

# 从政策引导到法律主导 ——我国基本医疗服务政策法律化问题研究

刘长秋

(上海社会科学院法学研究所, 上海, 200020)

**摘要:**保障广大人民群众享有基本医疗服务是我国新医改的基本目标,也是党的十八大报告对我国医疗卫生事业发展提出的一项基本要求。我国对广大人民群众的基本医疗服务保障问题高度重视,但在推进和保障方面却还主要依赖政策而非法律。政策与法律的关系决定了法律应当成为我国基本医疗服务供给和保障的主要路径。我国基本医疗服务政策法律化已经起步且具备了一定基础,但与我国基本医疗服务供给和保障的实际需要相比还存在较大差距,需要采取相应的立法对策予以补正。

**关键词:**政策;法律;基本医疗服务;法律化

**中图分类号:** D922.161

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2018)05-0058-09

《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》提出:“坚持医药卫生事业为人民健康服务的宗旨,以保障人民健康为中心,以人人享有基本医疗卫生服务为根本出发点和落脚点,从改革方案设计、卫生制度建立到服务体系建设和都要遵循公益性的原则,把基本医疗卫生制度作为公共产品向全民提供,着力解决群众反映强烈的突出问题,努力实现全体人民病有所医。”为此,党的十八大报告指出:“要坚持为人民健康服务的方向,坚持预防为主、以农村为重点、中西医并重,按照保基本、强基层、建机制要求,重点推进医疗保障、医疗服务、公共卫生、药品供应、监管体制综合改革,完善国民健康政策,为群众提供安全有效方便价廉的公共卫生和基本医疗服务。”不难看出,保障人人享有基本医疗卫生服务已经成为今后我国医改乃至整个医疗卫生事业发展的基本方向与目标。然而,在法治已经成为我国当代社会主旋律,而社会治理亦已越来越依赖法律治理的宏观背景下,基本医疗服务的享有和实现还必须依赖法律的保障。就目前来看,我国基本医疗服务的供给和保障更多的是以政策来推动,法律保障问题没有得到足够重视,而学界对于基本医疗服务方面的法学研究成果也还不多

见。基于此,本文拟从我国基本医疗服务的现状分析入手,对我国基本医疗服务政策法律化的问题浅作探究。

## 一、我国基本医疗服务的现状分析

在人类历史发展的进程中,医疗是一个以治疗身体以及心理疾病以恢复健康为目的的服务活动,它不仅包括现代意义上的医疗,也包括人类早期社会以巫术为手段的治疗活动。但人类医学科学的发展使得医疗的概念被不断加以准确化和科学化,并形成了现代医疗的概念。现代意义上的医疗一般指对于疾病的诊疗,即以诊断和治疗(diagnosis and treatment)为中心,实施各种检查、措施、手术等医疗服务而取得的结果、成果和产出<sup>[1]</sup>。它排除了巫术意义上的医疗概念。而基本医疗则是现代医疗的一部分。所谓基本医疗,或称基本医疗卫生,直白地说就是一个人患上了常见的普通疾病之后,能够得到专业化的医疗机构所能提供的、患者自身能支付得起的或者国家能够免费提供的、具有普适意义的适宜的诊断、治疗或公共卫生保健。

收稿日期: 2018-03-07; 修回日期: 2018-04-24

基金项目: 2013年国家社会科学重点基金项目“基本医疗服务保障立法研究”(13AFX026)

作者简介: 刘长秋(1976—),男,山东莱芜人,法学博士,上海社会科学院法学研究所研究员,生命法研究中心主任,山东省高校证据鉴识重点实验室兼职教授,上海市法学会生命法研究会副会长,主要研究方向:生命法学、生命伦理学、党内法规学,联系邮箱: shangujushi@sina.com

基本医疗服务，过去也称初级卫生保健服务<sup>[2]</sup>，是指由政府负责全部筹资或者部分筹资的公共卫生服务和医疗服务<sup>[3]</sup>。基本医疗服务是保障医疗卫生资源公平分配从而确保人们在患病时得到必需治疗的客观要求，是保障广大人民群众生命健康的底线，也是公民生存与发展的基础。正如德沃金所指出的，“必须在平等的基础上分配医疗卫生服务。即使在财富非常不平等甚至藐视平等的社会里，也不能因为一个人太穷，无力支付费用而不能得到他所需要的治疗”<sup>[4]</sup>。立基于此，“提供基本医疗服务保障，是一个负责任的政府不可推卸的责任”<sup>[5]</sup>。而基于这一责任，我国政府也一直高度重视基本医疗服务的供给和保障的问题。我国政府多年来一直努力推进医药卫生体制改革，出发点也正是保障广大人民群众享有基本的医疗卫生服务，保障人们的生命健康权。

1993年1月15日，时任卫生部部长的陈敏章在全国卫生工作会议的报告中首次提及了“基本医疗”的概念，他指出，“基本医疗服务必须给予保证，提供医疗质量和服务效率，体现政府对全体社会成员的一定的福利性照顾，而特殊医疗应采取放开的方针，扩大服务领域，供服务对象灵活选择，以适应社会多层次需求”<sup>[6]</sup>，从而将“基本医疗”与“特需医疗”相区分，作为一种政策方向提了出来。自此之后，基本医疗服务的问题便逐渐被提上了国家议程。在基本医疗服务的供给与保障及其推进方面，我国一直以来都极为关切、高度重视，并在我国医疗卫生体制改革过程中不断强化。1997年1月15日，《中共中央、国务院关于卫生改革与发展的决定》（中发〔1997〕3号）提出“不断深化卫生改革，到2000年，初步建立起具有中国特色的包括卫生服务、医疗保障、卫生执法监督的卫生体系，基本实现人人享有初级卫生保健，国民健康水平进一步提高”，而卫生改革与发展的基本原则之一则是“以提高人民健康水平为中心，优先发展和保证基本卫生服务，体现社会公平，逐步满足人民群众多样化的需求”。1998年国务院发布的《关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定》（国发〔1998〕44号）明确指出：“医疗保险制度改革的主要任务是建立城镇职工基本医疗保险制度，即适应社会主义市场经济体制，根据财政、企业和个人的承受能力，建立保障职工基本医疗需求的社会医疗保险制度。”这实际上为我国实现基本医疗服务的推进迈出了重要一步。之后，我国又在基本医疗服务工作方面稳步推进。2009年3月17日发布的《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》（中发〔2009〕6号）明确提

