

中國《傳染病防治法》評論 ——以疫情報告、通報和預警制度為中心

黃清華

摘要：疫情報告、通報和預警制度，是中國《傳染病防治法》的核心制度。武漢在新冠病毒感染疫情第一階段的處理情況，暴露出該法在行政法管理論理念下的一系列缺陷，需要根據公共防疫安全利益對公共行政善治基本要素的內在要求，重構這部法律之疫情報告、通報和預警制度及其相關法律責任制度。建議從重視利益相關人決策參與、遵循法治、強調治理透明、過程具有反應性、落實問責制、追求有效和高效等六個方面，修訂、完善該法相關條文，藉此保證疫情及時報告、準確通報和有效預警，實現該法之立法目的。

關鍵詞：《傳染病防治法》 疫情報告 通報和預警制度 管理論 控權論 善治基本要素

A Review on the Law of PRC on Prevention and Treatment of Infectious Diseases: Focus on the Epidemic Reporting, Notification and Early Warning Systems

HUANG Qinghua

(Tongji University, Medical Law and IP Research Center)

Abstract: The epidemic reporting, notification and early warning system is the core system of the *Law of PRC on the Prevention and Treatment of Infectious Diseases*. The problems existing in the first stage of handling of the coronavirus infection in Wuhan, especially in the report, notification and early warning of the epidemic situation, expose the defects of the *Law on Prevention and Treatment of Infectious Diseases*, which are under the management theory of administrative law - too centralized power, lax rule of law, insufficient democratic participation and transparency, and thus easy to make troubles. To overcome these defects, it is objectively in need, according to the control theory of administrative law and the inherent requirements of public security interests of epidemic prevention to the basic elements of good governance, to reconstruct the epidemic report, notification and early warning system and its related legal liability system. It is suggested that, the relevant articles of the law should be revised and improved from six aspects, such as paying attention to the participation of stakeholders in decision-making, following the rule of law, emphasizing transparency in governance, responsiveness in process, accountability and the pursuit of effectiveness and efficiency, so as to ensure timely reporting, accurate notification and effective early warning of epidemic situation.

Keywords: *Law of PRC on the Prevention and Control of Infectious Diseases*, epidemic reporting, notification and early warning system, management theory, control power theory, basic elements of good governance

收稿日期：2020年7月6日

作者簡介：黃清華，法學博士，同濟大學上海國際知識產權學院研究員

一、背景與問題

《中華人民共和國傳染病防治法》（以下簡稱《傳染病防治法》）是關於中國傳染病防治行政管理體制機制的行政法律，其具體法律制度包括但不限於疫情報告、通報和預警制度及其相關的法律責任等。2019年12月初，新冠病毒感染疫情在武漢的醞釀發酵的過程中，由於中國疫情報告、通報和預警等環節法律制度及其執行的問題，疫情處理第一階段（2020年1月23日凌晨宣佈武漢封城之前），未能及時採取強有力的防控措施¹，疫情迅速擴散全省席卷全國波及部分國家，暴露出中國傳染病防治行政管理體制機制存在權力過於集中、幾無制約、易生事端等嚴重問題，客觀上要求在行政法控權論思想指引下，圍繞公共防疫安全目標，以公共行政善治基本要素的治理要求，修訂《傳染病防治法》疫情報告、通報和預警等相關章節條文。

為此，本文從《傳染病防治法》立法和執法所涉行政法理念出發，通過分析武漢在新冠病毒感染疫情處理第一階段所涉疫情報告、通報、預警問題及其與《傳染病防治法》相關章節條文的關係，檢討這些問題產生的治理因素，剖析相關問題的行政法思想根源和法律條文設計問題，基於《國際衛生條例（2005）》（*International Health Regulations, IHR*）對疫情監測、通報和信息共用的要求²，就《傳染病防治法》相關部分提出有針對性的修訂意見。

二、《傳染病防治法》理念問題

傳染病防治法的主要目的是保障國家和社會公共防疫安全利益，保護公民生命健康不受傳染病傳播的侵害。根據保障和保護的方法、進路及其背後的理念，本文將傳染病防治法的立法和執法，分為基於管理論的傳染病防治法和基於控權論的傳染病防治法。

（一）基於管理論的傳染病防治法

中國現行《傳染病防治法》所支撐的傳染病防治體制機制是行政法管理論的產物。“管理論通常將管理原則視為法的原則”，“行政法律關係主要是命令—服從關係，從而行政法的手段主要是強制和命令性的。”³ 行政法管理論的立論基礎是政府、行政機關和其他政府壟斷的社會組織，（能夠）天然地代表國家利益和社會公共利益。基於管理論，《傳染病防治法》的基本內容是調整國家傳染病防治行政管理關係，規定國家傳染病防治行政管理原則和具體的傳染病防治制度，例如，傳染病分類管理制度，疫情報告、通報與預警制度，傳染病人隔離制度，規定中央人民政府、地方各級人民政府、各級衛生行政管理機關、其他相關行政管理部門、疾病預防控制機構在傳染病防治方面的職責，規定醫療機構、採供血機構、醫務人員、公民個人等行政管理相對人的相關義務，法律責任主要規定政府行政系統上級對下級的行政問責、衛生行政管理機關對行政管理相對人的行政處罰和國家機關對個人的刑事處罰，這樣一種自上而下的行政監管體制機制。《傳染病防治法》雖然也講依靠群眾（第2條），也講公民的監督舉報權（第58條），但這種監督舉報權是行政監管框架

