



德国有关行政犯性质的学说及其评析

黄明儒

由于行政犯是国家职能扩张后才开始出现在各国行政法规，因而学术界就存在对其性质进行认定的问题，从不同的角度分析得出的结论也不会相同。德国学说有关行政犯与刑事犯区别的问题，其立论目的最初是想在立法上将违警罪排除于刑法之外，之后又变为想要在立法上寻找划分刑事不法与行政不法的标准。而其所谓的行政犯，初指刑法中的违警犯，后则指秩序违反法中的秩序违反。因而该国学者所持有关行政犯性质认定的理论论争也比较充分而具有相当代表性，因而有必要对此加以介绍分析，以正其源，并期此能够对我国行政刑法与行政犯的研究有所裨益。

一、行政犯与刑事犯本质相异说（即质的区别说）

该说主张行政犯与刑事犯存在本质上的区别，两者并非仅是程度上的差别，而是概念上的差别，二者属于不同类属的不法行为。换言之，两者的差别非在“较少对较多”的关系上，而是在“他物对他物”的关系上。这种主张在德国影响很大，行政刑法之父郭特希密特（James Goldschmidt）即以此为其主张的出发点。此外如弗兰克（Reinhard von Frank）、麦耶（M. E. Mayer）、沃尔夫（Erik Wolf）等人所持见解，论点虽有不同，但其根本主张仍然属于此说。至于两者在质的差异所在到底如何，由于采取这种学说的人所持观点的着眼点不尽相同，所以又形成下述几种不同的见解：

（一）权利侵害与法规侵害区别说（权利侵害说）

该说代表人为费尔巴哈（Feuerbach）及路登斯（Ludens）等学者，主张所谓犯罪是对国民权利或国家权利的刑事犯罪，欠缺此项必要条件（权利），则为警察不法领域的可罚行为。这些主观权利皆先于刑罚法规而存在，而所谓刑事不法，原本仅以违法行为为对象，其第一义为权利侵害。与此相反，所谓警察不法，非指违法行为，其成立仅因国家目的的间接作用，且为国民原本在法律上所能行为者，故其第一义为法规侵害。

（二）法益侵害与单纯不服从区别说（法益侵害说）

此说从行为是否对法益造成攻击探讨其行为性质，据以区别行政犯与刑事犯，认为刑事不法是指包含法益受到侵害或使法益产生危险的犯罪，而行政不法则仅指对国家法规的单纯不服从。这一学说主要以行政犯中的警察犯加以说明，与费尔巴哈学说极为相近。两者的区别标准皆为保护客体，只是前者之刑事犯的攻击客体非主观权利，而是法益。相应地，此派学说将空洞的权利侵害代之以实质内容的法益侵害，用以定义刑事犯的概念，而认为行政犯仅形式不法，其内容为所谓的不服从犯、单纯规范违反或单纯不服从。该说因其立论不同，尚有下列两种主张：

1. 具体危险与抽象危险区别说。该说从行为对法益造成的态样加以区别，认为对法益造成侵害影响的行为为刑事犯；如仅对法益造成威胁的，则属行政犯。该说代表人物为Köstlin等人。更有学者如von Buri加以引申，将危险犯进一步区分为抽象危险犯和具体危险犯，认为二者区别的本质，不在保护客体的差

异，而在保护客体所产生作用的差异。无论刑事犯或行政犯，只要是可罚行为，其攻击目标皆为法益，而法益的侵害，可分为具体危险与抽象危险。作为构成要素的必要条件的危险发生就是具体危险犯，虽然危险的发生不成为其构成要素，但行为本身就具备危险性，不必追究危险是否发生，必须对其处罚的称其为抽象危险犯。侵害法益或者给法益造成具体危险的犯罪是刑事犯，给法益造成抽象危险的犯罪是行政犯。后者之所以受到处罚，是因为其行为极易造成危险。

2. 行为实质区别说。该说从行为的实质区别二者，认为若对一定法益造成侵害或威胁者为刑事犯；若仅对法规纯粹不服从者则为行政犯。刑事犯与行政犯虽均以不服从法规为共通要件，但刑事犯必须以因其不服从而导致对法益造成实害或危险者为其实质内容；行政犯则无此实质内容。Liszt、Schmidt、Binding、Finger等学者持这种主张。如Binding认为犯罪可分实害犯、危险犯及纯粹不服从犯（形式犯），已经造成法益侵害的犯罪属于侵害犯；只是导致法益危险化的犯罪属于危险犯；形式犯相当于违警罪，存在于形式犯根底的规范命令虽然也对法益保护起作用，但由于其禁止的范围比较广，甚至包括“没有恶意”的行为，故形式犯的处罚根据在于对规范的单纯不服从。Binding强调警察犯中的不服从规范的要素，是基于其独特的、严格的危险概念。法益危险是对存在的妨害，对现实存在的确信的精神的打击，是法益侵害的一种形态，引起这种危险的就是危险犯。与此相对，形式犯则是以这种狭义的危险概念为基础，为了实现防止对法益危险的目的而处罚客观上还并不危险的行为，因此，形式犯的处罚根据不是法益的危险化，而是对规范命令的不服从。

（三）被害对象性质区别说

本说以行为的被害对象性质作为区别行政犯与刑事犯的标准，认为侵害法益者为刑事犯，违反公共秩序者为行政犯。主此说者有Reinhard Frank与Otto Mayer等人。Reinhard Frank认为二者的区别，与其说在于对同类法益发生攻击的形态的差异，不如说在于对不同的法益发动攻击的方向性差异。行政犯通常对法益产生危险、发生偏差的情况下也会出现针对法益以外的东西的情况。因此，行政犯是指对法益产生抽象危险的行为，或由于违反公共秩序而加以处罚的行为。他还认为对行政犯进行一般性说明的时候，应对根据抽象危险与具体危险区别说给行政犯所下定义进行更改，即行政犯就是对公共秩序或一般福利等等一般法益发生攻击的行为。

（四）法益保护与公共福利促进区别说（法益保护说）

郭特希密特的行政刑法理论出现后，开始将行政刑法的不法本质从形式的考察转向实质的考察。郭氏理论从司法与行政以及司法刑法与行政刑法的对立出发，认为两者应该有其不同的目的与领域：人类社会的司法，在其固有的形式意义下，是一种法规范。法属于意思主体中意思活动的范畴，是划定势力范围的工具。由于有了法开始可以划定势力范围，人类在一起共同生活成为可能。此种法规范是当时不同意意思主体所承认的权力范围之一般意思的表达。意思主体的权力关系会不断变化，它们并非绝对的，而是变动的。若想将定形的一般意思表明出来，则非有一个持续性的状况为前提不可。司法的目的即在于保护法益与人的意思领域，为达到这一目的，必须采取持续的宣示与法律的规定等手段。在这些宣示与规定之中，一定要具有强制力的刑法，作为达成司法目的的强制手段。郭氏把它称之为司法刑法，司法刑法的目的，在于人类意思支配范围的保护，也即法益的保护，其保护手段为持续性宣示的条例，也即法规。相对地，人类社会的行政则在于促进公共福祉的人类行为。公共福祉是被社会追求的精神的物质的完美状况，是一个憧憬的目标。国家为使公共福利达到理想状况而行政。即行政目的在于公共及国家福祉的促进，其促进手段为经常性的行政作为。在此行政作为中同样需要具有强制力的法规，用以确保行政作为的畅行无阻，此即为行政刑法，是一种拟制刑法。所谓行政刑法，是指依法受托促进公共福祉的国家行政，在法的授权范围内以法规的形式，对违反构成要件的行政法规者，赋予行政效果的处罚。

