

突发公共卫生事件中紧缺公共医疗资源分配的伦理方案与法律规则

彭 鐔

内容提要:突发公共卫生事件导致公共医疗资源极度紧缺,在加大资源投入、减少资源浪费或紧急资源调配等措施均不敷所用之际,如何分配就成为无法回避的难题。从尊严主义、功利主义和平等主义三种道德立场出发,可以采用抽签、排队、预后、生命数量、生命年数、工具价值、互惠性、病情、年龄和经济地位等标准来确定医疗资源分配的优先级。但这些标准各有优劣,无法独立决定分配顺序,需要取舍和权衡,故有必要参考域外实践,本着公正、高效和动态的原则,结合多重标准,按照医护人员、先到者、病情更严重者、短期预后更佳者、被抽中者的顺序构建我国突发公共卫生事件中紧缺医疗资源分配的伦理方案。该方案需要法律规则的配套,应从立法形式、执行主体和救济机制三方面调整,完善相关法律制度,包括以软法形式出台统一分配规则、赋予医学伦理委员会决策职能以及畅通申诉、审查和诉讼渠道。

关键词:突发公共卫生事件 公共医疗资源 分配正义 伦理方案 法律规则

彭鐔,教育部人文社会科学重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心助理教授。

一 问题的提出

平等尊重每一个患者是全人类共享的医疗传统,但在肆虐全球的新冠肺炎疫情中遭遇前所未有的挑战。随着公共医疗资源迅速出现巨大缺口,许多国家不得不在生命之间作出抉择。例如意大利就曾提出要“为重症监护设置年龄上限”,放弃治疗老年病人。^[1]与此形成鲜明对比,中国“应收尽收、应治尽治”的做法为世界树立了标杆。然而,疫情暴

[1] 李思佳:《意大利医疗资源出现严重不足 医生被迫选择患者》,中国新闻网,<https://m.chinanews.com/wap/detail/zw/gj/2020/03-11/9121503.shtml>,最近访问时间[2021-03-08]。

发初期,我国局部地区也面临公共医疗资源紧缺。^[2] 治本之策固然在于加大资源投入、减少资源浪费或跨地域资源调配,但在突发公共卫生事件致使上述措施“远水不解近渴”之际,如何分配紧缺公共医疗资源,就成为一个无法回避的现实难题。^[3]

需要说明的是,除突发公共卫生事件外,还有两种情形涉及紧缺公共医疗资源分配问题。一是急诊。例如 2011 年《急诊病人病情分级试点指导原则(征求意见稿)》就规定根据“病人病情的严重程度”和“占用急诊医疗资源多少”来决定就诊的优先次序。二是灾难救援。例如 1995 年《灾害事故医疗救援工作管理办法》第 20 条规定:“现场医疗救护过程中,应本着‘先救命后治伤、先救重后救轻’的原则。”与这些情况相比,由于疫病传染流行,突发公共卫生事件的影响远超个别医院或灾难现场,导致公共医疗资源紧缺范围更大、涉及人群更广。但我国还未对此建立任何分配标准或规范,造成各地曾出现重症优先、有基础疾病者优先、医护人员优先等不同做法。^[4] 2020 年 9 月,习近平总书记强调:“要抓紧补短板、堵漏洞、强弱项,加快完善各方面体制机制,着力提高应对重大突发公共卫生事件的能力和水平。”在此背景下,探索我国突发公共卫生事件中紧缺公共医疗资源的分配之道,具有极强的现实意义。

然而,既有成果基本是在宏观层面,分析医疗资源在城乡、各地区以及不同医疗部门之间如何分配。^[5] 关于突发公共卫生事件中紧缺公共医疗资源分配的研究凤毛麟角。本文试图填补这一空白,具体论证分两步:第一,基于道德哲学,参考域外实践,提出我国在突发公共卫生事件中分配紧缺医疗资源所应采用的伦理方案。第二,从决策主体、立法形式和救济机制三方面,探讨该伦理方案落地所需配套的法律规则。

二 突发公共卫生事件中紧缺公共医疗资源分配的伦理方案

(一) 道德哲学之分析

关于疫情中紧缺公共医疗资源如何分配,国际医学界的共识是:财富、地位、性别、肤色、种族均不能作为分配标准。同时,病种也不得成为标准,即罹患疫情疾病的人不应获得优先待遇。^[6] 那么,何种标准才符合伦理正义? 道德哲学上有三大立场,包含十种分配标准。

[2] 参见孟涛:《公共卫生紧急状态法治的原理与建构——基于新冠肺炎疫情事件的研究》,《法学评论》2020 年第 2 期。

[3] 广义的医疗资源包括公共和私人资源以及预防性与治疗性资源。限于篇幅,本文不讨论私人治疗资源和预防性资源的分配。

[4] 参见徐旭、李美时:《集中医疗资源救助危重病患 探访新冠肺炎省级危重症集中救治中心》,《黑龙江日报》2020 年 2 月 15 日第 2 版;龙华:《武汉 80 岁以上高龄新冠肺炎患者治愈率近 70%》,《湖北日报》2020 年 4 月 17 日第 4 版;贾谊超:《做好医疗资源保障 四川落实后备定点医院 54 家储备床位 7800 余张》,央广网, http://news.cnr.cn/native/city/20200219/t20200219_524982798.shtml, 最近访问时间[2020-03-08]。

[5] 例如黄清华:《公共医疗卫生资源公平分配的伦理和法律问题——以英国 NHS 分配伦理和法律为参照》,《国外社会科学》2014 年第 2 期;李杰、高红艳:《医疗资源的分配正义:谁之正义? 如何分配》,《医学与哲学(人文社会科学版)》2015 年第 11 期;李红文著:《卫生保健的分配正义研究》,中国社会科学出版社 2016 年版。

[6] See Ezekiel Emanuel et al., Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19, 382 *New England Journal of Medicine* 2049, 2054 (2020).

