

生物刑法之预防性扩张的教义学路径

姜 涛

内容提要:随着新冠病毒肺炎疫情发展及其带来的涉疫情犯罪蔓延,司法实践的预防性扩张与司法解释的预防性扩张解释,成为涉疫情犯罪之刑法适用的发展态势。造成生物刑法之预防性扩张的原因是生物刑法对抽象危险犯、危险责任的倚重,由此带来生物犯罪之不法与有责判断难题。生物刑法倚重抽象危险犯的立法技术并形成预防性刑法的范式具有合理性,是刑法合理控制生物安全风险的需要。正确对待生物刑法的预防性扩张,需要从法教义学上明确两点,一是在因果关系理论中采取疫学因果关系,并把畏惧感说纳入其中对之进行合理改造,使生物刑法之价值天平适当向预防原则倾斜;二是把危险责任纳入生物犯罪的有责性判断,适当强调口袋罪的预防性扩张,并合理限制“容许的风险”的范围。

关键词:生物刑法 危险责任 预防性刑法 抽象危险犯 疫学因果关系

姜涛,南京师范大学中国法治现代化研究院教授。

一 问题的提出

生物刑法是以生物安全为保护法益、以生物犯罪为预防与控制对象的罪刑体系。从类型上说,生物刑法有纯正生物刑法与不纯正生物刑法之分,前者是专门针对生物犯罪的罪刑体系,如“传染病菌种、毒种扩散罪”“妨害传染病防治罪”等,后者是非专门针对生物犯罪但包含生物犯罪的情况,如“投放危险物质罪”“以危险方法危害公共安全罪”等,这类情况更多,此类犯罪的构成要件具有开放性特点,导致解释上的“迷雾”。如何认识生物刑法的预防性扩张涉及刑法立法论与教义学两个视角,本文专门研究生物刑法之预防性扩张的教义学路径。目前我国生物刑法之预防性扩张的教义学路径并没有引起重视,从而带来一系列问题。首先,司法实践对生物刑法的重视程度不够。如李宁院士贪污案,该案中1017万元是销售实验室淘汰动物和牛奶所得,^[1]一审判决书对实验动物带来的

[1] 参见高铭喧:《“李宁案”对科技、教育领域反腐具有重要指导意义》,《人民法院报》2020年1月4日第002版。

生物安全问题缺乏评判。其次,对生物犯罪的定罪不准。以我国首例“基因编辑婴儿案”为例,该案最终被法院以非法行医罪定罪处罚,^[2]并未涉及生物安全,存在严重的认定偏误。最后,司法解释中的预防性扩张态势明显。自新型冠状病毒感染肺炎疫情(下称“疫情”)爆发以后,最高人民法院、最高人民检察院发布多个有关疫情犯罪的司法解释,依法从严从重处理了大批涉疫情犯罪。^[3]上述问题的存在,迫使我们从法教义学上思考生物刑法的预防性扩张及其限度。

由于疫情的影响,国家从战略高度提出“把生物安全纳入国家安全体系”“加快构建国家生物安全法律法规体系”等生物安全保障战略,这对生物刑法预防性扩张的教义学体系建构提出了新要求。正视刑法在生物安全风险控制中的角色与功能,并发展相关的教义学体系,是基于涉疫情刑事规制的预防性扩张及其困局的启发,同时也涉及其他生物犯罪的法教义学体系建构,可以视为刑法教义学对生物安全法治推进的一次初步尝试。

二 生物刑法的教义学困局与成因

(一) 生物刑法的教义学困局

生物刑法的教义学困局,集中体现为“两极化”司法中刑法的适用乱象与司法解释中的过度预防性扩张解释。

1. “两极化”司法:涉疫情犯罪之刑法适用乱象

选择性司法与过度预防性扩张是两极化司法的两端,前者存在司法不严密问题,即将本属于犯罪的情况作无罪处理,后者涉及入罪标准人为降低问题,即将本不属于犯罪的情况解释为犯罪,两者都是司法不公的体现,严重损害司法权威与刑法正义形象。

我国生物刑法涉及个罪大部分属于不纯正生物犯罪,如果缺乏生物刑法教义的引导,很容易导致选择性司法。以湖北省武汉市百步亭万家宴为例,本次万家宴有四万家庭共同参与,举办时武汉疫情已经比较严重,一旦发生大面积感染,组织者可能涉嫌大型群众性活动重大安全事故罪,但是此类行为是否需要入罪却被忽视。^[4]此类问题在非纯正生物犯罪司法中普遍存在,给生物刑法的正确适用带来极大挑战。

过度预防性扩张在疫情防控期间最为突出,比如,把故意传播新冠病毒的行为扩大解释为以危险方法危害公共安全罪,把针对受委托行使疫情防控公务的人员实施的暴力解释为妨害公务罪等。预防性扩张本身并不可怕,可怕的是超过一定限度,这主要体现在二:一是把本不属于犯罪的情况解释为犯罪,比如把存在义务冲突情况的带病(疑似感染新冠)给患者看病的医生,认定为以危险方法危害公共安全罪。二是严上加严,即在从严解

[2] 参见王攀、肖思思等:《聚焦“基因编辑婴儿”案件》,《人民日报》2019年11月31日第11版。

[3] 截至2020年4月16日,全国检察机关共受理审查逮捕涉疫情刑事犯罪案件3324件4120人,审查批准逮捕2910件3517人,依法不批准逮捕329件456人;受理审查起诉2636件3310人,审查提起公诉1980件2416人,依法不起诉68件88人。参见《全国检察机关办理涉疫情防控刑事案件情况(截至4月16日)》, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202004/t20200417_458926.shtml,最近访问时间[2020-04-27]。

[4] 参见陈月芹:《万家宴后的百步亭》, <https://news.sina.cn/sh/2020-02-06/detail-iimxyqvz0844397.d.html?vt=4&pos=11>,最近访问时间[2020-07-18]。

释的情况下从重处罚,从严从重处罚意味着“双严”,涉及禁止双重评价问题,比如编造并传播虚假疫情信息的行为,编造的对象属于虚假疫情信息,本就是该罪的构成要件内容,若不是虚假疫情信息,则不充足该罪之构成要件,虚假疫情信息在犯罪认定中已经被评价过一次,在量刑时就不能再从重处罚。与选择性司法相比,过度的预防性扩张比较隐蔽,并且很容易在民众之虚假集体意识下被合法化,但这并不符合刑法正义,属于“病急乱投医”。就此而言,过度的预防性扩张是属于超越个罪之构成要件的刑法滥用,在生物刑法的教义学体系中是更加值得研究的问题。

2. 司法解释的预防性扩张解释

实践上的扩张与司法解释的预防性扩张解释有关。疫情爆发“激活”了生物犯罪的刑法适用,仅最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合下发的《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》(下称“《意见》”),就激活 30 余个与生物刑法相关具体罪名。预防性扩张解释是司法解释对待生物刑法的基本立场,不纯正生物刑法具有开放性的特点,这为司法解释的预防性扩张解释提供了规范基础。比如,《意见》把“故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体”,解释为以危险方法危害公共安全罪,体现了对口袋罪的预防性扩张。同时,把“其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施,引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的行为”,按照妨害传染病防治罪定罪处罚,又扩大了妨害传染病防治罪的适用范围,即对“甲类传染病”进行扩大解释,把“虽属于乙类传染病,但是按照甲类传染病防治”的情况纳入其中。这一预防性扩张解释来自于 2008 年最高人民检察院与公安部发布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第 49 条的规定。^[5]

