慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツ刑法における供用客体の没収 : 日本刑法上の供用物件・ 供用準備物件の没収との対比を念頭に
Sub Title	Einziehung von Tatmitteln im deutschen Strafrecht
Author	横濱, 和弥(Yokohama, Kazuya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2019
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.92, No.11 (2019. 11) ,p.35- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20191128-0035

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツ刑法における供用客体の没収

――日本刑法上の供用物件・供用準備物件の没収との対比を念頭に――

横濱和弥

第一章　はじめに
第二章　ドイツ刑法における供用客体の没収規定
第三章　供用客体の没収の要件
　第一節　犯罪の「予備」および「遂行」の意義
　第二節　促進的効果
　第三節　その他の限定原理
第四章　比例原則による限定
　第一節　七四条fの意義
　第二節　比例原則と性犯罪の記録媒体等の没収の限定
第五章　むすびにかえて
　第一節　本稿のまとめ
　第二節　日本法への示唆

第一章　はじめに

刑法一九条一項二号は、「犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物」（供用物件・供用準備物件）を没収できる旨定める。この条文に基づき、犯罪の実行行為に直接用いられた物（殺人の凶器等）が没収できることには疑いの余地がない一方、実行行為に直接用いられたわけではない物がどこまで没収可能であるかは、条文からは直ちに読み取ることができない。もっとも、判例・学説は、そのような物の没収を一定範囲で認めてきた。

学説上、供用物件・供用準備物件の没収については二つの立場がある。第一は、一九条一項二号にいう「犯罪行為」の文言を実行行為に限らず拡張的に解し、実行行為との密接関連性を有する限りで、実行の着手前又は実行の終了直後に行われた行為も「犯罪行為」に含まれることを前提に、この密接関連行為に用いられた物は没収可能とする見解である[1]（密接関連行為説）。この見解は、最高裁判例の調査官解説においても言及されている。すなわち、最判平成一五年四月一一日刑集五七巻四号四〇三頁では、覚せい剤密輸入行為（覚せい剤取締法・関税法違反）を行った被告人が、犯行後に出国する際に用いる予定であった復路航空券が没収されたところ、調査官解説では、「被告人とBの我が国への出入国自体が、覚せい剤輸入の実行行為（陸揚げ）を行うため（『だけ』といってもよいであろう）に外国から入国し、犯行後には検挙を免れるため速やかに我が国から出国しようとするというものであるから、実行行為と密接な関連性を有するものといえ」（傍線引用者）、復路航空券が供用準備物件にあたるとの理解が示されていた[2]。ここでは、覚せい剤の輸入という実行行為の後に用いられる予定であった航空券の没収が認められた点に特徴がある。

しかし、「犯罪行為」を広く解し、実行行為以外に用いられた物の没収を認めることに対しては、「罪刑法定主義との関連で疑問がある」との批判が向けられてきた[3]。そこで近時は、第二の見解として、「犯罪行為」を「実

行行為」と制限的に解した上で、これを促進した物は没収可能との見解が有力化している（促進説）。ただし、この見解からも、実行行為後に使用された物の没収が一切否定されるわけではなく、物を実行行為後に用いる予定であらかじめ用意していた場合は、実行行為を行う心理的障害が軽減されたという意味で促進が認められるとして、没収は肯定される。それゆえ、前述の復路航空券も、事前に準備されていたことで覚せい剤輸入への心理的促進が認められるため、没収可能とされる。(4)

このような状況の下、近時、最決平成三〇年六月二六日刑集七二巻二号二〇九頁（以下、平成三〇年決定）においても、実行行為に直接用いられたわけではない物の没収が肯定された。同事件では、強姦および強制わいせつの犯人が犯行の様子を隠し撮りし、被告人の弁護人が被害者の一人に対して、映像を法廷で流されたくなかったら告訴を取下げるよう要求した（ただし、被告人は強制わいせつ・強姦のみにつき起訴された上で有罪とされ、被害者への要求行為は強要罪等を構成するものとして起訴されていなかった）事案で、隠し撮りに使用された記録媒体の没収の可否が争われたところ、最高裁は、「被告人がこのような隠し撮りをしたのは、被害者にそれぞれの犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとしたためである」から、本件記録媒体は没収可能とした。

