



疫情防控工作中公益与私益的法律平衡

张雪晖¹, 李跃平²

1. 福建医科大学公共卫生学院, 2. 卫生健康研究院, 福建 福州 350122

摘要:在疫情防控过程中,为保障公共健康,行政执法过程中对公民的自由附加了更多的限制。为充分尊重公民人身自由、知情和救济等方面的需求,一方面可以通过细化公众参与制度、健全应急制度以及明确界定法律概念等完善法律条文,明确行政权的合法边界;另一方面可引入柔性执法方式,强化比例原则,建立跨区域协调合作机制保障行政权的合理行使。

关键词:新型冠状病毒肺炎;公共健康;行政权

中图分类号:C913.4

文献标志码:A

文章编号:1671-0479(2021)02-144-005

doi:10.7655/NYDXBSS20210209

新型冠状病毒肺炎(corona virus disease 2019, COVID-19)传染性强、有致命性、人群普遍易感、致病性机制复杂,同时又有1~14天的潜伏期^[1],这些特点增加了疫情防控工作的难度。疫情发生以来,从中央到地方,均采取了严格的疫情防控措施并取得显著成效。鉴于疫情蔓延的严重性,在突发公共卫生事件的处理中一般都会遵循高效的行政优先原则,以国家干预的方式在短时间内调动各方力量,采取各种包括对公民行为进行暂时约束的紧急措施,直到解除危机恢复正常的社会秩序和公共秩序。因此,行政权的扩大在应急状态下是不可避免的,目的在于保障公益需求,但其行使空间越大,结果相应地会导致私权的限缩,对公民的自由附加更多的限制,进而可能损害公民私益,如何平衡公益与私益,是疫情防控工作中的关键性问题。

一、疫情防控中的行政执法特点

(一)参与主体多元化

COVID-19疫情发生时期恰逢我国的传统春节,大量外地务工人员返乡,人员流动、交通运载量均为一年之最。再加上COVID-19潜伏期的隐蔽性,每门每户的摸底排查十分必要。结合人员的轨迹流动和流行病学的调查需求,这一排查同时又要求医疗卫生、交通、道路港口、市场、街道等多部门共

同投入。鉴于疫情的严峻形势,基层执法压力大、人员紧缺。这类突发公共卫生事件不确定性和紧迫性强,在处理时仅依靠政府力量难以高效、快速应对^[2],动员社会多方力量参与的公众参与机制是提高行政效率的一种合理并且迅捷的方式。政府可作顶层设计,建立良性协调体系,发挥核心的指挥作用,具体事务依靠部门和社会群体力量执行。公众参与机制在我国的《中华人民共和国传染病防治法》(简称《传染病防治法》)、《中华人民共和国突发事件应对法》(简称《突发事件应对法》)、《突发公共卫生事件应急条例》和《志愿者服务条例》中均有体现。《突发事件应对法》第六条规定:国家建立有效的社会动员机制^[3]。《突发公共卫生事件应急条例》第四十条规定:传染病暴发、流行时,街道、乡镇以及居民委员会、村民委员会应当组织力量,团结协作,群防群治,协助卫生行政主管部门和其他有关部门、医疗卫生机构做好疫情信息的收集和报告、人员的分散隔离、公共卫生措施的落实工作,向居民、村民宣传传染病防治的相关知识^[4]。《志愿者服务条例》第二十四条规定:发生重大自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件,需要迅速开展救助的,政府应当建立协调机制,提供需求信息,引导志愿服务组织和志愿者及时有序开展志愿服务活动^[5]。这些法律法规为建立行政与多种社会力量

基金项目:福建省卫生健康科研人才培养项目软科学项目“医疗大数据产业的法治化研究”(2019-RK-7);四川医院管理和发展研究中心课题“大数据视域下医疗健康数据的法律规制研究”(SCYG2018-19)

