

# 2030 国家健康战略与医疗卫生法治研讨会 会议实录

**主办：**复旦大学医事法研究中心  
复旦大学民商法学科  
复旦大学法学院  
上海市联合律师事务所

**时间：**2016 年 11 月 27 日下午 1:30 – 5:00

**地点：**复旦大学法学院 103 会议室

**上半场：**

**复旦大学法学院刘士国教授：**

今天下午我们会议的名称是“2030 国家健康战略与医疗卫生法治研讨会”，我们邀请了有关的领导、专家，包括高校、律师、企业代表。在这里有两位重要专家必须向大家介绍，一位是申卫星教授，清华大学法学院院长。申卫星教授是中国卫生法学会的副会长，十大青年法学家之一。这边这位是陈云良教授，中南大学法学院的院长，是我们国家医疗卫生重大项目的首席专家，在医事法方面造诣颇深。我们上半场首先有请沪外专家围绕我国《基本医疗卫生法》的制定情况为大家作报告，下半场请各位围绕 2030 健康战略，就如何理解国家的战略纲要，以及在哪些方面进行研究等问题，发表各自的意见、互相交流。首先，我们欢迎申卫星教授为我们作学术报告。

**清华大学法学院院长申卫星教授：**

尊敬的刘士国教授、各位专家、各位老师和各位同学，我非常高兴参加此次的研讨会。刘士国老师是著名民法学家，是民法学研究会副会长，是在传统学科下关注卫生法比较早并具有代表性的学者，我也非常高兴与刘老师合作。特别是，刘老师在卫生法研究、人才培养和学科建设上发挥了很重要的作用。另外刘老师与中国法制出版社联合出版的医事法博士论文，也是对中国卫生法学会做的非常重要的贡献。我们清华法学院也是较早地介入卫生法研究的机构之一，愿意与复旦大学、中南大学以及全国研究医事法的团队合作。我们国家对卫生法研究确实不受重视，究其原因可能与整个法学界回应社会现实能力较弱有关。就我个人经历而言，我是属于民法学科的，我的硕士导师是崔建远教授，博士导师是江平老师，博士后导师是魏振瀛老师，他们都民法学家，我个人也是从事民法学研究，过去我对医疗卫生法并不是很熟悉，甚至并不觉得对这个领域的研究有多重要。

但发生了几件事后，我开始重视卫生法的研究。我想结合我个人研究卫生法的经历与各位交流，最后引入主题。

最早我是从事民法学教学研究的，很少研究医疗领域的问题。2003 年深圳市起草《深圳器官捐献与移植条例》时，他们问到我“申教授，您认为器官是不是物？归谁所有？”当时我觉得这个问题很无聊，认为是非主流的问题来挑战我们传统的民法学科。但是立法者提出的问题确实在后来让我很受冲击。他们告诉我，实践中因为对中末端病人治疗，很多都需要器官移植手术，那么最主要的问题就是短缺的问题，大致比例是 1:150。这样一个强烈的对比，很多病人等到死都等不到可供移植的器官，实际上是有大量器官被白白火化。所以在实践中，他们就需要动员大家来捐献器官。捐献器官中，特别是遗体器官的捐献，就涉及到遗体本身的属性以及遗体内器官的归属，就直接决定这个意思表示是否生效，以及后来纠纷解决的问题。由此，我们能看到这个问题是不能被轻视的，甚至应该正面积极回答。

所以我就介入到对器官的研究，我发现很多大量的文献在研究器官。大家可能也都知道，美国有 UNOS（器官分配联合网络），2004 年我也去美国 UNOS 参观，发现这个网络很好地解决了器官短缺的问题。那么我们重新来思考的话，法律究竟是什么？法律仅仅只是一个静态的解决纠纷的工具吗？法律有没有可能积极介入生活？能不能通过对权利义务的配置来推动社会的发展？在明确器官权利归属以及尊重器官伦理的基础上，如何解决器官的供给与需求的矛盾？我做了一些调研，包括脑死亡的认定、遗体，都接触过一些相关的医生专家，这些问题是我们传统民法无法回答的。在器官捐献中，是否应该有一个激励机制，我在社会调查中也到过北京大学人民医院的一位做肝移植的教授，他告诉我，很多人向他咨询器官捐献事宜，但当他讲明器官捐献没有任何补偿之后，很多就放弃了。那么在法律上应该做出怎样的回答？这是我介入卫生法学研究的初始领域。

后来我又发现，出现了很多食品与药品事件，比如三鹿奶粉、金华火腿、毒大米等等层出不穷。这些问题我们要不要回答，可能不是一个纯粹的民法问题，也涉及行政管制还有刑法的问题，但我们民法也需要回答。后来我又看到哈尔滨的天价药案等等，后来又不断出现医闹，各种恶性的杀医、伤医事件，一直到 2014 年国家主席习近平在两会期间发声，要严惩这些破坏医疗秩序的行为。从器官到药品、食品，再到医患关系，这些问题都构成了我们医疗卫生法研究重点。也就是，器官捐献和移植的法律问题，到药品的监督管理法律问题，食品安全问题，还有医患关系上部门法的规制问题等等，这些在我们医事法中都需要涉及。那么我就从传统民法学科转为卫生法领域的研究，我认为我们作为法律人应该有这样

的社会责任，而不是陶醉在书斋之中。

2004 年我到美国的时候，当时在那里有组织美国十多位教授搞了一个月有关 health law 的 workshop。在那里我看到卫生法是一个有魅力的、非常宽广的学科。有很多问题从我们民法学者的角度来思考。后来，我写了“从生到死的民法学思考”，比如医疗合同中的附随义务、从给付义务、不真正义务，如何把法学术语与医疗术语相结合，这些都给了我很大的灵感。医疗卫生法实际上是未来法治发展的方向，应该从传统的法学研究变成以社会问题为主导，综合运用民法、行政法、刑法知识以及医疗专业知识来系统地解决某一类社会问题。所以我们也愿意共同努力推进卫生法的研究。

