

论抽象危险犯个罪裁判规范的续造

王飞跃*

内容提要 抽象危险犯天然具有扩张处罚范围的倾向,对其如何限制适用以避免刑法的过度扩张极为重要。围绕发挥司法人员自由裁量权来限制适用的诸种方案并不可行。抽象危险犯个罪的裁判规范存在先天不足,应当通过续造补足。围绕构成要件符合性续造规范,应当以抽象危险犯个罪共同具有的组成要素的齐整性、致险程度的相当性、规范违反的同质性三个特征为指导,针对个罪的规制对象进行,以司法解释、司法文件等方式指导法官办理个案。以三个特征对高空抛物罪构成要件符合性的裁判规范进行指导,续造的裁判规范为“高层结构中公众出入的时段与区域”“利用高差抛掷致险器物”“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为规范的违反”。

关键词 抽象危险犯 裁判规范续造 危险驾驶 高空抛物

目次

- 一、问题的提出
- 二、倚重个体裁量权的限制方案缺乏现实条件
- 三、续造裁判规范是限制抽象危险犯个罪适用的基本路径
- 四、构成要件符合性规范续造的实现
- 五、结语

* 中南林业科技大学政法学院教授。

一、问题的提出

世界范围内,抽象危险犯的日益扩张已成为不争的事实。《刑法修正案(十一)》实施后,我国抽象危险犯个罪数量已蔚为可观。立法层面是否还会增设抽象危险犯个罪有待观察;^①司法层面,如何规范抽象危险犯个罪适用,已成为理论与实务必须直面的问题。理论方面,虽然诸多刑法学者在(主动或者被动)承认抽象危险犯具有社会治理、阻遏风险、便捷诉讼等必要性、优越性以及限制抽象危险犯的罪名体量和适用范围等方面基本达成共识,但提供的限制适用方案则大相径庭:有的主张围绕构成要件符合性进行限制,有的主张围绕处罚必要性进行限制,有的主张增设违法阻却或者责任阻却事由,等等。但是,大多数理论研究忽略了从规范到裁判之间桥梁的架设,因而限制适用方案如何真正在司法实践中落地的研究阙如。实践方面,近些年来,全国各地司法机关根据本地区情况,就办理醉酒型危险驾驶案件都作出了尝试性的裁判规范,但对于何为“机动车”、何为“道路”、不同车型是否适用相同标准等等方面,各地做法各异。^②有鉴于此,本文对抽象危险犯个罪的限制适用略陈管见,以求教方家。

二、倚重个体裁量权的限制方案缺乏现实条件

(一) 限制适用的立场是基于立法现实

我国理论界对抽象危险犯的认识有一个渐进的发展过程。早期,我国传统刑法理论的坚守者对抽象危险犯的立法扩张持保守态度。如张明楷教授指出:“‘风险社会’并不一定是社会的真实状态,而是文化或治理的产物,不应将‘风险社会’当作刑法必须做出反应的社会真实背景……不应当盲目增加抽象危险犯。”^③陈兴良教授认为:“如果刑法面对‘风险社会’无动于衷、毫无作为,那么这样的刑法肯定是不可取的。但是,如果刑法为化解‘风险社会’的风险而过于扩张甚至突破罪刑法定主义、责任主义等法治刑法的底线,那么同样也不可取。”^④劳东燕教授指出:“创制的新罪名大多是规制性的,经常任意突破刑事责任的基本原则。”^⑤随着德日刑法理论中有关风险社会、抽象危险犯理

① 有学者认为法定犯时代已经来临,参见喻浩东:《抽象危险犯的本质及限制解释——以生产、销售假药为例》,载《政治与法律》2020年第8期,第58、60页;有学者主张应理性限制刑法干预前置化,参见王强军:《刑法干预前置化的理性反思》,载《中国法学》2021年第5期,第229-247页;有学者主张增设包括抽象危险犯在内的新罪以及扩容老罪都是刑法异化的表现之一,都有悖罪刑法定,参见刘艳红:《刑法的根基与信仰》,载《法制与社会发展》2021年第2期,第150-170页。

② 参见王敏远:《“醉驾”型危险驾驶罪综合治理的实证研究——以浙江省司法实践为研究样本》,载《法学》2020年第3期,第113页。

③ 张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,载《法商研究》2011年第5期,第83页。

④ 陈兴良:《“风险刑法”与刑法风险:双重视角的考察》,载《法商研究》2011年第4期,第11页。

⑤ 劳东燕:《公共政策与风险刑法》,载《中国社会科学》2007年第3期,第137页。

论在国内的影响日盛,以致成为一股强大的理论力量,接受者与坚守者双方在行为无价值还是结果无价值、规范违反还是法益侵害、刑罚的早期化还是责任主义等领域展开旷日持久的论战。

面对日渐增多的抽象危险犯,理论界中激进的推动者与坚定的反对者均为数极少。激进的推动者认为,法定犯时代已经势不可挡地到来,报应刑法应当为预防刑法让路,民众对规范的违反只要动摇了法益主体安心支配法益的稳定性,就可以动用刑法。因此,即使行为人醉酒驾车的道路上空无一人,或者行为人放火烧毁无人居住的房屋,依然成立危险驾驶罪和放火罪,激进的推动者甚至赞同动用刑法对抗潜在的危险思想。^⑥ 坚定的反对者认为,刑法设立抽象危险犯保护“模糊不清”“定位不明”的超个人法益,刑法也就蜕变为工具刑法与象征刑法。^⑦ 酒驾型危险驾驶罪过低的门槛导致民众动辄得咎,不仅不能实现社会治理的目的,还必将导致其他社会问题。^⑧ 激进的推动者与坚定的反对者关注的是抽象危险犯的“有无”问题,并不涉及抽象危险犯如何限制适用。

立法机构选择了积极态度回应社会呼唤。自《刑法修正案(八)》至《刑法修正案(十一)》,抽象危险犯个罪的数量已由“一枝独秀”到成为“规模之势”:除达成共识的妨害安全驾驶罪、危险驾驶罪、危险作业罪、高空抛物罪以外,有学者认为,妨害信用卡管理罪、污染环境罪也属于抽象危险犯。^⑨ 还有学者认为,我国刑法中的抽象危险犯普遍存在于环境犯罪、毒品犯罪、恐怖犯罪、有组织犯罪、食品安全犯罪、新型网络犯罪等领域。^⑩ 绝大多数刑法学者面对抽象危险犯个罪设置的立法现实,几乎一致地选择从司法层面限制抽象危险犯个罪适用范围的学术立场。

(二) 现有限制方案大多倚重个体裁量权

在理论研究方面,我国学者就限制抽象危险犯的司法适用,提出了单一限制与综合限制两种方案。在单一限制方案中,又有四种类型:第一种类型是实质判断,其中又存在规范违反与法益考察两种不同立场。^⑪ 规范违反说的支持者认为,如果行为人不存在违反规范赋予的特定义务的意识,则其行为不成立犯罪。^⑫ 在法益考察的支持者中,黎宏教授认为,判断某一具体行为是否成立抽象危险犯的具体个罪,应以“有无足以侵害法益的法定行为事实”为核心进行考察。^⑬ 陈京春教授认为,缺乏法益侵害危险的行为不成

⑥ 参见前注①,喻浩东文,第58页以下。

⑦ 参见王皇玉:《论危险犯》,载《月旦法学杂志》2008年第8期,第235页以下。

⑧ 参见李佳玫:《治酒驾用重典?——一个实证的考察》,载《月旦法学杂志》2013年第12期,第147页以下。

⑨ 参见梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,载《法学研究》2017年第1期,第42-65页。

