


固有法制與 當代民事法學

戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集

戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會 編

 三民書局

固有法制與當代民事法學

戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集

目次

序

身分法學新領域的帶領者——賀戴東雄教授六十大壽 楊仁壽

固有法學

- 臺灣財產法在日治時期的西方化 王泰升 3
從傳統身分差等到近代平權立法 黃源盛 39
——兼論沈家本的法律平等理念及其變革
從現行民法觀點論唐律上之侵權行為法 韓毓傑 71
——兼論繼承法與固有法之調和

財產法學

- 論人格權之經濟利益 謝銘洋 115
第三人精神上損害賠償之研究 謝哲勝 141
買賣契約之債權性及要式性 詹森林 165
——兩岸民法之比較
合夥人責任與求償權 邱聰智 189

2 固有法制與當代民事法學

論人事保證	林誠二	221
最高限額抵押權所擔保債權之研究	吳光明	251
物權行為的獨立性與無因性	蘇永欽	277
從載貨證券的特殊文義性論海商法相關條文之修正	劉宗榮	325
身分法學		
禁治產與成年人監護制度之檢討	郭明政	345
——德國輔導法及其對於臺灣之啟示		
從大法官會議242及362號解釋看我國一夫一妻婚姻	陳惠馨	367
制度之困境		
夫妻財產制修正評述	黃宗樂	429
論離婚後之親權及其修正	李玲玲	485
論我國民法上之喪失繼承權	廖國器	523
限定繼承規定之檢討及改進	郭振恭	563
無人承認之繼承	林秀雄	579
民法親屬編施行法增列條文第六條之一之商議	魏大曉	611
——夫妻財產溯及效力之評議		
基礎規則與法律詮釋	顏厥安	627
——一個理論與實務的綜合檢討		
我國人工協助生殖立法規範之檢討與展望	陳美伶	667
附錄		
戴教授簡歷及論著		697
本書論文作者簡介		705

Traditional Legal System and Modern Science of Civil Law

*Essays in Honor of
Professor Tai Tong Schung*

CONTENTS

FOREWORD

The Leader of the New Realm of Family and Succession Law
— Celebration of the 60th Birthday of Professor *Tai Tong Schung*

Yang Jen Shou

TRADITIONAL LEGAL SYSTEM

Westernization of Taiwanese Property Law During the
Japanese Rule

Wang Tay Sheng 3

From Traditional Difference of Social Positions to Modern
Legislation of Equal Rights
— Simultaneously Commenting on Jar-ben Shen's Rationale
of Equal Rights of Law and Its Reform

Hwang Yun Sheng 39

禁治產與成年人監護制度之檢討

——德國輔導法及其對於臺灣之啟示[†]

郭明政*

壹、前言

貳、臺灣及德國原有禁治產與成年人監護制度之比較

- 一、禁治產制度之比較
- 二、成年人監護制度之比較

參、德國輔導法（禁治產與成年監護制度）之改革

- 一、改革之原因與過程
- 二、改革之內容

肆、德國之改革對於臺灣之啟示

- 一、對於民法及相關法律改革之啟示
- 二、對於法律發展及法律文化之啟示

* 作者為德國慕尼黑大學法學博士，現任政治大學法律學系副教授，
主授社會法及法律社會學

† 作者在德國Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Sozialrecht研究期間(1985-1990, 1996)承蒙Schulte教授多方協助，

在本問題上更是受教良多，謹此申謝。Schulte自一九八三以降有關輔導法之著作更是本文之主要參考文獻，其包括

1. Entmündigung-wohin? in: Dörner (Hrsg.), *Die Unheilbaren*, 1983, p.87~
2. Anmerkungen zur Reform des Entmündigungs-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts, *ZRP*1986, p.249~
3. Die Reform der Entmündigung und des Anhalterrechts in Österreich aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland, *Der Sozialarbeiter*, 1987, p.4~
4. Juristische Überlegungen zu den rechtlichen Grundlagen fuer Entmündigung, Vormundschaft und Pflegschaft, *Öff. Gesundheitswes.* 49, 1987, p.338~
5. Das Österreichische Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* 2/1988, p.77~
6. Hilfe statt Bevormundung, in: *Justitiartagung* 1988, p.17~
7. Sachwalterrecht und künftiges Betreuungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich im Vergleich, in: *Rechtsfürsorge und Sachwalterschaft*, 1989, p.55~
8. Reform of Guardianship Laws in Europe-A Comperative and Interdisciplinary Approach, in: Eekelaar/Pearl (eds.), *An Aging World*, 1989, p.591~
9. Zur Reform des Rechts der Entmündigung, Vormundschaft und Pflegschaft-der Diskussionsentwurf eines Betreuungsgesetzes, *Öff. Gesundheitswes.* 51, 1989, p.132~

