The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ法における犯罪収益の拡大没収及び拡大独立没収（一）
Author(s)	久保，英二郎
Citation	阪大法学. 2021, 71(1), p. 189-215
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87347
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツ法における犯罪収益の拡大没収及び拡大独立没収（一）

久　保　英二郎

第一章　はじめに
第二章　ドイツ法における犯罪収益の拡大没収及び拡大独立没収
第一節　（旧）拡大収奪
第一款　立法目的
第二款　規定内容
第三款　マネー・ローンダリング罪との関係
第四款　合憲性に関する批判
第五款　連邦通常裁判所による憲法適合的解釈
第六款　連邦憲法裁判所による合憲判断
第二節　拡大没収
第一款　改正の内容及び目的
第二款　改正に対する批判（以上、本号）
第三節　拡大独立没収
第四節　小括
第三章　我が国への示唆
第一節　新たな剥奪手段の必要性
第二節　制度設計のあり方
第四章　結びに代えて

第一章　はじめに

組織犯罪は、多くの場合、資金獲得のために行われる。そして、犯罪組織は、犯罪活動により得た資金を組織の

維持・拡大や更なる犯罪活動、合法的な経済活動への投資等に利用し、莫大な利益を上げている。それゆえ、犯罪組織と闘うためには、その資金を剝奪することが重要であり、[1] その手段となるのが犯罪収益の没収・追徴（以下、併せて「没収」ということがある。）である。多数の国家においては、一九世紀まで、一定の罪を犯した者から当該犯罪行為に関係しない財産（不動産等）を剝奪する法制度（全財産没収（general confiscation））が存していたが、一八世紀後半から、これが徐々に廃止されて犯罪収益を没収するための法制度がなくなり、[2] ほんの数十年前には、犯罪組織の関係者が刑期を終えて出所した後に犯罪活動の経済的利益を享受し得るという状況すら見られた。[3] しかし、このような状況は、薬物犯罪や組織犯罪が特に問題視されるようになった一九七〇年代以降、段階的に改善され、今日では、世界中で犯罪収益の没収が犯罪対策の主要な戦略の一つとなっている。[4]

単純な形式の犯罪収益没収では、被告人が具体的な犯罪行為を理由として有罪を言い渡される場合に限り、その犯罪行為に由来する財産のみ[5]が剝奪される。しかし、犯罪収益の確実な剝奪という観点からは、単純な形式の没収のみでは十分とは言えない場面がある。例えば、資金獲得犯罪への関与が疑われる者が合法的な収入に釣り合わない多額の財産を有しており、他の事情も併せるとこれが何らかの犯罪行為に由来することが明らかである場合であっても、財産と具体的な犯罪行為の関係を証明し得ないときは、単純な形式の没収によりこれを剝奪することはできない。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、犯罪収益がローンダリングされることから、財産が具体的な犯罪行為に由来するのを証明することが構造的に困難であり、そもそも犯罪行為それ自体を証明し得ないことも少なくない。そこで、このような状況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）である。[6] 拡大没収は、主に欧州諸国で導入されている剝奪手段であり、[7] 具体的な犯罪行為を理由として有罪

を言い渡すに際し、何らかの犯罪行為に由来する財産を没収するものである。財産の起源たる犯罪行為が証明される必要はなく、通例、財産の価額と犯人の合法的な収入との間の著しい不釣り合い等の事情から財産が何らかの犯罪行為に由来することが証明されれば足りる。さらに、そのような財産の犯罪由来に関して、より低い証明度が設定されることや挙証責任が転換されることもある。有罪判決に基づかない没収は、およそ具体的な犯罪行為の証明なしに財産を没収するものであり、手続的には民事訴訟のルールが適用される手続で言い渡されることが多い。有罪判決に基づかない没収は、多数の国家において多様な形態で導入されている。(8)

他方、我が国においては、刑法典上、没収が付加刑として規定され（九条）、犯人に対する有罪判決でこれを言い渡すものとされている。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）等の特別法においては、犯罪収益が犯罪組織の維持・拡大や更なる犯罪活動、合法的な経済活動への投資等に利用されるおそれがあり、これを確実に剝奪する必要があることから、刑法典上の没収よりも広く犯罪収益の没収が認められているが、これらの没収も付加刑であることに変わりはなく、その言渡しのためには、具体的な犯罪行為を理由として有罪が言い渡され、かつ、財産がその犯罪行為に由来することが証明されなければならない。(9) それゆえ、現行法上は、例えば、捜査の過程等で多額の現金が発見され、これが何らかの犯罪行為に由来することが明らかである場合であっても、その起源たる犯罪行為が解明されなければ、現金を没収することができず、結果として、多額の現金が犯人あるいは犯罪組織の手元に残されるという事態が生じてしまう。

この問題は、国内だけの影響にとどまらない。近年、組織犯罪は急速なグローバル化を遂げており、国家間の協調なくして組織犯罪に対処することはもはや不可能と言わざるを得ない状況に陥っている。そのため、没収制度に

ついては、国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約や腐敗の防止に関する国際連合条約、マネー・ローンダリングに関する金融活動作業部会（ＦＡＴＦ）による四〇の勧告等がこれに関する定めを置いており、「没収の対象として申し立てられた財産の合法的な起源を証明することを要求する措置」にも言及している。このような情勢の下で、我が国における犯罪収益規制が諸外国に比して甘いものであるならば、我が国が犯罪組織にとっての「セイフヘイブン」になってしまうのみならず、国際的な組織犯罪対策の効果を削いでしまうことにもなりかねないから、我が国においても、主に組織犯罪対策の観点から犯罪収益の没収制度を再検討することが望ましい。しかし、我が国においては、従来、没収について活発な議論が交わされてきたとはいい難く、立法論的にこれを研究したものはほとんど見当たらない。[10] それゆえ、没収制度を再検討するに当たっては諸外国の没収制度を比較研究することが必要になるが、没収制度は多数の国家において多様な形態で存しており、本稿では、紙幅の関係上、それらを広く取り扱うことはできない。諸外国の没収制度に目を転ずると、ドイツにおいては、かつては財産と具体的な犯罪行為の関係が証明されたときにのみ犯罪の財産的利益が剥奪されることとされていたが、その後、このような仕組みが問題視されるようになり、拡大没収（erweiterte Einziehung）や有罪判決に基づかない没収（「拡大独立没収（erweiterte selbständige Einziehung）」と呼ばれることがある。[11]）が導入されてきた。前記のとおり、我が国においては、現行法上、被告人が具体的な犯罪行為を理由として有罪を言い渡される場合に限り、その犯罪行為に由来する財産のみが没収されるのであり、我が国の現行法とドイツの旧法は財産と具体的な犯罪行為の関係が証明される必要があるという点で共通している。そこで、本稿では、我が国の現行法と一部共通する仕組みを出発点としつつ、拡大没収や拡大独立没収を順次導入してきたドイツ法の展開を参考にして、我が国において、新たな剥奪手段が必要であるか否か、必要であるとすればどのような制度を設計すべきかを検討する。

