

「高齡社會之成年監護法」研討會



日期：2015 年 10 月 14 日星期三上午 9:00-12:20

主辦單位：國立臺灣大學法律學院、國立臺灣大學公

共政策與法律研究中心

「高齡社會之成年監護法」研討會

時間：2015 年 10 月 14 日星期三上午 9:00-12:20

地點：國立臺灣大學法律學院霖澤館七樓第一會議室

主辦：國立臺灣大學法律學院、國立臺灣大學公共政策與法律研究中心

主持人：詹森林院長（國立臺灣大學）

口譯：葉啟洲副教授（國立政治大學）

議程

09:00-09:10 詹森林院長致詞

09:10-09:40 「從聯合國身心障礙者人權公約論德國成年人保護法」Dagmar Coester-Waltjen 教授（哥廷根大學）

09:40-10:10 「無行為能力人的強制治療：德國法與聯合國身心障礙者人權公約之觀點」Michael Coester 教授（慕尼黑大學）

10:10-10:30 「我國意定監護制度引入人身管理規範之重要性」戴瑀如副教授（國立臺北大學）

10:30-10:50 「從聯合國身心障礙者人權公約論臺灣之成年監護制度」黃詩淳副教授（國立臺灣大學）

10:50-11:00 休息

11:00-11:50 與談

新井誠教授（中央大學）

戴東雄名譽教授（國立臺灣大學）

詹森林院長（國立臺灣大學）

陳自強教授（國立臺灣大學）

吳英傑助理教授（國立臺灣大學）

11:50-12:15 綜合討論

12:15-12:20 閉幕

*本研討會可抵大學部服務二及碩士班演講時數，請於 10 月 11 日前向林于婷助理 r02a41004@ntu.edu.tw 報名，以利準備資料。

Adult Guardianship Law Symposium

Time: Wednesday, October 14, 2015, 9:00-12:20

Venue: Conference Room No. 1, College of Law, National Taiwan University
(hereinafter "NTU")

Sponsors: College of Law, NTU and Center for Public Policy and Law, NTU.

Moderator: Sheng-Lin Jan (Dean, College of Law, NTU)

Interpreter: Chi-Chou Yeh (Associate Professor, National Chengchi University)

Program

09:00-09:10 Opening Remarks

09:10-09:40 "Das deutsche Recht des Erwachsenenschutzes im Lichte der
UN-Behindertenrechtskonvention" by Dagmar Coester-Waltjen (Professor,
University of Göttingen)

09:40-10:10 "Zwangsbehandlung von rechtlich nicht einwilligungsfähigen
Erwachsenen – deutsches Recht und UN-Behindertenrechtskonvention" by
Michael Coester (Professor, University of Munich)

10:10-10:30 "Zur Bedeutung über die Einführung der Personensorge bei
Vorsorgevollmacht ins taiwanesisches Recht" by Yu-Zu Tai (Associate Professor,
National Taipei University)

10:30-10:50 "Reconsidering Adult Guardianship in Taiwan in Light of UN
Convention on the Rights of Persons with Disabilities", by Sieh-Chuen Huang
(Associate Professor, NTU)

10:50-11:00 Tea Break

11:00-11:50 Comment

Makoto Arai (Professor, Chuo University)

Tong-Schung Tai (Professor Emeritus, NTU)

Sheng-Lin Jan (Dean, NTU)

Tzu-Chiang Chen (Professor, NTU)

Ying-Chieh Wu (Assistant Professor, NTU)

11:50-12:15 Q & A

12:15-12:20 Close

Das deutsche Recht des Erwachsenenschutzes im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, Universität Göttingen

I. UN-Behindertenrechtskonvention und Schutzmaßnahmen für Erwachsene

Die UN-Behindertenrechtskonvention wird – worauf bereits in dem vorangegangenen Vortrag hingewiesen wurde – als ein Meilenstein in dem Bestreben nach menschenrechtlichem und menschenwürdigem Schutz für kranke und behinderte Menschen angesehen. Ein Meilenstein, an dem sich das deutsche Betreuungsrecht messen lassen muss. Auch das taiwanesisches Recht sollte im Hinblick auf die Umsetzung der Konventionsregelungen in einen nationalen Gesetzesakt diesen Grundprinzipien entsprechen. Auf der Konferenz 2010 in Yokohama ist die überragende Bedeutung dieser Grundsätze in hervorragender Weise thematisiert worden. Herr Professor Arai hat in vielen seiner weiteren Aktivitäten darauf hingewiesen, welche Gesichtspunkte bei einem konventionsgemäßen Recht zu beachten sind. Er hat damit die internationale Diskussion geprägt.

1. Selbstbestimmung und Fremdbestimmung

Wie ebenfalls schon im vorangegangenen Vortrag angedeutet, ist Art. 12 der Konvention eine auf internationaler, interdisziplinärer und gesellschaftlicher Ebene äußerst umstrittene Vorschrift.¹ Es geht dabei um das Ziel der Konvention, auch kranken und behinderten Menschen ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen und ihnen in erster

¹ S. Beiträge in der Festschrift Makoto Arai von: A. Smith, Should Guardianship practices be abolished; S. 609 ff; V. Lipp, Der Schutz vulnerabler Patienten zwischen Medizinrecht und Erwachsenenschutzrecht, S. 474; A. Dayton/R. Morgan, An Essay on Reform: Guardianship in the US, S. 192; S. Huang, Adult Guardianship and care in Taiwan: An Analysis on Decisions relating to Compensation for Guardians, S. 375; B. Schulte, das japanische Erwachsenenschutzrecht aus rechtsvergleichender Sicht, S. 591. Außerdem: V. Aichele (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, 2013 (mit verschiedenen Beiträgen); Aichele/Bernstorff: Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht; BtPrax 2010, 199; Barth/Ganner: Die Auswirkungen der UN-Behindertenkonvention auf das österr. Sachwalterrecht; BtPrax 2010, 204; Bienwald: Erlaubt die UN-Behindertenrechtskonvention den Eltern und Betreuern ihres geistig behinderten Sohnes die Errichtung einer Patientenverfügung für ihn? BtPrax 2013, 145; Brosey: Einwilligungsvorbehalt und Art. 12 der UN-BRK, BtPrax 2014, 243; Lachwitz: Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen; BtPrax 2008, 143; ders.: UNO-Generalversammlung verabschiedet Konvention zum Schutz der Rechte behinderter Menschen. Teil I: RdLH 1/07, S. 37; Teil II: RdLH2/07, S. 37; Lipp: UN-Behindertenkonvention und Betreuungsrecht; BtPrax 2010, 263; Schulte: Die UN-Behindertenrechtskonvention und der Ausschluss von Menschen mit Behinderungen vom Wahlrecht; ZRP 2012, 16.

Linie zum Ausgleich ihrer möglicherweise eingeschränkten Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit Unterstützung zu gewähren. Insoweit besteht Einigkeit. Umstritten ist hingegen, ob überhaupt und, wenn ja, in welchem Umfang die Konvention erlaubt, dass eine dritte Person Entscheidungen für den kranken oder behinderten Menschen treffen darf. Umstritten ist des Weiteren, ob bei einer solchen „*substituted decision*“ (an Stelle eines unterstützten Entscheidungsprozesses des Betroffenen – „*supported decision*“) das Wohl des Betroffenen oder aber – so jetzt die wohl herrschende Ansicht – der geäußerte oder vermutete (natürliche) Wille des Betroffenen ausschlaggebend sein soll.

Auf dieses Spannungsfeld zwischen paternalistischer Fürsorge und dem Recht eines jeden Menschen, auch unvernünftige Entscheidungen treffen zu dürfen, mit dem sich u.a. einige Beiträge in der gerade erschienenen Festschrift für Makoto Arai beschäftigen, werde ich im Folgenden nicht im Einzelnen eingehen. Festhalten möchte ich zunächst nur, dass die Notwendigkeit einer Vertretung – also eines *substituted decision making* – für kranke oder behinderte Personen, die selbst nicht oder nicht mehr handeln können, nicht auszuschließen und damit auch konventionsgemäß ist. Ich denke dabei zum Beispiel an Menschen im Langzeitkoma oder im Stadium fortgeschrittener Demenz oder Alzheimerkrankheit, die allenfalls geringfügige Kommunikation erlaubt.² Es wird also auch in Zukunft noch Schutzmaßnahmen für kranke oder behinderte Personen geben, die eine gesetzliche Vertretung durch Dritte vorsehen, seien es Betreuer (wie im deutschen Recht), seien es Vormünder (wie im taiwanesischen Recht). Diese Maßnahmen müssen nicht schon grundsätzlich als konventionswidrig angesehen werden, sondern können – vorbehaltlich einer Prüfung im Einzelfall – der UN-Behindertenrechtskonvention durchaus entsprechen, von ihr sogar gefordert sein.

Es gibt allerdings im deutschen Betreuungsrecht einige Vorschriften die im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention thematisch sind. Dazu gehört zum einen die gesetzliche Vertretungsmacht des gerichtlich bestellten Betreuers in dem ihm zugewiesenen Aufgabenkreis, die auch dann besteht, wenn der Betreute weiterhin geschäftsfähig ist (§ 1902 BGB). Zum anderen kann das Betreuungsgericht einen so genannten

² Vgl. A. Smith, FS Arai, S. 623.

Einwilligungsvorbehalt anordnen. Dies bedeutet, dass der Betreute für die unter diesen Einwilligungsvorbehalt fallenden Rechtsgeschäfte stets der Zustimmung des Betreuers bedarf (§ 1903 BGB). Dies gilt grundsätzlich unabhängig von der Geschäftsfähigkeit des Betreuten. Schließlich wird als problematisch empfunden, dass das deutsche Recht das objektive Wohl des Betreuten über seine eigenen Wünsche und Vorstellungen stellt (§ 1901 Abs. 2, Abs. 3 BGB). Zwar sieht § 1901 Abs. 2 BGB vor, dass der Betreuer, der die Geschäfte so zu besorgen hat, wie es dem Wohl des Betreuten entspricht. Dabei muss er jedoch ermöglichen, dass der Betroffene im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen gestalten kann. Abs. 3 sieht allerdings vor, dass das Wohl des Betreuten seine Wünsche begrenzt. Diese sind nämlich nur insoweit zu berücksichtigen, als sie dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderlaufen und dem Betreuer zuzumuten sind. Die objektive Beurteilung dessen, was für den Betreuten gut ist, hat also im Konfliktfall Vorrang vor seinen subjektiven Wünschen. Auch die Zumutbarkeit für den Betreuer kann die Verwirklichung der Wünsche des Betreuten einschränken.

Sicherlich wird man durch eine konventionsgemäße Auslegung der entsprechenden Vorschriften einen Teil der Probleme lösen können. Dies gilt insbesondere für eine zurückhaltende Praxis bei der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts und für eine extensive Orientierung des Wohles des Betreuten an seinen Wünschen und Vorstellungen. Hierauf möchte ich hier nicht näher eingehen, sondern mich im Folgenden den Möglichkeiten widmen, die das deutsche Recht den Menschen zur Verfügung stellt, um für den Fall der späteren Beeinträchtigung ihrer Handlungsmöglichkeiten Vorsorge zu treffen.

Zur Klarstellung sei hier allerdings betont, dass sich die Frage der Betreuung und der Bevollmächtigung in Betreuungssachen nur auf die **rechtlich relevanten** Angelegenheiten bezieht. Die Betreuung ist auf die Rechtsfürsorge beschränkt. Für die tatsächliche Pflege kommt eine Betreuung nicht in Betracht. Diese Aufgaben müssen von Angehörigen, privaten Pflegepersonen oder Pflegeheimen wahrgenommen werden. Die Erfüllung der Pflegebedürfnisse einer Vielzahl alter und behinderter Personen und die Finanzierung der Pflegedienste stellt eine besondere Herausforderung für die Gesellschaft dar, auf die aber hier im Hinblick auf die Konzentration auf die Betreuung nicht weiter eingegangen werden kann.

2. Vorsorgende Selbstbestimmung

Die UN-Behindertenrechtskonvention und speziell Art. 12 der Konvention sollen in erster Linie Möglichkeiten für die Selbstbestimmung kranker und behinderter Menschen schaffen. Dies gilt auch für die Selbstbestimmung, die Menschen vorgenommen haben, bevor ihr Zustand ihre Handlungs- und Kommunikationsfähigkeit entscheidend beeinträchtigte.

Aus Sicht des deutschen Rechts gibt es dazu vor allem drei Instrumente, die ich Ihnen im Folgenden kurz vorstellen möchte. Dazu gehören: die Vorsorgevollmacht, die Betreuungsverfügung und die Patientenverfügung.

a. Die Vorsorgevollmacht

Mit der **Vorsorgevollmacht** bestimmt der Betroffene eine Person, die für den Fall einer Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfähigkeit für ihn Maßnahmen vornehmen und Entscheidungen treffen soll (vgl. § 1901c S. 2 BGB).³ Dabei können auch inhaltliche Vorgaben gegeben werden. Ein Betreuer darf nicht bestellt werden, soweit die Wahrnehmung notwendiger Aufgaben durch einen Bevollmächtigten gesichert ist (§ 1896 Abs. 2 BGB)⁴.

Die Erteilung der Vorsorgevollmacht grundsätzlich formfrei möglich. In der Praxis erfolgt die Erteilung der Vollmacht in der Regel allerdings zumindest schriftlich, häufig sogar durch notariell beurkundete Erklärung, um auf diese Weise den Nachweis der

³ § 1901c BGB:

(1) Wer ein Schriftstück besitzt, in dem jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert hat, hat es unverzüglich an das Betreuungsgericht abzuliefern, nachdem er von der Einleitung eines Verfahrens über die Bestellung eines Betreuers Kenntnis erlangt hat. Ebenso hat der Besitzer das Betreuungsgericht über Schriftstücke, in denen der Betroffene eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat, zu unterrichten. Das Betreuungsgericht kann die Vorlage einer Abschrift verlangen.

§ 1897 BGB:

(4) Schlägt der Volljährige eine Person vor, die zum Betreuer bestellt werden kann, so ist diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Schlägt er vor, eine bestimmte Person nicht zu bestellen, so soll hierauf Rücksicht genommen werden. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Vorschläge, die der Volljährige vor dem Betreuungsverfahren gemacht hat, es sei denn, dass er an diesen Vorschlägen erkennbar nicht festhalten will.

⁴ § 1896 BGB:

(2) Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

Bevollmächtigung zu erleichtern. Voraussetzung für die Wirksamkeit ist, dass der Vollmachtgeber zumindest insoweit als geschäftsfähig anzusehen ist.⁵

Die Vorsorgevollmacht kann in das im Jahre 2004 geschaffene Zentrale Vorsorgeregister eingetragen werden, das bei der Bundesnotarkammer geführt wird (§ 78 a Abs. 1 BnotO). Wenn die Frage nach dem Vorhandensein einer solchen Vorsorgevollmacht auftritt, wird dem Betreuungsgericht auf sein Ersuchen eine Auskunft aus dem Register erteilt, eine schnelle Überprüfung ist also möglich. Die Registrierung ist aber nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. In der Praxis wird nur ein Bruchteil der Vorsorgevollmachten registriert.

Die Vollmacht kann vom Vollmachtgeber jederzeit widerrufen werden. Ihr Umfang hängt grundsätzlich von den Bestimmungen des Vollmachtgebers ab. Jedoch sind Regelungen des deutschen Rechts, die für bestimmte Vertretungsakte entweder eine bestimmte Form vorschreiben oder zusätzlich eine betreuungsgerichtliche Genehmigung fordern, auch für das Handeln des Bevollmächtigten zu beachten.

So ist beispielsweise eine Bevollmächtigung, die gefährliche, eventuell lebensbeendende medizinische Entscheidungen betrifft, nur in ausdrücklicher und schriftlicher Form möglich (§ 1904 Abs. 5 S. 2 BGB)⁶. Außerdem benötigt der Bevollmächtigte für die konkrete Entscheidung über eine gefährliche Behandlung (wie ein Betreuer) eine betreuungsgerichtliche Genehmigung (§ 1904 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 1904 Abs. 1 und § 1904 Abs. 2 BGB)⁷. Entsprechendes gilt, wenn es um einen Behandlungsabbruch geht, der Wille des Patienten aber nicht eindeutig aus einer Patientenverfügung ersichtlich ist und die Meinungen von Arzt und Bevollmächtigten auseinandergehen (dazu noch näher unten).. Eine betreuungsgerichtliche Genehmigung ist auch erforderlich, wenn der Bevollmächtigte den Betroffenen in einer geschlossenen Anstalt unterbringen will (§ 1906 BGB). Ansonsten steht der Bevollmächtigte – anders als der gerichtlich bestellte Betreuer – grundsätzlich nicht unter der Aufsicht des Betreuungsgerichts (zu den Ausnahmen sogleich).

