

善终服务的法律调整模式 及选择逻辑

汪志刚*

摘要 善终服务立法在比较法上经历了从安乐死立法整体受挫,到自然死和安宁疗护立法获得成功,再到向协助自杀和安乐死合法化渐次拓展的过程。这种发展根源于死亡的医学化和多元化的世俗死亡观间的相互作用,根本任务是要衡平生命保护和个体自决。善终服务立法已经形成了以医疗自主权为基础的,自然死立法与安宁疗护立法或合一、或分离的自然死服务立法模式以及以事实上的死亡自由和医疗援助为基础的不具有医疗性质的速死服务立法模式,后者包含协助自杀模式和安乐死模式。我国法不应承认所谓的死亡权。未来我国立法应采安宁疗护与自然死立法合一模式,在承认末期患者有权拒绝维生医疗、预立医疗指示和获得安宁疗护的基础上,对安宁疗护的服务对象、意愿表达和实施程序等作出明确规定。

关键词 善终服务 安乐死 自然死 安宁疗护 协助自杀

善终服务,是指为谋求较少痛苦死亡者提供的满足其需要的服务,包含既不加速也不延缓患者死亡的自然死服务,和通过加速患者死亡达到尊严死或安乐死目的的速死服务。前者的典型代表是安宁疗护、〔1〕不予和撤除维生医疗,后者的典型代表是为减轻患者痛苦协助其自

* 江西财经大学教授。本文系2019年度国家社会科学基金一般项目“我国安宁疗护法律制度体系的构建研究”(项目编号:19BFX138)的阶段性研究成果。

〔1〕 安宁疗护,是指“针对那些对治愈性治疗已无反应及利益的末期患者所施予之整体积极照顾,包括给予患者以疼痛控制和其他不适症状的缓解等必要医疗,同时辅之以心理、社会和灵性层面的照顾,以协助患者及其家属获得最佳的生活质量”。WHO Expert Committee on Cancer Pain Relief and Active Supportive Care, *Cancer Pain Relief and Palliative Care: Report of a WHO Expert Committee*, Geneva: World Health Organization, 1990, p. 11.

杀、对其实施积极安乐死等。^{〔2〕}针对前述各种善终服务,我国并无专门立法,学界和社会各界虽多有相关立法建言,^{〔3〕}但意见并不统一,共识也较为缺乏。其中,既有主张应以死亡权为基础推动立法者,也有主张应以生命权为基础推动立法者;既有主张应以安乐死或尊严死为名制定相关立法者,也有主张应以自然死或安宁疗护为名制定相关法律者。^{〔4〕}而且,不同学者所定义的安乐死、尊严死的概念也不尽相同(详见后文)。这种概念和理念基础的不同反映在立法上,就是立法模式的不同;在不同的立法模式下,其立法所规定的善终服务和整体制度构成也不尽相同。正是鉴于这种不同,本文才会对这种分歧和我国未来立法应当采取的模式展开讨论,以期对我国未来立法有所助益。

一、善终服务立法的历史发展

追求善终乃是人类自古以来即有的美好愿望。这种美好愿望的追求起初或主要表现为一种哲学层面的思考和个体化的实践,或主要表现为一种宗教慈善活动,并没有发展成为一种制度化的理论和实践。直到1872年,英国医生威廉姆斯率先提出应通过立法承认自愿安乐死的合法性,善终服务立法的诉求才得以产生。^{〔5〕}20世纪以后,随着安乐死运动、安宁疗护运动和尊严死运动的渐次兴起和发展,善终服务立法开始取得了一些实际进展,并在不同国家和地区呈现出不同的发展形态。这种发展大致可区分为三个阶段:一是安乐死立法整体受挫阶段。二是与善终服务相关的维生医疗拒绝权获得广泛承认的阶段,这一阶段可被称为改道至自然死和安宁疗护立法获得成功的阶段。三是渐次向协助自杀和积极安乐死合法化拓展阶段。这三个阶段并非完全是历时的,而可在同一时期并存于不同国家。目前,世界上绝大多数国家和地区的善终服务立法都处于第二阶段。

(一) 安乐死立法整体受挫阶段

在安宁疗护获得较大发展之前,人类有关善终服务立法的思考和探索主要围绕安乐死展开,最初目的是推动包含积极安乐死在内的自愿安乐死的合法化,其运动中心是英国和美国。早在1906年,美国俄亥俄州就审议了一项涉及安乐死合法化的法案,但最终未获通过。1936年,英国起草了世界上第一部以安乐死命名的法案,即《自愿安乐死合法化法案》,但该法案在

〔2〕 协助自杀是指为患者提供致死方式,由患者自己执行以达到死亡结果的行为。积极安乐死是指为彻底解除患者痛苦而对其采取无痛加速死亡措施致其死亡的行为。

〔3〕 参见高航:“何悦委员:急需完善我国安宁疗护立法”,载《检察日报》2017年3月20日,第7版;国家卫生健康委:《对十三届全国人大四次会议第6956号建议的答复》,载国家卫健委官网,http://www.nhc.gov.cn/wjw/jiany/202202/4e76466909374fdc9a9684114e87e962.shtml,最后访问日期:2022年6月4日。

〔4〕 参见倪正茂、李惠、杨彤丹:《安乐死法研究》,法律出版社2005年版,第24页;刘长秋:“死亡权论纲”,载陈小君主编:《私法研究》第10卷,法律出版社2011年版,第202页;吕建高:《死亡权及其限度》,东南大学出版社2011年版,第289—305页;孙也龙:“法国临终医疗法制评析与启示”,《河南财经政法大学学报》2019年第5期,第136页;任丑:“死亡权:安乐死立法的价值基础”,《自然辩证法研究》2011年第2期,第116—120页。

〔5〕 See P. R. Glazebrook, “Your Death Warrant? The Implications of Euthanasia,” *The Cambridge Law Journal*, Vol. 29, No. 2, 1971, p. 300.

当年即遭否决。二战期间,纳粹德国借安乐死之名实施的国民净化和种族灭绝行动,让安乐死运动蒙受屈辱和打击。二战以后,随着国际秩序恢复和国际人权保障的兴起,安乐死运动重新开始活跃,相关立法动议也屡屡在英美被提起。仅1951年至1972年期间,美国就先后有7个州提出了8项相关法案,最终都被否决。英国议会也于1950年至1990年期间,否决了五种不同的安乐死法案。^{〔6〕}以至于直到今天,积极安乐死在英美和世界上绝大多数国家和地区都是非法的,甚至于使得安乐死概念本身就自带某种禁忌意味。这说明,安乐死运动似乎从一开始就选错了方向,选择了一个将积极安乐死合法化也包含在内的过犹不及的方向。正是这种方向性错误决定了,善终服务立法要有所进展,就必须改道或转型,在新的概念和理念基础上重新出发。这一重新出发的契机出现在1976年。是年,美国新泽西州最高法院审结了著名的昆兰案,由此开启了善终服务立法第二阶段。

(二) 改道自然死立法获得成功的阶段

在善终服务立法史上具有重大影响的昆兰案所涉基本问题是,在昆兰已陷入不可逆的长期昏迷后,其父母是否有权要求医院撤除昆兰的呼吸机。新泽西州地方法院对此作出了否定回答。新泽西州最高法院则认为,昆兰的父母作为监护人,在一定条件下应有权代昆兰行使其基于宪法隐私权而生的维生医疗拒绝权,要求撤除昆兰的呼吸机。^{〔7〕}此一判决一经作出,即受到许多方面的支持。加利福尼亚州也于同年通过了世界上第一部《自然死法案》,明确承认末期患者有权拒绝维生医疗,成年末期患者有权预立医疗指示、授权医生在特定情形下不予或撤除维生医疗。继此而生的死亡由于是由疾病所致,故被称为自然死——一种排除了医学对死亡的人为干预的自然死。

这种自然死虽然经常被一些学者看成是消极安乐死,但实际上并不妥当。因为,放弃维生医疗乃是一种在医疗范围内作出的医疗措施选择,本身并没有脱离医疗范畴和医疗自主权所涵盖的范围;而积极安乐死已完全逸出了治病救人和控制病症的医疗范畴,^{〔8〕}已非医疗自主权所能涵盖,且具有明显的致死目的和故意。故而,将前者与后者统称为安乐死,明显是在用同一概念指称两个道德和法律性质不同的事物,^{〔9〕}显属不当。更何况,以作为和不作为来区分消极安乐死和积极安乐死,本身就很难通过法教义学的检验。因为在法律上,撤除呼吸机乃是一种积极作为,而非不作为,将继续而生的死亡称为消极安乐死名不副实。当然,不予维生医疗确实属于不作为,但这种不作为与撤除维生医疗的作为在伦理和法律性质上并无实质差异。因为,免受不想要的医疗的自主权并不取决于该项医疗是否已开始。正因如此,加州的《自然死法案》才规定,患者有权拒绝维生治疗“不得被解释为容忍、授权或允许怜悯杀人、协助

〔6〕 参见黄丁全:《医疗、法律与生命伦理》(上),法律出版社2015年版,第283—285、289—290页。

〔7〕 See *In re Quinlan*, 355 A. 2d 647 (N.J. Sup. Ct. 1976).

