

# 公共健康法原论

李 燕 金根林◎著



中国政法大学出版社

---

# 公共健康法原论

Gonggong Jiankang Fa Yuanlun

---

李 燕 金根林◎著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

公共健康法原论 / 李燕，金根林著. —北京：中国政法大学出版社，2014. 12  
ISBN 978-7-5620-5816-8

I. ①公… II. ①李…②金… III. ①公共卫生—法律—研究—中国 IV. ①  
D922.16

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第001424号

---

|       |                                                                                  |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社                                                                        |
| 地 址   | 北京市海淀区西土城路25号                                                                    |
| 邮 箱   | fadapress@163.com                                                                |
| 网 址   | <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名：中国政法大学出版社) |
| 电 话   | 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)                                                |
| 承 印   | 固安华明印业有限公司                                                                       |
| 开 本   | 880mm×1230mm 1/32                                                                |
| 印 张   | 10.5                                                                             |
| 字 数   | 263千字                                                                            |
| 版 次   | 2014年12月第1版                                                                      |
| 印 次   | 2014年12月第1次印刷                                                                    |
| 定 价   | 33.00元                                                                           |

## 前 言

本书题为《公共健康法原论》，是受日本学者富井政章《民法原论》的启发。《民法原论》中论述的制定民法典应尊重本国国民性、时代性问题，“科学主义”经验法学的民法研究方法问题<sup>〔1〕</sup>，民法典起草制定过程问题等内容，这些都对日本民法学的研究、日本民法典的制定产生了重大影响，<sup>〔2〕</sup>也对本书的研究有很大启示。本书的写作主要基于以下几个出发点：

第一，当今社会公共健康问题不断涌现，全球范围内各种流感病毒、埃博拉病毒蔓延，炭疽等生化恐怖手段频现，烟草、高热量饮食等不良行为引起的诸多慢性疾病多发，而我国食品安全、环境污染等问题日趋严重，再加上我国经济、社会发展迅猛，融入全球化的程度不断加深，公共健康形势越来越严峻。单靠个人的医疗行为解决不了这些问题，维护公共健康既需要科学，也需要法律，公共健康法律制度的重要性日益显现，公

---

〔1〕 请参阅〔日〕富井政章：《民法原论》，陈海瀛、陈海超译，中国政法大学出版社2003年版，第12～15页。

〔2〕 请参阅段匡：《日本的民法解释学》，复旦大学出版社2005年版，第2、4、5、14页。

共健康法的研究也尤为必要。

第二，作为一门新兴学科，我国有关公共健康法的研究近些年来已有了丰硕的成果，它们大多研究我国现有的疾病防治及卫生制度（典型六大卫生制度）等<sup>〔1〕</sup>，多以解释法律的方法为主，而关于公共健康法的基本理论以及社会因素对公共健康的影响还应进行进一步研究。本书综合运用社会法学、分析法学和比较法学等研究方法，重点研究公共健康法基本理论问题，注重考察影响公共健康的社会因素。

第三，公共健康法的研究同样存在着借鉴外国法的问题。西方发达国家对于公共健康法的研究比较先进，立法与司法也较发达。基于我国社会发展现状，公共健康法的立法、司法实践及学术研究都还有待深入发展与完善。“他山之石，可以攻玉”，参考其他国家先进立法、判例与理论学说成果，可能是事半功倍的途径。在借鉴的过程中如何扬弃，从而构建与完善适合中国社会的公共健康法，是一个不容忽视的问题。本书尝试立足于中国公共健康实践，在借鉴先进国家公共健康法学理论成果过程中，结合中国实际，建构中国公共健康法学体系，而不是“沙滩上的法学”。

本书主要内容除前言、余论外，共十章，具体如下：

第一部分“基本概念”。其中，第一章对健康、公共健康和公共健康法的概念进行了梳理与定义，尤其对传统“公共卫生”

