

# 文理解釈に真剣に向かい合う

— 収賄罪の構成要件の限界及び司法  
 解釈に関する若干の問題について —

熊 琦\*  
 但見 亮\*\*

はじめに

- I 刑法解釈論上の文理解釈の地位
- II 「将来の職務」の解釈問題
- III 「約束」型収賄の既遂・未遂
- IV 「他人のために利益を図る」の位置づけ及び解釈
- V 新司法解釈と「事後収賄」の問題

## はじめに

文理解釈は、刑法解釈において超ゆべからざる限界を構成するものであり、「合法性」の問題に対応するものである。これに対し、司法実務において実際に用いられるところの解釈の方法は、「有用性」の問題に対応するものである。根本的に考えれば、文理解釈に求められるのは境界を確定することであり、一定の解釈の実務上の有用性にとって、それは必要条件にすぎず、十分条件とはなりえない。その意義はことさらに高められるべきではないが、軽視されてはならない——それは真剣に向かい合わなければならないのである。このような意識の下、本稿では、文理解釈の視点から収賄罪の構成要件に係る四つの難題について分析を行うとともに、2016年の司法解釈<sup>1)</sup>の若干の問題について検討を行う。

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第18巻第1号 2019年3月 ISSN 1347-0388

※ 武漢大学法学院副教授、博士。

※※ 一橋大学大学院法学研究科教授。

なお、本稿では中国の刑法 385 条（1 項）の規定を議論の主要な対象とする。それは以下のようなものである。「国家工作人員が職務上の便宜を利用し、他人に財物を要求し、または違法に他人から財物を收受し、他人のために利益を図ったときは、収賄罪となる」<sup>2)</sup>。また、上記条文（等）の文言を分析してその文理解釈を行う際、検討の対象は往々にして中国語の記述（または文字）そのものとなる。そのため、本稿では『索取』のように原語を『 』で示し、必要に応じて、『索取』（要求し得ようとする）というように直後に（ ）を付してその意味を示すこととした。さらに、条文中では少なからず日本語と同様の文字を使いながらその範囲や意味が若干異なることや、また日本法と表現の仕方が異なるものがあるが、原語が持つ意味の違いに鑑み、多くの場合原語をそのまま用いている。例えば、上記条文では、收受されるものを『財物』と規定しているが、それは財産的利益を広く含むものと考えられている。また、第三者について『他人』との文言が用いられているが、いずれも原文のまま表記することとした。その場合も、必要に応じて（ ）を付したり脚注を加えているので、注意されたい。

## I 刑法解釈論上の文理解釈の地位

法規範は、本質的に一種の言語構造である<sup>3)</sup>。ドイツの Kaufmann は、法律の適用とは、日常世界と規範世界との相互通行であって、両者はいずれも言語により構成されるものであるが、言語はその平面的次元では形式的論理規則が適用され、正確性が追及されるのに対し、それを超越した次元に目的—隠喩性があるのであって、規範は純粋に第一の次元のみにより構成されるものではなく、そこには形式的規則を超えた目的ないし意図の要素が含まれており<sup>4)</sup>、その言語符号が「真に」表現する目的は具体的状況下で指し示されるものなのである<sup>5)</sup>、と述べ

- 1) 最高人民法院・最高人民検察院「汚職賄賂刑事事件の処理における法律の適用に関する若干の問題についての解釈」（2016年4月18日施行）
- 2) 本稿における条文・文書等の翻訳はいずれも但見による。
- 3) 王政勲『刑法的正当性』（北京大学出版社、2008年）126-127頁参照。
- 4) A. Kaufmann, *Beitrag zur juristischen Hermeneutik*, Carl Heymanns Verlag, 1993, S. 105-107.

ている。

このように、言語符号とそれが真に表現する目的との間の関係は、凡そ規範の解釈において核心の領域にある。一面において、刑法の条文は日常用語を用いて表現されているため、それは自ずから曖昧さを伴うものとなり、異なる解釈を完全に途絶することはできない<sup>6)</sup>。他方で、刑法規範の意義及び目的はいずれも法益を保護することにあるが、それはテキスト外の独立性を有している<sup>7)</sup>。このような条文の背後にある理性 (ratio legis)<sup>8)</sup>を探求する過程は「法益一目的論解釈」<sup>9)</sup>と称されるものであるが、法益は条文の背後にある真の目的の縮図である<sup>10)</sup>。

文理解釈は本来語句及び語法の厳格な枠内に限定されるはずであるが<sup>11)</sup>、実際の運用においてそれにより引き出された結論は、しばしば狭義の文理解釈の枠を超えるものとなっている。これについて、ドイツの Kudlich は、語法的ルールに対する理解は全体的コンテキストの中に溶け込む必要があり、合理的文理解釈の結果が時にその他の解釈と結果を同じくすることがあるが、その際文理解釈は既に目的論的解釈と融合しているのである、と述べている<sup>12)</sup>。

実は、これは中国語においてとりわけ突出して現れることになる。中国語はその構造から言えば parataxis (接続詞や関係詞なしで直接に語や句を連ねる文法形式) に属する言語であり、明確な形式的標記による語法カテゴリーを欠いている。そのため、中国語では形式的分析が強いられず、その表現する事物及び論理

5) Vgl. W. Grasnick, JZ 2004, 232, 234.

6) Vgl. K. Roehl, JZ 2003, 399, 340.

7) G. Fiolka, Das Rechtsgut B. 1, Helbing Verlag, 2006, S. 443.

8) 一般的な理解では、「法の背後にある理性」(ratio legis)こそが保護法益である。Vgl. M. Brockmann, Das Rechtsgut des § 176 StGB, Duncker & Humblot Verlag, 2015, S. 87 f.

9) 伝統的意義における目的論解釈には多くのものが含まれ、それは必ずしも法益と直接関係するものではない。Vgl. Fiolka (Fn. 7), S. 446-447. ここでいう「法益一目的論解釈」とは、法益概念を借りて実現されるところの目的論解釈を指す。

10) Vgl. G. Duttge/W. Nolden, JuS 2005, 193, 193; Fiolka (Fn. 7), S. 442 f.

11) すなわちローマ法に始まる厳格な形式的解釈であり、このような解釈方法は語法及び語源についての学問においてのみツールとして用いられる。Siehe H. Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Westdeutscher Verlag, 1959, S. 7.

12) H. Kudlich, FS-Puppe, 2011, S. 128-130.

は時に言語の形式を外れることとなる<sup>13)</sup>。このようなことから、中国語の場合には、文理の問題にことさらに多くの非形式的論理の要素が隠されることとなるのである。

以上の点にかんがみれば、文理解釈の方法が堅持されているかどうか、ということは、中国の刑法のコンテキストにおいて一層の疑いにさらされることになる。それは、いわゆる形式・実質解釈の論争の中で明確に表れることとなった。実質的解釈論の論者は、形式的解釈論者が法文の形式的、文面的解釈に終始し、ひいては機械的で実質的正義を失する解釈となっている、として<sup>14)</sup>、言葉の通常の意味に基づいてあらゆる事件を解釈しようとし、それが着眼するのは刑法の「文言」のみである、と批判する<sup>15)</sup>。しかるに、形式的解釈論者の側は、自らの解釈の特徴が主に「文面の意義にとらわれた」機械的解釈という点にあるなどとは全く考えておらず、逆に、形式的解釈論も同様に「実質的判断」を行い、実質的正義を考慮しているのであり、それは単に「可能な語義」の範囲内で厳格な解釈を行うことに賛同するのみで、決して語句の核心的な意味のみを解釈の全部であると考えるようなものではない、とするのである<sup>16)</sup>。

同様に、英米法における文理解釈論者 (textualist) もまた、文理解釈の形式主義 (formalistic) については認めるものの、この形式化はやはり字句の文面上の意義に固執する「文面解釈」 (literalism) ではない、と主張している<sup>17)</sup>。この意味において、文理の限界を構成するある種超えがたい、しかし一定の状況下では引き続き特定していかなければならない線があるのであり、これは解釈の「合法性」に対応するものということができる。これに対し、より狭く罪刑法定原則の形式及び実質の許す範囲内で、司法活動において実際に適用される解釈の位置する場所があり、これは解釈の結果の「有用性」に対応することになる。言い換え

---

13) 姜燕「高语境与汉语口语重意合语态的美学淵源」(『山东社会科学』2011年第5期) 参照。

14) 苏彩霞「实质的刑法解释论之确立与开展」(『法学研究』2007年第2期) 参照。

15) 张明楷「实质解释论的再提倡」(『中国法学』2010年第4期) 参照。

16) 陈兴良「形式解释论的再宣示」(『中国法学』2010年第4期) 参照。

17) Cf. A. Scalia, Textualism and the Constitution, in: Debating Democracy: A Reader in American Politics, Wadsworth Publishing, p.288-289 (B. Miroff et al., ed. 2010).

れば、形式的解釈論は形式的解釈を行ったのち、さらに実質的解釈を行っているのであり、実のところ二重の制限がかかっていることになる<sup>18)</sup>。そこでは、形式的に定まりうる範囲が十分に限定されている場合、それがそのまま用いられることになるが、形式上の限界が広すぎるときは、実質的解釈の限界の中でさらにこれに限界を加える必要が生じるのである。その場合、そこで得られる結論は実質的解釈と本質的な違いはない。

その本来の意味からすれば、文理解釈は解釈の限界を示すにとどまり、解釈が実務的有用性を具備するための必要条件ではあるが、充分条件ではない<sup>19)</sup>。文理解釈に対する批判として、それは辞典的解釈を防御壁とするもので<sup>20)</sup>、「存在の価値はあるとしても究極の価値はない」<sup>21)</sup>とするものがある。しかし、これは文理解釈に司法の適用の場面で直接使用できる解を出すことを期待するもので、その要求は高きに過ぎるというべきであり、実のところ、必要条件と充分条件の論理的な区別を混濁するものと言わざるを得ない。

人々は往々にして、法益—目的論的解釈が規範の保護目的と密接な関係を有することから、それが文理解釈より「優れている」と考えがちである。しかしその場合も、文理解釈の結論は受け入れられるものの、その基礎の上で目的論的解釈の結論はより優れている、ということが前提となっている。この場合、目的論的解釈による結果は依然として文理の示す限界の範囲内にあるということになり、文理解釈の必要条件としての地位は揺らぐことはない。

このように、文理解釈は超ゆべからざる限界であるが、それは最低限のラインとして非常に限定された役割を担っている、という特徴を有している。すなわち、文理解釈は、他の解釈との衝突の場合にはより高い優先性を有するとはいえ、それにより直接に正しい解釈の結論が導かれるわけではない。それゆえ、文理解釈の意義は高く見積もりすぎてはならないが、無視されてもならず、それは真剣に対峙されなければならないのである。この点について、本稿は収賄罪の構成要件

18) 前掲注16)・陳興良論文参照。

19) 熊琦「刑法解釋中文本、法益与罪刑法定原則の博奕——兼論“解釋價值”在受賄罪中的應用」(『法学』2017年第10期)参照。

20) 苏彩霞「刑法解釋方法的位阶与运用」(『中国法学』2008年第5期)参照。

21) 周光权「刑法解釋方法位阶的质疑」(『法学研究』2014年第5期)参照。

の具体的解釈の問題を切り口として考察を行う。蓋し、一面において、収賄罪の一連の難題は決して文理解釈の角度から解決できないものではないからであり、また他面において、目的論的解釈を用いて満足のいく解決が得られるように思われるときにも、文理解釈の角度からその結論が「合法性」を有するかどうかを検証することを忘れてはならないからである。

