

传染病防控中的隔离措施

高泰伟*

摘要 传染病防治法上规定对传染病患者、病原携带者、疑似患者及其密切接触者等采取隔离措施,目的在于阻绝传染病蔓延扩散。此种措施的实效为自古至今的重大疫情及其防治结果所证明,但亦引发了个人权利与公众健康所体现的公共利益之间的抵牾。在实务操作中,有关隔离的种类繁芜,操作不当可能造成不必要的混乱。有必要从分类、主体、程序、救济等层面加以完善,从而使个人权利和公共利益达致平衡。隔离措施的体系化以适用对象不同而展开,同时更需要对其从宪法、组织法、程序法等视角予以探讨,从而凸显政府介入风险社会之时始终注重个人权利维护的理念。

关键词 传染病防治 隔离 检疫 宪法保留 正当程序

一、问题的提出

传染病防治法上的隔离措施目的在于避免传染病疫情蔓延,提供被隔离者医疗诊断、照护服务,协助其早日获得恢复健康,进而全面阻绝传染病的扩散。然而其本质实为对人身自由的限制,如果说刑事诉讼法中羁押须经法院审查决定,那么传染病防治法上的隔离措施是否也应当适用相同的程序保障,便成为当前各国学界讨论的热点议题。^{〔1〕} 在中国,自非典、禽流感、甲型 H1N1 等各类公共卫生突发事件直至新冠肺炎疫情以来,各级政府依法相继采取了强有

* 中山大学法学院教授。本文系司法部国家法治与法学理论研究课题“行政复议制度改革研究”(项目编号:19SFB2016)的阶段性成果。

〔1〕 See Jesse T. Greene, “Federal Enforcement of Mass Involuntary Quarantines: Toward a Specialized Standing Rules for the Use of Force”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 6, No. 1, 2015, pp. 58—111; Lawrence O. Gostin & James G. Hodge, “US Emergency Legal Responses to Novel Coronavirus: Balancing Public Health and Civil Liberties”, <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2761556>, last visited on May 6, 2020.

力的隔离措施,卓有成效。客观地讲,因新冠肺炎疫情采取隔离措施而引发的争议极为鲜见,这与许多相关问题在非典后均有所探讨和改进有关。^{〔2〕}但由于立法并未臻于至善,程序规定有所欠缺,实施主体不明确、隔离标准和适用对象不明确等问题仍然突出,颇有讨论的余地。全国人大常委会执法检查组于2018年关于检查传染病防治法实施情况的报告中曾指出:“新突发传染病发生时密切接触者的隔离缺乏明确法律依据,不能依法采取强制隔离措施及时控制其流行。”^{〔3〕}通过规范分析可以发现,中国传染病防治法上隔离措施的规定过于强调医学标准,忽视了法律标准的建构;过于注重相关机构职责的架构,未对隔离措施加以体系化,有淡化个人权利保障的倾向。尤其是隔离措施的种类和术语规范以及法治化问题,尚待进一步完善。这正是本文的问题意识,即借助疫情防控深入讨论传染病防治法上的隔离措施,细化其种类及法理,并结合比较法阐释,为隔离措施的体系化和法治化提供思路。

二、隔离措施的体系化

经济社会发展以及全球化进程加速,导致传染病的流行特征从过去仅存于某些局部地区的疾病现在有可能演变成世界范围内的疾病,无论规模抑或传染力均难以遏制。因此,传染病防治立法成为世界各国高度关切的共同课题,期望以规范传染病防治的各种事项,进而实现追求全人类健康的目的。而在传染病防治手段层面,隔离措施无疑是最为有效的方法之一,其可以快速医治患者并完全阻断传染源。从各国立法例来看,隔离措施主要分为隔离(isolation)、检疫(quarantine)两种方式。^{〔4〕}两者区分标准主要为是否染疫,隔离患者是为了治疗,因此隔离处所通常为医院或其他医疗机构,仅将患者隔离于一定地区或空间而不予治疗,任其发病自生自灭甚至予以焚烧摧毁,均非现代传染病防治方法。检疫则指将与患者有过接触但未得病或未发病的正常人,或将有疑似可能染病但临床上并无症状,或未发病的带原者、带菌者等与社会人群分离或限制其行动,以避免与他人接触而传染扩散。现代检疫均以在家中检疫为原则,只有染病可能性较高的疑似染病人,或是高度传染力的传染病,才会在住家以外的指定处所检疫。实践中分为国境检疫、居家检疫和集中检疫。

将传染病防治法上的隔离措施按照适用对象不同区分为隔离和检疫,一方面可防止传染病的蔓延,对确诊患者及时治疗,这符合传染病防治上的及时性要求,也便于使法治手段与医学标准相统一;另一方面则基于风险预防原则,方便观察受检疫人是否发病,一旦发病可立即

〔2〕 参见翁里、刘一展:“试论公权力与私权利之间的法律平衡——关于制定《传染病隔离法》的思考”,《政法学刊》2004年第2期,第41—44页。

〔3〕 王晨:“全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查《中华人民共和国传染病防治法》实施情况的报告——2018年8月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上”,http://www.xinhuanet.com/politics/2018-08/30/c_1123355848.htm,最后访问日期:2020年4月16日。

〔4〕 See Roni Adil Elias, “Preventing Contagion and Protecting Civil Liberties: Problems in Quarantine & Isolation Law in the United States & Suggestions for Reform”, *Charlotte Law Review*, Vol. 7, No. 2, Spring 2016, p. 136.

隔离治疗,否则解除检疫,立法应对此建构一定的法律标准。此两分法可使行政机关区分受感染者、密切接触者等不同情形并展开有针对性的隔离措施。至于何时使用隔离、何时使用检疫,需要行政机关在公共利益、个人权利之间进行微妙平衡。一般认为隔离措施要符合法治理念、系替代方案中最小限制的使用方式、对受影响者的正当补偿等要求,将那些受到隔离和检疫的人置于人道环境之中。^{〔5〕} 中外传染病防治法上的隔离措施种类如表 1 所示:

表 1 中国传染病防治法、国际卫生条例及美国法隔离措施比较

	确定(或合理相信)已罹患传染病	不确定是否罹患传染病
中国传染病防治法	隔离治疗、留验、就地诊验	留验、隔离、检疫、指定场所医学观察、其他必要的预防措施
美国紧急卫生权力示范法	Isolation	Quarantine
国际卫生条例	Isolation	Quarantine

从以上的分析以及域外立法例观察,中国传染病防治法上的“隔离”一词含义较为宽泛,至少未让公民了解到两分法差别对待相关人群的本意。^{〔6〕} 使用“隔离”通俗易懂、宜于操作,然而可能会扩大隔离治疗等措施适用的范围,将检疫对象包括其中。加之实践使用了并不规范的语词,致使隔离措施在具体实施过程中滋生了一些争端。如 2009 年上海将一些甲型 H1N1 密切接触者予以“隔离”,便受到外方质疑。^{〔7〕} 此种误解与中文将“quarantine”一词也译为“隔离”有关,导致有时即使实务操作无误也容易引致疑惑。^{〔8〕} 为此,有必要溯本清源,引入隔离措施两分法,进而细化传染病防治法上的各种措施。事实上,将一些相对普遍化的概念、种类加以概括并进行体系化极具理论和现实意义。一方面体系化可使立法更具明确性,有利于维护法秩序的一致和安定性,差异化的措施适用不同的人群、疾病、区域,既无防治不力,亦不过度反应。另一方面将使法律规范与生活实践建立必要的“距离”,可“减轻法律适用的负担,降低法律适用的难度”,^{〔9〕}即使有新方法、新情况出现亦能从容应对。

(一) 隔离的体系化

中国传染病防治的主要法律规范为《传染病防治法》和《国境卫生检疫法》。前法在总结

〔5〕 See Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, Oakland, California: University of California Press, 3d ed., 2016, p. 40.