⁵ OLG München, FamRZ 2009, 2033, 2034

⁶ Siehe Fn. 15.

⁷ Siehe Fn. 15.

Trotz des Bestehens einer wirksamen Vorsorgevollmacht kann allerdings eine so genannte Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB angeordnet werden. Voraussetzung ist dafür, dass der Vollmachtgeber, also die kranke, alte oder behinderte Person, den Bevollmächtigten selbst nicht hinreichend überwachen kann. Dies wird bei der Vorsorgevollmacht in der Regel schon dann anzunehmen sein, wenn die Voraussetzungen, unter denen der Bevollmächtigte tätig werden soll, vorliegen. Erforderlich für die Bestellung eines Kontrollbetreuers ist aber des weiteren, dass ein konkreter Überwachungsbedarf besteht, dem nicht anderweitig abgeholfen wird. Hierher gehören Fälle, in denen ein schwer wiegender Interessenkonflikt des Bevollmächtigten vorliegt. Auch wenn der Bevollmächtigte die ihm übertragenen Aufgaben nicht leisten kann oder will oder es sich um Geschäfte handelt, die vom Umfang und Schwierigkeitsgrad her eine Kontrolle nahe legen. Auch ernst zu nehmende Zweifel an der Redlichkeit des Bevollmächtigten können zu einer solchen Kontrollbetreuung Anlass sein.

In der deutschen Rechtspraxis erfreut sich diese Vorsorgevollmacht einer großen Beliebtheit. Viele Betroffene meinen, dass sie ihren Angehörigen oder Freunden damit zum einen den Weg zum Betreuungsgericht und das für die Betreuerbestellung notwendige Verfahren ersparen. Außerdem wollen sie auf diese Weise sicherstellen, dass eine Person ihrer Wahl für sie handeln wird. Schließlich erhoffen sie sich damit eine bessere Verwirklichung ihrer Wünsche. Anders als der gerichtlich bestellte Betreuer kann der Bevollmächtigte von Wünschen des Betreuten nicht unter Hinweis auf dessen Wohl abweichen, denn ein solches Handeln wäre von der Vollmacht nicht gedeckt. Etwas anderes gilt, soweit der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten ein Abweichen von seinen Anordnungen gestattet oder einen entsprechenden Ermessensspielraum eingeräumt hat. Hält der Bevollmächtigte die Befolgung der Anweisungen für unmöglich oder unpassend, so kann er nicht nach seinem eigenen Willen handeln. Er kann sich aber an das Betreuungsgericht wenden, um dort die Bestellung eines Betreuers zu veranlassen, dem gegenüber er dann mitteilen kann, dass er die Bevollmächtigung nicht weiter wahrnehmen will.

b. Die Betreuungsverfügung

Mit der **Betreuungsverfügung** hingegen schlägt der Betroffene, schon bevor es zum Betreuungsverfahren kommt, eine bestimmte Person als Betreuer für den Fall vor, dass die Anordnung einer Betreuung notwendig werden sollte (§§ 1897 Abs. 4⁸, 1901 Abs.3⁹, 1901c S. 1 BGB). Es handelt sich hier also ebenfalls um eine vorsorgende Verfügung. Wie bei der Möglichkeit des Betroffenen, im Betreuungsverfahren eine Person als Betreuer vorzuschlagen (an die das Gericht grundsätzlich gebunden ist), ist auch für die Betreuungsverfügung die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht Voraussetzung.¹⁰ Im einen wie im anderen Fall kann der Vorschlag formfrei geäußert werden.¹¹ Aus Beweisgründen empfiehlt sich allerdings eine schriftliche Niederlegung dieses Vorschlags. Es können eine oder mehrere Personen oder ein Kreis von Personen (z.B. „einer aus meiner Familie“, „einer aus meiner Wohngemeinschaft“) vorgeschlagen werden. Der Vorschlag kann auch negativ gefasst sein in dem Sinne, dass der Betroffene bittet, bestimmte Personen nicht als Betreuer zu bestellen. Das Gericht ist grundsätzlich an diese Vorschläge gebunden und bei der Benennung eines Kreises von Personen auf eine Auswahl unter diesen beschränkt.

Eine solche Bindung besteht allerdings nicht, wenn der Betroffene erkennbar nicht mehr an diesen Vorschlägen festhalten will, wenn die Gefahr schwerwiegender Interessenkollisionen besteht oder eine solche Bestellung unvereinbar mit dem Wohl des Betreuten wäre. Letzteres ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Vorschlag des Betroffenen auf den Einfluss des Benannten zurückzuführen ist und dieser erkennbar eigene Interessen verfolgt.

In einer Betreuungsverfügung kann der Betroffene außer der Bezeichnung der als Betreuer zu bestellenden Person auch Wünsche äußern, wie die Betreuung

⁸ § 1897 BGB:

(4) Schlägt der Volljährige eine Person vor, die zum Betreuer bestellt werden kann, so ist diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Schlägt er vor, eine bestimmte Person nicht zu bestellen, so soll hierauf Rücksicht genommen werden. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Vorschläge, die der Volljährige vor dem Betreuungsverfahren gemacht hat, es sei denn, dass er an diesen Vorschlägen erkennbar nicht festhalten will.

⁹ § 1901 BGB:

(3) Der Betreuer hat Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist. Dies gilt auch für Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er an diesen Wünschen erkennbar nicht festhalten will. Ehe der Betreuer wichtige Angelegenheiten erledigt, bespricht er sie mit dem Betreuten, sofern dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft.

¹⁰ BT-Drucks 11/4528 Seite 127; BGH, FamRZ 2011,285 Rn 17.

¹¹ BT-Drucks 11/4528 Seite 127.

wahrgenommen werden sollte. Er kann allerdings nicht eine gesetzlich nicht erforderliche Betreuung verlangen oder eine notwendige Betreuung untersagen. Seine Wünsche können sich nur auf die inhaltliche Wahrnehmung der Betreuung beziehen. Hält sich der Betreuer nicht an diese Wünsche, ohne dass eine Rechtfertigung für das Abweichen gegeben wäre, so stellt dies eine Pflichtwidrigkeit dar, die eine aufsichtsrechtliche Maßnahme des Betreuungsgerichts (§ 1908i Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1837 Abs. 2, 3 BGB) auslösen kann. Möglicherweise kommt es dann zu einer Entlassung des Betreuers (§ 1908 b Abs. 1 BGB).

c. Die Patientenverfügung

Die **Patientenverfügung**, mit der ein Betroffener für den Fall seiner späteren Einwilligungsunfähigkeit seiner Behandlungswünsche einschließlich des Wunsches nach Abbruch der Behandlung festlegen kann, ist ein wichtiges Mittel der vorsorgenden Selbstbestimmung. Eine solche Patientenverfügung kann eine volljährige einwilligungsfähige Person treffen.¹² Sie kann darin entscheiden, ob sie im Falle ihrer späteren Einwilligungsunfähigkeit in bestimmte Untersuchungen ihres Gesundheitszustandes, in Heilbehandlungen oder in ärztliche Eingriffe einwilligt oder dieselben untersagt. Eine solche Patientenverfügung muss schriftlich getroffen werden. Sie ist also im Gegensatz zur Vorsorgevollmacht und zur Betreuungsverfügung nicht formfrei möglich. Anders als in einer Reihe anderer Rechte bedarf es aber keiner Beurkundung und auch keines Nachweises einer entsprechenden vorherigen Beratung. Der Betroffene – wie generell jeder Patient – kann auf eine vorherige Aufklärung

¹² § 1901a BGB:

(1) Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.

(2) Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten.

(4) Niemand kann zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf nicht zur Bedingung eines Vertragsschlusses gemacht werden.

(5) Die Absätze 1 bis 3 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.

verzichten.¹³

Zwar verlangt das Gesetz die „Einwilligungsfähigkeit“ des Betroffenen. Dies setzt aber nicht die volle Geschäftsfähigkeit voraus. Die natürliche Einwilligungsfähigkeit (auch als Entscheidungsfähigkeit bezeichnet) reicht hier ebenso aus wie bei allen Einwilligungen in medizinische Maßnahmen und Untersuchungen. Als entscheidungsfähig ist eine Person schon dann anzusehen, wenn sie Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der Maßnahme zu erfassen vermag und hiernach ihren Willen bestimmen kann.

Das Gesetz verlangt allerdings die Einwilligung oder Einwilligungsverweigerung in eine *bestimmte* medizinische Maßnahmen. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt werden müssen, ist im einzelnen umstritten. Gerade im Hinblick auf die erst später bekannt werdenden Erkrankungen und relevant werdenden Behandlungen ist eine genaue Beschreibung häufig im Vorhinein nur sehr schwer möglich. Die Praxis verfährt relativ streng. Besonders schwierig ist dies, wenn es um den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen geht.

In einer Patientenverfügung kann aber auch gleichzeitig ein sogenannter „Gesundheitsbevollmächtigter“ bestellt werden. Das heißt also, dass eine Person bestimmt wird, die in den angegebenen Situationen zur Entscheidung für den Betroffenen befugt sein soll. Im diesem Fall gelten für die Bevollmächtigung dieselben Grundsätze und Regeln wie für die oben erörterte allgemeine Vorsorgevollmacht.

Die Bestimmungen in einer wirksamen Patientenverfügung sind für alle – einschließlich des Betreuers und der Ärzte – bindend, wenn der Betroffene sie nicht widerruft (§ 1901a BGB). Der Widerruf ist formfrei möglich.

In der Praxis stellt die Frage, ob die in der Patientenverfügung beschriebene Situation im gegebenen Sachverhalt tatsächlich vorliegt, eine der größten Schwierigkeiten dar. Wenn der Betreute selbst nicht mehr zur Entscheidung in der Lage ist, sieht das Gesetz für diesen Fall vor, dass der Betreuer bzw. der Vorsorgebevollmächtigte die ansonsten

¹³ BT-Drucks 16/8442 Seite 13.

geäußerten Behandlungswünsche und den mutmaßlichen Willen des Betreuten (unter Einbeziehung der Informationen von nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen, § 1901b BGB¹⁴) festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden hat. Soweit es sich allerdings um eine gefährliche oder eventuell sogar lebensbedrohende Maßnahme, insbesondere ein Behandlungsabbruch handelt, besteht unter bestimmten Voraussetzungen für den vom Gericht für Gesundheitsangelegenheiten bestellten Betreuer wie auch für den vom Betroffenen benannten Bevollmächtigten die Pflicht, eine betreuungsgerichtliche Genehmigung einzuholen (§ 1904 Abs. 2 BGB¹⁵). Voraussetzung ist hierbei insbesondere, dass zwischen dem Betreuer und dem behandelnden Arzt kein Einvernehmen darüber besteht, ob die Einwilligung in die Maßnahme oder die Verweigerung der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht. Sind sich hingegen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter darüber einig, dass nach dem Willen des Betroffenen – wie er in der Patientenverfügung oder auch außerhalb derselben geäußert worden ist – die Behandlung abgebrochen werden soll, so bedarf es der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht.

In diesem Bereich ist also jedenfalls der Wille des Betroffenen vorrangig vor seinem

¹⁴ § 1901b BGB:

(1) Der behandelnde Arzt prüft, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Er und der Betreuer erörtern diese Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung.

(2) Bei der Feststellung des Patientenwillens nach § 1901a Absatz 1 oder der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens nach § 1901a Absatz 2 soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betreuten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.

¹⁵ § 1904 BGB:

(1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschieben Gefahr verbunden ist.

(2) Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

(3) Die Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist zu erteilen, wenn die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht.

(4) Eine Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a festgestellten Willen des Betreuten entspricht.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für einen Bevollmächtigten. Er kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist.

objektiv bestimmten Wohl.

Soweit mögen meine Ausführungen zum deutschen Betreuungsrecht vorerst genügen.

Ich freue mich auf eine lebhafte Diskussion. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Zwangsbehandlung von rechtlich nicht einwilligungsfähigen Erwachsenen – deutsches Recht und UN-Behindertenrechtskonvention

Michael Coester

I. Einleitung

Dass im Alter die Fähigkeit zur selbstverantwortlichen Lebensführung nachlässt – in vielen Abstufungen bis hin zur völligen Unfähigkeit zu vernünftigen Entscheidungen und zur Selbstversorgung –, dies ist ein allen menschlichen Gesellschaften bekanntes Phänomen. Die traditionelle Antwort früherer Zeiten war wenig differenziert: Ab einem bestimmten Grad von Behinderung wurden die betroffenen Personen „entmündigt“, d.h. ihr Status als selbstverantwortlicher Mensch wurde ersetzt durch den eines fremdbestimmten Fürsorgeobjekts. Dieser „Absturz“ im gesellschaftlichen Status war nicht auf bestimmte Bevölkerungsschichten begrenzt, von ihm war jeder Mensch bedroht – auch hochrangige Fürsten, Staatsoberhäupter oder berühmte Schriftsteller.¹ Um die Jahrtausendwende herum haben sich viele moderne Staaten von diesem rigorosen System gelöst und flexiblere Regelungen zum rechtlichen und gesellschaftlichen Umgang mit behinderten Menschen geschaffen – unter anderem auch Deutschland mit dem 1990 eingeführten Betreuungsrecht (anstelle des früheren Vormundschaftsrechts).² Auf internationaler Ebene hat dann die UN-Behindertenkonvention von 2006³ den Perspektivenwechsel von Entrechtung und Fremdbestimmung behinderter Menschen hin zur Achtung ihrer Persönlichkeit und Förderung ihrer noch vorhandenen Fähigkeiten auch auf internationaler Ebene eingeleitet. Inzwischen sind eine Vielzahl von Staaten der Konvention beigetreten, z.B. auch Deutschland und Japan,⁴ aber auch Taiwan hat die UN-Konvention kürzlich, im Dezember 2014 als Bestandteil des nationalen Rechts umgesetzt.⁵ Die Diskussion, welche Folgerungen daraus für die Vormundschaft für ältere und behinderte Personen im taiwanesischen Recht zu ziehen sind, scheinen noch in vollem Gange zu sein. Auch im deutschen Recht ist die entsprechende Diskussion noch nicht beendet. Die anfängliche Position der deutschen Regierung, wonach das deutsche Recht bereits in vollem Umfang den Anforderungen der BRK genüge, ist in der juristischen Literatur neuerdings angezweifelt worden. Es ist zu

¹ Beispiele aus Deutschland: König Ludwig II von Bayern; Herzog von Anhalt-Bernburg; der Schriftsteller Hölderlin oder der Philosoph Friedrich Nietzsche (zu diesem die ausführliche Krankheitsgeschichte bei *Bienwald*, FS Arai (2015) 92 ff.