## II 「将来の職務」の解釈問題

### 1 学説上の論争

中国の刑法は、将来の職務に係る権限を取引の対価とする行為が収賄罪の範囲に含まれるかどうかを明確にしていない。そのため、刑法 385 条及び 388 条にいう「職務上の便宜の利用」に将来の「職務上の便宜を利用」する行為が含まれるかについては争いがある。

これについて肖中華は、将来の、すなわち今後担当するであろう職務に関する便宜を用いる場合もやはり職務と金銭的利益との取引であって、単にその「職務」が「将来的職務」であり現実の職務ではないというに過ぎない、とする。そして、確かにそこには一般的状況における収賄とは形式上異なる特性が見られるものの、賄賂を要求しまたは收受する行為と他人のために利益を図る行為とは密接に関連しており、全体としてとらえれば、将来の職務上の便宜を利用する行為と現在の職務上の便宜を利用する行為とに実質的な違いはないとし<sup>22)</sup>、肯定説の立場を取っている。

これに対し、否定説の立場からは、本人が持たない職務については同時性が欠けており、行為者の利用可能性を欠くだけでなく、それを利用することにより公務員の職務の廉潔性を害することもない。それゆえ、将来公務を担当する予定の者は、利用すべき権限を持たないことから、収賄罪を構成しない、とされることになる<sup>23)</sup>。

さらに、制限肯定説では、一定の条件が満たされる場合には、将来の職務上の

22) 肖中華「論受贿罪适用中的几个问题」(『法学评论』2003年第1期)参照。

23) 林亚刚など编『贪污贿赂罪疑难问题研究』(中国人民公安大学出版社、2005年)108頁。

便宜の利用は可能であり、それは現行刑法の収賄罪の規定の客観的要素に含まれるとされているが、制限肯定説の論者の中でも、何がそのような条件にあたるかについては意見が分かれている。

これについて、将来その職務に「就任した」ことと併せて、請託者のために利益を図るとの「約束を守った」ことを基準に線を引くものが見られる。これによれば、行為者が実際にその職務についたとしても、約束を守らなかった場合には、職務と金銭的利益との取引は成立しないことになり、状況により詐欺罪または恐喝罪を構成しうるのみ、ということになる。行為者が事後に予定の職務を担当し、かつ事前の約束を守った場合にも、任職前の承諾は「売約」行為となり、事後に請託者のために便宜を図る行為との間に内在的連関が生じることから、収賄とみなされることになるのである<sup>24)</sup>。

制限肯定説にはこのほかに、既に公務員の立場にあったかどうかを基準に線を引くものも見られる。それによれば、行為時に公務員でなかった場合には収賄罪とならないが、行為者が公務員の地位にあり、将来昇進または異動するであろう職務について賄賂を受け取ったときは、結果的に昇進または異動したか否かに関わらず、収賄罪を構成することになる、とされる<sup>25)</sup>。

これら学説は、具体的な事件の処理の結果が同じになる場合でも、その理由付けが異なっている。例えば、肯定説は「任職前の収賄」もまた職務上の便宜を利用したものである、という点のみを強調し、それは通常の収賄において「職務上の便宜」を利用することと何ら異なるところはない、とする。では、行為者が最終的に公務員の職に就かなかったときは、どのように処理するのであろうか。このような場合について、肖中華の他の記述を見る限り、肯定説であってもこのような場合には収賄罪の成立を否定するようであるが、それは行為者の身分による帰結であって<sup>26)</sup>、否定説が「職務上の便宜」自体の不存在を説くのと異なる。要するに、この場合両説はいずれも収賄罪が成立しないとす点で具体的事件の

24) 王亚宁、王勤「受贿罪若干问题的探讨」(《昌吉学院学报》2002年第1期)、及び刘仁文など編『贪污贿赂犯罪的刑法规制』(社会科学文献出版社、2015年)100-101頁参照。

25) 孙国祥『新类型受贿犯罪疑难问题解析』(中国检察出版社、2008年)56-58頁参照。

26) 肖中华『贪污贿赂罪疑难解析』(上海人民出版社、2006年)156頁。



処理の結果において完全に一致することになるが、その理論的根拠は全く異なっているのである。

## 2 文理からの分析

肯定説は、次々に現れる新型の職務＝利益の対価的取引に対応すべく、収賄罪の成立範囲を拡大して、実質的に社会に危険を生ずる行為が刑事法の網を潜り抜けることを防止せんとするものであり、そこに一定の意義を見出すことができる。

しかし、刑法385条1項で使用されるものが『職務』の二文字であることに鑑みれば、未任職の者について言う限り、たとえ予期される職務が利益と対価的に位置づけられていたとしても、それは『職務』自体には当たらない。語感的に言えば、それは誰にとっても間違えようのないものである。このような意味からすれば、「将来職務に就く予定の者には利用すべき権限がない」との否定説の主張には理由があり、刑法における概念の解釈が類推に至ることを防止せんとするという点においても、重要な意義が見出されるものといえよう。

しかるに、この問題が複雑である点は、このような字句によるだけでは関連する問題が解決できない、というところにある。実際のところ、事後に予定された職務に就くことはむしろ通常のことであり、行為者が実際にその職務に就いた後を見る限り、それは否定説がいう「利用すべき権限が存在しない」という状況とは全く異なることになる。

とはいえ、この場合に収賄罪が成立するかどうかについては、さらに行為者が現在の「職務上の便宜を利用する」ことと、本罪のその他の客観的側面との関係を考慮する必要がある。刑法385条1項の規定の文面からみれば、行為者は必ず「他人に財物を要求する」かまたは「違法に他人から財物を收受し、他人のために利益を図る」のでなければならないが、「職務上の便宜を利用する」ことは、これら二つの選択を導くための条件となっている。このような理解はある意味で一般的な語感に適合するものといえる。蓋し、ここで述部の主要な部分は二つの選択行為であり、「利用する」の部分ではないからである。仮に、この文面から「利用する」との条件を除去したとしても、文法的に言う限り、この文章自体は依然として成立することになる。これに対して、もしこの文面から二つの選択行



為を取り去り、「利用する」の部分だけを残すとすれば、この文章は成立しないことになる。それはすなわち、収賄罪の主要な行為は賄賂の要求または收受にあるのであり、職務上の便宜を利用することにあるのではない、ということの意味する<sup>27)</sup>。そうすると、主要な行為の時点は、要求または收受のとき、ということになり、「職務上の便宜を利用する」ときではない、ということになる。つまり、事後に公務員の職に就いた者が、「職務上の便宜を利用」した時点は、収賄行為が発生した時点ではない、ということになるのである。

このような理解からすれば、否定説が結論的に正しいということになる。たとえそれが新種の収賄を法の網の外に漏らしかねないとしても、それはむしろ刑事政策の問題であり、刑法の改正または新たな立法（例えば一部の学者が制定を主張する「事前収賄罪」など）により対応すべきであって、現行刑法の解釈を罪刑法定原則の許容範囲を超えたところにまで至らしめることによるべきではない、ということになるのである。

もちろん、肯定説そして制限肯定説はこれらの問題に対して反駁している。すなわち、行為者が予定の職務に就任して「約定」を果たすことにより、事前の「オプションを利用」した行為と事後の他人のために利益を図る行為とが併せて一体となり、結果として一つの行為を構成することになり、権限と利益との取引は在職期間中に形成されたこととなって、現行刑法の収賄罪の記述と合致することになる、とするのである<sup>28)</sup>。

しかし、刑法の文理にもとづくならば、収賄行為の時点は賄賂の收受（または要求）の時点ということになり、「他人のために利益を図る」時点ではない。このような場合について、収賄行為の形成時点を任職後であるとするならば、賄賂の「收受」という過程自体が任職後にまで持続している、と考えるしかない。しかし、『重編国語辞典修訂本』が『收受』を「受け取り、収めること」としており、また『漢語大詞典』も『收受』を「収め、受け取ること」としていることから明らかなように<sup>29)</sup>、それは状態に変化が生じたことを表す瞬間動詞であり、

27) 陈洪兵『体系性诠释“利用职务上的便利”』（「法治研究」2015年第4期）参照。

28) 肖中华『论受贿罪适用中的几个问题』（「法学评论」2003年第1期）、及び王亚宁、王勤・前掲注24）参照。

継続動詞ではないのである。そのため、一般的に言えば、賄賂の收受という過程が任職後まで持続し、それが任職前のある種の行為と「併せて一体となる」というのは、言語上の常識に適合しないことになる。言い換えれば、「事前」の収賄が実務上問題となるのは、賄賂の「收受」の先行条件としての「職務上の便宜の利用」に問題があるためであるのに、肯定説（または制限肯定説）は行為者が事後に「職務上の便宜を利用する」ことでその問題はなくなる、とするのみであり、それは自らの主張を支えうるものではない。蓋し、ここでいうところの「利用」には、それに伴うべき要件が欠けているからである。ゆえに、この点から言うならば、肯定説による反駁は理由がないということになる。

さらに、上述の制限肯定説の一つ目の説では、事前に「収賄」をした者が事後にその約束を果たしたかどうかを検討され、約束を果たしていない場合には、権限と利益の取引は成立しないことになり、状況により詐欺罪または恐喝罪として処理される、とされている<sup>30)</sup>。

ここで注意しなければならないのは、約束を守ったかどうかは客観的側面に係るその他の要件の問題であって、ここで検討すべき問題は「職務上の便宜を利用する」という構成要件の問題だ、ということである。「約束を遵守しなければ権限と利益の取引は成立しない」という主張の当否についてはここで論じないが、その当否に関わらず、「任職前」の行為者は「職務上の便宜を利用する」ことはできない、という事実が変わりはない。ここまで検討したように、任職後に初めて、この事実は変化することになるが、その時点においては、既に財物の「收受」というこれに対応する行為が欠如することになるのである。

上記制限肯定説の二つ目の主張では、行為者が『国家工作人員』としての身分を備えていたときは、昇進または異動等により将来就くであろう職務に関して賄賂を收受した場合であっても、その後の昇進または異動の成否にかかわらず、収賄罪を構成することとなる、とされる<sup>31)</sup>。他の論点とは異なり、この場合には「就任前」であっても行為者は既に法定の身分を備えており、この点で否定説と

29) 罗竹风など編『汉语大词典 第五卷』（汉语大词典出版社、1990年）384頁。

30) 王亚宁、王勤文・前掲注24)。

31) 孙国祥・前掲注25)・57頁。

の対立は存在しない。

しかし、賄賂を受受（または要求）する時点で行為者が「利用」した職務上の便宜は昇進または異動前のものであったかもしれないが、金銭的利益と対価関係にある職務上の便宜は昇進または異動後のものである。この点に鑑みれば、最終的に昇進または異動しなかった者は、「新職務」における職務上の便宜を備えないために、収賄罪が成立しえないように思われる<sup>32)</sup>。つまり、上記のような主張では、職務上の便宜の内容と賄賂の収受（または要求）という行為の間に、一定程度の関連が求められることになるが、刑法 385 条の規定文言上、このような関連は要求されていないように見えるのであり、果たして刑法はこのような関連性を求めているのだろうか、ということが、「職務上の便宜の利用」という要素について検討すべき問題となるのである。

この点について、刑法第 385 条第 1 項に規定する『利用』という文言は、それ自体が一定程度、このような関連性という要求を体现するもの、というべきであろう<sup>33)</sup>。上述のように、職務上の便宜の利用は賄賂収受（または要求）の先行条件となっている。そうである以上、職務上の便宜の内容と請託者が達せんとする目的が全く無関係ならば、「利用」という文言の意は体现されようがなく、公務員の職務と利益との間に対価関係を形成することはできない<sup>34)</sup>。

実際に、国外の立法例もまた、同様の問題に直面している。ドイツ刑法 331 条（職務上の義務に反しない収賄罪）では、公務の履行の「ために」(fuer) 利益を要求、約束または収受する、との規定が置かれている。一般に、ここにいう「ために」という文言が指す内容は、公務の内容と収賄行為との間の等価的関連性 (Äquivalenzverhaeltnis) とされている。このような関連性——すなわち賄賂による利益が公務活動の対価 (Gegenleistung) となること——は、賄賂犯罪の核心をなす<sup>35)</sup>。そのため、対価的取引の不法関連は、必ず行為者が賄賂による利益を得る際に存在しなければならず、事後に初めて達成される不法関連について

32) 廖福田『受贿罪纵览与探究』(中国方正出版社、2007 年) 60 頁参照。

33) この関連性はもう一つの要件である「他人のために利益を図る」の中に体现される。孙国祥『贿赂犯罪的学说与案解』(法律出版社、2012 年) 383-384 頁参照。

34) 陈洪兵・前掲注 27) 参照。

35) M. Korte/Muechner Kommentar StGB (2014), § 331 Rn. 93.