¹ 參見《中華好學者》：《鐘南山的最新表態，傳遞了大量重磅信息》，轉自“俠客島”公眾號，2020年2月27日；劉寧榮：《新冠病毒全球大流行：我們缺乏的只是疫苗？》，《港大ICB》2020年第3期，第2-3頁。

² 相關國際法條文集中於《國際衛生條例（2005）》第5、6、7條。

³ 高秦偉：《控權、管理抑或平衡：中國行政法理論基礎之爭》，馬懷德主編：《共和國六十年法學論爭實錄：行政法卷》，廈門：廈門大學出版社，2009年，第131頁。

下監督舉報，且沒有明確的程序保障，故而幾乎形同虛設。本文重點探討的《傳染病防治法》疫情報告、通報與預警制度，以及相關的法律責任制度，其具體條文設計所體現的，正是這樣一種基於管理論的傳統衛生行政管理法立法指導思想。

然而，行政法學基礎理論研究表明，基於管理論的行政立法與執法，與中國深化改革建設民主政治、法治政府、市場經濟和文明社會的總目標不符——這些目標的實現，在制度和文化建設層面，需要融入民主決策、利益相關人參與、權利和自由等基礎文明元素，而非強調政府對於經濟和社會的單向的行政監管。不僅如此，基於管理論的行政立法和執法，在“國家利益”、“社會公共利益”的名義下，容易導致行政過度干預，滋生事端甚至腐敗行為，實際效果十分堪憂。⁴ 大量事實證明，行政機關和其他政府壟斷的社會組織，並不一定能夠必然地代表國家利益和社會公共利益。更有甚者，管理論易使行政法被理解成“管理者的法”，容易加重行政領域的官本位色彩。由於這種官本位色彩，在中國的行政立法和執法實踐中，甚至“形成了‘中國特色’的‘管理論’：一些立法者和行政執法者，以管理者自居，視行政相對人為管理對象、義務主體，或為臣民，或為草芥”⁵，行政法律所維護的國家利益、所保障的社會公共利益易被小集團利益所替代，而行政管理相對人對於涉及公民福利、權利和義務的事項，處於幾乎完全被動的法律地位，實際上只能聽任行政機關安排，命運聽任行政機關擺佈。

以疫情報告、通報與預警制度及其執行為例。本來疫情發生後，武漢市中心醫院李文亮醫生等人於2019年12月30日在微信同學群、同事群發送“原因不明肺炎”可能是“SARS回來”這類信息的目的，僅僅是為了提醒同事、同學注意預防醫院內感染，這種行為完全屬於善意的和職業共同體自律互助的行為，對社會也是有益無害，而且《傳染病防治法》和其他法律、行政法規對此類行為未有明確禁止，依法不應該受到行政機關干預。然而，李文亮醫生等人於2019年12月30日深夜被武漢市衛生健康委員會訓誡式約談，複於2020年1月1-2日被武漢市公安局治安行政訓誡，其傳播的（基本）真實疫情信息的行為也被認定為“傳謠”，政府且通過中央電視台等全國和地方大眾傳媒“闢謠”，而李文亮醫生等人被治安行政訓誡，所發疫情信息被認定為“傳謠”的主要依據，正是武漢市衛健委2019年12月31日14時面向社會發佈的此次“原因不明肺炎”疫情的首份通報。該通報罔顧湖北省中西醫結合醫院12月29日已向其報告一家三口患同樣的“原因不明肺炎”，表現出明確的家庭聚集性這樣“人傳人”的事實⁶，錯誤地宣稱：“到目前為止調查未發現明顯人傳人現象”。⁷ 這至少是武漢市衛健委相關決策人員潛意識中的維穩思維和“政績”思維“作怪”的結果。顯然，這樣的傳染病防控行政管理，就是藉口維護社會穩定，濫用“國家利益”、“社會公共利益”的名義進行的，是“中國特色”行政法管理論實踐的典型事例。由於武漢市衛健委和武漢市公安局的錯誤干預，不僅李文亮等人的個人人格受到嚴重傷害，其提醒職業共同體預防感染的善行也歸於無效。其結果，截至2月17日，中國共有3,019名醫護人員感染新冠病毒，其中絕大部分為武漢醫務工作人

⁴ 黃清華：《行政法（學）基礎理論真理性研究——以中國深化改革為背景》，《“一國兩制”研究》2019年第2期，第179-180頁。

⁵ 高秦偉：《控權、管理抑或平衡：中國行政法理論基礎之爭》，第178頁。

⁶ 2020年2月1日，長江日報記者多方求證，各方信息均證實是湖北省中西醫結合醫院最早報告疫情。

⁷ 參見2019年12月31日《武漢市衛健委關於當前我市肺炎疫情的情況通報》。

員，數十人死亡，教訓極其慘痛。⁸

以上說明，修訂中國《傳染病防治法》，尤其是修訂疫情報告、通報和預警制度，以及傳染病防治法的實施，應當滿足傳染病防控對於疫情及時報告、準確通報和有效預警等公共防疫安全利益的客觀要求。為此，必須摒棄《傳染病防治法》中的行政法管理論理念。

（二）基於控權論的傳染病防治法

中國《傳染病防治法》立法及其執行中存在的突出問題，客觀上要求轉變行政法制觀念，按照行政法控權論的思路，衛生行政機關職責或“職權設定要求考慮行政相對人利益、公共利益和行政效率”⁹，並追求疫病防控公共行政良好的治理（善治），促進公共防疫安全利益最大化。

