

当高空抛物再遇以危险方法危害公共安全罪： 是对历史的勘正还是对法网的编织

傅凌云

江南大学法学院，江苏 无锡

收稿日期：2023年6月14日；录用日期：2023年6月26日；发布日期：2023年11月22日

摘要

《刑法修正案(十一)》增设高空抛物罪，高空抛物这一“悬在城市上空的痛”，终于以独立的罪名加入刑法，“人民头顶的安全”得以保障。在新罪出台前较长一段时间里，高空抛物都是以危险方法危害公共安全罪的适用情形之一，这种做法引发了学界的争议，由此产生了这次立法。罪名虽然独立，但并不意味着把高空抛物行为从该口袋罪中“择”了出来，从此泾渭分明、并行不悖。公共秩序作为立法者确定的直接法益，是成立高空抛物罪的唯一判断依据，而公共安全作为间接法益，也能被高空抛物所侵犯。作为抽象危险犯的高空抛物罪在产生了具体的公共危险且满足其他要件时仍能够成立以危险方法危害公共安全罪，并与之产生竞合。

关键词

高空抛物罪，以危险方法危害公共安全罪，法益，危险犯，竞合

When the Crime of Throwing Objects at High Altitude Is Faced with the Crime of Endangering Public Security by Dangerous Means: Correction of History or Weaving of the Legal Net

Lingyun Fu

School of Law, Jiangnan University, Wuxi Jiangsu

Received: Jun. 14th, 2023; accepted: Jun. 26th, 2023; published: Nov. 22nd, 2023

Abstract

The *Criminal Law Amendment (11)* adds the crime of throwing objects at high altitude, the “pain hanging over the city” of throwing objects at high altitude finally joined the criminal law with independent charges, and the “safety of the people’s head” was guaranteed. For a long time before the introduction of the new crime, throwing objects at high altitude was one of the applicable cases of the crime of endangering public security by dangerous methods. This practice has aroused controversy in academic circles, resulting in this legislation. Although the crime is independent, it does not mean that the behavior of throwing objects at high altitude is selected from the bag crime, which has been completely clear and has gone hand in hand since then. Public order, as the direct legal interest determined by legislators, is the only judgment basis for the establishment of the crime of throwing objects at high altitude, while public safety, as an indirect legal interest, can also be violated by throwing objects at high altitude. As an abstract dangerous crime, the crime of throwing objects at high altitude can still establish the crime of endangering public security by dangerous methods when it produces specific public danger and meets other elements.

Keywords

Crime of Throwing Objects at High Altitude, Crime of Endangering Public Security by Dangerous Means, Legal Interest, Dangerous Crime, Joinder of Offenses

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

在《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》)印发后,高空抛物被放到了以危险方法危害公共安全罪的“口袋”之中,高空抛物的“危害公共安全”时代由此拉开序幕。在司法实践中,对于高空抛物行为,常常不对以危险方法危害公共安全罪的构成要件进行符合性判断,仅因《意见》的存在,加之客观上造成了一定的实害结果而武断地认定为该罪,但实际上造成的危害则远不及放火、爆炸等。立法者也因察觉到如此定罪处罚的不妥,故在《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)》)中新增设高空抛物罪,但新罪推出背后的深层含义到底是对历史的勘正还是单纯对法网的编织,高空抛物行为究竟能否危害公共安全、能否再构成以危险方法危害公共安全罪是本文所要解决的问题。

2. 立法沿革:高空抛物与刑法第 114 及第 115 条的“角力”

《意见》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”。单从文义而言,并无不妥,危害公共安全的高空抛物行为自然能够以刑法第 114 条及第 115 条定罪处罚¹,但问题在于高空抛物行为究竟能否危害公共安全,若不能,《意见》的目的是否落空,是否成为“僵尸条文”,该司法解释规定在高空抛物满足“足以危害公共安全”的情况下,可将其列为以危险方法危害公共安全罪一罪的情形之一,与放火、爆炸、投放危险物质等犯罪并列。法不理琐碎之事,根据司法解释的规定,我们可暂时推出司法机关是

