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（二・完）
Author(s)	久保，英二郎
Citation	阪大法学. 2021, 71(2), p. 245-279
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87361
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（二・完）

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
第二節　拡大没収（以上、七一巻一号）
第三節　拡大独立没収
第一款　立法目的
第二款　規定内容等
第四節　小括
第一款　沿革
第二款　拡大没収（旧拡大収奪）
第三款　拡大独立没収
第四款　マネー・ローンダリング罪との関係
第三章　我が国への示唆
第一節　新たな剝奪手段の必要性
第一款　現行法上の没収との関係
第二款　マネー・ローンダリング罪との関係
第二節　制度設計のあり方
第一款　拡大没収
第二款　有罪判決に基づかない没収
第三款　二つの剝奪手段の関係
第四章　結びに代えて（以上、本号）

第三節　拡大独立没収

刑法第七六条a　独立没収

［第一項ないし第三項略］

第四項　第三文に掲げられた犯罪行為の嫌疑を理由とする手続で保全された違法行為に由来する客体は、保全の対象者がその犯罪行為を理由として訴追され又は有罪を言い渡され得ないときも、独立に没収されるべきである。［第二文及び第三文略］

第一款　立法目的

拡大独立没収は、二〇一七年改正により、組織犯罪及びテロリズムの領域において、犯罪的に得られた由来の不明確な財産を剝奪し得ないという間隙を埋めるために新設されたものである。特に税関検査や交通検問においては、組織犯罪に属する犯罪行為に由来すると思しき多額の現金が保全されることが少なくない。このような事案では、通例、保全された現金が外国に関係しているためにその具体的な由来を辿ることが困難であるが、改正前の法制度においては、具体的な犯罪行為が証明され得ないときは現金が最後の所持者に返還されなければならず、これは現金が何らかの犯罪行為に由来することが合理的な疑いを超えて認められる場合であっても同様であった[96]。連邦刑事局の調査によれば、この現象は、税関検査や交通検問でのみ生じるものではなく、むしろ組織犯罪の全ての側面や

テロリズムの領域にも当てはまる。そこで、同改正により、組織犯罪及びテロリズムの領域において、裁判所が財産客体の違法な由来を確信したときにこれをおよそ違法行為の証明なしに独立に没収する手段（拡大独立没収）[97]が導入された（刑法七六条a第四項）。

拡大独立没収は、英米法圏の「有罪判決に基づかない没収（non-conviction-based confiscation/forfeiture）」やイタリア法の「前犯罪的予防処分[98]（misure di prevenzione）」に相当する制度である[99]。立法者によれば、拡大独立没収は、対象者に制裁を科すことを目的としておらず、むしろ犯罪による利益を享受し又はこれを更なる犯罪活動に再投資するのを阻止するために刑法違反の財産状況を除去するものであり、処分の目的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にある[100]。

第二款　規定内容等

拡大独立没収は、具体的な犯罪行為（きっかけ行為）の嫌疑を理由とする捜査手続（きっかけ手続（Anlassverfahren））で保全された客体を、これが何らかの違法行為に由来することが証明される限りで、およそ違法行為の証明なしに没収するものである。拡大独立没収は、きっかけ行為の証明すら必要としない点で拡大没収と異なるが、拡大没収と同様に具体的な違法行為をきっかけとして何らかの違法行為に由来する客体を没収するという構造を持つことから、拡大没収の形式の没収であるとして解説されることが多い[101]。

第一項　適用範囲

拡大独立没収の対象になるのは、きっかけ行為の嫌疑を理由とする手続（きっかけ手続）において保全された客

体である。保全は証拠（刑訴法九四条）又は没収（刑訴法一一一条b）のためになされ得る。[102] これは、拡大独立没収を言い渡すためにきっかけ手続が先行しなければならないことに加えて、その手続において保全された客体のみが没収の対象になることを意味する（もっとも、没収のための保全は拡大没収が予期される場合にも命じられ得る。[103]）。ため、何らかの違法行為に由来する疑いがある客体は拡大没収のための保全を通じてほぼ全て拡大独立没収の対象になる。嫌疑の程度は端緒の嫌疑（Anfangsverdacht）[104] で足りると解されている。[105] きっかけ行為の嫌疑は保全時に存しなければならない。[106]

拡大独立没収においては、現行法上の拡大没収とは異なり、刑法七六条a第四項三文に掲げられた犯罪行為（カタログ行為）のみがきっかけ行為になり得る。第三文に掲げられた犯罪行為は、テロリズム及び組織犯罪に属する重大な罪の犯罪行為である。立法者によれば、この限定は刑事政策上の必要性を考慮したものであり、拡大独立没収はそれらの犯罪行為について他の没収手段を補充するものである。[107] マネー・ローンダリングをカタログ行為に含めたことについては、あらゆる経済犯罪が間接的にカタログ行為に取り込まれてしまうとして、これを批判する見解がある。[108] もっとも、腐敗や組織犯罪においてはマネー・ローンダリングが財産の由来が明らかにならない原因になっているため、マネー・ローンダリングを含めなければ拡大独立没収が意味のないものになってしまうとの指摘もなされている。[109]

第二項　客体の違法行為由来

拡大独立没収を言い渡すためには、客体が何らかの違法行為に由来することが証明されなければならない。由来行為はカタログ行為に限られず、あらゆる罪の犯罪行為が由来行為になり得る。[110]

客体の違法行為由来に関しては裁判官の確信（Überzeugung）が必要であるが、[111] 由来行為が証明される必要はない。拡大独立没収については、関連規定として、裁判官の確信形成に関する特別規定（刑訴法四三七条）が設けられており、次のとおり規定されている。

> 刑訴法第四三七条　独立没収手続のための特別規定
>
> 刑法第七六条a第四項に定める独立没収に関する裁判に際し、裁判所は、特に客体の価値と対象者の合法的な収入との間の著しい不釣り合いを、客体が違法行為に由来することの確信の根拠とすることができる。そのほか、裁判所は、その裁判に際し、特に
>
> 第一号　手続のきっかけとなった行為に関する捜査の結果
>
> 第二号　客体が発見及び保全された際の状況
>
> 第三号　対象者のその他の人的及び経済的関係
>
> も考慮することができる。[112]

刑訴法四三七条は、保全された客体の犯罪的な由来を裁判官が確信するために通例決定的な意義を有する諸事情を例示的に列挙するものであり、[113] 自由心証主義（刑訴法二六一条）を制限するものではない。[114] これは、法律上の推定や挙証責任の転換を意味せず、[115] 事実認定の「指針」あるいは「ヒント」に過ぎないと解されている。[116]

第三項　補充性

拡大独立没収は、他の犯罪収益の没収手段（刑法七三条以下、七六条a第一項ないし三項）に劣後する。[117]

第四項　手続

拡大独立没収は、他の独立没収と同様、客観手続（刑訴法四三五条以下）で言い渡される。独立没収の手続は、検察官又は私人起訴人の申立てにより開始され、申立てをするかどうかは検察官又は私人起訴人の裁量にゆだねられている（刑訴法四三五条一項）。没収名宛人は、「没収参加人」として手続に参加する（刑訴法四三五条三項二文、四二四条一項）。裁判は、原則として書面手続における決定によってなされるが（刑訴法四三六条二項、四三四条二項）、検察官その他の申立人が口頭弁論の実施を申し立て、又は裁判所が自らこれを命じた場合は判決によってなされ、この場合には公判に関する規定が準用される（刑訴法四三六条二項、四三四条三項）。

