

【专题】

# 健康权的规范构造

陈云良

【作者简介】陈云良,广东外语外贸大学广东法治研究院教授。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2019.5.64~79

【基金项目】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)。

## 一、健康权研究需要规范分析

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,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。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。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。

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。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。

首先,消极权利衍生积极权利。事实上,最初健康权完全是一种消极权利。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。另一方面,其与“身体权”相区别。身体权着眼于人的物质存在的完整性,而健康权着眼于人的身心系统的良好运行。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;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。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。

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。在健康权的消极权利属性随着社会实践发展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,主要体现在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。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。

因此,一方面,公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,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。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。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

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。

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。一是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。二是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。

健康权存在被滥用的风险。因此,需要以权利限制条款来避免健康权利滥用。首先,对消极健康权进行限制,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。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”。必须遵循法律保留原则、遵循比例原则与保护效果原则。

### 五、健康权规范构造的立法与司法应用

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。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。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。消极健康权规范主要体现在现有民事法律规范中。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。

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。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。

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。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。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。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。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。