行政犯法益侵害的实质化判断*

黄小飞

【摘　　要】为了让法益侵害原理在行政犯中也能够发挥限制机能，司法实务应对行政犯的法益内容做实质性理解，并依循规范的方法对法益侵害展开判断与说理。行政犯具有双重不法性，其法益内容也可以被解释为具有双重构造。行政法规确立的秩序与制度原本是阻挡层法益，因太过抽象难以限制处罚范围，故需要确定一个相对具体的背后层法益作为终局的判断基准。对侵害的判断要立足一定事实基础与价值标准。司法人员可以从被害人的利益受损状态、行为人侵害背后层法益的目的、公众反应构成的社会恶劣影响等多方面考察行为的有害性。虽然行政犯具有技术性与专业性，但是司法人员做出的有害性判断不能超出社会公众对“有害”的认知可能性。

【关 键 词】行政犯　法益侵害　双层法益　实质化判断

【作者简介】黄小飞，法学博士，四川大学法学院副教授。

【中图分类号】D924.3 【文献标识码】A

【文章编号】2097−1125（2026）09−0122−22

一、问题的提出

对应从事实观察到规范评价的认识过程，作为犯罪的事实有外观事实与不法实质（法益侵害）之分，在不同的犯罪中两者的关系存在不同。例如，

* 本文系国家社会科学基金后期资助项目“行政犯解释论的体系化建构研究”（23FFXB044）的阶段性成果。

对故意杀人罪这种自然犯，杀人的外观事实和人的生命法益遭到侵害的不法实质是表里一体的。然而，行政犯的“行为自身是价值中立的，故其外观事实与不法实质存在着距离”。[①] 例如，行为人用自制工具捕抓麻雀，一般人看到的是打野味的外观事实，很难想到该行为具有侵害国家野生动物资源的不法内涵，触犯了《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第 341 条第 2 款规定的非法狩猎罪。[②] 再如，《日本道路交通法》第 17 条第 4 项和第 119 条第 1 项第 6 号为了保护左侧通行的交通秩序，将车辆靠右侧行驶的行为规定为犯罪，对原本就采取右侧通行的中国人而言，很难想到靠右侧行驶的行为在日本是犯罪。换言之，行政犯的外观事实是不容易引发一般人的谴责情感以及行为人的内疚情绪的事实。即便对其进行法律后果的联想，人们也大多认为只会受到行政处罚，而未料到竟会招致刑罚处罚。因此，在行政犯的司法实践中，不仅行为人容易产生错误认识，而且社会公众也通常对一些案件的达刑罚可罚性表达质疑。

“国家刑罚权必须在国民认可的范围内也就是‘国民合意’的范围内行使。”[③] 对刑事司法来说，一个司法判决要想具备正当性，就不能严重偏离社会公众的价值认同。某种行为只有是有害的，才有被刑罚处罚的必要。即便社会公众对行政犯的条文不熟悉，司法人员也应当运用法益侵害的话语和原理揭示行为的有害性，以此拉近外观事实与不法实质的距离。因此，如何说明、判断法益侵害，就是行政犯解释论的重要问题。

然而，长期以来，刑法教科书格外关注自然犯，对人身犯罪、财产犯罪、公共安全犯罪、[④] 贿赂犯罪的法益及其解释机能的发挥进行着重讲解，对大多数行政犯的法益则着墨不多。加之行政犯的罪状相对具体，而且可以援引行政法规补充构成要件内容，以至于人们会产生法益概念对行政犯并不重要

① ［日］小池直希：《特别刑法と故意》，《法学セミナー》2023 年第 11 期，第 23 页。

② 参见焦艳鹏：《生态文明保障的刑法机制》，《中国社会科学》2017 年第 11 期，第 82~83 页。

③ ［日］曽根威彦：《刑法原論》，成文堂 2016 年版，第 31 页。

④ 例如，在《刑法》分则第 2 章危害公共安全犯罪中，有的属于自然犯，如《刑法》第 114 条、第 115 条规定的放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪等；有的属于行政犯，如《刑法》第 128 条规定的非法持有、私藏枪支、弹药罪，第 133 条规定的交通肇事罪等。

的印象，甚至有学者干脆主张行政犯是欠缺法益侵害性的犯罪。① 然而，既然通说认为犯罪的本质是法益侵害，我国又采取统一化的刑事立法模式、将自然犯与行政犯混同规定在一起，就难以认为行政犯没有法益侵害。实际上，对法益侵害进行说明、判断，不仅关涉对刑罚可罚性有无的整体判断，而且影响对具体问题的分析。

笔者要研究的问题是，司法人员应当如何判断行政犯的法益侵害，才能不偏离社会公众的价值认同，进而确保刑罚处罚范围的合理性。② 笔者拟先考察司法实践判断法益侵害的基本样态，找到理论检讨的方向，然后尝试建构一个便于公众讨论与事后检验的法益侵害判断理论。

二、行政犯法益侵害判断的实践样态

由于我国《刑法》中的行政犯条文众多，而且并非所有行政犯案件都会引发社会争议，故进行大样本考察的意义比较有限。笔者主要以最高司法机关公开发布并由出版物登载的指导性案例、典型案例为考察对象，下文将在归纳整体现状的同时选取代表案件进行具体说明，并在对比分析的基础上尊重已有的一些做法并加以理论深化。

（一）形式化判断

有丰富的事例显示，司法人员经常只对法益侵害做形式判断：只要认定行为违反了行政法规，就推定造成了“扰乱秩序”“破坏制度”的结果。因此，在司法判决乃至一些司法解释中，犯罪构成的表达模式通常呈现为“违反行政法规 + 扰乱秩序”或“违反行政法规 + 破坏制度 + 达到罪量条件”。表面上，扰乱秩序、破坏制度是独立的法益侵害结果，但实际上这些文本中的扰乱秩序、破坏制度只有语感意义，没有实在内容。因为这些表述太过空泛，不能为刑事不法提供额外的说明依据，即使去掉这些表述，也不妨碍犯罪构成表达的完整性。

① 参见刘艳红：《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径》，《比较法研究》2019 年第 1 期，第 87~89 页。

② 虽有学者认为以行政犯为主体的轻罪扩张立法具有现实合理性，但不代表在解释论上不需要限制处罚范围。参见周新、田园：《轻罪扩张的合理性探究》，《浙江工商大学学报》2025 年第 3 期，第 85 页。

形式化判断法益侵害的做法大体是在行政法规违反性与法益侵害性之间画上等号，[①] 对法益侵害的理解比较抽象。因此，形式化判断有滑向恣意判断的风险，不利于控制刑罚处罚范围。具体问题如下。

