

传染病法制中的制度折叠及其重构

林鸿潮 郑悠然¹

【摘要】：我国现行的传染病法制将传染病日常防控、常规应急和超常规应急三种制度杂糅在一起。在以《传染病防治法》为代表的相关立法中，传染病日常防控的思路主导了疫情应急处置活动，而具体到应急处置环节又忽视了超常规应急的情形。为了使制度设计及其实施情景之间互相匹配，应当根据“风险—事件—危机”的疫情演变过程，运用场景化的研究视角，将被折叠的传染病法制充分展平。具体而言，应当以传染病暴发、流行为节点界分日常防控和应急处置，以应急措施是否具备形式合法性或者克减基本权利为标准界分常规应急和超常规应急。在区分日常防控、常规应急、超常规应急三种情景的逻辑框架下完善相关立法，形成体系化的传染病法制。

【关键词】：传染病 日常防控 应急处置 超常规应急

【中图分类号】：D922.1 **【文献标志码】**：A **【文章编号】**：1007-9092(2022)05-01 3-011

一、引言

饥荒、瘟疫和战争是人类社会亘古面临的三大生存问题。¹2020年4月，习近平总书记在《求是》杂志上指出：“公共卫生安全是人类面临的共同挑战，重大传染性疾病是全人类的敌人。”²公共卫生领域的议题虽多，但传染病防治始终占据核心地位。由传染病引发的重大公共卫生事件频繁出现，推动着立法、制度和治理模式的转型。

早在2020年2月5日召开的中央全面依法治国委员会第三次会议上，习近平总书记就提出“要完善疫情防控相关立法，加强配套制度建设，完善处罚程序，强化公共安全保障，构建系统完备、科学规范、运行有效的疫情防控法律体系”。³在2020年2月14日召开的中央全面深化改革委员会第十二次会议上，他又提出“要全面加强和完善公共卫生领域相关法律法规建设，认真评估传染病防治法、野生动物保护法等法律法规的修改完善”。⁴

完善传染病法制的关键，在于平衡其中的科学性和社会性。所谓科学性，是指传染病防治应当充分尊重医学研究成果，采取合理的预防和治疗方式，防控措施不得违背医学原则和规律。所谓社会性，是指传染病防治不仅要维护社会公众的整体健康，还要维护在此之上的社会秩序和道德价值，要将专业的、纯粹的医学知识和以公共利益为底色的社会治理融合在一起。但是，科学性和社会性之间又存在着天然的张力，“一般而言，纯粹医学侧重个体的健康，而以传染病防治为代表的公共卫生更关注群体的健康”。⁵在理想状态下，群体健康是个体的身体和精神健康之和，但基于物质条件的限制，传染病防控活动中必然存在个体利益的牺牲、克减和排序等因素。如何在不同情景下实现科学性和社会性的融合与取舍，是传染病法制体系构建中不可忽略的问题。

基于科学性和社会性两重因素之间平衡点的变动，传染病法制在不同场景下的制度设计基点也应有所不同。以《传染病防治法》为代表的现行传染病法制存在一个严重的结构性缺陷，就是忽视了法律实施中的场景化差异，试图用同一个制度框架贯穿传染病日常防控和疫情应急管理的全过程。而具体到应急管理环节，常规和超常规应急措施的混同又进一步加剧了制度内部的错裂。这就形成了不同制度的“折叠”或者说是“杂糅”，使传染病防治的多项法律制度在场景错位的情况下互相掣肘。因此，要

¹**作者简介**：林鸿潮，中国政法大学法治政府研究院教授、博士生导师，中国政法大学应急管理法律与政策研究基地主任；郑悠然，北京大学法学院博士研究生。

基金项目：研究阐释党的十九届四中全会精神国家社科基金重大项目“我国集中力量战胜重大突发事件的制度优势及其法治化研究”（编号：20ZDA008）

完善我国的传染病法制体系，就应首先把这些“折叠”在一起的制度充分“展平”，通过区分法律实施的不同场景，在情景化视角下实现治理目标和法律制度的准确匹配。

二、传染病防治的三种场景和应对机制

为了精细划分传染病的传播状况，必须引入传染病流行强度(Epidemic Intensity)这一医学概念。传染病流行强度是指某种传染病在某一地区一定时期某类人群中发病数量的变化以及病例间的联系强度，⁶这一概念涉及两个重要指标——“发病数量变化”和“病例联系强度”。

数量变化的衡量基准是该地区散发期的常年发病率，某一年份某地区发病数量的跃升并不必然意味着该病进入暴发期，还需要寻找病例之间的联系。在进行流行病学调查之后，如果确认病例源于同一传染源或同一途径，则意味着该病进入流行暴发期。之后，再根据该传染病造成的损害半径，评判其是否进入大流行期。按照传染病的流行强度，可以将传染病分为“散发期”“暴发流行期”“大流行期”三种场景，分别对应“日常防控”“常规应急”“超常规应急”三种应对机制。

(一) 散发期的日常防控

传染病散发是指某种传染病的发病率呈现历年来的一般水平，且各病例之间在时间地点上没有明显联系，病例以散发的形式发生。⁷在现代社会，风险可以被完全规避的观念已经被抛弃，风险必然存在的事实逐渐成为共识。只要将风险控制在可以接受的程度之内，不发生外溢效应，其负面影响就可以被视为必须容忍的日常损害。

