

ドイツ刑法における利益没収の 歴史的展開とその現代的意義（2・完）

桑 島 翠

はじめに

第1章 ドイツ刑法典全面改正後の展開

第1節 前 史

第2節 収奪における「財産的利益」の解釈

第1款 判例における「財産的利益」の解釈

第2款 学界の反応

第3節 小 括

第2章 利益没収制度の転換期

第1節 1992年改正の背景

第1款 薬物犯罪及び組織的犯罪の台頭

第2款 収奪制度の問題点

第2節 1992年改正の内容

第1款 拡大収奪と総額主義の導入

第2款 改正後の状況

第3節 収奪の法的性質論

第1款 通 説

第2款 判例の見解

第4節 小 括

第3章 利益没収制度の新たな展開

第1節 判例における「行為から得たもの」の解釈の相違

第1款 判例における総額主義の理解

第2款 各刑事部による「得たもの」の解釈

第3款 判例に対する批判

第4款 小括

第2節 「得たものの特定」に関する学説の展開

第1款 Manfred Lenz の見解

第2款 Thomas Rönau の見解

第3款 保護目的連関を主張する見解

第4款 Tim Gebauer の見解

第5款 小括

(以上、本誌71巻1号)

第3節 2017年改正の概要

第1款 概念の統一

第2款 総額主義の明確化及び具体化

第4節 小括

第4章 ドイツ利益没収の現代的意義とその可能性

第1節 利益没収に関する議論の変遷

第1款 判例・学説における純益主義の敷衍

第2款 総額主義の導入と利益没収の法的性質

第3款 「得たものの特定」の議論

第2節 利益没収に関する議論の特徴と現代的意義

第3節 わが国の学説の現状

第1款 総額主義と純益主義との対立

第2款 利益没収の法的性質と範囲

第3款 ドイツ利益没収の接合可能性

結びに代えて

(以上、本号)

第3節 2017年改正の概要

収奪制度は、「刑法上の財産はく奪の改正のための法律 [Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung]⁽²¹⁴⁾」により、2017年7月1日に施行された。犯罪の撲滅のためには、刑法における効果的な利益没収制度が必要であるところ、現行の収奪制度は、利益没収の刑事政策的な重要性に⁽²¹⁵⁾適応していないと評価された。その理由として、収奪の規定が過剰

に複雑である点、法的に不明確な問題が多数存在し、利益没収に関する判決に誤りが起きやすい点が挙げられた。連邦政府は、収奪制度の大幅な改正を行うことで利益没収制度の簡易化・明確化・強化を図った。先述の通り、本稿の検討対象は、利益没収の範囲に関するドイツの刑事立法、学説及び判例であり、被害者の請求権の考慮規定、第三者に対する利益没収規定、手続法等の部分は本稿の検討対象から外れるため、以下では、「収奪（Verfall）」と「没収（Einziehung）」との両概念の統一、及び総額主義の明確化・具体化に限定して改正の内容を概観する。⁽²¹⁶⁾

第1款 概念の統一

2017年改正以前は、わが国でいう生成物件、供用物件、供用準備物件の取り上げを内容とする刑法74条以下の没収（Einziehung）と犯罪による利益の取り上げを内容とする収奪（Verfall）の2つの概念が存在した。2017年改正は、EUにおいて一般的に使用されている「confiscation」という用語に合わせ、「収奪」を「没収」へと変更した。⁽²¹⁷⁾ この用語の統一によって、全面的な改正を強調すると同時に、国際司法共助、とりわけEU内で越境的な利益没収が行われる際に生じる理解の困難性を解消することが意図された。⁽²¹⁸⁾ 刑法74条以下の没収概念は維持されたため、現行ドイツ刑法における「没収」は、犯罪のための道具等の没収と利益没収の2つを意味する。⁽²¹⁹⁾ 2017年改正以前において区別されていた「収奪」と「没収」の目的及び性質は維持されているため、概念上「収奪」が「没収」へと変更されているとしても、⁽²²⁰⁾ 「収奪」としての目的及び性質が変更されているわけではない。

第2款 総額主義の明確化及び具体化

第1節で記述したように、利益没収の基準に関する判例の見解が一致せず、法的安定性を欠く恐れがあったため、2017年改正は総額主義を明確化及び具体化することで、この問題点に対処した。2017年改正は、73条1項の枠

