

# 健康法的基本建构与体系展开

武亦文\*

**摘要:**随着“健康中国”战略的全面实施和大健康产业的深入发展,卫生法体系从基础逻辑到体系架构的不足不断凸显。“卫生”并非谨严的科学概念,以医疗行为为核心组织起的卫生法体系难以对健康领域实行全面、周延地规制,其内部规范群亦明显缺乏逻辑性和整合性。为适应大健康理念的实践和规范需求,应当以健康权的直接实现为核心来构建健康法体系。健康权包括积极健康权和消极健康权两个面向,前者指向积极请求对健康的外部保护和促进,后者指向消极防御对健康的外来侵害。健康权的直接实现,是指会单独且直接影响健康权实现与否,以及对于健康权能否实现具有决定性影响。健康法体系应当包含积极健康法规范和消极健康法规范两大部分。前者包括积极促进健康权实现的公共健康法、医事法、健康产品法、健康保障法、健康伦理法,后者则包括民法、行政法、刑法中保护和救济健康权的有关规范。

**关键词:**卫生法 健康法 健康权 健康维护 大健康理念

健康作为人赖以生存的基本条件,是人顺利享有和行使一切权利之基础。在社会生活中,后天以及社会行为对健康的影响甚大。鉴于健康对国家及个人的重要性,我国先后发布《“健康中国2030”规划纲要》《国务院关于实施健康中国行动的意见》等文件,着重以国家行为普及健康生活、优化健康服务从而维持公众健康。这些举措促进了我国的健康观念从“健康维护等于去病化”转向一种多方面、多层次的大健康观念,即“健康维护优于去病化”。既往卫生领域的法律制度建设以医疗行为为中心,其他健康影响因素居次,由此形成的法秩序体系落后于当下健康全面维护的理念,这使我国亟须一个法律领域集中调整与健康相关的多种社会关系,而当下正是进行法律体系重构的绝佳契机。

我国现行法律体系中只有“卫生法”这一子体系联结于大健康理念,但卫生法的调整范围过于狭小,已经不能满足实践需要。法学界对此应当如何回应,便成为一个理论和实践上十分重要的问题。卫生法是否可以完整回应这一理念变化和实践变迁?法学界是否需要提出“健康法”的

\* 武汉大学法学院教授、博士生导师

概念取而代之? 如果需要,其内涵与外延如何界定? 与现行法的关系如何? 本文拟对这些问题进行深入研究。

## 一、健康法的逻辑证成

卫生和卫生法的概念引入中国后,我国经历了一番自主探索的过程。曾供职于卫生部主管部门的实务工作者认为,“卫生部门通常把卫生法令、条例、办法、标准、规定、规范和章程等习惯地统称为卫生法规”。<sup>①</sup> 早期我国学界对卫生法的概念评析也比较简单,认为卫生法是调整预防疾病、增进和保障人群健康的各种社会关系的法律规范的总和。<sup>②</sup> 此后,卫生法的概念不断扩充,但“卫生”一词文义狭窄,为求概念稳定,大多数学者都从“健康”着手定义卫生法。如有学者提出,“卫生法……旨在调整保护人体健康并规范人体健康相关活动中形成的各类社会关系的法律规范的总和”。<sup>③</sup> 其他观点即便概念中不使用“健康”一词,通常也都会先阐明卫生是为了维护人体健康而进行的个人和社会活动的总和。<sup>④</sup>

笔者认为,我国应当建立“健康法”的概念及体系,以调整健康权直接实现过程中产生的各种法律关系。法的内容和本质由深藏在法现象背后的事物的内部联系或内在规律所决定,归根结底要探索现象背后的物质生产和生活条件。<sup>⑤</sup> 健康受到外部与内部条件的双重影响,即从公权力行使的角度来说,国家负有支持和促进健康权实现的义务。从个体权利维护的角度说,如果健康状态不完美,其他一切权利的享有或行使亦成空谈。<sup>⑥</sup> “健康法”的建立,必须包涵权力积极行使和权利消极维护两个方面的内容,两者相辅相成。在提出这一概念之前,需要回答一个问题:目前学界正在普遍使用的“卫生法”或“卫生健康法”概念,为何不能或者不适宜继续沿用?

### (一)“卫生”概念可能产生舍近求远的效果

“卫生”一词系从日本引进,指代促进健康实现的社会系统,<sup>⑦</sup>并影响至今,如将“WHO”翻译为“世界卫生组织”而不是“世界健康组织”。中华人民共和国成立后,卫生领域发布的规范性文件多以“卫生”为名,学界约定俗成地称这些规范的总和为“卫生法”。“卫生”在中文的原词义更接近于英语中的“hygiene”或“sanitation”,意指保持个人和环境的干净、预防疾病、保卫生命,与国家权力干预公众健康的社会体系并非直接对应。

由于“卫生”一词的推广使用,卫生法这一关键概念也系根据“拿来主义”而创设,没有经过细致考证。考察今天学界对卫生法的定义,卫生法仅能以健康为线索进行组织,如仅用卫生概念,则必须首先解释“卫生”和“人体健康相关活动”之间的相关性。当下诸多卫生法学说无论立足于哪个角度,得出的共识和结论都是:健康的实现是一切卫生工作和卫生立法的最终目的。鉴此,

① 乔柏顺:《我国卫生立法体系和管理工作初探》,《农村卫生事业管理》1984年第2期。

② 参见汪劲:《公共卫生法讲座第一讲 公共卫生法概述》,《中国公共卫生管理》1990年第1期。

③ 解志勇:《卫生法学通论》,中国政法大学出版社2019年版,第4页。

④ 参见汪建荣主编:《卫生法》,人民卫生出版社2020年版,第1~7页。

⑤ 参见郭道晖:《论法与法律的区别——对法的本质的再认识》,《法学研究》1994年第6期。

⑥ 参见李广德:《我国公共卫生法治的理论坐标与制度构建》,《中国法学》2020年第5期。

⑦ 参见冯天瑜:《侨词来归与近代中日文化互动——以“卫生”“物理”“小说”为例》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2005年第1期。

