

# 高空抛物罪中 “情节严重”的教义学诠释

敦 宁

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

**摘要:**作为高空抛物罪入罪条件的“情节严重”在具体内涵和判断标准上都较为模糊,为保障司法认定的准确性,需要从刑法教义学层面对其进行深入诠释。高空抛物罪中的“情节严重”应当定位于犯罪构成体系中诠释法益侵害程度的整体违法要素,对其只能从行为的客观危害性层面进行判断。高空抛物罪的保护法益并非抽象的社会管理秩序或公共秩序,也不是其与某些实体法益的简单组合,而是“不特定人在公共空间中的人身安全”。高空抛物行为“情节严重”的底限标准是行为具有“可能造成他人受轻微伤以上后果”的现实危险性,即不仅行为本身具备此种危险属性,而且也不存在可以阻断危险行为向具体危险状态或实际侵害转化的否定因素。在实践中,不能将与行为危险性无关的责任因素或人身危险性因素,也作为情节是否严重的判断依据。

**关键词:**高空抛物罪;情节严重;体系定位;保护法益;底限标准

中图分类号: DF626 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2023)03-0062-20

## Doctrinal Interpretation of “Serious Circumstances” in the Crime of Throwing Objects from Height

DUN Ning

(School of Law, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** As a condition for the crime of throwing objects from height, the “serious

收稿日期:2022-11-18 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2023年1月5日数字出版,全球发行

基金项目:国家社会科学基金项目“预防型犯罪的法治体系构造研究”(19BFX068)的阶段性研究成果。

作者简介:敦 宁(1980-)男 河北石家庄人,大连海事大学法学院教授,博士生导师,研究方向:刑法学。

“circumstances” are relatively vague in terms of concrete connotation and judgment criteria. In order to ensure the accuracy of judicial determination, it needs to be deeply interpreted from the doctrinal level of criminal law. The “serious circumstances” in the crime of throwing objects from height should be located in the overall illegal elements in the criminal constitution system to interpret the degree of infringement of legal interest, and it can only be judged from the objective harmfulness level of the act. The legal interest of the crime of throwing objects from height is not the abstract social management order or public order, nor is it a simple combination with the legal interest of some entity, but “personal safety of non-specific persons in public space”. The bottom criterion of “serious circumstances” for the act of throwing objects from height is that the act has realistic danger of “causing more than slight bodily injury to others”. It means, not only does the act itself have such dangerous properties, but also there is no negative factor that can block the transformation of dangerous act into concrete dangerous state or actual infringement. In practice, the responsibility factor or personal risk factor that has nothing to do with the danger of the act cannot be regarded as the basis for judging whether the circumstances are serious or not.

**Key words:** the crime of throwing objects from height; serious circumstances; system positioning; legal interest; bottom criterion

## 一、问题的提出

为了有效治理高空抛物这种“悬在城市上空的痛” 2020 年 12 月出台的《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)》)设置了高空抛物罪。该罪作为现行《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 291 条之二,规定在分则第六章“妨害社会管理秩序罪”之中,属“扰乱公共秩序罪”的范畴。根据其罪刑规范,高空抛物行为并非一定构成犯罪,只有“情节严重”的情形才会被作为犯罪处理。在此意义上,“情节严重”可谓高空抛物罪的入罪条件(或标准)。

在对高空抛物罪的司法认定中,高空抛物行为并不难以确定,但何谓“情节严重”,却具有很大的模糊性。从中国裁判文书网上公布的相关判例来看,该罪论处的情形大致可分为两类:一类是有关的高空抛物行为造成了他人受伤或者财产毁损(多为汽车受损)的危害后果;另一类是虽未造成现实危害后果,但行为人从高空抛掷的是玻璃酒瓶、菜刀、花盆、水泥砖块、电饭锅等“高危”物品。从经验认识上讲,将上述情形归入“情节严重”的范畴,实践中并不存在多大争议。但是,问题在于,该罪中“情节严重”的判断标准,特别是底限标准究竟是什么,却含糊不清。例如,从高楼抛掷空的易拉

罐、纸质垃圾乃至未熄灭的烟头,是否属于“情节严重”?如果认为仅抛掷一次或一只(件)不属于“情节严重”,那么多次抛掷或者一次抛掷的数量较大是否可以构成?或者,向人员密集的场所抛掷是否可以认为是“情节严重”?

对于上述问题,目前还不存在有效的司法解释,现有的司法判例也未能提供清晰的判断标准。而立法部门所提出的参考意见则大体沿袭了对“情节严重”的传统解释方式,即主张从高空抛物的次数、数量、场所、造成的损害等方面进行多维或综合认定。<sup>(1)</sup>这种判断方式的优点是考虑比较周全,但最大的缺陷是缺乏核心标准,以致于在面对以上“边界”问题时,同样会陷入决策困境。基于此,为了实现对高空抛物罪的准确认定,对于该罪中的“情节严重”,必须要从刑法教义学层面进行全面、系统、深入的诠释。

## 二、高空抛物罪中“情节严重”的体系定位

在我国《刑法》中,将“情节严重”作为某种犯罪的入罪条件,是一种较为普遍的现象。既然其属于入罪条件,那么在犯罪成立(构成)体系中必然存在相应的体系位置。立足于我国“定性+定量”的犯罪成立模式,将“情节严重”视为某种行为构成犯罪的定量因素,理论上并不存在多大争议。但这种定量因素究竟属于犯罪成立体系中哪一方面的要素,不仅司法解释较为混乱,学界也存在不同的认识。然而,对“情节严重”的不同体系定位,必然会影响到司法判断中的具体考察内容。“倘若人们不正确地构建或者安排了刑法体系的要素,那么,就有可能导致有缺陷的结果。”<sup>(2)</sup>由此,对高空抛物罪中“情节严重”的准确把握,首先要从刑法教义学层面明确其合理的体系定位。

### (一)“情节严重”体系定位的实然状态

由于“情节严重”或“情节恶劣”在语义上具有一定的概括性和模糊性,所以在对许多犯罪的司法解释中,一般也都会对此类入罪条件的具体内涵作出相应的阐释。而从现行司法解释(及立法解释)的相关规定来看,此类条件所包含的具体考察因素非常广泛,既包含行为、后果、主体或主观情况等事中要素,也包含有关的事前和事后要素,

(1) 参见王爱立主编《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第1141页。

(2) [德]克劳斯·罗克辛《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第64页。

如事前受过行政处罚或刑事处罚，事后拒不配合执法，等等。<sup>(3)</sup>有论者从理论上将这些因素归纳为四个方面：一是对典型构成要件不法含量的要求（包括主观要素）；二是超出构成要件基本不法量域的加重结果要求；三是客观处罚条件；四是构成要件多次符合的情形或其他基于刑事政策原因提出的案外要求等。<sup>(4)</sup>因为其中一些内容已经超越了犯罪构成要件的涵摄范围，故该论者将其称为“类构成要件复合体”。