² Dazu *Coester*, Von anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung, Jura 1991, 1

³ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13.12.2006

⁴ BGBl 2008 II S. 1419; Einzelheiten bei *Lipp*, FS Arai (2015) S. 474, 477; sowie unten III.; Zum System und den Grundsätzen des deutschen Betreuungsrechts s. *Lipp* aaO 474 ff, insbesondere zum Schutz wohl nach aber Patienten S. 484 ff; zu den verfassungsrechtlichen, europarechtlichen und völkerrechtlichen Grundlagen *Streinz*, FS Arai (2015) 632 ff

⁵ *Huang*, Adult Guardianship and Care in Taiwan, FS Arai (2015) 375, 378

erwarten, dass sowohl völkerrechtliche wie auch verfassungsrechtliche Impulse zu einem weiteren Ausbau des deutschen Betreuungsrechts, insbesondere bezüglich der medizinischen Behandlung von einwilligungsunfähigen Personen, führen werden. Im folgenden werde ich mich auf diese Problematik konzentrieren, um die Frage beantworten zu können, ob das deutsche Betreuungsrecht insoweit einer Änderung oder Ergänzung bedarf.⁶

II. Deutsches Betreuungsrecht

1. Grundproblematik von Zwangsbehandlungen

Das Wort „Zwangsbehandlung“ löst, jedenfalls in freiheitlich verfassten Gesellschaften, zunächst negative Assoziationen aus. Solche Behandlungen sind ein Eingriff nicht nur in die körperliche Integrität eines Menschen, sondern berühren auch seine seelisch/geistige Verfassung – und damit seine personale Würde und individuelle Selbstbestimmung, die als fundamentale Grundrechte in Art. 1 und 2 GG geschützt sind. Diese Freiheitsrechte einer Person beschränken sich nicht darauf, dem Einzelnen die Ausgestaltung und konkrete Verwirklichung seiner persönlichen Interessen zu überlassen. Sie umfassen *auch* die Freiheit eines Menschen, sein Leben nach seinen persönlichen Wert- und Richtigkeitsvorstellungen zu gestalten, auch wenn diese von den staatlichen oder gesellschaftlichen Vorstellungen abweichen – möglicherweise sogar zu körperlicher/geistiger Schädigung führen können. Für Nikotin- und Alkoholgenuss wird dies ebenso wenig infrage gestellt wie für gefährliche Sportarten oder das bloße Unterlassen allgemein als vernünftig angesehener Vorsorgemaßnahmen – wie etwa regelmäßige Impfungen, Schul- oder Arztbesuche. Den nachvollziehbaren gesellschaftlichen oder staatlichen Bestrebungen, allgemein als „unvernünftig“ angesehene Lebensgestaltungen zu steuern und einzugrenzen,⁷ hat das deutsche BVerfG deshalb pointiert eine grundgesetzlich geschützte „*Freiheit zur Krankheit*“ entgegengesetzt.⁸ Diese Freiheit zu objektiv unvernünftigen Lebensgestaltungen und der Respekt vor individuellen Wertentscheidungen findet jedoch dort seine Grenze, wo sich solche Entscheidungen nicht mehr als Ausdruck eines autonomen Willens darstellen – etwa weil der/die Betroffene aufgrund geistiger oder psychischer Krankheit zur verantwortlichen Selbstbestimmung nicht (mehr) in der Lage ist. In diesen Fällen verlieren die individuellen Wünsche und Entscheidungen, also der Autonomieanspruch des Einzelnen,

⁶ Unberücksichtigt lasse ich andere, insbesondere öffentlich-rechtliche Eingriffsmöglichkeiten nach deutschem Recht, etwa den „Psychisch-Kranken-Gesetzen“ bzw „Landesunterbringungsgesetzen“ der deutschen Bundesländer, die zum Zwecke der Gefahrenabwehr die Zwangsunterbringung und – nötigenfalls – auch die Zwangsbehandlung von Personen gestatten, oder auch Eingriffe im Rahmen des „Maßregelvollzugs“ bei schuldunfähigen Straftätern, um die Voraussetzung für deren Freilassung zu schaffen (zum Nebeneinander von Betreuungsrecht und anderen Schutzansätzen im deutschen Recht s. Staudinger/*Bienwald* (2013) § 1906 Rn. 14 ff).

⁷ Zur geschichtlichen Entwicklung der diesbezüglichen staatlichen Haltung s. *Heider*, Die Geschichte der Vormundschaft seit der Aufklärung (2011).

⁸ BVerfGE 58, 208, 225 f; zuletzt Entscheidungen des BVerfG vom 25.3. 2015, FamRZ 2015, 1017 Rn. 12; 2.6.2015 - 2 BvR 2236/14 –, FamRZ 2015, 1367 Rn. 18.

ihr verfassungsrechtlich geschütztes Gewicht; an deren Stelle tritt der ebenfalls von der Verfassung gebotene *Schutz eines Menschen*, der zum Selbstschutz und Selbstfürsorge nicht mehr in der Lage ist – auch dies wird als ein Gebot der verfassungsrechtlich geschützten „Menschenwürde“ angesehen.⁹

Dabei ist zu konstatieren, dass in der Lebenswirklichkeit die Kompetenz zur eigenen Interessenwahrung – bestehend aus entsprechender Erkenntnisfähigkeit sowie der weiteren Fähigkeit, sein reales Verhalten entsprechend dieser Erkenntnis auch zu steuern¹⁰ – dass diese Kompetenz also selten entweder vollständig vorhanden ist oder möglicherweise sogar vollständig fehlt: Die Menschen jedweder Gesellschaft dürften auf einer gleitenden Skala zwischen den Polen vollständiger Beurteilungskompetenz einerseits und vollständig fehlender Beurteilungs- oder Steuerungsfähigkeit andererseits anzusiedeln sein. Die Unsicherheiten schon über die Legitimation einer – notfalls willensersetzenden – Fürsorge dem Grunde nach machen es schwer, die Einsatzgrenze staatlicher Intervention zu bestimmen – schon im allgemeinen, also in der gesetzlichen Regelung, wie auch im besonderen, also im konkreten Einzelfall. Dessen unmittelbare Beurteilung ist dem Gesetzgeber ohnehin nicht möglich, sie kann nur von einem Gericht erfolgen. Der Gesetzgeber kann und muss jedoch die maßgeblichen Beurteilungskriterien so genau wie möglich vorgegeben und in das gerichtliche Verfahren Sicherungselemente einbauen (darauf werde ich noch zurückkommen, vgl. unten II.c)). Tut er dies nicht oder nicht in ausreichendem Maße, verletzt er seine ihm von der Verfassung übertragene Verantwortung für die Beachtung und Wahrung der Menschenwürde von Personen, die staatliche Hilfe, gerade auch in Form eines Schutzes vor eigener Inkompetenz, bedürfen. Wie ist der deutsche Gesetzgeber mit dieser Aufgabe fertig geworden?

2. Die Regelungen des deutschen Betreuungsrechts im einzelnen

a) Grundkonzept

Über medizinische Eingriffe entscheidet auch ein Patient grundsätzlich selbst und allein, solange er die dafür erforderliche natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat. Das gilt auch, wenn ihm ein Betreuer für den Bereich der Gesundheitsfürsorge bestellt ist.¹¹ Der Wille des Patienten ist auch maßgeblich, wenn er in einer Patientenverfügung festgelegt worden ist, die die infrage stehende Behandlung abdeckt. Einem bestellten Betreuer kommt dann nur

⁹ Lipp, FamRZ 2013, 913, 915 f; vgl. schon Lipp, Freiheit und Fürsorge (2000) 118 ff, 124 ff.; vgl aber auch noch unten III.2.

¹⁰ Diese zwei Komponenten menschlicher Entscheidungskompetenz (Fähigkeit zu Einsicht einerseits, Steuerung andererseits) haben auch Eingang in das deutsche Betreuungsrecht gefunden: Eine Zwangsbehandlung selbst dort voraus, dass „der Betreute die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann“ (§ 1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB; ähnlich auch Abs. 1 Nr. 2 dieser Vorschrift).

¹¹ Die Bestellung als solche beeinträchtigt die Entscheidungskompetenz des Betreuten nicht, vgl. MünchKomm/Schwab (2012) § 1904 Rn. 31 mwN; Palandt/Götz (2015) § 1906 Rn. 24

die Aufgabe zu, dem Willen des Betreuten „Ausdruck und Geltung zu verschaffen“ (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB).

Nur bei einsichts- und entscheidungsunfähigen Personen obliegt die notwendige Einwilligung dem (gegebenenfalls erst zu bestellenden) Betreuer. Dessen Entscheidung tritt dann an die Stelle der des Patienten. Bei schwerwiegenden oder riskanten Behandlungen und Eingriffen unterstellt das Gesetz die Entscheidung des Betreuers für oder gegen den Eingriff allerdings noch einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt (§ 1904 Abs. 1, 2 BGB).¹² Stets geht es bei diesen Entscheidungen des Betreuers und des Betreuungsgerichts darum, den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betreuten zu ermitteln und durchzusetzen.

Ärztliche Maßnahmen *gegen den Willen des Betreuten* werden demgegenüber in der Sondervorschrift des § 1906 BGB behandelt. Das Gesetz geht dabei davon aus, dass wegen des Widerstandes des Patienten zunächst seine freiheitsbeschränkende Unterbringung notwendig ist, in deren Rahmen dann die ärztliche Behandlung erfolgen kann.¹³ Die Vorschrift ist durch Gesetz vom 6. 20. 2. 2013 wesentlich geändert und ergänzt worden, um den Vorgaben des BVerfG und der UN-BRK zu genügen.¹⁴

b) § 1906 BGB im einzelnen

Die neu gefasste Vorschrift des § 1906 BGB, insbesondere der Katalog von Eingriffsvoraussetzungen Abs. 3 soll sicherstellen, dass Zwangsbehandlungen eines betreuten Menschen nur als „ultima ratio“ infrage kommen – das heißt wenn keine weniger einschneidenden Maßnahmen möglich sind und wenn ohne die Behandlung schwere gesundheitliche Schädigungen des Betreuten drohen. Deshalb muss vor dem ärztlichen Eingriff auch noch einmal versucht werden, den Betreuten von der Notwendigkeit des Eingriffs zu überzeugen (§ 1906 Abs. 3 Nr. 2). Selbst wenn der Betreuer diese Voraussetzungen für gegeben erachtet, muss zusätzlich noch vor dem ärztlichen Eingriff die Genehmigung des Betreuungsgerichts eingeholt werden (§ 1906 Abs. 3a), das wiederum vor seiner Entscheidung ein medizinisch/psychiatrisches Sachverständigengutachten einzuholen hat (§ 321 Abs. 1 S. 5 FamFG).

III. Die Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention

1. Grundkonzept der Konvention

Inhaltlich verfolgt die BRK einen grundsätzlichen Perspektivenwechsel mit Bezug auf Behinderte und ihre Rechte: Sie sollen nicht mehr wahrgenommen werden als Außenstehende der Gesellschaft, die als solche zu schützen und zu fördern sind, sondern als deren vollwertige Mitglieder mit dem rechtlichen Anspruch auf „wirksame und

¹² Einzelheiten bei MünchKomm/Schwab, Kommentierung zu § 1904, insbesondere zu den gerichtlichen Entscheidungsmaßstäben Rn. 50, 51.

¹³ Vergleiche § 1906 Abs. 1 (Unterbringung) und Abs. 3,3a (ärztliche Maßnahme)

¹⁴ Zum deutschen Recht BVerfG NJW 2011,2113; NJW 2011,3571; zur UN-BRK siehe unten 3.

gleichberechtigte Teilhabe an der Gesellschaft“ (Art. 1; Art. 3 (c) und (d) UN-BRK). Sie sind in allen Lebensbereichen als Rechtssubjekt anzuerkennen und genießen volle Rechts- und Handlungsfähigkeit wie alle anderen Bürger auch (Art. 12 Abs. 1, 2 UN-BRK). An die Stelle bisher verbreiteter gesellschaftlicher Ausgrenzung (*exclusion*) von Behinderten soll damit ihre umfassende „*inclusion*“ treten. Das bedeutet, dass an die Stelle (möglicherweise wohlmeinender) Entscheidungen *für* die behinderte Person („*substituted decision making*“) deren Unterstützung beim Treffen *eigener* Entscheidungen tritt („*supported decision making*“).¹⁵

2. Insbesondere Zwangsbehandlungen

Die UN-BRK spricht das Thema einer Zwangsbehandlung zwar nicht explizit an, dieses steht aber dennoch im Fokus der Konvention. Schon einige allgemeine Grundsätze haben durchaus Bedeutung auch für dieses Problem – etwa Art. 12 Abs. 1 und 2 zur rechtlichen Gleichheit behinderter und nichtbehinderter Personen oder Art. 16 zum Schutz vor Gewalt. Andere Bestimmungen, die die grundsätzliche Autonomie Behinderter auch im medizinischen Behandlungsfragen betonen, wie etwa Art. 12 Abs. 3 (gebotene Unterstützung bei der Ausübung dieser Autonomie) oder Art. 25 (d) zur diskriminierungsfreien Gesundheitsfürsorge „namentlich auf der Grundlage der freien Einwilligung nach vorheriger Aufklärung“ – all diese Bestimmungen fordern die Unterstützung behinderter Personen bei der Ausübung ihrer Patientenautonomie; sie äußern sich aber nicht zu ärztlichen Maßnahmen, wenn dem Patienten autonome Entscheidungen nicht mehr möglich sind – sie lassen dieses Problem also offen.¹⁶

Die wichtigste Vorschrift zu diesem Problem ist jedoch **Art. 12 Abs. 4 UN-BRK** – aber auch hier wird das eigentliche Regelungsthema, die Zwangsbehandlung, nicht ausdrücklich benannt. Die Vorschrift bezeichnet nur die nach der Konvention notwendigen sachlichen und formellen *Sicherungen*, die bei (nur implizit angesprochenen) medizinischen Zwangsmaßnahmen zu beachten sind. Mit diesen Vorschriften verfolgt die Konvention zwei wesentliche Anliegen:

- *Zum einen* die Sicherung vor Missbräuchen und Gefahren (Art. 12 Abs. 4 S. 1), die insbesondere bestehen können aus
 - einer Missachtung von Rechten, erklärtem Willen oder Präferenzen des Betroffenen,
 - Interessenkonflikten mit anderen Beteiligten (insbesondere Familienmitgliedern, Betreuer)

¹⁵ Lipp, FamRZ 2012, 670, 673 mwN; Marschner, UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen – Auswirkungen auf das deutsche Betreuungsrecht, R+P 2009, 135; König, Vereinbarkeit deutscher Zwangsunterbringung nach § 1906 BGB und UN-Behindertenkonvention? BtPrax 2009, 105 ff

¹⁶ vgl. Art. 25 (d): „namentlich“ – damit also andeuten, dass es auch ärztliche Behandlungen *ohne* entsprechende Einwilligung geben kann.

- und entsprechend missbräuchlicher Einflussnahme Dritter auf die zur Entscheidung berufene Person.
- *Zum zweiten* will Art. 12 Abs. 4 in S. 2 die Einhaltung des Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit fördern, insbesondere durch
 - zeitliche Beschränkung von Zwangsmaßnahmen,
 - ihren Zuschnitt auf die persönliche Lage und die individuellen Bedürfnisse des Patienten
 - sowie durch das Gebot einer regelmäßigen Überprüfung der Zwangsmaßnahmen durch neutrale Stellen.

IV. Fazit

Die medizinische Behandlung von nicht (mehr) voll kompetenten Menschen wirft schwierige Abwägungs- und Abgrenzungsfragen auf. Die Grenzlinie zu finden zwischen Gewährleistung noch vorhandener Patientenautonomie auch für diesen Personenkreis einerseits, der Gewährung des gebotenen Schutzes vor nicht mehr auf freier Willensbildung beruhender Selbstschädigung andererseits, ist ein schwieriger und verantwortungsvoller Balanceakt, den jeder Staat für seine Rechts- und Gesellschaftsordnung verantwortlich zu meistern hat. Die UN-BRK hat für diese Gratwanderung wichtige Wegweisungen vorgegeben, denen das deutsche Betreuungsrecht mit seiner Reform von 2013 jetzt weitgehend gefolgt ist - auch in Verwirklichung der auch vom deutschen Grundgesetz vorgegebenen Menschenwürde und des Grundsatzes der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bei notwendigen Eingriffen. Dies darf aber nicht zum Nachlassen des Bemühens der nationalen wie völkerrechtlichen Gesetzgeber führen, die Balance zwischen Freiheit und Fürsorge ständig neu zu überprüfen und gegebenenfalls zu verbessern. Darüber hinaus muss stärker ins Bewusstsein der Gesetzgeber und der gesellschaftlichen Institutionen rücken, dass Betreuung oder Vormundschaft immer nur die *rechtliche Organisation* einer notwendigen Fürsorge betreffen – weitgehend einer gesellschaftlichen Grauzone überlassen bleiben einer rein privaten, in der Regel familiären Fürsorge- und Pflegeverhältnisse, die doch oft nahezu 70 % der „Betreuungsrealitäten“ ausmachen: Hier kann es nicht um Verrechtlichung, sondern vor allem um soziale Förderung und Absicherung gehen.¹⁷ Ein reger Gedanken- und Erfahrungsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten der UN-BRK sowie mit Taiwan kann die Ziele der UN-BRK deshalb ebenso fördern wie eine internationale Vergewisserung über die sozial-familiären Realitäten der Fürsorge für hilfsbedürftige Erwachsene.

