

健康权的规范构造

陈云良^{*}

内容提要 当前健康权研究缺乏对健康权规范模式的整体把握,缺乏系统的、从规范分析角度展开的讨论。从规范分析视角出发,以宪法基本权利的结构为分析框架,可以阐明健康权的规范构造,进一步说明健康权的权利属性和相应的治理对策。考察宪法基本权利体系理论的发展历程,基本权利构造经历了从二分到复合的变迁。健康权成为消极权利规范模式与积极权利规范模式共同作用的场域,因此健康权规范构造也必然呈现出复杂的结构。以复合结构为基本框架,以有效选择原则为权利复合结构的区分界限,对健康权的消极权利和积极权利进行规范构造,并明确健康权的限制机制。健康权的复合规范构造可以更合理地解决健康权规范构造的立法和司法应用,构建科学的健康权规范体系,明确公立医院的三重职能,正确定位民营医院的发展方向。

关键词 健康权 消极权利 积极权利

一、健康权研究需要规范分析

2018 年长生疫苗事件催生了《疫苗管理法》出台,同年《药品管理法(修正草案)》《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》^①亦公开征求意见,引发全社会关注卫生法制基本问题。^② 公民健康权作为这几部法律的基本范畴更是引起了法学界的重视。但是目前健康权的研究主要停留在属性研究和策略研究层面,缺乏从内在法理逻辑切入的规范分析。首先,对健康权进行片面理解和解释,要么将其解释为积极权利,要么将其解释为消极权利。公法学者强调健康权的积极权利属性,如岳远雷认为“健康权是公民的一项基本人权,应得到国家的尊重和保障; 通过从宪法学的视角对健康权的含义、特征

^{*} 广东外语外贸大学广东法治研究院教授。本文系教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“基本医疗服务保障法制化研究”(项目批准号: 14JZD025) 的阶段性成果。

^① 2017 年 12 月全国人大常委会公布了《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》(一次审议稿)向全社会征求意见,明确提出公民享有健康权,将“公民的健康权利与义务”作为第二章。2018 年 11 月公布《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》(二次审议稿),取消了原第二章,但其内容全部保留,分散到各章中。

^② 2018 年 1 月,全国人大常委会对包括《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》在内的一批法律草案面向全社会公开征求意见。社会大众对《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》提交的建议意见最多,超过 5.7 万条。

进行剖析和法律规定的考察,得出国家应对公民健康权的实现承担基本的责任”^③。有的学者将健康权作为一种纯粹的积极权利,由行政权加以保障,健康权规范模式也就成为纯粹的行政法规范模式。如胡晓翔等指出,健康权法律关系是“行政法律关系”,^④所有的规范设计都应当以行政法为基本模式。“强调经济、社会与文化权利等‘积极权利’类型之保护,以及关注人民实际享有宪法权利之情形,历来是社会主义国家之重要的宪法理念。”^⑤而私法学者则把健康权理解为一种民事权利,用民事法律关系理论来分析健康法律关系,尤其是自2009年《侵权责任法》把医疗损害作为侵权责任规定后,人们逐渐习惯将健康权的规范模式建立在民事侵权法律关系的基础上,研究内容往往集中在患者和医院过错责任、患者知情同意制度中证据证明力和证明方式、侵权损害免责等方面。^⑥这两种观点都有一定的合理性,但却都仅揭示了健康权规范模式的一个方面,而没有进行系统性学理思考。其次,健康权基础理论尚未成熟,缺乏对健康权规范模式的整体把握。由于理论准备不足,许多健康权的基本问题没有得以澄清,不能对立法进行有效的指导,卫生立法当中诸多重大基本问题分歧甚大,没有形成共识,直接影响了卫生立法的进程。《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》2019年8月第三次审议仍然没有通过。理论准备不足的缺陷还直接反映在法律名称上。《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》在2014年底列入“十三五”立法规划时法律名称为“基本医疗卫生法”,到2017年底公布草案时改为现名,引起巨大的争议。“法名掀起巨大讨论的背后,是法律定位的不明晰,以及‘健康融入万策’尚不坚固的共识”^⑦。十三届全国人大常委会第六次会议第一次审议该草案时,不少常委会委员对该草案名称提出了不同的修改意见。有的委员认为把“基本医疗卫生”和“健康促进”规定在同一部法律当中,容易引起基本概念的混乱;有的委员不赞成把“基本”二字写进法律名称;有的委员认为健康权是公民的基本权利,不能用促进法的规范模式来规定,可以保留“基本”二字,“像基本文化服务保障法保障公民的基本文化权利一样,还是要把它叫成‘保障法’”^⑧。光从法律名称的争议来看,“医疗”“卫生”“健康”的基本内涵、“基本医疗卫生”与“非基本医疗卫生”的区别、“基本医疗卫生”与“健康促进”的关系、健康权的基本含义、健康权的范围、健康权的立法模式、卫生法律体系构成等基础问题就亟待深入讨论分析,而其中

③ 岳远雷《论公民健康权的国家基本责任》,载《中国医学伦理学》2007年第3期。

④ 参见胡晓翔《医改指归——医患关系之痛的原因与解决之道的思考》,载《南京医科大学学报》(社会科学版)2009年第2期;邹艳晖《行政机关对公民健康权的给付义务》,载《兰州学刊》2016年第10期。

⑤ 周刚志《论“消极权利”与“积极权利”——中国宪法权利性质之实证分析》,载《法学评论》2015年第3期。

⑥ 参见纪格非《事实不证自明——突破医疗损害诉讼证明困境的另一视角》,载《证据科学》2016年第3期;周洪江、胡树新《证据偏在下的医疗侵权证明责任分配——以司法与立法的冲突为视角》,载《山西高等学校社会科学学报》2015年第3期;马宁《医疗损害责任的免除》,载《社会科学战线》2016年第5期;李雪阳《困境与策略——辨析医疗领域中的“知情同意”》,载《哲学动态》2012年第8期。

⑦ 吴斌、陈伟斌《“基本医疗卫生与健康促进法”是公民卫生健康权益保障的重大突破》,载《南方都市报》2018年2月22日第8版。

⑧ 赵实《全国人大常委会委员建议修改基本医疗卫生与健康促进法名称》,载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1924444,最后访问时间:2019年5月14日。

