The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	中国における犯罪と治安管理違反の区別をめぐる議論に関する一考察：「質」の違いとは何か？
Author(s)	坂口, 一成
Citation	阪大法学. 2017, 67(1), p. 39-63
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87003
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

中国における犯罪と治安管理違反の区別をめぐる議論に関する一考察

――「質」の違いとは何か？――

坂口一成

はじめに
一　量質転化説
　1　A説：「行為の性質」
　2　B説：社会的危害性
　3　C説：「権力の干渉」
二　量的区別説
　1　理論的土台
　2　謝川豫説
三　検討：「質」の違いとは何か？
　1　B説
　2　A説およびC説
　3　若干の考察
おわりに

【凡例】

本文中の（　）および引用文中の〔　〕は筆者による補足である。傍点は筆者による。［　］は中国語を示し、原則として初出時にのみ付す。肩書は執筆時のものである。

はじめに

本稿は、中華人民共和国（香港・マカオを除く。以下「中国」と呼ぶ）における犯罪と治安管理処罰法（二〇〇五年八月二八日全国人民代表大会常務委員会（以下、「全国人大常委会」と略す）採択、二〇〇六年三月一日施行、二〇一二年一〇月二六日一部改正、二〇一三年一月一日施行。以下、「治処法」と略す）[1]に違反する行為（〔違反治安管理行為〕、〔治安違法行為〕等と呼ばれる。以下、引用する場合を除き「治安違反」と呼ぶ）の関係を精確に認識する第一歩として、両者の区別をめぐる議論を、特に主流派の説く質的区別の内実に着目して、考察するものである。

中国の犯罪には量的下限が設けられている。すなわち、「行為が一定の社会的危害性を有することは、犯罪の最も基本的な特徴である」[2]とされ、刑法上、それが一定程度に達しない場合は、犯罪が成立しないと規定されている（刑法一三条ただし書）。なお「社会的危害性」とは、一般に行為が客観的に惹起した危害と行為者の主観的悪性を統一した回顧的評価とされる[3]。

刑法

第一三条　国家主権・領土の保全および安全に危害を及ぼし、国家を分裂させ、人民民主主義独裁の国家権力を転覆させ、および社会主義体制をひっくり返し、社会秩序および経済秩序を破壊し、国有財産または勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、国民による私人所有の財産を侵害し、国民の人身権、民主的権利およびその他の権利を侵害し、ならびにその他の社会に危害を及ぼす行為で、法律により刑罰の処罰を受けなければならないものは、全て犯罪であるが、ただし情状が顕著に軽く危害が大きくないものは、犯罪とは認めない。

治処法

第二条　公共の秩序を壊乱し、公共の安全を妨害し、人身権・財産権を侵害し、社会の管理を妨害し、社会的危害性を有し、「中華人民共和国刑法」の定めにより犯罪を構成するときは、法により刑事責任を追及する。なお刑事処罰に至らないときは、公安機関が本法により治安管理処罰を科す。

そしてその場合、行政処罰の対象とされていることが多い。治安違反は、そうした行政処罰の対象たる「行政管理秩序に違反した行為」（行政処罰法三条一項。一般に［行政違法行為］と呼ばれる）の一種であり、軽微な自然犯・警察犯的行為を捕捉し、一部の犯罪の受け皿となっている。(4)

すなわち、治処法の保護客体（［社会関係］と呼ばれる。法益に相当）(5)は刑法のそれの一部と重なる（表1参照）。この領域内で個別の犯罪類型と治安違反類型には、同一ないしは類似の成立要件（ドイツ法上の「真正／不真正混合構成要件」(6)に相当）が規定されていることが多い（その例として表2参照。なお中には、犯罪としてしか規定されていないもの（例：故意殺人（刑法二三二条）、強姦（同二三六条）、強盗（同二六三条））や、治安違反としてしか規定されていないもの（例：売春・買春（治処法六六条一項）、薬物自己使用（同七二条三号））もある。したがって、治安違反が犯罪の「受け皿」といっても、全てを受け止めるわけではない）。そして治安違反も一定程度の社会的危害性をその「本質的特徴」、「最も基本的な属性」とする。(7)「一定の社会的危害性」があることは犯罪と

表１　保護する社会関係の比較

治処法（３章）	刑法（２編各則）
公共の秩序（１節。例：単位秩序壊乱、公共の場秩序壊乱等）	公共の秩序（６章１節）
公共の安全（２節。例：規定違反の大規模イベント開催）	公共の安全（２章）
人身権（３節。例：殴打・故意傷害、住居不法侵入）	国民の人身権（４章）
財産権（３節。例：窃盗、詐欺）	財産（５章）
社会管理（４節。例：売春、買春、賭博、薬物自己使用）	社会管理秩序（６章）

出所：謝川豫『危害社会行為的制裁体系研究』（法律出版社、2013年）84頁参照。

表２　同一・類似の成立要件の例

治処法	刑　法
第40条　次に掲げる行為のいずれかがあった者は、10日以上15日以下の拘留に処し、500元以上1000元以下の過料を併科する。情状が比較的軽い者は、５日以上10日以下の拘留に処し、200元以上500元以下の過料を併科する。 ⑶　他人の人身の自由を不法に制限し、他人の住居に不法に侵入し、または他人の身体を不法に捜索したとき。	第245条①　他人の身体・住居を不法に捜索し、または他人の住居に不法に侵入した者は、３年以下の有期懲役または拘役に処する。
第67条　他人を勧誘し・これに場所を提供し・周旋し売春させた者は、10日以上15日以下の拘留に処し、5000元以下の過料を併科することができる。情状が比較的軽い者は、５日以下の拘留または500元以下の過料に処する。	第359条①　他人を勧誘し・これに場所を提供し・周旋し売春させた者は、５年以下の有期懲役、拘役または管制に処し、罰金を併科する。情状が重い者は、５年以上の有期懲役に処し、罰金を併科する。
第45条　次に掲げる行為のいずれかがあった者は、５日以下の拘留または警告に処する。 ⑴　家庭成員を虐待し、被虐待者が処理を求めたとき。	第260条①　家庭成員を虐待し、情状が悪質な者は、２年以下の有期懲役、拘役または管制に処する。 ③　第１項の罪は、訴えがあった場合に限り処理するが、ただし被害者に訴える能力がなく、または強制・威嚇を受けたために訴えることができないときを除く。
第49条　公私の財物を窃盗し、詐取し、略奪し、奪取し、恐喝し、または故意に損壊した者は、５日以上10日以下の拘留に処し、500元以下の過料を併科することができる。情状が比較的重い者は、10日以上15日以下の拘留に処し、1000元以下の過料を併科することができる。	第264条　公私の財物を窃盗し、比較的多額である者、または多数回窃盗し・住居侵入して窃盗し・凶器を携帯して窃盗し・スリをした者は、３年以下の有期懲役、拘役または管制に処し、罰金を併科し、または単科する。（以下省略）