收稿日期:2020-09-06

作者简介:张雪晖(1987—),女,福建惠安人,硕士,副教授,研究方向为医事法学、民商法学,通信作者,emilyzxh@126.com。

合作共治的制度提供了法律保障,也体现了“共建共治共享”的社会治理思想。

基于法律的规定,在 COVID-19 的防控中,各地多鼓励志愿者参与,走街串巷摸排接触史、发热史,协助采取强制措施。COVID-19 防控关键期需要协助的事项多,甚至可能具有一定的专业化要求,这对志愿者的自身素质和招募门槛客观上提出更高要求。但与之相矛盾的是,人数缺口大、招募时间短,也影响了对志愿者的资质考核和能力培训。因此,应急状态下多主体参与防控工作,在涉及行政职权时,可能存在着主体范围扩张的风险。公众缺乏行政权,也无法法律法规的明确授权,在实际工作开展中,多是以行政委托的方式,并无行政责任承担能力,甚至许多民众系自发参与防控活动,在具体事务执行过程中行政权行使的内容和程序可能存在职责不明、权责不清的情况。“政民合作、共同治理”的行政应急模式需要对“民”的主体资质、协助范围和协助方式进行进一步明确,坚持行政主导地位,强调公民的配合义务而非主动作为,防止出现主体范围的肆意扩张,造成全民执法的局面。

(二) 强化效率优先原则

效率优先原则作为行政执法中的一项重要原则,目的是贯彻高效便民、行政为民的理念。行政执法追求效率是寻找行政投入和产出的一种最优配置,这种配置能够最大限度满足公众的某种或某些价值需求。COVID-19 防控中,效率优先原则得到进一步强化,原因在于满足公众健康目的这一核心价值具有重大性和紧迫性。新型冠状病毒为新发现病毒,萌芽前期缺乏对病原学特点、致病性、传播途径和方式等特性的有效认识,导致错过了限制在小范围内的“窗口期”防控。病毒在全国范围传播后,防控便一直与时间赛跑,各部门采取措施往往很难有充分的时间评估,需要最短的时间以最低的成本达到最佳的控制状态。为切断传播途径,减少人员流动,防止聚集性病例,执法多采取刚性手段,灵活空间较小,程序上也进行适当简化。

作为行政执法的两大价值取向,效率和公平谁更具有优先的基础性作用一直是颇有争议的问题。强化效率优先在某种程度上具有对价值进行量化的过程,由此在价值选择上有功利主义倾向,有时也会增加权利失衡的风险,存在不公平的隐患。疫情防控中,客观形势的严峻、决策时间的缩短都会加大这一风险,从而有些措施在提出、执行过程中对事实经过的研判标准较为简单,容易采用一刀切的方式。例如一些执法人员以身份证地址作为“居住地”的依据,在交通疫情临时检测时,产生因身份证地址所属区域不同而遭多地劝返的现象。这一现象源于防控初期人员流动数据未能充

分采集,但直观上也会显得执法弹性和柔性不足。程序上的效率优先有时也难以兼顾正当程序理念的落实。行政程序的规范性要求任何行政行为的作出,均应充分保障相对人的合法权益,认真听取相对人的意见,并告知其权利救济方式,这一规范性在私人财产的征收中表现为一系列严格的磋商程序。但复杂的程序性保障有时也意味着无法迅速对变化的环境形势作出及时反应,在发生大规模物资缺乏情况下,固守对征收流程的严格要求恐怕难以应对公众健康需求,程序简化是顺应形势的必然。但又因其涉及公民的私人财产权利,如何确定简化的尺度以不失公平需要进一步思考。