散发期的传染病就是一种典型的日常损害，某种传染病在彻底消失之前，基于其本身的传播能力，在没有免疫力的人群中存在基本传染数。人为因素的介入可以抑制病毒的传播状况，降低感染人数，但在足够规模的人获得群体免疫之前，仅凭外部力量不可能完全终止传播，病毒的散发传播是一种类似于交通事故的必然事件。但是，散发期传染病的损害后果是有限的，没有超出社会预期和常规制度的应对能力，防控态势较为平稳。

对于散发期传染病的防控是日常且持久的，相关制度设计应当侧重长远规划，以科学全面的视角理解和控制传染病，尊重医学规律，以最终彻底消灭或抑制传染病为长期目标。政府针对传染病日常防控的决策应当注重专业性，短期内可以运用合理的迂回战术。

传染病风险日常防控的具体内容在不同国家的涵盖范围有所不同。在现代公共卫生制度起源较早的英美国家，由于历史上发生的几次重大瘟疫，⁸其公共卫生制度的构建以传染病防控为起点，且传染病日常防控涵盖的范围较广。英国包括疫苗接种、遗传监测、食源性疾病控制、血源性传播感染和性传播感染疾病控制、生殖健康控制等；⁹美国包括公共卫生监管、健康教育乃至生物恐怖武器控制等，其中的公共卫生监管又包括强制医疗信息披露、患者隐私权保护、传染病流行监测、环境疾病监测、基因监测、生物银行管理、疫苗接种和健康保险管理等。¹⁰我国的传染病防控则是公共卫生的下位概念，主要围绕法定传染病的监测、预防和治疗活动展开，其中又包含日常状态下的防控和突发公共卫生事件应对两套相对独立的体系。¹¹因此，在一般情况下，我国的传染病日常防控主要指的就是法定传染病在散发期的管理、预防和诊疗活动。

传染病的日常防控应当以专业判断为导向，综合考虑各种因素，并保持政策的稳定性。由于散发期的损害可控，传染病日常防治政策的制定应当为科学研究留出充分时间，通过严谨的科学过程寻求最优防控和治疗方案。同时，日常防控工作内容丰富、影响范围广泛，相关政策需要权衡诸多复杂因素，其中应予考虑的社会性因素至少包括基本权利保护、生产力水平、国民经济水平、政策稳定性、财政预算、资源使用效率等。总之，传染病的日常防控试图在疾病控制和公民基本权利之间获得稳定的平衡，旨在寻求保障公众整体健康的最优途径。在此过程中，如何分配资金和物力，需要具有更高视野的机关依托全局性的数据样本作出谨慎决策。

综上所述,我国传染病日常防控的法律和政策至少应当包括三个层次:第一,针对法定目录内的传染病开展日常监测、预测、报告和治疗;第二,结合传染病的特征和传播机制开展流行病学调查,制定基本预防和控制制度,如疫苗接种、费用减免、药物援助等;第三,积极保障患者基本权利,包括保护患者个人信息和消除社会歧视。

传染病的日常防控一方面侧重专业性,必须尊重卫生行政部门和疾控机构、医疗机构的专业判断;另一方面则侧重全局性,应当由较高级别的卫生行政部门作出宏观决策。从组织学的角度来看,传染病日常防控控制的实施主要依托医疗卫生系统以“条”为主的科层体系,以科学严谨为导向,由下级机构负责收集和逐级上报信息,上级机构在信息充分的条件下审慎决策,再将指令逐级下达执行。

(二) 暴发流行期的常规应急

按照国家卫健委公布的《传染病防治法》(修订草案征求意见稿)的定义,传染病暴发是指在一个局部地区或集体单位中,短时间内突然发生很多症状相似的病人。这些人多有相同的传染源或传播途径,大多数病人同时出现在该病的最短和最长潜伏期之间。传染病流行是指在某地区某病的发病率显著超过该病历年发病率水平。

相对于散发,传染病流行出现时,各病例之间呈现出明显的时间和空间联系。当某地出现某种疾病的流行时,提示当地可能存在共同的传播因素。在传染病的暴发流行期,疫情地的医疗资源将供不应求,甚至出现公众对医疗资源的挤兑。同时,风险将从医疗卫生领域溢出,影响经济领域、公共领域和科学领域。¹²

此时,常规情况下的政府应对能力不足,疫情和现实之间的“情景差距”引发一定规模的公共危机,且无法由卫生行政部门单独解决,必需联动其他部门,从而需要更加权威的组织机构——政府出面统筹协调。另一方面,传染病暴发流行期的应急处置具有紧迫性,控制现实损害、防止危险扩大成为首要目标,应急管理的内在要求将超越行政管理的日常规则。

传染病防治经常被扁平化地看成是一个医学或者自然科学问题,掩盖了传染病作为现代化风险在社会、经济、文化和政治上的内涵和后果。在传染病防治中引入应急管理的思路,要求对常规思维有所突破,强调新的原则。

一是强调灵活性。传染病日常防控要求遵循自然科学的实证性,在没有获得足够证据的情况下不能轻易得出结论,比如没有十分确凿的流行病学证据就不能断定“人传人”。而应急管理具有前瞻性,要求防患于未然,在制度设计上允许适度超前。如果不能针对日常状态和非常状态有区别地预设行动方针,政府面临决策压力时就会在两种制度之间踌躇。

二是强调属地化。传染病在暴发流行期的外溢效应,决定了疫情防控必然牵涉广泛,需要依托更高权威、统筹更多方面、调动更多资源,并快速作出反应,只有属地政府才能胜任这一角色。

在传染病暴发、流行期,常规应急活动涵盖的主要议题包括:患者和疑似病例的隔离控制、患者的救治、相关药品器械的生产和配置、医疗资源拓展、特殊医患关系调整、次生灾害处置和社会秩序稳定等。目前主要的相关立法包括:《传染病防治法》《突发事件应对法》《国境卫生检疫法》以及其他法律法规中在应急状态下的特殊规则。

