



卫生法学中青年文库

文库主编 / 刘炫麟

社会变革与 卫生法治：

事件、制度及其学术想象

冯 磊 著

Social Reform and Rule of Health Law :
Events, Institutions and Academic Imagination

HEALTH LAW



中国政法大学出版社



卫生法学中青年文库

文库主编 / 刘炫麟

社会变革与卫生法治： 事件、制度及其学术想象

冯 磊 / 著

Social Reform and Rule of Health Law :
Events, Institutions and Academic Imagination

HEALTH
LAW



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

社会变革与卫生法治：事件、制度及其学术想象/冯磊著. —北京：中国政法大学出版社，2018. 6

ISBN 978-7-5620-8306-1

I. ①社… II. ①冯… III. ①卫生法—研究—中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第113135号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
- 承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 9.50
- 字 数 220 千字
- 版 次 2018 年 8 月第 1 版
- 印 次 2018 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 49.00 元



申 序

当前，我国医疗卫生体制改革已经进入深水区，如何进一步深化和推动医改的进程，已经成为我们所面临的一项重大课题。为此，十八届四中全会中，党中央提出全面推进依法治国战略，明确要求加快保障和改善民生、推进社会治理体制、创新法律制度建设，完善医疗卫生领域的法律法规。在这一大背景下，法律人应当做出自己的贡献，以推动医疗卫生领域的法治化治理为自己的使命，全面加快和提升卫生法学研究，为我国医改提供坚实的法律理论支撑，充分发挥法律在推动社会改革和变迁过程中的作用。

我国卫生法研究正处于刚刚起步阶段，卫生法的理论和体系建设亟待建立。尽管近年来，很多学者为卫生法学的发展倾注了大量心血，撰写了不少卫生法论著，也取得了不少成就，但从卫生法的总体发展来看，卫生法学的基础理论仍比较薄弱，卫生法学的研究对象、研究范式等问题还有待进一步梳理，这些都直接关系到卫生法作为一个独立部门法的地位问题。卫生法作为一门新兴学科，横跨法

学、医学、经济学、管理学等领域，其研究的问题带有强烈的交叉性和前沿性等特征，它要求对时代的问题具有极强的敏感性。而传统的部门法因其保守性，对这些问题缺乏关注，并没有将其“目视”转移到卫生法的前沿阵地中，这就导致很多时候他们根本无法回答医疗卫生领域所产生的诸多法律问题。但是我们说，法律人不能沉默，法律人应该在医改过程中扮演自己应有的角色，发出自己的声音。而这，显然有待诸多卫生法学人持续不断的共同努力，才能最终为中国卫生法学的发展、为国家医疗卫生法治化的治理打下牢固的根基。

欣闻卫生法学诸位同仁厚积薄发，筹谋数载，积数年之功，在中国政法大学出版社的支持下，计划出版卫生法学中青年文库，内容涵盖卫生法学基础理论、农村医疗卫生法治、新的社会环境及互联网技术背景下的医疗卫生法治等，既有理论深度和见地，又关心时代前沿问题，这些著作不仅可以提升卫生法学的品格，也可以为我国医改决策部门提供极富价值的参考建议。作为一名从事卫生法学研究多年的学人，我由衷地感到高兴。也许，一切正在改变。我相信，在卫生法学界的共同努力下，不仅我们国家的医疗卫生体制将会越来越完善，我们的卫生法学建设和发展也将更加美好。

是为序。

清华大学法学院院长、教授、博士生导师

申卫星

中国卫生法学会副会长

2016年11月9日于清华明理楼

刘 序

伴随着人类社会的发展进步与生活水平的日益提高，人们越来越关注健康和生活的品质。近年来，国家在卫生保健领域进行了大量的财政投入，对全民健康保障工作十分重视，习近平总书记在 2016 年召开的“全国卫生与健康大会”上强调，健康是促进人的全面发展的必然要求，是经济社会发展的基础条件，是民族昌盛和国家富强的重要标志，也是广大人民群众的共同追求。当前，我国医药卫生体制改革已进入深水区，正面临着各式各样的困难，国家提出要着力推进基本医疗卫生制度建设，努力在分级诊疗制度、现代医院管理制度、全民医保制度、药品供应保障制度、综合监管制度上取得突破。^{〔1〕}医疗卫生工作已经成为国民经济和社会发展的重点关注项目，是必须加强的工作。