⑩ 参见姜涛:《抽象危险犯中刑、行交叉难题的破解——路径转换与立法创新》,载《法商研究》2019年第3期,第76-88页。

⑪ 参见王霖、阎二鹏:《抽象危险犯认定路径检视与谦抑认定机制重构》,载《国家检察官学院学报》2017年第2期,第117页。

⑫ 参见李川:《抽象危险犯自身谦抑机制研究——以醉驾案件具体危险犯认定倾向为视角》,载《政治与法律》2013年第12期,第66页。

⑬ 黎宏:《论抽象危险犯危险判断的经验法则之构建与适用——以抽象危险犯立法模式与传统法益侵害说的平衡和协调为目标》,载《政治与法律》2013年第8期,第5页。

立抽象危险犯。^⑭第二种类型是允许反证。付立庆教授认为,抽象危险犯的具体个案应允许反证,如果反证危险不存在就应出罪。^⑮还有观点认为,如果危险通过反证并不存在的,可予减轻、免除处罚。^⑯第三种类型是适用“但书”。对于属于“情节显著轻微”的符合构成要件的行为,也不应认定为犯罪。^⑰第四种类型是阻却事由。梁根林教授认为,抽象危险犯具体个案在符合构成要件该当性的同时,如果存在违法阻却事由或者责任阻却事由,则应出罪。^⑱姜涛教授提出在增设抽象危险犯的同时,应增设刑罚阻却事由,在保证行政处罚优先适用的同时排除刑法的优先适用。^⑲

在综合限制方案中,有两种主张。第一种主张是双向限制路径,如有学者认为,抽象危险犯的谦抑认定机制应当由“正向缩限路径”与“反向出罪路径”综合组成,其中“正向缩限路径”综合考察行为属性危险与结果属性危险,“反向出罪路径”则为建立事后反证排除抽象危险的机制。^⑳第二种主张是双层法益与比例原则结合评判路径,有学者提出,抽象危险犯同时侵犯了阻挡层法益和背后层法益,在司法过程中,某一具体的危险行为应否处罚,可以通过“适当性审查”(处罚该侵害阻挡层法益的行为是否有助于保护背后层法益)、“必要性审查”(处罚该侵害阻挡层法益的行为所造成的损害是否最小)、“均衡性审查”(处罚该侵害阻挡层法益的行为所保护的利益与所限制的自由是否均衡)来综合判断某一个案是否需要动用刑罚予以惩罚。^㉑不论是单一限制方案,还是综合限制方案,均将实现限制的目的主要寄托于法官、检察官在个案中的个体裁量权:

第一,现有方案的规范供给不足。由于抽象危险犯具有欠缺裁判规范的先天不足,如何补足裁判规范才是重中之重。前述“但书”适用、阻却事由、允许反证等主张确有限制适用的功能,但并未立足于“构成符合”这一前提,而恰恰是“构成符合”最需要规范供给。个案裁判缺乏规范的指导与约束,往往越过“构成符合”这一最重要的环节,提前进入处罚与否的判断,处罚与否虽能产生限制适用的功效,但其实现方式只能立足于个案特殊案情而缺乏普适性,也即只能寄托于个案的个体裁量权。

第二,现有方案的刚性约束不够。现有方案大多着眼于“判断”的指导,而对进入“判断”范围的刚性要求未予足够重视。如果放弃了对“范围”的限制,也就意味着无法保障出罪的必定性,出罪与否就具有偶然性。即便是提倡围绕构成要件符合性进行限制的主张,虽在指导裁判上提供了价值取舍的原则,但并未提供具体的裁判规范,其目的

^⑭ 参见陈京春:《抽象危险犯的概念诠释与风险防控》,载《法律科学》2014年第3期,第119页。

^⑮ 参见付立庆:《应否允许抽象危险犯反证问题研究》,载《法商研究》2013年第6期,第78页以下。

^⑯ 参见谢杰、王延祥:《抽象危险犯的反思性审视与优化展望——基于风险社会的刑法保护》,载《政治与法律》2011年第2期,第80页。

^⑰ 参见苏彩霞:《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》,载《法商研究》2011年第4期,第32页;何荣功、罗继洲:《也论抽象危险犯的构造与刑法“但书”之关系——以危险驾驶罪为引例》,载《法学评论》2013年第5期,第53页。

^⑱ 参见梁根林:《“醉驾”入刑后的定罪困扰与省思》,载《法学》2013年第3期,第60页。

^⑲ 参见前注^⑩,姜涛文,第88页。

^⑳ 参见前注^⑪,王霖、阎二鹏文,第118页以下。

^㉑ 参见蓝学友:《规制抽象危险犯的新路径:双层法益与比例原则的融合》,载《法学研究》2019年第6期,第134页以下。

的实现依然具有偶然性。

（三）倚重个体裁量权方案难以实现的原因

不可否认,司法人员在办理抽象危险犯个罪案件,面临争议、疑难问题时,仍需发挥自由裁量权。但如果将抽象危险犯个罪的普遍限制适用寄希望于司法人员发挥个体裁量权来实现,可操作性不强,其主要原因为:

第一,抽象危险犯的立法旨意排斥个体裁量权的发挥。抽象危险犯个罪设立的一个重要成因就是避免程序纠缠和证明困难。单一限制方案中的“实质判断”“但书适用”“阻却事由”均与抽象危险犯立法中避免证明困难的宗旨不一致,无疑增加了控方的举证负担,因而很难在现实的刑事司法中得到普遍接受。即便提倡“实质判断”“但书适用”“阻却事由”等理论主张被法官接受,鉴于抽象危险犯个罪规范与个案事实之间缺乏桥梁,希望法官能够组织足够的理由证成个案事实并非个罪规范覆盖的范围,颇有强人所难的意味。再则,如果要实现较大规模出罪的目的,则法官需要在一件件不同的个案中提炼出各自不同的特征,以证成足以出罪,则更为难上加难。

第二,个体裁量权发挥的现实条件并不乐观。由于预防性刑法原本就是出于宣传规范有效性、满足公众安全需求等目的的社会治理策略,刑事立法势必向政策性目标偏移,而且连带产生安抚公众情绪的新价值,因而在抽象危险犯具体个案的审理过程中,期待法官审理案件不顾社会现实和刑事政策,朝着有利于出罪的方向发挥自由裁量权,显然不切实际。而且,在一些地区,抽象危险犯个罪的办理模式具有程式化特点,如浙江某些地区办理危险驾驶罪采用3-2-2模式,公安机关的办理期限为3日,检察院的办理期限为2日,法院的办理期限为2日;某些地方对“醉驾”案件采用“集中办理、集中审查、集中起诉、集中开庭”的模式。^②这些情形下,客观上法官难以有个体发挥裁量权的可能。

第三,个案中法官个体裁量权发挥的空间狭窄。抽象危险犯具体个罪的司法适用限制,应当具有较大的普适性,如果限制适用仅局限于罕见的个例,则其现实意义大打折扣。前述单一限制方案中的“允许反证”以及双向限制路径中“反向出罪路径”中的“反证”,不仅需要行为人承担举证负担而出现证据转移的不当,^③而且事实上很少有人能在诸如危险驾驶案件中提供足以令人信服的不具有危险的证据。“但书适用”不仅存在符合犯罪构成的同时又符合出罪条件的矛盾,^④而且其出罪口径也过于狭隘。

应当承认,前述单一限制方案与综合限制方案中的主张,虽有过分倚重裁量权方面的不足,但亦有其科学、合理的一面,应当予以肯定。通过司法中的裁量权来限制抽象危险犯的司法适用范围,虽不能倚重,但应当提倡。本文主张的抽象危险犯个罪适用的限制路径中,将不同程度地吸收前述主张在结论或者分析论证等方面的合理因素。