对于高空抛物罪中“情节严重”的认定，一些论者也沿袭了上述宽泛化的解释方式。例如，有论者指出，对该罪中的“情节严重”可从如下几个方面判断：（1）抛物行为发生的时空环境；（2）抛掷物品的种类；（3）抛物行为造成或可能造成的危害后果；（4）抛物行为的次数、动机、行为人的前科情况等。<sup>(5)</sup>亦即，将这里的“情节严重”也理解为一种“类构成要件复合体”。

## （二）“情节严重”体系定位的学理意见

鉴于有关“情节严重”的司法解释存在体系混乱、内容恣意等诸多问题，<sup>(6)</sup>一些学者在理论反思的基础上，对“情节严重”的体系定位提出了相应的学理意见。其中，有代表性的是以下三种学说。

一是“综合性犯罪构成要件说”。该说认为，刑法分则中规定的“情节严重”或“情节恶劣”，在评价范围上应仅限于犯罪构成四个要件方面的内容，而不能独立于犯罪构成要件的内容之外，因此其应属于一种综合性的犯罪构成要件。<sup>(7)</sup>亦即，“情节严重”的考察范围可以涵盖犯罪构成中的主客观因素（包括法益的性质、行为的方法、对象、结果与行为人的罪过形式、动机、目的等），而不应包含行为前后的表现等案外因素。

这一观点立足于四要件犯罪构成体系，对“情节严重”的评价范围进行了一定限制。在对高空抛物罪中“情节严重”的认定上，此种见解亦有所体现。例如，有论者即概括性地指出，高空抛物罪中的“情节严重”，“应重点从行为人的主观恶性、行为的危

---

(3) 参见张庆立《“情节严重(恶劣)”的法律解释》，载《法律方法》2021年第1期，第332—335页。

(4) 参见王莹《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，载《法学研究》2012年第3期，第143页。

(5) 参见杨万明主编《〈刑法修正案(十一)〉条文及配套〈罪名补充规定(七)〉理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第299—300页。

(6) 参见陈洪兵《“情节严重”司法解释的纰缪及规范性重构》，载《东方法学》2019年第4期，第88—89页。

(7) 参见陆建强《刑法分则条文中“情节严重”类综合性犯罪构成要件研究——以司法实践将综合性要件转化为单一性要件的需求为视角》，载《政治与法律》2012年第8期，第156—157页。

害程度以及造成的危害后果等层面进行综合考量。”<sup>(8)</sup>

二是“整体的违法性评价要素说”。这一观点是立足于区分违法(不法)与责任的阶层式犯罪构成体系而形成的见解。该说总体上认为,当行为符合了客观构成要件中的基本要素后,并不意味着行为的违法性达到了值得科处刑罚的程度,但又难以通过增加某个特定的要素使其达到此种程度;故而,刑法才为其设置了“情节严重”或“情节恶劣”这类整体的违法性评价要素。<sup>(9)</sup>由于阶层式犯罪构成体系的基本理念是,“违法是客观的,责任是主观的”;<sup>(10)</sup>所以,“一旦采取以违法与责任为支柱的三阶层或两阶层体系,就会认为,作为整体的评价要素的‘情节严重’中的情节,并不是指任何情节,只能是指客观方面的表明法益侵害程度的情节。”<sup>(11)</sup>

这种将“情节严重”的评价范围限定在客观违法层面的见解,在对高空抛物罪的理论解读和司法认定中,都得到了相应的体现。例如,有论者在解读该罪中的“情节严重”时即指出,其主要是指多次实施高空抛物行为、高空抛掷物品数量较大、在人员密集场所实施,以及造成了一定损害等情形。<sup>(12)</sup>而从现有高空抛物罪的司法判例来看,其在“情节严重”的认定上,大体上坚持的也是这种客观标准。

三是“客观处罚条件说”。该说也认为,“情节严重”的作用是评价行为的整体违法性是否达到了需要科处刑罚的程度;但其进一步指出,“情节严重”中的“情节”属于违法要素(不法构成要件要素),而其所体现的“严重”程度并不是违法要素,只是一种“客观处罚条件”,行为人对此不需要有认识。<sup>(13)</sup>关于高空抛物罪中“情节严重”的判断,目前还未发现明确支持该学说的见解。

### (三)“情节严重”体系定位的应然选择

尽管有效的司法解释具有指导司法实践的功能,但这并不意味着司法解释的任何内容都是完全合理和尽善尽美的。就对“情节严重(恶劣)”的解释而言,有关内容可能已经突破了罪刑法定原则的应有限度。所以,“最高司法机关理应在总结经验的基

(8) 石魏、徐莉《不能将“高空坠物”等同于“高空抛物”高空抛物罪的构成应考虑多重因素》载《中国商报》2021年6月22日,第3版。

(9) 参见张明楷《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第239页。

(10) [日]前田雅英《刑法总论讲义》(第六版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第17页。

(11) 同前注(9)张明楷书,第241页。

(12) 参见许永安主编《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,中国法制出版社2021年版,第308页。

(13) 参见柏浪涛《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》,载《法学研究》2012年第6期,第141页。

础上,对于情节的范围与功能作出统一的界定,而不应随心所欲地进行解释,否则有损法的安定性和司法适用的统一性。”<sup>(14)</sup>在此基础上,笔者认为,如果从刑法教义学层面加以界定,则上述“整体的违法性评价要素说”是相对合理的。具体理由如下:

其一,“情节严重”的具体内涵不可能包含行为前后的事实情况。我国刑法分则为各种具体犯罪设置的定量因素,在规定逻辑上都是对各罪构成要件行为的修饰,即行为本身应达到何种危害程度。由于“刑事不法行为为法益侵害行为”,<sup>(15)</sup>那么,行为的危害程度就集中表现为法益侵害程度。在我国《刑法》中,大多数犯罪中的定量因素也确实是对行为之法益侵害程度的明确要求,如“数额较大”“造成严重后果”“致使……遭受重大损失”,等等。“情节严重”(或“情节恶劣”)虽然具有内涵上的模糊性,但基于体系解释的原则,对其具体内容的诠释也不能偏离这一导向,否则即有违反罪刑法定原则之嫌。也就是说,“情节严重”同样是对行为之法益侵害程度的要求。而行为前后的事实情况,则与行为本身的法益侵害程度并无直接关系,所以也不可能进入“情节严重”的涵摄范围。

