

惩治妨害传染病防治违法犯罪 应注重把握“刑行衔接”

上海市浦东新区人民检察院课题组

疫情防控刑事治理的一体化司法理念

2020 年初以来，新冠肺炎疫情蔓延全球，目前许多国家仍处于疫情防控时期，公共卫生安全风险凸显。为了保障公民生命健康和公共安全，国家司法机关制定实施了相关政策文件、典型案例和司法适用解释，严厉打击妨害疫情防控的违法犯罪行为。2020 年 2 月 6 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布《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》（以下简称《意见》）。从法律性质上看，《意见》是“两高两部”联合制定、发布并实施的政策文件，用于指导“两高”的刑事审判和检察工作和“两部”的刑事侦查和执法活动。疫情防控时期，把严重的妨害疫情防控行为纳入刑法规制范畴是特殊时期刑事政策下回应民众司法期待和国家治理的需要。刑法作为治国理政的重要工具，刑事立法与适用亦须确立刑事一体化司法理念，遵循刑事法律体系的内在规律，正确处理好刑法与行政法、刑事犯罪与行政违法、刑事处罚与行政处罚的关系。

在妨害传染病防治违法犯罪的认定和

处理过程中，应将一般违法行为置于行政处罚环节，保持刑法的“保障法”地位，发挥惩治与预防的双重功能，实现“整体大于部分之和”的体系功能。第一，自由保障理念。面对突发公共卫生事件，刑法将保障防线适当前移，是社会治理的需要，但刑法在实现法益保护功能时，其自由保障功能亦应受到重视。2020《意见》在“从严从重”处罚妨害疫情防控犯罪的同时，亦通过规定一些出罪条款体现罪刑法定及宽严相济的刑事司法政策。第二，谦抑性理念。在行政法上存在妨害传染病防治行政责任的前提下，更为严厉的刑罚惩治的介入需要克制，以防止过度干预。第三，预防犯罪理念。在刑事司法中，我们往往将精力集中在打击犯罪，常常容易忽视刑法预防犯罪的目的。在疫情防控过程中，很多案件行为入本身亦是疫情本身的受害者，且大多数为初犯偶犯，在对其违法责任评价时，应综合考虑其违法动因、程度、结果等，结合罪刑均衡原理，若不科处刑罚更有利于预防目的实现，则应作出捕、不诉等处理结果。



资料图片

妨害疫情防控行为的刑事违法性判断

我国《刑法》关于妨害传染病防治罪的罪状设置，决定了要解决妨害疫情防控刑事违法性的判断，就需从体系解释角度出发解决行、刑衔接前提，进而结合妨害传染病防治罪的构成要件作进一步分析。

1. 遵循体系解释是厘清行为性质的前提

“妨害传染病防治犯罪属于典型的法定犯，其罪状设置和司法认定都要依赖于传染病防治管理法律法规作为前置性规范，在很大程度上，后者决定刑法条文所规范的范围和力度。妨害疫情防控行为的刑事违法性是认定犯罪的客观基础，刑事违法性判断是具有层次性的，须置于刑法体系中予以整体性把握，进行刑事违法性判断。司法实践中，应遵循以下几点：第一，若民法或行政法认定为合法行为，那就无刑事违法性，这可作为排除刑事违法性的事由；第二，若民法或行政法没有规定、或者行为本身就不违法，那么刑事违法性的认定则不需要一般违法性判断为前提；第三，即使民法或行政法判定为违法行为，也不当然存在刑事违法性，应当根据刑法规范及相关司法解释来进行综合判定。基于妨害传染病防治罪的行政从属性，本文探讨仅涉及上述第三种情况，故要从概念从属性和构成要件从属性两个方面分析：首先，刑法所涉及的专业概念及相关术语的判断，需要借助于传染病防治法律法规来予以认定；其次，行为人妨害疫情防控行为的客观行为方式，是否系“违反传染病防治法”，是判断行为刑事违法性的前提。

2020 年《意见》规定，确诊和疑似病人、病原体携带者之外的其他人员拒绝执行疫情防控措施，引起新冠病毒传播或者有传播严重危险的，以妨害传染病防治罪论处。对于“违反疫情防控措施”的认定，应从以下两个层面分析：其一，相关法律法规，或者是地方政府和有关部门依据上述法律法规制定实施的有关疫情预防、控制措施的规定，是认定该行为的依据和前提，因此，若行为人违反了上述规定，即可认定为罪状中要求关于“违反传染病防治法”的行为；其二，对于要求所有返城人员都集中在指定地点进行隔离的规定应当谨慎，若返程人员在非确诊传染病人、疑似病人，就因其违反集中隔离规定而认定其系拒绝执行疫情

防控措施进行处置，就侵犯了公民人身自由基本权利。

2. 对构成要件的把握有助于划分罪与非罪的界限

在从体系解释角度解决罪名认定前提下，把握妨害传染病防治法的构成要件对于区分罪与非罪有重要意义。涉及到妨害传染病防治罪的构成要件，在司法实践中，仍然存在对于行为人主观方面不明确，区分行政违法和刑事违法的关键因素（即行为后果的判断）标准不明的情况。从犯罪构成要件角度，对于妨害疫情防控行为的刑事违法性判断，需从两个层次展开：首先，基于体系解释原理，结合行为后果认定行为是否涉及行政违法，进而判断行为结果是否达到刑法规定的处理标准，即是否“引起甲类传染病传播”或导致“传播严重危险”。从我国《刑法》第 330 条的罪状设置来看，妨害传染病防治罪既处罚害害犯、又处罚危险犯。实践中，对于害害犯的判断是比较容易的，只需判定行为有无导致不特定多数人感染、或者造成病情在一定范围内扩散；但对于危险犯中的“传播严重危险”较难判断，这需要综合案情证明行为人的行为极有可能造成疾病传播但又未实际引起传播的情况。

