들어 1957년 남성의 평균수명은 59.7세이고 여성의 평균수명은 63.5세였으나 2012년 성년남자는 76.4세 및 여성은 82.8세(표1 참고)로 되었다. 지금의 고령자들은 55년 전과 비교하면 16년 내지 19년의 노후 생활이 늘어났음을 알 수 있다.

〈표 1〉 동아시아의 평균예상수명

연도	대만		중국		일본		한국	
	남	여	남	여	남	여	남	여
1990	71	77	67	71	76	82	68	76

* 국립대만대학 법학원 부교수.

** 고려대학교 대학원 법학과 박사과정.

2012	76	83	74	77	80	87	78	85
------	----	----	----	----	----	----	----	----

Source: WHO (2014). World Health Statistics. Retrieved from http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112738/1/9789240692671_eng.pdf?ua=1. Taiwan's data see Department of Statistics, Ministry of the Interior (2014). Retrieved from <http://www.moi.gov.tw/stat/life.aspx>.

대만의 65세 이상의 고령화 인구가 전체 인구에서의 비율이 점진적으로 상승세를 타고 있으며, 2013년에는 11.5%, 2018년에는 14%까지 상승할 것으로 예상되는바 UN 등 국제기구에서 일컫는 고령화 사회(aged society)가 도래할 것이며 2025년에는 20%를 초과하여 초고령사회(super-aged society)¹⁾에 진입할 것이다. 또한 고령자들의 총수는 2012년에는 296만 명에 달했으며 이는 22년 전인 1990년의 인구수 126만 명보다 2배 이상이 늘어났다.

〈표 2〉 동아시아에서의 3단계 그룹별 인구분포(%)

연도	대만			중국			일본			한국		
	0-14	15-64	65-	0-14	15-64	65-	0-14	15-64	65-	0-14	15-64	65-
1980	32.5	63.5	4.0	35.4	59.5	5.1	23.6	67.4	9.0	33.9	62.2	3.9
1990	27.2	66.7	6.1	29.3	64.9	5.8	18.3	69.7	11.9	25.6	69.4	5.0
2000	21.4	70.2	8.5	25.6	67.5	6.9	14.6	68.2	17.2	21.0	71.7	7.3
2010	16.0	73.3	10.7	18.1	73.5	8.4	13.3	63.8	23.0	16.2	72.7	11.1

Source: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013). World Population Prospects: The 2012 Revision. Retrieved from http://esa.un.org/unpd/wpp/Excel-Data/EXCEL_FILES/1_Population/WPP2012_POP_F09_1_PERCENTAGE_OF_TOTAL_POPULATION_BY_BROAD_AGE_GROUP_BOTH_SEXES.XLS.

또한 저출산 문제도 날로 심각해지고 있으며, 합계출산율²⁾은 1970년의

1) 행정원경제건설위원회(2012), 『중화민국 2012년부터 2060년 인구예측보고』, 타이베이: 행정원경제건설위원회, 13면. <http://www.ndc.gov.tw/dn.aspx?uid=11723>(최종 방문날짜: 2014/12/05).

2) 합계출산율은 여성 1명이 평생 동안 낳을 수 있는 평균 자녀수를 가리킨다.

4.0부터 2010년 0.9로 감소되었다.(표 3 참고)

〈표 3〉 합계출산율

연도	대만	중국	일본	한국	미국	독일
1970	4.00	5.74	2.1	4.27	2.45	2.02
1985	1.88	2.36 (1986)	1.73	1.66	1.84	1.39
1995	1.78	1.86 (1994)	1.39	1.66 (1996)	2.01	1.25
2005	1.12	1.33	1.22	1.14	2.04	1.33
2010	0.90	1.47 (2008)	1.35	1.31	2.08 (2008)	1.37

Source: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013). World Fertility Data 2012 (POP/DB/Fert/Rev2012). Taiwan's data see Department of Household Registration Affairs, Ministry of the Interior (2014). Retrieved from http://www.ris.gov.tw/zh_TW/346.

2. 가정기능의 약화

고령자인구수와 그 비율의 증가 및 노후기간의 연장으로 말미암아 노인들의 경제안전 및 보살핌의 수요에 주의를 돌리고 있으며 또한 자본주의 공업화와 도시화의 발전과 더불어 만혼 혹은 불혼의 현상이 나타남과 동시에 여성출산수가 줄어들고 가족의 규모가 축소되면서 해당 기능이 약화되어 고령자들의 경제적 내원과 그들에 대한 보살핌 과정에서 많은 어려움을 겪고 있다.

연구결과에서 보다시피 과거의 농업시대는 고령자의 경제내원 및 돌봄의 수요는 함께 동거하는 가족이 부담하였다. 그러나 현대사회는 인구유동이 자유롭고 자녀들이 가족을 떠나 먼 곳에서 구학(求學)하거나, 직장, 결혼 등 원인으로 부모님과 함께 지내지 않으므로 실질적인 도움을 드릴 수가 없다.³⁾ 또한 이혼율의 상승과 불혼 및 재혼의 증가로 인하여 가족적 구조가

3) Michael A. Kirtland (2004), Estate Planning for Protected Persons, 65 The Ala. Law 404.

안정되거나 밀접하지가 않다. 그러므로 고령자들은 자식에 대한 의존가능성이 저하되기 마련이다. 가족기능의 약화와 더불어 고령자들은 경제적 내원과 보살핌에 대한 도움을 외적으로 청하고 있으므로 이런 경우 국가의 개입으로써 사회보장법의 일련의 조치를 통해 이를 해결하는 동시에 고령자들의 개인자산 운용하는 방식으로 자급자족하는 경우도 있다.

대만도 이와 유사한 추세를 보이고 있는데, 주요한 가족형태는 35.8%로서 부모님과 미성년자녀들로 이루어진 가족형태를 띠고 있으나 해당 비율 또한 점진적으로 저하하고 있다. 그러나 반대로 한 부모가정 혹은 일인가정의 비율은 점진적으로 상승추세를 보이고 있다.⁴⁾ 또한 이혼율의 상승⁵⁾과 인구의 자유로운 이동성에 의하여 독거노인 및 자녀분들과 분가를 하고 지내는 고령자들의 수도 날로 늘어나고 있다.⁶⁾

3. 고령자들의 의료 및 경제적 안전 수요

고령자들의 수요는 아주 다양하고 복잡하다. 여기에는 건강의료, 생활복지, 취업, 공공시설, 건축물 내지 교통상의 장애, 교육 및 휴식⁷⁾ 등이 있다. <표 4>를 보시면 노년시기에서 대만의 고령자들이 제일 관심을 보이는 것은 건강(복지 포함)상황에 관한 내용과 경제내원에 관한 문제⁸⁾이다. 그러나 고령자들의 내원은 주요하게 자녀분들의 봉양⁹⁾에서 오는데 가정형태의 변화는 고령자들의 경제내원에 영향을 미치기 마련이다.¹⁰⁾

4) 중화민국통계자료사이트 「2013년 사회지표통계표」에서의 「가정계표」, <http://www.stat.gov.tw/public/Attachment/49261123476OJTO36W.xls>(최종방문일: 2014/12/05).

5) 조이혼율(再離婚率)은 1971년의 0.36%에서 2012년 2.41%로 상승하였다. 통계상당사이트, <http://sowf.moi.gov.tw/stat/month/m1-02.xls>(최종방문일: 2009/12/23).

6) 蔡宏進, 『臺灣的人口與人力研究』, 타이베이: 唐山出版社, 2004, 88-90면.

7) 邱月雲, 陳素春, “老人福利法規與及老人福利政策發展趨勢,” 『律師雜誌』, 2006, 제326호, 19면.

8) 위생복지부, 『노인상황조사보고』, 타이베이위생복지부, 2014, 40-41면. http://www.mohw.gov.tw/cht/DOS/Statistic.aspx?f_list_no=312&fod_list_no=4695(최종방문일: 2014/12/05).

9) 앞의 주, 25면, 그러나 『자녀 혹은 자손녀의 봉양에 의존』하는 비율은 점차적으로 저하되는 추세를 보이며, 2009년에는 48.3%, 2013년에는 43.9%이다.

