

論「醫療委任代理人」(下)

— 兼評「病人自主權利法」之實像與虛像 (七)

黃三榮*

目次

- 一、前言
- 二、權源-本人之自主權
- 三、與本人之關係-「信賴關係」(fiduciary relationship)
- 四、資格(以上刊登243期)
- 五、權限及監督(以上刊登244期)
- 六、選任、擔任及解任/辭任
- 七、與預立醫療照護諮商及預立醫療決定之關係
- 八、結語

六、選任、擔任及解任/辭任

選任醫療委任代理人之必要性，就本人而言，得「確保」本人想要的醫療照護，藉由醫療委任代理人之代理(執行預為決定或進行代替決定)而獲得「實現」。同時，藉由醫療委任代理人之代理，較之簽署預立醫療決定，更得適切「因應」未來醫療科技之進展、身體狀況及環境的「變化」，以求所受到之醫療照護，能夠確實符合本身的意願、喜好等。其次，就家屬來說，亦得「減輕或避免」承受代替決定的負擔或壓力外，甚且得「降低或排除」家屬間之意見衝突、爭執及糾紛⁴⁷。

是立於本人立場，本人究應如何「選任」

合適之醫療委任代理人？於選任前，固宜學習(learning)、理解(understanding)醫療委任代理人之相關事項(例如本文所說明之醫療委任代理人之意義、權源、與本人之關係、資格及權限等)。其次，於選任時，除必須留意符合相關法律規定之要求(合法性)外，究竟尚須考量哪些要素？始得選任出適合之醫療委任代理人(合適性)？再者，如經選任成為某人之醫療委任代理人，則立於醫療委任代理人立場，究應如何「擔任」醫療委任代理人，而行使醫療委任代理人之權限，以維護本人之自主決定，或是做出符合本人推定意思、最佳利益的代替決定？另外，就本人及醫療委任代理人而言，於什麼狀況下，基於何種考量，可如何

* 萬國法律事務所資深合夥律師。本文僅代表作者個人意見。

結束雙方間之醫療委任代理人關係？亦即，關於醫療委任代理人之「解任 / 辭任」，得如何進行等，亦屬應予釐清的事項。爰說明醫療委任代理人之選任、擔任及解任 / 辭任事項如下。

（一）選任

1. 合法性

選任醫療委任代理人，首須留意「合法性」。亦即，選任必須符合相關法律規定之要求，而涉及之主要法律，即為病主法。以下，即基於病主法規定加以說明。

（1）主體 - 選任人 / 本人 / 意願人之合法性

依病主法第 3 條第 5 款明定「醫療委任代理人：指接受意願人書面委任，於意願人意識昏迷或無法清楚表達意願時，代理意願人表達意願之人。」是以，得選任醫療委任代理人者，應係「意願人」。而意願人復依病主法第 3 條第 4 款規定「指以書面方式為預立醫療決定之人。」另「本法第三條第四款意願人，應符合本法第八條第一項規定，具完全行為能力，並依本法第九條第一項規定，參加全民健康保險，領有全民健康保險憑證。」復為病主法施行細則第 2 條第 1 項所明文。是以，綜上病主法等規定可知，嚴格而狹義來說，必須「具完全行為能力，參加全民健康保險、領有全民健康保險憑證及以書面方式為預立醫療決定者」，始得選任（委任）醫療委任代理人。亦即，醫療委任代理人之選任人（本人 / 意願人）必須為「具完全行為能力，參加全民健康保險、領有全民健康保險憑證及以書面方式為預立醫療決定者」。

惟基於以下理由，本文主張醫療委任代理人之選任人（本人 / 意願人）僅就選任事項「具有意思能力」為足，並不須「具完全行為能力」，更不應以「參加全民健康保險、領有

全民健康保險憑證及以書面方式為預立醫療決定」為要⁴⁸。

1) 本人對醫療委任代理人之選任，具有「具有意思能力」已足

如同前述，醫療委任代理人之權源，係源自本人之自主權。另言之，本人得藉由選任醫療委任代理人，而延伸行使有關己身醫療照護事項之自主權。是以，醫療委任代理人之選任行為，實係有關己身醫療照護事項之本人自主權行使，並非涉及財產交易之法律行為。是本人只要就醫療委任代理人之選任事項，具有意思能力（即具有能夠判斷、識別及預期選任醫療委任代理人之行為及其將產生該人得代替自己進行醫療決定之效果）者，即得選任醫療委任代理人是，並不要求本人具有進行有效法律行為所必要之所謂「行為能力」，甚且更進而要求具備所謂「完全行為能力」。

2) 保障自主權行使，不應要求本人必須具備所謂「完全行為能力」

醫療委任代理人之選任，亦係本人之自主權行使。是以，本人只要就醫療委任代理人之選任事項，具有意思能力者，從保障自主權行使而言，即應得選任醫療委任代理人是，不應反以如本人不具備所謂「完全行為能力」，即不得選任醫療委任代理人，而剝奪本人之自主權。

此在本人縱經監護宣告而成為所謂「無行為能力人」情形下，如逕以法律上既已成為「無行為能力人」，即不具備所謂「完全行為能力」為由，而草率地剝奪事實上如仍具意思能力之受監護宣告者，得藉由選任醫療委任代理人，以行使自主權之權利者，更顯要求本人必須具備所謂「完全行為能力」之不妥適及侵害本人自主權之不當情形。

3) 美國代理法制之本人，僅要求具有意思能力

我國醫療委任代理人制度係參考美國之 health care proxy 制度，已如前述。而做為 health care proxy 制度基礎之美國代理法制，係要求本人須具有「意思能力」。因此，縱使是未成年人如對代理人選任事項，具有意思能力，即得為有效之代理人選任⁴⁹。是於我國醫療委任代理人制度所參考之美國代理法制，僅要求本人具有意思能力情形下，惟病主法卻要求醫療委任代理人之本人，必須具有所謂「完全行為能力」，實非必要。

其次，病主法就意願人之資格，於該法第 8 條第 1 項固規定「具完全行為能力人，得為預立醫療決定，並得隨時以書面撤回或變更之。」而要求意願人必須為「具完全行為能力人」，但並未要求意願人必須「參加全民健康保險，領有全民健康保險憑證」。是於病主法施行細則第 2 條第 1 項明文意願人「並參加全民健康保險，領有全民健康保險憑證」規定，而增加病主法第 8 條第 1 項所未規定之意願人資格限制，則前述病主法施行細則第 2 條第 1 項規定，實存有逾越病主法之授權及增加意願人行使自主權之病主法所無限制之情形，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符⁵⁰，當有違憲之虞而有待商榷。

再者，病主法第 3 條第 4 款規定「意願人：指以書面方式為預立醫療決定之人。」於解釋上得為①「已簽立書面之預立醫療決定者，始為意願人」(即將條文中之「為」字，讀做「×\ /」，解做「已完成動作」)或是②除①之解釋情形外，亦包含「擬簽立書面之預立醫療決定者，即為意願人」(即將條文中之「為」字，讀做「×\ \」，亦可解做「行動目的，而尚未完成動作」)。如從文義解釋而