なお、用語法に関して、ドイツにおいては、後記のとおり、二〇一七年、没収に関する規定が全面改正されたところ、同改正前は、犯罪収益の没収については「収奪（Verfall）」の語が、その他の客体（Gegenstand）[12]の没収については「没収（Einziehung）」の語が用いられていたが、同改正により、全面改正であることを強調するとともに、諸外国にとって理解しやすい制度にすることを意図して、国際的な用語法（confiscation の語が用いられることが多い。）に一致させる形で統一して「没収」の語が用いられることとされた[13]。以下では、同改正前の規定については「収奪」の語を、同改正後の規定については「没収」の語を用いる。

第二章　ドイツ法における犯罪収益の拡大没収及び拡大独立没収

ドイツでは、一九七五年、「第二次刑法改正法（Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 4.7.1969）[14]」により、刑法典において、収奪、没収及び使用不能化（財産剝奪）に関する包括的な規定が設けられた[15]が、その後、幾度かの一部改正を経て、二〇一七年、「刑法上の財産剝奪の改正のための法律（Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017）[16]」により、全面改正が実施され、特に犯罪収益の没収（旧収奪）については大きな改正がなされた。現行刑法（本章において「刑法」というときは、ドイツ刑法典を指す。）上、犯罪収益の没収に関する規定は七三条ないし七三条e及び七五条ないし七六条bに置かれており、犯罪収益の没収手段としては、正犯又は共犯から犯罪収益を剝奪する単純没収（七三条）や拡大没収（七三条a）、正犯及び共犯以外の（他）者から犯罪収益を剝奪する第三者没収（七三条b）、犯罪収益の没収が可能でない場合等にその価額を剝奪する代価没収[17]（七三条c）が設けられている。いずれの没収手段についても、「違法行為」（刑法一一条一項五号）が行われれば足り、刑法上の有責性は要件とされていない。各没収は、実体法上の要件が認めら

れれば、訴追又は有罪の言渡しが可能でない場合等にも、客観手続（objektives Verfahren）で独立に言い渡され（得）る（刑法七六条a第一項ないし三項）。それに加えて、具体的な違法行為の証明なしに何らかの違法行為に由来する客体を剝奪するという特殊な独立没収（拡大独立没収）も設けられている（刑法七六条a第四項）。

前記のとおり、拡大没収及び拡大独立没収は、第二次刑法改正により導入されたものではない。拡大没収は、一九九二年、「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（Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.7.1992）」[18]（組織犯罪対策法）により、当時の刑法七三条dに新設されたものであり（当時の名称は拡大収奪（erweiterter Verfall）である。）、二〇一七年改正により、刑法七三条aに規定が移され、内容も改められた。拡大独立没収は、二〇一七年改正により、刑法七六条a第四項に新設されたものである。本章では、（旧）拡大収奪（第一節）、拡大没収（第二節）及び拡大独立没収（第三節）について、各規定がいかなる問題意識から新設ないし改正され、各没収を巡っていかなる議論が交わされてきたかを紹介し、若干の検討を加える。

第一節　（旧）拡大収奪

刑法（旧）第七三条d　拡大収奪

第一項　本条の参照を指示する法律に定める違法行為が行われたときは、裁判所は、諸事情が、正犯又は共犯の客体が違法な諸行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も、この客体の収奪を言い渡す。[19]［以下略］

第一款　立法目的

ドイツにおいては、一九八〇年代に入り、組織犯罪が社会問題として意識されるようになり、一九九二年、これに対処するために、組織犯罪対策法により、資産刑（Vermögensstrafe）や拡大収奪の導入、組織犯罪の厳罰化、マネー・ローンダリング（Geldwäsche）の犯罪化、捜査手段の改善がなされた。[20] 立法者によれば、組織犯罪の原動力は利潤追求にあるため、組織犯罪に適切に対処するためには利益剝奪から始める必要があり、これは同時に組織犯罪の行為者から更なる犯罪行為のための資金を剝奪することにもなる。[21] 拡大収奪は、このような立法目的を前提として、次のとおり、利益剝奪を促進するために導入されたものである。

改正前の規定においては、収奪手段として、単純収奪（刑法旧々七三条一項、二項）や第三者収奪（刑法旧々七三条三項、四項）、代価収奪（刑法旧七三条a）が設けられていた。各収奪は、有罪判決に基づいて言い渡されるほか、事実上の事由により訴追又は有罪の言渡しが可能でない場合（例えば、犯人が判明しない場合や逃亡中である場合）等には独立に言い渡され（得）る（刑法旧七六条a第一項、三項）が、いずれもその言渡しのために財産的利益が具体的な違法行為の報酬として又はそれから得られたことの証明を必要とするものであった。しかし、組織犯罪においては、犯行関与者の下で発見された財産客体が何らかの犯罪行為に由来することが明らかである場合でも、その財産客体と具体的な犯罪行為の関係を証明するのが困難である。例えば、薬物の売人として知られている者の下で少量の薬物と多額の現金が発見されたが、同人に大きな収入源がなく、さらに同人が公的扶助によって生計を立てていたことから、現金が違法な薬物取引に由来することが自然と想定されるものの、発見された薬物の所持しか証明され得ないという事例では、改正前の規定によれば、現金を収奪することができなかった。[22] そこで、このような間隙を埋め、組織犯罪に由来する資金の剝奪を容易にするために拡大収奪が導入された。[23]

第二款　規定内容

拡大没収の基本的なスキームは、具体的な犯罪行為を理由とする有罪の言渡しに際し、[24]何らかの犯罪行為に由来する財産をその起源たる犯罪行為の証明なしに剝奪するというものである（ドイツにおいては、手続上拡大没収の言渡しのきっかけになる犯罪行為が「きっかけ行為（Anlasstat）」、財産の起源たる犯罪行為が「由来行為（Herkunftstat）」と呼ばれる[25]）。拡大収奪は、このようなスキームを基礎としつつ、以下の特徴を有していた。

第一項　適用範囲

拡大没収を言い渡すためには、きっかけ行為が行われたことが証明されなければならない。（ドイツ旧法の）拡大収奪については、次のとおり、きっかけ行為になり得る犯罪行為が限定されることにより、その適用範囲が局限されていた。