10) 孫迺翔, “親屬法與社會法的交錯領域: 一個教學構想的嘗試,” 『臺灣本土法學雜誌』, 2006, 제89호, 92-93면에서 가정기능이 약해짐에 따라 봉양능력에 영향을 끼치는 현상에 대

〈표 4〉 65세 노인들의 미래 생활에 대한 걱정문제(인/100인)

(자료출처: 중화민국102년 노인상황 조사보고)

항목별	자신의 건강문제	자신의 복지문제	배우자의 건강문제	배우자의 복지문제	경제내원 문제	인신안전 문제	인간관계 문제	거주 문제
65세 이상	28.5	15.7	5.2	4.9	14.1	1.1	0.3	1.1

노년시기의 경제적 생활보장은 자원의 다양한 이전을 진행하는 방식으로 필요한 물질 혹은 복지에 관한 편이를 향유할 수가 있다. 자원의 이전에는 다음과 같은 세 가지 유형이 있다.¹¹⁾ 첫째로는 생명주기의 이전 즉 초반 혹은 중반의 소득재산을 노후로 이전하는 방식이다. 예를 들어 저금, 투자, 개인연금 등이다. 둘째는 가족 간 혹은 가족내부에서의 이전이다. 예를 들어 성년자녀들이 부모들의 생활에 필요한 비용을 지급하는 것이다. 셋째는 사회적 이전인데 예를 들어 다양한 사회보장제도를 가리킨다. 그러면 대만은 고령자 의료 및 경제안전의 수요를 충족하기 위하여 어떤 제도적 장치를 마련하였는가?

II. 고령자 관련 법제도

1. 공법 특이 사회법영역

(1) 의료보장

의료보장 측면에서 대만은 원래 노동보험만 존재한바 농업보험, 공무원 보험 등 의료보험은 보편화되지 못했다. 1995년 3월 『국민건강보험법』을 실행하였으며, 사전에 직업별 건강보험제도를 폐지하고 통일된 규정을 제정

하여 지적하였다.

11) 蕭麗卿, “人口老化與老人經濟保障問題探討,” 『經社法制論叢』, 1994, 제13호, 321-322면.

하였다. 국민건강보험은 『국가운영 단일 사회직업별건강보험(公營單一社會保險制度)』 중 의료복지체계에 속하며 캐나다가 실행하고 있는 현행제도와 유사한 부분이 존재하나 캐나다의 각각의 주는 해당 지역의 경제상황에 비추어 서로 다른 보험료 비율의 설정이 가능하나 대만은 전체 구역에서의 동일한 보험료 비율을 적용한다.

또한 인구의 급속한 노화로 인하여 장기적인 보살핌을 필요로 하는 인구가 급증하고 있지만 대만의 장기적인 보살핌에 관한 프로그램은 미흡한 상황이다. 2008년부터 정부는 『장기적 돌봄 10년 계획안』을 추진하면서 방문요양 서비스 및 복지, 단기보호 서비스, 돌봄 서비스 및 무장애 주거시설 개선, 노인의 영양 식품관리 서비스, 교통 환경, 장기적 돌봄 기관을 설치하는 등 서비스를 제공하였다.¹²⁾ 다만 이러한 서비스는 사회복지제도에 속하는바 재정수입원은 세금이다. 향후 장기적 돌봄 계획에서 보험법에 관한 논의가 있음을 예상할 수 있지만 입법기관의 논의사항에 아직은 속해있지 않으며 그 시기조차 불분명하다.

(2) 경제보장

비 각출(非繳費制)사회보장¹³⁾은 즉 세금이 경제내원인 제도는 『노인복지법』 제12조에 근거하여 제정한 『저소득 노인 생활보조금 급여조치』 및 『저소득 노인 특별 돌봄 보조금 급여조치』를 제정하였으며 양자는 사회적 보조금 성격을 띠는바 금전급여를 주요방식으로 사회구제의 부족을 보충해준다. 또한 사회보장제도는 마지막 사회보장제도의 최종방어선으로서 헌법에서 부여한 생존권을 보장하기 위하여 제정한 사회구조제도이다.¹⁴⁾ 또한 기타 사회보장제도에서 누락된 대상에 대하여 최저생활보장을 진행하므로 고령자들도 당연히 해당 범위에 속한다.

각출 사회보장제도의 내용을 살펴보면 예전에는 직종별 혹은 신분별 즉

12) 위생복지부, 『我國長照照顧十年計畫摘要本』, 타이베이: 衛生福利部, 2007, 3-4면.
http://www.mohw.gov.tw/cht/DONAHC/DisplayFile.aspx?url=http://www.mohw.gov.tw/MOHW_Upload/doc/我國長照照顧十年計畫摘要本_0003412000.pdf&name=我國長照照顧十年計畫摘要本_0003412000.pdf(최종방문일: 2014/12/05).

13) 郝鳳鳴(2003), “社會法學門研究之展望,” 『月旦法學雜誌』, 100호, 頁107, 將社會法的研究範圍, 依保障對象是否分擔財務責任, 分為非繳費制和繳費制之法律規範。

14) 郝鳳鳴(1996), “我國社會救助法之現況分析與檢,” 『東海法學研究』 제10호, 2면。

공무원, 노동자, 농민들은 각각에 적용되는 연금제도가 존재하였다.¹⁵⁾ 그러나 해당 범위에 속하지 않는 자는 노후 충분한 연금제도를 향유할 수 없으며 고령자들은 정부가 급여하는 노후 생활보조금에만 의존하여 생활에서의 고난을 많이 겪는바 다음 세대들에게도 상당한 정도의 경제적 부담을 가져다주며 이는 세대적 정의(世代正義)에 위반되는 우려가 존재한다.¹⁶⁾ 그러므로 2007년에 『국민연금법』을 제정하고 2008년 10월 1일부터 시행하게 되었다. 다만 『국민연금법』은 앞서 의료보장의 내용에서의 『국민건강보험법』과 차이점이 존재하는바 전자는 과거의 직종별 보험규정을 폐지한 것은 아니고 군인보험, 공무원보험, 농민보험 등에 가입하지 않은 자에 대하여서만 연금납부 대상에 포섭하였다. 그러므로 직종에 따라 노후 연금 수령금액은 차이가 날 것이다.

앞서 서술한 조치는 고령자 개개인의 생활보장 측면에서 국가의 힘이 작용한 것이다. 즉 상술한 내용 중 고령자가 필요 물자 혹은 복지 서비스를 향유할 수 있는 방법에서 세 번째 ‘사회적 이전’에 관한 내용이며 기타 두 경우는 사법측면에 속한다.

2. 고령사회에서의 사법(私法)규범의 역할

사회보장의 완벽여부는 고령자들의 사회보장에서 예상할 수 있으며 대부분의 사회법상의 조치는 예를 들어 연금 및 의료보험에서 온다. 그러나 대만의 공법상 노인보장제도는 발전이 둔할 뿐만 아니라 과거에는 직장별로 그 차이점이 존재하며 고령자들이 충분한 사회보장을 받기에는 현실적인 기대감이 떨어지는 편이다.

2013년 노인상황조사보고에서도 보다시피, 65세 이상의 경제적 내원은 『자녀(며느리, 사위 포함) 부양』(중요도 지수 43.9)로 제일 높고 『정부구제 및 보조금』(중요도 지수 36.2)로 2위를 차지하였으며, 다음은 『자신의 퇴직금,

15) 郭明政, “個人帳戶方案之憲法分析,” 翁嶽生教授祝壽論文編輯委員會編, 『當代公法新論(下): 翁嶽生教授七秩誕辰祝壽論文集』, 타이베이: 元照, 2002, 498-500면. 江亮演, 林勝義, 林振裕合著, 『社會政策與立法』, 타이베이: 洪葉文化, 頁175.

16) 鍾秉正(2007), “淺析『國民年金法』,” 『臺灣本土法學雜誌』 제98호, 319면; 郝鳳鳴(2008), “國民年金法評釋,” 『月旦法學雜誌』 제153호, 226-227면.

연금 및 보험』(중요도 지수 19.6)이다. 이러한 수치에서 보다시피 고령자들의 주요한 경제적 내원은 여전히 사법상 부양이 위주임을 알 수 있다. <표 5를 참조.>

<표 5> 65세 이상 노인의 경제수입원

(자료출처: 중화민국 94년, 102년 노인상황 조사보고)

연도	자신의 직장 수입 혹은 영업 수입	배우자의 제공	자신의 적금, 이자, 투자 및 임대료 수입	자신의 퇴직금, 연금 혹은 보험금	자녀의 부양 (며느리 및 사위 포함)	대출	정부의 구제와 보조금	사회 및 가족의 구제	기타
2005년	11.8	4.4	10.8	14.2	53.4	0.1	33.3	0.6	0.3
2013년	8.0	5.1	16.8	19.6	43.9	0.2	36.2	0.6	0.7
단위: 중요성 지수 註: 중요성=(1×주요 비율 +1/2×부차적 비율)×100									

