

## 中國突發事件應對中的刑事政策\*

陳 芹

（澳門科技大學法學院助理教授）

**摘要：**我國應對新冠疫情的刑事政策是有效的，它擺脫「從嚴」或「從寬」的傳統思路，強調「依法」，這為探索突發事件的應急機制，以及刑事政策與刑法的關係提供新思考範式與分析樣本。刑事政策只能在立法允許的範圍內作用於刑法的實施，臨時性刑事政策是影響刑法實施的「變數」，它可以增加刑事程序的及時性與靈活性，擴大刑事立法中原有罪名的覆蓋面，從而在突發事件中作出及時反應。長時性刑事政策是影響刑法實施的「常量」，它能作為立法原意影響刑法解釋，進而影響刑法實施，使之合乎政策考量，疫情期間妨害傳染病防治罪、以危險方法危害公共安全罪的區分充分體現這一原則。

**關鍵詞：**新冠疫情、突發事件應對、刑事政策、刑法教義

---

\* 收稿日期：2022 年 10 月 31 日；通過日期：2023 年 04 月 10 日。

基金專案：2021 年國家社科基金重點項目「基於裁判說理的中國特色刑法教義學話語體系構建研究」（21AFX009）的階段性成果。

## Chinese Criminal Policy in Emergency Responses

Chen, Qin

( Assistant Professor, School of Law, Macao University of Science and Technology )

**Abstract:** Chinese criminal policy in dealing with the “COVID-19” Pandemic is effective, which emphasizes “rule of law”, rather than the traditional formulation of “strict” or “lenient”. It provides new thinking mode and analyzing sample to the exploration of emergency mechanism. Criminal policy can only affect the implementation of criminal law. Temporary criminal policy is a “variable” of criminal law, which can make timely response in emergencies. While the long-term criminal policy is a “constant”, which requires the application of criminal law keep consistent with it. During the epidemic, the distinction between the crime of impairing the prevention and treatment of the infectious diseases and the crime of endangering public security by dangerous means fully embodies this principle.

**Keywords:** “COVID-19” Pandemic; Emergency response; Criminal policy; Criminal law doctrine

## 一、引言

每逢需要動用刑法來應對的重大突發事件，都能看到刑事政策的身影。我國新冠肺炎疫情的防控也不例外，它不但有力地促進了疫情控制，而且形成了突發事件中刑事政策選擇的新思路。這個思路的形成或許是「無心插柳」，但其實踐效果是顯著的，不但可以使之成為我國應急法制發展的一個重要契機，更能對我國長期以來爭論不休的刑事政策與刑法的關係問題，提供一種新的、已獲得實踐檢驗的解決方案，從而有助於突發事件中刑事政策作用機制的構建。

## 二、疫期刑事政策的解讀及其反思

刑事政策是社會整體應對犯罪現象的方法的總和，往往在應對突發事件中的犯罪現象時發揮重大作用，因為，它使得刑事司法在原來的基礎上根據政策需要「從嚴」或「從寬」（如「嚴打」、「寬嚴相濟」都是如此），從而在短時間內強化刑法實施的效果，迅速遏制犯罪，消除社會的不穩定因素。新冠疫情是需要以刑法應對的突發事件，2020年2月6日最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部（兩高兩部）〈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〈意見〉），那麼，指導疫期刑法適用的刑事政策是「從嚴」，還是「從寬」？這也是刑事政策的兩種傳統思路。然而，仔細觀察發現，對於疫期刑事政策，2020年〈意見〉沒有採用傳統的「從嚴」或「從寬」的表述，而是強調「依法」。這樣一來，刑事政策與刑法是否混為一談？是否存在第三種刑事政策思路？其實踐效果如何？這都是值得思考的問題。

### （一）、傳統思路下疫期刑事政策的解讀及其困境

長期以來突發事件中的刑事政策存在兩種思路：「從嚴」或「從寬」，但這兩種思路在此次新冠疫情中似乎都遭遇困境。

## 1、「從嚴」說及其矛盾

有學者認為，疫期刑事政策是「依法從嚴從重」。這種說法是有一定道理的，在遭遇突發事件，急需防止某種犯罪現象時，「從嚴」是刑事政策的慣常思路（「嚴打」即是如此）。根據「從嚴」說，對於同一行為，應選擇比平時更重的罪名、更重的刑罰。疫情期間以下行為頻繁發生，社會危害嚴重，其定性的爭議也較大：行為人隱瞞自己的疫情中高風險區旅居史或與病患接觸的情況、拒絕或逃脫隔離，進入公共場所，造成病毒傳播（為討論方便，下稱為「拒絕防控措施的行為」）。從形式上看，該行為同時成立以危險方法危害公共安全罪（重罪，法定刑 3-10 年），以及妨害傳染病防治罪（輕罪，法定刑 3 年以下）。按照「從嚴」政策，就應當認定為以危險方法危害公共安全罪（重罪）。但 2020 年〈意見〉卻規定，如該行為是新冠肺炎的確診者或疑似者實施的，才構成以危險方法危害公共安全罪，如是其他行為人（第三類主體，主要是具有疫情中高風險區旅居史的人或與病患接觸密切的人，下稱接觸者）實施的，只成立較輕的妨害傳染病防治罪。這種作法被認為偏離了「從嚴」的政策軌道。<sup>1</sup>

在 2020 年 2 月 6 日〈意見〉頒佈之前，類似案件大多數被作為危害公共安全罪立案，但〈意見〉之後，該類案件的定性則變更為妨害傳染病防治罪，這樣定性還被兩高作為典型案例推廣。而且，最高檢涉疫情防控檢察業務領導小組辦公室主任、第一檢察廳廳長苗生明答記者問時指出，這類案件起初按以危險方法危害公共安全罪立案偵查，是「比較突出的問題」，因此，〈意見〉出臺後，逐步調整，變更為妨害傳染病防治罪；並先後編發第一批、第三批典型案例，強調這一定性的改變。<sup>2</sup>最高法也編發典型案例確認了這一觀點。這種由重罪改為輕罪的「避重就輕」的作法，表明新冠疫情期間，我國司法機關並沒有採取長期以來在突發事件中反復適用的「從嚴」政策，這是為什麼呢？

