导　言

自从德国学者郭特希密特（J·Goldschmidt）于 1902 年提出行政刑法概念和理论以来，行政刑法一直倍受理论界和司法界重视。且不说在其诞生地德国行政刑法理论引起了诸如冯·李斯特（von Liszt），卡尔（Kahl），托普斯（Trops）、贝林格（Beiling）、迈耶（M.E.Mayer）、沃尔夫（E.Wolf）、希密特（Eb.Schmidt）等刑法学大师的关注和争论，并形成理论体系[①]，就说在以引进德国法律理论为主的日本，仅有关行政刑法的著作就汗牛充栋。以著名学者美浓部达吉 1949 年出版（行政刑法概论）为先声，先后有众多刑法学者，如八木胖在 1952年出版《行政刑法》，福田平 1959年出版的《行政刑法》，中川祐夫 1969 年出版的（行政刑法序说》，藤木英雄 1976年出版(行政刑法》，使得日本的行政刑法研究方兴未艾，已成为刑法学界研究焦点。[②] 而在没有

① 参见〔日〕福田平著：《行政刑法》(新版)，有斐阁 1978 年版，第 3—5 页。
② 〔日〕福田平、大塚仁著：《刑法总论》，有斐阁 1979 年版，第 89 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

制定法传统的美国，在两大法系的逐渐交融中，也感受到了这股理论风潮的冲击。在美国，《模范刑法典》规定的罪错类别是：

应受刑罚的“罪错”（offenses）{犯罪（crimes）：重罪、轻罪、微罪；违法行为（violation）}

这里的违法行为（violation）主要是指适用严格责任的犯罪。有学者从严格责任理论入手，从刑法的目的和基本原则的角度考虑，认为应该建立行政刑法，专门对付违法行为（violation）。[①] 行政刑法在世界各国风行，在 1989 年召开的国际刑法学协会第十四次大会上作为中心议题进行学术讨论，并作出《关于刑法与行政刑法之间的差异所导致的法律和实践问题的决议》，就成了顺理成章的事。[②]

反观我国刑法学界，对行政刑法的研究没有引起足够重视。当然，这并不等于说行政刑法是中国刑法学尚未开垦的处女地。有些学者已经注意到了行政刑法这一充满活力的独特领域并进行了专门研究。如在 1990 年 4 月，张明楷教授就主编了《行政刑法概论》一书，由中国政法大学出版社出版，并在 1995 年第 3 期《中国社会科学》上发表了论文《行政刑法辨析》，进一步阐明了行政刑法的定义、法律性质、特点以及行政刑法规范的立法依据和立法方式。1992 年 10 月，在西安召开的中国法学会刑法学研究会年会上，卢建平教授提交了《论行政刑法的性质》一

① 参见储槐植著：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社 1996 年版，第 87 页。

② 参见杨敦先、赵秉志、周其华、赵国强主编：《刑法发展与司法完善》（续编），吉林大学出版社 1990 年版，第 548—551 页。

文，对行政刑法的沿革和性质进行了介绍和论述。[①] 此外，匡科撰写了《行政刑法研究——比较与立论》的硕士学位论文，于1992年通过了答辩[②]。总的说来，虽有学者涉足行政刑法领域的研究，但对许多基本问题的认识存在较大分歧，尚有探讨的余地。实际上，行政刑法的概念，尚无较为准确的定义，行政刑法究竟是属于刑法范畴还是属于行政法范畴也有争议。这样就直接影响了对行政刑法基本理论的深入系统的研究。深入系统地研究行政刑法理论，建构起中国特色的行政刑法理论体系，为中国法制建设服务，已成为当务之急。