违反司法刑法的行为即为刑事不法，是一种法律违反性，违反行政刑法的行为则为行政不法，是一种行政违反性。意思主体对一般意思的违抗，是对司法法目的与本质的妨害。对司法法目的的妨害，也即法益妨害。而对司法法本质的妨害，即指对司法法的违抗。即“对无主体/理念/社会财产的侵害行为属于刑事犯。对国家意思主体的势力范围的侵害行为也属于刑事犯。如妨碍国家活动的行为以及怠慢对在法的意义上属于义务之类的支援国家活动的行为也是刑事犯。”相对地，对公共福祉的侵害，并非一种结果的侵害，而是对于行政机关促进福利目标的疏忽懈怠，它本身并没有造成损害，而是利益的反对，只是使行政机关本所确定的行政目标不能达到预期的良好效果。对其行政命令以及禁止法令的怠慢就是行政犯。因此，这种行政违反只具有形式上要素，它只是违反行政意思而应加处罚的行为。主张这一学说的学者还有Rotberg、Maurach等人。如Rotberg认为：“刑事犯是对重要的社会或个人价值的侵害，而秩序违反行为则为违反行政为实现其任务命令遵守的有关规范。”值得注意的是，J. Goldschmidt一方面主张行政犯与刑事犯二者的区别，但另一方面却不否认司法与行政调和的可能性，并认为二者有相互流动之融通过程存在。

（五）构成要件区别说

一般认为沃尔夫（Erik wolf）是郭特希密特（J. Goldschmidt）的学说继承人，他将其主张根据法哲学及刑法理论予以发扬，认为刑事犯与行政犯有无区别属于国家哲学上的问题。基于行政、司法、实力三种作用及其相对的福利、正义、职权观念，形成国家多元的价值中心，而一切法制基此各自发挥其应有的机能并互相连结，于是形成法秩序的综合价值整体。行政刑法与普通刑法之所以并行不悖，即是以此多元的价值中心观念为其理论基础：普通刑法以伸张国家正义为职志，行政刑法以实现国家福利为职志，而执行罚法则以国家权力行使的实现为职志。行政犯与刑事犯的区分，常以利益观念为判别标准。从哲学角度来看，只有与正义观感密切相关而为国家所认为适当的文化利益才属法律利益。这种利益当由刑法明文加以保护，违反行为则构成刑事犯，而如果某类利益与某一社会情事相结合，以国家行政价值为其内涵，此种利益便成为法所保障的行政利益，违反者则构成行政犯。

刑事犯牵涉的是个人权益及文化的损害，而行政犯则牵涉特别性的社会损害，因此，刑事犯是有关正义价值的行为，而行政犯是一种有关福利价值的行为；前者应属司法管辖，而后者则属行政权利管辖的对象。而且在构成事实该当性、违法性及有责性等构成要件上也有所不同：

1. 行政犯在构成事实方面多属无结果的犯罪，如纯粹举动犯的意思活动对外界并未发生任何变动的结果，若一定推求其结果之所在，则只能是行为自身。再如纯粹不作为犯，在若干情况下甚至消极的遗忘也足以成罪。这种不造成结果的犯罪不存在行为客体，虽然也侵害法益，但由于侵害的性质不同，而不及于特定的客体。即行政犯的构成事实特征不在被害法益的欠缺，而在行为客体的欠缺。

2. 行政犯与刑事犯在实质的违法性上存在差异。在刑事犯的构成中，侵害法益的大小及损害的轻重与实质违法性有密切关系。其构成类型一般可以根据侵害结果的轻重不同区别各种次级类型，进而再根据对人或物的实质损害范围的大小分为各种个别犯罪形态。而行政犯是以行政刑法所保护的法益为侵害对象，而产生所谓的行政损害。这种损害实质在于对体现国家意识的法规范的冲击所造成的一种社会的国家损害。行政犯的违法性即产生于此，并按其对国家最高行政价值影响的程度衡量，而并不以个别法律人格者的利益受损为前提。

3. 行政犯在有责性的观念及形式要件上的实质意义与刑事犯不尽相同。沃尔夫认为责任能力是就行为人在生活行动意义上可被归责的地位而言，如果法官能够理解某一社会分子的行为是出自社会上一般可以想象的动机，行为人是否为一可能遵守支配规范之人时，则其行为就是可以归责的。在普通刑法上所谓可理解，是就文化伙伴及法益保有者而言。而行政刑法有所不同，其归责可能性之判断，是以国民伙伴及行政利益保有者为对象。行政犯在故意与过失两种责任要素上也必不可少。行政犯既属无行为客体的犯罪，其行为人在结果的预见方面，自然受有限制。行为人对侵害结果的预见是构成刑事犯的第一要义，但行为人认识其行为不被法所容许这种违法性认识则成为行政犯故意的主要内容。过失成为行政犯的责任要素的特异之处在于只是不预见的违法状态，而非刑事犯通常所谓不预见的结果，而所谓欠缺注意，行政犯为维护公益而标示的注意义务至为详尽，所要求者则是许多公权力参与者相互间所应有的权利尊重，其注意程度应以注意周到的国家公民为准，而不能仅从通常家庭善良主持人的立场衡量。凡疏于注意者，即不免于责任。在非难可能性方面，刑事犯所违反的义务皆属国民所应知义务，而非被提醒后而始知悉的义务，其可非难的行为无非是欠缺国家心情（Staatsgesinnung）的指标。而行政犯的非难性在于违反国家义务（即行政义务）。法所要求的是行为人对于当为之事积极地有所行动，以执行法律共同体的自己管理。在国家心情上注重法社会中各成员以特殊注意力或警觉性去完成积极性的任务。此种义务显然比刑事法的要求高一个层次。行为人只在不可得知国家义务时，才有阻却责任的可能。至于规范责任论涉及个人能力方面，如由于人性弱点不可能期待其不为违法行为，即可主张免责，在行政刑法适用上殊属难以想像。

（六）文化规范与法规范区别说（文化规范说）

麦耶（M. E. Mayer）主张基于文化规范思想区别刑事犯与行政犯。自从宾丁提出“犯人所违反的到底是什么”的问题后，一般认为，刑法是连接实现构成要件的行为和国家的刑罚请求权的工具，而犯罪不过是实现刑法中所规定的构成要件的态度。因此，犯人所违反的东西必须从刑法本身之外去寻找。麦耶认为这种被禁止的违法行为存在于刑法之外的文化规范中。法规范只是对于国家机关具有意义，而一般公民对其完全不知。法规范只有将禁止、命令一定行为的国家意思传达给各个国民让其知晓，才能发挥其机能，但现代国家具有非常复杂和庞大的法规范体系，事实上不可能让国民周知，认为国民知道所有的法规只不过是一种单纯的拟制。但法规范却对国民具有约束力的原因在于刑法规范与文化规范相一致，作为文化团体的国民虽然不知道法令的条文，但认识到命令或禁止法令所命令或禁止的行为的道德、宗教、习俗等文化规范，于是通过服从文化规范命令与禁止同时遵守了法令的命令与禁止。支配人们日常生活的是文化规范。没有文化规范上的要求，行为人便不能被科处刑罚。违反与文化规范相一致的刑法规范的行为，即

