

論「醫療委任代理人」(上)

一兼評「病人自主權利法」之實像與虛像 (五)

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

一、前言

「醫療委任代理人」，依病人自主權利法(病主法)第3條第5款規定，係指「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。」再者，病主法另規定醫療委任代理人之資格、權限(第10條)、終止(第11條)及更新註記(第13條第2項)等事項外，並於同法第9條第2項復規定醫療委任代理人應參與本人之預立醫療照護諮商。是由以上病主法規定可知，醫療委任代理人就病人自主權之行使，實扮演重要的角色。

然醫療委任代理人為何得代替(代行/代

理)意願人(本人)表達意願?本人與醫療委任代理人間之權利義務關係為何?醫療委任代理人之資格如何?醫療委任代理人之權限內容為何?權限該如何行使?權限行使又該受到如何之監督?以及本人該如何選任醫療委任代理人等事項，皆攸關病人自主權之行使及其保障之落實，宜進一步予以釐清，以更有助於醫療委任代理人制度之利用。

是以，本文將基於美英等國有關 health care agent (HCA)¹的相關規定，比較檢討我國病主法醫療委任代理人之現行規定，如能藉此有助於醫療委任代理人制度之更臻完整及擴大利用，進而增進病人自主權之行使及其保障之落實，則為所盼。

* 萬國法律事務所資深合夥律師。本文僅代表作者個人意見。

二、權源-本人之自主權

不論基於醫療倫理之「自主 (autonomy) 原則」或是憲法上之基本人權 (如隱私權、人格權) 而言, 本人就有關施予己身之醫療處置 (如手術、服藥、檢查, 甚且輸血等), 當具有知情、決定選擇及同意或拒絕接受之自主權 (right to self-determination)。是就有關施予己身不論是現在或將來之醫療處置, 由本人自主決定選擇及同意或拒絕接受, 當屬原則。故於本人就有關己身之不論是現在或將來之特定醫療處置, 得理解 (understand)、保有 (retain)、使用 (use) / 權衡 (weigh) 所獲取的相關資訊, 並與人溝通 (communicate) 表達, 甚而做出決定者 (即具有意思能力者)², 當即依循本人自主原則, 而由本人進行相關之自主決定選擇及同意或拒絕接受。

其次, 本人就待決定之醫療處置、可能之不良反應、預後情形及替代作法等, 甚且連病情本身, 如處於資訊不足, 甚且理解未臻正確狀況下, 即做出決定者, 則其縱有自主決定之形式, 卻不能解為自主決定之真正落實, 亦無法稱為自主權之行使, 已獲完整保障。是以, 於本人進行自主決定之過程 (如「理解」、「保有」病情、治療方針、可能之不良反應、預後情形、替代作法等資訊, 「使用」/ 「權衡」該等資訊, 以及溝通表達本身就特定醫療照護事項的想法、疑問, 甚而進行決定選擇及接受或拒絕之過程), 該如何提供本人得真正落實自主決定之相關支援 (如醫師以更淺顯易懂方式、藉助圖表、動畫等加以說明病情等), 即攸關自主決定之真正落實及自主權行使之保障。此在本人係心智能力 / 意思能力 (capacity/mental capacity) 受損者情形下, 更顯重要。因此, 為保障本人自主決定之落實,

於本人為自主決定時, 如何提供應有之意思決定支援 (supporting for decision making) 予本人, 當係重要的課題³。是在意思決定支援下所做出之自主決定, 亦得稱為「支援決定」

(supported decision-making, SDM)。復因本人之自主決定, 通常係在醫師等說明病情等支援情形下而做成。所以, 「自主決定」通常亦為獲得「決定支援」之「支援決定」。

惟不容諱言地, 縱使提供應有之意思決定支援予本人, 然本人如因本身意願等各種原因, 不想或無法於「當下」即自為決定, 之後, 卻在自為決定前, 因意外或疾病等, 致陷入不能理解、保有、使用 / 權衡或溝通表達本身意思之狀態 (即喪失意思能力之狀態), 且經診斷為永久或暫時無法回復時, 本人亦將因此陷入無法為自主決定之狀態。而在本人已陷入無法為自主決定之狀態, 復無法等待本人回復意思能力而又必須逕為決定情形下, 即不得不委由他人為本人進行所謂「代替決定」(substitute decision making, SDM)⁴。而此為本人進行「代替決定」之「代替決定者」(substitute decision maker), 主要可分為以下三種方式予以決定。一是由本人於具意思能力時所預為選任之「選定者⁵」, 二是由法律明文規定之「指定者⁶」, 以及三是醫療臨床實務上之「臨床代決者」。「選定者」如本文之「醫療委任代理人」, 「指定者」則如病主法第4條第2項及第6條之「關係人」(醫療委任代理人除外), 而「臨床代決者」並非前述之醫療委任代理人或關係人之一, 但卻於臨床上, 當本人陷於喪失意思能力而無法自主決定 (且不存在預為決定), 亦無法由以上之「選定者」或「指定者」進行代替決定, 卻又必須即進行特定醫療處置之臨床狀況下, 不得不代替本人而進行醫療決定者如急診手術之醫師等。

