



当代国际法文库 | 杨成铭 李寿平 · 主编

传染病控制 国际法律问题研究

CHUANRANBING KONGZHI
GUOJI FALV WENTI YANJIU

龚向前 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社会科学基金项目（06CFX0030）成果



当代国际法文库 | 杨成铭 李寿平 · 主编

传染病控制 国际法律问题研究

CHUANRANBING KONGZHI
GUOJI FALV WENTI YANJIU

龚向前 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

传染病控制国际法律问题研究 / 龚向前著. —北京:
法律出版社, 2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2624 - 4

I. ①传… II. ①龚… III. ①传染病防治—卫生法—
研究—世界 IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 207581 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/14.25 字数/348千

版本/2011年12月第1版

印次/2011年12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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2624 - 4 定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《当代国际法文库》总序

赖当代国际法学人不辍笔耕,数十年来国际法著作已如雨后春笋般面世,并渐呈蔚为大观之势。在众多的国际法著作中,不乏精品,亦可见极品。但稍显遗憾的是,至今尚缺少一个较为稳定的学术平台来集中和持续展示国际法的最新研究成果。本文库试图搭建这一平台,并希望由此发现当代国际法学苑熠熠生辉之学术风景,品饮国际法学林晶亮剔透之学术甘露,留存当代国际法学崖跋涉之丝丝印记。

凡入库著作或对国际法基本理论问题做深入阐释和阐发,或对国际法前沿问题进行探讨并提出独到见解,或对国际法史实提供新的资料或佐证,或对国际法新领域或国际法学新方向进行系统梳理和解析,或对国际法实践问题提出建设性的解决策略及方案,或对国际法的研究方法进行改进。上述列举并未穷尽入库著作的所有优势,但凡入编著作须具备以下条件:新,即用新资

料或新方法对国际法新问题进行创新研究;深,即在深厚学术积累的基础上对国际法问题进行深沉的思考;精,即用精当的语言和结构对国际法问题进行精确的解读;专,即对国际法特定领域或特定问题或特定领域、问题的特定方面预设理论,并进行专门研究。编者期待,收录本文库的作品乃国际法学人在与国际法激情碰撞后对国际法特定问题冷静追问和沉思所得之力作。

本文库立足北京理工大学法学院国际法研究所,并向所有国际法专家和学者开放,热忱欢迎国际法学人向本文库推荐或自荐当代国际法上乘之作。

由于编者学术功底欠深,学术视野欠广,本文库在选编过程中定会有不少问题,恳望各位专家和学者不吝指正。编者相信,在国际法学人的共同呵护下,本文库将成为国际法学人又一方美好的学术家园。

北京理工大学法学院国际法研究所所长 杨成铭

二〇一一年九月二十八日 于北京光大寓所

序

伴随着全球化进程的不断加快和深化,国际法对于国际关系和各国的政治、经济、社会各个方面产生着日益扩大和深入的影响。不仅如此,如今的国际法正在更多地进入寻常百姓家,渗透到各国民生的方方面面。而且,国际法这一近代就已形成的学科通过与其他学科交叉融合,不断地凝练出各种新兴的专门领域。龚向前博士所著的《传染病控制国际法律问题研究》,可谓体现了当代国际法这些特点的一个缩影。

该著作的一大特色是,透过传染病控制这一国际社会面临的问题,以小见大,从中探讨晚近国际法发展的新动态,包括在国际法的主体、性质、作用、国际法与国内法相互关系以及全球治理与国际法等方面体现的新元素,并涵盖国际法基本理论、国际组织法、国际人权法、国际贸易法、国际环境法、国际知识产权法乃至武器控制法等多个部门。这种“以问题为中心”开展国际

法研究的尝试是值得充分肯定的。本书还从国际法的角度来审视我国传染病控制法律制度。在比较各国相关法律实践的基础上,从中国和平发展的高度提出进一步将传染病控制纳入法治轨道和促进依法治“病”的对策,非常务实,且新见迭出。