---

〔1〕 公共卫生法律制度由传染病、职业病防治与六大卫生等法律制度所构成，其核心是传染病防治法和职业病防治法及六大公共卫生监督法律制度。传染病防治法律制度极具规模，比较完整。六大卫生，即环境卫生、食品卫生、职业卫生、学校卫生、公共场所卫生和放射卫生，都拥有各自领域的卫生监督法律和行政法规。请参阅刘士国主编：《医事法前沿问题研究》，中国法制出版社2011年版，第18页。

一词的来历与含义进行了辨析,论证了应用“公共健康法”替代传统“公共卫生法”一词,并对公共健康法的概念、核心要素、特征、渊源及我国公共健康法律体系的特征予以分析。公共健康法是一个调整范围广泛、跨学科、综合性的法律部门,是一个法律体系。其核心为规范政府保障公共健康的权力、义务及权力限制,故仍以行政法为主,其他法律(宪法、民法、刑法、国际法等)同时也都起着重要的作用。

第二章研究了公共健康法的方法论问题。探讨了法律调整公共健康的管制性方法和竞争性方法,分析了法律促进公共健康的工具,包括改变社会经济环境、人造环境、信息环境、税收手段、财政支出与转移支付、许可和公共供给、强制责任保险、利用经济利益来约束或者激励、侵权诉讼的间接规制、刑罚制裁的直接规制。然后分析了用法律调整公共健康的积极作用及局限性之所在。最后研究了以系统论为视角从“规范的必要性—规范的可实施性—规范如何实施—规范效果如何”四个方面评估公共健康法律的方法。

第二部分“基本体系”,对调整公共健康的几个重要法律部门的内容、功能进行了研究。其中,第三章探讨宪法在公共健康法律体系中的基础性作用及其对公共健康法的顶层设计问题,研究了宪法对政府保障公共健康义务的确认,通过对不同政府部门间、中央政府与地方政府部门间的权力分配实现政府公共健康权力的授权,通过对公民权利的确认限制政府权力的滥用。

第四章研究了公共健康治理与行政法。分析了公共健康治理与权力分配,提出立法、执法、司法之间虽有各自职能,但也应促使部门之间互动、合作治理,打破立法、行政和司法间

的相对隔阂。公共健康治理离不开公共健康行政法,包括政府保障公共健康的法定职权、公共健康行政关系(行政管理关系、行政法制监督关系、行政救济关系、内部行政关系)等。行政执法手段包括行政许可、行政命令、行政处罚、行政强制四类。传统公共健康治理模式中“行政职能独大”,陈旧化的治理方式已经不符合发生日新月异变化的社会结构,新型公共健康治理的典型形式主要为排污交易、协商立法、公共信息披露、合作治理等。

第五章研究侵权法对公共健康的调整。首先分析了侵权责任法上两种公共健康侵权类型,即危险持有责任和行为责任,探究了公共健康领域危险责任构成要件中的相关问题,研究了通过复合侵权责任分担、惩罚性赔偿、风险分担等制度,实现其对公共健康调整的救济、惩罚和预防等积极功能。同时,侵权责任法对于公共健康也有着不可忽视的消极作用,如增加交易成本、影响企业判断、阻碍和扼杀创新、错误引导等。

第六章研究刑法对公共健康的调整功能。首先分析了刑法调整公共健康的必要性,梳理刑法中保护公共健康的具体规范,研究刑法规范公共健康的机能,最后以艾滋病防治为例反思刑法调整的负面作用,如可能引起道德风险产生、传染性疾病的污名化加重、行为模式改变等不良后果。

第七章探讨公共健康全球治理与国际公共健康法的应对。首先探讨了全球化给公共健康带来的机遇与挑战,介绍了全球公共健康治理的历史、发展与改革以及公共健康国际法规的基本内容。世界公共健康问题的核心是社会经济状况的不平等,需要多主体的参与,通过谈判、协调、合作、共识等方式来对

国际事务进行管理。最后研究了环境全球治理与公共健康法的发展，并对我国环境健康的法制与研究进行了反思。

第三部分主要研究公共健康法的基本主题，即政府行使国家公共健康的权力与个人权利两者之间的冲突与平衡问题。其中，第八章研究了国家公共健康义务、权力、权力限制，及其与个人权利关系的一般原理。论证了国家公共健康义务的基础，国家公共健康权力的正当性、效用及对个人权利的制约，个人权利的法律地位、相对性及其对国家权力的制约。国家公权力应在法律授权的范围内行使，同时符合必要性、程序性、合理性和相称性原则。

