



法治国家的健康观

毋文文^{1,2}

1. 中山大学马克思主义学院, 广东 广州 510275; 2. 中山大学—广州市疾控中心高水平公共卫生人才培养示范基地, 广东 广州 510440

摘要:在法治国家,健康应被定位为国家保护义务的对象,这一定位既凸显了保障公民健康的国家任务,又指引着公权力理性履行其保护公民健康的职责。在现代社会,随着健康影响因素的变化,国家要充分保护公民健康,就需要实施全方位的预防。由此,健康保护水准得到提升,但个人权利招致较多限制,健康与自由的关系日益紧张。健康中国建设背景下,行政机关固然要突破原有警察权的界限,但仍不可放弃行政法治的基本要求。国家应当强调个人的主体性,尊重公民是自己健康的第一责任人,在此基础上论证干预措施的正当性。

关键词:健康; 国家保护义务; 法治; 健康保护; 自由

中图分类号: D902

文献标志码: A

文章编号: 1671-0479(2023)05-415-008

doi: 10.7655/NYDXBSS20230504

健康是人们亘古通今的诉求,也是一个人言人殊的不确定概念。历史上,“健康就是没有病”曾是一个普遍的认知。近代以来,随着医学的进步,人们对健康的认识也不断深入。现代医学上的健康标准除了身体健康,还扩展到了心理健康、社会适应健康以及道德健康等。此外,在医学理论与实践,还有公共健康与个人健康、主观健康与客观健康的界分^[1]。医学之外,社会学、生态学、经济学等学科对健康同样有不同的定义^[2]。法学也关注健康,《中华人民共和国民法典》规定了自然人享有健康权,因此健康在私法上应当被定位为权利的客体,强调自然人的健康不受他人侵害以及受到侵害后可请求赔偿。2019年颁布实施的《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》(简称《基本医疗卫生与健康促进法》)规定了国家尊重和保障公民健康权,有学者将其视为与民法中健康权同频的公法权利^[3]。那么,个人对国家享有健康请求权吗?在现代社会,健康影响因素发生巨大变迁,健康保护手段也随之发生改变,习近平总书记明确指出“预防是最经济最有效的健康策略”,为有效应对健康问题,《国务院关于实施健康中国行动的意见》要求,必须“关口前移,采取有效干预措施”。这一取向会对个人权利与自由有何挑战?行政法治又该

如何调和健康与自由之间的紧张关系?本文将试图在法治国家背景下对上述问题展开讨论,思考健康在公法上的适当定位。保护人民健康不仅是健康中国建设的任务,也是法治中国建设的任务。《健康中国行动(2019—2030)》提出,要“引导群众建立正确健康观”。在法治国家之下,何谓正确健康观?这是后疫情时代必须认真思考的问题。

一、法治国家中健康的定位

健康自古以来便是人的基本需求,但并非始终是公法上的基本问题。在近代法治国家的变迁中,健康完成了在公法上的复兴。但强调对健康的保护并不意味着健康需要权利化,将其定位为国家保护义务的对象或许更为恰当。

(一)健康在公法上的历史流变

在自然法学派影响下,健康作为政府成立的一种目的,植根于民主理论之中。在自然法学派眼里,人的健康是与生俱来的权利^[4],人们摆脱自然状态,缔结社会契约形成国家,目的就是为了实现公众健康、安全与福祉。启蒙思想家洛克认为,“虽然人们在参加社会时放弃他们在自然状态中所享有的平等、自由和执行权,而把它们交给社会,由立法机关按社会的利益所要求的程度加以处理……而

收稿日期: 2023-08-28

作者简介: 毋文文(1995—),男,山西晋城人,博士研究生在读,研究方向为行政法学、公共卫生法学。

这一切……只是为了人民的和平、安全和公众福利”^[5]。健康作为人们获得幸福和行使权利的基础,显然是一种重要的公众福利。美国《独立宣言》写道,“我们认为下述真理是不言而喻的:人人生而平等,造物主赋予他们若干不可让与的权利,其中包括生存权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利,人们才在他们中间建立政府……唯有这样才最有可能使他们获得安全和幸福”。在民主理论基础之上,孟德斯鸠进一步指出,“国家的职责在于给每一个公民提供某种保障,让他们丰衣足食,身心健康”^[6]。

然而,在近代公法的发展过程中,健康并不处于特别重要的地位。近代行政法是以自由主义为理论基础发展起来的,在自由主义倾向中,健康并非国家义务,其公法意义仅限于将侵害自由予以正当化,国家可以为了保护健康而干预或限制个人自由。在将侵害正当化之外,健康便与公法无关。这种状况持续到20世纪中叶。在近代法治国家,健康曾一度从宪法学上消失,仅在秩序行政法上得到体现。秩序行政的任务不在于健康促进,而仅在于消除健康危险。只有个人自由受到具体的健康危险时,行政权才能行使,同时还要受到法律保留原则、正当程序原则、比例原则等行政法治原则的限制。这一阶段,健康与自由处于一体两面的关系,与其说国家对健康负有保护职责,不如说国家对自由负有保护职责。

