

公共卫生安全专题研究

引文格式: 夏纪森, 吴名驰. 突发公共卫生事件中隔离措施的法律问题研究 [J]. 常州大学学报(社会科学版), 2020, 21 (6): 18-29.

突发公共卫生事件中隔离措施的法律问题研究

夏纪森, 吴名驰

摘要: 在突发公共卫生事件中, 隔离措施的广泛实施有效阻断了疫情蔓延, 此种措施在取得防疫实效的同时亦引发了公民基本权利与公共利益的抵牾。在法律规范中, 隔离措施具有不确定性, 相关措施必须以平等作为实质标准规范其界限, 并从目的、权限、内容、手段、程序等五个方面进行合法性审查。在实践中, 隔离措施的实施主体和人员存有合法性疑虑, 被隔离人员的生活保障、隔离方式选择、隔离费用负担等新问题亦需从权利保护的角度加以审视和论证, 从而使个人权利和公共利益达成平衡。

关键词: 隔离措施; 合法性; 权利保护

作者简介: 夏纪森, 法学博士, 常州大学史良法学院教授、硕士研究生导师, 南京师范大学中国法治现代化研究院特邀研究员; 吴名驰, 常州大学史良法学院研究生。

基金项目: 国家社会科学基金重大专项课题“我国集中力量战胜重大突发事件的制度优势及其法治化”(20ZDA008); 江苏省研究生科研创新计划项目“突发疫情防控隔离措施法治化研究”(KYCX20_2516)。

中图分类号: D922.16; R197.1 **文献标志码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2020.06.003

在突发公共卫生事件中, 社会从常态的运作转入非常态之中。这种非常状态会给我国政府和民众带来严峻考验, 无疑也是对我国治理体系和治理能力的一种检验。

在突发公共卫生事件防控过程中, 我国政府采取的隔离措施为遏制疫情蔓延发挥了巨大作用, 也得到了国内社会、民众的理解和支持。然而, 采取隔离措施必然会带来个人权利与社会公共利益的冲突。为了更多人的健康甚至生命安全, 个人的行动自由可以依法被加以适当地限制, 但权益选择和决策取舍并非易事, 必须合理划定应急措施的界限和受限权益的界限。当然, 有时又确实出现了过度 and 粗暴执法的问题, 发生了扭曲应急措施的初衷, 超越法律限度侵犯不该限制的公民权益的情况^①。这显示出公权力在应对突发公共卫生事件的运作中存在一些失范之处。对于这些问题, 除了要看到部分基层公务人员法治意识淡薄之外, 还需要进一步考察整个疫情防控机制是否合理。政府为防止发生公众健康危机而需要采取隔离措施, 在这个过程中公权力如何运

^①如网络报道的“一家三口打麻将被打砸”“一家四口人在屋里打扑克被认错”“教师在空旷地带跑步未戴口罩被隔离14天并遭到单位处分”等极端防控措施和处置手段。

作?会影响哪些个人权利?如何对这些权力进行监督?要回答这些问题,需要对规范及其执行情况进行比较研究,进而探讨应该如何在公众健康安全与个人权利之间实现“细节的平衡”,借此实现我国突发公共卫生事件防控的法律优化。

一、突发公共卫生事件中隔离措施的相关法律规定

(一) 我国法律对隔离措施的相关规定

SARS的暴发是我国立法开始对突发公共卫生事件进行重点关注的转折点。在SARS疫情期间,涉及人身自由的抗SARS措施曾存在合法性方面的瑕疵。“我国《立法法》中规定的法律保留事项,可分为相对保留和绝对保留,绝对保留的事项即第九条规定的除外事项。”^[1]为应对突发公共卫生事件所采取的隔离措施涉及公民的人身自由,按照《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第八条和第九条的规定,公民的人身自由属于法律的绝对保留事项。如果要对公民的人身自由进行限制,必须有法律上的直接依据,不能授权给国务院先行立法;而SARS防控期间实施隔离措施的主要依据是国务院制定的《突发公共卫生事件应急条例》。直到2004年修订的《中华人民共和国传染病防治法》(以下简称《传染病防治法》)对隔离措施进行了设定,才为采取限制人身自由措施提供了法律根据。之后,我国又制定了《中华人民共和国突发事件应对法》(以下简称《突发事件应对法》),并对《中华人民共和国国境卫生检疫法》(以下简称《国境卫生检疫法》)、《中华人民共和国国境卫生检疫法实施细则》(以下简称《国境卫生检疫法实施细则》)进行了多次修订,为传染病防治、公共卫生事件应对采取各种隔离措施提供了更为充分的合法性资源。

现行的法律规范中实施防疫隔离措施的依据主要有《传染病防治法》的第三十九条、第四十条和第四十一条,这些条款分别规定了医疗机构、疾病预防控制机构、地方县级以上人民政府采取隔离措施的情形。其中,医疗机构负责在发现甲类传染病时对本单位内病人、疑似病人及密切接触者进行隔离治疗和指定场所医学观察,疾病预防控制机构负责对密切接触者采取指定场所医学观察,地方县级以上人民政府则可以对发生甲类传染病病例的场所中的人员实施隔离措施。同时,《传染病防治法》第十二条规定中国领域内的单位和个人都有接受这些预防、控制措施的义务。换言之,为了防止疫情的进一步扩散,被采取隔离措施的人员必须积极配合当地政府做好防护。