司法解释的预防性扩张解释,有重建人民对司法的信心与为疫情防控提供高效司法保障的考量,因为生物犯罪(如新冠病毒人为传播)涉及生物安全,而生物安全本身种类繁多、具有不确定性,且危及人民身体健康、经济发展,以刑法预防与控制生物安全风险,更加容易在政治抉择、集体意识方面达成共识,从而导致生物刑法之预防性扩张态势。

(二) 造成生物刑法之教义学困局的原因

1. 抽象危险犯导致的因果关系判断难题

生物刑法倚重抽象危险犯,以法益侵害的危险作为因果关系判断的基础。抽象危险犯的不法评价重心在于行为本身的危险性,但这些危险性与实害之间经验上的关联性并不充分,甚至在处罚的背后根本无法精确指出所欲避免的实害究竟是什么,^[6]给生物刑法预防性扩张留下空间。抽象危险犯强调了刑法规范的事前观点,并传达了两个信息:一是不为危险行为,二是为此将付出过高的代价。这与古典刑法所提供的法益保护有着天壤之别。从启蒙时代理论家们所发展的社会契约论中推导出自由主义的法益概念,强调

[5] 即“‘按甲类管理的传染病’,是指乙类传染病中传染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽、人感染高致病性禽流感以及国务院卫生行政部门根据需要报经国务院批准公布实施的其他需要按甲类管理的乙类传染病和突发原因不明的传染病。”

[6] 参见谢煜伟:《风险社会中的抽象危险犯与食安管制——“掺伪假冒罪”的限定解释》,我国台湾地区《月旦刑事法评论》2016年第1期,第71页。

对国家权力的严格限制,即国家只在确保民众和平、自由且能充分保障其人权之时,才有启动刑罚权的可能。^[7] 今日我们所处的时代不同于古典刑法萌芽与发展时期,生物刑法建构的逻辑起点也非为那个时代所具有,故不必否定抽象危险犯的价值。但是,抽象危险犯带来的教义学难题仍须正视,这一难题集中体现为,以回应国民“安心感”作为立法理由,或许反而会加深社会心理的“不安”。^[8] 正源于此,以实质说对抽象危险犯进行限缩解释以克服传统形式说的弊端,成为现代刑法教义学发展的努力方向,即抽象危险犯也必须存在某种程度的危险性才行,全无危险的情况下不应处罚。按照形式说的观点,只要行为人实施构成要件所规定的行为,即可成立犯罪,这与行为犯并无差异,^[9] 它并不需要判断因果关系问题。按照实质说,则需要进一步判断因果关系,以明确不法行为与不法结果的危险性之间的关联。

生物刑法的因果关系判断最终根源于法益论的困境。从法益概念本身延伸的机能有二:一是把法益作为刑法解释之实质标准的体系内解释机能;二是防止刑事立法不当扩张的体系外批判机能。两者的共性是以法益概念来防止刑法边界的不当扩张,并以此来确保民众免受不当国家权力的侵害。^[10] 随着风险社会的到来,超个人法益的刑法保护变得更加复杂、抽象和难以解决,对超个人法益的承认,是以超个人体制独立于个人利益之外为前提,以超个人法益保护为理由作为生物刑法的根据,是将风险等同于危险为前提,因而构成对法益论的重大挑战。就生物刑法来说,刑法对生物安全等超个人法益的保护,以追求国民的生命与健康安全为立法目的,且以抽象危险犯的立法技术来实现,这意味着法益保护的双重前置化——行为禁止的前置化和法益保护的前置化。正是这种双重的前置化导致法益概念的不明确性、抽象性、空心化、精神化,给生物刑法的因果关系带来难题,一是还要不要因果关系判断,二是如果需要的话,这种不法结果的危险性如何证立或评价。也正是抽象危险犯对法益论的突破,导致解释者在生物刑法之因果关系适用上拥有较大自由裁量空间。

2. 刑法保护早期化导致的危险责任定位难题

生物刑法的责任模式是危险责任,危险责任是从不同于抽象危险犯的结构,去发展生物刑法之可罚性界线的独立标准,即刑法被作为预防危险的手段而惩罚危险犯罪,在某些危险变成实害之前允许安全干预。形象地说,在风险防范的时代背景下,刑法只是一件外衣,外套里有一张危险品清单。^[11]

从危险责任之累积角度来看,生物刑法中部分罪名具有累积犯的特点,比如,感染新冠病毒后拒绝隔离的行为尽管仅是具有传播的风险,但必须处罚,因为个别的拒绝隔离行为虽然无害,但处罚的理由在于避免之后所有人或很多人以相同方式做出具有传播新冠

[7] 参见[德]Claus Roxin:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,我国台湾地区《月旦法学杂志》2012年第211期,第262页。

[8] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第16-18页。

[9] 参见[日]团藤重光著:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第130-132页;[日]大谷实著:《新版刑法讲义总论》(第3版),成文堂2009年版,第127页。

[10] 参见[日]曾根威彦:《现代刑法と法益论の变容》,载《刑事法学的现代的课题——阿部纯二古稀祝贺论文集》,第一法規出版2004年版,第48页。

[11] Vgl. Winfried Hassemer, Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen, HRRS (4/2006), S. 136.

病毒危险的行为,否则疫情难以控制。对于新冠病毒而言,个人与其他人的行为关联在一起保护共同的超个人法益——疫情防控秩序。此时,任何构成要件该当的行为,即任何被确诊或疑似的新冠病毒患者拒绝隔离,就破坏了疫情防控秩序这一超个人法益,具有归责的基础。可见,这种危险责任的实质内涵已加入风险负担的因素。毋庸置疑,以刑法维持生物安全保护人类世代的生命、健康十分必要,因为保障生物安全是与人类生存与发展的需求相结合,这会有助于保障人类健康与安全的生活。因此,刑法不应该忽视生物安全风险,必须依此整合其预防理念,^[12]对自身做出必要的动态调整。面对生物安全风险日趋增加且复杂的态势,刑法可以采取风险负担的法理,把制造法不容许的生物安全风险的行为解释为具有可罚性,借助风险责任与法益论之功能化的教义学改造,从而以刑罚手段保障“人类的未来”。危险责任是刑法保护早期化的体现,这种危险是根据科技规则推定具有风险。风险具有未来性、拟制性、广泛性和不可判断性,是一种合理确信下的损害。危险责任有突破传统刑法“无罪责,无刑罚”之定律的疑虑,会衍生危险责任是否符合罪责原则的争议:一旦承认预防性的罪责原则,是否有可能依照预防的必要性决定处罚内容,使得危险责任取代罪责原则。还是说,生物刑法至少在理论结构上仍应适用罪责原则,只是规范的实质内涵加入风险分担的因素。

刑法教义学如何看待生物刑法的预防性扩张,以及如何有效避免过度的预防性扩张,这从深层次上首先涉及的理论命题是,如何看待刑法控制生物安全风险的技术与功能。

三 刑法控制生物安全风险的技术与功能

(一) 刑法控制生物安全风险的技术:以抽象危险犯为中心

德国学者指出,若不改变刑法释义学,根本无从应对风险,抽象危险犯的新增自然有其合理性。^[13]事实的确如此,在现代社会追求生物安全风险管理的政策目标下,从生物安全风险的不确定性出发,抽象危险犯成为控制生物安全风险的立法技术。