言，①或亦可採。但如從立法體系解釋，則②當較可行(即將條文中之「為」字，包含讀做「×\ /」及「×\ \」之兩種情形)。

蓋依病主法第 9 條第 1 項第 1 款規定「意願人為預立醫療決定，應符合下列規定：一、經醫療機構提供預立醫療照護諮商，並經其於預立醫療決定上核章證明。」而言，如僅解做①之說法者，將產生「尚未」簽立書面預立醫療決定者，即無法適用病主法第 9 條第 1 項第 1 款規定而簽立書面預立醫療決定情形外，亦可能產生「已」簽立書面預立醫療決定者，卻尚須再經預立醫療照護諮商後，才能「又」簽立書面預立醫療決定之衝突結果。再者，實務上執行病主法第 9 條第 1 項第 1 款規定程序，亦皆以尚未簽立書面之預立醫療決定者作為對象，而進行醫療機構所提供預立醫療照護諮商，實未見對於已簽立書面之預立醫療決定者，復依前述規定再進行預立醫療照護諮商之情形。是可見病主法第 3 條第 4 款及第 9 條第 1 項第 1 款規定之意願人，解為係採前述②之認定較為可行。且在將預立醫療照護諮商解為不是「一次性」，而是應持續反覆實施者，當然可能發生意願人在經第一次預立醫療照護諮商，且簽立預立醫療決定後，再進行另一次預立醫療照護諮商，則此際之意願人有即得解為前述①之餘地。

綜合上述，本文主張醫療委任代理人之選任人(本人/意願人)應具意思能力，不須「具完全行為能力」，更不應以「參加全民健康保險、領有全民健康保險憑證及已簽立書面之預立醫療決定」為要。固只要就醫療委任代理人之選任事項，具有意思能力者，即得為醫療委任代理人之選任人(本人/意願人)，而選任醫療委任代理人。惟基於避免發生適法與否爭執之考量，於實務上選任醫療委任代理人

時，原則上建議仍宜先依循前述現行病主法第 9 條等相關規定進行。

(2) 主體 - 醫療委任代理人之合法性

依病主法第 10 條第 1、2 項明文：「意願人指定之醫療委任代理人，應以成年且具行為能力之人為限，並經其書面同意。下列之人，除意願人之繼承人外，不得為醫療委任代理人：一、意願人之受遺贈人。二、意願人遺體或器官指定之受贈人。三、其他因意願人死亡而獲得利益之人。」是可見要成為符合以上病主法規定資格之醫療委任代理人，則該醫療委任代理人必須①是「成年且具行為能力之人」（積極資格）及②不是「意願人之受遺贈人、意願人遺體或器官指定之受贈人與其他因意願人死亡而獲得利益之人之一。但意願人之繼承人，不在此限」（消極資格）⁵¹。

綜上所述，有關醫療委任代理人選任之「合法性」，基於避免發生適法與否爭執之考量，於實務上選任醫療委任代理人時，建議先以依循上述病主法及施行細則規定為原則；惟如依循上述病主法及施行細則規定，以進行選任卻存有困難，而又必須選任時，當得採取本文之相關論述主張而進行選任，如因此而發生選任効力之爭議時，即有藉由訴訟或法律修訂方式予以因應解決爭議之必要。

(3) 格式 - 選任 / 擔任之書面要求⁵²

依病主法第 3 條第 5 款明定「醫療委任代理人：指接受意願人書面委任，於意願人意識昏迷或無法清楚表達意願時，代理意願人表達意願之人。」可知，意願人選任醫療委任代理人，必須「以書面委任」。另「意願人指定之醫療委任代理人，應以成年且具行為能力之人為限，並經其書面同意。」復為病主法第 10 條第 1 項所明文。亦即，醫療委任代理人之擔任，必須經「醫療委任代理人之書面同意」。

是由以上病主法規定，醫療委任代理人之選任 / 擔任，必須由意願人以書面委任及醫療委任代理人之書面同意。從而，醫療委任代理人之選任 / 擔任，即必須由意願人及醫療委任代理人均以「書面」為之。

基於上述病主法規定，衛生福利部即制定及公布所謂「醫療委任代理人委任書」⁵³。然衛生福利部版之「醫療委任代理人委任書」，僅係選任醫療委任代理人所需「書面」之參考格式之一，就法律規定而言，於選任醫療委任代理人時，並非限於必須使用衛生福利部版之「醫療委任代理人委任書」。從而，只要符合病主法所規定之書面要求，縱未使用衛生福利部版之「醫療委任代理人委任書」亦非不可⁵⁴。

2. 合適性

(1) 合適之選任人 / 本人 / 意願人

只要對選任醫療委任代理人之事項，具有意思能力者，其實皆適合於「具有意思能力」情形下，得儘早選任醫療委任代理人。因為我們通常無法準確預測「意外」什麼時候發生或是提前預料「疾病」何時會「發病」，而此「意外」或「疾病」如導致我們陷於不可回復之「喪失意思能力」狀態時，將造成我們無法再為選任醫療委任代理人之表示。

尤其，如存在以下情形之一者，更適合於「具有意思能力」情形時，得儘早選任醫療委任代理人。例如：

1) 對於家屬（如配偶、子女等，下同）是否能尊重、執行本人之預為決定（advance decision）（如預立醫療決定等）產生疑慮者

2) 對於家屬是否能做出符合本人意願、喜好等之代替決定產生疑慮者

3) 預期如由家屬執行本人之預為決定或進行代替決定時，家屬間將產生爭執者

4) 預期並無家屬得為或不想由家屬執行本人之預為決定或代為進行代替決定者

(2) 合適之醫療委任代理人

1) 選任之考量原則 - 「雙信原則」⁵⁵

如何決定醫療委任代理人之合適性(即選任誰適合擔任本人之醫療委任代理人)?其實是因入而異,並無絕對的標準。但如果真要考量的話,建議得依循「雙信原則」即①信賴(trust)及②信心(faith)。換言之,擬選任之醫療委任代理人縱使與本人持有不同的價值觀、喜好及想法等,本人如能夠「信賴」擬選任之醫療委任代理人,確實能夠執行本人之預為決定、做出符合本人推定意思或最佳利益之代替決定。同時,也能夠對於該醫療委任代理人,縱於本人家屬或主治醫師等醫療團隊人員之意見與本人預為決定或推定意思、最佳利益之判認,有所不同,甚或反對情形下,亦能夠確實實現執行①本人之預為決定,以及②做出與執行符合本人推定意思或最佳利益之代替決定等事,具有「信心」⁵⁶。

2) 選任之對象 - 家屬 vs 專業人士

本人之家屬,通常是本人選任醫療委任代理人之首要考量對象。此由前述「雙信原則」之「信賴」而言,當可理解。因家屬通常是本人所信賴之對象。不過,基於以下考量,家屬卻未必是合適之醫療委任代理人⁵⁷。

①「信賴」不等同於「理解」、「贊同」

本人雖「信賴」家屬,並不同於家屬「理解」,甚至於「贊同」本人有關醫療照護事項的想法、意願及喜好等。故如家屬並不願「理解」,甚至已表明不「贊同」本人有關醫療照護事項的想法、意願及喜好等情形下,則家屬即未必是合適之醫療委任代理人。

②存在利害衝突之虞

當家屬就有關本人醫療照護事項之決定,

存在利害衝突之虞情形者(例如家屬必須藉由本人之生存年金等定期給付而維持生計等),則當家屬如為代理人,即存在家屬因個人利益之考量而做出不利本人決定之風險。故存在利害衝突之虞之家屬,即未必是合適之醫療委任代理人⁵⁸。

③對家屬不具「信心」

本人對家屬雖有「信賴」,甚且亦認為家屬得「理解」、「贊同」本人有關醫療照護事項之決定等,卻就家屬是否能夠確實執行:A.符合本人意願之預為決定,以及B.做出符合本人推定意思或最佳利益之代替決定等情,不具有「信心」情形者(例如容易受到其他家屬的壓力影響等),則家屬即未必是合適之醫療委任代理人。