第一，虽然司法人员会尽量援引具体条文来说明行政法规违反性及其推定的法益侵害性，使行政法规违反性显得是一个既明确又便捷的判断基准，但是存在以下几个问题。其一，行政法规体系庞杂，内部不乏自相矛盾的规定，司法人员在找到可以认定存在行政法规违反性的条文时，也可能找到不违反行政法规的条文依据。[②] 其二，在行政法规中存在许多不确定的法律概念和概括性规定，有待做进一步解释。其三，行政法规违反性及其推定的法益侵害的程度是如何判断的，司法解释采取数额、数量、次数等量化标准的做法是否合理，能否保障量刑的均衡，诸多问题历来存有疑问。[③]

第二，形式化判断容易突破构成要件的特定保护范围。当法益侵害的内涵过于抽象且开放时，部分司法者为强化入罪论证，可能将异质法益侵害后果纳入评价范围。例如，在徐某某、江某某非法经营案（以下简称案例 1）中，徐某某、江某某私自从事装备、销售弩的营业活动，司法人员认为这“不仅扰乱了关于弩的正常市场经营秩序，更可能对公共安全造成严重危害，相较于单纯扰乱市场秩序的经营行为，非法经营弩的行为危害性更大，具备刑事处罚的必要性”，[④] 故而构成非法经营罪。显然，此举使非法经营罪突破了经济犯罪的规范保护目的而发挥公共安全犯罪的保护作用。

第三，形式化判断不利于着手、既遂的认定。例如，在张某某生产假药案（以下简称案例 2）中，张某某购入大量药板、药盒、说明书并进行加工包装，从事假药生产，并在大部分药品没有包装完成、少部分成品药尚未流入市场时就被抓获。对张某某的行为构成生产假药罪的预备还是未遂，合议庭在评议中有分歧。有人认为张某某尚未着手，只构成犯罪预备。但法官最终判决认定已经着手，构成犯罪未遂，因为张某某在购入原材料后，仅通过简单的包装行为即可完成假药成品的制作，假药即可流入市场，国家药品管理

① 参见简爱：《论空白罪状填充的中国方案》，《法学家》2024 年第 4 期，第 23 页。

② 参见刘艳红：《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径》，《比较法研究》2019 年第 1 期，第 96 页。

③ 参见张明楷：《侵犯人身罪与侵犯财产罪》，北京大学出版社 2021 年版，第 7 页。

④ 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》总第 132 辑，人民法院出版社 2022 年版，第 50 页。

秩序这一法益就已经面临现实且紧迫的危险。[①] 可见，只要抽象地理解法益侵害，对着手的判断就没有一个可靠的基准，基于同一事例可以得出相反的判断。

（二）实质化判断

司法实务的主流做法是进行形式化判断，但也并非没有具体说明、实质判断法益侵害的事例。实质化判断是指在行政法规违反性与法益侵害性之间画上不等号，相对具体地把握法益侵害。主要有以下两种表现。

第一，法益内容的具体化。秩序、制度的抽象性体现在人们无法具体描述其作为一种利益的存续、变更状态，不同的人的感知也不尽相同。为此，有的司法人员在不否认秩序、制度是该罪法益的前提下，将其他具体法益作为法益侵害的终局判断基准。例如，在卞某非法经营案（以下简称案例 3）中，卞某生产、销售的生物能量仪被鉴定为第二类医疗器械，上海市闵行区人民检察院指控其构成非法经营罪。然而，上海市闵行区人民法院以卞某未违反行政法规并且欠缺故意为由判决其无罪。随后，上海市闵行区人民检察院又提起抗诉，由于单纯依据行政法规违反性来推定法益侵害性的策略已经失效，上海市闵行区人民检察院转而强调此种行为严重侵犯其他合法产品的权益。[②] 这里所谓“其他合法产品经营者的权益”，也就是作为个人法益的同类产品竞业者的权益。

第二，判断方法的实质化。在另外一些案件中，司法人员虽然没有对法益内容做实质化理解，但是在论证方法上采取了一定策略来正面说明法益侵害情况，力图让法益侵害事态变得具体可感。有的司法人员用“化整为零”的方式，对案件事实中行为造成的不利后果、负面影响进行拆分、列举，以此表明法益侵害确实存在。例如，在欧某、关某某非法经营案（以下简称案例 4）中，欧某、关某某未取得道路运输许可擅自从事大巴车运营业务，司法人员指出，“非法营运公司不缴纳税费，造成国家的税收流失；争抢客源、抢夺市场份额，使正规的客运站点和合法营运者收入减少，损害合法营运车辆

① 参见国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2018 年度案例·刑事案例 . 一，犯罪、刑罚的具体运用、证据、程序及其他》，中国法制出版社 2018 年版，第 43~44 页。

② 参见《上海市闵行区人民检察院诉卞飞非法经营案》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2022 年第 11 期，第 44~48 页。

的正当权益，影响行业稳定；由于其没有纳入正常的管理体系，相关部门也无法对其进行有效管理”，[①] 并以此认定市场秩序遭到了扰乱。这些不利后果就是法益侵害的具体体现。此外，在涉嫌破坏环境资源保护罪的案件中，由于水、土、大气、动植物是环境法益的物质载体，有的司法人员会依据这些行为对象遭受的不利后果来说明法益侵害情况。例如，在胡某某非法采伐国家重点保护植物案（以下简称案例 5）中，胡某某为了移植香樟树，未经许可购买、采伐了 122 株野生香樟树，他在没有完成树株移植前就被抓获，而且案发时没有发现树株死亡。该案争议焦点在于胡某某的非法移植行为是否构成《刑法》第 344 条规定的危害国家重点保护植物罪。司法人员认为，虽然非法移植不至于毁灭植物生命，胡某某也希望植物能存活，但是因为植物脱离了国家监管，移植人是否具备相应的技术条件以及操作方式是否规范均无法保障，移植人的行为有可能导致植物死亡风险升高，所以非法移植应当纳入危害国家重点保护植物罪的规制范围。[②] 亦即，因为野生香樟树面临死亡危险，所以存在法益侵害，非法移植行为也就构成犯罪。

以上案例展示的实质化判断虽不乏可取之处，但细究起来，其实存在如下明显问题。第一，理论基础不明确。在案例 3 中，上海市闵行区人民检察院在一审公诉时原本没有提及个人法益侵害，到了抗诉阶段才强调存在个人法益侵害。这未免带有一定的投机性，让人怀疑其只是为了方便入罪才如此，而非确信个人法益属于行政犯的法益内容。此外，还可以看到，在部分案件中，司法人员虽明明对行政犯采取了“秩序、制度法益 + 个人法益”的界定，但最终还是倚重秩序、制度法益及其形式化判断。[③] 可以说，对法益内容做实质化理解不是司法人员的“必选项”，秩序、制度法益及其形式化判断对司法人员始终具有莫名的“吸引力”。这种现象的成因是多方面的，最关键的一点在于，当前人们对行政犯的保护法益还存在许多认识和方法上的分歧，是否做实质化理解以及如何做实质化理解，司法人员都不太确定。第二，判断方法不规范。在