^② 参见前注②,王敏远文,第111、113页。

^③ 参见前注⑬,黎宏文,第4页。

^④ 参见前注⑱,梁根林文,第54页;前注⑬,黎宏文,第7页。

三、续造裁判规范是限制抽象危险犯个罪适用的基本路径

（一）续造规范的必然性

刑法规范既是行为规范,也是裁判规范。^{②5} 抽象危险犯个罪的设立,旨在通过刑法介入节点的前移,实现更为周延地保护法益、警示人们遵守规范的目的。抽象危险犯个罪规范作为行为规范,具有天然的优势;与此同时,抽象危险犯个罪规范作为裁判规范,却有先天不足。抽象危险犯个罪设置中刑法介入节点的前移,是通过抽象危险犯构成要件的“标签模式”实现的:通过剥离传统罪名构成要件中的结果(或结果危险)、主观罪过以及因果关系等要素,以“行为”提示个罪的构成要件符合性,或者说以“行为”替代构成要件。“标签模式”导致裁判规范欠缺的主要原因有三个方面:

第一,现象的等值。刑法中的概念,特别是罪名概念,是围绕犯罪构成诸要件综合形成的。但当下根据单一“现象特征”指代某些行为,在刑法解释、刑事司法中均较为普遍,如“软暴力”“套路贷”概念。有学者指出:“软暴力”作为犯罪学观察和刑事政策指引的事实描述性概念,不可避免地具有实质的扩张倾向。^{②6} 根据单一“现象特征”对某些社会现象的概括,软暴力实际上包括刑法学中的诸多类型。抽象危险犯的罪名称谓中,也普遍存在选择某一“现象特征”指代某些行为。如高空抛物罪中的“高空抛物”,虽然在2019年10月出台的《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》中得以确定为法律概念,但实系从民间语言与审判经验中借用而来,因为侵权法理论一般使用“高空抛物致害”“高空坠落物损害”概念,^{②7} 因而“高空抛物”虽则生动形象,但由于其系同“高空”“抛物”相关联的各种行为事实表面特点的概括,其在“抛掷何物”“何处抛物”等方面均未加限制。^{②8} 由于“现象”并非“类型”,而抽象危险犯具体个罪又直接以“现象”代替“类型”,导致在具体个案中法官往往倾向于直接将同一现象作出相同的价值判断。如法官在办理危险驾驶案时,并不会考虑驾驶人的酒精耐受能力,直接将血液中的酒精浓度等同于“影响行为人在道路上正常驾驶程度的醉酒”,^{②9} 裁判规范难觅踪迹。

第二,危险的预设。立法者根据生活经验选定危险行为并设置罪名,并凭借“行为”

^{②5} 关于刑法规范应当是行为规范与裁判规范的统一,还是行为规范与裁判规范应当分离,学界有不同看法。参见茹士春:《刑法规范二重性要论——行为规范与裁判规范的范围异同、内容离合与反馈互动》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第35卷),北京大学出版社2015年版,第1-23页。王永茜:《论刑法上裁判规范与行为规范的分离》,载《清华法学》2015年第5期,第145-160页。本文采纳刑法规范是行为规范与裁判规范统一的主流观点。

^{②6} 参见陈毅坚:《软暴力刑法性质的教义学展开》,载《中国刑事法杂志》2020年第4期,第81页。

^{②7} 参见张新宝、张馨天:《从〈侵权责任法〉第87条到〈民法典〉第1254条:“高空抛(坠)物”致人损害责任规则的进步》,载《比较法研究》2020年第6期,第91页。

^{②8} 参见魏东、赵天琦:《刑法修正案的规范目的与技术选择——以〈刑法修正案(十一)草案〉为参照》,载《法治研究》2020年第5期,第58页以下。

^{②9} 参见前注^{①3},黎宏文,第8页。

昭示“危险”的必然存在,以行为存在与否的判断等同危险有无的判断。但实质上,“行为”与“危险”是存在明显差异的。“行为”是以行为人的举止动静为考察内容的,也即考察行为人是否客观实施某一行为并作出有无的判断,因而只是单纯的事实判断;而“危险”是以行为人行为的社会意义为考察内容的,也即既要围绕行为人的行为进行事实判断,又要围绕行为人行为的社会意义进行价值判断。而围绕行为人行为的社会意义进行价值判断势必涉及行为以外的其他社会因素。如危险驾驶行为发生的“路段”“时段”“行人车辆多寡”等;高空抛物实施时的“区域”“时间”“有无人员在场”等;妨害安全驾驶发生的“路段”“时段”“司乘人员多寡”。虽然“行为的危险在这里不是构成要件标志,而只是法律规定的存在理由,法官对此不必审查危险性在个案中是否已经出现或者并未确实出现”,^⑩使得抽象危险犯的审判成为“最节省司法认定成本”的审判;但由于立法上仅提示“行为”,司法中自然缺乏提示“危险”判断的裁判规范。

第三,规范的模糊。抽象危险犯具体个罪的最终目的在于警示人们遵守规范,也即通过惩罚抽象危险行为,警示人们遵守前置法规范。如危险驾驶罪的设立在于警示人们遵守《道路交通安全法》的规定驾驶汽车;高空抛物罪的设立在于警示人们遵守《民法典》“禁止从建筑物中抛掷物品”。立法者在设置抽象危险犯个罪时,并未提示违反前置法的规定与刑事违法性的关系,并且前置法的规定往往将违反前置法的特定规定直接等同于刑事违法。如《道路交通安全法》第91条规定的“醉酒驾驶机动车的,由公安机关交通管理部门约束至酒醒,吊销机动车驾驶证,依法追究刑事责任”就是适例。因而有学者提出“前置法定性”“刑事法定量”,^⑪但实际并非如此,前置法上的违法性并不当然等同于刑事违法性,^⑫具体行为是否具有刑事违法性依然需要结合具体个案案情进行判断。抽象危险犯具体个罪规范模糊了刑法与行政法等不同法律规制手段之间的界限,在个案裁判缺乏规范指导的情形下,司法人员要么将前置法的违法性等同于刑事违法性,要么根据自己的理解进行判断。

个罪规范中缺乏必要的裁判规范,导致产生两种局面:(1)处罚倾向趋于固化。抽象危险犯罪名设置已为公共政策所渗透,法官关于惩罚必要性的判断也逐渐为公共政策所左右。现实的司法实践中,裁量权运用不仅普遍存在怠用现象,而且存在固化为司法惯性的倾向,从而导致公安部对醉驾案件一律立案、最高人民检察院对“醉驾案件只要事实清楚、证据充分一律起诉”的坚决表态。^⑬在当前背景下,法官裁量权的运用往往呈现将非犯罪行为朝着有罪方向解释的现象,^⑭从而出现了刑事司法中倾向惩治犯罪和出罪障碍的趋向。^⑮在处罚倾向趋于固化的情景中,法官甚少行使裁量权。(2)裁判规则差

⑩ [德] 约翰内斯·维塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第15页。

⑪ 参见田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,载《中国法学》2020年第1期,第180页。

⑫ 参见周光权:《质疑“前置法定性 刑事法定量”的观点》,载《法治日报》2021年4月14日,第9版。

⑬ 参见前注⑩,梁根林文,第53页。

⑭ 参见谢望原:《谨防刑法过分工具主义化》,载《法学家》2019年第1期,第94页。

⑮ 参见李洁、孔祥参:《刑法的扩张对谦抑性的背离》,载《社会科学辑刊》2020年第2期,第65页。

异显著。在法官有限行使裁量权的情形下,司法人员在具体个案的裁判过程中,出现刑法解释的任意性与刑法解释的多义化。以危险驾驶罪为例,在危险驾驶罪的个案裁判中,裁判规则的差异体现在四个方面:一是概念理解差异。例如对于何为“机动车”、何为“道路”,全国各地理解存在差异。对于超标车,有的认为属于机动车,与汽车等机动车同等对待;^{③⑥}有的地方认为如果没有造成轻伤以上后果的,不作为犯罪处理,如浙江;有的地方不作为犯罪处理,如江苏。^{③⑦}二是定罪规则差异。如对于汽车、摩托车、拖拉机等不同车型应否适用相同标准,挪动车位、微途行驶、代为调头、深夜偏僻小道及小区内行驶等是否构成犯罪,各地做法各异。^{③⑧}三是量刑规则差异。如醉驾案件在北京市几乎都判处实刑,而在浙江一般都适用缓刑。^{③⑨}四是出罪规则差异。在醉酒型危险驾驶罪的出罪依据中,北京采用认罪协商机制、上海采用类型区分模式、重庆提高追究刑责的酒精含量标准。^{④⑩}