为刑事犯，它在违反文化规范的同时又违反法规范，既在法律上又在文化上具有有害性和违法性，在法律上被称为不法。

然而除国民知晓的文化规范所包含的义务以外还存在国民可能不知晓的对国家的义务。只有政府才能使人民知晓此义务。这一义务属于同文化没有关系的义务。被创造出的法规范处于与文化规范既非矛盾也非一致的完全无关状态。这就是与文化无关系的法规范。也就是说，法规范原则上是国家承认的文化规范，但也存在其规制对象与文化没有关系的法规范之例外情形。这种与文化没有关系的规范即有关行政犯的规范。行政犯虽然违反法规范但不违反文化规范，行政犯的构成要素是同文化无关系的内容，但不能因此否认其实质的基础。行政犯的本质基础是通过防止对法益产生危险的行为，保持良好的社会秩序，确保法律规定的实效来实现国家的利益。国家利益分为基于一个共同体所具有利益即文化规范所承认和保护的利益，与作为行政主体的国家所具有的即基于管理共同体所具有的利益，后者是文化规范不关心的、与文化规范没有关系的行政利益，行政犯的实质基础就是这种行政利益，这种行政利益是法所保护的利益，是一种法益。

（七）社会伦理不法与社会伦理无关区别说（社会伦理说）

本说以不法行为是否具备社会伦理价值的非价内涵为区别刑事犯与行政犯的标准，认为二者的区别只有通过社会伦理的价值判断才能得到确认。犯罪行为，特别是传统形态的犯罪，如杀人、强奸、纵火与窃盗等，其处罚的前提很显然地可以看出是一种自然法的与宗教的及伦理道德的禁止规范，这种禁止规范在法律规范尚未订立之前，早已存在。此种在自然传统的社会价值观念上认为其属犯罪的行为为刑事犯，即刑事犯乃具有社会伦理的非价内容的不法行为。相对的，行政犯则非社会伦理的产物，在社会伦理上是不足轻重的，而且也是价值中立的，它只是触犯不含社会伦理基本价值的行政规章或是秩序法规，在实质上并不是针对社会伦理的基本价值所为的不法。总之，刑事犯与行政犯区别在于伦理非价的有无。

在德国有很多学者采取这种学说，而且对日本行政犯理论影响很大并在日本成为通说。如希密特（E·Schmidt）认为行政刑法领域内的行政不法及行政责任在伦理上是全然不足轻重的或无关紧要的，而刑事不法及刑事责任则因其本质特性上具有社会伦理的内容而与单纯行政不法相区别。因此，刑事犯是影响社会生活利益领域的法益侵害，而行政犯其社会意义仅限于未逾行政利益范围的违反行为，仅以行政损害的引起为限。再如Roeder站在主张犯罪本质非法益侵害而是义务侵害的基尔学派的立场上，认为刑事犯虽然不一定违反民族的忠诚义务，但违反了社会伦理的义务，刑事犯不待实定法的规定，其在民族的法感情内即应被处罚，而行政犯并非由来自于共同体内在的伦理确信，而是根据立法者意思所定规范的违反，此种规范在民族意识中并不存在，只是单纯妨害民族共同体的某种机能的生活活动的顺利，与伦理没有明确关系，即在伦理上是中性无色之物。“所有这些素材，最后皆与司法无关，让立法者颁布法规的动机，无疑地绝非伦理，而是纯粹合目的性的理由。”但他却认为行政犯一旦被规定在实定法内，其社会伦理的无色性格即行消失。此外，还有R.Lange、Arthur Kaufmann、Henkel、Baldus、Karl Peters、Gallas、Staff、Ebisch、Niese等学者主张这种行政犯在性质上仅为违反禁止或命令规范的纯粹不服从与社会伦理无关的学说。

二、行政犯与刑事犯本质无异说（量的区别说）

尽管主张行政犯与刑事犯在本质上存在差异的理论在德国极具势力，但仍有诸如特乐普斯（Fritz Trops）等学者提倡行政犯与刑事犯本质无异说，与之分庭抗衡。该说强调刑法体系的一体性，从根本上否认二者之间存有质的差异，认为行政犯也属犯罪的一种，当其与刑事犯同具构成要件该当性、违法性及有责性时，即应受到刑罚的科处，二者之间在质的方面并无不同，若两者存有差异，则必定是在行为、违法性与责任大小轻重程度标准上具有量的差异。也即在不法行为之中，除民事责任及公务员的行政责任外一般人的不法行为均属不法类型，只是一种比刑事犯具有较轻的损害性与危险性的不法行为，或是在行为方式上欠缺如刑事犯的高度可责性的不法行为，行政犯或违警犯在事实上只是一种轻微罪行，与刑事犯只是程度的不同。而且行政犯与刑事犯之间量的差异往往因时空的移动发生变异，而导致二者之间的相互转化，即刑事犯的行政犯化，行政犯的刑事犯化，二者之间不存在绝对的差异。这一学说为Fritz Trops首倡，随后而为Beling、Köhler、H. Mayer、W. Sauer、Hans-Heinrich、P. Bockelmann、Von Hippel、H. H. Jescheck、Mezger、Welzel、W. Sax等许多学者所主张、发扬。而且其影响并不仅限于德国，如意大利学者菲利Ferri、Sabatini、Floraian、Mazzari等以及瑞士刑法学者Halter、美国学者Hall均受这一学说的影响，而主张量的差异理论。总体看来，这一学说主要有三种代表性的主张。

（一）严重事犯与轻微事犯差别说

这一学说主要为Trops主张。他认为一切刑法规范皆应以可罚的行为为其统一的基本概念，行政刑法是刑法的一部分，而非行政法，因而在刑事类型化的基本原则上行行政犯同样受其支配。申言之，刑事犯与行政犯从具有可以科以刑罚的角度看同样属于科刑的可处罚行为，即犯罪行为。而如果两者存在差异，则必定是在违法与责任标准上的差异，因而主张违法性及责任性应贯穿刑事犯与行政犯而统一地理解。再者，从违法与责任概念的单一性而导出可罚行为的单一性这一结论来看，行政犯与刑事犯具有同一性，两者并不存在质的差异，两者间仅仅存在严重事犯与轻微事犯之量的差异。

有关违法性的问题，通常分为违反法规范的形式违法与侵害或威胁法益的实质违法。然而，Trops认为无须解释什么是实质性违法论或形式上的违法论，只须讨论犯罪就是违反法规这一形式违法即已足够，不须讨论实质违法。这样，行政犯与刑事犯在性质上是一样的。两者的差别只是在量上或程度上，即它们只是严重事犯与轻微事犯的差别而已。另一方面，Trops也指出刑法典上规定的犯罪有许多并不能确定其法益，因而，实质违法基础概念的法益概念并不明确清晰，若以此法益概念为基础来论述实质违法，并无意义。所谓法益，无非法所保护的客体，则实际成为所有可罚行为的前提，这种意义的法益侵害，其实就是法规范的违反。因而对于犯罪而言，重要的仅是法规范违反的形式违法，即此形式意义的违法，为刑事犯与行政犯所共通具备，已可统摄一切犯罪，两者在性质上相同。

