

# 危害公共衛生行為的刑法防治 ——以《刑法修正案(十一)》的相關規定為中心\*

馮 軍

**摘 要：**防治危害公共衛生行為的刑法規範經歷了從簡單到複雜、從模糊到明確的演變過程，已經比較完善；《刑法修正案（十一）》對妨害傳染病防治罪的修改具有堵塞處罰漏洞、貫徹罪刑法定原則和限定處罰範圍的積極意義；在司法實踐中，應當正確區分妨害傳染病防治罪與以危險方法危害公共安全罪，只有新型冠狀病毒感染肺炎病原體的攜帶者故意不採取有效防護措施，進入醫院、養老院等虛弱人群匯集場所，實際接近該場所中的虛弱人員，引起新型冠狀病毒傳播危險或者造成新型冠狀病毒傳播的，才能依照刑法第114條、第115條第1款的規定，以以危險方法危害公共安全罪定罪處罰，否則，充其量只能依照刑法第330條的規定，以妨害傳染病防治罪定罪處罰。

**關鍵詞：**公共衛生 《刑法修正案（十一）》 刑法防治 危害公共衛生行為

## Criminal Prevention of Endangering Public Health Behavior: Focus on *The Amendment XI to the Criminal Law*

FENG Jun

(The Research Center of Criminal Jurisprudence, Renmin University of China)

**Abstract:** The criminal norms on prevention and regulation of the acts of impairing public health have gone through the evolution, which is from simple to complex, from vague to clear, and have been relatively perfect; in aspect of amending crime of obstructing prevention and treatment of infectious diseases, the *Amendment XI to the Criminal Law* has the positive significance that it has mended punishment loophole, abided by the principle of “nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege” and limited punishment scope; in juridical practice, it’s necessary to accurately distinguish crime of obstructing prevention and treatment of infectious diseases from crime of endangering public security by using dangerous means, only when the carrier of novel coronavirus deliberately avoids effective prevention measures, enters the gathering place of weak people, such as hospital, nursing homes and so on, is actually close to the weak people in those place, and causes a danger of the spread or the spread of novel coronavirus shall the culprit be convicted and punished by crime of endangering public security by using dangerous means in accordance with the provisions of Article 114 and paragraph 1 of Article 115 of *Criminal Law*, otherwise the culprit only can be convicted and punished by crime of obstructing prevention and treatment of infectious diseases in accordance with the provisions of Article 330 of *Criminal Law*.

**Keywords:** public health, *The Amendment XI to the Criminal Law*, prevention and regulation by criminal law, the acts of impairing public health

\* 本文發表於澳門理工學院“一國兩制”研究中心於2020年11月20日主辦的“‘一國兩制’ 高端論壇2020——澳門特別行政區依法施政與社會治理的願景與展望”。

收稿日期：2020年11月20日

作者簡介：馮軍，中國人民大學刑事法律科學研究中心研究員

## 一、引言

庚子年間，新冠病毒的蔓延、肆虐，不僅在全世界造成了巨大的人員傷亡和財產損失，而且極大地改變了全人類的自由生活方式，讓我們深刻認識到積極運用刑法預防和懲治危害公共衛生行為的重要性。在這種背景下，於2020年12月26日公佈、並於2021年3月1日起施行的《中華人民共和國刑法修正案（十一）》（以下簡稱“《刑法修正案（十一）》”）對中國刑法分則第六章第五節規定的危害公共衛生罪進行了完善，增設了新的罪刑規範，具有特別明顯的現實意義。

“衛生”的字面含義是“保衛生命”，“公共衛生”即保衛公眾（不特定多數人）的生命。在現代漢語中，“公共衛生”一般是指國家為保護人民生命、改善人民健康所採取的一切必要措施。所謂危害公共衛生的行為，是指妨礙、破壞國家有關公共衛生的各種法規範和基於法規範所展開的各種活動的作為和不作為。在狹義上，危害公共衛生的行為是指危害國家有關疾病（特別是傳染病，包括原因性不明疾病等重大疾病）的預防、治療以及動植物防疫、檢疫等各種活動的行為；在廣義上，危害公共衛生的行為，還包括危害國家有關食品、藥品、公共環境衛生的監督、管理等各種活動的行為。中國刑法分則第六章第五節關於妨害傳染病防治罪、非法行醫罪的規定等，屬於懲治狹義的危害公共衛生行為的刑法法規範；《中國刑法》第141條關於生產、銷售假藥罪的規定、第409條關於傳染病防治失職罪的規定等，則屬於懲治廣義的危害公共衛生行為的刑法法規範。<sup>1</sup>

本文以狹義的危害公共衛生行為的刑法防治為對象，首先探討《刑法修正案（十一）》頒佈之前相關刑法法規範的歷史演變，然後說明《刑法修正案（十一）》相關規定的具體內容和主要根據，最後，闡述個人幾點初淺的相關建議。

## 二、相關刑法法規範的歷史演變

中國防治危害公共衛生行為的刑法法規範，由刑法典、刑法修正案、刑法司法解釋和刑法司法解釋性文件中的相關規定共同構成。在《刑法修正案（十一）》頒佈之前，相關的刑法法規範經歷了從簡單到複雜、從模糊到明確的演變過程。

### （一）刑法典中的相關規定

在舊刑法典（即1979《中華人民共和國刑法》）中，僅有一個條文簡單地規定了對危害公共衛生行為的防治，即舊刑法典第178條規定：“違反國境衛生檢疫規定，引起檢疫傳染病的傳播，或者有引起檢疫傳染病傳播嚴重危險的，處三年以下有期徒刑或者拘役，可以並處或者單處罰金。”很明顯，不僅該條文本身在表述上不夠簡潔（完全可以把“引起檢疫傳染病的傳播，或者有引起檢疫傳染病傳播嚴重危險的”簡潔地表述為“引起檢疫傳染病傳播或者有傳播嚴重危險的”）。而且，在刑法典中僅僅規定對違反國境衛生檢疫規定的行為予以刑罰處罰，也是完全不夠的。這是因為危害公共衛生行為的防治，不僅與國境的衛生檢疫行為相關，而且與國內的衛生檢疫行為相關，不僅與國境和國內的衛生檢疫行為相關，而且主要與傳染源的阻截和傳染病的治療相關，不僅與個人妨