〔6〕 “增加针对不同对象的有层次的措施体系,以满足对个人自由进行限制时选择最小损害的伦理和法理框架”,雷娟:“传染病强制医疗的立法规制检视——以 *Enhorn v. Sweden* 为例”,《行政法学研究》2013 年第 3 期,第 102 页。

〔7〕 参见“上海市:隔离无症状墨西哥人有法可依”,<http://sh.sina.com.cn/news/h/2009-05-04/0857111022.html>,最后访问日期:2020 年 4 月 27 日。

〔8〕 参见陈宜中:“个人自由、集体安全与社会正义——关于 SARS 风暴的几点伦理省思”,《开放时代》2005 年第 6 期,第 100 页。

〔9〕 赵宏:《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》,法律出版社 2012 年版,第 77 页。

1989年上海甲肝大流行应对经验之基础上于同年颁布,而历经非典,于2004年得以实质性修订,又于2013年进行了较小的修正。后法之所以被视为传染病防治法的法律渊源,原因在于其立法目的是“为了防止传染病由国外传入或者由国内传出”,此法1986年制定,于2007年、2009年、2018年三次修正。从新冠肺炎疫情发展来看,将两部法律统一起来进行理解和适用,既符合传染病呈现全球扩散趋势必须加以整体应对的要求,亦能够对传染病防治法上的隔离措施展开分门别类并实现体系化的作业。此外,两部法律的实施办法(1991年颁行的《传染病防治法实施办法》与1989年颁行、2010年修订的《国境卫生检疫法实施细则》)及2003年颁行、2011年修正的《突发公共卫生事件应急条例》均值得关注。

关于“隔离”的内涵,以上法律规范中仅有《国境卫生检疫法实施细则》第2条作出规定:“隔离”是指将染疫人收留在指定的处所,限制其活动并进行治疗,直到消除传染病传播的危险。“留验”指将染疫嫌疑人收留在指定的处所进行诊察和检验。1999年颁布的《国内交通卫生检疫条例实施方案》第51条承继了隔离的内涵。^[10]从立法史来看,隔离是作为医学术语被引入法律之中而成为法律概念,英文对应为“isolation”一词。医学意义的隔离,通常指将特定类别的传染病患者收留在指定处所,限制其活动范围并进行治疗,直至消除传播传染病的危险为止。进入法律规范之后,隔离因而兼具医学和法律属性。^[11]单纯的隔离并不会产生传染病防治法所拟达到的行政目的,辅之以检查、治疗等措施实属必然。因此,在这种意义上讲,实践层面中所言的隔离治疗、强制隔离、隔离医学观察等措施均属于此类隔离。

关于隔离的种类,1989年的《传染病防治法》第24条规定了隔离治疗、强制隔离治疗、医学观察,第26条规定了对人员、物质和交通工具实施卫生检疫和疫区封锁等措施。现行《传染病防治法》于第41条增加“隔离措施”,显然是因应非典防控的经验,但法律未明确其内涵和外延。《国境卫生检疫法》规定了隔离、留验与就地诊验^[12]三种,《突发公共卫生事件应急条例》使用了“控制措施”的概念。从法律规范上的种类表述来看,现行法虽然区分了适用对象,但隔离措施的表述较为混乱,并未坚持“隔离”本身的内涵,带来的问题是适用时无端扩大“隔离”的对象范围,进而有违反比例原则、法律保留原则、法律明确性原则、正当程序原则等要求的疑虑。而在操作实务中,有关隔离措施种类更是纷繁复杂,相关的规定并没有对这些措施予以明确,对于常用概念,媒体进行了梳理,但模糊不清、令人费解。^[13]这些实践和认知,显然在一定程度上扩张了“隔离”的原意,未来在传染病防治法完善的过程中,应将前述条款中确定的内

[10] 本方案是为了落实《国内交通卫生检疫条例》相关规定而于1999年颁行,该条例的前身是《铁路交通检疫管理办法》(1985年制定,已废止)。

[11] 参见陈志华:“论防治‘非典’隔离措施之适用”,《法律与医学杂志》2003年第2期,第81页。

[12] 《国境卫生检疫法实施细则》第2条规定“就地诊验”是指一个人在卫生检疫机关指定的期间,到就近的卫生检疫机关或者其他医疗卫生单位去接受诊察和检验;或者卫生检疫机关、其他医疗卫生单位到该人员的居留地,对其进行诊察和检验。

[13] 参见“跨省复工咋流动? 入省、入境隔离啥条件? 各地隔离政策汇总来了”,<https://news.sina.com.cn/c/2020-03-27/doc-iimxxsth2183580.shtml>,最后访问日期:2020年4月22日。

涵贯穿于整个传染病防治法。作为隔离措施中最为严格的手段,隔离主要依据医学标准来判断,具体包括了隔离治疗、留验、就地诊验等形态。在大多数情况下,隔离和治疗同步进行,隔离的期限根据医学检查结果确定。留验则主要实施医学诊察和检验,以待进一步诊断的措施,实务中称医学留验、医学观察,可适用于病原长期携带者(如新冠肺炎常阳者)。而就地诊验则相对灵活,可适用于普通的传染病。

(二) 检疫的体系化

如果说前述“隔离”适用对象为病人、病原携带者、疑似病人等,对人身自由拘束程度较为严格的话,那么《传染病防治法》第 41 条隔离措施、第 42 条紧急措施、《国境卫生检疫法》第 17 条预防和控制措施,在适用对象、采取手段、严格程度等层面上显然均非隔离治疗、留验、就地诊验等措施所能涵盖,立法应当予以明确。事实上,一些地方实践作出了区分,如《湖北省人民政府关于加强新型冠状病毒感染的肺炎防控工作的通告》既规定前述“隔离”,也规定了“居家或集中隔离观察”方式。^[14] 具体操作时前者“隔离”强调强制性,“拒绝隔离治疗或者隔离期未满足擅自脱离隔离治疗的,公安机关协助强制隔离治疗”,后者则规定居家隔离、集中隔离以自我防护、家庭和社区管理为主,除非“构成治安管理违法行为或者犯罪的,公安机关依法追究法律责任”。^[15] 总体而言,实务操作与法律规范上的“隔离”有些差异,有利之处在于“隔离”一词略带强制性,疫情期间以严促守,无可厚非;^[16] 不利之处是可能混淆适用对象,徒增恐慌甚至对公众权益造成损害。有必要对“隔离”之外的隔离措施加以体系化,而“检疫”(Quarantine)一词可以作为上位概念统合实践中的一些作法。对不同对象采取差异化的措施,旨在满足对个人自由进行限制时作出最小损害选择的法理要求。其必要性可从以下几个方面具体展开。

第一,历史发展的原因。在过去的几个世纪直至现代,隔离和检疫被认为系控制传染病的有效方式。两者名称虽然偶有通用,但是使用的条件、法律标准差异迥然。隔离为了治疗,而检疫意在预防和发现。检疫经历了从古代向现代理念的转型,呈现为消极和积极两种样态。^[17] 前者指虽然检疫但并未采取相应措施,典型如 1377 年,拉古萨城扣留来自疫区的人 30 日,后又延至 40 日,“quarantine”(原为意大利语,40 日)一词由此肇始。积极检疫是指为防止疫情扩散而对相关公民进行人道主义区隔,避免社会受到合理预见的威胁。历史上检疫在

[14] 该通告发布时间为 2020 年 1 月 20 日, http://www.hubei.gov.cn/xxgk/gsgg/202001/t20200122_2013895.shtml, 最后访问日期:2020 年 4 月 20 日。

[15] 如参见《咸宁市公安局关于维护新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间社会治安秩序的公告》(2020 年 2 月 4 日), http://gaj.xianning.gov.cn/zwdt/tzgg/202002/t20200207_1926885.shtml, 最后访问日期:2020 年 4 月 23 日。

[16] 学界和实务操作中倾向于在隔离之前附加“强制”一词,以期促进法的遵从。参见高蕾等:“卫生即时强制与公民人身自由权”,《中国卫生事业管理》2013 年第 4 期,第 278—279 页。

[17] 参见张俊义:“古今传染病隔离措施的伦理基础探微”,《中国医学伦理学》2010 年第 4 期,第 80—81 页。

西方国家声名狼藉,甚至被滥用为不法监禁。^[18]但在现代法治理念下,发挥其预防功能而使用检疫一词无疑切中肯綮。

第二,方便国际交流合作。世界卫生组织颁行的《国际卫生条例》和欧美国家通常认为隔离针对确定、或至少合理相信已罹患传染病者,而检疫针对不确定是否罹患传染病者。^[19]该条例第1条规定:“隔离”系指将病人或受染者或受染的行李、集装箱、交通工具、物品或邮包与其他个人和物体隔离,以防止感染或污染扩散;“检疫”系指限制有嫌疑但无症状的个人或有嫌疑的行李、集装箱、交通工具或物品的活动和(或)将其与其他的个人和物体隔离,以防止感染或污染的可能传播。^[20]国际通用隔离、检疫两分法,是控制传染源、切断传播传染病途径的干预措施,而“公正的程序是实施检疫/隔离措施的关键。主要目的是在保护公众健康的同时,要将因为限制个人自由所造成的负担与伤害减至最低程度。”^[21]为方便国际交流,建议使用该词,中文可视语境译为“检疫隔离”或者“隔离检疫”。^[22]具体包括居家检疫和集中检疫形态。^[23]

第三,法律体系整合的需要。传染病扩散之时,防治必须实现国内、边境全覆盖,故而应加强相关机构合作并形成统一的国家防疫体系,术语统一更是题中之义。但也许有反驳者认为《国境卫生检疫法》对“检疫”一词并未作出解释,适用对象仅为“防止传染病由国外传入或者由国内传出,实施国境卫生检疫”,将之适用于国内且作为上位概念统筹类似居家隔离、集中隔离、自我隔离、社区隔离、指定隔离等实务作法并不妥当。然而,无论是从境外传入还是由境内传出,均会导致传染病扩散,从保障公共健康的角度来看,所采取的措施及其标准、程序应当一致。如《传染病防治法》第43条、第44条均规定了检疫要求,也即“检疫”作为隔离措施同样适用国内。

第四,汉语传统的考量。汉语将“quarantine”一词翻译为检疫并进入法律规范较早是在中华民国时期。^[24]1944年的“传染病防治条例”在规定隔离治疗、留验的同时,将检疫规定为传染病流行时卫生主管机关实施的措施,而对入境或出境者采取的措施称为“国际检疫”。由此可见,虽然汉语中检疫一词多用于国境领域,但本质是为防止传染病在国内蔓延和国际间传播

[18] See Hilary A. Fallow, “Reforming Federal Quarantine Law in the Wake of Andrew Speaker: The Tuberculosis Traveler”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Vol. 25, No. 1, Fall 2008, p. 88.