※直線は成立要件が同一であることを示し、波線は異なることを示す。なお丸数字は項を、カッコ数字は号を示す。

同様であるものの、犯罪が「刑罰の処罰を受けなければならないもの」とされるのに対して、治安違反は「なお刑事処罰に至らない」ことが規定されている（刑法一三条、治処法二条。このように、治安違反には上限がある）。

こうしたことから中国の学界では、両者は少なくとも社会的危害性の程度[8]により区別される、という点は一般に認められている[9]。主な争点は、それを前提として、さらに質的区別を認めるか否かである（以下、それぞれ「量的・質的区別説」、「量的区別説」と呼ぶ）。主流を占めてきたのは、量と質により区別されるとしつつ、「唯物論的弁証法の基本法則」とされる「量的変化が質的変化に転化するという法則」（量質転化の法則[10]）に明示的に依拠して、行為の社会的危害性の量的変化により「質」的変化が生じるとする立場である（以下、「（量質）転化説」と呼ぶ[11]）。

もっとも、質的区別の内容については見解が分かれており、またそうした質的区別にどれだけ意味があるのかも、にわかには判然としない。さらに近年では、それを正面から否定する量的区別説が有力化しているという[12]。そもそも質的区別を認めるべきかということすら揺らいでいる。

犯罪と治安違反の質的区別の有無・内容、ひいては両者の関係を如何に認識するかは、中国の制裁システム構造の認識にとって重要な論点であると考えられる。しかしこの点を深く掘り下げた先行研究は国内には見当たらない[13]。そこでまず本稿は、質的区別の内容および有無に着目して、両者の区別をめぐる議論を考察し、もって両者の関係を精確に認識するための一助としたい。なお、学界の議論は主に転化説と量的区別説の間で戦わされているように見受けられることから、本稿ではこの両説を検討することにする[14]。

以下ではまず、量質転化説の議論を整理し、どのような質的区別があるとされているのかを明らかにする（一）。次に量的区別説の議論を概観し、どのような根拠に基づき質的区別が否定されているのかを明らかにする（二）。

最後に、量的区別説による批判を手掛かりとして、量質転化説の説く質的区別の内実を吟味し、どのように考えるべきかを検討する。

なお本稿で検討する区別は、個別具体的な行為類型レベルではなく、カテゴリーレベルにおけるそれである。検討に際しては、［違法］[15]行為と犯罪の区別に関する議論も、そこに治安違反が明らかに含まれていると考えられる場合には対象に含める。また対象とする時期は、主に改革・開放（一九七八年）以降とする。もっとも、一部についてはその萌芽がすでに、五七年条例制定前から登場していた。それらもできる限り取り上げたい。

一　量質転化説

本説は社会的危害性の量的変化により質的変化が生じるとするが、如何なる「質」に変化が生じるかについては、必ずしも一致しない。主なものとして、「行為の性質」とする立場（A説）と、社会的危害性とする立場（B説）がある。さらに近年では、「権力の干渉」とする立場（C説）も登場している。一九八〇年代から、少なくとも一九九〇年代前半までの刑法学界においてはA説が通説とされていたが、その後はB説が主流となっているとされる。[16]以下、順に見ていこう。

1　A説：「行為の性質」

本説の最初の提唱者と目されるのは曽紹棠である。曽は五七年条例制定前に（後述二1(1)の張仙根を批判して）「社会的危害性は犯罪行為の基本的特徴であるのみならず、またその他の違法行為の重要な特徴および実際の内容でもあり、それらの間には、社会的危害性の程度の大小の違いしかない。そのため、犯罪行為とその他の違法行為

を区別するためには、社会的危害性の有無から出発するべきではなく、社会的危害性の程度から出発しなければならない」、「社会的危害性は社会的危害行為の属性であり、極小の社会的危害性から極大の社会的危害性まで、それ自体には質的区別はなく、量的違いしかない。……その社会的危害性の程度が異なるために、行為自体に質的変化が生じ（違法行為と犯罪行為）、社会的危害行為の属性――社会的危害性には決して質的変化は生じない。〔改行〕したがって、社会的危害行為の社会的危害性の程度の大小の変化（量度）は、行為自体の質的変化を引き起こす」、「刑事責任を負うべきか否かについては、当該行為の社会的危害程度（情状の軽重）が必ず刑事制裁を適用しなければならない程度に達したか否かを見なければならない」[17]と説いた。これは社会的危害性の量が変化して「結節点」に達することにより、行政違法か犯罪（刑事違法）かという質的変化が生じるということと解される。

そしてこの立場は旧刑法公布後、普遍的な支持を集め、学界の通説を形成していったという[18]。例えば、儲槐植（北京大学）は「多くの日常現象はまたこの哲学原理〔如何なる質も量として表され、量がなければ質はない〕を説明している。例えば0℃以下の氷、0℃以上の水および100℃以上の水蒸気の三者の化学式は同じくH_2Oであるが、それらの形態と物理性能の差は大きい。社会現象も同様である。犯罪と労働矯正を要する過ちおよび治安管理違反行為の三者はいずれも社会的危害性がある（この点では同じ）が、それらの社会的性質および国家的評価は異なり、その根拠は社会的危害の程度の大小、すなわち量的差異である。量的変化が質的変化を引き起こす」[19]と説く。

また、起草当局もこの立場に立っていると目される。例えばその治処法のコンメンタールによれば、「もし比較的重い傷害結果を惹起し、『軽傷』の程度に達すれば、その性質に変化が生じ、犯罪行為となる。……治安管理違反行為の社会的危害性にはまた程度において一定の限度がある。治安管理違反行為は治安管理法律・法規の保護する利益を侵害したにすぎず、性質上違法行為であるため、その社会的危害性には限度があり、その限度を超えれば、