对于高空抛物罪中“情节严重”的判断,学界一些论者之所以将行为人的“前科”情况也纳入了考察范围,可能是受到了2019年最高人民法院《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》第6条规定的影响。<sup>(16)</sup>但是,需要注意的是,该条是对量刑情节(从重处罚情节)的规定,适当考虑行为人的人身危险性情况有其根据。而高空抛物罪中的“情节严重”属于定罪情节,在认定上并不能脱离行为本身而去考虑行为人的人身危险性因素。

其二,“情节严重”具有客观属性,在司法判断中不应考虑行为人的主观因素。在阶层式犯罪构成体系中,之所以说“违法是客观的”,核心就在于作为违法性实质的法益侵害是客观的。而“情节严重”是对构成要件行为之法益侵害程度的要求,自然也应

---

(14) 陈洪兵:《“情节严重”的解释误区及立法反思》,载《湖南大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第153页。

(15) 周漾沂:《重新理解抽象危险犯的处罚基础——以安全性理论为中心》,载《台北大学法学论丛》第109期,第169页。

(16) 该条规定:“具有下列情形之一的,应当从重处罚,一般不得适用缓刑:(1)多次实施的;(2)经劝阻仍继续实施的;(3)受过刑事处罚或者行政处罚后又实施的;(4)在人员密集场所实施的;(5)其他情节严重的情形。”

当具有客观属性，对其只能围绕可以体现法益侵害程度的客观因素进行判断。<sup>(17)</sup> 上述“综合性犯罪构成要件说”认为“情节严重”的考察范围可以涵盖犯罪构成中的主客观因素，在根本上是源于我国传统的四要件体系不严格区分违法与责任及其判断顺序，而是在很大程度上将二者理解为混合相加的关系。实际上，“不法与责任之间是递进关系，只有在行为成立不法时，才能进一步评价行为人是否具有非难可能性（责任）；不法与责任的逻辑顺序不能颠倒。”<sup>(18)</sup> 原因在于，违法性与责任有着不同的理论依据，前者可理解为立足于法益保护主义的原理，而后者则是基于责任主义原理的要求。<sup>(19)</sup> 也就是说，只有认为某种不法行为因严重侵害法益而值得科处刑罚时，才能去考虑行为人是否需要为此承担责任。在这方面不能进行逆向或混合判断，认为行为人的责任能力、罪过、目的、动机等主观责任因素，也可以决定法益侵害的有无与程度。“如果将不法和罪责融合到一起，会抹平取消本质上的事实区别。”<sup>(20)</sup>

在司法实践中，那些非构成要件的动机、目的及其所表明的主观恶性，因难以准确查明，一般只能作为量刑中的酌定情节对待。当然，如果这种所谓的“主观恶性”已经转化或表现为某种客观行为，进而影响到法益侵害程度，也可以成为定罪阶段“情节严重”的考察内容。不过，此时的考察重心显然已经是客观因素，而不是对主客观因素的同时考察。例如，行为人为泄私愤而将几只玻璃酒瓶连续从高楼抛下，可以认为属于“情节严重”。但在此时，行为人的高空抛物行为之所以被评价为“情节严重”，显然是因为其连续抛掷酒瓶的行为所造成的法益侵害，而并不是因为其具有“为泄私愤”的目的或动机。

其三，在理论上不宜将“情节”与其严重程度予以割裂看待，进而将后者作为一种“客观处罚条件”。一方面，情节与其严重程度是不可分割的，情节的存在状态或表现形式，本身就反映了其严重程度。在司法评价中，情节表现形式属于事实评价的范畴，其严重程度属于价值评价的范畴，二者是从不同维度对同一种存在进行的评价，最终

(17) 即便承认故意、过失、目的犯的“目的”等属于主观的违法要素，这些要素也只具有确定行为类型或违法类型的功能，而不能体现具体的法益侵害程度。参见敦宁《犯罪与治安违法行为的“但书”界分——以“法规竞合”现象为中心》，载《政法论丛》2018年第2期，第115页。

(18) 石聚航《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》，载《法学研究》2018年第2期，第67页。

(19) 参见[日]山口厚《刑法总论》（第三版），付立庆译，中国人民大学出版社2018年版，第24页。

(20) 同前注②，克劳斯·罗克辛书，第91页。

统一于对“情节严重”的认定。而且,由于刑法并不是将所有违法行为作为处罚对象,而只是将值得用刑罚进行处罚的违法行为作为规制的对象,所以,构成要件应当是一种“可罚的”违法行为类型。<sup>(21)</sup>据此,为(刑事)违法性奠定基础的就不可能只是泛泛的情节,而必须是达到“严重”程度的情节表现,即“情节严重”。

另一方面,情节犯的成立,也并非不需要行为人对情节的严重程度具有认识。国外刑法中的“客观处罚条件”,是基于刑事政策上限制处罚范围的考虑,在不法与责任的关联系统之外单独列出的一类决定行为可罚性的客观因素,其并不属于主观归属的对象。<sup>(22)</sup>而在我国《刑法》中,无论是作为结果犯定量因素的“数额较大”或“造成严重后果”,还是作为情节犯定量因素的“情节严重”或“情节恶劣”,都是对行为之法益侵害程度的诠释,因而也都是决定行为之刑事可罚性的违法要素。既然其与不法相关,那么,“作为违法要素就受到责任主义的制约。只有在行为人有认识的情况下,惩罚才是正当的。”<sup>(23)</sup>例如,某女与其男友吵架,激愤之下,将其男友写给自己的一摞情书(装在若干信封中)从8楼抛下,但并未认识到其中一个信封中还装有一把剪刀,所幸未造成伤害后果。在该案中,由于某女不可能认识到自己所实施的是“情节严重”的高空抛掷剪刀行为,令其承担刑事责任就是违反责任主义的。

综上所述,高空抛物罪中的“情节严重”,应属于该罪犯罪构成中整体的违法要素,不仅行为人要对其具有一般认识,而且在具体评价上也只能围绕该罪的保护法益,从其客观危害性层面加以展开。

### 三、高空抛物罪中“情节严重”的法益依托

既然对高空抛物罪中“情节严重”的解读和判断,必须要依托于该罪的保护法益来进行;那么,合理界定该罪的保护法益,就成为一个绕不开的问题。如果在这里出现了认识错误或偏差,同样会影响到对高空抛物罪的准确认定。

#### (一) 关于本罪保护法益的学理争鸣

高空抛物罪被规定在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”之中,由于此类犯罪

(21) 参见[日]松宫孝明《刑法总论讲义》(第四版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第41页。