(二) 隔离措施面临的新挑战

人类目前所面对的公共卫生事件,早已超出以SARS疫情为经验基础修订的《传染病防治法》所能预见的范围。《传染病防治法》关于隔离措施的规定是以病人、病原携带者、疑似病人及密切接触者为核心的,其逻辑是以这些人员的可知可控为前提,将相关人员进行隔离以阻断疾病的传播。在一些重大突发公共卫生事件中,全国各地采取“硬核”的管控措施(比如:对外封闭道路限制进出、对内所有小区封闭式管理等方式)来阻断病毒的传播。

针对小区的封闭管理措施的目的是限制小区居民的流动,尽可能减少居民的外出,具有明显的对人实施隔离的属性。这种隔离措施的对象已经从《传染病防治法》规定的病人、病原携带者、疑似病人及密切接触者扩展为全体居民。基于行政行为的公定力,需要尽量避免直接认定其缺乏法律依据而导致相关行政行为失去效力。仅仅就形式上的合法性看,此种措施可以略显牵强地适用《突发事件应对法》第四十九条和《传染病防治法》第四十二条关于场所封闭的规定,这

时居民的自由受限仅仅是封闭小区这一行政行为的反射效果。可是,随着地方政府应急手段和限权措施的不断“加码”,制定的措施逐渐从要求居民减少外出转变为要求居民足不出户时,这些小区封闭措施已与将全体居民限制在住所进行封闭式隔离无异。

为了社会大众的生命健康,在公共卫生事件突发时,政府依法对个人自由进行暂时的限制本无可厚非。但是在一些《传染病防治法》《突发事件应对法》等法律规范已无法涵盖的公共卫生事件中,政府所需采取的应急防控措施再次出现了正当性与合法性之间的矛盾,即防控措施的必要性与个人合法权利保护之间的矛盾。如果为了控制彻底放弃合法性的要求,必然导致各种防控措施失去边界——只要发生法律规定的公共卫生事件,就任意采用各种隔离措施切断社会大众的相互接触以达到防控的目的。“有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^[2]要使权力发挥应有的作用,那就必定离不开对权力的制约。为了防止政府在实施各种隔离措施时拥有过大的行政权造成权力滥用,必须遵循法治思维和法理思维的要求^①对相关公权力的决策和行为进行合法性审查,推动权力与权利的协调发展。

二、隔离等限制人身自由措施的规范分析

公权力的行使要符合合法性原则是法治思维的基本要求,与权力相关的任何决策和行为都必须经过合法性的审查。“法无授权不可为,法定职责必须为。”《传染病防治法》《突发事件应对法》等法律赋予了政府在应对突发公共卫生事件时的权力和职责,政府为了控制疫情所采取的隔离措施也必须在这些法律的框架中寻求相关依据。

法律授权政府可以在传染病暴发及流行时对相关场所、设施等采取必要的限制措施^②,这使得相关措施似乎取得了形式上的合法性。为了明确法律授权的内容,需要进一步分析两者的关系。在此暂将其称为“隔离措施”与“空间管制”。

(一)“隔离措施”与“空间管制”的形式分析

“隔离”通常意味着把相关人员与他人分开,通过阻断人与人的接触来防止疾病的传播。《传染病防治法》没有专门的规则明确什么是“隔离措施”或者“隔离措施”包含哪些具体内容,其中与隔离有关的表述包括“单独隔离治疗”“指定场所进行医学观察”“强制隔离治疗措施”“隔离措施”等^③。可见《传染病防治法》中的隔离措施不是完全确定的法律概念。任何的法律适用都包含这样的涵摄:若有发生甲的情形发生,符合乙的规定(规范的构成要件),则应发生丙的法律结果。由于规范的内容使用了带有不确定性的概念却没有做出明确的展开,公权力在适用这些概念时便不可避免地拥有自行裁量的余地。

各地政府所采取的常见隔离方式有住院隔离、家庭(社区)隔离、集体隔离等,可以看出具体的人员隔离措施往往是以隔离空间来区分的。从这里可以看出“隔离措施”与“空间管制”之

①关于法治思维和法理思维与突发公共卫生事件的关系,参见王奇才:《应对突发公共卫生事件的法治原则与法理思维》,《法制与社会发展》2020年第3期,第65—77页。

②参见《传染病防治法》第四十二条、第四十三条及《突发事件应对法》第四十九条。

③原卫生部发布的《国境卫生检疫法实施细则》和《国内交通卫生检疫条例实施方案》中有对于“隔离”和“留验”的用语解释。“隔离”指狭义的对病患进行的强制医疗措施,“留验”指将密切接触者收留在指定场所进行观察的暂时性措施。2004年修订的《传染病防治法》没有使用这套用语,本文以进行了相关修订并且效力较高的2004年《传染病防治法》中相关规范为基础进行讨论。

