



中国预先指示的现状和争议

A Current Status and Issues of Chinese Advance Directive

저자 (Authors)	李霞 Li, Xia
출처 (Source)	후견과 신탁 1(2) , 2018.7, 53-68 (16 pages) JOURNAL OF GUARDIANSHIP AND TRUSTS 1(2) , 2018.7, 53-68 (16 pages)
발행처 (Publisher)	한국후견·신탁연구센터
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE07520792
APA Style	李霞 (2018). 中国预先指示的现状和争议. 후견과 신탁 , 1(2), 53-68.
이용정보 (Accessed)	한양대학교 166.***.182.218 2020/04/25 03:34 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관 소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

中国预先指示的现状和争议

李霞*

[目次]

- 一、预先指示的正当性基础
- 二、预先指示在中国的现状和学说争论
- 三、当代先进各国主流规定概览

[要約]

预先指示是有意思能力的患者对自己将来丧失意思能力时的医疗事务做出安排的法律工具。预先指示制度为患者在未来丧失意思能力时仍能主导自己的医疗事务提供了路径，无意能力患者的自己决定权将依此制度得到最大程度的伸张。预先指示有指令型(instruction directive)和代理型(proxy directive)两种类型。指令型预先指示直接表达患者的医疗意愿，代理型预先指示则来源于英美法中的持久授权制度，即医疗持续性代理(power of attorney for health care)。通过代理型预先指示，患者根据自己的意愿预先指定一位医疗代理人(healthcare proxy/healthcare agent)，当患者丧失意思能力时，由该代理人代患者做出医疗决策。

代理型预先指示有如下优势。首先，指令型预先指示一般需要解释，并且不可能涵盖将来所有的医疗情形。而医疗代理人了解患者的医疗意愿，能够应对不可测的未来情势。其次，医疗代理人将如具备意思能力的患者一般参与复杂的医疗决策，他可以提问，评估风险和代价，与患者的家属和朋友交流，考量一系列的医疗选择，获取医师的意见，评估患者的身体状况和恢复可能性。第三，由于法律一般规定患者只能指定一名医疗代理人，这就避免了存在多名医疗决策者带来的利益冲突。医疗代理人具有患者的授权，由他来行使患者医疗决策权符合患者的意愿，其他亲友则没有代做决定的权利，除非向法院起诉医疗代理人滥用权利。第四，医疗决策权被授予了医疗代理人，医师只要按照该代理人的指示进行医疗行为即可，这就给医师卸下了为患者做决定的沉重包袱，医师也就不太可能被追究由于做决定而造成患者损害的民事和刑事责任。代理型预先指示也有其不足之处。首先，医疗代理人一般是患者亲友，而许多患者并不想让自己的亲友做出“艰难的抉择”而背负重任。其次，医疗代理人并不一定能贯彻患者的意愿，例如由于做决定的重任压在他一人的肩上，医疗代理人可能因压力而做出非理性的医疗决定。

* 华东政法大学婚姻家庭法研究中心主任

一、预先指示的正当性基础

第一，先前自主权理论¹⁾。德沃金将医疗自主权的效力扩展到个人无能力的阶段，构造出完整的自主权以及先前自主权的理论。根据该理论，不仅个人的自主权要受到尊重，而且当本人失去行为能力时，他过去所提出的要求也要得到尊重。一个还具有行为能力的人，要是为他万一变成痴呆后所需的治疗事先签署了在世预嘱，从完整性的自主权观点来看，他所做的决定就是自主权最要尊重的决定，因为他所做的决定其实是和他想过的人生的整体形式有关。一个有行为能力的人，其自主权是建立在他过去所做的决定应该受到尊重，也应当是有关他日后要是变成痴呆，别人应该怎么对待他的种种决定。就算他对财产法益过去所做的决定和他后来的愿望或想法有所冲突，这些决定也应该受到尊重²⁾。

