

講 演

# ドイツにおける犯罪収益の剥奪、 利益収奪および被害者への返還

——概 観——

トーマス・レナウ

甲斐克則（監訳）

北尾仁宏・熊谷智大（訳）

## 目次

主題への導入、関連する実体刑法・刑事手続の紹介

- I. 実務における犯罪収益の剥奪の発展および意義
- II. 利益収奪を通じた犯罪収益の剥奪——現行法の概観
  1. はじめに：刑法74条以下および秩序違反法22条以下による没収
  2. 刑法73条以下および秩序違反法29a条による実体法上の利益収奪規定
    - a) 単純な利益収奪
    - b) 拡張された収奪
    - c) 秩序違反法29a条による利益収奪
  3. 脇を固める手続法——執行保全処分の概観
    - a) 保全目的
    - b) 保全処分の介入対象
      - aa) 個別の財産対象物に対する保全処分
      - bb) 全体財産に関する保全処分
    - c) 犯罪被害者に対する執行救済
      - aa) 総説
      - bb) 特別の（許可）規定
    - d) 保全処分による関係者の利益の顧慮
      - aa) 押収の場合について
      - bb) 物的仮差押の執行の場合について

主題への導入、関連する実体刑法・刑事手続の紹介<sup>(1)</sup>

## I. 実務における犯罪収益の剥奪 (Vermögensabschöpfung) の発展および意義

刑法73条に従った実体刑法の利益収奪規定は、長い間、複雑であるとみなされ、また、被害者の請求権 (刑法73条1項第2文) に対する財産収奪の副次性ゆえに、目的に合わずに形成されたものとみなされてきた<sup>(2)</sup>。

後述する利益収奪命令の事案に関する犯罪利益を保全するために刑事訴訟法111b条で規定された、押収手続および仮差押手続は、民事手続法および強制執行法と多岐にわたり関係するが、「立法上の怪物」(Achenbach, in: FS Blau, 1985, S. 7, 11) とさえ呼ばれた。規範複合体を、適用者に不親切で実際上非生産的なものとして特徴づける場合、法律が原則として、犯罪に関してまたは犯罪から獲得された財産利益の収奪を強行的に規定しているにもかかわらず、刑事訴訟実務におけるこの法的基盤に基づいた犯罪収益の剥奪が、なお1990年代までずっとほとんど受容されなかったことは、不思議なことではない。

もっとも、被疑者にとって出発点において有利なこの状況は、1990年代半ば以来、明らかに変化した。犯罪収益の剥奪の処分は、今日、刑事訴訟の日常茶飯事となっている (捜査手続における「標準的プログラム」)。そうこうするうちに、州警察当局の特別部局出身のよく訓練された金融捜査官により、検察官との共同作業で、容疑者の財産が相当程度保全された。説明のために、連邦警察庁の調査からいくつかの数値を示す (Kilchling, Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa, 2002, S. 44 ff. 参照)。

特別な組織犯罪捜査手続の構造における暫定的な保全処分は、1992年には全事例の5%しか実施されなかったが、介入処分は継続的に増大し、1999年には22%にまで至った。さらに、その増大は、保全された財産に関して、より顕著である。つまり、1992年にはちょうど500万ドイツマルクが押収されたが、1999

(1) 全体的な疑問について詳しくは Rönnaу, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl. 2015, 註釈付きの実務上意義ある用紙のひな型は, Rönnaу, in: Hamm/Leipold (Hrsg.), Beckssches Formularbuch für den Strafverteidiger, 5. Aufl. 2010, XVI.

(2) 過去において、犯罪収益の剥奪に実務的意義が欠けていた理由については, Kilchling, wistra 2000, 241, 247 ff.; Eberbach, NSiZ 1987, 486, 490f.

年には、総額は、すでに1億1,800万ドイツマルクを超えるまで増大した。2010年には、組織犯罪の領域において、諸手続（その中で、財産の保全のための処分が実施される）中の占有率は、すでに28.7%であった。その際、総額約1億7,100万ユーロの財産が、暫定的に保全された（Bundeslagebild Organisierte Kriminalität 2010, S. 11）。

しかし、本来的な組織犯罪手続の外側にも、一般的な傾向として、暫定的に保全された財産の有意な増大が記録される。すなわち、初めてほぼすべての連邦州を計算に入れた1999年の概観から、総額約4億3,000万ドイツマルクの財産が暫定的に保全されたことが分かる。もっとも、そこから、平均して、保全された全財産の3分の2弱が被害者への返還による救済（Zurückgewinnungshilfe）、すなわち、犯罪所為により損害を受けた者のための国家的な執行救済（Vollstreckungshilfe）に割り当てられ、その結果、この財産に関する利益収奪は（2007年1月1日以来）刑事訴訟法111i条5項に従った副次的な国家による受け皿的権利取得（Auffangrechtserwerb）の過程においてのみ可能である（連邦規模で最終的に剥奪された財産に関する統計は今日まで存在しない）。私が知る最新の犯罪収益の剥奪の統計によれば、連邦全土において、2013年に、約4億6,300万ユーロが暫定的に保全された。そのうち、82%（3億8,100万ユーロ）が被害者への返還による救済に割り当てられた（2015年5月の照会に対する連邦警察庁の回答）。

犯罪収益の剥奪処分の目的は、このやり方で強固な所為へのインセンティブを彼から取り去るために、利益を得た犯罪所為の行為者から「彼の所為の果実を引き剥がす（crime does not pay）」ことである（犯罪収益の剥奪の目的については、*Berg*, *Beweiserleichterungen bei der Gewinnabschöpfung*, 2001, S. 1 およびそこに掲載されたその他の文献および *BVerfG JR* 2004, 511, 512）。財産利益への没収的介入は、ある種の二重戦略の一部である。その戦略において、古典的抑圧的な闘争方法として（「人に対して（in personam）」）の、行為者に向けられた闘争（また、そしてまさに資金洗浄の構成要件へ向けられた償還請求の下での闘争である。しかし、実務上、資金洗浄の領域における犯罪収益の剥奪は、ほとんど意義を有さない。*Kilchling*, *Forschung aktuell-research in brief/9*, 2001, S. 13 f. 参照）が、主に予防的に調整され、時折事実即して形成される。容疑者の財産の捜査および剥奪に関して（「物に対して（in rem）」）補充される（*Kilchling*, *Forschung aktuell-research in brief/9*, 2001, S. 5; 二重戦略の概念に批判的なものとして、*Berthel*, *Kriminalistik* 2002, 28; *Hassemer*, *WM*

[Sonderbeilage 3] 1995, 1, 22)。したがって、実際、犯罪収益の剥奪の目的を伴う金融捜査を通じて、「捜査の第二次元」が開かれた (*Podolsky*, in: Gehl, *Das Mafiose in unserer Gesellschaft und seine Bekämpfung*, 1999, S. 91参照)。他の者は——異なった観点から——利益の剥奪において「犯罪との闘争の第三次元」を見ている (多くの者の代わりに, *Herzog*, KJ 1987, 321, 322; *Eberbach*, NStZ 1987, 486, 487)。

立法者が違法な犯罪収益の剥奪のために1992年に刑事訴追機関の勝手次第とした手段は、今や実務においてとても様々なかたちで用いられている。すなわち、拡張された収奪、財産刑、獲得された財産利益の算定の際の手取主義から総額主義への転換、これらの導入により、利益の剥奪は、より単純かつ効果的になった、といえよう。もっとも、財産刑および拡張された収奪の、刑法73条、73a条に規定された単純な利益収奪に対する副次性、並びに新たに導入された規範に対する重大な憲法上の疑念は、当初から、少なくとも財産刑の比較的広範な投入——そうこうするうちに連邦憲法裁判所により違憲と宣言された (BVerfG JZ 2002, 252) ——を妨げていた<sup>(3)</sup>。

その代わりに、今日の実務は、犯罪収益の剥奪の際に、ほとんどいつも、1975年以来刑法73条以下に規定され、総額主義を通じてほんの少し「手ごろ」になった、「古典的な」手段に手を着ける。手続とは独立的な、そして手続に組み入れられた金融捜査の枠組みにおける、高度に動機づけられた警察力の連邦規模での投入は、犯罪的利益の剥奪の際の数十年にわたる執行の欠如を克服することにつながった。すなわち、「法典中の法 (law in the books)」が「生ける法 (law in action)」へと変容したのである。