2003年“非典”爆发期间,笔者便提出,有关世界卫生组织和公共卫生领域的国际法是一个迫切需要研究的领域,在中国尚属空白。为此,当时还是博士研究生的作者果断地承担起这一新兴课题的研究任务。他先后整理了200多万字的外文资料,翻译了大量的国际法律文件和数十个国家的相关立法,并钻研了公共卫生等相关学科的基础知识与理论。在通过《传染病控制之国际法问题研究》博士学位论文答辩的基础上,他又承担完成了国家社会科学基金青年项目“传染病控制国际法与相关国内法问题研究”。经过数年的理论探讨与实践调查,龚向前博士提出并全面深入地论述了传染病控制国际法的基本体系:(1)传染病控制国际法体系的主要组成部分——世界卫生组织法律制度,包括《国际卫生条例》与相关“软法”;(2)“对传染病控制最有影响的国际法制度”——世界贸易组织法,重点分析了SPS协定、TRIPs和GATS协定等与传染病控制的关系;(3)“传染病控制国际法的最重要方面”——国际人权法,分析了公民和政治权利、健康权和平等权对于传染病控制的法律意义;(4)从根本上解决传染病问题的国际环境法以及病毒共享和生物安全保障等新兴问题。此外,作者在全面论述传染病控制国际法各项基本制度的基础上,还以和谐世界理念为指引,提出了从技术上、结构和理念上完善传染病控制国际法的观点。

尤为可贵的是,本书在宏观论述传染病控制国际法体系的同时,也不乏对这一新兴法律分支具体规则的深入剖析,于开阔体系中注入纤细之笔,并对一些国内外争议问题提出了自己的见解。例如,对《国际卫生条例》规则的演变与利弊都做了细致的分析;关于欧美卫生风险规制的最新法律模式是否适用于WTO体制的问题上,作

者强调国际法应坚持“基于科学原理”的重要性；提出了将公平原则注入国际知识产权法解决全球“病毒共享”的问题；从国际人权法的角度阐述了政府公共卫生权力的边界，论述了发达国家在健康权上的国际责任，等等。尽管书中诸多问题仍值得深入研究，作者的有些观点有待商榷，但作者的学术开拓精神，孜孜以求的学术风格，是值得赞许和提倡的。

随着公共卫生的日益全球化，也随着人类社会对健康问题的日益重视，国际卫生法研究的重要性将不断突出。应该说，本书的出版填补了我国国际法研究的一个亟待填补的空白领域，具有较高的理论意义与应用价值。作为中国国际法学人和曾经是龚向前同志的博士论文指导教师，我非常欣喜地看到本书的问世，并应作者邀请，谨写下片语向同行与读者们推荐，也希望他能够在今后的教学与研究中取得更大的成就。

曾令良

二〇一一年七月于澳门

引 言

长期以来,人们普遍认为传染病防治等公共卫生问题主要是一个医学问题。然而,尽管科学家们“道高一尺”,病原微生物却是“魔高一丈”。单凭医疗界的力量,并不能根本解决传染病控制的问题。公共卫生(public health)应该被界定为“确保人们能够保持健康的条件”,强调全体居民的健康。所以,医疗卫生也离不开特定的政治、经济条件与社会环境。传染病控制往往是在贫困、落后与不平等的社会裂缝中发展起来的。在某种意义上讲,生理上的疾病也是社会疾病的映照。而作为社会规范的法律往往被视做救治社会疾病的良方。尤其是,在现代法治社会中,政府采取的传染病控制措施通常也需要立法授权。因此,探讨传染病控制的问题,不能忽略对相关法律问题的研究。

“病毒无国界”,传染病能够在地球任何地方出现,并通过贸易与旅行迅速蔓延到其他地

方,所以,这种威胁是全球性的,没有国家能幸免。各国采取的卫生措施如果出于私利而不顾国际社会的整体利益,无论多么符合国内法规范,也最终会损害传染病的国际控制。何况单凭一国或数国的力量,无法应对传染病全球化的挑战,需要全球在公共卫生领域的合作。特别是,自2003年以来先后波及全世界的非典型肺炎(SARS,简称非典)、禽流感、甲型H1N1流感等疫情进一步表明:传染病正在达到一种全球危机的程度!要有效开展全球公共卫生合作,就需要发挥国际法的基础调节作用,确立国际社会各主体的行为准则,以及应尽的国际义务。