¹⁷ Zur Problematik Zenz, FS Arai (2015) 734 ff.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 1906 Genehmigung des Betreuungsgerichts bei der Unterbringung

(1) Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil

1. auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder
2. zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.

(2) Die Unterbringung ist nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen. Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht anzuzeigen.

(3) Widerspricht eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Nummer 2 dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in sie nur einwilligen, wenn

1. der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann,
2. zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen,
3. die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung nach Absatz 1 zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,
4. der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere dem Betreuten zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und
5. der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt.

§ 1846 ist nur anwendbar, wenn der Betreuer an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist.

(3a) Die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Der Betreuer hat die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat den Widerruf dem Betreuungsgericht anzuzeigen.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.

(5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 setzen voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1, 3 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.

BGB 第一千九百零六條 [輔助法院於移送安置之許可]

- I. 輔助人就受輔助人所為之移送安置，而使其自由被剝奪時，於下列情事之一，且為受輔助人之利益有必要者，始得為之：
 - 一、因心理疾病、智能或精神障礙，致受輔助人有自殺或造成健康重大損害之虞者。
 - 二、不將受輔助人予以移送安置，不能進行健康檢查、治療行為或侵入性之醫療，且受輔助人因心理疾病、智能或精神障礙不能理解或認識移送之必要性者。
- II. 1. 前項之移送安置，應得輔助法院之許可，始得為之。2. 因遲延有致危險之虞者，得不經輔助法院之許可，而逕為移送安置。但輔助法院之許可，應立即補正。
- III. 依據第一項第二款之規定所為之醫療措施違反受輔助人之自然意願者，僅於下列情形，輔助人方得同意為之：
 - 一、受輔助人因心理疾病、智能或精神障礙不能理解或認識移送之必要性者。
 - 二、事前已嘗試使受輔助人理解該醫療措施之必要性。
 - 三、依據第一項所為之安置性醫療措施乃為防止受輔助人免於遭受鉅大之健康損害，對於其利益有必要者。
 - 四、前項遭致鉅大之健康損害無法透過輔助人採取其他措施而予以避免。
 - 五、對於該項醫療措施之採行有明顯可排除該損害發生之可能。輔助人於履行義務受到阻礙者，方得適用第 1846 條之規定。
- III. a 前項醫療措施之同意，應得輔助法院之許可。輔助人於前項要件不符合時，應撤回該醫療措施之同意。其撤回之同意應通知輔助法院。
- IV. 受輔助人雖未經移送，但於其治療處所、收容之家或其他機構，以機器裝置、藥物或其他方法，長期或定期剝奪其自由者，準用第一項與第二項規定。
- V. 1. 代理人經書面授權，並明文記載本條第一項、第三項及第四項所定之措施者，始得為移送安置或經其同意進行有關第三、四項規定之措施。2. 其他情形，準用第一項至第四項規定。

我國意定監護制度引入人身管理規範之重要性

戴瑀如

臺北大學法律學系副教授

目次

壹、身心障礙者權利公約對於成年監護制度之影響

貳、我國成年監護法制因應身心障礙者權利公約施行法通過之後的修法需求

一、意定監護制度之引進

二、人身管理規範的不足

三、增訂監督監護人之機制

四、法務部之修法方向

參、意定輔助制度在德國法之發展

一、意定輔助的制定與修法

二、意定輔助制度的內容

三、意定輔助人身管理事項規範之修正與實務上所遇到之疑難

肆、對我國意定監護制度修法方向的啟示—代結論

壹、身心障礙者權利公約對於成年監護制度之影響

我國於 2014 年 8 月 1 日三讀通過身心障礙者權利公約施行法之後，我國在有關身心障礙者之相關法令中，必須以身心障礙者權利公約之標準加以檢視，依該施行法第二條之規定，身心障礙者權利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。因此，相關法令若有違反身心障礙者權利公約，即應有立即修正之必要。我國民法親屬編中之成年監護制度，其主要針對有精神障礙或其他心智缺陷者，其無法為意思表示，或表意能力有所欠缺下，為協助其處理法律事務而設。是以，該法規正符合身心障礙者權利公約第一條所規定之適用對象，所謂身心障礙者為身體、精神、智力或感覺器官受到損害，且這些損害使他們在與他人平等全面參與社會的基礎上產生困難。因此民法親屬編中之成年監護制度應落實身心障礙者權利公約之內容。

聯合國身心障礙者權利公約第一條之規定，明白表示其立法精神。其宗旨在於促進、保護及確保實現身心障礙者所有人權與基本自由權，並要求對身心障礙者固有尊嚴之尊重。由此可見，對於身心障礙者權益之保障，已不再以之為保護之客體，而強調其為權利主體之地位。是以，身心障礙者亦無須再視為特別族群，以制定特別法加以保障，而是與一般人相同，享有平等之人權。因此，在公約設定的立場下，應以促進身心障礙者能在各個生活領域中，享有自我決定欲如何生活之權利¹，此包括考量其個別能力與特質下，以其利益為中心，提供協助而達成該權利之實踐。又該公約於承認身心障礙者享有一般人權的同時，也明白表示應禁止一切歧視之可能（公約第 3 條第 2 項，與公約第 5 條）²。

在上述立法目的之下，首先，由公約第三條，可清楚認知身心障礙者權利公約，原則上不再以代理制度作為保護身心障礙者權益之手段，而改以協助身心障礙者，視其行為能力之狀況，於權利行使上，儘量能由其自己作成決定，確保其自立的可能，以尊重個人之固有尊嚴與自主性。其次，由公約第 12 條之規定，

¹ Lipp, Volker, *Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention*, FamRZ 2012, S. 670.

² 公約第 5 條之規定：「締約各國確認，在法律面前，人人平等，有權不受任何歧視，享受法律的平等保護並平等受益於法律。二、締約各國應當禁止任何基於身心障礙的歧視，保證身心障礙者獲得平等和有效的法律保護，不因任何原因而受到歧視。三、為促進平等和消除歧視，締約各國應當承諾採取一切適當步驟，確保提供因應之道。四、為加速實現或實現身心障礙者事實上的平等而需要採行的具體措施，不應當視為本公約所指之歧視。」

強調身心障礙者，應於法律面前獲得平等承認，包括享有人格權利、權利能力；國家應採取適當措施，在尊重本人的權利、意願和選擇下，協助身心障礙者行使其權利能力，並有監督機制而有效防止該制度被濫用的可能，使身心障礙者得繼承財產、管理自己之財產，並有獲得各種金融貸款之機會，確保其財產不被任意剝奪。再者，公約第 17 條中明文保障人身之完整性，亦即身心障礙者享有在與其他人士平等之基礎上，本人之生理與心理完整性應獲得尊重之權利。此即涉及對於身心障礙者之醫療處置上是否得以代為決定，甚至違反其意願強迫治療等問題。最後，公約第 23 條亦規定應尊重身心障礙者之家庭權，包括確保適婚年齡之身心障礙者有結婚建立家庭之自由，以及享有成為父母及擁有對子女行使親權之權利。公約第 25 條則強調健康權的保障，締約各國應確認身心障礙者有權使其健康可以達到最高標準，不會因身心障礙而受到歧視。締約各國應採取一切適當措施，確保身心障礙者能獲得考量性別因素的醫療保健服務，包括與健康有關的康復服務。

總而言之，身心障礙者權利公約透過上述條文之規範，已對成年監護制度之內容樹立若干原則：身心障礙者應為權利主體，享有與一般人相同之人權，一來，使得對其權利能力與行為能力的保障上，並非僅限於特定範圍，而是延伸至所有領域，包括為財產行為或人身管理之意思表示（例如立遺囑之能力或結婚能力），亦或對於人身行為的干涉（例如強制施行醫療措施之允許）以及得否獨力進行行政或司法程序（程序能力）等；二來，該權利能力或行為能力之保障，在於肯定其自我決定權，不僅指其可獨立行使權利之能力，亦包括對於其行使後所生之結果，亦有自我負責之能力（公約第 2 條一、二項）。在上述要件下，國家乃負有義務注意、保障及促進該權利能力及行為能力之具備，以及不受第三人或國家之侵害。是以，成年監護制度應致力於如何尊重身心障礙者之意願，維護其利益下，而能妥善處理各項人身與財產之事務，並防止因權利濫用所可能致生之損害。

貳、我國成年監護法制因應身心障礙者權利公約施行法通過之後的修法需求

我國之成年監護制度雖於西元 2008 年為全面修正，然而修正之結果，以身

心障礙者權利公約之內容加以審視後，仍有諸多違反公約之情形而有待改善³。

一、意定監護制度之引進

在如何落實對於身心障礙者自我決定權之保障，現行法之規定仍有不足。我國之成年監護制度僅有法定監護之規定，欠缺意定監護之可能。意定監護制度為當事人在意思能力喪失前，可預先透過訂定意定監護契約之方式，選任信賴之意定監護人，授權由其負責處理日後受監護宣告後之人身與財產管理事項，包括財產如何運用、採行何種醫療措施等。如此一來，使得當事人在意思能力喪失之後，可由其自行選任之人處理其事務，而避免法院之干預，該選任之人亦能更貼近本人之意思為其處理事務，並依其意願決定其生活的型態與內容。是以，意定監護不以代為決定，而以協助執行本人意願之方式為中心，實為落實身心障礙者權利公約不可或缺之制度。

二、人身管理規範的不足

針對攸關身心障礙者之人身自由事項，我國成年監護法欠缺具體明文規定。現行法對於人身管理之規範僅以一概括條款訂之：「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（民法第 1112 條）」。³該條不但未就護養療治之範圍，為一具體明文之規定，亦未就如何尊重受監護人之意思，進一步闡明。此外，針對財產管理事項，我國成年監護法尚設有法院之監督機制，監護人針對重大財產行為，包括代理受監護人處分不動產、終止租賃等，皆以法院之許可作為前提要件（民法第 1101 條）。但對於人身管理事項，卻毫無相應之規定。無論是醫療行為或是身分行為之作成，此皆攸關當事人之權益甚大，特別在可能造成無法回復之損害時，例如重大侵入性治療所造成之身體機能喪失，或是進行結紮手術而喪失生育的能力等。若這些決定之作成，並未考量受監護人之利益，而完全放任監護人之恣意行為，則其所造成對於受監護人之人權侵害，將比財產行為來得更形嚴重。由此角度觀之，重大人身行為更應有法院之許可機制加以監督，故此於我國成年監護法實有增訂之迫切需求，否則即有違反身心障礙者權利公約第 12、17、23 條規定之虞。

³ 戴瑀如，由身心障礙者權利公約－論我國成年監護制度之改革，收錄於高齡化社會法律之新挑戰，黃詩淳、陳自強主編，2014 年 2 月，頁 111-120。

三、增訂監督監護人之機制

依我國法之規定，法院在選任監護人之後，應對於其執行職務，善盡監督之責，以防止監護人濫用職權，侵害受監護人之財產或人身權益。其監督之機制有三：一為法院於必要時，得命監護人提出監護事務之報告、財產清冊或結算書，檢查監護事務或受監護人之財產狀況（1103 條）。二為監護人為受監護人執行有關重大財產行為之職務時，應經法院之許可方生效力（1101 條）。三為有事實足認監護人不符受監護人之最佳利益，或有顯不適任之情形者，法院得依受監護人、四親等內之親屬、檢察官、主管機關或其他利害關係人之聲請，改定監護人（1106 條之一）。惟此一監督機制是否足夠令人存疑。一來，法院主動介入監督之事項只限於財產管理，而不及於人身管理。因此對於人身管理之監督有加強之必要。此外，我國欠缺監督監護人之設立，法條雖明訂法院於有必要時，可要求監護人盡其報告義務，然而一旦法院主動介入時，往往監護人濫用權限之情形已相當嚴重，故無法妥善保護受監護人之利益，故若有監督監護人之設立，將可代替法院對監護人為更有效之監督。目前我國之監督機制大多來自於家庭成員相互間，透過聲請改定監護人之方式，使濫用職權之監護人不得再執行監護職務。惟如此一來，使得法院監督之成效繫於受監護人家庭成員之有無，而無法使每一個受監護人皆有免於受監護人濫用權限遭致損害之可能，同樣有違反身心障礙者權利公約第 12、17、23 條規定之虞。

四、法務部之修法方向

自去年以來，法務部開始著手修正成年監護制度，惟先將重點放在意定監護制度之引入，在立法院所提出之版本中，相當複雜⁴，與現行法定監護之架構相差甚遠，若要相互配合，勢必亦要大幅度修正法定監護之規定。法務部在變動範圍最小的原則下，納入三大原則：意定監護優先，意定與法定監護之轉換，以及法院為本人利益，當事人縱有簽訂意定監護契約，仍能行使法定監護職權。換言之，其修正範圍僅在意定監護契約之訂定，所約定之受任人可取代法院依職權選任法定監護人或輔助人而已，最多可約定共同或分別執行職務之範圍。至於其他相關規定，包括如何執行職務、有無法院之監督機制等，仍準用法定監護制度。

⁴ 2014 年立法院由陳節如委員等提出民法親屬編增訂部分條文草案，引進意定監護制度。
http://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/05/06/LCEWA01_080506_00125.pdf

此將使意定監護制度所要達成保障受監護人意思自主權之目的大打折扣。此外，此次修法並未於法定監護制度中增訂人身管理之相關規範，如此一來，勢必讓意定監護制度仍跟法定監護制度一般，僅偏重財產事項之監督，再度忽略人身事項之規範⁵，使得此一新制，依然無法配合身心障礙者權利公約之要求，而面臨必須再次修法之可能。

故本文將以德國法在意定監護制度之發展為主軸，特別著重在人身管理規範之介紹與說明，以期我國在此次修法中，亦能顧及人身事項，體認其對於身心障礙者之重要意義，讓意定監護制度之引入，更能發揮身心障礙者權利公約所宣示在各個方面落實其自我決定權之要求。

參、意定輔助制度（即我國的意定監護制度）在德國法之發展

德國早於西元 1992 年即制定成年輔助法，廢除自 1900 年以來的禁治產宣告制度。此一修法源自於德國基本法第一條對於人性尊嚴之保障，以及第二條基本權利之維護。針對舊法之規定，一來無法區別受監護人之個別具體情形，包括其心智狀況與處理事務之能力，而僅能一概以宣告禁治產之方式為之，使大多數人其實僅在少部分情形有透過法律保護之必要，卻被完全剝奪其行為能力，對之人格損害甚大；二來，就其名稱而言，似有歧視有此特殊情形之成年人，對之不夠尊重。於是修法後以成年輔助制度取而代之，將受輔助人依其個別情況，在其最必要範圍內之法律行為，方例外以輔助人之同意為生效之前提要件。因此相較於監護制度，德國之成年輔助制度顯然為保障受輔助人個人權益之較佳方式。此外，為落實德國基本法之要求，其中，無論是否應設置輔助，或是選任輔助人，皆以「必要性」與「補充性」為原則，尊重受輔助人的意願，保護其殘存之意思能力，以維護其基本人權。

由於成年輔助制度一方面涉及對當事人利益之保護，另一方面也可能限制其為法律行為的權利，故是否應對一成年人設置輔助之前，必須確定該措施是否對保障其利益確有必要，此為「必要性原則」之意涵⁶。其次，因成年人一旦受德國法上之輔助宣告以後，將可能對當事人處理事務之權限產生限制，故要符合比

⁵ 戴瑀如，論德國成年監護制度之人身管理－兼論相關之程序法規定，北大法學論叢，90 期，208 頁。

⁶ Doddege, Georg, Roth, Andreas, Betreuungsrecht, 2014, 4. Aufl., S.9.

