

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論身心障礙者權利公約第 12 條法律能力之憲法實踐

—從歐洲經驗出發

The Constitutional Implementation of Legal Capacity
under Article 12 of CRPD with the Comparative Analysis
of European Experiences

黃立宇

Li-Yu Huang

指導教授：許宗力 博士

Advisor: Dr. iur. Tzong-Li Hsu

中華民國 106 年 6 月

June 2017



謝辭

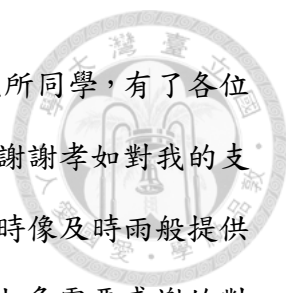


這本論文能夠順利完成，要感謝許多人。首先要感謝恩師許宗力教授的細心指導，正是因為修習老師在研究所開設的「社會國專題研究」課程，才開啟了我對身心障礙研究的視野，我也才能將這個課堂上的想法，發展成一本碩士論文。許老師學養深厚，在公務之餘仍不辭辛勞的為這本論文提供思想上的指引，不管是研究主題、研究方向、乃至於名詞翻譯，老師總是適時發現我的不足之處，將我拉回正確的航向，我也才能在這個基礎上，完成研究所生涯中最重要的碩士論文。

同時，也要感謝口試委員孫迺翊教授與黃詩淳教授所提供的寶貴建議，使論文在說理上可以更加詳盡與確實。孫老師與黃老師都是研究身心障礙者法律能力權益保障的權威學者，學富五車、著作等身。在文獻閱讀的過程中，老師們的著作給了我寫作上的重大啟發，也刺激著我從不同的角度去思考問題，這本論文也才能站在巨人的肩膀上看得更遠。

回首四年的研究所學習生涯，受教於許多老師，他們都對我的學術養成有重要影響。除了上述老師之外，特別還要感謝林子儀老師、許志雄老師、林明昕老師、林明鏘老師、黃舒芃老師。感謝老師們的細心教導，使我能在臺大公法組的環境中成長茁壯。我永遠都會記得老師們在課堂上的翩翩風采與諄諄教誨，也不會忘記作為一個法律人所應承擔的社會責任。臺大法律系帶給我許多美好的回憶，而今我也將帶著這份回憶前往人生旅途的下一站，感謝臺大願意給我機會實現人生的夢想，在此致上最由衷的感謝。

除了老師們的提攜，同窗間的鼓勵與支持也是完成這本論文所不可或缺的動力。謝謝冠璋與高稹同學在行政事務上所提供的協助，使我省去不少交通往來的時間，更要感謝擔任紀錄的高稹同學，對口試實錄的詳實記載，使這本論文可以更加完整。也要感謝天界與晁綱對於立法資料以及口試準備所提供的資訊（天界也是與我一起準備論文研討會的戰友），感謝廷振、舜宇、日昌、宗軒同學在論文研討會



上對本論文所提出的寶貴建議，並感謝所有參與論文發表的研究所同學，有了各位的參與，我也才能不斷的對內容進行反省與調整。最後，要特別謝謝孝如對我的支持與鼓勵，不僅全程參與整個寫作過程，且總是能在我思緒枯竭時像及時雨般提供我前進的方向與動力，指出我在思考上的不足之處。當然還有太多需要感謝的對象，但礙於篇幅無法一一致謝，請容我在此一併表達我最誠摯的感激。

我要謝謝家人對我包容與支持，感謝弟弟立明對家務的分擔，更要感謝父親與母親對我無微不至的照顧，使我可以心無旁騖的完成學業。感謝父母在我一無所有的時候做為避風港給了我依靠與鼓勵，使我能夠打起精神追逐人生理想，不會迷失方面。我要將這本論文獻給最敬愛的父親、母親、以及在天上的爺爺奶奶們，您的恩情，山高水長，千言萬語都不足以表達我的謝意，謹以此文代表我最無盡的感激與思念。

最後，也不能忘了國家社會對我的栽培，感謝社會對我的包容，感謝國家提供我一切有形與無形的資源，使我能在這塊土地上安身立命，找到自己的價值。經過這四年的洗禮，我更深刻的體認到，自由與民主對法治社會的意義，在於實踐人權、發揚人權、確保人性尊嚴與人格自由之發展與實現。在論文的寫作過程中，也使我更加確信，一個自由的社會，也必須是一個尊重人權的社會。而人權的檢驗標準之一，就是觀察少數與弱勢族群是否能像自由人般，在與他人平等之基礎上享有權利、負擔義務。我深刻認知到這一點：障礙者權利就是所有人的權利；人都會老，每個人都會在生命的最後一個階段需要某種程度的輔助與照顧。因此這本論文的研究對象除了身心障礙者之外，更是每一位在這塊土地上生活的人們；保障障礙者人權，就是保障全體人權。如果現實社會能因為這本論文的提倡，使得身心障礙者法律能力議題得到關注，甚至促進修法，就是我一作為一個自由公民，對這塊土地最誠摯的報恩。

2017年6月於萬才館 2416

摘要

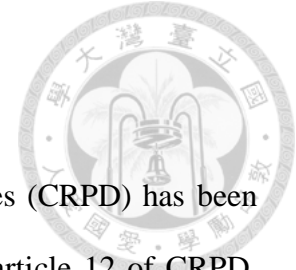


我國於 2014 年將聯合國身心障礙者權利公約納入法律體系，其中第 12 條依據 CRPD 委員會第 1 號一般性意見之詮釋，為實現輔助決定制，締約國不應剝奪障礙者之人格被法律平等承認之權利。我國現行民法監護制度（包括輔助宣告）之法律效果係對精神障礙或智能障礙者之法律能力為限制或剝奪，嚴重影響障礙者憲法權利之行使，屬於委員會所定義之替代決定制。對於公約義務之履行，本文關注的是，如何透過憲法解釋之方式調和公約與國內制度之落差，完成法律能力之憲法實踐。

對於公約實踐所涉及之監護議題，本文取徑歐洲經驗，藉由歐洲締約國之國家報告與委員會結論性意見，分析公約第 12 條在歐洲之履行現況以及國家對於法律能力之觀點；並介紹歐洲理事會之相關建議，梳理出作為歐洲共識之監護體系；最後，從歐洲人權法院在個案中對歐洲人權公約之解釋與適用，發現歐洲經驗與公約價值之落差。並在此基礎上，從三個面向對問題意識做出回應：首先，回應部分學說認為我國因未完成法定加入程序而不受國際法拘束之觀點，本文從「單方宣告」之國際法概念否認此看法，從而肯認我國負有履行公約之國際法義務；其次，對於「憲法實踐」之意義，本文從釋憲實務之分析，整理出 CRPD 得做為憲法解釋參考之結論，其意義在於透過憲法解釋之方式，確認「身心障礙者人格權」之憲法基礎，建構適於輔助決定制實現之法制環境；最後，透過 CRPD 第 12 條與歐洲經驗之輔助，以憲法第 22 條身心障礙者人格權作為審查基準，對民法監護制度與比例原則、正當法律程序與平等原則進行合憲性審查，從而得出違憲之結論，本文並提出三點建議作為日後修法參考。

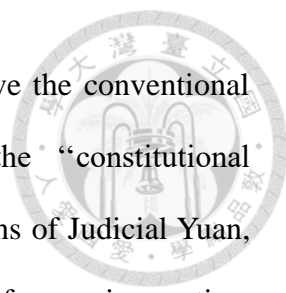
關鍵詞：成年監護、身心障礙者權利公約第 12 條、法律能力、輔助決定制、比例原則、正當法律程序、私生活權、判斷餘地、人格權

Abstract



The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) has been incorporated into the Taiwan legal system since 2014, above all, article 12 of CRPD, according to General Comment No. 1 of CRPD Committee, in order to implement the supported decision-making, the states parties should refrain from any actions that deprives persons with disabilities of the right to equal recognition before the law. The legal effect of the commencement of guardianship under Civil Code of Taiwan, including the commencement of assistance, deprives or restricts the legal capacity of persons with mental disability or intellectual disability, intervening the exercise of the rights under Constitution of R.O.C., and thus belongs to the so called substitute decision-making as defined by the CRPD Committee. The topic of this thesis is to reconcile the gap between article 12 of CRPD and the domestic legal system through the constitutional interpretation to fulfill the constitutional implementation of legal capacity under CRPD.

To discuss the implementation of CRPD concerning the guardianship system, the thesis starts from the European experiences, analyzes the implementation under article 12 of CRPD in European countries and their cognition to the legal capacity through the reports of European states parties and the concluding observations of CRPD Committee; introduces the recommendations of the Council of Europe as the common standard of European community; and finally, finds out the gap between the European experiences and the conventional value through the interpretation and the application of the European Court of Human Right on the European Convention on Human Rights. On the comparative ground, the thesis answers the topic in three dimensions: first, replying the cognition which argues that the Taiwan legal system is not subject to CRPD under international law, because the Taiwan government failed to accomplish the conventional accession procedure, the thesis denies the viewpoint by the notion of unilateral declaration



under international law, and thus, the Taiwan government does have the conventional obligation to perform CRPD; second, to the meaning of the “constitutional implementation”, the thesis analyzes the constitutional interpretations of Judicial Yuan, finds out that the international conventions may have the value of reference in practice, its significance is, through the constitutional interpretation, to confirm the constitutional foundation of the personality rights of persons with disabilities, and thus, to constitute the legal environment suitable for the implementation of supported decision-making; and last, with the cognition of article 12 of CRPD and the European experiences, the thesis examines the constitutionality of the guardianship system of Civil Code under the personality rights of persons with disabilities in article 22 of the R.O.C. Constitution with the principle of proportionality, due process of law, and the principle of equality, and finds out the conclusion on unconstitutionality, the thesis also provides three suggestions for the upcoming legal reform.

Keywords: adult guardianship, article 12 of CRPD, legal capacity, supported decision-making, principle of proportionality, due process of law, the right to private life, margin of appreciation, the personality rights

簡 目



謝辭	I
摘要	III
Abstract	IV
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第二節 研究範圍與本文架構	19
第三節 名詞定義與文獻回顧	22
第二章 CRPD 與歐洲國家監護法制	39
第一節 歐洲國家對 CRPD 第 12 條之實踐	40
第二節 CRPD 第 12 條在實踐上所面臨之困難	69
第三章 CRPD 與歐洲人權公約	77
第一節 歐洲理事會對身心障礙者法律能力之建議	79
第二節 歐洲人權公約與歐洲人權法院之監護圖像	98
第四章 CRPD 與我國監護法制	135
第一節 CRPD 與我國法秩序	135
第二節 CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐	161
第五章 結論與展望	215
第一節 CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐	215
第二節 修法建議	217
參考文獻	225

詳 目



謝辭	I
摘要	III
Abstract	IV
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
壹、研究動機	1
貳、問題意識	6
一、研究前提：以身心障礙者權利公約第 12 條為研究基準	6
(一) 第 1 號一般性意見對公約第 12 條之詮釋	8
(二) 關於公約第 12 條是否允許對法律能力為限制之爭辯	11
(三) 對於一般性意見拘束力之探討	13
二、CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐	15
(一) 是否實踐	16
(二) 為何實踐	16
(三) 如何實踐	17
第二節 研究範圍與本文架構	19
壹、研究範圍	19
一、以憲法實踐為主軸	19
二、以歐洲經驗為借鏡	19
貳、本文架構	21
第三節 名詞定義與文獻回顧	22
壹、名詞定義	22
一、身心障礙	22



二、智能障礙與精神障礙	26
(一) 智能障礙	27
(二) 精神障礙	31
三、監護制度	33
貳、文獻回顧	35
第二章 CRPD 與歐洲國家監護法制	39
第一節 歐洲國家對 CRPD 第 12 條之實踐	40
壹、比利時	40
貳、保加利亞	42
參、法國	44
肆、德國	47
伍、匈牙利	50
陸、立陶宛	52
柒、挪威	54
捌、西班牙	57
玖、瑞典	59
拾、烏克蘭	60
拾壹、英國	62
拾貳、歐盟對 CRPD 第 12 條之實踐	64
一、歐盟事務管轄原則	64
二、歐盟對 CRPD 第 12 條之權限與實踐	65
第二節 CRPD 第 12 條在實踐上所面臨之困難	69
壹、多數國家容許對法律能力為限制或剝奪	69
貳、部分國家欠缺履行公約第 12 條之善意	73
第三章 CRPD 與歐洲人權公約	77

第一節 歐洲理事會對身心障礙者法律能力之建議	79
壹、部長委員會 1999 年第 4 號建議	79
一、實體原則	79
二、程序原則	81
三、R(99)4 與 CRPD 之比較	82
貳、部長委員會 2009 年第 11 號建議	84
一、代理權授予	85
二、事前指示	90
三、Rec(2009)11 與 CRPD 之比較	91
參、Rec(2009)11、R(99)4 與 CRPD 之比較	92
一、適用主體	93
二、意定監護與輔助決定制	94
三、歐理會所建構之二元監護模式	95
第二節 歐洲人權公約與歐洲人權法院之監護圖像	98
壹、 <i>Shtukaturov v. Russia</i> 案	99
一、本案事實	99
二、涉及之法律	101
三、法院對於公平程序與私生活權之詮釋	102
(一) 公平程序	103
(二) 私生活權	105
貳、 <i>Stanev v. Bulgaria</i> 案	106
一、本案事實	106
二、涉及之法律	109
三、法院對於公平程序與私生活權之詮釋	111
(一) 公平程序	111
(二) 私生活權	114



參、歐洲人權公約之監護圖像	115
一、私生活權作為訴訟標的	115
二、判斷餘地與公平程序作為必要性之輔助判準	118
(一) 過度依賴比例原則，忽視其他合法要件之審查	127
(二) 公平程序作為私生活權之判斷標準	129
三、容許有條件之替代決定制	132
第四章 CRPD 與我國監護法制	135
第一節 CRPD 與我國法秩序	135
壹、CRPD 與國際法效力	135
貳、CRPD 與內國法效力	142
一、一元論與二元論	142
(一) 一元論—國際法優先說	143
(二) 一元論—內國法優先說	143
(三) 二元論	144
二、CRPD 在我國之法位階	144
(一) CRPD 與法律	148
(二) CRPD 與憲法	150
三、小結	159
第二節 CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐	161
壹、人格權作為法律能力之基本權基礎	162
一、憲法解釋之人格權圖像	162
二、建構「身心障礙者人格權」作為本文權利範疇	172
(一) 憲法上之依據	172
(二) 身心障礙者人格權之內涵	173
(三) 身心障礙者人格權與其他基本權之關係	178



貳、從障礙者人格權檢視監護制度之合憲性	181
一、障礙者人格權與比例原則	182
(一) 目的正當性	183
(二) 手段適合性	184
(三) 手段必要性	185
(四) 限制妥當性	194
二、障礙者人格權與正當法律程序	195
(一) 當事人之程序參與權	197
(二) 監護宣告與輔助宣告之定期檢討	199
三、障礙者人格權與平等原則	201
(一) 平等原則與實質平等	204
(二) 差別待遇之存在	205
(三) 審查密度之選擇	207
(四) 目的正當性	209
(五) 實質關聯性	210
參、小結	212
第五章 結論與展望	215
第一節 CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐	215
第二節 修法建議	217
壹、歐洲經驗之啟發：輔助決定制之實現非一蹴可幾	218
貳、近程目標：修改與憲法抵觸之法律	219
參、中程目標：增設意定監護與事前指示機制	221
肆、遠程目標：廢除對法律能力為限制之制度	222
參考文獻	225

圖目錄



圖一：ICF 之判斷因素.....	24
圖二：人類功能之概念架構.....	29
圖三：監護制度之模型.....	96
圖四：比例原則之判斷因素.....	121
圖五：判斷餘地之功能.....	124
圖六：憲法解釋之人格自由保障體系.....	171

表目錄

表一：大法官對國際人權公約之引用模式	154
表二：憲法解釋之人格概念	166





第一章 緒論

第一節 研究動機與問題意識



壹、研究動機

身為自由人，我們一生中都在做各式各樣的決定，決定從事什麼樣的工作、決定與何人締結買賣契約、決定住在哪裡、決定發表之言論、決定交往、結婚之對象、決定是否生育或收養子女、決定養育子女之方式、決定如何行使投票權、決定今天要幾點起床、吃些什麼、做些什麼、決定要用什麼樣的態度面對寶貴的一生。有些決定使我們滿意、獲益良多，但也有很多決定使我們懊悔，使我們受傷：選錯科系、找錯工作、揮霍青春、虛擲金錢、所託非人、遇人不淑、相見恨晚、暴飲暴食弄壞身體、投票時看走眼；錯誤的決定使人傷痕累累，卻也使我們更認識自我，如果願意，可以從錯誤中學習到寶貴的經驗，此也不失為是一種收穫；而決定的對錯之間往往是相對的，這取決於看待事情之角度，不同主體間之價值觀也是相對的，因為很難找到一種絕對、普世—能夠作為所有價值基礎之—衡量基準。¹因此，這些決定對我們來說，之所以重要，不是在於它們的正確性，不是因為這些決定背後代表最好、最佳之利益，而是這些「決定」本身就是「目的」，就是身而為人最重要之價值，當人民有「權利」做出各種決定時，他才是完整的主體；也只有當法律願意尊重人民之自我決定並賦予其應有之法律效果且不受他人非法干預時，「決定」始能作為一實質—而非形式且空洞之決定。

若要確保人民之自我決定能夠實現，就必須在法律體系中加以保障。前述各種決定，都可以在憲法中找到對應的權利基礎。例如（但未窮盡）：締結買賣契約之

¹ 本文對價值觀之預設係採取「價值相對主義」。See Hans Kelsen, *What Is Justice?* in *What Is Justice?* 21-24 (University of California Press 1971).

契約自由，為憲法第 15 條財產權、第 22 條概括基本權所包括。²決定居住地點則涉及憲法第 10 條居住遷徙自由。³而選擇結婚之對象、收養、生育子女之決定，則涉及釋憲實務所肯認之結婚自由與婚姻家庭之制度性保障。⁴決定生活作息之「營私人生活之自由」，儘管非憲法條文所列舉，釋憲實務也未曾明確說明，然透過憲法第 22 條概括條款，仍可承認此權利之存在，蓋此「營私人生活」之權利，與其他憲法所明文保障之基本權，應具有本質上之重要性。而歷來釋憲實務涉及憲法第 15 條居住遷徙自由之解釋時，都會強調「係指人民有選擇其居住處所，**營私人生活不受干預之自由**」⁵，可見釋憲者有意識到這類決定，往往也會涉及到私人生活領域之人格實現，而有必要在憲法基本權保障體系中加以肯認。

這些決定之背後，都有一共同前提，這個前提使人民具備做決定的資格與地位，使人民之決定具有法律上之效力。這個前提就是**權利能力與行為能力**。權利能力者，為享有權利、負擔義務之能力。⁶行為能力者，指能依自己之意思表示，使該特定行為具有法律效果之資格。⁷權利能力與行為能力依法不得拋棄（民法第 16 條）。權利能力為權利之根本基礎，如果喪失此能力，則人就不再是權利主體，而是淪為客體。而行為能力則會考量特定要素，如年齡、心智狀態而有所變動。前者如民法各以 7 歲與 20 歲作為無行為能力、限制行為能力與完全行為能力之分界線

² 司法院釋字第 716 號解釋：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，為憲法第十五條財產權及第二十二條所保障之權利，使契約當事人得自由決定其締約方式、內容及對象，以確保與他人交易商品或交換其他生活資源之自由。」

³ 司法院釋字第 443 號解釋：「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有任意移居或旅行各地之權利。」

⁴ 司法院釋字第 712 號解釋：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。」釋字第 748 號解釋，「適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由。該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權，應受憲法第 22 條之保障。」

⁵ 前揭註 3，其他相同看法，參閱司法院釋字第 739 號、第 710 號、第 709 號解釋。

⁶ 王澤鑑（2016），《民法總則》，第 5 版，頁 130，台北：自版。

⁷ 王澤鑑，前揭註 6，頁 143-144。

(民法第 13 條)。後者則以「因**精神障礙或心智缺陷**，致其為意思表示、受意思表示或識別其意思表示之能力」之程度有無或高低，再區分為監護宣告與輔助宣告(民法第 14 條與第 15-1 條)。前者依法無行為能力(民法第 15 條)，後者則在特定列舉範圍內之法律行為，應獲得輔助人之同意，始得為之；而純獲法律上之利益，或依其年齡、身分、日常生活所必需者，則例外不需其同意(民法第 15-2 條)。因此，對受輔助宣告之人而言，其特定種類之決定在滿足輔助人同意之要件前是無法生效的，故而在此範圍內為限制行為能力之人；⁸而受監護宣告之人不僅喪失行為能力，甚至監護人就是其法定代理人(民法第 1113 條準用第 1098 條)，其作出有效意思表示之行為能力受到嚴重干預。

從而，受監護宣告之人，其財產權之契約自由受到剝奪，選定住居所之遷徙自由受到剝奪、至於結婚、離婚、收養等涉及身分關係之意思表示，則因現行實務通說採取「區分說」之立場，使民法總則監護宣告制度所剝奪之行為能力，限縮於財產法之事務領域，而身分關係之行為能力，則以「**識別能力**」為獨立之判準，不受監護宣告之影響。⁹而識別能力者，指辨別事理之能力，即知悉其行為意思表示之法律內容與法律效果，此相當於構成行為能力基礎之意思能力。¹⁰從而受監護宣告之人，為特定身分行為時(例如合意離婚)，若行為時具有識別能力，了解該意思表示之法律內容與法律效果，其與配偶間之離婚意思表示合致，則離婚仍具有法律效果。¹¹惟婚姻家庭領域，不是只有結婚、離婚、收養、認領等意思表示而已；身

⁸ 陳聰富(2013)，〈自然人的行為能力及住所〉，《月旦法學教室》，第 129 期，頁 46。林誠二(2010)，〈受輔助宣告人之行為能力與責任能力〉，《台灣法學雜誌》，第 143 期，頁 150-152。

⁹ 前司法行政部(64)台函民字第 03282 號。

¹⁰ 參閱，王澤鑑，前揭註 6，頁 145，350。陳聰富，前揭註 8，頁 42。陳自強(2014)，〈台灣及中國任意監護的一些觀察〉，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》，頁 43，台北：新學林。學者吳建昌教授進一步將意思能力定義為，在特定時空情境下，法律對心智能力所需之最低標準。參閱，吳建昌(2014)，〈意思能力與成人監護〉，收錄於：周煌智(編)，《司法精神醫學手冊》，頁 322-323，台北：台灣精神醫學會。

¹¹ 黃詩淳(2015)，〈障礙者人權與成年監護制度〉，《人權會訊》，第 117 期，頁 31。

分關係之經營，往往仰賴日常人際互動加以維繫，而日常事務則不可避免涉及財產事務，例如，夫妻財產制依前述區分說的立場，應屬於財產事務，受民法總則監護宣告效力拘束，如此，夫妻一方如欲與他方締結夫妻財產制，則必經法定代理人之同意，始得成立生效。在其他基本權利方面，受監護宣告者之選舉權，依公職人員選舉罷免法第 14 條規定，受監護宣告而尚未撤銷者，無選舉權，此項公民權即因監護宣告之法律效果連帶受到影響。由上述說明，足見受監護宣告之人，無法享有此項憲法所保障之公民權。其他限制尚有，依行政程序法第 22 條規定，無行為能力之自然人，無行政程序法之行為能力，由其法定代理人代為行政程序行為；依民事訴訟法第 45 條，受監護宣告之人因無行為能力而無訴訟能力，應由法定代理人代理其訴訟行為；限制其依法享有之正當行政程序¹²與憲法第 16 條所保障之訴訟權。

受輔助宣告之人，儘管行為能力所受到之限制遠低於受監護宣告之人，¹³但其若干基本權仍受到影響；依民法第 15-2 條所列舉之內容，影響主要以財產權、訴訟權與繼承權為主。以訴訟權為例，如輔助人不同意受輔助宣告人之訴訟行為，則該行為不生任何訴訟上之效力，此嚴重干預人民訴訟權之行使。

我國民法監護制度自 2008 年修法並於 2009 年施行以來，法院所處理之監護案件（連同輔助宣告在內），據資料統計呈現上升趨勢。從 2009 到 2016 年，地方法院監護案件的結案數，從 3992 件成長到 8629 件；其中自 2015 年為止，監護宣告裁定之數量從 2430 件成長到 3385 件，輔助宣告則是從 3 件成長到 653 件。¹⁴每一個監護裁定、輔助裁定的背後，都代表身心障礙者之行為能力受到國家之限制與

¹² 司法院釋字第 709 號解釋。

¹³ 法務部，法律字第 0999028171 號函釋。

¹⁴ Sieh-Chuen Huang, *Adult Guardianship in Taiwan: a Focus on Guardian Financial Decision-Making and the Family's Role*, 9 J. INT'L AGING L. & POL'Y 127, 133 (2016). 司法院統計處（2017），《中華民國 105 年司法統計年報》，表 9-103，台北：司法院。其中 2009 至 2015 年的資料，引用自黃教授之分析，至於 2016 年監護案件之結案數據，引用自司法院統計年報。

剝奪，也使其憲法所保障之相關基本權利連帶受到影響，隨年遞增的監護案件量，更加突顯障礙者法律能力議題之重要性。

本文所關注之課題，為此監護宣告與輔助宣告制度，對「精神障礙或心智缺陷」人民之行為能力所為之限制或剝奪，是否合乎憲法基本權之保障規範。觀諸司法院釋字若干解釋可以發現，以釋字第 585 號解釋為例，大法官在說明財產權之內涵之前，提到「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換。」以人格之發展自由作為財產權保障之前提；此外，在釋字第 659 號解釋，說明職業自由之內涵時，也以「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要...」作為憲法保障職業自由之前提；相同內容，還有釋字 689 號，在解釋身體權與一般行為自由之內涵時也各自提到「基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展...」在提及婚姻家庭自由¹⁵、隱私權¹⁶、結社自由權¹⁷、名譽權¹⁸時，大法官一再不厭其煩重述上開「保障人格自由發展」之要旨。足見我國基本權利保障體系，是以保障人格自由發展作為共通前提。最明顯的例子在釋字第 603 號，在說明隱私權作為憲法保障之權利時，大法官提到，「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」¹⁹直接將人格自由發展列為我國自由民主憲政秩序之基石。

從上述脈絡可以發現，民法監護宣告、輔助宣告制度，除直接構成對若干基本權行使之限制外，更重要的，是直接限制自由民主憲政秩序的核心價值：人在社會上，若無法自由作出有效意思表示，諸事須仰賴法定代理人代為或代受意思表示，或在輔助宣告的情況，須獲得輔助人之同意，始得為特定財產權之處分或負擔行

¹⁵ 司法院釋字第 522 號、第 554 號、第 696 號、第 712 號解釋。

¹⁶ 司法院釋字第 585 號、第 603 號、第 631 號、第 689 號解釋。

¹⁷ 司法院釋字第 644 號解釋。

¹⁸ 司法院釋字第 656 號解釋。

¹⁹ 相似語句，請參照，司法院釋字第 689 號與第 712 號解釋。

為、訴訟行為、遺產之分割或拋棄—受監護宣告之人甚至被剝奪選舉權，如此，其人格之自由發展與實現必受到嚴重阻礙與干預。

對特定人民行為能力為限制或剝奪之監護宣告與輔助宣告制度，如何在憲法基本權保障之脈絡中予以評價，其能否通過憲法第 23 條比例原則、正當法律程序與第 7 條平等原則之檢驗，則為本文所探討之核心課題。

貳、問題意識

一、研究前提：以身心障礙者權利公約第 12 條為研究基準

本文對於此議題之開展，考量到監護宣告與輔助宣告所適用之主體為「精神障礙或心智缺陷」之人民，此亦與我國身心障礙者權益保障法（以下簡稱身權法）所適用之身心障礙族群有高度關聯；身心障礙之定義，依照身權法第 6 條，「本法所稱身心障礙者，指下列各款身體系統構造或功能，有**損傷**或**不全**導致顯著偏離或喪失，**影響其活動與參與社會生活**，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊**鑑定及評估**，**領有身心障礙證明者**：」其中第 1 款「神經系統構造及精神、心智功能。」之損傷或不全，就是民法監護宣告與輔助宣告制度所適用之主體。此外，立法院於 2014 年通過並施行之「身心障礙者權利公約施行法」，將聯合國身心障礙者權利公約（The Convention on the Rights of Persons with Disabilities，以下簡稱 CRPD）納入我國法律體系²⁰，CRPD 第 1 條，對身心障礙定義為：「**具有長期的物理、心理、智能或感官之損傷，其與不同種類的障礙進**

²⁰ 依施行法第 2 條規定，CRPD 具有國內法律之效力。CRPD 肯認障礙者為「權利主體」，而非僅是慈善或社會政策所照顧之對象，並在此基礎上確立國家所應履行之國家義務。參閱，王國羽（2008），〈聯合國身心障礙者權利公約對我國的啟示〉，《社區發展季刊》，第 123 期，頁 106-108。See Gerard Quinn, *A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 1 EUR. Y.B. DISABILITY L. 89, 89-93 (2009).

行互動，阻礙他們在與他人平等的基礎上完全的、有效的社會參與。」²¹在公約的定義下，適用監護與輔助宣告制度之主體，則為心理或智能損傷或不足之人。身權法與 CRPD 對於障礙者的定義在某種程度上是相似的，也就是著重在身體機能之損傷，造成障礙者參與社會時之障礙。監護宣告與輔助宣告制度對障礙者行為能力構成限制的另一項證明，在於家事事件法第 167 條第 2 項，其規定法院應對應受監護宣告之人之精神或心智狀況訊問鑑定人後，始得為准駁之裁定，而鑑定應有精神科專科醫師或具精神科經驗之醫師參與。進一步肯認此制度的適用主體，為智能障礙與精神障礙者。

我國監護與輔助宣告制度是否侵害障礙者在憲法上所享有權利？對此問題，本文以 CRPD 所揭示之權利為出發點，其中又以第 12 條為核心論點：

CRPD 第 12 條（在法律前的平等承認）

締約國肯認障礙者有被法律承認為人的權利。（第 1 項）

²¹ 本文使用之公約文本，儘管聯合國與我國皆有提供官方中譯版，但考量專有名詞翻譯之精準度以及為符合我國障礙研究社群之用語習慣，本文所使用之公約文本，以聯合國身心障礙者權利委員會網站所公佈之英文版為基準，如有使用中文之必要者，乃本文自行翻譯為之，合先敘明。參閱，<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx>（最後瀏覽日：2017 年 3 月 15 日）。此種強調「障礙與社會間互動」的觀察模式，也正呼應學理「典範移轉」（paradigm shift）—從醫療模式到社會模式—之分析，參閱，廖福特（2008），〈從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，頁 172-176。See Arlene S. Kanter, *The Development and Adoption of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, *The Development of Disability Rights under International Law* 30-31 (Routledge 2015). 其他有關社會模式的介紹，參閱，Rannveig Traustadóttir, *Disability Studies, the Social Model and Legal Development*, in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* 8-15 (Oddný M. Arnardóttir & Gerard Quinn eds. Martinus Nijhoff publishers 2009). 社會對障礙者所建構之社會障礙之一，就是透過對法律能力之限制，干預其自我決定權之行使。See Gerard Quinn, Theresia Degener, *The Moral Authority for Change: Human Rights Values and the Worldwide Process of Disability Reform*, *Human Rights and Disability: the Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability* 14-16 (United Nations 2002).



締約國應承認障礙者在與他人平等的基礎上，在所有生活領域中享有法律能力。(第 2 項)

締約國應採取適當措施，提供障礙者在行使法律能力時所需要的支持。(第 3 項)

締約國應確保所有涉及行使法律能力的措施時，在符合國際人權法下提供適當與有效之避免濫用之保護機制。此類保護機制應確保涉及到法律能力之行使時，應尊重其權利、意願與偏好，免於利益衝突與不當干預，合乎比例且密切符合本人狀況，能盡快適用，能由適任、獨立、公正的司法機關或行政機關定期檢討。影響障礙者權利與利益的防止濫用機制應合乎比例。(第 4 項)

締約國應採取一切適當與有效的措施，確保障礙者享有財產或繼承財產、掌握其經濟事務，平等享有與銀行借貸、抵押與其他形式的金融信貸的平等權利，且應確保障礙者不被任意剝奪財產。(第 5 項)

(一) 第 1 號一般性意見對公約第 12 條之詮釋

CRPD 之監督機關，聯合國身心障礙者權利委員會 (Committee on the Rights of Persons with Disabilities) 對第 12 條的解釋，依據委員會於 2014 年所通過之第 1 號一般性意見，²²其首先區分法律能力 (legal capacity) 與心智能力 (mental capacity) 前者包括享有權利與負擔義務之能力 (legal standing) 以及行使權利與義務之能力 (legal agency)，後者則指涉決策能力，此會依據各種不同 (包括環境與社會要素)

²² CRPD 委員會依據公約第 39 條，「委員會得根據締約國所提交之報告與資訊，提出一般性的建議 (general recommendations)...」，具有做出一般性意見之權限。此種機制不是 CRPD 所獨有，在聯合國公政公約、經社文公約、消除對婦女一切形式歧視公約中，也賦予公約主管機構作出相類建議之權限。此類一般性意見，不僅彰顯公約主管機構對特定公約條文之詮釋觀點，更突顯委員會與締約國間之價值落差。有關一般性意見之介紹，參閱，張文貞 (2012)，〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，第 1 卷第 2 期，頁 25-29。

要素而因人而異。公約第 12 條第 2 項所謂「在平等的基礎上享有法律能力」，委員會認為，心智缺陷或其他歧視性標籤並非否認法律能力之正當理由。²³依照此種區分，法律能力以下的 legal standing 與 legal agency 則各可以對應到我國民法之權利能力與行為能力，我國監護宣告與輔助宣告就是針對法律能力中之行為能力為限制或剝奪之機制。這也符合此一般性意見所觀察到的，大多數障礙者在法律能力上所受到的限制是指行為能力的部分。²⁴委員會也注意到，多數國家在判斷是否限制或剝奪障礙者法律能力時，共有三種判準：(1) 基於損傷的診斷（狀況方法，status approach），(2) 基於決定的後果考察（結果方法，outcome approach），以及 (3) 認為障礙者的決策能力是有缺陷的（機能方法，functional approach），委員會認為，這三種方法不僅歧視性的針對障礙者，其也預設一個公式：人類心智的內部運作可以精準的評價。因此當障礙者無法通過評量，此項被法律平等承認的權利就可以被剝奪。公約不允許此種歧視作法，而要求國家為法律能力之行使提供必要之輔助措施。²⁵

CRPD 第 12 條的核心宗旨是禁止以障礙（包括：狀況方法、結果方法與機能方法）為由限制或剝奪障礙者之法律能力，²⁶在第 2 項的基礎上，公約第 3 項要求締約國對障礙者提供必要之輔助措施，協助其行使法律能力。而輔助措施並無特定的方式，包過正式或非正式，也包括無障礙或是通用設計，也可以透過預先指示（advance directive）的方式，當本人預期到將來可能無法完整表達其意願的情形時，即預先做好決定，此種決定受到法律之承認，不受心智能力之影響，障礙者也有權對此決定之生效條件或期間為限制。²⁷

²³ CRPD Committee, *General Comment No. 1*, para. 13, CRPD/C/GC/1 (2014).

²⁴ *Id.* at para. 14.

²⁵ *Id.* at para. 15.

²⁶ *Id.* at para. 25.

²⁷ *Id.* at para. 17.

值得說明的是，此號一般性意見明白反對「最佳利益」的解釋方法，而應以「意願與偏好的最佳詮釋」加以取代。²⁸此顛覆長久以來的典範，因此，即便這個決定在旁人眼光或客觀上來說是錯誤的，乃至於承擔過大的風險，也值得獲得他人的尊重，蓋承擔風險與犯錯－也是一項權利。²⁹

國家有義務不對障礙者在法律上之平等承認為剝奪；國家也應預防國家以外之私人對此項權利－特別是法律能力－為干預。³⁰委員會認為，為實現法律能力之保護，**國家應廢除歧視性的以障礙為由－不論是目的或效果－對於法律能力所為之否定。**³¹在委員會對各國提交之國家報告所提出之結論性意見，也一再強調，「國家應對監護法律為檢討，並採取行動**以輔助決定制取代替決定制**，蓋其尊重人的自我決定、意願與偏好。」所謂的替代決定制包括：完全監護 (plenary guardianship)、部分監護 (partial guardianship)、司法禁制令 (judicial interdiction)。它們的特色是，剝奪法律能力，並為其指派可能違反其意願之「替代決定者」，此替代決定者會以其認為之最佳利益，而非符合本人意願與偏好之方式，為本人作出決定。而替代決定制與輔助決定制亦無法並存，國家有義務以後者取代前者，一個並行的體制無法實現公約意旨。³²

參照上述觀點，我國民法監護宣告對障礙者行為能力之剝奪 (民法第 75 條)，並賦予監護人之代理權限 (民法第 76 條)，應屬於第 1 號一般性意見所定義之替代決定制；³³至於輔助宣告，儘管未達對行為能力為完全剝奪之程度，但考量到輔

²⁸ *Id.* at para. 21.

²⁹ *Id.* at para. 22.

³⁰ *Id.* at para. 24.

³¹ *Id.* at para. 25.

³² *Id.* at para. 26-28.

³³ 參閱，黃詩淳 (2016)，〈從心理學的老化理論探討臺灣之成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，第 256 期，頁 75-76。

助人仍享有一定程度之決策權限（民法第 15-2 條），此仍屬替代決定制之形式之一。



（二）關於公約第 12 條是否允許對法律能力為限制之爭辯

究竟公約第 12 條是否允許對障礙者之法律能力為限制？此乃本文進入問題意識前之先決問題，如果公約「不禁止」對能力為限制或剝奪，則重點就會放在國家對障礙者能力為剝奪時所應注意之原則，如比例原則、正當程序；反之，如果公約禁止對障礙者法律能力為干預，則問題就會是如何在此基礎上建構障礙者法律能力行使之保護機制。這是二種不同的典範，一種是傳統所強調的家父長主義式之監護機制，藉由對法律能力之干預、監護人代理權限之賦予，實現保護目的；另一種則是有別於舊的典範，以尊重障礙者作為決策主體而具有法律能力為前提，協助其表達意願、並提供決策所需之資訊，排除有形的社會環境與無形的法律制度對法律能力之行使所建構之阻礙，第 1 號一般性意見稱此為輔助決定制。

如果單從公約第 12 條之文義解釋出發，似無法就此問題得出答案，第 2 項之「法律能力之平等享有」、第 3 項之「提供行使法律能力所需之輔助措施」、第 4 項「避免輔助措施遭到濫用之保護機制」等，皆未明文禁止對能力為限制。³⁴從而在特殊情況下，例如因精神障礙、智能缺陷使本人為意思表示之能力有欠缺或不足時，以符合同條第 4 項比例原則之方式對能力為適當限制，與公約規範意旨並無牴觸。³⁵

³⁴ See Amita Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past Lodestar for the Future?* 34 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 429, 460-461 (2007).

³⁵ 參閱，黃詩淳，前揭註 11，頁 30。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》，第 233 期，頁 140。See Volker Lipp & Julian O. Winn, *Guardianship and Autonomy: Foes or Friends?* 5 J. INT'L AGING L. & POL'Y 41, 54-55 (2011). Michael Bach, *The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Key Concepts and Directions from Law Reform* 5-6 (Institute for Research and Development on Inclusion and Society 2009).

第二種觀點，則是從委員會第 1 號一般性意見出發，認為第 12 條第 4 項之真義並非「對法律能力為限制時應遵循之比例原則」，而是強調任何對法律能力行使之「保護機制」應合乎比例並密切符合本人之狀況。後者仍是以輔助決定制為基礎，無法以第 4 項反推公約肯認在特殊狀況下仍容許對法律能力為限制之機制。³⁶類似的觀點，認為儘管無法透過文義解釋得出「公約禁止對法律能力為剝奪」之結論，然而，依據維也納條約法公約第 31 條，條約之解釋應參照其目的與宗旨為善意解釋，故而從公約前言、整體之規範意旨以及公約起草資料綜合觀之，「法律能力的平等與不歧視」正是公約所保障之權利能否實現之關鍵。法律能力之完整承認，才能以此種解釋方法獲得肯認。³⁷

本文認為上述二說皆符合法律解釋之原則，實則要用何種解釋方法對第 12 條為詮釋，往往方法的選擇也連帶決定論證之結果。確實，單從條文文義是看不出「禁止對能力為限制」、「輔助決定制」做為公約之規範意旨，而必須藉由 CRPD 委員之一般性意見始能對上開內容加以確認。從而，公約解釋的二種觀點－委員會之觀點與學理上之觀點－本文究應採何者作為第 12 條之定論，也因此就是一種學術觀點的**選擇**，換言之，這僅是一種學術研究方法的選擇（或自我限縮），而非法條解釋對錯之判斷³⁸。本文的研究主題為國際法與內國法之交錯，探討 CRPD 第 12 條

³⁶ See Arlene S. Kanter, *The Right to Legal Capacity and Supported Decision-Making under Article 12, The Development of Disability Rights under International Law* 258-259 (Routledge 2015). Kristin Booth Glen, *Changing paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond*. 44 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 93, 134-138 (2012). Michael L. Perlin "Striking for the Guardianship and Protectors of the Mind": *the Convention on the Rights of Persons with Mental Disabilities and the Future of the Guardianship Law*, 117 PENN ST. L. REV. 1159, 1176-1177 (2013). Marianne Schulze, *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* 86-87 (Handicap International 2010), available at http://www.hiproweb.org/uploads/tx_hidrtdocs/HICRPDManual2010.pdf (last visited March 15, 2017).

³⁷ See Dhanda, *supra* note 34, at 456-462. 應特別說明的是，儘管 Dhanda 教授認為公約第 12 條透過文義解釋，似不禁止替代決定制，然而藉由起草資料、公約整體規範目的之探求，毋寧「法律能力之充分保障」，才是更符合公約意旨之解釋。

³⁸ 基於研究能量與篇幅之限制，本文必先對此先決問題為取捨，然而採取其一，亦不當然代表對他者之否定，而僅是對論文問題意識基於論述所為之必要選擇。

法律能力在憲法之實踐，從而公約第 12 條在論文中就必須以國際法之意義加以理解，具有國際法意義之第 1 號一般性意見對第 12 條之詮釋，也因此連帶被本文選定為解釋基準。綜上所述，第 12 條被本文理解為「以法律能力之平等享有為基礎之輔助決定制」，並以此觀點作為開展問題意識之前提。

（三）對於一般性意見拘束力之探討

誠然，上述一般性意見之意旨是否對我國法秩序有拘束力，又是另一層面的問題。CRPD 之法律效力，按照公約施行法第 2 條，具有內國法律之效力，第 3 條則規定，適用公約應參照 CRPD 委員會對公約之詮釋。對此而言，至少就法律的層次上，公約之適用依據，主要還是以公約施行法與公約文本為主，然透過施行法第 3 條，使得委員會之一般性意見取得相當之「參考效力」。並參照第 3 條立法理由，所應參照之範圍尚包括：立法意旨、一般性建議、對國家報告之審查、及對個人申訴處理之意見等，從而我國行政機關、法院在適用公約時便無法完全對一般性意見視若無睹。有觀點認為，考量到一般性意見被國際法院、內國法院所陸續引用之趨勢，其實際應作為公約之權威解釋，對締約國間也具有某程度之拘束力。³⁹本文認為，如果將此觀點適用於內國法，較無疑義，至少公約施行法第 2 條、第 3 條為此論點提供法律基礎；但對於憲法解釋而言，大法官不受公約施行法之拘束，CRPD 與一般性意見亦非憲法解釋之標的與基準。儘管本文以第 1 號一般性意見作為公約第 12 條之解釋基準，但應說明的是，此也僅在處理「國際公約之有權解釋為何」的範疇，內國法院與釋憲機關，如在個案上有解釋公約之必要時，仍應按其各自所適用之法律（或法源）進行解釋。換言之，公約之有權解釋與大法官對公約之解釋，確實可能與一般性意見存在差異（本文第四章會對此部分為說明），是否以一般性意見作為解釋公約之依據，毋寧是一種法學解釋方法之「選擇」—大法官得直接對公約進行解釋（而不透過一般性意見），亦得參照一般性意見作出結論—對此，本文選擇以第 1 號一般性意見作為 CRPD 第 12 條之解釋基準，不意味著現實上大法官

³⁹ 張文貞，前揭註 22，頁 39-40。

官就**必須**參照此一般性意見對公約進行詮釋（除非憲法明文）。惟不可否認的，一般性意見至少在國際法領域具有直接的拘束力，並作為公約條文之解釋依據，本文正是在這個基礎上，開展問題意識對障礙者法律能力之行使在監護議題之探討，意即－CRPD 第 12 條法律能力之平等享有應如何在我國憲法秩序中實踐？⁴⁰

因此，CRPD 委員會對公約第 12 條所為之詮釋，應如何妥適的在我國憲法秩序中實踐，便是本文首要處理的問題。特別是第 2 項所強調的，國家應承認障礙者之法律能力（legal capacity），第 3 項輔助措施與第 4 項避免濫用、尊重意願、偏好、合乎比例並符合本人的狀況、法院或機關的定期檢討。公約意旨並不支持締約國限縮障礙者之法律能力，而是以輔助、支持等手段填補其能力在行使時的不足。從第 5 項所強調的確保障礙者掌握經濟事務的能力，更可以看出公約並非限縮其掌握財產之能力，而是確保其財產權之行使，不因障礙之因素受到干預。

相較於 CRPD 對障礙者法律能力所採取輔助立場，我國監護與輔助宣告制度對障礙者行為能力所為之限制或剝奪，二者之間存在明顯的落差。應如何在我國法秩序中－特別是憲法領域－評價這層落差，就是本文所要處理的課題。我國於 2016 年 12 月完成首次 CRPD 國家報告，其中關於公約第 12 條之履行：

身心障礙者為我國《民法》所保護之對象，擁有凡為自然人皆擁有的權利能力。《民法》中設有監護宣告或輔助宣告機制，得保護無行為能力或無意思能力人之財產權。並訂定得純獲法律上利益，或依其年齡與身分、日常生活所必須者，受監護或輔助宣告之人亦能行使其同意權利，以維護其生活及權利。⁴¹

⁴⁰ 從而國際公約在國際法之解釋與在內國法之解釋，在本文之理解中也是一個應加以區別之知識範疇。

⁴¹ 中華民國身心障礙者權利公約首次國家報告專要文件，第 75 段，衛生福利部網站，<http://www.sfaa.gov.tw/SFAA/Pages/Detail.aspx?nodeid=846&pid=5534>（最後瀏覽日：2017 年 3 月 15 日）。

可以發現，此份國家報告不僅未能掌握第 1 號一般性意見之內容，甚至連本國民法都存在根本性的誤解。姑不論對於公約強調之輔助決定制未有回應，我國民法第 15 條既已規定，「受監護宣告之人，無行為能力」，則此範圍不因是否屬於日常生活所需而有所不同，蓋我國目前採取完全行為能力、限制行為能力與無行為能力之三分區別，⁴²無行為能力之人仍須透過法定代理人代為並代受意思表示，並無所謂「同意權能」。從而所謂「並訂定得純獲法律上利益...受監護或輔助宣告之人亦能行使其同意權利，以維護其生活及權利」等語並非規範上之應然。由此亦可見我國行政機關未能依公約施行法第 2 條、第 3 條對公約文本與一般性意見有正確的認知，如果連公約第 12 條之本旨都無法掌握，遑論將「法律能力的平等享有」、「輔助決定制」等概念落實於本國法秩序中。綜上所述，本文選擇以公約之管轄機構 CRPD 委員會第 1 號一般性意見對第 12 條之詮釋，做為法律能力之憲法實踐之論證基礎。

二、CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐

在第 1 號一般意見之基礎上，本文要處理的議題是，**公約第 12 條如何實踐在我國憲法秩序中**？考量我國特殊的國際政治環境因素，無法透過公約之法定程序成為國際法意義之「締約國」，而是透過制定公約施行法，將其承認為我國法律之方式納入我國法秩序。至少在形式上而言，公約一旦「內國法化」就成為有法效力之法律。如何正確的對公約第 12 條進行適用，如何透過憲法解釋之方式將法律能力之概念納入憲法權利體系，以實踐「**以輔助決定制取代替代決定制**」，就是本文所要回答的問題。

此問題可以再細分為三個子題：**是否實踐**—我國是否負有履行公約之國際法義務？**為何實踐**—憲法實踐之意義與依據？以及，**如何實踐**—如何在憲法秩序中實踐法律能力之平等享有？

⁴² 參閱第 15 條之立法理由。



(一) 是否實踐

首先，是否實踐，即我國是否負有履行 CRPD 之國際法義務？考量我國因特殊之國際情勢而無法透過交存加入書予聯合國祕書處之方式完成 CRPD 第 43 條之加入程序，而是透過立法程序通過「身心障礙者權利公約施行法」之方式，使 CRPD 在我國具有法之拘束力。但此種迂迴之方式是否如同正式之加入程序使我國負擔國際法義務？如果單純從公約施行法的觀點切入，毋寧施行法僅是做為適用國際公約之「橋梁」，也就是我國主動將公約規範納入為內國「法律」之一部，而與國際法義務之承擔與否無涉。在此說下，公約僅作為內國法律之一部，並依一般法律之解釋方法加以詮釋，而毋庸考量國際法義務之實踐問題。本文的核心問題意識－公約之憲法實踐－必對此有所回應，此乃邏輯之當然。

(二) 為何實踐

為何實踐－在憲法中實踐 CRPD 第 12 條之意義與依據－作為本文第二個子題。此將討論公約與內國法秩序之互動關係，當國家在履行公約法義務時，國際法與內國法間之互動，往往也對此問題預設了解答，在國際法優於內國法之國家，公約對內國法秩序具有拘束力，反之，則內國法優於國際法。此涉及學理上「一元論與二元論」之取捨。而我國又是如何看待此議題，此亦對憲法之實踐有決定性之影響。

換言之，公約透過內國法化作為內國法律之一部，其法律效果為何？此問題的探求實益在於，透過法律位階的探求，以解決公約與民法監護法制所存在的若干衝突，如果公約效力優先，則衝突之部分將以公約規定為主，反之，民法仍應優先適用，而公約僅作為日後修法之「參考」。其次，國際人權公約除作為法律外，其在我國釋憲事務中也早在內國法化之前，被引用為解釋憲法基本權保障之重要參考文獻。⁴³故而公約不僅作為法律，還可能在憲法層次中發生影響力。當 CRPD 對憲

⁴³ 例如司法院釋字第 372 號解釋。

法解釋可能具有影響力時，所謂公約與民法在規範上之衝突，就不可能僅在法律的層次中尋求解答；換言之，公約規範將透過憲法解釋之方式滲透到法律實踐中。我國釋憲實務是如何看待此種關係，便是本文在此所要處理的議題。

（三）如何實踐

如何在憲法中實踐，意即如何將公約價值實踐於憲法秩序中。公約第 12 條既強調「從替代決定制到輔助決定制」之典範移轉，則締約國亦負有履行之國際法義務。此如何在憲法範疇中加以回應，自應仰賴釋憲機關對公約詮釋之「力道」，意即在何種程度上使憲法解釋符合公約意旨（此當然也與子題二相關連）。換言之，在憲法之領域中，是否存在一種針對障礙者為保護標的之基本權利，這就要討論一監護制度涉及障礙者何項基本權，假使此種權利存在，則監護制度對此之干預是否合乎憲法之若干標準—干預之合憲性。藉由此違憲審查之觀察，建構出障礙者基本權利之保護領域，當公約之價值透過憲法解釋之方式滲入基本權利保護體系，毋寧也間接實現「輔助決定制」對法律能力之保護理念。因此，找出本案所涉及之基本權利，以及判斷監護制度對其干預之合憲性，便是憲法實踐中最重要之課題。

在研究動機中，本文舉出司法院大法官之數則解釋，其皆不約而同提到「人格自由發展」作為諸基本權利之共通價值，而財產權、訴訟權、居住自由權等又會直接受到監護宣告、輔助宣告之影響。所謂人格自由之具體內涵為何？行為能力與人格自由發展之關係為何？與其他基本權利之關係又為何？甚至，釋憲實務也多次透過憲法第 22 條肯認人格權作為基本權利，「**人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。**」⁴⁴，足以認定大法官有意識到人格權之存在，然人格權與其他基本權利間、甚至與基本權共通原則之「人格自由發展」間之關係又是為何？為何既已承認人格

⁴⁴ 司法院釋字第 664 號解釋，其他釋字請參照，釋字第 399 號、第 587 號、第 656 號、第 664 號、第 689 號、第 690 號、第 737 號。

自由發展作為諸權利之共通價值，又再度承認與其他基本權平行之「人格權」？針對監護制度對障礙者不論是財產權、選舉權、訴訟權等所造成之限制，本文將以人格自由發展為主軸，作為此議題在我國基本權論述之出發點；因此，釐清人格權、人格自由發展與監護制度間之關聯，便有探求之實益。

對於監護制度之合憲性探討，本文試從比較法之觀察出發。CRPD 自 2006 年開放簽署以來，已有 166 個國家簽署，其中歐洲除白俄羅斯、愛爾蘭等國家以外，皆已簽署 CRPD，甚至連歐盟本身也以區際組織的身分簽署本公約。⁴⁵而歐洲理事會（Council of Europe）也早在 CRPD 之前，針對精神障礙與智能障礙者之法律能力議題，對歐洲會員國提出若干立法建議⁴⁶，儘管該建議作為軟法而不具拘束力，但歐洲人權法院在處理一系列涉及精神、智能障礙者法律能力相關議題時，卻往往會引用前述建議，作為詮釋歐洲人權公約時之參考依據⁴⁷。可見，歐洲國家甚至比 CRPD 還要早注意到對障礙者法律能力之行使為限制或剝奪時所會碰觸到之人權議題。其次，歐洲人權法院作為歐洲人權公約之司法機關，職司歐洲人權公約之解釋，透過一系列涉及障礙者監護議題案件之判決，也在歐洲人權公約、CRPD 與歐洲理事會建議之脈絡中，建構出障礙者法律能力之保護網絡。本文欲透過比較法之視野，梳理出國際人權法院對此議題之看法。而當歐洲多數國家簽署 CRPD 之後，其又如何與公約進行互動與協調，面對 CRPD 第 12 條對障礙者法律能力規範出絕對不容剝奪之要求時－特別是公約所強調之輔助決定制－當公約與內國監護法制

⁴⁵ 歐盟也因此成為第一個簽署聯合國國際人權公約之國際組織。CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of the European Union*, para. 4, CRPD/C/EU/CO/1 (2015).

⁴⁶ See e.g. Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R(99)4, No. R(2004)10, No. R(2006)5, No. Rec(2009)11. 相關內容本文將在第三章進行介紹。應說明的是，Council of Europe 國內文獻亦有以「歐洲委員會」稱之，而本文所指涉之歐洲理事會，亦不應與歐盟組織之 European Council 或 Council of European Union 混淆，二者間並無組織上之隸屬關係，有關歐洲理事會之介紹，請參閱本文第三章。

⁴⁷ See e.g. *Shtukaturov v. Russia* (2008), *Stanev v. Bulgaria* (2012), *A.N. v. Lithuania* (2016). 相關判決之分析，本文將在第三章進行說明。

存在若干衝突時，歐洲國家又是如何應對，便是本文觀察比較的重點。他山之石，可以攻錯，比較法的意義並非對外國法制全盤繼受，也不是「外國怎麼做，我們就怎麼做」；毋寧透過比較法的高度，了解歐洲國家、國際人權法院在此議題上對 CRPD 第 12 條之解釋與適用，做為我國憲法實踐之參考。

第二節 研究範圍與本文架構

壹、研究範圍


一、以憲法實踐為主軸

本文以 CRPD 第 12 條之憲法實踐作為研究基礎，意即從憲法脈絡中落實公約規範。之所以強調憲法實踐，係基於憲法作為內國法律框架秩序之最高位階，對下位階之法律與命令構成價值拘束，在公約義務之履行上具有決定性之影響；換言之，公約實踐之前提，取決於憲法規範是否、以及在何種程度上能包容公約價值。此種憲法議題之探討，將有助於公約之具體實踐。而憲法領域中最重要之研究素材便是憲法文本與憲法解釋，本文也藉由釋憲實務對文本之詮釋（如同本文以 CRPD 委員會之詮釋作為公約之「有權解釋」一般），整理出障礙者所享有之權利範疇。

從而本文並非有意忽略公約在「法律」層次之實踐，此涉及身權法與 CRPD、CRPD 施行法效力之先後、法律能力與輔助決定制之具體內容（意願之最佳詮釋如何具體操作）、監護人與輔助人所享有之權限應如何分配與調整等議題，但此更適合做為討論「法律上應如何實踐」之論文主題，儘管與本文不無關聯，但基於議題之關聯程度與篇幅考量，關於公約之法律實踐，本文僅為必要之概述。

二、以歐洲經驗為借鏡

歐洲監護經驗作為本文比較之基礎，一方面這是因為大部分歐洲國家皆已批准 CRPD，且相繼提出國家報告，當中累積相當多關於各國監護制度之研究素材，特別可以從國家報告與結論意見中，觀察彼此對公約第 12 條在認知上之差異，作



為我國借鏡；其次，「歐洲經驗」本身做為一個研究標的，其原因在於歐洲社會具有區域整合之長久歷史，不管是歐盟或是歐洲理事會，人權價值之維護皆為國際組織之首要任務之一。其中歐盟所屬之基本權利署（European Union Agency of Fundamental Rights, FRA）更長期關注身心障礙者之權利議題，並就本文所關注之「障礙者法律能力行使」提出主題報告；而歐洲理事會對此議題之關注，除提出專題報告外，另一項值得觀察比較的重點，便是部長委員會（Committee of Ministers）對監護議題所提出之建議，儘管不具法律拘束力，但這些建議往往也因匯集各國在監護議題上之共同經驗，不僅做為國家修法之參考，更是歐洲人權法院審判之參考資料。最後，歐洲人權法院作為歐洲最重要之人權法院之一，對本案所關注之議題也已累積豐富之案例，其對歐洲人權公約乃至於歐洲標準之探求，皆有精彩之論述。綜上所述，從國家實踐到歐洲共識，歐洲經驗應能為本文研究提供論理上之參考。

在歐洲經驗中，「各國憲法如何看待 CRPD 第 12 條」理論上也是一個值得探究之議題，這涉及到內國法與國際法（一元論與二元論）之關係，但一方面此問題未有絕對之共識或解答，而一元論與二元論之區別其實更像是一種世界觀的分類標準，對監護制度之歐洲經驗來說，並無決定性的影響，毋寧各國如何詮釋公約，如何履行公約義務，才是本文觀察的重點。故而儘管此論理上非無探求與比較之實益，但本文在篇幅之考量下，乃略過不談。此外，「歐洲各國監護制度與我國之比較」亦非本文觀察之對象，此一方面固然是基於研究能力之限制，另一方面則是基於與前述相同之原因－以歐洲國家如何實踐公約第 12 條為研究之目標－重點在於各國如何對第 12 條為解釋與適用，而非其與我國在監護制度上之異同，從而除基於行文必要對監護制度為介紹外，本文不對制度之比較進行分析。



貳、本文架構

第一章作為緒論，首先從憲法保障之基本權出發，論述監護制度對身心障礙者法律能力行使所為之限制或剝奪所造成之影響。並以此作為本文研究動機：如何在憲法的脈絡中對監護制度進行評價。在問題意識中，說明本文所提出之三個子題（是否實踐、為何實踐、如何實踐）以及比較法之思考方向（第一節）。其次，說明本文以「憲法實踐」與「歐洲經驗」作為研究重點之理由，以及排除若干較無重要關聯性次要命題之原因；並依照章節順序陳述內容要旨（第二節）。最後，在名詞定義上，說明本文對身心障礙者之定義不採身心障礙者權益保障法中「領有證明」之觀點，而以 CRPD 之標準作為身心障礙者之定義；並對民法監護要件之智能障礙與精神障礙提出定義上之描述；並從監護制度在法制史之發展以及各國所衍伸之類型，提出本文對「監護制度」採取廣義理解之理由；最後，對我國學者在此議題之研究成果進行文獻整理，並在此基礎上，為本文所探討之憲法實踐提供思考之啟發與論理之依據（第三節）。

第二章針對比較法之視野，從歐洲國家提交予 CRPD 委員會之國家報告以及後者之結論性意見中，了解歐洲國家對公約第 12 條之實踐情形以及委員會之回應。本文以國家為單位，各就報告與意見臚列雙方看法（第一節）。並對上述內容，提出二大初步結論，即多數歐洲國家之監護制度未能因公約之批准而有本質上之改變，這往往也反映出國家未能對輔助決定制之法律能力有清晰之認知（第二節）。

第三章延續上一章之視野，接續從歐洲理事會以及歐洲人權法院對歐洲人權公約之操作，觀察歐洲監護制度之發展。首先從歐洲理事會之建議開始，分別就法定監護與意定監護之規範提出說明，並就歐理會與 CRPD 對監護制度之異同提出脈絡上之觀察（第一節）。其次，本文透過二則重要判決，分析歐洲人權法院近十年來之判決對監護議題所表達之法律觀點，作為本文之參考，並得出「私生活權」與「公平程序」作為歐洲價值之初步結論，其中又以「判斷餘地」、「比例原則」作



為輔助指標，最後，對歐洲人權法院與 CRPD 對監護議題之標準提出結論意見（第二節）。

第四章回到我國法脈絡，首先對「公約之國際法義務是否存在」提出回應，說明本文認為公約義務存在之理由。在肯認義務之存在後，對 CRPD 在我國之法律位階提出討論，並對「一元論與二元論」之區別提出本文觀點。在法律位階上，本文認為公約應作為特別法，優先於其他法律適用，在憲法位階上，本文從相關釋字之分析，儘管未能對「大法官是否應引用公約解釋憲法」一事得出結論，但對於「得否」引用公約之問題，得出肯定之結論（第一節）。在此基礎上，本文接續就監護議題涉及之基本權利以及違憲審查進行論述，並從歷來釋憲實務之脈絡，說明「障礙者人格權」作為憲法上之權利依據；最後，以比例原則、正當法律程序與平等原則作為判斷標準，對監護制度之合憲性進行操作，並得出違憲之結論（第二節）。

第五章作為結論，首先就問題意識－CRPD 第 12 條之憲法實踐－就全文之脈絡提出結論（第一節）；並對於公約義務之履行，在本國法之脈絡中，依照實踐之先後，提出三點建議。

第三節 名詞定義與文獻回顧

壹、名詞定義

一、身心障礙

在第一節問題意識中，本文介紹身心障礙者權益保障法與身心障礙者權利公約皆為我國規範身心障礙者權利之法律。但如果比較身權法第 5 條與 CRPD 第 1 條各自對於身心障礙之定義可以發現，其共通點在於，二者皆強調身體機能之損傷或不全，造成其參與社會之困難；而「平等參與社會」也是作為二者共同之基礎，CRPD 直接將「與他人平等的基礎上，全面且有效的社會參與」作為第 1 條身心障礙者之判斷要件，儘管身權法沒有如同 CRPD 直接在第 5 條名詞定義中加以明示，

但如果配合身權法第 1 條立法目的—**為維護身心障礙者之權益，保障其平等參與社會、政治、經濟、文化等之機會，促進其自立及發展，特制定本法**—則不難發現，「平等」也作為身權法所追尋之價值，正是因為身體機能之障礙或不全，使其欠缺與他人平等參與社會之基礎，而身權法負有填補此落差之功能。因此，身權法與 CRPD 對於身心障礙者之定義，皆著重「身體機能之損傷或不全，構成其在與他人平等之基礎上參與社會之困難」，相異之處在於，身權法下之障礙者，依據第 5 條後段，必須經由醫事、社工、特殊教育等專業人員之鑑定評估，並領有身心障礙證明。故是否為身心障礙者，仍必須經由有權機關之認定。目前依據身權法領有身心障礙證明者，依照衛生福利部之統計資料，為 117 萬 1 千餘人，佔台灣總人口約 4.98%。⁴⁸要注意的是，此統計數據並不能代表真正的身心障礙人口數，蓋此數據上之障礙者，必先向主管機關申請身心障礙證明並通過後，始能列入統計，反之，未申請者則不會顯現在數據中⁴⁹。相較於此，CRPD 則未有此須經由機關鑑定始為身心障礙者之條件，除公約第 1 條外，公約前言也認知到，障礙是一個發展中的概念，而障礙係起因於損傷的個人與態度、環境障礙間之互動，阻礙其在與他人平等基礎上之社會參與。⁵⁰此種定義意味著障礙（disability）不是一種個人特質，毋寧環境才是造成障礙之主要因素。⁵¹我國身權法在 2012 年之前的舊法時期，對身心障礙者之定義，是依據障礙類型，如視覺障礙、聽覺障礙、肢體障礙等，共分為 16

⁴⁸ 其中作為監護宣告、輔助宣告適用主體之障礙者，包括失智症、智能障礙、慢性精神病、植物人、自閉症等人數，總計為 29 萬餘人。衛生福利部網站，<http://dep.mohw.gov.tw/DOS/lp-2976-11-3.html>，（最後瀏覽日：2017 年 6 月 27 日）。

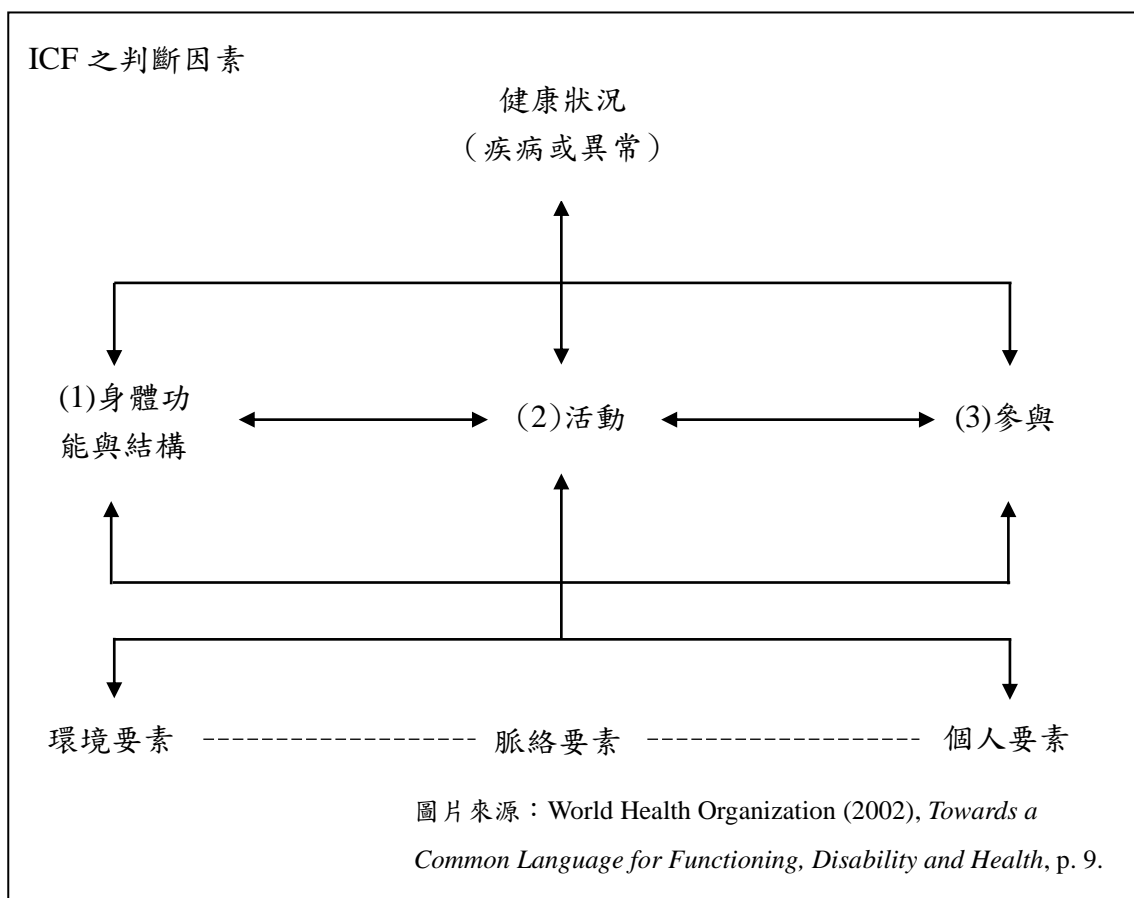
⁴⁹ 王國羽、呂朝賢（2004），〈世界衛生組織身心障礙人口定義概念之演進：兼論我國身心障礙人口定義系統問題與未來修正方向〉，《社會政策與社會工作學刊》，第 8 卷第 2 期，頁 216-217。如果參考世界衛生組織（World Health Organization, WHO）之調查報告，世界約有 15% 之人口屬於身心障礙者。World Health Organization, *World Report on Disability* 29 (World Health Organization 2011)。

⁵⁰ CRPD Preamble (e): “Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others,”

⁵¹ WHO, *supra* note 49, at 4.

