

引文格式: 达朝玉. 民行刑共治视野下高空抛物行为法律治理的逻辑回归 [J]. 常州大学学报(社会科学版), 2022, 23 (4): 19-30.

## 民行刑共治视野下高空抛物行为 法律治理的逻辑回归

达朝玉

**摘要:** 从传统的民事治理到刑事治理,再到被单独归罪,高空抛物行为的法律治理方式不断演变。为了优化相关法律治理社会的效果,应当进一步优化各个部门法之间的衔接,站在“民行刑共治”“民进刑退”的立场上,通过加强民事法律责任追究和明确高空抛物行为的行政管理法规的方式来补强行政犯天然“法益性欠缺”的本质。刑法应当回归传统的严谨和谦抑,避免未来轻罪入罪化的趋势。从立法层面到司法层面的跨越上理顺高空抛物行为法律治理的逻辑,促进民行刑法律体系的协调,提升社会治理能力和效果,对引导刑事立法的价值取向具有重要的理论和现实意义。

**关键词:** 民行刑共治; 民进刑退; 高空抛物罪; 法秩序统一; 行政犯法益性欠缺

**作者简介:** 达朝玉, 东南大学法学院博士研究生, 最高人民法院司法大数据基地特聘研究人员。

**基金项目:** 国家社会科学基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”(21&ZD209)。

**中图分类号:** D924.3 **文献标志码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2022.04.003

长久以来,高空抛物行为给人民的安全以及社会的稳定带来了极大的隐患。高空抛物行为早已成为侵害或者威胁人民群众生命健康安全的严重侵权行为。为维护人民群众“头顶上的安全”,2019年最高人民法院印发了《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》),2021年《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)》)单独将高空抛物行为作为一项新的罪名加以规定。刑法成为规制高空抛物行为最直接、最高效的保护手段。

但需要注意的是,刑法积极主义立场继续强化了社会治理的国家干预性,社会治理似乎越来越依赖刑事治理的高效模式。通过颁布的各个刑法修正案就可以看出,刑事立法也逐渐体现了以增设危险犯为代表的法益保护早期化,使得刑法呈现出从以“自由与人权”为核心的保障法转向“单纯的社会控制手段”的发展趋势。如果要坚持法益论,而没有将实体或者实际的损害的行为入罪,将会进一步导致法益日渐抽象化和精神化<sup>[1]</sup>。事实上,法律是理性的外化体现,理性就是法律之生命与本质<sup>[2]</sup>。面对社会治理当中的高空抛物行为问题,应当在法秩序统一原理下衔接《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)、《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)、《中华人民共和国行政法》(以下简称《行政法》)等法律法规共同解决。刑事立法不能随意回馈公众的喜好,如果不是为了消除更大的祸难,就没有必要动用刑法,否则会逐渐偏离法

律的理性价值追求,难以继续维持刑法之谦抑性。过分追求“避轻就重”并非法治现代化的发展趋势,也并非最合理的社会治理逻辑。本文正是要从高空抛物罪切入,关注立法法益、反思司法适用及部门法律治理衔接等问题。

## 一、高空抛物行为法律治理方式的发展演变

### (一) 高空抛物行为在民事侵权法律治理方式下的合理性及其不足

追溯我国民法发展的历史,尤其是我国对于高空抛物案件的民事法律规定,实质经历了《民法典》颁布前后的两个阶段。第一阶段是以“受害人保护为中心”的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)时期,不过,由于《侵权责任法》中有关高空坠物的三个条款的内在逻辑不够清晰<sup>①</sup>,该法实施以后,高空坠物案件仍然呈现快速增长态势。第二阶段是《民法典》时期,《民法典》颁布后法律条文的设计与严谨性进一步加强,健全了高空抛物行为侵权的救济制度。

#### 1. 《民法典》之前的高空抛物侵权行为

《民法典》颁布之前并非没有法律积极治理高空抛物行为,但却始终不见治理的效果。现实生活中,高空抛物这类特殊侵权案件的数量不断增多,造成了严重的损害后果,也产生了非常恶劣的社会影响。例如:重庆烟灰缸案<sup>②</sup>和深圳玻璃案<sup>③</sup>。直到后来《侵权责任法》的出台,才有效地填补了这个立法空白。尤其是《侵权责任法》第八十七条:“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害,难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”对于从建筑物中抛掷物品造成他人损害,难以确定具体侵权人时如何救济受害人,做出了较为明确的规定,这为司法实践中处理此类侵权案件提供了有效指引。

需要注意的是,《侵权责任法》第八十七条的规定与刑法的“无罪推定原则”是完全相反的思维走向,二者存在巨大差异。一般而言,如果没有确切证据证明侵权,就应当假定侵权不成立。但与刑法“疑罪从无”相反,民法的主要目的不是通过严谨的证据排除原则惩罚犯罪或保障人权,而是填补或修补社会关系。正因为如此,《侵权责任法》第八十七条的“合理怀疑”的规定发挥了巨大的公平正义理念。该条款较好地平衡各方利益,最大限度地保护受害人,使受害者

①适用《侵权责任法》第八十五条、第八十六条、第八十七条时,易产生举证责任倒置不合理、混淆行为致害与物件损害、引发被告不适格等问题,导致相应的判决在高空坠物的特殊条款和一般条款适用上存在混乱。

②2000年5月11日,郝某在重庆市渝中区学田湾正街被一个从高楼掉落的3斤重的烟灰缸砸成重伤,后经法医鉴定为八级伤残。因无法查明扔烟灰缸的加害人,郝某将可能丢烟灰缸的24家住户诉至法院,要求众被告共同赔偿损失。两审法院依据《民法通则》第一百十九条、第一百三十四条和过错推定原则,判决由可能加害人分担赔偿责任。