是由以上說明可知，有關醫療決定係基於本人之自主權，而以「本人決定」為基本及優先之原則，且本人於進行決定時，必須落實「決定支援」，以做到「支援決定」，而當本人無法為自主決定時，始不得不採取「代替決定」，或可謂「代替決定」相對於「本人決定」，具有所謂「補充性」、「最後手段性」。另外，亦不能完全排除當本人陷於無法自主決定，而不得不採取「代替決定」後，本人卻恢復得為自主決定之狀態⁷。因此，縱已進入

「代替決定」情形，亦應在「代替決定」做成前，再留意確認本人是否已回復得為自主決定之狀態。同時，「決定支援」當不僅於「本人決定」時，始需提供予本人。甚且縱於「代替決定」情形下，亦應提供「決定支援」予「代替決定者」，以協助「代替決定」者依循「代替判斷原則」或/及「最佳利益原則」，做出符合本人意願及利益之「代替決定」⁸。茲將「本人決定」/「支援決定」、「決定支援」及「代替決定」之關係，再簡單整理如下圖一所示。



圖一：「本人決定」/「支援決定」、「代替決定」及「決定支援」之關係

如前所述，基於本人之自主權，以「本人決定」為原則。是理論上有關醫療照護事項，如徹底進行「本人決定」情形者，通常就此醫療照護之決定，即皆應由本人為自主決定。而在本人為自主決定之「本人決定」狀況下，就同一醫療照護事項，即應不存在所謂「代替決定」的餘地。然現實上，卻確實存在本人因本身意願等各種原因，不想或無法於「當下」即自為決定。例如就尚未發生之「將來」可能面臨的醫療照護狀況，擬於「當下」預為決定選擇，進而同意或拒絕接受特定之醫療照護處置

時，由於「將來」可能面臨的醫療照護狀況，既然於「當下」尚未發生，則「將來」是否果真發生？發生時是否完全與「當下」所預設的狀況相符？且依「將來」發生時的狀況，具否果真適合依循「當下」所為之預為決定而執行等（例如「將來」因醫療照護科技之進展，已得治癒原本無法治癒之特定病症，則「當下」拒絕接受特定醫療照護處置之預為決定，依「將來」的狀況，即可能發生已經不適合執行等情形），均在在存有變數。此際如仍強求本人一切必須自主決定者，反而是違背本人之自

主意思，甚且構成本人自主權之侵犯。是以，於本人因本身意願等各種原因，不想或無法於「當下」即自為決定情形下，承認本人得「選定」醫療委任代理人，而委由該醫療委任代理人於將來萬一本人陷入不能理解、保有、使用/權衡或溝通表達本身之意思狀態時，即得為本人進行代替決定之做法，實得解為亦包含於「本人決定」之範疇，而屬於本人自主權之延伸。從而，醫療委任代理人之權源，可謂是基於本人之自主權⁹。

三、與本人之關係 - 「信賴關係」¹⁰ (fiduciary relationship)

從醫療委任代理人之「委任」、「代理」用語及「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。」之前揭病主法第3條第5款就醫療委任代理人之定義規定而言，病主法下之本人與醫療委任代理人關係，基本上多經解為存在「委任關係」、「代理關係」。再者，由病主法之草案總說明載「醫療委任代理人 (health care proxy)」以及黨團協商版本之立法說明復明揭「美國於1990年制定病人自決法 (Patient Self-Determination Act)」等情，可知病主法之醫療委任代理人，應係參照美國代理法制 (law of agency) 下之 health care proxy 相關制度而來。是以，以下即基於我國法制下「委任」、「代理」之內涵，加上美國之代理法制等，進一步論述檢討提出本文就本人與醫療委任代理人關係之主張。

(一) 本人與醫療委任代理人之關係，應非民法之「代理關係」

1. 民法學者有關「代理」之論述

「代理須限於意思表示，亦即限於法律行為，始得成立。從反面而言，侵權行為及事實

行為，雖可以代表，但不得代理為之。¹¹」、「意定代理的作用在於擴張私法自治。無論公司或個人，均可藉助代理人為其作各種法律行為，尤其是訂立契約，擴張私法自治的範圍，以滿足社會生活的需要。…代理的適用，限於為意思表示及受意思表示，僅於法律行為方能成立。…事實行為、如占有、無主物先占、遺失物拾得，或侵權行為，則無代理的適用。¹²」、「代理制度的本質在於使代理人所為的法律行為 (意思表示)，直接對本人發生效力…代理為法律行為的代理，…代理人得代理者為法律行為及準法律行為；事實行為及侵權行為均不得代理。¹³」、「代他人為事實行為 (宴會、迎送……)，非法律上所謂之代理應為代表。此處所謂之代理，係指關於意思表示、法律行為或準法律行為之代理。¹⁴」、「代理制度，在意定代理，係在於擴張當事人的私法自治範圍，使當事人得以藉由代理人的行為，而擴大其交易活動。…代理制度既然在於擴張或補充私法自治，屬於法律行為法的範疇，因此代理行為乃適用於所有法律行為…至於事實行為及侵權行為，則非屬法律行為，與私法自治無關，不適用代理之規定，不得為代理行為。¹⁵」

