



上海政法学院学术文库

总主编 金国华

权力与权利的纠结 ——以公共健康为名

杨彤丹 著

【生命法学丛书】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上海政法学院学术文库

总主编 金国华

本书系上海政法学院「十二五」内涵建设信息法
重点学科项目成果

权力与权利的纠结

——以公共健康为名

杨彤丹 著

【生命法学丛书】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

权力与权利的纠结:以公共健康为名 / 杨彤丹著.

—北京:法律出版社,2014.8

(上海政法学院学术文库之生命法学丛书)

ISBN 978-7-5118-6640-0

I. ①权… II. ①杨… III. ①公共卫生—法哲学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第166478号



© 法律出版社·中国

责任编辑/彭雨

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张建伟

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/14.25 字数/196千

版本/2014年8月第1版

印次/2014年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

3939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

3939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分

3-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分

5-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6640-0

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



上海政法学院学术文库

《上海政法学院学术文库》编审委员会

主 任 | 金国华

副主任 | 阎 立 倪正茂

秘书长 | 何平立

委 员 | (以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 刘 强 关保英

汤啸天 杨 寅 吴益民 何平立

张森年 金国华 倪正茂 章友德

阎 立

《上海政法学院学术文库》总序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道:“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”,则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察,社会发展、科学昌明、思想进步,从来离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一种不可或缺的重要力量,而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力,是一所现代大学的重要标志。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念集中的体现,也是上政学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡导复合型人才培养,注重充分发挥个性特色与自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富

有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,探求科学与人文的交融与整合。《上海政法学院学术文库》正是在这一精神理念引领下出版问世的。

《上海政法学院学术文库》的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信《上海政法学院学术文库》的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信《上海政法学院学术文库》将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿《上海政法学院学术文库》精神,薪火传承、代代相继!

金国华

(上海政法学院院长)

2006年9月10日于求实楼

《生命法学丛书》总序

寒来暑往,春秋移易,上海法学界同仁自1997年问鼎生命法学迄今,竟已有14载之久。期间,我曾于2005年为上海的生命法学工作者组织过一套《生命法学丛书》并为之作“序”如下:

21世纪将是生物科技世纪,其核心是人类生命科技突飞猛进的发展。而这,将天翻地覆地改变世界的经济、社会、文化状况乃至改变人类本身,从而极大地改变人类的价值观、伦理观与法律观。

随着生命科技的发展,将逐渐形成新型的生命社会关系和调节这一新型生命社会关系的法律。这在今天,业已初见端倪。脑死亡法、人类辅助生殖技术法、基因技术法、器官移植法以及安乐死法等的出现便是证明。这些新型生命法的诞生过程,交织着热切的期盼与切齿的诅咒,因为它彻底地颠覆了传统的道德观,尤其是与以血缘关系为纽带的稳态家庭社会关系唇齿相依、休戚与共的传统伦理观。尽管如此,期盼者的期盼还是变成了现实;诅咒者的诅咒则已气息奄奄。

随着生命法的发展,提出了一系列新的法理学与法律学问题。回答这些问题,是法学工作者责无旁贷的使命。但是,这将是一个艰难的探索过程,予于学步,牙牙学语,幼稚是必然的,错误也在所难免。不憚貽笑大方将此《丛书》奉献给读者,一是希望引起社会各界尤其是法学界、医学界的关注,予以批评指正;二是希望推动生命法学的研究,经过互相切磋、辩难,在若干年后形成成熟的生命法学。

芳林新叶催陈叶,流水后浪逐前波。《丛书》的作者,将为生命法学研究新人辈出,生命法学佳作如潮涌现而欢呼雀跃!

现在,上海的生命法学研究组织逐渐增多,连年召开的全市性、全国性或国际性研讨会,则团聚了为数众多的有志于生命法学研究的学者。我欣喜地看到,全国各地正涌现出一批批相关的研究组织,一批批研究人员;尤其是欣喜地看到,生命法学研究的著作正日见其多、日见其精。

据不完全统计,上海的生命法学工作者,业已在法律出版社等知名机构,出版了下列著作:

