

## 妨害传染病防治罪中“有传播严重危险”的法教义学分析

陶旭蕾 王鹏祥

**摘要** | 刑法第330条中“有传播严重危险”在理解时应以公共卫生法益为导向，体现出“危险公共性”的内涵。危险的公共性表现为行为导致结果向第三人及以外扩张的可能性及社会性。不能因为存在“引起甲类传染病传播”实害结果的并列规定，便遮掩该罪为具体危险犯的本质。“有传播严重危险”以侵害对象的客观存在为前提，在判断上可以借鉴德国的“偶然性说”：如果危险未现实化的原因是由偶然因素导致的就应当肯定具体危险的存在。妨害传染病防治罪是故意犯，以行为人对“有传播严重危险”存在认识为必要。

**关键词** | 妨害传染病防治罪；有传播严重危险；具体危险犯；过失犯

**作者简介** | 陶旭蕾，中南财经政法大学刑事司法学院博士研究生，主要从事比较刑法研究。

王鹏祥，河南师范大学法学教授，法学博士，主要从事比较刑法研究。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



新冠疫情暴发后，最高法、最高检、公安部、司法部于2020年2月5日印发《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》的通知（法发〔2020〕7号）（以下简称《防控意见》）为疫情防控工作的开展保驾护航。妨害传染病防治罪被迅速激活、大量适用。甚至有学者在梳理该罪的立法及司法适用变迁后，感叹该罪的适用“不鸣则已，一鸣惊人”。<sup>[1]</sup>作为该罪结果要件之一的“有传播严重危险”在理解时仍然欠缺必要的规范性。后疫情时代强化对该要件的理解，对于妨害传染病防治罪在未来的认定具有重要的理

论和现实意义。

### 一、“有传播严重危险”应当体现公共卫生法益的“公共”内涵

#### （一）本罪侵犯的法益实质是公众的生命健康安全

法益概念是建构现代刑法的基石，论者普遍承

[1] 欧阳本祺：《妨害传染病防治罪客观要件的法教义学分析》，《东方法学》2020年第3期。

认刑法的“法益保护”功能,甚至视为最重要的功能,或是刑法目的结合,而认为法益保护是刑法存在或正当化的根据。<sup>[1]</sup>法益具有立法规制机能和司法解释机能,在理解“有传播严重危险时”应当以本罪的法益为指导展开。那么,妨害传染病防治罪侵犯的法益是什么呢?从形式上看,该罪规定在刑法分则第六章第五节危害公共卫生罪中,因此,从章节安排看,该罪侵犯的法益是公共卫生,具体而言是国家对公共卫生的管理秩序。从实质上看,根据德国法益二元论,法益可以被区分为个人法益与集体法益,国家对公共卫生的管理秩序性质上属于集体法益。现代社会集体法益逐渐显示出其保护的独立性和有效性,但是其模糊性和抽象性的客观存在导致无法有效发挥对犯罪成立的限缩作用。甚至,“所谓国家法益或社会法益,难免是专制国家统治者剥削人民利益,或是封建之社会集团钳制人类思想或行为,桎梏人性尊严之障眼法而已。”<sup>[2]</sup>因此,整体而言,多数学者试图维持法益的人本特色,并借助于个人法益实现集体法益的明确性,以此作为集体法益扩张的必要限制。按照个人中心一元论的观点,集体法益只具有“推导出来”的机能。“社会的法益、国家的法益也并不是作为超个人的具有自己目的的存在,而是应该被看作是个人生命、身体、自由、名誉、财产等各个人的‘总合’‘集合体’或者是作为这些利益的保护机构而被刑法保护。”<sup>[3]</sup>

国家对公共卫生管理秩序的保护根本上服务于公众的人身健康安全的保护,离开对个人安全法益的保护秩序法益的保护便欠缺保护的实质基础。因此,妨害传染病防治罪所侵犯的是复合法益:国家对公共卫生的管理秩序与公众的生命健康安全。在二者的关系上,即使认为存在位阶关系,也不应当认为“第一位阶是制度的法益,第二位阶是个人的法益”<sup>[4]</sup>。反而应当将公众的生命健康安全置于首位,作为秩序保护的实质内容。

## (二)“公共”内涵的理解

公众的生命健康安全属于公共安全的范畴,应当体现公共安全中“公共性”的要求。一方面从秩序法益的实质内涵看,妨害社会管理秩序罪主要是为了保障国家行政管理职能的有效实施而规定的犯罪。妨害传染病防治罪虽然侵犯了国家对公共卫生