第二，医疗决定不许代理原则及其例外。对财产法益的侵害，原则上可由他人代理受害人为同意；对身份行为而言，以不许代理为原则，因为身份行为与当事人人格有密切关系，因此原则上医疗决定不许代理人代为同意³⁾。医疗决定与身份行为有类似之处甚至有过之而无不及，因为医疗决定直接关系人身，甚至比身份行为更为关切人格，因此同意身份受医疗给付侵袭之损害是高度专属于病患的权利，同意权专属于本人，即“病患自主决定权”。但是，身份行为不许代理是有例外的，例如中国《收养法》第11条规定收养人收养与送养人送养须双方自愿，即对10岁以下未成年人收养及解除收养的行为由送养人代理。身份行为不许代理的例外类推适用于医疗决定，即对医疗决定有特别规定的，可以代理人代理，但是限于本人没有意思能力的情况。例如《医疗机构管理条例》第33条规定⁴⁾，医疗机构施行手

1) Dworkin, Ronald, "Judicial Discretion", The Journal of Philosophy, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, 1963, p.627.

2) Dworkin, Ronald, The Theory and Practice of Autonomy (Cambridge University Press, 1988, p.20.

3) Tom L. Beauchamp·James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics [6th Edition](Oxford University Press, 2008, p.191.

4) 「医疗机构管理条例」第三十三条 医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时，必须征得患者同意，并应当取得其家属或者关系人同意并签字；无法取得患者意见时，应当取得家属或者关系人同意并签字； 无法取得患者意见又无家属或者关系人在场，或者遇

术时必须征得患者同意，无法取得患者意见时，应当取得家属或者关系人同意并签字。“基于病患同意原则所植基之病患自主决定权，得行使同意权之人应仅限于病患本人，惟病患之同意能力欠缺者，其同意权始例外退让由其法定代理人代为行使”，“限定意定代理人仅限于病患无从有效表达意见之情形下，方具有代理同意权限，譬如病患于接受手术前，授权意定代理人于病患处于麻醉状态下，必要时代理其行使同意权”；“医疗决定是一个不可代理的行为，但是当患者陷入无能力时代理医疗决定是不可避免的，因此关键问题是在于，患者是否以及通过何种方式能够选择代理人做医疗决定，而患者控制自己医疗决定的权利包含了指定代理人在患者陷入无能力时做这些决定的权利”。

二、预先指示在中国的现状和学说争论

目前看来，中国不仅尚未出现有关预先指示的明确立法，且在医疗自主权立法进程上也与发达国家（地区）之间存在着巨大差距。同时，中国的现行民事立法和医事立法中均缺乏对患者医疗自主权和尊严风险的支持与承认，而医疗自主权是预先指示制度构建与发展不可或缺的法律基础，尊严风险和支援自主决定制度的功能定位则是其发展中重要的推动因素。同时中国关于患者医疗决定的法律规范尚未脱离家本位的掌控，立法长期以来在医疗个人主义和家庭主义之间摇摆不定，态度暧昧。从性质上看，医疗家庭主义正在逐渐占据上风并形成新型的、秉持替代决定规则的家父主义，这为预先指示制度的创设带来了不确定因素，也是未来立法必须克服的难题。还需注意的是，中国医事立法中缺乏“医疗决定能力”这一能够公正、准确反映患者是否具备自主资格，确保其医疗自主权实然状态与应然状态匹配的法律概念，而是泛泛地沿用了行为能力标准。行为能力固有的整体性、简单性和缺乏对老龄化社会预期的弊端使其不但无法保障患者的医疗自主，甚至成为妨碍其主体资格获取的最大阻力。最后，《民法总则》中的意定监护制度萌芽一直被赋予了承担支援自主决定制度重任，抗衡替代决定制度之垄断局面的厚望，但目

到其他特殊情况时，经治医师应当提出医疗处置方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。

前看来，它不论从生效要件还是监护人职责要求等方面，均未脱离传统法定监护的大范畴，在医疗决定过程中起不到有效地对抗法定监护人/家属全面干预的作用。总体来看，中国预先医疗指示的立法——《民法总则》中的意定监护制度可谓任重而道远。

