

二．楊延虎等の貪汚事件

——指導性案例第11号事件における「財産性利益」
「職務上の立場を利用する」の判断基準を中心に——

1．背景紹介

中国の「貪汚罪」に対応する日本語は存在しない。中国の現行刑法（1997年刑法）においては、「貪汚罪」と「賄賂の罪」は共に刑法典の第八章「貪汚賄賂罪」に規定されている。中国の旧刑法（1979年刑法）においては、「貪汚罪」は財産犯罪に属し、賄賂罪は汚職罪に属していた。貪汚罪と賄賂の罪は法益侵害性が重大なので、これらを重視していることを強調するため、現行刑法では貪汚罪と賄賂の罪が独立の章として規定されている。

「貪汚罪」と「賄賂の罪」の法益は公務員の職務行為の清廉性、公務員の職務行為の不可買収性であるとされる。このうち、「貪汚罪」は職務上の立場を利用して公的財物を取得する行為であり、公務員の職務行為の清廉性を侵害するとともに、公的財物も侵害する。立法上の観点からすると、「貪汚罪」の第一義的な法益は財産であり、公務員の職務行為の清廉性は二次的な法益であるとされる⁽¹⁾。

日本の「汚職罪」は職権濫用の罪と賄賂の罪を含んでいるが、「貪汚罪」という罪名は存在しない。中国の「貪汚罪」に当たる犯罪は財産犯罪として規定されている。例えば、窃盗罪、詐欺罪あるいは業務上横領罪がこれに該当する。中国の「貪汚罪」に最も類似している犯罪は業務上横領罪である。「貪汚罪」と汚職罪には以下のような共通点と相違点がある。

第一に、侵害法益は物の委託者と受託者の委託信任関係および委託者の所有権とされる。ただし、中国の「貪汚罪」における「委託信任関係」は、公民の公務員に対する委託信任関係であるので、これはすなわち公務員の職務行為の清廉性、公務員の職務行為の不可買収性を保護するためのものである。

(1) 張明楷『刑法学（第四版）』（法律出版社，2011年）1044頁。

第二に、犯罪客体は業務上自己の占有する他人の物である。占有は事実的な所持だけではなく法律的な支配をも含む。中国の「貪汚罪」において、占有は公共の財物を主管し、管理し、経営し又は取り扱う行為を指す。また、「貪汚罪」における「業務」は職務であり、「他人の物」は公共財物である。

第三に、犯罪主体は特定の身分が要求される。両罪の犯罪主体は「他人の物を業務上占有する者」である。以上の犯罪客体の比較によれば、中国の「貪汚罪」の犯罪主体は「職務上占有する公共財物を不法に領得する者」となる。

第四に、犯罪の実行行為は「横領」行為を含む。本罪の実行行為たる横領とは、委託の趣旨に反して、財物に対し権限がないのにほしのままに所有者のような処分行為（領得行為）をすることをいい、費消・抑留などの事実上の処分行為と売却・交換などの法律上の処分行為を含むとされる⁽²⁾。中国の「貪汚罪」における「着服」行為は実質的に「横領」行為に等しいといえる。しかし、中国の「貪汚罪」には、「横領」行為のほか、窃取行為、騙取行為も含まれる。すなわち、中国の「貪汚罪」とは、公務員が職務上の立場を利用して、着服、窃取、騙取又はその他の方法により公共の財物を不法に領得する犯罪なのである。

このように、中国の「貪汚罪」は財産犯罪の性質を持っているが、公務員の職務行為の清廉性、公務員の職務行為の不可買収性にも関連し、汚職罪と一緒に規定されるので、論述の便宜上、以下では中国の「貪汚罪」を「汚職罪」と呼ぶことにする。

2. 事実の概要

被告人楊延虎は1996年8月から浙江省義烏市市委常委を担当してきた。2003年3月から義烏市人大常委会副主任を担当していた。2000年8月から中国小商品市場（2003年3月から中国義烏国際商貿城と称される）建設指導組の副組長および指揮部の総指揮者も担当していて、指揮部のすべての業務を指揮していた。2002年に楊は義烏市共和村で工事が行われるという情報を手に入れて、その村の住居を買って、自分の職務上の立場を利用して、当該住居が取り壊されるとき、立ち退き賠償を騙取することを決意した。楊延虎と王月芳（楊延虎の妻の妹）、鄭新潮（王月芳の夫）と共謀した後、王月芳、鄭新潮は共和村の王

