



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	公文, 孝佳; KUMON, Takayosi
Citation	北大法学論集, 47(6), 223-275
Issue Date	1997-04-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15709
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(6)_p223-275.pdf



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——

公文孝佳

目次

序——本稿の意図

第一章 没収の法的性質に就いて（保安処分的性質の排除）

第一節 総説

第二節 麻薬特例法上の利益没収規定に就いて

第三節 小括

第二章 ドイツに於ける利益の収奪制度

第一節 総説（一九九二年改正前）

第二節 九二年改正

第三章 新制度の批判的考察

第一節 総説

第二節 所有権の保障原則との関連

第三節 無罪の推定との関連

第四節 法規の明確性と行為責任主義との関連

第五節 量刑の観点からの考察

第四章 結語

序——本稿の意図

周知の如く、世界的な趨勢で問題となっていた麻薬犯罪に抜本的な対策を行うべく諸国間で締結されたいわゆる麻薬新条約が締約各国に当該犯罪対策の一つとして、経済的観点からの『再犯の基盤を奪う』という刑事政策的視点のもと締約各国に利益没収規定の整備を義務付け、結果、我が国では『麻薬および向精神薬取締法等の一部を改正する法律』、『国際的な協力の下に精神薬取締法等の一部を改正する法律』、『国際的な協力の下に規制薬物にかかる不正行為などの防止を図るための麻薬および向精神薬取締法等の特例等に関する法律（麻薬特例法）』の二

つが整備され、後者に於いてその一四条に利益没収が規定された。

しかしながら、本規定は対象たる客体を従来の没収制度のそれから有体物という制約を取り払い、経済的取引の客体一般に拡大、つまり、客体の性質という点に於いて拡大がなされ、さらには『営業犯として認定された財産と犯人の稼働状況、給付に鑑みて不相当に高額と認められた場合、それを不法収益として推定する』という推定規定が設けられた結果、従来刑法上に設けられていた没収規定とその性質をかなり異にするに至った。前者に於いては、没収の対象が不法収益、不法収益等、不法取

益に由来する財産の果実、対価、それらの財産の保有、処分に基つて得た財産も対象となるという点に於いて、没収の客体が多額になり得るといふ点に於いて罪刑の均衡が問題となり、後者の推定に於いては、いわば、従来の没収に於いては違法行為と没収の客体との関係がいわば違法行為という一つの点と客体という点との二点間の関係であつたのが本制度に於いては客体という点と、『営業犯として認定された一定の期間内に於ける行為』という『線』との関係になつたことを意味すると言えよう。特に、この推定の結果として問題となつたのは、①この

推定を活用すると、本来は麻薬取引に由来するのではないに對象となる客体の取得源が明らかにし得ない場合、その没収が可能となる、という点で、②客体は確かに特定の犯罪に由来するのであるが、その犯罪が公訴時効が過ぎるなどとしてもはや訴追し得ない場合、形式的に当該規定に該当するものとして没収を行うような、いわば脱法的に利用される危険すら存在する、という点に於いて、③上述①②に関連して、客体と違法行為との間に推定が行われる結果として、起訴されている違法行為以外に取得源が存在する場合にも本制度は活用されるのであるから、客体が不相当に高額になり得る、という点である。また、そもそも『違法行為によつて得た利益が再犯に使われる危険』

という様な保安的視点を、物理的には何らの危険性も持たない『利益』の没収に加味していいのかどうかという問題点もまた関連を持つ。

確かに組織的麻薬犯罪に犯罪を反復、継続することで利益を得るゝ対策の一環として財産制裁を考へることは、後に触れるように当該犯罪が莫大な利益をあげていることに鑑みれば当然の帰結であろう。しかしながら、『疑わしきは被告人の利益に』という無罪の推定原則、過酷な刑罰の禁止、といった原則をある程度度外視してまで没収制度で対応すべきものであるのか、また、没収制度では対応し得ない、むしろ、没収制度はそれが犯罪対策として構想される際、その制度的限界を上記三点に於て露呈するのではないかが検討されねばならない。

『無罪の推定原則』『過酷な刑罰の禁止』といった視点からの当該制度への疑問視は、我が国と同様に当初は麻薬犯罪対策の一環として利得の剝奪制度を整備したドイツに於いても同じであつた。それ故、以下の叙述に於いてはドイツの制度、それに關しての議論を参考にしつつ前述の問題点を検討する。

まず第一章に於いては、麻薬特例法上の利益没収規定の検討を、その制度の法的性質より概観する。第二、三章に於いてはドイツに於ける拡大剝奪（刑法七三d条 Erweitert

Verfall”、資産刑（刑法四三a条 “Vermögensstrafe”）の制度の概観、及び問題点を紹介し、終章で没収制度を犯罪の予防策として構想することの限界を主張する。

第一章 没収の法的性質に就いて

保安処分的性質の排除

第一節 総説

従来、我が国の没収制度の法的性質には①刑罰説、②保安処分説、③刑罰保安処分二元説が主張されてきた。⁽¹⁾ そしていわずそれは第三者没収の解釈が昭和三八年の応急措置法が規定されるまで、第三者没収の範囲をいかに限定するのか、ということのための議論であったといつても過言ではない。応急措置法の制定後は第三者没収も刑罰的に解するのが通説となり現在に至っている。しかしながら、現在に於いては、没収制度そのものを将来に於ける犯罪対策として活用するという思考が見られる。いわば、上記②の立場であるが、この説の論者のいう『犯罪に利用された客体が再犯に活用される危険を防止する。』ということがそこでは強調される。確かに殺人、傷害等に使われた凶

器は、殊にそれらが法禁物もいふべき短銃等であった場合、その『物』自体の危険性を考慮することは有り得よう。また、我が国に於いては殊に無免許運転での車両の没収が保安処分的見地から認められていた事情もある。⁽²⁾ 故に、犯罪防止という将来的見地から当該制度を保安処分とする関心は高いものといわざるを得ない。しかし、本制度に於いて保安処分的性質を認めるのは果たして妥当であろうか。ここでドイツの保安没収制度を検討してみたい。ドイツ刑法はその第七四条二項二号に於いて、『物件がその性質および事情により、公共に危険を及ぼしまたは違法な行為を犯すことに役立つ危険がある場合』に客体の没収を認める。⁽³⁾ 判例を概観すれば、ドイツに於いてもわが国と同じ様に主として無免許運転の際の車両の没収が問題となつてきたことが分かる。⁽⁴⁾ 『再犯の危険』を考慮しての没収が問題となるわけではあるが、ただここで問題となるのはドイツ刑法は七四b条二項で、『第七四条および第七四a条の場合に於いて、没収の目的がより緩やかな手段によつても達成される場合には裁判所は没収の留保を命じ、かつ、その処分を行う。特に次の各号の指示を考慮する。』

第一号 物件を使用不能にすること

第二号 物件につき特定の装置又は記号を除去すること、若

第三号 特定の物件を処分すること、又は、しくは物件をその他の方法で変更すること、又は、指示が遵守せられた場合には、没収の留保は終了する。然らざる場合には、裁判所は没収を事後的に命じる。』と規定し、保安没収を科す場合にも『その他より緩やかな手段で没収目的が達成される場合』は没収を行わないとしている。つまりこのことは言わば、保安没収といえど、『謙抑的』に使われることを意味していると言えよう。さらに条文中『危険』とはその内容が『具体的である』事が求められ、この原則と前述の『謙抑』原則とが考慮されて初めて、保安没収は可能とされるのである。そして、第一審で保安没収が被告人に科されたものの、これらの原則を考慮していないとして当該没収が上訴審で不当とされた判例としては、無免許運転と飲酒運転に於ける車両の没収、偽作絵画を利用しての詐欺事件に於ける当該偽作絵画の没収、憲法秩序に反する内容を持つ録音物出版の罪（旧刑法九三条）と違憲な組織の表象の使用の罪（旧刑法九六a条）が問題となつた事案などがある。

これらドイツに於ける保安没収の事例を概観して得られる知見は、少なくとも将来的な『危険を』その根拠として所有権の剝奪を行うという保安没収に於いては、非常に厳格な要件が求

められるという事である。かかるが故に、法は他により緩やかな代替手段がある場合にはそちらを優先させ、さらに将来に於ける『危険』に具体性を求めたのである。これらの事は本来刑事制裁の持つ性質が、その対象となる者の過去に於ける違法行為を前提とし、それを根拠として科されるものであることを考えれば、将来に於ける『危険』といった不明確なものを根拠に制裁が科される場合にはより厳しい基準が求められて然るべき、という思考からも帰結されよう。

さらに『危険性』という点に就いて考えてみれば、その基盤において疑問が呈せられるのである。確かに犯罪に供された例えは殺人に使われた凶器のナイフ、供用物件はそれを用いて実行された違法行為の範囲内においては、『危険性』を有するものである。

しかしながら、その危険性の内容には問題があるように思われるのである。つまり、客体の持つ危険性とは、『その物を利用し、違法行為を行った者の危険性』であるからである。換言すれば、『物』そのものは原則的には無色なのに、それが違法行為に利用されることによつて、あたかもそれが『危険性』そのものであるかのように扱うのが、保安処分説の思考であると考えられる。

しかしながら、そのような『危険性』は基本的には行為者の『危険性』であり、それは主刑の量刑の段階で勘案されるべき事ではないだろうか。さらに言えば、前述のドイツに於ける保安没収制度が『将来に於ける（再犯の）危険』を当該制度適用のメルクマールと認めつつも、『より緩やかな代替手段の考慮』をも求めていることを斟酌すれば、かかる規定を持たない我が刑法に於ける没収制度の性質に保安処分的性質を認める事は、処罰範囲の不当な拡大を招く危険すらあると考えられるのである。

然らば、我が刑法上の没収制度はいかなる性質を持つのであるのか。ここで没収という所有権に対しての侵害を考えてみると、その根底にある思想は後述（第三章第二節）するが、『完全な所有権は保護に値しない』というものであり、そこから『財が犯罪の実行のために濫用される場合、さらには、客体を取得する事が公共の利益に反する場合』に本制度が正当化されることになる。つまり、所有権という基本権の濫用がなされた場合に、それを喪失させる効果が法的効果として考えられることになる。だとするならば、没収の性質はそうした濫用（⁽¹⁾犯罪行為）に対する否定的効果であるというべきであろう。そして、かかる『濫用』が過去に於いて生じたということ、又は將

来に於いて生じるであろう、ということが『具体的』である場合にのみ、そのような効果が生じるのである。そして、ドイツ刑法の保安没収に見られるように前者に比べ、後者にはより厳しい要件が求められる。また、保安処分であるとすれば、その対象範囲にも問題が生じる。ここで今一度、上記二つの性質に目を向け、保安処分的性質にその性質が求められるとすれば、それを突き詰めれば、本制度発動のメルクマールは『危険性』が専ら中心となろう。しかしながら、そういったスタンスに立脚すれば、例えば旧関税法上規定されていたように、密輸に用いた船舶や航空機といった巨大な財産価値を持つ客体の没収すらも再び可能となり得るのである。

しかし、保安処分的性質を主張する論者もそこまでは主張しない。犯罪組成物件、犯罪供用物件、犯罪生成物件の没収に保安処分的性質を認める論者も没収対象物の価値が高額な場合には、『所有権の喪失（⁽¹⁾財産制裁）』としての苦痛が問題になるとする。詰まるところ、保安処分的な性質を持つと主張しても量刑の段階では罪刑の均衡を求めることを主張している。そしてこの場合はまさに自由刑と没収の均衡の問題となるのであるが、それは換言すれば、『自由刑を賦課することと、客体の所有権を奪う保安上の必要性の衡量』の問題となる。そういった

『将来的な危険』は前述のように処罰範囲の拡大につながり得る危険性を持つ。結局、犯罪に対しての否定的評価はまず第一に自由刑に於いて評価されること、勿論である。という副次的な性質しか没収制度は持ち得ない、というべきであろう。⁽¹²⁾

第二節 麻薬特例法上の利益没収規定に就いて

前節では刑法の没収規定の性質を『過去の犯罪に対する否定的評価』であるという点に於いて、刑罰としての性質を有するものであると結論付けた。では、刑法一九条以下の没収規定の制度的欠陥とも目されていた『対象は有体物』という困難を克服し、積極的に麻薬犯罪対策として新たに立法された麻薬特例法上の利益没収規定はいかなる性質を持つものと言えるのかを検討したい。

冒頭で述べたように、麻薬犯罪対策の一環として『再犯の基盤を奪う』という優れて刑事政策的な思考から導入された麻薬特例法上の利益没収は、本来は過去に於いて生じた犯罪行為の否定的評価として科される没収制度を、将来に於ける犯罪の抑止策として機能させる側面をも併せ持つ。本制度は、刑法一九条以下の没収規定に於いては対応が不可能であった利益の没収

を、その対象を『薬物犯罪より得た財産若しくは当該犯罪行為の報酬として得た財産、または、一定の薬物犯罪にかかる資金（二条三項）』とし、有体物は無論の事、およそ経済的取引の対象となる限り、無形の財産であつても没収の対象とした点に於いて画期的な制度とも言える。

しかしながら本制度はその発動の根拠に、不法収益に就き、営業犯として認定された一定の期間内に犯人が取得した財産と犯人の稼働状況、給付の状況を考慮した上で、不相当に高額と認められる財産を『不法収益』として推定する規定（一八条）を設けている、ということ、また不法収益隠匿罪、不正収益收受罪においてそれらを構成する混和産全体を没収対象としていうことから、保安的性格を有しているという点に於いて問題を孕む制度でもある。後者に就いては、すでに前節で説明したように、保安的な制裁を課す以上は、その要件は厳しく求められ、『再犯の危険』は『具体的内容』を持つべきものであり、なおかつ、『より緩やかな手段で没収の目的が達成される場合はそちらを行う』といった、いわば『謙抑的』な運用を行い得る制度を構想して初めて可能となるものであろうから、いかなる意味に於いても、保安的要素は本制度に於いては見出だされなければならないであろう。また、本制度に於いて客体になるであろう

『財産上の利益』そのものは物理的には全く無色なものであり、その特性としては何らの危険も包含しないものであるから、この点に於いても保安的要素の強調は許されないものと考ええる。

では推定規定に就いての評価はどの様なものになるのか。かかる規定が設けられた背後にあるのは麻薬犯罪が秘密性の高いものであり、当該犯罪によって得られた利益を特定することに困難が予想されること、および、『再犯の基盤は奪われねばならない』といった刑事政策的視点が考えられよう。換言すれば、この推定規定は客体の由来の特定の困難を保安的要素の強調でカバーしたものと性格付けされるものと考えられる。しかしながらこの推定規定が適用される場合に於いてはすでに述べたような危険が存在するのである。つまり、本来は麻薬取引に由来するものではないのに、その客体に就いての取得源を被告人が明らかにし得ない場合、その没収が可能となり、または、確かに違法行為に由来するものではあるが、その犯罪に就き公訴時効が過ぎるなどしてもはや訴追し得ない場合にも客体を形式的に本条に該当するものとして没収するなど、脱法的な利用がされる危険が存在するのである。

ここで前節までに於いて検討した没収の法的性質¹⁾あくまで、過去に行われた犯罪に対しての否定的評価という意味に於いて

、刑罰的性質を有する、という²⁾に鑑みれば、没収はあくまで客体と犯罪行為との関連性が証明されなければならないのであるから、当該推定規定の発動の要件としては『特例法の対象としている犯罪行為以外に客体の取得源がありそうにない場合』⁽¹³⁾という³⁾ことにならう。

第三節 小括

以上本章では主として、没収制度を考察するにあたっては、その性質に於いて保安的要素を加味することの不当性を中心に検討した。そしてとくに前節に於いては麻薬特例法上の没収の規定に関し、推定規定が導入されたことに関連して、それが『再犯の基盤を奪う』⁴⁾という保安的視点と関連を持つことから、保安的視点を極力排することの帰結として、当該規定が発動される場合を『特例法の対象としている犯罪行為以外に客体の取得源がありそうにない場合』に限定することを主張した。

