

論「醫療委任代理人」(中)

一兼評「病人自主權利法」之實像與虛像 (六)

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(以上刊登本期)

五、權限及監督

醫療委任代理人應有之權限及其行使，關係到本人之選任目的(如維護基於本人喜好、意願、價值觀等之自主決定的落實執行或做出符合本人喜好、意願、價值觀，甚至最佳利益之代替決定等)能否達成？是以，醫療委任代理人該有如何之權限？應予明確釐清。其次，醫療委任代理人既有代理本人之權限，不僅對本人之醫療權益影響甚大，甚且關係到本人之健康及生死(如當決定事項涉及維持生命治療之接受或拒絕等)。是以，如何就醫療委任代理人之權限行使，予以妥適的監督，就落實病人自主權之保障而言，亦屬重要的課題。再

者，當就醫療委任代理人之權限行使產生疑義，甚至演變成爲爭執情形時(如本人是否就特定之決定事項而喪失意思能力？代替決定內容是否符合本人可推定之意思？是否符合本人的最佳利益等)，究竟如何就此爭執建制應有的紛爭解決機制，亦係有待釐清的課題。

(一) 權限內容

1. 病主法規定

病主法第10條第3項規定：「醫療委任代理人於意願人意識昏迷或無法清楚表達意願時，代理意願人表達醫療意願，其權限如下：一、聽取第五條之告知。二、簽具第六條之同意書。三、依病人預立醫療決定內容，代理病人表達醫療意願。」係有關醫療委任代理人權

* 萬國法律事務所資深合夥律師。本文僅代表作者個人意見。

限之明文規定。亦即，依據病主法前揭規定，醫療委任代理人具有代理本人，而行使「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」之權限。

2. 醫療委任代理人之權限，不應以行使「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」為限

醫療委任代理人之權限，不應以行使「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」為限。理由如下：

(1) 從醫療委任代理人之權限，係本人自主權之延伸而言

按本人選任醫療委任代理人，係基於本人自主權之行使，而醫療委任代理人之行使職權，實為本人自主權之延伸，已如前述。換言之，醫療委任代理人之權限，實係源自本人之自主權，並非來自病主法之明文賦予（如同自主權本身並非係病主法之明文規定所創設，而應係基於本人本具有之隱私權、人格權等基本人權而來）。是以，除於本人已明確限定醫療委任代理人之權限範圍情形（如於選任書明載醫療委任代理人之權限事項等）外，原則上，本人基於自主權所得行使的權利（如涉及本人醫療照護事項之知情、選擇、拒絕/同意等權利³⁰），醫療委任代理人均得代理本人行使。從而，如謂醫療委任代理人之權限，將以代理本人進行「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」為限者，即屬忽略前述醫療委任代理人之權限，係本人自主權延伸之本質，將有違自主權之保障及不當限制本人自主權行使之情形。

(2) 從美國 health care agent 之權限而言

如同前述，於立法沿革上，病主法之醫療委任代理人制度，係參考美國 health care agent 制度。而美國 health care agent 之權限，

除非本人予以明確限定範圍（如於 power of attorney for healthcare<健康照護選任書>上明載權限範圍等）外，通常有關本人之任何健康照護決定（healthcare decision）/醫療決定，health care agent 均得代理行使。例如包括但不限於同意或拒絕檢查（tests）、服藥（medications）、手術（surgery）、停止治療（stopping treatment）及檢視、提供醫療紀錄（reviewing and releasing medical records）等，是 health care agent 得代理行使之權限實為廣泛³¹。是以，由病主法之醫療委任代理人制度，所參考美國 health care agent 制度來說，如將醫療委任代理人之權限，限於僅以代理本人進行「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」者，實無必要。

(3) 從醫療委任代理人之立法沿革而言

病主法重要推手楊玉欣前立法委員於 104 年 5 月立法院第 8 屆第 7 會期，所提出之「病人自主權利法草案」第 10 條第 2 項有關醫療委任代理人之權限規定，除於第 1~3 款載明前述「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」外，原本於第 4 款復明載「就預立醫療指示未指明之醫療情境，依病人明示或可得推知之意思，代理病人進行醫療決策。」直至同年 11 月之黨團協商結束時，上揭草案第 4 款規定始遭到刪除。

