

危害公共卫生罪中危险犯的合理设置

敦 宁

(大连海事大学 法学院 辽宁 大连 116026)

摘 要: 在危害公共卫生犯罪中设置危险犯是实现早期预防的需要。我国《刑法》中的“危害公共卫生罪”采取了三种危险犯设置形式,即抽象危险犯、准抽象危险犯与具体危险犯。其中,抽象危险犯和准抽象危险犯的设置形式有利于实现早期预防效果,但部分犯罪存在法定刑幅度偏高和入罪标准模糊的问题;而具体危险犯的设置则不仅在预防功能上明显滞后,还同时存在罪过形式含混、法定刑配置失衡等问题。因此,需要对其进行全面的完善。首先,应适当降低非法组织卖血罪和强迫卖血罪的法定刑,并将其划分为基本犯和加重犯两个刑罚幅度;其次,将非法行医罪和非法进行节育手术罪的入罪标准规定为“危及就诊人身体健康的”;最后,对于妨害传染病防治罪等具体危险犯,应分别设置对应的故意犯罪和过失犯罪,前者设置为准抽象危险犯,后者不予设置危险犯。

关键词: 公共卫生;抽象危险犯;准抽象危险犯;具体危险犯;设置形式

中图分类号: DF62 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2021)07-0041-17

Rationalization of Potential Damage Offense in the Crimes of Endangering Public Health

DUN Ning

(School of Law, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: Setting up potential damage offense in the crimes of endangering public health is the need to achieve early prevention. The crimes of endangering public health in

收稿日期: 2021-02-05 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2021年5月24日数字出版,全球发行

基金项目: 国家社科基金项目“预防型犯罪的法治体系构造研究”(19BFX068);河北省教育厅人文社科研究重大攻关项目“基于良法善治的医疗卫生犯罪治理体系建构研究”(ZD202001)。

作者简介: 敦宁(1980-),男,河北石家庄人,大连海事大学法学院教授,法学博士,博士生导师,研究方向: 刑法学。

criminal law have three kinds of potential damage offense setting forms , namely abstract potential damage offense , quasi-abstract potential damage offense and concrete potential damage offense. Among these setting forms , the abstract potential damage offenses and quasi-abstract potential damage offense are good for early prevention , but some crimes have the problems of high legal penalty and vague admission criteria; while the concrete potential damage offenses not only lag behind the prevention function , but also have the problems of mixed forms of guilt and imbalance of legal penalty allocation. Therefore , it needs to be fully improved. First of all , the legal penalty for the crimes of illegally organizing and compelling others to sell blood should be appropriately reduced and divided into two ranges of basic and aggravated offences. Secondly , the admission criteria of the crimes of illegal medical practice and illegal birth control surgery should be defined as “endangering the health of the patient”. Finally , on the concrete potential damage offenses such as the crime of interfering prevention and treatment of infectious disease , the intentional crime and negligent crime should be set up separately , and the former should be set up as quasi-abstract potential damage offense , while the latter should not be set up as a potential damage offense.

Key words: public health; abstract potential damage offense; quasi-abstract potential damage offense; concrete potential damage offense; forms of setting

2020年,席卷全球的“新冠肺炎”疫情不仅使各国公众的生命、健康遭受了重大损害,还带来了严重的经济和社会问题。受此影响,刑法中备受“冷落”的危害公共卫生犯罪也开始得到高度重视。而在该类犯罪中,考虑到一些传染性疾病的严重危害性和极易扩散性,采取危险犯的立法形式以实现早期预防,就成为一种普遍的选择。我国1997年系统修正刑法时,在第六章“妨害社会管理秩序罪”中专门设立了“危害公共卫生罪”一节,其中也不乏危险犯的立法形式;并且2009年的《刑法修正案(七)》还为妨害动植物防疫、检疫罪增设了危险犯。2020年的《刑法修正案(十一)》也扩大了妨害传染病防治罪调控的危险范围。⁽¹⁾可以说,随着国内外疫情形势的严峻化,危害公共卫生罪中的危险犯设置是否合理,决定着刑法在疫情防控和维护公众健康方面的功能与水平。基于此,有必要对该类犯罪的危险犯设置情况进行一次全面的梳理和分析,以便查漏补缺、完善更新,进一步提升刑法在公共卫生领域中的预防和保障功能。

(1) 《刑法修正案(十一)》第37条对妨害传染病防治罪进行了两个方面的修正:一是将本罪中的传染病范围由“甲类传染病”扩大至“甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病”;二是增加了相关的妨害传染病防治行为,如“出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品,未进行消毒处理的”等。由于本罪属于危险犯,因而自然也就扩大了其调控的危险范围。

一、危害公共卫生罪中危险犯的类型分析

(一) 危险犯的类型划分

刑法理论一般将危险犯划分为具体危险犯与抽象危险犯两种基本类型。通常认为,具体危险犯是指以发生侵害法益的具体危险作为构成要件要素的犯罪;而抽象危险犯则是将在社会一般观念上认为具有法益侵害危险的行为类型化之后所规定的犯罪。⁽²⁾二者的主要区别就在于:具体危险犯中的“危险”是一种客观存在的、可观测的紧迫危险,具有转化成实害结果的高度盖然性,因而往往以“危险结果”的形式成为犯罪的构成要件要素,需要在司法上做出具体判断;而抽象危险犯中的“危险”,则是一种可能性的法益侵害危险,是立法者基于特定行为的一般特征而拟制的危险,“特定的行为方式出现,危险状态即伴随而生;具体个案纵然不生危险,亦不许反证推翻”⁽³⁾,所以这里的“危险”并不属于犯罪的构成要件要素,不需要进行具体判断。换句话说,具体危险犯具有“结果属性”,可大体划入结果犯的范围;而抽象危险犯则具有“行为属性”,可归入行为犯的范畴。

尽管这是一种传统的危险犯类型划分,但在学界,对于抽象危险犯是否允许反证推翻,实际上是存在不同意见的。例如,张明楷教授就认为,“如果具体案件中的特殊情况导致行为根本不存在任何危险,则不能认定为抽象的危险犯。”⁽⁴⁾而另有一些学者认为,对这一问题不能一概而论。例如,大谷实教授指出,抽象危险犯,可以分为不以发生抽象危险为要件的犯罪和以发生某种侵害法益的危险为必要的犯罪(即使可能性极低),后者可称为准抽象危险犯,其并不涉及反证问题。⁽⁵⁾山口厚教授进一步指出,准抽象危险犯其实是具体危险犯和(典型的)抽象危险犯的中间形态,这种犯罪在对构成要件行为的适用评价中,已经要求了某种程度的实质的危险判断,如日本《刑法》第217条规定的遗弃罪。⁽⁶⁾我国学者陈洪兵同样肯定了准抽象危险犯的概念,并指出《刑法》中那些“足以”型的危险犯(如破坏交通工具罪),以及罪状中对行为的危险性作出某种限定的犯罪(如破坏电力设备罪、暴力危及飞行安全罪等),其实都是准抽象危险犯,而不是具体危险犯。⁽⁷⁾也就是说,在危险犯内部,实际上还存在着一种既不同于典型的抽象危险犯,也不同于具体危险犯的特殊类型,即准抽象危险犯。⁽⁸⁾