しかし没収制度⁵⁾殊に、麻薬特例法上の利益没収規定⁶⁾に於ける適用領域に拡大が提示する問題はそれだけに止まらない。特例法上の利益没収規定に於いては客体が転々とその形を変えた場合にも追及し得る限りは没収を科すことを規定した結果、

客体が非常に高額になることも考えられるからである。このよ
うな場合、本来没収が附加されるところの自由刑との『総合し
ての刑罰としての苦痛』が不相当になることも十分に考えられ
るからである。換言すれば、推定規定の適用、対象領域の拡大
の帰結としての没収範囲の拡大化（＝客体の高額化）を自由刑
との関係に於いていかにバランスが取られるかが問題となる。

かくして、没収制度に於いて『再犯の基盤を奪う』という保
安的要素を強調することで導入された推定規定と、それに由来
し、さらに各種の新たな構成要件（例えば、不法収益隠匿の罪
等）を設けることに由来する、没収範囲の拡大より派生する自
由刑とのバランスの問題は、『無罪の推定の原則』、『過酷な刑
罰の禁止』といった原則から当該制度の有効性、正当性に問題
を投げ掛けるに至った。これらのことは我が国と同じく当初は
同じ理由で麻薬犯罪対策として財産制裁を再整備したドイツでも
同じであった。それ故、以下の第二章に於いては主として上記
二つの問題点から同国の制度を概観することにする。

第一章（註）

(1) この点については谷口正孝『没収及び追徴の研究』（司
法研究報告書八輯四号）四一頁以下において詳細に研究

されている。なお、田中利幸『没収、追徴』（新版刑法の
争点）一六五頁以下、さらには、植松正『没収』（刑事法
講座三卷）六一五頁をも参照。

(2) 例えば大場茂馬『刑法総論（下）』（大正二一六年）一
一八七頁。なお、平野龍一『矯正保護法（有斐閣法律学
全集）二二頁は、『……（前略）犯罪の用に供した物、
犯罪によって得た物など、その犯罪に直接関係した物の
所有を剝奪することは、やはり犯罪に対する否定的な評
価を示すものであつて、行為に対する、一つの制裁だと
考えることは可能である。……（後略）』とし刑罰的に
解することを肯定する。

(3) 林美月子『没収、追徴と均衡原則』（現代社会における
没収、追徴）四七頁参照。

(4) ここにいう危険性は、①客体の持つ本来的な性質から
の危険と客体が事情により帯びる危険性、②刑法違反に
客体が使用される危険性、である。後者の様な危険性を
持つ客体としては、偽造通貨等の犯罪組成物件、供用物件
犯罪のための『特別な』目的のために準備されたもの、
銃身を短くした猟銃、二重底のスーツケース等々が挙げ
られる。； Dreher/Tröndle, StGB 47 Aufl. zu 74, Rn. 31 -
32.

(5) 例えば、Branuschweig, MDR74 S. 594. は、無免許で
の飲酒運転を行った被告人に地区裁判所が四年間の免許

取得資格停止、被告人の所有にかかるトラックの没収が命じられ、被告人が没収に就いて上告した事案であるが、本件に於いて上級裁判所は『…(省略) 刑法四〇b条二項(現行七四b条二項に相当)は他の手段によって没収と同じ効果が得られる場合、そちらの手段を取るべきである、と規定するが、かかる条項は均衡性原則を示している。…(中略) この原則によれば、本件に於いては、没収の目的が、被告人がその所有するところのトラックを処分し、それと同時にしかし、トラックに相当する経済的価値を得ること』によって達成され得なくなることかが明らかにされることが期待されねばならなかった。しかるに原審は、『命令による売却』によって没収の目的が達成されるか否かを検討しなかった。』として原審の判断を支持しなかった。

(9) Schll. OLGStv.89. S. 156.: 本件は、無免許運転に対して罰金刑に附加された刑法七四条二項二号による保安没収について被告人が上告した事例であるが、上級裁判所は『刑法七四条二項二号は、刑法七四b条に於いてはその適用は明示的には規定されていないのであるが、"処分は、保安的目的を必要とする限りに於いて、なされねばならない" という原則から、比例(均衡性)の原則の適用を受けるものである。それ故、没収が命じられるに際しては、例えば、客体たるトラックの売却指示等の』よ

り緩やかな"手段が考えられねばならない。しかしながら本件に於いてはかかる事柄が考慮されたとは全く考えられない。故に本件に於ける没収命令は不当である。』と判示。

(7) 前註(6) 参照。

(8) BGH NZ 88. S. 936.: 本件は偽作絵画による詐欺事件に於いて、被告人宅で押収された偽作絵画(第三者がそれを本物と信じて購入していた)の第三者"保安"没収が問題となった事案で、ラントゲリヒトが当該偽作絵画の没収を認めず、この点に就き検察官が上告した事案であるが、BGHは『本件に於いて刑法七四条二項二号によって、第三者の所有にかかる客体に保安没収を科すには、その客体が違法行為に寄与するであろうという危険が必要である。当該条項にいう危険とは客体が違法に利用されるという危険の単なる可能性が存在するだけでは足りず、偽作絵画がその偽物性を秘匿したままで本物として転売される危険性が存在せねばならないのである。この様な危険が存在するのは、違法な利用が具体的な内容を持って存在する場合のみである。(vgl. BGHSt 18. S. 272.; BGHSt 23. S. 69.) として、この様な具体的危険が存在し得るのは偽造通貨や証明書類の場合であり、偽作絵画が当然にこの範疇に入るとはいえない。』として上告を棄却。

(9) BGHSt 23. S. 64. (69)

- (10) このような見解を唱えるのは、谷口前掲論文(前註一)六三頁、同『没収に関する諸問題』(判時二七卷六号)六六九頁以下。尚、谷口氏は没収の対象となるものにつき、物そのものに社会的危険があることを直接には肯定できないとするが、過去においてそれが犯罪に使用され犯罪の原因を与えたという事実、または、過去の犯罪と、法所定の特別の関係にあったという事実により、このようなものの存在が社会的に有害な物と認め(物そのものを犯人視する思想を想起、これについても谷口前掲論文(前註一)三〇頁以下参照)没収対象となる、とする。
- (11) 本稿第三章第二節参照。なお、前註(二)に於ける平野博士の見解をも参照。
- (12) なお、ドイツの判例には自由刑と没収の関係について『・・・(中略)没収を科すことが諸事情の判断から行為の不法内容たる罪禍について科された主刑を補足するものとして(als Ergänzung der Hauptstrafe)必要とされるか否かが検討されねばならない・・・(後略)』と判示されたものがある。：BGHSt. 10, S. 338.
- (13) 井上正仁『麻薬新法と推定規定』(研修五二卷三号)二二頁―二四頁。なお、丸山雅夫『財産的制裁としての没収、追徴』(南山法学一七卷二号)七四―七五頁、も同趣旨か。なお、ドイツに於ける拡大剝奪(Erweiterter Verfall)の判例もこのような考え方に依拠してゐる。：BGHNSZ95.

S. 125. 本制度の判例に就いては第二章註(四八)を参照。

第二章 ドイツにおける利益の収奪制度⁽¹⁾

第一節 総説(一九九二年改正前)

一方ドイツにおいても、組織犯罪、ことに麻薬犯罪⁽²⁾⁽³⁾に対しての有効な刑事制裁の一つとして財産制裁たる利益の剝奪制度の整備がつとに指摘されてきた。刑法七三条以下において規定されている剝奪(Verfall)制度がそれに対応するものと目されていた。本制度は一九七五年の刑法改正によって刑法典に導入された制度であつて、『犯罪は儲からない(Kriminalität lohnt sich nicht)』との観点の下、違法行為が行われ、そこから得られた不正利益並びに派生利益を原則として必要的に剝奪するものであった。しかしながら、当該規定は①財産上の利益(Vermögensvorteil)の算出が困難であつたこと、②被害者に犯罪行為による請求権が生じた場合、そちらが優先されること⁽⁵⁾、③当該規定を担保する手続規定が十分でなかつたこと、等から殆ど機能して⁽⁷⁾いず『立法者の恥ずべき失敗作(eine skandalöse

Fehlleistung)とまでいわれていた。⁽⁸⁾

しかし、八五年より増加の一途を辿り、東西ドイツが統合に至った九〇年にピークに達した麻薬犯罪の対策として、またそれをも含む組織犯罪に対して、その経済的基盤を奪うという観点から、当該制度の見直しが叫ばれ、上記犯罪に有効な財産制裁たるべく改正及び、新たな財産制裁の導入がなされることになった。その結果導入されることになったのが、次節で述べる四三a条の資産刑 (Vermögensstrafe) および、七三d条の拡大剥奪 (Erweiterter Verfall)、⁽⁹⁾ さらには七三条に於ける純益主義 (Nettoprinzip) から総体主義 (Bruttoprinzip) への移行であった。

第二節 九二年改正 (資産刑・Vermögensstrafe)、拡大

大剥奪 "Erweiterter Verfall" の導入、及び純益主義 "Nettoprinzip" から総体主義 "Bruttoprinzip" への移行)

第一款 発生史の概略

前節で見たような状況を背景として有効な利益の剥奪制度に就いての検討が問題となったのは、八五年一〇月二八日、法務

委員会が上院に対して、『いかにして詐欺によって得られた利益の収奪を被害者の賠償請求権に干渉されることなしに可能ならしめるか、という目的で七三条の規定の改正を行うべきか。』ということにつき検討を命じたことがきっかけとなった。それは『グリコール汚染ワイン事件』に際して、被害者の賠償請求権が行使されたため、七三条の剥奪が有効に行われなかったことをその背景とする。そして、八五年一二月五日の第一八一議會において連邦政府は下院に、八六年七月一日までに、『現行刑法および制裁システムが適当なものであるのか否か、さらには、国家の制裁システムについての提案を、それを踏襲ないし、洗練することが適当であるか否か。』につき報告することを求められた。⁽¹⁰⁾ 八六年七月七日に連邦政府は検討報告を出し、それ⁽¹¹⁾ に於いて政府は、『連邦政府は、現在、非常に限定された範囲内において、現行の制裁システムの改正及び補足を行うことが必要であることを認める。』とした。そしてさらに、『この事に就き、詳細な検討を行った後、犯罪の撲滅を有効に行うという利益においてここで挙げられたのは剥奪と没収の改正であった。必須とみなされる場合にのみ、条文の追加は提議される。』⁽¹²⁾ とした。その結果司法省において、『剥奪宣告を規定する七三条以下の剥奪規定は、上院に求められた。有効に利益の収奪を

行う」という目的を達成するのに、どの程度有効なものであるのか。」ということが検討された。⁽¹³⁾

一方、八五年を境に急激に増加した麻薬犯罪の問題も、この検討に組み込まれることとなった。

かくして、連邦政府は八九年八月一日、資産刑導入を含む改正法の草案を上院に提示した。⁽¹⁴⁾ また、本草案の理由書において初めて、利益の収奪処分が組織的犯罪の対策に有効であることが認識された。上院は八九年九月二二日の意見表明においてこれに賛同し、結果、同年一〇月二五日連邦政府は最終草案を下院に提示した。

それは刑法四三条の後に四三a条として『法がこの規定の参照を命じる違法行為が行われた場合、裁判所は終身刑または二年以上の有期の自由刑に附加して、行為者の財産上の価値によってのみ決定される価額の支払いを命じることができる。(一)項』、『四二条を準用する。(二)項』、『資産刑が徴収不能である場合には、一月以上二年以下の自由刑を科す。(三)項』を導入する、というものであった。また当制度導入の目的には前述したように、程度の重い麻薬犯罪に殊に組織的なもの撲滅の可能性の拡大が加味され、さらに、本制度により、将来的に行われるであろう麻薬取引からその経済的基盤を奪うことが意図

されていた。⁽¹⁶⁾

一方、剝奪 (Verfall) について、連邦下院は八八年、資産刑と同じく違法な麻薬取引の増大を背景として、犯罪から得た利益の収奪の可能性を高めるために、七三条以下の剝奪規定の改正を意図した。そして司法省は当時の麻薬犯罪の状況に鑑みて、剝奪規定において対象となる物件と違法行為との間の証明程度を軽減する『証明軽減規定』を条文化することを提示した。それは、『法がこの条文の参照を命じる場合、行為者の資産は、行為の規模、行為者の利得の可能性、動機、目的、生活史、並びに、人的、経済的状态という事情から、資産が違法行為に由来することが正当化される場合でも、それらのものは行為に由来して得られたものとみなす。』という規定を七三b条二項として導入するということであった。

ただ、これにつき連邦弁護士委員会は八八年九月一五日における意見の表明で『捜査の領域における欠点が容疑でもって制裁を行うことによつて補われることは許されない。』としてその提示を拒み、一方、ドイツ弁護士連盟からも『四〇年に亘つて機能してきた連邦の社会秩序に鑑みて、実証的アプローチの手法を欠く犯罪の組織の経済的潜在力による危険が危惧される場合、かかる組織の『秘密性』こそが問題である。』と批判が

加えられた。しかしながら、上記のように資産刑の導入が提示された直後の九〇年、連邦下院は資産刑導入とほぼ同じ理由、つまり、『犯罪によって得られた利益が再び犯罪に再投資された新たな犯罪の基盤となる。』という事を予防すべく『犯罪の経済的基盤を奪う』との観点から剝奪制度を再検討した。その結果、刑法新七三d条草案として、『拡大剝奪(Erweiterter Verfall)』の導入が提示された。⁽¹⁸⁾

本草案が内容としたのは、『本条を指示する法規により違法とされる行為が行われた場合には、違法行為に対し、又は、違法行為から得られたと認める事を正当化する事情が存在する客体についても、裁判所は、正犯者又は共犯者に対し剝奪を命じる。正犯者又は共犯者が違法行為に対し、又は、違法行為から当該客体を得たことのみ、彼に客体が属さず又は帰属しない場合もまた同様である。七三条二項を準用する(一)項』、『行為の後に、ある特定の客体の剝奪の全部または一部が不可能となった場合には、七三a条および、七三b条をその趣旨に応じて準用する。(二)項』、『第一項による剝奪命令の後、正犯者または共犯者に属する客体の剝奪を命じる場合は、裁判所はすでに発せられた命令を考慮するものとする。(三)項』、『七三c条を準用する。(四)項』というものであった。⁽¹⁹⁾

ただし、上院は上記の下院の草案に対して、『下院の草案は現行七三条と草案七三d条の関係を不明確にするものである。』と批判した。これによると、上院は『草案における七三d条は七三条の特別規定であるべきである。』という考え方、つまり、『草案七三d条はそれを参照する規定により定められた場合において適用される。』という意見の表明を行ったのである。⁽²⁰⁾ 換言すれば、上院は、従来の剝奪規定たる七三条と、拡大剝奪の規定である七三d条の規定が競合することを危惧したのだ。その結果上院は、『七三条の剝奪は具体的に捜査される客体をその対象とし、草案七三d条の拡大剝奪の客体は違法行為に由来することが正当化される事情が存在するもののみをその対象とする。』という意見の表明を行った。

しかしながら、連邦政府は『この草案が予定するのは、七三条による剝奪がその要件を満たされ得ない場合に“七三d条による拡大剝奪が適用される。”とし、さらに、『拡大剝奪は、行為の際の支出を考慮することなく、現実にある利益の奪取を行うものであり、行為利益、すなわち、収益から支出を差し引いた残りのもの、を剝奪することになる従来の剝奪規定とは相入れないものであるから、上院の見解は一つの規定の中に矛盾する二つのものが存在することを認めることになる。』と批判

(22)した。そしてこの結果、連邦政府は従来の剥奪規定の文言である、『財産上の利益 (Vermögensvorteil)』を『何らかのもの (etwas)』と変更することによって、草案の拡大剥奪と従来の七三条の剥奪との間の論理的な整合を図った。(23)これによって七三条以下の剥奪規定は、従来の財産上の利益を剥奪する『純益主義 (Nettoprinzip)』から、『総体主義 (Bruttoprinzip)』へ移行することになった。(24)