Trops在法哲学的思维上比较偏向个人的、国家的自由主义的传统模式，主张在法治国原则下，必须对原来不受法拘束的行政，加以法的控制。从立法政策上确立行政犯与刑事犯同属刑法范围，并同受刑事诉讼程序处理的原则，以免行政刑法独立之后产生行政机关不能发挥其自律机能而妨碍正常的法治国精神的问题。

（二）违法性本质逐渐减弱说

这一主张的代表人物为Welzel。他认为并无所谓自然的或者自然法的犯罪构成要件，将刑法的核心部分视为自然法是不合理的。刑法典核心部分的重要历史性本质，与人类本质的历史性不可分割。从刑法的核心部分开始，有一条逐渐微弱，但决非消失的实质不法长线，一直延续到与核心部分远离的轻微犯罪，即使秩序违反行为，也与这一长线联结在一起。国家订立命令或禁止规定，并非要求国民服从，而是在于有法的价值状况或事实，或者阻止一个非价事情，因而行政犯的制定同样实质的价值状况，行政犯与刑事犯之间不可能存在质的差异。

（三）危险性与非难性程度差异说

这一学说则为Jescheck所主张，他认为过去主张本质相异说者，或认为秩序违反所侵害者为行政利益，而非侵害法益；或认为秩序违反所构成的损害是特定的社会损害，而非个人的文化价值损害；或认为秩序违反只是行政上命令或禁止的不服从，而不涉及伦理上无价值的判定，其违法内涵显属轻微，但均不足以说明秩序违反的真缔。因为事实上多数违反行为属于抽象的危险犯，有时甚至与生命身体健康的保护有关，性质并不轻微。若干违反金融管制法规的行为往往与诈欺行为相类似，其违反伦理的性质也极显著。原则上看，无论秩序违反或犯罪皆因对保护法益或行政利益发生相当程度的攻击危险性，非由国家为之科罚不足以维持公共秩序，所以在可罚性方面二者本质上没有差异。不过二者存在明显的量之差异：秩序违反在危险性及非难性等方面的程度显然低于犯罪行为，其所对保护的行为客体的妨害，大都是轻微的。因此，对秩序违反的制裁，一般也因其行为的违反道义的性格尚未达到如此严重程度，而止于科处罚缓，而不科处刑罚。但秩序违反不可视为在伦理上中性无色，更不可谓违反行为非真正违反法律义务，或认为处罚违反行为的法规并非维护真正的法益。

Jescheck认为秩序违反与刑事犯更重要的区别点，在于其缺乏“高度的行为者节操的非难性”，这种非难性在刑事犯上，却可将重大社会伦理的非价判断正当化。秩序违反并以罚缓来主张其仅是一种备忘，激烈的行政命令或者特别的义务敦促，而未达不可忍受的风俗违反性。因此，不可认为秩序违反规范不合法益的保护。秩序违反也非与社会伦理无关的懈怠。总之，秩序违反并非在性质上有异于犯罪，二者只在程度上存在轻重之分。究竟何种违反行为宜视作犯罪而列入刑法典，何种行为宜留置于秩序违反法，立法者需要根据实际需要来对刑法核心以外的不法行为部分来予以决定是列入制裁法体系或者完全无须压制性的制裁。

三、行政犯与刑事犯质量差别说（质与量的区别说）

本说为量的差异理论与质的差异理论的综合说。该说认为刑事犯与行政犯两者不但在行为的量上，而且在行为的质上均有所不同。刑事犯在质上显然具有较深度的伦理非价内容与社会伦理的非难性，而且在

量上具有较高度的损害性与社会危险性；相对地，行政犯在质上仅具有较低的伦理可责性，或者不具有社会伦理的非价内容，而且它在量上并不具有重大的损害性与社会危险性。

这一学说是由Rebmann、Roth及Herrmann等人主张，他们主张以量的及质的考察方式区分犯罪行为与秩序违反的界限标准，因为自1952年秩序违反法施行后，秩序违反法却越过1949年的经济刑法，而扩及整个辅助刑法的其他重要领域。当秩序违反的实质扩充后，不能再主张法益保护应保留在刑法内，因为现代的秩序违反法，已逾越单纯行政不服从而扩及于法益保护。在一个高度发展的工业社会，国家行政的顺畅机能，在经济、交通及一般社会国的保护领域内，都被评价为法益。从而，一般的秩序违反法即成法益保护，因此，任何秩序违反——如同刑法构成要件——都以法益保护为其对象。刑法所保护的是不可缺的个人及其团体的利益，与此相反，秩序违反法所保护的是“虽属轻微或者欠缺社会伦理根源，但在高度发展的工业社会中，仍不可以放弃”的价值。“属于刑法核心领域的所有重要不法构成要件，都具有相当的社会伦理不法内涵。与此相反，秩序违反的核心领域仅为罚鍰构成要件，其侵害并非违反伦理基本价值，而是有助行政顺利完成其任务的利益。……刑事不法与秩序不法间，法益侵害的界限领域实质意义的特征，是量的区别而非质的区别。二领域间的界限领域，刑事犯与秩序违反，经由伦理非价内涵的程度而相区别。秩序违反仅及轻微不法内涵事件，其在一般社会观念上并无刑罚价值，大部分国民对禁令的存在均不知晓。”也就是说，所谓质与量的区别说，是指刑事犯与行政犯间，各有核心领域与外围领域，两者核心领域间的区别是质的区别，其区别标准在于有无相当的社会伦理不法内涵；反之，两者外围领域间的区别是量的区别，其区别标准在于伦理非价内涵的程度。

四、关于德国行政犯性质学说的评析

（一）质的区别说之评析

质的区别说是从法的目的来考察行政犯的性质。这种方法通常是将两个领域中的事物，从整体上抽象地予以考察，并从中抽取同质物而予以对立。这种方法是法学领域常用的概念形成法，但却存在三个比较常见的缺陷：1. 由于形成概念时无法顾虑到所有事项，概念与概念间的区别常不明显，甚至存在无法将某些实体事实归类于任何一方的现象，而导致对立概念间不周延，而不能完全对立之缺陷。2. 概念与概念间的区别用语本身仍然是一个概念，这种区别概念如果过分抽象或内容含混，则两对立概念失却其存在意义。3. 目的论的考察方法通常容易让考察者立于哲学立场，形而上且先验地赋予各概念不同意义，而各考察者哲学立场的不同导致其基本出发点也不相同，所作推论当然不同，而极易造成各说各话、所得结果南辕北辙的现象。以下就此对前述几种质的区别学说进行分别评析：

1. 权利侵害说之评析

费尔巴哈的权利侵害说缘于社会契约说。他认为所谓犯罪，是指由刑罚法规规定的侵害他人权利的行为，其本质是对他人权利的侵害。提倡权利侵害说的目的本来在于对抗国家权力的恣意行使与刑法的不安定，保障个人自由。但费尔巴哈的所谓权利，却是指自然权，而与统治活动的执行及国家宣言无关。此种权利依刑罚法规予以确保，而构成狭义犯罪概念的基础。与此本来犯罪相反的是“其自身并非侵害国家或国民的权利，而是违反法秩序或威胁法秩序安全，而将其置于刑罚下予以禁止或命令”的违警罪。按照权利侵害说的基本观点，对违警罪是不应当处罚的，但费尔巴哈却仍将违警罪与狭义犯罪合并称为广义的犯罪，认为“国家依警察法规间接追求国家目的，并依警察法规有权禁止其自身并非违法的种种行为时，国家即有特别权利要求禁止本为国民可为的行为。要求服从某警察法规的国家权利，以刑罚威吓时，而产生轻罪、违警罪的概念。”这里又认为狭义的犯罪是指先于刑罚法规存在，赋以刑罚法规基础的权利侵害；而违警罪则指依警察法规或罚则所发生的现实权利（服从请求权）侵害，而将此二种权利侵害合并包含于其权利侵害说中。但这显然与其前述狭义的犯罪侵害了权利，违警罪没有侵害权利只是违反了法律这一理论体系相矛盾。