间的关联,即从规范层面和执行层面来看,对“隔离措施”与“空间管制”之区分都仅具有形式上的意义——对人的“隔离”必然意味着对相关“空间”进行管制,否则进行隔离的意义就不存在了。如果一定要进行区分,则可做如下区分:在疫情防控中“隔离措施”意味着限制相关人员与不特定的他人接触,“空间管制”意味着限制不特定的他人接触可能存在的危险。当相关空间有被隔离人员时,这就形成了同一个问题的正反两面。至此已经可以看出“隔离措施”正是一种特殊的“空间管制”。基于这种特殊—一般的关系,当两者出现竞合时,必须优先评价其作为“隔离措施”的一面。如前文所述,法律对隔离措施的实施对象已有明确的规定,仅限于病人、病原携带者、疑似病人及密切接触者等具有明显传播疾病危险的人员,政府要求辖区内住宅区中所有人都足不出户显然突破了法律的授权。

(二) 平等是“隔离措施”的实质标准

仅仅厘清“隔离措施”与“空间管制”在形式上的关系并不足以解决实践中产生的问题。在疫情防控过程中,地方政府要求居民足不出户属于较为极端的情形,有的地方政府仅要求小区业主由指定出入口进出^①,有的地方政府要求小区每户家庭每两天方可指派1名家庭成员外出^②。可见,在实践中地方政府往往是以“空间管制”的思维对小区进行封闭管理,并且其封闭管理程度不一致。小区内居民的自由受限看似是政府实施“空间管制”的反射效果,这显然是对“隔离措施”与“空间管制”关系的误读。但这也提示了与“隔离措施”相关的另一个问题,即对人身自由何种程度的限制可以称之为“隔离”。

从《传染病防治法》隔离措施针对的对象来看,隔离似乎意味着在一个较为狭小的空间中进行最为严密的封闭,被要求足不出户人员才能达到被隔离的标准。这个标准显然过于严苛了,以此为标准意味着疫情期间大多数人重要的人身自由权利将成为封闭式管理的牺牲品——在紧急状态时期公民的人身自由将仅仅是封闭式管理敞口的反射利益。这显然违背了以人为本的法治观念,也背离了大众对隔离状态的一般认知。相反,如果仅仅因有对人身自由的限制就认为是隔离措施,那隔离措施的范围又被大大扩大了——例如仅仅限制人们进出城市而未限定每个人在城市中的活动范围也算隔离。在这两个极端间的任一中间状态中也都可能存在需要被作为例外讨论的情形。

隔离措施的标准是一个程度的问题,仅仅针对程度本身进行讨论可能陷入死路。讨论隔离措施的标准是为了寻求实施隔离措施的界限,进而寻找疫情中公民个人人身自由权利的边界。在此需要稍做思路的转变,对政府实施隔离措施的规制模式进行更为整体地把握。相关法律规范中隔离措施与空间管制的界限以及隔离措施本身程度的界限存在双重的不确定性,政府在实施隔离措施时不可避免地享有巨大的裁量余地。“在公权力可实行裁量权及适用不确定法律概念时,法律适用之平等原则,就可产生约束力。”^{[3]94}“宪法保障人民平等权利的重心,如本文所述,已经由法律适用的平等,转到法律制定的平等之上”^{[3]104},这种平等的要求突出显示了法治(rule of law)中法的目的性价值。也就是说,平等原则要求的不仅仅是形式意义上的平等,更是一种实质上的考量,要在制定和执行规范时理智考虑涉及社会百态的种种因素,提炼出不同情形中平等

①参见安顺市西秀区《关于全面实行城市小区(社区)封闭式管理的紧急通告》, http://www.xixiu.gov.cn/xwzx/tzgg/202002/t20200202_46718288.html, 访问日期:2020年5月28日。

②参见宁波市《关于实施疫情防控“十二条”措施的通告》, http://zfxx.ningbo.gov.cn/art/2020/2/4/art_23591_4050275.html, 访问日期:2020年5月28日。

的标准,以此种理性标准防止恣意的行政。

在此种情境中,政府的裁量权已经从行政执法权扩展到广义的立法权——不仅实施隔离措施的具体行政行为要由政府决定,隔离的时机、对象、方式等规范性标准亦需由政府决定。此时,通过平等原则来约束行政权力就显得极为重要。平等本身亦是权利的尺度,通过这种标准到尺度的转向,就可以通过平等构筑起隔离措施与公民的人身自由等基本权利的桥梁。

有些地方应根据现实情况实施相应的隔离措施,如果实施对外地人员“一律劝返”、对被隔离居民“锁死家门”等隔离措施,就超出了防控的必要和限度^①。外来人员不会仅因为户籍或者故乡在外地而比从外地归来的本地居民有更大的染病危险性;被居家隔离的居民也不会比其他公民有更大的违反防疫措施的可能性,不需要采取极端控制手段将其限制在家中。这些极端的隔离方式无一不是政府为了便利地进行相关管理而采取的一刀切手段。不平等的对待最终导致部分地方政府采取的手段偏离了疫情防控的目的本身,违背了行政合法性的要求,更影响了公民的合法权利和社会的正常运行。由此可以看出,政府采取各种隔离措施的限度正是合乎理性的平等对待。在公共卫生事件的发展超出既有法律的预见,政府为了防控而必须采取游离在合法性边缘的措施时,平等地对待每个公民就显得尤为重要。平等地对待每个公民不仅是对这些措施合法性的有力证成,也为公民基本权利保护提供了法理依据。