1. 尊严主义立场(dignitarian approach)

此立场强调同等尊重每一个人的存活意愿,使人们在疫情中有平等机会获得救治,包括两种分配标准。

第一,抽签,即通过随机抽取来决定紧缺医疗资源的流向。其优势是简单易行,无需了解参与者的信息,但缺陷是“同等”不等于“平等”——在情况完全不同的患者中抽取“幸运儿”,由于忽略人际差异,并不总能导出符合道德直觉的结果,比如抽签选中一位愈后只能存活数月的老年患者,但代价是放弃治疗一个愈后还能健康生活几十年的年轻病人。

第二,排队,即根据先来后到的次序分配紧缺医疗资源。其优势是规则清晰、简便易行,但先到先得不一定公正,因为这有利于那些消息更灵通、交通更便利、拥有更多资源的人。^[7] 突发公共卫生事件中,先到先得还会造成额外的麻烦:一方面,它鼓励更多患者赶早排队,容易造成人群聚集;另一方面,对那些因遵守公共卫生要求(比如勤洗手、戴口罩)而较晚得病的人,先到先得会有负向激励。^[8]

2. 功利主义立场(utilitarian approach)

此立场追求社会健康收益最大化,包括五种分配标准。

第一,预后,即优先分配预后更佳的患者。预后是指疾病的未来可能病程和结局。^[9] 若治疗不起作用(既包括病人自愈,也包括医疗无效),则根本不创造健康收益,故不必治疗。但此标准面临两点诘难:首先,医学预判有不确定性,尤其是对新型病毒容易产生误判。其次,预后看似只是一个科学认知问题,但其实也是伦理问题,比如因预后不佳而放弃治疗高龄患者,实际上等于提前将此类病人确定为不值得救,伦理基础可疑。

第二,生命数量,即以拯救生命数量最大化的标准来分配。这也符合尊严主义视角下平等对待生命的要求,避免在生命之间作出权衡。然而,优先救治那些更可能被救治的患者,而不考虑之后的生命长度和质量,只是一种形式平等。若要在愈后只能勉强存活几年的人和愈后能健康生活几十年的人之间选择,生命数量标准无法给出答案。

第三,生命年数,即以拯救生命年数最大化为标准来分配。“质量调整寿命年”(Quality-Adjusted Life Year, QALY)是常用的计量方式。^[10] 但这也存在问题。首先,计算质量调整寿命年需要搜集、分析患者的大量信息,紧急状态下难以实施。其次,确定生命质量的标准不统一,因为不同群体或个人的主观看法不同。再次,以生命年数为标准整体上不利于老年人,因为其天然寿命年数较少。复次,当一人的质量调整寿命年高于几人之加总时,会导致救一人而不救多人的道德困境。

第四,工具价值,即优先分配据其职业角色或家庭角色而能创造更多社会价值的患者。职业角色标准要求把医疗资源优先分配给医护人员,因其应对突发公共卫生事件的

[7] See Alan Wertheimer et al., Principles for Allocation of Scarce Medical Interventions, 373 *Lancet* 423, 423 (2009).

[8] See Ezekiel Emanuel et al., Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19, 382 *New England Journal of Medicine* 2049, 2053 (2020).

[9] 参见刘虹、张宗明、林辉主编:《医学哲学》,东南大学出版社2004年版,第339页。

[10] 计算包括三步:一是描述健康状态;二是建立健康状态的评分值;三是整合不同健康状态的评分值和相应寿命。参见周峰:《三种综合性健康指标比较:质量调整生命年、失能调整生命年和健康期望寿命》,《环境与职业医学》2010年第2期,第120-122页。

工具价值更大。但问题是:抗疫中,医护人员固然重要,其它行业也不可或缺,不能轻易厚此薄彼。比如英国医师协会就呼吁,除医护人员外,公安、公交、水电气、通讯等核心服务行业的工作人员也应优先获得医疗资源。^[11] 但何为核心服务会有争议。家庭角色标准则要求优待家中有需抚育的子女或赡养的老人的患者,通过救治一人来实现更多人的福祉。但问题是:单身者是否一定就比成家的人更不值得救治? 赡养老人和抚育子女的价值孰轻孰重?