種障礙類型，批評者認為此種分類方式對障礙者之功能評估不夠完善，且無法完整反映其需求。⁵²自 2012 年 7 月起，我國採取 WHO 所公布之身心障礙分類標準（International Classification of Functioning, Disability and Health, ICF），將功能與障礙理解為一種健康狀況與環境要素（包括個人要素與環境要素）間之動態互動，作為一種在醫療模式與社會模式間之折衷方案。⁵³其操作模式如下圖所示⁵⁴：

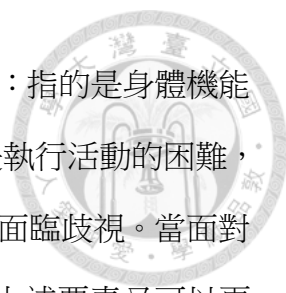
圖一：ICF 之判斷因素



⁵² 王國羽，前揭註 49，頁 220。

⁵³ WHO, *supra* note 49, at 4. 有關我國身權法對身心障礙定義之演變，參閱，孫迺翊（2015），〈身心障礙者權益保障〉，收錄於：台灣社會法與社會政策學會（編），《社會法》，頁 403-405，台北：元照。

⁵⁴ 本圖引用自，World Health Organization, *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health* 9 (2002), available at <http://www.who.int/classifications/icf/icfbeginnersguide.pdf> (last visited March 16, 2017).



ICF 將人類功能的問題分為三個相互影響之要素：(1) 損傷：指的是身體機能的問題或是身體結構的改變，例如癱瘓。(2) 活動限制：指的是執行活動的困難，例如行走。(3) 參與限制：指的是生活領域的問題，例如：交通面臨歧視。當面對上述領域所遇到任何的困難，便可稱之為障礙 (disability)。上述要素又可以再依照個人或環境因素加以區分，個人因素例如：障礙者的動機與自尊會影響其參與社會之程度。但此部分目前尚未被量化與分類，一個可能的區分是從障礙者的能力與實際表現加以理解；環境因素例如科技、自然或建築物、輔助與關係、態度、服務、系統與政策。健康狀況，指的是疾病、受傷與失序，而損傷 (impairment) 就是特定身體機能與結構的減損，時常被認定為症狀或是身體狀況之訊息。ICF 的分類方式，將障礙認定為是一種持續狀態，而非將障礙者分類為孤立的團體，障礙是一種程度 (more or less)，而非有無 (yes or no) 的問題。⁵⁵此種分類評估的是人類功能之社會意義，而不論造成損傷之原因為何。障礙不是專屬少數人的經驗，而是所有人類都能因為健康之減損而因此體驗到某種程度之障礙，因此 ICF 重視的是障礙經驗，並承認其為人類之普遍經驗。⁵⁶

CRPD 與 ICF 之判斷是不衝突的，CRPD 第 1 條所定義之「社會參與之障礙」就是藉由圖一的「身體功能與結構」、「活動」、「參與」等要素加以判斷。本文所使用的「身心障礙者」一詞，採取的便是此種觀點，換言之，儘管身權法第 5 條之定義，參考其修法說明，係依照 ICF 之標準加入「社會活動」與「社會參與」等判斷因素，其修法目的就是要與國際標準接軌；⁵⁷但本文不採身權法標準之原因在於，CRPD 與 ICF 並未要求機關鑑定之程序，儘管是否構成上開要件，在判斷上確實需要專家的認定，但不代表未通過鑑定，或未申請鑑定者即非公約定義下之障礙者。

⁵⁵ WHO, *supra* note 49, at 5.

⁵⁶ WHO, *supra* note 54, at 3.

⁵⁷ 立法院公報，第 96 卷第 48 期，頁 573。

⁵⁸本文不採此種狹隘觀點，實則本文所討論之障礙者係包括領有身心障礙證明，以及其他符合 CRPD 定義之身心障礙者。

綜上所述，「身心障礙者」一詞在本文之使用，係採取廣義的定義，也就是 CRPD 第 1 條所規定「具有長期身體、精神、智能或感官損傷，而與各種障礙間之互動，阻礙其在與他人平等基礎上充分且有效之社會參與」，而藉由 WHO 的 ICF 標準所定義之身心障礙者。

二、智能障礙與精神障礙

智能障礙的分類在歷史的軌跡中，往往隨著社會發展有所變遷。歐洲的工業化也附帶使專家能對智能障礙有更深入的认识，進而對智能障礙與精神障礙進行區分。⁵⁹我國目前依照 ICF 標準所定義之身心障礙者，不再採取舊法依照病症之名稱進行分類。否則，依照舊法，智能障礙與精神障礙各自屬於一種障礙類型。在 ICF 標準之下，身心障礙區分為八大類型，分別是：(1) 神經系統構造及精神、心智功能；(2) 眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛；(3) 涉及聲音與語言構造及其功能；(4) 循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能；(5) 消化新陳代謝與內分泌系統相關構造及其功能；(6) 泌尿與生殖系統相關構造及其功能；(7) 神經、肌肉與骨骼之移動；(8) 皮膚與相關構造及其功能。依照衛福部社家屬所公布之對照表⁶⁰，舊制下之智能障礙與精神障礙就是屬於第一類「神經系統構造及精神、心智功能」的類型。

⁵⁸ 如果比較臺灣與 WHO 所公布之障礙者所佔總人口比例之落差即不難發現原因之所在。

⁵⁹ See France Owen, Dorothy Griffiths, Donato Tarulli and Jacqueline Murphy, *Historical and Theoretical Foundations of the Rights of Persons with Intellectual Disabilities: Setting the Stage*, in *Challenges to the Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities* 25 (Frances Owen & Dorothy Griffiths eds. Jessica Kingsley Publishers 2009).

⁶⁰ 衛生福利部社會及家庭署，身心障礙服務入口網，https://dpws.sfaa.gov.tw/commonch/home.jsp?menudata=null&contlink=ap/idfbook_view.jsp&dataserno=201212280003&mserno=200805260011&serno=200805260018 (最後瀏覽日：2017 年 3 月 16 日)。

儘管新的障礙分類不再有智能障礙、精神障礙等類別，但考量到本文所處理的監護宣告與輔助宣告制度，民法之構成要件仍針對「精神障礙、心智缺陷」等情形，⁶¹故其定義仍有探求之必要。

（一）智能障礙

依據 ICF 之定義，智能障礙（Intellectual Disability, ID）是一種心理狀態的停滯或不完整發展。也就是在理解、學習與記憶新事物、適應在新環境時有困難。也可稱為學習障礙、智力損傷、智力遲緩。⁶²

智能障礙的用語經過多次演繹，最早依據美國智能與發展障礙協會（The American Association on Intellectual and Development Disabilities, AAIDD）所使用之定義，歷來曾使用：在 1921 年使用心智缺陷（Mental Deficiency）、在 1959 年使用心智遲緩（Mental Retardation）、最近在 2010 年使用智能障礙（Intellectual Disability）。⁶³從語意上來說，我國使用之「心智缺陷」一詞，與 Mental Deficiency 較為接近。

依據 AAIDD 在 2010 年所發布的第 11 版《Intellectual Disability》一書，對智能障礙的定義是：

智能障礙是智力功能與適應行為在概念上、社會上與實際適應技能上之顯著限制。此障礙發生於 18 歲之前。⁶⁴

⁶¹ 修法理由在於，舊法「心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務」之用語不明確，故參考行政罰法第 9 條之用語為明確定義。參閱，立法院公報，第 97 卷第 23 期，頁 68。

⁶² WHO, *supra* note 49, at 305.

⁶³ 紐文英（2010），〈美國智能和發展障礙協會 2010 年定義的內容和內涵〉，《特殊教育發展期刊》，第 49 期，頁 21。

⁶⁴ American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, *Intellectual Disability* 5 (AAIDD 2010).



這個定義也可以稱為操作之定義（Operational Definition of ID）⁶⁵，儘管這些用語隨著時間有所改變，但是判斷的三大要素－包括：智力功能的限制，適應環境需求的行為限制，以及早期年齡－並未有實質的改變。⁶⁶

在適用此定義時，必須配合五大假設，這些假設協助釐清定義之內容與適用之方式：（1）功能之限制必須與個人年齡、文化典型、社區環境的脈絡一起思考。也就是說，要考量同年齡者之家庭、社區、學校、日常生活等環境因素。（2）有效的評估文化與語言的差異，包括溝通、感官，運動與行為要素的差異。（3）就個人而言，限制時常伴隨著長處。智能障礙者除障礙之外，還可能具有某些獨立於障礙之外的天賦。（4）描述這些限制的目的之一是去描繪支持的輪廓，僅分析這些限制是不足的。（5）伴隨著適當的個人化支持，智能障礙者的生活機能將會改善。儘管並非所有支持系統最後都會改善其能力，但是認為智能障礙者不會因為支持系統而改善的刻板印象是錯誤的。⁶⁷

然而，AAIDD 也指出，尚可從另一種途徑理解智能障礙：建構式定義（Constitutive Definition of ID）。其將智能障礙定義為一種人類機能的限制，將障礙以一種生態學與多面向之觀點來理解，並強調個人化支持在改善個人機能上之重要意義。⁶⁸此種多面向之模式以下圖呈現：

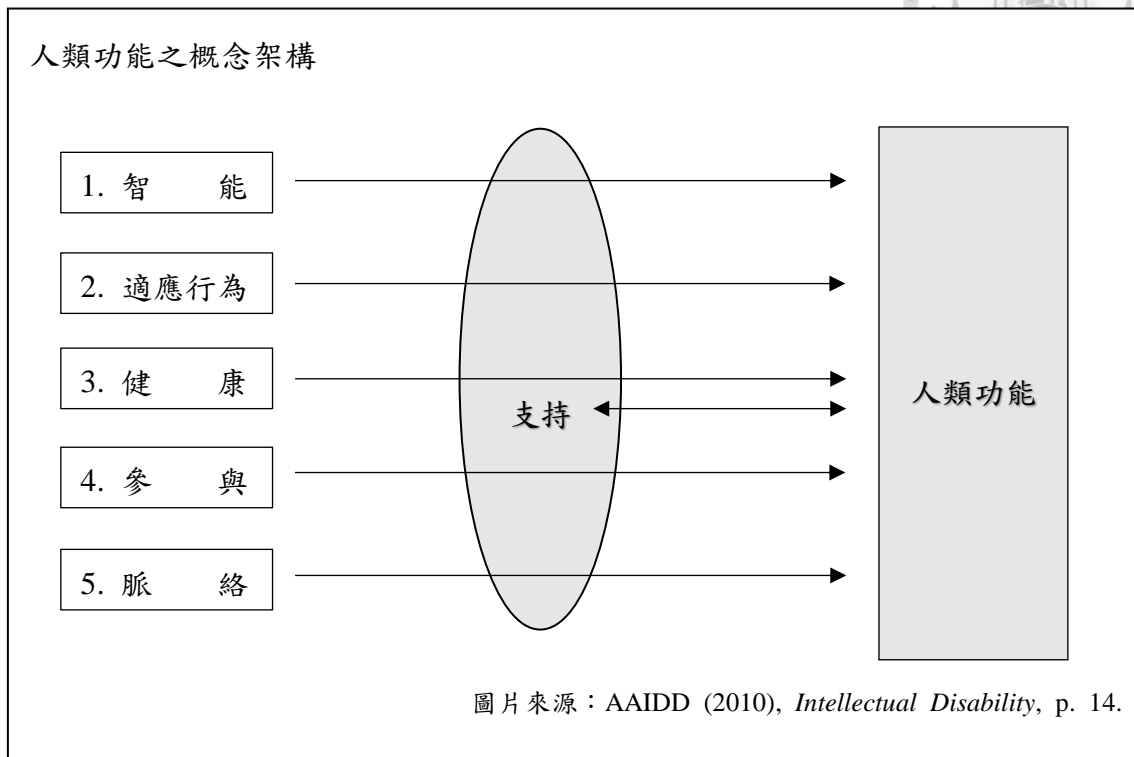
⁶⁵ *Id.* at 13.

⁶⁶ *Id.* at 7-11.

⁶⁷ *Id.* at 6-7.

⁶⁸ *Id.* at 13.

圖二：人類功能之概念架構



(1) 智能是一個綜合的心智能力，包括論理、計畫、解決問題、抽象思考、理解複雜概念、快速學習、從經驗中學習等。其反映出一種理解周遭環境的能力，此種概念試圖去釐清、組織、解釋個人在一理解複雜概念、有效適應環境、從經驗中學習、從事不同形式之論理、藉由思考與溝通來克服困難—能力上之不同。⁶⁹ (2) 適應行為是一個概念上、社會上、以及經由學習而展現在日常生活之應用技巧之集體概念。此概念也暗示，適應行為之評估是建立在日常生活與改變中環境的個人典型表現；其次，適應技巧之限制時常伴隨著其他長處；個人適應行為之長處與限制，應該與年齡相當者在社區環境之表現、個人化需求之脈絡中加以理解。⁷⁰ (3) 健康是一個身體、心智與社會福祉之完整狀態。健康是個人功能整合式理解之組合，因為個人之健康狀況會直接或間接透過其他四個面向影響其功能。健康狀態會影響人之社會參與。⁷¹ (4) 參與，是個人在社會生活領域之實際行為，此與個人在

⁶⁹ *Id.* at 15.

⁷⁰ *Id.* at 15-16.

⁷¹ *Id.*

社會中之功能相關。日常活動之參與對個人之學習是重要的，而且是個人成長與發展之核心要素。⁷²（5）脈絡描述人在日常生活中的相互狀態。這包括三個層次：微系統－最親近的環境，包括人、家庭或輔助者；中間系統－鄰居、社區或提供教育或居住服務或支持的組織；大系統－文化、社會、人群、國家或社會政治之影響。其中，脈絡又可再區分為環境要素與個人要素：前者由障礙者日常生活行為的身體、社會與態度環境組成，並與個人要素連帶影響個人功能。後者則是個人特質，由健康狀況以外之個人特色所組成，例如性別、種族、年齡、動機、生活風格、習慣、教養、社會背景、教育程度、過往與現在之生活事件、性格與個人心理資產等。⁷³支持是以提升發展、教育、利益與福祉為目的之資源與策略，並以此加強人的功能。支持系統有三種基礎，分別是脈絡基礎、生態基礎與平等基礎。彼此有共通之主題，包括：行為發生當下之情況、環境、概念是重要的；真實是持續發生的、是改變中的，並涉及環境與人的相互改變；個人是其發展與功能的決策中心。以平等為基礎的支持，特別重視政治、社會與經濟上的權利，確保智能障礙者享有免費且適當的公共教育與社區服務並免於基於障礙之歧視。⁷⁴

前述二種定義途徑是不相衝突的，第一種定義著重在操作層面，其架構是可以觀察並評量的；第二種定義則是從人體功能之限制去認識智能障礙。⁷⁵可以說後者補充前者，在定義智能障礙時，二者都必須要相互參照。而人體功能的定義也與 ICF 的定義一致，人體功能（human functioning）含括 ICF 定義中所使用之概念－即社會活動、身體構造與功能、活動、參與並受到個人健康與環境或個人脈絡之影響。⁷⁶

⁷² *Id.* at 16-17.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.* at 18-19.

⁷⁵ *Id.* at 13.

⁷⁶ *Id.* at 15. 鈕文英，前揭註 63，頁 29-30。

本文採取 AAIDD 對智能障礙之定義。理由在於：(1) 其與 CRPD 與 ICF 之標準幾乎一致，皆著重損傷與社會因素的互動，並考量不同之個人與環境因素對智能障礙進行個案評估。此種方式可以反映障礙者在日常中所面臨的困難。(2) 其重視輔助（支持）機制，認為可以藉由輔助機制來影響環境，進而改善個人功能，此也與 CRPD 所強調之無障礙、通用設計、合理調整，甚至與本文所主要討論的，第 1 號一般性意見所主張之「輔助決定制」理念一致。

（二）精神障礙

要定義精神障礙（Mental Disability）首先要定義精神異常（Mental Disorders）。依據國際疾病分類第 10 版（International Statistical Classification of Disease and Related Health Problem, Tenth Revision, ICD-10）之定義，精神異常包括：憂鬱症（Depression）、躁鬱症（Bipolar Affective Disorder）、思覺失調症（Schizophrenia）、焦慮症（Anxiety Disorders）、智能障礙（Intellectual disability）⁷⁷、失智症（Dementia）、物質使用疾患（Substance Use Disorders）、通常發生在幼年與青春期的發展與行為異常，包括自閉症。⁷⁸ICD 也強調，其避免使用疾病（Disease）一詞，是為避免疾病或病（illness）所帶來之問題。而異常（Disorder）也不是一個精準的詞彙，它是用來表達臨床上可識別之症狀或行為，並在多數案件中伴隨著痛苦與個人功能的影響。但如果社會偏差或社會衝突，卻沒有其他官能障礙時，則不屬於此種精神異常。⁷⁹

⁷⁷ 參閱本文前述有關智能障礙定義之部份，在 AAIDD 使用智能障礙（Intellectual Disability）一詞之前，是以心智遲緩（Mental Retardation）稱呼之。

⁷⁸ World Health Organization, *Mental Health Action Plan 2013-2020* 6 (WHO 2013). Available at http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/89966/1/9789241506021_eng.pdf?ua=1 (last visited March 16, 2017).

⁷⁹ World Health Organization, *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders* 11, available at <http://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf> (last visited March 16, 2017).

逐一探討各項精神異常之定義，並非本文之研究範圍。而是藉由精神異常之概念作為定義精神障礙之輔助。精神障礙者與精神異常存在某種交集，彼此不是同義詞；精神異常如已康復，仍可能繼續存在障礙，甚至精神異常者也可能因為症狀之因素而構成精神障礙。障礙在某些例子中，是精神障礙的症狀或結果。⁸⁰透過此種比較可以知道，依照前述 ICF 的定義標準，精神異常大致上是屬於 ICF 中的「健康狀態」要素，因此－如果依照 ICF 模式－可以將精神障礙定義為：依精神異常所致之症狀或結果與脈絡要素之互動，造成身體功能在活動、參與社會時之困難。

然而，目前對於精神障礙沒有一個普遍接受的定義，就連是否使用 *Mental Disability* 來稱呼此種精神之障礙，也是有爭議的。根據不同的國家、地區、研究社群，也會有各自不同的語彙，例如，歐盟基本權利署（*European Union Agency for Fundamental Rights, FRA*），考量到許多精神疾病患者不願意讓自己與障礙產生連結，而是使用「精神健康問題者」（*Persons with Mental Health Problems*），這也是歐洲社群所普遍使用的詞彙。而 *CRPD* 委員會、國際障礙聯盟（*International Disability Alliance*）與世界精神疾病患者團體（*The World Network of Users and Survivors of Psychiatry, WNUSP*）則偏好「精神社會障礙」（*Psycho-Social Disability*）一詞，⁸¹在部分精神醫療服務的使用者中，有認為精神障礙屬於醫療領域，而基於疾病與障礙之區分而拒絕使用精神障礙。⁸²至於匈牙利的 NGO 團體－精神障礙維權中心（*Mental Disability Advocacy Centre, MDAC*）－則與本文一致使用精神障礙一詞。

特別要注意到，儘管 *ICD* 對精神異常之定義包括智能障礙，但彼此還是存在重大差異，例如關於長期或短期知情能力之差別。*WHO* 建議各國在處理精神衛生

⁸⁰ World Health Organization, *WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation* 23 (WHO 2005); See *supra* note 79, at 13.

⁸¹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and persons with Mental Health Problems* 10 (European Union 2013).

⁸² WHO, *supra* note 80, at 23.

議題之立法時，要注意到二者性質之不同，而有不同之專章處理各自的議題。⁸³歐盟基本權利署也認為二者是不同的現象，各自觸發不同的社會運動、體驗與回饋，其所考量的重點也有所差異。⁸⁴本文認為，在 ICF 的分類上，二者都被歸屬於第一類「神經系統構造及精神、心智功能」，甚至，民法監護宣告與輔助宣告制度之要件，也是以精神障礙或心智缺陷作為主要的用語，實則，即便二者有區別之意義，但是在討論對障礙者行為能力為限制或剝奪一事上，二者較無區別之必要，惟僅基於論述上的必要—對於構成要件之解釋—本文仍予以處理。⁸⁵

綜上所述，本文採取區分說之立場，將智能障礙排除於精神障礙之類型。同時考量到，CRPD 第 12 條並非僅針對精神障礙或智能障礙者，而是包括全體障礙者，因此，本文所使用之身心障礙者（障礙者）一詞，如未特別限定類型，則泛指所有之障礙者。

三、監護制度

監護制度（Guardianship）之起源可以追溯自西元前 450 年的羅馬法：

任何愚蠢之人，如果未能受到任何保護，讓此人與其財產處於其家人或父母的保護之下。⁸⁶

⁸³ *Id.* at 21, 24.

⁸⁴ FRA, *supra* note 81, at 11.

⁸⁵ 亦有觀點認為，我國對精神障礙與智能缺陷之區辨缺乏統一標準，故而在司法實務上二者間較無區分意義。參閱，吳建昌（2016），《正常與瘋狂的天秤：談精神疾病與司法鑑定》，頁 206，台北：心靈工坊文化。究竟二者應如何區分，並非監護議題所關注之重點，毋寧監護之判斷基準—意思表示所需能力之強弱，及其法律效果—對法律能力所為之限制與剝奪—才是監護制度之重點所在。

⁸⁶ “*Si furiosus escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto...ast ei custos nec escit.*” American Bar Association, *The Mentally Disabled and the Law: the Report of the American Bar Foundation on the Rights of the Mentally Ill* 6 (Frank T. Lindman & Donald M. McIntyre eds. American Bar Association 1961).



隨著羅馬法的演進，對於各種障礙所賦予保護權之對象也由家長轉變為監護人 (Tutor)。⁸⁷以英美法為例，具有國家家長 (*parens patriae*) 特色的監護制度，於 1290 年施行的 *de Praerogativa Regis* 法規定：

國王...是政治上的父親，王國的監護人，保護所有的客體、土地與物品與其領土邊界，特別是去保護那些因為弱智或理解力不足之因素，而無法保護自己之人...⁸⁸

此時監護制度之適用客體也漸漸發展出今日之雛型，將適用對象區分為二種：弱智 (Idiot) 與精神異常 (Lunatic) 並區分其監護人所得干預之強度。對弱智者一相當於今日之智能障礙者一應提供必要之幫助，且由監護人 (國王) 享有土地之孳息；對精神異常者，其土地為國王所有，監護人對於土地之孳息應為受監護者之利益與維持家戶日常活動所需。⁸⁹儘管帶有一些慈善色彩，但是對於受監護者利益之分配也稀釋原本之保護目的。後來的做法，便是國王將此監護權委由代理人或公民行使，構成今日監護制度最早的典範。⁹⁰

本文在「研究動機」的部分已概略介紹我國監護宣告與輔助宣告制度之內容與定義。前者指剝奪人民行為能力，並授權法定代理人代為並代受意思表示之制度，後者僅限制特定類型之行為能力並授權輔助人就此與受輔助人共同決定，同時保留其他日常生活所需之行為能力。前者是對民法行為能力之「剝奪」，後者則是「限制」。

這套機制分別可以對應到監護制度之二種類型：完全監護 (Plenary/Full Guardianship) 與部分監護 (Partial Guardianship)。完全監護意指受監護人失去幾乎

⁸⁷ Glen, *supra* note 36, at 102.

⁸⁸ *Id.* at 102-103.

⁸⁹ A. Frank Johns, *Ten Years After: Where Is the Constitutional Crisis with Procedural Safeguards and Due Process in Guardianship Adjudication?* 7 ELDER L.J. 33, 48-49 (1999).

⁹⁰ Glen, *supra* note 36, at 103.

所有的民事能力，並由監護人在其生活領域中代為決定；部分監護則是，受監護人仍保留大部分民事權利，但將特定涉及財產事務之法律能力移轉給監護人，⁹¹其各自可以對應到我國之監護宣告與輔助宣告。監護在不同的國家也會有不同的意義，可以指涉禁止特定生活領域之意思決定，也可以指涉特定決定須徵得監護人之同意。⁹²

考量到此用語差異，並協助與國外監護體制銜接與比較，本文所研究之「監護制度」，是採取最廣義的認定：包括監護宣告、輔助宣告、完全監護、部分監護等**所有涉及限制或剝奪公領域（如選舉權、訴訟權）或私領域（財產法與身分法）法律能力（包括權利能力或行為能力）之制度**，至於監護人或法定代理人之權限內容、決策模式－替代決定制或輔助決定制－為何，則屬另一層次之問題。

我國監護制度按照民法規定，又可再區分為未成年監護與成年監護，前者指涉未成年人因父母無法行使親權所為之保護教養制度（民法第 1091 條至 1109-2 條），後者為規範成年人在監護宣告與輔助宣告法律效果下之權利義務關係（民法第 14 條至 15-2 條、第 1110 條至 1113-1 條）。儘管成年監護大量準用未成年監護之規定（民法第 1113 條與第 1113-1 條），但二者之規範主體、要件、制度目的皆有所不同；本文以成年監護制度對於障礙者法律能力之限制與剝奪作為研究主題，故而本文所指涉之監護，實為「成年監護」（Adult Guardianship），但為行文之方便，以下均以「監護」二字簡稱。

貳、文獻回顧

對於本文所關注之身心障礙者權利公約第 12 條與我國民法監護制度間之互動關係，公法學界較無直接對此議題有所為回應，而多將注意力放在國際公約之內國

⁹¹ Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Who Gets to Decide? Right to Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities* 14 (Council of Europe 2012).

⁹² Mental Disability Advocacy Centre, *Legal Capacity in Europe: a Call Action to Governments and to the EU* 23 (MDAC 2013).

法化所涉及之相關爭議，例如：法院應如何適用國際公約、公約之法律位階（上述內容將於本文第四章介紹）、CRPD 第 9 條無障礙應如何在法秩序中實踐等議題，至於第 12 條所涉及之法律能力與輔助決定制之實踐，則有待學者進一步的探索；相較於此，民法學者已陸續對此議題發表論文，並已取得相當豐碩之研究成果，得作為本文之借鏡，以下分述之。

學者黃詩淳教授在〈從心理學的老化理論探討臺灣之成年監護制度〉一文中，分別從「成功老化理論」與「選擇、最佳化與補償」理論對現行監護宣告制度進行批判，認為具有替代決定制特色之監護宣告，其法律效果阻絕本人與外界之互動關係，絕大多數的民事、選舉、結社、專門職業等行為亦一併受到監護宣告之影響；而民法亦未規定監護人行使職權時應參照本人可推知之意願，使本人無法再為「選擇」，使其「尊嚴」蕩然無存，進而無法實現最適老化之目標。⁹³在〈障礙者人權與成年監護制度〉與〈從身心障礙者權利公約之觀點評析臺灣之成年監護制度〉一文中，黃教授認為現行民法監護制度對障礙者行為能力之剝奪，與 CRPD 第 12 條第 2 項「法律能力之平等享有」相牴觸，而輔助宣告制度，按民法第 15-2 條之法律效果範圍，法院於判斷時，僅能擴張而無法縮減，此亦牴觸公約第 12 條第 4 項。該文並在此基礎上提出若干修法建議，例如意定監護、監護人代理權限之調整等。⁹⁴在〈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〉一文中，黃教授透過法院裁定的分析，觀察到法院對於監護案件之思考，本質上還是基於「受監護人之最佳利益」，而此判斷在部分案件中還會受到受監護人親屬利益的影響而有所偏離，仍相當反映出舊法親屬監護之色彩。⁹⁵

⁹³ 黃詩淳，前揭註 33，頁 75-78。

⁹⁴ 黃詩淳，前揭註 11，頁 31-31。黃詩淳，前揭註 35，(2014)，頁 150-152。

⁹⁵ 黃詩淳 (2014)，〈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〉，收錄於：黃詩淳、陳自強 (編)，《高齡化社會法律之新挑戰：以財產法律為中心》，頁 93-98，台北：新學林。

學者戴瑀如教授在〈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〉一文中，認為現行民法監護制度並非以障礙者（受宣告之人）作為權利主體為前提，而仍具有上對下之特色，並質疑監護宣告對行為能力之剝奪，無法實現對本人意願之尊重，此外，輔助宣告機制亦欠缺對人身事務之保護機制；戴教授並認為現行之二元監護制度無法滿足障礙者之實際需求，而有增訂意定監護機制之必要，並建議對障礙者人身事務之決定機制重新檢討，以符合公約規範。⁹⁶在〈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〉一文中，指出現行二元的監護體系相較於德國之一元監護，顯然欠缺彈性，未能對應到各種不同程度之障礙。而法院在判斷時，又過於倚重精神鑑定對於意思表示能力強弱之分析，未能對障礙者處理事務之能力加以判斷，過早的對其未來之行為能力為限縮，而對其人格自主有所損害。⁹⁷戴教授並從德國民法監護之「必要性原則」之比較，觀察到我國民法在監護宣告與輔助宣告之要件上欠缺此種機制。⁹⁸

學者林秀雄教授在〈論我國新修正之成年監護制度〉一文中，肯認新法（即現行法）將監護之監督機關由親屬會議移轉為法院，強化法院在監護制度中之權限，以保護受宣告之人之權益。並認為新法監護宣告之法律效果，相較於日本法所重視自我決定權與能力之尊重，更強調國家介入的保護理念；林教授並建議我國參考日本法與德國法修訂任意監護（意定監護）制度，並基於本人自我決定權與補充性原則，適用上以後者為先。⁹⁹

⁹⁶ 戴瑀如（2014），〈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：以財產法律為中心》，頁 112-113, 120-121，台北：新學林。

⁹⁷ 戴瑀如（2013），〈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，頁 202-203。

⁹⁸ 參閱，戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2014），《親屬法》，頁 526，台北：自版。關於必要性原則在監護制度之介紹，請參閱本文第三章第一節。

⁹⁹ 林秀雄（2009），〈論我國新修正之成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，第 164 期，頁 155-156。

上述學者對於現行監護制度與 CRPD 第 12 條之批判，鞭辟入裡，擲地有聲，對本文之研究已有觀念之重大啟發，特別是監護制度法律效果範圍之檢討、制度上是否能符合不同障礙之需求、必要性原則、乃至於法院於監護程序中所應扮演之角色等，已對本文問題意識之部分有所回應。然而，儘管在結論上，本文與前述學者之研究觀點相同，但在說理上，本文試從歐洲人權法院、歐洲各國對公約實踐之比較分析出發，從比較公法的角度、從憲法實踐之觀點回應民法監護制度與 CRPD 第 12 條之落差。惟無論如何，上開民法學者之研究，已為本文開啟了遼闊的視野，本文也才能站在巨人的肩膀上，透過不同的研究方法，繼續在內國法之領域中論證「法律能力之憲法實踐」。

第二章 CRPD 與歐洲國家監護法制



本章將從二個面向討論 CRPD 對歐洲監護制度的影響：締約國作為主權國家，如何將 CRPD 的精神落實於內國法，如何使內國監護法制合乎公約第 12 條以輔助決定制取代替決定制之要求，特別是本文所討論之一法律能力之平等享有？公約第 35 條要求締約國應向公約監督機關－聯合國身心障礙者權利委員會－遞交國內報告，說明締約國在履行公約法定義務之情形，同時依照第 36 條，CRPD 委員會則對報告進行審查並提出結論性意見。上開締約國與身心障礙者權利委員會間之互動，可以做為歐洲國家監護制度與公約第 12 條之觀察指標，本文將在第一節中予以說明。其次，歐盟以區域整合組織的身分簽署 CRPD，而依據 CRPD 第 44 條，區域組織在其章程內所允許之範圍內，適用 CRPD 對締約國權利義務之規範。而依據歐盟條約第 5 條，歐盟組織對歐盟會員國所享有之權限，以會員國所授予之範圍為限，其餘部分保留予會員國（Principle of Conferral）。¹⁰⁰而法律能力認定，並不在歐盟所得對會員國行使之權限內，¹⁰¹無法直接影響內國法律之適用，但此不代表歐盟無法間接在此議題上發揮影響力，歐盟基本權利署（FRA）已發表一系列包括本文所討論之障礙者法律能力之權利議題報告，特別是針對智能障礙者與精神障礙者在歐盟會員國之基本權利概況報告。釐清歐盟對公約第 12 條所享有之權能，確認其能在何種程度、以何種方式促成公約目標之實現，則是本文在這一章所要討論之議題。

¹⁰⁰ Art. 5, *Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, 2016/C 202/01.

¹⁰¹ CRPD Committee, *Initial Report of States Parties Due in 2012: European Union*, para. 68, CRPD/C/EU/1 (2014).

第一節 歐洲國家對 CRPD 第 12 條之實踐

締約國依照 CRPD 第 35 條，應在簽署後二年內向聯合國身心障礙者權利委員會提交國家報告，說明國家履行公約義務之措施與進展，並在其後每四年提交報告。而委員會依照第 36 條也會審查締約國所提交之報告並提出結論性意見（Concluding Observation）。目前歐洲國家（包括歐盟本身在內）共有 37 國提出國家或區域報告，而委員會已就其中 14 份審查完畢，提出結論性意見。¹⁰²藉由此過程可以觀察到：（1）各國監護制度之現況與公約第 12 條間之差距，以及（2）CRPD 委員會對第 12 條之詮釋以及對國家報告之回應。本文以下關於各國對公約第 12 條之實踐的介紹，係對國家報告與結論性意見為重新翻譯與整理，並輔以歐盟基本權利署於 2009 年之主題報告作為補充（見後述）。並基於論文篇幅考量，本文僅對國家報告中與論文主題較相關者，按照國名英文字母依序為重點介紹（共 11 國），其餘國家之監護制度則會在註釋中擇要說明（參閱本章第二節、壹）。

壹、比利時

依據比利時民法第 488 條，成年人視為有民事行為能力。除非被宣告無法律能力，成年人有享有與行使權利之能力。剝奪法律能力之命令，應由法院依照法定程序並符合法定要件為之。¹⁰³如因精神狀態致無法處理個人事務，在依法剝奪或限制法律能力前，仍有行為能力。¹⁰⁴

法律依據情況之不同，設有數種法律能力制度，包括：（1）法律能力之剝奪：適用於長期智能、精神障礙之人。受宣告之人無處理自己財產事務之法律能力，法院為其指派代理人。（2）未成年時期之延長：適用於嚴重智能障礙之人，而無法到

¹⁰² 委員會對所有締約國之國家報告進行審查，自 2016 年底共完成 46 份結論性意見。

¹⁰³ CRPD Committee, *Initial Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention: Belgium*, para. 61, CRPD/C/BEL/1 (2013).

¹⁰⁴ *Id.* at para. 62.

達法定成年。其會被視為未滿 15 歲之未成年人，法院也會為其指派代理人。(3) 法律顧問之指派，對於智能不足與揮霍金錢之人，其法律能力受到限制，不得單獨為法律行為。(4) 暫時財產監管，對於因為健康因素（不論醫療上之診斷）無法管理財產事務之人。此無法律能力之範圍限於財產事務，無礙於其他領域之個人權利行使。¹⁰⁵這些對法律能力為限制或剝奪之制度，其目的在於保護人民，而非懲罰。

106

在接受觀察或醫療照顧之精神病患，依據 1990 年精神病患保護法第 26 條，儘管仍得對其實施性暫時財產監管，原則上仍保留完整之法律能力。在 2002 年的病人權利法，為那些因精神障礙或智能障礙而被剝奪法律能力之人之權利行使，設置特別規定。¹⁰⁷

其他關於輔助障礙者權利行使之規定，還有：(1) 代理人：由代理人為無行為能力之人行使權利。因精神障礙而無法到達法定成年年齡之人，由其父母或監護人代理之。除財產事務外，特定身分事務也得代理，例如涉及親子關係認定之訴訟，對於被剝奪法律能力與無法表達意願之人，由代理人為其參與訴訟。如有利益衝突之情事，則再指定特別監護人。對於未達法定成年而剝奪法律能力之聲請，當事人應由律師協助。對於智能障礙者甚至強制指派律師，以確保救濟權利之行使。¹⁰⁸

(2) 輔助：對於無法自行處理財產事務之人，藉由第三方協助其處理事務，其法律行為始生效力。前面所提及之司法輔助即屬此類型，而暫時財產監管之制度，則兼有代理與輔助之性質。¹⁰⁹ (3) 受託人：作為受監護人、監護人與法官之間的受

¹⁰⁵ *Id.* at para. 63.

¹⁰⁶ *Id.* at para. 64.

¹⁰⁷ *Id.* at para. 65.

¹⁰⁸ *Id.* at para. 66.

¹⁰⁹ *Id.* at para. 67.

託人，能為受暫時性財產監管之人，更佳的決定其意願，特別是財產事務以外之身分事務。此制度目的在於建立受監護人與監護人之信任。¹¹⁰

CRPD 委員會認為，比利時的監護制度仍具有替代決定制之特色，仍未能符合輔助決定制之要求，並建議參考第 1 號一般性意見進行制度改革。¹¹¹

貳、保加利亞

在保加利亞的國家報告中提到，依據憲法法院在 1992 年對憲法第 6 條第 2 項所為之解釋，¹¹²所有人在法律之前一律平等。此不僅是憲法原則，也是民間社會與國家法體系之重要原則，此項原則也是人民之基本權利。¹¹³在《身分與家庭法》規範下，保加利亞之監護制度也是採取二元體制－包含完全監護與部分監護－對於因精神疾病或精神缺陷而無法處理個人事務之人，應為監護宣告並剝奪法律能力，由監護人為其利益做出決定；而情況較輕微者則設置部分監護，受監護之人僅對於日常生活事務有決策權限，其餘事項仍應取得監護人之同意。¹¹⁴

公約第 12 條之規定對保加利亞而言是嶄新的，其在簽署 CRPD 之前，已完成艱苦的工作，其要求涉及智能障礙與精神障礙者之法律應在公約意旨下為特別規範。保加利亞已完成立法分析的工作，修法的基本步驟已經提出，努力符合公約－特別是第 12 條－之要求，在修法中引入輔助決定制以取代對障礙者法律能力之限

¹¹⁰ *Id.* at para. 68.

¹¹¹ CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of Belgium*, para. 23-24, CRPD/C/BEL/CO/1 (2014).

¹¹² 保加利亞憲法第 6 條：人之尊嚴與權利，生而自由且平等（第 1 項）；法律之前一律平等，不因種族、國籍、社會出生、民族自我認同、性別、宗教、教育、意見、政治派別、個人、社會或財產狀況而對權利賦予特權或限制（第 2 項）。本文所使用之保加利亞憲法，參考自保加利亞國會網站提供之英文版本，<http://www.parliament.bg/en/const/>（最後瀏覽日：2017 年 3 月 16 日）。

¹¹³ CRPD Committee, *Initial Reports of State Parties Due in 2014: Bulgaria*, para. 64, CRPD/C/BGR/1 (2015).

¹¹⁴ Nils Muižnieks, *Report by Nils Muižnieks: Following His Visit to Bulgaria from 9 to 11 February 2015*, para. 77-78, CommDH(2015)12.

制或剝奪。這些法律改革，也是為回應歐洲人權法院在 *Stanev v. Bulgaria* 案—判決保加利亞之監護制度與歐洲人權公約第 3 條、第 5 條與第 6 條牴觸—所為之努力。

¹¹⁵法院也建議保加利亞應確保受部分監護宣告之人，能有權直接向法院針對監護之決定請求救濟，儘管保加利亞監察使（National Ombudsman）曾向憲法法院主張，認為該國關於法律能力之制度與 CRPD 第 12 條牴觸，但此仍不被憲法法院所接受。¹¹⁶

國家報告特別介紹一則法院判決，其否決了一項對思覺失調症患者法律能力之限制聲請，並裁定當事人能照顧自己及其利益，並在獲得親屬輔助之前提下得處理財產事務，並授權親屬在當事人處理財產事務時提供輔助。¹¹⁷報告也高度肯認 NGO 團體在輔助決定制之改革中所扮演之重要角色，其與政府合作加強障礙者權利意識，並藉由便利障礙者閱讀的手冊，向智能障礙者介紹公約所保障之基本權利。在改革的過程中，障礙者作為參與者並立於準備程序之核心地位。藉由以障礙者為核心所建立的支援網絡—以符合公約第 12 條規範意旨而取代監護制度—實現輔助決定制。¹¹⁸

由於目前 CRPD 委員會尚未對保加利亞國家報告做出回應，本文僅以 NGO 團體—精神障礙維權中心（Mental Disability Advocacy Centre, MDAC）—所提出之觀察報告作為旁論。在歐洲人權法院 *Stanev v. Bulgaria* 案的判決後，¹¹⁹保加利亞當局便與 MDAC 合作，針對監護制度的未來，共同研議合於國際人權規範之標準。其歸納出幾點結論：（1）廢除完全監護制度；（2）在託管制度（trusteeship）與部分監護下不會自動導致權利之喪失；（3）引入事前指示（advance directives）與自主權之維持作為監護制度之替代手段。並在適用上開措施時應注意：必要性與適當

¹¹⁵ CRPD Committee, *supra* note 113, at para. 65.

¹¹⁶ Muižnieks, *supra* note 114, at para. 82.

¹¹⁷ CRPD Committee, *supra* note 113, at para. 66.

¹¹⁸ *Id.* at para. 67.

¹¹⁹ 關於 *Stanev* 案判決之詳細內容，請參閱本文第三章第二節之介紹。

性、尊重其意願、偏好與人之價值、比例原則、定期檢討、避免利益衝突與不法影響、彈性原則。而程序上也要重視：強制聽證、多元專家參與、受託人應為委託人所信賴之人、三年內定期檢討。¹²⁰



參、法國

考量到 CRPD 委員會在網頁上公告之法國國家報告僅有法文版本，本文以下所介紹之法國監護法律，係引用自歐盟基本權利署於 2009 年對此監護議題之專題報告。

法國有關成年精神障礙與智能障礙者之事務管理，由三個層面的保護機制組成，分別是「保護」(safeguard，負責保護有行為能力者)、管理 (curatorship，部分監護) 與監護 (tutorship，負責完全監護)。¹²¹ 法國民法並未對能力一詞 (compentence, capacity) 做出定義，僅在民法第 425 條中規範失去意思能力 (incapacity) 所考量之因素，「任何人因為身體或精神機能的改變，而無法處理自身利益者」，並以此參考世衛組織有關精神衛生資源手冊之建議，將人的能力予以分級。¹²² 但不是著重於能力之程度，而是把重點放在失去意思能力之結果。依據第 425 條，其必須是無法維護自身利益。由法官決定保護措施所採取之程度，並藉由醫學報告之協助與比例原則之考量，該措施應與受監護人之身體機能相符。¹²³

這些保護機制有共通的原則：尊重個人權利、自由與尊嚴。其目的在於尊重個人利益，盡可能確保其自我治理，並把保護作為家庭與社區之責任 (民法第 415

¹²⁰ Mental Disability Advocacy Centre, *supra* note 92, at 45. 以上原則將在本章第三章第一節中詳細說明，目前僅概略介紹旨趣。

¹²¹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: France*, para. 48, (2009).

¹²² *Id.* at para. 49. 文中儘管未指明這裡的 incapacity 究竟是指法律能力還是意思能力，但如果從前後語意推敲，其指涉者應該為辨別事理、判斷之能力 (意思能力)。

¹²³ *Id.* at para. 50.

條)。其中，保護機制 (safeguard) 之目的是針對有暫時法律保護需求之人，或是從事特定法律行為需求之人 (民法第 433 條)。受保護者仍能行使其權利。但部分事務會被指派特別代理人為其利益行使法律行為。而部分監護 (curatorship) 須符合二要件：身體機能之損傷，以及日常生活重要事務處理之必要 (民法第 440 條)。除非是需要家庭會議授權或監護法官授權之法律行為，受監護人仍保有對日常生活事物之法律能力。因此，受部分監護限制者，範圍僅及於會造成監護人財產損害之虞之行為。在 2007 年針對部分監護的改革法案，要求監護人為受監護人開戶並以此增強監護人之權利，也因此相似於完全監護之類型。儘管受監護人失去對個人帳戶之管理，但透過新法要求監護人與受監護人共同簽署之方式，也使受監護人保有最終之決定權 (第 472 條)。完全監護則要求身體機能之損傷以及在民事事務中經常代理之必要。也只有在其他保護措施皆無效之前提下才能宣告完全監護 (第 440 條)。在完全監護下，對於法律或習慣仍允許之法律行為，其仍保有行為能力。

124

新法也對於上述三種監護制度設有**期限**，保護機制不得逾一年，且僅能延長一次，並以一年為限 (民法第 439 條)。而部分監護與完全監護，依據第 441 條與第 442 條，則以五年為限，並得延長一次。但如果身體機能之損傷在現有技術下無法改善時，法院得依據醫學報告延長監護宣告之期限 (民法第 442 條)。¹²⁵法律未要求定期對監護命令予以檢討，但對於未能妥善行使職權之監護人，法院得限制或免除其職權 (第 417 條)。¹²⁶

對於監護之聲請，依照第 430 條，得依本人、配偶、民事夥伴、同居人、親屬、與本人有穩定且持續關係之人、檢察官之請求，向法院聲請。¹²⁷有關監護制度與法律能力之設置與監督，在法國法下是由監護法院之法官單獨負責。但保護命令得由

¹²⁴ *Id.* at para. 51.

¹²⁵ *Id.* at para. 52.

¹²⁶ *Id.* at para. 60.

¹²⁷ *Id.* at para. 53.

檢察官為之（第 434 條）。法院在裁定前並應聽取應受監護人之意見，除非其無法表達或此程序將對其造成傷害。（第 432 條）。¹²⁸監護法院法官與檢察官並得訪視受監護人與監護命令聲請人，如監護原因不存在，法院亦得聽取監護人意見後依職權終止監護（第 442 條）。¹²⁹

民法未對監護命令之救濟程序予以規定，但依照民事訴訟法，有權聲請監護者亦得對監護命令提出救濟，其共通原則即利害關係人皆得請求救濟。¹³⁰而原則上受監護人得自由選擇監護人選，在選擇保護機制之監護人時，如應受監護人未為指定，則法院會自為選派監護人（第 437 條）。在部分監護與完全監護之情況也是如此，應受監護人仍得自由選任監護人，如未選任，則法院也應考量受監護人之意願以指派監護人（第 448 條），人選包括配偶、同居人、民事夥伴或其他與其有緊密且持續關係之人（第 449 條）。在無法透過前述程序選任監護人時，法院則會指派公設監護人。當受監護人居住於療養機構時，則會強制指定家庭以外成員為監護人，並由機構或內部人員負責監護之執行。¹³¹

即便處於意思能力欠缺或不足的狀態，受監護人仍得行使其權利（第 435 條）。但法院得指定特別代理人以保護受監護人之重要財產（第 437 條）。為符合 2007 年新法之精神，特別代理人之職權尚應包括受監護人之保護（第 438 條）。在部分監護之情況，在監護人之輔助下，受監護人得從事需要親屬會議或監護法官同意之法律行為（第 467 條）。主要是考量到財產之買賣，法院得規範受監護人不得單獨從事之交易。而在完全監護之情形，受監護人僅得從事法院經醫療評估所允許之法律行為（第 467 條與第 471 條）。但仍得從事依法律或習慣所允許之行為（第 473 條），在新法下，對於嚴格意義之身分行為亦不需監護人之輔助（第 458 條）。¹³²

¹²⁸ *Id.* at para. 54.

¹²⁹ *Id.* at para. 59.

¹³⁰ *Id.* at para. 55, 58.

¹³¹ *Id.* at para. 56.

¹³² *Id.* at para. 57.

法國在 2010 年批准 CRPD，上述國家專題報告則是在 2009 年提交，故未必能完全呈現公約簽署後在內國法之影響，如仍要以 CRPD 第 12 條與第 1 號一般性意見之標準來檢視這篇報告，則會發現，儘管法國民法針對受監護之必要程度有所分級，也肯認受監護人仍為權利之擁有者與行使者，似乎符合比例原則與權利之最大保留原則，但此仍舊位於替代決定制之光譜中，民法所規範之共同決定，其本質上就是將原屬於受監護人所有之自我決定權轉變為與監護人共享，只要這種「家長主義」的模式沒有被尊重權利、偏好與意願之輔助決定制所取代，就不會有真正合乎公約意旨之監護制度。

肆、德國

德國國家報告指出，法律能力與行為能力係規定於德國民法，這些規定共同適用於障礙者與非障礙者。民法第 1 條規定，法律能力始於出生。¹³³障礙者可以在與他人平等之基礎上享有權利並負擔義務。基本法第 14 條第 1 項保障包括障礙者在內所有人民之財產權與繼承權，包括締結契約之權利，並得對所有之動產與不動產設定擔保，特別是對土地設定抵押權。¹³⁴

依據民法第 104 條第 1 項，7 歲以下之人無締結契約之能力（行為能力）；依據第 828 條第 1 款，7 歲以下之人無民事責任能力。這是考量人在生命初期尚未具備構成有效民事交易所需之理解力與意願。¹³⁵而 7 歲以上之未成年人則在民法第 107 條至第 113 條下有限制行為能力。對於純獲法律上利益之意思表示，得自行為

¹³³ 本文所使用德國民法為官方英譯版，參考自德國聯邦司法及消費者保護部：http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0025（最後瀏覽日：2017 年 3 月 15 日），部分翻譯並參考自，國立臺灣大學法律學院、台大法學基金會（編）（2016），《德國民法（下）親屬編、繼承編》，台北：元照。

¹³⁴ CRPD Committee, *Initial Reports of States Parties: Germany*, para. 96, CRPD/C/DEU/1 (2013).

¹³⁵ *Id.* at para. 97.

之；前項以外之意思表示，應有法定代理人之同意始生效力。上述規定皆適用於障礙者與非障礙者。¹³⁶

民法第 104 條第 2 項與第 827 條也對成年人無行為能力之情況提出規範：前者是指因精神疾病阻礙其意願之自由行使時，無契約能力，但如果該阻礙屬暫時者，不在此限；後者是指在無意識下或因精神疾病妨礙其意願之自由行使時，無責任能力。有障礙者團體認為上述規定是基於障礙因素而剝奪障礙者之法律能力，故而與公約第 12 條牴觸。德國當局認為此項觀點是不正確的，該規定非僅單獨針對障礙者，而是平等適用於所有人民，目的皆是在於避免人民在上述情形下還要負擔侵權責任與契約責任之不利益。這些規定非與障礙連接而包含所有障礙者，其適用範圍亦不以障礙者為限，故而不能因此認定與公約意旨牴觸。¹³⁷

德國監護制度（legal custodianship）¹³⁸規定在民法第 1896 條以下，「成年人因精神疾病或因肢體、智能、精神之障礙，無法整體或部分處理事務，輔助法院得依當事人之聲請或依職權為其選任輔助人。無行為能力之人亦得提出聲請。如因肢體障礙因素無法處理事務而聲請監護者，輔助之指定僅能基於該成年人之聲請，但其無法表達意願者，不在此限。」在聲請指定監護人的情形，法院應使應受監護之人陳述意見，並在專家報告基礎上決定監護人。¹³⁹

法院不得違背應受監護人之意願指定監護人（第 1896 條 1 款）；應受監護人如向法院聲請監護，法院應准其聲請，然此意願如違背其最佳利益時，不在此限（第

¹³⁶ *Id.* at para. 98.

¹³⁷ *Id.* at para. 99.

¹³⁸ 德文為 *Rechtliche Betreuung*，此所對應之中文詞彙為「法律保護」，學理有譯為「輔助」者（如戴瑀如教授、台大法學基金會），亦有稱之為「照護」者（鄧學仁教授）。參閱，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》，第 167 期，頁 141。台大法學基金會，前揭註 133，頁 321-323。鄧學仁（2014），〈我國制定意定監護制度之芻議〉，《臺北大學法學論叢》，第 90 期，頁 98。考量本文所定義之監護制度採最廣義認定，此用語之差異不影響本文將此機制納入討論範圍。

¹³⁹ CRPD Committee, *supra* note 134, at para. 101.

1897 條第 4 項)。監護人應為受監護人之最佳利益處理事務，最佳利益包括受監護人得依其意願與想法發展個人生活之可能性（第 1901 條第 2 項）；但同時監護人也須遵從（comply）本人之期望，但若該期望與最佳利益抵觸時，**以最佳利益為先**（第 1901 條第 3 項）。在德國，監護須符合**必要原則**，在能獲得其他協助之情形時，即非必要（第 1896 條第 2 款）。監護制度之目的在於加強受監護人之自我決定。德國民法採取嚴格之必要原則與比例原則，確保該目的之實現。¹⁴⁰

德國之國家報告並沒有回應監護制度與法律能力之關係，這是因為民法將監護之法律效果與法律能力脫鉤處理，從而監護宣告與法律能力各自依其法律要件獨立判斷，監護宣告之法律效果亦不影響本人法律能力之存續。¹⁴¹實則，德國對於法律能力之剝奪，係依照民法第 104 條第 2 項，本人因心智障礙（mental disturbance）之因素，阻礙其意志之自由行使時，為無行為能力（incapacity to contract），但此不適用暫時之心智障礙。法院在做出剝奪契約能力之決定時，應參考專家意見；對此剝奪之法律效果亦非使本人一概喪失全部能力，而僅限定於符合要件之特定契約行為；法院此對失去意思能力之判斷，亦根據專家與法院對該領域之經驗而享有廣泛之判斷空間。¹⁴²對於喪失行為能力之法律效果，其意思表示無效（民法第 105 條），但已成年之無行為能力人為以極少財產可達成之日常生活行為者，其約定之給付與對待給付，仍屬有效。但對於本人之人身或其財產有重大危險者，不適用之（第 105a 條）。¹⁴³

對於上開國家報告，CRPD 委員會認為德國民法仍有替代決定制之特色，並建議德國當局依照 CRPD 委員會第 1 號一般性意見之內容，採取輔助決定制，並

¹⁴⁰ CRPD Committee, *supra* note 134, at para. 100.

¹⁴¹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Germany*, para. 60, 65 (2009).

¹⁴² *Id.* at para. 62-63.

¹⁴³ 翻譯參考自，國立臺灣大學法律學院、台大法學基金會（編）（2016），《德國民法(上) 總則編、債編、物權編》，頁 101，台北：元照。

建立制度的質量標準，加強與障礙者之合作，為中央與地方之所有行動者提供輔助決定制所需之訓練。¹⁴⁴



伍、匈牙利

匈牙利憲法肯認，所有人皆擁有法律能力，其是普遍、無條件與平等的享有。1959 年民法第 4 號法案規定，人之法律能力，如活著出生，自受胎時起算。在憲法法院第 64/1991. (XII.17) AB 號判決中，認為法律能力是正式的能力，其具體內涵是平等尊嚴與生命權，是不得限制之權利，不論人之身體或心理發展與狀況，也不論其如何、為何行使該人類機會。¹⁴⁵

依據民法，監護得剝奪或限制其行為能力。對 18 歲以上之人，如其自由裁量之能力，總體而言，或長期、定期根據其身體狀況、精神障礙或其他成癮而顯著減少時，法院應命監護。對行為能力受限制之人，其意思表示應經監護人之同意。除非法院對其行為能力為概括限制，否則在受限制之範圍外，受監護人有行為能力。例如：申請社會救助、社會補助金、失業補助金、對前述補助金、薪資之處分、對動產、不動產之處分權、身分法律行為、在社會之家接受照顧、接受醫療照顧、設定住所等。民法並規定，自監護命令確定時起五年內應重為評估。¹⁴⁶

對於 18 歲以上之人，如因身體或精神狀況而欠缺自由決定之能力，法院應命監護剝奪其行為能力，其意思表示無效。監護人應以被監護人之名義為意思表示，但其如能自為表達，在決定前應盡可能考量其需求與意願。除非受監護人永久欠缺

¹⁴⁴ CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of Germany*, para. 26 CRPD/C/DEU/CO/1 (2015).

¹⁴⁵ CRPD Committee, *Initial Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention: Hungary*, para. 74, CRPD/C/HUN/1 (2011).

¹⁴⁶ *Id.* at para. 75.



自由決定能力，否則在剝奪法律能力之情形，法院亦應命監護為檢討改進。法庭醫學專家應對程序發表專家意見。¹⁴⁷

對 18 歲以上之成年人，如對行為能力有障礙，得透過監護機構之協助行使權利及財產事務。監護法庭應對受監護人指定監護人，為受監護人之財產事務為決定。對於限制行為能力之監護，其日常生活所需之小型契約無須透過監護人，且對收入之半數得自由處分，而純獲利益之契約亦能自由締結。¹⁴⁸未來匈牙利民法將修法廢除剝奪行為能力之監護制度，並引入輔助決定制。¹⁴⁹

CRPD 委員會之結論性意見認為，儘管注意到匈牙利在履行公約第 12 條規範之努力，但委員會對新法可能保留部分替代決定制一事上提出關注，並認為草案的程序未能依照第 12 條為輔助決定制建構詳細與可行的框架。¹⁵⁰委員會**建議匈牙利廢除監護制度**，從替代決定制走向輔助決定制，因後者尊重人的自治、意願與偏好，也完全符合公約第 12 條之規範意旨。並建議為政府人員、法官與社工提供訓練並與障礙者協同合作，以提高對障礙者法律能力與輔助決定制之認知。¹⁵¹

根據匈牙利司法統計，受監護宣告之人為五萬九千餘人，其中完全監護佔將近六成。¹⁵²2009 年的民法修正草案，廢除完全監護，並引入輔助決定制，但因當時的政治因素而未能生效。¹⁵³目前適用的新民法在 2013 年通過，並於 2014 年施行，新法仍然保留完全監護與部分監護之區分，並相當部分維持舊法規定。¹⁵⁴此顯然與

¹⁴⁷ *Id.* at para. 76.

¹⁴⁸ *Id.* at para. 77.

¹⁴⁹ *Id.* at para. 78.

¹⁵⁰ CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Periodic Report of Hungary*, para. 25, CRPD/C/HUN/CO/1 (2012).

¹⁵¹ *Id.* at para. 26.

¹⁵² Mental Disability Advocacy Centre, *supra* note 92, at 54.

¹⁵³ *Id.* at 55.

¹⁵⁴ 依據新民法第 2：19 條，成年人之自由決定能力，如永久或持續受到減損，法院應命保護（Conservatorship），以部分限制其能力。法院並應指定受限制之事務範圍。新法第 2：21 條，成年人之自由決定能力如完全喪失，法院應命監護（Guardianship）以完全限制其法律能力。



CRPD 所要求之輔助決定制有所扞格，未能符合公約尊重障礙者自治、意願與偏好的宗旨。

陸、立陶宛

《立陶宛憲法》第 29 條規定，在法律、法院與其他政府組織之前人人平等。此憲法權利透過個別法律加以落實，《平等對待法》第 1 條第 1 項就說明其立法目的在於落實憲法所保障之權利，並禁止任何直接或間接根據年齡、性傾向、身心障礙、種族、族群、宗教或信仰所為之歧視。而《障礙者社會整合法》第 3 條第 1 項則規定障礙者擁有與其他社會成員相同之權利。¹⁵⁵立陶宛也與其他多數國家一樣，將民事關係之主體定義為能享有權利負擔義務而具有法律能力之人。《民法》第 2.1 條規定，自然人擁有完全法律能力（被動之法律能力），此範圍亦包括障礙者。第 2.5 條第 1 項則規定滿 18 歲之成年人具有行使權利負擔義務之法律能力（主動之法律能力）。¹⁵⁶

上述法律能力（包括被動與主動之能力），非依法律不得限制之（第 2.6 條第 1 項）。其中第 2.10 條第 1 項規定，自然人因精神疾病或智能不足而無法理解或控制其行為者，得宣告為無法律能力。但對於本法之解釋，該國最高法院在判例中認為，此不意味任何經法庭精神鑑定為因智能障礙或精神疾病而無法理解或控制行為之人就因此欠缺法律能力；甚至，即便經精神科醫師診斷認為有前述情事，也不當然該當民法第 2.10 條對法律能力為剝奪之要件。所謂法律能力之評估是指，對那些無法理解或控制其行為之人，對情況嚴重者之監護需求與否為評估，並藉由剝奪法律能力以限制其權利或自由。換言之，是否剝奪法律能力，著重於監護之需求程度，只有那些最嚴重，持續性之精神障礙或智能缺陷，限制本人專注、工作、經濟獨立，自我決定或其責任能力時，才會藉由剝奪法律能力之方式來設定監護。受

¹⁵⁵ CRPD Committee, *Initial Reports of States Parties Due in 2012: Lithuania*, para. 74, CRPD/C/LTU/1 (2014).

¹⁵⁶ *Id.* at para. 74.

監護宣告之人，其法律上之權利除僅能由本人行使者（如結婚、投票權）外，自法院為宣告時起，由監護人為本人利益行使之。¹⁵⁷

立陶宛也採取完全監護與部分監護之區分，除前述完全監護之情形外，對於酒精、藥物、麻醉藥或毒品濫用之人，法院得限制其法律能力並設監護（民法第 2.11 條）。對此限制—立陶宛也強調—並非以障礙（不論是肢體或精神）因素為基礎。

158

CRPD 委員會對上述報告所作出之結論性意見，認為立陶宛法律制度構成對障礙者法律能力為限制或剝奪，此與公約第 12 條之意旨牴觸，並建議參考第 1 號一般性意見採取輔助決定制。¹⁵⁹

立陶宛批准 CRPD 後陸續修改相關法制，新法已在 2016 年施行。新民法第 2.10 條規定，自然人因精神疾病無法理解或控制特定領域之行為者（特別是生活領域），法院得為無法律能力之宣告。受宣告之人必須透過其監護人從事涉及該領域之行為，法院並應認定適用宣告效力之事務領域。新法也對部分監護適用於精神疾病之情形有所規範，對於因精神疾病無法理解或控制行為之人，法院得宣告限制法律能力。對於完全監護與部分監護，新法也允許本人之配偶、父母、成年子女或監護主管機關向法院聲請回復法律能力之權能，而甚至部分監護之受宣告人亦有聲請權能。特別是新法第 2.137 條也首度肯認「事前指示」制度，使得本人得藉由監護契約指定監護人與監護之內容。¹⁶⁰此外，新民事訴訟法第 465 條則規定監護之聲請應註明本人的情況，例如醫療報告，同時也應表明本人應受剝奪之事務領域。

¹⁵⁷ *Id.* at para. 75-77.

¹⁵⁸ *Id.* at para. 78.

¹⁵⁹ CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of Lithuania*, para. 25-26, CRPD/C/LTU/CO/1 (2016).

¹⁶⁰ *A.N. v. Lithuania*, application No. 17280/08, para. 50-54. 有關此概念之介紹，請參閱本文第三章第一節。

對於舊法時期之監護，也要求法院進行檢討，以決定有無續行監護或終止監護之情事。¹⁶¹



柒、挪威

挪威憲法第 98 條，肯認所有人在法律面前一律平等。出發點就是肯認所有人皆享有法律能力，且是權利之擁有者，一旦成年則擁有行為能力。¹⁶²此份國家報告參考 CRPD 委員會第 1 號一般性意見而做成，挪威當局便認為該國法律符合公約第 12 條之精神。¹⁶³

1927 年之監護法允許對無法處理個人事務之人為法律能力之剝奪，¹⁶⁴而挪威在批准 CRPD 後，為符合公約之人權標準，在 2010 年通過新監護法 (vergemålsloven)，並在 2013 年施行。對傳統監護給予新的定義，稱之為個人化監護 (individual tailored guardianship)，這是建立在尊重人之身心完整、意願與偏好之輔助措施。¹⁶⁵新法也注意到所謂的「典範移轉」(paradigm shift)，強調「所有人都有依其技能與能力去形塑所意欲之個人生活之權利」，其也注意到，有些人特別需要他人之協助來形塑生活，而非剝奪其法律能力。¹⁶⁶

新法包括三種措施：(1) 代理人之權能 (rights of attorney)：此有別於傳統之監護人，而是由使用者控制之機制。本人除得指定代理人選外，更能決定所需之輔助內容。報告認為此制度較後面會介紹到的監護制度還更加妥適。¹⁶⁷ (2) 代理權

¹⁶¹ *Id.* at para. 55-57.

