

卫生行政法 基础研究

郭永胜 孙子迪 孙嘉悦 著



江苏省医学人文社会科学基金项目，项目号为：JSYRKJ2011-C-003

卫生行政法 基础研究

郭永胜 孙子迪 孙嘉悦 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

卫生行政法基础研究 / 郭永胜, 孙子迪, 孙嘉悦著. —北京: 法律出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3530 - 7

I. ①卫… II. ①郭… ②孙… ③孙… III. ①卫生法—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 099473 号

卫生行政法基础研究

郭永胜 孙子迪 孙嘉悦 著

责任编辑 陈 晖

孙东育

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13 字数 313 千

印次 2012 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3530 - 7

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

护生的法和维命的戒律

(代序)

如果说我们这些人正在遭遇着一场迎接历史节点的仪式,或许我们其实已经共同来到了一个驿站,因为出发前过度地忙碌,我们现在在途中才突然发现,我们的行囊中和旅途必备的工具箱中缺少了一份导航的方位地图;我们在一个风向十分怪异、夜风徐徐的交叉路口或山隘中停止了奔腾的马队。我们的疏忽使我们经历了最大的精神与信实的危机,历史凝住和无法精致、理性地继续运行下去。

归零的文化和内在的、具有历史感的追求,使我们重新回到人类幼年时期的觉醒意识,我们必须找回那种压倒一切的正义和爱;在人类蒙昧时期之后,我们原本是靠着这样的信心与理想,冲破各种阻碍和羁绊,通达今天这种光明与和谐,那是由惨烈的血海淘滤和漂白的。

不觉间,时间和事物都走得很快,我们迎来了很美丽的春天,距离我本人做医学法学、将其作为一个学科的研究,也就是距离我参与编撰国内第一部《医学法学概论》恰恰 25 个年头。世事皆

变,人的意识、追求和生命科学技术带来的生活方式以及人与社会、人与人、人与自然的关系的改变,令我们惊异于困惑,以至于常常必须瞥视与凝神,或是回过头来考量我们的行动的合理性与正当性。这些年来,我们确实做了很多卫生法律的事,但是检讨起来,我们太过于停滞于表浅的案例与问题、现象化的追问以及无谓的争辩之中,为了那些利益的事,我们放弃了艰苦的理论探究;恰好参与到浮躁的世风和学风之中。我们发表了很多文章、出了很多书、开了很多会议、成立了很多组织、建立很多卫生法学专业学位点,大多是为了追求某些非“护生维命”的目的,而为了工作者的升迁与名利,这当然还是可以理解的事;但令人抱憾的,至今,我们还没有一部高端的、真正学理化的、卫生法学的精品力作,我们实际并没有完成我们最初奠定这个学科的理论基础;加之我们眼下的价值观朦胧化以及卫生法律观念的情意性冷漠,我们非但不能制止那些伤及公民身体和健康的违法行为,甚或是放任了卫生行政法律执法范畴内的乱象。

卫生法学研究和卫生法律意识的教育,是我们整个民族的精神建设的一个重要部分,我一向认为,它们是生命政治和身体哲学的一次后现代的情景建设,是我们走向未来的工程之一。我想我们应该考量这样几个问题:

1. 我们从“摩西十诫”为背景的西方法律文化精神中,嗅到了“约法”的来源,并一直对于生命问题和医学生活中的法律难题,给予由于政治意志下达的专断的律令,但我们由于所面对的法律制裁的对象和立法、执法、监法的人,都不同程度地缺乏信仰、而无法理性地接受西方或欧美法系所反映的法律文化,也不能觉悟地创造和谐的现代的法律关系和顺畅的法律社会以及美好的医学法制化生活;一旦注入我们的食品安全、医患纠纷、医疗责任等,就会常常灰逼在^①法律或道德底线徘徊。

2. 法律应该说是必须保存它的暴力特征,具有一定的威慑力量,也就是必须要有世俗接受的权威性。但是,我们的卫生行政法律又必

须考虑到我们中华民族的特质与民族的文化传统,考虑到我们先天地对于“法化”(罚—伐—化)的麻木与迟滞,而以一种蹩脚的“德化”来替代现代法律的建构和普世推进。人情主义的中国对法律的消解,是当代最大的法律危机;几乎没有一款法条不可以“走私”与变通;我们的法律意志往往被“人”的民族“和”的德性原体融化,使我们浴血和用理性换来的庄严的法律,成为相府门尊两侧的石狮,或是闺秀房中只能插红穿绿的花瓶。