犯罪行為となる。……如何なる違法行為も相応の法的結果を負担しなければならないが、性質の異なる違法行為が負担すべき法的結果は異なる。民事違法行為は例えば損害賠償、原物返還、謝罪等の民事責任を負わなければならない。刑事違法行為は例えば有期懲役、罰金、政治的権利の剝奪等の刑事責任を負わなければならない。そして治安管理違反行為が負うべきは行政責任であ〔る〕[20]」。

本説によれば、「行為の性質」とは結局は「違法」の種類である。すなわち、治安違反は治処法（行政法）に、犯罪は刑法に規定されているという根拠法の違いに帰着する。

2　B説：社会的危害性

本説は、社会的危害性の量的変化により生じるのは、当該社会的危害性の質的な変化であるとする。すなわち、「唯物弁証法によれば、如何なる事物も質と量の統一体であり、量的蓄積から質的飛躍の過程を辿る。それは量質転化の法則の発展の結果および存在の形式である。まさにこうした質と量の統一のために、我々は自然界と社会上の各種事物を区別できるのである。社会的危害行為についていえば、それには道徳に違反する行為があるのみならず、一般の違法行為もあり、さらには刑法に触れる犯罪行為もある。これら三者はいずれも社会的危害行為であり、表面的に見れば程度（量）の差にすぎず、質的な違いはないようであるが、実際にはそれらの間にはそれぞれ自らの量および質がある。さもなくば、我々はこの三種類の行為を区別できなくなる。それでは犯罪の社会的危害性の質とは何か。その質とは、犯罪行為が刑法の保護する社会関係に惹起した侵害である。……これら〔旧刑法一〇条列挙〕の社会関係を侵害したということは、犯罪行為の社会的危害性の質を表す。それでは犯罪の社会的危害性の量とは何か。それは危害程度が刑罰処罰を受けるべき程度に達したことである。……まさにこうした量的変化が質

的飛躍を引き起こすために、我々は犯罪の社会的危害性と一般の社会的危害性とを区別できるのである。刑法に触れて刑罰処罰を受けるべきことは、犯罪の社会的危害性の質および量の統一体の法的表現および法的結果である。そのため、犯罪の社会的危害性と一般の社会的危害の性質の区別を否定することは、理論的に破綻しており、実践でも有害である[21]」。

これによれば、犯罪と治安違反はともに社会的危害性のある行為であるが、その社会的危害性には質的な違いもあることになる[22]。そしてその根拠は、行為が侵害する社会関係に求められている[23]。

なお、「結節点」については「危害程度が刑罰処罰を受けるべき程度に達したこと」とする。刑法一三条所定の犯罪概念によれば、これは結局は犯罪が成立したことを意味しよう。したがって、これはトートロジーである[24]。なお、このことはA説にも妥当する。

3　C説：「権力の干渉」

時延安（中国人民大学）は犯罪と治安違反との間に生じる「量質転化」について、次のように論じる。すなわち、「治安管理処罰法の規定から見れば、治安違法行為と犯罪を明確に区別できそうである。しかし周知のように、こうした区別は量的な区別となって表れるのに対して、こうした量的な区別が治安違法行為と犯罪の質的区別を決定する。権力の視座から分析すれば、量的な区別により二種類の異なる権力の作用範囲が形成され、これにより、量的な逓増が質的変化を形成し、行為自体の性質に変化が生じたのではなく、これに伴う権力の干渉に質的変化が生じるという[25]」。

この議論のポイントは、量的変化に伴い変化する「質」は、行為の違法性や行為の社会的危害性といった行為の

内在的な性質ではなく、その外部にある「権力の干渉」であるとした点である。すなわち、これは行為（ないし社会的危害性）の量的変化に伴い、行為に対する「権力の干渉」において、つまり行為の外部で質的変化が生じるとするものである。これは事実上、量質転化の法則から逸脱していると考えられる。また、そこでの「権力の干渉」は行政的か刑事的かということと考えられる。そうすると、その実質はA説と同じである。なお、「結節点」については議論されていない。

二　量的区別説

現時点において本説の到達点と目されるのは謝川豫（中国人民公安大学）である。[26] 謝は犯罪と治安違反の間には量的区別しかなく、しかもその区別は法則によるものではなく、人為的なものであるとする。徹底的な反量質転化説論である。

その理論的土台を築いたのは李居全（湖南大学）が犯罪概念の通説的枠組み（犯罪の社会的危害性は一定程度の社会的危害性である）に対して加えた批判である。また、そうした李の議論の原型は、一九五六年に公表された張仙根論文に見出すことができる（ただし、李は張論文を引用していない）。以下ではまず、本説の理論的土台をなす張と李の議論を見る。その後、謝川豫の議論を概観する。なお、張説まで取り上げるのはやや迂遠と思われるかも知れないが、先述のように、A説の曽紹棠説は張説批判として展開されており、またこの論争の火種が五〇年代からあったことの証左であるため、取り上げることとする。

1　理論的土台

(1)　張仙根説

張は旧ソ連法（学）を参照しつつ次のように説いた。まず、社会的危害性は犯罪固有の性質であり、他の違法行為や非道徳的行為にはそれがない。「社会的危害性とは実質的に人民大衆の利益に対する特殊な侵害である。社会的危害性のある行為については、国は特殊な懲罰方法を用いる。それは刑罰である」。その上で、同じ行為類型であっても情状の軽重により行政的に処理されるか、刑罰が科されるかが分かれるのは、情状の量的変化に伴い、法的意味において行為の性質に変化が生じ、社会的危害性のない行為から、社会的危害性のある行為へと変化するためである。そして「犯罪行為の軽重を衡量する社会的危害性の大小と、犯罪か否かを決定する社会的危害性自体を一緒くたにする方法は、実務にとってかなり有害である」[27]、と。

これは情状の量的変化に伴い、行為の性質において社会的危害性のない非犯罪から、社会的危害性のある犯罪へと変化するとするものである。実はこれも量質転化の法則に立脚したものであるが、社会的危害性を犯罪固有の性質と解するため、犯罪と違法の間には社会的危害性の量的区別はなく、質的区別（有無）しかないとする。