关于医疗自主权。医疗个人主义视个人自主优先于家庭的完整性和整体利益，这与传统儒家“家本位”的文化气质格格不入。中国社会中的个体更讲究“克己”以限制自己的欲望表达，这一点同样反应在立法中，那么即使医疗个人主义要在我国法律中扎根，也要对权利主体作出符合中国国情的扩大解释，即将患者家属一并囊括进来，医生将医疗信息告知整个家庭并通过整个家庭的讨论作出决定，家庭是一个不可分割的、集合型的自主权利主体，家庭被赋予了名正言顺地参与到个体成员医疗决定过程中，影响并最终掌握患者的医疗决定走向的权利。即便能够在这种家庭本位的立法基础上设立预先医疗指示，该制度也不过就是在家庭的夹缝中生存罢了，其维护丧失医疗决定能为患者的效用必定大打折扣。与传统社会不同的是，在如今的家庭结构与立法模式下，并非单一地强调家人的单方面奉献义务，尤其是子女的“孝道”义务，家人的权利意识也逐渐提高，并要求其权利状态与义务状态相匹配。以老年患者的医疗照顾为例，既然子女等家庭成员承担了大部分的赡养与照顾义务，那么他们要求参与到医疗决定过程中，提前知晓自己所面临的义务并不过分，甚至其通过各种方式影响或改变潜在的义务内容也无可厚非。

关于医患关系利益分析。近年来，中国社会医患矛盾越发突出，医患关系趋于紧张，医患纠纷日益增多，据统计2015年中国共发生医患纠纷11.5万起，并且许多医患冲突已经突破了单纯的纠纷层面，上升到了“袭医”，“医闹”，对进行人身攻击的高度。在导致患者家属不满的理由中，家属未参与到医疗决定过程中而实行了手术等治疗一直名列前茅。正是基于这种不信任的考量，医生及相关工作人员也需要相应的自身保护机制，目前这一防御性机制是围绕预防医患纠纷发生为核心建立的，即让尽可能多的家庭成员参与到医疗决定过程中来，与医生沟通，表达家庭的意愿。虽然冲突、不满甚至医疗决定效率低下等问题无法避免，但相比遭到患者家属提起诉讼而言，医生花在事先与全体家庭成员沟通交流并取得其同意上的时间已经是最节约成本的了。对于医生和家属来说，二者的确

达成一致彼此满意，但这一合意是建立在剥夺了患者的自主权利之上的，尤其是在患者意愿与家属不一致时，医生为了保护自我利益也会选择由家属作出的决定，又反而造成了真正医患关系的紧张，因此这种薄弱的“合意”只能维持医患的表面和谐⁵⁾。

关于立法理念：从医疗父权主义到医疗家庭主义。1982年，中国政府的卫生部颁布的《医院工作制度》第40条所附的“施行手术的几项规则”第6条规定，实行非体表手术前必须经过患者（原文为“病员”）家属或单位签字同意，紧急情况下无法及时征求家属或机关同意时，由主治医生签字。这是中国首次明确挑战医疗父权主义的规范尝试，但与西方国家直接确立医疗个人主义指导思想不同的是，此规定转而将决定权利赋予了患者家属或单位，而非患者本人，因此只是医疗家庭主义对医疗父权主义的取代。1994年国务院颁布的《医疗机构管理条例》第33条、卫生部《医疗机构管理条例实施细则》第62条，让中国的患者首次拥有了法律上自主作出医疗决定的权利，这标志着中国医疗个人主义的初步确立。1998年全国人大常委会制定《执业医师法》明显对医疗个人主义的态度有所后退。2010年开始实施的全国人大常委会制定的《侵权责任法》第55条既可喜又可惜。可喜的是将患者的医疗决定权利正式进入了民事立法的调整范围，改变了以往仅通过卫生法及文件进行规范的局面，无疑明确了患者的绝对自主权利与自主地位，患者为首要的医疗决定主体，而家属只能在满足“近亲属”以及病情“不宜向患者说明”的情况下方取得决定权，属于替代性权利。可惜的是，规范中的简单抽象的“不宜向患者说明”这一条件，使近亲属极容易获取替代患者决定权利。在这种立法理念下，越是侵扰程度高、对人体影响大的医疗干预，患者病情越是严重、年龄越大，越无法靠个人作出自主决定。任何涉及其个人的生命、健康、身体、隐私与人格尊严的医疗决定，都是家庭意志的体现，而非个人自主的结果。这种崇尚家庭主义的立法模式显然与预先医疗指示的理念基础相互排斥。家庭作为一个独立的法律主体参与知情同意的全过程带来另外一个严峻问题—家庭行使了医疗决定过程中的绝大部分权利，正因如此，他们甚至淡化了患者本人作为医疗决

5) Kathleen C. Glass, “Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence”(International Journal of Law and Psychiatry vol.20 no.1, 1997, p.5.

