

# 消极安乐死中推定同意的适用

张贵湘\*

---

**内容提要：**在犯罪论体系中，消极安乐死属于符合构成要件的行为，应当摒弃区分作为与不作为的传统见解，转而以患者自主决定权之下的真实同意或推定同意作为其正当化的根据。具而言之，以患者的真实同意优先，若患者的真实同意无法获得，则次之适用患者的推定同意。对于推定同意的判断，应遵循生前预嘱、代行决定的先后适用顺序。如果穷尽所有可得探知的可能，仍无法推定患者主观意愿的，则应坚持生命利益优先原则，不得随意中断或终止维持生命医疗。

**关键词：**消极安乐死 推定同意 真实同意 自主决定权

---

DOI:10.16696/j.cnki.11-4090/d.2024.03.013

## 引言

2022年6月23日下午，深圳市七届人大常委会第十次会议表决通过《深圳经济特区医疗条例》（下称“《条例》”）修订稿，并已于2023年1月1日起正式施行。被写进新修订《条例》的“生前预嘱”引起了社会各界的广泛关注与讨论。依据《条例》第78条<sup>①</sup>的规定，针对处于临终末期的患者决定是否要终止或是不进行维持生命医疗时，如果患者客观上难以真实自主地表达主观意愿，可以通过生前预嘱对其主观意愿加以推定，且医生与家属都应当尊重临终患者生前预嘱的意思表示。由此观之，生前预嘱是基于对患者临终自主决定权

---

\* 张贵湘，贵州大学法学院讲师，法学博士。本文是北京市社会科学基金项目（项目编号20221BS0009）阶段性成果。

① 参见《条例》第78条：“收到患者或者其近亲属提供具备下列条件的患者生前预嘱的，医疗机构在患者不可治愈的伤病末期或者临终时实施医疗措施，应当尊重患者生前预嘱的意思表示；（一）有采取或者不采取插管、心肺复苏等创伤性抢救措施，使用或者不使用生命支持系统，进行或者不进行原发疾病的延续性治疗等的明确意思表示；……”

的尊重，保护和发展其生命权的行为，与消极安乐死的本质无异。无论生前预嘱，还是消极安乐死，都旨在探讨患者是否享有自主决定死亡方式的权利。其实，生前预嘱正是患者行使自主决定权选择消极安乐死的表达方式之一。

当然，我国当前并无直接禁止或是允许安乐死的法律条文，也没有类似国外立法规定的受嘱托杀人罪或是自杀帮助罪等与安乐死相关的单独罪名。司法实务中，法院处理安乐死案件时，主要是适用《刑法》第232条故意杀人罪的规定，如果“情节显著轻微危害不大的”，还可能同时适用《刑法》第13条，不认为是犯罪。不可否认，安乐死的出发点是符合伦理道德的，旨在实现解除或是缓解患者病痛、保护患者最佳利益等崇高目的。<sup>②</sup>但是，安乐死客观上确实剥夺了患者的生命权，因而围绕着生命法益是否可以自由处分，第三人是否可依患者的真实同意或推定同意结束他人生命等难题，在实践和理论中都尚未有效解决，使得安乐死行为往往会触发刑事责任问题。<sup>③</sup>

观之医疗实务，在消极安乐死的场合，绝大多数临终患者往往都已陷入昏迷或是处于无法表达意愿的状态，因而推定同意的适用事实上更为普遍。那么，究竟如何认识消极安乐死中的推定同意？此中的推定同意应当如何认定？都是特别值得探讨的问题。因此，本文在厘清消极安乐死概念的基础上，明确其正当化的根据和合法化的界限，进而探讨并建立其中推定同意的适用规则，以期为我国司法机关类案处理和将来国家立法提供理论上的支持。

## 一、消极安乐死的概念厘清

基于分类标准的不同，不同学者对于安乐死的分类也不尽相同。西方学者普遍依据病人意愿的不同将安乐死划分为自愿安乐死（voluntary euthanasia）与非自愿安乐死（involuntary euthanasia），前者是基于患者的事前同意而实施安乐死，后者则是未获患者同意而实施的安乐死；依安乐死执行方式的不同又可以将安乐死划分为积极安乐死（active euthanasia）与消极安乐死（passive euthanasia），前者是以积极作为的方式实施安乐死，如为患者注射致命针剂让死亡提前来临，后者则是以消极不作为的方式实施安乐死，如针对没有康复希望或是临近死亡的患者撤出维生设备让其迎接自然死亡的行为。<sup>④</sup>

<sup>②</sup> 参见樊树林：《实施“安乐死”路还很长》，载《广西日报》，2019年4月30日第010版。

<sup>③</sup> 参见周振杰：《现行刑法下安乐死的司法处理路径研究》，载赵秉志主编：《中韩刑法正当化事由比较研究》，群众出版社、中国人民公安大学出版社2020年版，第157页。

<sup>④</sup> 参见陈朝政：《死亡权问题初探：伦理层面的分析》，载《高医通识教育学报》2009年第4期，第88页。

其中，消极安乐死一般又被称为消极的死亡协助，是指遵循患者意愿放弃或中断医疗行为，任由病患自然死亡。消极安乐死是被普遍认可和接受的，绝大多数国家与安乐死相关的立法都是针对消极安乐死而言，只不过在具体细则和表述称谓上有所不同而已。消极安乐死中关于患者主观意愿的判断，各国立法一致要求患者本人的真实意愿占据绝对主导的优先地位，只有当患者本人的真实意愿不可得之时，才可例外地由患者家属或是其他特定第三人代为决定。即是说，推定同意在消极安乐死中的适用，处于补充性地位，只有当患者客观上行使自主决定权不能时，才可以适用推定同意。但是，无论最终由谁推定同意，都必须基于患者的立场，秉持维护和尊重患者自主决定权的基本原则。大陆法系国家中最具代表性的德国和日本的司法判例也印证了这一观点，但在消极安乐死能否出罪的判断标准上则存在不同观点，其余具体的成立要件大同小异，并无实质差异。日本司法判例的传统观点是综合患者的自我决定权与医师的治疗义务界限来判断消极安乐死能否出罪，德国司法判例的传统观点则是通过区分“作为”与“不作为”来认定是否构成法律所容许的消极安乐死，但当前正朝着直接通过患者的真实同意或是推定同意阻却消极安乐死行为的违法性这一趋势发展。具体是否可行以及如何规范适用，还有待下文更进一步展开。