有些问题甚至还从未展开过讨论,如“基本医疗”与“健康促进”的区别和联系,如此匆匆改变原有的立法名称不得不说过于草率。

规范分析方法是法学研究的独特方法,是构建和保障法律规范科学性的基本方法。“规范分析方法主要关注法的合法性、法的运行效果、法的实体内容,全方位考察法的构成要素,由此制度事实构成规范分析的对象。”^⑨当前健康权研究缺乏系统的规范分析,导致健康权利义务关系模糊,对一些医疗领域社会问题的解释难以圆洽,无法真正对健康权的实现提供有力的可操作性的理论支撑。健康权研究需要以规范分析方法为基础,说明健康权的规范结构,才能真正分析清楚健康权法律关系中的权利与义务,真正探明健康权基本权利理论基础,进而指导立法与司法实践。

二、基本权利理论的变迁考察

消极权利与积极权利二分法是现代宪法基本权利理论的基本分析范式,但是,随着实践需求的变化和法学理论的不断演进,原来将权利区分为消极权利与积极权利的类型化方法已经难以满足权利理论与实践的需求。消极权利与积极权利存在复杂的联系,将积极权利与消极权利截然分开处理的做法不适应现代权利的复合性质。^⑩宪法理论对这一问题的回应体现在基本权利复合性的提出。那么,健康权是否也存在着从二分法到复合性的变迁?“任何一项宪法规范的结构均不是单一的,需要放在宪法文本的整体结构中去考量,既要关注其内部规范要素,也要考察规范形成的历史条件以及规范之间的关系。”^⑪这一问题的分析不能停留于现有的法律规定本身,而必须从社会发展角度和历史发展角度,进行更为深入的探究。

(一) 基本权利二分法理论的模糊化历程

首先,消极权利衍生积极权利。当前,健康权已经成为基本权利进入各国宪法中。但事实上,最初健康权完全是一种消极权利,“无论是发达的罗马法系,还是遵循先例的日耳曼法系,都是在私权的维度上考虑健康权的体系框架和保护问题”^⑫。消极健康权是指自然人的健康法益免受他人不法侵害,或者因他人侵权行为受到损害时,有请求公力救济的权利。《民法总则》第110条规定的“健康权”即是消极健康权在实在法上的具体规定。当然,这里的“健康权”是狭义的健康权。一方面其与“生命权”相区别,这主要着眼于侵害后果。侵害后果是死亡,则受到侵害的是生命权,适用死亡赔偿金的有关规定;侵害后果是伤残或者疾病,则受到侵害的是健康权,适用残疾赔偿金或者赔偿治疗所需的医疗费的相关规定。另一方面,其与“身体权”相区别。身体权着眼于人的

⑨ 谢晖《论规范分析方法》,载《中国法学》2009年第2期。

⑩ 参见张翔《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第38页。

⑪ 张震《宪法环境条款的规范构造与实施路径》,载《当代法学》2017年第3期。

⑫ 蒋月、林志强《健康权观源流考》,载《学术论坛》2007年第4期。

物质存在的完整性,附着于人体的头发甚至义齿都能成为身体权保护的客体,而健康权着眼于人的身心系统的良好运行,身体局部物质的取得或毁损、灭失并不必然导致整个系统的损害。尤其是在医疗服务中,患者知情同意克减的人格权严格来说是身体权,亦即授权医疗机构及其医务人员提供侵入性诊疗行为,而其健康权并未因此减损,相反,在正常情形下,其健康权反而是受益的。

近现代以来,一方面,统治者认识到人口健康对于资本主义发展的重要性,从而健康的治理成为国家治理的重要内容,公民的健康保障成为国家统治正当性的重要组成部分;^⑬另一方面,生产的社会化使人们已经无法仅依据私法来有效地实现自己的权利,要求国家主动作为,通过公法来保障个人权利。“个体也再无法像从前一样,通过自由竞争自主地经营自己的生活,其自由的实现愈来愈多地依赖于国家所提供的各种社会物质条件。”^⑭奉行国家不干预的自由竞争消极治理模式无以为继。以英国1942年《贝弗里奇报告》为转折点,国家开始为公民提供全面福利,其中医疗成为基本保障的重要部分。秩序行政向服务行政转变,^⑮向公民提供公共产品成为宪法上的国家义务。公民的这种社会权利不断扩展,国家承担从摇篮到坟墓的保姆角色,全面承担社会公共服务责任,包括医疗卫生服务。除了这种日常的健康权保障之外,健康权的非日常保障——健康侵权法律关系也衍生出了积极权利的因素。生产的社会化导致“事故的严重性、不可避免性和非个人特征,使得把不幸事件之后果归结为个人行为的做法不再具有合理性”^⑯,在这样的社会转型背景下,若限于私法内部的思考,仅仅以消极权利主体责任自负为由将健康侵权中不可知的风险归由当事人承担,会导致看似完善的健康权制度、看似公平的权利义务安排,在实践中变得空洞而虚假,使得健康权保障期待落空。因此,侵权责任这一原先纯粹的消极权利保障制度发生颠覆性革命,民事责任部分转换为国家责任。而这一变革在健康权领域的表现尤为明显,因为医疗风险往往是不确定的,无论医疗机构还是患者,都在面对不可知的医疗风险,此时国家有义务提供底线保障。例如,紧急情况下,个人处于生命危机时,不需要经本人同意也不需其请求,医疗机构和医生都负有紧急救治的义务,这种紧急救治的权利就是将患者消极健康权转化成积极健康权。同样,分级诊疗中的转诊行为本属民法调整,但在现代社会已经演变为社会法范畴。^⑰

其次,积极权利也衍生消极权利。积极健康权是指公民请求国家维护其健康状态的权利,包括健康资源获得权、基本医疗服务请求权、公共卫生服务请求权、健康社会保障权、医疗救助权和紧急医疗救治权等。^⑱ 在健康权的消极权利属性随着社会实践发展

^⑬ See John Tobin, *The Right to Health in International Law* at 1-41 (Oxford University Press 2012).