組みを「正犯又は共犯が、違法行為により、又は違法行為のために何ものかを得たときは、裁判所は、その没収を命じる」と改め、刑法旧73条1項で用いられていた「行為から (aus der Tat)」という文言を、「違法行為により (durch eine rechtswidrige Tat)」へと変更した⁽²²¹⁾。これによって、行為経過のいずれかの段階で構成要件実現から得られた利益は、行為と利益との間の直接的な因果連関は問題とならず、間接的に得られた利益であっても没収を可能とする第1刑事部の立場が明文で規定された⁽²²²⁾。

他方、第5・3刑事部によって示された理解は、刑法73条d1項に部分的に組み込まれた。同項の枠組みは以下のように定められている。

第73条d(得られたものの価値の決定：査定)

(1) 得られたものの価値を決する際には、正犯、共犯又は他人の経費は控除される。ただし、行為の遂行又はその準備のために費消され又は投入されたものは、行為の被害者に対する債務を履行するための給付にあたらぬ限り、控除されない。

同項は、総額主義による得たものの特定の判断を具体化した条文である⁽²²³⁾。同項1文は、費用の支出は控除されると定める一方で、同項2文は、行為の遂行又はその準備のための支出は、被害者に対する債務の履行としてなされたものを除いて控除されないとする。これは、「禁じられたことに投資されたものは、回復不可能な形で失われなければならない」というドイツ民法817条2文の法思想を表したものである⁽²²⁴⁾。同項は、直接財産の増加につながった行為又は取引それ自体が刑法上禁止されているかどうかにかんして控除の基準を置いているが、この基準は第5・3刑事部の判断において現れた利益没収の基準と一致する。すなわち、利益を直接生み出す行為それ自体が可罰的でなければ、当該利益を没収することはできないという第5・3刑事部の基準が、費用の控除という形で同項に現れているのである⁽²²⁵⁾。

刑法73条1項及び73条d 1項によれば、得たものの特定は2段階のプロセスで行われることとなる。まず、刑法73条1項により、行為経過のいずれかの段階で構成要件実現から得られた利益が「得たもの」となり、続いて、刑法73条d 1項により、行為の遂行又はその準備のため以外の支出が控除される。例えば、薬物犯罪の場合は、薬物の仕入れ価格等の支出は控除されることなく、薬物売却収益の総額が没収される⁽²²⁶⁾。他方で、ケルンのゴミ事件のように、贈賄により何らかの契約を締結し、当該契約の履行によって請負代金を得た場合は、刑法73条1項により請負代金の総額が「得たもの」とされたうえで、人件費等の契約の履行の際に生じた支出は、契約の履行のための支出であって贈賄の遂行又はその準備のためになされた支出ではないため、刑法73条d 1項により控除されることとなる。第1刑事部と第5・3刑事部の基準を組み合わせた新たな規定は、両刑事部の妥協案と評される⁽²²⁸⁾。また、一定の支出の控除を義務付ける刑法73条dは、1992年改正までドイツ刑法学において妥当していた純益主義への部分的な接近を意味する⁽²²⁹⁾。

第4節 小括

ここまで、ドイツの判例、学説及び立法における利益没収の展開を分析してきた。利益没収に関する議論は、利益没収の法的性質を主軸とする総額主義と純益主義の対立から、行為から得たものは何か、という「得たものの特定」の問題へとシフトしていった。

「得たものの特定」の問題につき、まず判例においては、各刑事部の間で不統一な解釈がなされていることを確認した。すなわち、第5・3刑事部は、構成要件実現との間の直接性及び刑法規範の保護目的の観点から、利益没収において、行為と利益との間の直接的な因果連関を問題とする一方で、第1刑事部は、構成要件の実現から得られた利益であれば、間接的に得られた利益にまで利益没収を拡張した。

続いて、学説においては、規範的不法の観点から、「得たもの」を構成要

件実現から直接得られた利益に制限しようとする見解を確認し、行為の不法が反映されている限度で「得たものの特定」が行われていることを明らかにした。「得たもの」における行為の不法を検討する手段として、適法な仮定的因果経過や規範の保護目的連関、客観的帰属論が用いられることも確認した。