“現代行政法是綜合控權法”¹⁰，控權論既在價值取向上宣導行政法的控權功能，又在客觀實證上承認行政法的管理功能，包括干預行政、給付行政和計劃行政，以實現其公共服務和公共管理功能。中國《傳染病防治法》的修訂，尤其是疫情報告、通報和預警制度及相關法律制度的修訂，只有遵循現代行政法的這些本質特徵的要求，才能為疫病防控公共行政善治提供必要的制度基礎。行政法控權論認為，控制行政權力必須有法治國家與法治政府作為控制行政權的政治基礎，“恪守法治政府和有限政府理念”¹¹，如此方能實現現代行政法的應有的控權功能和社會公共事務管理功能。“在操作層面，應與正當程序等法律原則結合起來。具體落實在經濟、社會、衛生健康、科技教育等領域，應當注意發揮各行各業職業倫理規則和司法審查的作用。”¹² 這樣不僅能保證控權行為本身不被濫用，也有利於實現行政法的公共管理目標。這是行政法控權論與管理論的根本區別。修訂《傳染病防治法》應當有這樣的控權理念。

相對於中國現行傳染病防治行政管理體制機制，傳染病防控公共行政善治，可理解為“政府與公民對公共事務的合作管理，是政府與市場、社會的一種新型關係。”¹³ 根據聯合國經濟、社會和文化委員會對於“善治”的定義，“行政善治是比行政法治更高要求的行政領域的治理狀況：實現善治，必須遵循法治，重視利益相關人決策參與，實行民主協商，強調治理透明、過程具有反應性、價值具有包容性，落實問責制，追求有效和高效等。”¹⁴ 善治強調效率，這是對權力控制可能帶來的低效的修正，不僅有利於完善基於正當程序原則控制行政權力的機制、操作和要求，也有利於改善中國經濟、社會等領域的公共行政狀況，追求公共行政善治，提升其治理水平。

基於上述理念，針對武漢的疫情報告、通報和預警中存在的主要問題，本文確認傳染病防控中疫情報告、通報和預警這一環節公共行政善治的基本要素，應當包括重視利益相關人決策參與，遵循法治，強調治理透明，過程具有反應性，落實問責制，追求有效和高效六個方面，有以下六個原

⁸ 中國疾病預防控制中心新型冠狀病毒肺炎應急回應機制流行病學組：《新型冠狀病毒肺炎流行病學特徵分析》，《中華流行病學雜誌》，<http://html.rhhz.net/zhlxbx/0004.htm>，2020年2月19日訪問。

⁹ 孫笑俠：《法律對行政的控制》（第2版），北京：光明日報出版社，2018年，第145頁。

¹⁰ 孫笑俠：《法律對行政的控制》（第2版），第2頁。

¹¹ [英]卡羅爾·哈洛：《全球行政法——原則與價值的追問》，徐霄飛譯，《清華法治論衡》2011年第14輯，第92頁。

¹² 高秦偉：《控權、管理抑或平衡：中國行政法理論基礎之爭》，第186-187頁。

¹³ 陳廣勝：《走向善治》，杭州：浙江大學出版社，2007年，第102頁。

¹⁴ UNESCAP, “What is Good Governance?” <http://www.unescap.org/huset/gg/governance.htm>, 5th August 2017.

因：（1）“行政的運作應注重配合及溝通”¹⁵，而傳染病防控公共行政和公共管理尤其如此，這就離不開利益相關人決策參與（*participation*）。（2）“行政應受法的支配”，兼顧“合法性與合目的性”¹⁶，《傳染病防治法》的立法目的是“為了預防、控制和消除傳染病的發生與流行，保障人體健康和公共衛生”（第1條），其實更強調“合目的性”，故而應該強調遵循法治（*the rule of law*）原則，而非“依法防疫”或“依法抗疫”那樣簡單。（3）透明（*transparency*）是最好的“防腐劑”，是防止（行政）權力濫用的必要措施，也是接受社會監督、獲得社會支持認同的必要條件；堅持防疫透明和抗疫透明，既可獲得公眾的理解和支持，又可避免人為地製造事端。（4）回應性（*responsiveness*），公眾對傳染病防治問題十分關切，客觀上要求“公共管理人員和管理機構必須對公民的要求作出及時和負責的反應”¹⁷，以滿足公眾對於公共防疫安全利益的需要。（5）問責制（*accountability system*），傳染病防治中政府和相關行政機關的“職責及相應的義務”須及時落實，這種“責任性本質上不會通過公職人員自發的動機實現”，需要來自第三方的外部壓力”和（或）依靠“契約的力量”。¹⁸這意味着《傳染病防治法》應當從行政監管轉向法治監督。（6）行政是“積極主動”、“追求利益”的國家作用¹⁹，故追求有效（*effectiveness*）和高效（*efficiency*），是公共行政善治的根本目的，而傳染病易迅速傳播，相關公共行政必須追求有效和高效。有效和高效“只可能由競爭和第三方的約束共同作用形成”²⁰，故修訂《傳染病防治法》必須強調控制（行政）權力。

在以上公共行政善治要素中，有效和高效是根本目的。有效對應的是無效，即效果有無效果正負問題；高效對應的低效，即效率問題。為了有效和高效的治理，必須強調利益相關人決策參與、遵循法治、透明度、回應性和問責制。所有這些善治基本要素及其價值要求，對於完善中國《傳染病防治法》，尤其是修訂疫情報告、通報與預警制度及其相關法律責任制度，改革權力過於集中的傳染病防治行政管理體制機制，確保疫情及時報告、準確通報和有效預警，實現公共防疫安全利益最大化不可或缺。

