

高空抛物罪和相关《司法解释》的关系及其问题解决

郝川, 时晨珂

(西南大学法学院, 重庆 400715)

摘要:发生在人群密集场所的高空抛物行为, 施于公共场所, 指向公众中不特定的人, 任何一个人都可能成为受害者, 这打破了公众生活的平稳和安宁, 体现了“公共”的社会性, 再加上其有导致不特定人伤亡的具体危险, 与放火、爆炸等行为危险性相当, 具有危害公共安全的性质, 适用以危险方法危害公共安全罪不存在法理上的障碍。《刑法修正案(十一)》增设高空抛物罪并非对以往《意见》的否定, 将高空抛物罪定位为抽象危险犯的直接起因涉及回应民意和现象立法, 但同时具有深层的理性依据, 即基于个人安全需要—免于恐惧的权利—他人行为义务的逻辑链条, 为维护保护法益所必须的社会秩序, 立法者改变了依照具体危险犯惩罚行为的司法套路。

关键词:高空抛物; 安全权; 公共安全; 社会秩序; 《刑法修正案(十一)》; 抽象危险犯

中图分类号: D924.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-9841(2022)04-0076-09

一、问题的提出

近年来, 高空抛物事件频发, 严重威胁了公民人身、财产安全, 民众要求用刑法规制的呼声日益高涨。在我国, “治理现代化坚持以人的自由全面发展为价值目标”^[1], 基于此, 2019年10月21日最高人民法院发布《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》(以下简称《意见》)第5条对于高空抛物的刑事责任作出规定: “故意从高空抛弃物品, 尚未造成严重后果, 但足以危害公共安全的, 依照刑法第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪定罪处罚; 致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的, 依照刑法第一百一十五条第一款的规定处罚。为伤害、杀害特定人员实施上述行为的, 依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。”根据《意见》规定, 高空抛物足以危害公共安全的, 适用以危险方法危害公共安全罪。

值得注意的是, 2020年12月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)并未沿袭上述《意见》的定罪思路, 而是单独设立了高空抛物罪, 归属到扰乱社会秩序罪之中, 作为《刑法》第291条之二规定: “从建筑物或者其他高空抛掷物品, 情节严重的, 处一年以下有期徒刑、拘役或者管制, 并处或者单处罚金。有前款行为, 同时构成其他犯罪的, 依照处罚较重的规定定罪处罚。”且将法

作者简介: 郝川, 法学博士, 西南大学法学院, 教授。

基金项目: 西南大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“刑事法学基础理论重塑与应用研究——对刑事司法实践重大疑难问题的回应”(SWU1709126), 项目负责人: 郝川; 最高人民法院2021年度检察应用理论研究课题“司法工作人员渎职犯罪问题研究”(165号), 项目负责人: 赵赤, 郝川。

定刑最高刑设置为一年有期徒刑,远低于以危险方法危害公共安全罪法定刑三年以下有期徒刑的设置。

《刑法修正案(十一)》与《意见》关于高空抛物行为入罪的规定并不一致,对于两者关系为何,学界存在两种截然不同的观点。

第一种观点认为,《刑法修正案(十一)》新增高空抛物罪是对《意见》的否定。通常的高空抛物行为,不可能导致不特定人或者多数人的生命、身体等遭受侵害,因而不具有危害公共安全的性质,不应认定为以危险方法危害公共安全罪。此外,在人员密集场所实施高空抛物行为的,虽然可能侵犯多数人的生命、身体,但由于不具有危险的不特定扩大的特点,也不应认定为以危险方法危害公共安全罪。也就是说,《刑法修正案(十一)》新增高空抛物罪是对《意见》规定的明确否认^[2]。此外,还有学者进一步以高空抛物行为不能被视为与放火、决水、爆炸、投放危险物质在危险性上相当为由,将其排除在以危险方法危害公共安全罪之外^[3]。

第二种观点认为,新增高空抛物罪并非对以往《意见》的否定。虽然有些高空抛物行为具有危害公共安全性质,可以适用以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,但不可否认同时存在着对公共安全并没有危害的高空抛物行为,这些高空抛物行为却可能对公共秩序具有一定的破坏性。因此,如果仅仅将危及公共安全的高空抛物行为入刑,把那些没有危及公共安全然而扰乱公共秩序的高空抛物行为排拒在刑法处罚之外,并不能有效地惩治与预防这种高空抛物行为。因此,将高空抛物行为从危害公共安全罪调整为扰乱公共秩序罪,实际上是对高空抛物行为做出的一种更为科学的刑法应对^[4]。对于故意实施高空抛物行为,足以危害公共安全的,适用以危险方法危害公共安全罪,不仅是司法实践长期的做法,也被最高人民法院以发布《意见》的形式予以认可。