直接使用“健康”一词能更直接地表达这一领域的价值目标,使用“卫生”一词反而是舍近求远。

### (二)以“医疗行为”为核心可能产生体系上的不周延

在既存的卫生法学理框架内,以人为本的核心理念没有得到完全彰显,卫生法的体系主要是以医疗行为为核心组织的。随着实践的发展和健康维护行为范围的扩大,医疗行为类型化的体系构造方式容易出现遗漏,导致卫生法的体系难以自洽,而不得不做出扩大解释。例如,通说认为,食品安全法是卫生法领域内药事法的组成部分,而药事法的概念源于医疗行为中的药品管理使用之行为,食品的范围显然大于药品,此时不得不将药品扩大解释为包括药物、食品、化妆品等在内的外部介入产品。<sup>①</sup> 否则,食品安全法将游离于卫生法的体系之外。

从立法角度观察,由于行为的种类繁多,我国健康立法呈现出一种“头痛医头、脚痛医脚”的立法模式,<sup>②</sup> 社会层面出现的健康问题常常会超出医疗行为的覆盖范畴,这也导致卫生法体系内各法之间缺乏整体联系,显得“支离破碎”。自《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》(以下简称《卫健法》)出台以后,我国确立了以健康权概念串联各部的新体系,<sup>③</sup> 即健康法体系。这是大健康理念在立法上的重要体现。相比类型化的行为,权利在体系的解释上有更大空间,防止挂一漏万。

### (三)健康法体系更适应健康理念的发展

大健康理念的发展使得健康实现已经远远超出医疗的范围,包括健康管理、食品、环境、养老等诸多方面。在当今社会,个人的健康状况不仅仅受生理状况以及所获得的医疗资源的影响,也受到个人所处的社会环境的重要影响。<sup>④</sup> 医学界已经提出,以疾病为中心的医疗体系无法有效地照应人类健康,应该以健康代替疾病作为中心来解决问题。<sup>⑤</sup> 以此为基准,大健康理念应当涵盖全部的健康需求,而非仅仅是医疗服务活动。无论从哪个角度出发,既存的以医疗为中心的卫生法体系都落后于这一理念。法律必须建立在一定的经济基础之上并受制于这一基础。目前这一基础已经开始发生变化,立法应当予以回应。建立一个以健康权为核心的规范和理论体系,无疑是回应现实并推动现实的最佳途径。法律不能仅着眼于单一的医疗,而应当在更高层面上实现健康维护诸方面话语体系的融合和制度层面的推进。

虽然学界已经接受了“卫生法”“卫生法学”这样的概念称呼,并且在多年使用中已形成习惯,但是“卫生”一词统领的法律体系无法离开健康单独存在,卫生只是健康实现的手段之一,健康才是卫生的最终目的。大健康理念关注从出生到死亡的整个生命周期,聚焦治疗和健康维护等多个方面,就此而言,使用“健康法”概念显然更为贴切。卫生之所以能在现实中被采用,是因为基于治愈疾病等同于健康实现的基础理念,目前这一理念已经无法适应时代的发展。我国有专家

<sup>①</sup> 参见解志勇:《卫生法学通论》,中国政法大学出版社2019年版,第177~181页。

<sup>②</sup> 参见刘长秋:《论〈基本医疗卫生法〉的名称、定位与基本制度》,《法学杂志》2017年第4期。

<sup>③</sup> 参见许安标:《加强公共卫生体系建设的重要法治保障——〈基本医疗卫生与健康促进法〉最新解读》,《中国法律评论》2020年第3期。

<sup>④</sup> 参见洪延青:《公共卫生法制的视角转换——基于控烟和肥胖防控等新兴公共卫生措施的讨论》,《环球法律评论》2012年第1期。

<sup>⑤</sup> 参见郝模、施培武、沈群红等:《健康中国的新征程——公共健康的时代性与紧迫性》,《上海预防医学》2022年第1期。

曾经认为,医疗改革的方向应该是保障健康权,而不是着眼于医疗本身,医疗只是手段而不是目的。<sup>①</sup>卫生法是规制健康相关社会关系的法律规范的集合,却不以健康为名,实是法学界受历史发展以及医学界影响的结果。基于以上原因,近年来学界出现了许多关于“健康法”的呼吁,<sup>②</sup>如在《卫健法》制定过程中,曾有人提出将该法命名为“中华人民共和国健康法”。<sup>③</sup>学界还出现一种“卫生健康法”的表述方式,试图既兼顾历史源流,又照顾观念发展,但这一表述也不可避免地继受了《卫健法》名称引起的争议,卫生和健康之间的关系没有在名称中得到厘清。从学理上讲,“健康法”一词言简意赅,不需要“卫生”作为概念的组成部分。“卫生”既非健康的扩大解释,也并非与“健康”具有平等地位的概念,即便其在健康实现中占据重要地位,也只是健康促进方式中的一种。健康作为本领域法的最终目的和体系组织线索,在现行卫生法中具有不可替代的地位,并且其外延比“卫生”“医疗”等概念要宽泛。无论是“卫生法”“卫生健康法”还是其他表述,都不如“健康法”贴近健康实现的要义。只有确立起“健康法”的概念,才能组织起“与健康相关法律”的整体体系,防止国民健康事业因业务领域不同而被人为割裂,甚至陷入立法工具主义、技术主义的迷途。

#### (四)建立以健康权为中心的健康法体系是重塑卫生法救济格局的良好契机

传统观点认为,以卫生法调整社会关系涵盖的救济方式较多,如医疗服务行为属于平等主体之间的合同,受民法调整;<sup>④</sup>部分妨害医疗服务提供的行为应受行政处罚,受行政法调整,一些行为还可能承担刑事责任。<sup>⑤</sup>由此呈现出“九龙治水”的救济格局。又如,在健康权利人就医后出现健康受损的情形,既可能受到民法医疗服务合同或医疗损害责任相关规则的调整,也可能基于行政法律规范(如《卫健法》第102条)被课予行政责任,在某些情况下还可能科处刑罚。这些针对健康权利受损产生的多种救济缺乏体系性与协调性,若以健康权为线索组织健康权体系,则可以重新梳理这一救济体系。