3. 我们还记得哈罗德·J. 伯尔曼的话:“法律不只是一整套规则,它是在进行立法、判决、执法和立约的活生生的人。它是分配权利与义务,并据以解决分争,创造合作关系的活生生的程序。”(伯尔曼著:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店 1991 年版,第 38 页)法律可行性基础应该是文化精神和民族的契约心理,法律的权威性不在于专制化的统治机制,而必须建立在道德自觉或信仰的权威基础上。比如,宗教就给予西方社会这个坚实的基础。伯尔曼认为,古代的以色列,《摩西五经》的誓约就是宗教精神的核心。如果要建立一部由权威的法律,就必须检讨我们民众的这种文化精神是否可以承托与接受这个全社会必须恪守的条款,是否可以在心理和情感中,不因拒斥而怨恨。

4. 要区分正当、善与整全道德(content - full morality)和法的差异,否则,我们的法律就可能放空。要追求中国式的法制化(也包括卫生行政法治化),就必须进一步剖析我们的法律生活和社会生活中的这些概念的特征;比如说,用死囚器官进行器官移植的问题或者在孕期进行性别鉴定,还有医患调解过程的“无讼”化、医疗事故的医学鉴定程序和机构关系等。因此,卫生行政法不是孤立的文化现象和政治现实工具,而是一种文化机制和政治选择,其目的是追求公义、善和民治、民生,最后以爱来实现和谐的人的生态环境,筑造公民的安乐祥和的福祉。

5. 作为身体的法律文化,必须有一个平等的最关键前提;对一个差等意识传统的民族来说,这是最大的挑战;没有平等或均平的基石,

法律就不会有无上的权威性,老百姓不信服“王子犯法与庶民同罪”,我们就永远不会普世地推进卫生法制建设。

6. 我们的法律意识必须统一和公认,但是对于生命问题、身体问题、医学科学技术问题,因为与人的文化偏好、教育、信仰、习俗、职业等密切相关,因此,有些必须在灵动中维持其刚性;有些“和而不同”是因为人的部分道德公认意识(overlapping consensus morality)所决定;但要给予一定的自由空间,所以我们在立法过程中必须充分尊重人性,并思考如何在保证社会秩序的稳定的同时,要尽可能满足绝大多数普通民众的利益和意愿,特别是对于健康、医疗保障、安全、保健需求方面,即使有些是小众式的,也要予以尊重和保护,只要不伤及社会、民族、国家政权与人类利益,就可以宽容,如变性、美容、克隆技术、放弃治疗、同性恋行为、对于严重残疾新生儿处置以及安乐死等。

我们处于一个内容丰富的、具有个性解放的、多元的后文明、后技术时代和后医学社会,很多超验的理念并不被人继续传承与固守,有些“精神”已经失去或淡化了它原有的精确的意义,其逻辑论据和基本形式也变异或被溶解;我们的生活方式常常只是以审美价值去决定选择,而再不能用政治价值和伦理价值来审视人们的生活决策。历史并没有向着一个同一的方向进化,特别在一个新的生命技术文化的土壤上,培育新的法律语言和叙事形式,以完成和实现人的道义追求。也就是说,只要人能够成为自律的、自由的、具有义务和责任的个体,人本身就具有了伦理价值,法律的作用和角色就会发生变化;当我们实现了头上的星空与心中道德律的统一,法律还会像当下这样窘迫、尴尬、艰难吗?

由于我们今天的极其复杂的人类处境,特别是没有诚信的现实面前,我们还要做好法律建设这门功课,这是我们的神圣责任。看到永胜、子迪、嘉悦三位同志的书稿,很有一番思考,他们不是法学专家或学者,甚至还是在高校读书的学生,也没有什么了不起令人瞠目的学科地位和学术背景。其中永胜同志只是一位普通的卫生监督 and 卫生

