

# 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（2・完）

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2節 犯罪収益の没収の法的性質（以上前号）

#### 第3節 刑罰的性格から導き出される帰結

##### 第1款 純益への限定

##### 第2款 拡大没収及び拡大独立没収にとっての帰結

##### 第3款 *Geiger*による解釈と立法提案

#### 第4節 本章のまとめと若干の検討

##### 第1款 ドイツにおける議論の意義

##### 第2款 清算・原状回復目的による総額剥奪の正当化を巡る議論

##### 第3款 *Geiger*による解釈と立法提案

### 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1款 総額剥奪の正当化の可否

##### 第2款 費用に関する挙証責任の転換の可否

##### 第3款 小括

#### 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（以上本号）

## 第2章 ドイツ法における犯罪収益の没収の法的性質

### 第3節 刑罰的性格から導き出される帰結

仮に総額主義による犯罪収益の没収(収奪)が刑罰的性格を備えているとすると、犯罪収益の没収(収奪)は他の刑罰的制裁と同一の憲法上の要求の対象になり<sup>115</sup>、責任主義や無罪推定、遡及処罰の禁止等が適用されるとともに、主刑と併せて責任に相当する刑罰を形成し、没収(収奪)命令と結び付く財産損失が刑罰減輕事由になる。

そのため、学説では、責任主義との関係で、没収(収奪)命令の要件として刑法上の有責性を要求する解釈のほか、一定の場合に剝奪の範囲を純益に限定する解釈が示されている(第1款)。また、拡大没収(拡大収奪)に対しては、責任主義や無罪推定に違反するとの批判がなされている(第2款)。さらに、Geigerは、総額主義による収奪が総額と純益の差額を剝奪する限度で刑罰的性格を帯びることを前提として、1992年改正後も実体法上は純益主義を適用すべきであると解した上で、単純収奪及び拡大収奪の双方について、犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任・挙証責任を行為者に負担させるべきであると主張し、併せて単純収奪について、公判とは別に収奪を審判対象とする事後手続を創設することを提案している(第3款)。

#### 第1款 純益への限定

仮に総額主義による犯罪収益の没収(収奪)が刑罰的性格を備えているとすると、行為者の有責性が認められない場合に総額主義による犯罪収益の没収(収奪)を命じることは責任主義に違反する。そのため、学説では、没収(収奪)命令の要件として刑法上の有責性を要求する見解が主張され

---

115 Vgl. Sch/Sch/Eser/Schuster, 30. Aufl., vor § 73 Rn. 18; Müller, a.a.O. (Anm. 69), S. 71 f.

ている<sup>116</sup>。もっとも、行為者の有責性が認められない場合や第三者に対して没収（収奪）が命じられる場合にのみ剝奪の範囲を純益に限定する解釈も示されており、その方法としては、刑法73条を憲法適合的に解釈する方法が主張されている<sup>117</sup>ほか、2017年改正前の収奪については過酷条項（刑法旧73条c）を援用する方法も主張されていた<sup>118</sup>。

## 第2款 拡大没収及び拡大独立没収についての帰結

1992年改正後の多数説は、拡大収奪について、これが刑罰的性格を備えているとの理解を前提として、以下のとおり、責任主義や無罪推定に違反すると批判していた（現行法上の拡大没収や拡大独立没収が責任主義や無罪推定に違反するかについては、現在のところ、あまり論じられていない。）。

### 第1項 責任主義

仮に総額主義による拡大収奪が刑罰的性格を備えているとすると、財産客体の出所たる所為に関する対象者の有責性が積極的に証明されなければならない。それゆえにその所為が徹底的に調べ尽くされなければならない。しかし、拡大収奪は、発見された財産客体が何らかの犯罪行為に由来する

---

116 Vgl. *Helmut Satzger*, Die Berücksichtigung von Opferinteressen bei der Verfallsanordnung aus materiellrechtlicher wie prozessrechtlicher Sicht, *wistra* 2003, S. 401, 402; auch *Müller*, a.a.O. (Anm. 69), S. 68–72.

117 Vgl. etwa *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 59–61; *Hans Achenbach*, in: ders./Andreas Ransiek, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl., 2012, 1. Teil 2. Kap. Rn. 33; *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 69.

118 Vgl. *Hoyer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 422; auch *Martin Heger*, in: *Karl Lackner/Kristian Kühl*, *StGB*, 28. Aufl., 2014, § 73 Rn. 4c. もっとも、2017年改正により過酷条項が刑法典から削除され、比例性（過酷さ）は判決段階ではなく執行段階で考慮されることとされた（ドイツ刑事訴訟法459条g第5項1文）。したがって、同改正後は判決段階で剝奪の範囲を限定するために過酷条項を援用することはできない（vgl. *Gebauer*, a.a.O. (Anm. 35), S. 69）。

ことは明らかであるが、その犯罪行為が証明され得ない場合にその財産客体を剥奪するために導入されたものである<sup>119</sup>。財産客体の出所たる所為の有責な実行が証明されなければならないと解することは立法者意思に明らかに反しており、拡大収奪規定をそのように解釈することはできない。したがって、拡大収奪は責任主義に違反する<sup>120</sup>。

## 第2項 無罪推定

無罪推定については、次の2点を理由とする批判がなされている。

第一に、無罪推定は刑事訴訟手続自体の経過に影響を及ぼすのみならず、「訴訟手続による有罪認定の独占性」を保障しており、訴訟手続において証明されていない諸所為を刑罰的制裁の根拠とすること又は考慮することを禁止している。拡大収奪は審判の対象になっている所為ではなく、他の諸所為から来ている財産客体を剥奪するものであり、財産客体と審判の対象になっている所為との結びつきが証明される必要はない。したがって、拡大収奪は訴訟法に則って詳細に証明されていない所為に基づくものであり、「訴訟手続による有罪認定の独占性」の保障に違反する<sup>121</sup>。

第二に、無罪推定には「疑わしきは被告人の利益に」の原則も含まれており、それによれば、被告人の有責性の拳証責任は検察にあり、拳証責任の転換は原則として許容されない。拡大収奪は単に財産客体の出所たる所為の証明を必要としないのみならず、「諸事情が、正犯又は共犯の客体が

119 Vgl. BT-Drs. 11/6623, S. 4; 12/989, S. 22, 23. 拙稿・前掲注4) (1) 195頁も参照。

120 Vgl. etwa *Berg*, a.a.O. (Anm. 101), S. 195 f.; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 155-159. これとは異なり、拡大収奪が単なる違法な所為を要求しており、刑法上の有責性を要件としていないことから責任主義に違反すると結論付けるものとして、*Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 67 f.

