

犯罪収益の拡大没収及び有罪判決に 基づかない没収の法的性質（1）

久 保 英二郎

第1章 はじめに

第2章 ドイツ法における犯罪収益の没収の法的性質

第1節 犯罪収益の没収の制度目的

第1款 刑罰目的

第2款 保安目的

第3款 清算・原状回復目的

第4款 その他の目的

第2節 犯罪収益の没収の法的性質

第1款 刑罰類似の処分とは何か？

第2款 1992年改正前

第3款 1992年改正以後

第4款 拡大没収及び拡大独立没収の法的性質（以上本号）

第3節 刑罰的性格から導き出される帰結

第4節 本章のまとめと若干の検討

第3章 我が国への示唆

第1節 不正な利得の剥奪という目的による制度設計

第2節 再投資の阻止という目的による制度設計

第4章 結びに代えて

第1章 はじめに

組織犯罪と闘うためにはその資金を剥奪することが重要であり、その手段となるのが犯罪収益の没収・追徴である。しかし、特に組織犯罪においては、通例多数の者が多数の犯罪行為に関与するとともに犯罪収益がロータリングされることから、財産と犯罪行為との結びつきを証明することが構造的に困難であり、そもそも犯罪行為自体を証明し得ないことも少なくない。そこで、このような困難に対処するために世界中で活用されているのが、いわゆる拡大没収 [extended confiscation] や有罪判決に基づかない没収 [non-conviction based confiscation]¹である²。例えばドイツ法には、ある違法な所為が行われたことが証明された場合に、他の違法な諸所為によって又はその報酬として得られた客体 [Gegenstand]³を、その出所たる違法な所為の証明なしに剥奪する「犯罪収益の拡大没収」⁴ (以下、単に「拡大没収」という。) や、ある犯罪行為の嫌疑を理由として保全された客体を、

1 「有罪判決に基づかない没収」は米国における民事没収 [civil forfeiture] や行政没収 [administrative forfeiture]、英国における民事回収 [civil recovery] といった法制度の総称あるいは没収スキームの呼称であり、必ずしも各国において「有罪判決に基づかない没収」という名称の法制度が設けられているわけではない。単に手続上の障害により訴追又は有罪の言渡しが可能でない (財産の出所たる犯罪行為自体は証明されている) 場合における没収を含む趣旨で用いられることもあるが、本稿では、財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としない没収を念頭に置いて「有罪判決に基づかない没収」の語を用いる。

2 See JOHAN BOUCHT, THE LIMITS OF ASSET CONFISCATION 3-6 (2017); MALIN THUNBERG SCHUNKE, EXTENDED CONFISCATION IN CRIMINAL LAW 3-5 (2017).

3 客体は物 [Sache] 及び権利 [Recht] の上位概念である。

4 ドイツ法における犯罪収益の拡大没収については、拙稿「ドイツ法における拡大没収及び拡大独立没収 (1)」阪法71巻1号189頁、194-207頁 (2021)、佐藤拓磨「犯罪収益の拡大没収を言い渡した一事例」判時2494号118頁 (2021) 参照。

これが何らかの違法な所為に由来⁵する限りで、およそ違法な所為の証明なしに剝奪するいわゆる拡大独立没収⁶という剝奪手段がある⁷。

筆者は既に、ドイツ法における拡大没収及び拡大独立没収を参考にして、我が国においても拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった新たな剝奪手段を導入すべきことを示した⁸が、前稿においては、紙幅の都合上、それらの法的性質については検討することができなかった。しかし、拡大没収は審判対象たる犯罪行為以外の何らかの犯罪行為に由来する財産をその出所たる犯罪行為の証明なしに剝奪するものであるから、これを審判対象たる犯罪行為を理由とする付加刑として設計しようとすると罪刑均衡の点で問題が生じるほか、財産の出所たる犯罪行為との関係で責任主義や無罪推定の点でも問題がある。さらに、有罪判決に基づかない没収はおよそ犯罪行為の証明なしに何らかの犯罪行為に由来する財産を剝奪するものであるから、これを刑罰として設計することはできない。したがって、

-
- 5 我が国の法令においては、「由来」の語が犯罪行為により生じた財産や犯罪行為により又はその報酬として得た財産（直接の犯罪収益）とそれらの果実や対価として得た財産等（間接的な犯罪収益）の関係を表すものとしてのみ用いられているが、本論文では、国際的な用語法に倣い、犯罪行為と犯罪収益の関係についても「由来」の語を用いる。
 - 6 ドイツ法における拡大独立没収については、拙稿「ドイツ法における拡大没収及び拡大独立没収（2・完）」*阪法*71巻2号245頁、246-251頁（2021）参照。
 - 7 ドイツにおいては、例えば2020年には、没収（犯罪収益以外の客体の没収も含む。）が10万7920件命じられており、その内訳は、我が国にもあるような犯罪収益の単純没収、代価没収（我が国における追徴に相当する。）及び第三者没収（ただし、我が国と比べると適用範囲がかなり広い。）が5万780件、拡大没収が1322件、拡大独立没収が3498件、犯罪収益以外の客体の没収が5万2320件である（vgl. *Statistisches Bundesamt*, Staatsanwaltschaften - Fachserie 10 Reihe 2.6 - 2020, 2021, S. 374 f.）。同年には6万1681件の没収命令が執行され、没収された財産の価額は合計7億9625万5000ユーロに上る（vgl. *Statistisches Bundesamt*, Strafverfolgung - Fachserie 10 Reihe 3 - 2020, 2021, S. 13, 18）。
 - 8 拙稿・前掲注6）（2・完）258-271頁。

拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった新たな剥奪手段を導入するに当たっては、法的性質に関する問題、すなわちこれらの制度を非刑罰のものとして設計し得るか否か、仮に設計し得るとすればその性質からどのような限界があるかを検討する必要がある。

そこで、本稿では、前稿で紹介することができなかったドイツにおける拡大没収や拡大独立没収の法的性質を巡る議論を紹介した上で、その議論を参考にして、我が国において拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった新たな剥奪手段を導入するとすればそれらをどのような法的性質を備えたものとして制度設計すべきか、その法的性質が制度設計にどのような影響を与えるかを検討する。

第2章 ドイツ法における犯罪収益の没収の法的性質

ドイツでは、1975年、第二次刑法改正法⁹により、刑法典において、犯罪収益の没収（当時の名称は「収奪 [Verfall]」である。）に関する一般的な諸規定（刑法旧73条以下。本章において「刑法●条」というときは、ドイツ刑法典の条文を指す。）が設けられた¹⁰（以下、第二次刑法改正法による刑法典の改正を「1975年改正」という。）。収奪は、1975年改正以来、「違法な所為」（刑法11条1項5号参照）を要件としており、刑法上の有責性は要求されていない。当時は収奪の対象が「財産的利益 [Vermögensvorteil]」と規定されており、収益全体から行為者の費用を控除した残部のみが剥奪される（純益主義）と解

9 BGBl. I 1969, S. 717.

10 1975年以前の利益剥奪については、vgl. *Georgios Sotiriadis*, Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, 2010, S. 50–82. 桑島翠「ドイツ法にいわゆる「利益没収」制度の法制史的考察——刑法における「利益没収」の法的性質を探るための予備的作業として——」早誌70巻1号1頁（2019）も参照。

されていた¹¹。もっとも、しばらくの間は収奪があまり用いられておらず、その理由の一つとして、純益の算出が困難であることが指摘されていた¹²。そこで、1992年、「対外経済法、刑法典その他の法律の一部改正のための法律（対外経済法／刑法典等一部改正法）」¹³によって、収奪の対象が「財産的利益」から「あるもの [etwas]」¹⁴に改められ、収益全体が行為者の費用の控除なしに剝奪される（総額主義）こととされた¹⁵。また、1992年には、「違法な薬物取引その他の組織犯罪の現象形態の対策のための法律（組織犯罪対策法）」¹⁶によって拡大没収（当時の名称は「拡大収奪」である。）が導入された（以下、対外経済法／刑法典等一部改正法と組織犯罪対策法による刑法典等の一部改正をまとめて「1992年改正」という）。さらに、2017年、「刑法上の財産剝奪の改正のための法律」¹⁷によって収奪法が全面改正され、併せて「収奪」の名称が「犯罪収益の没収」に改められた（以下、刑法上の財産剝奪の改正のための法律による刑法典等の一部改正を「2017年改正」という）。2017年改正では、費用の控除に関する規定（刑法73条d第1項）が新設され、原則として行為者その他の者の費用が控除されるが、例外的に所為の実行又は予備のための費用は控除されないこととされた。また、2017年改正では、拡大独立没収が導入された。

11 Vgl. *Eduard Dreher/Herbert Tröndle*, StGB, 45. Aufl., 1991（以下「*Dreher/Tröndle*, 45. Aufl.」と略記する。）、§ 73 Rn. 3c m.w.N.

12 Etwa *Lothar Güntert*, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, 1983, S. 95–97; *Wolfram Eberbach*, Zwischen Sanktion und Prävention, NStZ 1987, S. 486, 491; *Felix Herzog*, Die »dritte Dimension« der Verbrechensbekämpfung, KJ 1987, S. 321, 324.

