责任编辑 徐慧 E-mail:xuadaly@126.com

www.shfzb.com.ci

尚需进一步改进和完善立法架构

关于《基本医疗卫生与健康促进法(草案二审稿)》的立法思考

刘长秋

近年来, 伴随群众基本医疗服务保障缺 失所带来的一系列负面问题的不断出现,党 和国家已经开始关注并重视基本医疗服务保 障立法问题,并以前所未有的推进速度形成 了《基本医疗卫生与健康促进法(草案)》 (以下简称《草案 (一审稿)》)。在全面征集 意见的基础上,《草案(一审稿)》进行了 修改并于 2018 年 10 月 22 日提请十三届全 国人大常委会第六次会议进行了第二次审议 (以下简称《草案 (二审稿)》)。客观来说, 《草案 (二审稿)》相较于《草案 (一审稿)》 有明显的改进和提升,无论是在立法技术上 还是立法内容上,都进行了修改和完善。这 对于该法今后的顺利出台乃至推动该法真正 在基本医疗服务保障方面发挥应有作用, 无 疑都具有重要意义。然而另一方面, 笔者以 为,该法依旧存在诸多不足,需要讲一步改 进和完善,尤其是在立法名称的确定与其内 容的契合上。

立法名称需避免歧义

就该法的法名来看,《基本医疗卫生与 健康促进法》并不是一个科学规范的名称。 相反,这一法名存在意思表达重复且混乱的 严重问题。原因在于,卫生与健康尽管在中 文中意思不能完全等同,但在英文中是同一 个意思,即都是 health, 二者并无不同。这 样一来,一旦确定"基本医疗卫生与健康促 进法"为最后的法名,则在翻译成英文的过 程中会存在较大麻烦,会出现令中国人明白 但却使外国人糊涂的尴尬。不仅如此,由于 卫生与健康在中文也意思相近, 基本医疗卫 生与健康促进实际上也就是"基本医疗卫生 与卫生促进"。这在语义表达上明显重复和 多余,不符合科学立法对于立法技术的要 求。而且"基本医疗卫生与健康促进法"中 "基本医疗卫生与健康促进"是作为"法" 的限定词来加以使用的,很容易让人产生以

其一,可以理解为"基本医疗卫生法与健康促进法",在这一理解中,基本医疗卫生与健康促进是并列关系,其中,基本医疗卫生法为基本医疗卫生保障法的简称。

- □ 就该法的名称来看,《基本医疗卫生与健康促进法》并不是一个科学规范的名称。相反,这一法名存在意思表达重复且混乱的严重问题。
- □ 健康促进对于政府的要求要低于基本医疗保障和基本公共卫生保障对于 政府的要求,其在立法上有着不的理念,而理念的差异决定了内容设计 上的差异不同,甚至可能会致使立法在制度上难以兼容。
- □ 立法者将基本医疗服务保障、基本公共卫生保障以及健康促进纳入同一部立法中,意图在一部法中解决三个方面的立法空缺,其用心之良苦值得肯定和赞许,但同时也使得该法在定位上产生了高度的模糊性。

其二,可以理解为"基本医疗卫生与健康促进"的法,在这一理解中,基本医疗卫生与健康是作为并列关系的词共同修饰和限定"促进"的,亦即可以理解为基本医疗卫生促进法与健康促进法的合称。

其三,可以理解为基本"医疗卫生与健康促进法",即基本一词是用来修饰后面的医疗卫生与健康促进的,而基本医疗卫生与健康促进法则隶属基本法的范畴。这显然容易造成人们对该法理解上的混乱,会增加人们对该法性质和内容把控上的难度,与科学立法的要求背离。

立法目的不易兼容

就立法目的来看,该法意在"一法多用"、"一石多鸟"的初衷虽好,但却难以实现。

该法将基本医疗服务保障、基本公共卫生保障与健康促进纳入同一部立法之中,似在意图借助一部法来分别解决基本医疗服务保障、基本公共卫生保障以及健康促进三个方面的问题。但实际上三者的立法理念以及政府在其中承担的职责和使命并不相同,强行将之规定在同一部法中会导致制度上难以兼容。具体而言:基本公共卫生服务是一种相对较低层次的基本卫生服务,对政府的要求较高,而相关国际公约中也都普遍确立了各国政府在基本公共卫生保障方面的义务。

从各国对这一服务制度保障的情况来看,政府在提供基本公共卫生服务方面往往需要承担全部的义务,其相关的投入由政府来加以包办。而基本医疗服务所需要的费用

则受制于基本医疗服务自身的特点往往需要国家、社会及个人共同负担。

换言之,基本医疗服务与基本公共卫生所需的保障筹资机制是不同的,对政府的要求存在差异。当然,无论是基本公共卫生保障还是基本医疗服务保障都属于保障层面的要求,其中所涉之政府义务属于强制性义务,二者在这一点上是相同的。