¹本文暂不探讨《意见》中“足以危及公共安全”与“危及公共安全”之间的差别。

认可高空抛物行为可能会危害公共安全这一观点的。

《中华人民共和国刑法修正案(十一)(草案》(以下简称《草案》)开篇第一条规定：“从高空抛掷物品，危及公共安全的，处拘役或者管制，并处或者单处罚金”，并将高空抛物罪规定在了刑法第一百四十四条作为第二款、第三款。立法者将高空抛物罪这一独立罪名放在危害公共安全犯罪一章中，相当于继续肯定高空抛物能够危害公共安全，但有所不同的是《草案》并没有将高空抛物罪与放火、爆炸、投放危险物质罪置于同一款，这意味着高空抛物行为虽然与他们并列，但也有所不同，这在高空抛物罪设定的法定刑中就可以得到证实：高空抛物罪规定的主刑最高刑仅是拘役，属于刑法分则中为数不多的微罪，可以说是危害公共安全犯罪中的“最安全的犯罪”，这表明立法者认为其罪产生的危险性不能与前述罪行相提并论，但是仍可以产生公共危险。

然而，在《刑法修正案(十一)》中对高空抛物罪作出了巨大的调整，在位置上高空抛物罪被安置在了第六章妨害社会管理秩序罪中的第一节扰乱公共秩序罪中，在罪状中删去了“足以危害公共安全”的表述，根据同类解释，高空抛物保护的法益就变成了公共秩序，对于公共安全这一法益是否仍处于高空抛物罪的保护范围内，立法者没有作出过多的表述和解释，这就需要我们进一步探讨。

3. 公共秩序：立法者所确定的直接法益

妨害社会管理秩序罪一章的同类法益 - 公共秩序，应指“统治阶级赖以存在的，并依靠制定或认可的法律制度、社会公共道德规则、风俗习惯来建立和维持的，有条理的正常的社会运行状态”^[1]。扰乱公共秩序就是指导致社会公共管理秩序和社会公众心理上的混乱，使井然有序的社会变得无序、杂乱的行为。具体到高空抛物罪，该法益指向的义务应指社会公众负有不从高空往下抛掷物品的义务和维持“来自高空的秩序”的义务。刑法所规定的犯罪绝非空穴来风，也绝非极其罕见之事，一个行为要有其法益侵犯性，就必须要有其对应的法益，同样地，高空抛物行为要侵犯到公共秩序，前提是要存在现实的公共秩序，然而“高空秩序”这一法益并非一直存在，它依赖于高楼的存在，笔者认为高空抛物罪所保护的公共秩序是 21 世纪才产生并形成的一个独立的值得保护的法益。因为几十年前，中国不存在普遍化的高楼，也难以形成“秩序”，即使有也不值得刑法保护，自然也不会产生所谓“来自高空的秩序”。

关于直接法益的认定，公共秩序是立法者所确认的直接法益，所谓直接法益是指刑法分则具体罪名所直接指向的保护法益，该具体罪名的所表述的所有构成要件均须以侵害该法益为界定标准，一个行为虽然在文义上符合该罪的构成要件，但是该行为所造成或可能造成的危害结果并不会侵犯该罪保护的直接法益的，仍不可认为该行为能够成立犯罪。如诬告陷害罪是人身犯罪中侵犯人身权的犯罪，在得到被害人承诺的前提下，即同意他人诬告自己，即使浪费了司法资源，扰乱了司法秩序，他人不成立诬告陷害罪，因为司法秩序不是诬告陷害罪所保护的直接法益。

3.1. 改变法条位置实则扩大保护范围

相比《草案》，高空抛物罪在《刑法修正案(十一)》中进行了较大的调整，除了对罪状的调整外，法条的位置也从危害公共安全类犯罪调整到了扰乱公共秩序类犯罪中，这一变化间接地宣告高空抛物罪所保护的直接法益和规制的行为模式均发生了变化。笔者认为，立法者将高空抛物罪由危害公共安全类犯罪更换为危害社会秩序类犯罪旨在扩大高空抛物罪的保护范围和打击范围。

第一，就保护法益而言，公共秩序能够包含公共安全，公共安全是公共秩序中的一种较高的秩序。根据我国刑法教义学，法益可以其性质不同，分为个人法益与社会法益。个人法益通常指人身安全与财产安全；社会法益通常指公共安全与公共秩序。而社会法益中的公共安全类犯罪与公共秩序类犯罪之间