第九章对公共健康领域隐私权的限制及隐私权保护的法律进路进行了探讨。为最大限度地保护个人隐私权，除传统法上规定政府、医疗机构等相关主体的保密义务、追究侵害隐私权的法律责任外，更应完善公共健康领域隐私权的公法保护，制定公共健康信息隐私保护法，对政府在收集、使用、披露公共健康数据的各个不同阶段的权力运行进行规范。

第十章对强制医疗与患者自己决定权之间的冲突与平衡问题进行了探讨。对传染病患者实施强制医疗无可避免地会限制自己决定权，公共健康法应解决在何种情况下、以何种形态以及多大程度上，公权力可以合法地限制私权利的范围。同时，自己决定权受到强制医疗的不当限制时应完善相应的配套法律救济途径。

最后在余论中，对公共健康法研究中的高度政治化倾向及狭隘化倾向予以了分析，探讨了现代公共健康法研究的三种模式，有利于公共健康法范围的合理定位，促进公共健康法的研究。

究开展。

本书试图对我国公共健康法基本理论问题作出初步的、系统的梳理，自不敢与富井政章先生的《民法原论》相比，但仍希望为我国公共健康法的研究“添砖增瓦”，做不了公共健康法学这个恢宏大厦的地基，就做地基上的一块石头吧。

作 者

2014 年 5 月

## 目 录

|           |   |
|-----------|---|
| 前 言 ..... | 1 |
|-----------|---|

## 第一部分 基本概念

|                        |   |
|------------------------|---|
| 第一章 公共健康与公共健康法概述 ..... | 1 |
|------------------------|---|

|            |
|------------|
| 一、健康概述 / 1 |
|------------|

|                 |
|-----------------|
| (一) 健康的法律价值 / 1 |
|-----------------|

|                 |
|-----------------|
| (二) 健康概念的演变 / 3 |
|-----------------|

|              |
|--------------|
| 二、公共健康概述 / 8 |
|--------------|

|                   |
|-------------------|
| (一) 公共卫生概念之辨析 / 8 |
|-------------------|

|                    |
|--------------------|
| (二) 公共健康概念之梳理 / 15 |
|--------------------|

|                    |
|--------------------|
| (三) 公共健康概念之提出 / 21 |
|--------------------|

|                |
|----------------|
| 三、公共健康法概述 / 31 |
|----------------|

|                        |
|------------------------|
| (一) 公共健康法的概念和核心要素 / 32 |
|------------------------|

|                   |
|-------------------|
| (二) 公共健康法的特征 / 55 |
|-------------------|

|                     |
|---------------------|
| (三) 我国公共健康法的渊源 / 59 |
|---------------------|

|                        |
|------------------------|
| (四) 我国公共健康法律体系的特点 / 66 |
|------------------------|

第二章 公共健康法方法论 ..... 73

- 一、公共健康法律调整方法及作用 / 74
  - (一) 公共健康法律调整的方法和工具 / 74
  - (二) 公共健康法律调整的作用 / 80
- 二、公共健康法规：一种系统化的评估 / 83
  - (一) 用公共健康法调整的必要性评估 / 83
  - (二) 公共健康法的可实施性评估 / 85
  - (三) 公共健康法的实施评价 / 86
  - (四) 对规范效果的评价 / 89