[19] Gostin et al., *supra* note 5, pp. 416–429.

[20] See International Health Regulations, art. 1.

[21] 王春水:“流感大流行应对中公共卫生伦理学问题研究”,《中国医学伦理学》2009年第3期,第128页。

[22] 参见白立志:“隔离检疫名词的来历及含义”,《中国兽医杂志》1986年第6期,第51–52页。

[23] 有学者建议使用居家留验和指定留验,参见杜国明:“‘限制人身自由’卫生即时强制的立法研究”,《西部法学评论》2009年第3期,第118页。

[24] 检疫一词在清代已经出现,参见余新忠:“从避疫到防疫——晚清因应疫病观念的演变”,《华中师范大学学报(人文社会科学版)》2008年第2期,第51–60页。

而采取的预防措施。^[25] 目前,我国台湾地区亦将隔离措施分为两种:一为隔离治疗;二为居家检疫和集中检疫。近几十年来国内传染病防治之所以鲜用检疫一词,一方面因传染病防治工作突出“防疫”理念,另一方面则因立法模式、部门分割所致。

体系化的隔离措施可以针对传染病患者、疑似传染病患者、正常人等展开不同层次和程序的隔离或检疫。这些手段统称为隔离措施,建议英文使用“quarantine”,以便国际交流。而在其之下可分为隔离与检疫两种,检疫的两种方式可明确规定于《传染病防治法》第 41 条。在隔离措施的光谱上,隔离治疗最为严格、最具强制性,规模较小;居家检疫规模较大,强度较弱。留验、集中检疫有时呈现出相互交叉、重叠的特征。就适用对象而言,检疫适用于传染病患者的接触者,而隔离治疗用于传染病患者;对于曾与传染病患者密切接触或疑似被传染者,亦可留验或就地诊验,必要时可集中检疫,一般公民或其他情况可居家检疫。表 2 可作为参考:

表 2 体系化后的中国传染病防治法上的隔离措施比较

措施	适用对象	具体方式	措施规模	措施强度
隔离	确定(或合理相信)已罹患传染病	隔离治疗、留验、就地诊验	规模较小	强
检疫	不确定是否罹患传染病	集中检疫、居家检疫	规模较大	弱

(三)体系化的其他因素

对隔离措施的体系化除了考量适用对象、传染病类型之外,还应当考虑以下一些因素:

其一,规模性因素。此因素主要涉及被隔离措施所拘束的人数规模。只要传染病防治得当,隔离或检疫规模并不大。但当疫情严重时,将出现大规模检疫。^[26] 该词并非法律概念,具体呈现为集中检疫、居家检疫,有时亦包括隔离治疗。自 1918 年后,各国政府均认为伴随科技发展,大规模检疫不会再现。^[27] 然而,此种观点在近些年受到挑战。有效防治和尽量降低人权负担之间的平衡始终是作出大规模检疫决定时的核心议题,要杜绝类似西方传统检疫方式,不得歧视其他族裔或者置公民于自生自灭的状态;要符合法治原则,并在隔离或检疫实施过程中制定配套措施,保障公民的基本生活。^[28]

其二,区域性因素。根据隔离措施人数的特定与否,可分为对人的隔离措施和对地区的隔

[25] 参见马沛然:“主要传染病之隔离期与接触者之检疫期”,《山东医刊》1958 年第 5 期,第 21—22 页;孙纪彰:“部队常见传染病的隔离和检疫”,《人民军医》1980 年第 3 期,第 36 页。

[26] See Joseph Barbera et al., “Large—Scale Quarantine Following Biological Terrorism in the United States, Scientific Examination, Logistic and Legal Limits, and Possible Consequences”, *Journal of the American Medical Association*, Vol. 286, No. 21, 2001, p. 2711.

[27] See Lawrence O. Gostin & Benjamin E. Berkman, “Pandemic Influenza: Ethics, Law and the Public’s Health”, *Administrative Law Review*, Vol.59, No. 1, Winter 2007, p. 169.

[28] 中国经验值得总结,美国学者建议应当借鉴,从而加强美国的检疫法制建设。See Nazita Gamini, “The Need for Stronger Implementation of Quarantine Laws: How Adopting China’s Strategy to Fight SARS Can Help the United States Effectively Utilize Quarantine Powers in the Fight against Ebola”, *Journal of Health & Biomedical Law*, Vol. 11, No. 1, 2015, pp. 57—92.

离措施。对地区的隔离措施,以空间而不以特定人为直接对象,为防止疾病传播,区隔某一特定空间,限制或禁止人员出入。因为涉及区隔人员较多且不特定,并不必然与医学治疗相关联,更多考虑的是防止传染病跨地域扩散,所以检疫体现出更多的空间区隔特征。^[29] 疫区的设定是实施大规模检疫的前提,需要结合风险评估经由法定程序作出。要关注疫区之间及其与非疫区之间的衔接,避免重复检疫;要关注疫区内各种具体措施的合理使用;要关注疫区隔离措施强度的差异,深入研究在疫区的居家检疫和非疫区的居家检疫是否一致,集中检疫如何过度到居家检疫。^[30]

其三,紧迫性因素。传染病防治法上的隔离措施并非总是适用于紧急状态,在非紧急状态下隔离措施亦有适用的空间。传染病出现并不必然等于发生公共卫生紧急事件,目前中国传染病防治法未对两者进行区分,究竟其程序有何差异,如何权衡才能在实现公共利益之时将个人利益限制至最小程度,如何在风险不确定的情况下确保公共利益的实现呢? 这样的追问对隔离措施的宪法、组织和程序保障均具积极意义。

其四,强制性因素。隔离对个人有益,而检疫则未必。^[31] 事实上,因检疫还会给个人带来染疫风险。^[32] 通常情况下,隔离和检疫两种措施均可以是自愿的,也可以是强制性的。如果个人遵守,那么就是自愿性的,但当卫生主管机关明确要求强制居家检疫,对于违反者而言就具有了强制性。卫生主管机关在决定实施隔离措施后,应以行政指导为主,劝告公民自愿遵从。此外,政府还可建议增加人与人之间的社交距离、减少公共活动、自我防护等其他自愿性合作手段。^[33]

其五,岗位性因素。隔离措施主要基于个人或区域而展开,但是当因工作岗位需要进入疫区或者直接接触患者之时,工作检疫(work quarantine)的方式值得关注。工作检疫是指在传染病防治过程中,为解决医护人员、警察等短缺的问题,要求相关人员在工作时佩戴推荐的个人防护设备。他们应当在家里保持标准的检疫程序、避免乘坐公共交通工具等。^[34] 工作检

[29] See Erin M. Page, "Balancing Individual Rights and Public Health Safety During Quarantine: The U.S. and Canada", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 38, No. 3 & 4, 2006-2007, p. 517.

[30] 域外有对居家隔离进一步细化分类的情形,中国学者认为居家隔离可分为绝对的居家和允许附条件的外出(限定次数、要求佩戴口罩)。参见赵鹏:"疫情防控中的权力与法律——《传染病防治法》适用与检讨的角度",《法学》2020年第3期,第103页。

[31] See Karen H. Rothenberg & Elizabeth C. Lovoy, "Something Old, Something New: The Challenge of Tuberculosis in the Age of AIDS", *Buffalo Law Review*, Vol. 42, No. 3, Fall 1994, pp. 759-60.

[32] See Wendy E. Parmet, "Quarantining the Law of Quarantine: Why Quarantine Law Does Not Reflect Contemporary Constitutional Law", *Wake Forest Journal of Law & Policy*, Vol. 9, No. 1, December 2018, p. 8.

[33] See Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley, "Governmental Public Health Powers During the COVID-19 Pandemic: Stay-at-home Order, Business Closures, and Travel Restrictions", <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2764283>, last visited on May 6, 2020.

[34] See Robert J. Glass et al., "Targeted Social Distancing Design for Pandemic Influenza", *Emerging Infectious Diseases*, Vol. 12, No. 11, November 2006, p. 1671.