梳理争论可以发现,以下两个问题尤其值得关注:一是高空抛物足以危害公共安全的,能否依照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚?二是新增高空抛物罪的体系定位,以及如何处理其与以危险方法危害公共安全罪的关系。理论上的争议必然带来司法实践的认定不一。笔者在中国裁判文书网以“高空抛物”为关键词,检索范围为全文,就目前能搜索到的案件而言,2021年3月1日《刑法修正案(十一)》生效之前,司法实践对高空抛物尚未造成严重后果的,大多以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚^①,2021年3月1日后,对高空抛物尚未造成严重后果的大抵认定为高空抛物罪^②。前后判决的这些案件的情节相差无几,裁判结论却迥然不同,这一情形值得深思。理论上的争议是学术进步的必经之路,然而司法实践的混乱则严重损害了司法的权威性和公正性。因此,对已有的讨论进行反思与检讨,对于推动理论的进一步发展以及纠正司法实践适用的偏差都有重要的意义。

二、高空抛物适用以危险方法危害公共安全罪的证成

要解决高空抛物行为能否适用以危险方法危害公共安全罪的理论实务中的困境,关键在于对“危害公共安全”和“以其他危险方法”的界定。

(一)公共安全中的“公共”“安全”的理解

高空抛物适用以危险方法危害公共安全罪必须具备危害公共安全的性质。那么,何谓危害公共安全?这显然取决于对“公共”与“安全”这两个核心概念的理解。

^① 如北京市西城区人民法院(2020)京0102刑初465号刑事判决书;南京市溧水区人民法院(2020)苏0117刑初275号刑事判决书;重庆市渝北区人民法院(2020)渝0112刑初476号刑事判决书。

^② 如浙江省海宁市人民法院(2021)浙0481刑初709号刑事判决书;广东省广州市黄埔区人民法院(2021)粤0112刑初1090号刑事判决书;西藏自治区林芝市巴宜区人民法院(2021)藏0402刑初95号刑事判决书。

1. “公共”的界定

何谓“公共”? 国内外刑法理论大致存在四种不同观点。一是不问人员是否特定, 涉及多数人的生命、身体或者财产的危险是公共危险; 二是公共危险是指涉及不特定人的生命、身体或者财产的危险; 三是公共危险涉及不特定或者多数人的生命、身体或者财产的危险; 四是公共危险指涉及不特定并且多数人的生命、身体或者财产的危险^[5]。

目前在我国, 第三种观点“不特定或者多数人说”居于通说地位。对于“公共”以“多数”为核心, 基本已达成共识, 但是对于“不特定”的理解则存在不同见解。有学者认为, “不特定”是指行为为威胁到公众中不确定的一个或者几个人, 因而具有社会危险性^[6]。另有学者表示, “不特定”固然是指事先不能确定行为最终会危及哪一具体个人的安全, 除此之外, 还应当要求行为有随时向危及“多数人”安全的方向扩展(发展)之现实可能性^[7]。

虽然上述观点各异, 但都以人数说为基础^①, 试图从行为侵犯对象人数的多寡来判断“公共”的范围。不可否认, “公共”是相对“私有”的概念, 当然要求“多数”, 这样才能体现一定的社会性。然而, 仅以行为直接侵害对象的数量来区分“公共”, 与我国刑法的规定不符。事实上, 刑法并未将行为侵犯少数对象的情形排除在“公共”之外, 发生在公共场所, 哪怕行为侵犯的对象是少数人, 只要指向公众中不特定对象, 就本质上危害了多数人的安全。这样的限定既是立足于体系解释得出的判断, 也是考虑国民一般观念的结果。具体理由如下:

第一, 从我国刑法规定的与“公共”相关的条文以及司法实践的惯常做法来看, 不特定并非要求行为有随时向危及“多数人”安全的方向扩展(发展)之现实可能性。刑法分则第二章规定了危害公共安全罪, 理所当然各个具体罪名应共享着同一个公共安全的规范内涵。然而, 本章规定的罪名并非都要求行为有随时向危及“多数人”安全的方向扩展(发展)之现实可能性。例如, 刑法第 133 条规定: “违反交通运输管理法规, 因而发生重大事故, 致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的, 处三年以下有期徒刑或者拘役; 交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的, 处三年以上七年以下有期徒刑; 因逃逸致人死亡的, 处七年以上有期徒刑。”最高人民法院 2000 年出台的《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对于致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的结果要素做出了具体的规定。根据该规定, 行为人若违反了交通运输管理法规而造成一人死亡或三人以上重伤, 并且负事故全部或主要责任时, 便该当了交通肇事罪的客观构成要件。可以看出, 刑法条文中并未明确规定行为侵犯多数人的构成要件。也就是说, 即便行为指向的对象为少数, 也不影响公共安全的认定。例如, “在寒冬的午夜, 整个公共道路系统中只有机动车驾驶员甲和路人乙二人, 甲闯红灯过失撞死路人乙。在本案中, 甲构成交通肇事罪, 当无疑义”^[8]。再如, 私设电网同时电死、电伤多人极为罕见, 然而司法机关对于在外私设电网致人死亡、重伤的, 往往以过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚^②。