總之，行政法學視野下的《傳染病防治法》，以管理論為理論基礎是其現狀，而對其修訂完善則應吸收、借鑒控權理論。

三、具體修訂意見及其討論

具體修訂意見是針對《傳染病防治法》疫情報告、通報與預警制度和相關原則、制度具體條文及其實施中存在的問題，以行政控權理念為指引，逐一對照上述六種善治基本要素的內在要求提出，相關學術問題討論也圍繞這些方面展開。為行文簡捷考慮，將透明度與回應性的善治要求放在一起討論。

¹⁵ 翁岳生：《行政法》（上冊），北京：中國法制出版社，2009年，第98-109頁。

¹⁶ 翁岳生：《行政法》（上冊），第35頁。

¹⁷ 俞可平：《治理與善治》，北京：社會科學文獻出版社，2000年，第90頁。

¹⁸ Kooiman, J. & Van Vliet, M., "Self-governance as a Mode of Societal Governance," *Public Management Review*, vol. 2, iss. 3, 2000, pp. 359-378.

¹⁹ 翁岳生：《行政法》（上冊），第45頁。

²⁰ "Governmentality," in Mayhew, S. (ed.), *A Dictionary of Geography*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 19.

(一)利益相關人決策參與

利益相關人決策參與是保證及時報告、準確通報和有效預警疫情的基礎，是確保傳染病防治體制機制具有良好反應性的前提。武漢的疫情防控第一階段新冠疫病報告、通報和預警存在的大量問題證明，一個排斥利益相關人決策參與、由行政權力專斷的傳染病疫情報告、通報和預警制度，不可能具有良好的反應性，難以實現公共防疫安全利益最大化的制度目標。

從制度安排來看，《傳染病防治法》雖然規定“依靠群眾”原則（第2條），明確“國家支援和鼓勵單位和個人參與傳染病防治工作”（第9條第1款），但對如何“依靠”、如何實現“參與”，沒有融入和貫徹行政控權思想，更沒有具體的制度安排。現行傳染病報告、通報和預警制度，包括管理體制和運行機制，權力明顯過於集中，實際上排除了利益相關人參與，更別提決策參與。李文亮等八名疫情“吹哨人”被警告或訓誡，即使典型例子。

權力過於集中以致缺乏制約表現在兩個方面。從縱向關係來看，傳染病預警權和疫情信息公佈權過於集中於政府高層。例如，《傳染病防治法》第19條規定：“國家建立傳染病預警制度。國務院衛生行政部門和省、自治區、直轄市人民政府根據傳染病發生、流行趨勢的預測，及時發出傳染病預警，根據情況予以公佈。”而武漢的疫情預警實踐中存在的突出問題，恰恰證明省、自治區、直轄市人民政府可能成為及時有效預警的阻力，地方局部地區的傳染病預警也無須國務院衛生行政部門實施，那樣做很可能貽誤時機。該法第38條第2款也存在同樣的問題。²¹從橫向關係來看，權力過於集中於行政機關，導致利益相關人決策參與的缺乏。例如，《傳染病防治法》第35條、第38條和第65條、第66條第1項、第68條第1-3項、第69條第2項，就是這樣的制度設計，完全沒有利益相關人參與的理念，更沒有決策參與的概念。例如，第35條和第38條規定，其條文設計的邏輯就是，政府和相關行政機關完全能夠代表國家和社會公共防疫安全利益。事實證明，這一制度安排的邏輯前提並不成立，而這種錯誤恰恰是行政法管理論的立法“成果”，極其落後，沒有反映現代行政法的本質要求，與行政法控權思想格格不入。

實際上，基於自身的健康利益，臨床醫生、醫師協會或患者、患者組織最清楚衛生健康行政部門是否依法履行了疫情通報或預警職責，是否瞞報、謊報、緩報了疫情，最具有及時地、真實地報告、通報和預警疫情的動機。因此，完善疫情報告、通報和預警制度，應當切實貫徹利益相關人決策參與的善治基本要求，實行行政控權，避免疫情報告、通報和預警中行政權力恣意妄為。這也是國際上通常的做法。例如，德國傳染病報告、通報和預察制度就十分強調臨床醫生、醫師協會的相關功能、作用和職責。²²

基於行政控權思想和利益相關人決策參與的善治要求，中國修改《傳染病防治法》疫情報告、通報和預警制度及相應的法律責任制度，應當明確規定任何人或公民、相關社會組織如患者組織、醫師協會的依法參與：（1）建立患者或公民個人依法自願報告與醫務人員、醫療機構、採供血機構和疾病預防控制機構強制報告相結合、線上與線下相結合的報告機制；（2）明確患者組織、醫師協

²¹ 該款規定：“傳染病暴發、流行時，國務院衛生行政部門負責向社會公佈傳染病疫情信息，並可以授權省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門向社會公佈本行政區域的傳染病疫情信息。”

²² 紅柳：《德國華人病毒學家蒙吉陸教授，全面評說德國的防疫措施和風險》，《華商報》2020年3月11日，第2版。

會依法有權向衛生健康行政機關通報傳染病、疑似傳染病和傳染病病原體攜帶者信息；（3）規定行政機關對於患者組織、醫師協會、疾病預防控制機構通報的疫情信息，應當及時如實發佈；（4）規定行政機關在規定的時間內沒有及時如實向社會發佈疫情信息，患者組織、醫師協會、疾病預防控制機構依法有權直接向社會通報疫情；（5）賦予各種利益相關人監督權，明確任何組織或個人有權對傳染病報告、通報和預警進行社會監督和司法監督，授權公民個人或患者組織、醫師協會等社會組織對衛生健康行政部門疫情通報的行為，有質疑的可提起司法審查之訴，申請快速的司法審查。