最後に、立法においては、2017年改正の背景と内容を部分的に概観した。判例において生じた利益没収の基準の不統一性から、ドイツ刑事立法は、第1刑事部の基準に従って「得たものの特定」を行い、第5・3刑事部の基準に従って支出の控除を行うことを定めた。

第4章 ドイツ利益没収の現代的意義とその可能性

本章では、まず、前章までの議論を総合し、ドイツ利益没収の現在地とその意義を明らかにする。続いて、利益没収に関するわが国の議論の現状を概略的に示し、わが国の議論とドイツのそれとの接合可能性について概察する。

第1節 利益没収に関する議論の変遷

ドイツ刑典全面改正以降、利益没収に関するドイツ刑法学の理解がどのように変遷していったかを簡単にまとめよう。

第1款 判例・学説における純益主義の敷衍

まず、全面改正から1992年改正までの展開であるが、全面改正以降、判例においては、収奪の対象である「財産的利益」の解釈が問題となった。利益没収の範囲についてのリーディングケースである1979年決定をはじめとして、判例においては、犯罪によって行為者が獲得した利益から、収益それ自体を減少させるあらゆる支出が控除されなければならないという純益主義が採用されてきた⁽²³¹⁾。また、学説においても、多くの学者が、収奪の法的性質を不当利得返還類似の清算処分と位置づけ、純益主義を導く見解を主張した。⁽²³²⁾

第2款 総額主義の導入と利益没収の法的性質

ところが、薬物犯罪及び組織的犯罪の増加により、利益没収の刑事政策的
重要性が高まったにもかかわらず、純益主義の適用により、行為者の支出の
証明という過度な負担が裁判所に生じたため⁽²³³⁾、実務において収奪はほとんど
適用されなかった⁽²³⁴⁾。純益主義による問題点は1992年改正により対応され、収
奪対象を、「財産的利益」から「もの」へ置き換えることで、行為者が犯罪
によって獲得した利益の総体を収奪によって取り上げる総額主義への転換が
実施された⁽²³⁵⁾。

総額主義の導入により、収奪の法的性質について活発に議論がなされるよ
うになった。学説においては、総額の収奪は、行為者が実際に利得した以上
の物を取り上げるため、利得の清算を超えた刑罰であると解された⁽²³⁶⁾。これに
対して、判例においては、総額主義の導入後も、収奪の法的性質は変更され
ず、独自の性質の処分のままであると理解された⁽²³⁷⁾。

第3款 「得たものの特定」の議論

2000年代に入ってから、収奪制度において新たな論点が生まれた。すなわ
ち、近時の裁判例においては、総額主義を採用する点で争いはないが、何
が「行為から得たもの」とされるべきかという「得たものの特定」の問題が
頻繁に争われており、判例の間で不統一な解釈がなされた。「得たものの特
定」の問題は、第1刑事部と、第5・3刑事部との間で生じた。すなわち、
第1刑事部は、行為経過のいずれかの段階で構成要件の実現から得られた財
産的価値を「行為から得たもの」と解釈し、間接的に得られた利益にまで収
奪を拡張する立場を採用する一方で、第5・3刑事部は、構成要件実現との
間の直接性、及び刑法規範の保護目的の観点から、収奪対象を構成要件実現
から直接得られた財産的価値に限定する立場を採用した⁽²³⁸⁾。

学説においては、規範的不法連関の視点から、「行為から得たもの」を構

成要件実現から直接得られた財産的価値に制限しようとする見解が有力に主張された。規範的不法連関を基準とする見解は、得られた利益に、その出発点となる行為の実質的な不法を見出すこと⁽²³⁹⁾で、当該犯罪類型において何を得ることが許されないかを明らかにする。行為の不法を検討する基準としては、適法な仮定的因果経過の考慮⁽²⁴⁰⁾、保護目的連関⁽²⁴¹⁾、客観的帰属論⁽²⁴²⁾が用いられる。

収奪制度は、「得たものの特定」に対する各刑事部によるアプローチの相違を一つの要因として、2017年に改正される。2017年改正により、収奪の概念が没収へと変更されたほか⁽²⁴³⁾、第1刑事部と第5・3刑事部の基準を組み合わせた新たな規定が立法された。すなわち、「得たものの特定」は第1刑事部の基準に従って行われ⁽²⁴⁴⁾、第5・3刑事部の基準は支出の控除という形で、制度に組み込まれた⁽²⁴⁵⁾。