③2006年5月31日,有一儿童在经过位于南山区南山大道与海德二道交叉口处的“好来居治物业人行路面时,被从楼上坠落的玻璃击伤头部,经抢救无效死亡。因无法查明玻璃的所有人,其父母将“好来居治2楼以上的73户业主和物业管理公司诉至法院,要求各被告共同赔偿损失,一审法院以未能证明具体侵权人为由不予支持对可能加害的建筑物使用人的赔偿主张,但以案涉建筑的物业服务企业未按照物业服务合同的约定和《物业管理条例》的规定对房屋及配套的设施和相关场地进行维修、养护、管理,维护相关区域的环境卫生和秩序等为由判决其承担30%的责任。二审法院认为,致害物件玻璃不属于大楼外墙玻璃幕墙的组成部分,不属于物业公司应当管理的公共区域范畴,改判物业公司不承担责任,由好来居大厦北侧的73户业主各赔偿4000元。

的权利得到恢复或是补偿。因此，有学者认为侵权责任法第八十七条中“举证责任倒置”的设计并非对被告人不公。反而，在不能查明具体加害人的高空抛物案件中，让建筑物的使用人来承担相应的举证责任义务，是符合民法公平正义精神的，理由有二：第一，在所有潜在的责任人共同承担责任的情况下，可以列举抗辩事由，免除自己的责任。第二，对于无法证明免责事由的人，为了免除自己的责任会想尽办法去寻找真正的侵权人<sup>[3]</sup>。但也有学者认为，就立法论层面而言《侵权责任法》第八十七条应予废除，并撰文指出条文的正当性存疑，认为这样的制度设计属私法对公法的不当越界，甚至称其为“恶法治”，认为其严重动摇私法之基，破坏了法律公平正义之理念<sup>[4]</sup>。本文较为支持该学者的观点，因为这一问题显然属于私法构造与侵权法法理之间的关系问题，尤其是“有罪推定”和“邻居连坐制”的理念其实是不符合现代法治理念的，很容易造成错误的法律指引，也容易诱发道德风险。

## 2. 《民法典》颁布后的科学性与合理性

民法层面，我国对于高空抛物的立法经历了原《侵权责任法》第八十七条至《民法典》第一千二百五十四条的修订过程。《民法典》正式生效后，展现出来“强化权益侵害的预防和救济，回应风险社会的时代需要”理念，这也是《民法典》立法的重要特色。具言之，相较于此前的《侵权责任法》，《民法典》在高空抛物的规定上有以下几个方面的进步。

一是明文规定了其“禁止性”。《民法典》彰显出其严肃性与对高空抛物行为的否定性。法律对高空抛物行为给予了强烈的禁止规定，虽然有学者认为，这种立法表述属于宣示性规定，不应列入《民法典》，但是，这相较于之前的《侵权责任法》而言，的确能感受到法律对此类行为的强烈否定态度，彰显出了对高空抛物行为的治理力度。

二是进一步明晰了“高空抛物”和“高空坠物”的区别。《民法典》第一千二百五十二条至第一千二百五十四条对于《侵权责任法》第八十五条至八十七条的部分规定进行了吸收，在责任人明确的场合，对于建筑物、构筑物倒塌和建筑物、构筑物及搁置物、悬挂物脱落、坠落的行为，仍然继续适用过错推定原则。所以，相较于《民法典》之前的《侵权责任法》，《民法典》的规定是更加全面的，它将物业服务企业、管理人员等注意义务与高空抛物责任联系起来，也更加严格了抛物与坠物的模糊问题，健全了高空抛物的救济制度。这是《民法典》条文设计的科学性和合理性之体现。

三是对真正侵权责任人的追偿权。这个权利有效地回应了上文所述的关于《侵权责任法》第八十七条“举证责任倒置”所带来的公平正义的理念质疑。在无法明确具体侵权责任人时，由可能的加害人先进行补偿，但此处的“邻居连坐制”变成了《民法典》中的垫付责任。这就意味着在众多可能的加害人补偿后，如果后来明确了具体的侵权人，则此前推定出来的赔偿人（可能是加害人）可以向具体侵权人（真正的侵权人）进行追偿的权利。《民法典》以更加合理的制度安排体现了对非侵权责任人的保护。

## 3. 民法的损害填补功能不能满足头顶安全之现实需要

民事法律的保护终究是有限的，对高空抛物案件的预防效果和约束力度需要进一步加强。2016年，四川“天降铁球砸死女婴案”令人痛惜、痛恨，但由于始终无法查明抛物者，直到2020年，法院依据《侵权责任法》判决该楼栋所有业主每户赔偿3000元<sup>[5]</sup>。虽然，一人抛物，全楼赔偿，的确能对被害人进行宽慰和救济。但是，真正的责任人却始终逃逸在法律制裁之外，取证难、追责难是查处此类事件的痛点。法律的作用不仅仅只是惩罚与补偿的功能，更为重要的是它也有保护和预防的功能。显然，民事法律规范的威慑力远远不够。刑法具有很强的预防功

能。它是基于严酷的刑罚措施来加大行为人的犯罪成本,从而约束行为人的行为,使人们以更负责、更理性的态度面对自己的行为。从这个意义上来看,事前预防比事后填补则更能有效减少类似“天降铁球砸死女婴案”等悲剧的发生。而这正是民事法律规范所缺失的。由此,对高空抛物行为的法律治理提出了更高的要求。

## (二) 高空抛物行为入刑的重要性

民有所呼、法有所应。正如欧洲中世纪权威神学家、经院主义哲学代表者托马斯·阿奎那所言,“法律的首要 and 主要的目的是公共幸福的安排<sup>[6]</sup>。近年来,高空抛物行为事件日益频发,严重威胁社会公众的生命健康安全与财产安全,降低了广大民众的安全感。由此可见,在高空抛物行为的法律治理上,利用民事手段已经达到了有效解决现实问题的瓶颈,将其纳入更为严格的刑事法领域进行规制,成为社会大众的期盼。