<sup>1</sup> 《刑法修正案（十一）》第41條關於“以食用為目的非法獵捕、收購、運輸、出售第一款規定以外的在野外環境自然生長繁殖的陸生野生動物，情節嚴重的，依照前款的規定處罰”的規定，也間接與公共衛生相關，可以說屬於懲治廣義的危害公共衛生行為的刑法法規範。

害公共衛生的行為相關，而且與單位妨害公共衛生的行為相關。因此，可以說舊刑法典對危害公共衛生行為的防治是不充分的，它忽視了對其他大量的需要用刑罰加以處罰的危害公共衛生行為的刑法懲治。

新刑法典（即1997《中華人民共和國刑法》）進行了視角轉換。不僅注重“檢疫”。而且注重“防疫”；不僅注重在“國境”上阻截傳染病的侵入，而且注重在“國內”進行傳染病的預防和治療；不僅注重懲治危害公共衛生的“個人行為”，而且注重懲治危害公共衛生的“單位行為”，用八個條文，對危害公共衛生行為的懲治進行了比較全面的規定，形成了如下系統的相關刑法規範體系：

1. 新刑法典第330條規定了“妨害傳染病防治罪”<sup>2</sup>，該條第1款針對自然人違反傳染病防治法的規定、引起甲類傳染病的傳播或者有傳播嚴重危險的四類行為規定了刑罰處罰；第2款規定了相應的單位犯罪；第3款特別規定：“甲類傳染病的範圍，依照《中華人民共和國傳染病防治法》和國務院有關規定確定。”

2. 新刑法典第331條規定了針對自然人的“傳染病病種、毒種擴散罪”。

3. 新刑法典第332條規定了針對自然人和單位的“妨害國境衛生檢疫罪”。

4. 新刑法典第333條規定了針對自然人的“非法組織賣血罪”和“強迫賣血罪”。

5. 新刑法典第334條規定了針對自然人和單位的“非法採集、供應血液、製作、供應血液製品罪”和“採集、供應血液、製作、供應血液製品事故罪”。

6. 新刑法典第335條規定了針對自然人的“醫療事故罪”。

7. 新刑法典第336條規定了針對自然人的“非法行醫罪”和“非法進行節育手術罪”。

8. 新刑法典第337條規定了針對自然人和單位的“妨害動植物防疫、檢疫罪”。

## （二）刑法修正案中的相關規定

在新刑法典對危害公共衛生的行為進行了比較全面、系統的規定之後，2009年的《刑法修正案（七）》又對新刑法典的相關規定進行了個別的修改。《刑法修正案（七）》第11條將新刑法典第337條<sup>3</sup>修改為：“違反有關動植物防疫、檢疫的國家規定，引起重大動植物疫情的，或者有引起重大

<sup>2</sup> 該條是《刑法修正案（十一）》在危害公共衛生罪方面的主要完善對象，為明瞭修改之處，特在此註明修改前的內容：“違反傳染病防治法的規定，有下列情形之一，引起甲類傳染病的傳播或者有傳播嚴重危險的，處三年以下有期徒刑或者拘役；後果特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑：

（一）供水單位供應的飲用水不符合國家規定的衛生標準的；

（二）拒絕按照衛生防疫機構提供的衛生要求，對傳染病原體污染的污水、污物、糞便進行消毒處理的；

（三）准許或者縱容傳染病人、病原攜帶者和疑似傳染病人從事國務院衛生行政部門規定禁止從事的易使該傳染病擴散的工作的；

（四）拒絕執行衛生防疫機構依照傳染病防治法提出的預防、控制措施的。

單位犯前款罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照前款的規定處罰。

甲類傳染病的範圍，依照《中華人民共和國傳染病防治法》和國務院有關規定確定。”

<sup>3</sup> 修改前的原文是：“違反進出境動植物檢疫法的規定，逃避動植物檢疫，引起重大動植物疫情的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金。”

動植物疫情危險，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金。

單位犯前款罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照前款的規定處罰。”

這樣《刑法修正案（七）》就重視了對妨害動植物防疫行為的懲治，並通過增設具體危險犯和單位犯罪主體，加強了對妨害動植物防疫、檢疫行為的懲治。

### （三）刑法司法解釋中的相關規定

在2003年的“非典”疫情發生之後，為了指導與妨害預防、控制突發傳染病疫情相關的刑事案件的正確辦理，最高人民法院和最高人民檢察院聯合頒佈了《關於辦理妨害預防、控制突發傳染病疫情等災害的刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》（法釋〔2003〕8號）（以下簡稱“2003年《解釋》”）。該解釋對在刑法上如何正確處理突發傳染病疫情時經常發生的各種危害公共衛生的行為，用18個條文作出具體規定，其中，以下四個方面的內容涉及狹義的危害公共衛生的刑法防治：

1. 故意傳播突發傳染病病原體，危害公共安全的，依照刑法第114條、第115條第1款的規定，以危險方法危害公共安全罪定罪處罰。

患有突發傳染病或者疑似突發傳染病而拒絕接受檢疫、強制隔離或者治療，過失造成傳染病傳播，情節嚴重，危害公共安全的，依照刑法第115條第2款的規定，以過失以危險方法危害公共安全罪定罪處罰。

2. 未取得醫師執業資格非法行醫，具有造成突發傳染病人、病原攜帶者、疑似突發傳染病人貽誤診治或者造成交叉感染等嚴重情節的，依照刑法第336條第1款的規定，以非法行醫罪定罪，依法從重處罰。