理论与实践不能脱节，实践也不能离开理论，否则就会误入迷途。当前我国正处于改革开放、发展社会主义市场经济的新时期。市场经济是法制经济。国家为了规范市场行为，制定了大量的行政法规。在这些行政法规里一般都附属规定了行政刑法规范。如何使得这些行政刑法规范与刑法典、单行刑法协调统一，加强行政刑法的立法方式和立法技术的研究迫在眉睫。可见，行政刑法的研究对行政刑事立法有着重要意义。行政刑法的研究对行政刑事司法也有重要意义。目前我国的犯罪态势正发生较大的变化，特别是行政犯罪呈上升趋势。许多行政犯罪，如走私犯罪、金融犯罪、证券犯罪、危害税收征管犯罪、公职人员的职务犯罪、危害环境犯罪等迫切需要对其罪与非罪的界限、此罪与彼

① 参见杨敦先、曹子丹主编：(改革开放与刑法发展》,中国检察出版社1993年版，第110—117页。

②该论文发表在陈兴良主编的《刑事法评论》(第一卷),中国政法大学出版社1997年版。

罪的界限以及定罪量刑中的各种新问题进行深入的研究和解决。只有加强行政刑法的研究，才能给司法实践提供有益的帮助和指导。此外，作为行政刑法的一部分，我国的劳动教养的有关规定有着现实的需要，但目前在理论上和实践中都存在一些问题，有待于加强研究，为我国的法制建设和人权保障提供有益的帮助。

本书的研究方法主要是比较方法。这包括立足于各国的国情和法文化背景对国外理论之间的比较研究，也包括国外理论与我国理论的比较研究，同时还包括我国有关理论的比较研究。通过比较，吸收、借鉴国内外理论中的有益成分，尝试建立适合我国国情的行政刑法理论体系。本书研究过程中，力求从刑法学和行政法学视角，首先论述行政刑法的产生和发展及其立论基础，然后对国内外行政刑法现有概念加以比较和研究，进而探求适合我国国情的行政刑法的概念、性质。之后在比较基础上研究行政刑法的立法原则与立法方式，最后研究行政犯罪的概念和犯罪构成要件，以及行政刑罚的概念及其适用，提出行政刑法应该针对行政犯罪的特殊性建立起相应的行政刑罚体系以实现国家的行政管理目的。

第一章　行政刑法的产生与发展

要了解一个学说，最好的方法就是回到它诞生的时代，透过原始的理论形态，看一看它最初产生的历史背景和逻辑前提。目前我国学界对行政刑法概念和性质的认识分歧，就源于对行政刑法的产生和发展的历史背景和逻辑前提方面认识的不清晰。因此，讨论行政刑法的产生与发展，并非沿袭某种模式，而是确有必要。

第一节　行政刑法的产生和发展过程

行政刑法是在行政制裁的基础上产生、发展起来的。按此标准，则行政刑法的起源可以一直追溯至资产阶级革命以前，旧王朝时期的法国国王、封建领主、某些地方政府就享有独立的行政

需要全本请访问 www.ertongbook.com

惩罚权。不过学者们比较一致的意见是行政刑法产生于资产阶级革命胜利后，即立法、司法、行政三权分立模式确立之后。①

一、以德国为代表的欧洲大陆国家行政刑法的产生与发展

德国是行政刑法的发源地。从形式上说，行政刑法是随着行政犯罪（Verwaltungsdelikt）概念的出现而产生的。这是因为犯罪与刑罚是对立统一的关系，出现了一定的犯罪，就应当有一定的刑法进行规制，如出现了军事犯罪，就需要有军事刑法，同样，出现了行政犯罪，自然也要有行政刑法。行政刑法的概念是随着行政犯概念的出现而产生的，而行政犯概念的出现又有一个演变过程，其原型是警察犯（Vebertretung）的概念。在十八世纪的德国，由于经济的发展，社会关系日趋复杂，警察活动的范围也相应扩大，产生了由行政官厅（警察官厅）行使刑罚权的必要性；这种实际需求，导致形成了作为警察官厅的刑罚权对象的“警察犯”概念。这一概念，直接引发了刑事犯与警察犯的区别问题，成为十九世纪刑法学界争论多端的问题，德国法学家考斯特宁（K. Koestlin）甚至把这个争论多端而未能获得满意结论的问题称之为是“导致法学者绝望的问题”，② 尽管理论还存在很大争论，但 19 世纪的德国刑法学基本上形成了“警察刑法”（Polizeistrafgesetz）的概念，而且有的州还制定了“警察刑法典”（Polzeistrafgesetzbuch），如符腾堡州于 1839 年，黑森州于 1847 年、巴伐利亚州于 1861 年、巴登州于 1863 年，都先后制定了