雖上揭草案第 4 款規定最終遭到刪除，惟本文主張不宜因前揭刪除，反而認為醫療委任代理人之權限，當僅限於前述「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」。蓋如前述，醫療委任代理人之權限，係源自本人之自主權，並非病主法之明文規定所賦予，故如謂醫療委任代理人之權限，限於病主法前揭規定之事項者，將有悖於醫療委任代理人之權限，係源自本人自主權之本質，並因對醫療委任代

理人之權限，於施加不當之限制下，反而是侵害本人自主權之行使。是以，除非本人明確限定醫療委任代理人之權限外，原則上，本人得行使之自主權權限，醫療委任代理人均得代理本人行使。從而，現行病主法第 10 條第 3 項有關醫療委任代理人之權限規定，應解為僅是醫療委任代理人權限之例示規定，而非列舉規定。否則，將造成限制本人自主權行使之結果，亦將有違病主法第 1 條所明揭「尊重病人醫療自主」之立法目的。

甚而得執楊玉欣前立法委員所提出「病人自主權利法草案」，既曾明載「就預立醫指示未指明之醫療情境，依病人明示或可得推知之意思，代理病人進行醫療決策」之醫療委任代理人權限，則從立法沿革來說，醫療委任代理人之權限，解為不以行使「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」為限，亦非無據。

基於上述，本文主張醫療委任代理人之權限，應不以行使「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」為限，包含本人病歷等醫療個人資料的取得³²、住出院的決定等，凡涉及本人醫療照護事項之本人意願表達，甚至是決定，均包含醫療委任代理人之代理權限內。

或謂因病主法第 10 條第 3 項第 3 款既已明文規定：「…其權限如下：…三、依病人預立醫療決定內容，代理病人表達醫療意願。」則醫療委任代理人所得代理本人表達之醫療意願，當以「病人預立醫療決定」所載內容為限。然查，前揭規定實在明揭醫療委任代理人應遵循本人已於「預立醫療決定」，所表達之預為決定內容之意旨。亦即，如於「預立醫療決定」，就特定醫療事項（如接受或拒絕維持生命治療等），本人已有預為決定者，醫療委任代理人即應予以遵循，以符合本人之自主

意願，保障及貫徹本人自主權之行使。並非反而是在限制醫療委任代理人所得代理本人表達之醫療意願，係以「病人預立醫療決定」所載內容為限。否則，於本人未為「預立醫療決定」，而僅選任醫療委任代理人，而當亟需醫療委任代理人代替本人為代替決定時，如謂因無「預立醫療決定」，則醫療委任代理人即不能代替本人為代替決定者，顯不合事理外，亦與選任醫療委任代理人之目的有違甚明。蓋本人選任醫療委任代理人之可能理由之一，即是就（特定）醫療事項，本人不想事先為「預立醫療決定」，而以選任醫療委任代理人之方式，於未來萬一本身陷入無法自為決定時，即委由醫療委任代理人代為決定。是如謂醫療委任代理人所得代理本人表達之醫療意願，當以「病人預立醫療決定」所載內容為限者，不啻與選任醫療委任代理人之目的有違。

另言之，前揭病主法第 10 條第 3 項第 3 款規定目的，當在要求醫療委任代理人之代替決定，必須與「病人預立醫療決定」所載之本人預為表示及決定的「內容一致性」，而不是反而在限制醫療委任代理人所得代理本人表達之醫療意願，需以「病人預立醫療決定」所載內容為限之「範圍限定性」。否則，如同前述，當本人於未為「預立醫療決定」而僅選任醫療委任代理人情形下，不啻正應是醫療委任代理人該發揮角色的場合，卻反謂此際本人既未為「預立醫療決定」，則醫療委任代理人當無權限可得行使之不合理狀況，實未妥適甚明³³。