究竟何种行为会被立法者设计成抽象危险犯?生物刑法有无适用抽象危险犯的必要性?从我国现有刑法体系来看,生物安全涉及罪名种类繁多,涉及刑法分则30余个具体罪名,主要集中于危害公共安全罪与妨害社会管理秩序罪,其中,故意型生物犯罪多以危险犯为个罪构成要件,部分生物犯罪是具体危险犯,如生产、销售不符合安全标准食品罪,要求“足以造成食物中毒或严重食源性疾病”;部分生物犯罪属于抽象危险犯,即以行为为标准界定本罪的可罚性基础,体现了行为无价值的立场,如污染环境罪。可以预见,疫情后刑法增设新生物犯罪还会倚重抽象危险犯。抽象危险犯的正当性基础,在于可对法益作提前保护,是一种法益保护的前置化措施,而立法者预防性干预生物安全风险的意图便隐藏其中。以基因编辑行为为例,该行为造成的危害具有高度抽象特点,行为的危险在

[12] 参见[德]Claus Roxin:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,我国台湾地区《月旦法学杂志》2012年第211期,第280页。

[13] 参见[德]洛特尔·库伦:《全球风险社会中的食品安全刑法》,许恒达译,载陈兴良主编《刑事法评论》2015年第2期,北京大学出版社2016年版,第309、311页。

具体发生的过程中也具有复杂的多样性,且由于行为人在个案中对于风险共同作用的结果往往无法有效预测,而导致其本身对风险并无有效控制的可能性,此时,结果犯或具体危险犯的罪刑结构都无法有效达成保护法益的任务。所以,从生物刑法的未来立法发展看,刑法当放弃实害及具体危险等不法要素,转向抽象危险犯的立法技术。

抽象危险犯因其概念的抽象性、模糊性,一直被批判有象征性立法的嫌疑。德国学者指出,当黑格尔指责象征性立法时,刑法对待人就像对待一只狗一样,对一个人举起棍子,这难道是对的吗?^[14] 笔者认为,抽象危险犯是生物刑法立法技术上的必要举措,对规制生物安全风险具有价值。首先,刑法具有行为规制机能,行为无价值的罪刑模式有利于发挥刑法的行为规制机能,强化民众对规范的认同,以超个人法益保护为例,因为在保护生物安全等超个人法益犯罪类型中,往往欠缺一个明显可见的实害存在,不存在明显的损害因果关系,才使得抽象危险犯的犯罪结构得以跃上舞台。^[15] 其次,生物安全问题无法被理解为纯粹线性式的发展,其中包含了各式各样变量,再加上人类科学知识有限性,我们最多也只能试着预设未来可能会发生的问题,并以抽象危险犯模拟相对应的解决方案。^[16] 最后,法律要求一定的前瞻性,从而对未来发生的风险与犯罪有所规制,以免新犯罪到来时无法可依。尽管刑法中有的罪名设置目前并无对应行为,也不能以“僵尸罪名”或象征性立法否定其意义,如司法实践并无决水罪的真实案例,但并不影响该罪名的价值。更何况,生物安全风险一旦成为现实,其所造成的结果往往不是一时半刻的短暂干扰,而是长效影响,如疫情的全球蔓延,所以刑法对于生物犯罪的处罚,当然也就没有必要等到损害确定之后才开始发动。^[17]

抽象危险犯的归责理由是危险责任,危险责任是一种客观的风险分配原则,它把行为人能够仅“对自己做了一件刑法所禁止的行为”有所认识而作为归责的基础,并不要求对行为的危险有所认识。这正如同雅各布斯所说的,对于自己不遵守刑法规定,破坏刑法的实证性(规范违反性)有所认识即为建立的前提(已具备不法),这是功能主义罪责理论归责的标准。^[18] 这项归责原因可称之为风险,即行为人已经尽到注意义务,但仍不可避免实害的危险,惩罚的意义在于引导行为人放弃继续制造危险。同时,危险责任不必具备义务违反、违法性认识与相当因果关系。^[19] 生物安全涉及不特定或多数人的生命、健康与财产安全,是一种需要法律予以有效保护的客观真实状态,刑法作为一种社会价值秩序的基础规范,以危险责任预防生物安全风险具有正当性。

(二) 刑法控制生物安全风险的功能:以预防性刑法为视角

预防性刑法是指以保护法益侵害的危险为罪刑结构的刑法体系,可称之为现代刑法

[14] Winfried Hassemer, Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen, HRRS (4/2006), S. 131.

[15] 参见恽纯良:《抽象危险犯罪作为对抗环境犯罪的基本制裁手段——以污染水体行为为例》,我国台湾地区《月旦刑事法评论》2018年第8期,第40页。

[16] 参见古承宗:《环境风险与环境刑法之保护法益》,我国台湾地区《兴大法学》2015年第18期,第190-191页。

[17] 参见恽纯良:《抽象危险犯罪作为对抗环境犯罪的基本制裁手段——以污染水体行为为例》,我国台湾地区《月旦刑事法评论》2018年第8期,第38页。

[18] 转引自林宗翰:《风险与功能——论风险刑法的理论基础》,我国台湾地区台湾大学法律学研究所2006年硕士论文,第55页。

[19] 参见杨佳元:《危险责任》,我国台湾地区《台北大学法学论丛》2003年第57期,第6、28页。

的“免疫范式”。身处社会安全风险增多且复杂化的时代,置于风险控制网状的任何公民都可能因此而无一幸免,古典刑法应对社会风险已经步履维艰,由此导致生活的政治化和政治的刑法化,预防性刑法就是这一过程的产物。利用刑法作为社会控制首要手段和安全政策工具的反向趋势,可以从20世纪80年代初以来西方国家刑事政策中辨别出来。美国、英国等国家发生的恐怖袭击仅是刑法扩张的催化剂,刑法扩张已在后工业风险社会中全面展开,刑法被视为风险管理的工具,这种犯罪控制越来越主动,涉及范围愈发广泛,刑法体系正在衡量其防范社会风险的能力。^[20] 与传统预防理论不同,预防性刑法将刑法的适用范围扩大到了远离应预防的最终危害的程度,在最终损害发生之前进行干预,期望在最终损害发生之前就控制有害行为。生物刑法整体上属于预防性刑法的范畴,生物刑法的预防性干预之所以得到立法者承认,是因为其预防未来生物安全风险的目的性,生物安全风险的本质是一种指向未来的重大风险,在生物安全风险的不确定风险之下,不仅保障人民的安全是刑法的存在理由,并且有针对性的刑法保护早期化与有效控制生物安全风险之刑事政策目标一致,它远胜于行政法的制度绩效。

生物刑法采取预防性刑法模式,本应当“小心求证”,严格控制其适用范围,但是,面对生物安全风险带来的恐惧,司法机关往往将刑法视为解决所有社会问题的灵丹妙药,由此带来前述生物刑法之预防性扩张,这并不是中国特有现象。以日本公害犯罪的争议为例,日本《公害罪法》的第1条规定,应当处罚产生人体健康公害的行为。同时,第3条也规定“由于疏忽业务上必要的注意事项,导致工厂或车间的业务活动排出危害人体健康的物质的,使公众生命或身体产生危险者,处2年以下惩役或200万日元以下罚款。”据此,犯罪行为只是产生危险性,即使没有导致实际不法结果发生,也应当予以处罚。就日本《刑法》与《公害罪法》的关系而言,原先属于刑法管辖的公害犯罪案件,由于不法结果无法判断、存在因果关系证明困难、法人处罚不能等问题,都可以作为公害罪法的处罚对象。^[21] 不过,适用公害罪法的所有案例都将犯罪构成要件上的“排出行为”限定为由于事业活动而产生的构造型公害,^[22] 不包含事故型公害,其特别法的机能被大幅限定化了。另外,即使是在过失认定上,适用刑法上过失概念时,也会基于公害事件自身的特殊性,采用新过失论主张的“危惧感说”,因为对于诸如核能设施所带来的危险性很高,但预见极其困难的重大事故而言,依据高度的结果回避义务而科处刑罚其实并不现实。^[23]

生物刑法之预防性扩张的背后,深层体现的是法治国原则与社会国原则的对立。古典刑法是以法治国原则为基础的,它在哲学上以世俗化、理性化、人性化为标志的启蒙思想为基础。预防性刑法以社会国原则为基础,是预防性国家在刑法领域的必要延伸,以期能够满足复杂风险社会日益增长的安全需求。预防性刑法有强预防性刑法与弱预防性刑

[20] See Ali Emrah Bozbayindir, *The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?*, 29 *Criminal Law Forum* (2018), pp. 35–36.