不难看出, 司法实践在“公共”的认定时, 人数的考量并不明显, 其大多从场所的开放性中直接推断存在“公共”安全, 因为 95% 的案件发生于公共道路、公共场所等具有开放性的场所, 而判决鲜有关于人数或人员构成的描述^[9]。换句话说, 实践对于“公共”的认定更多考虑是否发生于公共道路、公共场所等具有开放性的场所。行为是否具有扩散性、蔓延性, 以致危及私人场所之外的他人的生命、健康, 不过是将私人场所上升为“公共场所”的条件, 并非“不特定”的必备要素。

^① 人数说是由德国学者罗门·斯克诺(Roman Schnur)提出。他认为, 公共利益是不确定多数人的利益, 这个不确定的多数受益人就是公共的内涵。只要存在大多数的不确定数目之对象或主体的即公共。

^② 如时福过失以危险方法危害公共安全案((2013)宁刑初 125 号); 沈某某过失以危险方法危害公共安全案((2020)陕 0924 刑初 77 号); 吴天生过失以危险方法危害公共安全案((2019)皖 0124 刑初 108 号), 上述案件都是致一人死亡。

由此可见,司法实践对于以危险方法危害公共安全罪的成立也不要求行为有随时向危及“多数人”安全的方向扩展(发展)之现实可能性。

第二,公共的“不特定”指的是行为侵犯的对象是公众中(多数)不特定的人,这侵犯了公众的平稳和安宁,体现了“公共”的社会性。《现代汉语大词典》中“公共”意为“公有的”“公用的”“公众的”“共同的”^[10]。从字义上看,“公共”与“公众”的概念紧密相连。行为针对的对象都是公众中不特定的人时,“对象的不特定性使任何一个人都可能成为受害者,为了避免成为受害者,公众往往无法或不再正常进行日常生活,也即公众生活的平稳与安宁被打破”^[11]。

第三,将“不特定”定位为行为侵犯的对象是公众中(多数)不特定的人,符合一般公众的价值观念。人与社会存在的固有事实与本来逻辑显示,法律的生存与运作依赖于现实的具体生活。因此在解释法律的过程中,如果仅仅依赖逻辑的推衍,而完全置社会的价值取向于不顾,那么做出的解释就难以得到公众的认同和实现良好的社会效果。也就是说,刑法规范是针对一般人的,只有得到公众的认同,才能保持刑法规范的有效性。将高空抛物行为认定为以危险方法危害公共安全罪已得到了公众的认同和司法实践的认可。《刑法修正案(十一)》生效前,高空抛物行为认定为以危险方法危害公共安全罪是司法实践中的普遍做法^①。随后,最高人民法院出台的《意见》也对司法实践予以肯定,其中第5条规定:“故意从高空抛弃物品,尚未造成严重后果,但足以危害公共安全的,依照刑法第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。”

公众认同是合法性的基础,如昂格尔所言:“如果法律中所承认的道德戒律被确立得与日常行为的动机和模式相距太远,那么,它们不是令人窒息就是空想的东西。”^[12]“法治的核心就是在于社会大众的接受与认同。只有社会大众的接受与认同,才能形成良好的社会秩序。如果过分强调法律的技术性或者形式性,而不符合社会大众观念,司法的负面影响非常严重。其势必造成社会大众对法律的怀疑与对抗,由此带来了大量的社会矛盾。”^[13]

2. “安全”的界定

在我国,安全是指生命、健康或者重大财产安全的观点居于通说地位。然而,对于单纯的财产安全是否属于公共安全,仍然存在不同观点。本文重点关注的是高空抛物行为能否适用以危险方法危害公共安全罪的问题,为了论证的方便,这里所讨论的“安全”限定在以危险方法危害公共安全罪的范围。

《刑法》第115条第1款“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”的规定,单纯从文字角度而言,“生命”“身体”和“公私财产”之间“或者”表达的是一种选择关系,危及财产安全的行为,可以成立以危险方法危害公共安全罪。但从《刑法》整体来看,单纯的财产安全应排除在以危险方法危害公共安全罪的“安全”之外。