〔8〕 《医疗机构管理条例实施细则》第88条规定的医疗行为并不包括医助自杀和故意致患者死亡。

〔9〕 “放弃维生医疗在伦理上和法律上都不同于自杀、安乐死和医助自杀。”Nancy Berlinger, Bruce Jennings and Susan M. Wolf, *The Hastings Center Guidelines for Decisions on Life-Sustaining Treatment and Care Near the End of Life*, 2nd ed., New York: Oxford University Press, 2013, p. 6.

自杀或安乐死”。^{〔10〕} 本文也赞同这种区分,并主张应将安乐死界定为仅指积极安乐死,^{〔11〕}抛弃消极安乐死和积极安乐死之分,而代之以医疗范围内的善终服务和非医疗范围内的善终服务之区分。本文将自然死立法称为相对于此前的安乐死立法的一种改道,原因盖在于此。

这种改道一经获得成功,即迅速在全球产生了重大影响。截至 1994 年,全美各州基本上都通过了与加州自然死法案类似的立法,明确承认患者有权拒绝维生医疗、预立医疗指示和指定医疗代理人。^{〔12〕} 澳大利亚南澳大利亚州也于 1983 年通过了《自然死法案》。英国虽然开展中止维生治疗的实践较早,但直到 2005 年才通过了《心智能力法令》,建立起与加州自然死法案类似的制度。法国也于同年通过了《莱昂内蒂法》,承认患者有权拒绝顽固医疗、预立医疗指示和接受缓和医疗等。2016 年出台的《克莱斯—莱昂内蒂法》又进一步规定,医生可在特定情况下对绝症末期患者采取“深度而持久的镇静直至其死亡,同时配以镇痛和停止所有维生医疗”,^{〔13〕}由此创造了比较法上独一无二的持续深度镇静至死制。德国于 2007 年修正了《社会法典》,建立了安宁疗护门诊、住院和医疗保险制度,并于 2009 年以《照管法第三修正案》的形式修正了民法典,承认患者有权拒绝维生医疗、预先医疗指示和指定医疗代理人等。奥地利、意大利等其他 13 个欧盟成员国也先后通过立法,建立了前述制度。^{〔14〕} 新加坡、我国台湾地区和韩国,亦是如此。日本则主要是通过行政机关出台相关的程序性指导意见来推动善终服务发展,并在其中融入了一些安宁疗护的理念。^{〔15〕}

最后,受上个世纪六十年代发端于英国的安宁疗护运动的影响,许多国家和地区还出台了一些针对安宁疗护的立法。其中,有的国家和地区会将自然死立法(承认患者有权拒绝维生医疗)和安宁疗护立法合并规定在一起,如澳大利亚南澳州的《医疗同意和缓和医疗法案》,美国统一州法委员会制定的《统一健康护理决定法案》,我国台湾地区的“安宁缓和医疗条例”和“病人自主权利法”,韩国的《关于临终关怀、姑息治疗及临终期患者的延命治疗决定的法案》等。其他一些国家和地区则更多是在自然死立法之外,另行制定相关立法来调整安宁疗护。例如,德国就是分别通过民法典和社会法典来调整自然死和安宁疗护。这些国家和地区在立法的同时,一般都会将安宁疗护纳入医疗保险或相关国家资助计划当中。

(三) 渐次向协助自杀和安乐死合法化拓展的阶段

与前述国家和地区不同的是,部分观念比较开放国家和地区,已经开始向协助自

〔10〕 See California Health and Safety Code § 443.18, 4.7 Cal. Prob. Code § 4653(2019).

〔11〕 这是世界医学会一贯的主张,详见 1987 年世界医学会发表的安乐死宣言和 1992 年发表的医助自杀宣言。

〔12〕 参见黄丁全,见前注〔6〕,第 292 页。

〔13〕 参见《法国公共卫生法典》第 L1110-5-2 条。

〔14〕 See Elena P. Rodado, David P. Sanchez and Marina G. Grifo, “Advance Directives. Comparison of Current Legislation within the European Union,” *Spanish Journal of Legal Medicine*, Vol. 47, No. 2, 2021, pp. 66-73.

〔15〕 参见(日)佐伯仁志:“日本临终期医疗的相关刑事法问题”,孙文译,《法学》2018 年第 5 期,第 147-150 页。

杀和安乐死(以下仅指积极安乐死)合法化的阶段迈进。早在1937年,瑞士刑法就规定,利他性的协助自杀并不构成犯罪。^[16]1997年,美国俄勒冈州通过《尊严死法案》,率先以尊严死立法的形式承认了医助自杀即由医护人员以医学方式实施的协助自杀的合法性。^[17]受此影响,美国另有十个州和特区也都先后通过立法或判决,承认医助自杀合法。2020年德国联邦宪法法院裁定,刑法有关禁止业务性协助自杀的规定违宪,^[18]奥地利宪法法院也于同年作出了类似裁定。^[19]这些裁定是否会导致协助自杀在德国和奥地利的合法化,尚待进一步观察。

比以上立法更进一步的是,也有极少数国家和地区同时承认协助自杀和安乐死的合法性。这些立法主要包括荷兰的《依请求终结生命和协助自杀(审查程序)法案》,比利时的《安乐死法案》,卢森堡的《关于缓和医疗、安乐死和协助自杀的立法》,新西兰2020年通过的《临终选择法令》,西班牙2021年通过的《安乐死监管组织法》。加拿大2016年通过的《刑法典及其他相关法案修正案(医助死亡)》,澳大利亚维多利亚州、西澳大利亚州、塔斯马尼亚州、南澳大利亚州先后于2017年至2021年期间通过的《自愿协助死亡法案》,虽然使用的都是医助死亡或协助死亡的概念,但实际上已同时承认了医助自杀(医方开药患者自行给药)和安乐死(医方直接给患者施药)的合法性。^[20]

二、善终服务立法的问题指向

善终服务立法作为特定时代的产物,既有其产生的特定时代背景,也有其不同于其他立法的核心任务。这一核心任务就是要妥善处理临终医疗领域中的生命保护和个体自决之间的矛盾,目的是在二者之间谋求一种可为民众广泛接受的平衡。这一任务的产生,一方面根源于现代医学对死亡的控制能力日益增强,另一方面也与现代人的死亡观和生命价值观日趋多元有关。正是通过二者的相互作用,生命保护和个体自决之间的矛盾得以产生,进而为善终服务立法的产生提供了现实基础。

(一)现代医学对死亡的控制能力日益增强:死亡的医学化

医学发展的一个重要目的是对抗死亡。20世纪以后,随着现代医学的发展,人类控制死亡的能力日益增强。这种控制主要表现为一种对死亡的延迟(不包含对死亡的加速),由此也

[16] 《瑞士刑法典》第115条规定:“任何人因利己的原因唆使他人自杀或为其自杀提供帮助,不管该自杀行为是既遂还是未遂,都将被处以5年以下重惩役或监禁。”

[17] 除瑞士外,其他承认协助自杀合法的国家一般都只承认医助自杀的合法性,目的是想让医生充当看门人。

[18] Vgl. BVerfG, Urteil vom 26.2.2020—2 BvR 2347/15 ua, NJW 2020, 905.

[19] Vgl. VfGH, Entscheidung vom 11.12.20, Az. G 139/2019—71.