지금의 대만 고령자들의 생활보장은 전반적으로 사회보장에 의존하는 것은 아니며 사법에서의 부양 및 자신의 자산 활용도 역시 상당한 중요성이 존재한다. 대다수의 고령자는 상당한 자산 축적을 진행하는바 대만에는 구체적인 통계수치가 존재하지 않으므로 이 부분에서는 미국과 일본의 예를 들겠다. 미국의 65세 이상 가구는 전체인구의 22%에 달하고, (채무를 제외한 순수 금융자산소지 비율은 30%에 달하며 일본 같은 경우는 고령자들의 집중도가 더욱 분명하며 60세 이상의 가구수는 전체인구의 39%에 달하고 순수 금융자산소지 비율은 74%에 달한다.¹⁷⁾ 만약 자산을 적절하게 운용한

17) 三井住友信託銀行, 『中央三井トラスト・ホールディングス調査報告』, 2008, 14면.
http://smtb.jp/others/report/economy/cmtb/pdf/repo0806_2.pdf(최종방문일: 2014/12/05). 또한 矢嶋康次, “動かない家計金融資産と高齢,” 『ジェロントロジージャーナル』, ニッセイ基礎研究所, 2011, 제11-007권, 3-4면;
http://www.nli-research.co.jp/report/gerontology_journal/2011/gero11_007.html(최종방문일: 2014/12/05)에서는 일본의 60세 이상의 가구의 금융자산 소지 비율이 연이은 상승세를 보이며 1999년에는 49%이고 2009년에는 61%로 상승하였는데 이는 고령자들이 퇴직 후 생활에 대한 불안감 때문이라고 지적하였으며 또한 비록 고령자들의 사망으로 인하여 자산이 다음 세대로의 이전을 조절할 수도 있지만 고령층의

다면 일상생활에서의 소비와 의료비용은 지불이 가능하며 정부의 복지시설에서 제공하는 서비스보다 더욱 좋은 서비스를 받을 수 있을 뿐만 아니라 생활의 질은 일정한 수준에서 유지되거나 더 높은 수준으로 상승할 수가 있다.

그러나 고령자들은 반응이 느리고 기억력 혹은 이해능력이 저하되거나 더 나아가 치매가 올 수도 있으며 이런 경우 즉 자산은 많지만 판단력이 떨어지는 고령자들은 금융사기의 타깃이 되기 쉽다. 사회적으로도 정부기관 행정요인으로 사칭하여 노인생활보조금을 발급하는 핑계로 고령자들의 은행통장과 인감을 사취하여 그들의 은행저금을 절도하는 범죄가 많이 일어나고 있으며¹⁸⁾ 또한 현저히 공정성을 이탈한 가격으로 장례서비스의 생전 계약을 체결하거나, 노인에게 대한 돌봄 서비스 계약을 체결하는 사례도 많이 일어나고 있다. 노후생활을 대비하여 마련한 자금이 갑자기 사라지면 노인은 생활적인 어려움을 많이 겪는다. 다시 말하면 노화로 인하여 심신상태가 많이 허약해짐에 따라 고령자들은 일상생활과 심신을 돌보거나 자산관리를 하는 등 도움이 많이 필요하다. 또한 「사망」의 도래는 고령자들은 자산운용을 진행하여 노후를 보냄과 동시에 고려해야 할 다른 하나의 요소이다. 즉 고령자들은 그들에게 취업기회를 마련하거나 재산을 상속 및 유가족을 돌보는 등 수요가 있는데 예를 들어 사망 후 재산의 이전(상속)과정에서 노인생전에 돌봄 서비스를 제공한 유가족들이 그들의 기여분에 대하여 평가를 진행하는 것이다.

종국적으로 안정된 노후생활에는 법적으로서의 여러 조치도 필요할 뿐만 아니라 고령자들을 협조하여 자신의 노후자산을 활용하게끔 하는 것도 즉 사법상의 규범도 필요하다. 논문길이의 제한성을 고려하여 아래에서는 다음과 같은 예만 들겠다. 즉 성년후견제도의 개혁 및 생전 상대배우자의 재산보장을 예로 들어 대만의 『가족법』이 고령화 사회에서의 대응방법에 대한

자산집중도는 증가만 될 뿐 그 원인은 평균수명이 제고되면서 상속은 80세 이상 즉 '後高齡者'와 50대 좌우인 자녀 사이에서 진행되므로 자산의 상속자도 머지않아 고령세대가 되기 때문이다.

18) 예를 들어 타이베이시 정부법규위원회에서 독거노인이 이러한 사기범죄를 많이 당하고 있다고 하였다.

타이베이시 정부 법규위원회 사이트, <http://www.legalaffairs.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=34033515&ctNode=56238&mp=120034>(최종방문일: 2014/12/05).

설명을 진행하겠다.

III. 성년후견제도의 개혁

과거 대만은 판단력이 결여된 노약자에 대하여 민법상 재산처분금지제도가 존재하였으며 그들의 재산처분 권리를 박탈함으로써 해당 권리를 행사할 경우 그들이 받게 될 불이익을 방지(『대만민법전』〈이하 『민법전』〉 제75조 행위무능력자의 행위의 의사표시는 모두 무효)하며 후견인이 법정대리인으로서 피후견인을 대신하여 법정행위를 진행하고 피후견인을 보호한다는 것이다. 그러나 이러한 제도는 용어의 의미가 협소하고 후견인 선임기준이 불분명하며 융통성이 떨어지고 또한 규정의 내용이 허술하다는 지적을 받고 있었다.¹⁹⁾

2008년 5월 2일 입법기관에서는 민법상 후견제도에 관한 개정을 진행하였으며 그 배경은 고령화 사회의 문제를 대응하기 위해서였다. 예를 들어 후견인의 선임순위에 관한 내용인데 개정 전 『구 민법전』 제1111조의 규정에서의 “순위는 배우자, 부모, 피후견인과 동거하고 있는 조부모, 부모 혹은 그들이 사망 후 부 혹은 모가 유서에서 지정한 자거나 법원에서 선임한 자”였다. 그러나 최근의 입법개정에서는 “현행 조문의 법적 후견인의 순위는 실용성이 떨어지고 피후견인의 권리행사에 적합하지 않을 뿐만 아니라 또한 피후견인에게 최적의 선택이 될 수 없는 경우도 존재하는바 만약 후견인이 고령자인 경우 예를 들어 피후견인의 배우자, 부모, 조부모 등 가족들이 모두 연세가 높으시면 후견임의 직책을 완성할 수 없는 우려도 존재함으로 법정후견인의 순위를 삭제하였다.”라고 하였다. 후견인의 선임은 법원에서 지정하여 선임하는 방식으로 하게 되었다. 이는 인구의 고령화 문제는 성년후견제도의 개혁의 계기임을 알 수가 있다.

새로운 후견제도는 2009년 11월 23일부터 시행되었으며 법적으로 후견과 보조로 나뉘어 진행하고 다만 임의적 후견제도는 아직 규정되지 않았

19) 鄧學仁, “高齡社會之成年監護,” 『中央警察大學法學論集』, 1998, 제3호, 337-338; 劉得寬, “成年監護法之檢討與改革,” 『政大法學評論』, 1999, 제62호, 230-231면; 劉得寬, “成年監護制度之比較研究—以日, 臺, 德爲中心,” 『月旦法學』 제101호, 116면.

다. 다음의 내용은 해당제도들에 관한 간단한 소개와 필자의 견해를 담은 내용이다.

1. 보호유형

(1) 후견의 개시 및 피후견인의 행위능력에 대한 제한

『민법전』 제14조 제1항에 의하면 “정신장애 또는 기타의 신체적 결함으로 자기의 사무를 처치할 수 없게 된 자에 대하여 법원은 본인·배우자·4촌 이내의 친족·최근 1년간 동거 사실이 있는 기타 친족 검사 주무관청이나 사회복지시설의 청구로 후견의 선고를 할 수 있다.”고 규정하였다.

이어서 제15조에서는 “피후견인이 행위능력이 결여한 경우 그의 법률행위는 제75조에 의하여 무효가 된다.”라고 규정하고 있다. 민법에서의 이러한 규정은 피후견인의 권리를 존중하지 않은 것이 아닌가? 입법연혁을 살펴보면 행위능력이 결여한 피후견인에 대하여 이러한 제도는 실행한 지는 오래다.