(二) 续造规范的必要性

“标签模式”导致裁判规范欠缺,使得续造规范具有必然性。与传统个罪(由于抽象危险犯是近些年才设置的,为便于表述,姑且将抽象危险犯设置之前的个罪称之为传统个罪)相较,就“构成要件符合性”而言,抽象危险犯个罪规范未设置入罪“门槛”,具体体现在三个方面:一是提示行为判断而未注重危险判断。承前文所述,行为判断与危险判断是存在明显差异的,行为的存在并不当然等同于危险的存在。二是提示危险有无而未注重危险大小。传统个罪均限制入罪的危害大小,如只有造成轻伤以上危害结果的才构成故意伤害罪,只有骗取财物数额较大的才构成诈骗罪;但抽象危险犯个罪规范并未提出危险大小的要求。三是提示行为认识而未注重危险认识。传统个罪是立足于对结果的认识而区分故意与过失,对于过失犯罪不仅严格限制了处罚范围——“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”,而且处罚力度明显轻于故意犯罪。而抽象危险犯仅提示对行为的认识,对于行为人是否认识到危险存在未作要求。如此,续造规范的必要性至少体现为三个方面:

第一,危险类型识别裁判规范的续造。抽象危险犯中的具体个罪都具有“危险”,但每一个罪的“危险”并不是抽象的,而是特定的,且每一具体个罪的特定“危险”的类型也不相同,由于抽象危险犯个罪规范仅提示行为而未提示危险类型,危险类型的识别需要续造裁判规范予以指导。

第二,危险有无裁判规范的续造。鉴于抽象危险犯个罪规范对行为的提示均为“现象类型”提示,因而具体个案的法律适用尚需要围绕“危险”的有无对行为进行类型化。

^{③⑥} 参见苏清涛、王洪坤:《醉驾超标电动车是否构成危险驾驶罪》,载《检察日报》2016年6月8日,第03版。

^{③⑦} 参见吴睿佳、王瑞君:《量刑规范化中司法指导性文件的作用及反思——以江浙两省办理“醉驾”案件会议纪要为例》,载《行政与法》2019年第1期,第83页。

^{③⑧} 参见前注②,王敏远文,第113页。

^{③⑨} 参见张琦:《醉酒型危险驾驶罪法定刑模式的优化与重构——以24881份裁判文书为视角的展开》,载《河南警察学院学报》2020年第6期,第91页。

^{④⑩} 参见前注⑩,姜涛文,第79页。

类型化应当从两个方面进行:一是单一裁判规范。由于抽象危险犯个罪规范使用的词语均有含义笼统的特征,例如危险驾驶罪中的“道路”“机动车”“醉酒”“驾驶”,高空抛物罪中的“高空”“抛掷”“物品”,使得理解这些词语时产生很大的个体差异。如高空抛物罪设立之后,对于“物品”就有各种界定,有观点认为,只要物品从一定高处坠落,具有对他人人身和财产造成物理性损害的可能,就应理解为“物品”;^④有观点认为,行为人从高空抛洒污水污物等行为均可以构成高空抛物罪;^⑤还有观点认为,从高空抛掷衣服、羽毛等物品,由于可能扰乱公共秩序,也可以构成高空抛物罪。^⑥因而在抽象危险犯个罪的法律适用中,需要围绕作为构成要件要素的词语进行规范续造,以限制处罚范围。二是综合裁判规范。由于犯罪的成立并非构成要件要素的简单组合,而是构成要件要素的有机结合,因而在齐全构成要件要素的情形下,是否具有构成犯罪必需的“危险”,还需要进一步综合评判,也即还需要续造证明“危险”存在的综合裁判规范。

第三,危险认识裁判规范的续造。危险认识裁判规范主要针对抽象危险犯个罪罪过的判断问题。学界对于抽象危险犯个罪的罪过形式存在争议。^⑦不过,不论是认为抽象危险犯的罪过为故意,还是认为抽象危险犯的罪过是过失,均需要对“危险”有认识,而不是仅仅对“行为”有认识,因而如何判断行为人对“危险”有认识,也需要续造规范对裁判予以指导。

(三) 续造规范的正当性

“由成文法向判决的转换需要一个中间环节。这一环节就是法律解释的目标——裁判规范”^⑧。因而,由最高司法机关出台司法解释的方式补足抽象危险犯个罪裁判规范的不足当然皆大欢喜;但当最高司法机关未能及时出台解释,或者最高司法机关的解释仍需进一步解释时,地方司法机关能否续造裁判规范?对此学界观点不一。有学者认为:以会议纪要形式出台的司法指导性文件存在越权解释之嫌,且有导致不同地区裁量标准失衡、削弱刑罚规制公信力的后果。^⑨况且最高人民法院、最高人民检察院于2012年颁布了《关于地方人民法院、人民检察院不得制定司法解释性质文件的通知》,第1条规定:“……地方人民法院、人民检察院一律不得制定在本辖区普遍适用的、涉及具体应用法律问题的……司法解释性质文件,制定的其他规范性文件不得在法律文书中援引。”根据这一规定,地方司法机关无权续造裁判规范。

学界对我国司法解释的主体长期存在争议:有学者认为,制定司法解释的权力专属最高人民法院,其他主体不得染指;^⑩有学者提出地方各级法院及法官不能成为规范性司

^④ 参见杨志国、方毓敏:《高空抛物犯罪司法判断要点》,载《检察日报》2021年2月1日,第3版。

^⑤ 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38-47页。

^⑥ 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56页。

^⑦ 参见前注^④,彭文华文,第56页。

^⑧ 陈金钊主编:《法律方法论》,中国政法大学出版社2007年版,第82页。

^⑨ 参见前注^⑦,吴睿佳、王瑞君文,第84页以下。

^⑩ 参见刘风景:《司法解释权限的界定与行使》,载《中国法学》2016年第3期,第208页。

法解释的主体。^{④⑧}但是,目前地方各级司法机关制定地方“司法解释”以及其他规范性文件的情况普遍存在,如上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市公安局于2017年印发《关于本市办理“套路贷”刑事案件的工作意见》(沪公通〔2017〕71号),于2018年印发《关于办理涉众型非法集资犯罪案件的指导意见》(沪高法〔2018〕360号),浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅于2018年印发了《关于办理“套路贷”相关刑事案件若干问题的纪要》(浙公通字〔2018〕25号),对于统一这些地区法律适用的标准发挥了重要作用,说明地方各级法院和检察院在“监督”或“领导”下级司法机关工作时确实存在制定抽象性文件的客观需要。^{④⑨}因此,有学者基于我国的现实国情及实践需要,主张建立由最高审判机关、检察机关与省级审判机关、检察机关共同行使规范性解释权的二级司法解释体制^{⑤⑩}。