① 卢建平：《论行政刑法的性质》，载《改革开放与刑法发展》，中国检察出版社 1993 年版，第 111 页。

② 参见 K.Koestlin：Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts，1848，第 28 页。

“警察刑法典”。这一时期的“警察犯”,基本上等于“违警罪”,也就是后来行政刑法中行政犯罪或“行政违法行为”的原型。因此,这一时期自成一体的“警察刑法典”,也可以说是行政刑法的最早的立法例。不过,这种立法并没有得到一致的赞许。德国1871年刑法典的制订者们就坚持认为,任何想区分警察犯与刑事犯的努力都是徒劳无益的。因此他们按照传统的重罪、轻罪、违警罪的三分法,将违警行为规定在刑法典之中,并对违警罪处以自由刑、罚金与拘役等刑事刑罚。这部刑法典出台以后,一直受到不少学者的批评和反对。冯·李斯特(Von Liszt)、卡尔(Kahl)等著名学者明确指出:违警罪系纯正的秩序违法行为,应该从刑法典中独立出来,而由一个专门的法典加以规定。① 进入20世纪后,由于各国的行政管理范围逐步扩大,行政职能不断加强,于是频繁制订行政法,违反行政法的行为也大量出现。这样刑事犯与警察犯区别的古老问题就演变成了刑事犯与行政犯区别的热门问题,再度成为学术理论与立法实务上的焦点。不少著名的刑法学者均曾提出各种区别理论和种种立法主张。对于刑事不法与行政不法的区别问题作过深入的研究之后,刑法学家郭特希密特(J·Goldschmidt)提出了建立“行政刑法”(Verwaltungsstrafrecht)的主张。在其包含“法制史的、比较法的研究”和“行政刑法的基本理论”两编《行政刑法》专著里面,郭特希密特以“司法与行政的并立,应该有其不同的目的与领域”为理论出发点,认为为达到司法目的而采取的强制手段是司法刑法

① 参见(台)林山田著:《经济犯罪与经济刑法》,台北三民书局1981年修订3版,第125—126页。

(Justizstrafrecht)[①]，为达到行政目的而采取的强制手段，则是行政刑法（Verwaltungsstrafrecht)。依此观点，违反司法刑法的行为即为刑事不法（Kriminalunrecht)，系一种“法律违反”(Rechtswidrighkeit)，乃违反基于伦理的刑法规范，系一种特别的伦理的非价判断；违反行政刑法的行为则为行政不法（Verwaltungsunrecht)，系一种“行政违反”(Verwaltungswidrigkeit)，这种行政违反只具有形式上要素，它只是违反行政意思（即行政规章所揭示的意思），而应加处罚的行为。[②]这样，行政刑法的概念就产生了。

受到郭特希密特行政刑法理论的影响，1919 年，德国制订的《帝国租税条例》，规定秩序罚为租税违反行为的后果，并由租税主管官署依法处理。邻国奥地利也在 1925 年制订了（行政刑法典》。这种赋予行政机关行政罚权力的立法趋势，后来被纳粹滥用，为配合其发动侵略战争的经济管制工作，对于违反经济管制的行为，依据当时的行政法规（如 1939 年的（价格刑法条例》和《战时经济条例》),均可由行政官署,依其职权裁量而科处秩序罚，直到 1945 年行政官署甚至于可以决定经济违反行为经由司法程序抑或由行政程序加以处理。这样就大大削弱了司法的权限，造成行政权侵越司法权的趋势。二战后，对于希特勒政府的错误作法，当然要作适度修正。在理论上德国法学家沃尔夫(E.Wolf）从法哲学和刑法理论的角度潜心研究行政刑法，又从