^⑭ 赵宏《作为客观价值的基本权利及其问题》,载《政法论坛》2011年第2期。

^⑮ 参见江必新《行政法学研究应如何回应服务型政府的实践》,载《现代法学》2009年第1期。

^⑯ 张铁薇《侵权责任法与社会法关系研究》,载《中国法学》2011年第2期。

^⑰ 参见陈云良《论转诊行为的法律性质及救济途径》,载《法学》2019年第5期。

^⑱ 参见陈云良《基本医疗卫生立法基本问题研究——兼评我国〈基本医疗卫生与健康促进法(草案)〉》,载《政治与法律》2018年第5期。

衍生出积极权利因素的同时,这些积极权利因素不断发展,也逐渐衍生出了消极权利的色彩,主要体现为树立起国家积极义务以公民消极权利为前提和根基的观念。“公务国家”“福利国家”模式的兴起带来的重要问题就是公权力的扩张,要求国家采取某种集体道德原则的立场,从而基于共同体原则支持公民对健康的价值需求。^{①⑨}人们在发展积极权利的同时也赋予了国家更多的权力,产生了国家权力危害公民权利的情形。因此,积极权利不再是纯粹的“公民主张——国家提供”模式,而是将公民的自主选择权作为积极权利的前提和根基,人们在要求积极权利的同时也强调对消极权利的保障。德国联邦宪法法院在1958年吕特案判决中明确指出:基本权利的主要目的在于确保个人的自由免受公权力的干预,积极权利的核心目的是为消极权利的最终实现提供基本保障。由此,原来的积极权利规范模式逐渐抹上了消极权利的色彩。这一点在健康权领域尤其体现为医疗父权主义的衰落与患者主体地位的提升。在医疗行为中,患者知情同意制度的设计正是尊重患者的自主决定权——消极权利的表现,患者有权自己处理自己的健康事务,有权参与医疗过程。可见,健康权的积极权利属性体现为人们有权要求国家提供保障,但是必须明确医疗行为中健康权享有者的积极权利的行使必须以消极权利——知情同意为前提。因此,尽管福利国家思潮成为世界共识,但是并没有因此忽视消极权利,恰恰相反,大量的积极权利被渲染上了消极权利的色彩。

(二) 基本权利复合性的理论回应

现代社会的发展已经导致了消极权利与积极权利二分法思路的解构,二分法将二者截然分开的做法不能清晰描述权利的复合性质,“一些学者提出,没有一个权利是完全的消极权利或积极权利”^{②⑩}。“消极权利与积极权利的二分只是相对的,积极权利固然有天然的‘消极权利侧面’,而传统的消极权利也逐渐生出‘积极权利侧面’的性质来。”^{②⑪}德国宪法法院的裁判经验和德国宪法理论发展出来的基本权利功能体系理论,已经实现了从二分法到复合性的变迁,二者得以在同一权利结构并行不悖。国内的学者对基本权利的复合性亦展开了充分的讨论。有学者提出基本权利的双重属性理论。^{②②}有学者则分析指出“将基本权利划分为积极权利和消极权利在理论和实践上都存在缺陷,任何基本权利都具有积极和消极双重属性,都是积极权利和消极权利的统一,都具有积极权能和消极权能。”^{②③}此外,消极权利与积极权利的二分最早根植于自由权和社会权的二分,而理论界已经为重构这种二分法提供了颇为成熟的论述。^{②④}因此,一方面,公

①⑨ 参见[瑞典]博·罗思坦《正义的制度:全民福利国家的道德和政治逻辑》,靳继东、丁浩译,中国人民大学出版社2017年版,第34页。

②⑩ 邓海娟《健康权的国家义务研究》,法律出版社2014年版,第24页。

②⑪ 张翔《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》,载《中国法学》2006年第1期。

②② 参见张翔《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第42-45页。

②③ 商继政《论基本权利的双重属性》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2007年第6期。

②④ 参见秦前红、涂云新《经济、社会、文化权利的司法性研究——从比较宪法的视角介入》,载《法学评论》2012年第4期。

民健康消极权利并不影响健康权作为积极权利的功能发挥,反而消极权利需要积极权利的受益权保障;另一方面,国家法律机制完全可以容纳积极权利规范和消极权利规范的同时运作,偏颇于任何一方都是对问题整体结构的忽视,都是偏见。因此,健康权是一种复合权利,既是一种防御他人不法侵害的消极权利,也是一种请求国家提供帮助的积极权利,成为消极权利与积极权利共同作用的场域,需要私法规范和公法规范来共同规范构造。

三、有效选择——基本权利复合性的界分原则

基本权利复合性规范模式主要体现在基本权利体系的双重属性上,即同一个基本权利同时具有消极权利和积极权利的属性,那么在具体实践中如何决定何时何地采取何种权利规范模式?这就需要有一个判断原则。因此,要从规范角度确立起健康权的规范模式,首先要明确基本权利复合性规范模式的界分原则。

现代公法、私法的目的可以说都是为了保护个人自由意志,健康权规范模式构建也应当以自由意志为基础。基于对公民自由意志的保护,首先应当保障其自由选择的权利。只要公民具有选择的能力和条件,就必须允许其行使消极权利,这就是有效选择原则。符合这一原则的,采取消极权利的规范模式;不符合这一原则的,就必须由国家提供保障,采取积极权利的规范模式。当健康权主体能够以自由意志进行选择并且进行了自由选择的时候,就必须承担责任。当自由意志“失灵”之后,健康权主体享有受益权,享有要求获得帮助的权利,而在宏观上的制度设计中,健康权主体有要求制度保障的权利。

有效选择原则体现为选择能力与选择条件。选择能力是指健康权主体存在自由意志并且能够自由表达的能力。健康权主体能够充分获知和理解是表达自由意志的前提,“行为应当是行为人在自由和理性的状态下实施的,是他的自主的决定,倘非如此,则也不能称之为‘行为’,因为无意识的或者是意志不自由下人所实施的,与其称之为‘行为’不如叫做‘动作’更准确”^⑤。而现代医学具有的复杂性、专业性导致健康权主体并不一定能够充分认知和理解其作出的选择,因此,必须将选择能力作为规范模式的基本标准,健康权主体具有选择能力时才是自由意志的表达,才能适用消极权利规范模式。不具有选择能力时就应当适用积极权利规范模式。

选择条件要满足两个方面的要求。其一,要存在多元的选项供健康权主体选择。缺乏选项的自由选择不是自由意志的表达。不能将形式上的自主表达即认为是自由意志的表达,更重要的条件是实质上是否享有选择的自由。只有唯一选项的选择不是自由选择,不能要求行为人对自己的行为承担全部责任,否则就是一种道德绑架,在公法上则会构成垄断。2019年连续出现的乡村医生辞职现象正是其没有选择自由造成的。

^⑤ 丁南《从“自由意志”到“社会利益”——民法制度变迁的法哲学解读》,载《法制与社会发展》2004年第2期。

国家不能为乡村医生提供基本收入保障和职工身份,而其必须承担大量的公共卫生任务,医疗服务只能选择基本药物,诊疗收费也由国家定价。必须履行国家积极健康权义务提供公共卫生服务,没有经营自由,没有基本收入保障,医疗责任又按消极健康权模式构造,权利缺乏保障的乡村医生难以承担这种积极和消极健康权双重义务。当然,在这里,乡村医生不是公民健康权的权利主体,而是公民健康权的义务主体。其二,要存在表达途径,健康权主体能够充分合理表达自己的意志。如果没有充分表达自己的意愿却要承担不利后果,这样的规范也是不正义的。所以,当健康权主体没有两个以上的选项,或者没有获得充分的表达途径,那么就不可以按照消极权利的规范模式来确立权利义务关系,国家就负有一定的保障义务并承担相应的责任。