例性原則。最後，為保障當事人自我決定權，在其已授權他人處理事務時，應予尊重，而有「補充性原則」之適用。因此，在德國法上，若一成年人已於事前授權他人處理其日後於心智能力退化所需之各項法律事務，則對之不再適用法定之成年輔助制度。故德國法上之意定輔助乃優先於法定成年輔助制度，後者僅為補充性適用⁷。

在貫徹必要性原則時，也包括當受輔助人應受輔助之事項已經由照護之授權而有人為其處理時，亦無須再設置輔助人（德民第 1896 條第二項第二款）。此為純屬私法上的意定代理機制，讓任何人可事先為授權行為，就未來需要輔助的情形，選任其所信任之人為其處理事務。此一授權之效力會持續至當事人成為無行為能力人（德民第 104 條第二項）。此外，只要此一意定代理人仍以當事人之利益處理其委託之事項，則仍無設置輔助人之必要。以下說明此一制度：

一、意定輔助的制定與修法

在必要性原則之下，只要仍有能力為授權行為者，皆應優先透過此方式，選任其所信任之人，為其處理事務，此為所謂照護之授權（Vorsorgevollmacht），即德國法上之意定輔助制度。此一制度被認為比法定之成年輔助制度，更能符合受輔助人之需要與意願，一來因處理其事務之人，乃由受輔助人就其所信任之人，親自授權而來；二來也保障成年人有其自由決定其未來生活的建制，而儘可能不受國家之干預⁸。該制於 1999 年第一次修正成年輔助法時⁹，陸陸續續於 2009、2013 年就意定輔助之內容加以建制並予以改善。

二、意定輔助制度的內容

（一）意定輔助的授權時點與方式

一成年人為照護之授權時，應具有完全之行為能力。至於授權之方式，並未於親屬編中明定，而依一般民法代理權授與之方式為之。惟針對重大人身管理事項，包括醫療行為與收容安置則要求應經書面授權為之（德民 1904 五項、1906 五項）。

⁷ Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar, Familienrecht, 2010, 6. Aufl, S. 986, 987.

⁸ Doddege, Georg /Roth, Andreas, Betreuungsrecht, 2014, 4. Aufl.,S. 185.

⁹ Bühler, Martin, Zum Betreuungsrechtsänderungsgesetz und zur Vorsorgevollmacht, BWNotZ 1999, S.25-41.

(二) 意定輔助之開始

原則上，此一照護之授權於授與代理權契約簽訂時即成立，但該意定輔助人之代理權，則自授權人符合受輔助之要件時，即因心理疾病、身體、智能或精神障礙，致不能處理自己事務之全部或一部者，始發生效力。在輔助法院已依聲請或依職權開始輔助程序時，已經受輔助人授權之人，應通知輔助法院。輔助法院並得請求附具證明文件（德民 1901 條之三）。

(三) 選任意定輔助人之限制

為預防受輔助人之權利會被濫用，而明文規定，當授權人所授權之代理人為與治療處所、收容之家等機構有從屬或密切關係者，則並不一定排除法定成年輔助制度之適用，以保護授權人（1896 條 II 後段與 1897III）。

(四) 意定輔助人執行職務內容

1. 財產管理

若授權人（即受輔助人）為概括授權時，則意定輔助人自可為授權人進行所有的財產管理事務。授權人亦可為其利益，僅就一部之財產管理授權予意定輔助人，或是排除部分的法律行為授權。惟意定輔助人在管理受輔助人之財產時，並未受有像輔助人在管理財產時之限制，例如就特定事項排除其代理權，如與意定輔助人之配偶等進行之法律行為或是重要之財產行為，如處分不動產等尚須法院之許可方得為之。是以，為避免意定輔助人恣意處分財產，受輔助人可於授權時考慮，將此類行為保留給輔助法院所設置之法定輔助人為之，至少法定輔助人有法院之監督，較能保障受輔助人之權益不受侵害。

2. 人身管理

對於人身事項之代理，僅有在受輔助人已喪失其意思能力方得為之。透過照護之授權，亦可將人身事項授權給意定輔助人處理，例如決定住居所地、搬家及是否要去安養院、醫院或拆除信件等事項。惟具有高度人格自主性之行為，如結婚、訂立遺囑或選舉等，則不得由他人代為行使¹⁰。此外，在與受輔助人相關之

¹⁰ Kropp, Gabriela, Die Vorsorgevollmacht, FPR 2012, S.10.

護養治療上，意定輔助人可執行授權人預先所訂立之病患意願同意書，依其意願進行醫療行為。未訂有病患意願同意書或該內容已不符合現行生活與治療情形者，意定輔助人應以授權人明示或可得推知之意願決定是否進行該醫療行為。至於在重大醫療行為與收容安置之決定上，意定輔助人仍然必須經法院之同意方得為之。

(五) 意定輔助人之監督

與法定輔助人不同，意定輔助人原則上並不受法院的監督，如此方能確保受輔助人透過意定輔助之方式，不想其私人生活受國家管控的目的。然而另一方面，卻必須擔心，當意定輔助人執行職務時違背受輔助人所授權之內容，則反而會侵害受輔助人之權益。為了不使成年輔助制度的保護目的，因為意定輔助人濫用其權利反而背道而行，立法者設了三道防線：

1. 意定輔助優先法定輔助制度之前提要件在於，受輔助人已授權給意定輔助人，而使意定輔助人能完全取代法定輔助人，妥善處理受輔助人之事務。因此，若透過意定輔助制度，卻無法達成以法定成年輔助制度設置輔助人所能協助受輔助人處理事務之目的者，則仍有法定輔助宣告制度之適用（1896 條第二項）。
2. 監督輔助人之設立：為避免在授權人無行為能力後，於意定輔助人不適任時，無法再以撤回意定監護之授權免除其職務，故授權人可於訂定意定輔助契約時，另外指定一人，其任務在於取代授權人之地位，對於意定輔助人有加以監督之權。包括要求意定輔助人履行對於所授權事務之報告義務等，此人稱為意定監督輔助人(Kontrollbetreuung)。除此之外，當意定輔助人作出不利授權人之行為時，此時法院可指定法定輔助人，其任務即為替授權人監督意定監護人執行職務，此時亦稱為意定監督輔助人（1896 條第三項）。
3. 就重大醫療行為，即該治療可能造成受輔助人死亡的結果或長期嚴重之身體傷害，或是對於受輔助人之收容留置，而剝奪其人身自由之涉及高度人格法益之事項，意定輔助人在為上述行為之決定時，仍應經法院的許可。

(六) 意定輔助人之解任

在授權人仍有完全行為能力時，可將對意定輔助人之照護授權予以撤回。若

授權人為無行為能力時，則無法再撤回對意定輔助人之照護授權。此時僅有監督輔助人得在一定條件下將意定輔助人之授權撤回，即當該意定輔助人之行為已侵害受輔助人之利益時，監督輔助人可被認為其乃遵照受輔助人之意願執行職務，而代其撤回所授與之照護代理權（德民第 1901 條第三項第一段）。

(七) 意定輔助人之報酬

在德國法上，意定輔助人之報酬與法定輔助人不同。對於無資力之受輔助人，法定輔助人自國家取得報酬；意定輔助人則無法自國家及授權人處取得報酬。就有資力之受輔助人而言，職業輔助人之酬勞依法律規定之數額，由受輔助人之資產中支付，非職業輔助人之報酬則無上限之規定，可取得依其執行職務相當之報酬（德國民法第 1836 條第二項）；而意定輔助人之酬勞只要在不違反公序良俗的情形下，可由當事人自行約定，並由受輔助人之資產中支付。其約定之方式，不以書面為必要。此一報酬之約定，於授權人成為無行為能力人時仍生效力。有疑義者為，若所約定之內容為依通常情形，給付相當之報酬者，則有爭議時，將由法院決定。若雙方所約定者為無報酬，但被授權人卻不願意在無酬之情形下接受委託，則此時其應通知輔助法院展開法定輔助程序，而其可轉換以法定輔助人之身分處理授權人之事項。此外，若本來有資力之授權人，其後成為無資力者而無法再支付所約定之報酬者，則意定輔助人通常之情形會結束其委任工作，而通知輔助法院¹¹。至於雙方未約定報酬之情形下，則意定輔助人可向有資力之授權人，請求如同非職業之法定輔助人，依據第 1836 條第二項之規定所能取得之報酬；但於授權人無資力下，則其可中止其受委任之職務，轉換為法定輔助人，而向國家請求報酬之給付¹²。

(八) 意定輔助契約之登記

意定輔助契約作成後，其有關意定輔助人之個人資訊與該契約之保存處所¹³得於聯邦公證人公會（Bundesnotarkammer）所設立之中央照護登記處（Das Zentrale Vorsorgeregister）登記¹⁴。此不論是私人自行簽訂，或透過公證人或律師

¹¹ Zimmermann, Walter, Vergütung des Vorsorgebevollmächtigten, FamRZ 2013, S. 1535, 1536.

¹² Zimmermann, Walter, Vergütung des Vorsorgebevollmächtigten, FamRZ 2013, S. 1535, 1538.

¹³ Zimmermann, Walter, Die Formulierung des Vorsorgevollmacht, NJW 2014, S. 1575.

¹⁴ 此為德國公證人公會之中央照護登記處之網站。<http://www.vorsorgeregister.de>

所為之意定輔助契約，皆有適用。除意定輔助契約之外，尚包括輔助事項之處分書或預立病患自主意願書，亦屬可登記之事項。而在該處所儲存之資料則可隨時讓輔助法院查詢¹⁵。

三、意定輔助人身管理事項規範之修正與實務上所遇到之疑難

德國在簽署身心障礙者權利公約之前，其成年輔助法之規定，相較其他國家，牴觸公約的情形不嚴重。首先，德國於 1992 年修正成年監護制度時，即採取所謂的一元制，稱為「成年輔助」制度，乃依照個人身心障礙的程度，由法院為其選任輔助人，並指定應受輔助之範圍。故符合身心障礙者權利公約所要求的原則，以輔助取代代理制度。其次，亦已引進意定輔助制度，允許有行為能力之人於事前簽訂意定輔助契約，針對日後意思能力減退時需受輔助之事項，約定由所信賴之人加以處理，此亦被視為能落實身心障礙者之自我決定權之重要措施。再者，針對法定輔助人或意定輔助人行使職務時，亦設有法院的監督機制，除了有監督輔助人，在法定輔助人或意定輔助人執行職務時，協助法院監督其是否有濫用權限之情事，並針對重大之財產管理與人身管理設有法院之許可機制，以保護受輔助人之人身與財產安全。

然而在身心障礙者權利公約簽署之後，仍然必須就相關法規再作檢視。在德國法討論最多者，認為尚有待加強的部分，即為有關人身管理之事項，縱使對於重大之人身行為已設有法院之監督機制，但卻未能充分保障身心障礙者之自主權，包括醫療行為的決定等，特別在意定輔助制度上，故依然有違反公約之虞。是以，在 2009 年與 2013 年作了相關的修正，前者增訂預立病患醫療自主同意書之規定，後者則就強制醫療措施之要件，於違反受輔助人之意願下，增設可施行之例外規定。

(一) 病患醫療自主意願書之預立

為尊重病患之醫療自主權，德國於 2009 年增訂第 1901 條之一與之二之規定，有意识能力（Einwilligungsfähigkeit）之成年人，可就日後陷入無意识能力時，事先提出書面聲明，就尚未面臨之健康檢查、身體治療或侵入性之醫療處置，預

¹⁵ Kropp, Gabriela, Die Vorsorgevollmacht, FPR 2012, S.11.

為同意或拒絕。該項聲明於該成年人受輔助宣告時，應由輔助人或意定監護人再加以檢驗是否符合現在之生活及治療情形。未立有病患意願同意書或該同意書之內容並未符合其現在之生活與治療情形者，輔助人或意定輔助人應以受輔助人明示或可得推知的意願，或以其為基礎，決定是否同意或拒絕第一項所列示之醫療行為。輔助人或意定輔助人應與醫師，以受輔助人之意願為主，檢討有關之醫療措施，而作出決定。為探求受輔助人之意願，可參酌其最近親屬或其他有信賴關係之人之意見。

(二) 強制醫療措施實施之要件

德國於 2013 年 2 月 26 日制定強制治療許可法¹⁶，修正德國民法第 1906 條第三項之規定。對於一已無意思能力之人，而由法定輔助人或意定輔助人同意進行強制醫療措施之情形予以明文規定。對於意定輔助人而言，可否對於違反一已無意思能力人之意願，而對其強制醫療措施進行同意之前提在於，該無意思能力人於事先有行為能力時，以書面授權並明白表示此類措施可由該意定輔助人決定為之。此外，必須符合下列要件，包括受輔助人因心理疾病、智能或精神障礙不能理解或認識移送之必要性者、意定輔助人事前已嘗試使受輔助人理解確信該醫療措施之必要性，以及該措施之施行實可防止受輔助人免於遭受鉅大之健康損害，此外並無其他措施可予以替代。此外，縱使符合上述要件，意定輔助人之同意，仍應得法院之許可。法院在為許可之裁定前，即有義務調查意定輔助人是否已盡其能力，使受輔助人理解該醫療措施之必要性。一修正條文最主要適用之對象乃針對長期之精神病患者，因治療所需而必須強制住院之情形¹⁷。

(三) 意定輔助制度與法院許可機制之衝突

在 2015 年 6 月 10 日德國聯邦憲法法院作成一判決，針對意定輔助契約中已明白授權給意定輔助人，得對有關剝奪授權人之人身自由之安置措施進行同意下，尚須法院許可之規定，實有侵害當事人之自我決定權。此一判決更突顯身心障礙者之自主決定權，與國家為保護受輔助人之權益而進行之干預措施之間的界線應

¹⁶ 基於最高法院之判決所延伸之憲法法院判決而促成此次修法。BGHZ 193, ff.337=NJW 2012, S. 2967; BVerfG 128, 282, BVerfG 129, 269=NJW 2011, S. 2113, 3571

¹⁷ Müller, Gabriele, Update Betreuungsrecht- Aktuelle Fragen rund um Betreuung und Vorsorgevollmacht, S. 411, 412.

置於何處之難題，以下簡要說明之：

一在安養院療養的婦人，以書面授權其子，就下列事項有決定權，包括居留處所，或施行剝奪人身自由的安置措施，以及其他醫療措施等。而在其授權同意書中，該婦人明白表示在授權範圍內所為之決定，無須再經由法院的同意，而可逕行予以執行。該婦人在好幾次由床上及椅子上跌下來，甚至使下顎斷裂之後，意定監護人乃向法院聲請同意替該婦人立床圍，以及用腹帶讓該婦人可固定綁在椅子上。法院就此為一同意之裁定，但附有期限。

意定輔助人對於法院之裁定不服，因此提出上訴至德國聯邦最高法院，但仍被駁回。甚至提出釋憲，認為對於該措施需要法院同意之情形，即德國民法第1906條第五項第二款準用第一項至第四項之規定，已侵害當事人之自我決定權，而為違法之干預（基本法第2條第一項）。依據該條第一項第一款，意定授權的範圍包括讓被授權之人可同意對授權人進行剝奪人身自由之安置措施，以及與安置相類似之措施（1906條第四項）。如此之授權，法律對意定輔助人明定應適用法定輔助人之規定，而設有一定之要件（1906條第五項第二款與1906條第一項至第四項）。此使得意定輔助人如同輔助人一般對於侵害人身自由之措施，仍需要法院之許可。惟僅有在有緊急狀況的時候，方得不先經法院之許可，但亦要立即的補正。

上述對於授權人的自我決定權限制之規定，德國聯邦憲法法院第二庭在審理之後卻認為合憲。其論點在於法院之許可具有強行法規之效力，使得授權人不得解除被授權人為同意時之此項義務，而有經憲法檢驗之必要。授權人對於此項由法院強制啟動之保護機制，不得主張放棄¹⁸。

就此一判決，延伸出進一步的問題，究竟法定輔助制度與意定照護權之授與兩者之性質是否相同？是否皆屬於國家實施保護國民任務之重要媒介，而同具有公法上之性質？亦或後者基於私法自治之原則，而使得公權力干預的空間較小？而更能保障當事人的自主決定權。

就此一問題，會關係到目前德國法上將法定輔助制度之限制，直接適用於意定輔助制度之適切性。在本案中，德國聯邦憲法法院沒有針對有關侵害人身自由

¹⁸ BVerfG, Beschluss v. 10.06.2015,
http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/06/rk20150610_2bvr196712.html

之措施是否屬於依基本法第 104 條第二項第一款之法律保留作出說明，更未就授權人自行決定之侵害人身自由之措施，是否依然具有公法上之面向，而必須適用第 104 條之法律保留原則，使得國家有權利進行干預，並透過法院以許可機制進行監督。若此一疑義澄清後，對於法定輔助人權力之限制即不必然直接適用到意定輔助制度，意即對於私法自治之限制應一開始就與法定輔助之限制有不同之正當性基礎。就此，德國立法者有一天勢必就成年輔助法中，有關限制意定輔助職務執行之規定，是否應予放寬進行衡量¹⁹。

肆、對我國意定監護制度修法方向的啟示—代結論

觀察德國法上有關成年監護制度之發展，一共有三個重心：

首先，德國以法定輔助制度取代原本之監護制度，而對身心障礙者不再宣告禁治產，使其為無行為能力，並由第三人代理其法律行為，轉而以輔助宣告，使身心障礙者不因此成為無行為能力，而可針對其個別狀況判斷，並以需輔助事務之範圍來調整當事人能力的減退所需要的幫助。此一變革符合身心障礙者權利公約的第一個目標—發揮身心障礙者殘存之能力，以法院指定之輔助人，協助身心障礙者作成自我決定，以取代第三人代理制度。

其次，增訂意定輔助制度，加強身心障礙者自我決定權之落實。透過若干條文之增訂，確立意定輔助優先法定輔助之原則，以身心障礙者於具備完全行為能力時自行決定日後有輔助需求時，為其執行職務之人，而排除國家之干預。此一修正符合身心障礙者權利公約的第二個目標—尊重身心障礙者之自主選擇權。

最後，設有防止法定或意定輔助人濫用權限之機制，法院或本人可指定監督輔助人，監督法定或意定輔助人執行職務，於發現有侵害受輔助人之財產與人身權益之情事者，可解任法定輔助人或撤回意定契約之授權。此外，在法定輔助制度中，於輔助人執行受輔助人之重大財產與人身管理事項時，應經法院許可方生效力，以確保受輔助人之財產與人身權益不受侵害，以履行國家之保護義務。但在意定輔助制度中，於財產管理事項上，為落實受輔助人之自主決定權，與法定輔助不同，在重大財產之處分乃無須經由法院之許可。但於人身管理事項中，因攸關人身自由之保障，例如重大醫療行為或移送安置之決定等，即使有違背受輔助人之意願，但仍有準用法定輔助之規定，應有法院之許可方得為之。上述相關

¹⁹ Schwab, Dieter, Freiheitsentziehung, Wille des Betroffenen und Vorsorgevollmacht, S.1357-1358.