3. 人民法院、人民檢察院辦理有關妨害預防、控制突發傳染病疫情等災害的刑事案件，對於有自首、立功等悔罪表現的，依法從輕、減輕、免除處罰或者依法作出不起訴決定。

4. 本解釋所稱“突發傳染病疫情等災害”，是指突然發生，造成或者可能造成社會公眾健康嚴重損害的重大傳染病疫情、群體性不明原因疾病以及其他嚴重影響公眾健康的災害。

### （四）刑法司法解釋性文件中的相關規定

在中國，最高司法機關往往會以“規定”、“意見”或者“通知”等形式發佈司法文件，這類司法文件無“法釋”編號，因此不是司法解釋，但是，是就法律適用中出現的疑難問題進行的解釋，具有普遍的約束力，屬於司法解釋性文件。為了正確辦理危害公共衛生的刑事案件，有關部門還頒佈了以下四個刑法司法解釋性文件：

#### 1. 2008年的《規定（一）》

2008年6月25日最高人民檢察院、公安部聯合頒佈了《關於公安機關管轄的刑事案件立案追訴標準的規定（一）》（以下簡稱為“2008年的《規定（一）》”），其第49條規定：

“違反傳染病防治法的規定，引起甲類或者按照甲類管理的傳染病傳播或者有傳播嚴重危險，涉嫌下列情形之一的，應予立案追訴：

（一）供水單位供應的飲用水不符合國家規定的衛生標準的；

(二) 拒絕按照疾病預防控制機構提供的衛生要求，對傳染病病原體污染的污水、污物、糞便進行消毒處理的；

(三) 准許或者縱容傳染病人、病原攜帶者和疑似傳染病人從事國務院衛生行政部門規定禁止從事的易使該傳染病擴散的工作的；

(四) 拒絕執行疾病預防控制機構依照傳染病防治法提出的預防、控制措施的。

本條和本規定第五十條規定的‘甲類傳染病’，是指鼠疫、霍亂；‘按甲類管理的傳染病’，是指乙類傳染病中傳染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽、人感染高致病性禽流感以及國務院衛生行政部門根據需要報經國務院批准公佈實施的其他需要按甲類管理的乙類傳染病和突發原因不明的傳染病。”

“2008年的《規定（一）》”將新刑法典第330條第1款中規定的“甲類傳染病”解釋為“甲類或者按照甲類管理的傳染病”，明顯擴大了新刑法典第330條的適用範圍，具有在衛生刑法領域放寬犯罪認定標準的傾向。

## 2. 2020年的《懲治妨害防控意見》

新型冠狀病毒肺炎疫情發生以後，最高人民法院、最高人民檢察院、公安部和司法部於2020年2月6日聯合頒佈了《關於依法懲治妨害新型冠狀病毒感染肺炎疫情防控違法犯罪的意見》（以下簡稱“2020年的《懲治妨害防控意見》”），針對依法懲治妨害新型冠狀病毒感染肺炎疫情防控違法犯罪行為，要求“依法嚴懲妨害疫情防控的各類違法犯罪”，並作出10條關於嚴懲妨害疫情防控的各類犯罪的具體規定，其中，下述兩個內容與狹義的危害公共衛生行為的刑法防治密切相關：

一是依法嚴懲抗拒疫情防控措施犯罪。故意傳播新型冠狀病毒感染肺炎病原體，具有下列情形之一，危害公共安全的，依照刑法第114條、第115條第1款的規定，以以危險方法危害公共安全罪定罪處罰：（1）已經確診的新型冠狀病毒感染肺炎病人、病原攜帶者，拒絕隔離治療或者隔離期未滿擅自脫離隔離治療，並進入公共場所或者公共交通工具的；（2）新型冠狀病毒感染肺炎疑似病人拒絕隔離治療或者隔離期未滿擅自脫離隔離治療，並進入公共場所或者公共交通工具，造成新型冠狀病毒傳播的。

其他拒絕執行衛生防疫機構依照傳染病防治法提出的防控措施，引起新型冠狀病毒傳播或者有傳播嚴重危險的，依照刑法第330條的規定，以妨害傳染病防治罪定罪處罰。

二是從事實驗、保藏、攜帶、運輸傳染病菌種、毒種的人員，違反國務院衛生行政部門的有關規定，造成新型冠狀病毒毒種擴散，後果嚴重的，依照刑法第331條的規定，以傳染病毒種擴散罪定罪處罰。

“2020年的《懲治妨害防控意見》”特別強調要“依法嚴懲妨害疫情防控的各類違法犯罪”，但是，該意見第10條也嚴格區分了妨害疫情防控的犯罪行為與違法行為；此外，還特別強調了要區分具體情況、恰當處置，例如，第6條第5款規定：“對虛假疫情信息案件，要依法、精準、恰當處置。對惡意編造虛假疫情信息，製造社會恐慌，挑動社會情緒，擾亂公共秩序，特別是惡意攻擊黨和政府，借機煽動顛覆國家政權、推翻社會主義制度的，要依法嚴懲。對於因輕信而傳播虛假信息，危害不大的，不以犯罪論處”；並且根據具體情況，設立了免除處罰的寬恕條款，例如第8條第

2款規定：“辦理破壞交通設施案件，要區分具體情況，依法審慎處理。對於為了防止疫情蔓延，未經批准擅自封路阻礙交通，未造成嚴重後果的，一般不以犯罪論處，由主管部門予以糾正。”可以說，“2020年的《懲治妨害防控意見》”包含着值得讚許的刑事政策取向。

### 3. 2020年的《通知》

新型肺炎疫情發生以後，國家衛生健康委、最高人民法院、最高人民檢察院和公安部於2020年2月7日聯合頒佈了《關於做好新型冠狀病毒感染肺炎疫情防控期間保障醫務人員安全維護良好醫療秩序的通知意見》（以下簡稱“2020年的《通知》”），明確將“對醫務人員實施撕扯防護用具、吐口水等行為，可能導致醫務人員感染新型冠狀病毒”或者“以暴力、威脅等方法拒不接受醫療衛生機構的檢疫、隔離、治療措施，或者阻礙醫療衛生機構依法處置傳染病患者屍體”等七類涉醫違法犯罪作為嚴厲打擊對象。