もっとも、財産への国家的介入を実行する法的基盤は、長年にわたる利益収奪法の「いばら姫の眠り」状態を勘案すれば、多くの疑義がまだ呈されてすらない数多くの点において、なおも不明瞭であるということについて、金融捜査官と検察官の訴追への熱意が、思い違いをさせることはないであろう。しかしながら、法的題材の困難および現存する適用の問題は、同時に、独自の説得力ある解決策の発展のための多くの余地と、その解決策によって刑事弁護人向き

(3) *Külchling*, *Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa*, S. 61; *Kaiser*, *wistra* 2000, 121, 125, 128; *Podolsky*, in: Gehl, *Das Mafiose in unserer Gesellschaft und seine Bekämpfung*, S. 95を見よ。連邦憲法裁判所は、2004年1月14日の決定—2 BvR 564/95 (JR 2004, 511)により、拡張された収奪 (刑法73d条)を合憲と評価した。

の高度の弁護可能性とを提供する<sup>(4)</sup>。

## II. 利益収奪を通じた犯罪収益の剥奪現行法の概観

### 1. はじめに：刑法74条以下および秩序違反法22条以下による没収

刑法74条は、故意の犯罪所為によって、「それにより生じた対象物（犯罪の産物（*producta sceleris*））、又は、その遂行若しくは予備のために用いられ、若しくは、用いられようとした対象物（犯罪の手段（*instrumenta sceleris*））は、没収され」うる、と規定する。犯罪の産物は、この場合、行為者によって法的取引における欺罔のために作成された不真正証書、商標権もしくはブランド権の意味における模造品、または偽装された食料品などの、単に、その発生または現在の状況が犯罪所為のおかげであるようなものである。これに対して、例えば、賄賂の見返りや麻薬の販売からの収益のような、犯罪の成果（「*scelere quaesita*」）は、没収されない。ここでは、ただ利益収奪権のみが剥奪を可能にしよう（*Joecks*, in: *MüKo-StGB*, 2. Aufl. 2012, § 74 Rn. 11 f. をさらに参照すると非常に参考になる。賄賂の資金と所為の見返りの収奪については、*Barreto da Rosa*, *wistra* 2012, 334 ff. を見よ。）。没収の対象物は、刑法74条2項によれば、決定の時点で行為者が共犯者に属している、もしくは権限がある（1号）、または対象物の性質および状況によれば一般社会が危険にさらされる、もしくは対象物が違法な所為の遂行に寄与する危険性が存在する（2号）必要がある。没収は、刑法74b条に従い、比例性の留保の下にある。没収のこの原則的な前提からの逸脱は、刑法74a条および刑法74c条において開かれた、

(4) 奇妙なのは、最近まで、文献の世界は完全に検察官と金融捜査官の公刊物によって占められていたことである。刑事弁護人またはさもなくば法律顧問が、投げかけられた法的小および実務的な問題提起に彼らの観点から解答する、ほんの僅かな関連論文しか存在しなかった。この状況は、そうこうするうちに明らかに変化した。比較的新しい時期のものに限ると、*Wehnert/Mosiek*, *StV* 2005, 568 ff.; *Bach*, *StV* 2006, 446 ff.; *Wächter*, *StraFo* 2006, 221 ff.; *Kudlich/Noltensmeier*, *wistra* 2007, 121 ff.; *Herzog/Hoch/Warius*, *StV* 2007, 542 ff.; *Bach*, *JR* 2008, 230 ff.; *Hofmann*, *wistra* 2008, 401 ff.; *Theile*, *StV* 2009, 161 ff.; *Bach*, *JR* 2010, 286 ff.; *Schlösser*, *NStZ* 2011, 121 ff.; *Rönnau/Krezer*, *NZWiSt* 2012, 144 ff.; *Rönnau*, *ZInO* 2012, 509 ff.; *Lindemann/Ordner* *Jura* 2014, 18 ff.; *Lindemann/Reichling*, *wistra* 2014, 369 ff.; *Rönnau*, in: *FS Ostendorf*, 2015, S. 703 ff. 参照。

対価の没収に見いだされる。ある対象物が没収される時、物への所有権または没収された権利は、決定の確定力により、国家へと移る（刑法74e条1項、没収される対象物についての第三者の権利に関しては2項を参照）。（これについて詳しくは *Joecks*, in: MüKoStGB, §§ 74 ff. [没収可能な犯罪の手段の例については § 74 Rn. 13] ならびに NK-StGB-*Herzog/Saliger*, 4. Aufl. 2013, §§ 74 ff. および概観については *Walter*, JA 2011, 481, 483 f. 参照。詐欺の犯罪の手段としての会社 PC の没収については *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 976 ff.）。さらに、刑法75条によれば、ある組織または代表者の行為は、没収規定を適用する場合、被代表者に帰責されうる。すなわち、この規定が意義深いのは、法人および法人の結合体の所有権の内にある犯罪の手段または犯罪の産物に関して、経済刑法においてである。

秩序違反法においては、同法22条1項が、（秩序違反法22条以下において刑法74条以下と平行に形成された）秩序違反の副次的効果としての対象物の没収を、「法律がそれを明確に許容するかぎりで」のみ容認する。

## 2. 刑法73条以下および秩序違反法29a条による実体法上の利益収奪規定

### a) 単純な利益収奪

刑法73条から73c条、および73e条において規定された単純な利益収奪は、犯罪行為者からその犯罪的に獲得された利益を没収するために、古典的な手段を体现する。それは、没収（刑法74条、75条）および使用不能（刑法74b条2項、74d条）と並んで、所有権への制裁として規定されている。一般的な財産的制裁（この場合、行為者は、その財産の任意の一部分を通じて調達しうる金銭の支払いを言い渡されるだけである（金銭刑、過料）。）とは異なり、利益収奪は、一定の、犯罪に巻き込まれた対象物の没収に向けられている（*Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor § 73 Rn. 3. 所有権への制裁は、この場合——物権法の形式的所有権概念から離れて——、刑法的制裁の直接的対象たりうるすべての財産的対象物を、したがって、例えば、債権をも含む。）。利益収奪の規定は、構造上、大部分において、ドイツ民法典の不当利得の規範を模して作られた（*Kracht*, wistra 2000, 326, 329 f.）。

義務的に命ぜられる利益収奪の基本規範として、刑法73条1項第1文が利用される。それによれば、行為者または共犯者が、任意の違法な犯罪所為について、またはその所為から獲得したもの——すなわち、犯罪の報酬または犯罪の収益（いわゆる犯罪の成果）——が、刑事手続において剥奪されうる。利益収

奪の対象として、ここでは、直接的に犯罪に由来する財産（物、権利など）が問題となる（いわゆる原初的利益収奪（*Originalverfall*））。対象物の獲得に関しては、その都度、物または権利についての実際上の自由裁量が所為の関係者に移っていることで、十分である（*Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 73 Rn. 11; *Schmidt*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2008, § 73 Rn. 29 参照）。刑法73条1項第1文の実務的意義は、経験的研究によれば、——特に、刑法73条により要求された、犯罪所為により獲得されたものが非犯罪的財産であるという立証が、ほとんどなされえないことから——、刑法73a条に規定された対価収奪の負担を著しく軽減した点にある<sup>(5)</sup>。

文句なしで犯罪から獲得されたといえるのは、例えば、盗品である。しかしながら、その他に関しては、獲得された何かを決定するには相当の困難を必然的に伴う。この点については、連邦通常裁判所（BGH）の判決から、以下の例を示そう。

・BGHSt 47, 260—Hildesheimer 汚職事件（第5刑事部）

被告人は、賄賂の支払いを通じて、某建築計画をとにかくも大部分にわたって発効させることに成功した。土地をその当時建築予定地として明らかに比較的安価に取得した被告人にとって、それを通じて、彼の儲けの機会は、投機的に取得された土地に鑑みれば、決定的に高められた。彼の利益は、それにより、莫大な投機的利益を現実化する可能性にあった。この儲けの機会は、「何か」に相応しい。しかし、これに対して、犯罪から直接的に獲得されたのは、土地の最終販売価格ではない。

・BGHSt 47, 369—セルビア通商禁止事件（第1刑事部）

ある売買が通商禁止に抵触し、それ自体は国際貿易法34条4項により可罰的であるとき、総販売収益から獲得された何かを計算する場合、購入価格およびその他の必要経費を控除することなく行われるべきである。

(5) *Podolsky*, in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts-und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 28 Rn. 40によれば、犯罪収益の剥奪手続の約95%が、実体的に刑法73a条に拠っている。この推移の理由については *Kilchling*, Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa, S. 46, 50 ff.; ders., forschung aktuell-research in brief/9, 2001, S. 24 ff. 参照。