10. Die "sozialstaatliche Umsetzung" des Betreuungsrechts, in: *R&P* 1991, p.161~

禁治產與成年人監護制度之檢討

——德國輔導法及其對於臺灣之啟示

壹、前言

如眾所共認，臺灣現行之民法主要係繼受德國民法，並兼採瑞士等國之民法而制定。以現行民法所規定之禁治產及成年監護制度為例，其縱非完全繼受德國民法，但此等制度深受德國民法之影響，應屬肯定^①。事隔近七十年之後，當禁治產及禁治產者之監護制度在德國分別遭受廢除及全面修改並重新建立輔導制度之際，臺灣之法學界對德國之發展顯然僅有極其有限的資訊，更遑論深入研究^②。

然而一項具有悠久歷史之法律制度何以遭受廢棄及全面修訂，必

① 就此，胡長清及黃又昌皆曾謂：就不區別禁治產與準禁治產，可謂與德國民法相似；就不論精神喪失或精神耗弱皆無行為能力，則與瑞士與俄國相似。見胡著，中國民法總論，1948，頁84；黃著，民法總則詮解，1946，頁96。

② 就此，陳惠馨於法學叢刊，其後收錄於其所著親屬法諸問題研究，1993，頁347以下之德國有關成年人監護及保護制度之改革——德國聯邦照顧法；以及黃立著，民法總則，1994，頁83以下，乃是國內極為有限之相關論述。

有其原因，而不能不加以注意。何況身為德國民法之繼受國，對於德國民法如此重大之改革，更應特別加以探究。惟本文之主要目標並不在於詳細介紹輔導法之內容，而在探討何以德國會有此等改革，如何改革以及其改革之基本原則為何？又此等改革能給臺灣何等啟示？

貳、臺灣及德國原有禁治產與成年人監護制度之比較

一、禁治產制度之比較

按禁治產制度雖濫觴於古羅馬法及古日耳曼法，但將精神病人之行為能力完全剝奪，則始於位於當今德國境內之一七八二年薩克森監護條例Die sächsische Vormundschaftsordnung^④。此後，此等法例再出現於一七九四年之普魯士一般法。當法國一八〇四年Code Civil制定之時，該法典雖亦採行精神病人得以主張無行為能力之制度。惟依據法國民法之規定，精神病人所從事之法律行為，除非經監護人主張，否則並非當然無效。在一九〇〇年實施之德國民法典中，除了規定精神喪失者為無行為能力外（德民修正前（已刪除）第六條及一〇四條第三款），對於精神耗弱者、浪費之習慣者、酗酒者則規定為限制行為能力人（德民修正前（已刪除）第六條及一一四條）。亦即，將禁治產人之行為能力區分為無行為能力及限制行為能力兩種。此外，在德國民法第一千九百一十條則尚有孱弱照護Gebrechlichkeitsschaftspflege之規定，而特別針對因精神或身體之孱弱致不能親自處理之法律事務者，

④ 有關歷史之說明主要參見Jürgens等人之所著*Das neue Betreuungsrecht*, 3. Aufl., 1994, p.1以下。

得經本人之同意選定特定人為全部或特定事務之代理人。但本人因精神或身體狀況，而無法期待時，則不以同意為必要，此即所謂強制照護Zwangspflegschaft。由於法律並未對孱弱照護之被照護者之行為能力特別規定，因此此等被照護者之行為能力原則上並不受到剝奪或限制，而概以實際上是否有意識能力為斷。