¹⁶² CRPD Committee, *Initial Reports of States Parties: Norway*, para. 75, CRPD/C/NOR/1 (2015).

¹⁶³ *Id.* at para. 76. 這也使得此份國家報告相當具有可看性，可以對挪威監護制度與第 1 號一般性意見間之互動進行直接觀察。

¹⁶⁴ Nils Muižnieks, *Report by Nils Muižnieks: Follow His Visit to Norway from 19 to 23 January 2015*, para. 9, CommDH(2015)9.

¹⁶⁵ CRPD Committee, *supra* note 162, at para. 77.

¹⁶⁶ *Id.* at para. 78.

¹⁶⁷ *Id.* at para. 92.

(rights of representation)：如果未如(1)設定代理人權能，新法允許親屬協助其處理日常事務，如食物採買、繳納房租等。此項代理權意味著沒有必要指派監護人，此項制度之目的是協助本人依其意願或偏好之選擇來生活。但如果有改變的必要(如搬家，投資、重大資產之買賣)，則必須指定監護人。(3)符合個人需求之監護(individual tailored guardianship)：此適用於未設定代理人權能而代理人之權能不足以輔助本人時。這項制度關注於監護人與障礙者之關係，以及監護人在受監護人與第三人間的角色。¹⁶⁸監護人之義務是去補充受監護人在需要輔助之領域，才能使其在與他人平等之基礎上行使法律能力。基於受監護人身心完整、意願與偏好之尊重，監護人職權之行使不得逾越必要之程度。監護人之選任，以及確保其與受監護人之間具有充足的互動是重要的。因此監護人必須接受充足之訓練，以確保責任能被適當履行。訓練由國家提供，當人民聲請監護宣告時，國家也有責任提供適當人選。¹⁶⁹

目前監護人之來源共有3種，人數最多的是最近親屬，例如配偶或同居人、子女、父母、兄弟姊妹。這是考量到這些親屬最知悉受監護人之偏好與需求，因此當其有監護需求時，如親屬也有意願、能力擔任監護人，他們往往就是最佳的選擇。其次，則是本人周遭的其他親戚或其他願意擔任監護之人。擔任這份工作必須是自願的，但政府也會對監護業務所得之報酬給予免稅優惠。第三種則是以監護為職業之人。新法規定在需要法律專業之情形，律師不得擔任監護人。¹⁷⁰

新監護法不對法律能力之行使施加限制，監護人之責任在於輔助有需求之病患或障礙者。監護人之指派須經受監護人之書面同意，並確認監護之範圍與監護人之人選，除非其無法理解同意背後所代表之意涵。監護必須符合個人化之需求且監護人行使職權時須詢問受監護人之意見。¹⁷¹原則監護人不得牴觸受監護人之意願，

¹⁶⁸ *Id.* at para. 82.

¹⁶⁹ *Id.* at para. 83.

¹⁷⁰ *Id.* at para. 84.

¹⁷¹ *Id.* at para. 85.

但在受監護人法律能力受限制之範圍時，不在此限，此時監護權限之行使就必須考量「必要原則」與其他監護基本原則。¹⁷²要限制受監護人之法律能力只能在絕對必要之情形下為之，且只能限定在生活領域之範圍內。監護人必須衡量受監護人、其配偶或同居人之觀點。受監護人如不同意監護人之決定，得將爭議提交予主管當局。¹⁷³

在監護法下，法律能力本質上不會被剝奪，然如受監護人之決定有損及自身利益之風險時，仍得依照財產事務或身分事務之類型而對法律能力為限制，且該限制須依照個案需求嚴格限縮於必要之範圍內。¹⁷⁴挪威認知到，對於法律能力之限制是十分嚴重之干預，且只有在例外之情形下才有適用。而受監護人之自我決定必須與其他基本權利權衡，例如生命權、必要之醫療照顧權，以及適足生活權。如果在有嚴格必要防止個人遭受風險之情形，仍不能限制其在此領域之法律能力，則受監護人之權利將會遭受侵害。¹⁷⁵

考量部分限制法律能力之情形所帶來之嚴重干預，如何防止監護機制遭受濫用，便是重要的課題，挪威的做法便是將此部分限制之決定交由法院行使。如法律能力受部分限制之人對監護人之決定不同意，得將爭議提交予主管當局或法院以尋求救濟。¹⁷⁶

統計顯示，目前受監護宣告之案件數，包括新制與舊制，共 36200 件，其中法律能力被宣告為完全限制或部分限制者，佔不到 0.7% 共 250 件。舊制仍允許對法律能力之完全限制，而這些案件都將在 2016 年按照新監護法之規定加以檢討。¹⁷⁷

¹⁷² *Id.* at para. 86.

¹⁷³ *Id.* at para. 87.

¹⁷⁴ *Id.* at para. 88.

¹⁷⁵ *Id.* at para. 89.

¹⁷⁶ *Id.* at para. 90.

¹⁷⁷ *Id.* at para. 91.

CRPD 委員會尚未對此份國家報告做出回應。而歐洲理事會在此份國家報告提出的當年，也對挪威進行訪查，對於新監護法所重視，以符合障礙者需求為前提，對法律能力所為之限制，理事會認為此仍是基於障礙之機能方法所為之歧視，同時也發現到，儘管監護之決定需要本人之同意，但其法律能力仍能在未經同意下被剝奪。且監護法以外之專法仍允許監護人在結婚、領養、墮胎、絕育等事項進行干涉。¹⁷⁸新監護法離公約所要求之輔助決定制仍有相當之落差，不論法律能力是否被剝奪，法律仍允許監護人在特定要件下為本人做決定。¹⁷⁹歐理會仍視此為替代決定制。¹⁸⁰

捌、西班牙

西班牙關於法律能力之規範主要規定在民法，依據民法第 29 條，人經出生即有人格 (personality)。而出生之定義依照第 30 條，為自母體分離後生存逾 24 小時者。故包含障礙者在內之所有人皆享有法律能力，西班牙當局認為此與公約第 12 條 1 項與 2 項之意旨相符。¹⁸¹公約第 3 項要求締約國在障礙者行使法律能力時提供適當輔助之要求，民法對此也有相應之規定，包括民法第九章以下，有關剝奪法律能力 (第 199 條至 201 條)、監護 (第 215 條至 285 條)、管理 (第 286 條至 293 條)、事實上監護 (第 303 至第 304 條) 等規定。¹⁸²依據民法第 199 條，法律能力之剝奪只能依法定要件由法院為之。而法定要件有二，依照第 200 條，其一為持續之肢體或精神疾病或損傷，其二，因而無法處理個人事務。¹⁸³

¹⁷⁸ Muižnieks, *supra* note 164, at para. 10-11.

¹⁷⁹ *Id.* at para. 15.

¹⁸⁰ 歐理會認為，挪威應廢除替代決定制，並建構以個人同意為基礎之輔助決定制。歐洲理事會網站，<http://www.coe.int/es/web/commissioner/-/norway-people-with-disabilities-and-roma-need-more-attention> (最後瀏覽日：2017 年 3 月 16 日)。

¹⁸¹ CRPD Committee, *Initial Reports Submitted by States Parties: Spain*, CRPD/C/ESP/1 (2010).

¹⁸² *Id.* at para. 54.

¹⁸³ *Id.* at para. 55.

西班牙認為，公約第 12 條第 4 項所謂尊重個人權利、意願與偏好，係反映在民法第 268 條—要求監護人尊重受監護人之人格完整與身心健全—之規定上。¹⁸⁴而避免利益衝突條款，也反映在民法第 244 條第 4 項，其規定與受監護人有利害衝突者不得擔任監護人；在監護過程中有利害衝突之虞者，依第 299 條，法院應指派辯護人擔任受監護人之法定代理人。在履行職務中也被禁止取得受監護人之財產或其他有利害衝突之行為（第 221 條）。¹⁸⁵

當局也認為透過民法第 268 條尊重受監護人之人格與身心健全，以及第 216 條要求監護人應為受監護人之利益行使職權並受法院監督等規定，符合公約避免不當影響之規定。有關比例原則之規定，也反應在民事訴訟法第 760 條，民法第 267 條、第 289 條與第 290 條，要求法院為監護裁定時應確認受監護人是否能不在他人協助下行使法律能力。¹⁸⁶

在財產繼承之部分，依照民法第 744 條，無行為能力之人不得繼承財產。反之，受監護宣告如未被宣告為無法律能力者，依照第 996 條，得在監護人之協助下完全或部分繼承財產。¹⁸⁷西班牙當局認為上述規定並未禁止障礙者繼承財產，蓋在監護人協助下，使無法律能力之繼承人為繼承之意思表示。¹⁸⁸在有關遺囑能力之部分，民法第 663 條規定，對於 14 歲以下之人，或長期、偶發性心智不健全之人，無為遺囑之能力。對於被宣告無法律能力之人，如未被禁止為遺囑，則在二名醫師之認證下，得為遺囑。¹⁸⁹

¹⁸⁴ *Id.* at para. 56.

¹⁸⁵ *Id.* at para. 57.

¹⁸⁶ *Id.* at para. 58.

¹⁸⁷ *Id.* at para. 64.

¹⁸⁸ *Id.* at para. 65.

¹⁸⁹ *Id.* at para. 66.

CRPD 委員會在結論性意見中認為，西班牙未對障礙者法律能力採取輔助決定制之措施，建議當局檢討並修改目前具有替代決定特色之監護法律。¹⁹⁰



玖、瑞典

考量瑞典所提交之國家報告過於簡陋，且也未針對該國障礙者法律能力之規範現狀為說明，¹⁹¹本文以歐盟基本權利署（FRA）於 2009 年所彙整之國家主題報告作為研究基礎。

瑞典於 1989 年便廢止剝奪成年人法律能力之制度，至於法律能力則是規範在雙親法（*Parents Code*）之架構下。雙親法第 11 章第 4 條規定，因疾病、精神障礙、健康衰弱或其他類似情形，而需要協助處理個人事務者，法院得經本人同意為其指定監護人（*cuartor, godman*），但本人無法為同意時，不在此限。本人不因監護宣告喪失法律能力，而監護人的意義在於協助本人行使能力。監護人在權限外所為之行為對本人不生拘束，且對第三人對此越權行為所生之損害負賠償責任。¹⁹²在前述相同之原因下，本人如無法照顧自己或其財產，法院亦得指定管理人（*trustee*）為其處理事務，但此無須本人之同意。法律嚴格限制受託人之權限，本人也對其收入享有處分權能。本人亦得聲請終止監護或管理關係。¹⁹³

瑞典法律並未對「能力」（*competence, capacity*）為定義，因此無法宣告一個人為「失去法律能力」（*incapable*），也沒有以精神衛生所由，對能力為之剝奪。法律

¹⁹⁰ CRPD Committee, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities: Spain*, para. 33-34, CRPD/C/ESP/CO/1 (2011).

¹⁹¹ 此份國家報告說明瑞典在保護障礙者免於暴力對待之努力，以及有犯罪被害人補償之法制現狀，對於公約第 12 條所關注之議題未有回應。See CRPD Committee, *Initial Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention: Sweden*, para. 109-110, CRPD/C/SWE/1 (2012).

¹⁹² European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Sweden*, para. 92, (2009).

¹⁹³ *Id.* at para. 88-90.

認定人總是具備能力，故而不存在對能力為剝奪之制度。然而在管理（trustee）的狀態下，主體之法律能力是受到限制的，此限制係針對個人且也只能在管理權限內為之。在此管理領域內，本人仍能締結僱傭契約或服務契約、處分薪資、處分受贈之物、制定遺囑，成為保險或退休金之受益人，除非上開財產行為受管理命令之拘束。¹⁹⁴

監護與管理作為二種不同的保護機制，前者需要本人同意，而後者則不需考量本人意願，僅判斷其是否處於無法表達個人意願之狀態，作為認定其無法處理個人事務之依據。而二機制之適用期限也是視個案之保護需求而定，一旦監護目的消失，則監護或管理也隨之終止。¹⁹⁵

對於監護與管理之監督，則是由行政機關指派監護長（chief guardian）或是組成監護委員會（guardian board）為之。其權限包括審查監護人或管理人對本人特定財產之決定－例如貸款或經營行業，此類決定必須具備監護人與監護長之同意始生效力。對於個案監護人或管理人職權行使，監護長也具有審查權能。¹⁹⁶瑞典已在 2009 年施行新法，透過加強監護長之參與監督權限以維護障礙者之財產權利。¹⁹⁷

拾、烏克蘭

烏克蘭政府在國家報告中指出，依據烏克蘭憲法，人民擁有平等之憲法權利與自由，並在法律面前一律平等，不得基於種族、膚色、政治、宗教或其他信念、性別、民族或社會出身、經濟狀況、住居所、語言或其他因素，限縮權利或賦予特權。

¹⁹⁴ *Id.* at para. 91.

¹⁹⁵ *Id.* at para. 92, 94.

¹⁹⁶ *Id.* at para. 95-97.

¹⁹⁷ *Id.* at para. 98.

在這基礎上，烏克蘭提供機會給障礙者，使其能與他人在平等之基礎上有意義的參與社會。¹⁹⁸

依據烏克蘭法律，自然人之法律能力，始於出生、終於死亡。此享有權利、負擔義務之能力依法根據年齡而定。¹⁹⁹並依照民法第 36 條至第 37 條，人民如因精神異常而對其理解行為意義與控制力有顯著影響者，法院得命監護並限制其行為能力。小型交易、日常交易以外之財產處分，應有監護人之同意始得為之。受監護人之薪資、退休金、教育補助與其他收入，由監護人受領與處分之。監護人得以書面方式同意受監護人處分上開財產。²⁰⁰

依據民法第 39 條至第 41 條，因持續的精神異常致無法理解其行為意義或控制之，法院得剝奪其行為能力並設置監護 (tutorship)。無行為能力之人無權利為任何交易，而由監護人以受監護人之名義與利益為之。²⁰¹

CRPD 委員會對前述報告的回應，對法律能力被剝奪之人因喪失所有權利卻無法以自己之名義對監護命令向法院提出救濟一事表達關注，認為締約國未能為障礙者提供輔助決定之機制。²⁰²並要求締約國引入輔助決定制並廢除所有剝奪法律能力（包括完全或部分監護）之制度。並應符合公約第 12 條與第 1 號一般性意見之意旨。²⁰³

¹⁹⁸ CRPD Committee, *Initial Report of State Parties Due in 2012: Ukraine*, para. 140, CRPD/C/UKR/1 (2014).

¹⁹⁹ *Id.* at para. 141.

²⁰⁰ *Id.* at para. 142.

²⁰¹ *Id.* at para. 143.

²⁰² CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of Ukraine*, para. 26, CRPD/C/UKR/CO/1 (2015).

²⁰³ *Id.* at para. 27.



拾壹、英國

英國在國家報告中指出，英國支持障礙者在法律前一律平等，亦支持其法律能力之行使。但當障礙者需要外在輔助以行使其法律能力，或當其欠缺做出決定之能力時，此時就會為障礙者之利益做出決定。在此過程中，須要嚴格之保護機制，包括在特定個案中讓獨立的代理人參與其中。²⁰⁴

英格蘭與威爾斯在 2005 年的《心智能力法》(Mental Capacity Act 2005) 第 1 條規定 5 項原則：(1) 人皆預設具有法律能力，除非被宣告為無法律能力。(2) 人不會被認定為無決定之能力，除非所有可行之輔助措施皆無效。(3) 人不會因為做出不明智之決定就被認定為無法做出決定之人。(4) 任何為其做出之決定應符合本人最佳利益。(5) 任何措施應本於對個人權利與自由之最小限制原則。本法也允許預先為將來失去意思能力之狀態進行安排，得授權特定人在此情形下為其作出決定(持續授權，Lasting Power of Attorney, LPA)，但如果已經處於喪失意思能力之狀態就不能適用此機制。並應向保護法院提出聲請，並指定代理人為之。²⁰⁵保護法院之職權是**為本人做出決定**，並指派為其做出**最佳利益**之代理人。對於失去意思能力而無法處理個人事務之人，如無法在法庭中代表自己且亦無人願意協助時，則由官方律師為其提供服務。²⁰⁶

在 2011 年的一則判決中，保護法院甚至宣告限制障礙者之「性行為同意能力」：本案原告為地方當局，被告為中度智能障礙者。原告以保護被告為由，請求法院限制其「同意為性行為之能力」。法院認為要判斷是否具備此能力，應視被告是否具備理解與認知：(1) 行為之意義，(2) 所涉及的風險(特別是性病)，(3) 異性性交所導致之懷孕。考量到本案被告對於女性性徵認知之缺乏，也無法理解性交之意

²⁰⁴ CRPD Committee, *Initial Reports of States Parties Due in 2011: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, para. 104, CRPD/C/GBR/1 (2013).

²⁰⁵ *Id.* at para. 105.

²⁰⁶ *Id.* at para. 106.

義；缺乏對保險套為正確使用之認知；也缺乏對肛交、口交等性行為之知識²⁰⁷，法院基於最佳利益之考量，宣告被告不具有性交之同意能力。但也考量到 MCA 的第 (2) 原則，法院命地方當局對被告實施性教育，並於九個月後檢討其改善狀況。

208

蘇格蘭的成年法律能力法也規定，法律對於失去意思能力之人所介入之領域，必須在最小範圍內為之，且應符合個人化之需求。²⁰⁹ 上述二部法律皆允許障礙者選定為其處理財產事務、健康或福利事務之代理人。²¹⁰

為避免此機制遭到濫用，在英格蘭與威爾斯由監護局 (The office of Public Guardian) 負責監督代理人業務之執行，同時也負責 LPA 之管理，對障礙者提供必要之輔助措施，與確保代理人職權之行使能與法律之精神相符。在蘇格蘭則由獨立的委員會負責監督代理機制之執行不被濫用。²¹¹

目前 CRPD 委員會尚未對此報告提出回應。但如果從 NGO 組織之觀察可以發現，英國 (在此指報告所提及之英格蘭、威爾斯與蘇格蘭) 之監護制度仍允許傳統之替代決定制，由代理人為受監護人之最佳利益做決定。這已經與公約第 12 條所主張之輔助決定制牴觸。²¹² 可以預見將來委員會之結論性意見，仍會敦促英國參照第 1 號一般性意見之宗旨加以改進。

²⁰⁷ 本案主要涉及同性間性行為。

²⁰⁸ D Borough Council v AB (2011) EWHC 101 (cop), 判決全文請參閱, <http://www.bailii.org/eu/cases/EWHC/COP/2011/101.htm> (最後瀏覽日: 2017 年 3 月 15 日)。

²⁰⁹ CRPD Committee, *supra* note 204, at para. 107.

²¹⁰ *Id.* at para. 108.

²¹¹ *Id.* at para. 109.

²¹² Mental Disability Advocacy Centre, *supra* note 92, at para. 52.



拾貳、歐盟對 CRPD 第 12 條之實踐

一、歐盟事務管轄原則

歐盟在 2011 年以 CRPD 第 44 條區域整合組織之資格批准 CRPD，使公約作為歐盟內部機關與會員國間具有拘束力之法律。²¹³但這不表示公約之一切權利義務俱為歐盟及其會員國所承受。歐盟作為歐洲國家所組成之國際組織，其適用 CRPD 所享有之事務管轄權限－進而拘束會員國－也必須符合歐盟條約（Treaty on the European Union, TEU）之相關規定。依據歐盟條約第 5 條第 1 項，歐盟權限來自於會員國授權（principle of conferral），²¹⁴歐盟在此授權範圍內所得行使之事務權限又可再細分為專屬管轄²¹⁵－如歐元區的貨幣政策或競爭規則，與共同管轄－如社會、能源政策、消費者保護、自由、安全與正義等²¹⁶，歐盟在行使共同管轄事務時則應遵守補充性原則（principle of subsidiarity）與比例原則（principle of proportionality）；補充性原則規定歐盟只有在會員國－不論在中央層級或地方層級－無法完整實現所設定之目標時，而歐盟基於其規模與效果而更適於實現時，始得介入（TEU 第 5 條第 3 項）；比例原則則規定歐盟行為（包括專屬與共同事務）之內容與形式不得逾越條約所欲追求目的之必要（necessary）程度（TEU 第 5 條第 4 項）。因此，歐盟如何在其管轄範圍內實現 CRPD 相關之權利義務，其與批准 CRPD 之歐盟會員國本身對公約所負擔之權利義務間又應如何調適，則是本文首要處理之議題。

²¹³ 依照歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第 216 條第 2 項規定，歐盟所締結之條約，具有拘束歐盟各機關及其會員國之效力。

²¹⁴ 在授權原則下，歐盟權限來自於會員國之授權，換言之，授權範圍以外之事務權限則仍保留予會員國行使（TEU 第 5 條第 2 項）。

²¹⁵ 專屬管轄範圍係規定於 TFEU 第 3 條。

²¹⁶ 共同管轄之範圍規定於 TFEU 第 4 條。



二、歐盟對 CRPD 第 12 條之權限與實踐

CRPD 第 44 條第 1 項要求區域整合組織在加入時應就管轄範圍提出聲明，而歐盟理事會（Council of European Union）於 2009 年通過之決議，²¹⁷規範歐盟在簽署公約後所得行使之權限範圍。其中屬於歐盟專屬管轄者，為歐洲共同市場與共同關稅部分；²¹⁸歐盟與會員國共享之事務範圍，則包括，**打擊基於障礙所為之歧視**、人員、貨品、服務、農業資本自由移動，鐵路、公路、海上、空中運輸、課稅、內部市場、男女同工同酬、泛歐網路政策與統計等。²¹⁹而不屬於上述事項範圍者，歐盟基於授權原則無管轄權能，此仍由會員國行使管轄。²²⁰

對於本文所討論之障礙者法律能力之保護，歐盟在 2014 年提交給 CRPD 委員會之報告中，認為此非歐盟所得管轄之事項，而應由會員國處理。²²¹換言之，歐盟不得以立法模式影響會員國關於人民法律能力之規範，以符合 CRPD 之保護意旨；從而，歐盟認為此既不屬於專屬管轄，亦非共同管轄事項。但這不代表歐盟對此議題完全無影響力，實則歐盟仍得站在輔助、支持的立場，為公約第 12 條之實現提供協助。歐盟執委會（European Commission）於 2010 年發表之「歐盟身心障礙十年計畫」中關於平等議題，即肯認：

歐盟會對國家的政策與計劃提供支持與補充以提倡平等，例如促使會員國關於法律能力之規範與 CRPD 一致。²²²

²¹⁷ Council of European Union, *Council Decision of 26 November 2009 Concerning the Conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 2010/48/EC.

²¹⁸ *Id.* Annex II, article 1.

²¹⁹ *Id.* Annex II, article 2.

²²⁰ Gerard Quinn, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability*. 15 TEX. J. ON C.L. & C.R. 33, 50 (2009).

²²¹ CRPD Committee, *supra* note 101, at para. 68. FRA, *supra* note 81, at 13.

²²² European Commission, *European Disability Strategy 2010-2020: a Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe*. COM(2010)636 final, 7. 歐盟執委會在歐盟中負責行政任務之執行。本計劃書在前言中

儘管計畫未能提到具體做法，但也為歐盟在實現公約第 12 條之道路上指引了明燈。實際上歐盟做得比較多的，仍是透過各國法律資訊的蒐集與整理，提供會員國在法律能力議題上分析比較之研究基礎。毋寧這就是一種輔助模式，為各國在監護制度之修法過程中，提供所需之資源。例如在 CRPD 委員會第 1 號一般性意見做出之前，歐盟所屬之障礙高層組織（Disability High Level Group）於 2008 年所發表的年度報告中－此時歐盟尚未批准公約－即能對公約第 12 條作出正確的詮釋，而認為依照公約意旨，締約國應改變既有對精神障礙者之法律能力為限制之模式，採取輔助之立場協助障礙者行使法律能力。²²³

或有論者認為，歐盟此種不直接干涉國家法律能力制度之做法是錯誤的，以前述「十年計畫」為例，計畫中所提及之無障礙－使障礙者能自由享受商品與服務、²²⁴社會參與、²²⁵工作權、²²⁶社會保障、²²⁷健康權²²⁸等權利，皆以法律能力為權利基礎，難以想像一個法律能力受限制或剝奪之人，能充分享有投票權、能自由選擇住居、獨立生活、締結勞動契約，或者對醫療行為作出決定。法律能力之限制或剝奪，

也認知到，歐盟於批准 CRPD 後所應負擔之責任（歐盟於隔年批准 CRPD），並參考歐盟運作條約、歐盟基本權利憲章關於平等、反歧視等價值，故而本計畫之目的正是移除歐盟內部對障礙者所施加之阻礙，改善並促進個人生活。

²²³ 此份報告也不否認，法律能力是一個複雜的領域，需要諮詢與回饋以進一步落實。European Commission, Disability High Level Group, *First High Level Group Report on Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* 35 (2008).

²²⁴ 無障礙的定義是，讓障礙者在與他人平等之基礎上，接觸物理環境、運輸、資訊、溝通技術與其他設備或服務。European Commission, *supra* note 222, at 5.

²²⁵ 這包括歐盟公民權、自由移動、選擇住居、全面參與文化、生殖與運動在內之社會參與。報告特別指出，歐盟將支持發展以社區為基礎之服務，並提升障礙者有關社區居住之認知。*Id.* at 5-6.

²²⁶ 歐盟認知到，有品質的工作才能脫離貧窮，確保經濟獨立，獲得成就感。據統計，有工作之障礙者僅佔總數之 50%，歐盟打算在 2020 年達到全面提升障礙者參與勞動之比例。*Id.* at 7.

²²⁷ 確保障礙者能夠持續被社會安全網所支持是重要的，此能避免使其遭受低收入、貧困與社會排除之影響。歐盟會在尊重會員國管轄權之範圍內提供協助與支持。*Id.* at 8.

²²⁸ 歐盟之目標是使障礙者能在與他人平等之基礎上使用醫療資源，但歐盟也認知到這主要是會員國之責任，為會員國之醫療政策提供協助，就是歐盟在此所能扮演之角色。*Id.* at 8-9.

會直接影響到各種層面的權利行使，使障礙者受制於監護人或家人之干預，無法真正在與他人平等之基礎上享有此能力。其次，歐盟基本權利憲章（*Charter of Fundamental Rights of the European Union*）第 21 條也禁止以包括障礙為由之任何歧視、²²⁹歐盟條約第 2 條則揭示其作為尊重人性尊嚴、自由、民主、平等、法治與人權之聯盟。²³⁰上述條約均足做為歐盟介入法律能力議題之法源依據。²³¹

對於上述看法，本文認為，歐盟作為一個國際組織，對此管轄權之爭議－歐盟是否具有對歐盟公民之法律能力為規範之管轄權？－首先仍應從歐盟條約出發，基於 TEU 第 5 條授權原則，歐盟之權利來自於國家之授予，未授予之部分保留予國家享有。而歐盟運作條約（TFEU）第 3 條與第 4 條並未將法律能力納入歐盟管轄權範圍內，另一種路徑是從 TFEU 第 6 條賦予歐盟對會員國所享有之支持（*support*）、協調（*coordinate*）與補充（*supplement*）權能，以其中第 6 款－民事保護（*civil protection*）－取得管轄權，但此已逾越既有之文義解釋，蓋支持、協調、補充之意義不在於取代會員國決定既有之內國法秩序，況 TFEU 第 2 條第 5 款亦明文表示，上開權能不能取代會員國既有－未授權歐盟而所保留－之管轄權。²³²綜上所述，無法從歐盟條約（包括歐盟運作條約）中得出歐盟得反客為主在此取得管轄權之結論。

²²⁹ Article 21(1), ‘Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, **disability**, age or sexual orientation shall be prohibited.’, Official Journal of the European Union, 2012/C 326/02.

²³⁰ TEU article 2, ‘The Union is founded on the values of respect for **human dignity**, freedom, democracy, **equality**, the rule of law and respect for **human rights**, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.’

²³¹ Mental Disability Advocacy Centre, *supra* note 92, at 33-39.

²³² TFEU article 2(5), ‘In certain areas and under the conditions laid down in the Treaties, the Union shall have competence to carry out actions to support, coordinate or supplement the actions of the Member States, **without thereby superseding their competence in these areas.**’

其次，從歐盟在十年計畫所擬定之目標中，也有注意到上述歐盟管轄權之爭議（例如在健康權與社會參與之部分），在涉及會員國管轄權之部分時，會特別強調「支持、協調與補充」之功能，這在前述社會參與、平等、工作權、社會保障、健康之部分都有著墨，故而無法單純以該計畫所設定之目標反面推論歐盟具有決定法律能力政策之管轄權能。

最後，從歐盟人權憲章第 21 條反對基於障礙所為之歧視，是否能使歐盟取得管轄權？這問題還是要從規範面著手，姑不論憲章第 21 條反歧視之內容是否包括「禁止對法律能力為剝奪」或「以輔助決定制取代替決定制」之意涵，憲章的適用範圍－其適用對象與事務領域－是討論此議題時首先應釐清之課題。憲章第 51 條規定，歐盟及其機關、會員國**適用歐盟法律**時應遵守憲章之規範。憲章亦未擴張或調整歐盟在條約中既有之權限或任務。²³³從邏輯上推演，適用憲章之前提在於適用歐盟法律，而適用歐盟法律之前提在於屬於歐盟既有管轄範圍。因此就結論而言，非屬歐盟管轄權者，亦無歐盟人權憲章－特別是第 21 條－之適用；歐盟既欠缺規範法律能力之權能，則在此議題上即不得援用憲章作為論證之基礎。

作為 CRPD 締約組織之歐洲聯盟，基於權限之限制無法直接拘束會員國落實公約第 12 條法律能力之保障，但至少能做到「倡議」之支援功能，透過各國資料之蒐集與分析，定期提出研究報告，作為各國日後在落實公約時之參考與借鏡，此毋寧也是歐盟對第 12 條之「間接」實踐。²³⁴

²³³ Article 51(1), 'The provisions of this Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States **only when they are implementing Union law**. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers and respecting the limits of the powers of the Union as conferred on it in the Treaties.' (2), 'The Charter **does not extend** the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties.'

²³⁴ 其實參閱本文所參考之資料便可得知，歐盟在此議題上亦能具有相當之影響力。

第二節 CRPD 第 12 條在實踐上所面臨之困難

本文已在「問題意識」介紹公約第 12 條與第 1 號一般性意見之內容，在此要透過前述國家報告與結論性意見間之互動，進一步說明歐洲國家監護制度與公約價值間之落差，並分析其原因。

壹、多數國家容許對法律能力為限制或剝奪

儘管意見書強調不得以障礙為由—包括「狀況方法」、「結果方法」或「機能方法」—對法律能力為限制或剝奪。然而在上述國家報告中可以發現，包括匈牙利、立陶宛、德國、比利時、英國、法國、挪威與西班牙等國，依舊針對受監護人之「機能」予以限制，或多或少容許法院裁定限制障礙者之自我決定權，上述國家因此也是在「機能方法」之脈絡下證立對障礙者法律能力之干預（本文礙於篇幅，無法對歐洲各國監護法制為詳盡之介紹，而只能做概念上之說明，其他具有替代決定制特

色之監護制度者，尚有：葡萄牙²³⁵、波蘭²³⁶、希臘²³⁷、荷蘭²³⁸、愛沙尼亞²³⁹、奧地利²⁴⁰、愛爾蘭²⁴¹、丹麥²⁴²、義大利²⁴³。由此便能進一步推知，就宏觀而言，歐洲

²³⁵ 其依照本人狀況之程度將監護分成二級，監護人亦享有代理權限，儘管歐盟所提出之報告認為葡萄牙監護制度不限制本人之法律能力，但 CRPD 委員會顯然不這麼認為，蓋其與第 1 號一般性意見之意旨已有所牴觸。European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Portugal*, para. 134-140 (2009). CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of Portugal*, para. 28-29, CRPD/C/PRT/CO (2016).

²³⁶ 波蘭民法採取二元之監護體系，根據本人精神狀況以及對輔助之需求程度，分為完全監護與部分監護；監護人亦定期（至少一年一次）應向法院提交報告。CRPD Committee, *Initial Report of State Party Due in 2014: Poland*, para. 128-132, CRPD/C/POL/1 (2015).

²³⁷ 希臘監護制度分為強制監護與意定監護，二者亦得按照能力之限制範圍，再細分為完全監護與部分監護，強制監護使本人喪失決策權能，而意定監護則使本人與監護人共享決策權限，並由法院裁定法律能力受限制之領域；在現行制度下，監護宣告並無定期檢討之機制。CRPD Committee, *Initial Reports of States Parties Due in 2015: Greece*, para. 129, CRPD/C/GRC/1 (2015). European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Greece*, para. 58-67 (2009).

²³⁸ 荷蘭民法之監護制度主要分成二級-bewindvoering 與 mentorschap，各自對應財產行為與醫療行為，本人享有部分法律能力，監護人對其意思表示有撤回權限，而 curatele 則包括上述二種情形，本人喪失法律能力，由監護人享有代理權利；現行制度並無定期檢討之機制，European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Netherland*, para. 96-110 (2009).

²³⁹ 愛沙尼亞以本人是否理解其行為意義與結果作為監護要件，同時如果本人得藉由授予代理權或家人協助之方式處理個人事務者，則不設監護；法律能力受限制之範圍亦受法律規範，僅得在本人無法理解之必要範圍內為之，此範圍由法院認定之、五年內定期檢討（家庭法第 203 條），值得說明的是，愛沙尼亞在國家報告中強調，其認為公約第 12 條「允許」在特定情形下剝奪障礙者之法律能力。CRPD Committee, *Initial Report Submitted by State Party under Article 35 of the Convention: Estonia*, para. 71-79 (2015).

²⁴⁰ 與愛沙尼亞相似，如果有其他措施（本人授權或家人照顧）足以保護本人權益，則沒有必要啟用監護機制，因此依照奧地利監護法，監護之要件除因障礙而無法處理個人事務外，更重要的就是判斷本人對於輔助措施之需求程度；法院會依照本人需求決定監護命令之適用範圍（單一、數個或全部，後者佔監護總數之三分之二），在範圍內法律行為之行使應得監護人之同意，本人在受限制之領域外仍保有法律能力，例如投票權；並根據事務領域之需要，法院得決定監護之期限，甚至得裁定終生監護。剝奪法律能力之決定並無定期檢討機制，除非本人狀況有改定之需求時，法院始為檢討；但監護命令應每年應檢討一次。CRPD Committee, *Initial Reports Submitted by States Parties*

多數國家監護制度肯認在特殊情形下對障礙者法律能力為限制之必要性，此種思維正是「比例原則」在監護制度—包括「是否限制」以及「限制之範圍」—之具體應用。前者以挪威、德國、愛沙尼亞與奧地利為例，如果本人能以代理權授予或家人協助之方式處理個人事務，即欠缺以法定監護進行干預之必要性。在法定監護之領域，比例原則之角色更顯重要，在此便可看出監護機制的多元類型，除概念中最典型之完全監護外（剝奪法律能力並由代理人行使之），僅針對部分事務領域之法律能力為限制之部分監護，亦能更彈性的符合本人需求（例如匈牙利、保加利亞、

under Article 35 of the Convention: Austria, para. 140-141, CRPD/C/AUT/1 (2011). European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Austria*, para. 97-124 (2009).

²⁴¹ 儘管愛爾蘭尚未批准公約（目前僅完成簽署），其於 2015 年所施行之新監護法—Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015—便是採取輔助決定制與替代決定制並存的模式，包括由當事人選任輔助人協助其作決定（Section 14）、共同決定（Section 19）或由法院指定代理人為本人利益做出決定（Section 41），此部分即涉及法律能力之剝奪。See Kanter, *supra* note 36, at 275-276.

²⁴² 丹麥監護制度之特點在於，監護宣告得與法律能力之剝奪分離，此類似德國民法之監護概念，使得監護制度更加彈性，監護人所享有之權限亦因應本人能力之多寡而調整；然而，丹麥並無針對特定領域剝奪能力之制度，從而一旦被宣告無法律能力，即喪失全部之法律能力，從而也只有在「必要」時始得為之；儘管法律並未規定監護期限與定期檢討機制，對於構成監護之事由如果具有暫時性，則得為此訂立期限。CRPD Committee, *Initial Reports of States Parties: Denmark*, para. 129-131, CRPD/C/DNK/1 (2013). CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of Denmark*, CRPD/C/DNK/CO/1, Para. 32-33. European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Denmark*, para. 152-195 (2009).

²⁴³ 義大利也是二元監護體制，在完全監護之情形（其法律效果包括財產與部分身分行為），法官仍得個別裁定不受監護宣告影響之法律能力；相對的，部分監護只有在必要時始對能力為剝奪，在受限制之事務範圍，本人透過監護人之協助行使能力，惟監護人仍得為其利益進行替代決定；對於日常生活所需之行為，本人仍享有能力；現行法並未對監護制度設有期限，但法官仍得個案宣告適用期限，並得延長之；儘管未設有定期檢討之機制，但利害關係之一方仍得隨時請求法院終止監護。CRPD Committee, *Initial Reports of State Parties Due in 2011: Italy*, para. 31-32, CRPD/C/ITA/1 (2015). CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of Italy*, para. 27-28, CRPD/C/ITA/CO/1 (2016). European Union Agency for Fundamental Rights, *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Italy*, para. 112-129 (2009).

立陶宛、烏克蘭、法國、波蘭、希臘等國家)。即便是採取一元監護之德國，其在監護制度以外對法律能力為限制或剝奪之判斷，也未必一概剝奪，仍容許本人對於日常生活所需之小額交易享有法律能力。從上述國家的分析中可以發現，儘管歐洲各國監護制度不盡相同，但仍能從中梳理出彼此共通之原則，**比例原則**的思考即為適例。²⁴⁴

儘管多數國家皆強調比例原則，意即合乎個人需求之監護、個人能力之最大保留、最小侵害等原則，但只要法律仍允許法院能夠對法律能力進行干預，就不是真正的輔助決定制。第 1 號一般性意見最主要的論點之一就是廢除所有對於障礙者法律能力為限制或剝奪之制度，不論其限制之程度為何，也不論在其他層面上又如何符合其他公約所設定之人權標準。

從國家報告中也可以發現，各國對於法律能力之限制範圍寬窄不一，幾乎所有國家都將重點放在財產行為之限制，但亦有少數國家容許對身分行為進行干預，如前面介紹的英國案例、比利時與義大利等國。有些國家的監護制度也會強調最佳利益原則，意即監護人之選定與其職權之行使應符合受監護人之最佳利益（如德國與英國）；然而這也與意見書之意旨相違，公約要求以「對意願與選擇之最佳詮釋」取代傳統之「最佳利益」，蓋公約第 12 條第 4 項要求對「權利、意願與偏好」之尊重，而非他人（法院、主管機關、監護人）以其主觀或客觀之立場，為受監護人之「最佳利益」做出決定。²⁴⁵因任何決定之好與壞，其評價都不避免會帶有個人之主觀認知，最佳利益也僅是以他人的觀點、生活經驗來干涉障礙者之自我決定；更何況現實經驗告訴我們，人一生中都在做各式各樣不同的決定，有些決定令人後悔，有些令人欣慰，有些決定至今仍無法公正的評價，對非障礙者來說，這些決定的好與壞，不是取決於他人如何評價或是否符合最佳利益，而是**決定本身就是目的**，就是自我決定權（*right to self-determination*）之展現，而與對錯好壞無涉。畢竟犯錯

²⁴⁴ 詳細之討論請參閱本文第三章。

²⁴⁵ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 21.

也是人生的一部分，這項權利的內涵不應因主體是否為障礙者而有所差異；且「不正常」正是人性的一部分，人都多少有些「異常」：障礙、損傷、畸形與機能限制，這才是真正的人。²⁴⁶因此 CRPD 才會把重點放在意願之最佳詮釋，而非泛泛的最佳利益，毋寧讓障礙者自己做出決定，才是所謂的「最佳利益」。

貳、部分國家欠缺履行公約第 12 條之善意

由前述國家報告中也可以發現，部分國家未能對公約第 12 條為正確詮釋，特別是未能區辨替代決定制與輔助決定制之異同，例如波蘭、愛沙尼亞、挪威在批准公約時，對第 12 條詮釋認為，公約允許有條件對障礙者法律能力為剝奪。法國則認為可以在第 12 條之架構下對投票權為限制。荷蘭甚至認為公約允許替代決定制與輔助決定制「並存」。當然上述觀點皆明顯牴觸公約意旨；²⁴⁷甚至從起草第 1 號一般性意見時各國所提交的書面意見中可以發現，部分歐洲國家對 CRPD 委員會多數意見所支持之輔助決定制表示不同意見，認為在必要情形時對法律能力為剝奪毋寧才更符合公約本旨，換言之，部分國家不認為對於決策能力之一律承認能作為公約保護障礙者權利的普遍基礎。例如，德國認為第 1 號一般性意見所認知的「能力不得被剝奪或限制之觀點」，是對公約第 12 條誤解，蓋輔助決定制無法適用於所有障礙之情形；且以保護為由，提供需要幫助者必要之協助，並非對障礙者所為之歧視。丹麥則認為，對於嚴重的智能障礙者、植物人或失智症而根本無法感知外在世界也無法表達自己之意願者，如不允許監護人為其利益做出「替代決定」，反而使其置身於危險中。預設有些人不希望由他人代為決定，是錯誤且不負責任的。毋寧第 1 號一般性意見應容許在最極端的狀況下，對法律能力為之必要剝奪。

²⁴⁶ Mental Disability Advocacy Centre, *supra* note 92, at 21.

²⁴⁷ 參閱，聯合國網站，https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en#EndDec（最後瀏覽日：2017 年 3 月 15 日）。這可以歸咎於公約第 12 條在文義上一是否、如何對法律能力為剝奪一過於模糊、不確定。See Quinn, *Supra* note 20, at 105-106. 而第 1 號一般性意見在大部份歐洲國家提交國家報告後始完成（2014 年 5 月），對於輔助決定制之理解確實可能存在誤差，但此項「抗辯」亦因本號意見書之作成而消滅。

²⁴⁸上述觀點皆對「輔助決定制」之實踐設下重重阻礙，如果對條文欠缺正確的詮釋，也就不會有符合公約意旨之適用。²⁴⁹儘管部分歐洲國家在批准 CRPD 之後，已開始注意到 CRPD 委員會對公約第 12 條之解釋，並開始啟動相關的修法，但並非如委員會所要求的，以輔助決定制取代既有之替代決定制，而是在比例原則之基礎上，限縮完全監護之適用，或是在制度上提供其他彈性的選項，使法院在完全監護或部分監護以外，有其他更符合個案需求之措施供法院加以適用。²⁵⁰

作為本章的小結，本文做出以下初步結論：對已經批准公約之歐洲國家而言，CRPD 對締約國涉及精神障礙與智能障礙者法律能力之監護制度較無顯著之影響，其制度上仍或多或少容許監護人對受監護人法律能力之行使進行干預，這有一部分原因是締約國無法正確地對公約第 12 條所一再強調之輔助決定制為正確理解，誤以為修正後、合乎比例原則之替代決定制即符合公約要求；實則只要容許對障礙者法律能力為限制或剝奪，或容許代理人為本人做出「最佳利益」之決定，仍是所謂的替代決定制，典範仍未移轉。

儘管結論性意見反映出公約理想與現實間之巨大鴻溝，但各國在報告中也提到，其仍會朝著符合公約意旨之方向進行監護制度之改革，後續的影響仍值得觀察與期待。值得注意的是，除 CRPD 以外，歐洲各國在歐洲人權法院與歐洲人權公約之影響下，對監護議題已累積相當豐富之理論與判決，其主要涉及法律能力之剝

²⁴⁸ 挪威也是持相同觀點。以上內容請參閱，聯合國網站，<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>（最後瀏覽日：2017 年 3 月 15 日）。

²⁴⁹ 除第 1 號一般性意見外，委員會也曾在其他國家之結論性意見中提及輔助決定制之內容，包括：（1）承認所有人之法律能力與行使之權利。（2）對法律能力之行使提供必要輔助。（3）立法確保尊重個人自主、意願與偏好，並建立回饋機制以確保輔助措施符合個人需求。（4）為輔助決定制之建立與提升進行安排。CRPD Committee, *Concluding Observations on the Initial Report of China*, para. 22, CRPD/C/CHN/CO/1 (2012). 本文認為上述四點內容與第 1 號一般性意見是相輔相成的。

²⁵⁰ European Union Agency for Fundamental Rights, *Implementing the United Nations on the Rights of Persons with Disabilities* 9-11 (2015). 據本文整理，目前只有保加利亞與匈牙利肯認以「輔助決定制取代替代決定制」履行公約第 12 條法義務。

奪與歐洲人權公約間之衝突，透過對判決的研讀，可以擴展監護議題之比較視野，有助於本文「歐洲經驗」之建構；而歐洲理事會作為歐洲人權公約之管轄機關，也早在 CRPD 制定之前，透過各國監護制度之彙整，已對剝奪障礙者法律能力之措施發表若干建議（部分建議的內容也已出現在本章的介紹中），這些經驗在討論公約對歐洲各國的影響層面時，更是不容忽略的，以下將在第三章中予以說明。



第三章 CRPD 與歐洲人權公約



歐洲人權公約作為歐洲最重要之人權公約之一，自 1953 年生效以來已有 47 國加入。公約受到聯合國世界人權宣言的啟發，考量到歐洲各國有共通的政治傳統、理念、自由與法治，為維護人權、發揚人權，確保人權的實現，在歐洲理事會之框架下，各成員國共同簽署歐洲人權公約；²⁵¹並透過條約之司法機構－歐洲人權法院（European Court of Human Rights, ECtHR）－在個案判決之拘束力，確保公約所保障人權條款之實現。在 CRPD 於 2006 年生效之前，所有涉及 ECHR 締約國對智能障礙與精神障礙者法律能力之監護案件，在窮盡國內救濟途徑後，依 ECHR 第 35 條規定，得向歐洲人權法院起訴請求救濟。迄今 ECtHR 已對一系列相關案件作出判決，對障礙者法律能力之限制與剝奪也建構出判斷準則，得作為各會員國在面對此議題時之參考依據，對各國監護制度之改革亦有間接影響；而 ECtHR 在審理案情時，除內國法與 ECHR 外，有時也會引用 CRPD 作為詮釋之參考資料，²⁵²此時二部國際公約－ECHR 與 CRPD－之間，便產生了互動關係。CRPD 是如何對歐洲人權公約產生影響？對本文問題意識－障礙者法律能力與監護制度之互動－歐洲人權法院又是如何透過歐洲人權公約之規範加以詮釋？此問題將在本章進行討論。

本章要處理 CRPD 與歐洲人權法院之間對於障礙者法律能力議題的互動關係。歐洲人權法院是在歐洲理事會（以下簡稱為歐理會）之框架下所成立，後者與歐盟並無組織之隸屬關係，而為各自獨立之歐洲整合組織。歐理會之成立，係有感於歐洲在二十世紀所經歷之戰禍所帶來之文明毀敗，為避免悲劇重演，²⁵³並確保歐洲地區自由、民主、法治與人權之實現²⁵⁴，由英國、法國、丹麥、義大利等國於 1949

²⁵¹ ECHR, Preamble.

²⁵² *Stanev v. Bulgaria*, application No. 36760/06.

²⁵³ Aline Royer, *The Council of Europe 3* (Council of Europe Publishing 2010).

²⁵⁴ Statute of the Council of Europe, Preamble, Art. 3.

年所成立之國際組織。²⁵⁵在歐理會之組織下，藉由一系列國際公約，拘束各締約國採取歐理會同意之標準，進而確保人權在歐洲地區之實現。值得區辨的是，儘管歐盟與歐理會互不隸屬，但二者對於民主、法治與人權仍具有共通信念²⁵⁶，歐盟在制定法規時，往往也會參照歐理會的既定標準，甚至直接將歐理會所屬之國際公約承認為歐盟法律（例如歐盟承認歐洲人權公約），²⁵⁷故二者實際上更接近合作與互補的關係。²⁵⁸在歐理會所通過之公約中，最具有影響力的莫過於歐洲人權公約（ECHR），所有成員國都是 ECHR 之締約國，透過公約之法律效力與歐洲人權法院（ECtHR）之判決，以拘束內國法律，貫徹公約價值之實現。

針對本章所要討論之議題，本文從二部份處理：其一，介紹歐理會決策機關一部長委員會（Committee of Ministers, CM）—²⁵⁹所通過之建議（Recommendation）中，²⁶⁰有關對障礙者法律能力為限制之部分。此類建議儘管對歐理會成員國不具法拘束力，但其至少反應出歐洲國家在此議題之多數看法。其二，歐洲人權法院在詮釋 ECHR 時，除以公約文本為基礎外，也會在具體個案中適用部長委員會之建議與 CRPD 作為論理之輔助。透過這些個案，可以觀察到法院在詮釋法律時，CRPD

²⁵⁵ 歐理會目前有 47 個會員國與 6 個觀察國，包括加拿大、美國、日本等國。

²⁵⁶ 甚至雙方皆以「歐盟旗」與貝多芬的「快樂頌」作為官方旗幟與歌曲。

²⁵⁷ 例如歐理會在 1964 年制定歐洲藥事公約（The Convention on the Elaboration of a European Pharmacopoeia），目的在於統一歐洲藥品規格。歐盟於 1994 年加入此公約，並與歐理會共同成立歐洲藥品實驗室網絡（The European Network of Official Medicines Control Laboratories），負責確保歐洲藥品安全與品質。參閱，前揭註 253，頁 58、59。

²⁵⁸ 參閱歐理會網站關於歐理會與歐盟關係之介紹，<http://www.coe.int/en/web/portal/european-union>（最後瀏覽日：2017 年 3 月 15 日）。

²⁵⁹ 部長委員會由各國外交部長或駐理事會大使所組成，為理事會之主要決策機構，並與理事會之議會與地方議員合作，針對議會所提出之建議採取行動，並在特定議題上諮詢後者。CM 作為決策機構，具有通過公約與協議之權限。同時為確保公約之實現，部長委員會對於違背公約之國家，得對之處以停權或開除會籍之制裁手段。See Royer, *supra* note 253, at 10-11.

²⁶⁰ 依據歐洲理事會章程第 15 條第 2 項，部長委員會得通過建議，要求會員國在特定議題上採取特定具體行動。

與歐洲人權公約、歐理會部長委員會建議間之互動關係，並了解到 CRPD 影響歐洲人權法院的具體內容，以及本文問題意識與歐洲人權公約有關權利之連結。

第一節 歐洲理事會對身心障礙者法律能力之建議

壹、部長委員會 1999 年第 4 號建議

一、實體原則

歐洲理事會部長委員會 1999 年第 4 號建議—關於成年失去辨識能力者之法律保護原則（本文以下簡稱為 R(99)4 號建議），²⁶¹為歐理會成員國限制障礙者法律能力時提供法律制定之標準。其首先在實體上列出十大原則：（1）**尊重人權**，所有保護措施必須尊重人權與基本自由。（2）**彈性原則**（Flexibility in Legal Response），所有保護措施應對應到障礙之程度與狀況，並能適用於緊急情況。保護措施應簡單且便宜，且不限於對法律能力之限制，也應包括不須經代理人之指定始得從事之行為，²⁶²也應包括僅針對特定法律行為為限制之類型。²⁶³由受監護人與監護人共同決定，以及由數名監護人共同監護之情形也應考量在內；也應注意到，並非所有的監護人皆有能力處理各種不同種類之監護事務，由複數監護人專責其擅長之領域，此更加能保護本人利益。²⁶⁴保護措施也應考量到有能力之人對於日後意思能力之喪失為預先安排之需求。也應考量到包括次要或涉及健康或個人福祉之日常決定，法律仍應賦予本人之親屬、同居人或好朋友決定權能，而非僅從司法或行政措施加以

²⁶¹ 全文請參閱部長委員會網站，https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805e303c（最後瀏覽日：2017 年 3 月 17 日）。

²⁶² 這項原則因此也與後面介紹的「最大保留原則」相呼應，在沒有涉入法律協議之風險時，也就是當障礙者處於一種被動的情況時，便沒有必要限制其法律能力；反之，如障礙者作為積極的行動者，而有招致風險之虞時，應考慮對法律能力為限制。參閱，Council of Europe Committee of Ministers, *Explanatory Memorandum: Recommendation Rec(99)4 on the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*, para. 30 (1999).

²⁶³ *Id.* at para. 31.

²⁶⁴ *Id.* at para. 32.

控制。這也會跟後面所介紹之必要原則與補充性原則相關，蓋如果能從親屬或朋友之輔助體系中獲得所需之協助，則沒有必要採取正式之限制措施。但此種權利也要謹慎限制與控制。²⁶⁵ (3) **能力之最大保留原則** (Maximum Preservation of Capacity)，法律框架應盡可能承認不同程度之意思能力，且認知到此能力會隨著時間有所改變。據此任何保護措施不得自動的完全剝奪法律能力，僅能於必要範圍內限制之。在其能做出決定之前提下，不得自動剝奪投票權、醫療自主權與其他涉及個人事務（如結婚）之決定，這類決定應取決於行為當下的能力，能力的評估也只是限定於特定種類或行為，而非對能力之概括評估。²⁶⁶ 也應考量在監護人同意下，受監護人得被允許從事之法律行為，²⁶⁷ 但日常生活之交易在可能之範圍內，受監護人仍有法律能力。(4) **公開** (Publicity)，應考量公開保護措施對受監護人與第三人所造成之不利益。受監護人容易因監護而受到汙名，但對於利害關係人，甚至是受監護人本人之利益，使監護命令有限度的公告周知，往往才能成就這套制度所欲達成之目的。應讓潛在利害關係人能對當事人之監護狀態為調查，應屬對當事人衝擊較小之方式。²⁶⁸ (5) **必要原則與補充性原則** (Necessity and Subsidiarity，此二原則也被稱為**最小干預原則**)，除非考量到受監護人之狀況及需求之必要，否則不得對成年人設置保護措施，且應得到受監護人充分且自由之同意。但如果在受監護人之充分同意下，仍能採用非必要之保護措施，例如處於早期失智症之人，為後續可得預見之意思能力喪失之風險，縱使逾越其必要程度，仍應優先尊重當人之意思自主權。必要原則所指涉之內容，指保護受監護人之利益與福祉免於危害或不利益。²⁶⁹ 在決定保護措施之必要性時，應注意到其他可行之非正式措施與家庭成員、主管機關或他人所得提供之輔助，如非正式之輔助措施即能達成監護目的，則應優先適用之。²⁷⁰

²⁶⁵ *Id.* at para. 34.

²⁶⁶ *Id.* at para. 35.

²⁶⁷ 原則上監護人應盡可能促使受監護人參與保護措施下之決定。*Id.* at para. 36.

²⁶⁸ *Id.* at para. 37.

²⁶⁹ *Id.* at para. 39.

²⁷⁰ *Id.* at para. 38.

(6) **比例原則** (Proportionality)，保護措施與本人意思能力之程度間應合乎比例，且密切符合 (tailored to) 本人之狀況與需求。保護措施在合乎目的之前提下，應採取最小之限制手段。(7) **公平且有效之程序** (Procedural Fairness and Efficiency)，²⁷¹且程序應設置個人權利之保護機制並避免濫用。在解釋上也不得以詞害意，避免保護機制以保護為名，而實際卻侵害受監護人之權利與自由。²⁷² (8) **利益優先原則** (Paramountcy of Interests and Welfare of Person Concerned)，在設置保護機制時，應優先考量受監護人之利益與福祉。²⁷³在決定監護人選時，此項原則也有適用，也就是應優先選任最適於保護其利益與福祉之人。²⁷⁴受監護人之財產應為其利益與福祉而使用。(9) **尊重意願** (Respect for Wishes and Feelings of Person Concerned)，保護措施應盡可能確認受監護人過去與現在之期望，並給予適當 (due) 之尊重。²⁷⁵同時也應盡可能給與受監護人在做出重大決定時充分之資訊，以便利其意願之表達。(10) **諮詢** (Consultation)，在設置保護機制時，在合理且可行之範圍內，應諮詢已知之利害關係人，如代理人或親屬。

二、程序原則

除前述實體原則外，本號建議亦提供保護措施程序上應注意之原則：(11) 訴訟程序之開啟，應盡可能確保多數人在必要時得聲請之，這包括公務員、個人、法

²⁷¹ 此項原則也意指，在訴訟程序中應提供充足之調查與評估程序，這也與後面所介紹之程序原則（特別是第(12)號原則）有關。Id. at para. 40.

²⁷² Id. at para. 41.

²⁷³ 當然其他人的利益也應一併考量，此項原則之重點毋寧在於強調受監護人利益之優先性。Id. at para. 42.

²⁷⁴ 同時也要參照第(9)號原則，受監護人對於監護人選之偏好應受尊重。Id. at para. 45.

²⁷⁵ 在無法確認受監護人之意願時，要使監護人依照受監護人之利益或期望做出決定是有困難的，蓋二者存在潛在衝突，一味以受監護人之期望為準，其結果可能令人無法解受。因此如要以受監護人先前之想法完全拘束監護人職權之行使，可能會有問題。故本原則僅要求對受監護人之意願、感受予以適當 (due) 尊重，並容許部份之裁量。Id. at para. 47.

院或其他主管機關。²⁷⁶對於影響受監護人法律能力、權利或利益之保護措施，應立即以其通曉之方式為程序開啟之告知。(12) 調查與評估，對於應受監護人之身體狀況應有充足之調查與評估程序。除非法院親自接觸本人或對其身體狀況有所確信，或至少經由一位專家之書面報告，否則不得對其法律能力為限制。(13) 對於可能影響受監護人法律能力之訴訟程序，應確保其**聽審權** (Right to Be Heard in Person)。但也須考量到具體個案中當事人無法參與法庭程序的情形，例如因精神障礙或其他身體因素而無法表達意見，此時應藉由代理制度確保此項權利之實現，同時也應參考 ECHR 第 6 條公平訴訟程序及 ECtHR 之相關判決。²⁷⁷ (14) 期間、檢討與上訴。保護措施在可能與適當之範圍內，應**設有期限並定期檢討**。²⁷⁸如情況有所變更，亦應檢討保護措施，如當初設置之條件日後不存在，則應終止之。²⁷⁹受監護人有上訴權。(15) 緊急狀況之處置，在緊急狀態下如有暫時性措施之必要，前述程序原則仍應視狀況盡可能遵守。(16) 對於保護措施之運作與代理人之決策，應能充分掌控。但也必須考量控制之手段不得過度，以免保護目的無法成就。²⁸⁰ (17) 對於代理人與輔助措施，應提供充足與適格之人選與訓練機制。

三、R(99)4 與 CRPD 之比較

由前述建議可以得知，歐理會並不支持對障礙者剝奪法律能力之制度，僅容許對法律能力為必要之限制。而代理人也被容許有限度地為受監護人之利益為決定，因此本號建議在分類光譜上應歸屬於替代決定制而非輔助決定制。儘管未必完全符合 CRPD 對於輔助決定制之要求，R(99)4 仍有相當之可看性，蓋其要求監護制

²⁷⁶ 這一方面也是與「公平且有效之程序」原則相呼應，使有權聲請監護之人，不再只限於本人之利害關係人，以提升程序效能。Id. at para. 51.

²⁷⁷ Id. at para. 55.

²⁷⁸ 但如果受監護人已處於無法治癒之情況時，例如重度失智症，不定期限之監護仍應在考量之列。如為短期監護，則亦無定期檢討之必要。Id. at para. 56.

²⁷⁹ 情況的改變也包括受監護人身體狀況以外之情形，例如繼承遺產或居住地點之變更，也是本建議所認知足以構成對監護命令為檢討之事由。Id. at para. 57.

²⁸⁰ Id. at para. 60.

度應符合比例原則與最小限制原則，使得監護措施不致於過度限制受監護人之法律能力，能夠盡可能符合其身體機能之狀況。其次，本號建議對法律能力之限制模型，依據 CRPD 委員會第 1 號一般性意見之歸納，應屬於「機能方法」²⁸¹，也就是考量障礙者決策能力之「不足」程度而對法律能力加以限制。²⁸²本號建議也明確拒絕對法律能力之「概括限制」，這從最大保留原則要求不得逕由保護措施直接連結到對投票權、醫療自主權等個人事務之法律能力之剝奪便可知，這也能在比例原則之概念下加以理解。

關於受監護人意願之詮釋，可以發現本號建議也是採取 CRPD 所反對之「當事人最佳利益」模式，第（9）原則強調對本人意願之「適當」尊重，僅在適當之範圍內尊重其先前意願。換言之，在極度與本人利益相衝突之情形，最佳利益仍應優先於本人意願。

然而，也有論者認為，從第（5）號補充性原則要求設置保護措施時應考量其他非正式措施與家庭成員之輔助，此某程度符合 CRPD 所要求之輔助決定制之要素，這也反應在第（2）號彈性原則要求應考量其他不對法律能力為限制與不對代理人為指定之保護措施。²⁸³但本文不採此觀點，因為如前所述，CRPD 要求以輔助決定制取代替決定制，故二者並非如 R(99)4 號建議所建構的並存模式，蓋從比例原則、最大保留、最小限制等原則來推導，即便第（5）號原則為輔助決定制提供理論基礎，但其目的仍非取代替決定制，而是作為保護措施之眾多選項之一；更何況輔助決定制與保護措施之正式與否並無相關，正式之監護機制，也能在 CRPD 的概念下，不對受監護人之法律能力為限制或剝奪，輔助其表達意願與偏好；非正式之保護措施亦然。

²⁸¹ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 15.

²⁸² 參閱本文第一章第一節。

²⁸³ FRA, *supra* note 81, at 24.



貳、部長委員會 2009 年第 11 號建議

R(99)4 號建議所揭示之必要原則與補充性原則，強調保護措施應緊扣保護之必要性，以及能達到相同目的之非正式措施應優先於正式措施適用。這也突顯出法院命令以外之保護措施之重要性，特別是受監護人對能力之喪失為可得預見之情形，此時基於當事人自我決定權之尊重，此種保護制度仍不得謂為逾越其必要程度。²⁸⁴此種重視當事人自主之模式，也為傳統監護制度以外之保護措施建構了可行性。歐洲理事會部長委員會 2009 年第 11 號建議，就是在上述脈絡中建構代理權授予與事前指示原則－Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity－作為歐洲國家在法律制定上之參考（本文以下簡稱為 Rec(2009)11 號建議）。²⁸⁵

本號建議注意到只有少數歐洲國家在法制中採取代理權授予與事前指示制度，對於正在適用此制度之國家，以及尚屬草擬階段之國家，或有意採行此制度、進一步提升障礙者自我決定權之國家，本建議之目的在於喚起上述國家關於此議題之重視，並建議採取本建議所建立之保護框架。²⁸⁶

²⁸⁴ 這裡的能力喪失（incapacity）不得與法律能力（legal capacity）混淆，前者指涉因身體機能或心智狀態損傷所致對決策與權利行使之（機能上）能力減損，後者則是專指做出有效法律行為之能力。而後者依照 R(99)4 之「能力最大保留原則」與 CRPD 第 12 條第 2 項，障礙者法律能力不得基於障礙因素被完全剝奪。本號建議也是承接上述脈絡，對機能之喪失與法律能力之喪失為區分。Council of Europe, *Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity, Recommendation CM/Rec(2009)11 and Explanatory Memorandum*, para. 39-40 (Council of Europe Publishing 2011).

²⁸⁵ Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity*, preamble, available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c0b39 (last visited March 16, 2017)。前言特別注意到，歐理會部分會員國已將「代理權授予」制度作為法院決定監護命令時之替代選項，其他國家也著手進行代理權授予與事前指示之立法或起草。

²⁸⁶ Council of Europe, *supra* note 284, at para. 44.



一、代理權授予

與 R(99)4 號建議相比，本號建議考量到歐洲老年人口之增長（因生存條件與醫療水準的提高，人口統計與社會結構的改變），加上老年人口同時也容易因為疾病（如失智症）與身體機能退化等因素，造成意思能力之喪失；²⁸⁷同時其所適用對象也非前號建議所指涉之意思能力喪失之人，而是「有能」者，意即尚有意思能力，而對將來可得預見之意思能力喪失為事前指示與授予代理權之情形。R(99)4 著重在國家主導之保護措施、程序與代理人之選定，而本號建議第 1 條開宗明義即強調對於自我決定（self-determination）之提倡，自我決定原則與補充性原則在此情形應優先於其他保護措施而適用，²⁸⁸這意味授權者在法律限度內享有最大程度之自由以對未來進行安排。²⁸⁹

在名詞定義上，依據 Rec(2009)11 第 2 條，「代理權授予」（continuing power of attorney），為有能之成年人所設定，在其意思能力欠缺或不足之狀態中生效或維持效力之命令；²⁹⁰「事前指示」（advance directives）則是有能者對於能力之喪失狀態所預先安排之指示或期望。但本號建議並未就所謂的**有能**（capable）進行定義，如參考英國判例法，至少本人對於授權之對象、其職權範圍、生效條件以及得不待法

²⁸⁷ 但本號建議亦不排除自然衰老因素外所致之能力喪失（例如年輕人因意外或疾病所致之意思能力欠缺），對事前指示與代理權授予之適用需求。Id. at para. 4, 11, 47.

²⁸⁸ 非正式之保護措施之所以優先於正式之保護措施，其原因在於 R(99)4 必要原則與對意願與偏好之適當尊重原則之綜合考量，蓋二種措施如都能實現保護目的，則沒有必要疊床架屋，選擇其一即可。而基於對當事人意願之尊重，最能滿足本人偏好之制度就是代理權授予與事前指示。Id. at para. 69-71.

²⁸⁹ Id. at para. 42.

²⁹⁰ attorney 不以律師為限。Id. at para. 77; 而代理人經授權所得處理之事務領域主要涉及財產與包括醫療與福利事務在內之身分事項，授權範圍由授權人自主決定，但對後者而言，考量身分事務之特殊性，授權不得在授權人能力喪失前生效。Id. at para. 57.