的管理秩序,但最重要的还是侵犯了人民群众的生命健康安全,保护人民群众的生命健康安全是设置该罪的根本目的。“之所以未将其纳入公共安全罪章节,可能是立法者认为对社会管理秩序的保护重于公共安全的保护。”<sup>[5]</sup>另一方面从公共安全的内容看,公共安全重在对人身安全的保护。财产安全的保护主要是侵犯财产罪的任务,财产损失只有在与人身安全相关联时才能成为公共安全保护的對象。此外,参看其他国家的刑法规定,如奥地利、意大利、瑞士、西班牙等国都将危害公共卫生罪纳入危害国家安全罪中。以上情况表明,公共卫生实质上属于公共安全的范畴。成立妨害传染病防治罪以“公共性”为必要,应与“公共安全”中的“公共”进行同一理解。

如何理解公共安全中的“公共”?“公共安全”的“公共”,体现的是危险的“公共性”,有别于危险的“个别性”。在对“公共”的理解上,通说坚持“不特定或多数人”的见解。通过增加“不特定”的概念将不特定少数人纳入“公共”的范围以实现保护的周延性。“所谓‘不特定’,不应狭隘地理解为对象的不特定,也应将结果不特定包括在内。行为人无法提前预料可能侵害的对象,也无法控制可能产生结果的范围。”<sup>[6]</sup>行为对象具有不确定性、侵害结果不确定,但这种基于日常生活现象的归纳概括并不能揭示“公共性”的本质内涵。不特定应主要理解为正常发展状态下侵害结果向第三人及他人扩张的可能性。例如,交通肇事后逃离肇事现场,慌乱中的驾驶行为可能危及公共安全。其危险公共

[1] 黄宗旻:《法益论的局限与困境:无法发展立法论机能的历史因素解明》,《台大法学论丛》2019年第1期。

[2] 黄荣坚:《刑罚的极限》,元照出版有限公司1998年版,第222页。

[3] [日]关哲夫:《现代社会中法益论的课题》,王充译,《刑法论丛》,法律出版社2007年版,第353页。

[4] 秦长森:《妨害传染病防治罪法益理论的教义学研究》,《医学与法学》2020年第5期。

[5] 李希慧:《妨害社会管理秩序罪新论》,武汉大学出版社2001年版,第442页。

[6] 文盛堂:《危害公共安全罪》,中国法制出版社2014年版,第20页。

性主要是正常发展情况下侵害结果可能扩张至第三人及其以外的人,从而导致侵害后果产生“一生二,二生三,三生四”的波及效应。同时,公共性具有共享、公用之意,体现的是享用的不排斥性,对立面是私密性。“公共”具有社会属性,需要按照一般社会观念来认定。因此,“公共”主要体现为行为向第三人及以外的人扩张的可能性与社会性。

### (三) 法益导向下“有传播严重危险”的要求

基于上述分析,“有传播严重危险”在理解时应当体现“公共”的实质内涵。换言之,妨害传染病防治的行为应当具有导致传染病向第三人及以外的人扩张的可能性,同时,“有传播严重危险”必须指向“公众”,在观念上满足公共的社会性。

情形 1: 行为人故意隐瞒活动轨迹或者拒绝执行防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施后,又去拜访特定人员王某、李某(其间未遇到任何人)。这一情形类似于行为人实施多次行为,并不能导致新冠肺炎向第三人及以外人传播的可能性,属于针对个人法益实施的多次侵害行为。这一情形在实践中出现较少,因为行为人通常情况下存有间接故意或过失心态,在活动中接触的人员的较多容易达到“公共性”的要求。例如,在常江妨害传染病防治案<sup>[1]</sup>中,被告人常江作为武汉返京人员,未如实报告情况且为主动居家隔离观察,导致新冠病毒向社会传播,20多人被隔离观察。

情形 2: 行为人拒绝进行隔离观察,从医院逃回家中,造成家中亲属多人患有新冠肺炎的。这一情形表面上看满足“多数”的要求,并且导致了新冠肺炎向其中一个亲人及其他亲人传播。然而,仔细分析可以发现,新冠肺炎始终局限在家中,并不会导致传播链条的不断延伸,事实上只能在特定人中间传播,并且观念上不能视为具备了公共的社会性,因此,不能认定为妨害传染病防治罪。