平成三〇年決定では、没収の理論的枠組に関して一般的な判示はなされていない。このことは、本件記録媒体が、前述のいずれの見解からも没収可能であることに起因するのかもしれない。密接関連行為説からは、性犯罪と並行する撮影行為（又は事後の示談交渉行為）が、性犯罪と密接に関連するといえれば、それに用いられた記録媒体は没収可能となるし、促進説からは、記録媒体が後に示談交渉に用いる目的であらかじめ用意されていたことにより、犯行への心理的障壁が下がったとして促進的効果を認めることができるであろう。それゆえ、平成三〇年決定はあくまで事例判断であり、没収の理論的根拠については、今後の議論の発展に委ねられている。(5) しか

しながら、学説の側において、没収につき検討した論稿は今なお限られており、とりわけ、次のような未解決の問題点が存在する。

第一は、結局のところ、供用物件・供用準備物件の没収につき、いかなる判断枠組に依拠すべきかが明らかではない点である。現状、最高裁は一般的枠組については何ら述べておらず、また、学説では二つの見解が二項対立的に論じられることが多いものの、そもそも両説が本当に対立するのかは、充分に検証されていない。実際に、平成三〇年決定の第一審・第二審は没収を肯定するにあたって、密接関連性と促進的効果の双方に言及しており、二つの見解を併用的に用いたとも評しうる。

第二に、近時は促進説が有力に主張され、また密接関連行為説の論者も、物の使用行為が実行行為を容易にしたという意味で促進したときには、当該使用行為が密接関連行為となることを否定しないため、いずれの立場からも促進の有無は重要たりうるもの[6]の、それが十分条件たりうるのかは不明である。前述の通り、平成三〇年決定における記録媒体は、事前の用意による心理的障壁の軽減という観点から、その促進的効果を説明可能であるが、当該事情が一般に没収を基礎づけるとすれば、たとえば窃盗犯が逃走用の自動車をあらかじめ用意していた場合には、自動車もまた没収可能なのであろうか？　あるいは、平成三〇年決定の事案で、行為者が示談交渉の目的を有さず、単に隠し撮りにより性的興奮を得る目的[7]の場合も、やはり記録媒体が犯行を心理的に促進したとの理由で没収可能となるのであろうか？　没収の根拠として「促進」という側面を強調する場合、物が犯行の手段として用いられたという側面は薄まっていく。それゆえ、「促進」が考慮要素たりうるとしても、さらに何らかの限定を加える必要があるか否かは、考察する必要がある。

そこで有用たりうるのが、比較法的検討である。我が国の刑法理論に大きな影響を与えてきたドイツ法に目を転じてみると、ドイツ刑法七四条一項は、犯罪の「遂行若しくは予備のために用いられ、若しくは用いられる予

定であった客体」（**供用客体**：Tatmittel）が没収可能と定める。ドイツと我が国は、犯罪への使用という視座に基づき物の没収を認める点で共通の基盤を有するだけでなく、後述の通り、ドイツでは没収が認められるためには客体が犯行を「促進」したことが必要とされる点で、我が国の促進説を想起させる議論が存在する。しかも、ドイツでは「促進」という基準が判例上も受容されている。このような状況は、我が国における没収の射程範囲を再検討するにあたり、好個の素材をもたらしうる。それにもかかわらず、ドイツの供用客体没収の制度を紹介する論稿は限られているのが現状である。(8)

本稿では、我が国における供用物件・供用準備物件の没収の解釈に関する示唆を得るため、ドイツにおける供用客体没収の全体像を概観する。以下では、まず、ドイツにおける供用客体の没収規定を確認し（第二章）、次いで、供用客体没収の判断枠組（第三章）および没収制度全体に共通する要件である比例原則（第四章）を概観する。以上の検討を通じて、ドイツ刑法のいかなる点が我が国に示唆的であるかを示す（第五章）。

第二章　ドイツ刑法における供用客体の没収規定

まずは、ドイツの没収規定を確認する。ドイツでは二〇一七年に没収規定の改正があり、供用客体の没収にも変更が加えられたものの、本質的な変更がなされたわけではない。(9) 供用客体の没収に関する基本規定である七四条は、次のように定める（傍線筆者）。(10)(11)