① 最高人民法院刑事审判一至五庭主办：《刑事审判参考》总第 105 集，法律出版社 2016 年版，第 41~42 页。

② 参见《重庆市渝北区人民检察院诉胡仁国非法采伐国家重点保护植物案》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2023 年第 4 期，第 45~48 页。

③ 参见国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院编：《中国法院 2020 年度案例 . 刑事案例 . 二，危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪》，中国法制出版社 2020 年版，第 102~103 页。

案例 4 中，司法人员似乎只是为了保证入罪论证足够充分而随意堆砌了一些修饰行为有害性的表述。表面上，扰乱市场秩序的内涵得到具体化，但是这些表述是否有对应的事实？即便有，这些事实能否反映法益侵害也要打上问号。在案例 5 中，在没有发现任何一株香樟树死亡的情况下，“有可能导致植物死亡风险升高”的真实性是有疑问的，司法人员认定法益侵害的根据也就不清楚。这引发的问题是，司法人员在行政犯案件中指出的种种不利后果、负面影响，是基于一般人的有害性认知进行推断即可，还是应当凭借科学法则、客观证据进行验证才行？毋庸讳言，司法实践历来欠缺这方面的方法论自省。

综上所述，形式化判断的立场不足为取，而实质化判断的做法还存有一些疑问。然而，在实质化判断的事例中隐约存在“判断基准—判断方法”的框架，此种框架值得肯定和发扬。在字面意义上，法益侵害包含“法益”与“侵害”两方面，不论是法益内容不具体还是对侵害的判断方法不合理，都无法很好地说明法益侵害；法益侵害的判断原本就应当在法益内容与判断方法这两方面下功夫，才可能避免被行政法规违反的形式标准支配。只不过，这一框架需要得到深化建构。下文试图完成两方面的工作：其一，讨论行政犯保护法益的认识原理，为司法人员具体、实质理解行政犯的法益内容提供理念指引与解释方法；其二，讨论行政犯法益侵害的判断方法，为司法人员规范判断行政犯的法益侵害提供理论框架和操作步骤。

三、行政犯法益内容的实质理解

抽象地表达行政犯的保护法益，把法益侵害表述为扰乱秩序、破坏制度，无异于隔绝社会公众做出危害性评价的可能，司法机关可以独断地认定法益侵害是否存在。对行政犯法益内容做实质理解的意义就在于确立一个便于公众讨论的侵害判断基准，让社会公众也可以做出危害性评价，进而与司法机关的法益侵害判断进行沟通、互动。

（一）行政犯保护法益的双层构造

检视既有的理论资源，可以用来实质理解行政犯法益内容的理论方案有个人法益还原论、重叠法益论、复合法益论和阻挡层—背后层法益论（双层法益观）。相较之下，阻挡层—背后层法益论是相对理想的法益认识原理，我们可以根据这一原理明确行政犯法益的应然构造，以此达到实质理解其法益

内容的目的。亦即，行政犯具有双重不法性，可以认为行政犯的法益内容也具有双层构造。准此，秩序、制度就只是阻挡层法益。但由于我国行政犯构成要件的明确性程度较低，对秩序、制度法益不具有足够的解释能力，故必须确定一个具体的背后层法益以作为决定刑罚处罚的终局基准。

1. 个人法益还原论的疑问

虽然个人法益还原论与阻挡层—背后层法益论共享“手段—目的”的思考方法，但是个人法益还原论主张将所有公共法益或超个人法益（集体法益）还原为个人法益，这在解释上难以贯彻。一方面，还原论的基本立场是，公共法益只有能够还原为个人法益才值得刑法的保护。① 只要认为刑法的终极目的是保护个人，这种立场就具有无可置疑的正确性。但根本而言，这种立场是一种立法论的表达，更适合用来检讨一个公共法益项目是否具有立法保护正当性，从而起到规制立法的作用。原田保指出，在个人法益还原论的那些话语中，论者其实是在论证保护国家或社会法益的合理性，因此，与其说它是解释论，不如说是属于立法论的讨论。② 另一方面，从实定法的观察看，“有一些超个人法益的内容可能可以不变其态样的还原为刑法所保护之个人法益的量聚集”，“有一些超个人法益的内容并非刑法所保护之个人法益的量聚集，而是另有独立概念”。③ 对那些独立性较强的公共法益项目而言，即使可以将其强行还原为某种个人法益，这种个人法益及其侵害结果的内涵也一定是非常稀薄、抽象的。倘若以极其抽象的个人法益作为判断基准，不仅不能进行实质化判断，反而会加重人们的认识负担，最终走向形式化判断。④

2. 重叠法益论、复合法益论与阻挡层—背后层法益论的关系

在笔者看来，重叠法益论和复合法益论属于阻挡层—背后层法益论的另一种表达。

重叠法益论是日本学者为限制解释经济犯罪而提出的解释框架，其重要

① 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2026 年版，第 91 页；张明楷：《集体法益的刑法保护》，《法学评论》2023 年第 1 期，第 49 页；孙国祥：《集体法益的刑法保护及其边界》，《法学研究》2018 年第 6 期，第 48 页。

② 参见［日］原田保：《刑法における超個人的法益の保護》，成文堂 1991 年版，第 143 页。

③ 黄荣坚：《基础刑法学》上册，台湾元照出版有限公司 2012 年版，第 28 页。

④ 参见［日］内田博文：《“超個人的法益”に対する罪の一考察》，［日］岡野光雄ほか編：《西原春夫先生古稀祝賀論文集》第 3 卷，成文堂 1998 年版，第 311 页；［日］梅崎進哉：《個人の保護と社会法益の構造》，《刑法雑誌》1996 年第 2 期，第 180 页。

主张是，确保交易公正之经济秩序与交易参与者之经济利益，应当并列为经济犯罪的保护法益，但二者属于重叠关系，而非择一关系：保护前者旨在保护后者，只要能识别后者法益，就应当尽量以后者法益为判断基准。① 如此而言，重叠关系的法益构造与阻挡层—背后层的法益构造没有本质区别，只是话语表述不同。当然，即使只认可重叠法益论，其思考方法也不必限制在经济犯罪，完全可以延伸至其他行政犯罪。

复合法益论也叫复杂客体说，是我国传统学说中有关犯罪客体的学说，在实务中也流行已久。复合法益论在表述上表现为“不仅保护 / 侵害 A，还保护 / 侵害 B”。然而，一方面，受司法保守主义的影响，传统学说没有明确界定两种法益的关系，客观上给司法人员留下了一定的选择空间。故而，在明确采取“秩序、制度法益 + 个人法益”界定的情况下，虽然大多数司法人员选择以秩序、制度法益为判断基准，但是如案例 4 所示，还是有一些司法人员会考虑以个人法益为判断基准。此种场合无异于把两种法益理解为阻挡层—背后层关系。另一方面，传统学说确定复合法益的方法体现为通过探寻立法保护目的和刑罚处罚根据（社会危害性）来把握犯罪实质。在这一过程中，随着行为的有害性被描述得越具体，“被害 / 保护”的法益也就越丰富，多余的 B 法益就是行为在侵害 A 法益后附带、同时、额外侵害的对象。既然 B 法益侵害也奠定了刑罚处罚基础，在 B 法益是比较具体且价值重要的法益的情况下，未必不能认为保护 A 法益是为了保护 B 法益，然后由 B 法益决定处罚范围。