美国对 health law 的研究也是如此。最早的是 20 世纪 60 年代，health law 开始兴起，最开始从事这方面研究的也并不是特别著名的法学家，后来很多大学法学院都建立了这个学科研究中心。对 national health law 和 global health law 都有研究，比如现在 Harvard 的 Glenn Cohen 这样一些学者。使得卫生法学出现了显学的特征。我们说符合社会实践的发展，也就说是医疗体制改革与卫生立法。医疗体制改革，是当下体制改革的一个重要组成部分。之所以重要，因为他是和人的一生紧密相关的。从医疗的角度，我曾经说过，一个人生从医院来，死从医院走，或者期间没有去过医院的人几乎没有。如此重要、基础的社会关系，显然不能被置于法律保护之外，应该予以重视。现有的法律中有 11 部法律涉及卫生医疗，但都没有形成有机的内在体系。既往的卫生法学教育主要是在医学院和公共卫生学院开设，相对而言，不是一个主流的专业。我们教材也是，一部法律接一部法律在进行研究，这样的研究缺乏内在的逻辑。对于医生来说这样学习法律，就像思想品德教育一样，没有发挥到应有的作用。而法学院里，开展卫生法学教育，确实需要一大批的知名的法学家。那么今天我们在座的几位教授就是在引领我们法学教育的新风向。我们要倡导卫生法学的教育，否则它的科学性和体系化程度还不足以让这门学科得到重视。

2004 年我在美国做了一个月的 Health law 的 workshop，2005 我也曾在清华做了一期卫生法学培训班，很多优秀的教授也参与过我们这个项目。我们一直在努力地推动这个过程。这个卫生法的研究一定是结合当下的社会需求，也就是医疗体制改革。我想大家都熟悉它的背景，我们这次叫做新医改，四梁八柱。所谓四梁八柱，其实就是四块：公共卫生的服务、医疗服务、药品保障体系和筹资体系。八柱中最后一个就是法律制度，就是说四大块最终要落实到法律制度。在医改政策出台之前，参与提供意见的往往是公共政策的专家，那么当医疗体制改革方案已经做成后，把这个方案加以落实、让政策转为法律，就需要法律人来跟进。

所以，我们是大有可为之地的。那么医疗卫生体制改革要进行的立法不限于《基本医疗卫生法》，还有很多的问题需要讨论。今天我向大家报告的主要有三个问题：第一个是《基本医疗卫生法》的定位与职能；第二个是《基本医疗卫生法》的内在逻辑；第三是《基本医疗卫生法》的结构与要点。

第一点，关于《基本医疗卫生法》的定位与职能。我认为这个名字起的不是特别好。这是一个很现实的问题，叫什么名字直接关系到这部法律的定位。其实2013年底在卫计委讨论这个问题时争论很大。之所以叫《基本医疗卫生法》，是因为之前在全国人大立法规划中，有一部法律叫做《初级卫生保健法》。“初级卫生保健”主要是母婴保健，还有一些常见病、多发病的治疗。后来说能不能再扩展一下，不一定是初级卫生保健，应该是一个基本医疗，当然“基本医疗”的范围有多大是见仁见智的问题，也与国家经济发展水平有很大的关系。不管怎样，大家觉得《初级卫生保健法》可能太窄了一点，就往外扩了一点，就扩展至《基本医疗卫生法》。但是这个叫法出来后就开始有争论，说《基本医疗卫生法》中的“基本”是针对医疗，还是针对法律？当时我的建议是《医疗卫生基本法》。基本医疗的卫生法，还是卫生医疗的基本法，这个差异是很大的。如果说是医疗卫生的基本法，主要是调整医患关系，因为这几年我们已经发现医患之间出现一些恶性情形，需不需要这样一部法律？很多法律领域都有相应的基本法，我们医疗卫生没有。没有明确地规定医患双方的权利义务，既要重视医生的义务，也要重视医生的权利；既要重视患者的权利，也要重视患者的义务。这里面就希望达成两对平衡关系，应当是构建医患关系的根本大法。但当时卫计委没有特别地采纳。后来我们在深圳试水出台了一部《深圳经济特区医疗条例》，作为深圳医疗“基本法”，历时三年，今年上半年已经通过了，明年实施。这就是医疗卫生的基本法。如果说基本医疗的法律，“基本医疗”其实就是国家的基本职能，如国家的义务教育、住房保障。在市场经济失灵的时候，强调对弱者的保障，如公租房、廉租房。在医疗领域，有没有国家承担相应的负担来让老百姓看得起病，这就涉及国家对医疗卫生的投入问题、保险问题。美国有 *medical care* 和 *medical aid* 这样的制度，来专门针对低收入家庭、残疾人、老年人等的医疗保险。这些医疗保险是在强调在权利义务平等的基础上，对患者的保障。除此之外，还涉及到投资的问题、病种覆盖的问题（哪些被纳入基本医疗保险中）和公共卫生问题。从“初级卫生保健”到“基本医疗卫生法”、“医疗卫生的基本法”，在这个讨论中如何来定位。甚至有人提出要再往外扩展，把整个医疗卫生都纳入进来叫“卫生法”，把公共卫生和医疗法加在一起。在昆明开会时也讨论过这个，但卫计委又把这个稿子收回去了。还有人说，能不能搞健康促进法？甚至是搞一个大的健康法？把环境、土壤、

职业伤害也包含进去。那么从“初级卫生保健”到“基本医疗卫生法”，到“医疗卫生的基本法”，到“健康促进法”，再到“健康法”，到底是怎样定位？最近的消息，王德陇院士建议如果不搞“健康法”的话，至少也应搞健康促进法。所以，对这部法律的定位确实是一个很大的问题，还没有定论。但是卫计委起草时，没有定位到“健康法”上，只定位到“基本医疗”加上“公共卫生”。公共卫生应当是指涉及到医疗的公共卫生，比如健康促进、健康教育等，不是一部纯粹的公共卫生法。公共卫生法领域，我们有传染病防治法等等。我也参加了专家起草。除此之外，中国法学会也委托清华大学，也参与了《专家建议稿》的编写。陈云良院长也参加了，也有他们自己的稿子。对这个《基本医疗卫生法》大概是以基本医疗为核心，优于基本医疗的定位。这些内容会使我们将来的走向有很大变化。这是我讲的第一个问题，《基本医疗卫生法》的定位和功能问题。目前应该还没有定论，大家可以展开讨论。究竟卫生立法应该立一部怎样的根本大法，以确保人们能够在健康权的实现上得到充分的保障。