总之,如果不具备选择的能力和条件,选择就是无效的,就不能适用消极权利的规范,相应的就应当适用积极权利规范,由国家加以保障。

四、健康权规范构造的展开

(一) 健康权的消极权利规范构造

当健康权主体具有有效选择能力和条件时,享有按照自己意愿行为的权利、不受外界的干预、负有不影响他人利益和公共利益义务,也必须对自己的行为承担责任。这就是健康权的消极规范结构。有两种较为典型的表现形式,一种表现为日常生活中与健康权有关的行为、习惯等,另一种表现为医疗过程中健康权主体自由选择医疗方式并自愿承受风险后果的行为。这两种权利的行使都由民法规范。

在日常生活中,公民有权利决定自己的生活方式,塑造自己的健康习惯,这是一种消极权利,他人不能干预。纽约市前市长 M. Bloomberg 为了减少肥胖人群,曾试图制定规则限制人们饮用汽水的分量,引发人们愤怒的批评和法官的制止,认为这严重侵害了人们的自由选择,加重穷人的负担。^{②6} 同样,每个人都可以在合法范围内处置自己健康事项,有权自由选择医疗服务,也可以放弃医疗服务,其他人尤其是公权力不得干预。

消极权利具有消极性,体现在当侵害没有发生时,消极权利就处于静止状态,因此,主要的权利行使方式是对外来干预的防御,通过自力或者公力排除干预。相应地,国家必须保证消极权利不受干预。一方面,公权力要承担克制的义务。例如不得强制献血。侵犯公民的健康权,公民可以根据消极权利的规范结构,行使防御权权能。再如器官捐赠与交易中公权力应当克制,“不论是人体器官的无偿捐赠还是有偿出卖,都是公民处分自己身体的方式,都应该得到同等的对待与尊重”^{②7}。在可以选择的情况下,患者有权利对医疗过程中的治疗手段、治疗内容、治疗的可能结果等作出自己的选择,医疗机构不得代替患者选择。另一方面,健康权享有者的自由意志实现还存在着其他干预,公权

^{②6} See Lawrence o. Gostin, *Limiting What We can Eat: A Bridge Too Far*, 92(2) The Milbank Quarterly 173-176(2014).

^{②7} 陈云良《人体移植器官产品化的法律调整》,载《政治与法律》2014年第4期。

力承担排除其他干预的义务。例如孕妇跳楼案,正是由于患者本人的选择权被剥夺,代理人干预了患者本人自由意志的结果。对此,患者有权利要求排除干预,公权力应当排除这种不当干预,确保消极权利的实现。

健康权主体享有决定权的同时必须自己承担责任。这决定了在有关健康权消极权利的法律规定中必须明确健康权主体的本人责任,由于自己的行为而发生损害的,必须自己承担责任。对于医疗过程中尤其是手术中的风险状况,应当以有效选择原则为依据,如果患者有条件也有能力做出选择,其选择高风险治疗方式就是自冒风险行为,应当自己承担责任。伤医杀医患者就是忽视了自己的责任,忽视了医疗合同的平等性,错把医生的行为义务视为结果义务。当然,如果患者没有足够的选择的条件和选择的能力,那么就不属于自冒风险行为,就不能根据消极权利的规范模式来归责。如《侵权责任法》第56条规定的紧急救治权,就是在病情危急的情形下,无需本人或其近亲属同意,健康权主体有权接受医疗机构提供的相应治疗。

(二) 健康权的积极权利规范构造

积极权利是健康权主体要求公权力履行积极义务的权利。根据权利行使的方式的不同,可以分为直接要求行政给付的主观受益权和间接要求权利保障的客观秩序保障权,相应的权利、义务、责任也不同。

1. 基于健康权主体请求的积极权利

当某种健康权事项具有公共性,超出了一般公民有效选择条件和能力范围之外,公民有权根据自身利益需求请求国家给予保障,国家有相应的给付义务。由于保障不足而引起损害的,国家有补偿责任。一种是公共卫生,这是典型的国家义务。例如大型流行性疾病,是单个人所无法预测和避免的,其产生和扩散也往往是社会性原因,这就需要政府提供公共卫生服务来解决,在我国主要通过国家公共卫生机构的行政给付来实现。国家制定一系列公共卫生法律,规范政府的这种公共卫生给付行为。另一种是基本医疗服务领域。医疗服务本来是典型的私人事务,由个人自己负责购买,由市场向社会提供。但是到19世纪末,德国行政法学界提出国家应该对公民承担生存照顾义务,现代福利国家从此诞生。一些欧洲国家开始由政府向公民提供全部或部分医疗服务,英国实行全民免费医疗制度,德国实行社会医疗保障制度。联合国《经济、社会及文化权利公约》第12条第1款规定:“本公约缔约各国承认人人有权享有能达到的最高的体质和心理健康的标准。”第12条第2款第4项规定各缔约国要“创造保证人人在患病时能得到医疗照顾的条件”。当今世界各国,无论经济发达与否,大多数国家都不同程度承担向公民提供医疗服务的义务。医疗服务特别是其中的基本医疗服务成为现代国家的基本义务,公民可以行使积极权利要求国家提供基本医疗行政给付保障。国家制定医疗法(又称医事法)来规范基本医疗服务给付行为。

健康权主体主张可以实现的权利,要求国家提供基本保障,义务的主要承担者是行政主体,行使方式主要是请求行政给付。在基本公共卫生服务中,公共卫生行政主体负有保障公共卫生的义务。如果出现不作为,公民有权向行政机关提起行政复议或者向

司法机关起诉等要求行政给付。例如长生疫苗事件中,如果公民在发现疫苗存在问题时能够及时向行政机关申诉或提起行政诉讼,就能够避免悲剧的发生。在基本医疗服务的提供中,政府、公立医院、用人单位负有提供基本医疗服务的义务,如果在基本医疗服务中损害了公民健康权益,公民有权要求医疗机构提供相应补偿、赔偿。如我国规定基层医疗卫生机构只能使用基本药物,药品销售实行零差率,以此来控制医疗服务的价格,保障基本医疗服务的可及性。