④預期衝突、爭執之發生

本人如預期家屬間,可能就本人醫療照護事項之決定,發生衝突、爭執情形者,則考量避免或降低此等衝突、爭執之發生,家屬即未必是合適之醫療委任代理人。

而在家屬如非合適之醫療委任代理人情形者,當得基於「雙信原則」而選任非家屬者,以擔任醫療委任代理人。尤其是考慮醫師、護理師等⁵⁹醫療護理專業人員,甚且是並非醫療護理專業之律師等專業人員⁶⁰。

3. 選任之程序 - 對話、參與及分享的重要

除留意選任之合法性及合適性外,尤其是選任之程序,更是應予重視的事項。嚴格來說,進行符合選任合法性及合適性要求之依循過程,亦是廣義選任程序之一部。再者,選任結果(選任誰為醫療委任代理人)之確認,固然重要;但不宜輕忽選任過程(本人如何及為何選任誰而為醫療委任代理人)之確實踐行。蓋於選任之過程,(1)藉與代理人對話討論有關醫療照護事項之本人喜好、想法、意向,甚

且價值觀、死生觀等，本人除得基此對話討論之過程及內容，一方面整理、形成自己的想法等之外，更得進而評估代理人是否確能符合「雙信原則」？另外，(2) 本人亦宜邀請非代理人之家屬，一同參與選任醫療委任代理人之過程，藉此令家屬協助本人選任及理解本人選任之理由等外，亦得及早令家屬與該代理人互為認識，並促進家屬及該代理人之對話、交流，以祈未來代理人如需執行本人之預為決定或進行代替決定（推定本人之意思或判認最佳利益）時，不僅能降低或排除來自家屬之反對、阻碍外，甚且獲得家屬之協助及支持。

相對於此，如本人於選任醫療委任代理人時，不僅未邀請家屬之參與選任過程，甚且於選任醫療委任代理人（如簽立委任書）後，亦未告知家屬此情，而家屬可能也並不認識該代理人情形下，則當代理人如需為本人執行本人之預為決定或進行代替決定時，即可能發生來自家屬質疑選任合法性之反對、阻碍，甚而衍生代理人與家屬間之爭執如訴訟等。

而如本人與家屬之現實互動關係，不僅已不易邀請家屬參與選任過程，甚且可能發生家屬於未來將爭執選任之合法性，而質疑選任醫療委任代理人之身分及權限之虞者，則本人於選任醫療委任代理人時，即可考慮先委由醫師（如家庭醫師、神經專科醫師等）進行意思能力評估、作成具有意思能力之診斷證明書，並儘可能於此診斷之當日，在公證人或其他具有意思能力者之公證 / 見證下，配合全程之錄影保存，而簽立委任書及完成醫療委任代理人之選任，以祈降低、排除或因應有關選任醫療委任代理人合法性之未來可能爭議。

其次，除選任之結果分享予家屬外，當亦須預想未來當發生必須由選任醫療委任代理人代理情形時，如何令主治醫師等醫療團隊人員

理解醫療委任代理人之存在，並須以醫療委任代理人為主要對象而告知說明本人病況及討論相關醫療決定，亦是分享醫療委任代理人選任之重要事項。於作法上，除（1）考量將選任 / 委任書予以公證外，並可將公證後之選任 / 委任書影本，請主治醫師加入本人病歷予以保存，（2）且在可能情況下，並邀同代理人陪同就診，介紹代理人予主治醫師等醫療團隊人員及（3）在前述醫療委任代理人之指定等更新註記可行情形下，亦完成即時之更新註記。最後，（4）甚且可考慮隨身帶有類似器官捐贈卡般之卡片（wallet card），載明已選任誰為醫療委任代理人及該醫療委任代理人之連絡資訊等，以因應緊急連絡之需等。

4. 選任之人數

本人得選任之醫療委任代理人，當不以 1 人為限，而得選任 2 位以上之醫療委任代理人（病主法第 10 條第 5 項「醫療委任代理人有二人以上者，均得單獨代理意願人。」參照）。而於選任 2 位以上之醫療委任代理人時，則不建議令全部代理人均於同一順位，而皆有單獨代理之權限（多位單獨型 - 如前述病主法第 10 條第 5 項規定情形），實宜將全部代理人予以排定順位，必須先順位之代理人無法行使代理權限時，始由次順位代理人遞補行使代理權限（多位順位型）。蓋如選任多位醫療委任代理人，且全部代理人均於同一順位，而皆有單獨代理之權限時，（1）如代理人間就本人預為決定內容、推定意思或最佳利益之認定等存在歧異者，則究竟應以哪位代理人之認定為據（決定困境）？再者，（2）如需多位代理人間協調確認皆可接受之本人預為決定內容或代替決定者，復可能造成本人預為決定執行或代替決定之延宕（延宕決定），而影響到本人接受或拒絕醫療照護處置之時效要求，進而造

成傷害到本人權益之虞。是以，本文並不建議採取前述多位單獨型之選任，而宜採多位順位型為優。

其次，亦不建議採取選任多位醫療委任代理人，而全部代理人均於同順位，但必須共同行使代理權限之方式（多位共同型）。蓋此種選任方式，同將面臨前述多位單獨型所可能發生之「決定困境」及「延宕決定」情形，進而無法或困難達成選任醫療委任代理人，而為本人即時執行預為決定或進行代替決定，以維護本人自主權行使之目的。

5. 選任後之互動

(1) 互動之必要性

除非本人從未發生喪失意思能力狀況或因疾病、意外致猝死，而未啟動醫療委任代理人必須代理本人執行預為決定或進行代替決定情形外，於選任醫療委任代理人後，在本人喪失意思能力而發生必須由醫療委任代理人代理本人執行預為決定或進行代替決定狀況前，通常會存在一定期間之時間間隔。而在此時間間隔推移下，常常不只是本人、醫療委任代理人的主觀想法、意願等可能發生改變，甚且本人、醫療委任代理人的身體狀態及所處客觀之外在環境，亦極可能產生變化（如醫療科技之創新等）。

因此，於選任醫療委任代理人後，本人及醫療委任代理人間維持持續之互動、對話，以令醫療委任代理人能夠掌握及理解本人有關醫療照護事項之即時意願、想法等，而因應於必須為本人執行預為決定或進行代替決定時，除能夠降低執行預為決定或進行代替決定之不確定性外，亦能做出更符合本人之預為決定、推定意思或最佳利益之代替決定，當有其必要性。千萬不要選任醫療委任代理人後，卻未與醫療委任代理人持續互動、對話，以致醫療委

任代理人在未能掌握、理解本人有關醫療照護事項的即時想法、喜好等情形下，卻必須為本人執行預為決定或進行代替決定時，則醫療委任代理人不僅不容易做出符合本人之預為決定、推定意思或最佳利益之代替決定，更會造成醫療委任代理人本身甚大的代替決定壓力，在此情形下，選任書的作用，將僅僅是一份文件，根本未能發揮應有效用，實甚可惜。

(2) 互動之頻率⁶¹

選任醫療委任代理人後，在本人喪失意思能力而發生必須由醫療委任代理人代理本人執行預為決定或進行代替決定狀況前之期間，本人及醫療委任代理人間存在維持持續互動、對話之必要性，有如前述。而在此期間之互動頻率，如係家屬擔任醫療委任代理人者，原則上，於本人與家屬之日常生活中，即可期待平時持續之一定程度互動，而未必需要設定定期之會面互動外，如在非家屬尤其是專業人士擔任醫療委任代理人者，則於本人及醫療委任代理人間，即得考慮安排設定定期（如半年一次）之會面互動，甚且亦得邀請非醫療委任代理人之本人家屬一起加入此等互動。