执法的基层工作者,完全属于一种业余爱好和在工作中激起的写作冲动,在一个很有限的平台上起步,精心专研,辛勤犁垦和耕耘,把这次写作作为自己生命的一部分。这种精神本身就值得我为他用些许文字认真地做个像样一些的序言,去年,我们江苏医学人文社会科学基金委员会也为他批准了一项课题,给了极少的一笔经费,而他做了一篇大大的文章,令人感佩与欣慰。在此,我祝贺他终于有了能够付印的成果。在此书还没有出版之前,向他表示祝贺。

人的生命可以以各种方式完成和终结。最后在归于终极的过程中,每个人都各自建立自己的内心王国,在自我的精神世界中寻找那份幸福,如果算是一个理想的话,那是值得快乐的事。但是,在潦草、媚俗、焦躁的现世,如何调整自己、稳定自己,不让自我迷失,并始终能够力争实现人生的高境界追求,其实是很困难的事情;物质的诱惑、数字化的生存、对金钱的贪恋,使很多年轻人每日处于极其躁动和抑郁的心态之中,他们不再安于这些默默为学识而奉献的平凡生活中,认为枯燥、苦涩而乏味,没有光泽,与五彩斑斓的世界不相平衡;但我看到,总有几位年轻的后来者,愿意为真实的学业而苦行,他们也理解与适应周遭的物质和物理化的规律决定的人生走向,但他们更能够高远地面对这个世界,并有志于某一个选定的方向,不断地努力攀跋,不为那些功利的短浅目标所诱惑。我也在此,为永胜、子迪、嘉悦这样的后来者默默地祝福,希望他们能最后达到他们的毗斯迦山顶。

摆在我们面前的这本书稿,尽管文字显得稍有些幼稚,全书组织还并不严谨,没有更宏大的创意和精致的学科构造,还存在一些值得商榷的知识节点;但平民化的品质和个中的道义精神不可无视。当代中国尚没有建立成熟的卫生法学体系,尤其缺如卫生法哲学或卫生法理方面的深入探究,我并不反对以案例作为参照的理论探索,但过于以法律实践作为起点的研究是否遏制或制约了我们的学科发展的胸怀。没有厚重基础和远大理想的学术,如何可能引领一个缺乏理性和信仰的时代。特别是作为医学社会科学与体现医

学人文精神的医学法学。我寄厚望于永胜这样年轻的有志者,刻苦学习,开阔视界,潜心致力于根基性学问,在歌舞昇平、嘈嘈切切的现世,漂却杂念,切忌急功近利,安于孤寂,打造自己富有个性的法律文化世界,磨炼数年,为中国的卫生法学事业,做出傲人的贡献。

作为我们,还是要格外爱惜和培育我们后面的这些青年学者,给他们创造机会和条件,也算是我们这些有一段经历和名分的长者的历史责任。我期待,有更多的永胜这样的青年卫生法律实务工作者,成为卫生法学建构与发展初期,不畏飓风和暗礁、清明志坚的泛舟涉险的后继人。

序之末,我说,这部文稿与欲将成书的著作,值得我们卫生法学界重视,也愿意推荐给有兴趣的同业、特别是基层从事行政卫生法律实践事务的工作者和朋友,读读它,可以有很大的收获和感受,作为现实学法、执法的文本,不失为很实用的依据和参照。

最后,我认为,卫生法是护生的法和维命的戒律,应该是压倒一切的,是关于人的法律中最为要紧的;因此,我们当时刻记得:“我的律例你们要遵行,我的典章你们要谨守,就可以在那地上安然居住。”(《利未记》25:18)