三、隔离措施决策的合法性标准

政府在实施隔离措施等必要的防控手段时具有较大的裁量权,需要以平等原则提供实质的标准和限度加以规范,这是法治精神在疫情防控中的集中体现。法治的关键在于控制公权力的运行,“在行使国家公权力时,无论是决策,还是执行,或者是解决社会矛盾、争议,基于法治思维,都应遵守下述五项要求,并在整个决策、执行和解纷的过程中随时和不断审视其行为是否遵守和符合这些要求:目的合法、权限合法、内容合法、手段合法、程序合法”^[4]。

(一) 目的合法

运用公权力做出一定的决策和行为时,应符合法律、法规的目的,符合法治精神。各地方政府采取隔离措施的首要目的应是为了预防、控制、消除传染病的发生和流行,保障公共卫生,其保护的对象应是在国内的一切单位和个人。一些地方为了维持形式上的稳定而实施封锁、过度管控、重复隔离等乱象皆违背了目的合法的要求,是以控制疫情为名实施非理性的地方保护目的。

(二) 权限合法

运用公权力应在法定的职权范围内实施行为。法律、法规授予了公权力机关权力也明确了相应的行权限度,在法律授权的范围内开展决策和行为是权力合法的基础。“在现行法制下,疫情暴发、流行后,常态法制向非常法制的转换,应当通过启动突发公共卫生事件应急预案,同时向社会宣布应急响应来完成”^[5],在疫情发生后,政府通过这种方式完成了由常态向非常态的法秩序转换。与常态相比,非常态下的公权力更为集中和扩张,但是这种扩张不能是无限制的扩张,政府仍需在法治轨道上以合法的授权为基础行使权力。

^①参见中国人大网:《“一律劝返”“锁死家门”等硬隔离防控措施有法律依据吗?听全国人大常委会法工委发言人臧铁伟答疑》, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202003/cf262bb63adb4fa3a018b793ece3abd5.shtml>, 访问日期:2020年5月31日。

(三) 内容合法

公权力做出一定的决策和行为时,应当遵守具体的法律规范,不得抵触现行有效的法律规定。除此之外,公权力还应当遵守一般法律原则,诚信原则、平等原则、行政自制原则等莫不在此。这种将一般法律原则作为指导、检验权力行使合法性的标准,目的即着眼于规范公权力呈现出的裁量权越来越多的现象。在疫情防控中,是否能够贯彻平等原则来平衡地方与国家的利益,是否能够平等地对待本地和外来人员的合法权利,都是涉及内容合法性的问题。

(四) 手段合法

手段合法要求公权力运用的方式和使用的措施符合法律、法规的规定。任何有意志的行为都包含着目的和手段的因果关系,因此与目的合法相对应,运用公权力时采取的方式、措施亦必须在法律规定的框架内展开。“如果不对公共行政为追求其目的而采取任何被官员认为是便利的手段方面的权力加以限制,那么这种做法便是同法律背道而驰的”^[6],在应急过程里,尤其要重视手段合法的重要性。诸如游街、锁死家门、毁坏公民财产等粗暴执法手段显然违背了手段合法的要求,侵犯了公民的合法权益,应当及时予以制止和纠正。

(五) 程序合法

做出隔离决定和实施隔离措施应当符合法定的正当程序要求。尽管程序正当原则在紧急状态下会受到限制,“然而政府行使行政紧急权力应当遵循必要的且明确的法律程序规定,已被大多数法治国家的立法机关所接受”^[7]。应急机制的启动是否符合法定程序,防控应急预案的制定是否经过民主参与、科学论证并及时公示,实施隔离措施的主体和人员是否符合法律规定,……这些程序问题都需要经过程序合法的审查。同时,程序的简化使得公权力更容易侵害公民个人的合法权益,此时对公权力进行监督更显得重要。人大作为民意机关,应当对隔离措施的相关程序进行充分监督。这既有助于证成公权力行为的合法性,也是人大权威性的体现。

四、隔离等限制自由措施的实施主体和人员

现代行政法治的重要标志是行政程序制度。与实质平等的法治要求相对应,构建关于实施隔离措施的程序性标准对规范公权力的运作同样至关重要。隔离措施的实施是公权力与公民权利的主要连接点,本节将以隔离措施的实施主体和实施人员作为一个剖面对隔离措施的实施程序展开分析。

我国没有专门的行政程序法,《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国行政许可法》《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)等行政行为法都对相应的程序性事项进行了专门规定。其中,行政行为的实施主体适格是行政行为程序合法的重要构成要件,《中华人民共和国行政诉讼法》明确规定行政行为的实施主体不具有行政主体资格的,属于重大且明显的违法情形;各大行政行为法中的实施程序主要规范的亦是公务人员执法过程的程序性安排。当隔离等强制措施的实施主体和人员缺乏组织保障从而存在合法性瑕疵时,其他所有的程序性安排都存在被架空的风险。因此,隔离等限制自由措施实施主体和实施人员的合法性,是构筑整个实施程序合法性的基础。

(一) 实施主体和人员的合法性疑虑

无论是住院隔离、居家隔离、集中隔离还是小区的封闭式管理都不同程度地限制了公民的人身自由,都是带有强制性的行政措施。《行政强制法》第三条规定了发生公共卫生事件等突发事