拡大収奪は、元々は刑法一部改正法案―拡大収奪―[26]において提案されていたものである。当時、薬物の密売が憂慮すべき規模になり、組織犯罪がますます拡大していたこと、犯罪組織が犯罪収益を組織の維持・拡大や更なる犯罪活動に再投資していたことから、利益剝奪は国内外でますます重要になっていた。しかし、薬物密売事犯においては、行為者の財産客体が具体的な犯罪行為に由来することが証明され得ず、収奪がしばしば失敗に終わっていたため、利得に向けられた一定の薬物犯罪に限って拡大収奪を導入することが提案されていた。[27]もっとも、同法案では、拡大収奪が特に重大な介入を伴うものであることから、個々の罪ごとに特別な正当性が必要であり、当時の見地からはこれが薬物犯罪にとってのみ相当であるように思われるが、収奪法の将来の統一的な発展を保証し、分散の危険を一掃するために、拡大収奪に関する規定は特別規定として麻薬法に置かれるべきではなく、白地法規

（Blankettnorm）として設計され、刑法総則に設けられるべきであるとも説明されていた。[28] それゆえ、適用範囲の局限は、刑法（旧）七三条dできっかけ行為になり得る罪を列挙する方法ではなく、きっかけ行為を「本条の参照を指示する法律に定める」罪の犯罪行為に限定し、個々の罪ごとに刑法（旧）七三条dの参照を指示する規定を設ける方法によりなされていた。

刑法一部改正法案―拡大収奪―を引き継いだ組織犯罪対策法案では、犯行関与者の下で発見された財産客体が何らかの犯罪行為に由来することは明らかであるが、具体的な犯罪行為との関係を証明するのが困難であるという問題は薬物犯罪に典型的なものであるが、他の組織犯罪にとっても特徴的なものであるとともに、組織犯罪においては、違法な薬物取引と同様、犯罪収益がしばしば更なる犯罪活動に再投資されているとして、拡大収奪の適用範囲が行為者の特別な利潤追求及び行為の高い収益性によって特徴付けられる組織犯罪の他の形態に（個々の罪ごとの正当性の説明を経て）[29] 拡張された。[30]

第二項　客体の違法行為由来

拡大収奪を言い渡すためには、客体が何らかの違法行為の報酬として又はそれから得られたこと（客体の違法行為由来）が証明されれば足り、その起源たる違法行為（由来行為）が証明される必要はない。この意味で、拡大収奪においては、単純収奪に比べて客体の違法行為由来に関する証明が軽減されている。

もっとも、拡大収奪は、このような意味でのみ客体の違法行為由来に関する証明を軽減するものではなかった。拡大収奪は、客体の違法行為由来について「諸事情が仮定を正当化する場合」に言い渡される（刑法（旧）七三条d第一項一文）。立法者によれば、「諸事情」とは行為者の収入及び資産状況に関して有意な全ての事実であり、違

法行為由来の仮定は問題になり得る全ての可能性の中で違法行為由来の可能性が「極めて優越的に最も蓋然的である（die ganz überwiegend wahrscheinlichste）」場合に正当化される。[31] それゆえ、拡大収奪は、有罪認定には裁判官の個人的な確信（Überzeugung）が必要であり、非常に高度の蓋然性（ein sehr hohes Maß an Wahrscheinlichkeit）でさえこれに代えることはできない[32]ことに比べて、証明度の点で客体の違法行為由来に関する証明を軽減するものでもあった。[33]

以上のとおり、立法者の見解に従えば、拡大収奪においては、客体の違法行為由来に関していわば二重の証明軽減がなされており、検察官が客体の違法行為由来を「極めて高い蓋然性（ganz hohe Wahrscheinlichkeit）」[34]をもって立証した場合、被告人は、この程度を下回らせるに足りる反証をしなければ、拡大収奪の言渡しを回避することができないことになる。その許容性について、立法者は、客体の合法的な取得が証明され得ないものの具体的な犯罪行為との関係も証明され得ない場合における剝奪の間隙を、客体の合法的な取得の挙証責任を被告人に課す方法により埋めることは、財産権保障に照らして許されないが、重大かつ個人的・社会的法益にとってとりわけ危険な犯罪形態の対策を特に顧慮してやむを得ず必要とされる限りで拡大収奪規定を設けることは、憲法上問題がないと説明していた。[35]

第三項　補充性

単純収奪と拡大収奪とでは単純収奪の審査が優先し、裁判所は、まず第一に、客体が起訴の対象とされた行為に由来するか否かを審査しなければならない。客体がその行為に由来するとはいえず、単純収奪が言い渡され得ない場合に初めて拡大収奪が問題になる。[36]

第四項　法的性質

第二次刑法改正により導入された収奪については、全収益から行為者の支出を控除した純益のみが剝奪される（純益主義（Nettoprinzip））ことを前提として、少なくとも収奪を非刑罰の処分として正当化し得るという点で概ね学説が一致しており[37]、具体的には（刑罰でも保安処分でもない）「独自の性質の処分[38]」あるいは「不当利得返還請求類似の清算処分[39]」などと解されていた。しかし、その後、純益主義が収奪制度の利用を妨げていると考えられるようになり[40]、一九九二年、「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（Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992）[41]」により、収奪対象が「財産的利益（Vermögensvorteil）」から「もの（etwas）」に書き換えられ、全収益が行為者の支出の控除なしに剝奪される（総額主義（Bruttoprinzip））こととされた[42]。一九九二年改正後も、立法者[43]及び判例[44]は、収奪（犯罪収益の没収）が不当利得返還請求類似の性格を備えた（利得法上の）処分であり、刑罰的性格を有しないと解しているが、学説では、総額主義による収奪が支出の分だけ行為者に経済的損失を与えることから、これを刑罰又は（無罪推定が適用される）[45]刑罰類似の処分と解する立場が通説といわれている[46]。

拡大収奪においても、由来行為のための支出の控除は予定されておらず、総額主義が前提とされている[47]。立法者[48]及び判例[49]は、拡大収奪を不当利得返還請求類似の性格を備えた（刑罰的性格を有しない）処分と解しているが、学説では、これを刑罰又は刑罰類似の処分と解する立場が通説といわれている[50]。