## 二、实害结果的并列规定并不能掩盖本罪为具体危险犯的本质

### (一) 并列规定的解读: 本罪的实质为具体危险犯

刑法第 330 条将“有传播严重危险”与“引起甲类传染病传播”进行并列规定,因而有观点认为,该罪不是纯粹的结果犯,而是体现为结果犯与危险

犯交织的形态。<sup>[2]</sup>存在疑问的是,立法者何以将结果犯与危险犯进行并列规定?原则上二者违法的程度不同,应当适用不同的法定刑。例如,刑法第 115 条第 1 款以危险方法危害公共安全罪的法定刑明显重于 114 条危险犯的场合。针对该现象,有学者认为,该种规定是合理的,体现了危害公共安全罪的特殊性。传染病的实际传播与危险传播难以区别,也无须区别。<sup>[3]</sup>笔者对此深表赞同,并认为问题的关键在于传染病引发结果的特殊性,并不同于一般意义上引发实际的物质结果。立法者将结果犯与危险犯适用同等的规定,并不意味着该罪重在对妨害传染病防治行为本身的禁止,而舍弃了对结果要素的考量。准确的理解应当是,立法者禁止妨害传染病防治行为产生的对公共卫生的具体危险状态,至于是否发生实害结果,相对而言并不重要。之所以进行结果要件的规定,恰恰是考虑到社会现实中具体危险状态与实害结果的紧密关联性。因此,并不能因为结果犯规定的存在便否认该罪是具体危险犯的本质。

### (二) 具体危险犯要求以侵害对象的客观存在为前提

如前所述,妨害传染病防治罪的本质是具体危险犯。“具体危险犯的犯罪形态,要求行为客体或所要保护的法益存在着客观危险,始可能成立犯罪。而抽象危险犯是立法者将一些被认为对法益具有典型危险的行为,描述成犯罪构成要件。”<sup>[4]</sup>如果认为该罪是抽象危险犯,这样的结论是不合理的。抽象危险犯是立法者推定或拟制的危险,通常只要具备行为就能够直接表明行为的危险性。显然,对于具体危险与实害结果的规定多此一举。在承认该罪实质上是具体危险犯的基础上,应当认为“具体危险犯中之具体危险,使法益侵害之可能具体地达

[1] 北京市房山区人民法院(2020)京0111刑初165号。

[2] 朱建华:《刑法分论》(第三版),法律出版社2018年版,第362页。

[3] 欧阳本祺:《妨害传染病防治罪客观要件的法教义学分析》,《东方法学》2020年第3期。

[4] 王皇玉:《论危险犯》,《月旦法学杂志》2008年第159期。

到现实化之程度，需行为具有发生侵害结果之可能性（危险之结果）。”<sup>[1]</sup>因此，从具体危险犯的原理出发，“有传播严重危险”应当要求危险的现实性。

那么，应该如何理解危险的现实性呢？具体危险犯的现实危险是相对于实害结果而言，行为制造了实害结果遭受现实侵害的危险状态。那么，该罪可能造成的实害结果是什么呢？必然是公共卫生法益所指涉的具体对象“人”实现法益侵害的现实化。这就要求危险现实性必然以行为客体的存在为前提，缺乏行为客体，便不存在避免实害结果的现实可能，所谓危险状态的制造更无从谈起。据此，即使违反了传染病防治法相关预防、控制的规定，进入到诸如酒吧、电影院、公共汽车等公共场所，但如果公共场所客观上不存在侵害对象（一般应当三人），就不能认为具有危险的现实性。如果公共场所不存在现实的侵害对象，而认定为妨害传染病防治罪。如此，就是以“抽象的人”替代“具体的人”肯定危险的存在，违反具体危险犯的基本原理。

### （三）“有传播严重危险”的具体判断

应该如何具体判断“有传播严重危险”？司法实践中，多数判决将“造成多人被集中隔离医学观察”作为认定“有传播严重危险”的具体标准。以张文斌、季琴菊妨害传染病防治案为典型，判决书中指出，被告人违反传染病防治法的规定，不配合疫情防控工作，致大量人员未被及时隔离，又造成了包括医务人员在内的多人被集中隔离，引起新冠病毒传播的严重危险，已构成妨害传染病防治罪。<sup>[2]</sup>“造成多人被集中隔离医学观察”的标准是否合适？该标准事实上是一个“未达终局”的标准，仍需要根据隔离观察的结果进行分流：已感染、未感染、部分感染部分未感染，而只有未感染的情况下才能说是“有传播严重危险”。因此，该标准对于“有传播严重危险”的判断并不恰当。

日本刑法通说认为，“无论是具体、现实的危险，还是抽象的危险，它们都以实质危险的发生作为构成要件要素，但具体的危险犯的危险是高度的危险，而抽象的危险犯的危险是比较缓和的危险。”<sup>[3]</sup>这种程度区分的论调，由于缺乏明确的判断标准，严格而言，对于危险现实性的把握并无助益。相比而言，德国刑法在具体危险的