그러나 이런 모호한 규정은 대만의 2012년 6월 1일부터 시행된 『가정법(家事事件法)』과 저촉한다. 과거의 『민사소송법』 및 『비소송사건법(非訴訟)』에서는 모두 피후견인의 소송 권리와 비 소송 권리에 관한 권리를 부여하지 않았으나 절차상 주체에 대한 보호와 청구권을 위하여 새로운 『가정법(家事事件法)』 제165조에서는 “피후견선고(이하 피후견인)를 받아야 하는 자 혹은 피후견인’은 의사능력 존재여부를 불문하고 후견신청사건 및 후견취소사건에서 모두 절차상 당사자능력을 가진다.”고 규정하고 있으며 만약 「형식적으로 절차법상의 당사자능력」을 가지는 피후견인이 심리적 및 정신적인 상태의 영향을 받아 이해관계에 대한 분별능력이 떨어지는 상황에서 실질적으로는 소송능력이 결여하므로 해당 조항의 뒤 부분에서는 “법원이 직권에 의한 후견인 선임절차를 진행한다.”라고 규정하고 있다. 즉 행위권리 능력이 평등하게 평가되는 것은 중대한 불이익을 초래하지 않는다. 다만 당사자가 이를 실질적으로 행사함에 있어서 필요한 지원조치를 제공하면 된다는 것이다.²⁰⁾

20) “The Convention on the Rights of Persons with Disabilities”의 제12조 제2항의

학술적으로 『민법전』 제15조에 대하여서 부정적이지는 않다. 예를 들어 어떤 학자는 대만의 후견제도의 개정은 일본민법을 참고하였으나 근본정신은 서로 차이점이 존재하는바 일본은 피후견인의 행위능력을 박탈하지 않고 취소만 진행하였으며 일상생활에서의 제반 행위는 독자적으로 진행하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 대만의 법은 피후견인의 능력을 모두 박탈하고 자기결정권 및 기타 잔존(殘存)권리를 존중하지 않는바 이는 다만 약자를 보호하려는 목적을 가지고 있다.²¹⁾ 또한 다른 학자들은 독일과 대만을 비교하면서 후자가 인권보장이 현저히 부족하며 성년후견제도는 반드시 행위능력제도와 서로 다르게 보아야 한다는 것이다.²²⁾

『민법전』 제15조는 피후견인의 행위능력을 전반적으로 부정하고 있으며 피후견인은 「권리를 행사할 수 있는 권리」만 있을 뿐 이는 「UN 장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)」의 제12조 제2항의 「법 앞의 동등한 인정 즉 다른 사람과 동등하게 법적 능력을 향유함을 인정한다.」는 내용과 저촉하는 부분이므로 이 부분은 반드시 수정이 필요할 것이다.²³⁾

(2) 보조의 개시와 보조 선고를 받은 자에 대한 능력제한

『민법전』 제15조1의 제1항에 의하면 “정신장애나 기타 지능부족으로 인

‘legal capacity’는 사실상 절차능력을 포함하고 있다. 대만의 『家事事件法』의 165조는 해당 조약에 부합된다.

유럽인권법원의 Stanev v. Bulgaria Case (Application No. 36760/06) 및 Kedzior v. Poland (Application No. 45026/07) 판례에서도 피후견인의 후견과 연관되는 절차상의 능력을 박탈하는 것은 『유럽인권협약』에 위배되는 것이며 유럽의 대부분 국가는 피후견인의 절차능력을 승인하고 있다.

21) 林秀雄, “論我國新修正之成年監護制度,” 『月旦法學雜誌』, 2009, 164호, 155면.

22) 戴瑀如, “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』, 2009, 167호, 148-149면.

23) 대만은 유엔회원국이 아니지만 국제인권조약을 국내법에 반영하려는 시도를 보이고 있다.

2014년 8월 1일 입법원에서 「장애인권리협약 시행법」을 통과하고 12월 3일부터 시행하였다. 해당 법의 제7조 제1항은 시행 2년 후 최초의 국가 보고서를 제출할 것을 요하며 제10조의 1항에서는 정부기관은 관할구역의 법규와 행정조치상의 규정이 해당 협약과 저촉되는 경우 3년 이내 개정, 삭제 및 행정조치에 관한 개정을 진행해야 한다고 한다.

하여 의사표시를 하거나 의사표시를 받거나 또는 그 의사표시의 효과를 변식할 능력이 현저하게 부족한 경우에 법원은 본인·배우자·4촌 이내의 친족 최근 1년 동거한 사실이 있는 기타 친족·검사·주무관청이나 사회복지시설의 청구로 보조선고 할 수 있다.”

이어서 민법전 제15조2의 제1항에서는 “보조 선고를 받은 자가 다음 각 호의 행위를 하는 때에 보조인의 동의를 얻어야 한다. 여기에는 1. 독립영업·조합영업이나 법인의 책임자가 되는 경우, 2. 소비대차·소비임치 보증증여 또는 신탁, 3. 소송행위, 4. 화해, 조정, 특별조정 또는 중재계약 체결, 5. 부동산 선박 항공기 또는 기타 중요재산의 처분, 부담의 설정, 매매, 임차 또는 대차, 6. 상속재산분할, 유증, 상속권이나 기타의 관련된 권리의 포기, 7. 법원이 전 조의 청구자나 보조인의 청구에 따라 정한 기타의 행위”라고 규정하였다.

앞서 서술한 행위의 대다수는 재산행위이며 조문에서는 기타 행위에 대한 구체적 설명이 없는바 보조 선고를 받은 자의 독자적인 결정이 필요하다. 또한 보조 선고를 받은 자의 행위능력이 박탈당하는 것은 아니고 다만 어떤 행위는 반드시 보조인의 동의를 받아야 하므로 즉 능력이 제한을 받을 뿐 UN 장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)의 제12조에 직접적으로 저촉한다고 볼 수 없다. 반드시 보조인의 동의를 받아야만 행할 수 있는 행위는 『민법전』 제15조2의 1항의 제1호부터 제6호에서 규정하고 있으며 법원은 조문을 벗어나 그 내용을 변경하거나 범위를 축소할 수 없으며 제7호에서처럼 청구에 의해서만 확장이 가능하므로 『UN 장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)』의 제12조 제4항의 “개인이 처한 환경에 비례하고 적합”한다는 내용과도 일치하다.

2. 보호기관: 후견인 및 보조인

(1) 후견인

1) 선 임

『민법전』 제1111조 제1항에서 “법원은 후견인을 선임할 때에는 직권으로 배우자, 4촌 이내의 친족, 최근 1년 동거사실이 있는 기타의 친족, 주무관청,

사회복지기관이나 기타 정당한 자를 1인 또는 수인을 후견인으로 선임하여야 하고 동시에 재산목록을 함께 작성할 자도 지정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 즉 후견인의 선임순서에 대하여서는 그 아무런 규정을 두지 않았으며 법인도 후견인일 수가 있다. 그러나 실질적으로 대만법원의 대부분 판결을 보면 본인의 친족을 후견인으로 많이 선임하는데 이는 실질적으로 법률지식을 겸비하고 있는 전문적인 후견인이 결핍하고 시민후견인과 같은 무상으로 봉사하는 자들에 대한 연수과정도 결여하기 때문이라고 볼 수 있다.²⁴⁾

2) 후견인의 직무 및 권한

피후견인이 행위능력 및 의사표시를 할 수 없음을 감안하여 『민법전』은 후견인은 ‘후견권한’ 내에서는 피후견인의 법정대리인이다. 그럼 후견인의 ‘권한’의 범위는 어디까지인가? 『민법전』 제1112조에 의하면 “후견인은 피후견인의 생활, 보양치료 및 재산관리에 관한 사무를 집행할 때에 피후견인의 의사를 존중하고 그의 심신 상태와 생활상황도 고려하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러므로 후견인의 권한에는 생활, 보양치료 및 재산관리가 포섭된다.²⁵⁾ 즉 후견인의 법정대리권의 범위는 신분과 재산에 관한 사항을 모두 포함하고 있다. 즉 후견인의 법정대리권의 범위는 아주 광범위한바 신분 및 재산사항을 모두 포함한다.

그러나 여기서 드는 하나의 의문점은 만약 신분행위도 아니고 재산행위도 아닌 본인 자신의 신체 및 인격과 밀접한 관련된 사항일 경우 예를 들어 진료에 관한 동의 및 거주지에 대한 결정 등도 역시 후견인이 대신 결정할 수 있는 사항인가 하는 것이다. 대만의 통설에 의하면 미성년자 후견인편에서의 제1097조 제1항²⁶⁾은 제1113조에 근거하여 후견은 본 절에 규

24) 필자는 2012년에 후견사무에 관한 연구회에 참석하게 되었는데 시립지방법원 (타이베이 북부지구 중 하나의 구역의 법원)의 판사가 제공한 자료에서 2011년 후견선고를 허가한 사건은 약 180건 정도인데 그중 친족이 아닌 후견인사건은 12건 정도만 된다. 黃詩淳, 陳自強編, “『監護宣告之實務與課題』座談會紀錄,” 『高齡化社會法律之新挑戰: 以財產管理為中心』, 2014, 타이베이: 新學林, 頁392-393.

25) 2009년 이후 시행하는 교과서를 예로 들어 성년후견인의 직무에는 신분과 재산상의 사무를 모두 포섭한다.