(二) 權限行使之前提條件 - 本人陷於無意思能力

1. 病主法規定

如前所述，病主法第 10 條第 3 項規定：「醫療委任代理人於意願人意識昏迷或無法清

楚表達意願時，代理意願人表達醫療意願，其權限如下：一、聽取第五條之告知。二、簽具第六條之同意書。三、依病人預立醫療決定內容，代理病人表達醫療意願。」是依此規定可知，醫療委任代理人行使權限之前提條件，係「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」。因此，縱使本人已選任醫療委任代理人，不代表醫療委任代理人即得立即代理本人而行使醫療委任代理人之權限，必須符合「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」之前提條件，醫療委任代理人始得代理本人而行使醫療委任代理人之權限³⁴。反言之，只要本人未陷入意識昏迷而得清楚表達意願者，不僅醫療委任代理人尚不得代理本人而行使醫療委任代理人之權限，甚且本人並得隨時不具理由或以任何理由，終止或更換醫療委任代理人之選任³⁵。

惟有關「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」之內容為何？認定「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」與否之原則及程序為何？如何啟動？認定方法／基準？以及如對認定結果發生爭執時，該如何解決類此爭執等事項，病主法就此並未有明文規定，茲進一步檢討論述如下。

2. 「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」之內容

按「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」，本文主張得解為係指「本人處在對於自己行為或其效果，不能正常判斷、識別及預期之精神狀態」³⁶。亦即，係指「本人處於無意思能力（incapacity）之狀態」。且所謂「無意思能力之狀態」應僅就「單一特定事項」（specific task）之具體、個別狀況的認定，而非係「整體全面事項」（global in scope）之抽象、全般狀況的認定。亦即，本

人是否處於無意思能力之狀態？應係以本人面對單一特定事項之意思能力（如表達、決定等）之有無？予以具體、個案地判認；並不是就本人對於整體全面事項之意思能力之有無？予以抽象、通案地認定³⁷。

復由於係就本人在面對單一特定事項之意思能力有無？予以具體、個案判認。故本人意思能力有無之判認結果，原則上應僅具有「特定性」（specific situation）、「一時性」（specific time）的効力。是以，當不宜基於先前已就單一特定事項（A）之本人無意思能力的判認，即逕認本人就另一特定事項（B），亦應無意思能力，而應就本人對於B，是否具有意思能力，再予以個別判認才是。亦即，意思能力之判定，應留意「特定性」、「個別性」及「一時性」之原則³⁸。

3. 「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」之認定

（1）認定原則及程序

A. 本人自主決定為原則

按「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」之認定，既係有關「本人是否陷於無意思能力」狀態之判認。基於人性尊嚴之維護及基本人權之保障，本人認為得將英國MCA法所揭櫫之「能力推定」、「最大支援」及「禁止歧視」原則³⁹，適用於「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」之認定程序，而作為認定之原則。

是當本人之家屬（含配偶等）之一、醫療委任代理人或主治醫師等醫療人員，縱於發現本人就特定醫療事項之表達、決定，存在類似「對於自己行為或其效果，不能正常判斷、識別及預期之精神狀態」之情狀事實時，基於前述原則，仍應認為本人係具有意思能力之前提下，而儘可能地提供本人得為自主決定的最大

支援(如更簡易明瞭的說明、圖面、影片等之運用、環境的調整等),以協助本人做出自主表達、決定,並不宜即為速斷本人已處於無意思能力狀態,而輕易剝奪本人自主表達、決定之權利。

B. 意思能力評估之「自願性」、「補充性」及「最後手段性」

惟在履踐上述「最大支援原則」而提供儘可能的協助下,本人卻係處於類似無法對於自己行為或其效果,予以正常判斷、識別及預期之精神狀態,而無法進行自主表達、決定時,如該特定醫療事項之決定,並無急迫性者(如定期身體檢查等),則得待一定期間經過後(如數日、數周等),協助本人再嘗試重為自主決定;然如該特定事項之決定,具有急迫性者(如及時的器官移植等手術),則為維護本人之利益,此際即不得不對本人就該特定醫療事項之決定,是否係處於無法對於自己行為或其效果,予以正常判斷、識別及預期之精神狀態(即是否處於無意思能力)加以評估,並進而決定得否由醫療委任代理人為本人進行代替決定?