(三) 强化属地管理责任

《突发事件应对法》确立了“统一领导、综合协调、分类管理、分级负责、属地管理为主”的应急体系基调,由中央层面对疫情防控工作统一指导和部署,具体的措施和办法由各地区拟定和落实。面对 COVID-19 这类严重的突发公共卫生事件,各地的防控措施也是以区域为限,外防输入,内防扩散,全面筑就防御体系。属地管理原则和分类分级的条块管理产生高效反应的行政决策,防控措施能够因地制宜,有针对性地产生效果。但属地管理的自主性提高同样也意味着管理责任的进一步压实,各地容易将防控目标聚焦于本行政区域内,忽视区域间的政策协调。因此各地出台的防控通告鲜有提及跨区域协调条款,也较少涉及有特殊事项的灵活处理兜底性条款,在实际执法中难免留下真空地带,执法人员在责任高压下也会导致作风较为保守、无暇进行跨区域的协调,难以顾全各种形势,难以充分保障公民权益。十九届四中全会提出推进国家治理体系和治理能力现代化,应当“构建统一指挥、专常兼备、反应灵敏、上下联动的应急管理体制”,联动是保障应急体系协调性的重要纽带,建立良好的区域协调联动机制也是疫情防控的关键任务。

二、紧急状态中公民权利的诉求

(一) 人身自由保障诉求

传染病防治义务仅靠传染病患者,或公民自觉主动进行自我行为限制,碍于主观意识、行为方式和场所限制,多数情况下是难以实现的。因此,尽管公民人身自由作为一项基本权利,在涉及不特定多数人健康利益需求的公共利益时,作适当的限制是必要的,这也是在传染病流行时,“隔离”这种即时性强制措施建立的正当性基础。即时性强制在运用时应有明确的前提和目的性——为制止或排除现行危害公共安全、公共秩序或个人生命、身体、自由、名誉或财产的行为或事实状况^[6]。强制隔离的出发点和落脚点也应回归到公民的人身自由任

意行使会存在着某种“不安全性”。因此,《传染病防治法》谨慎地将隔离的范围限定于:患者、病原携带者、疑似患者和以上群体的密切接触者,并分对象“不安全性”的不同,采取不同的隔离方式。这一规定既考虑到传染病类型、又结合疾病发生可能性分梯度采取措施,目的在于尽可能平衡公民人身自由诉求,对于已知传染病的防控是极其有效的。

但新型冠状病毒最大的特点在于未知,它的传播性、传播途径、致病机制等在疫情暴发后才被科研人员不断探索。疾控机构工作人员经过流行病学调查,堪比侦探式地抽丝剥茧解密还原患者的感染过程,极大程度证实了病毒传播的快速和隐蔽性。面对这种“未知”,对象的“不安全性”实际上是难以评估的,仅仅是上述人员的“隔离”是否足以有效控制疫情也处于未知状态,因此有些地方要求,接触过“密切接触者”或者来自疫情高风险地区的人员也需要进行隔离,从而保障公共群体的健康。但此举存在的风险是,超出法律范围扩大隔离对象是否符合限制人身自由的法律保留原则?

(二)公众知情权与个体隐私权的矛盾

公民隐私权是保有自我安宁与不受打扰的人格利益的必然要求。我国法律明确规定在医疗领域中,患者的隐私权应予以保护。传染病具有流行性、易致病性的特点致使与患者有某种接触的人处于被感染的风险中,在兼顾个体隐私与第三人的健康时,法律以行政和民事双线调整,设计了传染病上报的行政管理制度和患者对第三人的告知义务。但在传染病大规模暴发、传播性极强的时候,这个处于危险状态的第三人实际上是很难被患者或他人知悉的。公众渴望得知自己是否存在这种风险性,即每个人对于自己将面临的危险应该有知情权,只有在知情的基础上其才能做出保护自己不被感染的行为决定^[7]。相应地,从社会整体效益来看,掌握公众的致病风险对传染病的防控也是极其有利的。因此,有学者提出应建立社会共享疫情信息制度^[8],以此达到群防群控的效果。社会共享疫情信息制度的建立要求政府履行信息公开义务,对患者的相关信息进行披露。但信息披露需界定一个标准,即公开的尺度既要达到社会知情效果,同时又能最大程度保护患者隐私权。这一标准目前尚未得到确立,各地在患者途径信息的公开情况和程度上也有所不同,社会共享疫情制度的推行尚缺执行层面的操作指南。