第2節 利益没収に関する議論の特徴と現代的意義

本稿では、「犯罪による利益のうち、どこまでが不当な利益として没収されるか」という利益没収の範囲に焦点を当て、これに関するドイツの刑事立法、学説及び判例の歴史的展開をたどってきた。利益没収の範囲につき、全面改正以降のドイツ刑法学は、総論的検討から各論的検討へとシフトしていったと評価できるだろう。総論的検討が行われていた時期は、収奪制度の立法後から1992年改正までである。すなわち、同時期の学説及び判例における議論は、法的性質の観点から利益没収の範囲を検討しており、収奪の法的性質の解釈（刑罰か清算処分か）によって、利益没収の範囲（得たものの総額か純益か）を決定していた。これに対し、2000年代以降の議論では、判例及び学説は、利益没収の範囲を、その都度の犯罪類型に応じて個別化していく各論的検討を行っていた。すなわち、判例においては、利益を生み出す行為それ自体が犯罪とされているか⁽²⁴⁶⁾、規範の保護目的の観点から何をすることが許されないかを基準として⁽²⁴⁷⁾、個々の犯罪類型に応じて利益没収の範囲が検討

されていた。学説においても、個々の犯罪における不法の反映の程度を検討することで、利益没収の範囲が検討されており、例えば、薬物犯罪、贈収賄罪、経済犯罪では、利益没収の範囲がそれぞれ異なると説明されていた。⁽²⁴⁸⁾

第3節 わが国の学説の現状

第1款 総額主義と純益主義との対立

わが国の没収の議論の現状をみると、収奪の法的性質に関する議論に影響を受け、没収の法的性質の観点から総額主義と純益主義との対立を論ずる傾向にある。⁽²⁴⁹⁾ そこでは、没収の法的性質を刑罰と解する立場からは総額主義が、不当利得の清算と解する立場からは純益主義が導かれるのが概ねの対立構造といえるだろう。⁽²⁵⁰⁾ わが国の没収の議論は、没収の法的性質の解釈によって利益没収の範囲を決定する、没収の総論的検討を重点的に行ってきた。⁽²⁵¹⁾ しかし、犯罪行為によって得られた物は何か、すなわち、没収対象物が判明して初めて総額主義と純益主義との対立が問題となるところ、対立の前提にある没収対象物に関する議論は、それほど行われてこなかったように思われる。学説及び判例における「犯罪行為によって得た物」の意義が、「犯罪行為によって犯人が取得した物」という端的な説明に止まる点からも、⁽²⁵²⁾ 没収対象物に関する理論構築が十分になされていない状況が看取できよう。

第2款 利益没収の法的性質と範囲

わが国では、利益没収の法的性質とその範囲を関連付けた議論が行われているが、利益没収の法的性質とその範囲の関係は必然的なものではないように思われる。総額主義の立場について見ると、没収の法的性質を刑罰と解し、そこから総額主義を導く見解は、没収が財産「刑」である以上、財産状態の悪化を含むものとするが、⁽²⁵³⁾ 没収による財産状態の悪化が生じない場合もある。例えば、第三者から手渡されるなどして、仕入れ価格を支払うことなく取得した薬物を10万円の有償譲渡した場合は、総額主義でも純益主義で

も、当該事例で没収できるのは純益の10万円に限られるが、没収の法的性質を刑罰と解する立場からも、財産状態の悪化を考慮して10万円以上の没収を認める主張はしないだろう。同見解が意味するのは、没収の法的性質が刑罰であるから、(財産の悪化が生じるように)総額を取り上げるというよりは、むしろ没収対象を取り上げた結果、行為者の財産にマイナスが生じる場合は、その部分を刑罰として考慮すべきということに他ならない。また、賄賂の没収においては、没収対象である賄賂それ自体が概念上「利益」のみを指すものであること⁽²⁵⁴⁾から、没収の法的性質の如何に関わらず、不当利得の清算としての純利益の没収に限定される⁽²⁵⁵⁾。そうすると、没収の第一義的な性質は、条文に記載されている対象物の取り上げであり、利益没収の範囲について決定的なのは没収対象物の解釈である。