第五,互惠性,即要求优待曾做出更大社会贡献的患者。各国都有的优待军人政策就是此标准的体现。但如何确定“贡献”? 若据此分配紧缺医疗资源,会不会引入本应被排除的权力、地位、收入? 这仍是有争议的价值选择。

3. 平等主义立场(egalitarian approach)

此立场要求优待弱势群体或最不利者,包括三种分配标准。

第一,病情,即把紧缺医疗资源优先分配给病情更重的患者。此标准并不考虑预后——只要病情更重,无论预后如何,都优先治疗。但将有限医疗资源用于救治眼下病情最严重患者,将剥夺病情目前不严重但将来会发展得更严重患者获得救治的机会。所以,拉长时间段来看,这反而会违背优待最不利者的平等主义原则。

第二,年龄,即优待已得生命较短的患者。伦理学上,这称为“公平赛局论”(Fair Innings Argument),^[12] 理由是老年患者已经活了很多年,按照公平原则,应给年轻患者优先分配紧缺医疗资源,从而确保他们有机会得到“公平的生命份额”,实现代际正义。^[13] 但所谓“公平赛局”难以成立,因为并不存在某种客观的寿命长度可称得上是“公平的”。^[14] 更何况在敬老尊贤的文化中,“重青年,轻老年”不可接受。当然,“重老年,轻青年”也难言公平。两者都会构成“年龄歧视”。

第三,经济能力,即优待处于经济弱势地位的患者,特别是无家可归者。^[15] 疫情袭来时,由于既往健康状况不良、自我防护资源有限,他们处于更不利的状态,故有必要优先获得紧缺医疗资源,以达实质公平。然而,尽管人们普遍接受经济再分配政策,但在事关生死的医疗资源上“劫富济贫”有“反向歧视”之嫌。^[16]

根据上述分析,可得三点结论:第一,基于不同的道德立场,突发公共卫生事件中紧缺公共医疗资源的分配标准多种多样。每一种标准单独看都有伦理依据,但皆存在不足,故都无法独立作为分配标准。第二,不能简单并列、叠加各项标准,因为其背后的价值追求存在根本差异——是人人同等,还是效用最大,抑或保护弱者,并无公认的立场。第三,道

[11] See British Medical Association, *COVID-19 - Ethical Issues: A Guidance Note*, <https://www.bma.org.uk/media/2360/bma-covid-19-ethics-guidance-april-2020.pdf>, 最近访问时间[2020-08-01]。

[12] See Alan Williams, Intergenerational Equity: An Exploration of the “Fair Innings” Argument, 6 *Health Economics* 117, 117 (1997).

[13] See Norman Daniels, *Am I My Parent's Keeper? An Essay on Justice Between the Old and the Young*, Oxford University Press, 1988, chapters 3, 4.

[14] See Michael Rivlin, Why the Fair Innings Argument is Not Persuasive, 1 *BMC Medical Ethics* 1, 1-2 (2000).

[15] See Kristy Buccieri and Stephen Gaetz, Ethical Vaccine Distribution Planning for Pandemic Influenza: Prioritizing Homeless and Hard-to-reach Populations, 6 *Public Health Ethics* 185, 185 (2013).

[16] See John Butler, *The Ethics of Health Care Rationing: Principles and Practices*, Cassell, 1999, pp.144-145.

德多元的社会中,人们很难就实体正义达成共识,但适当整合多种价值的多元框架仍然要优于单一价值标准,因为可容纳更多的道德相关考量因素,由此具备更坚实的伦理基础。^[17]这正是国际医学界呼吁采用的方案。新冠疫情在全球蔓延后,《新英格兰医学杂志》就发文呼吁紧缺医疗资源分配应遵守四项原则,包括最大化健康收益、平等对待生命、促进工具价值以及优待弱势群体。^[18]但仅仅罗列这些原则是不够的,还须进一步展开整合。在这方面,美国的实践值得关注。下文以两份来自州政府和医学界的、具有广泛影响的紧缺医疗资源分配指南为切入点,对相关实践展开观察。

(二)域外实践之观察

1. 纽约州流感大流行期间呼吸机分配指南

2015年,纽约州在美国各州中率先出台《流感大流行期间呼吸机分配指南》(下称“纽约州指南”),旨在当“所有预防和准备措施均已用尽且呼吸机分配成为必要时”为医疗机构和医护人员分配呼吸机提供伦理、医学和法律上的框架。^[19]其基本目标是“救治最多数的生命”,并据此提出一个包含临床标准和非临床标准的二阶分配框架。

在一次分配中,纽约州指南基于救治生命数量最大化的目标,采用短期预后的临床标准,即短期存活可能性,具体包含三个循序渐进的评估步骤:排除标准评估、死亡风险评估和定期临床评估,如表1所示:

表1 一次分配评估步骤

第一步 排除标准评估	对患者进行排除标准筛查,若有排除标准列表中的病情,则不分配呼吸机,而是给予其他形式的医疗干预和/或舒缓护理。
第二步 死亡风险评估	使用 SOFA 评分对未被排除的患者进行死亡风险评估,根据 SOFA 评分分配呼吸机,优先分配评分较低者。
第三步 定期临床评估	对接受呼吸机治疗的患者在 48 和 120 小时之后采用 SOFA 评分进行定期临床评估,以确定其是否继续接受呼吸机治疗,具体取决于其 SOFA 评分以及与先前临床评估结果相比的变化幅度,优先分配 SOFA 评分更低、治疗效果更明显者。

对此须做三点说明:第一,排除标准列表所包括的病情仅指那些即便进行治疗也会立即或几乎立即导致死亡的情形,例如心脏骤停、对液体复苏和升压药无反应的不可逆年龄特定性低血压、对疼痛刺激无运动反应的严重脑损伤、预期存活率不足 10% 的严

[17] See Douglas White et al., Who Should Receive Life Support during a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions, 150 *Annals of Internal Medicine* 132, 133 (2009).

