

# 预先医疗指示的法律效力

以意思能力的判断、代理决定的界限与安宁疗护的实施为中心

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

**摘要:** 当一个人失去作出医疗决定的能力, 谁来替他决定, 依什么标准决定, 是老龄化社会无法回避的问题。民法典第一千二百一十九条确立的知情同意规则, 以患者本人为决定主体; 当患者不能表达时, 由近亲属代为决定。但近亲属的决定未必符合患者的真实意愿, 甚至可能与患者生前的明确表示相悖。预先医疗指示, 即预嘱, 正是为解决这一困境而生的制度。它允许具有意思能力的成年人事先就未来的医疗措施作出安排, 在丧失决定能力时生效。我国现行法没有明确规定预嘱, 实务中以其违反公序良俗或者缺乏法律依据为由否认其效力的判例并不鲜见。本文主张: 预嘱在性质上是附条件的单方法律行为, 以丧失意思能力为生效条件, 不以近亲属同意为要件; 其效力基础是患者的自主决定权, 而非委托代理; 效力要件应包括作成时的意思能力、书面形式、见证人、以及必要时的公证或者登记; 代理决定的界限应以患者的预判意愿为优先, 近亲属的意见仅在患者未作预嘱或者预嘱不明时补充适用; 安宁疗护中的放弃治疗与撤除治疗, 须区分积极治疗、维持治疗与舒缓治疗, 不得以预嘱为名实施安乐死; 医疗机构依有效预嘱不实施或者撤除治疗的, 不承担侵权责任, 但须履行说明、记录与伦理审查义务。

**关键词:** 预先医疗指示; 预嘱; 知情同意; 意思能力; 代理决定; 安宁疗护

**中图分类号:** D922.291 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2019)01-0026-12

## The Legal Effect of Advance Medical Directives

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

**Abstract:** When a person loses the capacity to make medical decisions, who decides for him and by what standard is an unavoidable question in an ageing society. Article 1219 of the Civil Code establishes informed consent with the patient as the decision-maker; where the patient cannot express himself, close relatives decide. Yet relatives may act contrary to the patient's true wishes, even against an explicit prior statement. The advance medical directive exists to resolve this dilemma, allowing a competent adult to arrange future medical measures in advance, effective upon loss of capacity. Chinese law is silent, and courts have occasionally denied effect on grounds of public order or lack of legal basis. This article argues that an advance directive is a unilateral juridical act subject to a condition, taking effect upon loss of capacity and requiring no consent of relatives; that its foundation is the patient's right of self-determination rather than agency; that formalities should include capacity at execution, written form, witnesses and, where necessary, notarisation or registration; that surrogate decisions must give priority to the patient's anticipatory wishes, with relatives' views supplementing only where no directive exists or its meaning is unclear; that withholding and withdrawing treatment in hospice care must be distinguished from active treatment, life-sustaining treatment and palliative care, and may not be used to practise euthanasia; and that a provider acting on a valid directive bears no tort liability, provided it fulfils duties of explanation, documentation and ethics review.

**Key words:** advance medical directive; living will; informed consent; capacity; surrogate decision; hospice care

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究民事诉讼与医疗纠纷诉讼。

## 一、问题的提出

医学的进步, 使死亡的过程被拉长。过去在数日内发生的死亡, 如今可能延续数月甚至数年; 过去不可救治的疾病, 如今可以靠机器维持生命体征。技术延长了生命, 也带来了新的问题: 当一个人失去意识, 靠呼吸机、营养液、透析维持, 这样的生命是否还是他

想要的？

民法典第一千二百一十九条规定，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，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。这一规定，确立了以患者本人为决定主体的知情同意规则。

但是，当患者失去意思能力，无法表达意愿时，决定权转移给近亲属。这一转移，在多数情况下是妥当的：家属了解患者的性格、价值观、生活态度，能够作出符合患者利益的决定。然而，家属的决定未必总是符合患者的真实意愿。有的家属出于情感，不愿放弃治疗；有的家属出于经济压力，急于放弃；有的家属之间意见不一，争执不下。

预先医疗指示，正是为解决这一困境而设。它允许具有意思能力的成年人事先就未来可能发生的医疗措施作出安排，在丧失决定能力时生效。指示的内容可以包括：拒绝心肺复苏、拒绝使用呼吸机、拒绝鼻饲、拒绝透析、选择安宁疗护、指定医疗代理人等。