・BGHSt 50, 299—ケルンのゴミ事件（第 5 刑事部）

受注分配の汚職工作の際、工場経営者は、汚職行為から直接的に、受注獲得時点における受注の全経済的利益を獲得するが、その利益は、優先的に期待される利益に従って計算される。これに対して、操業の報酬は、単に間接的に獲得されたものであろう。

・BGHSt 52, 227—Werbepost 事件（第 1 刑事部）

不正競争対策法16条に従って可罰的な広告により締結された売買契約に際し、契約締結のみならず契約の遂行もまた、刑法的に問題があり、それゆえに、契約が実行される場合、売却価格が直接的に犯罪から獲得される。

・BGH NJW 2010, 882—freenet 事件（第 5 刑事部）

有価証券取引法38条 1 項 1 号に従って可罰的なインサイダー取引に関して、その市場関与者がインサイダー情報をもたない市場関与者の損失と比較して有する、特別な利益が獲得される。売却価格または購入されたインサイダー証券自体は、収奪されない。

・BGH wistra 2010, 477—Falk 事件（第 1 刑事部）

「連邦通常裁判所第 5 刑事部により決定された諸事案（BGHSt 47, 260, 269 f.; 50, 299, 309 ff.; BGH, Beschl. v. 29. 6. 2006—Az. 5 StR 482/05, NSTZ-RR 2006, 338 参照）とは異なり、本事案においては、上告人の財産を構成するものは、その価値について欺罔されており、またそれは直接的に E 株式の取得に投入されたものであって、それ自体、嫌疑のかかった犯罪の行為の対象物である。」したがって、第 1 刑事部は、第 5 刑事部の諸決定について、いかなる意見の相違をも見ていない。犯罪から得られたものは、ここでは、むしろ詐欺により条件づけられて締結された契約の実行によりもたらされた給付、つまり、2 億1,000 万ユーロの「現金要素」と、譲渡された一連の株式（その価値は契約上 5 億 5,200 万ユーロと見積もられた。）である。

・BGHSt 57, 79—武器商人事件（第 3 刑事部）

狩猟用およびスポーツ用の小火器を取り扱う、ある有限会社の女性経営者（付随的関与者）は、（軽）過失により国際貿易法34条 1 項に反して武器を外国へ輸出した。この輸出は、確かに、必要な許可なくなされた。しかし、この許



可は、申請さえしておけば役所から与えられるはずだったものと思われる。連邦通常裁判所は——刑法規範の保護目的の入念な強調の下での連邦通常裁判所第5刑事部の不法の反映の中核概念を再び取り上げながら——、ただ、行為者が許可の取得の不作為を通じて節減した、または——肯定的に表現すれば——許可の申請費用である財産を非難できる（そして、それにより剥奪しうる）、とだけ言明した。というのも、ただそのかぎりでは、獲得されたものは、所為の不法により、（保護目的）連関の内側にあるからである。

・BGHSt 59, 80—相場操縦事件（第3刑事部）

周知の保護目的概念の不可避的な適用において、同じ第3刑事部が、2013年11月27日の判決の中で、異なる結論に至った。この判決で、ある可罰的な相場操縦の事案において、株式の購入を通じて以前に否認された価格で獲得された総利益が、刑法73条1項第1文の意味において剥奪可能である、とされたのである。というのも、締結された取引は、古い考え方では、有価証券取引法20条1項第1文2号（および有価証券取引法38条2項、39条1項1号も一緒に）に従って、明確に否定されており、そして、収益としての売買価格は、まさにこの禁止された商業取引からの直接的な供給であるからである。第3刑事部の見解によれば、この場合、単に取引実施の態様および方法のみならず、その取引自体も刑法的に非難される。なぜなら、その取引は、操作された株式価格を惹起し、また、それにより構成要件の結果を惹起するからである。

したがって、判例は、不統一の様相を見せている。それどころか、連邦通常裁判所内部には、収奪額の適切な確定方法について具体的な争いがある（この点についてより詳しくは、Schlösser, NStZ 2011, 131 ff.; また、Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 73 Rn. 8 h : 「極端に意見の相違した判例」）。今まで、この場合、常に、行為者が財産を犯罪から獲得した諸事例が問題であった。第5刑事部およびそうこうするうちに第3刑事部にもよるむしろ限定的な介入は、ここでは、剥奪権を「単純かつ効果的で威嚇的」に形成することを目標とした第1刑事部による、獲得された何かのきわめて拡張された解釈とぶつかる（例えば、BGHSt 47, 369, 373 f.; 51, 65, 67; 52, 227, 248参照。これを支持するものとして、例えば、Lohse, JR 2009, 188 ff.）。こうした解決アプローチの間に、出発点においていくつかの世界が、すなわち、実務において時折剥奪総額について部分的に2-3百万単位の相違が存在する。下級審裁判官の身には、この場合、管轄

する刑事部次第で——そして、連邦通常裁判所第 1 刑事部は関係する租税刑法について（も）の上告に関して、目下常に（特別な）管轄権を有する——、実に様々な基準を利益収奪の対象物を計算する際に当てはめる必要があるような事態が降りかかりうる<sup>(6)</sup>。

利益収奪は、刑法73条 2 項第 1 文に従って、さらにまた強制的に、獲得されたものから引き出された収益（例えば、賃借料）に、また同第 2 文に従って、任意に、犯罪関与者が代価として受け取った対象物にも及ぶ（いわゆる収益収奪または代価収奪）<sup>(7)</sup>。

関係する犯罪に関与していない第三者に属するかまたは彼に権限がある財産の収奪は、刑法73条 3 項および 4 項の要件下でのみ命ぜられる。刑法73条 3 項に従って、利益収奪命令が、犯罪に関与していない第三者——例えば、有限会社または株式会社——に対して向けられるのは、行為者または共犯者が第三者のために行為し、また第三者がこうした可罰的行為に基づいて何かを得たとき、である——いわゆる第三受領者収奪（第三受領者収奪の要件については、BGHSt 45, 235 ff. = NJW 2000, 297における原理的決定を見よ。Rhodeによる適切な概略 wistra 2012, 85ff.）。企業に対する財産剥奪は、実務において、そうこうするうちに、大きな役割を果たしている（経済刑法の事件のみだが、「ケルンのゴミ事件」、「Falk 事件」、「シーメンス事件」、「MAN 事件」、「Ferrostaal 事件」参照）。さらに、刑法73条 4 項は、第三者に属するかまたは彼に権限があり、その第三者から犯罪関与者（または刑法73条 3 項の意味における受領者）に対して、犯罪のためにまたはさもなくば犯罪を認識しながら、提供された対象物の収奪を予定している（いわゆる第三者所有物収奪）。この規定の目的は、個別の事案において、収奪対象物が誰に法的に権限があるのか疑わしいとき、難解な民法上の問題の証明から刑事裁判官の負担を軽減することである。したがって、対象物（例えば、麻薬の報酬）を犯罪関与者に譲渡することが、もしかすると民法134条または民法138条に従って無効であるか否か、いう意味での不確実性は、利益収奪命令を妨げない（BGHSt 36, 251, 253 f.; Schmidt, in: LK-StGB, § 73 Rn. 64 ff. 等参照。警察により（見せかけの）代金が投入された場合のこうした問題について、より詳しくは、Rönnau, JZ 2009,

(6) 判例について詳しくは（そして、批判するものとして）、Rönnau, Vermögensabschöpfung, Rn. 36 ff. およびそこに掲載された全文献。

(7) したがって、行為者が麻薬取引から得た現金を彼の貯蓄口座に預け入れたとき、直接的に受領された金銭の代価として、銀行に対して請求がなされる。

1125, 1126)。第三受領者または第三所有者は、刑事訴訟法431条、442条1項、および同2項に従って、その都度、行為者または共犯者に対する刑事手続に参加しうる（Fischer, StGB, § 73 Rn. 29, 39）。

近年の財産剥奪実務においては、——法律体系によれば副次的な——刑法73a条に従った対価収奪が、突出した意義を有する。これは、特定の対象物の収奪が、獲得されたものの性質ゆえにまたは他の理由により不可能であるか、または代価の収奪が免除されるとき、第1文によって命令されうる<sup>(8)</sup>。