根据刑法及传染病防治法的规定，在已经出现甲类传染病疫情的情况下，存在以下情形之一，应当认定为有引起甲类传染病传播的严重危险：（1）在饮用水中以及食品中检出甲类传染病病原体；（2）含有甲类传染病病原体的污水、污物、粪便扩散到社会上；（3）甲类传染病病人、病原携带者未被隔离；（4）未将携带有甲类传染病病原体的鼠类、蚊、蝇以及其他病媒动物、昆虫与人类隔离；（5）其他有引起甲类传染病在社会上流行的严重危险的情形。其次，综合案发时间（行为与国家宣布进入抗疫紧急状态或专家对病毒是否具有人传人等特性的时间先后）、行为人的行为特点（是否按照规定采取必要的防疫措施）等方面判断行为人的主观方面是否具备当罚性。如果行为人出现了疑似症状、尚未进入任何医学诊断程序，仅通过推定医生生理应对新冠病毒感染有主观明知，进而认定其密切接触患者具备危害公共安全的故意，按照以危险方法危害公共安全罪定性显然是不合理的。

疫情防控刑行衔接的立法与司法路径

1. 立法路径

我国《传染病防治法》提供了行政法规直接依据，而该法中“构成犯罪的，依法追究刑事责任”条款又为刑法适用提供了出场机会。面对形势严峻的疫情防控，国家虽然通过解释、意见、典型案例发布提供了指引，但似乎并没有有效解决人为拔高或者降低刑罚力度的问题，根源在于上述途径无法解决现行立法不明确、不周延的问题。因此，有必要通过立法的方式实现合理统一的犯罪标准和处罚尺度。具体到妨害传染病防治的法律法规，系在特殊的疫情防控中才会得以运用，存在“不用则已，一用事关重大”的两面性，因而更应当通过明确性解决刑法对民众的突袭和为司法提供标尺。对此，配置附属刑法不失为一种有效的方式。在附属刑法中，针对传染病防治，细化关于防控措施、公民义务的规定，尽可能明确妨害传染病罪的犯罪构成、刑法设置，减少兜底性条款的适用。比如，对于《刑法》第 330 条中“传播危险”该如何界定，是从量还是质的角度去解决，针对实害犯和危险犯，应区分法定刑的幅度。

如前分析，对于传染病防治的刑行衔接，要坚持谦抑原则、重视预防目的，即明确非刑法手段适用的优先性。基于此，在立法层面把行政处罚优先以规范的形式予以确认，显得尤为必要。对于一般的违反传染病防治规定，虽客观上存在一定的传播传染病的风险，但尚未造成严重后果的，可以引入“刑罚阻却事由”作为解决“需罚性”的问题，比如行为人违反了传染病防治法规定，但立即采取补救措施，及时消除或者减少疫情传播风险，就可以在刑事责任上予以豁免。

2. 司法路径

刑事司法应严格遵循体系解释原理，把握妨害传染病防治罪刑行衔接处理原则、坚守罪与非罪的界限、注重法益恢复和预防效果的实现。首先，妨害传染病防治罪的法定犯特性，决定了应当依据于《妨害

传染病防治法》等行政法规的规定，来考量其刑法设置和司法认定：若行为人的行为没有违反行政法规的规定，自然不应不评价为刑事违法；若行为人的行为违反了行政法规，亦不必要导致刑事违法，应结合案情、依据《刑法》第 330 条及相关司法解释、意见进行认定。其次，在确认行为实施了违反传染病防治法的行为时，要深入进行刑事当罚性分析，严格把握罪与非罪的界限。详言之，在行政违法前置条件成立的情况下，认定妨害传染病防治罪的关键在于分析行为是否引起传染病的传播或者引起传播的严重危险，这就需要结合案件的具体情况来判断行为造成的实际损害结果，是否达到了人罪标准。若某种妨害传染病防治的行为在客观上虽然可能引发、导致传染病传播或者造成了传播的实际危险，但性质上判定并不严重，则以行政法予以规制即可。最后，在确认行为刑事违法的基础上，还应从预防和治理角度出发，采用轻刑化、非刑罚化的方式，以实现保护法益和人权的统一。对于行为人在触犯传染病防治罪后，积极采取事后补救措施或者对疫情防控起到重大贡献的人，可以从宽从快处理，加强对羁押必要性的审查、采取社区矫正方式替代监禁刑，从而通过激励行为入罪后补救实现疫情防控的良性循环。此外，对于犯罪情节轻微、不需要判处刑罚的案件，加大对不诉制度的适用，通过非刑罚方式避免特殊情势下打击面过大。

总之，刑法作为最为严厉的国家反应，并不是消极的、被动的，有必要积极介入，运用刑罚手段惩治妨害疫情防控的犯罪，保障公共卫生安全。司法机关需要运用法治思维和法治方式，在坚持罪刑法定和量刑公正的基础上，在个体权利、公共利益、国家安全之间进行利益平衡。同时，在妨害传染病防治行为的刑事治理方面，需要以刑法规范体系为视角，从刑事立法到司法，从刑罚体系内部到外部，发挥妨害疫情防控的刑法体系功能，为依法惩治和预防相关刑事犯罪提供刑事法治思维与司法对策。

（本文系最高人民检察院检察应用理论研究课题成果，课题组成员：安文录、张勇、江学、许亚洁、向倩、王端端）