121 Vgl. etwa *Dannert*, a.a.O. (Anm. 34), S. 70-73; *Berg*, a.a.O. (Anm. 101), S. 199-202; *Keusch*, a.a.O. (Anm. 35), S. 161 f.

違法な諸所為の報酬として又はそれから得られたという仮定を正当化する場合」に命じられる。立法者によれば、その仮定は財産客体が何らかの違法な諸所為に由来する可能性が「極めて優越的に最も蓋然的である」場合に正当化される<sup>122</sup>。立法者の説明に従うと、拡大収奪の際には、審判の対象になっている所為以外の違法な諸所為の実行が推定されるとともに、発見された財産客体の違法な由来が推定される。拡大収奪命令のためにはこの由来の推定で十分であり、拡大収奪命令を阻止するために財産の合法的な由来を証明することは被告人の義務である。この挙証責任の転換を無罪推定と調和する例外と考えることもできない。したがって、拡大収奪の際の財産客体の違法な由来の推定は無罪推定に含まれる「疑わしきは被告人の利益に」の原則に違反する<sup>123</sup>。

### 第3款 Geigerによる解釈と立法提案

Geigerは、総額主義による収奪が総額と純益の差額を剥奪する限度で刑罰的性格を帯びる<sup>124</sup>ことを前提として、まず、次のとおり、1992年改正後も収奪に純益主義を適用すべきであると主張していた。仮に収奪に総額主義が適用されるとすれば、収奪が責任主義の対象になり、有責性が認めら

---

122 BT-Dr. 11/6623, S. 6 f. 拙稿・前掲注4) (1) 202-203頁参照。

123 Vgl. etwa Dannert, aa.O. (Anm. 34), S. 74 f.; Keusch, aa.O. (Anm. 35), S. 162 f.; auch Sotiriadis, aa.O. (Anm. 10), S. 193-195. 当時の刑法73条dの「諸事情が仮定を正当化する場合」という規範的要素はBGHによって「無制限の確信」が必要であるというように憲法適合的に解釈されていた (BGHSt 40, 371, Rn. 8)。しかし、これに対しても、憲法適合的解釈の限界を超えているとの批判 (vgl. Dannert, aa.O. (Anm. 34), S. 74; Keusch, aa.O. (Anm. 35), S. 162 m.w.N.) や、裁判官の確信形成に対する要求が十分でないために依然として嫌疑刑の禁止に反するとの批判 (vgl. Keusch, aa.O. (Anm. 35), S. 162 f.; auch Sotiriadis, aa.O. (Anm. 10), S. 197 f. m.w.N.) がなされていた (拙稿・前掲注4) (1) 197-198頁参照)。

124 本章第2節第3款第3項参照。

れない場合には純益主義が強制されるとともに、有責性が認められる場合であっても主刑の量定の際に刑罰的な収奪部分が相当に考慮されることが要求される。そうすると、収奪諸規定の適用を簡単にし、それによって効果的にするという同改正の目的が達成され得ず、それどころか量刑プロセスが不必要に困難かつ複雑になる。したがって、同改正後も、可能な限り最も単純かつ効果的な収奪諸規定を創設するという立法者意思に従って、収奪に純益主義が適用されるというように憲法適合的に解釈すべきである、と<sup>125</sup>。

もっとも、*Geiger*の主張は以上にとどまらず、純益算出の義務が収奪諸規定の適用を困難かつ複雑にすることを踏まえ、実体法上は収奪に純益主義を適用すべきであるとしつつ、不当利得法上利得者が利得喪失(民法818条3項)の立証責任を負担することや、刑法上可罰性の領域でさえ挙証責任の転換が特別な事情の下で許容されていること(刑法186条における真実の証明)、主権によって支払義務が課せられる税法においても対象者が情報提供義務や証拠提出責任を負担する場合があることを参考にして、訴訟法上、犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任・挙証責任<sup>126</sup>を行為者に負担させるべきであるとも主張していた<sup>127</sup>。この主張に従うと行為者が実質的な説明責任及び挙証責任を果たさなければその支出及び費用が考慮されないことになるが、*Geiger*は、この場合でも行為者がその原因を作出しただけであり、収奪に総額主義が適用されるわけではないため、収奪によって引き起こされる基本権介入を原状回復目的によって正当化することができる<sup>128</sup>と解していた。

125 Vgl. *Geiger*, aa.O. (Anm. 68), S. 308–311.

126 実質的挙証責任については、差し当たり、vgl. *Berg*, aa.O. (Anm. 101), S. 9.

127 Vgl. *Geiger*, aa.O. (Anm. 68), S. 324–328. 直接には拡大収奪を念頭に置いた主張であるが、単純収奪にも当てはまる(vgl. Ebd., S. 334, 335 f.).

128 Vgl. Ebd., S. 330. *Geiger*は、責任主義については、収奪によって引き起こされる基本権介入を原状回復目的によって正当化し得ることを理由として

以上のように犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任・挙証責任を行為者に負担させるとすると、これが自己負罪の許容されない強制<sup>129</sup>になるかが問題になる。この問題については、Geigerは次のとおり考えていた。

単純収奪については、行為者がこの責任を果たそうとする場合、起訴され、審判対象を形成している犯罪行為の支出及び費用を説明する必要がある。この場合、起訴されている犯罪行為に関して黙秘することは不可能であるため、必然的に起訴されている犯罪行為に関して自身に責任を負わせることになり、これは自己負罪の許容されない強制である。したがって、自己負罪の許容されない強制から被告人を保護するために、訴訟手続を、犯罪行為を判断する公判と収奪を対象とする事後手続に分離すべきである。公判における確定裁判がある場合、当該所為については刑罰権消耗が生じるため、行為者は事後手続において自身に刑事責任を負わせることな

---

収奪がその対象にならないと解する（vgl. Ebd., S. 322 f.）が、「疑わしきは被告人の利益に」の原則及び無罪推定については、以下のとおり、異なっており解していた。