利益没収の範囲は、没収の抽象的な性格づけからさらに踏み込んだ具体的な問題であるため、没収の法的性質を論ずるだけでは不十分である。没収の実際の適用範囲を画するためには、法的性質という抽象的な問題の検討に終始するのではなく、個別具体的な解釈を没収の基礎理論に反映させていく必要がある⁽²⁵⁶⁾だろう。

第3款 ドイツ利益没収の接合可能性

利益没収の範囲を検討するに当たって、没収対象物の解釈が重要なのであれば、意識しなければならないのは、刑法典及びその他特別刑法の各条文において没収の対象が異なる点である。わが国の刑法19条1項3号及び4号によれば、犯罪行為によって得た「物」及び犯罪行為の報酬として得た「物」が没収されるが、同法197条の5によれば、「賄賂」が没収される。また、麻薬特例法11条各号によれば、必要的没収の対象として「薬物犯罪収益」、「薬物犯罪収益に由来する財産」、「薬物犯罪収益等」が挙げられる。さらに、金融商品取引法198条の2によれば、「犯罪行為により得た財産」が必要的没収の対象となっている。

各種刑罰法規間で没収の対象物が異なり、対象物の定義・解釈が同一でない以上、没収の適用基準を論じるためには、各種刑罰法規の共通項である「没収」の法的性質を検討するだけでは足りず、各種刑罰法規における没収の趣旨、すなわち犯罪において何が没収されるべきかを考慮する必要があるだろう。各種犯罪類型において何が没収されるべきかを検討するに当たっては、犯罪類型に応じた利益没収の範囲の各論的検討、すなわちドイツにおける「得たものの特定」の議論が有用であろう。

とりわけ、刑法規範の保護目的・規範的不法連関の視点から、利益没収の対象を行為から直接得たものに限定しようとする第5・3刑事部及び近時の学説の立場は、わが国の没収に関する議論にも当てはまると思われる。刑法19条の没収対象である「犯罪行為によって得た物」は、同条1項4号の対価物件の没収が規定されていることから、犯罪行為から直接取得された物に限られている。また、最判平成15年4月11日刑集57巻4号403頁においても、⁽²⁵⁷⁾「『薬物犯罪の犯罪行為により得た財産』とは、薬物犯罪の構成要件に該当する行為自体によって犯人が取得した財産をいうものと解するのが相当である」と判示されていることから、ドイツ利益没収の立場はわが国の議論状況とも一致するだろう。また、樋口亮介は、経済犯罪の枠組みにおいて、犯罪が防止しようとする事態と評価できる範囲（保護目的）に取得財産の範囲⁽²⁵⁸⁾を制限することで、過剰な没収を回避することができるとする。

結びに代えて

以上、本稿では、利益没収制度に関するドイツ刑法学の歴史的展開をたどり、利益没収の範囲に関するドイツ刑法学の理解を明らかにした。ここでは、ドイツ利益没収の歴史的分析を通じて各章で得られた帰結と今後の課題を手短かに示しておくこととしたい。

第1章においては、ドイツ刑法典全面改正から1992年改正以前までの議論を考察し、収奪の法的性質を違法な利益の清算処分としたうえで純益主義を

採用する見解が、判例及び学説において支配的であったことを明らかにした。第2章においては、1992年改正以降の判例及び学説の議論を考察した。そこでは、改正により総額主義が導入された結果、学説は収奪の法的性質を刑罰又は刑罰類似処分と解した一方で、判例は改正後も、収奪の法的性質を違法な利益の清算処分と解していた。第3章においては、2000年代以降の議論を考察し、犯罪類型に応じて利益没収の範囲を個別化していく「得たものの特定」の議論が行われていたことを明らかにした。最後に第4章において、利益没収に関するわが国の議論の現状を概観し、わが国の没収を検討するに当たり、ドイツの「得たものの特定」の議論が有用であることを示した。