然而,不仅公共卫生界对法律兴趣不大,国际法学界对于公共卫生也很少关注。诚然,国际上也有一些专家在该领域做出了有益探索。例如,1971年古德曼(Goodman. N. M)出版的《国际卫生组织及其工作》(*International Health Organizations and Their Work*),分析了19世纪以来各个国际卫生组织的活动;1975年德龙(Delon. P. J)受世界卫生组织委托撰写了《国际卫生条例实践指南》(*The International Health Regulations: A Practical Guide*);阿林·泰勒(Alyn Taylor)等出版了《国际卫生法文件综览》,等等。在新发现与复发传染病的冲击下,该领域的研究开始升温。尤其值得一提的是,大卫·费得乐教授(David P. Fidler)在1999年和2001年先后推出的《国际法与传染病》(*International Law and Infectious diseases*)、《国际法与公共卫生》(*International Law and Public Health*),做出了开创性贡献;此外,世界卫生组织法律顾问劳伦斯·果斯汀(Lawrence Gostin)、阿吉拉姆(Obijiofor Aginam)和马克·扎克(Mark Zacher)等就全球卫生治理及《国际卫生条例》的革新问题,发表了若干有影响力的论文;在世界贸易组织法研究的热潮的带动下,《实施动植物卫生检疫措施的协定》和《与贸易有关的知识产权协定》的研究成果相对较多,也间接涉及传染病控制。其中一些成果在研究方法上结合了国际关系理论,探讨了规则背后的政治、经

济因素。但这些研究迫切需要国际法学界的进一步拓展,主要体现在:(1)在各项分散的规则中探寻基本的制度和原则,避免国际法与传染病控制问题“两张皮”;(2)以更广泛的视野和更客观的规范分析,突破西方学者主导的研究;(3)传染病控制国际法正在急剧调整,一些新兴问题有待关注。

2003年“非典”之灾便暴露出中国对相关国际法的生疏与国内法上的欠缺,制约了国际合作与依法治“疫”。而此后在应对禽流感、手口足疫和甲型H1N1流感方面,中国与世界卫生组织、世界动物卫生组织及世界贸易组织的合作日渐得心应手,尽管仍有不少问题。这说明我国在参与全球卫生合作和运用国际法上的进步,也是学者和政府部门努力的结果。在“非典”爆发后,国内曾涌现出一批开拓性的相关论文。^①不过,国内对于传染病控制国际法的系统研究尚处于空白阶段。世界卫生组织及其法律制度、世界贸易组织法与公共卫生、人权、环境及生物安全问题,以及“非典”危机之后国际法发展的新动态等诸多问题,亟待更深入的学理研究。尤其是,传染病控制所涉及的具体的国际法制度、规则及其在国内法上的适用,以及完善我国相关法律制度等问题,都需要进一步的研究。

贯穿本书写作的基本方法是,对传染病控制国际法的案例、事件、规则与制度进行规范分析,从解释学角度明确国际社会各成员的权利和义务,判断相关措施和行为的合法与非法,探讨各项法律规则的运行及效果;其次,强调以问题为中心的研究,而非只涉及某一项国际条约或法律文件,将触角延伸至人权法、贸易法、环境法、

^① 如那力、王虎华、黄瑶等教授发表的《论传染病控制的国际合作与国家的国际法义务》、《传染病控制与国际法》和《国际传染病防控合作与国际法》,等等。李二元、张乃根、贺小勇、冯结涵等学者对《与贸易有关的知识产权协定》针对公共卫生危机的修订问题做了独到研究;陈立虎教授、肖冰教授、陈向前教授等对《实施动植物卫生检疫措施的协定》及其与我国相关法律完善的研究;国家质量检验检疫总局系统内专家对《国际卫生条例》的研究,也具有很强的技术性和针对性。

知识产权法乃至武器控制法等多个部门;再次,注重历史分析,即探讨传染病控制国际法规则形成时的价值追求和目标所在,通过分析其来龙去脉来揭示其法律内涵,探讨其发展趋势;最后,本书将问题置于国际关系学、国际法学与传染病学三大领域,并结合比较法、法社会学等方法,对相关争议问题和条约“漏洞”采取价值补充,在实证分析的基础上探求应然之法。

在研究框架上,本书“从总而分,由分至总”:先定位国际法在传染病问题上的作用;再阐明现有与传染病控制相关联的各项国际法制度和规则,并论述相关的国内法问题;最后,从法理学角度论证传染病控制国际法之发展方向。

全书由引言、绪论、第一章至第四章和尾论等部分组成。

引言介绍了本书的选题价值、国内外研究现状、研究方法和研究框架。

绪论《传染病全球化的挑战与国际法的作用》主要分析了传染病全球化给国际社会带来的挑战,阐明了国际法在传染病控制中的作用和影响,并简要地介绍了本书所要阐述的与传染病控制有关的各项国际法律制度。

第一章《世界卫生组织法律制度与传染病控制》首先分析了自1851年来传染病控制国际法的发展历程,揭示其经验与教训;作为历史的延续,世界卫生组织拥有广泛的职权,但并没有充分利用国际法来抗击传染病;世界卫生组织《国际卫生条例》构成唯一直接针对传染病控制的全球性条约,但长期存在过时、狭窄与失效等缺陷。为应对新发现与复发传染病的挑战,《国际卫生条例》(2005年)进行了若干重大的制度变革;世界卫生组织“软法”在传染病控制中起到一定作用;最后着重论述了《国际卫生条例》在国内法上的适用问题。