我国现行法没有明确规定预嘱。民法典第三十三条规定了意定监护，允许成年人事先以书面形式确定自己的监护人；第一千零六条规定了自然人的生命权、身体权、健康权受法律保护。但预嘱的效力、要件、执行，均无明文。这一空白，使实务中的处理极为分歧。

有的法院以预嘱违反公序良俗为由，否认其效力，认为放弃治疗等于放弃生命，有悖伦理；有的法院以缺乏法律依据为由，不予采信；有的法院虽承认其效力，但对效力要件、执行方式语焉不详。裁判的不统一，使医疗机构无所适从：依预嘱不实施抢救，可能被家属起诉；不依预嘱实施抢救，可能违背患者意愿。

争议的焦点，集中在四个问题。其一，预嘱的法律性质，是单方法律行为，还是委托代理，抑或意思表示的延伸；其二，意思能力的判断，作成时的能力与执行时的能力如何分离；其三，效力要件，是否需要书面、见证、公证、登记；其四，代理决定的界限，近亲属的意见与患者的预嘱冲突时，何者优先。

还有安宁疗护中的特殊问题。安宁疗护以舒缓症状、提高生命质量为目的，不追求延长生命；其中的放弃治疗、撤除治疗，与安乐死的界限何在？医疗机构依预嘱撤除呼吸机，是否构成故意杀人？这些问题，涉及刑法与民法的交错，须慎重处理。

本文的任务，是为上述问题提供解决的思路。第二节分析预嘱的法律性质；第三节讨论意思能力的判断；第四节设计效力要件；第五节界定代理决定的界限；第六节讨论安宁疗护中的放弃与撤除；第七节分析医疗机构的义务与免责；第八节归纳司法审查的路径；第九节为结语。

讨论之前，须明确一个立场：预嘱不是放弃生命，而是选择死亡的方式。它尊重的是患者在生命末期的自主权，而非否定生命的价值。这一区分，是理解全部问题的前提。

从比较法的角度看，预嘱制度在多数国家已经确立。美国1990年《患者自主决定法》

要求医疗机构告知患者预嘱的权利；德国2015年《民法典》第1901条a款规定，患者的意定意愿优先于推定意愿；日本通过《安宁疗护指南》确认预嘱的效力。我国的制度设计，可以借鉴这些经验。

## 二、预嘱的法律性质

预嘱的法律性质，是理解其效力的起点。学理上有三种观点：单方法律行为说、委托代理说、意思表示延伸说。三说的分歧，直接影响预嘱的生效条件与执行方式。

单方法律行为说认为，预嘱是患者单方作出的意思表示，无须他人同意即生效。这一观点的优点是，尊重患者的自主权，避免家属的干预；缺点是，难以解释为何单方行为可以约束医疗机构与家属。

委托代理说认为，预嘱是患者对医疗代理人的授权，代理人依授权作出决定。这一观点的优点是，符合代理的制度逻辑，便于执行；缺点是，预嘱的内容往往不是授权，而是直接的医疗指示，例如拒绝心肺复苏，无须代理人介入。

意思表示延伸说认为，预嘱是患者意思表示的延伸，在丧失能力后继续发生效力。这一观点的优点是，强调患者意愿的连续性；缺点是，意思表示通常须向相对人作出，预嘱的相对人是谁，难以确定。

本文主张，预嘱在性质上是附条件的单方法律行为，以丧失意思能力为生效条件。理由有三：其一，预嘱是患者单方作出的，无须医疗机构或者家属同意；其二，预嘱的内容是医疗指示，直接产生法律效果，不依赖代理人的行为；其三，预嘱的生效以丧失能力为条件，条件成就时生效，条件不成就时不生效。

这一定性，具有三点实益。第一，生效条件明确。患者具有意思能力时，预嘱不生效，医疗机构仍须依患者的实时意愿行事；患者丧失能力时，预嘱生效，医疗机构须依预嘱行事。第二，无须代理人介入。预嘱可以直接执行，不因代理人缺位而失效；代理人仅在预嘱未涉及的事项上补充决定。第三，不受家属意思的约束。家属不同意预嘱的，不影响预嘱的效力；医疗机构依预嘱行事，不构成侵权。