進言之,基於「自主權之尊重」、「能力推定原則」之遵循,並不宜隨意動輒地即對本人進行所謂「意思能力評估(capacity assessment)」。是意思能力評估,就本人之自主決定而言,係具有「自願性」(本人之自願接受評估為原則)、「補充性」(推定本人具有意思能力為原則)及「最後手段性」(最大支援下,推定本人具意思能力仍存有疑義者)之本質,應予留意。

C. 認定之執行

本人就特定醫療事項,是否係處於無法自主表達、決定之無意思能力狀態?而需進行意思能力評估時,通常即由本人之主治醫師為主

而執行。而主治醫師在進行意思能力評估時,首先應留意的是進行意思能力評估之目的,在於本人經評估後,如確已處於無法自主決定狀態時,則當藉此認定即由醫療委任代理人得為本人進行代替決定,以保障本人之自主意願、維護本人之最佳利益,並非藉由該評估而目的卻在推翻本人所曾表達拒絕接受特定醫療事項之自主決定⁴⁰。

再者,固係就本人有關特定醫療事項之表達、決定的意思能力予以評估,惟需考量者當不限於本人就該特定醫療事項之理解等能力,另就本人對該特定醫療事項之理解等能力之基礎如價值觀、喜好、想法、信仰等事項,其實亦宜一併納入考量。其次,評估時,依個案情形亦得尋求精神專科醫師之協助,惟需留意精神專科醫師之意見固為重要,但並非認定本人是否無意思能力之唯一、絕對的依據⁴¹,仍需基於具體、個別狀況,透過與本人/與本人親近、熟習之家屬等之對話討論,加上所掌握之本人前述價值觀等,予以綜合衡量後認定。尤其在評估過程中,應就程序經過、對話討論及認定結果之理由等,儘量予以翔實記錄,以茲明確評估過程及結果之依據。

同時,在認定之執行過程中,仍應積極提供本人得參與整個認定程序之機制(如本人得陳述意見、想法等)及必要之協助(如由本人所信賴者陪同陳述等⁴²)。換言之,在此過程中,本人仍係主體,應以本人為中心,在充分保障本人於此認定過程,所應有之程序權利(如陳述權等)之行使下,而進行此認定程序。

(2) 認定方法 / 基準

而前述認定之判斷標準,或得參酌前述MCA法於進行意思能力評估(assessment of capacity)時,所利用之2階段(2-stage test)

認定法。亦即，當發覺本人就特定醫療照護事項之表達或決定，可能存在意思能力欠缺之虞情形時，先為診斷本人是否存在腦部或精神方面之受損 - 稱「診斷測試 (diagnostic test)」？如有此受損，則進一步測試如此受損，就本人對於所經提供的資訊，是否得「理解 (understand)」、「保有 (retain)」、「利用 (use) / 衡量 (weigh)」及「溝通 (communicate)」 - 稱「機能測試 (functional test)」⁴³。如有其中一項機能測試是否定的，即得認定「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」⁴⁴，且於經此認定時起至此認定如經廢棄前，醫療委任代理人即得開始代理本人而正式行使醫療委任代理人之權限。

至於，如本人或關係人對認定結果產生爭執時，究該依循如何之機制、程序予以解決？確實是一項難題。也突顯我國就病人自主權保障之現行法制，對於本人是否陷於無意思能力之認定程序、基準及其紛爭解決機制的闕如，是為亟待解決的課題之一⁴⁵。而於英國心智能力法下，明文設有所謂「保護法庭 (Court of Protection)」制度，而負責處理本人是否喪失意思能力爭議之判認等，或得做為我國未來設計建置解決上述課題之參考機制之一。