疫则是让基本的员工在工作岗位上能够履行职责,同时受到严密监控和保护。

三、隔离措施的宪法保障

人类防治传染病的基本和重要手段就是控制传染源、切断传播途径以及保护易感人群。对传染病人应做到早发现、早报告、早隔离和早治疗。其中,隔离患者、疑似患者及其密切接触者更是控制传染病传播的重要措施。从法律性质来讲,隔离、检疫属于强制措施,要求被隔离者必须在指定处所接受治疗或医学观察,被隔离者的人身自由将受到暂时限制。虽然2009年颁布的《行政强制法》第3条第2款将卫生领域的强制措施予以排除适用,但并不否认隔离措施作为强制措施的本质。既然是对人身自由的限制,就必须从宪法层面加以探讨,更为重要的是此种讨论有益于对行政领域内各种人身自由的限制构建逻辑一致的法理框架。

(一)层级化的法律保留体系

人身自由是宪法规定的一项基本权利,但基于任何权利并非绝对,因公共利益等原因,基本权利受到限制亦属必然。然而人身自由又作为一切权利的基础和前提,系最重要的基本权利,因此保障体系相对更为严密。许多国家及国际组织认为对人身自由的剥夺和限制应由宪法规定,且要求须经法院的法定程序决定,同时引入人身保护令或提审机制,如此既可增强对人身自由保障的强度、防止行政恣意,又可将非刑事案件中的关系人的权利纳入保障射程。^[35]这一做法在学理上被称为宪法保留,^[36]主张因人身自由的重要性,故而应属宪法加以明确规范且必须经过正当司法程序,即法院或法官保留(以下统称法官保留),方可充分体现对人身自由的重视和维系。因事项的重要性差异而对应不同规范的保障思路,导致法律保留原则呈现出层级化的体系。学理指出存在一些事项应受宪法直接规范(宪法保留);有些事项必须以法律直接规范(绝对的法律保留或称议会保留);有些事项必须以法律或基于法律授权的行政法规规范(相对的法律保留或称一般法律保留);有些事项可以行政机关的规范加以规定而不适用法律保留原则(行政保留)。^[37]

宪法保留的本质意涵是对基本权利限制进行再限制,特别是宪法明确规定的事项,任何机关均不得逾越。宪法保留首先构成了对议会立法的直接限制,对于宪法保留的事项,立法机关不得依公共利益条款加以排除,议会立法如果加以改变,则构成违宪。立法实践中主要体现为法律不得创设宪法未规定的对基本权利施加某种不利影响的情形,以及法律不得在宪法限定的权限之外创设新的限制主体或条件。宪法保留系大陆法系国家的概念,但是同样的内容亦存在于普通法系国家,如英国法上的人身保护令以及美国法上的正当法律程序原则。^[38]人

[35] 参见(德)赫尔曼:“《德国刑事诉讼法典》中译本引言”,载《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第6页。

[36] 参见张翔:《基本权利的规范建构》(增订版),法律出版社2017年版,第129页。

[37] 参见陈敏:《行政法总论》,2011年自版发行,第159—160页。

[38] 参见周伟:“保护人身自由条款比较研究——兼论宪法第37条之修改”,《法学评论》2000年第4期,第24—25页。

身保护令是指公民因犯罪或受拘禁,可要求法院发出令状提审,从而决定被捕理由是否合法正当。^[39]而正当法律程序原则是指任何非依法律所定的程序,不得剥夺公民生命、自由或财产且法律的目的必须符合公平正义、正当合理。^[40]

相较而言,中国公法学界对法律保留原则着墨较多,主要强调对行政权的监督。^[41]对宪法保留的阐释则较少,有关监察立法的讨论有一定涉及。^[42]在相关的学理分析中,有关现行《宪法》规定人身自由不受侵犯的第37条之内涵,多数学者认为该条款为人身自由保障确立了“宪法保留”的原则,^[43]指出对逮捕的归属权仅能依据其第2款展开组织架构,立法机关并无将逮捕权赋予其他机关的裁量空间,而对于其第3款中规定的“法律保留”能否意味着立法机关可以设置任何人身强制措施的观点进行了否定,“第37条第2款的规范含义绝对不是只针对一个叫做‘逮捕’的措施,而任由立法者设定强度相当甚至更加严厉的限制公民人身自由的强制措施”,主张立法者可基于第37条第3款“创设与逮捕强度相当的强制措施的观点,会造成法解释上明显的‘体系违反’,在宪法同一条文内造成融贯性的破坏。”^[44]这样的判断为中国探讨人身自由限制立法提供了宪法背景,当然,还存在着许多问题尚待进一步厘清,如最高立法机关的权力边界何在?逮捕的内涵究竟是什么,剥夺、限制有无差异;如何补强该条款过于强调机构分工而缺失程序性保障的问题;再如传染病防治法上的隔离措施的本质是什么。相信在未来,随着合宪性审查工作的渐次推进,有关层级化法律保留体系的讨论将对人身自由限制的合理立法有所裨益。^[45]

(二)层级化的法官保留体系

宪法保留对人身自由的限制设立了双重监控机制,首先是对立法权,应遵守法律保留及比例原则等要求,一般通过合宪性审查机制加以完成;其次是对行政权,并赋予法院来展开实施。作为宪法保留原则的重要内容,法官保留原则的主要功能在于使事件透明化,使行政机关对于人身自由的限制理由通过法官的即时检验。需要注意的是法官保留与行政复议或者行政诉讼制度并不相同,重在提供事前、即时性的救济,以防止行政机关违法行为给公众的人身自由造

[39] 参见王天星:“行政紧急强制实施的程序”,《人民司法》2005年第6期,第95—96页。

[40] 参见王锡铤、傅静:“对正当法律程序需求、学说与革命的一种分析”,《法商研究》2001年第3期,第86—87页。

[41] 参见叶海波、秦前红:“法律保留功能的时代变迁——兼论中国法律保留制度的功能”,《法学评论》2008年第4期,第3—8页。

[42] 参见张峰振:“论宪法保留”,《政法论坛》2018年第4期,第35—44页。

[43] 反对的观点,参见饶龙飞:“论限制公民宪法基本权利的职权正当化事由——以法律保留、宪法保留的功能与规范基础为中心”,《岭南学刊》2015年第4期,第86页。

[44] 张翔、赖伟能:“基本权利作为国家权力配置的消极规范——以监察制度改革试点中的留置措施为例”,《法律科学》2017年第6期,第34页。

[45] 参见莫纪宏:“论宪法保留原则在合宪性审查中的应用”,《法治现代化研究》2018年第5期,第13—17页。

成不可逆转的侵害。^[46] 在民主法治国家中,特别是重要的领域,始终存在一个问题就是法院应在审查其他公共部门的决定方面发挥何种作用。^[47] 有鉴于此,有些国家严格实行法官保留,如传染病防治法规定卫生主管机关作出隔离措施决定必须于 24 小时内移送法院审查决定,否则隔离措施违宪。即使如此,考虑到传染病防治的特殊性、尤其是急性传染病紧迫性所体现的重大公共利益,此种隔离措施是否属于“逮捕”,居家检疫是否需要法官保留的适用等问题,仍然存疑,因而一些国家的传染病防治法对法官保留暂付阙如。此外,亦存在着其他诸多人身自由限制领域并非完全由法院审查决定的立法例或实践,使得法官保留原则实难落实。

传染病防治法反对法官保留的理由很多,首当其冲的正是公共利益。当面临新型传染病突然暴发,或各种法定传染病快速蔓延,业已(或即将)造成全国各地多人受感染甚至重大伤害时,为有效阻绝疫情扩散,使之能够迅速获得控制,降低社会恐慌等重大公共利益,将与传染病患者或疑似被传染者隔离、检疫实属必要,除可维护受隔离者的生命与身体健康之外,且因无其他侵害较小的方法,自属必要且有效控制疫情的手段。同时,紧急状态下,完全由法院事先或事中介入操作存在难度,缓不济急,根本无法达致保护公益的防治效果。^[48] 其次则是认识到传染病防治法上的隔离措施虽拘束人身自由,但与刑事法上的措施的惩罚性不同,前者的目的本质在于保障公众生命与身体健康,多为预防性措施,应由行政机关作出专业判断;且有公共利益的迅速性要求,再辅以事后的行政复议或司法审查救济,则可实现公益、私益之间平衡。相对于法院,行政机关较为专业,面对传染病疫情的严重性以及其它因素,决定实施隔离措施,符合迅速防治的目标。如果行政机关在专业上展开了风险调查、评估、管理以及预测决定等程序,法院的事前介入未必适当。^[49]

作为最重要的权利,人身自由一旦丧失便具有不可回复性,因此必须坚持宪法保留的要求,但同时,如果一味强调所有非刑事被告均适用相同的规范和程序,又可能无法因应遽变时代的要求。从各国有关传染病防治法上隔离措施合宪性问题的探讨来看,其依据重要性和影响程度,对于比较轻微的人身自由限制,如对轻度的人身自由限制且时限并不久长的隔离措施,可以免除严格的法官保留;而对于程度较为严重的人身自由剥夺则必须适用法官保留。法官保留在具体操作中亦存在有事前、事后之区分,紧急情况下卫生主管机关不得已先实施隔离措施,但须在合理时间内寻求法官的同意即可。这些情况导致法官保留在学理上亦呈现出层

[46] 法官保留的作用,参见(德)霍尔姆·普茨克:“无罪推定之保证——法官保留”,琚明亮译,《苏州大学学报(法学版)》2019年第3期,第117—131页。

[47] See Wendy E. Parmet, “J.S. Mill and the American Law of Quarantine”, *Public Health Ethics*, Vol. 1, No. 3, 2008, p. 220.