判断提供了一定的标准。按照德国刑法学者希尔施（Hirsch）的观点，所谓具体危险是一种“实害结果的发生取决于‘偶然’”的状态。具体而言，如果说“被害客体处于实害结果发生与否取决于偶然”的具体危险状态，则当然就表示了被害客体正处于“行为所制造危险的影响范围内”，是一种由危险转变为实害结果的“中间状态”。<sup>[4]</sup>至于“偶然”的理解，文献上发展出两种代表性立场：从自然科学的视角出发，德国学者霍恩（Horn）认为，“具体危险是某种状态依据自然科学的法则可以断定是某种损害发生的原因，但无法解释事实上没有发生，损害发生的不可解释性是其主张危险概念的核心。”<sup>[5]</sup>从霍恩（Horn）的观点出发，对于危险的判断分为两个步骤：首先，根据一般性因果法则，确认某种事实状态在经验是法益侵害发生的原因；其次，通过“不可解释性”法则，如果损害没有发生，且对事实上损害不发生无法做出科学的解释，就属于偶然。从规范的观点出发，许乃曼（Schünemann）则认为，“所谓偶然具体是指所有结果不发生的原因在一般状况下并不在计划之内，而是因为受害人特殊的技巧或者其他无法支配的幸运因素所致。”<sup>[6]</sup>据此，如果法益免受侵害只能诉诸人们不能信赖的，表现为受害者的技术或幸运的伴随情况这种“偶然”时，具体危险犯的刑事责任不能被排除。德国刑法立足于危险未现实化的原因（反面）来

[1] 黄惠婷：《妨害公众往来安全罪》，《台湾法学杂志》2015年第277期。

[2] 浙江省青田县人民法院（2020）浙1121刑初44号。

[3] [日]山口厚：《刑法总论》（第二版），有斐阁2007年版，第46页。

[4] 恽纯良：《抽象危险犯作为抗制环境犯罪的基本手段》，《月旦刑事法评论》2018年第8期。

[5] Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, S. 159. 转引自郝艳斌：《风险刑法——以危险犯为中心的展开》，中国政法大学出版社2012年版，第242页。

[6] Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, S. 796f. 转引自恽纯良：《抽象危险犯作为抗制环境犯罪的基本手段》，载《月旦刑事法评论》2018年第8期。

确定是否为具体的危险，如果原因无法科学解释或者只能诉诸无法信赖的情况，就肯定具体危险的存在。

上述观点，在具体危险犯的判断上提供了可供借鉴的标准。相对于抽象危险犯，具体危险犯之所以具体，在于需要结合具体的时空环境判断行为的危险性。例如，新冠肺炎病人近距离接触他人时，通常具有造成他人感染的现实可能性，然而最终他人未感染的原因是特殊体质（天生对新冠肺炎免疫）、恰好避开病毒的感染路径、采取了较好的防护措施、客观上通风效果良好等这样的偶然因素时，应当认为“有传播的严重危险”。因此，应当在个案中判断危险未转化为实害结果的原因，观察该原因是否偶然。如果原因属于偶然的因素，应当认为具体危险的状态已经创设。又如，隐瞒曾经在武汉居住并与武汉人进行接触的事实，违反防疫工作的要求，与多人聚集谈话或者打麻将，客观上虽然并未引发新冠病毒传播的后果，但是危险未现实化的原因是虽然与高度危险区有接触，但是碰巧没有接触新冠病毒携带者。在高风险地区这种“幸运因素”应当认为是偶然的，因而应当承认具体危险的存在。

### 三、行为人主观上应当对“有传播严重危险”存在认识

在确定“有传播严重危险”具体判断标准的基础上，需要追问的是行为人是否需要对此一具体危险结果存在认识。这直接与该罪的主观罪过相关联，在理论上存在诸多争议。

#### （一）代表性争论

##### 1. 无须认识

通说观点认为该罪为过失犯。“即应当预见违反传染病防治规定的行为可能发生引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见但轻信能够避免。”<sup>[1]</sup>此外，混合罪过说认为，行为人对实行行为是故意，对危害结果则是过失。无论是过失说还是混合罪过说，都不要求对妨害传染病罪的具体危险结果存在认识。

##### 2. 需要认识

该观点认为该罪是故意犯罪。以陈兴良教授

的观点为代表，认为“引起甲类传染病传播或有传播严重危险是违反传染病防治法一般行政违法行为与犯罪行为的重要界限，体现的是刑事政策的精神。肯定该罪为故意犯罪，更能够限缩刑罚范围”<sup>[2]</sup>。相同的观点，如黎宏教授坚持，从实行行为看，行为人多半是明知故犯，说行为人为时可能对可能引起的后果没有认识，是难以想象的。<sup>[3]</sup>上述观点都认为，对于“有传播严重危险”需要有认识。