是由以上論述可知，就我國民法之「代理」而言，具有以下兩項重要性質：

(1) 代理之標的行為，限於「法律行為」，就「事實行為」不得代理。

(2) 代理之標的行為，限於「法律行為」之理由，在於本人藉助代理人為其代理各種法律行為，以達擴張私法自治之目的。

2. 醫療委任代理人之「代理」，應非民法之「代理」

病主法第3條第5款明定醫療委任代理人係「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。」而「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。」復為病主法第 10 條第 3 項所明文，已如前述。

因此，從代理人所代理之標的行為性質而言，醫療委任代理人係當意願人（本人/病人）陷入意識昏迷或無法清楚表達意願時，代理意願人「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」。而此等「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等行為之性質，與其說係屬產生「一定私法效果的法律事實」，倒不如說僅是發生「一定事實效果的法律事實」（亦即，聽取醫師所為有關本人病情之告知/說明、代本人簽署手術等同意書及代理表達本人意願，均屬有關本人醫療事項之事實呈現，且此等事實之呈現，不問本人/代理人的意思，均發生本人自主權行使之法律效果）而已。從而，醫療委任代理人所從事之「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等行為，應屬「事實行為¹⁶」甚明。換言之，醫療委任代理人所代理意願人之標的行為性質並非「法律行為」，而應為「事實行為」。亦即，從代理人所代理之標的行為性質來說，醫療委任代理人代理意願人所為之行為，實係「事實行為」並非「法律行為¹⁷」。

再者，醫療委任代理人之所以代理意願人為「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等標的行為之作用、目的，實係代替本人行使有關醫療決定之自主權，目的在延伸擴大本人自主權之行使，此顯與本人利用醫療委任代理人，是否擴張私法自治之作用、目的無關甚明。

基於上述，不論從代理人所代理之標的行為性質及進行代理行為之作用、目的而言，醫療委任代理人之「代理」顯與民法之「代理」有別。從而，本人與醫療委任代理人之關係並非民法之「代理關係」。

（二）本人與醫療委任代理人之關係，得解為係屬「信賴關係」

本文基於以下理由，主張得將本人與醫療委任代理人之關係，解為如同美國代理法之本人與代理人關係般，係屬「信賴關係」：

1. 從落實擴大自主權行使之保障而言

如前所述，醫療委任代理人係當意願人（本人/病人）陷入意識昏迷或無法清楚表達意願時，代理意願人「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」。而此等「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等行為之本質，與其說係屬產生「一定私法效果的法律事實」，倒不如說僅是發生「一定事實效果的法律事實」而已。換言之，醫療委任代理人所代理意願人之標的行為性質與其解為係「法律行為」，實應認定係「事實行為」，始更允當正確。

然於我國民法之代理法制下，代理人得代理本人之標的行為，並不包括事實行為。而醫療委任代理人所代理本人之「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等行為之性質，卻均屬事實行為。是以，如將病主法之本人與醫療委任代理人之關係，解為係屬民法之代理關係者，即始終存在與民法代理制度下，並不存在事實行為之代理行為的本質扞格問題。進而產生原本依此醫療委任代理人制度規定，而圖擴大自主權行使之保障目的，存在基礎理論上之穩固度不夠確實的問題。

相對於此，美國代理法制下，代理人所代理本人之標的行為性質，並未以「法律行

為」為限，「事實行為」，甚且「侵權行為」，均屬代理人可得代理本人之標的行為¹⁸。尤其，於美國甚且將 health care agent，亦稱為「attorney-in-fact」，可見代理人得代理本人為事實行為。是以，將本人與醫療委任代理人之關係，解為係同屬美國代理法制下之「信賴關係」者，不僅不存在前述如解為民法代理下之代理行為本質扞格問題，反而是提供醫療委任代理人制度，一個更穩定紮實的論述基礎，進而有助於落實擴大自主權行使之保障。

2. 從代理制度之目的本質而言

我國民法代理法制之目的本質，係著眼於「財產交易面」，在於擴張本人的私法自治範圍，使本人得以藉由代理人的行為，而擴大其交易活動乙情，係為民法學者之通說見解，已如前述。相較於此，於醫療照護面，本人利用醫療委任代理人之目的，實係在擴大自主權之行使及貫徹自主權之保障。而此擴大自主權之行使及貫徹自主權之保障，顯然與於「財產交易面」，考量擴張本人私法自治範圍及擴大本人交易活動之目的有所不同。而美國代理法制之目的，確係在本人利用代理制度，而擴大本身的活動範圍。至於代理人的代理行為，係為契約等法律行為或是事實行為，甚至是侵權行為，均非所問。