の合意は、収賄行為の不成立を導くことになる<sup>36)</sup>。しかるに、時代の発展に伴い、挙証上の過度の負担を回避し、グレー・ゾーンの不可罰というジレンマから抜け出すために、ドイツ法においても不法関連の要件は次第に緩和されることとなった。今日、ドイツの刑法では行為者と請託者との間に、過去から将来までの公務行為について合意があれば足り、具体的な公務行為を明らかにすることまでは求められていない<sup>37)</sup>。

以上から明らかなように、ドイツの経緯では、将来の公務と現在の収受（または要求）行為とは、必要な関連性を形成するに足るものとされている。これは言うならば、昇進または異動前の利益を、昇進または異動後（に予定される）公務との関係に移すことで、「利用」という意味における対価関係の存在を認める、というものであり、そこに論理上の問題はない、と考えられている。

ここで問題となるのは、中国の刑法で求められる「職務上の便宜」の範囲はより具体的であるのに対し、ドイツ刑法にいう「公務」はかなり緩やかである、という点であり、ドイツ法で導かれた結論が、そのまま中国に妥当するかどうかは一層の検討が必要だ、という点である。すなわち、刑法 385 条 1 項の「職務上の便宜を利用して」との文言に、明確に二つの意味が含まれる（かつそれしか含まれない）にも関わらず、就任予定の職務上の便宜が就任前の収受（または要求）行為と対価関係を形成することになるのか、が問われるのである。

「職務上の便宜を利用する」の二つの意味とは、①行為者の主管、責任または担当に係る公共事務に関する権限を直接利用すること、そして②行為者の主管、責任または担当に当たらないものの、それに直接影響力を及ぼしうるもの（合法違法を問わず）、を指す。

就任前の行為者は、着任予定の職務についてはまだ権限を持たないことから、上記の①には該当せず、②についてのみ問題となる。上述のように、行為者は職務上の権限外の事項についても影響力を行使しうる場合があるが、それは往々にしてその監督または管理下にある他人の職務に係るものであり、ここには職務上

---

36) Vgl. M. Heger/Lackner-Kuehl Kommentar StGB (2014), § 331 Rn. 10; M. Korte (Fn. 35) Rn. 95.

37) M. Korte (Fn. 35) Rn. 96-99.

の制約関係が存在する。ただここで仮に、昇進または異動後の本人を強引に「他人」に擬制するとしても、就任前の本人が就任後の本人（すなわち擬制上の「他人」）との関係で「職務」上の制約性を有するとはいいがたい。

とはいえ、②の趣旨に鑑みると、それは実際に用いた影響力と直接関連する範囲については、すべて賄賂の対価に置く必要がある、というものである。その点からすれば、公務員の身分にあり具体的な職務への就任を控える者が、請託者に対し、将来の職務を利用して「力添え」するとの約束をする場合、既に現在の身分がもたらす公信力が利用されており<sup>38)</sup>、だからこそ、相手方はこれを厳粛な約束として信用し、かつ喜んでそれに対して対価を提供するのである。

これはまさに、組織内での職務権限の分配の如何が請託者にとって重要でない所以である。請託者は、行為者が一定の公権力を行使できる身分にあればいいのであって、その種の身分に伴う「処理能力」に期待しているのである。だからこそ、両者がこのような共通認識に基づいて利益の交換を行うことにより、無事の第三者が社会の関連領域からはじき出される、という危険がもたらされるのである。

この点からすれば、昇進または異動が予定される公務員が、賄賂を収受しかつ便宜を約束したときは、たとえ昇進または異動がなされなかった場合でも、「職務上の便宜の利用」という要件が満たされていることになる。蓋し、財物の収受または要求の際に利用した職務上の便宜とは、転任前の職務上の便宜だからである。

このほかに、理論上はなお別の論法も可能である。すなわち、昇進または異動後の本人を「他人」と擬制し、着任前の本人と着任後の本人（すなわち擬制上の「他人」）とは職務上の制約関係はないが、職務上間接的に影響力を行使しうるとして、あっせん収賄の成立を認める、という手法である。これについては、刑法388条において「その他の公務員に」と明確に規定されているため、そこでは擬制の可能性が排除されており、この論法に現実的な意義は見出されない。

---

38) これについては、陳洪兵・前掲注27)を参照されたい。

### Ⅲ 「約束」型収賄の既遂・未遂

#### 1 論点の所在

賄賂要求の既遂（未遂）に関する議論は、主に「要求したが取得はしなかった」場合について生じている。すなわち、行為者は自ら賄賂を要求したが、様々な要因により（例えば相手方が確答を避けたことなど）、行為者が実際に財物を取得するに至らなかった場合である。

この点については、それが条文中の中国語の表現に起因することを説明しなければならない。中国の刑法条文では、賄賂の要求に関して『索取』との表現で規定しており、『索』が求めることを、そして『取』が得ることを意味する。そのため、上記の場合についていえば、そこでは行為者に『索』（要求）行為はあったが、『取』（取得）行為はなかった、という点で問題となるのである。

この点について、賄賂の要求では事実上要求した財物を取得することが必要であり、行為の結果として財物を取得したかどうか、賄賂要求の既遂と未遂を分かť分水嶺となる、とする説が見られる。同説の主張ではさらに進んで、「要求に係る財物が取得されない限り、未だ賄賂は『索取』されていない」とまで述べている<sup>39)</sup>。

この点をより詳細に検討すれば、前後で述べられている意味が実は異なっている、ということがわかる。前者、すなわち『取』をもって賄賂要求罪の既遂と未遂の区別の基準とするというとき、『索取』の実行行為は『取』（取得）よりも『索』（要求）に偏重することになる。あるいは、『索取』を複合的行為ととらえた上で、『索』（要求）を主たる行為とし、『取』（取得）を従たる行為とする、ということもできる。このような構造のゆえに、『索』（要求）の行為があれば、『索取』型収賄行為の着手があったこととなり、『取』（取得）の欠如によってそれは未遂の状態とされることになる。

しかし、上述のように、同説の主張はさらに、財産的利益を取得しなければ、賄賂を「未だ『索取』していない」とも述べており、ここでは『索取』行為の重

---

39) 廖福田・前掲注32)・272頁参照。

心は取得の上にシフトし、財産的利益の取得がなければそもそも賄賂の『索取』行為自体が発生しない、ということになる。

このように、同説には論理的な矛盾が横たわっている。すなわち、財産的利益の取得がなければ賄賂要求行為自体が存在しない、とするならば、財産的利益の取得が犯罪と非犯罪とのメルクマールということになるはずである。しかるに、同説では同時に、財産的利益の取得如何が、『索取』型収賄罪の既遂と未遂のメルクマールであるとする。このように、同説はその論理において内部矛盾をはらむものであるが、実際のところ、財産的利益の取得がどちらのメルクマールになるか、という点については、学説も見解が分かれている。

財産的利益の取得を犯罪と非犯罪を分かつメルクマールととらえる主張においては、『索』（要求）がありかつ『取』（取得）があって初めて行為に着手したといえることになり、『索』（要求）のみで『取』（取得）がないときは、公務員の職務の不可買収性の侵害がない、とされているが<sup>40)</sup>、これは明らかに収賄罪の規制目的に反するものである。蓋し、行為の主要部分を『取』（取得）に置かならば、それは問題の重点を財産的利益の取得にのみ置くこととなり、権限と利益の取引という点が捨象され<sup>41)</sup>、行為の成立について不必要に過度な要求をすることになるからである。

見たところ、この見解は、『索取』は「要求」と「取得」という二つの行為により構成される複合的行為であり<sup>42)</sup>、二つの行為が同時に存在して初めて、『索取』という一つの行為に着手したことになる、と考えているようであるが、そもそもこのような理解については検討が必要であろう。蓋し、犯罪の成立と犯罪の既遂とは本来異なるものであり、行為者が『索取』の主要部分にあたる行為を実行しさえすれば、それにより着手が認められ、その他の条件の成就と相まってこれを未遂とみなすことができるのであって、たとえ『索取』が別個の異なる支分的行為により構成される複合的行為であったとしても、そのことと何ら矛盾する

40) 肖中华・前掲注26)・173頁参照。

41) とはいえ、目下の司法実務には明らかにこのような傾向がある。黎宏『刑法学』（法律出版社、2012年）959頁参照。

42) 肖中华・前掲注26)・173頁参照。



わけではないからである。

むしろ、『索取』が複合的行為であるとしても、複合的行為の着手(犯罪の未遂)について、そもそも支分的行為がいずれも実行に至っていることなどは必要ではない。例えば、強盗罪は全体としてみれば複合的であり、主にその方法たる行為(暴力の使用など)と目的たる行為(財物の奪取など)から構成されている<sup>43)</sup>。これについて、学説であれ実務であれ、方法的行為と目的的行為のすべてを行ったのでない限り強盗罪の着手がなく犯罪を構成しない、などという主張は存在しない。それどころか、正に強盗罪が複合的要素に及んでいることから、方法的行為を行ったにすぎないものについても、重大な結果が生じた場合には既遂となる可能性すらあるのである。このような点から考えれば、構造上の複合性という点で同様である要求型の収賄罪について、全部の行為要素の具備が求められると考えるのは難しいだろう。

これに対して、財産的利益の取得の有無を、要求型収賄罪の既遂と未遂のメルクマールと考える学説は、多くの学者により支持されている。より細かく見ると、そこには「要求」と「取得」を同一行為の一連の過程として捉える見解と<sup>44)</sup>、それは依然として「要求」と「取得」の二つの行為により構成される複合的行為であり、かつ前者が主要な行為であるとする見解がみられる<sup>45)</sup>。

ただこのような見解の相違に関わらず、これらの学説ではいずれも、少なくとも「要求したが取得しない」場合については収賄罪の未遂すら成立しない、という観点は排されることになる。蓋し、一つの行為の主要な部分が実行されたと考えるにせよ、複合的行為の主要な行為が実行されたと考えるにせよ、いずれにしても実行行為は既に開始されたことになるからである。すなわち、そこでは一体としての『索取』について既に着手が認められ、財産的利益の未取得(少なくとも相手方から財産的利益を供与するとの承諾がある場合)は、行為の実行を終えていないことだけを意味する<sup>46)</sup>。