第二章《世界贸易组织法律制度与传染病控制》主要分析了事实上“最有影响力的有关传染病控制的国际法领域”——世界贸易

组织法,尤其是《实施动植物卫生检疫措施的协定》、《与贸易有关的知识产权协定》等的相关原则和规则,对食源性疾病控制、医药可及性的影响。其中,还探讨了日益融入世界贸易组织法体系的食物与动植物卫生检疫国际标准。最后,就传染病控制问题,分析了与世界贸易组织各项协定相关的国内法问题。

第三章《国际人权法与传染病控制》认为,国际人权法虽未明确传染病控制的具体规则,但可能是唯一的直接干预各国政府传染病控制措施的国际法。人权保障不仅是一种国际法义务,也是传染病控制的关键策略。公民和政治权利涉及政府在传染病控制中限制或克减权利所应符合的条件。经济、社会和文化权利尤其是健康权的履行,涉及传染病控制的政府责任。本章还结合典型问题论述了平等权与传染病控制的关系。最后一节论述了相关的国内法问题。

第四章《环境及生物安全之国际法与传染病控制》,主要研究广义的国际环境法与传染病控制的关系,涉及自然环境保护、生物安全保障和病毒资源共享等问题。它们或直接或间接地涉及传染病控制,且有诸多不完善的地方,但同样构成传染病控制国际法的不可或缺的组成部分。其中,第四节论述了相关国内法问题。

尾论《传染病控制国际法的反思与重构:法理学视角》,从理论上阐述了传染病控制国际法的应有理念和原则,提出了其结构性的缺陷和变革的方向,并分析传染病控制国际法与国内法关系的互融化。最后,总结了在全球化时代中国运用传染病控制国际法的法律方略。

常用专有名词说明

传染病 (infectious/communicable disease, infection, zymosis, contagion, pandemic, pestilence, etc): 古人称传染病为疫、疫癘、瘟疫或伤寒等。东汉张仲景在《伤寒论》中详细阐述了对传染病的认识和治疗;1546 年伏拉卡斯托罗出版《传染病》一书,第一次提出了“传染病”的概念。现代科学观念认为,所有生物因子引起的疾病,都应当视为传染病,包括动植物传染病。本书提到的食源性传染病 (food-borne infection) 是指因食品的产、供、销和贸易链造成的传染病;水源性传染病 (water-borne infection) 则是指因水源污染或饮用水含有病原微生物而造成的传染病。一些国家在法律上区分检疫传染病和监测传染病,前者是指采取法定检疫措施的传染病,后者则是指只需要监测的传染病。

传染病学 (lemology): 研究传染病在人体内或人群中发生、发展、转归和传播的原因和规

律,以及传染病早期诊断、治疗的方法,从而控制传染病传播的科学。

流行病学 (epidemiology) :是研究疾病和健康状态在人群中的分布及其影响因素,以及制定和评价预防、控制和消灭疾病及促进健康的策略与措施的科学。早期的流行病学主要研究传染病的发生与流行规律。

公共卫生 (public health) :关于创立确保大众健康条件的公共事业,具体内容包括对重大疾病尤其是传染病的预防、监控和医治;对食品、药品、公共环境卫生的监督管理,以及相关的健康教育、疫苗接种等。美国城乡卫生行政人员委员会提出的定义是,通过评价、政策发展和保障措施来预防疾病、延长人寿命和促进人的身心健康的一门科学和艺术。

病原微生物 (pathogenic microbe) :具有能够引起人类和动植物病虫害的致病性微生物,包括寄生虫、真菌、细菌、病毒、传染病蛋白质等。

寄生虫 (parasite, vermin) :寄生于人类和动植物身体内部的动物或单细胞生物。血吸虫病便是由血吸虫这样一种人畜互通寄生虫引起的传染病。

病毒 (virus) :依靠各种人类和动植物等宿主代谢系统来复制核酸、合成蛋白质等组成部分,然后再进行装配而得以装置的物质。它常引起疾病,主要由核糖核酸或脱氧核糖核酸的一个核组成,周围有蛋白质包围。常见的艾滋病、狂犬病、乙肝、流感、麻疹和脊髓灰质炎等均是病毒引起的传染病。因离开寄主细胞便不能复制本身,故病毒是否构成生物体尚有争议。