1. 顾肖荣、倪正茂:《生命法学论丛》,文汇报出版社 1998 年版;
2. 谈大正:《生命法学导论》,上海人民出版社 2005 年版;
3. 倪正茂:《生命法学探析》,法律出版社 2005 年版;
4. 倪正茂、李惠、杨彤丹:《安乐死法研究》,法律出版社 2005 年版;
5. 李善国、倪正茂、刘长秋:《人类辅助生殖与生命法》,法律出版社 2005 年版;
6. 倪正茂、陆庆胜:《生命法学引论》,武汉大学出版社 2005 年版;
7. 刘长秋:《基因技术法研究》,法律出版社 2005 年版;
8. 刘长秋、陆庆胜、韩建军:《脑死亡法研究》,法律出版社 2005 年版;
9. 刘长秋、刘迎霜:《器官移植法研究》,法律出版社 2005 年版;
10. 夏国美:《艾滋病立法:专家建议及其形成过程》,法律出版社 2006 年版;
11. 刘长秋:《生命科技犯罪及其刑法应对策略研究》,法律出版社 2006 年版;
12. 倪正茂、刘长秋:《生命法学论要》,黑龙江人民出版社 2008 年版;
13. 邱格屏:《人类基因的权利研究》,法律出版社 2009 年版;
14. 陈颖健:《公共健康全球合作的国际法律问题研究》,上海社会科学院出版社 2010 年版;
15. 姚颖靖:《药品可及性维度下的公共健康危机与专利权保护研究》,知识产权出版社 2011 年版。

此外还有不计其数的长文短论。

在生命法学研究和著述活动中,上海政法学院同仁的努力是令人瞩目赞叹

的。上列 15 部著作中,就有上海政法学院教师的专著或合著 8 部。现在,一个为数十多个人的生命法学研究所正在建立,本《丛书》也当成为该研究所的一个重要学术阵地。我相信,因为有一个稳定的、健全的研究组织,有一套按计划出版的《生命法学丛书》,上海政法学院的生命法学研究,当汇入上海和全国的生命法学研究洪流,成为其中的一支重要力量。作为生命法学研究的一个老兵,谨此衷心祝愿《生命法学丛书》根深叶茂,枝盛花繁,硕果累累!

倪正茂

2011 年 3 月 27 日

序

在“鸡犬之声相闻、老死不相往来”的古代社会里,“公共健康”问题可能是“天方夜谭”;而在世界成为一个“小小的地球村”的今天,公共健康势必为上自联合国及各国政要、下至熙来攘往的芸芸众生所日益关注。尤其是时至今日,人们的自我认知、价值追求越来越高,主体意识、自由观念越来越强化的情况下,对公共健康的关注,势必成为共同关心的政治问题、法律问题,甚至会上升为哲学问题、国际关系问题。

毫无疑问,有识之士与广大公众确是开始越来越重视公共健康问题。但是,第一,这只是“开始”而已,因而还处于发展初期。公共健康不仅仅是与个人健康相对的概念,甚至也不仅仅涉及“健康”。诚如本书作者杨彤丹博士所言,“健康对个人以及整个社会都具有特殊的意义和重要性”;“健康是人权的重要内容,是个人践行社会政治权利、获得幸福的基础”;“健康也是国家发展、社会进步的基础。健康的人口有助于提升一个国家的政治、经济、文化、社会和国防发展水平”。曾几何时,中国人被蔑称为“东亚病夫”。撇开殖民主义侵略者的恶毒歧视、肆意诋毁不谈,回视鸦片战争后至新中国成立之前的一个多世纪中,我华夏同胞病病歪歪者的比例高至几许,与身强体壮的欧美国家民众相比又是何等的天差地远!而这是不能不承认的客观事实!当回首当年时,为了长我炎黄子孙的志气,文学家们、影视钜子们自可构写、拍摄诸如《叶问》之类的作品来作自我激励。但是,平心而论,当年的中国人的“病夫”之态,确非个把叶问、霍元甲等英雄拳师所能掩盖得了的。何况霍元甲也走了吸食毒品而不能自拔的“英雄末路”。这还只是个体健康问题的观照。而若涉及“公共健康”,其影响之巨大、之恶劣、之严重、之可怕,就更值得深思猛省了!诸如三聚氰胺、苏丹

红、染色馒头、瘦肉精、地沟油……不仅大面积地导致本还健康的受害国人忽从天堂猛坠地狱,而且,虽然只是少许无良奸商的恶行,却导致国人对党、对政府、对社会的狐疑与腹诽。这就成了政治问题!如果说,三聚氰胺、苏丹红之类问题还比较好解决、可以比较快解决的话,那么,大比例的江河湖泊被污染,水质降到了劣5级;大比例的土地被污染,土壤之重金属含量达到了危险的临界点;东西南北中的城市为雾霾所苦,PM2.5 不仅迫使绅士淑女们戴起了口罩,而且迫使本很健康的体力劳动者中的许多人不得不流离颠沛于城乡医院;如此等等。这些,只能说是中国、中国人民的噩梦!这就不仅仅涉及作为问题的“政治”,而且势必直接成了现实的“政治”。或如杨彤丹博士所说的那样,人口健康(这里指的不是个别人的个体的健康,而是“人口”的亦即“公共”的健康),不仅是一个国家的发展战略,而且也是全球发展关注的焦点之一。