### 1. 高空抛物行为刑法规制的必要性

刑法规制高空抛物行为是最高效的,也最能实现对社会公众安全感的强力保护。每个人都希望自己生活在一个安定、安宁、安全的社会环境之中,如果教育和道德指引都于事无补,当然就会寄希望于法律,期盼能够发挥其应有的作用。如上文,民事救济手段已无法满足法律规制高空抛物行为的需要,也无法满足人民对美好生活的向往。《刑法》是以预防再犯为旨归的法益保护法,将危及公共安全的高空抛物行为进行必要的犯罪化,既是完善涉高空抛物的刑事罪名体系的内在需要,也是破解高空抛物事件民事救济不足的困境的客观要求<sup>[7]</sup>。

### 2. 《刑法修正案(十一)》之前对高空抛物行为的刑法规制

在《刑法修正案(十一)》设立高空抛物罪之前,刑法也并非没有积极规制高空抛物的行为。具体的规范开始于2019年的《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》(以下简称《审理高空抛物意见》)。审理意见认为如果因故意高空抛掷尚未造成严重后果,但是足以危害公共安全的,将其认定为《刑法》第一百一十四条以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。如果致人重伤、死亡或者使公私财物遭受重大损失的,是以危险方法危害公共安全罪的结果加重犯。尽管以危险方法危害公共安全是典型的兜底条款,但刑法将高空抛物行为纳入这一罪名,在很长一段时期内也相对解决了有法可依的问题。

### 3. 《刑法修正案(十一)》将高空抛物行为单独归罪的缘由

高空抛物行为刑事入罪被规定为以危险方法危害公共安全罪存有争议。例如,张明楷认为:“通常的高空抛物行为不具有以危险方法危害公共安全罪的特质,不应认定为以危险方法危害公共安全罪。在人员密集场所实施高空抛物行为的,不具有《刑法》第一百一十四条所要求的公共危险,也不应认定为以危险方法危害公共安全罪。”<sup>[8]</sup>对于该观点,本文总体上表示认同。因为公共安全必然涉及不特定多数人的生命、健康、重大公私财产安全,结合高空抛物行为的破坏方式的单一性和破坏范围的有限性等特点,只能说明不适合放在《刑法》分则第二章,并不能完全说明不会侵害到公共安全。所以,这里依然有讨论的空间。高空抛物罪的法益逐渐远离人的生命健康和财产(但并非不保护,详见下文),更多的是人们产生的不安感或者说是一种安全秩序之需要。如果不是这样一种新的需求出现,其完全可以按照相应后果去判断行为人是否符合故意杀人罪、故意伤害罪、过失杀人罪等,也完全没必要设立高空抛物罪。但很明显,这样做并不能解决社会大众对美好生活的向往和追求,人们在社会中产生的这种新的秩序需求,《刑法》就有必要做出回应加以保护,具有单独归罪的必要性。

## 二、高空抛物罪从立法到司法的逻辑跨越

高空抛物罪的单独设立，体现了《刑法》重要的社会法益保护功能，实践过程中高空抛物罪的司法适用成为关注的焦点。但是，高空抛物罪所保护的法益究竟是什么，是公共安全还是社会秩序呢？一般而言，《刑法》分则中各罪名所处的位置均代表《刑法》保护的某个种类的法益。那么，《刑法修正案（十一）》将高空抛物罪规定在《刑法》第二百九十一条的位置，是否就一定是保护社会公共秩序？另外，在保护法益具有解释空间的基础上，司法适用又该如何做出符合《刑法》精神的解释呢？以上两个方面，需要刑法教义学进一步解决，需要对《刑法》保护的法益进行界定，在解释论层面对各个构成要件进行实质解释。因此，从立法到司法的跨越，如果不理清这两层的逻辑关系，将会导致《刑法》条文内部不协调<sup>[9]</sup>，也会导致在司法适用上的困境。

### （一）刑事立法扩张趋势下高空抛物罪“法益”之疑问

确定法益是理解某一类型化的犯罪行为的核心要义。法益一般是从法条位置分析或者是从构成要件组成分析。为了最大限度地维护高空抛物罪的立法目的，在《刑法修正案（十一）》（草案）的说明中对第一条罪状“危及公共安全”的描述，表明高空抛物罪原初的保护法益就是公共安全<sup>[10]</sup>。但是，《刑法修正案（十一）》正式颁布后，却又直接由“危害公共安全”偏向“社会管理秩序的保护”。有观点认为，高空抛物罪的法益变更为对社会管理秩序的保护，并不是立法者规定高空抛物罪最为实质的初衷，立法者设置本罪的主要目的是保护民众“头顶上的安全”，但是后来考虑到危害公共安全罪名的缺陷，才将其放置在社会管理秩序领域。也有观点认为，《刑法修正案（十一）》把高空抛物罪放在《刑法》第二百九十一条中存在定性上的偏误。并且认为，将高空抛物罪放置于《刑法》第一百一十四条（以危险方法危害公共安全罪）中，比放置在《刑法》第二百九十一条更为合理<sup>[11-12]</sup>。对此，就需要进一步准确界定高空抛物罪的法益内涵，做好相匹配的解释，以符合司法实践的适用。应当包括以下几个方面。

第一，高空抛物罪的法益应当包含对公共安全的保护。立法者规定高空抛物罪最为实质的初衷，立法者设置本罪旨在保护民众“头顶上的安全”。立法者动用刑法来严厉禁止这种行为，本身就是对社会大众“共同意义”上的安全的保护。尽管高空抛物可能造成的伤害的最终结果不是人数众多的损害。但是，其具体化的对象是不清晰的，可能是高层建筑下的任意一个人，那么这种“可能性”本身就是一种对社会公众的威胁。故而，对社会大众的普遍保护也必然包含了对公共安全的法益保护。