有一定的紧密联系，在界限的划分上较难确定^[2]，当一个行为在侵犯公共安全时，一般都必然侵犯公共秩序，当一个行为在侵害公共秩序的同时，也很有可能正在侵犯着公共安全，只不过二者可能性有所差异，前者更接近必然。公共秩序法益的内容一般是维持公民的社会生活有条进行，而公共安全法益的内容更注重保护公众的人身安全和财产安全。通常情况，危害了公共安全就会危害到一定的公共秩序，而危害了公共秩序却不一定危害公共安全，因为仍存在大量未产生危害结果的公共秩序犯罪，从刑法分则具体罪名之间作比较就可得知。因此，笔者认为公共安全类犯罪与危害社会公共秩序类犯罪二者之间存在上下位阶关系，公共安全类犯罪实则是一种更高级的危害公共秩序类犯罪。立法者将高空抛物罪改弦更张地放在了社会秩序一章中，实际上在法益保护的位阶上下调了一个位次，这意味着高空抛物罪不仅保护更高级的公共秩序 - 公共安全，也保护没有产生安全问题的公共秩序，因此立法者作出这一调整并非否认高空抛物罪不会产生公共危险。

第二，就保护目的而言，并非所有的高空抛物行为都会产生安全问题，仅导致秩序紊乱的高空抛物也同样值得刑法规制。根据《草案》规定，只有产生了公共危险，高空抛物行为才会被认定为高空抛物罪，这对于保护“人民头顶安全”而言是片面狭隘的，同时与《意见》的立法初衷相悖，因为现实生活中存在极多没有产生公共危险的高空抛物行为，难道这就不值得规制吗？正因为立法者不想将这类行为置于法外，才调整了高空抛物罪的章节体系位置，以扩大其打击范围。但需要注意的是，这次位置的调整并不等于对所有高空抛物的行为的性质进行界定，并不说所有高空抛物行为都是扰乱公共秩序的，自然也存在没有破坏公共秩序的高空抛物行为，只不过不在高空抛物罪的打击圈内，比如在荒郊野外、荒无人烟的废弃楼层扔下一个啤酒瓶，此时就不存在一个现实的公共秩序，自然也不会破坏公共秩序。但就高空抛物罪的成立而言，均需以侵犯公共秩序为要件。

3.2. 高空抛物罪不以产生公共危险为入罪要件

有学者认为，高空抛物罪虽然处于妨害社会管理秩序一章，但就其立法目的和立法经历而言，移位只是多了一个保护的法益，成立高空抛物罪仍需要危害公共安全，只有危害公共安全的高空抛物行为才可以高空抛物罪定罪处罚。判断一个罪的入罪标准应当遵循罪刑法定原则，定罪处罚必须以且仅以刑法分则所规定的具体罪状为依据。相比《草案》，《刑法修正案(十一)》删除了“危及公共安全”，以“情节严重”予以替换，虽然本文认为删除了“危及公共安全”不足以证明高空抛物罪不能产生公共危险，也不足以证明高空抛物罪不以“危及公共安全”作为入罪的构成要件，但问题的关键在于“情节严重”的内涵与性质。“情节严重”是指侵犯公共秩序的严重程度还是侵犯公共安全的严重程度，抑或是与二者结合之下的严重程度。

目前，关于“情节严重”的司法解释阙如，对于具体所要求的严重程度尚无从得知，但就其性质，本文认为“情节严重”的标准应代表对公共秩序侵犯的程度，而与公共安全无关。第一，公共秩序是立法者所确认的直接法益，如前文所述，作为高空抛物罪的所有构成要件均需以破坏公共秩序为唯一界定标准，而不以产生公共危险为入罪要件，一个行为虽然在文义上符合高空抛物罪所表述的罪状，但是该行为所造成或可能造成的危害结果并不会破坏公共秩序的，不可认定为高空抛物罪。第二，如果高空抛物罪仍以危及公共安全为要件，立法者为何特意删除“危及公共安全”，而不是加上“或严重破坏社会秩序”，这样远比“情节严重”的表述更加明确。第三，如果高空抛物罪仍以危及公共安全为要件，立法者为何要特意更换位置，而不是放在危害公共安全一章，再以“情节严重”换之，这不符合同类解释规则。第四，从现实而言，多数高空抛物是不会危及公共安全的，社会各界呼吁高空抛物入刑更多的是那些对未产生公共危险或未造成侵害结果，但让人产生恐慌的高空抛物行为，以产生公共危险为入罪要件，不符合立法初衷。