除以上平時及定期互動外，當本人因特定情事發生之緣故，而考慮調整、改變有關醫療照護事項之原先意願、想法等之際，亦得即與醫療委任代理人碰面互動，而對話、討論可能調整、改變之意願、想法等。

(3) 互動之方式及紀錄

互動之目的，在於令醫療委任代理人能夠掌握及理解本人有關醫療照護事項之即時意願、想法等，而因應於必須為本人執行預為決定或代替決定時，能夠做出符合本人之預為決定、推定意思或最佳利益之代替決定。是以，互動之方式，即應以如何令醫療委任代理人能夠掌握及理解本人有關醫療照護事項之即時意

願、想法等為主要考量。而令醫療委任代理人能夠掌握及理解本人有關醫療照護事項之即時意願、想法等之有效作法，主要即可藉由本人與醫療委任代理人之對話、討論。因此，互動之方式，得以本人與醫療委任代理人之對話、討論為主⁶²。且前述對話、討論，當以面對面之方式為原則，再輔以線上視訊、電話會議，甚且使用如 line、FB 等社群媒體等方式。

另外，於互動之過程中，亦宜及時正確地將互動過程予以紀錄。蓋如有留下紀錄，除得作為醫療委任代理人在為本人執行預為決定或進行代替決定時之參考，甚且是依循及指引外，亦得以分享予本人家屬，以助家屬理解代理人確實依循本人之預為決定或較能接受代理人之代替決定。此紀錄除以書面方式外，適當地利用錄音錄影，以及藉由 line、FB 等社群媒體之利用而同時留下互動之紀錄，亦無不可。於往後持續之互動過程中，就此等記錄內容，除如前述說明，得累積成為醫療委任代理人在執行預為決定或進行代替決定時之參考，甚且是依循及指引，以及分享予本人家屬外，並得作為進一步互動的基礎、資訊，以增進、深化醫療委任代理人對於本人有關醫療照護事項之喜好、意願等之理解。

（二）擔任

不論是出於自身意願或其他理由而擔任醫療委任代理人時，為履行醫療委任代理人對於本人之義務及責任⁶³，達成本人選任醫療委任代理人之目的，就有關如何擔任醫療委任代理人？即應在本人萬一陷入無意思能力前，儘早做好準備。基此，以下即區分（1）同意擔任前、（2）同意擔任時、（3）同意擔任後及（4）執行時等 4 個不同階段，予以說明如何擔任醫療委任代理人之相關事項。

1. 同意擔任前

學習（learn）、理解（understand）及接受（accept）有關醫療委任代理人之角色、義務及責任，當為擔任醫療委任代理人之首要事項。尤其病主法有關醫療委任代理人相關規定之掌握，更是基本。其次，秉持於擔任後更須與本人維持持續互動的態度，亦不可缺。

2. 同意擔任時

於學習及理解有關醫療委任代理人之角色、義務及責任情形下，在同意擔任時，當須再次確認是否能夠確實「接受」擔任醫療委任代理人？是否能夠確實與本人維持持續之互動？是否能夠確實維護主張（advocate）本人之預為決定、做出符合本人推定意思或最佳利益之代替決定？於充分考量以上情形後，方於經選任時而表示同意擔任為宜。同時，建議得將同意擔任之考量理由予以記錄，或得作為往後執行醫療委任代理人職務，如碰到阻礙、挫折時之因應資糧。

3. 同意擔任後

同意擔任後，最重要者當是確實與本人維持持續之互動及就此互動予以紀錄，以儘可能增進、深化對於本人就醫療照護事項之喜好、意願等之理解，並累積未來在執行預為決定或進行代替決定時之參考，甚且是依循及指引。同時，亦有必要持續強化學習、深入理解有關醫療委任代理人之角色、義務及責任外，如何增進自身與本人之溝通、對話技能，亦屬不容忽視的課題。而每次互動之紀錄，更得作為持續新互動的基礎、參考資訊，而為能夠執行本人之預為決定、做出符合本人推定意思或最佳利益之代替決定持續準備。

4. 執行時

此執行時，是指本人在選任醫療委任代理人後，發生並非因死亡而陷入喪失意思能力情形，醫療委任代理人於執行代理人職務（如執

行預為決定或進行代替決定)之際,所應留意之狀況。以下區分為(1)本人已有預為決定及(2)本人未有預為決定兩種情形,予以說明。而不論於前述(1)及(2)之情形,代理人應留意本人縱於特定事項,經認定為無意思能力,而必須由代理人代理執行預為決定或進行代替決定者,仍應於執行預為決定或進行代替決定時,以本人為中心,而儘可能地鼓勵及邀請本人參與此執行預為決定或進行代替決定之過程⁶⁴,同時並在兼顧本人隱私保護下,邀集本人家屬參與前述過程,以透明化此過程⁶⁵,除提升執行預為決定或進行代替決定之可信性及實現性外,並期待降低或排除相關主體間,就前述決定之認定或執行之爭執。同時,並應掌握本人此際的病況、醫師之診斷及提供的治療方案等。

(1) 本人已有預為決定 - 即執行本人之預為決定⁶⁶

於本人已有預為決定情形下,不論該預為決定是否為病主法之「預立醫療決定」⁶⁷?不論該預為決定是否為書面⁶⁸?醫療委任代理人應依循本人之預為決定而執行其代理人之職務,並致力於本人預為決定之實現。例如本人曾簽立符合病主法及其相關規定之「預立醫療決定」,而表明在「處於不可逆轉之昏迷狀態」下,即拒絕「維持生命治療」者,則醫療委任代理人即應要求主治醫師等相關醫療人員及團隊(如緩和醫療團隊)分別進行是否本人已「處於不可逆轉之昏迷狀態」之確診診斷及照會(病主法第14條第1項第2款及同法第2項)。且在確認符合上述確診及照會下,並應進而要求主治醫師等執行(如撤除、終止或不施行維持生命治療)本人之上述「預立醫療決定」。或在主治醫師等因專業或意願而不執行本人之上述「預立醫療決定」時,則要求主

治醫師等提供轉診等協助(病主法第14條第3項第2款及同法施行細則第16條)。

相對於此,如本人並未簽立符合病主法及其相關規定之「預立醫療決定」,而係另立非「預立醫療決定」之預為決定者,例如本人於選任醫療委任代理人之書面,亦明載拒絕截肢、拒絕輸血之醫療處置時,原則上醫療委任代理人即應代理本人拒絕主治醫師等所提出之截肢、輸血之醫療處置,而要求主治醫師等說明及進行截肢、輸血之替代醫療處置等。

(2) 本人未有預為決定 - 即為本人做出代替決定

1) 依循「代替判斷原則」,為本人做出代替決定

本人就特定醫療事項(如前述是否接受或拒絕維持生命治療、截肢、輸血等)未有預為決定,當主治醫師等醫療人員或團隊向醫療委任代理人說明本人之病況及提出就本人疾病之治療方法(如手術、用藥等)下,即需由醫療委任代理人為本人進行代替決定⁶⁹(如選擇、接受或拒絕主治醫師等所提出之治療方法等)。

醫療委任代理人於進行代替決定時,首先即得依循「代替判斷原則」。亦即,代理人必須立於本人假如仍具意思能力而在此特定情形下,就該特定醫療事項應該會如何決定,予以推定本人之意思,並基此本人之推定意思而做出代替決定(what the patient would want),而非基於代理人本身的意思而為代替決定(what the agent would want)⁷⁰。另言之,因此際代理人需考量的是本人的推定意思,是重點在於本人意思之主觀成分(subjective component)⁷¹,或是立於本人意思之主觀立場。至於如何認定本人的推定意思?則包括本人在喪失意思能力前,有關待決定之特定醫療事項,所曾表示過的意思,不論是口頭、書