对整体的理解离不开对各部分的理解,但是正确把握部分的含义又离不开对整体的理解,也就是说,部分寓于整体之中,只有将刑法作为一个整体,才能理解各个条文的含义^[14]。同样,对于各个具体条文的理解,又依赖于对刑法其他条文含义的把握。因为“法律条文只有当它处于与它有关的所有条文的整体之中才显出其真正的含义,或它所出现的项目会明确该条文的真正含义。有时,把它与其他的条文——同一法令或同一法典的其他条款——加以比较,其含义也就明确了”^[15]。

以危险方法危害公共安全罪的具体危险犯,其法定刑为三年以上十年以下有期徒刑,而故意毁坏财物罪作为侵害犯,其法定刑也不过是三年以上七年以下有期徒刑。考虑到以危险方法危害公共安全罪危险犯的成立只需具备相应的具体危险即可,两相对照,便可断定以危险方法危害

^① 如李某以危险方法危害公共安全罪 2017 刑终 441 二审刑事裁定书;(2018)鲁 02 刑初 86 号判决书;(2017)渝 0106 刑初 1343 号判决书等。

公共安全罪的“公共安全”不包括单纯的财产安全。

(二)何谓“其他危险方法”?

1997年《刑法》修订后,“两高”以司法解释的形式将《刑法》第114条以其他危险方法危害公共安全的,规定为单独的罪名。这就意味着“以其他危险方法”是以危险方法危害公共安全罪的独立要件,也就是说,并非所有危害公共安全行为都构成以危险方法危害公共安全罪。成立以危险方法危害公共安全罪,不仅要求行为危害了公共安全,还要求符合“其他危险方法”的要件。我国刑法理论普遍认为,对于以危险方法危害公共安全罪的“其他危险方法”的范围应进行同类解释。“同类解释规则(拉丁语 Eiusdem Generis),是指如果法律上列举了具体的人或物,然后将其归属于‘一般性的类别’,那么,这个一般性的类别,就应当与具体列举的人或物属于同一类型。”^[16]由于以危险方法危害公共安全罪与放火、决水、爆炸等罪属于同一法条,配置了同样的法定刑,适用同类解释规则,可以得出“其他危险方法”应与放火、决水、爆炸等在危险性上具有相当性的结论,目前这也是学者们的共识。然而,如何判断相当性,学界的认识并不一致。

劳东燕教授从性质与程度两个角度对“其他危险方法”进行了限制。

首先,从性质来说,“其他危险方法”行为本身,必须在客观上具有导致多数人重伤或者死亡的内在危险。因为放火、决水、爆炸、投放危险物质罪是导致民众惊恐的犯罪,与之并列的以危险方法危害公共安全罪的“其他危险方法”也理当如此。这就要求,危险方法行为本身具有在客观上导致多数人死亡或重伤的现实可能性,否则,难以认为行为具有与放火罪、爆炸罪等犯罪相同的惊恐性。其次,从程度上看,“其他危险方法”的行为本身与放火、决水、爆炸、投放危险物质行为的危险性相当,具备导致多数人重伤或死亡的直接性、迅速蔓延性与高度盖然性^[17]。

依据上述观点,一方面,通常的高空抛物并非抛出大量物品的行为,既不具有导致多数人伤亡的具体危险,也不具备危险的不特定扩大的特点,不可能危害公共安全;另一方面,高空抛物行为不像放火、决水、爆炸那样,具有致多数人重伤或死亡的迅速蔓延性与高度盖然性,不是与放火、决水、爆炸等相当的方法,不属于其他危险方法。因而,不能以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

笔者认为,上述观点并不合理。首先,“其他危险方法”并不要求在客观上有导致多数人死亡或重伤的现实可能性。因为该行为具有与放火罪、决水罪、爆炸罪等犯罪相同的惊恐性,从逻辑上并不能推出该行为具有在客观上导致多数人死亡或重伤的现实可能性。而且不仅导致多数人死亡或重伤的现实可能性的情形能够引起国民重大恐慌与不安,发生在公共场所的针对公众中不特定对象死亡、伤害的结果,由于其不可预测性,同样如此。人们内心渴望未来是确定的,如弗洛伊德所言,“人类精神系统在节省能量与减少精神紧张方面的需要,解释了人们对于有序生活方式的先见取向”^[18]。高空抛物引起不可预测的重大突变情形同样会引起人们内心重大的恐慌与不安。

此外,由刑法第114条规定的法定刑以及第114条和第115条的逻辑关系也无法得出“公共”为“多数”的结论。即便认为第115条第1款中的结果是第114条危险的现实化,《刑法》分则第115条第1款也无造成多数人重伤或死亡结果的表述。