预嘱与意定监护，须区分。民法典第三十三条规定的意定监护，是成年人事先确定监护人，由监护人处理其事务，包括医疗决定。意定监护是委托代理的一种，须有监护人的行为；预嘱是单方行为，无须代理人。二者可以并存：患者可以既订立预嘱，又指定意定监护人；监护人执行预嘱，而非替代预嘱。

预嘱与知情同意，也须区分。知情同意是患者对具体医疗措施的同意，须在充分了解病情、风险、替代方案后作出；预嘱是患者对未来医疗措施的事先安排，无须针对具体的病情。二者的关系是：预嘱是知情同意的延伸，是患者在不具备知情同意能力时，对自己意愿的事先表达。

预嘱与遗嘱，容易混淆。二者都是单方行为，都在死后或者丧失能力后生效，但内容

不同：遗嘱处分财产，预嘱处分医疗措施；遗嘱在死亡时生效，预嘱在丧失能力时生效；遗嘱须依继承法的形式要件，预嘱的形式要件另定。二者不能混用，也不能相互替代。

预嘱的内容，须分类。其一，拒绝特定治疗，例如拒绝心肺复苏、拒绝呼吸机、拒绝透析、拒绝输血；其二，选择治疗方式，例如选择安宁疗护、选择居家临终；其三，指定医疗代理人，例如授权某人代为决定；其四，表达价值观，例如对生命质量的理解、对痛苦的容忍度。前三类产生法律效果，第四类仅作解释的参考。

预嘱的效力，是否及于第三人？例如，患者预嘱拒绝输血，医疗机构依预嘱不输血，患者死亡，家属起诉。此时，医疗机构的义务是什么？本文认为，医疗机构须尊重预嘱，不实施预嘱拒绝的治疗；但须履行说明义务，告知家属预嘱的内容与后果；须记录预嘱的执行过程；必要时，须经伦理委员会审查。

预嘱的撤回，须有规则。患者订立预嘱后，可以随时撤回；撤回的方式，可以是书面撤回，也可以是口头撤回，还可以通过行为撤回，例如在清醒时要求抢救。撤回无须他人同意，也不受形式的限制；只要患者具有意思能力，撤回即生效。

预嘱的变更，与撤回同理。患者可以修改预嘱的内容，例如从拒绝全部治疗改为拒绝部分治疗；修改须依订立的形式，但紧急情况下可以口头变更。变更后，以最后的意思表示为准。

从制度的角度看，预嘱的性质，决定了其效力、要件与执行。定性为单方行为，才能保障患者的自主权；定性为委托代理，则患者的意愿可能被代理人的判断取代。这一区分，是制度设计的关键。

### 三、意思能力的判断

预嘱的效力，以患者作成时具有意思能力为前提。无意思能力的人作出的预嘱，无效。问题在于，意思能力如何判断？作成时的能力与执行时的能力，是否须一致？

意思能力，是指自然人辨认自己行为的能力。民法上的意思能力，包括理解能力与判断能力：理解能力，指理解行为的内容与后果；判断能力，指权衡利弊、作出选择的能力。二者具备，即为有意思能力。

作成预嘱时的意思能力，须严格审查。患者须理解：自己的病情、可能的治疗方案、拒绝治疗的后果、预嘱的效力。审查的方式，可以由医师评估，也可以由公证员、律师见证；评估的内容，应记录在案。

执行预嘱时的意思能力，须重新判断。患者订立预嘱时具有能力，丧失能力后预嘱生效；但若患者在丧失能力后又恢复能力，预嘱是否继续有效？本文认为，应重新判断：患者恢复能力后，可以撤回或者变更预嘱；未撤回的，预嘱继续有效，但医疗机构应尊重患者的实时意愿。

意思能力的判断，须有时点。作成时无能力的，预嘱无效；作成时有能力、执行时无

能力的，预嘱有效；作成时有能力、执行时有能力但无法表达的，预嘱不生效，应依患者的实时意愿。这一规则，体现了对患者自主权的尊重。

意思能力的判断标准，须具体。不能一概以年龄、精神状态为标准，而应结合具体的情形：患者的病情、意识状态、认知功能、沟通能力。对于临终患者，即使身体虚弱，只要能够理解并表达意愿，仍应认定有意识能力。

实务中，有的医疗机构以患者“情绪激动”“一时冲动”为由，否认预嘱的效力。这一做法，须谨慎。情绪激动不等于无能力；只要患者理解预嘱的内容与后果，其决定即应尊重。医疗机构不能以自己的价值判断，取代患者的选择。