只有通過這樣的方式，才有可能督促政府衛生行政部門依法履行疫情通報（含疫情信息公佈）和預警制度。顯然，這是對政府衛生健康行政控權新的實踐建議。事實已經證明，非如此，不足以督促政府、衛生健康行政機關履行疫情報告、通報和預警相關管理義務，不足以實現傳染病防控公共安全利益最大化。

（二）遵循法治

對照“合目的性”的要求，遵循法治首先要求有良好的法律制度可依循，而評價是否“良好”的標準則是法律制度的合目的性程度。武漢在疫情早期（指2019年12月31日之前），部分醫療機構等疫情報告法定責任人由於疏於（及時）報告疫情，上報的新冠肺炎病例數顯著少於真實的病例數：截至2019年12月31日，武漢市衛健委根據各醫院疫情報告通報的病例數為27例²³，後來查明的真實病例數為104人²⁴，這可直接導致政府（含相關行政管理部門）和社會誤判疫情嚴重程度，深刻暴露疫情報告中法治的缺乏。

傳染病法治缺乏的一個基礎原因是，現行《傳染病防治法》關於疫情報告、通報和預警環節相關條文規定粗糙與模糊並存，存在大量制度漏洞。

（1）傳染病定義與分類問題。《傳染病防治法》第30條規定“發現本法規定的傳染病疫情或者發現其他傳染病暴發、流行以及突發原因不明的傳染病時”，“疾病預防控制機構、醫療機構和採供血機構及其執行職務的人員”“應當遵循疫情報告屬地管理原則，按照國務院規定的或者國務院衛生行政部門規定的內容、程序、方式和時限報告。”表面上看該條中傳染病定義的外延是周延的。但是，由於對傳染病的內涵，該法缺乏本質上的屬性規定，“原因不明肺炎”是否屬於“原因不明的傳染病”，頗令人費解，以致直到2019年12月27日湖北省中西醫結合醫院張繼先主任接診一家三口家庭聚集性病例，才決定要按傳染病上報。²⁵ 這可說明，立法上的模糊完全可能影響傳染病法定報告人是否將“原因不明肺炎”作為傳染病報告。此外，該法採取一種事後追加或補充的方式，將新型傳染病或原因不明的傳染病納入該法規定的防治範圍，也顯示立法上傳染病概念不清晰、對傳染病的內涵缺乏本質上的理解，未考慮微生物變異可能帶來的新型傳染病對於快速反應機制的法治要求。該法第3條第4款規定“國務院衛生行政部門根據傳染病暴發、流行情況和危害程度，可以決定增加、減少或者調整乙類、丙類傳染病病種並予以公佈”，而武漢的疫情處理第一階段暴露出來的疫情報告、通報和預警問題，恰恰證明這樣一種集權的事後反應機制誤事。例如，武

²³ 參見2019年12月31日《武漢市衛健委關於當前我市肺炎疫情的情況通報》。

²⁴ 中國疾病預防控制中心新型冠狀病毒肺炎應急回應機制流行病學組：《新型冠狀病毒肺炎流行病學特徵分析》。

²⁵ 田巧萍：《最早上報疫情的湖北醫生：這次把一生的眼淚流光了》，《長江日報》2020年2月2日，第1版。

漢發生的“原因不明肺炎”，現有證據證明至遲在2019年12月29日官方已確認具有傳染性，2020年1月3日已確認為新冠病毒感染肺炎²⁶，但直到2020年1月20日經國務院批准始列為法定二類傳染病並作一類防治管理。顯然，對於報告的新型傳染病或原因不明的傳染病如何處理，這樣一種事後反應的現行法律機制，不利於發揮患者、醫師、醫療機構及其相關社會組織、疾控機構和地方衛生行政部門的能動性，也不利於加強其報告、通報和預警的責任心。建議修訂《傳染病防治法》第3條第1款，增加傳染病的定義然後再作分類；建議修訂第4條第1款，規定對突發原因不明的傳染病由發現地縣級以上人民政府迅速採取本法所稱甲類傳染病的預防、控制措施，並迅速直報中國疾病預防控制中心。

(2) 疫情通報的內容、時限問題。及時、準確的疫情通報是有效防控疫情的前提。《傳染病防治法》第34、35、36條規定了疫情通報制度，但是疫情通報應當如何寫？基本內容和行文格式法律上應有哪些具體要求？對於這些涉及實際操作的重要具體問題，《傳染病防治法》第三章“疫情報告、通報和公佈”均缺乏相應的制度安排，導致疫情通報的隨意性，危害極大。建議修訂完善相關條文，明確疫情通報的內容和規範要求。

(3) 疫情通報對象不明確。例如，該法第35條第2款“毗鄰的以及相關的地方人民政府衛生行政部門，應當及時互相通報本行政區域的傳染病疫情以及監測、預警的相關信息。”根據這條，武漢市衛健委應當向深圳市衛健委通報疫情嗎？雖然很不明確，但對於防止傳染病擴散又很有必要。