「疑わしきは被告人の利益に」の原則については、収奪は効果的な主刑の前提条件を作出する（本章第1節第1款参照）ことから刑罰自体と密接に関連し、それゆえに同原則の対象になるとした上で、拡大収奪はその要件が裁判所の完全な確信をもって認められた場合にのみ命じることができるといように憲法適合的に限定解釈すべきであると主張していた（vgl. Ebd., S. 317-320）。

無罪推定についても、拡大収奪が財産客体の可罰的な由来が高い蓋然性をもって認められる場合に命じられるとすると合法的に得られた財産客体が剥奪されるおそれがあるが、この介入を原状回復目的によって正当化することはできず、この場合には拡大収奪が刑罰類似の効果を發揮し、無罪推定に違反するため、上記のとおり憲法適合的に解釈すべきであると主張していた（vgl. Ebd., S. 321 f.）。

129 ドイツ法における自己負罪拒否特権については、松倉治代「刑事手続におけるNemo tenetur原則（4・完）——ドイツにおける展開を中心として——」立命338号186頁、187-252頁（2011）が詳しい。

く当該犯罪行為に関する全ての点を供述することができる<sup>130</sup>。

一方、拡大収奪については、財産客体の出所たる(未知の)犯罪行為をきっかけとして生じた支出及び費用に関する実質的な説明責任・拳証責任を負担する場合、行為者は収奪額を減らすために必然的に未知の犯罪行為を具体的に説明しなければならない。捜査機関は未知の犯罪行為を具体的に説明するこの主張に基づいて新たに捜査手続を開始してさらに捜査することができる、場合によっては新たに公訴を提起することができる。したがって、行為者は収奪額を減らすために実質的な説明責任・拳証責任を果たそうとすると、必然的に自身に責任を負わせることになる。しかし、これは実質的な説明責任・拳証責任を行為者に負担させ得ないことを意味するものではなく、むしろ行為者による説明を刑事手続上証拠として利用することが禁止されるに過ぎない。したがって、拡大収奪においては、財産客体の出所たる犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任・拳証責任を行為者に負担させることができる<sup>131</sup>、と。

#### 第4節 本章のまとめと若干の検討

本節では、本章第1節から第3節までの内容を簡潔にまとめ、ドイツにおける議論が拡大没収及び拡大独立没収の制度設計にとってどのような意義を持つかを示した上で(第1款)、その意義との関係で重要な点をさらにまとめ、若干の検討を加える(第2款、第3款)。

---

130 Vgl. *Geiger*, aa.O. (Anm. 68), S. 334 f. *Geiger*は、単純収奪につき併せて、被害者の民事法上の請求権が生じる限りで収奪命令が禁止されると規定していた当時の刑法73条1項2文を削除し、被害者の請求権の解明を事後手続で実施することも提案していた(vgl. Ebd., S. 331 f. 鳥田・前掲注35) 206頁も参照)。

131 Vgl. *Geiger*, aa.O. (Anm. 68), S. 329 f.



## 第1款 ドイツにおける議論の意義

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、その制度目的が重視されることが多い。収奪・没収制度の目的については、刑罰目的（消極的一般予防、積極的一般予防及び特別予防）、保安目的、清算・原状回復目的が候補として挙げられている。刑罰目的については、犯罪収益の没収（収奪）が応報たり得ると明示的に論じるものは見当たらないが、1992年改正後の多数説は犯罪収益の没収（収奪）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。これに対し、穢れの除去や財政目的は犯罪収益の没収（収奪）制度の目的になるとは考えられていない<sup>132</sup>。

法的性質については、基本的には、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、収奪に純益主義が適用されており、その法的性質は清算・原状回復を目的とする「独自の種類の処分」であると解されていた<sup>133</sup>。しかし、同改正により総額主義が導入され、学説では、次のとおり、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。すなわち、刑罰類似の処分は責任主義や無罪推定の対象になり、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解されている。しかし、収奪の法的性質を巡る議論における多数説は、社会倫理的な無価値判断・否認を基準とせず、害の賦課に着目して刑罰類似性を判断し、次款でまとめるとおり、総額剥奪は清算・原状回復目的によって正当化され得ないから（刑罰的）害の賦課であるとして、総額

---

132 本章第1節参照。

133 本章第2節第2款参照。

主義による収奪の刑罰類似性(刑罰的性格)を肯定していたのである。その後、2017年改正により収奪法が全面改正され、費用の控除に関する規定(刑法73条d第1項)が新設されたが、同改正後も(犯罪収益の)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変わりはなく、議論の内容自体に大きな変化はない<sup>134</sup>。

拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収は客体の出所たる所為の証明を必要としない点で単純没収(単純収奪)と異なるものであり、さらに拡大独立没収は命令のきっかけになる所為の証明を必要としない点でも単純没収(単純収奪)と異なるものである(拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収の特殊性)。しかし、ドイツにおいては、これらの特殊性が拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収の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、基本的には、これらの剥奪手段が単純没収(単純収奪)の特別形態であり、これらの剥奪手段にも総額主義が適用されることを前提として、単純没収(単純収奪)の法的性質を巡る議論が採用される形で拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収の法的性質が検討されている(そのためか、保安処分としての法性決定は詳細な検討なしに否定されることが多い。)<sup>135</sup>。そして、総額主義による犯罪収益の没収(収奪)が刑罰的性格を備えていると解する論者は、拡大収奪が刑罰的性格を備えているにもかかわらず、客体の出所たる所為の有責な実行が証明されることなく命じられることなどから、責任主義や無罪推定(「訴訟手続による有罪認定の独占性」及び「疑わしきは被告人の利益に」の原則)に違反すると批判している(現行法上の拡大没収や拡大独立没収が責任主義や無罪推定に違反するかについては、現在のところ、あまり議論されていない。)<sup>136</sup>。

このような議論の内容を踏まえると、ドイツにおける拡大没収(拡大収

---

134 本章第2節第3款参照。

135 本章第2節第4款参照。

136 本章第3節第2款参照。

奪)や拡大独立没収の法的性質を巡る議論は、実質的には「総額剥奪を清算・原状回復目的によって正当化することができるか」という問題を巡るものと理解すべきである。したがって、ドイツにおける議論から、「拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収の特殊性がその法的性質にどのような影響を与えるか」という点で示唆を得ることは困難である。しかし、このことはドイツにおける議論が拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収の法的性質に関して示唆的でないことを意味しない。というのは、ドイツで前提とされているように、拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収のような財産客体の出所たる犯罪行為の証明を必要としない剥奪手段においては構造的に純益の算出が不可能であり<sup>137</sup>、総額剥奪である可能性を排斥することができないからである<sup>138</sup>。拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収は上記の特殊性からすれば非刑罰的性格のものとして制度設計すべきであるが、仮に総額剥奪を清算・原状回復目的によって正当化できないとすると、総額剥奪である可能性が排斥され得ない拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収については清算・原状回復以外の目的によって制度設計する必要が生じる。