(2)　李居全説

李説は右の張説を展開したものと位置づけることができる。その論旨は概ね以下のとおりである。

まず、社会的危害性は犯罪固有のものであり、他の違法行為には社会的危害性はない。すなわち行政違法行為については、「行政行為の性質は管理であり、行政強制は管理を推進するために必要なことであり、行政違法の構造においては、社会的危害性の内容はあってはならず、行政法に違反して社会に危害を惹起する行為に対して、行政機関は行政強制措置を用い、管理に従うよう当事者に迫るべきであり、それに限る。その行為の社会的危害性の認

定および処罰は刑法の任務である」と説く。また不法行為については「客体に社会性がないため、その客体に対する侵害には社会的危害性がない」とする。

次に、そうである以上、犯罪と他の違法行為は社会的危害性の程度の差ではなくなる。そして李はそのことを不法行為と犯罪の関係を例に説く。すなわち、刑法学界の通説によれば、「民事不法行為の社会的危害性が一定程度に達し、量的変化から質的変化に至り、犯罪を構成すれば、元の民事不法行為はもはや民事不法行為の性質を有さなくなる。しかし事実はそうではなく、ある状況においては、民事不法行為と犯罪が個別の領域で交錯するため、同時に存在し得る。……わが国の刑事訴訟にはまた、刑事訴訟附帯民事訴訟が存在する。もし民事不法行為の性質がなければ、どうして民事訴訟を提起することができるというのか。例えば傷害罪である。その行為は犯罪と民事不法行為の交錯領域であり、行為の損害は民事不法行為の客体である個人の権利と結びつき、その社会的危害の問題を全く考慮することなく、民事不法行為を構成する。その損害がどれほど由々しくとも、こうした構成要素の内在的つながりから見て、それはなお民事不法行為であり、その民事不法行為の性質に変化は生じておらず、なお民事賠償責任を負わなければならない」[28]。

さらに、量質転化説の論理的矛盾を次のように批判する。すなわち、「量は一定の質を基礎とした量的蓄積であり、つまり量とは一定の質の範囲内の量である。すなわち社会的危害の程度は社会的危害性という質を基礎とした量であり、犯罪の重大さを説明することしかできず、犯罪と非犯罪の問題を説明できない。社会的危害性の量を突破し、質的変化を引き起こせば、非社会的危害性の範囲となり、犯罪の本質で議論すべき問題ではない。社会的危害性は質の規定性であり、社会的危害の程度は質を基礎とした量的蓄積である。社会的危害性という質の範囲内において、社会的危害性の一定の量を質的変化の度〔結節点〕とすれば、実際には量的蓄積過程において、量的蓄積

過程を人為的に断ち切り、質的変化の条件が整っていない状況で飛躍を強行することであり……量質転化の法則に違反している」。

以上を筆者なりに整理すれば、次のようにいえよう。およそ社会的危害行為は犯罪であり、行政違法行為（治安違反を含む）には社会的危害性はないはずである。こうであれば、量質転化の法則は妥当する。ところが通説（刑法学における犯罪概念に関する通説）は、治安違反をも軽微な社会的危害行為とし、それと犯罪が量質転化の関係に立つとする。しかし「社会的危害性という質の範囲内」において質的変化は生じ得ない。にもかかわらず、それが生じたとするのは、量質転化の法則に反する人為的な飛躍の強行である、と。(29)

なお、ここで念頭に置かれている「質的変化」とは社会的危害性の有無の変化を指す。また「人為的」とは何らかの法則・理論に基づくものではない、という意味で用いられていると解される。本稿もその意味で用いる（これら二点は謝川豫についても同様）。

2　謝川豫説

謝は次のように論じ、犯罪と治安違反の関係は質的な違いではなく、人為的に線引きされた程度の差であると論じる。(30)

まず、両者の質的区別については、両者が共に社会的危害行為であるという意味でそれを否定する。すなわち、「治安違法と犯罪行為の共通の本質はともに社会的危害性のある社会的危害行為であることであり、質の異なる行為ではない。わが国の治安管理処罰法が定める行為の三／五近くが刑法に定める行為の軽微な部分……であることはこの点を説明する。……『量質転化の法則』によれば、あらゆる量は一定の質を基礎とした量的蓄積であり、ま

たは量とは一定の質の範囲内の量であり、社会的危害の程度とは、当然ながら社会的危害性という質を基礎として言っているのである。そのため、社会的危害性の有無こそが真の質の領域であり、また犯罪と非犯罪を区別する境界と解すべきである」、と。

そして両者は社会的危害性の程度の差であり、その境界線は、理論・原理に立脚したものではなく、立法者による人為的・刑事政策的な線引きの結果であるとする。すなわち、「違法と犯罪の二元制はその実、刑事政策的な選択であり、わが国の立法部門による人為的な線引きであり、理論および一定の論理的原理に基づき演繹した結果ではない。犯罪と非犯罪を質的変化の差異とすることは、社会的危害程度の量的蓄積過程を人為的に断ち切り、質的変化の条件が整っていない状況で飛躍を強行することであり、『量質転化の法則に合致する』のではなく、量質転化の法則に反しており、『量質転化の法則』を誤って自己の理論的根拠としていることである」、「現在のわが国法学界における治安違法行為と刑事犯罪行為の性質、処罰の厳しさの程度、法的根拠における区別は、実際には人為的区別であり、二種類の行為の固有の区別ではない。例えば、治安違法と刑事犯罪行為には『質』的区別があるとするが、その実、治安違法と刑事犯罪は社会的危害の程度における差であり、質的区別ではなく、立法機関が本質的にいずれも犯罪である行為を人為的に犯罪と治安違法行為に分けたのである。また別の例を挙げれば、治安違法と刑事犯罪行為の処罰の厳しさの程度の違いは、罪刑均衡の要求にすぎず、その厳しさの程度の違いの根拠はやはり両者の社会的危害程度の量的違いである。さらに治安違法と刑事犯罪行為の法的根拠の違いは、その実、立法の非科学性が惹起したものであり、刑法が規定し、裁判機関が適用することのできる刑罰から、人為的に一部分を括り出し、行政法が規定し、行政機関が適用する行政処罰としたのである。こうした人為的な主観的基準により客観的事物を判断・区別するやり方は、唯物主義的方法論ではない」。

