

# 个罪法益与构成要件的解释方法

张开骏\*

## 目次

一、导言	四、以法益保护为指导对构成要件做必要的扩大或缩小解释
二、依据刑法体系和罪状等确定个罪的保护法益	五、罪刑法定原则禁止做不利于被告人的类推解释
三、以法益保护为指导对构成要件做合理的平义解释	

**摘要** 个罪的法益与构成要件需要妥当解释,才能公正合理地适用。明确个罪的法益,有助于认清犯罪本质和处罚范围;以法益保护指导构成要件解释,有助于划清处罚界限。个罪法益可从体系地位、罪状规定和比较法视角等确定。负有照护职责人员性侵罪的法益是已满14周岁不满16周岁女性的性自主权,而不是身心健康;高空抛物罪的法益是地面公共场所人们生活起居的安稳有序的状态,而不是公共安全。构成要件解释应坚持客观解释论和实质解释论,在刑法文义的限制下,做合理的平义解释以及必要的扩大解释或缩小解释。妨害安全驾驶罪的“暴力”是广义的,“行驶中”是指发动机处于启动状态;负有照护职责人员性侵罪的“发生性关系”是指男性生殖器针对女性的侵入身体式的性行为,包括性交、肛交和口交;高空抛物罪的物品性质(属性、种类)不宜限定;侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的对象应限定为烈士。个罪的解释应遵循罪刑法定原则,禁止做不利于被告人的类推解释。从地面向高空抛掷物品而使其从高空坠落,或者跳楼自杀,或者将他人从楼顶等高空推下等行为,均不符合高空抛物罪。

**关键词** 法益 构成要件 解释方法 罪刑法定 刑法修正案(十一)

## 一、导言

当前我国刑事法存在一种突出状况,即司法机关通过司法解释进行犯罪化处理(司法犯罪化)

\*上海大学法学院副教授、法学博士。本文系教育部人文社会科学研究规划基金项目“刑法活性化背景下轻罪立法研究”(项目编号:22YJA820033)的阶段性成果。

在先,立法机关通过刑法修正案对司法解释内容予以补救式规定(立法犯罪化)在后。<sup>〔1〕</sup>有的司法解释规定存在类推解释现象(司法解释中的类推规定),<sup>〔2〕</sup>有的司法判决存在类推定罪之嫌。<sup>〔3〕</sup>例如,对高空抛物、抢控驾驶操纵装置、不遵守防疫规定等行为,适用寻衅滋事罪、以危险方法危害公共安全罪。我国新近刑法修正的特色,其一是彰显了限缩“口袋罪”的精神。唯有对个罪的法益与构成要件做出妥当解释,才能对“口袋罪”现象起到纠偏作用,坚守罪刑法定原则。<sup>〔4〕</sup>其二是完善了刑法的轻罪体系。例如,增设妨害安全驾驶罪、高空抛物罪和危险作业罪(最高法定刑均为一年有期徒刑)。为了发挥刑法严密刑事法网、保护法益的效果,同时衔接刑事处罚与行政处罚、民事处理,为出罪留下必要空间,有必要对个罪的法益与构成要件做出妥当解释,合理划定轻罪的犯罪圈。

刑法的实施离不开刑法解释。刑法的目的是法益保护,犯罪本质是法益侵害或威胁,法益具有犯罪构成要件的解释论机能,刑法解释必须以保护法益为指导。<sup>〔5〕</sup>刑法是由语言文字表述的裁判规范和行为规范,刑法解释必须坚持罪刑法定原则,解释结论必须限制在法条用语的文义范围内,才能约束司法公权力和保障人权。此外,刑法解释中存在客观解释论与主观解释论的对立,前者是探求存在于刑法规范中的客观意思,后者是探寻立法者制定刑法规范时的主观意思或立法原意。客观解释论逐渐成为共识,这具有充分的理由:立法原意并不十分明确;立法原意也可能存在缺陷,探求立法原意不利于克服立法缺陷;立法常常建立在以往经验之上,难以甚至不可能对未来情形设想周到;探求立法原意往往导致探求起草者的原意,这不利于法治;刑法是成文法,通过词语来表达立法精神和目的,应根据词语的客观含义来发现立法精神和目的;刑法一经制定便是客观存在,与立法原意产生距离,这为客观解释提供了根据;刑法具有相对稳定性,探求立法原意不能适应社会发展变化,不利于发挥刑法的生命力。<sup>〔6〕</sup>不过需要注意,坚持客观解释论并不意味着不可以考察立法背景和沿革,此即刑法解释理由之一的历史解释。关于刑法解释理由的位阶,符合法条用语的文义是前提,此外的各种解释理由中,符合保护法益的刑法目的具有优先性。换言之,个罪的刑法解释应立足其具体规定,以法益保护为指导或者说服务于法益保护需求,并辅以其他的解释理由。对一个刑法用语进行解释,解释方法要么是平义解释,要么是扩大解释或缩小解释等,而解释理由则可以有多种。为了得出一个合理的解释结论,有必要努力提出能够支撑结论的多种解释理由。总而言之,为纠正司法解释和实务的不当现象,发挥刑法在社会治理中的作用,应以法益保护为指导,坚持客观解释论和实质解释论,选择各种可靠的解释理由,在刑法文义的限制下,对个罪做合理的平义解释以及必要的扩大解释或缩小解释,避免做不利于被告人的类推解释。

个罪法益与构成要件的解释对其犯罪圈划定具有直接影响。以法益保护指导个罪构成要件解释,需先明确个罪法益的内容,这有助于揭示个罪的犯罪本质,确定个罪的处罚范围。而个罪法

〔1〕 参见俞小海:《刑法修正与司法解释关系重塑:一个“交互型”视角》,载《清华法学》2023年第4期,第52—53页。

〔2〕 参见张明楷:《〈刑法修正案(十一)〉对司法解释的否认及其问题解决》,载《法学》2021年第2期,第3—10页;江溯:《罪刑法定原则的现代挑战及其应对》,载《政法论丛》2021年第3期,第108—110页。

〔3〕 参见周光权:《论通过增设轻罪实现妥当的处罚》,载《比较法研究》2020年第6期,第47—52页。

〔4〕 参见张明楷:《〈刑法修正案(十一)〉对口袋罪的限缩及其意义》,载《当代法学》2022年第4期,第7—18页。

〔5〕 参见张明楷:《法益初论》(增订版),商务印书馆2021年版,第262—264页。

〔6〕 参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第85—91页。

益的确定亦受制于个罪构成要件规定,需要运用相关的解释原理与方法,有赖于合理的刑法解释。本文在思路,先探讨个罪法益的刑法解释,继而探讨个罪构成要件的解释。为突出研究的应用价值,本文选取立法相对较新、相对常见以及争议较大的若干罪名(高空抛物罪、妨害安全驾驶罪、负有照护职责人员性侵罪和侵害英雄烈士名誉、荣誉罪等),作为分析对象。