传统卫生法之所以存在救济体系混乱的弊端,主要有以下几个原因:(1)传统卫生法缺乏一种“本位”的权利。《卫健法》颁布以前,没有完全树立以健康权为中心的观念,健康权只是民事意义上的专属权利,为求解决具体现实问题,法学界只能着眼于医疗服务权等健康权的下位权利,自然会从不同角度得出不同部门法的救济方式;<sup>⑥</sup>(2)卫生法体系聚焦于医疗服务行为,没有形成一套体系完整的、逻辑清晰的救济方式,只能“小范围救火”而无法“大范围防灾”;(3)卫生法体系无法突破部门法的桎梏,公力救济的方式已经在诸部门法中予以规定,采取“即插即用”的方式,欠缺整体性的组织和全程性的框架。

以健康权为核心的法律体系,势必承认健康权在权利体系中的核心价值,即健康权是顺利行使权利的必要条件。对健康权的救济就显得尤为重要,在健康立法的范围内构建完整的救济体系也是法律体系建构的应有之义。健康权之权能既包括积极与消极之两面,其救济之体系,也可

<sup>①</sup> 参见余南平:《医改的方向:保障健康权》,《解放日报》2005年8月13日。

<sup>②</sup> 参见陈云良:《健康权的规范构造》,《中国法学》2019年第5期。

<sup>③</sup> 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》,《中国卫生法制》2018年第3期;董文勇:《论基础性卫生立法的定位:价值、体系及原则》,《河北法学》2015年第2期。

<sup>④</sup> 参见韩世远:《医疗服务合同的不完全履行及其救济》,《法学研究》2005年第6期。

<sup>⑤</sup> 参见申卫星:《公共卫生法治建设:意义、价值与机制》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2022年第1期。

<sup>⑥</sup> 参见吴运来:《医疗损害救济的合同路径研究——兼与侵权路径比较》,《北方法学》2017年第5期。



依其权能进行组织。若积极请求国家医疗服务之权受侵害,则可能以行政责任予以救济;若消极避免健康受损之权被侵害,则可能以民法救济填补损害。如此一来,健康权的救济体系就不再是各说各话,而是在健康法的体系内形成一个逻辑自洽的整体。健康法虽然并未创设新的救济方式,但是为梳理现有的卫生法救济体系提供了契机。

#### (五)健康法体系利于社会正义的实现

域外对健康法的法理基础曾经有过长时间的争论,存在法与经济分析、救助中心结构、国际人权导向及多元道德价值进路等多种诠释角度。<sup>①</sup>其中社会正义的诠释角度颇值借鉴,该理论创设了“健康正义理论”的概念,意指在公众层面通过法律、政策等手段调整资源分配,达到全体健康。健康正义作为一种健康法正当化的理由,放弃既往的患者权利中心(即医疗行为中心)的思路,从保障医疗服务转向保障公平的健康机会。申言之,健康正义理论即是寻求公平的健康权利的实现,其囊括所有影响健康的关键社会因素,放弃既往以医疗行为和经济支持为中心的研究方法。<sup>②</sup>当然,这并不意味着医疗行为公平被排除在外,而是应当将其理解为对“健康维护行为”的扩大解释。若按照本理论实现社会正义层面的健康正义,则公民应当获得平等的健康服务,获得排除先天因素以外的公平、低价且高质量地实现健康的机会。既往研究集中在医疗行为,聚焦于知情权、自决权、保险保障等方面,然这仅仅是在个案中追求个体正义的体现,而不是一种集体主义意识下的社会正义的研究进路。<sup>③</sup>

健康法律制度的设计,应当寻求社会公众的最大化参与,这也是“健康中国”政策的核心追求之一。规范层面应当致力于尽可能减少直至消除不公平的行为,减轻地域、民族、经济水平不同所导致的健康不平等状况,以最终达到全民的共同健康。在法律体系建构层面,健康正义理论为健康权提供有力法理支持,健康权可以视为对健康实现的法律表达。当前健康实现已经在事实上层面上进入多层次、多维度发展的时代,不仅需要个人选择,也需社会、政府承担责任,而健康法可以更好地融贯责任体系,既包括私主体的侵权责任,也包括政府应当积极行为的责任。例如,食品健康问题已经超出医疗的范围,食品安全目标的落实并非简单的不致病,应当是满足不同地区、不同收入群体、不同层次的健康饮食需求,其落入健康法的规范范畴,即是实现社会公平的规范进路。

#### (六)健康法体系符合国际趋势

目前域外对卫生相关法律的概括,几个不同的词汇,意义不尽相同。具体包括:(1)“medical law”。这一概念源自英国,主要用于调整医疗行为产生的纠纷。<sup>④</sup>(2)“health care law”。该词通译为“卫生保健法”或者“医疗保健法”,其核心指向医疗服务行为。(3)“public health law”。国内一般将之翻译为“公共卫生法”,核心在于调整“国家(公权力)对健康的干预”。<sup>⑤</sup>(4)“health

<sup>①</sup> See Ziyu Liu, *Cohering Health Law in China: Problems and New Development*, 37 *Medicine and Law*, 454—457 (2018).

<sup>②</sup> See Lindsay F. Wiley, *Health Law as Social Justice*, 24 *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 83—104 (2014).

<sup>③</sup> 参见何建华:《公平正义:社会主义的核心价值观》,《中央社会主义学院学报》2007年第3期。

<sup>④</sup> See I. Kennedy and A. Grubb, *Medical Law: Text and Materials*, Butterworths, 1989, pp.1—20.

<sup>⑤</sup> See Burris Scott, *From Health Care Law to the Social Determinants of Health: A Public Health Law Research Perspective*, 159 *University of Pennsylvania Law Review*, 1662—1663 (2011).

law”。本词通译为“卫生法”，世界卫生组织将其界定为：在健康的所有方面，规制政府、健康工作者、健康产业中的市场主体以及协会等主体的权利及义务，并具有约束力的规则。目前主流学说认为健康法是调整提供医疗保健服务和保护公共健康的规范总和，目的是在国家或健康专业人员实施的与人之身心有关的活动中保障基本权利。“health law”是“health care law”及“public health law”的上位概念，即统领医疗保健和公共卫生两个方面的法律规范的集合。<sup>①</sup>