笔者赞同这一见解。在我国《刑法》中,无论是“足以”型危险犯中的“足以……”等表述

(2) 参见[日]大谷实《刑法讲义总论》(新版第2版)黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第115页。

(3) 林东茂《刑法综览》(修订5版),中国人民大学出版社2009年版,第50页。

(4) 张明楷《刑法学(上)》(第5版),法律出版社2016年版,第168页。

(5) 同前注〔2〕。

(6) 参见[日]山口厚《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第46页。

(7) 参见陈洪兵《准抽象危险犯概念之提倡》载《法学研究》2015年第5期,第127-131页。

(8) 在德国刑法理论中,也将其称为“具体危险性犯”“抽象—具体危险犯”或者“适格犯”。参见李川:《适格犯的特征与机能初探——兼论危险犯第三类型的发展谱系》,载《政法论坛》2014年第5期,第64-68页。

方式,还是其他犯罪中“危害公共安全”“危及飞行安全”等表述方式,都只是对行为的性质或效能的要求,目的是限制处罚范围,“以避免在行为没有任何危险性的情况下,仅仅因为不服从而受到刑事制裁”⁽⁹⁾,而并不意味着成立该类犯罪必须要发生现实的、紧迫的具体危险。例如,如果要求《刑法》第145条中的“足以严重危害人体健康”是一种现实的、紧迫的具体危险,那么生产不符合标准的医用器材的行为就很难再成立犯罪了,因为其尚未推向市场,具体危险还无从产生。这一点从我国相关司法解释和司法判例中也可以得到印证⁽¹⁰⁾,所以此类犯罪并不属于具体危险犯。另外,由于该类犯罪在构成要件中已经加入了对行为危险性的限定,并不涉及反证出罪问题,因而也不同于那些仅一般性地规定了行为类型的典型抽象危险犯,如“醉酒驾驶机动车的”“生产、销售假药的”,等等。所以,有必要将其视为一种相对独立的危险犯类型。

基于此,在对危险犯的分类上,采用(典型的)抽象危险犯、准抽象危险犯和具体危险犯这种分类方式,是更为妥当的。⁽¹¹⁾其实际上也表明了,“作为危险犯划分依据的危险标准存在着抽象行为危险性、具体行为危险性和作为结果的危险状态三种不同性质”。⁽¹²⁾

(二) 危害公共卫生罪中危险犯的设置形式

认真梳理危害公共卫生罪中的各种具体犯罪可以发现,上文所列举的三种危险犯类型在此类犯罪中都存在,且所占的比重也大体相当,只是有些犯罪的危险形态需要仔细辨别和确证。

1. 抽象危险犯的设置

从形式上讲,抽象危险犯的基本特征就是只一般性地规定了行为类型,而并未附加危险性要求或者具体的危险和结果状态。按照这一特征,在“危害公共卫生罪”一节规定的11种具体犯罪中,只有非法组织卖血罪和强迫卖血罪可能属于抽象危险犯。不过,学界一般是将这两种犯罪作为行为犯来对待的。而行为犯与抽象危险犯虽然在形式特征上相似,但在外延范围上却并不等同。行为犯是以实行行为的完成为既遂标准的一类犯罪,其在外延上既包括实行行为完成法益侵害同时出现的实害犯(如非法侵入住宅罪),也包括实行行为完成但只对法益形成了抽象危险的抽象危险犯(如醉驾型的危险驾驶罪)。⁽¹³⁾由此,这两种犯罪是否属于抽象危险犯,主要取决于其实行行为对法益造成的危害状态。

关于这两种犯罪侵犯的法益(或客体),通常的观点认为是“国家血液采集、供应的管理

(9) 徐凯《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第152页。

(10) 这些司法解释和司法判例的具体内容,可参见陈洪兵《准抽象危险犯概念之提倡》,载《法学研究》2015年第5期,第129、131、132、134、136页。

(11) 考虑到学界所称的“抽象危险犯”一般是指典型的抽象危险犯,下文对后者也直接使用“抽象危险犯”这一称谓,有特别说明的除外。

(12) 李川《适格犯的特征与机能初探——兼论危险犯第三类型的发展谱系》,载《政法论坛》2014年第5期,第65页。

(13) 参见付立庆《刑法总论》,法律出版社2020年版,第136页。

秩序和公民的身体健康与生命安全”。⁽¹⁴⁾但是 将某种“管理秩序”当作法益不仅过于抽象,而且容易导致所有的犯罪都是实害犯或侵害犯,因为作为“严重社会危害行为”的犯罪,没有不侵犯一定社会管理秩序的。所以,有学者主张将刑法中的管理秩序法益还原为实体性法益。⁽¹⁵⁾笔者同意这一观点并同时认为,确定非法组织卖血罪和强迫卖血罪侵犯的法益,不应脱离其所属的类罪来进行。这两种犯罪都属于危害公共卫生罪,故先要明确何谓“公共卫生”?对此,1988年美国医学研究会在著名的《公共卫生的未来》这一研究报告中明确提出:“公共卫生就是我们作为一个社会为保障人人健康的各种条件所采取的集体行动。”⁽¹⁶⁾我国在2003年全国卫生工作会议上对公共卫生的定义是“公共卫生就是组织社会共同努力,改善环境卫生条件,预防控制传染病和其他疾病流行,培养良好卫生习惯和文明生活方式,提供医疗服务,达到预防疾病、促进人民身体健康的目的。”⁽¹⁷⁾可见,公共卫生就是保障公众健康(包括生命)的各种行动和条件。而包括非法组织卖血罪和强迫卖血罪在内的危害公共卫生犯罪,实际上是通过破坏公共卫生制度或秩序来危害公众健康,所以此类犯罪的保护法益无疑就是公众的健康权益。

在此基础上,反观这两种犯罪,无论是非法组织卖血还是强迫他人卖血,都并非必然会对公众(包括卖血者和用血者)的健康造成实害⁽¹⁸⁾;但是,由于采血主体不适格、采血程序不规范(不予体检、器具不消毒等)、采血环境不卫生、供血途径不正当等多种可能性致害因素的存在,导致这两种行为会直接为公众健康带来一种“潜在的危险”。这种危险并不是具体的危险状态,而是一种抽象的类型性危险。因此,将非法组织卖血罪和强迫卖血罪理解为抽象危险犯,是完全可以的。

2. 准抽象危险犯的设置

按照上文对准抽象危险犯的界定,在“危害公共卫生罪”一节中,明确属于准抽象危险犯的就是非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪。该罪罪状中规定的“足以危害人体健康”并非具体危险犯的标志,“而是对所采集、供应的血液、制作、供应的血液制品构成犯罪的要求,也可以说是对行为性质、程度的要求,只要所采集、供应的血液、制作、供应的血液制品,足以危害人体健康,即便还没有对用血者的健康形成具体性危险就已构成犯罪”。⁽¹⁹⁾这也是准抽象危险犯一种代表性的规范特征。2008年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》(以下简称“2008年《立案追诉标准(一)》”)

(14) 高铭暄、马克昌主编《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第577页。

(15) 参见李文吉《我国刑法中管理秩序法益还原为实体性法益之提倡》,载《河北法学》2020年第5期,第2-19页。

(16) Institute of Medicine, *The Future of Public Health*, National Academy Press, 1988, p. 4.