3. 阻挡层—背后层法益论的功能

阻挡层—背后层法益通常是就不同犯罪间的法益关系来说的，② 但也可以用来分析一个犯罪的法益内容。一方面，阻挡层法益自身未必有什么价值，只是因为有利于保护其他重要法益才具有作为法益的意义。③ 倘若一个犯罪的法益是其他重要法益的阻挡层法益，而此种法益又比较抽象，就有必要确定背后层法益。另一方面，因为立法时欠缺法益理念的指导，司法实务也总是与法益理论存在距离，所以刑法理论主张同时承认形式的法益概念与实质的法益概念，即在确定形式法益之际，不能只看立法者事实上保护了什么法

① 参见［日］芝原邦爾：《经济刑法研究（上）》，有斐閣 2005 年版，第 12 页。

② 参见张明楷：《具体犯罪保护法益的确定方法》，《现代法学》2024 年第 1 期，第 11 页。

③ 参见［日］和田俊憲：《賄賂罪の見方》，［日］高山佳奈子、島田聡一郎編：《山口厚先生献呈文集》，成文堂 2014 年版，第 371 页。

益，还要依据实质的法益概念看刑法应当保护什么法益。[①] 对一个犯罪的法益内容做阻挡层—背后层法益的分析也契合实质的法益概念（理念）的要求。诚然，立法者制定行政犯的目的是担保行政实效性，从而稳固由行政法规确立的秩序、制度。但作为一种社会存在的秩序、制度，其本质不过是行政主体借行政立法对公民订立的一系列行为规范的集合，而行为规范只有在为了保护、促进一些实在的利益时，才具有正当性并得到普遍遵守。因此，秩序、制度是行政犯事实上要保护的法益，但秩序、制度指向的那些实在的利益是行政犯应当保护的法益。为了合理控制处罚范围，就有必要把它算作行政犯的法益内容并发挥解释机能。

4. 阻挡层—背后层法益论与双重不法性的勾连

将行政犯的法益内容理解为阻挡层—背后层的构造，对应行政犯的双重不法性。对行政犯案件，社会公众的认识通常停留在行政不法事实的层面，未必能透过“扰乱秩序”“破坏制度”等词捕捉行为事实的有害性。因而，违反行政法规以及由此推定的扰乱秩序、破坏制度只是行政犯的外观事实。从行政不法到刑事不法，立法机关和最高司法机关可以围绕社会危害性和刑罚处罚必要性制定各种罪量条件用以区分二者。然而，在一般原理上，成立犯罪并引发正当的刑罚处罚必须存在足以引起社会公众有害性评价的事实。[②] 若把扰乱秩序、破坏制度理解为行政不法的依据，则刑事不法的实质就只能是对秩序、制度的背后层法益的侵害。这样理解不仅顺应行政犯具有双重不法性的既有共识，而且有助于破除司法人员对秩序、制度法益及其形式化判断的“执拗”。

当然，以秩序、制度的背后层法益作为判断基准，不代表秩序、制度法益可以被舍弃。相反，为了保持行政犯区别于自然犯的特性，仍有必要保留秩序、制度法益。这样做的好处是，即便经过解释发现背后层法益是个人法益，也不意味着个人处分法益的权限范围或承诺范围可以轻易延伸到行政犯领域。这是阻挡层—背后层法益论与个人法益还原论的本质区别。

（二）背后层法益的类型化识别

如何确定背后层法益？一方面，《刑法》分则规定的是类型化的有害行为，

① 参见张明楷：《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》，《法学家》2021 年第 1 期，第 89~91 页。

② 参见王昇程、高文英：《治安违法行为的扩充及其界限》，《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2024 年第 4 期，第 152 页。

凡是有利于确定行为有害性的成因及表现的，都可以用作解释线索。例如，罪状对结果要素的规定、在立法说明中对行为社会危害性的描述、前置法的目的规定、比较法的理论资源等，都可以成为论证背后层法益的理由。另一方面，由于刑法的终极目的是保护个人，个人法益可谓所有阻挡层法益的目的，只不过在不同场合存在“手段—目的”的“距离长短”差异，因而基本方向是朝着个人法益摸索背后层法益。① 不过，其一，能够作为背后层法益的个人法益的内涵需要得到进一步阐释；其二，个人法益还原论的困境已经警示，不是在任何场合都要追究到个人法益层面，不能认为只有个人法益才可以作为背后层法益。

1. 处于背后层的个人法益

处于背后层的个人法益不必是典型的人身、财产法益，也可以在概念和种类上进行续造，但总体上“依然必须是多数社会人可以感觉得到的利益关系”。② 例如，刑法理论把公共安全归属为公共法益（社会法益），但公共安全被普遍认为是不特定或多数人范围内每一个人的人身、财产法益的量聚集，它的内容仍然是个人法益。这意味着，背后层的个人法益可以是量聚集的个人法益。再如，经济犯罪的背后层法益主要是交易参与者的财产性利益，这不一定是具体个人的财产性利益，也可以认为“是从每个作为个体的交易参与人的利益中抽象出来的，是参与某一类型交易的全体成员的财产性利益”。③ 这种财产性利益虽具有一定的抽象性，但仅体现在利益主体的不特定性上，财产性利益的内容本身是明确的。毕竟，人们对什么是财产、什么是经济价值都有一个直觉性的认识。

处于背后层的个人法益不仅包括现在的人的法益，而且包括未来人的法益。有理论认为，行政犯不仅面向现在、保护现在的人的法益，而且面向未来、保护未来人的法益。④ 一方面，在宪法框架下，立法者为了建设更好的

① 值得一提的是，在对新型行政犯的规制策略构建上，个人法益的思考方向也受到学者重视。参见刘艳红、姜文智：《个人法益视角下数据共享与跨境流通的法律保护体系构建》，《浙江工商大学学报》2025 年第 1 期，第 66 页。

② 黄荣坚：《基础刑法学》上册，台湾元照出版有限公司 2012 年版，第 28 页。

③ 张小宁：《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》，《法学》2018 年第 12 期，第 157 页。

④ 参见［日］甲斐克则：《法益論の研究》，成文堂 2023 年版，第 37 页；［日］嘉门優：《法益論：刑法における意義と役割》，成文堂 2018 年版，第 10 页。