至於程序法，由於禁治產之宣告係規定於該國民事訴訟法，而孱弱照護及監護則規定於非訟事件法，而呈現至為分散之現象。

依據官方之統計，一九八八年年底原西德境內受禁治產宣告者之總人數約為六萬人，受孱弱照護者約為十九萬人^⑤。

經由以上說明，臺灣雖不若德國將浪費習慣、酗酒及吸毒列為禁治產原因，但將精神喪失及精神耗弱同一處理，而概為無行為能力之宣告，則使得臺灣民法對於禁治產者行為能力之剝奪，遠甚於德國。此外，孱弱照護制度，亦不見於臺灣之民法。對此，史尚寬即曾謂：我民法鎖定之宣告原因極少，而並以達於不能處理自己事物之狀態為要件，實無特別區別之必要（即區別心神喪失與心神耗弱）^⑥。對此，洪遜欣則以為：「民法之規定：凡禁治產人，不論其精神喪失人，或精神耗弱人，皆為無行為能力人，形式上似甚妥當，而其實不然。法律保護個人之旨趣，一方面在於尊重個人之個別的存在性格，使其能為自律的意思主體之具體人，發展其個性……依民法規定，精神耗弱人苟受禁治產宣告，則喪失行為能力，殊有保護方法失妥之嫌。蓋精神耗弱人仍有某種程度之意思能力，在此範圍內，有時仍須尊重其創意及能力，使之受監護人補助，能為自由活動而發揮其社會功能。」^⑦至

⑤ 引自Jürgens等，同④，p.4。

⑥ 史尚寬，民法總論，1970，頁103。

於晚近之發展，尤其在一九八二年民法總則修正之時，除了就禁治產制度是否應予擴張有所討論（即是否比照德國引入因酗酒、賭博、毒癮或浪費等特定原因之禁治產）外，並未有是否廢除禁治產之討論^⑦。

就程序法而言，臺灣將禁治產事件規定於民事訴訟法，並將監護事件規定於非訟事件法之制度設計，可謂與德國改革前之二元制度無所差別。

依司法院之統計，自一九八五年至一九九四年計有3925件禁制產宣告之案件。^⑧又依一九八九年十二月衛生署署長於立法院所作之報告，當時全台應接受積極性醫療的精神病患者，至少佔全人口千分之三，即六萬人，其中約有二萬人須接受住院治療。^⑨

二、成年人監護制度之比較

依修法前德國民法之規定，成年人之監護，原則上適用未成年人監護之規定（德民修正前一八九七條）^⑩。在臺灣，由於成年人之監護原則上亦比照未成年人，因此臺灣與德國原有成年人監護制度之異同，基本上乃是未成年人監護制度之異同。臺灣與德國監護制度之主要差異除了繁複與簡易之差別外，德國由非訟事務官執行監護事務、監護人應受監護法院監督以至特定事務應經由監護法院許可之制度設計，

可謂與臺灣之監護制度概委由親屬會議加以監督之規定，截然不同。按德國於一九八〇年以前，雖亦有親屬會議之規定，惟此一制度已因一九八〇年之修法而遭受廢除^⑪。針對臺灣概委諸親屬會議予以監督之制度設計，胡長清曾以為，其目的乃是為了避免公力之干預^⑫。惟此等說明，卻受到梅仲協之嚴厲批評，並認為胡氏之見解為「誠迂論也」^⑬。依梅氏之見解，兒童為民族將來命脈之所繫，心神喪失或精神耗弱不能處理事物者，亦為社會之損失，因此不宜將監護制度認謂係個人私事，且國家也因此不宜不加干涉。依從梅氏之主張，劉紹猷亦曾藉由比較觀察而對現行監護制度加以批評，並以為監護制度乃是我國民法最弱之一環^⑭。

就德國法院之監督加以觀察，除了德國民法原有偏重於財產保障之法律規定外，最值得注意者乃是，一九六〇年聯邦憲法法院針對以限制自由措施所作成之違憲判決^⑮。基於此一判決所為之相關修法，可謂二次大戰以後德國監護制度最為重要之發展。依德國民法第一千八百條第二項所曾有之修訂，舉凡涉及自由限制之治療或安置，皆應經由監護法院之許可。此後，此等許可尚及於所有未成年子女。（德民一六三一條之b）相對於此，臺灣民法第一千一百十二條僅規定：禁治產人之監護人如將監護人送入精神病醫院或監禁於私宅者，應得親