第三款　マネー・ローンダリング罪との関係

組織犯罪対策法においては、マネー・ローンダリングの犯罪化もなされた[51]。マネー・ローンダリングは、立法者

によれば、組織犯罪に由来する財産客体を偽装目的で合法的な金融循環及び経済循環に持ち込むことと定義され[52]、現行法上、違法行為に由来する客体の隠匿や由来の隠蔽等（刑法二六一条一項）並びに客体の入手、保管及び利用（同条二項）が処罰対象とされている。その犯罪化は、次のとおり、実体法レベルと刑事手続レベルの双方で組織犯罪に対処することを目的としている[53]。実体法レベルでは、一方で犯罪行為に由来する客体の入手、保管及び利用の禁止により客体が合法的な流通の対象ではなくなり、他方でその客体の隠匿や由来の隠蔽等の禁止により客体を合法的なものに見せかけることもできなくなる。これは、客体の起源たる犯罪行為（前提行為（Vortat））の行為者（前提行為者（Vortäter））が前提行為に由来する経済的利益を享受することを阻止し、経済面で前提行為者を周囲から隔離するものである[54]。これにより、前提行為を行おうとする者に「犯罪は割に合わない」ことが示され、その実行が抑止される[55]。さらに、立法者は、刑事手続レベルにおいて、前提行為を解明するための捜査の有効性を高めることも目的としている。マネー・ローンダリングの犯罪化により、跡付けることのできる文書足跡（paper trail）が保存されるようになる。マネー・ローンダリングは、犯罪行為に由来する客体と合法的な経済循環の交点を意味し、この瞬間に違法な資金が可視化されるので、刑事訴追機関は、この嫌疑に基づいて捜査手続を開始し、この交点から保存された文書足跡を跡付けることにより、資金の流れを再現して組織の中心部にアクセスすることができる[56]。新たな捜査アプローチ（後者の側面）は、利益剥奪をも容易にし、組織犯罪からその経済的基盤を取り上げることにより犯罪行為の実行のためのインセンティブを減少させるものでもある[57]。

ドイツ国外の分析に目を向けると、マネー・ローンダリング罪においては、行為者が前提犯罪に関与したことが証明される必要はなく、違法に得られた収益に接触したことが証明されれば足り、かつ、マネー・ローンダリングを理由とする有罪の言渡しに際しては当該収益が没収されるため、マネー・ローンダリングの犯罪化は、犯罪組織

の中心人物と前提犯罪との関係を証明することの困難に対処し、単純な形式の没収の範囲を拡張するといわれている。[58] さらに、拡大没収や有罪判決に基づかない没収は、財産客体と具体的な犯罪行為の関係を証明することの困難に対処するものであることから、これらの没収手段とマネー・ローンダリングの犯罪化が相互補完的であると考えられることもある。[59] ドイツ法においても、マネー・ローンダリングが成立するためには一定の違法行為に由来する客体に接触したことが証明されれば足り、かつ、マネー・ローンダリングに関係する客体が収奪あるいは没収の対象とされているため、[60] 同様に考えることができるが、ドイツにおいては、このような機能がマネー・ローンダリング罪の立法理由になっているわけではないし、その後も、少なくとも明示的にはこのような分析がなされているわけではない。

第四款　合憲性に関する批判

拡大収奪に対しては、学説から、以下のとおり、財産権保障や無罪推定に反するとの批判がなされていた。[61]

財産権保障については、拡大収奪を定める刑法（旧）七三条dは財産権の内容及び制限を定めるもの（基本法一四条一項二文）であり比例原則を遵守したものでなければならないということを前提として、[62] 拡大収奪においては、由来行為が証明される必要はなく、客体の違法行為由来の仮定が正当化されることで十分とされているが、これによれば、たとえ嫌疑のレベルがどれほど高く設定されたとしても、合法的に得られた財産が剝奪される可能性が残るから、拡大収奪は財産権に対する不相当な介入であり、基本法一四条に反するとの批判がなされていた。[63]

無罪推定については、拡大収奪が刑罰又は刑罰類似の処分であることを前提として、[64] 拡大収奪の言渡しにより何らかの由来行為が行われたことが示されるにもかかわらず、その言渡しのために由来行為が証明される必要はなく、

客体の違法行為由来の仮定が正当化されることで十分とされているから、拡大収奪は単なる嫌疑に基づく刑罰又は刑罰類似の処分であり、無罪推定に反するとの批判がなされていた。[65][66]

第五款　連邦通常裁判所による憲法適合的解釈

以上の批判を踏まえて、連邦通常裁判所は、一九九四年、次のとおり、拡大収奪を定める刑法（旧）七三条dを憲法適合的に解釈した。[67]

立法者によれば、刑法（旧）七三条dは、被告人の財産を剝奪するために、被告人が更なる犯罪行為を実行し、かつ、その犯罪行為から財産を得ていたという二つの点での―せいぜいのところ高められた―蓋然性で十分としているから、拡大収奪は犯罪行為の想定に基づいて言い渡されるものである。しかし、嫌疑に基づいて実質的に終局的な刑法上の処分を課すことは、たとえその嫌疑がどれほど明白であるとしても、無罪推定や財産権保障の点で被告人の基本権を侵害する。[68]これらの基本権に照らすと、財産客体の違法行為由来の証明についてはより高い要求がなされるべきである。判例上、有罪認定にとっては非常に高度の蓋然性でさえ必要不可欠な事実審裁判官の確信に代えることはできないとされており、これは拡大収奪の言渡しの根拠になる認定にとっても何ら異なるものではない。それゆえ、「諸事情が仮定を正当化する場合」という規範的要素は「拡大収奪は、違法な諸行為が個々に認定される必要はないが、事実審裁判官が証拠調べ及び証拠評価を尽くした上で、被告人が言渡しの対象になる客体を違法な諸行為から得たという無制限の確信（uneingeschränkt Überzeugung）を得た場合にのみ言い渡される」というように憲法適合的かつ限定的に解釈されるべきである、と。[69]もっとも、連邦通常裁判所は、確信形成については過度の要求がなされてはならず、特に裁判所は確信形成に際し、たとえ認定されたきっかけ行為から利益が得ら

れていなかったときでも、これを考慮することを妨げられず、むしろ考慮しなければならないとも説示していた。[70]

連邦通常裁判所の解釈に対しては、由来行為が証明されない以上、拡大収奪の言渡しに必要な裁判官の確信は少なくとも有罪認定に必要な裁判官の確信と同一ではないとの批判[71]や、由来行為が証明されない場合、どのようにして裁判所が客体の違法行為由来に関する確信を獲得し得るかが明らかでなく、連邦通常裁判所の解釈は現実の確信形成レベルでは影響がなく、判決の表現レベルにのみ影響を及ぼすに過ぎないとの批判[72]がなされている。

第六款　連邦憲法裁判所による合憲判断

連邦憲法裁判所は、二〇〇四年、以下のとおり、連邦通常裁判所の前記判断を是認した。[73]

連邦憲法裁判所は、まず、拡大収奪は由来行為の実行が誤った行いであるとして対象者を非難し、応報的に対象者に害を賦課することを目的とするものではなく、むしろ財産秩序を回復し、規範を安定化させる目的を追求しており、総額主義もこれを何ら変えるものでないから、責任主義が適用され得る刑罰類似の処分ではないとし、[74]続けて、拡大収奪は有責性の認定を必要としておらず、刑罰と同等の法効果を言い渡すものでもないから、無罪推定は有責性の認定なしに拡大収奪を言い渡すことを妨げないとする。[75]