(2) 曾根威彦『刑法各論（第5版）』（弘文堂、2012年）169頁。

を通じて、王月芳の名義で共和村における趙氏の住居を買った。面積は61.87平方メートルである。2003年3、4月の頃に、買った住居を王月芳の財産として確認するため、楊廷虎の示唆によって、鄭新潮は再びに共和村の王を尋ねて、王を通じて、共和村の村民委員会に買った住居が王月芳の財産であるという虚偽の証明書を提出させた。楊廷虎は職務上の立場を利用して、中国義烏国際商貿城建設指揮部の中で土地確認業務を担当していた副総指揮者、義烏市国土資源局副局長である呉と中国義烏国際商貿城建設指揮部の土地確認科の職員に土地確認に関する事項で王月芳の世話をさせた。そして、中国義烏国際商貿城建設指揮部は王月芳の買ったばかりである住居を王月芳の従来から所有している財産として確認した。此後、被告人楊廷虎は鄭新潮、王月芳と共謀して、楊廷虎の妻の父の王氏に属する立ち退き賠償対象としての25.5平方メートルの土地の確認を受けた上で、楊廷虎は王月芳等がサインした申請書を偽造し、「楊廷虎の妻の父の王氏は王月芳と90.2平方メートルの住居を共有し、二人は1986年に分家し、楊廷虎の妻の父は36.1平方メートルの住居を得て、王月芳は54.1平方メートルの住居を得たので、関係部門がこの前に確認した楊廷虎の妻の父に属した25.5平方メートルの土地、王月芳に属した64平方メートルの土地の事項に間違いがある」という事実を偽造し、義烏市国土資源局に以前の確認結果を改正させた。此後、楊廷虎は職務上の立場を利用して、中国義烏国際商貿城建設指揮部を唆して、その偽造した申請書を確認させ、さらに義烏市国土資源局と義烏市政府の許可を得た。そうすると、王月芳と楊廷虎の妻の父の王氏はそれぞれ72平方メートルと54平方メートル（総計126平方メートル）の建設用地を得た。楊廷虎の妻の父の王氏はもともと36平方メートルの建設用地を得ることができるはずだったので、90平方メートルの建設用地は違法なものである。2005年5月に、楊廷虎等は24.552万元の費用を支払った上で、国際商貿城の立ち退き区域において立ち退き賠償としての72平方メートルの土地を得た。この土地は国有土地であり、国有土地使用権の譲渡を通じて、国民に使用させる。この土地使用権の価値が1平方メートル当たり35270元に値すると評価される。楊廷虎等は立ち退き賠償としての72平方メートルの土地を不法に手に入れており、253.944万元の価値に相当する。支払った費用の24.552万元を差し引くと、最終的な不法所得は229.392万元となる。

その他、2001年から2007年までの間、被告人楊廷虎は職務上の立場を利用して、他人に財物を要求し、又はこれを不法に収受し、他人のために利益を図った。他人に要求し又は不法に収受した財物の価値は57万元である。

第 1 審（浙江省金華市中級裁判所（2008）金中刑二初字第30号）は、①被告人楊延虎を汚職罪（刑382条 1 項）として懲役15年と財産没収20万元に処した；賄賂罪として（刑382条 1 項，386条——報告者注）懲役11年と財産没収10万元に処した；併合して懲役18年と財産没収30万元に処した。②被告人鄭新潮を汚職罪として懲役 5 年に処した。③被告人王月芳は汚職罪として懲役 3 年に処した。被告人三人は上告したが，浙江省高級裁判所は上告を棄却した。

3. 判決要旨

（1）判決理由

被告人楊延虎は国家公務員として，浙江省義烏市市委常，義烏市人大常委会副主任，中国義烏國際商貿城建設指導組の組長および指揮部の総指揮者を担当していた。これらの職務上の立場を利用して，被告人鄭新潮，王月芳と共謀して，事実を偽造する方法によって，国有土地使用権を騙取して，公共的財物を不法に占有した。被告人三人の行為は汚職罪となる。