<sup>1</sup> 姜濤，〈非常時期涉疫情犯罪教義學的爭議問題〉，《政治與法律》，第 5 期（上海：2022.05），2-17。

<sup>2</sup> 最高人民檢察院網，「最高檢涉疫情犯罪系列典型案例背後的法治思考——最高人民檢察院涉疫情防控檢察業務領導小組辦公室主任、第一檢察廳廳長苗生明答記者問」，[http://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202003/t20200308\\_455985.shtml](http://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202003/t20200308_455985.shtml)，瀏覽日期為 2022 年 5 月 3 日。

## 2、「從寬」說及其不足

有學者則認為，疫情犯罪與一般犯罪不同，應對其犯罪成因進行考察，這往往導致「從寬」的結果，例如，對於拒絕防控措施的行為，如行為人是接觸者，他由於擔心被貼上「危險人群」的標籤（標籤理論）而受到歧視，因而隱藏自己的身份或旅居史，逃避隔離或檢查，這是一件很正常的事，因而造成疫情擴散的，不應當認定為危險公共安全罪，而應當「從寬」，認定為妨害傳染病防治罪。<sup>3</sup>言下之意，接觸者本應成立危害公共安全罪，只是由於考慮其犯罪成因（犯罪成因是刑事政策學範疇），才認定為較輕的妨害傳染病防治罪。

但這種思路明顯違背了最基本的刑法教義：在刑法體系中，犯罪成因或動機是有責性（第三階層）才考察的內容，而在此前，應當考察構成要件是否該當（第一階層）。若在第一階層已認定該行為該當以危險方法危害公共安全罪，罪名即已確定，到了第三階層進行動機評價時，只能減免其期待可能性，從而減免罪責，而不可能再改變罪名。

### （二）、疫期刑事政策的新嘗試及其問題

實際上，對於疫期刑事政策，2020 年〈意見〉沒有採取傳統的「從嚴」或「從寬」的表述，而是提出了一種新的思路：「依法」。這可以結合〈意見〉的出臺背景來考察：

2020 年 2 月 5 日，習總書記主持召開中央全面依法治國委員會第三次會議並發表重要講話，強調要從立法、執法、司法、守法各環節發力，全面提高依法防控、依法治理能力，為疫情防控工作提供有力法治保障。會議審議通過了〈中央全面依法治國委員會關於依法防控新型冠狀病毒感染肺炎疫情、切實保障人民群眾生命健康安全的意見〉（下稱〈中央意見〉）。可見，「依法防控」已成為疫情刑事政策的核心內容。「為貫徹落實 2020 年 2 月 5 日的〈中央意見〉」2020 年 2 月 6 日，兩高兩部制定前述司法〈意見〉，因而，該司法〈意見〉的核心指導思想就只能是「依法

---

<sup>3</sup> 車浩，〈刑事政策的精準化：通過犯罪學抵達刑法適用——以疫期犯罪的刑法應對為中心〉，《法學》第 3 期（上海：2022.03），49-75。

防控」。最高人民檢察院法律政策研究室副主任李文峰確診了這一點，他指出：「疫情防控越是到最吃勁的時候，越要堅持依法防控，在法治軌道上統籌推進各項防控工作，保障疫情防控工作順利開展。」<sup>4</sup>

為討論方便，可以將疫期刑事政策理解為「依法」說。「依法」二字對於刑事司法並不陌生，但用在刑事政策的表述上，在我國還是第一次，其問題在於：「依法」能否成為刑事政策的內容？這種政策是否有獨立於刑法的價值？其作用與刑法有何不同？「依法」與「從嚴」、「從寬」是什麼關係？這些問題實質上是：在突發事件中刑事政策應當如何正確發揮其作用，對刑事司法產生影響，從而有助於應對社會危機。筆者以下將首先從基本原則的層面對刑事政策的作用機制進行探討，接著從具體實踐的層面對不同刑事政策在突發事件中的作用方式進行展開。

## 二、突發事件中刑事政策的作用機制

突發事件中刑事政策是如何發揮其作用的呢？從傳統理論看，刑事政策與刑法之間存在難以跨越的「李斯特鴻溝」，但近期很多學者嘗試將二者予以「貫通」，使刑事政策在特定的時期或案件中能發揮更大的作用，但如何「貫通」？則是一個有待解決的問題。這個問題的核心在於：刑事政策作用的邊界是如何劃定的，與刑事司法有無衝突。

### （一）、刑事政策能否跨越刑法的邊界？

刑事政策與刑法都是「對犯罪的反應」，但德國刑法學家李斯特於 1905 年提出「刑法是刑事政策不可逾越的屏障」，基於此，傳統理論認為，二者之間存在不可逾越的「鴻溝」。刑法教義更恪守罪刑法定，將刑事立法與立法的適用原則視為教義，不可輕易動搖，往往稱為刑法教義學，強調法的穩定性與公正性；而刑事政策是靈活的，能針對社會情狀的變化而迅速反應，追求的是打擊犯罪的有效性，以靈

<sup>4</sup> 李文峰，〈準確適用妨害傳染病防治罪依法嚴懲抗拒疫情防控措施犯罪〉，《檢察日報》，2020 年 2 月 12 日，003 版。

活性和功利性為原則。

但刑事政策可以影響刑法實施，這是不爭的事實。在我國尤其如此，「刑罰世輕世重」是這種現象的經典表述，它表明刑罰的輕重可因時而異，因事而異，例如，「嚴打」、「寬嚴相濟」都是針對一定時期特有的犯罪現象而制定的刑事政策。

我國學者以此為基礎，提出了將刑事政策與刑法「貫通」的設想。<sup>5</sup>這種思想很有影響力，以致於二者之間原有的「鴻溝」往往被忽視了。理論界提出「刑法的刑事政策化」與「刑事政策的刑法化」；司法實踐也強調二者統一的重要性，提出刑事審判要「兼顧法律效果與社會效果」，「既要司法公正，也要民眾滿意」，但如何「貫通」如何實現二者的統一呢？刑事司法應以固定的刑法教義為依據，還是以相對靈活的刑事政策為依據？或者說，刑事政策如何介入刑法教義而發揮其作用？也已成爲近年來的探討熱點。