面，亦不論是否為本人直接向代理人論及，縱僅係本人曾向家屬、照護者、主治醫師等醫療團隊人員，或是本人之友人提及，或是有本人之價值觀、信仰等，凡在代理人所得掌握範圍下，即皆應予以納入作為認定本人推定意思之考量項目下，並基此本人之推定意思，為本人做出代替決定。

2) 依循「最佳利益原則」，為本人做出代替決定⁷²

惟如本人於仍具意思能力而在此特定情形下，就該特定醫療事項未曾表示過或留下任何資訊，而得作為認定本人之推定意思的依據者，則代理人即得依循「最佳利益原則」，為本人做出代替決定。亦即，代理人必須立於大多數人的立場，如在此特定情形下，就該特定醫療事項大多數人應該會如何決定，而基此認定本人之最佳利益，以代本人做出代替決定（what most people in the same situation would want），而此大多數人通常即解為具理性者（reasonable person）⁷³。此亦非基於代理人本身的意思而為代替決定（what the agent would want）。另言之，因此際代理人並無法依循本人之推定意思等主觀因素，而需考量的是如站在大多數人/具理性者之立場下，該會如何決定，並基此而認定本人的最佳利益，是重點即非在於本人意思之主觀成分，而是客觀地認定一個大多數人/具理性者的意思為何，可謂係採客觀標準（objective standard），是依個別的本人（individual）就不同的特定具體醫療照護事項，立於大多數人/具理性者之立場，予以決定本人之最佳利益，並基此進行代替決定。

(3) 整理

茲將醫療委任代理人啟動代替決定之流程

（含本人意思能力之判定）整理如圖二「醫療委任代理人執行代替決定之流程」⁷⁴所示及說明如下：

1) 就評估本人之意思能力時，得考量採行英國 MCA 法所定之二階段認定法（2-stage test）或 4 能力模式（4 abilities model），予以判定。

2) 「提供決定支援（C）」亦得在「本人意思能力的一次判定（B）」前，即予以提供。流程圖中之所以將（C）排序於（B）之後，係強調如於（B）後，不論判定結果本人有無意思能力，在「自主決定（E）」或「意思能力的二次判定（D）」前，更應提供決定支援之意旨。且（B）、（D）兩次評估判定，宜有時間間隔（如隔幾天等），且在不同時段進行為宜。另外，評估判定過程應留下清楚詳細的紀錄。

3) 不論（B）及（D）之意思能力判定程序，應予本人就評估者表示是否同意？或得指定評估者之機會。

4) 而在「意思能力的二次判定（D）」時，如結果為「本人無意思能力」時，即應予本人就此判定結果得予爭執、救濟之機會⁷⁵。

5) 「預為決定（H）」係包括本人之口頭及書面的預為決定，並涵蓋病主法之「預立醫療決定」。

6) 在無本人之「預為決定（H）」情形下，即進入代替決定階段。此際醫療委任代理人即須依循（I）～（N）所示流程啟動代替決定。而在進行「代理人、家屬、醫師等對話討論確認本人之推定意思（J）」時，得適切採行「臨床倫理諮商之導入（K）」，以求慎重及避免或解決意見之歧異。另在（J）之後，則考量採行先判定是否得確認「本人之推定意思」下，再依代替判斷原則及最佳利益原則之前後

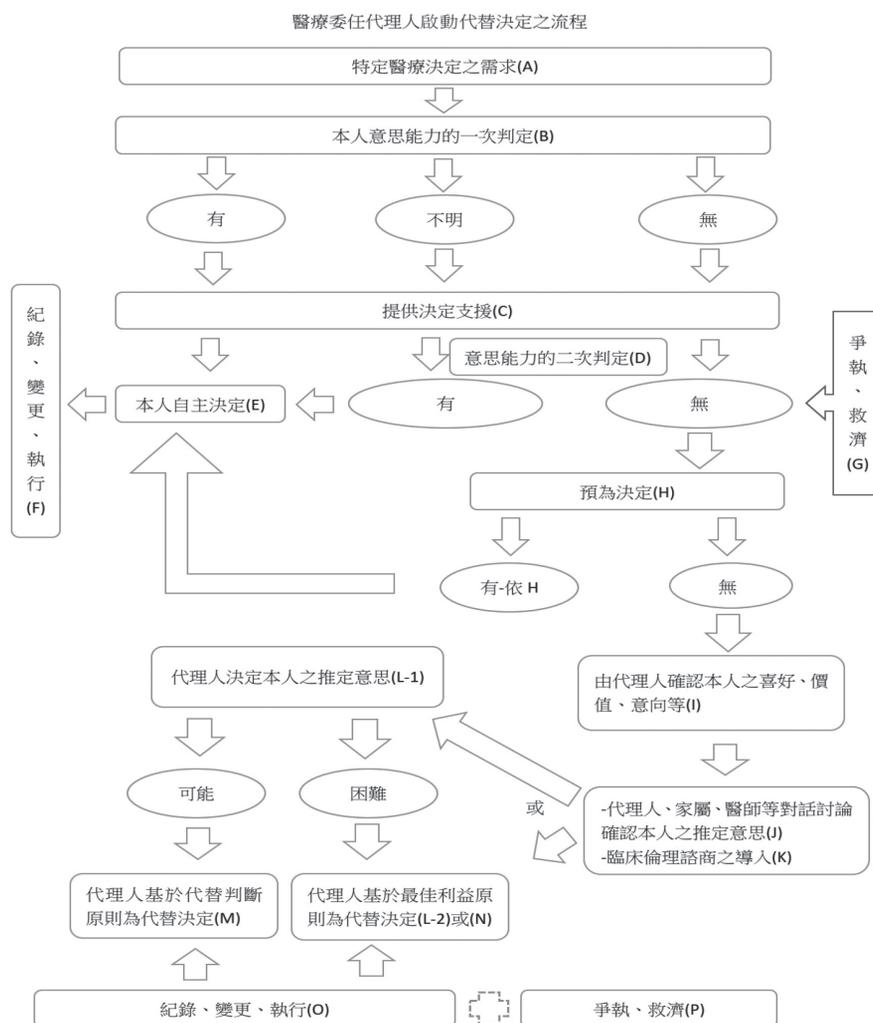
順序，予以進行代替決定 - 即循 (I) / (J) / (L-1) / (M) / (N) 之流程；

相對於此，如採行英國 MCA 法之作法，即直接認定最佳利益，予以進行代替決定 - 即循 (I) / (J) / (L-2) 之流程。亦即，在後者係將本人之推定意思，納入最佳利益之考量項目之一，而前者係區分本人之推定意思及最佳利益，並以推定意思之認定，優先於最佳利益之判認。且在此代替決定之過程中，縱使本人已遭認定為無意思能力，仍應以本人為中心

而進行，並邀本人得參與此過程，以及表述意見，以維護本人之自主權。

7) 而在代替決定做出後，不論是循前述何種流程，即應予本人就此代替決定之內容，得加以爭執、救濟之機會。

8) 最後，不論是本人之自主決定或代替決定於作成過程及作成後，建議宜留下紀錄（如書面、錄影等方式），除確保取得較明確決定之內容外，並有利於決定後之執行以及如對決定有所爭執救濟之審理進行。