### 4. 2020年的《懲治妨害檢疫意見》

最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部和海關總署於2020年3月13日聯合頒佈《關於進一步加強國境衛生檢疫工作依法懲治妨害國境衛生檢疫違法犯罪的意見》（以下簡稱“2020年的《懲治妨害檢疫意見》”）。該《意見》第2條第2款規定了“檢疫傳染病染疫人或者染疫嫌疑人採取不如實填報健康申明卡等方式隱瞞疫情，或者偽造、塗改檢疫單、證等方式偽造情節”等六種具體的妨害國境衛生檢疫行為；該《意見》第3條第5款規定：要“堅持過罰相當。進一步規範國境衛生檢疫執法活動，切實做到嚴格規範公正文明執法。注重把握寬嚴相濟政策：對於行政違法行為，要根據違法行為的危害程度和悔過態度，綜合確定處罰種類和幅度。對於涉嫌犯罪的，要重點打擊情節惡劣、後果嚴重的犯罪行為；對於情節輕微且真誠悔改的，依法予以從寬處理。”

可以說，“2020年的《懲治妨害檢疫意見》”不僅將新刑法典第332條規定的“違反國境衛生檢疫規定”具體化了，對正確認定妨害國境衛生檢疫罪具有重要的指導意義，而且堅持了“過罰相當”、“寬嚴相濟”的刑事政策立場。

從上述歷史演變中可以看出，中國對危害公共衛生行為的刑法防治具有如下特點：

第一，改變了舊刑法中單一的“國境檢疫”視角，從“國境檢疫”和“國內防疫”同步、“個人危害行為”和“單位危害行為”並重等視角出發，完善了相關規定，已經形成了比較全面、系統的相關刑法規範體系；

第二，總體上採取的是從嚴懲治危害公共衛生行為的刑事政策，但是，對一些為了防止疫情蔓延而實施的違法犯罪行為，例如，擅自封路、破壞交通設施等行為，則採取了從寬處理的刑事政策；

第三，通過司法解釋或者司法解釋性文件，盡可能明確地區分違法和犯罪、此罪和彼罪，實現疫情的依法治理。

## 三、《刑法修正案(十一)》的進一步完善

第13屆全國人大常委會第24次會議於2020年12月26日通過了《刑法修正案(十一)》，其中，

對危害公共衛生罪作了下述較大的修改和完善。

### (一)完善妨害傳染病防治罪的犯罪構成

《刑法修正案(十一)》第37條規定：“將刑法第三百三十條第一款修改為：‘違反傳染病防治法的規定，有下列情形之一，引起甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病傳播或者有傳播嚴重危險的，處三年以下有期徒刑或者拘役；後果特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑：

(一) 供水單位供應的飲用水不符合國家規定的衛生標準的；

(二) 拒絕按照疾病預防控制機構提出的衛生要求，對傳染病病原體污染的污水、污物、場所和物品進行消毒處理的；

(三) 准許或者縱容傳染病病人、病原攜帶者和疑似傳染病病人從事國務院衛生行政部門規定禁止從事的易使該傳染病擴散的工作的；

(四) 出售、運輸疫區中被傳染病病原體污染或者可能被傳染病病原體污染的物品，未進行消毒處理的；

(五) 拒絕執行縣級以上人民政府、疾病預防控制機構依照傳染病防治法提出的預防、控制措施的。’ ”

上述規定從行為後果和行為類型等方面，對刑法第330條作了以下五處修改：

第一，在行為後果方面，將刑法第330條第1款中的“引起甲類傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”修改為“引起甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”。這一修改的主要根據在於，滿足中國社會的實際需要，貫徹罪刑法定原則。

根據2013年修訂的《中華人民共和國傳染病防治法》(以下簡稱“《傳染病防治法》”)第3條的規定，甲類傳染病僅包括鼠疫和霍亂兩種；該法第4條規定對乙類傳染病中傳染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽和人感染高致病性禽流感，採取本法所稱甲類傳染病的預防、控制措施。其他乙類傳染病和突發原因不明的傳染病需要採取本法所稱甲類傳染病的預防、控制措施的，由國務院衛生行政部門及時報經國務院批准後予以公佈、實施。

在《刑法修正案(十一)》作出上述修改之前，就有學者撰文指出，目前甲類傳染病在中國發病率非常低，而本屬於乙類傳染病但按甲類傳染病管理的傳染性非典型肺炎、炭疽和人感染高致病性禽流感以及乙類傳染病中的脊髓灰質炎(小兒麻痺症)、流行性腦脊髓膜炎、淋病、梅毒、愛滋病等發病更普遍，對人民群眾的身體健康危害更大。因此，把“引起甲類傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”規定為妨害傳染病防治罪的構成要件之一，並不符合中國國情。從中國目前的實際情況來看，應該把“引起依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病的傳播或者有傳播嚴重危險”的行為作為妨害傳染病防治罪的對象來懲治。<sup>4</sup> 但是，像“2008年的《規定(一)》”那樣將“引起甲類傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”解釋為“引起甲類或者按照甲類管理的傳染病傳播或者有傳

<sup>4</sup> 參見康均心、李娜：《妨害傳染病防治罪的立法缺陷及其補救》，《中國地質大學學報》2006年第3期。

播嚴重危險”，又有類推適用刑法的嫌疑，不符合罪刑法定原則，因為按照甲類管理的乙類傳染病仍然是乙類傳染病，而不是甲類傳染病。也不能認為刑法第330條第3款的規定能夠將“2008年的《規定（一）》”中“引起甲類傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”就是“引起甲類或者按照甲類管理的傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”的解釋結論合法化，因為刑法第330條第3款僅僅規定“甲類傳染病的範圍”也可以由國務院的有關規定來確定，而沒有規定“國務院確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病”屬於“甲類傳染病”。對某些乙類傳染病按甲類傳染病來管理，與按甲類傳染病管理的某些乙類傳染病屬於甲類傳染病，其含義在邏輯上並非同一，不可混淆。