拡大独立没収の手続は基本的に他の独立没収の手続と同様であるが、立法者は、拡大独立没収の手続についてのみ、これは対物訴訟であり、人に対しては向けられていないと述べている。[118] 立法者によれば、このことから、拡大独立没収は、刑罰的性格を有せず、憲法上は専ら基本法一四条が問題となり、さらに証拠法の点では民事法上の主張責任（Darlegungslast）及び挙証責任（Beweislast）のルールに従うことが導き出される。[119] 検察官が保全された客体の違法行為由来を推認させる事実を主張して没収を申し立て、その事実が証明されたときは、裁判所は通例没収を言い渡すべきであり、名宛人が没収の言渡しを回避するためには立証された違法行為由来を理由を付して否認し、適切な立証をしなければならず、単なる沈黙や不知による否認ではこれを回避し得ない。[120] この限りにおいては、沈黙から不利な推論をすることの禁止は被告人の場合と同一の範囲では適用され得ず、むしろ没収参加人の地位は

被告人というよりは民事訴訟における被告に類似することが考慮されるべきである。[121]

立法者の説明に対しては、学説から、名宛人が刑事手続に本来馴染みのない協力義務を負うことになるとの批判や、[122] 立法者は刑事訴訟上の確信基準（刑訴法二六一条）を前提としつつ、同時に民事訴訟上の証拠原則が適用可能であると考えているが、これは矛盾しており、（旧）拡大収奪に関する連邦憲法裁判所及び連邦通常裁判所の前記判例にも反するとの批判[123]がなされている。さらに、対象者は財産の由来に関して合理的な説明をすれば十分であり、対象者の供述が不合理、非現実的又は客観的に不可解である場合にのみ没収が言い渡されると解する立場もある。[124]

第五項　法的性質

立法者は、前記のとおり、拡大独立没収の手続が対物訴訟であるとした上で、ここから直ちに拡大独立没収が刑罰的性格を有しないことを導き出している。[125] もっとも、学説では、総額主義が前提とされていることなどから、拡大独立没収が刑罰的性格を有すると解する立場もある。[126]

第四節　小括

第一款　沿革

以上のとおり、ドイツ法においては、一九七五年、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が、当初の規定では、財産的利益と具体的な違法行為の関係が証明された場合にのみ収奪が言い渡されることとされていた。しかし、薬物犯罪等の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

困難であり、しばしば収奪が失敗に終わっていた。そこで、一九九二年、組織犯罪対策法により、このような剝奪の間隙を埋め、組織犯罪に由来する資金の剝奪を促進するために、組織犯罪の領域において他の収奪手段を補充するものとして拡大収奪が導入された（刑法（旧）七三条d）。

拡大収奪は、二〇一七年、財産剝奪に関する規定の全面改正に伴い、名称が犯罪収益の拡大没収に変更されるとともに、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連邦憲法裁判所が示した（旧）収奪の目的を踏まえて、適用範囲があらゆる罪の犯罪行為に拡張された（刑法七三条a）。

二〇一七年改正に際しては、さらに、組織犯罪の全ての側面及びテロリズムの領域において、具体的な犯罪行為が証明されない限り、たとえ現金が何らかの犯罪行為に由来することが合理的な疑いを超えて認められる場合でもこれを没収することができないという剝奪の間隙を埋めるために、他の没収手段を補充するものとして拡大独立没収が導入された（刑法七六条a第四項）。

第二款　拡大没収（旧拡大収奪）

拡大没収（旧拡大収奪）は、具体的な犯罪行為（きっかけ行為）を理由とする有罪の言渡しに際し、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（由来行為）の証明なしに剝奪するものである。

第一項　適用範囲

（旧）拡大収奪においては、主に組織犯罪対策の観点から、きっかけ行為を組織犯罪に属する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する方法によりその適用範囲が局限されていたが、

二〇一七年改正により、きっかけ行為になり得る犯罪行為の限定が撤廃され、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。

立法者は、適用範囲の拡張の根拠として、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いうことを挙げている。しかし、学説から批判されているように、犯罪収益の再投資及び犯罪組織の強化を阻止するという極めて重大な公益や重大な実務上の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理由は明らかでないため、立法者による理由付けは説得力を欠いている。

また、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るべきであるとの見解も示唆的である。きっかけ行為として経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為が行われたことは、同様の犯罪行為が他に行われたことを強く推認させるものとは言えず、これを主たる間接事実と位置付けるべきではないが、他の事情による客体の違法行為由来の推認を補強する程度の推認力はあるように思われる。拡大没収が由来行為の証明を必要としないために合法的な財産を剝奪してしまうおそれのあるものであることを考慮すれば、そのおそれを低減するためにこのような形で適用範囲を局限することには意味がある。

それゆえ、拡大没収の適用範囲をあらゆる罪の犯罪行為に拡張したことについては、対象者の財産権保障との関係で問題があるというべきである。

第二項　客体の違法行為由来

（旧）拡大収奪は、立法者の見解に従えば、由来行為の証明を必要としないのみならず、そのようないわば抽象

的な違法行為由来が（有罪認定にとっては十分でない）「極めて高度の蓋然性」をもって認められれば足りるとされ、客体の違法行為由来に関する証明を二重に軽減するものであったが、これに対しては、学説から、無罪推定や財産権保障に反するといった批判がなされていた。連邦通常裁判所は、一九九四年、学説からの批判を踏まえて、拡大収奪を定める刑法（旧）七三条dの「諸事情が仮定を正当化する場合」という規範的要素を「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した。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ないとも述べていた。連邦憲法裁判所は、二〇〇四年、連邦通常裁判所の判断を是認したが、その際、無罪推定については、連邦通常裁判所とは異なり、これが問題にならないことを（旧）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に関する証明度をこれに関連付けなかった一方、財産権保障については、連邦通常裁判所の前記解釈に言及し、（旧）拡大収奪を定める刑法旧七三条dは同解釈の下ではこれに反しないと判断した。現行法上の拡大没収においては、これらの判例に従い、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とされている。

拡大没収が由来行為の証明を必要としないために合法的な財産を剝奪してしまうおそれのあるものであることを考慮すれば、裁判官の確信を要求することは合理的である。もっとも、これが憲法上必要不可欠であるか否かは別途検討すべき問題である。学説には、連邦憲法裁判所の前記決定に従えば、裁判官の確信を要求しない立法者の見解は憲法に反することになると解する立場もあるが、これに対して指摘されているように、連邦憲法裁判所の前記決定は、あくまで連邦通常裁判所の前記解釈の下で刑法旧七三条dが財産権保障に反しないことを示したものに過

ぎず、立法者の見解が財産権保障に反することを示したものではないから、低い証明度が直ちに財産権保障に反するわけではないというべきである。

第三項　法的性質

立法者及び判例は、拡大没収を含む犯罪収益の没収の法的性質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、総額主義による没収（旧収奪）が刑罰又は刑罰類似の処分であることを前提として、拡大没収（旧拡大収奪）の法的性質についても同様に解する立場が通説といわれている。

第三款　拡大独立没収

拡大独立没収は、具体的な犯罪行為（きっかけ行為）の嫌疑を理由とする捜査手続（きっかけ手続）で保全された客体を、これが何らかの違法行為（由来行為）に由来することが証明される限りで、およそ具体的な違法行為の証明なしに没収するものである。拡大独立没収は拡大没収の形式の没収であることから、基本的には拡大没収における議論を援用することができる。

第一項　適用範囲

拡大独立没収の対象になるのは、きっかけ行為の嫌疑を理由とする手続（きっかけ手続）において保全された客体である。保全は証拠又は没収のためになされ得る。嫌疑の程度は端緒の嫌疑で足りると解されている。きっかけ行為の嫌疑は保全時に存しなければならない。