43) 马克昌ら編『刑法』(高等教育出版社、2012年)478頁参照。

44) 詹复亮『贪污贿赂犯罪及其侦查实务』(人民出版社、2013年)184頁参照。

45) 王凯「以“借用”为名的贿赂犯罪特殊形态之探讨」(『云南大学学报(法学版)』2009年第3期)参照。

46) 孙国祥・前掲注33)・216頁参照。

これについて、学説には財産的利益の未取得について、これをさらに二つに分けて考察するものがみられる。それによれば、そこには①行為者が相手方に財産的利益を要求したが拒絶された場合、②行為者が相手方に財産的利益を要求し、相手方が同意したものの、何らかの原因で実現されないまま結果として財産的利益の取得に至らなかった、という場合があり、①については収賄罪が成立せず、②については収賄罪の未遂となる、とされている<sup>47)</sup>。

しかし、請託者が主観的に賄賂を供与しようと考えていたかどうかを、要求者の行為が犯罪を構成することの根拠とすることには十分な根拠がなく、実務上も困難をもたらすと言わざるを得ない<sup>48)</sup>。確かに、請託者の主観における供与の意思は、要求者が利益を取得できるかどうかについて客観的な制約となる<sup>49)</sup>。とはいえ、上記学説は、「犯罪の未遂と不能犯の未遂」の問題と「未遂と犯罪の不成立」の問題とを混濁している。請託者がその内心において財産的利益の供与に同意しながら、何らかの原因で要求者が客観的には財産的利益の取得に至らなかったとすれば、それは当然要求者の意思以外の原因によるものである。同様に、請託者がその内心において供与の意思がない場合も、要求者は財産的利益を取得することはできず、これもまた要求者の意思以外の原因によるもの、ということができる。これらはいずれも未遂であり、その類型が違うだけである。

学説にはこのほかに、賄賂要求型の収賄について、一定の関連条件が満たされたとき、行為者の「要求」によりすべての法益侵害が実現して既遂となるのであって、要求後の賄賂の收受（単なる財産的利益の取得）を所謂実行行為として添加する必要はない、とするものが見られる。それによれば、賄賂收受型の収賄が財産的利益の取得を犯罪行為とするのであって、賄賂要求型の実行行為に財産的利益の取得を加えることは屋上屋を重ねるのみである、とされている<sup>50)</sup>。思うに、このような主張（要求行為既遂説）は、構造的・全体的考察として論理的といえるものの、その詳細については慎重な考察が必要である。以下、文理解の角度

47) 肖中华・前掲注26)・173-174頁参照。

48) 孙国祥・前掲注33)・219頁参照。

49) 肖中华・前掲注26)・174頁参照。

50) 张明楷「单一行为与复合行为的区分」(『人民检察』2011年第1期)参照。

から検討を行ってみよう。

## 2 文理に基づく分析——中国語の『偏義複詞』問題

文理及び語法的解釈から見れば、自然かつ論理的に以下のような疑問にたどり着く。すなわち、刑法の条文が用いているのは『索取』であって『索要』ではないのであり、この違いをどう解釈するのか、というものである。張明楷はこれに対して迂回的な回答を試みているが、実はこの問題は語法的角度から解釈しえないようなものではない。

上述のように、学説では『索取』について『索』（要求）かつ『取』（取得）が求められるとして、「財産的利益の取得」を賄賂要求型収賄罪の行為において重視される要素と位置付けるものが見られる。しかし、『索取』の二文字が必ず同時に備わなければならないかという点、それは文字自体を見ればよい、というほど単純ではない。

これについて『漢語大詞典』を見ると、『索取』の実際の用法では、その意味は基本的に『索』に偏重していることがわかる<sup>51)</sup>。より重要なことは、同辞典では『索要』（要求）について『索取』と同一の解釈がなされ、これら二つは全く同じ意味の言葉とされていることである。（その解釈はいずれも『討取』（求めて得ようとする）である<sup>52)</sup>。）

実のところ、これは中国語の言語学上の原理によるものである。すなわち、早くも唐代の文人孔穎達が指摘していたところの、『偏義複詞』現象である。それは、意味において相同または相反する二つの単音語の組み合わせにより構成されるものであるが、その意味はその中の一つの語に集中し、もう一つの語は単にそれに付随するものとなっている<sup>53)</sup>。そのため、それは形式上複合語の形を取っているが、その意味は（一つの語による）一義であり、そこに含まれる二つの要素を等量的に見ることはできない<sup>54)</sup>。

51) 羅竹風など編『漢語大詞典 第九巻』（漢語大詞典出版社、1992年）747頁。

52) 同上・747, 748頁。

53) 道尔吉「论古汉语的偏义复词」（『内蒙古大学学报（人文社会科学版）』2004年第6期）参照。

54) 章佳「论偏义复词」（『语文学刊』2006年第4期）参照。

これは中国語が二音節化していく歴史的過程において生じた現象である。すなわち対偶的復音節は単音節に比してなめらかでリズムがあることから、古来人々は単音節の語を「合成」して復音節となし、その音声を楽しんでいた。それは本来新しい語を作り出す所為ではなかったが、研究によれば、詞や格律そして礼節などに関するものでない限り、この種の複合語はその意味において一つ目の文字に偏重する傾向が見られるとされている。それは、人々が語により意味を伝えようとするとき、まず一つ目の文字を思いつくのであり、文字を合成して二音節とするときは、その後ろにもう一つの文字を加えることになるからであって、その際には往々にして一つ目の文字との関連で二つ目の文字が考慮されることになる。このようなことから、前面に置かれた一つ目の文字が複合語において主要な地位に置かれて、その複合語の意味を示すものとなり、二つ目の文字はこれに付随するだけのものとなるのである<sup>55)</sup>。古代の漢語に比して、現代語の『偏義複詞』では、二つの文字の実と虚という特性がより強固になるとともに、複合語としての一体化の程度が高まっており、付随する文字の実質性の喪失という特徴がより顕著になっている<sup>56)</sup>。

『索取』に話を戻せば、この語は現代的意義における『偏義複詞』であるか、少なくとも機能上それと相似性を有している<sup>57)</sup>。そこでは『索』(要求)が主な表意要素であり、『取』は付随的要素である。ゆえに、『索取』は一体として第一の要素である『索』を意味し、第二の要素である『取』の意味は失われる。

このように解することは、『偏義複詞』の理論に適合的であるだけでなく、『索取』と『索要』とが同義語であることを正確にとらえるものであり、ひいては、『索取』が複合的行為なのか単一の行為なのかについても明確に説明するものといえる。つまり、文理解釈の手法によらずとも、要求型収賄について、刑法の

55) 沈多端「古代汉语偏义复词中的两个问题」(『天津师大学报』1983年第2期)参照。

56) 靖志茹「汉语偏义复词古今差异之研究」(『河北师范大学学报(哲学社会科学版)』2008年第4期)参照。

57) 真の意味での『偏義複詞』はそれほど多くない、とする説も見られるが、意味の偏重という修辭的現象は明らかに存在し、また複合語を分解して個別の文字の意味により解釈することができないという現象があることも否定できない事実である。杜纯粹「论偏义复词」(『古汉语研究』2004年第3期)参照。

条文は一つの（実行）行為しか要求していないことは明らかであり、それが求めるのは『索取』が『偏義複詞』として表現する唯一の意味、すなわち「要求」行為なのである。

これについては、しかしまだ問題が残されている。刑法条文の文理上一つの行為（すなわち「要求」）しか必要ないとするならば、本罪の既遂基準はその行為自体にある、ということになるだろうか。純粹に理論的見地から言う限り、この点は本来争うべくもないはずであるが、中国の刑法規範の実際状況からすれば、そのように言うことはできない。

この点について、客観的側面において要求型収賄罪と類似性が見られる恐喝罪がよい例となる。同罪はその客観的側面について、わずかに『敲詐勒索』（ゆすりだまし、脅して要求する）と規定するのみであり、これは要求型収賄罪が「要求する」ことを求めることと論理構成上同質である。また、同罪で規定される二つの動詞（『敲詐』と『勒索』）は、いずれも「公私の財物」または「他人の財物」をその目的語とする。そうだとすると、収賄罪について、『索取』の語義は「要求する」ことのみであるから、客観的側面についてもこの行為のみが求められ、犯罪の既遂の成立と財産的利益の取得とは何ら関係がない、とするならば、恐喝罪の場合も同様になるはずである。すなわち、恐喝罪の行為はその語義において「脅迫して要求する」ことのみを意味するのだから、同罪の客観的側面においてもこの行為が要求されるだけであり、その既遂の成立と財産的利益の取得とは何ら関係がない、ということになるはずである。しかし、通常恐喝罪の既遂には行為者が財産的利益を取得し、被害者が損失を被ることにより成立すると考えられており<sup>58)</sup>、このような推論が妥当でないことは明らかである。

とはいえ、「脅迫して要求する」行為自体についていえば、それは被害者が財産的利益を処分するよう「要求する」ことのみを意味するものであり、この点において、『索取』が他人に財産的利益を「要求する」ことのみを意味するということが酷似している。では、これだけの相似を目の前にしながら、前者についてはその既遂の基準として「超過的に」財産的利益の処分という結果が求められ、

---

58) 马克昌・前掲注43)・486頁参照。

後者についてはその必要はない、といえるだろうか。以下、さらに検討してみよう。

思うにこの点については、保護法益と立法慣行の結合という角度から考察することによってはじめて、妥当な解釈を導くことができるであろう。一般的状況から言えば、罪状のすべてが単一の具体的行為に類型化されるなら、つまりある行為の記述により罪状を表現しつくせるならば、その犯罪は結果犯ではなく、何らかの結果が生じたとしてもそれは既遂のメルクマールではなく、単に量刑上の意義を有するに過ぎない<sup>59)</sup>。

この原理に基づいて、賄賂要求行為と恐喝行為を観察すると、そこでは客観的側面における客観的罪状が記述し尽されていることがわかる。蓋し、両行為についてはいずれも利益を実際に取得することは求められていないため、「公私の財物」または「他人の財物」は行為の対象にすぎず、独立して構成要件の結果を構成することはないことから、これらの犯罪はいずれも結果犯とはならないことになるからである。

とはいえ、上述のように、恐喝罪は結果犯であって、行為者が財産的利益を取得し、被害者に損害が生じることが、犯罪が既遂となるための必須の要件である。このような矛盾の説明においては、大陸法系の犯罪論の基礎原理を個別の法制度における刑事立法の慣行と結合させることにより、その現実的意義を認めることができるものといえよう。以下、この点について説明したいと思う。

### 3 シンプルな犯罪事実の記述が内包する法文化現象及びその補足の必要性

中国の刑事立法では、「粗くてもよいが細かいことは望ましくない」という考え方がとられ、自明的な物事についてはごくシンプルに犯罪事実が記述されている。これはある意味で、歴史的原因及び中華民族の思惟様式、審美観、そして表現方法によりもたらされたものであり、一種の法文化的現象であるといえよう<sup>60)</sup>。例えば詐欺罪の規定では、犯罪事実「公私の財物の『詐騙』」との記述にとどまり、一般窃盗罪もまた「公私の財物の『盜竊』」とするのみである。上

59) Vgl. z. B. H. Frister, Strafrecht AT 2011, Rn. 8/16-17.