与消极安乐死关联最密的是尊严死这一概念。原因在于前述分类中，消极安乐死与尊严死的概念似乎最易混淆，学界也有不少学者专门就消极安乐死与尊严死如何区分的问题单独加以研讨。<sup>⑤</sup> 总而察之，学界关于尊严死与消极安乐死二者历来论争不断，至今尚未形成统一定论。根据 2022 年 2 月 9 日，国家卫生健康委官网发布对十三届全国人大四次会议第 6956 号《关于加快推进尊严死立法进程的建议》的答复，尊严死是指在疾病终末期患者弥留之际不再采取过分的延命治疗，而是采用安宁疗护给病人以临终关怀，让他们自然而有尊严地离开世界，从而最大限度地免除患者临终难以忍受的痛苦，也减轻患者家庭和社会的经济负担。<sup>⑥</sup> 即是说，尊严死实质上就是自然死（natural death），当患者的生命不可逆转地走向死亡时，不再采取延续生命的医疗，让患者遵循自然

<sup>⑤</sup> 参见 [日] 松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 157 页；陈朝政：《死亡权问题初探：伦理层面的分析》，载《高医通识教育学报》2009 年第 4 期，第 88-89 页；等等。

<sup>⑥</sup> 参见国家卫生健康委员会：《对十三届全国人大四次会议第 6956 号建议的答复》，载国家卫生健康委员会官网，<http://www.nhc.gov.cn/wjw/jiany/202202/4e76466909374fdc9a9684114e87e962.shtml>，2023 年 9 月 23 日访问。

法则来结束自己的生命。<sup>⑦</sup>至于国外所说的“尊严死 (death with dignity)”，在一些国家是指安乐死 (euthanasia, 例如荷兰) 和医生帮助自杀 (physician-assisted suicide, 例如美国的尊严死法案, Death with Dignity Act)。可见, 尊严死也是被广泛使用的名称, 通常意义上, 尊严死近乎等同于拒绝延命治疗的安宁医疗。若从纯粹字面意义上观之, 尊严死应当是指有尊严地面对死亡的情形, 不仅包含拒绝延命治疗, 还涵括了消极安乐死与积极安乐死。也即是说, 尊严死是指死亡时的状态, 并不关注导致死亡的手段。<sup>⑧</sup>因此, 消极安乐死、积极安乐死、安宁疗护等, 只要是经患者同意实施的行为, 都可以纳入尊严死的范畴, 本质上选择的都是尊严死。

## 二、患者自主决定权作为消极安乐死正当化的根据

### (一) 比较法制之观察：德国法

在德国 2010 年 Fulda 案<sup>⑨</sup>中, 依据德国最高法院第二刑事审判庭作出的判决观之, 主张安乐死能否合法化的判断, 取决于是否构成“中断医疗”。如果构成中断医疗的行为, 即便积极地造成患者死亡的结果, 仍然能够正当化。中断治疗必须满足以下四个要件: 其一, 患者必须罹患不可康复且危及生命的重大疾病; 其二, 患者的承诺仅限于与医疗相关的行为, 患者承诺其他与医疗无关的生命干预行为无效; 其三, 患者有权通过明示同意或推定同意拒绝接受维生医疗, 以走向自然死亡; 其四, 中断医疗行为必须由医护人员、患者近亲属或是其他相关第三人实施。<sup>⑩</sup>同时, 该判决强调, 在对患者是否同意中断医疗的主观意愿进行判断时, 尤其是对推定的患者意愿的认定, 必须遵循严格的证明标准。<sup>⑪</sup>由此可见, 德国最高法院突破了传统见解的立场, 摒弃将作为解读为不作为以阻却行为违法性的迂回方式, 明确采取以是否符合患者主观意愿作为判断安乐死能否合法化的根据, 认为通过患者的真实同意或是推定同意即可阻却中断医疗措施、放任患者自然死亡之行为的违法性。<sup>⑫</sup>此时, 对于安乐死

<sup>⑦</sup> 参见杨立新、李怡雯:《论〈民法典〉规定生命尊严的重要价值》,载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第104页。

<sup>⑧</sup> 参见李茂生:《安乐死到底是让谁得到了安乐》,载《法律扶助与社会》2020年第5期,第84页。

<sup>⑨</sup> BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = NJW 2010, 2963.

<sup>⑩</sup> 有权实施中断医疗行为的主体具体包括负责治疗的医护人员或者患者的照管人、代理人,或是帮助医护人员、照管人或代理人进行治疗或护理的第三人。

<sup>⑪</sup> 参见王钢:《德国判例刑法》,北京大学出版社2016年版,第62页。

<sup>⑫</sup> 参见[德]埃里克·希尔根多夫:《医疗刑法导论》,王芳凯译,北京大学出版社2021年版,第83页。

能否正当化的判断是在违法性阶层进行的，患者的主观真意是重点考察对象，立足于构成要件阶层的作为与不作为的区分已经丧失了决定作用。在采取中断医疗措施的场合，其是一系列行为的集合，要将这些行为明确区分为作为或是不作为，客观上并不具备可操作性，且具体行为的实施很大程度上取决于偶然。医生需要根据患者病情的实际进展，随时调整适宜的医疗方案。显然，较之于传统见解颇费周折地将作为解读为不作为，才能够使得患者自主决定权发挥作用的做法，这种立足于违法性阶层解决问题的方案，更加简洁便利。基于司法实务的视角观之，这种新方案更具明确性，更有利于为医护人员和其他相关主体在安乐死案件中提供确定性指引。<sup>⑬</sup>

“历经数十年的理论与实务及立法的互动，德国目前通说对于病人在中断治疗问题的自主权利行使已经形成共识。”<sup>⑭</sup> 每一主体都享有对于自己身体的自主决定权，接受医疗是权利而不是义务，即便罹患重症也可以拒绝接受医疗，且无须事先经过专业医疗咨询。因此，任何主体（无论患者家属还是医护人员）都不能违背患者的意愿采取医疗干预措施，否则就是对患者医疗自主决定权的侵害，进而可能成为正当防卫的适格对象（正在进行的不法侵害）。<sup>⑮</sup> 其中，与消极安乐死问题关联最为密切的，是原本已经获得患者同意而正在进行的医疗干预行为，纵使患者病情尚未真正进入临终末期，仍然因为患者撤回或取消原来作出的同意而丧失干预的正当性前提，故而必须尊重患者的自主决定权，停止正在进行的具备侵入性质的医疗行为。至于中断医疗的行为，无论表现为作为还是不作为，均不会构成杀人罪或是受嘱托杀人罪。德国联邦最高法院在 Fulda 案中，提出以患者的真实同意或推定同意来阻却中断医疗行为违法性的见解，最能彰显患者自主决定权的法理内涵，同时契合刑法解释学的论证要求<sup>⑯</sup>，是为本文所提倡。

其实，暂且不论刑法释义学上的细节性论争，针对践行患者主观意愿、造成患者死亡结果的中断医疗行为，不予处罚，这已是德国理论界与实务界达成的共识。<sup>⑰</sup> 加之 2009 年德国《民法典》第 1901a 条规定的制定，更是强化了前

<sup>⑬</sup> 参见王钢：《德国判例刑法》，北京大学出版社 2016 年版，第 63 页。

<sup>⑭</sup> 许泽天：《消极死亡协助与病人自主决定权——德国学说、立法与实务的相互影响》，载《台北大学法学论义》2016 年第 100 期，第 229 页。