其中《传染病防治法》从控制和消除传染病的角度,《突发事件应对法》从维护公共安全和社会秩序的角度,《国境卫生检疫法》从防止传染病跨境输入和输出的角度,规定了暴发流行期的传染病应对措施。总之,传染病暴发流行期的应急活动要求反应灵敏、综合统筹,建立以“块”为主的属地管理体制,由政府统一指挥,动员足够的应急资源力量快速处置,在最短的时间内消弭疫情和现实之间的“情景差距”。

(三) 大流行期的超常规应急

传染病大流行是指，某病在一定时间内迅速传播、波及全国各地，甚至超出国界或者洲境。¹³2020年3月11日，世界卫生组织宣布新冠肺炎疫情已经构成全球性大流行。面对这一影响极广、损害巨大、超过常规应急处置极限的传染病，很多国家和地区都不得不采取超常规应急措施。截至2020年3月19日，全球就有43个国家宣布进入了紧急状态。¹⁴

由于大流行期传染病的传播态势已经超出了常规机制能够处理的范畴，在极端情景下，固有的法律价值位阶需要重新排序，人的生命健康权必须得到优先保障，其他基本权利在一定时空条件下可以暂时被压缩。常规应急措施是在现有法律授权的框架下对突发状况进行处理，而在极端环境中，国家的常规应急机制可能已无法兑现人们预期的社会秩序。

为了最大程度地减少损失，提高克服危机的概率，国家不得不采取某些超常规应急措施。超常规应急措施未必能够通过法律事先确定，可能需要适度突破现行法律规范。立法机关有时只能为此类措施预留启动机制和制定程序，在非常状态下授权有关主体根据现实需要快速制定并实施这些措施。

超常规应急是“特殊中的特殊”，通常和宪法上的“紧急状态”相匹配，旨在为极端情境下的应急处置提供策略空间和合法性支持。超常规应急措施的实施不但需要政府内部的资源整合，还需要政治权威的深度介入。政治权威的介入目的在于将行政目标转化为政治目标，临时性打破常规官僚制的运行模式和激励机制，降低政府科层制组织内部的交易成本，并促使有限公共资源的快速集中，为战胜重大危机创造条件。在中国，这一点体现为中国共产党领导下的大规模政治动员，是中国应对重大突发事件制度优势的关键所在。

超常规应急的适用情景大抵可以分为已经发生或者即将发生的重特大突发事件。前者指的是现实存在的带来严重社会危害的公共危机，例如已经进入大流行期的传染病；后者指的是具有较大可能导致前述危机的事件，例如新发且不明原因、致病性强、尚无有效救治药物或控制手段、可能造成大流行后果的传染病。超常规应急基本对应于法律上的紧急状态，在紧急状态下，行为规则更多以行政命令的方式下达，法律往往只规定该种状态的发生和结束条件，以及这一期间紧急权力的分配。超常规应急活动出于控制或防范重大危机的需要，强调果断处置、宁枉勿纵，在措施上容许较大程度的超前性。

表 1 传染病防治的三类场景及其应对机制

场景		散发期	暴发流行期	大流行期
特征	发病率	历年平均水平	短期内显著增加	显著超过历年水平
	病例联系	无明显联系	有时空联系	有时空联系
	风险等级【注文 12】	极低/低	中等/高	极高
应对机制		日常防控	常规应急	超常规应急
相关因素	社会状态	一般状态	应急状态	紧急状态
	主要议题	防控日常风险	控制、消除显著的风险	克服严重社会危机
	依托体制	科层体系主导	属地管理为主	紧急权力体制

三、现行传染病法制中的制度折叠

我国现行传染病法制体系主要由《传染病防治法》《突发事件应对法》《国境卫生检疫法》和相关法规规章构成。¹⁵其中，《国

境卫生检疫法》只调整出入境卫生检疫事项，内容较为单一；《突发事件应对法》调整的对象包括自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件，内容多为不同类型突发事件应对的共性措施；在这一法制体系中起主导作用的是《传染病防治法》。我们主要从《传染病防治法》和《突发事件应对法》切入，揭示日常防控、常规应急和超常规应急三种制度在传染病法制中的杂糅和折叠。

（一）日常防控和应急处置的折叠

《传染病防治法》对传染病的预防，疫情报告、通知和公布，医疗救治，监督管理等问题，都规定了较高层级的决策主体，较低层级的地方政府及其卫生行政部门主要扮演信息报告者和决策执行者的角色，这是典型的日常防控思路，侧重专业判断和政策的统一性、稳定性。

日常防控和应急处置两种制度的杂糅，在遭遇紧急情况时可能导致以“日常”应对“非常”的情景错位，造成迟滞和被动。例如，《传染病防治法》中的疫情预警流程遵循科层制组织的日常运作模式，设计了高节点、长链条的行政决策机制。在新冠肺炎疫情初期，可以宣布预警的决策节点有两个（国家卫健委和湖北省政府），可以公布疫情信息的决策节点有两个（国家卫健委和湖北省卫健委），将新冠肺炎列入法定传染病目录的决策节点有一个（国家卫健委）。这些决策节点在整个政府系统中所处的位置都比较高，时任武汉市市长周先旺 2020 年 1 月 27 日接受央视采访时，表示武汉市要获得授权之后才能披露疫情信息，这个说法在法律上是有依据的。¹⁶