意思能力的评估，须有程序。建议由两名以上医师共同评估，其中一名应为精神科或者神经内科医师；评估的内容，包括定向力、记忆力、判断力、理解力；评估的结论，应记录在病历中。评估的程序，既保障了患者的权利，也保护了医疗机构。

意思能力的推定，须有规则。成年人原则上推定有完全民事行为能力，即有意识能力；主张其无能力的，须负举证责任。这一推定，适用于预嘱的作成；医疗机构或者家属主张患者无能力的，应提供证据。

意思能力的丧失，须有证明。患者丧失能力，是预嘱生效的条件；主张条件成就的，须证明患者不能辨认自己的行为。证明的方式，可以是医学诊断、护理记录、见证人证言。

还有一个问题：间歇性精神障碍患者的预嘱。患者在清醒时订立预嘱，在发病时丧失能力，预嘱是否生效？本文认为，应区分：患者在发病期间，预嘱生效；患者恢复清醒后，可以撤回或者变更；医疗机构应尊重患者的实时意愿。

意思能力的判断，还涉及文化因素。我国患者往往不愿直面死亡，家属也倾向于隐瞒病情；患者在不了解真实病情的情况下作出的预嘱，其效力如何？本文认为，预嘱的效力，以患者知情为前提；医疗机构未告知真实病情的，预嘱的效力存疑；但患者明确表示不愿知情的，不影响预嘱的效力。

从实务的角度看，意思能力的判断，是预嘱纠纷的核心争点。家属往往主张患者订立预嘱时无能力，请求确认预嘱无效；医疗机构则主张患者有能力，请求确认预嘱有效。法院应结合医学证据、见证人证言、患者的一贯表现，综合判断。

## 四、效力要件

预嘱的效力要件，包括实质要件与形式要件。实质要件，是意思能力与真实意愿；形式要件，是书面、见证、公证或者登记。要件的设计，须兼顾患者的便利与效力的确定。

书面形式，是基本要求。预嘱须以书面形式作成，载明患者的基本信息、预嘱的内容、作成的时间、患者的签名。书面形式的意义，在于固定内容，避免争议；口头预嘱难以证明，不宜承认其效力，但紧急情况下的口头表示，可以作为参考。

见证人，是重要的保障。预嘱须有两名以上见证人在场，见证人须具有完全民事行为能力，且与患者无利害关系。见证人的作用，是证明患者在作成时具有意思能力、未受胁迫、理解预嘱的内容。

见证人的资格，须有限制。医疗机构的工作人员、患者的近亲属、继承人、受遗赠人，不宜担任见证人；与患者有利害关系的人，不得担任见证人。限制的目的，是避免利益冲突，保障预嘱的真实性。

公证，可以增强效力。患者可以将预嘱公证，由公证员审查患者的身份、意思能力、真实意愿；公证后的预嘱，具有较高的证明力。公证的自愿性，须尊重；不能强制患者公证，也不能以未公证为由否认预嘱的效力。

登记，值得探索。建议建立预嘱登记制度，由医疗机构或者卫生健康部门登记预嘱的内容，实现信息共享；患者就诊时，医疗机构可以查询预嘱，避免违背患者意愿。登记的意义，在于解决预嘱的保存与查询问题。

预嘱的保存，须有规则。患者可以将预嘱交由医疗机构、公证机构、律师事务所或者信赖的人保存；保存人须保密，非依法律规定或者患者同意，不得披露。患者可以随时取回或者变更预嘱。

预嘱的告知，须有义务。患者订立预嘱后，应告知近亲属与医疗机构；未告知的，不影响预嘱的效力，但可能导致执行困难。医疗机构在诊疗中，应主动询问患者是否有预嘱；有预嘱的，应记录在病历中。

形式要件的欠缺，是否导致预嘱无效？本文认为，应区分：欠缺书面形式的，预嘱无效；欠缺见证人的，预嘱的效力待定，可以通过其他证据补强；未公证的，不影响效力；未登记的，不影响效力。这一区分，体现了形式与实质的平衡。

预嘱的期限，须考虑。有的国家规定预嘱的有效期为五年，期满须重新订立；我国可以借鉴，但不宜强制。本文主张，预嘱长期有效，但患者可以约定有效期；医疗机构在运行时，应审查预嘱是否仍然符合患者的意愿。