我国之所以将“health law”翻译为“卫生法”，主要原因是认为这一翻译方式符合我国法学发展的现状，便于理解。如果直译为“健康法”，因学术语境中暂无相应概念，将会让读者不明所以。应当说这一翻译并非完全精确，我国的卫生法并不能完全等同于国外的“health law”。无论是美国还是欧洲的健康法概念，相比我国的卫生法，都具有更广阔的外延。相比之下，译成“健康法”更加符合英文原意，“卫生”应当对应“hygiene”（或“sanitation”）。通过上文对国外“health law”的描述大致可以看出，该概念不仅仅是以治疗活动为中心组织起来的法律体系。目前世界各国都开始逐渐构建健康法的体系，虽然各国国情各异，但是一般都包含医疗服务提供者的法律规制、医疗服务享有者的法律规制、健康产品提供者的法律规制、医疗保障的法律规制、国家健康责任的法律规制、健康环境的法律规制以及生物伦理问题的法律规制等内容，更趋近于大健康观念。由此可见，以医疗行为为中心的卫生法体系局限性太大，整合一个包含健康相关的诸多社会关系的法域势在必行。这并非简单的法律概念之再组织，深究其背后的社会基础之变化，这是生产力发展带来的健康观念的转变在法律领域的映射。我国“健康中国”战略同样支持这一观念，健康并非简单的身体健全。以医疗为中心的卫生法已难承担如此重任，应当建构一个以健康权为中心的广阔领域，即健康法。当然，这并不意味着我国建构健康法需要对外国的做法亦步亦趋，相反，应当结合我国具体发展基础、历史国情走出一条中国式的健康法建设道路。但无论如何，我国目前的卫生法体系较之世界主要先进国家相应体系而言，范围过于狭窄，不能适应我国健康理念的发展。在此背景下，应当建立一个更大、更全面的规范体系。

## 二、健康法的核心范畴

“健康”并非严格的法律概念，从体系组织的角度，以“健康权”作为核心范畴更符合法律体系建构的逻辑，<sup>②</sup>健康权可以划定我国卫生法律体系的范围和边界。

### （一）健康法的构建基石——健康权

虽然《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）“人格权编”明确规定了健康权，但是健康法中的健康权是民法上健康权的上位概念，其不仅是一项民事权利，而且是一种综合性的权利。虽然两者名称相同，但是后者所指代的权利内容已经不同于《民法典》中的健康权。

#### 1. 健康权的概念界定

在早期我国对健康的认识是，健康是一种没有缺陷和疾病的生理机能正常的状态。目前，我

<sup>①</sup> See Annike De Ruijter, *EU Health Law & Policy: The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, Oxford University Press, 2019, pp.8-10.

<sup>②</sup> 参见王晨光：《时代发展、学科交叉和法学领域拓展——以卫生法学为例》，载张光君主编：《应用法学评论》（第3辑），社会科学文献出版社2019年版，第9页。

国普遍认为健康应当强调社会资源、个人资源以及身体能力,原有的身体健康也就演化成了身体、精神和社会人格的完好状态。<sup>①</sup> 早期认为健康权覆盖卫生保健领域和卫生条件领域,如今健康权的范围受到社会、经济等多种因素的影响,外延逐渐扩大,所谓的“完好状态”也陷入定义困难的境地。由此观之,健康权的概念并不是绝对明确的,而是带有一定模糊性。国外学界也存在健康权概念混乱的现象,主流观点沿社会道德的进路提出,核心是医疗保健和健康状态,背后的思想支撑是人格尊严、反对歧视、社会公平等。<sup>②</sup> 健康权因与健康这一模糊概念紧密相关,故在各国、各法域的适用和解释各异。健康权的界定,既要具有一定弹性,也要有所限制。对健康权权能的分析一般包含两个方面:(1)自身健康完满状态不受侵害(如《民法典》第1004条规定自然人享有健康权),即消极的不受侵害之权,可称为“消极健康权”;<sup>③</sup>(2)请求国家和社会提供与社会经济发展水平相适应的基本医疗服务和相应保障,即积极的促进健康之权,可称为“积极健康权”。

健康权应理解为,个人享有的免受侵害的并可以通过外部提供的物质及制度条件达到最高生理和心理标准的权利。这一定义从消极健康权和积极健康权两个方面进行阐述,权利人得消极排斥外部(自然人、国家或其他主体)对其健康产生或者可能产生的损害,同时得积极请求外部(主要是国家)提供医疗等条件以促进健康,最终目的是达到身体与心理的良好健康标准。从功能上可以说是防御功能和给付功能两个方面的综合体。健康权的范围至少涵盖健康受益权利体系和健康防御权利体系两个部分,<sup>④</sup>两者相互影响,相互支撑。两者的权利内容还处于不断发展变化之中,难以穷尽列举,甚至存在争议。<sup>⑤</sup> 可以预见的是,健康权的范围还会随着社会发展继续扩大。

## 2.健康权的性质厘清

健康法意义上的健康权并非单一的权利,而是一项综合性的权利。<sup>⑥</sup> 学界在界定健康权性质时尝试引入德国的自由权与社会权的概念体系。<sup>⑦</sup> 那么,在这一概念体系下,健康权究竟属于何种权利?学界对这一问题的回答并不确定,即便原则上认为健康权是一种社会权,也仍然无法摆脱健康权和自由权之间的紧密联系。<sup>⑧</sup> 这一概念体系的引入证明,虽然我国学界对健康权的积极和消极两个方面的区分有着比较明确的认识,但是自由权和社会权的概念尚不足以单独概括健康权。引入社会权和自由权的概念,在辨析健康权的积极消极方面,具有很强的推动作用,

① 参见唐钧、李军:《健康社会学视角下的整体健康观和健康管理》,《中国社会科学》2019年第8期。

② See Benjamin Mason Meier and Lance Gable, US Efforts to Realise the Right to Health Through the Patient Protection and Affordable Care Act, 13 Human Rights Law Review, 1167-1176 (2013).