以上のような経緯で導入が論議されてきた資産刑と拡大剥奪は、しかし、九〇年の東西ドイツの統合などによる議事進行の遅れで、すぐに刑法典に導入されなかつた。本制度が導入されたのは、まず、七三条における純益主義から総体主義への移行が九二年二月の外国貿易法、並びに刑法その他の一部の改正法によって、(25)そして資産刑『Vermögensstrafe』、拡大剥奪『Erweiterter Verfall』が刑法四三a条、七三d条として導入されたのは、同年七月の組織犯罪対策法 (OrgKG) の導入に伴つてであつた。(26)(27)

- 第二款 資産刑(四三a条“Vermögensstrafe”)と拡大剥奪(七三d条“Erweiterter Verfall”)の内容
- 第一項 資産刑 (Vermögensstrafe)

九二年七月一五日の組織犯罪対策法 (OrgKG) の施行によつて、刑法四三a条として資産刑が導入された。

当制度はこれまで繰り返して述べた様に、本来は、麻薬犯罪の程度の重いものに有効な対処を行う可能性を拡大するため導入されたものである。

その観点は、草案理由書にも述べられているように、『異常かつ危険な』利益志向から犯罪行為を行うものにはそれらの財産を押さえることによって、将来的に新たな犯罪を行い利益を上げる、という事を阻む、というものであつた。(28)

その内容は当該規定の参照を命じる違法行為が行われ、それに対し、無期または二年以上の有期自由刑が賦科される場合に、裁判所は、その被告人の資産の価額を限度とする支払いを命じ、裁罰所は、その被告人の資産刑が徴収不能である場合には一月以上二年以下の自由刑を科す、(三項) というものであつて、内容も従来の利得の剥奪規定から、対象となる、財産上の利得につき行為との関連が求められないという点において全くその性質を異にするものである。かかるの性質の故に、資産刑は『自由刑、罰金刑に続く三番目の主刑』という、いわば、刑の名のもと自由刑と、附加刑の間に体系上の地位が見出だされるべき制度である。(29)

条文からも理解されるように、二年以上の有期の自由刑に被告人の資産の価額を限度額とする罰金を科すという、場合によつては非常に過酷な性質を有することになる制度である。

このことは立法者にもまた懸念されていることであつた。⁽³⁰⁾それ故、立法者はまず本制度の適用を別の犯罪構成要件に係らせないのである。また、本来その導入が麻薬犯罪へ有効な対処を行うことを目的としていたので、麻薬犯罪における末端の売人に對しては、例え彼等が本制度の参照を指示する違法行為を行った場合でも、適用は差し控えられるべきである、と立法者はしていた。つまり、本制度の参照を指示する法規については意圖的に狭い解釈が求められるとされたのである。⁽³¹⁾

そして、本制度は後述する拡大剝奪すらも科し得ない場合に、一定の犯罪行為に限定し、それらの犯罪行為が前述の『異常かつ危険な利益志向』より行われていることに鑑み、それらの犯罪撲滅という、すぐれて刑事政策的な視点のみから行為者の資産を奪うという非常に徹底した制度なのである。⁽³²⁾

また本制度は三項において資産刑が徴収不能である場合は代替的に自由刑を科すことを規定する。⁽³³⁾これについても立法者は行為者の責任量に應じて自由刑と資産刑（又は代替的自由刑）は、総合的に決定されねばならないとした。ここから帰結され

ることは、資産刑は自由刑を減じるべく作用する、ということである。⁽³⁴⁾

さらに量刑に関して前述の代替的自由刑については『刑法は複数の自由刑が競合する場合には一五年以上の自由刑を科すことを禁じているが、その事に、一五年という上限一杯の自由刑に附加して、資産刑徴収不能場合に一年以上二年以下の自由刑を附加するという本制度の考え方を調和させるのは困難ではないか。』という趣旨のことが言われ得るが、これについても、一五年の自由刑が科される場合には代替的自由刑は科されない事になる、と立法者はする。⁽³⁵⁾

もつとも、立法者は、資産刑の対象となる資産の価額については行為者の資産の価額によつて『のみ』画されるのであるから、ほとんど資産を持たない行為者にはそれが科される余地はないとするが、しかしこの事は、同じ違法行為を行った場合、資産を持つ者は持たない者よりも、代替的自由刑を科される事が故に優遇されることになることを、立法者が認めたことを意味する。⁽³⁶⁾ただ立法者は、上記のような『不均衡』は行為者が特定の財産上の利得を得たことが明らかになれば、七三条以下の剝奪規定によつて、カバーされるとする。⁽³⁷⁾

第二項 拡大剝奪(Erweiterter Verfall)と純益主義の放棄(総
体主義への移行)

既に述べたように、財産制裁として資産刑と本制度は共通点を有する。しかし、そもそも、財産的制裁の整備がいわれたのは七三条以下の剝奪規定が十分に機能していなかったことである。⁽³⁸⁾

例えば、本制度導入の直接的な原因となった麻薬犯罪のうち、取引行為に目を向け『甲が乙から麻薬を購入し、その対価を支払った場合』を考えるとする。この場合、取引引き行為そのものは民法一三四条の『公序良俗違反』となつて、無効となる。⁽³⁹⁾

しかしここで問題が生じるのである。この場合、乙が受けとつた麻薬の対価としての金員は、民法一三四条によつて、取引行為そのものが無効となつたため、支払い人たる甲に依然として所有権が残っているのか、それとも、同八一一条一項一号及び、八一七条二文によつて金員を支払った購入者の側に返還請求権が生じるが故に、財産上の利益が肯定されるのか、また九八六条一項一号によつて、占有権が生じ金員が売却者の側に止まるのか、という事は未確定でありうる。さらに当該事例において、金員が第三者のものであつたとすると、七三条四項を適用して剝奪を行うことができるのか否か、についても未確定であつた。

というのも同条項は、その対象とする『財産上の利益』が直接に現在訴追され罰せられるべき行為の報酬として得られた場合を把握する、とされていたからである。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾

しかし、個々の事例において、上記のような民事上の占有、所有権の帰属についての問題の解決を捜査当局、裁判所に委ねることは、訴訟経済上多大の負担となり、さらに前述したように、『客体の査定についての原則』も明らかでなく、さらには、押取に際して『急を要する場合』に判事に代わつて検事がSPD一―b条一項によつてそれを行う場合は、自己矛盾の観すらあつた。⁽⁴²⁾ それ故に、剝奪制度は機能しなかつたのだ。

もっとも、拡大剝奪が活用される場合において最もティピカルなものと考えられる麻薬取引犯罪については、違法な取引から得た利益が事実上隠匿された場合には、『利益の洗浄(Geldwäsche)』という新しい構成要件によつて対応すべきであり、その事案の程度がより重い場合には前記四三a条の資産刑でもつて対処されるべき、という考えもまたある。⁽⁴³⁾

しかしながら、『行為に対しての非難の重さに鑑みれば、資産刑は科され得ず、行為者の資産の由来も証明し得ない場合』、換言すれば、『資産刑の規定を参照する犯罪行為が実現されたが、二年以上の自由刑が科されず、不相当に高額な資産が発見され

た場合、より具体的にいえば、『既に刑を宣告された者につき、新たに麻薬が発見され、さらに、その他の事情に鑑みれば高度な蓋然性でもって違法な麻薬取引に由来すると考えられる金員が発見された場合』、『ここでは違法な『麻薬の占有』のみしか問題とされ得ない故に剝奪は科すことができない。』というのも、剝奪は違法行為と客体との間に関連を求めるからである。

拡大剝奪はこの様な『隙間』を埋めるものである。つまり、七三d条一項に言う、『違法行為に対して、又は、違法行為から得られたと認めることを正当化する事情が存在する客体についても、裁判所は正犯者、又は、共犯者にその剝奪を命じうる。』ことがこれにあたるのである。つまり、拡大剝奪は七三条の剝奪と比べれば、客体と行為との間の関連が『高度に蓋然的であればよい。』という点で『証明軽減規定』の性質を持ち、本来の剝奪の持つ性質を逸脱するものである。

さらに、拡大剝奪の導入の根拠として立法者が依拠するのは、刑法七六a条一項が剝奪、没収規定を独立して附加することを規定していることである。⁽⁴⁴⁾

当条項は、『事実上の理由から、犯罪行為を理由として、特定の人を訴追し、又は有罪とすることができない場合、その他

の点では、その措置が規定されて又は、許されている要件が存在するときは、客体又は代価の剝奪もしくは没収、又は使用不能処分を独立して言い渡さねばならず、又は、言い渡すことができる。』とするものであり、さらに、本項のいう没収の中には七四条二項二号の保安没収もまた含まれるのである。(七六a条二項)

刑法七四条二項二号の保安没収は『客体が、その性質及び事情により、公共に危険を及ぼし、又は、違法行為に役立つ危険がある場合』にその物の没収を認めるものである。⁽⁴⁵⁾立法者は『行為者から新しい犯罪行為の準備のための手段を奪う』という観点のもと、拡大剝奪と、保安没収をパラレルに考えたのである。しかしながら、保安没収については条文上の危険は『具体的な危険』であり、その内容は『刑罰でもって威嚇さるべき行為が助長される危険』であり、対象となる客体は『麻薬、銃器』などの『それを使用することが社会に危険を及ぼすもの』、又は、『その物の、物理的、化学的性質が危険なもの』である。この点から考えれば、例えば違法な取引に役立つられる金員等の財産を剝奪することは、対象となるものが本来は無色なものであることから考えれば、不当にも思われる。それ故に、立法者は当該制度の適用される場合を限定したのである。つまり、『客

体たる資産が違法行為によって得られたことが高度の蓋然性を
持ち、及び、それが再び犯罪のために利用される危険性を持つ
場合』を条文上に類型化したと考えられるのである。⁽⁴⁶⁾

このように、立法者によって正当化された拡大剥奪がその導
入過程において本来の七三条における剥奪規定についても、導
入の付随的効果として純益主義から総体主義への移行を現出さ
せた事はすでに述べたが、それは、剥奪制度の法的性質自体を
も変化させることになり、従来の『不当利得返還請求に類似し
た原状回復の措置 (quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme)』
という性質から、⁽⁴⁷⁾『類刑処分 (strafähnlich-Maßnahme)』とも
言うべき性質を剥奪制度は持つに至ったのである。⁽⁴⁸⁾この事は後
述するように、責任原則と重大な関連を持ち、例えば、自由刑
に附加される場合それと形成する『全体としての制裁の有する
苦痛』の考慮に際し、問題とされることになる。

なお、本制度につき資産刑との競合が考えられなくもないが、
資産刑は上述したように、『違法行為と客体との間に関連を求
め』ず、『二年以上の自由刑が科される場合にのみ適用され』
る制度であるから、むしろ、拡大剥奪すらも科し得ない場合に
適用が考えられるのであり、競合はそもそも問題とはならない、
とされる。⁽⁴⁹⁾

第二章 (註)

(1) 制度の概略を紹介するものとして、西田典之『ドイツ
の没収、剥奪制度』(ジュリスト九三年三月一五日号三二
頁以下) 参照。

(2) ドイツにおける薬物犯罪の全体数は八五年より上昇傾
向を示し始め、九〇年にはほぼ一〇万件に達した。東西
ドイツの統合後も依然としてその水準は高く、九二年に
は一三三二七五件、九三年には若干減少したものの、一
二二四〇件となっている。さらに薬物による死亡者数、
つまり、上述の薬物の過度の使用による内臓疾患、その
影響による事故、薬物を必要とする生活の絶望等を原因
とする自殺などの死亡者数は、九一、九二年には二〇〇
〇人を越え九三年には若干減少したものの、約一七五〇
人と、依然として高い水準を示している。

さらに薬物に関する犯罪の推移、つまり、薬物の影響
による犯罪、およびその獲得を目的とする犯罪は上述の
ような薬物の消費量の増大にもなつてその件数も上昇
し、八九年には八三一七二件もの犯罪がそのカテゴリー
に含まれるものと見なされている。・Schultheinrichs,
Gewinnschöpfung bei Betäubungsmitteldiebstah-
en-Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiter-
ter Verfall. Diss. Mainz 1991 S. 120f.; siehe auch: Jung,
Die Vermögensstrafe. 43aStGB Diss. Kiel 1993 S. 71.

- vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik S. 121f., 205f.
- (3) 国際的な麻薬犯罪による利益は合法的な石油取引引きによる利益とはほぼ同額に達しているという。; Jung, a. a. O. S. 20.; siehe auch: Rüter, Die strafrechtlich Drogenbekämpfung in den Niederlanden. Ein Königreich für Aussteiger? ZStW 100, S. 390.
- (4) Jung, a. a. O. S. 137f.; siehe auch: Güntert, Gewinnabschöpfung als strafrechtlich Sanktion, 1983, S. 91f.; Eberbach, Zwischen Sanktion und Prävention, NSTZ 1987 S. 486 (490) 例えば、賄賂にて收受した金貨の剝奪に際して所得税を控除するか否か、という事などが問題となっていた。もっとも、判例はこれを否定している。; BGHNJW, 1982, S. 774. ただ、刑法改正前の末期においては「財産上の利益」を「利得から諸経費を控除したもの」ではなく、「事実上の財産の増大」もそれに当たるとして総体主義が取られていたことに注意を要する。; BGHNJW, 1989, S. 3165 ~ 6; vgl. BGH wistra 1986 S. 106.; BGH NSTZ 1984, S. 27f.
- (5) この場合、被害者がかかる請求権を事実上行使できるかどうかは問題ではなかった。; BGH NSTZ 1984 S. 409 ~ 10. この考え方は一九六二年の刑法草案に於いても取られていた。同草案は『客体に何等の請求権も存在しない場合にのみ、剝奪は科され得る。(一〇九条二項)』と規

- 定していた。vgl. BT-DRS. 4/650. S. 241. なお、『被害者』の範囲に就いては、; Jung, a. a. O. S. 140f.; siehe auch: Güntert, a. a. O. S. 91f. さらに、; vgl. OLG Karlsruhe MDR 1984, S. 336.
- (6) 前記の様に被害者に請求権が生じる場合等、民事上の所有、占有権の帰属の問題の解決が押収を行う前に求められたこと、StPO 一一 b 条一項に求められる、『剝奪を正当化する具体的事情』が大規模な麻薬犯罪の場合、認定し難かつたこと等が挙げられる。; Jung, a. a. O. S. 145 ~ 6.; siehe auch: Eberbach, Einziehung und Verfall beim illegaren Betäubungsmitteldelikten, NSTZ 1985, S. 294f.; Schulteheinrichs, a. a. O. S. 108.
- (7) 本規定の導入された七五年においては約七〇万件的有罪宣告件数のうち、剝奪命令は九二件しか出されていなかった。; Eberbach, a. a. O. Fn. (4) S. 490. 近年の動向については、vgl. BT-DRS. 11/6623. S. 4.; Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung Reihe3, 1989 ~ 91, 5. Abschnitt.
- (8) G. Schefer, Praxis der Strafzumessung 1990, Rn169.
- (9) Jung, a. a. O. S. 22ff.
- (10) Jung, a. a. O. S. 22.; vgl. BT-DRS. 395/1/85 S. 8.
- (11) Jung, a. a. O. S. 22.; vgl. BT-DRS. 10/5828
- (12) Jung, a. a. O. S. 23.; vgl. BT-DRS. 10/5828 S. 7.