（2）「職務上の立場を利用する」について

汚職罪における「職務上の立場を利用する」とは，職務上で公共の財物を主管し，管理し，経営し又は取り扱う権力を用いることである。公共の財物の主管，管理という職務上の立場を利用する本人の行為のみならず，職務上で従属関係がある下級の国家公務員の職務上の立場を利用することも含まれる。本件で，楊延虎は本人の職務上の立場を直接利用しなくても，彼に従属する下級職員に職務上の立場を利用させて，不法に楊延虎等の土地権利を確認させた。この楊延虎の行為も「職務上の立場を利用」する行為に属する。

（3）財物と財産性利益について

土地使用権は財産的性質を持つ利益であるので，中国刑法第382条 1 項における「公共の財物」に属し，汚職罪の対象となる。「中華人民共和国土地管理法」第 2 条，第 9 条の規定によれば，中華人民共和国において土地制度は社会主義公有制度である。すなわち，全人民所有制と労働大衆の集団所有制である。中華人民共和国の土地は法により組織と個人に使用させることができる。土地を占有し，使用し，開発し，経営し，交易し，流通することによって，それに応じた収益を得ることができる。従って，土地使用権は財産的性質を持つ

利益であり、国有土地にせよ、集団所有土地にせよ、いずれも中国刑法第382条1項における「公共の財物」に属するとされる。

4. 解説

判決要旨における裁判所の主旨は基本的に妥当であるといえる。しかし、その理由の説明は不十分であるので、以下でさらに詳しくその判決理由を検討する。その他、判決要旨に触れられている点以外にも検討すべき問題が存在する。例えば、汚職罪の対象、主体と行為態様等に関する問題である。これらの問題も以下であわせて検討する。他方、本件では賄賂罪に関しては問題になっていないので言及しないことにする。

（1） まず検討すべき点は、土地使用権が汚職罪における「公共の財物」に属するかという問題である。

「中華人民共和國城鎮国有土地使用權出讓と転讓暫行条例」の第8条によると、土地使用権の譲渡とは、土地所有者としての国家が土地使用権を一定期間土地使用者に譲り、かつ土地使用者が国家に土地使用金を支払うことである。したがって、土地使用権は土地に関する財産的利益である。土地使用権はもともと国家の権利であるので、「公共の財物」における「公共」という性質を持っている点に問題はない。問題となるのは、土地使用権という財産的利益が、「公共の財物」における「財物」に属するかということである。

財産的利益とは、財物以外の財産的な価値のある利益である。例えば、債務の引き受けをさせ、債権を取得し、債務の保証をさせること、債権者を殺害して返済を免れること、暴行・脅迫により代金の支払いを免除させること、白タクの料金、宿泊料金を免除させること、債務の履行期を延期させること、労務・サービス提供させること等である。

第一に、財産的利益は法により保護されている重要な利益の一つであるので、財産犯罪の対象として現実的な妥当性を有している。なぜならば、財産的利益は狭義の財物と同様に、人の需要を満たすことができるからである。この意味において、財産的利益は狭義の財物と実質的な差異が存在しない。かつ、財産的利益は財産的価値を有し、現金や狭義の財物と交換が可能である。

第二に、刑法と民法の関係からみると、刑法によって財産的利益を保護すべきである。刑法の謙抑性原則からすると、他の法律によって違法行為を抑制す

れば足りる場合、この違法行為が犯罪行為として規定される必要はない⁽³⁾。従って、もし民法によってすべての財産侵害行為を抑制できるのであれば、刑法において財産侵害行為を犯罪として規定する必要はない。しかし民法だけで債権その他の財産的利益を保護できない場合は多い。他方、中国刑法第2条において財産を保護する旨が明示され、第13条において財産を侵害する行為が犯罪となることを規定している。また、第20条、第21条においても間接的な財産の保護が示されている。従って、民法による財産に対する保護が不十分である場合、刑法によって財産を保護すべきである。