(22) 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第52页。

(23) 车浩《阶层犯罪论的构造》,法律出版社2017年版,第309页。

内容庞杂、类型多样,对于该罪的保护法益到底是什么,也就产生了多种不同的见解。对此,大体可分为“单一法益说”和“复合法益说”两类观点。

所谓“单一法益说”顾名思义,即认为高空抛物罪的保护法益(犯罪客体)是单一的。因为该罪被规定在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”之中,且属于第一节“扰乱公共秩序罪”的范围;于是,将章节标题所标明的社会管理秩序或公共秩序直接作为该罪的保护法益,便成为一种主流的观点。<sup>(24)</sup>不过,也有论者指出,将社会秩序作为高空抛物罪的保护法益,与该罪的体系位置相符合,但社会秩序是一种相对抽象的概念,不宜直接使用,可以将其具体解读为“公民在公共空间内人身和财产的安宁与平稳”。<sup>(25)</sup>也就是说,对设置该罪所欲保护的社会秩序,应进行一种具体化的理解。

相对于“单一法益说”,“复合法益说”总体上认为,高空抛物罪的保护法益并不仅限于社会管理秩序或公共秩序,而是还包括其他一些实体权益。例如,有论者明确指出,“本罪的保护法益是公共秩序和公民的人身安全”。<sup>(26)</sup>也有论者指出,高空抛物罪侵犯的客体具有复杂性,不仅妨害正常的社会管理秩序,还侵犯他人的身、财产权益,甚至危害公共安全。<sup>(27)</sup>

## (二) 对现有观点的批判性分析

关于高空抛物罪的保护法益,虽然上述“单一法益说”和“复合法益说”存在法益数量上的认识差异,但在将社会管理秩序或公共秩序作为该罪的保护法益方面,二者并不存在分歧。然而,将此类社会秩序作为该罪的保护法益,所存在的最大问题就是其法益内容过于模糊和抽象,可以进行任意填充,以致最终沦落为“口袋法益”,使法益本应具有的限制刑事制裁范围的机能荡然无存。

例如,从高空抛掷纸质垃圾或塑料瓶盖的行为也会在一定程度上扰乱公共秩序,而按照情节判断的通常标准,如果行为人多次抛掷或者一次抛掷的数量较大,一般就可认定为“情节严重”,进而成立高空抛物罪。但是,这一结论的得出却并不一定合理。

(24) 代表性文献可参见王爱立主编《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第1142页;劳东燕主编《刑法修正案(十一)条文要义:修正提示、适用指南与案例解读》,中国法制出版社2021年版,第240页;彭文华《〈刑法修正案(十一)〉关于高空抛物规定的理解与适用》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第55页。

(25) 参见时延安等《刑法修正案(十一)评注与案例》,中国法制出版社2021年版,第383页。

(26) 周光权:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社2021年版,第419页。

(27) 同前注(5)杨万明书,第298页。

因为,由刑罚的严厉性所决定,刑法对法益的保护具有辅助性或补充性,即只有在采取民事或行政等其他手段不足以保护某种法益时,刑法才提供保护。也正是在此意义上,可以说,“刑法仅仅保护法益的一个部分,同时,刑法对这个部分的保护也并不总是一般性的,而经常(如在财产上)仅仅是对个人的攻击行为才提供保护。”<sup>(28)</sup>就此来看,从高空抛掷纸质垃圾或塑料瓶盖的行为,即便多次实施或一次抛掷的数量较大,通常也很难对他他人的人身或财产安全形成危险。而如果行为完全没有危险或只具有极其轻微的危险性,则我们并不需要将其纳入刑事处罚范围,也不需要考虑管理秩序法益是否受到侵害的问题。<sup>(29)</sup>

由此可见,将社会管理秩序或公共秩序直接作为刑法的保护法益,只会导致法益日益抽象化和精神化,并最终使法益概念彻底丧失其限制刑罚处罚的功能。<sup>(30)</sup>也正是基于对这一风险的担忧,在以上“单一法益说”内部,有论者主张对此种秩序法益进行具体化解读,即将其解释为“公民在公共空间内人身和财产的安宁与平稳”。从方法论的角度来看,这种法益确定方式是值得肯定的,但因其只对公共秩序进行了“平义化”解释,而未能从高空抛物罪的构成要件入手进行必要的内容限缩,所以也同样无法为该罪划定合理的制裁边界。例如,有论者就认为,那些对人身没有具体伤亡危险的抛洒污水污物行为,因其扰乱了公众生活的安定性(安全感),也应构成高空抛物罪。<sup>(31)</sup>但是,将该种情形作为犯罪处理,很难说符合刑法在法益保护上的辅助性特征。因此,这一观点亦不足取。

至于前述“复合法益说”的见解,虽然在一定程度上避免了高空抛物罪保护法益过于抽象化的缺陷,但如何处理其中的秩序法益与其他实体法益的关系,仍然是一个难以厘清的问题。如果认为相关秩序法益的内容不包含对公众的人身、财产等实体法益的维护,则这种秩序法益的确立将会失去意义。理由在于,“如果只是藉着‘国家的保护’‘社会的保护’而不顾及到对于人类(社会人)存在的保证者,则此种形式上的保

(28) [德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第23页。

(29) 参见李志恒《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第129页。

(30) 参见刘艳红《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案(十一)〉为视角的分析》,载《比较法研究》2021年第1期,第71页。

(31) 参见林维《高空抛物罪的立法反思与教义适用》,载《法学》2021年第3期,第45—46页。

护,将不具有任何意义。因为任何法律秩序,必须顾及到人类(社会人)生活的保护。”<sup>(32)</sup>而如果认为相关秩序法益的内容已经内含了对公众的人身、财产等实体法益的维护,则再另外列举此类实体法益,无疑又是多余的。这就是“复合法益说”所存在的逻辑悖论。

### (三) 本罪保护法益的合理确定

通过上述分析可以发现,现有对高空抛物罪保护法益的界定,要么过于抽象,要么存在逻辑矛盾,因而都不够合理。基于此,对该罪的保护法益,必须要立足于法益的应然内涵进行重新确定。