次に、財産権保障については、連邦憲法裁判所は、拡大収奪が犯罪行為から得られたにもかかわらず対象者に民事法上有効に帰属する客体を対象とする限りでは、刑法（旧）七三条dは財産権の内容及び制限を定めるもの（基本法一四条一項二文）であり、[76]比例原則を遵守したものでなければならないとする。[77]そして、連邦憲法裁判所は、刑法上の利益剝奪は財産秩序の攪乱を除去し、実体法秩序に権威を持たせることを目的としているが、拡大収奪は利益剝奪を容易にすることによりこの目的の達成をさらに促進するものであり、これに比べてより制限的でないが

同等に効果的な手段は明らかでないから、この方法による財産価値の剝奪は原則として対象者に要求し得るものであるとした上で、個別の事案で代価収奪（刑法七三条d第二項、七三条a）及び総額主義から生じ得る不当な過酷さは例外的に拡大収奪の言渡しが禁止されること（刑法七三条d第四項、七三条c）により回避されるとともに、連邦通常裁判所の前記解釈の下では、裁判官は客体の犯罪的な由来を確信しなければならず、合法的に得られた対象者の財産的地位の侵害は危惧されないとして、刑法（旧）七三条dは連邦通常裁判所の前記解釈の下では比例原則に反しないと判断している。[78]

以上のとおり、連邦通常裁判所が財産権保障のみならず、無罪推定との関係でも、客体の違法行為由来について高い証明度を要求する解釈をした（ただし、個別に検討しているわけではないため、その趣旨は明らかでない。）のとは異なり、連邦憲法裁判所は、無罪推定については、これが問題にならないことを拡大収奪の法的性質から導き出しており、客体の違法行為由来の証明度をこれに関連付けていない。[79]他方、財産権保障については、連邦憲法裁判所は、連邦通常裁判所の前記解釈に言及し、拡大収奪を定める刑法（旧）七三条dは同解釈の下では財産権保障に反しないと判断している。学説には、本決定に従えば、証明度の低下や挙証責任の転換は財産権保障に反することになると解する立場もあるが、[80]これに対しては、連邦憲法裁判所は連邦通常裁判所とは異なる（すなわち立法者の）解釈が財産権保障に反すると明言しておらず、本決定から立法権の限界を導き出すことはできないとの指摘がなされている。[81]

第二節　拡大没収

ドイツにおいては、二〇一七年、剝奪制度を簡略化し、是認し得ない剝奪の間隙を埋めることを主たる目的とし

て、刑法上の旧収奪、没収及び使用不能化に関する規定が全面改正された。[82] 改正の内容は多岐にわたるが、中核的なものとして、被害者に民事法上の請求権が生じる場合の収奪の禁止規定（刑法旧七三条一項二文）が削除されたほか、実体法上、没収対象である「得られたもの」の確定に関するルールの明確化、いわゆる移転ケースにおける第三者没収の明文化、拡大没収（旧拡大収奪）の拡張、独立没収の拡張及び拡大独立没収の導入等が、手続法上、保全手段の強化及び本案からの分離の可能化等が行われた。[83] 以下では、拡大没収の拡張（本節）及び新たに導入された拡大独立没収（次節）の目的や内容、これらに対する学説からの批判等を紹介する。

第一款　改正の内容及び目的

刑法第七三条a　正犯又は共犯の下での犯罪収益の拡大没収

第一項　違法行為が行われたときは、正犯又は共犯の客体が他の違法行為により又はその報酬として得られていた場合も、裁判所は、その客体の没収を言い渡す。［第二項略］

二〇一七年改正により、拡大没収の規定は、刑法七三条aに置かれ、刑法旧七三条d第一項一文の「本条の参照を指示する法律に定める」及び「諸事情が仮定を正当化する場合」という文言が削除された。

後者は、前記の連邦通常裁判所の憲法適合的解釈[84]を明文化する趣旨であり、拡大没収を言い渡すためには、客体の違法な由来の単なる嫌疑では十分でなく、「無制限の裁判官の確信」が必要であることを明らかにするものである。[85]

前者は、「欧州連合における犯罪の道具及び収益の保全及び没収に関する欧州議会・理事会指令（Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union）」[86]の実施に関するものである[87]。同指令は、最低基準[88]として（前文二二参照）、直接又は間接的に経済的利益を生じさせる傾向のある罪（criminal offence）を拡大没収の適用範囲とすることを要求し（五条一項）、その罪に少なくとも含まれる犯罪類型（典型的な組織犯罪又はテロリズムに限定されていない[89]。）を掲げている（同条二項）。刑法旧七三条dは、（旧）拡大収奪の適用範囲（きっかけ行為になり得る犯罪行為）を典型的な組織犯罪に限定していたが、同指令の定める最低基準を満たしていなかった[90]ため、二〇一七年改正により、同指令を実施するために適用範囲が拡張された。もっとも、この拡張は、単に同指令の実施のみのためになされたわけではなく、立法者は、財産秩序の攪乱を除去し、実体法秩序に権威を持たせるという拡大没収の目的は違法行為に由来す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も述べていた[91]。それゆえ、適用範囲の拡張は、各犯罪類型について本条の参照を指示する規定を設ける方法ではなく、きっかけ行為になり得る犯罪行為の限定を撤廃する方法によりなされ、結果として、（同指令の定める最低基準を超えて）拡大没収の適用範囲があらゆる犯罪行為に拡張された。

第二款　改正に対する批判

拡大没収の適用範囲をあらゆる犯罪行為に拡張したことに対しては、次の二つの観点から批判がなされている。

第一の批判は、組織犯罪との関係が解消されたことに着目するものである。一九九二年改正に際しては、刑法一部改正法案―拡大収奪―では、違法な由来の証明に関する緩やかな要求は、一方で犯罪行為に由来する利益の再投

資及びそれによる犯罪組織の強化を阻止するという極めて重大な公益が、他方で重大な実務上の解明問題がある一定の狭く限定された犯罪行為についてのみ適用されるべきであると説明され[92]、組織犯罪対策法案では、前記のとおり、拡大収奪の導入が重大かつ個人的・社会的法益にとって特に危険な犯罪形態に対処するためにやむを得ず必要とされることが重視されていたが[93]、二〇一七年改正により、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。しかし、なぜ以上のような公益や解明問題がない単純な犯罪についても拡大没収による証明軽減が必要かつ相当と言えるのかは明らかでないため、前記の立法者による理由付けは説得力のあるものではない[94]。

第二の批判は、きっかけ行為が経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為であることを重視するものである。（旧）拡大収奪においては、きっかけ行為が行為者の特別な利潤追求及び行為の高い収益性によって特徴付けられる罪の犯罪行為に限定されていたので、その関与者の下で発見された財産は、仮にその由来行為が証明され得ないとしても、同様に経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為に由来することが一定程度推認された。そうであるからこそ、連邦通常裁判所が要求したように、たとえきっかけ行為から利益が得られていなかった場合であっても、裁判官がこれを違法行為由来の確信形成に際して考慮することに意味がある。他方、拡大没収においては、あらゆる罪の犯罪行為がきっかけ行為になり得るが、例えば単純な傷害事件では、きっかけ行為が裁判官の確信形成に寄与し得ず、行為者の家で発見された財産の由来を捜査することは無意味である。それゆえ、きっかけ行為が経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為に限られない現行法上の拡大没収においては、由来の証明が許されない由来の推定に取り替えられ、犯罪行為により得られたのでない財産が没収されるおそれがある[95]。

（1） See e.g. Michael Kilchling, Finance-Oriented Strategies of Organized Crime Control, in The Oxford Handbook of

Organized Crime 655, 656–58 (Letizia Paoli ed., 2014).