[21] 参见[日]田宫裕、广濑健二:《人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律》,载伊藤荣树主编《注积特别刑法第7卷》,立花书房1987年版,第3页。

[22] 参见[日]藤木英雄:《人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律》,载金沢良雄主编《注积公害法体系》第1卷,有斐阁1982年版,第277页。

[23] 参见[日]三井诚:《過失犯における予見可能性と個人の監督責任の限界》,《ジュリスト》总第552号,第36页。

法之分,预防性刑法的早期类型如环境刑法、经济刑法属于弱预防性刑法,而后期产生的反恐刑法则属于强预防性刑法,两者区分标准是对公民自由的合理限制抑或极端限制,强预防性刑法对公民自由的极端限制,自然存在违背法治原则的疑虑,包括控制恐怖主义走程序捷径、对无辜者定罪的可能性等,背离了国家对人权的承诺。但是,弱预防性刑法是对法治原则不能适合社会转型需要的微调,强调刑法适度的提前干预,这是对社会原则的体现。本文意义上预防性刑法就是一种弱预防性刑法。反对预防性刑法的学者指出,“风险社会并不害怕限制权利的危险,而是视国家为其救世主,视权利受到必要的限制为了有效地预防犯罪伤害。”^[24]笔者认为,这种批判是以强预防性刑法(反恐刑法)为理由的批判,并不适合弱预防性刑法。

生物刑法的教义学难题来自于生物刑法本身,即不纯正生物刑法具有开放性的特点,会导致刑法的过度预防性扩张,且生物犯罪存在一定的抽象危险犯,其不法与有责判断存在难题。与此同时,刑法在预防与控制生物安全风险中采取预防性干预,理论界担忧刑法会不当侵犯公民的自由。故,下文分别从不法判断中的因果关系与有责判断中的危险责任,讨论生物刑法之预防性扩张的限度。

四 因果关系理论与生物刑法的预防性扩张

(一) 在风险预防与科学证据之间:生物刑法之因果关系的判断难题

因果关系最终解决的是行为的不法基础。生物犯罪属于特定原因、不特定危险结果的犯罪,且一般情况下不需要造成实害,只需要有实害的危险即可,属于危险责任的范畴,它的判断难题在于特定原因和不特定危险结果之间的归因根据是什么。

生物刑法中个罪之构成要件并不相同,有结果犯、行为犯与危险犯(区分抽象危险犯与具体危险犯)之分,行为犯无需判断因果关系,结果犯固守传统因果关系即可判断,比较疑难的是危险犯的因果关系,如,以危险方法危害公共安全罪的因果关系,司法实践比较混乱。以涉疫情犯罪中的以危险方法危害公共安全罪的适用为例,司法机关前期以本罪处理的情况主要是:在确诊或疑似为新冠病毒感染的情况下,如果有隐瞒真实行程而外出密切接触他人,或隐瞒与疫区人员接触史而多次外出密切接触他人,即属于该罪中的“其它危险方法”,这可称之为“隐瞒型”以危险方法危害公共安全罪。随着《意见》对以危险方法危害公共安全罪适用范围明确化,^[25]逐步转为“拒绝隔离型”以危险方法危害公共安全罪。就“拒绝隔离型”以危险方法危害公共安全罪的行为而言,有两种情形,一种是确诊病者,并不需要造成新型冠状病毒传播;一种是疑似病者,需要造成新型冠状病毒

[24] See Ali Emrah Bozbayindir, *The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?*, 29 *Criminal Law Forum* (2018), p. 49.

[25] 《意见》规定:“故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体,具有下列情形之一,危害公共安全的,依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定,以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚:1. 已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者,拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具的;2. 新型冠状病毒感染肺炎疑似病人,拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具,造成新型冠状病毒传播的。”

传播。前者并不需要判断因果关系,后者则需要判断因果关系,如,仅为疑似病例,但最终被排除新冠病毒感染的,所谓他人感染系抚摸携带病毒物品所致,或多个疑似病例(如丈夫与妻子)共同出现在交通工具上,无法查明是哪个疑似患者最终造成新型冠状病毒传播的,就不能被认定具有因果关系。

笔者认为,对危险犯适用传统因果关系理论并不可行,传统因果关系理论的经验性认定,与生物犯罪判断的专业性之间不匹配,所谓规范性认定也无从展开,如,导致他人感染非典,即使被治愈出院,因大量使用激素也留下严重后遗症,且生物犯罪会破坏“承载能力”以损害人类社会组织的情况,如,疫情期间导致工厂不能复工、经济发展倒退等。问题又在于,人类承载能力不容易确定,因为人类承载能力不是固定的。生物刑法与环境刑法之间具有近因性,故往往适用环境刑法的因果关系理论,就环境刑法的因果关系问题,学界主要有两种观点:一种观点是采取疫学因果关系,并根据污染因子造成环境污染的分布消长规律对因果关系进行推定;^[26]另一种观点主张引入客观归责论处理污染环境罪案件,强调归责端口前移、归责客体扩张和归责过程简化。^[27]因果关系在于确定行为的不法基础,以免把不具有不法性的行为认定为犯罪,它要解决的关键问题是某种不法结果是否为行为人的不法行为的“作品”,疫学因果关系是通过统计学来回答,而客观归责论通过对刑法的规范性的甄别来回答,前者以科学证据法则为基础,后者以刑法价值判断为基础,这种归责判断就像盲人摸象,难以确保客观性,并不可取。

生物刑法能否采取疫学因果关系?疫学因果关系包括事实的证明与逻辑的推理两部分,就事实上或自然之因果关系而言,倘于真实世界中,结果 A 系由事实 B 所导致,亦即 A 与 B 之间具备原因与结果的关连性,则可谓 A 与 B 间有事实上因果关系。以逻辑学观之,事实 B 是发生 A 结果所不可或缺(必要性),而且事实 B 确实足以导致结果 A 之发生(充分性),亦即事实 B 对结果 A 而言,既充分又必要。故逻辑上所称之为“条件关系”,其实应包括以上必要条件关系与充分条件关系。就具体个案因果关系判断而言,它是依据经验法则、科学实证数据与统计数据等,建构出该类案件整体性的抽象因果关系,而后将个案情节与之比照,判定个案因果关系,作为刑法归因的根据。^[28]笔者认为,疫学因果关系强化专业性判断,对生物刑法的因果关系判断具有借鉴意义,但也存在一定局限性:其一,生物犯罪中生物细菌、病毒释放的途径极不确定,且系微量排出,或基因变异等需要长时间累积,难以通过经验法则确证。其二,科学实证也会因为“专业槽”或利己主义倾向,不能反映因果关系的真实情况。其三,各类生物犯罪造成的危害可能存在竞合,造成因果关系论证的复杂化,如同是感染新冠病毒,有人没有症状,有人症状轻微,而有人症状却极为严重。