(三)权利救济诉求

行政权力在应急状态中适当得到扩张是保障公益的需求,法律也因此在此应急状态下更多地以行

政权力为核心构架权利义务体系,《突发事件应对法》《传染病防治法》等法律法规也较少提及公民的权利救济内容。若援引一般行政行为的相关规定,又可能难以匹配公共卫生、公共健康的特点。例如对应急物资的行政征收、征用,目前比较规范的仅有土地房产的征收征用补偿程序和标准,但因其存在事先性与协商性,耗时较长,并不适用于疫情防控物资的征收征用。同样,征收征用防控物资的补偿程序,是依申请而启动还是行政机关应当依职权主动补偿,对强制隔离提起诉讼属于行政诉讼抑或是民事诉讼?这些问题目前也尚无定论。疫情特殊时期的行政权本身多体现为强制性、单方意志性,如果缺乏权利救济路径,容易导致行政权与公民权的失衡。

三、公益与私益的平衡机制

(一)完善法律条文规定

我国现行有关突发公共卫生事件的法律规定沿袭公法法制建设宜粗不宜细的概括性主义,条款的规定较为原则,有些语义模糊,易导致实际执法中对法律条文需作一定的扩张性或限制性解释。为了保障执法的合法性和一致性,完善现行的法律条文,明确主体、权限和责任范围实有必要。

1. 细化公众参与制度

针对突发公共卫生事件的处理,公众参与具有反应快、覆盖广的特点,能够很好弥补应急状态下行政力量的不足,同时也能提高公民防范意识,激发公民的主动作为和社会责任感,符合党的群众路线的要求。《突发事件应对法》中已有了多方参与的体系雏形,可以进一步细化,使制度在发挥作用的同时不会产生主体权限问题。首先,明确参与人员的准入条件。突发公共卫生事件具有较强的专业性,需要有高度的组织性和配合性,在资质胜任方面宜多作考核,可对登记在册的志愿者进行专业分类,以专业梯队为抓手建立常态化的重大公共卫生志愿者体系,更具有针对性,同时能实现平战结合。其次,限定公众可参与的事务范围。公众参与的范围应属于非行政权强制内容,以指导、协助性事务为主,例如信息的采集、物资的输送、人员的引导,对于可能对行政相对人权利造成影响的行政行为,则由行政部门保留行使,或者由行政人员与志愿者组建执法梯队,不宜由公众自行执行。第三,开展志愿者培训活动。组织对协助的志愿者集中进行培训,内容涉及针对各种疫情特点调整应急救援方式,传染病知识培训等^[9],同时提升法治意识,加强有关行政行为合法性和合理性方面的培训。结合疫情情况,可以通过线上讲座或者课程的形式推送培训内容,以完成学分作为志愿者参与活动的

前提要件,培养其行政责任意识。

2. 健全应急相关制度

疫情防控中的强制隔离、强制征收与强制征用制度有其特殊性,其主体、程序与内容上与常规情况下的行政行为有所不同,应作符合应急情势的特别调整。例如,医疗强制隔离一般应在传染病暴发时启动,医疗机构具有专业的水平、知识和经验去判断疾病的危险性,以医疗机构作为措施的执行者最为妥当。但医疗机构不具有行政管理属性,性质上应将医疗强制隔离区分于普通的行政强制,在坚持法律保留原则之下,可不受“行政强制不得委托”之限。明确医疗强制隔离的行政委托属性,医疗强制隔离的实施主体是医疗卫生机构,但是权力主体还应认定为其主管卫生健康部门。补充强制征收征用程序,在原有的简易程序与一般程序类型之外,设立紧急程序,在保障公民民主参与的知情、申辩、救济的一般基本权利下,适当简化流程、灵活方式,允许事后补充协商程序,同时制作征收征用物品清单,依职权于应急状态解除后一定时间内提出救济方案,以此提高效率。法定措施不会具有自发的适用性,而是需要在科学分析和判断的基础上,选择最佳的法定措施和路径,有序推进疫情防控^[10]。