以上の議論は、次のように整理できよう。すなわち、理論的・原理的には「社会的危害性の有無こそが……犯罪と非犯罪を区別する境界」であり、およそ社会的危害行為は――現行法上の治安違反を含めて――本来的には「犯罪」である。だが、中国の立法者は軽微な社会的危害行為を人為的に治安違反に帰属させた。したがって両者には質（＝社会的危害性）的区別はなく、その程度の差しかない。つまり、犯罪と治安違反の区別は量質転化の法則によるものではなく、人為的な量的区別である。

なお、謝川豫のいう「質」とは社会的危害性のそれであり、したがって、批判の矛先はB説に向けられていることになる（李居全も同様）。また、ここで否定しているのは犯罪と治安違反の区別を量質転化の法則により説明することであり、当該法則自体ではない（張仙根・李も同様）。

三　検討：「質」の違いとは何か？

ここまで量質転化説についてA・B・Cの三説を、またそのアンチテーゼとして量的区別説を見てきた。以下では後者の主張・批判を念頭に置きつつ、質的区別の内容に着目して、A・B・C三説を検討する。その際、行論の便から、まずB説を検討し、その後、A説とC説をまとめて検討する。

1　B説

まずB説は、両者の社会的危害性の「質」に区別があるとする。そしてその「質」的区別の実体は侵害する社会関係に求められている。しかし、この説明では犯罪と治安違反を区別することはできないように思われる。なぜなら、治安違反の侵害する社会関係は、刑法のそれの一部と重なるからである（表1）。

もっとも、この社会関係とは異なるレベルの社会関係もある。すなわち、伝統的な刑法学の通説によれば、社会関係を実体とする「犯罪の客体」は三層構造をとる。この三層は、抽象度の高いものから順に、一般客体・同類客体・直接客体と配置されている。例えば表1の人身権等は同類客体に位置づけられる。他方、人身権の一部である生命権、健康権、女性の性的自由権は直接客体に位置づけられる。[31] このように直接客体のレベルで社会関係を捉えれば、両者の侵害する社会関係のズレを認めることはできる。先述（はじめに参照）のように社会的危害行為の中には、犯罪または治安違反にしかならない行為類型もある。こうした違いは主に直接客体としての社会関係の差によるといえよう。[32]

しかし、謝川豫によれば「一五三種の治安違法行為のうち、九〇種の治安違法行為の侵害の直接客体は、刑法上のある一ないし複数の犯罪行為の侵害の直接客体と同じか、または類似しており、治安違法行為総数の三／五を占め、残りの六三種の治安違法行為の侵害の直接客体は、刑法において同一または類似の直接客体を見出せない」[33]という。これほどの重なり合いがある以上、両者の間にこの意味で質的区別を認めることはできないであろう。[34] しかも「治安管理処罰法が定める多くの行政不法行為は、質において刑法所定の犯罪行為と共に強い社会倫理的価値の色彩を帯びている」とされる。[35]

さらに、社会関係は「行為の社会的危害性の程度を決定する最も重要な要素である」[36]とされる。すでに社会的危害性の程度が区別基準として提示されている状況において、社会関係をわざわざそこから取り出す積極的理由は示されていない。そうすると、所論の社会関係の違いは、結局は社会的危害性の程度に解消されることになると思われる。[37]

以上のことから、本説はその「質」的区別を十分に説明できていないと考えられる。

2　A説およびC説

A説は変化が生じる「質」を「行為の性質」とする。これは一見すると行為自体の性質のようである。しかし、それは違法の種類、儲槐植の言葉を借りれば「国家的評価」の問題であり、結局、社会的危害性の程度に基づき治安違反とするか、犯罪とするかということに帰着する。C説はそのことを「権力の干渉」を用いてより直截的に表現したものと解される。そうすると両説によれば、犯罪（刑法上の違法行為）と治安違反（治処法（行政法）上の違法行為）を分かつのは、社会的危害性の程度となろう[38]。つまり、両説は実質的には量的区別説と異ならないと考えられる（さらには刑法と行政法の関係が問題となり得るが、ここでは指摘するに留めておく）。

3　若干の考察

以上のように、量質転化説は社会的危害性の量的変化により変化する「質」の内容を説得的に説明できていない。これらはせいぜい両者の区別に後追いで「正統理論」を宛がって、その「正当性」を装っているにすぎないように思われる。

もっとも、それは以下の理由から全く意味のないことではないと思われる。すなわち、成立要件に重なり合いがある場合、程度の差で治安違反と犯罪が区別される。窃盗を例にすれば、窃盗罪は窃取額が比較的多額でなければ成立しない（刑法二六四条）。その基準が一〇〇〇元であった場合、九九九元を窃取したときは一般に治安違反にしかならない。このわずか「一元」の差で、犯罪となり、刑事手続の対象となり、また刑罰を受け、「前科者」として生きていくか、あるいは治安違反となり、行政手続により治安罰が科されるだけで済む（刑法上の前科には当然当たらない）かが変わり得る。こうした社会的危害性のわずかな差がもたらす、その後の法的処理の懸隔を正当

化しようとすれば、イデオロギー上の正統理論による正当化は、（現在はともかく）社会主義イデオロギーが力を持っていた時代においては、効果的であったであろう。[39]

おわりに

量質転化説の説く犯罪と治安違反の質的区別をめぐる主張は、いずれも成功しているとは言い難く、理論的に意味があるのは、社会的危害性の量的変化により、治安違反または犯罪になる、という点となる。また量質転化説によれば、「結節点」は本来ならば合法則的に決まることになると思われるが、それは説得的に示されていない（一2参照）。他方、両者の境界線が人為的・刑事政策的に決められていることを正面から認める李居全・謝川豫の指摘は、説得的であるように思われる。さらに転化A説に立つと目される儲槐植も、具体的犯罪の下限を決める根拠として「社会の発展レベル」を挙げるが、それと同時に「国の管理のための必要性」をも挙げている。[40]量的区別説が有力化するのも、うなずけよう。[41]