対価収奪の特徴は、以下のとおりである。

原初的利益収奪の際には、利益収奪命令の確定力により、一定の犯罪的に獲得された——保全後は大抵すでに捜査機関に保管されている——物または権利に対する所有権または権利保有（Rechtsinhaberschaft）が、国家（具体的には州司法当局の会計）へと移る一方、対価収奪の際には、行為者の全体財産に対して向けられる——獲得されたものの価値に限定された——国家の支払請求権が生じ、さらに刑事訴訟法459g条に従った執行が必要である。それにより、刑法73a条は、適法に獲得された行為者の財産への介入をも許容する。

収奪可能な財産を計算する場合、1992年に実施された（1992年2月28日の国際貿易法、刑法、その他の法律を改正する法律（BGBl. I S. 372, 374）による）手取主義から総額主義への転換以来、犯罪関与者から、違法な所為からまたは違法な所為に関して獲得したものを全面的に没収することが可能である。したがって、犯罪の実行と直接的に関係して生じた必要可能経費は、今日、原則的にはもはや控除されえない。つまり、利益収奪の関係者について、犯罪の結果である利益を剥奪するだけでなく、彼にさらにまた追加的な害悪をも課す可能性が生じる。

それにより、——支配的見解がそういうのだが——、法改正前にはほとんどいつも不当利得返還請求的な補償措置として評価されていた制裁が、刑罰類似的な性格を伴う制裁へと変容した（多くの者を挙げる代わりに、Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 73 Rn. 19; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl.

(8) 考えられうるのは、犯罪関与者が当初から、サービスの提供、必要経費（例えば、規則に適合したゴミ処理のコスト）の節約、もしくは使用の利益といった、非物質的な何か、つまり法的には価値を前もって形成しないものを獲得した事案（ヴァージョン1）、または行為者が直接的に犯罪に由来する金銭を費消したかもしくは自身の金銭と混合させた事案（ヴァージョン2）について、である。

2014, § 73 Rn. 4b)。この処分は、それに伴って責任原理の下にあり、刑罰と調整される必要があるという。

これに対して、判例は、むしろプラグマティックな理由から、総額主義の枠組み下でも、利益収奪の中に、責任とは無関係な不当利得返還請求類似の処分を見いだしている。したがって、また、手取りの利益を上回る犯罪収益の剥奪を量刑に際して考慮する傾向を判決が感じ取ることもない<sup>(9)</sup>。

連邦憲法裁判所によれば、立法者は、拡張された収奪（刑法73d条）により、抑圧的・応報的な目的ではなく、予防的・秩序維持的な目的を追求している。したがって、拡張された収奪は、責任原則の影響下にある刑罰類似の処分ではない（BVerfG NJW 2004, 2073, 批判的論評と共に *Herzog*, JR 2004, 494）。獲得されたものおよびその価値の範囲に関する具体的な確認が不可能であるか、または時間もしくは資金の極端な投入と結び付けられるとき、裁判所は、刑法73b条に従って見積りを行うことができる（*Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 73b Rn. 6など）。

利益収奪命令は、刑法73条1項第2文に従って、「被害者に犯罪から請求権が生じ、その履行が行為者または共犯者から犯罪による利益を没収するものであるかぎり」、実施されない。それゆえに、犯罪収益の剥奪は、被害者の民法上または行政法上の原状回復請求権について、副次的関係に立つ。これに対して、このことは、犯罪の報酬（「犯罪について」）には適用されない。刑法73条1項第2文は、すでにその文言（「犯罪から」）からして、犯罪の報酬へはいかなる適用もないからである（比較的近時の連邦通常裁判所判例について、*wistra* 2012, 263 f.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 73 Rn. 24参照）。民法826条による第三者の不法行為の請求権もまた、この場合、十分である（BGH NStZ 2010, 326を見よ。）。この請求権が実際に主張されているか否かは、2006年末まで完全にどうでもよいことであった。それは、単にその法実存次第であったからである（BGH NStZ 1984, 409, 410; *wistra* 1993, 336; StV 1995, 301; NStZ 1996, 332; NStZ 2001, 257, 258; *wistra* 2002, 57, 58）。これに対して、刑法73条1項第2文は、連邦通常裁判所（2006年5月11日の判決—3 StR 41/06, BeckRS

(9) BGH NStZ 1995, 491; NStZ 2000, 137; NJW 2002, 3339; BGHSt 51, 65, 67; BGH NStZ-RR 2004, 214, 215; BGH, *wistra* 2008, 387, 396のみ参照。これに、連邦憲法裁判所は、2004年1月14日決定（NJW 2004, 2073 zu § 73d StGB）において、総額主義に単に予防目的に向けられた是正干渉としての性格を付与することで、賛同した。

2006, 07820) によれば、請求放棄と消滅時効の場合には、妨げられない (OLG München wistra 2004, 353とは原則的に異なる。被害者の補償請求権が存在するにもかかわらず利益収奪が可能とされた。)。この利益収奪阻害——しばしば「利益収奪の墓地管理人」(例えば, *Eberbach*, NStZ 1987, 486, 491)とも呼ばれる——は、結局のところ、利益収奪の命令が、個人の利益を保護する全規定(すなわち、とりわけ所有権犯罪および財産犯罪)に際して、広範に阻却されたことに結び付いた。それにより、73条1項第1文および同第2文において暗示された原則例外関係が、実務において逆転した。

この状態を、立法者は、2007年1月1日に発効した、2006年10月24日成立の犯罪所為に関して被害者への返還による救済と犯罪収益の剥奪とを強化するための法律 (BGBl I, S. 2350) を通じて、とりわけ刑事訴訟法111i条の新しい理解により、終了させた。たとえ、刑法典の実体法的な規定にその新法を通じて何も変化がなく、そして、その新法もまた、その名称からすると、単に手続的処分を通じて犯罪所為の被害者の状況を改善することを目指すだけであるように見えるとしても、いわゆる補足的利益収奪の導入はまた、実体的・法的な作用を有する。今や、国家は、被害者の請求権の存在にかかわらず、獲得されたものについての諸権利を、それらの権利が、利益収奪の要件を概括的に問題とした確定力ある判決から3年間にわたり主張されないか、または被害者が不明であるかぎり、取得する(いわゆる刑法上の受け皿的権利取得、刑事訴訟法111i条5項参照)。その間の被害者への弁済または押収対象物の返還は、権利取得に対抗する。獲得されたものまたはその価値を国家が取得した後、保全の関係者が、被害者に弁済したとき、原則的には、国家の補償が必要となりうる。もっとも、それは続く3年間についてのみである。刑事訴訟法111i条7項参照。それにより、関係者の二重負担は回避されるであろう<sup>(10)</sup>。

関係者にとって不当に酷となるかもしれない場合には、犯罪収益の剥奪を、刑法73c条1項第1文に従って、全部または一部思いとどまらせることができる。この漠然とした法的概念は、そうするように強制する刑法73c条1項第1文の規定を、量刑規範へと接近させる (*Tröndle/Fischer*, 51. Aufl. 2003, StGB, § 73c Rn. 2)。比較的近時の判例による過酷規定のむしろ限定的な解釈に際して、利益収奪命令は、名宛人にきつく当たる必要がないのみならず、比例性原理が

(10) 刑事訴訟法111i条の新しい理解は、2007年1月1日以降に遂行された犯罪所為にはじめて適用される。BGH NJW 2008, 1093; BGH NStZ-RR 2009, 113 およびそこに掲載されたその他の文献参照。

侵害されるであろうという意味において「不公正」である必要もない (BGH NSTZ 1995, 495; NSTZ-RR 2000, 365; NSTZ 2000, 480; wistra 2001, 388, 389; NSTZ 2010, 86)。義務に応じた量刑による決定への門を刑法73c 条 1 項第 2 文が開くのは、関係者が命令時点においてもはや利益を得ていないかまたは獲得されたものが僅かな価値しか有さないかぎりにおいて、である (判例におけるこじつけについて、Fischer, StGB, § 73c Rn. 4 ff, 参照)。

刑法73e 条 1 項第 1 文と刑法73条 4 項の例外規定の反対解釈とから、物または権利の収奪は、原則的に、利益収奪の名宛人の所有権または権利保有、すなわち、規則的に、収奪対象物について事実上の自由裁量を有するほかならぬその人の権利を前提とする (Berg, Beweiserleichterungen bei der Gewinnabschöpfung, S. 16)。刑法73条 4 項は、ここでは、収奪対象についての事実上の自由裁量と所有権または権利保有との分離にもかかわらず、例外を許容しうる。なぜなら、第三所有者は、対象物を「犯罪のために、またはさもなくば犯罪の事情を認識しながら提供した」、すなわち、何らかの方法で犯罪に巻き込まれているからである。