院裁定即撤回前述授權或計畫之情事，應有所認知；且如果是概括授權，對於代理人得對所有領域及其全部財產為決定一事亦應為認知。²⁹¹

第 3 條規定，國家應對適用代理權授予之事務領域進行規範，例如財產、健康、福利或身分事項，此依各會員國之法律決定適用與否。²⁹²第 4 條規範代理人之資格：授權者（有能者）得選任任何其認為適當之人作為代理人，²⁹³並得以一名或數名，共同、分別或輔佐等方式行使代理權能。²⁹⁴而法院也能在保護授權者之必要範圍內，對代理之人選為限制。²⁹⁵第 5 條規定代理權授予之形式要件：代理權之授予應以書面為之；除法律已有一般規定，表意人應明確聲明該授權於授權者失去意思能力之條件下生效或維持效力。²⁹⁶國家並應考量其他維持該授權效力所需之機

²⁹¹ 要對「能力」為統一的定義是困難的，更適當的做法是依照事件屬性（如醫療、財產、身分事務），個別判斷所需之決策能力。*Id.* at para. 80-82.

²⁹² 多數國家規定授權為單獨行為，有些則要求應以契約方式為之。代理人職權大致可分為財產事務，以及醫療、福利與其他身分事務。考量身分行為之特殊性，授權人必須處於失去意思能力之狀態中，代理人始能行使其在身分事務之權限；身分事務與其他事務因此就有區別之必要。國家對此區分之公益性也有干預空間。同時基於對當事人自我決定原則之尊重，授權人對於授權範圍、限制與條件享有自主性，對此國家應以法律為明文保障。但考量部分事務之本質，國家亦得限制授權之範圍，例如結婚、伴侶、收養、認領、遺囑等，這類事務得由國家另外指派代理人為之。*Id.* at para. 84-94.

²⁹³ 考量授權人處於失去意思能力之狀態時，已無法對代理權再為調整、撤回，也無法改變代理人之決定，故授權人應對代理人有相當程度之信任。相對的，代理人也應具備品格與能力，當授權者之家人要求對其財產為逾越代理權之利用時，能為本人利益拒絕之。*Id.* at para. 96.

²⁹⁴ 複數代理人也可以共同行使職權或個別指定不同權限—例如財產事務與身分事務得分別授予不同代理人處理。分工的好處在於使個別領域之適任者，能做出妥適決定—也可以採混合制，例如通常性質之事務，得由一人決之，但特定重大決定，應由全體同意，例如房屋之買賣。此外也可以指定候補代理人，當代理人因故辭任、死亡或拒絕行使職權時，由候補代理人接續職務之行使，以確保授權人利益之實現。*Id.* at para. 98-102.

²⁹⁵ 代理人得為自然人或法人，自然人必須為成年人且有意思能力（capable），處理財產事務之代理人不得為破產人，有些國家規定代理人與授權人所居住之機構不得有僱傭關係。至於代理人是否應親自執行職務或得再授權，則非本號建議所處理之議題。*Id.* at para. 103, 105.

²⁹⁶ 相對的，如果授權人希望代理權於其能力喪失之狀況下終止效力，亦應在授權書聲明之。探究其中「維持效力」之文義解釋，則可以得出所授予之代理權亦得於本人仍具有意思能力之狀態下生

制與規範。²⁹⁷第 6 條規定撤回授權之要件：尚未喪失意思能力之授權者得隨時撤回授權，第 5 條第 3 項在此亦有適用。²⁹⁸第 7 條規範生效要件：當授權者能力喪失時，國家對授權生效之方式²⁹⁹、能力喪失之程度與所需之證據，應為規範；³⁰⁰第

效之結論。但有些國家則規定，授權僅能於本人喪失意思能力之狀況下生效，也有國家規定一旦失去意思能力，則視為授權效力之終止。考量上述規範之歧異性，因此在內國法無明文規定時，授權人應明確在授權書中對於授權生效與終止之時點為聲明。並考量事務之重要程度，國家也應在部分涉及醫療或身分事務之授權提供（甚至要求應經由）專家諮詢，確保授權人明確知悉其法律效果與撤回之可能性。*Id.* at para. 108, 110.

²⁹⁷ 規範目的在於確保授權人於授權時具備意思能力（capable），並保護授權人免於不當干預；這是考量部分授權人於簽署時，可能處於身體虛弱的狀態，而他人可能在授權人之後無法對授權再為控制之狀態中得利。有些國家規定授權書應由本人親自書寫，反之則應有本人簽名或以見證人在場之方式確認，其他保護機制則包括公證、法院認證等。這些手段都是為確保授權人之意思自主、能力、免於不當影響、詐欺。有些國家甚至規定，當授權人不甚明瞭授權書內容時，見證人或認證機關應朗誦要旨。*Id.* at para. 111-114.

²⁹⁸ 以保護為目的之授權，考量其於失去意思能力後生效之特性，不宜為不可撤回。此項機制也被視為是矯正授權時不當影響之方式（如果有之）。第 5 條第 3 項之保護機制，在授權人撤回授權之情形亦有適用，例如確保本人在撤回時有能力為該意思表示。*Id.* at para. 116, 117.

²⁹⁹ 但如果授權在能力喪失前就已生效，就無須適用本規定，除非內國法律特別規定此時應向主管機關為告知以加強對代理權之監督。授權者如果在失去能力之狀態下尚能接收資訊，應使其知悉代理人即將行使職權；最近親屬對於代理權之行使與其內容也具有相同利益。*Id.* at para. 121-123.

³⁰⁰ 這些程序是為確保證明授權人意思能力醫療證明之可信性。基於當事人自我決定原則，授權人也可以決定證明其能力所需之醫療證據。授權人得授予代理人採取行動並決定權利行使之權限，通常醫學診斷書就已必要且充分，代理人此時有權利獲得所需之醫療證明，不論其保密之程度。授權人也可以設計一套程序機制，讓持有授權人醫療證據之機構，在適當時機將證據交付予授權人，這是為避免授權在過早的時期生效。在認證程序中，法律也可以規定由法院或主管機關來確認證據之效力。上述程序規範之選擇，取決於國家機構的介入程度，國家介入越深，也意味程序之拖延與公務機構之負擔。所有第三方所要求之醫療證明，僅能記載有關能力喪失與否之醫學判斷，而非證明其結論之細節。*Id.* at para. 124-129.

8 條則規定，國家應對代理權之授予、撤回、生效或終期，制定**認證、登記與通知**機制。³⁰¹第 9 條則強調，代理權授予之生效亦不影響授權人之法律能力。³⁰²

第 10 條規範代理人職權之行使：其應按照授權之內容且符合授權者之利益。

³⁰³代理人應盡可能通知並諮詢授權人，盡可能確認並考量授權人過去與現在之期望與感受，並給予適當之尊重（*due respect*）。³⁰⁴授權人之財產事務應盡可能不為代

³⁰¹ 應該對授權人之自我決定權與公共參與間進行權衡。認證機制得適用於不同目的並在任何需要之時點適用之，主管機關得基於不同目的而施行，得作為登記之程序要件，亦得作為獨立之程序。認證之內容可包括，基於授權人之聲請，認證其所授予之事務權限；在代理權生效時，認證授權人已構成失去意思能力之條件及符合第 7 條程序要件。這些認證之目的在於證明代理人有行使職權之權限。在代理權於意思能力失去前即已生效之情形，認證仍有意義，在其行使職權時，代理權限之證明能夠滿足部分機構（如銀行）要求提交有關授權證明之需求，以續行後續交易。在有公證機制之國家，上述認證也可以由公證人為之，由公證人確認代理權限之內容。

而登記分為強制登記與自願登記，登記也可以滿足不同目的，且此相當程度視是否將認證程序附隨於登記程序而定。認證機制通常適用於代理權授予之發生且作為第 5 條第 3 項確認保護機制有效之機制。如採取強制登記制度，則代理權限未經登記不生效力。不論為授權人能力喪失後繼續生效或始生效之代理權授予，皆有此登記機制之適用。受理登記之機關有責任確認授權書之效力、見證人資格等法定要件之履行，並通知已知之親屬或利害關係人。機關對此並得享有調查權限。登記之內容宜包括：代理人對於權限之接受、辭任或撤回、代理權限之生效等造成代理權限受影響之情形。在登記制度下，相關授權資料之揭露也應考量個人資訊之保護，應由法律規定之。

對於授權人來說，通知其關於授權之認證、登記、撤回、生效、終止、能力喪失與否等事項是重要的，除非有迫切之理由不需通知。甚至對於授權即將生效與代理人將行使職權一事，代理人亦應知悉，使尚未失去意思能力之授權人能及時撤回授權。對於授權人之配偶、同居人與最近親屬也應獲得有關代理權之授予、內容、成立與生效之告知。告知之意義在於使相關人得在特定期間內向有權機關提起異議。*Id.* at para. 130-144.

³⁰² 這也呼應 R(99)4 之能力最大保留原則；當代理人以授權人意思能力之喪失作為職權行使之要件時，一旦授權人恢復能力，則代理權在此情形下應不得行使。*Id.* at para. 145, 146.

³⁰³ 代理人之決定應與授權人所偏好之決定相符；有時基於情況的改變，代理人有時會執行授權範圍以外之職權，對此部分國家會規定特別授權程序，而不對授權進行修改。*Id.* at para. 148, 149.

³⁰⁴ 此目的在於使授權人有機會表達意見，或在能力所及之範圍內下達指示。此也與 R(99)4 號建議第 9 條「尊重意願」原則相符。而過去之期望之所以重要，是因為事前指示就是一種過去之期望。*Id.* at para. 150.

理人所有。為證明授權之適當行使，對於代理人職權之行使，應有充足之記錄³⁰⁵。
³⁰⁶第 11 條則規定，國家對於代理人與授權人之利益衝突情事應為規範。³⁰⁷第 12 條
涉及監督機制之設置：主管機關基於職權或當事人之聲請，得監督代理人職權之行

³⁰⁵ 授權人與代理人各自之收入與資產不應混同，仍應各自享有所有權。代理人更應確保授權人之資產仍為授權人所有。 *Id.* at para. 151.

³⁰⁶ 應紀錄之內容要視授權性質而定，且應符合比例原則。如授權人有龐大資產，則有必要對重大交易進行紀錄，通常記錄銀行交易，重大交易之收據與文書。至於醫療、福利與身分事務之代理，其重大決定亦應紀錄，而通常事務宜紀錄要旨。這些紀錄應該在授權終止時（例如授權人重新恢復能力、死亡或國家另行指定代理之情形）提交，作為代理人適當行使職權之證明。代理人也會因第 12 條監督人（授權人之律師、會計師或主管機關）之請求而製作上開紀錄。 *Id.* at para. 152, 153.

³⁰⁷ 確保代理人公正行使代理權是重要的。在代理人是授權人之家人之情形，利益衝突在此更應獲得重視，代理人可能會過度要求報酬或為自己之利益不當利用授權人之財產，甚至要求額外之報酬。對於代理人代表自己、其配偶、同居人或任何人，而與授權人為契約行為時，也會涉及利益衝突，此時代理人不得代表授權人。但利益衝突之禁止並非絕對，其需要與自我決定原則進行權衡。國內法律可能規定，藉由「明示其一，排除其他」之方式在授權書允許之範圍內，明示授權人得從事之行為（例如在贈與之情形，明示贈與之對象、價額、目的），並排除利益衝突原則之適用。對於習慣或基於慈善目的（授權人曾為之或希望為之）所為之贈與，法律也可以立法排除利益衝突之適用。此外，授權人也可以在授權書規範代理人所得受領之管理費用補償價額，如未為規範，代理人只能就業務範圍內所支出之金額受領補償。 *Id.* at para. 156-159.



使，必要時得干預或終止代理；³⁰⁸授權人亦得選定第三方監督人。³⁰⁹關於代理權授予之終止，第 13 條規定，國家對於代理權限之終止要件³¹⁰與終止後本人所需之保護機制，應為規範。³¹¹

二、事前指示

事前指示之內容，依照第 14 條，得包括醫療、福利、身分、財產、監護人選定等事務。³¹²第 15 條規定事前指示之效力，其應由各會員國自行認定，如規範其

³⁰⁸ 授權人於簽署授權書時，應告知代理人可能不受監督之風險，主管機關可能不會（也無法）逐一介入所有代理人之決定；但也應指出這類風險不論授權書存在與否都會存在。請求權人包括授權人、代理人、配偶、同居人、父母、兄弟姊妹、子女等。國家何時應該介入，應視問題本質而定（例如職權濫用）；但也要注意授權人之親屬與代理人間之衝突，代理人依照授權書行使職務可能無法滿足親屬對於「最佳利益」之認知，親屬如據此理由向國家聲請監督，其理由是不充分的。但主管當局如確信授權人之利益遭受風險，其應有權力與職責介入調查，要求代理人提交報告，甚至得調查授權人之生活情況，確認其是否受到代理人妥善照顧。介入方式也很多種，有的國家會限縮其權限範圍、對特定職權之行使下達指示、替換代理人、宣告代理行為無效等，當然授權書也可以要求特定決定應獲得主管機關之同意始得為之。國家也會在另一種情形下介入，當代理人對於權限範圍有疑義或對於特定重大決定之判斷有困難時，也可請求機關或法院提供指示。*Id.* at para. 160, 162-168.

³⁰⁹ 監督人得稱為監督代理人（supervising attorney），並得要求代理人定期報告，並對特定重大決定享有否決權。甚至授權人也可以要求代理人之酬勞應有監督代理人之授權始得請求。在未為指定監督人之情形，法律得規定代理人應向最近親屬提交年度報告。*Id.* at para. 161.

³¹⁰ 例如授權者回復能力，或基於第 6 條撤回授權時，皆構成授權終止之情形；其他情形還包括：代理人未依授權內容行使職權、授權人死亡（但有些國家規定此時代理人仍得暫時執行職務）、代理人死亡、辭任、失去意思能力且授權書未規範其他代理人或候補代理人之情形；在配偶、同居人就是代理人之情形，有些國家規定，當離婚、分居或民事關係結束時，也構成授權終止之事由；在財產事務之代理，授權人與代理人一方如破產，則代理權應終止。*Id.* at para. 170-173.

³¹¹ 通常國家會本人指派代理人。在採取授權終止登記制度之國家，得將「對主管機關之告知」作為法定程序之一環。*Id.* at para. 175.

³¹² 事前指示屬於單獨行為，由表意人單方做成具有法律效果之意思表示。此意思表示不以有相對人為必要（如代理人、醫療人員或其他為其利益為決定之人）。*Id.* at para. 177. 事前指示最主要的應用領域是醫療，表意人對於醫療行為之意願—例如是否願意、以何種程度延續生命，是否接受安寧治療、安樂死等議題—拘束代理人、醫療人員與親屬。*Id.* at para. 65.

不具有法律上之拘束力，則應視此指示為本人之期望，並給予適當尊重；³¹³國家對於事前指示制定後之情事變更，應有所規範。³¹⁴至於事前指示之形式要件，依據第 16 條，國家對於有拘束力或特定類型之事前指示，應決定是否以書面為之；³¹⁵為確保事前指示之效力，國家對此所需之機制與規範應予考量。³¹⁶最後，關於指示之撤回，第 17 條規定，事前指示得隨時、不限形式的撤回。³¹⁷

三、Rec(2009)11 與 CRPD 之比較

本號建議與 CRPD 的不同之處在於，前者並未處理代理權授予與事前指示以外促進自我決定權—例如輔助決定制—之措施，而是對於將來能力之喪失所為之規劃，前者也未處理本人在意思能力未失去時對輔助措施之需求，但如果在事前指示或代理人選任之決定上要求輔助措施，二者就會產生交集，在這一點上，二者其實比較接近互補關係。³¹⁸

本號建議所介紹之措施與傳統監護制度相比，其優勢在於避免法院與主管機關過度介入授權者之事務，減少機關之監督與法規之適用，可以更自主的為個人事務為安排，進而節省當事人及其親屬在傳統監護宣告程序之負擔；相對的，法院也可以藉此減少案源，把資源集中在傳統監護領域—由法院所主導之監護程序。考量到上述優點，部分國家將當事人自主之代理權授予與事前指示作為傳統監護制度之優先替代選項，只有在最嚴重、迫切、不可避免的情況下，且需要對障礙者採取

³¹³ 至於事前指示得否適用表意人既有之狀況，則屬詮釋問題。*Id.* at para. 179.

³¹⁴ 例如指示預先排除某項醫療手術之執行，但之後因醫療技術進步，其危險性或對身體之侵入程度已有降低，此時事前指示是否仍具有拘束力，則屬各國立法選擇；相對的，指示在其所預期以外之事務領域是否亦有拘束力，也是值得討論的，此時該「意料之外」之情事也可能反過來影響計畫效力。*Id.* at para. 180, 181.

³¹⁵ 部分國家要求涉及醫療決定之計畫應以書面為之。*Id.* at para. 182.

³¹⁶ 事前指示之內容如無法為代理人所知悉，是沒有意義的。對此是否應採強制登記或自願登記制，便是國家考量之範疇。對於登記內容之公開，也應與個人資訊保護為衡量。*Id.* at para. 183, 184.

³¹⁷ 但前提是表意人仍屬有意思能力之狀況。*Id.* at para. 186.

³¹⁸ *Id.* at para. 46.

保護措施而無代理權授予或事前指示之情形時，始能適用法定監護，由法院為其指派監護人。³¹⁹



考量到代理權授予與傳統法定監護相比，前者更注重當事人自我決定權之尊重，有關代理權之授予、變更、執行與終止，更進一步強化 R(99)4 號建議所強調之保護機制之彈性、能力之最大保留；減少政府單位、法院之干預，其僅在必要範圍內，作為認證、登記、通知與代理權監督之機關。其與傳統法定監護制度有顯著的差別，本文為行文方便並與國內法領域相關概念為連結，以下將代理權授予稱之為「意定監護」(國內亦有學者以「任意監護」稱之)，作為與傳統法定監護之區隔。

但意定監護的優點也可能是缺點，減少國家干預，某程度也使受監護人更容易暴露於遭受代理人職權濫用之危險中，如何在當事人自我決定權與權利保障之價值中進行權衡，便是國家在採行這套機制時所無法迴避之重點。³²⁰法定監護與意定監護光譜的二端，因此也各自代表障礙者之權利保障與自我決定權。實則二者並非全有或全無之競爭關係，國家對意定監護的干預程度，往往也取決於個案之保護需求，無法一概而論，但本文認為，至少在有明顯證據顯示受監護人正遭受不當對待，或有明顯證據顯示其權利有遭受侵害之風險者，國家仍有排除此危險之作為義務，故制度上仍應保留國家於必要時對意定監護之監督空間。

參、Rec(2009)11、R(99)4 與 CRPD 之比較

應如何評價 Rec(2009)11 號建議與 CRPD 第 12 條在理念上之差異，是否歐理會部長委員會建議走得比 CRPD 還要遠？或者真如解釋意見書³²¹所述，二者存在某種交集？本文在此有必要予以釐清：

³¹⁹ 近年來因老化而聲請之監護案件大量增加，造成公務機關、法院成本的增加，使法定代理人制度陷於效能減損之風險。Id. at para. 48-51.

³²⁰ Id. at para. 53-56.

³²¹ 參閱本文第 318 號註釋。



一、適用主體

首先，在適用主體方面，CRPD 針對的是身心障礙者，而 Rec(2009)11 未使用障礙者，而是授權者（granter）與表意人（author）等中性詞彙，各自作為意定監護與事前指示之適用主體。顯然後者之適用範圍大於 CRPD，因為本號建議主要就是因應大量人口老化所導致之監護需求所制定，為成年之有能者（身體機能具備決策能力，而非指法律能力）對於將來之能力喪失所預先安排之監護。故不論障礙與否，在符合有能之前提下皆有本號建議之適用。至於本文所討論之智能障礙與精神障礙者是否得適用意定監護與事前指示？這在解釋意見書中並沒有明文排除，如果依照建議第 2 條之定義及其解釋意見，所謂身體機能上有決策能力應不包括因精神障礙或智能障礙所致之決策能力減損類型。但也要注意，本號建議對於能力的認知也是採取類型化之判斷方式，也就是基於事件類型判斷所需之能力，不可一概而論；所以對障礙者而言，了解意定監護與事前指示之法律內容與法律效果，便是有無判斷能力之依據；此外，如考量到能力最大保留原則與 CRPD 第 12 條一不因身體機能之因素而剝奪障礙者法律能力一則可以進一步認定，縱使行為能力受剝奪之障礙者，仍不得事先排除對意定監護與事前指示為意思表示之法律能力；最後，站在 CRPD 輔助決定制之立場，如果前述障礙者藉由輔助措施，進而具備行使意定監護與事前指示所需之能力，此亦無排除適用之理；也就是當智能障礙與精神障礙者知悉其意思表示之法律內容與法律效果，對於意定監護人所得代理之事務領域與其所可能造成之影響，能確實掌握其意涵，則也就具備適用本號建議所需之「能力」，彌補了因身體機能因素所致之能力限制。這也是解釋意見書所指涉的，**對於意定監護與事前指示之設定，適用輔助措施時，代表輔助決定制的 CRPD 與本號建議，也因此產生交集。**³²²綜上所述，本文認為智能障礙與精神障礙者在輔助措施之協助下，仍是 CM/Rec(2009)11 號建議意定監護與事前指示之適用主體。

³²² 參閱本文第 318 號註釋。換言之，對於精神障礙或智能缺陷之人，亦能透過 CRPD 第 12 條之輔助措施(包括正式與非正式措施)，行使意定監護或事前指示之意思表示。



二、意定監護與輔助決定制

第二個要處理的問題是，意定監護所選任之代理人，其任務之行使與 CRPD 第 12 條所強調之輔助決定制之間的關係為何？輔助決定制相較於替代決定制，是站在輔佐之立場－包括提供決定所需之資訊、提供手語、盲文翻譯服務，提供法律意見之諮詢－協助障礙者表達意見，而非站在傳統「最佳利益」之基礎，為障礙者做出決定。真正的、最後的決定權能，仍是由障礙者所享有，監護人的功能在於填補障礙者因身體機能因素所導致之決策能力落差。在此定義之下，本號建議所建構之意定監護是否能符合 CRPD 之輔助決定制，在本文脈絡中便有探求必要。

首先，依據建議第 10 條，意定代理人職權之行使，應與授權書與授權人之利益相符。代理人應諮詢與告知授權人、確認其意願與感受，並給予適當之尊重。在此規範下，如果僅以「決策程序」之主體為基準，代理人在此享有較充分之決策權能，蓋授權人（障礙者）是諮詢的對象，代理人有義務去探究其意願與偏好，並為其利益在授權之範圍內做出決定（如代理人欲在範圍外行使代理權，則須尋求特別授權）。但此諮詢義務亦非絕對，必須在考量授權者之狀況下，諮詢具有意義（meaningful）之範圍內為之；而所謂對意願與感受之適當尊重（due respect）則暗示授權人之意願與感受在決策程序中的地位：重要但非絕對。儘管建議與解釋意見書皆未對所謂的「適當」提出定義，但如果參照 R(99)4 號建議之解釋意見書對於適當尊重的詮釋－其容許裁量空間－³²³則也能得出相似的結論：意願與感受之詮釋，代理人可以依照個案進行權衡；但也不宜過度誇大此裁量權限，對於意願與感受之適當尊重與裁量，毋寧是原則與例外之關係。

其次，如果以代理權授予為中心就整個決策程序之進行為觀察，則會發現，儘管監護人才是決策程序的主體（這也使得意定監護近似於替代決定制），但也不能忽略授權人才是代理權限之合法性來源，蓋代理人可以隨時撤回授權（建議第 6

³²³ Council of Europe, *supra* note 262, at para. 47.

條)，在能力所及之範圍內，即便授權已生效仍得撤回之。代理人對於授權範圍也享有極高的自主性，不論醫療行為、身份行為或財產行為，皆得以單獨行為或以契約方式授予代理權（第 3 條）；且代理人在為上開行為時，應確保其知悉授權之法律效果。換言之，授權人對於代理權限之行使方式是知悉且同意的，這也是代理權授予之要件，所以代理人之所以享有類似替代決定制之代理權，依據就是來自本人的授權，這也正是 Rec(2009)11 號建議所要彰顯的核心價值－當事人作為自我決定之主體。

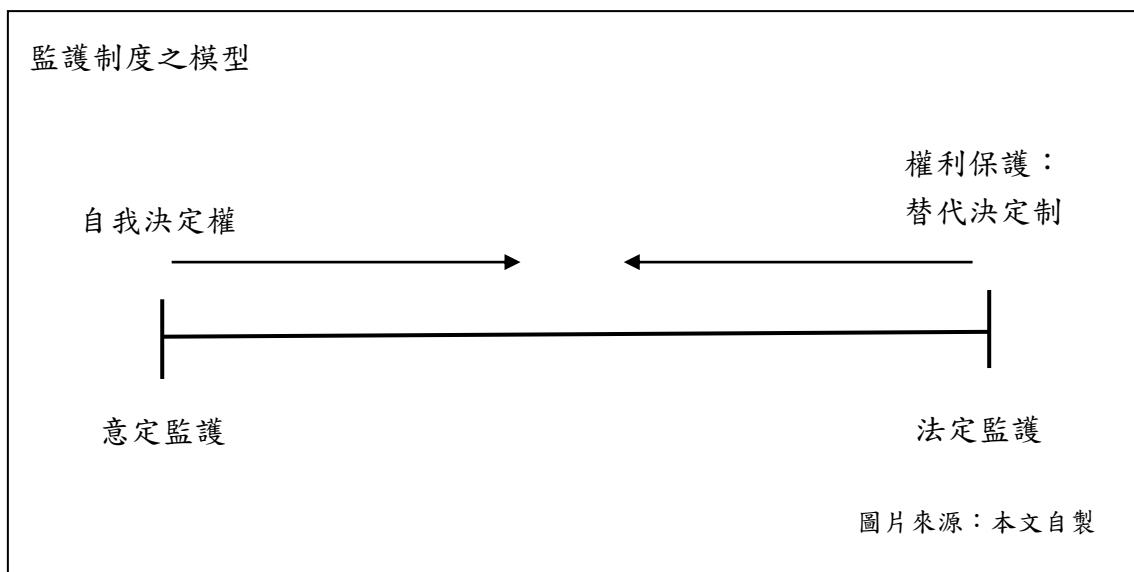
三、歐理會所建構之二元監護模式

R(99)4 號建議與 Rec(2009)11 號建議各自代表二種監護模式，前者就是傳統的法定監護，藉由本人、親屬或利害關係人、主管機關之聲請，由法院對本人之法律能力為限制或剝奪，並指派監護人協助處理事務；後者則是意定監護，由授權人單方或以契約方式，選任代理人為其處理事務。傳統模式著重在當事人權利之保護，強調國家適時、適度的對本人法律能力之行使進行干預。而輔助決定制正是隨著障礙者權利保護之典範移轉，由醫療模式過渡到社會模式，不再把障礙者當作是慈善的救濟對象，不再把障礙者在日常生活中的不方便歸責於身心狀況，而毋寧是社會本身阻礙障礙者在與他人平等基礎上之社會參與。社會模式在監護機制中的應用，就是不再將智能障礙與精神障礙者因身體機能因素所致之決策能力與他人之落差，自動連結到法律能力之限制與剝奪；³²⁴監護人的職責不再是為受監護人之最佳利益為決定，而是站在輔助之立場，協助其表達意見，做出決定。因此在法定監護模式中，保護障礙者之權利－特別是法律能力－不因監護制度而受影響才是這套制度運作的首要目的，以確保監護人（及其背後所代表之國家）不會過度干預受監護人權利之行使。

³²⁴ 在此是適用 CRPD 之觀點，如採歐理會觀點，則僅不容許對法律能力之剝奪，而限制在必要範圍內仍得為之。

而 Rec(2009)11 號建議所建構之意定監護，其與法定監護之相異點在於，前者更強調對當事人自我決定權之保障，完全由當事人掌握授權之程序與實體內容，國家僅在必要程度內擔任監督者之功能，障礙者因此享有比法定監護還要大的決策空間。本文採取法定監護與意定監護的區分立場，二者關係如圖三所示。


圖三：監護制度之模型



考量到二種制度就是建立在不同之價值取向上，所以在進行監護制度之法律分析時，應注意到各自背後所代表之價值。就本文而言，意定監護下之代理人，儘管其決策方式屬於替代決定制，但是考量到此係經由受監護人之授權而來，而非國家干預所為權利限制，基於自我決定權之尊重，仍不得謂其與 CRPD 之輔助決定制相牴觸。³²⁵毋寧在意定監護之情形，當事人自我決定權的價值，應高於輔助決定制背後所欲彰顯之權利保障。這也是 R(99)4 號建議解釋意見書所強調的，對於障礙者充分知情下所為之決定，縱使逾越其必要程度，自我決定權的價值在此仍應優先考量。³²⁶

³²⁵ 但也要注意，法定監護與意定監護只是各自代表監護機制之二端，權利保障與自我決定權之區分亦非絕對，他們實際上更像是一種相對關係，隨著個案不同需求，個案正義所指涉之價值也會有所不同。

³²⁶ 參閱本文第 269 號與第 270 號註釋。



CRPD 與 R(99)4 號建議相同之處在於，二者皆注意到正式與非正式措施對於障礙者法律能力保護之意義，而後者在時間點上甚至早於 CRPD 提出此觀點。R(99)4 號建議的必要與補充性原則，認為非正式措施應該要先於正式措施而適用，但 CRPD 並未要求此適用順序，只是在輔助決定制的框架下提出二種不同之措施而已。為何有此差異？其實如果觀察其論理脈絡就可以發現，CRPD 第 12 條第 3 項之核心就是輔助決定制，也就是在不限制或剝奪障礙者法律能力之前提下，為其法律能力之行使，提供必要之輔助措施；而輔助措施因此又可再細分為正式與非正式措施，正式措施就是由傳統監護制度衍伸而來，由法院按照法定程序為其指定監護人；而非正式措施，儘管 CRPD 未有定義，但也可以合理推測為所有正式措施以外之措施。但不論採取何種措施，都必須合於輔助決定制的要求。在此脈絡下，究竟何種措施優先就不再是重要的議題，蓋其對於障礙者之保護程度是相同的，對 CRPD 第 12 條而言，輔助決定制就是判斷是否保障障礙者法律能力之關鍵判準。

相較於此，R(99)4 與 Rec(2009)11 號建議表面上各自對應正式措施與非正式措施，但二者並非完全建立在輔助決定制之基礎上，R(99)4 號建議容許對法律能力為「限制」，而後者儘管仍不脫「替代決定制」之窠臼，但考量到意定監護之受監護人在此所享有之主動地位，並基於當事人自我決定權之尊重，認定非正式措施相較於正式措施是對障礙者較輕微之干預手段，而因此要求意定監護要先於法定監護為適用，應該是合理的結論。

CRPD 與這二號建議就是在此論理基礎之差異上，得出適用順序的不同結論。

最後，事前指示之概念，最早也是由 R(99)4 號建議中的「彈性原則」所提出，隨後 CRPD 委員會第 1 號一般性意見也肯認相似的概念－預先計畫權 (The right to engage in advance planning)，使障礙者能在與他人平等的基礎上，對未來規劃進行安排。國家有義務提供此機制，並由障礙者決定其生效時點與效力，且預先計畫亦

不能建立在障礙者心智能力之評估上。³²⁷本文認為，CRPD 第 12 條預先計畫之概念與 R(99)4、Rec(2009)11 號建議之事前指示高度重疊，都是將其作為輔助機制之一環，而 Rec(2009)11 更是在 R(99)4 之基礎上，進一步肯認事前指示作為拘束監護人職權行使之規範，藉由意定監護與事前指示，障礙者即便處於失去意思能力之狀態，也能確保其意願與偏好不因監護措施而受到影響。

儘管上述歐理會部長委員會之建議在法律上並不拘束各會員國，但此不意謂這些建議僅為立法之注意事項，在歐理會之認知中，確保 R(99)4 號建議在歐洲國家中落實，也就實現了歐洲障礙者生活品質之提升，這也被《歐理會關於提升障礙者生活品質的行動計畫》所肯認；³²⁸在歐洲理事會之框架下，由各國簽署之歐洲人權公約所建構之歐洲人權法院，在對公約條文為詮釋時也會同步參照上述建議之內容，甚至也會參照公約以外的國際人權規範（例如本文所討論之 CRPD）。因此建議就不會只是建議，而是會透過判決間接適用到每一個個案。故而歐洲人權公約、CRPD 與 R(99)4、Rec(2009)11 號建議間之解釋與適用及其互動關係，便是本文討論障礙者監護制度之歐洲經驗比較觀察時所不可迴避的重點。

第二節 歐洲人權公約與歐洲人權法院之監護圖像

歐洲人權法院對於障礙者監護議題已累積相當豐富之判決資料，對於監護制度所涉及之權利範疇也有相當深入之分析。藉由判決之研讀，除能在比較法之脈絡中擴張本文視野，此歐洲經驗亦有助於本文問題意識之回應。為呼應問題意識，在眾多判決中，本文主要以 CRPD 生效後之歐洲人權法院判決做為比較對象，其中並挑選二則重要判決（*Shtukaturov v. Russia* 案與 *Stanev v. Bulgaria* 案）作為引文，

³²⁷ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 17.

³²⁸ Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to Member States on the Council of Europe Action Plan to Promote the Rights and Participation of People with Disabilities in Society: Improving the Quality of Life of People with Disabilities in Europe 2006-2015*, 26-27 (2006).

³²⁹藉此透過案例事實、歐洲人權公約、CRPD 與法院判斷之彙集，了解歐洲人權法院對監護議題之思考脈絡。在 *Shtukurov* 案中，法院引用 R(99)4 號建議做為判決之輔助論據，判斷監護機制是否符合歐洲人權公約第 8 條私生活權所要求之比例原則；而 *Stanev* 案之指標意義在於，相較於通常案件，本案是由 17 名法官所組成之大法庭進行審理，本號判決一方面基於大法庭統一裁判見解之功能，對下級法院具有相當強之拘束力，更特別的意義在於，本號判決引用 CRPD 第 12 條、R(99)4 號建議做為判斷監護制度在歐洲人權公約第 6 條公平程序之輔助判準。本文並以上開判決為基礎，分析其他相關判決之論理脈絡，從歐洲人權法院對監護議題之審判實務中，勾勒出清晰之圖像，做為本文比較法之參考。

壹、*Shtukurov v. Russia* 案

一、本案事實

本案原告 Laptev Vladimirovich Shtukurov 出生於 1982 年並居住於聖彼得堡，於 2002 年遭受精神疾病困擾，因此有幾次住院紀錄；其於 2003 年獲得身心障礙之資格，與母親同住，無業並領取障礙津貼。在同年 5 月，原告繼承其祖母之公寓與房屋。在 2004 年 7 月，原告再度住進聖彼得堡第六醫院接受治療。³³⁰在同年 8 月，原告母親向地方法院提出剝奪其法律能力之聲請，主張其生活態度消極、被動，足不出戶，偶爾會有暴力行為，且尚未完成對所繼承之財產為登記之必要程序，而缺乏獨立生活之能力，因此需要設定監護。然而此時法院卻未對原告為程序之告

³²⁹ 歐洲人權法院最早對「監護制度與障礙者法律能力」議題發表看法之判決，是 1999 年的 *Matter v. Slovakia* 案，其觀點有 (1) 監護宣告對障礙者法律能力之限制與剝奪，構成歐洲人權公約第 8 條私生活權之干預，與 (2) 歐洲人權法院不適合取代國家作出剝奪法律能力與否之決定，而應在公約規範下對此決定進行檢視。*Matter v. Slovakia*, application No. 31543/96, para. 68-69. 然而，本文考量「監護制度—法律能力」議題並非 *Matter* 案之主要爭點，且其說理亦略顯簡略，為完整呈現歐洲人權法院對此議題之思考脈絡，本文挑選 *Shtukurov v. Russia* 案與 *Stanev v. Bulgaria* 案作為重點介紹案例。

³³⁰ *Shtukurov v. Russia*, application No. 44009/05, para. 6-9.

知；法院在 8 月 10 日傳訊原告出庭之通知也未確實送達，在 8 月 12 日，法院委託聖彼得堡醫院調查原告之精神狀態及其醫療紀錄，要求確認：一、原告是否有任何精神疾病；二、其是否能瞭解其行為意義並控制之。在 11 月 12 日的報告指出，原告患有思覺失調症，不工作、反社會，並威脅母親，要求不得為其準備食物或離開公寓；在精神狀態上，其社會不適應與自閉的情況皆有惡化，特別是不清楚其在此程序中接受精神檢查之原因；然而報告也指出其智力與記憶能力皆無損傷，僅其行為受到病症之影響－例如思考異常、缺乏判斷、冷漠等，醫學檢查之結論便認為，原告患有輕度思覺失調症，伴隨顯而易見之情緒與意願之缺陷，並且無法理解其行為或控制之。³³¹在同年 12 月 28 日，審理法院為本案舉行聽證，原告再度未獲通知也未出席，而法院僅對其母親為送達，但後者亦未出席，只再度重申其主張，並要求在其缺席之狀態下續行審理，最後出席者僅為地方檢察官與醫院代表。檢察官基於利害團體之身分請求法院為原告為無法律能力之宣告，聽證總共持續 10 分鐘，法院隨即基於專家意見，宣告本案原告為無法律能力。本案因原告未上訴，故在 10 日之法定上訴期間經過後，於 2005 年 1 月 11 日確定。原告母親於 1 月 14 日收受副本（而原告未獲送達），其隨後也被指定為原告之監護人，法律授權其為原告處理所有事務。³³²

之後原告透過精神障礙維權中心（MDAC）所屬律師（亦為本案代表原告之律師）之協助，向法院聲請上訴期間之回復原狀，試圖針對 2004 年 12 月 28 日之判決提出上訴。然而原告於 2005 年 11 月 4 日，在違反其意願下，經監護人之申請而再度住院，且因喪失法律能力之原因，原告與其律師會面之請求，因未取得監護人之同意，也被醫院拒絕。在 11 月 18 日，原告與律師透過電話通話，隨後簽署授權書，授權律師就上開事件向歐洲人權法院提起訴訟。律師再度以本案訴訟代理人為由，向醫院要求與原告會面，而醫院再度以其欠缺法律能力為由拒絕，且監護人亦

³³¹ *Id.* at para. 10-15.

³³² *Id.* at para. 16-19.

拒絕為其利益採取行動。自 12 月起，原告被禁止與外界接觸，禁止書寫、打電話，或與朋友會面，日記也被沒收，同時也被迫接受強烈的藥物治療。³³³

律師以準備在歐洲人權法院之訴訟為由，請求法院允許其原告會面，但最後法院以未經其監護人之同意即不得為受監護人之代理人為由，認定本案律師非原告之代理人而駁回上開請求；³³⁴而律師針對 2004 年 12 月 28 日剝奪本案原告法律能力之判決，向法院提出回復原狀之聲請，也因相同理由，以一俄羅斯聯邦民事訴訟法未允許無法律能力之人在訴訟程序中提起上訴一之理由駁回。原告在 2006 年一度出院，但在 2007 年再度因監護人之請求而入院。³³⁵

本案原告基於上述情事，向歐洲人權法院提起訴訟，控告俄羅斯聯邦違反歐洲人權公約第 3 條酷刑禁止、第 5 條人身自由、第 6 條公平訴訟程序與第 8 條私生活權。³³⁶

二、涉及之法律

本案所涉及的內國法律為 1994 年俄羅斯聯邦民法（下稱民法）與 1992 年精神救助法。民法規定，人民滿 18 歲為成年，具有行使權利與負擔義務之法律能力（第 21 條）。對因精神疾病而無法理解其行為意義並控制者，得經法院宣告為無行為能力，並設定監護（第 29 條）。對於酒精或藥物成癮之人，對其行為意義之理解與控制有困難，而未達無法理解之程度者，得宣告部分監護，而僅對重大交易無法律能力（第 30 條）。對於剝奪法律能力之民事程序，由本人或其親屬提出；法院亦應對本人之精神狀況為調查（第 281 條）。對於程序之審理，除非本人身體狀況無法出席，應有本人、聲請人、檢察官、地方監護主管機關出席（第 284 條）。對於無法律能力之人所提出之民事聲請，應予駁回（第 135 條）。無法律能力之人，

³³³ *Id.* at para. 20-25.

³³⁴ *Id.* at para. 31-40.

³³⁵ *Id.* at para. 41-45.

³³⁶ *Id.* at para. 3.

得基於監護人、親屬、地方監護主管機關或精神醫院之聲請，回復法律能力。但本人在此不具備聲請權能（第 289 條）。³³⁷

而精神救助法則規定，關於是否接受精神救助一事，應依本人之意願為之，但基於監護人之聲請或同意，亦得為之（第 4 條）。在治療過程中，不得僅基於症狀或正在醫院接受治療之事實為由拘束其人身自由。患者在過程中得選任法定代理人，但無法律能力者之代理人為其監護人（第 5 條）。無法律能力之人，得基於監護人之請求於精神院所內接受住院治療（第 28 條）。接受住院治療之人有權利不經審查與律師會面，但醫師得禁止其與他人之通訊、通信與會面（第 37 條）。對於醫生之處置，得向法院提起異議（第 47 條）。³³⁸

除內國法律之外，本案法院也注意到歐理會 R(99)4 號建議對於法律能力之保護規範，其特別提出彈性原則（第 2 條）、能力之最大保留原則（第 3 條）、比例原則（第 6 條）、聽審權（第 13 條）與定期檢討、上訴權（第 14 條）。³³⁹歐洲人權法院也將其作為本案審理之參考資料。³⁴⁰

三、法院對於公平程序與私生活權之詮釋

法院最後認定本案俄羅斯當局違反歐洲人權公約第 6 條、第 8 條與第 5 條。以下僅對與本文討論主題相關之公平程序（第 6 條）與私生活與家庭權（第 8 條）之實質內容為介紹，其他有關人身自由（第 5 條）、本案程序受理與否、賠償範圍等議題則不在討論之列。

³³⁷ *Id.* at para. 46-52.

³³⁸ *Id.* at para. 53-58.

³³⁹ 詳細內容請參閱本文「第二章第二節、壹」之介紹。

³⁴⁰ *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 59.



(一) 公平程序

首先，在歐洲人權公約第 6 條的部分，原告主張其法律能力被未能「公平」參與之訴訟程序所剝奪。依據公約第 6 條第 1 項前段：

任何人有權享有在其民事與刑事程序中，依法由獨立且公正之法院，在合理期間內為公平且公開審理之權利。

在歐洲人權法院相關之判決中，涉及到精神異常 (unsound mind) 的個案多與人身自由有關，法院在此會檢視個案是否符合 ECHR 第 5 條 1 項 4 款與第 4 項之程序要求，³⁴¹而此程序內涵也近似於第 6 條公平法院所要求之程序規範。故而在判斷本案是否符合公平程序之規範時，便有必要參照前述法院對第 5 條相關之解釋。但是在個案中國家是否得以精神異常為由對人身自由進行剝奪，締約國享有判斷餘地 (Margin of Appreciation)，³⁴²由締約國先就具體個案進行判斷，ECtHR 則事後針對前述判斷進行審查。³⁴³本案對第 6 條之解釋也是採取相同模式，俄羅斯

³⁴¹ 第 5 條第 1 項，人享有人身自由與安全之權利。除非有下列情事，始得依法定程序剝奪自由：...

(4) 對於...精神異常之人...所為之法定拘留。第 4 項，任何遭逮捕或拘留之人，有權對拘留或逮捕之合法性及隨後之釋放命令向法院提起即時救濟。

³⁴² 究竟在中文語境中，應如何對 Margin of Appreciation 一詞為適切翻譯，迄今尚未有統一見解。有學者使用「國家裁量餘地」，王玉葉 (2007)，〈歐洲人權法院審理原則—國家裁量餘地原則〉，《歐美研究》，第 37 卷第 3 期，頁 489-490。亦有以「評斷餘地」稱之者，Lech Garlicki (著)，翁燕菁 (譯) (2011)，〈歐洲人權法院與「評斷餘地」原則—人權事務中尚存幾分國家裁量空間？〉，黃丞儀 (編)，《2010 行政管制與行政爭訟》，頁 128，台北：新學林，文中譯註之說明。黃舒芃 (2013)，〈人權保障與價值共識間的衝突：從歐洲人權法院之血親相姦案判決談起〉，收錄於氏著《框架秩序下的國家權力—公法學術論文集》，頁 419，文中註 16 之說明。惟綜觀歐洲人權法院對此概念之詮釋 (見後述)，可以得知 margin of appreciation 旨在描述國家對特定事務領域所享有，而 ECtHR 亦應尊重之判斷 (appreciation) 空間 (margin)；既然中文尚無統一見解，則本文在不偏離英文原旨之前提下，使用「判斷餘地」做為中文對應詞。但應強調的是，這裡所使用之判斷餘地不應與我國公法領域所慣用之判斷餘地混淆。儘管二者在概念上不無相似之處，惟考量雙方適用主體已有不同 (國際法院與內國法院)，且二者區別並非本文所處理之議題，因此本文所使用之判斷餘地，則專指 margin of appreciation。

³⁴³ *Luberti v. Italy*, application No. 9019/80, para. 27.

法院在剝奪原告法律能力之訴訟程序中，對於 ECHR 公平訴訟程序之解釋與適用享有判斷餘地。但儘管如此，締約國仍不得牴觸公約價值之核心領域。因此在判斷是否有必要剝奪本案原告之聽審權一事，ECtHR 也必須考量所有因素（例如案件在地方法院之複雜程度，原告所遭受之風險、是否其出席會對他人或自己構成威脅等）。³⁴⁴

法院注意到，原告無法參與剝奪其法律能力之訴訟程序，儘管俄羅斯抗辯此舉符合該國民事訴訟程序，但本案爭執之重點並非內國法律，而是 ECHR 第 6 條及相關案例所揭示之公平程序。依據 *Winterwerp v. the Netherlands* 案（本案涉及精神異常者之強制住院程序）之見解，法院認為在程序中，**至少本人應親自一或必要時透過代理人之方式一出席**。³⁴⁵*Winterwerp* 案涉及人身自由之剝奪，此相當於本案一 *Shtukurov* 案一所涉及之權利，蓋法律能力之剝奪直接影響原告生活各種領域之自我決定，此最終都會構成對自由之限制。讓原告在程序中出席有雙重意義，原告不僅是程序之主體，同時也是法院在個案中所檢視的對象，他的出席，一方面是代表自己，法院也能藉此得出有關原告精神狀態之心證³⁴⁶。³⁴⁷

因此原告在本案中是否出席，也直接涉及到公平程序之實現。儘管本案原告有精神障礙，但其仍為自我決定之主體，在此種情形，法院至少與原告應有視線接觸，最好能訊問之。俄羅斯法院未能履行上開要件，未傳訊原告或其代理人，僅基於醫院之書面證據即作出剝奪法律能力之決定，與 ECHR 第 6 條第 1 項所揭示之「**對審原則**」（Principle of Adversarial Proceedings）相牴觸。儘管俄羅斯抗辯本案有檢察官與醫院代表，可以滿足對審原則，但本案法院認為，醫院方所代表的是作為檢

³⁴⁴ *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 66-68.

³⁴⁵ *Winterwerp v. the Netherlands*, application No. 630173, para. 60.

³⁴⁶ *Kovalen v. Russia*, application No. 78145/01, para. 37.

³⁴⁷ *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 69-72.

查報告之利害關係人，而檢察官在程序中之立場則是不明，二者在程序中都扮演著消極角色，不能以此滿足對審原則之要件。³⁴⁸

基於上述理由，歐洲人權法院認定俄羅斯地方法院對原告之訴訟程序為不公平，構成歐洲人權公約第 6 條第 1 項之違反。

（二）私生活權

歐洲人權公約第 8 條規定：

人有權使其私生活、家庭生活、家庭與通訊受到尊重。

國家不應干涉上述權利之行使，除非基於國家利益、公共安全或經濟，避免失序或犯罪，保護健康或道德或為保護他人之自由與權利之必要，得以法律限制之。

本案法院認為，如欲對第 8 條之權利為限制，締約國必須基於第 2 項所列舉之合法目的、依法且合乎比例之方式為之。欠缺任何一者，皆違反 ECHR 之保護意旨。本案法院認為單從**比例性**來檢視本案即足已得出結論。³⁴⁹

對此比例性之檢驗，必須在精神障礙者之權利與法律所追求之合法目的間進行權衡。但國家在此也有廣泛之判斷餘地，ECtHR 僅事後針對個案之適用進行檢討。但此判斷餘地也非毫無限制，其內容會依照個案所涉及之事物本質而有所變動，對權利之干預程度越嚴重者，國家在此所享有之空間就越窄。³⁵⁰儘管第 8 條並未對國家在進行限制時所應遵循之程序有所規範，國家在此之決策程序亦應公平且應對權利為適當尊重，從而國家所享有之判斷餘地就會取決於決策程序之質量。

351

³⁴⁸ *Id.* at para. 73, 74.

³⁴⁹ *Id.* at para. 85, 86.

³⁵⁰ *Elsholz v. Germany*, Application No. 25735/94, para. 49.

³⁵¹ *Shtukaturov*, *supra* note 330, at para. 85-89.

本案原告被法院以未定期限之方式剝奪法律能力，且無法單獨向法院提起救濟，而只能透過監護人提起上訴。這對原告之私生活權構成嚴重侵害。且程序上亦有瑕疵（參閱前述有關公平程序之內容），原告在涉及剝奪其法律能力之程序參與被縮減至零，法院也無法透過與原告直接接觸之方式了解案情。本案法院在判斷俄羅斯法院裁定之論理時，就必須將上述因素列入考量。³⁵²

法院也注意到，原審裁定所依據之醫院檢查報告，並未明確說明原告所無法理解與控制的，究竟是何種類型之法律能力，無法就此報告了解原告之精神狀態究竟對其造成何種層面之影響。法院認為，**即便是嚴重的精神疾病，都無法單獨作為完全剝奪法律能力之正當依據**。且如欲對法律能力為完全剝奪，至少在精神狀態之要件上，要構成相當「**種類或程度**」（kind or degree），³⁵³但原審法院並未對原告精神異常之程度為分析。而俄羅斯民法對於精神異常者之法律能力所為之規範，使原審法院只有完全剝奪之選項，欠缺其他措施之可能性（干預程度較輕微之部分限制僅適用於藥物或酒精成癮之人）。法院參考歐理會 R(99)4 號建議－儘管此不拘束 ECtHR 之認事用法，但仍可作為特定事務領域之歐洲標準－認定俄羅斯並未對原告提供「量身訂做」之措施（tailored-made response），因而逾越第 8 條所要求之必要程度，構成對此項權利之侵害。³⁵⁴

貳、*Stanev v. Bulgaria* 案

一、本案事實

本案涉及部分監護下精神障礙者法律能力之回復。原告－Rusi Kosev Stanev－為保加利亞人，生於 1956 年，於 1975 年被診斷出輕度思覺失調症，具有障礙者之

³⁵² *Id.* at para. 90-92.

³⁵³ *Winterwerp*, *supra* note 345, at para. 39.

³⁵⁴ *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 93-96.

資格，進而被認定為不適合工作，依靠領取政府救濟金過活。生活上與繼母與同父異母之姊姊同住，她們也是原告僅有的親人。³⁵⁵

在 2000 年，原告親屬向法院聲請為法律能力之完全剝奪，但法院考量到其症狀尚屬輕度，且僅管理自己事務與利益、理解其行為結果意義之能力受有減損，同時並參考原告之醫療報告，聽取原告意見與相關證人之證詞，其中有證人證稱，原告出賣所有財產，乞討過活，並且酗酒，喝醉時有攻擊性。考量到上述因素，法院僅宣告對原告法律能力之**部分剝奪**（*partially incapacitated*）。裁定於 2001 年上訴確定後，原告所處之 Ruse 市政府便為原告指定監護人，考量原告親屬皆無意願，市政府便於 2002 年 5 月 23 日指定 R.P.女士作為監護人直到當年底為止。³⁵⁶

同年 5 月 29 日，監護人要求當地社福機構將原告安置於精神病收容機構，這是考量到原告獨自一人居住在與繼母、姊姊比鄰之簡陋屋宅，且後者拒絕擔任其監護人。在 2002 年 12 月 10 日，在監護人與 Pastra 精神病收容機構之同意下，³⁵⁷原告成為 Pastra 收容機構之成員，然此時原告並未獲得有關資訊之告知。隨後便以搭乘救護車之方式前往 Pastra，原告亦並不清楚為何離家或要離家多久，因政府對此程序未善盡告知義務。原告之法定住所也由 Ruse 遷往 Pastra 機構，市政當局並指定機構主任擔任原告之監護人。³⁵⁸

Pastra 收容機構並非無償提供服務，有關食宿、醫療、生活等事項，須由收容人給付金錢以換取對價。對此原告原先所領取之救濟金則全數用來支付前述費用。³⁵⁹但後來據原告以及歐理會轄下之防止酷刑、非人道與侮辱待遇委員會（European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment）之調查，該機構內部設備極其簡陋，衛生設備老舊、不足，沒有自來

³⁵⁵ *Stanev v. Bulgaria*, application No. 36760/06, para. 9.

³⁵⁶ *Id.* at para. 10-12.

³⁵⁷ Pastra 精神病收容機構位於保加利亞的里拉（Rila）離原告所居住之 Ruse 有 400 公里之遠。

³⁵⁸ *Stanev*, *supra* note 355, at para. 13-17.

³⁵⁹ 依照保加利亞於 2008 年之發放標準，原告每月可領取 65 歐元之救濟金。

水，收容人一週只能洗澡一次，而廁所甚至是在地面挖洞與幾塊木板搭建而成之旱廁，暖氣不足、食物缺乏：不提供奶、蛋，而蔬菜水果則是很少提供，因此委員會認為 Pastra 機構對收容人之處置構成非人道待遇。³⁶⁰原告指出，Pastra 未提供個人衣物與棉被，加上暖氣供應不足，導致其必須與其他四人擠在 16 平方公尺之房間內，穿著自己的外套睡覺。³⁶¹原告在機構中不得隨意外出，機構掌控其身分證明文件，非經允許不得外出。在 2002 至 2006 年，原告曾經許可返家三次，前面二次皆按預定時間返回機構，第三次則逾假未歸，經通報當地警察尋獲後，才由機構人員帶回。而機構內之通信自由亦受到限制，考量到原告無法對財產為處分，而寫信所需之信封、郵資則須仰賴機構提供，而機構對此往往也拒絕提供協助。³⁶²

原告在律師的協助下，曾聲請回復法律能力並終止監護關係。在 2004 年 11 月 25 日向檢察官聲請回復法律能力，對此，檢察官要求醫院提供原告之精神報告，報告於 2005 年 1 月 15 日完成，其認為原告之思覺失調症狀自 2002 年迄今沒有改善亦無惡化，其焦慮、緊張、多疑，欠缺溝通能力與病識感，曾說出「不計代價也要離開機構」等言詞，但這份報告並未針對是否回復原告法律能力或離開機構一事做出結論意見。地方檢察官最後依據這份報告、機構與機構社工之意見，並考量原告無處理自己事務之能力，而留在機構是最符合其利益之處置等因素，於 2005 年 8 月 10 日做出拒絕為原告向法院聲請回復法律能力之裁定。本裁定隨後於同年 11 月 9 日經最高檢察署維持而確定。³⁶³

原告也在 2005 年 9 月 9 日請求 Rila 市長為其向法院提出終止監護關係之聲請，但市長也隨後與前述檢察官所持之相同理由拒絕。原告律師針對此項決定提起司法救濟。對此，原告之監護人認為，考量到原告所領取之救濟金不足以支付其在外日常生活，所以留在 Pastra 機構生活是最佳決定。但法院認為原告監護人非此處

³⁶⁰ *Stanev, supra* note 355, at para. 76-79, 82.

³⁶¹ *Id.* at para. 21.

³⁶² *Id.* at para. 25-28, 30.

³⁶³ *Id.* at para. 37-38.

分異議程序之利害關係人，且監護人自己就可以為原告利益聲請終止監護，故而判決原告敗訴。此判決因不得上訴而告確定。³⁶⁴

基於上訴情事，本案原告向歐洲人權法院起訴，控告保加利亞當局侵害其在歐洲人權公約第 5 條第 1 項、第 4 項與第 5 項人身自由、第 3 條酷刑禁止、第 6 條公平程序與第 8 條之私生活權所享有之權利。

二、涉及之法律

本案涉及之內國法律較為複雜，本文僅擷與監護制度、法律能力議題相關者。保加利亞 1949 年《身分與家庭法》第 5 條規定，對於因精神異常或心智缺陷而無法處理自身利益之人，應完全剝奪其法律能力，並設置完全監護；對於前述症狀較輕微者，應為法律能力之部分剝奪，並設部分監護。而在部分監護下，受監護人之法律行為應經監護人之同意始生效力。在訴訟能力方面，依照《民事訴訟法》第 16 條第 2 項，受完全監護宣告之人應由監護人代理行使訴訟權，但在部分監護之情況，如有監護人之同意，受部分監護之人仍得獨自行使訴訟權能，無須監護人代理，且亦能在訴訟程序中選任訴訟代理人。綜上所述，監護人並非受部分監護宣告人之代理人，但得對特定交易表達同意與否之意見。³⁶⁵

保加利亞法律規定，監護程序由二階段組成：由法院宣告剝奪法律能力與市政機關指定監護人。前者依據 1952 年《民事訴訟法》第 275 條至第 277 條規定，應由應受宣告人之配偶、親屬、檢察官與其他利害關係人向法院提出聲請。法院對於公開程序詢問應受宣告之人，或聽取親屬意見與關於本人狀況之直接印象後做出決定，如仍無法形成心證，法院得參酌其他一如醫療報告—證據。而監護人之選

³⁶⁴ *Id.* at para. 39-40.

³⁶⁵ *Id.* at para. 42-43.

任，依照 1985 年《身分與家庭法》第 109 條至第 208 條³⁶⁶，則由監護主管機關—通常為市長或其指定之部門負責人—指定。³⁶⁷

主管機關負責監督監護人職權之行使，得命其向受監護人之親屬報告，如有不當行為，得命停止職權（1985 年身分與家庭法第 125 條與第 126 條、2009 年身分與家庭法第 170 條與第 171 條）。但受監護之人是否對機關有請求權能，法未明文規定。主管機關並得隨時撤換監護人（第 113 條）。對於機關在監護事項之決定，有不服者得由檢察官或利害關係人提起司法救濟（第 115 條）。依照國內判例，完全監護之人非此「利害關係人」，而對於受部分監護之人是否為利害關係人，則未有明文規定。³⁶⁸

有關回復法律能力之程序，依據 1952 年《民事訴訟法》第 277 條規定³⁶⁹，有權聲請部分監護宣告之人、主管機關與監護人，有權向法院為回復法律能力之聲請。依據 1980 年保加利亞最高法院對本法之詮釋：

有權向法院聲請為法律能力之剝奪者，亦有權為回復法律能力之請求。甚至受部分監護宣告之人，亦得單獨或經監護人同意後向法院聲請，或透過監護主管機關向法院提出聲請。在完全監護之情形，如監護人、主管機關拒絕為其提出聲請，得請求檢察官為其利益向法院提出聲請。（1980 年第 5/79 號判決）³⁷⁰

受監護宣告之人，其住所之選定，依照 1985 年《身分與家庭法》第 120 條至第 122 條之規定，原則以監護人之住所為法定住所，但有例外原因時不在此限。如

³⁶⁶ 本法於 2009 年修正，關於監護人之指定程序僅做些微修正。

³⁶⁷ *Stanev, supra note 355, at para. 45-46.*

³⁶⁸ *Id.* at para. 48-50.

³⁶⁹ 本條經 2007 年修法後為第 340 條。

³⁷⁰ *Stanev, supra note 355, at para. 51.*

受監護人未經同意脫離原住所，監護人得請求法院命其返回。而 2009 年新法第 163 條則要求法院在決定前應聽取受監護人之意見，以確認有無法定例外事由。³⁷¹

本案原告被安置於 Pastra 收容機構，法源依據為 1998 年《社會救助法》第 2 條，其規定對於因醫療或社會因素無法透過其所有財產、工作或他人之協助以滿足基本生活需求者，得適用本法有關救助之規定。而救助應基於個人需求之評估與意願（第 16 條）。本法施行細則第 36 條列舉三種安置之情形，本案屬於其中第二種—成年障礙者，包括肢體障礙、精神障礙與失智；而本法對法律能力被剝奪之人所為之安置，也被本細則認定為不構成對人身自由之剝奪。³⁷²至於其他取得社會服務所需之要件，1999 年第 4 號規定指出，如果無法在家庭環境中提供必要之醫療照顧者，得安置於特別機構（第 12 條與第 27 條）。而有關安置之契約，須基於安置機構與本人或其法定代理人之同意。接受安置之人，如果符合本規定所列舉之要件，亦得轉入其他機構或離開機構，包括：經本人或其法定代理人之請求、其身體狀況有所改變、遲交月費達一個月以上、違反機構內部規定、吸食毒品等。³⁷³

三、法院對於公平程序與私生活權之詮釋

本文以下僅對判決中涉及歐洲人權公約第 6 條與第 8 條相關之部分為介紹。

（一）公平程序

原告主張保加利亞法律並未賦予其向法院聲請回復法律能力之權利，違反 ECHR 第 6 條第 1 項公平審判之規定：

決定民事權利與義務時...所有人享有...公平審判...之權

原告認為其無法依據民事訴訟法第 277 條單獨向法院聲請回復法律能力—儘管最高法院第 5/79 號判決曾肯認之—前述地方法院以監護人未同意為由拒絕其回

³⁷¹ *Id.* at para. 55.

³⁷² *Id.* at para. 57-58.

³⁷³ *Id.* at para. 59.



復法律能力之聲請，就足以證明原告欠缺訴訟權能。而其他救濟途徑，包括檢察官、主管機關與監護人等，也拒絕為其提出聲請，足見原告欠缺向法院提出回復法律能力聲請之權能。³⁷⁴

保加利亞政府對前述主張提出反駁，認為最高法院第 5/79 號判決已明白肯認受監護人得單獨聲請法律能力之回復，保加利亞法院也受理過其他監護案件－由監護人提出聲請－回復法律能力之個案。而程序上唯一要件就是提出身體狀況改善之證明文件。而原告之身體狀況，經前述檢察官囑託醫院檢查之結果，並未有所改善，原告仍欠缺處理自己事務之能力，從而欠缺該證明才是導致原告無法單獨提出聲請之原因。³⁷⁵

歐洲人權法院對 ECHR 第 6 條第 1 項之詮釋，認為本權利肯認人民有向法院提起涉及其民事權利義務訴訟之權。但此項「接近法院之權」亦非絕對不容限制，其規範內容可能隨著時間地點、社會需求與資源而有所不同。締約國在實踐此項權利時享有「判斷餘地」，法院不預先判斷權利之最佳內容，僅事後針對個案進行審查。但即便如此，締約國對此法院進用權之解釋與適用，仍不得對權利之本質內容為限制。且限制應有正當目的，手段與目的間應合乎比例原則中之合理關聯。³⁷⁶

法院也再次重申，在涉及精神障礙者之拘留議題時，ECHR 第 5 條第 1 項與第 4 項之程序保障，與第 6 條公平程序有相當之近似性。在前面所提及之 *Shtukaturov* 案，ECtHR 在判斷剝奪法律能力之程序是否公平時，也是準用第 5 條第 1 項第 5 款與第 4 項之內容，作為判斷依據。

ECtHR 認為，本案爭點在於，保加利亞法律是否允許無法律能力之人向法院聲請回復法律能力。保加利亞當局採肯定看法，而原告則否認之。³⁷⁷法院接受原告

³⁷⁴ *Id.* at para. 255-256.

³⁷⁵ *Id.* at para. 227-228.

³⁷⁶ *Ashingdane v. the United Kingdom*, application No. 8225/78, para. 57.

³⁷⁷ *Stanev*, *supra* note 355, at para. 235.

之主張，認為在保加利亞 1952 年《民事訴訟法》第 277 條規定下（2007 年修法後條號變更為第 340 條），無法律能力者仍須透過本條所列舉之特定人始得向法院為聲請，此特定人之範圍不包括受部分監護宣告之人。³⁷⁸



至於保加利亞最高法院第 5/79 號判決，儘管從判決文義觀之，也許會認為受部分監護之人有權向法院直接提出回復法律能力之聲請，甚至當監護人與主管機關拒絕為其提出聲請時，也能請求檢察官提起之。ECtHR 認為，將是否為受部分監護之人向法院聲請回復之決定權授予檢察官決定，同時也就否認受監護之人有單獨提起聲請之權。本號判決其實並未肯認本人有單獨聲請法律能力之回復權能。況保加利亞當局並未提出任何足以證明「受部分監護之人得單獨向法院聲請終止監護」之判決，僅有一例是透過監護人之聲請而終止。因此 ECtHR 認定，除非透過民法第 277 條所列舉特定人之協助，本案原告無法單獨向法院提出聲請。³⁷⁹

其次，本案法院也指出，保加利亞對於訴訟權，並未針對完全監護與部分監護之情形為區分，法律也未要求針對監護宣告為定期檢討，以判斷監護之原因是否繼續存在，最後，法院也注意到本案之監護未定有期限。³⁸⁰

儘管 ECtHR 承認締約國在適用公約時有判斷餘地，且訴訟權也非絕對不得限制，而是會基於保護自己或他人利益，甚至是司法行政之正當目的而受到限制。在此也必須權衡所限制之訴訟行為對當事人之重要性；特別是，要求法院重新檢視剝奪法律能力之宣告，對當事人而言是最重要之權利，因為此程序一旦開啟，對本人之權利與自由（特別是人身自由）而言會是關鍵的。³⁸¹本案法院因此認定，此項接

³⁷⁸ *Id.* at para. 236.

³⁷⁹ *Id.* at para. 237-239.

³⁸⁰ *Id.* at para. 240.

³⁸¹ *Shtukaturov*, *supra* note 330, at para. 71.

近法院之權對受部分監護之人而言，是基本的程序權之一；因此在第 6 條之範圍內，受部分監護之人原則上有直接向法院為聲請之權。³⁸²

法院也比較其他歐洲國家之監護制度，在 20 個國家中，其中 18 國肯認部分監護之人有直接向法院提起回復法律能力之聲請權能，其中 17 國甚至允許完全監護之人提起此類聲請。這也表明歐洲地區對於肯認法律能力被剝奪之人有權直接向法院聲請回復法律能力之新趨勢。³⁸³法院也注意到 CRPD 與歐理會 R(99)4 號建議對無法律能力者之法律保障，特別是，CRPD 第 12 條關於法律上之平等承認，第 14 條人身自由；R(99)4 號建議之彈性原則、能力最大保留原則、比例原則、聽審權、監護之期限、定期檢討與上訴權等。考量到這些國際上之立法趨勢與國際公約、建議，本案法院認為 ECHR 第 6 條第 1 項應詮釋為，原則上**應確保任何被告部分剝奪法律能力之人，有權直接向法院提起回復法律能力之聲請。**³⁸⁴

綜上所述，本案保加利亞法律並未對原告提供此種程序擔保，構成對 ECHR 第 6 條第 1 項之違反。

(二) 私生活權

原告主張保加利亞之監護制度，包括對於 Pastra 機構之安置與在機構內部之生活條件，構成對其私生活與家庭權之侵害。特別是監護制度未能符合個案需求，強迫其在 Pastra 機構內生活妨礙其在社區生活並阻礙其人際關係之進展。保加利亞亦未能尋求在社區內進行治療之替代手段，或其他對個人自由限制較輕微之措施，原告因而產生「機構綜合症」(Institutionalisation Syndrome)，使其失去社會技能與人格。³⁸⁵

³⁸² *Stanev, supra* note 355, at para. 241.