其中，功能主義刑法觀是較引人注目的，它源於德國學者羅克辛首先提倡的目的理性主義，認為刑法體系應從刑事政策的任務與刑法的目標設定中推導出來。<sup>6</sup>起初，有學者為了論證刑事政策對於刑事司法的作用的正當性，提出司法能動主義，司法能動主義認為，司法不是被動地由立法所決定的，不必恪守法條主義，而應從裁判結論上考慮社會效果，確立並踐行「大局觀」。<sup>7</sup>但司法畢竟要以立法為依據，如何保證從立法推導出的結果符合社會效果呢？為了解決這個問題，功能主觀解釋論出而濟之，其思路是：由於立法必先經過解釋才能進入司法，解釋是立法與司法之間的中間環節，為了改變司法裁判的結論，就要首先改變刑法的解釋結論，為此應採取功能主義的解釋論，即，刑法解釋應以實用性與功能性作為司法的價值追求，強調價值判斷與利益衡量，以獲得一個各方滿意的結果。<sup>8</sup>其中，「以刑制罪」或「量刑反制定罪」是這種觀念的典型代表，它認為，可以根據量刑結果的妥當性來調整定罪結論。<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> 陳興良，〈刑法教義學與刑事政策的關係：從李斯特鴻溝到羅克辛貫通〉，《中外法學》第5期（北京：2013.10），15-30。

<sup>6</sup> Vgl. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Band I, 4 Aufl., 2006), §7 Rn.26.

<sup>7</sup> 顧培東，〈能動司法若干問題研究〉，《中國法學》第4期（北京：2010.08），5-26。

<sup>8</sup> 勞東燕，〈能動司法與功能主義的刑法解釋論〉，《法學家》第6期（北京：2016.12），13-28。

<sup>9</sup> 高豔東，〈量刑與定罪互動論：為了量刑公正可變換罪名〉，《現代法學》第5期（重慶：2009.10），164-174；金澤剛、顏毅，〈以刑制罪的學理闡釋〉，《政治與法律》第7期（上海：2010.07），2-8；王華偉，〈誤讀與糾偏：「以刑制罪」的合理存在空間〉，《環球法律評論》第4期（北京：

上述觀念反映了刑法界存在一種傾向：刑事政策是「法外力量」，它在必要時可以跨越刑法邊界而發揮作用，當遭遇非常時期或突發事件，甚至在非常案件中，刑法應向刑事政策讓步，這使得刑事適用的結果與平時有所不同。

然而，這種功能主義觀念是值得反思的。

其一，在實踐上看，這種功能主義觀念無法擺脫司法恣意的顧慮。

在追求結論的妥當性時，司法是否違背了罪刑法定主義？這種擔心不是多餘的，我國現階段的司法公信力不高，即使個別熱點案件自詡同時實現了「法律效果與社會效果」，民眾仍是不滿意的，往往認為這只是司法對輿論的妥協，而不是司法自身的勝利。

其二，從理論上看，這種功能主義觀念的恐怕是建立在誤解的基礎上的。

功能主義觀念大多是以羅克辛教授的目的理性主義為理論基礎的，目的理性主義強調刑法體系與刑事政策的統一，亦被稱為「功能主義」，但它與我國所提出的「功能主義」卻不是一回事。

就刑事政策的內涵而言，目的理性主義中「政策」與突發事件中的臨時性政策不同。目的理性主義主張依刑事政策目標來構建刑法體系，該刑事政策目標是預防犯罪（尤其是一般預防），預防犯罪是近現代各國刑法、各時期刑法均認可的，是長時性的刑事政策，它產生于刑事立法之前，用於指導刑事立法，而不是在刑事立法後才產生的、用於應對突發事件的臨時性刑事政策，也從未採取「從嚴」或「從寬」的表述。

就刑事政策的地位而言，目的理性主義的政策並不是可以突破刑法邊界的「法外力量」。羅克辛將一般預防視為刑法目的，並以此來架構被稱為刑法教義的、規範刑法適用思維的三階層體系，最突出的表現在兩個階層的設計上：其一，在構成要件階層，他從黑格爾哲學那裡獲得靈感，引入客觀歸責理論，歸責的實質就是排除偶然，將某一結果視為行為人的作品，由其負責，從而蘊含了每一個人都應當「避免歸責」的一般預防的思想；其二，在罪責階層，羅克辛將「罪責」擴張為「責任」，「罪責」單純是對過去行為的譴責，重在報應，而「責任」則增加了「預



防必要性」的內容，而這正是刑事政策的考量。<sup>10</sup>

可見，目的理性主義的刑事政策已被安置於「三階層」的刑法教義體系之內，必須按該教義體系的框架結構及內在邏輯來運行，即使該體系追求「個案公正」，也只能按刑法體系來推導出某一「個案公正」的結果，是先定罪後量刑，而不可能像「以刑制罪」或司法能動解釋論那樣，根據「個案公正」的結果來倒推出罪名的選擇方案。羅克辛本人亦表示，「相對於刑事政策所有的目標設定而言，刑法體系的工作則具有不同的、乃至相反的任務。」<sup>11</sup>

當然，筆者並不反對將刑事政策與刑法「貫通」的努力，但如何「貫通」，則應在承認「鴻溝」的基礎上進行思考。從費爾巴哈開始，刑法學與刑事政策學的目標即存在區別：刑法學以犯罪論為核心，重在保障人權，強調的是報應，其限制的是刑罰（國家），以防止國家懲罰權的任意使用為任務。而刑事政策學以刑罰論為核心，重在預防犯罪，強調的是預防，其限制的是犯罪（犯罪人），以防止犯罪為主要任務。<sup>12</sup>因此，刑事政策不能輕易跨越刑法邊界而發揮其作用。

## （二）、刑事政策的種類及其作用方式

既然刑事政策不能跨越刑法的邊界，它是如何對刑法實施發揮其作用呢？

從以上對目的理性體系的分析可以得出，刑事政策可分為臨時性的與長時性的，其對刑法實施產生影響的方式是不同的。我們常說的「從嚴」還是「從寬」的刑事政策是臨時性的，臨時性刑事政策往往是出現突發事件時制定的，它是刑法實施時應當臨時加以考慮的「變數」，它對刑法實施的作用是顯性的，政策的有無會導致刑法實施效果的不同，但這並非「法外力量」，無論是「從嚴」還是「從寬」，都應控制在立法所允許的幅度內。相對的，長時性刑事政策是一直存在的，它是刑法實施時必須考慮的「常量」，不因有無突發事件而不同，因為它早在突發事件之前就已嵌入刑法之中了，其對刑法實施的影響是隱性的，不以「從嚴」還是「從寬」的

---

<sup>10</sup> Vgl. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Band I, 4 Aufl., 2006), §7 Rn.24ff.