是以，如從代理制度之目的本質來說，將本人與醫療委任代理人之關係，解為係同屬美國代理法制下之「信賴關係」般，而非民法代理制度之代理關係，毋寧更為妥適。

3. 從明確本人與醫療委任代理人之基本權利義務內容而言

於我國民法之代理法制下，論者通常並未直接論述基於「代理關係」之本人與代理人間的基本權利義務關係，而多藉由所謂「基礎法律關係」如委任等，以界定釐清本人與代理人

間的權利義務關係。甚且，並以所謂代理授權行為係「無因性」為由，主張縱使「基礎法律關係」未成立生效，代理授權行為仍得獨立成立有效。進而產生如於「基礎法律關係」未成立生效之代理情形下，則本人與代理人間的基本權利義務關係，究竟如何認定之疑義。因此，如將本人與代理人關係，解為適用我國民法之代理法制時，在基礎法律關係（如委任）未成立生效之情形下（如簽訂選任代理人書面在先，但之後卻在強暴脅迫下簽訂委任契約後，該委任契約再經撤銷等情形），則於代理關係仍成立有效下，本人與代理人間的基本權利義務關係究竟如何認定？是否陷於無法明確之疑義？

然在美國代理法制下之「信賴關係」，本人對代理人有控制、監督的權利，代理人則對本人負有忠實義務（duty of loyalty）及注意義務（duty of care）等¹⁹。基本上，本人與代理人間的權利義務關係已屬明確，並不論本人與代理人間，是否另外成立其他契約（如我國法之所謂「基礎法律關係」），亦非一定需要本人與代理人間另外成立其他契約，始能明確彼此之基本權利義務關係。易言之，基於美國代理法制下之「信賴關係」般，即直接得明確本人與代理人間的基本權利義務關係，並不需藉另訂其他契約，始得明確。然而，並不排斥本人與代理人間另行合意成立代理以外之契約關係，以補充強化彼此間之權利義務關係（如明定代理人之報酬等）。

是從明確本人與醫療委任代理人之基本權利義務關係之內容而言，將本人與醫療委任代理人之關係，解為如同美國代理法制下之「信賴關係」，而非民法代理制度之代理關係，實為允當。

4. 從病主法之立法沿革而言

如前所述，基於病主法之草案總說明明載「醫療委任代理人 (health care proxy)」以及黨團協商版本之立法說明復明揭「美國於 1990 年制定病人自決法 (Patient Self-Determination Act)」等情，可知病主法之醫療委任代理人，實係參照美國代理法制下之 health care agent 相關制度而來。是以，從病主法之立法沿革，參酌美國代理法制係將本人與代理人間之關係，定位為所謂「信賴關係」之情形，進而將病主法之本人與醫療委任代理人之關係，解為如同美國代理法制之本人與代理人關係般係為「信賴關係」，並非不妥。

(三) 本人與醫療委任代理人間，未必需要成立我國民法之「委任關係」

由病主法第 3 條第 5 款就醫療委任代理人之定義規定以及醫療委任代理人用語而言，病主法顯然明定本人與醫療委任代理人間，係成立所謂「委任關係」。然縱基於我國民法之代理法制，因所謂授權行為「無因性」之本質，本人與代理人間，是否有效成立之代理關係？其實並不受所謂「基礎法律關係」之影響。再者，縱使本人與代理人擬成立「基礎法律關係」，該「基礎法律關係」也未必一定是「委任關係」。是在代理關係有效成立與否，並不受所謂「基礎法律關係」之影響，以及所謂「基礎法律關係」未必一定是「委任關係」情形下，病主法卻明定本人與醫療委任代理人間，係成立所謂「委任關係」乙情，實已違反本人與醫療委任代理人間之權利義務關係，應屬「私法自治原則」範疇，而強行介入「私法自治原則」領域，造成病主法一方面雖明文揭示保障病人自主權；但另一方面卻明白而恣意地侵害本人於「私法自治原則」下之「自主權」，實非妥適。

因此，本文認為本人與醫療委任代理人間，未必需要成立我國民法之「委任關係」²⁰，是病主法有關本人與醫療委任代理人間，係成立所謂「委任關係」之規定，應予修正，而所謂「醫療委任代理人」之「委任」用語，亦應予以刪除，而逕稱「醫療代理人」、「健康照護代理人」或「醫療代替決定者」即可²¹。

(四) 小結

基於以上說明，本文主張病主法所規定醫療委任代理人與本人間之關係，可解為如同美國代理法制下之「信賴關係」，並非我國民法下之「代理關係」，且本人與代理人間，未必需要成立我國民法下之「委任關係」。基此「信賴關係」，以下進一步檢討論述病主法有關醫療委任代理人之規定。

四、資格

(一) 病主法規定

就醫療委任代理人之資格，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。」是可見病主法規定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）。