そこから、単純な利益収奪について、以下の順序が生じる。

1. 違法な所為に際して (刑法11条 1 項 5 号参照)、必要なのは、
2. 適格な利益収奪名宛人 (刑法73条 1 項または 3 項) が、
3. 犯罪から、または犯罪のために、何かを獲得した (刑法73条 1 項第 1 文) ことである。
4. 利益収奪が、刑法73条 1 項第 2 文によって犯罪による被害者の請求権に基づいて否定されてはならず、かつ、刑法73c 条に従って、比例性原則に反してもならない。
5. 範囲に関して通用するのは、以下のものを剥奪するときである。
  - a) 総額主義が適用される、直接的に獲得されたもの (刑法73条 1 項第 1 文)
  - b) 刑法73条 2 項による、間接的に獲得されたもの
  - c) 刑法73a 条による対価

#### b) 拡張された収奪

違法な麻薬取引及びその他組織犯罪の現象形態の撲滅に関する法律 (OrgKG vom 15. Juli 1992, BGBl. I, S. 1302.) により、——違憲であると判断された (BVerfG JZ 2002, 552) ——資産刑 (刑法43a 条) とともに、拡張された収奪

(刑法73d条)という制度が刑法典に組み込まれた。刑法73d条1項第1文に込められた規定の核心は、以下のように定められている。すなわち、「本条を指示する法律による違法な行為が行われたとき、諸般の事情により、物が違法な行為のためにまたはそこから獲得されたということを正当化する場合にも、裁判所は行為者または関与者の物の収奪を命じる。」と。この規定の意義と目的は、犯罪行為に由来する財産的利益の効果的で包括的な把握を保証することにある。その際、裁判所を刑法73d条によって刑事訴訟法244条2項による厳格な証明から解放し、財産の違法な由来の単なる疑いの場合ですでにその収奪を命じることを可能にすることによって、立法者は立証責任軽減の道を選択した。(代表的なものとして、*Saliger*, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, §73d Rn. 8)。

同様に義務的に命じられた拡張された収奪は、その基本構造において単純な利益収奪と大きな類似点を示すが、とりわけ2つの点でその規定の範囲を超える。

まず、拡張された収奪のもとにある財産客体は、係属する刑事手続の対象である関連行為に由来するものではない。むしろ、それが組織犯罪の範疇にすら属することのない任意の他の違法な行為(いわゆる獲得行為または由来行為)に由来するのであれば十分である。さらに、刑法73d条は、確かに、対象物が違法な行為のためあるいはそこから獲得されたことが立証されていないが、諸般の事情によりこのことを正当化する場合には、それだけで行為者または関与者の対象物の収奪を命ずることを許す。その場合、刑法73d条1項は、明白に、犯罪実現と収奪対象物に関する処分権との関係についての立証の要求を軽減している(*Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, §73d Rn. 1, 14 f. およびそこに掲載されたその他の文献参照; *Rieß* NJ 1992, 491, 493)。刑法73d条は、連邦通常裁判所によれば、その適用にあたり、以下のように合憲的に解釈されうる。すなわち、拡張された収奪の命令は、緻密な証拠調べと心証に基づいて得られる絶対的な裁判官の確信を前提としている、と。その確信とは、そのつどの関連行為の行為者が、命令に包括された違法な行為により、もしくはそのために対象物を獲得したというものである(こうした行為が訴訟において個別に認定されなければならないということはない)。収奪対象物が犯罪に由来するという単なる可能性だけでは(大きな可能性であっても)、拡張された収奪の命令には十分ではない、とされる(BGHSt 40, 371)。連邦憲法裁判所(JR 2004, 511, 515 ff.)によれば、こうした刑法73d条1項第1文の解釈は、憲法に基づいて異議を唱えることができない。

体系的な視点のもとで、拡張された収奪の中に利益収奪の特別な形式が見られるが、それは単純な利益収奪と比較しての特別法 (lex specialis) を表すのではなく、補助的に (刑法73d 条 1 項第 1 文: “auch dann” 参照。) のみ適用可能である。加えて、刑法73d 条の、刑法73a 条ないし73c 条との十分な内容の関連づけが欠けているために、拡張された収奪は、独立の財産的制裁として (別に) 現れる、という<sup>(11)</sup>。

しかしながら、こうした単純な利益収奪との相違はすべて、立証責任の軽減としての拡張された収奪の性質から生じるので、単純な利益収奪に対する独立の制裁としての拡張された収奪の分類は、疑念がないわけではない。

### c) 秩序違反法29a 条による利益収奪

秩序違反法は、1986年の第2次経済犯罪撲滅法の施行 (BGBl. I, S. 721) 以来、秩序違反法29a 条において固有の利益収奪規定を設けている。それは、内容構造的に刑法上の収奪法に参考とされている (立法理由から、*Drathjer, Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1997, S. 32およびそこに掲載されたその他の文献)。過料法における利益収奪についても、すでに説明された総額主義が妥当する (これについて、比較的近時の OLG Stuttgart, Beschl. v. 10. 1. 2012—1 Ss 730/11参照)。もっとも、利益収奪の機能においては、刑法と秩序違反法との間に大きな違いがある。すなわち、刑法において、対価および犯罪収益の剥奪という任務が、とりわけ刑法73条以下による利益収奪という法制度によって受け継がれている一方で、秩序違反法においては、過料という基準制裁に二重の機能が適している。すなわち、不法と責任との均衡 (秩序違反法17条 3 項) と並んで、その機能は、違法に獲得された犯罪収益の剥奪にも資する (例えば、*Dessecker, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, 1992, S. 52; *Achenbach/Wannemacher, Beraterhandbuch*, Stand: Januar 2002, §3 Rn. 25)<sup>(12)</sup>。

(11) *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, §73d Rn. 3 f. のみ見よ。しかし、その後、刑法73d 条 1 項 3 文は、少なくとも刑法73d 条 1 項第 2 文の指示を含む (連邦憲法裁判所 JR 2004, 511, 516によって要求されている)。こうした場合における、刑法73c 条に関する 73d 条 4 項による過酷条項 (Härteklausel) の準用について、*Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, §73d Rn. 19; および、BGH NSTZ-RR 1997, 302, 303.

(12) (併科的) 罰金 (刑法40条および41条) のようなその他の制裁は、一定の場合および限定的な範囲でのみ考慮されうるにすぎない。



秩序違反法17条4項は、過料は、行為者が秩序違反から得た経済的利益を上回るものとし、このために利益が生じていない場合について定められた法定の最高限度も超えることができる、と規定している。さらに、秩序違反法30条は、自然人の制裁の場合と同様の方法で（秩序違反法17条4項に関して30条3項参照）、法人および権利能力なき社団に対して過料を課すことを認めている（いわゆる団体過料）。秩序違反法29a条による利益収奪は、それゆえに——秩序違反法29a条1項および30条5項の文言からも明らかのように——補助的な性格しか備えていない。この収奪は、過料が課されておらず刑法上の利益収奪が命じられていない場合に生じる間隙を埋める（代表的なものとして、*Mitsch*, in: KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, §29a Rn. 2 f.; 異なる見解として、なお、*Probst*, DPoIBI 2000, 9, 11: echte Alternative zur Geldbuße）。

その適用範囲は、秩序違反法29a条1項により1度以下のような場合に及んでいる。すなわち、行為者は、確かに違法に行為したが、（立証可能で）非難可能には行為しなかった（過料による犯罪収益の剥奪のために、非難可能な態度は必要であろう）という場合である。さらに、秩序違反法29a条2項により、第三者によって獲得された財産が、刑法73条3項についても秩序違反法30条および130条によっても剥奪されえない状況にも及ぶ。そして、秩序違反法29a条4項（独立の利益収奪手続）において最終的に、起訴便宜主義による調整により、あるいは事実上の訴追困難により（主観的手続における）過料の確定がなされていないが、それにもかかわらず犯罪収益の剥奪による要求が存在する状況を包括している（*Franzheim*, in: FS Gaul, 1992, S. 135, 136 f.; *Dessecker*, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, S. 57）。後者は、自動車貨物運送法7c条に関する19条1a項1号の違反による数百万ユーロに上る運送対価の剥奪が問題となっている南ドイツにおけるいくつかの手続において、実践されている。