(17) 王劲松主编《公共卫生与流行病学》,科学出版社2018年版,第2页。

(18) 根据《刑法》第333条第2款的规定,对他人造成伤害的,依照故意伤害罪的规定定罪处罚。

(19) 参见陈洪兵《公共危险犯解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2011年版,第308-309页。

第54条也未将本罪的追诉条件规定为具体的危险状态,而是体现出相应的危险性即可。^[20]

除此之外,笔者认为,危害公共卫生罪中的非法行医罪和非法进行节育手术罪也可归入准抽象危险犯之列。没有医生执业资格的人非法行医或非法进行节育手术,无疑都会破坏正常的公共卫生秩序,因而通常会对公众健康产生抽象危险。^[21]但立法上对这两种犯罪并不是只规定了行为类型,而是还附加了“情节严重”的条件,所以有别于典型的抽象危险犯。同时,规定了“情节严重”或“情节恶劣”的危险犯在立法中并不存在实害或具体危险状态的客观构成要件内容,因此也不能视为实害犯或具体危险犯。^[22]在此情况下,将这里的“情节严重”理解为对非法行医或非法进行节育手术之行为危险性的要求,是相对合理的。因为,在实践中,一些“有医术、无医证”的人所实施的医疗行为虽属非法,但对公众健康并无危险,可以将其作为行政违法处理,认定为犯罪则并不适当。也就是说,这两种犯罪中的“情节严重”实际上也是准抽象危险犯的一种规范特征。^[23]

3. 具体危险犯的设置

在危害公共卫生罪中,将妨害传染病防治罪和妨害国境卫生检疫罪认定为具体危险犯,在学界基本没有争议。因为,在这两种犯罪的罪状中,对危险类型的规定均是“有传播严重危险”,即不仅有传播危险,而且达到了“严重”的程度。对于这里的“严重”程度,实务部门一般将其解释为“根据情况证明极有可能引起传染病的传播”,或者“极有可能引起检疫传染病的传播”。^[24]而所谓“极有可能”,无疑就是指一种现实、紧迫的高度危险状态,即“具体危险”。此外,在这两种犯罪中,危险形态还与相应的实害形态同处于一个刑罚幅度中,如果不将其理解为具体危险犯,在罪刑设置的合理性方面也是说不过去的。所以,这两种犯罪应当属于具体危险犯。

此外,妨害动植物防疫、检疫罪也应当属于具体危险犯。该罪中的危险犯是2009年的《刑法修正案(七)》增设的,其具体规定是“有引起重大动植物疫情危险,情节严重的”。传统刑法理论认为,这一规定就是指有引起重大动植物疫情的高度危险的情况^[25],即将其理解为具体危险犯。周光权教授则直接指明其属于具体危险犯。^[26]笔者认为,这种认识是正

[20] 2008年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法采供血液等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条对“足以危害人体健康”的解读,与该规定基本一致。

[21] 非法进行节育手术是一种特殊的非法行医行为,侵犯的法益也是公众的健康权益,可以将其与非法行医罪理解成特别法与普通法的关系。至于其中可能涉及的对计划生育政策的破坏,可以作为本罪的量刑情节。

[22] 同前注[12],李川文,第71页。

[23] 事实上,2008年《立案追诉标准(一)》在非法行医案的追诉标准中,已经使用了“有传播、流行危险”“足以严重危害人体健康”等表征行为危险性的用语。

[24] 熊选国、任卫华主编《刑法罪名适用指南——危害公共卫生罪》,中国人民公安大学出版社2007年版,第5、9页。

[25] 同前注[14],高铭暄、马克昌书,第583页。

[26] 参见周光权《刑法各论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第421页。

确的。从文义上讲,“情节严重”显然修饰的是“危险”,意在指明其并不是一般的行为危险,而是严重的或高度的危险状态。2008年《立案追诉标准(一)》第59条第2款对该罪“情节严重”的解读,实际上也是从涉疫动植物的数量、性质、种类以及对其的控制或处置方式等方面来诠释一种具体的危险状态。同时,该罪的危险形态与实害形态也是同处于一个刑罚幅度,只有将其理解为具体危险犯才能具有相对合理性。

二、危害公共卫生罪中危险犯设置的合理性评析

(一) 抽象危险犯设置的合理性问题

抽象危险犯不同于传统的实害犯和具体危险犯,其惩罚的是“行为方式”,目的是通过刑事处罚的前置化来实现早期预防,以避免出现严重的法益侵害后果。那么,立法者到底基于何种理由才可以用严厉的刑罚来对一种行为方式进行规制?这便是抽象危险犯设置的正当性或合理性问题。对此,尽管存在着不完全相同的多种观点,但大体可以归结为两个方面:一是在法益保护上的功能性和适格性,即能够实现对重要法益的保护;二是被抽象危险犯所禁止的行为方式不属于行为人的“内部领域”,即不在行为人可以自由行使的范围。⁽²⁷⁾只有同时满足这两个条件,抽象危险犯的设置才能基本实现法益保护与人权保障的平衡。

如上所述,危害公共卫生罪中的抽象危险犯就是非法组织卖血罪和强迫卖血罪。按照上述两个条件进行评价,大体可以确认,将这两种犯罪设置为抽象危险犯是具备合理性的。一方面,设置这两种犯罪力图保护的法益均是处于医疗卫生系统中的公众的生命和健康权益(简称“公众健康”)。如果说刑法的任务是对社会共同生活中最重要的利益进行特别有力的保护⁽²⁸⁾,那么公众的生命和健康权益无疑是“重中之重”,且考虑到非法组织卖血和强迫卖血与公众健康受损之间的普遍性关联,将其设置为抽象危险犯来实现提前规制,不仅是必要的,也是有效的。另一方面,组织卖血和强迫卖血行为也不属于行为人的“内部领域”。我国法律并不允许买卖血液,更不允许强迫他人出卖血液,即便是无偿献血,也必须要有合法的组织者和实施者,否则即为违法。也就是说,通过刑法来规制这两种行为,不会出现对公民自由权利的不当剥夺或限制。此外,就非法组织卖血和强迫卖血而言,“单纯的行为方式一般已经可以描述不能被容忍的风险”⁽²⁹⁾,抽象危险不存在只是非常例外的情况,所以立法上也无需再对行为的危险性进行限定。这些都是现行立法值得肯定之处。