第二，高空抛物罪的法益也包括对公民人身安全、财产利益的保护。高空抛物罪的法益保护不能脱离具体的人，由于抛掷物品给受害者头部、身体造成伤害以及对财物毁损的行为是刑法不允许的，因此高空抛物罪的保护法益就必然地包含人身健康和财产安全。当然，学界有不少观点认为，《刑法》分则中故意杀人罪、故意伤害罪，过失杀人罪、过失致人重伤罪都足够保护侵犯公民人身财产安全，高空抛物罪不需要保护这个利益，否则也会造成不必要的混乱<sup>[11]</sup>。其实，这些法益的保护是高空抛物罪无法逃脱的，因为“情节严重”的判断终究是要落实于“具体的人”，突破了公共安全的保护后，对“具体的人”的生命健康的保护同样也是高空抛物罪立法的目的。而且一个行为触犯几个行为，可以采取数罪并罚，并不会造成混乱。例如，袭警导致警察死亡案件中故意杀人和袭警罪同样可以数罪并罚<sup>[13]</sup>，同样是一个行为触犯数罪，完全不会产生冲突和矛盾。因此，高空抛物罪的法益里，完全可以包含公民生命健康的利益。

第三,高空抛物罪法益中的主要内容应当体现对社会公共秩序的保护。按照《刑法》体系和《刑法》分则的法益分类保护,应当确认它最大的特点和目的就是对社会公共秩序的保护。对此,学界不少学者存有争议。例如有学者认为,从“妨害社会管理秩序”之类法益出发解释高空抛物罪的实行行为与情节严重等入罪标准,仍存在行政犯没有明确的行政法的前置违法行为、实行行为的认定混乱等诸多疑问<sup>[11]</sup>。也有学者持相反观点,罪名的归类调整,绝非仅仅是一个位序排列的形式问题,而是蕴含着立法机关的价值选择的实质问题<sup>[10]</sup>。既然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第一节扰乱公共秩序罪之下,就鲜明地表达出立法者对法益保护的变更和立场。所以,应当优先和肯定设立高空抛物罪的主要目的,也即,是对社会公共管理秩序的保护。

综上所述,作为一种高度抽象的行为类型,高空抛物行为侵犯的法益未必都是公共安全,其中同样包括其他法益。即,高空抛物罪的法益应当采用“综合主义”才能表达完整,其法益应当是:为保护公共安全和公民生命健康和财产利益而形成的社会管理秩序。也只有这样,在其构成要件的判断上才能更准确和全面地把握。

## (二) 司法层面高空抛物罪不法之认定

所谓不法指的是,符合构成要件且违法。由于构成要件是违法类型,对构成要件的解释必须以违法性为指导。对于高空抛物罪而言,“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”的具体条文描述的内容来看,行为违反法的禁止或者命令这是很容易被大家理解的。但是,这显然是形式层面的违法性,缺乏违法性的实体。换言之,人们会进一步追问,为什么扔东西就一定是犯罪,身居高楼向空无一人的草坪扔东西是否侵犯法益?“情节严重”的评价和程度是怎样的?因此,有必要进一步从实质违法性上考察行为的违法程度,不仅有利于对构成要件符合性判断,也能合理确定正当化事由的根据与范围<sup>[14] 137-138</sup>。

### 1. 侵犯社会管理秩序却不造成实际损害之判断

抽象危险难以确定法益实质上的侵害。从这个角度而言,本文认为高空抛物罪与纯粹的“行为犯”并没有区别,其目的都是为了教育一般人。这就意味着,高空抛物行为在法律上是无价值的,相继也就会产生行为无价值论与结果无价值论的分野。申言之,犯罪是一种行为,犯罪的逻辑起点首先是行为<sup>[15]</sup>。一个行为是否是《刑法》所禁止的,最起码应该考察该行为是否具有危险。如果完全按照抽象危险犯来定性高空抛物行为,那么对这种行为危险的判断就具有很大难度,在司法适用上缺乏依据和标准。

### 2. 高空抛物罪构成要件的违法性判断应当达到值得科处刑罚的程度

“情节严重”作为某些犯罪的成立条件,是我国《刑法》分则的重要特色之一,也是划分罪与非罪的标志<sup>[14] 160-161</sup>。但并非所有的“高空抛物”行为都构成高空抛物罪,正是因为高空抛物罪的罪状表述中有“情节严重”这一限制条件。从积极层面来看,正是有了这一限制条件才显得条文具有科学性,否则该罪名很可能被架空。2019年,最高人民法院印发的《意见》对于高空抛物行为情节严重做了具体的规定,但此前文件中“情节严重”的适用的类型化罪名是危害公共安全。即,该《意见》当中的多次实施的“经劝阻仍继续实施的”“在人员密集场所实施的”等规定对现在新的法律条文的理解已然失去了参考价值,需要做出新的评价和解释;但是,从消极层面来看,实践中有不少高空抛物案的判案结果大致相同,但准确适用《刑法》的依据并不明确。尤其在判断“物件”“高空”造成危险的判断上法律未能给出准确的标准,这也是“情节严

重”需要做进一步解释的问题。如果《刑法》不考虑物品本身和高空高度的属性，仅以社会管理秩序的违反来判断违法性，抛什么物（物品界定），几层楼（高空界定）的判断都不重要，显然是不具有科学性的。因此，司法实践中认定高空抛物罪应当尽可能从整体性的角度思考和判断，从而给出更合理的解释。