## 二、依据刑法体系和罪状等确定个罪的保护法益

个罪保护法益的确定,可从以下方面考虑:(1)根据体系地位划定法益归属。法条的体系地位是确定具体犯罪保护法益的最重要依据,是判断个罪法益的决定要素。<sup>[7]</sup>我国《刑法》分则主要根据犯罪侵害的同类法益将罪名规定为十章。第三章和第六章因罪名体系大、数量多,分别规定了八节和九节。每个罪都有具体的条款号。可以从个罪所在的章节位置、与类罪名之间的法条关系、个罪涉及的《刑法》与其他法律法规(例如前置法)的关系等,来探寻个罪的保护法益。(2)根据罪状规定确定法益内容。对具体罪名法益的认定不宜笼统、抽象,而应该结合法条罪状的表述对其予以具体化。“刑法规定某个构成要件就是为了保护某种特定的法益,所以,构成要件与保护法益之间具有内在的关联性。一方面,对构成要件的解释必须以保护法益为指导,另一方面,保护法益的内容必须能够从构成要件中推导出来……构成要件的内容成为确定保护法益的重要依据。”<sup>[8]</sup>构成要件是法益侵害行为的观念指导形象,法条规定了构成要件要素和犯罪成立条件,因此罪状规定提示、说明,有时候直接指明了保护法益的内容。(3)根据比较研究来佐证解释个罪的保护法益。当国外刑法存在相同或者类似规定时,可以考察、借鉴其立法、司法和刑法理论,以佐证我国刑法的解释结论。例如,《刑法修正案(十一)》将暴力袭警行为从妨害公务罪独立出来规定为袭警罪,学界争论袭警罪的法益是人民警察的公务,还是人民警察的公务与人身法益(复合法益)等。比较考察日本《刑法》第95条第1款的妨害执行公务罪,其罪状是“在公务员执行职务时,对其实施暴行或者胁迫的”。日本刑法通说认为尽管该罪的行为对象是公务员,但立法旨趣不在于保护公务员的人身,其法益是公务员所执行的职务(公务)或者说该公务的顺利执行。该通说为我国袭警罪法益是人民警察的公务的解释论提供了佐证理由。<sup>[9]</sup>

### (一)妨害安全驾驶罪的法益

本罪属于《刑法》分则第二章危害公共安全罪,而且罪状规定了“危及公共安全的”,这指明了本罪法益属于公共安全的范畴。法条使用“干扰公共交通工具正常行驶”等用语,可进一步明确法益是与公共交通工具相关的道路公共安全。既包括公共交通工具上的驾驶人员和乘客的安全,也包括与被妨害公共交通工具相关的周围道路上的交通参与人的安全。有学者将公共交通工具之上和之外的情形分别称为“原发性危险”和“次发性危险”,认为当公共交通工具上仅有行为人和驾驶人员,两人发生争执,妨害安全驾驶,考虑到闹市区、行人车辆众多的道路环境,该行为产生了次发性危险的,应当构成本罪。<sup>[10]</sup>对妨害驾驶行为危及公共安全的判断,兼顾公共交通工具之上和之外的危险,是合理的。

[7] 参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定依据》,载《法律科学》2023年第6期,第45页。

[8] 同上注,第49页。

[9] 参见张开骏:《公务保护与人权保障平衡下的袭警罪教义学分析》,载《中外法学》2021年第6期,第1525页。

[10] 参见梅传强、胡雅岚:《妨害公共交通工具安全驾驶罪的理解与适用》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第45—46页。

关于“危及公共安全”的理解,一般认为,该规定要求妨害驾驶行为对公共安全造成具体危险,而非抽象危险,本罪是具体危险犯。<sup>〔11〕</sup>但是刑法界提出了诸多不同观点。一种观点区分“危害公共安全”和“危及公共安全”,认为前者表明是具体危险犯,后者(例如本罪)表明是抽象危险犯。“危害”的含义包括造成损害的高度盖然性和现实可能性,“危及”的含义是对公共安全造成损害的可能性。我国《刑法》中表述“危害公共安全”之罪的法定刑都重于表述“危及公共安全”之罪(后者仅三个罪名,除了本罪,还有第130条非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪和第133条之一危险驾驶罪),表明危害公共安全的危险程度高于危及公共安全。将本罪认定为抽象危险犯符合轻罪的立法形态。<sup>〔12〕</sup>于是,只要行为人实施符合本罪构成要件的行为,就具备抽象危险,无须做具体判断。<sup>〔13〕</sup>还有一种观点将本罪的“危及公共安全”解读为“准抽象危险犯”,即危险程度介于具体危险和抽象危险之间。<sup>〔14〕</sup>还有学者认为,“危及公共安全”指和缓、可控且危险现实化的内容轻微的一般公共危险,轻于“危害公共安全”所指的具体公共危险,但这不妨碍将本罪归属于具体危险犯。<sup>〔15〕</sup>

笔者不赞同本罪是(准)抽象危险犯的观点。“危害公共安全”之罪重于“危及公共安全”之罪,是由构成要件行为类型及具体案情决定的,不是由“危及公共安全”与“危害公共安全”的文字表述决定的。“危及公共安全”与“危害公共安全”充其量是文字表述上的差异,两者的文义差别微乎其微。在成立犯罪是否要求行为具有公共安全具体危险的问题上,两者的性质不应被区别对待,事实上两者也难以区分。在刑法教义学上,当从文字表述区分两个事物(情形)没有实益,反而会造成理论困扰和实务负担时,应该注重价值和规范判断而不做区分。类似情形例如,强制猥亵、侮辱罪中猥亵与侮辱的关系,侵占罪涉及的遗忘物与遗失物的关系。同样,“准抽象危险犯”对刑法理论和实务并无益处,没必要提出这种危险犯概念。<sup>〔16〕</sup>总之,应该像“危害公共安全”那样理解“危及公共安全”。“危及公共安全”与“危害公共安全”的规范含义相同,都是具体危险犯的立法特征。具体危险的判断资料包括:公共交通工具状况(车型、速度、乘车人员数量),路面状况(道路类型、人流量和车流量、交通时间),驾驶人员状况(驾龄、是否疲劳驾驶或酒驾等),案发行为状况(抢夺方向盘、殴打或互殴的动作幅度、时间长短)。就行驶中的公共交通工具而言,具体危险的表现包括但不限于,公共交通工具出现颠簸摇晃、行驶偏离、突然加速或制动等。妨害驾驶行为仅产生抽象危险的,不成立本罪。例如,行为人打了司机一巴掌或者拉了一下方向盘,司机技术熟练或者早有防备,对公共交通工具操控沉稳,行驶未受影响的,不成立本罪。

尽管本罪是具体危险犯,考虑到法定刑较轻(“处一年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”),故妨害驾驶罪行对危害公共安全的危险程度要求较低。其实,在我国刑法的交通犯罪体系中,各罪及其罪状类型(妨害安全驾驶罪、危险驾驶罪、交通肇事罪、以危险方法危害公共安

〔11〕 参见刘浩、刘艳红:《妨害安全驾驶罪中“危及公共安全”的法教义学分析》,载《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期,第89—90页。

〔12〕 参见冀洋:《公共安全刑事治理的教义学评析》,载《法学论坛》2021年第5期,第77—78页。

〔13〕 参见邓定远:《妨害公共交通工具安全驾驶的刑法规制》,载《民主与法制时报》2021年1月7日,第6版。

〔14〕 参见郝川、刘娅静:《妨害安全驾驶罪应理解为准抽象危险犯》,载《检察日报》2021年10月29日,第3版。

〔15〕 参见夏朗:《妨害安全驾驶罪结果与行为的实质标准及危险犯类型》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2022年第1期,第131—135页。

〔16〕 参见张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,载《政法论坛》2023年第1期,第78页。