第二次世界大战后,随着工业化、城镇化、疾病谱变化、生态环境及生活方式变化等,人们开始直面在此前未曾遇到的健康风险,期待国家对健康进行干预。更为重要的是,个人此时面对的是专业化、组织化的医疗卫生服务机构,有些国家甚至由政府亲自举办医疗机构。“现代循证医学的一切判断都要在一定的技术条件支持下根据专业医学知识才能作出”^[7],在此情形下,医务人员与公民个人之间显然并非平等法律关系。例如,公民接受医疗机构服务享有知情同意权,签字或口头接受即表示知晓其中的事项与风险,这一制度背后所依托的是意思自治、主体平等的私法权利理论。然而,现代医学高度专业化、精细化,患者是否有能力且有意愿充分了解其中事项并且合理作出判断是值得怀疑的。因此,有论者认为医疗服务中的知情同意制度是法律的虚构,忽视了患者与医疗卫生人员的不平衡关系^[8]。在这种不平衡法律关系下,个人健康易受到医疗机构的支配,因而需要国家成为健康保证人。与此相应,需要在宪法层面重新认识在此前未曾想到的健康任务,将其作为基本权利国家保护义务的对象,甚至提出了健康权这一概念。而在行政法层面,除了强调对行政权的限制,也要求其积

极履行疾病预防与健康促进义务,维护公众健康进而增进社会福祉,逐渐发展为现代行政法的一项重要任务。

(二)不宜作为基本权利的健康

有国外学者曾经统计,全球许多国家的宪法都规定了健康权^[9]。这一国内法上的定位来源于国际法的影响。国际公约中将健康作为权利的做法始于二战后,它常常与平等、人身自由、人格尊严等具体的基本权利以及国家保护义务相关联。例如,1946年颁布的《世界卫生组织宪章》的序言中规定,“享有最高可获致的健康标准是每个人的基本权利之一,不分种族、宗教、政治信仰、经济或社会状况”。1948年《世界人权宣言》第二十五条规定,“人人有权享有为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准,包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务”。这里的健康意味着不受肆意的不平等对待,这是消极意义上对平等的保障,而公民免受他人的不平等对待,又需要国家履行保护职责,此为积极意义上对平等的保障。联合国人权事务高级专员办事处与世界卫生组织联合发布的《健康权:概况介绍31号》更是直接指出,健康权是一项包容性权利(inclusive right),包括未经同意不得提供医疗、接受健康教育、获得健康信息、参与国家卫生健康决策、卫生健康服务和设施向所有人提供等^[10]。由这个定义可知,虽然名为健康权,但其实是“与健康有关的权利”,与平等权、人身自由、隐私权、知情权、参与权等具体权利相关联而产生竞合。

对于健康在公法上的权利主张,我国学界在理论上的做法与上述国际层面基本一致,将要求保障健康状态的权利统合为一个独立的权利,即通常称之为“健康权”。在总体上抽象出宽泛健康权的基础上,学者们又按照基本权利的消极权利与积极权利功能划分构建起健康权的规范内涵^[11]。实践中,健康作为一项公法权利的定位在我国也完成了实定化。2019年颁布实施的《基本医疗卫生与健康促进法》明确规定了国家和保护公民的健康权,有学者认为这体现了国家对公民健康权的重视与健康权保障的责任^[12]。

但是,学术上对于公法上健康权的表达应持慎重态度。“健康权”的表达易使人误解为其是以健康为客体的权利,而以健康作为客体的权利会与通常意义上的权利概念相违背。理论上,国家客观法义务与公民个人权利并非完全对应,国家在健康保护上具有裁量性。因此国家对公民健康负有保护义务,但并不意味着从中能直接推导出以健康作为客体的健康权。而且,公民健康作为现代国家的任务,是一项公共利益,在性质上其实不适合权利化。个人权利的请求保护与公共利益的客观保障

之间存在本质区别。通常情况下,对于要求保障公共利益的请求权,并不能在法理上得到承认。其实,虽然一些国家宪法规定了健康权,但仍有相当数量的国际公约和国家宪法的做法是未明确健康权。比如2009年生效的《欧盟基本权利宪章》,以及美国和我国宪法。其中的原因或许在于,制宪者或修宪者觉得健康只是自由、隐私、财产、平等权等具体权利向国家主张利益的一个领域,在宪法已经明确规定这些具体权利的情况下,国家在负担保护义务时只需将其具体适用于健康领域即可。更重要的是,不规定宪法上的健康权并不意味着国家在健康保护上的失位,保护公民健康依旧且始终是国家的一项重要任务。