圖二「醫療委任代理人執行代替決定之流程」

(三) 解任 / 辭任

本人於選任醫療委任代理人後，就醫療委任代理人之解任，只要於具有意思能力情形下，原則上即得隨時及基於任何理由或不附理由地片面解任所選任之醫療委任代理人，並不須醫療委任代理人之同意。反之，於本人喪失意思能力前，醫療委任代理人亦得隨時及基於任何理由或不附理由地辭任醫療委任代理人。從而，關於醫療委任代理人之解任 / 辭任，首先，得由本人或醫療委任代理人，於本人仍具有意思能力或喪失意思能力前之情形下，基於本人或醫療委任代理人之意思表示而任意解任 / 辭任。再者，選任醫療委任代理人後，如本人或醫療委任代理人之任一方死亡者，則該醫療委任代理人之選任即為終止，而發生醫療委任代理人之當然解任 / 辭任情形。

另外，鑑於選任時既須以「書面」方式，則「任意解任 / 辭任」情形，其解任 / 辭任之意思表示，應需同以「書面」方式（如解任書等）為之⁷⁶。並於該書面送達他方時，發生解任 / 辭任之効力。至於「當然解任 / 辭任」之情形，則應於「當然解任 / 辭任」之事由發生時，即發生解任 / 辭任之効力。

復依病主法第 11 條規定「醫療委任代理人得隨時以書面終止委任。醫療委任代理人有下列情事之一者，當然解任：一、因疾病或意外，經相關醫學或精神鑑定，認定心智能力受損。二、受輔助宣告或監護宣告。」可知就醫療委任代理人之任意辭任，病主法已明文必須以「書面」為之。而就醫療委任代理人之當然解任，則係規定兩種事由：即（1）因疾病或意外，經相關醫學或精神鑑定，認定心智能力受損及（2）受輔助宣告或監護宣告。亦即，於符合前述病主法所規定醫療委任代理人之當

然解任事由之一者，即解為當然解任。然查，縱經認定為「心智能力受損」，亦未必已達喪失意思能力情形？尤其如在「受輔助宣告」情形，亦不能認定為已達喪失意思能力狀態。是前述事由顯未基於醫療委任代理人是否喪失意思能力而認定是否當然解任？有待商榷。

再者，縱經認定「心智能力受損」已達喪失意思能力或「受監護宣告」情形，而解為當然解任，即存在「全面性」及「持續性」地認定醫療委任代理人喪失意思能力之情形，而此與意思能力之有無判定，應基於「特定性」及「一時性」之原則有違，亦非妥適。從而，前述事由並不宜定為當然解任事由，而得於本人仍具意思能力下，作為是否任意解任之考量理由，或是如於本人已喪失具意思能力下，則基於「特定性」及「一時性」之原則，就本人醫療照護之待執行或決定特定事項，該醫療委任代理人是否仍具意思能力而得行使醫療委任代理人職務之判定考量事項即可。

其次，在「任意解任 / 辭任」情形，於表示解任 / 辭任之同時，就本人而言，宜（1）進而要求醫療委任代理人寄回或銷燬原選任書，（2）並將解任情形告知原受通知選任之主治醫師等醫療人員，（3）且留存一份解任書影本置予病歷存查及（4）周知解任情形予其他原受通知選任者如本人家屬、次順位醫療委任代理人等。另就醫療委任代理人而言，亦宜（1）要求本人寄回或銷燬原選任書，（2）並將辭任情形周知予其他原受通知選任者如本人家屬、本人主治醫師等醫療人員等。

於發生「任意解任 / 辭任」或「當然辭任」情形時，另依病主法第 13 條第 2 款規定，意願人即有進行醫療委任代理人更新註記之必要，併應留意。

七、與預立醫療照護諮商及預立醫療決定之關係

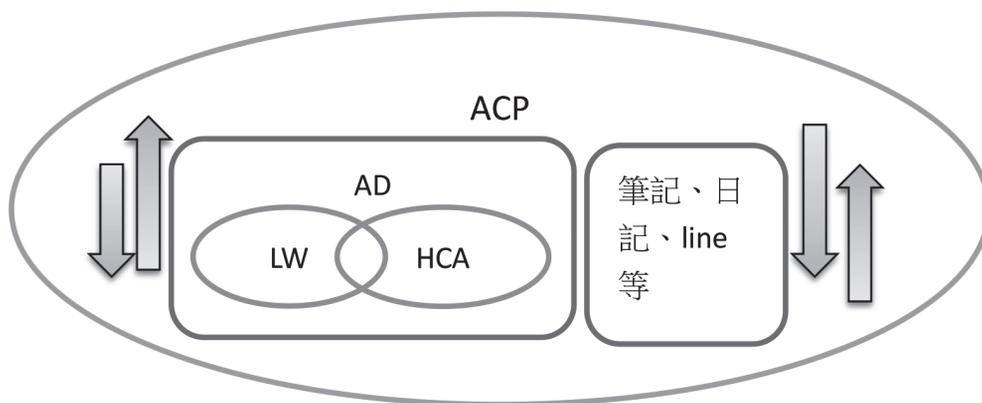
醫療委任代理人「應」參與預立醫療照護諮商及依病人之預立醫療決定內容，代理病人表達醫療意願，分別為病主法第 9 條第 2 項及第 10 條第 4 項第 3 款所明文規定，依此固可見醫療委任代理人與預立醫療照護諮商及預立醫療決定之關係密切，然三者間究竟處於何種內容的關係？顯無法僅依前述規定，即為清楚明確。是以下即基於美日有關 ACP (Advance Care Planning)、LW (Living Will) 及 HCA (Health Care Agent) 三者關係之論述，簡要分析比較檢討我國病主法所規定醫療委任代理人與預立醫療照護諮商及預立醫療決定之關係。

(一) 美日有關 ACP、LW/HCA (AD) 關係之論述

於美日，通常論述 ACP 係為一個本人與家屬、醫療人員等，就本人將來可能接受或拒絕之特定醫療照護事項等，所進行的一項持續而反覆進行的對話討論及溝通過程⁷⁷。而經此過程，如本人就前述特定醫療照護事項，已有所決定，則可進而簽署生前遺囑 (living will,

LW) 以具體紀錄該決定內容。或是如尚無法或無意願預為決定具體之內容者，則亦得考慮先為填具選任書而選任 HCA。甚而既不簽署 LW，也未選任 HCA，僅是進行對話討論及溝通，並留下其他方式的紀錄 (如書面陳述 / statements、錄音、錄影或本人日記等) 亦可。

而 LW 及 HCA 之選任，另合稱為前述之 AD (「advance directive- 預為指示 / 事前指示」)⁷⁸，而 LW、HCA 及 AD，原則上均可說係進行 ACP 後之結果 (outcomes)。惟因 ACP 既是一個持續而反覆進行的對話討論及溝通過程，故在選任 HCA 後，為令 HCA 能夠更理解本人有關醫療照護事項等之喜好、想法、意向等，自應邀請 HCA 參與後續所進行之新 ACP。而已簽立之 LW，亦可能做為後續所進行之新 ACP 對話討論及溝通的材料、工具。亦即，AD (LW/HCA) 亦未必限定係為進行 ACP 後之不變結果，亦可能為進行新 ACP 之對話討論及溝通材料、工具⁷⁹。換言之，ACP 與 AD 已非絕對的時間上不變的先後順序定位及執行上之過程結果關係，而是前後流動及互為依存關係。茲將 ACP、LW/HCA (AD) 關係整理如圖三所示。