<sup>11</sup> 克勞斯·羅克辛，蔡桂生譯，《刑事政策與刑法體系》，（北京：中國人民大學出版社，2011），5-8。

<sup>12</sup> 安塞爾姆·裡特爾·馮·費爾巴哈，徐久生譯，《德國刑法教科書》，（北京：中國方正出版社，2010），83。

方式表現出來，有時甚至被忽視，但突發事件往往會提供一個契機，讓我們得以重新認識這個潛藏的因素，使之可以對突發事件的應對發揮意想不到的作用。

當然，刑事政策的範圍比刑法更寬泛，它存在作為「法外力量」的可能，但這種「法外力量」多是評價性的，例如它「給予我們評價現行法律的標準」，並能不直接影響刑法實施，因此不是我們討論的重點。<sup>13</sup>刑事政策的作用主要體現在其對刑法實施的影響上，這種影響不是「法外力量」，其作用被控制在刑法允許的幅度以內，但其與刑法仍是不同的，這與刑事政策的作用方式有關：

(1) 刑事立法領域，該領域解決刑事司法「有法可依」的問題。立法是由一定的政策轉變而來的，當轉變完成後，該刑事政策就不再是刑法的外部因素，而是長時性的內部參數，它代表立法原意，有無突發事件均能發揮作用。另外，如果立法存有彈性空間，在突發事件時，臨時性刑事政策亦可介入其中而發揮作用。

(2) 刑法理論領域，該領域為刑事司法「有法必依」提供保障。刑事政策如被納入刑法教義的理論體系之中，就成為一項長時性政策，就不再是一個「法外力量」，例如，羅克辛教授的目的理性體系就是將「一般預防」之政策目標作為教義體系構建的內部參數，在所有刑法適用中都應遵循。在這個領域，臨時性政策難以發揮作用。

(3) 刑法適用領域，該領域以定罪量刑為中心。為了避免司法的恣意，法官的思維要受刑法教義的限制，在這個領域，臨時性刑事政策不應直接發揮其作用，但長時性政策則可通過影響刑法解釋而間接影響刑法適用。

(4) 刑事程式領域，這個領域的法律規定的彈性較大，存在允許臨時性刑事政策介入的空間，有無臨時性政策，刑法實施效果會有所不同。當然，這種影響必須控制在立法允許的幅度內。例如，刑罰的執行可根據特殊預防的政策目標進行依法調整（減刑、假釋），追訴過程可以在法定範圍內「從快」。

基於以上，無論刑事政策是臨時性政策，還是長時性政策，其對刑法的作用都被限制刑法允許的幅度之內，因此，疫情應對的刑事政策強調「依法」，是完全正確的。「依法」是從刑事政策的作用方式來說的，而「從重」、「從快」是從刑事政策的作用效果來說的。只不過，「依法」可以提示刑事政策的作用邊界，而「從重」、

<sup>13</sup> Vgl. F. v. Liszt/E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26 Aufl. (Gruyter, 1932), S.1f.

「從快」則常常導致前述功能主義的弊端。當然，突發事件中臨時性政策與長時性政策的作用方式是不同的，下面以此次疫情應對為樣本進一步展開。

### 三、突發事件中臨時性刑事政策的作用方式

如上所述，臨時性刑事政策是影響刑法實施的「變數」，其作用領域多為刑事立法與程式領域，這種影響之所以能夠產生，是因為立法預留了政策介入的空間。

#### （一）、刑事立法領域的臨時性刑事政策

刑法適用恪守罪刑法定主義，不應受臨時性政策的影響。不能輕易地認為，在突發事件期間，基於政策需求，某個罪名的法益發生了變化，或構成要件的內容應當有所變化。誠然，在特殊時期，同樣的行為可能會導致不同的評價，例如，平時不構成犯罪的行為，但在疫情期間卻成立犯罪，但這並不是法益變更或構成要件變化所導致的，而是該行為在平時與疫情期間所承載的實質內涵並不相同。例如，在平時，拒絕防控措施的行為並不成立犯罪，但在疫情期間，行為人的身體（可能）攜帶病原體，從而成為危險源，拒絕隔離治療就有可能危害公共安全或侵害社會管理秩序，從而有可能成立相應的犯罪。

然而，如果立法為刑事政策的介入預留了空間，則突發事件出現時，臨時性政策可以進入這個預留空間，從而影響原有罪名的覆蓋範圍，進而間接地影響刑法實施。這是極個別的情況，主要集中於妨害社會管理秩序的犯罪，立法預留空間的方式主要表現為空白罪狀或委託立法。在這方面，刑法第 330 條妨害傳染病防治罪是一個重要的典範。

妨害傳染病防治罪的罪狀是「違反傳染病防治法的規定，有下列情形之一，引起甲類傳染病傳播或者有傳播嚴重危險的行為」，「傳染病防治法的規定」屬空白罪狀，其內容由其他法律規定，根據原來的〈傳染病防治法〉第 3 條第 2 款，甲類傳染病包括霍亂和鼠疫。新冠肺炎並不屬於甲類傳染病，難以成立此罪。類似的困境早在 2003 年非典時期就曾出現過，當時的非典型肺炎也不屬甲類傳染病，因此傳