³⁸³ *Id.* at para. 243.

³⁸⁴ *Id.* at para. 244-245.

³⁸⁵ *Id.* at para. 249-250.

但 ECtHR 考量到，判決既已對 ECHR 第 3 條、第 5 條與第 6 條為參酌，已無必要再對第 8 條進行審查。³⁸⁶

歐洲人權法院之結論，認為本案保加利亞違反歐洲人權公約第 3 條、第 5 條第 1 項、第 4 項與第 5 項³⁸⁷與第 6 條；而至於否違反第 8 條，法院不予審查。

叁、歐洲人權公約之監護圖像

一、私生活權作為訴訟標的

從前述判決所涉及之事實可以發現，監護涉及到三個層面的法律議題，分別是：法律能力之剝奪、監護人之權限與強制住院。³⁸⁸其中法律能力之剝奪與監護人之權限所涉及之法律爭議，ECtHR 透過第 6 條公平程序與第 8 條私生活權進行審理。而住院治療部分，則與第 5 條人身自由有關。本文因研究主題限定於法律能力之剝奪，故不對人身自由之部分過多著墨。

私生活權（the right to private life）規範在歐洲人權公約第 8 條：

所有人有權使其私生活、家庭生活、家與通訊受到尊重。

公權力不應對上開權利之行使為干預，除非依法，且在國內社會中，基於國家安全、公共安全與經濟福祉之利益，為避免失序或犯罪，為保護健康或道德或保護他人之自由與權利之必要。

從第 1 項可以界定出四種範圍：私生活、家庭生活、家與通信。如果沒有特別限縮文義，第 8 條也可以泛稱為「私生活與家庭權」（the right to respect for private

³⁸⁶ *Id.* at para. 252.

³⁸⁷ 考量篇幅，本文省略判決有關第 3 條與第 5 條之說明。

³⁸⁸ 障礙者因喪失法律能力，此時住院與否之意思表示，僅能由監護人代為決之。對於抗拒住院治療之障礙者而言，此住院決定係違反其意願與偏好。

and family life)，³⁸⁹本文為行文方便，以下所使用之「私生活權」係限定於第 1 項之 the right to private life，而不包括其他三種範疇。

對於 ECHR 第 8 條之操作，主要分為二階段處理：第一階段判斷事物種類是否屬於私生活之概念，並判斷國家是否有尊重此私生活之積極義務；第二階段則判斷國家行為是否構成干預，如果是，則討論此干預是否依法、基於正當目的、在必要範圍內為之。³⁹⁰

首先，在對私生活概念為定義時，要先處理 Private Life 之翻譯問題。private 固然在中文語境中，大多指涉個人資料保護、免於無正當理由搜索之「隱私」概念，但歐洲人權法院對 private life 之理解不限於此種範圍，還包括「姓名」、「名譽」、「知悉血緣關係」、「性別認同與社會認同」、「性生活與性傾向」、「自我決定與個人自主」、「通訊隱私」、「國籍歸化」、「婚姻登記之遲延」、³⁹¹「具有商業與專業本質之行為」、「發展與他人、外在世界之關係」、「與他人之互動領域」、「身心完整」、「個人發展」、以及「發展其作為人之特質」等內涵，上述都能落入私生活權之討論；並可概略分為：免於身心完整受干預之自由、免於違反意願之個人資料蒐集與接近、免於因環境汙染而影響個人健康、發展人格與個性之自由、依個人意願生活之自由。³⁹²private 的概念遠遠大於狹義之「隱私」，故不宜以隱私稱之，本文參考國內文獻，仍以「私生活權」一詞作為 ECHR 第 8 條中文語境之翻譯。³⁹³

ECtHR 未曾對「私生活」之內容為明確定義，僅認為這是一廣泛而無法明確定義之概念；可以確定的是，這是一個比「隱私」還要廣泛的概念，其讓所有人都

³⁸⁹ 這也是第 8 條在歐洲人權公約文本中之正式名稱。

³⁹⁰ Ursula Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life* 9 (Council of Europe 2001).

³⁹¹ Ivana Roagna, *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights* 12 (Council of Europe 2012).

³⁹² Martyn Bond, *The Council of Europe and Human Rights* 38 (Council of Europe Publishing 2010).

³⁹³ 翁逸泓、廖福特 (2014)，《私生活之權利－探索歐洲，反思臺灣》，台北：新學林。

能發展與實現人格，並發展與他人、外在世界之關係。³⁹⁴法院往往藉由個案累積，勾勒出已知之輪廓。針對本文所處理之障礙者法律能力議題，在私生活權之領域中，其中「發展與外界之關係」已被肯認為具有私生活權之特質，在 *Niemietz v. Germany* 案中，法院認為，不應將私生活之概念狹隘限縮於「核心領域」(inner circle) — 能過自己想過之生活，並排除該領域以外之事務領域；毋寧私生活之尊重必然包含建構與發展人際關係之權利。³⁹⁵在處理「自我決定」領域之 *Pretty v. the United Kingdom* 案，此涉及病重患者是否有在他人協助下進行自殺之權利。法院認為，公約精神在於尊重人性尊嚴與自由，而生命的品質在第 8 條中具有顯著意義。許多人不想在年老或早衰之情形下被迫苟延殘喘，這對其自我概念與尊嚴毋寧構成衝突。當法律禁止人民因避免以不莊重或痛苦之方式結束生命所為之選擇，即構成對 ECHR 第 8 條私生活之干預。³⁹⁶本案也是歐洲人權法院首次在自我決定之概念中，肯認「結束生命之權利」作為第 8 條之範疇。³⁹⁷

在了解私生活權之概念後，還要進一步判斷權利是否受到干預。特別是在起訴時，原告應對權利受限制之情形提出說明，但此說明無須達到「事實之舉證」— 確定有此事實 — 之程度，僅需證明權利有受干預之「可能性」為已足。在涉及受刑人與律師交通權之 *Campbell v. the United Kingdom* 一案中，儘管原告未能說明哪些信件被獄政人員所開啟、閱讀，法院強調，只要依法其信件有被開啟、閱讀之可能，即足以構成本法所稱之干預。³⁹⁸從而即便原告主張構成權利侵害之法律甫經通過，

³⁹⁴ *Castello-Roberts v. the United Kingdom*, application No. 13134/87, para. 36. 換言之，公約第 8 條確保所有人都能自由實現與發展人格。 *Brüggemann and Scheuten v. Germany*, *Commission's Report of 12 July 1977*, at para. 55. Kilkelly, *supra* note 390, at 11. Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights and the Rights of Persons with Disabilities*, in *The European Convention on Human Rights 98* (Martinus Nijhoff 2007).

³⁹⁵ *Niemietz v. Germany*, application No. 13710/88, at para. 29.

³⁹⁶ *Pretty v. the United Kingdom*, application No. 2346/02, at para. 65, 67.

³⁹⁷ *Roagna*, *supra* note 391, at 15. 但本案最後經法院檢視第 2 項要件後，認為不構成對私生活權之違反。

³⁹⁸ *Campbell v. the United Kingdom*, application No. 13598/88, at para. 33.



包括原告在內未有個案經起訴乃至判決，原告僅就內國法律本身作為構成對私生活權為干預之主張，也是為 ECtHR 所接受的。³⁹⁹

在 *Shtukaturov* 案中，法院認為剝奪障礙者法律能力構成對私生活範疇「人格之自由發展與實現」之干預，此阻礙當事人在所有生活領域中獨立行事之權能：無法買賣、工作、旅行、選擇住所、結社、結婚、甚至連人身自由都有可能被剝奪。檢視過往個案，只要涉及法律能力之限制或剝奪者，歐洲人權法院往往會認為構成私生活權之干預（但 *Stanev* 案則是少數未檢視私生活權之例外，原因將在後段說明）。⁴⁰⁰

二、判斷餘地與公平程序作為必要性之輔助判準

在討論完是否構成對私生活權之干預後，法院接著要判斷該干預是否合乎公約第 2 項之標準，也就是：依法、追求正當（*legitimate*）利益、且基於社會之必要。

所謂依法（*legality*）是指依內國法律，歐洲人權法院對內國法律之詮釋也必須在內國框架下為之。法院如此自我節制，是因為其適用之內國法必須附著於個案事實；但法院對個案審理所適用之法源，則有相當之裁量空間，除內國法外，專業之行為準則、未明文之普通法原則、歐盟規定或國際條約，都能作為法院認事用法之依據；相反的，如果只是行政規則、命令，不具法效性、可操作性者，則無法作為 ECtHR 所認定之法源。⁴⁰¹在此標準下，法律的質量（*quality of the law*）亦屬重要，其應具備明確性、可預見性、可操作性、或者在授予裁量權限之情形，應明文法律所追求之目的，以便檢視有無逾越權限之情事。⁴⁰²以上皆是避免法律涵蓋過廣、文

³⁹⁹ *Dudgeon v. the United Kingdom*, application No. 7525/76, at para. 40-41. Kil Kelly, *supra* note 390, at 23-24.

⁴⁰⁰ 相同案件除 *Shtukaturov* 案外，尚有 *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, application No. 36500/05. *Matter v. Slovakia*, application No. 31534/96. *Sýkora v. the Czech Republic*, application No. 23419/07. *X and Y v. Croatia*, application No. 5193/09. *A.N. v. Lithuania*, application No. 17280/08.

⁴⁰¹ *Roagna*, *supra* note 391, at 37.

⁴⁰² *Shimovolos v. Russia*, application No.30194/09, at para. 67-69. *Roagna*, *supra* note 391, at para. 37-38.

義模糊，而無法為人民得事先對法律效果為預見，而使權利遭受恣意侵害 (arbitrary interference) 之保護機制。⁴⁰³

從本文所介紹之二則判決中可以發現，歐洲人權法院對於國際文書之使用較為寬鬆，歐理會部長委員會 R(99)4 號建議—涉及到限制精神障礙者法律能力時所應遵循之標準—與 CRPD 皆非歐洲人權公約文本所肯認之法源，何以 *Shtukurov* 與 *Stanev* 案中，⁴⁰⁴法院皆引用為參考資料？這是一個饒富深意的問題，本文所整理之判決並未對此有所說明，說明引用之依據與理由；甚至為何 R(99)4 號建議可以作為「歐洲標準」，⁴⁰⁵也有「判決不附理由」之嫌。而法院也未能掌握 CRPD、R(99)4 與 ECtHR 三者間之異同，使得所謂「國際文書」之參考喪失論理之細緻性。但至少從前述判決內容可以知道，歐洲人權法院對於公約之解釋與適用，會參考相關國際公約與文書，這是無庸置疑的；至於說理完整與否，則屬另一層次的問題。

406

其次，正當目的 (legitimate interest) 之檢視，也是證立國家對私生活權干預所需之要件。第 2 項所列舉之事由—國家安全、公共安全、經濟福祉、預防失序或犯罪、保護健康或道德、保護他人之自由與權利—是由國家舉證說明其正當目的，但一般而言，法院很少挑戰此要件，而把審查重點放在必要性 (necessity) 之判斷上。

407

在 *Shtukurov* 案，原告主張俄羅斯民法對法律能力之剝奪，欠缺合法性與正當目的。但法院卻認為沒有必要逐一檢視這些要件，因單從必要性來說，剝奪法律能力對精神障礙者所造成之限制與制度所欲追求之正當目的間已欠缺衡平性。⁴⁰⁸

⁴⁰³ KilKelly, *supra* note 390, at 26.

⁴⁰⁴ 包括 *Sykora* 案、*Salontaji-Drobnjak* 案與 *A.N.* 案亦引用該號建議。

⁴⁰⁵ 參閱本文第 354 號註釋。

⁴⁰⁶ 詳細之討論請參閱本文後段說明。

⁴⁰⁷ Roagna, *supra* note 391, at 42.

⁴⁰⁸ *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 86.

此種解釋途徑也在其他涉及精神障礙者法律能力剝奪之案件中為使用。⁴⁰⁹但亦有個案對「合法」、「正當性」與「比例性」為一併檢視之情形，⁴¹⁰但總體而言，必要性才是法院處理類似案件時，法律論證之核心領域。



ECtHR 並未對「必要」之概念提出明確定義，在 *Handyside v. the United Kingdom* 案中，法院在處理 ECHR 第 10 條第 2 項 necessary 之解釋時⁴¹¹，認為所謂的「必要」不等於「不可或缺」(indispensable)－在公約第 2 條第 2 項為「絕對必要」(absolutely necessary)、第 6 條第 1 項為「嚴格必要」(strictly necessary)、第 15 條第 1 項使用「嚴格需要」(strictly required)－也不像例如「一般」、「有益」或「可欲」等名詞具有彈性解釋之空間；⁴¹²毋寧「必要」一詞意指對私生活之干預與社會需求－特別是正當目的－之間合乎比例 (proportionate)，⁴¹³法院不對「必要」本身採取一個過寬或過嚴之標準，而是從政策是否通過比例原則之權衡加以判斷。但歐洲人權法院並非如同內國法院之上級審般，針對內國法院之比例原則進行判斷，而是針對個案之權衡，判斷其是否具有相關連 (relevant) 且充足 (sufficient) 之論證。對此要考量因素有，權利之本質：越重要的權利－如私生活中的性關係－越需要嚴謹說理。侵害之強度：干預越強－例如干預父母對子女親權之行使－越需要完整之說理。社會之需求：越重要的社會價值－如國家安全－越容易滿足說理之要求⁴¹⁴。以此種方式去評估干預與正當目的、社會需求間之關係。⁴¹⁵綜上所述，法院對於比例原則之判斷得以圖四為說明：

⁴⁰⁹ *Sýkora*, *supra* note 400, at para. 104. *Salontaji-Drobnjak*, *supra* note 400, at para. 140-141.

⁴¹⁰ *X and Y*, *supra* note 400, at para. 105-117.

⁴¹¹ 第 8 條第 2 項與第 10 條第 2 項均使用 necessary 一詞。

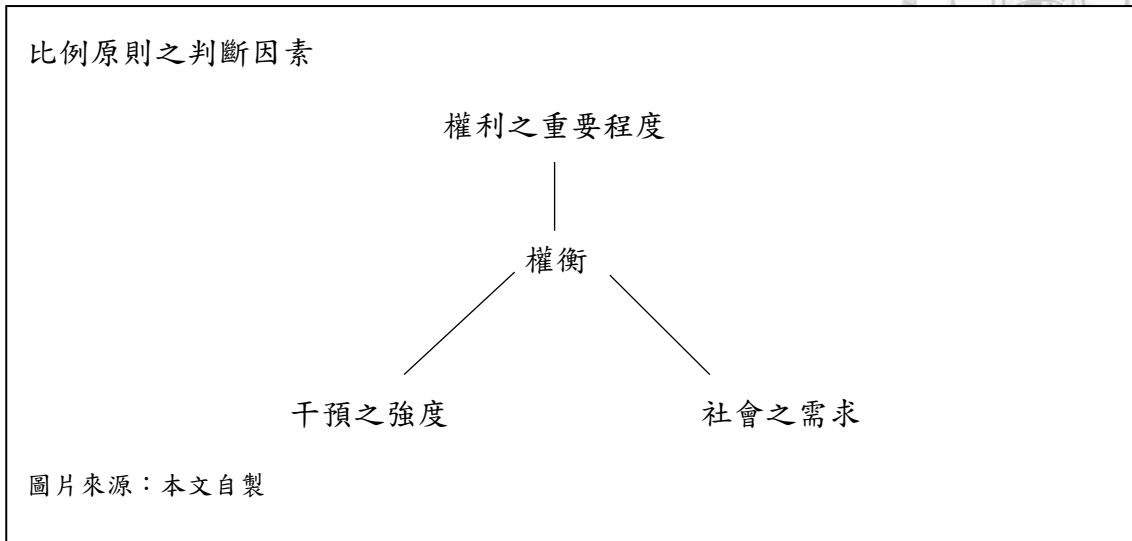
⁴¹² *Handyside v. the United Kingdom*, application No. 5493/72, at para. 48.

⁴¹³ *Olsson v. Sweden*, application No. 10465/83, at para. 67.

⁴¹⁴ *Kilkelly*, *supra* note 390, at 30-32.

⁴¹⁵ *Roagna*, *supra* note 391, at 44-45.

圖四：比例原則之判斷因素



但承前所述，歐洲人權法院不願取代締約國對個案之權衡為判斷，而是讓締約國優先判斷個案中權利限制與正當目的間之權衡，這是考量到各國在政治、經濟、文化間之異同，而也只有締約國才最適合在內國法的脈絡中進行判斷，歐洲人權法院則是立於輔助之地位，對締約國之個案決定（包括行政、立法與司法判決）進行事後檢討。此種概念便稱為判斷餘地（margin of appreciation），依據法院在 *Handyside v. the United Kingdom* 案對此概念之詮釋：⁴¹⁶

內國法律所採取的道德觀念會隨著時間與地點有所不同，特別是在我們這個被描述為觀念會快速且深遠改變的時代。因為國家會直接並持續與國家的生命力為接觸，故國家原則上會比國際法院的法官更適合對公約所規範之「必要限制或刑罰」之內容提供意見……讓國家優先去對「必要性」所意味之「迫切之社會需求」之實現進行判斷。

公約第 10 條第 2 項使締約國之立法、行政與司法在詮釋與適用公約時享有判斷餘地。

⁴¹⁶ *Handyside, supra* note 412, at para. 48. 這也是第一件針對判斷餘地做出定義之判決。Kilkelly, *supra* note 390, at 6-7.

判斷餘地的寬或窄，取決於二因素：議題在歐洲社會之**情境因素與權利之重要性**。⁴¹⁷前者指涉議題在歐理會會員國間之相似程度，如果各國對於利益之重要程度或最佳之保護措施已有**共同（common）或歐洲（European）**標準者，例如相同的習慣、政策或法制基礎，則締約國在此所享有之判斷餘地就較為狹窄，此也連帶使得干預措施較難通過比例原則之檢驗，反之，如各國間存在歧異，則判斷餘地就會隨之變寬。原則上，如果締約國對個案判斷，並未逾越內國法律之適用與其法定效果，並且附有避免權利遭受恣意剝奪之保護機制（safeguard）時，則不會被 ECtHR 認定為違反比例原則。⁴¹⁸面對特定議題，通常遇到道德、倫理或未成年保護⁴¹⁹之議題時，法院傾向寬鬆，結論上較尊重內國法之決定。但判斷餘地也不是如此無邊無際，其最後還是要回到個案中權利侵害與正當目的間之關係，判斷餘地的邊界，仍應對應到比例原則之本質：**越涉及公約權利之基本價值與概念者，判斷餘地也隨之變窄**。⁴²⁰例如涉及處罰同性性行為之 *Dudgeon v. the United Kingdom*⁴²¹與 *Norris v. Ireland*⁴²²案，儘管這往往涉及道德議題，但國家在此也未必享有寬鬆之判斷餘地，

⁴¹⁷ 歐洲人權法院認為影響判斷餘地之因素有，情況（circumstances）、主題（subject-matters）與背景（background）。*Rasmussen v. Denmark*, application No. 8777/79, para. 40. 主題主要指涉個案中權利之重要程度，而情況與背景指涉主題以外之因素，本文將其合併為權利本質以外之情境因素。同時，亦得參考王玉葉教授之分析，其認為除情境因素與權利之重要程度外，尚應考量公約文本之規範程度，對於絕對權利（如公約第 15 條）不容國家享有判斷餘地，人身自由（第 5 條）與公平審判（第 6 條），大部分國家亦無判斷餘地之適用，而第 8 條至第 11 條則可適用判斷餘地。參閱，王玉葉，前揭註 342，頁 499-502。對此觀點，本文認為，此種判斷因素實質上就是考量權利之重要程度，較無獨立作為判準之實益。

⁴¹⁸ *M.S. v. Sweden*, application No. 20837/92, at para. 41-44.

⁴¹⁹ *Scozzari and Giunta v. Italy*, application No. 39221/98, at para. 148.

⁴²⁰ Roagna, *supra* note 391, at 45-46.

⁴²¹ *Dudgeon*, *supra* note 399, at para. 52.

⁴²² *Norris v. Ireland*, application No. 10581/83, para. 46. 值得注意的是，*Dudgeon* 與 *Norris* 判決，歐洲人權法院皆認為隨著時代演進，多數歐理會國家逐漸對同性性行為予以寬容對待，並認為沒有必要，也不適合以刑罰論之，國家也很少真正去執行對同性性行為所為之處罰。法院不能忽視這些轉變，此類行為未對道德構成傷害，故而國家也欠缺對干預所應具備之「迫切社會需求」。

蓋性行為正是私生活權所保障之核心領域，此種干預行為必須具備重要理由。⁴²³相對的，同樣是構成對私生活權之干預，而程度較輕微者，或未涉及權利核心領域者，其判斷餘地也相較寬裕。例如在 *Hatten and Others v. the United Kingdom* 案，法院認為對於輕微之居住安寧之干預，國家在此享有之判斷餘地，相較於 *Dudgeon* 案（涉及同性性行為之刑罰）而言是較為寬鬆的，因後者涉及以刑罰規制親密關係，二者無法等量齊觀。⁴²⁴

要注意到，判斷餘地之操作對歐洲人權法院之意義並非在於取代比例原則，而是剛好相反，法院原則不直接對個案進行價值判斷，而是透過判斷餘地之輔助，以檢討個案中，國家對於干預權利所需之比例原則判斷—手段與目的間之關係—是否足以證立。這從判斷餘地所仰賴之「普遍性」與「重要性」判準，大致上也可以各自對應到比例原則中「目的」與「手段」之關係就足以佐證，⁴²⁵法院正是透過判斷餘地之操作，間接對個案之比例原則為判斷。因此判斷餘地之寬或窄，也就直接影響到歐洲人權法院在個案中，檢視國家對權利所為之權衡是否相關連且充分之重要因素。綜上所述，判斷餘地對歐洲人權法院之意義，得以圖五為示：

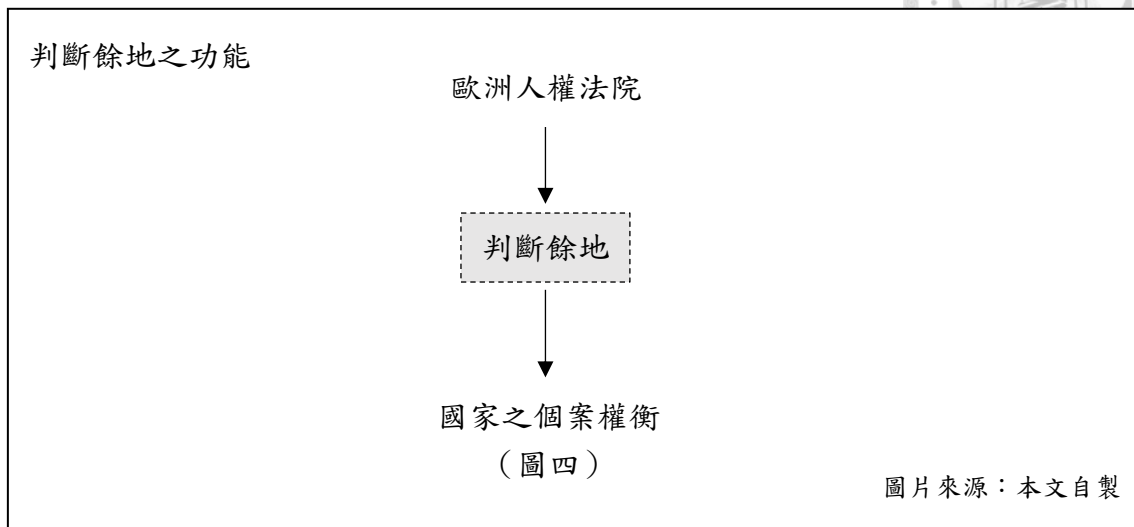
⁴²³ Kilkelly, *supra* note 390, at 7-8.

⁴²⁴ *Hatten and Others v. the United Kingdom*, application No. 36022/97, para. 123. 本案原告主張英國政府對於 Heathrow 機場之夜間飛航計畫，構成對夜間居住與睡眠之侵擾，侵害其私生活權，並認為本案具有私生活權之「親密」(intimate) 本質，其判斷餘地也因此縮減。

⁴²⁵ *Dudgeon*, *supra* note 399, at para. 52.



圖五：判斷餘地之功能



歐洲人權法院對於剝奪障礙者法律能力之案件，向來認定國家在此享有「寬鬆之判斷餘地」(a wide margin of appreciation)，認為國家乃直接透過與當事人之接觸來處理此種複雜案件，因此較適合對個人權利與正當目的間之權衡作出判斷。但法院往往也會強調法律能力之剝奪對個人權利造成之重大影響，故而又會在此寬鬆之基礎上回頭採取較嚴格 (stricter) 之標準。⁴²⁶

法院選定判斷餘地之標準後，接下來就要在此基準上進行比例原則之審查。如前所述，歐洲人權法院不直接判斷比例原則—因這較適合由國家為之—而是針對國家之判斷進行事後檢討。換言之，正是透過檢討國家個案權衡之「過程」來判斷是否合乎公約之比例原則。在剝奪法律能力之議題上，法院便是透過審查內國法院之「決策品質」，判斷國家行為是否符合公約標準，是否違反公約第 8 條私生活權

⁴²⁶ *Shtukurov*, supra note 330, at para. 87-88. *X and Y*, supra note 400, at para. 109. *Salontaji-Drobnjak*, supra note 400, at para. 141-142. *Sýkora*, supra note 400, at para. 102. *A.N.*, supra note 400, at para. 116. 但 *X and Y* 案，法院並未使用寬鬆 (wide) 一詞，本文認為這並非法院有意疏漏，蓋對法律能力之剝奪，往往也使法院採取較嚴格之審查。而 *Sýkora* 案法院儘管未如前述案例中，直接在文字中說明法律能力之剝奪構成對判斷餘地之縮減 (較嚴格審查)，但綜觀其判決全文之論述，特別是其基本上參照 *Shtukurov* 案之說理脈絡—藉由公平程序之輔助，判斷是否構成公約第 8 條之違反—足以認定本案所採之判斷餘地仍是較為嚴格的。換言之，前述 5 案足以建構歐洲人權法院對法律能力涉及之私生活權判斷餘地之一致觀點。

之依據。法院強調，儘管第 8 條未明文要求程序保障，但程序仍須公平（fair）。在 *Shtukurov* 案中，原告並未參與剝奪法律能力之訴訟程序，法院未透過直接審理、親自檢視原告之過程中得到心證，甚至整個聽證程序僅持續十分鐘，原告也欠缺上訴權能。法院因此認為，上述程序無法構成法院尊重判斷餘地—國家直接處理個案—之前提，蓋在「司法自制」（judicial restraint）之概念中，法院不過度介入個案。本案還有其他程序瑕疵，包括：欠缺對監護裁定之定期檢討制度、醫療報告不夠完整、明確，無法明確說明原告欠缺何種控制與理解之能力；法律提供給法院之選擇也欠缺彈性，導致法院只能做出完全剝奪與否之決定，無法採取其他較輕微—如部分剝奪—之手段，以「量身訂做」（tailor-made response）之方式密切符合原告之實際需求；此外，法院也認為本案單憑精神疾病之因素，不足以證立完全剝奪之決定，其必須要達到某種程度或類型（a kind or degree）。除私生活權本身之公平程序外，公約第 6 條之公平程序也是不容忽略的，法院認為程序應該遵守「對審原則」（principle of adversarial proceedings），意即程序應包括對能力剝奪與否為攻防，而非僅有一造主張。此原則也突顯出法院訊問本人意見之重要性，蓋如本人根本對程序進行未能知悉（*A.N.*案），或是被認定不適合參與程序而由代理人（通常就是聲請程序之家人）代為表達，使法院無法直接聽取本人意見，也會被歐洲人權法院認定為公平程序之違反。⁴²⁷在 *Sykora* 案，法院也仰賴決策過程之審查，其進一步強調私生活權之程序與公約第 5 條人身自由、第 6 條公平程序內容之相似性，任何對私生活權之干預，必須建立在充分、可能、確實之證據上。本案除欠缺直接審理外，內國法院對原告法律能力所為之剝奪，係依據原告 6 年前之醫療報告，此無法精確反映原告最即期之身心狀態，無法滿足前述之證據標準。本案進而構成程序瑕疵。⁴²⁸在 *Salontaji-Drobnjak* 案，法院也發現類似之程序瑕疵，包括：原告缺席聽

⁴²⁷ *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 73, 90-95.

⁴²⁸ 儘管本案被告捷克當局抗辯，主張原告拒不配合醫療檢查，才無法完成最新之醫療報告。但歐洲人權法院認為此不足以脫免國家剝奪人民法律能力時應基於即時醫療報告之證據責任。*Sykora*, *supra* note 400, at para. 100-111.

證，導致無法對不利其主張之醫療報告為反駁，也未能與法院指派之律師會面或提供指示；甚至內國法院也未能處理原告回復法律能力之聲請（法院對此不作為達四年之久），而原告所接受之健康檢查也不完整，無法正確呈現其身心狀態，最後內國法律也欠缺**定期檢討**制度。⁴²⁹在 *X and Y* 案，法院也是以克羅埃西亞當局審理案情時所依據之證據是否充分作為審理重點。法院發現本案所採用之醫療報告，醫生先前未曾治療過原告，甚至檢查也是透過電話溝通之方式為之，法院懷疑此種電話問診方式是否能準確傳達原告之身心狀況，此也與原告其他之診斷結論牴觸；甚至，內國法院也未能一依據內國家庭法所規定之一說明原告究竟是如何或在何種程度上對自己或他人之利益造成損害，而有剝奪法律能力之必要。⁴³⁰在 *A.N.* 案，法院也強調，在剝奪法律能力之程序中，當事人有直接向法院提起上訴之權利（此觀點是引用自 *Stanev* 案法院對第 6 條公平程序之詮釋）：即便裁定確定，日後也能直接一無需透過監護人或監護主管機關一向法院提起回復能力之聲請。程序品質也與審級制度有關，法院認為單一審級不足以保障原告之程序參與權。⁴³¹ 上述判決皆以剝奪法律能力之程序不合法－包括內國法律、司法判決與行政處分－未合乎比例原則－即必要性－進而構成對公約第 8 條私生活權之違反。

透過上述案例可以發現，藉由判斷餘地之輔助，對國家剝奪法律能力之程序為審查，已成為歐洲人權法院在審理剝奪障礙者法律能力案件時之主要模式。此種模式對本文所討論之障礙者法律能力權利保障帶來二種影響：⁴³²

⁴²⁹ *Salontaji-Drobnjak*, *supra* note 400, at para. 134, 144.

⁴³⁰ *X and Y*, *supra* note 400, at para. 111-116.

⁴³¹ *A.N.*, *supra* note 400, at para. 120, 126.

⁴³² 然而，判斷餘地本身亦非無檢討空間，學者黃舒芃教授認為，此種訴諸歐洲整體價值判斷之思考模式，以「主流價值」決定個人是否能享有公約所保障之自由，將個人自由訴諸「多數決」式之集體判斷，將國家置於個人之前，忽視「個人」才是公約價值規範之主體。參閱，黃舒芃，前揭註 342，頁 422-433。本文贊同上述觀點，但考量此非本文問題意識首要處理之議題，因此對於判斷餘地之批判，也只能點到為止。



(一) 過度依賴比例原則，忽視其他合法要件之審查

在 *Shtukaturov* 案中，歐洲人權法院在面對原告對比例原則、正當目的與合法性提出質疑時，卻僅針對比例原則作出回應：⁴³³

然而，本院認為沒有必要檢視這些觀點，因剝奪法律能力之決定無論如何與所追求之正當目的之間不合乎比例原則。

上述觀點也出現在 *Sýkora* 案之判決中，⁴³⁴而 *Salontaji-Drobnjak* 案的原告僅對比例原則為主張，而 *X and Y* 案法院則是採取不同的路徑，認為上述三項要件是彼此關聯而應一併檢視，但如果觀察判決之文義脈絡，儘管法院最後結論認為本案構成合法性、正當目的與比例原則之違反，但其主要論據仍舊採取必要性之程序審查路徑—證據之可信度—而沒有對其他要件為實質審查。⁴³⁵而 *A.N.*案儘管對所有要件為判斷，但法院的論述重心仍是比例原則，對於合法性與正當目的則是一語帶過。⁴³⁶

本文認為，第 8 條之其他要件—特別是正當目的—仍具有重要意義。蓋剝奪障礙者法律能力所欲追求之目的是否正當一事，向來都是此議題所應優先回答之問題。這些問題終究會對應到障礙者從醫療模式過渡到社會模式背後所代表之典範移轉。「障礙者作為主體，能在與他人平等之基礎上享有法律能力」，這是 CRPD 委員會第 1 號一般性意見所一再強調之概念，而就算障礙者對其行為無識別或控制之能力，或無法管理自己利益（這往往也是歐洲各國剝奪法律能力之法定事由），也不表示此時國家就能以「正當利益」—通常是以保護之名—對此為限制或剝奪，因每個人之心智能力各有不同，精神障礙或智能障礙也未必就不能管理財產、理解或控制行為，依據 CRPD 委員會之意見，障礙者真正需要的，是藉由輔助措施來

⁴³³ *Shtukaturov*, *supra* note 330, at para. 86.

⁴³⁴ *Sýkora*, *supra* note 400, at para. 104.

⁴³⁵ *X and Y*, *supra* note 400, at para. 105-116.

⁴³⁶ *A.N.*, *supra* note 400, at para. 114.

彌補法律能力在行使時之障礙。任何對法律能力之剝奪，毋寧即否認障礙者在此所享有之平等權利。退步言之，就算忽略前述第 1 號一般性意見，國家對法律能力之管制措施，也必須在 ECHR 第 8 條所揭示之正當利益範圍內為之，在 *Shtukaturov* 案，俄羅斯主張基於保護他人利益或健康為目的，⁴³⁷在 *Salontaji-Drobnjak* 案，塞爾維亞則主張基於保護原告與他人之權利，⁴³⁸在 *X and Y* 案，克羅埃西亞主張基於保護原告利益（此理由也與捷克在 *Sýkora* 案、立陶宛在 *A.N.*案之主張相同）⁴³⁹，在此歐洲人權法院應回答的問題便是，何以各國得以保護障礙者為由，行剝奪法律能力之實？蓋締結契約之財產權、訴訟權、乃至於管理生活事務之私生活權，無不對障礙者之自由與權利具有本質上之重要性，如何說明對此「發展與實現人格」之權所為之剝奪構成所謂之「正當利益」？法院始終未有積極論述（例如在 *A.N.*案，ECtHR 未附理由即肯認內國法律之目的在於維護原告之利益）⁴⁴⁰。更何況公約第 8 條文意僅為保護「他人」權利，就文義解釋而言，尚無法及於各國所主張之保護「本人」權利，換言之，保護本人（障礙者）之權利並非條文所列舉之「正當事由」，這也是個案原告多會主張內國法律欠缺正當目的之原因。歐洲人權法院也許基於司法自制之考量，不願過度介入內國法律價值秩序之判斷，而僅透過判斷餘地為程序審查，對「限制障礙者法律能力以保護其利益」是否符合條文所要求之正當利益一事略過不談，但此種審查模式已偏離公約第 8 條之本旨，蓋既然作為法定要件，就有審查之實益。⁴⁴¹

⁴³⁷ *Shtukaturov*, *supra* note 330, at para. 78.

⁴³⁸ *Salontaji-Drobnjak*, *supra* note 400, at para. 139.

⁴³⁹ *X and Y*, *supra* note 400, at para. 110. *Sýkora*, *supra* note 400, at para. 99. *A.N.*, *supra* note 400, at para. 109.

⁴⁴⁰ *A.N.*, *supra* note 400, at para. 114.

⁴⁴¹ 本文並未討論「合法性」要件，而將重點放在與本文主題較相關之「正當目的」上。



(二) 公平程序作為私生活權之判斷標準

承上，此程序審查除使公約第 8 條之解釋範圍受到限制，在部分案件中，程序審查甚至造成私生活權被歐洲人權法院忽略之結果。在 *Stanev* 案，法院認為透過第 3 條、第 5 條與第 6 條之檢視就無須再就私生活權為審查。⁴⁴²其中第 5 條涉及違反原告意願將其安置於機構，進而構成人身自由之違反，⁴⁴³第 3 條則涉及機構內之惡劣生活條件構成侮辱性待遇，⁴⁴⁴第 6 條涉及保加利亞法院剝奪法律能力之決定是否合於公約所要求之公平程序，歐洲人權法院認為保加利亞並未對法律能力之剝奪與監護之期限設有規範，並欠缺 CRPD、R(99)4 等國際規範所建議之定期檢討機制，且其實質上亦未賦予受監護之人有直接向法院請求回復法律能力之訴訟權（這也與歐洲國家之新趨勢背道而馳），因此構成公平程序之違反。⁴⁴⁵

Stanev 案法院似乎認為第 8 條在本案劣後於其他權利而適用，換言之，禁止侮辱對待、人身自由、公平審判即足以「容納」原告對於私生活權之主張，這也隱約暗指第 8 條作為公約諸權利之「一般規定」。蓋法律能力之剝奪、監護宣告與人身自由之限制（強制安置）在監護議題上往往具有密不可分之關係，這反映在 ECtHR 有時也會借用其他條文做為解釋依據，例如，在判斷剝奪法律能力之程序是否合於公約第 6 條公平程序時，法院認為此應參照第 5 條第 1 項與第 4 項人身自由之程

⁴⁴² *Stanev*, *supra* note 355, at para. 252.

⁴⁴³ 法院認為，基於判斷原告精神狀態之報告不具備即時性（使用二年前之報告），無法精確反映原告當時之精神狀態，且此份報告並非基於協助安置決定之判斷而製作，而此安置也不符合公約第 5 條所規範—不得僅因原告酒後有攻擊性即認為符合第 5 條第 1 項 e 款但書—做為干預人身自由之事由；甚至在安置之後，保加利亞也未能就安置之條件是否繼續存在為判斷，因而構成公約第 5 條人身自由之違反。*Id.* at para. 156-159.

⁴⁴⁴ 法院認為，公約第 3 條適用所有人身自由拘禁之場合，不論是基於刑罰目的所為之監禁或基於保護目的之安置皆有適用，且國家不得以經費不足為由規避本條。本案原告於 2002 年至 2009 年所處之居住環境極度惡劣（詳細內容請參閱本節案件事實之說明），構成第 3 條禁止為侮辱對待之違反。*Id.* at para. 206-213.

⁴⁴⁵ *Id.* at para. 240-247.

序保障，⁴⁴⁶在 *Storck v. Germany* 案法院甚至直接表明第 5 條人身自由為第 8 條之特別法。⁴⁴⁷意即歐洲人權法院在涉及複數權利之解釋時，有時僅對最重要之權利為解釋，而不審查「次要」權利。⁴⁴⁸但 ECtHR 在 *Stanev* 案之觀點是受到批評的，在本案持不同意見的 Kalaydjieva 法官認為，法律能力恰好是私生活權所要保護之核心利益之一，其對人民權利與自由之行使至關重要。一旦法律能力受到限制（在 *Stanev* 案涉及能力之部分剝奪），便無法為自己之利益為做出有效之法律行為，且無法確保不被事實上視為法律能力完全喪失之人加以對待，蓋監護人對其私生活領域所具有之影響力，剝奪當事人依其意願與偏好行事之能力，其「最佳利益」之實現，往往也仰賴監護人之一念之間。此亦欠缺對原告自我決定權之尊重，構成對私生活權與尊嚴之違反。⁴⁴⁹而這是歐洲人權公約第 3 條、第 5 條與第 6 條所無法一網打盡之概念，故而私生活權仍有檢視之必要。⁴⁵⁰甚至本案也與法院歷來處理之案件－例如 *Shtukurov*－所採取之平行審查模式不同，後者肯認法律能力之剝奪構成對私生活之嚴重干預。⁴⁵¹*Stanev* 案之多數意見未能正視障礙者法律能力與歐洲人權公約第 8 條私生活權之緊密連結，這相較於在同一號判決中，多數意見強調 CRPD 與歐理會 R(99)4 號建議作為判斷公約第 6 條公平程序之重要性，而同樣為 CRPD 與 R(99)4 所規範之－甚至本文認為更重要的一法律能力保障卻略過不談，判決前後論理似相互矛盾。特別要注意到，本案是經由歐洲人權法院大法庭

⁴⁴⁶ *Id.* at para. 232. *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 66. *Salontaji-Drobnjak*, *supra* note 400, at para. 124. *A.N.*, *supra* note 400, at para. 88.

⁴⁴⁷ *Storck v. Germany*, application No. 61603/00, para. 142.

⁴⁴⁸ 翁逸泓、廖福特，前揭註 393，頁 119-120。

⁴⁴⁹ *Stanev*, *supra* note 355, *Partly Dissenting Opinion of Judge Kalaydjieva*, at 1-2.

⁴⁵⁰ *Id.* *Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Spielmann and Laffranque*.

⁴⁵¹ Oliver Lewis, *Stanev v. Bulgaria: on the Pathway to Freedom*, 19 HUM. RTS. BRIEF 2, 5 (2012).

(Grand Chamber) 所為之判決，考量到其有統一各庭見解之影響力，⁴⁵²*Stanev* 案多數意見對私生活權在個案適用順序所表達之見解，後續效應仍值得觀察。⁴⁵³

此種透過對剝奪法律能力之程序品質進行觀察，以判斷個案是否符合干預私生活權所需之比例原則，已成為歐洲人權法院之穩定見解。如果順著此種「法院依判斷餘地之考量不直接取代國家為價值判斷」之說理脈絡，此種「以程序判斷實體」之模式也可說是前後一貫。但對於人權保障而言，**究竟在何種程度上，可以對障礙者之法律能力為剝奪？**這個問題法院至今仍未正面回應，而只是一再強調「不得以精神狀態作為剝奪之唯一理由」、「醫療報告之即時性，報告應反映本人於法院判斷時期之狀態」、「醫療報告應說明本人能力喪失之程度，包括喪失之能力與剩餘之能力」、「應確保原告使用法院之權利：有直接上訴或聲請回復能力之權利」、「直接審理：法院原則應訊問本人，例外情形始得訊問其代理人；法院應訊問撰寫醫療報告之人」、「應定期檢討剝奪能力之決定」、「量身訂做：對能力所為之限制應密切符合本人之實際需求；制度上不得僅有完全剝奪與否之選項，尚應考量其他干預較輕微之手段」、「程序應採取對審原則」等概念。儘管以目前整理之判決來說，決策程序之審查似乎足以應對歷來所處理之個案，蓋 *Shtukurov*、*Salontaji-Drobnjak*、*X and Y*、*Sýkora*、*A.N.*等案結論都是構成對私生活權之違反（即便 *Stanev* 案未審查私生活權，其對公平程序之詮釋，也被 *A.N.*案用來論證私生活權之決策品質），但此仍無助於建構一套實質之判斷標準。這也正反映出本文問題意識—CRPD 第 12

⁴⁵² 大法庭一方面作為歐洲人權法院內部之終審法庭（一級二審），而公約第 30 條規定，各庭為避免裁判歧異，得將案件移送大法庭以統一見解（*Stanev* 案即屬此種情形，*Stanev, supra note 355 para. 4.*），從而大法庭所表達之見解論理上應有拘束各庭之效力。

⁴⁵³ 在 *Stanev* 案判決後的第 4 年，歐洲人權法院第 4 庭所處理之 *A.N.*案，儘管個案事實與前案類似，皆涉及對精神障礙者法律能力之剝奪、程序之公平，但判決仍採取 *Shtukurov* 案之平行審查模式，將公平程序與私生活權做為個案審查標的。此是否足以證明 *Stanev* 案對「權利排序」之見解不拘束各庭？考量 *Stanev* 案與 *A.N.*案所涉及之事實儘管相似，但也不完全相同（後者並無第 3 條、第 5 條之情事），且此已逾越本文討論範圍，故不予評論。

條對障礙者法律能力之保障，是否與歐洲人權法院對私生活權之詮釋相互一致之問題。



三、容許有條件之替代決定制

儘管歐洲人權法院在判決中引用 CRPD 作為歐洲標準，但其不僅未說明引用之理由外，對於 CRPD 第 12 條之詮釋更付之闕如。本文認為，歐洲人權法院未能掌握 CRPD 第 12 條之核心意旨，也未能理解其與 R(99)4 號建議之間在架構上所存在之明顯差異。

最大的差別在於，CRPD 第 12 條課予國家「廢除替代決定制，制定輔助決定制」之作為義務，換言之，長期以來對待智能障礙者與精神障礙者之「典範」必須加以移轉。蓋剝奪其法律能力，並由監護人為本人最佳利益作出決定之替代決定制，已被 CRPD 委員會認定為與公約意旨相牴觸。本文整理引用 CRPD 作為參考資料之判決，涉及完全監護與部分監護之 *Shtukurov* 案⁴⁵⁴、*Stanev* 案⁴⁵⁵、*Sýkora* 案⁴⁵⁶、*A.N.*案⁴⁵⁷，歐洲人權法院一方面參考 CRPD，認為其作為歐洲標準，一方面卻又在 R(99)4 之基礎上，對各國之替代決定制「視而不見」，往往判決只是照抄第 12 條規範，泛泛空言認為國際公約對於障礙者法律能力之保障，所謂的國際法資料在此便「功成身退」，法院仍舊是在判斷餘地之基礎上對個案之決策程序進行審查。考其真意，ECtHR 引用 CRPD 之目的並非「真的」要引用 CRPD 第 12 條，而只是要告訴讀者－法院有注意到此國際人權公約之新趨勢－如此而已，即使不引

⁴⁵⁴ *Shtukurov*, *supra* note 330, at para. 47-48.

⁴⁵⁵ *Stanev*, *supra* note 355, at para. 42.

⁴⁵⁶ 1964 年捷克民法第 10 條，對於因非暫時之精神疾病，而完全不能為法律行為者，法院得剝奪其法律能力。第 26 條，監護人以無法律能力者之名義為法律行為。*Sýkora*, *supra* note 400, at para. 35-36.

⁴⁵⁷ 立陶宛民法第 2.10 條，因精神疾病或失智無法理解或控制行為之人，得宣告為無法律能力，由監護人為其利益締結契約。第 2.11 條，對於酒精、藥物、麻醉劑或毒品濫用之人，得限制其法律能力，並設監護。第 3.238 條，監護之目的為為受監護之人行使並保護其利益。第 3.240 條，監護人為受監護人之利益為必要之交易行為。*A.N.*, *supra* note 400, at para. 33.

用 CRPD，亦不會對結論有任何影響。⁴⁵⁸或有不同意見認為，CRPD 委員會第 1 號一般性意見是在 2014 年通過，所謂「以輔助決定制取代替決定制」之概念無法在之前的案件中為法院所知悉甚至引用，進而做出正確詮釋。⁴⁵⁹但至少從 2016 年 *A.N.* 案之結論—引用 CRPD，但對於既有替代決定制不予審查—則至少可看出，歐洲人權法院對 CRPD 之詮釋可說是「前後一貫」的空泛引用。⁴⁶⁰

毋寧歐理會 R(99)4 號建議才是真正的歐洲標準，法院不認為一個剝奪障礙者法律能力之制度必然與公約私生活權之保障相牴觸（而這正好就是「歐洲標準」與 CRPD 第 12 條間真正的區別）；R(99)4 號建議所揭示之原則—特別是能力最大保留原則、必要原則與比例原則—才是法院在個案判斷時之輔助標準。重點自始都不是制度上可否對法律能力為完全剝奪，而是如何—**在何種程度上可以—為完全剝奪？**⁴⁶¹在 *Shtukurov* 案，法院說明「最嚴重的精神障礙都不能作為完全剝奪法律能力之唯一理由」，這也呼應比例原則中，對法律能力之干預措施必須「量身訂做」（tailored to）於個人需求，換言之，必須達到某種「程度或種類」（a kind or degree）始能證立完全剝奪。但在目前整理的案件中，都是因為決策程序—內國法院未能提出確切之醫療證明，證明因精神障礙而喪失全部能力，必須為完全剝奪，或未能保障本人程序參與權、上訴權—被歐洲人權法院認定構成私生活權之違反。換言之，儘管歐洲人權法院採取與 CRPD 不同的路徑，但在結論上至少可以說是「殊途同

⁴⁵⁸ 從 1999 年 *Matter* 案歐洲人權法院對法律能力議題之論述（參閱本文第 329 號註釋），就已經可以隱約看出判斷餘地在此議題之影響力（此時 CRPD 尚未制定），一直到 2008 年 *Shtukurov* 案與 2012 年 *Stanev* 案後，判斷餘地、R(99)4 號建議之諸原則才逐漸成為歐洲人權法院之穩定見解。從時間脈絡觀察，CRPD 第 12 條對法院於法律能力議題之判斷，並不具有決定性之影響力。

⁴⁵⁹ 此概念無法直接於 2007 年所通過之條文中得知。但其實早在 2011 年，CRPD 委員會對西班牙國家報告之結論性意見，就已明白肯認輔助決定制作為公約第 12 條之核心理念。參閱註 190。

⁴⁶⁰ 有學者觀察，ECiHR 對 CRPD 如此相敬如「冰」的原因，主要是歐洲人權法院常常受到司法權凌駕於內國主權之批評，使得法院必須在人權議題上有所節制。See Lewis, *supra* note 451, at 7.

⁴⁶¹ Mary Keys, *Legal Capacity Law Reform in Europe: An Urgent Challenge*, 1 EUR. Y.B. DISABILITY L. 59, 87-88 (2009).

歸」，在不否認替代決定制、法律能力之完全剝奪之前提下，⁴⁶²透過決策程序之審查，建構障礙者在歐洲人權公約第 8 條所享有之私生活權保障。



⁴⁶² 二者內容請參閱本文「第三章第一節、叁」對 R(99)4 與 Rec(2009)11 之分析。

第四章 CRPD 與我國監護法制

第一節 CRPD 與我國法秩序



要將 CRPD 第 12 條實踐於我國法秩序中，首先要處理公約對我國之法律定性問題。考量我國特殊之國際政治處境，無法依照公約第 43 條—以加入之方式—成為公約締約國 (state party)；從而，公約對我國而言是否具有「國際法效力」，或僅有「內國法效力」(問題意識一：是否實踐)？便是一個學說與實務討論已久之爭點，此自有釐清之必要，本文見解認為，儘管未能完成公約法定批准程序，但是透過國家行為「單方承認」CRPD，為我國建構履行 CRPD 第 12 條法律能力之國際法義務。此將於第壹部分為說明。完成對公約國際法效力之定性後，進一步要討論的，便是我國法秩序規範面應如何評價此國際法義務(問題意識二：為何實踐)？意即，憲法實踐之意義與依據、公約之法律位階、以及憲法實踐所應採取之解釋路徑。此將在第貳部分進行說明。

壹、CRPD 與國際法效力

依照 CRPD 第 43 條，公約應經簽署國批准，並開放非簽署國加入。⁴⁶³我國非締約國，故僅能以加入之方式承認公約對我國之拘束力。⁴⁶⁴然而，考量我國當初在交付兩公約批准書時所遇到之阻礙，可以預見此仍會在交付 CRPD 加入書之情況中再次發生，聯合國之政治框架，阻礙我國對國際人權公約之國際法參與。我國條約締結法第 11 條第 1 項第 1 款規定「定有批准、接受、贊同或加入條款者，主辦

⁴⁶³ 如果國家有參與條約之談判過程，稱為簽署國；反之，於議約階段外欲加入公約者，僅能透過「加入」之方式為之。姜皇池(2013)，《國際公法導論》，頁 206-207，台北：新學林。我國並未參與 CRPD 締約談判過程，故而並非簽署國，僅能依第 43 條以加入之方式締結公約。相較 CRPD，我國於 1967 年 10 月 5 日簽署「公民與政治權利國際公約」與「經濟社會及文化權利國際公約」(下稱兩公約)，在此基礎上，我國應為兩公約簽署國。

⁴⁶⁴ 依據維也納條約法公約第 11 條規定「一國得以簽署、交換構成條約之文書、批准、接受、贊同或加入，或任何其他同意之方式表示同意條約拘束。」CRPD 第 43 條也應在此脈絡下為理解。

機關應報請行政院轉呈總統頒發批准書、接受書、贊同書或加入書，並副知外交部，於完成國內程序及依條約之規定互換或存放相關文書生效後，由主辦機關報請行政院轉呈總統公布。但情況特殊致無法互換或存放者，由主辦機關報請行政院轉呈總統逕行公布。」考其立法理由，便是對此國際現實之妥協，但此「逕行公布」是否因此使我國成為具有國際法意義之加入國，則屬另一層次之問題。從而國際公約之締結，依照 CRPD 與我國相關法律規定，各應完成國內與國際法上之程序要件，其加入程序始為完備。

對此，首先要討論的問題是，我國是否已完成國內法定加入程序？依據憲法第 38 條，「總統依本憲法之規定，行使締結條約及宣戰、媾和之權。」第 58 條，「行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及其他重要事項，或涉及各部會共同關係之事項，提出於行政院會議議決之。」與第 63 條，「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」條約之締結應有總統、行政與立法之三方參與，而締結之意義在於使我國在國際法上享有權利並負擔義務；並在內國法之意義上，依照司法院釋字第 329 號之意旨，「內化」為我國法秩序之「法律」。學者黃昭元教授認為，此種批准（加入）程序，藉由代議士對公約之審議，落實國民主權，使公約對我國之國際法與內國法拘束力具有民主正當性，二方面也能以此程序確認公約規範內容，包括中譯文本與加入之權利範圍，例如是否行使保留、是否加入任擇議定書等。⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ 目前聯合國提供之中譯版與我國法律慣用語間有不小落差，例如我國已不再使用「殘障」作為英文 disability 之對應詞，而使用「障礙者」，然聯合國官方中譯版仍使用「殘疾人」。參閱，黃昭元（2015），〈2014 年憲法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，第 44 卷特刊，頁 1416-1424。

對於 CRPD 之加入程序，我國立法院已於 2016 年 5 月完成 CRPD 加入書之二讀程序，⁴⁶⁶並經總統於 2017 年 5 月 17 日公告，⁴⁶⁷條約締結法所規定之國內加入程序已然完備。其實在總統府公告 CRPD 之前，連同兒童權利公約在內，曾有短暫「未經批准（加入），僅有公約施行法」之特殊現象（2014 年 12 月至 2017 年 5 月），學者黃昭元教授對此曾撰文批評。⁴⁶⁸惟此程序爭議已隨著上開總統府公報而落幕，但這也只是解決「國內法定加入程序」是否完備之問題，至於公約在國際法之加入程序一向聯合國祕書處交存公約加入書（聯合國憲章第 102 條），使我國在國際法上成為 CRPD 締約國，並負有履行之國際法義務—是否完成，仍有探求之實益。

從交付兩公約批准書的經驗中可以合理預期，我國 CRPD 加入書之遞交，仍會遇到相同之政治阻礙而未能遂行。對此程序瑕疵應如何評價，學理自有二說，第一說認為，未完成公約所需之締約程序，不生國際法義務；⁴⁶⁹第二說認為，儘管未完成公約所規定之加入程序，但公約義務之課予不以締結為唯一來源，毋寧透過國家之「單方宣告」（unilateral declaration）仍能課予自己國際法義務之承擔。此亦為

⁴⁶⁶ 依據立法院職權行使法第 7 條，條約案應經二讀通過。關於立法院「CRPD 加入案」之有關資料，請參閱，立法院網站，<http://misq.ly.gov.tw/MISQ/IQuery/misq5000QueryBillDetail.action?BillNo=1050413070300200>（最後瀏覽日：2016 年 12 月 18 日）。

⁴⁶⁷ 總統府公報，總統華總一義字第 10610026001 號。

⁴⁶⁸ 黃昭元，前揭註 465，頁 1413-1424。

⁴⁶⁹ 此種「因未完成公約所規定之締約程序而不生國際法效力」之觀點，為吳庚教授、李建良教授與林明昕教授所採。吳庚、陳淳文（2016），《憲法理論與政府體制》，頁 319-320，台北：三民。李建良（2014），〈論國際條約的國內法效力與法位階定序—國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務》，第八輯，頁 182-183，台北：中央研究院法律學研究所。文中註 11 之說明。林明昕（2016），〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《臺大法學論叢》，第 45 卷特刊，頁 1340。儘管上述論著主要針對兩公約之效力爭議，與本文所處理之 CRPD 不同，但考量兩公約與 CRPD 皆未完成法定批准（加入）程序，學者對兩公約效力之看法，在 CRPD 之情形亦能適用。

國際法院在〈核武測試案〉(Nuclear Tests, *New Zealand v. France*) 所表達之見解：

470

這是被承認的：藉由涉及法律與事實之單方行為，創造法律義務之效果... 當國家做出具有法律上保證真意而受其內容為拘束之宣告 (declarations) 時，國家此後之行為應與該宣告內容一致。此類保證行為，只要公開做出且具有受其拘束之真意，即便未經國際協商，國家仍受拘束。在此情形，對價關係 (*quid pro quo*)，或對此宣告之接受 (acceptance) 或其他國家之回覆或回應，皆非宣告之生效要件... 國際法並未要求此宣告之形式，是否口頭或書面做出宣告，並無本質上之差異... 國際法義務之創造與履行，其基本原則是善意原則 (the principle of good faith)。國際多邊合作之本質就是信任。正如同國際條約中「契約應遵守」(*pacta sunt servanda*) 原則就是建立在善意原則之基礎上，單方宣告亦基於善意原則負有國際法義務。

依上開國際法院見解，我國應能以單方宣告方式取得公約之國際法義務。此觀點亦為我國部分學理所支持。⁴⁷¹ 本文亦從之。但在此脈絡下所要處理之另一個問題，便是我國是否已做出足以建構此國際法義務之單方宣告？意即，儘管尚未完成 CRPD 之法定加入程序，然我國既已施行一經立法院通過且總統公布之一身心障礙者權利公約施行法，此是否就是國際法院所肯認之「單方宣告」？部分學者認為，

⁴⁷⁰ Nuclear Tests (*New Zealand v. France*), Judgment, I.C.J. Reports 1974, 472- 473.

⁴⁷¹ 孫迺翊 (2016)，〈無障礙/可行性、合理調整與平等不歧視原則：從身心障礙者權利公約檢視我國憲法及身心障礙者權益保障法之平等原則內涵〉，《臺大法學論叢》，第 45 卷特刊，頁 1210。陳怡凱 (2015)，〈國際人權法在我國法院之適用－以精障者是否可處死刑為例〉，《憲政時代》，第 40 卷 3 期，頁 338-339。黃舒芃 (2015)，〈國際及區際人權公約在憲法解釋中扮演的角色：兼評司法院釋憲實務對國際及區際人權公約之看待與引用方式〉，《司法院大法官一 0 四年度學術研討會－人權公約與我國憲法解釋》，頁 46，文中註 44 之說明。徐揮彥 (2015)，〈「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 43 卷特刊，頁 841-843。

立法院並非我國對外代表機關，所謂施行法也僅是在內國法之層級適用 CRPD，除非由總統、行政院長或外交部長等對外代表機關，對公約存放機構或他國，做出受公約義務拘束之意思表示，否則單憑國會機構之立法，仍不足以作為使我國負擔國際法義務之單方宣告。⁴⁷²亦有論者在分析兩公約國際法效力之論著中提到，批准公約之真意並非接受該國際法義務，而是為與國際人權標準接軌，且批准書之交存仍需聯合國秘書處之「接受」，此與單方行為之要件不符。⁴⁷³

對於上開學者見解，學者孫迺翊教授以我國於 2015 年所舉辦之「2015 年身心障礙者權利公約國際研討會」為例，當時總統對大會致詞時表示，「我國雖然於 1971 年失去聯合國代表權，因此無法參與聯合國組織或活動，但身為國際社會的一員，我國仍舊自發地遵守國際社會規範，將聯合國《身心障礙者權利公約》國內法化，落實保障身心障礙朋友的權益。」⁴⁷⁴認為上開國家元首之言論足以作為「單方宣告」，使我國負有履行公約之國際法義務。⁴⁷⁵

對此爭議，本文認為，國家元首在國際研討會之發言是否構成「單方宣告」，仍應回到國際法院對單方宣告之判準，即主觀上有受公約拘束之真意，且國家公開表示受其拘束。故應對總統言論之意思表示為「詮釋」，也就是上開場合是否「公開」、上開言論是否得解釋為我國有受公約拘束之「真意」？本文分析如下：首先，

⁴⁷² 黃昭元，前揭註 465，頁 1415-1416。

⁴⁷³ 王自雄（2010），〈人權兩公約之內國法化暨其施行法之實施－從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起－〉，《台灣法學雜誌》，第 164 期，頁 116-117。值得注意的是，學者黃昭元教授對兩公約於我國之國際法效力觀點，亦與王自雄教授類似。參閱，黃昭元（2010），〈臺灣法律發展回顧〉，《臺大法學論叢》，第 39 卷第 2 期，頁 19-20。儘管上述文章係處理兩公約議題，考量我國加入 CRPD 之情況與兩公約類似，皆已完成國會審查與總統公布程序。所謂「兩公約不因我國單方批准而構成單方宣告」，或「向聯合國秘書處交付批准書未果而不構成國際法效力」之論據，在 CRPD 議題亦能適用。

⁴⁷⁴ 總統府新聞稿（2015 年 12 月 17 日），總統府網站，<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=131&itemid=36370&rmid=514>（最後瀏覽日：2016 年 12 月 19 日）。關於本場致詞之影片，請參閱，YouTube，<https://youtu.be/b1WWu2eLnuM?t=13m>（最後瀏覽日：2016 年 12 月 20 日）。

⁴⁷⁵ 孫迺翊，前揭註 471，頁 1210。

國際研討會屬公開場合，應無疑義。當天的演講活動不論在總統府網站、主辦單位—衛生福利部社會及家庭署—之網站，乃至於新聞媒體，⁴⁷⁶都有廣泛記載，與會人士也不以本國人為限，亦有國際組織代表、外國官員與國際專家之參與，⁴⁷⁷甚至內政部社家署亦將當天活動之影音紀錄公開於網路，⁴⁷⁸任何不特定多數人，儘管不在會議現場，亦能事後藉由上開輔助設備聽聞總統言論，故而本文認為，上開言論屬於公開發言。

其次，上開發言是否得解釋為我國在國際法上有受公約拘束之主觀意思，本文認為，意思表示之解釋，應探求真意，不拘泥於文義。在此情形，應整體從我國歷來對國際人權公約之處理模式為判斷，⁴⁷⁹我國之所以制定兩公約施行法、消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW）施行法，兒童權利公約（CRC）施行法，反貪腐公約（CAC）施行法，乃至於 CRPD 施行法，背後原因都是因為無法藉由法定批准或加入程序成為公約締約國，僅能透過施行法之方式將公約納入我國法秩序，⁴⁸⁰並參閱兩公約施行法之立法總說明：

鑑於我國已失去聯合國代表權且國際處境特殊，兩公約經總統批准後能否依其規定順利完成交存聯合國秘書長之手續，仍有待克服困難，積極爭取...**兩公約在我國法律體系上之定位及效力，乃有必要以法律定之**；另為

⁴⁷⁶ 中時電子報，〈馬總統：身心障礙者權利公約 後年提出國家報告〉，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20151217003654-260405>（最後瀏覽日：2016 年 12 月 20 日）。

⁴⁷⁷ 包括：國際融合組織亞太區代表，長瀨修先生、瓜地馬拉身心障礙社會監察委員會顧問，Silvia Judith Quan Chang 女士、國立臺灣大學法律學院，Charles Wharton 助理教授。參閱，2015 年身心障礙者權利公約國際研討會會議手冊，頁 6。

⁴⁷⁸ 衛生福利部社會及家庭署網站，<http://crpd.sfaa.gov.tw/index.php/tw/conference.html>（最後瀏覽日：2016 年 12 月 20 日）。

⁴⁷⁹ 聯合國國際法委員會於 2006 年通過之「創造國家義務之單方行為—指導原則」（*Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations*）第 3 點即提到，在決定單方宣告法律效果之內容時，應參酌法律行為當下之所有事實背景。United Nations, Report of the International Law Commission, fifty-eight session, 371, A/61/10 (2006).