(二) 醫療委任代理人不需以「成年」且「具行為能力之人」為限

基於以下理由，本文主張醫療委任代理人不需以成年且具行為能力之人為限。

1. 醫療委任代理人就代理本人之行為，僅具意思能力為足，並不需為「成年人」

醫療委任代理人就代理本人之「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等「行為」及將令本人承擔接受或拒絕特定醫療處置等「效果」，只要具有意思能力即足。亦即，就上述代理行為及其效果，具有能夠正常判斷、識別及預期之精神能力者為足。蓋如代理人既能正常判斷、識別及預期代理行為及其效果者，基於尊重本人自主權之行使及代理效果歸屬予本人，並非由代理人承受等考量，自無不許本人選任該人士做為醫療委任代理人之必要。

而是否具有意思能力，而得擔任醫療委任代理人，固須個案判認。惟並不排斥得基於是否達一定年齡，而做為個案判認之基準之一。例如，以是否達到所謂法律上之「成年人之年齡者」，而個別判認是否得擔任醫療委任代理人？惟需留意者，年齡僅是個案判斷是否具有意思能力的基準之一，而不應是做為通案之唯一、絕對基準。就是否具有意思能力，仍需於個案上，就上述代理行為及其效果，是否具有能夠正常判斷、識別及預期之精神能力予以判認²²。

2. 醫療委任代理人就代理本人之行為，不需具有行為能力

有如前述，醫療委任代理人係代理本人為「聽取告知」、「簽具同意書」及「表達醫療意願」等「行為」，而此等行為實屬「事實行為」，並非「法律行為」。故於進行「法律行為」時，始經要求行為人所必須具有之所謂「行為能力」，當於進行「事實行為」情形，即不僅不要求必須具有所謂「行為能力」，甚且「行為能力」之相關規定，反而不應適用於「事實行為」情形²³。例如一位已陷入不

可逆轉昏迷狀態但尚未經「監護宣告」之成年人，雖於法律上仍具「行為能力」，但事實上已不具「意思能力」，惟此際如仍以形式上具「行為能力」為由，卻不問事實上已不具「意思能力」之狀況，卻於抽象論理上謂該人士因既仍具「行為能力」，即仍得擔任醫療委任代理人者，顯非妥適甚明。蓋重點確係在實質上「意思能力」之有無，而不是形式上「行為能力」之具備與否。是在醫療委任代理人所代理本人之標的行為性質，係屬「事實行為」下，卻要求醫療委任代理人必須具有所謂「行為能力」，除係混淆「事實行為」及「法律行為」，就是否應具有「行為能力」之不同要求外，亦係將適用於「財產交易」所必須之「行為能力」制度，卻強加適用於並非「財產交易」之「本人自主權之行使」情形，進而造成原本目的係圖保護本人自主權行使之醫療委任代理人的資格要求，卻實質上反而不當限制了本人自主權之行使（即本人受到只能選任具行為能力者作為醫療委任代理人之限制）。

是以，本文主張醫療委任代理人只要具有意思能力即足，並不需以成年且具行為能力之人為限。惟是否「成年」？是否具「行為能力」？如做為在個案上判斷是否具有意思能力之判認基準之一，並無不可。

(三) 醫療委任代理人之消極資格，應予調整

於美國統一健康照護決定法（National Health-Care Decision）第2條（b）項後段規定：除非與本人間有血親、婚姻或收養關係，代理人不能是本人正接受照護之居住式長期健康照護機構的所有權人、經營者或受僱人。²⁴另外，美國各州州法亦多設有與此類似之規定（如加州 Probate Code 即規定以下人員原則上不能擔任代理人：本人所正接受健康

照護之提供者或本人所正接受照護之健康照護機構之受僱人、本人所正接受照護之社區照護設施〈如居住式復健或諮商中心〉之經營者或受僱人、本人所正接受照護之高齡者照護設施之經營者或受僱人等²⁵。)是以，依美國前述法律規定可知，對 health care agent 之消極資格要求，係著重於擬擔任代理人者，如屬於本人所正接受 (receiving) 健康照護 (含醫療) 服務之提供者或提供機構 / 設施的經營者或受僱人者，即考量該等人士如擔任代理人所為維護之「本人利益」(如不需接受特定醫療處置、應更換入住機構等)，可能就會與因該等人士對本人所正提供服務而可取得之「原有利益」(如特定醫療處置之費用收取、手術實績的累積、繼續收取入住費用等)間，可能發生利益衝突 (conflict of interest) 的情形。易言之，是否發生利益衝突的判斷重點可謂聚焦於「與本人正接受之醫療照護有關與否」？目的在維護確保「本人現有之生命利益」，顯與「代理人是否會因本人死亡而獲取利益與否」無關，亦未考量必須排除選任代理人可能引發的「本人死亡之道德風險」。

相對於此，病主法第 10 條第 2 項就醫療委任代理人之消極資格條規定，除意願人之繼承人外，(1) 意願人之受遺贈人、(2) 意願人遺體或器官指定之受贈人及 (3) 其他因意願人死亡而獲得利益之人，均不得為醫療委任代理人。而其立法理由係為「排除因意願人死亡獲得相關利益者。」是可知病主法前述規定之考量重點，並非在類似美國前揭所重視之聚焦於「與本人正接受之醫療照護有關與否」？目的在於維護確保「本人現有之生命利益」，反而是略過「與本人正接受之醫療照護有關與否」之考量，而逕以代理人是否「因本人死亡而取得利益」為斷，目的卻在排除選任代理人