### 3. 脇を固める手続法——執行保全処分の概観

#### a) 保全目的

財産的制裁および資産的制裁を課すことは、公判主要手続の終結を伴う判決を通じて、後にその効力のある執行が保証されている場合にのみ、効果的であるように思われる。処分の関係者があらかじめ財産の中身を隠滅することを避けるために、刑事訴訟法は、第1編第8章において、特別の保全手段を利用できるようにしている。刑事訴訟法94条から98条までにおいて規範化された証

・手続保全的な狭義の押収との区別において、刑事訴訟法111b条以下で最終的に規定されている執行保全的な広義の押収（両押収方法の機能と区別について、*Achenbach*, NJW 1976, 1068 ff.）は、裁判所が後に利益収奪ないし拡張された収奪、あるいは没収を命じる場合について、事実上の執行根拠の維持を目的としている。そのかぎり、刑事訴訟法111b条以降は、1975年に第2次刑法改正法によって初めて一般的な法的効果として採り入れられた実体刑法上の利益収奪の一貫性を示している。その収奪は、訴訟上の措置を通じて保証されねばならなかったのである（*Achenbach*, in: AK-StPO, 1992, Vor §§111b bis 111n Rn. 2）。刑事訴訟法111b条による保全は、あらゆる手続方法において認められている。したがって、私人訴追手続（刑事訴訟法374条以下）においても、保安手続（刑事訴訟法413条以下）においても、そして、刑事訴訟法440条および442条による独立の手続においても認められている（*Meyer-Göbner/Schmitt*, StPO, 59. Aufl. 2016 §111b Rn. 1）。秩序違反法29a条による執行の保全について、秩序違反手続においても秩序違反法46条に関して刑事訴訟法111d条により物的仮差押が命じられる（*Seitz*, in: Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, Vor §59 Rn. 107およびそこに掲載されたその他の文献のみ参照）。

しかし、（狭義の）財産の押収は、国家の執行請求権の保全のみに資するのではなく、同時に、「被害者の補償」（1973年刑法施行法政府草案の文言，BT-Drs. 7/550, S. 292）にも資するのである。それゆえ、保全介入は、刑事訴訟法111b条5項により、以下の場合にも可能である。すなわち、「犯罪行為から被害者に請求権が生じ、その履行によって行為者または関与者から犯罪行為から獲得されたものの価値が取り上げられる。」（いわゆる被害者への返還による救済）ということだけで、利益収奪が除外される場合、である。国家はここで、刑法73条1項第2文により国家の利益よりも優先される被害者の補償請求権の執行を保証するために、その保全介入の強制手段を設けている。しかしながら、その場合、被害者への返還による救済の命令は、仮差押申請者の保全要求を取り消すことはできない（BGH NStZ-RR 2010, 179参照）。

最終的に、刑事訴訟法111d条1項第1文は、なお——非体系的なものとして、*Peters*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 1985, §48 B II 参照。これに批判的なものとして、*Achenbach*, in: FS Blau, 1985, S. 7, 13参照。——罰金の執行保全、および、まだ確定力の生じていない刑事判決から発生が見込まれる訴訟費用の徴収を目的としている。

## b) 保全処分の介入対象

刑事手続（たいていは捜査手続）において可能な保全処分の方法は、おそらく訴訟手続の終結の際に下される命令に左右されている。刑事訴訟法は、ここで、実体法によって設けられた原初的利益収奪と対価収奪の区別に対応して、完全に根本的に、個別の財産対象物に対する処分と関係者の財産全体に対する処分を区別している<sup>(13)</sup>。

さらに、両者の状況においては、被害者の補償請求権の保証および保全により関係者に妨げとなる利益が考慮されるべきであり、その結果、ここでもかなり独立した規定群が生まれた。それゆえ、以下では、保全処分の構造に関する前者の概略のみを紹介する。

### aa) 個別の財産対象物に対する保全処分

個別の「取戻し可能な」（例えば、EGStGB, BT-Drs. 7/550, S. 293の理由における文言）対象、すなわち物と権利への保全介入は、常に、刑事訴訟法111b条1項および111c条による形式的な押収を必要とする。これは、裁判所が後の決定において、対象物を収奪すると認めるか、あるいは没収するであろうという「十分な理由（Gründe für die Annahme）」が存在する場合にのみ、再び命令することができる。したがって、押収という形式における保全にとっては、この文言により、犯罪行為の遂行および最終的な利益収奪命令の予測という点では、（刑事訴訟法152条2項の意味における）単純な端緒となる嫌疑で十分である。1998年5月までは法律に組み込まれていた「明白な理由（dringende Gründe）」という加重された嫌疑の端緒（介入限界の沈下が<sup>3</sup>、1998年5月4日の組織犯罪の撲滅法の改正に関する法律、BGBl. I, 845により生じた。）は、刑事訴訟法111b条3項により、いまは6か月間（最大12か月間まで）の押収の継続のみが必要とされている。命令の権限は、刑事訴訟法111e条に、実施の権限は刑事訴訟法111f条に規定されている。対象物の押収は、州庫の利益に関する民法136条の意味における相対的な譲渡禁止および処分禁止の効力を有する（刑事訴訟法111c条5項）。

### bb) 全体財産に関する保全処分

対象物（ないしはその代価、刑法73条2項第2文）——これについて財産的制裁が命じられたであろう——が（もはや）行為者の財産にない、あるいは、

(13) 以下の概略が参考としているのは、Achenbach, in: AK-StPO, Vor §§111b bis 111n Rn. 6 ff. である。

その他の理由から介入が不可能である、あるいは意味がないために、(拡張された)収奪が行われない場合、裁判所は、実体法に基づいて刑法73a条による対価の収奪を命じなければならない。こうした場合において、刑事判決の確定力のある、金銭の支払いについての有罪判決に対する州庫の請求権が生じる。判決において対価の収奪が命じられることについての十分な理由が存在する場合、刑事訴訟法111b条2項および111d条により、被疑者の将来の支払義務はすでに、刑事手続の間、物的仮差押を宣告することにより保証される。それについては、刑事訴訟法111d条2項により、民事訴訟法の該当規定が準用的に規定している (LR-Johann, 26. Aufl. 2014, §111d Rn. 1)。その場合、伝統的押収の基本モデルの立場——犯罪行為により費消される物への独立の介入という立場——では一定の金銭債権の保全に必要であるかぎり、被疑者に帰属する担保可能な財産の任意の一部処分可能性 (民事訴訟法930条から932条とともに刑事訴訟法111d条2項) が出てくる。(Achenbach, in: AK-StPO, Vor §§ 111b bis 111n Rn. 8 参照。介入対象の領域の拡張に対応する、罰金および訴訟費用に関する国庫の保全金銭請求権の拡張 [刑事訴訟法111d条1項第2文])。したがって、ここで国家は、後の執行介入のために債務者の財産を保全するであろう一時的な法的保護のもとにある私人債権者と同じように扱われる。

私人債権者の状況と異なり、刑事手続において物的仮差押は、刑事訴訟法111e条1項により、刑事裁判官自身によって——遅滞のおそれがある場合には検察官によっても——命令される。したがって、それは、民事裁判所に委ねる必要はない。民事訴訟法916条の意味での仮差押請求についての刑事訴訟上の物的仮差押の要求は、すでに修正されている。要求の申請に関して、後の対価収奪の命令のためには、単純な端緒となる嫌疑という意味での理由——6か月、遅くとも12か月経過後には「明白な理由」——で十分である。それだけではなく、民事訴訟法917条に関して刑事訴訟法111d条2項により、仮差押の理由が必要である (これについての詳細として、——保全の必要についての広い理解について—— Bittmann/Kühn, wistra 2002, 248 ff.; 判例から、例えば、OLG Oldenburg NSTZ-RR 2009, 282 f.)。

仮差押命令の場合、潜在的に被疑者の全体資産を執行理由として処分できるにもかかわらず (「いわば現存する財産への拘禁命令」)、本来の保全に関する民事訴訟と同様に、二段階目に、なお個別の対象物への仮差押の実施が必要である。動産の場合、差押 (民事訴訟法803条以下) によりそれは行われる。土地の場合、保全抵当権の登記 (民事訴訟法866条以下) によりなされる。刑事

訴訟法111c条による押収命令とは異なり、物的仮差押は処分禁止を生じさせるのではなく、州庫に即座に保管される執行権原を執行可能にする。

実務上、たいいていは、債券差押に関する規定（民事訴訟法829条）を準用して、被疑者の銀行預金は——銀行に対する口座所有者の債権として——検察官の請求および捜査裁判官の決定で「凍結」される。