〔1〕 白剑峰、王君平、李红梅：“习近平在全国卫生与健康大会重要讲话引起强烈反响”，载《人民日报》2016 年 8 月 22 日第 4 版。

孟子曰：不以规矩，不能成方圆。^{〔1〕}通俗地讲，法律是人與人打交道开展各项社会活动的游戏规则，卫生法是规制医疗卫生投入与管理、规范医疗卫生行为的法律规范。无论是医疗卫生工作宏观调控，还是各级行政部门对医疗卫生工作的管理，抑或医务人员开展各项医疗活动，均需法律予以规范和保障。但遗憾的是，当前我国的医疗卫生法律无论是在立法还是在执法、司法领域，均比较薄弱。全国人大及其常委会制定的卫生法律仅有 11 部，国务院制定的行政法规仅有 39 部，规范和调整医疗卫生工作的规范性法律文件大部分是部门规章，即便如此，仍存许多法律盲区。立法的滞后必然影响到具体工作的实施和开展，但立法滞后并不能仅仅归因于立法部门的懒惰，比之更为重要的是缺乏理论研究和实地调研。没有理论研究和实地调研支持，就难以立法，即便是进行了立法，亦是空洞苍白、脱离实际的立法，最终只能作壁上观。此外，卫生法律专门人才的缺乏导致许多法律文件的起草违背法学理论或与上位法及其他相关法律文件相冲突，甚至存在明显的错误，这些不利因素的存在导致已经出台的卫生法律难以得到执行，卫生法制工作严重滞后于社会现实。

卫生法学的范围比较广，内容上涉及公众生命、健康的相关领域，包括公共健康学、医事法学、药事法学、国际卫生法学等。^{〔2〕}尤其是我国正处于经济加快发展时期，社会问题较多，诸如环境保护、食品安全、医疗服务、疾病防控等，加之新出现的各种医疗卫生技术应用于医疗卫生领域，与传统观念和现有医疗卫生技术发生冲突，引发伦理原则与价值观念的冲突，使得医疗卫生服务领域面临各种悬而未决的问题，导致医

〔1〕《孟子·离娄上》。

〔2〕孙东东主编：《卫生法学》，高等教育出版社 2004 年版，第 1 页。

疗卫生决策陷入困境，最终困扰并阻碍了医疗卫生事业的发展。

卫生法学中青年文库对我国卫生法学尤其是新中国成立以来卫生立法状况进行了系统的梳理和研究，有利于构建符合中国国情的卫生法学理论体系，有利于发现卫生法学理论学说，有利于进一步开展卫生法学的立法、研究和实践。同时，该文库还特别关注了我国农村医疗卫生法治、新的社会环境及互联网技术背景下的医疗卫生法治等主题，具有很强的现实意义。我国农村人口较多，农村医疗卫生条件较差，疾病防控能力薄弱，因此在以乡镇卫生院和村卫生室为基础的县、乡、村三级医疗卫生服务网络中，基层医疗卫生保健工作尤为重要，问题比较突出，对基层医疗卫生法治工作的研究就显得尤为重要。此外，进入21世纪以来，以计算机、互联网等信息技术为媒介的发展，医疗卫生保健工作也出现了一些新形势，带来了一些新问题，这都需要脚踏实地开展调研，揭示现实问题，提出法律规制的方案，逐步将我国医疗卫生服务中的问题加以解决。

开展卫生法学理论与实务研究，一定要立足我国的医疗卫生服务，使用法学理论和法学方法，同时借鉴先进理论和国际经验。研究团队应当以法学知识和理论为基础，以卫生法学基本理论为依据，以我国医疗卫生实践中的问题为导向，使研究成果贴近实践，构建契合于我国基本国情的医疗卫生法律体系，切实服务于我国的医疗卫生工作。

我相信，该文库的出版将会补强我国卫生法学的多个研究领域，对培养新的研究团队和教学人员，培训掌握卫生法理论和知识的执法队伍，均具有十分积极而重要的意义。

中国政法大学医药法律与伦理研究中心主任、教授



2016年10月26日于嵊泗岛

王 序

炫麟学友诚邀我为他们衔泥垒造的卫生法学中青年文库写几句话，我因心中无数便认真地推辞了几回，不曾想面对他的执着我失去了定力，一不留神竟是应了下来。

自20世纪80年代我国卫生立法的涌起，卫生法学与卫生法学研究即随之发展、兴盛起来。从事卫生法学教育、研究的机构和教学、研究人员快速增长，专业化人才培养和系统性研究成果均取得骄人成就，可谓“一山飞峙大江边，跃上葱茏四百旋”。

卫生法学中青年文库的问世，是我国卫生法学界的一件喜事。借此机会，我向参与文库撰文的中青年翘楚表以由衷祝贺及诚挚敬意！期待诸君敢当卫生法学的引领者，不断呈现新的研究成果，推动我国卫生法学蓬勃发展。