### 三、民行刑共治：高空抛物行为的法律治理衔接

《民法典》的颁布，进一步激发了《刑法》立法的活性。刘艳红认为，整部《刑法修正案（十一）》就是积极预防性刑法观的立法实践，这使得刑法呈现出从以自由与人权为核心的保障法转向单纯的社会控制手段的发展趋势<sup>[16]</sup>。虽然，《刑法修正案（十一）》对高空抛物的犯罪行为进行了立法，但是这种越来越依靠《刑法》来应对社会的安全风险的做法却是值得思考的。这里所要讨论的并不是反对高空抛物行为的入罪，而是法律适用过程中如何衔接、何者优先的问题。因为仅通过刑法去规范社会行为，这是刑法极端“物化”的体现。由于时代变化，社会进入高速发展的当下，已不再是过去简单的法律关系，如果面对民刑交叉案件还是绝对地认为刑法优先、刑事诉讼优先，恐怕不能很好地处理社会纠纷。《民法典》颁布之后，应当以“民行刑共同治理”取得更好的法治效果，通过“民进刑退”纠正单一重刑社会治理模式，坚持民法、行政法优先原则，恪守刑法谦抑主义<sup>[17]</sup>。

#### （一）民进：应强化民事责任的追究

##### 1. 法秩序统一性原理下民法典适用顺序优先的重要意义

法律是国家治理社会的手段，各种部门法都是基于国家统治社会的目的而设立的，他们之间是一个层级高低不同，处罚力度和内容不同但互相配合的有序体系，因此，国家管理的目的也赋予了法律体系亦即法秩序的统一性<sup>[18] 31-32</sup>。也就是说，在对一个行为进行评价和认定过程中，应当遵循这种基于法秩序统一而形成的高低位阶判断体系。这里值得思考的一个问题是，一个行为是应该由行政和民事违法性进而上升为刑事违法性的判断，还是应该由刑事违法性单独判断其行政违法性呢？

单纯从立法角度来讲，民法和刑法来共同规制高空抛物的侵权行为，这是权利多重保护的现实需要。比如，对于公民个人信息权利的保护。过去行政法没有专门规定，刑法没有专门规定，民法也没有专门规定。现在，立法机关专门制定了个人信息保护法，在刑法中专门设立了侵犯个人信息罪，在《民法典》中写进了保护公民个人信息的条款。可以说，同样一种权利，三种法律都在保护，就像设了三道岗哨，加上了三重保险。但如果发生纠纷，就会产生到底该适用哪一种法律来处理，或者该如何同时协调适用几种法律来处理的问题。所以，刑行民交叉案件越来越多，是立法不断发展完善的体现，也是社会治理的趋势。高空抛物侵权行为被《民法典》详细规定后，刑法及时跟进和衔接是现实之需求。由两种法律共同保护，对人民生命健康利益而言，无疑是值得肯定的，但是在两部法律衔接上如何打好配合是当下刑民交叉问题要研究的地方。

需要明确的是，《刑法》是所有部门法的保障法，它的使用理应排在所有部门法的最后。刑法是最严厉的法律，具有强大的威慑力和惩戒功能，其本身就是一种“恶害”。如果其他法律足以解决问题，就不应该让刑法介入。高空抛物罪的设立不能将《民法典》中的高空抛物侵权行为的相关条款束之高阁。对于普通民众而言，什么法律处罚重就适用哪种法律，什么法律简单高效就适用哪种法律的风气一旦形成，会让社会充满戾气。如果使用《民法典》能够完全解决问题，

就不必适用刑法,否则物化刑法也必定使其丧失威严。综上,无论是按照部门法的功能和地位,还是从治理社会角度而言,《民法典》都应当是最优先适用的法律,刑法不法的判断应当建立在民法违法性、行政法违法性的基础上进行实质判断。

## 2. 高空抛物民事治理优先的法理依据

中国治理一向倚重刑法,秉承重刑轻民和泛刑主义的传统模式,不断将公民各类行为入罪入刑,公民自由空间逼仄,社会秩序得到了很好的维护,但人民权利未能得到充分保障<sup>[19]</sup>。在多元社会治理规范中,要更加强调法益保护目的和刑法介入必要性两者之间的平衡关系。高空抛物行为的治理,应当优先适用《民法典》民事侵权责任条款,而不是动辄入罪。《刑法》作为最后保障法,无论如何也不能在还没有适用民法规范时,就允许刑法规范先行。在实践案件中,当《民法典》足以保护法益的场合,刑法原本就不该积极主动地介入。例如,2021年2月,西安一小区里有一把椅子从天而降,随后,民警找到了从21层丢椅子的男子赵某,赵某表示当时家中发生矛盾,一气之下扔下了椅子,但未造成损害后果。后来,被告人赵某因犯高空抛物罪,被法院判处有期徒刑六个月,并处罚金五千元。法院认为被告人赵某从建筑物抛掷物品情节严重,其行为已经构成高空抛物罪<sup>[20]</sup>。从判决结果来看,法院确实是充分考虑了高空抛物罪设立的背景,即保护人民大众头顶上的安全,认为抛物行为具有危险并做出了最终判决。但是,这里面值得思考的问题是《民法典》是否能够有效处理该失范行为?在这一案件中我们可以发现,并没有造成民事侵权行为,但却直接根据高空抛物罪来定罪判罚。诚然,每个部门法所调整的法律关系和保护法益都不同,但是刑事的不法判断理应根据具体行为对前置法的违反和危害程度进行实质判断。显然,高空抛物罪的刑事立法和司法实践都导致《民法典》高空抛物侵权责任的规定形同虚设,刑事责任先行,民事责任遁形。

治理高空抛物行为必须在刑事责任追究之前,加强利用民法的填补功能。如果按照民事责任追究法律后果之后,社会关系得到修复,没有造成其他危害,也没有侵犯刑法所保护法益内容,就应当放弃刑事责任的追究。