⑥ 洪遜欣，中國民法總則，1976，頁91以下。

⑦ 黃立，同②，頁89以下。

⑧ 司法院，司法案件分析，1994，頁94。

⑨ 立法院公報第七十九卷，第七十一期，頁223以下。

⑩ 有關德國未成年人之監護制度及其與臺灣監護制度之比較請參見陳惠馨，同②，頁291以下。

⑪ 陳惠馨，同②，頁312。

⑫ 胡長清，同①，頁24。

⑬ 梅仲協，民法要義，新版(1954)，頁14。

⑭ 劉紹猷，改進監護制度芻議，法律評論，第三十七卷第四期，頁8以下；修正現行監護制度芻議，載：身分法之理論與實用——陳棋炎祝壽論文集，1980，頁453以下。

⑮ BVerfG, NJW 1960, p.811.

屬會議之同意；但父母或與禁治產人同居之祖父母為監護人時，不在此限。由此可見，依臺灣之法律，此等事件之監督者並非法院，而是親屬會議，而且只要符合但書規定，則連親屬會議之監督亦可免除¹⁵。此外，由於此等監督僅限於禁治產人，因此雖有精神病但未宣告禁治產者，則未能適用此一條文而受保護。依司法院之統計，一九八五年至一九九四年全臺依非訟事件法處理之監護事件計有1928件。¹⁶由此可見，此一案件數遠較禁治產之案件數為低，何況監護案件尚包括未成年人之監護。至於民法以外之法律，諸如兒童福利法、少年福利法及兒童與少年性交易防治條例等雖有安置應經法院裁定之規定¹⁷，惟此等規定原則上並不適用於禁治產人，除非此等兒童或少年恰為受禁治產宣告之極端例外者。至於精神衛生法，對於精神病人雖有保護人設置之規定，惟此等保護人只要不以強暴脅迫或其他不正當方法，則得因醫療、復健、教育、訓練及就業輔導之目的，限制嚴重病人之居住場所（該法第二十四條）。又依該法之規定，強制住院治療縱需要二

¹⁵ 當本文定稿之際(1997.7.10)，報紙(中國時報及自由時報)正刊載一名被家人囚禁達五十八年精神病人之「新聞」。此等人之人權何在？社會曾否關心？法學界又如何？此外，在精神病院中，有多少被誤診而被處以監禁治療者，更有待實證調查。前此，報紙即曾報導因更年期症狀而被誤診為精神病人者。又作者個人亦曾目睹精神科醫師及病人家屬(為了健保給付、政府之補助以及藉以擺脫家人之照護)將重病(非精神病)後亟待復健之病人診斷為嚴重精神病人並與其他嚴重精神病人共同處以監禁治療者。這是一九九七年發生在臺灣的真實故事。

¹⁶ Jürgens等，同³，p.252。

¹⁷ 例如兒童福利法第十六條、少年福利法第二十二條及兒童與少年性交易防治條例第十六條等。

位以上專科醫師之鑑定，但並未規定應由其他醫院或特定機構之醫師，同時也不以法院之裁定為必要（該法第二十一條以下）。

參、德國輔導法（禁治產與成年監護制度）之改革

一、改革之原因與過程

德國之禁治產與成年監護制度自從德國民法於一九〇〇年付諸實施以後，除了前述影響自由之治療或安置曾加以修改外，直到此次輔導法之全面改革，其他改革並不多且僅止於特定事項，例如前述一九八〇年將親屬會議廢除之改革。惟全面改革之要求，至少在二十年前即已開始。其中，最引起注意者乃是一九七五年所公佈之心理醫學報告Psychiatrie-Enquete¹⁸。按此一報告除了指出專業醫師不足，監護人、照護人以至醫師等之資訊不足，監護人及照護人負擔過於沉重等實務問題，尚對於過於分歧之程序以及過高比例之禁治產宣告提出批評。針對此等問題，該報告建議應於既有之禁治產及監護程序外，另行建立輔導制度。此外，一九七七年之非訟事件法委員會亦建議，有關程序應加以統一。自此之後，此一問題遂受到各方之注重，而有大量之學術與社會（尤其社會福利團體）之討論。