13 BGBl. I 1992 S. 372.

14 「あるもの」は不当利得法において用いられている語である（ドイツ民法典812条1項参照）。

15 Vgl. BT-Drs. 12/1134, S. 12; BGHSt 47, 369, Rn. 12 m.w.N.

16 BGBl. I 1992 S. 1302.

17 BGBl. I 2017 S. 872.

ドイツにおいては、犯罪収益の没収(収奪)の法的性質を検討するに際してその制度目的が重視されているため、本章では、まず、何が犯罪収益の没収(収奪)制度の目的になり得るか、ドイツにおける議論を概観する(第1節)。次に、ドイツにおいては、拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収の法的性質を巡る議論が、伝統的な有罪判決に基づく没収、すなわち単純没収(単純収奪)の法的性質を巡る議論を前提として展開されているため、犯罪収益の没収(収奪)がどのような法的性質を備えているかについて、単純没収(単純収奪)の法的性質を巡る議論を紹介した上で、拡大没収(拡大収奪)及び拡大独立没収の法的性質を巡る議論を紹介する(第2節)。そして、犯罪収益の没収(収奪)が刑罰的性格を備えているとすればその法的性質からどのような帰結が導き出されるか、ドイツにおける議論を紹介する(第3節)。最後に、第1節から第3節までの内容をまとめ、若干の検討を加える(第4節)。

第1節 犯罪収益の没収の制度目的

以下で紹介するように、収奪・没収(以下、本節では、収奪と没収をまとめて単に「没収」という。)制度は複数の目的を実現し得る。複数の目的をどのように整理するかについては論者によってズレがあるが、以下では、刑法上の処分の法的性質の3つの候補(刑罰、保安処分、清算・原状回復処分)に対応させる形で、刑罰目的(第1款)、保安目的(第2款)、清算・原状回復目的(第3款)、その他の目的(第4款)に分けて概観する¹⁸。なお、以下の

18 本節の記述は基本的に *Albin Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, 1969, S. 107-129 (ただし、犯罪収益以外の客体の没収も含めた没収全体の刑事政策上の目的を論じるものである。); *Jens Lieckfeldt, Die Verfallsanordnung gegen den Drittbegünstigten*, 2008, S. 253-269; *Lennart Fleckenstein, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten*, 2017, S. 27-54 に依拠している。

諸目的は制度目的の候補に過ぎず、以下の諸目的を挙げている論者がその全てを犯罪収益の没収制度の目的として主張しているわけではない。

第1款 刑罰目的

刑罰が何を目的としているかについては未だ議論の決着を見ていないが、没収制度の目的を論じるに当たっては、差し当たり、応報、消極的一般予防、積極的一般予防、特別予防の4つが検討されることが多い。

そして、犯罪収益の没収は、将来の行為者に対して利益剥奪を威嚇して犯罪行為の実行を阻止する消極的一般予防、公共に「犯罪は引き合わない」¹⁹ことを示すことによって正義及び法秩序の不可侵性に対する市民の信頼を維持する積極的一般予防、行為者に「犯罪は引き合わない」ことを示すことによって行為者による将来の犯罪行為を阻止する特別予防という3つの予防効果を発揮し得ると言われている²⁰。刑罰目的は本来主刑により実現されるものであるが、主刑は犯罪収益が剥奪されて初めて有意義なものになるため、犯罪収益の没収は主刑とともに補完的に刑罰目的を実現し得る²¹。

もっとも、消極的一般予防については、まず、純益主義による没収に対して、対象者が純益剥奪しかおそれなくてよいのであれば所為の実行は金銭的な観点からほとんどリスクがないとの指摘がなされている²²。さらに、総額主義による没収についても、例えば労働者を違法に雇用する場合²³、使用

19 かつては「不正の富は繁榮しない [unrecht Gut gedeiht nicht]」というフレーズが用いられていた (etwa *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 111; *Eberbach*, a.a.O. (Anm. 12), S. 490; *Andreas Hoyer*, Die Rechtsnatur des Verfalls, GA 1993, S. 406, 406 f.) が、「犯罪は引き合わない」と同旨であると思われる。

20 Vgl. *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 109–112; *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 255 f.; *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 29 f.

21 Vgl. *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 113; *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 256.

22 Vgl. etwa BGH, NStZ 2011, 83, juris Rn. 43 m.w.N.

23 例えば外国人を許可なく大規模に雇用する場合 (不法就労対策法

者にとっては適切な賃金を支払うよりも飢餓賃金を支払うほうが没収命令と結び付く財産損失が少なくなるから、総額主義によって意図された予防はむしろ反対の結果に終わるとして、その効果を疑問視する見解がある²⁴。

予防とは異なり、応報については、犯罪収益の没収が応報たり得ると明示的に論じるものは見当たらない。もっとも、後記のとおり、1992年改正後の多数説は、総額主義による犯罪収益の没収が刑罰的性格を備えており、主刑と併せた刑罰全体の量が責任の程度に相当しなければならないと解している。これを踏まえると、多数説は総額主義による犯罪収益の没収が応報たり得ることを当然の前提としているように思われる。

第2款 保安目的

没収は次の2つの意味において予防的かつ危険防除的な保安目的を実現し得る。第一に、対象財産から危険が発せられる場合には、その危険から公共を保護することに役立つ。第二に、対象財産が将来の更なる犯罪行為の実行に用いられるおそれがある場合には、その阻止に役立つ²⁵。保安は、財産に関連する予防であることから、行為者に関連する特別予防とは区別されている²⁶。

[SchwarzArbG] 11条)である。

24 Vgl. *Horst Franzheim*, Die Gewinnabschöpfung wegen Verstoßes gegen arbeitsrechtliche Vorschriften, in: Festschrift für Dieter Gaul zum 70. Geburtstag, 1992, S. 135, 143; *Thomas Rönnau*, Die Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl., 2015, Rn. 57. ただし、不当な低賃金しか支払わないことについては、暴利罪(刑法291条1項1文3号)が成立し得る(BGHSt 43, 53, Rn. 21)など他の制裁が賦課され得るために別途予防効果が作用する。それにもかかわらず財産剥奪による予防効果のみを上げて総額主義によって意図された予防がむしろ反対の結果に終わるとする批判は、正鵠を射たものとは言い難いであろう。

25 Vgl. *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 254 f.

26 Vgl. *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 256; auch *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 247 f. これに対し、「(保安的) 特別予防」の語を用いるものとして、*Fleckenstein*,

犯罪収益の没収は更なる犯罪行為のための資金を剥奪することにより、後者の意味において保安効果を發揮し得る²⁷。組織犯罪の領域においてはしばしば犯罪収益が更なる犯罪活動に再投資されるため、犯罪収益の没収は、資本基盤の剥奪によって犯罪組織を構造的に弱体化させるものであり、それゆえに組織犯罪と闘うのに適していると言われることもある²⁸。

第3款 清算・原状回復目的

犯罪収益の没収は、公共又はその構成員を犠牲にして得られた違法な利益を巻き戻すことにより、公共に与えられた損害を回復し、攪乱された秩序全体を原状回復するという修復的な清算目的を実現し得る²⁹。

清算目的については、清算は「取る」と「与える」で構成されるが、犯罪収益の没収の目的は「取る」に限られ、それは清算ではなく正義の実現又は法秩序の原状回復であるとの指摘もなされている³⁰。

第4款 その他の目的

第1項 穢れの除去

*Albin Eser*によれば、没収においては、抑止的な懲罰、予防的な保安、修復的な清算と並んで、通例穢れ思想も共鳴する。穢れ思想とは、可罰的な行為に巻き込まれた物には社会倫理的な穢れが付着していると信じられており、立派で法に忠実な市民はこれと接触する際に「手を穢すこと」を

a.a.O. (Anm. 18), S. 30.

27 Vgl. *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 256–260; *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 30.

28 Vgl. *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 259 f.; auch *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 32.

29 Vgl. *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 84–86, 120–123, 284–286; *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 260 f.; *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 28 f.

30 Vgl. *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 44 f.

おそれるという考え方である。穢れ思想によれば、違法な事象に巻き込まれた物や法律違反に由来する物はそれ自体「収奪」され、法的流通から除去されなければならない³¹。

しかし、*Eser*は、穢れ思想の当否にかかわらず、それ自体単独で没収を正当化することはできないと結論付けている³²。その後の見解にも、穢れの除去に言及するものはあっても、これが没収の制度目的になり得ると考えるものは見当たらない。

第2項 財政目的

犯罪収益の没収は国家の財源になる³³。もっとも、これが犯罪収益の没収制度の正当な目的になると主張する見解は見当たらない。

第2節 犯罪収益の没収の法的性質

前記のとおり、ドイツにおいては、拡大没収（拡大収奪）や拡大独立没収の法的性質を巡る議論が単純没収（単純収奪）の法的性質を巡る議論を前提として展開されている。単純没収（単純収奪）の法的性質については、1992年改正前は純益主義が適用されており、収奪がどのような法的性質を備えているかは活発には議論されていなかったが、同改正で総額主義が導入されたことにより、学説では、収奪が刑罰又は刑罰類似の処分であると解する立場が多数を占めるに至り、2017年改正後も基本的には同様の議論が交わされている。

31 Vgl. *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 123 f.

32 Vgl. *Ebd.*, S. 124-126.

33 Vgl. *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 261 f.; *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 30; auch *Rönnau*, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 7; *Frank Saliger*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, StGB, 5. Aufl., 2017, Vorb. zu §§ 73 ff. Rn. 3.