許澍林(2010), 『親屬法新論』(2版), 타이베이: 自版, 頁322-326; 戴炎輝, 戴東雄, 戴瑀如(2011), 『親屬法』, 타이베이: 自版, 482-484, 492-493면; 陳棋炎, 黃宗樂, 郭振恭, 『民法親屬新論』(제1판), 타이베이: 三民, 2013, 83-485면을 참고.

高鳳仙, 『親屬法: 理論與實務』(14版), 2013, 타이베이: 五南, 457면.

정이 있는 경우를 제외하고는 미성년자의 후견에 관한 규정을 준용하며 미성년자의 부모는 자녀의 거주지와 수술진행사항에 대한 동의권을 가지므로²⁷⁾ 성년후견인도 동등한 권리를 가진다는 것이다.²⁸⁾ 즉 성년후견인은 “다른 규정이 있는 경우를 제외하고 피후견인의 이익을 보호, 증진하는 범위에서 부모와 마찬가지로 미성년자에 대한 권리, 의무를 행사하고 부담한다.” 또한 『우생보건법(優生保健法)』의 제10조 제2항²⁹⁾에 근거하여 특별법은 후견인이 피후견인을 대신하여 결찰수술의 진행여부를 결정하거나 『보호, 진료, 정신위생법』 제20조³⁰⁾에 근거하여 피고인에 대한 긴급조치를 취하거나 또한 해당 법규의 제49조에 근거하여 전기치료법(ECT) 진행여부 등을 결정함에 있어서 기타 기관의 심사를 거칠 필요가 없다. 그러나 인격과 밀접한 관계가 있는 행위는 신분에 관한 행위는 아니지만 전속성이 존재하므로 타인의 대리행위로 결정하는 것은 적절하지 않으며 본인이 의사능력이 있는 한에서는 자신의 독자적인 결정이 필요하다. 본인의 의사능력을 가지는 여부 및 수술을 받는 결정을 할 수 있는 여부는 case by case로 판단해야 되며 치료에는 다양한 방식이 존재하며 본인의 판단력도 시간에 따라 차이가 나므로 의사능력에 관한 판단은 시간과 장소에 따라 진행하여야 한다.³¹⁾ 또한 피후견인은 의사능력만 존재하면 신분관리의 결정권은 독자적

26) 제1097조 제1항 “다른 규정이 있는 경우를 제외하고 후견인은 피후견인의 이익을 보호, 증진하는 범위에서 부모의 미성년자에 대한 권리, 의무를 행사하고 부담한다. 다만 부모로부터 임의로 위탁을 받은 경우에는 위탁된 임무를 한도로 한다.”고 규정하고 있다.

27) 史尚寬, 『親屬法論』, 타이베이: 自版, 1974, 596-600면; 陳棋炎, 黃宗樂, 郭振恭, 앞의 주 25, 400면.

28) 林秀雄, 앞의 주 21참고, 14면. 또한 환자가 의사능력이 결여된 경우 의료법 제65조에 근거하여 법정대리인, 배우자, 친족 혹은 기타 관련자에게 동의권을 부여하며 후견인은 피후견인의 법정대리인이므로 수술 동의권을 가진다.

29) 해당 규정에 의하면 미혼인 미성년자 혹은 피후견인 및 보조 신고를 받은 자는 결찰수술을 진행할 경우 법정대리인 혹은 보조인의 동의를 받아야 한다. 형식적으로 피후견인의 동의와 후견인 혹은 보조인의 동의를 받아야 하지만 실질적으로 후자가 결정권을 가진다. 戴瑀如, “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,” 黃詩淳, 陳自強編, 『高齡化社會法律之新挑戰: 以財產管理爲中心』, 타이베이: 新學林, 116-118면을 참고.

30) 『정신위생법』 제20조 제1항에 근거하여: 환자의 상태가 위급할 경우 보호자는 긴급구제를 진행하여야 한다. 제19조 제2항에 근거하여 보호인은 후견인, 법정대인, 배우자, 부모, 가족 중에서의 한 사람이다.

으로 진행이 가능하며 후견인 및 의사 혹은 법원은 모두 본인의 의사와 저촉되는 조치를 취할 수 없다. 이러한 규정은 「UN 장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)」 제12조 제2항의 「법 앞의 동등한 인정」의 정신과 일치하며 본인의 의사에 근거하여 권리를 행사를 진행하고 단지 자신의 의사에 근거하여 권리를 행사할 수 없는 경우에만 타인이 대신하여 행사하는 것이다. 그러므로 후견인의 권리를 광범위하게 승인함으로써 신분과 관련된 대리권(결정권)의 해석 및 입법(특별법)은 모두 개정이 필요하다.

마찬가지로 본인이 행위능력을 완전히 상실한 경우 협약은 후견인의 대리권을 금지하지는 않는다. 그러나 앞서 서술한 신분과 관련되는 결정은 돌이킬 수 없는 결과를 낳을 때가 많은데 이 부분은 예를 들어 정신병원에 격리시키거나 결찰수술을 거쳐 생식불능인 상태가 되거나 기타 사망 리스크가 높은 수술을 받거나 하는 등이 있다. 이러한 경우 한국은 반드시 법원의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다.³²⁾ 법원이 후견인에 대한 심사를 결정하는 것은 UN 장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)의 제12조 제4항에서의 “보호 장치(safeguard)의 남용”인 것이다. 대만법의 문제는 의사능력이 존재하는 피후견인이 신분과 연관된 사항을 독자적으로 판단한 것을 불승인하는 외에 후견인의 대리결정권의 행사에는 확인절차가 존재하지 않는다. 후견인의 대리결정권에 대한 확인절차가 필요한 것은 『민법전』에서 제1101조 제2항에서 규정한 것처럼 “1. 피후견인을 대리하여 한 부동산의 구매 또는 처분, 2. 피후견인을 대리하여 그 거주하는 건물이나 그 대지의 임대제공, 타인의 사용으로의 제공 또는 임대차의 종료 등” 사항이 법원의 허가를 받는다는 것이다.

31) 국외에서도 의료와 연관된 결정은 피후견인이 판단능력이 존재하면 본인이 독자적으로 법적 행위를 진행할 수 있으며 그 자의 행위능력과는 무관하다.

戴瑀如(2014), “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,” 『台北大學法學論叢』, 90호, 170면. 日本法參見田山輝明, “成年後見制度の変遷とその改正提案,” 『實踐成年後見』, 50호, 58면.

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」.

32) 『대한민국민법』 제947조2의 제4항 및 『독일민법』 제1904조와 같다.

(2) 보조인

1) 선 임

『민법전』 제1113조1의 제1항의 규정에 따르면 “보조 선고를 받은 자는 보조인을 두어야 한다.”고 한다. 그러나 보조인의 선임방식에 대해서는 규정하지 않고 있으며 1113조1의 제2항에 근거하면 “제1111조의 내용을 규정을 준용한다.”고 되어 있으므로 보조인도 후견인과 마찬가지로 “법원은 보조인을 선임할 때에는 직권으로 배우자, 4촌 이내의 친족, 최근 1년 동거사실이 있는 기타의 친족, 주무관청, 사회복지기관이나 기타 정당한 자를 1인 또는 수인을 후견인으로 선임하여야 하고 동시에 재산목록을 함께 작성할 자도 지정하여야 한다.”

2) 보조인의 직무 및 권한

보조인의 직무와 권한에 관하여서는 『민법전』 제1113조1의 제2항에 근거하여 후견인에 관한 규정을 준용한다. 보조인은 『민법전』의 제15조2에서 열거한 중대재산 사무 혹은 법원이 지정한 특별행위에 관한 동의권을 가지며 대리에 관한 권한은 없다. 다만 학자들은 피후견인은 예외적인 경우에는 의사능력이 부재하므로 타인의 협조가 필요하나 현행 『민법전』은 보조인에게는 결정권을 부여하지 않은바 이러한 예외적인 경우에는 보조인에게도 대리권을 부여하는 것이 마땅하다고 주장한다.³³⁾

3. 운영상황

〈표6〉 대만 성년후견인의 운영상황

시간	지방법원 최종 후견 및 보조 청구사건 수 (α)	α중 후견 및 보조신고 청구사건 수 *(β)	β에서 후견선고 청구사건 허가 수 *	β에서 보조선고 청구사건 허가 수*	허가 비율
2008년	3,862(舊制)	3,102	2,062	N/A	66.47%
2009년	3,992(含新舊制)	3,696	2,430	3	65.83%

33) 林秀雄, “論繼承之根據,” 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯, 『自由, 責任與法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集』, 2005, 465면, 타이베이: 元照; 林秀雄 앞의 주 4, 5면.

2010년	4,530	4,163	2,477	481	71.05%
2011년	4,485	4,443	2,724	524	73.10%
2012년	5,952	4,666	2,806	537	71.65%
2013년	7,573	5,031	3,048	577	72.05%

(資料來源: 2008-2013司法統計年報, 網址 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>)

* 타이베이 지방법원 판사가 사법원의 통계부문에서 받은 자료.