③ 作为人格权的健康权是一种消极权利,侵害没有发生时权利处于静止状态,权利行使的主要方式即是对外来干预的防御。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《民法典人格权编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第144页。

④ 参见谭浩、邱本:《健康权的立法构造——以〈中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法(草案)〉为对象》,《南京社会科学》2019年第3期。

⑤ 参见王蔚:《走向“超人”:“完美健康权”的期待与悖论》,《中国法律评论》2022年第1期。

⑥ 参见黄清华:《健康权再认识——论健康权的民事、社会和政治权利属性》,《社会科学论坛》2016年第1期。

⑦ 参见潘荣伟:《论公民社会权》,《法学》2003年第4期。

⑧ 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)〉》,《政治与法律》2018年第5期;王晨光、饶浩:《国际法中健康权的产生、内涵及实施机制》,《比较法研究》2019年第3期。

有利于澄清对健康权的错误认识。健康权应当是自由权和社会权的结合体,是一种复合型的权利。<sup>①</sup>其既包括公民请求国家和社会机构积极行为的部分,即权利人可以请求也可以不请求国家干预其健康维护过程;也包括公民要求国家、他人和社会机构的消极不侵害部分,以及一旦受到侵害,可以获得救济。需要阐明的是,国家作为积极健康权中的主要义务主体,其承担的给付内容并非“健康”而是“实现健康的环境”,健康作为一种状态不可能被直接给付,这在理论和实践上都不可能实现。虽然健康的个体实现是个人的选择,但是国家应当提供一个尽可能平等和充分的实现环境,如充足的医疗、不受污染的环境等。

## (二)健康法的范畴厘定

若要建立“健康法”的概念和体系,还须继续回答两个重要的问题:健康法的概念内涵是什么?健康法的外延边界在何处?长期以来,在我国法学发展中,出现了因不同调整对象而产生的民法、刑法、行政法等部门法分立的格局,这一格局在健康领域可能会被“拼盘式”的单行立法所冲淡,健康领域的体系结构体现为多部门法的交集。

影响健康的因素几乎不可尽数,那么由此观念延伸的健康法体系是否也是一个无所不包的体系?不然,一个无所不包的体系难以抽象出一般原则与规则,内部处于无序、无关联的状态,即便搭建了体系,也会在理论和实践中寸步难行。以健康权为线索展开的健康法,外延上并不是“大健康产业的法”,即并非大健康产业领域适用的所有法律规范都是“健康法”,只有直接实现健康权的部分才是“健康法”。健康法的概念外延大于卫生法、小于“大健康产业的法”。

从内涵来看,健康法应当是促进和保障健康权直接实现的完整规范体系。在扩大原有卫生法体系的同时,健康法还作出两个限定:一是对健康权的影响应当是直接而非间接的,二是对健康权的影响应当达到决定性的水平。首先,对健康权的直接影响意味着某种规范调整的社会关系会单独地、原生性地影响健康权实现。以传染病防治法为例,传染病防控是公共卫生法治的核心内容之一,事关公众健康的实现,<sup>②</sup>若不能依法防控传染病,则健康完满的状态势必无法持续,健康权的实现也无从谈起,故传染病防控对健康权的影响是直接的。生活中很多影响健康的因素不能直接影响健康权的实现,而是与其他因素一起共同发挥作用,或者是通过某种直接影响健康权的“介质”方能影响健康权的实现。例如,住房状况会影响健康,但是必须和生态环境、地理位置等其他影响因素相结合,方能对健康权的实现造成影响。换言之,因其无法单独影响健康权(或影响有限),故属于间接影响。再如,对于药物专利,专利法本身的规制内容并不直接影响健康权的实现,然专利法可以通过促进和规制药品专利进而影响健康权的实现,其中药品即是介质,是直接影响健康权的部分,专利制度则是间接因素,并不会直接影响健康权的实现。其次,对健康权的影响必须具有决定性作用。健康受到多种因素影响并无疑问,不过各种因素的影响力度并不相同,有的因素影响健康权实现的程度,有的因素会决定健康权能否实现。健康法应当以决定性因素为内容进行组织,否则体系太过庞大,如同一盘散沙。仍以传染病防治法为例,传染病与健康权的实现毫无疑问是对立关系,人一旦感染生病,就难以实现健康权。对传染病的控制是健康权实现不可或缺的因素,非如此则不能实现公共健康,故传染病防治法应当属于健康法的

<sup>①</sup> 参见王晨光:《健康权——当代卫生法的基石》,载《人大法律评论》编辑委员会组编:《人大法律评论》(总第30辑),法律出版社2019年版,第101~102页。

<sup>②</sup> 参见李广德:《传染病防治法调整对象的理论逻辑及其规制调适》,《政法论坛》2022年第2期。



范畴。而生活中的影响因素则多为间接因素,如教育会影响健康完满状态的实现,但是相比传染病,良好教育的作用在于提升健康权的实现程度(如实现心理健康),而非离开教育健康权就不能实现。换言之,没有受过教育的公民或受教育程度低的公民也应可以在法律框架内实现健康权。除了对健康权的正面维护以外,现实生活中对健康权的侵害也客观存在,如身体侵害、医疗事故等。此类侵害一旦发生,健康权也不可能实现。法律对某些影响健康权的因素无法(或者很难)事前预料,或者即便采取措施也不能完全避免健康权受损,此时法律应对这样的行为予以负面评价,并对健康权提供救济。

### 三、健康法的体系展开

#### (一)健康法的架构梳理:基于调整对象的视角

在相当长一段时间里,卫生法并非完全独立的体系,而是诸多体系的“杂糅”。例如,公共健康领域的传染病防治法因涉及深层次的公权力和行政行为而被归为行政法;医患纠纷则因纠纷双方是市场中的平等主体而被解释为民法上的合同或者侵权纠纷;知识产权法也和健康权的实现有关系。虽然这些部门法分类乍看似没有问题,但是已经滞后于理念和实践的发展,体系创新迫在眉睫。应当把健康法作为一个整体进行考虑,而非临时性地“借用”其他部门法。一个独立的法律体系必须具有内部的一致性和外部的区别性,而健康权即是健康法得以成为独立体系的中心因素。从内部来看,健康法内部各部分以健康权的实现进行组织,基于实现方式分为积极健康法和消极健康法两部分;从外部来看,以健康权实现为中心,健康法具备独立的体系目的、调整对象和价值取向。

健康权作为一种复合性权利,外延会随着社会的发展而扩大,健康法必须对健康权的实现做出一定限缩,以保证健康法体系的精简和效率。健康权的直接实现,是一种有实践意义的思维进路。从规范层面讲,健康法的整体体系应当包含诸多不同层级的用于实现健康权的法律规范(法律、行政法规、规章等)以及政策。<sup>①</sup>政策可能影响立法,也有可能通过法定程序转化为国家立法。虽然国家政策对健康的促进机制还在建设发展中,但是可以预见的是,宏观和微观的健康政策(如地方的医保政策等)都可能直接影响到健康权的实现。