もっとも、量的区別説が犯罪と治安違反の関係を十全かつ整合的に説明できているかについては疑問なしとしない。例えば両者の「境界線」について、謝川豫は刑法一三条ただし書または各則条文の定量的規定を想定していると解される。[42]しかし刑法三七条は、犯罪が成立した場合でも刑を免除したときには、治安罰を科すことができるとする。また実務では、刑罰と治安罰の併科もなされているという。[43]これらは量的区別説で説明できるのであろうか。しかも、前者は「なお刑事処罰に至らない」（治処法二条）に含むと解釈し得るが、後者はできず、治処法外で処罰していることになりそうである。

これらの検討については他日を期すこととし、ひとまず筆を擱く。

（1）　その前身は一九八六年に採択された治安管理処罰条例（一九八七年一月一日施行、一九九四年五月一二日一部改正、二〇〇六年三月一日廃止）である。さらにその前身は、一九五七年一〇月二二日に採択・施行された同名条例である（一九八七年一月一日廃止。以下、「五七年条例」と呼ぶ）。最初の刑法典が制定されたのは一九七九年（以下、「旧刑法」と呼ぶ。現行刑法は一九九七年制定）であることから、その歴史は刑法典よりも古い。なお、一九八七年条例までの歴史およびその内容については田中信行「中華人民共和国治安管理処罰条例」外国の立法二七巻三号（一九八八年）一一五頁以下参照。また現在、治処法の全面改正作業が進められており、二〇一七年一月一六日には公安部のＷｅｂサイトで「改正意見公募稿」が公表され、同年二月一五日までパブリックコメント（法律上の義務ではない）が実施された（http://www.mps.gov.cn/n2254536/n4904355/c5604357/content.html。最終アクセス：二〇一七年四月二〇日）。

（2）　高銘暄・馬克昌主編『刑法学（第七版）』（北京大学出版社・高等教育出版社、二〇一六年）四五頁。

（3）　例えば曲新久「試論刑法学的基本範疇」法学研究一九九一年一期三八～三九頁、陳興良『刑法哲学』（中国政法大学出版社、一九九二年）一二六頁、高銘暄・馬克昌主編『刑法学』（中国法制出版社、二〇〇七年）四九頁参照。

（4）　治処法上に明文はないが、一般に責任主義が妥当すると解されている（李春華『治安管理処罰法通論』（中国人民公安大学出版社、二〇〇九年）一〇七頁参照）。また治安管理処罰（以下、「治安罰」と略す）は「懲罰」と性格づけられており（全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会編『中華人民共和国治安管理処罰法釈義』（法律出版社、二〇〇五年）一二頁参照）、行為の社会的危害性との均衡が要請される（治処法五条一項。関連して同三項も参照）。しかも、それには最長二〇日間の拘禁が可能な行政拘留もある（同二〇条）。

このほか、犯罪と治安違反の間に位置するものとして、労働矯正があった（これについては田中信行「労働矯正の強化と人権の危機」中国研究月報四二四号（一九八三年）一頁以下、但見亮「中国の労働教養制度」早稲田大学大学院法研論集一〇二号（二〇〇二年）一一一頁以下等参照）。これは全国人大常委会「労働矯正に関する法律規定の廃止に関する決定」（二〇一三年一二月二八日採択、同日公布・施行）により廃止されたが、それまでは、行政の判断により、最長四年間の拘禁が可能であったことから、制裁システムにおいて極めて重要な地位を占めていた。もっとも、以下に見ていくように、この議論においては主に犯罪と治安違反に焦点が当てられている。そこで本稿では問題を限定するために、この両者に限定することとする。これらと労働矯正の関係は今後の課題としたい。

(5) 趙秉志・陳志軍「社会危害性理論之当代中国命運」法学家二〇一一年六期二一頁参照。

(6) これについては例えば国立国会図書館調査立法考査局『西ドイツ秩序違反法』(国立国会図書館調査立法考査局、一九八〇年)一四、七一～七二頁、今村暢好「ドイツにおける犯罪行為と秩序違反行為との混合構成要件」法学研究論集二八号(二〇〇八年)一七頁以下等参照。

(7) 全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会・前掲注(4)六～七頁参照。

(8) なお論者の中には性質およびその有無については「社会的危害性」を、その程度については「社会に対する危害の程度」、「社会的危害の程度」等を用いて区別する者もいる(例えば儲槐植「我国刑法中犯罪概念的定量因素」法学研究一九八八年二期二八頁参照)。「社会的危害性」は一般に程度を付し得る概念として用いられていることから、本稿では引用する場合を除き、程度についても「社会的危害性」を用いる。

(9) ただし「実際には社会的危害性は抽象的概念であり、それを……区別する基準とするのは非科学的であり、また運用しがたい」とする立場もある(汪明亮「治安違法与治安犯罪一体化探討」河北法学二〇〇二年四期二一頁)。

(10) これについてはレートロー他編(秋間実訳)『弁証法的・史的唯物論(上巻)』(大月書店、一九七二年)二三八～二四六頁を参照した。

(11) 一九九〇年代初頭以降、ドイツ・日本・台湾の学説が参照されるようになり、今日では議論の前提となっている。

(12) 盧建平「犯罪門槛下降及其対刑法体系的挑戦」法学評論二〇一四年六期七五頁参照。なお、張愛暁「犯罪与行政違法行為界定的理論基礎」戴玉忠・劉明祥主編『犯罪与行政違法行為的界限及懲罰機制的協調』(北京大学出版社、二〇〇八年)二六九頁は主流であるとする。

(13) なお、高見澤磨「罪観念と制裁――中国におけるもめごとと裁きとから――」『シリーズ世界史への問い五　規範と統合』(岩波書店、一九九〇年)三一四頁は、社会的危害性の程度が大きくなり、治安違反から犯罪になった場合の質的変化の有無について、両者の定義規定に基づき、「これは、法的な意味での『罪』の定義とかかわる問題である。……〔旧刑法一〇条(現一三条も同じ)から〕社会に危害を与える行為で、且つ、法の定めるところにより刑罰を科すべきものが、犯罪即ち罪なのである。言い換えれば、罪とは、罰すべきものであり、罰とは、罪への制裁である。これは、トートロジーである。治安管理違反行為と治安管理処罰との関係も同様である」とする。これは、犯罪も治安違反も、(程度は異なれど)

「罰」を受ける「罪」であるという点で同質である、という趣旨であるとのことである（この点については高見澤氏から直接ご教示いただいた。ここに記して謝意を表したい。なお表現は筆者の理解に基づく）。