拡大独立没収においては、現行法上の拡大没収とは異なり、刑法七六条a第四項三文に掲げられた犯罪行為（カタログ行為）のみがきっかけ行為になり得る。第三文に掲げられた犯罪行為はテロリズム及び組織犯罪に属する重大な罪の犯罪行為であり、この限定は刑事政策上の必要性を考慮したものである。拡大独立没収が由来行為のみならず、きっかけ行為の証明も必要とせず、より一層合法的な財産を剝奪してしまうおそれの大きいものであることを考慮すれば、このような形で適用範囲をテロリズムや組織犯罪の領域に限定することは必要不可欠というべきである。個別の犯罪について見ると、マネー・ローンダリングをカタログ行為に含めたことについては、あらゆる経済犯罪が間接的にカタログ行為に取り込まれてしまうとの批判がなされているが、この批判に対してはマネー・ローンダリングを含めなければ拡大独立没収が意味のないものになってしまうとの指摘もなされている。

第二項　客体の違法行為由来

拡大独立没収においても、客体の違法行為由来に関しては裁判官の確信が要求されており、証明度の引下げはなされていない。もっとも、拡大独立没収についても、拡大没収と同様、低い証明度が直ちに財産権保障に反するわけではないというべきである。

拡大独立没収については、保全された客体の犯罪的な由来を裁判官が確信するために通例決定的な意義を有する諸事情を例示的に列挙する特別規定が設けられている（刑訴法四三七条）。これは、法律上の推定や挙証責任の転換を意味せず、事実認定の「指針」あるいは「ヒント」に過ぎないと解されている。

第三項　手続

拡大独立没収は客観手続で言い渡される。立法者によれば、拡大独立没収の手続は対物訴訟であり、このことから、拡大独立没収は、刑罰的性格を有せず、憲法上は専ら基本法一四条が問題となり、さらに証拠法の点では民事法上の主張責任及び挙証責任のルールに従うことが導き出されるとされている。これに対しては、名宛人が刑事手続に本来馴染みのない協力義務を負うことになってしまうとの批判や、刑事訴訟上の確信基準を前提としつつ民事訴訟上の証拠原則が適用可能であるとする立法者の見解は矛盾しており、（旧）拡大収奪に関する連邦憲法裁判所及び連邦通常裁判所の前記判例にも反するとの批判がなされている。

刑事訴訟上の確信基準を前提とする以上、民事訴訟のルールが適用されるとする立法者の説明は妥当でなく、刑事訴訟のルールが適用されると解すべきである。もっとも、連邦憲法裁判所の前記決定から立法権の限界を導き出すことはできず、立法論上、拡大独立没収が民事訴訟のルールが適用される手続で言い渡されるとすることが不可能とまでは言えないように思われる。

第四項　法的性質

立法者は、拡大独立没収が刑罰的性格を有しないと解しているが、学説には、総額主義が適用されるなどの理由から、これが刑罰的性格を有すると解する立場もある。

第四款　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（刑法二六一条）。これは、実体法レ

ベルでは前提行為を行おうとする者に「犯罪は割に合わない」ことを示し、その実行を抑止することを、刑事手続レベルでは前提行為を解明するための捜査の有効性を高めることを目的としている。後者の側面は利益剣奪を容易にするものでもある。

ドイツ国外の分析によれば、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ものであり、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ため、これらの没収手段とマネー・ローンダリングの犯罪化は相互補完的に作用する。もっとも、ドイツにおいては、このような機能が立法理由になっているわけではなく、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。

第三章　我が国への示唆

本章では、我が国において、既存の法制度により犯罪収益を十分に剣奪することができず、拡大没収や拡大独立没収のような新たな剣奪手段を導入する必要があることを示した上で（第一節）、新たな剣奪手段の制度設計のあり方を検討する（第二節）。

第一節　新たな剣奪手段の必要性

組織犯罪に適切に対処するためには犯人や犯罪組織から犯罪収益を確実に剣奪することが必要不可欠であるため、犯罪組織の関係者の下で多額の財産が発見された場合において、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ときは、たとえ起源たる犯罪行為が証明され得ないとしても、これを剣奪すべきである。しかし、既存の法

制度によっては、以下のとおり、このようなときに犯罪収益を剝奪することができず、これが犯人あるいは犯罪組織の手元に残されてしまうため、ドイツ法における拡大没収や拡大独立没収のような、財産と具体的な犯罪行為の関係の証明を必要としない剝奪手段を導入する必要がある。

第一款　現行法上の没収との関係

我が国においては、冒頭で述べたとおり、犯罪収益の没収が言い渡されるためには、財産と具体的な犯罪行為の関係が証明されなければならない。もっとも、現行法上も、次のとおり、一定の犯罪類型においては、個々の行為全ての特定が必要とされない結果、財産と個々の行為との関係の証明なしに犯罪収益を没収する余地がある。

代表的なものとして、営業犯等の集合犯がある。例えば、規制薬物の不法輸入等については、これを業とする罪が定められている（麻薬特例法五条）。この規定は、業として行われる規制薬物の不法輸入等については、その実態に即した加重処罰規定を設ける必要があるとともに、従来の単発行為の犯罪構成要件を前提とすると、個々の行為との厳格なリンクが求められる結果、総体としては一定期間内に犯された薬物犯罪の収益であることの証明ができたとしても個々の行為との結びつきの証明ができないときは、その収益を没収できなくなってしまうことを考慮して設けられたものである。[127] 一定期間に規制薬物の不法輸入等を業としたことが認められれば、個々の行為が特定されなくとも同罪の成立は妨げられず、[128] その期間内の全体の売り上げが認定されれば、当該売上金を規制薬物の不法輸入等を業とした行為により得たものとして没収することができる。このように、営業犯においては、業として行われる一連の行為が総体として処罰対象とされ、必ずしも個々の行為全ての特定が必要とされない結果、財産と個々の行為との関係が証明されなくとも犯罪収益が没収され得る。[129]

さらに、規制薬物の不法輸入等を業とする罪については、薬物犯罪収益（麻薬特例法二条三項参照）の認定に関する法律上の推定規定が設けられており、「第五条の罪に係る薬物犯罪収益については、同条各号に掲げる行為を業とした期間内に犯人が取得した財産であって、その価額が当該期間内における犯人の稼働の状況又は法令に基づく給付の受給の状況に照らし不相当に高額であると認められるものは、当該罪に係る薬物犯罪収益と推定する」と定められている（麻薬特例法一四条）[130]。この法律上の推定規定は、業として行う不法輸入等については、犯人が相当の収益を得ていたことは明らかであるが、通例、これが隠匿されるため、どの財産が収益に当たるかを立証するのが困難である一方、犯人が当該期間内にその合法的な収入に釣り合わない高額な財産を取得していれば、これが薬物犯罪を業としたことにより得られたものであることが強く推認される上、他に取得原因がある場合においては、これを犯人が反証することは極めて容易であることを考慮して設けられたものである[131]。これによれば、規制薬物の不法輸入等を業とする罪に関する限りでは、当該行為を業とした期間内に犯人が取得した財産の価額とその期間内における犯人の合法的な収入との間の著しい不釣り合いが証明されれば、財産の犯罪由来自体が証明されなくとも、犯人が他の取得原因を反証しない限り、その財産が没収される[132]。それゆえ、規制薬物の不法輸入等を業とする罪においては、これが営業犯として形成されることにより実体法上犯罪由来に関する証明が軽減されているのみならず、犯罪由来に関する推定規定が設けられることにより手続法上さらにその証明が軽減されているといえる[133]。

以上のとおり、現行法上も、集合犯のように一連の犯罪行為を総体として処罰対象とする構成要件を定めれば、財産と個々の行為との関係を証明することなくその収益を没収する余地がある。しかし、このような形で犯罪収益を没収することができるのは集合犯等の一部の犯罪類型に限られる上、これらの犯罪類型においても、一連の犯罪行為を証明し得ない場合には犯罪収益を没収することができない。ドイツにおいては、一九九二年改正に際し、薬