<sup>⑮</sup> 参见许泽天：《尊重病人拒绝医疗意愿的中断治疗可罚性》，载《检察新论》2017 年第 21 期，第 180 页。

<sup>⑯</sup> 参见许泽天：《消极死亡协助与病人自主决定权——德国学说、立法与实务的相互影响》，载《台北大学法学论义》2016 年第 100 期，第 229 页。

<sup>⑰</sup> 参见许泽天：《消极死亡协助与病人自主决定权——德国学说、立法与实务的相互影响》，载《台北大学法学论义》2016 年第 100 期，第 229 - 230 页。

述共识的适用。依据德国《民法典》第 1901a 的规定，患者拒绝干预性医疗行为的主观意愿，无论是通过现实同意还是推定同意表达出来，均同样具有约束医方与其他第三人的效果。其中，关于推定同意的认定，可以根据患者事前口头、书面的意思表示，或是伦理、宗教上的信仰，亦或是个人主观价值取向来综合判断。如果成年患者在丧失同意能力之前已经预立病患意愿同意书，经辅助人加以检验，只要该同意书符合现在的生活与治疗现状，就应当予以履行，且患者随时有权以不要式方式撤回该同意书。与此同时，该法条还规定患者拒绝医疗权的行使并不受患者罹患疾病的种类或是病情严重性的限制。当然，患者只享有拒绝医疗权，并无死亡请求权（或称为要求死亡权）。<sup>⑮</sup>也就是说，患者无权请求医生为其实施不属于中断医疗行为的直接安乐死，即便患者提出直接安乐死的请求，医生也无须受此请求的约束。这也是德国受嘱托杀人罪所禁止的核心内涵。<sup>⑯</sup>其中，“拒绝医学治疗的权利普遍被认为是一项基本的自由原则”<sup>⑰</sup>，是指个人有权自主决定拒绝己所不欲的医疗行为，本质上是排除他人对自己身体的医疗干预，具有显著的正当程序和自由利益<sup>⑱</sup>。至于要求死亡权，事实上是要求他人杀死或是协助杀死自己，这与国家保护公民生命不受侵犯的宗旨相违背，故而为绝大多数国家明文禁止。<sup>⑲</sup>同理，要求死亡的权利亦明显有悖于我国的法律精神与制度，自然也不可能得到认可。简而言之，在消极安乐死的场合，患者作出中断医疗的决定是行使自主决定权的表现，仅仅是一种消极的拒绝医疗权，并非积极的“要求死亡权”<sup>⑳</sup>。

## （二）患者自主决定权之下的真实同意与推定同意

医生遵循患者拒绝治疗的主观意愿而中断治疗，患者因此死亡的，属违法行为。原因在于，治疗行为若想正当化，就必须获得患者的同意。<sup>㉑</sup>拒绝治疗

<sup>⑮</sup> 参见孙也龙：《临终患者自主权研究——以境外近期立法为切入》，载《西南政法大学学报》2017年第5期，第65页。

<sup>⑯</sup> 参见许泽天：《消极死亡协助与病人自主决定权——德国学说、立法与实务的相互影响》，载《台北大学法学论义》2016年第100期，第230页。

<sup>⑰</sup> Moody Carol, “The Right to Refuse Medical Treatment”, *Journal of Healthcare Management* 36, No. 1 (1991), p. 147.

<sup>⑱</sup> 参见 [美] 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥等译，中国社会科学出版社1995年版，第126页。

<sup>⑲</sup> 参见孙也龙：《临终患者自主权研究——以境外近期立法为切入》，载《西南政法大学学报》2017年第5期，第68页。

<sup>⑳</sup> 参见刘建利：《刑法视野下医疗中止行为的容许范围》，载《法学评论》2013年第6期，第131页。

<sup>㉑</sup> 参见李敏：《医疗决定权与成年监护制度的衔接——医疗代诺权的制度建构》，载《人权》2023年第3期，第90页。

权是患者行使自主决定权的表现，在中断医疗的场合，维持生命的利益已不存在。<sup>25</sup> 若医生无视患者拒绝治疗的意愿坚持治疗的，属于“专断医疗行为”，将可能面临故意伤害罪的追诉。当然，在遵循患者表达拒绝治疗意愿的场合，必须保证患者表达的意愿是基于知情同意而作出的真实自主表示。<sup>26</sup> 但是，承认患者的自主决定权并不等于承认患者享有死亡请求权，而是主张患者在死亡进程中享有自主选择死亡方式的权利。注意，中止治疗必须在患者处于濒临死亡的阶段之时才具有正当性。<sup>27</sup>

一切医疗活动的进行都是取决于患者的主观意愿，由患者自主决定医疗行为是否进行、如何进行，除非法律上存有特别规定，否则医生原则上不得强制医疗。如果患者明确要求医生采取或继续实施维持生命医疗的，医生就负有了治疗义务且应当履行。当然，治疗义务的履行并非绝对，可能会因为客观医疗条件的缺乏或是其他病人的利益等而受限制。但是，当患者明确表示拒绝接受维持生命医疗的行为时，医生就不再负有治疗义务。也就是说，如果患者明确表达了放弃生命的意愿，其生命法益将不再受到保护，刑法也就丧失了干涉的必要性。<sup>28</sup> 相反，如果医生违背患者主观意愿强行坚持治疗，反而是对患者医疗自主决定权的侵犯。因此，在消极安乐死的场合，医生的治疗义务因患者真实有效的承诺而结束，即便因医生中断维持生命医疗的行为而致患者死亡的，医生也不会成立故意杀人罪。如果患者已经丧失同意能力，无法就消极安乐死作出真实有效的承诺，就适用推定的同意。<sup>29</sup> 国内外司法案例的裁判结果也彰显了这一结论，只不过在表述方式、成立要件、论证逻辑等方面存有形式上的差异而已，但本质上都认可了消极安乐死的非犯罪化，以及在患者丧失同意能力之时适用推定同意来阻却行为的违法性。

消极安乐死在我国至今尚未合法化，但基本上可以为我国民众所接受，当前司法实务中原则上也不会将中断维持生命医疗的消极安乐死行为作为犯罪处理，<sup>30</sup> 因而消极安乐死在我国整体上可以视为超法规的违法阻却事由。我国多数学者也将消极安乐死作为独立的违法阻却事由，核心根据在于人的固有权利中包含