生物刑法因果关系选择的背后反映出预防原则与科学证据法则之间的冲突。《意见》把疑似病例患者作为以危险方法危害公共安全罪的责任主体,体现了预防原则,但可

[26] 参见陈兵、姜金良:《办理环境污染犯罪中疫学因果关系的应用》,《中国检察官》2016年第4期,第25页。

[27] 参见李冠煜:《污染环境罪客观归责的中国实践》,《法学家》2018年第4期,第122页。

[28] 参见吴志正:《以疫学手法作为民事因果关系认定之检讨》,我国台湾地区《东吴法律学报》2008年第1期,第206、210页。

能违背科学证据法则,如果患者最终被排除感染新冠,所谓“造成新冠病毒传播”,其实是由于其他原因所致,那么他出入公共场所或密切接触他人,就是一种客观上没有任何危险的行为,如果非要说危险,可能就是给被接触者主观上带来的恐惧。不能否认,我国刑法中不少犯罪以造成公共秩序混乱为入罪门槛,民众的恐惧是公共秩序混乱的标准之一。如果从保护法益、法定刑对个罪构成要件的制约出发进行评判,以危险方法危害公共安全罪保护法益是公共安全,是一种比社会管理秩序更重要的法益,又因其法定刑高于一般的妨害社会管理秩序罪,故对法益有无侵害或侵害危险的判断,应严于妨害社会管理秩序罪。可见,对此类犯罪认定,如何实现预防原则与科学证据法则之间的平衡至关重要。

两者的失衡会给生物刑法的不法判断带来难题,结果无价值论与行为无价值论是两个看待问题的视角,坚持结果无价值论,必然涉及科学证据问题,单一强调风险预防会面临科学证据不足的疑问,反过来,过于强调科学证据也存在风险防范不力问题。由于生物犯罪面临科学知识不足问题,故违反国家法律(前置法)的禁止性规定即为犯罪,由此带来国家禁止性规定的合法性疑虑。如,就新冠病毒而言,媒体与网民关注的“病毒由武汉病毒所泄漏”一说,就缺乏科学证据,事实上也存在明显的证明难题,如由于证明困难而把惩罚关口前移,把实验室管理渎职、失职行为规定为犯罪,则存在罚不当罪问题。相反,行为无价值论包含的陷阱在于,它的规范有效性之形式主义逻辑系封闭性假设,刑法与社会生活之间的关联被人为切割,且行为无价值由于对刑法的尊重,被概念化为一种保护刑法免受其自身脆弱性破坏的象征性需求,过于强调预防原则而漠视科学证据法则。

(二) 畏惧感说:对疫学因果关系的合理改造

生物刑法中抽象危险犯要寻找的并不是不法行为与不法结果之间的具体因果关连;取而代之的,是要去寻找行为与法益之间的重要关联性,即借助于法益概念论证行为有无造成法益侵害危险的高度盖然性。这是一种实质的对应关系。由此导致了不法行为与不法结果之间重要关联性的重点,会落脚于行为不法及其危险性评价。换言之,对于侵害超个人法益的犯罪类型而言,刑法非难的重点应该是行为不法及其危险性的合理评价问题,而畏惧感说正好可以说明行为不法的危险性评价。

生物犯罪具有复杂且不断演变的特质,疫学因果关系基本上可以成为不法判断的依据,生物犯罪是专业性极高的领域,必然需要采取流行病学方法予以证明。但是,由于疫学因果关系不能贯彻预防原则,需要对其予以合理改造。如前所述,生物刑法具有预防性刑法的属性,司法实践对因果关系判断亦应体现预防原则。传统理论认为,所谓“疫学的高度盖然性”是借助于统计数据等推定成立,从某种意义上,这不过是“条件说”的统计学包装,或者说是合法则条件说的体现。正源于此,有学者认为,对公害犯罪采取疫学因果关系,本质上是一种推定的事实因果关系,故而主张在公害犯罪因果关系的认定中引入推定。^[29] 推定本是环境侵权因果关系证明的内容,把它移植到刑事犯罪领域存在疑问,因为刑法与民法的责任承担方式不同,对证明标准的要求亦比较大差异,在犯罪认定中,对疫学因果关系理论采取推定原则,自身的科学性、合理性存在疑问。

[29] 参见周微:《公害犯罪因果关系推定》,《河北法学》2012年第7期,第160页。

如何弥补上述缺陷,有两个方面至关重要:第一,某些类型的生物犯罪由于具有累积性、潜伏性、隐蔽性,不法行为与不法结果之间的因果关系并不清晰,需要在科学证据的基础上予以推断。^[30] 疫学因果关系判断有四步法则:一是不法结果出现前,可疑的因子必须已先存在一定的期间。二是该可疑因子的作用程度愈显著,不法结果的发生率就愈高。三是若将该可疑因子除去后,不法结果的发生率就会降低,并且在不存在该因子的团体中,该不法结果的发生率极低微。四是若认为不法结果是该因子所造成,从既存的科学的角度来看,没有不合理之处。^[31] 当然,把科学证据规则纳入疫学因果关系判断,需要确立因果关系判断的专家系统,以提高生物犯罪治理的客观性及公信力,如,人乳头瘤病毒是口咽癌的公认危险因素,要证明这一点,则需要包括流行病学研究和探索分子致癌作用的实验研究的综合数据,这一部分通过疫学因果关系即可完成。第二,基于生物安全风险的不确定性、波及范围广泛性、一旦成为现实会造成极其严重损害等特性,仅依据传统疫学因果关系还不够,因为传统疫学因果关系是针对环境犯罪之结果不明确而形成的,环境安全风险与生物安全风险比较而言,相同之处都可能是一种指向未来的风险,不同之处在于生物安全风险来源不明确,但危险明显而急迫,如,生物恐怖主义带来的风险、新冠病毒传播带来的风险等,会造成极大的社会恐慌。由此决定,生物刑法的因果关系在科学证据的基础上,需要向预防原则倾斜,即需要纳入其他判断规则,如生物心理学。在生物心理学的视角,风险被定义为危险加爆发、恐惧。当生物安全风险引起的愤怒、恐惧很高时,即使客观危险程度很低,与事件相关的行为也被认为具有风险。相反,即使当危害已经被量化为真实时,如果认为该事件是可接受的,则该风险也被解释为低,如,为了控制疫情而破坏道路或道路设施等。

畏惧感说是日本新新过失论为论证监督过失的归责基础而形成的理论,用畏惧感说来解释监督者过失的预见可能性,它要求行为人并不一定有具体的认识可能性,只要存在畏惧感即可。^[32] 尽管畏惧感说在解决监督过失的归责问题上疑点重重,并没有成为通说,但它把心理学成果纳入刑法判断,对生物刑法之因果关系发展具有借鉴意义。为何要以畏惧感说弥补疫学因果关系的不足,主要有如下理由。