① 司法刑法，郭特希密特最初提出理论时称为 Verfassungsstrafrecht, 意为宪法刑法。

② 参见 J.Goldschmidt：Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, 第 531—548 页。

刑事政策的评价方面发挥完善，刑法学家希密特（Eb. Schmidt）加以进一步充实，认为出于法治国家手段与目的相当的原则，并非将所有的经济违反行为均赋予刑事刑罚，应就各该行为在实质上的差异，而逐一区分为刑事不法与行政不法。这样，终于使行政刑法的思想及理论体系在西德 1949 年至 1954 年完成的（经济刑法》（Wirtschaftsstrafgesetz）及 1952 年的《违反秩序法》（Gesetz ueber Ordnungswridril keiten）的立法上，获得实现。后者系自犯罪行为中区分出“秩序违反行为”（Ordnungswidrigkeit），并赋予此等行为“罚锾”（Geldbusse）的法律效果，同时还规定实体法上与程序法上的问题，以作为行政官署执法的依据。[①] 与此同时，相邻的奥地利于 1950 年再行公布《行政刑法典》,同年,捷克斯洛伐克制订《行政刑法典》与《行政处罚程序法》,匈牙利也于 1955 年制订(行政刑法典》。这被认为是战后行政刑法立法的第一次高潮。[②] 1974 年，西德修订(经济刑法典》，1975 年 1 月 1 日生效的西德新刑法典，依照(1)违警罪自刑法中提取出来，而不再规定于新刑法之中；(2)违警行为中有必要升格为犯罪者，则仍旧规定于新刑法中，其余之违警行为则转移规定于（德国违反秩序法）中，根据这两条原则，把旧刑法分则中第 29 章的违警罪全部删除，并将一些较常为人所违犯的违警行为，如伪报姓名身份（旧刑法第 360 条第 1

① 参见(台)林山田著：《经济犯罪与经济刑法》,台北三民书局 1981 年修订三版，第 127 页。

② 参见卢建平：《论行政刑法的性质》,载《改革开放与刑法发展》,中国检察出版社 1993 年版，第 112 页。

项第 8 款),妨害安宁之噪音及重大骚扰行为(旧刑法第 360 条第 1 项第 11 款）等分别规定于（违反秩序法）之中。至此，1975 年的西德新刑法典及 1975 年修正的《违反秩序法》,以及 1974 年修正的《经济刑法典》就成为行政刑法与刑法典两分并立的立法模式的典型。① 这段时期，罗马尼亚于 1960 年，波兰于 1971 年、葡萄牙于 1979 年，苏联于 1980 年，意大利于 1981 年，以色列于 1985 年都制订了规范行政刑法运作的框架法。这被认为是战后行政刑法立法的第二次高潮。②

二、日本行政刑法的产生与发展

以移植德国法律为主的日本，在明治维新时期警察就有制订规则与违警处罚权。在 1879 年的日本旧刑法中，除第四编规定有违警罪以外，还在该法第 430 条规定“除前数罪所记载者外，违犯各地方之需要而制订的违警罪者，从其罚则处断之。”1884 年，又制订《违警罪即决条例》，授权警察署长、分署长或其代理人对违警罪有即决处罚权。 1907 年，又公布《警察犯处罚令》，使得警察权力更加扩张。这期间日本的行政审判也采用了德国模式，即行政法院与普通法院并立，在行政领域绝对排斥司法权的干预，但二战后，日本宪法对司法权作出了“一切司法权属于……法院”;“不得设置特别法院”;“行政机关不得施行作为终审的判决”，因此，废除行政裁判所，将其工作移交司法裁判所，又采用了普通法院一元化。因此，二战后，日本将《违警罪