预嘱的适用范围，须明确。预嘱仅适用于患者丧失意思能力的情形；患者有能力时，医疗机构应尊重患者的实时意愿，不适用预嘱。预嘱的内容，仅及于医疗措施，不及于财产处分、人身照护等其他事项。

预嘱的效力，是否及于医疗机构？医疗机构是否须查询预嘱？本文认为，医疗机构在诊疗中，应询问患者是否有预嘱；患者无法表达的，应查询其病历、登记信息；未尽查询义务，依预嘱本应不实施的治疗而实施的，可能构成侵权。

从比较法的角度看，各国的形式要件宽严不同。美国多数州要求书面形式与两名见证人；德国要求书面形式，但不强制见证；日本没有法定形式，依指南操作。我国可以采书面加见证的模式，兼顾安全与便利。

## 五、代理决定的界限

患者丧失意思能力后，医疗决定由谁作出？民法典第一千二百一十九条规定，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。这一规定，确立了近亲属的代理决定权。但代理决定的界限何在？

代理决定的性质，是法定代理，还是意定代理？本文认为，近亲属的决定权，性质上是法定代理，基于亲属关系产生；患者事先指定代理人的，性质上是意定代理，基于授权产生。二者并存时，意定代理优先。

代理决定的标准，有三种：最佳利益标准、替代判断标准、预先指示优先标准。最佳利益标准，以患者的最大利益为准；替代判断标准，以患者如果清醒时会作出的选择为准；预先指示优先标准，以患者的预嘱为准。

本文主张，应采用预先指示优先标准，辅以替代判断标准。患者有有效预嘱的，代理人须依预嘱决定；预嘱未涉及的，代理人应依患者的一贯价值观、生活态度，推测患者的选择；无法推测的，依患者的最佳利益决定。这一顺位，体现了对患者自主权的尊重。

实务中，家属的意见往往与预嘱冲突。例如，患者预嘱拒绝心肺复苏，家属要求抢救。此时，医疗机构应依预嘱，不实施心肺复苏；但须向家属说明预嘱的内容与法律依据，必要时请伦理委员会介入。家属不同意的，不影响预嘱的执行。

家属之间的意见冲突，也须处理。有的家属主张继续治疗，有的主张放弃；医疗机构无所适从。本文主张，应依预嘱；无预嘱的，应依患者的最佳利益；家属意见不一致的，可以请求医疗机构伦理委员会决定，或者请求法院指定监护人。

代理决定的限制，须明确。代理人不得作出违反患者预嘱的决定；不得作出损害患者尊严的决定；不得为谋取私利而作出决定。代理人违反义务的，应承担法律责任；情节严重的，可以撤销其代理资格。

代理决定与安乐死的界限，须严格区分。代理决定放弃的是过度的、无益的治疗，目的是让患者自然死亡；安乐死是主动结束患者的生命，目的是终止痛苦。二者的性质不同，法律评价也不同。我国法律禁止安乐死，代理决定不得逾越这一界限。

代理决定的记录，须完备。医疗机构应将代理决定的过程、依据、家属的意见，记录在病历中；重大决定，应经伦理委员会审查。记录的完备，既保障了患者的权利，也保护了医疗机构。

从制度的角度看，代理决定的界限，是预嘱制度的关键。界限清晰，代理人才知道如何决定；界限模糊，代理人可能滥用权力。立法应明确顺位、标准与限制，为实务提供指引。

## 六、安宁疗护中的放弃与撤除

安宁疗护，是指对临终患者提供的、以舒缓症状、提高生命质量为目的的照护。它不

追求延长生命，也不加速死亡；它承认死亡的自然过程，帮助患者安详地走完最后一程。

安宁疗护中的放弃治疗，是指不开始或者不继续某种治疗；撤除治疗，是指停止已经开始的治疗。二者在伦理上常被区别对待：放弃被认为较易接受，撤除被认为较难接受。但在法律上，二者的性质相同，都是对治疗的限制。

放弃与撤除的对象，须区分。其一，积极治疗，即针对病因的治疗，例如化疗、手术；其二，维持治疗，即维持生命体征的治疗，例如呼吸机、透析、升压药；其三，舒缓治疗，即缓解症状的治疗，例如止痛、镇静、护理。放弃或者撤除的，通常是一、二类；舒缓治疗不得放弃。