第七四条　正犯者及び共犯者における生成客体、供用客体及び行為対象の没収

（一）故意の犯罪によって生じ（生成客体）、又はその遂行若しくは予備のために用いられ、若しくは用いられる予

定であった客体（供用客体）は、没収することができる。
（二）犯罪行為が関係した客体（行為対象）は、特別の規定により没収される。
（三）没収は、客体が、裁判の時点で正犯者若しくは共犯者に属し、又は帰属するときにのみ許容される。特別の規定により第一項のほかに没収が指示され、又は許容されるときも同様とする。

一項は生成客体（Tatprodukte）および供用客体（Tatmittel）の没収を定め、これらは任意的没収の対象となる。二項は行為対象（Tatobjekt：日本の組成物件に概ね相当）の規定であり、明文規定がある場合に限り没収対象となる旨が定められる。以上のうち、本稿の関心事である供用客体は、犯罪の「遂行若しくは予備のために用いられ、若しくは用いられる予定であった客体」（Gegenstände, die … zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind: 傍線部）と定義される。(12)

七四条に基づく没収は、犯罪行為の正犯又は共犯からの没収を定める点（三項）で、刑罰の一種である。(13) もっとも、七四条所定の各客体が正犯・共犯以外の者に属する場合であっても、その者が、客体が供用客体として用いられたこと等に少なくとも軽率により寄与した場合又は非難すべき方法で客体を得たときには、七四条 a に基づき没収が可能とされる。加えて、七四条 b は保安没収を定め、客体が社会を危殆化し、又は違法行為の遂行に役立つおそれがあるときには、正犯又は共犯が責任無く行為した場合や、客体が正犯・共犯以外の者に属する場合であっても没収可能とする。(14)

これに加えて、条文上、供用客体等の没収は、比例原則に服するべき旨が定められている（七四条 f）。この点については後述する（第四章）。

なお、本稿では扱えないが、一部の犯罪類型には、供用客体等に関する特別な没収規定がある。たとえば、二

○一条aでは、一定領域内で他人を権限なく撮影すること等が処罰対象とされるところ、その五項では、正犯・共犯が用いた撮影媒体および撮影機材又はその他の技術的手段が任意的没収に服するとされる。[15] また、七四条dは文書に関する特別な没収規定を定める。たとえば同条一項によれば、「内容を知りながら故意に頒布することが刑罰法規の構成要件を実現することとなる内容の文書」は、「少なくともその一つが違法な行為によって頒布され、又はその頒布が予定されていたときは、没収する。」とされ、加えて、「文書の製造のために使用され又は使用される予定であった、複製の版下となった又はなるはずであった器具は、使用不能にすることを命じる。」とされる。[16] 七四条dに基づく没収および使用不能処分は、必要的である。[17]

第三章　供用客体の没収の要件

本章では、供用客体没収の基本規定たる七四条の要件を明らかにするため、ドイツの判例・学説を概観する。七四条一項では、犯罪の「遂行若しくは予備のために用いられ、若しくは用いられる予定であった客体」が没収対象とされるところ、結論から述べれば、供用客体としての没収の可否は、概ね次の四つのステップで判断されているように思われる。

(i)　犯罪の「予備」又は「遂行」段階における客体の使用
(ii)　客体により犯行を意図的に「促進した」又は「促進するはずであった」こと
(iii)　その他の限定原理の考慮（争いあり）
(iv)　七四条fに基づく比例原則の考慮

（ⅰ）～（ⅲ）は、客体が供用客体にあたるか否かを判断するものであり、（ⅳ）は、客体が供用客体にあたることを前提として、なお没収を見送るべきか否かを決するための基準である。本章では、（ⅰ）～（ⅲ）を中心に検討し、（ⅳ）の検討は次章に譲る。

第一節　犯罪の「予備」および「遂行」の意義

七四条一項の文言上、供用客体にあたるためにはまず、（ⅰ）客体が犯罪の「予備」又は「遂行」に用いられた又は用いられる予定であったことが必要である。ここでは、客体が犯行のどの時点で用いられなければならないのかが問題とされる。

1　「予備」および「遂行」の概念

まず、「予備」（Vorbereitung）段階で用いられた又は用いられる予定であった客体が没収可能である。ただし、予備行為に用いられた客体は常に没収可能というわけではなく、①予備行為それ自体が可罰的である場合[18]又は②不可罰な予備行為の段階で客体が用いられたが、行為がその後可罰的段階（可罰的未遂又は既遂）に達した場合[19]に限って、客体は没収可能とされる[20]。