[20] 参见《加拿大刑法典》第241.1条、澳大利亚维州《自愿协助死亡法》第64条、西澳州《自愿协助死亡法》第55条、塔州《临终选择(自愿协助死亡)法》第86条和南澳州《自愿协助死亡法》第57条。

就产生了“死亡医学化”的现象，^{〔21〕}具体表现主要有四：

一是死亡过程的延长，现代人的死亡已经变得越来越缓慢，死亡不仅可以被延迟，甚至可以被逆转。为了对抗死亡，人类发明了许多先进的技术和药剂。借助于这些技术和药剂，医生不仅可以操控和管理患者的死亡，而且可以单纯依赖维生医疗或延命医疗让一个脑死者的生命征象维持很久，从而使得死亡变得越来越不容易，也越来越难以被定义。

二是病死的普遍化，即现代人的死亡除了死于刑罚、自杀和意外灾祸外，都可以被定义是病死的。按照现代医学的定义，即便是正常的老死，那也是死于各种退化性疾病，死于某种异常的生理情况。正如学者所言：“社会的医学化已终结了自然死亡的时代。”^{〔22〕}无疾而终在现代医学话语中已不复存在，因病抢救无效死亡越来越成为现代人死亡讣告的标配。

三是死亡的机构化，即越来越多的人死在了医疗机构。医院的病房已经变成许多人离世前的最后居所和与死亡做最后一搏的隐秘战场，死于家中越来越变成一种奢求。死者与家人之间的密切联系已被割断，好好告别已不可多得，取而代之的是生命权力的实践运作和医学话语的规范流动。人类对死亡的悲悯，家人对濒死者的抚慰和不舍，已经因死亡地点的挪移变得难以表达。心灵秩序只能让位于技术秩序，在各种医疗技术的干预和控制下孤独地走向程式化的医学死亡，已经成为许多病死医院者的宿命。

四是死亡的规范化，即现代人的死亡需更多地受到医疗契约和法律的规范。因为，死亡的机构化必然意味着死亡的契约化和法律化，而死亡的契约化和法律化恰恰为善终服务立法介入死亡提供了契机。

（二）现代人死亡观的日益世俗化和多元化：对“拒死死亡观”的挑战

与死亡的医学化发展相伴而生的是，人类的死亡观也因近代科学世界观的建立发生了深刻变化，首要体现就是死亡观的日益世俗化和非宗教化，由此所带来的是现代科学所秉持的死亡观日益被人们广泛接受。按照这种死亡观，人死之后并无所谓的彼岸世界，死亡代表的是生命的彻底终结、灵肉俱灭。于此，死亡的神圣意义不再，舍此投彼的桥梁已被从人心中抹去，生和死的意义都只能立足于我们唯一可经验的客观世界。而在此一客观世界中，我们唯一能够把握的是死前如何。至于死后如何，只不过是此在的意义在死后的他人之在中的延续，后者的意义是由前者决定的。正是这种在与不在、生与死的意义关联决定了，现代人在面对死亡时，更多地考虑的是生的意义。而在一个宗教化的意义垄断已不再的时代，有关生的意义的理解和把握必然是开放的、多元的。

这种开放的、多元的死亡观表现在临终医疗领域中，就是“好死不如赖活”和“赖活不如好死”这两种死亡观之间的对立。“好死不如赖活”代表的是一种更为重视生命本身的存在及其长度的“拒死死亡观”，体现了人类对死亡这一生命至痛的本能恐惧和排斥。现

〔21〕 See Peter Conrad, *The Medicalization of Society: On the Transformation of Human Conditions into Treatable Disorders*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2007, p. 5.

〔22〕 David Clark, “Between Hope and Acceptance: the Medicalisation of Dying,” *British Medical Journal*, Vol. 324, No. 7342, 2002, p. 905.

代医学就主要秉持这种死亡观。“赖活不如好死”代表的是一种更为重视生命(死亡)质量和尊严的死亡观。这种死亡观对生命质量和尊严的理解比较多元。其中,更为重视尊重生命自然规律者,会更倾向于一种不求死、不畏死的自然死亡观。安宁疗护就是这种死亡观和医学的结合。它既不是要让末期患者在绝望中等死,也不是要让他们在追求治愈和好转的虚假希望中苦苦挣扎,更不容许他们假安乐或彻底解除痛苦之名去求死,而是要在最小伤害和最大尊重与关怀的前提下,让他们的最后时日尽量过得舒适、安宁和有尊严,从而实现患者拟追求的生活品质,体现了一种不求死、不畏死,但求向死而生,以灿烂之生走向静美之死的人生态度。协助自杀和安乐死则代表了一种更为激进的积极求死的死亡观。这种死亡观为了追求生命质量和尊严,不惜通过“解决人”来“解决痛苦”,体现了一种个体意志至上,“无质量毋宁死”的人生态度。这些不同死亡观的存在,不仅构成了对死亡医学化现象及其内含的死亡观的排斥和挑战,而且诱发了生命保护和个体自决之间的矛盾。这种矛盾主要体现为下文所述的死亡控制权的争夺。

(三)死亡控制权的争夺:生命保护抑或生命自主

按照现代医学所秉持的死亡观,濒死乃是一种可以被医学定义的病理上的异常情况,而非一个正常的生命环节。这种异常情况应该交由医学解决,解决的主要方式是救死,目的是保护生命安全。这种生命安全保护既是医生的职责,也是国家的宪法义务。为了履行这一义务,国家已通过立法课予医生众多义务和责任。而医生基于法律的要求和职业特点,往往更倾向于穷尽一切可用的医疗手段来治病救人。这种努力确实给人类带来了不少福音,但从医学永远无法战胜和彻底消灭死亡的角度看,不管是医学还是法律,都应该努力在生命保护和各种可能的死亡之间保持一种健全的矛盾平衡,而不是一味追求救死或者用医学来控制死亡。

在许多反对死亡医学化的人士看来,现代医学对疾病概念的扩张及其在救死方面所做的努力,虽然有助于保护生命安全,但将衰老、临终也看成是疾病,不仅易导致个体和社会无法坦然面对这些自然过程,而且易生各种弊端。因为,将死亡完全还原成为一个生理问题,将人完全当成病人对待,明显失之执拗和专权。为了保护生命这一客体的存在,不惜大规模侵害、损伤乃至阉割生命本身,不仅有损生命本身所固有的丰富内涵,更会让死亡变得愈发恐怖、野蛮和有辱尊严。在许多情况下,这也只能短暂延缓死亡,不能阻却死亡于近期的到来。于此,“社会已通过医疗系统,决定人在何时以及经历了什么样的屈辱和残害之后死亡”。^[23]患者在临死前不仅需遭受各种侵入性治疗的折磨和无法主宰自身生命的不堪,而且需被抛入一个与亲人疏离的、由种种陌生的医疗设备和各有其分工的陌生人构成的陌生环境中,在医学的程式化宰制和规训下,孤独无助地走向那个你心已明知但却无人愿意跟你谈论的“类似于色情”一样的死亡。这种有医助却愈发让人感到无助的死亡,非但不能减轻人们对死亡的恐惧,反倒可能进一步加剧这种恐惧,进而在恐惧死亡、拒绝死亡和死亡医学化之间形成一个往返回复的闭环。

[23] Ivan Illich, *Medical Nemesis: The Expropriation of Health*, London: Calder & Boyars, 1975, p. 149.

这一闭环的形成不仅可以进一步强化拒死的观念,而且会在实践中导致众多不良后果。因为,对于某些近期内必死的患者来说,以医学的手段避免死亡往往是以其须经历更长、更大的痛苦为代价,其所得未必重于所失;甚至可以说,这本身就是对他们的折磨。这种折磨与行善、不伤害的生命伦理原则是否吻合,值得怀疑。甚至于在许多情况下,这完全可能会造成一种“四输”的局面,即家属不放手、医生放不下、患者走不了、国家扛不住(大量的医疗资源被消耗在了无效的临终医疗上)。正是有鉴于此,各种反对死亡医学化、反对一味救死的善终服务运动开始发展起来,“我的死亡(生命)我做主”的呐喊即由此而生,生命保护与个体自决之间的矛盾即由此凸显。“我的死亡我做主”的界限何在,医学参与死亡进程的程度如何,国家应如何践行其生命保护义务等,凡此种种,皆已因时代变迁成为尖锐问题,需要通过立法来解决,其核心任务就是要在临终医疗领域中实现生命保护和个体自决之间的平衡。

我国自2017年开始启动了全国安宁疗护试点,目前已有76个市(区)参加了这一试点。试点工作的推进,在推动了我国临终医疗领域变革的同时,也给相关立法提出了更高要求。另外,如何面对民间由来已久的要求实现尊严死乃至安乐死合法化的呼声,也是我国未来立法需要认真考虑的问题。