### c) 犯罪被害者に対する執行救済

#### aa) 総説

もっとも、執行保全の押収は、広義では、国家的利益においてのみ問題となっているのではない。被害者が、犯罪行為を通じて関係者（あるいは第三者）から、犯罪行為による獲得者の財産を取り上げるであろう補償請求権を得た場合、国家は、刑法73条1項第2文に関して、（特別予防および一般予防的に根拠づけられた）犯罪収益の剥奪に関する利益によって退き、刑事訴訟法111b条以下において規定される保全手段を犯罪被害者の仕事にする。すなわち、被害者に加えられた財産的損害の補償に関するこの唯一実現可能な機会は、しばしば、行為者の場合、保全期間に現存する対象物ないしその他の財産で損害を埋め合わせることにある。こうした刑事訴訟法111b条5項に定められているいわゆる被害者への返還による救済は、実体的・手続的な利益剥奪モデルの一部であると同時に、一方では利益剥奪と、他方では刑事手続における被害者保護の対立解消に関する立法者の努力の表れである<sup>(14)</sup>。

もっとも、こうした国家の「譲歩」は、最終的に、犯罪被害者は、自身の請求を認めさせることに積極的にならなければならないということにはまったく変わりはない。連邦憲法裁判所は、いくつかの比較的新しい決定の中で、明白に、被害者への返還による救済も——関係者の自由な領域に対する各国家的介入のように——比例原則の要求を満たさなければならないということを指摘している。すなわち、「自己に有利に保全がなされる者についての非難可能な懈怠の程度により、保全の必要性は減少する（例えば、BVerfG StraFo 2005, 338-341など。しかし、その他は、いわゆる補足的利益収奪の場合に妥当する。これについて、次に述べるbbを見よ。）。それに対応して、被害者の懈怠の場合、保全は一定の——個別の事情による——期間の後に取り消されうる（詳細

(14) 長所短所のある混合的実体法・手続的利益剥奪モデルに関して詳細なのは、Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 269 ff.; Güntert, Die Gewinnabschöpfung als staatliche Sanktion, 1983, S. 69 ff. およびその都度そこに掲載されたその他の文献である。

は、*Rönnau*, StV 2003, 581, 584 f.)。被害者の請求による保全処分命令は、財産への執行保全の介入と同様に、国家に有利な形で、刑事訴追機関の義務に基づく裁量に委ねられている。適切な保全の必要性がある場合に、裁量をゼロに減らし、被害者に公的に認められた介入の請求権を与えるといった文献（この意味で強調しているのは、*Achenbach*, NStZ 2001, 401, 403; これに賛同するものとして、*Hellmann*, Strafprozessrecht, 1998, §4 Rn. 175) からの少数の要求には、その他の刑事訴訟の文献は、むしろ慎重である (*Malitz*, NStZ 2002, 337, 339 のみ参照。保全の必要性および保全命令の自動性はない。そこで、その他の文献も参照)。しかしながら、近時、刑法73条1項第2文—「利益収奪の墓地管理人 (Totengräder des Verfalls)」を完全に廃止することも提案された (*Barreto da Rosa*, ZRP 2012, 39 ff.)。

#### bb) 特別の(許可)規定

刑事訴訟法111e条3項および4項並びに111g条から111k条までに設けられた特別の(許可)規定は、被害者が被害者への返還による救済という方法で保証される請求を効果的に認めさせることもできるということを保証するものである。

こうした目的には、まず1度保全の両形式について、刑事訴訟法111e条3項で定められている刑事訴追機関の義務が寄与している。それは、犯罪行為を通じた被害者に、職権で押収および物的仮差押の命令を遅滞なく通知するというものである。新たに捕捉された刑事訴訟法111e条4項により、各個別の被害者に対する通知が、過度な支出に結び付くであろう場合、または、まだ知られていない被害者が犯罪行為から請求権を得ることが推定されうる場合には、電子官報の中で一度告示することで通知することができる。補足的に、通知は、その他の適切な方法でも公表できる。

刑事訴訟法111i条1項もまた、被害者保護の考えに依拠している(被害者への返還による救済の効果に関する批判として、*Bohne/Boxleiter*, NStZ 2007, 552)。それによると、即座の解除が被害者に対して不当であろう場合、保全は3か月まで判決の不宣告(確定力によらない)により維持されうる。この規定は、犯罪行為から生じた被害者の請求が、利益収奪命令を判決において取り下げられる(刑法73条1項第2文)という事実を考慮している。したがって、刑事訴訟法111b条による保全処分自体が取り消されうる (*Spillecke* in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, §111e Rn. 11 ff. とともに §111i Rn. 1)。そして、押収された対象物は、刑事訴訟法111k条の要件のもとでのみ被害者に還付されうる。

もっとも、2007年1月1日から、刑事訴訟法111i条3項は、まさに、被害者が自身の請求権を主張しないために、最大3年の期間、(判決の確定力により)決定を通じて保全を維持する可能性を与えている。要件は、基本的に、裁判所が判決において、「それ自体」利益収奪の関係者に対して、利益収奪の要件がその他の点にあり、唯一刑法73条1項第2文が命令の妨げになるということ認めている、ということである (*Kempf/Schilling, Vermögensabschöpfung*, 2007, Rn. 380)。この維持は、いまや何よりもまず、こうした判決の確定力から離れている期間の後に命じられる補足的利益収奪に、国家に有利な形で寄与している。これについて、国家の受け皿的権利取得(刑事訴訟法111i条5項)が一定の要求に影響するように、上級裁判所は、いままでまだ判断してこなかった(この問題について詳細なものとして、*Rönnau, Vermögensabschöpfung*, Rn. 221, 255 f.)。

被害者への返還による救済の範囲で刑事訴追機関を通じてなされる財産の保全は、犯罪関係者または第三者の場合、まずは、被害者に押収される財物への介入を民事訴訟条の規定により可能にするという目的を有する(例えば、適説的なものとして、*Malitz, NSTZ* 2002, 337, 339)。これは、執行権原を得るため、そして、弁済を保全される財産から求めるための被害者の物を残している。

被害者の請求による優先弁済の保全に関する手段は、刑事訴訟法111g条に設けられている。この規定は、被害者に犯罪行為から生じる請求の主張が、利益収奪という保全に関する処分を通じて困難となったり排斥されたりしないことを保証するであろう。これは、刑法73条1項第2文と同様の基本思想に基づいている(OLG Karlsruhe MDR 1984, 336; *Rogall*, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, §111g Rn. 1など)。

被害者に保全された対象への介入を可能にするために、刑事訴訟法111g条1項は、本来国家のために認められた民法136条による譲渡禁止および処分禁止を、刑事訴訟法111c条5項により制限している。刑事訴訟法111g条1項は、国家の保全(押収または仮差押の執行)の相対的無効を具体的に規定している。それは、被害者が犯罪行為から生じる請求により、民事訴訟上の執行権原(例えば、還付または損害補償に係る仮執行可能な判決、執行通達、物的仮差押など)に基づいて命じる。ここでは物に関して、国家は、優先的な差押抵当権者として、その抵当権により、被害者の抵当権の後ろへと退く(BGH NJW 2000, 2027など)。それだけではなく、刑事訴訟法111g条3項は、こうした譲渡禁止が、裁判官の許可により押収が継続する間、押収された対象に強制

執行を行ったり、あるいは、仮差押を行う被害者に有利に作用することを予定している。国家が差押を通じて獲得した保証人的地位は、ここでは被害者に譲渡される (LR *Johann*, §111g Rn. 25)。そして、刑事訴訟法111c 条 5 項の譲渡禁止は、刑事訴訟法111g 条 3 項により、いまや被害者に有利に作用する (BGH NJW 2000, 2027, 2028 およびそこに掲載されたその他の文献)。

被害者の執行措置は、刑事訴訟法111g 条 2 項により、押収命令の権限のある刑事裁判官による個別の許可に結び付けられる。この許可は、被害者が、以下のことを説明し、信頼することができる場合に与えられる。すなわち、権原ある請求が、対象物の保全の機会であった犯罪行為から生じ、その機会に執行されるべきである、ということである<sup>(15)</sup>。