(4) 傳染病疫情信息缺乏明確的概念。該法第38條第4款規定“公佈傳染病疫情信息應當及時、準確”，但是對於何謂“傳染病疫情信息”卻沒有明確的規定，因而很難保障“傳染病疫情信息公佈制度”的合目的性。例如，牡丹江市紀委監委規定：“公職人員不得擅自傳播洩漏非公開發佈的疫情防控信息。”²⁷這意味着，《傳染病防治法》必須明確應當公開發佈的疫情信息的範圍。

相關法律條文中這些粗糙與模糊並存的問題，在《傳染病防治法實施辦法》中也未得到有效解決，使遵循法治的善治基本要求缺少良好的制度基礎。

傳染病法治缺乏的另一個基礎原因是有法不依，而有法不依則暴露出法的權威性不夠，這說明行政監管容易形成監管漏洞，需要轉變行政監管為法治監管。例如，對於醫療機構及其相關醫務人員違反《傳染病防治法》第30條的行為，即“未按照規定報告傳染病疫情，或者隱瞞、謊報、緩報傳染病疫情的”，該法第69條規定，對醫療機構“由縣級以上人民政府衛生行政部門責令改正，通報批評，給予警告”；“對於造成傳染病傳播、流行或者其他嚴重後果的，對負有責任的主管人員和其他直接責任人員，依法給予降級、撤職、開除的處分，並可以依法吊銷有關責任人員的執業證書；構成犯罪的，依法追究刑事責任。”而實踐中，由於衛生行政部門與公立醫院及其醫護人員各種千絲萬縷的關係與緊密的聯繫，這樣的行政監管規定很少得到貫徹實施，制度形同虛設。正確的做法應當是加強以法治監督為核心的社會監督，一是借鑒英國NHS的做法²⁸，規定任何單位或個人對

²⁶ 參見《中華好學者》：《鐘南山的最新表態，傳遞了大量重磅信息》。

²⁷ 牡丹江紀委監委：《公職人員不得擅自傳播洩露非公開發佈的疫情防控信息》，《新京報》2020年4月21日，第2版。

²⁸ 黃清華：《論新醫改與中國衛生健康體系法治化——兼論〈衛生健康基本法草案〉修改》，《法治社會》2019年第5期，第23-25頁。

於疫情報告義務人任何違反第30條的行為，都有權提起司法審查之訴，請求法院給予醫院必要的司法警告，給予負有責任的主管人員和其他直接責任人員視情節給予司法訓誡，甚至責令暫停執業、吊銷執業證書；二是鼓勵媒體依法監督不合法的疫情報告行為。為此，建議修訂相關條文，並新增相應的法律條文。

(三) 透明度與回應性

在武漢的疫情處理第一階段中，由於透明度的缺乏，不僅使李文亮等“吹哨人”提供的真實疫情信息難於傳播，也為武漢市衛健委頻頻做出虛假的疫情通報提供了條件。例如，2020年1月11日，新冠肺炎患者實際已有248例、醫務人員已有7人被感染²⁹，對這一基本事實，武漢市衛健委繼續隱瞞，疫情通報仍然對外宣稱“未發現明顯人傳人現象”、“未見醫務人員感染”、“自1月3日後未發現新感染發病人”。³⁰ 這種人為錯誤，與沒有制度保障疫情通報的透明度有關——《政府信息公開條例》對此也未明確。如果《傳染病防治法》疫情通報制度要求疫情通報不僅提供疫情事實、判斷和防控措施，也提供這些事實、判斷和防控措施的過程及相關證據資料，並且規定患者組織、醫師協會等利益相關人有疑問的可以提出公開質疑，或者直接提起司法審查之訴，媒體可依法進行社會監督，為透明度創造制度條件，那麼，前述武漢市衛健委如此隨意的不負責任的疫情通報行為，在很大程度上就可以避免。顯然，透明度對於進行行政控權和改善行政服務均有積極意義。建議把透明度貫徹於傳染病報告、通報和預警行政過程之中。為此，修訂《傳染病防治法》應在法律上明確疫情報告、通報和預警相關公共領域的範圍，處理好與傳染病患者、疑似患者和無症狀感染者（病原體攜帶者）隱私權保護的關係，確保傳染病防控這一公共領域的透明度。

傳染病報告、通報和預警良好的反應性，要求醫務人員、醫療機構、採供血機構、疾病預防控制機構、監督管理機關和疫病防控決策者，就公眾對於傳染病疫情信息、防控安全的關切，能夠作出快速的反應與回饋，防微杜漸，避免公眾對接收傳染病及其防治相關信息遇到的問題，不理解或者誤解，並且將這種不理解或者誤解轉化為“社會不良情緒”，引起公共治理危機。為此，完善傳染病報告、通報和預警制度，應當建立傳染病疫情公開對話制度，搭建公眾、患者組織、大眾媒體等社會組織與醫務人員、醫療機構、採供血機構、疾病預防控制機構和監督管理機構的對話平台，以快速回應社會對於傳染病流行情況和相關醫療保健的關切。如果沒有這種公開對話，既不足以在防疫安全這一公共領域形成共識，又可能使傳染病報告、通報和預警制度安排的目的落空。

(四) 問責制

《傳染病防治法》在法律責任一章，對傳染病報告、通報和預警中存在的違法問題的處理，局限於行政問責和刑事問責。例如《傳染病防治法》第66條對“未依法履行傳染病疫情通報、報告或者公佈職責，或者隱瞞、謊報、緩報傳染病疫情的”縣級以上人民政府衛生行政部門，僅規定“由本級人民政府、上級人民政府衛生行政部門”啟動問責程序，問責方式包括“責令改正，通報批評；造成傳染病傳播、流行或者其他嚴重後果的，對負有責任的主管人員和其他直接責任人員，依