件时,行政机关采取应急措施或者临时措施,应依照有关法律、行政法规的规定执行。可见,在隔离、封闭小区等限制公民人身自由措施的相关规定上《传染病防治法》是《行政强制法》的特别法,相关措施是一种在应对公共卫生事件时所特别采取的对公民人身自由的暂时性限制。

《传染病防治法》规定有实施隔离措施资格的主体包括医疗机构、疾病预防控制机构、地方县级以上人民政府。但是,此次新冠肺炎疫情来势凶猛,负责主管防疫工作的地方政府以及与防疫工作关系最为密切的医疗机构、疾病预防控制机构显然没有足够的人力在每个居民区实施隔离并进行监管。此时,隔离实施主体的合法性与抗疫的现实需要之间不可避免地产生了张力。

(二) 民间人员实施隔离等措施的形式

应对公共卫生事件的紧迫性与行政行为的程序性和要式性存在天然的紧张,政府采取隔离措施时往往无法达到《行政强制法》对强制措施实施程序的严格规定。在防疫过程中政府机关往往以政府决定、社会实施的方式进行各种隔离和封锁。

在一些突发卫生事件中,有些地方政府要求小区(院落)不得“未经区(市)县疫情防控指挥部同意,擅自封闭小区(院落)、单元、楼层、住户等区域”。换言之,按照该通知的要求,封闭这些场所仅需得到“疫情防控指挥部”的同意即可由小区(院落)自行完成。同时,小区出入口管理人员为“物业(保安)人员和社区工作者、网格员或志愿者”,对观察人员实施“硬管控”的人员为“小区(院落)党组织、网格员、物业机构、居民志愿者等相关人员”。这些实践中的安排显然背离了《行政强制法》第十七条规定的“行政强制措施权不得委托”以及“行政强制措施应当由行政机关具备资格的行政执法人员实施,其他人员不得实施”,但是可以转向作为特别法的《传染病防治法》寻找其合法外观。《传染病防治法》第九条规定政府应当“方便单位和个人参与传染病防治的内容有宣传教育、疫情报告、志愿服务和捐赠活动”,居民委员会、村民委员会则负责“组织居民、村民参与社区、农村的传染病预防与控制活动”;第四十五条规定政府“有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资”。可见在形式上,基层民众和被调集的人员在疫情紧急时是有资格从事公务的,在此需要进一步辨析其参与到实施隔离等强制措施中的合法性。

(三) 民间人员实施隔离等措施的合法性辨析

在经历了SARS、H1N1等公共卫生事件之后,已经可以充分认识到政府“包打天下”的局限,政府与民间力量协作的重要性显露无遗,但这是否意味着允许民间力量直接参与到对抗疫情的所有环节之中?政府在人员配备不够时,临时雇佣一些社会人员,让其直接参与到人员隔离和小区封闭的工作中是值得商榷的。其中的问题可以从这些措施的公务属性和执行人员这两端及其关系加以分析。

从公务属性来看,“权力的直接作用内容,是法律所保护的公共利益”^[8],将相关措施纳入公务的范围,意味着其职能以一定的社会公益性为基础。与疫情相关且带有公益性质的职能大致可以分为三类:第一类,常态中即具有显著公益性质的立法、执法、司法等公权力行为,其中又以行政处罚、行政强制、行政命令等行政行为作为主要内容;第二类,常态中具有一定公益性,且因疫情影响使其公益性显著提升的社会职能,如医生对患者的医疗行为;第三类,常态中公益性较弱,但因疫情使其职能产生了公益性转向的各社会职能,如疫情期间的超市卖场、物流行业等。其中第一类职能的公益性质最为明显,并且直接作用于公民的实体权利和义务,是公权力运用目的和方式的集中体现,也是对公权力进行控权的核心之处。为防控疫情而实施的限制人身自由的措施涉及公民人身自由等基本权利,这些措施并非因社会由常态向非常态的紧急转变而具有了公务的性质。对为防范疫情限制染病人员的人身自由人们并不感到陌生,人们普遍能认知并认

同常态下为防止疫情产生和扩散而采取的相关措施,其具有的公务属性是常态化的。这类防疫措施从来都是公权力职能的一部分,需要有其专业性;其实施过程往往也必须有暴力机关的支持,必须有其专属性。

从执行人员一端来看,当政府行使这一类职能遭遇现实的障碍时,寻找合适的“预备役”总是好过“抓壮丁”。一方面,“临时”人员素质的参差不齐难免会导致手拿鸡毛当令箭,违法侵害公民基本权利的情况;另一方面,更为重要的是,“在社会一般人的认识能力上,也很难认识到对方已经临时性地化身为一个‘国家机关工作人员’”^[9]。“我们认为我们的官员都必须平等对待他们统治的所有社群成员,从而我们共同拥有了他们应当以此种方式行事的认识。”^[10]政府的权威性来源于社会大众对于公务人员这一群体所持一系列集体责任的认知,也使公务人员负有更高的道德义务。如果实施公务的人员难以达到人们的这一认知要求,将导致人们对其实施的公务行为的认同程度降低,最终可能减损政府在民众心中的权威地位。此外,行使权力意味着必须承担相应的义务和责任^①,但是民间人员不仅没有权力和责任的统一,当其行使权力失范时,对其亦没有相应的监督和惩戒机制,只能转向行政处罚和刑事处罚等一般手段。如此的权力-责任关系违背了权责统一的行政原则。突发事件发生时需要扩张行政权力,但不能因此克减其责任,否则行政权力的扩张将很容易失去限度。