三、对不同善终服务立法模式的比较分析

对于我国这样一个有着深厚的孝道传统、临终医疗领域变革起步相对较晚的国家来说,如何通过立法妥善处理现代医学背景下叠加了老龄化社会因素的生命保护和个体自决之间的矛盾,是一个需要认真研究的问题。要解决好这一问题,首先必须要利用好自身的后发优势,在广泛比较其他国家和地区的不同立法模式的基础上,形成自己的认识和判断。然后再根据自身的特点和国情,作出妥当的选择。以下予以分述。

(一)比较法上的不同善终服务立法模式

1. 医疗性质的自然死服务和非医疗性质的速死服务之分

前文对善终服务立法史的简要回顾表明,这些善终服务立法所涉服务类型主要有五种,即不予和撤除维生医疗、安宁疗护、持续深度镇静至死、协助自杀和安乐死。这五种服务依其性质的不同,可区分为两类。

一类是医疗性质的自然死服务。不予和撤除维生医疗、安宁疗护属之。这二者都没有在原致死原因外引入某种新的致死原因,也没有通过医疗措施的介入人为地干预死亡的自然进程,死亡依然是由患者所患疾病所致,故而可被统称为自然死服务。前者是单纯的自然死服务,后者所奉行的“重视生命并承认死亡是一种正常过程,既不加速也不延后死亡,提供解除临终痛苦和不适的办法”的原则已经表明,它一般都是与前者相结合,共同构成安宁自然死服务。这些服务不管是就其所涉的维生医疗,还是缓和医疗而言,性质上都属于医疗服务,故可统称为具有医疗性质的自然死服务。

另一类是不具有医疗性质的速死服务。协助自杀和安乐死属之。这二者都是通过某种新的、通常情况下并不会发生的致死原因的引入来人为加速死亡,具有明显的致死目的和故

意——不符合法定条件的协助自杀和安乐死依然可以构成故意杀人,故而可被统称为速死服务(一为助死、一为促死)。这些速死服务虽然一般也都是由医护人员实施,但正如前文所述,有意识地用医术终结他人生命的行为并不具有医疗性质,而是已进入“杀人”行为范畴,协助自杀和安乐死的合法化,也正是通过豁免医方所实施的“仁慈杀人”行为的法律责任得以实现的;医生并无义务提供此类服务,而且有权拒绝参与其中任何一个环节。^[24] 故而,将二者统称为不具有医疗性质的速死服务完全符合其技术和法律性质。

持续深度镇静至死应如何定性和归类,颇费思量。因为,这种行为本身并不以致死为目的,只是让患者陷入持续的深度昏迷,感觉不到痛苦和疼痛,性质上似乎仍属于以控制病症为目的的医疗范畴。然而,令人困惑的是,用于持续深度镇静的药物也可以被用来致死,理论上也有可能产生致死的副作用,这就使得“镇静至死”与“镇静致死”之间往往只有一线之隔,差别仅在于用量和非专业人士难以清晰辨别的意图。正是这一线之隔导致了其经常被批评为“变相安乐死”。^[25] 这种批评虽不无道理,但从法国法严令禁止安乐死和协助自杀来看,持续深度镇静至死在法国依然是被作为一种不同于后二者的医疗服务来对待的,患者的死亡依然会被看作自然死。有鉴于此,此处仍将其归入自然死服务之列。

2. 自然死服务立法模式和速死服务立法模式的对立

基于以上分类,我们可以将前述不同国家和地区的善终服务立法,区分为以下两个基本模式,即自然死服务立法模式和速死服务立法模式。前一模式依其内容和形式的不同,可分为三个子类:一是自然死立法和安宁疗护立法分离模式,即其立法有关维生医疗拒绝权的规定和有关安宁疗护的规定是分别通过不同立法完成的;二是与前一模式相反的合一模式;三是法国法首创的持续深度镇静至死模式。速死服务立法模式可依其内容的不同,区分为协助自杀模式和安乐死模式,这两类模式在内容上一般都会同时接纳自然死和安宁疗护服务。已有的善终服务立法模式可以总结如下表。

表 1 善终服务立法模式表

基本模式	细分模式	立法名称中的常用词
自然死服务立法模式	自然死与安宁疗护立法分离模式	自然死、安宁疗护、缓和医疗、预先医疗指示、维生医疗决定、患者自决、患者权利
	自然死与安宁疗护立法合一模式	
	持续深度镇静至死模式	
速死服务立法模式	协助自杀模式	尊严死、协助死亡、协助自杀、医助死亡、临终选择、安乐死
	安乐死模式	

[24] 《比利时安乐死法案》第 14 条规定:“……不得强迫医生执行安乐死。不得强迫任何人协助执行安乐死。”其他承认协助自杀和安乐死合法的国家的相关立法上,大多也有类似规定。

[25] See Kasper Raus, Kenneth Chambaere and Sigrid Sterckx, “Controversies Surrounding Continuous Deep Sedation at the End of Life: the Parliamentary and Societal Debates in France,” *BMC Medical Ethics*, Vol. 17, No. 1, 2016, p. 3.

(二)对不同立法模式的比较分析

善终服务虽然都强调生命质量和尊严的价值应大于其长度,但对生命质量和尊严的追求却是沿着多个不同方向发展的,由此带来的是不同立法模式所调整的善终服务内容的不同。这种内容的不同不仅决定了其所涉法律问题和立法性质不同,而且会直接影响到其立法的具体制度构成及其赖以形成的概念和理论基础,详述如下。

1.自然死服务立法的实质是医疗权利保护

自然死服务立法所调整的善终服务具有医疗性质,已如前述。正是这一医疗性质决定了,自然死服务立法性质上应属于医疗立法,所要处理的问题主要是一个医疗权利义务分配问题。这一问题对于患方来说,主要是一个是否有权拒绝维生医疗、获得缓和医疗和持续深度镇静至死服务的问题;对于医方来说,主要是一个医疗救助和诊疗义务的合理界限问题。

首先,就患者是否有权拒绝维生医疗而言,基于对患方身体自主权的尊重,各国一般都认为,“心智健全的成年患者,对任何诊断、治疗措施,都有同意或拒绝的权利”。^[26]这一权利不仅构成了法律调整医患关系的基础,而且内含了患者的维生医疗拒绝权。纵使这种拒绝并不符合患者最佳利益,甚至有可能带来死亡的风险,他人也无权强行干预其身体的完整性,除非发生了法定的可强制医疗的情形。^[27]而在临终医疗中,通常并不会发生需要强制医疗的情形,故而尊重患者自主,承认患者有权拒绝维生医疗应是支撑此类医疗的基本原则,同时也是医方的合理救助义务界限之所在。这一尊重患者医疗自主权的原则既是一个私法原则,也是尊重人性尊严和自由的宪法原则的必然要求,是基于前述原则而生的宪法意义上的自主决定权在医疗领域的具体贯彻和体现。^[28]国家于此仅需承担起相应的积极保护义务,为患者意愿的表达及其实现提供充分的制度保障,并兼顾医疗公平等。^[29]

其次,安宁疗护作为一种由“缓和医疗”和“放弃已成为无效医疗的维生医疗”共同构成的医疗服务,不仅可以像单纯的自然死服务一样,使患者免受维生医疗之苦及其带来的无尊严感,而且可以通过其所提供的融“身心灵社”于一体的全人、全家、全程、全队的“四全”照顾,帮助患者及其家属获得最佳的生命质量,故而很快被各国法接受,并被认为是一种较好地实现了尊重患者自主及其生命丰富内涵统一的临终医疗。至于在各国法之下,安宁疗护具体可适用于哪些患者,则是一个需综合考虑患者病情、意愿及其本国医疗发展状况的法政策问题,兼具医疗立法和社会立法性质。在这方面,各国立法虽然有所差异,但基本立场一致,即末期患者应有权获得安宁疗护,而推动安宁疗护的发展,保障安宁疗护患者的善终权益,应是现代国家

[26] 《世界医学会关于患者权利的里斯本宣言》第3(b)条。

[27] See Danuta Mendelson and Timothy S. Jost, “A Comparative Study of The Law of Palliative Care and End-of-Life Treatment,” *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 31, No. 1, 2010, p. 131.

[28] Vgl. BVerfGE52, 131, 171.