第一,符合法学上风险的特点。法学意义上的风险与社会学意义上的风险不能等同。“风险”其实有相当多样的定义与面貌,从法学领域所使用的风险概念来看,是指一种“负面结果”的潜在危险,一方面,这是一种统计上可估计的风险概念,是基于科学法则计算出来的结果,跟风险社会论所要唤起世人注意的风险其实并不相同,因为后者是以不确定性、不可预估性作为核心内涵。^[33] 另一方面,法学意义上的风险必须具有近程上预见的可能性,而不是远程上的不可避免性。同时,法学意义上的风险以民众的畏惧感为主要判断标准,以生物恐怖主义为例,民众的恐惧感从经验层面是可以证立的。再以疫情为例,

[30] 参见陈伟:《疫学因果关系及其证明》,《法学研究》2015年第4期,第127页。

[31] 参见吴志正:《以疫学手法作为民事因果关系认定之检讨》,我国台湾地区《东吴法律学报》2008年第1期,第216页。

[32] 参见韩玉胜、沈玉忠:《监督过失论略》,《法论坛》2007年第1期,第11页;彭凤莲:《监督过失责任论》,《法学家》2004年第6期,第59页。

[33] 参见谢煜伟:《风险社会中的抽象危险犯与食安管制——“换伪假冒罪”的限定解释》,我国台湾地区《月旦刑事法评论》2016年第1期,第71页。

疫情爆发期间给民众带来的恐惧及因为恐惧而产生的防控措施(如不外出或出门戴口罩)也是显而易见的。

第二,符合生物犯罪的危害本质。以人体试验为例,其因果关系判断不可忽略生物技术可能的偏颇以及人体试验涉及多方利益交错的特征,人体试验在生物医学研究上没有风险,不代表它在受试者与受试者族群的心理状态、法律权利、社会地位、经济发展上都不会造成冲击,不会造成风险。对部分生物犯罪来说,典型如传播虚假疫情信息的行为,民众对其恐慌往往超出专业上有无危险的判断,即客观上并不存在生物安全风险,但是却因传播疫情的虚假信息而引起民众集体恐惧,以刑罚处罚这种风险制造行为并无不当。所以风险的判断应结合不同领域的专业人员与社会民众的共同参与,方不致失之偏颇。

第三,符合生物犯罪的不法本质。生物犯罪的不法结果具有不确定性,这绝不能成为推迟采取刑法保护措施的理由,当不被容许的风险不被接受时,就具有不法性。此时,从经济和社会的角度来看,将这种风险最小化是合理的,必须由适当的刑法来调整,包括采取“抓早抓小”的预防性干预,毕竟,危险尚无转换为实害,虽不能为科学法则予以佐证,但危险转化为实际的后果却为社会不能承受之重,如,对疑似为新冠病毒感染患者拒绝接受隔离的行为,尽管,在科学证据法则难以判断或评估这种行为会造成何种危害,但是它给民众带来的集体恐惧是明显的,这种集体恐惧与长江水被污染带来的恐惧程度不同,是一种立即且急迫的恐惧,刑法并不能待到科学法则明确后再采取预防措施。

第四,符合生物刑法的预防导向。生物刑法是预防导向的,风险预防原则是以基因编辑技术、克隆人技术等可能存在的重大风险为基础建构出的生物刑法的基本原则。以转基因技术为例,转基因技术可以培育出高产、优质、多抗、高效的作物品种减少农药化肥投入,可以完成缓解资源紧张、保护生态环境、改善产品质量等。与此同时,公众更加关注转基因作物的食品安全问题,民众担忧转基因食品生物体会产生毒理学效应,过敏反应对人体甚至长期的健康都有负面影响,而到目前为止转基因作物是否会损害人类健康或环境在科学上仍无定论,故需要强化事前预防。

有学者可能担忧,在疫学因果关系中纳入畏惧感判断,有违背罪刑法定原则之嫌疑。作为前提,疫学因果关系之科学证据也与个罪之构成要件无关,但却在疫学因果关系中采用,畏惧感说的纳入只不过是疫学因果关系中多增加一个筛查因子,这个筛查因子与生物安全风险的特点、属性等匹配。更为重要的是,畏惧感的思考是在不法判断的层面上,以不法行为为主轴,寻找法益侵害危险与因果关系之间的实质对应,而不是在构成要件的层面上找寻这种实质对应关系。在构成要件层面上被认为不重要的,不可能在入罪化的层面上被认为重要,构成要件结果的确认与累积性的思考没有直接关联,就像刑法分则中一般犯罪一样,所有合乎构成要件的微罪行为,都可以藉由需罚性(处罚的必要性)的观点来排除其可罚性。反过来,如果刑法规定的不被容许的风险制造行为,并不能为民众所感受到严重恐惧的,也会被解释为无罪,如,疫情防控期间宣布南京封城的谣言,这种行为并不具有可罚性。

总之,生物刑法的因果关系判断,需要“推论、归因与评估”三位一体,其中,科学法则是推论的前提,实害的危险当归因于谁的行为是第二步,第三步则需要对生物安全风险进行心理学评估,以进一步判断其不法性程度。

五 危险责任理论与生物刑法的预防性扩张

(一) 危险责任与“口袋罪”的预防性扩张

因现行生物刑法体系并不完备,疫情爆发后,《意见》明确了以危险方法危害公共安全罪等口袋罪的适用范围,司法实践中按照以危险方法危害公共安全罪等追究责任的案件也不在少数,体现了口袋罪的预防性扩张。

口袋罪历来备受批判,常被扣上导致“刑罚权极度扩张”的大帽子。笔者认为,口袋罪的设置具有一定的合理性,它既是刑法灵活性的体现,也是立法前瞻性的反映。首先,在社会急剧变化的时代,犯罪手段不断推陈出新,如果立法对个罪构成要件进行诸多限制,反而自缚手脚,难以回应新犯罪手段带来的危害,如新近热议的高考顶替案。其次,口袋罪并不违背罪刑法定原则的明确性,刑法立法对罪名的设置是一种规范性凝练,而不是一种事实性描述,当出现具有法益保护的同一性但又难以用准确的语言描述个罪之构成要件时,立法者可以考虑设置兜底性罪名。再次,所谓立法上的口袋罪必然导致司法乱象的说法并不成立,司法实践上对口袋罪的乱用,才会带来对罪刑法定原则的破坏,即使非口袋罪,司法乱用的情况也屡屡发生,且无证据证明口袋罪的滥用高于非口袋罪。最后,立法智慧在于合理评判个罪的涵摄行为类型,避免犯罪黑数,这就需要刑法在确保法益同一性的基础上,保持必要的开放性与前瞻性,避免罪名设置过度同质分立带来的逻辑遗漏。毕竟,法学并不能如数学般精确,可以有逻辑自洽的巨大模型,罪名设置过于精细与类型化区分,反而会制造处罚漏洞,带来立法频繁修正。日本现行刑法颁布于1907年,之后鲜有大规模修正,仅就个别罪名进行修正,原因之一就在于立法者受近代学派影响而采取高度抽象概念,尽量避免个案式的文句,使法律解释的空间变大,并通过“古法新解”式法律解释不断补充旧规定,^[34]即主要是以目的论解释方式来弥补刑法规定不能与社会变迁同步的局限性,这对生物刑法的预防性扩张具有启发意义。基于生物风险的不确定性,在对生物犯罪不能穷尽的情况下,借助口袋罪的预防性扩张以合理控制生物安全风险有如下优点。