全罪)对公共危险的危害程度有所不同。假如在具体案件中,妨害安全驾驶行为的公共危险性高,有可能成立以危险方法危害公共安全罪。

## (二) 负有照护职责人员性侵罪的法益

只要采取法益侵害说的立场,便难以接受本罪法益包括“照护职责所形成的伦理关系”<sup>[17]</sup>、本罪行为“违反性伦理禁忌”<sup>[18]</sup>等观点。本罪法益是已满14周岁不满16周岁的未成年女性(以下简称“未成年女性”)的性自主权。<sup>[19]</sup> (1) 本罪属于《刑法》分则第四章,位于第236条强奸罪与第237条强制猥亵、侮辱罪之间,我国刑法通说认为这两罪的法益是性自主权。本罪的行为是“发生性关系”,揭示了本罪法益是与性相关的个人权益。(2) 从比较刑法的视角看,德国、日本《刑法》和我国台湾地区“刑法”均在“妨害性自决权”“妨害性自主罪”等章名称下,规定了特殊职责人员性侵未成年女性的犯罪,其对该罪法益的共识是未成年女性的性自主权。例如,日本2017年《刑法》修正增设监护人猥亵罪、监护人性交等罪(第179条),其通说认为,“本罪的保护法益是未满18周岁者的性的自由或者性的自我决定权,而非以青少年的健康成长本身作为直接的保护法益。”<sup>[20]</sup> (3) 已满14周岁不满16周岁的未成年女性拥有性自主权,这是毫无疑问的。一般人使用强制手段奸淫未成年女性的成立强奸罪,就说明了未成年女性拥有性自主权。(4) 可能有人认为,本罪不像强奸罪那样要求“暴力、胁迫或者其他手段”,也不像强制猥亵、侮辱罪那样要求“暴力、胁迫或者其他方法强制”被害人,即使特殊职责人员没有实施强制手段,未成年女性同意与其发生性关系的也成立本罪,从而说明性自主权并非本罪法益。其实,以上认识流于表面。本罪主体被限定为“负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员”,据此可将行为人“利用特殊职责关系”理解为“不成文的构成要件要素”。<sup>[21]</sup> 特殊职责人员与未成年女性的关系特殊、地位不平等,前者对后者具有影响力或控制力,未成年女性处于弱势地位、受到前者制约。因此,特殊职责人员与未成年女性发生性关系时,对女性存在潜在的、隐性的强制,未成年女性一般难以表达真实意志,其同意只是“表面同意”“不完全自愿的同意”“非实质自愿”,而不是“真实同意”。<sup>[22]</sup> 换句话说,未成年女性的性自主权在面对特殊职责人员时一般不能有效行使(难以真正地自主地决定),因而性自主权遭到侵害。正是基于此,不需要特殊职责人员实施强制手段,即使未成年女性同意发生性关系,也可对特殊职责人员入罪,这便扩大了对未成年女性的性保护刑事法网。如果特殊职责人员使用强制手段,致使未成年女性对发生性关系不能抗拒的,则认定为更重的强奸罪。综上分析,负有照护职责人员性侵罪的法益是性自主权,即已满14周岁不满16周岁的未成年女性自主决定是否、与何人、在何时何地、以何种方式发生性关系的权利。本罪立法并不表明《刑法》提高了原来的14周岁性同意年龄。特殊职责人员并未利用职责关系对已满14周岁不满16周岁女性施加不利影响,而是

[17] 参见凌萍萍、陆杰:《负有照护职责人员性侵罪的法教义学阐释》,载《探索与争鸣》2023年第6期,第100—101页。

[18] 参见周详、孟竹:《隐性强制与伦理禁忌:“负有照护职责人员性侵罪”的理据》,载《南通大学学报(社会科学版)》2021年第2期,第104—107页。

[19] 参见王焕婷:《性侵犯罪的不法内涵——以负有照护职责人员性侵罪为中心》,载《中国刑事法杂志》2022年第6期,第55—57页;姜瀛:《负有照护职责人员性侵罪的法益追问与适用边界》,载《现代法学》2022年第3期,第89页。

[20] [日]西田典之:《日本刑法各论》(第7版),桥爪隆补订,王昭武、刘明祥译,法律出版社2020年版,第111页。

[21] 参见周详:《论负有照护职责人员性侵罪的规范目的》,载《法商研究》2022年第4期,第98页。

[22] 参见付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的保护法益与犯罪类型》,载《清华法学》2021年第4期,第77—79页;李立众:《负有照护职责人员性侵罪的法教义学研究》,载《政法论坛》2021年第4期,第21页、第24页。

后者积极主动地爱恋和追求特殊职责人员,并真实自愿地发生性关系的场合,由于该女性的性自主权未受到侵犯,特殊职责人员不构成犯罪。

有一种观点认为,本罪法益是已满14周岁不满16周岁女性的身心健康,性自主决定权在未成年女性面对照护者时被刑法家长主义否定,谈不上被侵犯。<sup>[23]</sup>该观点不妥当。(1)身心健康的概念过于宽泛,不易判定。<sup>[24]</sup>现实中侵害未成年人身心健康的行为多种多样,以此界定本罪法益,使得法益保护对构成要件(例如“发生性关系”行为)解释的指导意义大打折扣。(2)同样是与性相关的可以针对已满14周岁不满16周岁女性的强奸罪和强制猥亵、侮辱罪,刑法通说对其法益都表述为性自主权,并不提及身心健康。(3)已满14周岁不满16周岁女性与不负有特殊职责的人员真实自愿发生性关系的,属于无罪情形。这说明该类未成年女性与他人发生性关系的事实(或者发生性关系的行为本身),并不能得出有害未成年女性身心健康的结论。当未成年女性发生性关系的对象是特殊职责人员时,显然不能说特殊职责人员的身份导致了未成年女性的身心健康受损,合理结论应该是特殊职责人员对未成年女性构成隐性强制,侵犯了其性自主权。(4)根据身心健康法益的观点,特殊职责人员与已满14周岁不满16周岁女性发生性关系将无一例外入罪,没有出罪可能性,这不符合生活实际和立法精神。(5)有学者通过与日本法比较研究,认为将本罪类比日本《刑法典》中的“监护人性交等罪”不合适,可类比其《儿童福祉法》中的“儿童淫行罪”,据此认为本罪法益为未成年女性的身心健康。<sup>[25]</sup>笔者以为不然。本罪与“监护人性交等罪”在主体和行为上具有可比性。相反,本罪的“发生性关系”的行为与“儿童淫行罪”的“使儿童实施淫行的行为”差别明显,且本罪要求特殊职责人员利用职责关系。因此,本罪的成立条件更严格,行为类型及其侵犯的法益更具体,而儿童淫行罪的法益更宽泛。

### (三) 高空抛物罪的法益

本罪在立法过程中从《刑法》分则第二章调整到第六章第一节扰乱公共秩序罪中,意味着本罪法益是公共秩序,而不是公共安全,<sup>[26]</sup>这是体系解释的合理结论。并且,高空抛物的行为性质和结果特征决定了,其一般不会危害公共安全。在刑法教义学上,“公共安全”是指不特定或者多数人的生命、身体的安全以及公众生活的平稳与安宁。公共安全中的“公共”指不特定或者多数人,“多数”是公共概念的核心。“不特定”指犯罪行为可能侵犯的对象和可能造成的结果事先无法确定,行为人对此既无法具体预料也难以实际控制,行为造成的危险或者侵害结果可能随时扩大或增加。因此,高空抛物行为一般不具有危害公共安全的性质,<sup>[27]</sup>除非高空抛物行为比较特殊,则在例外情形下有可能危害公共安全,例如从高空抛掷易燃、易爆物品,此时成立本罪与爆炸罪的想象竞合犯。

本罪的公共秩序法益如何理解?有观点认为,对公共秩序这样的超个人法益应进行“还原性解释”,即将本罪法益还原认定为“不特定人的生命、健康或财产法益”。<sup>[28]</sup>现实生活中高空

[23] 参见周光权:《刑法各论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第39页。

[24] 参见陈家林、吕静:《负有照护职责人员性侵罪的解释视角与规制边界》,载《中南大学学报(社会科学版)》2021年第5期,第55—56页。

[25] 参见姚培培:《论负有照护职责人员性侵罪的规范定位与不法内涵》,载《师大法学》2020年第2辑,法律出版社2022年版,第74页。

[26] 参见陈兴良:《公共安全犯罪的立法思路嬗变》,载《法学》2021年第1期,第50页。

[27] 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18—23页;刘宪权、黄楠:《最新刑法修正案司法适用疑难问题研究》,载《法学杂志》2021年第9期,第5—6页。