在展开健康法的规范体系之前,还须梳理既存的卫生法体系。健康法与卫生法之间应当是继承与发展的关系。从我国目前的研究来看,卫生法学理上的体系规划并未达成一致意见,有“三分法”<sup>②</sup>“四分法”<sup>③</sup>“五分法”<sup>④</sup>甚至“九分法”<sup>⑤</sup>“十分法”<sup>⑥</sup>的观点,不一而足。以上对卫生法的学理划分,基本停留在积极健康权的框架之内,少有涉及消极健康权。笔者认为,积极健康权

<sup>①</sup> 健康法体系内的有些政策虽然并非规范性文件,并不一定直接在文义中规制健康权的实现,部分是理念性、宣示性的文件,但是也会对健康权的实现产生影响。

<sup>②</sup> 参见汪建荣:《卫生法》,人民卫生出版社2020年版,第5页。

<sup>③</sup> 参见王晨光:《健康权——当代卫生法的基石》,载《人大法律评论》编辑委员会组编:《人大法律评论》(总第30辑),法律出版社2019年版,第103页。

<sup>④</sup> 参见解志勇:《卫生法学通论》,中国政法大学出版社2019年版,第6~9页。

<sup>⑤</sup> 参见刘霞、石东风:《关于卫生法学科建设的探讨》,《医学与法学》2020年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见石超明、何振主编:《卫生法学》,武汉大学出版社2021年第3版,第15~16页。

实现体系采“五分法”最为妥当,再加上消极健康权实现体系等内容,共同构成一个完整的健康权直接实现的规范体系。

将健康法限定为健康权直接实现的体系以后,被排除在外的间接影响健康权实现的规范,可称为“健康权的非健康法促进”规范。这些规范虽然不属于健康法的范畴,但是可能会在一定程度上间接地影响健康权的实现。

在健康法的范畴内,根据积极健康权的实现和消极健康权的实现可以划分为两大部分:(1)公共健康法、医事法、健康产品法、健康保障法和健康伦理法等积极健康权法;(2)对健康权的民法救济、行政法救济和刑法规制等消极健康法。需要阐明的是,健康法是一个开放的体系,在发展过程中将会逐步扩充相关内容,如救济健康权的集体申诉制度。<sup>①</sup>

### (二)健康法的架构梳理:基于法律主体的视角

从体系建构的角度来说,除根据调整对象建构健康法以外,还有根据所涉主体建构健康法的可能性。健康法领域的行为至少涉及三方主体:健康权人、健康服务提供人和健康行为监督人。其中健康权人是指享有健康权益、可以请求合法健康服务,并有权在健康受侵害后请求恢复健康圆满状态或获得救济的主体,限定为自然人为宜。健康服务提供者是指依法取得相应资质,向不特定公众提供健康维护相关服务的主体,包括但不限于:医疗机构、药品制造售卖主体、政府、公益组织等。健康行为监督人是根据法律规定对健康服务提供人的资质、服务行为、服务结果进行监察、督促并对不正当健康行为进行惩戒的主体,通常是政府相关部门。

从三方权利义务的角度来说,健康权人可以请求健康服务提供者向其提供特定健康服务,除法律另有规定外,健康服务提供者原则上不得拒绝;同时健康服务提供者亦可以请求健康权人支付相应对价。健康权人可以在遭到拒绝或者因该健康服务受到损害以后,请求健康行为监督人对健康服务提供者进行监督。健康行为监督人也可以依职权自主展开监督。要注意的是,原则上健康行为监督人不能直接请求健康权人为或不为某行为,以保持其监督的性质。这三方权利义务关系贯穿整个健康法的体系,当然,在不同的具体部门有不同的表现形态。

从主体结构的角度,也可以发现健康法内部积极健康权法律体系“五分法”的合理性,在健康法的三方结构中,健康权人与健康服务提供人居主要地位,健康服务提供者应健康权人之请求(或主动提出),提供其指定的给付,包括服务(医事法)、物(健康产品法)、钱(健康保障法)、实验(健康伦理法),在必要时也会给付健康权人某种健康环境(或请求健康权人配合某些行为),在公众层面上维护健康(公共健康法)。“五分法”可以完整概括健康维护服务相关的所有调整对象,体系完整周延。由此观之,健康法的内部体系也并非固定不变,根据健康权人和健康服务提供人的不同关系,未来可以从主体角度探索其他调整对象,以补充“五分法”的体系。

通过确立健康权直接实现的行为和健康法所涉三方主体、两种方式,健康法的体系得以建立。当然,体系构建只是形塑健康法完整规范的第一步,在此基础上还须对该体系做出进一步的释明。

### (三)健康法的具体架构之一:积极健康权法律规范体系

1. 公共健康法(我国通称“公共卫生法”)。系调整公共卫生活动中形成的社会关系,范围很广,基于社会层面对法律在公共健康中的重要作用形成的共识,当代的公共健康法体现出极强的

<sup>①</sup> 参见李广德:《健康权如何救济?——基于司法介入程度的制度类型化》,《清华法学》2019年第3期。

国家行为属性,疾病控制、健康干预等保障公共健康的任务属于政府的责任。<sup>①</sup>以突发公共卫生事件的防控为例,如果没有国家主导的防控措施,某种传染病大面积扩散,个人因此罹患疾病,身体心理的完满状态受到贬损,健康权也就无法实现。公共健康法是健康法不可或缺的一部分,对健康权的实现有着关键的作用,在现代社会没有公共健康,也就难言个人健康。公共健康法强调国家和社会的责任,目前我国对这一领域的研究主要集中在对国家权力行使的研究上,<sup>②</sup>对权力限制的研究较少。公共健康法范围内的公共健康是一个比较宽泛的范畴,内容涵盖公众健康规制(而非个人健康)、疾病危险预防(而非治疗服务)、公权力对健康促进的规制和私权利保护规制等。<sup>③</sup>从公共健康法内部来看,其包括但不限于:应急管理体系、疾病预防控制体系、重大传染病救治体系、国际公共健康体系等。需要说明的是,从主体架构来看,在公共健康法内政府同时承担健康服务提供人和健康服务监督人两个角色,既对公共健康服务进行积极行为,同时也监督这一行为。