（2） See Michaël Fernandez-Bertier, The History of Confiscation Laws, in Chasing Criminal Money 53, 56–59 (Katalin Ligeti & Michele Simonato eds., 2017).

（3） See Jon Petter Rui, Introduction, in Non-Conviction-Based Confiscation in Europe 1, 1 (Jon Petter Rui & Ulrich Sieber eds., 2015); Fernandez-Bertier, supra note 2, at 61.

（4） See Fernandez-Bertier, supra note 2, at 60–74.

（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、本稿では、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） See Johan Boucht, The Limits of Asset Confiscation 3–6 (2017); Malin Thunberg Schunke, Extended Confiscation in Criminal Law 3–5 (2017).

（7） ＥＵレベルでは、欧州連合理事会の「犯罪に関係する収益、道具及び財産の没収に関する理事会枠組み決定（Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property）」（OJ L 68, 15.3.2005, p. 49）により、拡大没収が導入された。もっとも、加盟国の中には、先立って拡大没収を導入していた国もあり、例えば、（当時の加盟国であった）英国においては、一九八六年の薬物取引犯罪法（Drug Trafficking Offences Act 1986）により、単純な形式の没収及び拡大没収の双方を包括した剝奪手段が導入されていた（see Boucht, supra note 6, at 5）。

（8） See e.g. Theodore S. Greenberg et al., Stolen Asset Recovery 13–25 (2009); Rui, supra note 3, at 2–6. なお、「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）等、多数の国家に存する相当の内容を備えた法制度の総称（あるいは相当する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存するわけではない。文脈により異なる範囲の没収制度を指すことがあり、例えば、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（財産の起源たる犯罪行為自体は証明されている）場合の没収を含むこともある。

（9）　例外として、麻薬特例法には、没収の対象財産である薬物犯罪収益の推定規定（一四条）がある（この規定については、第三章第一節第一款で後述する。）。

（10）　改正刑法準備草案についても、没収の立法論的研究が極めて少ないことが指摘されていた（平場安治＝平野龍一『刑法改正の研究一　概論・総則』三〇四頁〔平野龍一〕（東京大学出版会、一九七二））。近年、立法論的に没収を研究したものとして、林詩書「有罪判決に基づかない犯罪収益の剝奪――アメリカおよびイギリスの制度を中心に――」同法六四巻八号一六九頁（二〇一三）。

（11）　BT-Drs. 18/11640, S. 83; Thomas Fischer, StGB, 67. Aufl., 2020（以下「Fischer, 67. Aufl.」と略記する。）, §76a Rn. 9.

（12）　客体は、物（Sache）及び権利（Recht）の上位概念である。

（13）　BT-Drs. 18/9525, S. 2, 48.

（14）　BGBl. I 1969 S. 717.

（15）　第二次刑法改正以前の利益剝奪については、vgl. Georgios Sotiriadis, Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, 2010, S. 50 ff. 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――」早誌七〇巻一号一頁（二〇一九）も参照。

（16）　BGBl. I 2017 S. 872.

（17）　代価没収は、我が国における追徴に相当するものである。

（18）　BGBl. I 1992 S. 1302.

（19）　ドイツ刑法典の邦訳については、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典（法務資料第四六一号）』六〇頁以下（法曹会、二〇〇七）、佐藤拓磨「ドイツにおける犯罪収益はく奪制度の改正」法政論究一一八号二一頁、四四頁以下（二〇一八）を参考にした。

（20）　組織犯罪対策法の立法経緯については、vgl. Sotiriadis, a.a.O. (Anm. 15), S. 171 ff. 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――」時法一四四六号五三頁、五七頁以下（一九九三）、伊東研祐「ドイツにおける不法利得剝奪（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』二一八頁（信山社、一九九六）も参照。

(21) BT-Drs. 12/989, S. 1.

(22) BT-Drs. 11/6623, S. 4 f.

(23) BT-Drs. 12/989, S. 22, 23 f. 同じく組織犯罪対策法により導入された資産刑（所定の犯罪行為に基づく無期自由刑又は二年以上の有期自由刑に併科して、行為者の資産の価値を上限とする金額の支払を（任意的に）言い渡すという日数罰金制が適用されない特殊な罰金刑）も、このような間隙を埋めることを目的とするものであった（BT-Drs. 12/989, S. 22; 12/2720, S. 42）。しかし、資産刑に対しては、立法当初より、学説から強い批判がなされ（vgl. dazu statt vieler Sotiriadis, a.a.O. (Anm. 15), S. 178 ff.）、これを定める刑法（旧）四三条aは、一九九五年、連邦通常裁判所により憲法適合的に解釈された（BGHSt 41, 20）が、ほとんど適用されていなかったこともあり、二〇〇二年、連邦憲法裁判所により基本法一〇三条二項（明確性の原則）に反して無効であると判断され（BVerfGE 105, 135. 本判決については、岡上雅美「ドイツ連邦憲法裁判所による資産刑違憲決定――組織犯罪対策の失敗あるいは後退?」捜研六一一号七〇頁（二〇〇二）参照）、二〇一七年改正により削除された。

(24) もっとも、ドイツ法においては、前記のとおり、拡大没収（旧拡大収奪）が独立にも言い渡される（刑法七六条a第一項ないし三項）。

(25) ドイツにおいては、収奪や没収の言渡しの基礎になる犯罪行為が「連結行為（Anknüpfungstat）」と呼ばれるが、拡大没収（旧拡大収奪）については、連結行為と由来行為が分離するため、その連結行為が特にきっかけ行為と呼ばれる。由来行為については、「取得行為（Erwerbstat）」と呼ばれることもある。後記のとおり、拡大没収については、拡大独立没収とは異なり、厳密に言えば、客体が違法行為に「由来する（herrühren）」ことが要件とされているわけではないから、「取得（行為）」の語がより正確であるが、しばしば「由来（行為）」の語が用いられていること、用語を分けるとかえって説明が分かりづらくなることから、本稿では、拡大没収についても、「由来（行為）」の語を用いる。

(26) BT-Drs. 11/6623.