定主体的权利意识与自治、主导地位。与早前的医疗父权主义时代下的模式无本质差别。

关于**医疗决定能力**。中国所有关于医疗决定的法律法规等规范性文件中，未发现根据患者自身医疗决定能力来决定其是否具备行使医疗自主权条件的规定，尤其是在位阶最高的《执业医师法》和《侵权责任法》中，都未提及以患者无医疗决定能力为标准判断是否将医疗决定权移转给家属行使，反而使用了与医疗决定能力并无直接关系的标准，只有2000年的卫生部《临床输血技术规范》第6条、2010年卫生部《病历书写基本规范》第10条两个位阶较低的规范性文件中提出了“自主意识”与“完全行为能力”这两个虽然不能等同于医疗决定能力，但至少有所关联的概念。这导致患者的医疗自主权与其真实的精神健康状态、心智健全程度脱钩了。

概念混淆也是另一个重要弊端。在中国整个民事法律体系中，仅存在行为能力一个概念可充当评价患者作出医疗决定时的心智、精神状态的参照标准。然而根据临床医学研究结果来看，法律上的行为能力并不能替代临床上的医疗决定能力，二者之间存在着本质区别，不可混为一谈。行为能力是订立遗嘱或合同，缔结婚约，作出医疗决定等所有意思能力（capacity）的集中表现，因此英文中“legal competence（行为能力）”又被称为“global competency（整体能力）”，即行为能力等于各种意思能力总和（其中也包括医疗决定能力），但是这并不科学。行为能为是一个法律概念，行为能为的具备与否最终是由法官来裁定的，因此这是一个法律问题，而针对具体医疗决定能为的神经学科方面的测试结果（decisional capacity）却是一个事实问题，它与法律概念“行为能力”之间不仅不是完全对接的，相反二者是完全不同的，一个是为临床诊断或治疗所进行的患者精神状态测试；一个是针对法律主体进行集合型民事法律活动是否具备相应能力的综合评价，很显然后者涵盖的方面要复杂得多。具体的决定能力指的是自然人接受某一类信息，理解领会这一类信息，加以思考鉴别，并预见其选择后果的能力，如患者在作出医疗决定时只需要能够理解疾病和治疗信息，并自行消化判断，预见医疗的后果，而不需要在此过程中一并理解缔结合同、订立婚约的信息等。行为能力的首要错误在于将它被视为所有意思能力的集合（capacity in all domains），而却没有认识到不同意思能力之间的独立性。因此出现了一个人某个

具体意思能力出现问题时，整个人的行为能力都被全盘否定的短板效应，行为能力的整体性将各种具体的意思能力从“一个面”抽象为“一条线”，行为能力的整体性很显然限制了其自主权的最大化。

关于支援自主决定措施。中国民法新规范的意定监护制度不具备支援自主决定之功能。(1) 总则中的意定监护仍旧保留着强烈的传统法定监护属性，至少从生效条件上来看，依然坚守行为能力标准，与法定监护并无区别，也与坚持医疗决定能力标准的代理型预先医疗指示相去甚远。(2) 从意定监护人的职责标准上看，究竟“最大利益”与“最大尊重”、“最低干预”孰轻孰重，尚不分明。民法总则第35条的第1款将决定支援制度所要求的支持者必须秉承的最大利益、最大尊重和最低干预原则融合在了一个条文里，势必与最大尊重原则所强调的尊重患者医疗意愿，发挥其存余的决定能力余热，使患者能够掌握自己医疗命运的追求之间存在巨大鸿沟。(3) 意定监护对被监护人“推定意愿”的忽视。从保护患者医疗自主权角度出发，他们推定意愿之发现方式、法律地位和效力承认是决定支援制度中不可忽略的问题，尤其是在患者并无确切明示意愿的情况下，推定意愿几乎就成为守护他们自主权利的最后一道防线。但这一要求并未体现在意定监护设计中。第35条虽然提出了“应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿”，但仅有可能指向的是被监护人中协议中明示的意愿，而当意定监护人怠于履行发现、推定患者未明示之医疗意愿的义务时，总则并未提出有效的约束方式。(4) 为了给患者医疗自主提供周密的保障，赋予其反抗不符合自己意愿的替代决定之权利，并起到威慑监督医疗持续性代理人的作用，预先医疗指示可以几乎任何形式解除，如单方面撕毁、涂鸦、更改等简单易行的方式，这对于丧失医疗决定能力的患者来说依然是可行的、可能的。