但是,作为抽象危险犯,这两种犯罪存在的最大问题就是法定刑幅度偏高,既不符合罪责刑相适应原则,也为实害(伤害)结果出现后的刑罚适用带来了难题。根据《刑法》第333条第2款的规定,有非法组织卖血和强迫卖血行为,对他人造成伤害的,依照故意伤害罪的规定定罪处罚。但非法组织卖血罪的法定刑幅度是“5年以下有期徒刑,并处罚金”,强迫卖

⁽²⁷⁾ 同前注⁽⁹⁾徐凯书,第109-110页。

⁽²⁸⁾ 参见[德]埃里克·希尔根多夫《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第232页。

⁽²⁹⁾ 同前注⁽⁹⁾徐凯书,第163页。

血罪的法定刑幅度是“5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金”,而故意伤害罪中致人轻伤的法定刑幅度是“3年以下有期徒刑、拘役或者管制”。如果将该规定中的“伤害”理解为包括轻伤在内,则显然就会出现“罪轻刑重、罪重刑轻”的不合理现象。所以,只能将这里的“伤害”限制解释为“重伤”,并在实际裁量刑罚时采取一定的调节措施,以基本实现刑罚适用的公平公正性。^[30]

(二) 准抽象危险犯设置的合理性问题

准抽象危险犯与抽象危险犯的主要区别就在于,其在对构成要件行为的类型性规定中已经包含了对行为危险性的要求,或者说,已经对行为的危险性进行了某种限定。采取此种立法形式的主要理由或根据是:有些行为尽管在通常情况下存在一种类型性的抽象危险,但在特殊情况下排除抽象危险的情形也不少见;因此,为了限制处罚范围或维持刑罚的正当性,需要对行为的危险性进行规范上的明确。

按照本文的理解,我国危害公共卫生罪中共有3个准抽象危险犯,即非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪、非法行医罪和非法进行节育手术罪。就非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪而言,其罪状中规定的“不符合国家规定的标准”在实践中的表现很多,只要不符合《献血法》和国务院《血液制品管理条例》等法律法规的相关要求,基本上都可归入此列。但是,其中的一些情形实际上并不足以危害到人体健康,如对体检合格的献血者每次采集的血液量适度超过法定标准的,或者两次采血的间隔期差几天不足法定期限的,等等。这些无疑都属于行政违法或违规,但将其作为犯罪处理显然并不合适。所以,在罪状中为其设置“足以危害人体健康”的限制条件,是比较合理的。

非法行医罪和非法进行节育手术罪也是如此。尽管在一般情况下,未取得医生执业资格的人,“由于自身的水平不够,只要其继续行医,就存在致就诊人死伤结果的危险性”^[31];但是,也不排除可能存在一些特殊情形,如那些所谓的“赤脚医生”或“民间医生”,虽没有医生执业资格,却具有医学知识和医疗经验,治疗一些普通的疾病或者实施一些简单的医疗行为(如摘取节育器等),并不存在相应的危险性。特别是在偏远的山区或乡村,这类行医行为“不仅没有造成对公众生命健康的损害和威胁,相反还适当地避免了缺医少药的窘境”,“如果将这类行为也纳入犯罪圈,显然是不合理的,其违反国家医疗卫生管理秩序的行为完全可由行政法规来规范”。^[32]由此,在这两种犯罪的罪状中明确相应的危险性要求,也是有所必要的。但是,我国《刑法》第336条在这一方面却使用了“情节严重”这种模糊性的规定方式。由于对“情节严重”可以从主观恶性、客观行为、危害后果等方面做出非常宽泛的解释,因而

[30] 参见张明楷《刑法学(下)》(第5版),法律出版社2016年版,第1121-1122页。

[31] 彭志刚、李长兵、许晓娟《非法行医罪立法缺陷及解决路径分析——兼评〈最高人民法院关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉》,载《广州大学学报(社会科学版)》2009年第11期,第14页。

[32] 周志荣《非法行医罪的刑事政策分析》,载《国家检察官学院学报》2007年第1期,第98-99页。

也就导致该罪的入罪标准处于极不确定的状态。这一点是需要进行反思的。

(三) 具体危险犯设置的合理性问题

具体危险犯与实害犯相比,在一定程度上体现了刑事处罚的前置化,但其仍然要求出现一种现实的、紧迫的具体危险状态,实际上还是以结果为本位的古典主义刑法观的体现。或者说,具体危险犯的立法其实仍属于一种“回应式”刑法,与现代倡导的以行为为本位的预防刑法还相去甚远。也正是基于这一点,具体危险犯的立法形式可用于那些以侵害个体的生命、身体、自由和财产为中心的传统犯罪,而对于那些侵犯公共法益、危害重大且结果具有不特定性的“高风险”犯罪,则并不足以有效地实现提前预防和法益保护。

我国《刑法》在“危害公共卫生罪”一节中共设置了三个具体危险犯,即妨害传染病防治罪、妨害国境卫生检疫罪和妨害动植物防疫、检疫罪。但是,这种设置形式却并不合理。因为,无论是传染病的传播,还是重大动植物疫情的扩散,都具有潜在性、复杂性和蔓延性。特别是一些新型传染病(如“非典”“新冠肺炎”等),由于人类对其传染源、病理生成机制以及治疗方式等缺乏足够的认识,不仅传播方式难以把握,一旦感染还往往在短期内无法得到有效救治。所以,“对于疫情防控来说,积极预防是最佳的法律策略,也是争取战略主动的重要前提。一旦传染病预防这一防线失守,我们很容易在疫情防控战役中陷入被动。”⁽³³⁾也正因为如此,公共卫生立法必须要强调主动预防,即从积极预防出发来防范和控制传染性疾病的蔓延。⁽³⁴⁾而如果采取具体危险犯这种设置形式,则由于紧迫的传播危险与传播结果之间在很大程度上存在不可逆性,无疑会导致刑法的堵截功能明显滞后,这并不利于刑法积极预防效果的发挥。更何况,这种紧迫的危险在判断上并不具有放火、爆炸等犯罪的直观性,实践中如何认定本身就是一个难题,将其作为入罪标准也并不合适。

除此之外,这三种具体危险犯还存在一些规范设计上的疏失和缺陷,从而进一步加剧了其不合理性。主要表现为如下两个方面的问题:

其一,在罪过形式上欠缺明确规定造成了认识混乱和法律适用难题。对于上述三种具体危险犯,法律条文中均未明确规定其罪过形式,相关司法解释也欠缺必要的说明,因而也就造成了认识上的混乱。例如,关于妨害传染病防治罪的罪过形式,就同时存在多种观点,有的认为只能是过失⁽³⁵⁾,有的认为只能是故意⁽³⁶⁾,有的认为可以同时包括过失与故意。⁽³⁷⁾而无论坚持哪一种观点,在法律适用中都会出现难题。例如,如果坚持“过失论”,则直接带来的问题就是:既然惩罚过失行为,为何不惩罚责任程度更重的故意行为?对此,不能认为所有符合妨害传染病防治罪客观要件的故意行为都会构成以危险方法危害公共安全罪。因为,