通常认为,所谓法益,即法律所保护的人的生活利益。而刑法上的法益,就是由刑法所保护的人的生活利益。“所谓‘人的生活利益’,不仅包括个人的生命、身体、自由、名誉等利益,而且包括建立在保护个人的利益基础之上因而可以还原为个人利益的国家利益与社会利益。”<sup>(33)</sup>“这些利益的存在并非法制的产物,而是社会本身的产物。但是,法律的保护将生活利益上升为法益。”<sup>(34)</sup>迄今为止,法益理论已经经历了一百多年的历史流变,期间产生了种种不同的法益概念。日本学者伊东研祐在对法益概念史进行全面梳理和分析的基础上,提出了一个共识性的法益概念,即“法益是指所在国家的宪法构成(应该)的社会内,作为该社会构成成员共同生活的存立必不可少的条件,而且是由纯粹规范所保护(应该)的因果性变更可能的对象。”<sup>(35)</sup>按照这一概念,无论是个人法益,还是社会法益、国家法益等超个人法益(公法益),都必须具备两个特点:一是与人的生活利益(自由发展)的关联性;二是能够体现因果性变更的实在性(可把握性)。据此,如果某种对象与人的生活利益无关,则其并不能成为法益。同时,“若保护的对象抽象得无法让人把握,则该对象也不能被看作是法益。”<sup>(36)</sup>

由于超个人法益的存在,某种“秩序”并非不能被看作是法益。但是,就此类法益

(32) 陈志龙《法益与刑事立法》,台湾大学丛书编辑委员会1992年版,第137页。

(33) 张明楷《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第78页。

(34) [德]弗兰茨·冯·李斯特《李斯特德国刑法教科书》徐久生译,北京大学出版社2021年版,第6页。

(35) [日]伊东研祐《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第348页。

(36) [德]克劳斯·罗克辛《对批判立法之法益概念的检视》,陈璇译,载《法学评论》2015年第1期,第58页。

而言,只有当其与个人法益具有同质性,能够分解或者还原成个人法益,是促进人类发展的条件且具有重要价值时,才是值得刑法保护的法益。<sup>(37)</sup>换句话说,“对于社会成员生存、发展不具有重大价值的秩序,即使可能受到其他法的保护,也不一定能够成为刑法上的法益。”<sup>(38)</sup>这也就意味着,在刑法解释上,并不能将抽象的社会管理秩序或公共秩序直接作为刑法的保护法益看待,而是必须要从刑法保护法益的辅助性出发,将其中真正值得刑法保护的、与个人利益相关的具体法益内容分解出来,否则必然会导致处罚的不确定性。而在分解方式上,则必须要依托于个罪的具体构成要件来进行。理由在于:一方面,如果刑法条文的规定是明确的,那么从该规定中应该能够推断出立法者清楚的保护目的,并且还能够对理论解说的任意扩张设定界限。<sup>(39)</sup>另一方面,即使属于同类保护法益,各种犯罪也可能因具体构成要件的不同,而具有不甚相同的保护法益内容。例如,在我国刑法分则第四章规定的“侵犯公民人身权利、民主权利罪”中,各种具体犯罪的保护法益就不是完全相同的。

在此基础上,对高空抛物罪保护法益的确定,也要紧密结合其构成要件来诠释。从该罪的构成要件行为来看,“从建筑物或者其他高空抛掷物品”,在实践中的表现多种多样,有的可能会对他人的人身或财产造成损害,有的则并不会危及他人的人身或财产安全(如抛掷一张废纸)。从刑法保护法益的辅助性特征出发,后一类情形显然不宜纳入高空抛物罪的规制范围。而对于前一类情形来讲,该罪的规制范围是仅限于危及人身安全的行为,还是也同时包括单纯危及财产安全的行为?或者说,设置该罪所保护的实体法益是仅限于人身安全,还是同时包含人身安全与财产安全呢?这里便存在争议。对于这一问题,笔者倾向于认为,设置该罪所保护的实体法益应当只限于人身安全。当然,高空抛物行为也难免会造成财产损失,但其构成高空抛物罪必须以可能危及人身安全为前提,对于那些只可能造成财产损失的行为不宜作为该罪处理。例如,行为人多次将作画后的颜料污水用脸盆倒至楼下,无疑可能危害楼下行人的财产安全(可能使衣物等受到污损),但因不会危及他人的人身安全,以高空抛物罪论处并不适当。可以说,这种法益界定不仅体现了刑法的谦抑性,也更加符合设置高空抛物

(37) 参见张明楷《高空抛物案的刑法学分析》,载《法学评论》2020年第3期,第23—24页。

(38) 张明楷《法益初论》,商务印书馆2021年版,第196页。

(39) 同前注(28),克劳斯·罗克辛书,第102页。

罪的立法原意,即维护人民群众“头顶上的安全”。<sup>(40)</sup>

最后,考虑到高空抛物罪所处的体系位置,对该罪保护法益的完整界定应当是:“不特定人在公共空间中的人身安全”。因为该罪毕竟处于“扰乱公共秩序罪”之中,如果行为人是在非公共空间(如已经封禁的工厂)实施高空抛物行为,则不能按该罪论处。同时,如果行为人是在高空向公共场所中的特定人抛掷危险物品(不可能波及其他他人),则宜按故意伤害(杀人)罪或未遂犯罪论处。此外,这里的“不特定人”,指的是被害对象不特定,而并非是指危险可能向不特定多数人扩散。如果属于后者,则因已经危及公共安全,可按照相应的危害公共安全类犯罪论处。<sup>(41)</sup>

#### 四、高空抛物罪中“情节严重”的底限标准

在将高空抛物罪的保护法益确定为“不特定人在公共空间中的人身安全”之后,便可依托于该法益来对“情节严重”展开具体判断。由于“情节严重”具有内容上的延展性,可以包含不同的轻重情形;所以,对于该罪中“情节严重”的认定,关键问题并不是确认那些明显严重的情形,而是明确其底限标准。从实践中的情况来看,大体上可以将高空抛物行为的法益侵害程度由重到轻划分为三类情形,即造成实害后果、形成具体危险状态与只具有抽象危险性(或行为危险性)。那么,对高空抛物罪中“情节严重”之底限标准的确定,实际上就是对这三类情形的合理选择,即将何种情形作为该罪“情节严重”的最低成立条件?