值得注意的是,目前最高司法机关对于地方司法机关统一裁判规范的态度已经改变。2020年颁发的《最高人民法院关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》(法发〔2020〕35号)在“完善高级人民法院统一法律适用标准工作机制”中明确指出:“各高级人民法院可以通过发布办案指导文件和参考性案例等方式总结审判经验、统一裁判标准。”最高人民法院、最高人民检察院于2021年6月印发的《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》“附则”第(二)项规定:“各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院应当结合当地实际,共同制定实施细则。”《量刑指导意见》并不仅仅局限于刑罚的适用,还涉及罪轻、罪重等定性规范的确定。综上,地方司法机关制定统一裁判规范已得到明确授权。理论层面,一概否定地方司法机关统一刑事裁判规则的主张难以为继,检视统一裁判规范实践中存在的问题并提出合理有效解决措施的学术探讨才值得鼓励。事实上,虽然续造规范的司法努力长期饱受争议,但在司法实践中却普遍得到高度重视,并发挥了重要作用。

(四) 续造规范的实践及其评析

续造规范的实践可以证明续造规范的可行性。近些年,全国各地不少司法机关就办理醉酒型危险驾驶案件都做出了有益的尝试。如江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅于2013年发布了《关于办理醉酒驾驶案件的座谈会纪要》(苏高法〔2013〕328号),浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅于2017年发布了《关于办理“醉驾”案件的会议纪要》(浙高法〔2017〕12号)。两省的前述“纪要”,归纳了“呼气测试后当场饮酒”“发生交通事故”等从重情形;以及“醉酒程度较低、犯罪情节轻微、认罪悔罪、态度较好、被害人谅解”等从宽(包括不作为犯罪处理和可以适用缓刑)情形。前述“纪要”有两个方面值得肯定:(1)强化规范指导。由于危险驾驶案件多,案件具体情形复杂,通过统一裁判规范的方式,能够实现限制危险驾驶罪扩张适

^{④⑧} 参见刘艳红:《再论刑法司法解释的主体》,载《人民检察》2007年第5期,第39页。

^{④⑨} 参见黄金荣:《“规范性文件”的法律界定及其效力》,载《法学》2014年第7期,第18页以下。

^{⑤⑩} 参见苗生明:《关于刑法司法解释权合理配置的构想》,载《人民检察》1999年第2期,第53-56页。

用的最佳效果。(2)重视类型识别。由于醉酒型危险驾驶具体个案具有案情各异的特点,因而如何准确识别醉酒型危险驾驶行为的类型特征、并由此将不同的醉酒型驾车行为予以分门别类地处理,是解决危险驾驶罪过度扩张适用问题的根本途径。“纪要”的效果也是十分显著的。以浙江为例,浙高法〔2017〕12号纪要放宽了“醉驾”案件的不予起诉、免于刑事处罚标准,该省2017年至2018年危险驾驶罪案件总量同比下降22%^{⑤1}。

不过,前述江苏、浙江制定有关危险驾驶罪裁判规范的实践,还存在如下缺陷:(1)方向不一。作为抽象危险犯的危险驾驶罪,具有扩张处罚范围的先天特性,因而续造裁判规范,应当坚持限制适用的方向。但浙江省将两轮电动车也作为“机动车”对待,显然扩大了处罚范围,因为前置法《中华人民共和国道路交通安全法》第119条第4项明确将“电动自行车”定性为“非机动车”。(2)重点不明。续造抽象危险犯裁判规范,其重点应当围绕“构成要件符合性”来展开;虽然处罚必要性的裁判规范也很必要,但处罚必要性是以符合构成要件为前提的,因而危险驾驶罪裁判规范的续造应当围绕“醉酒”“驾驶”“机动车”“道路”进行。忽略了对构成要件符合性裁判规范的续造,虽然作出适用缓刑或者免于刑事处罚等看似有利于被告人的裁判,实则将刑罚裁量替代了定性判断,不仅存在违背“先定性,后处罚”这一基本逻辑的错乱,而且存在以宽缓处罚的形式掩盖扩张处罚实质的风险——因为将原本不构成犯罪的行为作出适用缓刑或者免于刑事处罚的有罪裁决。(3)规范混杂。如对于机动车驾驶人被查获后,当场饮酒的,呼气检测或者血液酒精含量检测达到醉酒标准的,两地均规定立案查处,浙江省还规定从重处罚。机动车驾驶人当场饮酒,如果其酒精含量刚刚达到醉酒标准,则意味着其当场饮酒前的酒精含量未达到醉酒标准。两地规范均将这一情形作为危险驾驶罪立案查处,实际上是将“构成要件符合性”的判断替换为“恶劣态度的判断”。对于当场饮酒前达到醉酒标准的,从重处罚无可非议;但对于当场饮酒前未达到醉酒标准,仅因其当场饮酒这一恶劣态度,而将酒后驾车这一违法行为等同于醉酒驾车这一犯罪行为,实际上混淆了定性判断规范与刑罚裁量规范。(4)解释越权。两地还规定对具有违法、犯罪前科的机动车驾驶人从重处罚,僭越了规范制定权。因为即便具有犯罪前科(犯罪还应区分故意犯罪和过失犯罪),由于危险驾驶罪的最重刑罚仅为拘役6个月,并不符合刑法有关累犯的规定,因而两地的规范与刑法关于累犯的规定相冲突,属于无效规范^{⑤2}。

综上,虽然两地续造规范的实践有值得肯定之处,但也存在不少问题。这些问题的产生,是缺乏必要理论指导的结果。因而对于续造抽象危险犯个罪的裁判规范,应当从理论上构建基本的规则。

^{⑤1} 参见前注②,王敏远文,第111页。

^{⑤2} 前述关于江苏、浙江有关危险驾驶裁判规范的内容,参见前注⑤1,吴睿佳、王瑞君文,第82页以下。

四、构成要件符合性规范续造的实现

续造规范应遵循程序规则和实体规则。在续造规范的程序方面,诸如备案、审查以及规范的废立改等。在续造规范的实体方面,承前所述,要坚持规范续造的单向性(坚持限制适用方向,不得扩张适用范围)、突出规范续造的重点(以构成要件符合性为重点)、区分定性判断规范与刑罚适用规范。本文重点讨论构成要件符合性裁判规范的续造。

(一) 构成要件符合性裁判规范的续造依据

由于刑法分则个罪的裁判规范并不相同,因而续造抽象危险犯具体个罪的裁判规范也应各自进行,但构成要件符合性裁判规范的续造依据应当一致:以抽象危险犯个罪的共同特征指导每一具体个罪裁判规范的续造。尽管学界就如何控制抽象危险犯的罪名体量与适用范围还存在很多分歧,但由此可以归纳出学界关于抽象危险犯个罪的三个基本特征:组成要素的齐整性、致险程度的相当性、规范违反的同质性。组成要素的齐整性,即但凡作为抽象危险犯的行为类型,具体个案中的每一行为须在危害行为的手段方法、时空环境、社会关联等要素方面具有基本的一致性,而不应存在重大差异;致险程度的相当性,即抽象危险犯中形成危险行为隐含的侵害能力是基本一致的;规范违反的同质性,即抽象危险犯中具体个罪需要警示民众遵守的规范是相同的。

组成要素的齐整性与致险程度的相当性这两个特征是由抽象危险犯的以下四个因素决定的:(1)危险的“典型性”。立法者设立抽象危险犯,是根据经验法则对危险性“典型”的识别和确认。所谓典型,不仅在客观行为方面符合“类型性”,而且必须在形成危险方面具有高度的“一致性”,因而是否属于一种类型,应当从实质上进行考察。所以,不仅实质上不具备形成危险“类型性”“一致性”的行为不成立抽象危险犯,危险确实不存在时必致抽象危险犯的否定。此外,与形成危险“类型性”“一致性”存在重大差异的行为,也不应成立抽象危险犯。对此,《德国刑法典》第326条也规定,“抛弃行为由于数量稀少显然对环境无害的”不以危害环境处理垃圾罪进行处罚。^{⑤3}(2)罪量的等值性。在抽象危险犯的具体个罪中,属于形成危险可能的行为所包含的罪量是基本相同的。首先,客观方面没有产生构成其他犯罪的现实危害后果。抽象危险犯个罪一般不产生构成其他犯罪的危害后果,在人身损害方面,未达到构成故意伤害罪或者过失致人重伤罪的后果;在财产损害方面,没有达到故意毁坏财物罪的后果。其次,主观方面没有追求实现特定后果的目的。抽象危险犯个罪均没有追求实现特定后果的目的。因为一旦具有追求特定后果发生的目的,即便没有发生特定后果,也成立其他犯罪的未遂,而不成立抽象危险犯个罪。(3)刑量的均衡性。典型的抽象危险犯在不具备实害结果发生的情形下,刑量较为均衡。如醉酒型危险驾驶,不仅立法在刑罚配置上不设置差额较大的刑罚幅度,而且司法实践中的刑罚适用差异也不大,如在24881件醉酒型危险驾驶案中,