述の『敲詐勒索』も含め、これらは『索取』と酷似するものであり、それは単純な行為を記述するだけの形をとっている。しかし、学説であれ実務であれ、これらの財産犯についてそれを行為犯と考えるものはごくわずかである。蓋し、そのような理解は法益保護の点から問題があるからである。すなわち、財産犯の既遂について財産の取得を求めないならば、犯罪の成立時点を過剰に前倒しすることになり、法益保護の見地からも適切ではない。

とはいえ、このような規定方法が立法技術上満足のいく精緻なものということとはできない。それどころか、正に立法技術上の原因により様々な解釈を可能とする空間が残され、少なからぬ疑問をもたらしているのである。

これを、立法技術上「細かくてもよいが粗いことは望ましくない」という点で典型的というべきドイツと比較してみれば明らかである。ドイツ刑法では、それが自明なことであっても、犯罪事実に関していわば冗長に記述する形となっている。そこでは、犯罪の有する性質が体现され、例えば結果犯であれば、ドイツ刑法263条（詐欺罪）1項で「他人の財産に損害を生ぜしめた」（*beschädigt*）とするように、既遂の条件となる結果を明示することで、明確にそれが結果犯でしかありえないことを表明し、その他のいかなる解釈の可能性も排されるのである<sup>61)</sup>。

これに対して中国では、刑事立法技術における特徴のために、表面上単純に行為を記述するのみである一連の犯罪事実について、解釈論において必ず一定の結果を「補足」しなければならない（文面上それが要求されてはいない）。それは詐欺罪、窃盗罪または恐喝罪のいずれも同様である。

では、要求型の収賄罪についてはどうだろうか。上述のように、語義の上では『索取』は一つの行為にすぎず、二つの行為を示すものでないから、その点で「取得」が直接要求されるものではない。とはいえ、「財産的利益の取得」の要否について、詐欺罪や恐喝罪と同様に考えることができるかという点、そのように

---

60) 林興「论“宜粗不宜细”的立法思想」（『湛江师范学院学报（哲社版）』1999年6月）参照。  
See also Xiong Qi/Fan Jie, *Legal and Musical Interpretation*, vol. 6 *Nordic Journal of Law and Social Research* (2015), pp. 174-178.

61) *Vgl.* R. Hefendehl/Muechner *Kommentar StGB* (2014), § 263 Rn. 8.



単純に解決できるものではなさそうである。蓋し、『索取』の意味するところが『索』であり『取』ではない、と言ったところで、犯罪の既遂について「財産的利益の取得」は必要ない、という結論が得られるわけではないからである。そこではさらに、恐喝などの犯罪に代表されるところの可能性が封じられなければならない。すなわち、要求型の収賄罪の既遂について、単に規定文言上「財物の取得」が要求されないというだけでなく、解釈論上もその結果を「補足」する必要はない、ということが証明されなければならないのである。

この問題が法益と関連するのは、規定上の犯罪行為に関する記述に、文面上記述のない犯罪結果を補足しなければならない理由が、立法上の語法的慣行と保護法益の共同により決定されるからである。本文の初めに述べたように、文理解釈は実務において有用な解釈を導くうえで、必要条件であり十分条件ではないのである。

中国であれドイツであれ、刑法の故意殺人罪の犯罪事実はいずれも（故意で）「人を殺す」という行為の記述となっており、少なくとも文面上結果が明確に示されていないが、それが結果犯であることに全く争いはない。これに対して、こと中国の刑法について言うならば、これと詐欺罪や恐喝罪との間には微妙な違いがあるのである。

語義の側面から見ると、『殺』という文字は、死亡という結果との関係が非常に緊密であり、通常は、既に相手方の生命をなく奪した、という結果がその固有の意味の内に含まれている<sup>62)</sup>。

これに対して、『詐騙』（詐欺）または『勒索』（恐喝）にはこのようなレベルでの意味は含まれていない。とりわけ『騙』などは、財産的損害という結果と直接的に関連するものでもなく、また感情や地位といった要素に関わるものでもない。つまり、中国の刑法において、詐欺罪の犯罪事実について犯罪結果（財産的損失）を「補足」しうる（かつしなければならぬ）のは、主にその規定が財産犯の位置に置かれているからであり、その保護法益における特徴のゆえに、解釈において犯罪事実には財産的損害を「補足」するほかないからである。この点、同

62) 冯志伟『现代语言学流派』（陕西人民出版社、1999年）284頁参照。

様に『騙』の文言を含む規定、例えば『招揺撞騙罪』（公務員偽装流言罪。直訳すれば「噂を流し騙そうとする罪」の意）などと比較すれば明らかなように、同罪では「結果犯」という解釈のみが導かれるということは決してありえず、むしろ多くの学説において行為犯とされている<sup>63)</sup>。

これらの比較に基づいて、再度賄賂要求について考察すれば、それは明らかに財産犯ではなく、それが侵害する法益は公務員の職務の廉潔性である。そのため、そこに犯罪結果（すなわち他人の財物の取得）を「補足」する必要はない、ということになるのである。

なお、賄賂要求行為がその「要求」のみで収賄罪の既遂となる、とすることは、他の国家及び地域のやり方とも整合的である。ドイツ刑法 331 条 1 項の規定によれば、利益の要求 (auffordern)、約束または収受のどれかがあれば収賄罪は成立するとされており、要求については利益要求がありさえすれば既遂となるが、収受については事実上利益を収受したことで初めて既遂となる、とされている<sup>64)</sup>。つまり、同一の罪名について、客観的側面における要件の違いに応じ、既遂について異なる基準を置く、ということは、まったく異常なことではなく、犯罪論の体系を混乱させるものではない。台湾地域の刑法理論及び実務の通説ではさらに進んで、賄賂の要求、約束そして収受は前後の発展関係にあるととらえられ、行為者が賄賂を要求する行為が実行されたとき、賄賂要求罪は既遂となる、としている<sup>65)</sup>。これは「賄賂の段階的論罪」と称されている<sup>66)</sup>。この点、同一の罪名についてその既遂の基準が異なるときは、その統一を行うべきであるとする見解もあるが<sup>67)</sup>、妥当とはいいがたい。

---

63) 赵秉志『犯罪停止形态适用中的疑难问题研究』（吉林人民出版社、2001年）502-503頁参照。

64) M. Korte (Fn. 35), Rn. 49-59, Rn. 190-191.

65) 靳宗立「我国惩治贪污之法制演进与检讨」（『检察新论』2012年7月）参照。

66) 张丽卿監修・林朝云編『刑事法典』（台湾五南图书出版股份有限公司、2015年）106頁参照。

67) 贺恒扬「受贿犯罪形态及司法认定」（『河南社会科学』2007年第6期）参照。

## IV 「他人のために利益を図る」の位置づけ及び解釈

### 1 学説上の論争

「他人のために利益を図る」との要件は、その位置づけ自体に争いがある。所謂「旧客観的要件説」によれば、「他人のために利益を図る」という要件は収賄罪の客観的側面に属するものであり、他人から財産的利益を得て、他人のために利益を図って初めて収賄罪が成立するのであって、行為者が他人から財産的利益を受受したとしても、他人のために利益を図るの でなければ、収賄罪は成立しないとされる<sup>68)</sup>。

これに対して、「主観的要件説」では、「他人のために利益を図る」とは他人のために便宜を図る「意図」、すなわち主観的要件とされるべきであり、行為者はその主観において他人のために利益を図るという心理的態度で足りるのであって、具体的にそのような行為を行う必要はない、とされる。このような理解は賄賂犯罪との闘争に資するものであって、実務において一貫して取られる考え方にも合致し、一連の司法解釈の意味するところを体現したものである、とされている<sup>69)</sup>。

「新客観的要件説」（「修正客観的要件説」とも呼ばれる）では、「他人のために利益を図る」との要件は依然として客観的側面の要素であるとされているが、そこには①利益を図ることの承諾、②利益を得させるための行為を始めたこと、③一部の利益を得させたこと、④すべての利益を得させたこと、という4つの状況が含まれており、①の承諾があれば足りる、とされている<sup>70)</sup>。この新客観的要件説が目下通説的地位にある。この点、2016年の「解釈」第13条第1項では、実際に他人のために利益を図るかまたはその承諾をしたものはいずれも「他人のために利益を図る」ものとされており、ここでも明らかに「承諾」があれば足り

68) 張瑞幸など編『経済犯罪新論』（陝西人民教育出版社、1991年）305頁、また祝銘山など編『中国刑法教程』（中国政法大学出版社、1998年）711頁など参照。

69) 肖揚など編『賄賂犯罪研究』（法律出版社、1994年）205頁、马克昌『刑法理論探索』（法律出版社、1995年）270頁、陳興良「受賄罪研究」（『刑事法判解』2001年第3巻）、王作富など編『刑法分則實務研究』（中国方正出版社、2013年）1626頁など参照。

70) 張明楷『刑法學（第五版）』（法律出版社、2016年）1208頁参照。

るものとされている。

旧客観的要件説は、単に(收受型)収賄罪の客観的側面には必ず「他人のために利益を図る」との要件が含まれなければならない、とするのみであり、何が「図る」ことに当たるのかは明らかではない。そのため、同説と新客観的要件説とは、理論的に明確に衝突するわけではない。蓋し、両説はいずれも「他人のために利益を図ることがなければ収賄罪は成立しない」との結論をとるのであり、単に後者において、他人のために利益を図ることの承諾がそれに当たるとされるだけだからである。

同じ理由で、旧客観的要件説に対する主観的要件説からの批判もまた妥当とは言えない。主観的要件説からの批判として、「他人のために利益を図る」との要件を客観的行為であると理解するならば、他人から財産的利益を得て、他人のために利益を図る意思が明らかに認められるとしても、行為の着手に至っていなかったときは、司法機関は、客観的要件を欠くとしてこれを無罪とするか、または収賄罪の予備若しくは未遂とするしかない、というジレンマに直面することになるが、それは明らかに妥当ではない、というものが見られる<sup>71)</sup>。しかし、このような批判は「他人のために利益を図る」という要件を(少なくとも)他人の利益を図る行為を開始したことを要すると解する場合に初めて成り立つものであり、「承認」が「他人の利益を図る」行為であるとされるならば、このような批判はその根拠を失うことになる。

このように、条文上の記述から見ても、または理論上の推論から見ても、新旧いずれの客観的要件説にも大きな問題はなく、上記のようなジレンマを回避して、「他人のために利益を図る」ことを客観的に認定することができるのである。

## 2 「新客観説」の文理解釈における遺漏

文理的見地からすると、主観的要件説と比較する限り、それが「新旧」いずれであれ、客観的要件説がより妥当である、ということが出来る。規定文言中の『為(ために)』という文字は前置詞であるが、それは『他人』と結合して目的語

---

71) 王作富など編『刑法分則実務研究』(中国方正出版社、2013年)1626頁。

を構成するものであって、動詞と結合して目的を表すものではない。そのため、『為』(ために)の文字は主観的意図とは無関係である、という点について理解の上でなら困難は生じない。

それに続く『謀取利益』(利益を得ようと図り)もまた、明らかに一定の所為を示すものであって、単なる主観的目的を示すものではない。『漢語大詞典』で『謀取』の解釈を見てみると、それは「得ようと図ること」とされており、そこで挙げられている例文は、正に「……彼のために便宜を図る」というものである<sup>72)</sup>。それが「図る」ものである以上、それは行為者の頭の中の主観的目的にとどまるのみでは足りず、それは行動に移され、「画策」されなければならないのである<sup>73)</sup>。刑法の学理的見地からも、主観的要件説には多くの問題が見出される。例えば、主観的要件説によるならば、行為者はその内心において真に「他人のために利益を図る」意図がなければならないとされているが、それでは多くの状況がカバーされないことになってしまう<sup>74)</sup>。

新客観的要件説は、「他人のために利益を図る」という複雑かつ広がりのある記述を、「承諾」という外在的表現への要求の低い行為の上に集約させる(但し依然として行為ではある)ことにより、処罰上のジレンマを回避して、虚偽的な承諾や不誠実な履行など、現実にはしばしば出現する状況について、これを収賄罪の処罰範囲に取り込むことに成功しており、司法解釈によっても支持されている。しかし、同説には依然として文理解釈上の問題が存在している。以下詳細に検討したい。