而健康促进则不同,其属于改进和完善型的要求,对政府义务的要求属于相对较宽松层次的要求,对政府责任的规定可以不必像对保障层面的要求那样严格。就是说,健康促进对于政府的要求要低于基本医疗保障和基本公共卫生保障对于政府的要求,其在立法上有着不尽相同的理念,而理念上的差异决定了其内容设计上必然存在不同,甚至在很多方面会背道而驰,致使立法在制度上难以兼容。而且,将基本医疗卫生与健康促进放置在一起,也必然会使该法在内容上面临如何协调二者之间关系的问题,是以基本医疗卫生保障为重点,还是以健康促进为重点?这显然也是一个无法回避又难以解释的问题。

立法定位需更明晰

不仅如此,《草案(二审稿)》在定位上依旧没有摆脱模糊不清的问题。就目前来看,我国尚无基本医疗服务保障方面的立法,而不断被媒体曝光的"断腿自救事件"、"自制钢肾事件"等则彰显了广大人民群众基本医疗服务保障不足的困境。在此背景下,我国急需制定一部能够承担基本医疗服务保障功能的立法。而《基本医疗卫生与健康促进法》的制定

显然具有弥补这样一种立法空位的意图。

同时,卫生领域立法的整体滞后性使得我国在公共卫生以及健康促进方面的立法也处于近乎空白的状态,亦需要尽快出台相关的立法。而公共卫生、健康促进与基本医疗存在着相关性,很多情况下,公共卫生服务尤其是基本公共卫生服务保障不力是致病的重要因素,而健康促进工作做得不好显然也是引发人们生病不可忽视的原因。

在这样一种逻辑下, 立法者基于节约立法 成本的考量,将基本医疗服务保障、基本公共 卫生保障以及健康促进纳入同一部立法中, 意 图在一部法中解决目前我国在以上三个方面都 存在立法空位的缺陷, 令该法具有明显的综合 性和基础性, 其用心之良苦值得肯定和赞许。 但同时也使得该法在定位上产生了高度的模糊 性,即:该法究竟是一部具有专项法性质的基 本医疗服务保障法?还是一部具有基础性质、 将在我国卫生法体系中承担核心法角色的基本 法? 如果是一部具有专项法性质的基本医疗服 务保障法,则现有的立法内容太过分散,制度 设计似乎过于政策性和原则性, 无助于真正保 障和实现人们的基本医疗服务; 而假如该法是 部具有基础性质、将在我国卫生法体系中承 担核心法角色的基本法,则其内容又不够广 博,没有完全包容医疗卫生领域的所有问题甚 至是大部分问题。

在这一点上,《草案(二审稿)》无论从 其名称上还是从其内容设计上显然都没法让人 们得以明确,相比于之前该法酝酿制定指出所 采用的《基本医疗卫生法》乃至相比于《草案 (一审稿)》而言,该法二审稿在自身定位上依 旧是模糊不清的。

基于以上分析,笔者以为,《草案(二审稿)》无论是在立法名称的斟酌与确定上,还是在立法内容的设计与编排上,乃至在一些具体条款的表述上,都还需要认真加以考量,进一步作出完善。毕竟,站在科学立法的角度来说,无论是立法名称还是立法内容乃至个别看上去很微观的概念之界定,都会影响到该法将来运行的实效,影响到人们基本医疗服务保障权的享有与实现。

(作者系上海社会科学院法学研究所研究 员、生命法研究中心主任)

《公司法司法解释(五)》的亮点与缺憾

李立新 刘晨

2019年4月28日,最高人民法院抓住营商环境法治化这一契机,发布了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》(以下简称《解释(五)》)。《解释(五)》仅有6个条文,而第1条以及第2条均是关于关联交易下中小股东的权益保护的规范。

这两个条文亮点纷呈, 却也仍存缺憾。

亮点一:区分关联交易的内部责任与外 责任。

《解释 (五)》第 1 条在《公司法》第 21 条的基础上,进一步强调关联交易的内部责任。《解释(五)》第 2 条规定的是关联交易的外部责任。责任主体是合同的相对方,责任来源主要是合同违反了契约精神,具备合同无效或者可撤销事由。当公司没有起诉合同相对方时,符合条件的股东可通过股东派生诉讼的方式请求确认合同无效或撤销该合同。《解释(五)》第 1 条和第 2 条区分了关联交易的内部责任与外部责任,层次分明,内外兼顾,这是《解释(五)》的最大亮点。