由此可見，最早注意此等問題者並非法學界，惟此一問題畢竟與法律具有密切關係，因而在八〇年代出現了極為大量的法學討論¹⁹。一九

¹⁸ BT-Drucks. 7/4200. 有關之說明參見前述附註12., Schulte 所著 Anmerkungen...一文。

¹⁹ 成百上千的文獻請參照 Jürgens 等人著作(20), Knittel 之注釋書 *Betreu-*

八八年之德國法律人會議亦以禁治產及監護制度之改革為其議題^①。

綜合各種法學論述，其對於原有法制之批評主要為：

1. 法律之有效度

就改革前之法規範加以觀察，其內容主要著重於財產上之保障，而少人格權之保護。因此，既有之法制先天上已難以發揮保障人性尊嚴或人格發展之功能^②。何況，經由法事實之研究，大部分之禁治產事件，主要是為了解決既有之法律問題，而此等法律問題之解決，又每為了第三人之利益或公共利益^③。其結果，遂使得禁治產制度用以保護禁治產人之目的無法達成。

2. 社會變遷／福利需求

由於醫療科技及經社條件之改變，雖使得壽命延長，但亦增加了為數可觀的臥病或癱瘓老人。對於此等需要照護的老人，自一九九五年實施之照護保險 *Pflegerversicherung* 乃是針對其日常生活之照護需求而建立之第五大社會保險^④。按此一照護保險之受照護者，約有一百四十萬人。至於此等人之法律生活應如何加以扶助、輔導，則是另一

*ungsgesetz*及*Bienwald*之注釋書*Betreuungsrecht*之文獻彙編。

① Deutscher Juristentag (Hrsg.), *Empfielt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsenen sowie das Unterbringensrecht neu zu ordnen*, 1988.

② Zenz et al., *Vormundschaft und Pflegschaft fuer Volljährige-Eine Untersuchung zur Praxis und Kritik des geltendes Recht*, 1987, p.33。按此一經由德國聯邦法務部所委託之法事實研究乃是此次改革重要之前置作業。

③ 參見↑1., Schulte “Wohin...”一文以及Zenz, 同②。

④ 請參見郭明政等，*福利服務與社會救助現況分析暨其法治整合之研究*——行政院研考會委託研究(1997)，頁135以下。

項龐大的社會工程^⑤。

3. 合憲性之考量

德國憲法法院除了曾就監禁治療等影響自由之措施作成違憲判決外，並未直接針對禁治產制予以違憲審查。惟一九八六年五月十三日聯邦憲法法院針對德國民法第一千六百二十九條所作成之違憲判決，則曾引起行為能力制度是否違憲之進一步檢討。就此，Canaris即認為整個行為能力制度業已違背踰越禁止之憲法規範^⑥。依此見解，禁治產制度與基本法保障人格發展自由之憲法規範有違。

又除了德國本國之檢討與反省，在此改革過程中，外國法制之比較觀察亦扮演了極為重要之角色。其中，尤其奧國一九八四年將原有禁治產制度廢除，而用以替代之管理人法 *Sachwalterrecht* 更是德國此次改革之主要參考對象^⑦。

就立法之準備與程序而言，聯邦政府雖早在一九七九年即已承諾就禁治產及其相關制度加以修改，惟遲至一九八七／一九八八年始提出初次草案。正式草案則於一九八九年提出，並於一九九〇年九月廿一日完成成年人監護及照護改革法 *Gesetz zur Reform der Vormundschaft und Pflegschaft fuer Volljährige* (簡稱輔導法 *Betreuungsgesetz*) 之立法程序並公佈。由於此一法律乃是以修改既有法律 (總計超過五十種

⑤ 參見Schulin, *Soziale Sicherung der Behinderten*, 1980, p.115.

⑥ Canaris, *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermassverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht*, JZ 1987, p.993以後。

⑦ 就此，請特別參照↑中Schulte所著3.“Die Rerform der Entmuedigung...”，5.“Das Oesterreichische Bundesgesetz...”，7.“Sachwalterrecht...”及8.“Reform of Guardianship Laws...”等論文。