4. 公共安全：能否继续成为高空抛物保护的间接法益

关于公共安全的含义，本文采用张明楷老师最新的观点即“指不特定或多数人的生命、身体的安全以及公众生活的平稳与安宁”[3]，其中单纯的财产安全不属于这里的公共安全。关于不特定的含义，“对象不确定说”认为不特定是指受到危险的人群的不确定，也即对于不确定的人产生了生命、身体健康和财产安全以及生活平稳与安宁就是危害公共安全；“危险不特定扩大说”认为不特定是指危害行为可能侵犯的对象与范围是无法预料的也难以控制的，而且行为造成的危险或其造成的结果是具有扩散性，也即具有随时扩大的可能性。本文采用“危险不特定扩大说”，笔者认可高空抛物行为要危害到公共安全也必须具备危害随时扩散的特征，如行为人以伤害他人的目的，在楼上向人员密集的学校门口扔菜刀，此时虽然行为对象是众多的且不特定的，但很难说这种行为与放火爆炸具有相同的危害性，因为这一行为在客观上并没有像放火一样的扩散性，不会进而危害到更多的人。虽然绝大部分高空抛物行为都难以做到危险不特定扩大的要求，但不能因此就认定所有的高空抛物行为都达不到这项要求，具体情况可见下文。

关于间接法益的认定，本文认为公共秩序是高空抛物罪唯一的直接法益，本罪所有构成要件的认定均以直接法益为唯一标准，但除了直接法益外，刑法分则具体罪名也可以存在诸多间接法益，能成为一个罪名的间接法益要求该罪所规制的行为能够侵犯该法益且具有一定的通常性，不具有通常性不可成为该罪保护的间接法益。但是具体罪名的成立并不必然侵犯间接法益，即不以间接法益的侵犯为入罪判断标准，间接法益可以是其他罪名保护的直接法益。本文认为，公共安全是高空抛物罪的间接法益，且同时是刑法第 114 条及 115 条的直接法益。

4.1. 两派观点的激烈交锋

高空抛物行为能否侵犯公共安全，学界有着激烈的讨论，目前存在两派观点，一派学者认为，调整位置后的高空抛物罪，虽然在分则第二章“危害公共安全罪”中被剔除出去，且没有类似于“危及公共安全”的构成要件描述，但这并不意味着修改之后的高空抛物罪就不保护公共安全了。纵观整个刑法修正案的立法过程，高空抛物罪的诞生及变动始终以风险预防为核心逻辑，将该罪放在《刑法》第 291 条之二看似与公共安全无关，实际上是为了更好地保护公共安全，他们认为虽然高空抛物行为一般没有与放火、爆炸相当的危害性，但仍可以侵害公共安全，只是在认定时需受严格的限制，应当综合考虑抛物行为、抛物场地、造成的损害结果等[4]。另一派学者如张明楷、周光权老师则认为，高空抛物行为是不可能侵害公共安全法益，即便在人员流动量极大的场所如商场、学校等地实施高空抛物行为，虽然可能侵犯不特定多数人的生命、身体健康权，但由于不具有危险的不特定扩大的特点[5][6]，则不可能侵犯到公共安全法益，这与公共安全犯罪一章中的爆炸、放火、决水等行为有着天壤之别。并且周光权老师认为，立法者对高空抛物既然规定独立的罪名和法定刑，并在《刑法修正案(十一)》中将其放在妨害社会秩序罪一章，就是认为高空抛物行为原则上就不再具有危害公共安全的性质，而如果高空抛物行为导致有人伤亡的，根据具体情况认定为其他犯罪，不再成立刑法第 114 条及 115 条[6]。

4.2. 风险预防刑事主义

在风险社会中，风险刑法理论以预防社会风险为主要观点，积极追求社会群体的安全，对于没有出现严重损害结果，但有产生实害可能性的危害社会安全的行为，认为也应由刑法来规制，这也是危险犯的理论依据，风险刑法理论的提倡者认为，犯罪“不是以造成怎么样的具体侵害作为施行制裁的前提条件，而是以没有促使安全状态的形成或者这类犯罪的步伐来表述的，它不是一个具体的损害，而是一种慌乱不安”[7]。刑法上的风险实际上是对保护法益造成侵犯的一种可能性，而这种可能性是具有随时转