そこで、本節では、まず、刑罰類似の処分という概念を簡潔に説明する（第1款）。次に、単純没収（単純収奪）の法的性質がどのように解されてきたかを、1992年改正前（第2款）と同改正以後（第3款）に分けて紹介する。最後に、単純没収（単純収奪）の法的性質を巡る議論を踏まえて、拡大没収（拡大収奪）及び拡大独立没収の法的性質を巡る議論の状況を紹介する（第4款）。

第1款 刑罰類似の処分とは何か？

ドイツ刑法典においては、1975年改正以来、犯罪収益の没収（収奪）は「処分」に分類され（刑法11条1項8号）、その諸規定は刑罰（3章1節）とは別の節（3章7節）に置かれている。もっとも、これらのことから直ちに犯罪収益の没収（収奪）が責任主義や無罪推定の対象外になるわけではなく、刑罰類似の処分はそれらの対象になると解されている³⁴。刑罰類似性は、一般的には、刑罰の本質的要素である害の賦課及び社会倫理的な無価値判断・否認という2要素（あるいは予防目的を併せた3要素）を基準として判断されると言われている³⁵。害の賦課とは憲法上保障された自由への介入であり、対象者がそれを「害」と感じるかは関係がない³⁶。社会倫理的な無

34 Vgl. etwa *Luis Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 640 f.; auch *Michaela A. M. Dannert*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eigentumsentziehungen zur Verfolgung und Verhinderung von Straftaten, 1998, S. 23 m.w.N.

35 Vgl. *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 23–25; *Sven Keusch*, Probleme des Verfalls im Strafrecht, 2005, S. 57 f.; *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 352 f.; auch *Tim Gebauer*, Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB, 2019, S. 59; *Florian Becker/Bastian Heuer*, Die Rechtsnatur der Regelungen zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, NZWiSt 2019, S. 411, 413 f. 島田聡一郎「最近のドイツにおけるVerfallを巡る議論」川端博ほか編『理論刑法学の探究②』185頁、198頁（成文堂、2009）も参照。

36 Vgl. *Bernd-Dieter Meier*, Strafrechtlich Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 16.

価値判断・否認は有罪判決に基づくものであり、刑法上の有責性を要件とすると解されている³⁷。予防目的は一般予防及び特別予防を内容とするが、犯罪収益の没収(収奪)の法的性質を判断するに当たって予防目的が重視されているわけではない。

前記のとおり、制裁の法的性質を検討する際にはその目的が重視されることが多いが、制裁の法的性質を検討する方法としては、制度目的に基づいてその法的性質を確定する方法のほか、刑罰等の他の法制度との類似性を判断する方法が採られることもある(もっとも、いずれの方法を採るかによって検討内容に大きな違いが出るわけではない)。以下で紹介するように、刑罰類似性を判断する方法を採る論者は害の賦課や社会倫理的な無価値判断・否認に関する上記の理解をそのまま採用しているわけではなく、各要素がどのような内容を持つか、あるいは各要素を基準とすべきかについては見解の相違がある。

第2款 1992年改正前

1975年改正後の刑法73条は次のとおり規定していた³⁸。

刑法第73条 収奪の要件

- 1 違法な所為が行われ、正犯又は共犯がその所為の報酬として又はそれから財産的利益を得たときは、裁判所は、その収奪を命じる。

[以下略]

37 Vgl. Ebd., S. 16 f.

38 ドイツ刑法典の訳出に当たっては、法務省大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典(法務資料第439号)』(法曹会、1982)、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典(法務資料第461号)』(法曹会、2007)、法務省刑事事務局編『ドイツ刑法典(刑事法制資料)』(法務省刑事局、2021)を参考にした。以下同じ。

第二次刑法改正法案の理由書では収奪の法的性質には言及されていなかった³⁹。収奪の要件として刑法上の有責性が要求されていない理由については、有責に行為した行為者から財産的利益を剥奪する一方、責任なく刑罰規定に違反した犯行関与者の下に財産的利益を留めておく客観的な理由はなく、刑事政策上の観点からいずれの場合も収奪が必要であると説明されていた⁴⁰。

本章冒頭で紹介したように、剥奪の範囲については純益主義が適用されており、収奪の法的性質は違法な所為によって得られた財産的利益を不当な受領者から元通りに取り上げるという刑事政策上の目標を達成するための「独自の種類の処分」と解されていた⁴¹。より内容に富んだ表現をする者もあり、例えば *Eser* は、収奪は基本的に修復的な清算目的に基づくものであり、その法的性質は「準不当利得返還の清算処分」であると解していた⁴²。学説の中には、収奪の法的性質は事案に応じて決せられ、例えば、行為者が有責に行為し、それにより利益を得た場合には主に刑罰的性格を備えている一方、責任なく行為した場合や第三者没収の場合には「違法な資産状況の国家による不承認の処分」とであると解する立場もあった⁴³が、少なくとも、刑法上の有責性が認められない場合における収奪を非刑罰の

39 Vgl. BT-Drs. V/4095, S. 39-42. なお、1962年草案においては、刑法上の有責性が収奪命令の要件とされていたが、その理由書では「収奪の法的性質を確定することを差し控えている」と説明されていた（BT-Drs. IV/650, S. 240）。

40 BT-Drs. V/4095, S. 39.

41 Vgl. *Dreher/Tröndle*, 45. Aufl., § 73 Rn. 1b m.w.N.

42 Vgl. *Albin Eser*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, StGB, 24. Aufl., 1991（以下「Sch/Sch/*Eser*, 24. Aufl.」と略記する。）、vor § 73 Rn. 18; auch *Eser*, a.a.O. (Anm. 18), S. 89 f., 284-286. さらに、*Eberbach* は収奪と不当利得との間の構造的・機能的同一性が *Eser* の見解の正しさを裏付けると評価していた（*Eberbach*, a.a.O. (Anm. 12), S. 490; auch *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 28）。

43 Etwa *Reinhard Maurach/Heinz Zipf*, Strafrecht AT, Teilbd. 2, 5. Aufl., 1978, S. 401.

処分として正当化し得ることに異論はほとんどなかった⁴⁴。

第3款 1992年改正以後

前記のとおり、1975年改正後しばらくの間、収奪はあまり用いられておらず、その理由の一つとして、純益の算出が困難であることが指摘されていた。そこで、1992年、対外経済法／刑法典等一部改正法によって、収奪の対象が「財産的利益」から「あるもの」に改められ、総額主義が導入された。1992年改正後の刑法73条は次のとおり規定していた。

刑法第73条 収奪の要件

- 1 違法な所為が行われ、正犯又は共犯がその所為の報酬として又はそれからあるものを得たときは、裁判所は、その収奪を命じる。[以下略]

法案理由書や判例では総額主義による収奪が独自の種類の処分と説明・理解されていたが、学説では、収奪命令により行為者の資産状況が所為前よりも悪化し得ることから、収奪が刑罰的性格を獲得したと解する立場が多数を占めるに至った。

さらに、2017年、「刑法上の財産剥奪の改正のための法律」によって収奪法が全面改正され、併せて名称が「犯罪収益の没収」に改められた。2017年改正後の刑法73条は次のとおり規定している。

44 もっとも、Eserは、犯行関与者の財産から抛出された犯罪報酬の収奪については刑罰的性格が優越し、刑法上の有責性が認められる場合にしか命じられないと解していた (vgl. Sch/Sch/Eser, 24. Aufl., vor § 73 Rn. 19; auch Eser, aa.O. (Anm. 18), S. 83 f., 291, 335 f.)。

刑法第73条 正犯又は共犯の下での犯罪収益の没収

- 1 正犯又は共犯が違法な所為によって又はその報酬としてあるものを得たときは、裁判所は、その没収を命じる。

[第2項及び第3項略]

2017年改正では費用の控除に関する規定（刑法73条d第1項）の新設もなされた。刑法73条dは次のとおり規定している。

刑法第73条d 得られたものの価値の決定；評価による決定

- 1 得られたものの価値の決定に際しては、正犯、共犯その他の者の支出が控除されなければならない。ただし、所為の実行のために又はその予備のために支出され又は投入されたものは、その所為の被害者に対する債務の履行のための給付でない限り、考慮されない。

[第2項略]