孙慕义

2012年4月1日识于南京貳浸斋

目 录

第一章 卫生行政法基本知识/1

第一节 卫生行政法概念/1

一、行政与卫生行政/1

二、卫生行政法的内涵和外延/3

第二节 卫生行政法的调整对象、调整方式和调整功能/10

一、卫生行政法的调整对象/10

二、卫生行政法的调整方式/12

三、卫生行政法的调整功能/13

第三节 卫生行政法的分类和特征/14

一、卫生行政法的分类/14

二、卫生行政法的一般特征/15

第四节 卫生行政法所处的法律部门及与其他法律部门的关系/19

一、卫生行政法所处的法律部门/19

二、卫生行政法与其他法律部门的关系/19

第五节 卫生行政法律关系/20

一、卫生行政法律关系的概念/20

二、卫生行政法律关系的属性/23

三、卫生行政法律关系的构成/25

案例1 某小学保卫科长妨碍学校卫生监督案/29

四、卫生行政法律关系的产生、变更和消灭/35

第六节 卫生行政法的渊源和适用原则/39

一、卫生行政法的渊源/39

案例2 一起生产不符合卫生标准饮用水引起的行政诉讼案/42

案例3 某公司生产经营不符合卫生标准食品案/43

二、卫生行政法的适用原则/44

案例4 某卫生局以上位法优于下位法规避适用下位法案/44

第七节 卫生行政法的基本原则/47

一、卫生行政法基本原则的内涵/47

二、卫生行政法基本原则的来源/48

三、卫生行政法原则的内容/49

第八节 卫生行政法律责任/53

一、卫生行政法律责任的一般概念/53

二、卫生行政法律责任的一般特征/57

三、卫生行政法律责任与其他相近概念的区别/59

四、卫生行政法律责任的构成要件/64

五、卫生行政法律责任的竞合及部分违法行为状态/67

案例5 某卫生局未识别当事人法律责任竞合案/68

六、卫生行政法律责任的归责与免责/70

七、卫生行政法律制裁与卫生行政法律责任的主要承担方式/74

第二章 卫生行政组织法与卫生监督员/79

第一节 卫生行政组织法概述/79

一、卫生行政组织法的概念/79

二、卫生行政组织法的基本原则和制度/82

第二节 国务院卫生行政部门/82

一、卫生部的产生/83

二、卫生部主要职责/83

三、卫生部内设机构/85

四、人员编制/88

第三节 地方卫生行政机关/88

一、地方卫生行政机关概述/88

二、地方卫生行政机关的职权/89

第四节 实施卫生行政职能的非政府组织/91

一、法律法规授权的卫生行政组织/92

二、卫生行政机关委托的组织/92

第五节 关于地方各级卫生监督所和卫生监督员/93

一、卫生监督体系建设概述/93

二、各级卫生监督所/94

三、卫生监督员/98

第三章 卫生行政行为法/103

第一节 卫生行政行为概述/103

一、卫生行政行为的概念/103

二、卫生行政行为的特征/104

三、卫生行政行为内容/107

四、卫生行政行为的分类/109

案例6 不服卫生部抽象行政行为申请行政复议案/113

五、卫生行政行为的成立/118

六、卫生行政行为的生效/120

七、卫生行政行为的合法要件/121

案例7 某计划生育技术服务机构认为卫生行政部门越权处罚案/122

八、具体卫生行政行为的停止、无效、可撤销、废止、终止/123

第二节 卫生行政立法/126

一、卫生行政立法的概念/126

二、卫生行政立法的法源/127

三、卫生行政立法的种类/127

四、卫生行政法规/128

案例 8 一起行政处罚暂缓执行案件引发的思考/132

五、卫生行政规章/133

六、规章以下的具有普遍约束力的决定、命令/138

七、卫生行政立法的法律效力/138

八、卫生行政立法的解释/141

九、卫生行政立法的监督/141

第三节 卫生行政许可法/143

一、卫生行政许可法概述/143

二、卫生行政许可的程序/163

三、卫生行政许可的变更与延续/170

四、卫生行政许可的监督检查制度/171

五、卫生行政许可的撤销和注销/172

六、卫生行政许可法规定的法律责任/173

七、其他/175

案例 9 李某不服县卫生局不予行政许可案/175

案例 10 某药房不服无证经营食品行政处罚的行政复议案/180

案例 11 邓某不服伪造卫生许可证行政处罚的行政复议案/180

第四节 卫生行政监督检查/181

一、卫生行政监督检查的概念和特征/181

二、卫生行政监督检查的类型/184

三、卫生行政监督检查的方式/185

四、卫生行政监督检查的步骤和结束/187

第五节 卫生行政强制/189

一、行政强制的概念/189

二、相关概念的联系与区别/191

三、卫生行政强制措施/192

案例 12 再胜源公司诉上海市卫生局行政强制决定案/195

第六节 卫生行政处罚 /210

一、卫生行政处罚的概念和特征/210

二、卫生行政处罚的法律渊源/212

三、卫生行政处罚的原则/213

四、卫生行政处罚的种类和设定/218

五、卫生行政处罚的管辖和法律适用规则/223