[28] 周杰:《“高空抛物罪”立法评析与适用难题研究》,载《北方法学》2021年第6期,第114页。

抛掷的物品有酒瓶、花盆、厨具、垃圾等,不少行为造成了人身伤害或财产损失。增设本罪普遍被认为是为了保护“头顶上的安全”。但是,(不特定个人或者特定少数人的)人身、财产安全不同于公共安全。高空抛物虽然一般不危害公共安全,但完全可能危害不特定个人或者特定少数人的)人身、财产安全。<sup>[29]</sup>可见,人身、财产安全属于高空抛物罪的保护范围。而且,公共秩序是公共场所安稳有序的状态,如果公众行止于建筑物或其他高空下就可能遭受人身伤害或者财产损失,显然不能说是一种安稳有序的状态。也就是说,高空抛物行为可能危害人身、财产安全时,就会扰乱公共秩序。在此意义上,(不特定个人或者特定少数人的)人身、财产安全应该属于公共秩序法益的范畴。但是必须指出,虽然公共秩序法益包含了(不特定个人或者特定少数人的)人身、财产安全,但若将公共秩序局限于人身、财产安全,则失之片面。秩序的外延大于安全,例如堵车是秩序问题,但未必危害安全。高空抛物导致交通堵塞的,无疑扰乱了公共秩序,符合本罪性质。正因为如此,尽管不少高空抛物行为具有危害人身、财产安全的性质,但是本罪行为并不限定于具有危害人身、财产安全的性质,更不要求具有危害公共安全的性质。同时,本罪的“情节严重”也不应限定于人身伤害和财产损失。根据上述分析,有些观点值得商榷。有观点认为“本罪的保护法益是公共秩序和公民的人身安全”<sup>[30]</sup>“不特定人在公共空间中的人身安全”<sup>[31]</sup>,以上观点将人身安全作为本罪法益不妥当。有观点认为“社会公众的安全感是公共秩序的具体化表达,因此高空抛物罪的保护法益可以解释为社会公众的安全感”。<sup>[32]</sup>该观点导致法益的主观化、精神化,不符合法益原理。安全感在经验上不具有可把握的实体,难以划定统一的认定标准,不利于司法判断。<sup>[33]</sup>

具体来说,本罪法益可以表述为“地面公共场所人们生活起居的安稳有序的状态”。此处的“地面”是为了行文简便而使用的概称,抛物落下之处也可以是低于一般地面的地下公共场所甚至水面。<sup>[34]</sup>安稳有序的状态不限于人身、财产安全,还包括自由、通行行止的状态。抛物落下之处不限于室外地面,也包括商场或酒店等建筑物内部的上下贯通式中庭的室内地面。但是,在自家宅院、别墅或荒废建筑等抛掷物品的,由于不扰乱公共秩序,不成立本罪。

#### (四) 侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的法益

关于本罪的法益,有学者认为是英雄烈士的名誉、荣誉。<sup>[35]</sup>有学者认为是英雄烈士的名誉权和社会公共利益(例如社会主义核心价值观)。<sup>[36]</sup>有学者提出,如果行为对象是逝者(关于行为对象指称生者与逝者/死者时,生者指的是健在的英雄,下同——作者注),法益是公众不希望逝者被不当对待的期待或社会情感;如果行为对象健在,法益是本人的名誉、荣誉。<sup>[37]</sup>还有学者认为本

[29] 参见魏东、赵天琦:《刑法修正案的规范目的与技术选择》,载《法治研究》2020年第5期,第59页。

[30] 见前注[23],周光权书,第419页。

[31] 敦宁:《高空抛物罪中“情节严重”的教义学诠释》,载《河北法学》2023年第3期,第74页。

[32] 马龙:《高空抛物的刑法判定》,载《人民检察》2022年第12期,第74页。

[33] 参见付立庆、陈洁森:《高空抛物罪的理论认识与司法适用》,载《人民检察》2022年第20期,第16页。

[34] 当今,地下公共场所越来越多,例如商场负一楼、上海佘山世茂洲际酒店(俗称深坑酒店)的海拔负88米的室外活动场所。事实上不排除在水上乐园、水乡水寨、水上集市等场合,从临水的较高建筑物或者其他高空抛掷物品,此类扰乱“水面”公共秩序的行为,可以成立高空抛物罪。

[35] 参见曲新久:《〈刑法修正案(十一)〉若干要点的解析及评论》,载《上海政法学院学报》2021年第5期,第32页。

[36] 参见王钢:《刑法新增罪名的合宪性审查》,载《比较法研究》2021年第4期,第87—89页。

[37] 见前注[23],周光权书,第439页。

罪保护的是国家法益,即国家认同这一维系国家存立的集体性心理。<sup>[38]</sup>

针对以上观点,笔者评析如下:(1)认为个罪的保护法益同时涵盖个人法益和社会法益,或者个罪的法益区分对象情况而分别认定为个人法益或者社会法益的观点,在方法论上存在疑问。尽管社会法益是可以还原为个人法益的超个人法益,但是就某个罪而言,在刑法教义学上,一旦其法益认定为社会法益,就不宜同时认定为个人法益。例如寻衅滋事罪的法益尽管可以还原为个人的身体安全、行动自由和名誉等,但该罪的法益应界定为社会法益,不能认为同时包括社会法益和个人法益。(2)认为行为对象包括生者,该观点不能被赞同(后述);即使对象包括生者,认为本罪法益包括生者的名誉、荣誉这一个人法益,也不符合体系解释。因为本罪在立法过程中从《刑法》分则第四章调整到第六章第一节,说明了本罪法益是社会法益,而不是英雄烈士的个人法益。<sup>[39]</sup>不论宪法和其他部门法是否保护死者的名誉、荣誉,也不论对英雄烈士的侮辱、诽谤等行为是否降低了对他们的外部评价,在刑法规范上不能得出本罪法益是个人的名誉、荣誉的结论。(3)本罪的罪状表述是“……侵害英雄烈士的名誉、荣誉,损害社会公共利益”,这句话揭示了本罪保护的是社会法益(“社会公共利益”),而不是个人法益或者国家法益。另外,对英雄烈士的尊重能否评价为国家认同,不无疑问。因为根据法律规定,被评定为英雄烈士之人不全是保护国家安全和利益者,还包括抢险救灾中的牺牲者等情形,未必能上升到国家认同的层面。(4)本罪社会法益的认定不宜笼统、抽象。有观点认为:“保护法益是社会公众的历史记忆、共同情感和民族精神,以及由此组成的社会主义核心价值观。”<sup>[40]</sup>笔者认为,本罪可以说是社会主义核心价值观的立法体现,但是在刑法教义学上价值观本身不是法益,它会使刑法的处罚界限变得模糊不清、过于宽泛,使法益保护落空,而且希望或要求人们确立某种价值观也不是刑法的任务。<sup>[41]</sup>具体到社会主义核心价值观来说,其内容十分丰富,表述高度凝练,难以成为刑法保护对象。历史自有史书予以记载,民族精神需要长时期积淀形成,所以历史记忆和民族精神不会轻易地被某个行为侵害。由此,可借鉴刑法中性质类似的盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪的法益,而将本罪法益界定为“公众对英雄烈士的尊崇、追思感情”。

### 三、以法益保护为指导对构成要件做合理的平义解释

以法益保护为指导的刑法解释的要求是,将为了保护法益而具有科处刑罚必要性的行为通过解释纳入个罪构成要件,而将没有科处刑罚必要性的行为通过解释排除在构成要件之外。为此,必须在法条用语的可能文义与国民的预测可能性的前提下,根据法益保护需求性与刑罚处罚必要性来解释刑法条文,坚持客观解释论和实质解释论,合理地划定犯罪圈。假如以气球的大小来比喻犯罪圈的大小,那么,气球的材质相当于刑法用语,而充气量是法益保护需求与刑罚处罚必要。刑法应该根据“充气量”即法益保护需求与刑罚处罚必要,来决定“气球大小”即犯罪圈大小,但前提是不能超过“气球材质”的限度即不能突破刑法用语文义的可能限度,否则会“充爆气球”即导致

[38] 参见李冠煜、石晓南:《论侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护法益》,载《中南大学学报(社会科学版)》2023年第2期,第76—78页。

[39] 参见刘艳红:《法秩序统一原理下侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护对象研究》,载《法律科学》2021年第5期,第115—117页。

[40] 王政勋:《论侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护法益》,载《法治现代化研究》2021年第5期,第66页。