- (13) Jung, a. a. O. S. 23.; vgl. BT-DRS. 10/5828 S. 6.
- (14) Jung, a. a. O. S. 24.; vgl. BT-DRS. 418/89.
- (15) Jung, a. a. O. S. 25.; vgl. BT-DRS. 11/5461
- (16) BT-DRS. 11/5461 S. 5.
- (17) Schulteheinrichs, a. a. O. S. 146f.
- (18) BT-DRS. 11/6623 S. 4f.
- (19) なお、ドイツ裁判官連盟 (DRB) は『剝奪法規の改正については賛成であるが、剝奪制度の根本的な改革に先行して麻薬犯罪のみをその対象とする規定を導入する必要性はまったく存在しない。』とする。このことは、『基本法一四条は基本法において認められない財産の消費を保護しないが、客体たる資産が、違法行為の対価として、又は、違法行為から得られたものである、ということの推定では、例えそれが蓋然的であるにしても、それだけでは満たされない。』ということを根拠とする。; DRIZ 1990 S. 105 (107)
- (20) BT-DRS. 11/6623 S. 11f. "Stellungnahme des Bundesrates"
- (21) BT-DRS. 11/6623 S. 13.
- (22) BT-DRS. 11/6623 S. 13f. "Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates"
- (23) BT-DRS. 11/6623 S. 13.
- (24) なお、この移行に伴う法文上の文言の変化につきゲー

- ラーは、『新しい文言の、"etwas" は民法八一一条における同じ文言も利益 (Bereicherung) という意味にて解されており、今回の改正によっても、総体主義を採用したことにはならず、少なくとも秩序違反法 (OWiG) の領域においては、これまで同様に財産上の利益で解されるであろう。』とする。; Göhler, Die neue Regelung zum Verfall im StGB und OWiG wistra 1992. 133 (136)
- (25) Gesetz zur Änderung des Außerwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetz vom 28. Februar 1992, BGBI I 372
- (26) Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierte Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992, BGBI, I 1302
- (27) 本制度の概要につき、斎藤純子『ドイツ組織犯罪対策法施行』(ジュリスト一〇一四号九八頁)を参照。Siehe auch, BT-DRS. 11/7663 S. 1f.; Möhrensclager, Das OrgKG-eine Übersicht nach amtlichen Materialien, wistra 1992 S. 281f. (Teil1), S. 326f. (Teil2)
- (28) BT-DRS. 11/7663 S. 1.; vgl. BT-DRS. 11/7663 S. 21f.; BT-DRS. 11/5461 S. 5.
- (29) Jung, a. a. O. S. 30.; vgl. BR-DRS. 219/91 S. 72.
- (30) BT-DRS. 11/5461 S. 5.
- (31) BT-DRS. 11/5461 S. 5.

- (32) vgl. 11/7663 S. 1.
 (33) vgl. BT-DRS. 11/5461 S. 6.
 (34) BGH, NJW 1995, 20, S. 1367-69. は、ハッシシの取引を行った被告人が、八八年以来失業保険、および社会保険を受けていながら、九〇年には土地を購入し、その後判決時には七八五〇〇〇DMで取引される家屋を建て、それにつき六〇〇〇〇DMを即金で支払っていたことを認定し、さらに上記事情に鑑みて、当該金員は「高度の蓋然性をもって可罰的な麻薬の取引に由来するものである」と認定、ハッシシの『無免許での少なからぬ量の取引』を理由に三年六か月の自由刑を宣告した際に、上記家屋に対して即金で支払われた価額に相応する六〇〇〇〇DMに資産刑を命じ、さらに、この資産刑の量刑につきは『本件においては五年の自由刑が科されるのが相応であった。』とし、六〇〇〇〇DMの資産刑は一年六か月の自由刑に相応することを認定した、ハンブルグ・ランドゲリヒトの判決を維持している。また、BGH, StV 1995, I, S. 16-17. においても、『少なからぬ量の』麻薬の取引を行った被告人に対し三年九か月の自由刑を宣告、二〇二〇DMを九か月の自由刑に代えて資産刑として決定した、ハノーバー・ランドゲリヒトの原判決を維持している。本件においても麻薬の取引自体は四年六か月の自由刑が科されるべきであったとされる。

- 上記二つの事案から判明することは、裁判所は資産刑の適用を命じる違法行為が行われた場合の量刑については、まず、違法行為そのもののみを考慮して自由刑を量刑し、その後に資産刑を量刑し、と同時にその支払いが成されない場合に科されるべき代替的自由刑を決定するのであって、本来科されるべき自由刑「Die an sich verwirkte Freiheitsstrafe」とは別に、資産刑（及び代替的自由刑）が決定されるのではない、ということである。（もしそうでないとすると、むしろ代替的自由刑は本来の自由刑に加重すべく作用することになる。）もっとも、この量刑については後の章でみるように、自由刑の長短と、資産刑の間をいかにして換算するのか、という事につき批判がなされてくる。
- (35) BT-DRS. 11/5461 S. 6.
 (36) BT-DRS. 11/5461 S. 7.
 (37) BT-DRS. 11/5461 S. 7.
 (38) 本章第一節参照。
 (39) BGHSt. 31, 145f. 本件は、麻薬取引犯罪につき、四年の自由刑、二年の資格停止、被告人側にて押収された麻薬の没収、加えて、二五〇〇DMの剥奪をランドゲリヒトが命じたのに対して、被告人が上記判決のうち剥奪命令が不当であるとして上告した事案である。BGHは、『旧BtMG 11条によると、無免許での麻薬取引の禁止

は被告人（売却者）と購入者との間に結ばれたハッシシの売買契約のみならず、この契約の履行に資する処分及びそれらによる金員の譲渡もまた把握するのであるから、本件において問題となっている金員の被告人への譲渡は生じていない。（中略）・・・また、このような場合の金員の譲渡は民法一三四条の公序良俗規定に抵触して無効であり、それ故に、被告人は当該ハッシシの売却によって得た金員につき何等の所有権も得ず、結果として財産上の利益も得なかった。よって剥奪命令は科されてはならない。』と判示した。

(40) Eberbach, Einziehung und Verfall beim illegalen Betäubungsmittelhandel NSLZ 85, 7. S. 294 (297) FALL 6

(41) ただ本文のような事案においては、『七三a条の代価の剥奪を命じることが考えられる。』というのも、当該条文のいう「特定の客体の剥奪がその他の理由から不可能な場合」というメルクマールに「具体的に行為に関与しなかった第三者の財産において剥奪の客体が存在する」という場合もまた包含されると考えられるから。』という見解もある。：vgl. Eberbach, a. a. O. Fn. (40) S. 297～8. FALL 7, S. 298 FALL 7 (b)

(42) 本章第一節を参照。:

(43) BT-DRS. 11/6623 S. 4.

(44) BT-DRS. 11/6623 S. 4.

(45) vgl. Dröher/Tröndle StGB 44. Aufl. zu 74 Rn 16.

(46) vgl. Jung, a. O. S. 37.

なお、組織犯罪対策法 (OrgKG) については、前註(二七)の文献をも参照。:

(47) Eser, in Schönke/Schröder, StGB 24. Aufl. zu 73 Rn. 18; Siehe auch Güntert a. O. Fn. (7) S. 15f.

(48) 剥奪の法的性質については本来は「民法八一二条以下における不当利得返還請求権に類似した原状回復の措置 (quasi-konditionelle-Ausgleichsmaßnahme) と理解されていたが拡大剥奪については「①剥奪規定そのものが純益主義を放棄し、総体主義に移行したことによって『行為により利益を得なかった場合』にも科すことができるようになったこと、②また連邦憲法裁判所 (BVerfG) が『国家によってなされる処分がその効果において、刑と同等であり、責任の査定を必要とするものであるなら、その処分は刑に類するものと見なす。』という立場を取っていることから、剥奪の性質は刑に類似した処分つまり、「strafähnlich Maßnahme」となったとされる。：vgl. Hoyer, Die Rechtsnatur des Verfalls angesichts des neuen Verfallsrechts, GA 1993, 9, S. 421. その「(b)から」自由刑と本制度を総合しての「制裁としての苦痛が不相当な場合は違憲である」という結論が導かれることになる。

しかしながら、BGHは、本制度を適用した判例において拡大剥奪の対象となる財産上の損失は刑の減刑の対象とはならない、と判示した。本件は具体的な収入源を持たない被告人方においてハッシシの密輸の容疑で家宅捜索が行われた際、二・八キログラムのハッシシが押収されるときにも書類ケースを初めとする様々な容器に総計七三一六〇マルクの現金が発見、押収され、ラントゲリヒト(ギーセン)は当該金員につき、『金員は被告人の占有にかかる物であり、麻薬の取引に由来するものである』として被告人に三年四か月の自由刑を宣告、さらに刑法七三d条により発見押収された金員の剥奪宣告をしたことに対して、量刑の不当を理由に上告した事案である。

BGHは、上告を棄却し原判決を維持した。BGHは拡大剥奪を適用するに際しては、それを賦課することによって被告人に発生する不利益を被告人にとって過酷とならないように考慮せねばならないことを認めつつも、拡大剥奪は剥奪のいわば派生的なものであることに考慮し、その法的性質である『原状回復的性質』を強調し、この点に依拠して高額な金員の剥奪を認めたのである。さらに、上記性質の強調の効果はそれに止まらず、剥奪命令を宣告することは刑を減じる根拠とはなり得ない、と判示したのである。そして、本制度は責任量との関連においてその適用が制限されるのではなく、被告人の財産状態へ

の侵害程度を考慮する、過酷規定の適用でのみ制限されることになる、と主張したのである。: BGH NZS 1995 S. 490 (491) [過酷規定の適用に就いては第三章第五節第一款を参照] しかし、前記においてホイヤーが主張するように拡大剥奪は『行為からの利得の残高において何等の利益も得なかつた場合にも』科されるものであるから、この点において、『刑罰の性質に典型的な「害悪の賦課」が存在』すると言い得、さらに本制度は刑罰に典型的な『行為者の所為に対して社会倫理上の無価値判断』が内容に含まれているとも考えられるから、やはり刑罰的性質をも包含するに至ったといえよう。: vgl. BERGEL 9, 342 (347); 35, 311 (320)

(49) BT-DRS. 11/6623, S. 13.

第三章 新制度の批判的考察⁽¹⁾

第一節 総説

前章で見てきた資産刑 (Vermögensstrafe) も拡大剥奪 (Erweiterter Verfall) も、一定の行為を行った者に対して、前者は『二年以上の自由刑、又は、終身刑が科される場合』に、

その者の資産を限度とする価額を奪い、後者はより緩やかであるが、『違法行為によって客体たる資産が得られたことを正当化する事情があつても』、その資産の剥奪を可能ならしめるものである。

資産刑については後で見ると、資産刑は刑ではなくて法治国家において刑の対象となる者とその家族の経済的根絶を旨とした、いかなる法においても許されない、国家的な専横行為⁽¹⁾であり、『無差別没収“Konfiskation”』の範疇に属するものであつて、死刑や終身刑と同等なものである、との批判がなされている。⁽²⁾ かような批判の根底にあるものは、利得の収奪処分が国庫を豊かにする目的や、政敵を破滅させる手段として時の権力者によって、濫用されてきたことである。デセッカーは、⁽³⁾ この制度は全体主義的な刑法の体系に結び付くものであるとしている。そして啓蒙主義時代及び、一九世紀において自由主義的な刑法の導入によって廃止されるに至つた、上記無差別没収“Konfiskation”が二〇世紀の今日においても有効である、という名のもと再び復活することになつた、と批判する。この点において資産刑には歴史的視点からの批判もなされている。

さらに両制度とも、『行為者から資産を奪う』という点では一致する。それ故に、両制度についての批判はその根柢をほぼ

同じくする。つまり、『基本法(G.G.)一四条に規定される所有権保障への抵触の疑い』⁽⁴⁾及び、さらに、このこととも関連して“再犯の経済的基盤を奪う”という目的及び、“対象たる資産は過去における違法行為に由来するものと推定する”という目的が無罪の推定原則(Umschuldvermutung)に対し、抵触するのではないか、という疑い⁽⁵⁾、さらには、『G.G.一〇三条に規定される法規の明確性の原則及び、行為責任主義に抵触するのではないか、という疑い』⁽⁶⁾が両制度に対して共通する批判の基盤となる。そしてその後者に於いては特に上記二制度が自由刑に附加して科されることを考えれば、自由刑と総合しての『刑罰としての苦痛』が不相当になるのではないのかという疑問が呈されるのである。以下において順次それらを検討する。

第二節 所有権の保障原則との関連

基本法一四条は、『所有権及び、相続権は保障される。その内容と限界は法律でこれを定める。(一)項、所有権は義務を伴う。その行使は公共の福祉に役立つべきである。(二)項』公用徴収は、公共の福祉のためにのみ許される。公用徴収は保障の方法及び程度を規律する方法によって、または、法律の根柢に

基ついてのみこれを行うことが許される。保障は公益及び、關係者の利益を正当に衡量してこれを定めなければならない。保障の額について争いがあるときには通常裁判所に出訴することができる。(三項)』と規定し、所有権の保障を定める。そしてその保障機能は所有権の客観的な制度を保障することにある。つまり上記一項一文は、具体的な客体に対しての支配権と使用権を保護するものであり、資産そのものを保護するものでないことが留意されねばならない。換言すれば、本条項による所有権の保障からは、資産そのものに対する保障は何等導かれな、ということである。

没収、剥奪の根拠付けに於いては様々な見解が存在する。⁽⁷⁾ まず上記基本法一四條の枠外にて基本法上、所与のものであるというもの、⁽⁸⁾ 国家の刑罰高権に根拠を求めるもの、⁽⁹⁾ 等がそれであるが、それらの見解の根底にあるのはエーザーが主張するが如く、基本法一四條に対する違反、つまり『基本権たる所有権の濫用』⁽¹⁰⁾ ということであり、まさにここに制度の基盤が求められる。

ではいかなる形態において、所有権に対しての制裁が許されるのか。

国民に対して所有権の制限をその内容とする立法により負担

を求めることが許されるのは、それがあらゆる点から見て合理的な場合のみでなければならぬ。確かに、社会に有害な手段で、自己の財によつて法秩序を妨害するものはそのような財を奪取されねばならないであろう。しかしながら、このような場合に⁽¹¹⁾ おいても、その『手段(濫用)』こそが証明されねばならない。そして上述した基本法一四條を遵守しつつ財産に侵襲を加えるには、『手段(濫用)』の証明が訴訟手続において適法になされねばならない。この点において、刑法上の没収と剥奪は是認され得る。なんととなれば、それらの制度は犯罪、または違法行為が証明されることを前提とし、さらに、それらの行為との関連が証明されたものを客体とするからである。

つまり、刑法上の財産制裁なる没収、剥奪には行為と客体との関連性が求められるのである。

然らば、資産刑は刑法上いかなる評価をその内容として含むものであろうか。論者は言う、『資産刑は刑ではなく法治国家において刑の対象者とその家族の経済的根絶を目的とした、いかなる法においても許されない国家的専横行為であ』⁽¹²⁾ り『無差別没収 Konfiskation』の範疇に含まれるものであつて死刑や終身刑と同程度のものである、と。

ここで無差別没収について触れれば、通説によると、特定の⁽¹³⁾

構成要件実現とのみ関連する資産の無差別没収は、それが有罪宣告を受けた被告人の資産のすべてまたは一部のみを把握するの可否かということとは無関係に、 $\text{§} 1$ の四一条一項一号に鑑みて正当化され得ない、という。このような資産の無差別没収の定義はヒューバーにより発展させられた。いわく、上記のような無差別没収が存在するのは、『国家による侵襲によって、資産が国家または社会への有害な効果を及ぼしたことについての責任、又は、国家、社会を害する所為に鑑みて、その所有者から政治的動機により私法上の財産権を奪う場合』である。⁽¹⁴⁾しかし、このような定義からキムニツヒは $\text{§} 1$ が逆に、無差別没収を包含し得ることを説明する。彼は言う、『無差別没収 Konfiskation』は奪取される財の目的な使用とは無関係に、所有者たる私人に対してのみ重大な機能を持つものである。このことよってのみ無差別没収は差別的要素を含み、それは法治国家の原則に矛盾する。本制度が意味することは政治的な財の差別化であり、 $\text{§} 1$ の四一条は、所有権を保障するのであり、所有権の一般的な内容及び制限を規定、又は、所有権の社会への結合を意味するものであって、上記の財の差別化は本条項には予定されていず、あまつさえ禁じてさえたのである。ただ、公用徴収は政治目的では決して許容されないが、公共の

福祉の目的においては許容される。かかる意味において $\text{§} 1$ は無差別没収を含むのである。そして、財に対する侵襲は民主主義の秩序に対しての違法が事前に決定されることによつて甘受される、という。⁽¹⁵⁾