播非典的行為無法成立妨害傳染病防治罪。

面對這一難題，當時的解決辦法並不理想：2003 年 5 月「兩高」緊急出臺了〈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〉（下稱 2003 年〈解釋〉），將故意傳播突發傳染病病原體的行為，按照以危險方法危害公共安全罪定罪處罰。這種作法的不妥之處在於：此類行為連較輕的妨害傳染病防治罪都不構成，何以成立更重的以危險方法危害公共安全罪？實際上，2020 年新冠疫情初期，公安機關也是適用 2003 年〈解釋〉，對拒絕防控措施的行為按以危險方法危害公共安全罪定性，但這種作法後期被更正了。這一更正並不是刑事政策隨意介入的結果，而是先修改立法，為政策介入預留空間，之後才有政策介入並變更罪名的可能：

（1）非典疫情過後，2004 年 8 月全國人大常委會修訂了〈傳染病防治法〉，第 4 條在「甲類傳染病」之外增加了「採取甲類防控措施的乙類傳染病」，其具體類型由行政部門規定，這是一種授權性規定，它為妨害傳染病防治罪的覆蓋面由「甲類傳染病」擴大到「採取甲類防控措施的乙類傳染病」預留了空間。

（2）2008 年 6 月最高檢、公安部〈關於公安機關管轄的刑事案件立案追訴標準的規定（一）〉（下稱 2008 年〈立案標準〉）對於妨害傳染病防治罪的立案範圍，從「甲類傳染病」擴大到「按照甲類管理的傳染病」。

（3）新冠肺炎疫情發生後，2020 年 1 月 20 日國家健康委員會發佈公告稱，經國務院批准，新冠肺炎納入〈傳染病防治法〉規定的「按照甲類管理的乙類傳染病」，這樣一來，與之相關的行為，就可以通過 2004 年〈傳染病防治法〉、2008 年〈立案標準〉，順理成章地納入妨害傳染病防治罪的規制範圍。

將新冠肺炎納入妨害傳染病防治罪規制範圍，是刑事政策的需要，但政策得以發揮作用，是以妨害傳染病防治罪的構成要件存在允許政策介入的彈性空間為前提的。它也保證了這種介入是「依法」的。而非以行政命令方式違背罪刑法定原則。<sup>14</sup>

可見，刑法中的空白罪狀以及行政性立法中的授權性規定，為外部的、臨時的刑事政策的及時介入提供了可能，使得我們無需就突發事件進行臨時立法。這也是在新冠疫情時期，刑事司法比非典時期更為高效的原因，可作為經驗樣本。

<sup>14</sup> 姜濤，〈非常時期涉疫情犯罪教義學的爭議問題〉，《政治與法律》第 5 期（上海：2020.5），2-17。

## (二)、刑事程式領域的臨時性刑事政策

與刑事司法相關的彈性規定更多地體現在程式性的規定中，這也是刑事政策在突發事件中得以作為臨時性因素「依法」介入的領域，有利於及時應對社會危機，具體包括兩方面：

一、是刑事追訴的「從快」化。突發事件發生後，刑事政策往往要求組織社會力量作出快速反應，這對刑事司法的影響往往表現在刑事程式的時限上，例如，在立案、偵查、起訴、審判等各環節上包括縮短辦案時間、人民檢察院提前介入、採用簡易程式、適用認罪認罰制度等。從最高人民法院公佈的典型案例中可以發現，追訴流程較一般刑事案件短得多。

例如，郭某某妨害傳染病防治案（最高人民法院公佈的第三批依法懲處妨害疫情防控犯罪典型案例）。2020年3月7日，郭某某乘飛機從阿布達比到達北京市後，明知境外入境人員需要申報健康登記和採取隔離措施，故意隱瞞出入境情況，且未執行隔離規定，仍多次乘坐公共交通工具，出入公共場所。3月11日，郭某某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。河南省鄭州市二七區人民法院經於2020年4月3日以妨害傳染病防治罪判處被告人郭某某有期徒刑一年六個月。從犯罪行為實施至判決，僅用26天時間。

二、是刑事措施的靈活化。靈活化既可體現在刑事強制措施的選擇上，也可體現在刑法適用之後的執行環節中。疫期期間為了兼顧刑事追訴與治病救人的政策需要，強調措施的靈活性往往較為突出。政治與法律 2020年第5期。

例如，河北省內丘縣梁某某、任某軍、任某輝等人涉嫌妨害傳染病防治案（最高檢發佈的第三批典型案例），由於該案的犯罪嫌疑人曾與病患接觸，因而，對之先隔離，再採取監視居住的強制措施，而沒有像平時那樣進行刑事拘留或逮捕，這正是靈活性的體現。

#### 四、突發事件中長時性刑事政策的作用方式

長時性刑事政策作為影響刑法實施的「常量」，往往可以在刑法理論與刑法解釋上對刑法的實施產生間接的影響，羅克辛的目的理性體系是這種影響及於刑法理論的代表，而疫情期間，這種影響主要通過刑法解釋體現出來。刑法解釋是刑事立法與刑事司法的中間橋樑，解釋結論應符合立法原意，立法原意就是立法機關所挑選的刑事政策，該刑事政策因此成為影響刑法實施的「常量」，是刑法實施應當考慮的基礎參數。然而，種基礎性因素對刑法實施的影響是隱性的，在平時往往被忽視了，使刑法解釋存在錯誤，這個錯誤在平時難以察覺，但在突發事件中，這個問題可能被極度放大，使人們獲得重新思考的機會，從而有可能重新發現這個隱性的刑事政策，進而得出正確的刑法解釋結論。在這次疫情中，以危險方法危害公共安全罪與妨害傳染病防治罪的區分是爭議最大的刑法問題，爭議之所以產生，是因為這兩個罪名所蘊含的長時性刑事政策一直被忽略了，而在這次突發事件中，2020年〈意見〉強調「依法」，該潛藏的立法政策被重新啟動，並有效地解決了刑法爭議。