<sup>25</sup> 参见曾淑瑜：《医疗法律·伦理》，元照出版有限公司2007年版，第222页。

<sup>26</sup> 参见刘建利：《晚期患者自我决定权的刑法边界》，载《中国社会科学院研究生院学报》2018年第3期，第141页。

<sup>27</sup> 参见曾淑瑜：《医疗·法律·伦理》，元照出版有限公司2007年版，第222页。

<sup>28</sup> 参见付子堂、王业平：《法律家长主义与安乐死合法化的范围界限》，载《法学杂志》2021年第3期，第64页。

<sup>29</sup> 参见冯军：《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第399页。

<sup>30</sup> 参见黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第637页。

选择死亡的方式，对于这种权利应当予以尊重。<sup>③①</sup> 其实，这本质上也是自主决定权的应有之义。具而言之，在医疗活动中，患者的自主决定权并不限于一般身体与健康法益，更是涵括国家禁止公民自由处分生命与重大身体法益。如果在医疗活动中仍然一味坚持生命法益不得处分的原则，那么，患者自主决定权的行使必然受限。除非关涉第三人的利益，否则国家无权干涉公民的医疗决定，即便公民危在旦夕，国家亦无权强制公民就医，国家自然也并不具备限制公民终止医疗的权力。诚然，“生命法益不得处分”确实蕴含重要价值与意义，但这一准则应当是适用于自然存在的生命，任何人，即便是基于权利主体的同意，均无权缩短他人生命。当面临重大疾病威胁，生命的存续不再是自然存在，而是需要仰赖人工设备才能够维系时，公民应当享有适当的生命处分权，享有喊“停”的权利以撤出维生设备，让生命回归自然存在，因为公民享有自然死亡的权利。<sup>③②</sup> 即是说，我们承认公民的生命是神圣不可侵犯的，但是该原则是针对自然意义上存续的生命。在公民生命面临重大疾病困扰或是生命的存续使得其身体出于极端痛苦中，且需要仰赖维生设备延续生命时，我们应当赋予公民自然死亡的权利，容许维生设备的撤出，让公民有尊严地自然死亡，让生命回归自然的存在。

综上，消极安乐死得以正当化的判断标准在于患者自主决定权之下的被害人同意与推定同意：如果存在患者真实的主观意愿，就适用被害人同意；如果在患者已经丧失同意能力的场合，就适用推定同意。对于被害人同意的适用，尤其是推定同意的适用需要遵循严格的证明标准。那么，究竟需要满足怎样的前提条件，推定同意才能够有效阻却消极安乐死行为的违法性？这也正是下文所要研讨的重点。

### 三、消极安乐死在我国的合法化界限

消极安乐死能否合法化，核心在于患者对于自己的生命是否享有自主决定权，而自主决定权的有效行使又是以患者知情同意为前提。虽然我国尚无关于消极安乐死的明文规定，但并不能据此认为我国不存在建立安乐死制度的法律基础。纵观我国现有的法律体系，仍然还是可以为安乐死制度的建立找到相应

<sup>③①</sup> 参见魏超：《论推定同意的正当化依据及范围——以“无知之幕”为切入点》，载《清华法学》2019年第2期，第207页。

<sup>③②</sup> 参见张樱馨：《医疗义务与拒绝医疗权冲突之时之刑法评价》，台湾成功大学2011年硕士学位论文，第108-109页。

的法律依据，整体法秩序对于安乐死呈现一种包容和探索状态。具体可从宪法对于人权的尊重与保障，民法典对于生命尊严的明文保护，以及各法律规范关于患者知情同意权的确切规定以窥之。

2004年3月14日第七届全国人民代表大会第二次会议通过《中华人民共和国宪法修正案》，在第33条下增加了第三款：“国家尊重和保障人权。”“人权，是人作为人依据其自然属性和社会本质所应当享有的权利。”<sup>③③</sup> 生命权、自由权和财产权是自近代确立的人的三大自然权利，其中，生命权彰显了人之为人的尊严与价值。生命权包含生命安全维护权、司法保护救济权与生命利益支配权。安乐死关涉人之生死存亡，是生命权的核心要义所在，是个人对生命利益支配的显现。<sup>③④</sup> “生命自主原则，在安乐死实践中，表现为尊重患有不治之症的病人选择尊严死亡的权利，人有生的权利，也有死的尊严，这是社会文明进步的一种体现。”<sup>③⑤</sup> 赋予个人尊严死亡的权利，正如保障个人尊严体面地生存一般，是对生命的尊重，亦是对人权的尊重。因此，法律不要总是等到安乐死事件发生后，再去判断是否构成刑事犯罪，而是应当事先在民法上确认，当个人具备安乐死的成立要件时，是否享有选择死亡的权利。生命权既应然指代“生”的权利，在一定条件下也涵括了选择“死”的权利，这才符合生命权的应有之意。这不仅是对个人权利的尊重，与宪法的核心宗旨也并不违背，于公共秩序和善良风俗也无妨碍。

2020年5月28日，新中国第一部以法典命名的法律《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）正式颁布，《民法典》虽仍然未就安乐死问题作出明文规定，但其在第1002条<sup>③⑥</sup>关于生命权的保护中，明确规定自然人的生命尊严与自然人的生命安全一样都受到法律保护，这是一个重大的突破，为安乐死在我国的合法化预留了解释余地。“从抽象的人性出发，生命尊严是人的主张；从具体的人出发，主张生命尊严是伦理人的内在道德要求。在此基础上，主张生命尊严的终极目的是维护人格尊严，应当受到人格权法的保护。”<sup>③⑦</sup> 显然，这就是《民法典》在第1002条为何将生命尊严规定为生命权基本要义之一

<sup>③③</sup> 李步云、邓成明：《论宪法的人权保障功能》，载《中国法学》2002年第3期，第41页。

<sup>③④</sup> 参见李惠：《论安乐死的非犯罪性》，载《上海大学学报（社会科学版）》2010年第2期，第26页。

<sup>③⑤</sup> [瑞士]托马斯·弗莱纳：《人权是什么？》，谢鹏程译，中国社会科学出版社2000年版，第53-54页。

<sup>③⑥</sup> 参见《民法典》第1002条：“自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。”

<sup>③⑦</sup> 杨立新、李怡雯：《论〈民法典〉规定生命尊严的重要价值》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期，第100页。

的理论依据与社会基础。“生命尊严不仅是人格尊严的具体展开，也是生命权的终极理据。以死的尊严为核心，其具体内容包括尊严死、生前预嘱和临终关怀等。”<sup>③</sup>由此可见，《民法典》第1002条规定生命尊严旨在实现对于人格尊严的周全保护，通过延展生命权内涵的方式以保障死的尊严，并为尊严死、预立医嘱、临终关怀等提供了法律上的适用根据，也为消极安乐死在我国的合法化道路开辟了可能。无论消极安乐死抑或积极安乐死，都是为帮助患者摆脱正在忍受的剧烈痛苦，为患者保留最后的死亡尊严，这与《民法典》所保护的生命尊严内涵完全吻合。据此，司法实务部门在处理安乐死相关案件时，可以援引《民法典》第1002条的规定来阻却安乐死行为的违法性。凭借这种变通手段间接使得安乐死行为得以正当化，助力于推动安乐死的立法进程，待到将来各方面时机成熟，再实现于《民法典》中明文规定安乐死的立法期待。<sup>④</sup>