出了“建立健全覆盖城乡居民的基本医疗卫生制度，为群众提供安全、有效、方便、价廉的医疗卫生服务”的总体目标；2009年3月18日发布的《医药卫生体制改革近期重点实施方案（2009—2011年）》，提出“2009—2011年重点抓好五项改革：一是加快推进基本医疗保障制度建设，二是初步建立国家基本药物制度，三是健全基层医疗卫生服务体系，四是促进基本公共卫生服务逐步均等化，五是推进公立医院改革试点”。在此基础上，2009年8月18日国家发改委与卫生部等九部委发布了《关于建立国家基本药物制度的实施意见》，这标志着我国建立国家基本药物制度工作正式实施；而2015年9月11日发布的《国务院办公厅关于推进分级诊疗制度建设的指导意见》（国办发〔2015〕70号）则使我国基本医疗服务工作的推进又向前迈进了重要一步。

除以上重要文件之外，我国还相继出台和颁布了大量政策性文件，如劳动和社会保障部1999年颁布的《关于贯彻两个条例扩大社会保障覆盖范围加强基金征缴工作的通知》（劳社部发〔1999〕10号）、2004年10月9日发布的《国家发展改革委、卫生部关于进一步加强医药价格监管减轻社会医药费负担有关问题的通知》，2011年7月1日颁发的《国务院关于建立全科医生制度的指导意见》（国发〔2011〕23号），国务院2012年3月24日印发的《“十二五”期间深化医药卫生体制改革规划暨实施方案》，国家发展改革委、卫生部、财政部、人力资源社会保障部、民政部、保监会2012年8月24日联合发布的《关于开展城乡居民大病保险工作的指导意见》（发改社会〔2012〕2605号），2013年9月28日发布的《国务院关于促进健康服务业发展的若干意见》（国发〔2013〕40号），2015年1月5日发布的《国家卫生计生委关于全面加强卫生计生法治建设的指导意见》（国卫法制发〔2015〕1号），2015年4月21日国务院办公厅转发民政部、财政部、人力资源和社会保障部、卫生计生委、保监会等部门《关于进一步完善医疗救助制度全面开展重特大疾病医疗救助工作的意见》（国办发〔2015〕30号）及《中医药健康服务发展规划（2015—2020年）》，国家卫生计生委与国家发展改革委等五部委2015年10月27日联合发布的《关于印发控制公立医院医疗费用不合理增长的若干意见的通知》（国卫体改发〔2015〕89号）以及国家卫计委与国家中医药管理局于2015年11月17日联合发布的《关于进一步规范社区卫生服务管理和提升服务质量的指导意见》（国卫基层发〔2015〕93号），等等。这些文件都对基本医疗服务问题有所

涉及。由此不难看到,在逐步将医改推向深入,并通过医改将我国广大人民群众基本医疗问题纳入政策引导的轨道方面,我国迄今已经做了大量努力。

总体而言,对于我国公民基本医疗服务供给和保障工作,党和政府是极为重视的,也因此出台了大量政策,涉及医疗机构建设、药物保障、中医药发展以及医疗保险、疾病救助等在内的众多领域。这对于保障广大人民群众的生命健康,提升其健康水平无疑发挥了重要作用。然而,在法治已经成为当代社会主旋律,而党的十八届四中全会也已经将依法治国提升到一个前所未有的历史高位的宏观背景下,关涉我国人民群众基本医疗服务问题的“几乎所有主要的医改措施都停留在政策层面,基本法律制度的缺位,使得公民对健康权的合理期待无从落实”<sup>[7]</sup>。而从法理上来说,为了创造出使人们过上更为健康、更为安全的生活条件,法律乃为不可或缺的手段<sup>[8]</sup>。人民群众基本医疗服务的供给与保障及其健康水平的提高固然离不开政策,但更需要法律。在目前我国基本医疗服务更多的还是在依赖政策引导而非法律保障的宏观背景下,基本医疗服务要实现法治化,得到法律之保障,必须要将我国基本医疗服务政策有步骤地加以法律化,使我国日益成熟的基本医疗服务政策上升为法律,获得法律的强制力,从而实现我国基本医疗服务由政策引导逐步向法律主导转变。否则,“建立健全覆盖城乡居民的基本医疗卫生制度,为群众提供安全、有效、方便、价廉的医疗卫生服务”就很可能成为一句空话。

有关这一结论,我们可以以基本医疗服务财政转移支付制度的贯彻落实为例进行阐释。在我国基本医疗服务财政转移支付方面,尽管国务院发布的《“十二五”期间深化医药卫生体制改革规划暨实施方案》明确提出了各级政府“在安排年度卫生投入预算时,要切实落实‘政府卫生投入增长幅度高于经常性财政支出增长幅度,政府卫生投入占经常性财政支出的比重逐步提高’的要求。但由于基本医疗服务并不能直接产生经济效益,在以国内生产总值为纲的政绩观下,缺乏明确法律制度约束的地方政府很容易会想方设法将中央的基本医疗服务财政转移支付资金截留甚至挪用,从而进一步加剧基层基本医疗服务供需矛盾。显然,“欠缺法律权威的基本医疗服务财政转移支付制度难以为公民健康权提供有力保障”<sup>[9]</sup>,广大人民群众“看病难,看病贵”的问题依旧无法得到根本性解决。所以,将我国基本医疗服务政策法律化,借助法律的权威来推进我国基本医疗服务供给与保障,势必将成为今后我国在贯彻落实国家基本医疗服务政策以保障