其次,从以危险方法危害公共罪的保护法益来看,“其他危险方法”并不要求行为具有蔓延性的特征。文义解释是所有解释的起点,无论采取何种解释方法,都不能超出语义可能的范围。但是“在可能文义的界限内,目的解释应是解释方法的灵魂,是所有解释方法之冠”^[19]。因为“只有目的论的解释方法直接追求所有解释之本来目的,寻找出目的观点和价值观点,从中最终得出有约束力的重要的法律意思;而从根本上讲,其他的解释方法只不过是人们接近法律意思的特殊途

径”^[20]。刑法分则规定具体条款,均以保护特定法益为目的。刑法是用文字表述,文字核心含义明确,但是它的外延是模糊的,往往难以把握。因此,对于法条的解释,不能仅仅停留在字面的含义上,确定文字的外延,需要从刑法保护法益的角度作实质的判断。

不可否认,从文字本身来看,火力、水患、爆炸波、危险物质本身所具有的流动性,会使得放火、决水、爆炸、投放危险物质行为具有危害结果的蔓延性^[21]。然而,以危险方法危害公共安全罪保护的法益为公众的生命、身体健康的安全和公众生活的平稳和安宁,如果将以危险方法危害公共安全罪的“其他危险方法”限制解释为具有危害结果的蔓延性,就缩小了本罪的成立范围,不利于公众的生命、身体健康等法益的保护。刑法不禁止扩张解释,当然也允许限制解释的存在,但是当限制解释的范围不符合条文刑法具体犯罪的保护法益时,则必须严格限制解释。因此,如陈兴良教授所言:“高空抛物行为属于危害公共安全罪的类型化行为,有必要在刑法中明文规定为犯罪。”^[22]

三、《刑法修正案(十一)》新增高空抛物罪并非对《意见》之否定

如上所述,如果认为《意见》将故意从高空抛弃物品,尚未造成严重后果,但足以危害公共安全的,认定为以危险方法危害公共安全罪具有一定的合理性,那么需要注意的是,如何处理《意见》与《刑法》关于高空抛物行为规定之间的关系?

笔者认为,《刑法修正案(十一)》设立高空抛物罪,是将原本不作为犯罪处理的对公共安全没有具体危险的高空抛物行为入刑。也就是说,《刑法修正案(十一)》设立高空抛物罪并不意味着所有的高空抛物行为都被认定为高空抛物罪,对于故意从高空抛弃物品,尚未造成严重后果,但足以危害公共安全的,仍然要以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。理由如下:

第一,高空抛物罪是立法回应民意的呼吁,检视现行刑法漏洞后增设的新罪。

随着我国社会的快速发展,高楼大厦增长迅速,随之而来的高空抛物案件也大量增加。最高人民法院曾披露过一组数据:2016年至2018年,全国法院审结高空抛物坠物民事案件1200多件,其中近三成因高空抛物坠物导致人身损害,而同期受理的刑事案件仅31件^[23]。高空抛物案件频发,不仅威胁了人民群众人身、财产安全,也严重扰乱了人民群众生活的平稳和安宁。为此,人民群众要求对高空抛物行为进行刑法惩治的呼声越来越高。然而,通常的高空抛物行为并没有危害公共安全的具体危险,再加上对存在危害公共安全的具体危险有司法证明上的困难,现有刑法对此无能为力。为了回应社会的需求,发挥刑法的社会治理功能,基于个人安全需要—免于恐惧的权利—他人行为义务的逻辑链条,为维护保护法益所必须的社会秩序^[24],《刑法修正案(十一)》增设了高空抛物罪。

本次修正案新增高空抛物罪,是针对扰乱社会秩序的,不具有危害公共安全具体危险的高空抛物行为。如果刑法第114条能涵括所有日常的高空抛物行为,立法者就完全没有必要在《刑法修正案(十一)》新增高空抛物罪。从高空抛物罪的最高刑罚配置为一年有期徒刑来看,高空抛物罪的落脚点是发挥刑法的行为规制机能,督促广大群众树立规范意识。

第二,高空抛物罪是抽象危险犯,以危险方法危害公共安全罪的高空抛物行为是具体的危险犯,两罪是轻重衔接的关系。

《刑法修正案(十一)》关于高空抛物罪的规定经历了从草案一次审议稿到草案二次审议稿再到最终定稿的修订过程。草案一次审议稿并未改变《意见》关于高空抛物行为的性质,仍将其归属于危害公共安全罪之中。不过,草案一次审议稿将“足以危害公共安全”的表述修改为“危及公共安全”,更为侧重抽象危险,即行为危险。之所以如此,立法机关或许考虑到,“自《意见》颁行以来,其在遏制高空抛物的效果上不尽人意,且对结果危险的举证亦使司法机关颇费周折”^[25],降