物の売人の下で少量の薬物と多額の現金が発見されたものの、その薬物の所持しか証明され得ないという事例で多額の現金を剝奪し得ないことが問題視されていたが、このような事例においては、一連の犯罪行為を総体として処罰対象とする構成要件を定めるという方法により現金を没収し得ることにはならない。それゆえ、財産が何らかの犯罪行為に由来すること自体は証明され得るものの、具体的な犯罪行為との関係を証明し得ないためにこれを没収することができないという問題が、一連の犯罪行為を総体として処罰対象とする構成要件を定め得ることにより十分に解消されるわけではない。[134]

第二款　マネー・ローンダリング罪との関係

我が国では、麻薬特例法及び組織的犯罪処罰法において、マネー・ローンダリング罪に相当する（薬物）犯罪収益等[135]（以下、薬物犯罪収益等と犯罪収益等を併せて「犯罪収益等」という。）隠匿・収受罪が設けられている（麻薬特例法六条・七条、組織的犯罪処罰法一〇条・一一条）。隠匿・収受に係る犯罪収益等やこれらの行為により生じた財産等は没収の対象とされており（麻薬特例法一一条一項三号ないし五号、組織的犯罪処罰法一三条一項五号ないし七号）、かつ、これらの罪においては財産の起源たる犯罪行為（前提犯罪）が証明される必要はないと解されているため[136]、隠匿等が行われた限りでは、前提犯罪が証明されなくとも犯罪収益等が没収され得る。我が国においては、犯罪収益等隠匿・収受罪と単純な形式の没収を組み合わせることにより、財産と具体的な犯罪行為の関係を証明することの困難への対処がなされており、実務上この方法により多額の資金が没収されることがある。[137]

もっとも、この方法による没収は、犯罪収益等の隠匿や収受を理由として有罪が言い渡された場合にのみ可能なものであるから、その証明が困難である場合には、この方法により犯罪収益を没収することはできない。[138] しかし、

犯罪収益の確実な剝奪という観点からすれば、財産が何らかの犯罪行為に由来することが証明され得るときは、たとえ犯罪収益等の隠匿や収受を証明することができない（あるいはそもそもこれらが行われていない）としても、これを剝奪すべきことに変わりはない。さらに、財産と具体的な犯罪行為の関係が証明されなければならないという困難に対処する役割を犯罪収益等隠匿・収受罪と没収の組合せの方法に一任することは、犯罪収益の確実な剝奪や（場合によっては）被害回復の実現を優先するあまり、過度に犯罪収益等隠匿・収受罪を用いることにも繋がりかねない（そもそも処罰の必要性と没収の必要性は必ずしも一致しないから、犯罪化により没収の間隙を埋めることは、没収手段の拡張に対して二次的な解決策として位置付けられるべきであろう。）。それゆえ、犯罪収益等隠匿・収受罪と没収の組合せの方法は、単独では犯罪収益の確実な剝奪を実現するために不十分なものであるのみならず、これに依存することが犯罪収益等隠匿・収受罪の不当な運用を招くおそれすらあり、この方法による没収が可能であることにより新たな剝奪手段が不要になるわけではない。

第二節　制度設計のあり方

第一款　拡大没収

財産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ためには、ドイツ法における拡大没収（旧拡大収奪）をモデルにして、具体的な犯罪行為（きっかけ行為）に基づく有罪の言渡しに際し、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（由来行為）の証明なしに剝奪する手段（拡大没収）を導入することが一考に値する。以下では、法的性質（第一項）、適用範囲（第二項）、財産の犯罪由来の証明（第三項）及び補充性（第四項）について検討を加える。

第一項　法的性質

我が国においては、前記のとおり、没収が付加刑として規定されている。しかし、拡大没収においては、有罪の理由となる犯罪行為（きっかけ行為）は言渡しのきっかけに過ぎず、これによる制限の強度、すなわち剝奪される財産の価額に関係するのは証明される必要のない財産の起源たる犯罪行為（由来行為）であるから、拡大没収をきっかけ行為に基づく刑罰として設計すると、責任主義や無罪推定との関係で問題が生じる。

他方、ドイツにおいては、立法者及び判例によれば、犯罪収益の没収全般が不当利得返還請求類似の性格を備えた非刑罰の処分であり、それゆえに責任主義や無罪推定はそもそも問題にならないと解されている。前記のとおり、拡大没収をきっかけ行為に基づく刑罰として設計すると責任主義や無罪推定との関係で問題が生じることを踏まえれば、我が国においても、少なくとも拡大没収については、これを非刑罰の処分として設計すべきである。[139]

なお、ドイツにおいては、純益主義から総額主義への転換が犯罪収益の没収（旧収奪）の法的性質を刑罰又は刑罰類似の処分に変化させるか否かが争われており、これを踏まえれば、我が国においても、刑罰ではない拡大没収による剝奪の範囲が総額に及ぶか、それとも純益にとどまるかが問題になる。この問題を検討するに当たっては、犯罪収益の没収全般にわたる研究が必要になるため、紙幅の関係上、詳細は別稿にて論じることとしたい。

第二項　適用範囲

ドイツ法においては、（旧）拡大収奪については、きっかけ行為が組織犯罪に属する経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為に限定されることにより、その適用範囲が局限されていた。他方、現行法上の拡大没収については、きっかけ行為になり得る犯罪行為が限定されていないが、これに対しては批判がなされている。拡大没収

が由来行為の証明を必要としないために合法的な財産を剝奪してしまうおそれのあるものであることを踏まえれば、その適用範囲を局限すべきであるとの批判は基本的に妥当なものと言える。それゆえ、我が国においても、拡大没収制度を創設するに当たっては、合法的な財産を剝奪してしまうおそれを低減し、手段の必要性・相当性を担保するために、きっかけ行為を組織犯罪に関係し、かつ、経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為に限定するなどの方法により、その適用範囲を局限すべきである。

もっとも、組織犯罪においては、利得目的で様々な形態の犯罪行為が敢行され、これらの犯罪行為は犯罪組織との関連で行われるものの、実行形態としては単独犯であるものも少なくないなど、必ずしも犯罪行為自体が組織的な形態で行われるとは限らない[140]から、拡大没収の適用範囲を組織的な形態で行われた犯罪行為に限定するのは狭きに失する。例えば単純な窃盗には、一方で犯罪組織に何ら関係しない者による万引き等、組織犯罪に何ら関係しないものが多く含まれるが、他方で犯罪組織の資金源になっているものもある。それゆえ、組織犯罪との関係の有無は、典型的な組織犯罪であるか否かではなく、犯罪組織の資金源になり得る犯罪類型であるか否かにより判断すべきである。

麻薬特例法や組織的犯罪処罰法においては、（薬物）犯罪収益の前提犯罪になり得る罪が限定列挙されている（麻薬特例法二条二項、組織的犯罪処罰法二条二項）。もっとも、拡大没収のきっかけ行為が財産の起源たる行為（由来行為）とは別の犯罪行為であるのに対し、前提犯罪はマネー・ローンダリングの行為客体たる（薬物）犯罪収益の由来行為そのものである。近年、マネー・ローンダリングの前提犯罪は（我が国を含めて）世界的に拡大の一途を辿っているが、この傾向は、前提犯罪になり得る罪を限定してしまうと、前提犯罪になり得ない罪の犯罪行為が財産の起源であるという反対仮説を排斥し得ないために、前提犯罪の証明が不可欠ではないというマネー・