(三)作为国家保护义务的健康

在理论上,适宜将健康定位为国家保护义务的对象,但不宜将健康作为一种独立的权利。将健康定位于一项公法权利,势必会要求国家对公民健康的完全彻底保护,这无异于揠苗助长。一个国家的健康保护程度受到社会经济发展状况、政府财政支出的最大能力等各种影响,不可强行为之。强行为之将会破坏近代法治的权利构造。健康是具体基本权利的某种面相,诸如人身自由需要有身体健康的保障。脱离了具体的权利基础,单单强调健康,就会显得空泛而缺乏实质内容。且健康未必与某种具体权利发生关联,不能说是国家基本权利保护义务的对象。准确地说,健康应当是国家保护义务的对象。

从功能上讲,将健康定位为国家保护义务的对象,也更为能够有效提升公民健康水平。具体表现为以下三个方面:其一,公民健康国家保护义务凸显和强化了国家任务。有关国家公权力的构造与运行,都应当有利于公民健康保护这一宪法价值。即使公民不享有以健康作为客体的健康权,国家也同样可以对公民健康进行很好的尊重和保障。其二,公民健康国家保护义务可以整合国家公权力的各种作用方式以维护公共健康。相较于民法上的健康权,国家可以采取民法、行政法、刑法等多种保护方式,综合运用不同法律工具和治理机制保护公民健康。其三,公众健康国家保护义务是确保国家公权力理性行使的宪法标尺。公权力具有两面性,有服务于公民健康的一面,但同时也有可能对个人权利与自由造成威胁。因此需要从宪法层面确保公权力始终在法治轨道上运行,既要防止对公民健康干预不足,也要避免对公民健康干预过度。

从比较法视角来看,在宪法层面最早确立公民健康国家保护义务的做法来源于智利,1925年智利宪法成为全球范围内有关公民健康保护的第一个国家宪法,为公民健康保护提供了最初的宪法规范

依据。二战以后,在宪法层面确立健康保护的规范要求,渐成国际组织与各个国家的价值共识。1965年生效的《欧洲社会宪章》第11条为欧洲国家的公民健康保护提供了基本的规范依据^[13],这里采用了健康保护权(the right to protection of health)的表述,而非健康权(the right to health)。此后,健康保护权受到越来越多国家的接纳。墨西哥、罗马尼亚、西班牙、巴西、南非、古巴等国家纷纷在本国宪法中确立了健康保护权^[9]。值得注意的是,除了《欧洲社会宪章》对健康保护权的表述,不同国家宪法还有其他不同的表述,比如“the right to health care”“the right to health protection”“the right to health protection and care”等。其中,“health care”也有得到照护、获得保健的意思,我国有学者将其翻译为“健康照护权”^[14],与健康保护权意思基本一致。从各国宪法文本及国际宪法性文件来看,公民健康国家保护义务的宪法依据和权利基础是健康保护权,而非健康权。

因此,国外有学者建议使用健康保护权来代替健康权^[15]。我国一些学者在讨论健康权时,已经留意到健康权与健康保护权在英文表述上的差异^[16],遗憾的是没有进一步深入考究。在检索到的中文文献中,唯有高秦伟教授敏锐地区分了健康权与健康保护权。从语义学的角度来看,健康保护权的用法强调了国家保护公民健康的义务。这一国家义务是为公民健康提供保护,而非确保公民“良好的健康状态”^[14]。健康保护权在宪法层面作为一项基本权利,调整的主体是个人与国家之间的关系。在法权结构上,体现了宪法对国家的规范要求,而非旨在建构针对公民健康的健康权。

二、现代健康保护下的行政法治

在健康进入宪法后,产生了公民健康国家保护义务,国家承担着保护公民健康的职责。现代健康观强调对疾病的预防,与之相对应,公法也革新了对健康保护的调控方式,积极采取保护措施进而预防健康风险成为常态。随着健康中国建设的大幕拉开,行政任务在扩张,个人的主体性和自由价值渐趋于次位。

(一)以预防为取向的现代健康观

现代健康观与传统健康观的区别建立在预防与治病相区分的基础之上。传统健康观仅注重生病后的治疗,以治疗疾病为取向,认为“没有病”就是健康;现代健康观则旨在减少疾病的发生以及疾病发生之后的早期控制。《“健康中国2030”规划纲要》中,“预防”一词出现24次,是出现频次较高的概念之一。《国务院关于实施健康中国行动的意见》指出,推动从以治病为中心转变为以人民健康为中

心,动员全社会落实预防为主方针,实施健康中国行动,提高全民健康水平。“以人民健康为中心”的理念实质上就是树立以预防为取向的健康观。正如习近平总书记所言,“预防是最经济最有效的健康策略”。