(14) なお、主流の刑法学の特徴として「犯罪の社会的危害性とその他の違法行為の社会的危害性の区別について、弁証法的唯物論の三大法則のうちの量質転化の法則を明らかに用いている」（時延安「大陸与台湾違法論之比較研究――以違法性的本質為中心」趙秉志主編『刑法論叢（第三三巻）』（法律出版社、二〇一三年）四八三頁）という。そうすると、量質転化の法則を明言していない量的・質的区別説も、実は同法則を下敷きにしている可能性がある。また、そうでなかったとしても、その「質」の検討については本稿の検討により代えることができると思われる。すなわち転化説以外の量的・質的区別説のいう「質」としては、①根拠法・「行為の性質」（羅豪才主編『行政法学』（北京大学出版社、一九九六年）三一三頁、岳光輝主編『治安管理処罰法実用教程』（中国人民公安大学出版社、二〇〇五年）四二一～四三三頁参照）、②行為類型（金鐘「違反治安管理行為与犯罪行為的区分問題」法学一九五八年三期三六頁、汪永清『行政処罰』（中国政法大学出版社、一九九四年）一六～一七頁、許成磊「芻議刑事不法与行政不法的界限――以《治安管理処罰法》為視角」戴玉忠他・前掲注（12）書二〇九～二一〇、二一三頁等参照）、③社会関係（陳興良・前掲注（3）一二七～一二八頁、陳文茜主編『治安管理処罰法教程』（群衆出版社、二〇〇五年）四一頁参照）等がある。①は転化A説と同じである。また②は行為の類型的な社会的危害性の程度を問題にするものである。③も同様に解される（この点については三1参照）。

(15) なお、［違法］は法違反一般を指す場合もある（犯罪も含まれる）が、犯罪との対比で用いられる際には一般に犯罪を除く法違反を意味し、特に行政違法行為が念頭に置かれていることが多いと思われる。論理的には治安違反も当然そこに含まれる（むしろ伝統的にはその筆頭というべきかもしれない）。

(16) A説については後掲注（18）、B説については時延安・前掲注（14）四八二～四八三頁参照。

(17) 「関於犯罪概念中社会危害性問題的討論」法学一九五七年一期七〇、七二頁。

(18) 高銘暄主編『新中国刑法学研究綜述（一九四九―一九八五）』（河南人民出版社、一九八六年）九八頁参照。また高銘暄主編『刑法学原理（第一巻）』（中国人民大学出版社、一九九三年）三九〇頁によれば、これは「現在非常に流行している見解であ［る］」。

(19) 儲槐植・前掲注（8）二八～二九頁。なお、「社会的性質」の意味は判然としない。それを「社会的危害性」とする用

例もある（劉艶紅「社会危害性理論之弁正」中国法学二〇〇二年二期一六九頁参照。その場合、儲説はB説に位置づけるべきこととなろう）が、ここでわざわざ言い換える必要はないように思われる。また儲は別の共著論文において「危害程度の違いのみにより、犯罪を構成せず、治安違法行為として処理する」（儲槐植・張永紅「刑法第13条但書的価値蘊涵」江蘇警官学院学報二〇〇三年二期五一頁）と論じる。そこで問題とされているのは、社会的危害性の程度だけである。以上のことから、ここでの「社会的性質」の変化を社会的危害性、さらにはその質的変化と解するための根拠は乏しいと考える。あるいは次の議論が参考になるかもしれない。それは「犯罪と違法は性質が截然と異なる二種類の行為である。犯罪は重大な社会的危害性を有する違法行為、すなわち刑事違法行為であり、違法は一般的な社会的危害性しかない。……性質が異なるため、犯罪と違法および行政犯罪と行政違法行為に対する社会公衆の評価および感じ方も截然と異なる」（高銘暄・孫曉「行政犯罪与行政違法行為的界分」戴玉忠他・前掲注（12）書一六九～一七〇頁）というものである。高等は量質転化の法則を明示していないものの、両者が同旨だとすれば、「社会的性質」は「社会公衆の評価および感じ方」と言い換えることができよう（これは社会的危害性の評価要素の一つにはなり得るが、それ自体ではない。高銘暄他・前掲注（2）四七頁参照）。

(20) 全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会・前掲注（4）五～七頁。

(21) 高銘暄主編『刑法学原理（第一巻）』・前掲注（18）三九〇～三九一頁。

(22) 劉為波「詮説的底線――対以社会危害性為核心話語的我国犯罪観的批判性考察」陳興良主編『刑事法評論（第六巻）』（中国政法大学出版社、二〇〇〇年）八七頁参照。

(23) なお、B説によれば社会関係が異なるため、社会的危害性に量的変化が生じると読める。そうであれば、その論理は量質転化の法則に逆行しているといえよう。

(24) 高見澤・前掲注（13）三一四頁、李居全『犯罪概念論』（中国社会科学出版社、二〇〇〇年）一四一頁参照。

(25) 時延安「権力作用範囲的交叉：還是規範評価的重畳――論行政処罰権与刑罰権糾葛之理清」戴玉忠他・前掲注（12）書三七七頁。

(26) このほか特に馮亜東『理性主義与刑法模式』（中国政法大学出版社、一九九九年）一一五頁以下も重要である。さらに本説の立場に立つものとして、例えば劉占英『治安管理処罰条例概論』（河南人民出版社、一九八八年）三五頁、岳光輝・姜志剛「論《治安管理処罰条例》亟待修改的有関問題」湖南商学院学報二〇〇〇年三期九二頁、于志剛「二元制刑事立法模

式引発的司法尷尬」公民与法二〇一〇年四期二頁がある。

(27) 張仙根「関於犯罪概念中社会危害性問題的商榷」華東政法学報一九五六年二期四一～四三頁参照。

(28) なお、張永紅はこれに対して「民事不法行為の社会的危害性が一定程度に達したことにより犯罪を構成したときには、民事不法行為は当然にもはや存在せず、このときの当該行為の性質［定性］は刑事犯罪行為でしかあり得ず、民事不法行為ではあり得ないが、附帯民事訴訟を通じて賠償責任を解決することができるのは、それが同時に民事権利を侵害しているからであり、その行為が民事不法行為だからではない。論者の論証には誤った論理的前提があり、民事責任を負うのは民事不法行為または違約行為しかないとするものであり、その実、犯罪行為も同様に可能であり、それは犯罪行為も民事権利を侵害するからである。……同条〔刑法三六条〕は刑事犯罪行為も民事責任を負うことを明確に告げている」と反論する（同『我国刑法第13条但書研究』（法律出版社、二〇〇四年）一一三～一一四頁）。これは刑事責任から直接賠償責任が生じるとするものであり、非常に興味深いが、ここでは深入りしない。