第三に、各国の立法例からみれば、財産的利益は保護に値する対象となっている。例えば、日本の刑法典第246条の詐欺罪の対象は財物しか規定されていないが、本条の2項において「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。」と規定されている。ドイツ刑法典第263条の詐欺罪の対象は「財産」であるが、この「財産」は動産、不動産等財物と財産的利益を含むとされる。

それでは、中国刑法典における「財物」に財産的利益を含むべきか。財産犯罪の客体とする財物について、有体性説⁽⁴⁾と管理可能性説⁽⁵⁾という二つの考え方が存在する。中国においては、物理的管理可能性説が有力説となっている⁽⁶⁾。汚職罪は職務上の立場を利用する財産犯罪であるので、本質は財産犯罪である。従って、汚職罪における「財物」の範囲は一般的な財産犯罪における「財物」の範囲と一致すべきである。中国の一般的な財産犯罪は刑法典各則の第五章において規定されている。

財物の意義について、中国刑法典において直接に規定されていないことに関して、刑法典第91条と第92条において、分類として「公共財産」と「私人財産」を規定している。その中で、第92条の四号に「法により個人が所有する株式、株券、債券その他の財産」が国民の私的財産に属することが規定されている。「株式、株券、債券」は財物に属さず、財産的利益に属するので、中国の刑法典における「財産」は財産的利益を含むことが確認できる。刑法典各則の

(3) 張明楷『刑罰の基礎観念』(中国検察出版社、1995年) 143頁。

(4) 曾根威彦『刑法各論(第5版)』(弘文堂、2012年) 104頁。

(5) 大塚仁『刑法概説各論(第3版増補版)』(有斐閣、2005年) 170頁；大谷實『刑法講義各論(新版第2版)』(成文堂、2007年) 178頁。

(6) 張明楷『刑法学(第四版)』(法律出版社、2011年) 841頁。

第五章の財産犯罪のタイトルは「侵害財産罪」である。しかしながら、第92条において「この法律において国民の私有財産」という文言があるが、刑法各則において「私有財産」という用語は用いられない。侵害財産罪の対象を言及するすべての場合において「公私財物」という用語が用いられている。

「財産」という用語は複数の意義を持っている。第一に、貨幣価値を有する権利客体を指す場合である。この意義における「財産」は、有体物と一致する。第二に、人間の物に対する所有権を指す場合である。第三に、物と権利の全体を指す場合である。この意義において、所有権は財産の一種であるに過ぎない⁽⁷⁾。中国の法律における「財産」は複数の意味で用いられる。現代社会における財産の範囲は、単なる有体物の占有から、主体が有する利益にまで至る変化が起きた。財産は主体が有する物に対する権利（所有権およびその他の排他的権利）或いは他人に対する非人身的な権利（債権およびその他の財産的性質を有する請求権）である⁽⁸⁾。そうすると、刑法各則の第五章の保護法益は、財産的利益を排除するわけではない。

実際、中国の刑法において、財物と財産性利益とは明確に区別されていない。むしろ、この二つの概念は同じ意義を持っているものとして用いられている。例えば、中国刑法第64条に「犯罪者が違法行為によって取得したすべての財物は、これを追徴し又は賠償を命じなければならない。被害者の合法的財産は、速やかに返還しなければならない。禁制品及び犯罪に用いた本人の財物は、これを没収しなければならない。没収した財物及び罰金は、一律に国庫に帰属し、これを流用し又は無断で処分してはならない」と規定されている。その中での「犯罪者が違法行為によって取得したすべての財物」は狭義の財物だけでなく、財産的利益も含む。狭義の財物のみ追徴し財産的利益を追徴しないということは不可能である。ここでの「すべての財物」を財産として理解することで、「被害者の合法的財産は、速やかに返還しなければならない」という表現と調和させることができる。もう一つの例として、中国刑法第224条に「次に掲げるいずれかの事情により、不法領得の目的で、契約の締結又は履行の過程において、相手方の財物を騙取した者は、数额が比較的大きいときは、3年以下の有期懲役又は拘役に処し、罰金を併科し又は単科する；……（4）相手方から貨物、融資金、頭金又は担保財産を受け取った後に、持ち逃げした