强调预防取向的目的在于对主要健康问题及影响因素尽早采取有效干预措施。《国务院关于实施健康中国行动的意见》指出,“为坚持预防为主,把预防摆在更加突出的位置,积极有效应对当前突出健康问题,必须关口前移,采取有效干预措施”。在流行病学上,预防措施分为一级预防、二级预防和三级预防,分别对应不同的医学干预措施^[17]。公法调整个人与国家的关系,因此在公法范畴中,可以把流行病学中的预防措施类型化为个人预防与国家预防。顾名思义,个人预防是指个人对健康影响因素的提前干预,比如个人养成符合自身特点的健康生活方式以及生病之后及时就医等,通常认为个人干预属于私人事务,在不侵犯公共利益和他人合法权益的前提下享有自主性。国家预防是指国家为保护公民健康而提供的干预,比如强制公民注射免疫规划疫苗、为传染病疫情防控而利用大数据开展公共卫生监测等,这属于典型的公法问题。

根据预防医学的基本分类,人们面临的健康危险可以分为传染病与慢性非传染性疾病。国家对传染病的干预源远流长,最早可以追溯到公元前,但在近代生物学、病毒学等学科兴起以前相当长时期内,国家干预更多是事后的应对,通常表现为简单的隔离措施,难以称之为现代预防措施。直到近代以来,随着疫苗接种、抗菌疗法的普及,许多曾经严重危害健康的传染病才真正得以预防。近几十年来,艾滋病、新冠等新型传染病日趋严峻,为了更好地保护健康,各国纷纷构筑起风险预防机制。慢性非传染性疾病的预防来源于人类疾病谱的变化,二战后,糖尿病、心血管疾病、癌症等慢性非传染性疾病取代传染病成为危害人类健康的主要因素。慢性非传染性疾病引起的病痛、失能和过早死亡,严重损害了人民幸福并影响了社会运转,同时导致各国巨大的医疗成本。而国家全面介入慢性非传染性疾病预防则是在20世纪末,社会流行病学的兴起革命性地改变了慢性非传染性疾病的干预方式。社会流行病学认为,一个人的健康深受其所处的社会环境影响,社会环境及其影响下的生活方式是一个人健康与否的基本决定因素。社会阶层、受教育程度、住房条件、生态环境等众多因素均有可能系统性影响一个人的健康状况。于是,健康便不仅是私人事务,而且远非个人可以控制,国家预防必须从方方面面展开。

(二)现代健康观对行政法的挑战

国家为了公众健康可以对私人生活进行干预,但须受到行政法治的限制,这是近代法治国家的基本健康理念。但是在现代国家,随着健康观念的发展,健康的现代保护与传统行政法的调控方式已完全不同,近代行政法治理念面临严峻挑战。

在法治国家,在私人领域一向奉行法不禁止即自由的原则。“国家只要遏制了对自由的侵害,就算履行了自己的任务,为此所用的也是传统的国家手段,即命令和强制”^[18]。近代行政法正是以此为指导,以警察权(police power)为基础发展起来。它以消极行政为对象,以确保行政权合法行使、维护私人自由为己任,发展出了依法律行政和行政救济的基本原理。在近代行政法上,存在具体现实的健康危险,才允许行政机关介入,在健康危险与损害后果之间存在线性的因果关系。相应地,警察权的权限在于有健康危险时采取应对措施,并服从行政法治基本原则的限制。如此,既保障了公众健康,又维护了个人自由。

但是,社会背景的变迁对传统行政法造成了巨大的挑战。随着生产力的快速发展,工业化、城镇化、人口老龄化等社会现象逐渐出现,生活行为方式、生产生活环境以及医疗卫生服务等均成为影响健康的决定因素。当今时代,人们既面临传统健康危险,也面临现代科技健康风险;既面临新型突发传染病风险,也面临慢性非传染性疾病风险;既面临当地当时确定的健康威胁,也面临跨国界跨世代不确定的健康威胁。面对无处不在的健康风险,传统行政法对健康问题调控的不足之处逐渐显现出来。伴随着健康观的演变,行政职能也随之发生变化,行政权正在由消极向积极、由事后应对向事先预防转变。

于是,行政介入的条件被放宽,只要有健康危险发生的可能性,就有行政介入的必要性。为了预防疾病的发生,国家积极制定健康规划、提供公共卫生服务项目、收集个人健康信息建立健康档案、利用大数据等现代信息技术开展公共卫生监测,国家预防逐渐常态化。在常态化的国家预防之下,传统行政法上健康与自由的平衡关系被打破,以警察权构筑起来进而调控健康问题的近代行政法有崩溃的风险,具体体现在以下三个倾向上。第一,公众健康优先性。近代行政法上的警察权以维护个人自由为己任,保护健康不得侵害个人权利与自由,但现在却出现了优先保障公众健康的倾向。第二,手段目的模糊化。近代行政法可以为了公众健康的目的限制个人权利与自由,但限制的手段应当具有合比例性,干预过度或干预不足均不具有正当性。但现在比例原则的不确定性被无限放大,目的

本身有可能模糊不清,手段是否与目的相适应也很难确定。第三,干预手段多元化。近代行政法的干预手段主要表现为强制干预,但现在政府更注重采取多元的柔性干预措施开展健康保护,比如健康宣传、健康教育等。