⁴⁸⁰ 至於公約在內國法之解釋，則屬另一層次之問題，見本節「貳」之討論。

促進兩公約所保障各項人權之實現，有關政府間之協調連繫、與國際間相關成員之合作、適用兩公約規定時應遵循之解釋原則、現行法令及行政措施如何遵照兩公約規定，於一定時間內完成制（訂）定、修正、廢止或改進，以及經費之優先編列、人權報告制度之建立等等，亦有必要以法律明定，以利遵循，爰制定「**公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法**」（**粗體為本文所加**）

可見公約施行法之目的不是在於替代我國對公約之批准或加入，其不是在處理此種國際法議題，毋寧決定內國法秩序才是施行法之真意，從而**國際公約施行法不等於國際公約**。每一部公約施行法的制定，都是我國在國際困境下無法正式締結公約之內部反應，每一部施行法的背後，都意味著我國在正式程序以外，實踐公約規範意旨所付出之努力。至於我國 CRPD 加入書對聯合國秘書處之交存與否，亦不影響此單方宣告（公約施行法）在國際法效力上之評價。換言之，藉由加入方式成為締約國，與藉由單方宣告之方式負擔國際法義務—儘管二者結論都使我國負有履行公約之國際法義務—其仍應加以區別。⁴⁸¹從而對所謂「單方宣告應由國家機關代表向公約有權機關為受公約拘束之意思表示」及「我國制定公約施行法之目的並非履行公約義務」之說法，本文也不予採納，蓋從國際法院之定義中，亦不以單方宣告應對特定國家或機關為意思表示為要件，實則我國若真向聯合國秘書處交存加入書未果，在解釋上當然能認為我國已做出該單方宣告，但這不代表我國「僅」能以此種方式為之；對後者而言，本文認為此種說法顯然過度簡化國際公約與公約施行法之關係，如果不是要與國際人權公約接軌，又何必大費周章制定施行法以承認其法律地位？又何必在施行法第 10 條規定內國法律與公約意旨不符者應逐步修正？實而**制定施行法以落實公約，就是我國實踐國際法義務之方式，就是我國向國**

⁴⁸¹ 當然，本文認為，總統對公約加入書之公告，在國際法意義上仍具有重要性，儘管後續之交存程序無法完備，但此公告行為亦同樣能作為我國以單方宣告方式負擔 CRPD 國際法義務之論述。外交部對我國加入 CRPD 一案向立法院提交之報告，也認為加入書之頒布具有國際法意義。參閱，立法院公報，105 卷 23 期，頁 202。

際社會表明自願承擔國際法義務之單方宣告，也只有從我國加入國際公約所遭遇之國際政治現實阻礙之脈絡中，才能對總統於 2015 年身心障礙者權利公約國際研討會之發言為正確詮釋，實則上開發言應具有向國際社會表明我國承擔 CRPD 國際法義務之意思表示－不論是主觀或客觀上－⁴⁸²但這僅是我國自 CRPD 施行法通過後，做為該「單方宣告」之一貫延伸。⁴⁸³

本文肯認我國有履行公約之國際法義務，從而以制定施行法之方式將公約內國法化，將公約作為我國法秩序之一環，就是對該義務之實踐，但這也會引發另一個問題，即如何在我國法秩序中對公約為詮釋？換言之，公約在我國之法位階為何？此問題將在本節「貳」為說明。

貳、CRPD 與內國法效力

肯認 CRPD 國際法義務之存在，不意謂該義務之履行得忽視既有之內國法秩序。換言之，仍應注意國際法與內國法秩序間之互動關係。對本文問題意識而言，究竟公約第 12 條對障礙者法律能力之平等承認－包括以輔助決定制取替代決定制－等規範應「如何」在我國法秩序中實踐？當 CRPD 法規範與我國監護制度－即監護宣告與輔助宣告對障礙者法律能力之限制或剝奪－有所扞格時，又應如何對此現象進行詮釋？而公約又應如何與憲法產生互動？這些問題都要從傳統國際法爭點－一元論與二元論－之分析出發。

一、一元論與二元論

一元論與二元論之區別，涉及國際法與內國法之關係。直言之，當國際法與內國法發生衝突時，應以何者為先？二者間屬於上下位階或平行關係？

⁴⁸² 所以本文也認為此屬單方宣告。

⁴⁸³ 配合總統於公告公約施行法後，對後續公約之公告，更可以印證我國對承擔公約義務之意思表示，實乃前後一貫。



(一) 一元論－國際法優先說

一元論 (monism) 學者－Hans Kelsen 從授權觀點出發－國際法將國際法義務「授權」予內國法秩序履行。如果要使國際法與內國法同時有效，就必須將二者整合為單一之法秩序，⁴⁸⁴當國際法與內國法規範互相抵觸時，這不是規範「衝突」，而是下位階法將因抵觸上位階法而被廢除（在個案或通案上，這要視內國具體規範而定）或機關將因此受到懲罰，因此不存在所謂「衝突」問題。⁴⁸⁵與國際法抵觸之內國法在被廢除前仍有效，儘管國際法並未對此廢除程序有所規範，這就好比內國憲法並未對違憲法律之廢除程序有所規範，國際法並不以此方式控制內國法規範之內容，換言之，內國法與國際法儘管為單一之法秩序，但不代表內國法秩序就不會制定出與國際法內容相異之規範。⁴⁸⁶

一元論認為國際法與內國法同屬單一之法秩序，其預設二者都為有效 (valid) 之法，而國際法優於內國法，國際法作為內國法之基本規範 (basic norm)⁴⁸⁷，即內國法之有效來自國際法授權，因而內國法秩序僅是國際法秩序之部分。也只有透過此種理解，才能使國際法與內國法在時空中共存。⁴⁸⁸

(二) 一元論－內國法優先說

此說認為國際法之所以對國家有效，是基於對國際法拘束力之承認，此承認可以由立法、行政為之，也得以自動履行之方式、締結條約之方式為之；反之，未經

⁴⁸⁴ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* 328 (The Lawbook Exchange 2005).

⁴⁸⁵ 此種情形也可評價為不法 (delict)，並因此獲得相應一如上位階法秩序對該不法設有法律效果－之制裁 (sanction)。Id. at 330. Hans Kelsen, *Principle of International Law* 422 (The Lawbook Exchange 2012).

⁴⁸⁶ Kelsen, *supra* note 484, at 331.

⁴⁸⁷ Id. at 332-333. 在 Kelsen 純粹法學理論中，基本規範之意義在於，作為下位規範取得上位規範授權之正當性最終來源。在國際法與內國法關係之議題上，究竟國際法作為內國法之基本規範，或內國法作為國際法之基本規範，便是 Kelsen 所關注之重點。

⁴⁸⁸ 如果憲法規定國際法作為內國法之一部，此仍能以一元論解釋，蓋國際法此時已被轉換為內國法之一部。Id. at 336-337.

國家承認之國際法，對該國不生拘束力；也只有透過此種方式將國際法轉換為內國法，才能使其具有內國法效力。英國及美國即採取此模式－在憲法中規定一般國際法為內國法律之部分。此模式也是基於主權最高性之假設，使國際法效力來自內國法秩序之基本規範，此種國際法也被稱為「國家之外部法」，其規範國家與外在世界之關係。⁴⁸⁹

（三）二元論

二元論（dualism）視國際法與內國法為彼此獨立之規範體系，不僅其適用主體不同，法源亦不同。⁴⁹⁰此說認為國際法應藉由內國轉換，始能在內國法秩序生效。從而前者非自動生效於後者，如國家違反國際法義務，則是國際法制裁的問題，其對內國法秩序之影響，仍應由內國法為判斷。⁴⁹¹藉由此種區分，所謂國際法與內國法之適用衝突，也同時獲得解決，國際法與內國法－包括經轉換為內國法之「國際法」－在各自所屬領域適用法律且互不衝突。⁴⁹²

二、CRPD 在我國之法位階

上開理論背後，往往反映價值觀之選擇。內國法優先之一元論所隱含之主權至上觀點，與國際法優先之一元論所代表之平等與和平，二者也各自代表主觀與客觀的世界觀。⁴⁹³所以當國際法與內國法規範互相抵觸時，解決方案之選擇也取決於價

⁴⁸⁹ *Id.* at 333-336. 內國法對國際法之轉換，則可再細分為概括轉換與專門轉換，後者意指，於內國法制定與國際法相同內容之規範，前者則為 Kelsen 所指涉之美國－英國模式。姜皇池，前揭註 463，頁 322-323。

⁴⁹⁰ Kelsen, *supra* note 485, at 404.

⁴⁹¹ 陳怡凱（2010），〈國際人權公約之內國效力－以公民與政治權公約暨社會文化權公約施行法為例〉，台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁 40-41，台北：元照。

⁴⁹² 姜皇池，前揭註 463，頁 321-322。徐揮彥，前揭註 471，頁 845。

⁴⁹³ Kelsen, *supra* note 485, 444-445. 主觀主義就是以自我為中心之唯我論（solipism），只有我（國）是至上之主權者，並從主觀角度對外在世界進行評價；客觀主義則肯認我者（我國）與他者（他國）皆在世界中平等存在，約束彼此法律關係者即為國際法。Kelsen, *supra* note 484, 344-346. 此外也可參考學者黃舒荳教授對 Kelsen 所主張國際法優先說之評論，其認為 Kelsen 之理論是一種包容差

值觀之取捨。二元論與內國法優先之一元論是相似的，都強調轉換或承認，但二元論誠如其名，將國際法與內國法論作互不隸屬之規範，各自有其效力來源。

學說有認為，一元論與二元論之區別，也影響各國在國際公約內國法化過程中所選擇之途徑：一元論者採取採納（adoption）模式，二元論者採取轉換（transformation）模式。前者認為，一旦國際法生效（簽署與批准）後，即當然成為內國法律之一部（至於其法律位階為何，則屬另一個問題）；後者認為，國際公約對國家生效（國際法義務存在）後，仍須再為轉換始具內國法效力。⁴⁹⁴二種模式之區別在於，一旦國際條約對締約國形成國際法拘束力，對前者而言，除非立法明文排除，則條約具有內國法效力，為行政、立法與司法機關所適用；後者如未經此轉換程序，則條約仍不具內國法效力。⁴⁹⁵

但也有學者認為，轉換說與採納說僅涉及國家「如何」在內國法領域適用國際法之議題，未必直接對應到一元論與二元論之區別。⁴⁹⁶對此，本文認為此說為當，蓋從二元論來看，國際法義務之實踐若仰賴立法者之轉換，此即「國家主權」概念之展現－公約之內國法效力來自國家承認或轉換，而國際法優先之一元論也能符合上下位階之特徵－公約一旦締結，國家即受拘束，但此區分在內國法優先之一元論中就無法解釋，此所適用者仍為轉換模式。毋寧「國際法如何內國法化」實際上

異，落實多元之法理論，其目的並非建構一個統一的價值觀，而是在尊重上開差異之前提和平共處，相互合作。參閱，黃舒芃，前揭註 471，文中註 34 之說明。

⁴⁹⁴ 陳怡凱，前揭註 491，頁 43。鄧衍森（2012），〈國際法的規範向度〉，《司法新聲》，104 期，頁 17。廖福特（2013），《聯合國與人權保障：監督機制、條約內涵、台灣實踐》，頁 127-128。

⁴⁹⁵ 最常被學者所引用的，便是英國將歐洲人權公約內國法化之過程。英國於 1953 年批准歐洲人權公約，但卻直到通過「1998 年人權法案」（Human Right Act 1998）後才真正使 ECHR 在英國內部具有法律地位；此外，紐西蘭將聯合國公民與政治權利公約內國法化之過程也類似英國模式，儘管紐西蘭於 1978 年批准公政公約，但直到「1990 年人權法案」（Bill of Right Act 1990）通過後，公約規範才具有內國法效力。廖福特，前揭註 494，頁 164-166。鄧衍森，前揭註 494，頁 17。

⁴⁹⁶ 參閱，徐揮彥，前揭註 466，頁 486，文中註 17 之說明。李建良，前揭註 469，頁 213，文中註 73 之說明。

更是一個國家如何實踐國際法義務的技術問題，不可與「國際法與內國法之關係」混為一談。⁴⁹⁷

要回答 CRPD 第 12 條應如何實踐於我國法秩序，就必須先判斷我國是屬於何種價值理論。首先，憲法並未對國際法之定位有所規範，⁴⁹⁸而釋字第 329 號解釋理由書則首度對此議題為回應：

總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。**依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。**故憲法所稱之條約，係指我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項或**直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者**而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者外，亦應送立法院審議...（**粗體為本文所加**）

⁴⁹⁷ 學者黃舒芃教授在介紹我國學者對一元論與二元論之看法時，即指出上開定義之差異。參閱黃舒芃，前揭註 471，頁 33，文中註 5 之說明。

⁴⁹⁸ 憲法第 38 條涉及總統之條約締結權、第 58 條處理行政院向立法院提出條約案、第 63 條規範立法院有條約議決權、第 141 條規範我國外交應尊重條約及聯合國憲章，無法從上開條文得出有關一元論或二元論之解釋。

從而條約一經行政、立法、總統等程序締結，就具有內國法效力，無須再為轉換，因此便有學說認為我國為適用一元論（採納模式）之國家。⁴⁹⁹但有學者從兩公約施行法之觀點切入，認為我國憲法未規範條約之適用應為一般轉換（採納模式），而兩公約施行法第 2 條才是其內國法效力依據，此正符合二元論之轉換模式。⁵⁰⁰亦有觀點認為，上開釋字僅在說明「條約在我國具有法律位階」，不涉及條約應以何種方式—採納說或轉換說—為「內國法化」，從而兩公約施行法模式更使我國具有二元論之特徵。⁵⁰¹

上述學說對兩公約施行法之分析，是否亦適用於 CRPD？惟本文採「單方宣告」之立場，認為我國已依此「單獨行為」負有履行 CRPD 之國際法義務，而前述認為我國採二元論者皆以「國際法義務不存在，故而以轉換模式使公約具有內國法效力」為前提，有學者指出，我國此種批准與施行法並行之模式，毋寧是一種「雙重保險」，旨在避免因未能交存批准書而無法生效之困境，故而我國制定施行法之目的並非「轉換」，而是單方承認公約內國法效力之「確認」，⁵⁰²本文從之；其次，如果從「一元論—二元論」與「採納說—轉換說」脫鉤處理來觀察，後者毋寧是國家如何實踐國際法義務之問題，至少大法官認為，條約依憲法所定之程序通過後，即具有法律效力，不待國會再為轉換。總上所述，本文認為依憲法及上開解釋意旨，我國應是採取「採納」模式的國家，而 CRPD 既已在國際法上拘束我國—一方面透過 CRPD 施行法之制定，同時再對歷來處理國際公約所遭遇之困難與處境為綜合判斷，至少可以肯認：我國通過 CRPD 施行法之目的在於取得國際法義務，並藉由該法加以履行，縱使尚未完成公約法定加入程序，但單方宣告使 CRPD 作為

⁴⁹⁹ 陳隆志、廖福特（2002），〈國際人權公約與國內法化之探討〉，《國家政策季刊》，1 卷 2 期，49。鄧衍森，前揭註 494，頁 17。張文貞（2009），〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，收錄於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁 248，台北：新學林。

⁵⁰⁰ 黃昭元，前揭註 473，頁 19-20。

⁵⁰¹ 陳怡凱，前揭註 491，頁 51-53。

⁵⁰² 徐揮彥，前揭註 471，頁 851。

我國法律之一部，與公約施行法—作為履行意義—並存於我國法秩序。但基於「公約施行法不等於公約」之區分，毋寧 CRPD 本身—無需透過施行法中介—才是我國實踐公約義務之法源。在這個基礎上，本文接下來要探究 CRPD 在我國之法律位階問題。

（一）CRPD 與法律

要將 CRPD 第 12 條實踐於我國法秩序，首先要釐清民法與 CRPD 之法律適用位階，此問題涉及法律競合。按本節「一」與 CRPD 施行法第 2 條—公約所揭示保障身心障礙者人權之規定，具有國內法律之效力—意旨，CRPD 作為內國法律應無疑義，惟應如何與其他法律一同適用，則有探求實益。

對於公約法律位階之探討，首先應從施行法出發。公約第 2 條規定，CRPD 具有法律效力，已如前述。第 3 條要求適用公約規定之法規及行政措施，應參照 CRPD 委員會對公約之解釋，立法理由強調此包括「一般性意見」、「國家報告」及「個人申訴」所表達之意見。第 10 條規定國家機關應在期限內檢討與公約意旨衝突之法規並定期修法，法規如未能在期限內完成修法，以及行政措施在改進之前，應優先適用公約規定。

上述規範意旨應可認定施行法第 10 條使公約具有「特別法」地位，按「特別法優於普通法」，公約應先於其他身心障礙法律為適用。⁵⁰³當公約較其他法律更加保障障礙者權利之情形時，特別法說尤有適用實益，惟如 CRPD 對障礙者之保障不如其他法律時，此時是否仍應僵硬依照特別法之法理適用較不利之公約，不免有

⁵⁰³ 孫迺翊，前揭註 471，頁 1211。李建良，前揭註 469，頁 220。廖福特，前揭註 494，頁 186，197-198。應說明的是，學者廖福特教授所針對者，實為兩公約之法律位階，但既然本文認為 CRPD 與兩公約皆屬對我國有國際法拘束力之條約，且皆通過公約施行法明確其適用規範，進而其對公約法位階之定序，應能適用於 CRPD。當然此種「特別法」之解釋方法，其實也隱含國家得否事後再另立「特別法」優先於公約適用的問題，學者林明昕採肯定見解。考量到此非本文所處理之爭點，對此暫且保留之。參閱，林明昕，前揭註 469，頁 1345-1347。

所疑義。對此，其實當初立法院在施行法「廣泛討論」過程中，民進黨黨團草案在第 2 條就有明示公約之特別法地位，然而就是考量前述疑慮，⁵⁰⁴在最後「綜合版本」予以刪除。其實此屬過慮，蓋公約第 4 條第 4 項就已對此情形有所規範—本公約規定，不影響締約各國法律與對締約各國生效之國際法律中任何可能更有利於實現身心障礙者權利之規定—承認公約為特別法，不會與更有利於障礙者之法律產生適用困難，因為依照公約第 4 條第 4 項，此時應適用最有利於障礙者之法律；質言之，CRPD 應為各國障礙者權利之「最低標準」。但亦有不同觀點認為，既然立法過程已刻意將「特別法」之規範依據刪除，則解釋上公約之法律位階應與其他法律相同，僅選法時適用最有利障礙者之規定。⁵⁰⁵

對此，本文認為前述立法過程對「特別法」說之刪除係基於對公約條文認識不足之前提，所謂「承認 CRPD 為特別法將無法適用更有利之他法」之原因自始不存在，且國際人權公約作為人權保障之最低標準，更能符合公約規範之真意，⁵⁰⁶如此才能合理解釋 CRPD 施行法第 10 條第 2 項，若採學者「平行且適用最有利障礙者」之觀點，則又應如何解釋第 10 條第 2 項要求未能定期修法之法規與行政措施於修改前應適用公約之意旨？實則將公約定位為特別法才更能符合公約與施行法之立法本旨。惟無論如何，儘管施行法未明文肯認 CRPD 為特別法（此立法疏漏應由修法程序更正），藉由 CRPD 第 4 條第 4 項及 CRPD 施行法第 10 條第 2 項，在適用上仍應使公約具有特別法位階。

⁵⁰⁴ 立法院公報，第 103 卷 50 期，頁 25。

⁵⁰⁵ 黃昭元，前揭註 465，頁 1425。

⁵⁰⁶ 關於「公約作為人權保障之最低標準」之概念，在 CEDAW 第 23 條也有類似規定，而兩公約儘管未有類似規範，但學者黃昭元教授認為解釋上應無不同，但其對於 CRPD 是否具有特別法性質之看法，則與本文相左，此應特別說明。其他將國際人權公約作為「最低標準」之看法，參閱，徐揮彥，前揭註 471，頁 865-866。



(二) CRPD 與憲法

CRPD 施行法肯認 CRPD 具有特別法效力，蓋無疑義。惟學理上另一個有待討論的問題便是，國際人權公約是否具有憲法效力？即 CRPD 是否為憲法法源，得做為大法官解釋之依據？

憲法條文對此未有規範，釋字第 329 號也僅肯認公約之法律地位。學理有從歷來大法官引用國際公約解釋憲法之案例作為出發點，⁵⁰⁷本文亦嘗試透過此脈絡整理出適於本文之途徑。

作為論證之附帶論述

釋字第 372 號涉及最高法院對於離婚事由之判例是否違憲之議題，大法官在理由書提到「人格尊嚴之維護與人身安全之確保，乃世界人權宣言所揭示，並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」此為大法官引用國際人權公約或人權宣言之濫觴。在釋字第 392 號，涉及刑事訴訟法賦予檢察官羈押權是否違憲之爭議，理由書對憲法第 8 條人身自由之解釋，大法官參考歐洲人權法院在個案上對歐洲人權公約之詮釋，進而認為 ECHR 第 5 條第 3 項之「法官或其他依法有司法權之官員」，解釋上並不包括檢察官。而釋字第 582 號處理最高法院關於共同被告不利於自己之陳述作為他共同被告證據之判例是否違憲之問題，大法官亦在理由書引用歐洲人權公約、聯合國公政公約中有關被告對質詰問權之規定，作為解釋憲法第 8 條、第 16 條所強調「刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權」之論據。除作為論述憲法權利之內涵外，大法官也會在解釋國家作為義務時引用國際人權公約。釋字第 728 號解釋，在做出祭祀公業條例規範該法施行前存在之祭祀公業，限制女性為派下員之規定與憲法第 7 條男女平等意旨無違之結論後，大法官在文末提醒立法者應注意憲法課予國家保障女性地位實質平等之作為義務，並引用 CEDAW 作為論述上開作為義務之補強：

⁵⁰⁷ 張文貞，前揭註 499。李建良，前揭註 469。黃舒芃，前揭註 471。

按「中華民國人民，無分男女……，在法律上一律平等」、「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」憲法第七條及憲法增修條文第十條第六項分別定有明文。上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之**消除對婦女一切形式歧視公約**（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）第二條、第五條之規定，**國家對於女性應負有積極之保護義務**，藉以實踐兩性地位之實質平等。（**粗體為本文所加**）

之所以認為其為附帶論述，係在第 372 號解釋中，大法官引用世界人權宣言之目的，主要是說明我國憲法之精神與世界人權宣言相符，而是否有將世界人權宣言作為憲法之實質內涵、甚至作為憲法解釋之參考依據，尚有疑義。⁵⁰⁸在釋字第 392 號中，大法官已在理由書中得出憲法第 8 條第 2 項之法院不包括檢察官之結論：

憲法第九十七條第二項所規定之「法院」究何所指？應否與第八條所規定者作同一涵義之解釋，此乃另一事；而法院組織法原非必須為配置檢察官（署）之規定不可，此觀之日本立法例分別制定「裁判所法」、「檢察廳法」即可明瞭。是憲法第八十二條：「司法院及各級『法院』之組織，以法律定之」之所謂「法院」，當然亦非必須解之為包括檢察官在內始係符合憲法規定。又本院釋字第十三號解釋，旨在闡釋實任檢察官之保障，而不在於檢察機關之是否為法院；蓋其既已明示憲法第八十條之法官不包含檢察官在內，則檢察官之不應為狹義法院之一員，理至明顯。其執該號解釋以及諸多法律關於「法院」用語之歧異，主張憲法第八條第二項之法院應包括檢察官云云，要屬誤解。

⁵⁰⁸ 李建良教授採否定見解。李建良，前揭註 469，頁 187-189。

既已得出此結論，則大法官隨即又引述前開歐洲人權法院見解作為論述之補強，實而大法官即便不引用，亦能得出相同結論。⁵⁰⁹所謂的附帶論述，意指大法官在實質論述以外所附加之說理。在釋字第 582 號與第 728 號解釋也是相同情形，大法官既已單獨從憲法第 16 條得出被告有對質詰問權－從憲法第 7 條、憲法增修條文第 10 條得出國家作為義務之存在，復又引述國際公約亦有相同規定作為論理之強化。此種論述模式，與其說大法官「適用」國際人權公約，不如說大法官將其作為憲法解釋之旁論。

作為論證憲法權利之實質內容

釋字第 587 號解釋處理民法與最高法院禁止子女向生父提起認領之訴之判例是否違憲之爭議，大法官引用兒童權利公約第 7 條－子女有獲知其血統來源之權利－作為憲法第 22 條人格權之內涵。在釋字第 710 號解釋處理兩岸人民關係條例關於強制出境程序是否與憲法人身自由規定牴觸時，大法官引用公政公約第 12 條與第 15 號一般性意見第 6 點作為論證憲法保障遷徙自由之論據；⁵¹⁰並引用公政公約第 13 條、歐洲人權公約第 7 號議定書作為強制出境所應依循之正當程序之參考。⁵¹¹從而本號解釋認定 2003 年兩岸人民關係條例第 18 條未給予當事人陳述意見之機會，進而認定與憲法保障人民遷徙自由之意旨不符。所謂「陳述意見之機會」

⁵⁰⁹ 本文使用李建良教授對前述釋字為分析所使用之觀點，將大法官對公約之引用模式分為主要論述與附帶論述。參閱，李建良，前揭註 469，頁 198。

⁵¹⁰ 第 12 條規範遷徙自由與選擇住居之自由。第 15 號一般性意見針對外國人在公約中之地位進行說明，其中第 6 段提到：得對入境設置與遷徙、居住、僱傭有關之條件。國家得對過境之外國人設置一般限制。然而一旦外國人被允許入境，即有權獲得公約之權利保障。

⁵¹¹ 第 13 條規範對合法入境外國人之驅逐程序，除應依法驅逐，亦應使當事人得提出不服之理由，並申請主管當局進行核覆，且能透過代理人進行申訴，但涉及國家安全須作出急速處分者，不在此限。ECHR 第 7 號議定書第 1 條內容也與前者相似，皆強調「依法驅逐」、「允許當事人提出不服之理由」、「要求當局對案件進行核覆」、「允許當事人透過代理人之方式為之」、「基於公共秩序或國家安全為由進行驅逐」。

是公政公約第 13 條與 ECHR 第 7 號議定書第 1 條皆肯認之權利，大法官係直接透過國際人權公約對憲法基本權之內涵為詮釋。

上述二號解釋皆直接引用國際人權公約作為論證我國憲法權利之依據：子女知悉其生父血緣之人格權是憲法本文與先前釋字未曾規範、說明之概念，大法官藉由兒童權利公約擴張我國憲法人格權之保障範圍；⁵¹²而遷徙自由、正當程序亦非嶄新之概念，歷來釋字已有闡釋，⁵¹³然大法官仍毅然在理由書中透過公政公約、歐洲人權公約填補其內容。

作為論證限制基本權利之正當目的

釋字第 623 號處理兒童及少年性交易防制條例第 29 條是否違反憲法言論自由保障時，大法官引用兒童權利公約—保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權—作為兒童及少年性交易防制條例具有正當目的之論據。此外釋字第 709 號解釋處理都市更新條例關於都市更新事業概要及計畫之審核程序規定是否與憲法正當行政程序之規範抵觸一事，大法院引用經社文公約第 11 條第 1 項—確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境—作為都市更新條例立法目的—促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益—及基於此目的對人民財產權與居住自由進行限制之論據。在釋字第 719 號解釋處理原住民族工作權保障法之定額進用制度是否與憲法平等原則抵觸之爭議時，大法官引用聯合國原住

⁵¹² 學理對此號解釋之批評，張文貞教授認為大法官未能明白區辨此「子女知悉血緣生父之權」所具有之「例外時得扣減」特色即直接引用，而未進一步闡釋其概念，此將導致誤解；李建良教授認為，大法官僅是將兒童權利公約作為參考依據，所謂「知悉生父之權」仍是由憲法第 22 條所導出，公約僅作為論述之參考。對於後者，本文認為，從理由書第一句對於「知悉生父權」之論述來看，大法官將公約內容與我國憲法合併於同一句，並考量此權利為釋憲實務首次肯認，認為大法官藉由國際人權公約擴展第 22 條人格權，應屬適論。參閱，張文貞，前揭註 499，頁 261-262。李建良，前揭註 469，頁 189-190。

⁵¹³ 司法院釋字第 443 號解釋、第 454 號解釋，第 663 號解釋、第 709 號解釋。


民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）與國際勞工組織原住民和部落人民公約－有關改善原住民經濟社會環境及勞動條件之規定－作為肯認原住民族工作權保障法具有憲法第 5 條族群平等、憲法增修條文第 10 條第 12 項基本國策保障原住民權利之正當目的之論據。

作為立法者修法之參考

最後一種引用模式，就是作為日後立法者修法之參考。在釋字第 549 號解釋，大法官在得出勞工保險條例相關規範與憲法意旨不符之結論後，除要求國會在期限內修法外，並應參酌國際勞工公約通盤檢討設計。在釋字第 578 號解釋，大法官在說明勞基法課予雇主提撥退休金之義務不牴觸憲法保障契約自由、財產權、平等原則等規範後，文末提醒國會有關制度應與時俱進時，則再度引用國際勞工公約作為修法參考。上述引用模式得以下表方式呈現：

表一：大法官對國際人權公約之引用模式

釋字	憲法之權利或義務	國際人權公約	意義
372	保障自由權利之基本理念	世界人權宣言	附帶論述
392	人身自由	歐洲人權公約	附帶論述
582	訴訟權	歐洲人權公約 公政公約	附帶論述
728	平等原則	消除對婦女一切形式歧 視公約	附帶論述
587	人格權	兒童權利公約	主要論述



710	遷徙自由 正當程序	公政公約 歐洲人權公約	主要論述
623	言論自由	兒童權利公約	限制之正當目的
709	財產權 居住自由	經社文公約	限制之正當目的
719	平等原則 財產權	原住民族權利宣言 原住民及部落人民公約	限制之正當目的
578	平等原則 財產權	國際勞工公約	修法之參考
549		國際勞工公約	修法之參考

目前大法官引用國際人權公約之案件仍屬少數，⁵¹⁴無法推論大法官是否「有義務」引用公約，然而就現有案件進行分析，至少足以認定，對於大法官是否「會」引用國際人權公約作為憲法解釋之參考一事，應採肯定見解。本文除將此分為四種引用類型，更進一步分析如下：

不區分國際人權公約對我國是否有國際法拘束力

前述大法官所引用之公約，多數在引用之當下對我國無並國際法之拘束力。我國非歐洲人權公約之締約國，且 CEDAW 在 2007 年之前、兩公約在 2009 年之前、

⁵¹⁴ 張文貞 (2015)，〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能與台灣實踐〉，《司法院大法官 104 年度學術研討會》，頁 20。

兒童權利公約在 2014 年之前，尚未對我國課予國際法義務，⁵¹⁵換言之，僅釋字第 372 號引用世界人權宣言、釋字第 709 號引用經社文公約、釋字第 710 號引用公政公約，釋字第 728 號引用 CEDAW，是在具有國際法義務之脈絡中為之。大法官在當時未能進一步分析，歐洲人權公約、兩公約、兒童人權公約、國際勞工公約與我國憲法間之關聯，似乎國際人權公約本身即足以作為引用論據。

對國際人權公約引用之深淺不一

在本文所整理之四種引用模式中，「作為附帶論述」、「作為修法參考」與「作為限制之正當理由」實際上並非引用公約作為憲法解釋之依據，蓋附帶論述往往就是在結論作成後，大法官始援引公約作為論理之加強，縱未引用亦不影響結論；而將公約作為修法參考則與憲法解釋未必有直接關聯，大法官在第 578 號、第 549 號解釋中，儘管提醒立法者要參酌國際勞工公約之內容進行修法，但綜觀全文，大法官也未能說明國際勞工公約與所涉及基本權利間之關聯，以及立法者應參考者，究為公約之何種權利或義務？而所謂作為限制之正當理由，學理亦有觀點認為大法官未能說明公約與憲法權利之實質關聯，也未能說明為何不直接透過憲法詮釋限制所需之正當利益。⁵¹⁶本文認為，僅有作為「主要論述」之模式才是將國際人權公約與我國憲法之權利義務產生實質關聯。蓋大法官確實藉由兒童權利公約「子女知其生父血緣」之權利填補憲法第 22 條人格權之內涵，儘管說理略嫌不足，但也明確使公約與憲法權利產生互動關係。至於大法官是基於「因為是國際公約，所以憲法解釋應參照」之一元論觀點，或是基於「國際公約得於個案中填補憲法權利」之脈絡，則屬另一層次之問題。此也可以看出，同樣是援用公約作為憲法解釋之參考，援用之方式往往也決定公約對憲法解釋之影響力。公約作為修法參考，毋寧是最輕

⁵¹⁵ 我國於 2007 年完成 CEDAW 之國內加入程序，並於 2011 年通過施行法；兩公約於 2009 年批准，於同年通過施行法；兒童權利公約於 2014 年通過施行法。

⁵¹⁶ 黃舒芃，前揭註 471，頁 55。

微者，而作為實質論述之依據，則間接肯認公約至少有不低於憲法之拘束力，至於作為附帶論述與限制之正當目的則遊走二端之間。

本文僅能提出上述分析，無法再進一步回答，國際公約「是否」、「如何」作為憲法解釋之依據，蓋引用公約之憲法解釋仍屬少數，遑論實質援用作為論證憲法權利者。毋寧以下結論是真實的：**不論我國是否負有國際法義務，大法官「會」透過四種國際人權公約之引用模式解釋憲法。**至於國際公約與憲法之具體關聯，囿於實證資料有限，此仍有待日後實務發展始能一窺全貌。

對此議題，學者張文貞教授採肯定說—國際人權公約得作為憲法之法源。其認為，考量兩公約在國際人權法之特殊地位，且我國憲法就是誕生於戰後國際人權思潮中。我國憲法具有國際化特色，因此應將兩公約及核心國際人權公約定位為憲法法源；⁵¹⁷甚至進一步主張，不區分國際人權公約是否已為我國批准或加入（是否有國際法義務），大法官在解釋憲法時應將其視為有拘束力之法源。⁵¹⁸亦有類似觀點認為，大法官應基於《維也納條約法》所揭示之「善意履行原則」，對已內國法化

⁵¹⁷ 張文貞，前揭註 514，頁 26。廖福特教授也持類似觀點，認為經批准或加入之公約，國家負有履行義務，大法官在個案中得要求與公約抵觸之法律應依公約意旨修改，因此公約效力也高於內國法律。參閱，廖福特（2004），〈憲法與國際人權條約—陌生的互動關係〉，台灣法學會（編）《廿一世紀憲政風雲》，頁 252。廖福特（2009），〈批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論〉，《月旦法學雜誌》，第 174 期，頁 226。值得注意的是，廖福特教授認為兩公約具有特別法位階（參閱本文註 503），但卻又同時主張公約得作為大法官解釋憲法之法源，進而要求與之抵觸之法律依公約意旨修改，此是否矛盾？本文認為，廖教授應該是從內國法觀點與國際法觀點對公約各別進行觀察，前者是從兩公約施行法出發，後者是從公約對我國之國際法義務出發。故而公約在此判斷下，就有此種「雙重人格」特色。考量廖教授在〈憲法與國際人權條約—陌生的互動關係〉一文中，認為公約得作為大法官解釋憲法之依據為釋字第 549 號「大法官在理由書中要求立法者依國際勞工公約修改」，而本文對 549 號所持之觀點與廖教授不同，不認為大法官「實質」引用該公約，故對其「公約之憲法效力」持保留觀點。但基於論理必要，仍加以介紹，惟為避免誤會，故特此說明。

⁵¹⁸ 張文貞，前揭註 499，頁 265、267。

之公約藉由憲法基本權條款加以落實。⁵¹⁹依上開觀點，CRPD 將作為大法官釋憲時所依據之法源，公約在我國法秩序中具有「準憲法」地位，與之牴觸之下位階法律構成違憲。

學者李建良教授採否定說：釋字第 329 號解釋既已認定「經立法院審議通過之條約具有法律效力」，且憲法並未明文肯認條約之憲法效力，而大法官歷來引用公約之解釋，並非將公約提升為憲法法源，而僅作為憲法解釋之參考。故而未經國會程序，不宜透過憲法解釋之方式，將公約納為內國法，甚至作為憲法法源。⁵²⁰在此說下，CRPD 僅作為法律，不具有憲法地位，至多「得」為大法官解釋憲法之「參考」，而非適用依據。法律與 CRPD 牴觸，則是法律衝突，非憲法爭議。

折衷看法為學者黃舒芃教授所採，其立論以「國際法優先之一元論」為基礎，從「授權」觀點出發，認為國際法義務與國家間之關係，是「上位規範對下位規範授權」之關係，國際法作為「框架秩序」授權國家將其實踐於內國法秩序（具體化）。因「國際法作為內國法之上位規範」，國際法與內國法應為區分，故而公約並非憲法；從「授權」觀點出發，國家對於「如何」實現公約之人權保障，具有自主決定權限，這是因為國家本身才是最適合將公約規範落實於內國社會之主體。大法官於釋憲時，對於已對我國形成國際法拘束力之公約，應採為憲法解釋之依據（將公約

⁵¹⁹ 在此觀點下，兩公約施行法第 2 條「兩公約具有國內法律效力」之規定，僅在肯認兩公約已為內國法化，得直接適用。但不能以此認為兩公約僅有法律效力，毋寧基於人權規範之本質，其應超越法律，作為評價法律「實質妥當性」之標準。參閱徐揮彥，前揭註 471，頁 852-857。本文認為，此說實際上將兩公約定性為具有「不低於」憲法之效力。

⁵²⁰ 此說是建立在權力分立之基礎上，認為大法官應尊重國會，不宜泛泛透過「人權之普世標準」將公約引用於憲法解釋中，李建良，前揭註 469，頁 202-203（文中註 50 之說明）、240-241。其他認為兩公約在我國僅具有法律效力者，參閱，陳怡凱，前揭註 491，頁 64。林明昕，前揭註 469，頁 1147-1149。吳庚、陳淳文，前揭註 469，頁 319-320。

規範意旨落實於憲法)，對於其他公約，考量我國對此不負擔履行之國際法義務，則至多作為釋憲參考，不得與前者等量齊觀。⁵²¹

依照此說，我國既負有履行 CRPD 之國際法義務，則大法官在釋憲時自應將其納為解釋依據。儘管未必可以直接得出「現行監護制度因與公約第 12 條抵觸而違憲」之結論，但至少大法官應將第 12 條「障礙者法律能力之平等享有」規範意旨作為解釋憲法基本權利之重要指標，也須認知 CRPD 對我國公約義務之實踐所為之授權。

三、小結

本文立論基礎在於透過憲法與公約之解釋與適用，將 CRPD 第 12 條實踐於我國法秩序。從而「規範」本身才是本文之研究重點，換言之，研究客體係以內國法與國際法規範為核心，所以「**大法官會將國際公約納為解釋之參考或依據**」之初步結論，已足以支撐本文論理；換言之，CRPD 第 12 條確實得做為參考或依據。但究為「參考」或「依據」往往也決定憲法解釋與公約之契合度。若公約僅為參考，顯然公約意旨不拘束大法官（此為學者李建良教授、林明昕教授之觀點），只有作為「解釋依據」時，公約意旨—輔助決定制與法律能力之平等享有—才能真正藉由憲法解釋加以落實，對此仍可依據國際公約之定性再區分為二說：認為國際公約具有憲法效力者（學者張文貞教授）認為，凡國際人權公約者，即有憲法效力；採區分說者（學者黃舒芃教授）認為，基於國際法與內國法、是否存在國際法義務之區分，以及上位規範對下位規範為授權之觀點，僅對我國構成國際法義務之公約始為大法官之釋憲依據。

⁵²¹ 黃舒芃，前揭註 471，頁 41-52。值得注意的是，本說對國際公約的觀察也與廖福特教授類似，一方面肯認公約所具有之內國法效力，另一方面也注意到國際法義務在內國法秩序實踐時，憲法解釋是不可或缺之一環。

顯然「國際公約至少具有參考效力」之觀點是實務與學理都不反對的，但公約是否能更上一層樓「作為釋憲依據」，則有重大分歧。從而 CRPD 得做為釋憲之參考，應無疑問。對於上開爭議，本文採學者黃舒芃教授之見解，蓋從釋字第 587 號解釋、第 710 號解釋大法官藉由公約填補憲法基本權內涵時，至少可以肯認，我國有將公約納為解釋依據之前例，從而「公約僅作為參考，非釋憲依據」之說法，應不足採；而大法官解釋之標的，依照憲法第 78 條為「憲法」並非公約，且憲法亦未對國際公約之法律地位有所規範，故而不宜肯認其具有所謂「憲法效力」；本文認為，國際法與內國法之區分有其意義，國際公約既未經制憲或修憲程序取得憲法效力，則公約即非憲法，故大法官解釋之標的應為憲法，而非公約（況公約本身已有法定之解釋機關，例如 CRPD 委員會），儘管此不阻礙大法官在理由書中對公約為詮釋，但此詮釋並非有權解釋；且上下位階之授權觀點，也能適切調和國際法與內國法間之衝突，作為下位規範之內國法秩序在取得上位規範授權後，即具有履行義務，惟如何履行，除依據國際習慣法，基於「善意原則」為履行外，⁵²²我國憲法第 141 條亦明文對條約之「尊重」，可見從國際法或內國法之觀點，毋寧履行公約義務之善意與尊重，才是實踐 CRPD 第 12 條之關鍵；但公約仍非憲法，並非公約規範什麼，內國法就是什麼，司法權既然作為我國主權之重要構成員，自然在司法範疇中，對內國法秩序－特別是憲法－做出符合公約意旨之解釋，便是司法權所無法迴避之責任。⁵²³

CRPD 一方面依照釋字第 329 號、CRPD 施行法第 10 條，具有特別法之法律地位，但也不能忽視釋憲實務引用國際公約作為論證的現象，如果公約果真「只」是法律，何以大法官會引用該「法律」作為論證之參考或依據，誠然國際公約之規

⁵²² 善意原則一方面作為單方宣告使國家負擔國際法義務之理論依據。在實證國際法領域，也是《維也納條約法公約》第 26 條善意履行原則之基礎。

⁵²³ 此種「憲法層次之合公約解釋」亦為學者孫迺翊教授所採。參閱，孫迺翊，前揭註 471，頁 1213-1215。值得說明的是，孫教授亦主張，CRPD 除得用來填補憲法增修條文第 10 條第 7 項之內涵，亦得作為憲法解釋之合憲性判斷標準。參閱，孫迺翊，前揭註 53，頁 421。

範與內國之實踐才是應該加以區分之範疇；另一方面，公約也不是憲法，認為公約與憲法等同之觀點於法無據。此種規範與實踐之雙重面向正好反映出「授權說」之特色，於此基礎上，本文將進一步探討，如何透過憲法解釋之方式，將 CRPD 第 12 條之核心指標—法律能力之平等享有—落實於我國法秩序中。

第二節 CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐

要將 CRPD 第 12 條第 2 項所肯認之「法律能力之平等享有」，以及第 3 項「輔助決定制」實踐於我國憲法秩序中，首先應回答，適於憲法實踐之目標為何？從本文第一章緒論對第 1 號一般性意見之介紹（第一章、第一節、貳、一）中可以得知，輔助決定制主要有二大核心概念，分別為：（一）廢除一切對法律能力為剝奪之機制；以及（二）輔助措施應尊重本人之意願與偏好。前者涉及障礙者法律能力不受國家侵害，屬於典型侵害防止之防禦權範疇；後者指涉監護人或輔助人之行使職務時應在尊重本人意願與偏好之基礎上，協助本人法律能力之行使，而非以傳統家長主義式之替代決定制進行干預。其中又以前者作為核心範疇，從而必先對法律能力之保護範圍予以界定（法律能力得否、以及如何受到限制），始能在此基礎上對輔助者之職務行使進行定義；蓋代理人權限之本質，就是因應監護宣告（或輔助宣告）對法律能力為限制之「保護」機制，本人能力越受限制，則代理權限越大，反之亦然。**憲法關注之領域為基本權保障**，對本文而言，便是監護制度對障礙者法律能力之行使所涉及之基本權概念（例如，涉及憲法何項權利？是否構成干預？以及侵害之合憲性等）；至於輔助者之職務行使、對本人意願與偏好之尊重，具體應如何落實，此毋寧是法律實踐之範疇，更適合由具有民主審議功能之國會加以落實。就本文觀點而言，輔助決定制之憲法實踐，並非透過憲法解釋對第 1 號一般性意見之內容全盤接受，在國際法優先之一元論觀點下，CRPD 不等同憲法，憲法也不是公約或一般性意見，公約第 12 條輔助決定制在我國之實踐，應在內國法秩序中按照適合之法位階加以落實；毋寧對法律能力之基本權基礎為定性，在憲法秩序中營造一個適於輔助決定制實踐之環境—才是公約第 12 條憲法實踐之真諦。

對障礙者法律能力為限制或剝奪所涉及之基本權議題為何？若從第 12 條第 1 項「障礙者有被法律承認為人之權利」以及第 1 號一般性意見對本項之詮釋「確保障礙者享有法律人格 (legal personality)，此為法律能力之先決要件」出發，⁵²⁴公約所肯認者，實為「法律人格權」；如果從第 2 項「確保障礙者在與他人平等之基礎上享有法律能力」出發，則至少可以看出「平等原則」作為障礙者行使法律能力之基礎。平等原則固為我國憲法第 7 條所肯認，但進入平等原則之討論前仍應先探求比較基準－什麼權利被比較？－故法人格權之基本權基礎便有探求實益，然「法人格權」並非憲法所明文列舉之權利，而憲法涉及「人格」概念者，也僅有憲法增修條文基本國策部分，對婦女人格尊嚴、人身安全及兩性地位之實質平等有所論述；但如果從歷來釋字觀察，可以發現大法官曾使用「人格權」與「人格自由」等語（本文問題意識），從而本文將藉由釋字對「人格概念」之詮釋，建構 CRPD 法人格權之基本權基礎。

壹、人格權作為法律能力之基本權基礎

一、憲法解釋之人格權圖像

大法官對人格權之定義，首先可從釋字第 644 號出發，「**人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。**」直接肯認人格權為憲法所保障之基本權，但此定義仍過於抽象，蓋「個人主體」、「人格自由發展」與「人性尊嚴」都是需要再進一步定義之概念。

525

大法官對人格權概念更進一步之說明，可以從名譽權與姓名權案件中對人格權之詮釋進行觀察，「系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。」

⁵²⁴ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 11.

⁵²⁵ 從本案所處理之少年事件處理法少年虞犯收容相關規定來看，大法官認為尚有其他較輕微之手段可達成相同目的，則此人身自由之限制即屬逾越比例原則，構成少年人格權之侵害。

⁵²⁶、「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」⁵²⁷可見在大法官之認知中，人格權還可細分為名譽權與姓名權。在釋字第 587 號，大法官也將人格權之概念，擴張到人倫血緣關係之認定，肯認確定父子真實身分關係屬於子女人格權，受憲法第 22 條保障。

釋字對於人格權概念之使用，也可從人身自由之案件為觀察。此時大法官至少會引用人格權作為論證對人身自由為剝奪所造成之重大影響；例如在釋字第 392 號，大法官提到，「而羈押之將人自家庭、社會、職業生活中隔離，『拘禁』於看守所、長期拘束其行動，此人身自由之喪失，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用—人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，自僅能以之為『保全程序之最後手段』，允宜慎重從事，其非確已具備法定條件且認有必要者，當不可率然為之。」⁵²⁸於此脈絡下，大法官將人身自由與人格權作出概念之連結。值得注意的是，大法官這裡所使用之人格權，從行文整體脈絡觀察，所指涉者應為「名譽權」。蓋羈押屬刑事訴訟保全程序，未經訴訟程序即剝奪人民依法所享有之人身自由，此對名譽權影響甚大。這才是大法官使用人格權概念之真正涵義。這從釋字第 690 號解釋肯認基於公共衛生目的所為之強制隔離，「雖使受隔離者人身自由受剝奪，但除可維護其生命與身體健康外，並無如拘禁處分對受拘禁者人格權之重大影響」之文字中，更可知，毋寧考量對人身自由之限制是否會對名譽權產生重大影響，才是大法官在此引用人格權（名譽權）概念之真正目的—作為論證人身自由案件審查密度之論據。

⁵²⁶ 司法院釋字第 656 號解釋。

⁵²⁷ 司法院釋字第 399 號解釋。

⁵²⁸ 除第 392 號解釋以外，在其他涉及羈押之第 653 號、第 665 號與第 737 號解釋中，大法官皆引用 392 號「限制人身自由影響人格權重大，對此限制應符合必要原則」之論述。但非所有人身自由之案件大法官皆採此種觀點，在涉及公共衛生之「SARS 強制隔離」案之釋字第 690 號解釋，儘管論證亦提及人身自由之概念，大法官卻認為此種限制對人格權之影響與羈押不同。

目前僅有在涉及青少年人格權、子女人格權、姓名權與名譽權之案件，大法官將人格權獨立為審查標的。然亦無法從前述釋字對第 644 號解釋所提出之「個人主體」、「人格自由發展」與「人性尊嚴」等概念有更具體之認知，特別是本文所討論之「法律人格之平等承認」，故應如何透過大法官解釋與人格權概念產生連結？本文認為，所謂人格自由發展與人性尊嚴等概念，並非專屬於人格權，這可以從其他釋字大法官對此概念之詮釋得到印證。

憲法增修條文第 10 條有關婦女人格尊嚴之保障，儘管並未明確使用「人格權」概念，大法官在審查時仍將其提升到「審查標的」之地位，進而法律或最高法院判例如與憲法保障婦女人格尊嚴之意旨牴觸將構成違憲事由。⁵²⁹值得注意的是，在釋字第 372 號，大法官認為憲法保障人民基本自由之理念，就是「人格尊嚴之維護與人身自由之確保」，而憲法增修條文第 10 條就是建構在此理念之上。換言之，國家對婦女之人格保障義務就是憲法核心價值之展現。

對於財產權之詮釋，大法官在釋字第 400 號認為，「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」⁵³⁰認為憲法保障財產權之意義能有助於人格之發展。類似概念在釋字第 659 號對職業自由之定義中也可以發現，「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要...」⁵³¹此外，在釋字第 644 號與第 656 號，大法官對結社自由與不表意自由之定義也重申相似意旨「結社自由除保障人民得以團體之形式發展個人人格外，更有促使具公民意識之人民，組成團體以積極參與經濟、社會及政治等事務之功能。」、「國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，

⁵²⁹ 參照司法院釋字第 365 號與第 372 號解釋。

⁵³⁰ 其他相同概念請參照司法院釋字第 580 號、第 596 號、第 672 號、第 709 號、第 732 號、第 739 號與第 742 號解釋。

⁵³¹ 其他相同概念請參照司法院釋字第 724 號解釋。

其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切。」除憲法所列舉之基本權外，大法官在闡述非列舉權之概念時，更廣泛引用「人格自由發展」之概念。以婚姻家庭之制度性保障為例，在釋字第 552 號，大法官認為婚姻家庭有「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序...」等功能，在第 554 號更進一步肯認「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能」⁵³²，在涉及同性戀者結婚自由之釋字第 748 號解釋，大法官亦肯認「結婚自由攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權，應受憲法第 22 條之保障」⁵³³此外，在性行為自由、⁵³⁴收養自由、⁵³⁵隱私權、⁵³⁶身體權、⁵³⁷行動自由及一般行為自由等權利⁵³⁸，大法官亦不厭其煩地透過「人格自由發展與人性尊嚴」等概念來論述

⁵³² 其他相同概念請參照司法院釋字第 696 號與第 712 號解釋。

⁵³³ 儘管大法官在本號理由書使用的是「人格健全發展」，但本質上人格健全與人格自由發展應為相互重疊之概念，這從理由書第 15 段「按憲法第 22 條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權」一語便可看出。

⁵³⁴ 司法院釋字第 554 號，大法官認為「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。」

⁵³⁵ 司法院釋字第 712 號，大法官認為「而收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之**人格自由發展**，應受憲法第二十二條所保障。」

⁵³⁶ 司法院釋字第 585 號、第 603 號與第 631 號解釋，「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟**基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整**，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」

⁵³⁷ 司法院釋字第 689 號解釋「免於身心傷害之身體權亦與上開闡釋之一般行為自由相同，雖非憲法明文列舉之自由權利，惟**基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展**，亦屬憲法第二十二條所保障之基本權利。」

⁵³⁸ 司法院釋字第 689 號解釋，「為**維護個人主體性及人格自由發展**，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之**一般行為自由**，亦受憲法第二

其作為基本權利之重要性。可見不論列舉權或非列舉權，「個人主體性、人格自由與人性尊嚴」之保障，皆為憲法保障人權之核心價值。這從釋字第 603 號解釋「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」⁵³⁹就可以看出；何以大法官在解釋基本權內涵時，皆引用上述概念？此不外乎一個人主體性、人格自由與人性尊嚴－不僅為所有權利之共通理念，更是自由民主憲政秩序所追求之目標。且透過此概念之操作，更可合理預期凡符合上述特徵之自由，儘管非屬憲法所列舉之權利，亦能透過憲法解釋之方式被大法官肯認為憲法第 22 條概括基本權。綜上所述，本文將憲法解釋中之人格概念以下表方式呈現：

表二：憲法解釋之人格概念

基本權概念	字號	所涉及之人格概念	用途
人格權	664	少年人格權	說明人格權之內涵
	587	子女人格權	
	399	姓名權	
	656	名譽權	
	392 653 665 737	羈押被告之人格權 (實際指涉的是名譽權)	作為判斷個案 審查密度

十二條所保障。人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由（本院釋字第五三五號解釋參照），自在一般行為自由保障範圍之內。」

⁵³⁹ 亦可參照司法院釋字第 689 號與第 712 號解釋。

	690	受強制隔離者之人格權 (實際指涉的是名譽權)	
婦女人格尊嚴	365	婦女人格尊嚴與兩性地位實質平等	審查標的
	372	婦女人格尊嚴與人身安全	
	728	婦女人格尊嚴	論證國家保護義務
財產權	400	實現個人自由、發展人格、維護尊嚴	論證其作為基本權之意義
	580		
	596		
	672		
	709		
	732		
	739		
742			
婚姻家庭之制度性保障	552	維護配偶間人格倫理關係(552)、基於人格自由(554、696、712)、人格實現(554)	論證婚姻家庭制度之目的(552)、基礎(554、696、712)
	554		
	696		
	712		
婚姻自由	748	人格健全發展與人性尊嚴之維護	論證結婚自由之內涵

性行為自由	554	與人格有不可分離之關係	論證基本權之 意義
隱私權	585 603 631	人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整	論證基本權之 意義
人格自由發展	603 689 712	維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。	論證憲法之核 心價值
結社自由	644	發展個人人格	論證基本權利 之功能
不表意自由	656	個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切	論證基本權之 意義
職業自由	659 724	充實生活內涵及自由發展人格所必要	論證基本權之 意義
身體權	689	基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展	論證基本權之 意義
收養自由	712	人格自由發展	論證基本權之 意義

一般行為自由 (行動自由)	689	維護個人主體性及人格自由發展	論證基本權之 意義
------------------	-----	----------------	--------------

本文認為，大法官對人格概念之詮釋，足以認定「**個人主體完整、人格自由發展與人性尊嚴**」為貫穿整部自由民主憲法基本權保障之核心理念，⁵⁴⁰作為憲法列舉權與非列舉權所共同追求之目標，⁵⁴¹此亦為人格權之保護目的。⁵⁴²然而須進一步釐清之問題是，上述概念與「人格權」間應如何區別？蓋大法官僅明文肯認「少年人格權」、「子女人格權」、「姓名權」及「名譽權」，而是否能以「人格權」泛指上述憲法核心理念？本文認為這僅是抽象與具體之差別，既然核心價值為所有基本權所共有，則是否以「人格權」為名，就不再是重點，換言之，作為人格自由保障之共通價值，其具體不論以姓名權、名譽權，乃至於財產權、職業自由、不表意自由、婚姻家庭之制度性保障、隱私權等權利稱之，都不會影響其人格自由保障作為核心理念之實踐。⁵⁴³

真正有區別實益者，應為「少年人格權」、「子女人格權」與「婦女人格尊嚴」等概念，此非如具體之基本權般，作為人格自由保障之再具體—前者所指涉者是最上位之人格自由與人性尊嚴；而之所以在人格權概念中再以年齡、身分或性別為區

⁵⁴⁰ 最早定義此概念—我國憲法自由保障核心理念—者應為釋字第 372 號，透過世界人權宣言確認「維護人格尊嚴與確保人身安全」作為憲法之基本價值。類似語句也出現在釋字第 603 號，「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」儘管文字略有不同，但本文認為二者概念是相通的，從歷來個案對基本權之解釋，一再使用「人格自由、人性尊嚴」之實例中，洵堪認定此為實務基本權解釋之一貫見解。

⁵⁴¹ 因而大法官如欲藉由憲法第 22 條確認新的基本權利，必透過上述人格自由保障概念加以證立。參閱，李震山（2007），《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，頁 154，台北：元照。

⁵⁴² 陳聰富（2013），〈人格權的保護〉，《月旦法學教室》，第 132 期，頁 42。

⁵⁴³ 人格自由（人性尊嚴）因此也具有作為憲法權利共通價值之功能。參閱，李震山（2009），《人性尊嚴與人權保障》，頁 9-10、13-16，台北：元照。

分，多少也是因為憲法或國際公約對其有特別規範。在肯認少年人格權之釋字第 644 號解釋，大法官引用憲法第 156 條有關婦女兒童福利政策之基本國策，作為論證少年人格權之依據；在觸及子女人格權之釋字第 587 號解釋，大法官引用兒童權利公約「知悉血緣生父」權作為子女人格權之內涵；⁵⁴⁴最後，在婦女人格尊嚴保障之部分，大法官在釋字第 372 號解釋，透過憲法增修條文國家對婦女人格尊嚴之作為義務得到肯認。本文認為，此類「特種人格權」不應與個別基本權混淆，前者應為憲法「人格自由」價值基於特定年齡、身分與性別所為之「變體」，後者為人格自由之「再具體」；前者仍不失為所有基本權人格自由保障之核心理念，仍作為其他具體基本權之上位概念。此區分之優點在於，少年人格權、子女人格權、婦女人格尊嚴並非作為與其他具體基本權相競爭之權利，而是具體基本權所追求與實踐之價值；換言之，前者作為不得扣減之憲法價值，故而具體基本權亦不得牴觸上位之特種人格權。

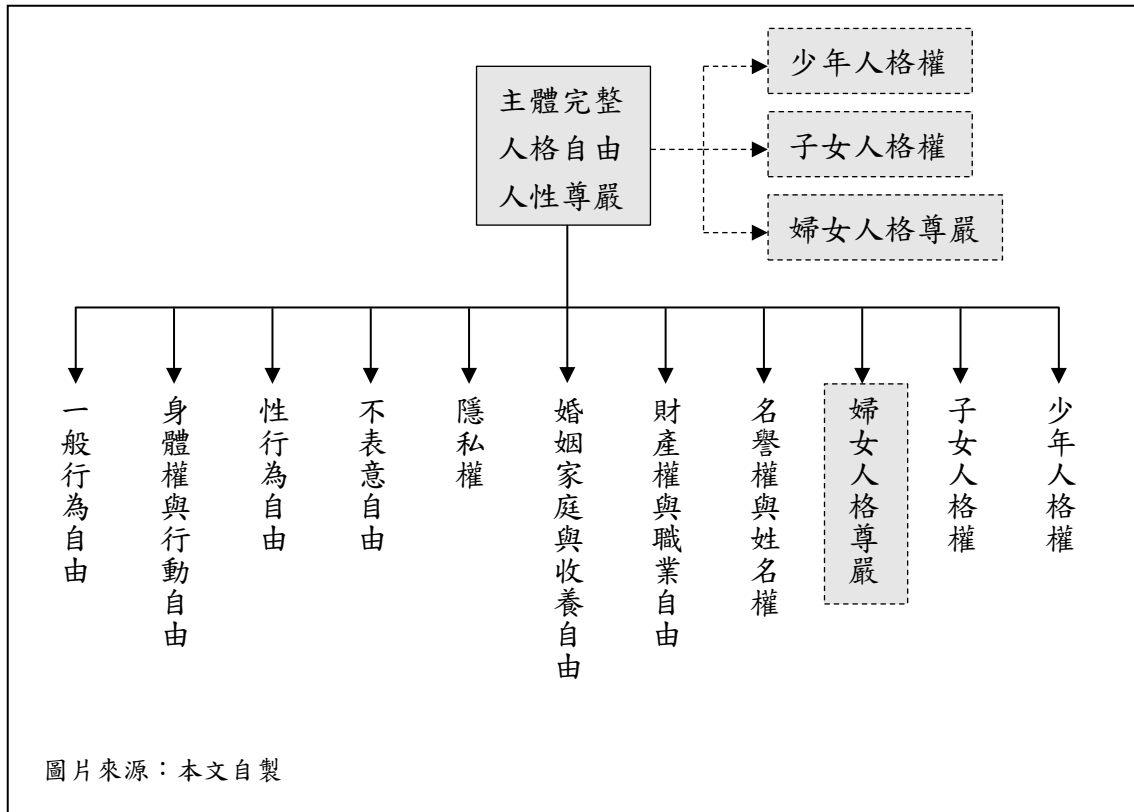
儘管目前所整理之釋憲實務看不出此種區分－例如在釋字第 644 號解釋，大法官透過憲法第 22 條，將少年人格權與人身自由並列；在釋字第 587 號解釋，將子女人格權與訴訟權並列；而釋字第 372 號儘管未透過憲法第 22 條，而是直接將婦女人格尊嚴與人身安全列為審查標的，但這是否就可以肯認大法官將婦女人格尊嚴提升為憲法核心價值，仍有待大法官進一步闡釋。⁵⁴⁵至少就目前釋憲實務對人

⁵⁴⁴ 本文採取黃舒芃教授之「國際法優先之一元論」，其以國際公約是否對我國構成國際法義務，作為釋憲機關對公約之「適用」或「參考」之基準，故而釋字第 587 號解釋對國際公約之引用，應於比較法之概念中加以理解，而非對國際公約之「適用」。參閱，黃舒芃，前揭註 471，頁 60-62。但釋憲實務未有此區分，凡國際公約者皆「得」作為憲法解釋之素材。參閱本章第一節、貳、二、(二)之說明。

⁵⁴⁵ 釋字第 372 號涉及最高法院判例對民法離婚事由「不堪同居之虐待」之詮釋是否與上開價值牴觸，其論述重點較偏向婦女「人身安全」之保障，但也不能因此忽略「人格尊嚴」作為憲法核心價值之意義。本號釋字對婦女人格尊嚴之定性究竟採何種看法，仍未定論。學理上亦有觀點認為人格權之憲法基礎為憲法第 22 條，從而基本權衝突時應依權衡法理解決之。參閱，王澤鑑(2012)，《人格權法》，頁 76，台北：自版。

格概念之理解，人格作為實踐憲法保障「個人主體、人格自由與人性尊嚴」價值之載體，其可藉由個別基本權為進一步落實，應為適論。⁵⁴⁶最後，本文將上述憲法人格自由保障體系以下圖呈現：

圖六：憲法解釋之人格自由保障體系⁵⁴⁷



⁵⁴⁶ 學理有認為憲法人格權之範圍因憲法第 7 條以下之列舉權而相應縮小，無法作為憲法保障人性尊嚴之最高價值。此種觀察也與本文對釋憲實務之分析一致，參閱，吳庚、陳淳文，前揭註 469，頁 305-306。

⁵⁴⁷ 說明：實線部分顯示憲法解釋中之人格概念網絡，可以看到少年人格權與子女人格權在大法官的認知中與其他基本權並列；而婦女人格尊嚴則因無法明確歸類，故以虛線顯示（如採取與實務體系連貫之思考脈絡，其應與其他人格權共同歸屬於具體基本權）；至於其他虛線部分，則是本文所採取之立場，將少年人格權、子女人格權與婦女人格尊嚴「提升」到與憲法基本自由核心價值之地位。以本文觀點，該「特種人格權」僅是自由憲法核心價值在特定族群之投射，仍屬概括抽象之價值，無法以具體特定之基本權加以理解。



二、建構「身心障礙者人格權」作為本文權利範疇

在釐清憲法之人格概念後，本文要進一步討論 CRPD 第 12 條第 1 項「法人格權」及第 2 項「法律能力之平等享有」等概念，應如何在憲法秩序中加以實踐？換言之，何種基本權利足以乘載 CRPD 第 12 條？本文認為，基於憲法、憲法增修條文及上述憲法解釋所肯認之人格自由保障，透過「身心障礙者人格權」之建構，應能將公約第 12 條規範意旨納入我國憲法人格自由保障體系中。

（一）憲法上之依據

依據憲法第 155 條，「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。」及增修條文第 10 條「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」足認國家對身心障礙者之生活照顧、自立發展等領域負有作為義務。儘管憲法作為義務尚無法作為證立此項權利之依據，但透過此國家義務，至少可以肯認身心障礙者之生存發展應為憲法之重要利益；毋寧前述大法官所肯認之「個人主體完整、人格發展自由與人性尊嚴」等憲法價值，才是決定身心障礙者人格權是否作為憲法權利之關鍵。CRPD 第 12 條是否具有此種性質？CRPD 委員會第 1 號一般性意見認為，第 12 條以第 3 條所揭示之一般原則為前提，也就是對尊嚴、自治（包括做決定與自立）之尊重、不歧視、充分有效之社會參與、尊重差異並接受障礙作為人類與人性多樣性之一部分、機會平等、無障礙、男女平等、尊重兒童障礙者發展中之能力並尊重其保有自我認同之權利。⁵⁴⁸換言之，第 12 條背後所追求之價值與我國憲法基本權保障理念高度重合，不僅皆包含對人性尊嚴（dignity）之肯認，自治也可對應到「人格自由發展」，而充分有效之社會參與亦可對應到上述憲法義務。從而公約第 12 條與我國憲法具有共通價值－人性尊嚴與人格自由發展。

⁵⁴⁸ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 4.