(7) 王利明等『民法新論（下）』（中国政法大学出版社、1988年）33頁。

(8) 馬俊駒、梅夏英「財産制度的歴史評価と現実思考」中国社会科学1号（1999年）90頁。

こと；……」と規定されている。ここでの担保財産は財物だけではなく、財産的利益も含む。従って、前に「相手方の財物」という用語を用いるため契約詐欺罪の対象は財物であるように考えられるが、後の担保財産という用語は契約詐欺罪の対象に財産的利益をも含むことを明確にしているのである。

その他、物権的利益は狭義の財物と同一視すべきである。狭義の財物を侵害する行為は、現実にも所有権と占有を侵害する行為である。所有権は占有、使用、収益、処分という四つの権能を含む。かつての社会において、財物を利用する方法は画一的であり、所有権全体を譲渡することによって他人に物を利用させなければならなかった。しかし現代の社会において、用益物権（例えば土地使用权）又は担保物権の設定によって、所有権の一部の権能を譲るという方法によって他人に物を利用させることができる。国有土地使用权は国家により土地所有権の一部の権能としての占有と使用权能を国民に譲る物権的権利である。従って、国有土地使用权は国有土地所有権と同様に法により保護されるべき利益である。国有土地所有権の価値を肯定したならば、国有土地使用权の価値を否定することはできない。従って、国有土地使用权は財産的利益の一種として、汚職罪の対象となる。

（2）次に、汚職罪の構成要件について検討したい。まずは主体要件について検討する。

1) 汚職罪の行為主体は公務員である。中国刑法第93条によると、公務員には二つの特徴がある。一つは、公務員は必ず国家机关、国有の会社、企業、事業体、人民団体における者又は国家机关、国有の会社、企業若しくは事業体から非国有の会社、企業、事業体、社会团体に派遣された者である。もう一つは、法律に基づいて公務に従事する者である。以下で、被告人楊廷虎（以上で「楊」と称する）の身分が公務員の条件に満たすかということを検討する。

第1に、義烏市市委常委としての身分について検討する。市委は国家机关に属するかという問題を検討しなければならない。義烏市市委常委の正式な名称は中国共产党義烏市委員会常務委員会委員である。2003年11月13日に最高裁判所により頒布された「全国法院審理經濟犯罪案件工作座談會紀要」における汚職罪主体についての説明によると、郷以上の中国共产党機関、人民政治協商會議機関において公務に従事する人員も、国家机关の公務員とされる。中国共产党義烏市委員会は郷以上の中国共产党機関に属する。その常務委員会は中国共产党義烏市委員会を代表して職権を行使する。この常務委員会の委員が常務委

員会において組織、指導、監督、管理等の職権を行使する場合、国家機関の公務員に属する。

第2に、義烏市人大常委副主任としての身分について検討する。義烏市人大常委の正式な名称は義烏市人民代表大会常務委員会である。国家機関は中央と地方の国家権力機関、行政機関、司法機関と軍事機関を含む。国家権力機関は人民代表大会である。人民代表大会常務委員会は人民代表大会を代表して職権を行使する。人大常委副主任は人大常委において組織、指導、監督、管理等の職権を行使している。従って、義烏市人大常委副主任も国家機関公務員に属するので、国家公務員の一つである。

第3に、中国義烏国際商貿城建設指導組の副組長およびその指揮部の総指揮者としての身分を検討する。中国義烏国際商貿城建設指導組は市政府によって国際商貿城建設工事が順調に進むことを確保するために設立された機構である。指導組の下で権利確認科を設立し、土地権利を確認する職権と、建設用地を審査し報告する職権を担う。当該指導組の主要職権は中国義烏国際商貿城の区域における住居を取り壊し、住民を移転させることである。つまり、中国義烏国際商貿城建設指導組は国家行政職権を行使する機構である。2002年12月28日に全国人民代表大会常務委員会により頒布された「關於『中華人民共和國刑法』第九章汚職罪主体適用問題的解釈」によると、法律、法規に基づいて国家行政職権を行使する機構において公務に従事する者を国家機関公務員としている。中国義烏国際商貿城建設指導組は国家行政職権を行使する機構であるので、その機構において組織、指導、監督、管理等の職権を行使する者は国家機関公務員に属する。