ローンダリング罪の利点が大きく損なわれてしまうことによるものである。他方、拡大没収の言渡しに当たってはきっかけ行為が証明される必要があるため、マネー・ローンダリングの前提犯罪の拡大傾向から拡大没収のきっかけ行為を広く設定すべきことは導き出されない。そして、きっかけ行為の限定には、前記のとおり、合法的な財産を剝奪してしまうおそれを低減し、手段の必要性・相当性を担保するという意義がある。それゆえ、拡大没収の適用範囲を画定するに際し、マネー・ローンダリングの前提犯罪になり得る罪の範囲を安易に援用すべきではないであろう。

なお、拡大没収の適用範囲を局限する方法としては、きっかけ行為を限定する方法以外にも、財産が得られた時期や財産の価額を限定するなどの方法が考えられるが、これらの方法については、ドイツ法から示唆を得ることは難しく、他国の法制度を参照する必要がある。

第三項　財産の犯罪由来の証明

我が国においては、事実認定に必要な証明度については、民事裁判と刑事裁判の双方とも「高度の蓋然性」の語が用いられている[141]が、刑事裁判における有罪認定にとっては合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要であるのに対し、民事裁判においてはより低い証明度によって事実が認定されていると分析されることもあり[142]、少なくとも刑事裁判と同程度の証明度は要求されていないように思われる[143]。前記のとおり、拡大没収については、これを非刑罰の処分として設計すべきであるから、法的性質の点では有罪認定と同程度の高い証明度が要求されることにはならない。

もっとも、ドイツにおいては、判例により、拡大没収が非刑罰の処分であることを前提としつつ、少なくとも財

産権保障の観点から客体の違法行為由来に関して有罪認定と同程度の高い証明度が要求されており、これに倣えば、我が国においては、拡大没収を言い渡すために財産の犯罪由来が合理的な疑いを超えて認められることが必要不可欠になるようにも思われる。しかし、低い証明度が直ちに財産権保障に反するわけではなく、財産の犯罪由来の証明度（あるいは挙証責任の所在）をどのように定めるかは立法裁量にゆだねられていると考えるべきである。我が国においては、前記のとおり、麻薬特例法上、薬物犯罪収益の認定に関する法律上の推定規定が設けられているが、これも財産の犯罪由来の証明に関して立法裁量が認められていることを示すものと言える。

そこで拡大没収に関して検討すると、（拡大没収の適用範囲を組織犯罪に限定することを前提とすれば）組織犯罪においては、しばしば犯罪収益がローンダリングされるなどの理由から、財産の起源たる犯罪行為のみならず、財産の犯罪由来すら証明することが困難である。また、薬物犯罪収益の推定規定を設けるに当たっては反証の容易性が考慮されていたが[144]、拡大没収が問題になる場面においても、被告人が対象財産の合法的な起源を主張することは基本的には容易であるように思われる（もっとも、財産の取得時期が昔であればあるほど、その起源を主張・立証することが困難になるため、対象財産の取得時期を直近何年かに限定することも考えられる。）。これらの点は、低い証明度を設定する方向に働く。しかし他方で、拡大没収においては由来行為が証明されないために合法的な財産が剝奪されるおそれがあり、被告人の権利保障の点では高い証明度を設定することが求められる。拡大没収が言い渡されるためにはきっかけ行為の実行が証明される必要があるが、たとえきっかけ行為を経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為に限定したとしても、きっかけ行為の実行は財産の犯罪由来を強く推認させるものではなく、合法的な財産が剝奪されるおそれがあることに変わりはない。さらに、拡大没収は刑事手続で言い渡され、その審理においては捜査機関が収集した証拠が用いられるから、高い証明度を要求したとしても拡大没収制度の有

用性は損なわれず、立証の困難性は決定打にならないように思われる。以上を踏まえれば、財産の犯罪由来については、特に合法的な財産が剝奪されるおそれを低減する必要性を重視し、合理的な疑いを超えて認められることを要求すべきである（挙証責任は転換されるべきではなく、法律上の推定規定を設けるべきでもない。）。

もっとも、ドイツ法の（旧）拡大収奪に関して連邦通常裁判所が述べていたように、財産の犯罪由来の証明については過度の要求がなされてはならず、高い証明度を設定することが、実質的に由来行為の証明なしでは財産の犯罪由来を証明し得ないということを意味するものであってはならない。

第四項　補充性

拡大没収においては、由来行為が証明されないために合法的な財産が剝奪されるおそれがあることを踏まえれば、基本的には現行法上の没収が優先し、単純没収の要件が認められない場合に初めて拡大没収が問題になることとすべきである。

第二款　有罪判決に基づかない没収

およそ具体的な犯罪行為を証明し得ない場合の剝奪の間隙を埋めるためには、何らかの犯罪行為に由来する財産を有罪判決（具体的な犯罪行為の証明）に基づかずに剝奪する手段（有罪判決に基づかない没収）を導入することが一考に値する。以下では、拡大没収と有罪判決に基づかない没収の相違点に着目しつつ、法的性質（第一項）、適用範囲（第二項）、財産の犯罪由来の証明（第三項）及び補充性（第四項）について検討を加える。

第一項　法的性質

有罪判決に基づかない没収においては、具体的な犯罪行為がおよそ証明されないため、これを刑罰として正当化する余地はなく、これを非刑罰の処分として設計すべきである。

なお、ドイツにおいては、二〇一七年改正に際し、立法者により、拡大独立没収の手続が対物手続であり、人に対しては向けられていないことから直ちに拡大独立没収の非刑罰的性格が導き出され、憲法上は専ら財産権保障に関する基本法一四条が問題になると説明されている。確かに、拡大独立没収においては、由来行為のみならず、きっかけ行為も証明されないため、拡大独立没収を刑罰として正当化し得ず、これが非刑罰的性格を有することになるという限りでは、立法者の説明に誤りはない。もっとも、一部の学説は、非刑罰的性格を前提とすれば、対象者に経済的損失が生じることを正当化し得ないとして、拡大独立没収が刑罰的性格を有すると主張している。この議論状況を踏まえれば、有罪判決に基づかない没収においても、拡大没収と同様、剝奪の範囲が総額に及ぶか、それとも純益にとどまるかが問題になる。この問題については、前記のとおり、別稿にて検討することとしたい。

第二項　適用範囲

有罪判決に基づかない没収の適用範囲については、ドイツ法における拡大独立没収をモデルにして、きっかけ行為の嫌疑を理由とする捜査手続で押収された財産のみを対象とすることが考えられる。ドイツ法の拡大独立没収においては、きっかけ行為の嫌疑が保全時に存しなければならないこととされているが、立法論上は、有罪判決に基づかない没収の適用範囲に含まれない罪の犯罪行為の嫌疑を理由とする手続で財産を押収ないし保全した後、その適用範囲に含まれる罪の犯罪行為の嫌疑が生じた場合において、後者の嫌疑を理由とする手続でもその財産を押収

ないし保全し得るときについては、これを有罪判決に基づかずに没収し得ることとしてよいように思われる。

さらに、ドイツ法においては、刑事政策上の必要性が考慮され、拡大独立没収のきっかけ行為がテロリズム及び組織犯罪に属する重大な罪の犯罪行為に限定されている。有罪判決に基づかない没収が具体的な犯罪行為の証明をおよそ必要としない重大な権利制限であることを踏まえれば、我が国においても、有罪判決に基づかない没収を導入するに当たっては、主に組織犯罪対策の観点から、きっかけ行為になり得る罪を限定するなどの方法により、その適用範囲を拡大没収と比べても狭く局限すべきである。