可能引發的「本人死亡之道德風險」。亦即，美國法於此所考量者係直接「維護本人之現有利益」，但病主法所考量者卻係直接排除「代理人之未來利益」，而間接「維護本人之現有利益」。

然而，只要經本人基於自主意願而選任擔任醫療委任代理人者，縱使該等人士可能因「未來」本人之死亡而取得利益 (如前揭病主法所規定之受遺贈等)，惟只要本人對其具有信賴 (trust) 及信心 (faith)，確信在本身死亡前之「現存」生命期間，該人士擔任醫療委任代理人，將能維護本身自主權之實現者 (如貫徹執行本人之決定或做出符合本人喜好、意願或最佳利益之代替決定)，則基於貫徹自主權之保障，本文認為仍應尊重本人之自主選任，而不應以法律強行介入加以限制及剝奪本人選任醫療委任代理人之自主權行使。否則，即有陷入復以家長父權式 (paternalistic) 的作法，強加所謂「避免本人死亡之道德風險」的價值觀予本人，如此是否反而違反「尊重病人醫療自主」之病主法立法目的？

況且，衡諸醫療委任代理人之權限中，就「聽取告知」之執行而言，當不涉及本人是否死亡之狀況。而就「簽具同意書」及「表達醫療意願」部分，原則上醫療委任代理人必須先依據本人之預為決定 (advance decisions) 進行代替決定，不能逕依己意行事。而如本人縱無預為決定者，醫療委任代理人仍須基於「代替判斷原則」或 / 及「最佳收益原則」而為本人代替決定。換言之，醫療委任代理人基於謀求「未來」本人死亡所可獲得之利益，卻僅憑主觀己意而恣意地進行代替決定的情形，在抽象討論下，或無法完全排除此可能性；但現實狀況中，發生的可能性應該甚低。是以，如以現實狀況下，發生可能性甚低之所謂「本人死

亡之道德風險」的排除，作為限制本人選任醫療委任代理人之條件，本文以為並不切實際，甚且從保障本人自主權行使來說，亦屬輕重失衡，有違比例矣。蓋病主法之目的畢竟是在自主之尊重，而非保護式的所謂排除「本人死亡之道德風險」。

基於上述，本文主張病主法現行有醫療委任代理人之消極資格規定，得參酌上述美國法規定，立論於擬經選任為醫療委任代理人者，是否將與本人所正接受之健康照護有關而予以調整修訂，並非考量「排除因意願人死亡獲得相關利益者」，而試圖避免所謂「本人死亡之道德風險」²⁶。

(五) 醫療委任代理人不限自然人，得包括機構、法人在內

由前揭病主法第 10 條第 1、2 項明文醫療委任代理人積極資格及消極資格規定可知，病主法就醫療委任代理人之資格，顯然限於自然人，而不包括機構、法人在內。惟從擴大自主權之行使、擔任醫療委任代理人之專業性養成及強化、代理服務永續性之建立及對代理職權行使之妥適監督等考量，本文主張醫療委任代理人得不限於自然人，可包括機構、法人在內。而就得適任醫療委任代理人之機構、法人的資格要求、營運組織之人力配置等架構及其管理與監督機制之建置，是否得參酌機構、法人擔任監護人²⁷之情形，容待進一步檢討確立²⁸。(待續) 

《註釋》

1. 於美國就 health care agent，復有稱為 health care proxy、power of attorney for health care、attorney-

in-fact、surrogate、representative、surrogate decision-maker 及 proxy decision maker 等；而英國類似醫療委任代理人規定者，係依 2005 年心智能力法 / 意思能力法 (Mental Capacity Act 2005) (下稱 MCA 法) 所規定之 lasting power of attorney for healthcare and welfare。MCA 法可參 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents/enacted>，瀏覽日：2022 年 4 月 24 日。

2. 本文所指 understand、retain、use/weigh 及 communicate，係依循 MCA 法第 3 條第 1 項所規定，於評估本人是否具有意思能力時，所採行的判定程序之一，即所謂功能性測試 (functional test)，Rebecca Jacob, Michael Gunn, Anthon Holland, Mental capacity legislation principle and practice, 19 (2nd. ed. 2019)。
3. MCA 法第 1 條第 3 項即明揭援助本人意思決定之所謂「最大支援原則」。另就心智能力等受損者之意思決定，聯合國身心障礙者權利公約 (Convention on the Right of Persons with Disabilities: CRPD) 亦揭示應以最大的意思決定支援予身心障礙者，而用所謂「supported decision-making」取代「substitute decision-making」，以保障身心障礙者之自主權。關於「supported decision-making」可參 Karrie A. Shogren、Michael L. Wehmeyer、Jonathan Martinis、Peter Blanck, Supported Decision-Making: Theory, Research, and Practice to Enhance Self-Determination and