##### （一）、忽視長時性刑事政策所導致的刑法爭議

如前所述，拒絕防控措施行為的定性是此次疫情中爭議最大的刑法問題，按2003年〈解釋〉應認定為以危險方法危害公共安全罪（重罪），這種觀點在疫情初期極為流行，山東省高級人民法院梳理了16起全國各地疫情期間涉嫌危害公共安全犯罪典型案件，其中，14例（占比87.5%）是以「以危險方法危害公共安全罪」立案，另有2例（占比12.5%）以「過失以危險方法危害公共安全罪」立案，並明確該定性是以2003年的〈解釋〉為定性依據。<sup>15</sup>2020年〈意見〉頒佈後，相同行為的定性均改為妨害傳染病防治罪（輕罪）。

「避重就輕」是合乎民眾法感情的：與病患接觸的人拒絕隔離導致傳播疫情的

<sup>15</sup> 山東省高級人民法院，「疫情期間16起涉嫌危害公共安全犯罪案件梳理」，<http://news.iqilu.com/china/gedi/2020/0211/4445345.shtml>，瀏覽日期為2022年5月3日。

行為，其社會危害性顯然要比刑法第 114 條以危險方法危害公共安全罪的典型方法「放火、爆炸、決水」輕得多。實際上，從各大裁判文書網檢索，可以發現一個驚人的結論，非典時期雖然制定了 2003 年〈解釋〉，但卻找不到任何一例適用該〈解釋〉認定危害公共安全罪的判例。這表明，從民眾法感情看，這類行為本來就不應認定為如此重的罪。2020 年〈意見〉只不過公開反映了這種早已存在的民意，這種民意與罪名相關，它是潛藏在這兩個罪名中的立法政策的反映。

但這種立法政策之所以要到 2020 年〈意見〉之後才得以明確體現，是因為它在平時一直被忽視了，這次疫情迫使我們將之重新挖掘出來。否則，如果脫離兩罪所蘊含的立法政策，無論形式解釋還是實質解釋都無法說明其合理性。

形式解釋注重法條的表述本身。有人將兩罪的關係理解為法條競合，並認為，拒絕防控措施的行為可同時成立兩罪，以危險方法危害公共安全是普通法，妨害傳染病防治罪是特殊法，根據「特殊法優於普通法」的原則，應定性為妨害傳染病防治罪。<sup>16</sup>但從立法看，兩罪沒有重合的可能性。刑法第 114 條以危險方法危害公共安全罪的法定刑是 3-10 年有期徒刑，而刑法第 330 條妨害傳染病防治罪的基本犯法定刑是 3 年以下有期徒刑或者拘役，二者不存在重合或交叉的部分，這表明兩罪的不法內涵完全不同，而構成要件是違法性的評價物件與存在根據，這表明兩罪的構成要件不存在重合部分，不可能是「特殊法與普通法」的關係。

實質解釋重在構成要件的不法內涵，包括行為無價值與結果無價值。一直以來，我國學者對於以危險方法危害公共安全罪與其他罪名的區別，多以法益侵害為中心，以有無「危害公共安全」的結果為區分標準，可稱為結果中心論。較一致的觀點是認為，危害公共安全罪的法益具有「公共性」，是「不特定多數人」的生命或健康，如果只涉及特定少數人的生命或健康，則不構成此罪，而應成立故意殺人罪、故意傷害罪等。這種解釋方法平時是看不出問題的，結果的「公共性」似乎成了危害公共安全罪的根本特徵。但這種解釋方法顯然不適於以危險方法危害公共安全罪與妨害傳染病防治罪的區分，因為這兩罪的結果都具有「公共性」。這時我們有必要去思考，結果中心論的解釋方法是否存在錯誤。

---

<sup>16</sup> 李文峰，〈準確適用妨害傳染病防治罪依法嚴懲抗拒疫情防控措施犯罪〉，003 版。

## (二)、因突發事件而得以重新啟動的長時性刑事政策

如前所述，兩罪的法定刑輕重差別較大，不存在重疊部分，表明二者的不法內涵完全不同，但二者的結果難以區分，其不法內涵的差異只能體現在行為上。2020年〈意見〉對於兩罪的區分正是建立在行為區分的基礎上，可將之稱為行為中心論。行為中心論的正確性源於它與該兩罪的立法政策相吻合。

### 1、以危險方法危害安全罪的政策蘊含

以危險方法危害公共安全罪的立法政策包括兩個方面：刑罰前置化與刑罰限縮化，前者擴大刑罰範圍，後者則防止刑罰過度擴大。

首先，危害公共安全是抽象危險犯，其立法是基於刑罰前置化的政策考量。具體而言，我國刑法第二章的危害公共安全罪最終侵害的法益都是個人法益（生命、健康），當最終的實害結果發生時，完全可以按照侵害個人法益（生命、健康）的實害犯來處罰，如法益侵害具有「公共性」，則可數罪並罰。立法者為什麼要單獨設立危害公共安全罪呢？其立法意義不在於法益的「公共性」，而在於將這些「公共性」法益的保護前置化，或說刑罰前置化（相當於未遂犯既遂化），它使得刑罰介入的時點由實害結果發生的 B 點，提前至尚未發生實害結果、但產生了相應危險的 A 點。這是因為此類行為本身所蘊含的高度危險性，立法者特別在 A 點確立標準的行為模式，<sup>17</sup>只要違背該行為模式，即使以 B 點的「公共性」實害結果未發生，也予以處罰，從而有效避免 B 點的公共侵害的發生。這才使得危害公共安全罪有了獨立於實害犯的意義，基於此，危害公共安全罪只能是抽象危險犯，這也是其獨特的政策蘊含。它表明，抽象危險犯的核心不在於結果，而在於行為。

然而，我國傳統理論認為，刑法 115 條是實害犯（以重傷、死亡為要件），114 條是輕結果犯或具體危險犯（以「尚未發生嚴重結果」為要件），並明確反對將兩條均認定為抽象危險犯。<sup>18</sup>這種觀點忽視了危險犯的獨立意義，難以自洽。詳言之，危害公共安全罪（如放火罪）與個人法益犯罪（如殺人罪）的區別不在於結果的

<sup>17</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，（北京：中國人民大學出版社，2009），382。