従来わが国の議論は、関税法、金融商品取引法、麻薬特例法、組織的犯罪処罰法と、各種刑罰法規ごとに没収を論じてきた。これに対し、ドイツ利益没収における「得たものの特定」の議論をわが国の没収に応用する場合、各犯罪類型において何を得心することが許されないかを、刑法規範の保護目的・規範的不法連関の視点から検討するため、没収に関してより個別具体的な検討が行われる。金融商品取引法においては、証券犯罪と一口に言っても、問題となる犯罪がインサイダー取引なのか、相場操縦なのか、その他の不公正取引なのかで没収・追徴の適用も変わってくる。また、組織的犯罪処罰法においては、「死刑又は無期若しくは長期四年以上の懲役若しくは禁錮の刑が定められている罪」により得た財産が、「犯罪収益」⁽²⁵⁹⁾として没収・追徴の対象とされているが、没収・追徴の範囲は、その前提となっている犯罪が、例えば特殊詐欺等の財産犯⁽²⁶⁰⁾なのか、売春の周旋、児童ポルノの提供行為、弁護士法違反⁽²⁶¹⁾等の特殊な犯罪⁽²⁶¹⁾なのかで帰結が変わってくることとなろう。各種犯罪類型において没収の適用がどのように変わってくるかについては、今後の検討課題としたい。

(214) BGBl. 2017, I, S. 872.

(215) BT-Drucks. 18/9525, S. 1.

- (216) 2017年改正を包括的に紹介する文献として、*Gerson Trüg*, Die Reform der strafrechtlichen Vermögenabschöpfung, NJW 2017, S. 1913ff; *Marcus Köhler*, Die Reform der strafrechtlichen Vermögenabschöpfung – Teil 1/2, NStZ 2017, S. 497ff; *Marcus Köhler/Christiane Burkhard*, Die Reform der strafrechtlichen Vermögenabschöpfung – Teil 2/2, NStZ 2017, S. 665ff.
- (217) BT-Drucks. 18/9525, S. 48.
- (218) BT-Drucks. 18/9525, S. 48.
- (219) *Trüg*, a. a. O. (Anm. 216), S. 1914.
- (220) *Trüg*, a. a. O. (Anm. 216), S. 1916.
- (221) BT-Drucks. 18/9525, S. 9. なお、2017年改正後の没収に関する条文の訳は、佐藤・前掲注(19) 44頁以下による。
- (222) BT-Drucks. 18/9525, S. 67f.
- (223) BT-Drucks. 18/9525, S. 55.
- (224) BT-Drucks. 18/9525, S. 55. なお、ドイツ民法817条2文は、給付の目的によると、法律の禁止又は善良の風俗への違反が物の給付者に認められる場合は、給付者は返還請求権を行使できないとする。同条の概要については、椿寿夫=右近健男『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）27頁以下〔右近健男〕。
- (225) *Frank Saliger*, Grundfragen der Vermögensabschöpfung, ZStW 2017, S. 1012.
- (226) BT-Drucks. 18/9525, S. 68.
- (227) BT-Drucks. 18/9525, S. 68. また、連邦通常裁判所2002年3月21日判決のように、贈賄によって自身の土地の価格を増加させたうえで、当該土地の売却により利益を得た場合は、刑法73条1項により土地の売却収益の総額が「得たもの」とされたうえで、土地の購入価格については、贈賄のためになされた支出ではないため、刑法73条d1項により控除されることとなる。これについては、*Johann Podolsky/Tobias Brenner/Roland Baier/Christian Veith*, Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 6. Aufl., 2019, S. 42.
- (228) *Saliger*, a. a. O. (Anm. 225), S. 1011.
- (229) *Albin Eser/Frank Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl., 2019, § 73d Rn. 1. また、*Saliger*, a. a. O. (Anm. 225), S. 1012f は、刑法73条dにより、1992年改正の目的であった支出の認定に関する刑事司法の負担の軽減は、放棄されたとする。