加えて、客体が犯罪の「遂行」（Begehung）のために用いられた又は用いられる予定であった場合も、当該客体は没収可能とされる。「遂行」は実行行為に限られず、広く解されるというのが、判例・通説である[21]。未遂段階で用いられた客体も没収可能であるが、予備段階での使用の場合と同様、「可罰的」未遂行為に用いられた客体のみが没収可能とされる[22]。このように、客体の使用が可罰性と結びつく必要がある理論的根拠としては、可罰

的行為に客体が用いられなければ、客体が「犯罪」の遂行のために用いられたといえないこと[23]、および、没収が付加刑としての性質を（も）有していること等が挙げられる[24]。

他方で、ひとたび行為が可罰的段階に達すれば、客体が現に用いられなくとも、「用いられる予定であった」といえれば、没収は可能となる。なお、供用客体の没収は、訴追対象として裁判所により認定された行為との関係でのみ可能とされる[25]。

2　実行行為後に用いられた客体の没収に関する判例の動向

前述の通り、七四条一項にいう「遂行」概念は広く解されるところ、この文言に基づき、実行行為後に用いられた客体も没収可能といわれる。一般的には、「既遂」（Vollendung）後に用いられた客体も没収可能とされる一方、犯罪の「終了」（Beendigung）後に用いられた客体は没収不可能とされる[26]。ドイツ法上、既遂とは、全客観的構成要件要素が実現された段階を指し、他方で終了とは、犯罪事象の事実的終結に至った段階をいう[27]。たとえば、謀殺罪・故殺罪においては、結果発生（既遂）と同時に犯罪が終了する一方[28]、窃盗罪等の場合には、客体の取得をもって既遂に達するが、盗品が確保されてはじめて終了するという[29]。それゆえ、犯罪類型の差異が、没収の範囲にも影響しうる。

以上に従い、ライヒ裁判所（RG）の時代から、犯行の既遂到達後に盗品の輸送や逃走に用いられた自動車等の没収が、一定範囲で認められてきた。その代表例の一つとして、刑法旧四〇条（現在の七四条に概ね相当）を参照して没収を認めた、次の事件がある。

〈事例①〉RGSt 12, 305（一八八五年六月一九日判決）

被告人らが他人所有の山林で倒れた鹿を発見し、その場で内臓を抜いて肉を手ぞりに乗せて自宅まで運搬した行為につき、密猟の罪（刑法旧二九二条）で有罪となったところ、同罪の没収の特別規定（旧二九五条：犯行時に携帯していた密猟道具等の没収）に従い、手ぞりが没収できるかが問題となった。RGは次のように述べて没収を肯定した。

「〔……〕彼らにより行われた密猟罪は、当時においても既に法的には既遂となっていた〔konsumiert war〕としても、他人の狩猟領域で鹿の内臓抜きを行ったことをもって、終了〔Abschlusse〕に達したわけではない。」「可罰的行為により得られた財を犯行現場から持ち出すために用いられた輸送手段も、刑法四〇条の意味における、可罰的行為の遂行のために用いられ又は用いられる予定であった客体にあたり、このことからは、〔……〕密猟罪を終了に導くことに貢献した、又は貢献するはずであった全ての客体が、密猟道具にあたると考えられる。」（傍線筆者）

RGは、密猟道具にあたるか否かを供用客体の規定（旧四〇条）に照らして判断し、密猟行為は鹿の解体をもって既遂に達したものの、未だ終了していないとして、鹿肉の確保に用いられた手ぞりの没収を肯定した。連邦通常裁判所（BGH）も、概ね同様の基準を踏襲している。

〈事例②〉BGH NJW 1952, 892（一九五二年六月五日判決）

「窃盗犯により盗品の持ち去りのために使用された自動車は、犯罪の遂行のために用いられたものにあたる。というのも、確かに奪取は取得をもって法的には既遂となるが〔vollendet〕、未だ事実的には終了して〔beendet〕いないからである〔……〕。」（事案詳細不明・傍線筆者）