三、当代先进各国主流规定概览

(一) 普通法系国家的流派与论争

关于基本原则。预先医疗指示是一种尊重患者医疗自主权，确保其“尊严风险

实现的支援决定制度，因此它的基本原则也是对上述价值追求的体现，首要原则为最大尊重原则化 (utrespect principle)，即保障患者的真实医疗意愿及其可能存余的医疗决定能力之发挥；次要原则为最低干预原则 (least restriction principle)，与最大尊重原则相辅相成，甚至可以说最大尊重原则的实现有赖于最低干预原则的贯彻程度，在立法层面上，其内涵主要包括干预的必要性条件和干预的形式、手段；最后一项原则为最大利益原则 (best interests principle)。

关于是否采要式。关于预先医疗指示的要式，一直存在不同争议。要式 (formality) 具体包括两个部分：一是书面性；二是见证程序。美国⁶⁾马里兰州、西弗吉尼亚州、澳大利亚等都要求二者缺一不可，这可从其立法给出的预先医疗指示概念中发现，即预先医疗指示是一项“书面性 (written)”的声明或合同；而英国则倾向于适用更加灵活的标准，比如在预先医疗指示涉及重要决定，如是否放弃维生设备等，需要采取严格要式，如果只是一般的常规性的一般决定，则可采用更加宽松的口头形式。’不论是要式还是非要式，都存在其固有的优势与缺陷，考虑到20%的60周岁上老年人和10%左右的80周岁以上老年人患有因老年痴呆症引起的长期性精神障碍，如果要求预先医疗指示的设立必须遵从一定的要式，恐将对这一类型患者不利。毕竟只有采取更加灵活的口头方式，才更加方便这类群体对预先医疗决定的使用，给予他们的医疗自主权与尊严风险更多的照顾；但同时非要式也是一把双刃剑，它给预先医疗指示，尤其是预立医嘱的解释造成了困难，尤其是针对在什么样的情况下才拒绝治疗，患者又是拒绝哪一类型的治疗等问题。

关于主体要件。对本人意思能力的要求。正如成年患者在作出医疗决定时需要具备相应的医疗决定能力为基础条件一样，他们在签署预先医疗指示文件时也需具备相应签署文件的意思能力，才能够最终掌握自己的医疗自主性。但究竟对作出预先医疗指示的意思能力性质如何定位呈现两种不同的理解：一是认为与医疗决定能力相同，例如美国马里兰州、弗吉尼亚州、新墨西哥州和西弗吉尼亚州；二是认为是一种特殊的缔结合同的意思能力，例如南澳大利亚州法；三是认为必须达到要

6) In the United States, use the following to express the desired treatment: Health Care Power of Attorney, Declaration of Mental Health Treatment, Living Will, Do Not Resuscitate Order.

求较高的行为能为标准，但这种较高的行为能力条件设置正在逐步被淘汰。中国法律在这方面还是一片空白。

关于医疗持续性代理人资格。(1) 代理人能力要求。在美国不论是州法还是联邦法对医疗持续性代理人的基本资格都要求为满法定成年年龄、意识清醒、在签署合同时具备订立合同的意思能力，并在代理关系生效时具备相应医疗决定能力的人。(2) 消极资格条件：排斥医疗服务提供者，例如马萨诸塞州州法、西弗吉尼亚州《医疗决定法》和《统一医疗决定法》均规定，医疗持续性代理人不得为本人就医医院或医疗护理中等的医生、行政负责人或任何工作人员，除非他们与本人之间存在血缘、婚姻或收养等法律亲属关系；排斥法人机构，例如英国《意思能力法》(Mental Capacity Act) 允许持续性代理人为年满 18 周岁的自然人或符合条件的信托机构，但信托机构作为持续性代理人仅限于财产性代理事务；防范家庭暴力者和怠于行使权利、履行义务之人，例如加拿大育空省的《成年人决定、支持与保护法》第 7 条和第 3.2 条中规定，任何违反《预防家庭暴力法》或本法第 4 部分“成年人保护”对本人进行过虐待和忽视，并收到法院禁令不得靠近本人的人不得为代理人。