① (台)林山田著:《经济犯罪与经济刑法》,台北三民书局 1981 年修订三版，第 128 页。

② 卢建平:《论行政刑法的性质》,载《改革开放与刑法发展》,中国检察出版社 1993 年版,第 112 页。

即决条例）和（警察犯处罚条例）视为违宪，在 1949 年另行订立《轻犯罪法》，对于轻犯罪行为，警察只有取缔、告发权，而处罚权归于法院。① 这主要是日本早期的“警察国家”观念——警察有独立的治安权力，受战后美国的“法治国家”观念——对公民的制裁必须通过司法程序的影响而致，体现了两大法系融合的特征。之后，日本的刑法学界将行政刑法的概念加以确认，认为行政刑法是附属于行政法律中的刑罚罚则，与此同时，行政法律中的刑罚罚则也在立法中大量涌现，如 1959 年专利法、1950 年关于外国资本的法律、1947 年关于禁止私人垄断和确保公平交易的法律，1949 年工业标准化法，1950 年矿业法，1953 年农业机械化促进法，1949 年外汇和外贸管理法，1970 年公害纠纷处理法等大量的行政法律中规定了处理违反这些行政法律的犯罪行为的刑事责任条款。②

第二节　行政刑法的立法背景和立论基础

行政刑法的产生是历史发展的必然。在封建时代是“王权”

① （台）林山田著：《社会问题与法治现况》，台北三民书局 1982 年版，第 95 页。

② 参见储槐植等编著：《附属刑法规范集解》，中国检察出版社 1991 年版，第 351—406 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

或“神权”（教权）独尊，立法或司法只是附属物或陪衬品，实质上是集权统治，这时的行政实则是“无法”行政。对于国家来讲，法律是以“国家本位”为特征，国家至上，行政第一。对于国民而言，是以“义务本位”为特征，个人只有服从的义务，个人的权利被蔑视。随着启蒙思想家洛克、孟德斯鸠、卢梭等人的“天赋人权”“三权分立”思想的传播和影响，在资本主义上升时期，逐渐形成了“法治”原则。即国家非依行为时已有的明确的法律规定，并通过合法的程序，不得对公民进行处罚或制裁。这一“法治国”的理念和“三权分立”的思想强烈要求国家依法行政，以保障人权。这就是说，行政活动必须围绕保障公民的权利这一中心来进行，要求重视行政法规的立法以便于依法行政，使得公民的权利不致遭受无端侵害。行政法规的膨胀，违背行政法规的行为增多，规制严重的行政不法行为的行政刑法也就应运而生。可见，从思想体系而言，行政刑法是法治思想的必然产物。即是说法治思想为行政刑法的产生作好了思想准备。

从社会背景方面来看，进入二十世纪以来，由于技术的进步，工商业的发展，促进了经济的繁荣，也使得社会关系日趋复杂。与此同时，现代福利国家的观念逐步形成。以亚当·斯密（Adam Smith 1723—1790）为代表的近代经济学，崇尚“看不见的手”，认为最能满足人类生活需求的经济体制，就是让人们自由劳动、自由交换的市场体制。因为价格机制和市场制度能够自发地传递经济信息，协调供应，激励人们改进效率，优化资源配置。在此情况下，“人人想方设法使自己的资源产生最高的价值。一般的人不必去追求什么公共利益，也不必知道自己对公共利益

有什么贡献。他只关心自己的安康和福利。这样他就被一只看不见的手引领着，去促进原本不是他想要促进的利益。在追求自身利益时，个人对社会利益的贡献往往要比他自觉追求社会利益时更为有效”。[①] 这样就增进了整个社会的福利。因此，国家不要干预经济，而让价值规律这只“看不见的手”自动调控经济运行。但是，本世纪初资本主义经济的大危机，震撼了资本主义世界，使人们对“看不见的手”产生怀疑。以希克斯（J.R.Hicks, 1904－）和庇古（A.C.Pigou 1877－1959）为代表的福利经济学派提出了市场正常运作的基本条件：经济信息完全和对称；充分竞争市场；规模报酬不变或递减；没有任何外部经济效应；交易成本可忽略不计；经济当事人完全理性。当这些基本条件不成立时，就有所谓“市场的失败”，政府于是有理由干预市场运作。[②] 凯恩斯（J.M Keynes 1883－1946）学说则揭示了另一种类型的市场失败，又给政府干预经济提供了新的理论依据：这就是由所谓“合成谬误”所导致的整体经济灾难的情况。合成谬误，指的是从个体角度看合情合理的行为，从整体上看却会使人人遭殃的动作。比方说，当经济前景呈现不妙的征兆时，投资者预见到证券市场会行情看跌，合理的反应自然是抛售证券，减少投资；消费者的合理反应自然是减少消费，省吃俭用以应不测。然而正是因为人人这样的理性行为，结果真的导致股市暴跌，市场萧条，促成了一场人人倒霉的经济衰退。因此，凯恩斯的学说为政府干