3. 明确界定相关概念

建议修改《传染病防治法》第四十五条、《突发事件应对法》第五十二条关于物资征用的规定,医疗防控物资如口罩、防护服等大多属于消耗性用品,不存在用后归还问题,也非使用权的暂时让渡,而是所有权的转移,此处宜认定为征收而非征用。上述两部法律条文仅规定“征用”,难以涵盖征收的情形,在执法中需要对征用作扩张性解释,或因缺乏明确的条文规定而被认定违法。《传染病防治法》中关于“密切接触者”的概念也应进一步细化,该法在附则中对传染病患者、疑似传染病患者、病原携带者均有名词解释,但对密切接触者并不作限定,容易因概念不明确产生行政裁量基准不一致。即时强制措施是对公民人身自由的限制,在对象上应以存在“非安全性”为特征,对密切接触者的概念可做原则性规定,采用概括+列举式的立法模式,明确一般情况下密切接触者的类型,再依据传染病的特征对于“未知”传染病类型设兜底性条款以灵活应对。

(二)规范执法过程

1. 引入柔性执法方式

应急状态的行政权表现出强制特点,与公民权的不对等性更为突出,容易产生公众的抵触心理。在执法上如果能够引入柔性执法方式,可以缓解行政权与公民权的冲突。柔性执法可善用行政指导,

以软法树立公民社会责任。行政指导旨在通过教育的模式,营造环境影响公民的共同价值观和文化,促使公民主动承担指导内容为其设定的义务^[11]。其平等、柔和的特点,不会产生权力的对抗性,更易被公众所接受。公众的公共卫生风险意识对重大公共卫生事件的发生和控制具有非常重要的作用^[12]。政府在疫情防控中应侧重于培养公民的主观能动性,塑造其价值感和使命感,以“倡议”和“建议”取代某些禁止性的举措,做到信息的公开和透明化。行政指导作用的发挥依赖于公众的配合,政府应对疫情的性质、传播方式和途径、拟采取的措施为解决何种问题等内容进行公开,取得公众的理解。鉴于传染病的特性,及时公布确诊信息也至关重要。公布信息可隐去患者指向性明显的姓名、性别等信息,例如有些地方公布确诊信息和患者路径时并未针对某个具体患者,而是分批次公布确诊患者途经的区域以及时间点,这种方式科学结合病毒的传播特性,集中于传播路径的公布,可以在保护患者隐私的前提下唤起公众的自我保护意识,推动防控措施的落实。

2. 遵循比例原则

比例原则是行政行为合理性的要求。比例原则强调在行政行为具有多种措施可选择的前提下,应选择对行政相对人最有利的方式,体现平衡理论的精神。政府在做行政决定时,不仅应考虑到公共利益,也应以最小损害个体私益为原则,对决策可能造成公民生命健康、人身自由和人格利益等合法权益产生影响的,应进行充分论证。例如在疫情防控中,对于退热药、止咳药、感冒药这一类药品,采取购买实名备案措施能达到防控目的的,就不宜禁止销售,如此兼顾保障公民健康利益,体现比例原则的内涵。

3. 建立跨区域协调合作机制

区域协调合作机制强调行政决策的全局观,使各区域的政策在保持独立性的同时又具备衔接性,以利于跨区域流动事件的解决。区域行政协调可以由区域行政决策机关共享决策信息,依职权主动商议冲突解决机制,也可以由作为被协调主体的任一地方政府提请启动区域行政协调^[13]。疫情防控的特殊时期还可以设定一个临时性的协调机构,互通信息、共享资源,保障综合协调能力。