(三)健康国家建设的任务扩张

健康与治疗疾病具有一定联系,但健康却不仅仅是没有疾病。健康与预防疾病具有内在联系,健康需要通过预防疾病来达到。预防疾病与治疗疾病分别处理健康风险与健康危险的问题。预防疾病指向未来,消除未来的健康影响因素;治疗疾病指向过去,消除过去发生的疾病,恢复正常的健康状态。预防疾病更强调积极地健康促进,治疗疾病强调消极地应对疾病。疾病与现实的健康危险也许不会一直发生,但健康影响因素却始终存在。由于生活行为方式、生产生活环境以及医疗卫生服务等广泛的因素均可能影响健康,仅仅保护某个人是不足以保障健康的,确保整个制度、整个系统的有效运转,就成为保障健康必不可少的要求。因此,国家重心在从“以治病为中心”向“以健康为中心”的转变过程中,“健康国家”作为一种现代国家的事态应运而生。在我国,党中央、国务院发布《“健康中国2030”规划纲要》,提出了健康中国建设的目标和任务。党的十九大作出实施健康中国战略的重大决策部署,在此基础上,党的二十大要求继续推进健康中国建设。

健康国家将健康放在优先发展的战略地位,强调把健康理念融入所有公共政策。2010年,世界卫生组织在《关于所有健康政策的阿德莱德声明》中号召,“所有部门把健康和幸福作为政策发展的一个关键组成部分”^[19]。随后这一理念纷纷进入各国国内法,比如美国提出采用“将健康融入所有政策”(health in all policies, HiAp)的原则来保护和促进健康。我国《基本医疗卫生与健康促进法》中规定“将健康理念融入所有公共政策”,健康理念正式成为具有约束力的规范条款。将健康理念融入所有公共政策可能意味着“重新定义健康政策的概念”,因为其包括了许多超出传统卫生健康政策范畴的社会政策^[20]。“将健康融入所有政策原则的核心是研究健康的决定因素……可以通过影响这些决定因素来改善健康,但主要受非卫生健康部门的政策控制。”^[21]面对跨部门的健康风险,各国纷纷采取了整体政府的推进方式。在美国,为了贯彻HiAp原则,联邦政府创建了由20多个联邦政府机构负责人组成的国家预防、健康促进与公共卫生理事会。该委员会设在卫生健康工作的主管部门——健康与人类服务部,并由其部长担任委员会主席,统筹协调委员会工作。为了推进健康中国行动,我国也成立了健康

中国行动推进委员会,但领导体制和工作机制还有待进一步健全。

另外,国家开始承担起全方位的健康照护职责,这一照护职责并没有内在的界限,国家要“提供系统连续的预防、治疗、康复、健康促进一体化服务”,在健康危险出现之前,照护活动便开始执行,在健康危险消除之后,照护活动仍持续存在。健康国家出现了“计划行政”的某种面向,《国民营养计划》等纷纷推动实施。随着健康国家行动的不断加强,行政权力的集中、健康信息的监测、国家资源的统一调配也成为重要的现象。

在健康国家中,健康与自由的平衡关系发生了彻底的倾斜,“健康是促进人的全面发展的必然要求”,如果没有健康,人作为个体将无法全面发展,个人自由也自然无从谈起。正是因为健康得到良好的保护,才能让个人权利与自由的享有成为可能。在近代行政法上,自由处于第一位,而现在自由退居第二位,健康居于第一位,可以为了确保健康而限制自由。健康与自由的关系从近代行政法一体两面的关系,转化为健康是自由前提的关系,自由被置于健康之下,如果不保护健康,自由也无法实现。为了降低健康风险,国家可以全方位进行干预,个人隐私、个人信息、人身自由、经营自由等个人权利也要根据健康需要进行整合,服从更高的健康目标的控制。随着健康国家建设的任务扩张,健康保护也许提升到很高的水准,但个人的主体性和自由价值却可能面临被侵蚀的风险。

三、行政法治对健康与自由的协调

在预防取向的现代健康保护的冲击下,行政法治原理必然受到冲击,健康国家建设对行政法治提出了新的要求。但是,对于现实具体的健康危险及其应对问题,仍应严格遵守近代行政法治原理。如果丢弃行政法治的基本要求,则会陷入无限预防的泥潭,无限预防不仅难以实现,亦将扼杀人的主体性和自由。

(一)公众健康、个人健康与自由

在现代社会,国家往往以公众健康为由限制个人自由,人们面临的威胁来自群体视角的公共卫生事务。公共卫生有别于医疗,后者将个体患者作为关注对象,强调个人健康;而公共卫生更关注群体而非个体,寻求维护公众健康^[1]。健康在这里出现了公众健康与个人健康的界分。在观念上,个人健康与公众健康之间具有紧密联系,个人健康有可能成为公众健康,而公众健康的保障也会有利于个人健康。但个人健康与公众健康也存在一定区别,公众健康并非个人健康的总和,而个人健康也并不等同于公共健康,公民的个人健康是独立存在的,虽