在这个决策链条中，决策信息从最初进入政府系统（区疾控中心）到达省卫健委，需要经过三个节点；到达湖北省政府或者国家卫健委，需要经过四个节点；如果考虑到最终的关键决策实际上是由中央做出的，则需要经过五个节点。而在更加体现应急管理内核的《突发事件应对法》中，则有着完全不同的制度安排。

一方面，决策节点被下移并分散配置，县级以上地方人民政府都有预警发布权。另一方面，决策条件明显放松，突发事件即将发生或者发生可能性增大时，政府就可以发布预警。换言之，《传染病防治法》规定的应急决策条件是证明病毒的存在及其致病性、传染性，侧重于回溯性证明；《突发事件应对法》则主要着眼于事件已经或者即将造成的严重社会危害，侧重于前瞻性预判。

而另一方面，现行传染病法制又将某些应急管理的制度设计夹杂在日常工作当中，将一些卫生行政部门自身能够胜任的日常防控工作规定为地方政府的职责，不恰当地挤占行政资源。例如，《传染病防治法》第二十条要求县级以上地方人民政府制定传染病预防、控制预案，而这个“预防、控制预案”在应急预案通常应有的内容之外，还涵盖了很多日常防控的内容，比如监测、收集、分析、报告和通报日常性的传染病信息，划定疾控机构、医疗机构的任务职责等。实际上，卫生行政部门自己就可以完成上述工作。此外，地方政府依法还需要开展传染病防治宣传教育、志愿服务和捐赠等工作，这些工作也属于日常防控范畴，由卫生行政部门联同疾控机构、医疗机构就足以胜任。

日常防控和应急处置的制度折叠造成了传染病防治领域的“条”“块”之争，还带来了法律适用上的困难。《传染病防治法》侧重日常防控思维，遵循以“条”为主的思路，秉持专业主义，形成单决策节点、长决策链条的运行模式。¹⁷《突发事件应对法》则奉行以“块”为主的思路，确立了政府综合协调、属地管理为主、应急响应重心下移等基本原则。

传染病的日常防控应当由“条”主导，在疫情暴发流行期的应急处置则应当以“块”为主。而《传染病防治法》中的制度杂糅，让“块”插足日常事务，徒增行政成本；又让“条”应对突发事件，导致信息不畅、决策迟缓。¹⁸我们发现，国家卫健委在《传染病防治法》的修订过程中，已经充分注意并重视了这一问题，在其起草的修订方案中力求实现制度变革，希望清晰地区分传染病日常防控和疫情应急管理两种场景。¹⁹

其思路主要体现在两个方面，一是向地方政府放权，二是更加注重“全政府”的综合协调。2020年10月公布的《传染病防治法》（修订草案征求意见稿）的第六条（规定县级以上地方人民政府建立重大突发传染病疫情联防联控机制，统筹协调传染病防治工作中的重大事项）、第二十四条（授权县级以上人民政府向社会发布传染病预警并启动应急响应）、第五十条（对于新发传染病、具备传染病流行特征的不明原因聚集性疾病，在病原体、传染性、致病力等情况尚不明确时，授权县级以上人民政府在必要情况下预先采取甲类传染病预控措施）都鲜明地体现了这样的变革方向，值得充分肯定。

但是，修订草案征求意见稿对两种场景的区分仍不彻底，主要体现在政府作出疫情应急的关键决策时，仍然十分强调“条”的专业判断，将卫生行政部门的预先判断作为法定的必经环节，压缩了政府根据其他因素综合权衡之后自行决策的空间。例如，其第四条规定对乙类传染病和具备传染病流行特征的不明原因聚集性疾病采取“甲类防控”时，仍需由国家卫健委报经国务院批准；再如，其第二十四条规定地方政府发布预警和启动应急响应，也需要根据卫生行政部门提出的建议实施。

（二）常规应急和超常规应急的折叠

常规应急和超常规应急的差别不仅在于程度，还在于其是否引起宪法状态的变化。在超常规应急情况下，法律需要启用全新的视角去安排国家和私人之间的权利义务关系，突出表现为在特定时空条件下限制公民的基本权利。在新冠肺炎疫情中，很多地方政府提出了“战时状态”“战时机制”或者“战时管制”的说法，旨在强调疫情防控的紧迫性堪比“战争”，从而为政府采取的超常规应急措施寻求正当性解释。

但是，这样的说法在法律层面并没有依据。根据《宪法》第六十七条第十九项的规定，只有“国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况”才会引发战争状态，新冠肺炎疫情显然不属于这样的情况。在宪法层面，唯一和超常规应急有关的就是“非典”之后在2004年修宪中规定的“紧急状态”，但在法律层面却长期缺乏对这一制度的具体支撑。

受2003年的“非典”疫情推动，立法机关一度希望制定一部规范超常规应急活动的法律，用于实施宪法修正案中规定的“紧急状态”，这就是《紧急状态法》。但后来考虑到《紧急状态法》的适用范围过窄，使用频率较低，最终立法计划搁浅，转而出台了可以适用于大多数常规突发事件的《突发事件应对法》，而与紧急状态有关的具体制度在该法中几乎被全部删除。²⁰

《传染病防治法》作为传染病应急的单行法，在2004年和2013年两次修订时，也没有规定超常规应急的相关内容，整部法律所规定的各项疫情处置措施并不因常规情况和超常规情况而有所区分，而是全部杂糅一地作出安排。总的来看，《突发事件应对法》不愿意实质性地涉及超常规应急，希望留待将来另行立法或者由相关单行法各自解决；而在制定《传染病防治法》这样的单行法时也回避了问题，希望交给《紧急状态法》或者其更名之后的《突发事件应对法》一揽子解决，最后的结果是两头落空。如此一来，一旦出现新冠肺炎疫情这样的超常规突发事件，在如何“依法治理”的问题上就会出现这样的困境：宪法上做了明确规定，应急基本法予以回避，应急单行法将其与常规应急混同。这带来了两个方面的严重问题：