广大人民群众生命健康权方面的必然归向。

## 二、政策法律化何以必要和可行?

广大人民群众生命健康权的保障及其健康水平的提高,客观上需要将我国基本医疗服务政策法律化。而要实现我国基本医疗政策法律化,一个逻辑上的前提就是:基本医疗服务政策有必要被法律化且能够被法律化。而这显然涉及政策法律化何以必要与可行的问题。从逻辑上来说,政策之所以被法律化,是基于其必要性与可行性。亦即:政策在理论上存在被法律化的必要且客观上具备政策法律化的可能。

### (一) 政策法律化的必要性分析

立法政策学理论认为,法与政策是实现法治的两种最重要的正式制度安排,也是对经济社会进行管理的最主要手段。作为实现法治的两种最重要的制度安排,政策与法律各有其特点。法律有其特定的逻辑结构,内容的规定往往相对详尽、具体,能给人们提供具体的行为指引,规范性突出,权威性显著,稳定性较强,是防范和避免行政或司法专权的重要手段;而政策作为“国家或政党为实现一定的政治、经济、文化等目标任务而确定的行动指导原则与准则”<sup>[10]</sup>,则多是宏观的、原则性的、依据社会发展需要及时出台的,具有更强的针对性、灵活性和应时性的特点。然而,法律与政策也各有其缺陷。具体而言,法律尽管相较于政策更具有权威性和稳定性,但立法程序等方面的要求(即它要经过严密的立法论证、立法规划、起草、审议、通过、颁布等繁琐程序,且不能朝令夕改、经常变动),客观上容易令其产生法律过于僵化与滞后的问题,即“法之对体系起稳定作用的连续性也常常使法落后于社会观念的变迁”<sup>[11]</sup>。政策尽管具有相对灵活性和适应性的便利,却也容易因其易变性而带来稳定性不足和权威性欠缺的弊端。正因为如此,现代社会治理往往既需要法律,又离不开政策,需要二者之间多一些借鉴与转化。即:在政策与法律的关系上,需要重视政策向法律的转化,使政策多一些类似法律的稳定,并“让法律多一些政策考量”<sup>[12]</sup>,易言之,就是要重视政策的法律化。政策法律化可以借助政策的灵活性来强化法律对于现实社会的适应性,使之更契合社会发展的需要。同时,政策法律化也可以借助法律的权威来增强政策的刚性,使政策产生更高效的执行力。政策法律化是在协调政策与法律关系的基础上实现二者有效衔接的方式<sup>[13]</sup>。“法律化尤其为社会过程引入了行为导向的安定性和稳定性。在关于何为

正义与公道的多元化的观念冲突中，法规范提供了可靠的、可贯彻的行为指南。在时间维度上，它也在一定程度上保证了稳定性和持续性。”<sup>[11]</sup>就此而言，政策法律化是弥补政策缺陷以及提高法律适应力，从而使法律与政策能够发挥合力的重要路径。在当代社会治理既需要法律又离不开政策的宏观背景下，政策法律化已成为提高国家社会治理能力，实现社会治理现代化的一个重要选择。

不仅如此，依法治国的客观需要也决定了政策法律化的必要性。法治是当代社会最显著的特征，也是实现社会治理的必由之路。而法治的实质是令法律这种相对更具稳定性和可预见性的社会规范在社会治理中居于主导地位，亦即社会治理的方方面面都需要尽可能地被纳入法律规范的轨道。与法律相比，政策的制定一般缺乏严密而规范的民主程序，其内容规范性少。因此，尽管政策具有灵活性和应时性等特征，但同时也具有不稳定性与易变性的缺陷，在社会治理的过程中容易沦为潜规则或暗箱操作，从而危害社会的健康发展。而政策法律化则是将原本易变的政策借助立法的形式稳定下来，令政策成为更为稳定和可预见的规则，从而更有效地满足社会治理的客观需要，是依法治国的内在要求。

## （二）政策法律化的可行性探讨

政策法律化不仅需要具备现实必要性，更需要具备理论上的可行性，亦即：政策和法律具备一些自身特质，从而使得政策与法律具有由此及彼的基础与可能。笔者以为，政策法律化的可行性主要来自政策与法律的同质性。

### 1. 政策与法律都是旨在强化社会治理的社会行为规则

从法律经济学的角度来说，政策和法律作为制度，都是由代表公共利益的国家等公共权威应社会之需要而向社会提供的一种公共产品，且最终通常都会在国家层面上实施。政策作为国家机关、政党及其他政治团体等公共权威在一定历史时期为达到一定目标而制定的、具有普遍权威性的行动方案和准则，其目的“在于调整和规范社会利益结构，以促进社会经济健康、快速发展”<sup>[14]</sup>；而法律作为“秩序的象征，又是建立和维护秩序的手段”<sup>[15]</sup>，其存在的目的显然也是为了调整和规范社会利益结构，以“使每一个社会阶层及其利益群体享有利益的权利都将受到其他社会阶层及其利益群体的权利的约束”<sup>[16]</sup>，从而保障社会的有序发展。作为公共产品，无论是政策还是法律，它们都能够满足社会的某种需求。从理论上讲，政策与法律的社会需求决定制度供给，当人们在经济生活中对政