此外，也可從比較法角度出發。歐洲人權公約第 8 條私生活權（the right to private life）就是建立在人格自由發展之基礎上，其概念也與我國憲法人格權與人格價值之保障相符—包括姓名權、名譽權、性生活與個人自主等概念；並藉由歐洲人權法院歷來相當穩定之實務見解，確認「**發展與實現人格，並發展與他人、外在世界之關係**」作為私生活權之核心內涵，並藉由 ECtHR 之詮釋，亦足以印證身心障礙者—特別是精神障礙與智能障礙者—特別容易因各國監護制度對法律能力之限制或剝奪而受到侵害。因此法律能力之保障與私生活權—人格之自由發展與實現—息息相關。⁵⁴⁹

從歷來釋憲實務對「少年人格權」、「子女人格權」與「婦女人格尊嚴」及其他憲法解釋對人格自由之肯認，以及藉由國際公約—其中又以釋字第 587 號（子女人格權）與第 710 號解釋（遷徙自由及正當程序）為典型—論證我國基本權保障內涵之方式，透過 CRPD 第 3 條、第 12 條法律人格權之平等享有，以及憲法第 156 條、增修條文第 10 條對障礙者尊嚴、自立發展之保護義務，以及歐洲人權公約第 8 條保障私生活權之比較觀察，透過憲法第 22 條建構「身心障礙者人格權」作為憲法人格自由之保障網絡，應屬適論。⁵⁵⁰

（二）身心障礙者人格權之內涵

本文不對「個人主體性、人格自由發展與人性尊嚴」之概念為進一步區分。或有學理從比較法觀點，將我國人性尊嚴與人格尊嚴與德國基本法第 1 條與第 2 條進行對照，認為人性尊嚴作為憲法基本權保障之基礎，而人格自由發展作為憲法第 22 條概括基本權基礎，而後者又可稱為一般人格權，具有填補憲法與憲法解釋肯

⁵⁴⁹ 相關介紹請參閱本文「第三章、第二節、參、一」。

⁵⁵⁰ 此種解釋方法視憲法為一個整體，將基本國策與其他主觀權利之效力相互整合，以和諧發揮其效用，學者將之稱為「憲法一體性原則」。參閱，林明昕，前揭註 469，頁 1326-1337。應特別說明的是，林教授係透過該原則建構憲法「社會正義」基本價值，本質上所處理的是平等原則之分配正義；而本文對障礙者人格權之建構仍不脫傳統「防禦權」範疇，僅論述上借用該原則，將基本國策對障礙者之保護義務及歷來釋憲實務所肯認之人格權概念，重新整合為一個新興之基本權利。

認之具體人格權(如姓名權或名譽權)其他權利之補充功能。⁵⁵¹本文不採此種區分，原因在於憲法與增修條文未為此種區分，人性尊嚴(人格尊嚴)係在增修條文所肯認⁵⁵²，且大法官尚未單獨對此概念有清楚闡釋，僅在詮釋時一再重述「個人主體完整、人格自由與人性尊嚴」之概念作為列舉權或非列舉權所共同具備之基本價值(參閱本文表二及本節、壹、一之介紹)，由此可見大法官對此概念不詳加區別。本文認為，雖定義上透過名詞分析，此仍得再細分為不同範疇，⁵⁵³但此區分較無意義，因為個人主體、人格自由與人性尊嚴並非相互獨立之概念，毋寧彼此三位一體「互為補充、互為表裡」—共同作為一整體價值才能充分展現自由民主憲法之最大功能。也只有在這個概念下，本文所定義之「身心障礙者人格權」方能同時具備「維護個人主體、人格發展自由與人性尊嚴」之意義。

至於應如何定位此障礙者人格權？如依大法官對釋字第 664 號少年人格權與第 587 號子女人格權之詮釋，其應屬於憲法第 22 條概括基本權之範疇；換言之，其與其他憲法所保障之自由與權利位階相同，皆為特定之基本權，從而當基本權衝突時，依權衡法理判斷法益之先後順序。

如依本文前述看法，則障礙者人格權應為自由憲法核心價值在身心障礙者權利領域之展現，其仍有乘載諸基本權保障目的之抽象功能，而非具體權利。從而其他基本權在適用時仍應符合「身心障礙者主體完整、人格自由與人性尊嚴」之憲法最高價值。此種看法也正對應我國對 CRPD 所負有之履行義務(參閱本章第一節)，然而肯認障礙者人格權作為憲法核心價值，不表示公約規範就當然成為憲法內容，在授權說下，CRPD 與憲法仍有所區別，僅釋憲機關負有透過本國憲法實現公約價

⁵⁵¹ 李震山，前揭註 541，頁 154-155。王澤鑑，前揭註 545，頁 73-76。

⁵⁵² 人性尊嚴與人格尊嚴之概念是否等同，亦有解釋之困擾，學者王澤鑑教授認為二者應屬同義詞，本文從之。參閱，王澤鑑，前揭註 545，頁 73-74。

⁵⁵³ 所謂個人主體之完整，應可對應人在物理上(生命權與身體權)與精神上(人格之存有)之存在；而人格自由發展，則可對應「人可依照其意願，在法律範圍內實現自我」之自由；最後人性尊嚴所指涉的便是，人之存在應作為目的，而非客體(客體公式)。

值之注意義務，⁵⁵⁴至於如何詮釋、透過何種基本權實現等問題，大法官在此應享有一定之解釋空間。考量 CRPD 之實踐並非僅有第 12 條法律人格權，其他如平等（第 5 條）、無障礙（第 9 條）與人身自由（第 14 條）等概念，均有賴大法官進一步透過憲法解釋加以落實，為使大法官在詮釋公約時能彈性且兼顧個案需求，將障礙者人格權定為最上位之概念，意義並非在於宣示障礙者人權（CRPD）在憲法價值之最高性，而是如同本文對少年格權、子女人格權與婦女人格尊嚴之定位般，作為憲法價值中必須特別關照之領域。任何對基本權之解釋，都必須注意到身心障礙者被長期忽略、所受到之不平等對待，以及從醫療模式過渡到社會模式之典範移轉所具有之重大意義。肯認障礙者人格權作為憲法核心價值，並不是貶低我國憲法，而是在既有核心價值中「確認」一項長期受到忽視，而藉由 CRPD 之國際法義務加以肯認之人權價值。

本文以下對障礙者人格權之介紹，係從實務第 22 條之基礎出發，僅於必要時附帶對本文所支持之觀點提出說明。

障礙者人格權之內容，如僅就憲法之核心價值為觀察，仍有過於抽象、難以操作之問題。本文認為，考量 CRPD 第 12 條係以人格權為基礎承認障礙者之法律人格，而法律人格之核心要素就是法律能力（第 2 項），也就是國家應在法律上對其人格為承認—不僅是作為權利義務主體之法律地位承認（權利能力），還包括做出有效法律行為之能力承認（行為能力）；也只有當法律承認其作為享有權利、負擔義務之主體，並承認其意思表示具有法律效果時，障礙者人格之自由發展與人性尊嚴始能有意義存在。換言之，法律人格權應作為障礙者人格權之基礎，沒有法律人格權，就沒有障礙者人格；也只有當法律人格得到確保，人格權才有實現之可能。

值得說明的是，經國會通過、總統公布之 CRPD 中譯版，對於上述法律人格概念有翻譯上之錯誤。公約第 12 條第 2 項被翻譯為，「締約國應確認身心障礙者

⁵⁵⁴ 此係基於國際習慣法之善意原則。參閱，前揭註 522。

於生活各方面享有與其他人平等之**權利能力**。」⁵⁵⁵甚至連聯合國 CRPD 委員會所提供之官方中譯版亦使用「權利能力」一詞。⁵⁵⁶本文認為此屬翻譯疏漏，蓋藉由第 1 號一般性意見對公約文本之 legal capacity 所為之詮釋－將法律能力分為享有權利負擔義務之能力及行使該權利義務之能力－至少可以確認，法律能力（legal capacity）除對應我國民法權利能力外，更包括行為能力。⁵⁵⁷也只有在這個前提下對法律能力為理解，才不會被中譯版誤導，也才能對法律人格權為正確詮釋。

法律人格權（法律能力）既然作為障礙者人格權之核心概念，但也不能因此認為法律人格權就等同於障礙者人格權，前者僅作為後者之具體化概念之一。法律人格權所肯認之法律能力，也作為本文監護議題在憲法論述之基準點。以下行文所使用之法律人格權（法律人格）如無特別排除，則兼指障礙者人格權。

依照歷來釋憲實務對憲法基本權利之理解，基本權主要有：防禦權、受益權、國家保護義務與保護權、程序保障與制度性保障等功能。⁵⁵⁸但非所有基本權皆有此五大功能，其僅作為判斷基本權功能時可採取之思考方向。法律人格權作為具體之基本權利，其最主要之特徵應在防禦功能，意即抵禦國家之限制或剝奪。但如同其他基本權一般，法律人格權亦非絕對，僅能在符合憲法第 23 條比例原則之前提下為干預。民法監護制度就是對法律人格權之干預，依照民法第 15 條「受監護宣告之人，無行為能力」、民法第 15-2 條對受輔助宣告人之行為能力所為之限制，以及監護人對受監護人（民法第 1113 條準用第 1098 條，監護人為受監護人之法定代理人；第 76 條，無行為能力之人由法定代理人代為並代受意思表示）、輔助人對輔助宣告人於行為能力之行使所享有之權能（輔助人因民法第 1113-1 條未準用第 1098

⁵⁵⁵ 總統府公報，前揭註 467。立法院網站，前揭註 466，官方中譯版請參閱網頁所示之附件。

⁵⁵⁶ CRPD 委員會網站，<http://www.ohchr.org/CH/HRBodies/CRPD/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx#12>，（最後瀏覽日：2017 年 1 月 10 日）。

⁵⁵⁷ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 13. 亦可參閱本文第一章問題意識對此之初步介紹。

⁵⁵⁸ 許宗力（2006），〈基本權的功能與司法審查〉，氏著《憲法與法治國行政》，2 版，頁 184-204，台北：元照。

條第 1 項，故非受輔助宣告人之法定代理人，但基於民法第 15-2 條，受輔助宣告之人特定領域行為能力之行使，仍應獲得輔助人同意)，足認監護制度對障礙者人格權之行使構成干預，惟此干預是否符合憲法比例原則，仍屬另一層次之問題。而程序保障，據學者分析亦可再細分為積極意義與消極意義，前者指依基本權之本質，其實現仰賴國家積極介入，營造一個適於基本權實現之客觀環境，例如釋字第 364 號所肯認之「廣播電視自由」一課予國家公平分配頻率之義務，以及釋字第 603 號所肯認之隱私權－國家對所蒐集之指紋檔案採取組織與程序之必要防護措施－均有此種特色；而後者指涉國家在對基本權為干預時所應踐行之程序保障，此與美國法律所強調之正當法律程序（due process）相當，⁵⁵⁹此亦為國家對法律能力為限制或剝奪時所應遵守之原則，故從比例原則與正當程序之角度對我國監護制度進行檢討，應為適當；至於法人格權是否具有積極意義之程序保障權能，則囿於篇幅，以及本文討論主軸為國家「限制」法人格權時所涉及之憲法議題，對於法人格權是否如同廣電自由與隱私權仰賴國家在組織與程序上創設適於實現之環境，在所不問。

而受益權、國家保護義務與制度性保障等概念，雖不排除對法人格權亦有適用可能，⁵⁶⁰但考量本文所處理之監護議題，主要仍著眼於監護制度限制障礙者人格權

⁵⁵⁹ 許宗力，前揭註 558，頁 196-201。

⁵⁶⁰ 以國家之保護義務為例，此指國家應保護人民權利不受第三人侵害。釋字第 400 號涉及人民財產權之保障，大法官指出「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」釋字第 445 號涉及人民集會自由之保障，大法官認為「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權。國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」第三人對障礙者法律能力行使所為之干預，亦非難以想像，例如銀行拒絕視覺障礙者或腦性麻痺障礙者開戶，或要求其提供證人。但此種第三人對法律能力所為之限制與本文所討論之國家干預仍有所差別，討論時不應混同。

所觸及之防禦權與程序權議題，故其仍非本文所討論之議題之列。本文僅就防禦權之比例原則與正當程序，對監護制度之合憲性進行檢討。



除了從防禦權與程序權之角度檢視監護制度對障礙者人格權之干預，尚可從憲法第 7 條－中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等－所揭示之平等原則出發。監護制度既屬對精神障礙或智能缺陷者法律人格權之干預，則探究此干預是否對障礙者構成「無正當理由之差別待遇」，則有討論實益，特別是 CRPD 第 12 條第 2 項亦強調「國家應承認障礙者在與他人平等之基礎上享有法律能力」，此毋寧顯示出平等原則作為憲法與 CRPD 所共同追求之價值。甚至公約所要求之輔助決定制－廢除一切對障礙者法律能力為剝奪之制度，協助其表達意願與偏好－其最終目標就是在實現障礙者法律能力之平等享有。因此，平等原則在此議題上便有二種意涵，一是探討限制障礙者法律能力之監護制度是否與憲法第 7 條平等原則牴觸，二是如何使其在與他人平等之基礎上行使法律能力。公約所強調之平等觀，就是學理上所討論之「實質平等」，惟應說明的是，此非我國憲法實務所肯認之「實質平等」（見本節第「貳」部分之討論）。對於監護制度與憲法價值間之衝突，本文仍以實證憲法之平等原則為審查基準，這不是對於公約價值之忽略，而是基於一再強調之「公約與憲法之區辨」對研究方法與範圍之限制（此部分將在後續段落進行討論）。

（三）身心障礙者人格權與其他基本權之關係

對障礙者法律能力之剝奪（監護宣告）或限制（輔助宣告），首要對財產權之行使產生干預，受監護宣告之人應由監護人（法定代理人）代為並代受意思表示，而受輔助宣告之人儘管其法律能力未受剝奪，但特定法律行為－如合夥、消費借貸或不動產處分等重大財產權之行使－應得輔助人同意。儘管民法第 1113 條與第 1113-1 條準用第 1100 條，使監護人與輔助人在執行職務時適用「善良管理人」注意義務；甚至第 1112 條更要求監護人「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。」然

考量監護人與輔助人對本人財產事務之行使仍具有相當之決策權限，故而障礙者依憲法第 15 條及釋字第 400 號—確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能—所享有之財產權保障，便因此受到監護制度之限制。

監護宣告與輔助宣告之法律效果，亦連帶使訴訟權之行使受到影響。受監護之人依據民事訴訟法第 45 條與行政訴訟法第 27 條，因其不具備獨立以法律行為負義務之行為能力而欠缺訴訟能力，應由法定代理人為其利益進行訴訟行為；而受輔助宣告之人儘管具有訴訟能力，但依民法第 15-2 條，訴訟行為仍應取得輔助人同意始生效力，且縱使輔助人已同意其進行訴訟，但對民事案件之「捨棄、認諾、撤回、和解」依民事訴訟法第 45-1 條，仍應取得輔助人之書面特別同意。值得注意的是，在涉及人事訴訟與非訟程序之家事事件法對障礙者之程序能力有特別規定，受監護之人如在訴訟中有「意思能力」（識別能力）者，則在涉及身分及人身自由之訴訟程序，為有「程序能力」，對此，受輔助宣告之人依相同法理，參酌修法理由說明，至少就單純之訴訟行為，應能獨立為之；⁵⁶¹甚至於監護宣告程序中，應受宣告之人依家事事件法第 165 條規定亦有程序能力。相較於民事訴訟法與行政訴訟法，家事事件法對受監護人之訴訟能力有顯著保障。

至於身份行為所涉及之婚姻家庭權，則因我國民法係以意思能力為基礎，不論本人是否有完全行為能力；故而障礙者在此亦能從事結婚、離婚、收養等身分行為，不受監護宣告與輔助宣告影響。⁵⁶²

障礙者人格權也與選舉權相關，依照公職人選舉罷免法第 14 條、公民投票法第 7 條及總統副總統選舉罷免法第 7 條規定，受監護宣告之人無選舉權。即便障

⁵⁶¹ 本條之立法理由「...至於受輔助宣告之人依民法第十五條之二規定雖不因輔助宣告而喪失其程序能力，但就其涉及丙類財產權家事訴訟事件所為之訴訟行為，依本法第五十一條準用民事訴訟法第四十五條之一、第五十條、第五十六條第二項之規定辦理，其中受輔助宣告之人為捨棄、認諾、撤回、和解，並應經輔助人以書面特別同意，附此說明。」

⁵⁶² 參閱，戴瑀如，前揭註 97，頁 187。

礙者本人在投票當天恢復意思能力—知悉投票之意義與效果，仍無法行使此公民權。⁵⁶³

結社自由也是另一個與障礙者人格權息息相關之權利。人民團體法第 8 條規定，受監護宣告之人不得任團體發起人；商業團體法第 17 條、工業團體法第 17 條與教育會法第 16 條則規定其不得任會員代表、漁會法第 17 條及農會法第 16 條則規定其不得成為會員，此直接剝奪障礙者依憲法第 14 條及釋字第 479 號解釋所肯認「組成團體並參與其活動之自由」。⁵⁶⁴

職業自由與服公職之權利則是另一項以障礙者人格權為基礎之權利。行政法人法第 6 條、證券交易法第 54 條、醫療法第 45-1 條，分別對受監護宣告或輔助宣告之人，擔任行政法人、醫療財團法人之董事、監察人或為證券商受雇與有價證券營業行為直接有關之業務人員進行限制。律師法第 4 條、會計師法第 6 條，則禁止其擔任律師或會計師；並依照教師法第 14 條，構成解聘、停聘或不續聘之事由；依照公職人員選舉罷免法第 26 條與總統副總統選舉罷免法第 26 條、公務人員任用法第 28 條、法官法第 6 條及第 42 條規定，亦將監護宣告與輔助宣告列為禁止擔任公職之事由。在此情形，憲法第 15 條「選擇職業之限制」與第 18 條「依法令從事於公務之權利」，將因民事之監護宣告與輔助宣告而受到重大影響。⁵⁶⁵

除上述權利之外，學理通說認為，監護人基於民法第 1113 條準用第 1097 條，有關「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。」規定，使監護人依第 1084 條對受監護人行使「保護及教養之權利義務」，對障礙者所享有憲法居住自由之住所選定享有決策權限⁵⁶⁶，本文認為，此甚至實際上已使監護人對憲法第 22 條一般行為自由—例如生活起居、人際交往、

⁵⁶³ 參閱，黃詩淳，前揭註 33，頁 76。

⁵⁶⁴ 參閱，黃詩淳，前揭註 33，頁 77。

⁵⁶⁵ 參閱，黃詩淳，前揭註 33，頁 76-77。

⁵⁶⁶ 黃詩淳，前揭註 35，(2014)，頁 147。林秀雄，前揭註 99，頁 145。

文化娛樂等事務一享有決策權能，使得障礙者在財產事務與一般生活事務（食衣住行）皆受到監護效力之廣泛影響。⁵⁶⁷

綜上所述，至少可以肯認障礙者之法律人格權，除監護宣告與輔助宣告對財產權及生活領域所為之干涉（輔助宣告僅涉及財產領域）外，亦直接剝奪選舉權、訴訟權、結社自由、居住自由、職業自由與服公職權等權利。可見法律能力對障礙者人格權以及其他憲法權利之實現有重大影響，此亦符合 CRPD 第 1 號一般性意見對監護制度之描述。⁵⁶⁸從而民法監護制度對人格權之限制，是否能合乎 CRPD 第 12 條，乃至於憲法第 23 條比例原則、正當程序與平等原則等規範，即有探求實益，本文分述之。

貳、從障礙者人格權檢視監護制度之合憲性

應如何在憲法脈絡中實踐公約第 12 條法律能力與輔助決定制？我國民法第 14 條與第 15-1 條所建構之監護制度又應如何在憲法與 CRPD 之脈絡中進行評價？問題核心在於，輔助決定制之實踐，最適合憲法領域實現之目標為何？公約之實踐在憲法與法律層次上也各有不同答案，憲法最適合處理抽象、上位之基本權議題，而法律層次則是在基本權之基礎上將權利具象化。對憲法實踐而言，最重要之課題應是釐清監護制度對障礙者人格權之限制，是否合乎憲法標準。故審查標的應為民法替代決定制，而非理論上有待進一步釐清之輔助決定制；更具體而言，**憲法實踐處理的是，論證現行監護制度是否違憲，釐清障礙者人格權之保護界線，建構適於法律能力實現之框架秩序。**

⁵⁶⁷ 亦有觀點從民法第 1112 條推論監護人對財產、人身、照護以及日常生活事務所享有之管理權限。參閱，黃宗樂、郭振恭、陳棋炎（2014），《民法親屬新論》，頁 483-484，台北：三民。陳惠馨（2016），《民法親屬編—理論與實務》，頁 315-316，台北：元照。

⁵⁶⁸ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 8.

因此，本文必須論證民法第 14 條監護宣告與第 15-1 條輔助宣告對憲法第 22 條障礙者人格權之限制，是否符合憲法標準。應對審查標的為說明的是，監護制度對障礙者人格權之限制，據本文前述分析，其法律效果涉及財產權、訴訟權、職業自由、一般行為自由等權利；然而，基於篇幅考量，本文不對此法律效果影響所及之各項權利逐一分析，而僅就最核心之法人格權進行討論。從而歐洲人權公約第 8 條「私生活權」、CRPD 第 12 條「法人格權」與憲法第 22 條「障礙者人格權」三者間，才能在本文脈絡中產生交集。

一、障礙者人格權與比例原則

憲法第 23 條比例原則作為釋憲機關檢視基本權限制時之審查標準，此已為歷來憲法解釋所肯認。⁵⁶⁹其具體之判斷標準，釋字第 476 號認為，「倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則...」而釋字第 554 號更進一步說明，「倘立法目的具有正當性，刑罰手段有助於立法目的達成，又無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦處於合乎比例之關係者，即難謂與憲法第二十三條規定之比例原則有所不符。」⁵⁷⁰並依照學者脈絡化分析，上述概念得依序以「目的正當性」、「手段適合性」、「手段必要性」、「限制妥當性」等進行體系化之思考。⁵⁷¹本文亦順著此脈絡討論民法監護制度對障

⁵⁶⁹ 參照司法院釋字第 436 號（人身自由）、第 440 號（財產權）、第 445 號（集會自由）、第 471 號（人身自由）、第 476 號（人身自由、生存權）、第 490 號（宗教自由）、第 554 號（性行為自由）、第 584 號（職業自由）、第 603 號（隱私權）、第 644 號（言論自由、結社自由）、第 656 號（不表意自由）、第 664 號（少年人格權）、第 689 號（新聞自由）、第 690 號（人身自由）、第 699 號（行動自由、職業自由）、第 702 號（職業自由）、第 709 號（居住自由、財產權）、第 710 號（人身自由）、第 712 號（收養自由）、第 744 號（言論自由）、第 749 號（職業自由）。

⁵⁷⁰ 相同思考脈絡，可參照（但未窮盡）釋字第 709 號、第 699 號、第 702 號、第 710 號、第 712 號、第 690 號、第 664 號、第 584 號解釋等。

⁵⁷¹ 許宗力（2006），〈比例原則與法規違憲審查〉，氏著《法與國家權力（二）》，頁 88-91，台北：元照。值得注意的是，許大法官在文中認為大法官對比例原則之操作，尚未明白肯認「手段適合性」，



礙者法律能力之限制或剝奪，是否符合憲法第 23 條對障礙者人格權（法人格權）為限制時所應遵循之比例原則。

（一）目的正當性

目的正當性要求國家對基本權之限制必須合乎憲法第 23 條所列舉之一防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益—正當目的。此往往涉及不確定法律概念之詮釋，蓋社會秩序、公共利益等概念仍過於抽象、不確定，有賴大法官在個案中進一步說明，而實務向來多從寬認定，例如「維護乘客生命、身體及財產之安全，確保社會治安，建立計程車安全營運之優質環境，增進營業小客車之職業信賴」、「保護乘客安全及維護社會治安，係為追求重要公共利益...」⁵⁷²「確保臺灣地區安全及社會安定」⁵⁷³、「避免少年之安全遭受危害，並使法官得對少年進行觀察，以利其調查及審理之進行...維護少年健全成長」⁵⁷⁴、「阻絕傳染病之傳染蔓延，維護國民生命與身體健康」⁵⁷⁵就往例觀察，大法官罕有直接對目的正當性為否認者。⁵⁷⁶

民法監護制度於 2008 年之修法，對第 14 條與第 15-1 條所提出之修法與立法理由為「保護受監護宣告之人，維護其人格尊嚴，並確保其權益」、「充分保護精神障礙或其他心智缺陷者之權益」，⁵⁷⁷輔以本文所嘗試建立之一以「身心障礙者人格權」為基礎之一「法人格權」所蘊含之人格自由發展與人性尊嚴，二者可謂完全重

意即手段有助於目的之達成，並參考德國學說與釋字第 476 號，認為此原則應為論理之必然。此概念在近來大法官解釋中已逐漸獲得肯認，討論手段是否有助於目的之達成作為比例原則之判斷要素，已為實務通說所肯認。

⁵⁷² 司法院釋字第 584 號解釋、第 749 號解釋。

⁵⁷³ 司法院釋字第 712 號解釋。

⁵⁷⁴ 司法院釋字第 664 號解釋。

⁵⁷⁵ 司法院釋字第 690 號解釋。

⁵⁷⁶ 許宗力（2006），〈比例原則之操作試論〉，氏著《法與國家權力（二）》，頁 123-124，台北：元照。

⁵⁷⁷ 總統府公報，總統華總一義字第 09700059171 號。

合。故從大法官對目的正當性之檢驗標準進行推測，民法監護宣告與輔助宣告制度應符合憲法正當目的之要求。

釋憲實務對正當目之寬鬆認定，也與歐洲人權法院審查歐洲人權公約第 8 條，限制私生活權所應符合之正當目的所採取之寬鬆態度相似。後者同樣要求比例原則、正當目的 (*legitimate*) 與合法性，但 ECtHR 不是僅就必要性為審查 (*Shtukaturov* 案)，就是對其他要件輕輕放下 (*X and Y* 案)。⁵⁷⁸目的正當性向來非私生活權審查之重點，毋寧必要性與公平程序才是法院著重之實質標準。本文認為，目的正當性作為比例原則之第一道關卡，其意義在於判斷系爭法律是否符合憲法所追求之價值，就算是寬鬆認定，仍應對限制目的與憲法第 23 條所列舉利益間之關聯為說明。所謂「維護人格尊嚴、確保權益」屬於「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益」之何者？至少從釋字第 664 號對正當目的之思考脈絡，「避免障礙者因精神障礙、智能缺陷之因素導致權利遭受損害、維護其人格自由」應屬妥適之說理。

(二) 手段適合性

手段適合性檢討法律所採取之措施是否有助於目的之達成。監護制度是否能實現維護障礙者人格尊嚴及權益之立法目的，即有探求必要。對受監護宣告之人而言，宣告之法律效果剝奪其行為能力，並依本文整理，此亦直接剝奪其財產權、一般行為自由、結社自由、訴訟權、選舉權、服公職權與職業自由等權利；而這些權利往往都與憲法之核心價值－同時也是監護制度之立法目的－人格自由與人性尊嚴嚴重牴觸，何以透過對人格自我實現具有本質上重要性之法律人格權為限制或剝奪能夠實現障礙者之人格尊嚴？此不啻為邏輯矛盾。惟或有觀點可以支持此權利侵害之適合性：因精神障礙、智能缺陷而喪失生活自理能力，須仰賴他人協助照顧其生活起居者（例如植物人、失智症或自然衰老之情形），透過監護人對障礙者

⁵⁷⁸ 參閱本文第三章第二節、參、二、(一)之說明。

行為能力之積極干預，維持生存基本需求以實現障礙者人格尊嚴；或基於保護障礙者因智慮不周而無法透過協商機制締結公平合理之財產契約、避免成為詐欺取財之受害者，透過對法律能力之剝奪，並賦予監護人作為法定代理人代為並代受意思表示，以保護其財產權之行使不因精神障礙或智能缺陷而受到影響。此二種情形，前者基於維持障礙者生存發展以實現人格尊嚴；後者是基於維護財產權自由使用處分收益之權能不受障礙因素之影響，至少就適合性而言，不能否認此在某種程度上確實實現障礙者人格尊嚴。

受輔助宣告之人，儘管立法理由認為其「不因輔助宣告而喪失行為能力」，且輔助人如有濫用其同意權之情事，依民法第 15-2 條第 4 項，本人亦得向法院聲請許可後為之，此足以保障其能力之行使⁵⁷⁹。但本文認為，只要制度容許第三人—不論其為輔助人或法院—對其自我決定為干預（例如重大財產處分、訴訟權行使等）即屬對法律能力之限制。與監護宣告之思考相同，儘管法律能力之限制確實構成對障礙者人格尊嚴之干預，但就保護障礙者財產權之行使不因此障礙因素受到影響之立法目的，法律賦予輔助人同意權能，確實有助於實現監護制度所追求之人格尊嚴。⁵⁸⁰

（三）手段必要性

手段必要性檢視立法者所採取之手段，是否為最小侵害之手段；換言之，若尚有其他較輕微之手段亦能達成相同目的，即與必要性相違。

⁵⁷⁹ 總統府公報，前揭註 577。

⁵⁸⁰ 儘管本文認為此種「手段適合性」之解釋應能為現行憲法實務所用，但就本文立場而言，前者觀點是將「障礙者人格權」隸屬於人性尊嚴下而與其他諸自由權並列，所以「限制法人格權作為實現其他權利」的說法，也才能說得過去，從而法人格權得作為實現其他自由與權利（如財產權）之手段。但如以本文所支持的，將障礙者人格權定性為憲法核心價值，作為其他自由與權利之基礎，則對此核心價值之限制，毋寧本質上也徹底否認「人格之自由發展與實現」，無法實現民法監護制度所欲追求之立法目的，進而與手段適合性有違。但本文論述仍以實務看法為主軸，僅以此管窺之見作為旁論。

CRPD 第 12 條第 4 項規定，「涉及法律能力行使之保護措施...應合乎比例且密切符合 (tailored to) 本人情況...」此與我國憲法比例原則之必要原則相當。對於憲法與公約比例原則之操作，本文認為，可以參考歐洲理事會 R(99)4 號建議所建構之「彈性原則」－所有保護措施應對應障礙之程度與情況、「能力之最大保留原則」－將意思能力之種類進行類型化區分，且基於能力會隨著時間而改變之前提，任何保護措施不得直接完全剝奪法律能力，而僅能在必要範圍內為之、「最小干預原則」－僅能在必要範圍內設置保護措施，如非正式輔助措施能為障礙者所用，應優先適用後者，以及「比例原則」－保護措施與能力喪失之程度間應合乎比例，且密切符合 (tailored to) 個人之狀況與需求。⁵⁸¹ 上述概念不僅環環相扣，也與本文在此所討論之必要原則息息相關；上述原則要求監護制度應符合本人之現況與需求，對應不同程度之能力欠缺，且輔助措施應先於法定措施為適用，盡可能保留障礙者剩餘之法律能力。⁵⁸²

我國監護制度採二元體制，意即監護宣告與輔助宣告並用，前者適用最嚴重之意思能力喪失－不能為意思表示或受意思表示，或不能識別意思表示之效果－如非完全「欠缺」而僅為「不足」者，則適用後者。此種二元體系是否符合彈性原則？如果以最嚴重之監護宣告為支點，則輔助宣告顯然就是作為避免法律能力陷於「全有或全無」之困境所為之彈性措施，使得保護機制能因應能力喪失之輕重程度而適用不同法律效果。⁵⁸³ 本文認為，是否符合彈性原則，並非著眼於監護制度之「類型化」觀察（這應該是補充性原則所處理之範圍，容後補述），毋寧法律效果是否具有彈性，才是彈性原則之判斷重點。就輔助宣告而言，民法第 15-2 條列舉六項應

⁵⁸¹ 詳細說明請參閱本文「第三章第一節、壹、一」之說明。

⁵⁸² 儘管 R(99)4 與 CRPD 間之價值存在本質上之差異，前者仍容許對法律能力為限制，而後者則強調在平等之基礎上確保法律能力之行使（二者之比較，參閱第三章第一節、壹、三）；但考量 R(99)4 對於比例原則之操作更為細緻，在不混淆二者之前提下，本文藉此進一步深化監護議題之比例原則思考。

⁵⁸³ 此亦為民法第 15-1 條之立法理由，參閱前揭註 577。

得輔助人同意之法律行為，其中第 1、2、5 款涉及財產權—為獨資、合夥營業或為法人之負責人。消費借貸、消費寄託、保證、贈與或信託。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。第 3、4 款涉及訴訟權—為訴訟行為，和解、調解、調處或簽訂仲裁契約。第 6 款涉及身分事項之財產權—為遺產分割、遺贈、拋棄繼承權或其他相關權利。上述範圍如仍有不足，則法院得依聲請權人或輔助人之聲請，指定其他應經同意之行為。上開事務領域顯然是以事務本質之重要性為區分，然彈性原則所重視的，正是保護措施是否能對應不同之障礙需求，儘管本人意思能力有所不足，但不代表其對所有法律所列舉之行為所需之能力一概不足，否則法律又何以承認純獲法律上之利益，或依其年齡或身分、日常生活所必需之能力不在應受輔助人同意之範圍之列？顯然第 15-2 條不否認障礙者在某程度上具有法律能力。如果本人具備對所列舉之行為所需之能力—例如不動產租賃之法律能力—法院在為輔助宣告時仍不得單獨豁免，仍應一併按照民法第 15-2 條之效力受到限制。此種一概而論之限制方式顯然欠缺彈性，無法反映本人實際之現況與需求，亦不合於 R(99)4 號建議所建構之「比例原則」，蓋保護措施必須密切符合本人現況。若保護措施對法律能力之限制逾越個案保護需求，同時也就不符合必要原則。⁵⁸⁴

對監護宣告而言，其亦應接受必要原則之檢驗。現行監護宣告對障礙者行為能力所為之剝奪，使其在財產行為上成為無行為能力之人。我國民法對能力之區分共分為三類：行為能力、責任能力與身分能力。行為能力對應財產行為、責任能力對應侵權行為，身分能力對應身分行為。本來監護宣告法律效果如僅限縮於財產行為，應不致對障礙者其他權利之行使為過度干預。但如本文前述分析，受監護宣告之人之民事訴訟權、職業自由、結社自由、選舉權、被選舉權、服公職權、一般人格自由等權利往往也被連帶剝奪。依照彈性原則對能力之類型化思考，可以發現並非所有財產行為所需之判斷能力都必然與行使其他權利所需之判斷能力相同，特

⁵⁸⁴ 參閱，黃詩淳，前揭註 35（2014），頁 151。

別是訴訟權、選舉權與被選舉權等權利。⁵⁸⁵透過此種類型化思考，對各權利所需之能力為獨立判斷，而非泛泛以財產行為之法律能力為一體適用之**唯一標準**，更是 R(99)4 號建議與第 1 號一般性意見所共同強調之原則。⁵⁸⁶現行制度過度仰賴行為能力之判斷，實有逾越必要原則之嫌。

上述對手段必要性之質疑，係體現在法條構成要件中。監護宣告與輔助宣告之法定要件，僅就決策能力－為意思表示、受意思表示、識別意思表示之效果－之強弱為依據，並未授予法官就監護**必要性**為判斷之權限；換言之，只要決策能力該當監護（或輔助宣告）之要件，法官依法**應**為監護宣告（或輔助宣告）。如此寬鬆之監護要件，使法院對監護必要性無法為個案裁量，做出合乎公約意旨、密切符合（tailored to）個人需求之監護裁定。⁵⁸⁷儘管法院對本人意思能力之判斷，按家事事件法應訊問醫療鑑定人，惟此程序保障仍無助於證明本人實際之保護需求，⁵⁸⁸因為意思表示能力之強弱與監護必要性仍屬二事，後者需要對障礙者之需求與資源進行充分評估，始能在最小干預之範圍內「量身訂做」出個人化監護措施，現行民法僅以意思表示能力之評估連結監護宣告之判斷，對法人格權造成過度干預，與手段必要性原則有違。⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ 參閱，黃詩淳，前揭註 33，頁 77-78。

⁵⁸⁶ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 31. 另請參閱本文第三章第一節對 R(99)4 號建議之介紹。

⁵⁸⁷ 對於監護法定要件之思考，也可從監護案件之准許率加以觀察。以 2016 年為例，當年共結案 8269 件，其中准許（包括部分准許部分駁回）案件就有 6074 件，占總體結案數之 70.3%；據學者統計，自新法施行以來，監護案件准許率幾乎都在七成以上。參閱，司法院統計處，前揭註 14，表 9-103；Sieh-Chuen Huang, *supra* note 14, at 133. 至於是否正因欠缺監護必要性之判斷，而導致此種高准許率，或是因監護案件之非訟性質使然，本文無法斷定。惟無論如何，一旦加入必要性之思考，可以預期此將導致監護准許率之下降。

⁵⁸⁸ 參閱，李立如（2015），〈成年監護制度與法院功能的演進－以受監護人權益保障為中心〉，《東海大學法學研究》，第 45 期，頁 146-147。

⁵⁸⁹ 學者吳建昌教授認為民法第 14 條與第 15-1 條構成要件中「不能」、「顯有不足」等要件，足使法官能就監護必要性之判斷享有裁量空間。參閱，吳建昌，前揭註 10，頁 316-317。本文對此持保

另一項肯認替代決定制之觀點，便著眼於重度障礙（例如植物人、重度失智者）之情形。如障礙者完全喪失對外界之理解能力，在此極端狀況下所為之能力剝奪，是否能通過必要原則之檢驗？⁵⁹⁰儘管第 1 號一般性意見認為在任何條件下皆不得對能力為剝奪，這確實也是部分歐洲國家與公約第 12 條間價值衝突最劇烈之爭議所在（參閱第二章第二節）。本文不否認在此種情形，重度障礙者較其他障礙者，國家對人民法律能力為干預之正當性更為強烈，但我國民法第 75 條既已規定，「無行為能力人之意思表示，無效；雖非無行為能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者亦同。」換言之，只要意思表示係在無意識或精神錯亂之狀態中為之者，皆為無效，此應足以保障重度障礙者之權益，無須再疊床架屋透過監護制度對法律能力為概括剝奪；⁵⁹¹欠缺意思能力之意思表示（第 75 條後段）仍為無效，

留看法，蓋就文義觀之，不能、不足者，所指涉之對象為意思能力—為意思表示、受意思表示、識別意思表示之效果—而非監護之必要性，實務仍是以意思表示能力之強弱作為監護與否之依據，監護必要性之思考，仍有待立法者進一步充實。

⁵⁹⁰ See Glen, *supra* note 36, at 165-167.

⁵⁹¹ 二者的主要差別，在於法律能力之判斷時點。民法第 75 條對法律能力（行為能力）之認定採取個案認定標準，以意思表示之時點作為判斷表意人是否處於「無意識或精神錯亂」狀態。依照民事訴訟法第 277 條，由主張意思表示無效之一方（障礙者）對其行為當下之意思能力（無意識或精神錯亂之狀態）負舉證責任，由意思表示之相對人負擔「證明表意人無民法第 75 條適用」之反證責任；而民法第 15 條對法律能力之剝奪，是以監護裁定作為基準時點，本人之法律能力於裁定確定時受抽象剝奪，此無由於個案舉反證推翻。何者對法人格權之限制較輕微，昭然若揭。值得說明的是，我國民法第 75 條係參考自德國民法第 105 條，二者規範思維如出一轍。參閱，陳自強，前揭註 10，頁 44。對於障礙者法律能力之抽象剝奪（自始排除或限制其作為適格之交易相對人），能避免意思表示動輒無效或撤銷，有助於交易安全之維護，亦能避免障礙者財產事務受詐欺之風險，且障礙者在訴訟上僅須證明自己為受監護宣告或輔助宣告之人，舉證甚為便利；然而依本文看法，法律能力制度如不適用民法第 15 條，而是依第 75 條個案判斷，後者反而使障礙者須負擔證明自己無意思能力之舉證責任，相較之下，似乎現行制度較能保障障礙者財產安全與公眾之交易安全。對此質疑，本文認為，固然交易安全確實作為重要公共利益，然其並非絕對之價值（如同障礙者權利亦非絕對），其未必高於障礙者財產保障所欲追求之公益目的。其次，對於民法第 75 條舉證責任之分配，亦應注意民事訴訟法第 277 條但書—舉證責任轉換—之概念，如要求意思能力欠缺或不足之障礙者負擔意思能力之舉證責任有顯失公平者，此證明責任—證明障礙者表意時之意思能力—法院在個案上亦得裁定由相對人負擔。考量身心障礙者做為弱勢群體，以及憲法與 CRPD 所課予國家之



不因本人是否受監護宣告而有影響，從而現行監護制度過早、概括地對法律能力為剝奪，並以該監護宣告連結各項憲法基本權之限制，造成權利之過度侵害，而與必要原則有違。

除重度障礙者外，如何回應其他障礙者之照顧需求，也是一項值得討論之議題。相較於適用監護宣告之重度障礙者，具有部分意思能力、適用輔助宣告之障礙者，因其仍可能與他人從事法律行為，如何確保其不成為詐欺之受害者、或因一時思慮不周締結有害其利益之契約、如何權衡障礙者之保護需求、法人格權與交易安全等重要價值，必要原則之思考在此也更顯重要與複雜。在舊民法禁治產制度時期，家長團體曾反映智能障礙者與銀行間之借貸爭議，⁵⁹²研究報告也顯示障礙者在財產事務缺乏有效資源，⁵⁹³僵化之一元監護制度，無法滿足所有障礙者之保護需求，此也是促成 2008 年監護制度修法之原因之一。⁵⁹⁴現行輔助宣告制度列舉特定應得輔助人同意之法律行為，正著眼於避免此類交易風險之發生，但這也構成障礙者人格自由發展與實現之阻礙。

保護義務，民法第 75 條之適用未必不利於身心障礙者。實務目前對「舉證責任轉換」概念之操作，有從「訴訟類型特性與待證事實之性質、當事人間能力、財力之不平等、證據偏在一方、蒐證之困難、因果關係證明之困難及法律本身之不備」之方向出發（最高法院 106 年台上字第 947 號民事判決），如將此適用於民法第 75 條，則考量障礙者與相對人間能力之差異、若個案上由障礙者負擔「證明表意時為無意識或精神錯亂狀態」之本證責任顯失公平者，依照誠信原則與公平正義之法理，由相對人證明表意人表意時「無」民法第 75 條所列舉之狀態，亦不失為一合理分配舉證責任之舉措。

⁵⁹² 舊法時期未達禁治產程度之障礙者在與銀行往來時，因身體機能因素未能即時有效的對財產事務進行適切安排，進而負債累累導致消費糾紛。參閱，中華民國智障者家長總會網頁，〈銀行浮濫發卡、保護虛晃一招〉，http://www.papmh.org.tw/ugC_Action_Detail.asp?hidPage1=6&hidActionCatID=1&hidActionID=26&hidActID=2（最後瀏覽日：2017 年 7 月 8 日）。

⁵⁹³ 法務部（2002），《民法成年監護制度之研究》，頁 229-234。法務部網頁，<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=432414&ctNode=36912&mp=001>（最後瀏覽日：2017 年 7 月 8 日）。

⁵⁹⁴ 參閱，林誠二（2008），〈民法總則禁治產修正草案－成年監護制度之評析〉，《法令月刊》，第 59 卷第 1 期，頁 32-33。

本文認為，監護制度必要性之思考，前提必須是能夠達成制度所欲追求之目的，換言之，「在所有能達成保護需求之措施中，選擇一個干預最輕微之手段」正是必要原則之核心價值。從而障礙者之財產保障與法人格權並非相互對立之價值，本文對民法第 15-2 條之質疑，在於法條所列舉之範圍涵蓋過廣，從法律行為之類型進行限制，並非達成保護目的所需之最小干預手段。未必所有消費借貸、合夥等財產事務之處分與負擔對障礙者而言皆有保護需求，真正會對障礙者造成重大影響者，除法律行為之性質以外，也不能忽略標的價額之影響，換言之，「質」與「量」的綜合思考，才能更細膩的對問題作出回應，而這正是現行輔助宣告制度所未能顧及之論點。本文未必反對監護制度對障礙者財產事務有特殊安排，而是強調在達成保護目的之同時，也應滿足能力之最大保留與最小干預。⁵⁹⁵第 15-2 條之類型化思考，固然使障礙者能夠完整得到輔助人之協助，但過猶不及的「套餐式權利清單」，也再度陷入當初禁治產制度所面臨之困境。保護措施如果缺乏彈性、無法回應個案需求，往往也無法通過憲法第 23 條必要原則之檢驗。

R(99)4 號建議之「最小干預原則」在我國監護制度與法人格權比例原則之審查中，所提供另一項思考上之啟發，在於其次要原則「補充性原則」(subsidiarity)之應用。補充性原則強調監護機制之多元性，若其他更輕微之保護措施—例如代理權授予(意定監護)或親屬照顧—足以滿足保護需求時，則優先適用該措施。此概念亦為部分歐洲國家所採用(本文第二章第二節)。⁵⁹⁶按現行民法監護機制，監護宣告與輔助宣告皆為「法定監護」，由聲請權人依民法第 14 條或第 15-1 條，向家事法院聲請監護或輔助宣告，此時法院依法應依照相關醫療鑑定報告做出監護宣告、輔助宣告或駁回等裁定。本文已在上述段落說明此制度欠缺彈性，而在法律效

⁵⁹⁵ 對於舊法禁止產時期之消費借貸爭議，在法律行為質與量之綜合思考下，結論就不會只是從法律類型進行限制，而是綜合就交易類型與金額，在符合本人實際需求之前提下，妥適進行安排(例如，標的為新台幣 10 萬元以下之消費借貸不須輔助人協助，得由受輔助人自行為之；10 萬以上者，應有輔助人之協助，並基於交易安全之考量，適度課予障礙者揭露自身資訊之告知義務)。

⁵⁹⁶ 例如德國民法即採此原則。參閱，鄧學仁，前揭註 138，頁 99。

果之外，現行機制對障礙者之保護又過於狹隘，法院僅能就二種法定監護類型作出裁定；就「補充性原則」觀之，如果制度上存在第三種限制更輕微且更尊重本人自我決定權之保護機制，亦更能衡平障礙者法人格權與保護需求間之衝突。

從本文第二章與第三章歐洲經驗之考察，特別是 R(99)4 與 Rec(2009)11 號建議對於正式與非正式保護機制之建構（此亦為第 1 號一般性意見所強調），本文認為，如能引進歐洲行之有年之「意定監護」機制，並制定意定監護效力先於法定監護之適用順序，此一方面能減少訟源，節省訴訟資源，二來更能使監護制度兼顧不同層面之需求，當事人意思優先之意定監護，使當事人在有意思能力時，就能對將來可得預見之能力喪失事先安排，除得自由選任監護人外，更能指定代理權行使之範圍與方式，例如授予代理人在財產領域（如不動產處分或日常生活領域）或身分領域（遺囑之內容）中，以替代決定或輔助決定之方式為本人管理事務之權限。基於本人最知悉自身利害之前提，意定監護之效力先於帶有家父長主義之法定監護，法院僅為必要之程序監督，例如公證或定期檢討。⁵⁹⁷

儘管意定監護有上述法定監護所不能企及之優點，現行制度是否因欠缺意定監護而牴觸手段必要性原則？本文暫持保留看法，蓋現行民法第 14 條第 15-1 條已透過「彈性原則」之分析得出違憲結論，意定監護之設置毋寧更適合在立法論中加以理解；如何在制度上設計一符合公約第 12 條輔助決定制之監護體制，意定監護之討論有其必要，惟此非憲法審查之核心議題。

本文此種手段必要性之思考不免與當初監護修法之價值理念產生衝突。參考 2008 年民法第 1099 條之修法理由，新法將監護之監督機關由舊法時期之親屬會議

⁵⁹⁷ 關於意定監護，立法院已有立委提出民法修正草案，在民法親屬編成年監護增設第二節之一，引入意定監護制度（立法院第 9 屆第 2 會期第 7 次會議議案關係文書，院總第 1150 號。）就草案內容觀之：民法第 1113-2 條草案，「稱意定監護契約者，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。」可以發現其僅涉及監護人選之指定，不僅排除輔助宣告之適用，對於代理權所得行使之範圍亦無由決定，且法院仍舊做為監護制度之決定主體。儘管立意良善，此仍與 CRPD、歐理會所強調之意定監護有相當之差距。

移轉為法院，正是因應親屬會議在現代社會逐漸式微之趨勢，現代監護制度也相當程度強化國家對人民私領域之干預，進而將監護制度之運作重心由親屬監護調整為國家。⁵⁹⁸對照本文所參考之補充性原則以及手段必要性之檢驗，此種「非正式措施先於正式措施」之思考，再度回頭重視家庭資源對監護制度之功能，某程度也與當初修法所強化之國家保護思維有所衝突。

對於上開質疑，本文認為，即便國家有對人民法律能力為干預之動機與理由，也不當然導致國家在個案上就應立即介入。換言之，國家干預之時點與程度一也正是另一種手段必要性之檢驗。根據內政部統計資料顯示，居住於家宅之身心障礙者佔總體障礙人數之 92.84%，⁵⁹⁹其中多數障礙者（93.31%）皆與家人（配偶、子女、兄弟姊妹等）同住，⁶⁰⁰且多數作為監護適用主體之障礙者，在日常生活事務中（例如上街購買日用品、理財、家事活動），亦多有困難，⁶⁰¹此也突顯家人資源對於精神障礙、智能障礙者之重要性，將國家定性為監護制度之監督者，不代表障礙者之親屬就不再參與照顧事務，統計資料剛好顯示相反之情況一障礙者或多或少在特定生活事務上有賴他人之協助，而絕大多數障礙者與家人同住。本文認為，正因著眼於此特殊現象（監護之管制中心為法院，而實際照顧者往往為障礙者家屬），補充性原則在此更顯得意義重大，強調此原則之意義不在使家屬（照顧者）取得不受節制之照顧、管理權限，而在於使法院作為監護措施品質之擔保者，可以更彈性、且兼顧本人實際照顧需求，制定出合乎 CRPD 意旨之監護宣告與輔助宣告。換言

⁵⁹⁸ 參閱，戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註 98，頁 527。

⁵⁹⁹ 如依障別進一步細分，植物人（45.09%）、失智症患者（74.74%）、慢性精神病患者（83.47%）、智能障礙者（94.21%）、自閉症患者（98.82%）居住在家宅中。內政部（2013），《中華民國 100 年身心障礙者生活狀況及各項需求評估調查報告》，第 1 冊，頁 83，台北：內政部。

⁶⁰⁰ 內政部，前揭註 599，頁 90。

⁶⁰¹ 以上街購買日用品為例，智能障礙（58.00%）、植物人（100%）、失智症（89.75%）、自閉症（55.32%）、慢性精神病患者（33.88%）為有困難。內政部，前揭註 599，頁 121-122。

之，障礙者之保護需求與家人所扮演之照顧者角色，二者之間並不衝突，手段必要性之思考就是可行之解決方案。



(四) 限制妥當性

此原則判斷受國家干預之基本權與干預措施所欲追求之價值間，二者是否顯失均衡，此又稱為狹義比例原則。⁶⁰²公約第 12 條第 4 項規定，「保護措施應與對本人權利與利益之影響合乎比例」，顯然憲法比例原則與公約在此有共同交集。要對基本權進行比較，前提須先就權利價值進行排序，以作為比較基準。對此實務目前未有客觀一致之標準，⁶⁰³學理有從「侵害之強度」與「所獲得之利益」進行觀察，如對基本權所造成之侵害愈高，則所獲得之利益也應越高。⁶⁰⁴本文對障礙者人格權之定位設有實務及本文看法二說。前者從憲法解釋對少年人格權與子女人格權之解釋模式加以觀察，認為具有相似特質之障礙者人格權應屬憲法第 22 條範疇，換言之，其作為憲法保障之諸基本權之一；而本文看法認為，考量人格權所涉及之人格自由發展同時也是憲法基本權保障之核心價值，故而其本質應優於其他基本權。如以此種區分對狹義比例原則為討論，後者應可直接得出任何對法人格權之限制皆欠缺限制妥當性之結論，而前者仍須個案判斷，未必障礙者人格權必然優於或次於其他權利。

首先就實務觀點出發，討論民法監護制度對法人格權之限制與其所追求之價值間是否顯失均衡？監護制度所追求之價值為維護障礙者人格尊嚴，保護其權利之行使不因障礙而受到損害，此已為前述討論所介紹；考量此制度對其財產權、訴訟權、一般行為自由、職業自由、選舉權、被選舉權、結社自由等權利所造成之限

⁶⁰² 參閱，許宗力，前揭註 576，頁 133-134。

⁶⁰³ 以釋字第 712 號所涉及之婚姻家庭權對「確保臺灣地區安全及社會安定」之權衡為例，大法官也僅是說明收養自由之價值優於立法目的，並未說明判斷依據及理由。蓋論理上如果在必要性階段之探討已得出違憲結論，大法官亦無必要再就妥當性為說明（如釋字第 644 號、第 664 號），故而無法就少數個案梳理出通案判準。

⁶⁰⁴ 參閱，許宗力，前揭註 576，頁 135-137。

制（侵害之強度），即便本文亦同意現行制度所追求之目的對障礙者而言應屬重大權利，但考量監護制度同時也對系爭權利所蘊含之人格自由與人性尊嚴之實現構成限制，完全剝奪障礙者人格自由實現之可能（獲得之利益）。二者間已欠缺均衡。

至於輔助宣告，儘管與監護宣告具有相同之立法目的，但考量其僅對障礙者法律能力之行使為限制—而非剝奪，對於輔助人所得干預之範圍亦限定於重大財產事務與訴訟權，且輔助宣告之「外溢效果」也不若監護宣告來得強烈—主要係著重於被選舉權、職業自由、服公職權等權利，二者間似無顯失均衡。⁶⁰⁵但如從 CRPD 第 12 條所揭示「法人格權不得限制或剝奪」之觀點—同時也是本文觀點—出發，法人格權既然作為自由之核心價值，無法作為利益權衡所比較之對象，則任何對法人格權之限制或剝奪即屬顯失均衡。

二、障礙者人格權與正當法律程序

我國憲法並未對正當法律程序之概念為規範，但藉由憲法實務對此概念之解釋與適用亦能對此有清晰輪廓。在釋字第 689 號（免於身心傷害之身體權），大法官對此之詮釋為：

憲法上正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序。

從上述定義中可以理解，正當法律程序除作為「基本權限制」所應參照之標準外；在訴訟權方面，固然「有權利即有救濟」作為訴訟權之核心，⁶⁰⁶但此訴訟程序

⁶⁰⁵ 當然實務亦有可能考量訴訟權、職業自由與選舉權等權利所累積之價值，優於立法目的對障礙者人格尊嚴之追求，如此二者即欠缺妥當性。實務究竟會如何對妥當性為分析，考量實務目前對此尚未發展出統一標準，本文也只能盡量就可能之結果進行討論。

⁶⁰⁶ 司法院釋字第 396 號與第 418 號解釋。

應如何建構，亦與程序保障息息相關。在釋字第 396 號（涉及限制人民服公職權之訴訟程序建構），大法官認為訴訟程序應「對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」可見大法官以正當法律程序連結「訴訟權之保障與建構」與「基本權之程序保障」等概念。

本文基於「基本權之組織暨程序保障作為正當法律程序基礎」之論點，認為程序保障為所有基本權所固有之功能，⁶⁰⁷而訴訟權實為此程序保障之「特別規定」，蓋「是否」有權利救濟，與程序應具備何種品質，本質上就是基本權程序保障所必然涉及之概念。從基本權程序保障出發，更能突顯釋字第 689 號解釋，要求對「基本權之種類、限制之強度及範圍...」為考量之重要性，毋寧任何程序之建制，其目的皆在於確保人民基本權利之實現，故而越重要性之權利，其所對應之程序保障亦應隨之完備。我國監護制度對憲法第 22 條「障礙者人格權」與 CRPD 第 12 條「障礙者法人格權」之限制與剝奪，討論此干預措施是否符合相關之程序保障，應為論理所必然。

CRPD 第 12 條第 4 項亦對程序有所規範，「涉及法律能力行使之保護措施...能被一個適任、獨立與公正之行政機關或法院定期檢討。」如從文義出發，易誤會認為僅定期檢討需由法院或機關介入，而在保護措施之設定（制定）階段無庸法院或機關審查；本文認為，對公約條文為解釋時，不應忽略公約第 12 條所揭示之核心要旨－以法律能力為基礎實現輔助決定制；實則公約第 12 條係以輔助決定制為核心，公約所理解之保護措施既然不對障礙者法律人格權為干預，則是否在設立階段應由機關或法院介入審查，則當然得由締約國自主規範，故而保護措施之程序保障，重點就會放在定期檢討之機制上。如要能正確對第 12 條為解釋，以替代決定制為基礎之監護制度，對法律能力之限制與剝奪所應具備之程序保障，自然在監護

⁶⁰⁷ 許宗力（2006），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，氏著《法與國家權力（二）》，頁 249-251，台北：元照。

制度之設立與定期檢討部分皆應適用第 4 項「適任、獨立與公正法院.....」相關之程序保障。

目前大法官所肯認之正當法律程序，保障最嚴密者當屬涉及刑罰之人身自由，包括：共同被告之對質詰問權、閱卷權、交通權、訴訟權（582 號、636 號、653 號、654 號、681 號、737 號），其次為刑罰權以外之人身自由限制，例如強制出境應予當事人即時之司法救濟，與逾越通常作業期間之人身自由限制應符合法官保留原則（708 號、710 號）、在行政管收案件，當事人有陳述意見、調查證據之權能（588 號）。最後，在涉及其他基本權限制之案件，大法官亦一再強調當事人有受程序告知與陳述意見之權（418 號、445 號、663 號、689 號、709 號、739 號）。可見基本權性質之重要性，往往也決定其程序保障之寬嚴程度。而障礙者人格權，即使採實務觀點將其定性為憲法第 22 條之一般基本權，但考量監護制度對本人私領域、公領域之強烈干預，即便不要求最高層級之程序保障，至少最基本之「作為程序主體之受告知與陳述意見」之權利，應為監護程序所必然。

既然憲法與 CRPD 皆強調對法人格權之干預應具備正當法律程序，此具體應如何操作，本文仍借用 R(99)4 號建議與歐洲人權公約第 6 條公平程序作為論述參考。

（一）當事人之程序參與權

歐洲人權法院透過 ECHR 第 6 條「公平程序」，強調國家剝奪人民法律能力之程序，應確保當事人作為程序主體。在 *Shtukaturov* 案中，歐洲人權法院認為俄羅斯法院並未直接訊問本人，而是透過有利益衝突之醫院報告作出裁定，違反直接審理原則（而 *A.N.* 案之當事人甚至未收到監護程序開啟之告知）。在 *Stanev* 案，則因保加利亞當局事實上禁止受監護宣告之人向法院聲請回復法律能力，因而被認定構成公平程序之違反。在這號判決中，ECtHR 更進一步強調，「本人有直接向法院聲請回復法律能力之權利」此不僅為歐洲普遍國家所肯認，更是 ECHR 第 6 條之

核心要旨。值得說明的是，R(99)4 所揭示之程序原則，同樣也要求法院應透過對本人之訊問直接獲得心證。⁶⁰⁸可見「確保障礙者作為程序主體」為監護制度公平程序之核心價值。



我國憲法實務對正當法律程序之判斷，以釋字第 709 號所涉及之財產權為例，大法官認為應包括獲悉相關資訊及陳述意見之權。⁶⁰⁹在涉及人身自由之第 636 號、第 233 號、涉及訴訟權暫時性權利保護之第 590 號，大法官亦強調當事人程序告知與陳述意見之重要性，

與歐洲經驗相較，現行制度對障礙者作為監護程序主體之規範，應有達到歐洲人權公約之標準。民法肯認障礙者對監護程序之開啟與終止享有程序權能（第 14 條、第 15-1 條），其不僅得向法院聲請監護宣告，在監護原因消滅時，亦有程序能力向法院聲請終止；⁶¹⁰在監護人之選任，第 1111-1 條規定，法院應尊重本人意見，並依其最佳利益選任監護人。家事事件法則肯認本人在監護程序有程序能力（第 165 條），法院應訊問本人及鑑定人（第 167 條、第 178 條）。上述規範已十分接近

⁶⁰⁸ 相關討論請參閱本文第三章第二節。

⁶⁰⁹ 相關釋字還包括：釋字第 739 號、第 731 號、第 255 號。

⁶¹⁰ 有論者反對現行民法肯認障礙者本人為監護制度聲請權人之機制，其理由在於，監護宣告聲請人如為應受監護宣告之人，此即足以證明本人有辨別事理之能力（知悉監護之意義與法律效果），故而非監護宣告、輔助宣告之適用主體，進而主張應將本人排除於聲請權人之列。參閱，黃詩淳、吳英傑、詹朝傑、陳文通、郭躍民（2015），〈「監護宣告之實務與理論之對話」座談會〉，《人權會訊》，115 期，頁 32-35（文中詹朝傑法官、郭躍民法官之說明）。對此觀點，本文認為，從邏輯觀點來看，上開主張看似不無道理，惟既然現行民法採取意思能力（識別能力）與行為能力之區分，就不能以障礙者行為時（聲請監護宣告時）有意思能力與行為能力，進而反過來質疑本人非監護制度之適用主體，蓋行為能力是一種法律上之「擬制」，而意思能力是一種自然狀態；行為能力得依法由法院為限制或剝奪，而意思能力無此機制，僅「有」或「無」之區別而已。當法院依障礙者之聲請對其為監護裁定，其法律效果僅表示本人於裁定之時點起為無行為能力人（法律能力之擬制），此與本人於聲請時識別能力、行為能力之有無與否無涉，且其意思能力亦不受監護宣告影響，在個案上，本人是否有辨別事理之能力，仍需對其行為當下之狀態為個案判斷。也只有以「行為能力制度作為法律之擬制」為前提，方能合理回應「為何障礙者得向法院提出宣告自己為無行為能力之監護聲請」之質疑。

歐洲人權法院所採行之程序標準。所以就此部分而言，我國對監護程序障礙者法人格權之程序保障，應有達到歐洲人權公約與 CRPD 第 12 條之標準，對於我國釋憲實務所建構之正當程序，亦無違誤。



(二) 監護宣告與輔助宣告之定期檢討

R(99)4 號建議之「能力最大保留原則」，肯認能力作為動態之概念，其可能會隨著時間而有改變。在此原則下，所有保護措施皆應設有期限並定期檢討。此亦為歐洲人權法院在 *Stanev* 案與 *Shtukaturov* 案探討 ECHR 第 8 條私生活權限制必要性之輔助標準。⁶¹¹定期檢討之概念在歐理會建議與歐洲人權法院中，都是放在「公平程序」之脈絡加以理解，⁶¹²CRPD 第 12 條第 4 項要求，「保護措施應受適任、獨立、公正之行政機關或法院之定期檢討 (regular review)」，也正呼應 R(99)4 與歐洲人權法院對定期檢討機制之見解。⁶¹³

我國民法並未對監護宣告與輔助宣告設有期限或定期檢討之機制，僅在第 14 條、第 15-1 條規定，當本人能力有變更，而有變更裁定之必要時（如監護宣告之原因消滅或應為輔助宣告時、輔助宣告之原因消滅或應為監護宣告時），透過聲請權人向家事法院聲請改定。換言之，除非透過當事人（或其他聲請權人）主動聲請，否則裁定之效力將永遠持續。從而法院欠缺於監護宣告或輔助宣告裁定時，同時命期限或定期檢討之機制。⁶¹⁴目前僅有法院在個案上命輔助人之業務執行定期對受

⁶¹¹ 參閱本文第三章第二節。

⁶¹² 但也要注意，監護宣告與輔助宣告效力期間之長短，也連帶影響障礙者法人格權之干預強度，基本權程序保障功能之思考，往往也涉及基本權防禦功能之實現，一個不合法的程序，對人格權之干預也會是不合比例的。

⁶¹³ 在歐洲以外，儘管美國尚未批准 CRPD，但個案(906 N.Y.S.2d 419)上已有法官引用公約定期報告與檢討之機制，可見此概念逐漸受到歐美國家重視。See Perlin, *supra* note 36, at 1177-1178.

⁶¹⁴ 臺北地方法院 105 年監宣字第 379 號民事裁定、臺北地方法院 105 年監宣字第 379 號民事裁定、臺北地方法院 105 年輔宣字第 25 號民事裁定、臺北地方法院 105 年監宣字第 211 號民事裁定。

輔助人之生活支出為檢討。⁶¹⁵受宣告之人如能力改變而須改定宣告之內容時（如廢止監護宣告或改定為輔助宣告）則將完全仰賴聲請權人或監護人、輔助人之善意，對本人法律人格權之保障顯有不足。本文認為，法院作為監護制度之**守護者**，作為國家干涉人民法律能力時之決定機關、救濟機關，甚至是監督機關，⁶¹⁶考量法人格權在人格之自由發展與實現上所具有之重要性，並基於對法律能力之干預僅能在最小範圍內為之，監護制度應具備定期檢討之機制，由法院定期對個案監護裁定、輔助裁定之必要性為檢視，或至少對裁定設有期限，於期限屆至時由法院依職權或依利害關係人聲請視必要程度決定是否延展，以此將障礙者人格權之干預限縮於最小範圍。現行制度欠缺期限或定期檢討之機制，不僅違反 CRPD 第 12 條第 4 項，亦與憲法所要求之正當法律程序有違。

或有論點認為，家事法院之所以不為此種裁定（期限或定期檢討），儘管一方面是法無明文，基於法律保留與法官依法審判原則，無法對監護裁定為法所無之限制；而另一方面也是基於家事事件法第 167 條、178 條，對本人精神或心智狀況所為之鑑定報告，實務上也多有提及本人「回復可能性低」⁶¹⁷或「難以回復」⁶¹⁸等語，由此推斷障礙者有受長期、未定期限宣告之必要性。本文認為，能力是否有回復之可能，此固然醫學專業有其判斷，但定期檢討之意義，在於透過公平法院之審查機制，判斷先前裁定有無繼續存在或變更之必要，況且「心智能力之回復可能性與不定期限之裁定」之間，法律亦未明文二者間之連結，民法僅規定因精神障礙或智能

⁶¹⁵ 屏東地方法院 104 年輔宣字第 11 號民事裁定。儘管此立意良善，本文暫且不問法院課予輔助人特定作為義務之宣告模式是否能滿足公約之要求，此種課予輔助人特定作為義務之裁定似為「法所無之限制」，亦有違反法律保留之疑義。此觀點亦為後續之 105 年輔宣字第 29 號裁定所支持。

⁶¹⁶ 參閱，戴瑀如，前揭註 97，頁 203-204。林秀雄，前揭註 99，頁 139-140。李立如，前揭註 588，頁 154-156。黃宗樂、郭振恭、陳棋炎，前揭註 567，頁 489-492。儘管戴教授在文章中強調的是法院對「人身事務」所具有之監督權限，但本文認為，相較於法院對人身事務之把關責任，監護、輔助裁定之期限與定期檢討機制，其重要性至少不低於前者，在概念上應一體適用。

⁶¹⁷ 臺北地方法院 105 年監宣字第 545 號裁定、臺北地方法院 105 年監宣字第 414 號裁定。

⁶¹⁸ 臺北地方法院 105 年輔宣字第 32 號裁定、臺北地方法院 105 年輔宣字第 28 號裁定。

缺陷所致之意思表示能力欠缺，作為監護宣告之要件；且並非所有鑑定報告皆有論及此問題，⁶¹⁹可見本人之「能力回復可能性」並非法院為監護宣告時之考量事由。

620

但反過來說，得否以醫學報告對本人心智能力無回復可能之判斷，作為永久剝奪法律能力之論理依據？對此，如以 CRPD 標準—不得以心智能力作為判斷法律能力之依據—⁶²¹則答案應為否定（此概念甚至會顛覆既有監護制度）；如果以 R(99)4 號建議「能力之最大保留」原則所依據之「能力會隨著時間而變動」概念出發，則顯然制度上有必要使法院定期對裁定為檢討，就算鑑定報告顯示本人能力回復可能性不高或趨近於零，這也只是顯示本人鑑定當下之身體狀況，如日後身體狀況或生活技能有所改變，亦可能產生不同結果。綜合以上觀點，本文認為，對監護宣告、輔助宣告之裁定效力設有期限或定期檢討之機制，在我國應有存在之實益。

三、障礙者人格權與平等原則

在防禦權之概念下，以比例原則與正當程序探討監護制度限制障礙者法人格權之合憲性，固然有其本質上之重要性，此亦為歐洲實務經驗所肯認；但也應注意平等原則在違憲審查所具有之意義，意即憲法第 7 條「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」憲法解釋指出，上述五種禁止歧視之事由僅為例示，對於其他事由所為之差別待遇，亦有平等原則之適用，本文所

⁶¹⁹ 臺北地方法院 105 年輔宣字第 37 號裁定。

⁶²⁰ 學者吳建昌教授認為鑑定內容應包括回復可能性，且其判斷應包括本人整體（從過去到現在）可取得之社會資源網絡，此便與本章在比例原則所引用之「補充性原則」脈絡相近。參閱，吳建昌，前揭註 10，頁 317。本文並非主張回復可能性之判斷與監護無涉，而是認為此不應做為對法律能力為限制或剝奪之絕對事由，可能性之高低，其實正突顯出本人對輔助資源之需求程度，此也正是輔助決定制所一再強調之概念，而現行制度卻是將可能性之判斷作為證立長期剝奪之事由。

⁶²¹ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 12-15.