我国法律关于患者知情同意权的规定，最早可追溯至原卫生部1982年颁布的《医院工作制度》第40条手术室工作制度附则第6条<sup>⑤</sup>的规定，要求手术进行前原则上须当取得患方同意，只有当手术紧急来不及取得患方同意的场合，才可由医方代为同意。这是我国法律规范首次对于患者一方医疗自主决定权的明文确认，但是该规定相对较为保守和落后，并未直接将医疗行为决定权赋予患者本人，而是由患者的家属或是单位行使，虽对于患者医疗自主决定权的保障并不全面和彻底，但也开启了重视患方医疗自主决定权的先河，有着标志性的正向意义。随后至1994年国务院颁布的《医疗机构管理条例》（下文简称《条例》），其中，第33条<sup>⑥</sup>的规定明确赋予患者本人医疗自主决定权，并通过确认医方义务的方式来反向保障患者医疗自主决定权的贯彻落实。但是，该规定更倾向于保护患者对于医疗行为的同意权，对于患者知情权的保障暂未明确提及。

<sup>③</sup> 杨立新、李怡雯：《论〈民法典〉规定生命尊严的重要价值》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期，第100页。

<sup>④</sup> 参见杨立新、李怡雯：《论〈民法典〉规定生命尊严的重要价值》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期，第107页。

<sup>⑤</sup> 参见《医院工作制度》第40条手术室工作制度附则第6条规定：“实行手术前必须由病员家属、或单位签字同意（体表手术可以不签字），紧急手术来不及征求家属或机关的同意时，可由主治医师签字，经科主任或院长、业务副院长批准后执行。”

<sup>⑥</sup> 参见《医疗机构管理条例》第33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，或者遇到其他特殊情况时，主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补充授权负责人员的批准后实施。”

同年，原卫生部颁布的《医疗机构管理条例实施细则》第62条<sup>④</sup>的规定弥补了这一缺陷，不但明确承认患者享有知情权，同时强调医生负有说明义务，刚好与《条例》的内容互补，整体上形成一个相对完整的“患者知情同意权”体系。

紧接着，在2009年颁布的《执业医师法》第26条<sup>⑤</sup>第1款中，明确规定了医师负有向患者或其家属告知病情的义务，但在第2款就患者同意权的规定，却仅限于进行实验性临床医疗的情形，在其他医疗情形并未规定要求事先取得患者的同意。直到《侵权责任法》的颁布，将“医疗损害责任”作为独立章节予以规定，并于第55条<sup>⑥</sup>重申了医生的告知义务，并将获得患者的同意明确要求需为“书面同意”。在随后颁布的《病例书写规范》（2010年）第10条<sup>⑦</sup>、《医疗纠纷预防和处理条例》（2018年）第13条<sup>⑧</sup>与《基本医疗卫生与健康促进法》（2019年）第32条<sup>⑨</sup>中，都明确规定了医生的告知义务与患者的知情同意权。再到2020年颁布的《民法典》第1219条<sup>⑩</sup>，其中更是将患者的“书面

---

④ 《医疗机构管理条例实施细则》第62条：“医疗机构应当尊重患者对自己的病情、诊断、治疗的知情权利。在实施手术、特殊检查、特殊治疗时，应当向患者作必要的解释。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的，应当将有关情况通知患者家属。”

⑤ 《执业医师法》第26条：“医师应当如实向患者或者其家属介绍病情，但应注意避免对患者产生不利后果。医师进行实验性临床医疗，应当经医院批准并征得患者本人或者其家属同意。”

⑥ 《侵权责任法》第55条：“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。”

⑦ 《病例书写规范》（2010年）第10条：“对需取得患者书面同意方可进行的医疗活动，应当由患者本人签署知情同意书。患者不具备完全民事行为能力时，应当由其法定代理人签字；患者因病无法签字时，应当由其授权的人员签字；为抢救患者，在法定代理人或被授权人无法及时签字的情况下，可由医疗机构负责人或者授权的负责人签字。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的，应当将有关情况告知患者近亲属，由患者近亲属签署知情同意书，并及时记录。患者无近亲属的或者患者近亲属无法签署同意书的，由患者的法定代理人或者关系人签署同意书。”

⑧ 《医疗纠纷预防和处理条例》（2018年）第13条：“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术，或者开展临床试验等存在一定危险性、可能产生不良后果的特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；在患者处于昏迷等无法自主作出决定的状态或者病情不宜向患者说明等情形下，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。”

⑨ 《基本医疗卫生与健康促进法》（2019年）第32条：“公民接受医疗卫生服务，对病情、诊疗方案、医疗风险、医疗费用等事项依法享有知情同意的权利。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医疗卫生人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其同意；不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其同意。法律另有规定的，依照其规定。开展药物、医疗器械临床试验和其他医学研究应当遵守医学伦理规范，依法通过伦理审查，取得知情同意。”

⑩ 《民法典》第1219条：“【医务人员说明义务和患者知情同意权】医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其明确同意；不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其明确同意。医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。”

同意”修改为“明确同意”，使得对患者知情同意权的保护实现了从形式保护到实质保护的飞跃。虽然《民法典》延续采用了通过规定义务来反向塑造患者知情同意权的立法模式，但毋庸置疑的是，患者的知情同意权俨然已经成为民法上的一项法定权利。对于患者知情同意权的认可，事实上也表征了对于患者知情拒绝权的认可，因为同意的权利往往意味着拒绝的权利<sup>49</sup>。患者的知情同意权表明，经患者同意是医疗行为得以进行的前提，如果患者拒绝同意的，就可能构成专断医疗行为。据此导致患者重伤或死亡的严重后果，且医师的医疗行为存在瑕疵（违反注意义务、不符合医疗技术规范）时，还可能成立过失犯罪。<sup>50</sup> 维持生命医疗通常是指心肺复苏术、机械式维生系统、血液制品等任何可能延长患者生命的必要医疗处置措施，显然，“维持生命治疗以具有身体侵入性的人工机械装置代替自然人的生物功能以实现延命目的”<sup>51</sup>，因而当然应事先取得患者的同意，相对应地，患者自然也有权拒绝维持生命医疗。

除却前述关于患者知情同意权的一般性规定，在《精神卫生法》《人体器官移植条例》《母婴保健法》等调整特定医疗活动的法律规范中都确立了对于患者知情同意权的保障和尊重。但遗憾的是，我国至今尚无一部专门就患者知情同意权相关内容作出单独规定的法律，因而对于患者是否享有选择死亡的知情同意权，就只能从现有的一般法律规范中予以推敲和探寻。由于安乐死事关患者最为核心的生命权益，适用情形尤为特殊，患者的主体地位较之于平常更为敏感和脆弱，因此，必然面临种种障碍与难题：医生应当在什么时候以及如何履行告知义务？患者丧失同意能力或是不具备同意能力时，如何有效保障其医疗自主决定权的实现？如何避免其他有权同意主体滥用或是不当剥夺患者的医疗自主决定权？患者事先签署的预立医疗遗嘱是否能够受到法律上的认可？等等。诸多现实难题亟须专门立法予以解决。对此，中国医师协会于2014年颁布的《中国医师道德准则》（以下简称《准则》）中率先作出了解答，在第20条规定：“慎重对待患者对于维持生命治疗的选择。尊重丧失能力患者在其丧失能力之前所表达的意愿，可通过生前遗嘱、替代同意等方式，最大限度地保护患者的权益。”可见，《准则》对于是否维持生命医疗的选择秉持较为谨慎的态度，但也并未一概否决患者拒绝维生医疗的权利，而是尊重患者的主观意愿，

<sup>49</sup> Moody Carol, “The Right to Refuse Medical Treatment”, *Journal of Healthcare Management* 36, no. 1 (1991): 147.