[41] 见前注[5],张明楷书,第183页。

犯罪圈过大、使社会难以承受。

### （一）妨害安全驾驶罪的“公共交通工具”

“公共交通工具”无疑包括公交车、长途大巴车等，但是否包括小型出租车、网约车？大型公共交通工具与小型出租车在刑法评价上，有的场合存在差异（例如抢劫公共交通工具的认定、遗落在出租车上财物的占有认定等场合）。2019年1月8日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法惩治妨害公共交通工具安全驾驶违法犯罪行为的指导意见》（以下简称《指导意见》）规定：“本意见所称公共交通工具，是指公共汽车、公路客运车，大、中型出租车等车辆。”有观点认为，本罪的公共交通工具应该继续参照《指导意见》。<sup>[42]</sup>但也有观点主张，小型出租车、网约车等属于本罪的公共交通工具。<sup>[43]</sup>

笔者同意第二种观点，本罪的公共交通工具不应参照《指导意见》，而应包括小型出租车。详言之：（1）从文义看，公共交通工具是相对于私人交通工具而言的，可以包含小型出租车。（2）本罪法益是与公共交通工具相关的道路公共安全，妨害小型出租车驾驶的行为无疑会侵犯该法益。（3）从解释对象和法律效力看，《指导意见》关于公共交通工具的解释只适用于刑法修正前的刑法规定和司法实务。妨害安全驾驶罪的公共交通工具当然只能根据修正后刑法规定予以解释，没有必要固守先前的司法解释规定。司法解释是对刑法规定所作的解释，如果刑法的相应规定做了修正，那么相关的司法解释规定在法理上自动失效（当然，合理的司法解释规定可以继续参照适用）。所以，对妨害安全驾驶罪中公共交通工具可以做不同于《指导意见》的解释结论。（4）《指导意见》规定“妨害公共交通工具安全行驶，危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定，以危险方法危害公共安全罪定罪处罚”。由于以危险方法危害公共安全罪是重罪，所以《指导意见》限定公共交通工具范围是有道理的。与此不同，妨害安全驾驶罪是轻罪，就没必要限定公共交通工具。将妨害小型出租车驾驶的行为纳入本罪予以规制，符合罪刑相适应原则。<sup>[44]</sup>（5）司法实践中，存在涉小型出租车的妨害安全驾驶罪判决。<sup>[45]</sup>另外，公共交通工具不限于营利用途、是否收费，校车、单位通勤车、各类接驳车等非私人乘用的交通工具都符合本罪规定。

### （二）高空抛物罪的“物品”

“物品”是否有必要作缩小解释？例如，“物品”是否包括烟头，从高楼往下扔烟头是否属于高空抛物罪行为？对此存在不同认识。该问题与对本罪法益的理解紧密相关，直接影响处罚范围。（1）一种观点为非限定说。该观点认为行为人所抛掷的物品没有限定，不管是危险物品还是普通物品，也不论物品的体积大小与重量轻重，均属于本罪的物品。<sup>[46]</sup>有学者提出由于本罪法益是公共秩序，是否扰乱公共秩序与物品的性质无关，因此对本罪的物品不应有特别限制。<sup>[47]</sup>（2）另一

[42] 参见胡云腾、徐文文：《〈刑法修正案（十一）〉若干问题解读》，载《法治研究》2021年第2期，第65页；孙谦：《刑法修正案（十一）的理解与适用》，载《人民检察》2021年第8期，第4页。

[43] 参见张智辉、杨崑：《论妨害安全驾驶罪》，载《河南社会科学》2022年第6期，第75页；王俊：《妨害安全驾驶罪的法教义学解释》，载《比较法研究》2022年第3期，第145页。

[44] 参见张开骏：《目的解释指导下刑修案（十一）的理解和适用》，载《上海法治报》2021年11月17日，第B6版。

[45] 参见李某妨害安全驾驶案，青海省民和回族土族自治县人民法院刑事判决书（2020）青0222刑初135号；薄某某妨害安全驾驶案，辽宁省鞍山市中级人民法院刑事裁定书（2021）辽03刑终174号。

[46] 参见张明楷：《刑法学》（第6版），法律出版社2021年版，第1393页。

[47] 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；俞小海：《高空抛物犯罪的实践反思与司法判断规则》，载《法学》2021年第12期，第98页。

种观点为限定说。理由各不相同。有学者将本罪法益理解为公共安全,提出高空抛物行为要有对人身、财产造成实质侵害(致人伤亡或重大财产损失)的现实危险。这对所抛物品的性质有一定要求,即必须是具有杀伤性的物品,根据生活经验所抛物品有致人伤亡或重大财产损失的可能性;而且对抛物的高度有一定要求,即有一定的空间落差,物品落下因为加速度而增加杀伤力。<sup>[48]</sup>有学者认为,本罪的本质特征是危及公众的人身、财产安全,抛掷对象是具有“致险能力”(通过物理打击造成人体损伤或者财物损害的能力)的器物。<sup>[49]</sup>有学者赞同本罪法益是公共秩序,但是以“物理致害性”(人身、财产损失可能性)界定物品的范围。<sup>[50]</sup>

笔者赞同第一种观点(非限定说),主张本罪的“物品”在性质(属性、种类)上没有要求。所抛“物品”量的差异很可能影响“情节严重”的认定,因而会影响入罪,但这与对所抛“物品”是否应该在性质上予以限制是两码事。是否属于“物品”,是关于具体构成要件要素即对象的解释;是否因为数量多、重量大而达到“情节严重”,是关于抽象的、整体性评价要素的解释。高空抛物罪的法益是公共秩序而不是公共安全,公共秩序也不限于人身、财产安全。因此,以公共安全或者局限于人身、财产安全对构成要件要素“物品”的缩小解释存在偏差。

如果探寻所谓的立法原意,立法者或许主要考虑物品从高空落下,由于重力因素可能造成人或财产损害,首要为了维护“头顶上的安全”而增设高空抛物罪。而烟头这种物品太小太轻,不会产生重力危害,加之本罪要求“情节严重”,扔烟头较难达到情节严重,那就会将烟头排除在本罪对象之外。但是研究表明,立法原意未必真实存在且可靠。应该坚持客观解释论,根据高空抛物罪的保护法益和法条规定来解释“物品”。(1)高空抛物罪的保护法益是公共秩序,即地面公共场所人们生活起居安稳有序的状态,它不限于人身、财产安全,故不应限于物品本身的重力危害来解释物品的范围。(2)从文义上说,烟头毫无疑问属于“物品”。(3)诚然,从高楼扔熄灭的烟头,没有实质的法益侵害性,也难以符合“情节严重”的条件。但是,假如从高楼扔未熄灭的烟头,则情形有所不同。尽管其重力危害可以忽略不计,却可能烫伤楼下之人或者引燃楼下财物。若发生人身伤害结果,行为人对结果仅是过失,但未达到“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”的程度,则不符合失火罪的成立条件。在这种情况下,就可以认定扔烟头行为“情节严重”,成立高空抛物罪。

基于同样的道理,高空抛物罪的对象也可以包括纸币。立法者或许没考虑过以本罪来规制从高楼抛撒纸币这种疯狂的自损行为。但是,首先,在文义上纸币属于“物品”。其次,如果行为从高楼抛下成扎整捆的纸币,这与高空抛掷其他物品(例如砖块)没什么区别,情节严重的,自然可以成立高空抛物罪,对此结论应该没有异议。如果从高楼抛撒零散的纸币,则纸币势必随风飘散落地,绝对不会因重力而危害他人或财物。不过,该行为可能造成聚集哄抢纸币的局面,甚至发生踩踏事故。若抛撒纸币之处临街(马路),还有可能扰乱公共交通秩序。因此,从高楼抛撒纸币的行为,引发了群众围观、哄抢、交通堵塞、公共秩序混乱的,可以评价为“情节严重”的高空抛物行为。

总之,高空抛物罪的“物品”不可随意做缩小解释。有学者根据公共秩序法益正确指出,本罪的“物品”既可以是高空坠落可能对人体造成轻微伤、轻伤、重伤甚至死亡或者对财产造成损害的物品,也可以是虽然对人体没有侵害、对财产没有损害可能性但是空中飘洒或投掷后可能对他人