第一,符合生物安全风险的特点。生物安全风险是一种不确定的风险,也是开放的风险,随着生物科技发展不断更新的范畴,以人类目前的智慧尚难以将其认识清楚,存在诸多不确定性,如,生物黑客,生物工程实验或生物黑客实验都会带来意想不到的、极其严重的结果,这些微生物逃离实验室可能导致全球性疫情。同时,生物技术的全民普及也会带来新问题,如,合成生物学方面的主要工作是开发工具箱来设计生物系统,而无需经历大量的研究和技术过程,合成生物学最终可能会释放出生物技术的全部潜力并引发创新浪潮。但是,传统生物技术界之外的越来越多的人将创造民用的自我复制机器(生命),成为“生物黑客”,如生物毒品、生物病毒等。故,就生物安全风险而言,国家层面的生物安全防御战永远不会停息,刑法立法预防与控制社会风险的意图明显。^[35]在刑法立法无法

[34] 参见[日]中山敬一:《论日本最近的刑法修正》,周庆东译,我国台湾地区《高大法学论丛》2013年第2期,第7页。

[35] 参见姜涛:《社会风险的刑法调控及其模式改造》,《中国社会科学》2019年第7期,第109页。

及时修正的情况下,以口袋罪的预防性扩张应对生物安全风险就十分必要。

第二,具有刑法规范基础。在法教义学层面,不纯正生物犯罪具有开放性特点,这与口袋罪的灵活性之间具有高度契合性。口袋罪与不纯正生物犯罪结合起来考虑,司法者如同有了“锦囊妙计”,让新型犯罪者无处遁形。生物技术不当应用会导致许多风险,现代生物技术风险可能比核技术更大,如,生物公司利用基因工程种子获得巨大利润,一旦他们设计的食物链中发现有毒或过敏物质,则后果极其严重。从绿色革命到基因革命,现代生物技术改变、反省和操纵自然,在带来巨额经济效益的同时也对人类健康、环境造成潜在危害,与过去相比,全球社会更应重视此类技术的社会经济后果。^[36] 面对生物安全风险,刑法必须予以合理应对,但刑法立法注定落后于生物技术发展,生物科技发展带来的新风险不断更新,从而导致过于精确化的犯罪构成要件无法与新型生物安全风险之间形成对应。此时,口袋罪的规范意义得以凸现,因为它能积极回应新型生物安全风险而获得合法性。

第三,有效化解责任判断难题。确保生物技术的安全性,是决策者、民众与生物学家三方的共同期待,这需要刑法正确对待生物犯罪的责任判断难题,以免导致对生物安全风险防范不力。以滥用基因技术为例,立法者对基因技术的态度含糊不清,而风险的释放又防不胜防,因为与“生命总会找到其自己的出路”不同,基因科技其本质上乃系对生物遗传物质进行非自然介入、改变或重组,相较于传统自然科学领域,其相当欠缺风险知识,即便藉由审慎的风险评估及采取相应的保护或预防措施,仍无法完全排除其对于实验室研究人员、一般民众甚至是整体生态环境可能造成无法依现今科学水平加以预期的风险,如,实验室研究人员即便接种疫苗,仍可能受到因基因科技而变异之新品种病毒的感染,基因改造生物可能透过实验室废气或废水排放,或附着于实验室研究人员或其衣物而散播至环境中而造成疫情蔓延。^[37] 口袋罪可以有效化解这种责任判断难题,它的预防性扩张有危险责任的走向,并不特别强调行为人对风险及其防范的认知能力。

(二) 危险责任与“容许的风险”的预防性限制

生物刑法的教义学建构面临不被容许的风险与容许的风险之间的判断,刑法禁止不被容许的风险,但对容许的风险予以免责。所谓容许的风险,即风险与利益之间的分配法则,当行为人在享有某种利益时,必须接受或容忍因接受某种利益带来的必要风险,由此也不能肯定结果归责。

容许的风险的法理与社会根据在于,现代社会中因为科技发展,逐渐出现许多必要的高风险行为,如转基因技术试验、高风险的侵袭性医疗行为等。生物科技发展是一柄双刃剑,我们在接受生物技术带来生活利益的同时,无法完全抗拒风险行为内蕴的法益侵害危险,若因存在风险就抗拒一切的风险行动,当然无法再享受技术进步的便利与效益。正是生物科技风险的双面性,刑法管制的重心不再是排除任何风险,而是将风险控管于可接受的限度内,藉以维持法益侵害危险与便利生活间的平衡关系,行为人若能遵守风险控制的

[36] See C. A. Tisdell & Dayuan Xue, Safety and Socio-economic Issues Raised by Modern Biotechnology, 27 (7/8/9/10) *International Journal of Social Economics* (2000), p. 699.

[37] 参见陈信安:《基因科技风险之立法与基本权利之保障——以德国联邦宪法法院判决为中心》,我国台湾地区《东吴法律学报》2014年第1期,第4页。

行动要求,压缩风险行为的法益侵害危险在可接受的低度范畴,即便低度风险侵害了法益,刑法仍将容许这种低度风险的实现后果,行为人当然不在处罚之列。^[38]

以人体试验为例,受试者死亡或造成身体更严重伤害的情况屡见不鲜,那么,受试者同意是否可以成为生物犯罪认定中的阻却事由?生物人体试验存在风险,通常情况下这种风险是一种容许的风险。与风险相对的“危险”概念,则是指依照可执行、可经证实的方法,损害的发生有高度盖然性,两者的区别标准即为“高度盖然性”。风险领域的决策特色在于未知、依学术与科技的现状、科学专业、容许风险等,人体试验对受试者或其他利害关系人而言,损害程度与发生机率通常为无法确定的“未知”情形。对这些“未知”情形的事前评估及避免,均仅能在“学术与科技现状”下有限度地进行,而进行评估及避免时,“科学专业”又是影响决策最重要的因素。“容许的风险”的概念,使管制由危险的防止转换为风险的控制,不再要求全面防止所有生物医学人体试验所造成的危险(除非全面禁绝人体试验,否则事实上也不可能),而是事前以组织或程序方式进行预警或预防,以及事后就造成的损害进行补偿,而非单一的刑罚处罚。

研究生物安全的刑法保护,是一种对生物安全风险的管制,同时涉及公民宪法上的科研自由。按照客观归责理论要求,行为人必须创造出作为结果可归责性之前提的不被容许的风险,这就涉及对某种原因的评价。不难看出,客观归责理论将引起结果发生的原因划分为被容许的风险 and 不被容许的风险,由此得出的结论是:若某人设定了一个被容许的风险,则他并未实现某一犯罪的客观构成要件。^[39] 尽管生物刑法并不主张客观归责论,但是容许的风险理论对生物人体试验的不法判断具有启发意义。笔者主张应提倡在生物人体实验者与受试者之间进行合理的风险分担。一方面,保障人体实验者与受试者之间的协约自治,基于受试者充分同意的人体试验,即使存在科学性、安全性不足问题,原则上属于违法阻却事由;另一方面,对于超越“容许风险”实施的非法人体试验,比如明显科学不足的人体试验或没有取得被实验者真实同意的人体试验,应当否定其正当性,以避免非法人体试验和保障受试者的合法权益。