案例 13 某省卫生厅对某市石化分公司炼油厂职业事故处罚无意构成“一事再罚”被撤案/235

六、卫生行政案件的受理和立案/240

七、卫生行政处罚案件中的法律回避制度/242

八、卫生行政处罚案件中的调查取证/243

九、卫生行政处罚决定/254

案例 14 错误适用食品卫生行政处罚简易程序案/255

案例 15 一起因行政处罚程序违法(未告知听证权)而被撤销的行政复议案/267

十、卫生行政处罚案件的执行与结案/268

案例 16 一起强制执行的食品卫生案分析/270

案例 17 某商行分期缴纳食品处罚罚款案/271

十一、违反行政处罚法的法律责任/272

第七节 卫生行政裁决/276

一、卫生行政裁决的概念/276

二、卫生行政裁决的特征/276

三、卫生行政裁决的原则与程序/278

四、几种卫生行政裁决事由/278

案例 18 孙某不服市卫生局医疗事故责任判定案/279

第八节 卫生行政应急/280

一、卫生行政应急的概念和特征/280

二、卫生行政应急的原则/282

三、卫生行政应急涉及的突发事件的主要类型/283

案例 19 某中学暴发甲肝流行案/283

第四章 卫生行政救济法/287

第一节 卫生行政救济法简介/287

一、卫生行政救济法的概念/287

二、主要救济途径简介/290

第二节 卫生行政复议/292

一、卫生行政复议的概念和特征/292

二、卫生行政复议的原则/293

三、卫生行政复议的受案范围/294

案例 20 王某申请撤销 A 市卫生局作出的不能认定张某诊疗行为为非法行医的答复案/296

案例 21 卫生行政部门不针对特定对象的通告是否属于复议受理范围/299

案例 22 对医疗机构出具的出生医学证明不服是否属于复议受理范围/300

四、卫生行政复议参加人和卫生行政复议机关/301

案例 23 举报人认为卫生行政机关对被处罚人处罚太轻申请复议案/302

案例 24 举报人李某认为被举报者应当受处罚案/303

五、卫生行政复议的程序/306

六、卫生行政复议决定/316

案例 25 王某不服自有房屋被查封申请解封及卫生行政赔偿案/320

七、卫生行政复议决定的执行/321

八、卫生行政复议指导和监督/322

九、违反行政复议法的法律责任/323

第三节 卫生行政诉讼/324

一、卫生行政诉讼的概念和特征/324

二、卫生行政诉讼法的概念和原则/325

三、卫生行政诉讼的受案范围/328

四、卫生行政诉讼的管辖/332

五、卫生行政诉讼参加人/335

六、卫生行政诉讼程序/337

七、行政诉讼中的特殊制度与规则/344

八、卫生行政案件的裁判/351

案例 26 由一起化妆品行政诉讼案件所引起的反思/353

九、卫生行政诉讼案件的执行与非诉卫生行政案件的执行/356

案例 27 广州贝氏药业有限公司诉卫生部不予行政复议通知案/360

案例 28 一起河豚鱼行政复议诉讼案件分析与思考/362

第四节 卫生行政赔偿/368

一、概念/368

二、卫生行政赔偿的归责原则/368

三、卫生行政赔偿范围/369

四、卫生行政赔偿请求人和赔偿义务机关/370

五、赔偿程序/372

六、赔偿方式和计算标准/374

七、其他规定/376

案例 29 上诉人赵旭辉、禹州市卫生局与被上诉人常艳艳行政赔偿案/377

参考资料/381

后记/384

Contents

Chapter One Basic Knowledge on Health Administrative Law (HAL)/ 1

Article 1 Concept of HAL/ 1

1.1 Administration and health Administration / 1

1.2 Intension and Extension of HAL/ 3

Article 2 Regulating Object, Way and Function of HAL / 10

2.1 Regulating Object of HAL / 10

2.2 Regulating Way of HAL / 12

2.3 Regulating Function of HAL / 13

Article 3 Classification and Characteristic of HAL/ 14

3.1 Classification of HAL/ 14

3.2 General Characteristic of HAL/ 15

Article 4 Legal Sector of HAL and Relation with Other Legal Sectors/ 19

4.1 Legal sector of HAL/ 19

4.2 Relation between Legal Sectors of HAL and Other Legal Sectors/ 19

Article 5 Legal Relation of Health Administration (LRHA)/ 20