[48] 参见姜涛:《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—118页。

[49] 参见王飞跃:《论抽象危险犯个罪裁判规范的续造》,载《中国法学》2022年第2期,第160—161页。

[50] 参见于同志、王硕:《高空抛物刑事案件司法认定的若干问题》,载《法律适用》2022年第4期,第131页;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。

感观或心理造成强烈不适影响的物品,还可以是其他可能引起公共场所秩序混乱的物品。<sup>[51]</sup> 现实生活中发生过如下案件,楼上居民不堪忍受广场舞噪声,向跳舞之人抛撒粪便、墨水等污物,可以成立高空抛物罪。最后说明的是,从实质犯罪论出发,从高空抛掷一包餐巾纸、一个纸杯等行为,不属于扰乱公共秩序且情节严重,不成立高空抛物罪。

#### 四、以法益保护为指导对构成要件 做必要的扩大或缩小解释

扩大解释或缩小解释作为解释方法是允许的,而如何进行扩大解释或缩小解释,具体的解释结论是否合理、妥当,则需要根据法条文义、保护法益、犯罪关系以及具体犯罪事实等综合判定。

##### (一) 妨害安全驾驶罪的“行驶中”“暴力”“抢控”“擅离职守”

1. 公共交通工具处于“行驶中”的理解。学界存在“运营说”<sup>[52]</sup>“启动说”<sup>[53]</sup>“起步说(或移动说)”<sup>[54]</sup>等不同观点。笔者主张以公共交通工具的发动机是否启动为标准,发动机启动后就是“行驶中”,不论公共交通工具是否起步。一方面,行驶中不同于“运营中”。公共交通工具从出发地到目的地的整个过程(乃至包括驾驶前的准备过程)都可以评价为处在驾驶任务中或者“运营中”。但在发动机熄火情况下,例如客运大巴车停靠服务区休息,单位通勤车从车库出来在固定候车点熄火等待员工,公共交通工具在加油站熄火加油时,车辆均处于非常平稳的状态,不符合行驶的文义以及社会一般观念,此时无论针对驾驶操控装置还是驾驶人员,都难言妨害驾驶,更谈不上会危及公共安全。另一方面,行驶中不限于公共交通工具处于“运动中”,也包括发动机启动但车辆暂停的状态,例如等红灯、堵车、等待上下客时。虽然公共交通工具处于停止状态,但可以随时起步,此时他人抢控驾驶操控装置或者殴打驾驶人员,可能导致车辆前行且难以操控,无疑会危及公共安全。

2. 对驾驶人员使用“暴力”的理解。刑法学中的暴力有多种含义,关于本罪的“暴力”存在狭义说<sup>[55]</sup>与广义说<sup>[56]</sup>的分歧。狭义的暴力指对人的身体不法行使有形力,拉拽、推搡或殴打驾驶人员属于狭义的暴力,自然包括在本罪范围内。但是,本罪法益是道路上的公共安全,根据法益保护的需要,本罪的暴力不应限于狭义的暴力,而应该采取广义的暴力。广义的暴力指对人不法行使有形力,它不要求直接作用于人的身体。例如,被告人魏某某驾驶电动车时因避让琐事而对某公交车司机产生怨恨,便捡起路边的砖头砸向正在驾驶的司机,致使公交车驾驶位附近挡风玻璃破裂,被判决成立妨害安全驾驶罪。<sup>[57]</sup> 该判定性是正确的,被告人魏某某所实施的就是广义暴力。在驾驶人员耳边击鼓、使用激光或照明设备直射其目,导致驾驶人员头晕眼花,无法正常操控

[51] 参见肖中华:《依据法益是否受损认定高空抛物罪》,载《检察日报》2021年12月15日,第3版。

[52] 参见詹奇玮、赵秉志:《妨害安全驾驶罪的规范考察与适用探析》,载《贵州社会科学》2021年第10期,第92页。

[53] 参见夏朗:《妨害安全驾驶罪构成要件的教义学解读》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期,第132—133页。

[54] 参见秦长森:《妨害安全驾驶罪司法适用的规范化研究》,载《中国刑警学院学报》2023年第1期,第60页。

[55] 见前注[10],梅传强、胡雅岚文,第46页。

[56] 见前注[43],王俊文,第145—146页。

[57] 参见魏某某妨害安全驾驶案,广东省深圳市宝安区人民法院刑事判决书(2021)粤0306刑初2364号。

公共交通工具的,也属于本罪的暴力。这些情形可能在实践中极少见,但是不能被排除在外,因为规范含义有别于事实归纳,法条用语的规范含义不能局限于已知、通常的案件事实。

3.“抢控驾驶操纵装置”中“抢控”的理解。一种观点是抢控包括抢夺和控制两种形式(并列关系)。抢夺侧重从驾驶人员手中争夺、争抢,控制侧重在驾驶人员没有操作时,行为人加以掌握、操控。<sup>[58]</sup>另一种观点是抢控指抢夺驾驶操纵装置并加以控制(递进关系)。<sup>[59]</sup>笔者赞同第一种观点,分析如下:(1)现实生活中,抢控驾驶操纵装置行为多表现为抢夺和控制两种形式。将抢控认定为抢夺和控制两种形式,符合国民的预测可能性,有利于发挥行为规制机能。(2)即使行为人只是单纯地抢夺驾驶操纵装置而没有控制,该行为也“干扰公共交通工具正常行驶,危及公共安全”,因而侵害了本罪法益,具有科处刑罚必要性。(3)从比较视角看,妨害安全驾驶罪不同于劫持船只、汽车罪和劫持航空器罪,后者要求支配、控制,但本罪只要干扰公共交通工具正常行驶即可。所以,“抢控”行为不要求抢夺并控制。(4)从实质上解释,凡是对驾驶操纵装置加以“争抢干预”、妨害驾驶人员操控的就属于“抢控”。“不要求对驾驶操纵装置进行完全控制,也不要求已经实现对驾驶操纵装置的控制。”<sup>[60]</sup>

4.驾驶人员“擅离职守”的理解。我国《刑法》还有第425条擅离、玩忽军事职守罪的罪状规定了“擅离职守”一词,这两罪的文义内容相差很大,但本质都是没有合法、合理的依据而放弃职责的行为。具体来说,妨害安全驾驶罪的“擅离职守”指驾驶人员在公共交通工具行驶中放弃安全驾驶职责。驾驶人员在公共交通工具行进过程中,与他人互殴或者殴打他人,导致车辆处于无人操控的行进状态,当然属于擅离职守;驾驶人员将车辆挂空挡停于行车道上,与他人互殴或者殴打他人的,也可能属于擅离职守,例如停车于高速公路、城市快速路上,完全有可能引发交通事故,此即“危及公共安全”所含之意。

## (二) 负有照护职责人员性侵罪的“发生性关系”

刑法界对“发生性关系”的含义,可谓众说纷纭。该问题直接影响到本罪主体范围和既遂标准的认定。较多学者认为“发生性关系”与强奸罪的性交行为相同(可称为狭义说);<sup>[61]</sup>有的认为包括强奸罪的性交行为与强制猥亵、侮辱罪的猥亵行为(可称为广义说);<sup>[62]</sup>还有处于以上两种学说之间的观点(可称为折中说),范围略有差异,例如有的认为包括狭义的性交以及口交、肛交等插入式性行为,<sup>[63]</sup>有的认为指任何对未成年女性身体的插入行为,包括性交,以及女性的性器官或肛门被行为人以性器官以外的方式插入。<sup>[64]</sup>

笔者的基本立场是折中说,分析如下:(1)从体系地位来看,本罪位于强奸罪和强制猥亵、侮辱罪之间。《刑法》分则各章节的罪名大致以法益和罪行的轻重程度为序排列,因此,“发生性关