(四) 監督及紛爭解決

1. 監督醫療委任代理人權限行使之重要性

醫療委任代理人得代理本人行使「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等權限，且權限之行使將影響本人之身體健康狀態，甚且攸關本人之生死。尤其如前所述，醫療委任代理人行使權限的前提條件，係「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」。故當醫療委任代理人得正式開始行使權限時，本人當屬已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態才是。而如本人既已處於前述狀

態，自不可能於醫療委任代理人正式開始行使權限之際，本身卻得對醫療委任代理人進行任何指示監督，以確保醫療委任代理人之權限行使，能夠確實符合本人之意願。是以，藉由如何之機制，以就醫療委任代理人之權限行使，予以適當之監督，進而能夠確保該代理權限之行使，符合本人之意願或最佳利益，實現本人自主權之保障，當為一個重要的課題。

2. 監督醫療委任代理人權限行使之做法

病主法就如何監督醫療委任代理人之權限行使方式，並未有任何明文規定。在實務做法上，可考慮如下作法：

(1) 要求徵詢特定第三人意見

即本人於具意思能力得清楚表達意願狀態時，於選任同意書等書面或口頭方式，要求醫療委任代理人於行使權限，代理進行特定之醫療照護決定前，必須先徵詢本人所指定之特定第三人之意見後，始得為之。惟此做法雖得令醫療委任代理人於行使權限時，因加入必須徵詢特定第三人之意見，而期待該特定第三人因此得對醫療委任代理人之行使權限，有所留意監督及令醫療委任代理人如擬違反本人意願等之權限行使，發生有所忌諱之效果，但畢竟仍存在醫療委任代理人僅是履踐徵詢之程序，實質上卻仍未依本人意願予以執行之可能風險。

(2) 選定共同醫療委任代理人

即本人選定 2 人以上之醫療委任代理人，並要求醫療委任代理人必須共同行使權限，藉由共同行使權限而由醫療委任代理人互為監督，以確保醫療委任代理人之權限行使，得符合本人之意願。惟此做法不能排除共同醫療委任代理人間，因對本人指示之理解、推定或就是否符合本人最佳利益之認定產生歧異，以致反而無法即時代理本人而做出決定之風險。

其次，除以上實務做法外，另於法制上得

建置之監督/紛爭解決機制，本文主張得參考導入英國心智能力法所規定之 public guardian (公設監護人) 及前述保護法庭制度，委由公設監護人及保護法庭擔負監督醫療委任代理人之權限行使，同時並得由保護法庭就醫療委任代理人之權限行使爭執，予以審斷而為紛爭解決⁴⁶。(待續) 

《註釋》

30. 有關病人自主權之權利內容，可參拙文「安寧緩和醫療的新展開－從病人自主權利法的觀察」，載『萬國法律』2020年8月第232期第55頁以下。
31. EstateBee Limited, Healthcare Power of Attorney & Living Will Kit, 28(3rd ed. 2020), David John Doukas, Willam Reichel, Planning for Uncertainty, 116(2nd ed. 2007)。
32. 醫療法第71條規定「醫療機構應依其診治之病人要求，提供病歷複製本，必要時提供中文病歷摘要，不得無故拖延或拒絕；其所需費用，由病人負擔。」之「病人」，應解釋為包括病人所選任之「醫療委任代理人」。
33. 於美日論述所謂 advance directive(AD) 或事前指示時，多將AD或事前指示區分為「內容指式型」、「代理人選定型」或「兩者併記型」3類。前者即指簽立 living will，中者即指選任代理人，而後者即指於AD或事前指示中，併記 living will 及選任代理人，足立智孝「アドバンス・ケア・プランニング (ACP) とは何か」，角田ますみ編集『患者・家族に寄り添うアドバンス・ケア・プランニング医療・介護・福祉・地域みんなで支える意思決定のための実践ガイド』(株式会社メヂカルフレンド、2019/6/3 第1版第1刷) 第5頁。
34. 類此情形於美國代理法制下，即屬所謂基於 spring power of attorney 之 health care agent。亦即，power of attorney 的生效，係基於一個已指定特定事件發生 (springs up)/ 日期到來與否而定。
35. 此際並需依病主法第13條第2款規定，更新有關醫療委任代理人之註記。
36. 參註11洪遜欣前揭書第81頁明揭所謂「意思能力者，係對於自己行為或其效果，能正常判斷、識別及預期之精神能力，亦稱為識別能力。」是所謂無意思能力者，本文主張即為「本人處在對於自己行為或其效果，不能正常判斷、識別及預期之精神狀態」。
37. Linda Farber Post, Jeffrey Blustein. Handbook for health care ethics committee, 20(3rd ed. 2021), Capacity & dementia A guide for Health Care Professionals in Western Australia, <https://capacityaustralia.org.au/wp-content/uploads/2014/12/LEGALKITWA-A4.pdf>, 瀏覽日：2022年5月11日。箕岡真子『エンド・オブ・ライフの臨床倫理』第11頁(日総研出版、2020/4/26 第1版第1刷)，福田直之「ACPと法」，『本人を真ん中に“チーム”で意思決定を支える アドバンス・ケア・プランニング 看護』第71卷