##### (一) 实害后果标准之否定

在司法实务中,对高空抛物罪中“情节严重”的认定不以造成实害后果为限,基本上已成定论。但在学界,仍有论者指出,司法上认定高空抛物罪应以产生民事侵权责任为基础,如果连适用民事侵权责任的条件都不具备,即适用刑法条款以追究当事人的刑事责任,则势必会导致民法的阵地全无。<sup>(42)</sup>换言之,只有在相关的高空抛物行为造成实害后果,进而产生民事侵权责任时,才可能将其认定为“情节严重”。该观点的

<sup>(40)</sup> 参见李宁:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(十一)(草案)〉的说明——2020年6月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议上》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第1期,第132页。

<sup>(41)</sup> 同前注<sup>(37)</sup>张明楷文,第18—19页。

<sup>(42)</sup> 参见刘艳红:《民刑共治:国家治理体系与治理能力现代化路径》,载《法学论坛》2021年第5期,第47页。

提出,主要是基于刑法谦抑主义的考虑,但其合理性则是存在疑问的。

民事责任是当事人因破坏平等主体之间的权利义务关系而产生的责任。无论是违约责任还是侵权责任,都是违法(违约)行为人对受害人所应承担的责任,其功能在于对受害人提供补救,使受害人遭受的全部损失得到恢复。<sup>(43)</sup>也就是说,民事责任的承担以被害人遭受损失为前提。而刑事责任是行为人因实施犯罪行为需要向国家承担的责任。国家进行刑事追责的主要目的不是恢复被害人的损失,而是对违反刑事禁令的个体给予规范性非难,并以刑事制裁的方式预防再犯罪,实质是特殊公法关系的体现。<sup>(44)</sup>同时,刑法既保护个人法益,也保护社会法益和国家法益。而为了有效实现保护法益、维持社会秩序的目的,刑法不仅惩罚实际侵害法益的犯罪行为,也惩罚威胁法益或对法益造成危险的犯罪行为。<sup>(45)</sup>在此基础上,如果认为只有在对个人造成实际损失的情况下,刑法才能发动,则必然会从根本上推翻刑法中的各种危险犯设置乃至未遂、中止等犯罪停止形态制度,这恐怕是很难接受的。

当然,刑法需要保持谦抑性,“但是,这并不意味着相对于其他的法律而言刑法处于从属的地位。在想用刑罚这种强有力手段保护一定的法益这一点上,刑法具有独自的存在意义。”<sup>(46)</sup>换句话说,在通过其他法律手段不能充分实现对法益的保护时,刑法就可以选择用自己的方式介入法益保护。就高空抛物行为而言,尽管《中华人民共和国民法典》第1254条为其规定了民事责任,但该责任的承担同样是以“造成他人损害”为前提的,那些虽未造成损害、但严重危及人身安全的高空抛物行为并不在民事责任的承担范围,如未造成实害的高空抛掷菜刀、斧头、剪刀等行为。然而,这类高空抛物行为毕竟会对他人的人身安全构成重大威胁,刑法若不加以规制,势必难以有效保障人民群众“头顶上的安全”。也就是说,“若感觉民事上的救济是不充分的话,为了覆盖这样的问题,犯罪化的领域就会得以扩张。”<sup>(47)</sup>由此,考虑到民事法律和刑事法律不同的任务要求,对高空抛物行为的刑法规制切不可“唯结果论”,是否造成损害后

---

<sup>(43)</sup> 参见王利明等《民法学(上)》(第六版),法律出版社2020年版,第265页。

<sup>(44)</sup> 参见曹波《高空抛物“入刑”的正当根据及其体系性诠释》,载《河北法学》2021年第2期,第160页。

<sup>(45)</sup> 参见[日]大谷实《刑法讲义总论》(新版第二版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第4—5页。

<sup>(46)</sup> [日]大塚仁《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第25页。

<sup>(47)</sup> 同前注(19),[日]山口厚书,第6页。

果,可以作为是否从严处罚的依据,但不应作为刑法规范是否介入的“门槛”。<sup>(48)</sup>

## (二) 具体危险状态标准之摒弃

关于高空抛物罪中“情节严重”的底限标准,学界也有一些论者主张将其限定为具体的危险状态,即将该罪作为具体危险犯看待。<sup>(49)</sup>而是否坚持这一标准,首先需要明确何谓“具体危险(状态)”,以及其在高空抛物罪中的形成条件。

对于具体危险犯中的“具体危险(状态)”,中外学者有着不同的表述,但所形成的一个基本共识就是:具体危险犯中的“危险”是一种对保护法益所构成的现实的、紧迫的、高度的危险状态,其属于构成要件结果的范畴(危险结果)。需要结合案件情况进行具体判断。<sup>(50)</sup>那么,就高空抛物罪而言,如果将“不特定人在公共空间中的人身安全”作为该罪的保护法益,则行为所形成的具体危险就应当是:对他人的人身安全所构成的现实的、紧迫的、高度的危险状态。在实践中,这种危险状态的产生必须满足两个基本条件:一是高空之下应存在相对确定的受害对象,否则就不可能形成具体危险;二是受害对象应处于可能被抛落物致伤的特定空间之内,否则就难以形成现实的、紧迫的、高度的危险状态。与此同时,既然具体危险状态属于一种构成要件结果,则行为人在主观上需要对其形成明确的认识,否则即便出现了这种危险状态,也不能对行为人进行主观归责。

在高空抛物罪的司法判例中,也确实存在将具体危险状态作为“情节严重”认定依据的情形。例如,在崔某某高空抛物案、张某某高空抛物案和卢某高空抛物案中,被告人的行为虽未造成实害后果,但都是“险些砸中”楼下的行人,故可认为其已经对他人的身安全形成了一种具体危险,法院亦认定其属于“情节严重”,构成高空抛物罪。<sup>(51)</sup>然而,实践中所发生的高空抛物案,更多的是行为人随机而为,高空之下是否有人或者相关人员所处的具体位置往往并不确定,事后也难以调查。这样,将具体危

(48) 同前注<sup>(25)</sup>时延安等书,第378页。

(49) 参见陈俊秀《高空抛物罪的教义学阐释及司法适用——以〈刑法修正案(十一)〉与〈高空抛物意见〉为中心》,载《北京社会科学》2021年第8期,第59-60页;姜涛《高空抛物罪的刑法教义学分析》,载《江苏社会科学》2021年第5期,第117-119页。因各论者对高空抛物罪的保护法益具有不同认识,所以在具体危险状态的认定标准上也不尽相同。

(50) 参见敦宁《妨害药品管理罪的法教义学分析》,载《政治与法律》2021年第12期,第59-60页。

(51) 参见安徽省亳州市谯城区人民法院(2021)皖1602刑初937号刑事判决书;山东省青岛市城阳区人民法院(2021)鲁0214刑初645号刑事判决书;湖南省郴州市北湖区人民法院(2021)湘1002刑初145号刑事判决书。

险状态作为入罪标准,进而予以主观归责,必然会产生重重困难。在司法实践中,如果严格按照具体危险犯的标准来认定高空抛物罪,无疑会造成对高空抛物行为的制裁范围大幅收缩,从而难以实现立法目的。基于此,有学者合理推测,立法机关之所以在设置高空抛物罪时不采取(明确的)具体危险犯模式,一个重要的考虑因素可能就是对危险结果的举证和认定困难,从而会对法律规制效果产生不利影响。<sup>(52)</sup>