대만의 후견선고 사건은 1년에 2,500 내지 3,000건이며 보조선고사건수는 500건이며 이러한 데이터 수치는 점진적으로 상승세를 타고 있다. 청구를 진행하는 사건 수와 허가를 진행하는 수를 제하면 허가비율은 약 70%가 된다.

IV. 생전 상대배우자의 보장

점진적인 고령화현상으로 말미암아 생전 상대배우자의 생활보장문제도 수면위로 드러나고 있다. 피상속자가 사망하는 경우 상대배우자도 연세가 많으며 상속재산은 노후생활을 유지하는 데 필요한 자금이 된다. 생전 배우자의 생활보장을 위해 대만은 「상속」 및 「부부 재산분할 청산」 등에 관련 법규로 보장을 진행하고 있다.

1. 상속

대만민법상 상속인에는 배우자와 기타 친족으로 나뉜다. 상속인은 배우자를 제외하고는 순서가 존재하며 배우자는 선후순서가 존재하지 않는바 촌수가 다름에 따라 순위가 결정된다.

첫째, 『민법전』 제1138조에서 배우자를 제외한 친족들의 상속순위를 제정하였는데 “상속인은 배우자를 제외하고는 다음 순서로 이를 정한다. 1. 직계비속, 2. 부모, 3. 형제자매, 4. 조부모”라고 규정하고 있다.

둘째, 제1114조의 규정 내용에 근거하여 “배우자는 서로 상속재산을 상속할 권리가 있고 그 상속분은 다음 각 호에 따라 이를 정한다. 1. 제1038

조에서 정하는 제1순위의 상속인과 같이 상속하는 때에는 그 상속분은 다른 상속인과 평균한다. 2. 제1038조에서 규정하는 제2순위 또는 제3순위의 상속인과 같이 상속하는 때에는 그 상속분은 상속재산의 2분의 1로 한다. 3. 1038조에서 정하는 제4순위의 상속인과 같이 상속하는 때에는 그 상속분은 상속재산의 3분의 2로 한다. 4. 1038조에서 정하는 제1순위 내지 제4순위의 상속인이 없는 때에는 그 상속분은 상속재산 전체로 한다.”고 규정하고 있다

사망자의 특정친족 및 배우자는 상속권이 존재하며 상속재산에 대한 기여분에 대한 평가와 상속자의 생활보장 및 피상속인의 의사유추 등 요소를 근거로 한다. 그러나 배우자의 상속권을 여부를 판단함에 있어서 근본적인 요소는 배우자가 상속재산에 대한 기여분에 대한 평가하는 것인데 형식적으로 상속재산은 전부가 사망자의 독자적인 재산이지만 실질적으로는 상대 배우자의 협력으로 이룩한 재산일 수도 있으므로 상속재산에는 공유관계가 존재하며³⁴⁾ 사망 시에는 배우자도 상속권을 가진다.

그러나 배우자와 직계비속 모두가 상속권이 존재할 때 앞서 서술한 『민법전』 1144조의 제1항에 근거하여 배우자는 제1순위의 상속인과 같이 상속하는 때에는 그 상속분은 다른 상속인과 평균한다. 그러나 상속인이 두 명의 자녀를 둘 때 배우자의 상속분은 3분의 1이 되므로 상속분이 조금 적다는 생각을 가지게 되면서 과연 배우자의 상속재산에 대한 기여분에 대하여 충분히 평가하였는지 여부에 관해서는 회의적인 생각을 가져본다.

그러나 생전 배우자의 생활보장문제는 법에 의한 상속배분뿐만 아니라 부부의 재산제도와와의 연관성 문제도 함께 고려하여야만 한다.³⁵⁾

34) 林秀雄, “論繼承之根據,” 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯, 『自由, 責任與法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集』, 2005, 465면, 타이베이: 元照; 林秀雄, 앞의 주 4, 5면.

35) 中川善之助, 泉久雄, 『相統法』(4版), 東京: 有斐閣, 2008, 128면 註(一四); 柴田敏夫 (1993), “配偶者の相統分と第七六二條,” 森泉章編, 『続現代民法學の基本問題: 內田尚三・黒木三郎・石川利夫先生古稀記念』, 東京: 第一法規, 717면, 亦認爲檢討配偶應繼分, 必然會遭遇夫妻財產制的問題.

2. 부부재산제

(1) 구 연합재산제에 관한 문제

2002년 9월 27일 이전에 대만은 ‘연합재산제’를 법정재산제도로 규정하고 있었다.³⁶⁾ 이러한 제도는 중세기 게르만민족 지방법에서 유래된 것이다.³⁷⁾ 스위스의 1907년 민법도 연합재산제를 통상적인 법정재산제로 규정하였다 (Güterverbindung, 그러나 1988년 소득분배재산제로 변경). 『구 민법전』의 제 1017조는 “부부는 법적으로 개별적인 권리주체로서, 자신이 가진 재산에 대한 독자적인 소유권을 가진다.”라고 규정하고 있으며 다만 혼인 생활의 편의를 위하여 『구 민법전』의 제1016조에서는 “혼인할 때 부부에 속한 재산 및 혼인관계 존속 중에 부부가 취득한 자산은 연합재산으로 한다.”고 규정하고 있으며 법전의 제1018조와 제1019조는 “부는 처가 원래 가진 재산에 대하여 사용 수익할 권리가 있다.”고 규정하고 있었다. 또한 『구 민법전』 의제 제1013조와 제1014조에서는 특유재산은 연합재산의 범위 밖에 있음을 규정하고 있었으며 제2015조에서는 해당 특유재산에 대한 부부의 분별재산제를 규정하고 있었다.

『구 민법전』의 1019조에 의하면 “혼인생활에서의 부는 처가 원래 가진 재산에 대하여 사용 및 수익 권리가 있다. 다만 수취한 과실이 혼인생활비용 및 연합재산의 관리비용으로 지급된 후에 그 소유권은 처에게 귀속한다.”고 규정하고 있다. 즉 재산이 “증가되거나 소모되는 것은 아니다.”라는 것이다. 그러나 처가 전직 주부일 경우 노동력에 의한 수입은 많지가 않거나 또한 부와 협력하여 사업을 경영하는 경우가 많은데 사업적 수입재산은 주로 부의 명의 하에 있는 재산이며 부가 사망할 때 연합재산제의 규정에

36) 『민법전』의 제1004조에서 “부부의 혼인 전 혹은 후 계약으로 본 법이 정하는 약정 재산제도 중에서 그 하나를 선택하여 부부재산제로 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 선택이 가능한 약정재산제에는 3가지 유형 즉 공동재산제, 소득공동재산제 및 분별재산제가 있으며 제1008조 1항에 의하여 부부재산제 계약의 체결, 변경 또는 폐지는 등기하지 아니하면 이로 제3자에게 대항할 수 없다. 매년 대만에서의 15만 쌍이 결혼하는데 현실적으로 부부재산에 대한 약정을 하는 부부는 아주 적으며 약 2000건이 된다. 즉 사회적으로 주로 법정재산제를 적용한다. 또한 2000건의 약정재산제를 택한 부부 중 에서 95%가 별산제를 택하며 공동재산제는 극소수이다.

37) 林秀雄(1986), 『家族法論集(一)』, 타이베이: 自版, 頁247.

따라 처는 결혼 전 원래가진 재산만 돌려받을 수 있으므로 증가되는 부분은 없으며 부의 기타 직계비속의 친족과 동일하게 재산배분을 해야 한다는 것이다. 1980년 이전에는 대만의 평균부녀의 자녀양육은 2.5인 이상(표 7) 참고)이었고, 1960년 이전에는 5.5인 이상이었다. 이로 우리는 상속이 개시되면 처가 배분되는 재산은 3분의 1을 초과할 수가 없으며 처가 상속 재산에 대한 기여분을 평가함에 있어서 이는 매우 부족하다.

〈표 7〉 가임 연령 여성의 합계출산율

1951년	7.040인
1961년	5.585인
1971년	3.705인
1981년	2.455인
1991년	1.720인
2001년	1.400인
2011년	1.065인

(자료출처: 內政部戶政司, sowf.moi.gov.tw/stat/year/y02-04.xls.)

국가에서도 배우자의 배분율이 매우 낮음을 인식하고 1974년 사법행정부는 민법개정 연구과정에서 민법연수위원회를 소집하고 1975년 개정내용에 대한 공고에서 배우자와 직계비속의 친족과 같이 상속하는 때에는 분배율을 무조건 2분을 1로 지정해 놓으며 나머지 재산에 대하여서는 기타 직계비속의 친족들이 평균한다는 의견³⁸⁾ 즉 배우자의 분배율을 높이는 의견이 제기되었다.