第一，使超常规应急措施的合法性受到质疑。

无论是按照《传染病防治法》还是《突发事件应对法》的规定，各种封锁、隔离措施所针对的都是构成突发事件危险源的场所或者人员，对于采取这些措施的主体、条件和程序也有明确限制，其中《传染病防治法》的限制更加细致、严格。但在新冠肺炎疫情的高峰期，由于病毒的传播方式和致病能力尚不完全明确，加上检测能力有限、医疗资源承压等因素，使得一般场所和一般人群的风险明显上升，放宽对封锁、隔离措施适用对象、主体和条件的限制在所难免，却面临着无法可依的尴尬局面。

以新冠肺炎疫情期间最具代表性的“基层自治组织自发隔离”和“针对跨区域流入人员的强制隔离”为例，这两种隔离措施都存在合法性争议。²¹基层自治组织自发隔离是指村委会、居委会或其他社会团体组织对组织体内部自发实施隔离，主要表现为封村封路、封闭社区。

《传染病防治法》第九条规定：“国家支持和鼓励单位和个人参与传染病防治工作……居民委员会、村民委员会应当组织居民、村民参与社区、农村的传染病预防与控制活动。”可以发现，基层自治组织虽是传染病防控的责任主体之一，但其具体权限并未得到界定，而封锁、隔离措施事关人身自由，其实施必须取得立法上的明确授权。

只能说，基层自治组织的自发隔离行为可以在道德秩序和自然法则上寻找正当性来源，在实定法上并无依据。而针对跨区域流入人员的强制隔离主要在大城市实施，如北京、上海、杭州等地曾要求返程人员必须在家隔离14天，以排除其携带病毒的可能性。

《突发公共卫生事件应急条例》第三十三条规定：“根据突发事件应急处理的需要，突发事件应急处理指挥部……必要时，对人员进行疏散或者隔离，……。”这似乎可以作为上述隔离措施的法律依据，但我们应当注意到，这一依据源于一部在“非典”疫情中紧急出台的行政法规，而在没有上位法明确依据的情况下，通过行政法规设定限制人身自由的强制措施并不符合《立法法》的规定。

第二，使基本权利空间受到不可预测的冲击。

制定法律和颁布行政命令，应当在力求实现行政目的的同时限制公共权力，保持公权和私权之间的平衡。而在面临重大公共危机的极端情况下，公权和私权之间的价值冲突加剧，为了保障一些至关重要的权利如生命权、健康权，国家可以在短期内适度限缩其他权利。²²但是，这种限制必须遵循严格的程序，否则可能对基本权利空间造成不可预测的冲击，损害法治权威。

正如上文所述，《传染病防治法》所设定的制度场景偏重日常防控，即使在疫情应急的特殊场景下，其情景假设也是常规应急，回避了类似新冠肺炎疫情这样超常规应急情景。但是，立法的留白并没有为超常规应急措施的使用关上大门，而是使之门户大开，造成非常时期的超常规应急措施在没有法律设定底线的情况下畅行无阻，使公民的基本权利面临难以预测的威胁。

在非常状态下，政府采取的特别措施可以突破普通程序的限制，迅速对个人基本权利作出新的安排，以实现行政目的。而随着紧急状态危险和紧迫性的增加，比例原则适用的空间和可能性也逐渐降低，直至无法适用。²³因此，超常规的应急措施天然对公民的基本权利空间存在巨大威胁。有鉴于此，尽管法律确实很难为非常状态下的危机应对预先设定具体规则，但仍必须划定基本权利保障的边界，这是法治在特殊情况下的最后底线。

应该说，比起现行法的规定，国家卫健委公布的《传染病防治法》（修订草案征求意见稿）为超常规情况下的应急处置预留了一定空间，增加了对若干非常措施的规定，比如在传染病暴发、流行时，授权县级以上人民政府在一定范围内实施交通管制和人员排查、疫情监测等社区防控措施（第四十八条），授权其对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内特定区域的人员实施隔离（第四十九条），明确了宣布疫区封锁之后的交通控制措施（第五十二条）。

但是，这些条款仍然没有对常规应急和超常规应急加以区分，如第四十八条规定的紧急措施实施条件是“传染病暴发、流行时”，第四十九条规定的条件是“发生甲类传染病病例”，宣布和封锁疫区的条件则是“甲类、乙类传染病暴发、流行时”。笼统地规定“传染病暴发、流行”固然难以区分常规和超常规应急，即使是将传染病类别作为区分标准也无法解决问题。

因为，传染病分类不同于传染病疫情分级，前者考虑的是病种的致病率、致死率、传播能力、流行水平等因素，反映的是该病种的潜在风险程度；后者考虑的是疫情的影响范围、破坏能力和损害后果，反映的是突发事件已经造成的损害或者现实危险。换言之，传染病分类只是疫情分级的因素之一。甲类传染病未必导致重特大疫情，而乙类传染病也可能导致重特大疫情。因此，按照传染病的分类作为不同应急措施的实施条件，达不到区分常规应急和超常规应急两种场景并在不同场景下分别划定公私权利边界的目的。