## 3. 强化《民法典》的保护功能,否定刑法对民法力量的排斥

民法需要保留足够的解释空间。如文章第一部分所述,《民法典》颁布之前主要由《侵权责任法》第八十七条规制,该规定基于同情弱者、损失分担理论、公平正义论、行为推定论等理由具有一定合理性。《民法典》第一千二百五十四条的规定逻辑严密,通过修正和完善其适用条件,深化了《侵权责任法》第八十七条确立的限制观念,具有明显的进步性<sup>[21]</sup>。在逻辑上,高空抛物罪设立理应是给《民法典》第一千二百五十四条进行兜底和保障的。但需要注意,要给民法留有足够的解释空间。而不是只要民法没有规定的就理应归属于刑法规制。归责原则的真实涵义是反对由法律来阻碍偶然事件的发生,并反对法律补偿由命运所造成的不平等。美国著名法学家霍姆斯在其经典名著《普通法》中所言:“良好的政策应让损失停留于其发生之处,除非有特别干预的理由存在。”<sup>[4]</sup>尽管《民法典》是一部非常详细的基本法,但其规定也难以包罗万象,其中高空抛物致害责任规则的适用漏洞仍需要通过司法解释、基于法官的个案经验进行填补。

规制社会失范行为,刑法不能比民法更激进。如果仅按照“法制观念淡薄”就认定高空抛物的“情节严重”,只要形式上符合“高空抛物”就必须追究刑事责任,那《民法典》的保护功能就毫无意义。有学者就认为,这在刑民交叉法益的保护上并不多见,一般都是先有前置法处罚再有刑罚处罚<sup>[22]</sup>,在民法都没能追究“高空抛物”行为人“民事侵权”责任的情况下,刑法却能异军突起地领先追究行为人的刑事责任,这无疑不让人担心积极预防性刑法观的消极影响。《民



法典》理应是顺应日益广泛的权益保障要求的存在<sup>[23]</sup>，它理应是每一位公民的权利宣言书。因此，公民的权益保障绝不能由于刑法过于积极的适用而受损。在法律观念上应当强化《民法典》的保护功能，限制刑法干预的力量。

## （二）刑退：治理高空抛物行为刑法应作为补充性治理方式

从古典理论的刑法谦抑视域下的实害犯到具体犯，再到抽象危险犯，刑法越来越难以维持其谦抑性。这是因为风险刑法扩张的原因，导致了法益抽象化、处置前置化、危险概念化等问题。危险和法益越来越接近，越来越多的法益要依靠推定，远离了传统的经验逻辑。高空抛物罪就是如此，它远离具体法益，走向刑法中更为模糊的公共秩序法益领域。虽然设立该罪名有社会管理的积极效果，但是也应当考虑到其负面效果。这里至少需要考虑两个层面。

一方面，刑法谦抑主义的立场回归。虽然学界对刑法的谦抑性理解不尽一致，但在高空抛物入刑的问题上立场却基本相同，可以归结为刑法的容忍度问题。有观点认为，在当下社会飞速发展和与日俱增的社会风险的社会阶段，犯罪化的学术研讨焦点应当跳出固有框架，刑事法治实践理应追随制度变革所希求之刑法治理性价值制度的充分释放，尊重并遵循现已存在的犯罪化趋势，不宜对社会公众广泛且热切的安全需求置若罔闻<sup>[7]</sup>。的确，对于公众的需求应该是要关注的。但是，也应当注意，法益保护主义和积极性刑法立法是自相矛盾的。高空抛物罪的设立实际上是以积极的、一般预防思想为根基的，它或多或少与刑法谦抑主义有所背离，在适用该罪名时就必须考虑到刑法的“最后性”。简言之，“刑退”就是指类似高空抛物、污染环境等行为，能够通过民事行政措施予以救济和处罚，就没有必要动用刑法。如果所有的行为的治理都率先让刑法积极回应，刑法就会背离其应有定位。

更何况，并非只有刑法保护社会利益，刑法以外的其他法律也在以其他的形式保护法益。就法益保护来说，暴力危及交通安全罪、重大责任事故危险罪、非法催收债务罪等罪名在没有伤亡事故发生、没有财产损失发生之时，何来法益侵害之说？因此，应当思考治理高空抛物行为，在入罪之前是否已经穷尽其他手段。总言之，刑法谦抑主义的主要指导思想就在于，如果一个行为能够用其他的制裁手段，那就不要适用刑法。

另一方面，应当否定轻罪入罪化的趋势。如前文所述，尽管单独设立高空抛物罪具有非常重要的现实意义，但是趋向社会管理秩序的刑事立法却是值得反思的。周光权认为，“及时设置轻罪对于减轻司法压力、防止轻罪重判是有实际意义的”。但是，增设轻罪也应当尽可能实现对类型化行为的规制。如果一个罪名所惩治的不是类型化的危害行为，该规定的司法适用空间就有限，这样的立法模式就不太理想<sup>[24]</sup>。本文认为，面对轻罪（微罪）入刑化的这种立法是未来刑事立法需要纠正的，对当下逐渐显现出来的趋势要保持谨慎态度，而且，应当摒弃侵权行为进一步“犯罪化”。其实，犯罪本身也源于侵权行为。在法律史上，刑法和民法具有同源性。根据历史的分析，刑法与民法在起初损害赔偿和惩罚制度的填补思想几乎是完全一致的。只是到了近代之后为了避免被害人和侵权人之间发生更大的矛盾以及社会秩序的考虑，国家垄断了惩罚权，产生了警察制度和检察制度，民法和刑法才在惩罚方式上发生了改变。所以说，侵权行为在民法、行政法、刑法都有其共通性，是在不同程度侵害了不同部门法的法益。这说明，刑法和民法在面对侵害时，有明显的“前后承接关系”，即刑法不能在民法、行政法尚未出面解决问题时优先站出来，未来立法不应考虑轻罪入刑，进一步扩大犯罪化。

综上所述，刑法应该回归传统的严谨和谦抑，否定未来轻罪入罪化的趋势，避免刑法成为一种社会控制的工具。犯罪化正当性原则的实质是刑法将一个危险行为入罪或者进行刑罚处罚的合