[48] 参见黄锦堂:“疾病的控制的行政法问题——以严重急性呼吸道症候群(SARS)为讨论”,《台湾本土法学杂志》第105期(2004年2月),第19页。

[49] 参见陈清秀:“SARS传染病之疫情防治法制相关问题”,《月旦法学杂志》第49期(2003年8月),第45页。

级化特征,从而使得法院可以针对不同类型的非刑事人身自由限制展开差异化介入。^[50] 层级化的法官保留体系具体如下,当然个案考量的因素亦极为重要:

(1)严格的法官保留。如针对犯罪等情况而剥夺或限制人身自由,法院审查决定。

(2)事前法官介入型,适用于人身自由时限较长的情形,行政虽然有权决定,须经法院准许后始得执行,同时公民有权提出提审或人身保护令,法院予以尽快审理决定。

(3)事后法官介入型,亦称即时司法救济。对某些基于公共利益的原因,如传染病防治、对精神失常者等加以合法拘束的(居家检疫不需要),无事前法官保留,但决定作出后必须由行政机关主动将命令移送法院,法院审查决定;同时公民有权提出提审或人身保护令,法院予以尽快审理决定。

(4)无须法官保留或介入。如对于临时性的人身自由剥夺或限制,如盘检、临检等,仅适用法院事后的司法审查救济。

(三)对实践的省思及理论的期待

作为公共卫生领域防治传染病的必要手段,各国均试图采取积极的立法加以回应,但如前所述隔离措施的合宪性问题值得反思。如在新冠肺炎疫情应对中,各国实施的措施并不激进,然而公众的不满情绪依然甚嚣尘上。^[51] 层级化的法官保留体系能否为相关立法提供指引? 前述阻却宪法保留和法官保留的理由是否真的无懈可击? 对人权的保障,既有普适性的观念,又受国情、历史传统、权力配置等影响,诸如此类的因素又是否能成为一国人身自由限制立法、传染病防治立法的元理论? 抑或未来需要一种更为体系化的保障思路,从而能够使一国的法律秩序逻辑自洽呢?

第一,对立法实践的省思。目前,多数国家均从实际需求出发,呈现出区分类型、精准立法,避免僵化的趋势,与前述层级化的思路基本一致。以因历史传统对人身自由保障极为严格的德国为例,其基本法第 104 条明确规定对人身自由保障实施宪法保留,将一切的人身自由剥夺形式置于法官保留之下,以强化对人身自由的保护。学理认为只要是实施剥夺,至于目的、方法、时间久暂等均非探讨的范畴。^[52] 然而,对于传染病防治问题,德国传染病防治法第 30 条第 1 项则区分了两种情形:一般情况下卫生主管机关可强制执行隔离措施,对此必须声请法院准许;如果情况紧急,卫生主管机关可先下令暂时强制区隔,同时须在随后 24 小时内取得法院许可。这里需要注意的是,德国基本法上区分了人身自由的剥夺(当身体的移动自由,从各方面考察已经受到完全剥夺)和人身自由的限制(公权力限制公民前往某地或停留于某地,此地系公民在法律上与事实上可接近的地方),对于剥夺人身自由若未根据法官命令,应立即取

[50] 类似的分类,参见刘国庆:“论台湾地区监听制度的新变革——以通讯记录的保护为视角”,《海峡法学》2016年第4期,第55—62页。

[51] See A. Geddis & C. Geiringer, “Is New Zealand’s COVID-19 Lockdown Lawful?”, <https://uk-constitutionallaw.org/>, last visited on April 27, 2020; A v Ardern [2020] NZHC 796; B v Ardern [2020] NZHC 814.

[52] 参见李建良:“从正当法律程序观点透析 SARS 防疫相关措施”,《台湾本土法学杂志》第 49 期(2003年8月),第88—89页。

得法官的裁判；而对于人身自由限制，则采取前述法官保留体系的第(2)类。虽然两者在实践中难以区别，但考量的出发点在于如果涉及人身自由的侵害，全由法院事先或事中介入存在困难。^[53] 对此，欧洲层面的立法来得更为明确，《欧洲人权公约》第5条尽可能地明确区分各种不同人身自由侵害的样态，对于非刑事被告人身自由侵害情形，如传染病防治、精神病人的隔离措施，则无法官保留的事前适用，仅规定公民可声请法院尽快审查决定的合法性。立法实践与理论发展基本保持一致，不致使人产生无所适从之感。

从美国立法和实践来观察，其更体现出传染病防治法上的隔离措施从支持公共权力到保障个人权利、平衡公益与私益冲突的曲折发展趋势。早期基于对公共利益的考量，为防止传染病传播，可以隔离、检疫任何对公众形成风险的人。^[54] 学者分析认为制宪者所处的时代，因传染病死亡系属常态，国家安全的根本受到威胁，故而保护公共利益远比个人权利更为重要。^[55] 基于联邦制，美国传染病防治法上的隔离措施多由各州制订和实施，涉及州际和国境安全则由联邦负责。由于适用对象不同，美国传染病防治法上使用隔离和检疫作为主要的隔离措施。起初，各州法律极不统一，就隔离措施而言，有些州由行政机关决定，有的州由法院决定，有的州对违反者有罚则，有的州则无规定。多数州的法律均没有规定正当程序保护的内容。^[56] 这也使得隔离措施，特别是检疫在历史上被不断误用，受到公众诟病。^[57] 1900年，旧金山市要求区隔所有的中国和日本居民，当时的判断是亚洲人饮食依赖于大米而非动物蛋白，对瘟疫特别敏感。^[58] 即使在2014年防控埃博拉病毒期间，集中检疫经常因没有提供足够的处所、人员和设备亦饱受批评。^[59] 早期判例均明确表明公民自由并非绝对，“当涉及公共健康时，个人选择如何行使自己的自由应让位于国家的要求。”^[60] 各州卫生主管机关得到法律广泛的授权，可实

[53] 参见陈英铃：“抗煞(SARS)！要人权就不要命——隔离与人身自由的保障”，《月旦法学杂志》第98期(2003年7月)，第197—198页。

[54] *Plumley v. Massachusetts*, 155 U.S. 461, 478 (1894).

[55] See Edward P. Richards, “Dangerous People, Unsafe Conditions: The Constitutional Basis for Public Health Surveillance”, *Journal of Legal Medicine*, Vol. 30, No. 1, 2009, p. 31.

[56] See Gregory P. Campbell, “Global H1N1 Pandemic, Quarantine Law, and the Due Process Conflict”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 12, No. 2, 2011, pp. 497—532.

[57] See Dorothy Puzio, “An Overview of Public Health in the New Millennium: Individual Liberty vs. Public Safety”, *Journal of Law and Health*, Vol. 18, No. 2, 2003—2004, p. 182.

[58] See Paul J. Edelson, “Quarantine and Social Inequity”, *JAMA*, Vol. 290, No. 21, 2003, p. 2874.

[59] See American Civil Liberties Union & Yale Global Health Justice Partnership, “Fear, Politics, and Ebola: How Quarantines Hurt the Fight Against Ebola and Violate the Constitution”, <https://www.aclu.org/sites/default/files/fielddocument/aclu-ebolareport.pdf>, last visited on April 23, 2020.

[60] *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 26 (1905); *Gambone v. Commonwealth*, 101 A. 2d 634, 636 (Pa. 1954).

施隔离措施,而法院对未规定正当程序保障的法律也基本上持赞成态度。^[61]时至本世纪,认为个人权利服务于公共利益,此时人身保护令也仅是选项的观点仍然存在。^[62]

“911事件”后,美国对公共健康、国家安全等问题尤为关注,更新和扩张了联邦和各州的许多权力,其中包括隔离措施。在此过程中,由于学者推动,使得美国立法、司法实践逐渐转向既凸显公共利益又关注个人权利保护的路径。2002年的《州公共健康紧急权力示范法》试图为个人权利保障提供规范,虽然有人批评该示范法赋予州行政机关的权力过大,但是明确法官保留的作法已属重大进步,目前约有30多个州的立法对该示范法予以了借鉴。该示范法第605条规定卫生主管机关根据是否染疫而分别采取隔离或检疫;同时,为实现公益、私益平衡区分了暂时性的隔离措施和正式的由法院准许的隔离措施两种情形。前者是如果情况显示,迟延隔离措施将明显危害卫生主管机关预防或阻止传染病的扩散,则可作出暂时性隔离措施,但须经书面通知。该书面通知必须指出应受隔离者、隔离的条件、隔离的期限,以及可疑的传染病。受隔离者若为一群人或无法个别通知时,可将通知贴于隔离住所的明显处。卫生主管机关应在10日内,依程序向法院申请法院令,授权隔离或检疫,否则应立即解除。后者是指在非紧急状态下,卫生主管机关以书面方式向法院请求授权隔离措施,请求内容包括上述书面内容,然后于24小时内通知应受隔离者;法院在接到请求后于5日内应举行听证。如果证据显示应进行隔离或检疫,则法院准许并签发法院令,隔离或检疫时间不能超过30日。卫生主管机关可于期间未届满时向法院声请延期,但一次延期最长不得超过30日。同时,无论是暂时隔离措施或法院的隔离措施令,受隔离者均可向法院提出解除隔离措施的请求,而法院须于收到请求后48小时内决定。如果法院决定受理其请求,则法院应当在24小时内举行听证,以决定是否解除隔离措施。2003年由5个州协力形成《州公共健康转折点示范法》,目前约有30多个州的立法对相关条文加以吸收。2003年的示范法同样区分了上述两种程序。相较于前一个示范法,2003年示范法更加强个人权利的保护,如将声请法院审查的时限加以缩短,以避免个人权利受到损害。^[63]两部示范法均区分了暂时隔离措施与一般隔离措施的种类,取决于是否有足够的时间对隔离和检疫实施告知。这考虑到当传染病蔓延之时,提供告知很难保障的因素;同时又与美国对精神病病人经拘禁住院治疗建立了正当法律程序有关,对于隔离或检疫长期拘禁人身自由的情形,理应提供更为充分的正当法律程序保障。

第二,对理论深化的期待。从理论反思的视角来检讨,至少可以发现争议并不因为立法实践和理论体系化建构而消失,相反,仍然有许多值得研究的议题。从以上相关国家的立法来看,传染病防治法如果完全采用法官保留,所有的隔离措施均向法院请求审查决定,显然无法

[61] See Wendy E. Parmet, “AIDS and Quarantine: The Revival of an Archaic Doctrine”, *Hofstra Law Review*, Vol. 14, No. 1, Fall 1985, pp. 59–60.