在防控中,要使每个公民都积极配合政府的防控工作,就要求政府时刻注意保持自身的权威性,防范由个别乱执法现象引起的政府权威滑坡——在抗疫的特殊时期,政府权威性的受损是尤为危险的。因此“资源上的不足并不是不按法律规定采取应对措施的充分借口”^[11]。无人可用的窘境并非因为缺乏相关的法律制度安排,而是源于相应的保障措施没有得到落实。《突发事件应对法》第二章专门规定了对突发事件的预防与应急准备措施,地方政府应当依法加强宣传教育和应急演练,必要时可以通过地方立法的方式^②,储备一批在突发状况发生时能力素质过硬且能得到大众信任的“临时公务人员”,通过组织保障的建设为防控疫情时采取各类措施的程序合法性提供基础。

五、隔离措施中的个人权利保护

传染病防治具有重要的公共利益,公权机关可以基于这种公益对公民的基本权利进行限制,但公民的权利限缩亦需有其边界,“否则对个体权利的限制最终就会演变为对权利的彻底掏空和排除”^[12]。前文已剖析了采取大规模隔离措施的合法性问题以确定其实施的界限。在2020年应对新冠肺炎疫情实施各种隔离措施的过程中出现了很多新的问题,下文将对这些问题从个人权利保护的角度进行具体展开,从被隔离者的角度探讨其权利限缩的界限。

(一) 生活保障权

被隔离人的生命健康与生活保障权是绝对不能被克减的权利,如果在被隔离期间得不到相应

①例如对医疗卫生机构和医疗卫生人员来说,《传染病防治法》第二十条、《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》第五十条等法律明确规定了其在公共卫生事件中对政府部门的服从义务;《传染病防治法》第六十九条规定了其法律责任。

②在2015年《立法法》修订后,全国各“设区的市”已经拥有了较为广泛的立法资源,地方立法有利于法律的全面实施并能为其提供保障。地方立法与应急状态的关系,可参见林鸿潮:《论公共应急领域的地方“二次立法”》,《北京行政学院学报》2008年第3期,第82—85页。

的生活保障必然会影响其生命健康,为被隔离人的生活提供保障构成隔离措施合法的必要前提。《突发事件应对法》第五十一条明确公权力机关在突发事件中要“保障人民群众的基本生活需要”,《传染病防治法》第四十一条规定“实施隔离措施的人民政府应当对被隔离人员提供生活保障”。可以看出,对被隔离人员提供生活保障是公权力机关固有的义务。实践中,公权力机关提供的生活保障通常已经能够满足被隔离人员的基本生存需求。从功利的角度看,满足被隔离人员的最低生活保障已经足够保证社会逐步从应急状态回归常态,但是从这个角度难以解释为何其保障标准仍然经常引发争议^①。

从权利的来源上看,被隔离人员的生活保障权源于隔离期间对人身自由权利的让渡。人身自由权是指自然人的人身自由应免受国家和他人的不法侵害;当其受到侵害时,受侵害人有请求公力救济的权利。人身自由权通常是一项消极的权利,自由权、财产权、平等权是受法治国家所保障的三大基本权利,三者不仅协调一致而且相互支撑。丧失人身自由会使人失去独立自主的生存能力,遑论好好生活(living well)。即便为防控疫情对人身自由进行的暂时性限制通常不会造成如此严重的后果,但是为了防控疫情而对被隔离人员人身自由进行“征用”也要求公权力机关承担更多义务。因此被隔离期间的生活保障权不同于生存权项下的最低生活保障权^②,而是由人身自由权衍生而来。这意味着对于大多数自愿接受隔离的个人来说,即使客观条件有所限制,政府也应当提供给他们与其他人大致相当的生活保障。

(二) 隔离方式的选择权

具体的隔离方式种类繁多,有医学隔离、居家隔离、集中隔离、社区隔离等等,对于被隔离人来说,采取不同的隔离方式对其隔离期间的生活会有不同的影响。相对来说,居家隔离能提供更好的居住条件,医学隔离则能给予更好的医疗保障。尽管实施的目的在于防疫,但被隔离人仍会对不同的隔离方式产生各自的偏好。那么实施隔离时,是否应当给予被隔离人一定的选择权?