そうすると、楊は国家機関あるいは国家行政職権を行使する機構において公務に従事する者であり、公務員の身分を備え、汚職罪の主体要件を満たすことになる。

次に行為要件について検討する。汚職罪は職務上の立場を利用しなければならない。職務上の立場を利用するというのは、職務上で公共の財物を主管し、管理し、経営し又は取り扱う権力を用いることである。

中国の汚職罪における「職務上の立場」は、日本における賄賂罪の「職務行為」とほぼ同じ意味を持っている。つまり、「職務上の立場」とは、公務員がその地位に伴い公務として取り扱うべき一切の執務を言う⁽⁹⁾。公務員の職務（権限）は法令上付与されるものであるが、そのすべてを列挙することは現実

的には不可能・不合理であり、公務員が与えられた任務の達成のために公務員としての立場で行う法令上認められた職務行為に準じる行為や、事務分担に関する内規や合意等に基づいて行う事実行為も「職務行為」に含まれると解さざるをえず、その範囲は、権限を付与する法令全体の趣旨により決されることになる⁽¹⁰⁾。「職務行為」は、それ自体の適法性・違法性を問わないし、当該公務員の一般的職務権限に属するものでなければならないし、また、それで足りる。一般的に、以下の類型を含む。すなわち、本人が公共事項を直接的に管理し、参与する職務権限、職務権限の濫用から生じる立場、本人の主管する下級機関の職務権限、上級機関にいる本人が下級機関の制約力、監督地位にいる本人が非監督機関に対する制約力等である⁽¹¹⁾。

本件の楊の行為において、①中国義烏国際商貿城建設指導組に王月芳が買った住居の所有権を確認させて、義烏国土資源局に報告した行為と②中国義烏国際商貿城建設指導組の公務員に偽造した申請報告を確認させて、義烏国土資源局と義烏市政府の認可を受けた行為は職務上の立場に及ぶ行為である。

行為①と行為②は中国義烏国際商貿城建設指導組が有する、土地権利を確認し、建設用地を審査し報告するという職務上の立場を利用したものである。しかし問題となるのは、楊が自ら不正な職務行為を行ったわけではなく、具体的な関係機構に不正行為を行わせている点である。「職務上の立場を利用する」ことにおける主管とは、公共の財物を振り分けて、配置するという公共の財物を支配する職務活動である。そうすると、公共の財物を主管するということはかならずしも具体的に公共の財物を管理することを意味しない。主管者の不正職務行為が直接管理機構を通じて実施しても、主管者の自らの不正職務行為とみるべきである。

中国の「職務上の立場」の「主管」は、日本の「職務行為」の一般的職務権限とほぼ同じである。つまり、公務員が具体的に担当している事務でなくても、当該公務員の属する組織及び官職の所掌事務である限り、「職務行為」に該当する。例えば、内閣総理大臣が運輸大臣に対して民間航空会社に特定機種の航空機の選定購入を勧奨するよう働きかけることは職務行為に当たる。最判平成7年2月22日(刑集49巻2号1頁)は、総理大臣が、特定の航空会社に航空機の購入を勧奨する行政指導をするよう運輸大臣を指揮することについて現

(9) 最判昭和28年10月27日刑集7巻10号1971頁。

(10) 大阪高判昭和54年11月16日刑月11巻11号1329頁。

(11) 孫国祥「利用職務上便利新論」法学論壇6号(2011年)104-108頁。

金5億円を収受したという事案に関し、①機種選定に関する行政指導が運輸大臣の職務の範囲に包含され「公務員の職務権限に基づく職務行為である」と明示し、②総理大臣は、憲法、内閣法に規定されている地位及び権限から、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に随時一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限があるとして、運輸大臣を指揮監督してこのような行政指導をさせる権限を有していたとした。つまり、総理大臣は具体的な航空機の購入に関する職務権限はないが、指導、助言等の「主管」権限があるので、「主管」権限に基づいて、航空機の購入に対して影響を与える行為は職務行為に属する、すなわち、職務上の立場を利用した行為に属する。