(27) Ebd., S. 1, 4 f.

(28) Ebd., S. 5 f.

(29) BT-Drs. 12/989, S. 24 ff. その後、拡大収奪の適用範囲は幾度か拡張されたが、その都度正当性が説明されていた

(etwa BT-Drs. 13/8587, S. 65 f.; 14/8893, S. 7; 16/11735, S. 14)。

(30) Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 22, 23 f.

(31) BT-Drs. 11/6623, S. 6 f.; 12/989, S. 24.

(32) BGHSt 10, 208 Rn. 5 ff.; BGH, NStZ 1981, 389, juris Rn. 7.

(33) Vgl. Sotiriadis, a.a.O. (Anm. 15), S. 187 f.

(34) BT-Drs. 11/6623, S. 5.

(35) Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 23, 53 f.; auch 11/6623, S. 5.

(36) MüKoStGB/Wolfgang Joecks, 3. Aufl., 2016, §73d a.F. Rn. 1; vgl. auch BT-Drs. 11/6623, S. 6. 現行法上の拡大没収も、単純没収に対して補充的なものであり（BT-Drs. 18/9525, S. 66）、客体が有罪の理由とされた行為に由来することが証明され得ないことを要件とする（BGH, NStZ-RR 2018, 380, juris Rn. 22）。

(37) Vgl. dazu Wolfram H. Eberbach, Zwischen Sanktion und Prävention, NStZ 1987, S. 486, 489; auch Thomas Geiger, Die Rechtsnatur der Sanktion, 2006, S. 226 ff.

(38) Eduard Dreher/Herbert Tröndle, StGB, 45. Aufl., 1991, §73 a.F. Rn. 1.

(39) Albin Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 85; Eberbach, a.a.O. (Anm. 37), S. 490.

(40) Vgl. BT-Drs. 12/1134, S. 12.

(41) BGBl. I 1992 S. 372.

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

(43) Vgl. BT-Drs. 11/6623, S. 5, 6; 12/2720, S. 42; 18/9525, S. 48.

(44) Vgl. BGHSt 47, 369 Rn. 20 ff.; BVerfGE 110, 1 Rn. 77 ff.（本節第六款参照）; BGH, NStZ-RR 2018, 241, juris Rn. 40.

(45) Vgl. BVerfGE 82, 106 Rn. 41.

(46) Vgl. dazu statt vieler Adolf Schönke/Horst Schröder/Albin Eser/Frank Schuster, StGB, 30. Aufl., 2019（以下「S/S/Eser/Schuster, 30. Aufl.」と略記する。）, Vor §§73 ff. Rn. 15 ff.; Geiger, a.a.O. (Anm. 37), S. 302 f.

(47) Vgl. dazu Geiger, a.a.O. (Anm. 37), S. 313. ただし、ガイゲル自身は、通常のケースでは純益が対象になると考えてい

る（ebd., S. 313 ff.）。

(48) Vgl. BT-Drs. 11/6623, S. 5, 6; 12/2720, S. 42; auch 18/9525, S. 66.

(49) Vgl. etwa BVerfGE 110, 1 Rn. 60 ff.（本節第六款参照）

(50) Vgl. dazu statt vieler Geiger, a.a.O. (Anm. 37), 311 ff.

(51) ドイツ法におけるマネー・ローンダリング罪については、芝原邦爾「ドイツのマネーロンダリング処罰法案――付・比較法的検討とわが国の立法への展望」法時六三巻六号一〇六頁（一九九一）、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（二）――その構成要件と新しい〝資産刑〟を中心として――」時法一四四八号四一頁、四一頁以下（一九九三）、同「マネーロンダリング―ドイツ語圏刑法の対応――スイス・ドイツ・オーストリアの法制と日本――」中山研一古稀『第二巻　経済と刑法』一頁、一五頁以下（成文堂、一九九七）、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」東大ロー一一号二七五頁、二八三頁以下（二〇一六）参照。

(52) BT-Drs. 12/989, S. 26; ähnlich 13/8651, S. 9; 18/6389, S. 11.

(53) Vgl. etwa Felix Herzog/Mohamad El-Ghazi, Geldwäschegesetz, 4. Aufl., 2020（以下「Herzog/El-Ghazi, 4. Aufl.」と略記する。), StGB §261 Rn. 11 ff.

(54) Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 1 ff., 26.

(55) Vgl. ebd., S. 27; 12/3533, S. 11; auch Herzog/El-Ghazi, 4. Aufl., StGB §261 Rn. 12.

(56) Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 26; 12/3533, S. 11; auch Herzog/El-Ghazi, 4. Aufl., StGB §261 Rn. 13. いわゆるマネー・ローンダリング法（Geldwäschegesetz）は、金融機関等の事業者に顧客の本人確認、記録の作成・保存、疑わしい取引の届出を義務付けることにより文書足跡が保存されるようにする機能を持つため、マネー・ローンダリング罪と密接な機能的関連性を有し、捜査の有効性を高めるという目的の達成に資するものである（vgl. BT-Drs. 12/2704, S. 10）。

(57) BT-Drs. 12/989, S. 1, 20, 22; vgl. auch Herzog/El-Ghazi, 4. Aufl., StGB §261 Rn. 14.

(58) See Boucht, supra note 6, at 6–7; also Guy Stessens, Money Laundering, 85 (2000); Rui, supra note 3, at 1.

(59) Boucht, supra note 6, at 7.

(60) Vgl. BT-Drs. 19/24180, S. 37.

(61) 責任主義や nemo tenetur 原則、弾劾主義等に反するとの批判もなされていた（vgl. dazu statt vieler Geiger, a.a.O. (Anm. 37), S. 318; Sotiriadis, a.a.O. (Anm. 15), S. 195 f.）。

(62) 一九九二年改正の前後においては、犯罪行為に由来する客体に対する財産権は保護に値せず、財産権侵害はそもそも問題にならないという考え方を前提として、財産権侵害の有無が論じられていた（etwa BT-Drs. 11/6623, S. 5; Edda Weßlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung, StV 1991, S. 226, 229 f.; Albin Eser, Neue Wege der Gewinnabschöpfung, in: Wilfried Küper/Jürgen Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 833, 846 f.）が、その後間もなく、このような考え方により財産権への介入を正当化することはできないと解されるようになった（vgl. Karl-Peter Julius, Einziehung, Verfall und Art. 14 GG, ZStW 109 (1997), S. 58; Michaela A. M. Dannert, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eigentumsentziehungen zur Verfolgung und Verhinderung von Straftaten, 1998, S. 49 ff.; Geiger, a.a.O. (Anm. 37), S. 218 ff., 237 ff.; auch Thomas Rönnau/Moritz Begemeier, Grund und Grenzen der Bruttoeinziehung, GA 2017, S. 1, 5 f.）。