策与法律产生需要并积极谋求政策与法律对其利益的维护时，就必然要求相应的制度供给发生<sup>[17]</sup>。换言之，政策与法律都是应因社会治理的需要而产生和存在的，其存在、发展与变迁都是为了满足特定的社会需求。政策与法律在社会调控上具有同样性质的功能。国家通过颁布法律对社会生活的各个方面进行规范，同样，国家也通过实施政策对社会生活进行调节和管理<sup>[13]</sup>。在当代社会中，政策与法律具有相同的使命。很多时候，政策会成为法律的前奏，而法律则需要为政策的推行和深化提供保障。

### 2. 法律与政策具有密切的联系

在法律与政策关系上，学界存在着很大争论。以德沃金(Ronald W. Dworkin)为代表的政策观认为，从本体论的角度来看，政策是包含在法律之内的，是法律的组成部分；而以波斯纳(Richard A. Posner)为代表的政策观则认为，政策和法律是两码事，法律之中并不包含政策，从方法论的角度说，政策是法律获得合理解释的推理和论证的依据。在我国，学者们多认为，法律与政策存在着明显的区别，二者在社会治理中发挥着不同的作用。然而，二者之间实际上又存在着密切联系。首先，站在公共政策的角度上加以考察，法律是公共政策的一种类型。在某种意义上，法律法规即是拥有立法权的政治家制定并为政府和法院执行的公共政策<sup>[18]</sup>，是作为公共权威的立法者以国家强制力推行的、承担特定公共职能的国家政策。其次，站在法律的角度上来看，政策实际上是一种软法。法律依照其社会运行中的强制力的不同可以被划分为硬法与软法，前者是指以国家强制力为后盾的国家法，后者则是指在国家法之外发挥着类似于法律约束力的社会规范，亦即那些原则上没有法律拘束力但有实际效力的行为规则<sup>[19]</sup>。如行业规章、技术标准、单位规章以及乡规民约等，而政策也在其中。政策作为国家法之外的一种软法，是法律的制定和运行过程中的辅助和支撑。它不仅成为法律制定和执行的依据，而且还能够以其灵活性弥补法律过于僵化的先天不足，在社会治理过程中往往起到“试行法”的作用<sup>[20]</sup>。可以说，政策是当代社会治理过程中所倚赖的一种不同于国家法律但又具有特定约束力的软法。这为政策在特定条件下转化为法律提供了可能的空间。

## 三、我国基本医疗服务法律化何以必要与可行？

政策法律化并不是政策与法律的简单叠加，而是法律对于政策的认可与保障。为此，政策法律化必须

满足特定的条件,需要具备必要性与可行性。作为政策法律化在基本医疗服务领域的一种实践,基本医疗服务政策法律化也需要具有一定的必要性与可行性,否则,就无法法律化。

### (一) 我国基本医疗服务政策法律化之必要性分析

法律经济学认为,法律是一种公共产品,而产品的市场需求是该产品存在和发展的前提<sup>[21]</sup>。近年来,伴随着我国经济社会转型所带来的医药卫生体制改革的深入,“看病难,看病贵”已经成为困扰我国广大人民群众生存与发展的一个重大显性问题。“锯腿自救事件”“诈骗救妻案”“自制钢肾事件”……,因公民生命健康问题而招致的各种社会热点事件的不断发生,极大地刺激着社会的敏感神经,彰显着我国广大人民群众基本医疗服务供给和保障的缺失。在此背景下,人们对于基本医疗服务供给与保障的需求已经日益强烈。为广大人民群众提供最基本的医疗服务,以保障其生命健康,已经成为我国社会发展过程中自然生成的一项基本权利需求。

从法理上来说,权利“是规定或隐含在法律规范中,实现于法律关系中的,主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段”<sup>[15]</sup>。立基于此,法律的认可与保障显然是实现公民权利的内在需要。当前,在基本医疗服务方面,我国已经出台了包括《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》等在内的大量政策性文件,将公民基本医疗服务问题纳入了政策引导的轨道。这在表明了党和政府在广大人民群众基本医疗服务问题上的态度与立场之同时,也对于广大人民群众的基本医疗服务的供给和保障及其健康水平的提高起到了重要的推动作用。然而一方面,目前我国旨在推进广大人民群众基本医疗服务供给和保障的制度规范——无论是医疗机构分级诊疗,还是基本药物制度,抑或是全科医生制度——基本上都是以政策引导为主,形成法律制度的还不多见。应该说,在有关人们的基本医疗服务方面,政策引导具有必然性,尤其是在国家的医药卫生改革的方向与目标定位尚不明晰,而相关体制机制也尚未理顺的情况下。而且,我国的医药卫生体制改革是一种政府主导的渐进性改革。基于政治等多方面考虑,改革往往从医药卫生方面的具体问题着手,尤其需要以灵活性的政策指导为主,而不是以刚性和普遍性的法律规范为先。法律自身的僵化性决定了卫生法律在改革过程中必然有其难以克服的缺陷。这一点注定了政策作为一种社会治理手段在推进医改以保障人们基本医疗服务方面的必要性。政策引导可以很好地发挥其自身的灵活性与

适应性,能够根据实际需要及时地修正和完善,使其更符合基本医疗服务供给和保障的现实需要,避免法律保障必然引生的僵化性而带来的社会不适。但另一方面,政策自身所固有的易变性、模糊性及刚性之不足决定了单纯的政策引导必然难以完全适应保障人们生命健康权利的客观需要。因为单纯依赖政策来保障人们基本医疗服务的模式很容易使人们的基本医疗服务供给受到行政权力的随意干预和制约,从而令人们基本医疗服务的供给和保障陷于一种不稳定、不确定的状态,使人们生命健康权的实现演化成为充饥之“画饼”。在此情形下,作为权利最可靠保障的法律就需要及时介入,以为广大人民群众基本医疗服务的供给和保障提供最有效的支撑。显然,提供并保障基本医疗服务以确保广大人民群众在生命健康方面的权利需求,使得加强我国基本医疗服务立法成为国家的一种本能反应,也就是要将现行的基本医疗服务政策法律化,使基本医疗服务得到法律的保障。