四、对传染病法制的分拆和重构

(一)以传染病暴发、流行为节点拆分日常防控和应急处置

区分日常防控和应急处置的关键在于判断情况是否紧急，即是否同时具备突然性、紧迫性和损害性。突然性指现实情况发生了剧烈变化，且该种变化难以被准确预测。如果某种传染病的发生能够被准确预测，就可以通过事前充分的应急准备将其危害程度大大降低，从而将其纳入日常防控范畴。紧迫性指对事态的处置有较短的时间要求，一旦超过某一时间点，处置就会失去全部或者大部分意义。损害性指事态对人身、财产、环境或者社会秩序造成现实损害或者带来严重威胁。

具备以上三点特征，传染病的防控就应当进入应急管理的范畴。将上述标准具象化，可以认为，传染病的暴发、流行就是日常防控和应急处置的分界点。散发期的传染病虽然也具有社会危害性，但是其事态变化趋势可以被预测，对事态的控制不具有紧迫性，损害后果可控。疾控机构、医疗机构可以根据业已掌握的该种传染病的特性按部就班开展防控工作，在日常防控的循环中慢慢寻找彻底消灭该种疾病的方法。而在暴发、流行期，某种疾病的发病率陡增，并可能来自同一传染源和传播途径，其发展前景具有不确定性，可能造成巨大人身、财产损害，应急处置的时间窗口稍纵即逝，必须立即进入应急程序。

传染病的日常防控涉及收集、分析、报告传染病信息，开展流行病学调查，进行检测、诊断、鉴定、救治和评估，此外还包括一系列辅助性工作，如宣传疾病防控知识，为公众接种疫苗，为医疗机构提供财政保障和法律支持等。从抽象意义上讲，上述工作铺设了一条常规语境下的定式化轨道，以流程化的方式处理着日常的公共卫生问题。由于日常防控不具有时间上的紧迫性，在制度设计上应当偏重严谨，兼顾效率，政策的科学性和连贯性至关重要。科学性保证政策的基本方向正确，连贯性则保证其能够长期、持续地发挥作用。科学性一方面要求政策建立在对传染病的科学认知之上，另一方面要求吸纳足够多的专业人员参与政策制定和实施。连贯性一方面要求决策建立在全面、长期的数据样本上，另一方面要求准确评估资源能力，合理设置投入阈值以保证制度运行可以长期持续。日常防控的主要职责由卫生行政部门和疾控机构、医疗机构承担，政府和其他部门发挥辅助和保障作用。其中，卫生行政部门属于决策层，负责政策的制定和维护，提供财政预算和政令支持；疾控机构、医疗机构属于执行层，开展具体防控工作。从修订现行《传染病防治法》的角度来看，应当进一步完善传染病信息报告制度，解决经费紧张问题，提升专业队伍建设水平，奖励科研创新，加强病人隐私和个人信息保护。在管理体制上，应当坚持以“条”为主的模式，适度强化疾控机构的自主性。

相对于日常防控，传染病暴发、流行期的应急处置更加注重综合性和时效性，并允许一定的超前性。所谓综合性，是因为暴发、流行状态下的传染病风险外溢到其他社会领域，控制风险外溢、减少社会危害成为首要任务。此时，事态的处置远超医疗卫生系统的能力，需要政府和其他部门及时介入调度各种资源。由于行政目标更加复杂，应对主体更加多元，原有的制度过载，必然要求组织变革和机制更新。所谓时效性，是因为应急处置需要和时间赛跑，有关机制必须反应灵敏，要求减少决策环节，降低响应重心。所谓超前性，是因为应急处置难以精致地运用比例原则，政府只能以盖然性判断为标准、以疫情防控的实际结果为导向作出决策，某些政策的制定和实施需要留出一定余量，应急处置期间可能限缩部分公民权利。从修订现行《传染病防治法》的角度来看，应当将应急处置相关制度从与日常控制制度的杂糅中区分出来，把传染病疫情预警、疫情应急预案、疫情报告和通报、疫情信息公布等内容从现有章节、条款中抽出，和既有的第四章“疫情控制”合并。从国家卫健委的修订草案征求意见稿来看，综合协调、属地管理、重心下移等体现应急管理内核的原则已经得到了重视，《传染病防治法》和《突发事件应对法》的协调性问题也基本得到解决，但仍应在篇章结构上更好地区分日常防控和应急处置，并在应急处置阶段进一步平衡好政府综合协调和部门专业判断之间的关系，强化政府作为疫情应急“第一责任人”的职责和能力。

(二)以规范判断的方法拆分常规应急和超常规应急

常规应急和超常规应急面临的问题棘手程度不同，所遵循的行为规则也不同。²⁴但二者的区分节点较为模糊，尽管突发事件的分级标准可以作为参考，但事件分级通常使用的都是回溯性标准，在事件发生之初和发展演变过程中都难有定论，因此，运用

量化的突发事件分级标准来区分常规和超常规应急很难行得通。既然不能依靠事实判断，只能借助法律上的规范判断作为标准。规范判断是一种非标准模式的判断，与人们的日常行为和思维密切相关，它的判断标准不是单一的是与否，而是基于道德、认识 and 思想所得出的一种结论。识别超常规应急的标准有二：一是使用法定的应急措施已经无法实现行政目的；二是使用的法定应急措施将显著影响公民基本权利。二者符合其一，就可以认为进入了超常规应急的范畴。