第 6 號第 32 頁（株式会社日本看護協会出版會、2019/6/5 發行）。

本人之意思能力情狀 / 結果之主要法律規定，可整理如下表：

38. 包括前述病主法第 10 條第 3 項規定「意識昏迷或無法清楚表達意願」外，有關

法律	規定內容	說明
民法第 14 條第 1 項	對於因精神障礙或其他心智缺陷，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果者，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關、社會福利機構、輔助人、意定監護受任人或其他利害關係人之聲請，為監護之宣告。	關於監護宣告
民法第 15-1 條第 1 項	對於因精神障礙或其他心智缺陷，致其為意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足者，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構之聲請，為輔助之宣告。	關於輔助宣告
民法第 75 條	無行為能力人之意思表示，無效；雖非無行為能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者亦同。	關於行為能力與意思能力
安寧緩和醫療條例第 7 條第 3 項	末期病人無簽署第一項第二款之意願書且意識昏迷或無法清楚表達意願時，由其最近親屬出具同意書代替之。無最近親屬者，應經安寧緩和醫療照會後，依末期病人最大利益出具醫囑代替之。同意書或醫囑均不得與末期病人於意識昏迷或無法清楚表達意願前明示之意思表示相反。	關於末期病人不施行心肺復甦術或維生醫療之代替決定
病人自主權利法第 9 條第 3 項	第一項第一款提供預立醫療照護諮商之醫療機構，有事實足認意願人具心智缺陷或非出於自願者，不得為核章證明。	關於本人簽署預立醫療決定之意思能力確認
病人自主權利法第 10 條第 3 項	醫療委任代理人於意願人意識昏迷或無法清楚表達意願時，代理意願人表達醫療意願，其權限如下： 一、聽取第五條之告知。 二、簽具第六條之同意書。 三、依病人預立醫療決定內容，代理病人表達醫療意願。	關於醫療委任代理人行使權限之前提條件
病人自主權利法施行細則第 5 條第 2、3 項	病人為限制行為能力人、受輔助宣告，或意思表示能力，顯有不足者，除病人同意外，應經關係人同意。 病人為無行為能力、意識昏迷或無法清楚表達意願者，應經關係人同意。	關於病人就手術或侵入性檢查等同意之代替決定
提供預立醫療照護諮商之醫療機構管理辦法第 6 條第 3 項但書	但經諮商團隊判斷意願人具有心智缺陷而無意思能力，或非出於自願者，依本法第九條第三項規定，不得為核章證明。	關於本人簽署預立醫療決定之意思能力確認
刑法第 19 條第 1 項	行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。	關於責任能力

綜觀以上法律規定，基於是否規定「意思能力之情狀」及「該意思能力情狀下之結果」之不同，可再區分為 (1) 僅明文「意思能力之情狀」而未規定「該意思能力情狀下之結果」者（如民法第 75 條、安寧緩和醫療條例第 7 條第 3 項、病人自主權利法第 9 條第 3 項及病人自主權利法施行細則第 5 條第 3 項），以及 (2) 同時規定該情狀及結果者（如民