2. 医事法。系以保障个人健康为目的,调整医疗服务活动中所产生的各种社会关系的法律规范。与公共健康法相比,医事法更多侧重于保障个人的健康,着眼于具体的健康维护行为。健康法范围内的健康维护行为在广义上包括但不限于消除疾病、改善身体功能或外观、提高生活质量等治疗性与非治疗性医学行为。狭义的医疗行为(去病化的疾病治疗行为)对健康权有直接影响。需要加以阐明的是,广义上的医疗行为包括改善身体状况等非去病化的行为,其对健康权的实现是否构成直接影响?对此笔者持肯定意见。首先,健康法中的健康权为身心的最高完满状态,包含外观改善等内容,行为人请求外界提供服务改善外观且非医疗行为不能达到这一状态,其直接影响健康权;其次,当下的改善身体外观的医疗行为,多以药物和侵入性手术为具体手段,具有侵害健康权的潜在风险。对于公民请求提供医疗服务这一情形,目前系通过合同(医疗服务合同)进行处理,即健康权人与健康服务提供者构成合同关系,互为权利义务主体,同时健康服务监督人对这一过程进行监督。鉴于这一社会关系的重要性,我国已有学者呼吁建立一部统一的医疗成文法。<sup>④</sup>

3. 健康产品法。系调整和规范基于健康产品的研发、生产、流通、使用形成的法律关系。健康产品尤其是药物作为自古以来对健康的重要介入手段,对健康权直接实现的重要作用已经成为共识。需要说明的是,不少学者对此类法律规范做出限定,如将健康产品限定为药物而称之为药事法。这一限定不具必要性,健康产品包括药品然而不限于药品,食品、保健品、健康器械等都可以是健康产品,前提是其必须能够对健康的完满状态产生直接影响。例如,有意见认为化妆品也属于健康产品,然而这取决于具体化妆品的性质:一部分属于药品的“护肤品”(按照《中华人民共和国药品管理法》第2条调节生理机能的)对健康产生直接影响,应属健康产品;另一部分化妆品作为面部装饰的产品,一般对健康的完满状态不产生太大影响,不属于健康产品。本体系内三方主体的关系与医事法中类似。

<sup>①</sup> See David P. Fidler, *Global Health Jurisprudence: A Time of Reckoning*, 96 *Georgetown Law Journal*, 401-404 (2008).

<sup>②</sup> 参见陈云良:《促进公共卫生法律体系向公共卫生法治体系转化》,《法学》2021年第9期。

<sup>③</sup> See Lawrence O. Gostin, *Public Health Law: A Renaissance*, 30 *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 136-140 (2002).

<sup>④</sup> 参见申卫星:《医患关系的重塑与我国〈医疗法〉的制定》,《法学》2015年第12期。

4. 健康保障法。系调整和规范基于医疗保障经费以及资源的筹集、分配和使用而产生的法律关系。健康保障法主要涉及是医疗保险制度,意为被保险人在遭受疾病、分娩或工伤等事故而发生医疗费用支出时,由国家或社会为其提供医疗费用补偿的制度。通常医疗保险全民平等可投,国家不能因为特定投保人的健康条件优劣而拒绝承保,其覆盖范围包括预防和治疗。<sup>①</sup>当权利人请求医疗服务却无力支付对价而面临疾病停治情况时,健康权的实现会受到严重影响,若罹患病症的状态无法结束,则健康权的完满状态便无法恢复。从理论上来说,健康保障法的覆盖范围除医疗保险以外,还应囊括基本医疗救助、补充医疗保险等内容。限于政府财力,当下基本医疗服务限定于社会大多数人面对的常见病和慢性病,各地医保政策尚未平衡,但可以预期的是,医疗保险的保障范围、保障水平会随着国家发展而逐渐提升。本部分的主体结构与公共健康法有类似之处。

5. 健康伦理法<sup>②</sup>。健康伦理法在域外已有长足发展,我国当下对其的法学研究却并不突出。健康伦理法并不是真正意义上的“法律”,而是政治经济和社会的结合产物,其边界比较模糊,多是一系列原则的集合。<sup>③</sup>这些原则并不仅指向物理身体的健康完满状态,而且还包含权利、精神、尊严等利益不受损害。<sup>④</sup>现实中,健康伦理法的规制对象是与科学、道德相关的一系列问题(如基因工程、克隆技术、安乐死、器官移植、人体实验等)。这些问题会严重甚至终局性地影响健康权的实现,其后果可能直接导致健康权的灭失,其他问题还可能在不特定范围内导致公共健康受到严重威胁(如基因工程人体实验等)。公民应当有权要求国家对这些问题采取一定措施来维护其健康权的实现。例如,人体实验应当被限定在一定的范围之内,并且有一定的预先法律程序。<sup>⑤</sup>目前我国健康伦理的规范主要是行业性的准则,也包括少量法律规定的抽象原则,以及一些行政法规或部门规章等。按照我国的有关规定,医疗机构内部可以设立伦理委员会用于审核医学实验、研究中的伦理问题,但伦理委员会在医疗机构中既不独立存在,也无能力实质审核,实践中容易流于形式,无法达到保护健康权的效果。<sup>⑥</sup>针对研究不足的现状,学界出现了将健康伦理法治化的观点。<sup>⑦</sup>从三方关系来说,本体系内的健康服务提供者包括医疗机构,也包括研究机构,健康服务监督人则依然是政府。

#### (四)健康法的具体架构之二:消极健康权法律规范体系

消极健康法体系主要作用于“防御”,即健康权免受侵害以及侵害之后的救济,根据侵权行为人的责任可以划分为3个种类,即民事责任、行政责任和刑事责任。以健康权的直接实现为基础组织起来的健康法,除包括积极健康权部分的健康促进,也应当包含已届完满状态之健康权的健

<sup>①</sup> See Mariner K. Wendy, Health Reform: What's Insurance Got to Do with It—Recognizing Health Insurance as a Separate Species of Insurance, 36 American Journal of Law & Medicine, 450—451 (2010).