〈事例③〉BGHSt 8, 205（一九五五年一〇月六日判決）

被告人が家畜の窃盗に先立ちオートバイで犯行現場を偵察し、その後に窃盗を行った事案で、BGHは次のように

述べて、オートバイの没収を肯定した。

「自然的な観察によれば、〔旧〕四〇条の『故意の重罪又は軽罪の遂行』という文言の下には、犯罪予備から逃走および盗品の確保までの全ての行為が含まれる〔……〕。」（傍線筆者）

〈事例④〉BGH bei *Dallinger*, MDR 1970, 559（一九七〇年三月一七日判決）[30]

被告人が通貨を偽造して様々な場所で流通させた事案で、BGHは被告人を通貨偽造（行使を含む、一四六条）で有罪としつつ、次のように述べて、被告人が移動に用いた自動車の没収を肯定した。

「いずれにせよ、被告人は、安全上の理由から、各々の場所で紙幣一枚のみを流通させようとしており、自身にとって割に合う期間の間、自身の自動車を通じてのみその紙幣を処理することができたのであり、本件自動車は犯行の終了前、つまり犯罪遂行のために〔……〕用いられた。」（傍線筆者）

〈事例②〉は窃盗の終了前に用いられた自動車、〈事例④〉は通貨偽造の終了前に用いられた自動車を没収可能としている。〈事例③〉は、既遂後の客体の使用の例ではないため傍論であるが、逃走・盗品確保に用いられた客体が一般に没収に服しうると述べている。[31]

他方、犯罪の終了後に用いられた客体の没収が否定された例としては、次のものがある。

〈事例⑤〉BGH NStZ-RR 2002, 332（二〇〇二年七月九日決定）

被告人は、自身の妻を侮辱・脅迫したNが自身の息子と対峙すると聞き、自動車で現場に向かい、Nらに発砲して自動車で逃走したが、逮捕された。被告人は故殺未遂および危険な傷害で有罪とされたが、BGHは次のように述べて、自動車の没収を否定した。

「予備から終了の段階に至るまで、犯行をもっぱら可能とし、かつその実施に寄与し、又はそのために必要であっ

た全ての客体が、没収に服する〔……〕。しかしながら、①犯行との関係で客体がたまたま用いられたことでは足りない〔……〕。それに加えて、その使用が犯罪企図の実現を意図的に促進し、又は行為者の計画によれば促進するはずであったことが必要である〕。「②被告人が〔現場となった〕C通りに戻る間に既に、〔N〕に発砲する決意を有していたとも、彼が〔N〕との『決着』の後にすばやく逃走することに適した手段を確保しておくために自動車を用いたとも、認定されていない。それゆえ、自動車の使用と犯罪遂行との間に必要である、内的な繋がりが欠ける。LGの見解とは異なり、③被告人が、銃撃後にメルセデス製自動車のところに戻り、これで走り出したという事実のみでは、没収は正当化されない。なぜなら、この時点で〔N〕に対して行われた犯罪行為は、既に終了しているからである。」（傍線筆者）

傍線部③によれば、被告人による故殺未遂および傷害は銃撃をもって終了したため、その後の逃走に用いられただけでは自動車の没収は基礎づけられないとされる（傍線部①②の意義は次節で述べる）。

以上のように、七四条一項にいう「遂行」には犯罪の「終了」前までの状態が含まれ、終了時点は個々の犯罪類型に従い判断される。「遂行」を広く解する論拠としては、「規定の刑罰目的・保安処分目的に合致する」といった説明[32]がなされることがあるものの、なぜ「遂行」が犯罪の終了前までを含むのかは、必ずしも判然としない。もっとも、次節で述べる通り、供用客体の没収根拠を共犯類似の観点から説明する見解がみられるところ、ドイツ判例では犯罪の終了前であれば、既遂後であっても共犯としての関与が可能とされるため、この発想が供用客体の没収にも及んでいる可能性がある。

第二節　促進的効果

（ii）第二のステップとして、現在の判例・通説上、物の使用が犯行を「促進した」（fördern）又は「促進する

はずであった」（fördern sollte）ことが必要とされる。[33]

1　判例の動向

「促進」というメルクマールは解釈によって導かれている基準であるが、この基準がＢＧＨで一般的に受容されたのは比較的近時のことである。[34] 例としては、次のものがある。