[18] See Ezekiel Emanuel et al., Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19, 382 *New England Journal of Medicine* 2049, 2053 (2020).

[19] See New York State Department of Health and New York State Task Force on Life and the Law, *New York Ventilator Allocation Guidelines*, https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf,最近访问时间[2020-03-08]。

重烧伤等。^[20] 第二,SOFA 评分系统对包括循环、呼吸、肾脏等在内的人体六大关键系统进行评估打分,分值从 0 到 4,最差的是 4 分。若六大系统都正常,则完美的 SOFA 得分为 0;最差的分值是 24,表示六大系统都有危及生命的异常。SOFA 评分越高,死亡风险越高,预后越差。由此,患者的死亡风险分为四级,对应不同的分配决定,如表 2 所示:^[21]

表 2 一次分配优先级

死亡风险评估	分配优先级
死亡风险低(无重要器官衰竭和/或无需急救医疗资源)	不分配呼吸机 进行其他医疗干预 须定期重新评估
死亡风险较低(SOFA <7 或只有单一器官衰竭)	分配呼吸机
死亡风险较高(SOFA 在 8 - 11 之间)	分配呼吸机
死亡风险高(有排除标准列表中的病情或 SOFA >11)	不分配呼吸机 当出现富余呼吸机时重新评估

第三,通过 48/120 小时后的定期检查,既能让患者有较充分的时间来从治疗中获益,也可及时根据 SOFA 评分的变化来调整分配决定。当患者病情好转至表 2 中“死亡风险低”或恶化至“死亡风险高”的范畴时,则停止供给呼吸机。

当超过一位患者的风险评估结果相同时,就需根据非临床标准进行二次分配。纽约州指南提出两种标准:一是抽签,即随机选择优先分配者;二是将年龄作为“平局决胜点”(tie-breaker),即短期预后处于同一水平时,在成年人和儿童之间,优先分配儿童。^[22] 但成年人内部不以年龄作为分配标准,以免年龄歧视。上述分配框架可总结如表 3 所示:

表 3 纽约州指南分配方案

第一位阶分配标准	生命数量:短期预后更佳的患者优先(排除死亡风险最高者,以 SOFA 评分为依据)
第二位阶分配标准	抽签:被抽中的患者优先
	年龄:儿童患者优先(成年患者内部不以年龄区分)

[20] See New York State Department of Health and New York State Task Force on Life and the Law, *New York Ventilator Allocation Guidelines*, https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf, 最近访问时间[2020-03-08]。

[21] See New York State Department of Health and New York State Task Force on Life and the Law, *New York Ventilator Allocation Guidelines*, https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf, 最近访问时间[2020-03-08]。

[22] See New York State Department of Health and New York State Task Force on Life and the Law, *New York Ventilator Allocation Guidelines*, https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf, 最近访问时间[2020-03-08]。

2. 匹兹堡大学的突发公共卫生事件重症监护资源分配模范政策

2020年3月,在新冠疫情于美国大暴发之际,宾夕法尼亚州匹兹堡大学医学院发布了《在突发公共卫生事件中紧缺重症监护资源的分配》报告,^[23]并迅速为全美数百家医院采用。^[24]4月,该报告重新修订发布,定名为《短缺重症监护资源分配的模范医院政策》(下称“匹兹堡大学模范政策”),明确启动条件为“(1)已采取一切适当措施来提升急诊医疗服务能力,但仍已或即将不堪重负以及(2)本地主管部门已宣布发生公共卫生突发事件”。^[25]该模范政策结合生命数量和生命年数两种标准,基于患者的短期和长期预后,构建了一个1-8分的积分框架,如表4所示:^[26]

表4 一次分配积分框架

标准	解释	积分			
		1	2	3	4
生命数量	短期预后 (以SOFA分为依据)	SOFA < 6	SOFA 6 - 8	SOFA 9 - 11	SOFA ≥ 12
生命年数	长期预后 (出院后的生存前景)	预后预期寿命 小于5年	预后预期寿命 小于1年

根据积分,每位患者都可被纳入三种优先级别,并定期重新评估,1-3分的患者优先级最高,4-5分者次之,6-8分者最低。^[27]

较之纽约州指南,匹兹堡大学模范政策有三个特点:第一,不采用任何标准来排除某类患者,以免公众将绝对排除标准解释为某些群体“不值得救”。第二,不仅考虑生命数量(短期预后),也关注生命年数(长期预后),将两种价值统合于一阶分配标准。第三,在一次分配时若出现相同积分,则进入第二、三、四次分配,分别采用年龄、工具价值和抽签标准,依次对年龄更小的患者、医护人员患者和被抽中的患者给予优先分配。^[28]如表5所示:

[23] See Douglas White, *Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency*, http://thaddeus-pope.com/images/Model_hospital_policy_for_allocation_of_ventilators.pdf, 最近访问时间[2020-03-08]。

[24] See Department of Critical Care Medicine, *A Model Hospital Policy for Allocating Scarce Critical Care Resources*, <https://ccm.pitt.edu/?q=content/model-hospital-policy-allocating-scarce-critical-care-resources-available-online-now>, 最近访问时间[2020-03-08]。