規定符合身心障礙者權利公約的第三個目標－以監督機制保護身心障礙者不因濫用權限致生損害。

綜上所述，足見德國之意定輔助制度，其與法定輔助制度緊密結合，在法定輔助制度之基礎上，以意定輔助制度取代法院所選任之輔助人，而加強落實本人之自主意願。由於德國法在法定輔助制度上，比起我國而言有更周全之設計，使得意定輔助在準用法定輔助制度之後，不論在於監督監護人的選任，或是人身管理規範的限制上，皆能配合身心障礙者權利公約之要求。

反觀我國現行成年監護制度，不論在二元制之架構、法院監督機制僅偏重財產管理，而輕忽人身管理之不當，或是未有意定監護制度等，皆有違反身心障礙者權利公約之精神，本應檢討而為大幅度之修正，已如前述。惟目前之修法方向卻僅指向意定監護制度之引入，雖掌握尊重本人意思自主之精神，確立意定監護優先原則，由本人於意定契約所約定之人擔任監護人，但在其餘規定上，包括執行職務之方式、法院監督之機制等內容仍大量準用法定監護之規定。在法定監護制度人身管理事項之規範未能配合一併修正之情形下，例如引進預立病患自主意願書之規定，或明定對重大醫療行為及剝奪人身自由之安置措施可施行的要件等，要能達成尊重本人意思自主之精神、享有權利主體之地位，不被歧視而被平等對待實仍有極大的困難。

以預立病患自主意願書為例，此對於身心障礙者而言，能自主決定之重要性絕對不亞於財產管理之事項，在我國民法成年監護章節未明定之情況下，只有安寧緩和醫療條例中，就成年具完全行為能力之末期病人，得以意願書選擇安寧緩和醫療或作維生醫療抉擇（安寧緩和醫療條例第 4 條）。若為無行為能力人者，其可於具備完全行為能力時，以書面預立醫療委任代理人，載明委任意旨，於其無法表達意願時，由代理人代為簽署（該條例第 5 條）。此一規定雖已屬意定監護之範疇，然而其適用範圍卻僅限縮在末期病人對於維生器之選擇，對於身心障礙者之醫療自主權而言，實不足夠，而有明文立法之需求。即便此次成年監護修法仍未將預立病患意願書納入修法方向，但卻已有立特別法之倡議。立委楊玉欣所提出之病人自主權利法草案，就其內容雖尚有許多爭議，但已於 2015 年 10

月 7 日經立法院初審通過²⁰。該草案包括保障病人的知情選擇與決策權、病人受告知權與同意權之具體落實與預立醫療指示之內容，及約定醫療委任代理人之要件與權限²¹。惟由該草案第六條中規定觀之，當病人為無行為能力人者，對侵入性之檢查或治療應經關係人之同意，始得為之。而關係人包括醫療委任代理人、法定代理人、配偶、成年子女、孫子女等。由於此一規定，仍不脫代理之色彩，在考量此一侵入性之醫療行為對於病人可能造成身體上之嚴重侵害，此時實應由法院介入，發揮適當之監督機制。然而在此部草案中卻未見相關機制之設計。

綜上所述，在身心障礙者權利公約的影響下，我國成年監護制度將面臨再次修正之必要，期盼再次修法之方向，能儘量落實前述身心障礙者權利公約之三大目標，如同德國法一般。縱使考量法院之負擔、或是對於交易安全的疑慮，未能朝向德國的一元制邁進，但至少應在二元制的架構下，以更為具體之規定規範本人自主意願之確保，並能加強攸關身心障礙者權益之人身管理事項之規範，包括增訂預立病患意願同意書之相關規定，以及對於重大醫療行為、移送安置措施之法院監督機制，如此，在引進意定監護制度後，方能更具體落實身心障礙者之自我決定權，並能思索在尊重當事人自主意願之意定監護制度，與國家為保護當事人權益而進行干預之分際，究應如何拿捏為宜，而能在民法親屬編中建構一符合身心障礙者權利公約之完整成年監護制度，並藉此減少目前我國大量透過特別法所個別規定而產生之矛盾分歧之處²²。

²⁰ 本草案雖已經立法院委員會初審送交院會，但多數條文已被提出異議而保留，必須留待院會時由朝野協商處理。參見 <http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20151007/707139/>

²¹ 病人自主權利法草案之內容，請見立法院全球資訊網網站。

http://www.ly.gov.tw/03_leg/0301_main/leg_bill/billView.action?id=10464&lgn=00078&stage=8

²² 就特別法之規定所產生的問題，請參照戴瑀如，由身心障礙者權利公約－論我國成年監護制度之改革，收錄於高齡化社會法律之新挑戰，黃詩淳、陳自強主編，2014 年 2 月，頁 116-120。

從聯合國身心障礙者人權公約論臺灣之成年監護制度

黃詩淳（國立臺灣大學法律學院副教授）

目次

壹、背景：社會現狀與身心障礙者權利公約之國內法化

- 一、人口高齡化
- 二、身心障礙者權利公約施行法之通過
- 三、以 CRPD 觀點檢視成年監護制度之必要

貳、本人能力之限制

- 一、CRPD 第 12 條對能力限制之立場
- 二、臺灣法上的受監護宣告人無行為能力
- 三、臺灣法上之受輔助宣告人之特定行為須經同意

參、協助本人之方法：代理權、同意權及醫療同意之問題

- 一、CRPD 第 12 條對協助方法之立場
- 二、監護人之代理權
- 三、輔助人之同意權
- 四、醫療的代行決定（同意權行使）

肆、結論

壹、背景：社會現狀與身心障礙者權利公約之國內法化

一、人口高齡化

因醫療和生活水準的改善，臺灣人民平均餘命的提高十分顯著，1963 年男性平均餘命 63.9 歲、女性 68.3 歲，2014 年成長到男性 76.7 歲，女性為 83.3 歲。現在的高齡者和 51 年前相較，增加了約 13 至 15 年的老後生活。而 65 歲以上高齡人口占總人口比率，2013 年為 11.5%，預估 2018 年將增至 14.0%，達到聯合國等國際機構所稱的高齡社會（aged society），2025 年超過 20%，成為超高齡社會（super-aged society）¹。另外，高齡者之人口總數，2014 年底有 281 萬多人，較 23 年前（1990 年）增加了兩倍以上。

隨著平均壽命的延長和高齡者絕對數量的增加，可預期判斷能力減弱或喪失

¹行政院經濟建設委員會（2012），《中華民國 2012 年至 2060 年人口推計報告》，臺北：行政院經濟建設委員會，頁 13，網址 <http://www.ndc.gov.tw/dn.aspx?uid=11723>（最後瀏覽日：2015/10/01）。

的高齡者亦遞增。根據財團法人臺灣失智症協會在 2009 年 12 月底所為之推估，社區中 65 歲以上老人失智人數約 12 萬人，長照機構中失智老人約 3 萬人²，約占該年全體高齡人口（2,457,648 人）之 6.08%。此種生活無法自理之高齡者，其身心的照顧工作以及財產的管理，以往係由家人負擔，亦即與高齡者同居的家人，通常為其配偶或子女，實際擔負了養生送死的工作。然而，現今臺灣社會面臨了少子女化³、晚婚甚至不婚⁴、離婚率增高⁵等家庭結構改變的現實，家庭規模縮小⁶，養老育幼功能衰退⁷，愈來愈多高齡者沒有配偶或子女；或者即使育有子女，但全球化造成的人口流動，致使子女為了求學或工作，無法與高齡父母同居。如此一來，獨居而需要協助的高齡者之數量必然增加，使高齡者必須向外謀求經濟來源、財產及人身之照護服務⁸。

此時一方面有國家的介入，以社會法的措施保障高齡者之生活，例如在老年人口的健康、醫療、照護之需求上，目前除了有全民健康保險（醫療保險）外，2007 年開始施行長期照顧十年計畫。至於高齡者的經濟保障，則除了既有的職業別年金外，自 2008 年施行國民年金制度，目前可說是全民皆有年金保障。在私法方面，2009 年 11 月 23 日民法的新成年監護制度之上路，背景也與人口之高齡化有密切關聯。

不過，上述保障老後生活的制度設計，因起步較晚，並且制度本身亦未發展完全，近年仍不斷修正。例如長期照護十年計畫目前採取以一般稅收作為財源之福利制度，2016 年將改採社會保險方式⁹，即是重大的轉變和調整。在監護制度亦發生相同狀況，雖 2008 年修正民法（2009 年施行），當時鑒於臺灣社會民情，立法者認為高齡者預先規劃喪失判斷力後甚至死後事務處理者仍偏

²財團法人臺灣失智症協會網站 http://www.tada2002.org.tw/tada_know_02.html（最後瀏覽日：2015/10/01）。

³育齡婦女總生育率，從 1970 年的 4.0 人，下降至 2014 年的 1.165 人。

⁴平均結婚年齡，從 1971 年男性 28.8 歲、女性 22.8 歲，延後至 2012 年男性 33.8 歲、女性 30.8 歲。

⁵粗離婚率，從 1971 年的 0.36‰，上升至 2014 年的 2.27‰。

⁶每戶人口從 1988 年 4.1 人，降至 2014 年 2.80 人。

⁷孫迺翊（2006），〈親屬法與社會法的交錯領域：一個教學構想的嘗試〉，《臺灣本土法學雜誌》，89 期，頁 92-93，指出了核心家庭的功能失靈，而影響扶養能力之現象。

⁸日本學者將此現象稱為「照護的社會化」、「成年監護的社會化」、「死後事務的社會化」，參見上山泰（2004），〈成年被後見人等死亡の場合の成年後見人等の地位と業務〉，《実践成年後見》，10 号，頁 16。

⁹衛生福利部（2007），《我國長期照顧十年計畫摘要本》，臺北：衛生福利部，頁 10，http://www.mohw.gov.tw/cht/DONAHC/DisplayFile.aspx?url=http://www.mohw.gov.tw/MOHW_Upload/doc/我國長期照顧十年計畫摘要本_0003412000.pdf&name=我國長期照顧十年計畫摘要本_0003412000.pdf（最後瀏覽日：2014/12/05）；李玉春、林麗嬋、吳尚琪、鄭文輝、傅立葉與衛生署長期照護保險籌備小組（2013），〈臺灣長期照護保險之規劃與展望〉，《社區發展季刊》，141 期，頁 27。

少¹⁰，故並未一併制定意定監護法，僅處理了法定監護¹¹；但學者仍疾呼意定監護的立法必要性¹²，政府亦已委託學者研議立法，目前制度有可能變動。

二、身心障礙者權利公約¹³施行法之通過

除了在地需求，國際趨勢也對我國法發生影響。雖臺灣並非聯合國會員國，但近年來均以單邊批准及制定施行法之方式，將國際人權條約國內法化，例如，2009年3月31日批准公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）、經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR）（以下簡稱兩公約），同時通過兩公約施行法，同年12月10日施行。從而，聯合國之公約可謂「實質上」對於臺灣法律秩序產生影響¹⁴，身心障礙者權利公約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 以下簡稱 CRPD）亦不例外，2014年8月1日於立法院三讀通過「身心障礙者權利公約施行法」，12月3日施行。那麼，CRPD 的國內法化，對我國法體系有何意義，會產生何種影響？

（一）國際人權條約的國內法化之意義

由於「兩公約施行法」的作法開啟了國際人權條約國內法化模式的先河，因此目前學界針對國際人權公約的研究，多以兩公約為中心，探究其影響。首先，關於兩公約的國內法位階，學者認為至少應該認為國內法令規定不應與兩公約衝突，若衝突時應適用兩公約¹⁵。而若要理解兩公約的權利內涵，除了閱讀條約內

¹⁰鄧學仁（1998），〈高齡社會之成年監護〉，《中央警察大學法學論集》，3期，頁338指出，臺灣的高齡者願意預先規劃喪失行為能力者尚少，並引用林秀雄教授在1997年第11屆亞洲家族法三國會議之見解，林教授認為還不到建立歐美之成年監護制度時機。

¹¹林秀雄（2009），〈論我國新修正之成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，164期，頁153亦說明，任意監護之所以暫不立法，乃因不具急迫性。

¹²以民法成年監護修正生效後的文獻為例，林秀雄，前揭註11，頁156；戴瑀如（2009），〈初探德國成年輔助法：兼論我國成年監護制度〉，《月旦法學雜誌》，167期，頁150；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》，90期，頁91-157。不過，也有學者認為，若善用輔助宣告，透過解釋論甚至法律續造，也許不需立法即能達到意定監護的目的，參見陳自強（2013），〈臺灣及中國任意監護研究的一些觀察〉，《月旦民商法雜誌》，39期，頁81。

¹³聯合國官方漢語條約參見聯合國網站，

<http://www.un.org/chinese/disabilities/convention/convention.htm>（最後瀏覽日：2015/10/01），惟不論公約名稱（殘疾人權利公約）或條文內容，均與臺灣法學界用語有相當差異，故本文不依據聯合國之漢語內容，主要參照廖福特（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》，2期，頁167-210；廖文所無者，則係筆者自英文版翻譯而成。

¹⁴廖福特，前揭註13，頁199-200。

¹⁵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》，174期，頁226。

容外，亦應參考經濟社會及文化權利委員會對各國報告之審查意見（或稱「觀察結論」，concluding observation）及一般性意見（general comments），以及人權事務委員會對各國報告之審查意見、一般性意見，以及其對個人申訴之決定¹⁶。至於受此拘束者為「各級政府機關」，包括中央、地方，亦涵蓋行政、立法、司法、考試、監察，所以政府不但有修改法律之義務，法院也應該適用兩公約¹⁷，且是依職權適用，不待當事人主張¹⁸。

上述兩公約相關的論述，在 CRPD 也可以平行適用。「身心障礙者權利公約施行法」（以下簡稱「施行法」）第 2 條規定：「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」，因此具有國內法效力無疑。此外，第 4 條規定：「各級政府機關行使職權，應符合公約有關身心障礙者權利保障之規定」，第 10 條第 1 項規定：「各級政府機關應依公約規定之內容，就其所主管之法規及行政措施於本法施行後二年內提出優先檢視清單，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內完成法規之增修、廢止及行政措施之改進，並應於本法施行後五年內，完成其餘法規之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」亦即 CRPD 的權利規範優於國內法，且政府應修改不符公約之法令。同理，欲了解 CRPD 之內涵，施行法第 3 條規定：「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國身心障礙者權利委員會對公約之解釋」，從而，身心障礙者權利委員會（Committee On The Rights of Persons With Disabilities）所為的一般性意見、對各國報告的審查意見。