刑事訴訟法111h 条は、刑事訴訟法111g 条の補足において、物的仮差押が土地について刑事訴訟法111d 条により執行される場合について、被害者の利益の優先を規定している。ここで、犯罪行為から生じる請求により強制執行または保全抵当権の登記による仮差押の執行を民事訴訟法932条により自身で行う被害者は、国家の保全抵当権がその権利の後ろに順位が退くことを要求することができる。要求された順位変更は、再び仮差押に権限のある裁判官の許可を必要とする (刑事訴訟法111h 条 2 項)。

最後に、刑事訴訟法111k 条は、証明保全または執行保全という目的のため、手続のためにもはや必要とされない押収された動産は、以前に犯罪により獲得された保管物を知りながら有していた者ではなく、妨げとなる第三者の請求権に誤りがある場合、犯罪行為により直接取り上げられた被害者に返還されるべきである。刑事手続それ自体が関係者間に存在する権利関係を侵害すべきではないという原則は、そのかぎりでは、ここで破られる。押収前の占有状態ではなく、犯罪行為の前の占有状態が回復されるべきである (*Achenbach*, in: AK-StPO, Vor §§111b bis 111n Rn. 10; 後者の保管物所有者への返還が——保全に関する原状回復行為 (actus contrarius) として——なされなければならないとする、*Gropp*, NSTz 1984, 568 およびそこに掲載されたその他の文献)。

#### d) 保全処分による関係者の利益の顧慮

刑事訴訟法111b 条以下による保全処分は、それが迅速に行われる場合にのみ、実務においてしばしば効果がありうる。その実行は、(対価) 収奪の要件

(15) ここでは、最初から押収が被害者のために存在するか、被害者が、対象物の収奪が刑法73条 1 項第 2 文により解消するであろうということを裏づけることができるか、が問題である (*Müller*, in: KMR, Stand: Juni 2000, §111 Rn. 2)。



が、刑法73条および73a条により存在するという推定に関して、刑事訴訟法111b条3項によりさらに6か月から最大12か月までに単純な犯罪行為の嫌疑の存在のみを必要とする。それと結び付けられた必然的な不確実性を考慮して、後の財産的・資産的制裁の命令に関して、法律は保全処分による関係者への配慮もしなければならない。

#### aa) 押収の場合について

例えば、刑事訴訟法111b条3項による各保全処分は、端緒となる嫌疑が明白な犯罪行為の嫌疑へと高まらなかった場合、遅くとも6か月後、万一の場合には12か月後までに、裁判官により職権で取り消されうる。刑事訴訟法111c条6項により、以下のことがありうる。すなわち、押収された物を、価額の即時支払いと引換えに関係者に還付すること（第1文第1号）、または、いつでも撤回することを留保して、一時的にさらなる使用を手続の終結までさせておくこと（第1文第2号）、である。その場合、使用は再び、保証の提供または命令の履行に係らせることができる（第3文）。利益収奪の命令が刑法73条1項第2文だけでなく、その他の理由で実行されないか（例えば、被害者の請求権が犯罪行為から生じていないため）、または、許可が不適切になされた場合において、刑事訴訟法111g条4項は、自己の責に関係なく生じた損害補償請求権を認めている。最終的に刑事訴訟法111i条4項は、緊急売却の命令の前に審尋されるものとし、——できるかぎり——彼らに命令ならびに売却の時間および場所が通知されるものとする。被疑者、所有者およびその他の権利者の利益を考慮している。

#### bb) 物的仮差押の執行の場合について

物的仮差押の関係者は、まず、民事訴訟法923条および934条1項とともに刑事訴訟法111d条2項によって、仮差押命令において示された金額を金銭または有価証券で供託するか、対応する銀行保証を供することにより、または仮差押の執行が取り消されうること認めることにより、自身の利益を保持することができる（*Rogall*, in: SK-StPO, §111d Rn. 24など）。罰金または費用賠償により命じられた仮差押の執行は、その後、被疑者の申請で取り消されうる。これが弁護士費用、生活費あるいは家族の扶養費の調達のために担保物を必要とするかぎり（刑事訴訟法111d条3項）。損害補償に関する請求権を、刑事訴訟法111h条3項により、不適切になされた許可による損害が順位変更によって生じた者も有する。最終的に、刑事訴訟法111i条4項の審尋義務および通知義務は、緊急売却の場合物的仮差押の方法で担保される物に同様に適用され

る。もっとも、欧州議会および欧州連合における2014年4月3日の、犯罪道具および犯罪収益の押収および没収に関する委員会の方針2014/42/EUが指示されうる（ABIEU 2014 L 127 v. 29. 4. 2014, S. 39-50; ABIEU による訂正がなされた2014 L 138 v. 13. 5. 2014, S. 114）。それは、財産対象物の没収を刑事事件において減輕することを目的とする（討議理由41）が、実体法上の規制（1条1項）しか有していない。もっとも、連邦司法消費者保護省は、この方針を契機として、ドイツの犯罪収益剥奪権を、実体的・手続的観点で、比較的原則的に改めた。2016年5月以降、いまや、問題となっているのは、ドイツの剥奪権を単純化し、是認しえない処罰の間隙を塞ぎ、また、判例において議論のあったいくつかの問題を明確化することを意図する、担当官草案（<http://bit.ly/10Bklmd>）である。改正の中心は、被害者補償の根本的な新規則である。担当官草案は、国家的介入に対する犯罪被害者の請求権の優越（§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB）と「返還による救済（Rückgewinnungshilfe）」概念とを廃止する。賠償請求権を満足させるために、補償モデルが導入される。それと並んで、剥奪の障壁を除去すべき多くの修正が存在する。ここでは、標語的に、草案の核心だけが示される。すなわち、保全に関する決定をする場合に義務づけられた評価の導入（「できる」に代えて「しなければならない」）、剥奪決定の公判からの分離可能性、剥奪範囲規定の具体化、第三者剥奪に関する法的規則の具体化、事後的に発覚した財産の没収可能化、拡張された財産剥奪の拡大、組織犯罪およびテロリズムの範囲に関する、刑事有罪判決とは独立した剥奪手続の導入（有罪判決に基づかない没収（non-conviction based confiscation））、である。しかし、草案に対していままでに文書化された批判は、同省の情報によれば、なおも修正に反映されることになるであろう。したがって、規則の最終結論は、本稿の時点（2016年6月末）で、いまだ明らかにはなっていない。

### 〔訳者あとがき〕

本稿は、ドイツ・ハンブルクにあるブチェリウス・ロースクール（Bucerius Law School）のトーマス・レナウ（Thomas Rönnaу）教授が2016年3月10日に早稲田大学において比較法研究所主催の講演会で行った講演原稿「ドイツにおける犯罪収益の剥奪、利益収奪および被害者への返還——概観——」（当初の原題は「Vermögensabschöpfung, Verfall und Rückgewinnung」であったが、後に「Vermögensabschöpfung, Verfall und Rückgewinnung in Deutschland — ein Überblick」となったので、本訳稿は修正版に従う。）の翻訳である。レナ

ウ教授は、2015年度早稲田大学大学院法務研究科のTransnational Program（英語による集中講義・討論型授業（今回のテーマはLay Participation and Criminal Law）で、早稲田大学のロースクール生9名、アメリカ合衆国ペンシルバニア大学のロースクール生4名、ドイツ・ブツェリウスのロースクール生2名、韓国ソウル大学のロースクール生2名、台湾の国立台湾大学ロースクール生2名が参加した。）の講師として来日された。私自身はすでにドイツで面識があったが、レナウ教授は、初来日日であった。教授の専門は、多岐にわたるが、最近では、経済刑法ないし企業犯罪の研究である。関連の主著に、Vermogenabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl. 2015もある。

講演は、上記のプログラムの多忙なスケジュールの合間を縫って行われた。同僚の高橋則夫教授をはじめとする参加者の熱意もあり、議論も盛り上がった。犯罪収益の剥奪、利益収奪および被害者への返還というテーマは重要であるが刑法と刑事訴訟法にまたがる内容であるため難解であり、しかも講演当日は、原稿どおりに話が進まず、パワーポイントのレジюмеを参考にしつつも縦横無尽に講演されたため、ドイツ語に堪能な東洋大学法学部の武藤眞明教授と早稲田大学大学院生の天田悠君（現・早稲田大学法学部助教）のお2人に通訳の援助をお願いして何とか乗り切った。両氏および原稿の訳出に尽力された北尾仁宏君と熊谷智大君（いずれも早稲田大学大学院生）に謝意を表したい。本稿は、日本との法制度の相違もあって、難解な内容であるが、企業犯罪等の議論で参考になる部分も多いので、読者の一助になれば幸いである。

（甲斐克則・記）