(33) 任颖《从回应型到预防型的公共卫生立法》,载《法制与社会发展》2020年第4期,第183页。

(34) 参见赵敏、何振主编《卫生法学概论》,华中科技大学出版社2016年版,第104页。

(35) 参见孟庆华《妨害传染病防治罪的几个构成要件问题》,载《法学论坛》2004年第1期,第59-60页。

(36) 同前注〔30〕,张明楷书,第1120页。

(37) 参见李希慧主编《妨害社会管理秩序罪新论》,武汉大学出版社2001年版,第448页。

该罪中的危险方法在危险程度上必须要与放火、决水、爆炸、投放危险物质做大致相同的理解⁽³⁸⁾，而妨害传染病防治的行为却并非都会达到这样的危险程度，所以对其就不能一概按照以危险方法危害公共安全罪论处。而如果坚持“故意论”，则难免又会将占据发案量绝对比例的过失行为排除在犯罪之外⁽³⁹⁾，这也不符合妨害传染病防治罪的立法目的。由此，我们不得不认为，该罪的罪过形式既可以是故意，也可以是过失。但这样一来又会形成新的法律适用问题，如故意行为和过失行为的入罪标准是否有必要区分？量刑上如何把握？共同犯罪又如何认定？如此等等。妨害国境卫生检疫罪和妨害动植物防疫、检疫罪在规范构造上与妨害传染病防治罪大致相同，因而其在罪过形式确定上同样具有上述问题，所以也就难以避免法律适用中的难题。

其二，为同一犯罪的实害形态与危险形态配置相同的法定刑有违反罪责刑相适应原则之嫌。对于上述三种具体危险犯，立法上均是将其实害形态（引起某种传染病传播或引起重大动植物疫情）与危险形态（有引起某种传染病传播或重大动植物疫情的严重危险）进行并列规定，并配置了相同的法定刑，即共同作为基本犯看待。笔者在上文中指出，只有将其中的危险形态解释为具体危险犯才能使其具有相对合理性。但这并不意味着这种设置形式在立法上就是完全合理的。因为，即便是具体危险犯，毕竟也没有造成相关传染病的实际传播或引起重大的动植物疫情，其对法益造成的只是一种威胁或危险，与实际侵害法益、严重损害公众健康的实害犯显然不能同日而语。所以，实害结果发生时的法定刑就应当高于危险状态发生时的法定刑，但我国《刑法》在这三种犯罪中却并未做此种区分，与世界上其他国家（地区）的刑法规定相比，是一种明显的不足。⁽⁴⁰⁾

三、危害公共卫生罪中危险犯设置的完善对策

（一）调整抽象危险犯的法定刑配置

在危害公共卫生罪中，属于抽象危险犯的是非法组织卖血罪和强迫卖血罪。上文已述，立法上将这两种犯罪设置为抽象危险犯是合理的，但其法定刑配置却并不合理，主要问题就是法定刑幅度偏高。而形成这一问题的原因，则是在立法过程中忽视了抽象危险犯本身的特点。抽象危险犯的设置是积极主义刑法观的体现，目的是通过刑法提前介入来实现对重大法益的有效保护。但是，“积极主义刑法观由严密法网和去重刑化两部分组成，前者强调刑事法网规制上从‘不严’到‘严’，后者主张具体刑罚适用从‘厉’到‘不厉’。两者之中，前者是主体内容，后者是必要补充。”⁽⁴¹⁾抽象危险犯将行为本身作为处罚对象，在严密刑事法网的同时，无疑也大幅降低了入罪门槛，所以其法定最低刑就不能过高，否则就会违反罪责

(38) 参见周光权《刑法各论》（第3版），中国人民大学出版社2016年版，第163页。

(39) 从妨害传染病防治罪的发案情况来看，大多数行为人都是出于一种过失的心态（至少不能证明是故意），即主观上排斥传染病传播结果的发生。

(40) 参见竹怀军《妨害传染病防治罪立法的比较与借鉴》载《西南政法大学学报》2006年第1期，第67页。

(41) 付立庆《论积极主义刑法观》载《政法论坛》2019年第1期，第102页。

刑相适应原则。

然而 非法组织卖血罪和强迫卖血罪的法定刑配置却在不同程度上忽视了这一要求。不可否认 这两种犯罪会同时威胁到卖血者和用血者的人身健康 因而性质较为严重 法定刑不宜过低。但二者毕竟属于抽象危险犯 只要实施了非法组织卖血和强迫卖血的行为 一般就会入罪⁽⁴²⁾; 而一旦入罪就要适用“5 年以下有期徒刑 并处罚金”或者“5 年以上 10 年以下有期徒刑 并处罚金” 则无疑又太高了。特别是强迫卖血罪 其罪刑失衡现象尤为严重。因为 根据我国《治安管理处罚法》第 43 条的规定 故意殴打或伤害他人 只要未造成轻伤以上后果 最高也只是处 15 日的行政拘留 并处 500 元以上 1000 元以下罚款。而一旦以暴力、胁迫方法强迫他人出卖血液 即使未造成伤害后果 最低也要处 5 年有期徒刑 并处罚金。即便强迫卖血行为还同时破坏了公共卫生秩序 这种处罚强度的落差也是过于悬殊的。同样 我国《献血法》第 18 条对非法组织卖血行为(尚不构成犯罪的)规定的行政处罚是:“没收违法所得 可以并处 10 万元以下的罚款”。而一旦构成犯罪就要适用最低 6 个月的有期徒刑 并处罚金 且当然要追缴违法所得。这也不能不说是过于严厉的。

基于此 对这两种抽象危险犯的法定刑配置 必须要进行相应的调整。一方面 应适当降低这两种犯罪的法定最低刑 以满足罪责刑相适应原则的要求。其中 对于非法组织卖血罪 可为其增设拘役刑; 对于强迫卖血罪 因其侵犯了双重法益 性质较重 可将其法定最低刑降至 6 个月有期徒刑。另一方面 在降低法定最低刑的基础上 可分别将这两种犯罪划分为基本犯和加重犯两个刑罚幅度 以避免因法定刑跨度过大而造成量刑畸轻畸重的现象。具体来讲 对于非法组织卖血罪 考虑到其法定刑轻重取决于组织规模和危害后果等多方面的影响因素 可以 3 年有期徒刑为界设置基本犯和情节加重犯; 而对于强迫卖血罪 因其法定刑轻重主要取决于实际危害后果 可以 5 年有期徒刑为界设置基本犯和结果加重犯。⁽⁴³⁾ 据此 《刑法》第 333 条第 1 款便可相应修改为“非法组织他人出卖血液的 处三年以下有期徒刑或者拘役 并处罚金; 情节严重的 处三年以上五年以下有期徒刑 并处罚金。”“以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液的 处五年以下有期徒刑 并处罚金; 造成严重后果的 处五年以上十年以下有期徒刑 并处罚金。”至于该条第 2 款规定 则可以直接删除。对于实施非法组织卖血或强迫卖血行为 同时又对他人造成伤害的 直接按想象竞合犯从一重罪处断即可。当然 在量刑过程中 也可予以适当的从重处罚。