[62] See Kathleen C. Chen, “Pennsylvania’s Bioterrorism Act: Better Prevention from Better Preparation”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, Vol. 15, No. 1, Fall 2005, p.186. *Benn v. Universal Health System*, 371 F. 3d 165, 174 (3d Cir. 2004).

[63] See Michelle A. Daubert, “Pandemic Fears and Contemporary Quarantine: Protecting Liberty through a Continuum of Due Process Rights”, *Buffalo Law Review*, Vol. 54, No. 4, January 2007, p. 1342.

及时处置疫情,致使公共利益受损。而法治理念又认为行政权如果没有任何限制,对于公民人身自由的保护显然不利。立法和理论试图采取平衡的模式,对于人身自由侵害强度较大的保障程度更大,紧急情况时则更应当发挥行政的效率性。为了增强理论和实践的正当性,有关传染病防治隔离措施的公共利益目的、及时性要求、专业判断的尊让成为主要的论据支撑,同时,法律规定了行政复议和行政诉讼的救济渠道足以可以全面保障个人权利。现代风险社会之下,让卫生主管机关在传染病防治中发挥更大作用,决定采取何种妥当及最有效的防治措施之主张确实具有诱惑力。但反对的观点断言宪法保留或者法官保留并不是让法官的非专业知识取代行政机关的专业决定,毋宁在于使事件透明化;使行政机关更为详尽地说理,公开接受反对方的质疑和检验,并由第三方中立者的法院作出决定;法官并不具有防疫的专业知识,但对人身自由保护的认知和能力值得肯认。事实上,法院事后审查尊让程度一直居高不下,对行政的监督形同虚设,^[64]由此可见事前审查更可以充分地保障人身自由。^[65]未来,宪法保留所体现的对人权的重视、对权力分工的强调以及对正当法律程序的关怀或许必然要对专业判断形成一种制约机制,如何深化其理论建构,值得期待。

另一个值得期待的层面是伴随以行政手段干预公众人身自由的样态愈来愈多,学理面临着如何回应宪法保留、法官保留适用尺度不一的现实,如何追求一致的人身自由保障脉络的难题。如前所述,针对立法实践规定的限制人身自由措施种类繁多的情形,学者按照适用对象与程序分为刑事被告与非刑事被告人身自由限制两类。^[66]而按照目的本质差异,人身自由限制又可分为惩罚性与预防性限制。^[67]前者指针对行为人的过往行为,以行为人实施违法或犯罪行为为前提,强调制裁与追惩。后者指基于对未来违法行为或损害的预防,对可能实施或将继续实施危害行为而具有危险性的人所采取的限制人身自由的措施,对传染病病人实施隔离治疗、基于矫正目的而对精神病患者强制住院治疗即为典型。进而主张惩罚性限制应采取法官保留,对预防性限制则应区别对待。有鉴于此,学者指出在传染病防治过程中,行政机关的隔离措施并不是惩罚,而是预防行为。^[68]隔离措施基于科学决定作出,法院对此予以尊让。只要行政机关是为了阻止对社会产生损害的未来行为,而非对个人过去行为的惩罚,那么个人诉诸宪法保护的机会就远比刑事诉讼程序要有限得多。这构成了“公共卫生法学的法

[64] See Edward P. Richards, "The Jurisprudence of Prevention: The Right of Societal Self-Defense against Dangerous Individuals", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 16, No. 3, Spring 1989, pp. 330-31.

[65] 参见林超骏:“非刑事预防性拘禁之法官(院)保留——兼评释字第 690 号解释”,《月旦法学杂志》第 207 期(2012 年 8 月),第 180 页。

[66] 参见杨士林:“论我国非刑事犯罪嫌疑人人身自由的限制与保障”,《济南大学学报(社会科学版)》2014 年第 4 期,第 36 页。

[67] See David Cole, "Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War", *California Law Review*, Vol. 97, No. 3, June 2009, p. 700.

[68] See Edward P. Richards, "The Jurisprudence of Prevention: The Right of Societal Self-Defense against Dangerous Individuals", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 16, No. 3, Spring 1989, p. 338.

理”，同样的框架可用于预防和减轻风险。^{〔69〕} 否则的话，会增加行政成本、降低相关措施的有效性以及使公众面临更大的危险。但问题是，刑事程序和非刑事程序人身自由限制，在实际拘束人身自由状态方面并无太大差异，必然涉及宪法上人身自由保护条款的考量。而且有关惩罚性和预防性的人身自由限制的区分，差异很难把握，有时有些预防性限制仅系手段而已，目的则在于惩罚。^{〔70〕} 21世纪以来，随着恐怖主义、国家安全、突发事件等议题越来越多，各国均规定了诸多的预防性限制手段，如影随形的必将是个人权利保障的深度关切。^{〔71〕} 或许，实际拘束人身自由的状态才是问题的关键，从而体现基本权利的本质重要性、丧失后不可回复性。当然，将隔离措施同预防犯罪的拘禁类比并不妥当，但两者的平行关系不仅仅是表面上的不相关那样简单。既然涉及预防，未来应系统地尝试将风险分析原则贯穿于包括传染病防治、国家安全、灾难事件等应对行为之中，进而发现更符合道德、法治理念的人身自由限制的基础。

总之，在人权保障较不发达的时期，人类对传染病的恐惧来自对致病原因的无知，政府不仅完全忽视人的自由权利，连生命权都无法保障。随着科学昌明以及权利保障意识增强，政府认识到即使是紧急状态下，公民的人身自由权更应当受到保障。情况越是紧急，越应当严谨有效地遵守法治，否则容易造成致命的危险。这或许是未来中国法治更为值得关注的问题，期冀有关宪法保留的讨论，能够为日后类似问题提供理论讨论和实务操作的参考。

四、隔离措施的组织与程序保障

传染病防治具有重要的公共利益，无论是前述的法院决定模式，还是中国、日本、新加坡等国实行的行政决定模式，均要求其卫生主管机关切实有效地启动和执行隔离措施，杜绝传染病的发生、传染及蔓延，使其真正成为避免传染病疫情扩散的合理举措。疫情防治贵在迅速并采用正确的措施，方得克竟其功。同时，建立受隔离者或其亲属不服得及时请求法院救济，以及相关的合理补偿机制。这些检讨均体现了依宪、依法实施传染病防治特别是使隔离措施在公益与私益间达致平衡的努力。进入21世纪后，此种努力又与现代政府承担了大量的风险规制任务相交织，此时其涉及到政府对公民生命、健康的全面维护以及风险预防、回应和管理的义务。^{〔72〕} 为此亦从整体上通盘检讨传染病防治法制建设，本部分限于篇幅仅涉及在风险分析观念下组织和程序保障问题。

〔69〕 Richards, *supra* note 55, p. 28.

〔70〕 See Edward Richards, “Public Health Law as Administrative Law: Example Lessons”, *Journal of Health Care Law & Policy*, Vol. 10, No. 1, 2007, p. 85.

〔71〕 See Jonathan Hafetz, “The Untold Story of Non Criminal Habeas Corpus and the 1996 Immigration Acts”, *Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 8, June 1998, p. 2522.

〔72〕 See Scott Burris, “Building Public Health Emergency Legal Preparedness: Quarantine Laws and Public Health Realities”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 33, No. 4 Special Supplement, Fall 2005, p. 71.