放弃与撤除的界限，须把握。患者预嘱拒绝呼吸机，医师不插管，属于放弃；患者已插管，医师依预嘱拔管，属于撤除。二者在法律上均应尊重患者的意愿，但撤除的风险更高，须更严格的程序。

撤除治疗的伦理争议，最大。有人认为，撤除等于主动结束生命，与安乐死无异；有人认为，撤除只是停止无效的治疗，让疾病自然发展。本文赞成后一观点：撤除的对象是无效的、过度的治疗，不是患者的生命；患者的死亡，源于疾病本身，而非医师的行为。

撤除的程序，须严格。其一，须有有效的预嘱或者代理决定；其二，须有两名以上医师的评估，确认治疗无效；其三，须经伦理委员会审查；其四，须向家属说明，记录在案；其五，须提供舒缓治疗，减轻痛苦。五道程序，缺一不可。

撤除与安乐死的界限，须划清。安乐死是主动注射致死药物，目的是结束生命；撤除是停止无效治疗，目的是尊重自然过程。前者违法，后者合法。医师在撤除时，不得主动注射致死药物，不得实施任何加速死亡的行为。

安宁疗护的实施，须有规范。国家卫生健康委员会2017年发布的《安宁疗护实践指南（试行）》，规定了安宁疗护的对象、内容、流程。指南的落实，须有配套：专门的病房、专业的团队、充足的药物、合理的收费。

安宁疗护的费用，须有保障。目前，安宁疗护的收费项目不完善，很多服务未纳入医保；患者负担重，机构积极性不高。本文主张，应将安宁疗护纳入医保，设立专门的收费项目，保障机构的运行。

安宁疗护与预嘱的关系，须明确。预嘱是安宁疗护的前提，安宁疗护是预嘱的实现。患者预嘱选择安宁疗护的，医疗机构应提供；患者未预嘱的，医疗机构应告知安宁疗护的选项，由患者或者代理人选择。

从实务的角度看，安宁疗护中的纠纷，多源于沟通不足。家属不理解为何放弃治疗，医师未充分说明，导致冲突。本文主张，医疗机构应建立沟通机制，反复说明病情、预后、选项，取得家属的理解；沟通的过程，应记录在案。

放弃治疗在工伤认定中的处理，实务中的裁判思路可参见

放弃治疗在工伤认定中的处理，实务中的裁判思路可参见家属放弃治疗后死亡的工伤

认定一文的梳理，本文不再重复其认定细节，只就预嘱的效力展开。

## 七、医疗机构的义务与免责

医疗机构依预嘱不实施或者撤除治疗的，是否承担侵权责任？这是实务中最受关注的问题。答案取决于医疗机构是否履行了法定义务。

医疗机构的义务，包括四项。其一，查询义务。诊疗中应询问患者是否有预嘱，查询病历与登记信息。其二，说明义务。应向患者或者家属说明预嘱的内容、执行的后果、替代的方案。其三，记录义务。应将预嘱的内容、执行的过程、家属的意见，记录在病历中。其四，审查义务。重大决定，应经伦理委员会审查。

履行四项义务的，医疗机构不承担侵权责任。理由在于，医疗机构依患者的有效预嘱行事，是尊重患者的自主权，不构成对患者生命权、健康权的侵害；患者的死亡，源于疾病本身，与医疗机构的行为无因果关系。

未履行义务的，可能承担侵权责任。例如，未查询预嘱，实施了患者拒绝的治疗，造成损害；未说明后果，家属不知情，导致纠纷；未记录过程，无法证明依预嘱行事。这些情形，医疗机构可能承担赔偿责任。

医疗机构的责任，须区分情形。其一，依预嘱不实施治疗，患者死亡，家属起诉的，医疗机构不承担责任；其二，依预嘱撤除治疗，程序完备，患者死亡，医疗机构不承担责任；其三，未依预嘱实施治疗，患者受损，医疗机构承担责任；其四，依预嘱不实施治疗，但未提供舒缓治疗，患者痛苦，医疗机构可能承担责任。

医疗机构的免责，须有依据。民法典第一千二百二十四条规定，患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；限于当时的医疗水平难以诊疗。预嘱的执行，可以归入第一项或者第二项。

但是，免责不等于无义务。医疗机构即使依预嘱行事，仍须履行说明、记录、审查的义务；未履行的，可能承担行政责任或者纪律责任。免责的范围，限于民事赔偿责任，不及于行政责任。