刑法73条d第1項⁴⁵によれば、得られたものの決定に当たっては、原則として行為者その他の者の費用が控除されるが、例外的に所為の実行又は予備のための費用は（改正前と同様に）控除されない。これに従えば、2017年改正後も没収命令により行為者の資産状況が所為前よりも悪化し得ることには変わりはなく、1992年改正後ほど議論が活発でないために犯罪収益の没収が刑罰的性格を備えていると主張する論者は同改正後に比べて少ないものの、議論の内容自体に大きな変化はない。

そこで、本款では、1992年改正以後の犯罪収益の没収（収奪）の法的性

45 刑法73条d第1項の見出しは「得られたものの価値の決定」であるが、その適用範囲は代価没収（刑法73条c）のケースに限られないと解されている（vgl. Kai Lohse, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., 2020, § 73d Rn. 5）。

質及び総額主義の正当化に関する法案理由書における説明(第1項)及び判例の理解(第2項)を概観した上で、学説を、刑罰的性格を肯定する見解(第3項)と否定する見解(第4項)に分けて紹介する。なお、拡大没収(拡大収奪)及び拡大独立没収の法的性質を巡る議論については、基本的には次款で後述するが、必要な限度で本款でも取り上げる。

第1項 法案理由書における説明

第1目 1992年改正の際の説明

対外経済法／刑法典等一部改正法案の理由書においては、総額主義を導入する理由として、純益の算出が収奪要件の確認を困難にしているという刑事政策上の観点が述べられていた⁴⁶。もっとも、同理由書においては、刑事政策上の観点のみが述べられていたわけではなく、次のとおり、実体法上も純益剥奪は疑わしいと説明されていた。

法秩序の体系全体から考えると、純益主義から生じる収奪命令の際の相殺(すなわち収益全体から行為者の費用を控除する)義務は評価矛盾に繋がる。例えば民法817条2文⁴⁷(本章において「民法●条」というときは、ドイツ民法典

46 BT-Drs. 12/1134, S. 12.

47 不当利得に関する民法812条及び817条は次のとおり規定している(ドイツ民法典の訳出に当たっては、椿寿夫=右近健男『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』27頁(三省堂、1990)、ディーター・ライポルト(円谷峻訳)『ドイツ民法総論——設例・設問を通じて学ぶ——[第2版]』581頁(成文堂、2015)、山口和人『ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)』160頁(国立国会図書館、2015)を参考にした。以下同じ)。

第812条 不当利得返還請求権

1 他人の給付によりその他他人に損失を及ぼしてあるものを法的な原因なく得る者は、返還の義務を負う。この義務は、法的な原因が後に消滅し又は法律行為の内容に従った給付により目的とされた効果が生じないときも存する。

[第2項略]

の条文を指す。)は法秩序の外に身を置く者がその者による疑わしい取引を巻き戻す際に裁判所の助けを借りることを拒んでいる。禁止取引に投資されたものは回復不能に失われるという民法817条2文の法思想は収奪にも妥当すべきである、と⁴⁸。

収奪の法的性質については、対外経済法／刑法典等一部改正法案の理由書では言及されていない。もっとも、1992年改正に際しては、刑法典一部改正法案—拡大収奪—⁴⁹の理由書において、直接には1992年改正前の収奪及び導入が提案されていた拡大収奪を念頭に置いてではあるが、収奪が刑罰ではなく不当利得返還類似の性格を備えた「独自の種類」の刑法上の処分であると説明されていた⁵⁰。また、組織犯罪対策法案等に関する法務委員会の決議勧告及び報告書では、収奪は刑罰ではなく犯罪行為によって

第817条 法律又は良俗に対する違反

ある給付の目的が、受領者がその受領により法律上の禁止又は良俗に違反することになる方法で定められた場合、受領者は返還の義務を負う。同様の場合にそのような違反が給付者の責めに帰すべきものであるときは、返還請求は排除される、ただし、給付が債務の負担であるときは、この限りでない；そのような債務の履行のために給付されたものは、返還を請求することができない。

48 BT-Drs. 12/1134, S. 12.

49 刑法典一部改正法案—拡大収奪—(BT-Drs. 11/6623)は対外経済法／刑法典等一部改正法案(BT-Drs. 12/1134)に先立って総額主義の導入を提案していた組織犯罪対策法案(BT-Drs. 11/7663; 12/989)の前身の一つである。1992年改正に至る経緯は複雑であり、本稿では紙幅の都合上詳細に紹介することはできない。差し当たり、宮澤浩一「ドイツにおける“資金の洗浄”をめぐる新立法について——その構成要件と“新しい財産刑”を中心にして——」時法1446号53頁、57頁以下(1993)、伊東研祐「ドイツにおける不法利得剥奪(Verfall)法の新展開——資金洗浄取締規定関係を含めて——」町野朔=林幹人編『現代社会における没収・追徴』218頁(信山社、1996)を参照されたい。

50 BT-Drs. 11/6623, S. 5, 6.

惹起された違法な状態の除去であると説明されていた⁵¹。

第2目 2017年改正の際の説明

2017年改正に際しては、法案理由書等において、財産剥奪（犯罪収益の没収）が準不当利得返還の性格を備えており、刑罰的性格は備えていないことが度々強調されている⁵²。

費用の控除に関する刑法73条d第1項は、立法者によれば、禁止取引に投資されたものは回復不能に失われなければならないという民法817条2文の法思想を財産剥奪のために具体化したものである。詳しく言うと、BGH判例によれば、民法817条2文は、法律によって否認されている事象から生じた返還請求権のみに関連するものであり、否認されていない給付から生じた返還請求はたとえそれが同一の事実関係に由来するとしても禁止されないままであるというように限定解釈されている⁵³。刑法73条d第1項はこの限定解釈を考慮して直接に資産の増加に繋がった行為又は取引自体が禁止されているか否かに焦点を合わせたものである、と説明されている⁵⁴。

総額主義の正当化については、上記のとおり、立法者は、1992年改正の際と同様、民法817条2文の法思想に依拠して総額主義を正当化し得ることを前提としているようである。この正当化に対しては、後記のとおり、既に学説によって批判がなされていた⁵⁵が、法案理由書では学説による批判には言及されていない⁵⁶。

51 BT-Drs. 12/2720, S. 42.

52 BT-Drs. 18/9525, S. 47, 48, 55, 62, 67, 89, 92; 18/11640, S. 79, 84, 86.

53 BGHZ 75, 299, Rn. 24 m.w.N.

54 BT-Drs. 18/9525, S. 55 f., 67 f.

55 本款第3項第1目参照。

56 直接には拡大独立没収を念頭に置いたものではあるが、vgl. *Hellen Schilling/Yannic Hübner*, "Non-conviction-based Confiscation", StV 2018, S. 49,

第2項 判例の理解

第1目 1992年改正後のBGH判例

BGHは一貫して総額主義による収奪の刑罰的性格を否定している⁵⁷。例えば2002年8月21日判決においては次のとおり説示している。

収奪は、立法者意思や体系的な位置、その規定及び関連する手続法上の規定の文言から判断すると、刑罰でも（責任主義が関連する）刑罰類似の処分でもなく独自の種類の処分である。総額主義の導入は収奪を刑罰又は刑罰類似の処分にするものではなく、独自の種類の処分としての収奪の法的性質を変えていない。なぜなら、純益を超える得られたものの剥奪は、費用が無駄になるという金銭的なリスクを収奪の対象者に割り当てることによって予防目的を追求しているからである。収奪は抑止や応報ではないし、個人の非難可能性を要件としていないために責任清算に役立つことはできず、かつ、役立つべきではない。したがって、総額主義によっても、収奪は刑罰又は刑罰類似の処分ではなく、独自の種類の処分である、と⁵⁸。

第2目 BVerfGの2004年1月14日決定

BVerfGは、2004年1月14日決定において、拡大収奪に関する刑法73条dが責任主義及び無罪推定に違反しないと判断するに当たり、その刑罰的性格を否定している⁵⁹。本決定は単純収奪ではなく拡大収奪の法的性質を検討したものであるが、その検討内容は単純収奪にも関連するため、本款で紹介する。

BVerfGは、まず、責任主義に関して、一般論として次のとおり説示する。刑罰及び刑罰類似の処分は責任主義の対象になる。刑罰とは有責に実

50 f.

57 Etwa BGH, NJW 1995, 2235, juris Rn. 8; NStZ 2001, 312, juris Rn. 6; BGHSt 47, 260, juris Rn. 34; BGHSt 47, 369, Rn. 21.