关于尊重本人余存的医疗决定能力。(1) 能力推定原则。美国立法规定一般情况下应推定本人具有作出医疗决定的意思能为，除非他在采取法律要求的措施后被评价为不具备相应决定能力。这一法律预设被称为“意思能力推定原则”⁷⁾。(2) 余存能力评价。第一种类型为完全由主治医师 (attending physician) 判断本人是否丧失医疗决定能力：佛罗里达州法典第 765.204 条规定，如果本人被发现医疗决定及提供知情同意的意思能力存在缺略，那么他们的主治医师需对本人的决定能力进行评价，一旦确认本人的医疗决定能力存在缺陷，必须将该信息录于病历中。第二种类型为主治医师与其他具备资格的评价者共同进行：弗吉尼亚州《医疗决定法》(HealthCare Decisions Act) 对于本人医疗决定能力的评价采取了更加谨慎严格的态度。该法第 54.1-2983.2 条⁸⁾规定任何本人不得

7) Mental Capacity Act 2005 PART 1. PERSONS WHO LACK CAPACITY

8) § 54.1-2983.2 Capacity; required determinations: A. Every adult shall be presumed to be capable of making an informed decision unless he is determined to be incapable of making an informed decision in accordance with this article. A

在仅进行了临床诊断的基础上被判定为欠缺作出知情同意的意思能力。本人医疗决定能力的评价必须由其主治医生和一名意思能力评价者 (capacity reviewer) 共同作出, 并出具书面的亲自检查评价报告。(3) 发挥余存能力。加拿大育空省《成年人决定、支持与保护法》和堪萨斯省《成年人监护与共同决定法》(The Adult Guardianship and Co-decision-making Act) 规定, 每个患者都应该得知关于自己医疗决定能力的准确评价, 并了解自己意思能力的最大发挥限度。代理人须尽可能协助本人参与到自己的医疗决定过程中来, 鼓励他们能够在最大程度上发挥自己意思能力之功能。

关于预先医疗指示的生效。(1) 在世医嘱生效要件。通常包含以下内容: 本人必须明示, 在本人陷入无法治愈、无法好转的将在较短时间内造成死亡结果的疾病状态时; 本人已经陷入昏迷的无意识状态, 并且有较高级别的医疗诊断确定没有机会重新取得清醒意识时; 本人饱受较深程度的老年痴呆症 (advanced dementia) 折磨或因其他原因造成认知能力发生了实质性损失时, 且有较高级别的医学诊断确定, 几无好转可能时, 放弃一切形式的治疗, 尤其是那些让他们陷入不堪的、毫无尊严境地的激进且无意义的医疗干预。但美国也有多数州法明确规定, 在特殊身体条件下, 如患者怀孕时, 那么为了照顾另外一个生命的预期利益, 即便此时预立医嘱条件届满, 也不得生效并执行。(2) 医疗持续性代理的生效要件。其生效条件比预立医嘱要宽松得多, 仅需满足本人丧失医疗决定能力之条件即可, 也就是说单纯的意识不清或认知功能缺陷等要件可能不足以使预立医嘱生效, 但已经能够使医疗持续性代理生效了。爱达荷州州法规定, 代理型预先医疗指示在本人无法理性交流时生效。阿拉斯加州、弗吉尼亚州、西弗吉尼亚州、马里兰州州法则规定得更为详细, 除非在书面文件中有其他约定, 预先医疗指示在本人欠缺医疗决定能力后生效即成年患者不再具备理解医疗干预之本质、程度和潜在后果的能力, 无法对医疗干预的风险、负担和利益进行理性评估, 且无法与他人交流其决定。

关于预先医疗指示的解除。(1) 法定解除。美国《统一医疗决定法》规定包括:

determination that a patient is incapable of making an informed decision may apply to a particular health care decision, to a specified set of health care decisions, or to all health care decisions. No person shall be deemed incapable of making an informed decision based solely on a particular clinical diagnosis.