まず、新客観的要件説が「他人のために利益を図る」との記述を「承諾」に限定しうるのは、同説において、『謀取』行為のその他のレベル——実行の開始、部分的実現、最終的実現——は重要ではなく、それを構成要件の範囲からはずすことができる、と考えられるためである。しかし、これは『謀取』の文言上の意味、すなわち「得ようと図ること」という意味から少し離れるように思われる<sup>75)</sup>。

72) 罗竹风など編『汉语大词典 第十一卷』(汉语大词典出版社、1993年)327頁。

73) 罗竹风・同上・83頁。

74) 张明楷「论受贿罪中的“为他人谋取利益”」(『政法论坛』2004年第5期)参照。

次に、「他人のために利益を図る」との規定の立法者の意図について、張明楷は、財産的利益と公務員の職務行為との間の「対価関係」を確定するということにある、としている。このような対価関係は、主に、相手方による財産的利益の供与と公務員の職務行為との関係が明らかでないとき、例えば相手方が事前に公務員に対して財物を引き渡したが、まだ請託を行ってはいないというようなとき、または公務員が職務行為を行ったのちに、相手方が公務員に対して財物を引き渡したが、この財物と公務員がそれより前に行った職務行為との間には何らの関係がないとき、などに問題となる<sup>76)</sup>。つまり、正に「他人のために利益を図る」ことは「公務員の職務行為に基づく」ものであることから、その趣旨は職務行為と財産的利益との対価関係を説明するところにある、とするのである。

しかるに、刑法第385条第1項は、「職務上の便宜を利用して」という記述により対価関係という要件を明確に表明しており、規定文言から見れば、「職務上の便宜を利用する」ことは明らかに「他人のために利益を図る」ことよりもいっそう「公務員の職務行為に基づく」との特徴を体现するものであるといえる。ではなぜ、刑法は屋上屋を重ねる如く、「他人のために利益を図る」との要件により、既に表現された意味を繰り返さなければならないのだろうか。

実のところ、張明楷の列举する「対価関係が明確でない」状況は、基本的に、行為者が「職務上の便宜を利用」したかどうか明らかでないためにもたらされるものである。これに対しては、「他人のために利益を図る」との要件を除去し、「職務上の便宜により他人から利益を得た」とすれば、明確に「職務上の便宜の利用」に重点を置くことができる、との主張も見られている<sup>77)</sup>。

次に、たとえ「他人のために利益を図る」ことが対価関係を表し「得る」としても、それは対価関係「のみ」を意味するわけではなく、そこには違いがある。対価関係を示す「行為」と対価関係自体とは異なるものである。そのため、「他

---

75) この点について、『承(許)諾』は既に『謀取』の文理的射程の限界を超えている、とする見解がある。李琳「論“感情投資”型受贿犯罪的司法认定」(『法学论坛』2015年第5期)参照。

76) 張明楷・前掲注74)。

77) 曾粤兴、周兆进「受贿罪中“为他人谋取利益”之要件探讨」(『吉首大学学报(社科版)』2014年3月)参照。

人のために利益を図る」ことを、対価関係そのもののように「単純化」して考えることはできない<sup>78)</sup>。それは一つの行為を構成し<sup>79)</sup>、行為は関係を体現することができるが、行為は関係そのものではないのである。

さらに、「他人のために利益を図る」ということを承諾に見出し、承諾が「対価関係」を体現するものである、とするなら、その内容は主観的要件説と大して変わらないことになる。主観的要件説は、行為者に他人のために利益を図る目的または意図があれば足りる、とするものであり、このような目的は、財産的利益と職務行為との間に対価関係を構築せんとする意思に体现される。

これに対して、客観的要件説は、このような目的なり意図は行為に体现していなければならない、とするものであるが、上記のような理解では、客観的要件説はある程度事実的基礎を備えた主観的要件説であるに等しい。その根幹には、「主観・客観の統一」という考え方の存在が垣間見られるものと言えよう。

### 3 文理と語法に基づく解釈による応答の試み

これら一連の疑問に答えるためには、いくつかの異なる角度からアプローチを行う必要がある。

まず、文理一語法解釈の角度から、「承諾」が「利益を図る」ことの射程の範囲を超えているかどうかについて慎重にこれを考察する必要がある。

まず『謀取』の文理解釈を見てみよう。上述のように、『謀取』の辞典上の解釈は「得るよう図る」ことであるが、このうち『設法』（図る）の辞典上の解釈は「画策する」となっている。

では、贈賄一収賄の関係において、「承諾」は「得るよう図り、画策する」という意味となるだろうか。思うに、このような理解は「利益を図る」の文理の境界線を越えるものではない。蓋し、権限を用いて利益を得ようとする者は、請託者との関係で絶対的に優位な地位に立っており、一方的にその意思に基づいて請

78) 张明楷『刑法学（第四版）』（法律出版社、2011年）1078頁の脚注57参照。そこに見られる『只是（のみ）』の二文字は、正にこのような「単純化」の傾向を体現するものといえよう。

79) 张明楷・前掲注70)・1208頁。



託者の利益を決定することができる。まさにこのような絶対的不对等の関係のゆえに、請託者のために利益を図ることを「承諾」する正にそのとき、既に相手方の利益について予期される見通しが変わることになるのである。つまり、一般の平等な関係についていえば、承諾があったからといって、承諾に係る事項は既に実行の段階に入ったもの、と言いうるわけではない。しかし、賄賂関係は一般の平等な関係とは異なり、主動的な地位に立つ側に承諾があったということだけで、それは相手方に利益を得させることを「図る」ことそして「画策する」ことが実行の段階に入った、ということの意味することになる。蓋し、請託側の利益は完全に受託側の意思の支配の下に置かれるからである。

このようなことから、「他人のために利益を図る」ことを「承諾」に見出す解釈を一種の拡張解釈であるとする見解<sup>80)</sup>には首肯できない。というのは、このような解釈は、特定の状況下で「利益を図る」ことの本来的意味（の一つ）を示すものだからである。

他方で、以上の分析は「他人のために利益を図る」という要件が（特定の条件下で）承諾の意義を「具備する」ことを証明するものであるにすぎない。関連条文の解釈の際に、この解釈「のみ」を取らなければならないか、というのはまた別の問題である。

上述のように、理論及び実務における多くの見解（2003年「紀要」<sup>81)</sup>の観点を含む）は、「他人のために利益を図る」ことにはいくつかの行為の段階が含まれると考えているが、その中で、刑法は行為の「最低ライン」にのみ線を引くもの、すなわち「承諾」のみが要求される、と言えらるうか。「部分的な利益」や「全部の利益」を求めない根拠はどこにあるのだろうか。実はこの点は一層重要な問題が含まれている。蓋し、それは「承諾」と「收受」との関係に及ぶからである。

新客観的要件説を支持する学説の多くは、刑法第385条第1項の文言を問題とし、「利益を図る」とのわずかな記述の語法的構造<sup>82)</sup>、及びそれが「他人から財

80) 肖中华・前掲注26)・165頁。

81) 最高人民法院「全国法院經濟犯罪事件業務座談会紀要」（2003年11月13日）。

82) 黎宏・前掲注41)・955頁参照。

物を収受する」との記述のすぐ後ろに並列的に置かれているという順序・位置関係に注目し<sup>83)</sup>、それにより、これは行為の客観的方面についての要件を描写するものである、との結論を導き出している。つまり、刑法の条文上の記述の認識の上で、それに意義を認め、そこに一定の情報量が含まれている、と考えるのである。

しかし、これは結局従来の問題にもどってしまうだけである。一般動詞により構成される二つの短いフレーズが並列されているとき、刑法の解釈者は、それらを同様に扱わず、前のほう（「収受する」）に重きが置かれ、後ろのほう（「得ようと図る」）はごく簡単に扱ってかまわない、と言いうるだろうか。

さらに、それは「他人のために利益を図る」の後続性、という新しい問題をもたらす。言語の通常の状態から見れば、動作を表すフレーズが他のフレーズの後に置かれている場合、その動作は時間的な順序においてより後に位置づけられることになる。そうすると、「他人のために利益を図る」ことは、「他人の財物を収受」したのちに初めて行われる、ということになる。しかし、そうすると、正に時間的な順序をそのメルクマールとする「事後収賄」は、そもそも収賄罪を構成しうるか、という問題が生じてしまうことになる。

#### 4 中国語の語法文化的特徴——parataxisと『散点透視』

ここでは、中国語の語法的特徴から、条文の関連の記述について再度解釈を試みたい。前述のように、当該条文の最大の特徴は、『収受』と『謀取』という二つの動詞を使用し、かつこれらをつなぐための語が何ら用いられていない、というところにある。厳格な語法的標記による語法構造を持つ西洋（とりわけインド・ヨーロッパ語系）の hypotaxis（接続詞などで主従の関係が明確に示される形式）とは異なり、中国語は言語構造上全体的考察を求める言語であり、明確な形態的標記型の語法カテゴリーに乏しい。そのため、中国語では強いて形式的分析が求められることはなく、時にそれが伝えようとする筋道・論理は言語形式の外にあることになる<sup>84)</sup>。この点、法律条文には精度の高さが求められるだけで

83) 肖中华・前掲注26)・163頁参照。

84) 姜燕・前掲注13) 論文参照。

なく、多くの西洋的な語法表現がとられているが、本条文に係る記述では、依然として典型的な中国語の語源文化的特質——すなわち論理関係上の parataxis (接続する要素を伴わずに語句や節が並列的に記述される形式) がとられるとともに、さらに視角の上では『散点透視』法 (分散した視点から全体に浸透する意味を読み取る手法) が用いられているのである。

毛栄貴が指摘するように、中国語では、関係的に配列された二つのフレーズにおいて、そこに接続詞が省かれているとしても、そこには多様な論理関係が隠されている。これに対し、英語では主たるフレーズと従たるフレーズとの論理関係を明確にする必要があることから、適切な接続詞が用いられることにより hypotactic phrases が構成される。

接続詞が省略されたフレーズの間には存在する論理関係については、順接、逆接、対比、連続など、多様な理解がありうる<sup>85)</sup>。ただより重要なのは、中国語が決して接続詞に乏しいわけではないのに、接続詞を省いて parataxis によりフレーズが構成されている、ということである。その理由は往々にして、一方のフレーズが伝えようとする語気が弱いかまたは軽いために、フレーズ間の関係をそこまで強調する必要がない、というところにある。いったんフレーズ間の関係を強調する必要が生じれば、すぐに「hypotaxis がとられ parataxis が捨てられる」ことになるのである<sup>86)</sup>。

このような理解からすると、立法者が文言上二つの述語フレーズを直接並置する形式をとったということは、「他人の財物を収受する」とことと「他人のために利益を得ようとする」という二つの動詞フレーズを平等に位置づけようとするのではない、と考えることがより適切であろう。そうでなければ、そこでは『併』、『且』または『以及』といった接続詞が用いられなければならないのであって、逆に言えば、そこでは正に中国語の parataxis という特色を利用して、ある種の語義的関連性の曖昧化という効果をもたらされ、解釈者に一定の余地を残しているのである。