低入罪标准,将高空抛物规定为抽象危险犯无疑更有利于对高空抛物犯罪的有效防控。草案二次审议稿取消了危及公共安全的规定,并将高空抛物罪规定在妨害社会管理秩序罪中,由于侵犯法益是公共秩序,远较公共安全的意蕴宽泛,明确高空抛物罪的扰乱社会秩序的法益,补强了刑法对于高空抛物不法行为的规制,满足公众对日常高空抛物行为刑法规制的期待。同时,为了避免司法实践无限扩展高空抛物罪的行为范畴,立法又增加情节严重的规定对入罪的高空抛物行为加以限制。

毕竟,扰乱社会公共秩序犯罪的“公共秩序”与以危险方法危害公共安全罪的“公共安全”不同,否则刑法就可以将高空抛物罪直接纳入危害公共安全罪之中,没有必要将其单独置于扰乱公共秩序犯罪之中。不可否认,公共安全与公共秩序之间,具有密切联系,两者都是行为发生在公共场所且都是针对不特定多数人实施,侵犯了公众的平稳和安宁。然而,这两种犯罪在手段的危险性上存在区别,以危险方法危害公共安全罪的“公共安全”是指人的生命、健康以及重大公私财物的安全,相应地,危害行为对“公共安全”的危害性和威胁性一般要求具有现实性和紧迫性。如人员密集场所的高空抛物行为,往往会直接给不特定的多数人带来生命健康安全的威胁。扰乱公共秩序的犯罪不会造成严重的人身和财产的危害后果,没有针对公共安全的现实的危险性。鉴于日常的高空抛物行为不会给公众生命、健康安全带来现实的高度紧迫性和即时性的损害,我们没有理由将“日常高空抛物行为”也看成是刑法第 114 条中的一种“危险方法”。

我国刑法理论普遍认为,以危险方法危害公共安全罪是具体危险犯。通过前述研究,能够得出高空抛物罪的抽象危险不存在是具体危险的可能性。如果说高空抛物罪是一种抽象危险犯,那么以危险方法危害公共安全罪就是高空抛物罪的具体危险状态。由于高空抛物罪对公共安全的威胁程度小于以危险方法危害公共安全罪,是在具体危险之前的、抽象的、可能的危险,违法程度低于以危险方法危害公共安全罪,两罪是轻重衔接的关系。

第三,从高空抛物罪较轻的法定刑的设置来看,高空抛物罪无论如何都不能涵摄在以危险方法危害公共安全罪的构成要件之中。

高空抛物罪法定刑为较为轻微的一年以下有期徒刑,而以危险方法危害公共安全罪的具体危险犯,其法定刑为三年以上十年以下有期徒刑,两相对照,便可断定以危险方法危害公共安全罪的构成要件无法涵盖日常生活中的高空抛物罪。“量刑情节是具体事实情况在法律规范中的投射影像,其反映出犯罪行为的社会危害性及行为人的身危险性。”^[26]也就是说,从该罪最高法定刑仅为一年有期徒刑来看,要求高空抛物罪的行为在具有危害公共安全危险达到了现实化的程度时,才成立本罪,恐怕会不当缩小该罪的处罚范围,也难以做到罪刑相适。

从罪状的表述来看,高空抛物罪和以危险方法危害公共安全罪的高空抛物行为两者似乎差别不大,但是,在手段的危险性上则完全不同。高空抛物罪客观构成要件的行为并不具有危害公共安全的性质。“从建筑物或者其他高空抛掷物品,情节严重的……”,从该规定可以看出,高空抛物罪仅仅扰乱了“公共生活的平稳与安宁”,并不要求发生实害结果或有足以发生危险的可能。

第四,完全否认《意见》关于高空抛物行为适用以危险方法危害公共安全罪定罪处罚的规定,会形成处罚漏洞。

当然,对于高空抛物行为致人重伤、死亡的,无论如何都会成立故意伤害、故意杀人罪,然而,如果完全否认高空抛物行为对以危险方法危害公共安全罪的适用,对于本应受刑罚处罚的具有致人重伤具体危险的高空抛物行为,则可能处于现行刑法规制之外。因为“在我国实践中和理论上,对故意伤害需致‘轻伤’才以故意伤害罪定性是几乎不受质疑的‘共识’”^[27]。这种唯结果论的“共识”实际上是将故意伤害罪的未遂排除在犯罪之外,对于高空抛物行为仅危及公共安全的,