（二）CRPD 的規範對象：「障礙」的概念釐清

那麼，何種法律才算是「不符公約之法律」而需要修改？既名之為「身心障礙者權利公約」，當然是與「身心障礙者」相關的法律，所以「身心障礙者權益保障法」正是直接的對象。關於此法，學者指出，在權利模式、權利範疇及權利內容上，均已接近 CRPD 之規範¹⁹；雖亦有尚待改進之處，例如獨立監督機制及

¹⁶廖福特（2007），〈國際人權法典：建構普世人權範疇〉，《月旦法學教室》，54 期，頁 98-99。此外，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〉，《臺灣人權學刊》，1 卷 2 期，頁 25-43，更深入探討 ICCPR、ICESCR、CEDAW 的「一般性意見」之依據、功能演進、規範地位與效力，指出我國法院應該積極適用一般性意見。

¹⁷廖福特（2010），〈法院應否及如何適用《公民與政治權利國際公約》〉，《臺灣法學》，163 期，頁 49-53，詳盡地論證了「各級政府機關」應包括法院，以及觀察實際適用公約的法院裁判。

¹⁸廖福特（2011），〈法院應否及如何適用《經濟社會文化權利國際公約》〉，《臺灣人權學刊》，1 卷 1 期，頁 5。

¹⁹張恆豪、顏詩耕（2011），〈從慈善邁向權利：臺灣身心障礙者福利的發展與挑戰〉，《社區發展季刊》，133 期，頁 412-413，同時指出，確實改變對障礙的認定與提供障礙者支持方式，釐清障礙者個人權利和家庭需求的差異，正視社福資源的分配正義，實踐正常化與普同化原則，是我國未來應努力的方向。「釐清障礙者個人權利與家庭需求的差異」此一觀點，

權利救濟管道尚未齊備²⁰，此外，行政實務上提供障礙者支持之方式，仍是「有條件與前提的給付」，而不是「無條件的人權保障」，這是因為社會、政府、民間團體甚至法案的關係人，對「權利」的觀念仍停留在狹隘地獲得政府的補助、服務、補貼²¹。

然而，我們也不能忽略除了「身心障礙者權益保障法」外，還有許多名稱並未直接使用「障礙者」的法律，實質上與身心障礙者息息相關。此點也牽涉到社會學研究所指出的「障礙」定義的轉變，亦即從醫學模式（medical model）、功能模式（functional model）、慈善模式（charity model）到社會模式（social model）的演進²²，使國家對「身心障礙者」的認定方式改變、政策也發生變化。簡言之，世界衛生組織在 1980 年公布了 International Classification of Impairment, Disability and Handicap（簡稱 ICIDH），這個身心障礙定義與分類模型，是建立在醫學模式的推論基礎，認為身心障礙是疾病的後果。其後 20 年間，身心障礙研究逐漸帶入社會模式觀點，傾向由個體與社會結構互動的角度，來定義與解釋身心障礙。因此世界衛生組織在 2001 年發表了 International Classification of Functioning, Disability and Health（簡稱 ICF）的定義與分類系統，結合了醫療模式與社會模式，不再以疾病、生物醫學的單一觀點來鑑定身心障礙者，而從身體功能、身體結構、活動與參與、環境因素的不同面向來定義「障礙」，試圖提供一個結合生物、個人與社會的觀點²³。

對本文而言更重要的是，「老年」與「障礙」兩個概念之間的關聯。大約 10 年前即有學者指出，各國的統計資料以及研究均顯示，老年人口的障礙比例最高，隨著人口老化，社會中的障礙人口數量將逐漸增加，換言之，老化是身心障礙的主要威脅因子；然而，我國以往的身心障礙研究，忽略將障礙經驗放在社會整體人口老化的面相分析，在社福體制的設計上，身心障礙人口的篩選機制，無法機動、有效捕捉因為年老產生行動、語言溝通、社交、生活照顧等限制的人口，可能低度反應老年障礙人口數量，且老人服務體系與障礙服務體系分開，這

不僅適用於福利社政（行政部門），在司法實務也有必要更加貫徹，參見黃詩淳（2013），〈從許可監護人代為不動產處分評析我國成年監護制度之實務〉，《東吳法律學報》，25 卷 1 期，頁 99-100，指出法院有時會基於家屬之意願，而肯認客觀上對受監護宣告人不利的遺產分割，頁 102 主張「受監護宣告人之利益的判斷應從其『個人』而非親屬出發。

²⁰廖福特，前揭註 13，頁 201。

²¹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》，123 期，頁 114。

²²黃源協（2003），〈身心障礙者福利的發展趨勢與內涵：國際觀點的分析〉，《社區發展季刊》，104 期，頁 343-348。

²³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》，8 卷 2 期，頁 212；唐宜楨、陳心怡（2008），〈從身心障礙者權利公約探討身心障礙概念〉，《身心障礙研究》，6 卷 4 期，頁 240；張恆豪、顏詩耕，前揭註 19，頁 407。

樣的作法，無法應付人口高齡化後的障礙人口需求，勢必得修正²⁴。由此可見，在高齡化社會中，討論身心障礙相關的法律或政策時，不應該將「身心障礙者」的概念狹隘地侷限為損傷型的障礙（例如聽障、語障、視障）或生來的障礙（智能障礙、慢性精神病患者），還應該包括老化而產生的疾病例如失智症患者。也因此，過去被理解為「老年福利體系」相關的法律與政策，亦應考慮到「老年」與「障礙」概念無法截然分離看待的實情，一併接受 CRPD 的檢視。

三、以 CRPD 觀點檢視成年監護制度之必要

民法的成年監護制度（廣義，包含民法總則之規定）是一個「老年」與「障礙」概念重疊交錯的例子。一般認為，成年監護制度的修正，是為了因應高齡社會，亦即主要為了「老年人」所為²⁵，不過，成年監護制度目的在協助「判斷能力不足之人」，進一步言之，成年監護或輔助之適用對象，乃因精神障礙或其他心智缺陷，「致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果」者（民法第 14 條第 1 項）或「其為意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足」者（民法第 15 條之 1 第 1 項），由法院選任監護人或輔助人，代理或協助本人為法律行為。而「判斷能力不足」並非高齡者的專利，因精神疾病、發展障礙或後天性腦部損傷致使判斷能力不足之青壯年人，只要符合民法的要件，也適用成年監護制度。而且，民法所規定的判斷能力欠缺或不足的狀況，通常均已該當身心障礙者權益保障法第 5 條之要件（影響本人之活動與參與社會生活）。惟身心障礙證明與民法上監護、輔助宣告是兩種不同的制度，兩者並非彼此的前提。身心障礙證明，必須經過醫事、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，由行政機關核發（身心

²⁴王國羽（2004），〈老年、障礙：研究概念取向與我國資料討論〉，《身心障礙研究》，2 卷 3 期，頁 136、146、155。附帶一提，過去是由衛生署主管身心障礙服務體系，內政部社會司主管老人服務體系，確實如王國羽論文所指出，在行政體系上二個系統分離，直到 2013 年才整併為衛生福利部。政府的行政部門劃分方式與變化，某程度也反映了人們對「老年」與「障礙」二個概念的想法。

²⁵包括筆者在內，幾乎所有學者論及成年監護制度之修正時，均指出過去的禁治產制度無法因應高齡化社會之問題。此外，2008 年 5 月 23 日修正民法第 1111 條之立法理由也提及：「現行條文第一項所定法定監護人之順序缺乏彈性，未必符合受監護宣告之人之最佳利益，且於受監護人為高齡者之情形，其配偶、父母、祖父母等亦年事已高，而無法勝任監護人職務，故刪除法定監護人順序...」可見高齡化確實是修正成年監護制度的重要背景原因。此一觀念不獨臺灣所有，也是世界各國的成年監護法學界的共同認知，例如 2010 年於日本舉行的第一屆成年監護法世界會議，會後發表的共同聲明〈成年監護制度橫濱宣言〉11(1)(2)(3)，也提及了高齡人口增加對整體社會的衝擊，以及老化造成判斷力減弱之人增加。參見 2010 成年後見法世界會議組織委員會編（2012），〈成年後見に関する横浜宣言〉，《成年後見法における自律と保護：成年後見法世界會議講演録》，頁 309。日本成年後見法学会之網站亦有刊登全文，<http://www.jaga.gr.jp/pdf/yokohamasengen.pdf#search='成年後見+横浜宣言'>（最後瀏覽日：2014/12/15）。

障礙者權益保障法第 5 條、第 7 條第 3 項)；監護或輔助宣告，則是應經精神科專科醫師或具精神科經驗之醫師之鑑定，由法院裁定為之(民法第 14 條第 1 項、第 15 條之 1 第 1 項、家事事件法第 167 條)。

如上所述，由於成年監護制度立法理由與學說研究，都強調其「因應高齡化社會」亦即「老年」的特色與面向，再加上監護、輔助宣告係由法院為之，其效果主要在限制行為能力以及發生法定代理等私法上之關係，而非公法上本人得自國家受領福利內容的變動。因此，吾人很容易忽略成年監護的「障礙」面向。然而，社會學的文獻已經指出「老年」與「障礙」概念的分離並不妥當，因此在思考 CRPD 對我國的影響、檢討哪些法規及行政措施不符 CRPD 的規定時，當然不能只看到名稱上有「障礙」二字的法律，逕認民法的成年監護制度只關係到老年人，而僭脫於 CRPD 之外。總之，成年監護制度是否不當限制或剝奪受監護宣告人(障礙者，其中可能多數是老年人)之權利，違反 CRPD，均應廣泛而全面地加以檢討²⁶。

現行成年監護制度，有兩種保護類型：監護與輔助，基本上都是採用「剝奪或限制本人之行為能力」加上「賦與保護機關(監護人或輔助人)代理權或同意權」之方式，以達成保護、協助判斷能力不足者之目的。本文將以 CRPD 第 12 條為基礎，依序檢討臺灣成年監護制度中的「能力限制」以及「支援方式(代理權、同意權)」之妥當性。

貳、本人能力之限制

一、CRPD 第 12 條對能力限制之立場

CRPD 第 12 條第 2 項規定：「締約國應當承認身心障礙者在生活的各方面享有與其他人平等的法律上能力(legal capacity)。」此處的「法律能力」一詞，與我國民法的「行為能力」是否為同一之概念，實應討論。在制定 CRPD 的過程中，有些國家認為應區別權利能力和行為能力，有些則反對，這樣的拉鋸戰一直延續到 2006 年 12 月 13 日聯合國大會通過 CRPD 時，各國所發表的聲明仍對「法律能力」有不同的解釋，例如加拿大認為 CRPD 只是禁止歧視性的能力剝奪，但並未禁止「替代決定制」；芬蘭則堅持 CRPD 所有語言的版本都必須忠實地使用「法律能力」一詞；日本主張由於各國國情不同，應允許對「法律能力」彈性解釋²⁷。

²⁶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〉，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 109，說明成年監護制度係以精神、心智能力之欠缺為前提，而公約的「身心障礙者」則包含身體、精神、智力或感覺器官受到損害，使本人與其他人產生平等參與社會之困難，亦即公約適用範圍較廣，不過必然包含成年監護制度的適用對象，因此成年監護制度應該被檢討是否符合公約之原則。

²⁷ U.N. Enable, *Statements Made on the Adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, available at

因此，最後條文使用了 legal capacity 此一模糊的詞彙²⁸。

其後，身心障礙者權利委員會第 1 號一般性意見對此表達了明確的見解，第 13 點謂：「法律能力包括依法擁有權利和行使權利的能力」，換言之，不僅「權利能力」（legal standing），尚包含「行為能力」（legal agency）無疑。此外，同點還強調：「感覺上或事實上的心智能力缺陷不得作為剝奪法律能力的理由」，第 15 點則謂：「第 12 條不允許這種歧視性的剝奪法律能力的作法，它要求為行使法律能力提供協助」，第 25 點則更進一步要求：「各締約國必須廢除以身心障礙為由...具有歧視性的法律能力的剝奪（措施）」。

二、臺灣法上的受監護宣告人無行為能力

我國民法第 15 條規定，受監護宣告人無行為能力，其法律行為依同法第 75 條前段乃一律無效。僅極少數日常生活行為，有特別法例如郵政法第 12 條和電信法第 9 條，將無行為能力人使用郵政和電信之行為，視為有行為能力人之行為；以及「事實上契約關係理論」，使無行為能力人之行為被解為有效²⁹，解決部分實際生活之需求。

何以民法第 15 條採取了如此不尊重受監護宣告人之作法？根據立法理由，因過去禁治產人，係屬無行為能力，此一制度業已施行多年，為民眾普遍接受，為避免修正後變動過大，社會無法適應，爰仍規定受監護宣告之人無行為能力。然而，此種似是而非的說法，倘若對照最近施行的家事事件法，恐站不住腳。過去在民事訴訟法及非訟事件法，並未賦與受監護宣告之人訴訟能力或非訟程序能力，家事事件法為了保障程序主體權及聽審請求權，於第 165 條前段承認「應受監護宣告之人及受監護宣告之人」，不論有無意思能力，於聲請監護宣告事件及撤銷監護宣告事件，均有程序能力，倘若此種「形式上有程序能力」的本人，受心理及精神狀態等影響，無法辨別利害得失，實質上無法充分行使程序能力，同條後段再規定，法院應依職權為其選任程序監理人。換言之，平

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/convstatementgov.htm> (last visited 2015/09/28).

²⁸關於第 12 條 legal capacity 決定的過程，see Amita Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, 34 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 429, 442-456 (2007). Tara J. Melish, *An Eye Toward Effective Enforcement: A Technical-Comparative Approach to the Drafting Negotiations*, in HUMAN RIGHTS & DISABILITY ADVOCACY 84-88 (MAYA SABATELLO & MARIANNE SCHULZE eds. 2013) (available at <http://site.ebrary.com/lib/ntu/detail.action?docID=10802407>). 池原和毅（2010），〈第 12 章 法的能力〉，松井亮輔、川島聡編，《概説 障害者権利条約》，頁 183-199；上山泰（2013），〈現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約 12 条の整合性〉，菅富美枝編著，《成年後見制度の新たなグランド・デザイン》，頁 39-116；石川和実（2014），〈「意思決定支援」の考え方からみた未来：障害者人権尊重を実現するために〉，《実践成年後見》，50 号，頁 48。

²⁹鄧學仁（2013），〈台灣成年監護之現況與課題〉，《全國律師》，17 卷 5 期，頁 16。

等地肯認某種行使權利之能力，並不會造成重大不利之後果，惟當本人實際行使有困難時，提供適當的支援措施即可³⁰。

學說對民法第 15 條並非沒有批判，例如有學者指出，台灣監護制度之修正雖參考日本民法，但基本精神與日本法有異，因日本法並未剝奪被後見人之行為能力，其法律行為僅為得撤銷，且日常生活行為得單獨為之；我國法對受監護宣告人的能力一律剝奪，不尊重其殘存能力及自己決定權，目的僅在保障弱勢³¹。也有學者比較了德國與我國法，認為我國制度在人權保障上顯有不足，建議在未來修法時，成年監護制度應與行為能力制度切割³²。筆者認為，民法第 15 條全盤否定受監護宣告人之行為能力，否認受監護宣告人具有「行使權利之權利」，顯然抵觸身心障礙者權利公約第 12 條第 2 項的「法律上能力平等原則」，必須儘快廢除此種作法。

三、臺灣法上之受輔助宣告人之特定行為須經同意

臺灣之受輔助宣告者，仍具行為能力，依民法第 15 條之 2 第 1 項，特定的重大財產行為，須輔助人之同意，方生效力；而其他事務，則由受輔助人自行決定。民法第 15 條之 2 第 1-6 款，列舉了數種財產行為，此外，第 7 款規定，法院得依聲請權人或輔助人之聲請，指定其他須經輔助人同意之行為。

由於輔助宣告並不剝奪行為能力，只是讓受輔助人某些行為必須經輔助人同意，亦即其能力受到限制，故並未正面違反公約第 12 條第 2 項。惟 CRPD 第 12 條第 4 款規定，「...法律上能力之法規，（應）...符合比例並適合本人情況...」亦即要求能力限制必須足夠彈性以配合本人需求。然而，民法第 15 條之 2 第 1 項的規範方式，使法院無從縮小對本人的能力限制，僅得擴張須經同意之行為種類，如此作法無法符合公約第 12 條第 4 項的要求。