これについて、申小龍は、西洋の言語においては、文法的に厳格な形式の動詞

85) 毛栄貴「形合与意合」(『解放军外国语学院学报(外语学报)』1987年第2期)参照。

86) 毛栄貴「关于形合与意合」(『外语与外语教学』1989年第3期)参照。

がフレーズの核に据えられるため、句そして節は必ず一つの（活用の変化する動詞により統括される）述語を焦点とし、それぞれのフレーズのコンテキストは動詞を中心とした空間結合体を構成するいわば「焦点凝視型」となっている、とする。これに対し、中国語はこれとは逆に、文と脈絡には自然の理に任せた心理的な時間の流れがあり、意味の全き事をその目的とし、一つ一つ水の流れのごとく連ね綴られた言葉のかたまり（句読点を伴わない白文をその意に依り区切ったまとまり）が、論理そして物事の流れと配置の局面により内容を表現することが求められる。そのため、そこでは水墨画で用いられるところの『散点透視』（分散透視型）の手法がとられるのである<sup>87)</sup>。

このように、中国語では「古来より一つの特徴である多数の動詞の平等な接続」という語法構造がとられており、そこには形態の上で主従または限定非限定といった区別による一定の順序の接続は見られず、理論的には不断に継続延長することのできるものとなっていた。このような接続様式は西洋の語法に見られるフレーズの構造様式に組み入れることはできないものであり、その「運動エネルギーは事理・論理を以てその動脈とするところの叙事なのである」<sup>88)</sup>。

思うに、収賄罪の関連条文においても、この『散点透視』（分散透視型）という中国語の表現上の特徴が体现されている。（公務員が）「違法に他人の財物を收受し、他人のために便宜を図る」という記述に現れる二つの動詞、すなわち『收受』と『謀取』（得ようと図る）は、正に平等な接続の関係を構成するもので、それは自然な流れによる配置であって、そこに明確な並列や平行といった関係は見られない。

これは、上述の parataxis という角度からの分析による結論とも一致する。申小龍の語法的分類によれば、上記記述は二つの並列句に分けられるものではない。蓋し、二つの動詞は決して完全に独立した関係などではなく、また各フレーズがそれぞれ十分な充満性を有するわけでもない。むしろ、これは前後段の連関フレーズであり、それは原因、逆接、目的、結果、説明、条件、比喩など、様々な配置上の規律がありうるのであって<sup>89)</sup>、それこそがこの記述に多くの解釈の可能

87) 申小龍『中国句型文化』（东北师范大学出版社、1988年）445頁以下参照。

88) 申小龍『汉语语法学』（江苏教育出版社、2001年）274頁参照。

性をもたらしているのである。少なくとも、この二つの動詞は、並列の関係であるとはとらえられない。この点からすれば、『収受』と『謀取』が刑法規範により同等に位置づけられ、前後に出現する動作であると記述されている、ととらえる見方には疑問が残る、というべきであろう。

このように、中国語は従属句などを指し示す形式に欠けるものであり、接続詞の使用を強いられることもなく、語句を関連付ける要素を用いる必要もない parataxis であって、そこには因果や条件といった「隠された語義関係」が大量に含まれている<sup>90)</sup>。これはまた中国語の表現法における文化的特徴によるものである。

そのように考えれば、刑法 385 条 1 項の「……を収受し……を図る……」との記述の配置は、決して単なる立法者による誤りなどではなく、また二つの動詞の間に必要な関連付けを示す文法的要素が欠落しているとも考えることもできない。上述のように、このような動詞の配置構造には、語義上の「弱い」関連性が示されているのである。では、この『収受』と『謀取』（得るように図る）との関連に内包されているものは何だろうか。

ここで、現在問題とするテキストについて考えれば、逆接関係、説明関係そして比喩関係は除かれることになる。蓋し、これらの関係においては、そのような関係を示す副詞（または関係詞）を用いるか<sup>91)</sup>、または特定のコンテキストの存在が必要であるが、条文上そのような要素なり構造は見られないからである。そうすると、原因、結果、条件、目的及び単なる時間的順序、といった関係が考えうるが、少なくとも時間的順序関係は排除されよう。というのは、いわば水の流れるように句を連ねるこの方式は、一般に単純な叙述または描写において用いられるもので、それに何らかの関連付けの要素を加えることは凡そ不可能であるが<sup>92)</sup>、法律規範というテキストは、明らかにこのような範疇に属さないからで

89) 申小龙・前掲注 88)・273-274 頁参照。

90) 刘丹青「汉语的若干显赫范畴：语言库藏类型学视角」（『世界汉语教学』2012 年第 3 期）。

91) 申小龙・前掲注 88)・282 頁参照。

92) 胡明扬、劲松「流水句初探」（『语言教学与研究』1989 年第 4 期）参照。これはとりわけ漢詩中に名詞句が重ねられる場合に頻繁にみられる。これについて沈家焯「“零句”和“流水句”」（『中国语文』2012 年第 5 期）参照。

ある。すなわち、「……を収受し……を図る」という記述には、必然的な時間的前後の関係などはなく、これにより事後収賄を犯罪とするとしてもそれは文理に反するものではない。

### 5 文理解釈と実質解釈との結合——「目的的行為」

これまでの分析をまとめれば、『収受』と『謀取』（得るよう図る）の二つのフレーズ間の関係は目的関係に類似するように見えるが、二つのフレーズがそれぞれ動詞を含んでいるために、「……を得るよう図る」のフレーズにより代表されるものは主観的意義における目的に尽きるものではなく、「……を収受する」のフレーズが必要とする一定の効果をも含むものであって、それは客観的世界の一部分といえることができる。

このような効果を仮に「目的的行為」<sup>93)</sup>と呼ぶならば、それによって（新）客観的要件説と主観的要件説は統一されることとなる。蓋し、「……を得るよう図る」というのは、確かに行為者の意図及び目的であるが、このような目的は行為の上に現れるものであり、その行為は当然客観的だからである。それゆえ、「目的」という両者の結合点において、（新）客観的要件説と主観的要件説の融合が可能となるのである。

これはまさに中国語の言語上の特徴により許される解釈方法といえることができる。二つの動詞を連ねて用いる中国語の用法において、後ろの動詞が前の動詞の目的となる現象（例えば『坐火車上北京』（汽車に乗り北京に行く）、『去黒竜江插隊落戸』（黒龍江に行き隊に入り定住する）等）については、早くから学者の分析が見られていた<sup>94)</sup>。このようなフレーズでは、後ろの動詞は動作ではあるが、それが完全な動作である必要はない。というのは、上記の例で言えば、例えば遠く広州でたった今汽車に乗ったばかりの人も、自分は「汽車に乗り北京に行く」と言えるのであり、北京に行く切符を買いそれを使いさえすれば、そこに

93) 行為者の視点から見れば、収賄の最終目的は私利を満たすことであり、それは「……収受する」ことにより多く体现されることになる。しかし、条文の記述から見れば、「……を得るよう図る」というフレーズにのみ、立法者の視角における目的性が体现していると考えられる。

94) 芮月英「一种能颠倒的连动结构」(『鎮江師專學報(社會科學版)』1995年第2期)参照。

「北京に行く」というフレーズが示す意味が体现されることになる。このように、後ろの動詞は前の動詞の目的であり、かつその目的は一定の行動により体现されるが（例えば改札を通過することや北京行き汽車のホームへ向かうことなど）、それが完成される必要はない（北京への到着）。

「他人のために利益を得ようと図る」について、これが上記の「北京に行く」と類似した表現であるとすれば、問題はおおむね解決されることになる。とはいえ、「汽車に乗り北京に行く」というフレーズが非常にコンパクトであるのに比して、「……を収受し……を図る」とするフレーズでは、『収受』と『謀取』それぞれの述部はかなり長く、しかも読点を用いて隔てられており、このような違いが両者の類似性を認める障害にならないか、という点が問題となる。

とはいえ、この点についても、中国語の言語上の特徴に基づいて解決することができる。すなわち、これは動作フレーズが並行する1フレーズを複数フレーズ化するという言語的増殖現象であって、前述の『散点透視』（分散透視型）の手法において、多くの分散したフレーズが一つの完全な形にまとめられているものと同様であり<sup>95)</sup>、1文にまとめられていた動詞間の目的関係は、前段と後段の構成においても変わらないのである<sup>96)</sup>。

この点で興味深いこととして、肖中華は、語法的な角度からすれば、「他人のために利益を図る」ことが収賄罪の主観的要件であるならば、立法者はこれを「条文の冒頭に置く」べきである、と述べている<sup>97)</sup>。これは主観的要件説に対する疑問という角度から述べられたものであるが、主観・客観的要件説はいずれも「目的性」という点で統一が可能である、とする本稿の立場からすれば、このような疑問は客観的要件説に対しても向けられたものと言える。蓋し、中国語の一般的な用法では、目的的成分はより前の方の位置に置かれ、「文末の焦点」は主要な動作のために残されるからである。

しかし、全体の語感という視点から考察すれば、立法者が目的フレーズ（「……を図る」）を後ろに置いた理由が見出される。それは、行為フレーズ

95) 申小龙「汉语与汉民族思维的文化通约」（『社会科学战线』1993年第6期）参照。

96) 申小龙「论汉语句子的心理视点」（『语言教学与研究』1988年第1期）参照。

97) 肖中华・前掲注26）・163頁。



(「……を収受する」) と、「または」により区分されたフレーズ(「……を図る」)とを対偶的に配置するためである。音声において「抑揚と有気音・無気音を内包」する中国語にとって、語法的構造と音節そして「気・精神性」は必然的なつながりを持つものであり<sup>98)</sup>、言葉の韻律と対偶によるリズムは、中国語にとってとりわけ重要な意味を持っている。立法者は意識してか無意識かに関わらず、文言上の記述によりこれを踏襲することとなっている。

以上のことから、文理的角度から(新)客観的要件説と主観的要件説との争いには終止符を打つことができるだろう。「他人のために利益を図る」というのは確かに動作であり、(純粋な)主観的要件ではないが、この動作は明らかに「違法に他人の財物を収受する」という目的または意図を示すものであり、職務を利用して「他人の財物を収受する」ことと対価的關係を形成しようとする意図が表れているのである。

このような目的的行為——とりわけそれが動詞の配置構造の中で現れてくるときは、その語義においては完全性が求められることはない。つまり、「承諾」説は文理解釈においてもその合理性が認められるのである。そして、目的的行為(「承諾」)の語義上の不完全性のために、このような行為は挙動による即成という様相を有し、不能犯の場合を除き未遂形態は存在しえないこととなる。

## V 新司法解釈と「事後収賄」の問題

2016年の「解釈」13条1項は、「事後収賄」の場合に収賄罪の成立を認めるものであり、これは張明楷の主張と一致するものである<sup>99)</sup>。同条文によれば、職務執行時に対価的合意が形成されていなくても、行為者が実際に他人のために利益を図ったならば、刑法規定の「他人のために利益を図る」に当たるもの、とされている。しかし、私見では、このような理解は文理から見ても、また教義学的視点から見ても、疑問の残るところと言わざるを得ない。

まず、「解釈」における規定の趣旨についてであるが、それは以下のような

98) 申小龙・前掲注87)・8頁参照。

99) 張明楷・前掲注74)及び同前掲注70)・1211-1212頁参照。

る。すなわち、職務に係る事項について行為者が事後に他人から財物を収受したとすれば、それにより財物が関連行為の対価であったことが証明される。そこでは、行為者は「他人のために」他人から請託された事項を処理したのであり、財物はこれに対する「報酬」であって、行為者が既に「実際に」他人から利益を「取得」しているのだから、その「承諾」さえあれば「他人のために利益を図る」との要件を満たすことになる。2016年の「解釈」13条1項及び3項は、これを相互に確認するものとなっているのである。

しかし、この理解には、一つ重要な側面が欠けている。上述のように、条文上の『謀取』（得るよう図る）は主観と客観の統一された行為であって、それは語義の上で「承諾」に簡略化することができる。とはいえ、そこでは依然として主観の上である程度の認識が必要である。蓋し、『謀取』と『取得』は同じではないからである。