没有造成人员重伤、死亡结果的,就将放任其逍遥法外。

第五,我国刑法及司法解释并未言及《意见》的效力,当新法没有吸收司法解释内容时其当然有效。

如上所述,高空抛物罪并非对《意见》规定的高空抛物行为的确认或者否认。高空抛物罪针对的是日常的没有造成人员伤亡、财产损失具体危险的高空抛物行为,也就是将原本不成立犯罪的轻微法益侵害行为上升为犯罪;而《意见》针对的高空抛物行为与高空抛物罪不同,是因同时符合刑法 114 条“以其他危险方法”兜底规定而依法以危险方法危害公共安全罪定罪处罚的犯罪。两者之间并不存在竞合或者交叉关系。可以说,《意见》规定对某种行为不以犯罪论处,而刑事立法反而将这种行为规定为犯罪的现象,就表明《意见》坚持了罪刑法定原则。

此外,新法的通过并不意味着对以往相关司法解释的完全摒弃。以民事法律领域为参考,例如,《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》等最初制定时以《民法通则》为主要根据的司法解释,其大多条文在《侵权责任法》生效后仍具有效力。因此,“面对繁杂的司法解释,立法者和司法实践确实均未有通过立法就将其全部吸收,然后一概废止的意图”^[28]。

“刑法是社会的一面镜子。有什么样的社会就有什么样的犯罪,相应地就有什么样的刑法。”^[29]如前田雅英教授所言:高空抛物罪“之所以允许动用刑罚,是因为比起刑罚的恶害,可以获得更多的‘对全体国民而言的利益’”^[30]。刑法通过犯罪圈的适度扩大回应风险社会的安全与秩序问题,更加符合当前风险社会的需求,因此逐渐受到国内学者的青睐。与此对应,我国刑法立法也更加积极,保护日益前瞻,越来越强调对民意的回应以及保障公民安全感的实现。

需要注意的是,“在一个只属于法学家的童话世界里,法律规则都有着稳定且易于寻找边际的确实内容”^[31],但现实中并非所有的高空抛物行为都能清晰分辨为扰乱社会秩序抑或危害公共安全的犯罪,因此两者可能会发生一定的竞合。针对高空抛物行为,基于“明确优先于不明确”原则,应当优先选择适用高空抛物罪惩治,而不宜优先选择适用以危险方法危害公共安全罪惩治。因为通常的高空抛物行为大多侵犯的是社会管理秩序,不具有危害公共安全的危险性。“以危险方法危害公共安全罪系带有兜底性质的罪名规定,本身并不具有明确性,从体系解释角度一般解读为是与放火、决水、爆炸、投放危险物质罪相当程度的严重危害公共安全的行为,此罪法定刑较重,应当进行严格限定解释,只有在相应行为危害程度严重,且适用其他罪名显然难以体现罪刑相适应原则时,才可以考虑适用此罪名进行惩治。”^[32]

四、结 语

《刑法修正案(十一)》新增高空抛物罪并非对以往《意见》规定的“高空抛物,危害公共的,适用以危险方法危害公共安全罪”的否定。将高空抛物罪归属于扰乱公共秩序犯罪,改变以往以行为危险性定罪的认定思路,主要是因为虽然高空抛物行为可能危害公共安全,但同时存在对于公共安全没有具体危险的高空抛物行为,这些行为侵犯了公众生活的平稳和安宁。立法者为预防这种高空抛物行为,避免刑法的处罚漏洞,将无具体危险的侵犯公共秩序的高空抛物行为纳入刑法的处罚范围,这实际上是刑法回应民意,唤醒国民规范意识的科学应对结果。

参考文献:

- [1] 陈黎梅. 新时代我国国家治理现代化的理论意蕴四维解读——兼驳斥“国家治理现代化即资本主义化”论[J]. 西南大学学报(社会科学版),2021(3):49-57.
- [2] 张明楷. 高空抛物案的刑法学分析[J]. 法学评论,2020(3):12-26.