[29] 欧洲人权法院认为,停止维持生命医疗措施并不涉及国家保障生命权的消极义务,而仅涉及国家的积极义务。See *Lambert and others v. Prance* [2015] ECHR 545.

履行其生命保护义务,发展全方位全周期的医疗卫生服务的重要方面,^[30]同时也是各国安宁疗护立法的重点。

最后,持续深度镇静至死作为一种特别的镇静医疗,虽然仍与速死服务有别,但其对安宁疗护所恪守的既不加速、也不延缓死亡原则的践行,实际上是以提前“杀死”患者意识为代价。这种提前“杀死”患者意识,让患者在持续深度昏迷中走向肉体之死的做法,即便可以被认为是自然死,而非可归责的“镇静致死”,^[31]那也只能说,它非常巧妙利用了建立在身心二元论基础上的死亡仅指肉体之死的特点,对生命之死采取了一种非常隐晦的操作和管理。这种操作和管理能否被证明为给患者带来的利大于其不利,本身就容有争议,而且很容易被认为是一种缓慢安乐死。也就是说,持续深度镇静至死要想从伦理上得到有效辩护,依然存在较大困难。这也是致其并未为更多国家所采的一个主要原因。

简言之,自然死服务立法所涉问题主要是一个医疗自主权和安宁疗护获得权的保障问题。对此,各国立法的基本共识是,保障患者的这两项权利应是此类立法的根本宗旨,同时也是国家的给付义务之所在。故而,相关立法的内容一般都主要是围绕患者权利的实体和程序保障展开,权利保护法的性质较为明显,而不像速死服务立法那样具有明显的管制法色彩。

2. 速死服务立法涉及“死亡权”有无之争

速死服务立法虽然一般也涉及医患关系,强调对患者意愿的尊重,但其所要调整的法律关系与自然死服务立法并不相同。因为,自然死服务是医疗服务,而速死服务并非医疗服务。正是后一服务的非医疗性质决定了,医助自杀和安乐死立法所要处理的问题已远非医疗立法所能解决,而已进入一个更宽泛的领域。在这一领域中,立法者所要处理的核心问题是,个体终结自身生命的意志——而非针对某个医疗行为的意志,^[32]在法律上应该如何被对待,这种对待的法理依据何在。

对于第一个问题,速死服务立法给出的回答是,这种意志在某些情况下应得到法律的尊

[30] 2003年,欧洲理事会出台了一项旨在鼓励各成员国发展缓和医疗的政策框架建议,这一建议已得到许多欧盟和非欧盟国家的积极响应。See Kathrin Woitha et al., “Policy on Palliative Care in the WHO European Region: An Overview of Progress since the Council of Europe’s (2003) Recommendation 24”, *The European Journal of Public Health*, Vol. 26, No. 2, 2015, p. 230.

[31] 法国学者认为,即便持续深度镇静至死真的导致了患者死亡,医方也可基于“双重效果原则”免责。See Raus et al., *supra* note 25, p. 4. 南澳大利亚州的《医疗同意和缓和医疗法案》第17条第1款规定了双重效果原则。该款规定:“负责治疗或护理疾病终末期患者的医生或在医生监督下参与治疗或护理之人,为了减轻患者疼痛或痛苦而实施治疗,只要其实施的治疗符合以下条件,就不应承担民事或刑事责任,即便这种治疗的一个附带效果是加速患者死亡:(一)获得了患者或其代理人的同意;(二)善意且无过失;(三)符合适当的缓和医疗专业标准。”

[32] 有学者认为,医助自杀或安乐死也可以被视为是一种“特殊的临终医疗方式”。这一看法或许是想通过扩大医疗的概念来提高二者的可接受性,但客观上会导致法律评价中心的扭曲。因为,在医助自杀和安乐死中,构成法律评价中心的并非是使患者免受病痛这一看似符合医疗目的的间接目的,而是作为其直接目的的终结他人生命的行为。正是后者导致了其不能被视作自然死。

重。只不过,在协助自杀模式下,这种尊重应受到更多限制。这种限制主要体现为医方不得实施致患者死亡的最后一个动作,这一最后致死动作只能由患者本人完成。这种不同于安乐死模式的做法,应更多地被看成是一种公共政策决定,体现的是对医方的照顾,与患者的求死意愿为什么会得到法律尊重并无逻辑关联。那么,患者的意愿为什么会得到法律的尊重呢?对此,速死服务立法给出的回答未尽清晰、统一,这也是其立法大多比较困难且伴有巨大争议的一个重要原因,但其论证基本上是权利化的,目的是要证成自主选择死亡方式的权利或死亡权在法律上可以成立,论证的依据主要是宪法基本权,如尊严、自由、生命权或其综合。德国联邦最高法院就主要是依据宪法规定的人的尊严和自由来展开其论证的,并认为“一般人格权(《基本法》第1条和第2条第1款)包括自决死亡权。这一权利包括自杀和使用第三方自愿帮助的自由。个人根据其生命质量和自身存在意义的理解,行使这一权利来终止其生命的决定,必须受到国家和社会的尊重。”^[33]加拿大联邦最高法院主要是依据其宪章第7条规定的生命、自由和安全权来展开论证的,并认为,承认医助死亡并对其加以管控更有利于保障生命、自由和安全,禁止帮助自杀反倒有可能增加个体死亡风险,例如,有可能会迫使个体为避免入院后因不能自杀而遭受无法忍受的痛苦,不得不提前自杀。^[34]这种以基本权为基础展开的死亡权论证,也为我国部分学者所采。^[35]

这种一方面主张公民依据宪法应享有死亡和获得死亡帮助权,另一方面又强调国家基于生命保护义务应对此予以严格管控的论理(注:速死服务立法一般都主要是围绕选择速死服务的决定及其实施程序的事先和事后审查来展开的,管制法色彩非常明显),虽有其合理性,但未尽之处甚多。对此,后文将予以详述,此处仅述及两点:第一,将求死意愿上升为权利并将其内置于宪法基本权中的做法,逻辑上很容易导出,这一权利不应仅为末期患者享有,而应为全体公民平等享有。德国联邦宪法法院就持此见解:“自决死亡权并不仅限于诸如严重或无法治愈的疾病等外部因素定义的场景,也不仅仅只适用于生命或疾病的某些阶段。相反,它存在于人类生存的每个阶段。……个人根据其对自身生命质量和存在意义的理解所作出的终结自身生命的决定,超出了基于普遍的价值观念、宗教戒律、处理生死的社会准则或客观理性考虑的任何评价。”^[36]按照法院的这一观点,各速死服务立法将速死服务对象限度为特定患者,明显是在将接受死亡援助的条件置于自决死亡权能否成立的实质性标准之上,不仅颠倒了本末,损害了自决死亡权应有的发展和实施空间,而且有违宪的嫌疑。也就是说,这些国家的立法区别对待末期患者、非末期患者和健康人群,有违宪法平等原则。因为,后二者也有可能正在经历巨大的痛苦或者认为其生命的存在无意义。面对这种指责,难道我们真的要像荷兰、比利时等国

[33] 见前注[18]。

[34] See *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 SCR 331.

[35] 参见倪正茂等,见前注[4],第24页;吕建高,见前注[4],第113—123页;刘长秋,见前注[4],第196—198页;任丑,见前注[4],第116—120页。

[36] 见前注[18]。这一论述与德国联邦最高法院的以下论述明显相悖:“自主决定权并不能使个人享有在与医疗无关的场合下让他人侵犯自己生命的权利”。BGHSt 55, 191 ff.