[25] See Department of Critical Care Medicine of University of Pittsburgh, *Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency*, https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh_ModelHospitalResourcePolicy_2020_04_15.pdf, 最近访问时间[2020-05-08]。

[26] See Department of Critical Care Medicine of University of Pittsburgh, *Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency*, https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh_ModelHospitalResourcePolicy_2020_04_15.pdf, 最近访问时间[2020-05-08]。

[27] See Department of Critical Care Medicine of University of Pittsburgh, *Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency*, https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh_ModelHospitalResourcePolicy_2020_04_15.pdf, 最近访问时间[2020-05-08]。

[28] See Department of Critical Care Medicine of University of Pittsburgh, *Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency*, https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh_ModelHospitalResourcePolicy_2020_04_15.pdf, 最近访问时间[2020-05-08]。

表 5 匹兹堡大学模范政策分配方案

第一位阶分配标准	生命数量:短期预后更佳的患者优先(以 SOFA 评分为依据)
	生命年数:长期预后更佳的患者优先(以预期寿命为依据)
第二位阶分配标准	年龄:年轻患者优先
第三位阶分配标准	工具价值:医护人员患者优先
第四位阶分配标准	抽签:被抽中的患者优先

(三) 应然方案之提出

上述融合多元价值的紧缺医疗资源分配方案,尽管远非相关实践的全貌,^[29]但具有典型性,可借以管窥此类方案之共性。首先,无论具体内容为何,这类方案均属于紧急性的“兜底手段”,仅当现有资源充分利用且调配资源等补救措施都不足以缓解短缺时,才会启动。其次,任何分配方案都无法避免价值取舍与排序。上述两种分配方案都放弃了道德哲学上的某些价值和标准,也都对所涵盖的价值和标准赋予不同权重。事实上,任何方案都面临两大难题:一是确定哪些标准是相关的,二是赋予不同价值多大的权重。在道德多元的社会中,人们对此必然产生争议。因此,本文就突发公共卫生事件中紧缺医疗资源分配提出的应然方案,必定也会面临道德诘难,其可接受性并非科学问题,而是民主问题。这里只是提供一种具有伦理依据的建议,能否达致共识,还有待进一步的讨论与商谈。

根据前述道德哲学分析和域外实践观察,我国的突发公共卫生事件中紧缺医疗资源分配方案应遵循三大伦理原则:公正、高效和动态。第一,公正原则有如下三项要求:首先,在单一价值与多元价值之间选择后者,从而容纳更多道德相关考量因素;其次,在主观性相对较强的标准与主观性相对较弱的标准之间选择后者,从而尽量缓解道德争议;再次,在生命数量损失更大的结果与生命数量损失更小的结果之间选择后者,从而避免进行生命间比较。第二,高效原则要求在所需信息更多的标准与所需信息更少的标准之间选择后者,从而在疫情紧急状况下降低决策成本、缩短决策时间。第三,动态原则一方面要求只有在医疗资源供不应求且其它补救措施均不敷用时才能启动紧急分配方案,另一方面则要求对疫情风险、医疗资源短缺程度和患者状况定期展开评估,并及时做出调整。据此,本文就突发公共卫生事件中紧缺医疗资源分配的应然方案提出如下建议:

第一,优先分配一线医护人员患者,但不能区别对待疫情和非疫情疾病,应对一线抗疫的医护人员和其他危重疾病的急诊医护人员一视同仁。在此群体内部,分配优先级首先按照先到先得的原则确定;若同时有多位医护人员待分配,则优先病情更严重者;若病情相同,则优先短期预后更佳者;若短期预后相同,则采抽签方式分配。第二,对医护人员以外的社会公众采用与医护人员相同的分配方案。第三,对分配结果展开定期评估,根据疫情风险、医疗资源紧缺程度和患者状况做出维持或者调整决定。如表 6 所示:

[29] 美国各州短缺医疗资源分配方案可见 Hall Render, *Resources for Allocation of Scarce Medical Resources and Triage during the COVID-19 Pandemic*, <https://www.hallrender.com/scarceresources/>, 最近访问时间[2020-06-01]; 欧洲国家的分配方案可见 Marta Perin and Ludovica De Panfilis, *Among Equity and Dignity: An Argument-based Review of European Ethical Guidelines under COVID-19*, 22 *BMC Medical Ethics* 1, 4-13 (2021)。

表6 五阶分配方案

第一位阶分配标准	工具价值:医护人员患者优先
第二位阶分配标准	排队:先到患者优先
第三位阶分配标准	病情:病情更严重的患者优先
第四位阶分配标准	生命数量:短期预后更佳的患者优先
第五位阶分配标准	抽签:被抽中的患者优先

对此须做五点说明。第一,之所以区分医护人员和社会公众并优前者,理由是他们获得救治后,能更好地发挥救死扶伤的职业功能,进而实现拯救最大多数生命的目标。不考虑家庭角色的原因在于搜集信息成本太高,也没有公认的标准来判断何种家庭角色更重要。第二,在医护人员和其他人群内部,首先采用排队规则,让先到者先得,是疫情紧急状态下的现实之选,能尽量缩减决策成本和时间。第三,面对同时需要紧缺医疗资源的多人,优先分配给病情更重者,可简化信息搜集和处理过程。第四,对于病情同等严重,则应优先短期预后更佳者,从而挽救更多生命。采用生命数量(短期预后)而非生命年数(长期预后)标准的主要理由是后者需要考虑寿命的数量和质量因素,涉及人际比较,主观性更强。第五,对前述条件都一致的多名患者以抽签方式决定分配次序,而不采用互惠性、年龄、经济地位等标准,同样也是为了降低分配的主观性和决策成本。