未来，制定一些原本没有的行为规范，从而形成一些新的法益项目。随着该行为规范、法益项目成为共同体生活的必要条件，人们也会对相应构成要件行为产生伦理谴责情绪。所谓行政犯的自然犯化，便是此理。另一方面，某种利益客观存在，却未必被现在的人们看重，但这种利益确实构成未来人们生存、生活的基础，立法者便通过刑法规范调整现在人们的行动加以保护。正如高山佳奈子所指出的，“现在世代的法制度，担负着‘保护未来世代的义务’”。① 作为法制度重要环节的刑法也当然要保护未来人的利益，未来人的利益也就构成刑法上的法益。

据此，其一，有一些行政犯的背后层法益可以直接确定为未来人的法益。例如，生物安全犯罪的刑事立法如《刑法》第 334 条之一、第 336 条之一等，其立法目的是保护未来不特定或多数人的身体健康、生命安全，其背后层法益就在于此。其二，即使不将未来人法益确定为背后层法益，也有必要从是否对未来人法益有害的角度判断法益侵害。例如，对破坏环境资源保护罪，相较国家环境保护制度和自然资源管理制度，作为物质存在的生态环境、自然资源的变化可以通过感官直接掌握，以其为背后层法益通常也能够实质地判断法益侵害。然而，“自然资源保护的模糊处是在规范面，亦即多大程度的变化要认定为实害或危险”，② 这仍然留有悬念，仅依赖技术数值也无法应对所有情形。缘此，学者开始意识到，“环境犯罪的刑事立法与‘未来人类’相关联”，③ 环境犯罪立法在保护生态环境、自然资源的同时也是在保护人的法益，这“不仅仅是人类眼前的利益，还要着眼于人类长远（未来）利益，包含着‘未来人类’利益”。④ 既然如此，规范面未必不可以订立如下解释规则：生态环境、自然资源的变化必须对人的法益有害方能成立法益侵害；即使现在的人不觉得有害，但站在未来人立场能够证成有害的，也应当认定构成法益侵害。

未来人并非模糊的人类整体或社会共同体，未来人法益不是超个人法益

① 参见［日］高山佳奈子：《将来世代の法益と人間の尊厳》，［日］岩瀬徹ほか編：《刑事法・医事法の新たな展開：町野朔先生古稀記念》，信山社 2014 年版，第 5 页。

② 钟宏彬：《法益理论的宪法基础》，台湾元照出版有限公司 2012 年版，第 261 页。

③ 陈家林：《法益理论的问题与出路》，《法学》2019 年第 11 期，第 15 页。

④ 孙国祥：《累积犯视野下“严重污染环境”的新诠释》，《政法论坛》2024 年第 4 期，第 93 页。

或集体法益。刑法保护的未来人是未来世代中每一个具体的个体，未来人法益是个人法益概念在时间维度上的延伸。当然，也许有学者以未来人法益侵害判断并非易事来反对笔者的观点。对此，需要明确，未来人法益是否遭受侵害并非凭空推定，而要以行为对现在的人的法益的现实影响为锚点。结合后文所述，未来人法益侵害应当从两个方面进行判断。一方面，看行为是否对现在的人的法益的维持基础、外部状态造成不利变更，或引发额外修复支出、创设现实危险，这是未来人法益侵害的事实基础。另一方面，依据环境科学、遗传学等专业知识以及未来人生存发展的实际需求来验证行为与未来人法益受损之间是否存在必然或高度盖然的因果关系，并考察现在的人对此种因果关系是否具有理解可能性。

2. 处于背后层的公共法益

背后层法益也可以是比秩序、制度更具体的公共法益。前文指出，生态环境、自然资源是环境犯罪的背后层法益，属于公共法益。除此之外，国家税收利益是国家所有的财产性利益，因不可以直接分配给公民个人而具有公共属性，但它终归是一种财产性利益、具有财产的一般属性，所以也可以算作背后层法益。事实上，对走私犯罪和发票犯罪，在实践中已有将国家税收利益作为判断基准的做法。有司法人员指出，走私普通货物罪的法益侵害不仅表现为违反国家海关监管制度，而且表现在偷逃关税并给国家税收造成损失，因此，违反海关监管规定但没有导致国家税收损失的，不构成犯罪。[①] 还有司法人员认为，虚开增值税专用发票罪以造成国家税款损失为必要构成要件，不会造成国家税款损失的虚开行为仅破坏了国家对增值税发票的管理秩序，虽属于行政不法，但不应受刑罚处罚。[②]

背后层法益应当是能够用于实质判断法益侵害、有利于实现处罚范围合理化的法益。一些公共法益也满足这一要求。例如，通说认为，《刑法》第 328 条盗掘古文化遗址、古墓葬罪的保护法益是“国家对古文化遗址、古墓葬的管理制度和国家对古文化遗址、古墓葬的所有权”，[③] 也即文物管理制度和文物的所有权。问题在于，如果以文物管理制度为基准进行形式判断，会导致

① 参见最高人民法院刑事审判一庭等主编：《中国刑事审判指导案例 . 破坏社会主义市场经济秩序罪》，法律出版社 2009 年版，第 60 页。

② 参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选分类重排本：2016—2020. 刑事卷》，人民法院出版社 2022 年版，第 486 页。

③ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社 2022 年版，第 582 页。

既遂时点过于提前，只要行为人实施了盗掘行为就既遂；倘若以文物所有权为背后层法益进行实质判断，又会导致既遂时点过于滞后，要求行为人必须取得文物才既遂。[①] 有鉴于此，有司法人员着眼犯罪对象的特殊性，主张该罪保护的法益主要是文物、遗址、墓葬的历史、艺术及其科学价值（文物的文化价值），进而认为，只要盗掘行为损害了这些价值，即使没有取得文物也构成既遂；反之，已经着手实施盗掘行为但没有损害这些价值的，就只能构成犯罪未遂或中止。[②] 换言之，保护文物管理制度是为了保护文物的所有权，但文物的所有权不能保证刑罚处罚范围的合理化。虽然文物的文化价值这一公共法益比文物的所有权更抽象，但是文化价值并非不可捉摸，人们可以通过专业手段衡量文化价值是否减损，所以文化价值也可以作为背后层法益。

四、行政犯法益侵害的判断方法

对行政犯的法益内容做实质理解，将秩序、制度的背后层法益作为终局的判断基准，行政犯法益侵害的内涵就不再是秩序、制度的累积性侵害，而是秩序、制度的背后层法益侵害。

在行政犯具有行政违反结果加重犯构造的场合，立法者以背后层法益的实害为处罚根据，此时的法益侵害判断不会成为问题。只要出现人身、财产法益的实害后果，就有法益侵害。不过，在行政犯具有行为犯、形式犯特征的场合，立法者以背后层法益的抽象危险为处罚根据，这时的法益侵害判断就会出现很多障碍，而这才是行政犯法益侵害实质化判断的关键。一般认为，刑法上的判断需要区分判断资料与判断立场，唯此才能明晰判断过程以便于事后检验和公共讨论。行政犯法益侵害的实质化判断路径就是明确判断资料与判断立场。