<sup>50</sup> 徐久生：《专断医疗行为有可能成立过失犯罪》，载《政法论坛》2022年第6期，第157页。

<sup>51</sup> 孙也龙：《临终患者自主权研究——以境外近期立法为切入》，载《西南政法大学学报》2017年第5期，第70页。

以保护患者的最大权益为目的。事实上，该规定为患者拒绝维生医疗权利行使预留了空间，即便是丧失同意能力的患者，通过其生前遗嘱、替代同意等方式，只要符合患者的最佳利益，都有践行患者拒绝维生医疗决定的可能。随后到2017年，我国原国家卫生和计划生育委员会颁布《安宁疗护实践指南（试行）》及《安宁疗护中心基本标准和管理规范（试行）》，其中，《安宁疗护实践指南（试行）》在第三点“心理支持和人文关怀”部分明确规定：“尊重患者的意愿做出决策，让其保持乐观顺应的态度度过生命终期，从而舒适、安详、有尊严离世。”再到2023年1月1日起正式施行的《深圳经济特区医疗条例》，其中，第78条规定：“收到患者或者其近亲属提供具备下列条件的患者生前预嘱的，医疗机构在患者不可治愈的伤病末期或者临终时实施医疗措施，应当尊重患者生前预嘱的意思表示：（一）有采取或者不采取插管、心肺复苏等创伤性抢救措施，使用或者不使用生命支持系统，进行或者不进行原发疾病的延续性治疗等的明确意思表示……”即是说，如果病人立了预嘱“不要做无谓抢救”，医院要尊重其意愿，让病人平静走完最后时光。深圳市也成为全国第一个实现生前预嘱立法的地区。可见，国家层面对于生命尊严的重视与保障也在不断推进，对于患者自主医疗意愿的尊重也在日渐强化，当然，更详尽有力的制度安排还有待后续跟进和完善。

综上，我国现有法律体系虽然至今尚未就消极安乐死的合法化作出任何明文规定，但现有法律规范文本中都有为消极安乐死的合法化预留适用空间，国家层面也日益重视对于患者医疗自主决定权的尊重和维护，正积极稳步推进对于患者生命尊严和生存质量的现实保障。因此，待到将来时机成熟，消极安乐死这一制度在我国的合法化、体系化的实现是可以预期的，当下应当努力为将来的立法做好充足的理论准备。

#### 四、消极安乐死中适用推定同意的规则建构

消极安乐死作为一种普遍存在于患者临终末期阶段的行为，有其难以忽视的特殊性所在，但仍然要受到患者自主决定权的约束。法律严令禁止违背患者意愿实施的安乐死行为，但如果患者在具备同意能力时作出了拒绝治疗的真实意思表示，医生就必须尊重患者的自主医疗决定。即便如此将严重背离医生救死扶伤的天职，也丝毫不能减损患者自主决定权对医生的约束力。显然，具备同意能力的患者实现其自主决定权的路径十分简洁明了，随时可以自由表达真

实自主的内心意愿，充分而直接地行使自主决定权。<sup>②</sup>然而，当患者病情真正处于临终末期阶段，到了真正需要由患者本人作出最终医疗决定之际，因着舒缓医疗的普及以及镇静剂等药物的广泛使用，临终患者常常已经意识模糊或是处于完全无意识的状态，患者本人往往已丧失作出有效或是明确同意的能力。此时，如何获得患者的意愿？此乃患者自主决定权行使必须解决的问题。具而言之，此时已不存在获得患者真实意愿的可能性，只能通过推定同意这一根据来认定消极安乐死能否正当化。此时，患者的主观意愿应当如何推定？

### （一）生前预嘱

生前预嘱是指患者在具有同意能力时订立的关于自己将来丧失同意能力之际行使临终医疗自主决定权的预先嘱托<sup>③</sup>，是患者事先就临终时接受哪些医疗服务类型、是否使用生命支持系统等事项作出明确选择的文件。生前预嘱实质上就是患者自主决定权的衍生物，是预防性的事前医疗决定，医护人员应当受此约束。<sup>④</sup>生前预嘱旨在帮助处于生命末期的患者尊严体面地走向自然死亡，一定程度上可以解决某些伦理难题。<sup>⑤</sup>在我国当前的法律框架内，生前预嘱虽整体上尚不具备法律效力，亦缺乏专门法律保障生前预嘱的践行，但是，生前预嘱制度能够有效遏制医疗父权的滥用，预防具有代理权的医生或是近亲属作出违背患者意愿的医疗决定，有效缓和医患矛盾和家庭矛盾。<sup>⑥</sup>

不可否认，生前预嘱也面临不少质疑：（1）生前预嘱的制定与最终需要决定是否中断医疗之际存有时间上与空间上的间隔，人的想法是流动变化的，难以确保健康状态下主体的想法，到真正面临生死存亡之际不会发生改变。（2）临终患者的病情实状与医疗方法是变化和多样的，生前预嘱很难涵盖所有类型和可能，事实上会有很大一部分患者制定的生前预嘱很难生效，患者自主决定权的实现是有限的。<sup>⑦</sup>诚然，生前预嘱并不能够解决所有问题，但这并不意味着生前预嘱就毫无意义。虽然并不能保证生前预嘱的内容与患者真正需要作出中断医疗决定时的意愿完全一致，亦无法确保生前预嘱能够涵盖临终阶段的所有

<sup>②</sup> 参见张文婷：《论患者临终阶段的自决权——无同意能力患者消极安乐死之检讨》，载南京大学-哥廷根大学中德法学研究所编：《中德法学论坛》（第7辑），南京大学出版社2009年版，第220页。