化为现实的可能性，当风险转化为现实，将会对法益造成不可挽回的后果，所以要将这种可能性尽可能地规避，故风险刑法的支持者认为应该更多地将犯罪行为提前化，设置更多的危险犯，对有可能侵犯的法益尽可能地列入刑法的保护范围内。

风险预防是本次《刑法修正案(十一)》的核心逻辑，也是高空抛物罪设立的初衷。高空抛物罪的增设体现了风险社会刑法价值理念转型，即从自由优于安全走向自由与安全的共生共存。所以就风险预防的角度而言，不犯则已，能犯必罚，如果高空抛物行为能够危及到公共安全的，那就有规制的必要性，所以说公共安全也应当列入高空抛物罪所要保护的法益之一。

4.3. 价值论与方法论

文本从价值论和方法论的角度来论证高空抛物行为能够侵犯公共安全且具有通常性。

在价值论层面，高空抛物入刑的初始目的就是要维护公共安全，这点我们在《意见》和《草案》中可以得到佐证，《意见》指出“高空抛物行为极易给人民群众生命、健康、财产造成严重损害，把维护人民群众合法权益放在首位”。《草案》指出：“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’”。就立法的目的而言，公众呼吁高空抛物入刑、立法者积极实施的初衷绝不是维持社会秩序，而是保护人民的生命健康法益，正是因为一桩桩血淋淋惨案频频发生²，才让社会各界对高空抛物行为开始重视。《意见》和《草案》所指的高空抛物行为的社会危害性源于其对生命、健康、财产的威胁，这就是对安全的侵害，这里的安全可暂时认定其为公民个人安全。而公共安全是一种将生命、身体、财产等个人利益抽象化的一种社会利益，本质上就是多数人的个人安全的集合体，更注重其社会性。既然立法者规制高空抛物行为的初衷就是对群众安全的保护，那高空抛物罪的保护范围也应该推广至群体安全。

在方法论层面，高空抛物行为是否侵害公共安全，本文从公共安全类犯罪的本质入手，寻找高空抛物行为的适罪条件，主流观点认为，公共安全类犯罪可以分为四种：第一种是结果加重犯；第二种是实害犯；第三种是抽象危险犯；第四种是具体危险犯。抽象危险是指行为本身就蕴含了法益侵害的可能性，抽象危险不需要在罪状中表述出来，这是立法者对行为推定的危险^[8]，相反，具体危险和实害是需要立法者在罪状中明确标示出来的。具体危险，是指对不特定或多数人的生命、身体等造成现实、紧迫的危险，最后没有造成损害结果实属偶然。抽象危险与具体危险的区别在于离实害的距离远近，具体危险离实害是比较近的，而抽象危险离实害更为遥远，有学者认为抽象危险是足以产生具体危险的危险，二者之间存在时间线上的推移关系。通过观察法条罪状中有没有对危险的要求来判断抽象危险犯和具体危险犯，符合罪刑法定原则的要求，这也是大陆法系国家的通说。根据以上方法，我们从高空抛物罪的罪状中可以推断出该罪属于抽象危险犯，成立高空抛物罪只需要完成了抛掷行为且达到情节严重即可，换言之，成立犯罪只需要产生了抽象危险，无需产生具体危险或实害。而刑法第 114 及 115 条是具体危险犯，这说明二者的成立犯罪模式存在不同，在同个行为产生危险的时间线上，高空抛物罪会更早成立。据此，可以得出初步结论，仅产生了抽象危险的高空抛物行为必定不会成立刑法第 114 条及 115 条罪名。产生了具体危险的高空抛物行为能否侵害公共安全，我们不如反推。在现实生活中，存不存在一个行为能够同时构成危害公共安全犯罪和高空抛物罪的呢？如果将放火、爆炸、投放危险物质等行为的实施地点移至高空，这或许就能构成两罪的竞合，比如一名歹徒将一枚炸弹从飞机上扔到政府办公大楼，爆炸致多人伤亡，从飞机这样的高空抛下一枚固体，这显然是满足高空抛物罪的构成要件的，其次引起了爆炸，这也符合爆炸罪的行为结构。此时，一个高空抛物行为同时侵犯了两个法益：公共秩序和公共安全。相