上述伦理方案虽融合了多种价值和标准,但仍有取舍与权衡,不免产生争议,故有必要将之在法律层面落实,就立法形式、执行主体和救济机制构建规则。

三 突发公共卫生事件中紧缺公共医疗资源分配的法律规则

(一) 立法形式

实践中,基于医学共同体自治原则,医学伦理规则往往以“软法”而非“硬法”的方式来规定。^[30] 前文介绍的分配方案,即便是由国家机关发布,也都采用了软法的形式。例如纽约州指南明确表示尽管“强烈建议医疗机构遵守”,但仍是“自愿、不具有约束力的”。事实上,纽约州卫生部曾考虑过指南、规章和法案三种形式,最终决定采用不具法律强制力的指南。理由是突发公共卫生事件中,规则须灵活适应不断变化的情势,规章或法案相对固化,无法满足需求。^[31]

同理,我国的分配方案也宜采用软法形式在法律上落实,建议由国家卫健委、国家卫健委医学伦理专家委员会或中国医师协会牵头起草制定。这样既能灵活,也能保证一定权威性,避免政出多门。在这方面,原国家食品药品监督管理局2010年出台的《药物临床试验伦理审查工作指导原则》是一个可资参考的先例。但为了使分配方案更好地反映多

[30] See Angela Campbell and Kathleen Glass, The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research, 46 *McGill Law Journal* 473, 475-477 (2001).

[31] See New York State Department of Health and New York State Task Force on Life and the Law, *New York Ventilator Allocation Guidelines*, https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf, 最近访问时间[2020-03-08]。

元道德诉求,有必要在起草过程中广泛、公开征求公众意见,从而尽量增强其可接受性。

即便分配方案以软法落地,仍需在两方面与硬法有效衔接和协调。一方面,作为其它补救措施都无效时才使用的“兜底手段”,紧急分配方案的启动应有法律依据。《突发事件应对法》及相关预案划分了四个预警、响应或救援级别,只有在触发最高应急级别且一切资源调配补救措施均不敷用时,方能启动分配方案。另一方面,分配方案将给常态下的医疗法律责任带来冲击,应同医护人员对患者负有救死扶伤的法律义务相协调。《执业医师法》第 24 条规定:“对危急患者,医师应当采取紧急措施进行诊治;不得拒绝急救处置。”《医疗机构管理条例》第 31 条要求“医疗机构对危重病人应当立即抢救”。《基本医疗卫生与健康促进法》第 27 条也禁止“急救中心(站)以未付费为由拒绝或者拖延为急危重症患者提供急救服务”。《民法典》第 1221 条规定:“医护人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任。”刑法上将“无正当理由拒绝对危重就诊人进行必要的医疗救治的”认定为医疗事故罪,^[32]未经同意停止治疗则涉嫌故意伤害乃至致人死亡罪。在此背景下,如果适用紧急分配方案,医疗机构或医护人员可能会因拒绝或撤回医疗资源而面临民事或刑事法律风险。^[33]要解决这一问题,就必须在法理上对日常状态和应急状态之下的诊疗义务进行区分。日常状态下,医生的诊疗义务针对的是个体病人,而在应急状态下,该义务的对象就转变为人群(population)。换言之,突发公共卫生事件中,诊疗义务应从以患者为中心转变到以人群为中心。前者属于“非紧急诊疗义务”(non-emergency duty of care),后者属于“紧急/危机诊疗义务”(emergency duty of care)。^[34]这正是公共卫生法(public health law)区别于医事法(medical law)的基本原理。^[35]

然而,我国相关立法似乎并未意识到这一点。《突发公共卫生事件应急条例》第 39 条要求“医疗卫生机构应当对因突发事件致病的人员提供医疗救护和现场救援,对就诊病人必须接诊治疗”,第 50 条进一步规定在突发公共卫生事件中拒绝接诊的医疗机构及责任人员将受到行政处罚甚至刑事追究。在突发公共卫生事件未达最高紧急级别,医疗资源也未出现严重匮乏之时,这样规定无可厚非。可一旦情势紧急,为使紧缺医疗资源分配的伦理方案能够落地,在立法上明确医疗机构和医护人员的免责事由就成为必要。这方面,美国马里兰州的做法值得参考。该州 2014 年《公共安全法》第 14 条规定:“在灾难性卫生紧急状态被宣布后,医疗服务提供者出于善意的行为若造成损害,应免于承担民事或刑事责任。”^[36]据此,我国立法上也应明确当突发公共卫生事件紧缺医疗资源分配方案启动后,基于善意执行方案而做出的分配决定,无论是拒绝还是撤回治疗,都应免除法律

[32] 参见《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第 56 条。

[33] 我国已出现医院因床位紧张拒收病人而导致的医疗纠纷,例如梁某等与上海市浦东新区医疗急救中心医疗损害责任案([2014]徐民一(民)初字第 1477 号),张某、王某与被告大连医科大学附属第一医院医疗损害责任纠纷案([2015]沙民初字第 01347 号)。

[34] See Darren Mareiniss et al., ICU Triage: The Potential Legal Liability of Withdrawing ICU Care During a Catastrophic Event, 6 *American Journal of Disaster Medicine* 329, 329 (2011).