<sup>②</sup> “bioethics”的本义为生物伦理学,为使健康法的体系更加清晰,笔者将之翻译为“健康伦理法”。

<sup>③</sup> See George J. Annas, American Bioethics: Crossing Human Rights and Health Law Boundaries, Oxford University Press, 2005, pp. xiii—xvi, 43—59.

<sup>④</sup> See Alexander Morgan Capron and Vicki Michel, Law and Bioethics, 27 Loyola of Los Angeles Law Review, 27—31 (1993).

<sup>⑤</sup> 参见刘长秋:《人体实验法律对策研究》,《东方法学》2009年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见周吉银等:《我国医学伦理委员会存在的问题及建议》,《中国临床药理学杂志》2017年第4期。

<sup>⑦</sup> 参见赵鹏:《生物医学研究伦理规制的法治化》,《中国法学》2021年第6期。



康保护。无救济则无权利,若健康权的损害无法在健康法体系内提供救济,则难以形成完善的体系,目前有关健康权的救济已经存在,但未成体系,分散于多个部门法之中。

个人以及行政机关的行为都有可能对健康权产生侵害,如对于民法中侵害健康权的侵权行为,损害实际发生之前,健康权权利人可以通过诉请法院或自力救济排除危险(如紧急避险);当损害实际产生后,健康权随即低于完满状态,法律可以通过救济的方式促使健康权回归完整。在健康权的主体承受不可逆的健康损害的极端情况下,其健康权将无法恢复至完满状态,甚至会因为主体的生命结束而不复存在,此种侵害行为严重损害刑法所保护的法益,侵权行为人可能承担刑事责任。

健康法与民法等其他法律部门之间并非泾渭分明,不同领域之间在规范内容上应当是互补的。民法中的规范、理论、判例等被提取并加以整合,成为健康法规范集合中不可或缺的元素,并且在体系内与其他部分产生联动和融合。例如,医疗事故纠纷中的民事责任,一般适用民法调整(特别是《民法典》“侵权责任编”相关规定),然而结合健康法体系,其横向连接《基本医疗卫生与健康促进法》等法律,纵向沟通《医疗纠纷预防和处理条例》《医疗机构管理条例实施细则》等效力层级相对较低的行政法规、部门规章,将会产生实现完满救济的“化学反应”。申言之,实务中仅引证《民法典》第7编第6章的相关规范还不足以在法律层面上充分解决争议和纠纷,还须结合更细化的规定(行政法规、部门规章等)方能定分止争。同样地,若仅仅依靠以《医疗纠纷预防和处理条例》等行政法规,则侵害行为缺乏违法化基础,案件裁判亦缺乏法律渊源。在保护权利的层面上,借由民法提供之规范逻辑与下位法提供之实践理性相互融通来解决医患诊疗纠纷、保护医患双方合法权益,<sup>①</sup>才是消极健康权实现的合理进路。唯有构建完满的、有针对性的消极健康法体系,才能为健康权提供周延保护。再如,在刑法领域,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》新增健康权保护相关的条款多达12条,包括职业健康保护、个人身体健康保护、公众健康保护、环境健康保护等4部分内容,保护健康权几乎可以说是本修正案的核心内容之一。以上皆为刑法所保护的法益,毫无疑问也是健康权直接实现的重要保障。当且仅当对健康权理论进行穿透以后,刑法才可能对健康权进行保护。<sup>②</sup>刑法规制对健康权的保护具有较强的预防功能,与健康法范围内的事后救济相辅相成。

#### 四、代结语:健康法的未来展望

从立法角度论,健康法体系的确立,特别是积极健康权和消极健康权的脉络体系,无疑是对立法的巨大推动,这不仅是对《卫健法》的落实,也是健康法自身体系逻辑自洽的必然要求。以往我国卫生领域立法大多是问题推动的,在健康法的体系应用以后,至少积极健康权体系会在立法指引过程中发挥重要作用。可以期待的是,成体系性、有计划性的实现健康的立法活动会随这一体系的构建而展开。

<sup>①</sup> 参见麻昌华、张罡:《医疗损害责任的规制逻辑与适用路径——以〈民法典〉与“医事法”的协调为视角》,《河北法学》2022年第2期。

<sup>②</sup> 参见张洪茂:《健康权刑法保护的规范更新及意义——以〈刑法修正案(十一)〉切入》,《人权》2021年第1期。

健康法体系应是健康法典的参考。从健康法典的编纂技术角度来说,可以学习民法典的编纂模式,以“总则”+“分则”为基本方式,总则的诸多内容可以参考《基本医疗卫生与健康促进法》,如宗旨、原则、基本制度等内容,总则以下应设六大分则,即公共健康法、医事法、健康产品法、健康保障法、健康伦理法以及健康救济。从社会观念来看,健康法典的编纂是深入贯彻落实习近平法治思想、推动健康中国战略的重要一步。从政策发展角度来看,健康法体系的建立会对健康融入一切政策产生积极影响。健康法典的编纂可以参考健康法的两条脉络,在政策制定的时候考虑健康权的积极促进和侵害救济,以此构建完整体系,以免挂一漏万。

---

**Abstract:** With the full implementation of the “Healthy China” strategy and the further development of the big health industry, the constraints of current hygiene law system from logic to structure become increasingly severe. “Hygiene” is not a rigorous scientific concept, the health law system, which is organized around medical practices, is hardly able to regulate the health sector in a comprehensive and holistic manner, and there is also a clear lack of logical and holistic linkages between its internal legislation. In order to adapt to the practical and normative needs raised by the concept of the big health, a health law system should now be organized with the core of direct realization of the right to health. The right to health should be construed into two parts: the positive right to health and the negative right to health. The former points to positive requests for external protection and promotion of health, and the latter points to negative defenses against external infringements of health. The direct realization of the right to health means that it affects the realization or non-realization of the right to health individually originally and that it has a decisive impact on the realization of the right to health. According to the categorization of the right to health, health law shall also be divided into positive health law system and negative health law system. The former includes public health law, medical law, health product law, health security law, and health ethics law that actively promote the realization of the right to health, and the latter includes regulations relating to the remedies and protection of the right to health in civil, administrative and criminal law.

**Key Words:** hygiene law, health law, right to health, preservation of health, big health

---

责任编辑 谭冰霖