第二点，我讲一下《基本医疗卫生法》的内在逻辑。它的内在逻辑与卫生法学的教育也有关系。在美国法律中，当年 Harvard 卫生法中心的创始人（Glenn Cohen 的前一任）他不是搞卫生法的，他实际上研究反垄断的。医疗领域也有垄断问题，所以他也就介入卫生法的研究，他提出的一个很有意思的比喻，就是这些法律是不是一个 law of horse（马法），有人研究马头，有人研究马尾等等。这个对我们卫生法研究打击挺大的，就是问卫生法的研究是不是一个 incoherence view（没有内在逻辑联系的领域）。就是说我们如何找到这个内在的逻辑联系，确实还需要挖掘，否则这个学科容易被人质疑。所以，要不要搞个大的卫生法？时至今日，我们也没有《经济法》，也没有《行政法》。会不会有卫生法，就看这些小块能否捏在一起。我个人初步认为，如果找不到，那就坏了，只能作为一个独立的学科，而不是一个部门法，这是有可能的。学科这个层次还稍微低一点，我们还是尽可能地把它做成一门独立的学科。有没有可能找到一个核心把这些都圈进来呢？个人认为，还是从健康权的角度。从健康权来看的话，群体的健康权指向的是公共健康，可能不是某一个个体，比如传染病的控制，限制基本人权的正当性，食品药品安全等等。个体的健康权，就是私法领域的健康权，health care law，主要是医患关系。还涉及健康权的物质基础，以及生命伦理。这四块就构成健康权独立的有机体系。这样就可以把健康法或卫生法贯通起来。

第三个问题，是《基本医疗卫生法》目前的构造。沿袭第二个问题的逻辑思路，对这次基本医疗卫生法的起草，可能不同专家有不同的解读。不论在卫计委还是在中国法学会，我负责起草的是第二章“公民健康权利与健康义务”。第一章

是总则，后面是分则，包括医疗机构、医疗人员、医疗保险、新医疗技术运用、医疗教育等。第二章不是总则的内容，但我个人认为它好像也不是分则，而是衔接总则和分则的桥梁。其实卫计委当时还有一个疑问，说健康权利义务有没有可能不写。我认为一定要写，公民健康权利义务是承上启下的桥梁，也是我们“画龙点睛”的“睛”。总则之下，先是健康的权利和义务，然后就是人、财、物。人是广义的，包括医疗人员和医疗机构，准入和退出机制等等。财，涉及医疗筹资和医疗保险。筹资主要涉及政府的投入；关于医疗保险，现实中已经要求三合一了，那么在法律上也要得到体现，包括针对特殊群体的医疗保险，比如险种设计问题。实际上，物这一块没有特别的设计，我认为包括医疗新技术、医疗器械、药品保障（主要是医疗用药，其他用药在《药品管理法》中有规定）。这一块需要写，临床的医疗用药，包括超范围的用药，有很多现实的问题要有所体现。最后是法律责任。从总则，到“画龙点睛”的健康权利义务，到人（医疗机构、医疗人员），到财（政府出资、医疗保险），再到物（医疗器械、药品临床使用、医疗新技术），然后是教育，最后是法律责任，这样就形成了一个闭合的结构。

#### **复旦大学法学院刘士国教授：**

申教授讨论了医疗卫生法的名称、内在逻辑，还有他起草的第二章的相关问题。下面我们欢迎陈云良教授为大家作报告。

#### **中南大学法学院院长陈云良教授：**

首先感谢刘老师的邀请来开这个卫生法的会议。上午我们就我们三校合作开了会议。因为我们去年就有这样一个设想，如果能够落实的话，能够很好地推进我们国家卫生法治研究。今年暑假我去了美国，11月份也去了荷兰。给我的感觉是国外知名高校对卫生法学的研究非常重视。哈佛是有四位教授研究卫生法，耶鲁有三位研究卫生法。这次卫生法年会，我们也邀请了乔治城大学的 Gostin 教授过来。在荷兰开会时，他们学校也有三四位教授研究卫生法。还有其他很多知名院校都有人在研究卫生法。所以我感觉国外知名高校非常重视卫生法的研究。我觉得我们对卫生法的关注是有前途的。

我们中国卫生法学年会今年 12 月 17 日在中南大学召开，我现在也邀请大家积极提交论文参与年会。卫生法学事业需要大家的共同参与。我们邀请了乔治城大学的 Gostin 教授。我们也想搞一两次全球卫生法的系列讲座，Gostin 教授也答应了。我与申老师和刘老师不同之处在于，我本来是研究经济法的，但我觉得也是一脉相承的。我们经济法理论说，市场不能提供公共服务，所以需要国家和

政府来提供公共卫生服务。我是以这样一个路径转到了卫生法的研究。实际上 90 年代，我就开始关注医疗卫生体制改革。现在我想大家简单汇报一下我个人对基本医疗卫生立法的想法。

## 第一，关于立法的基本理论。

1.关于基本医疗服务，在 2009 年国家医改文件里，说把公共卫生和基本医疗服务作为一项公共产品来提供。我基本上不太赞同这个观点。公共卫生是公共产品，但医疗服务本质上讲肯定不是公共产品，而是个人事务。那么为什么成为一种国家义务？是因为在 19 世纪末出现了社会权的思想，法国、德国的一些行政法学家提出，认为国家要对公民尽生存照顾义务。受这一思想的影响，后来逐步就把国家提供基本医疗服务作为国家的基本义务来设定。我把它称为“拟制公共产品”。

最早出现在德国 1883 年疾病保险法。实际上我国古代，当国家出现大的瘟疫或动荡时，国家对老百姓有一种道德义务。19 世纪末就出现了法律上的义务。在医疗卫生立法上，原来主要体现在宪法和社会保险法中。如 1946 年英国《国民医疗健康保护法》，说国家要对社会提供医疗服务的这种社会权思想。那么目前我们国家是否需要这样一部法律？从立法上看，我的意见是希望把基本医疗与公共卫生分开立法。但是现在卫计委和全国人大的思想是两者合起来。我国卫生法领域的 11 部法律主要是公共卫生法，只有《执业医师法》不是。就是说我们在基本医疗领域缺乏基本法律。

2.我们要落实宪法对公民健康权的规定。宪法 21 条、45 条有一些规定，那么我们在具体的法律中要落实宪法所隐含的公民健康权。

3.我们要落实经社文公约第 12 条，这一条提出国家要尽可能为公民提供最高标准的健康服务。

4.我们医疗条件已经成熟，医疗基本制度已经出来了，包括全民医保、基本药物、还有分级诊疗制度。特别是习总书记连续开了几个关于健康的会议，最近还有健康中国、上海宣言，文件中提出要把健康权放在优先发展的位置。我们卫生法研究一定要重视这句话。