医疗机构的伦理审查，须独立。伦理委员会应由医学、伦理学、法学、社会学等领域的专家组成，独立于医疗决策；审查的内容，包括预嘱的有效性、治疗的必要性、患者的最佳利益。审查的结论，应记录在案。

医疗机构的保险，须配套。预嘱的执行，可能引发纠纷；医疗机构应投保医疗责任保险，分散风险。保险的范围，应包括依预嘱行事引发的纠纷；保险的费率，可以根据医疗机构的执行情况浮动。

从制度的角度看，医疗机构的义务与免责，是预嘱制度落地的关键。义务明确，医疗机构才知道如何执行；免责清晰，医疗机构才敢于执行。二者结合，才能避免“不敢执

行”与“随意执行”两种极端。

## 八、司法审查的路径

预嘱纠纷进入法院，表现为几种类型：确认预嘱效力之诉、医疗损害赔偿之诉、监护权争议之诉、撤销代理决定之诉。不同类型的诉讼，审查的重点不同。

确认预嘱效力之诉，审查的重点是：患者作成时是否具有意思能力；预嘱是否自愿；形式要件是否具备；内容是否违反法律或者公序良俗。四项具备，预嘱有效；任一项欠缺，预嘱可能无效。

医疗损害赔偿之诉，审查的重点是：医疗机构是否依预嘱行事；是否履行说明、记录、审查义务；患者的损害与医疗机构的行为是否有因果关系。医疗机构依有效预嘱行事的，不承担责任；未依预嘱行事的，可能承担责任。

监护权争议之诉，审查的重点是：谁有权代理患者作出医疗决定；代理人的决定是否符合患者的预嘱或者最佳利益。法院可以依民法典第三十一条指定监护人，也可以依第三十六条撤销监护人资格。

撤销代理决定之诉，审查的重点是：代理人的决定是否违反患者的预嘱；是否损害患者的利益；是否超越代理权限。违反的，法院可以撤销该决定，另行指定代理人。

诉讼的原告，须有资格。患者有能力的，本人起诉；患者无能力的，近亲属、监护人、检察机关可以起诉。检察机关提起公益诉讼的，须符合法定条件。

举证责任的分配，须合理。主张预嘱有效的，应证明患者作成时具有意思能力、预嘱自愿、形式要件具备；主张预嘱无效的，应证明存在无效的事由。医疗机构主张免责的，应证明依预嘱行事、履行了义务。

裁判的方式，须灵活。预嘱纠纷往往涉及患者的生命，时间紧迫；法院可以适用简易程序，也可以采取先予执行、行为保全等措施。裁判的说理，应充分尊重患者的意愿，兼顾家属的情感。

裁判的效力，须明确。确认预嘱有效的判决，对医疗机构、家属、代理人均有约束力；医疗机构依判决行事的，不承担责任。判决的效力，及于预嘱的全部内容，不限于诉讼请求的部分。

从实务的角度看，预嘱纠纷的审理，须有专业的支持。法院可以聘请医学专家、伦理专家作为陪审员或者咨询专家；可以委托专业机构评估患者的意思能力；可以参考安宁疗护的指南与规范。

司法审查的限度，须把握。法院不是医疗决策的替代者，不应以自己的判断取代医师的专业判断；法院的作用，是审查预嘱的效力、代理决定的合法性，而非决定采用何种治疗方案。这一限度，是司法尊重医学的体现。

预嘱制度的落地，还面临执行的障碍。其一，预嘱的知晓率低，多数患者不知道可以

订立预嘱，医疗机构也很少主动告知；其二，预嘱的保存分散，患者订立的预嘱可能存放在家中、律师事务所、公证处，医疗机构难以查询；其三，预嘱的执行缺乏培训，医护人员不了解预嘱的效力，遇到预嘱时不知所措。这些障碍，须通过宣传、登记、培训逐步解决。

医疗代理人的指定，是预嘱的重要补充。患者可以在预嘱中指定一名代理人，在其丧失能力时代为作出医疗决定；代理人可以是近亲属，也可以是朋友、律师。指定的意义，在于避免家属之间的争执，确保患者的意愿得到执行。

代理人的权限，须明确。代理人只能在预嘱授权的范围内行事，不得超越授权；预嘱未涉及的事项，代理人可以依患者的价值观推测，但不得违背患者的一贯意愿。代理人滥用权限的，患者可以在有能力时撤回指定，近亲属可以请求法院撤销。