尽管如此,国内文献居然“尚未系统地提出‘公共健康’与‘公共卫生’的区别”,至于把公共健康提高到“人权”,提高到法定“自由”,提高到“社会公正”,乃至提高到在中国共产党的领导下尽快实现中华民族伟大复兴之“中国梦”的高度来讨论,诉之以法哲学的科学认识,赋之以“促进人类生存发展”的高尚的终极目标,寄之以全人类实现共产主义大同梦的厚望,当然还有很大的距离。

正因如此,杨彤丹博士从政治的高度、法学的深度,以法哲学的广度以及观照以国际关系的敏感度,深入探讨公共健康的有关问题,实在是重要的学术创新!其中,尤其是关于公共健康法的现代阐释、公共健康法的基本研究范式、关于权力与权利的博弈对公共健康事业发展的重大、深远的影响,以及关于经济自由与公共健康的关系、人身自由与公共健康的关系、隐私自由与公共健康的关系等问题的探讨,既有创新性的理论分析,又有可操作的对策建议,既保持了学术探讨的严肃性,又创行了寓理论于实务的生动性。在我看来,读杨彤丹博士的《权力与权利的纠结——以公共健康为名》,不仅是一种生命法学的理论学习,而且是深入地对有关问题的情趣了解,甚至还是畅游学海的享受!有鉴于此,我十分高兴应邀为之作序。

杨彤丹博士曾是我的法哲学专业的硕士研究生,后赴上海财经大学就

读博士学位,再赴美国天普大学法学院在公共健康法方面继续深造。回国之后,积极参加了上海政法学院生命法研究中心和上海市法学会生命法与公共卫生法研究会的活动。2013年年底在华东政法大学开始博士后研究工作。

由于她勤奋学习而取得了优良成绩,由于她不懈努力而又取得了丰硕的科研成果,还表现出了组织同仁进行学术活动的巨大热情与卓越才能,为上海市生命法学界所高度肯定,从2012年起,被选任上海市法学会生命法与公共卫生法研究会秘书长。作为她过往的导师,对她取得的进步无疑是十分高兴的,而她之能奉呈《权力与权利的纠结——以公共健康为名》于广大读者面前,更是应予热烈祝贺的!有鉴于此,谨寄厚望于杨彤丹博士,亟盼“百尺竿头,更进一步”,为中国的生命法学事业,为人类的公共健康事业,再接再厉,作出更大的贡献!

公共健康一方面不仅是国家的事业,而且也是国际的事业,另一方面也是每一个负责任的地球人的事业。因此,这里有一个个人与社会、集体与国家、国家与国家的关系问题。如何从利益机制着眼,从责任机制着手,处理好“地球村”内的各种重大关系。

公共健康既涉权力,又涉权利,既有“较量”与博弈,又有合作共存、互惠互利、“水涨船高”地良性发展中所必须正确地、科学地处理的不同层级、不同要求的关系问题。

公共健康既是实务问题,又是理论问题,如何从实务中发现矛盾,从理论上把握矛盾处理中的辩证关系,找到最佳的辩证举措,力争理论与实务在共同发展中快速提升其质量。

公共健康法同样地既是实务问题,又是理论问题,如何在公共健康的立法中发现与解决有关的具体问题和加强理论的指导,如何使生命科技工作者、广大医务人员与生命法学工作紧密结合起来,使公共健康法的立法工作者与理论研究者及实务工作者结合起来,共同努力,推动公共健康事业的发展,提高公众的文明水平,提高公共健康及有关法制的研究水平……

所有这些,都不是一本小册子所能全部概括、了然解决的。因此,我同样寄

厚望于杨彤丹博士及全国各地的生命法学理论工作者,让我们前赴后继,共同努力,力争在最短的时间内,拿出更多优秀的研究成果,服务于中国人民和全世界人民!

倪正茂于上海四季园

2014年6月19日

前言

疾病是建构起来的,健康也是。

健康价值的凸显与人的地位提升有密切的联系。健康问题伴随着人对神的反叛、人对资本异化的扬弃而逐渐受到关注。费尔巴哈说过,现世“要求的不是不灭的个性,而是能干的身心健康的人”,“健康比永生更有价值”。健康价值是人本主义精神的基本内容,强调的是从神到人的回归,从奴役到健全的飞跃。健康问题研究具有毋庸置疑的时代优越性。

在现代性语境下,健康和卫生具有不同的内涵和外延,二者不可通约。健康对个人以及整个社会都具有特殊的意义和重要性。健康是人权的重要内容,是个人践行社会政治权利、获得幸福的基础。健康使人体机能得以正常发挥,身心健康的人能够更好地参与家庭和社会事务。健康也是国家发展、社会进步的基础。健康的人口有助于提升一个国家的政治、经济、文化、社会和国防发展水平。人口健康不仅是一个国家的发展战略,而且也是全球发展关注的焦点之一。