(一) 风险分析的观念

传染病防治中,行政机关如何采取适当、有效的措施,涉及到专业领域的判断,更事关未来风险的预测和评估。为此,无论是组织还是程序保障,传染病防治法必须秉持风险分析的观念。作为风险规制重要的组织、程序保障原则,风险分析观念是指行政机关在进行风险决策之时,要对危害及其在特定环境中出现的可能性进行科学评估(风险评估);评估使之能够达到适当保护水平的所有措施并作出最终决定(风险管理);与所有有关方交换信息,以便解释原因并证明管理措施合理(风险交流)。〔73〕正是在这一观念的基础之上,各国架构了风险行政的组织程序。〔74〕就中国传染病防治领域而言,风险评估主要由各级疾病预防控制机构负责,风险管理主要由各级卫生行政部门负责,风险交流则由此两类组织共同实施。面对风险不确定性愈来愈强的情形,未来需要结合具体领域探讨三个阶段的合理化问题。

第一,构建合理的风评估机制。风险评估的关键在于探讨科学如何发挥作用。〔75〕然而如今科学治理结构及其结果的可靠性亦面临着质疑。〔76〕此种情况下,科技发展的负面影响会被扩大,导致科学不再是行政机关作出决定的稳定且无争议的依据。为此,有学者将科学区分为规制性科学和研究性科学值得关注,前者比后者在评估标准上更具有流动性、争议性和政治性,后者相对保持一致。〔77〕从各国运作来看,虽然承认科学作为决策基础远不如从前,但此种局限性并未影响到行政对于科学的依赖。〔78〕然而,现代科技风险的不确定性必将改变科学在规制中的作用。未来需要关注的问题在于如何在不确定性中追求确定性的知识?风险评估机构中的专家如何与外部专家协同工作?

第二,构建合理的风险管理机制。风险管理的核心在于行政机关对可选的规制方案作出评估和抉择。但如今的问题是不确定或无知的情形过多,行政机关必须在社会可接受的风险水平下迅速作出选择,即是否需要以及采取什么样的规制行动。未来必须对此回应,并完善风险预防原则的适用问题。〔79〕要深入关注其与进一步追求科学发展(循证)原则之间的关系。特别是后者,只要科学数据不充分、不精确或难以得出准确的结论

〔73〕 See Alberto Alemanno, “Regulating the European Risk Society”, in Alberto Alemanno et al. (eds.), *Better Business Regulation in a Risk Society*, New York: Springer, 2013, p. 20.

〔74〕 参见王贵松:“风险行政的组织法构造”,《法商研究》2016年第6期,第13—23页。

〔75〕 See Elizabeth Fisher, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 7.

〔76〕 See Andrea Saltelli & Silvio Funtowitz, “What is Science’s Crisis Really About?”, *Futures*, Vol. 91, 2017, pp. 5 - 11.

〔77〕 See Sheila Jasanoff, “Procedural Choices in Regulatory Science”, *Technology in Society*, Vol. 17, No. 3, 1995, p. 282.

〔78〕 See Maria Weimer & Gaia Pisani, “Expertise as Justification: The Contested Legitimation of the EU Risk Administration”, in Maria Weimer & Anniek De Ruijter (eds.), *Regulating Risks in the EU: The Co-production of Expert and Executive Power*, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 167—192.

〔79〕 See Susan Rose-Ackermann, “Precaution, Proportionality, and Cost/Benefit Analysis: False Analogies”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 4, No. 2, 2013, pp. 281—286.

时,风险始终被归类为高风险,不能指望社会公众会全面接受,就必须不断采取措施用以避免风险的发生。此外,研究工作必须赓续展开,以便以后能够进行更好或更全面地实施科学评估并对风险管理决定重新审查。

第三,构建合理的风险交流机制。公众愈关注风险,就愈企图影响风险管理。公众总是需要明确的答案,并要求对风险的大小和可能性予以准确描述。当行政机关无法提供明确的安全时,公众的信任度将会降低。行政机关意识到了这一点,于风险管理阶段的早期会考量公众的风险认知。然而公众的意见因缺乏信息而过于简化,可能导致规制措施同样存在缺陷。有缺陷的规制再次被媒体报道,公众又再次批评。如此反复,易造成“恶性循环”。^[80] 在未来,相关机关应提升风险交流的水准,并应最终使公众成为风险管理的合作伙伴。^[81] 通过风险交流意在提升公众的信任,但是操作起来难度颇大。

(二)组织保障

在组织保障层面,中国传染病防治法主要采取了行政决定的模式。以《传染病防治法》为例,涉及组织机构的条款较多,目的在于明确各级、各机关机构的职责及其权限,从而建立起一套统筹领导、综合协调、权责分明、分类管理、分级负责、属地管理的机制。该法第5条明确各级人民政府领导传染病防治工作,“本法确定各级政府在这一工作中的领导作用,有利于调动各部门、各方面参加传染病的防治工作,形成统一指挥、协调行动的局面及高效、权威的疫情处理机制,从而保障保证本法各项规定的顺利实施”。而第6条则明确县级以上地方人民政府负责本行政区域内的传染病防治及其监督管理工作,“各级卫生行政部门要切实履行本法赋予的执法监督主体的职能,采取有效措施,努力管理好全国的传染病防治工作,使本法得以全面、深入地贯彻实施”。^[82] 就隔离措施的相关规定来看,立法特别强调行政层级之间的统一领导、属地管理以及部门协作。然而,也应注意机制各自的不足,不能形成对上级的依赖、不作为或推诿扯皮的作风。未来修法应重点对风险社会下的行政一体化领导和提升行政决定的科学性、民主性之间的平衡加以关注。在尊重科学性方面,同样是实行行政决定模式的日本,其重视传染病防治中专家作用的经验值得关注。日本传染病法规定各个地区成立传染病审议会,负责审查并提供传染病人是否需要实施隔离措施的建议。^[83] 审议会由医师、传染病专家及其他专家组成,可使行政决定更为科学、公正。审议模式既弥补了法官审查模式专业不够熟稔而可能过于尊让行政机关的局限,又能够克服行政机关滥用权力的不足,且审查程序相

[80] See Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 50 - 51.

[81] See Paul Slovic, “Informing and Educating the Public about Risk”, in Paul Slovic (ed.), *The Perception of Risk*, London: Earthscan, 2000, pp. 183 - 91.

[82] 曹荣桂主编:《〈中华人民共和国传染病防治法〉释义及实用指南》,中国民主法制出版社2004年版,第101、106页。

[83] See European Union & World Health Organization, “Legal Responses to Health Emergencies”, p. 128, <https://www.loc.gov/law/help/health-emergencies/index.php>, last visited on April 28, 2020.

对灵活。^{〔84〕}中国现行法律对于传染病防治高度依赖科学技术方面的专业判断层面未能充分重视,设定、发挥专家咨询组织和程序需进一步讨论。在民主性方面,特别当拟实施大规模检疫措施、决定疫区设定之时,应注意协调好行政一体与民意机关的关系、行政与社会组织的关系,实现行政与专家、公众之间的互动,争取最大的理解和支持。

从法律规范来看,隔离措施的具体实施主体较为广泛,包涵有县级以上地方人民政府、卫生行政部门(广义)、疾病预防控制机构和医疗机构。此外,《国内交通卫生检疫条例》第6条规定:对出入检疫传染病疫区的交通工具及其乘运的人员,县级以上地方人民政府卫生行政部门或者铁路、交通、民用航空行政主管部门的卫生主管机构根据各自的职责,对检疫传染病病人、病原携带者、疑似检疫传染病病人和与其密切接触者,实施临时隔离、医学检查及其他应急医学措施。实务上的实施主体亦较为混乱,有以区县人民政府名义作出的,有以卫生行政部门作出的,也有以临时成立的“指挥部”名义作出的情况。未来修法,应进一步明确县级以上各级人民政府决定实施隔离措施尤其是大规模检疫的职责,明确卫生行政部门采取隔离的职责,明确医疗机构、疾病预防控制机构的报告、配合义务,明确公安机关的行政协助义务。要针对传染病类型不同、急迫情况,分类管理,有针对性地实施隔离措施。应区分紧急和平时状态两种情形,注重组织平时的积累,准确定位“指挥部”的职责与功能。

基于风险分析的观念,必须对疾病预防控制机构作出准确定位。疾病预防控制机制是“由政府举办的实施疾病预防控制与公共卫生技术管理和服务的公益事业单位”,^{〔85〕}依据法定职责,可以看出其作用主要在于风险评估,为卫生行政部门提供传染病防治的专业知识。良好的行政决定建基于对事实和可能采取措施结果的全面了解,在科学不确定性情况下,或许全面掌握科学事实是不可能的任务,但至少能够提供更多的信息和数据,能够与相关医疗机构、其他专家建立网络联系,及时发现疫情,为行政决策提供科学建议和技术支持。然而由于观念认知缺乏,导致实务中疾病预防控制中心建设存在着较大的问题,^{〔86〕}且与卫生行政部门的关系并不顺畅,未来需要加以完善,充分发挥其作为中立、科学的风险评估机构的作用。^{〔87〕}此外,医疗机构可以直接采取隔离治疗措施,其性质定位一直存在争议,有观点认为医疗机构获得法律明确授权,是被授权组织,而另一种观点则主张隔离措施的行政主体仍然是卫生行政部门,亦有从特别权力关系探讨医患之间在隔离措施中的行政法律关系。^{〔88〕}从隔离措施的性质出发,医疗机构作为隔离决定和实施主体并不适当,法律中加以规定,重点在于强调医疗机构作