## 第二，关于立法模式。

我主张把基本医疗与公共卫生分开。大多数国家都是把基本医疗与公共卫生分开的。比如德国最重要的就是《健康保险法》，通过全民医保来解决看病问题。我们台湾地区的体系比较清晰，台湾有医疗法、医院法、医生法、国民健康保险法。日本也一样。我认为两者应该分开。那么如果我国现在把基本医疗和公共卫生放在一起的话，我认为是创世界之先例，将是难度最大的一部立法。其他国家

也没有这样做。公共卫生管理和医疗服务管理，基本上都是形成了两套系统。将来如果这样立法，这两套系统合并也是一个操作难题。

### 第三，基本医疗卫生法的内容。

1.基本原则：保障人权、健康优先发展的理念；政府主导，承担主要责任；强调保障基本的医疗服务。但我们不要被这个词所困扰，基本医疗服务，就是简单的大家基本能享受到的基本的医疗服务。

2.公民的健康权利与义务。其实我个人起草的稿子里，我是没有这一章的。后来受申院长、王教授等课题组成员的影响，觉得虽然我们宪法没有规定健康权，但是我们在具体法律里要把健康权清楚地写进去，我列举了有十几个方面。关于义务要不要写？我认为在目前的背景下，一定要写公民的健康义务。包括尊重医生的权利，尊重医学、科学和规律的应用。现在医患关系为什么严重？因为都是“按闹分配”。一种很深厚的传统文化在作怪，百姓一定要闹一下，不闹不足以表现他的“孝”。所以现在的医患关系，与中国人对亲情伦理、对愚孝的强调都有关。

3.基本医疗保险。通过全民医保来解决医疗费用高昂的问题，应该是我们一项基本国策。德国最重要的也是《健康保险法》，基本医疗保险肯定应该是我们医疗卫生法里的一个核心问题。目前《社会保险法》第23-32条对基本医疗保险的规定是远远不够的，是否需要单独制定一个基本的医疗保险法？我们现在已经两保合一了，现在大多数地方都把城乡居民保险放在社保部门来管理。是不是利用立法的机会实行三保合一，值得我们讨论。

4.基本药物制度。是我们立法中最难的领域，因为现实中出现了很多问题。包括基本药物遴选及其标准，还有基本药物采购的问题，特别是在基层的卫生所、卫生室存在严重的缺医少药的问题。

5.基本诊疗项目。社保的报销目录与基本药物目录不一样，这也是需要我们研究的问题。

6.基本医疗服务体系。现在在农村，是以县级医院为龙头、乡镇卫生院为枢纽、村卫生室为基础的三级卫生服务网络。说起来很动听，但实际上只有龙头在发挥作用，村卫生室的基础不牢，甚至不存在。乡镇卫生院也运转不灵，没有钱赚，医生就没有积极性，好医生留不住。所以这个制度需要进一步完善和改革。还有以社区卫生服务中心为主体的城市卫生服务网络，也没有实现。这些问题都通过分级诊疗来实现，强行规定哪些病只能到哪里看。分级诊疗这个制度很好，但也有些脱离现实，我怀疑不能实施。分级诊疗具体制度在这个文件已经规定的很清楚了，按照文件的表述，其实基层医疗卫生机构也不怎么看病。另外，我们还要强调，政府对于基层医疗机构的投入责任。这个目前存在很大问题，政府又

不让他赚钱，但政府又不投入。

7.对医生的规定。欧美国家无论怎样都不能理解为什么中国那么多患者要杀医生。总体来讲，医生的基本待遇得不到保障。我们医疗系统中有公立医院、营利性民营医院和非营利性民营医院。非营利性民营医院在民政部门注册，营利性医院在工商系统注册。鼓励民营医院发展已经成为一个笑话，不赚钱怎么养活，所以医院准入制度也需要改革。

8.基本医疗救助问题，我觉得基本医疗救助要写进去。我不主张全民免费医疗，我们也实现不了。但我们要实现社会公平，就要保障最底层人群的就医权，就是基本医疗救助。前不久，李克强总理有个文件说，要扩大医疗救助的范围、提高医疗救助的标准。通过这些办法来实现基本医疗服务的普及型和可及性。

9.公共卫生如何写。我很赞同刚才申院长的观点，就是只写与医疗相关的公共卫生。公共卫生的范围太广了。

10.监督管理。是很困难、复杂的问题。公共卫生有监督系统，医疗也有监督系统。特别是医疗监督管理和其他领域的监督管理也不一样，是单独设有一个卫生监督所这样一个机构，但由卫计委授权其监督。也需要研究如何改革。

第四，法律责任与权利救济方面的问题。

我特别关注行政给付诉讼。法律制定出来需要得到很好地实施，不能实施的很重要的原因就是不能提供救济，责任得不到落实。我特别希望公民权利、医生权利、基层医疗机构对政府的权利都要能够以诉讼的方式进行救济，能够通过给付诉讼来实现。可喜的是，前不久在行政诉讼法修改时，第12条10款扩大了原来行政给付诉讼的范围。以前是限于抚恤金，现在把最低生活保障、社会保险加入。特别希望在我们这部法律中能够赋予患者、医生诉讼资格，有这样救济的渠道。

以上是我的报告内容。我们中南大学也成立了医疗卫生法研究中心，现在我们也单独招收卫生法博士、硕士。但是梯队力量还不健全，特别需要我们联合起来共同协作，把卫生法学研究搞起来。

**复旦大学法学院刘士国教授：**

陈教授从比较法的角度讨论了基本医疗卫生立法的理论、范围和基本内容，都谈得很深入。我们上半场到此结束。

下半场：

复旦大学法学院姚军副教授：

刘老师将接下来的主持任务交给了我。刚才听了两位教授高屋建瓴的发言，那么接下来我们有请另一位大家——刘士国老师发言。

复旦大学法学院刘士国教授：

我想就这个《“健康中国 2030”规划纲要》和我们的研究任务谈一点我个人的理解。医疗卫生法治的完善是以习近平同志为核心的党中央今年多次强调的重要任务之一。十八大四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中也明确提出要完善医疗卫生法，最近中共中央、国务院印发了《“健康中国 2030”规划纲要》，纲要中明确规定 2020 年建立覆盖城乡居民的有中国特色的基本医疗卫生制度，2030 年促进全民健康的制度体系更加完善，因此我个人认为，这实际上就是进一步明确规定，我们的医疗卫生法制在 2020 年要基本完善，并且用一章规定了相关的基本任务，包括《基本医疗卫生法》；2030 年要进一步完善医疗卫生法治。所以中央文件已经很明确了我们十三年多的任务。在此期间，在我国要完善医疗卫生法治。