法第 14 條第 1 項、民法第 15-1 條第 1 項、病人自主權利法施行細則第 5 條第 2 項、提供預立醫療照護諮商之醫療機構管理辦法第 6 條第 4 項及刑法第 19 條第 1 項）。

而同時規定該情狀及結果者之情形，就該結果之內容而言，復有以下之不同內容。亦即，(1) 「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)、(2)「致其為意思表示或受意思表示,或辨識其意思表示效果之能力,顯有不足者」(民法第15-1條第1項)、(3)「意思表示能力,顯有不足者」(病人自主權利法施行細則第5條第2項)、(4)「而無意思能力」(提供預立醫療照護諮商之醫療機構管理辦法第6條第3項但書),以及(5)「致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者」(刑法第19條第1項)。

上揭結果內容之規定用語,雖有所不同。惟本文主張結果內容之共通點,應為就某特定時點、單一具體事項下,本人在所經規定之特定意思能力情狀下,該情狀是否得解為「本人仍具意思能力」?「本人已陷於無意思能力」?或所謂「本人意思能力顯有不足」?換言之,是否符合該結果內容之狀況,即需藉由判認「本人是否仍具意思能力」而定。

另就前揭僅規定「意思能力之情狀」而未明文「該意思能力情狀下之結果」情形,於判認是否符合該「意思能力之情狀」後,理應仍需進一步判認本人於「該意思能力情狀下之結果」。亦即,本人在所經規定之特定意思能力情狀下,該情狀是否得解為「本人仍具意思能力」?「本人已陷於無意思能力」?進而始得基此結果之判認,而認定是否確實發生各該規定之法律效果。蓋重點並非該等情狀之存在,即產生規定之法律效果,而應係如該情狀存在,且進而可判認本人係無意思能力之結果狀況下,始可認定確實發生各該規定之法律效果。

39. 參註1英國MCA法第1條第2項及第3項所分別明揭之「能力推定原則」及「最大支援原則」, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/section/1/enacted>, 瀏覽日:2022年6月22日。
40. 臨床上,當病人拒絕醫師所提議之治療方法時,如醫師係出於試圖藉由評估病人係處於無意思能力之狀況,而用以推翻病人先前之拒絕決定者,即非妥適。蓋將有違反「自主原則 (autonomy)」及「不傷害原則 (nonmaleficence)」。
41. 有謂錯誤理解意思能力評估之情形之一,即認為精神科醫師具有所謂判認決定意思能力之權力。H. Russell Searight, Susan L. Hubbard, Evaluating Patient Capacity for Medical decision Making: Individual and Interpersonal Dimensions, *Families, Systems & Health*, 16(1-2)41-54, 1998。
42. 在本人無可信賴之友人、家屬等得為協助情形下,參與英國MCA法之Independent Mental Capacity Advocate, IMCA(獨立意思能力代言者)制度,設置得為本人代言之類似IMCA制度,應亦係一個重要的課題。
43. NHS Improving Quality, Capacity, care planning and advance care planning in life limiting illness -A Guide for Health and Social Care Staff, 13-14, https://www.england.nhs.uk/improvement-hub/wp-content/uploads/sites/44/2017/11/ACP_Booklet_2014.pdf, 瀏覽日:2022

年5月11日。惟另有主張應先進行 functional test，確認於機能不足後，再依 diagnostic test 判斷原因，是由精神或腦部受損所致，The National Council for Palliative Care, Good Decision Making-What you need to know about the Mental Capacity Act and end of life care, 8, <https://www.nnuh.nhs.uk/publication/what-you-need-to-know-good-decision-making-mental-capacity-and-end-of-life-version-2-1/>，瀏覽日：2022年5月11日。另亦有基於 diagnostic test 實有違禁止歧視情形為由，而主張應僅以 functional test 已足。如英國另於 The Care Act 2014 中，就所謂 Independent Care Act Advocate, ICAA 服務之接受者資格判定，即未規定需符合 diagnostic test，日本弁護士連合会イギリス MCA 視察報告書第 87 頁，https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/organization/data/58th_keynote_report2_cd_1.pdf，瀏覽日：2022年7月4日。