しかしながら、資産刑は、公用徴収とは違い公共の福祉に資するものでなく、純粹に行爲者に対して害悪を賦科することを目的とする（それが徴収不能場合には代替的に自由刑を科すことになる↓後述）制度であるから、この点から基本法上の正当化は問題とはならない。というのも、刑法上の財産剥奪処分は、上記で見たように違法行爲との具体的な関連が証明されることよつて初めて正当化されるものであるから。従つて、資産刑はその性質において基本法一四一条に規定されるところの所有権保障に抵触し、無差別没収の性質を持つものと考えられることになる。

一方、拡大剥奪と基本法一四一条における所有権の保障との関連については、上記資産刑と比較すれば、『違法行爲との関連が求められる』という点においては、一見、すでに述べたような、剥奪、没収規定の正当化を援用することで、問題がないようにも思われる。

しかしながら、基本法一四一条における所有権保障はすでに述

べたように、犯罪的な由来が証明されることでもって、初めてそれに対する侵害の違憲性が阻却されるものであるから、『犯罪に由来するであろう』という嫌疑では不十分とされる⁽¹⁶⁾。

ただ立法者はすでに述べたように、本制度の正当化の根拠の一つとして、七四条一項二号の保安没収を掲げている⁽¹⁷⁾。

当該条文を見れば、『客体はその性質及び事情によって、共に危険を及ぼし、又は、違法行為に役立つ危険がある場合』に客体の没収が可能となる⁽¹⁸⁾。一見すれば、上記に述べてきた理由によって、保安没収が基本法に違反しているように解されなくもない。

しかしながら、本制度の客体は例えば麻薬、銃器などの『それを使用することが社会に危険を及ぼすもの』又はそのものの物理的・化学的性質が危険なものである、とされている。いわば、『具体的危険』が存在する場合である⁽¹⁹⁾。さらに言えば、『客体が違法行為に役立つ具体的な危険が存在する場合』に本制度の適用は限定される。つまり『危険が具体的である』ことまでの立証がなされれば、基本法一四条の所有権の保障はもはや問題とはならないということになるのである。

確かに、拡大剝奪においては、それが適用される犯罪類型が限定されていることに鑑みれば、『財産が新たな犯罪に投資さ

れる』という危険は保安的観点からみれば妥当なものとも思われる。しかしこのことは犯罪類型を限定する程度のことによってはその違憲性を払拭するに至らないと考えられる。なんとすれば、後述の無罪の推定とも関連するが、『ある違法行為を行うことが、将来において再び違法行為を行う』という根拠とはならないからである。つまり、『ある客体が行為者に濫用される』という通常の考察では不十分と考えられるのである⁽²⁰⁾。

第三節 無罪の推定 (Unschuldvermutung) との関連

『法的な立証がなされるまでは違法な行為を行った被告人もまた無罪である。』という原則つまり、『疑わしきは被告人の利益に "in dubio pro reo"』という原則⁽²¹⁾は基本法においても、StPO上にも条文化されてはいないが、BverfGの判決において認められ、憲法上、重要な地位を得るに至っているとされる⁽²²⁾。

通説の示すところによれば、この原則は確定判決を受けていない被告人に刑罰を科すことのみならず、刑に類似した処分を行うこともまた禁ずる。このことについて、BverfGは『刑に先行して被告人に対して、その効果において自由刑と等価値である処分を行うことは許されない。』と判示、一方BGHも『刑

事裁判所が判決を出す以前に強制処分を許容する規定の解釈は無罪の推定に鑑みて危険である。』として⁽²⁴⁾いる。

そしてこの原則は二つの機能を持つ。⁽²⁵⁾一つは憲法上の原則として『正当化されない判決から被告人を守る機能』であり、今一つは、『被告人の権利においてあらかじめ判決をすることなしに、国家による侵害を行うことを制限する機能』である。そしてこれら二つの機能から、立法者に求められる義務は二つの側面を持つ。まず、当原則の中核を成す、『疑わしきは被告人の利益に』in dubio pro reo』という原則が『有罪証明規定』に結び付くことにより生じる義務がそれである。今一つは、この原則が『証拠判断の規定』と結び付くことから生じる義務である。

前者についていえば、『疑わしきは被告人の利益に』in dubio pro reo』という原則が『有罪証明規定』として示すことは、捜査当局には、被告人の有罪を完全に証明することが求められる、ということである。さらに、このことは被告人の黙秘権と関連を持ち、『被告人の黙秘から彼にとつて不利な推論の何等のものも導かれてはならない』という事が求められるのである。⁽²⁶⁾一方後者について言えば、『疑わしきは被告人の利益に』の原則が『証拠判断規定』として求めることは、『判事は偏見を

持たずに、証拠が被告人の無罪を証明する場合には、それを正当に評価し、無罪の判決を行わねばならない。』ということである。かくして、無罪の推定の原則は判事にとつては彼らの行う訴訟行為における行為規範、準則として作用することになる。換言すれば、判事はSECTION 261一条による『自由心証』により証拠の判断を行う、ということであり、そして、その結果生じるに至った判事の『確信』は、『無罪の推定の否定』に必要な法律上の証明となる。⁽²⁷⁾ただ、このことは、行為並びに手続規範としての無罪の推定からも明らかになるが、判事は『いかなる要件のもとある事実が証明され、証明されなかったのか』ということについての判断に際して、判事があらかじめ法律上の証明規定に拘束されることを意味しない。そのような拘束は疑いなく、判事の判断に予断があつてはならない、という原則、及び、自由な証明の原則に対する抵触となる。⁽²⁸⁾

しかしながらそれにも関わらず、証明の推定が許容されるのは、それが法治国家の目的の実現、または固有の重要性を持つ公的又は、私的な利益の保護に資する場合のみである。⁽²⁹⁾

さらに、必要な重要事実についての確信は人間の洞察能力が不十分なために満たされ得ないので、提出された証拠を良心的に検討することにより、客観的、理性的に納得のいく考慮によ

つて得た法的確信が判事の確信とされねばならない。このことについてかつてライヒ裁判所は、確信が十分に形成されないことに鑑みて『判事は蓋然性の高きで満足してもよい。』という見解を出したが、この見解は蓋然性の程度が『主観的な確信』に逆戻りする程度において拒否されねばならないと考えられている。

また、上述した原則にしたがつてなされた有罪の判断は排他性を持つ。つまり、無罪の推定原則は手続の進行のみならず、被告人に制裁を加えるための要件としての『訴訟手続に適った有罪判断の排他性』をも保護することになるのである。さらに、訴訟手続に適った量刑についての手続に先行する不利益のいかなるものからも被告人を守る機能を有することになるのである。かくして、無罪の推定原則は『容疑をもって制裁を科す』ことを禁じる。つまり、『いまだに認定の行われていない行為を考慮』することを禁じるのである。

では資産刑と、本原則との関係はいかなるものであるのか。それには資産刑が実際にはその機能からいかなる性質を持つものかが問題となる。

資産刑は実体刑法上、『自由刑、罰金刑につづく第三番目の刑』と分類されるものである。⁽³¹⁾しかしながら、外面的な性質はその

ような実体法上の分類ほどには明確な分類はなされていない⁽³²⁾とされる。このことにつきクロイツェルは『資産刑は明らかに資産の収奪という目的を満たすものであり、財産の収奪手段である。しかもそれは（責任）刑として与えられている。さらに、資産刑は利益の収奪に違法に得られた財産の奪取』という性質を持つが、しかしその目的と関連する、挙証責任を伴うものではない。それゆえ本制度は、罰金の場合のように、資産につきその違法な由来は証明されずともよい、という「罰金刑に類する刑」という手段が取られたのである。⁽³³⁾つまり、内容においては従来の剝奪規定とより親和性を持つが、外見上は『罰金刑』に近いものとする⁽³⁴⁾ことで、客体たる資産と違法行為との関連の証明の責任が除去された、と考えられている。

ただ、上記のように本質を剝奪制度に近いものに求めるとすると、『資産刑には無罪の推定があるか否か』という問題が生じる。というのも、剝奪に近い性質をその実質に求めると、一般には、刑罰的性格は『損害賠償に類似した処分』の背後に後退することになると考えられるからである。⁽³⁵⁾

無罪の推定が本制度に肯定されるのは、本制度が刑に類似した効果を持つことが認められる場合である。が、いかなる要件のもとある制度の『刑との類似性』が推定されるかについては、

判例も学説も統一した見解をもたない。このことについて Berg は『問題となっている制裁につき、刑罰に典型的な、³⁶⁾ 害悪の賦課³⁶⁾』が内在するか否か』ということがその分水嶺になるとする。

ただ、文献は刑並びにそれに類似する処分をその他の国家による制裁から区別し、それで持つて無罪の推定の適用領域を画するためにはこの基準では不十分とする。結果、重要なのは、行為者の所為に対し社会倫理上の拒否が表現されるという、刑罰に典型的な無価値判断が存在しているか否か、ということになる。³⁸⁾

かくして、刑罰のように社会的な差別を生じさせる制裁のみが刑に類似することになる。

確かに資産刑は刑法四〇条による罰金と『金銭の給付義務を被告人に賦課する』という点において同等な性質をもつものであるから、Berg の見解を根拠にすれば、本制度の刑罰的性質は認められることになる。

では本制度と無罪の推定原則はいかなる関係に立つのか。すでに述べたように無罪の推定はまず、有罪証明規定として『被告人が有罪であることが完全に証明されねばならない』という機能、つまり、被告人は自己の無罪の証明を行うことに何等の

義務も持たず、『いかなる種類の有罪判決が求められるのか』ということを検察官の協力により証明することを裁判所の義務とする機能を持つ。

一方、証拠判断規定として『判事は偏見を持たずに、証拠が被告人の無罪を証明する場合には、それを正当に評価し、無罪の判決を行わねばならない。』という二面的な機能を持つ。そして、資産刑は何度も繰り返したように、『行為関与者の側に確かに違法な由来を持つが具体的には把握されず、場合によっては、継続中の刑事手続において捜査の対象となっている、犯罪行為に含まれるであろう、財産上の利益が発見される』場合の困難に対処することを意図するものである。³⁹⁾

このような場合の証明の困難を資産刑は『犯罪行為と収奪されるべき利益との間の不法な関係の証明を断念する』ということによって回避しようとしたのである。⁴⁰⁾ この断念は、二つの推定がその基礎をなす。一つは、立法者は暗黙のうちに『行為者は具体的に有罪判決を受くべき行為の他にそれ以前においてすでに別の犯罪¹これを理由としては有罪判決を受けることはない』を行っていた。(犯罪行為の推定)に依拠していたということであり、今一つは、『発見された客体たる資産は上記犯罪行為に由来する(由来の推定)⁴¹⁾』である。これら推定の効果が意

味するのは、行為者は自身で自己の財産の由来が合法的なものであることを証明せねばならない、ということである。

しかしながら、資産刑は『国家への給付義務の賦課』という点において、客体と行為との関係の証明を断念し、換言すれば、上記推定を『不可侵の制裁メルクマール』と見なしたことになるから、行為者側からしてみれば、本制度の客体となる資産の由来が適法なものであっても、その証明の機会すらも与えられないことになる。したがって四三a条の資産刑はこの点において『疑う余地なく合法的に得られた財産価値』をも奪取するものであり、無罪の推定の原則に抵触すると考えられよう。⁽⁴²⁾

一方、上記で述べてきた無罪の推定の観点からの資産刑への考察と批判の大部分は拡大剝奪にもまたあてはまる。⁽⁴³⁾若干違う点を拾ってみれば、拡大剝奪は剝奪制度の派生型であるが故に、本来の剝奪制度において求められているほどではないが、行為と客体との関連が求められる点で異なる、ということである。

拡大剝奪は一定の犯罪類型において客体と違法行為との間の関連の証明の程度を軽減するものである。そしてその軽減の程度において行為者の側に挙証責任が転換されることになる。換言すれば、本制度においての『由来の推定』は、それがなされた場合、本制度の客体たる資産の由来についての挙証責任は、

行為者の側に課される、ということである。そして、『対象となつた資産の由来が証明し難い』場合、それについての申告が強要される→申告をせねば、財産を剝奪するという結果を甘受せねばならない→限りにおいて、許容されてはならない、『近道』自白の強要』が許されることになる。⁽⁴⁴⁾このことは無罪の推定原則から導かれる機能の一つである、『被告人の黙秘から彼に不利な推定の何等のものも導かれてはならない』、ということに抵触し、結果、無罪の推定そのものにも抵触することになるのである。

さらに『他の違法行為を行ったという推定』もまた、無罪の推定に対しての抵触は明白である。⁽⁴⁵⁾『その他の違法行為』こそが詳らかにされねばならないからである。このように、『まだ有罪認定されていない行為を刑の厳化のために考慮する』ことこそが拡大剝奪の目的とするところであると考えられることになり得るから、上記推定もまた、無罪の推定に対し抵触することになる。

このことにつき連邦下院の草案は、その理由書において七三d条の対象となる行為の内容につき、『麻薬取引は組織犯罪の部分的な一領域でしかなく、組織犯罪のその他の領域における銃器の密輸入、人身売買などを始めとする、多様な犯罪形態に

結び付けられることは往々にしてある』という理由でもって、違法な行為に資産が由来する形態についての記述を断念した。⁽⁴⁶⁾この事についても、上記の批判が同じく加えられるであろう。

第四節 法規の明確性の原則及び行為責任主義との

関連⁽⁴⁷⁾

G. G. 一〇三条二項は基本原則たる『法律無くば刑罰なし“nulla poena sine lege”』に憲法上の地位を与えるものである。そしてこの原則が『法規の明確性の原則』を形成したのである。⁽⁴⁸⁾

この原則によると、犯罪行為も、その法的効果もまた刑法上十分な明確性をもって規定されねばならない。というのも、『所為を合法的に行うには、いかなる所為に、いかなる刑罰が科されるのか』という事が何人にも予見し得るものでなければならぬからである。無論、犯罪の効果を法律上明確にすることのできる基準は構成要件のそれに勝るものはない。そして対象となる行為の効果は、そうした構成要件によって特定され、そしてそのような行為がその重大性によって区別ができるものである限り、『上限と下限が規定される』という事で十分とされる。⁽⁴⁹⁾その他の点において不明確な余地があることは、上記

原則に對しての抵触ではなく、むしろ個々の事例においての柔軟な量刑を可能とするために必要なことであると考えられている。

しかし乍ら、刑法四三 a 条の資産刑はその対象となる客体の価額の下限を規定せず、文言において挙げられている、『行為者の資産の価値』は、絶対的に画された上限としては解され得ないから、資産刑それ自体は上述した意味においては、法規としての明確性を持つものであるとはいいい難いと言える。⁽⁵⁰⁾

また、本制度が適用され得ない場合は、代替的自由刑として一年以上二年以下の自由刑を科すことを規定しているが、これについても、資産刑の額と自由刑の期間をいかにして換算するかについては換算条項を欠くため不明確であり、⁽⁵¹⁾それ故に、本来その査定は速やかになすことが求められるであろうに、誤謬に陥る危険が生じる事が常に考えられる。そして、『資産を十分な確信でもって査定することができない』場合、『資産の疑わしい収奪』を判事が差し控える事が求められることになる。⁽⁵²⁾その結果資産刑は『輪郭のぼやけた制度』となってしまう。⁽⁵²⁾この事は、剝奪規定において純益主義が取られていたため、その算定が複雑になった結果、単純な事案においてのみしか当該規定が適用されていなかったことから当然想起される。⁽⁵³⁾そして

それにも関わらず、資産刑を活用するとなると、当然の帰結として、判事に広範な裁量を与えられることになって、その事は、『法の確証』⁽⁵⁴⁾において、そうした当局への『信頼』を賭けることになり不当である、とも考えられる。

また責任主義の観点から見れば、『ある責任に対して不当に重い刑を科す事は基本法の禁ずるところである』という反論が本制度には加えられている。

これに対しても、資産刑は行為者の資産のみによってその価額が決定されるのであり、その基準は違法と責任ではなく、また、広範な犯罪が行われるのを阻むには、資産が具体的に奪取されねばならないから、資産刑は基本法一条一項および基本法上認められている責任原則に反してもよく、さらに、二年以上の自由刑に当該措置を附加するかどうかといふことの裁量性が資産の奪取と責任の点で、均衡を保つのかどうかといふ事を決定することは重要ではない、という見解もある⁽⁵⁵⁾。