そうすると、拡大没収(拡大収奪)や拡大独立没収については、「総額剥奪を清算・原状回復目的によって正当化することができるか」が決定的な問題になる。そこで次に、この問題を巡る議論をまとめた上で、若干の検討を加える。

---

137 Vgl. Geiger, a.a.O. (Anm. 68), S. 325 Anm. 1076.

138 もっとも、犯罪活動が営業的に行われる場合には、通例、ある所為による収益の一部が更なる犯罪行為のために再投資されるであろうから、営業的に行われた各所為による収益の総額が行為者の手元に残るわけではない。そして、拡大没収や拡大独立没収は行為者の手元にある財産客体のみを剥奪するものであるから、その剥奪額は収益が再投資されればされるほど純益に近づくことになる。

## 第2款 清算・原状回復目的による総額剥奪の正当化を巡る議論

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、行為者を所為前と同じ立場に置くことは清算・原状回復目的によって正当化することができるから(刑罰的)害の賦課ではないのに対し、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るから清算・原状回復目的によって正当化することはできず、それゆえに(刑罰的)害の賦課であると主張している<sup>139</sup>。これに対し、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立法者、判例及び少数説は、以下のとおり、総額剥奪は不当利得法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主張している。

まず、立法者は、民法817条2文の基礎には「禁止取引に投資されたものは回復不能に失われる」という法思想があり、この法思想は犯罪収益の没収(収奪)にも妥当すべきであると説明している<sup>140</sup>。この説明に対しては、多数説から、民法817条2文は法的保護の拒絶という法思想に基づくものであり、国家が外部から良俗違反の給付事象に介入する犯罪収益の没収(収奪)にこの法思想を転用することはできないといった批判がなされている<sup>141</sup>。この批判に対しては、少数説から、民法817条2文が一般予防思想によって解釈されていることを前提として、犯罪収益の没収(収奪)は清算機能を持たず、一般予防を正当化根拠とするものであるから、これに民法817条2文を適用(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との反論がなされている<sup>142</sup>。

また、BVerfGは、不当利得法は悪意の利得者に損失リスクを割り当てており(民法818条4項、819条)、立法者は総額主義の導入によって不当利

139 本章第2節第3款第3項第1目参照。

140 本章第2節第3款第1項参照。

141 本章第2節第3款第3項第1目参照。

142 本章第2節第3款第4項第2目参照。

得法の考え方を取り入れただけであると解している<sup>143</sup>。この理解に対しては、多数説から、利得者が利得額を超えて返還する必要はないという「不当利得法の最高原則」があることを前提として、悪意の利得者は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<sup>144</sup>。この批判に対しては、少数説から、不当利得法の現代的な理解によれば、現存利益への制限はもはや「不当利得法の最高原則」ではないとの反論がなされている<sup>145</sup>。

刑罰の意味においては、単なる原状回復を害とは評価し難いから、純益剥奪が（刑罰的）害の賦課ではないとの理解は妥当である。問題は、総額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である。まず、不当利得法が悪意の利得者に損失リスクを割り当てていること（民法818条4項、819条）に依拠した正当化については、多数説による批判のとおり、悪意の利得者の責任は不当利得法上の責任ではない上、*Fleckenstein*が民法817条2文に関して適切に指摘するとおり、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を実現するものではなく、そもそも犯罪収益の没収（収奪）のために不当利得法を持ち出すことはできないように思われる。そうすると、不当利得法そのものではなく、その基礎にある法思想を持ち出す立法者による説明の当否が問題になるが、その当否についても、多数説による批判のとおり、民法817条2文は法的保護の拒絶という法思想に基づくものであり、これを超えてその基礎に「禁止取引に投資されたものは回復不能に失われる」という法思想があるとは解されない。確かに*Fleckenstein*が主張するように民法817条2文は一般予防思想によって解釈されているが、この解釈は民法817条2文の適用範囲を直接の適用対象ではない事案に拡張するものではなく、給付者

---

143 本章第2節第3款第2項第2目参照。

144 本章第2節第3款第3項第1目参照。

145 本章第2節第3款第4項第2目参照。

の主観に応じて限定するものである<sup>146</sup>。したがって、民法817条2文の基礎に、犯罪収益の没収(収奪)に転用可能な法思想が存するとも解されず、結局、多数説による批判のとおり、総額剥奪を不当利得法に依拠して正当化することはできないと解すべきである。

もっとも、Geigerは、総額剥奪を不当利得法に依拠して正当化することはできないことを前提として、単純収奪や拡大収奪を利用可能なものにするための解釈・立法を提案している。そこで次に、Geigerの主張をまとめた上で、若干の検討を加える。

### 第3款 Geigerによる解釈と立法提案

Geigerは、実体法上は収奪に純益主義を適用すべきであるとしつつ、訴訟法上、犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任及び挙証責任を行為者に負担させるべきであると主張している。この主張に従うと行為者が説明責任及び挙証責任を果たさなければその支出及び費用が考慮されないことになるが、Geigerによれば、この場合でも総額主義が適用されるわけではないため、収奪によって引き起こされる基本権介入を原状回復目的によって正当化することができる。もっとも、犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任・挙証責任を行為者に負担させると、これが自己負罪の許容されない強制になるかが問題になる。Geigerは、単純収奪については、これが自己負罪の許容されない強制になるため、訴訟手続を、犯罪行為を審判対象とする公判と収奪を審判対象とする事後手続に分離することを提案している。一方、拡大収奪については、行為者が実質的な説明責任・挙証責任を果たそうとすると必然的に自身に責任を負わせることになるが、これは実質的な説明責任・挙証責任を行為者に負担させ

---

146 瀧久範「民法708条本文の目的論的縮減——ドイツにおける贈与サークル(Schenkkreis)に関する諸判決を素材に——」民研695号1頁、6-10頁(2015)参照。