(二) 明确准抽象危险犯的入罪标准

准抽象危险犯的规范特征就在于 其构成要件中不仅规定了行为类型 而且还对行为所

(42) 根据 2008 年《立案追诉标准(一)》第 52、53 条的规定 对非法组织卖血行为追究刑事责任 还需具备人数、获利、对象等方面的要求; 而对强迫卖血行为追究刑事责任 只要存在“以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液”的行为即可。

(43) 当然 强迫卖血罪的刑罚轻重也存在行为对象、行为次数、受害人数等方面的影响因素 但只要不造成严重危害后果 一般均可适用“5 年有期徒刑以下 并处罚金”的基本法定刑幅度。

需具备的危险性作出了要求。其中,后者也可称为准抽象危险犯的入罪标准或入罪条件。也就是说,对于符合某种行为类型的违法行为,应否作为犯罪处理,判断标准就是看其是否满足了相应的危险性要求。正是由于这一标准在决定罪与非罪方面的重要性,刑法对其的规定应力求明确,在表述上要避免使用模糊不清的概念或用语,否则,“司法者适用这种不明确的条款时,即可轻易以其主观的好恶而擅断。”⁽⁴⁴⁾

如上所述,我国《刑法》在危害公共卫生罪中共设置了三个准抽象危险犯,即非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪、非法行医罪和非法进行节育手术罪。在这三种犯罪中,非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪的入罪标准是“足以危害人体健康”,而后两种犯罪的入罪标准均是“情节严重”。由于“足以危害人体健康”有固定的判断核心,是一种单一性的标准,所以内涵较为明确。而“情节严重”则是一种综合性标准,有着多种判断维度,因此内涵相对模糊。当然,在司法实践中,也可根据该类犯罪的准抽象危险犯性质进行限缩解释,从而保证其合理适用。例如,有论者就明确指出,对于此类危险犯,无论司法机关对“情节严重”或“情节恶劣”做何种解释,都应围绕行为的危险性认定来展开,而不能突破这一限制将其解释为具体危险或实害结果。⁽⁴⁵⁾但是,在传统认识上,“情节严重”并不是犯罪构成某一方面的要件,而是一种综合性的要件。⁽⁴⁶⁾基于此种认识,对“情节严重”的司法解释,一般也不会仅限于某一方面或某一维度的情节表现。比如,对于非法行医罪中的“情节严重”,2016年《最高人民法院关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条就将其分列为五种情形,其中既有造成就诊人身体损害的情形,也有对人体健康形成危险的情形,还有被行政处罚两次后再次非法行医的情形。由此,非法行医罪也就在不同情形下分别成为了实害犯、危险犯与单纯的行为犯。这不但背离了其准抽象危险犯的应然属性,也同时造成了入罪标准的混乱。而2008年《立案追诉标准(一)》第58条在对非法进行节育手术罪中的“情节严重”进行解释时,还将“致使他人超计划生育”“非法获利”等不能直接说明法益侵害性(对就诊人健康的危害)的情形也包含在内,因而更加偏离了其犯罪性质。

由此可见,“立法者不应当企图通过不明确的概念,将界定犯罪行为的界限的责任推卸到法官那里。重要的是立法者通过一般规定和具体规定,明确地规定出犯罪行为的类型。”⁽⁴⁷⁾尽管应当承认,在刑法立法中,为了保持条文表述的简洁性,无论是入罪标准,还是法定刑升格条件,有时都需要使用“情节严重”或“情节恶劣”等概括性的表述方式。但是,基于刑法规定的明确性要求,这类用语只有在确有必要时才可使用,而不能为图“省事”广泛使用。对于法定刑升格条件来讲,由于刑罚的轻重往往存在多个方面的影响因素,在难以具体列举时

(44) 林山田《刑法通论(上册)》(增订十版),北京大学出版社2012年版,第37-38页。

(45) 同前注〔12〕,李川文,第71页。

(46) 参见张明楷《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第224页。

(47) [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第159页。

就“不得不”使用这类概括性的表述。而入罪标准则是指某种行为成立犯罪的最低标准,并不是指所有可能构成该种犯罪的情形,所以其一般并不具有多重性,也无必要使用这类概括性的表述方式。换言之,作为入罪标准,只需根据拟设置的犯罪类型,对某种行为构成犯罪的最低条件作出规定即可,高于这一条件的情形并无必要加以规定,因为其“当然”符合最低条件。例如,在将某种危险状态规定为入罪标准时,出现相应实害后果的情形也当然要入罪(甚至需要加重处罚),对此并无必要使用“情节严重”等用语将二者都涵盖在内。

就非法行医罪和非法进行节育手术罪而言,立法者在其入罪标准方面并未明确规定具体的危险状态和实害结果⁽⁴⁸⁾,也未采取单纯规定行为类型的方式。由此说明,立法者既不想将这两种犯罪作为具体危险犯或实害犯对待,也不想将其规定为(典型的)抽象危险犯。那么,其性质就只能是准抽象危险犯。亦即,立法者只想在规范层面将那些不可能危害到保护法益的非法行医或非法进行节育手术行为明确排除在犯罪之外。但是,其却不恰当地使用了“情节严重”这种模糊性用语,从而造成了认识上的混乱。鉴于此,对这两种准抽象危险犯的入罪标准必须要“正本清源”,即对行为可能危害到保护法益的危险性作出规定即可。考虑到这两种犯罪的保护法益均为就诊人的身体健康,其入罪标准可直接规定为“危及就诊人身体健康的”。也就是说,只要行为人所使用的药物、医疗器械、医疗方法等可能对就诊人的身体健康造成危害,就应当入罪。这一标准不仅具有明确性,而且也能够将那些不可能危害到就诊人身体健康的情形排除在犯罪之外,因此是相对合理的。

(三) 实现具体危险犯的体系化转型

将妨害传染病防治罪、妨害国境卫生检疫罪和妨害动植物防疫、检疫罪设置为具体危险犯,所存在的最大问题就是预防效果相对滞后。但对这一问题的解决,应当在区分不同罪过形式的基础上进行,因为罪过形式是故意还是过失直接影响着刑事制裁的范围和强度。由此,对具体危险犯的完善必须要坚持体系化进路,即在保持立法协调性的基础上实现其设置形式的转型。

1. 故意犯罪与过失犯罪分别设置

现代刑法理论认为,责任的本质是非难可能性,故意和过失是两种基本的责任形式。其中,故意犯罪属于“明知故犯”,而过失犯罪的核心是“违反预见义务”⁽⁴⁹⁾,所以前者的可非难程度要明显高于后者,需承担更重的责任。基于此,将故意犯罪与过失犯罪分别设置,并在入罪标准和法定刑轻重上予以区别对待,几乎是大陆法系国家刑法立法的通例。