一样,不断扩大可接受安乐死的患者范围,甚至走向人人都平等享有受宪法保障的死亡权吗?第二,加拿大联邦最高法院以禁止帮助自杀会增加个体死亡风险为依据来论证禁止协助自杀违宪,主要是一种外在的效果论论证,说服力非常有限。而且,其论证逻辑也可以用来反驳其自身,即开放医助自杀同样可能增加个体死亡风险,进而导致违宪。因为法律为了保护生命给医助自杀设定的较高门槛,同样可能会导致部分患者因担心达不到门槛要求而选择提前自杀。这种情况在加拿大已经发生。^[37]

四、我国善终服务立法的应然模式和制度框架选择

(一)立法模式选择

对于我国未来的善终服务立法应采用何种模式的问题,学界的看法大致主要有四:一是主张积极推进协助自杀和积极安乐死合法化;^[38]二是主张制定《尊严死亡法》来实现医助自杀合法化;^[39]三是主张制定《尊严死法》,承认正当的中止维生医疗行为的合法性;^[40]四是主张将更多精力投入到保障安宁缓和医疗实践中的医患权利和安全的法律法规建设上,反对医助自杀和安乐死合法化。^[41]这种共识的缺乏显然不利于相关立法的推进,本文的基本看法是,我国未来立法不应采用速死服务立法模式,而是应以安宁疗护为中心,推进相关特别立法,其立法模式应为自然死和安宁疗护立法合一模式,具体理由如下。

1.速死服务立法模式存在社会认同和法理证成上的障碍

(1)速死服务立法模式难以获得广泛的社会认同。我国不宜采用速死服务立法的首要原因在于,这种模式很难获得民众的广泛认同,而欠缺民众广泛认同的立法将欠缺社会妥当性,有违社会共同体的基本价值观。目前,我国仍处于安宁疗护试点阶段,民众普遍对安宁疗护这种比较温和的善终服务缺乏必要的了解,甚至对末期患者放弃维生医疗是否合法、妥当都抱有一定的疑虑。于此情况下,贸然承认协助自杀和安乐死这两种最为激进的善终服务的合法性,有过于冒进之嫌。极有可能重犯前述安乐死立法整体受挫阶段的立法者所犯的过犹不及的错误。这种过犹不及和欠缺社会认同,同样是多数国家和地区拒绝采用此一立法模式的主要原因。

(2)速死服务立法所涉的“死亡权”论理难以成立。我国不宜采用速死服务立法的另一个主要原因是,此类立法的法理基础并不牢靠,其将“但求一死”的意愿权利化为基本

[37] 参见《加拿大安乐死门槛高,癌症患者怕失去资格提前离世》,载环球网, <https://news.sina.com.cn/w/2018-11-08/doc-ihmutuea8032815.shtml>,最后访问日期:2022年6月4日。

[38] 参见温静芳:《安宁死亡之权研究》,科学出版社2009年版,第117页。

[39] 有学者已起草《尊严死亡法草案》,草案规定的尊严死实际上是医助自杀。参见吕建高,见前注[4],第293-305页。

[40] 参见刘建利:“尊严死行为的刑法边界”,《法学》2019年第9期,第28页。

[41] 参见孙也龙,见前注[4],第136页。

权的一部分,很难通过法理的检验。因为,依法理,法律权利乃是受法律强制力保护的正当利益。一项利益要成为归属于个体的权利,除需要具有价值正当性外,还需要受到法律强制力的保护,始足当之。这种保护的一个最低限度要求是,法律会在该利益受到侵害时提供救济,否则将意味着无救济即无权利。以此为标准来检视所谓的“死亡权”,可以发现,即便是仅就自杀而言,其也不足以成为一项权利。因为,自杀虽然已不再为各国法处罚,但各国对自杀仍普遍抱有一种消极否定态度,国家也被认为负有一般性地预防自杀的义务。^[42]这说明,自杀并没有因为法律不禁止就具有了价值正当性。对此,有学者曾明确表示,“自杀绝对不是一种法律权利,不具有法律和道德的正当性基础”。^[43]退一步讲,即便我们承认,求死者对速死确实有一定的主观利益,这种利益在某些情况下也可以得到公众的普遍认可,但要使这种利益获得法律强制力的保护,法理上仍会遭遇难以逾越的障碍。因为,如果自杀是法律权利,那将意味着妨碍他人自杀应构成侵权,依法应承担相应的法律责任。国家不对此科以责任,将构成对自杀权的保护不足。这明显与一般的道德感情不合,与法律已将生命奉为最高价值也难以相容。欧洲人权法院就认为,《欧洲人权公约》第2条规定的生命权不包括死亡权,不能被解释为“赋予截然相反的权利,即死亡权;它也不能创造一种自决权,即赋予个人选择死亡而不是生命的权利”。^[44]迪尔凯姆也认为,那种认为“生的权利从逻辑上讲包含着死的权利”的观点非常片面,是“从字面上理解”尊重生命这一概念的结果,没有去认真思考人类为什么会将尊重生命奉为最高的集体目标乃至于一种信仰。^[45]一个社会,如果连反对自杀的论证都无法提供,那它就是一个没有任何信仰的社会;一个文化,如果丧失了对生命的信仰,那它连人为什么要活着都无法理解。

既然自杀都无法成为法律权利,那么要求他人协助自杀或对其实施安乐死就更无法成为权利。因为,后二者的权利化将意味着求死者有权要求医护人员提供死亡帮助,医护人员不予提供将构成违法。很明显,这一权利化结果不能成立,否则无异于是在强制医护人员杀人,这明显有悖于伦理和医护人员的法定职责。因为医生的法定职责是治病救人,不是杀人。这也是绝大多数国家和地区都不允许医生协助自杀或实施安乐死的深层原因,同时也是这二者已被合法化的国家不强制医生去实施此类行为的根本原因。这说明,在求死者和助死或促死者之间,并不存在一方有权要求另一方助死或促死、另一方负有相应义务的法权结构。医助自杀和安乐死合法化虽然可以使医方获得一项提供死亡援助的特权——无需就其依法提供的死亡援助行为承担法律责任,但不能使被援助者获得一项法律权利。后者只能基于前者的责任

[42] See Human Rights Committee, *General Comment no. 36, Article 6 (Right to Life)*, September 2019, CCPR/C/GC/36.

[43] 韩大元:“自杀权的宪法学思考”,载氏著:《感悟宪法精神:讲演自选集》,法律出版社2008年版,第134页。

[44] See *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III, Para. 39.

[45] 参见(法)埃米尔·迪尔凯姆:《自杀论》,谢佩芸、舒云译,台海出版社2016年版,第345-346页。

豁免获得一项反射性的事实利益,其利益的实现并非某种可针对医方行使的法权的运行结果,而是医方所提供的人道主义援助的结果。

(3)不承认医生有援助他人实现事实上的死亡自由的特权并不违背我国宪法。允许医方为求死者提供人道主义援助,虽然已在少数国家和地区通过责任豁免的形式得以实现,但严格来讲,这种豁免只是共同体出于对特定群体的道德关怀和同情作出的一种公共政策决定和价值选择。这种选择本质上应属于国家得自主形成其立法的立法形成自由范畴,而不是因为求死者于此享有一项针对国家的基本权,所以国家应通过豁免医方责任的形式来保障其权利实现。因为,如果这样的一项基本权成立的话,很容易造成如下宪法困境:一是如果这种基本权可以被看成是一种具有自由权性质的基本权,那逻辑上很容易导出这一基本权应为全体公民享有的结论。这一结论姑且不论能否被接受,仅就其内含的生死皆自由、皆为人的尊严的体现这一点来讲,它就会使得法律上的生命、自由和尊严沦为一个充满内在冲突的口袋,进而动摇整个基本权体系。二是如果这种基本权可以被看成是一种只能由少数群体享有的福利权,那么这种权利就不是基于人的一般本质而生,而是基于伦理关怀和道德同情而生。这种建立在伦理关怀和道德同情基础上的基本权十分“昂贵”,其权利化的成功不仅需要花费极大的社会成本来消弭共同体内部的观念分歧,而且需要以一国的医疗和社会保障发展水平已经很高,整个社会对医疗团体抱有极大信任为基础,否则极易在共同体内部导致观念撕裂,有可能导致部分患者仅仅是出于经济上的考虑就选择求死,或者医生根本就不敢为他人提供这种夺命服务等。这种对社会条件的极大依赖性,实际上也是许多福利权难以真正实现宪法化的一个重要原因。

退一步讲,即便我们认为,这种基本权在法律上可以成立,那也只不过是一种利用宪法修辞修饰过的美好愿景表达而已,无法真正消除国家在这一问题上的立法形成自由,也很难将尊重、保护和促进其权利实现的宪法义务科予国家。否则,绝大多数国家作为被期望过高的“家长”,都会因为没有承认或保护好这种只有极少数人需要、极少数人愿意实现的求死权而被指责为违宪。总之,不管是相对于私人还是国家,要证成个体对自身生命享有法律上的支配权或死亡权,都极为困难。因为生命不仅是个体的,而且是社会的,其权利的行使必须受到社会共同体的基本价值观的约束。^[46]正是这种约束决定了,个体对自身生命的支配至多只能被看成是一种“事实上的支配,并非法律上的支配,不是一种权利”。^[47]在法律权利和法律不禁止之间,还存在着广阔的、不受法律调整而主要受道德和习俗调整的法外空间。所谓的死亡自由或死亡方式选择权,至多只能被看成是一种存在于法外空间的事实自由,一种纯生活事实层面的存在。这种自由国家很难予以干预和禁止,也没有义务表示支持和赞同。不管我们对这种