[35] See Lawrence Gostin and Lindsay Wiley, *Public Health Law: Power, Duty and Restraint*, University of California Press, 2016, pp. 12 - 13.

[36] Maryland Public Safety Code § 14 - 3A - 06 (2014).

责任,除非有故意或重大过失违背方案、造成损害的情形。

(二) 执行主体

常态情况下,医疗资源分配往往由临床医护人员来决策,因其身处一线、了解情况。但在突发公共卫生事件中,即便有相关伦理方案为依据,让他们分配紧缺医疗资源,至少存在两点问题。第一,不愿决策。疫情中,临床医护人员身心压力巨大,再要求其进行资源分配,无疑会增加负担。第二,不能决策。诊疗每一位患者是医护人员的伦理天职,他们因此倾向于优先自己接诊的患者,导致利益冲突,难以保证公正的资源分配决策。

域外解决上述问题的对策是由医院设立“分诊委员会”来做出分配决策。纽约州指南就建议由资深医生组成此委员会,临床医生只负责进行排除标准筛查和测算SOFA评分,是否分配呼吸机由委员会决定。^[37]匹兹堡大学模范政策也有类似规定。^[38]这有利于增强分配决策的客观性,避免利益冲突,减少临床人员负担,使其专注于个体患者诊疗。

事实上,我国已有相关实践。根据《人体器官移植条例》第11条,医疗机构从事人体器官移植,应当“有由医学、法学、伦理学等方面专家组成的人体器官移植技术临床应用与伦理委员会”。该条例第17、18条进一步规定,该委员会负责审查由执业医师提交的摘取人体器官审查申请,并出具同意或者不同意的书面决定,执业医师不得违反决定。但该委员会只对人体器官摘取进行决策,之后如何分配则是按照国家卫健委《人体捐献器官获取与分配管理规定》来确定。根据该规定第26条,捐献器官必须通过器官分配系统进行分配。“中国器官分配与共享计算机系统”(COTRS)于2014年正式启用,其背后“实际上是国家政策在分配器官,分配系统只是一个忠实的执行者”。^[39]这个国家政策就是《中国人体器官分配与共享基本原则和核心政策》,其将医疗紧急度、移植等待者的匹配程度、肝脏移植等待时间、地理、年龄等作为考量标准,“由分配系统按照既定的规则,输出一个有序名单”。^[40]这种由医护人员之外的第三方按照事前制定、公开发布的规则来分配短缺医疗资源的做法,值得在突发公共卫生事件中推广。

据此,建议由各医院常设的医学伦理委员会来执行前文提出的分配方案,作出分配决定。自20世纪80年代末起,经过三十多年的发展,我国各级医院基本已建立起自己的医学伦理委员会。^[41]根据《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第7条至第9条,医学伦理委员会组成人员应当“从生物医学领域和伦理学、法学、社会学等领域专家和非本机构的社会人士中遴选产生,人数不得少于7人”。鉴于该委员会人员背景多元性以及地位中立性,其职能完全可以扩展到在突发公共卫生事件中,根据国家制定的分配方案,以医学

[37] See New York State Department of Health and New York State Task Force on Life and the Law, *New York Ventilator Allocation Guidelines*, https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf, 最近访问时间[2020-03-08]。

[38] See Department of Critical Care Medicine of University of Pittsburgh, *Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency*, https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh_ModelHospitalResourcePolicy_2020_04_15.pdf, 最近访问时间[2020-05-08]。

[39] 王海波:《以器官强制分配系统保障公平》,财新网, <http://other.caixin.com/2013-12-02/100612238.html>, 最近访问时间[2020-06-04]。

[40] 《国家卫生健康委员会关于印发中国人体器官分配与共享基本原则和核心政策的通知》(国卫医发[2018]24号)。

[41] 参见闫欣、刘中国、陈月芹、王洪奇:《医学伦理委员会建设发展中的现存问题及其分析》,《中国药物与临床》2016年第3期,第363-364页。

判断为基础,做出紧缺医疗资源分配决策。^[42]