得ないことを意味するものではなく、単に行為者による説明を刑事手続上証拠として利用することが禁止されるに過ぎないと考えている<sup>147</sup>。

確かに、*Geiger*の主張によれば、訴訟法上、犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任及び挙証責任を行為者に負担させることにより、構造的に純益の算出が不可能であるという問題点を回避しつつ、実体法上は純益主義を適用することにより、拡大没収（拡大収奪）や拡大独立没収による財産客体の剝奪を清算・原状回復目的によって正当化することができる。もっとも、犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任・挙証責任を行為者に負担させるとすると、*Geiger*も検討しているように、自己負罪の許容されない強制にならないかが問題になる。単純収奪については、*Geiger*が提案するように収奪を審判対象とする事後手続を創設すれば、この問題を回避することができる。しかし、拡大収奪については、行為者が財産客体の出所たる未知の犯罪行為を具体的に説明し、その証拠を提出すればするほど、捜査機関が未知の犯罪行為に関して容易に捜査し、起訴することができるようになる。これが（*Geiger*は積極的に論証していないものの、例えば実質的な説明責任・挙証責任を果たさないという選択肢が行為者に残されていることを理由として）自己負罪の許容されない強制ではないと解すること自体疑わしいが、仮にこれを措くとしても、その結果として行為者は現実的には収奪額を減らすことを諦めざるを得ず、それにもかかわらず自身に責任を負わせることによって総額剝奪を免れ得ることを理由に実体法上なお純益主義が適用されていると解するのは無理があるように思われる。したがって、拡大収奪については、*Geiger*の解釈によってもなお問題が残ると評価せざるを得ず、この問題は拡大没収や拡大独立没収にも同様に妥当するものであろう。

---

147 本章第3節第3款参照。

### 第3章 我が国への示唆

本章では、以上のドイツにおける犯罪収益の没収(収奪)の法的性質を巡る議論を参考にして、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財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としない犯罪収益の剥奪手段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1節 不正な利得の剥奪という目的による制度設計

我が国の刑法においては、犯罪収益の没収を含む没収全般が付加刑として規定されている(刑法9条)。もっとも、ドイツにおける議論を踏まえて考えると、犯罪収益の没収は付加刑としてしか制度設計することができないものではなく、不正な利得を剥奪することによって「本来あるべき状態に戻す」<sup>148</sup>ということ(不正な利得の剥奪)自体を目的とする非刑罰の処分として設計することも可能であるように思われる。そうすると、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際には、これらの剥奪手段を不正な利得の剥奪自体を目的とする非刑罰の処分として制度設計することが考えられる。

もっとも、前記のとおり、ドイツにおいては、犯罪収益の没収(収奪)の法的性質を巡る議論の中で「総額剥奪を清算・原状回復目的によって正当化することができるか」が議論されている。そうすると、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、財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としないために総額剥奪の可能性が排斥され得ない剥奪手段を不正な利得の剥奪自体を目的とする非刑罰の処分として制度設計しようとする、まず、「総額剥奪を不正な利得の剥奪という目的によっ

---

148 安田拓人「犯罪収益の没収・追徴」研修742号3頁、4頁(2010)。



て正当化することができるか」が問題になる（第1款）。さらに、ドイツにおいては、*Geiger*が、拡大収奪に純益主義を適用しつつ、犯罪行為の支出及び費用に関する実質的な説明責任・挙証責任を行為者に負担させることを主張していた。我が国においてこのような挙証責任の転換が可能であれば、仮に総額剥奪を不正な利得の剥奪という目的によって正当化することができないとしても、拡大没収や有罪判決に基づかない没収をなお不正な利得の剥奪自体を目的とする非刑罰の処分として正当化する余地があるから、このような挙証責任の転換の可否も検討する必要がある（第2款）。

### 第1款 総額剥奪の正当化の可否

「総額剥奪を不正な利得の剥奪という目的によって正当化することができるか」という問題については、まず、ある者が犯罪を原因として利得した場合、「不正な利得」と評価されるのは、移転した財産自体ではなく、その者の「資産の増加」であるように思われる。そうすると、不正な利得の剥奪という目的に基づくのであれば、剥奪の範囲については基本的に純益主義を適用すべきことになる<sup>149</sup>。

もっとも、ドイツにおける議論を踏まえると、「総額剥奪を不正な利得の剥奪という目的によって正当化することができるか」という問いに答えるためには、不当利得法に依拠した正当化の可否、具体的には、①不当利得法が一定の場合に受益者に損失リスクを割り当てていることに依拠した正当化の可否、②「禁止取引に投資されたものは回復不能に失われるべきである」という一般的な法思想の存否及びその転用の可否を検討する必要

---

149 高山佳奈子「犯罪収益の剥奪」論叢154巻4・5・6号457頁、479頁（2004）は、純益剥奪については、「元の財産秩序を回復」することを趣旨とした上で、費用が「すでに被害者または社会に支払われて合法的な経済活動に環流しているか、あるいは賄賂や薬物の売上金のように別の場所から剥奪されることになっている」ことを理由として、「(収益-費用)+果実」が剥奪の対象になると解している。

がある。

①については、我が国の不当利得法においては、受益者は現存利益を返還する義務を負う（民法703条）が、悪意の受益者の返還義務は「その受けた利益」に利息を付して返還しなければならない（民法704条）、利得消滅を理由としてその控除を主張することはできない<sup>150</sup>。しかし、不当利得返還は損失者と受益者のリスク分配の問題であるが、没収権の主体たる国家は損失者ではないから、国家による犯罪収益の没収を、これが不正な利得を剝奪するものであることのみをもって、不当利得返還のように給付や財貨を回復するものと考えるべきではない（ドイツにおいて主張されている清算や法秩序あるいは財産秩序の原状回復も給付や財貨の回復とは異なるものと思われる）。したがって、犯罪収益の没収を正当化するために不当利得法を持ち出すことはできず、不当利得法が悪意の受益者に損失リスクを割り当てているからと言って、このことに依拠して総額剝奪を正当化することはできない。

②については、仮に我が国において「禁止取引に投資されたものは回復不能に失われるべきである」という一般的な法思想が存するのであれば、これが総額主義の根拠になり得る。しかし、我が国における不法原因給付規定（民法708条）も、ドイツ民法典817条2文と同様、「みずから不法な原因のため相手方（受益者）に給付をした者（不法原因給付者）が、あとでその不法を盾にとって返還を請求することを許さない、とする規定である」と言われている<sup>151</sup>。このような例外規範から一般的な法思想を導き出すことは疑わしく、我が国において、犯罪収益の没収に転用可能な「禁止取引に投資されたものは回復不能に失われるべきである」という一般的な法思想が存すると解すべきではない。