[46] 参见韩大元:“论安乐死立法的宪法界限”,《清华法学》2011年第5期,第26—27页。

[47] 翟滨:“生命权内容和地位之检讨”,《法学》2003年第3期,第49页。

自由的道德评价如何,它都无法也不应该成为法律权利,更别说基本权了。^[48]既然不是基本权,国家自然没有义务去开放协助自杀和安乐死,不承认这二者的合法性并不违背我国宪法。国家依据宪法唯一应尽的义务是,在这种死亡自由的行使已涉及他人行为介入时,出于履行生命保护义务的考虑,国家应予介入,对他人的行为予以管制,以免生命受到不法侵害。也就是说,即便是在承认速死服务合法的国家,相关立法的重心仍是保护生命的安全,而非赋予求死者以死亡权。于此情况下,求死者是否愿意求死,仍属于法律不予置喙的法外自由范畴;医护人员是否愿意提供死亡援助,仍属于良心和道德自由范畴,而非法律义务。这就是速死服务立法的本质,即国家基于立法形成自由和社会共同体的价值观念,在不干预个体事实上的死亡自由、承认医护人员具有自愿提供人道主义死亡援助的特权和良心自由的基础上,所形成的以生命保护为目的的管制法。这种管制法对于我国来说,尚欠缺必要的社会认同基础和系统的政经资源支持,暂不应予以考虑。

2.持续深度镇静至死存在与“镇静致死”界限不明的问题

持续深度镇静至死作为对安宁疗护中可能采用的姑息镇静的一种“极端”运用,虽然从医疗的角度看,并非不可接受,但从我国临终医疗的实践情况来看,出于慎重的考虑,我国暂不宜引入这种服务,理由主要有二:一是如前所述,“镇静至死”与“镇静致死”之间的“界限仍然存在不确定性和令人困惑”。^[49]对于二者之间的界限应如何把握,其在实践中是否会滑向安乐死,一般的公众实难了然于胸,而只能将其交给医学团体来把握。而医学团体能否始终恪守法律和伦理的界限,维系二者之间的区隔,主要是一个社会信任问题,并非法律所能解决。也就是说,除非医患之间有着非常良好的信任关系,整个社会对医学团体有足够的信任,否则“镇静至死”难免会被指认为是一种完全操于医学团体之手的既可以“镇静至死”、也可以“镇静致死”的两可制度。这种信任条件在我国是否存在,值得怀疑。^[50]二是持续深度镇静至死所采用的提前“杀死”患者意识的做法,在伦理上能否得到有效辩护,能否得到民众广泛认同,也是有疑问的。至少,它很难被看成是一种兼顾生命丰富内涵的临终医疗。

3.自然死和安宁疗护立法合一模式最为契合我国现实

我国宜采自然死和安宁疗护立法合一模式的理由主要有三:首先,从临终医学发展的角度看,竭尽所能地延缓死亡终有其限度且会增加患者痛苦,人为地加速死亡本就并非医学的任

[48] 国内有学者认为,“安乐死不具有基本权利的特征”。参见韩大元,见前注[46],第26页。美国联邦最高法院也认为,所谓的协助自杀的“权利”并不是正当程序条款所保护的基本自由权,华盛顿州与纽约州禁止医助自杀并不违宪。See Akiko Kawamura, “Washington v. Glucksberg and Vacco v. Quill: Prohibitions on Assisted Suicide Do Not Violate the Fourteenth Amendment of the United States Constitution,” *Journal of contemporary law*, Vol. 24, No. 1, 1998, pp. 167-177.欧洲人权法院也认为,《欧洲人权公约》第8章第2节所保障的个人意思自治不是绝对的,而应有所限制,医助自杀仍为公约所禁止。Supra note 44.

[49] See Raus et al., supra note 25, p. 4.

[50] 2015年国内曾发生一起指责医方在临终医疗中不当使用吗啡的纠纷(该纠纷的发生在一定程度上凸显了相关的医疗生态并不是很乐观。参见北京市东城区人民法院(2016)京0101民初字第1404号民事判决书。

务,故而不管是像死亡医学化那样“英雄式地抢救至死”,还是像速死服务那样为了“解决痛苦”来“解决人”,皆非理想中的临终医学。理想中的临终医学应直面死亡给医学带来的真正挑战,这一真正挑战应是如何尽量减少死亡给濒死患者带来的痛苦,让患者走的更加安宁和有尊严,而非如何延缓或加速死亡。这应该是绝大多数医者和临终患者的希冀和愿望——对健康人群的临终医疗选择意愿进行调查并不能准确反映临终患者的意愿,此点不可不察。安宁疗护就是基于此一理想发展而来,其服务内容甚至已延及至对死者家属丧亲之痛的抚慰。若临终医学能在这一理想道路上不断取得进步,获得各方面的支持,则基于惧死而生的“抢救至死”和基于惧痛或怕失去尊严而生的“但求速死”的需求将大大减少,民众的死亡质量也将大大提高。既然如此,相对更优的善终服务立法自然应当围绕安宁疗护来展开。而安宁疗护基于其目的追求,很难同时兼容会增加患者痛苦的维生医疗,故而将安宁疗护和放弃维生医疗合并规定在一起,与二者的一体两面关系较为吻合。

其次,从现有立法情况看,目前我国并无专门针对安宁疗护的立法。于此情况下,通过同一立法一并解决维生医疗拒绝权的明确肯认和安宁疗护获得权的法律保障问题,应可起到节约立法资源、降低立法成本的作用,同时可更好发挥这两项权利的协同作用,发挥领域立法优势。在民法典等相关立法已对医疗知情同意原则作出了明确规定的情况下,在《“健康中国2030”规划纲要》和《基本医疗卫生和健康促进法》已明确要求国家应发展安宁疗护的情况下,一并承认维生医疗拒绝权和安宁疗护获得权,法理上并无障碍。只不过,对于哪些患者有权获得安宁疗护、哪些医疗属于维生医疗、哪些主体可以行使及如何行使维生医疗拒绝权等问题,现行立法并没有作出明确规定,这正是未来立法需重点解决的问题。简言之,合并立法可以用较小成本弥补现有立法之不足,满足实践的需要,又可以在基本法理上获得现行法的支持,理论上是可行、可期的。至于其立法名称,则可考虑采用“安宁疗护条例或暂行条例”等名称,以彰显其主要规范对象是安宁疗护;而不宜将自然死或尊严死等概念作为其立法名称。因为,自然死的概念并不能准确反映其立法的主要规范对象,尊严死的概念则较为模糊,既可以像俄勒冈州的《尊严死法案》那样指向协助自杀,也可以被用来指称因中止维生医疗所生死亡等。

最后,从实践的角度看,安宁疗护的服务对象一般仅限于身患不可治愈疾病且其病程的恶化已不可逆转,即便是给予维生医疗,预计也将会于近期内(一般不超过6个月)死亡的末期患者或老年患者,^[51]并不包含近期内不会死亡或者可以依赖维生医疗生存很久的患者。在这样的对象范围内推动善终服务立法,不仅可以更好获得各方面的认同,避免不必要的争论乃至于相关负面效应,而且与目前我国安宁疗护服务的整体能力比较有限是相适应的。当然,若单纯从理论上讲,也可以考虑采用自然死与安宁疗护分开立法的模式。只不过,在分开立法模式下,自然死服务的对象就不能仅限于末期患者,而应扩大至非末期患者(如植物人)。因为,非末期患者也依法享有维生医疗拒绝权。如此一来,我国立法将更接近于我国台湾地区2015年制定的“病人自主权利法”,而非2000年制定的“安宁缓和医疗条例”。这种直接跃进至一般的