^{⑤3} 参见前注⑭,陈京春文,第123页。

刑期为拘役3个月以下的案件数为22731件,刑期为拘役1个月的案件数为9939件。^⑤(4)证明的便捷性。既然抽象危险犯的审判过程舍弃了对结果或具体危险的考察,也就免除了控方对因果关系、主观罪过等方面的举证负担,但举证负担的免除,当以不违背罪刑法定原则和无罪推定原则为底线,因此,如果抽象危险犯具体个案中的“危险”不够典型,还需要法官通过繁琐的证据审查、事实梳理、法理分析等过程来论证“危险”的存在,则不仅背离了抽象危险犯的立法宗旨,也势必造成具体个案裁判结果的千差万别。

规范违反的同质性是由抽象危险犯的如下因素决定的:(1)设立目的的“特定性”。立法上设立抽象危险犯的目的,在于警示并引导普通民众的行为遵守特定的规范,因而抽象危险犯具体个罪中的行为,都以存在规范违反意识为必要;如果某一具体个罪含括的行为有的体现出规范违反意识,有的无从体现出规范违反意识,则意味着这种抽象危险犯具体个罪的类型化存在问题。(2)集体法益的“一致性”。抽象危险犯中设立具体个罪的直接目的是保护集体法益或者“超个人法益”,这种集体法益或者“超个人法益”均为秩序型法益,在同一具体个罪中,立法所欲保护的集体法益、秩序型法益应当是相同的。(3)个人法益的“同一性”。由于抽象危险犯的设立允许公权力早期介入公民自由,因而设立抽象危险犯的最后底线是“超个人法益”必须与个人法益具有关联性;这种与“超个人法益”有关联性的法益,在性质上必须具有“同一性”。如醉酒驾驶行为中与集体法益关联的个人法益是交通参与人的人身、财产安全。(4)规范内容的针对性。惩罚抽象危险犯的目的虽在于警示并引导普通民众的行为遵守规范,但这种规范不能是宽泛的、笼统的、游移的,而是具有鲜明的针对性。如醉酒型危险驾驶这一抽象危险犯警示并引导民众遵循的规范,并非宽泛的、笼统的安全驾驶规范,因为安全驾驶规范内容庞杂,如遵守信号灯指示、行驶过程司乘人员系安全带、不超速驾驶等等,而惩罚醉酒型危险驾驶这一抽象危险犯警示并引导民众遵守的就是“酒后不开车”这一针对性极强的具体规范。

需要指出,以抽象危险犯个罪行为特征来判断某一具体行为是否属于某一个罪的行为类型,是从构成要件符合性角度进行的判断,而不是适用“但书”的判断。“但书”必须在构成要件符合性具备的前提下才有适用的可能与必要。因此,醉酒后在自己住宅的围墙内挪动汽车,根本就不是在“道路”上驾驶汽车,也就不具备危险驾驶构成要件的符合性,当然也没有适用“但书”的可能和必要了。

(二)续造规范的综合分析

虽然抽象危险犯具体个罪裁判规范的续造应各自进行,但均应遵循抽象危险犯个罪共同特征的指导:首先,三个特征各有分工。其中,“组成要素的齐整性”指导确定行为构成要素,“致险程度的相当性”指导确定危险存在,“规范违反的同质性”指导判断刑事违法。其次,三个特征互相呼应。三个特征并非各自割裂的,而是互为支撑、互为印证的。

^⑤ 参见前注^③,张琦文,第88页。

由于抽象危险犯具体个罪罪状一般直接以“现象”代替“类型”,因而首先应当对个罪危害行为进行类型化,以限定进入刑事诉讼视野的“现象”。“组成要素的齐整性”在“类型化”过程中具体发挥如下作用:(1)确定危害行为的全部构成要素。“组成要素的齐整性”首先要求某一具体个罪危害行为的构成要素具有完备性,而非仅指具备某一组成要素或者部分构成要素。如醉酒型危险驾驶,必须同时具备“醉酒”“在道路上”“驾驶”“机动车辆”四个要素;使用暴力干扰驾驶人员控制驾驶的妨害安全驾驶,必须同时具备“行驶”“公共交通工具”“驾驶人员”“使用暴力”四个要素。(2)确定每一构成要素的含义。“组成要素的齐整性”还要求每一构成要素的精确性,以排除不能纳入“类型”的“现象”。如构成干扰驾驶人员控制驾驶的妨害安全驾驶罪中,“公共交通工具”应当界定为不特定多数人搭乘的交通工具,“行驶”应当界定为运营过程中的行驶状态。如公交车从停车场发动尚未搭乘行为人以外的其他乘客的情形下,暴力击打驾驶人员,由于既不会危及其他乘客的安全,也不会危及路边人的人身、财产安全,就不能认定为行驶中的公共交通工具。(3)危险的综合判断。如某一司机虽已进入停放在道路上的汽车并发动了汽车,但随即因为醉酒过度而立即入睡,由于发动并不等同于“驾驶”,实际上并不存在危险,则不能构成危险驾驶罪。

在抽象危险犯中,一般以行为存在直接推断危险存在,在补足裁判规范时,以“致险程度的相当性”为指导补足裁判规范,应当围绕四个方面:(1)危险类型的识别。不同抽象危险犯个罪的“危险”不同,即便是同一个罪不同类型的“危险”也是具有差异性的。危险驾驶罪包括追逐竞驶型、醉酒型、超额型、超速型、违法运输型五种类型。追逐竞驶型的危险为超过允许时速引发的危险,其中的“允许时速”应当从两个方面来理解:一是超过规定时速且有引发事故的危险,二是超过路况允许的时速且有引发事故的危险。醉酒型的危险为饮酒致使较大程度地影响正常操纵能力引发的危险;超额型的危险为从事校车业务或者旅客运输的汽车超载以致较大程度地影响司机正常的操纵能力引发的危险;超速型的危险为超过允许时速引发的危险;违法运输型的危险为违反运输管理规定有引发事故的危险。对于醉酒型危险驾驶来说,不应以酒精含量作为判断醉酒驾驶的标准,而应当以行为人的操纵能力是否因为饮酒而受到较大程度影响为标准。因而本文主张,对于醉酒驾车应当用操纵能力的检测替代酒精含量的检测。(2)保护法益是否存在。抽象危险犯保护的直接法益是集体法益,如认为危险驾驶的阻挡层法益为交通秩序,就要判断某些情形下是否真实存在交通秩序这一集体法益,如若这一集体法益根本不存在,则应排除成立该抽象危险犯。如供公众自由停车的停车场一般认为属于“道路”,但如若该停车场仅有行为人一辆汽车,行为人在他人进入停车场之前为检查车况而醉酒驾车并在他人进入停车场之后熄火停车,难以认定侵害了交通秩序这一保护法益。(3)行为是否达到致险的程度。如果行为符合“组成要素的齐整性”,但未达到相当的致险程度,也不能成立抽象危险犯。如某一司机虽已进入停放在道路上的汽车并发动了汽车准备行驶,但在行驶前被警察拦住或者被他人劝阻,就应判断为尚未达到致险的程度,不应认定为危险驾驶罪。(4)致险程度的判断应基于客观事实。致险程度是客观事