因此，可以說，《刑法修正案（十一）》將刑法第330條第1款中原來規定的“引起甲類傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”修改為“引起甲類或者按照甲類管理的傳染病傳播或者有傳播嚴重危險”，不僅是為了滿足中國社會目前的實際需要，而且是為了貫徹罪刑法定原則。只是在作出這一修改後，刑法第330條第3款的規定也需要相應修改，如果《刑法修正案（十一）》第37條規定“將刑法第330條第3款修改為：甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病的範圍，依照《中華人民共和國傳染病防治法》和國務院有關規定確定”的話，就會更加完美吧。<sup>5</sup>

第二，在行為類型中的行為根據方面，將刑法第330條第1款第2項中原來規定的“拒絕按照衛生防疫機構提出的衛生要求”修改為“拒絕按照疾病預防控制機構提出的衛生要求”。

這一修改不僅更準確地確定了有權“提出衛生要求”的主體，因為傳染病的防治直接屬於疾病預防控制機構的工作內容，而且也符合《傳染病防治法》第7條關於“各級疾病預防控制機構承擔傳染病監測、預測、流行病學調查、疫情報告以及其他預防、控制工作”的規定。此外，《傳染病防治法》第78條第14項還對“疾病預防控制機構”作出了明確的界定：“疾病預防控制機構：指從事疾病預防控制活動的疾病預防控制中心以及與上述機構業務活動相同的單位。”

第三，在行為類型中的行為對象方面，將刑法第330條第1款第2項中原來規定的“對傳染病病原體污染的污水、污物、糞便進行消毒處理”修改為“對傳染病病原體污染的污水、污物、場所和物品進行消毒處理”。

這一修改用“場所和物品”取代“糞便”，不僅更符合防治傳染病的實際需要，因為傳染病也會通過被傳染病病原體污染的場所來傳播，而且與《傳染病防治法》的相關規定相一致。《傳染病防治法》第27條規定：“對被傳染病病原體污染的污水、污物、場所和物品，有關單位和個人必須在疾病預防控制機構的指導下或者按照其提出的衛生要求，進行嚴格消毒處理；拒絕消毒處理的，由當地衛生行政部門或者疾病預防控制機構進行強制消毒處理。”不過，被傳染病病原體污染的物品就是“污物”，沒必要將“物品”再單獨列舉出來，而被傳染病病原體污染的場所也可以簡稱為“污染場所”，因此，如果將刑法第330條第1款第2項中原來規定的“對傳染病病原體污染的污水、污物、糞便進行消毒處理”修改為“對傳染病病原體污染的污水、污物、污染場所進行消毒處理”的話，可能更為恰當。

第四，在行為類型中的行為方式方面，將“出售、運輸疫區中被傳染病病原體污染或者可能被

<sup>5</sup> 不過，不宜刪除刑法第330條第3款的規定，因為總是不能事先確定還會出現哪些需要確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病，應該保留由國務院迅速根據實際情況確定某種傳染病需要按照甲類傳染病管理的可能性。



傳染病病原體污染的物品，未進行消毒處理”增設為妨害傳染病防治罪的新行為方式。

《刑法修正案（十一）》第37條增設這一新行為方式的根據，是《傳染病防治法》第73條第4項的規定：“出售、運輸疫區中被傳染病病原體污染或者可能被傳染病病原體污染的物品，未進行消毒處理”，“構成犯罪的，依法追究刑事責任”。

第五，在行為類型中的行為內容方面，將刑法第330條第1款第4項中原來規定的“拒絕執行衛生防疫機構依照傳染病防治法提出的預防、控制措施”修改為“拒絕執行縣級以上人民政府、疾病預防控制機構依照傳染病防治法提出的預防、控制措施”。

這一修改提升了依照傳染病防治法提出預防、控制措施的主管部門的級別，使得只有拒絕執行縣級以上人民政府、疾病預防控制機構依照傳染病防治法提出的預防、控制措施的行為才成為刑法處罰的對象，從而限定了刑法處罰的範圍。

綜上所述，《刑法修正案（十一）》第37條對刑法第330條第1款原來規定的修改，滿足了中國目前防治傳染病的實際需要，具有堵塞處罰漏洞、貫徹罪刑法定原則和限定刑法處罰範圍的積極意義。

## （二）增設非法採集中國人類遺傳資源罪、非法運送、郵寄、攜帶中國人類遺傳資源材料出境罪

《刑法修正案（十一）》第38條規定：“在刑法第三百三十四條後增加一條，作為第三百三十四條之一：‘違反國家有關規定，非法採集中國人類遺傳資源或者非法運送、郵寄、攜帶中國人類遺傳資源材料出境，危害公眾健康或者社會公共利益，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處或者單處罰金；情節特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。’”

人類遺傳資源包括人類遺傳資源材料和人類遺傳資源信息。人類遺傳資源材料是指含有人體基因組、基因等遺傳物質的器官、組織、細胞等遺傳材料。人類遺傳資源信息是指利用人類遺傳資源材料產生的資料等信息資料。

中國於2019年3月20日公佈並於2019年7月1日起施行《中華人民共和國人類遺傳資源管理條例》，該條例第9條以下對採集、保藏、利用、對外提供中國人類遺傳資源的行為是否合法、合規，提出了明確的具體判斷標準。《刑法修正案（十一）》第38條通過增設非法採集中國人類遺傳資源罪、非法運送、郵寄、攜帶中國人類遺傳資源材料出境罪，就將不合法、不合規的採集、保藏、利用、對外提供中國人類遺傳資源的行為犯罪化了，並運用刑罰手段懲治危害中國人類遺傳資源的行為，對維護中國的公眾健康、國家安全和社會公共利益，具有重要意義。