²据统计，有近三成高空坠物民事案件，出现直接导致人员伤亡的严重后果，其中有人死亡案件的占比为 18.16%，接近 20%，其中 2017 年因高空抛物死亡人数至少 85 人。

同的，从高空扔下燃烧物足以造成火灾的、从高空扔下具有毒害性、放射性、传染性病原体的物品危害公共安全的高空抛物行为，都能够侵犯到公共安全。通过这样的方法反推，那能危害到公共安全的高空抛物行为其实也没有那么不合乎情理。

综上所述，本文认为公共安全仍是高空抛物罪所要保护的一个法益，但属于间接法益，这与公共秩序不同，高空抛物行为并不必然会产生公共危险，成立高空抛物罪本身也不要求危害公共安全，破坏公共秩序成立犯罪的唯一标准。构成高空抛物罪的行为要危害公共安全有着严格的条件，从危险的产生、发展角度来看高空抛物行为模式之间存在一定关系：第一，当高空抛物行为尚未产生抽象危险时，此时尚不构成犯罪。第二，当高空抛物行为产生抽象危险时，高空抛物罪单独成立了，但此时必然不会侵犯刑法第 114 及 115 条保护的公共安全。第三，紧接着当高空抛物行为产生了具体危险，此时不必然会侵犯到公共安全，因为不是所有的具体危险都是公共安全犯罪所要求的具体危险。第四，只有当一个高空抛物行为具有了危害的扩散性、不确定性，具有危及到多数人的可能性时，且产生了其专属的具体危险时，才会侵犯公共安全。

5. 罪与非罪：能否与以危险方法危害公共安全罪竞合

5.1. 危害公共安全并不等于成立犯罪

“以其他危险方法危害公共安全”，不仅在结果上要求危害公共安全，在手段上也要求与放火、爆炸具有危险的相当性。因此，单凭产生公共危险的高空抛物行为尚不能成立刑法第 114 条及 115 条。在司法实践中，司法者常常错误地认定刑法第 114 条及 115 条，只要在客观上造成了或可能造成产生公共危险的结果，就以该罪论处，这种做法忽略了行为本身，落入了唯结果论的陷阱。成立该罪还需要认识到对手段的要求，切不可把“其他危险方法”的认定等同于对危害公共安全的判断，以为具备了“危害公共安全”这一要件，自然也就满足了“以其他危险方法”的要件^[9]。如一个高空抛物行为本身不具备危害公共安全的充分的可能性，却偶然地造成了危害公共安全的结果，这个行为不仅在客观上对危险方法的认定，还是在主观上对具体危险的认识，都不宜以危害公共安全犯罪定罪处罚。

何谓“危险方法”？何谓与放火、爆炸、投放危险物质具有相当危险性？高空抛物的“抛物方法”能否达到这种效果呢？关于其他危险方法的认定需要参照放火、爆炸、投放危险物质通常的行为模式，从性质上来说，一个行为要满足“危险方法”，应当满足以下几点^[10]：

第一，在客观上需要有造成多数人重伤、死亡的可能性。很多人认为，高空抛物只是扔下一个或几个物品，产生的伤害源于物品的势能，就比如扔个啤酒瓶，这无论如何也达不到与放火、爆炸、投放危险物质相当的危险性。笔者认为，这种考量存在片面性，只考虑到了抛物的从抛出到落地的一个过程，没有考虑抛物前所具备的条件或落地后带来的二次事故，比如抛掷物本身条件、抛掷手段等。也有学者承认高空抛物罪可以成立放火、爆炸罪，但对于构成以危险方法危害公共安全罪持否定态度，笔者不认同该观点，通过上文的反推法可知，只需将这些危险方法的实施地点移至高空就可轻易成立危险犯罪，同样地，以其他危险方法在高空进行抛物，产生公共危险的，也可以成立以危险方法危害公共安全罪。比如，甲从高架桥上将啤酒瓶向高速公路上随意砸去，恰好将一名司机砸伤，司机受伤后在高速公路上横冲直撞，在本案中，甲导致的结果具备了扩散性，因为司机在高速上受伤后极有可能危及其他人的安全，具有造成他人伤亡的现实可能，所以此案认定甲预见危害到公共安全³，可以构成以危险方法危害公共安全罪。