<sup>③</sup> 参见王铤：《生前预嘱制度合法化路径探析》，载《医学与法学》2019年第1期，第2页。

<sup>④</sup> 参见孙也龙：《违反生前预嘱的法律责任——美国法的考察与启示》，载《金陵法律评论》2016年第1期，第243页。

<sup>⑤</sup> 参见李亚明：《“生前预嘱”与死亡的尊严》，载《哲学动态》2014年第4期，第80页。

<sup>⑥</sup> 参见王铤：《生前预嘱制度合法化路径探析》，载《医学与法学》2019年第1期，第2页。

<sup>⑦</sup> [日] 甲斐克则：《尊严死与刑法》，成文堂2004年版，第4页。

情状，但对于当前已经丧失同意能力的患者而言，这是能够确保其自主决定权最大限度实现的唯一手段。<sup>⑤</sup> 为保障患者临终阶段仍然能够就死亡方式行使自主决定权，较低限度内牺牲患者主观意愿的“真实性”是可以被理解和容许的。<sup>⑥</sup> 如果一味否定生前预嘱的效力，就只能让临终患者被动维持医疗现状，或是将自主决定的权利假手他人代行决定。较之于他人的代行决定，生前预嘱自然与患者的内心真意更为接近。因此，可以将生前预嘱视为推定患者主观意愿的重要根据，只要在中断医疗实施之前的这段时间内，并未发生足以变更患者主观意愿的重大情势，就可以根据生前预嘱的内容来推定患者的内心真意。<sup>⑦</sup> 随着医疗自主意识的不断觉醒和安乐死合法化进程的不断推进，生前预嘱在世界范围内的被重视程度与日俱增。美国是生前预嘱制度的发源地，至上个世纪90年代中期，几乎全部州都通过立法确认了生前预嘱的法律效力。在德国，联邦法院于2003年3月17日正式确认“预立医疗决定”的法律效力，并于2009年将预立医疗决定的相关理念整合进《德国民法典》（Bürgerliches Gesetzbuch）之中，进一步确定了预立医疗决定对于患者自主决定权的保障（§1901a BGB）。其中规定，患者有权随时以任何形式撤回预立医疗决定，若当前的生活状态和医疗情况符合预立医疗决定的内容时，应当履行预立医疗决定。<sup>⑧</sup> 在韩国，2016年1月8日通过《维持生命医疗决定法》中，明确规定处于临终过程中的患者，通过维持生命医疗计划书或事前维持生命医疗意向书，经医生确认属于患者本人的真实自主意愿，且不违背临终过程中患者内心真意的，应当履行中断维持生命医疗等决定。<sup>⑨</sup> 在我国台湾地区，2000年公布的“安宁缓和医疗条例”规定针对末期病人可以通过预立的意愿书不施行心肺复苏术与只能延长死亡进程的维生医疗；此后于2016年制定“病人自主权利法”更进一步放宽了预立医疗决定的适用条件，任何具备完全行为能力的人都可以预立放弃医疗的决定，当其符合预立医疗决定中的内容时，医方可以终止、撤除或是不施行急救。

我国当前虽仅有《深圳经济特区医疗条例》这一地方性法规就预立医嘱作

<sup>⑤</sup> 参见刘建利：《刑法视野下医疗中止行为的容许范围》，载刘建利主编：《医事刑法重点问题研究》，东南大学出版社2017年版，第276页。

<sup>⑥</sup> [日]井田良：《安乐死と尊严死》，载《现代刑事法》2000年总第15号，第89页。

<sup>⑦</sup> 参见于佳佳：《刑法视野下临终患者的自主决定权及限制》，载《当代法学》2015年第6期，第53页。

<sup>⑧</sup> 参见孙效智：《安宁缓和医疗条例中的末期病患与病人自主权》，载《政治与社会哲学评论》2012年第41期，第73-74页。

<sup>⑨</sup> 参见[韩]金恩正：《论“安乐死”的刑事法评价及课题》，载赵秉志主编：《中韩刑法正当化事由比较研究》，群众出版社、中国人民公安大学出版社2020年版，第175-177页。

出明确规定，但现行其他法律规范文本中都为预立医嘱的合法化预留了适用空间，国家层面也日益重视患者的医疗自主决定权，正积极稳步推进对于患者生存质量与生命尊严的保障。可见，预立医嘱在我国更进一步的合法化是可以预期的。

## （二）代行决定

代行决定是“自我决定权的代行”，是指由患者的家属、医护人员或其他第三人来代替患者作出是否中断医疗的决定。<sup>③</sup> 在终末期医疗实践中，最常见的情形是患者既无明确的医疗指示，也无生前预嘱。处于临终末期阶段的患者本人往往已经处于无意识的昏迷状态或是行为能力十分有限的意识模糊状态，此时，只能考虑通过“代行决定”来推定患者的真实意愿。有权代行决定者，通常都与患者存在特定亲密关系，十分熟悉患者一贯的做法与想法，这类主体主要包括患者的家属、好友与主治医生等。如果患者事先并未明确授权或指定某一主体代为决定，一般就默认患者的家属、好友和主治医生为有权代为决定的主体。其中，家属的意见最受重视。在医疗临床实践中，医护人员也常常会优先遵循患者家属的意愿来作出医疗决定，因为家属是与患者相处时间最久，有着相同的生活背景与成长经历，依常情判断，家属应是最为了解患者的主观价值取向，最关心患者以及最能够帮助患者实现最佳利益的主体。因而当患者陷入意愿不明之际，家属的医疗意愿往往是临床医疗决定的重要参考。<sup>④</sup> 在我国当前的法律体系中，虽然尚无法律或是行政性文件就消极安乐死中的代行决定作出明确规定，但关于普通医疗行为中患者同意的相关规定仍然可以为此提供有效参考。在1994年国务院颁布的《医疗机构管理条例》第33条规定，医疗机构的医疗行为应取得患者同意，并应同时取得患者家属或其关系人的同意并签字；若无法取得患者意见的，应取得患者家属或其关系人的同意并签字。同年，原卫生部颁布的《医疗机构管理条例实施细则》第62条与2009年制定的《侵权责任法》第55条规定，医疗机构应当向患者履行说明义务，若不宜向患者说明情况的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。随后颁布的《病历书写规范》（2010年）第10条、《医疗纠纷预防和处理条例》（2018年）第13条、《基本医疗卫生与健康促进法》（2019年）第32条与《民法典》（2020年）第1219条中，都明确规定了在需要实施手术、特殊检查或特殊治疗