## （三）增設植入基因編輯、克隆的胚胎罪

《刑法修正案（十一）》第39條規定：“在刑法第三百三十六條後增加一條，作為第三百三十六條之一：‘將基因編輯、克隆的人類胚胎植入人體或者動物體內，或者將基因編輯、克隆的動物胚胎植入人體內，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處罰金；情節特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。’”

所謂基因編輯，是指運用藥物、技術等手段在體外對細胞、胚胎中的基因進行干預，使基因發生改變。在中國引起轟動的基因編輯事件，是南方科技大學原副教授賀建奎等人進行的“首例免疫

愛滋病的基因編輯嬰兒出生”。2016年以來，賀建奎與張仁禮、覃金洲共謀，以編輯人類胚胎基因就可以生育免疫愛滋病的嬰兒為名，自籌資金，擅自使用基因編輯技術將安全性、有效性未經嚴格驗證的人類胚胎用於輔助生殖醫療。2017年3月，賀建奎授意覃金洲等人物色了男方為愛滋病病毒感染者、女方為非感染者的8對夫婦進行人體胚胎的CCR5基因編輯研究。賀建奎等人為規避愛滋病病毒攜帶者不得實施輔助生殖的規定，安排他人冒名頂替其中6名男性通過醫院的愛滋病病毒抗體檢查。賀建奎對6對夫妻的受精卵注射基因編輯試劑，根據檢測結果選定囊胚，並通過不知情的醫生將囊胚植入受試者母體，使2位受試者婦女先後懷孕，其中1名生下雙胞胎女嬰“露露”和“娜娜”。2018年11月26日，賀建奎出席在香港舉行的第二屆國際人類基因組編輯峰會宣佈了這一事件，引起轟動。2019年12月30日，深圳市南山區人民法院認定賀建奎等人的行為構成非法行醫罪，判處賀建奎有期徒刑3年、並處罰金300萬元，判處張仁禮有期徒刑2年、並處罰金100萬元，判處覃金洲有期徒刑1年6個月（緩刑2年）、並處罰金50萬元。<sup>6</sup>

但是，賀建奎進行基因編輯的對象並非人體，而是體外的細胞或者胚胎，因此，將其上述行為認定為非法行醫罪，不是沒有問題的，具有類推適用的嫌疑。也就是說，將基因編輯、克隆的人類胚胎植入人體的行為，並不屬於刑法第336條規定的非法行醫罪的處罰對象，需要通過新的刑事立法加以懲治。由於將基因編輯、克隆的人類胚胎植入人體或者動物體內，或者將基因編輯、克隆的動物胚胎植入人體內，都會造成無法預知的風險，所以，法國、德國、日本等很多國家都用刑罰處罰對人類基因進行改良的行為。<sup>7</sup>《刑法修正案（十一）》增設植入基因編輯、克隆的胚胎罪，是符合目前的科學技術水平和國際通行做法的正確立法舉措。

值得注意的是，《刑法修正案（十一）》刪除了《刑法修正案（十一）》一審稿和二審稿中均存在的“違反國家有關規定”的表述，從而突出了中國目前一律禁止將基因編輯、克隆的人類胚胎植入人體或者動物體內，或者將基因編輯、克隆的動物胚胎植入人體內的絕對態度，因此，將基因編輯、克隆的人類胚胎植入人體或者動物體內，或者將基因編輯、克隆的動物胚胎植入人體內的行為，不存在合法、合規與不合法、不合規的區別問題，目前該行為一律被中國禁止，只要情節嚴重，就構成犯罪。

#### 四、幾點建議

在今後漫長歲月裏，人類無疑仍然會生活在具有極大不確定性的狀態之中，因此，有力懲治危害公共衛生的行為，將是中國刑事立法和刑事司法的長期任務。在這方面，筆者提出如下幾點建議：

##### （一）增設“隱瞞、謊報、緩報傳染病疫情罪”、“不依法履行傳染病疫情通報、報告或者公佈職責罪”

在傳染病疫情防控中，使有關部門及時把握傳染病疫情和使公眾及時瞭解傳染病疫情，都是極

<sup>6</sup> 參見王珊：《“基因編輯嬰兒”案一審宣判，賀建奎被判3年》，2019年12月30日，<https://finance.sina.cn/2019-12-30/detail-iihnzhfz9335016.d.html>，2020年1月7日訪問。

<sup>7</sup> 關於外國的相關立法，參見楊丹：《尖端醫療領域刑法理論及立法對策研究》，北京：法律出版社，2016年，第179-182頁；劉建利：《醫事行為的刑法規制》，南京：東南大學出版社，2019年，第172-177頁。

其重要的。根據《傳染病防治法》第21條第2款的規定，醫療機構應當確定專門的部門或者人員，承擔傳染病疫情報告工作；根據《傳染病防治法》第38條的規定，國家建立傳染病疫情信息公佈制度，公佈傳染病疫情信息應當及時、準確。根據《傳染病防治法》第8章關於法律責任的規定，隱瞞、謊報、緩報傳染病疫情的，或者不依法履行傳染病疫情通報、報告或者公佈職責，構成犯罪的，依法追究刑事責任。

據此，筆者建議在刑法第330條之後作為刑法第330條之1規定：“承擔傳染病疫情報告工作的醫療機構人員隱瞞、謊報、緩報傳染病疫情，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。單位犯前款罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照前款的規定處罰”；建議在刑法第409條之後作為刑法第409條之1規定：“縣級以上人民政府衛生行政部門、疾病預防控制機構不依法履行傳染病疫情通報、報告或者公佈職責，情節嚴重的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員處三年以下有期徒刑或者拘役；情節特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。”