58 BGHSt 47, 369, Rn. 21–28.

59 BVerfGE 110, 1, Rn. 56–85.

行された違法な所為を理由とする法的不利益の賦課である。もっとも、処分は、自由又は財産の損失に結び付き、それゆえに事実上害の効果を発揮するというだけでは未だ刑罰類似ではなく、更なる評価基準、特に命令の法的根拠及び立法者がそれによって追求する目的が考慮される、と。

その上で、BVerfGは、立法者が刑法73条dによって追求する目的を検討する。この検討は3段階に分かれており、第一に収奪は対象者を非難し、応報的に害を賦課することを目的としていないことが、第二に刑法73条dは財産秩序を回復し、規範を安定化させる目的を追求しており、刑罰又は刑罰類似の処分としての拡大収奪の分類はこれらの目的からも導き出されないことが、第三に総額主義は第一及び第二の検討結果を何ら変えるものでないことが示される。

第一の検討結果は、刑法73条dの文言、体系及び成立史から導き出される。文言及び体系に関する論拠としては、刑法典において、収奪及び拡大収奪が「刑罰」ではなく「処分」に指定され、そこに改善保安処分も含まれていることと、収奪諸規定が3章7節に置かれ、「刑罰」と題された3章1節から切り離されていることが挙げられており、人の刑事訴追に依存せずに拡大収奪を命じ得ること（刑法76条a）もこれが非刑罰的性格である場合にのみ理解可能であると評価されている⁶⁰。さらに、成立史についても、利益剥奪処分によって刑罰目的を追求しようとするかは立法者の判断にゆだねられていることを前提として、1992年改正の際の立法者の説明によれば拡大収奪は単純収奪（刑法73条）と法的性質を共有しているところ、1975年改正の際の立法資料に基づく、立法者は、犯罪によって得られた財産的利益の剥奪は刑罰と並ぶ特別な法的効果であり、とりわけ日数罰金制を補完するものであると考えていること、所為から不法に得られ

60 ただし、ドイツにおいては、刑罰的性格を備えた没収も違法かつ有責な構成要件実現が認定されれば独立に命じられ得ると解されている（vgl. *Thomas Fischer*, StGB, 68. Aufl., 2021, § 76a Rn. 4）。

たものが行為者の下に留められるとすると、それが更なる犯罪行為の実行のインセンティブとして機能し得ると考えていることが挙げられている。以上の文言、体系及び成立史に関する論拠から、BVerfGは、立法者が利益剥奪を害の賦課ではなく、更なる諸所為を誘発し得る利益の除去と考えているという第一の検討結果を導き出す。

第二に、BVerfGは、1992年改正の際の立法資料から、刑法73条dが財産秩序を回復し、規範を安定化させる目的を追求するものであることを導き出した上で、これらの目的は拡大収奪に刑罰的性格を付与するものではないことを論証する。

まず、財産秩序を回復する目的については、次のとおり論じている。刑法上の利益剥奪は犯罪によって生じた財産帰属の矯正のための法の「秩序回復介入」を可能にするものである。既に生じている攪乱の除去は確かに過去に関する認定を要件としており、その限りでは回顧的である。しかし、国家が犯罪的に生じた財産状況に反応する矯正介入は必ずしも抑止的ではなく、例えば危険防除には法秩序の攪乱が将来にも継続するのを阻止する任務が含まれている。拡大収奪も既に生じている財産秩序の攪乱が将来にも継続するのを阻止するという予防目的⁶¹を追求するものであり、これは応報的正義ではなく秩序回復的正義の実現である。拡大収奪はこの予防目的により刑罰的制裁のような効果を持つものではない、と。

そして、規範を安定化させる目的については、次のとおり論じている。刑法73条dの規定によって意図されている財産秩序回復介入は立法者意思によれば同時に利得に向けられた犯罪のインセンティブを軽減するものである。もっとも、消極的一般予防の意味における威嚇効果は、立法資料に基づけば、拡大収奪によっては意図されていない。刑法上の収奪諸規定によって意図されている一般予防効果は、立法者意思によれば、他の方法

61 なお、本決定は、後記のとおり、拡大収奪は保安処分としては設計されていないと解している（本節第4款参照）。

で達成されるものである。すなわち、犯罪によって得られたものを行為者から取り上げることによって、行為者と法共同体に、刑法違反の利得は容認されず、犯罪行為は引き合わないことを示すという方法である。財産秩序回復介入は法秩序の不可侵性と正義を確証し、それによって市民の法信頼を強化することを目的としている。刑法上の一般予防の積極的な側面としても承認されているこの目的は刑法上の諸規定に特有のものではない。したがって、刑法73条dの規範確証目的は必ずしも拡大没収を刑罰的な処分として性格付けるものではない、と。

第三に、BVerfGは、次のとおり、拡大没収に適用される総額主義はこれらの検討結果を何ら変えるものではないと解している。民法812条以下の機能は現存利益の剝奪に限られず、むしろ不当利得返還は規則に反する財産帰属を矯正するための独自の手段であり、善意の利得者のみを財産損失から保護し（民法818条3項）、悪意の利得者には経済的な損失リスクを割り当てている（民法818条4項、819条）⁶²。立法資料に基づくと、総額主義の導入は刑法73条以下の没収法を不当利得法に見出されるリスク配分に合わせるものであり、立法者は新たな刑罰的な法的効果を創設しようとした

62 民法818条及び819条は次のとおり規定している。

第818条 利得請求権の範囲

[第1項及び第2項略]

3 返還又は価値の賠償の義務は、受領者がもはや利得していない限りでは、排除される。

4 訴訟係属の開始により受領者は一般の諸規定によって責任を負う。

第819条 悪意の場合及び法律又は良俗違反の場合の加重責任

1 受領者が法的な原因の欠如を受領の際に知っているとき又はそれを後に知るときは、受領者は受領又は認識の獲得の時から、返還請求権がこの時点で訴訟係属になったときと同様の返還の義務を負う。

2 受領者が給付の受領により法律上の禁止又は良俗に違反したときは、受領者は給付の受領の時から前項と同様の義務を負う。

わけではない。したがって、立法者は総額主義の導入によって収奪の法制度から不当利得返還類似の性格を取り去らず、むしろ民法812条以下の文言及び法体系に方向付けられる不当利得法の考え方を取り入れた、と。

以上より、BVerfGは、拡大収奪は抑止的かつ応報的な目的ではなく、予防的かつ秩序回復的な目的を追求するものであり、それゆえに責任主義の対象になる刑罰類似の処分ではないと解している。

BVerfGは、次に、無罪推定に関して、刑法73条dは有責性の認定を要件としていないために裁判所による責任割当てと結び付かず、かつ、(責任主義に関して紹介したように)刑罰に匹敵する法的効果を命じないため、無罪推定の対象にならないと解している。

以上で紹介したとおり、BVerfGは、刑法73条dが責任主義及び無罪推定⁶³に違反しないと判断するに当たって、刑法73条dは抑止的かつ応報的な目的ではなく予防的かつ秩序回復的な目的を追求するものであるため、拡大収奪は刑罰類似の処分ではないと解している。その際、総額主義については、不当利得法が悪意の利得者に経済的な損失リスクを割り当てていること(民法818条4項、819条)に依拠した正当化を試みている。

第3目 2017年改正後の判例

2017年改正後も、BGHは、基本的に、犯罪収益の没収は独自の種類の処分であり、刑罰的性格を備えていないと解している⁶⁴。

63 なお、本決定は刑法73条dが財産権保障にも違反しないと判断している(BVerfGE 110, 1, Rn. 86-115. 差し当たり、拙稿・前掲注4)(1)203-204頁以下参照)。

64 Vgl. dazu statt vieler *Folker Bittmann*, Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung - Teil 1/2, NStZ 2019, S. 383, 386 f.; *ders.*, Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in der Rechtsprechung 2019/20, Teil 1, NStZ 2020, S. 517, 518. ただし、少年刑法の適用の際に(本来必要的である)犯罪収益の価値の没収命令(刑法73条c第1文)が少年裁判所の裁量にゆだねられている

BVerfGも、「刑法上の財産剥奪の改正のための法律」が施行された時に既に訴追が時効になっていた違法な所為による犯罪収益を独立に没収することができるかが問題になった⁶⁵事件において、2021年2月10日、BVerfGの2004年1月14日決定⁶⁶を援用して、財産剥奪は責任主義の対象になる付加刑ではなく、不当利得返還類似の性格を備えた独自の種類の処分であり、2017年改正によってもこれは変わらないと説示している⁶⁷。

かが問題になった事件において、少年又は青年である行為者の財産中に利益が現存しないにもかかわらず収益全体の代価を剥奪することには制裁類似の効果があり、少年や青年にとっては実質的に罰金に類似していると説示したものがある (BGH, 08.07.2020 - 1 StR 467/18, juris Rn. 28)。この法律問題は刑事拡大部に回付され、犯罪収益の価値の没収に関する判断は少年刑法の適用の際にも事実審裁判所の裁量にゆだねられていないと判断されている (BGH, 20.01.2021 - GSSSt 2/20)。