しかしながら、本制度が科し得ない場合一月以上二年以下の自由刑を科すことが予定されていることに鑑みれば、上記のような考え方は、違法、責任という要素をまったく無視して決定される自由刑を現行制裁体系に認めることになり、不当であり、故に、本制度は責任原則にも抵触する、と考えられている。次

節に於いてこの点をさらに検討する。

第五節 量刑の観点からの考察

以上に於いては、拡大剝奪と資産刑が所有権に対しての制裁を内容とする点で、主として基本法上の問題点からの検討を行ったが、本節では両制度が実際に適用される場合に提示される問題として自由刑との均衡を検討する。まず、以下の第一款に於いては、本稿に於いては取り上げなかったが、自由刑に附加されるということ、所有権の剝奪を行うという点で剝奪と同じ機能を有する、刑法七四条以下の没収規定の適用に制限を加えることを規定する七四b条の『均衡性（比例）の原則』規定、七三c条の『過酷（緩和）』条項が適用された事案を紹介し、『自由刑と総合しての苦痛』を財産制裁側から限定する原理はいかなるものであるのかを検討し、第二款に於いては資産刑が徴収不能な場合に科されることが規定されている、代替的自由刑について検討する。

第一款 比例の原則と過酷（緩和）条項

現行ドイツ刑法はその七四b条一項に於いて『没収が規定さ

れていないときには、没収が、犯された行為の意味及び没収にかかわる正犯者、共犯者もしくは第七四a条の場合に於ける第三者が受ける非難に比例しない限り、第七四条第二項第一号及び第七四a条の場合、没収を命じることは許されない。』と、第七三c条第一項に於いて『剝奪はそれが科されるものに不当に過酷になるであろう場合に於いては命じられない。』として、所有権の剝奪が、対象とされる者に過度の苦痛を与えない旨を規定する。しかしながら、上記規定を規定しながらも、対象となる客体が非常に高額な場合は、いかにして均衡（比例）の原則を適用させるのか、という問題は従来ドイツに於いても意識されてはいなかったのである。せいぜい、『行為に就いての違法責任の量が過少な場合に高額な客体を没収する場合』が問題とされていたにすぎない。⁵⁶ただ、全く考慮の外であったかといえはそうではなく、このような問題を投げ掛けた判例として脱税犯事例に於ける没収、前述した保安没収事例、車両の没収事例等があげられる。まず脱税の事案であるが、ラントゲリヒトによって、被告人に九か月の自由刑に附加して一万マルクの没収が命じられたのに対して、脱税額相応価額の代価没収が認められなかったことに対して付帯私訴の原告たる税関が当該価額の没収を求めて上告した事案がある。本件に於いてBGHは原審

の『RAO（旧租税法）四〇一条―脱税額の没収を規定する―は、判事に行為及び責任に応じた刑を科すことのできる裁量を与えるものではなく、さらには基本法二条三項に規定されている人間の尊厳の観点にも反して、判事に過度に過酷な刑を科すことを結果的に義務付けるものである。』という判断学説、Berg判決（Bergel 11, 126）を引用しつつ、『租税事犯に於いては主刑の枠内で必要的に規定された没収刑が伴うところの『過酷さ』を刑を減ずることにリンクさせて均衡を図る事が許容されることは疑いない・・・（中略）このような方法は当該事犯に於いては往々にして取られている手段である。』と判示した。⁵⁷つまり、没収の客体の特性（上記事例に於いては金額）に鑑みれば、賄賂制裁を科すことが主刑を減じる方向に作用する事もあり得る、との判断が示されたのである。さらに、保安没収の場合は、その効果が対将来的なものである故に、通常の没収に比較してさらに要件が厳しくなる。⁵⁸また、均衡性原則を規定した刑法七四b条に保安没収はその適用が規定されてはいないものの、保安没収にも当該原則が判例上適用されるとされている。例えば、無免許運転で罰金刑に附加された刑法七四b条二項一号によるトラックの保安没収に就き、SchH. OLGStV89, S. 156. は、『刑法七四条二項二号は七四b条に於

いては明示的には、その適用は規定されてはいないが、処分は保安目的を必要とする限りに於いて成されねばならない」という原則から均衡性（比例）の原則の制約を受ける。故に、本件で客体たるトラックの没収がなされる場合には、例えば、トラックの売却の指示等により緩やかな手段が行われねばならない。本件に於いてはかような事柄を考慮したとは考えられない。故に没収は不当である。』と判示している。要するに、保安没収に於ける『より緩やかな手段の考慮』もまた均衡性（比例）の原則を担保する制度であるということである。詰まるところ、没収を科するに当たっては、それが附加して科されるところの『自由刑と総合しての苦痛』をも考慮にいれられることが求められるのである。

では、本来の法的性質が『原状回復に類似した処分』ともされる剥奪規定に絞りを掛けるべく適用される過酷（緩和）条項はどの様に適用されることになるのか。通説によれば、条文にいう『不当に過酷な場合』とは、行為による利益が軽度の立法上の禁止に反して得られた場合、またはそれがごとごとく費消された場合、もしくは違法な利益が既に投資され、それを奪取することが対象者の行っている営業等を脅かす場合である、とされる。実際に適用が問題となった事案としては、ある市の土

木課に勤務する公務員が道路工事の発注に際して、商社より賄賂を受け取ったとして、被告人たるその公務員に三年六か月の自由刑に附加して、收受した一〇万二二八〇マルク、二五四万九一〇四マルクの剥奪を命じた事案に於いて、当該客体に就き支払っていたとされる高額な所得税を控除することを考慮しなかつたとして、被告人に『不相当に過酷』であると判示した事案⁽⁶⁰⁾。また、下級審のラントゲリヒトが『少からぬ量の』ハッシン取引を行い、五万マルクを得た被告人に、三年九か月の自由刑と、麻薬取引によるものとされた被告人の預金残高三万マルクの代価剥奪が命じられた事に対して、全額の剥奪を求め上告された事案に於いてBGHが、当該条項を適用して原審を支持した事案がある⁽⁶¹⁾。またラントゲリヒトのレベルではあるが、本条項適用のメルクマールに『再社会化』、つまり剥奪宣告をなされた後の行為者の生活状態をも考慮すべし、として麻薬取引に由来する三万六千マルクのうち二万マルクの剥奪しか命じなかつた事案もある⁽⁶²⁾。

既に述べたように、没収、剥奪の本来的な意義は『法的に無効な所有』を否定するところにその意義が見出だされるべきものである。そして、それが自由刑に附加される事を考えれば、当該制度に於いて積極的な効果を持つべきものではないと考え

られる。つまり、自由刑を主刑としている以上は犯罪の否定的評価はそちらで行われるのが筋であり、自由の剝奪という効果で否定的評価が与えられる以上は、財産制裁といういわば附加的なレベルでは過度の苦痛を与える事は許されないものと考えられる。換言すれば、没収、剝奪といった財産制裁は一次的にその対象者に苦痛を与え得るものでなく、いわば、『客体を使用、産出、取得することが法秩序に反する場合に、それを回復する手段』である。繰り返すが、その場合、使用、取得といった行為面は主刑のレベルで評価される事、勿論である。故に没収、剝奪といった財産制裁が科されるべき場面は、主刑を行為者に科してもなお客体の存在が所有権が濫用されたが故に回復される事が求められる場合であろう。そして、かかる『所有権の濫用（違反し違法）』の否定（＝犯罪の否定）といった点に於いて、刑罰的側面が見出だせ得るものと考えられる。そしてこの点に於いてまさに、『自由刑と総合しての苦痛』が相当なものであることが求められているのである。

第二款 代替的自由刑に就いて⁽⁶³⁾

次に資産刑に於いて、それが徴収不能場合に科される『代替的自由刑』を検討する。当該制度に於いて、最も重大な問題

を投げ掛けるものは『自由と資産の間に換算条項が存在しない』ことであつた。⁽⁶⁴⁾

立法者は資産刑は行為者の責任量に應じて自由刑と共に総合的に決定されねばならないとした。⁽⁶⁵⁾ 結果、資産刑は自由刑を減ずるべく作用するということになった。つまり、資産刑の適用を指示する法規に対しての違法行為がなされた場合、まずその違法行為につき自由刑と資産刑を量定し、それと同時に資産刑に相応する代替的自由刑を決定することになるのであつて、本来科されるべき自由刑“Die an sich verwirkte Freiheitsstrafe”とは別のものとして、資産刑（及び代替的自由刑）が決定されるのではないということである。⁽⁶⁶⁾ そして、ここから代替的自由刑と資産刑との間をいかに換算するのか、という問題が生じるのであるが、これについては明確な基準が存在していないのである。

このことはそもそも立法者が自由刑と資産刑（代替的自由刑）が二つながら責任量に相応しななければならない、としながらも、それについての量刑基準のルーティン化をしなかつたことを原因とする。立法者の見解によれば、『裁判所は広範囲に亘つて量刑についての裁量権限を持つ、つまり、五日の日数罰金から一〇年の自由刑に達するまでの刑罰枠において責任に應じた刑

を科す権限を持』ち、『判決がされる場合において資産刑と自由刑の位置価値を正確に査定する地位にある』⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾と云う。

しかしながら、裁判所に無制限に上記査定を許容することは軽率である。それは不平等かつ恣意的な法の適用が行われる危険を生じさせることになる⁽⁷⁰⁾、と批判されているのである。

さらに本制度は『本法を指示する法規につき、違法行為が行われ二年以上の自由刑が科された場合』に、附加されるものであることから、刑法五六条二項によって執行猶予を行うことはできない。従って、『資産刑の適用を指示する法規の構成要件に於いて、刑罰枠の拡大が生じ』ることになる。とりわけ問題が生じるのは自由刑の上限一杯のものに、本資産刑が附加される場合である。つまり、自由刑の上限一杯のものである一五年に資産刑を附加した場合、資産刑の対象となる資産が存在しなければ、代替的自由刑によって本来科された自由刑は一五年という上限を越えられることになる⁽⁷¹⁾。

しかし、刑法は五四条二項二文において実質的に競合する、多数の犯罪のうちの一つに一五年の自由刑が科される場合に刑の総計が一五年を越えることを禁じた。このことと、上記のこととは全く相入れないものとなってしまうのである。

第三章（註）

(1) Jung, a. a. O. S. 72f.; siehe auch Schulte/Heinrichs, a. a. O. S. 156f. 171f.

(2) Krey/Dielamm, Gewinnabschöpfung und Geldwäsche JZ92, S. 356f.

Siehe auch: Kohler/Beck, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktion JZ91, S. 797 (799)

(3) Dessenker, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtpraxis S. 348 (353) なお、無差別没収を時系列に追えば、一九世紀の初頭に啓蒙主義の台頭によって資産の無差別没収はほとんどすべてのラントの憲法から除外されていた。そして、一八七一年のドイツ帝国刑法は犯罪供用物件の個別的没収を四〇条において規定することによって一般的な無差別没収を明示的に拒否するに至った。しかしながらこれらいわば、リベラルな潮流はナチズムの台頭によって引き戻されることになる。殊に、一九三四年四月二四日の刑法改正法によって、刑法八六条として『逆罪の首謀者として有罪宣告を受けた被告人からの経済的基盤の奪取』が規定された。当該法規は一九四六年占領管理委員会立法一一号によって削除された。しかし、東ドイツは占領期間中よりこの制度を維持した。後に一九六八年になってその五七条において三年以上の自由刑に附加して、『社会主義的な国民経済に対し

ての国事犯、及び重罪』に適用がされることになった。また同国においては、一九四八年の経済刑事規則一条一項を根拠として対象となる者の経済的基盤は容易に剝奪されることになった。その内容は重懲役に附加して資産の没収もまた科され得る、というものであった。この制度はさらに同国における一九五二年の第一二回党大会において、ドイツ社会主義統一党が社会主義的政体の構築を宣言し、さらにそのことが国民の階層における中産階級や農民に対しての階級闘争に結び付けられるに至り、有効な手段とされることになった。まさに、歴史的意義での無差別没収が同国において再現されていたのである。なお刑法五七条は一九九〇年の第六次刑法改正において削除されたが、重罪の一つである『信用の濫用の罪“Vertrauensmißbrauch”（一六五条）』に対しては適用されてきた。：vgl. Jung, a. a. O. S. 113f. Dessecker, a. a. O. S. 354. なお、リュートツァースは以上に紹介したような歴史上の無差別没収の推移から導かれ得る理論を『法理論、方法論的の事象及び概念、さらには、手段を政治的、イデオロギー的に利用することは、重大であり、かつ、既に一般には顧みられることなくなっている危険要素である。法的手段の多用化及びイデオロギー化は、法理論及びその批判的分析の客体として見なさねばならない。』と主張する。Ruthers, Entartetes Recht Rechtslehren

und Kronjuristen im Dritten Reich 2. Aufl. München 1989

S. 184.

(4) 本章第二節参照。

(5) 本章第三節参照。

(6) Jung, a. a. O. S. 72f.; siehe auch Schulte-Hirrichs, a. a. O. S. 156f.

(7) Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz-Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen-Tübingen 1960 S. 85f.

(8) Zeidler, Strafrechtlich Einziehung und Art. 14G. G. NJW 1954, S. 1148f.

(9) Glisdorf, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Einziehung IZ 1958, S. 685.

(10) Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum 1969, Tübingen, S. 170f.; siehe auch: Stree, a. a. O. Fn. (7) S. 91.

(11) Jung, a. a. O. S. 75.; siehe auch: Schulte-Hirrichs, a. a. O. S. 177.