第一个标准涉及对“法定应急措施”的理解，这包括三个层次：第一，现行法明确规定的措施，包括《突发事件应对法》和各种应急单行法规定的措施。第二，应急预案根据法律、法规、规章所细化的各种措施，包括各级政府及其部门、企事业单位、基层组织和社会团体编制的总体应急预案、专项应急预案、部门应急预案和联合应急预案上列明的应急措施。第三，根据法律授权可以临时制定的应急措施，例如，《传染病防治法》第四十四条授权国务院就发生甲类传染病时的交通卫生检疫制定具体办法，国务院在某次甲类传染病暴发后临时制定的交通卫生检疫措施就属于这一范畴。反过来，如果某种应急处置措施不是现行法或者应急预案所规定的，也不能根据已有的法律授权被临时制定出来，这就属于超常规应急措施。有时候，对常规应急措施以超过其预设范围、强度的方式运用，也应当被视为超常规应急措施。按照这样的标准，在新冠肺炎疫情中，某些地区针对一般场所的“封村断路”，针对一般健康人群的“居家隔离”，都属于超常规应急措施。第二个标准关系到“基本权利”和“显著影响”。“基本权利”是指由宪法规定的公民在政治、经济、文化、人身等方面享有的最重要权利。²⁵ 这些权利源自自然法，在现代社会中对每个人的意义重大，不可被轻易限制或剥夺。需要注意的是，基本权利的范畴大于“法律保留”的范畴，根据重要性理论，只要某项权利“对公民个人的意义、份量、基础性、深远性及其强度等方面具有重要性”，就应当慎重考虑，比如隐私权和人格尊严。²⁶ “显著影响”是指应急措施对权利的限制已经直接影响到权利功能的实现，比如要求居家隔离就显著影响了公民的人身自由，但仅仅要求其进出小区必须展示出入证并接受测温则不属于显著影响。对权利影响的显著程度不是来源于单个个体的直观感受，而是来源于对群体权利实现状态的分析。一项应急措施在实施过程中，可能会基于特殊的外部环境出现个别基本权利功能无法实现的情况，但并不影响绝大多数人对该权利的行使，该措施就够不上“显著”的条件。但是，当这种特殊个体的数量达到一定规模，就应当及时认定该措施对基本权利产生了“显著影响”，将其视为超常规应急措施。例如，在重大传染病疫情中针对一般人群和场所的隔离、封锁措施，即使经过本轮法律修订成为一种“法定应急措施”，但基于其对人身自由影响的显著性，仍然属于超常规应急措施的范畴。

阿克曼在《紧急宪法》一文中就如何设置紧急状态制度时指出，“糟糕的法律设计将把临时的安抚需求导向对自由的永久限制；而精心良好的设计将引导他们进入临时紧急状态，而不会对基本自由造成永久性损害。”²⁷ 超常规应急法制作为一类“特殊中特殊”的制度，必须进行“精心良好的设计”，以避免“对自由的永久限制”。具体而言，超常规应急制度应当包含以下内容：第一，给出超常规应急措施的定义，使其能够与常规应急措施相区别，以此明确二者不同的立法目的和立法原则。第二，设置适用超常规应急措施的识别条款。为了将所有情形清晰而完整地规定下来，同时避免挂一漏万，应当采取归纳和列举相结合的方式。首先从规范判断的标准出发，将超越现有法律授权或者显著影响公民基本权利的措施界定为超常规应急措施；接着将若干典型情况列举出来，特别是把针对新发、未知、潜在危害极大传染病的处置措施纳入其中。第三，规定实施超常规应急措施的决定主体。为了规范超常规应急措施的运用，赋予此类措施以合法性，法律必须明确规定哪些国家机关有权决定实施上述措施。第四，规定超常规应急的启动和结束机制，即对非常法律状态的进入和退出提供统一、明确的信号，这一点通过细化实施宪法上的紧急状态宣告程序就可以实现。第五，以概括方式授予一定层级的政府——如国务院和省级人民政府以超常规措施的先行实施权，允许其在十分紧急的情况下，在有权机关（如本级人大及其常委会）决定实施超常规应急措施之前，在本区域内先行实施并立即报告有权机关。有权机关对此进行监督，有权撤销或者直接变更这些措施。

五、结论

公共卫生事件的危机阴影或许会长期笼罩在现代性社会之上。²⁸ 为了构建内容完善且兼富实操性的传染病防治法制体系，立法需要回应的问题绝不局限于个别法律文本或者具体的制度单元，而更应注重法律体系内部的逻辑自洽及与现实情景的匹配。从新冠肺炎疫情发生之后的法律修订情况来看，法律的起草者已经意识到在传染病法制中区分日常防控和应急处置两种情景的必要性，并循此思路形成了对《传染病防治法》的修订方案。对于这一层面的问题，所需要继续努力的无非是使这一思路贯彻得

更加彻底，并注意保持好与应急基本法《突发事件应对法》之间的一致性。而对于另一层面的问题，即如何区分常规应急和超常规应急，并为后者找到适当的法律载体，则尚未形成共识。我们注意到，在新冠肺炎疫情之后国家紧急启动的专项立法修法计划中，并没有包括呼声颇高的《紧急状态法》；²⁹而对于列入修订计划的《突发事件应对法》来说，要改变其将常规突发事件作为主要情景假设的原有基本定位和据此设计的制度框架，难度极大。至于《传染病防治法》本身，虽然在目前的修订方案中对超常规应急措施已有所涉及，但内容毕竟十分有限。更为重要的是，要让《传染病防治法》“身兼三任”，将传染病日常风险防控、传染病疫情常规应急、公共卫生紧急状态三种不同情景之下的法制全部囊括并完整呈现，也绝非易事。