<sup>18</sup> 張明楷，〈高空拋物案的刑法學分析〉，《法學評論》，第 3 期（湖北：2020.06），12-26。



「公共性」，而在於，後者的法益是處於 B 點的「個人法益本身」，而前者的法益是更早的 A 點的「個人法益之安全」，當「安全」成為法益，「危險」自然就是對「安全」的法益侵害。因此，危害公共安全罪必然是危險犯。這也是國外刑法理論的共識。德日刑法均將「公共危險罪」視為危險犯（危殆犯）。<sup>19</sup>例如，放火罪是危害公共安全罪的典型，在日本刑法理論中也被視為抽象危險犯，<sup>20</sup>獨立燃燒（A 點）既為既遂，而無需等到發生傷亡結果（B 點）才既遂。

根據理論通說，抽象危險犯就是行為犯，其構成要件只有行為要素，沒有結果要素，這是行為中心論的理論基礎。

其次，危害公共安全罪作為抽象危險犯，沒有構成要件結果，但在立法往往在其罪狀中設置了「描述性結果」，其作用在於限縮刑罰處罰的範圍。為什麼要對刑罰進行限縮呢？這是因為，作為危險犯的法益侵害是「危險」，而「危險」是無形的，是對未來是否發生結果的一種預測，預測就會有失誤的可能，這就使得刑罰早期化存在恣意的風險，因而，對這種風險進行限制就成為抽象危險犯的第二個政策蘊含。對此，我國刑法的作法是：將非構成要件的、未來的實害結果在罪狀中予以描述，以描述性結果作為限制處罰的技術措施，呈現出「危險犯構成要件+描述性結果」的立法模式。

在危險犯罪狀中的描述性結果，是危險犯實行行為的輔助判斷標準，表明實行行為有可能造成該描述性結果。例如，刑法第 114 條的結果描述屬於「輕結果」，它是表明：本罪的實行行為是一種低危險行為，它通常不會導致嚴重後果；第 115 條的規定為「重傷、死亡」，表明：本罪的實行行為是一種高危險行為，通常能導致「重傷、死亡」。若未發這一結果，實行行為的危險性未獲得證實，根據「存疑利益歸於被告」的原則，應當否定犯罪成立。

## 2、妨害傳染病防治罪的政策蘊含

妨害傳染病防治罪的立法政策也包括兩個方面：一是擴大刑罰範圍，二是防止刑罰過度擴大。

---

<sup>19</sup> 大塚仁，馮軍譯，《刑法概說（各論）》，（北京：中國人民大學出版社，2003），346。

<sup>20</sup> 大塚仁，馮軍譯，《刑法概說（各論）》，（北京：中國人民大學出版社，2003），120。

首先，妨害傳染病防治罪也是行為犯，但它不是基於刑罰前置化的考量，而是基於豁免證明責任、從而擴大刑罰適用的考慮。

詳言之，這類犯罪的法益不是與個人法益緊密相關的公共安全，是一種抽象的社會管理秩序，屬於超個人法益，由於其抽象性與無形性，很難被舉證證明，為了確保該類犯罪不會因證明困難而淪為一紙空文，立法者將之設置為行為犯（也稱為廣義的危險犯），<sup>21</sup>它僅以一定行為的存在為客觀不法要件，只要行為人實施了違反該種社會管理秩序的行為，就可以直接認定犯罪既遂，法官無需對該種社會秩序被破壞的結果進行證明。

其次，該類行為犯沒有構成要件結果，但在立法往往在其罪狀中設置了「描述性結果」，作為限縮刑罰處的技術措施。行為犯豁免了法官對於抽象的法益侵害結果的證明責任，這使得刑罰有不當擴大的風險，因此，立法者在罪狀中對事後可能發生的結果加以描述，用以限縮之前存在擴張可能的實行行為的範圍。

詳言之，妨害傳染病防治罪是行為犯，但並不表明任何違反疫情防控措施的行為都成立該罪，例如，不戴口罩上街的行為，顯然不能成立該罪。能成立該罪的行為，只是可能「引起甲類傳染病傳播或者有傳播嚴重危險的」（描述性結果）的行為。但這個描述性結果並非妨害傳染病防治罪的構成要件結果：當行為人實施拒絕疫情防控措施的行為時（第一時間點 A），就破壞了這種管理秩序，而描述性結果則是在幾天後，或十幾天後（第二時間點 B）才出現的。妨害傳染病防治罪在行為實施時（A 點）即已構成，而無需等到描述性結果出現（B 點）。

正因如此，兩高公佈的 16 個妨害傳染病防治罪的典型案例中，只有 3 個發生了導致感染新冠肺炎（疫情傳播）的後果，其他的案例因為審理時間迅速，還未被隔離觀察者得出最終診斷結論就已作出判決。甚至處於 B 點的「疫情傳播的風險」也不是一個構成要件結果。例如，在王某某妨害傳染病防治案（最高人民法院公佈的第三批依法懲處妨害疫情防控犯罪典型案例）中，被告人不如實告知活動軌跡，致 38 人未被及時隔離，被認定為妨害傳染病防治罪。該案行為與其他典型案例並無實質不同，但法院對事實的認定比較特別，並未認定位於 B 點的事實——「造成 38 人被採取醫學隔離措施」，而是認定位於 A 點的事實——「造成 38 人未被

<sup>21</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，（北京：中國人民大學出版社，2009），387。

及時採取醫學隔離措施」，如果說 B 點事實表明了「疫情傳播的風險」，法官只認定了 A 點事實，表明：B 點「疫情傳播的風險」尚未出現即可認定犯罪既遂。

### 3、基於立法政策的解釋結論

2020 年〈意見〉的規定與上述兩罪的立法政策是吻合的，它以行為為中心，對於危險犯的判斷，增加了描述性結果作為輔助判斷標準：

(1) 對於確診病人，由於本身攜帶病原體，因此其只要拒絕隔離、進入公共場所或者公共交通工具，就不僅破壞了疫情防控的管理秩序，也具有巨大的危險性，侵害了公共安全（類似於：違反規定，用火柴點燃一間茅草屋）。