Quality of Life (1st. ed. 2019), 木口恵美子「Supported Decision Making をめぐる海外の議論の動向」, 『福祉社会 開発研究』7期第47頁(2015年3月)。

4. 凡不是本人所為之自主決定, 而係由他人代替本人所做出之決定均屬代替決定。是以, 醫療委任代理人代理本人所為之決定及本人配偶等家屬代理本人所為之決定等, 均為代替決定。故於進行代替決定時, 即需留意代替決定之「最後手段性」、「補充性」(即需以自主決定為原則)、「代替/代行判斷原則(substituted judgement)」或/及「最佳利益原則(best interests)」之適用及遵循, 以達最符合本人意願、利益之代替決定的作成, 並真正落實本人自主權之保障。有關「代替判斷原則」及「最佳利益原則」之說明, 請參Albert R. Jonsen, Mark Siegler, William J. Winslade 著, 辛幸珍等譯, 『臨床倫理學』第94頁(合記圖書、2021/1、8版1刷)、Lawence A. Frolik, *The Law of Late-Life Healthcare and Decision Making* 251(2nd. ed. 2018)及楊玉隆「病人家屬參與醫療決定權限之探討」載『臺灣醫界』2019年第62卷第10期第29~30頁。
5. 如認意定監護人亦得為本人進行醫療事項之代替決定者, 則意定監護人得為於此之「選定者」之一。
6. 如認法定監護人亦得為本人進行醫療事項之代替決定者, 則法定監護人得為於此之「指定者」之一。
7. 原則上, 除非本人之欠缺意思能力, 已由當時臨床上可適用之常規醫療技術予以診斷確認, 係處於所謂不可逆轉、永

久無法回復的狀態。否則, 不能完全排除本人雖一度就特定醫療照護事項陷於欠缺意思能力而無法自主決定, 進而不得不採取「代替決定」後, 本人卻恢復意思能力而得再為自主決定之狀態。從而, 本人是否欠缺意思能力之評估及認定, 須留意依循「特定事項」、「特定時間」、「特定情境」之「特定決定性原則」(decision-specific), 而非採取「全面性」(blanket)及「一次性」(one-fit-all)之作法, 而此亦為MCA法所明揭重要原則之一, 菅富美枝「自己支援を支援する法制度支援者を支援する法制度 - イギリス2005年意思決定能力法からの示唆」, 『大原社会問題研究所雑誌』2010年8月第622期第34頁及Simon Chapman and Ben Lobo, *The implications of the mental capacity Act (MCA) 2005 for advance care planning and decision making*, *Advance Planning in End of Life Care* 124 (2nd. ed. 2018)。

8. 於代替決定時, 有論者謂美國法之「最佳利益原則」是客觀性(objective), 而主觀性(subjective)的考量, 係依「代替判斷原則」因應, 參註4 Lawence A. Frolik書第251~252頁。相對於此, 於MCA法之「最佳利益原則」, 則通常是指立於本人之主觀性考量, 菅富美枝「イギリスの成年後見制度に関する比較法的考察 - 国際的潮流である「自己決定支援」の発想から見た代行決定制度の再考への示唆-」, 『私法』2014卷76期第199頁。從而, 所謂「最佳利益原則」之考量立場及內容範圍, 於美英法而言, 容有所差異, 應予留意。

9. 惟基於「自主延伸原則」(autonomy extended)而賦予預立健康照護決定(health care directives/decisions, AD)以及HCA等代替決定具有與自主決定同等效力之論據,亦有採取批判立場者如服部俊子「コミュニケーションプロセスとしての代理意思決定」,『太成学院大学紀要』第14期第215~226頁(2012年),https://www.jstage.jst.go.jp/article/taiseikiyou/14/0/14_KJ00007810600/_pdf/-char/ja, 瀏覽日:2022年4月24日及服部俊子「アドヴァンス・ディレクティブの倫理問題」,參https://www.med.osaka-u.ac.jp/pub/eth/OJ_files/OJ4/hattori.pdf, 瀏覽日:2022年4月24日。另有對自主權概念本身,提出批判主張者如小松美彦『「自己決定権」という罍-ナチスから新型コロナ感染症まで』(株式会社現代書館、2020/12/25第1版第1刷)。
10. EstateBee Limited, Make Your Own Medical & Financial Power of Attorney 18(3rd ed. 2020), 樋口範雄『アメリカ代理法[第2版]』第28頁(株式会社弘文社、2017/12/30第2版第1刷)。另國內通常將「fiduciary relationship」翻譯為「信賴關係」。惟亦有稱為「信託關係」(即信賴+託付,非指信託法之信託)。在日本則通常稱為「信認關係」。
11. 洪遜欣『中國民法總則』第435頁(著者自刊、民國53年10月3版)
12. 王澤鑑『民法總則』第472~474頁(著者自刊、2011年8月修訂版7刷)
13. 施啓揚『民法總則』第282頁(著者自刊、民國85年4月增訂7版)
14. 林誠二『民法總則新解-體系化解說(下冊)』第173頁(瑞興、2012年9月3版1刷)
15. 陳聰富『民法總則』第282頁(元照、2016年2月2版1刷)
16. 就醫療處置之同意或拒絕係屬「事實行為」,參註7菅富美枝前揭文第34頁。另可參「非表現行為亦稱為事實行為(Realakt)。事實行為不以表現一定意識之內容為其要件,且不論行為人有何內容之意識,均得發生一定法律效果之行為也。」及「事實行為,雖亦係意思行為,但不以表示其意思為要件,故不得類推適用關於意思表示之一切規定。又事實行為之法律效果,非基於行為人之主觀的效果意思而發生,故亦不得比附援引關於行為能力、條件、期限及代理之規定(但行為人須具有意思能力始可)」參註11洪遜欣前揭書第233頁、第238頁。
17. 如從我國民法下,代理人所代理之標的行為性質,係限於「法律行為」之前提,則在醫療委任代理人代理意願人所為之行為,係「事實行為」並非「法律行為」情形下,就使用「代理」之用語而逕稱為所謂醫療委任「代理」人者,實非妥適。惟基於論述對象同一之理解便易性,本文仍以「醫療委任代理人」稱之。
18. 樋口範雄註10前揭書第22頁
19. 樋口範雄註10前揭書第113~169頁
20. 何建志「病人拒絕治療權法律實務與政策問題分析檢討:以病人自主權利行為