65 2017年改正前は違法な所為が事実上の事由からもはや訴追され得ないケースにおいてのみ独立没収命令が許容されていた (刑法旧76条a第1項) が、同改正により、犯罪収益の没収は原則として違法な所為が終了した時から30年で時効になり (刑法76条b)、犯罪行為の訴追が時効になった場合も犯罪収益の没収の独立命令が許容される (刑法76条a第2項1文) こととされた。刑法典においては没収についても所為時に有効であった法律が適用されると規定されており (刑法2条5項)、これによれば、「刑法上の財産剥奪の改正のための法律」が施行された時に既に訴追が時効になっていた違法な所為による犯罪収益の独立没収は許容されないことになりそうである。しかし、犯罪収益の没収については同法の施行前に実行された所為を理由として判断がなされる場合であっても、新法を適用する旨規定されている (刑法典施行法316条h第1文) ため、この規定の合憲性が問題になり、その一部として、この規定が遡及処罰の禁止 (基本法103条2項) の対象になるか、すなわち犯罪収益の没収が同条項の意味における刑罰であるかが問題になった。

66 本項第2目参照。

67 BVerfGE 156, 354, Rn. 104-121. 次いで、刑罰ではなく独自の種類の処分としての財産剥奪の法性決定は欧州人権条約とも調和すると説示している (Ebd., Rn. 122-129) が、本稿では紙幅の都合上割愛する。

第3項 刑罰的性格を肯定する見解

1992年改正後の多数説は、以下のとおり、総額主義による収奪命令により行為者の資産状況が所為前よりも悪化し得ることに着目して、総額主義による収奪の刑罰的性格を肯定していた⁶⁸。2017年改正後も、1992年改正後ほど活発に議論されているわけではないが、一部の学説は同様の理由から犯罪収益の没収が刑罰的性格を備えていると解している⁶⁹。なお、制裁の法的性質を検討する方法としては、制度目的に基づいて法的性質を確定する方法と刑罰等の他の法制度との類似性を判断する方法があるが、犯罪収益の没収（収奪）の法的性質を検討するに当たっては、いずれの方法を採用にせよ、少なくとも害の賦課、予防目的及び社会倫理的な無価値判断・否認が刑罰の本質的な要素と解されていることを前提として、（一部の論者においては各要素が制裁の法的性質を判断するための基準になるかが検討された上で）これらの要素に基づいて犯罪収益の没収（収奪）の制度目的あるいは刑罰類似性が判断され、その法的性質が確定されている。そこで、本項では、総額主義による犯罪収益の没収（収奪）の刑罰的性格を肯定する見解が害の賦課（第1目）、予防目的（第2目）及び社会倫理的な無価値判断・否認（第3目）に関してどのように主張しているかを紹介する。

第1目 害の賦課

前記のとおり、害の賦課については、一般的には、憲法上保障された自

68 2017年改正前の学説の状況については、vgl. statt vieler *Thomas Geiger*, Die Rechtsnatur der Sanktion, 2006, S. 303; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 43 m.w.N.

69 Etwa *Sch/Sch/Eser/Schuster*, 30. Aufl., Vorbem. § 73 Rn. 16–18; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 59–65; *Volker Müller*, Das Entschädigungsverfahren nach dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 2020, S. 68–72; *Hellen Schilling/Johannes Corsten/Yannic Hübner*, Entkoppelung der Verjährung strafrechtlicher Einziehung auch rückwirkend, *wistra* 2021, S. 174, 177.

由への介入であればこれに当たると解されている。もっとも、犯罪収益の没収(収奪)の法的性質を検討する見解の多くは、この理解をそのまま採用するのではなく、害の賦課に更なる内容を盛り込んでいる。すなわち、多数の見解によれば、(刑罰的)害の賦課とは行為者を所為前よりも悪い立場に置くものをいい、所為前に存していた合法的な状態の原状回復は害の賦課ではない⁷⁰。その根拠については、*Thomas Geiger*による次の説明が参考になるように思われる。

*Geiger*によれば、制裁の法的性質にとっては、その制裁に割り当てられた目的が決定的である。制裁がどのような目的を持つかは、基本的には立法者が決定する。もっとも、その目的が制裁によって引き起こされる基本権介入を正当化することができない場合、その基本権介入が合憲であるためには他の目的がその基本権介入を正当化する必要がある。行為者を所為前と同じ立場に置くことは、侵害された法秩序の原状回復という目的によって正当化することができるため、刑罰的害ではない。しかし、これを超える基本権介入は原状回復目的によっては正当化することができないため、(保安目的が正当化根拠にならない限り)その刑法上の制裁は基本的には刑罰目的の追求に適した刑罰的害である⁷¹。

多数の見解は、このとおり、ある基本権介入が(刑罰的)害の賦課に当たるか否かを、それが行為者を所為前よりも悪い立場に置くか、それとも単に所為前と同じ立場に置くに過ぎないかによって判断している。これによれば、純益剥奪は行為者を所為前と同じ立場に置くものであるため、(刑罰的)害の賦課ではない⁷²。一方、総額剥奪は行為者に財産損失を与えるもの

70 Vgl. *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 26; *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 229 f.; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 60. 総額主義による犯罪収益の没収(収奪)の刑罰的性格を否定する見解であるが、auch *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 67; a.A. *Lieckfeldt*, a.a.O. (Anm. 18), S. 355.

71 Vgl. *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 66 f., 307.

72 Vgl. *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 26; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 58;

であるが、立法者や判例は、民法817条2文との評価矛盾が解消されるべきであること⁷³や、民法818条4項、819条が悪意の利得者に損失リスクを割り当てていること⁷⁴から、総額主義が犯罪収益の没収(収奪)に刑罰的性格を付与するものではないと解している。仮にこの理解が正しいとすると刑罰目的以外の目的によって総額剥奪が正当化され得ることになるため、その当否が問題になるが、総額主義による犯罪収益の没収(収奪)の刑罰的性格を肯定する多数説は立法者や判例の見解を次のとおり批判している。

まず、民法817条2文との評価矛盾が解消されるべきであることについては、①民法817条2文は良俗及び法秩序の外に身を置いた者がこれに関して法的保護を受けるべきではないという思想に基づくものであるが、犯罪収益の没収(収奪)においては、被告人が法秩序の助けによって良俗違反の給付を利得者から取り戻すことが許されるかが問題になるのではなく、国家が外部から良俗違反の給付事象に介入するのであるから、法的保護の拒絶という法思想を犯罪収益の没収(収奪)に転用することはできない⁷⁵、②民法817条2文は「行為者」(違反者)自身が良俗に違反して給付した場合には「行為者」に不利益をもたらすが、双方の良俗違反の行為の際に「行為者」に対して良俗違反の給付がなされた場合には「行為者」に利益をもたらすものであるのに対し、総額主義は行為者の「給付」(費用)を無視するのみであり、行為者に専ら不利益をもたらすものであるから、その効果は民法817条2文を超えている⁷⁶、③刑法で禁止されているもの全て

Geiger, a.a.O. (Anm. 68), S. 229 f.; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 60.

73 本款第1項第1目参照。

74 本款第2項第2目参照。

75 Vgl. *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 28; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 55; *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 306 f.; *Frank Saliger*, Grundfragen der Vermögensabschöpfung, ZStW 129 (2017), S. 995, 1006; ähnl. *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 44.

76 Vgl. *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 305 f.; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 44; *Müller*, a.a.O. (Anm. 69), S. 69.

が民法でも禁止されなければならないとしても、民法で禁止されているもの全てが刑法で禁止されなければならないわけではないため、民法817条2文のような規定が民法には設けられているが刑法には設けられていないとしても評価矛盾はない⁷⁷といった批判がなされている。

また、民法818条4項、819条が悪意の利得者に損失リスクを割り当てていることについては、利得者が利得額を超えて返還する必要はないことが「不当利得法の最高原則」であるということを前提として、民法818条4項、819条の要件が認められる場合、利得者は不当利得法ではなく一般の諸規定によって責任を負うため、その責任はもはや不当利得法上の責任ではないとの批判がなされている⁷⁸。

以上のとおり、総額主義による犯罪収益の没収(収奪)の刑罰的性格を肯定する見解は、不当利得法に依拠して総額剥奪を正当化することはできず、行為者を所為前よりも悪い立場に置く総額剥奪は(刑罰的)害の賦課であると主張している⁷⁹。

第2目 予防目的

犯罪収益の没収(収奪)が予防効果(特に積極的一般予防効果)を持つことについては、異論は見当たらない⁸⁰。もっとも、犯罪収益の没収(収奪)の刑罰的性格を肯定する見解は予防目的を重視しているわけではなく、中には所為のインセンティブを行為者から奪ったり、法秩序を確証したりする

77 Vgl. *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 43 f.; *Müller*, a.a.O. (Anm. 69), S. 69.

78 Vgl. *Hoyer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 414 f.; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 54; *Saliger*, a.a.O. (Anm. 75), S. 1007; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 45 f.; *Müller*, a.a.O. (Anm. 69), S. 68.

79 Vgl. *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 28 f.; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 58; *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 307; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 60.

80 Vgl. *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 29 f.; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 58; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 63.