- [3] 林维. 高空抛物罪的立法反思与教义学适用[J]. 法学, 2021(3):38-47.
- [4] 陈兴良. 公共安全犯罪的立法思路嬗变:以《刑法修正案(十一)》为视角[J]. 法学, 2021(1):36-50.
- [5] 大塚仁. 刑法概说:各论[M]. 3版. 冯军,译. 北京:中国人民大学出版社,2003:346.
- [6] 曲新久. 论刑法中的“公共安全”[J]. 人民检察, 2010(9):17-23.
- [7] 胡东飞. 论刑法意义上的“公共安全”[J]. 中国刑事法杂志, 2007(2):52-56.
- [8] 邹兵建. 论刑法公共安全的多元性[J]. 中国刑事法杂志, 2013(12):9-19.
- [9] 江溯. 以危险方法危害公共安全罪认定规则研究[J]. 中国法学, 2021(4):221-246.
- [10] 现代汉语大词典[M]. 武汉:崇文书局,2008:11.
- [11] 卢恒飞. 网络谣言如何扰乱了公共秩序?——兼论网络谣言型寻衅滋事罪的理解与适用[J]. 交大法学, 2015(1):118-127.
- [12] R. M. 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章,周汉华,译. 北京:中国政法大学出版社,1994:200.
- [13] 周德金. 裁判合理性:法律公众认同的基础——许霆盗窃金融机构案引发的思考[J]. 法治研究, 2008(7):26-29.
- [14] 郝川,马媛玲. 抢劫毒品行为的定性定量分析[J]. 重庆理工大学学报(社会科学), 2015(7):74-79.
- [15] 法亨利·莱维·布律尔. 法律社会学[M]. 许钧,译. 上海:上海人民出版社,1987:70-71.
- [16] 陈兴良. 口袋罪的法教义学分析:以以危险方法危害公共安全罪为例[J]. 政治与法律, 2013(3):2-13.
- [17] 劳东燕. 以危险方法危害公共安全罪的解释学研究[J]. 政治与法律, 2013(3):24-35.
- [18] E. 博登海默. 法理学:法律哲学和法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:228.
- [19] 苏彩霞. 刑法解释方法的位阶与运用[J]. 中国法学, 2008(5):97-108.
- [20] 汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特. 德国刑法教科书:总论[M]. 徐久生,译. 北京:中国法制出版社,2001:193.
- [21] 陆诗忠. 论“以危险方法危害公共安全罪”中的“危险方法”[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017(5):60-69.
- [22] 陈兴良. 刑法定罪思维模式与司法解释创制方式的反思——以容并盖司法解释为视角[J]. 法学, 2020(10):3-16.
- [23] 韩旭. 高空抛物犯罪案件司法证明之难题[J]. 法治研究, 2020(6):70-79.
- [24] 贺海仁. 免于恐惧的权利:不幸的哲学及其他[J]. 清华法学, 2009(4):38-48.
- [25] 彭文华. 《刑法修正案(十一)》关于高空抛物规定的理解与适用[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2021(1):52-61.
- [26] 郝川,左智鸣. 冲突量刑情节适用原则的反思[J]. 法学杂志, 2020(4):52-61.
- [27] 石经海. 故意伤害“轻伤与否”定性共识的刑法质疑——以刑法总分则关系下的完整法律适用为视角[J]. 现代法学, 2017(3):112-121.
- [28] 黄忠. 论民法典后司法解释之命运[J]. 中国法学, 2020(6):44-63.
- [29] 张明楷. 增设新罪的观念——积极刑法观的支持[J]. 现代法学, 2020(5):150-166.
- [30] 前田雅英. 刑法总论讲义[M]. 曾文科,译. 北京:北京大学出版社,2017:2.
- [31] 宋颐阳. 偶然防卫“无罪说”的不足与防卫优势地位的认定[J]. 西南大学学报(社会科学版), 2020(3):46-55.
- [32] 陈伟,王国平. 综合认定准确适用妨害传染病防治罪[N]. 检察日报, 2021-04-21(3).

The Relationship between the Crime of Throwing Objects from A Height and Judicial Interpretation and Solution

HAO Chuan, SHI Chenke

(Law School, Southwest University, Chongqing 400715, China)

Abstract: The behavior of throwing objects from a height happened above crowded places is applied to public places, pointing towards unspecified people in the public, and anyone may become a victim, which breaks the stability and tranquility of public life and reflects the sociality of “public”. In addition, it has the specific risk of causing casualties to unspecified people, which is equivalent to the risk of arson, explosion and other behaviors, and has the nature of endangering public safety. There are no legal obstacles to the application of the crime of endangering public security by dangerous methods. The addition of the crime of throwing objects from a height in Amendment(XI) to the Criminal Law is not a negation of the previous opinions on hearing cases of throwing objects from a height. The direct cause of positioning the crime of throwing objects from a height as an abstract potential damage involves responding to public opinion and phenomenal legislation, but it also has a deep rational basis. Based on the logical chain of personal security needs the right to be free from fear the obligation of others’ behaviors to maintain the social order necessary to protect legal interests, legislators have changed the judicial routine of punishing behaviors according to specific potential damage.

Key words: throwing objects from a height; right to security; public safety; social order; Amendment(XI) to the Criminal Law of the PRC; abstract potential damage

责任编辑 高阿蕊

网 址: <http://xbjbjb.swu.edu.cn>