第二部分 基本体系

第三章 宪法：公共健康法的基础设计 ..... 92

- 一、宪法对政府公共健康义务的确认 / 93
  - (一) 积极的宪法与政府公共健康义务 / 94
  - (二) 消极的宪法与政府公共健康义务 / 97
- 二、宪法对政府公共健康权力的基础设计 / 100
  - (一) 政府行使公共健康权力的基础来源 / 100
  - (二) 政权组织形式与公共健康权力分配 / 102
  - (三) 国家结构形式与公共健康权力分配 / 104
- 三、宪法对政府公共健康权力的限制 / 107
  - (一) 公民权利的宪法确认：政府公共健康权力的底线 / 107
  - (二) 宪法对公民个人权利不当限制的救济 / 108

|                                     |            |
|-------------------------------------|------------|
| <b>第四章 公共健康治理与行政法 .....</b>         | <b>112</b> |
| 一、我国公共健康治理简史 / 113                  |            |
| (一) 新中国成立初三十年: 初创与治理 / 113          |            |
| (二) 改革开放后: 新生与变革 / 119              |            |
| 二、公共健康治理与权力分配 / 124                 |            |
| (一) 公共健康权力分立 / 126                  |            |
| (二) 立法、执法和司法的部门联动 / 127             |            |
| 三、公共健康行政法概论 / 129                   |            |
| (一) 公共健康行政法 / 130                   |            |
| (二) 公共健康行政关系 / 130                  |            |
| (三) 公共健康行政执法依据 / 134                |            |
| (四) 公共健康行政权力内容 / 134                |            |
| 四、新型治理: 理论与实践 / 142                 |            |
| (一) 排污交易 / 143                      |            |
| (二) 协商立法 / 145                      |            |
| (三) 信息披露 / 148                      |            |
| (四) 合作治理 / 150                      |            |
| <b>第五章 侵权法: 公共健康的私法间接调整规范 .....</b> | <b>153</b> |
| 一、公共健康领域侵权类型 / 154                  |            |
| (一) 危险持有责任 / 154                    |            |
| (二) 危险行为责任 / 157                    |            |
| 二、公共健康领域危险责任的构成要件 / 161             |            |
| (一) 危险责任的起源: 公共健康的需求 / 161          |            |
| (二) 公共健康领域危险责任之违法性要件 / 162          |            |
| (三) 公共健康领域危险责任之损害要件 / 167           |            |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| (四) 公共健康领域危险责任之因果关系要件   | 170 |
| 三、公共健康领域侵权损害赔偿          | 173 |
| (一) 复合侵权的责任分担           | 173 |
| (二) 惩罚性赔偿               | 174 |
| (三) 风险分担                | 175 |
| 四、侵权法调整公共健康的积极作用        | 178 |
| (一) 填补损害                | 178 |
| (二) 惩罚侵权                | 181 |
| (三) 分配责任                | 183 |
| (四) 预防损害                | 184 |
| (五) 行为自由与权益保护之平衡        | 184 |
| 五、侵权法调整公共健康的消极作用        | 185 |
| (一) 增加交易成本              | 185 |
| (二) 影响企业判断              | 186 |
| (三) 阻碍扼杀创新              | 187 |
| (四) 产生错误引导              | 187 |
| <br>第六章 公共健康的刑法调整 ..... | 189 |
| 一、用刑法调整公共健康             | 189 |
| (一) 刑法调整公共健康的必要性        | 189 |
| (二) 危害公共健康犯罪的刑法规定       | 192 |
| 二、刑法调整公共健康的机能           | 194 |
| (一) 法益保护机能              | 195 |
| (二) 行为规制机能              | 195 |
| (三) 保障人权机能              | 196 |

- 三、刑法调整公共健康的负面作用：以艾滋病预防之  
刑法规范为例 / 196
- （一）道德风险产生 / 199
- （二）传染性疾病的污名化加重 / 199
- （三）悖论和行为模式改变 / 200

## 第七章 公共健康全球治理与国际公共健康法 ..... 202

- 一、全球化与公共健康：机遇与挑战 / 202
  - （一）全球化与公共健康全球治理机遇 / 203
  - （二）全球化与传染病的传播 / 204
  - （三）全球化与非传染疾病及其他健康问题 / 208
- 二、公共健康全球治理的历史发展 / 209
  - （一）19 世纪主权国家治理的国际合作 / 209
  - （二）二战后公共健康全球治理与国际立法 / 211
- 三、公共健康全球治理概况 / 215
  - （一）治理主体与治理重点 / 215
  - （二）公共健康国际法简述 / 225
- 四、环境全球治理与公共健康：一个新兴的领域 / 229
  - （一）环境健康与全球环境问题的产生 / 229
  - （二）国际环保法的“井喷”与我国“受冷落”的  
环境健康 / 233