## （二）設置從輕處罰或者免除處罰的條款

在面臨突發嚴重的傳染病疫情時，很難期待民眾理性行為。雖然“2020年的《懲治妨害疫情防控意見》”中“依法嚴懲妨害疫情防控的各類違法犯罪”這一要求具有一定的合理性<sup>8</sup>，但是，對緊急時期的自私自利行為也要予以一定的理解和寬容，需要在刑法或者刑法司法解釋中設置相應的從輕處罰或者免除處罰的條款。例如，按照“2003年《解釋》”第6條的規定，違反國家在預防、控制突發傳染病疫情等災害期間有關市場經營、價格管理等規定，哄抬物價、牟取暴利，嚴重擾亂市場秩序，違法所得數額較大或者有其他嚴重情節的，依照刑法第225條第（4）項的規定，以非法經營罪定罪，依法從重處罰。但是，在突發傳染病疫情期間，一定程度上的“哄抬物價”或者“牟取暴利”的行為，有利於緩解抗疫物質的匱乏，對控制傳染病疫情具有積極作用，既不宜一概以非法經營罪定罪，也不宜一概從重處罰。相反，規定不予追究刑事責任的相應免責條款，例如，規定“有前款行為，經政府有關部門責令後改正的，不予追究刑事責任”，可能更為妥當。

## （三）要精確認定嚴重的具體危險

成立妨害傳染病防治罪，需要在客觀上引起甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病傳播或者有傳播嚴重危險。從妨害傳染病防治罪的客觀要件來看，妨害傳染病防治罪既可以是引起甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病傳播的實害犯，也可以是有引起甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病傳播嚴重危險的具體危險犯。<sup>9</sup> 因為《刑法修正案（十一）》第37條明確規定了“有傳播嚴重危險”，所以妨害傳染病防治罪就不僅可以表現為具體危險犯，而且在妨害傳染病防治罪表現為具體危險犯時，其具體危險必須達到“嚴重”的程度，即必須證明行為人的行為極其可能引起甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病的傳播。

<sup>8</sup> 關於從嚴從重懲處疫情期間危害公共衛生行為的必要性的論證，參見姜濤：《非常時期涉疫情犯罪教義學的重要問題》，《法學》2020年第4期。

<sup>9</sup> 關於妨害傳染病防治罪可以表現為具體危險犯的詳細論證，參見歐陽本祺：《妨害傳染病防治罪客觀要件的教義學分析》，《東方法學》2020年第3期。

在中國目前的司法實踐中，往往未能準確認定表現為具體危險犯的妨害傳染病防治罪，通常把有引起甲類傳染病以及依法確定採取甲類傳染病預防、控制措施的傳染病傳播的抽象危險混同於其具體危險。例如，在郭某鵬妨害傳染病防治案中，郭某鵬在全球疫情蔓延的形勢下，於2020年2月29日從鄭州乘火車至北京；3月1日，從北京首都機場乘飛機經阿聯酋阿布達比中轉，於3月2日到達意大利米蘭彭薩機場；3月3日，乘飛機從意大利米蘭到達法國巴黎；3月4日，乘飛機從法國巴黎回到意大利米蘭；3月6日，乘飛機從意大利米蘭中轉阿布達比，於3月7日到達北京首都機場，體溫正常；當日下午，乘坐火車返回鄭州，回到家中。他於3月8日、3月9日兩天在體溫正常的狀態下，乘坐地鐵到位於鄭州市鄭東新區的單位上班並在單位就餐，下班乘坐地鐵回家。3月9日下班後，郭某鵬出現發熱、咽痛等症狀，自行至中原路與大學路交叉口附近的仟禧堂大藥房買藥，步行回家後服用。在調查、核實其出入境軌跡後，郭某鵬被送至二七區集中隔離點進行觀察。3月11日，郭某鵬被確診為新冠肺炎患者，與其密切接觸的43人被集中隔離醫學觀察，其工作單位所在大廈全樓封閉7天。截止該案判決時，43名密切接觸者均已解除隔離醫學觀察，尚無人實際感染新型冠狀病毒。

河南省鄭州市二七區人民法院經審理認為，被告人郭某鵬違反傳染病防治法的規定，出國旅遊返回後故意隱瞞出入境情況，不執行隔離規定，多次出入公共場所，造成43名密切接觸者被集中隔離，單位所在辦公大樓被封閉7天，社會危害嚴重，影響惡劣，應依法從嚴懲處。其行為具有引起新型冠狀病毒傳播的嚴重危險，構成妨害傳染病防治罪。綜合其犯罪事實、性質、情節和對社會的危害程度以及認罪悔罪表現，於2020年4月3日以妨害傳染病防治罪判處被告人郭某鵬有期徒刑一年六個月。<sup>10</sup>

但是，“出國旅遊返回後故意隱瞞出入境情況，不執行隔離規定”，只具有引起新型冠狀病毒傳播的抽象危險；郭某鵬“多次出入公共場所”，與43人密切接觸的事實，也不能充分證明其行為具有引起新型冠狀病毒傳播的具體危險，因為郭某鵬是於3月8日、3月9日兩天乘坐地鐵到位於鄭州市鄭東新區的單位上班並在單位就餐，下班後乘坐地鐵回家，3月9日下班後，才出現發熱、咽痛等症狀。也就是說，郭某鵬是在他出現感染新型冠狀病毒的症狀之前密切接觸了很多人員，但是，在出現發熱、咽痛等症狀之前，郭某鵬自己是否已經被感染了新型冠狀病毒，即使他已經被感染了新型冠狀病毒，是否具有很可能將其感染的新型冠狀病毒傳染給其密切接觸者的具體危險，都是需要通過法庭審理加以證明的；在出現感染新型冠狀病毒的症狀之後，他只是自行至中原路與大學路交叉口附近的仟禧堂大藥房買藥，然後步行回家，即使郭某鵬在他出現感染新型冠狀病毒的症狀之後還接觸了藥房裏的人員，但是，其接觸是否密切、是否具有將其感染的新型冠狀病毒傳染給其密切接觸者的具體危險（如果是佩戴口罩、隔着玻璃窗取藥並掃碼支付藥費的話，就很難說存在這種具體危險）、是否屬於刑法第330條中所規定的“嚴重危險”，也是需要通過法庭審理加以證明的。特別是，事後證明，與郭某鵬密切接觸的43人並無人實際感染新型冠狀病毒。在未證明郭某鵬具有將其感染的新型冠狀病毒傳染給43名密切接觸者的嚴重具體危險時，以“造成43名密切接觸者被集中隔離，單位所在辦公大樓被封閉7天，社會危害嚴重，影響惡劣”為由，認定郭某鵬的上述行為成立妨害傳染病防治罪，就忽視了妨害傳染病防治罪屬於嚴重的具體危險犯的法定性質。