[58] 见前注[10],梅传强、胡雅岚文,第46页。

[59] 见前注[52],詹奇玮、赵秉志文,第92页。

[60] 俞小海:《妨害安全驾驶罪的司法构造》,载《上海政法学院学报》2022年第6期,第148页。

[61] 见前注[19],王焕婷文,第66页;付玉明、李茜:《积极刑法观下“负有照护职责人员性侵罪”的规范适用》,载《南京社会科学》2022年第3期,第81页。

[62] 参见唐攀:《负有照护职责人员性侵罪的规范保护目的与解释适用》,载《江西警察学院学报》2021年第4期,第96—97页。

[63] 参见付立庆:《负有照护职责人员性侵罪的法网范围》,载《国家检察官学院学报》2022年第2期,第131—132页。

[64] 参见张欣瑞、陈洪兵:《负有照护职责人员性侵罪的立法评析与司法适用》,载《青少年犯罪问题》2021年第4期,第25页。

系”的行为性质和罪行轻重介于性交行为与猥亵行为之间。(2)从法条表述上看,本罪的“发生性关系”既不同于第236条的“强奸”,也不同于第237条的“猥亵”。可见,立法者对本罪的性侵行为的范围是有意选择的,意在区别于强奸和猥亵。从文义上看(汉语言文字的可能含义),将“发生性关系”的含义或行为范围限于性交则失之过严,包含性交和猥亵则失之过宽。(3)在我国国民的一般观念中(国民的预测可能性)，“发生性关系”的含义宽于性交行为,同时明显窄于猥亵行为。例如,强制揉搓女性乳房属于猥亵行为,但这绝不至于被评价为发生性关系。由此推断,“发生性关系”的行为至少与生殖器官紧密相关。(4)《刑法》分则第六章第八节规定了组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪,相比于强奸罪和强制猥亵、侮辱罪,本罪的“发生性关系”的含义更接近卖淫行为,范围似比社会观念中的卖淫行为略小。综上,将“发生性关系”解释为男性生殖器针对未成年女性的侵入身体式的性行为较为合理,包括男女生殖器的结合即性交,以及以男性生殖器进行的肛交和口交。而乳交、指交(手指插入女性生殖器)等行为排除在“发生性关系”的范围之外。与此解释相呼应,本罪主体限于男性,既遂标准是男性生殖器侵入未成年女性的身体。负有特殊职责的女性主体使用假阳具(性工具)侵入未成年女性的身体(阴道、肛门或口腔),不成立本罪,可认定为强制猥亵罪。当然,如果将来我国刑法通说关于强奸的定义发生变化(扩大化),则本罪“发生性关系”的含义也应该相应发生变化(扩大化),这是体系解释的必然要求。到那时,本罪“发生性关系”可涵摄的男性主体实施的行为方式更广,并且女性主体也可以实施相应行为方式从而成立本罪。

### (三) 侵害英雄烈士名誉、荣誉罪中“英雄烈士”

刑法界对“英雄烈士”的含义和范围存在诸多分歧,涉及“英雄烈士”是单一对象还是两个对象、是否包括生者、认定依据和时间等。(1)关于对象范围,一种观点是“一对象论”(烈士),认为英雄烈士指的是烈士,当然是逝者;<sup>[65]</sup>另一种观点是“二对象论”(英雄和烈士),其中关于“英雄”的范围,有的认为包括健在的和牺牲的英雄(广义的“二对象论”),<sup>[66]</sup>有的认为不包括健在的英雄(狭义的“二对象论”).<sup>[67]</sup>(2)关于认定依据,有《烈士褒扬条例》《军人抚恤优待条例》<sup>[68]</sup>《英雄烈士保护法》<sup>[69]</sup>等不同法律法规。(3)关于认定时间,存在“近代以来”<sup>[70]</sup>“中国共产党成立以来”<sup>[71]</sup>等不同观点。最高人民法院、最高人民检察院、公安部2022年1月11日发布《关于依法惩治侵害英雄烈士名誉、荣誉违法犯罪的意见》(以下简称《意见》),规定英雄烈士“主要是指近代以来,为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身的英雄烈士”。已牺牲、去世,尚未评定为烈士,但其事迹和精神为我国社会普遍公认的英雄模范人物或者群体,可以认定为“英雄烈士”。英雄烈士的时代范围主要为“近代以来”,重

[65] 见前注[39],刘艳红文,第110—123页;李勇、董砺欧:《侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的基本构造及司法适用》,载《中国检察官》2022年第10期,第5页。

[66] 参见高巍:《国家符号的刑法保护》,载《中国法学》2022年第1期,第196—197页;周光权:《法秩序统一性的含义与刑法体系解释——以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪为例》,载《华东政法大学学报》2022年第2期,第8—16页。

[67] 参见陈兴良:《刑法教义学中的体系解释》,载《法制与社会发展》2023年第3期,第42页;纪丙学:《侵害英雄烈士名誉、荣誉罪若干适用问题解析》,载《人民检察》2021年第19期,第17页。

[68] 见前注[36],王钢文,第93—95页。

[69] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第558页。

[70] 参见余敏等:《侵害英雄烈士名誉、荣誉罪法律适用探讨》,载《人民检察》2022年第6期,第53页。

[71] 见前注[46],张明楷书,第1411页。

点是中国共产党、人民军队和中华人民共和国历史上的英雄烈士。最高人民检察院 2022 年 2 月 21 日发布指导性案例“仇某侵害英雄烈士名誉、荣誉案”(检例第 136 号),对“英雄烈士”做了基本相同的界定,指已经牺牲、逝世的英雄烈士。虽不属于烈士,但事迹、精神被社会普遍公认的已故英雄模范人物的名誉、荣誉被侵害的,纳入本罪的行为对象。《意见》和检例第 136 号对“英雄烈士”的认定,诚然有助于统一司法适用,但在理论上仍需研究。

笔者认为:(1)《意见》和检例第 136 号对“英雄烈士”采取了(狭义的)“二对象论”的观点,值得商榷。本罪在立法论上富有争议(必要性、明确性和平等性等),〔72〕牵涉宪法保障的历史研究和言论自由权利,因此在总体基调上,对本罪构成要件(特别是行为对象)应该做严格解释,避免犯罪圈扩大。(2)《意见》在解释“英雄烈士”概念时,明确提到“根据英雄烈士保护法第二条的规定”。具体地说来自《英雄烈士保护法》(2018 年 4 月 27 日第十三届全国人大常委会通过)第 2 条第 2 款规定。由于《英雄烈士保护法》法律位阶高、具有专门性,而且制定时间较新,故以此界定本罪的英雄烈士含义是妥当的。据此,英雄烈士限于逝者,而不包括作为生者的英雄。广义的“二对象论”不应被采纳。(3)“英雄”的内涵丰富、外延宽泛,不同历史时期、民族和价值观下有不同理解。现有法律法规均未对“英雄”的含义做过规定。由此,“二对象论”的观点会导致“英雄”的认定产生很大分歧,陷入司法适用泥淖。〔73〕牺牲的人(所谓“英雄模范人物”),不像烈士那样经过法规和程序认定,而是凭“社会普遍公认”就能成为本罪对象,这难免造成认定随意的后果。综上,笔者主张“一对象论”,即本罪对象仅是烈士。英雄是烈士的修饰语,即用英雄来形容烈士的英勇气概。非烈士的英雄模范人物不是本罪对象。(4)作为本罪对象的烈士需经依法评定。国务院修订并于 2019 年 8 月 1 日实施的《烈士褒扬条例》第二章“烈士的评定”规定了公民牺牲被评定为烈士的条件和程序,国务院、中央军委修订并于 2011 年 8 月 1 日实施的《军人抚恤优待条例》第 8 条规定了现役军人死亡被批准为烈士的条件和程序。未经依法评定为烈士之人不能成为行为对象,以严格控制本罪成立范围。