我个人还认为，医疗卫生立法是仅次于民法典编纂的重要立法任务。关于健康权的问题，我们《民法总则（草案）》在人格权的列举规定中有，但是并没有健康权定义的规定。我们参加了教育部人格权疑难问题研究项目，现在已经完成了，近期就会出版。其中提出健康权的定义是这样的：自然人享有身体的精神的并有社会保障的健康的权利，有权获得维持其健康必要的住房、教育、食品、饮用水、经济收入、良好的生态环境和安宁的条件，以及社会公平与平等的待遇。这是广义的健康权。这个定义也参考了《世界人权宣言》第 25 条，我们国家也曾经签署过。我们《“健康中国 2030”规划纲要》就涉及健康、教育、医疗、体育、药品、环境、食品、科技创新、法制建设，是一个全方位的规划，也是与我们所理解的健康权的概念相一致。从狭义来说，从最核心的内容来看，健康权的实现就是要预防疾病、治疗疾病。2030 纲要指出，科技创新将为提高健康水平提供有力支撑，各方面的制度更加完善，将为健康领域可持续发展构建强大保障。我的理解是，医疗科技创新是实现健康战略的有力支撑。其中，医疗卫生法律体系的完善是重要的法律保障。

我们前不久曾经开过一次会，确立要研究医疗新科技和法治的问题。医疗科技包括器官移植、基因治疗、新药开发、临床试验、人工生殖技术、变性手术、3D 打印技术的应用以及远程医疗、精准医疗、临终关怀等许多与科技相关社会

关系、社会问题，应该都有法律规定。现在我们的医疗卫生法律体系还很不完善。我们民法典编纂正在有序进行，明年3月通过总则，2020年3月通过其他分编。下一步的工作就是医疗卫生法制，讨论医疗卫生法涉及的主要问题，这个领域的技术性很强，需要跨学科协同研究和协同公关。关于我们的法学教育，我们三所大学也培养了一批医事法研究人才。原有的成果应该进一步转化，转化为具体法律的建议。我们上午开了一个非常务实的协同工作会议，考虑如何推动我们的工作。

总之，我个人认为党和国家有关文件中关于医疗卫生法治的建设目标已经很明确，法学者、医学者以及法律事务工作者也应当积极相应，进一步联合协作，为2030战略目标的实现作出我们应有的贡献。

#### **复旦大学法学院姚军副教授：**

刘老师向我们展示了国家目前2030战略规划纲要和我们的研究工作。其实我们上海市参加民法典编纂的专家只有刘老师一位，可见刘老师在民法学界的地位。接下来我们有请上海政法学院的汤教授为大家作报告。

#### **上海政法学院汤啸天教授：**

我讲一个比较小众的问题：变性手术，但它涉及我们卫生法学一系列的问题。我在外地讲课的时候，有同学对我说：我的身体我做主。我想对此作一个讨论。通常我们认为，人的性别非男即女。其实严格意义上，人的性别有男、女，还有假男真女、真男假女、非男非女这些现实性别与出生时性别不同的复杂情况。从医学角度讲，变性手术是治疗异性癖的方式之一。但是人的性别不单单是个人的私事，而且具有广泛的社会意义。从遗传的角度讲，人的DNA是男性或女性。而人为的手术改变了患者原有的生理性别。带来最基本的问题是，做过手术后的性别在现实中如何做户籍登记，这是不可回避的问题。另外，不同性别的人的社会角色是不一样的，有不同的权利义务，构成不同的亲属关系。变性手术由医疗机构确定并由医疗机构实施的方法，我认为是欠妥的，决策权和操作权合并在一个主体身上。我的观点是，如此重大的涉及人身关系的改变，应当采取决策权和操作权相分离的控制策略。防范可能出现的技术滥用，和迟发性的社会危害在日后显露。有一些疾病，包括其治疗方法，在今天看来没有问题，但我认为要防范迟发性的显露。这里涉及很多问题：

1.原有亲属关系的变更与重建。亲属关系盘根错节，每个人都是其中的一个节点。某一个人的性别变更，如果相关亲属知情同意，亲属将重建新的亲属关系；

如果事先未征得同意，则构成对亲属权的侵犯。亲属关系基于婚姻、血缘、生养书所产生的，具有对应性。在亲属关系中，具有特定位置的人变性以后，原有的姻缘关系无法维系，可以解除婚姻，但血缘关系不能接触，对未成年人身心健康也有不利的影响。未婚者变性后，也会涉及亲属关系的重建。

2.摘取健康器官的合法性尚有争议。如果说摘除的生殖器官本来是病变的，将其摘除是没有法律问题的，是为了治疗目的。实际的变性手术中所切除的生殖器官并不是病变的，只是为了满足他的心理需要。

3.卫生部在 2009 年 11 月颁布过《变性手术技术管理规范》。这完全是技术层面的规范，而我们讨论的是法律问题。变性手术存在手术失败或者后悔的可能性。异性癖患者非常坚持地改变自己的性别，但手术完成后，新的性别被社会认同时一定存在一个过程，能不能顺利实现这个转换，这就存在后悔的可能。另外，变性手术也有失败的概率。特别是，患者对手术后新性别生活的满意度是极其主观的评价。我们法律上讲的“个人意志”并不恒定，实际上是可变的。异性癖患者的意志也不是恒定的。由于决策权和操作权都在医生，一旦出现纠纷，就是医生自己为自己作证。

4.变性手术可能成为犯罪嫌疑人逃避侦查缉捕的手段。我们上海边境管理中，已经出现了这样的案例。比如强奸罪的嫌疑人如果去做变性手术，这样的案子侦查难度是极大的。

5.对生命的干预，必须按照人与自然和谐的原则进行。外科医生的手不应当充当上帝之手。我认为不宜把性别变更请求权等同于性别变更权。每个人都可以这样的请求。至于是不是应当进行变性的手术，是一个变更权的问题。我主张要有法律的程序确认是不是实施。用手术改变患者性别的需要具有迁就当事人的倾向，严格控制下实施的变性手术，将有利于社会的稳定。对变性手术，既不能采取绝对的禁止，也需要防范失之于乱。避免变性手术成为人妖表演的人力供给站。