① 参见亚当·斯密著：《国富论》，商务印书馆，第 423 页。

② 陆丁著：《看得见的手 市场经济中的政府职能》，上海人民出版社 1993 年版，第 18 页。

预经济提供了又一理论依据。[①] 此外，政府也可因伦理道德和收入财富分配不均的原因而对市场运作加以干预。例如，有些市场交易行为，虽然买卖双方两厢情愿，却不合乎社会伦理。如雇佣童工、卖淫嫖娼、毒品交易、贩卖奴隶等，就需要政府用行政法令加以禁止。总之，政府在现代经济的发展中具有干预经济活动的必然性，应当在下述几方面发挥应有的作用：(1) 界定和维护产权；(2) 防止市场垄断；(3) 维持可操作竞争；(4) 管制自然垄断的企业；(5) 提供公共货品和基础设施；(6) 保护消费者权益和生态环境，开发人力资源，保障基本社会福利；(7) 维护宏观经济稳定等等。[②] 而政府要发挥这些作用，只有寄希望于颁布和认真执行规范市场运作的行政法规。一旦这些行政法规执行严重受阻，就必须发动刑罚这种国家强制手段，以保障在现代经济发展中具有举足轻重的政府职能的顺利实施。由此可见，“经济基础决定上层建筑”，生产力发展和经济模式变化，是社会前进的根本动力和首要标志，但作为其次要的一面，伴随着社会矛盾的增多和复杂化，它也成为犯罪产生和变动的深层原因，行政犯罪的产生和增多，是行政刑法产生和发展的原因，所以，从根本上讲，经济发展的需要是行政刑法产生和发展的主要社会背景。战后在日本、美国、德国大量涌现的经济刑法（行政刑法的一

① 陆丁著：《看得见的手 市场经济中的政府职能》，上海人民出版社 1993 年版，第 16 页。

② 同上，第 14 页。

部）就是例证。[①] 正如国际刑法学协会第十四届代表大会所作的决议中所指出：国家干预的领域扩大了，随着行政法规的增加，作为其辅助形式的行政刑法也就相应增加了。[②]

刑事科学的进化是促进行政刑法产生和发展的直接动力。刑法发展的趋势，用日本著名学者牧野英一的观点看来，是从本能性、反射性的东西转向目的性、自觉性的东西；由单纯的东西分化为细密化的东西。[③]

的确，早期的刑法仅仅是统治阶级止乱禁暴的工具，国家对违背其统治的行为动用刑罚只是一种本能的反应，如同对攻击者的报复。但现代的刑法却是统治阶级自觉地、有目的地对付犯罪的工具，哪些行为应规定为犯罪，用什么方法处置才能收到实效，都是一种有目的立法、司法过程。行政刑法就是国家为了控制行政犯罪的泛滥而产生和发展起来的。早期的刑法也是单纯的、粗略的、混合的法律。无论是我国的（唐律》还是古巴比伦的《汉谟拉比法典》、印度的《摩奴法典》抑或是古罗马的《十二铜表法》，都是诸法合体、以刑为主的法律。就刑法而言，犯罪的分类和刑罚的配置，也是粗略的。而后期的法律除实现诸法分离的分科化倾向外，在逻辑上更严密，在体系上更合理，在理论上更精深，呈现细密化的倾向。行政刑法就是这种细密化的必