由政府承担责任的前提是健康权享有者没有选择的条件和能力。符合这一原则,应当由政府承担责任。不符合这一原则的则仍然应当根据健康权的消极权利规范的模式来确定责任,即健康权享有者自己承担责任,政府承担尊重和克制的义务。

2. 基于国家制度构建的积极权利规范构造

公民有权获得健康权的制度保障。国家政策与国家立法是公民个人无法直接选择的,在这种情况下,公民不具有有效选择能力和条件,必然采取积极权利的规范模式,即公民有权利要求国家提供合理的、不断完善的制度保障。对于健康权制度保障这一积极义务,主要是要求国家提供健康权实现所需的各种制度和条件,义务承担者是立法机关。如本文开头所提到的国家起草、制定和修订《基本医疗卫生与健康促进法》《疫苗管理法》《药品管理法》,便是履行健康权的制度保障义务。在公共卫生领域,我国制定了《传染病防治法》《职业病防治法》《母婴保健法》《精神卫生法》《食品安全法》《进出口商品检验法》《红十字会法》《献血法》《人口与计划生育法》等9部公共卫生法律,构成比较完整的公共卫生法律体系,国家为全体公民提供完整的公共卫生制度保障。我国也加入了世界卫生组织,积极参与全球卫生治理。但是,在医疗领域我们一直没有在宪法之下制定落实国家基本医疗保障义务的法律,由全国人大及其常委会通过的医疗卫生方面的全国性法律只有两部,即《执业医师法》和《药品管理法》。正在审议的《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》是对这种立法缺漏的补正,也正是健康权积极权利规范构造,将从根本上解决这一制度保障缺陷。^{②③}

公民健康权要得到完整的保护,不仅要建立完整的医疗卫生法体系,还要在其他法律中作出相应规定。健康权保障要融入所有政策,这在医学界被称为HiAP(Health in All Policies),是世界卫生组织提出并倡导的制度。“将健康融入所有政策”的基本出发点在于:健康在很大程度上是由卫生保健领域之外的因素决定的,这些因素就是健康权的基础因素,比如饮用水、环境、施工等等,健康保障的根本在于对这些健康影响因素的控制,因此要努力将健康照护纳入社会决策,以期改善人口健康。^{②④}芬兰是世界最早实施“将健康融入所有政策”的国家,得到了欧盟成员国的认可,从2006年开始HiAP成为

^{②③} 对于这部法律是不是医疗领域的基本法,存在很大争议。从现有草案名称来看,它规范的内容除了基本医疗以外,还包括公共卫生、健康促进。当然,它至少第一次系统规定了基本医疗服务制度。

^{②④} See Timo Ståhl, et al. eds., *Health in All Policies: Prospects and potentials*, Ministry of Social Affairs and Health, Health Department of Finland 2006.

欧盟制定政策的重要原则。^⑩ 2013 年,世界卫生组织第八届国际健康促进大会发布《健康融入所有政策赫尔辛基宣言》,要求成员国贯彻落实 HiAP。中国很快做出回应 2017 年《“健康中国 2030”规划纲要》正式提出“将健康融入所有政策”,《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》第 2 条也作了同样的规定。

公民有权通过合法途径提出要求,实现健康权的积极权利权能,督促立法机关积极保障公民健康权。但是我国目前并没有像德国那样设立立法不作为诉讼制度,公民不可以直接请求国家立法,而必须在法定资格、法定程序的限制之下对国家立法保障提出要求。而且缺乏立法并不是健康权受到损害的直接原因,因此不能要求国家承担责任。

(三) 健康权的限制

健康权存在被滥用的风险。美国当代医学伦理学家埃里克·卡斯尔(Eric J. Cassell)在对现代医患关系的分析中指出“患有严重躯体疾病的人经常失去奋斗的信心,思维变得狭隘,推理和决策的能力可能会发生变化,过度依赖医生和照顾他们的人,对外界事物变得淡漠,只注重自己,表现为自闭和孩子气,过分关注自己,无视外部世界。”^⑪患者觉得自己是弱者,应该得到全社会的同情和照顾,认为医生必须把病治好,错把治疗的权利当成治愈的权利。频繁见诸于报端的医闹事件正是健康权滥用的典型表现,中国传统文化中的“死者为大”和愚孝文化更是加剧了这种权利滥用。因此,需要以权利限制条款来避免健康权利滥用。我国《宪法》第 51 条规定“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

我国《宪法》第 51 条所规定的权利限制条款仍然是概括的限制,无法提供直接的行为指引。应当根据消极权利和积极权利的不同情况对健康权的行使加以限制。首先,对消极健康权的限制,即对健康权主体防御权的限制。强制医疗就是对患者自由决定治疗的权利的的限制,例如对传染病患者、吸毒者,国家相关机关有权在法定条件下实施强制医疗,以避免损害他人权利和公共利益。其次,对积极健康权进行限制,行政给付必须在财政支付能力范围内,不能超越国家财政能力或者超出财政预算,否则就会导致国家正常运行的困难。我国到底应不应该实施全民免费医疗就是一个积极健康权限制的问题。由于经济发展水平的限制,我国目前的财政支付能力还不能全部包揽全体社会成员的医疗服务。当然,对健康权的限制应当在合理合法范围内,即“对限制要进行限制”^⑫。首先,必须遵循法律保留原则。对于健康权的限制必须由法律来规定,法律之外的行政法规、地方性法规、行政规章等不得作出超出法律规定范围限制健康权的规定。其次,必须遵循比例原则,即必须在合理范围内进行健康权限制,做最低程度的限制,限制的手段是必要的,以给被限制对象带来最小负担的方式进行。当对健康权的限

^⑩ See Commission of the European Communities, *White paper: together for health: a strategic approach for the EU 2008–2013*, 2007.

^⑪ Eric J. Cassell, *Talking with patients*, Vol. 2. Cambridge(Mass: MIT Press, 1985).