日本学者伊东研佑认为费尔巴哈所谓的违警罪，最初是站在国家目的的立场上来考虑的。因为他认为国家的目的在于法状态的实现，并依法的规则达到人类共存的目的。而“违警罪并不侵害主观的权利，其侵害性在于使根本的主观权利的存在受到危险的独立诸法益之侵害。被违警罪所侵害的诸法益，其侵害性在于使由主观权利总合而成的法秩序陷于危险，故被刑法保护。”在此意义下，为保护主观的权利，国家具有特别的权利义务，并在法治原则下，通过颁行警察法规而对法秩序及安全产生危险的违警行为具有具体现实的处罚权。费尔巴哈将法与道德截然划分的目的就在于将犯罪与刑罚领域的宗教、伦理色彩清除。其在1813年起草的拜伦刑法典，并无独立犯罪类型的宗教犯罪及风俗犯罪存在，其论述也基本上否认了违警罪的一般性存在：“警察法典的大部分作为或不作为，既非不法也非反人伦，其本身是被允许的，不但

无罪，并且无害，其中大部分甚至应予赞赏。……因而，不论宗教、理性甚或良心，都对此违反行为无能批评。这些违反行为只在警察法令的纸上才存在，其根据也仅在国家权力所科的外部制裁上。”但费尔巴哈并未因此而否认个别违警罪的存在，他说：“立法者仅将若干一般的反人伦行为，如卖春，单纯介绍卖春或情妇关系及与之类似的行为，允许划入警察范围。”伊东研佑因此认为，费尔巴哈将国家权利对于人伦的保护视为正当的主张却相当于放弃了其权利侵害说的基本意义。

从此可知，费尔巴哈以权利侵害说为基础所作的刑事犯与警察犯的区别，不但在形式上，而且在实质上皆有缺陷。在形式上其实无法划分主观权利及国家的特别权利究竟有何区别，也更无法划分主观权利中的国家权力与国家的特别权利有何区别；在实质上，违警罪的承认国家权力可以干涉及于人伦，则不啻为违警罪实质内容与刑事犯实质内容的混同。因为权利侵害概念的确立，其目的即在排除非权力侵害时国家权力的干涉，而有关人伦的个别违警，也许其受国家权力的干涉，则无异承认权利与人伦的同质性。既为同质，即无可区分。因而权利侵害说并不妥当，而且在19世纪前期基于该说的不合时宜，德国学术界就对此进行了批判。

2. 法益侵害说之评析

随着现代行政职能的扩张，行政法及附属刑法有增无减，显示国家应加以保护的客体趋于复杂化，而法益的观念也随之演变。社会对何种行为构成法益的损害或者只具危险的观念也就并非确切不移，而以此作为刑事犯与行政犯的分界，就不免存在困难。再者，法益观念趋于抽象化，如过去所谓法益虽均与具体生活利益在法律价值上直接相关联，而现在有些法益的性质则非具体生活利益，而是抽象的权利，如所有权、占有的自由、职业许可等。法律为保持多元世界中复杂的法律生活关系，而特别重视对后者的保护。而以此抽象化的、各种高低价值不同的法益作为行政犯与刑事犯的区分界限，只能使二者的区别也随之混淆，而流于形式化与表面化。而且，随着法治国思想的展开，行政秩序与法秩序开始浑然一体，从法律逻辑上看，法秩序的维护有赖于法律的规定，而保护行政利益的全部规范所形成的法秩序也可视为法益的一部分。因此，再以法益作为区分二者就不再妥当。下面再就该说中的不同主张进行具体的评析。

(1) 具体危险与抽象危险区别说之评析

如果按照该学说的见解，诚然通常被认为是行政犯的不法行为，大多属于对法益尚未造成实害或具体威胁的抽象危险行为。然而，被认为是行政犯的不法行为中，却不乏侵害犯与具体危险犯，并且，被认为是刑事犯的不法行为中，也不乏抽象危险犯的存在，如我国刑法中的放火罪就是一例。笔者认为以具体危险与抽象危险来区别刑事犯与行政犯，毋宁是质的区别说中意义最为含混的一种说法。因为何谓具体，何谓抽象，也属空泛名词，而完全不能表现其中的概念内涵，将其作为区别标准的确有很大的缺陷。

(2) 行为实质区别说之评析

宾丁区分刑事犯与行政犯的标准，缘于其规范论理法实证主义的基本法益观。但宾丁对法益的侵害或危险与单纯不服从的区分，也有可疑之处。他有关处罚单纯不服从的见解，绝非放弃其法益概念，而只是明确主张法律的定式化未针对结果而已。如果考虑到他是将犯行描述置于前述法实证主义进行考量，则其上引主张正是证明“概念”的中心意义。而行政犯同刑事犯的区别，并非是对同类法益发生攻击的形态差异，二者本质上的差异在于其侵害法益的方向性差异，行政犯违反的是一种行政利益，即基于国家行政目的而制订的行政法规规定的禁止或者命令义务所产生的义务；而刑事犯违反的是基于社会伦理道德的个体利益或社会利益。再者，正如日本学者山口厚所说，如果用现在的眼光来看，宾丁有关单纯不服从所采取的危险概念，其实就是抽象危险犯。因此，法益的侵害或危险与法规的不服从在概念上对立并不合逻辑。法益的侵害或危险，同时也是对法规形式的不服从，这是刑事犯及行政犯的共同现象。即使对不服从加以纯粹或单纯等形容词，也无助于问题解决。我们不能仅就纯粹不服从而给予一个与之对立的“加重不服从”概念，即可认为后者的特殊性是包含了法益的侵害或危险。单纯不服从犯所违反的那些命令或禁止规定其实也同时蕴涵了防止法益的侵害或危险的目的。只是不服从犯所保护的法益，往往不如侵害犯或危险犯所保护的法益明确，或者其被害法益并未被明定，因而，在刑事犯内通常存在特定法益的直接危险，在行政犯内仅存在一般规定的法益的间接危险。因此，对行政犯与刑事犯的区别不能基于侵害犯或危险犯与不服从犯的区别而确定。

另外，从法哲学的立场看，宾丁的这种主张也并非正确。因为如果按照这种见解，行政法规范本身即成为目的，由此规范所产生的义务仅仅基于服从而存在，规范义务便丧失其存在价值。因为无论如何，规范必须成为某种目的的手段，才能具有其正当性。因而，行政法规范所服务的利益，仍为国家这一行政主体的利益。也即行政犯本身也具有对国家利益侵害或危险的实质内容，而与刑事犯均以法规的不服从为其共同性，显然无法以此作为区别的基点。