一是整体文件解除；二是部分内容解除；三是离婚和分居等行为对配偶医疗持续性代理权的解除；四是新预先医疗指示文件对存在冲突的旧文件内容的解除。

(2) 本人解除，例如 Bentley V. Maplewood Seniors Care Society⁹⁾案中，本人不具备语言能力，但其靠吞咽流食努力地维持着自己的存在的举动表达了她对自己放弃维生设备的预立医嘱的反对意思，法官裁定可以视为她的行为构成了解除预先医疗指示的意思表示。医疗持续性代理人与本人的法定监护人也可行使解除权。

关于预先医疗指示监督。(1) 私人监督模式。《统一医疗决定法》对预先医疗指示监督缺乏明确规定，但在具体条款中也设置了一些可能对医疗持续性代理人权利进行约束的细节，将监督权利交给了患者本人、医生与其他利害关系人，如见证人，并要求医疗持续性代理人自律，各州州法亦遵循了这一模式，防止公权力对预先医疗指示这一私人医疗安排的过多干涉。(2) 公力监督模式。英国的《意思能力法》更倾向于信赖公权力监督效果。首先，设立了公共监护办公室 (Office of the Public Guardian) 与保护法院 (Court of Protection) 两个特别机构，前者不仅负责法定监护监督，同时也兼顾了医疗持续性代理权登记，并对医疗持续性代理人的权利行使、义务履行状况进行监督，后者专门处理欠缺决定能力人之人身、财产和医疗事务的机构，有权对医疗持续性代理效力进行确认、有权免除滥用授权或怠于行使权利、履行义务的代理人资格，并可派出“保护法院专员 (court of protection visitors)”对代理人和本人进行不定期探访，查看权利行使和义务履行状况。

(二) 大陆法系国家的流派与论争

德国于 2009 年 7 月 29 日通过了《预先指示法》，该法于 2009 年 9 月 1 日生效。《预先指示法》在《德国民法典》第 4 编第 3 章第 2 节“法律上的照管”中增加了两条规定，即第 1901a 条“预先指示”(原第 1901a 条改为第 1901c 条)和第 1901b 条“为查明病人意思而进行的谈话”，并对第 1904 条进行了修改。第 1901a 条第 1 款规定了指令型预先指示，并规定照管人必须遵循该指示，第 2 款规定了在不存在指令型预先指示的情况下由决策者 (这里规定的是照管人) 如何确定患者的意愿并

9) Bentley v. Maplewood Seniors Care Society, 2015 BCCA 91.

做出医疗决定，第 5 款规定了第 1 款至第 3 款都适用于意定代理人，也就是认可了代理型预先指示。且须注意，根据 1896 条第 2 款的“补充性原则”，如果意定代理人能够妥善处理好患者的事务，则照管即为不必要，法院无需选任照管人。第 1901a 条第 3 款规定预先指示不依赖于疾病的性质和阶段而予以适用，也就是说预先指示制度适用于一切医疗决策，包括临终撤除维生治疗的决策，而第 1904 条验证了此点。第 1904 条规定，允许、不允许或撤回允许某项医疗措施将导致患者死亡或严重长期健康损害的，若这符合患者的意思，则该措施必须予以批准。对于意定代理人是否有权撤除维生治疗，第 1904 条第 5 款规定，只有当意定代理权书面明示地授权了代理人可以做出如此医疗决定，代理人才可为之。2010 年 6 月 25 日，德国联邦最高法院做出了一项判决，该判决是德国 2009 年预先指示法生效后首个确认预先指示的法律效力的判决。