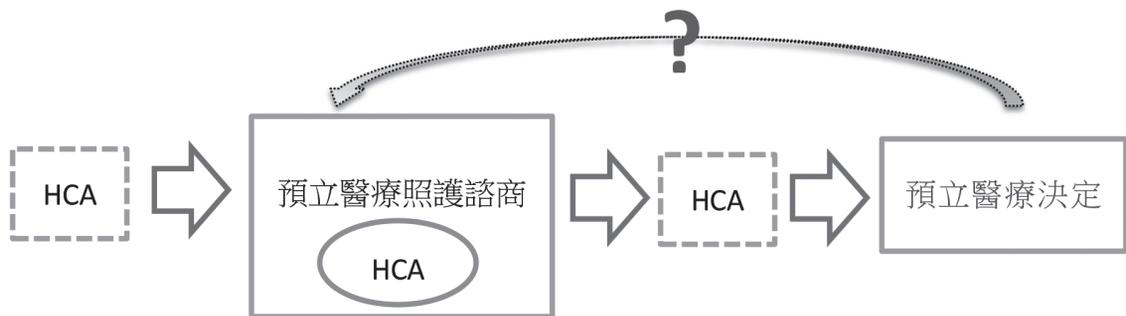


圖三：美日有關 ACP、LW/HCA (AD) 三者關係

(二) 醫療委任代理人與預立醫療照護諮商及預立醫療決定之關係

在進行預立醫療照護諮商前，如本人確未選任醫療委任代理人，基於尊重本人之自主權，自不可能強制要求本人必須先行選任醫療委任代理人後，始得進行預立醫療照護諮商。是以，病主法第 9 條第 2 項規定雖明揭醫療委任代理人「應」參與預立醫療照護諮商，惟此係指「限於進行預立醫療照護諮商前，本人已選任醫療委任代理人」之情形。因此，醫療委任代理人之選任，係可能在進行預立醫療照護

諮商之前後為之。另病主法第 9 條第 1 項第 1 款規定，意願人為預立醫療決定「應」經醫療機構提供預立醫療照護諮商。可見在病主法規定下，原則上，預立醫療決定係在預立醫療照護諮商之後。而實務上復多將預立醫療照護諮商逕稱為 ACP⁸⁰，且將「提供預立醫療照護諮商之醫療機構管理辦法」第 6 條規定之內容，另稱為所謂「Pre-ACP」作業。茲將醫療委任代理人與預立醫療照護諮商及預立醫療決定之關係，整理如圖四所示。



圖四：醫療委任代理人與預立醫療照護諮商及預立醫療決定之關係

八、結語

醫療委任代理人之選任係本人自主權之延伸，就本人自主權之保障，實為重要。另就本人因應不確定未來之自主意願的維護及實現，選任醫療委任代理人亦有其必要性。從而，病主法明定醫療委任代理人之選任等相關規定，以保障本人自主權之行使，實值肯定。

惟如本文所指摘者，病主法就醫療委任代理人之相關規定，亦存在要求代理人須為成年及具行為能力之資格、本人與代理人關係定為委任、代理人權限範圍等有待修正及釐清的事項。尤其有關醫療委任代理人權限啟動條件之本人是否無意思能力之認定，以及代替決定是否合於本人之推定意思或 / 及最佳利益之爭執

救濟機制，亦亟待積極檢討而予以儘早建立合適之制度。

揆之病主法施行後，推動病人自主權行使之實務作法，似多偏重於自主權「實體面」之預立醫療決定簽署成果，而附屬化自主權「程序面」之預立醫療照護諮商之推動。同時亦未能重視另一程序面之本人自主意思表達、決定之支援提供及制度之建置外，就涉及自主權是否得完整行使，以獲得更周全保障之醫療委任代理人選任推動，亦似遲滯不前而無積極作為，實甚可惜。是如藉由本文而有助於醫療委任代理人之進一步討論、理解及更積極地擴大推動利用，以更加周全實現本人自主權之保障，則為所盼！

《註釋》

47. 選任醫療委任代理人之必要性，可另參「萬國法律事務所『迎向超高齡社會之超前部署 -Let`s Do ATP』第130頁（五南圖書、2022/2/ 第1版第1刷）。
48. 預立醫療照護諮商之主體－病人／本人，亦應僅具意思能力即足，不需要求必須「具完全行為能力，參加全民健康保險及領有全民健康保險憑證」，可參拙文「論『預立醫療照護諮商』之『病人』－兼評『病人自主權利法』之實像與虛像（一）」，載『萬國法律』2021年8月第238期第62頁。
49. 樋口範雄註10前揭書第92-93頁
50. 參司法院大法官會議釋字第566號、第568號及第756號等解釋
51. 病主法第10條第1、2項有關醫療委任代理人之積極資格及消極資格規定之檢討，可參拙文「論『醫療委任代理人（上）』」－兼評『病人自主權利法』之實像與虛像（五）」，載『萬國法律』2022年6月第243期第48頁之論述說明，惟基於避免發生適法與否爭執之考量，於實務上選任醫療委任代理人時，原則上建議仍先依循現行病主法第10條第1、2項等相關規定進行。
52. 病主法除明文醫療委任代理人之選任，應以書面為之外，並未類如英國MCA法就所謂「lasting power of attorney, LPA」（持續代理人）規定必須註冊登錄於所謂「the Office of the Public Guardian」（公設監護人室）般，亦要求該選任必須於行政機關等為登記註冊，然另於病主法第13條第2款規定「意願

人有下列情形之一者，應向中央主管機關申請更新註記：…二、指定、終止委任或變更醫療委任代理人。」本文主張前述病主法第13條第2款規定之醫療委任代理人更新註記，得解為意願人關於選任醫療委任代理人後之法定義務，但不應將該更新註記解為係選任醫療委任代理人之合法要件之一。蓋如此將過度限制病人自主權之行使。同時，目前實務作法上，中央主管機關（衛生福利部）所辦理之註記，係以預立醫療決定為主，並未辦理或受理單就上述指定、終止委任或變更醫療委任代理人之更新註記作業。從而，在此實務作業情形下，更不應將更新註記解為係選任醫療委任代理人之合法要件之一。

53. 衛生福利部係將「醫療委任代理人委任書」，作為「預立醫療決定書」之附件，而與「預立醫療決定書」併為公布，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-44221-1.html>（瀏覽日：2022年8月4日）。
54. 如社團法人台灣澄雲死生教育協會所推出「醫療委任代理人委任書」，https://www.twchengyun.org/_files/ugd/8dbf27_8d79c93cc54d4279bdf96ada51bb0893.pdf（瀏覽日：2022年8月4日），亦可供選任醫療委任代理人之參考使用。另外，於加拿大就類如醫療委任代理人係稱為「supporter」，於選任「supporter」，係簽立所謂「representative agreement」之法制，但並未要求立書人必須具有所謂「legal capacity」，參PRACTICAL TOOL for lawyers: Steps in Supporting Decision-Making第22頁，<https://>