卫生法是卫生法学的本源和根基，卫生法学教学如此，卫生法学研究亦如此。我国现已出台卫生方面的常用法律11部、行政法规39部、卫生计生行政部门规章94部。这当然不是我国卫生法的全部家

当，其中既没有包括卫生方面的军事条例、军事规章（或许从分类上和军事法有交叉），也没有包括地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章，亦没有包括不被当作卫生方面的法律中的条款，如《道路交通安全法》第75条。如果将具有卫生属性的法律规范（最好连同民国时期的）全部收集起来，编纂成册，想必会对我国卫生法学的研究与发展推波助澜。

我时不时也琢磨点事儿：为什么有学者认为卫生法是一个独立的法律部门，将其摆放在与民法、刑法、诉讼法、劳动法、行政法、婚姻法等相同的位置高度，而不是作为行政法门下的一个支系？卫生法作为相对独立的学科，其下一级学科如何划分方能既符合我国国情又更具有科学性和法的特征？卫生法的内涵易于理解，但它的边界（外延）到哪里？环境卫生不是卫生吗？细颗粒物——PM_{2.5}与人类健康没有直接关系吗？卫生法的构建如何体现“树立大卫生、大健康的观念”？马克思主义哲学认为经济基础决定上层建筑，如何运用这一理论解释1943年我国就有了药师法、助产士法，而时至今日却没有制定新中国成立后的药师法、助产士法的现象？基本医疗卫生法（起草中）与卫生法法典的区别是什么？仅仅是医疗卫生水平、保障措施、供给能力的差异吗？等等。我打理《中国卫生法制》杂志也有二十几年，可这些浅显的问题让我仍感茫然，难以释怀。

研究卫生法既要注重我国国情，也要注重国外经验。“他山之石，可以攻玉”，但有时却因为语言（语种）问题阻碍了对外国卫生法信息的检索、评价与借鉴。有的研究团队，甚至专门研究机构由于除英语外的其他大语种外语人才稀缺，止步于对一些具有代表性国家卫生法的探究，不仅有失自己所承担课题的水准，而且不能向立法机关更多地提供外国的法治理念和有益经验。

研究卫生法既要注重对新法的制定，也要注重对现行法的

修改。作为卫生法领域的期刊人，我读过的稿件中注重制定新法的远远超过建议修改现行法的。究其原因，或许是理论界、实务界对缺什么法或者应立什么法的感触更直接、更深切，容易作为一个专项课题谋篇布局。可对于现行法，若没有一定时期的实践和感悟，无法摸清其适用中的困扰或者已然滞后的位点，则难以由此做出“大文章”来。除此之外，通常理论界不如实务界反映得快、感受得深，毕竟“春江水暖鸭先知”，除非是带着硬伤出台的法。

研究卫生法既要注重法律、行政法规、国务院部门规章，也要注重地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章。我国实行的是中央统一领导和一定程度分权、多级并存、多类结合的立法权限划分体制。地方立法机关制定的卫生法属于我国卫生法渊源不可或缺的组成部分，对完善、推进国家卫生立法起着重要作用。例如，献血法和精神卫生法出台前便已经实施了多部关于献血和精神卫生的地方性法规，对制定这两部法律有非常好的借鉴作用。就数量而言，地方性卫生法不会少于前述的 144 部国家制定的卫生法。为此，我希望文库在现有卫生法学基础理论、农村医疗卫生法治、新的社会环境及互联网技术背景下的医疗卫生法治等研究主题的基础上，增设地方性卫生法的主题，拓展卫生法的研究空间。

俗话说新人、新事、新气象。我坚信本文库带给我们的不只是学术上的裨益，更是对卫生法学研究理念的革故和研究方法的鼎新。

《中国卫生法制》杂志主编 王世杰

2016 年 10 月 31 日于北京东城老屋

目 录

申 序... 1
刘 序... 3
王 序... 6
前 言 社会变革语境下中国卫生法学的学术面貌... 1

事 件 篇

第一章 医患纠纷中对抗性叙事的生成及其法治意义 ——解读高校教师彭××伤医案的风波
一、问题的提出：一起冲突，两个故事... 47
二、对抗性叙事的生成：修辞策略与认知影响... 50
三、医患纠纷中叙事分化的法治意义... 62

第二章 关系空间理论视野下的医患关系生产

——由对温岭杀医者的电视访谈想到的

- 一、不寻常的采访，不一般的问题... 72
- 二、关系空间理论：一个解释医患关系的新视野... 75
- 三、医患关系生产的过程：从知识图景到生活世界... 78
- 四、启示：借沟通实现知识图景与生活世界的交融... 82