世界卫生组织认为,公共健康发展到后医学时代已经突破了传统的公共卫生范畴,但是目前国内文献尚未系统地提出“公共健康”与“公共卫生”的区别。公共健康是一项创造各种条件推动人口健康的公共事业。公共健康着眼于人口健康,而不是个体健康。但是个体健康和群体健康有时密不可分,个体健康是群体健康的基础,只有保障了个体健康,才能最终促成公共健康。没有群体的健康、社会的健全,个体也很难保有自我的健康。

公共健康法是个有待开拓研究的领域。法律可以大幅度地改善公共健康状况,也可以大幅度地降低公共健康水平。但是相对“有形”的医疗手术刀,法

律这把“无形”的手术刀经常为人们所忽视。“医疗手术刀”每次只能影响一个人,而“法律”这把“手术刀”则可能影响成千上万人甚至所有人,建立全民医保体系、规范食品药品生产质量标准、治理环境污染、改善健康不平等状况等都有赖于法律这把“手术刀”。

公共健康法规范国家在公共健康领域中的权力与义务,限制国家权力不侵犯个体自治、隐私、自由、财产等合法权利,确保人口享有健康的生活条件。公共健康法的首要目标是寻求人口最大可能的生理和心理健康,以体现社会公正这一价值理念。

公共健康法哲学离不开对“权力”与“权利”这对“元概念”进行分析,这里所指的权力是公权力,而权利是私权利。权利彰显的是自由,权力则是“压迫之物”(黑格尔语)。国家权力从另一方面体现的是个体义务,国家义务从另一方面表露的是个体权利。国家权力和义务的设定都应以“促进人类生存发展”为终极目标。

国家在公共健康领域中所应履行的责任和义务经历了一个逐步发现的过程。健康的个体决定因素强调的是个体责任,健康的社会决定因素强调的是社会责任。前现代社会关注健康的个体因素和个人责任。现代性发轫以后,健康的社会决定因素逐渐被揭示出来,恩格斯是最早注意到健康的社会决定因素的先哲之一。恩格斯从工人阶级的经济状况、居住状况、饮食状况、衣着状况、精神状况、教育状况等方面分析了工人阶级在如此“社会背景”下是不可能保有健康的,贫困最终导致了工人阶级的不健康和过早死亡。要改变工人阶级的健康状况,必须改变工人阶级所处的“社会背景”,而国家在此负有不可推卸的义务,否则就是“谋杀”,就是“渎职”。同时,疾病传播的特殊性以及工人阶级这个弱势群体力量的壮大、社会公正运动的兴起等问题也迫使国家应当重视其所担负的保卫公共健康的责任和义务。不过,健康的个体决定因素和社会决定因素的权重,很多时候受到来自政治方面的影响。政治如果强调个体自由、自我实现,健康就偏向个体责任、私人领域;政治如果强调社会公平正义则健康又偏向社会责任、公共领域。

公共健康的国家权力体现在国家为了维护公共健康而对个体的自由空间

进行适当限制。从法律技术角度看,权力空间的扩大往往伴随着权利空间的缩小,权力配置的正当性与权利先验的合法性产生权力与权利的纠结。国家权力的正当性依据遵循“共同善”、“伤害原则”、“最大利益”、“家长主义”等原则。其中约翰·穆勒提出的“伤害原则”是指个体行为只要不伤害他人,便应享有绝对的自由空间,不受权力的干涉。但是公共健康法律实践很多时候突破了这一原则,转向“家长主义”的权力统治逻辑,体现福柯所言的“全景式”监视策略。“强制佩戴安全带”、“禁止吸毒”、“禁止同性结婚”等法律规定便是这一策略的完美展示。虽然“家长主义”至今仍备受争议,但是其实人们早已对这些“家长主义”立法习以为常,这背后更多体现了社会的整体价值取向。

国家治理公共健康事务,行使公共权力也要受到必要的限制,非经法律规定履行正当程序不得侵犯个体的权利空间。个体的权利体现在经济自由、人身自由、隐私自由等方面,但是公权力经法律许可为维护公共健康可以对个体的自由空间进行必要的限制。比如在宏观经济层面采取必要的征税政策,调整结构性贫困所引起的结构性健康问题;对个体人身自由、行为选择进行必要限制,强制要求个体为一定行为(如系上安全带)或不为一定行为(如不吸毒);为了公共健康监测需要要求个体提供相关的个人隐私信息等。

公权力和私权利的空间分配归根结底是政治问题,因此政治决策至关重要,决策者应该谨慎思考在什么情况下能以公共健康之名限制个体权利,什么情况下则不能。公权力配置应为私权利留下一定的自由空间。除了上述提供的原则之外,似乎还可以从制度设计上寻求一种和解的可能。虽然从法律技术角度看,权利与权力是互斥的,但是权利与公共健康却可以寻找一条双赢的道路,从而既促进公共健康又保护个体权利,既达成人的健康发展又促进社会的全面发展。