그러나 1975년 개정안에서는 해당 제안이 실현되지 못하였으며 생존 배우자의 상속재산의 배분을 제고에 관한 의견은 받아들이지 않았지만 부부 재산제를 수정하는 방식으로 앞서 서술한 문제점을 해결하게 되었다.

38) 司法行政部民法研究修正委員會主編, 『中華民國民法制定史料彙編(下)』, 台北: 司法行政部, 1967, 978년.

(2) 부부 잉여재산차액분배청구권(剩餘財產差額分配請求權)의 추가제정

1985년 친족에 관한 법률 규정을 개정하면서 제1030조의1³⁹⁾ 즉 부부의 잉여재산의 평균분배에 관한 내용을 추가하였으며 가사노동의 가치를 평가함으로써 같은 해 6월 5일부터 정식으로 시행하였고 구체적인 분배방식은 다음과 같다. 부부는 먼저 각자가 원래 가지고 있는 재산을 연합재산에서 분리하고 원래 가지고 있는 재산을 혼인할 때 각자에 속한 재산과 혼인 후 증가된 부분으로 분리하고 각자의 혼인 존속기간 중 증가된 재산에서 혼인 존속으로 채무의 부담을 공제한 후 나머지가 있으면 그 쌍방의 나머지 재산의 차액은 평균하여 분배하는 것이다.

2002년에 대만은 부부재산제도에 관하여 제반 개정을 진행하였으며 연합재산제를 폐지하고 별산제를 부부법정재산제로 규정하였다. 그러나 이는 진정한 별산제와는 서로 구별되며 대만의 법정재산제는 제1030조의1과 마찬가지로 청산에 관한 규정이 있는바 진정한 별산제는 청산에 관하여 규정하지 않는다. (진정한 별산제는 약정재산제의 일종으로 부부의 선택사항이다.)

(3) 「사망」은 잉여재산차액분배의 사유이다

현행 법규에서 제1030조의1의 제1항은 “법정재산이 소멸하는 경우 잉여재산차액분할분배를 진행하여야 한다.”고 한다. 조문에서 사망은 법정재산제관계의 소멸되는 사유 중의 하나인 여부에 대하여 규정하지 않았지만 2002년 부부재산제의 개정 제안 설명회에서 “법정재산제관계의 소멸의 사유는 부 혹은 처의 사망, 이혼, 기타재산제도를 선택하거나 혼인이 취소는 되는 경우라고 하였다.”⁴⁰⁾ 그러므로 학술적 면에서의 대다수 학자들은 긍정적인 의견을 가지고 있다.⁴¹⁾

39) 1985년 개정된 내용은 다음과 같다.

연합재산관계가 소멸할 경우 부 혹은 처는 현존하는 혼인 후 재산은 혼인관계의 존속으로 인한 채무의 부담을 공제한 후 나머지가 있으면 그 쌍방의 나머지 재산의 차액은 분배하여야 한다. 그러나 상속 혹은 기타 무상으로 재산을 취득하는 경우는 이러한 제약을 받지 않으며 현저하게 공평성을 상실할 경우 법원은 그 배액을 조정할 수 있으며 제1항의 나머지 재산의 차액의 분배청구권은 청구권자가 나머지 재산의 차액을 안 때로부터 2년 동안 행사하지 아니하면 소멸한다. 법정재산제관계가 소멸할 때로부터 5년이 지난 경우에도 같다.

40) 法院秘書處編(2002), 『立法院公報』, 91卷 40호(1), 타이베이: 立法院, 頁82.

그러므로 부 혹은 처가 사망하는 경우 생존 상대배우자의 잉여재산이 적으면 잉여재산이 많은 사망 배우자에 대하여 잉여재산 분할을 주장할 수 있다. 잉여재산배분이 끝난 후의 나머지 재산이 바로 사망자의 상속재산이 된다. 이후 상속재산에 관하여 『민법전』의 규정에 따라 다른 친족들과 공동으로 상속분할을 진행하게 된다.

그러나 하급법원의 재판에서는 사망이 부부재산제도의 해제사유가 아님을 인정하고 잉여재산분배를 진행하지 않는다고 판결하였다.⁴²⁾ 최고법원은 이와 유사한 판결사례는 없었으나 최고행정법원에서⁴³⁾는 사망하는 경우 배우자 간의 잉여재산분배청구권이 발생함을 인정하고 있다.

(4) 잉여재산차액분할청구권에서의 일신전속성(一身專屬性)에 관한 분쟁

1985년 『구 민법전』의 제1030조의1을 규정할 때 입법자와 학자는 모두 「부 혹은 처가 사망하는 경우」 분할청구권이 발생한다는 것에 동조하였다. 그러나 생존 상대배우자가 잉여재산이 적은 경우 잉여재산이 많은 사망자를 상대로 잉여재산분할청구를 진행할 수 있지만 그렇지 않은 경우도 과연 그런가 하는 의문을 가지게 된다. 즉 반대로 생존 상대배우자의 잉여재산이 사망배우자보다 많을 경우 사망배우자의 상속재산의 기타 상속자들은 상대배우자를 상대로 잉여재산분할청구를 진행할 수 있는가 하는 문제이다. 만약 이러한 경우를 인정하면 생존 상대배우자의 재산이 줄어들게 되며 『생전 상대배우자의 노후생활을 보장』한다는 취지에 어긋남으로 어떤 민법학자들은 이에 반대 의견을 내세우면서 해석논적인 부분에서 기타 상속자들이 생존배우자에 잉여재산차액분배청구권을 가지지 않는다고 한다.⁴⁴⁾ 그러나 대

41) 다수의 학자들은 부부일방의 사망을 잉여재산차액분배의 계기라고 한다.

戴炎輝, 戴東雄, 戴瑀如, 앞의 주 25, 174면; 陳棋炎, 黃宗樂, 郭振恭, 前揭註25, 頁171; 立法院秘書處編(2002), 『立法院公報』, 91권 40호(1), 타이베이: 立法院, 82면.

42) 대만 고등법원 1986년 제5호 판결.

43) 예를 들어 최고행정법원 86년 재판 제628호, 2461호, 91년 재판 제1948호, 95년 제319호 판결.

최고행정법원 91년 3월 26일 庭長法官聯席會議決議, 사법원 대법관회의 제620호에서 도 같은 해석을 진행하였다. 최고행정법원 판결문에 대한 내용은 郭欽銘(2008). “剩餘財產分配請求權相關問題研究,” 『東吳法律學報』, 19卷 3호, 頁111-112를 참고하기 바란다.

44) 林秀雄, 『親屬法講義』(6版). 타이베이: 自版, 2014, 135면.

다수의 의견에 따르면 청구권을 가진다는 것인데 그 원인은 잉여재산차액 분할청구권의 법적 성격은 재산권이며 사망자의 상대배우자가 권리행사를 진행하는 것이 공평성 이념에 부합된다고 주장하였다.⁴⁵⁾

부부가 이혼한 경우 부 혹은 처의 채권자가 재산차액분배청구권을 대위 행사하는 것을 방지하기 위하여 2002년 부부재산제를 개정하는 과정에서 제1030조1의 제3항에서 “제1항의 나머지 재산의 차액의 분배청구권은 양도하거나 상속할 수 없다. 다만 계약에 의한 승인 혹은 기소한 당사자는 해당 제한을 받지 않는다.”라고 규정하였으며 이를 일신전속권이라고 하고 있다. 그러나 이러한 의견은 학술계에서 큰 반응을 불러일으켰으며 이를 입법상의 착오라고 하였다. 그들의 의견에 따르면 잉여재산차액분할청구권은 부부 사이에서 발생하는 본질적으로 재산권일 뿐 부부간의 일신전속권에 속하는 것은 아니라는 의견이었다. 예를 들어 혼인의 무효 또는 혼전 재산 손해배상청구권은 일신전속권에 속하는 것이 아니라고 보며⁴⁶⁾ 만약 잉여재산차액분배청구권을 일신전속권이라고 보는 경우 거래안전에 유해한 것이며 상속권리를 가지고 있는 기타 상속자들에게도 불공평한 것이다.⁴⁷⁾ 학자들의 반대의 목소리가 커짐에 따라 2007년 민법개정시 제1030조1의 제3항의 일신전속권에 대한 규정을 삭제하였다.

그러나 분쟁은 여전히 존재하는바 『민법전』 제1011조⁴⁸⁾에 근거하여 “채권자가 부부의 일방의 재산에 이미 압류하였지만 변제를 받을 수 없는 때에 법원은 채권자의 신청에 의하여 별산제로의 변경을 선고할 수 있다.” 즉 이로부터 부부는 『법정재산제의 관계가 소멸되고』, 잉여재산차액분배청구권이 발생하며 채권자는 『민법전』 제242조에 근거하여 상대배우자에게 대위권을 행사할 수 있다. 그러므로 부부 일방의 채권자가 부부재산관계에 개입되면서 실제적으로 과반수 이상의 부의 채권자가 처를 향해 잉여재산 분할을 주장하는 현상이 존재하며 이는 부녀단체의 엄청난 비난을 받았다.