主體與醫療委任代理人為中心」，『法律與生命科學』第7卷第2期第48頁，主張「在法理上本應適用契約自由原則，由當事人以無償委任或有償委任契約方式，自由選擇所信任之親朋好友或專業人士擔任代理人。」等語，顯然是立於本人與醫療委任代理人間，就所謂「基礎法律關係」應成立所謂「委任關係」之前提而為立論。惟如本文主張本人選任醫療委任代理人並非是基於民法代理制度之擴大財產交易活動的「私法自治原則」，亦非基於所謂「契約自由原則」，而是無涉財產交易活動之所謂病人自主權行使。且本人選任醫療委任代理人得成立所謂「信賴關係」，不一定需要成立所謂「委任關係」。是以，何文前揭主張似未區分醫療委任代理人之選任與民法代理制度之本質不同？容有斟酌之餘地。

21. 於2000年制定「安寧緩和醫療條例」時，雖靳曾珍麗立法委員等所提出之「末期病人醫療選擇條例」草案第5條第2項明文所謂「醫療代理人」，以及當時行政院所提出「緩和醫療條例」草案第5條第2項明文所謂「代理人」，均非稱為「醫療委任代理人」，但皆同時註明「委任」、「委託」等用語，可見我國法律明定本人與醫療委任代理人間，係成立所謂「委任關係」乙情，可追溯至2000年制定「安寧緩和醫療條例」之際為始。
22. 於2007年正式施行之MCA法，雖明文18歲以上之成年人為具有意思能力者，始得為ADRT(advance decision to refuse treatment)。但於2008年 common law 之裁判先例中，即判認能夠確實做到 informed consent 的13歲青少年，得拒絕維持生命所需要的心臟移植手術，而行使ADRT之拒絕權，Ben Lobo, Advance decisions to refuse treatment and the impact of wider legislation, Advance Planning in End of Life Care 97 (2nd. ed. 2018)。而此挑戰MCA法所設定意思能力之年齡條件之判決，亦可解為突顯意思能力認定之特定性、個案性本質，實值參考。
23. 參洪遜欣註11前揭書第238頁、王澤鑑註12前揭書第276頁及施啓揚註13前揭書第195頁。
24. 參美國Uniform Health-care Decisions Act第2條(b)款規定，<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=2daad8e9-1fe3-3546-959f-9b53a7cda2a1>，瀏覽日：2022年5月4日。
25. California Probate Code第4659條，https://www.nrc-pad.org/images/stories/PDFs/california_adstatute.pdf，瀏覽日：2022年5月5日，Irving Shae, Living Wills and Powers of Attorney for California, 25(6th ed. 2020)。有關美國各州就 health care agent 之資格要求及限制，可參<http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/state-restrictions-health-care-agents.html>，瀏覽日：2022年5月11日。
26. 何建志註20文第49頁固亦對病主法前

述醫療委任代理人之消極資格規定提出批評，但立論與本文主張有所差異。

27. 依民法第 1111 條第 1 項規定：「法院為監護之宣告時，應依職權就配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、主管機關、社會福利機構或其他適當之人選定一人或數人為監護人，並同時指定會同開具財產清冊之人。」及同法第 1111 條之 1 第四款規定：「四、法人為監護人時，其事業之種類與內容，法人及其代表人與受監護宣告之人之利害關係。」等可知，依民法規定機構、法人得擔任監護人。
28. 何建志註 20 文第 50 頁亦提出「法人機構代理人之未來可行性」之論述檢討，就醫療委任代理人應不限自然人，得包括法人在內之政策方向而言，實值贊同。