实,因而应当依据客观事实来判断,而不能基于所谓的主观恶性。如果行为人意欲醉酒驾车但被人劝阻,不能因为行为人与劝阻人发生扭打而认定其行为已达到致险程度。

以“规范违反的同质性”指导判断刑事违法可以从三个方面进行:(1)确定针对性规范。由于抽象危险犯所要警示人们遵守的前置法规范大多比较笼统,在补足刑事违法的规范时,首先应当确定前置法中的针对性规范,而不能是笼统的、泛化的前置法规范。(2)确定违反针对性规范的程度。即便属于前置法中的某一针对性规范,违反规范的程度也可能存在差异,因而在补足刑事违法的规范时,还应当确定违反针对性规范的程度,对于未达到足以认定为刑事违法的程度时,应当排除成立该抽象危险犯。(3)确定违反针对性规范的主观意愿。违反针对性规范以行为人有主观意愿为必要,如若行为人采取了相应措施防止侵害抽象危险犯所要保护的集体法益,则不能认定行为人违反了针对性规范。

另外,三个特征在补足裁判规范时是互相支撑、互为印证的,如行为人采取了相应措施防止侵害抽象危险犯所要保护的集体法益,则其行为不仅不具备“规范违反的同质性”,也不符合“致险程度的相当性”,同时也欠缺“组成要素的齐整性”。如某一司机虽已进入停放在道路上的汽车并发动了汽车,但随即因为醉酒过度而立即入睡,其行为不符合“组成要素的齐整性”,也不具备“致险程度的相当性”,因为其行为不具备现实的危险;同时也不符合“规范违反的同质性”,因为其行为并未发生实质违反针对性规范的结果。

(三)续造规范的个罪检验:以高空抛物罪为例

由于“具有致险危险的高空抛物危害行为”形态各异、差距悬殊,“高空抛物”一词又仅为行为方式的表面特征,“高空抛物罪”的实质特征并未得以充分揭示,因而应当以抽象危险犯个罪行为的“组成要素的齐整性”“致险程度的相当性”“规范违反的同质性”三个特征为指导,对“具有致险危险的高空抛物危害行为”应当限定为“高层结构中公众出入的时段与区域”“利用高差抛掷致险器物”“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为规范的违反”三个方面。经过这一限定,高空抛物罪构成要件符合性的裁判规范得以补足。

1. 高层结构中公众出入的时段与区域

如何理解高空抛物罪中的“高空”或者《刑法》第291条之2规定的“建筑物或者其他高空”,涉及到高空抛物罪危害行为的“时空要素”。有关高空抛物的法律责任,从《侵权法》到《民法典》以及《刑法修正案(十一)》设立高空抛物罪罪名,均是基于这一社会现实:我国城市人口剧增带来了城市住房结构形态的变化,形成楼宇之间通道狭窄的现实;城市化的推进导致高层建筑普遍化,高空抛物坠物侵权事件也日益增多,威胁到人们“头顶上的安全”。有关建筑物抛掷(坠落)物品的法律责任,正是出于有效解决高楼林立、住户集中背景下“头顶上的安全”问题。这一点在全国人大《关于〈中华人民共和国刑法修正案(十一)〉(草案)》的说明》中“对社会反映突出的高空抛物、妨害公共交通工具安全驾驶的犯罪进一步作出明确规定,维护人民群众‘头顶上的安全’

和“出行安全”的解释^⑤得到证明。因而高空抛物罪危害行为的本质特征在于危及类似高层建筑物、构筑物中公众的人身、财产安全,只有发生在“高层结构中公众出入的时段与区域”的行为,才可以纳入高空抛物罪的评价范围。

第一,发生的范围应为高层结构。在侵权法领域,高空抛物行为多发生于高层建筑,但又不仅限于高层建筑,鉴于高层抛掷物责任的特殊性,有必要对“建筑物”“抛掷或坠落物”等内涵作限缩性解释。类似的限定也应当适用于高空抛物罪危害行为的认定之中。不可否认,人造的具有一定高度的建筑物、构筑物,如住宅、写字楼、电视塔、桥梁等,当然属于高空抛物罪危害行为发生的范围,天然形成的地质结构,如旅游场所的岩洞、临近而又存在高差的山头,也应当纳入高空抛物罪危害行为的实施范围之内。因为不论是在人造的建筑物、构筑物,还是在天然形成的岩洞、山头等高层结构,只要有公众出入,都涉及到“头顶上的安全”问题。

第二,发生的区域应为“公众出入的区域”。“公众出入的区域”是高空抛物罪危害行为“时空要素”中的核心部分。不论是人造的建筑物、构筑物,还是天然形成的高层结构,只要是“公众出入的区域”,就可以纳入高空抛物罪危害行为的实施区域。以旅游景点中的岩洞为例,在旅游季节,作为旅游景点的岩洞一旦开放,就有不特定多数人随时会进入该岩洞,如果从岩洞的高处向低处抛掷致险物品,与在高层住宅抛掷致险物品在“组成要素的齐整性”“致险程度的相当性”“规范违反的同质性”三个方面具有一致性;相反,即便是高层楼房,如果不属于“公众出入的区域”,就不符合抽象危险犯危害行为的三个特征,不应纳入高空抛物罪危害行为的实施区域。如高空抛物行为虽发生在高层住宅之内,如果向高层住宅中的景观湖、栅栏封闭的灌木丛等区域抛掷物品,这种行为形式上具备“组成要素的齐整性”,但显然不具备“致险程度的相当性”,因为高层住宅中的景观湖、栅栏封闭的灌木丛,不存在“公众出入”的可能,不存在致使不特定人员的人身、财产遭受损害危险的可能;也没有违反“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为”的规范,因为行为人向高层住宅中的景观湖、栅栏封闭的灌木丛中抛掷物品,显然不具有追求或者放任致使不特定人员的人身、财产遭受损害危险的意欲,也就不具备“规范违反的同质性”。与此类似,在高层住宅的私人区域,如位于高层住宅之中属于私人所有的复式楼中发生的抛掷物品的行为,也不属于“公众出入的区域”。当然,“公众出入的区域”不仅包括地面,也包括高层建筑物、构筑物供公众出入、集散的位于楼中的通道、平台等。

第三,发生的时段应为“公众出入的时段”。“公众出入的区域”因为具体情况的不同,在是否属于“公众出入的时段”方面存在差异。以供游客旅游的岩洞而言,如果在开放时段,当然符合“公众出入”的特征,但如果在关闭时段,则不符合“公众出入”的特征。作为住宅使用的高层建筑,是否符合“公众出入”的特征,应当结合该住宅人员

^⑤ 参见夏勇:《高空抛物的刑法定位——关于〈刑法修正案(十一)〉(草案)》第一条的理解和改进》,载《法治研究》2020年第5期,第82页。

的作息、活动规律等情况进行综合判断,只有在公众出入较为活跃的时段,才符合“公众出入”的特征;如果在住宅人员均已休息的情形下抛掷物品,由于不具备“致险程度的相当性”和“规范违反的同质性”,不应纳入高空抛物罪的评价范围。因此,在某些特殊情况下,如基于疫情防控需要禁止所有高层住宅人员出入,不论什么时候抛掷物品,均不具备“致险程度的相当性”和“规范违反的同质性”,不应纳入高空抛物罪的评价范围。