(2) 對於疑似病人，其本身攜帶病原體只是有較大的可能性，但並非確定性，因此該行為人拒絕隔離、進入公共場所或者公共交通工具，雖然對於疫情防控的管理秩序必然產生侵害，但能否進而產生對公共安全的侵害或危險，還只是一種可能性（類似於：違反規定吸煙，並隨手將煙蒂扔向茅草屋），因此還要求「造成新型冠狀病毒傳播的」（以描述性結果為輔助判斷標準），才能確定該行為具有危害公共安全的性質。

(3) 對於其他人（如接觸者），其本身是否攜帶病原體並不確定，對其實施的拒絕防控措施的行為，一方面，不能確定對於公共安全是否具有危險性（類似於：違反規定，在森林中吸煙），因而難以成立以危險方法危害公共安全罪；另一方面，這種行為對於疫情防控秩序的破壞可能只是形式上的（例如，未戴口罩上街），實質上是否如此，還需進一步判斷，因此，〈意見〉以「引起新型冠狀病毒傳播或者有傳播嚴重危險的」作為輔助的判斷標準，限縮處罰範圍。

其中，確診者、疑似者、接觸者並不是行為主體上的要求，而是表明「行為人是否攜帶病原體」這一與行為危險性有關的事實。如果某一行為侵害了疫情公共安全，往往也侵害了疫情防控秩序，屬於想像競合，按重「從一重」的原則，應當認定為以危險方法危害公共安全罪（如確診者、疑似者的行為），否則，如未侵害公共安全（如接觸者的行為），就只成立妨害傳染病防治罪。這種罪名區分結論，是從作為立法基礎的刑事政策推導出來的，因而在刑罰輕重上也必然合乎政策考量與民意。

綜上所述，在突發事件中，刑事政策只能在立法允許的範圍，而不能作為「法外力量」對刑法的實施產生影響；同時，刑法的正確實施也不能忽視已納入立法考量的刑事政策。這兩方面都體現了「依法」的要求。在突發事件中，以「依法」作為制定刑事政策的基本原則，相比于傳統的「從嚴」或「從寬」的政策思路，既能及時對突發事件作出反應，迅速組織力量應付社會危機，又不至於反應過度，讓刑法的適用成為隨意搖擺的臨時性政策的傀儡。可以說，2020〈意見〉在刑事政策的實踐上了較好的效果，對於突發事件的應急機制建設具有推廣意見，並可作為刑事政策與刑法關係的分析樣本。

## 五、結語

在突發事件中，刑事政策只能在立法允許的範圍，而不能作為「法外力量」對刑法的實施產生影響；同時，刑法的正確實施也不能忽視已納入立法考量的刑事政策，這兩方面都體現了「依法」的要求。在突發事件中，以「依法」作為制定刑事政策的基本原則，相比于傳統的「從嚴」或「從寬」的政策思路，既能及時對突發事件作出反應，迅速組織力量應付社會危機，又不至於反應過度，讓刑法的適用成為隨意搖擺的臨時性政策的傀儡。可以說 2020〈意見〉在刑事政策的實踐上了較好的效果，對於突發事件的應急機制建設具有推廣意見，並可作為刑事政策與刑法關係的分析樣本。

## 徵引書目

### 一、中文著作

- [1] 姜濤，〈非常時期涉疫情犯罪教義學的爭議問題〉，《政治與法律》，第5期（上海：2022.05）。
- [2] 車浩，〈刑事政策的精準化：通過犯罪學抵達刑法適用——以疫期犯罪的刑法應對為中心〉，《法學》，第3期（上海：2022.03）。
- [3] 李文峰，〈準確適用妨害傳染病防治罪依法嚴懲抗拒疫情防控措施犯罪〉，《檢察日報》，2020年2月12日，003版。
- [4] 陳興良，〈刑法教義學與刑事政策的關係：從李斯特鴻溝到羅克辛貫通〉，《中外法學》，第5期（北京：2013.10）。
- [5] 勞東燕，〈能動司法與功能主義的刑法解釋論〉，《法學家》，第6期（北京：2016.12）。
- [6] 高豔東，〈量刑與定罪互動論：為了量刑公正可變換罪名〉，《現代法學》，第5期（重慶：2009.10）。
- [7] 金澤剛、顏毅，〈以刑制罪的學理闡釋〉，《政治與法律》，第7期（上海：2010.07）。
- [8] 王華偉，〈誤讀與糾偏：「以刑制罪」的合理存在空間〉，《環球法律評論》，第4期（北京：2015.08）。
- [9] 克勞斯·羅克辛，蔡桂生譯，《刑事政策與刑法體系》，（北京：中國人民大學出版社，2011）。
- [10] 安塞爾姆·裡特爾·馮·費爾巴哈，徐久生譯，《德國刑法教科書》，（北京：中國方正出版社，2010）。
- [11] 安塞爾姆·裡特爾·馮·費爾巴哈，徐久生譯，《德國刑法教科書》，（北京：中國方正出版社，2010）。
- [12] 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，（北京：中國人民大學出版社，2009）。
- [13] 張明楷，〈高空拋物案的刑法學分析〉，《法學評論》，第3期（湖北：2020.06）。

- [14] 大塚仁，馮軍譯，《刑法概說（各論）》，（北京：中國人民大學出版社，2003）。

## 二、西文著作

- [1] F. v.Liszt, E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26 Aufl.1932.  
[2] Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, BandI, 4 Aufl.2006.

## 三、電子書或網絡資源

- [1] 山東省高級人民法院，「疫情期間16起涉嫌危害公共安全犯罪案件梳理」，  
<http://news.iqilu.com/china/gedi/2020/0211/4445345.shtml>。  
[2] 最高人民檢察院網，「最高檢涉疫情犯罪系列典型案例背後的法治思考—最高人民檢察院涉疫情防控檢察業務領導小組辦公室主任、第一檢察廳廳長苗生明答記者問」，  
[http://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202003/t20200308\\_455985.shtml](http://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202003/t20200308_455985.shtml)。

## 作者簡介

陳芹，女，法學博士，澳門科技大學法學院助理教授，碩士生導師。主要研究方向：中國刑法學，比較刑法學  
通訊地址：澳門氹仔偉龍馬路澳門科技大學法學院  
通訊電郵：qchen@must.edu.mo