### (二) 我国基本医疗服务政策法律化之可行性探讨

我国基本医疗服务政策不仅具有法律化之理论上的必要性,就其现实性而言,也具有转化为法律的可行性。原因在于:

#### 1. 我国基本医疗服务政策与法律具有同质性

首先,在推进医改以保障人们的生命健康方面,我国基本医疗服务政策具有与法律相同的目标定位。我国基本医疗服务政策以“实现人人享有基本医疗卫生服务”“提高人们的健康水平”为基本目标,而法律则以广大人民群众的生命健康权为最高法益,至于医疗卫生法,更是以保障人们的生命健康为己任。我国基本医疗服务政策的确立实际上是贯彻落实宪法和法律保障广大人民群众生命健康权的必然要求。很显然,二者具有共同的使命和目标定位,无论是从政策层面上来说,还是从法律层面上来说,基本医疗服务的实质都是健康服务,它所关注的是公民的健康权<sup>[22]</sup>。这使得二者具备由此及彼的基础,尤其是由政策到法律的基础。其次,基本医疗服务政策发挥了“试行法”的作用。在医药卫生资源分配方面,我国目前还存在着明显的立法缺失。现行的医药卫生立法,无论是《执业医师法》与《药品管理法》,还是《献血法》与《突发公共卫生事件应急条例》,抑或是《医疗事故处理条例》,都只是在调整医药卫生领域的个别法律关系,都没有涉及医药卫生资源分配这一核心问题。而医药卫生资源分配又是国家医药卫生事业健康发展的基石,直接关涉广大人民群众的生命健康。在此背景下,以为广大人民群众提供基本医疗服务供给和保障

为目标的公共政策实际上早已成为我国基本医药卫生法的“试行法”，成为指导我国医药卫生事业发展的指针以及我国医药卫生法获得合理解释的推理和论证的依据。一言以蔽之，我国基本医疗服务政策与医药卫生法律具有同质性，在实现基本医疗服务政策法律化上是可行的。

## 2. 基本医疗服务政策法律化符合政策法律化的限度要求

立法政策学认为，法律与政策可以借助于政策法律化而实现连通，从而得以弥补各自的缺陷与不足，最大可能地发挥政策与法律两种制度手段的合力，提升社会治理的能力。政策转变为法律是客观现实的必然要求，社会生活的复杂多变与发展，要求将具有长期稳定性的政策、对全局具有重大影响的政策、成功 and 成熟的政策立为法律，只有这样，才能更好地促进其完善<sup>[23]</sup>。然而，政策法律化作为一种立法建制活动，本身并不是毫无限制的，相反，它必须满足特定的要求并需要遵循一定的限度。基本医疗服务政策法律化作为将国家基本医疗服务供给与保障政策用法律形式固定下来的一个立法过程，显然也在此列。基本医疗服务政策法律化并不是将基本医疗服务政策与法律简单地融合。作为一种政策法律化的活动，基本医疗服务政策法律化是一个需要遵循特定限度的立法活动。

一般而言，法律化的政策首先应该是具有正当性的政策。而所谓正当性政策是指合乎公共利益需要的政策<sup>[24]</sup>。而在健康直接关涉个人幸福以及社会发展的情况下，基本医疗服务政策作为以保障和实现广大人民群众的生命健康权以提升人们的健康水平为目标的公共政策，显然完全合乎公共利益的需要。就此而言，基本医疗服务政策是具有正当性的公共政策，是应当被法律化的医药卫生政策。除了正当性这一要求之外，法律化的政策还必须具有全局性以及相对稳定与成熟性。法的调整对象是具有普遍性的社会关系，“法在很大范围内调整着国家和社会一切重要的发展过程”<sup>[25]</sup>。为此，法律化的政策必须是关涉国家发展全局的政策。只有那些对国家发展全局有重大影响的政策，直接关系到大部分社会关系的调整，才有必要转化为法律，即具备立法的必要性<sup>[26]</sup>。法律化的政策还必须是经过实践证明是科学可行从而是成熟的且具有一定稳定性的政策。法律与政策的一个重大区别在于法律具有稳定性，它必须保持相对的稳定，不能朝令夕改，更不能因为国家个别领导人意志的改变而改变。政策法律化的实质是使政策成为法律，从而具有法律的稳定性，并获得法律的权威。只有那些已经被证明科学可行且相对较为成熟的政策，才具备法律所要求

的稳定性，从而获得被法律化的可能。而基本医疗服务政策作为我国医药卫生体制改革长期探索且经过医患关系由相互信任到最终裂变之考验与洗礼的一项成果，不仅代表了我国医药卫生体制改革发展的必然方向，且已成为一项相对较为成熟、稳定和科学的公共政策，完全具备法律化的基础。