从此可知，以法益的侵害或危险与单纯不服从的区别来区别刑事犯与行政犯的作法，仅仅是在形式上

作了划分，而并未在实质上解决两者的区别标准。其实国家并非可以在法益并没有受到侵犯或者威胁时，随心所欲地制定法律禁止某种行为，或命令人们实施某种行为。正如日本学者福田平所言：“国家不是单纯为了强制国民服从去命令、禁止某种行为，而是为了实现某种具体的法的价值的事态、关系或阻止无价值的事态去命令、禁止某种行为。因此，有关行政犯是单纯不服从或单纯行政上的义务违反的见解是不正确的。……行政犯也包含对法益的侵害、威胁，而不缺乏实质的违法。”因此，仅仅从是否侵犯法益的角度认定行政犯的性质观点并不妥当。

3. 被害对象性质区别说之评析

Reinhard Frank的学说认为行政犯的本质基础，就是通过防止对法益产生危险的行为，保持良好的社会秩序，确保法律规定的实效来实现国家的利益。这些公共秩序或一般福利也属法益，同个人的生命财产等法益应相提并论。对公共秩序或一般福利等法益的违反或者对法益产生抽象危险的行为属于行政犯，而对其它法益进行的攻击被称为刑事犯。行政犯同刑事犯的区别在于对不同的法益发动攻击的方向性差异。然而有关行政犯的法规维护的是行政主体的国家利益，而国家利益在不同的情况下有多种不同的内容。如果将其界定为公共秩序，并以此与法益的关系作为行政犯与刑事犯相区别的标准，那法益与公共秩序二者有无不同，以及如何区别，均不无问题，且多数学者均认为公共秩序实也属法益的一种，即使Reinhard Frank本人也承认公共福利或一般秩序属于一种法益，既然行政犯与刑事犯都是对法益的侵犯，那又如何根据法益是否受到侵害区分二者？从这一意义上看，Reinhard Frank虽然承认行政犯这一特别犯罪群，但却没有充分说明把行政犯同刑事犯加以对立的理由。因此本说也不妥当。

4. 法益保护说之评析

该说认为法的目的在于保护人类意思支配范围而以法规为其手段，而行政目的在于谋求公共福祉的增进，以行政活动为其手段。因而二者之区别标准在于司法与行政之对立：违法者为刑事犯，违反行政者则为行政犯。但司法与行政在最后是调和状态。因而刑事犯与行政犯的区别只是相对的、流动的。二者间存在相互转化的可能，某犯罪究竟属刑事犯抑或行政犯，应根据不同时、地对犯罪构成要素的见解而定。虽然如此，但界限的流动性却不能否认两者的区别。

但这很容易使人误解，以为行政犯只是行政违反，而非违法。实际上在法治国原则之下行政领域内所有活动无一而非依法行政，行政犯在形式上也同样属于法益的侵害而构成违法。郭特希密特也承认这点，并因此特别指明行政秩序违反所涉法益是行政利益，其所以与一般所谓法益同视，是因为行政运用上有建立立法秩序的必要性，对各种增进公共福利措施当然应当采用法律规定的形式。但这种行政法秩序的违反，显然同保障个人意思支配范围的法秩序之违反（通常所谓法益的侵害）有别，更不能混淆。如果在行政法上为维护公共福利要求公民特别遵守某种特定的行政命令，而遭受违反，即是一种对行政上义务的怠于履行，而构成行政犯，显有不同于侵害通常法益而构成的刑事犯。前者是实质意义的法益侵害，而后者只是形式意义的法益侵害。

我们认为郭氏并不因为行政犯与刑事犯存在质的差异而否认二者之间的相互转化这一主张是符合犯罪的发展规律的。郭氏承认存在二者的相互转化过程，是采用历史纵断面的考察方法将这些事例交给各时代各状况的价值观去判断，以求二者之间相对明确的界限。尽管有学者曾以此为由批评说郭氏之承认二者间的相互转化，无异于其行政犯理论的自杀。但这种批评并不妥当，因为法概念的区分并不能如数学的区分一样划出一条明确的界线，法概念的区分因其用语的概念性，常有不知所属的事例存在，这是因为我们的价值观起作用的缘故。我们不能因为存在有些事例不便归属于行政犯或是刑事犯，或者承认二者间能够在一定条件下相互转化，就否认行政犯存在的意义。

当然，郭氏的理论并非没有问题。郭氏将目的与手段作为法与行政的对立架构就存在问题，因为有关目的部分，他并未明言刑事犯所保护的法益仅及于个人法益，而不包括超个人法益，再者行政目的之公共及国家福祉的促进，也属法益，差别只是在于属超个人法益。在当时，行政犯仍以违警罪的型态规定于德国旧刑法第29章以下，而非规定在重罪轻罪章内。因此，即使郭氏想将这部分划出而归入行政法，但其所用区别标准的法益仍嫌过于抽象，而不易区别两者。至于有关手段部分，郭氏所谓的行政促进手段是指经常性的行政活动，固然是从实质内容着眼，但司法的保护必须经由法院，而法院的活动也莫非不是经常性的司法活动；若从形式外观着眼，司法保护固然依法，但行政活动也莫非不依法，那两者有何区别可言？

郭氏似乎是想将司法与行政的概念描述为静态法律与动态法律的对立，但因其所用区别标准仍未十分明朗，而不免遭受批评。笔者比较赞同M. E. Mayer对郭氏理论的批评，他认为：第一，郭氏所谓（司）法目的的保护与行政目的的促进之对立，虽非全无意义，但司法与行政的区别仍乏明确的基础，如对有咬人之癖的狗加装口罩的命令，也同时保护了法益，对内乱罪的处罚规定，也同样有促进国家福祉的目的；第二，郭氏将法益与公共福祉对立也非正确，因为无论如何，福祉也为国家及国民的利益，也即法保护的利

益。这样，郭氏就是从虚构的对立概念而导出行政应保护的客体并非法益的错误结论，而没有考虑行政犯侵害法益的实质基础。因为所有犯罪的唯一实质基础，即是对法益的关系，郭氏将怠于行政目标的促进作为行政犯的实质基础并无意义，这其实是所谓行政犯本质要素的单纯不服从的另一种表现用语而已。第三，在有秩序的法的国家活动的全部领域内，其所使用的手段理应相同，都是依法规而行动，因而郭氏以手段的不同而区分司法与行政，是无视于行政法规及普通法院的活动，也并非正确。

5. 构成要件区别说之评析

沃尔夫的主张与郭特希密特一脉相承，从哲学观点申论正义与福利为国家价值中的两大范畴。二者皆为国家施政上所谋求实现的目标，而以法律为实现手段。法律内涵涉及正义价值者，通称法律利益（法益），涉及福利价值者，则属行政利益。基于这一利益观念，进而说明违反利益行为的性质，其见解自有独到之处。即违反法律利益而具可罚性者，是为刑事犯；违反行政利益而具可罚性者，是为行政犯。法律利益的目的价值在于正义，行政利益的目的价值在于福利。无论正义与福利皆为人类共同生活理想，而为人伦的常理（伦理）。刑事犯所侵犯的利益无非为社会生活共同体本身所保有的利益，包括共同体与其成员间的生活关系以及各成员相互间的生活关系，这种为社会大众所普遍关注的生活利益的维持皆为共同体生存所不可或缺，在文明国家一般都是通过基本规范如宪法上保障人民基本自由的规定及私权规范如民法等予以确认，然而其重要性与正当性实际上不待明文规定，即早已深入社会各个人价值意识之中。至于破坏这种生活利益的行为所应得的法律效果，因其冒犯社会生活最低限度的伦理价值，而一般规定在普通刑法规范，故称为刑事犯。至于福利，是行政利益的目的价值，而所谓行政利益即是指行政主体对社会生活共同体的管理所产生的利益。这种利益是基于国家为一定特定目的运用行政权力所期望实现的基本生活秩序以外的关系社会全体福利价值的种种外围的生活秩序，而作为一种较高层次的伦理价值。其正当性往往不为社会所共知，但从刑事立法上看，破坏行政利益违反福利价值的行为，应由规定于行政刑法，即为行政犯。因行政犯的取缔是立于较高层次其严重性，与社会大众回复正义的要求无直接关系，而往往为大众所忽略，因此，沃尔夫认为福利是行政刑法的基本价值，与普通刑法性质有异，确实很有道理。