另外,从高空抛物罪的法定刑配置情况来看,也不宜将具体危险状态作为该罪“情节严重”的底限标准。我国《刑法》第291条之二为该罪配置的法定刑幅度是:“一年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。”此种法定刑本身已属轻刑配置,考虑到“具体危险状态”对保护法益的严重威胁,如果将其作为入罪的最低标准,则势必会造成管制、单处罚金等较轻刑种处于虚置的状态,这也是不符合立法意图的。因此,具体危险状态标准并不可取。

### (三) 行为危险性标准之确立及其司法适用

从逻辑上讲,既然造成实害后果和形成具体危险状态都不适宜作为高空抛物罪中“情节严重”的底限标准,那么其结论只能是,行为对保护法益具有抽象危险性即可。这里的“抽象危险性”,又称行为危险性,即不要求行为产生具体危险状态或实害结果,只要行为本身具有可能侵害法益的危险性即可。也就是说,高空抛物罪应属于抽象危险犯的范畴。但是,其在形式上又不同于传统的(或典型的)抽象危险犯。因此,对于这里的行为危险性标准,必须要进行合理的解读与适用。

#### 1. 行为危险性标准的理论证成

通常认为,抽象危险犯系立法者依据生活经验推定某种类型的行为具有对保护法益的一般性危险,因而,只要实施了构成要件行为,即可认定具有这种危险,其并不需要法官就个案审查是否真有危险性出现。<sup>(53)</sup>基于这一理解,典型的抽象危险犯立法模式就是罪状中只规定构成要件行为,而对其危险性不作任何限定。比如,我国《刑法》第133条之一规定的醉驾型危险驾驶罪、第141条规定的生产、销售、提供假药罪等,即属于此列。在这种认识的基础上,一般认为,如果立法者在某些犯罪的构成要件

<sup>(52)</sup> 参见彭文华《〈刑法修正案(十一)〉关于高空抛物规定的理解与适用》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第54页。

<sup>(53)</sup> 参见林山田《刑法通论(上)》(增订十版),北京大学出版社2012年版,第158页。

行为之外还附加了“危害公共安全”“足以发生……危险”“引起……危险”等字样,就说明其不属于抽象危险犯,而是具体危险犯。<sup>(54)</sup>对于高空抛物罪,有论者正是基于这种习惯性理解而直接指出,该罪罪状中“情节严重”的表述,就是指向具体危险犯的典型标签。<sup>(55)</sup>

然而,上述认识并不符合实际情况。近年来的一些研究成果已经有力地说明:在我国《刑法》中,那些通常被认为属于具体危险犯典型标志的“危害公共安全”“足以……”“危及……”等规定,其实并不一定是对具体危险状态的揭示,而完全可能是对行为之危险性的限定。<sup>(56)</sup>有关司法解释也可以证实这一事实。例如,我国《刑法》第145条规定的生产不符合标准的医用器材罪的罪状中就包含了“足以严重危害人体健康”的附加条件;但是,根据2008年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》第21条的规定,只要所生产的医疗器械含有超过标准的有毒有害物质或者有关指标不符合要求,就满足了这一条件,而并不需要将其推向市场,进而产生具体危险。也就是说,此类犯罪的成立,既不要求产生实害后果,也不要求产生具体危险状态,因而同样属于抽象危险犯的范畴。对于这种抽象危险犯类型,国外学者在与传统的抽象危险犯相区分的意义上,将其称为“准抽象危险犯”或“适格犯”等。<sup>(57)</sup>其与前者主要差异就在于,“单纯的行为方式还不足以反映出行为的具体危险性,因此立法者才在构成要件中额外附加了‘适格性’条款。”<sup>(58)</sup>同时,行为是否满足这种“适格性”条款,也需要在个案中进行一定程度的实质性判断,不过此时并非是对具体危险状态的判断,而只是对行为之现实危险性的判断。<sup>(59)</sup>

<sup>(54)</sup> 同前注〔26〕,周光权书,第177页。

<sup>(55)</sup> 同前注〔49〕,陈俊秀文,第60页。

<sup>(56)</sup> 代表性文献可参见杜文俊、陈洪兵《质疑“足以”系具体危险犯或危险犯标志之通说》,载《中国刑法杂志》2012年第2期,第21—26页;陈洪兵《准抽象危险犯概念之提倡》,载《法学研究》2015年第5期,第123—138页;李川《适格犯的特征与机能初探——兼论危险犯第三类型的发展谱系》,载《政法论坛》2014年第5期,第68—71页。

<sup>(57)</sup> 相关文献可参见〔日〕山口厚《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第46页;〔日〕大谷实《刑法讲义总论》(新版第二版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第115页;徐凯《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社2014年版,第163—164页;李川《适格犯的特征与机能初探——兼论危险犯第三类型的发展谱系》,载《政法论坛》2014年第5期,第64—68页。

<sup>(58)</sup> 同上注,徐凯书,第164页。

<sup>(59)</sup> 同前注〔56〕,陈洪兵文,第129页。

对于一些具有危险犯属性的情节犯来讲,立法上将抽象的行为要素与灵活的、具备司法裁量空间的“情节严重(恶劣)”相结合的规定形式,也同样体现了这类犯罪“准抽象危险犯”或“适格犯”的属性。<sup>(60)</sup>就高空抛物罪而言,由于单纯的高空抛物行为未必会危及他人的人身安全,所以立法者才通过增加“情节严重”来对其危险性进行限定。坚持这一定位,既可以将那些不可能威胁到人身安全的高空抛物行为排除在制裁范围之外,也可以通过规制危险行为的“超前保护”形式,切实、有效地实现对高空抛物这种充满随机性和不确定性的“飞来横祸”的积极预防,因而在总体上是合理的。并且,在高空抛物罪的适用中,也已经出现了一些将单纯的行为危险性认定为“情节严重”的司法判例。例如,在李某某高空抛物案中,被告人李某某于深夜23时许,在上海市某高楼住处内,为贪图方便,将装有废弃玻璃瓶、快递外包装等垃圾的塑料袋从阳台窗口随手丢下,后掉落在该楼南侧的草坪上(案件并未显示周边有行人)。法院认为,被告人李某某的行为构成高空抛物罪。<sup>(61)</sup>

不过,作为入罪标准,高空抛物行为不仅需要具备对保护法益的危险性,而且还需要达到一定的危险程度,否则仍然可能造成制裁范围过大的问题。例如,从5楼抛下一只未熄灭的烟头也可能将他人的肌肤烫个“红点”或“小包”,对此不能说没有危及他人的人身安全。但如果将该行为入罪,则较为牵强,也不符合“情节严重”的应然定位。因为,在我国“定性+定量”的犯罪界定模式下,“情节严重”的主要功能就是限定行为的法益侵害程度,即将其限定到值得科处刑罚的程度。所以,在入罪标准上,必须要对高空抛物行为的危险性设置一定的程度要求。笔者认为,将其限定为“可能造成他人受轻微伤以上的后果”,是相对合理的。这样不仅与高空抛物罪较低的法定刑配置相协调,也能与故意伤害等犯罪形成适当的区分。