以上のとおりであるから、我が国においても、不当利得法に依拠して総

150 窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8）』177-179頁〔藤原正則〕参照。

151 窪田編・前掲注150）199-200頁〔川角由和〕。さらに、藤原正則『不当利得法』88-89頁（信山社、2002）も参照。

額剥奪を正当化することはできず、不正な利得の剥奪という目的によっては純益剥奪しか正当化することができないと解すべきである。そうすると、次に、費用に関する挙証責任の転換の可否が問題になる。

## 第2款 費用に関する挙証責任の転換の可否

拡大没収や有罪判決に基づかない没収においては、財産の出所たる犯罪行為が証明されないことから、その未知の犯罪行為の費用に関する主張責任・挙証責任を対象者に負担させるとすると、対象者は、剥奪額を減らすために、その未知の犯罪行為自体を明らかにしなければならないことになる。そうすると、我が国においても、このような挙証責任の転換は黙秘権侵害になるおそれがあるとともに、費用に関する挙証責任が転換されると、対象者は現実的には剥奪額を減らすことを諦めざるを得ず、それにもかかわらず未知の犯罪行為の費用を主張・挙証して総額剥奪を免れ得ることを理由に実体法上なお純益主義が適用されていると評価するのは無理がある。したがって、拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としない剥奪手段においては、実体法上は純益主義を適用しつつ、訴訟法上、未知の犯罪行為の費用に関する挙証責任を対象者に負担させるという方法を採用することはできないと考えるべきである。

## 第3款 小括

以上のとおり、我が国においても、総額剥奪を不正な利得の剥奪という目的によって正当化することはできず、かつ、財産の出所たる未知の犯罪行為の費用に関する主張責任・挙証責任を対象者に負担させるという方法を採用すべきではないから、拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった剥奪制度を不正な利得の剥奪という目的のみによって設計することはできない。そこで次に、これらの剥奪制度を他の目的によって設計することができないかを検討する。

## 第2節 再投資の阻止という目的による制度設計

ドイツにおける犯罪収益の没収(収奪)の制度目的を巡る議論を参考にすると、不正な利得の剝奪以外で拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった剝奪制度の目的になり得るものとして、保安処分的な目的が考えられる<sup>152</sup>。

前記のとおり、我が国の刑法においては犯罪収益の没収を含む没収全般が付加刑として規定されているが、それにもかかわらず、没収の法的性質については、かつて「刑罰か保安処分か」を巡って議論が交わされていた。没収を保安処分と解する立場は、主として、没収が刑罰であるとすれば、違法かつ有責な所為を理由としてその犯人に科せられる制裁でなければならぬはずであるが、犯人以外の者に属する物の没収(いわゆる第三者没収)も認められており(刑法19条2項ただし書のほか、特別法上の没収規定にも第三者没収を認めるものがある。)、当該第三者は犯人ではないにもかかわらず所

---

152 このほか、(消極的・積極的)一般予防を目的とする非刑罰の処分として設計する余地も残されているように思われる。我が国の法制度においては、将来の違反行為を抑止するために不当な利得を超える金銭的不利益を賦課する行政上の措置が設けられており、例えば独占禁止法による課徴金は過去の違反行為を理由として違反行為者を非難するものではない(すなわち社会倫理的な無価値判断・否認を表明するものではない)ことから刑罰的性質を備えていないと解されている(伊永大輔『課徴金制度——独占禁止法の改正・判審決からみる法規範と実務の課題——』29-42頁(第一法規、2017)参照。佐伯仁志『制裁論』123-135頁(有斐閣、2009)も参照)。もっとも、一般予防を目的とする制度設計については、ドイツ法から示唆を得ることは困難であり、本稿で検討することはできない。このような制度設計についてはイタリア法が参考になるようであり(see e.g. Michele Panzavolta & Roberto Flor, *A Necessary Evil? The Italian "Non-Criminal System" of Asset Forfeiture*, in NON-CONVICTION-BASED CONFISCATION IN EUROPE 111, 140-142 (Jon Petter Rui & Ulrich Sieber eds., 2015)), 今後はイタリア等の他の国家にも比較対象を広げていきたい。

有権喪失という不利益を被るため、責任主義の点で問題があるということ論拠としていた<sup>153</sup>。この立場が没収を保安処分と解することにより責任主義との衝突を回避しようとしていたことは示唆的である。もっとも、この立場については、「没収が保安処分であるというためには、有責性と関係なく、その物のもつ危険性を理由として没収するものでなければならない」との指摘がなされており<sup>154</sup>、実務上も対象物が危険である場合にのみ（第三者）没収が言い渡されているわけではないことに留意する必要がある。

上記指摘との関係で参考になるのが、国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律（麻薬特例法）や組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律（組織的犯罪処罰法）による犯罪収益の没収・追徴である。犯罪収益の没収・追徴は、これが犯罪組織の維持・拡大に利用されたり、更なる犯罪活動に再投資されたりするのを阻止することにより、更なる犯罪活動の実施を予防する効果を持つ（再投資の阻止）。薬物犯罪や組織犯罪等の一定の犯罪類型においては再投資のおそれが大きいため、麻薬特例法や組織的犯罪処罰法による犯罪収益規制については、その趣旨の一つとして再投資の阻止が挙げられており<sup>155</sup>、学説ではこれらの法律（特に

---

153 かつての議論状況については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第3版）第1巻』406-408頁〔出田孝一〕（青林書院、2015）参照。西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』111頁〔鈴木左斗志〕（有斐閣、2010）は、かつての議論状況を、「刑罰が保安処分か」という抽象的な性格づけの問題に関心を集中させるあまり、さらに踏み込んだ理論的検討に正面から取り組むことを阻害してしまったと批判的に評価している。

154 平野龍一『矯正保護法』22頁（有斐閣、1975）。

155 古田佑紀＝齊藤勲編『大コンメンタール薬物五法Ⅰ〔麻薬等特例法〕』2頁、34頁、35頁、39-40頁〔古田〕（青林書院、1994）、三浦守ほか『組織的犯罪対策関連三法の解説』2-3頁、64頁、109-110頁、138頁（法曹会、2001）。さらに、組織犯罪においてはこれによる犯罪収益が事業活動に投資されて合法的な経済活動に悪影響を及ぼすことも指摘されている。なお、金融商品取引法198条の2による没収・追徴についても、その目的の一つとして再