然脱离公众健康的个人健康是没有意义的,但并不是有了公众健康就一定有个人健康。将个人健康的保护吸收到维护公众健康的保护中是不合适的,国家不仅应采取措施保障公众健康,同时也应对个人健康负有保护义务,个人健康受到侵害或威胁时,有权请求国家予以保护。国家应当处理好个人健康与公众健康的关系,公众健康是因保护个人健康而出现的。

因保护个人健康而出现的公众健康固然重要,但保护公众健康的出发点应在于维护个人自由。正如《共产党宣言》所说,“每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”^[22]。如果不以人的主体性为出发点,公众健康就将发生异化。在制度设计上,应确保在维护公众健康时不能肆意侵害个人自由,应当强调人的主体性,确立个人的自由价值,避免以公众健康作为当然前提。公众健康是一项重要的公共利益应当得到保障,但个人自由本身也是一种公共利益,更是公众健康的原本目的所在,不应轻易让位于公众健康。在采取措施维护公众健康时,应当将个人自由作为思考的原点,而不应将公众健康作为压倒一切的理由。

在健康风险广泛存在的当今社会中,尊重人的主体性和自由价值也是公共卫生治理的必需。生活方式、生产生活环境以及医疗卫生服务等健康影响因素的不确定性和泛在性,导致国家即便全方位保护健康,也难以收到健康保障的效果,反而可能引发二次风险甚至是系统失灵。这时,应更加依赖于个人责任。在整个系统中,每个人作为独立主体自负其责,养成符合自身和家庭特点的健康生活方式。正因如此,我国《基本医疗卫生与健康促进法》才规定“公民是自己健康的第一责任人”。国家唯有重视个人责任,才能有效且广泛地收集健康影响因素,实现公共卫生治理^[23]。也就是说,自由和责任原理在公共卫生治理中至关重要。

(二)健康保护中的权衡论证

健康保护是现代法治国家的一项任务,并不意味着健康就高于一切价值;将自由视作健康保护的出发点,也并不意味着滑向绝对的个人主义与个体主义。对于健康与自由的关系,应当在具体的实际问题中进行理性探讨,避免用抽象观念直接给定健康高于自由或者相反。越是宽泛地强调公众健康,个人权利与自由就越容易招致限缩,而越是宽泛地强调自由,公众健康则也越容易受到威胁,美欧国家在新冠疫情初期的防控失守与其宪制中根深蒂固的个人主义不无关系。

传统行政法上,存在现实具体的健康危险是政府介入保护公众健康限制个人权利的关键。现代健康观下,行政法治在进行调控的时候,现实具体

的健康危险仍可发挥其重要的指引作用。如果国家干预脱离健康危险,进而提前干预健康风险,就应承担将提前干预正当化的职责。对自由的限制程度越高,国家就必须提供越有力的正当化理由。2007年,英国纳菲尔德生物伦理委员会提出了一个公共卫生领域的规制干预阶梯(intervention ladder),在这一阶梯中,政府干预的区间从重到轻分别为:排除选择、限制选择、通过抑制措施引导选择、通过激励引导选择、通过更改默认政策引导选择、让选择成为可能、提供信息、不干预或者仅对当前情况进行监测。干预阶梯越高,政府就必须提供越有力的正当化理由,这为考量不同干预措施的可接受性提供了一种思路。就如强制医疗隔离而言,只有当有明确迹象表明将产生预期后果,并与可能侵害的个人自由相权衡之后,才具有正当性^[24]。不能因为某些领域、某些时期公共卫生监测的常态化,就认为国家对个人信息等权利的介入就具有当然的正当性。所以,现代健康保护虽不能继续要求存在现实具体的健康危险,但应当加重国家提前采取干预措施的论证负担。比如,就慢性非传染性疾病的预防而言,应当有“慢性非传染性疾病导致的死亡人数占总死亡人数的88%,导致的疾病负担占疾病总负担的70%以上。居民健康知识知晓率偏低,吸烟、过量饮酒、缺乏锻炼、不合理膳食等不健康生活方式比较普遍”^[25]这样的科学事实依据存在,才能为国家全方位进行提前干预提供正当性。

(三)权衡论证的具体展开

健康与自由的内容及其关系不应有任何主体先验性赋予,而需要国家根据具体的情形、在具体的领域中,对健康信息的滥用、个人自由的制约、企业经营成本的增加等利益作综合考虑和权衡。具体来讲,可以从法律保留、比例原则、正当程序等行政法治的现代原理方面予以落实。首先,为了避免权衡与评估流于恣意,有必要事前确立一般的规则,对国家介入进行严格控制。哪些事项需要由法律直接规范、哪些事项需要以法律或基于法律授权的行政法规进行规范、哪些事项可以以行政机关的规范加以规定,这涉及国家介入的设定和配置。在历史上,法律保留的范围虽然经历了一定变迁,但“侵害保留说”仍旧是一种主流的且符合实际的立场^[26]。因此,应根据不同干预措施与个人自由之间的接近程度,将干预措施按层级化的法律保留予以划定^[27],并逐步对超越设定权限的法律法规以及规范性文件开展清理工作。同时,在规范中要对不确定法律概念“身体健康与生命安全”“人民健康”“公共卫生”等进行必要的列举以及类型化界定,避免国家过度干预。