## 第三部分 基本主题

## 第八章 国家的公共健康义务、权力及权力限制 ..... 240

- 一、国家公共健康义务之基础 / 241

- (一) 公共健康具有公共服务的属性 / 241
- (二) 公共健康关涉社会正义 / 242
- (三) 公共健康“投入—产出”效益理论 / 243

## 二、国家的公共健康权力 / 246

- (一) 公共健康权力行使之正当性 / 246
- (二) 公共健康权力行使之效用 / 247
- (三) 公共健康权力对个人权利的制约 / 248

## 三、个人权利：公共健康权力之制约 / 249

- (一) 个人权利与公共健康权力之冲突 / 249
- (二) 个人权利之相对性 / 250
- (三) 公共健康权力之外部与内部制约 / 253

# 第九章 公共健康领域隐私权的限制与保护 ..... 260

## 一、隐私权概述 / 261

- (一) 隐私权概念 / 261
- (二) 患者隐私权 / 262

## 二、公共健康领域个人隐私权的限制 / 263

- (一) 公共健康监控权力对个人隐私权的限制 / 264
- (二) 医事人员、医疗机构、疾病防控等机构的  
强制报告义务对个人隐私权的限制 / 265
- (三) 出于保护危险地位第三人个人隐私权的限制：  
政府的追踪观察权、医事人员的警告义务及  
感染者本人的告知义务 / 266

## 三、公共健康领域个人隐私权的保护 / 269

- (一) 现行法律框架下个人隐私权的保护 / 269

- (二) 完善公共健康领域个人隐私权的公法保护:  
制定公共健康信息隐私保护法的期待 / 272

## 第十章 公共健康领域自己决定权的限制与保护 ..... 274

- 一、自己决定权的确立与内容 / 275
- (一) 自己决定权的概念 / 275
- (二) 自己决定权在医疗健康领域的体现 / 276
- 二、公共健康领域自己决定权的限制 / 278
- (一) 公共健康: 强制医疗的基本价值 / 278
- (二) 强制医疗权对知情同意权的限制 / 279
- 三、公共健康领域个人自己决定权的保护 / 284
- (一) 公共健康领域自己决定权的立法缺陷及  
保护 / 284
- (二) 公共健康领域自己决定权保护的其他救济  
机制 / 290

## 余 论 公共健康法研究趋向 ..... 293

- 一、“进退两难”的公共健康法研究 / 294
- (一) 社会变迁中的高度政治化倾向 / 294
- (二) 公共健康法研究狭隘化倾向 / 298
- 二、现代公共健康法研究模式 / 300

## 参考文献 ..... 304

## 后 记 ..... 317



## 第一部分

## 基本概念

## 第一章 公共健康与公共健康法概述

健康、公共健康、公共健康法都是具有多重含义、仁者见仁、智者见智的概念，本章先对三个概念的来源、发展及本书中的含义予以梳理与定位，论证用“公共健康法”替代传统“公共卫生法”一词的理由，并研究公共健康法的核心要素、特征、渊源及我国公共健康法律体系的特点。公共健康法是一个调整范围广泛、跨学科、综合性的法律部门。其核心为规范政府保障公共健康的权力、义务及权力限制，故以行政法为主，其他法律（宪法、民法、刑法、国际法等）同时也都有重要的作用。

## 一、健康概述

## （一）健康的法律价值

健康对于人是极其重要的，正如马斯洛在“基本需求层次理论”中所言，人的需求是分层次的，而生命健康属于第一层次，是最基本的需求。<sup>〔1〕</sup>健康为人最根本的利益，是“人之所以为人，

---

〔1〕 关于人的需求层次具体可参见〔美〕亚伯拉罕·马斯洛：《动机与人格》，许金声等译，中国人民大学出版社2007年版。