きっかけ行為になり得る罪を限定する方法をとるのであれば、マネー・ローンダリング罪をこれに含めてよいか否かが問題になる。確かに組織犯罪においては、しばしばマネー・ローンダリングが行われ、犯人あるいは犯罪組織の手元にある財産の由来の捜査や前提犯罪の解明が困難にされているから、マネー・ローンダリングの嫌疑しか認められない場合であっても何らかの犯罪行為に由来することが証明され得る財産を没収する必要性は高い。しかし、我が国においてもマネー・ローンダリングの前提犯罪は広範に定められており、これを有罪判決に基づかない没収の適用範囲に含めるとすれば、これを媒介として多くの罪が間接的にきっかけ行為になり得る罪に含まれることになってしまい、適用範囲を狭く局限する意味がなくなりかねないから、マネー・ローンダリング罪を含めることについては慎重な検討が必要である。そもそも、マネー・ローンダリングの嫌疑が認められるときは、これを理由として捜査手続を開始し、捜査の結果、具体的な前提犯罪の嫌疑が生じる場合も少なくなく、このような場合には、前提犯罪の嫌疑を理由として財産を押収・保全し、有罪判決に基づかない没収を言い渡すことができる。それにもかかわらず、マネー・ローンダリングの嫌疑を出発点として捜査を開始し、捜査を尽くしても前提犯罪の嫌疑すら生じなかったという場合にまで有罪判決に基づかない没収を言い渡し得ることとすれば、誤判のおそれがより

一層大きくなってしまう。それゆえ、合法的な財産が剝奪されるおそれを低減するためには、マネー・ローンダリング罪をきっかけ行為になり得る罪から除外すべきだろう。[145]

第三項　財産の犯罪由来の証明

財産の犯罪由来に関する証明の問題についても、基本的には拡大没収における議論を援用することが可能であり、低い証明度が直ちに財産権保障に反するわけではなく、財産の犯罪由来の証明度（あるいは挙証責任の所在）についていかなる要求をするかは、立法裁量にゆだねられていると考えるべきである。

前記のとおり、経済的利益を生じさせる傾向のある罪の犯罪行為（きっかけ行為）が行われたことは、他の事情による客体の違法行為由来の推認を補強する程度の推認力を持つが、拡大没収とは異なり、有罪判決に基づかない没収においては、きっかけ行為の嫌疑が在すれば十分であるため、対象者の権利保障の点で高い証明度を設定する必要性がより高い。有罪判決に基づかない没収においても、財産の犯罪由来については、合法的な財産が剝奪されるおそれを低減する必要性を重視し、合理的な疑いを超えて認められることを要求すべきである[146]（挙証責任が転換されるべきではなく、法律上の推定規定を設けるべきでもない。）。

第四項　補充性

有罪判決に基づかない没収は、由来行為のみならず、きっかけ行為の証明も必要としない重大な権利制限であるから、これが用いられるのは現行法上の没収や拡大没収によっては犯罪収益を剝奪し得ない場合に限られることとすべきである。

第三款　二つの剝奪手段の関係

前記のとおり、拡大没収と有罪判決に基づかない没収をいずれも組織犯罪対策の手段と考えるのであれば、両者の関係が問題になる。この問題については、有罪判決に基づかない没収が由来行為のみならず、きっかけ行為の証明も必要としない重大な権利制限であることを踏まえれば、まず第一に拡大没収による解決を図るべきである。もっとも、冒頭で述べたとおり、特に組織犯罪においては具体的な犯罪行為の証明が構造的に困難であり、このような困難をきっかけ行為の証明を要件とする拡大没収により解消することはできないから、組織犯罪の中でも真相解明が特に困難な犯罪類型においては、有罪判決に基づかない没収が必要になる。

我が国においては、現行法上、形式的な意味における有罪判決に基づかない没収制度すら設けられておらず、財産の起源たる犯罪行為が証明され得る場合であっても、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ときは、犯罪収益を没収することはできない。それゆえ、ドイツ法とは出発点が異なり、現行の法制度との親和性の点では、有罪判決に基づいて刑事手続内で言い渡される拡大没収が比較的親和性の高い手段であると言える。もっとも、ドイツにおいても、拡大独立没収は、他の独立没収とは異なり、英米法圏の有罪判決に基づかない没収やイタリア法の前犯罪的予防処分に相当するものであり、その導入が異質なものの受容であることに変わりはない。我が国においても、現在のところは付加刑としての没収のみが規定されているというにすぎず、このような異質さにより有罪判決に基づかない没収を導入することができなくなると考えなければならないわけではないであろう。

第四章　結びに代えて

本稿では、ドイツ法における（旧）拡大収奪、拡大没収及び拡大独立没収の沿革や内容、これらを巡る議論を参

考にして、我が国においては、現行法上の没収あるいはマネー・ローンダリング罪によっては犯罪収益の確実な剝奪を実現することができず、拡大没収や有罪判決に基づかない没収のような新たな剝奪手段を導入する必要があることを示した上で、これらの剝奪手段に関して若干の立法論を展開した。

我が国においては、現行法上、没収が付加刑として規定されているが、拡大没収については、これを非刑罰の処分として設計すべきである。適用範囲については、拡大没収が財産の起源たる犯罪行為の証明を必要としないために合法的な財産を剝奪してしまうおそれのあるものであることを考慮すれば、組織犯罪対策の観点や経済的利益を生じさせる傾向という観点からこれを局限すべきである。財産の犯罪由来の証明については、低い証明度が直ちに財産権保障に反することにはならず、どのようなルールを定めるかは立法裁量にゆだねられていると考えるべきであるが、特に合法的な財産が剝奪されるおそれを低減する必要性を重視し、財産の犯罪由来が合理的な疑いを超えて認められることを要求すべきである（もっとも、過度の要求がなされてはならない。）。

有罪判決に基づかない没収についても、基本的には拡大没収における議論を援用することができるが、有罪判決に基づかない没収は具体的な犯罪行為の証明をおよそ必要としない重大な権利制限であるから、その分だけ正当化される範囲が狭くなる。適用範囲については、きっかけ行為になり得る罪を限定するなどの方法により、その適用範囲を拡大没収と比べても狭く局限する必要がある。マネー・ローンダリング罪については、これを含めるとすれば適用範囲を狭く局限する意味がなくなりかねないから、きっかけ行為になり得る罪に含めるべきではない。財産の犯罪由来の証明については、拡大没収と同様、どのようなルールを定めるかは立法裁量にゆだねられていると考えるべきであるが、合法的な財産が剝奪されるおそれを低減するために、財産の犯罪由来が合理的な疑いを超えて認められることを要求すべきである。

拡大没収と有罪判決に基づかない没収の関係については、対象者の権利保障の観点から、まず第一に拡大没収による解決を図るべきであるが、真相解明が特に困難な犯罪類型においては、有罪判決に基づかない没収を導入する必要がある。

以上の立法論は、適用範囲や財産の犯罪由来の証明についても試論の域を出ないものである上、本稿では詳細に取り上げることができなかった剝奪の範囲（総額主義か純益主義か）は犯罪収益の没収全般にかかわる重要な問題であり、これを詳細に検討する必要がある。また、本稿ではドイツ法を比較対象としたが、没収制度は多数の国家において多様な形態で設けられており、制度設計のあり方を検討するに当たっては多様な制度を広く参照することが望ましいから、例えばドイツ語圏の他の国家や米国、英国、イタリア等の法制度についても今後検討することとしたい。

（96） BT-Drs. 18/9525, S. 48. もっとも、実務上は遺失物に関する民法上の規定（九八三条、九七九条以下）が適用され得た（刑事手続及び過料手続の指針（RiStBV）七五号四項。Vgl. Frank Meyer, "Reformiert die Rückgewinnungshilfe!", ZStW 127 (2015), S. 241, 271）。これに関連して、州法上、「予防的利益剝奪（präventive Gewinnabschöpfung）」と呼ばれる制度もある（vgl. dazu Ernst Hunsicker, Strafrechtlich Vermögensabschöpfung und Präventive Gewinnabschöpfung, Kriminalistik 2018, S. 670）。

（97） 拡大独立没収においては、拡大没収とは異なり、違法行為の証明が全く要求されていないため、単に拡大没収を独立に言い渡すものであるかのような印象を受ける「拡大独立没収」という呼称は若干正確性を欠くものであるようにも思われる。しかし、他により適切な呼称があるわけではないため、本稿では、「拡大独立没収」の語を用いている。

（98） 邦訳は、ジン（仲道＝大関訳）・前掲注（94）一四四頁、一四九頁に倣った。

（99） BT-Drs. 18/9525, S. 58, 73.