(12) 前註 (三) 参照。なお、所有権の保障について BVerfG の目下の所の立場は、『金銭支払義務の賦課が一条の所有権保障を侵害するのは、それによって、対象者の財産状態に過度の負担がかけられる場合である。』というものであり、そしてそうした『過酷な効果』は金銭支払義務

- の内容たる価額が、所有権の利用を経済的に不可能とする場合には常に推定されねばならない」とする。… BverfGE17, 135 (137)
- (13) Jung, a. a. O. S. 73 Fn. (168) の文献を参照。
- (14) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, 2. Aufl. Tübingen 1954 S. 42.
- (15) Kimmich: in Kommentar zur Bonner Grundgesetz Band 2: Art. 14 Rn. 207.
- (16) Schulteintrichs, a. a. O. S. 176f.
- (17) Bf-DRS. 11/6623 S. 7.
- (18) Dreher/Trendle StGB 44. Aufl. zu 74, Rn. 16. なお、エーバーバツハは、麻薬取引に際して金員が購入者側で発見され、特にその用途が特定される場合は、①金員が取引の時点に用意されていたこと、②その金額が既に判明している麻薬の価格に相応するものであること、等の要件が満たされれば、保安没収の要件である『具体的危険』が満たされ没収し得る」とする。: Eberbach, Einziehung und Verfall beim illegalen Betäubungsmitteldeiktien NSZ 1985, S. 297 Fall. 6.
- (19) 保安没収には第一章からも分かるように非常に厳格な要件が求められる。また本文では典型的な本制度の客体の一つとして武器をあげたが、武器法 (WaffG) 違反の事例で、客体が非常に高額であるが、被告人は単なる収集者であるから、均衡性の観点 (↓後述)、条文上の『より緩やかな手段』の考慮から被告人の没収命令不当に就いての上告をBGHが認めた事案すらある。: BGH NSZ 1981, S. 104.
- (20) Eser, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? in: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Stree, Wessel-FS, S. 836.
- (21) Jung, a. a. O. S. 87f.; siehe auch: Schulteintrichs, a. a. O. S. 156f. 無罪の推定原則は一九五〇年一月四日の『人權と自由の保護に就いてのヨーロッパ条約 (EMRK)』六条二項に規定され、ドイツに於いては本条約批准後、一九五二年八月七日より発効した。EMRK六条二項は『法律上有罪の立証がなされるまで可罰的行為を行ったこと』を理由に被告人となつた者は無罪と推定される』と規定。
- (22) Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Betterman / Nipperdey / Scheuner, Die Grundrechte, Bd II/2, S. 990. なお、本原則は G. G. 一条一項の『人間の尊厳、からも正当化される』; Jung, a. a. O. S. 87, Fn. (210) の文献をも参照。
- (23) BverfGE74, S. 369; 9, S. 167f.; 22, S. 254f.; 35, S. 311f.
- (24) BGHSt19, S. 1. (4)
- (25) Jung, a. a. O. S. 94. なお、Jung, a. a. O. S. 94, Fn (226)

- の文献をも参照。
- (26) 資産刑と証言の自由との関連については、Jung, a. a. O. S. 106ff.
- (27) Jung, a. a. O. S. 96.; vgl. Kleinknecht/Meyer, StPO 40. Aufl. zu 261, Rn. 2.
- (28) Jung, a. a. O. S. 97.
- (29) Jung, a. a. O. S. 97.; vgl. Kleinknecht/Meyer, a. a. O. Fn. (27) zu 261 Rn. 66.
- (30) RGSt61, 206.
- (31) Jung, a. a. O. S. 30.; vgl. BR-DRS. 219/91 S. 72.
- (32) Jung, a. a. O. S. 90f.
- (33) Kreuzer, Protokolle. RA-31. Sitzung, Anlage, S. 54.
- (34) Jung, a. a. O. S. 90. なお、アルツトは本制度を『「ソッテル詐欺」』と痛烈に批判する。; siehe auch, Arzt, Geldwäschelei-Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereiterung und Begünstigung, NStZ 1990, S. 6. 同種のその他の批判については、Jung, a. a. O. S. 90. Fn. (219), (221) の文献をも参照。
- (35) Jung, a. a. O. S. 90. なお、Jung, a. a. O. S. 90. Fn. (223) の文献をも参照。
- (36) BverfGE19, 342 (347); 35, 311 (320)
- (37) Kühl, Unschuldvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983. S. 13f.; siehe auch; Krauß, Der Grundsatz der

- Unschuldvermutung im Strafverfahren in: Müller-Dietz, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik S. 84ff.; Sax, a. a. O. Fn. (22) S. 971.; Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren 1963 S. 23f.
- (38) Jung, a. a. O. S. 91.
- (39) Jung, a. a. O. S. 33.; vgl. BR-DRS. 219/91 S. 71.
- (40) Jung, a. a. O. S. 98.
- (41) vgl. Dreher/Tröndle, StGB. 46. Aufl. zu 43a Rn. 3.
- (42) Jung, a. a. O. S. 99.
- (43) 拡大剥奪と本原則との関連についての考察は ; Schultehinrichs, a. a. O. S. 155ff. に詳しい。
- (44) Schultehinrichs, a. a. O. S. 167ff.
- (45) Schultehinrichs, a. a. O. S. 168.
- (46) Schultehinrichs, a. a. O. S. 168.; siehe auch: Eser, a. a. O. Fn. (22) S. 836.
- (47) Jung, a. a. O. S. 108f.
- (48) vgl. Rudolphi, in: SK 15. Aufl. 1992 zu 1. Rn. 5
- (49) vgl. Gribbohm, in: LK 11. Aufl. Rn. 62.; Schönke / Schröder/Eser, StGB. 24. Aufl. zu 1. RN. 23
- (50) さらに、金額が無制限の罰金刑を科し得ないことを EGStGB 一一条一項が規定しているのにもかかわらず、このことは結論されよう。; Jung, a. a. O. S. 109. しかしながらこのように、資産刑の価額は常に被告人の資産の価値によつ

て自然に決定されるものであり、それはまったく明確性の原則を満たしている、というのも、殺人罪に「自然的限界」として終身刑を科すことが明確性の原則に抵触しない、と見做される限りにおいて、資産刑もまた同様に考えられねばならない、とする。また、刑法四〇条一項二号、二項三号、五四条二項二号に規定される刑罰枠における判事の裁量余地は、五日から、七二〇日の日数罰金を、その額二マルクから一萬マルクまでの額で科すことができる、つまり、一〇マルクから七二〇万マルクまでの範囲に及ぶから資産刑の不明確性についての批判は過剰、とする。：Jung, a. a. O. S. 109. 本制度の不明確性につき批判的な見解を述べるものとして、Dreher/Tröndle a. a. O. Fn. (39) ; DRiZ 1990, S. 107; siehe auch, Krey/Dielamm, a. a. O. Fn. (2) S. 357; Eser, Protokolle RA-31, Sitzung, S. 109.

(15) Kohler/Beck, a. a. O. Fn. (2) S. 800 (c), 803 (b); siehe auch, Selle, Die Vermögensstrafe eine strafrechtsdog. matisch Annähreng wistra, 1993, S. 218. sub. IV また、パルクは第二章註(三四)の判例の評釈において、『BGHが強調した事は、資産刑においては絶対的な刑の高さが問題であるのではなくて、個人々人への刑罰効果こそが問題である、ということであり、これによって、換算基準が定式化されなかったという誤解は解消される、と』

ことであった。』としながらも、『BGHは、資産刑決定の反射効果において保障されるべき自由刑の減刑は行為者の優遇になる、ということを受受した』とした。このことよってBGHは、『自由刑の減刑は被告人にとっては、特別な、本来は不当な幸運を意味する特別な、賞与を意味する、という印象を成立させた』とする。：Park, JR 1995, S. 345.

(25) Selle, a. a. O. Fn. (51) S. 211. sub. III

(35) Guntert, a. a. O. S. 95f.

(54) Schoreit, Für und gegen Vermögensstrafe MDR 1990, S. 1 (3) sub. III. B. 3. 一方、制度そのものに問題があるにしても、『国家が当該制裁の対象となっている利益の発生、濫用を防ぐためにその権限を行使してゐる。』という感情を国民の中に喚起することも考えられ一概に無効とせざるべき、と云ふ立場もある。：Perron, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall JZ 1993, S. 918 (921)

(55) Krey/Dielamm, a. a. O. Fn. (2) S. 357. (b)

(65) Stree, a. a. O. Fn. (7) S. 100f.

(57) BGHSt. 16, S. 282. (288)

(58) 第一章参照。

(59) Schönke/Schröder Eser, StGB. 24. Aufl. zu 73c, Rn. 1

(60) BGHJR 1985, S. 248~49.

(16) BGHNSiZ, 1986, S. 267.

- (62) 〆〆〆〆 BGH はこの判断を不当と判断、剥奪を命じた。 BGHStV 1995, S. 415-6
- (63) Jung, a. a. O. S. 66ff.
- (64) Jung, a. a. O. S. 67.; Weblau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? StV 1991 S. 234.; siehe auch: Schoret, a. a. O. Fn. (54) S. 2.
- (65) BT-DRS. 11/5461 S. 6.
- (66) 第二章註 (三四) の判例を参照。
- (67) BT-DRS. 11/5461 S. 6.
- (68) Jung, a. a. O. S. 48.
- (69) BT-DRS. 11/5461 S. 6.
- (70) Jung, a. a. O. S. 48.; Meyer, Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe? ZRP 1990 S. 88.; siehe auch: Köhler/Beck, a. a. O. Fn. (2) S. 800.
- (71) Jung, a. a. O. S. 51.

第四章 結語

以上見てきたように、ドイツに於いてもわが国とはほぼ同じ理由で、利益収奪制度が整備されたのではあるが、主として無罪の推定原則及び、『過酷な刑の禁止』の原則から問題が投げ掛

けられているのである。

資産刑についても、拡大剥奪についても、それに存在する問題の根底は、『将来における再犯を防止するために財産上の基盤を奪う』という「将来的な」保安的観点と『違法行為によって得られたものは奪われねばならない』という「回顧的」な、原状回復的な観点が一つの制度の上に重畳させられたことにあるように思われる。

前者である保安的観点が、全うされ得るのは基本法上の所有権保障の点で説明したように、客体が違法行為に利用されるといふ『具体的な危険』が存在する場合のみである。⁽¹⁾立法者はそれを回避するために、組織犯罪対策法において上記二制度が適用される場合、つまり、危険を精緻に類型化した。しかしながら、無罪の推定という点からは、『ある犯罪行為を行ったからといって、将来において再び犯罪を行うという事は推定されないし、『客体たる資産が違法行為に由来する』ということの推定も、現に問題となっている行為についてしかそれは許されな⁽²⁾いものだと考えることが妥当である。

ことに資産刑はその性質において、内容的には財産の剥奪を⁽³⁾目指すものでありながら、より効果的な剥奪を行うために、外見上は『国家に対しての金銭給付義務の賦課』という体裁を取

つたため、外見上、客体と違法行為との間の関連が求められずともよいものとなった。

しかしながら、このような立法態度は、論者のいうがごとく『レットル詐欺』⁽³⁾の誘りを免れ得ないし、制度本来が持つに至った性質上の問題を解決するものではない。

また上記で検討したように、形式的に責任主義を遵守しようとして資産刑においては代替的に自由刑を科すことが規定されたが、これとても、換算条項を欠くという点において裁判所に不当に広範な裁量権を与えることになってしまった。無差別没収・Konfiskation⁽⁴⁾が恣意的に刑法上運用されたことを鑑みれば、本制度はエーザーやトレンドルが痛烈に批判するように『歴史の逆行』と表されても仕方のないものであろう⁽⁵⁾。

ただ、違法行為の証明が困難を伴うことに鑑みれば、その対策として、一定の犯罪類型において証明程度を軽減、することまでは正当であるといえる。この意味において拡大剝奪は許容されるものであるとも考えられる。

しかしながら、上記のような対策からさらに一步進んで保全的観点を加味することは、刑法上保安没収が規定されていることから考えれば、一見不当にも思われないが、すでに述べたように、保安没収の客体は物の性質自体が危険を助長するもので

あるから、金銭を始めとする財産は、社会一般に流通し、その用途も多岐にわたるものであるから、行為者の危険性をその尺度として剝奪の客体とすることはできないものであろう⁽⁶⁾。

以上を前提とすると、拡大剝奪はどの様に評価されるべきであらうか。

本制度の適用が予定されている犯罪類型は組織犯罪対策法に規定されているが、その組織犯罪対策法 (ORG) は、いわゆる組織犯罪が麻薬犯罪のみに限られず、それは通貨の偽造や、売春などの犯罪形態にもみられ⁽⁷⁾、人的側面において最近は国際的レベルにまで広がっているとも考えられ、そしてそういった人員はより高額な不法利益を得るために、より犯罪的なエネルギー、犯罪的資本と関係をもつ傾向にあり、そうした『危険な利益志向』に基づき、より安全かつ合理的に利益を上げるために上記人員を組織していることに鑑みて導入されたものである。そしてその根幹をなす思想は『組織犯罪』⁽⁸⁾ に対しての有効な対策はその経済的基盤を奪うことである⁽⁹⁾ というものであった。

このような思想を背景に本法においては組織犯罪の形態が限定されることになった。それらに共通する特徴を拾ってみると、ある犯罪類型について特別な加重類型である、ということである。

それらは、一定の犯罪類型が『営業的に“gewerbsmäßige”』又は、『集团的に“bandenmäßige”』に行われることを予定して(6)いる。

ここで、以上に述べたような性質を持つ犯罪類型につき実際にそれが行われ訴追がなされたと考えてみよう。至極当然のことであるが、拡大剝奪が科されるにはそれらの証明がなされねがならない。ここで問題となるのはその際の刑罰要件事実は何かということである。

それが贓物の故買であるにしろ賭博であるにしろ、刑罰の要件事実はそれらが『営業的または、集団により』行われたことまでの証明がなされなければ拡大剝奪は科し得ない。

無罪の推定に対しての抵触を理由とする本制度への批判は『行為と、対象となる資産との関連が不明確の場合であってもまた剝奪を科すことは不当である』というものであった。しかしながら、上記のような類型において違法行為が行われた、というには無論、当該行為が『営業的に、又は、集団により』行われたことが求められる。そしてそうした証明は厳格に行われねばならない。そしてそうした証明が厳格に行われれば、つまり、当該行為が『営業的に、又は、集団により』行われたことが厳格に証明されれば、前記要件を欠く同種の行為よりも利得

を得たことの可能性が高いとの推定がなされ、その結果として拡大剝奪の対象となる資産が問題となっている行為に由来することを一律に推定することが、本法の趣旨であるとも考えられる。つまり規定された行為が『営業的に、又は、集団により』行われたものであるなら、もともとそうした行為態様は本制度の導入理由にあるがごとく『より高額な利益を容易にかつ安全に得るべく』行われたものであるから、対象となる財産がそうした違法行為に由来するものであることに推定が働いても、無罪の推定に対して抵触することはない、と考えることができる。でないとする、違法行為の類型を新たに設けたことの実は失われてしまう、とも考えられるのである。

一方、『将来における犯罪の基盤を奪う』という立法の趣旨が同原則に反している、という見解もあるが、これについても刑法上の保安没収が容体の危険性が認められれば、その適用が可能となる一方、本制度は適用される類型(Ⅱ危険性)が極めて限定されていることを鑑みれば、無罪の推定の原則に触れることはないとも考えられる。

しかしながら判例は責任非難の査定において『相当高度の蓋然性自体ですら、必須たる判事の心証を補い得るものではない』と判示している。(10)従って、上記のような性質を付与された犯罪

類型においてもまた、拡大剝奪の活用が許されるのは『証拠の採取と判断を十全に行つた結果、被告人は命令により把握される客体を違法行為から得た』という絶対的な心証を得た場合』であるということになる。⁽¹¹⁾

このように考えて初めて拡大剝奪はその存在意義が見出だされることになると言えよう。

拡大剝奪は本来は剝奪制度の派生型ともいべき性質を持つ以上、対象となる範囲が拡大されても、違法行為との関連の証明を厳格に求めることによって制度としては有効に機能し得るものと考えられる。

しかしながら、それが附加される自由刑との『総合しての苦痛』をいかにして適正なものたらしめるのかという点に至り、再び問題が生じるのである。ここで、没収、剝奪制度の本来的性質に立ち返つてみれば、それらは『違法な所有権の濫用』をその発動のメルクマールとするものであり、そういった『濫用』行為自体は本来自由刑によってそれは評価されるべきものなのである。してみれば、所有権の剝奪によって受けることになる苦痛が不当になることは、むしろ自由刑との関係を曖昧にするものになるのではないか。上述したように没収、剝奪といった附加的な処分のその機能が『所有権濫用の否定』であつて、

そうした濫用行為自体が主刑のレベルで評価される以上は附加的なレベルでの否定的評価は副次的なものにすぎなくなるといえよう。そして、この点から附加刑のレベルに於いて、犯罪対策を行うことの矛盾が帰結されるのではないだろうか。

翻つて、我が国が新たに整備した麻薬特例法上の制度を見て、同じ問題を内在していることが看取せられるのである。殊に、制度上自由刑の賦科がその前提となる以上、没収の対象範囲は自由刑賦科の原因となつた刑罰要件事実に限定され、独立して没収を科せない我が国の制度に於いて、推定規定を設け、主刑に対応する刑罰要件事実以外の対象にも対応し得る、新制度は従来 of 没収制度を大幅に逸脱するものである。換言すれば、まさにドイツに於いても我が国に於いても『再犯の基盤を奪う』という点を強調する余り、没収、剝奪制度が『一定の行為を契機として（対して）ではないことに注意』科される、新たな財産制裁を整備したとも言えるのである。

ただ、制度それ自体の失敗を構想することは、いみじくもドイツに於いて新たな制度の反対者側からも述べられたように、国民の法に対しての確証にショックを与えることになり、それ自体何等の実益もない。⁽¹²⁾ よつて、既に述べたように本制度を機能させる以上は拡大剝奪の運用で論者が主張し、判例に於いて