奥地利关于预先指示的法律分为两部分，一是规制指令型预先指示的《生前预嘱法》，二是规制代理型预先指示的《奥地利普通民法典》第 284f 条、第 284g 条、第 284h 条。从 2007 年 7 月 1 日起，患者可依据《奥地利普通民法典》第 284f 条设置预防性代理权（Vorsorgevollmacht），该预防性代理权相当于英美法的持久授权，因此本条确认了代理型预先指示。根据 284f 条第 3 款，如果预防性代理权包括了对本法第 283 条第 2 款意义上的医疗行为的同意，则患者必须明示这些事务，并在律师或公证人面前或在法院完成该委托书。第 283 条第 2 款规定的是通常会对身体的完整或个体产生严重而持久的不利影响的医疗行为。与德国法的“补充性原则”一样，《奥地利普通民法典》第 268 条第 2 款也规定，如果通过代理权（尤其是预防性代理权）或者具有法律拘束力的预先指示，患者的事务处理在必要的范围内已经预先被安排，则不得指定管理人。这也就是确认了在医疗事务方面患者的预先指示优先于法定监护，患者自己决定权得以伸张。第 370 条第 2 款规定了代理型预先指示：他或她也可以指定一个自然人在自己丧失判断能力时与主治医师讨论医疗程序并根据他或她的利益做出决定，他或她可以为该自然人设置指令。《瑞士民法典》赋予了预先指示法律拘束力，在其第 372 条第 2 款规定：医师应当遵守患者的预先指示，除非它违反了制定法，或者对它是否是基于患者的自由意思或仍符合患者的推定意思存在合理的怀疑。同时，《瑞士民法典》在第 377 条至第 381 条规定了在无预先指示的情况下如何为无判断能力的患者做医疗决策。第 378

条第 1 款列举了代决策者的法定顺序，第 3 款规定了代决策者根据患者的推定意思和最佳利益做出医疗决定。

투고일: 2018. 7. 1. 심사일: 2018. 7. 18. 게재확정일: 2018. 7. 20.

■ 參考 文獻 ■

Dworkin, Ronald, "Judicial Discretion", The Journal of Philosophy, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, 1963.

Dworkin, Ronald, "The Theory and Practice of Autonomy" (Cambridge University Press, 1988,

Kathleen C. Glass, "Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence"(International Journal of Law and Psychiatry vol.20 no.1, 1997,

Tom L. Beauchamp·James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics [6th Edition](Oxford University Press, 2008,

<https://vacode.org>

www.moj.go.kr

<http://world.moleg.go.kr>

[Abstract]

A Current Status and Issues of Chinese Advance Directive

Li, Xia

East China University of Political Science and Law

Research Professor of Family Law

Advance directive is a legal tool that allows a patient with a physician's ability to prescribe medical care in advance when he or she loses his / her physician's abilities. The advance directive system will provide a pathway to lead the medical staff in the future even if the patient loses his or her ability to do so in the future, and through this system, the self-determination of the patient without the doctor's ability will be extended to the maximum extent. There are two types of proactive directives: instruction directives and proxy directives. Indictive prior instruction is a direct indication of the patient's medical practitioner, and the proxy pre-instruction is derived from a continual delegation system, namely power of attorney for health care. The patient may designate a healthcare proxy / healthcare agent in advance according to his or her own opinion, and if the patient loses his or her ability to do so, the agent makes a medical decision on behalf of the patient. Delegate dictionary instruction has the following advantages. First, a normal directed instruction should be interpreted and may not include all future medical situations. On the other hand, the medical agent can understand the patient's medical doctors and cope with future unpredictable situations. Second, the medical agent will ask questions, evaluate risks and costs, participate in complex medical decisions with patients with physician abilities, interact with patients' family or friends, consider a series of medical choices, And recovery potential. Third,

because there is usually only one legal representative in the law, conflicts of interest between medical decision makers can be avoided. Because the medical agent is entrusted to the patient, the medical decision of the medical agent is in accordance with the patient's wish, and other relatives or friends have no right to make a decision unless the court sues the medical agent's right. Fourth, by granting the medical decision to the medical agent, the doctor can perform only the medical act according to the direction of the agent, thereby reducing the burden of the doctor making a decision for the patient, Criminal liability may not be borne. There are also disadvantages to proxy precedence. First of all, the medical agent is usually the patient's relative or friend, and many patients do not want their relatives or friends to take "hard choices" to bear heavy responsibilities. Next, the medical representative may not be able to fully reflect the patient's wishes. For example, pressure may make irrational medical decisions because the agent alone is under pressure to make decisions.

■ Keywords: advance directive, instruction directive, proxy directive, healthcare proxy/healthcare agent, self-determination