第三章 医疗暴力背景下的拒诊权构建

——拒诊声明背后的法理与制度

- 一、拒诊事件及其争议... 90
- 二、拒诊何以成为问题... 93
- 三、医师可否拒诊——一个权利生成的理论框架... 96
- 四、余论：现代社会面对暴力的自助何以正当... 106

第四章 医患关系断裂的风险及其弥合

——从某儿童医院伤医事件的网络评论切入

- 一、事件回顾... 108
- 二、网络评论的搜集整理... 109
- 三、医患关系的断裂风险... 112
- 四、如何弥合医患关系的断裂风险... 118

第五章 我国医患信任的异化及其重建路径

——回眸八毛门事件

- 一、事件及问题... 125
- 二、医患信任结构解析：个体信任与体系信任... 127
- 三、我国医患信任结构的历史变迁及现实异化... 130

四、消除信任异化、重建医患信任的对策... 135

第六章 医疗专业利益自给与扩张中的国家角色

——从魏则西事件切入

一、魏则西事件始末及思考... 139

二、医疗专业主义理论框架下的医疗专业利益特征... 141

三、医疗专业利益演进中的国家角色... 145

四、魏则西事件中国家在医疗专业利益监管中的角色不当... 148

五、启示与建议... 150

第七章 未成年人参与保健食品试食试验的立法探索

——“黄金大米”案的启示

一、问题的提出... 153

二、我国保健食品试食试验的立法现状与问题... 155

三、“非治疗性试验”中未成年受试者参与的立法模式... 158

四、立法建议... 162

五、余论：制度如何形成的启示... 164

制 度 篇

第八章 《侵权责任法》变革对医疗诉讼各方行动逻辑的建构

及其反思：基于 404 例诉讼案件的实证考察

一、研究样本及其基本状况... 170

二、制度理想目标与诉讼实践的分歧... 176

三、医疗诉讼各方行动逻辑的建构：法律运行效果的另类考察... 178

四、行动逻辑下医疗诉讼制度完善的反思... 188

第九章 孱弱的抽象公平观：医疗侵权诉讼举证责任分配的 深层解读

- 一、问题的提出... 193
- 二、立法变迁：抽象公平观的失灵... 196
- 三、抽象公平观作用于举证责任分配的后果... 201
- 四、如何分配：激励、福利与举证责任分配... 207

第十章 医疗暴力防控的政策变迁及其展望： 以间断均衡理论为视角

- 一、问题的提出... 216
- 二、间断均衡理论概述... 217
- 三、医疗暴力治理政策变迁的间断—均衡过程... 220
- 四、医疗暴力治理政策变迁的间断均衡特征... 227
- 五、结论和展望... 229

第十一章 公立医院“取消编制”的政策建构： 渊源、经验与展望

- 一、“同工不同酬”不足以构成“取消编制”的充分理由... 234
- 二、编制管理制度的渊源及其变革经验... 236
- 三、“取消编制”是系统改革的前奏... 242

第十二章 论五大关系：医疗责任保险制度的梳理及破题

- 一、医疗责任保险发展历程简要回顾... 249
- 二、目前面临的主要问题... 250
- 三、五大关系：破题之关键... 253
- 四、结论... 263

第十三章 活体器官移植交易的若干问题：规制及争议

一、活体器官移植交易的法律规制... 266

二、活体器官移植交易的原因... 276

三、活体器官交易合法化的争议... 278

后 记... 284

前 言

社会变革语境下中国卫生法学的学术面貌



一、学术面貌：使命与意义

在对策法学盛行的今天，强调学术可能是“吃力不讨好”的事情。著名的波斯纳法官就曾略带讥讽地以“各行其是”来形容美国法学学术与司法实践分离的尴尬境地，在他看来，很多学术文献对实践的贡献有限，“如果发表出来的法学文献啰唆、矫情、不明觉厉，学生、编辑认为这样才雄辩，大多数作者也会如此看齐。只是法官没耐心长途跋涉，趟过这些脚注丛生的泥潭”。〔1〕其实在中国，学术也日益沦为小圈子里的奢侈品，经过术语、外语及骈语的包装，让人云里雾里，只觉高大上，不知所以然。最让学术掉价的是，当某些拥有“高深学问”的专家走上台前时，往往会发表一些让民众觉得荒诞的言论，成为“砖家”甚至沦为笑柄，让人产生“学术不过如此”的轻蔑联想。

〔1〕〔美〕理查德·A. 波斯纳：《各行其是：法学与司法》，中国政法大学出版社2017年版，第8页。