除 MCA 法之以上心智能力評估方法外，有關意思能力評估，另有由 Grisso T. 及 Appelbaum PS 所提出，可從是否具有 understanding(理解)，appreciating(認識)，reasoning(論理思考)及 expressing/communication a choice(表達選擇)四種能力(abilities)而予以判認，Grisso T, Appelbaum PS. Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals

(1998)。基此並發展出 MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment (MacCAT-T) 之評估工具，小海宏之「医療同意能力評価の概念について」，成本迅編集『認知症の人の医療選択と意思決定支援』（株式会社クリエイツかもがわ、2019/4/30 第2刷）第 109 頁。

此外，亦有所謂歸納整理依英國 MCA 法所設立之保護法庭 (Court of Protection)，有關意思能力之判定理由，而提出 typology of rationals(理由分類)之方法，Scott Y H Kim et al., Broad concepts and messy realities: optimizing the application of mental capacity criteria, Journal of Medical Ethics, 1-7, 2021/8, <https://jme.bmj.com/content/medethics/early/2021/08/01/medethics-2021-107571.full.pdf>，瀏覽日：2022年7月5日。

44. 惟從「能力推定原則」而言，是否僅其中一項機能測試為否定時，即得認定「本人已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」？或有商酌餘地。此在採用註 43 Grisso T, Appelbaum PS 所提出四種能力(abilities)模式情形，美國各州亦有不同認定，且在涉訟爭執時，法院是否確實採取必須 4 種能力皆具備下，始得認定具有意思能力之立場，仍待觀察，江口洋子「認知症高齢者の医療同意能力評価に関する手法と課題」成本迅編集註 43 第 131 頁。
45. 或謂得循監護機制予以解決，惟監護機制係藉由監護宣告、選定監護人，在全

面剝奪受監護人之行為能力下，進而達成所謂保護受監護人之財產管理運用與他人之交易秩序安全，加上維護處理受監護人之身上照護事務為目的。此與就特定事項、在特定時點、於特定情狀下，擬判認本人是否陷於無意思能力乙事，實有不同，故是否合適直接依監護機制予以解決，而判認本人是否陷於無意思能力？仍待檢討。

其次，繫屬於法院之具體個案，如涉及本人之特定意思決定，是否發生財產法上或身分法上之法律效力爭議時，固得由承審法官在個案審理時，予以判認本人為該特定意思決定時，是否陷於無意思能力狀態？進而得認定該特定意思表示，是否具有某特定之法律効力。

但在面臨本人是否「已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」？而得由醫療委任代理人開始行使職權情形時，本人可能並未新為任何意思決定？且關係者間所爭執者，亦非本人所為特定意思決定之効力，而是本人是否「已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」本身。是在本人未為特定意思決定，亦無因此而發生財產法上或身分法上之法律效力爭議，僅是對本人是否「已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」發生爭執時，將不易得藉由提起個案訴訟，而於訴訟中委由承審法官，予以判認本人是否「已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」。從而，是否即產生就本人是否「已陷入意識昏迷或無法清楚表達意願之狀態」之爭執，於現行法下，並無解決機制的問題？是以，就是否陷於無意思能力狀態之認定爭

執，究該依循如何之機制、程序予以解決？同時，在此程序中，如何建置本人程序權保障之應有機制？確實是亟待釐清的課題。

46. 衡諸家事事件包括監護宣告事件（家事事件法第3條第4項），而監護宣告事件之核心，即涉及本人意思能力之認定，是如將本人是否具有意思能力之認定及有關醫療委任代理人權限行使之監督與爭議解決事件，亦納入家事事件中，而循家事事件法及相關規定（如家事事件審理細則）處理，或是一個值得檢討因應的方向。