參、協助本人之方法：代理權、同意權及醫療同意之問題

一、CRPD 第 12 條對協助方法之立場

CRPD 第 12 條第 3 項規定：「締約各國應當採取適當措施，使身心障礙者在行使其法律上能力時，獲得必要之協助。」而關於「協助方法」，第 1 號一般性意見第 17 點指出：「在為行使法律能力提供協助時，必須尊重身心障礙者的權利、

³⁰身心障礙者權利公約第 12 條第 2 項的 legal capacity 實則包含程序能力，我國家事事件法第 165 條之規定相當進步，已符合公約要求。歐洲人權法院在 Stanev v. Bulgaria Case (Application No. 36760/06) 及 Kedzior v. Poland (Application No. 45026/07) 事件中，認為否定應受監護宣告人或受監護宣告人在監護相關程序中之程序能力，違反歐洲人權公約，因此歐洲大部分國家均承認本人之程序能力。

³¹林秀雄，前揭註 11，頁 155。

³²戴瑀如，前揭註 12，頁 148-149。

意願和選擇，且協助不等同於替代決定。」。第 26 點說明：「身心障礙者權利委員會...多次重申締約國必須『審查允許監護權(guardianship)和委託權(trusteeship)的法律，並制定法律和政策，更換替代決定制，採取輔助決定制(replace regimes of substitute decision-making by supported decision-making)，以尊重人的自我決定、意願和喜好』」。由此可見，在一般性意見當中，「替代決定制」是與「輔助決定制」相對立的概念。

那麼，應該要被廢除的「替代決定制」究竟是什麼？第 27 點進一步闡釋，「替代決定有各種不同形式，包括包括性的監護(plenary guardianship)、禁治產(judicial interdiction)和部分監護(partial guardianship)。然而這些制度都有一些共同特徵，可將這些制度界定為：(i)剝奪某人的法律能力，即便只是針對單一決定；(ii)由本人以外之人來選任替代決定者，且此舉有可能違反本人意願；(iii)替代決定者所為之決定，係依據所謂的本人的「客觀最佳利益」，而非依據本人的意願和喜好」。其次，應被推廣的「輔助決定制」，雖仍是不確定的概念，但第 29 點也提供了(a)-(i)一共 9 個參考特徵。

我國的成年監護制度，是否該當於上述應改進的「替代決定制」？以下分別就「監護宣告」與「輔助宣告」兩類型探討。

二、監護人之代理權

在監護宣告方面，由於受監護宣告人無行為能力，無法自為意思表示，民法規定監護人在監護權限內，為受監護宣告人之法定代理人(第 1113 條準用第 1198 條第 1 項)。而監護人的權務範圍廣大，從第 1112 條之規定可知，包括了生活、護養療治及財產管理³³，因此，監護人之法定代理權的範圍相當全面，包含人身及財產事項。惟須留意下述二點。

(一) 監護人僅得代理法律行為

監護人既是代理人，代理又以法律行為為限³⁴，故監護人僅得代理法律行為。第 1112 條雖肯定監護人的權務包括生活、「護養療治」及財產管理，但非指監護人必須從事照護之事實行為；監護人的職務在於尋找適當的照護者，締結照護契約(法律行為)³⁵即可。

³³以 2009 年新法施行後的代表性教科書為例，均認為(成年)監護人之職務包含身上及財產上之事務，參見許樹林(2010)，《親屬法新論》(2 版)，頁 322-326，台北：自版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如(2011)，《親屬法》，頁 482-484、492-493，台北：自版；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭(2013)，《民法親屬新論》(11 版)，頁 483-485，台北：三民；高鳳仙(2013)，《親屬法：理論與實務》(14 版)，頁 457，台北：五南。

³⁴王澤鑑(2008)，《民法總則》(修訂版)，頁 474，台北：自版；施啟揚(2010)，《民法總則》(8 版)，頁 325，台北：自版。

³⁵河上正二(2014)，〈日本的成年監護制度與高齡者的支援與保護〉，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 209 指出，法律並不要求監護人從事實際

若依照上述的說明，在下列兩種狀況便可能發生疑問。第一，受監護宣告人在醫院接受醫療行為時，監護人是否有權代為同意（接受治療）之意思表示；因為此處的「同意」（consent）不是法律行為，故產生疑問，將在後述四檢討。第二，倘若監護人事實上對本人提供了照護的服務，由於此行為並非監護職務，監護人恐怕無法主張「監護職務之報酬」來獲得照護服務的對價，那麼，監護人的照護行為，究竟應否以及如何被評價？此現象常見於親屬監護人的案例中³⁶。

（二）身分行為不得代理

身分行為例如結婚、離婚等，應特別尊重本人意思，不得由監護人代理為之，對此學說並無異議。從而，受監護宣告人是否可結婚、離婚等，端視其在行為當下是否有足夠的辨識能力，雖受監護宣告，若回復正常狀態者，有結婚、離婚等能力³⁷。

依照上述的說明，此處檢討監護宣告是否屬於 CRPD 所不喜的替代決定制。(i)監護宣告剝奪了本人行為能力。(ii)監護宣告係由本人以外之人亦即「法院」來選任替代決定者（監護人，即法定代理人）。(iii)監護人做決定的基準，在我國法上較為複雜，首先，由於第 1113 條準用未成年監護之第 1097 條第 1 項本文，故成年監護人於保護、增進受監護宣告人「利益」之範圍內，行使、負擔父母對於未成年子女之權利、義務，因此，可謂法條認為應以「最佳利益原則」為依歸；又，監護人執行職務時，依第 1112 條應「尊重本人意思」；同時，依第 1113 條準用未成年監護之第 1101 條，監護人欲代理本人處分財產時，須「為本人之利益」。上述監護人的行為規範將「本人意願尊重」與「本人最佳利益」二者並列，從文義上無法判斷其優先順位，因此，到底監護人要如何行動，缺乏明確指針³⁸。但至少我國民法並未肯定「本人意願」優於「客觀最佳利益」，從而還是無法完全服膺一般性意見的內涵。既然(i)(ii)的特徵都該當，(iii)則是不確定，故監護宣告仍可謂「替代決定制」。

三、輔助人之同意權

輔助宣告是否該當替代決定制呢？(i)輔助宣告並未剝奪了本人的行為能力，但本人對於重大的財產行為並無獨立決定權，須再經輔助人同意。(ii)輔助宣告係由本人以外之人亦即「法院」來選任輔助人，不過，輔助人只有同意權，而無代

的照護、看護行為，有些人以為成年監護制度可保障事實上的身上照護，此乃誤解。

³⁶ See Sieh-chuen Huang, *Adult Guardianship and Care in Taiwan: An Analysis on Decisions relating to Compensation for Guardian*, in: LIBER AMICORUM MAKOTO ARAI 375 (DAGMAR COESTER-WALTJEN, VOLKER LIPP, DONOVAN W.M. WATERS eds. 2015).

³⁷ 林秀雄（2013），《親屬法講義》（3 版），頁 63，台北：自版；戴瑀如，（2014），〈論德國成年監護制度之人身管理：兼論程序法上之相關規定〉，《臺北大學法學論叢》，90 期，頁 187。

³⁸ Sieh-chuen Huang, *Adult Guardianship in Taiwan: A Focus on Guardian Financial Decision-making and the Family's Role*, forthcoming in 8 J. INT'L AGING L. & POL'Y (2015).

理權，可否謂「替代決定者」尚存疑。(iii)關於輔助人行使同意權的基準，雖然第 1113 條之 1 第 2 項列舉了輔助人及輔助職務準用監護之規定，但上述監護人執行職務基準相關的條文，亦即第 1097 條、第 1101 條及 1112 條均不在準用之列，是以，輔助人應依「本人最佳利益」抑或「本人意願」來行使同意權，民法並無具體規定。由此可見，輔助宣告可能並不直接該當「替代決定制」，但在選任輔助人的方法上，仍有改進的空間（例如應改為輔助人之人選應得本人同意等）。

四、醫療的代行決定（同意權行使）

醫療契約雖為法律行為，得由監護人代理本人締結；惟契約成立後，由於實際的各個的醫療行為，乃對人體的侵襲，醫師必須對病患盡說明義務，並取得病患之同意（**informed consent**），始得阻卻侵襲身體之違法。而告知後同意法則的規範對象是醫師和病人，此醫病關係（**doctor-patient relationship**）並非依照契約法所成立的法律關係，因醫療行為具有個別性及高度之屬人性，故醫病關係是基於需要、信任、與託付所形成的「事實關係」³⁹。也因此，對於手術等醫療侵襲的「同意」也不是法律行為，而是「事實行為」，理論上監護人無從代理本人同意接受治療。此種「同意」僅能由病人本人自為之。

不過，有時候病人可能無法自為醫療同意（例如陷入昏迷），仍需要某個他人代為決定。那麼，監護人或輔助人是否享有此種同意權（替代決定權）？

臺灣身分法的通說認為，未成年監護之第 1097 條第 1 項之規定，依第 1113 條得準用至成年監護，亦即成年監護人「於保護、增進受監護人利益之範圍內，行使、負擔父母對於未成年子女之權利、義務」，由於未成年人之父母本得指定子女之居所、行使手術同意權⁴⁰，因此成年監護人也有此等權限⁴¹。

然而，對此見解筆者不表苟同，詳述如下。CRPD 第 12 條的輔助決定制之精神在於，亦即本人若能行使權利，均應加以尊重，僅在無法自為決定時，始得由他人輔助。同意或拒絕接受醫療措施，並非意思表示（**Willenserklärung**），而是事實行為，因此能否自為有效的同意或拒絕，與本人的行為能力無關，而僅需要比行為能力較低的判斷力即「同意能力」（**Einwilligungsfähigkeit**）即可。同意能力係對醫療加諸於身體的侵襲表示同意之判斷力，亦即大略理解醫療行為的性質、

³⁹楊秀儀（2007），〈論病人自主權：我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 245-246。

⁴⁰史尚寬（1974），《親屬法論》，頁 596、600，台北：自版；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註 33，頁 400。

⁴¹此係依民法之解釋而來，參見林秀雄，前揭註 11，頁 145。此外，當病人不具同意能力時，醫療法第 63 條尚授與病人之法定代理人、配偶、親屬或關係人代為同意之權，由於監護人係受監護宣告人之法定代理人，依照醫療法監護人亦享有手術同意權。

意義、效果，並能謹慎思考欲同意或拒絕的能力。因此，判斷是否接受癌症的化學治療所需的同意能力，顯然較判斷是否接受感冒的治療所需同意能力要更高。既然治療方式可能有不同的複雜程度，並且，本人的判斷力也可能因時間而有所不同，故同意能力的判斷必須依時依地個別為之。若受監護宣告人本人仍有同意能力，則應由本人自行決定是否接受醫療，不得由他人代為同意⁴²。上述身分法通說，認為一旦受監護宣告後，監護人自動取得手術同意權、本人自動喪失同意權，有侵害本人人權之虞，也不符合 CRPD 的精神，不應贊同。

臺灣現行的醫療法第 63、64 條以及「醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則」，基本上將病患本人列為最優先的同意權人，倘若病患無法簽署同意書，始由法定代理人、配偶、親屬或關係人代為同意，因此大致符合 CRPD 的要求，也較上述身分法的通說來得保障本人。

那麼，上述醫療法的同意權制度，是否該當 CRPD 的替代決定制呢？(i)醫療同意制度並未機械性地剝奪本人的同意能力，而是個案判斷。(ii)醫療決定的代行者，由於臺灣尚未普遍地承認醫療代理人（health care agent），目前乃由法律規定代行者之人選，此舉可能違背本人意願。不過，安寧緩和醫療條例例外地承認，末期病患本人得事先預立意願書，指定醫療代理人或決定是否接受維生醫療。(iii)關於醫療決定代行者行使同意權的基準，究竟應依「本人最佳利益」抑或「本人意願」，法律並無具體規定。由於該當了(ii)與(iii)的特質，我們必須承認，醫療同意制度可能還是該當替代決定制，不符 CRPD 意旨。

肆、結論

綜上所述，臺灣的成年監護制度中，監護宣告之類型，因剝奪受監護宣告人之行為能力，且賦與監護人範圍廣泛的代理權，嚴重抵觸 CRPD 之規定，必須立刻檢討修正。至於輔助宣告之類型，本人並未被直接剝奪能力，賦與輔助人同意權，似乎也不完全該當 substitute decision-making，未正面違反 CRPD；惟本人須經輔助人同意之事項無法配合本人需求縮減，不夠彈性。再者，醫療同意制度，雖有配合病患本人狀況而適用，但本人未必能決定同意權者、同意權者的決定也未必符合本人之價值觀與喜好，仍是問題。

那麼，未來應如何改善以制度，以符合 CRPD 精神？固然德國法般的一元制最為彈性，但裁判實務恐難適應。因此，筆者建議，仍得類型化之作法，但應大幅調整內涵，將其分為「本人能力受限制」與「不受限制」之二類型，且限制的方法必須與行為能力脫鉤。第一種類型「監護宣告」屬於「本人能力受限制」者，

⁴²此一結論在日本與韓國都已被普遍承認，日本參見田山輝明（2014），〈成年後見制度の変遷とその改正提案〉，《実践成年後見》，50 号，頁 58；韓國則直接規定於民法 947 條之 2 第 1 項。

將其修改為接近現行法的「輔助」內涵，但更配合個案需求：亦即受監護宣告人並不喪失行為能力，且法院得於現行民法第 15 條之 2 第 1 項第 1-6 款列舉的行為中，選擇須經監護人同意者，法院亦得擴張須經同意的行為種類。第二種類型「輔助宣告」屬於「本人能力不受限制」者，亦即本人得單獨為有效之法律行為，不須得任何他人之同意，僅就需要協助之特定事項，法院得賦與輔助人「期間及範圍限定」之代理權。除此之外，不論監護宣告或輔助宣告，均應參考韓國法之作法，就身上事務明定原則上由本人自行決定，僅在本人無意思能力而無法決定時，由法院賦與監護人或輔助人一定範圍之代行決定權，並且當代行決定之事項係例如移送留置、接受有死亡風險之醫療等高度與人格相關之行為時，應經法院許可。而現行特別法上賦與監護人、輔助人、一定範圍之家屬的代行決定權，也應一併檢討修正。

當然，即使吾人將法律條文修正為符合公約之要求，也僅不過是改善了書本上的法（law in books），實際上成年監護制度究竟有無符合必要性、最小限及比例原則，仍需仰賴實務的運作。以日本為例，2013 年 12 月底之時點，成年監護制度各個類型的使用者人數分別為：後見 143,661 人，保佐 22,891 人，補助 8,013 人，任意後見 1,999 人⁴³，可知限制最多、最不符合公約精神的後見占了 81.4%，最符合公約意旨的補助以及任意後見加起來僅 5.7%。韓國自新法施行的 2013 年 7 月 1 日起至 2014 年 3 月 31 日的 9 個月間，生效之成年後見有 373 件，限定後見 77 件，特定後見 34 件，任意後見 1 件，總數 485 件⁴⁴，限制最多的成年後見占了全體的 76.9%⁴⁵；且韓國的人口數量約為台灣的兩倍，台灣近年每年監護宣告及輔助宣告的總數約 3,000-3,500 件左右，韓國 9 個月間僅 485 件，可見韓國雖有進步的立法，但使用者並未增加。因此，即使設置了符合公約精神之制度，倘若人民不願使用，或者法院不能配合，也無法落實公約美意。固然如此，倘若不先改革民法之規定，則連改變成年監護實務的契機也無，況且我國既已批准公約，更不能再坐視民法大刺刺地違反公約，必須儘速修正，刻不容緩。

⁴³最高裁判所事務總局家庭局(2014)〈成年後見關係事件の概況：平成 25 年 1 月～12 月〉，頁 11，http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20140801koukengaikyoku_h25.pdf（最後瀏覽日：2015/08/17）。

⁴⁴Inhwan Park, *Korea's New Adult Guardianship System: Implementation and Challenges*, East Asian Adult Guardianship Law Panel on May 27, 2014, held by Japan Adult Guardianship Law Association.

⁴⁵韓國學者對此現象表示憂慮，參見諸哲雄（2014），〈韓國の成年後見制度の特徴と今後の課題〉，新・アジア家族法三国会議編，《成年後見制度》，頁 85。