## 3. 国外经验宣示了基本医疗服务政策法律化的可行性

从国外尤其是那些所谓的福利国家的医疗服务供给和保障实践来看，出台相关政策并在这些政策成熟后将其升格为国家法律，是各国基本医疗服务供给和保障的一般进路。作为世界上首个建立社会政策框架的福利国家，英国于 1882—1948 年期间即已形成了社会福利制度、专门化医疗卫生服务体系与政策框架结构，并于二战后相继颁布了包括规定组织和提供国家卫生服务的《国家卫生服务法(1946)》等在内的有关社会保障的五大立法，将医疗卫生服务体系与政策框架等纳入了法律保障之中。而《国家卫生服务法》颁布后，立法者始终围绕国家卫生服务的基本政策而不断对其加以修改、补充和完善，将与国家卫生服务相关的公共卫生、药品、社会服务和保障等方面的基本内容逐步纳入该法调整范围<sup>[28]</sup>。在澳大利亚，经济学家理查德·斯科顿(Richard Scotton)和约翰·迪布尔(John Deeble)于 1968 年提出建立全民医疗保险(最初称为 Medibank)的设想，并得到了工党领袖爱德华·高夫·惠特拉姆(Edward Gough Whitlam)的政治支持而成为一项政策。惠特拉姆上台后，积极推动该政策的法律化，加快落实全民医疗保险的立法过程，并于 1975 年通过了《健康保险法》。此后历经多次变革，澳大利亚又通过了《全民医疗保险法》(1984 年 10 月 1 日正式实施)，为其基本医疗服务保障政策进一步提供了立法支持<sup>[29]</sup>。在加拿大，人人享有基本医疗卫生服务，实现了全民医疗保险，加拿大人都以此为豪。可以说，加拿大的全民医疗政策不仅仅是一种医疗保险，它已经变成了一种国家象征，成为体现加拿大社会平等、公正的重要标志<sup>[30]</sup>。而 20 世纪 40 年代萌芽并于 20 世纪 50 年代形成政策的加拿大全民医疗保险主要是通过 1957 年的《医院保险和诊断服务法案》以及 1966 年的《医疗保健法案》得以确立的，并由 1984 年最终出台的《加拿大健康法案》固定下来。在德国，以保障人们基本医疗服务为目标的医疗改革政策更是直接通过立法来加以推行，从 2004 年生效的《法定医疗保险现代化法》到 2007 年实施的《法定医疗保险强化竞争法》，从 2011 年颁布的《法定医疗保险护理结构法》再到 2014 年通过的《进一步发展法定医疗保险

资金结构与质量法》……,可以说,德国每次医疗卫生改革都是先依据国家确立的医疗卫生改革政策,由议会制定或修改相关法律,然后再推进改革。这不仅保障了医疗卫生改革的科学性、民主性,也确保了这一改革的连续性。至于美国,其对于基本医疗服务的供给与保障更是以医疗服务政策的法律化为前提的。尽管美国提供着世界上最好的医疗保健,它的卫生体系是碎片化的、不公平的、过分昂贵的以及——用CBS新闻主播沃尔特·克朗凯特(Walter Cronkite)的话来说——既不健康和富有福利性,也不是一种体系<sup>[31]</sup>。为此,2010年3月,奥巴马总统签署了旨在推动美国医疗保险改革以扩大基本医疗服务覆盖范围的《病人保护与低价医疗法案》……。总体来看,依据本国相对成熟的医疗服务政策而制定相关的立法,并在立法中明确国家在基本医疗服务供给与保障方面的义务,是将各国基本医疗服务政策法律化的通常进路。以此为基点,我国基本医疗服务政策法律化显然也需要走这样一条道路。

当代社会治理实际上是一个既需要政策引导又离不开法律保障的发展过程。政策与法律对于社会发展而言就像自行车的两个轮子,其中作为政策的前轮重在把握社会发展的方向,而作为后轮的法律则主要是为社会发展提供动力。在政策与法律这两个推动社会发展的前后轮之间,政策法律化就像是自行车的车链,连接着前后两个车轮,保证着社会这辆自行车沿着正确的方向不断前行。基本医疗服务是保障人们生命健康权的必需,是当代社会治理必须予以关注和重视的一个重点问题。作为当代社会治理需要重点关注的问题,基本医疗服务也需要政策与法律的双轮驱动。而基本医疗服务政策法律化就是整合政策与法律的制度手段,发挥二者对基本医疗服务供给和保障功能互补优势的必然选择,也是完善我国医药卫生法治的客观需要。

#### 四、我国基本医疗服务政策法律化的具体操作与对策建议

政策法律化是指具有立法权的国家机关依照立法权限和立法程序,将成熟、稳定又有立法必要的政策转化为法律<sup>[27]</sup>。基本医疗服务政策法律化就是将国家的基本医疗服务政策依照立法程序上升为国家法律,从而实现基本医疗服务供给与保障由政策引导到法律主导过程的转化,使基本医疗服务政策获得人人可以遵守的法律效力以及国家强制力的保障,增强我国基本医疗服务政策执行的有效性,使该政策在保障广大

人民群众生命健康权方面发挥更大作用。

我国多年以来的医药卫生体制改革实践基本上都是围绕广大人民群众生命健康权的保障展开的,并在医改过程中逐步确立了“实现人人享有基本医疗卫生服务”的政策目标,而为了保障这一政策目标的实现,我国一直都比较注重相关立法建设。就目前来看,我国在医疗卫生方面已经出台了包括《执业医师法》《药品管理法》《母婴保健法》《城镇职工基本医疗保险条例》《乡村医生从业管理条例》《中医药条例》以及《艾滋病防治条例》等在内的多部重要法律以及法规,已经迈出了医疗服务甚至是基本医疗服务政策法律化的初步步伐,使我国基本医疗服务法律保障具备了一定基础。然而,目前我国基本医疗服务政策法律化的步伐还比较缓慢,现有立法与当前广大人民群众日益增长的基本医疗服务的法律需求相比,还相差较远。具体而言:一是我国目前还没有一部基本医疗服务方面的核心法。我国尽管颁布了大量的医疗卫生法规,但保障基本医疗服务的基本法律制度尚付阙如,且迄今还没有出台一部《基本医疗服务供给和保障法》,没有对政府基本医疗服务方面的供给和保障义务进行统一、明确的规定。这使得“看病难,看病贵”依旧是我国广大人民群众面临的一个突出问题,公民健康权的行使缺乏有效法律依据之保障。二是政策引导而非法律治理在我国基本医疗服务供给和保障方面发挥着主导作用。由于立法的滞后性,在基本医疗服务的制度建设方面,我国目前主要还是以政策引导为主,法律保障还没有到位,如在基本药物制度保障、大病医保、医疗机构分级诊疗、因病支出型贫困家庭社会救助等方面,基本上还都是依靠政策在推动,立法尚未被提上议事日程。在法治已经成为社会主旋律而依法治国也已经被党的十八届四中全会提升到一个前所未有的历史高位的宏观背景下,我国基本医疗服务制度建设急需通过立法来加以推进。三是我国现行干涉基本医疗服务的立法更多的是在供给医疗服务方面发挥作用,直接涉及基本医疗服务保障的比较少见。从理论上来说,医疗服务的可及性是人们获取基本医疗服务的前提,没有医疗服务的可及性,人们获取基本医疗服务只能沦为空话。但基本医疗服务显然不止于能够获得医疗服务这样一种比较低的层面,它实际上是一种相对更高的要求。形象一点说,二者之间的关系实际上是前者重在解决“有病无处医,有病不能医”的问题,而后者则解决“看病难,看病贵”的问题。后者需要以前者为基础,其目标的实现离不开前者,但其要求却远高于前者。就目前来看,现行的卫生法律法规尽管都是人们获得基本医疗服务所不可或缺