（一）判断资料

判断资料是反映法益侵害的事实情况，也即做出有害性评价的事实基础。

① 参见最高人民法院刑事审判一庭等主编：《中国刑事审判指导案例 . 妨害社会管理秩序罪》，法律出版社 2009 年版，第 133 页。

② 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》总第 129 辑，人民法院出版社 2022 年版，第 67 页。

一方面，前述案例显示，司法人员会进行后果考察，将行为引起的不利后果、负面影响作为重要的、直接的判断资料，但后果考察不能没有章法，而要围绕背后层法益展开（下 1）。另一方面，法益侵害的判断不等同于以法定构成要件为对象而组织证据材料的司法证明活动，它本质上是位于其先的、追问行为事实是否具有能够引起正当刑罚处罚的有害性的价值评价活动。因此，虽然在以往的危险判断中，（纯粹）客观的危险说主张以客观的事实情况作为判断资料，但是行政犯法益侵害的判断资料不一定要限定为纯粹客观的事实情况，也可以是主观的事实情况（下 2）或者带有评价意味的事实情况（下 3）。出于结构化规整和标识方便的考虑，以下从被害人、行为人、社会公众三个方面整理判断资料。

1. 被害人方面：利益的被害状态

在证成刑罚处罚正当性的诸多原理中，损害原则因居于核心地位而总是被人们优先考虑。虽然损害原则的内涵富有弹性，但是损害原则的基本意义是行为人因损害行为人之外的他人才能引发刑罚处罚。[①] 虽然刑法理论将法益侵害作为证成刑罚处罚正当性的理由，但是社会公众对有害性的感知很大程度上来自对被害人是谁、被害后果是什么等问题的考虑。因而，后果考察指向的是被害人考察，越能够指认被害人的，就越容易证成刑罚可罚性。当然，行政犯可能被认为是无被害人犯罪，但通常意义的被害人是从犯罪学和刑事诉讼的角度理解的。在刑法学上，被侵害的法益的主体就是被害人。[②] 只不过，作为一种判断资料，在行政犯案件中的被害人不一定能够主张损害赔偿、参加刑事诉讼（享有诉讼权利、适用当事人和解程序），其身份是一种略微宽泛的利益被害主体。这虽与固有的一些理解存在不同，但确定被害人进而掌握利益被害状态对判断法益侵害而言是非常必要的。

需要明确，作为判断资料的利益被害状态，除了确定的经济损失和显著的身体机能受损，还包括以下两种情形。其一，利益维持的外部状态发生不利变更。例如，在王某某非法经营案中，最高人民法院认为，王某某利用农闲时间收购玉米卖给粮油公司的行为在粮农和粮油公司间起到了桥梁纽带作

① 参见［美］范伯格：《刑法的道德界限．第 1 卷，对他人的损害》，方泉译，商务印书馆 2013 年版，第 26 页。

② 参见申柳华：《德国刑法被害人信条学研究》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 21~24 页。

用，没有破坏粮食流通的主渠道。[①] 也就是说，粮食流通渠道是维持粮农和粮油公司经济利益的外部状态，王某某的行为不仅没有导致这种状态变糟，反而变得更好，所以无法认为粮农和粮油公司的经济利益遭受损害。其二，为了修复受损利益状态、防止不利状态的恶化而给付的额外支出。在民法上，额外支出是权益受到损害的一种样态，[②] 在刑法上也可以作为法益侵害的判断资料。例如，在一起涉嫌编造、故意传播虚假恐怖信息罪的案件中，司法人员指出，虽然虚假信息通常不会造成实际的恐怖结果，但是编造、传播行为会导致社会公众的心理恐慌，使国家、社会以及个体为防止恐怖行为的出现而付出物质上和精神上的代价，由此对社会秩序产生一定程度的干扰，进而构成犯罪。[③] 可见，司法人员是以产生了额外支出来认定法益侵害的。

为了便于进一步理解，以下对利益被害状态做一些示例性说明。在一些危害公共安全罪的案件中，可以把行为实施地、影响地的居民作为被害人。居民生活状态是否发生不利变更是重要的判断资料。例如，就赵某某非法持有枪支案而言，即便涉案枪型物符合枪支标准，司法人员仍需要审视赵某某的行为是否导致一般人对公共安全产生合理忧虑。[④] 这种判断需要借助社会反馈、公众认知进行情境化评估。司法人员完全可以询问赵某某摆摊地周边的居民是否感到危险，并比较赵某某摆设射击摊位前后，与居民人身、财产安全相关的外部生活安宁状态是否发生了变化；如果没有居民反馈日常生活受到影响，或者反馈的人数不多，就应当果断认定没有抽象危险。再如，在涉嫌破坏市场经济秩序罪的一些案件中，可以把消费者、交易方、竞争者、权利人等作为被害人，并判断这些人的利益是否受损。在案例 3 中，上海市闵行区人民检察院以卞某侵害了其他合法产品经营者的权益为由提起抗诉，其实也是试图以被害人的利益受损来论证法益侵害。果真如此的话，上海市闵行区人民检察院应当实地调查走访，了解同领域、同地域竞业者的情况，只有在有竞业者反馈自己的经营活动遭受负面影响时才能证立卞某的行为有

① 参见罗书臻：《内蒙古农民收购玉米被判非法经营罪案将再审》，https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/34222.html，2026 年 1 月 10 日。

② 参见田野：《风险作为损害：大数据时代侵权“损害”概念的革新》，《政治与法律》2021 年第 10 期，第 34 页。

③ 参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选分类重排本：2016—2020. 刑事卷》，人民法院出版社 2022 年版，第 1251 页。

④ 参见天津市第一中级人民法院（2017）津 01 刑终 41 号刑事判决书。

法益侵害。又如，在涉嫌破坏环境资源保护罪的一些案件中，可以着重审查政府部门和周边居民有无额外支出。在行为人实施行为之后，虽然现在的人们察觉不到生态环境、自然资源发生变化带来的不利影响，但是政府部门和周边居民要为维持、修复自然环境或者预防未来出现严重后果而额外付出人力、物力成本的，也可以表明法益受到侵害。正因如此，《最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第 19 条第 3 款把“公私财产损失”作为定罪量刑标准，此种财产损失不仅包括行为直接造成的财产损毁、减少，而且包括“为防止污染扩大、消除污染而采取必要合理措施所产生的费用，以及处置突发环境事件的应急监测费用”。① 另外，行为人自行缴纳生态修复资金，还会作为从轻处罚的酌定情节。②