## 五、罪刑法定原则禁止做不利于被告人的类推解释

个罪的刑法解释应遵循罪刑法定原则,受到法条用语的文义限制,禁止突破文义和超出国民预测可能性做不利于被告人的类推解释。

### (一) 高空抛物罪的“抛掷物品”

1. 行为人从地面向高空抛掷物品,物品从高空落到抛掷地面的,可否以本罪规制? 刑法界存在对立观点。肯定论认为,从完整理解本罪的立法目的出发,高空抛物包括从低处向高空抛掷物品的行为。〔74〕例如有学者提出,“从高空抛掷物品并不绝对要求行为人本人处于高空……例如利用自身臂力将一块砖头扔至 6 米高空后下坠,也应成立本罪。”〔75〕与此不同,笔者赞同否定论,〔76〕认为肯定论的观点属于类推解释。理由是:(1)法条明文规定“从建筑物或者其他高空”抛掷物品,这意味着抛物动作的起点是“建筑物或者其他高空”,而不能是设例中的“地面”;物品是从高空

〔72〕 参见张明楷:《增设新罪的原则》,载《政法论丛》2020 年第 6 期,第 10—11 页。

〔73〕 参见黎宏:《关于刑法修正案(十一)草案中若干条文的商榷》,载《人民检察》2020 年第 19 期,第 52 页。

〔74〕 参见黎宏:《〈刑法修正案(十一)〉若干要点解析》,载《上海政法学院学报》2022 年第 2 期,第 12 页。

〔75〕 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 46 页。

〔76〕 见前注〔46〕,张明楷书,第 1393 页。

向地面落下,而不是先下后上、再落下。因此,将从地面向高空抛物后再任由物品落到抛掷地面解释为高空抛物,是超出法条文义的类推解释。(2) 尽管从法益保护的角度看,设例的抛物行为同样会扰乱公共秩序,可能侵犯人身、财产安全,这与起点是从建筑物或者其他高空的抛物行为的社会危害性无异。但是,不能脱离法条规定,仅根据法益保护需求和社会危害性严重来随意扩张解释。(3) 需要注意的是,从地面抛掷物品,物品落回到抛掷地面的行为,不符合本罪。但是,如果地面与相邻处的地势落差大,物品被抛出后落到地势较低的相邻处时,则符合本罪。例如,山坡上的地面、“山城”重庆那样的地面,相对于地势低的相邻地面来说属于“高空”。行为人从山坡、地势高的地面上抛物,物品落到地势低的地面时,属于高空抛物。因此,这里解释的关键不在于抛掷处是否地面,而是抛掷处相对于物品坠落处是否“高空”。

2. 对跳楼自杀未遂的人,或者将他人从楼顶等高空推下的行为,可否以高空抛物罪追究其刑事责任?(1) 对跳楼自杀的情形,有学者给予了肯定回答,认为虽然自杀行为在我国不成立犯罪,但是不能排除某些自杀行为因自杀者选择的方式、场合等情状而成立高空抛物罪等犯罪。没有伤害、杀人故意而从高空跳楼,扰乱社会秩序的,可以认定为高空抛物罪。<sup>[77]</sup> 笔者对此不敢苟同。将跳楼行为解释为高空抛掷行为,将活人的身体解释为物品,都超出了汉语言的通常含义和国民的预测可能性。在法律上“物”是相对于“人”而言的概念。<sup>[78]</sup> 因此以上观点属于类推解释。不能以保护“头顶上的安全”为由,对自杀未遂者追究高空抛物罪的刑事责任。(2) 对将他人从楼顶等高空推下的情形,由于活人不宜解释为物品,推人的行为解释为“抛掷”也十分勉强,因此也不宜追究高空抛物罪的刑事责任。事实上,该情形是典型的侵犯被害人的生命法益的行为,应认定为故意杀人罪,才符合罪刑法定和罪刑相适应原则。

## (二) 妨害传染病防治罪的传染病

2019年底突如其来的新型冠状病毒疫情影响了全世界人们的生活、学习和工作等状态。在《刑法修正案(十一)》之前,司法机关曾发布司法解释和典型案例,<sup>[79]</sup>以《刑法》第330条妨害传染病防治罪规制妨害新冠疫情防控的行为,学界对适用该罪不无商榷意见。<sup>[80]</sup> 因为在刑法修正之前,该条罪状是“违反传染病防治法的规定,有下列情形之一,引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的”。妨害传染病防治罪是典型的法定犯,《刑法》中规定的甲类传染病应该与前置法保持一致。而《传染病防治法》(2013年6月29日)第3条明文规定:“传染病分为甲类、乙类和丙类。甲类传染病是指:鼠疫、霍乱。”据此,甲类传染病不包括新冠病毒感染的肺炎。2020年1月20日《国家卫生健康委员会公告》(2020年第1号)规定:“一、将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施。二、将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国国境卫生检疫法》规定的检疫传染病管理。”该公告表明新型冠状病毒感染的肺炎是乙类传染病,只是按甲类传染病管理,但按甲类传染病管理的传染病不等于甲类传染病。

妨害传染病防治罪的传染病范围被《刑法修正案(十一)》修改,由“甲类传染病”扩大为“甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病”。这为此后针对新冠病毒感染的

[77] 见前注[51],肖中华文。

[78] 参见陈兴良:《刑法教义学中的语义解释》,载《法学》2023年第10期,第66页。

[79] 参见2020年2月6日“两高”“两部”《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》;2020年4月15日最高人民法院第三批8个依法惩处妨害疫情防控犯罪典型案例。

[80] 见前注[2],张明楷文,第7页;欧阳本祺:《妨害传染病防治罪客观要件的教义学分析》,载《东方法学》2020年第3期,第6页;冯军:《危害公共卫生行为的刑法防治》,载《法学》2021年第2期,第24页。

妨害传染病防治罪的司法适用,提供了明确的刑法依据,避免了类推解释的质疑。<sup>[81]</sup> 2022年12月26日,国家卫生健康委员会发布《关于对新型冠状病毒感染实施“乙类乙管”的总体方案》,规定2023年1月8日起对新冠病毒感染实施“乙类乙管”。这意味着今后涉新冠病毒案件不再适用妨害传染病防治罪。

---

**Abstract** The legal interest and the constitutive element of the crime should be properly interpreted, so that the crime could be applied fairly and reasonably. Clarification of the legal interest is helpful in recognizing the nature of the crime and the scope of the punishment. The interpretation of the constitutive element of the guidance of legal interest is helpful to delimit the limitation of punishment. The legal interest can be determined from the systematic status of the article, the provisions of the crime and the comparative law perspective. For example, the legal interest of the crime of sexual assault by personnel with care duties is the sexual autonomy of women between the ages of 14 and 16, rather than physical and mental health; the legal interest of the crime of throwing objects at high altitude is the stable and orderly state of people's lives in public places on the ground, rather than public safety. The interpretation of the constitutive element should adhere to the objective interpretative theory and the substantial interpretative theory, under the restriction of regulations, so as to make a reasonable interpretation of the common meaning, or enlarge or reduce the interpretation as necessary. For example, "violence" in the crime of interfering with safe driving is broad, "driving" refers to the engine in the starting state; "sexual relations" in the crime of sexual assault by personnel with care duties refers to the invasive sexual behavior of male genitalia against women, including sexual intercourse, anal sex and oral sex; the nature (attribute, type) of the object of the crime of throwing objects at high altitude should not be limited; the object of the crime of violating the reputation and honor of heroes and martyrs is martyrs. The interpretation of the criminal law should adhere to law principle, thus analogy interpretation that is not conducive to the defendant should be prohibited. For example, throwing objects from the ground to the high altitude and causing them to land, jumping to suicide or pushing others off the roof and other high altitude acts are not consistent with the crime of throwing objects at high altitude.

**Keywords** Legal Interest, Constitutive Element, Interpretation Doctrine, Nulla Poena Sine Lege, The Eleventh Amendment of Criminal Law

---

(责任编辑:樊传明)

---

[81] 参见陈庆安:《〈刑法修正案(十一)〉的回应性特征与系统性反思》,载《政治与法律》2022年第8期,第111页。