- www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/law_aging/PRACTICALGuide.pdf (瀏覽日:2022年8月11日)。
55. 於歐美日已有眾多文獻介紹說明選任合適之 health care agent/proxy 的各項考量重點，例如強調「trust」(信賴)、「under stressful situation」(抗壓)、「stand up for」(貫徹堅持)及「handle conflicting opinions」(因應處理衝突意見)等。就此各項考量重點，於綜合歸納後，不外即為本文所主張之「雙信原則」(信賴/trust及信心/faith)為要，其中尤以「信心/faith」原則更宜重視。
 56. 有關醫療委任代理人之選任評量工具，亦可參萬國法律事務所註47前揭書第94頁。
 57. 如依中國遼寧所發生人夫包養情婦10年後腦中風，元配5分鐘就決定拔管之新聞報導情形，身為「家屬」之「正宮/元配」或「小三/情婦」，就「人夫」而言，即未必是合適之醫療委任代理人甚明，<https://www.ettoday.net/news/20220730/2305593.htm> (瀏覽日:2022年8月16日)。
 58. 依病主法第10條第2項規定，縱與意願人可能發生利害衝突之繼承人仍得為醫療委任代理人。
 59. 意願人正接受治療或照護之醫師、護理師等，雖未必直接符合病主法第10條第2項規定之限制，但基於類此身分之醫師、護理師等，就擔任醫療委任代理人之權限行使，仍可能與本人之利益發生衝突，故實並不合適選任具此身分之醫師、護理師等，而擔任醫療委任代理人。
 60. 律師得扮演合適之醫療委任代理人的理由，可參萬國法律事務所註47前揭書第130~132頁。
 61. 於美國檢討事前指示(advance directive)等文件之更新(renew)情狀時，多提及依循所謂「6D原則」，予以考量是否更新？亦即，每滿一個10年(Decade)、有親友或知名人士死亡(Death)、離婚(Divorce)、經確診重大疾病(Diagnosis)、感受身體機能退化(Decline)及居所變更(Domicile)。本文認為在考量本人與醫療委任代理人之互動頻率時，亦得參考此6D原則。不過，前述居所變更(Domicile)之考量，基於在台灣境內移動，原則上不似於美國耗時費工。是以，或得將此居所變更(Domicile)改為做出重大決定(Decision)時，而予以考量檢討是否更新？
 62. 對話、討論之作法，得考慮以本人之生命回顧方式，輕鬆由本人說自己的人生故事，而從故事中整理出本人的價值觀、喜好等。亦得藉由共玩如卡牌遊戲等一些對話工具，以促進對話等。例如社團法人台灣澄雲死生教育協會所推出「澄雲Q卡」，<https://www.twchengyun.org> (瀏覽日:2022年8月17日)。
 63. 醫療委任代理人對於本人之義務及責任，除可參樋口範雄註10前揭書第22頁外，另復可參EstateBee Limited註10前揭書第18-19頁。
 64. 參酌英國National health Services(NHS)所揭示之“no decision about

- me, without me”，不啻正是揭櫫本人為中心之意旨，不論本人就特定事項是否能自主決定，皆應尊重本人於決定過程之參與。
65. 名倉勇一郎「医療同意の課題と提言－本人の意思決定支援と代行決定プロセスの透明化について」，成本迅編著註43前掲書第84頁。
66. 如註9所示，亦有認為於具有意思能力而書立AD之本人，並不同於之後喪失意思能力之本人。故於本人喪失意思能力時，不應依循AD而執行。另外，代理人執行本人預為決定或進行代替決定，理論上固希求符合本人意願之實現。但現實上卻往往存在代替決定與本人意願發生不一致、不精確的狀況。是致力於拉近及減少理論與現實之差距，將始終是代替決定制度之課題。
67. 從本人自主權之保障而言，本人之預為決定，本不應限於必須以符合病主法規定之「預立醫療決定」者為限。
68. 本人之預為決定，如以書面形式為之，固較明確及得期待降低或避免預為決定是否存在？真正與否之爭執情形。但從本人自主權之保障及促進行使而言，不應強制要求本人之所有預為決定，均應為書面形式，如英國MCA法就Advance Decision to Refuse Treatment (ADRT) / 預為拒絕決定，即未要求必須為書面方式，而係在該ADRT如涉及維持生命治療之拒絕者，始要求必須為書面方式等，Bridgit Dimond, Legal Aspects of mental Capacity A practical guide for health and social care professionals, 166 (2nd ed. 2016)。於美國之Uniform Health-Care Act (統一健康照護法)中，對於所謂「advance health-care directive」係規定得為口頭 (oral) 或書面 (written) (第2條)，可參註24。
69. 此際之代替決定，醫療委任代理人除須依循「代替判斷原則」或 / 及「最佳利益原則」外，在作法上另如同本人之自主決定般，亦宜採取與家屬、主治醫師等醫療團隊人員進行共同決定 (shared decision-making, SDM) 之方式為之。因此，在依循「代替判斷原則」或 / 及「最佳利益原則」而為代替決定時，多與家屬、主治醫師等進行討論、對話及溝通，就什麼是本人之推定意思？什麼是符合本人之最佳利益而達成共識，甚而共同決定者，毋寧是應該努力實踐的作法。以避免執代替決定之形式上名義，卻進行生命價值之排序及選別的實質行為。
70. 類如代理人必須將自己的腳，穿進去本人的鞋子 (You must be able to put yourself in the patient's shoes.) 或是如果他們能表達及進行自己的決定，他們會怎麼說？ (If they could speak and make their own decision, what would they say?)
71. 註4 Lawence A. Frolik 書第251頁。
72. 代替決定之基準順序，循 (1) 本人已表達之預為決定 > (2) 本人之推定意思 (代替判斷原則) > (3) 本人之最佳利益 (最佳利益原則)，Nancy Berlinger, Bruce Jennings, Susan M. Wolf, The Hastings Center Guidelines for Decisions on Life-Sustaining

- Treatment and Care Near the End of Life, 53 (2nd ed. 2013)、箕岡真子註 37 前揭書第 41 頁及雷文玫「沉默的病人？父權的家屬？－從安寧緩和醫療條例修法歷程檢視病人臨終自主權在我國的機會與挑戰」『月旦法學雜誌』第 227 期第 138 頁。另外，基於英國 MCA 法，固同以本人已表達之預為決定為最優先，但在欠缺本人已表達之預為決定情形下，則係逕依本人之最佳利益予以決定，而在檢討本人之最佳利益時，要求必須納入本人失去意思能力前所曾表述過的意向、想法，甚且價值觀、喜好等。
73. Nancy Berlinger, Bruce Jennings, Susan M. Wolf 註 68 前揭書第 53 頁
74. 醫療委任代理人外之其他代替決定者 (substitute decision maker) 於進行代替決定時，亦可參考此流程。
75. 在有關爭執、救濟之法制建立前，至少得考慮藉由臨床倫理諮商 (clinical ethics consultation) 方式，以提供救濟協助及解決爭執。
76. EstateBee Limited 註 10 前揭書第 44-46 頁。
77. 本文認為 ACP 之目的，與其說在取得涉及「生命 (biological life) 面向」之本人所簽署 AD (即 LW 或 / 及選任 HCA) 之「結果」，毋寧說更著重在以本人為中心，而涉及本人生命觀、價值觀、喜好、目標、信仰等之「人生 (biographical life) 面向」，所進行之持續反覆的對話討論及溝通「過程」。並藉此對話討論及溝通的過程，期待本人與家屬、醫療人員等間之相互關係發生「變化」，進而令本人對疾病、生命 / 人生的想法等產生「轉化」，提升、強化本人對本身之生命 / 人生正向態度與他人間之共生連結關係，在家屬、醫療人員等之協助陪伴下，以儘可能獲取、維持本人所想要的生命品質 (quality of life)，而好活善生 (living well, living fully) 至終老。
78. LW 可稱「內容指式型 (instructional directives)」之 AD，而 HCA 則係「代理人選定型 (appointment/proxy directives)」之 AD，請另參註 33。惟亦常有未區分 LW 與 AD，而逕將兩者混用情形。
79. 箕岡真子註 37 前揭書第 50 頁
80. 如台北市立聯合醫院，https://tpech.gov.taipei/News_Content.aspx?n=4116B1D37FF74CFA&sms=7D2D8361A3FCFF6C&s=5BEBA5564D419BBC (瀏覽日：2022 年 8 月 16 日)。然本文主張病主法之預立醫療照護諮商是否得與國外論述之 ACP 等視，仍有待商酌，參註 48 拙文第 60 頁。