沃尔夫的哲学观点固属正确，然其由此展开的细节并非全无推敲余地。如他认为行政犯为欠缺行为客体的犯罪，其所引起的损害为非物质的，并不以个人利益的受损为前提，是直接对社会的国家损害。沃氏之所以有此论调似乎是局限于行政犯发展初期当时立法上所见犯罪类型（尤其为警察犯）以纯正不作为犯及举动犯居多而言。但欠缺行为客体确实并非行政犯的特征，即在刑事犯亦属常见。如日本刑法第131条规定的不退去罪，虽无一定客体而仍成立刑事犯，内乱罪与外患罪均为直接侵害国家法益，也属刑事犯。再如德国经济刑法与日本反独占法所规定的违反行为显然并不限于引起法益的抽象危险，在法定的犯罪构成事实上，甚至规定须发生经济秩序的具体危险或实害，也可作为明证。

再从一般行政犯与被害法益的关系来看，沃尔夫所谓行政犯不以妨害个人法益为前提之说，也未为确论，因为就目前复杂社会情势而论，即使法律所保护者，在行政犯以行政利益为主，但对公共福利的危害，很少不影响到个人利益的，如前述经济犯对经济秩序所可能引起的具体危险，是否使某些个人蒙受不利影响就无从加以判断。又如日本劳动基准法所处罚的妨害劳工福利行为也与此相同。

6. 文化规范说之评析

M. E. Mayer认为法规范源于文化规范，因而违法的实质是违反文化规范。由于文化规范是道德、宗教、习俗等规范，故犯罪都是以违反道德、宗教、习俗等为前提的。但考虑到文化规范的外延非常宽泛，既可能使犯罪的成立范围过窄，也可能使犯罪的成立范围过宽，Mayer将文化规范限定为“国家承认的文化规范”。这一限制固然可以避免犯罪的成立范围过宽的现象，但既然违法的实质是违反文化规范，而文化规范的内容与法规范的内容是一致的，那么违反法规时就同时违反了文化规范，故只要说违法是违反法规即可，而没有必要说违法是违反文化规范。从表面上看，Mayer避免了定义的循环论，实际上他又陷入了另一种循环论。而且也难以避免犯罪的成立范围过窄的现象，尤其是不能说明行政犯的违法实质。

Mayer认为，刑事犯是对法规范及文化规范的双重违反，而行政犯只是对法规范的违反而与文化规范无关。因此，刑事犯是因为对法律与文化都有害而违法，行政犯只是因为法律规定而违法。这似乎否定了行政犯具有违法的实质内容。因而Mayer进一步认为行政犯的实质基础是作为行政主体的国家所具有的即基于管理共同体所具有的利益，是文化规范不关心的、与文化规范没有关系的行政利益。但此说仍存有不妥，因为所谓文化规范是宗教的、道德的、风俗的命令或禁止，以及交易职业上规律个人行动的法则的总和，而所谓法规也不外为国家所承认的文化规范，两者互为表里，竟然认为有些法规范与文化无关，并由此进一步推论与文化规范无关的法规范所保护的利益，为行政利益，是国家基于行政主体地位对共同体加以管理所具有的利益。此类利益应同共同体本身拥有的利益相区别。只有后一种利益才受文化规范的保护。其

所谓共同体，无非社会生活共同体，显属文化生活之所寄，而管理行为为目的在于维持共同体的良好秩序，正是文化利益的重点，而竟认为其不受文化规范的保护，故自然不能令人折服。

Mayer的文化规范说与Ehrlich的自由法学及法社会学大致相同，都属于反概念法学的结晶。而其之所以使用文化规范一词，目的似乎在于与法规范相区别。换言之，Mayer之所谓文化规范指的是事实上支配国民行为模式的规范，也即Ehrlich的所谓活法；而法规范则指文化规范之外由国家根据自我目的所创造的规范，这部分则与Ehrlich的国家法在内容上稍有不同。因为Mayer的文化规范与法规范为对立概念，彼此无含摄关系，而Ehrlich的活法与国家法则属含摄概念，前者包含于后者之内而成核心部分。虽然如此，但其所使用的文化一词，太过宽泛以至于无所不包，反不如用伦理或道德一词，在范围上要来得明确。由此不难看出Mayer的文化规范论实质上是从伦理道德上寻求刑事犯与行政犯的区分，日本学者八木胖即认为Mayer的见解与以伦理或道德作为刑事犯及行政犯区别标准的见解相同。Roeder也认为Mayer的文化规范说与以伦理作为区别刑事犯与行政犯标准的学说，同属划时代的产物。日本学者须贝修一对Mayer的主张也提出了批评：“Mayer所主张的有关行政犯的法规范，维护的是作为行政主体的国家所拥有的利益，而与Goldschmidt或Wolf所主张的行政犯是国民怠于遵从由作为行政主体的国家所要求的义务之见解大致相同。”我国学者张明楷也对此提出了异议：既然刑事犯的实质是违反文化规范，行政犯的实质是侵害行政利益，那么，文化规范与行政利益就不是一致的概念，二者是如何统一到“犯罪”概念之中的呢？文化规范与行政利益的共同本质是什么呢？其实国家法规都是基于当时国家所必要，源于文化要求而制定，是文化的产物。在此意义下，与文化无关的规范并不存在，没有文化规范就没有法规范。

7. 社会伦理说之评析

该说以社会伦理作为刑事犯与行政犯的区别标准，而何谓社会伦理，就需要予以阐明。德国学者Heinrich Henkel在其著作《哲学导论》（第二版）中将道德分为下列四个领域：（1）自律的道德，即要求个人专依自我良心从事活动，是自律的主观的道德。（2）高级伦理，即基督教或佛教等宗教的或者世界道德体系。（3）社会道德，即从有如国家般广泛的社会团体的一般性道德感情所产生的社会生活上的基本道德。（4）人类道德，即和平的符合人性尊严的共同生活上必要条件的普遍原则。而所谓社会伦理包含社会道德与人类道德两种。前者与事实有关，可以从社会中依各个人的态度调查而得，后者则与价值有关，须将调查所得的结果依符合人性尊严的普遍原则，加以节俭，凝结而成社会伦理的核心部分，以与行政犯作质的区别。但该说仍然没有明确伦理的概念如何理解。因而以此来认定是否为伦理非价行为或无关伦理的行为，并不妥当。再者任何不法行为均与伦理有关，尽管行政犯是“为了维持行政上的秩序，通过科以刑罚制裁强制人们履行一定的行为，是刑罚法规规定为犯罪之后，才开始成为犯罪的。在相应的陈规被制定以前，社会上一般并不存在要求人们相应行为的伦理规范。”“原本与社会伦理无关的行为，当它在刑法上被作为犯罪来处罚的时候，就产生了与社会伦理的联系。”正如日本学者秋山哲治所说：“法定犯与行政犯以及自然犯与刑事犯一样，它以违反伦理道德乃至侵害法益为内容，在这一点上不易加以区别。”因此本说也存有不妥。