①〔美〕赫尔曼、〔德〕阿苏勒：《联邦德国和美国刑法中的若干问题》，载《中外法学》1991年第1期；另见顾肖荣：《战后日本经济刑法经济犯罪研究的演进》，载《学术季刊》1991年第3期。

② 参见《国际刑法学协会第十四届代表大会综述》，载《中国法学》1991年第1期。

③参见〔日〕中山研一著，姜伟译：《刑法的基本思想》，国际文化出版公司1988年版，第2页。

然结果。行政刑法的产生和发展符合刑事科学的进化过程。

刑事科学的进化的显著标志是犯罪观的进步。因为犯罪观涉及刑事政策的走向和刑罚所追求的价值目标。犯罪观是对犯罪本质的认识，表现为对犯罪概念及其内涵的界定和认识。犯罪是一种非常复杂的社会、法律现象，犯罪概念是人们对犯罪的本质属性的抽象概括。犯罪现象的复杂性无疑会增加对犯罪作出科学界定的困难性；同时法文化传统的差异性也导致了对犯罪概念的不同理解。英国著名刑法学者 J·W·塞西尔·特纳（J.W.Cecil Turner）就曾把给犯罪下定义视为一大难题，认为至今尚无令人满意的定义可言，而且，也不可能找到一个对英国法有价值、关于犯罪的法律定义。[①] 但大陆法系国家的刑法典，对于犯罪定义的困难性似乎并不十分重视， 1810 年《法国刑法典》第 1 条“法律以违警刑所处罚之犯罪，称违警罪。法律以惩治刑所处罚之犯罪，称轻罪。法律以身体刑或名誉刑所处罚之犯罪，称重罪。”开启了在刑法典中规定犯罪的形式概念的先河，并为大陆法系各国刑法典所仿效。而目前在大陆法系国家占统治地位的“犯罪是符合构成要件该当性的违法的有责的行为”的犯罪概念在十九世纪到二十世纪初逐渐形成。由此犯罪概念被分成不同的归责阶层并决定了整个定罪程序。构成要件该当性、违法性、有责性也就是犯罪的三个成立要素。“构成要件该当性”主要是事实判断；“违法性”、“有责性”是价值判断。其中违法性判断在犯罪这一概念中占有决定地位。所谓违法性，是指行为从法律规

① 参见〔英〕塞西尔·特纳著：《肯尼刑法原理》，华夏出版社 1989 年版，第 1 页。

范的角度而言没有价值。换言之，对于该当构成要件的行为，从整体法规范的价值观上进行评价，如果与整体法相对立、相冲突，则该行为具有违法性，有构成犯罪的可能。违法性在理论上可分为形式的违法性与实质的违法性。形式的违法性是指行为形式上违反法秩序或法规范的性质。实质的违法性是指行为实质地违反法秩序或法规范的性质。关于实质违法性的内容，存在着以下三种学说：(1) 法益侵害说，认为违法性实质在于法益的侵害或法益的危险性；(2) 规范违法说，认为违法性的实质在于违反社会伦理规范；(3) 二元说，认为违法性的实质在于引起违反社会伦理的规范的法益的侵害。二元说是现在的通说。① 实质的违法性是从形式违法性上出发，站在实质面上加以考察行为是否有违公共秩序、善良风俗、文化规范等等。违法性理论还有主观的违法性、客观的违法性；人的违法观与物的违法观；可罚的违法性理论等等，不管如何，一切的违法性理论都是想从实质上解决合法与违法的本质区别。当然，也想解决刑事不法与行政不法的区别。由此可见，违法性理论与行政刑法的概念的提出密切攸关。如前所述，由于行政违法行为的大量涌现，如何判断这些行政违法行为的性质就成了棘手的问题。行政违法是否具备刑法意义上的违法性？如不具备，其区别在哪里？到何种程度行政违法才可转化为刑事违法？这自然涉及到刑事违法与行政违法的有无区别和区别何在这一问题。对这一区别问题，学界后来主要形成三种观点：一是量的差异理论，二是质的差异理论，三是质与量

① 参见马克昌、杨春洗、吕继贵主编：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社 1993 年版，第 623 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com