法律，其中最重要者為民法，其次為非訟事件法等）為主之包裹立法，因此所謂輔導法乃是法案的名稱或為學術上之用語，而非指特定法律。一九九二年一月一日此一新法付諸實施。

二、改革之內容

關於改革之內容，僅扼要就其基本原則說明如下：

1. 個人自由及自主之加強——禁治產制度之廢除

經此改革之後，原有民法之禁治產及強制照護制度已成為歷史名詞。原有之監護人及照護人則改為單一名稱之輔導人。此輔導人為受輔導者之法定代理人（德民一九零二條）。惟受輔導者，仍得自行從事法律行為。至於有效與否，則視行為時有否識別能力而決定，除非法院已將特定事務做了應經輔導人許可始為有效之宣告，此乃所謂許可之保留（德民一九〇三條）。惟輔導人之許可每又受到法院之監督，甚且應經法院之許可，例如財產之處分、租約之終止、結紮及涉及限制自由之治療與安置等措施（德民一九〇五條以下）。此外，基於個人自由與自主之基本原則，精神病人或孱弱者，亦可以任意代理之方式委由特定人代為處理其事務，而不須依法選定輔導人（德民一八九六條二項）。

2. 社會團結與社會責任之加強——輔導制度之建立

此次改革雖一方面加強受輔導者之自主與自由，他方面則希望藉此強化受輔導者身心之保障。為了達成此等保障之目的，除了在法律中明定輔導人之輔導義務外，則期望藉社會扶助，亦即以「以扶助代替監護 Hilfe statt Bevormundung」之方式，達成受輔導者之保障²⁶。

²⁶ 請特別參照†6., Schulte所著 Hilfe statt Bevormundung 一文。

由於此等社會扶助除了經由政府之直接行政外，更為重要的乃是經由政府之獎助或補助而由私人團體完成之輔導措施。

就直接行政而言，在改革之前禁治產人及受照護者之監護及照護，係委由青少年局主管，惟經此改革後，為了加強輔導工作，依據輔導法所特別制定之輔導機關法 Betreuungsbhördengesetz，則授權各邦另定邦法以規定各邦之主管機關。各邦之輔導機關除自身亦擔任輔導之職務外，其主要之任務，則在對個人提供諮詢服務，並提供輔導人或輔導團體予以必要之協助²⁷。

就民間輔導團體之獎助與補助，此等民間機構係以由一定符合特定資格之成員所組成之社團為限（德民一九〇八條之f）。此等團體之財源除了依法得以向受輔導人收取一定之費用外（德民一八三五條、一八三六條、一八三六條之a、一九〇八條之e），主要係來自政府之補助。由於各邦之規定至為歧異，因此並未有統一標準，其中雖有高達80%或75%由政府補助者，惟大部分則由邦政府補助三分之一，縣市補助三分之一，其餘三分之一則自行負擔²⁸。在各邦法中，僅Rheinland-Pfalz明文規定，各輔導機構有請求補助之權利²⁹。以Baden-Württemberg邦為例，該邦對於一名全職人員年補助額為33,000馬克；若非為全職者，則依其情況補助30%，40%或50%³⁰。

²⁷ Jürgens, 同², p.203以下。

²⁸ 同², p.211以下。

²⁹ 同², p.9。

³⁰ Alber, Landesausführungsgesetze zum Betreuungsgesetz-Ein Überblick, in: Wienand et al., Betreuungsgesetz auf dem Pruefstand, 1992, p.11 以下 (16)。

就整體法律文化加以觀察，此等對於輔導團體之促進實遠較直接行政更具意義。經由此等措施，可見輔導之工作並非止於個人輔導或官方輔導之兩種形態，而是包含第三種團體輔導之中間形態。而此種經由人民自願形成之團體，不但分擔了國家公共事務之責任，也使關懷弱者的社會道德得以成長並獲得鼓勵。當親屬會議因社會變遷而無法期待之時，此等輔導團體可謂替代了親屬會議之團體功能。就此而言，德國輔導法之制定，除了具有民法公法化之現象，更具有民法團體化及社會化之特徵^④。相對於行為能力制度屬於「法治國」層面之改革，此等輔導措施之強化則可謂「社會國」層面之改革^⑤。惟經由

^④ 相對於照護保險外化解決之社會化，即另行創立一套制度或法律關係之解決方式，此等輔導制度基本上乃屬民事法本身之改革，而屬內化之社會化。惟對於福利機構之資助應屬外化之方式。有關內化與外化之概念，請參照 Zacher, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts, in: Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1985, p.11 以下, p.23 以下。有關民法之社會化，黃又昌於 1946 年所著之民法總則（同①）即已提出此一概念（頁 3 以下）。惟黃氏所提出之社會化主要著眼於 Otto von Gierke 所提出團體法之觀念，而仍少有社會保障之目的。