(三)救济机制

在突发公共卫生事件中分配紧缺医疗资源,往往涉及生命的抉择,影响重如千钧。因此,有必要设置公正、高效的救济机制,保障患者的合法权益。鉴于此,匹兹堡大学模范政策建议设立如下救济机制:第一,允许患者及家属对具体分配决定而非总体分配方案提出异议;第二,设立一个独立于分诊委员会和患者诊疗团队的审查委员会;第三,异议处理过程必须足够迅速,以免损害正在排队等待获取医疗资源的患者。^[43] 纽约州指南则分析了三种救济方式。第一种是所谓“即时个人申诉”(on-going individual appeals),即允许患者或家属在分配决定做出之后、实施之前提出申诉。这虽然有助于及早防止不当决策,但耗时费力,在疫情暴发期间带来过高成本,甚至给分配决策实施造成不合理的延迟。因此,尽管这种方式能给患者权益带来最及时的保障,但不具有可行性。第二种救济方式是所谓“回顾性评估”(retrospective review),即由分配决策审查委员会定期回顾性地审查前一阶段做出的分配决定,特别是那些拒绝或撤回医疗资源的决定。此方式考察每个决定是否遵守了分配方案,并据此问责,同时也能为进一步完善分配方案提供建议。但其显然难以及时处理患者的申诉、迅速调整分配决策,甚至可能造成不可挽回的伤亡。第三种救济方式是所谓“混合式审查”(hybrid system of review),即结合上述两种救济方式,兼采二者之长。具体而言,在混合式审查机制下,患者如果要对个别分配决策在实施之前提出申诉,那么仅限于技术性瑕疵,例如分诊委员会在作出撤回医疗资源决定时未考虑分配方案所规定的相关标准;而在定期展开的回顾性评估中,将审查所有决定是否遵守了分配方案,从而帮助改进后续决策甚至分配方案本身。纽约州建议采取第三种救济机制。^[44]

参照上述思路,我国构建突发公共卫生事件中紧缺医疗资源分配决策的救济机制可从如下三点入手:第一,在医学伦理委员会负责做出分配决定的前提下,短期而言,所在医疗卫生机构应成为接受患者申诉的第一窗口,^[45]并应在短时间内迅速从形式上审查决定是否遵守了既定分配方案,以防耽误决策实施。第二,长期来看,建议由省级医学伦理专家委员会定期对分配决策的程序与合规性进行回顾性评估,^[46]为进一步完善决策机制提供参考。第三,对于医学伦理委员会和医疗卫生机构做出的决定可以提起诉讼,法院就决定是否符合分配方案进行审查,判令因故意或重大过失违背方案而造成损害的相关主体

[42] 需要指出的是,现实中,我国的医学伦理委员会存在不专业、不中立、不权威的问题,有待进一步改善。参见程诗媛、罗玉中:《开放国际多中心临床试验地——论我国医学伦理委员会制度之完善》,《清华法治论衡》2018年第25辑,第227-228页。

[43] See Department of Critical Care Medicine of University of Pittsburgh, *Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency*, https://ccm.pitt.edu/sites/default/files/UnivPittsburgh_ModelHospitalResourcePolicy_2020_04_15.pdf, 最近访问时间[2020-05-08]。

[44] See New York State Department of Health and New York State Task Force on Life and the Law, *New York Ventilator Allocation Guidelines*, https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf, 最近访问时间[2020-03-08]。

[45] 《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第16条规定:“伦理委员会应当接受所在医疗卫生机构的管理。”

[46] 《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第41条规定:“省级医学伦理专家委员会应当对本行政区域内医疗卫生机构的伦理委员会进行检查和评估,重点对伦理委员会的组成、规章制度及审查程序的规范性、审查过程的独立性、审查结果的可靠性、项目管理的有效性等内容进行评估,并对发现的问题提出改进意见或者建议。”

承担法律责任。

四 结 语

新冠疫情成为全球危机,中国迅速、有力、高效的应对最大程度保障了人民生命安全,获得世界赞誉。在此过程中,尽管局部地区短期内曾出现公共医疗资源匮乏的困境,但凭借丰厚的资源储备和强大的调动能力,我国兑现了“应收尽收,应治尽治”的伟大承诺。然而,凡事预则立,不预则废。新冠疫情不会是人类社会面临的最后一次传染病大流行。探寻紧缺公共医疗资源分配的伦理和法治之道,方能未雨绸缪。本文从道德哲学出发,参考域外实践,结合本土语境,提出了我国在突发公共卫生事件中分配紧缺公共医疗资源的伦理方案,并就配套法律规则提出建议,期待能成为引发关注与讨论的起点。

[本文为作者主持的2020年度国家社会科学基金青年项目“失信联合惩戒制度的法治困境及对策研究”(20CFX019)的研究成果。]

[**Abstract**] Public health emergencies lead to an extreme shortage of medical resources, When public health emergencies lead to an extreme shortage of medical resources that cannot be eased by measures such as increasing resource input, reducing resource waste or emergency resource deployment, how to allocate these resources becomes an unavoidable problem. How to allocate these resources becomes an unavoidable problem. From the three moral standpoints of deontology, utilitarianism and egalitarianism, criteria such as lottery, queuing, prognosis, number of lives, years of life, instrumental value, reciprocity, condition of illness, age and economic status can be used to determine the priority in allocation of scarce medical resources. However, each of these criteria has its own advantages and disadvantages and cannot be used independently to decide the priority in the allocation of medical resources, which means trade-offs and balancing among these criteria are inevitable. Therefore, it is necessary for China to draw on overseas experiences, base itself on the principles of fairness, efficiency and dynamics, combine multiple standards, and construct an ethical plan for the allocation of scarce medical resources in public health emergencies in the following order of priority: medical staff, first-comers, people with higher risk of infection or the more seriously infected, the better short-term prognosis, and the winners of lottery. The ethical plan also requires the establishment of supporting legal rules and the adjustment and improvement of relevant legal systems in the three aspects of the form rule-making, enforcement body and relief mechanism, including adopting a set of rules on the allocation of medical resources in the form of soft law, giving the decision-making function to medical ethic committees and unblocking the channels of complaint, review and litigation.

(责任编辑:田 夫)