のは刑罰に限らない旨明示する見解もある⁸¹。

第3目 社会倫理的な無価値判断・否認

前記のとおり、社会倫理的な無価値判断・否認は、一般的には、有罪判決に基づいており、刑法上の有責性を要件とすると解されている。しかし、この一般的な理解に対しては、①刑罰概念を技術的な意味における「刑罰」に限定すると、立法者は無罪推定の適用範囲を「刑罰」に限定する権限を有することになり、無罪推定の適用範囲が、裁判官が有責性の証明なしに「刑罰」を科する場合に限られることになってしまう⁸²、②犯罪収益の没収（収奪）が有責性なしに命じられるものであることから刑罰類似性の欠如を導き出し、そしてその刑罰類似性の欠如から、犯罪収益の没収（収奪）を有責性の認定なしに命じても無罪推定に違反しないことを導き出すのは循環論法である⁸³といった批判がなされている。

上記の批判を前提として、*Kristian Kühl*は、社会倫理的な否認を、有責性が要件とされているか否かではなく、社会における実際の格下げ効果に着目して判断すべきであると主張している⁸⁴。そして、*Michaela A. M. Dannert*は、*Kühl*の主張を参考に、刑罰は社会倫理的な無価値判断を含まなければならない、それゆえに世間において格下げ効果を発揮しなければならないことを前提として、総額剥奪による行為者のより悪い立場（=害の賦課）は行為者の態度が社会倫理的な観点から否認されるからこそ生じる

81 Vgl. *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 230 Anm. 719 f.

82 Vgl. *Kristian Kühl*, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, 1983, S. 14 f.; auch *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 82–86; *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 62.

83 Vgl. *Hoyer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 413 f.; *Sch/Sch/Eser/Schuster*, 30. Aufl. vor § 73 Rn. 17; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 64; *Müller*, a.a.O. (Anm. 69), S. 70; auch *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 63.

84 Vgl. *Kühl*, a.a.O. (Anm. 82), S. 15–21.

ものであり、その社会倫理的な否認は収奪命令によって外部に表明されるから、総額剝奪には格下げ効果を伴う社会倫理的な無価値判断が含まれると解している⁸⁵。しかし、*Kühl*の主張や*Dannert*の見解に対しても、①社会における格下げ効果を基準とすると、無罪推定は社会が有罪判決を受けた者からその有罪判決を理由として社会的に距離を置く場合にのみ違反されるが、社会は無罪推定の違反なしに犯罪者が有罪判決を受けた場合にのみその者から距離を置くため、格下げ効果を基準として無罪推定に違反しているか否かを判断することは循環論法である⁸⁶、②保険濫用、不正乗車、少量の大麻所持といった行為は「微罪」と考えられており、社会倫理的にはほとんど否認されないが、それにもかかわらず、それらと場合によっては結び付く罰金や自由刑の刑罰的性格は真剣に争われていない⁸⁷といった批判がなされている。

以上の理由から、犯罪収益の没収（収奪）の法的性質を検討する諸見解においては、社会倫理的な無価値判断・否認を基準から除外した上で、害の賦課に着目して犯罪収益の没収（収奪）の法的性質を検討する見解⁸⁸が多数を占めている。

第4目 小括

以上のとおり、社会倫理的な無価値判断・否認をどのようにして判断するか、あるいはそもそもこれを基準とするかについては見解の相違がある

85 Vgl. *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 30; auch *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 57–59, 154. *Keusch*の見解は、島田・前掲注35) 197–199頁において簡潔に紹介されている。

86 Vgl. *Hoyer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 416 f.; auch *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 64; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 65.

87 Vgl. *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 64 f.; auch *Hoyer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 416; *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 64.

88 Etwa *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 82–86; *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 31, 68; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 64 f.

ものの、多数説は、次のとおり、害の賦課という要素に着目して犯罪収益の没収（収奪）の法的性質を検討し、総額主義による犯罪収益の没収（収奪）の刑罰的性格を肯定している。

（刑罰的）害の賦課とは行為者を所為前よりも悪い立場に置くものをいう。所為前に存していた合法的な状態の原状回復は（刑罰的）害の賦課ではない。総額剥奪は行為者を所為前よりも悪い立場に置くものであり、不当利得法に依拠してこれを正当化することもできないから、（刑罰的）害の賦課である。したがって、総額主義による犯罪収益の没収（収奪）は少なくとも総額と純益の差額を剥奪する限度で刑罰的性格を備えている、と。

第4項 刑罰的性格を否定する見解

総額主義による犯罪収益の没収（収奪）の刑罰的性格を否定する見解としては、社会倫理的な無価値判断・否認の欠如を理由とするもの（第1目）や、（社会倫理的な無価値判断・否認を基準から除外した上で）総額剥奪は不当利得法上の責任・一般的な法思想に依拠して正当化することができるから（刑罰的）害の賦課ではないとするもの（第2目）が主張されている。

第1目 社会倫理的な無価値判断・否認の欠如を理由とする見解

一部の学説は、社会倫理的な無価値判断・否認の欠如を理由として、総額主義による犯罪収益の没収（収奪）の刑罰的性格を否定している⁸⁹。Jens Lieckfeldtは、社会倫理的な無価値判断・否認の欠如を次のとおり説明している。

収奪制度は違法な所為に基づく正当化されない財産移転の清算を目的としているから、収奪命令は価値中立的であり、それによって社会倫理的な否認は確認され得ない。刑事罰は倫理的な責任非難と結び付き、通例犯罪

89 Etwa Lieckfeldt, a.a.O. (Anm. 18), S. 358 f.; Wolfgang Joecks/Markus Meißner, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2020, Vorb. § 73 Rn. 54.

人名簿に記載されるが、収奪命令はこれらの要件全てを欠いている。総額主義による収奪客体の決定は単に犯罪行為に関連する一定の費用との相殺が拒絶されることを意味するに過ぎないから、総額主義の導入によっても収奪が社会倫理的な無価値判断という決定的な要素を欠いていることに変わりはない、と⁹⁰。

第2目 不当利得法上の責任・一般的な法思想に依拠する見解

一方、*Lennart Fleckenstein*は、刑罰的性格の判断基準については、総額主義による犯罪収益の没収(収奪)の刑罰的性格を肯定する多数説と同様、社会倫理的な無価値判断・否認を基準から除外し⁹¹、「刑罰」又は「刑罰類似の処分」は国家が誤った態度に対する反応として実質的な不利益(すなわち害)を賦課する場合に認められ⁹²、所為前の状態の原状回復を超える追加の不利益のみが(刑罰的)害である⁹³と解しつつ、犯罪収益の没収(収奪)の法的性質については、多数説と異なり、犯罪収益の没収(収奪)は総額主義による場合でも「刑罰的害」を賦課するものではないと解している⁹⁴。多数説との違いは、以下のとおり、(立法者及び判例が非刑罰的性格を前提としつつ総額主義の論拠として主張する)民法817条2文との評価矛盾が解消されるべきであること及び民法818条4項、819条が悪意の利得者に損失リスクを割り当てていることをどのように評価するかにある。

まず、民法818条4項、819条が悪意の利得者に損失リスクを割り当てているという論拠について、*Fleckenstein*は、多数説による批判⁹⁵に対し、次のとおり反論している。多数説は、不当利得法は利得者が利得額を超え

90 Vgl. *Lieckfeldt*, aa.O. (Anm. 18), S. 355 f., 358 f.

91 本款第3項第3目参照。

92 *Fleckenstein*, aa.O. (Anm. 18), S. 65.

93 本款第3項第1目参照。

94 Vgl. *Fleckenstein*, aa.O. (Anm. 18), S. 76-78.

95 本款第3項第1目参照。

て返還する必要はないということを「最高原則」としており、民法818条4項、819条の要件が認められる場合の「一般の諸規定」による悪意の利得者の加重責任は不当利得法上の責任ではないと評価している。この評価は不当利得法の伝統的な理解に基づくものであるが、現代的な理解はこれとは異なっている。現代的な理解にとっては「得られたもの」が中心概念であり、現存利益への制限はもはや「不当利得法の最高原則」ではなく、むしろ正当化を必要とする例外ケースである。立法者は総額主義の導入によって犯罪収益の没収（収奪）の対象者を加重責任を負う利得者（民法818条4項、819条）のように扱うこととただけである、と⁹⁶。

次に、民法817条2文との評価矛盾が解消されるべきであるという論拠についても、*Fleckenstein*は、多数説による批判⁹⁷に対し、次のとおり反論している。第一に、多数説は国家による法的保護の拒絶に固執しているが、民法の学説及びBGHは民法817条2文を一般予防思想によって解釈している。それによれば、民法817条2文には「およそ法律又は良俗に違反する取引に関与する者は、その取引の枠内で攪乱が生じる場合、その給付が回復不能かつ補償なしに失われることを知らなければならない」という法思想がある。第二に、多数説による批判は犯罪収益の没収（収奪）が「準不当利得返還の清算処分」であるという誤った前提によるものである。国家は「利得債権者」ではないから、犯罪収益の没収（収奪）は準不当利得返還の清算機能を持たず⁹⁸、むしろ潜在的な犯罪行為者に対し、所為があらゆる点で「引き合わない」という見込みを示すことによって犯罪行為を防止し、刑法上の法益を保護するという一般予防を正当化根拠とするものである。したがって、犯罪収益の没収（収奪）に関して民法817条2文を適