## 2. 行为危险性的司法判断逻辑

由于“准抽象危险犯”或“适格犯”中的行为危险性不是一种推定的危险性,而是现实的危险性,所以,“此种危险需要法官结合个案中的客观情况来综合判断其行为是否对法益具有实质侵害性”。<sup>(62)</sup>在具体的司法判断逻辑上,可以按照如下两个

(60) 同前注〔56〕,李川文,第71页。

(61) 参见上海市闵行区人民法院(2021)沪0112刑初901号刑事判决书。

(62) 王煜东、孙国月:《实质解释立场下高空抛物罪的限缩适用》,载《河北法学》2022年第9期,第193页。

步骤逐次展开审查。

第一步,先确定行为是否具有导致相应法益侵害的危险属性。这一层次的判断重点是高空抛物行为本身的危险性质。也就是说,单从行为表现来看,其是否具备“可能造成他人受轻微伤以上后果”的基本属性。如果不具有这一属性,也就谈不上现实危险性的问题。比如,从5楼向下抛掷几张废纸,无论楼下有多少人,都不可能造成伤害。而高空抛物行为是否具有这一属性,则主要取决于抛掷物品的种类和行为人所处的空间高度两个方面,并且需要将这两个方面结合在一起进行判断。例如,我们不能直接去说从楼上抛下一个鸡蛋是否具有致害危险,而是必须要同时考虑行为人所处的空间高度。有实验数据表明:一个30克的鸡蛋从4楼抛下会让人起肿包,从8楼抛下可致人头皮破损,从18楼抛下就可砸破人的头骨,从25楼抛下则可致人当场死亡。<sup>(63)</sup>从高空抛掷手机的情形也是如此。例如,在卢某高空抛物案中,被告人卢某连续从25楼的窗户向楼下人行道抛掷3台手机,从而被法院认定构成高空抛物罪。<sup>(64)</sup>该案中,被告人之所以构成高空抛物罪,核心因素并不是其抛掷手机的次数或数量,而是从25楼抛下所产生的重大危险性。如果被告人是从3楼抛下,则一般不会产生“可能造成他人受轻微伤以上后果”的危险性,所以也不宜认定为犯罪。

第二步,再确定行为是否具有导致相应法益侵害的现实危险性。相较于传统的抽象危险犯,“准抽象危险犯”或“适格犯”的主要特点就是通过为行为设置限定条件,以标明行为的现实危险性,这样也就在立法上为否定行为现实危险性的因素留下了判断空间。<sup>(65)</sup>换句话说,尽管行为具备能够导致法益侵害的危险属性,但由于某种因素的存在,可以阻断危险行为向具体危险状态或实际侵害的转化,则应当否定行为的危险性。<sup>(66)</sup>例如,行为人经过认真观察,确认楼下的垃圾堆放场所及其周边并无行人,继而从4楼将一袋装有玻璃碎片和废纸的垃圾抛至楼下的垃圾堆。在此种场合,因抛掷物

(63) 参见朱珠《高空抛物后果严重可入罪》,载《上海人大月刊》2016年第4期,第41页。

(64) 参见湖南省郴州市北湖区人民法院(2021)湘1002刑初145号刑事判决书。

(65) 不过,现在有力的观点认为,从法益保护主义的立场来看,即便是传统的抽象危险犯,也应当将存在某种危险(现实危险性)作为不成文的构成要件要素。参见[日]松原芳博《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44页。

(66) 德国学者Hoyer将这类因素称为对危险的“否定因素”(Negationfaktor),并认为,这类“否定因素”的存在会使行为本身所具有的过失中继能力彻底丧失,从而导致“适格犯”无法成立。转引自前注(56),李川文,第68页。

的飘落时间非常短暂 期间不可能出现突然闯入的行人 ,所以可基本否定行为的危险性。但如果是从 24 楼向下抛掷 则因抛掷物飘落时间较长 ,且可能受风力影响发生位移 故不能直接否定行为的危险性。由于高空抛物罪所规制的底限性危险毕竟是一种行为危险 而非结果性的危险状态; 因此 ,只有在能够极大概率地排除行为之现实危险性的场合 ,才能否定这种“危险”。换言之 ,只要某种高空抛物行为具有造成相应法益侵害的可能性 ,即使概率相对较低 ,也不宜直接排除行为的危险性。

最后需要注意的是 ,高空抛物行为的( 底限) 入罪标准是行为的危险性 ,而不是行为人的人身危险性 ,故不能将单纯影响后者的因素作为“情节严重”的判断依据。例如 如果某种高空抛物行为本身不具有危险性 则无论行为人是“多次实施” ,还是“经人劝阻后继续实施” 亦或“受过处罚后再次实施” ,都不能据此认定该行为属于“情节严重”。否则就会突破法益保护主义立场下的行为刑法的应有边界 而“建立在自由的法治国基本原则基础上的一种法律制度 ,总是倾向于行为刑法的”。<sup>(67)</sup>

### 余论

将行为危险性作为高空抛物罪中“情节严重”的底限标准 ,总体上是符合该罪的轻罪性质的。但是 ,司法实践中需要注意 ,确立这一标准的目的 ,“是通过严密法网来强化人们的规范意识” ,<sup>(68)</sup> 而并不意味着对达到这一标准的高空抛物行为要一律起诉 ,甚至一律判处实刑( 监禁刑) 。在我国刑事司法已经基本步入轻罪时代的大背景下 ,受刑罚负面效果和司法资源有限性等因素的制约 ,对高空抛物罪等轻微犯罪 ,必须要采取有别于严重犯罪( 重罪) 的宽缓化治理方略 ,即“刑罚或制裁相应轻缓 ,并与非刑罚处遇更好衔接”<sup>(69)</sup>。易言之 ,在轻罪时代 ,“严而不厉”( 法网严密、起诉便宜、刑罚宽缓) 才是犯罪治理的理性选择。

( 全文共 19 310 字)

(67) 同前注 [28] ,克劳斯·罗克辛书 ,第 106 页。

(68) 冯军《犯罪化的思考》,载《法学研究》2008 年第 3 期 ,第 147 页。

(69) 卢建平《轻罪时代的犯罪治理方略》,载《政治与法律》2022 年第 1 期 ,第 65 页。