2. 行为人方面：侵害法益的目的

刑法理论逐渐形成的一个共识在于，虽然不法是客观的、责任是主观的，但是行为目的可以作为不法要素。就诸多抽象危险犯而言，行为目的不仅显著影响法益侵害危险的现实化可能性，而且能反映行为是否创设了刑法不允许的危险，因而实际承担着不法建构功能。结合背后层法益看，有一些行政犯的法益侵害内容是对公民人身、财产性利益或国家税收利益等法益的抽象危险。行政法规原本具有预防功能，因而违反行政法规是司法实践推定抽象危险的重要依据。然而，为了追求实质化判断，我们必须确立其他可观察的替代性指标。因此，将行为人的主观目的作为判断资料便具有现实意义。

例如，对非法持有枪支罪，陈兴良教授指出，“非法持有枪支罪应当以违法犯罪为目的”，“不以违法犯罪为目的的非法持有枪支行为只是单纯地违反枪支管理法规，并不涉及对公共安全的危害”。③ 这里所谓的违法犯罪目的也就是导致不特定或多数人范围内他人人身、财产遭受危险的目的。基本原理在于，欠缺此种目的而持枪的，制造枪击事件的可能性会下降，社会公众抱有的危险感也会减轻，认定抽象危险的事实基础或许就不存在了。再如，对《刑法》第 205 条规定的虚开增值税专用发票罪，有司法人员明

① 《最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》，https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/408592.html，2026 年 1 月 10 日。

② 参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选分类重排本：2016—2020. 刑事卷》，人民法院出版社 2022 年版，第 1483 页。

③ 陈兴良：《赵春华非法持有枪支案的教义学分析》，《华东政法大学学报》2017 年第 6 期，第 12 页。

确主张，“只有主观上有以抵扣税款为目的的恶意虚开行为才可能会造成国家税款的流失”。[①] 该主张的法理内核在于，国家税收利益面临的抽象危险并非必然由单纯的虚开行为引发，而是与行为人抵扣税款的目的紧密相连。因此，司法人员除了完成对发票的份数和面额的形式审查，还要着重审查行为人是否有将发票用于抵扣、骗取税款的目的。当然，将行为目的作为判断资料并不意味着将行政犯整体界定为目的犯，而是强调行为人的主观目的可以作为判断抽象危险的功能性指标，发挥其限制刑罚处罚范围的作用。此外，作为判断资料的行为目的必须是行为人侵害背后层法益的具体意思，而不是概括的“违法意思”。不能因为行为人认识到自己可能违反行政法规就认定行为人有侵害背后层法益的目的，进而宽泛地认定抽象危险。

3. 社会公众方面：社会恶劣影响

司法实务习惯于将“社会恶劣影响”作为定罪量刑情节。这种情节反映的是某一行为事实受到大范围关注，社会公众较为一致地对之表示厌恶、谴责。[②] 因而，社会恶劣影响的本质是社会公众对某种行为具备有害性的价值认知与行动反应。这一公众反应在法益侵害的判断中不容忽视。尤其是在行政犯面向未来人法益保护的一些场合，当传统的危害结果无法量化时，社会恶劣影响便成为揭示潜在风险、联结公众诉求与法律评价的判断资料。

详细来说，在保护未来人生存、生活必要的法益的同时，现在的人需要的法益乃至对未来抱有的安全期待也得到了保护。因为人是连续性的存在，现在的人和未来人会发生时空上的交错重叠，所以未来人的法益也是现在的人在未来享有的法益。未来的生活会发生何种变化，未来人的生命、身体是否会遭受不利影响，需要凭借科学技术知识进行预测。但科学技术终归有其功能边界。倘若无法预测，又有事实反映一种行为已经引起现在的人的担忧，现在的人以语言和行动普遍表达拒绝、谴责的，就可以认为发生了社会恶劣影响，从而表明未来人法益已面临危险。在首例基因编辑婴儿事件中，“违反生命伦理”“引发人类基因安全风险”“科技界、官方的态度”“民间的反应”

① 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选分类重排本：2016—2020. 刑事卷》，人民法院出版社 2022 年版，第 486 页。

② 参见郭旨龙：《刑法上恶劣影响情节的经验考察与理论构建》，《法学研究》2024 年第 2 期，第 174~175 页。

等多种因素的组合，使司法人员认为基因编辑行为造成了社会恶劣影响而具有刑罚可罚性，这种认识也得到了立法机关的肯认。为避免不当基因编辑、克隆胚胎行为改变的不良生物性状遗传给下一代人，《中华人民共和国刑法修正案（十一）》增设《刑法》第 336 条之一非法植入基因编辑、克隆胚胎罪。同时，立法人员指出，可以将社会恶劣影响解释为该罪的严重情节。① 由此来看，在“争议案件—增设新罪—解释适用”的发展过程中，以公众反应为内核的社会恶劣影响发挥着重要作用。

需要指出，将社会恶劣影响作为法益侵害的判断资料不会导致以主观情绪归罪。因为社会恶劣影响不等于法益侵害本身，它只是揭示、证成法益侵害的经验事实，二者是被感知的对象与感知本身的关系。此外，司法人员适用社会恶劣影响需要受到一些条件限定：社会恶劣影响应当是行为造成的后果，而不是由其他原因如媒体夸大造成的后果；社会恶劣影响必须是通过听证会、专家咨询、舆情分析等正当程序形成的可记录、可验证的裁判依据，而非司法人员的主观臆断；社会恶劣影响应具有广泛性、一致性，是一种跨阶层、跨地域的价值表达，局部的负面议论不足以构成社会恶劣影响；社会恶劣影响要能够对应背后层法益的内容，而非泛化的道德谴责。

以上只是归纳了主要的、典型的判断资料，三种分类虽不一定周延，但也并非封闭。应当说，在具体个案中，凡是能够有效反映行为有害性的事实情况都可以考虑在内。例如，在案例 5 中，作为行为对象的香樟树是国家保护植物资源（危害国家重点保护植物罪的背后层法益）的一部分，司法人员将香樟树遭受的不利后果作为国家保护植物资源遭受侵害的判断资料，大体没有疑问。只不过，该案引出了另外一个问题：当司法人员进行后果考察并以各种不利后果的话语来陈述有害性表现、来源时，司法人员认定不利后果的标准又是什么？这便涉及有害性的判断立场问题。

（二）判断立场

判断立场是认定法益侵害要凭借的法则知识，也即做出有害性评价的价值标准。在以往关于危险判断的讨论中，存在一般人的立场和科学（专业）的立场的对立。前者主张以社会公众的危险感、有害性认知为标准，后者主