²⁹ 見2020年1月29日發表於《新英格蘭醫學雜誌》的《中國武漢新型冠狀病毒感染肺炎的早期傳播動力學》(Li, Q., Guan, X., Wu, P. et al., “Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus-infected Pneumonia,” *The New England Journal of Medicine*, vol. 382, iss. 13, 2020, pp. 1199-1207)。

³⁰ 參見武漢市衛生健康委員會2020年1月11日疫情通報。

法給予行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任”。這是非常片面的問責制，是行政法（學）管理論思想的體現，容易導致官官相護、欺上瞞下、法治不彰。

從法理上看，管理論理念下的中國行政法立法，對於涉及公民社會安全利益或公共福利的行政行為，缺乏必要的針對行政行為所指向的社會權利的司法救濟制度安排，使行政管理相對人不能採取針對所涉社會權利的司法救濟措施，因而無法保障自身的社會安全利益或公共福利；而對於涉及社會公共利益的行政行為，則缺乏必要司法審查措施，使公眾無法採取相應的司法監督措施以維護社會公共利益。例如，中國《傳染病防治法》涉及公共防疫安全重大社會利益，然而，該法對於公眾或社會組織如何通過申請司法監督確保疫情通報信息及時、客觀、準確，缺乏相應的制度安排。

從政治哲學的角度看，問責制本質上是“由民主和法治原則實現的”。³¹ 體現行政法控權論的問責制，應當強調對於傳染病報告、通報和預警中的違法行為和濫用權力行為的司法監督，即任何組織和個人，對於負有傳染病法定報告、通報和預警職責或義務的單位或者個人的違法行為，均可以提起訴訟，使其接受司法審查。這樣就可以在相當程度上避免傳染病不報、漏報或遲報，也可以避免疫情通報中的虛報、謊報，有效防止預警失靈。建議大幅度修改《傳染病防治法》法律責任一章，按照法治監督的要求建章立制，即不僅是上級對下級的行政問責，也包括任何公民、社會組織基於公共安全利益、公共防疫利益對於任何人或者組織（包括行政機關和公務員）違反傳染病防治法行為的司法監督，以此彰顯法治，並解決公平、透明問責問題。

基於控權思想和善治要求的傳染病防控問責制度和相關配套制度建立之後，營造問責文化就顯得特別重要。“可以運用各種方法和工具，促進黨政領導幹部、監督執法人員和公眾一起認真地思考、討論：為甚麼要問責，為誰問責，問責的目的是甚麼？如何達到此目的？應當以甚麼樣的態度和觀念來對待問責？我們的國家（政府、企事業）應該提倡甚麼？不提倡甚麼？對諸如此類問題的討論，有利於實現問責制的目的。”³² 從中國內地傳染病防控領域的問責實踐來看，營造問責文化，尤其要解決公平、透明問責問題，明確黨政領導幹部和直接責任人終身問責的條件和程序。這對於預防傳染病防控中的失職濫權行為尤其重要。

（五）有效和高效

傳染病報告、通報和預警制度的設計，應當確保疫情及時報告、準確通報和有效預警，以實現高效防控。例如，《傳染病防治法》第35條第2款規定：“毗鄰的以及相關的地方人民政府衛生行政部門，應當及時互相通報本行政區域的傳染病疫情以及監測、預警的相關信息。”這一條如果按照文意理解，本次新冠病毒人群感染情況，武漢市衛健委針向本行政區域內所轄地區進行疫情通報即可，沒有義務而且事實上也確實沒有向北上廣深等經濟社會科技文化交流十分密切的城市通報疫情。但是，如果從傳染病報告、疫情通報和預警制度的目的以及有效和高效的善治要求來看，“發現疫情之初，就應當對具有緊密關係的大城市發出疫情通報和警示，而不僅僅是針對本行政區域內所轄地區的疫情通報和警示。”³³ 不僅如此，還應當相互通報城市之間與疫病傳播相關的人口流動

³¹ 俞可平：《治理與善治》，第81頁。

³² 高秦偉：《控權、管理抑或平衡：中國行政法理論基礎之爭》，第189頁。

³³ 黃清華、宋曉亭：《論疫病防控：決策問題、思維和標準——反思“不惜一切代價”的“可防可控”》，《科技導報》2020年第6期，第7頁。

信息、防控措施信息。因此，為了避免武漢在疫情處理第一階段中這些問題再度發生，建議修訂《傳染病防治法》這一條款，使之更為明確、可操作。其他條文的修訂，也應當服務於“有效”和“高效”的善治目標。

作為善治的基本要素，“有效和高效”，對於完善傳染病疫情報告、通報和預警體制機制的另一層含義是，除在技術層面要建立和完善“中國傳染病疫情和突發公共衛生事件網絡直報系統”，還必須在制度建設、制度實施和文化層面，結合國情認真融入、真誠落實善治上述其他各種基本要素對於疫情報告、通報和預警的要求。否則，技術層面的東西勢必難以發揮有效和高效的作用。

總之，填補或堵塞新冠病毒感染武漢疫情報告、通報和預警中的漏洞，制度建設上要求貫徹控制行政權力理念，把利益相關人決策參與、遵循法治、透明度、回應性、問責制、有效與高效這些公共行政善治基本要素融入到《傳染病防治法》相關章節條文的修訂完善之中，解決現行行政監管體制機制容易出現的失職失察與瀆職濫權並存的問題。