^⑫ 赵宏《限制的限制: 德国基本权利限制模式的内在机理》,载《法学家》2011 年第 2 期。

制带来的损害大于实施限制后带来公共利益、他人利益增长时,不得进行限制。最后,保护效果原则,即对健康权的限制必须出于对公共利益、他人合法利益保护的目 的,如果其他的方案能够起到更好的保护效果,就不能采用健康权限制的方法。

总之,健康权规范构建的具体设计必须说明权利、义务、责任的划分,这样才能起到规范分析法学提供行为指引和问题解决方案的作用。

五、健康权规范构造的立法与司法应用

(一) 构建科学的健康权规范体系

我国健康权规范体系尚未完整构造。尽管十一届全国人大常委会委员长吴邦国在2011年宣布中国特色社会主义法律体系基本形成,但是健康(卫生)法律体系则是最近几年来才开始系统构造,^③医疗领域的基础性法律更是尚付阙如。

就立法而言,我们可以将健康权规范体系分为积极健康权规范体系和消极健康权规范体系。对于积极健康权规范体系而言,我们首先要在宪法之下制定一部健康领域的基本法,规定国家保障公民健康权利的积极义务。正在起草的《基本医疗卫生与健康促进法》承载着这一历史使命。^④国家的健康积极义务分为公共卫生服务和基本医疗服务。公共卫生服务是典型的公共产品,市场不能提供,公民没有选择机会,不具备选择条件。在艾滋病、SARS这样的传染病发生时,公民不具备防御的认知能力,也不具备选择能力。因此,世界各国普遍规定由国家向公民提供公共卫生服务,颁布了一系列公共卫生法律,美国、英国、德国、法国等国家还在此之上制定了统一的《公共卫生法》。如前所述,我国已经制定了《传染病防治法》等9部公共卫生法律,尚没有制定统摄公共卫生领域的《公共卫生法》。鉴于人类社会的不断进化与发展,科学技术的进步也同时引发了一些前所未有的公共卫生问题,我们有必要制定一部公共卫生基本法,弥补现有公共卫生分别立法难免产生的漏洞。而基本医疗服务本是消极健康权利,由公民个人自由决定如何选择。但现代国家普遍将其拟制成公共产品,消极权利转化成积极权利,国家承担积极义务,如我国《基本医疗卫生与健康促进法(草案三次审议稿)》第29条明确规定“基本医疗服务主要由政府举办的医疗卫生机构提供”,明确了政府提供基本医疗服务的主导责任。笔者一直主张单独制定一部《基本医疗服务法》作为医疗领域的基本

^③ “健康权法律体系”(或称“健康法体系”)通常称为“卫生法体系”,也被称为“生命法体系”“医事法体系”“医疗法体系”。因为在中文语境中“卫生”一词与“健康”“医疗”等词语混用,造成了名称的混乱。“卫生”一词是我国约定俗成的用法,笔者认为,用“健康”一词来统一表述更为准确。

^④ 如前所述,该法名称引发了巨大的争议。这一争议正是前注^③所述,是对“卫生”“健康”“医疗”这些最基本的概念缺乏统一的认识,其实“医疗卫生”完全可以包含健康促进的内容,从该法草案第六章规定的“健康促进”来看,基本属于我们通常所说的公共卫生,法律名称应该称《基本医疗卫生法》,不必要画蛇添足。参见陈云良《基本医疗卫生立法基本问题研究——兼评我国〈基本医疗卫生与健康促进法(草案)〉》,载《政治与法律》2018年第5期。当然,“健康”一词也可包含“医疗卫生”的全部含义,法律名称也可称为《健康法》,参见王晨光、杨健《〈基本医疗卫生与健康促进法(草案)〉专家座谈会纪要》,载《中国卫生法制》2018年第3期。

法,而不是像现在的《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》将基本医疗服务和公共卫生规定在一部法律里。“公共卫生是国家免费提供的,基本医疗是政府、社会和个人共同承担。它们的运行方式、管理模式、责任承担都不一样。两套制度放在一起可能会造成混乱”^⑤,二者在规范模式上有着重大差别。首先,基本医疗服务仍然以患者的请求为启动要求,如果患者不主动就诊,基本医疗服务就无法开始,而公共卫生服务是不需要请求,政府就必须给付的;其次,在医疗服务中,医疗机构和公权力仍然负有尊重患者选择的义务,例如选择基本药物还是非基本药物,而公民对公共卫生服务是没有选择权的,甚至没有放弃权;最后,公民作为权利主体有权要求政府提供免费的公共卫生服务,政府有义务保障基本公共卫生服务。政府如果没有履行公共卫生义务,公民可以直接提起行政给付诉讼。而基本医疗服务即使在最新的《基本医疗卫生与健康促进法(草案三次审议稿)》中也未作行政给付诉讼规定,公民基本医疗服务请求权未得到满足时,目前不能通过诉讼途径救济。

在《基本医疗服务法》之下再制定《医院法》《护士法》等,加上现在的《执业医师法》《药品管理法》,形成完整的医疗法体系。^⑥除了《公共卫生法》及其下位法和《基本医疗服务法》及其下位法之外,积极健康权规范体系还包括规范国家积极支付义务的《基本医疗保险法》《医疗救助法》。

消极健康权规范主要体现在现有民事法律规范中。《侵权责任法》第七章专门规定了“医疗损害责任”。《民法典侵权责任编(草案)》延续了这一模式。而消极健康权的主要实现方式是医疗合同。《合同法》没有对医疗合同作专门规定,医疗合同属无名合同,患者和医疗机构之间的医疗服务行为适用《合同法》的一般规定。《民法典合同编(草案二次审议稿)》仍然没有对医疗合同作特别规定。在缺乏立法指引的情况下,医疗服务合同文本五花八门,不规范、不统一,缺乏明确的规范指引,导致医疗服务容易引发纠纷。另一方面,在医疗服务合同纠纷中,缺乏明确的纠纷解决依据,患者的消极权利难以得到保障。首先,《合同法》过于粗略抽象,往往适用困难。例如,《合同法》第62条规定“履行方式不明确的,按照有利于实现合同目的的方式履行。”但是,在医疗服务合同中,如何判断“有利于实现合同目的”是难以确定的,因为现代循证医学的一切判断都要在一定的技术条件支持下根据专业医学知识才能作出,在医患信息严重不对称的情况下,合目的解释权往往完全在医方。而《合同法》总则不可能针对某一种具体合同作出明确规定,这就导致医方掌握了解释合同目的的主导权,其解释极有可能任性。也

^⑤ 陈云良《〈基本医疗卫生与健康促进法(草案)〉若干问题的思考》,载《中国卫生法制》2018年第2期。

^⑥ 据悉,国家卫生健康委员会正在启动《中华人民共和国医事法》的起草。从名称上看,其将和全国人大常委会正在制定的《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》产生高度重合。用健康权的二元构造理论或许可以化解这一矛盾。从全国人大常委会公布的《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》来看,这一草案是从积极健康权角度来保障公民健康权的,主要规定政府的主导责任。而《医事法》可从消极健康权视角来维护公民健康权,规范医患双方的民事权利和民事义务。二者可以并行而不重复。2019年5月19日在北京大学医学人文学院举行的“《中华人民共和国医事法》立法前瞻问题研讨会”上,该院王岳教授提交的《医事法(建议稿大纲)》正好体现了这一思路。