#### 3. 认识可能性

张明楷教授将“有传播严重危险”视为客观超过要素。妨害传染病防治罪是故意犯，这个故意仅限于对行为本身的故意，不包括对行为严重后果的故意。“如果认为对危害后果存在故意，就不能对该罪与危害公共安全罪进行合适的区分，也不能做到罪刑相适应。”<sup>[4]</sup>论者在专著中更详细解释，对该危害结果虽然不要求希望或放任的态度，但要求有认识的可能性。<sup>[5]</sup>如此，“认识可能性”的立场似乎在无须认识与需要认识之间走向了中间立场。

#### （二）观点上的评析

行为人是否需要“有传播严重危险”存在认识，直接关系到该罪的处罚范围。整体而言，过失说或混合罪过说立足于过失犯说立场处罚范围相对较宽，而故意犯说处罚范围相对较窄。

无须认识说不需要对具体危险存在认识，如此，对于行为人实施的妨害传染病防治的行为究竟是一般的行政违法行为，抑或是犯罪行为导致评价上的困难。同时，该说立足于过失说的立场，事实上就会导致我国刑法中出现过失危险犯的规

[1] 阮齐林：《中国刑法各罪论》，中国政法大学出版社2016年版，第406页。

[2] 陈兴良：《过失犯的危险犯：以中德立法比较为视角》，《政治与法律》2014年第5期。

[3] 黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第854页。

[4] 张明楷：《“客观超过要素概念”之提倡》，《法学研究》1999年第3期。

[5] 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第985页。

定。根据过失犯的原理，过失以实害结果的发生为必要，如果将实害结果替换为危险结果，必然导致入罪门槛降低，容易成立犯罪，也容易扩大处罚范围。

需要认识说考虑到了不同的妨害传染病防治秩序的行为需要与一般行政违法行为进行区分，因此，通过强化对具体危险的认识实现不同类型行为不法的区分，因此该说具有合理性之处。不过，故意过失通常针对的是结果而言，而需要认识说则认为该罪是故意犯的论证立足于行为层面，在论证上仍存在质疑。

认识可能性说试图使该罪在成立上不至于过宽或过严，这种调和的论调具有一定的合理性。然而，认识可能性在概念本身就存在判断的困难。究竟何时具有认识可能，何时不具有认识的可能，在判断上至少是困难的。最终，认识可能性说接近需要认识说，毕竟无法完全否认认识的可能性。

### （三）应当确定行为人对“有传播严重危险”存在认识

相比较而言，需要认识说更具有说服力。妨害传染病防治罪应属于故意犯，要求对具体危险存在认识。故意是明知自己的行为会发生危害结果而希望或放任的心理态度，因此，故意的把握既不应按照行为，也不应按照结果，而是应当在行为与结果的因果链条中把握行为人的主观心态。只有在行为人实施违反妨害传染病防治法行为的同时认

识到具体的危险而仍然实施行为时才具有刑事处罚的必要性和合理性。如果认为该罪是过失犯，就会导致实施了妨害传染病防治的行为被扩张认定为犯罪，导致处罚不合理。例如，违反居家隔离规定外出的行为、拒绝报告活动轨迹而外出的行为、在人多场合聚集的行为，这些妨害传染病防治秩序的行为客观上都可能因为对具体危险认识上的过失而成为刑事处罚的对象，入罪容易，也容易将一般行政违法行为扩张认定为犯罪。需要注意的是，不能以法定刑幅度倒推该罪是过失犯，这样的推论是不准确的。完全可能是因为该罪是故意犯，而其实行为多为不作为犯，其在不法的程度上相对较轻，如此，导致作为故意犯的犯罪类型体现出过失犯的法定刑幅度。

## 四、结语

妨害传染病防治罪在疫情期间对于公共卫生秩序的维护、公众身体健康安全的保护发挥着至关重要的作用。该罪所保护的法益公共卫生实质是公众的生命健康安全，其中公共性应体现为向第三人及以外的人扩张的可能性和社会性。该罪在性质上是具体危险犯，要求以侵害客体的存在为前提，可以从实害结果不发生的原因进行具体的危险判断。将该罪确定为故意犯是恰当的，避免导致处罚范围过宽，带来处罚范围的不合理，因而对于“有传播严重危险”需要行为人对此存在认识。