(29) 以上について李居全・前掲注（24）一四九～一五五頁参照。また李居全「也論我国刑法中犯罪概念的定量因素――以儲槐植教授和汪永楽博士商榷」法律科学二〇〇一年一期九二頁以下も参照。

(30) 以下について謝川豫『危害社会行為的制裁体系研究』（法律出版社、二〇一三年）一四九～一五四頁参照。

(31) 高銘暄他・前掲注（2）五六～五七頁参照。

(32) 謝川豫・前掲注（30）一〇〇～一〇一頁参照。さらに後掲注（37）参照。

(33) 謝川豫・前掲注（30）九四頁参照。

(34) 王瑩「論行政不法与刑事不法的分野及対我国行政処罰法与刑事立法界限混淆的反思」河北法学二〇〇八年一〇期二七頁参照。このほかドイツ法についての指摘であるが、吉田尚正は「二つの領域を範疇的に区分し、なおかつ限界領域においては両者の重なり合いを容認することは、矛盾である」（同「ドイツ法における秩序犯と刑事犯――その区分と法的効果（五・完）」警察研究六一巻六号（一九九〇年）五五～五六頁）とする。また同様に、平野龍一「経済活動と刑事制裁――ドイツ経済刑法における過料制度――」『刑法の機能的考察――刑事法研究（第一巻）――』（有斐閣、一九八三年）一四一頁（初出：一九七五年）参照。

(35) 許成磊・前掲注（14）二一〇～二一一頁。

(36) 馬克昌主編『犯罪通論（第三版）』（武漢大学出版社、一九九九年）二二頁。

(37) 謝川豫はそのように解していると思われる（同・前掲注（30）九九～一〇一頁参照）。また陳興良「論行政処罰与刑罰処罰的関係」中国法学一九九二年四期二六～二七頁、劉艶紅・前掲注（19）一六六頁参照。さらに関連して佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、一九七四年）一六頁以下参照。もっとも、「全てを包み込むターム」（方鵬「関於社会危害性理論的論争」曲新久主編『共和国六十年法学論争実録（刑法巻）』（厦門大学出版社、二〇一〇年）五五頁）とも批判される「社会的危害性」概念のマジックワード化を避けるためかもしれない。

(38) この点については前掲注（19）の儲槐植他論文の引用部分参照。

(39) この例を用いた転化B説批判として謝川豫・前掲注（30）一五一～一五四頁参照。ところで、「転化」といえば「二つの矛盾論」が想起される。確かに同論は治安管理処罰制度の基礎といえる（特に五七条例について高見澤磨『現代中国の紛争と法』（東京大学出版会、一九九八年）一七七～一八二頁、牛広済・劉守芬「犯罪与行政違法行為的理論界限新探」戴玉忠他・前掲注（12）書一九一頁参照）。もっとも、治安違反が人民内部の矛盾に当たるとしても（例えば柯良棟主編『治安管理処罰法釈義与実務指南（2014年版）』（中国人民公安大学出版社、二〇一四年）一二二頁参照。ただし、五七年条例は悪分子に対する独裁の方法でもあった。羅瑞卿「関於中華人民共和国治安管理処罰条例草案的説明」『中華人民共和国国務院公報』一九五七年四七号九八〇～九八一頁参照）、犯罪は必ずしも敵味方の矛盾には当たらないため、この点におけるその説得力は限られていよう（なお同論についてはさらに田中信行「矛盾論と現代中国法」中国研究月報三五三号（一九七七年）一頁以下参照）。

(40) 儲槐植・前掲注（8）二九頁参照。

(41) 牛広済・劉守芬（共に北京大学）は「理論的に、我々は今日に至ってもなお、質的、量的、あるいは質的・量的に犯罪と行政違法行為を区別できていない。現実でもそうである」という認識から、行為自体に区別基準を求めるのではなく、公共政策決定者の判断に着眼点を移すべきであるとする。そして両者の区別は具体的には、限られた司法資源の効率的運用による「効用の最大化」に基づくものであるとする。なお牛等が量的区別説を排するのは、同説が「境界線」を理論的にも示し得ていないためである（以上につき牛広済他・前掲注（39）一八〇～一九〇頁参照）。もっとも、同説の立場に立つ謝川豫も、「境界線」は人為的・政策的に決められているとする。こうした量的区別説であれば、牛等と実質的な違いがあるわ

けではないように思われる。

(42) 謝川豫・前掲注(30)九四～九五頁参照。なお「境界線」といっても、実際にそれに沿って両者が客観的かつ明確に線引きされているわけではない。そこで判断されるのは「情状」、「危害」等であり、性質上、それは不可能であろう(時延安・前掲注(25)三七七頁、謝川豫・同上一五一～一五四頁参照)。またその実例として、拙稿「中国の実務における罪刑法定原則の展開と現在地――『比較的多額』に至らなかった窃盗行為といわゆる金額型窃盗罪の成否を素材として」小口彦太先生古稀記念論文集『中国の法と社会と歴史』(成文堂、二〇一七年近刊)参照。さらに後述本文参照。

(43) 肖漢強・金琳・鄺佳梅編『違反治安管理行為疑難問題解析及処罰自由裁量参考標準』(中国人民公安大学出版社、二〇一一年)二九二～二九三頁参照。

※本稿は科研費・若手(B)(二五七八〇〇〇四)の研究成果の一部である。
本稿は、二〇一五年六月六日に比較法学会社会主義法・アジア法部会(於中央大学)にて報告した「中国の制裁システムにおける治安管理処罰制度の位置づけと機能――刑事制度との関係・比較から――」の一部について、加筆・修正をしたものである。なお、その報告要旨については比較法研究七七号(二〇一五年)二四三頁参照。