的,客观上也都有助于保障人们获得基本的医疗服务,但明确在立法中规定基本医疗服务供给和保障的并不多见。迄今为止,在国家层面上只有《城镇职工基本医疗保险条例》《乡村医生从业管理条例》这两部行政法规明确提出了保障基本医疗服务(初级卫生保健)的立法目标,而在《执业医师法》《药品管理法》《母婴保健法》以及《中医药条例》等立法中则并没有对基本医疗服务的问题进行明确规定<sup>①</sup>。这使得除《城镇职工基本医疗保险条例》《乡村医生从业管理条例》这两部行政法规之外的现有医疗卫生法更多的是在提供医疗服务方面发挥作用,而难以在基本医疗服务保障方面有大的作为。在“看病难,看病贵”的问题已经越来越将我国广大人民群众基本医疗服务保障之软肋暴露于法治视野的情势下,我国已有的医疗卫生立法显然还需要在推进基本医疗服务方面更进一步。

国务院《“十二五”期间深化医药卫生体制改革规划暨实施方案》提出:“积极推动制定基本医疗卫生法,以及基本医保、基本药物制度、全科医生制度、公立医院管理等方面的法律法规,及时将医药卫生体制改革的成功做法、经验和政策上升为法律法规。”这实际上为我国基本医疗服务政策法律化亦即基本医疗服务立法指出了目标与方向。笔者认为,在目前我国医疗卫生法律领域尚没有一部作为整个法律群之基本法且公民基本医疗服务供给和保障立法尚付阙如,而现有立法又难以真正承担起基本医疗服务供给与保障使命的情势下,我国应当制定《基本医疗服务供给和保障法》这样一部能够承担基本医疗服务保障功能且又能担当我国医疗卫生法基本法使命的法律,以便在统领我国医疗卫生立法并使其理念与原则保持一致的基础上,为我国广大人民群众的基本医疗服务保障提供立法依据与引领。应该说,这是我国基本医疗服务政策法律化的首要前提。在此基础上,我国还应当围绕基本医疗服务供给和保障制定包括《基本医疗保险法》《基本药物供应保障法》《医疗机构分级诊疗条例》《社区医疗服务管理条例》《因病支出型贫困家庭社会救助办法》等法律、法规或规章,以作为《基本医疗服务供给和保障法》的细化与补充,切实将公民的基本医疗服务供给纳入法律保障的范围之内。同时,对于我国现有的相关法律法规,应当明确政府在其中提供基本医疗服务的义务。例如,应当在《执业医师法》《药品管理法》《母婴保健法》《艾滋病防治条例》等相关法律法规中,明确规定政府、执业医师、药师以及病患者等在医疗服务供给和保障方面的法律权利与义务,尤其是要明确政府在承担基本医疗服务供给和保障方面的责任与义务,使我国现有的卫生法律法规也

承担必要的基本医疗服务供给和保障任务。也就是说,要依据我国基本医疗服务政策法律化的需要构建我国的医疗卫生法律体系,使广大人民群众能够享有的基本医疗服务能够得到法律的切实保障。

为了保障我国新一轮医改的顺利推进,确保基本医疗服务的供给,保障广大人民群众的生命健康权及其健康水平的提高。我国已经着手制定基本医疗服务法方面的一系列工作,作为承担着这样一种使命的《基本医疗卫生与健康促进法》已经于2017年12月22日提请全国人大常委会审议,基本医疗服务政策法律化正在逐步推进之中。尽管该法无论在名称上还是在内容上都还存在着一些不足,其正式出台还需要经历一些磨砺,但可以预见的是,在目前我国基本医疗服务供给与保障依旧更多的倚赖政策引导而依法治国又已被提到一个前所未有之历史高位的情势下,我国基本医疗服务需要且必然会经历一个由政策引导到法律主导的发展阶段,基本医疗服务政策法律化将是未来我国基本医疗服务供给和保障方面的最主要特征。

需要指出的是,基本医疗服务政策法律化并不是要将我国基本医疗服务政策的全部内容都上升为法律,而是要将其基本理念以及那些已经比较成熟可行的重要制度法律化,从而使法律在推进基本医疗服务政策深化和落实方面发挥应有作用,切实保障我国基本医疗服务的供给。毕竟,在法治社会中,政策和法律各有其独立存在的空间与价值,政策法律化不能完全取代政策,更不能消灭政策。我们必须正视政策与法律之间的辩证关系,“无视政策对法律的补充作用,毫无限度地推进政策法律化,妄图以法律替代各种政策,其最终结果将导致政策在法治社会中的消亡”<sup>[33]</sup>。无视并抹杀基本医疗服务政策与法律之间的制度功能差异,将基本医疗服务政策的全部内容尽行法律化,最终势必会导致我国基本医疗服务泛法律化。