实践中对什么人采取哪种隔离方式几乎完全基于政府的决定,但由于政府裁量权的存在,使得其与个人偏好之间的矛盾无法完全消弭。例如,杭州一留学生通过跟领导“打招呼”即采取居家隔离而非集中隔离引起了社会各界的广泛关注^③。与大多数基于违法嫌疑的行政强制不同,基于防疫需要进行隔离的相对人通常没有可苛责性,为此理应平等地给予其一定的选择权,尽可能维护其既有利益。

居家隔离作为一种强制程度较弱的隔离方式更多地便利了相对人,但对于政府来说,一方面要求政府投入更多的监管力量;另一方面容易引起部分个体的非理性恐惧,这种恐惧虽非理性但客观存在,意味着政府要投入更多的时间和人力开展相关疏导工作。后者不是政府拒绝相对人进行方式选择的理由,但是“任何有意义的法律禁止,都要预设对违反者某种程度之检测(detect)能力。……国家的检测能力也形成改变行为诱因或动机的因素之一”^[13]。也即是说当政府的监管能力不足以及及时发现并制止相对人违反隔离规定的行为时,就可能引起被隔离人违反隔离规定的

①如某归国留学生坚持要喝矿泉水引发了媒体和网民的广泛讨论。参见北京日报:《女子被隔离坚持要喝矿泉水,特警:你不是来旅游的!》, <https://mp.weixin.qq.com/s/xBcoF2FAI9VybVb2KCS0nw>, 访问日期:2020年6月25日。

②“生存权的内容很宽泛,生命权、财产权、劳动权、最低生活保障权和环境权等都可包括在内。”广州大学人权理论研究课题组:《中国特色社会主义人权理论体系论纲》,《法学研究》2015年第2期,第56—79页。

③参见奥一网:《杭州一留学生未集中隔离,工作人员回应:依据的7号文系2月下发》, <http://www.oeeee.com/html/202003/23/905465.html>, 访问日期:2020年6月8日。

“破窗效应”。在政府没有足够的力量进行监管时,为了防止相对人违反隔离规定造成严重的社会危害而采取一刀切的集中隔离有其合理性。不过这种合理性只能是暂时的,面对重大的突发疫情时,政府有责任也有义务加强自身对疫情相关因素的监管以保护社会大众的生命和健康。对被隔离人员的监管是众多监管环节中的一环,并且相较于谜团众多的病毒,被隔离人员是否遵守隔离规定要可知可查可控得多,因此难以证成此一环监管的长期缺失是公权力正确履职的结果。

此外,各地政府通常将强制集中隔离、医学隔离等作为违反居家隔离规定的后果之一,作为违反居家隔离规定需要承担的责任。这使得相关隔离措施有了作为惩罚性手段的面向。此时,只因少部分人不遵守第一性的居家隔离义务,就让全部相关人员承受第二性的集中隔离义务显然是不公平的。

综合来看,合适的隔离方式应该是:在疫情初期时,因相关监管未到位、对病毒知晓甚少而采取相对强硬的集中隔离、医学隔离等方式;待监管到位,对病毒的传播力等逐步了解后,允许相关人员选择居家隔离等相对缓和的方式。然而反观实践,各地政府经常由于在疫情初期医疗资源紧缺、集中隔离设施未到位等原因要求相关人员居家隔离;在全国疫情防控步入正轨,有条件采取相对缓和的防疫方式时,反而由于对疫情扩散的恐慌,以较严格的方式进行一刀切的管控。采取这种由松而紧而非先紧后松的检疫隔离措施是否恰当是值得反思的。

(三) 隔离期间的费用负担

隔离期间的费用负担与被隔离人员的财产权关系极为密切。不当的隔离收费将造成对被隔离人员财产权的侵害。同时,如果隔离期间需要被隔离者支付过高的费用,则很容易诱使被隔离人员想方设法逃离或者隐瞒旅居史以逃避隔离措施,为疫情的防控增设障碍。

在实践中,因被隔离人员对高额的隔离费用不满而产生的争议并不少见^①。在疫情期间,政府相关部门要求潜在感染人员在指定地点隔离并接受医学观察,目的是避免危险发生,控制风险扩大。对其人身自由实施的暂时性限制,属于行政强制措施。尽管有《传染病防治法》作为特别法的规定,但在其缺乏费用承担等具体规定时仍需转向作为一般法的《行政强制法》。《行政强制法》并没有对实施限制人身自由的强制措施中产生的费用做具体规定,但是明确规定因查封、扣押产生的保管费用由行政机关承担。通过“举重以明轻”可以推断,对有违法嫌疑或不履行义务而实施的查封、扣押明确规定了不能收费,则当普通公民因履行《传染病防治法》第十二条所规定的配合传染病防控措施义务所产生的费用更不能作为额外负担施加给公民。

当隔离措施的强制性明显时——比如对本地人员实施的隔离,可以方便地论证不应将隔离产生的费用转嫁给被隔离人。但是实践中亦存在一些类似于“自愿隔离”的情形——如国内外来人员、境外归国人员的隔离,这些人是否都是默示地同意了地方政府的“隔离契约”后进入其行政辖区,从而应该接受其约束力呢?在此,首先需要区分这些外来人员是否享有真实的选择自由,也就是他们是否拥有名副其实的替代方案。如需要返工以维持生计的外来人员、被外国遣返的出国人员、前往外地出差的本地人员等往往不具备恰当的可替代选择。与此同时,即使是真正出于自愿前往疫区的人员——如参加抗疫工作的志愿者和医务人员,对这部分人员进行收费亦难以证成。

基于突发公共卫生事件这一特殊时期的社会实践,一个特殊的抗疫联合体已经初步形成,每

^①参见人民日报:《14天收费9800元,隔离费用不该是糊涂账》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1660875561043486798&wfr=spider&for=pc>, 访问日期:2020年6月25日。