预嘱的跨境效力，也值得关注。患者在境外订立的预嘱，回国后是否有效？本文认为，应依订立地的法律判断其形式效力，依我国法律判断其实质效力；形式要件不符合我国规定的，可以通过证据补强；实质内容违反我国法律或者公序良俗的，无效。

预嘱与器官捐献的关系，须厘清。预嘱可以表达捐献器官的意愿，但器官捐献须依人体器官移植条例的规定，由患者生前表示或者近亲属同意；预嘱的效力，不能替代器官捐献的法定程序。二者可以结合，但不能混同。

预嘱的制度成本，须评估。建立预嘱制度，需要立法、登记、培训、宣传的投入，也需要医疗机构、司法机关的适应。成本的投入是否值得？本文认为值得。预嘱制度可以减少无效治疗，节约医疗资源；可以减少医疗纠纷，降低社会成本；可以提升患者的尊严，促进社会文明。

预嘱的试点经验，值得总结。北京、上海、深圳等地已开展预嘱的试点，建立了预嘱的登记平台，制定了操作规范；试点中暴露的问题，例如家属的抵触、医师的顾虑、登记的分散，为全国立法提供了参考。

从更宏观的视角看，预嘱制度是积极应对人口老龄化的重要举措。老龄化带来的不仅是养老、医疗的压力，还有临终照护的挑战；预嘱制度通过尊重患者的意愿，减少无效治疗，优化资源配置，为老龄化社会提供了一种理性的解决方案。

## 九、结语

预先医疗指示，是一个关于尊严的制度。它承认人有选择死亡方式的权利，承认生命的价值不在于长度而在于质量。在老龄化日益加深的今天，这一制度的意义愈发凸显。

本文的基本结论是：预嘱是附条件的单方法律行为，以丧失意思能力为生效条件；其效力基础是患者的自主决定权；效力要件包括作成时的意思能力、书面形式、见证人，必要时公证或者登记；代理决定应以预嘱为优先，近亲属的意见仅在预嘱未涉及的事项上补充；安宁疗护中的放弃与撤除，须区分治疗的类型，严守程序，不得逾越安乐死的界限；

医疗机构依有效预嘱行事的，不承担侵权责任，但须履行说明、记录、审查义务。

这些结论，须以立法为基础。我国现行法没有预嘱的规定，实务中的处理依赖法官的裁量；立法应明确预嘱的性质、要件、效力、执行，为实务提供指引。立法的方式，可以在民法典侵权责任编中增加条文，也可以制定单行法。

这些结论，也须以配套制度为支撑。预嘱的登记、查询、保存，需要信息系统；安宁疗护的开展，需要专门的病房、团队、药物；医疗机构的免责，需要责任保险。配套的完善，才能使制度落地。

从长远看，预嘱制度的建立，不仅是法律问题，也是社会观念的转变。死亡是每个人都无法回避的终点；如何面对死亡，如何尊重临终者的意愿，是一个社会文明程度的体现。法律的引导，可以推动观念的转变；观念的转变，又可以促进制度的完善。

让每一个人都能有尊严地走完最后一程，这是预嘱制度的初衷，也是法律的人文关怀。制度的设计，须以人的尊严为核心；司法的裁判，须以人的意愿为准绳。唯有如此，预嘱才不致沦为形式，尊严才不致成为空谈。

## 参考文献

- [1] [1] 王利明：《民法典侵权责任编研究》，中国人民大学出版社2021年版。
- [2] [2] 杨立新：《医疗损害责任研究》，法律出版社2020年版。
- [3] [3] 申卫星：《患者自主决定权研究》，《中国法学》2019年第5期。
- [4] [4] 满洪杰：《预先医疗指示的法律构造》，《法学研究》2021年第3期。
- [5] [5] 王竹：《知情同意规则的教义学展开》，《中外法学》2020年第4期。
- [6] [6] 国家卫生健康委员会：《安宁疗护实践指南（试行）》，2017年。
- [7] [7] 全国人大常委会法制工作委员会：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社2020年版。
- [8] [8] 孙也龙：《论预先医疗指示的效力》，《比较法研究》2022年第1期。
- [9] [9] 郑晓剑：《成年监护与医疗决定》，《法学》2021年第9期。
- [10] [10] 世界卫生组织：《安宁疗护与缓和医疗规范》，2018年中文版。