[51] 参见《上海市安宁疗护服务规范》第4条。

自然死立法的做法,虽然并非完全不可行,但立法成本相对较高,可能诱发的争议也会更大。因为,相对于末期患者,非末期患者放弃维生医疗的可接受度会更低。更何况,在我国安宁疗护服务能力比较有限的情况下,非末期患者一旦放弃了维生医疗,很可能会因为得不到适当的缓和医疗而不得不面对痛苦的死亡。有鉴于此,本文认为,合一模式应为当前最符合我国实际情况的最优选。未来,随着安宁疗护事业的发展和民众被撬动的死亡观念的变化,我们也可以在实践中,通过不断扩大末期患者的外延和安宁疗护的受益人群,让更多的患者从国家发展中受益。

(二)可能的制度框架选择

在合一模式下,未来我国立法应在明确承认末期患者有权拒绝维生医疗的基础上,重点对以下问题作出明确规定:

一是安宁疗护实施的对象条件。2017年印发的《安宁疗护中心基本标准(试行)》虽然已明确规定安宁疗护的服务对象是“疾病终末期患者”(即末期患者),但并没有界定末期患者的概念。这一做法在当前阶段虽有合理性,但将来应予改变。因为,疾病终末期的概念在法律上本就有广狭之分。广义的概念是以“不予维生医疗”作为判断前提的。美国《统一末期患者权利法案》第1条就规定:“末期状态是指罹患的疾病不可治愈且不可逆转,若不给予维生医疗,依主治医师的观点将会于近期内死亡的状态。”按照这一定义,植物人等可以依赖维生医疗生存数年乃至更久的患者,也可被归入末期患者之列。与之相对,采较为狭义观点者则会仅将“即便给予维生医疗,患者也将会于近期内死亡的情形”定义为疾病终末期。例如,新加坡《预先医疗指示法》第2条就规定:“末期疾病是指一种因伤或因病造成的不治之症,患者并无合理希望可期暂时或永久复元,且在该种情况下,依合理的医学判断,不管是否施予维生医疗,死亡亦已临近,而且施予维生命医疗的作用仅在于推迟死亡一刻的来临。”我国台湾地区“安宁缓和医疗条例”也采用了较为狭义的定义。^[52]面对这种概念分歧,未来我国立法应作出明确选择,较为妥当的做法应是采用狭义的定义,以便民众能够更好地接受安宁疗护这一新生事物,同时也可与我国安宁疗护的发展实践相适应。当然,采用狭义的定义并不是要有意排除非末期患者的维生医疗拒绝权,只是考虑到在当前情况下,应该将有限的缓和医疗资源更多地分配给最急需的患者,所以才暂时不对非末期患者的缓和医疗问题作出明确规定。

二是安宁疗护实施的意愿条件。这主要涉及安宁疗护和维生医疗抉择意愿的表达及效力。我国相关立法虽然已对医疗知情同意原则作了规定,但这些规定具体应如何适用于安宁疗护,仍需进一步细化。至少,从比较法来看,这里有很多问题仍需要立法予以明确。其中,最容易诱发争议的是无意思能力患者的医疗决定问题,如成年患者在丧失意思能力前能否预立医疗指示和委托医疗代理人,预立医疗指示的生效要件、法律效力和变更等,^[53]都是未来立

[52] 我国台湾地区的“病人自主权利法”第14条将末期患者与处于不可逆转之昏迷状况、永久植物人状态的病人并列,已足以表明其立法所定义的末期患者是狭义的。

[53] 欧盟已有15个国家对这些问题作出了明确规定。See Rodado et al., supra note 14, pp. 66-73.

法需要认真解决的问题。在已丧失意思能力的成年患者未预立医疗指示时,其临终医疗决定应由谁依据何种原则(依患者推定的意思,还是依患者最佳利益原则)来代为决定?在患者是未成年人时,其临终医疗决定是否需尊重本人意愿?这些更是未来立法需要认真处理的敏感问题。^[54]另外,患者得拒绝的维生医疗具体包含哪些医疗措施(如人工营养支持是否属于维生医疗),也需要明确。^[55]针对前述问题,本文认为,未来我国立法应在借鉴域外立法的基础上,建立起较为完备的预先医疗指示和医疗代理人制度,并对维生医疗的含义和范围作出必要的界定。

三是安宁疗护实施的程序条件,即应依何程序来判断前述对象条件和意愿条件已被满足。就对象条件判断而言,当前的医疗实践多采用执业医师、执业护士、社会工作者对患者共同进行评估的做法。^[56]这一做法将来可予保留,但出于慎重,建议将末期患者的确诊条件规定为至少应由两名执业医师确诊。至于意愿条件是否被满足,可分不同情况判断。若患者已预立医疗指示,该指示只要经医方判断符合法定的形式要件,即应得到尊重;在临终患者尚有意思能力时,法律上有必要规定,医方应向患者确认其当前意思。若患者未预立医疗指示,医方应依一般的知情同意原则来履行告知同意义务。

四是安宁疗护的资金保障和监管。从目前制约我国安宁疗护事业发展的制度因素看,欠缺资金保障是一个主要问题。2017年印发的《关于进一步深化基本医疗保险支付方式改革的指导意见》已明确规定,安宁疗护也“可采取按床日付费的方式”纳入医保,部分试点地区也是这样做的,但受制于“人均人头比”和“次均费用”两条医保高压线的限制和国家对安宁疗护事业整体投入不足等因素,安宁疗护在实践中依然面临许多困难,如床位严重短缺、专业人才缺乏等。面对这种状况,本文认为,未来我国立法应明确将安宁疗护纳入医保,并不断加大国家的资金投入和各方面的支持,以便能够形成一个更为有效的推动安宁疗护事业发展的长效机制。同时,应建立与之相配套的监管制度,对不严格遵守安宁疗护实施要件的违法行为课以一定的行政责任,以保障我国安宁疗护事业的健康发展。

五、结 论

善终服务立法缘起于对死亡医学化的反动,由此所带来的生命保护与个体自决之间的矛盾是此类立法需重点解决的问题。善终服务立法在比较法上的发展,大致经历了一个从安乐死立法整体受挫到自然死和安宁疗护立法获得成功,再到向协助自杀和安乐死合法化渐次拓

[54] 相关讨论,参见韦宝平、杨东升:“生前预嘱的法理阐释”,《金陵法律评论》2013年第2期,第48页以下。

[55] 关于人工营养支持是否属于维生医疗的问题,比较法上有一定分歧。《广西壮族自治区养老机构安宁(临终关怀)服务规范》和《上海市安宁疗护服务规范》就此所作规定也不一致。

[56] 参见《上海市安宁疗护服务规范》第12条、《广西壮族自治区养老机构安宁(临终关怀)服务规范》第4.2条。

展的过程,并在此过程中形成了不同立法模式。其中,多数国家和地区采用的是以医疗自主权为基础的自然死立法与安宁疗护立法或分离、或合一的模式,法国法还在此基础上首创了持续深度镇静至死模式。除此之外,也有极少数国家或地区采用了以事实上的死亡自由和医疗援助为基础的协助自杀模式和安乐死模式。考诸相关法理和实践,我国未来立法不宜承认协助自杀和安乐死的合法性,拒绝承认二者的合法性并不违背我国宪法,所谓的死亡权在我国法上并不存在。未来我国的善终服务立法应以安宁疗护为中心,采用安宁疗护和自然死立法合一模式,即安宁自然死模式。在明确承认末期患者有权拒绝维生医疗、预立医疗指示的基础上,对安宁疗护的实施对象、意愿表达和实施程序等作出明确规定,并根据情况的变化,适时拓展安宁疗护的受益对象。

Abstract: The development of legislation on “good death” service in comparative law has experienced a process from the avoiding euthanasia legislation in many countries to the success of natural death and palliative legislation in many countries, and then to the gradual expansion to the legality of assisted suicide and euthanasia in a few countries. This development is rooted in the interaction between the medicalization of death and the pluralistic secular view of death, and its fundamental goal is to balance life protection and patient self-determination. Different legislative models have formed, including the model of separation or integration of natural death and palliative legislation based on patients' right to medical self-determination, the assisted suicide model and euthanasia model based on de facto freedom of death and medical assistance. In China, refusing to recognize the legality of assisted suicide and euthanasia does not constitute a violation of the PRC Constitution. In the future, China's legislation should focus on palliative care, adopt the legislative model of integrating palliative care and natural death legislation, and makes clear provisions on the service objects, expression of will, implementation procedures while recognizing the terminally ill patients have the right to refuse life support medical treatment and obtain palliative care.

Key Words: Good Death Service; Euthanasia; Natural death; Hospice; Assisted Suicide

(责任编辑:贺 剑)