个在国内受疫情影响以及为抗击疫情挺身而出的人都是这个联合体的一分子。亦是基于这种成员身份,多数人都自愿自觉地接受了相应的隔离措施^①。在这个联合体中,成员间互负的责任能够从道德层面证成团体对其成员实施隔离措施的正当性,但原则上这也意味着团体必须平等关切其成员——在涉及人身自由与财产权的重大权利问题上尤其应当一视同仁。

(四) 权利的程序性保障

没有救济就没有权利。公权力在实施隔离等限制人身自由的强制措施时,必须为公民可能被侵犯的基本权利提供适当的救济。然而被隔离人员在隔离期间自由受限,与外界的接触也极为有限,为了保障其权利得到及时的救济,需要额外的程序性保障。

由于防控的紧迫性,隔离措施的决定和实施程序往往从快从简,并以控制疫情蔓延和维持社会稳定为主要关注点,很容易忽略具体到个人的权利保护。为了充分发挥行政程序制度的价值和作用,不妨将相关程序保障的着眼点从规制公权力运作一端后移至公民寻求对自身权利的救济一端。公民为了维护自身权利需要何种程序性保障?总体来说,一是要保障公民有寻求救济的途径;二是保障公民有寻求救济的能力。对于第一个问题,《传染病防治法》第十二条对公民权利的救济做出了规定,提供了行政复议和诉讼两种事后的救济途径;同时《突发事件应对法》第十三条规定了救济过程中的时效中止、程序中止制度。第二个问题则主要针对公权力机关在行使权力时的说明义务,一方面必须说明行政行为决定的依据并告知权利的救济方式等内容,另一方面应当提供必要的法律服务,如法律援助或为会见律师提供便利。

对权利的程序性保障与对公权力的程序规制存在部分竞合之处,可见在疫情防控中程序制度依然发挥着重要作用。在现行法律制度中,《传染病防治法》《突发事件应对法》等法律并未对隔离执法中的说明义务、权利救济的程序性权利等事项予以明确,因此必须在将来的立法、修法中加强对程序制度的重视,以推动疫情防治的法治化进程。

五、结语

公权力机关和普通公民一样,在面对突发公共卫生事件时负有其义务和责任。在公权力主导的防控过程中,公权力机关更要严守法治的一般界限,不能为片面地追求防控效果而漠视个人的权利与尊严。在不同区域疫情有显著差别的情况下,各地应根据其所处的时空和情况有针对性地依法制定和实施隔离防控措施,从实质平等的角度界定不同个人的权利和义务,防止机械地采用一刀切的防控措施而侵害公民的基本权利。

参考文献:

- [1] 康敬奎.《立法法》法律保留规则的缺失与完善[J].江海学刊,2012(2):136-142.
- [2] 孟德斯鸠.论法的精神:上册[M].张雁深,译.北京:商务印书馆,1961:154.
- [3] 陈新民.法治国公法学原理与实践:上册[M].北京:中国政法大学出版社,2007.
- [4] 姜明安.法治、法治思维与法律手段:辩证关系及运用规则[J].人民论坛,2012(14):6-9.
- [5] 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[J].法学,2020(3):94-108.
- [6] 博登海默.法理学[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2017:383.
- [7] 马怀德.应急管理法治化研究[M].北京:法律出版社,2010:9.

^①联合体义务可参见参考文献[10],德沃金著书:第156—161页。

- [8] 段凡. 论权力应是公权力 [J]. 武汉大学学报 (哲学社会科学版), 2012, 65 (5): 45-51.
- [9] 车浩. 刑事政策的精准化: 通过犯罪学抵达刑法适用: 以疫期犯罪的刑法应对为中心 [J]. 法学, 2020 (3): 49-75.
- [10] 罗纳德·德沃金. 法律帝国 [M]. 许杨勇, 译. 上海: 上海三联书店, 2016: 139.
- [11] 王晨光. 疫情防控法律体系优化的逻辑及展开 [J]. 中外法学, 2020, 32 (3): 612-630.
- [12] 赵宏. 疫情防控下个人的权利限缩与边界 [J]. 比较法研究, 2020 (2): 11-24.
- [13] 颜厥安. 鼠肝与虫臂的管制 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 68.

On the Legal Issues of Quarantine Measures in Public Health Emergencies

Xia Jisen, Wu Mingchi

Abstract: In public health emergencies, the widespread implementation of quarantine measures has effectively blocked the spread of the epidemic. While such measures have achieved effective results in epidemic prevention, they have also triggered a conflict between the basic rights of citizens and the public interest. In legal norms, quarantine measures are uncertain. Relevant measures must take equality as a substantive standard to regulate their boundaries and the legitimacy reviews should be conducted from five aspects: purpose, jurisdiction, content, means and procedure. In practice, the main implementing body and personnel of quarantine measures have doubts about legitimacy, and new issues such as the living guarantee of the quarantined persons, the choice of quarantine methods and the burden of quarantine costs also need to be reviewed and discussed from the perspective of rights protection so as to achieve the balance between individual rights and the public interest.

Keywords: quarantine measures; legitimacy; rights protection

(收稿日期: 2020-07-12; 责任编辑: 晏小敏)