^⑤ 不論是法治國或社會國原則概屬德國基本法所衍生出之德國國家基本原則。相對於基本法對於基本人權等法治國原則所作之詳細規定，社會國原則卻僅見於基本法第二十條及第二十八條「社會國家」之規定。關於社會國原則，請參照 Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1987, p.1045 以下。關於輔導法與社會國原則之關連請參見†10., Schulte 所著 Die "sozialstaatliche Umsetzung"...一文。

行為能力制度之改革，社會化或社會國之充實，並不意味個人自由之壓抑；從輔導團體之促進觀之，社會化或社會國之具現也不表示國家權力之當然擴張^⑥。

3. 法律可及性之加強——程序之改革

經由此次改革，原分散於民事訴訟法及非訟事件法之程序，業經統一於非訟事件法。經此改革，法條叢林的現象至少已有所改善。法律的可及性 Access to Law 也將有所改善。「更少的法律，更多的權利」雖是一個艱難的目標，但此次改革至少顧及了此一目標。

肆、德國之改革對於臺灣之啟示

一、對於民法及相關法律改革之啟示

從以上說明，德國所以實施輔導法，乃是針對原有法制「既不夠尊重個人又缺少社會保障」之問題，力求建立一種「既尊重個人又力求社會保障」的法律制度。從比較法之第一要務「經由比較藉以認識自己」出發，臺灣現行之禁治產及成年監護制度，是否正是此種「既不夠尊重個人又缺少社會保障」之制度？如果要加以改革，究應何去

^⑥ 此等觀念於一八八一年十一月十七日德皇所發表的社會保險詔書中即已見之。按該詔書明白指出：社會保險乃是建立在民間真實力量之一種社會措施，國家不應因此擴大其權力。請參見 Zöllner, "Deutschland", in: Köhler/Zacher (Hrsg.), *Ein Jahrhundert Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Österreich und der Schweiz*, 1981, p.45 以下(87)。

何從？就此，德國此次改革「既尊重個人又力求社會保障」之基本原則，當有足資臺灣借鏡之處。然而經由德國之反省與改革，得知德國法亦每有其界限與缺陷。此次改革中，德國此一得以稱為法制與法學皆屬高度發展的國家，尚能對於他國法律，尤其奧國之管理人法予以高度肯定並學習的態度，不只說明比較法之重要，更說明德國以外其他國家法制亦每有參考價值。就此而言，臺灣對於外國法之研究，實不能過於偏重德國^⑤，而應及於奧國以至其他國家。

考諸目前之發展，精神衛生法保護人之規定，雖可謂有所突破，惟此等保護人制度，顯未與民法監護制度一併考量。此二制度應如何配合及整合，當是往後修法所應計及者。至於依甫修訂之身心障礙者保護法第四十三條之規定，主管機關應會同相關目的專業主管機關共同建立殘障者安養監護制度及財產信託制度。針對立法者對於監護制度改革之明確要求，當有更為積極之修法或立法計畫。至於應如何修法或立法，經由德國修法之經驗，吾人所應學習者與其是法制的內容，毋寧是發現問題與解決問題的方法。就此，不論是修法或立法，實應針對以下問題予以嚴肅檢討，即：

- 法律實效性之問題，尤其檢討現行禁治產及監護制度是否達成保護禁治產人之任務；
- 規範饑渴之問題，尤其檢討精神病人及孱弱老人法律生活之扶助需求與親屬會議之期待可能性。此外，現行法對於影響自由之治

^⑤ 至於已相當德國導向之臺灣法學界竟對德國之法制發展，尤其社會層面之法律，何以仍未能充分掌握，則是另一個嚴肅問題。以臺灣大學法律系及政治大學法律系為例，此二系之教師中擁有德國法學博士學位者幾佔半數。