COVID-19的迅速传播给防控工作带来了前所未有的挑战,需要凝聚各方力量予以共同治理。保护社会健康原则是公共卫生法律的基本原则,在传染病防治与控制中适当克减公民权利是公益优于私益的必然,也是全社会达成的普遍共识,但行政权的行使在保障公益的同时,也必须接受合法性质疑和正当性拷问^[14],以提高政府良善之治的权威性

与公正性。正如习近平总书记指出,疫情防控越是最吃劲的时候,越要坚持依法防控,在法治轨道上统筹推进各项防控工作,保障疫情防控工作顺利开展^[15]。

参考文献

- [1] 国家卫生健康委办公厅,国家中医药管理局办公室. 新冠肺炎诊疗方案(试行第八版)[EB/OL]. [2020-09-03]. http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-08/19/content_5535757.htm
- [2] 金华. 我国公共危机治理的挑战与回应——社会组织参与的视角[J]. 甘肃社会科学,2019(4):169-175
- [3] 全国人民代表大会常务委员会. 中华人民共和国突发事件应对法[EB/OL]. [2020-02-24]. http://www.gov.cn/ziliao/flfg/2007-08/30/content_732593
- [4] 国务院. 突发公共卫生事件应急条例[EB/OL]. [2020-02-24]. http://www.gov.cn/banshi/2005-08/02/content_19152.htm
- [5] 国务院. 志愿服务条例[EB/OL]. [2020-02-24]. http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-09/06/content_5223028.htm
- [6] 史艳丽. 论行政即时强制的权力界限[J]. 法学评论,2015(5):42-49
- [7] 李燕. 限制与保护:公共健康领域的个人隐私权[J]. 政法论丛,2017(2):76-83
- [8] 雍明媛,卢安. 传染病患者隐私保护与公共卫生安全[J]. 医学与哲学,2019,40(14):9-11,30
- [9] 朱莹,唐玲,刘梦,等. 社会组织在新型冠状病毒肺炎防控中的作用探讨[J]. 南京医科大学学报(社会科学版),2020,20(3):205-209
- [10] 王晨光. 运用法治思维推进疫情防控[J]. 法律适用,2020(5):3-11
- [11] 毕雁英. 法律社会化视角下的软法责任[J]. 行政法学研究,2018(4):61-72
- [12] 陈家应,胡丹. 从新冠肺炎疫情防控看我国重大公共卫生事件的预防和应对策略[J]. 南京医科大学学报(社会科学版),2020,20(2):101-105
- [13] 黄喆. 区域行政协调的立法检视与规制完善[J]. 政法学刊,2019,36(4):12-18
- [14] 雷娟. 传染病强制医疗的立法规制检视[J]. 行政法学研究,2013(3):98-103
- [15] 习近平. 中央全面依法治国委员会第三次会议上的重要讲话[EB/OL]. [2020-02-24]. <http://cpc.people.com.cn/n1/2020/0206/c64094-31573224.html>

(本文编辑:姜鑫)

Legal balance between public interest and private benefit in the prevention and control of epidemic

ZHANG Xuehui¹, LI Yueping²

1. School of Public Health, 2. Institute of Health Research, Fujian Medical University, Fuzhou 350122, China

Abstract: In the process of COVID-19 prevention and control, more restrictions are imposed on citizens' freedom in the administrative law enforcement for the purpose of public health protection. In order to fully respect citizens' personal freedom, the needs of information and remedy, on the one hand, we can refine the public participation system, improve the emergency response system, and clarify the legal concepts so as to improve the legal provisions; On the other hand, the government can adopt the flexible law enforcement, strengthen the principle of proportionality, and establish a cross - regional coordination and cooperation mechanism to ensure the reasonable exercise of administrative power.

Key words: COVID-19; public health; administrative power