上述のように、『謀取』には「企み」の意味が含まれている。そのため、自らの職務行為が他人のために特定の利益を図るようなものであることについて、当事者が全く知らないとすれば、このような行為は客観的には特定の利益を実際に「取得」させるものであるとしても、そこに何らそれを企む要素がなく、『謀取』に当たらないことから、「解釈」13条1項の「実際に他人のために利益を図った」との要件を満たさないことになる。もちろん、行為者が一方的に他人のために利益を図る行為についても、それは文言上他人のために利益を図る行為に当たるものの、同様に職務関連行為との対価的合意という内容に当たらない、ということになる。

次に、張明楷は、「事」と「財」との間の主観的関連性について、それは事前に存在することに限定されるわけではなく、公務員が他人から利益を得た後に、それが自らの職務関連行為に対する不正な報酬であることを知りながら、それにもかかわらずそれを収受したのであるから、そこには十分に「事」と「財」との主観的関連性が認められる、としている<sup>100)</sup>。

しかし、この論理が成立するためには、『謀取』（得るよう図る）を行為と見な

---

100) 張明楷・前掲注70)・1212頁参照。

すことを放棄するか、または刑法学において求められる主観と客観の一致という要求を放棄しなければならない。蓋し、『謀取』が収賄罪において一つの行為であると考える以上、それに固有の主観的要素がその行為と同時に成立する必要がある、そうでなければ、本罪の行為無価値の評価において「事後の悪意」(dolus subsequens) が働くことになってしまう<sup>101)</sup>。

ここでは一例として、濃霧の中で自動車を運転する者が不注意で人をはねて死亡させたとき、はじめてそれがかねてから(交通事故を装って)殺そうと考えていた相手であったと気づいた、という場合について考えてみよう。この場合、純粋に客観的な角度から見れば、事故であれ殺人であれ同様の行為が全く同様の結果をもたらすことになるが、この交通事故を殺人行為であるとする者はあるまい<sup>102)</sup>。行為者が結果を事後的に追認するとしても、それは行為の主観的側面における性質を変更するものではないのである。

同様に、行為者が職務関連行為時に、他人の財物の対価として行為を行っていることを知らないならば、行為者は他人の利益を「図る」ものではなく(純粋に客観的に見れば、行為者は正しく他人に利益を「得させた」ことになるが)、事後に行為者がそれに気づいたとしても、それは既に生じた事項の性質を変えるものではない。

ここでは、大陸法系の国家で「事後収賄」について収賄罪の成立を認めていることについて、若干説明する必要があるだろう。ドイツの刑法を例にとると、2種類の収賄罪の構成要件について、いずれも対価的合意の形成時期について定めており、事後に初めて対価的合意が形成されたときは、収賄罪の成立のための要件を満たさない<sup>103)</sup>。但し、ここでいうところの、合意の形成時期が賄賂の收受よりも後でなされる、ということと、「事後収賄」とは異なるものである。ドイツ連邦最高裁(BGH)の判例では、収賄罪の構成要件において、行為者は既に生じたかまたは今後発生する職務行為について対価を收受することが必要である、

101) Vgl. z. B. U. Kindhaeuser, Strafrecht AT, Baden-Baden 2006, Rn. 13/8-9.

102) 収賄罪にとって重要でない類の犯罪論における責任の位置づけといった無用な議論に陥ることを避けるため、ここでは本件事故が純粋に予期せぬ事故であったと仮定しておく。

103) M. Korte (Fn. 35), Rn. 95.

とされている<sup>104)</sup>。つまり、「事後収賄」は収賄罪を構成するのである。

このような理解は、ドイツ刑法における収賄罪の構成に関する記述及びその構造に関わりがある。ドイツ刑法331条（職務上の義務に違背しない収賄罪）1項の規定では、「公務人員または公務に関し特に義務を負う人員が、職務の履行に関して自らまたは第三者のために利益を求め、約束または収受したときは、3年以下の自由刑または罰金に処す」と規定されている。このように、ドイツ刑法において（職務上の義務に違背しない）収賄罪の構成要件に含まれる行為は一つだけである（要求、約束または収受の三者択一）。条文上、そこでの対価関係の形成は「職務の履行に関して」という要件を通じてあらわされているが、それは行為ではない。さらに言えば、この要件は、1997年に収賄罪の成立要件を緩和するために行われた改正の結果であり、これは「違法約定条項の緩和」（Lockerung der Unrechtsvereinbarung）と称されている<sup>105)</sup>。

このようなことから、行為者が事前に請託者による請託事項について知ることなく、客観的には請託者に有利な職務行為を行い、その後請託者に「お礼」をされた場合、「お礼」が職務行為に向けられているものでありさえすれば、それが「要求」や「約束」さらに「収受」の前に行われていたとしても、「職務の履行に関して」との要件を満たすことになる。

ここからも明らかなように、ドイツの刑法が「事後収賄」を罰する根本的な原因は、「職務の履行に関して」という要件における非対称性（asymmetrisch）<sup>106)</sup>のために、そこでは「請託者の利益のために職務を履行する」という要件が必要でない、というところにある。その際、公務員の職務の履行が行為者の賄賂の対価である必要はないが、行為者の賄賂は必ず公務員の職務の履行への対価でなければならない、ということになる。

これは、中国の刑法に規定する「他人のために利益を図る」とは全く異なる。思うに、現行刑法の「他人のために利益を図る」との要件が改正されない限り、「事後収賄」が収賄罪を構成することに無造作に賛同することには、罪刑法定原

---

104) BGHSt 32, 290 f. = NJW 1985, 391.

105) G. Heine/J. Eisele/Schoenke-Schroeder Kommentar StGB (2014), § 331 Rn. 35.

106) Vgl. L. Kuhlen/Schoenke-Schroeder-Kommentar StGB (2014), § 331 Rn. 93.

則に悖る恐れがあり、慎重な考察が求められる。

さらに、上述の分析を振り返れば、「他人のために利益を図る」は目的的行為であり、語義の点での完全性は必要ではない。それは「承諾」説の合理性の基礎をなすものであるが、この「承諾」説の核心的内容は、「違法な対価関係」を通して表現されることになる。そしてこれにより、関連する議論の論点について最大公約数を得ることができたのである。

但し、だからと言って、中国の刑法の文脈において、「他人のために利益を図る」という動詞フレーズ（段）の語義が、ドイツ刑法におけるような不法な対価関係自体に収められる、ということにはならない。蓋し、行為は関係を体現しようとしても、行為は関係自体ではないからである。

「他人のために利益を図る」を以て目的的行為であるとするとき、それは並列の関係にないことから、中国語の文法では動詞の連続的配置構造において目的と手段の論理関係を倒置することができない。例えば「汽車に乗って北京に行く」との文章を、「北京に行って汽車に乗る」との語順にするならば、その事物と論理の構造は全く異なるものになり、元の叙述と全く異なる内容になってしまい、変更後の文章からは、「北京に行く」から目的という意味が失われることになる<sup>107)</sup>。

このようなことからすれば、「違法に他人から財物を収受し、他人のために利益を図る」について、これにより「事後収賄」も認められると考えるなら、それは「他人のために利益を図り、(のちに改めて)違法に他人から財物を収受する」ということになり、「他人のために利益を図る」には目的としての意味が失われることになる。しかし、「他人のために利益を図る」が持つ目的という意味が失われれば、それは二つの結果を招き、その二つの結果はさらなる連鎖反応をもたらすことになるのである。

まず、「……を図る」という行為を文理上「承諾」に収めさせることができる、ということの説明が困難になり、既に形成された学説の最大公約数たる理解の語義的基盤が崩れることになる。

---

107) 芮月英・前掲注94) 参照。

次に、「他人のために利益を図る」から目的としての意味が失われることにより、「他人の財物を収受する」と並列的に配置された構造は、時間的順序によるものと考えざるを得なくなる。その結果、まず「先に」財物を収受し、しかる「後に」財物を収受することが必要である、という問題に逆戻りすることになる。つまり、「事後収賄」の問題は、それが語順に適合しないということではなく、それが語句の間の論理関係に適合しないところにあるのである。

さらに、「事後収賄」は、収賄罪の保護法益の侵害に至っていない。蓋し、その職務行為は、本来の職務権限に基づいて正常に行われたものであり、何ら違法な取引の影響を受けたものではない。そのため、他者の潜在的な合法的利益を排するものではないのである。もし、職務行為が行為者自身の権限によるものであっても、故意または過失による義務違反が生じていたならば、そこでは職権乱用罪または職務懈怠罪などの適用を考えることができる。もちろん、事後に財物を収受する行為は、感情的にもまた道理からしても非難すべきものであるが、現行刑法下で単純な「歓心のための付け届け」の処罰が難しいのと同様に<sup>108)</sup>、問題の解決には現行条文の改正を要する、ということになるだろう。

以上のように、現行刑法の枠組みの下で「事後収賄」が収賄罪を構成するか、という点については一層の考察が必要であり、関連の司法解釈がその立論の基礎に据える思考法について更なる議論を行う必要がある。これは決して、単なる刑法条文中の記述順序の問題（「……を収受し」が先にあり、「……を得よう図る」が後にある）などではなく、むしろ幾つかの文理についての教義学的考察なのである。現行法の規定の枠組みの中で、「事後収賄」が収賄罪を構成するとの結論を得るためには、目的論的解釈を用いて司法の構成要件に対する理解を導くことが必要となるが<sup>109)</sup>、それは正に、このような理解が本罪の文理との間に一定の矛盾をはらむことを、逆の方向から証明するもの、ということができる。思

---

108) 2016年の「解釈」15条2項では、「国家工作人員が職務上の便宜を利用して、請託者のために利益を図り、その前後に多数回に渡り請託者から財物を収受した場合には、請託を受けるより前に収受した財物の価額が1万元以上であるときは、これも併せて収賄の価額を計算する」と規定されている。これは司法的な角度から問題を部分的に解決しようとするものであるが、そこではなお一定の制的条件を満たす必要がある。

109) 張理恒：《受贿若干疑难问题认定之解析》，载《中国刑事法杂志》2013年第6期。

うに、目的論的解釈は文理解釈の上でのみなしうのものであって、立法者による言語的記述を離れることはできず、また教義学的側面からの制限をも受けるものである。

もちろん、行為者と請託者との約束が先行するならば、職務関連行為の履行がどの時点で行われたとしても、それは「他人のために利益を図る」ことに該当し、どの時点で財物を収受したかは問題とはならない。その点からすると、2000年7月13日の最高人民法院による「公務員が職務上の便宜を利用して他人のために利益を図り、離職・退職後に財物を収受した場合についての処理に関する問題についての回答」が論理整合的であったと言える。すなわち、そこでは事前に約束があって、初めて事後（離退職後）の財物収受について収賄罪が成立するとされているが、それは実際のところ事前の「利益を図る」行為について合理的な境界を画するものと言えるのである。

事前の約束に限定することが厳格にすぎるかどうかは検討を要することではあるが、少なくとも上記「回答」では、行為者が事前にまったく情を知らないという場合については除外されている。実務の現状から見たとき、2016年の「解釈」にいう「事後」に「離退職後」が含まれることとなっており、この点に関する2000年の「回答」の効力は既に2016年の「解釈」に取って代わられることとなっているが、それが十分な理論的根拠ないし配慮を伴うものと言えるか、疑問なしとしないのである。

\* 本稿は武漢大学教育改革プロジェクト「刑法カリキュラムにおいてドイツの考察方式をモデルに思考トレーニングを行う方法についての研究」(JG201419)の成果である。