根据层级化的法律保留进行划定之后,干预措

施还应当遵守比例原则、正当程序原则等诸多限制。如果某项公共卫生事务所保障和促进的健康利益不及个人权利与自由的价值,则这一干预措施就不具有合法性。在行政法治视域中,不惜一切代价保护公民健康的说法应当谨慎表达,只有在具体情境中进行利益衡量后的措施才具有正当性。当然,提前对健康影响因素采取的干预措施与比例原则的紧张关系是客观存在的。在充满不确定性的健康风险环境中,要求行政机关准确“量体裁衣”并非易事。另外,无论是比例原则本身,还是比例原则在风险行政中的变体,抑或是引入成本收益分析的比例原则,本质上均只是一个形式框架,并没有提供明确具体的标准答案,具有不断迈向精确化的使命和无法完全精确化的宿命。因此,潜在健康风险的不确定性与比例原则本身的不确定性,导致比例原则的精确适用面临着诸多挑战。对此,国家可以按照“动态比例原则”的要求,在一开始放宽比例原则的适用尺度,随着医学进步和相关技术发展,健康风险逐渐确定后可以收紧其适用尺度。2023年2月发生在美国俄亥俄州的列车脱轨导致危险化学品氯乙烯泄漏事故的处置措施就很好地诠释了这一点,事故发生后,由于健康风险还未确定,联邦、州相关部门立即展开了安全疏散、应急监测、风险评估、标明危险区域、控制泄漏源等处置工作,泄漏事故的危害得到控制。经过持续监测与定期的科学评估,当局逐步调整处置措施,直至环境中未发现影响公众健康危险化学品,并及时恢复了正常的社会秩序。

作为一个古老的法律概念,正当程序同样是一个需要视具体情境而权衡的过程。具体来讲,公权力在依正当程序行使时,应权衡以下两个因素:首先应考虑到受影响的个人权利的性质,对个人的侵入性和强制性越高,程序性保障就应当越严格。比如剥夺自由的社区隔离,那么公权力机关就必须提供一整套完整的程序。其次,公权力机关应当考虑额外的正当程序所带来的负担,以及对公共利益的危害。比如对于精神病患者或者在突发传染病紧急情况下,可以简化正当程序或后再补充正当程序。但无论何种情形下,正当程序都应至少注重将卫生行政机关、医疗卫生机关及其医疗卫生人员的决定和行为透明化^[28]。尤其是在健康危险具有不确定性、信息掌握具有不对称性的场景中,个人难以对此产生稳定性预期,政府干预措施过程中的参与性和透明性就显得尤为重要。具体而言,可以要求政府在采取干预措施前履行告知和披露义务,比如《疫苗管理法》第四十五条规定的疫苗接种的告知义务。还可以要求国家在干预措施实施后适时履行调整、完善与删除义务,这对基本权利的动态

保护来讲非常必要^[29]。在我国疫情防控实践中,事后履行调整、完善与删除义务得到了广泛的应用,是我国成功守护人民生命健康和稳定经济发展的关键。面对不断变异的新冠病毒和持续变化的疫情形势,党和政府带领广大人民群众不断加深对疫情的认识,在动态变化的疫情中实现了防疫政策的持续跟进。

在健康中国建设的背景下,随着《基本医疗卫生与健康促进法》的颁布实施,健康正在成为公法上的重要概念。根植于民主理论,健康作为国家目的为政府成立提供正当性,同时也为国家履行健康保护职责指明方向。健康适合作为国家保护义务的对象存在,而不宜承认个人对国家享有健康保护请求权,国家可以根据具体情形作出判断和裁量。在近代国家,面临现实具体的公共卫生危险时,国家才可以介入。而在现代国家,健康保护扩展到了健康风险及其潜在影响因素,扩大了国家对健康的保护义务,健康从此与预防紧密联系在一起。为了更好地保护健康,国家就要做出种种安排和计划,全方位干预健康影响因素,个人的主体性及其自由价值由此也受到更多的限制。为了全方位保护健康而限制个人自由,是健康国家在现代健康观之下的一种选择。但全方位干预并不意味着过度化干预,健康保护依旧要坚守法治国家的基本原理。