中国においてとても重大な事案としての「胡長清案」について、「職務上の立場」には直接に管理しない場合も含むと認められた。被告人胡長清（以下で「胡」と称する）は、江西省の副省長を担当した期間、江西省において一つの国有性質の銀行の管理者に、その銀行で務めていた一つの職員をより軽く処分してくださいと指示した。銀行職員の処分権限は胡の直接な管理権限に属しない。しかし、胡は、江西省の副省長として、江西省において国有性質の銀行に対して、一般的な職務権限をもっていて、つまり主管権限をもっているため、指示行為は「職務上の立場」を利用した行為に属する、とされる⁽¹²⁾。

（3）最後に結果要件について検討する。汚職罪の客観的行為は必ず着服、窃取、騙取又はその他の方法により公共の財物を不法に領得した行為である。

着服とは、横領の意味と基本的に同一である。つまり、職務上の立場によって占有し、管理している公共の財物を自分の物又は第三者の物として領得することである。着服とは公共の財物に対する事実的処分と法律的処分を含む。例えば、会計の仕事をしている人は入金を記録しない場合に、自分の財物として領得したということになる。窃取とは、他人が占有する財物をその者の意思に反して、職務上の立場を利用して、自己又は第三者の占有に移すことをいう。行為者と他人とが共同で公共の財物を占有する場合に限り、行為者が職務上の立場を利用してその公共財物を窃取する行為は汚職罪における「窃取」といえる。騙取とは、職務上の適法な方法を装って欺くことで、処分権のある

(12) 周道鸞「胡長清受賄、行賄、巨額財産来源不明案」中国審判2号（2009年）61-63頁。

人を錯誤に陥れて、財物を交付させることをいう。例えば、中国刑法第183条2項によると、国有保険会社の職員、又は国有保険会社から非国有保険会社に派遣されて公務に従事する職員が、職務上の有利な立場を利用して、発生していない保険事故を故意に捏造し、虚偽の賠償処理を行うことによって、保険金を騙取したとき、この行為は汚職罪における「騙取」に属する。その他の方法とは、着服、窃取、騙取以外の他の職務上の立場を利用する方法を指す。

では、楊は職務上の立場を利用して具体的にどの方法を通じて公共の財物を不法に領得したのだろうか。本件の「公共の財物」は国有土地の使用権である。国有土地使用権の領得には関係機構の審査が必要である。本件の事実からみると、本件の国有土地使用権の審査は中国義烏国際商貿城建設指導組から義烏市国土資源局と義烏市政府まで段階ごとに手順を踏んで行わなければならない。ただし、中国義烏国際商貿城建設指導組は国有土地使用権の審査において第一段階の職権を担う。義烏市国土資源局と義烏市政府は中国義烏国際商貿城建設指導組の意見を基づいて重ねて審査を行う。

「中華人民共和國城鎮国有土地使用権出讓と転讓暫行条例」第9条によると、国有土地使用権の譲渡は、市と県の政府によって行われる。第11条によると、国有土地使用権の出讓契約は市県の政府の土地管理部門と土地使用者との間で結ばれる。以上の規定からみると、国有土地使用権は国家が持っている権利であり、市と県の政府が国家を代表して権利を行使する。つまり、国家土地使用権の譲渡の決定権は市と県の政府の権限であり、中国義烏国際商貿城建設指導組の権限ではない。中国義烏国際商貿城建設指導組は土地の確認権限と審査権限を持っているが、最終的な決定権を持っていない。楊は義烏市市委において任についているが、中国では市委と市政府の職権が重なる場合が多いので、楊が義烏市政府の土地管理部門を主管する可能性はある。仮に楊が市政府の土地管理部門を主管すると、国有土地使用権は彼の職務上の立場によって占有し、管理している公共財物に属するので、楊の職務上の立場を利用して、その公共の財物を自分の物又は第三者の物として領得した行為は、着服行為となる。仮に市政府の土地管理部門を彼と他の人とが共同で主管すると、彼の行為は窃取行為に属する。仮に彼が市政府の土地管理部門に対する主管又は管理の権限を持っていないければ、中国義烏国際商貿城建設指導組副組長と指揮部の総指揮者としての楊の職権は土地の確認権限と審査権限であり、国有土地使用権に関係がある職権に属する。この場合、彼が国有土地使用権に関係がある職務上の立場を利用して、証明資料を偽造するという欺罔方法によって、国有土地使用権