討論「基於身心障礙所為之歧視」即屬適例。⁶²²從而論證監護制度對障礙者人格權（法人格權）之干預，是否合乎憲法平等原則，則顯有討論實益。⁶²³

平等原則，依照歷來憲法解釋意旨，指的是人民**法律地位之實質平等**，依照事物本質之差異，相同者應相同對待、不同者應不同對待；判斷差別待遇是否符合平等原則，應視差別待遇之目的是否正當，其所採取之分類標準與規範目的間，是否有一定程度之關聯而定。⁶²⁴而關聯性之強弱，則與個案所採取之審查密度有關，大法官依照系爭法律所涉及之議題種類，區分不同審查標準。以涉及「性別平等」之釋字第 365 號為例，大法官認為此應有特殊例外之事由始得為之，即「基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」所為之差別待遇方無違平等原則，故而舊民法第 1089 條「父母對於子女權利之行使意思不一致時，由父行使之」規定，即未能符合上開標準而被宣告違憲。⁶²⁵學理有將此「例外從嚴」之判斷標準評價為嚴格審查；⁶²⁶涉及「非屬人力所得控制之生理缺陷」與「行政罰

⁶²² 參閱，釋字第 748 號解釋，第 14 段。

⁶²³ 憲法第 7 條究應稱為「平等權」或「平等原則」？學理亦有不同看法，前者作為主觀權利，得做為人民向國家主張之標的，後者屬客觀秩序，為國家行使公權力時所應注意之原則，人民對此無相應之請求權。但我國憲法實務顯然不採此種區分，在釋字中交互以平等權或平等原則做為第 7 條之詮釋（前者如釋字第 722 號、第 649 號、第 626 號；後者如釋字第 719 號、第 610 號、第 584 號），可見不論平等權或平等原則，所指涉者之內容皆相同，不僅是人民得向國家主張之權利，也作為國家行使公權力時所應注意之公法義務。本文為行文統一，以平等原則指涉憲法第 7 條。以上有關學理對平等權與平等原則之討論，參閱，李建良（2008），〈經濟管制的平等思維－兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，《政大法學評論》，頁 81-85。

⁶²⁴ 相關釋字請參閱（但未窮盡）釋字第 727 號、第 722 號、第 719 號、第 701 號、第 694 號、第 688 號、第 687 號、第 675 號、第 618 號解釋。

⁶²⁵ 類似案件尚有釋字第 452 號、第 457 號、第 490 號解釋。

⁶²⁶ 許宗力（2006），〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，氏著《法與國家權力（二）》，頁 156-158，台北：元照。但觀察歷來釋憲實務，涉及性別平等之差別待遇亦偶有不採嚴格審查者，例如釋字第 728 號涉及以性別作為祭祀公業派下權利享有與否之區別標準，大法官基於法安定性、契約自由、私法自治等因素，以寬鬆審查之方式認定系爭規定合憲。然為何本案有此轉變，尚無法從理由書中窺知一二。

處罰對象之選擇」所為之差別待遇，或者差別待遇之結果構成生存權⁶²⁷與婚姻制度制度性保障⁶²⁸之限制者，往往也會連帶提高憲法解釋在此之審查密度，例如釋字第 626 號與第 666 號，分別對色盲與性交易意圖圖利之一方設有入學限制與行政罰之差別待遇，大法官除認為差別待遇之目的應為正當外（626 號則進一步要求應具有重要之公共利益），其手段與目的間應具有實質關聯，方合乎憲法實質平等之要求。至於寬鬆審查者，以國家資源分配與財稅案件為例，大法官僅要求目的正當性，以及手段與目的間之合理關聯。⁶²⁹至於合理關聯之判斷，則應檢視差別待遇之手段是否符合制度所追求之目的，其有助於立法目的之實現者，方無違於平等原則。⁶³⁰

監護制度對障礙者人格權之干預，是否能通過平等原則之檢驗？特別是 CRPD 第 12 條第 2 項所強調之「在與他人平等之基礎上，在所有生活領域中享有法律能力」。當公約要求締約國實現法律能力之「平等享有」，而現行監護宣告與輔助宣告法律效果卻反其道而行，對法律能力進行限制或剝奪，此又應如何在既有憲法秩序中進行平等原則之詮釋？從憲法第 7 條與 CRPD 第 12 條觀察，「平等」誠然為二部法律文書所共同承認之目標，而我國憲法—法律地位之實質平等—與公約—在與他人平等之基礎上享有法律能力—應如何和諧共存於單一之法秩序中，此為本文在平等原則所應處理之議題。

⁶²⁷ 司法院釋字第 694 號、第 701 號解釋。

⁶²⁸ 司法院釋字第 696 號解釋。

⁶²⁹ 在涉及國家稅收之對象、稅率、是否給予租稅優惠之選擇時，如未涉及構成生存權或釋憲實務所特別肯認之「婚姻制度之制度性保障」、「結婚自由」之干預，審查標準往往會偏向寬鬆，例如釋字第 593 號、第 636 號、第 647 號、第 688 號、第 722 號、第 745 號解釋。

⁶³⁰ 釋字第 593 號，「惟以汽車所有人為課徵對象，並非恣意選擇，符合國家基於達成公路養護等之立法目的，對特定人民課予繳納租稅以外金錢義務之意旨，與憲法第七條之平等原則尚無抵觸。」（粗體為本文所加）；釋字第 722 號，「然此目的無法以經營型態及業務收入之方式作為分類而達成...其差別待遇之手段與目的之達成間欠缺合理關聯，在此範圍內，與憲法第七條平等原則之意旨不符。」（粗體為本文所加）。



(一) 平等原則與實質平等

實質平等之概念向來為釋憲實務對憲法第 7 條平等原則之主要詮釋，儘管不乏有批評認為此為「空洞」之公式，蓋相同者應相同對待、不同者應不同對待之「合理差別待遇」無法回應社會結構資源分配不均之現象；也無法回答：為何分類、如何分類、分類所追求之價值為何等問題。⁶³¹本文認為，大法官使用之實質平等公式，既然強調差別待遇應追求憲法之正當目的，且亦重視手段與目的間是否具有一定程度之關聯，從而未必真如批評意見所述，未能展現平等原則背後所追求之價值。「目的合憲性」之探求，本身就已然與憲法價值產生脈絡上之連結。以釋字第 696 號所處理之「所得稅法規定夫妻非薪資所得合併計算申報稅額」案為例，大法官在說理中對合併申報之目的合憲性進行探討，當其說出「維持財政收入，雖攸關全民公益，亦不得採取對婚姻與家庭不利之差別待遇手段。」之語句時，也就對分類手段與其背後所追求之價值（目的）間進行了判斷；有時大法官也會透過憲法基本國策之社會正義條款，作為探討憲法價值之依據，例如涉及視障者行業獨佔優惠之釋字第 649 號解釋，在立法目的之探求，大法官即引用憲法第 155 條、憲法增修條文第 10 條第 7 項「國家對障礙者之照顧義務」作為論證差別待遇憲法價值之依據，可見實質平等亦能容納「憲法價值」之探求，⁶³²儘管此價值無法直接在定義上「一

⁶³¹ 參閱釋字第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書，文中註 6 之說明。孫迺翊，前揭註 471，頁 1168-1170。黃昭元（2009），〈平等權案件之司法審查標準〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務》第六輯，下冊，頁 556，台北：新學林。

⁶³² 類似案件還包括釋字第 694 號，其處理所得稅法以受扶養者年齡為 20 歲以下 60 歲以上作為減除免稅額之要件。大法官首先透過憲法增修條文第 10 條第 7 項與憲法第 15 條肯認國家對弱勢者之照顧義務，進而提高本案之審查密度，並認為此差別待遇未能顧及 20 歲以上、60 歲以下之受扶養人之生存需求，也未能符合採取此差別待遇之立法目的；釋字第 701 號，涉及所得稅法對長期照顧者醫療費之列舉扣除額限定於特定公立醫院，排除其他私立院所之費用是否與平等原則抵觸之問題。大法官在此亦採取與前案相同之說理，一方面透過憲法增修條文第 10 條第 7 項與憲法第 15 條提高審查密度，並進一步判斷此差別待遇是否對人民生存權造成不利影響。即便是寬鬆審查，大法官在個案中也會藉由增修條文作為立法目的（憲法價值）之探求，在涉及「原住民族定額進用制度」之釋字第 719 號中，便引用增修條文第 10 條第 12 項國家對原住民族負有促進其教育、就業等

望即知」了解其具體內涵，而只能留待個案對「實質平等公式」之具體操作時始能一窺全貌。綜上所述，本文認為實質平等並非空洞公式，毋寧透過憲法條文對「合理之差別對待」、「合理關聯」與「實質關聯」等概念為妥適之詮釋，更能印證實質平等公式背後所蘊含對憲法價值之探求。

要討論民法監護制度對障礙者法律能力之限制是否符合平等原則，依照釋字第 596 號之意旨，應討論差別待遇之目的是否合憲，並探討分類標準與目的間是否存在一定程度之關聯，而關聯性之高低，則取決於個案所採取之審查密度。本文試就上述判準逐一說明。

（二）差別待遇之存在

首先，監護制度是否存在差別待遇？其所採行之分類標準是否對不同群體造成不同之適用結果？按民法第 14 條及第 15-1 條既以「精神障礙、心智缺陷致本人為意思表示、受意思表示或辨識意思表示效果之能力強弱」，作為適用監護宣告與輔助宣告之要件，則此種「機能方法」便是透過心智能力之評估將「決策能力」—為意思表示、受意思表示、辨識意思表示效果之能力—作為適用監護制度與否之區別標準；⁶³³造成以決策能力之高低作為判斷是否對法律能力為限制或剝奪之因素。值得進一步說明的是，「精神障礙與心智缺陷」儘管作為一種中性之構成要件，似未針對特定族群，但從適用結果之觀察就可以發現，⁶³⁴監護制度所規制之對象與身心障礙者高度重疊，並考量本文所定義之身心障礙者並非身心障礙者權益保障法定義下領有「身心障礙證明」之障礙者，而是 CRPD 第 1 條「精神、智能之損傷與各種阻礙之互動，妨礙其與他人在平等基礎上充分且有效之社會參與」之廣義觀

積極義務作為定額進用制度之憲法價值。從上述案例中都能發現，「價值」因素在平等原則之操作上所具有之重要意義。

⁶³³ 有關機能方法之介紹，請參閱本文「第一章第一節、貳、一」之說明。

⁶³⁴ 參閱「本節、貳」所引用之法院裁定對受監護宣告、輔助宣告者身心狀態之描述。

點。⁶³⁵從而監護制度是以「**心智狀態為基礎之意思表示能力**」作為差別待遇之基準，並造成「**適用監護制度之障礙者**」與「**不適用監護制度之非障礙者**」間之差別待遇。

然而差別待遇之存在不當然代表此有平等原則之適用，按「等者等之、不等者不等之」之法理，平等原則之適用前提為「可相提並論性」，意即「法律所規定與被排除在規定範圍之外之人或生活事實間，共同具有一個他人或其他生活事實所未具有之特徵」，也只有受差別對待之人或事彼此間具有可相提並論性，始有適用平等原則之實益。⁶³⁶從若干釋憲實務中亦不難發現大法官對此原則之操作，例如釋字第 577 號－涉及菸害防制法規定菸商應在菸盒包裝加註警語，聲請人主張國家單獨針對菸品標示做出規範，卻未對其他類似有影響身體健康之食品、酒類進行規範，與平等原則相違。但大法官卻認為「另各類食品、菸品、酒類等商品對於人體健康之影響層面有異，難有比較基礎，立法者對於不同事物之處理，有先後優先順序之選擇權限，相關法律或有不同規定，與平等原則尚無違背。」從「難有比較基礎」之脈絡中，可以得知大法官在此對可相提並論性進行操作。⁶³⁷對監護制度而言，障礙者與非障礙者間之共同關聯就是法律能力之行使。但在此有一解釋上之困難，即可相提並論性既然要求被比較之二者應共同具備其他人或事物所未具有之特徵，然法律能力不為障礙者所獨有，實為全體人民－包括障礙者與非障礙者－所皆有之權利，則何以說明其中有「他人所無之特徵」？要回答此問題就要從本文對法

⁶³⁵ 參閱本文第一章第二節對身心障礙之定義。

⁶³⁶ 司法院釋字第 596 號，許宗力大法官提出許玉秀大法官加入之不同意見書。許宗力，前揭註 626，頁 190-191。陳愛娥（2000），〈立法機關的社會政策形成自由與平等原則〉，《台灣本土法學雜誌》，14 期，頁 92。李建良，前揭註 623，頁 88-90。

⁶³⁷ 其他對可相提並論性進行操作之實例為釋字第 508 號。值得說明的是，本文對上述案例之引用，不代表本文贊同其對可相提並論性之操作結論，以釋字第 577 號為例，菸品、不營養之食品與酒品間果真如多數意見所認知般欠缺共同比較之基礎？毋寧「長期食用、吸食、飲用會對人體有不良影響之物品」應屬其共同特徵。引用上述釋字對此概念之操作，其意義在於印證平等原則以可相提並論性作為適用前提之概念。

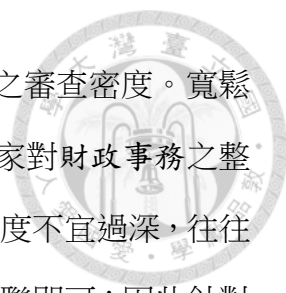
律人格權之建構開始，法律能力之意義在於承認人為享有權利、承擔義務之主體，且其意思表示亦具有法律效果之資格⁶³⁸此亦相當於我國民法之權利能力與行為能力—而監護宣告與輔助宣告主要影響行為能力，其法律效果具體作用於障礙者每一個法律行為中，例如買賣行為、訴訟行為、選舉、應考試服公職、甚至法律行為以外之一般行為自由亦受監護效果影響，從而判斷本案之可相提並論性，就要從這些個別之法律或非法律行為出發，例如受監護宣告之人與買賣契約相對人間共同具有一個他人所無之「買賣契約當事人」之特徵，而前者依法無行為能力，由監護人代為並代受意思表示；受監護宣告之人在生活起居上與未受監護宣告之人共同具有一個行使憲法第 22 條一般行為自由之特徵，而前者由監護人依民法第 1113 條準用第 1097 條，行使對其之保護及教養之權利義務；或者，受輔助宣告之人與訴訟相對人間共同具有一個他人所無之「本案當事人」特徵，而前者之訴訟行為應得輔助人之同意。這些監護制度法律效果所造成之差別待遇，便是對監護制度為平等原則審查時，障礙者與非障礙者間之可相提並論性。

關於平等原則可相提並論性的另一種思考，便是監護宣告與輔助宣告之區分是否符合平等原則之問題，蓋監護宣告與輔助宣告間共同具有一個他人所未有之「法律能力受限制」之特徵。但此「內部平等」並非本文在此所要處理之議題，毋寧法律能力得否因決策能力之高低而有差別待遇，才是 CRPD 第 12 條所關注之課題。也只有該先決問題獲得回應—且答案為肯定—才有近一步探討「如何公平限制」之實益。考量本文之主軸為公約義務「以法律能力為基礎之輔助決定制」之憲法實踐，第二個平等議題在此必須先做割捨。

（三）審查密度之選擇

在確認障礙者與非障礙者間對監護制度之平等原則具備可相提並論性後，要進一步探討目的合憲性、差別待遇之手段與目的間之關聯性。釋憲實務對此已發展

⁶³⁸ CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 14.



出依照事物之本質以及分類結果對基本權之影響程度區分不同之審查密度。寬鬆審查者，以涉及稅務案件之釋字第 745 號為例，考量此涉及國家對財政事務之整體規劃，且須仰賴財政專業之行政機關決定，司法在此之審查密度不宜過深，往往採寬鬆審查，僅要求目的正當合憲，且手段與目的間具有合理關聯即可；因此針對不同身分採取不同稅率（636 號）、不同之稅制（745 號、722 號）或納稅義務人之選擇（593 號）大法官往往從寬認定。此外在涉及國家資源分配之給付行政（727 號），或國家考試之專業判斷領域（682 號），亦有寬鬆審查之前例。至於中度審查者，則檢視分類標準是否為「非屬人力所得改變之生理缺陷」、「難以改變之個人特徵」以及分類結果所涉及之事務領域是否對基本權之實現具有本質上之重要性而定，前者例如以「色盲」（626 號）、「視覺障礙」（649 號）、「性傾向」（748 號）做為分類標準，後者如行政罰處罰對象之選擇（666 號），以及人民生存權之實現（694 號、701 號）、婚姻之制度性保障（696 號）等。對中度審查而言，差別待遇應追求重要公共利益，且手段與目的間應具有實質關聯。

除分類標準與分類結果會對審查密度有所影響，另一項判斷因素便是從憲法基本國策所課予國家之作為義務，或差別待遇之對象是否為社會上之弱勢、孤立與隔絕之少數加以觀察；例如憲法第 155 條對「老弱殘廢」之扶助義務、增修條文第 10 條第 6 項「促進女性地位之實質平等」。具體案例為釋字第 694 號與第 710 號，其皆涉及稅率之計算，考量此涉及財政規劃與專業計算，實務多為寬鬆審查，但大法官考量憲法第 155 條國家對弱勢之扶助義務，以及人民依憲法第 15 條所享有之生存權，將因此差別待遇受到影響，故而一反常態將審查密度提升為中度審查；而釋字第 748 號解釋，大法官亦認為同性性傾向者長期受到法律上與事實上之歧視、為孤立隔絕之少數與政治弱勢，故而以性傾向作為結婚自由差別待遇之標準者，其平等原則審查密度應採較為嚴格之審查。

監護制度所涉及之平等原則應採取何種審查密度？本文認為應採取較嚴格之中度審查標準。從分類標準來看，監護制度之構成要件－精神障礙、心智缺陷－屬

於「非屬人力所得控制之生理缺陷」與「難以改變之個人特徵」，依釋字第 626 號、第 649 號與第 748 號之論理脈絡，自有提升審查密度之依據；⁶³⁹其次，監護制度之分類效果對障礙者基本權之實現—法人格權—具有重大影響，法人格權對障礙者人格自由實現之重要性，應不低於生存權、婚姻制度性保障與結婚自由。⁶⁴⁰並考量障礙者亦為憲法第 155 條所關注之主體、增修條文第 10 條第 7 項課予國家對障礙者「生活維護之保障、協助自力發展」等作為義務，可見障礙者權益屬於國家應特別關照之領域。最後，精神障礙與心智缺陷之人，亦為政治上之弱勢（投票權、服公職權之限制與剝奪）、社會上隔絕孤立之少數（精神障礙與智能障礙者約 29 萬餘人），⁶⁴¹故而以意思表示能力之強弱作為適用監護制度之差別待遇，自應採較嚴格之中度審查標準。

（四）目的正當性

在中度審查下，對立法目的之探求應判斷其是否追求重要之公共利益。⁶⁴²關於監護制度之目的是否正當合憲，本文已在「比例原則」之檢驗中進行討論，在此不再贅述。考量民法第 14 條與第 15-1 條立法理由強調維護精神障礙、心智缺陷者之人格尊嚴，並保護其權益，此目的當與本文所定義之障礙者人格權與 CRPD 第 12 條第 1 項之法人格權有高度重疊，具有憲法上之正當目的。至於此是否亦為重要

⁶³⁹ 但也要注意，釋字第 626 號與第 649 號所針對之主體剛好相反，前者為對色盲者受教育權之限制，後者為對「非」視障者之職業自由之限制，僅「色盲」與「視覺障礙」剛好都是非屬人力所得控制之生理缺陷。

⁶⁴⁰ 請參閱本節、壹、二、(三)。

⁶⁴¹ 參閱本文第 48 號註釋。當然除少數之要件外，仍應進一步判斷其是否為社會所「隔絕」，考量監護制度法律效果對精神障礙與智能障礙者於各項事務領域之種種限制，認定其為受社會隔絕之少數，應為妥適。

⁶⁴² 但並非所有涉及中度審查之個案，大法官皆要求重要公益，例如司法院釋字第 666 號、第 694 號、第 696 號、第 701 號對立法目的之探討並未涉及重要公益之判斷。目前僅在涉及非屬人力所得控制之差別待遇之第 626 號、第 649 號與第 748 號中，大法官始特別對制度之重要公益性進行探討。考量監護制度亦以非屬人力所得控制之生理缺陷作為差別待遇之事由，討論制度之重要公益性應具有實益。

之公共利益？考量障礙者人格權－維護人格尊嚴、促進障礙者之人格自由發展－對憲法價值之實現具有本質上之重要性，而法人格權更是人格權之核心範疇；同時基本國策亦對障礙者之生活扶助、自力發展有特別規定。綜上所述，認定障礙者之人格尊嚴與權益維護具有重要公共利益，自所當然。⁶⁴³

（五）實質關聯性

最後，應判斷本案差別待遇之手段與目的間是否具有實質關聯。對於實質關聯性之判斷，大法官有以「手段是否有助於目的之達成」（626 號、649 號、694 號、696 號）、⁶⁴⁴「依照事物之本質是否得為差別待遇」（666 號、694 號、701 號、748

⁶⁴³ 此亦與釋字第 649 號對視障者工作權之保障具有重要公益之論述模式相同。

⁶⁴⁴ 司法院釋字第 626 號，「況所採排除色盲者入學之手段，亦確有助於前開目的之有效達成。是系爭招生簡章之規定與該目的間之實質關聯性」釋字第 649 號，「在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨。」釋字第 694 號，「系爭規定影響納稅義務人扶養較為年長而未滿六十歲之其他親屬或家屬之意願，致此等親屬或家屬可能無法獲得扶養，此與鼓勵國人孝親之目的有違...再者，依系爭規定主張減除免稅額之納稅義務人，本即應提出受扶養者無謀生能力之證明文件，系爭規定除以受扶養者無謀生能力為要件外，另規定未滿二十歲或滿六十歲為限制要件，並無大幅提升稅務行政效率之效益」釋字第 696 號，「夫妻共同生活，因生活型態、消費習慣之不同，未必產生家計單位之節省效果」（以上粗體為本文所加）。

號)、⁶⁴⁵「差別待遇之不利影響程度」(666 號、694 號、696 號、701 號)、⁶⁴⁶等輔助判準。針對「手段有助於目的之達成」與「對人民權利之不利影響程度」,就判斷內容論之,其應與憲法第 23 條比例原則之手段適合性、手段必要性與限制妥當性相當;⁶⁴⁷至於「可否為差別待遇」則回歸傳統「事物本質是否可分」之探討。後者在本文而言,便是判斷「得否對障礙者與非障礙者在法律能力之行使為差別待

⁶⁴⁵ 司法院釋字第 666 號,「性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成,雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之,致其性行為對象與範圍廣泛且不確定,固與支付對價之相對人有別,然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質,自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由,其雙方在法律上之評價應屬一致。」釋字第 694 號,「惟無謀生能力而有受扶養之需要者,不因其年齡滿二十歲及未滿六十歲,而改變其對於受扶養之需要,為扶養之納稅義務人亦因扶養而有相同之財務負擔,不因無謀生能力者之年齡而有所差異。」釋字第 701 號,「惟受長期照護者因醫療所生之費用,其性質屬維持生存所必需之支出,於計算應稅所得淨額時應予以扣除,不應因其醫療費用付與上開醫療院所以外之其他合法醫療院所而有所差異。」釋字第 748 號,「故以不能繁衍後代為由,未使相同性別二人得以結婚,顯非合理之差別待遇...是以維護基本倫理秩序為由,未使相同性別二人得以結婚,顯亦非合理之差別待遇。」(以上粗體為本文所加)。

⁶⁴⁶ 司法院釋字第 666 號,「鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況,此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰,尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性,往往因系爭規定受處罰,致其業已窘困之處境更為不利。」釋字第 694 號,「卻對納稅義務人及其受扶養親屬之權益構成重大不利影響」釋字第 696 號,「又立法者固得採合併計算制度,以避免夫妻間不當分散所得,惟應同時採取配套措施,消除因合併計算稅額,適用較高級距累進稅率所增加之負擔,以符實質公平原則。再立法者得經由改進稽徵程序等方式,以減少稽徵成本,而不得以影響租稅公平之措施為之。至於維持財政收入,雖攸關全民公益,亦不得採取對婚姻與家庭不利之差別待遇手段。」釋字第 701 號,「況是否屬醫藥費支出,稅捐稽徵機關仍可基於職權予以審核,以免規避稅負,不致增加過多行政稽徵成本。故系爭規定所為之差別待遇對避免浮濫或淪為規避稅負達成之效果尚非顯著,卻對受長期照護者之生存權形成重大不利之影響,難謂合於憲法保障受長期照護者生存權之意旨。」(以上粗體為本文所加)。

⁶⁴⁷ 此也間接回應「平等原則之判斷是否得援用比例原則」之學術爭點。參閱,黃昭元(2008),〈平等權審查標準的選擇問題:兼論比例原則在平等權審查上的適用可能〉,《臺大法學論叢》,第 37 卷第 4 期,頁 266-270。不同觀點,參閱,許宗力,前揭註 626,頁 171-174。吳庚、陳淳文,前揭註 469,頁 177-178。黃昭元大法官在該文指出,平等原則之審查重點應放在「分類標準」,而非比例原則所處理之分類效果。本文認為,如平等原則之操作依前開釋字觀點應一併就分類標準與分類效果進行檢討,則比例原則仍不可避免有其適用之實益,況且分類標準在使用上較偏向審查密度之判斷因素,其適用上仍應協同比例原則進行操作,而無法單獨做為平等原則之主要判準。

遇」，對此應考量憲法第 7 條法律地位之實質平等、第 155 條對障礙者之扶助、增修條文第 10 條第 7 項對障礙者之生活維護與自力發展，我國憲法價值向來強調對障礙者之扶助義務，如果放任其因精神障礙、心智缺陷之生理因素影響其人格之自我實現，就是違背上開憲法任務委託；實則考量事物本質之差異，國家對障礙者與非障礙者法律能力之行使設有不同規定，應屬妥適。此亦符合 CRPD 第 12 條第 3 項對法律能力之平等享有之認知，意即對障礙者法律能力之行使提供必要協助，此也印證「實質平等」作為憲法與公約所共同追求之價值－國家應正視障礙者與非障礙者在決策能力之資源不平等，並對法律能力之行使妥適為差別待遇。

但也要注意，「國家應為差別待遇」與「差別待遇之合憲性」當屬二事。儘管公約與憲法皆強調二者應差別對待，但如何為合理之差別對待，則是本文在此所要處理之爭點。從上開釋憲實務之梳理中可以得知，比例原則作為判斷憲法第 7 條平等原則－手段目的關聯性－之主要標準，而本文已在比例原則之段落為說明，對此不再贅述，僅簡述要旨：儘管勉強同意監護制度對障礙者法律能力之限制與剝奪符合維護其權益與人格尊嚴之立法目的，但考量其手段欠卻彈性、未能合乎能力之最大保留與最小干預，且監護宣告、輔助宣告之影響範圍對法律人格權－及其相關權利－造成過度、欠缺必要性之限制，故而認定監護制度與憲法第 23 條之比例原則有違；依此觀點，則監護制度亦欠缺在平等原則中度審查所要求之「手段與目的間之實質關聯」，而與平等原則有違，此亦抵觸公約第 12 條第 2 項「障礙者法律能力之平等享有」之規範意旨。

參、小結

依據公約第 2 條對「基於障礙之歧視」所提出之定義：「基於障礙所為之區別、排除或限制，其目的或結果對在與他人平等之基礎上，承認、享有或行使政治、經濟、社會、文化、民事或其他領域之人權與基本自由，造成損害或剝奪。此包括所有形式之歧視，包括拒絕提供合理調整。」並依第 5 條第 2 項，國家亦有「禁止基

於障礙之歧視，確保平等有效之社會參與」之作為義務。以本文所建構之障礙者人格權與做為人格權核心要素之法人格權作為憲法權利基準，並從比例原則、正當法律程序與平等原則之多方檢驗中可以得知，現行監護制度與憲法第 22 條障礙者人格權之保障有所牴觸，此亦違反 CRPD 第 12 條第 2 項「障礙者法律能力之平等享有」，屬於公約第 2 條所定義之基於障礙所為之歧視。⁶⁴⁸對此，我國依公約第 4 條第 1 項第 2 款、第 5 條第 2 項，亦負有廢除此構成障礙歧視之監護制度之義務。

⁶⁴⁸ 有關機能方法構成基於障礙之歧視之論述，參閱，CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 15.



第五章 結論與展望



第一節 CRPD 第 12 條法律能力之憲法實踐

在第一章緒論中，本文從 CRPD 委員會第 1 號一般性意見出發，以 CRPD 第 12 條之憲法實踐—以法律能力之平等享有為基礎之輔助決定制—做為論文問題意識。要回答這個問題，就必須從我國民法監護制度出發，探討此種對障礙者法律能力為限制或剝奪之機制與公約價值間之衝突；與此同時，也必須回應「是否憲法實踐實踐」、「為何憲法實踐」、以及「如何憲法實踐」等問題。

「是否實踐」涉及我國是否負有履行 CRPD 之國際法義務，在「第四章第一節、壹」之討論，本文透過國際法實務所肯認之「單方宣告」概念，認為我國之所以無法藉由公約法定締約（加入）程序而締結公約，迂迴透過制定公約施行法之方式將公約「內國法化」，正是因應國際政治現實困境之不得不然，從而探求我國立法通過「身心障礙者權利公約施行法」之真意，實為我國對外表示自願接受 CRPD 國際法義務之單方宣告。從而在此基礎上，我國應實踐 CRPD 第 12 條。

「為何實踐」則涉及公約法律位階、憲法實踐之意義與依據之探討。本文在「第四章第一節、貳」分別對公約之法律效力及憲法效力進行分析。釋憲實務向來肯認公約具有法律效力，惟是否有憲法上之拘束力，從而具有拘束下位階法律之準憲法地位？此尚無法由憲法本文或增修條文之解釋得出明確答案。本文從歷來釋字對國際公約之引用模式進行分析，發現儘管國際公約在釋字中不時扮演「附帶論述」、解釋憲法之「實質內涵」、「限制權利之正當目的」或「修法之參考」等功能，但此仍不能作為公約具有憲法拘束力之佐證，蓋大法官「會」引用公約與大法官「應」引用公約，二者仍屬應加以區分之概念，從而公約並非憲法。但至少可以肯認，憲法價值得透過大法官對國際公約之引用加以填充，此正是本文議題之關鍵，CRPD 第 12 條也才能藉由此種模式，在憲法實踐障礙者人格尊嚴之價值保障。

「如何實踐」則指涉「如何」藉由 CRPD 之輔助在憲法中實踐障礙者法律能力之平等享有。此議題在第四章第二節進行討論，本文認為從憲法本文與增修條文課予國家對身心障礙者之照顧義務，與歷來釋憲實務對「人格尊嚴」、「人格之自由發展」等概念之詮釋、以及 CRPD 第 3 條與第 12 條對障礙者人格尊嚴與自主性之保護，再輔以本文第三章對歐洲人權公約第 8 條私生活權之比較觀察，足以認定「身心障礙者人格權」與「法人格權」應能透過憲法解釋之方式肯認為憲法所保障之基本權利，並以此做為實現公約「輔助決定制」之憲法基準。

如何在憲法上實踐公約第 12 條之「法律能力」，必須探討民法監護制度與憲法障礙者人格權間之契合程度。基於公約不具有憲法效力之區分，在論證上本文不採「因違反公約而違反憲法」之論證模式，而是透過既有釋憲實務所肯認之「比例原則」、「正當法律程序」與「平等原則」進行違憲審查。在比例原則與正當程序之部分，本文透過第三章對歐洲理事會 R(99)4 號建議、以及歐洲人權法院所建構一系列對監護制度與 ECHR 私生活權與公平程序之分析比較，認定歐洲人權公約並禁止對法律能力為限制或剝奪、亦禁止替代決定制，毋寧監護制度之公平程序與比例原則，才是判斷是否符合歐洲人權公約之關鍵。透過 R(99)4 號建議所建構之彈性原則、能力最大保留原則、最小干預原則與「比例原則」，本文認為我國監護制度未能符合本人之需求、未能對障礙者能力為區分進而為不同考量、對能力構成過度限制，因而與憲法第 23 條比例原則之限制必要性有違；並從本文對障礙者人格權與法人格權之基本權本質所為之分析與觀察，監護宣告對法律能力所為之剝奪與其所追求之正當目的間顯失均衡，而輔助宣告儘管考量其干預較輕微，應能合乎狹義比例原則，但如果從 CRPD 之觀點出發，則亦有違憲之虞。在正當法律程序之探討，參考歐洲人權公約所建構之比較法脈絡，我國障礙者作為監護宣告與輔助宣告之程序主體，蓋無疑義；惟在「期限」與「定期檢討」一事上，我國欠缺相應之制度，只能留待本人或其他有權者、主管機關主動向法院提出聲請，監護制度始有重新檢討甚至終止之可能，此已與正當程序有違。最後，在平等原則之思考

上，本文透過歷來釋憲實務對平等原則案件之分析，並基於法人格權在障礙者人格權議題上所具有之重要性，認為應進行中度審查，以判斷手段與目的間之實質關聯。從而依前述比例原則之判斷，認為監護制度對法人格權所為之限制，與制度所欲追求之目的間不具有實質關聯，進而牴觸平等原則。綜上所述，本文認為現行監護制度已與憲法保障之障礙者人格權相牴觸，實有修法之必要。

第二節 修法建議

我國於 2016 年 12 月所提出之首次 CRPD 國家報告，本文已在第一章問題意識有所批判，此份報告未能看出公約第 12 條對締約國之殷切期盼，也未能回應民法監護制度與輔助決定制間之衝突。對於民法之誤解，也連帶導致對障礙者法律能力之制度現況有過於樂觀的看法。如果真要落實公約第 12 條，就應承認現行民法第 14 條、第 15-1 條與輔助決定制相牴觸；如果真要實踐輔助決定制、法律能力平等享有之理念，除應對條文為善意之理解與詮釋外，更應採取行動。職司國家主權行使之行政、立法、司法機關，應依法將公約第 12 條加以落實；行政院應檢視與公約意旨牴觸之法律，並提出法律修正案予國會進行審查，並考量 CRPD 作為身心障礙者權利之特別法，法院與行政機關在個案上應優先適用公約。

到目前為止，本文所處理 CRPD 第 12 條之憲法實踐，係在憲法領域探討公約法律能力制度之適用空間，民法監護制度牴觸障礙者人格權與法人格權之結論，也為將來的修法－輔助決定制－建構理論與憲法依據。至於應如何「具體」實現輔助決定制－如何調整監護宣告與輔助宣告之要件與效力、如何調整監護人、輔助人對本人法律能力所享有之干預權能－則非憲法所關注之領域，也非本文所處理之課題，此毋寧更適合由立法與行政部門通力合作加以履行。至於修法應在何種程度上符合公約標準，第 1 號一般性意見已提出明確方向，得為立法與行政機關借鏡。在憲法實踐之基礎上，本文透過第二章歐洲國家對公約第 12 條之履行，以及第三章

歐洲理事會 R(99)4、Rec(2009)11 號建議所建構之監護圖像進行觀察，為我國輔助決定制之實踐，提出幾點結論性意見供立法者參考。



壹、歐洲經驗之啟發：輔助決定制之實現非一蹴可幾

從本文第二章對歐洲國家之國家報告以及 CRPD 委員會之結論性意見中可以觀察到規範與實踐間之巨大落差。不僅輔助決定制尚未實現，部分國家也未能對第 12 條有正確詮釋，儘管歐洲國家一方面強調對公約之「履行」，而實際上卻是著眼於比例原則之操作，強調於必要範圍內對法律能力之限制亦合乎公約規範。對此現象之分析，本文認為從第四章第一節之「一元論」授權觀點出發，足認國際法義務之存在與內國法之實踐，二者間並無必然（因果）關聯，而是一種授權關係，由國際法「授權」國家履行公約義務，至於國家應如何履行則視內部狀況酌情判斷，此從上述歐洲經驗中更能印證。但儘管如此，本文並不認為我國應忽視第 1 號一般性意見對公約第 12 條所為之詮釋，因為從國際法觀點來說，有權解釋機關為 CRPD 委員會，國家僅對公約義務之履行－將公約規範意旨於內國法領域中實踐－具有權限。故而本文並不贊同部分歐洲國家（波蘭、愛沙尼亞、挪威、荷蘭、德國、丹麥）對公約第 12 條－是否容許對障礙者法律能力為剝奪－所採取之不同觀點，⁶⁴⁹ 蓋第 1 號一般性意見對此已有清楚回應，此應作為我國在日後修法時之借鏡。

儘管歐洲國家監護措施未必合乎 CRPD 標準，但部分國家在履行公約義務之努力亦值得我國參考。例如英國、挪威與德國相當重視比例原則之操作，強調監護措施應符合個人需求；而德國與瑞典甚至早在 CRPD 之前就已廢除監護制度對法律能力為剝奪之機制。法律能力之剝奪與代理人權限向來為輔助決定制之判斷標準，前者涉及憲法法人格權之保障，儘管此非輔助決定制之一切，但法律人格權之確保才是輔助決定制得否實現之關鍵。如本文分析所顯示，我國監護制度法律效果對障礙者法人格權與其他憲法權利之行使構成過度干預，此顯有檢討改進之必要。

⁶⁴⁹ 參閱本文第 247 號、248 號註釋。

其次，從本文第三章第一節對歐洲理事會 R(99)4 與 Rec(2009)11 號建議所建構之意定監護、事前指示與法定監護體系之分析中可以得知，儘管此與第 1 號一般性意見所肯認之輔助措施⁶⁵⁰仍有些許差距，但已相當程度符合公約輔助決定制之標準，故前開歐洲標準應值得我國借鏡。儘管從歐洲經驗之比例原則與正當程序出發，仍不保證不會對法律能力進行干預，只要密切符合本人之現況與需求，在符合正當程序之前提下，障礙者法律能力仍可能受到必要之限制與剝奪。本文承認此種理念與現況之落差，此正是基於修法之技術考量，先就最迫切之違憲法律加以回應，待日後實務與現況之發展，逐步朝輔助決定制邁進，此並對我國履行公約國際法義務所為之忽略，而是基於我國憲政秩序之不得不然。⁶⁵¹綜上所述，本文就我國監護制度之修法方向，以歐洲經驗為基礎，各提出近程、中程與遠程目標，供日後立法者參考。

貳、近程目標：修改與憲法抵觸之法律

本文第四章第二節探討我國監護制度與憲法障礙者人格權間之合憲性，並從比例原則、正當程序與平等原則之觀點，認為監護制度欠缺彈性而未能符合障礙者之實際需求，且過於僵化的使監護宣告、輔助宣告法律效果與其他法律行為（例如訴訟權、選舉權、職業自由）進行連結，因手段所造成之侵害與所追求之公益間欠缺比例性而不符合狹義比例原則；而目前監護制度效力為未定期限，欠缺期限與定期檢討之機制，法院無法適時介入使制度有被濫用之風險，且未定期限之宣告，亦屬對權利之過度限制。對於上述與憲法意旨不符之部分，應列為優先檢討改進之項目。對於監護宣告、輔助宣告之法律效果，應本於彈性原則符合個人需求，並善用

⁶⁵⁰ 輔助措施應包括各種形式與強度之正式與非正式措施、也應使障礙者能事先對輔助措施進行規劃。參閱，CRPD Committee, *supra* note 23, at para. 17.

⁶⁵¹ 從而 CRPD 所肯認之障礙者人格權，也才能在我國憲法基本權保障之脈絡中加以理解。基於障礙者人格權並非絕對之制度考量，監護制度在憲法議題上之討論，並非「制度是否符合輔助決定制」，而是，對此限制是否合乎憲法—第 23 條比例原則、正當程序、第 7 條平等原則—之要求。

類型化之思考，對不同類型法律行為所需之能力進行區分，而非一概藉由監護制度法律效果做為判斷基礎。對輔助宣告而言，民法第 15-2 條所列舉之應得輔助人同意之法律行為類型，亦因過於僵化而有重新檢討之必要；從而任何對法律能力為限制或剝奪之措施，應在比例原則之範圍內盡量貼合個人需求，為能力之最大保留與最小干預；考量能力作為動態概念，監護制度之法律效果亦應設有定期檢討之機制，使法院得適時對監護裁定重新檢視，以確保障礙者人格權不受過度限制。至於期限自不宜過長，參考歐洲經驗至少 3 到 5 年內應重新檢討其必要性。

對此，本文建議於監護宣告與輔助宣告之構成要件中，授予法官對**監護必要性**之裁量權限。從而民法第 14 條第 1 項，應修改為，「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，**且有必要者**，為監護之宣告。(粗體為本文所新增)」第 15-1 條第 1 項亦應修改為，「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，**且有必要者**，為輔助之宣告。(粗體為本文所新增)」法院因此在為監護裁定或輔助裁定時，除依醫學鑑定之內容，判斷本人決策能力是否符合法定要件外，尚須就監護制度之必要性加以衡量－例如：是否有其他**非正式**且足以滿足保護目的之替代選項、裁定之**期限與定期檢討**機制等－而不再以「決策能力」之強弱作為唯一標準。透過法院對「監護必要性」之判斷，便能使監護制度之目的從「家長制」(*parens patriae*) 回歸到障礙者本身，使其成為法律能力之擁有者；國家所扮演之角色也因此從干預者轉變為「擔保者」－確保障礙者法律能力之平等享有，進而實踐公約第 12 條之國家義務；第 15-2 條關於輔助人之權限，亦應依照第 1 號一般性意見與彈性原則、最小干預原則與能力最大保留原則重新設計。除對輔助權所適用之事務領域為檢討外，本文建議將輔助人現有之「同意權」調整為「**輔助**

權」，從而受輔助宣告之人對特定事務領域享有不受輔助人「干預」之行為能力，輔助人職權在於提供本人決策所需之必要資訊，並協助意願與偏好之表達，讓輔助人權限回歸字義上「輔助」之原義—協助本人作出決定、並提供決策所需之必要資訊—使本人成為決策之主體。

參、中程目標：增設意定監護與事前指示機制

第 1 號一般性意見所肯認之輔助機制包括正式措施與非正式措施，其與歐理會 R(99)4、Rec(2009)11 號建議間之關係，本文已於第三章第一節分析，儘管考量二者制定之時間因素不同，而為各自獨立之國際法規範，且對障礙者法律能力之保護思維—是否禁止為限制—也不盡相同，但二者若干「殊途同歸」之共通理念仍值得我國借鏡。其皆重視保護機制之彈性，除正式之監護制度外，亦重視包括事前指示與意定監護在內之非正式措施，後者與法定監護共同構成一個綿密的權利保障網絡。事前指示做為民法單獨行為，具有拘束日後監護人或輔助人職權行使之效力（例如財產安排、生活照顧乃至於醫療行為），在當事人意思自主之前提下，代理人在權限範圍內應按照指示內容實踐本人意願，此機制應為我國監護制度所肯認；⁶⁵²意定監護尊重當事人自我決定權之行使，障礙者得事先對意思能力之喪失預先安排，包括監護人選之指定、代理權之範圍、期限與行使方式等，均得由障礙者自行決定，法院原則不對意定監護之設定進行干預，僅為必要之監督與程序協助—如公證或定期檢討。對於意定監護與法定監護間，應以何者之效力為優先？第 1 號一般性意見未有定論，而 R(99)4 號建議則強調以非正式之措施為優先，當非正式保護措施已足以滿足障礙者之保護需求時，國家此時亦無必要加以干預。本文從

⁶⁵² 我國目前已將此概念應用到醫療事務之決定，人體器官移植條例第 6 條（本人對於身故後器官捐贈之事前指示）、安寧緩和條例（本人是否接受安寧緩和醫療或維生醫療之事前指示）第 4 條、第 5 條與第 7 條各自對其定義、要件與效力為規範。此也正呼應 Rec(2009)11 號建議對事前指示應用領域之觀察。參閱，本文註釋 312。但對於醫療領域以外之事前指示，特別是監護人或輔助人之職務行使，仍有待制度進一步建構。



之，尊重本人自我決定之意定監護與法定監護相比，前者更能實踐人格自由發展所追求之憲法價值，前者在私法自治之基礎上排除國家干預，基於對人民自我決定權之尊重，意定監護之效力在適用上應先於法定監護。

意定監護在我國並非嶄新的概念，法務部於 2008 年討論監護制度修正草案時，因當時學者認為此制度無急迫性且涉及範圍過廣，而未能將意定監護列入法務部修法版本中。⁶⁵³自新法施行至今已將近十年，考量身心障礙者權利公約第 12 條賦予我國之國際法義務，以及第 1 號一般性意見之相關詮釋，在監護制度中新增意定監護與事前指示機制之時機已然到來。

肆、遠程目標：廢除對法律能力為限制之制度

合於比例原則與正當程序之監護機制、符合彈性原則之監護機制，以當事人意思為主，法院介入為輔之監護機制，仍未必等同於公約之輔助決定制，只要制度仍容許對法律能力為干預、肯認代理人或輔助人能基於本人最佳利益作出決定，該機制仍非輔助決定制；實現輔助決定制的最後一里路，就是廢除剝奪障礙者法律能力之監護機制，也只有在肯認障礙者法律能力不會因決策能力之強弱而受影響，也只有在法律肯認障礙者不僅做為權利義務之主體，更是權利義務之「行動者」時，監護人之職責才能徹底從代理人轉換為輔助人，後者才能真正體現輔助決定制之精神－**確保障礙者能在與他人平等之基礎上享有法律能力**。但如本文所分析，公約之規範與實踐往往仰賴締約國盱衡內國情勢，循序漸進加以落實，這從歐洲締約國之國家報告中－國家一方面強調公約義務之履行，另一方面卻對輔助決定制有不同於 CRPD 委員會之詮釋－便可知；國家對於公約義務所取得之任務授權，自應本於國際法善意履行原則於內國法領域中－包括行政、立法、司法－實踐之。

本文所關注之憲法實踐僅為司法實踐之一部分，憲法做為內國法領域之框架秩序，對「是否廢除替代決定制」一事，不能以「公約做為內國憲法上位規範」之

⁶⁵³ 林秀雄，前揭註 99，頁 153。

上下位階觀點，使憲法盡依公約規範為詮釋，蓋此非我國憲政秩序之應然。憲法領域關注基本權利之實現，對於公約義務之實踐，其實更適合透過本文所建構之「身心障礙者人格權」、「法人格權」做為切入點，從監護制度之違憲審查中，帶入 CRPD 第 12 條之規範理念，透過憲法解釋之方式，肯認障礙者人格權之保護領域，為日後輔助決定制之實踐建構憲法基礎；並由立法與行政機關如同接力賽跑般，接下司法的這一棒，協力將輔助決定制實踐於我國法秩序中，使障礙者能在與他人平等之基礎上享有法律能力，使障礙者成為真正的自由人。本文樂觀期待，只要能對公約與憲法為適切之解釋與適用，輔助決定制與法人格權之實踐已不遠矣。



參考文獻



中文文獻

專書

內政部，《中華民國 100 年身心障礙者生活狀況及各項需求評估調查報告》，2013 年 1 月。

王澤鑑，《人格權法》，2012 年 1 月。

王澤鑑，《民法總則》，第 5 版，2014 年 2 月。

台灣社會法與社會政策學會，《社會法》，第 2 版，2015 年 1 月。

台灣精神醫學會，《司法精神醫學手冊》，2014 年 6 月。

司法院統計處，《中華民國 105 年司法統計年報》，2017 年。

吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，第 4 版，2016 年 9 月。

吳建昌，《正常與瘋狂的天秤：談精神疾病與司法鑑定》，2016 年 5 月。

李震山，《人性尊嚴與人權保障》，第 3 版，2009 年 2 月。

李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，第 2 版，2007 年 8 月。

法務部，《民法成年監護制度之研究》，2002 年。

姜皇池，《國際公法導論》，第 3 版，2013 年 2 月。

翁逸泓、廖福特，《私生活之權利—探索歐洲，反思臺灣》，2014 年 12 月。

國立臺灣大學法律學院、台大法學基金會（編），《德國民法（上）總則編、債編、物權編》，第 2 版，2016 年 10 月。

國立臺灣大學法律學院、台大法學基金會（編），《德國民法（下）親屬編、繼承編》，第 2 版，2016 年 10 月。

許宗力，《法與國家權力(二)》，2007 年 1 月。

許宗力，《憲法與法治國行政》，第 2 版，2007 年 1 月。

陳惠馨，《民法親屬編－理論與實務》，2016 年 3 月。

黃宗樂、郭振恭、陳棋炎（合著），《民法親屬新論》，第 12 版，2014 年 10 月。

黃舒芃，《框架秩序下的國家權力－公法學術論文集》，2013 年 9 月。

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 2 月。

廖福特，《聯合國與人權保障：監督機制、條約內涵、台灣實踐》，2013 年 5 月。

戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（合著），《親屬法》，2014 年 8 月。

論文

Lech Garlicki（著），翁燕菁（譯），〈歐洲人權法院與「評斷餘地」原則－人權事務中尚存幾分國家裁量空間？〉，收錄於：李建良（編），《2010 行政管制與行政爭訟》，2011 年 11 月，頁 97-128。

王玉葉，〈歐洲人權法院審理原則－國家裁量餘地原則〉，《歐美研究》，第 37 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 485-511。

王自雄，〈人權兩公約之內國法化暨其施行法之實施－從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起〉，《台灣法學雜誌》，第 164 期，2010 年 11 月，頁 113-122。



王國羽，〈聯合國身心障礙者權利公約對我國的啟示〉，《社區發展季刊》，第 123 期，2008 年 9 月，頁 106-116。

王國羽、呂朝賢，〈世界衛生組織身心障礙人口定義概念之演進：兼論我國身心障礙人口定義系統問題與未來修正方向〉，《社會政策與社會工作學刊》，第 8 卷第 2 期，2004 年 12 月，頁 193-235。

李立如，〈成年監護制度與法院功能的演進－以受監護人權益保障為中心〉，《東海大學法學研究》，第 45 期，2015 年 4 月，頁 99-170。

李建良，〈經濟管制的平等思維－兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，《政大法學評論》，第 102 期，2008 年 4 月，頁 71-157。

李建良，〈論國際條約的國內法效力與法位階定序－國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，收錄於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務》，第八輯，上冊，2014 年 7 月，頁 175-275。

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 1 月，頁 139-156。

林明昕，〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《臺大法學論叢》，第 45 卷特刊，2016 年 11 月，頁 1305-1358。

林誠二，〈民法總則禁治產宣告修正草案－成年監護制度之評析〉，《法令月刊》，第 59 卷第 1 期，2008 年 1 月，頁 31-40。

林誠二，〈受輔助宣告人之行為能力與責任能力〉，《台灣法學雜誌》，第 143 期，2010 年 1 月，頁 149-154。



孫迺翊，〈無障礙/可行性、合理調整與平等不歧視原則：從身心障礙者權利公約檢視我國憲法及身心障礙者權益保障法之平等原則內涵〉，《臺大法學論叢》，第 45 卷特刊，2016 年 11 月，頁 1163-1228。

徐揮彥，〈「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 43 卷特刊，2014 年 11 月，頁 839-909。

紐文英，〈美國智能和發展障礙協會 2010 年定義的內容和內涵〉，《特殊教育發展期刊》，第 49 期，2010 年 6 月，頁 21-32。

張文貞，〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能與台灣實踐〉，發表於：司法院主辦，《司法院大法官 104 年度學術研討會》，2015 年 12 月，頁 1-26。

張文貞，〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，第 1 卷第 2 期，2012 年 6 月，頁 25-43。

張文貞，〈憲法與國際人權法的匯流－兼論我國大法官解釋之實踐〉，收錄於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務》第六輯，上冊，2009 年 7 月，頁 223-272。

陳怡凱，〈國際人權公約之內國效力－以公民與政治權公約暨社會文化權公約施行法為例〉，收錄於：台灣法學會（編），《台灣法學新課題(八)》，2010 年 10 月，頁 27-68。

陳怡凱，〈國際人權法在我國法院之適用－以精障者是否可處死刑為例〉，《憲政時代》，第 40 卷第 3 期，2015 年 1 月，頁 311-359。

陳隆志、廖福特，〈國際人權公約與國內法化之探討〉，《國家政策季刊》，第 1 卷第 2 期，2002 年 12 月，頁 33-56。

陳愛娥，〈立法機關的社會政策形成自由與平等原則〉，《台灣本土法學雜誌》，第 14 期，2000 年 9 月，頁 89-96。

陳聰富，〈人格權的保護〉，《月旦法學教室》，第 132 期，2013 年 10 月，頁 42-53。

陳聰富，〈自然人的行為能力及住所〉，《月旦法學教室》，第 129 期，2013 年 6 月，
頁 42-51。

黃昭元，〈2014 年憲法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，第 44 卷特刊，2015 年 11 月，
頁 1395-1437。

黃昭元，〈平等權案件之司法審查標準〉，收錄於：廖福特（編）《憲法解釋之理論
與實務》第六輯，下冊，2009 年 7 月，頁 551-580。

黃昭元，〈平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可
能〉，《臺大法學論叢》，第 37 卷第 4 期，2008 年 12 月，頁 253-284。

黃昭元，〈臺灣法律發展回顧：憲法〉，《臺大法學論叢》，第 39 卷第 2 期，2010 年
6 月，頁 5-30。

黃舒芃，〈國際及區際人權公約在憲法解釋中扮演的角色：兼評司法院釋憲實務對
國際及區際人權公約之看待與引用方式〉，發表於：司法院主辦《司法院大法
官一〇四年度學術研討會－人權公約與我國憲法解釋》，2015 年 12 月，頁 29-
96。

黃詩淳，〈從心理學的老化理論探討臺灣之成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，第
256 期，2016 年 9 月，頁 69-81。

黃詩淳，〈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》，第 233 期，2014 年 10 月，頁 136-152。

黃詩淳，〈障礙者人權與成年監護制度〉，《人權會訊》，第 117 期，2015 年 7 月，
頁 29-34。

黃詩淳、吳英傑、詹朝傑、陳文通、郭躍民，〈「監護宣告之實務與理論之對話」座談會〉，《人權會訊》，第 115 期，2015 年 1 月，頁 17-36。

廖福特，〈批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論〉，《月旦法學雜誌》，第 174 期，2009 年 11 月，頁 223-229。

廖福特，〈從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，2008 年 3 月，頁 167-210。

廖福特，〈憲法與國際人權條約－陌生的互動關係〉，收錄於：台灣法學會（編）《廿一世紀憲政風雲》，2004 年 1 月，頁 207-254。

鄧衍森，〈國際法的規範向度〉，《司法新聲》，第 104 期，2012 年 11 月，頁 7-19。

鄧學仁，〈我國制定意定監護制度之芻議〉，《臺北大學法學論叢》，第 90 期，2014 年 6 月，頁 91-157。

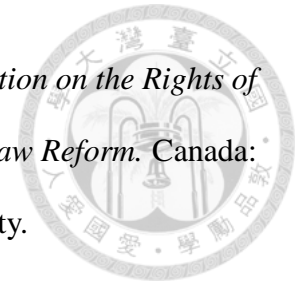
戴瑀如，〈初探德國成年輔助法－兼論我國成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，第 167 期，2009 年 4 月，頁 137-150。

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 6 月，頁 159-209。

英文文獻

American Association on Intellectual and Developmental Disabilities (2010). *Intellectual Disability*, 11th Ed., Washington DC, USA: AAIDD.

American Bar Association (1961). In Lindman, F. T. & McIntyre, D. M. Jr. (Eds) *The Mentally Disabled and the Law: the Report of the American Bar Foundation on the Rights of the Mentally Ill*. Chicago, USA: University of Chicago Press.



Bach, M. (2009). *The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Key Concepts and Directions from Law Reform*. Canada: Institute for Research and Development on Inclusion and Society.

Bond, M. (2010). *The Council of Europe and Human Rights*. France: Council of Europe Publishing.

Council of Europe (2011). *Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity, Recommendation CM/Rec(2009)11 and Explanatory Memorandum*. France: Council of Europe Publishing.

Council of Europe (2012). *Who Gets to Decide? Right to Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities*. France: Council of Europe Commissioner for Human Rights.

Council of Europe Committee of Ministers (1999). *Explanatory Memorandum: Recommendation Rec(99)4 on the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*.

Council of Europe Committee of Ministers (1999). *Recommendation No. R(99)4 on the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*.

Council of Europe Committee of Ministers (2006). *Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to Member States on the Council of Europe Action Plan to Promote the Rights and Participation of People with Disabilities in Society: Improving the Quality of Life of People with Disabilities in Europe 2006-2015*.



Council of Europe Committee of Ministers (2009). *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity.*

CRPD Committee (2010). *Initial Reports Submitted by States Parties in Accordance with Article 35 of the Convention: Spain.* CRPD/C/ESP/1.

CRPD Committee (2011). *Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities: Spain.* CRPD/C/ESP/CO/1.

CRPD Committee (2011). *Initial Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention: Hungary.* CRPD/C/HUN/1.

CRPD Committee (2012). *Concluding Observations on the Initial Periodic Report of Hungary, Adopted by the Committee at Its Eighth Session (17-28 September 2012).* CRPD/C/HUN/CO/1.

CRPD Committee (2012). *Concluding Observations on the Initial Report of China, Adopted by the Committee at Its Eighth Session (17–28 September 2012).* CRPD/C/CHN/CO/1.

CRPD Committee (2012). *Initial Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention: Sweden.* CRPD/C/SWE/1.

CRPD Committee (2013). *Initial Reports of States Parties Due in 2011: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.* CRPD/C/GBR/1.

CRPD Committee (2013). *Initial Reports of States Parties: Denmark.* CRPD/C/DNK/1.

CRPD Committee (2013). *Initial Reports of States Parties: Germany.* CRPD/C/DEU/1.



CRPD Committee (2013). *Initial Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention: Belgium*. CRPD/C/BEL/1.

CRPD Committee (2014). *Concluding Observations on the Initial Report of Belgium*. CRPD/C/BEL/CO/1.

CRPD Committee (2014). *Concluding Observations on the Initial Report of Denmark*. CRPD/C/DNK/CO/1.

CRPD Committee (2014). *Initial Report of State Parties Due in 2012: Lithuania*. CRPD/C/LTU/1.

CRPD Committee (2014). *Initial Report of State Parties Due in 2012: Ukraine*. CRPD/C/UKR/1.

CRPD Committee (2015). *Concluding Observations on the Initial Report of the European Union*. CRPD/C/EU/CO/1.

CRPD Committee (2015). *Concluding Observations on the Initial Report of Ukraine*. CRPD/C/UKR/CO/1.

CRPD Committee (2015). *Concluding Observations on the Initial Report of Germany*. CRPD/C/DEU/CO/1.

CRPD Committee (2015). *Initial Report of State Parties Due in 2012: Bulgaria*. CRPD/C/BGR/1.

CRPD Committee (2015). *Initial Report of State Party Due in 2014: Poland*. CRPD/C/POL/1.

CRPD Committee (2015). *Initial Report Submitted by State Party under Article 35 of the Convention: Estonia*.



CRPD Committee (2015). *Initial Reports of State Parties Due in 2011: Italy*.
CRPD/C/ITA/1.

CRPD Committee (2015). *Initial Reports of States Parties Due in 2015: Norway*.
CRPD/C/NOR/1.

CRPD Committee (2015). *Initial Reports of States Parties Due in 2015: Greece*.
CRPD/C/GRC/1.

CRPD Committee (2016). *Concluding Observations on the Initial Report of Lithuania*.
CRPD/C/LTU/CO/1.

CRPD Committee (2016). *Concluding Observations on the Initial Report of Italy*.
CRPD/C/ITA/CO/1.

CRPD Committee (2016). *Concluding Observations on the Initial Report of Portugal*,
CRPD/C/PRT/CO.

Dhanda, A. (2007). Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past Lodestar for the Future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 429-462.

European Commission (2008). *First High Level Group Report on Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*.

European Commission (2010). *European Disability Strategy 2010-2020: a Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe*. COM(2010) 636 final.

European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Denmark*.



European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: France.*

European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Italy.*

European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Germany.*

European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Sweden.*

European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Portugal.*

European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Greece.*

European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Netherland.*



European Union Agency for Fundamental Rights (2009). *Country Thematic Reports on the Fundamental Rights of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems: Austria*.

European Union Agency for Fundamental Rights (2013). *Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems*. Luxembourg: European Union.

European Union Agency for Fundamental Rights (2015). *Implementing the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*.

Glen, K. B. (2012). Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond. *Columbia Human Right Review*, 44-1, 93-170.

Huang, S. C. (2016). Adult Guardianship in Taiwan: a Focus on Guardian Financial Decision-Making and the Family's Role. *Journal of International Aging Law and Policy*, 9, 127-150.

Johns, A. F. (1999). Ten Years After: Where is the Constitutional Crisis with Procedural Safeguards and Due Process in Guardianship Adjudication? *Elder Law Journal*, 7-1, 33-152.

Kanter, A. S. (2015). *The Development of Disability Rights under International Law*. Oxford, UK: Routledge.

Kelsen, H. (1971). *What Is Justice?* California, USA: University of California Press.

Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*. New Jersey, USA: The Lawbook Exchange.

Kelsen, H. (2012). *Principle of International Law*. New Jersey, USA: The Lawbook Exchange.



Keys, M. (2009). Legal Capacity Law Reform in Europe: An Urgent Challenge. In G. Quinn and L. Waddington (Eds.), *European Yearbook of Disability Law*, 1, 59-87, Oxford, UK: Hart Publishing.

Kilkelly, U. (2001). *The Right to Respect for Private and Family Life*. Germany: Council of Europe.

Lewis, O. (2012). Stanev v. Bulgaria: On the Pathway to Freedom, *Human Rights Brief*, 19, 2-7, 72.

Lipp, V., & Winn, J. O. (2011). Guardianship and Autonomy: Foes or Friends? *Journal of International Law and Policy*, 5, 41-56.

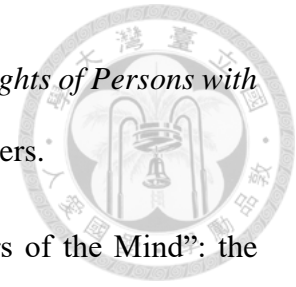
Loucaides, L. G. (2007). *The European Convention on Human Rights* (Netherlands: Martinus Nijhoff).

Mental Disability Advocacy Centre (2013). *Legal Capacity in Europe: a Call Action to Governments and to the EU*. Budapest, Hungary: Mental Disability Advocacy Centre.

Nils Muižnieks (2015). Report by Nils Muižnieks: Following His Visit to Bulgaria from 9 to 11 February 2015. Commissioner of Human Rights of the Council of Europe. CommDH(2015)12.

Nils Muižnieks (2015). Report by Nils Muižnieks: Following His Visit to Norway from 19 to 23 January 2015. Commissioner of Human Rights of the Council of Europe. CommDH(2015)9.

Owen, F., Griffiths, D., Tarulli, D. & Murphy, J (2009). Historical and Theoretical Foundations of the Rights of Persons with Intellectual Disabilities: Setting the Stage.



In F. Owen and D. Griffiths (Eds.), *Challenges to the Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*. London, UK: Jessica Kingsley Publishers.

Perlin, M. L. (2013). "Striking for the Guardianship and Protectors of the Mind": the Convention on the Rights of Persons with Mental Disabilities and the Future of the Guardianship Law. *Penn State Law Review*, 117:4, 1159-1190.

Quinn, G. & Degener, T. (2002). *Humans 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.

Quinn, G. (2009). A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In G. Quinn and L. Waddington (Eds.), *European Yearbook of Disability Law*, 1, 89-114. Oxford, UK: Hart Publishing.

Quinn, G. (2009). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability. *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, 15:1, 33-52.

Roagna, I. (2012). *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg, France: Council of Europe.

Royer, A. (2010). *The Council of Europe*. France: Council of Europe Publishing.

Schulze, M. (2010). *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Lyon, France: Handicap international.

Traustadóttir, R. (2009). Disability Studies, the Social Model and Legal Development. In O. Arnardóttir and G. Quinn (Eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, 3-16. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.

United Nations (2006). *Report of the International Law Commission. Fifty-eight session.*
A/61/10.



World Health Organization (2002). *Toward a Common Language for Functioning, Disability and Health.* <http://www.who.int/classifications/icf/icfbeginnersguide.pdf>

World Health Organization (2005). *WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation.* Geneva, Switzerland: WHO.

World Health Organization (2011). *World Report on Disability 2011.*
http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf

World Health Organization (2013). *Mental Health Action Plan 2013-2020.*
http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/89966/1/9789241506021_eng.pdf?ua=1

World Health Organization. *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders.* <http://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf>

網路資料

中時電子報：<http://www.chinatimes.com/>

中華民國智障者家長總會：<http://www.papmh.org.tw/>

司法院大法官解釋：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp>

立法院議案查詢系統：<http://misq.ly.gov.tw/MISQ/IQuery/misq5000Action.action>

英國法律資訊中心：<http://www.bailii.org/>

德國聯邦司法及消費者保護部：<http://www.gesetze-im-internet.de/>



歐洲人權法院判決資料庫：

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

歐洲理事會：<http://www.coe.int/en/web/portal/home>

歐盟法律資料庫：<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

歐盟基本權利署：<http://fra.europa.eu/en>

衛生福利部社會及家庭署：<http://www.sfaa.gov.tw/SFAA/default.aspx>

衛生福利部統計處：<http://www.mohw.gov.tw/cht/DOS/>

總統府網站：<http://www.president.gov.tw/>

聯合國公約網站：https://treaties.un.org/pages/Home.aspx?clang=_en

聯合國身心障礙者權利委員會：

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>