(100) Ebd., S. 58. それゆえ、拡大独立没収は刑法上の財産剝奪の法的性質及び目的に関する判例に合致していると説明されてゐる（ebd. unter Verweis auf BVerfGE 110, 1 Rn. 102 f.）。

(101) Etwa Rönnau/Begemeier, a.a.O. (Anm. 72), S. 264; S/S/Eser/Schuster, 30. Aufl., §76a Rn. 10.

(102) Vgl. S/S/Eser/Schuster, 30. Aufl., §76a Rn. 11.

(103) Vgl. KK-StPO/Karin Spillecke, 8. Aufl., 2019, §111b Rn. 7.

(104) 端緒の嫌疑は、捜査手続を開始するのに必要な嫌疑であり、犯罪行為の存在の単なる推量では足りないが、その閾値はかなり低く設定される（KK-StPO/Herbert Diemer, 8. Aufl., 2019, §152 Rn. 7; vgl. dazu im einzelnen Elisa Hoven, Die Grenzen des Anfangsverdachts, NStZ 2014, S. 361, 362 f.）。

(105) S/S/Eser/Schuster, 30. Aufl., §76a Rn. 11; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., §76a Rn. 19; vgl. auch BGHSt 64, 186 Rn. 27. これに対し、没収の決定時にカタログ行為の実行が優越的蓋然性をもって認められることが必要であると主張するものとして、Kraushaar, a.a.O. (Anm. 80), S. 289 f.

(106) Vgl. BGHSt 64, 186 Rn. 23 ff.; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., §76a Rn. 33.

(107) BT-Drs. 18/9525, S. 73; vgl. auch Kraushaar, a.a.O. (Anm. 80), S. 289.

(108) Gerson Trüg, Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, NJW 2017, S. 1913, 1916; vgl. auch MüKoStGB/Wolfgang Joecks/Markus Meißner, 4. Aufl., 2020（以下「MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl.」と略記する°）, §76a Rn. 15.

(109) Meyer, a.a.O. (Anm. 79), S. 352; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., §76a Rn. 35; vgl. auch Kai-D. Bussmann/Miguel Veljovic, Die hybride strafrechtliche Verfolgung der Geldwäsche, NZWiSt 2020, S. 417, 422.

(110) Rönnau/Begemeier, a.a.O. (Anm. 72), S. 262; Saliger, a.a.O. (Anm. 80), S. 1024 f.; Korte, a.a.O. (Anm. 83), S. 8 f.; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., §76a Rn. 36. マイヤーは、かつて、保全された客体はカタログ行為に由来しなければならないと述べていた（Meyer, a.a.O. (Anm. 79), S. 345）が、後の論考では、この記述はきっかけ手続と由来行為の内的証明関係に焦点を当てたものであり、理論的にはあらゆる犯罪行為が由来行為になり得ると述べている（ders., Abschöpfung von Vermögen unklarer Herkunft, NZWiSt 2018, S. 246, 247）。

(111) BT-Drs. 18/9525, S. 73.

(112) 邦訳については、法務省刑事局編『ドイツ刑事訴訟法（刑事法制資料）』（法務省刑事局、二〇一八）二三六頁以下を参考にした。

(113) BT-Drs. 18/9525, S. 92. 刑訴法四三七条は拡大独立没収のための規定であるが、ここで列挙された諸事情は拡大没収にとっても特別な重みを持つ（ebd., S. 66）。

(114) Vgl. ebd., S. 58, 92 und BT-Drs. 18/11640, S. 89; auch BGHSt 64, 186 Rn. 17. 連邦政府法案においては、自由心証主義が制限されない旨が本条二項で定められていたが、その後、同項は純粋な確認規定であり過剰であるとして削除された（vgl. Korte, a.a.O. (Anm. 83), S. 9）。

(115) Meyer, a.a.O. (Anm. 79), S. 346 ff.; Saliger, a.a.O. (Anm. 80), S. 1028; a.A. Patrick Hinderer/Lisa Blechschmitt, Die erweiterte selbständige Einziehung nach §76a Abs. 4 StGB i.V.m. §437 StPO, NZWiSt 2018, S. 179, 180.

(116) Kraushaar, a.a.O. (Anm. 80), S. 291; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., §76a Rn. 31; auch Korte, a.a.O. (Anm. 83), S. 9; Karl Lackner/Kristian Kühl/Martin Heger, StGB, 29. Aufl., 2018, §76a Rn. 9; vgl. auch BT-Drs. 18/9525, S. 58.

(117) BT-Drs. 18/9525, S. 73; MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl., §76a Rn. 17; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., §76a Rn. 28.

(118) BT-Drs. 18/9525, S. 92. 他方、刑法七六条a第一項ないし三項に定める独立没収の手続については、これが対物訴訟であるというものは見当たらず、これと同様の構造を持つ没収を含む前記EU指令（第二節第一款）の没収を、仮に対象者が出廷し得たならば有罪を言い渡されたであろう者に対して言い渡されるものであり、対物訴訟ではないと解するものもある（Robert Esser, A Civil Asset Recovery Model, in Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, supra note 3, at 69, 70）。

(119) BT-Drs. 18/9525, S. 92; vgl. auch 19/24180, S. 13, 29 f.

(120) BT-Drs. 18/9525, S. 92.

(121) Ebd., S. 89. ただし、公判手続における没収参加人の地位を定める刑訴法四二七条に関する説明であり、拡大独立没収以外の独立没収の手続にも妥当することに留意する必要がある。

(122) Rolf E. Köllner/Jörg Mück, Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, NZI 2017, S. 593, 598; Hellen

Schilling/Yannic Hübner, "Non-conviction-based confiscation", StV 2018, S. 49, 51; S/S/Eser/Schuster, 30. Aufl., §76a Rn. 14; MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl., §76a Rn. 25.

(123) Kraushaar, a.a.O. (Anm. 80), S. 292.

(124) Bussmann/Veljovic, a.a.O. (Anm. 109), S. 424; vgl. auch Kraushaar, a.a.O. (Anm. 80), S. 292 f.; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., §76a Rn. 32.

(125) 本款第四項参照。

(126) Florian Becker/Bastian Heuer, Die Rechtsnatur der Regelungen zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, NZWiSt 2019, S. 411, 416 f.