45) 林易典, “論法定財產制中剩餘財產分配數額之調整,” 『臺大法學論叢』, 제38권 3호(2009), 58면, 스위스 민법 제215조 제1항 및 독일민법 제11378조 제3항을 예로.

46) 林秀雄(2002), “剩餘財產分配請求權之再造,” 『月旦法學』, 89호, 15면; 陳棋炎, 黃宗樂, 郭振恭, 앞의 주 25, 167-168면.

47) 戴東雄(2002), 『親屬法別冊』.2002, 24면.

48) 제1011조: 채권자가 부부의 일방의 재산에 이미 압류하였지만 변제를 받을 수 없는 때에 법원은 채권자의 신청에 의하여 별산제의 변경을 선고할 수 있다.

이는 『잉여재산차액분배 청구권은 일신전속권이 아니다』라는 의견이 불러온 결과이다. 그러므로 2012년 12월 입법기간은 민법개정을 다시 진행하였으며 제1011조를 삭제하고 2007년에 삭제하였던 민법 제1030조1의 제3항의 규정을 다시 복구하였다.

이 부분에서 대부분의 민법학자들은 반대의 의견을 내세우면서 채권자가 부부의 재산관계에 대한 개입을 방지하려면 잉여재산분배청구권에 대한 채권자의 대위행사를 금지하면 되며 전속권리로 정의하지 말아야 한다는 것이다.⁴⁹⁾

3. 소 결

생존 상대배우자에 대한 보장은 다음과 같은 두 가지 원인으로 인하여 그 정당성을 가진다. 첫째는 사망자의 재산은 배우자의 협력과 밀접한 연관성이 존재하며 둘째는 평균수명의 연장과 더불어 상속의 개시 시간도 점진적으로 늦어지고 있으며 피상속인의 사망할 때 연세가 70대 혹은 80대가 되어 가며 그들의 자녀들도 역시 40대 혹은 50대에 이르는바 가정과 수입이 안정적이며 상속재산이 삶에서의 필요성이 낮아지고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 피상속인의 배우자는 고령자로서 수입원이 불안정하거나 없는 경우도 있으므로 그들에게 상속재산이 삶에 대한 필요성이 점차 높아지고 있다.

그러므로 인구의 고령화문제가 심각해짐에 따라 국가는 생전배우자에 대한 보장문제에 대하여 중시하고 있다. 예를 들어 19세기 말부터 지금까지 프랑스는 수차례의 법을 개정하였으며 최초의 법은 배우자가 「종신용익권」만을 가지며⁵¹⁾ 소유권을 가지는 것은 아니며 소유권은 사망자의 친족에 속한다고 규정하였다. 배우자가 사망 후 재산의 용익권도 소멸되며 친족의 소유권은 완전한 상태로 된다. 2001년 프랑스 민법은 배우자의 재산의 소유권도 상속승인을 하였다.⁵²⁾ 1980년 일본도 민법개정을 거쳐 배우자와 자

49) 林易典, 前掲註45, 頁59; 陳棋炎, 黃宗樂, 郭振恭, 앞의 주 25, 168면.

50) 有地亨, “現代家族と家族關係に関する諸法,” 有地亨編, 『現代家族法の諸問題』, 東京: 弘文堂, 1990, 14면; 中川善之助, 泉久雄編集, 『新版注釈民法(26)相続(1)相続総則・相続人』, 東京: 有斐閣, 1992, 305면.

51) 1891년 민법 제767조에서 배우자가 일부 상속재산(자녀가 있으면 4분의 1, 기타 2분의 1)에 대한 용익권을 가진다(usufruit, 생전 상대배우자의 사망과 동시에 소멸).

녀가 동시에 상속을 진행할 때 배우자의 배분율을 2분의 1로 제정하였다. 민법개정 배경은 역시 고령화 사회의 시대적 흐름에 따라 진행된 것이며 부부의 일방이 사망한 경우 배우자도 연령이 높은 관계⁵³⁾로 상속재산은 삶에 필요한 부분이며⁵⁴⁾ 2분의 1 배분율을 제정한 원인은 『일본민법전』 제 898조 및 제252조에 의하여 상속재산의 관리는 공동상속인의 다수결로 진행하기 때문에 배우자가 다수결로 인한 피해를 모면하기 위해서이다.⁵⁵⁾

대만은 비록 직접적으로 상속법을 개정하지는 않았지만 부부재산제의 조정을 거쳐 생전 배우자의 보장문제를 해결하려는 시도를 보였다.

V. 결 어

고령사회의 시대적 흐름 속에서 대만은 신분법에 관한 조정을 진행하였으며 성년자의 후견제도의 개혁과 부부재산제의 개정을 진행하였다. 전자는 판단능력이 떨어지는 고령자가 법적 행위를 진행함에 있어서의 협력수단이었고 후자는 사망 시 생전배우자로 하여금 일부 재산을 상속받음으로써 배우자의 노후생활을 보장하기 위한 수단이라고 볼 수 있다. 양자는 모두 입법수단으로 그 목적 달성을 진행하였다. 그러나 법적으로 개정이 되었지만 모든 문제를 해결할 수는 없다. 예를 들어 2009년 시행한 『성년후견제도』는 원래의 규정보다 많은 면에서 개정이 되었지만 피후견인의 행위능력을 과도하게 제한함으로써 피후견인의 실질적 수요에 만족을 할 수 없는 면에서 탄력성이 부족하며 후견인에게 부여한 권한이 과분하며 또한 감독이 결여되는 등 문제가 존재하는바 이는 『UN 장애인권리협약(Convention on

52) 제757조에 근거하여 배우자 및 자녀가 동시에 상속할 경우 생전 상대배우자는 상속유산에 대하여 4분의 1의 용익권을 가질 것인가 아니면 전부를 가질 것인가에 관해 선택할 수 있다.

53) 根據日本の厚生労働省大臣官房統計情報部人口動態・保健統計課「生命表」, 「簡易生命表」. <http://www.stat.go.jp/data/nenkan/zuhyou/y0227000.xls>(최종방문일: 2014/12/06). 1985年男性平均餘命74.78歲, 女性80.48歲.

54) 塙陽子, “配偶者相続權,” 林良平・甲斐道太郎編, 『穀口知平先生追悼論文集 제1권 家族法』, 東京: 信山社, 1992, 377면; 佐藤隆夫(1996). “配偶者の相続權について,” 『戸籍時報』, 461號, 頁4; 中川善之助, 泉久雄(2000), 앞의 주35, 126면.

55) 內田貴, 『民法IV 親族・相続[補訂版]』, 東京: 東京大學出版會, 2004, 376면.

the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)』에 저촉되는 부분이며 더 깊은 논의가 필요하다. 또한 1985년에 개정된 내용 중 부부잉여재산차액분배 청구권을 도입하면서 잉여재산이 적은 생전 배우자의 노후생활보장은 되었으나 이러한 권리가 전속적인 권리인지 상속이나 양도 및 대위행사가 가능한지 여부에 관해서는 근 30년간 수많은 논의와 번복이 있었으며 공통된 인식에는 도달하지 못했다.

가족법은 고령화 사회의 변화에 따라 개정되어야 하며 앞서 서술한 2가지 개정뿐만 아니라 기타 방면에서도 개정이 필요하다. 예를 들어 민법에서의 상속에 관한 내용 중 사망자의 유언에 의한 재산분할은 유증 외에 기타 유형의 처분에 관해서는 명문규정이 결여되었다. 그러나 대만의 법원이 최근 몇 년에 진행한 재산분할에 관한 재판에서 주로 유증과 상속재산의 배분율의 지정 혹은 유산분할방식에 관한 지정에 관한 사건이 존재하는데 양자는 등기, 시효, 대위상속 등에서 서로 다른 효력을 가지고 있다. 그러므로 고령화 사회와 가정형태의 다양성 배경 하에 이러한 다양한 문제점에 대한 계속적인 해석은 필요하며 피상속인의 상속재산에 대한 계획의 적극적인 진행을 추진하게 된다.⁵⁶⁾

고령화 및 가정형태의 변화는 대만의 가족법에 중대한 영향력을 가져오며 입법과 법의 해석에서 모두 상당한 개혁을 추진하였으며 이러한 노력과 시도는 계속 이어져 나갈 것이다.

56) 黃詩淳, “以遺囑處分遺產之方法與區別實益,” 『月旦法學』, 2014, 제225호, 245-257면.