参考文献

- [1] 劳伦斯·高斯汀,林赛·威利. 公共卫生法:权力·责任·限制[M]. 苏玉菊,刘碧波,穆冠群,译. 北京:北京大学出版社,2020:12-13,459
- [2] 文历阳. 医学导论[M]. 3版. 北京:人民卫生出版社,2008:1-20
- [3] 李广德. 共济与请求:健康权的司法展开[M]. 北京:北京大学出版社,2022:48-49
- [4] 罗斯·霍恩. 现代医疗批判:21世纪的健康与生存[M]. 姜学清,译. 上海:上海三联书店,2005:1
- [5] 洛克. 政府论(下)[M]. 瞿菊农,叶启芳,译. 上海:商务印书馆,1964:82
- [6] 为什么美国宪法缺乏社会和经济权利保障?[EB/OL]. [2023-06-20]. http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?News_CPI=25&PID=1426
- [7] 陈云良. 健康权的规范构造[J]. 中国法学,2019(5):64-79
- [8] ELKIN S. Informed consent: requirements for legal and ethical practice [J]. Physiother Theory Pract, 2001, 17(2):97-105
- [9] KINNEY E D, CLARK B A. Provisions for health and health care in the constitutions of the countries of the

- world[J]. *Cornell International Law Journal*, 2004, 37(2):285-355
- [10] The right to health fact [EB/OL]. [2023-04-20]. <http://www.ohchr.org/Document/Publications/Factset31.pdf>
- [11] 李广德. 健康作为权利的法理展开[J]. *法制与社会发展*, 2019, 25(3):23-38
- [12] 申卫星. 中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法理解与适用[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2020:30
- [13] The European Social Charter [EB/OL]. [2023-04-20]. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=035>
- [14] 高秦伟. 论作为社会权的健康照护权[J]. *江汉论坛*, 2015(8):117-126
- [15] VIRGINIA A. Leary, the right to health in international human right law[J]. *Health and Human Right*, 1994, 1(1): 25
- [16] 邓海娟. 健康权的国家义务研究[M]. 北京:法律出版社, 2014:39-40
- [17] 沈洪兵. 流行病学[M]. 北京:人民卫生出版社, 2018:1-200
- [18] 刘刚. 风险规制:德国的理论与实践[M]. 北京:法律出版社, 2012:115
- [19] World Health Organization. Adelaide statement on health in all polices: moving towards a shared governance for health and well-being[R]. 2012
- [20] EMILY W P. Health equity, healthy people 2020, and coercive legal mechanisms as necessary for the achievement of both[J]. *Loyola Law Review*, 2012, 58:713-714
- [21] MARITA S, EEVA O, MERI K. Principle and challenges of health in all policies [J]. *University of Chicago Law Review*, 2003, 70: 1159
- [22] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯文集(第2卷)[M]. 北京:人民出版社, 2009:53
- [23] 杨立华, 黄河. 健康治理:健康社会与健康中国建设的新范式[J]. *公共行政评论*, 2018, 11(6):9-29, 209
- [24] 约翰·科根, 基思·赛雷特, A. M. 维安. 公共卫生法:伦理、治理与规制[M]. 宋华琳, 李芹, 李鹤, 等, 译. 南京:译林出版社, 2021:318
- [25] 国务院关于实施健康中国行动的意见(国发[2019]13号) [EB/OL]. [2023-04-30]. https://www.gov.cn/zhengce/content/2019-07/15/content_5409492.htm
- [26] 王贵松. 行政活动法律保留的结构变迁[J]. *中国法学*, 2021(1):124-144
- [27] 高秦伟. 传染病防控中的隔离措施[J]. *中外法学*, 2020, 32(3):631-652
- [28] 施密特·阿斯曼. 秩序理念下的行政法体系建构[M]. 林明锵, 译. 北京:北京大学出版社, 2012:263-264
- [29] 王贵松. 风险行政与基本权利的动态保护[J]. *法商研究*, 2022, 39(4):18-31

(本文编辑:姜 鑫)

Health view in a country ruled by law

WU Wenwen^{1,2}

1. School of Marxism, Sun Yatsen University, Guangzhou 510275; 2. Demonstration Base for High-level Public Health Talents Training, SunYat-sen University-Guangzhou Disease Control and Prevention Center, Guangzhou 510440, China

Abstract: In a country under the rule of law, health should be positioned as the object of the state protection obligation, which not only highlights the task of protecting citizens' health but also guides the public power to rationally perform its duty of protecting citizens' health. With the advent of risk and the change in the factors affecting health in modern society, the state needs to implement comprehensive prevention to protect the health of citizens fully. As a result, while the health protection has improved, individual rights are subject to more restrictions, while the relationship between health and freedom has become increasingly tense. Under the background of constructing a healthy China, the administrative authorities need to break through the boundaries of the original police power while not giving up the basic requirements of administrative rule of law. The state should emphasize the subjectivity of individuals and respect that citizens are the first responsible persons for their own health, the justification of intervention measures should then be justified on this basis.

Key words: health; duty of state protection; rule of law; health protection; freedom