#### 注释:

- ① 《城镇职工基本医疗保险条例》第1条规定:“为保障城镇从业人员的基本医疗,合理利用医疗资源,根据国家的有关规定,结合本省实际,制定本条例。”《乡村医生从业管理条例》第1条规定:“为了提高乡村医生的职业道德和业务素质,加强乡村医生从业管理,保护乡村医生的合法权益,保障村民获得初级卫生保健服务,根据《中华人民共和国执业医师法》(以下简称执业医师法)的规定,制定本条例。”

#### 参考文献:

- [1] 朴志谿. 医疗科学技术的发展和法学上的医疗概念的理解 [C]// 金玫, 易继明. 私法. 武汉: 华中科技大学出版社, 2016:

- 80.
- [2] 徐国平. 纠正概念 大力发展我国基础医疗卫生服务事业——从“初级卫生保健”中文误译说起[J]. 中国全科医学, 2014(25): 2911-2914.
- [3] 汪建荣. 让人人享有基本医疗卫生服务[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 45.
- [4] 罗纳德·德沃金. 至上的美德: 平等的理论与实践[M]. 冯克利, 译. 南京: 江苏人民出版社, 2003: 126.
- [5] 刘鑫, 连宪杰. 论基本医疗卫生法的立法定位及其主要内容[J]. 中国卫生法制, 2014(3): 23-28.
- [6] 陈敏章. 在全国卫生工作会议上的报告(摘要)[J]. 中国卫生事业管理, 1993(2): 63-67.
- [7] 陈云良. 基本医疗服务法制化研究[J]. 法律科学, 2014(2): 73-85.
- [8] 劳伦斯·戈斯廷. 公共卫生法的理论与定义. 赵晓佩, 译. [C]//马克斯韦·梅尔曼, 等. 以往与来者——美国卫生法学五十年. 唐超, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 241.
- [9] 陈云良, 何聪聪. 基本医疗服务财政转移支付法律规制研究[J]. 法商研究, 2014(6): 17-25.
- [10] 段钢. 论政策与法律的关系[J]. 云南行政学院学报, 2000(5): 51-54.
- [11] 莱因荷德·齐佩利乌斯. 法哲学[M]. 金振豹, 译. 北京: 北京大学出版社, 2013: 79.
- [12] 肖金明. 为全面法治重构政策与法律关系[J]. 行政管理论坛, 2013(5): 36-40.
- [13] 陈庭忠. 论政策和法律的协调与衔接[J]. 理论探讨, 2001(1): 64-66.
- [14] 陈标, 夏道明. 试析公共政策执行失灵[J]. 长江大学学报(社会科学版), 2005(5): 83-86.
- [15] 张文显. 马克思主义法理学——理论、方法和前沿[M]. 北京: 高等教育出版社, 2003: 226, 289.
- [16] 朱未易. 中国社会阶层利益冲突的法律调整机制[J]. 江苏社会科学, 2008(4): 158-164.
- [17] 刘长秋. 法律视野下的中国生物产业政策研究[J]. 上海财经大学学报, 2013(6): 40-47.
- [18] 肖金明. 为全面法治重构政策与法律关系[J]. 行政管理论坛, 2013(5): 36-40.
- [19] SNYDER F. Soft law and institutional practice in the european community[C]// The Construction of Europe. London: Kluwer Academic Publishers, 1994: 198.
- [20] 刘长秋. 当政策遇到法律[N]. 大众日报, 2014-12-03(10).
- [21] 杨斐. 法律修改研究: 原则·模式·技术[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 114.
- [22] 许中缘, 翁雯. 论基本医疗服务权的救济[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2016(2): 91-98.
- [23] 埃德加·博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 402.
- [24] 朱最新. 珠三角一体化政策之法律化研究[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2012(5): 9-15.
- [25] 伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 41.
- [26] 张国庆. 公共政策分析[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2004: 202.
- [27] 黄清华. 英国卫生体系基本法研究[J]. 法治研究, 2012(8): 46-59.
- [28] 蒋露. 澳大利亚全民医疗保险解析[J]. 当代经济, 2009(6): 37-38.
- [29] 季丽新. 公平视角下加拿大医疗卫生政策剖析[J]. 山东社会科学, 2007(11): 77-81.
- [30] FAGUET G B. The affordable care act: A missed opportunity, a better way forward[M]. New York: Algora Publishing, 2013: 8.
- [31] 陈振明. 政策科学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1998: 258.
- [32] 屈振辉. 试论公共政策法律化的限度[J]. 兰州商学院学报, 2007(6): 112-115.

## From policy orientation to law leading: On China's legalization of basic medical service policy

LIU Changqiu

(Research Institute of Law, Shanghai Academy of Social Sciences, Shanghai 200020, China)

**Abstract:** It's the fundamental goal of China's new medicare reform to let most people enjoy the basic medical service, which is also a requirement for the development of China's medical and health services in the Report of the 18th CPC National Congress. The Chinese government has paid close attention to the basic medical services of most people, but the promotion and guarantee of such services depend on policy rather than on law. The relation between policy and law determines that law rather than policy should be the main approach for China to provide and guarantee basic medical services. The legalization of China's basic medical service policy has been on the way and has laid certain foundation. But in comparison with the practical need in our country, it is still insufficient with a huge gap, with which corresponding countermeasures should be taken to cope.

**Key Words:** policy; law; basic medical service; legalization

[编辑: 苏慧]