第二，该方法一经实施无法轻易控制。放火、爆炸之所以危害性如此之大，其中一个原因就是该现

³本案例出自劳东燕老师的《以危险方法危害公共安全罪的解释学研究》一文，劳东燕老师认为本案例定以危险方法危害公共安全罪抑或是破坏交通设施罪有待商榷，笔者认为让车失控很难说是破坏设施。

象一旦发生就难以轻易控制，如放火行为一旦完成，火苗就可以独立燃烧，在燃烧物足够的条件下，甚至可以无限扩大。所以高空抛物行为在认定该罪时还需要考虑手段上的无法阻止性。

第三，能够引起公众的恐慌，公共秩序的严重紊乱。现实中，放火、爆炸的新闻往往能够在短时间内获得较多群众的关注，这是因为放火、爆炸行为不仅仅产生人员伤亡和财产损失，还会给公众带来恐慌，因为这些行为存在一定的蔓延性、扩散性，如果发生在身边，很有可能会危及到自己。所以要符合其他危险方法，也要求手段本身能够制造恐慌和混乱。这一点要求相比前两点更易达到，近年来新闻上频频出现高空抛物的惨案，河南三门峡男童高空抛物致行人身亡、深圳男童被高空重物砸伤身亡、南京女童被砸身亡，甚至还有高空抛小孩导致儿童和路人双双殒命的惨案。

综上所述，笔者认为当高空抛物行为再次与以危险方法危害公共安全罪相遇，仍可以构成两罪的竞合，但对于认定需要严格把控，应当注意以下几点：第一，把伤亡多人误以为危害公共安全，但实际上并未危害公共安全的，无法定该罪。第二，危害了公共安全，但手段不满足“危险方法的”，无法定该罪。第三，无实害结果，但具有具体的公共危险，且满足其他条件，应定以危险方法危害公共安全罪。第四，特殊情况下没有危害社会秩序，但危害公共安全的，不构成高空抛物罪，但也定以危险方法危害公共安全罪。

5.2. 两罪竞合关系

对于高空抛物罪第二款的规定：“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”，不同学者有不同的理解。有学者认为，这条规定是法条竞合的规定，倘若高空抛物造成实害结果，就必然会构成其他犯罪，如高空抛物砸死人，必然触犯高空抛物罪与故意(过失)杀人罪，然而他们忽略了没有造成损害结果的高空抛物罪。有学者认为是想象竞合，他们认为这是典型的想象竞合行为模式，一个行为同时侵犯多个法益，偶然地构成多个犯罪。也有学者认为是法律拟制的转化犯。因为高空抛物罪是轻罪，依据该罪规定，同时构成其他犯罪依照处罚较重的规定处罚，就必然依照其他犯罪处罚，就失去了想象竞合择一重的“择”的意义，所以从实质意义上其实就是一种法律拟制的转化犯^[2]，即只要构成其他罪就按照其他罪处罚。

本文认为，高空抛物罪与其他犯罪通过该条款既可以法条竞合也可以想象竞合。关于对想象竞合的判定，关键在于其成立条件的辨析。想象竞合的关键要件包括“一个行为”和“多个法益”：其中一个行为是想象竞合与数罪并罚的区分关键；多个法益是想象竞合与法条竞合的区分关键。一个行为的关键在于实施行为的意思和时间上的连续性，高空抛物罪规定的实行行为是“抛掷”，这是一个比较好理解的单一动作，且实施该行为通常在较短的时间内即可完成，所以一般不会发生意思的改变，如扔啤酒瓶砸人的行为，就是在一个固定意思支配下的身体行为，该身体行为在刑法上不可能再分割成几个独立的动作，所以高空抛物行为区别竞合还是并罚，相对比较容易判断。接下来是对多个法益的判断，其关键在于对法益之间一致性的判断，只有在法益无一致性的数罪间才可以适用想象竞合的方法，且在处理上需要先将数罪列出，再按想象竞合处理，方可实现对犯罪行为的完整评价；而法条竞合的处理方式是以数罪保护的法益间具有同一性为前提，为了防止重复评价，只在最后的处理上只能择其一宣告适用^[10]。也就是说如果两个法益在一定程度上有包含关系，那两个罪之间极可能构成法条竞合关系，如果两个法益并无关联性，相对独立，那么两个罪之间可以构成想象竞合。具体到高空抛物罪，他所直接保护的法益是公共秩序，首先与该法益无包容关系的如人身法益、财产法益，这种情况下若同时构成数罪，只能是想象竞合。其次来找与公共秩序有包容关系的犯罪^[11]，第一，处于同一章节的犯罪，比如通过高空抛物行为来破坏公共秩序进行其他犯罪，就可以构成法条竞合关系。第二，公共安全，通过上述，笔者认为公共安全与公共秩序有着包含关系，侵犯公共安全必然侵犯公共秩序，所以笔者认为高空抛物罪与刑