2. 利用高差抛掷致险器物

高空抛物罪危害行为的重要组成要素是“如何抛掷”“抛掷何物”,笔者认为,高空抛物罪中危害行为在行为方式方面必须符合“利用高差抛掷致险器物”的要求。

第一,利用高差抛掷。鉴于高空抛物罪的设立目的在于有效解决高楼林立、住户集中背景下头顶上的安全问题,从“组成要素的齐整性”来看,高空抛物罪中的抛掷行为,不仅应发生在高层结构中公众出入的时段与区域,也要符合利用高差抛掷的行为样态特征,由于危及高楼林立、住户集中背景下头顶上的安全的行为,本质特征在于利用高差抛掷,也即身处高处的人员向低处抛掷物品的致险能力,在于高空能产生重力势能,并在物体下落时转化为动能。因而,一般情况下,身处低处的人员向高处抛掷物品,即便发生在高层住宅,也不宜认定为高空抛物罪中的高空抛物行为,因为身处低处的行为人从低处往高处抛掷物品,受空气阻力和物体本身重量的影响,与利用高差抛掷的危害行为不具有致险程度的相当性。与此类似,一般情况下,身处同一平面的人员在同一平面抛掷物品,由于缺乏势能转化为动能的可能,也不符合致险程度的相当性。

第二,抛掷致险器物。对于抛掷何物才可以成立高空抛物罪中的“物”,如前所述,学界有不同看法。笔者认为,高空抛物罪中抛掷的物品应当为具有“致险”能力的器物。所谓具有“致险”能力,是指通过物理打击能够造成人体损伤或者财物损害的能力。结合现实生活中高空抛物的各种情形,致险器物可以划分为两种类型:(1)确定的致险器物,如砖块、刀具、哑铃等器物。这种类型的器物即使是从二楼抛掷至一楼,也具有导致人身损伤、财产损害的危险。(2)裁定的致险器物,如小型的杯子、瓷器碎片等。这种类型的器物是否具有致险能力,应当结合抛掷的高差、是否包裹在其他软质物品之中等因素综合判断。当然,有些器物是当然排除在致险器物之外的,如毛巾、衣服、纸张,这些无论从多高的高空抛下,也不会具有致险能力。所以,本文不赞同将抛洒污水污物的行为纳入高空抛物罪危害行为的范围,因为抛洒污水污物尽管属于民法典规定的侵权行为,但并不具有通过物理打击能够造成人体损伤或者财物损害危险的能力。

需要讨论的是,如果在高空抛掷具有毒害性、腐蚀性等危险物质,是否应当纳入高空抛物罪的规制范围。本文的观点是,应当区分情况分别对待:如果抛掷危险物质具有严密的包装且该包装不具有通过物理打击能够造成人体损伤或者财物损害的能力,则不构成高空抛物罪;如果带有危险物质的包装具有通过物理打击能够造成人体损伤或者财物损害的能力,则该种抛掷行为构成高空抛物罪;如果抛掷的危险物质没有包装或者包装在高空抛掷过程中破裂,具有通过空气传播、身体接触等方式危及多数人安全的,则构成投放危险物质罪。因而,即便从高空抛掷包装完好且不会在高空抛掷过程中导致包装破

裂,或者即便包装破裂但不会通过空气传播、身体接触等方式直接导致身体损失、财物损害的毒害性等物质,如老鼠药、少量的汽油,也不构成高空抛物罪。

3. 禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为规范的违反

广义的高空抛物包括悖德行为与非法行为。悖德的高空抛物行为虽然为道德所不能容忍,但并不必然会因此承担法律责任,如居住高楼的人偶尔扔下一只烟蒂、些许瓜子壳、少量撕碎的纸张,等等。这些行为虽然不道德,但还未到承担民事责任的程度。非法的高空抛物行为包括民事侵权行为与刑事犯罪行为。抽象危险犯的具体个罪均在规范违反方面具有同质性,也即违反了相同的规范。需要注意的是,侵权法中的高空抛物行为与高空抛物罪中的高空抛物行为在规范违反方面应当进行区分。《民法典》第1254条明确了“禁止从建筑物中抛掷物品”这一禁止性行为规范,因为不论何种类型的从建筑物中抛掷物品的行为,除悖德行为外,均属于侵权行为。作为应当承担刑事责任的高空抛物罪,其警示人们应当遵守的规范,范围显然要明显区别于“禁止从建筑物中抛掷物品”这一规范。根据前述高空抛物罪的立法背景、高空抛物罪的规制对象,高空抛物罪对应的规范应当限定为“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为”。

高空抛物罪危害行为是对“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为”规范的违反,因而虽然属于高空抛物,但如若并未具有“规范违反的同质性”,不构成高空抛物罪:(1)排除“致险危险”的行为,不具有“规范违反的同质性”。如果行为人从高层建筑上抛掷大量建筑垃圾,并已在地面通过围栏、警戒线、疏散人员等方式避免致使人身、财产遭受损害的,显然不具有“规范违反的同质性”。(2)抛掷不具有致险能力的器物,不具有“规范违反的同质性”。承前所述,如果抛掷当然排除在致险器物之外的诸如毛巾、衣服、纸张等器物,或者粪便、厨余垃圾等弃物,虽然会受到道德谴责,也可能承担相应的民事责任,但并不符合“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为”的规范范围。(3)行为人的主观恶性,不属于“规范违反的同质性”评价的内容。有学者认为,体现行为人的主观恶性的“多次抛掷”“经劝阻仍抛掷”“因抛掷行为受过行政处罚后又实施的”等情节,可以作为追究高空抛物罪刑事责任的依据。^{⑤6}笔者不赞同这种观点,抽象危险犯具体个罪要求“规范违反的同质性”,应指违反相同的行为规范,如果违反的行为规范性质不同,不会因为主观恶性的增加而致行为规范的性质发生改变。因此,如果居住高层的行为人多次抛掷烟蒂至地面人群,或者经劝阻后依然抛掷烟蒂至地面人群,行为人的这一违反道德规范、民事规范的行为,不会质变为对“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为”规范的违反。

综上,经由组成要素的齐整性、致险程度的相当性、规范违反的同质性三个特征的指导,高空抛物罪构成要件符合性的裁判规范补足为“高层结构中公众出入的时段与区域”“利用高差抛掷致险器物”“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为规范的违反”三个方面。裁判规范经过补足,不仅法官在审理高空抛物罪案件时能得到必

^{⑤6} 参见前注④,林维文,第47页。

要的指导,也能有效限制高空抛物罪这一抽象危险犯适用的过度扩张。

五、结 语

随着《刑法修正案(十一)》的生效,包括高空抛物罪在内的抽象危险犯个罪案件的审判必将暴露出诸多问题,其中如何防止抽象危险犯过度扩张,必将为学界与实务界共同关注。鉴于抽象危险犯个罪规范在裁判指导方面的先天不足,有必要通过司法解释等方式,补足裁判规范。在补足裁判规范之后,法官审理案件时,在完成构成要件符合性判断的过程中,就能将很多“现象”排除在“类型”之外。法官对于符合构成要件的个案,还可以根据具体个案的情节,特别是自首、立功等事后情节,发挥裁量权适用“但书”的规定,再将部分行为出罪。这样,抽象危险犯的适用范围将得到全面、有效的限制。

Abstract: As there are more and more offences without harm in the penal code of China, it is extremely important to limit their application to avoid excessive expansion of criminal law. The proposals relying on judges' discretion are infeasible. The judicial instruction of offences without harm has a deficiency, and the creation of judicial guidelines becomes inevitable. Offences without harm have three characters: uniform elements, equivalent endangerment, and similar norms being violated. The process of creation of judicial guidelines should be under the instruction of these three characters, guiding judges to handle cases by judicial interpretations and judicial documents. For example, the judicial guidelines of the crime of throwing objects from buildings should be created as follows: the period of public access within the public district of buildings and similar constructions, throwing objects making use of height difference, violation of norm prohibiting causation of danger to personal injury and property damage.

(责任编辑:白岫云)