（二）量的区别说之评析

量的区别说大抵是采用存在论的方法从法的存在事实予以考察的。这种方法通常的着眼点是行为本身，而忽略法的目的。换言之，用这种方法易于将法的本身看成目的，而非手段。

严重事犯与轻微事犯差异说就是这种方法的最佳说明。它将行政犯行为与刑事犯行为等同，不去考察行政犯规定的目的，而直接将刑事犯的犯罪要件加在行政犯之上，并认为没有必要讨论实质违法部分。但整个不法行为论的重心却是在实质违法部分。国家为何要把某种行为视为违法而加以处罚，并是否具有正当性等问题，则确实是实质违法的内容，也是整个不法行为论的重心所在。该说认为这部分没有讨论的必要，将违法行为决定权全部交给国家或立法者，而将法学贬为纯粹的解释学，其在方法论上确有可议之处。同时，我们也不能因为实质违法内容的不易掌握，便放弃刑事犯与行政犯区别标准的探求，因为这一标准与社会观念的变迁息息相关，若放弃标准的追寻，即无异放弃社会观念变迁的掌握。按照该说的观点，行政犯与刑事犯在本质上的存在区别是不可思议的问题。然而，只要是法就有其目的和手段，是法就必须考虑为某种利益服务，如要对某种行为加以禁止，指定某种行为为违法，就必须将行政犯与刑事犯的本质区别视为问题。因此，该说并不恰当。

而违法性本质逐渐减弱说是以辅助刑法上禁止的错误为论点所作的见解。它以责任说为基础，认为违法性的意识并非故意的要素，也非违法性的要素，而是责任的要素（故有责任说之称）。因此，在违法性内并无所谓错误问题。在违法性（实质的违法）内所产生问题的是，实质违法内容是行为无价值抑或结果无价值。而基于人的不法理论，与其说实质违法的内容是结果无价值，不如说是行为无价值。以此行为无价值论为基础观察行政犯，当然会认为其实质不法为刑法上实质不法的延长。但如果追问行政犯的处罚目

的何在时，则不能以有轻微的实质不法性为搪塞，因为如果行政犯的处罚是因其轻微实质不法性所致，行政犯所科处罚实无须与刑事犯所科处罚相区别，今在法制上两者既仍有区别，则行政犯行为的性质与刑事犯行为的性质在目的上必有不同。由上可知，违法性本质逐渐减弱说实际上是因为考察方法的不妥当所致。

至于危险性与非难性程度差异说，其重心似在非难性的轻重上。因为该说认为不论刑事犯或行政犯，皆有法益的存在，既然皆有法益的存在，则两者即非本质的区别，而是非难性轻重的区别。该说乍一看似乎甚为合理，但若仔细检视，则仍有可疑之处。这里我们举一例说明，如要将公务员族群区分为政务官及事务官二概念时，若从事实存在的公务员去观察，绝不能得出此二概念本质上有何不同。只有从区分的法律上目的去观察时，才可得知其本质上的不同在于身分保障的不同上。因此，本质有无区别不能仅就事实存在的事物作考察，而必须就法律上的目的作考察，否则，任何法律上的概念区分均无本质的不同。由此可知，危险性与非难性程度差异说也是考察方法的不同而导致的异见。

（三）质与量的区别说之评析

质与量的区别说，是综合法的目的论与法事实存在论的考察方法，而以存在论的考察为底，以目的论的考察为峰。因以存在论的考察为底，故其将所有不法行为均视为社会偏差行为，其中只有轻重大小的不同，而无本质（法目的）的差异。又因以目的论的考察为峰，故其将所有不法行为分成几组，各赋予不同法律效果，有加诸刑罚者，也有加诸行政罚者，更有不加任何处罚者。分组之后的不法行为，因各有法目的的存在，故其已具本质的差异，而非仅轻重之不同。至于各个核心之外的外围部分的性质，应由立法者依国民法意识的实际状况予以决定。这种不确定范围的存在，即为刑事犯与行政犯区别的棘手问题。

在质与量的区别说论者看来，在刑法核心领域以外的外围领域与秩序不法核心领域以外的外围领域，存在一个界限领域。这一领域是一条含义不明确的宽广地带，不同的法律共同体对属于该领域行为的评价标准不同，结果也会有所不同。因此，这一界限内行为的归属必须由立法者根据某种目的予以判断。然而，委诸立法者判断又有恣意及侵害宪法所保障人权之虞。对此疑虑的解决，他们认为，应由联邦宪法法院在一定范围内以质量混合的价值秩序为标准对立法是否违宪予以审查，以防立法者的恣意而保障应有人权。但我们认为，犯罪行为与秩序违反间界限领域的评价，应仅仅是法政策的抉择，对此抉择，德国联邦宪法法院不可审查立法者是否针对各个情况已找出最合目的的、最理性的或者最正当的解决方法。可以审查的只是立法者的抉择是否在实质上与宪法的价值秩序一致。因而这一学说在认定审查主体上存在缺陷。

质与量的区别说指出必须根据立法者的目的考察与一般社会观念的评价两个要素来决定何种行为应纳入刑事不法，何种行为应纳入秩序不法。但该说并未表明这两要素中何者为主导力量。该说主张既然联邦宪法法院不可审查立法者的自由裁量部分，就可以认为立法者的目的考量具有主导作用。也即质决定量，或者目的决定存在，而非量决定质，或者存在决定目的。因为在界限领域地带，一般社会观念的评价不确定，而这一领域的不法行为在方式、手段、时间、地点都非常复杂，而其所侵害客体也多为抽象的超个人法益（以保护客体为观察对象）或根本缺乏现实存在的客体（以行为客体为观察对象）。正因其有无社会伦理非价内涵尚非具体明确，故称之为界限领域地带，而这里所谓依一般社会观念的要素对以社会伦理非价内涵的有无为区别标准不再起到评价作用，而是由立法者根据其价值判断决定应归属于何者，即为立法者的目的考量。因此，对界限领域地位起决定的主导力量其实是立法者的目的考量，而非一般社会观念。即以立法者的目的考量主导一般社会观念评价后的结果。

笔者认为质与量的区别说在方法论上已经比较完备，但对事实决定价值或价值决定事实的讨论上则有所不妥。立法者对属于刑事犯以及秩序违反的核心领域应尊重一般社会观念所作的具体评价，而不能采取自己的价值判断，即采取事实决定价值的方法；但对属于二者交叉之外围领域的界限划分，立法者则应以整体国家社会利益及行政目的加以价值判断而决定，即采取价值决定事实的方法区分行政犯与刑事犯。

综上所述，质与量的区别说结合目的考察的质的区别说与存在考察的量的区别说并划分核心领域与外围领域，其各个核心领域部分刑事犯与行政犯的区别，有所谓质的（社会伦理的）不同，而各个外围领域的宽广地带，则两者仅有所谓量的（社会伦理非难程度的）不同。这种区别方法是在立法论上到目前为止较为妥善的理论。

（作者系湘潭大学法学院教授、法学博士、硕士生导师。）