〈事例⑥〉BGH NJW 1987, 2882（一九八七年四月二九日判決）

被告人はコカインをアメリカからドイツに輸入し、麻薬法（ＢｔＭＧ）上の薬物の違法輸入と違法取引で有罪となった。被告人は薬物の輸送手段としてジープを用いたが、警察が薬物を代替品とすり替えており、被告人はそれに気づかず代替品を輸送していた。ＢＧＨは「被告人はむしろ、自身の可罰的な作為を当該車両のおかげでさらに進捗させることができると信じていた」（傍線筆者）と述べ、本件ジープが供用客体にあたるとした。[35]

ここでは、被告人が本件ジープにより犯行を「進捗させる」（vorantreiben）ことができると信じていた旨認定され、「促進」に類する効果が認められていたといえる。

その後、「促進」基準に言及した代表的なＢＧＨ判例として、先にみた〈事例⑤〉（二〇〇二年七月九日決定）がある。そこでは、「犯行との関係で客体がたまたま用いられたことでは足りない［……］。それに加えて、その使用が犯罪企図の実現を意図的に促進し、又は行為者の計画によれば促進するはずであったことが必要」との基準が示されている（傍線部①）。[36] 同様の基準は、たとえば次の事例でも踏襲された。

〈事例⑦〉BGH StV 2005, 210（二〇〇四年一二月八日決定）

コカインの転売を委託された被告人は、二〇〇三年一一月四日にＢＭＷで居住地のスペインからドイツに移動し（なお、この時点での薬物取引は認定できなかった）、このＢＭＷは同日から一九日までの間、フランクフルトの有料駐車場に置かれていた。この間、被告人自身はスペインやスイスにも数日滞在していた。最終的に、一一月一八日、フランクフルトの同駐車場付近にて、オペルの自動車内でＦと被告人との間でコカインの取引が行われた。ＢＧＨは次のように述べて、ＢＭＷの没収を否定した。（罰条不明）

「犯行との関係で客体がたまたま用いられたことでは足りない。それに加えて、その使用が犯罪企図の実現を意図的に促進し、又は行為者の計画によれば促進するはずであったことが必要である。〔……〕この日〔薬物の受け渡しがなされた二〇〇三年一一月一八日〕、ＢＭＷは弁つきで駐車場に止められていた。被告人が、二〇〇三年一一月四日から一八日までの間、常にフランクフルトにいたわけではないとの状況に鑑みれば、薬物の受け渡しの二週間前に、後に犯行現場となる場所にＢＭＷ製自動車で赴いたことが、既に薬物取引の実現を促進するはずであったとは、容易には明らかにならない。」（傍線筆者）

以上のように、本決定においては、客体が犯罪企図の実現を「意図的に促進し、又は促進するはずであった」ことが要求されている。

2　促進が要求される理論的根拠および促進の内容

前記ＢＧＨ判例では、促進が要求される論拠として、客体が犯行との関係でたまたま使用されただけでは足りないことが挙げられている。学説では、たとえばエーザー（Albin Eser）が、供用客体没収の根拠は、犯罪に際して客体を「濫用」（Mißbrauch）したことにあるという発想に基づき、客体が偶然に作用しただけでなく、犯

罪の遂行を「実効的に促進した」ことが必要とするが、[37] これもＢＧＨのいう「偶然使用の排除」以上のことを述べたものではないように思われる。

他方、下級審裁判例の中には、一歩進んで、促進要件の理論的根拠を共犯論のアナロジーで説明するものがある。その例として、次のバイエルン州最高裁の判決がある。

〈事例⑧〉BayObLGSt 1976, 38（一九七六年四月五日判決）

被告人は無免許でバスを運転して事故を起こしたが、その際、以前紛失したと届け出たはずの（無効な）免許証を携帯していた。被告人は、過失による道路交通の危殆化（刑法三一五条ｃ第一項一号ａおよび三項二号）と道交法（ＳｔＶＧ）上の無免許運転の罪で有罪とされ、無効な免許証の没収の可否が問題となった。バイエルン州最高裁は次のように述べて没収を肯定した。