基因 (gene) :编码功能蛋白或 DNA 的核酸片段,为生物遗传的单位。

细菌 (bacteria) :一种能够引起疾病的原核细胞生物,如大肠杆菌,也包括衣原体、支原体、立克次氏体等。

艾滋病 (Acquired Immunodeficiency Syndrome, AIDS): 全称为获得性免疫缺陷综合征, 是由于感染了人类免疫缺陷病毒 (HIV) 而引起的以全身免疫系统严重损害为特征的传染性疾病。

疫苗 (vaccine): 疫苗可以说是目前医学上最具潜力的防御物质。它可以使接受者体内建立起对入侵物质感染的免疫抗性。实际上, 罗马时代人们便发现疯狗的肝具有防治狂犬病的功能。历史上, 亚洲人们也曾利用天花的干痂来预防天花。1796 年 Edward Jenner 大夫在实验中用一种较温和的奶牛的疾病牛痘感染人类, 发现被牛痘感染过的人不会再为天花所感染, 从而第一次获得现代意义上的疫苗。现在典型的疫苗主要是灭活的和减毒的免疫抗性。DNA 技术为制造新一代的重组疫苗提供了新方法。

感染 (infection): 或称“受染”或“染疫”, 是指受到感染或污染或携带感染源或污染源以至于构成公共卫生风险的人员、行李、货物、集装箱、交通工具、物品、邮包或尸体 (骸骨)。

检疫 (quarantine): 根据《国际卫生条例》第 1 条, 检疫是指限制无症状的受染嫌疑人的活动 (如隔离) 和 (或) 将无症状的受感染嫌疑人及有受染嫌疑的行李、集装箱、交通工具或物品与其他人或物体分开, 以防止感染或污染的可能播散。检疫措施起源于 14 世纪中叶的意大利威尼斯: 每当有外来船舶抵达口岸, 为了防范船员和货物将病原微生物传入, 口岸当局将船员隔离滞留船上, 经过 40 天的观察和检查, 如果没有发现疫病, 才允许成员登陆。这种对人采取的卫生措施, 后来扩展到动植物及其产品, 便产生了动植物检疫。

监测 (surveillance): 根据《国际卫生条例》第 1 条, 监测是指出于公共卫生目的, 系统地连续收集、核对和分析数据以及在必要时及时传播公共卫生信息, 以供评估和采取公共卫生应对措施。监测包括疫情检测 (detection) 和监控 (monitoring), 并不是一个新概念。1665 年伦敦爆发瘟疫期间, 教区职员编制了有关死亡率的周报。“二战”前后, 著名传染病学家亚历山大·朗缪 (Alexander Lang-

muir),曾在美国国防部生物战项目担任要职,并于1949年出任美国疾病预防控制中心的首席传染病学家,成功地发展了疾病报告的国家体系,创立了传染病情报服务。

抗生素(antibiotics):通称为抗菌剂。一种生物体(常指细菌等病原微生物)产生的能抑制另一种生物体的生长,甚至可杀死另一种生物体的生物活性物体。最初发现的是磺胺和青霉素。当时被称为消毒剂。实际上,抗生素是专门针对细菌等病原微生物的特有结构发挥杀伤作用的。

抗生素抗性(antibiotic resistance):通称为耐药性或抗菌剂抗性,是指细胞在含有抗生素(抗菌剂)的培养基上生长的能力。

医药可及性(accessibility to medicine):是指发达国家或发展中国家的普通大众能够以可承受的价格购买和使用适当的药品或疫苗等医药产品。

过度措施(excessive measure):从法律上讲,指缔约国采取超过有关条约规定限度的卫生检疫措施;从传染病学上讲,指各国当局采取的过于严格的卫生检疫措施缺乏传染病学上的必要性。

通用药品(generic drug):或称“学名药”,指专利期间届满后,他人所制造的相同成分的药品。某一产品从未被授予专利,或在专利保护范围外进行生产,皆可称为通用药品。

生物安全(biosafety):通常包括三重意义:(1)现代生物技术的研究、开发、应用,如转基因生物的跨国越境转移,在造福人类的同时,可能会对生物多样性、生态环境和人民健康产生潜在的不利影响;(2)致病微生物的实验室安全防护与管理,其主要目的是防止实验室工作人员感染,或意外泄漏导致环境污染和社区人群感染;(3)作为国家安全的组成部分,生物安全也指与生物有关的各种因素对国家社会、经济、人民健康及生态环境所产生的危害或潜在风险。

生物安全保障(biosecurity):本书所探讨的生物安全保障是指