6.目前有没有法律制度可以用？我认为是有的，法律有规定特别程序（一类是选民资格案件，另一类是非诉讼案件），非诉讼案件中包括认定自然人失踪、死亡、无民事行为能力、限制民事行为能力以及财产无主案件。那么可以在认定范围内去解决应当不应当做这个变性手术的问题。诉讼的目的不是为了解决当事人民事权利的冲突，而是申请人单方的认定诉请。变性手术非但不应当炒作，而且应当在经过法律程序审理之后谨慎实施。

**复旦大学法学院姚军副教授：**

接下来请于佳佳老师为大家作报告：全科医生制度。

上海交通大学凯原法学院于佳佳老师：

非常感谢刘教授给我这个机会，让我向大家报告我关于全科医生制度的研究成果。全科医生制度的确是我国新的医疗现象，我昨天刚从深圳回来，我去了宝安区的社区医院作了考察，也与那边的医学专家做了学术交流。了解了一下现在我们国家全科医生制度在一线实际运作的现状和问题。在我们国家这是一个比较新型的制度，在讲这个制度过程中，会与国外一些相应的制度作比较。我主要是讲这样五个问题：

首先，关于全科医生的概况。全科医生在国外是一直都有的制度。但是每个国家叫法是不一样的，“全科医生”的叫法来自英国。在北美、荷兰和德国，他们也有与全科医生相对应的形态，比如他们叫“家庭医生”、“社区保健医生”。日本过去没有“全科医生”这个称呼，但在现在医疗改革的过程中，希望参照英美来加入“全科医生”这个特殊的群体。

全科医生与我们一般的专科医生相比，执业内容有所区别，他核心内容包括：慢性病的管理、急性轻病的治疗、重病的早期首诊和转诊等。但是根据每个地区经济发展水平和医疗资源配置的不同，如果在一个大医院相对比较少的地区，全科医生就会成为医疗团队的主体。相应地，他的执业范围就会有所扩展，比如入院前的紧急治疗，甚至一些低难度的手术。有了全科医生群体，可以实现对患者很好的分流，一般的患者首先应找全科医生，当全科医生发现其诊疗需要专科医生的专业性应对时，就可以通过写介绍信或医生指示的方式，把他们介绍到高端医疗机构及专科医生那里。不需要到专科医生那治疗的疾病，在全科医生这里就解决了，只有一些紧急情况可以送至高级别的大医院。所以在这个体系之下，全科医生的定位就是“医疗守门人”的角色。

做一个比较。我国的全科医生制度，通过国务院的指导意见已经做出了这样的规定，对全科医生的定位以及全科医生的执业内容，基本与国外是一致的。全科医生在国外，是作为专业医生的专业方向，并不认为全科医生就是比较低端的医生。他们与心脏医生、内科医生地位是对等、平行的。在培养过程中，也体现出其专业性。比如在英国，全科医生的培养有独立的体系：首先要做2年的基层医生，之后以全科的身份接受3年专业性的培训，这个期间他需要各个科室流转18个月，然后专门地做全科医生，5年之后才能独立执业。在德国也比较类似，对全科医生的专业性培训至少要达到5年。在我国国务院指导意见之中，也提出了全科医生的培养模式，认为全科医生是5+3，首先完成5年的本科教育，再进行3年全科医生的规范化培养，3年之后再去参加医师执业资格考试。相对于国

外而言，我国 5+3 模式中真正对全科的培训只有 3 年，时间相对比较短。时间短可能会影响到全科医生的执业能力。

接下来进入到法律层面，全科医生在执业过程中的确会遇到比较特殊的法律问题。首先是关于注意义务的判断标准。我国《侵权责任法》只规定医生应该提供与当时的医疗水平相适应的诊疗义务，这里“当时的医疗水平”应该如何定义？在国外由于全科与专科是不同的专业，在判断全科医生的行为是不是尽到注意义务时，不会按照一般的外科医生或内科医生的注意义务来判断。必须与一般的全科医生来作对照。所以，他们的分类是相当明确的。全科医生与专科医生相比，并不是地位低水平低。在国外全科医生主要是提供家庭服务，所以与患者接触更加紧密。他对患者整体的健康状况的了解，比专业医生获得的信息更加全面，因此在某些情况下，法律课以全科医生更加重的注意义务。比如德国的一个案例，这位患者先是看了全科医生，后来又看了神经科医生，两位医生的治疗方案是相同的，但是法律最后却追究了全科医生的责任，正是因为只有全科医生能够了解患者有关心脏病病历的信息。

第二个问题，关于全科医生的义务和责任。在执业中遇到第二个非常困难的问题，就是注意义务。因为全科医生基本被定位在基层医疗，一个国家基层医院的配置很显然是不如大医院医疗资源的配置。在这个过程也会给全科医生课以一些特殊的注意义务。医疗资源匮乏是没办法的事情，但至少既然是一个基层医疗机构，一些基础性的医疗设施也是应当得到保障的。还有一个重要义务是转诊义务。当全科医生发现这个病症很明显是需要专业医生的医治，就必须及时安排转诊。否则可能不仅是侵权问题，有可能会发展为医疗事故罪的问题。我国《侵权责任法》已经重视到了这个问题，对一些基层医疗机构的义务作了规定。比如，基本医疗资源的配置必须要充足，否则可能造成侵权问题。同时法律对基层医疗机构医疗水平的要求不可能等同全国性的大医院。基层医疗机构承担的不仅是治疗义务，还有及时转医、转院的义务。免责事由，由于时间关系，我们就不提了。

第三，基层医疗服务工作者常遇到的问题：患者身体不舒服，没法亲自来看病，打电话请医生到家里来看病。如果医生拒绝，导致患者没有得到及时的诊疗，医生要不要承担责任？这两个在德国的案例，最后都是追究了医生的责任。法院的判断标准是，首先，医生接到这种请求电话后不是必须出诊，医生是有理由拒绝的，但是只有当患者方提出要求时没有根据的情形下才能拒绝。只要当医生根据电话中的信息判断出患者出现了比较严重的症状，那么他就有出诊的义务。在有些情况下，比如医院本来很多人排队等待诊治，使该医生没有办法出诊时，医生也应当采取其它补救性措施，比如请同事去出诊。所以在德国，这种情况下，