も述べられたように、対象たる客体と、違法行為との関連性の証明を厳格に求めていくことで運用が計られるべきであろう。

一方、特例法上の没収が従来の刑法一九条以下の没収規定とは異なっており、対象が果実、転得財産までに拡大されていることを考えれば、対象の高額化が予想し高額な財産上の価値を取得している場合、その原因と行為（群）に対しても高い可罰性が問われることであろうとされ、るから、やはりここに於いて、前述した自由刑との『総合しての苦痛』例えば、特例法八条に規定される行為に予定されている刑が、無期または五年以上の懲役及び、一千万円以上の罰金である事を想起し、『をいかに適正なものたらしめるかに就いての問題が残るのである。』

また、資産刑についても、既述のように多々問題を含む本制度についても、これが『行為者の責任が重大ではあるが、資産が犯罪行為に由来することが証明され得ない場合』という隙間に対応するものであり、『制度そのものに問題があるにしても、』国家が当該制度の対象となる利益の発生、濫用を防ぐためその権限を行っている。』という感情を国民の間に喚起することも考えられ、一概に無効とはいえない。』という観点、さらに、『資産がより広範な犯罪に利用されるのを阻む』という観点それ自体は適性である。』という観点から有効に機能させるべく、

『どのくらいの期間、行為者は対象となった資産によって生計を維持したか。』、『資産刑に相応する資産を得るために行為者は個人的な資産権限をどのくらい長く使用したか。』、『資産刑によって把握される価額が行為者にとっていかなる意義を有するか。』ということ等、つまり行為者の消費態様を考慮することで、本制度に伴う『不明確性』を克服しようとする提言もなされている。¹³⁾

しかしこれらの見解についても、まず『行為者の責任が重大ではあるが、資産が犯罪行為に由来することが証明され得ない場合、』という隙間を埋める』ということについては、行為者の責任の重大性は自由刑によって既に評価されているし、責任量と資産の価値を換算することは、その換算条項を欠くことの故に非常に困難であると考えられている。そして、その後の見解に付いても、行為者の消費生活の態様を資産刑の判断基準とすることは、制度自体を日数罰金制度の換算基準に類似したものに係らせることになってしまい、このような考えから、資産刑は果して新たに導入するべきものであったかどうか、疑念が向けられていたのである。換言すれば、既存の剝奪制度の改正、日数罰金制度の改正でより有効な財産制裁を行う、という目的は達成されていたのではないのかということが主張されていた

のである。

実際、本制度についてはその立法が検討された際に、ドイツ社会民主党 (SPD) 及び、ドイツ裁判官連盟 (DRB) から対案が出されていた。前者は旧七三条以下の剝奪規定による処分制度を拡大するものであり、その内容は『利益の収奪』及び、『マネーロンダリング』を含むもので、七三条以下の処分システムの拡大によって行われるものであった。つまり、四四 a 条として、『つまたは複数の可罰的行為によって不法の利益を得たものは、それに相応する価値の価額の支払いを命じられる。』という内容のものを導入し、さらに、旧七三条一項一文の『財産上の利益』の文言を『利得の返還』とすることによって、利益の収奪に際して被告人が違法な犯罪取引に投資したものをすべてを奪取することによって純益主義の弊害を克服することを意図するものであった。

一方、DRB もまた、法規の明確性原則に対しての抵触⁽¹⁴⁾を理由に本制度に反対していた。そしてその違憲の表明において、『刑法はその四一条において行為者が行為によって利得を得た場合は、又は、それを試みた場合、自由刑に附加して罰金刑を科すことを規定している。この規定のあらゆる構成要件メルクマールは麻薬取引によってみされることになる。そして七三条一項

から明らかになる財産上の利益の限定はここでは妥当しないことになるから現行法規による対応は可能である。』という見解つまり、剝奪ではなく罰金刑によって対応すべき、という見解を出していた。そして SPD がそうであったように DRB もまた対案を出していた。その内容は立法者が現行法において可能とした罰金の最高額、つまり、日数罰金一〇〇〇〇マルクを三六〇日科すのでは不十分であるから、それを二重に科す、つまり、BANG 二九、三〇条違反の場合には七二〇日間の日数罰金を科し、さらに四〇条二項三号における罰金額の上限をさらに上げる、という日数罰金の高額、二重化を行うというものであった。

上記対案⁽¹⁵⁾は研究者の間においてそれなりの支持を得ている。前述の様に、刑法上における剝奪制度が回顧的なものであり、原状回復的な性質にその本質⁽¹⁶⁾が求められる以上、当該制度にそれ以上の機能つまり、保安的な性質をも含ましめるのは究極的には矛盾するものと考えられる。換言すれば、既に述べたようにこれら二制度は行為と客体との関連性の証明程度の不足を、危険性というメルクマールで補おうとしたことに問題があったのである。そして結果として、客体の高額化、由来の推定が問題となり、附加刑のレベルで制裁を拡大しようとした結果、そ

れが本来科される自由刑との均衡が問題となつた。つまり、あくまで附加刑レベルでの制裁枠の拡大は、それを刑と位置づけようが、保安処分としようが、相対的に自由刑を減ずることも有り得るのである。そしてまさにこの点に於いて、没収、剥奪という附加的な処分のレベルで犯罪対応を行うことの限界が露呈される。これらの事が意識されていたからこそ、主として日数罰金制度の拡充を骨子とする対案が主張されたものと思われる。

確かに、拡大剥奪については、その証明程度を軽減したことによつて、類型的な性質を持つに至つたことは既に述べた。しかしながら、これとても上記のように『客体となる財産が犯罪行為に由来する』ということが絶対的に証明された場合にのみ適用されるべきと考えられるから、この意味においては『原状回復的性質』の領域からは完全に分離され得ないものである。それが仮に『保安的な』性質を持つとしても、それは、適用される場合が限定され、そうした類型が『反復継続的に利益を上げていた可能性が強い』という性質を持つ付随効果でしかないと考えられるべきである。

纏纏述べてきたように、拡大剥奪と資産刑は制度として問題が多く、ことに後者は法治国家の原則上、論者が言うように『無

差別没収』の誇りを免れ得ないものと考えられている。敢えて、その正当化を試みるとすれば『刑事政策的に必要であるから』というトートロジー的な理由しか見出だし得ない。後者の拡大剥奪においても、その適用にさいして、証明程度を厳しく求めることで運用されることにならう。そしてそれは所有権保障、無罪の推定といった原則からの当然の帰結であり、この点に於て、当初立法者が意図していたような、『再犯の基盤を奪う』という政策的要請は二次的なものにならざるを得ない。もつとも、我が国の麻酔特例法上の没収規定に就いて言えば、従来、果実や利益の没収を刑法は認めていなかったのであるから、新たにそれを設けたことで、一般予防的效果がcausingて認められよう。

由来、麻酔犯罪が重大なものであり、それにより行為者が多額の利益を被害者の損失によつて得ていることは周知のことである。しかしながら、当該犯罪類型が『無罪の推定原則』、『過酷な刑罰の禁止』といった原則をある程度度外視してまで、対応がされるべき重大な犯罪類型であるとするならば、何故にこれへの対応が主刑でなく附加刑のレベルで行われねばならなかったのが疑問として残る。現に、本稿で参照したドイツの制度に於いても、行為が重大し無期または二年以上の自由刑が科

される場合ゝな場合、それに対しての否定的評価は主刑ゝ資産刑が適正なものであるか否かは別にしてゝよつてのみ行われるのである。ここには、犯罪が重大な場合は、客体たる財産上の価値と違法行為の関連は最早、度外視し、主刑のレベルで厳しく対応すべき、という姿勢が見られる。そして、この制度の対策として前述したように日数罰金制度の拡充案が主張されていたことは我が国に於ける財産制裁のあり方に、甚だ示唆を与えるものと考ええる。上述のように、附加刑レベルでの処罰範囲の拡大はそれが附加されるところの主刑との関係を罪刑の均衡、及び刑の一身専属効といった点で曖昧にするものであり、ここから、不当に過酷な刑罰が科されるかもしれないという危険が生じる。資産刑の対策として、主張された日数罰金制度の拡充案はあくまで相対的なものであるが主刑と附加刑の関係如何、といった問題をクリアし得たものと思われる。ただ、我が国においては、罰金制度に於て日数制は取られていず、改正刑法草案に於ける当該制度に対しても否定的な声が強かった。しかしながら、新たに整備した制度の提示した問題が本稿で述べたように、附加刑たる財産制裁の没収制度の限界性を示すものである以上は、それを克服するものとして没収、罰金制度といった財産制裁を再検討しそこで当該諸制度をどの様に構想する

かは他日を期するしかないがゝすべき時期にきていることを主張し本稿の結びとしたい。

第四章(註)

(1) 第三章第二節参照。なお、第一章(5)ゝ(8)をも参照。

(2) 拡大剝奪の適用にはこの立場が取られているとされる。

・BGH NSZ 1995 S.125. 本判例の内容に就いては後註

(11) を参照。また本制度の施行前よりこの事をウエスラウは主張してゐた：Weblau, Neue Methoden der Gewinnschöpfung? — Vermögensstrafe, Beweislastumkehr —, StV 1991, 5, S. 227.

(3) Arzt, Geldwäsche — Eine neue Masche zwischen Hehleri, Strafvereiterung und Begünstigung NSZ 1990 S. 6.

(4) 無差別没収“Konfiskation”の歴史的展開については、第三章註(3)を参照。

(5) Eser, Neue Wege der Gewinnschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? in: Stree, Wessels-FS, S. 836ff.; Tröndle, in: Dreher \ Tröndle StGB, 46. Aufl. Zu43a, Rn. 3.

(6) 麻薬取引において金員の保安没収を肯定する見解につ

いては、第三章註(18)のエアバーパッハの見解を参照。なお、BGH, NSZ 1985, S. 262.では刑法一一九a条のテロリスト結社組成の罪に反した被告人の側にて押収された金員をテロ組織の成員として活動する際に、それが活動資金として使われる危険が存在する、として、保安没収を認めた。

(7) 麻薬犯罪以外でドイツにおける組織犯罪の典型なるものとしては高級自動車の窃盗があげられる。・Bf.DRS. 11/7663 S. 1.なお、加藤久雄『組織犯罪の研究』(成文堂一九九二年)一四頁以下に詳細な紹介がなされている。

(8) Bf.DRS. 11/7663, "Begründung" S. 19.

(9) Bf.DRS. 11/7663 S. 1.なお、エーザーはかかる犯罪類型の選定に対して『ドイツに於ける組織犯罪の現象は解明されたとは決していえず、まさにそれ故に組織犯罪に由来する脅威に立法の根拠を求めることは、"法治国家の刑法"という伝統に於いて正当化されることはすこぶる疑わしい。』と懐疑的である。・Eser, a. a. O. F. (5) S. 836.なお、第二章第二節第一款に於けるドイツ弁護士連盟の批判も参照。

(10) BGHSt 10, 208, 210.

(11) BGH, NSZ 1995, S. 125. 本件は、被告人が電話を利用してオランダで三キロのヘロイン取引を行ったが取引に際して売却者により求められた価額を同時に支払う用意

がなかったために、取引が頓挫した事案と、それとは別の機会に別の被告人(M)とボンにて約一キロのヘロインを収受した際に、警察の監視を受けていた結果逮捕された事案であった。ラントグリヒトは被告人に対して、BfMG違反を理由にして総計七年の自由刑を科した。それに加えてラントグリヒトは、被告人の銀行口座にあった四二五二〇一八マルクを拡大剝奪の対象として剝奪した。当該裁判所は『被告人は連邦において外国人収容所滞在中の、八三年一〇月二日以来、月収は平均八五〇マルクであり、そのうち住居費は六五〇マルクであった。これだけでなく、被告人は自家用車を持ち、一般的な生計をもまた営まねばならない者であった。かくして、対象となった金員は犯罪によって得られた。』という可能性が存在する。一方、被告人は九二年一〇月一五日並びに九三年八月一日に、無免許での少なからぬ量の麻酔剤取引を行った。確かに、具体的に有罪判決を受けた取引から利益は何等得られなかったが、その他の可罰的行為を行ったという根拠は何等存在しないから、当該裁判所

(ポームラントグリヒト)は対象となった金員は未だ判明せざる麻酔剤取引行為に由来する。』とした。本件において被告人は上告をしたが、BGHは棄却。本件においてBGHはその理由において『拡大剝奪の賦科が許されるのは、証拠の採取とそれに対しての判断を十全に行った結果、

被告人は命令によって把握される客体を違法行為から得た、という絶対的な確信を得た場合』のみである。』とした。もっとも、この事と、本件において『月収に比して預金が異常に高額である』ということから過去における麻薬取引行為が推定されたことには論理の飛躍があるように思われる。客体と違法行為との関係につき同様の推定をした判例としては、BGH NSZ 1995 S. 490f.がある。本判例の内容については、第二章註(48)を参照。

(12) Perron, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall JZ 1991, S. 921sub. IV, 2, 4, 44, Krey/Dielamm, Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, JZ 1992, S. 358.

(13) Selle, Die vermögensstrafe-eine strafrechtsdogmatische Annäherung wistra. 1993, S. 218, sub. IV, 4, 44, のような要素の検討の負担を裁判所の裁量権限に含ませることが本制度に対しての批判の根拠の一つになっていたのであるが、ラックナーは『責任と資産刑の額を均衡させるべく配慮するのは上訴裁判所の任務である。』として肯定する。Lackner, StGB 20. Aufl. zu 43a Rn. 1.

(14) Meyer, Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe? ZRP 1990, S. 89.; BT-DRS. 11 / 5313; vgl. Meyer / Dessecker / Smettan, Gewinnabschöpfung beim Bebrauchungsmittel delikten BKA Wiesbaden, 1989 S. 49ff.

(15) DRiZ 1990, s. 107.

(16) SPDの対案に対しては『麻薬犯罪の領域においては、民法一三四条によつて麻酔について行為者の所有権が否定される場合、その限りにおいて代価の没収の適用が考えられるから、対案四四a条は無駄なものである。しかし、その他の代価没収が問題とはならない犯罪領域においては、純益主義でなく総体主義が取られ、従来は利益と損失の計算が困難であった事に鑑みれば、その事によって本対案は実用性の高いものとなる。』と、ウェスラウは肯定する。WeBlau, a. a. O. Fn. (2) s. 235. 一方、日数罰金の高額、二重化をその内容とする、DRBの対案について、ユングは『日数罰金の額は行為者の経済状況に整合するものであり、このような狭い枠内においては、利得収奪の有効性についての不十分な隙間が生じる』(Jung, a. a. O. S. 126.)としながらも、組織犯罪の領域においてこれを認める。ただし、刑法四一条への吸収を条件とするすなわち、行為者資産を罰金の量定の考慮に入れるのである。ユングが提言するのは新四一条として『行為が営業的な財産上の価値の投入によって行われた場合、行為者の資産は罰金刑の量定の考慮の対象となる。日数罰金の最高額はX(別に決定)とし、日数の最高はY日(別に決定)とする。(一項)、一項による罰金刑は自由刑の代わりに、又はそれに附加して決定される。罰金刑を科すことができず、裁量で科される場合もまた同じ。』とい

う四一条の改正である。：Jung, a. a. O. S. 153. : vgl. Kohler/Beck, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktion JZ 1991 S. 803f.

(17) 下院は、資産刑導入の際のモデルとしてフランスにおいて八七年末に立法化された『麻酔犯罪による利得に対する一般的無差別没収』をあげていた。この制度は行為者の所有権にかかる資産のあらゆるもの把握を可能とするものであり、行為と奪取される客体の間に何等の関連も認められぬ場合でも適用し得るものであった。しかし同国の研究者のほとんどは『刑の一身専属効果』の原則からこれを拒否、結果として本制度は二、三の場合に限られた。：Meyer, a. a. O. Fn. (14) S. 87. 上記制度の概要に就き：vgl. Meyer/Dessecker/Smettan, a. a. O. Fn. (14) S. 111ff. また一早く同種の制度を導入したアメリカ、イギリスにおいても麻酔犯罪において利益が収奪されるのは前者においては全体の〇・四一〇・五パーセント、後者でも、四一五パーセントにすぎず、当該制度は『立法上の幻影である』との批判もある。：Perron, a. a. O. Fn. (12) s. 923. なお同種の批判としては、：Jung, a. a. O. S. 122; Meyer, a. a. O. Fn. (14) S. 87f. があ^る。