① 参见黄永主编：《中华人民共和国刑法立法背景与条文解读》下册，中国法制出版社 2021 年版，第 910 页。

张以科学、专业知识为标准。

1. 两种立场的结合考虑

由于行政犯的条文具有技术性、专业性，司法人员需要借助科学专业知识才能应对一些问题，甚至作为补充规范的行政法规本身就是科学专业知识的一定体现，所以行政犯的法益侵害判断契合科学的立场。然而，这只能说明科学的立场具有优先性，既不等于科学的立场具有终局意义，也不代表一般人的立场无用武之地。其一，任何犯罪的法益侵害判断都不能严重偏离社会公众的有害性认知，实质化判断立场也决定了不能把违反行政法规作为认定法益侵害的唯一标准。其二，理论认可一般人的立场和科学的立场都有一定缺陷，任一立场都难以被单独贯彻到底。其三，在实践中，也很难说司法人员只采取了一种立场，而实际倾向于综合考虑两种立场。这在最高人民检察院第 85 号指导性案例刘某某涉嫌生产、销售“伪劣产品”案中有明确体现。

在该案中，刘某某生产、销售的智能平板健走跑步机因没有装备传统的安全装置而不符合跑步机国家标准，被鉴定为不合格产品。然而，适用国家标准的跑步机最高限速为 20 公里 / 小时，而涉案跑步机最高限速仅为 8 公里 / 小时，并且安装了智能控速、启停系统。因此，消费者不仅没有提出质量投诉，反而普遍反馈产品使用便捷、没有安全隐患。有鉴于此，浙江省永康市人民检察院通过听证的方式认定该产品为创新产品，不适用传统跑步机的国家标准，进而认定其不是伪劣产品。① 需要指出，该案的跑步机国家标准属于技术标准。技术标准的内容被认为是以科学专业知识为基础的专门表达，具有高度的科学性、专业性，在实践中广受信赖。② 在刑事司法中，枪支标准、酒驾标准、食品安全标准、污染物排放标准等各类技术标准广受司法人员的信赖，实际发挥着危险审查基准的作用：只要逾越技术标准允许的范围，就应当认定为有危险。然而，浙江省永康市人民检察院没有受技术标准的拘束，而是在公众没有感到安全隐患的情况下，排除了技术标准的适用。这种做法十分值得肯定。该指导性案例在“指导意义”部分强调，办案要“将法

① 参见《最高人民检察院第二十三批指导性案例》，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202012/t20201214_488876.shtml#2，2026 年 1 月 10 日。

② 参见王贵松：《作为风险行政审查基准的技术标准》，《当代法学》2022 年第 1 期，第 104 页。

律判断、专业判断与民众的朴素认知结合起来”。①

2. 两种立场的制约关系

综合考虑两种立场，不等于二者是选择关系或者先后关系，而是制约关系：科学的立场虽具有优先性，但一般人的立场尤具基础意义；依据科学立场得出的结论不能超出社会公众对有害的认知可能性，否则就应当被一般人的立场代替。具体来说，有两条运用规则。其一，在科学立场看来有害，但公众始终不认为有害的，就应当依从公众。其二，在科学立场看来有害，公众也并非绝对认为无害，只是对有害性感知低下的，司法人员可以选择说服公众。对后者，还有做如下分析的必要。

第一，公众的有害性认知不是固定的，而是流动的、可以塑造的。塑造公众的有害性认知的行为不会损害公众的自主性，因为公众的有害性认知始终是朴素的，并且带有一定滞后性。在欠缺一定专业知识、背景信息就不能妥当做出有害性评价之际，司法人员应当通过司法判决来辅助公众认识一个行为的有害性。例如，在“抓麻雀获刑”这一类案例出现之前，大多数人不会认为抓麻雀是有害行为，但是随着这类司法判决及相关报道的增多，人们会逐渐意识到麻雀是珍贵、濒危的物种，保护麻雀事关物种多样性这一人类生活的重要基础。事后来看，将司法判决传递的信息内化为个人认知的社会公众，就不会认为自己的价值观遭到“篡改”。在此意义上，司法人员有说服公众的选择余地。

第二，在未来人法益侵害的场合，司法人员应当揭露行为事实的有害性，以此引导公众的有害性认知。“抓麻雀获刑”的案例引出的一个事实在于，环境犯罪的立法与司法容易与公众的既有认知发生冲突。焦艳鹏教授指出，这是国家与公民、公民与公民之间在生态环境领域的认知或利益存在差异所致：国家为了保护生态环境、自然资源而使用较重的刑罚，这对那些没有生态保护意识、习惯于从自然环境中获取利益的人们而言是无法理解的。② 从另一个角度讲，这是因为环境犯罪有保护未来人法益的面向，有的环境犯罪未必会对现在的人们造成某种现时的有害后果，甚至连额外支出都不一定有，现

① 《最高人民检察院第二十三批指导性案例》，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202012/t20201214_488876.shtml#2，2026 年 1 月 10 日。

② 参见焦艳鹏：《生态文明保障的刑法机制》，《中国社会科学》2017 年第 11 期，第 82~83 页。

在的人们也就不会对其产生强烈的谴责情绪。然而，只要未来人法益处于立法者的保护目的范围内，刑罚发动的理由就不只是现在的人的法益侵害，还包括未来人的法益侵害。倘若社会公众对未来人的法益侵害感知低下，司法人员就可以依据科学专业知识强调未来人法益的重要性、描述行为侵害未来人法益的因果流程等，以此补足公众做出有害性评价需要的信息。

就案例 5 而言，如果植物死亡风险的升高为真，而且人们也意识到国家保护植物资源对未来人生活的重要性，则社会公众也会认为胡某某的行为有害。问题恰好在于，该案司法人员没有指出植物死亡概率的增加的科学依据何在，似乎只是凭借常规经验做出了认定。一旦司法认定不具备科学基础，想必社会公众也不会认同司法处理的正当性。这再次说明，行政犯法益侵害的判断应当综合考虑两种立场。

五、结语

构成司法判决正当性的核心要素在于说服力。这种说服力既体现在依法做出的判决与公众的有害性认知保持一致，也体现在司法判决能够沟通立法者的意思与公众的潜在性认知（固有的直觉、内心的信念等），使二者能够相互兼容、彼此协调。与之对应，行政犯的有害性可分为固有的有害与塑造的有害。在前者场合，司法判决应当与公众已有的认知相匹配；在后者场合，则要求司法判决做出的判断具有为公众理解和接受的可能性。无论哪种情形，司法人员都应当在裁判说理中增强法益侵害论证。

根据笔者的观点，行政犯法益侵害的实质化判断由三个步骤构成。第一，确立判断基准。通过罪状描述、立法目的、比较法资源等多种途径识别秩序、制度的背后层法益，防止法益内容的空洞化。第二，收集判断资料。围绕背后层法益从利益被害状态、主观目的、公众反应等多个方面确定有害性的评价根据，确保侵害判断具备事实基础。第三，明确判断立场。以公众认知为外在制约，合理运用科学知识，审慎认定是否存在可认知的有害，以此限制刑罚处罚范围。三个步骤的体系化运作，可以有效实现行政犯处罚范围的合理化，增强司法判决的说服力与正当性。

（责任编辑：方　军）