正是由于这种任性,才导致了过度医疗等诸多问题。通过有名合同的方式,将双方主要权利义务予以明确,可以有效避免医方解释的任意性。其次,“医疗合同具有直接关系人的生命与健康等重大人身利益的特征。凡涉及重大人身权益的领域,多已超越了由私法自治原则调整的纯粹私人利益的范畴,而进入了社会公共利益的领域”^{③7}。因此,需要强制性规范的介入来加大对医疗服务合同的规范力度,而不能像对待一般财产关系类合同那样任由当事人意思自治。合同立法中通过将医疗服务合同有名化,进一步具体说明相应履行方式,实现对意思自治原则的调整。再次,医疗合同有名化还有助于医患双方选择医疗合同纠纷作为诉由寻求司法救济,改变当前侵权法救济一边倒的不平衡司法状态。^{③8}最后,医疗合同既不同于承揽合同,也不同于典型的委托合同,有必要将医疗合同有名化处理。^{③9}

当今世界医疗服务纠纷多发,明晰医患双方权利义务成为现实需要,医疗合同有名化正在逐步成为共识。国际上很多国家都在采取合同法的形式来保障患者的契约权利。例如,《荷兰民法典》第七编“具体合同”之中确立了“医疗服务合同”的有名合同地位。《德国民法典》在第二编(债务关系法)第八章(具体债务关系)第八节(雇佣合同)第二目中规定了医疗合同。尤其值得注意的是,《欧洲示范民法典草案》在第四卷(有名合同及其产生的权利义务)第三编(服务合同)第八章规定了医疗合同。^{④0}因此,医疗合同有名化不但早已是重大现实需求,也符合立法理论和一般立法规律,具有可行性。

但是在我国当前立法实践中,医疗合同的独特性和重要性并没有体现出来,《基本医疗卫生与健康促进法(二次审议稿)》中没有相应的规定,《民法典各分编(草案)》中的“合同编”也没有专门针对医疗合同进行规定。医疗服务合同的缔约方式、格式条款的特殊规定、违约责任的构成要件等都应当在卫生相关立法中作出规定,为医疗服务合同确立指引,为医疗服务合同纠纷裁决提供明确依据。

以上大体从健康权二元角度构造健康权规范体系。然而,现代社会健康权具有复合性,这种构造不是绝对的,积极健康权规范体系中蕴含消极健康权规范,消极健康权规范体系中也会存在积极健康权条款。

(二) 明确公立医院双重职能

当前的公立医院承担着两种职能,扮演着两种角色,既是提供非基本医疗服务的市场主体,也是代表国家提供基本医疗服务的公法主体。这两种职能在公立医院中呈现出重合的状态,二者界限的模糊导致了权利、义务、责任的模糊。一方面,公立医院在医疗市场化改革的背景下,患者可以自费就医,自主选择医疗服务的提供主体和服务内

^{③7} 李运华、赵少凡:《略论医患关系的专门立法调整》,载《求索》2002年第5期。

^{③8} 参见刘炫麟:《民法典编撰与医疗合同典型化》,载《法治研究》2019年第3期。

^{③9} 参见陈云良主编:《卫生法学》,高等教育出版社2019年版,第33页。

^{④0} 参见杜景林、卢谌:《德国民法典全文注释》(上册),中国政法大学出版社2015年版,第514-520页。[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]克莱夫:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》,于庆生等译,法律出版社2014年版,第630-707页。

容,这使得二者的法律关系具有私法属性,可以通过消极权利规范模式构建医患关系——患者的自由权得以充分实现,但同时也要承担相应的责任。另一方面,患者则认为公立医院享有国家出资,享有国家政策支持,占有国家资源,应当对患者承担更多的责任。事实上,“公立医院可以说是国家履行基本医疗服务保障义务的代理人,公立医院的医疗行为因而同国家公共行政给付行为紧密相连”^⑪。如果过度强调医患关系的消极权利侧面,事实上就将公立医院本应承担的积极给付义务遁入私法规定中,依据私法规范排除了公立医院的公法责任。营利性医疗服务与基本医疗服务两种性质的功能都要在医院实现,这就需要将医院的基本医疗服务职能与一般医疗服务行为进行区分,形成二者的规范模式,促进这两种功能之间的协调配合。2015年国务院办公厅《关于城市公立医院综合改革试点的指导意见》明确提出,公立医院改革的基本目标既要“充分发挥市场机制作用”“调动积极性”,又要“破除公立医院逐利机制”“维护公益性”,任何一方都不可偏废。只有厘清这两种职能的界限,才能使二者相辅相成。

公立医院的营利性医疗服务应当采取消极权利规范模式,因为作为市场主体的医院与患者之间是平等的,二者法律关系的平等性决定了公民作为民事主体必须自己承担责任,这是对公民权利的尊重。基本医疗服务应当采取积极权利规范模式,避免医疗服务市场化导致基本医疗服务目的落空,因此,政府应当确立基本医疗服务范围,将基本医疗服务视为公共产品来提供。而这两种职能及其规范模式的界限仍然要以“有效选择原则”为标准。以手术中的知情同意制度为例。知情同意制度是营利性医疗服务的基本制度,是消极权利规范模式的产物,知情同意确保了患者的知情权和选择权。但是,知情同意还有可能以积极权利规范模式来确立权利、义务、责任。例如,医疗过程中的不明风险,连医生都可能不能判断,患者更不知情,患者在此情况下不具有有效选择能力,所以不能采取消极权利规范模式,不能以患者“同意”为由要求患者承担全部责任。再如,在侵入性治疗中的不可知风险如并发症、病情突变等复杂情况。类似风险应当由整个社会来共同面对和承担,而不能简单地将其归于公民个人来承担,体现出健康权内涵的共济性特征。^⑫公民有权利获得帮助,国家应当积极保障,出现不良后果时,应当由国家负担一部分责任。目前一个已经成为共识的解决方案就是由国家设立医疗责任保险,以此来履行其积极义务。明确这一标准,可以避免公立医院将积极给付义务遁入私法规定中,依据私法去排除自己的公法责任。这样,通过有效选择原则,就明确了公立医院的双重职能及其界限。

(三) 正确定位民营医院发展方向

医疗具有高度的专业性,现代医学科技的高度发达更加剧了这一点,没有受过专业教育的普通患者尽管有自由表达的能力,但是其对自身的疾病无法正确认知和理解,不

^⑪ 胡国梁《公立医院的运行逻辑与法理定位》,载《天府新论》2017年第2期。

^⑫ See Wright-Carozza P. *From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights*, 25 Human Quarterly 281-288(2003).