麻薬特例法) による没収・追徴が刑罰的性質と保安処分的性質を併せ持つとする見解も主張されている<sup>156</sup>。現行法上の没収・追徴自体は、麻薬特例法や組織的犯罪処罰法によるものも含めて付加刑として規定されており、再投資のおそれがある財産のみが没収・追徴されているわけでもないため、その法的性質を保安処分と解すべきではない<sup>157</sup>が、立法論上は、再投資の阻止という目的に適うものであれば、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制度をこの目的によって(あるいは不正な利得の剥奪と再投資の阻止の双方を目的とするものとして<sup>158</sup>) 設計することは可能であろう。

そして、拡大没収や有罪判決に基づかない没収は、捜査の過程等で発見された財産の出所たる犯罪行為が証明されないにもかかわらず、その財産が何らかの犯罪行為に由来すること(財産の犯罪由来性)が認められる場合

投資の阻止が挙げられることがある(秋山敬「付加刑と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻刑の選択・量刑手続』112頁、134頁(判夕、2011)〔初出2009〕、岸田雅雄監修・神作裕之ほか編『注釈金融商品取引法【改訂版】〔第4巻〕不正取引規制』867頁〔小野上真也=弥永真生(きんざい、2020)等〕。

156 丸山雅夫「財産的制裁としての没収・追徴(2)・完——従来の没収(追徴)制度といわゆる「麻薬特例法」——」南山17巻2号65頁、74-75頁(1993)、白木豊「麻薬特例法における不法収益の没収・追徴」商討46巻2・3号183頁、193頁(1996)。

157 近年の学説の多くは、麻薬特例法や組織的犯罪処罰法上の没収・追徴制度の目的として再投資の阻止にも言及しているものの、没収・追徴の法的性質については、刑罰であることを前提としているように思われる(秋山・前掲注155)133頁、安田・前掲注148)5頁、樋口亮介「没収・追徴(論点講座経済事件で学ぶ刑法第12回〔最終回〕)」法教402号124頁、131頁(2014))。

158 鳥田・前掲注35)207頁においては、「多くの法制度がそうであるように、目的が混在することは素直に認め、それぞれの目的がどの範囲で実現されるべきか、またどのようにしたら実効的に実現できるかを考え、その上で、その制度によって対象者の権利へどのような制約が課されるかをふまえ、それに応じて、対象者に対してどの程度の実体的・手続法的保障が必要かを個別に検討するという手法も、それほど簡単に捨て去るべきではないように思われる」とされている。

に、その財産を剝奪するものである。出所たる犯罪行為の証明なしに犯罪由来性が認められるのは、通例、当該財産が対象者の合法的な収入に照らして不相当に高額である場合であり、そのような財産を得るためには営業的に犯罪行為を実行し、収益を増やしていくことが必要になる。そうすると、そのような財産は更に収益を増やすために再投資されるおそれが比較的大きいものと言える。したがって、犯罪由来性自体から一定程度推認される再投資のおそれを補強するために適用範囲を再投資のおそれが大きい領域に限定すれば<sup>159</sup>、拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった剝奪制度を再投資の阻止を目的として設計することも可能であるように思われる。適用範囲を再投資のおそれが大きい領域に限定する方法としては、例えば、対象者を（指定暴力団等の）暴力団員等の一定の者に限定するという方法や、対象財産を薬物犯罪や組織犯罪等の一定の犯罪類型に関わるものに限定するという方法がある（後者の方法については、対象財産が薬物犯罪や組織犯罪等の一定の犯罪類型に属する何らかの犯罪行為に由来することまで要求することも考えられる。しかし、例えば現行の組織的犯罪処罰法における犯罪収益の前提犯罪<sup>160</sup>のように財産の出所たり得る犯罪行為の類型を広範に定めると、適用範囲を再投資のおそれが大きい領域に限定することにはならず、適用範囲の限定が再投資の

---

159 ドイツにおいては、2017年改正に際し、（BVerfGの2004年1月14日決定において示されていた）「財産秩序を回復し、規範を安定化させる目的」（第2章第2節第3款第2項第2目参照）は違法な所為から来ている財産客体が発見された全ての事案でこれが没収され得る場合にのみ達成され得るということが強調され、拡大没収の適用範囲があらゆる罪の犯罪行為に拡張された（vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 65. 拙稿・前掲注4）（1）206頁も参照）。しかし、このような形で適用範囲を拡張してしまうと再投資のおそれを十分に補強し得なくなるから、再投資の阻止という観点からはこのような適用範囲の拡張は許容されないであろう。

160 梶良行＝榊清隆「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律等の一部を改正する法律について」曹時69巻11号87頁、104-108頁（2017）参照。

おそれを補強する機能を果たさないことになってしまう。一方、財産の出所たり得る犯罪行為の種類を狭く定めると、財産の出所たる犯罪行為が証明されない拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった剥奪手段においては、多くのケースで「当該犯罪類型に属さない犯罪行為により得られた財産である」という反論が成り立ってしまい、財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としないという利点が失われてしまう<sup>161</sup>。したがって、対象財産を薬物犯罪や組織犯罪等の一定の犯罪類型に関わるものに限定する方法としては、財産が一定の犯罪類型に属する何らかの犯罪行為に由来することを要件とする方法ではなく、拡大没収においては有罪の理由になる犯罪行為を、有罪判決に基づかない没収においては保全の理由になる犯罪行為を一定の犯罪類型に属するものに限定するなどの方法を採用すべきである。)

もっとも、犯罪収益の危険性については、高山佳奈子が、刑法典や麻薬特例法、組織的犯罪処罰法等による没収・追徴に関してではあるが、組織犯罪により得られた収益や薬物犯罪の収益の「『危険性』の程度は、偽造通貨やサリンに認められる犯罪の『危険性』よりも低いといわざるをえない」、「金銭のように代替が容易な物については、没収したからといって犯罪発生の危険性が減少するとは思われない。そうであるとする、『犯罪収益が犯罪を生み出す』危険性は、せいぜい『犯罪収益以外の財産が犯罪を生み出す』のと同程度でしかないように思われる。仮にこれが犯罪に再投資されると考えたとしても、たとえば薬物犯罪の収益が人身売買のために用いられるというように、財産の用途は一般に流動的でありうる」と論じている<sup>162</sup>。確かにサリンのようなそれ自体危険な物や偽造通貨のような主として犯罪に用いられる物とは異なり、金銭は犯罪以外の目的で用いることも十分に想定され、かつ、その用途は流動的である。しかし、それ自体危険な物や主として犯罪に用いられる物でなくとも、犯罪遂行を促進す