- (230) BGHSt 28, 369.
- (231) BGH NStZ 1988, 496, BGH NJW 1989, 3165.
- (232) *Güntert*, a. a. O. (Anm. 60), S. 39f; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 63), S. 791f; *Jekewitz*, a. a. O. (Anm. 60), S. 278; *Maurach/Gössel/Zipf*, a. a. O. (Anm. 63), S. 950; *Saliger*, a. a. O. (Anm. 63), Rn. 5.
- (233) *Krey/Dierlamm*, a. a. O. (Anm. 73), S. 356; *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 409; *Arnold*, a. a. O. (Anm. 65), S. 254.
- (234) *Brenner*, a. a. O. (Anm. 73), S. 203ff; *Krey/Dierlamm*, a. a. O. (Anm. 73), S. 355; *Jekewitz*, a. a. O. (Anm. 60), S. 277.
- (235) BT-Drucks. 12/1134, S. 12.
- (236) *Hoyer*, a. a. O. (Anm. 71), S. 414f; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 63), S. 792f; *Keusch*, a. a. O. (Anm. 115), S. 59; *Sotiriadis*, a. a. O. (Anm. 60), S. 161f; *Joecks*, a. a. O. (Anm. 115), Rn. 13; *Eser/Schuster*, a. a. O. (Anm. 115), Rn. 16.
- (237) BGH NStZ 1995, 491; BGH NJW 1998, 1723; BGH NStZ 2000, 137; BGH NStZ 2001, 312; BGH NJW 2002, 3339.
- (238) 佐藤・前掲注(19) 26頁。
- (239) *Lenz*, a. a. O. (Anm. 181), S. 266ff.
- (240) *Rönnau*, a. a. O. (Anm. 195), Rn. 195.
- (241) *Wolters*, a. a. O. (Anm. 205), Rn. 18.
- (242) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 92.
- (243) BT-Drucks. 18/9525, S. 48.
- (244) BT-Drucks. 18/9525, S. 67f.
- (245) *Saliger*, a. a. O. (Anm. 225), S. 1011.
- (246) BGHSt 50, 299, 310; BGH NJW 2010, 882, 884.
- (247) BGHSt 52, 227, 249; BGHSt 57, 79, 83.
- (248) *Gebauer*, a. a. O. (Anm. 165), S. 147.
- (249) 臼木・前掲注(15) 192頁以下、山本・前掲注(15) 487頁以下、高山・前掲注(41) 475頁以下、安田拓人「犯罪収益の没収・追徴」研修742号(2010年) 4頁、樋口亮介「没収・追徴」法学教室402号(2014年) 134頁。
- (250) 山本・前掲注(15) 488頁は、利益没収の法的性質を刑罰的性格のものとして解したうえで、純益主義を妥当とする。
- (251) もっとも、安田・前掲注(249) 5頁、樋口・前掲注(249) 134頁が指摘する

- ように、総額主義を採用する立場も、純益を超過した部分の没収は量刑の方で調整することを認める。そのため、純益主義と総額主義との違いが、被告人に対する刑の重さを純益の没収の程度に抑えることを目標として、純益を超える部分の取り上げを、没収側で調整するか（純益主義）、主刑側で調整するか（総額主義）のどちらの方法を採るかにしかないとすれば、対立の意義はそれほどないように思われる。この点については、高山・前掲注(41) 464頁以下、安田・前掲注(249) 5頁。
- (252) 藤木・前掲注(4) 141頁以下、前田・前掲注(16) 38頁、出田・前掲注(3) 428頁。また、麻薬特例法及び組織的犯罪処罰法における「犯罪行為により得た財産」について判断した判例として、最判平成15年4月11日刑集57巻4号403頁、最決平成20年11月4日刑集62巻10号2811頁。
- (253) 臼木・前掲注(15) 192頁、安田・前掲注(249) 5頁、樋口・前掲注(249) 134頁。
- (254) 山口厚「賄賂の没収・追徴」松尾浩也＝芝原邦爾『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）204頁以下。
- (255) 臼木・前掲注(15) 193頁、樋口亮介「没収・追徴」山口厚編『経済刑法』（商事法務、2012年）381頁。また、最決昭和63年7月18日刑集42巻6号861頁においては、値上がり確実の株式を公開価格で取得できる利益が賄賂とされたうえで、追徴の対象とされたのは、値上がり益のみで、取得した株式総額は対象とされていない。もっとも、職務行為に掛かる費用など、賄賂を取得するために行為者に支出が生じた場合、当該支出は没収・追徴の額から控除されないため、賄賂の没収において純益主義が採用されているわけではないことは指摘しておきたい。
- (256) 西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）111頁以下〔鈴木左斗志〕。
- (257) 山口厚「わが国における没収・追徴制度の現状」町野＝林編『現代社会』32頁注9、上田哲「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）』（法曹会、2006年）207頁、出田・前掲注(3) 428頁。
- (258) 樋口・前掲注(255) 386頁。
- (259) 大阪高判平成24年5月25日高刑速（平24）号188頁。
- (260) 最決平成20年11月4日刑集62巻10号2811頁。
- (261) 大阪地判平成19年9月13日判タ1266号340頁。