我国《刑法》大体上也贯彻了这一原则,不过仍有部分犯罪存在模糊故意责任与过失责任的问题,其中就包括妨害传染病防治罪等三种具体危险犯。上文已经述及,为了实现对相关危害行为的全面规制以及满足罪责刑相适应原则的基本要求,我们只能认为,妨害传染病

(48) 在此,不能将法条中的“情节严重”当然解释为具体危险状态或实害结果,因为这两种情形并非“情节严重”的最低标准。

(49) 黎宏《过失犯若干问题探讨》,载《法学论坛》2010年第3期,第14页。

防治罪等三种具体危险犯的罪过形式兼具故意和过失。对此,理论上一般称为“复合罪过形式”。有论者认为,确立这种“复合罪过形式”的犯罪有重要意义,其既可以摆脱“多年来纠缠不清的间接故意与轻信过失之区别这一‘理论百慕大’”,也可以“在一定程度上减轻司法机关的证明责任,提高办案效率”。⁽⁵⁰⁾但是,问题在于,即使不在定罪阶段区分故意与过失,在量刑阶段也要予以区分,因为故意与过失毕竟在责任程度上存在很大差异,不予区分会直接违反罪责刑相适应原则。所以,对故意与过失进行准确的区分,既是理论研究的重要任务,也是司法机关不可推卸的责任。确立“双重罪过形式”的犯罪不但无助于这一问题的解决,反而会带来更多的法律适用难题。例如,张明楷教授就曾指出,这种做法不仅会带来共同犯罪能否认定、教唆犯能否成立等司法适用上的难题,还可能会形成结果责任,因而是明显不当的。⁽⁵¹⁾

有鉴于此,对妨害传染病防治罪等三种具体危险犯,必须要明确区分其故意形态与过失形态,并分别设置相应的故意犯罪和过失犯罪。在罪名上可对应性地称为“妨害传染病防治罪”和“过失妨害传染病防治罪”,“妨害国境卫生检疫罪”和“过失妨害国境卫生检疫罪”,“妨害动植物防疫、检疫罪”和“过失妨害动植物防疫、检疫罪”。

2. 故意犯罪设置为准抽象危险犯

由疾病或疫情的传播发展规律所决定,“预防为主是我国的基本卫生工作方针,也是世界上大多数国家卫生工作重点。”⁽⁵²⁾对此,习近平总书记专门指出,“要坚决贯彻预防为主的卫生与健康工作方针,坚持常备不懈,将预防关口前移,避免小病酿成大疫。”⁽⁵³⁾这一精神同样适用于对危害公共卫生犯罪的刑事防控,即“将刑事处罚前移,从而避免疾病传播危险转化为严重的传播后果”。而实现这一目的最直接和有效的方式,无疑就是抽象危险犯的设置。但这种“超前保护”也必须要刑法上的正当性基础。从理论上讲,只有通过危险行为威胁到了法益,才可以肯定刑事不法的存在。⁽⁵⁴⁾考虑到并非所有破坏公共卫生秩序的行为都会直接威胁到公众的人身健康,有些可能只属于单纯的“行政不服从”,一律采取抽象危险犯的设置形式并不适当,而采取具体危险犯的设置形式在预防上又太过滞后,所以准抽象危险犯就成为一种较为合理的立法选择。

具体而言,就是将故意形态的“妨害传染病防治罪”“妨害国境卫生检疫罪”和“妨害动植物防疫、检疫罪”,由具体危险犯转换为准抽象危险犯。同时,为了实现入罪标准的明确

(50) 储槐植、杨书文:《复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读》,载《法学研究》1999年第1期,第56、57页。

(51) 同前注〔30〕,张明楷书,第1266页。

(52) 同前注〔17〕,王劲松书,第103页。

(53) 参见习近平总书记2020年2月14日在中央全面深化改革委员会第十二次会议上的讲话,载求是网,http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-02/29/c_1125641632.htm。

(54) 参见〔德〕乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友等译,中国法制出版社2012年版,第208页。

性 在对行为危险性的限定方面,可以效仿非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪,采取“足以”型的规定方式。例如,参照《刑法修正案(十一)》对《刑法》第330条的修正内容,对“妨害传染病防治罪”的入罪标准可以规定为:“足以引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播的”。也就是说,不要求产生可能造成此类传染病传播的“现实的、紧迫的具体危险状态”,只要相关的妨害传染病防治行为在通常情况下可能引起此类传染病传播即可。同理,对于“妨害国境卫生检疫罪”和“妨害动植物防疫、检疫罪”,在其罪状中对行为危险性的限定也可以分别表述为“足以引起检疫传染病传播的”和“足以引起重大动植物疫情的”。采取这种规定方式的优点在于,其不仅有利于实现早期预防效果,也能将那些“单纯的行政不服从”或者危险性极低的违法行为排除在构成要件之外,从而合理划分行政违法与刑事违法的界限。

在将具体危险犯转换为抽象危险犯的同时,也要对其危险形态和实害形态进行层次化处理。从理论上讲,危险犯的危害性表现为对法益的威胁,抽象危险犯、准抽象危险犯和具体危险犯都是如此,只不过威胁的紧迫程度不同而已。而实害犯则是对法益的实际侵害,危害程度显然要高于危险犯。因此,在刑法立法上,对同一种犯罪的危险形态与实害形态区别对待,并配置轻重不同的法定刑(前者轻、后者重),基本上是一种惯常的做法。然而,我国《刑法》却一反常态,将上述三种具体危险犯的危险形态与实害形态规定在了同一法定刑幅度。对于这一做法的正当性,有些学者进行了说明。例如,针对妨害传染病防治罪中的这一现象,有论者认为,该罪危险犯的社会影响和危害性也是相当大的,同样需要耗费大量的人力物力去挽回和消除,而且按照现行规定量刑也是适当的,不存在轻罪重刑的问题,所以无需与实害犯相区分。⁽⁵⁵⁾也有论者指出,传染病的实际传播与传播危险有时很难区别,甚至混同在一起,所以无需区别,可以设置相同的法定刑。⁽⁵⁶⁾但笔者难以认同这些见解。理由在于:第一,衡量犯罪轻重的真正标尺是犯罪对社会的危害程度(或法益侵害程度),而不是为了消除犯罪影响所需支付的人力物力成本;第二,按照现行规定对危险形态量刑适当,并不意味着对实害形态也量刑适当,二者仍然存在罪刑均衡的问题;第三,传染病的实际传播与传播危险并非难以区别,更不会出现混同,即使只感染了1个人也是实际传播,而不是传播危险。所以,这类观点显然是缺乏合理根据的。

事实上,对于上述三种犯罪,按照我国通常的诉讼期限,从立案侦查到最终判决总有一段较长的期间,而在此期间内相关的传染病一般都经过了潜伏期,行为人的危险行为是否造成了实际传播,是能够形成结论的。只不过,在因果关系认定方面较为复杂,可能需要委托专门的医学鉴定机构来协助进行。另外,考虑到一些严重传染病对公众健康的重大危害,对其实际传播与传播危险不予区分也并不合理。例如,在“新冠肺炎”疫情暴发初期,由于缺乏