の出讓に対する処分権がある機構を錯誤に陥れて、国有土地使用権を処分させるという行為は汚職罪における騙取行為に属する。

以上の理由に基づいて、被告人楊等の汚職罪の成立が肯定される。

5. 立法提言

1997年新刑法において、汚職罪の成立に対する横領額が大幅に引き上げられた。窃盗罪、詐欺罪と比べて、汚職罪の成立に対する横領額は高すぎる。しかしながら、汚職罪における窃取行為と騙取行為は窃盗罪と詐欺罪の中での窃盗行為と騙取行為と一致する。そうすると、国家公務員に対する処罰を重くするという立法意図を実現できない。反対に、国家公務員に対する処罰がより軽くなってしまふのである。この問題に対して、以下のような解釈が存在する。

汚職罪は一般的な財産犯罪と異なる。汚職罪の犯罪手段に窃取行為、騙取行為が存在するが、その窃取行為、騙取行為は一般財産犯罪としての窃盗罪、詐欺罪の中での窃取行為と騙取行為と異なる。一般財産犯罪としての窃盗罪、詐欺罪は財産だけではなく、社会秩序をも侵害し、公衆の安全感覚を侵害する。これに対して、汚職罪は経済犯罪に属し、職務上あるいは業務上の立場を利用した犯罪であるので、公共安全を直接に侵害しない。また、汚職罪の犯罪手段としての窃取行為と騙取行為は、職務上の立場を利用した行為であるので、本質的に横領行為に属し、一般財産犯罪としての窃盗罪と詐欺罪のように、事後強盗に転化する可能性がない。財産を横領する行為は財産を窃取する行為と騙取する行為と比べて、軽いと考えることができる⁽¹³⁾。しかし、以上の理由は汚職罪の成立に対する横領額を高める理由にはならない。

まず、汚職罪は一般的な財産犯罪と同様に、伝統的な犯罪に属し、犯罪主体に特殊性があるに過ぎない。汚職罪の特殊主体は業務上の立場に基づいて形成される。世界各国において、業務上の犯罪に対して、一般的犯罪より重い刑罰が規定されている。例えば、日本の業務上横領罪には普通の横領罪の法定刑と比べてより重い刑罰が規定される。汚職罪における「職務」は、刑罰を軽くする理由わけではなく、刑罰を重くする理由になるべきである。

次に、すべての犯罪行為は公衆の安全感を侵害するが、その程度は異なる。

(13) 楊方泉、周菊「贪污罪立法的歴史淵源」中山大學學報論叢22卷6号（2002年）66頁。

汚職行為が多い政府は、清廉性について公衆からの信任を得ることができず、公衆の安全感を守ることができないので、汚職罪は窃盗罪等ほど、公衆の安全感に対する侵害の程度が低くはない。

最後に、たとえ大部分の汚職罪の手段行為が横領に属し、横領罪によって処罰することができても、業務上横領行為に属するので、普通の横領罪より、重い刑罰に処すべきである。職務上の立場を利用した窃取、騙取行為を横領行為と見なし、横領罪より重く、窃盗罪と詐欺罪より軽い刑罰を規定していることは、基本的な犯罪体系の混乱をもたらすことになる。

1997年刑法における汚職罪が窃盗罪と比べて悪質であるが、反対に刑罰が軽くなってしまうという指摘がある⁽¹⁴⁾。ある学者は汚職罪を廃止し、行為方式によってそれぞれ窃盗罪、詐欺罪等に繰り入れることを主張する⁽¹⁵⁾。以上の三つの理由に基づいて、筆者は汚職罪を行為方式によって対応する財産犯罪に繰り入れ、かつ、業務上の身分が存在するため、より重い刑罰に処すべきであると考ええる。

(14) 陳興良『法治的使命』（法律出版社，2001年）350頁。

(15) 高銘暄・王作富主編『新中国刑法的理論と実践』（河北人民出版社，1988年）632頁。