法第 114 条及 115 条之间是一个部分必然的法条竞合关系。

6. 余论

既然高空抛物行为仍能够危害公共安全，那立法者为什么要删除“危害公共安全”这一构成要件。立法者想规制的高空抛物行为并非只在产生公共危险的情形之下，相反，立法者想要保护的更多的是那些没有产生公共危险的普通情形。试想，如果没有删除“危害公共安全”这一限制，那没有危害到公共安全的高空抛物行为该如何规制，大抵又要落入寻衅滋事罪的口袋了，但事实上很难证明该抛物行为具备寻衅滋事的主观目的，若不处罚，那又如何保护公众“头顶的安全”呢。很明显，立法者也察觉到了这一点，所以在《刑法修正案(十一)》中，对高空抛物罪的罪状进行调整，将尚没有产生公共危险但具备处罚必要性的高空抛物行为纳入保护范围。

另外，需要厘清的是，就单独成立高空抛物罪而言，不以产生公共危险为入罪要件，也不以对个人生命、健康、财产造成的危险或实害为依据，应以对社会秩序的侵害程度为主要判断标准，所以当我们判断高空抛物行为是否满足罪状中规定的构成要件时，不应以其伤害性、杀伤力来佐证，而是应该从其保护的最主要的法益即社会秩序入手，通过一个行为是否侵害到社会秩序、是否达到情节严重来佐证其是否满足构成要件，这对高空抛物罪构成要件的界定尤为重要。

7. 结语

有不少学者认为高空抛物罪的出台是把高空抛物行为从刑法第 114 条及 115 条中“领回家”，然而通过本文的论证，实际上立法者并非是对历史的勘正，而是对法网的编织，起初在刑法第 114 条及 115 条中的那部分高空抛物行为现在仍存，并未发生改变，如今将没有危害公共安全但扰乱公共秩序的“低危型”高空抛物归入刑法，是因为在过去单单处罚危害公共安全的高空抛物行为已经无法满足社会的需要。对于高空抛物罪这一新罪，确定其保护法益是尤为重要的，公共秩序作为直接法益，公共安全作为间接法益，二罪之间可以发生竞合，但面对具体高空抛物行为是否符合以危险方法危害公共安全罪的判定时，一定要严格、谨慎，不可唯判例论，不能因为以往既存判例而不假思索地“同案同判”；不可唯结果论，不能单凭结果在表象上的严重程度而盲目认定。严格遵循罪刑法定原则，结合具体结果和手段的严重程度，以及与放火、爆炸、投放危险物质的危险相当性，不可盲目认定。

参考文献

- [1] 赵秉志, 刘志伟. 论扰乱公共秩序罪的基本问题[J]. 政法论坛, 1999(2): 69-77.
- [2] 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.
- [3] 张明楷. 刑法学(下)[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 880-881.
- [4] 曹波, 文小丽. 高空抛物危及公共安全的司法认定规则——兼评《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》[J]. 贵州大学学报(社会科学版), 2020, 38(3): 94-103.
- [5] 张明楷. 高空抛物案的刑法学分析[J]. 法学评论, 2020, 38(3): 12-26.
- [6] 周光权. 刑事立法进展与司法展望——《刑法修正案(十一)》总置评[J]. 法学, 2021(1): 18-35.
- [7] 刘艳红. “风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义[J]. 法商研究, 2011, 28(4): 26-29.
- [8] 张明楷. 论以危险方法危害公共安全罪——扩大适用的成因与限制适用的规则[J]. 国家检察官学院学报, 2012, 20(4): 43-55.
- [9] 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.
- [10] 王彦强. 《刑法修正案(十一)》中竞合条款的理解与适用[J]. 政治与法律, 2021(4): 95-108.
- [11] 夏伟. 风险预防逻辑下高空抛物罪的教义学阐释[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版), 2021, 42(9): 92-98.