(63) Etwa Walter Perron, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, S. 918; auch Julius, a.a.O. (Anm. 62), 94 ff.; Dannert, a.a.O. (Anm. 62), S. 66 f. 公文孝佳「利益収奪の拡大と限界について――ドイツの刑法改正を素材として――」北法四七巻六号二二三頁、二四七頁以下（一九九七）も参照。

(64) 本節第二款第四項参照。

(65) Etwa Weßlau, a.a.O. (Anm. 62), S. 230 ff.; Eser, a.a.O. (Anm. 62), S. 845 f.; auch Dannert, a.a.O. (Anm. 62), S. 64 f., 68 ff. 公文・前掲注（63）二五〇頁以下も参照。

(66) 類似の理由から、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に（も）反すると解する立場もある（vgl. Weßlau, a.a.O. (Anm. 62), S. 232; Dannert, a.a.O. (Anm. 62), S. 74 f.）。

(67) BGHSt 40, 371. 事案は、一九七九年に政治的理由から庇護認定を受けた被告人が、一九九二年と翌九三年に遂行した二件の薬物取引（もっとも、一方の取引は失敗に終わり、他方の取引で得られた薬物は押収されたため、これらの取引から利益は得られなかった。）を理由として七年の自由刑に処されたところ、同人は、その平均収入が月額八五〇ドイツマルクであったが、最終的に家賃月額六〇〇ドイツマルク、自動車の維持費及び生活費を負担しており、さらに普通預金口

座に約四万ドイツマルクの預金を有していたため、同預金の（拡大）収奪が言い渡されたというものである。

(68) Ebd., Rn. 7.

(69) Ebd., Rn. 8; im Ergebnis ebenso Geiger, a.a.O. (Anm. 37), S. 323 f.これに対し、憲法適合的解釈の限度を超えていると批判するものとして、Dannert, a.a.O. (Anm. 62), S. 74.

(70) BGHSt 40, 371, Rn. 9.

(71) Fischer, 67. Aufl., §73a Rn. 8.

(72) NK-StGB/Frank Saliger, 5. Aufl., 2017（以下「NK-StGB/Saliger, 5. Aufl.」と略記する。）, §73d a.F. Rn. 3; Thomas Rönnau/Moritz Begemeier, Die neue erweiterte Einziehung gem. §73a Abs. 1 StGB-E, NZWiSt 2016, S. 260, 262.

(73) BVerfGE 110, 1.

(74) Ebd., Rn. 56 ff.

(75) Ebd., Rn. 83 ff.

(76) 他方、例えば薬物取引に由来する利益のように、対象者に民事法上帰属しない財産価値を対象とする限りでは、保護すべき法的地位が欠けているため、財産権侵害はそもそも問題にならない（ebd., Rn. 87）。

(77) Ebd., Rn. 88 ff., 99 ff. 加えて、連邦憲法裁判所は、財産権の内容及び制限を定めるものは他の全ての憲法上の規範（特に平等原則）も遵守しなければならないとした上で、刑法（旧）七三条dはこれら（具体的には、自己負罪拒否の自由、明確性の原則、遡及処罰の禁止及び平等原則）に反しないと判断している（ebd., Rn. 100, 110 ff.）。

(78) Ebd., Rn. 101 ff.

(79) Vgl. Marie-Lena Marstaller/Till Zimmermann, Non-conviction-based confiscation in Deutschland?, 2018, S. 97 f.; auch Frank Meyer, Die selbstständige Einziehung nach §76a StGB-E, oder: Don't bring a knife to a gunfight, StV 2017, S. 343, 348.

(80) Frank Saliger, Grundfragen der Vermögensabschöpfung, ZStW 129 (2017), S. 995, 1016 f.; ähnlich Felix Krauskaar, Die Einziehung nach §76a Abs. 4 StGB, NZWiSt 2019, S. 288, 292.

(81) Marstaller/Zimmermann, a.a.O. (Anm. 79), S. 97; vgl. auch Meyer, a.a.O. (Anm. 79), S. 348; Rui/Sieber, NCBC in

Europe, in Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, supra note 3, at 245, 275.

(82) BT-Drs. 18/9525, S. 2, 48.

(83) Vgl. dazu statt vieler Matthias Korte, Vermögensabschöpfung reloaded, wistra 2018, S. 1. 実体法に関する部分については、佐藤・前掲注（19）も参照。

(84) 本章第一節第五款参照。

(85) BT-Drs. 18/9525, S. 57 f., 65 f.

(86) OJ L 127, 29.4.2014, p. 39.

(87) BT-Drs. 18/9525, S. 57, 63 ff. 佐藤・前掲注（19）三六頁も参照。

(88) 本指令では、EU諸国において、拡大没収制度が異なる形態で存しており、これが国際協力を妨げていることから、単一の最低基準を設けることにより、これらをより調和させる必要があるとされている（前文一九）。

(89) See Thunberg Schunke, supra note 6, at 197–198; Saliger, a.a.O. (Anm. 80), S. 1019.

(90) Vgl. dazu im einzelnen BT-Drs. 18/9525, S. 63 ff.

(91) Ebd., S. 65 unter Verweis auf BVerfGE 110, 1 Rn. 103.

(92) BT-Drs. 11/6623, S. 5.

(93) 本章第一節第二款第一項参照。

(94) Vgl. Rönnau/Begemeier, a.a.O. (Anm. 72), S. 262 f.; NK-StGB/Saliger, 5. Aufl., Vorbem. zu §§73 ff. a.F. Rn. 3c; Saliger, a.a.O. (Anm. 80), S. 1019 ff. アルント・ジン（仲道祐樹＝大関龍一訳）「ドイツにおける組織犯罪に対する法的措置の発展状況について」早比五三巻二号一三三頁、一四三頁以下（二〇一九）も参照。A.A. Korte, a.a.O. (Anm. 83), S. 6; LK-StGB/Kai Lohse, 13. Aufl., 2020（以下「LK-StGB/Lohse, 13. Aufl.」と略記する。）, §73a Rn. 29 ff.

(95) Saliger, a.a.O. (Anm. 80), S. 1019 f. ただし、後記の拡大独立没収がきっかけ行為の実行を要件としていないことに関してではあるが、きっかけ行為の実行を未知の犯罪行為による更なる財産客体の取得の間接事実と考えることは、誤判の危険を大きくし、それゆえに介入の強度を高めるものであるとの指摘もなされている（Rönnau/Begemeier, a.a.O. (Anm. 72), S. 264）。