理依据<sup>[25]</sup>。高空抛物罪的设立,展现出来的是国家动用刑法管理社会的积极效果。但也不能忽视其消极方面的影响。正如刘艳红的观点,“如果仅仅是因为适用刑法更方便,却不考虑由此带来的刑法膨胀,动辄入罪的负效应,最终会将刑法引入治理社会的治理工具,导致刑法的滥用和最终被消解”。未来,立法者在面向愈发复杂的社会风险时,既要充分认识到刑事立法扩张的现实需求,又要反思和关注法秩序统一原理下法律条文的设计,坚决避免刑法沦为纯粹的“危害防治法”。

### (三) 补强法益性:明确高空抛物行为的行政管理法规

犯罪的本质是侵犯或者威胁法益。受司法入罪思维的影响,我国刑事立法行政犯的规定越来越多,但是和传统的自然犯相比,行政犯在法益侵害性上是“先天不足”的,导致无法发挥法益对行政犯的限缩作用<sup>[18] 228-229</sup>。为充分发挥罪刑法定原则的人权保障机能,考虑到行政犯与自然犯的差异,应当从法秩序统一原理出发。强调行政犯构成要件符合性判断应结合行政管理法规而进行,才能全面充分地判断行政犯构成要件符合性,而这正是行政犯坚持罪刑法定原则的前提。

#### 1. 行政犯罪的“法益性欠缺”

很显然,高空抛物罪的定性是行政犯,它和自然犯的区别是:自然犯是天生违反了社会伦理道德的犯罪,而行政犯本质上未违反社会伦理道德,是由后天为了满足国家行政管理方面的需求而规定的犯罪。相比于其他行政犯,高空抛物罪的设定在行政法上几乎没有前置立法,可以说直接是从民法到刑法的跨越,缺失了行政法中间的桥梁作用。因此,它在法益性的逻辑上就需要进行补强,这有两方面的好处。

一方面,应当在《中华人民共和国行政处罚法》中规定相关具体的法律规范,有助于部门法之间法律治理的衔接。污染环境罪、容留他人吸毒罪是典型的行政犯,但都是没有侵犯或者破坏法益,而都是违反了国家禁止性规定。就容留他人吸毒而言,虽然治安管理处罚法对容留他人吸食毒品并没有明确的规定,但是在《中华人民共和国禁毒法》(以下简称《禁毒法》)里有明确的规定。根据《禁毒法》第六十一条的规定,容留他人吸食、注射毒品或者介绍买卖毒品,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由公安机关处十日以上十五日以下拘留,可以并处三千元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。因此,《刑法》第三百五十四条容留他人吸毒罪规定,容留他人吸食、注射毒品的,处三年以下有期徒刑、拘役、或者管制,并处罚金。行政犯和自然犯相比,本来就具有“法益性欠缺”,但是同样是妨害社会管理秩序的犯罪,容留他人吸毒罪起码还有前置的行政法律规范可以作为依据。但是,高空抛物罪在行政法领域的法律规定是缺失的,这不利于法秩序的统一和衔接。

另一方面,完善行政法规有助于塑造刑事形式犯。自然犯一般都是实质犯,行政犯几乎都是形式犯,形式犯是没有侵害法益或威胁法益甚至是抽象危险的侵害法益之危险<sup>[26]</sup>。形式犯虽然不以对法益之侵害的抽象危险为必要,但是构成要件依然需要在前置法中找到依据,补强法益性缺失。高空抛物罪构成要件中的“情节严重”,在实务中的确不具有明确性,上述文章已经有过充分的讨论,在此不再赘述。但是依然需要指出的是,在行政法律规范的补充和修改上,应当充分考虑高空抛物罪目前在法益和司法实践双层逻辑的跨越难度,完善补充行政法规将会有助于稳固高空抛物罪在《刑法》分则第六章第二百九十一条学理上和体系上的根基。

#### 2. 行政法规构造的具体建议

本文前部分已经论证过高空抛物罪的法益应当采用“综合主义”才能表达完整,即,为保护公共安全和公民生命健康和财产利益而形成的社会管理秩序。因此,根据《中华人民共和国治安

管理处罚法》（以下简称《治安管理处罚法》）第一条，为维护社会治安秩序，保障公共安全，保护公民、法人和其他组织的合法权益的立法目的，高空抛物行为的治理完全符合纳入《治安管理处罚法》。

具体建议是，在《治安管理处罚法》第四节妨害社会管理的行为和处罚部分，明确规定：从高层建筑物往下抛掷物品的，对相关责任人员处五百元以上一千元以下罚款；情节严重的，处十五日以下拘留，并处五百元以上一千元以下罚款。有以下行为之一的视为情节严重：一是未造成行为人人身权利和财产权利的损失，但之前因此类行为已被追究过法律责任；二是在较高楼层、建筑物、高地势抛掷物品，物品下落产生的冲击力足以造成人员受伤，但未实际造成伤害的。

本文认为，上述对《治安管理处罚法》具体法律条文的构建可以在“民刑共治”间搭建行政法规的桥梁，且这样规定的好处是不会造成其他部门法的混乱。也即，《民法典》第一千二百五十四条主要是以填补功能为主，解决平等主体之间人身权利和财产纠纷。即使没有形成民事侵权行为；《治安管理处罚法》能够发挥行政法规的社会管理职责，对于失范行为进一步规制；再如果实际造成伤亡情节严重达到刑法处罚标准的，就可以依据《治安管理处罚法》第二条，“扰乱公共秩序，妨害公共安全，侵犯人身权利、财产权利，妨害社会管理，具有社会危害性，依照《刑法》的规定构成犯罪的，依法追究刑事责任”（启动《刑法》第二百九十一条之二高空抛物罪）。从而，在法秩序统一性原理下，通过科学的法律设置从而形成“民法-行政法-刑法”的有效衔接。