(55) 参见康均心、李娜《妨害传染病防治罪的立法缺陷及其补救》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2006年第3期,第81页。

(56) 参见欧阳本祺《妨害传染病防治罪客观要件的教义学分析》,载《东方法学》2020年第3期,第9页。

有效的医疗救治手段,一旦被感染,就可能导致身体的重大损害甚至死亡;而即使面临着高度的感染风险,只要最终未被感染,就不会出现这样的结果。这就是实际传播与传播危险的本质差别,在将上述犯罪修正为准抽象危险犯后,这种差别会更加明显。也正是基于这种差别,对二者适用相同的法定刑不仅难言公正,在刑事政策上也并不妥当。因为,“对不同之罪的相同之刑经常促使人犯重罪”。⁽⁵⁷⁾

据此,对该类犯罪的危险形态与实害形态进行层次化处理,才是正确的选择。也就是说,应当按照立法惯例,将其危险形态(准抽象危险犯)设置为基本犯,将其实害形态设置为加重犯,并分别适用基本法定刑与加重法定刑。在此需要注意的是,将具体危险犯转换为准抽象危险犯,同样是降低了入罪门槛,所以对这些犯罪的法定最低刑也要做适度的轻缓化处理。从宽严相济刑事政策的角度出发,可以考虑对这三种犯罪作如下安排:第一,对于“妨害传染病防治罪”,足以引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;引起实际传播的,处3年以上7年以下有期徒刑。第二,对于“妨害国境卫生检疫罪”,足以引起检疫传染病传播的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;引起实际传播的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。第三,对于“妨害动植物防疫、检疫罪”,足以引起重大动植物疫情的,处2年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;引起重大动植物疫情的,处2年以上5年以下有期徒刑,并处罚金。⁽⁵⁸⁾

3. 过失犯罪不予设置危险犯

在承认妨害传染病防治罪等三种具体危险犯的罪过形式兼具故意和过失的情况下,也就意味着该类犯罪既存在故意形态的危险犯,也存在过失形态的危险犯,即所谓的过失危险犯。然而,在刑法学理上及刑事立法中,故意犯罪存在危险犯几无争议,但能否因为过失行为所造成的危险状态,以过失危险犯来追究行为人的刑事责任,则是存在疑问的。⁽⁵⁹⁾从刑法发展进程来看,“在20世纪中期以前,刑事立法规定的过失犯罪多为结果犯,即只有发生了实际危害结果才构成犯罪”。⁽⁶⁰⁾但是,在20世纪中期以后,随着人类逐步进入风险社会,为了更加积极有效地应对来自科技、交通、生物、环境等领域的公共危险,对过失犯罪也开始进行处罚前置化,因而也就产生了过失危险犯。例如,大陆法系的德国、日本、法国、意大利、瑞士、俄罗斯等国,英美法系的英国和美国等国,都出现了过失危险犯的立法,但一般都限于危

(57) [英]吉米·边沁《立法理论》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第378页。

(58) 鉴于近年来国内外疫情形势的严峻化,有必要提高妨害国境卫生检疫罪和妨害动植物防疫、检疫罪的法定刑,但动植物疫情毕竟不同于人类的传染病,故后者的法定刑可相对低一些。

(59) 参见贺国荣《再议过失危险犯——兼论事故类犯罪危险犯的设立》,载《河北法学》2017年第10期,第161-162页。

(60) 储槐植、蒋建峰《过失危险犯之存在性与可存在性思考》,载《政法论坛》2004年第1期,第121页。

害公共安全领域。⁽⁶¹⁾同时,过失危险犯也主要表现为过失的具体危险犯,过失的抽象危险犯数量很少,所以过失危险犯通常指的就是前者。在我国,随着刑法的预防化转型,学界要求增设过失危险犯的呼声也越来越高。而且,2020年通过的《刑法修正案(十一)》第4条已经在生产、作业领域明确设立了过失危险犯。⁽⁶²⁾不过,依然有论者认为,“在我国目前行政处罚与刑事处罚的双重制裁体制下,没有发生实害结果的过失行为,仍然属于行政处罚的范畴,还没有达到刑事处罚的程度。”⁽⁶³⁾

对此,笔者认为,如果将过失危险犯理解为过失的具体危险犯,这种立法形式并非不可以考虑⁽⁶⁴⁾;但是,由于我国采取的是“刑罚+行政处罚”的双层次制裁体系,根据制裁上的比例原则,即便需要在刑法中设置过失危险犯,也只能将其限定在一个非常狭窄的高风险领域。至少,在公共卫生领域,是并无必要设置过失危险犯的。具体理由是:一方面,该领域的相关规定多具有专业性特点,普通公众的认识程度并不高,加之疫情防控期间人们往往处于紧张、慌乱的状态,偶有过失违反规定的行为,只要不造成严重后果,适用行政处罚(或处分)已足以实现惩治和预防效果。另一方面,对于那些故意违反规定实施危险行为的,通过设置抽象危险犯或准抽象危险犯即可进行有效规制,过失危险犯同样没有存在的必要。换句话说,抽象危险犯或准抽象危险犯已经“通过使刑罚不再受制于结果,而只取决于不谨慎的行为,填补了过失领域的这一漏洞。”⁽⁶⁵⁾

基于此,在已经将“妨害传染病防治罪”等三种故意犯罪设置为准抽象危险犯的情况下,对于“过失妨害传染病防治罪”等三种过失犯罪,并无必要再设置过失危险犯,采取传统的实害犯或结果犯设置形式即可。也就是说,只有在过失引起相关传染病传播或者重大动植物疫情时,才可进行刑事处罚。同时,由于过失的责任程度要明显低于故意,所以其法定刑也应当低于相应故意犯罪的法定刑。具体而言,在这一方面,可以效仿《刑法》第334条对非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪和采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪的规定,将过失犯罪的法定最高刑与相应故意犯罪之危险犯(基本犯)的法定最高刑保持相当。至于其法定最低刑,则可以适当提高,如设置为拘役刑。

(全文共 20,102 字)

(61) 参见冀莹《过失危险犯的基础及边界——以刑法的风险控制功能为视角》,载陈兴良主编《刑事法评论》第28卷,北京大学出版社2011年版,第171-172页。

(62) 根据该条规定的违反有关安全管理规定的具体情形,如果是故意造成“发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险”,则可能构成以危险方法危害公共安全罪,而不是仅成立本罪。

(63) 陈兴良《过失犯的危险犯:以中德立法比较为视角》,载《政治与法律》2014年第5期,第15页。

(64) 过失的抽象危险犯基本不具备刑事可罚性。

(65) [德]约尔格·艾泽勒《抽象危险型犯罪的立法缘由和界限》,蔡桂生译,载《法治社会》2019年第4期,第114页。