96 Vgl. *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 69–73. ただし、民法819条1項に準じて、対象者が費用を抛出した時に犯罪目的に関して悪意であったことを要求している (Ebd., S. 72 f.)。

97 本款第3項第1目参照。

98 本章第1節第3款も参照。

用(準用)することはできないが、その基礎にある法思想を援用することはできる。よって、総額剥奪は対象者を単に所為前の状況に戻すものである、と⁹⁹。

以上のとおり、*Fleckenstein*は、多数説とは異なり、総額剥奪は行為者に不当利得法上の加重責任(民法818条4項、819条)よりも重い責任を負わせるものではなく、かつ、民法817条2文の基礎にある法思想を援用すれば単なる「原状」の復元によって説明し得るものであるから、「刑罰的害」を賦課するものではないと解している。

第4款 拡大没収及び拡大独立没収の法的性質

第1項 拡大没収の法的性質

拡大没収(拡大収奪)は、ある違法な所為が行われたことが証明された場合に、他の違法な諸所為によって又はその報酬として得られた客体を、その出所たる違法な所為の証明なしに剥奪する手段である。この剥奪手段は単純没収(単純収奪)と同様に原則として有罪の言渡しに際して命じられるものであるが、単純没収(単純収奪)とは異なり、客体の出所たる所為の証明を必要としないという特殊性がある。しかし、ドイツにおいては、この特殊性が法的性質にどのような影響を与えるかが議論されているわけではなく、むしろ拡大没収(拡大収奪)が単純没収(単純収奪)の特別形態であることを前提として、単純没収(単純収奪)の法的性質に関する検討と同様、拡大没収(拡大収奪)に総額主義が適用されること¹⁰⁰に着目

99 Vgl. *Fleckenstein*, a.a.O. (Anm. 18), S. 73–76. ただし、民法817条2文に準じて、意識的かつ意図的に良俗又は法律違反の目的で費用を抛出したことを要求している (Ebd., 76)。

100 Vgl. BT-Drs. 11/6623, S. 13; auch BVerfGE 110, 1, Rn. 60. もっとも、*Geiger*は拡大収奪が通常ケースでは純益を対象とするものであり、総額を対象とするのは例外的なケースに限られると考えている (vgl. *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 313 f. 324)。

してその法的性質を検討するものが多い¹⁰¹。その結果、総額剥奪の刑罰的性格を肯定する見解の多くは拡大没収（拡大収奪）の法的性質も肯定している（ただし、2017年改正後の拡大没収の法的性質についてはほとんど議論されていない）。

もっとも、1992年改正に際しては、法案理由書において、組織犯罪から金銭的な基盤を剥奪することは組織犯罪との戦いにおける重要な目標であり、利益剥奪は犯罪行為者から更なる犯罪行為の実行のための投下資本を剥奪するものであると述べられる¹⁰²とともに、拡大収奪は不当利得返還思想のほか、行為者から新たな犯罪行為の予備のための経済的な手段を剥奪するという考慮にも基づいていると説明されていた¹⁰³。しかし、BVerfGは、2004年1月14日決定¹⁰⁴において、拡大収奪は犯罪組織による犯罪利益の差し迫った再投資を阻止する相応の危険予測に基づく予防処分としては設計されておらず、刑法上の利益剥奪が保安効果も狙い得るという立法者の考慮は刑法73条dの規定には表れていないと説示している¹⁰⁵。学説においても、保安処分としての法性決定は否定されている¹⁰⁶。

101 Vgl. *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 311. 拡大没収（拡大収奪）に総額主義が適用されることを重視してその刑罰的性格を肯定する見解として例えば、*Hoyer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 413-422; *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 64 f.; *Johannes Berg*, *Beweiserleichterungen bei der Gewinnabschöpfung*, 2001, S. 190-194; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 150-155.

102 BT-Drs. 11/6623, S. 1; 12/989, S. 1, 23.

103 BT-Drs. 11/6623, S. 7.

104 本節第3款第2項第2目参照。

105 BVerfGE 110, 1, Rn. 70.

106 Vgl. etwa *Berg*, a.a.O. (Anm. 101), S. 192 f.; *Geiger*, a.a.O. (Anm. 68), S. 316. これに対し、*Volker Krey/Alfred Dierlamm*, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, JR 1992, S. 353, 358においては、拡大収奪が刑事罰（抑止）よりも改善保安（予防）処分に近い処分と解されているが、その理由については「体系的関連及び立法理由から判断すると」としか述べられていない。

第2項 拡大独立没収の法的性質

拡大独立没収は、ある犯罪行為の嫌疑を理由として保全された客体を、これが何らかの違法な所為に由来する限りで、およそ違法な所為の証明なしに剥奪する手段である。拡大独立没収の目的及び法的性質については、2017年改正の際の法案理由書において、次のとおり説明されていた。この剥奪手段の目標は財産秩序の攪乱を除去し、そのようにして実体法秩序に権威を持たせることにあり、それゆえにこの剥奪手段は責任主義の対象にならない将来に向けられた財産剥奪処分である¹⁰⁷。この独立没収の手続は物に対する手続であり(“ad rem”)、人には向けられていないから、それは刑罰的性格を備えていない¹⁰⁸、と。

学説では、現在のところ、拡大独立没収の法的性質を検討するものは少数にとどまっている。例えば*Kersten Höft*は、単純没収(単純剥奪)の法的性質を巡る議論における少数説と同様、不当利得法に依拠して総額剥奪を正当化することができるとした上で、拡大独立没収には不当利得返還類似の性格がある(準不当利得返還の処分)として、その刑罰的性格を否定している¹⁰⁹。これに対し、*Thomas Rönnau/Moritz Begemeier*は、仮に総額剥奪を不当利得法に依拠して正当化し得るとしても、拡大独立没収は「違法な所為に由来する客体」を対象としており、その剥奪は総額剥奪を超える可能性がある(違法な所為に由来する客体と他の客体が混和した場合には、混和によって生じた客体全体が「違法な所為に由来する客体」に当たることがあると解されている¹¹⁰ことによる。)から、これを非刑罰的性格に基づいて正当化することは

107 BT-Drs. 18/9525, S. 58. それゆえにこの剥奪手段は刑法上の財産剥奪の法的性質及び目的に関するBVerfGの2004年1月14日決定(本節第3款第2項第2目参照)と調和しているとも説明されている。

108 BT-Drs. 18/9525, S. 92.

109 *Kersten Höft*, § 76a Abs. 4 StGB, HRRS 2018, S. 196, 199–201.

110 差し当たり、樋口亮介「ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪」東大ロー11号275頁、286頁(2016)参照。

できず、拡大独立没収は少なくとも総額剥奪を超える範囲では刑罰類似の処分であると解している¹¹¹。

*Höft*の見解や*Rönnau/Begemeier*の見解は、「拡大独立没収による財産客体の剥奪を不当利得法に依拠して正当化することができるか」という問題を検討している点で従来の議論の延長線上に位置付けることができる¹¹²。これとは異なり、多様な要素を検討するものとして、*Florian Becker/Bastian Heuer*の見解がある。*Becker/Heuer*は、規制が刑罰の性格を備えているかは刑罰の3要素を満たすかによって判断されるとしつつ、これらの要素はその全てが確認されるか、あるいは全く確認されない場合にのみ法的性質を決定し得るものであり、法的不利益の賦課のみが確認され得る場合には別の基準が援用されるべきであるとした上で、欧州人権裁判所のいわゆる*Engel*基準¹¹³等に照らして（拡大没収及び）拡大独立没収の刑罰的性質を肯定している¹¹⁴。

111 *Thomas Rönnau/Moritz Begemeier*, Die Vermögensabschöpfung ist keine Strafe!?, NStZ 2021, S. 705, 707 f. この見解は、総額剥奪自体は非刑罰的の性格に基づいて正当化し得ることを前提とする点で単純没収（単純収奪）の法的性質を巡る議論における多数説と異なるものの、剥奪の範囲に着目する点では従来の議論の域を出るものではないから、詳細は割愛する。

112 ほかに、*Tim Gebauer*, Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, ZRP 2016, S. 101, 104においては、拡大独立没収が「嫌疑刑」と評価されているが、ここでも単純没収（単純収奪）の法的性質を巡る従来の議論が前提とされている。

113 See *Engel and others v. The Netherlands*, appl. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.6.1976, § § 82–83.

114 Vgl. *Becker/Heuer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 415–417. *Becker/Heuer*の見解は多様な要素を検討する示唆に富んだものであるが、これを詳細に紹介するには*Engel*基準等を含めた欧州人権裁判所判例の紹介が必要になるため、本稿では紙幅の都合上割愛する。