療或安置是否缺少必要之公權力監督，而出現法規範不足之現象？

——合憲性之問題，尤其檢討禁治產制度是否已違背踰越禁止之憲法規範。至於涉及限制自由之醫療及安置，亦涉及合憲與否之問題。

二、對於法律發展及法律文化之啟示

相對於前述法律有效性等微視法律社會學之研究，若從巨視法律社會學加以觀察，則應檢討臺灣法律究應何去何從之問題。

經由前述法實證研究，果若得以證實臺灣確實存在現行法制既成效不彰且又不足以因應社會變遷，以致出現規範饑渴之現象，則正如同七十年前對德國民法之繼受，亦如同德國對奧地利管理人法之「繼受」，法律繼受當仍屬重要之解決途徑^⑥。就此，身為一個繼受法國家，尤應體認：法律之繼受乃是長期的社會程序^⑦。正如德國對於羅馬法之繼受，即屬之^⑧。雖然一般所稱之「繼受程序」主要係指繼受法融入繼受國社會之程序，惟既然繼受不是特定時點的社會事件，而是長期的社會程序，因此此等繼受程序實應包括繼續追蹤被繼受國之繼續發展並予以繼續繼受。

其次，比繼續繼受更為重要者，乃是繼受法律本土化之可能性。亦即，應觀察所繼受之法律在繼受國社會之融入程度；甚至在所繼受法律之形式下，考量本國之經社條件與文化思想，建立本國之法律內

^⑥ 規範饑渴與法律繼受之論述請參見 Reh binder, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., p.50以下。

^⑦ 參見 Hirsch, *Rezeption als sozialer Prozess*, 1981。

^⑧ 參見戴東雄，中世紀意大利法學及德國對羅馬法之繼受，1981。

涵^⑩。就此，洪遜欣於四十年前即已針對禁治產制度提出批判，實屬難能可貴。同樣的，梅仲協對監護制度之批評，亦屬重要之反省。惟此等批評與反省竟幾成絕響。若以此為斷，則顯示臺灣法學成長之有限。就此，不但幾未曾有見行為能力制度，尤其禁治產制度之批判，竟連限制自由之治療與安置是否有違憲之嫌，亦幾未曾被提出討論。此亦暴露臺灣法學界對於精神病人等社會弱勢者之忽視，也是對於人權之忽視。就此，繼劉紹猷所說「監護制度是民法中最弱的一環」，或亦應指出：精神病人及孱弱者之輔導與保護乃是法學研究最弱之一環^⑪。

針對此等問題，與其檢討臺灣法律之發展，毋寧更應討論臺灣法學發展之現象與問題。就此，當前法學界所應嚴肅思考者乃是：

^⑩ 參見戴東雄，同^⑧，頁239以下；Hirsch, *Rezeption als sozialer prozess*, 1981.

^⑪ 以業已制定多年之精神衛生法為例，該法所規定之保護人制度以及第十九條第二項所規定之社會補償制度皆屬法律制度之重大變革，然而國內法學界對於此一法律之關心卻極其有限。黃立所著民法總則（頁89）對於此一法律曾略為提及並稱此一法律乃是民法社會化之一大進展，乃屬少數處理此一問題之書籍。若將其與經濟屬性之法律或高考科目之法律相較，此等社會屬性之法律在法學界實形同不存在。當中文文獻幾未有任何論文可言之時，在外文文獻中，反而有諸如Salzberg所著 *Taiwan's Mental Health law, China Law Reports*, vol. 7, 1993, p.161以下。就此，臺灣的法學界是否應反省，整個法學界是否過度經濟導向、以至金錢導向？惟由此出發，更應檢討者乃是金錢導向的訴訟制度以及過於僵化落伍的考試制度。對律師而言，本文所探討精神病人保障之問題，應是一個少有經濟利益的問題，而難以獲得其重視。

- 如何對外國法制及法學之發展，尤其屬於社會層面之法制，得以更為精確之掌握；
- 如何透過法律社會學之實證觀察，探討法律之實效性以及法律與社會變遷之關連性，例如本文所探討精神病人之問題，建立具有本土色彩之相關法制；
- 思考民事生活由「家族法轉向個人法」^⑫，再由個人法進入既強調個人尊嚴又強調社會保障的後民法以至社會法時期法律秩序之應有原則與內涵。

^⑫ 戴東雄，清末民初中國法制現代化之研究，第一輯，民法親屬繼承編，1973，頁72。