## 四、结语

治理高空抛物行为需要多管齐下，综合运用各种法律手段，需要通过“民行刑共治”来共同解决。“民进刑退”的核心含义在于，虽然民事侵权行为的治理手段效果是有限的，不能完全发挥法律的一般预防效果。但是刑法也不应该对各类侵权行为“事无巨细”地参与，而应该是在《民法典》适用的基础上强化对民事责任的追究，在行政法规的构建上进一步加大法律的约束。“民行刑共治”的内在要求是，在法律治理社会失范行为时必须遵循法秩序统一性原理，形成“民法-行政法-刑法”的适用顺序，结合合法权益受损的不同程度寻找相应的部门法进行规制。由此，在面向民刑交叉、行刑交叉的案件做到体系顺畅，进一步促进民行刑法律体系的协调，尤其是在法律规定和实际适用等问题上消解矛盾，进而提升社会治理能力和效果。

### 参考文献：

- [1] 刘艳红. 实质出罪论 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2020：5-7.
- [2] 刘艳红. 实质刑法观 [M]. 2 版. 北京：中国人民大学出版社，2019：17-18.
- [3] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义 [M]. 北京：中国法制出版社，2010：431-432.
- [4] 曹险峰. 侵权法之法理与高空抛物规则 [J]. 法制与社会发展，2020，26（1）：48-61.
- [5] 祁治国. “高空抛物”入刑的法治意义 [N]. 北京日报，2021-03-24（3）.
- [6] 阿奎那. 阿奎那政治著作选 [M]. 马清槐，译. 北京：商务印书馆，2017：108-109.
- [7] 曹波. 高空抛物“入刑”的正当根据及其体系性诠释 [J]. 河北法学，2021，39（2）：157-173.
- [8] 张明楷. 高空抛物案的刑法学分析 [J]. 法学评论，2020，38（3）：12-26.
- [9] 张明楷. 增设新罪的原则：对《刑法修正案十一（草案）》的修改意见 [J]. 政法论丛，2020（6）：3-16.
- [10] 应家贇. 高空抛物罪的保护法益及其规范适用 [J]. 浙江学刊，2021（5）：90-98.
- [11] 姜涛. 高空抛物罪的刑法教义学分析 [J]. 江苏社会科学，2021（5）：111-120.

- [12] 殷磊. 高空抛物罪的法教义学分析 [J]. 社科纵横, 2021, 36 (6): 94-100.
- [13] 赵栋梁. 李国胜故意杀人、寻衅滋事、袭警二审被判死刑 [N]. 人民法院报, 2022-02-22 (3).
- [14] 张明楷. 刑法学: 上 [M]. 6版. 北京: 法律出版社, 2021.
- [15] 张明楷. 外国刑法纲要 [M]. 2版. 北京: 清华大学出版社, 2007: 60-62.
- [16] 刘艳红. 化解积极刑法观正当性危机的有效立法: 《刑法修正案(十一)》生物安全犯罪立法总置评 [J]. 政治与法律, 2021 (7): 18-34.
- [17] 刘艳红. 人性民法与物性刑法的融合发展 [J]. 中国社会科学, 2020 (4): 114-137.
- [18] 刘艳红, 周佑勇. 行政刑法的一般理论 [M]. 2版. 北京: 北京大学出版社, 2020.
- [19] 刘艳红. 民刑共治: 国家治理体系与治理能力现代化路径 [J]. 法学论坛, 2021, 36 (5): 40-49.
- [20] 张泽牧. 男子从21楼扔椅子, 判了! [EB/OL]. (2021-07-08)[2022-03-24]. <https://new.qq.com/rain/a/20210728A0EILD00.html>.
- [21] 冯恺. 民法典高空抛物致害责任规则的体系性解读: 局限与克服 [J]. 比较法研究, 2021 (1): 76-89.
- [22] 李晓明. “高空抛物”入罪的法教义学分析与方案选择 [J]. 天津法学, 2020, 36 (4): 56-63.
- [23] 王利明. 民法典如何保障人民美好生活需要 [J]. 当代贵州, 2020 (28): 71.
- [24] 周光权. 刑法各论 [M]. 4版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021.
- [25] 郭艳东. “高空抛物”犯罪化: 立法正当性审视与规范体系性控制: 以《刑法修正案(十一)》为视角 [J]. 西部法学评论, 2021 (3): 122-133.
- [26] 大塚仁. 刑法概说·总论 [M]. 冯军, 译. 3版. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 119-121.

## The Logistic Regression of Legal Governance of the Behavior of Throwing Objects at Height from the Perspective of Civil-Administrative-Criminal Co-governance

Da Chaoyu

**Abstract:** From the traditional civil governance to criminal governance, and to individual conviction, the legal governance of the behavior of throwing objects at height is constantly evolving. In order to optimize the effect of relevant laws of social governance, it is necessary to further optimize the connection among branches of laws, and from the standpoint of “civil-administrative-criminal co-governance” and “advancement of civil law and withdrawal of criminal law”, to reinforce administrative crime’s natural “lack of legal benefit” through strengthening the investigation of civil legal liability and clarifying the administrative regulations of the behavior of throwing objects at height. Criminal law should return to the traditional rigor and modesty to avoid the trend of criminalization of misdemeanors in the future. From the legislative level to the judicial level, it is of great theoretical and practical significance to straighten out the logic of the legal governance of the behavior of throwing objects at height, promote the coordination of civil-administrative-criminal legal system, and improve the social governance ability and effect.

**Keywords:** civil-administrative-criminal co-governance; advancement of civil law and withdrawal of criminal law; the crime of throwing objects at height; unity of legal order; lack of legal benefit of administrative crime

(收稿日期: 2021-12-19; 责任编辑: 晏小敏)