2020年6月2日，习近平总书记在主持专家学者座谈会时提出要另行制定一部《突发公共卫生事件应对法》，³⁰有关部门很快启动了该法的起草工作。《突发公共卫生事件应对法》的制定，必然需要解决好与《传染病防治法》《突发事件应对法》之间的关系。对于这一问题，还存在一些疑惑和争论。笔者认为，如果能够对《突发公共卫生事件应对法》给予恰当定位，则该法和其他法律之间的关系非但不会成为困扰，还可以为充分“展平”传染病法制提供空间。考虑到传染病、食品安全、职业中毒等典型公共卫生风险的日常防控和这些事件的常规应急均已有专门立法，如《传染病防治法》《食品安全法》《职业病防治法》等，相关制度加以必要完善便可满足需要，没有必要通过《突发公共卫生事件应对法》重复调整。如何应对新冠肺炎疫情一类的超常规公共卫生事件，才是目前真正的制度空白所在，将这些制度集中到《突发公共卫生事件应对法》中加以安排，既填补了空白，又恰与其他几部法律形成合理分工。因此，正在起草中的《突发公共卫生事件应对法》应当以重特大公共卫生事件的超常规应急活动作为调整对象，定位为公共卫生领域的紧急状态单行法。就传染病法制而言，该法将与调整日常防控和常规应急的《传染病防治法》错位分工，作为一种“特别措施法”，解决传染病防治领域“特殊中特殊”的问题。

注释：

1 尤瓦尔·赫拉利：《未来简史：从智人到智神》，林俊宏译，中信出版社2017年版，第1页。

2 习近平：《团结合作是国际社会战胜疫情最有力武器》，《求是》，2020年第8期。

3 习近平：《全面提高依法防控依法治理能力，健全国家公共卫生应急管理体系》，《求是》，2020年第5期。

4(1) 习近平：《全面提高依法防控依法治理能力，健全国家公共卫生应急管理体系》，《求是》，2020年第5期。

5(2) Lawrence O. Gostin, “Public Health Law in a New Century Part I: Law as a Tool to Advance the Community’s Health”, *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 283, no. 21 (June 2000), pp. 2837-2841.

6(3) 沈洪兵、齐秀英主编：《流行病学》，人民卫生出版社2013年版，第15页。

7(4) 李兰娟、任红主编：《传染病学》，人民卫生出版社2018年版，第9页。

8(5) 历史上在英美国家暴发过的大规模传染病包括：1665年英国黑死病疫情（又称“伦敦大瘟疫”），十九世纪英国霍乱疫情，1918年美国流感疫情（又称“1918年西班牙大流感”）。

9(6) Richard A. Goodman, ed., *Law In Public Health Practice*, Oxford University Press, 2003, p. 76.

10(7) Kenneth R. Wing, Wendy K. Mariner, George J. Annas, Daniel S. Strouse, *Public Health Law*, LexisNexis Press, 2007, p. 122.

-
- 11(8)王晨光:《疫情防控法律体系优化的逻辑及展开》,《中外法学》,2020年第3期。
- 12(9)乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社2018年版,第123页。
- 13(10)李兰娟、任红主编:《传染病学》,人民卫生出版社2018年版,第9页。
- 14(11)赵友平:《全球43个国家已宣布进入紧急状态》,环球网,2020年3月19日,<https://world.huanqiu.com/article/3xTzQ1xPtDf>。
- 15(12)世界卫生组织:《突发公共卫生事件快速风险评估》,倪大新、金连梅译,人民卫生出版社2015年版,第16页。
- 16(13)王晨光:《疫情防控法律体系优化的逻辑及展开》,《中外法学》,2020年第3期。
- 17(14)邓琦:《武汉市长周先旺回应疫情披露不及时:按照传染病防治法,获得授权才能披露》,搜狐网,2020年1月27日,https://www.sohu.com/a/369119206_313745。
- 18(15)林鸿潮:《用前瞻性眼光看待应急法律体系的疫后建设》,《法制日报》,2020年2月26日第5版。
- 19(16)林鸿潮:《中国公共应急体制改革研究》,中国法制出版社2015年版,第19页。
- 20(17)2020年10月2日国家卫生健康委公布的《中华人民共和国传染病防治法》(修订草案征求意见稿)。
- 21(18)《中国应急管理的全面开创与发展(2003—2007)》编写组:《中国应急管理的全面开创与发展(2003—2007)》(下册),国家行政学院出版社2017年版,第327-328页。
- 22(19)张效羽:《法治视角下防疫行政隔离制度的完善——以对人防疫行政隔离为例的研究》,《行政管理改革》,2020年第8期。
- 23(20)张平华:《权利位阶论——关于权利冲突化解机制的初步探讨》,《法律科学》,2007年第6期。
- 24(21)梅扬:《比例原则的适用范围与限度》,《法学研究》,2020年第2期。
- 25(22)于安:《论国家应急基本法的结构调整——以〈突发事件应对法〉的修订为起点》,《行政法学研究》,2020年第3期。
- 26(23)韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2008年版,第289-290页。
- 27(24)邓毅:《德国法律保留原则论析》,《行政法学研究》,2006年第1期。
- 28(25)Ackerman B., “The Emergency Constitution”, *Yale Law Journal*, Vol. 113, no. 5 (March 2004), pp. 1029-1092.
- 29(26)Hans-Jürgen Bischoff, *Risks in Modern Society*, Springer Press, 2008, p. 11.
- 30(27)《十三届全国人大常委会强化公共卫生法治保障立法修法工作计划》,中国人大网,2020年4月29日,<http://www.>

npc.gov.cn/npc/c30834/202004/eacce363c350473f9c28723f7687c61c.shtml。

31 (28) 习近平：《构建起强大的公共卫生体系为维护人民健康提供有力保障》，《求是》，2020 年第 18 期。