能做出正确的判断,通常是没有选择能力的。没有选择能力,即使具有多种选择条件,也是无意义的。按照前述健康权规范构造理论,医疗服务应当尽可能采用积极健康权构造模式。正是因为如此,现代国家普遍主动承担保障公民健康的积极义务,由国家向公民提供医疗服务,而不是按消极健康权模式听任市场自由提供。即便是最典型的市场经济国家英国也是如此,其建立了英国人引以为傲的国家卫生服务系统(National Health Service)。^{④③}同时,由于医疗是公民的生存性基本需求,也不宜作为一种营利性产品来提供。特别是我国的社会主义性质,加上当前市场诚信匮乏的现实,更不宜把医疗卫生服务交由市场去提供。20世纪90年代的市场化医改给我们留下了惨痛教训。但是,近年来医疗服务的市场化倾向正在重新抬头,国家不断出台政策鼓励民营医院发展,国务院先后发布了《关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构意见》(2010年)和《关于促进社会办医加快发展若干政策措施的通知》(2015年)。正在审议的《基本医疗卫生与健康促进法(草案三次审议稿)》亦体现了鼓励民营医院发展的政策导向,第41条规定“鼓励社会力量依法举办医疗卫生机构”。根据国家卫生健康委员会统计信息中心2019年1月发布的数据,截止到2018年11月底,我国民营医院已经到达210404家,远远超过同期的公立医院数12072家。与2017年同期相比,民营医院增加2291个,公立医院减少109个。

这种把公民健康交给民营医院来经营的消极健康权发展模式带来了巨大的社会问题。2016年引起广泛关注的“魏则西事件”使全社会认识到,医疗服务不能作为一种营利性产品由市场来经营。2019年5月14日,国家卫生健康委员会等五部委发布《关于开展促进诊所发展试点的意见》,鼓励医生个人开办诊所。而同时,厦门市公安局、深圳市公安局宣布查处了惠爱门诊部、华光大门诊部、真爱门诊部、宝济门诊部等系列医疗涉黑涉恶案件,这些民营医疗机构采取术中恶意加价、虚假诊断、夸大病情或疗效、利用医托欺诱和强迫患者诊疗等手段来获利。^{④④}这些民营医院正是恶意利用了患者在专业治疗中缺乏选择能力这一自然缺陷,欺骗和敲诈患者。民营医院的这种黑恶经营模式并非个别现象。有资料显示,全国的民营医院中,曾经80%是由靠性病游医起家的莆田系创办。^{④⑤}健康权规范构造理论和民营医院发展现实都表明,我国目前不宜发展民营医院来为公民提供医疗服务,对违规经营的民营医疗机构应当加大加快取缔力度。众所周知,美国公民看病费用由自己负责,自己购买商业保险,并且医疗费用贵,但是美国实际上对医院的营利性控制非常严格,司法确立了“禁止企业介入医疗”原则,^{④⑥}确保医疗

④③ 参见陈云良、陈佳苗《英国2012年〈卫生和社会护理法案〉研究》,载《法学杂志》2018年第6期。

④④ 参见可凡《一批莆田系医院被定性为恶势力犯罪集团》,载 http://www.sohu.com/a/314477368_456062,最后访问时间:2019年6月9日;《大批“莆田系”医院被定为黑恶势力,医疗欺诈已被列为扫黑除恶整治重点》,载 http://www.sohu.com/a/315367349_120044796,最后访问时间:2019年6月9日。

④⑤ 参见朱丽《莆田系与公立医院的博弈之道》,载《中外管理》2015年第5期;《“莆田系”民营医院名单大揭秘》,载 http://www.sohu.com/a/149035970_470046,最后访问时间:2019年6月9日。

④⑥ See Hayward, Lisa Rediger *Revising Washington's Corporate Practice of Medicine Doctrine*, 2 Washington Law Review 403 (1996).

专业判断的独立性,确保医院和医生以患者健康为中心。为了禁止非专业人员干预医生的专业医学决定,防止医生因经济效益因素怠于履行对患者的忠诚义务,避免医疗机构过度商业化,美国约有 30 个州以各种形式禁止企业介入医疗事业。^{④7} 20 世纪初,美英等国在中国举办的华西医院、协和医院、湘雅医院、齐鲁医院、瑞金医院都是由教会、协会、基金会举办,而不是企业举办。从我国民营医院的发展现实来看,这种禁止商业机构以医疗来谋利的做法值得借鉴,符合医疗的公益性。

鉴于医疗的公益性、当下市场诚信水平、监管部门的监管能力,以及患者在医疗专业问题上缺乏选择条件和选择能力,应当禁止无医疗经验的企业办医院,严格限制举办营利性医院。如果允许医院像企业一样以营利为目的,医院经营者、医护人员必然会在治疗过程中偏离治病的目的,想尽一切办法多收费,甚至术中加价,损害患者利益,偏离患者健康这个中心。应当对现有营利性民营医院加强规制,保障民营医院的公益性,探索营利性民营医院的运营与医疗服务分离运行机制,推动实现民营医院运营中的逐利机制与民营医院医疗服务体系相分离,并将其逐步转为非营利性医院。

Abstract: Currently, research on the right to health lacks the overall grasp of the normative mode of the right to health and the systematic analysis from the perspective of normative analysis. From the perspective of normative analysis, the normative construction of the right to health can be clarified based on the structure of fundamental rights in the Constitution, and the attribute of the right to health and corresponding governance measures can be further explained. The theory of the system of fundamental rights in the Constitution changes from dichotomy to compound. The right to health has become the field in which the negative and positive right normative models work together. Therefore, the normative construction of the right to health is bound to present a complex structure. Taking the compound structure as the basic frame and the effective choice principle as the dividing line of the compound structure of rights, the negative right and the positive right of the right to health are standardized and constructed, and the restriction mechanism of the right to health is clarified. From the compound normative construction of the right to health, it can more reasonably solve the legislative and judicial application of the normative construction of the right to health, construct the scientific normative system of the right to health, clarify the dual functions of public hospitals, correctly orient the development direction of private hospitals, and improve the judicial relief system of the right to health.

(责任编辑:李小明)

^{④7} 参见李宛芝《论美国法上“禁止法人介入医疗原则”及“对台湾医疗法人规范”之启示》,载《月旦医事法报告》2017 年第 11 期。