〔84〕 杨士林,见前注〔66〕,第42页。

〔85〕 朱相远主编:《中华人民共和国传染病防治法释义》,中国市场出版社2004年版,第96—97页。

〔86〕 参见袁秀红:“疾病预防控制中心突发公共卫生事件应急能力及对策探讨”,《世界最新医学信息文摘》2016年第97期,第195页。

〔87〕 有学者建议赋予其一定的权力,参见董文勇:“给传染病防治法律‘诊断开方’”,《小康》2020年第10期,第25页。

〔88〕 参见高雪娟:“医疗机构隔离措施的法律责任”,《福建医科大学学报(社会科学版)》2015年第3期,第16页。

为传染病重要的发现场所,有义务及时采取一定措施,但在病情确诊后,需要上报卫生行政部门进行批准。

隔离措施在传染病防治中作用不遑多让,可以发挥行政效率优先、内部一体决策、执行有力等功能,但必须注意的是,传染病防治法对于救济的问题也予以了规定,提供了事后的行政复议和行政诉讼的救济渠道。立法注意到在传染病防治过程中,行政机关对于隔离措施的决定,往往特别重视阻绝疫情蔓延、降低社会恐慌、维护公民安全和健康,是否存在有同等有效且对人身自由限制最小的替代方案,或是有无过度侵害,很难期待行政机关有时间、或者充分考量。相反,法院在角色地位较为消极,能够更有能力公正地监督行政,从而全面保障人身自由。不过,目前中国行政机关与法院的张力一直存在,法院需要在审理因隔离措施而引发的案件中找到自己的关切点,而行政机关也不应因专业判断忽视某些组织、程序性的要求,包括对预防医学研究的投入、医院体制改革等议题。

(三)程序保障

风险规制领域,为传染病防治目的而强制隔离公民,拘束其人身自由,是为避免社会中其他成员的生命健康受到侵害,且为阻绝疫情蔓延,并迅速获得控制,不得已由行政权对传染病患者、密切接触者或者可能被传染者的人身自由加以限制,从社会集体紧急避险的角度来观察,具有正当性。但是这种行使必须遵循严谨的行政组织和程序,否则就有悖于正当法律程序要求。比如美国曾出现“伤寒玛丽”事件,因疑似伤寒病毒携带者,终其一生被强制隔离达26年,且从未经过正式审查。^[89] 公众对她作为爱尔兰移民和低收入等存在偏见,这些因素在她未经审判就长期隔离的过程中发挥了重要的作用。宪法保留要求立法机关不得以法律作为限制人身自由的理由,同时要求须以正当法律程序特别是正当司法程序保障个人权利。许多国家宪法对人身自由的剥夺或限制明确规定了程序性的要求。虽然目前中国以行政决定为主要模式,但是应坚持程序正当性的要求。

行政程序具有正确达致实体结果的工具取向外,亦具有价值功能,因而行政上的正当程序是指行政行为过程公正、透明,包括了公正作为义务、告知、听证、说明理由义务等要求。^[90] 公正作为义务包括回避制度、组织适法(如合议制或由其他人员组成)、禁止片面接触等内容。告知则分为事先告知(行政机关在做出终局决定前时的告知)、事后告知(行政机关做出终局行政决定后,将其决定告知当事人)以及救济途径的教示,告知有口头、书面、电子等送达方式,针对不特定人通常以公告方式实施。听证分为作为正式程序的听证和作为非正式程序陈述意见。说明理由义务在于行政决定应说明法律依据、事实、决定以及如何救济。针对正当程序的

[89] See Allen Pusey, "Authorities Quarantine Typhoid Mary Mallon", *A.B.A. Journal*, Vol. 104, No. 3, 2018, p. 72.

[90] 参见汤德宗:“行政程序法”,载翁岳生主编:《行政法》(下册),中国法制出版社2002年版,第1082-1096页。

灵活性特征,美国法院通过判例确定了判断行政正当程序的“利益衡量模式”,^[91]指出应考量三项因素:被行政行为影响的私人利益;通过所采取的程序对利益可能造成的错误风险;行政机关的利益,包括职能以及可能的行政负担等。学者则认为正当程序保障应当是一个光谱,不同的情况程序的“正当”性并不相同。^[92]对于传染病防治法上的隔离措施,要赋予卫生主管机关一定的灵活性,以及法院适应紧急和个别情况考量的能动性。在光谱的最左端是已经确定染疫的患者,对其实施隔离将是最为适当的公共卫生工具。而最右端则是可能接触过患者的人,那么,此时检疫将是最为适当的公共卫生工具。对于自由的限制程度由左至右逐渐增加,而正当法律程序的保障也将由左至右而渐次增加。拘束越大、诊断越不明确,正当程序保护就应当越强。^[93]欧盟更是将听证权纳入进《欧洲人权公约》,强调影响到公民真正的、重大的权利义务的行政行为均要经过听证。

对于传染病防治法上的隔离措施,目前各国均在探讨除了在紧急状态下,可以基于重大公共利益而忽视某些程序要求,但是一般情形下,仍应重视程序保障,如此可以符合法律明确性的要求,更可顾及被隔离者的基本权利,将争议降低到最低。以美国联邦 2017 年颁布的传染病防治行政规章来看,这些程序性的保障包括:书面通知;在被隔离者有充足的时间准备后举行听证;被隔离者在听证会上作证和质证;独立的决定者;律师帮助等。联邦卫生主管机关也采取相应的规定来保障隔离措施的合法性,如提供隔离措施的书面通知;在决定送达后 72 小时内对其进行强制性复审,以确保无误;^[94]要有独立于联邦官员的医疗审查人员参与;医疗审查员的决定要形成书面报告和建议;如无律师,可由政府指定一名医疗专业人员和律师等。^[95]当然,必须注意的是规范明确并不代表实际贯彻有力。

中国《传染病防治法》仅规定了隔离措施,虽然第 56 条规定“卫生行政部门工作人员依法执行职务时,应当不少于两人,并出示执法证件,填写卫生执法文书。”但对于执法主体在执法中的说明理由、告知义务、隔离决定的送达、隔离对象对隔离决定的申辩权等,皆无规定。同时,该法未区分一般程序和紧急程序,程序分类设置并不健全;而在程序要件方面的规定更为简要,第 39 条依据患病即隔离的医学标准,过于强调隔离的应急性;而第 41 条的隔离措施亦无具体的法律标准,更遑论授权主体、适用条件、必要性考量等内容。这与中国目前并无一部统一的行政程序法有关,但随着法治建设进程的加速,对于程序的重视以及相关因素的考量应在立法、修法和实践中得以体现。^[96]

[91] Mathews v. Eldrige, 424 U. S. 319 (1976).

[92] Daubert, supra note 63, p. 1318.

[93] Daubert, supra note 63, p. 1353.

[94] Control of Communicable Diseases, 82 Fed. Reg. 6890, 6972, 6972—73, 6977—78 (Jan. 19, 2017) (to be codified at 42 C.F.R. pts. 70, 71).

[95] See James Misrahi, “The CDC’s Communicable Disease Regulations. Striking the Balance Between Public Health & Individual Rights”, *Emory Law Journal*, Vol. 67, No. 3, 2018, pp. 488—89.

[96] 参见王锡锌:“正当法律程序与‘最低限度的公正’——基于行政程序角度之考察”,《法学评论》2002 年第 2 期,第 23—29 页。

五、结 论

人类与传染病的斗争亘古绵长,天花、黑死病、1918年大流感……都在人类历史上铭刻下难以抹去的恐惧。作为人类控制、阻绝传染病扩散的有效手段,隔离措施源远流长。正是隔离措施的发展以及法治化历程,展现了政府责任的演变(从缺位到渐进发展的公共医疗服务)、个人对自身健康和公共利益平衡的认知变迁。唯此,我们才能客观理性地对待而不致在传染病防治法治中失去自我的责任;而同时,过早、过迟或者过度、不足的隔离措施所造成的负面影响,会因为恐慌心理而被放大,所以,基于社会资源有限、为使普通措施和特别措施能够平衡、在不确定知识和及时作出风险决定之间达致平衡,隔离措施的限度与权利保障问题亦值得省思。未来传染病防治法的完善,需要在实践的基础上对隔离措施加以体系化,强调法律保留和法律明确性原则的要求;同时应分门别类加以施用,以满足比例原则的要求;而强调对决定主体、程序以及救济的保障,则体现了坚持公益原则下对限制公民人身自由适用的正当法律程序原则的维系。当然,实施中,强制性措施固然要强调,自愿和合作也非常必要。选取合理、有效的非强制性手段,既有利于传染病防治,亦能培育政府与公民合作的精神。

Abstract: The control of communicable diseases law stipulates that quarantine measures should be taken for patients with infectious diseases, pathogen carriers, suspected patients and their close contacts, so as to stop the spread of infectious diseases. The effectiveness of such measures has been proved by the major epidemic situation and its control results since ancient times, but it has also triggered the conflict between the public interests and individual rights. In practical operation, there are many kinds of isolation and improper operation may cause unnecessary confusion. It is then necessary to improve from the aspects of classification, subject, procedure, relief and so on, so as to balance individual rights and public interests. The systematization of quarantine measures is carried out with different objects of application. At the same time, it needs to be explored from the perspectives of constitutional law, organization law and procedural law, so as to highlight the principle that the government always pays attention to the protection of individual rights when intervening in risk society.

Key Words: Communicable Disease Control; Isolation; Quarantine; Constitutional Reservation; Due Process

(责任编辑:王锡梓)