医生被课以比较重的注意义务，应该应患者的要求到宅进行诊疗。

第四个问题，我在深圳考察时，发现即便是基层医疗机构，他们也非常关注远程医疗体系的构建，在远程医疗构建中，根据我个人的研究判断，应用在基层医院的远程医疗是不能用于首诊的。我国《执业医师法》明确规定，医生有亲自诊断的义务。“亲自诊疗”虽然没有禁止远程医疗，但给远程医疗设定了很多限制。我下面得出的结论也是基于美国法得出来的。首先，“亲自诊疗”并不要求在同一空间内当面诊疗，但对诊疗设定的第一个限制是，不能由第三方代为实施；第二，亲自诊断的法律意义在于，要求远程诊疗水平与同一空间内面对面的诊疗水平必须是相同的。也就得出了我的第一个结论，首诊是不能远程进行的。因为远程医疗是没有办法实现触诊的，而触诊是诊疗中不可或缺的一部分。远程医生与当地医生相互配合的情况下进行的远程医疗是没有问题的。还有一种情况，是判读一些 X 光片，或 CT 片，远程也没有问题。关于慢性病的管理，由地方的全科医生来通过远程实现，在法律上也是没有问题的。在紧急医疗情况之下，远程可能导致医疗水平的下降，但因为情况特殊，在法律是能得到许可的。

最后一个问题，我在国外考察发现，全科医生有一个非常重要的业务内容：对临终患者自杀的咨询提供帮助，也就是我们现在谈到的尊严死问题或医生帮助自杀的问题。这些内容在将来必然是全科医生重要的执业内容。但在我国，即使是在深圳，这一内容也没有被纳入全科医生的执业范围内。还是因为法律上有很多没有解决的问题。首先，大家都认为生命权是个人的，大家都可以决定自己的生死，但问题是由自杀的合法性不能直接推出帮助自杀的合法性。因为当一个人要帮助另一个人结束自己的生命时，这个自杀过程就不只是本人所及的，医生一旦动手帮助他自杀，这个过程就加入了医生个人的一些意志性的决定因素。法律必须要予以规制，这就是很多国家在对尊严死的合法化上非常困难的原因。每个国家根据它医疗环境和司法规定，对于医生帮助自杀的限制程度也是有所不同的，我也做了一些国外法的考察。目前，只有在荷兰帮助自杀是合法的。在瑞士，帮助自杀会有一些要求，如果是基于获取报酬等一些利己用意，帮助自杀就被法律所规制，在其他方面则是放开的。在美国华盛顿州，法案中虽然承认尊严死，但也不是无条件的，只承认医生单纯的帮助自杀行为：医生不动手，只咨询、处方。在德国，是通过一些法律解释，也实现了单纯帮助自杀的非犯罪化。

做一个总结：现在我们讨论这个问题时，一般要做一个分类。首先是单纯的帮助自杀，在美国、德国都已经实现了合法化；争论比较大的，就是医生动手帮助他人自杀的行为，目前只有荷兰是允许的。在我们国家现有法律体制框架下，实际上完全可以在单纯帮助患者自杀合法化的方向上做努力。

**复旦大学法学院姚军副教授：**

于佳佳老师视野很开阔，从全科医生的行为方式，谈到自杀的咨询、处方。我有一个提示，就是法理上对行为方式的思考，我个人认为实际上开处方也是行为。接下来，我们有请东方医院的朱江帆教授报告。

**同济大学附属东方医院朱江帆教授：**

非常荣幸今天作为医生代表为大家报告自己对健康问题的看法。我们刚刚召开的第九届全球健康促进大会，提出健康对可持续发展不可替代的作用。谈到健康问题，大家认识可能是比较多的，比如心血管、糖尿病等。但目前很少把肥胖也作为一个健康问题来考虑。但实际上有一个最新的国际调查数据，是对 200 多个国家的医院人口研究数据的调查，得到一个大样本的资料。目前在全球范围内肥胖的趋势：预计到 2025 年，全球的肥胖人群比例可高达 18%（男性）和 21%（女性）。中国男性肥胖人数已从 1975 年的 70 万人（占全球 2.1%）上升至 4320 万人（占全球 16.3%），女性肥胖人数从 1975 年的 170 万（占全球 2.5%）上升至 4640 万人（占全球 12.4%），中国的肥胖人群的增长速度为全球第一，现已成为世界第一肥胖大国。

关于什么是肥胖？有三个要素来表示：第一个要素是体重指数，体重指数（BMI）=体重(kg)/身高(m)的平方（正常：18.5-24；肥胖：>27；重度肥胖：>35）；第二个要素是腰围（女性>85cm；男性>90cm）；第三个要素是伴发的代谢性疾病，肥胖不只是体重增加，通常都伴有糖尿病、多囊卵巢综合征、睡眠呼吸暂停、原发性高血压、高血脂、脂肪肝。所以，肥胖是一个非常严重的健康问题。

肥胖带来的影响：一瘦遮百丑，一胖毁所有。影响心理健康，影响社会交往，影响脏器功能，伴发代谢性疾病。

如何控制肥胖？根本措施是健康的生活方式：保持体重恒定、缓解压力、保证睡眠、饮食控制、适度运动。

**复旦大学法学院姚军副教授：**

下面有请九院的郝永强教授为大家作报告：3D 打印技术。

**上海市第九人民医院骨科医师郝永强：**

我向大家汇报一下个性化医疗和 3D 打印技术。世界上没有两片相同的树叶，对于我们人类来说也一样如此。但作为一种医疗模式，是我们现在必须讨论的问

题。如果是过分强调 3D 打印的标准，可能会在个性化的治疗上存在问题，忽视个性特征的话，对有一些病人来说可能是弊大于利。比如对于肿瘤的治疗，大部分都是过度治疗。那么如何破解过度医疗？我们的医疗模式中也包括个性化治疗。个性化怎样来实现？我们强调从疾病医学向健康医学转变，从群体治疗向个体化治疗转变。个性化医疗考虑了个体的差异，疗效更好。但实现个性化医疗还有一定的困难。