四、結語

人類與疫症的鬥爭遠未結束。而有效防控疫情，必須制約權力，尤其是行政權力，使其有效並高效地服務公共防疫安全利益、保護個人生命健康權利，這就要求轉變傳染病法制觀念，實現從管理論到控權論的轉變，並結合傳染病防控公共行政善治的內在要求，健全傳染病防控法治。

現行《傳染病防治法》的制度安排與實施，以管理論為思想理論基礎，強調政府和衛生健康行政部門自上而下的單一向度行政監管，權力過於集中，排斥利益相關人決策參與，透明度不夠，回應性差，問責制難落實，法治不張，不足以有效和高效地防疫抗疫。武漢的新冠病毒感染疫情處理第一階段暴露出來的問題證明，這樣一種行政監管體制機制不足以為國家和社會提供一個能夠確保公共防疫安全的生存環境。

克服現行《傳染病防治法》的上述缺陷，必須從傳染病防治體制機制與法制的關係及其背後的思想理論入手，查明現行傳染病防治體制機制中主要問題的思想理論根源。為此，必須上升到行政法基礎理論層面，以行政法控權理論為指引，並融入傳染病防控公共行政善治基本要素對於健全傳染病防控法治的內在要求，以實現《傳染病防治法》在傳染病防控方面的控權功能和管理功能。

疫情的及時報告、準確通報和有效預警，是傳染病防控的前提和基礎，相應地，疫情報告、通報和預警制度是《傳染病防治法》的核心制度。針對武漢的新冠病毒感染疫情第一階段處理中，尤其是疫情報告、通報和預警存在的問題，修訂《傳染病防治法》相關條文，應當建立利益相關人決策參與制度、建立傳染病疫情公開對話制度，遵循法治原則，解決傳染病定義與分類、疫情通報的內容與時限、疫情通報的對象、傳染病疫情信息缺乏明確的概念這些主要是技術層面的問題，並且全面提升疫情報告、通報和預警的透明度，全面加強疫情報告、通報和預警的問責制。

參考文獻 References:

- 世界衛生組織：《國際衛生條例（2005）》。World Health Organization: *International Health Regulations (2005)*.
- 〔英〕卡羅爾·哈洛：《全球行政法——原則與價值的追問》，徐霄飛譯，《清華法治論衡》2011年第14輯。Harlow, C., “Global Administrative Law: The Quest of Principles and Values,” translated by Xu, X., *Tsinghua Discourses on Rule-of-Law*, no. 14, 2011.
- 俞可平：《治理與善治》，北京：社會科學文獻出版社，2000年。Yu, K., *Governance and Good Governance*, Beijing: Social Sciences Literature Press, 2000.
- 孫笑俠：《法律對行政的控制》（第2版），北京：光明日報出版社，2018年。Sun, X., *The Legal Control over Administration*, Beijing: Guangming Daily Publishing House, 2018.
- 翁岳生：《行政法》（上冊），北京：中國法制出版社，2009年。Weng, Y., *Administrative Law (Vol. 1)*, Beijing: China Legal Publishing House, 2009.
- 高秦偉：《控權、管理抑或平衡：中國行政法理論基礎之爭》，馬懷德主編：《共和國六十年法學論爭實錄：行政法卷》，廈門：廈門大學出版社，2009年。Gao, Q., “Control, Management or Balance: A Debate on the Theoretical Basis of Administrative Law in China,” in Ma, H. (ed.), *The Record of the Sixty Years of Legal Debate in the People’s Republic of China (Administrative Law Volume)*, Xiamen: Xiamen University Press, 2009.
- 陳廣勝：《走向善治》，杭州：浙江大學出版社，2007年。Chen, G., *Good Governance*, Hangzhou: Zhejiang University Press Ltd., 2007.
- 黃清華、宋曉亭：《論疫病防控：決策問題、思維和標準——反思“不惜一切代價”的“可防可控”》，《科技導報》2020年第6期，第6-10頁。Huang, Q. & Song, X., “On Epidemic Prevention and Control: The Decision-making Problems, the Philosophy and the Standards,” *Science & Technology Review*, no. 6, 2020, pp.6-10.
- 黃清華：《行政法（學）基礎理論真理性研究——以中國深化改革為背景》，《“一國兩制”研究》2019年第2期，第179-180頁。Huang, Q., “A Study on the Truth of the Basic Theory of Administrative Law - under the Background of the Deepen Reform of China,” *Academic Journal of One Country Two Systems*, vol. 2, 2019, pp. 179-180.
- 黃清華：《論新醫改與中國衛生健康體系法治化——兼論〈衛生健康基本法草案〉修改》，《法治社會》2019年第5期，第21-31頁。Huang, Q., “On the New Healthcare Reform and the Rule of Law of China’s Health System,” *Law-based Society*, vol. 5, 2019, pp. 21-31.
- 劉寧榮：《新冠病毒全球大流行：我們缺乏的只是疫苗？》，《港大ICB》2020年第3期，第2-3頁。Liu, N., “A Global Pandemic of the New Coronavirus: What We Lack Is a Vaccine?” *HKU ICB*, vol. 3, 2020, pp. 2-3.

Kooiman, J. & Van Vliet, M., “Self-governance as a Mode of Societal Governance,” *Public Management Review*, vol. 2, iss. 3, 2000, pp. 359-378.

Mayhew, S. (ed.), *A Dictionary of Geography*, Oxford: Oxford University Press, 2004.