(127) 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〕』二九頁〔古田〕（青林書院、一九九四）。上田哲「判解」最判解刑事篇平成一七年度四五三頁、四七七頁（二〇〇五）も参照。

(128) 古田＝齊藤編・前掲注（127）三〇頁〔古田〕。本罪の訴因の特定に関する最一小決平成一七年一〇月一二日刑集五九巻八号一四二五頁も参照。

(129) 遊技機を設置して行うという形態の常習賭博についても、判例上、個々の賭博行為が特定されていなくとも、その全体がある程度概括的に特定されていれば訴因の特定として欠けるところはないとされている（最三小決昭和六一年一〇月二八日刑集四〇巻六号五〇九頁）ため、この種の事案においては、個々の賭博行為との関係が証明されなくとも一連の犯行による収益が没収され得る（池田修「判解」最判解刑事篇昭和六一年度二五七頁、二七一頁（一九八九）参照。多額の収益を個々の賭博行為の特定なしに没収したと推察されるものとして、大阪地判平成一八年一一月一七日ＬＥＸ／ＤＢ二八一三五〇六五、大阪高判平成二一年一〇月六日高検速報（平二一）号一七一頁、東京高判平成二一年一〇月二〇日高刑集六二巻四号一頁等）。

特殊な例であるが、街頭募金詐欺事犯においても、判例上、一連の街頭募金詐欺が包括一罪になり、個々の詐欺行為の日時や場所、被害者、被害金額が特定されていなくとも、訴因の特定に欠けるところはないとされており（最二小決平成二二年三月一七日刑集六四巻二号一一一頁）、これを前提とすると、個々の詐欺行為との関係が証明されなくとも一連の犯行の収益が没収され得る（ただし、詐欺の犯罪収益は、いわゆる犯罪被害財産に該当し、原則として没収・追徴が禁止

されている（組織的犯罪処罰法一三条二項、一六条一項ただし書）。）。

さらに、売春事犯においては、代償は、直接には周旋により得られているが、売春（をさせる）契約に基づいて継続的に売春を行わせていた場合には、証明されていない周旋により得られた代償を（いわば間接的に）売春契約により得た財産として没収することができる（大阪高判平成二四年五月二五日高検速報（平二四）号一八八頁）。これはあくまで証明された売春契約に基づいて代償を没収したものに過ぎないが、ここでは直接の起源たる個々の周旋の証明なしに一連の周旋の代償を没収し得るという意味で財産の犯罪由来に関する証明が軽減されているといえる。

(130) 麻薬特例法一四条を適用した裁判例として、東京地判平成一一年三月二五日判時一六九〇号一五六頁、最一小決令和二年六月二三日LEX／DB二五五六六四三九。

(131) 古田＝齊藤編・前掲注（127）七〇頁以下〔古田〕。

(132) なお、麻薬特例法一四条は、没収のみならず、薬物犯罪収益等隠匿罪等の成否に関する認定についても適用される（古田＝齊藤編・前掲注（127）七一頁以下〔古田〕、東京地判平成一一年三月二五日判時一六九〇号一五六頁。井上正仁「麻薬新法と推定規定」研修五二三号一三頁、一八頁以下（一九九二）も参照）。

(133) 井上・前掲注（132）一七頁以下参照。

(134) なお、我が国においては、関税法六七条の許可を受けないで輸出入される貨物が無許可輸出入罪（関税法一一一条）に係る犯罪組成物件（刑法一九条一項一号）として没収されることがあり（金地金の密輸事犯においてこの方法により金地金及び現金を没収した裁判例として、福岡高判平成三〇年六月一九日高検速報（平三〇）号四四九頁）、この方法によれば理論上は税関で発見された犯罪収益と思しき多額の財産を没収することも可能である。しかし、そもそも無許可輸出入罪に係る犯罪組成物件として犯則貨物を没収し得るとすること自体、解釈論上あるいは立法論上疑問がある上、仮にその当否を措くとしても、犯罪収益と思しき多額の財産が発見されるのは貨物の無許可輸出入の場合に限られないから、この方法による没収が可能であるからと言って、既存の法制度により犯罪収益を十分に剝奪し得ることにはならない。

(135) 各定義については、麻薬特例法二条及び組織的犯罪処罰法二条参照。

(136) 最三小決平成二〇年一一月四日刑集六二巻一〇号二八一一頁等。

(137) ドイツを含め、諸外国においても、通例、マネー・ローンダリングを理由として有罪を言い渡すに際して前提犯罪が

解明される必要はないため、理論上、マネー・ローンダリングの犯罪化が財産と具体的な犯罪行為の関係を証明することの困難を軽減する機能を持ち得るが、諸外国においては、このような機能に焦点が当てられることはほとんどないように思われる。これは、諸外国においては、拡大没収や有罪判決に基づかない没収がこのような機能を持つため、より要求の多いマネー・ローンダリング罪にこのような役割を担わせる必要がないことによるものと推察される。

(138) 世界的には、マネー・ローンダリングによる組織犯罪対策は、現在のところ、十分に効果的な手段にはなっていないと評価されている（see e.g. Rui, supra note 3, at 2. ドイツにおいては、刑法上の手段によるマネー・ローンダリング対策の構想が失敗しているとみなすことができ、犯罪収益を剝奪するための他の実用的な手段が模索されるべきである（具体的には、拡大独立没収が希望に満ちた制度である）とするものとして、Bussmann/Veljovic, a.a.O. (Anm. 109), S. 422)。我が国においても、マネー・ローンダリング関連事犯の検挙が少ないことや、諸外国に比べて没収金額が少なく、年によって没収金額に開きがあること（警察庁『警察白書（令和二年版）』一三七頁以下（二〇二〇）参照）からすれば、犯罪収益等隠匿・収受罪と没収の組み合わせにより犯罪収益が十分に剝奪されているとはいえないであろう。

(139) これを前提とすれば、拡大没収を導入するに当たっては、没収を付加刑とする刑法九条を改め、没収全般を非刑罰の処分とするか、あるいは刑法九条に例外を認めることが必要になる（「没収」ではない新たな剝奪手段とすることも可能であるが、用語を使い分けることにより制度が難解になるおそれはある。）。

(140) 三浦守ほか『組織的犯罪対策関連三法の解説』七三頁（法曹会、二〇〇一）参照。

(141) 民事裁判につき最二小判昭和五〇年一〇月二四日民集二九巻九号一四一七頁、刑事裁判につき最一小判昭和二三年八月五日刑集二巻九号一一二三頁。

(142) 最一小決平成一九年一〇月一六日刑集六一巻七号六七七頁。

(143) 例えば、伊藤眞「証明度をめぐる諸問題――手続的正義と実体的真実の調和を求めて――」判タ一〇九八号四頁、六頁（二〇〇二）。三木浩一「民事訴訟における証明度」法研八三巻一号一五頁、二三頁以下（二〇一〇）も参照。

(144) 刑事訴訟における挙証責任の転換については、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第二版）第七巻』四一八頁以下〔安廣文夫〕（青林書院、二〇一二）等参照。もっとも、前記のとおり、拡大没収は非刑罰の処分として設計すべきものであるから、その要件の一つである財産の犯罪由来に関する証明の問題は「疑わしきは被告人の利益に」の原

則や無罪推定が妥当する刑事訴訟における証明度や挙証責任の問題とは区別して論ずべきものである。

(145) なお、拡大没収においても、マネー・ローンダリング罪をきっかけ行為になり得る罪に含めることにより、拡大没収の適用範囲があらゆる罪に開かれるという問題が生じ得る。もっとも、拡大没収においては、有罪判決に基づかない没収とは異なり、きっかけ行為の実行が証明されなければならないため、単に財産が何らかの犯罪行為に由来するように思われ（それゆえにマネー・ローンダリングの嫌疑が残）るというだけできっかけ行為の要件が満たされることにはなり得ないから、これは大きな問題ではない。

(146) ドイツにおいては、立法者の説明が不明確であるために自白の擬制等の民事訴訟の証明ルールが適用されるか否かが問題になっているが、刑事訴訟の証明度を要求するのであれば、これと民事訴訟の証明ルールが調和せず、民事訴訟のルールを適用することで無用な混乱を招くおそれがあるため、民事訴訟の証明ルールを適用することとすべきではない（もっとも、刑事訴訟の証明度を要求するとしても、例えば証拠禁止については個別にルールを定めることがあってもよいように思われる。）。

＊脱稿後、「刑法上のマネー・ローンダリング対策の改善のための法律（Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche）」（BGBl. I 2021 S. 327）が成立し、拡大独立没収に関する刑法七六条a第四項やマネー・ローンダリング罪に関する刑法二六一条等が改正されたが、本稿の内容面に大きな影響を及ぼすものではない。