我是做肿瘤的，肿瘤的个体化差异非常大。很早以前，得了肿瘤是没有办法医治的，必然导致死亡。到了上个世纪 40 年代，是靠截肢来治疗，但死亡率高。随着后来医学的发展，也提出保肢的治疗方法。但是我们切除的肿瘤部分是没有标准的，必须个体化、个性化。如何实现个性化？传统技术是没有办法解决的，必须要用新的技术来解决。新技术能否让个性化医疗成为可能？这是我们现在的课题。

我们制造技术与医学发展史上。30 年之前出现了增材制造。3D 打印出现之后，我们现在也应用到了骨肿瘤手术中。从手术规划来看，3D 打印技术能使影像立体化；通过骨骼模型，能够动态地看到问题，制定相应的手术方案；打印金属内置物，可以应用于个性化保肢。相比与传统的方法，3D 打印技术在费用、时间（流程简化），质量，安装都有很大的改进。同时，3D 打印技术可以用于重建假体，实现对假体的翻修。这些都是传统技术无法解决的问题。

所以 3D 打印技术有助于我们实现个性化、精准化医疗，我们可以与互联网结合起来，甚至走到国外去。现在也有问题就是，我们目前的 3D 打印的只是外形，就是说只能做到外形的个性化，真正的个性化还需要生物功能的个性化。未来的发展趋势肯定是要继续扩大，希望未来能够实现这种个性化。但是这些对法律的挑战也不断增加，希望医学与法律的研究能够结合。

我个人觉得，我们医学新技术的法律发展有几个阶段：第一个阶段，没有法，也没有监管。第二个阶段，没有法，但有监管。现在我们就处于第二个阶段，想监管但不知道如何监管，导致什么都管，没有相应法律保障。法律走在技术后面，所以虽然我们有新的技术，但始终走不到世界最前列。我们希望最终能到第三个阶段：有法，有监管。这里法是保护我们的新技术，新技术发展到哪里，法律都能跟上来提供相应的保障。

**复旦大学法学院副教授姚军：**

接下来，有请卢律师为大家报告：互联网医疗的相关问题。

**上海市联合律师事务所卢意光律师：**

关于互联网医疗相关的问题，我提几个问题出来和大家讨论。

第一个障碍：这样的医疗机构如何设立？由于没有区域的界限，设立医疗机构的标准是什么？由谁来审批？我们知道在北京五环以内，是不准再设立新医疗机构了。那么如果是互联网医院呢？

第二个问题：如何监管？比如手机中好大夫 APP 中内科、儿科、妇科等等都有，这些怎么监管、由谁来监管？这是一个巨大的盲区。我们卫计委是禁止非法行医，但网络上的诊疗到处存在，实际上是没有监管的。

第三个问题，关于互联网医疗关联行为，比如广告问题：按照我们目前《医疗机构监督管理办法》的规定，非医疗机构不能做广告，否则按非法行医来处理。但是百度不是医疗机构，实际上它也在做广告。比如处方药问题：目前法律不允许网上销售处方药。既然前端治疗的行为都可以在互联网上完成，为什么后面拿药的行为不可以。

在实务中很多这样的问题。法律如何保驾护航，期待大家共同来思考。

**复旦大学法学院姚军副教授：**

接下来请上海政法学院的王康教授为我们作报告。

**上海政法学院王康教授：**

我讲的问题，在今年也算是一个小的热点。人类基因库已经有了一二十年了，已经成为大家关注的对象。好像我们法律界人士关注的不多。美国、欧洲早就建立了一些国家基因库，更多是一些医院也有自己的基因库。

回到我国，2016 年 9 月 22 日深圳国家基因库正式运营。在 2011 年，国家四部委批复深圳组建基因库，是叫“国办民营”的基因库，这个性质在我们现有法律法规体系下，我认为好像还是有一点问题。

基因库的大致情况：分为三库：干库（基因信息的数据库）、湿库（生物样本库）、活库（生物活体库）和两个平台：数字化平台、合成与基因编辑平台。现在国家的华大基因库也与英特尔、阿里云达成战略合作协议，将来可能会在生物医学领域掀起波澜。

从数据库来讲，首期目标是 3000 万生物样本，目前已经有 1000 多万了。二期目标是要达到 3 亿份生物样本，最终目标是 10pb/年的数据产量。目前已经达到了 5pb/年。

从数据库的建设重点来讲，有三个数据库非常重要：罕见病数据库（对未来

精准医疗有很大作用)、癌症数据库(目前难以攻克的)、大规模数据库。

具体的法律问题:第一,准入和监管问题。关于基因库的设立,是发改委直接就批复了,那这个设立有没有法律依据?这个工程涉及国家安全、生物安全和每个人的利益,是否由发改委作一个批复就行?有没有必要做法律保留的限制。监管机制缺失。目前基因库的建设,都是它们自己在设置标准,自己监管自己。

第二个,自由与安全的问题,包括研究自由、信息流动自由,这种数据的公开有没有匿名,就涉及隐私保护,国家利益、个人信息安全问题。你名花机制来解决是有困难的,这种大数据库的建立需要长期的跟踪机制,不然基因信息意义并不大,还需要群体比对,所以匿名化面临困难。

第三个,告知与自主性的问题,也就是知情同意。在基因数据库方面,告知出现新情况,目前的告知是不充分的,与传统医疗是有区别的。按照《国际人类基因数据宣言》,明确强调在获取这个基因样本时难以预计它的意义。现在都说仅限科学研究目的,但是很难说是不是仅限于这个目的。毕竟它是民营机构,他不一定会做公益,不一定仅限于医疗科研目的。将来情况可能更复杂。那么怎么获得参与者的同意?如果将来数据信息提供给第三人使用,要不要告知参与者?再比如,如果在获取基因信息时发现他有高风险的家族癌症基因,要不要告知他?这这也是一个崭新的问题。

第四个问题,利益冲突和利益分享。基因库涉及国家利益和国家安全,但是毕竟主体是民营机构,中间不可避免的会有商业利益。可能商业利益正是组建基因库的最大诱因。那么如何与参与者、捐献者分享利益?在未来监管机制的设计中需要进行慎重的考虑。

**复旦大学法学院刘士国教授:**

今天的会开得非常好,法学专家在报告中给我们带来了很多的信息,充分展示了法律的人文关怀,医学家也展示了医疗新技术的魅力。我们会议很成功,向前来的各位专家和同学们表示感谢!