亮点二:对关联交易进行实质判断。

《解释 (五)》第 1 条表明,即使关联交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序,但是当关联交易有损公司利益时,控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员仍然需要承担责任,赔偿所造成的损失。因此,判断关联交易是否有损公

司利益,应看其是否有违公平。非正常关联交易的表决程序虽形式上往往具有合法性,但这无法掩盖其实质违法的本质。实践之中,大股东通过公司的关联交易进行资金挪用、利益输送等现象屡见不鲜,且这些关联交易往往在形式上披着一层合法的外衣。在这种背景下,《解释(五)》强调对关联交易进行实质判断,无疑是加强了对中小股东合法权益的保护。

亮点三:股东派生诉讼适用范围扩大。

关于《公司法》第151条第3款所规定的"他人"是否包括公司的交易相对方,理论上及实务上均存在分歧。"肯定论"者认为,应对"他人"作广义上的理解,"他人"不仅限于公司的侵权行为人,亦包括公司的交易相对方。"否定论"者认为,"他人"不包括公司的交易相对方。《解释(五)》第2条偏向于"肯定论"者的观点,至少"他人"包括关联交易中的交易相对方。从这个意义上来看,《解释(五)》扩大了股东派生诉讼的适用范围。

缺憾一:关联交易认定及举证责任分配 仍未明确。

适用《解释 (五)》第1条和第2条的前提是构成"关联交易",但是,何谓"关联交易"。《公司法》未有明确规定,《解释(五)》虽指出要对关联交易进行实质判断但仍未提供具体的判断标准。《上海证券交易所股票上市规则(2019年成)》第10.1.1条以及《深圳证券交易所股票上市规则(2018

年版)》第10.1.1条对关联交易之认定对于非上市公司并不适用。此外,《企业会计准则一关联方关系及其交易的披露》、《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》等对关联交易之认定均有涉及,但是这些规定在具有适用层面均具有一定的局限性。实践中,关联交易的不正当性、非必要性以及损失数额的确定等均是举证之难点。在举证责任之分配上,是仍然按照"谁主张,谁举证"之一般规则将举证责任分配给原告,抑或是实行举证责任倒置?对此,《解释(五)》未予明确。

缺憾二:适用范围仅局限于关联交易。

《解释 (五)》第1条和第2条的适用范围仅局限于关联交易情形,倘若公司与第三方的交易非属关联交易,则这两条无适用空间。在不正常的关联交易无法证成或交易确非关联交易的情形下,如若公司怠于向交易相对方主张合法权益,那么中小股东的合法权益仍旧无法得到有效保障。

缺憾三:股东派生仲裁制度仍未建立。

实践中,公司在与第三方进行交易时,往往会约定仲裁条款。一旦交易损害公司利益而公司又怠于主张权利时,纠纷之解决以及中小股东利益之保护便会陷入僵局。

一方面,股东派生诉讼制度面临制度失灵。 在公司与第三人约定了仲裁条款的情形下,股 东派生诉讼受仲裁条款约束。因为我国采取"或 裁或审"的原则,有效的仲裁协议固然能够排斥 法院的司法管辖权。这在一些地方的裁判规则 中也有所体现,例如,《广东省深圳市中级人民法院关于审理股东代表诉讼案件的裁判指引》第3条规定:"公司与他人有书面仲裁协议,股东就仲裁协议约定的仲裁事项对他人提

起股东代表诉讼的,人民法院应不予受理。" 另一方面,若仲裁机构严守仲裁协议的相对性原则,由于股东非属合同之相对方,因此其无权基于仲裁协议向仲裁机构主张公司的交易相对人的责任。《解释(五)》第1条、第2条虽然将股东派生诉讼的适用范围扩展到关联交易领域,但是一旦关联交易合同中约定了仲裁条款,则《解释(五)》第1条、第2条此时亦无适用的余地。

笔者认为,我国有必要建立股东派生仲裁制度来纾解实践中的此类困局。首先,实践需求呼唤股东派生仲裁的制度构建。实践中股东派生仲裁早已初见端倪,有些地区的仲裁委员会认为股东在符合股东代表诉讼的前置条件时,当股东根据约定的仲裁协议提起仲裁,约定的仲裁委员会具有管辖权。其次,股东派生仲裁制度具有充足的法理基础。"公平合理的期待"原则、代位权理论、仲裁协议扩张理论能够为股东派生仲裁制度提供充足的法理支撑。因此,在营商环境法治化背景下,我国应当建立股东派生仲裁制度,在公司怠于启动仲裁程序时,允许符合条件的股东进行股东派生仲裁。

(李立新系上海大学法学院副教授、民商 法教研室主任;刘晨系上海大学民商法研究中 心研究助理)