<sup>③</sup> 参见刘建利：《刑法视野下医疗中止行为的容许范围》，载《法学评论》2013年第6期，第132页。

<sup>④</sup> 参见张樱馨：《医疗义务与拒绝医疗权冲突时之刑法评价》，台湾成功大学2011年硕士学位论文，第39页。

的场合，当患者因各种原因无法作出有效同意时，应由患者的近亲属或其他关系人代为作出同意。在《医疗机构管理条例实施细则》（2017年修正）第88条将特殊检查、特殊治疗规定为患者病情危笃，可能对患者产生不良后果与危险的检查和治疗等活动。因此，根据法律的规定观之，在患者病情进入临终末期、死亡进程已经不可逆转且患者丧失同意能力的场合，是否采取或是继续实施维生医疗的决定权就由患者本人移转至患者家属手中，此时，家属的意见占据主导地位。<sup>65</sup> 也就是说，应当在合理限度内赋予患者家属放弃治疗的权利，选择让患者自然死亡，且无须担责。<sup>66</sup> 那么，应当如何规范患者家属代为推定患者可能意愿的行为？可以借鉴国外的立法实践与司法实务经验。在德国，依据《民法典》第1901a条的规定，关于患者可能意愿的推定，家属应根据患者此前口头或是书面作出的意思表示，或是患者本人的主观价值取向以及对伦理、宗教的信念来综合判定。在日本，横滨地方法院在东海大学附属医院“安乐死”案、川崎协同医院案件判决中表明，当缺乏患者关于中断医疗的真实意愿时，可由充分了解患者主观偏好、价值取向、病情实状与治疗内容的近亲属代为推定，并综合患者事前口头或是书面的医疗意愿表示来加以判断。同时，判决还要求近亲属在事前曾与患者和医生进行过充分的沟通与交流，能够准确把握与理解患者立场，并立足于患者的立场去代为决定。<sup>67</sup> 在美国，Conroy事件上诉审的新泽西州最高法院明确提出代行判断的三个标准：主观标准、限制性主观标准与纯客观标准。<sup>68</sup> 特拉华州法院的判决中甚至直接允许家属基于患者日常表达过的意见来推定患者可能的主观意愿。<sup>69</sup>

然而，家属所表达的意愿究竟是对患者本人主观意愿的真诚推定，还是基于自己的立场作出希望患者接受的医疗决定，事实上是很难准确分辨的。即便家属是真诚地推测患者可能的内心真意，亦有研究表明，许多家属事实上很难

<sup>65</sup> 参见睢素利：《对生前预嘱相关问题的探讨》，载《中国卫生法制》2014年第2期，第9页。

<sup>66</sup> 参见付子堂、王业平：《法律家长主义与安乐死合法化的范围界限》，载《法学杂志》2021年第3期，第66-67页。

<sup>67</sup> 参见陈逸珍：《从实证分析看加工自杀罪之可罚性——兼论病人自主权利法之适用》，台湾交通大学2018年硕士学位论文，第60页。

<sup>68</sup> In re Conroy, 98 N. J. 321, 486 A. 2d 1209 (1985).

<sup>69</sup> In re Travel, 661 A. 2d 1061 (Del. 1995). 本案详情如下：特拉华州法院在承认推定意思时根据的证据是，患者与母亲一起观看报道植物人的电视节目时，告诉母亲自己如果处于同样的状态，不希望继续治疗；医生也证明了，患者的状态与被报道过的植物人的状况相似；并且，终止治疗与患者本人对哲学和神学的理解也不相冲突。

准确判定患者深藏于内心的主观意愿<sup>⑦</sup>，遑论家属基于自己主观利益而推定的场合，其真实性更难保证。如果患者家属代为推定作出的医疗决定，明显有悖于常情且无确凿证据可以证实为患者的主观意愿<sup>⑧</sup>，医生不应当予以遵循，应坚持保护患者最佳利益的原则。可见，允许家属有权推定患者的主观意愿，并不代表家属意愿可以直接替代患者意愿。<sup>⑨</sup>法律并不否定违背患者家属意愿的正当医疗行为存在，当家属推定得出的医疗意愿明显违背患者最佳利益，也无可靠证据证实符合患者的主观意愿，或是医生特别知悉家属意愿与患者本人的主观意愿不相符合的，可以由医生来代行决定。医生可以依据过去与病患的接触了解来推定患者的主观意愿，或是遵循最佳利益原则代替患者进行利益权衡，以避免家属基于私利侵害患者的合法权益，改善医疗实践中常见的“该医而不医”“不该医而医”的情形。<sup>⑩</sup>此外，在竭尽各种方法之后，仍然难以准确推定患者可能的、如果此时的维生医疗不是“非人道”的，依据“存疑时生命利益优先”的原则，应当优先保护患者的生命利益，不得随意中断或是终止维持生命医疗。<sup>⑪</sup>

## 结 语

随着血液透析、营养支持、人工呼吸器等生命维持医疗技术的飞跃性发展，只要人的心脏可以跳动，即便丧失自主呼吸能力乃至处于无意识状态，都能够利用各种治疗方法和机械装置在一定程度上维持或延长濒临死亡患者的生命。但是，这些介入性的有创操作会增加患者的痛苦，一定程度上有损患者作为人的尊严，特别是针对持续忍受剧烈病痛折磨的终末期患者而言，人工维持生命的方式反而可能是对其尊严死亡权利的侵犯。因此，当满足特定条件时中断或终止维生医疗，让患者尊严体面地走向自然死亡，是具有伦理正当性的应然选择。积极安乐死在我国自然是被绝对禁止的，消极安乐死则存在一定的入法的空间。虽然我国法律体系至今尚未作出任何明确规定，但在当前的法律规范文本中还是可以为消极安乐死在我国的合法化找到相应的适用根据，司法实务中

<sup>⑦</sup> 参见张樱馨：《医疗义务与拒绝医疗权冲突时之刑法评价》，台湾成功大学2011年硕士学位论文，第39页。

<sup>⑧</sup> 参见陈英淙：《论长期昏迷且意愿未明者之死亡协助——兼释疑“死亡协助”一词》，载《月旦法学》2005年第121期，第178页。

<sup>⑨</sup> 参见于佳佳：《刑法视野下临终患者的自主决定权及限制》，载《当代法学》2015年第6期，第54页。

<sup>⑩</sup> 参见王皇玉：《强制治疗与紧急避难——评台湾高等法院96年度上易字第2020号判决》，载《月旦法学杂志》2007年第151期，第261页。

<sup>⑪</sup> [日] 甲斐克则、谷田宪俊主编：《安乐死·尊严死》，丸善出版社2012年版，第144页。

对于消极安乐死类似案件的裁判也呈现出一种轻刑化乃至无罪化的处理趋势。不可否认，消极安乐死在我国的合法化还有很长的一段道路要走，但当前的司法实务还是可以为预留一定的现实出路，待到将来道德、法治、医疗、福利、社会文化等条件达到相当水平，再通过立法认可消极安乐死的合法性。

**Abstract:** In the criminological system, passive euthanasia is an act that meets the constitutive elements. We should discard the traditional view of distinguishing between action and non-action, but use genuine consent or presumptive consent under the patient's right of self-determination as the basis for its justification. In general, the patient's genuine consent takes precedence, but in case of the unavailability of the patient's genuine consent, his or her presumptive consent should be applied as a substitute. The judgment of presumptive consent should follow the subsequence, with the living will of the patient applied first and then the substitute decision. If the patient's personal will cannot be inferred after exhausting all available possibilities, the principle of prioritizing the interests of life should prevail, and the ongoing life-sustaining medical care should not be interrupted or terminated without the consent of the patient.

**Keywords:** Passive Euthanasia; Presumptive Consent; Genuine Consent; Right of Self-determination

(责任编辑 孟 涛)