---

161 マネー・ローンダリング罪の前提犯罪に関する記述であるが、拙稿・前掲注6) (2・完) 264-265頁も参照。

162 高山・前掲注149) 480-481頁。



ることは可能である<sup>163</sup>。そして、薬物犯罪や組織犯罪等の一定の犯罪類型においては、犯罪収益が犯罪組織の維持・拡大に利用されたり、更なる犯罪活動に再投資されたりしているという実態があるのであるから、再投資のおそれは相対的に大きいと言える。代替の容易性についても、金銭を補償なしに没収すると、対象者が事実上処分することのできる財産が減少し、それゆえに組織の維持・拡大や更なる犯罪活動のための資金が失われるから、その資金による犯罪活動の促進を阻止することができ、結果として「犯罪発生の危険性が減少する」ことに繋がるように思われる<sup>164</sup>。

また、山本輝之は、麻薬特例法上の没収・追徴について、「犯人による薬物犯罪への後の財産の再投資を防ぐための保安処分的性格のものであると理解するならば、薬物犯罪を行った犯人の全財産を剥奪すべきことにもなりかねないが、麻薬特例法は、その剥奪の範囲を薬物犯罪から得た不法収益等〔筆者注：現行法上の薬物犯罪収益等〕に限定している」として、これを刑罰的性格のもので理解している<sup>165</sup>。この指摘は拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった剥奪制度を再投資の阻止を目的として設計しよう

---

163 平野・前掲注154) 22頁においては、「物がそれ自体危険であるため没収する場合」のほか、「特定の者がこれを所有または所持することによってその物に危険性が生じる場合」があり、後者の場合における没収も「責任ではなく危険性が理由とされるのであれば、やはり保安処分である」ことが指摘されており、この考え方は金銭にも妥当するものであろう。

164 予備行為による収益や（テロ）資金等提供罪に係る資金等も「（薬物）犯罪収益」に当たり、没収・追徴の対象になるが、ここでは、不正な利得という性格ではなく、むしろ犯罪行為の実行を促進する点が重要であり（テロ資金については、see Michaël Fernandez-Bertier, *The History of Confiscation Laws*, in CHASING CRIMINAL MONEY 53, 71 (Katalin Ligeti & Michele Simonato eds., 2017)), その没収・追徴は犯罪発生の危険性を減少させることに繋がるであろう。

165 山本輝之「麻薬特例法における「不法収益」の没収・追徴について」内田文昭古稀『内田文昭先生古稀祝賀論文集』477頁、489頁（青林書院、2002）。

とする場合にも当てはまるものであり、この指摘に従うと、組織の維持・拡大や更なる犯罪活動のための資金の剝奪を徹底するのであれば、財産がそれらのために用いられるおそれがある場合には、その財産が合法的に得られたか犯罪行為により得られたかにかかわらず、これを没収すべきことにもなりそうである。しかし、前記のとおり、薬物犯罪や組織犯罪等の一定の犯罪類型においては、犯罪収益が犯罪組織の維持・拡大に利用されたり、更なる犯罪活動に再投資されたりしているという実態があるのであるから、再投資のおそれは相対的に大きいと言える。したがって、再投資のおそれが特に大きい財産として、犯罪由来性の認められる財産のみを剝奪するに留めておくことは可能であり、かつ、そうすべきであろう<sup>166</sup>。

以上のとおり、拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としない剝奪手段においては、対象財産が犯罪組織の維持・拡大に利用されたり、更なる犯罪活動に再投資されたりするおそれが比較的大きいものと言えるから、そのおそれを補強するために適用範囲を再投資のおそれが大きい領域に限定すれば、これらの剝奪手段を再投資の阻止を目的として制度設計することも可能であるように思われる。そして、仮に財産の出所たる未知の犯罪行為を行うに当たって何らかの費用が拠出されていたとしても、犯罪由来性の認められる財産全部が再投資可能なものであるから、再投資の阻止という観点からはその費用を控除する必要はなく<sup>167</sup>、構造的に純益の算出が不可能であることは制度設計

166 対象財産を犯罪由来性が認められるものに限定するのであれば、再投資のおそれを補強するという観点とは別に、拡大没収や有罪判決に基づかない没収が財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としないために誤判リスクが大きく、誤判を防止する必要性が高いという観点からも、その適用範囲を局限することが要請される(拙稿・前掲注6)(2・完)263-264頁参照)。

167 麻薬特例法による没収・追徴に関するものであるが、上田哲「判解(最決平成17年7月22日刑集59巻6号646頁)」最判解刑事篇平成17年度276頁、289頁(2008)参照。

の障害にはならない。

## 第4章 結びに代えて

本稿では、ドイツにおける犯罪収益の没収（収奪）の制度目的や法的性質を巡る議論を参考にして、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財産の出所たる犯罪行為の証明を必要としない剥奪手段を制度設計する場合には、不正な利得の剥奪や再投資の阻止といった目的によることが考えられるが、不正な利得の剥奪という目的によると、純益剥奪しか正当化されず、総額剥奪の可能性が排斥され得ないこれらの剥奪手段を正当化し得ない一方、再投資の阻止という目的によると、構造的に純益の算出が不可能であることは制度設計の障害にはならないから、これらの剥奪手段を制度設計し得ることを示した。

もっとも、ドイツにおける議論からは、「総額剥奪を清算・原状回復目的によって正当化することができるか」という問題については示唆を得ることができたが、「拡大没収（拡大収奪）や拡大独立没収の特殊性がその法的性質にどのような影響を与えるか」という点では示唆を得ることができなかった。この点は、「拡大没収や有罪判決に基づかない没収といった剥奪手段を具体的にどのように制度設計すべきか」という問題に関わるものであるため、いわゆる Engel 基準等を含めた欧州人権裁判所の判例や他国の法制度等も参考にして、今後詳細に検討することとしたい。