<sup>10</sup> 查閱郭某鵬妨害傳染病防治案的具體案情，<https://baike.baidu.com/item/郭偉鵬/24572778?fr=aladdin>，2021年1月9日訪問。

#### (四) 正確區分妨害傳染病防治罪與以危險方法危害公共安全罪

在突發非典、新冠病毒肺炎等傳染病疫情期間，哪些傳播突發傳染病病原體的行為應該被認定為妨害傳染病防治罪？哪些傳播突發傳染病病原體的行為應該被認定為以危險方法危害公共安全罪？也是需要司法機關謹慎處理的問題。

根據“2020年的《懲治妨害防控意見》”的規定，故意傳播新型冠狀病毒感染肺炎病原體，具有下列情形之一，危害公共安全的，依照刑法第114條、第115條第1款的規定，以以危險方法危害公共安全罪定罪處罰：（1）已經確診的新型冠狀病毒感染肺炎病人、病原攜帶者，拒絕隔離治療或者隔離期未滿擅自脫離隔離治療，並進入公共場所或者公共交通工具的；（2）新型冠狀病毒感染肺炎疑似病人拒絕隔離治療或者隔離期未滿擅自脫離隔離治療，並進入公共場所或者公共交通工具，造成新型冠狀病毒傳播的。其他拒絕執行衛生防疫機構依照傳染病防治法提出的防控措施，引起新型冠狀病毒傳播或者有傳播嚴重危險的，依照刑法第330條的規定，以妨害傳染病防治罪定罪處罰。

但是，即使故意傳播新型冠狀病毒感染肺炎病原體，危害了公共安全，只要對公共安全的危害沒有達到刑法第114條、第115條所要求的程度，也不能以危險方法危害公共安全罪定罪處罰。在一般情況下，故意傳播新型冠狀病毒感染肺炎病原體的行為對公共安全的危害，畢竟要遠遠小於放火、決水、爆炸等行為對公共安全的危害。因為放火、決水、爆炸等行為一般都能直接造成他人死亡，所以也應該將刑法第114條、第115條規定的“投放傳染病病原體”解釋為“投放一般能直接造成他人死亡的傳染病病原體”。由於傳播新型冠狀病毒感染肺炎病原體的行為一般並不能直接造成他人死亡，而是只有與被傳染者已有的其他重大疾病或者虛弱狀態相結合才會例外地造成被傳染者死亡，所以不能一概將傳播新型冠狀病毒感染肺炎病原體的行為認定為刑法第114條、第115條規定的“投放傳染病病原體”。

雖然“2020年的《懲治妨害防控意見》”以“並進入公共場所或者公共交通工具，造成新型冠狀病毒傳播”進行了限制，但是這種限制是不充分的。這是因為，即使新型冠狀病毒感染肺炎病原體的攜帶者進入公共場所或者公共交通工具，造成新型冠狀病毒傳播，一般也不會像放火、決水、爆炸等行為一樣直接造成他人死亡。

在筆者看來，只有新型冠狀病毒感染肺炎病原體的攜帶者故意不採取有效防護措施，進入醫院、養老院等虛弱人群滙集場所，實際接近該場所中的虛弱人員，引起新型冠狀病毒傳播的危險或者造成新型冠狀病毒傳播的，才能依照刑法第114條、第115條第1款的規定，以以危險方法危害公共安全罪定罪處罰。否則，充其量只能依照刑法第330條的規定，以妨害傳染病防治罪定罪處罰。

#### 參考文獻 References:

- 姜濤：《非常時期涉疫情犯罪教義學的重要問題》，《法學》2020年第4期，第33-49頁。Jian, T., “Important Issues in Doctrine of Epidemic-related Crime,” *Law Science*, no. 4, 2020. pp. 33-49.
- 康均心、李娜：《妨害傳染病防治罪的立法缺陷及其補救》，《中國地質大學學報（社會科學版）》2006年第3期，第77-81頁。Kang, J. & Li, N., “The Shortage and Amendment on the Crime of Hindering the Prevention and Controlling of Infectious Disease,” *Journal of China University of*

*Geosciences (Social Sciences Edition)*, no. 3, 2006, pp. 77-81.

楊丹：《尖端醫療領域刑法理論及立法對策研究》，北京：法律出版社，2016年。Yang, D., *Study on Criminal Law Theory and Legislative Countermeasures in Advanced Medical Field*, Beijing: Law Press China, 2016.

劉建利：《醫事行為的刑法規制》，南京：東南大學出版社，2019年。Liu, J., *Criminal Regulations of Medical Behavior*, Nanjing: Southeast University Press, 2019.

歐陽本祺：《妨害傳染病防治罪客觀要件的教義學分析》，《東方法學》2020年第3期，第4-13頁。Ou-Yang, B., “A Doctrinal Analysis of the Objective Elements of the Crime of Obstructing the Prevention and Control of Infectious Diseases,” *Oriental Law*, no. 3, 2020, pp. 4-13.