英国的《贝尔蒙特报告》(Belmont Report, 1979)对人体试验强调三项基本原则:一是完全告知后的同意。二是危险意义评估,所有人体试验都要评估它所可能得到的利益及可能面临的风险,如果风险大于利益时,那么这个实验就不值得去做。三是必须非常妥当地选择受试者,受试者中有些是弱势群体,包括未成年人、精神病患、智障者、军人等,故针对实验内容要选择什么样的对象,必须要仔细评估,而不能找无辜的人去承担不必要的风险。^[40] 这一报告对危险责任中风险分担具有启发意义,危险责任涉及风险评估、风险管理及风险沟通,风险评估意味着需要提前以科学方法评估风险是否可控制,如果是本身不可控制的风险,则不允许以容许的风险为由主张免责。风险管理意味着在从事某种具

[38] 参见许恒达:《合法替代行为与过失犯的结果归责:假设容许风险实现理论的提出与应用》,我国台湾地区《台大法学论丛》2011年第2期,第744页。

[39] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《论所谓“不被容许的”风险》,陈旋译,载陈兴良主编《刑事法评论》2014年第34卷,北京大学出版社2014年版,第222页。

[40] 参见潘维大:《美国法上人体实验争议问题》,我国台湾地区《医事法学》2005年第1-2期,第49页。

有风险的业务或活动时,必须要尽到合理的注意义务,当违背合理的注意义务与容许的风险竞合时,不得以容许的风险而主张责任免除。而风险沟通则意味着风险制造者与风险作用对象之间的充分沟通,如真实的、充分的同意而不是概括或假定的同意。缺乏风险评估、风险管理以及风险沟通的风险制造行为,往往是法不容许的风险,并不能以容许的风险为由而主张免责。笔者认为,就人体试验的不法判断而言,不能一概把没有经过风险评估、风险管理的行为解释为不法,只能根据实质危险的客观有无进行判断,即取得被试者同意、没风险评估的、没有风险管理的人体试验,只有在客观上存在实质危险的情况下才被评价为不法。

第一,对于可以避免的风险而没有避免,并不能以容许的风险免除责任。生物安全风险是具有可避免性的重大风险,如果属于不可避免性的危险,则并不具有归责基础。就新冠病毒患者治疗而言,其医疗过程充满危险性,治疗结果充满不确定性,即使因为使用新药而造成病人病情恶化,这种危险也是不可避免的,并不具有归责的基础。相反,如果实验室安全保障不到位,造成试验动物所携带病毒的社会传播,这就是可以避免的风险。还如,在安乐死案件中,帮助自杀是否属于加工自杀罪?这也需要判断自杀者的死亡结果是否是现实的、即刻不可避免的。一般而言,帮助自杀只要不违背病患者的自我决定权,刑法就不应该予以干涉,这其实隐含着一个前提性归责的基础,即病患者的死亡是不可避免的。这也有例外,如果是一个健康的花季少年要求协助自杀,帮助者即使取得该少年的同意,但因为存在“可以避免的风险”,就不能免除协助者的刑事责任。

第二,缺乏合理的谨慎,不能以容许的风险免除责任。真实同意是生物人体试验的前提,《世界医学大会赫尔辛基宣言》(Declaration of Helsinki)第 23 条规定:“医师在取得受试同意书时,应特别注意受试者是否对医师有依赖关系,或受试者是否在胁迫下行使同意。在此情况下,此受试同意书应由一位充分了解全盘研究但没有参与研究,并完全与彼无关系的医师取得。”除受试者的同意之外,各国法律基本都规定了,医疗产品临床试验进行前,需相关主管部门批准,不可以私自进行人体试验,并需要受试者告知后同意,如,依据德国《医疗产品法》(Act on Medical Devices)第 40 - 42 条的规定,医疗产品临床试验进行之前,需要经伦理委员会表示同意。依据芬兰《医疗研究法案》(The Medical Research Decree)第 3 条的规定,研究需得到伦理委员会的批准方可进行。这其实都是对风险管理的基本要求,风险制造者在实施具有风险的行为时,必须尽到合理的谨慎义务,如,如果患者已经明确告知医生对某些药物过敏或者存在某些不适合进行人体试验的基础疾病,但是医生疏于观察病历记录,而草率进行人体试验,从而导致患者出现伤亡结果的,则也属于可以避免的风险,具有归责的基础。

第三,超出同意范围的不当适用,不能被视为容许的风险。以生物信息泄露与侵犯公民个人信息罪的预防性扩张为例,生物数据库系搜集、储存生物检体及数据以供后续利用的组织体。我国 2019 年颁布实施的《人类遗传资源管理条例》第 7 条对国外收集国内生物信息做出禁止性规定,第 10 条规定禁止买卖人类遗传资源。生物数据库生物检体、数据之传输或泄露,有逾越追求法律管制目的之必要范围的可能。由此带来的问题是,生物识别数据(人脸、指纹、基因等)是否为个人数据? 泄漏生物数据是否构成非法侵犯公民个人信息罪? 自从人类基因组完成定序之后,网络科技、医学技术的快速发展足以支撑大规模生物资料的收集与比对作业,且生物资料可以通过制成细胞株等方式而长久保存。

从积极方面,这种研究可以使基因、环境与个人健康之间的关联得以明确,从消极方面,大规模人体组织与生物资料库(如基因与疾病资料库)亦如雨后春笋般产生,带来基因之收集与储存的违法使用问题。如何避免与预防这一问题成为刑法关注的重点。生物资料库作为一个长期研究的对象,被收集者在收集之时并不知道收集者的未来用途,这就涉及到生物资料库的运用与公民个人信息权的保障之间的矛盾,如果生物资料库用于商业用途或向国外研究机构泄露,可以认定为非法侵犯公民个人信息罪。

刑法教义学对合理控制生物安全风险做了什么以及能够做出什么贡献,这一问题值得深入研究。生物安全风险控制除立法完善外,在立法保持不变的情况下,刑法教义学也需要构筑生物刑法的法教义学体系,建构与发展生物刑法学,以指导司法实践,以免“生物安全”成为司法遗忘的“角落”。精确是航海所必需的,但研究总是有偏好的。由于生物安全风险转换为现实,往往是几何式爆发,其造成的严重后果往往可以用“骇人听闻”来形容,为民众的健康、经济发展等“所不能承受之重”,故,在刑事政策层面,生物刑法的预防性扩张不可避免,但十分必要。法教义学的努力方向是建构合理的生物刑法教义,在确保生物刑法之适度预防性扩张之同时,又能避免生物刑法的过度滥用,以追寻刑法保护自由与秩序的最佳平衡点。

[本文为作者主持的2017年度国家社会科学基金重点项目“刑法体系的合宪性控制研究”(17AFX018)的研究成果。]

[**Abstract**] With the development of the COVID-19 epidemic and the spread of epidemic-related crimes, the preventive expansion of judicial practice and the preventive expansion of judicial interpretation have become the development trend of criminal law applicable to epidemic-related crimes. The reason for the preventive expansion of biological criminal law is that this law relies heavily on abstract dangerous criminal and dangerous liability, which brings about the difficult problem of judgment of illegality and responsibility of biological crime. The heavy reliance of biological criminal law on the legislative technique of abstract dangerous criminal and the formation of the paradigm of preventive criminal law are reasonable and necessary for meeting the objective need of the criminal law to reasonably control biosafety risks. To deal with the preventive expansion of biological criminal law correctly, we need to clarify two points from the perspective of legal doctrines. One is to adopt the causality of epidemiology in the theory of epidemiological causation, and incorporate the fear theory into it, so as to appropriately tilt the balance of the value of biological criminal law towards the principle of prevention; the other is to incorporate the dangerous liability into the responsibility judgment of biological crime, properly emphasize the preventive expansion of “pocket crime,” and reasonably limit the scope of “allowable risks” .