供用客体の没収のために要求される客体の促進的効果は、物理的なものに限られず、「客体の使用により〔……〕心理的障害が克服され、又は少なくとも障害の作用が減少させられたときにも、そのような促進は認められる。[①] その限りで、構成要件実現の物理的共働のみならず、単なる心理的援助という形態でも存しうる、共同正犯又は幇助犯による犯行の促進〔……〕と、何ら異ならない〔……〕」。「〔……〕それゆえ、[②] 後の発覚を防ぐ（という一般的な）目的で客体を使用することは、犯罪の実行に際しての加功が他の共同正犯又は正犯を後の発覚から守ることに限定されているような共同正犯又は幇助者の活動と同様の態様で、犯行を促進する。これに従い、たとえば、強盗に際して行為者が着用していた覆面は、たとえ被害者に対する脅迫および財物の奪取のいずれも容易にせず、行為者の特定を後に頓挫させることに貢献したに過ぎないとしても、刑法七四条一項に基づき没収に服することには、ほとんど疑いはない。行為者が、検問に際して提示し、道交法二一条一項一号に基づく軽罪の行為者と発覚することを防ぐために、必要な運転免許なく故意に自動車を運転した際に携帯していた偽の免許証についても、別論となることはありえない。というのも、[③] 行為者はそのような偽の免許証の携帯を通じて、無免許運転と結びついている刑法上の危険を減少させ、

そうして犯行の決意を容易にするからである。」（傍線筆者）

本判決の第一の特徴は、被告人が実行行為（無免許運転）の時点で、後に官憲に求められたときに提示して犯行発覚を回避する目的で無効な運転免許証を所持しており、そのことが（当初の）犯行の決意を心理的に促進したとされた点である（傍線部②③）[38]。なお、前述〈事例⑤〉では、被告人が殺人・傷害が行われる現場に向かう時点で、逃走手段として自動車を確保していたとは認定されていないことを理由に没収が否定された（〈事例⑤〉傍線部②）ところ、これは仮に被告人があらかじめ逃走手段として自動車を用意していた場合には、犯行の決意それ自体が促進されたとして、自動車の没収を肯定する余地を残す趣旨と理解できる。これらの判断枠組（客体を事後に用いる目的であらかじめ用意していたことで実行行為が促進された）は、我が国の平成三〇年決定の理解（性犯罪後の示談交渉に用いる目的で記録媒体を隠し撮りに用いた）に際しても有用たりうる。

次の特徴は、バイエルン州最高裁が、心理的促進が供用客体としての没収を基礎づけることの理論的根拠を、共犯類似の発想に求めている点である（傍線部①②）。この説明は、ドイツ判例上、幇助犯成立のためには幇助行為が正犯の犯行を促進したことで足り、またこれは心理的促進でも足りると解されていることと整合的である[40]。加えて、このような共犯類似のアプローチは、前節でみた、犯罪の「遂行」概念に関わる議論とも親和性を有する。ドイツ判例は、共同正犯・幇助犯の双方で、犯罪の既遂後・終了前の関与者についても承継的共犯が成立する余地を残す一方、終了後の関与者は共犯たりえないとする[41]。供用客体の没収にいう「遂行」概念に、犯罪の既遂後・終了前の段階を含むものと解されていることには、このような承継的共犯の理解が影響を及ぼしている可能性がある。

ただし、既遂到達後の承継的共犯を肯定するドイツ判例に対して、通説は批判的である。その理由は様々であ

るが、たとえば、共同正犯（二五条二項）においては犯罪行為（Straftat）の遂行（Begehen）の共同が必要とされるところ、既遂に達した時点で既に犯罪行為は行われてしまっており、既遂後に承継的共同正犯の成立を認めることは、文言の限界を超えるとの批判がある。[42] 幇助犯についても、幇助行為は「違法な行為」（rechtswidrige Tat）に向けられなければならず（二七条一項）、これは犯罪構成要件を実現する行為でなければならないが（一一条一項五号）、既遂到達後にはこれが欠けるとの批判がある。[43] それゆえ、ドイツ判例の立場からは、犯罪の既遂後・終了前に用いられた客体の没収を、共犯類似の発想で説明しても不都合はないものの、通説の立場からは、供用客体の没収にいう犯罪の「遂行」も制限的に解するのが自然と思われる。もっとも、そのような解釈を採る学説はほとんどない。[44]

同様に、幇助の因果性につき、ドイツ判例は正犯の犯行を「促進」したことで足りるとするが、学説では異論もみられる。[45] それゆえ、供用客体の没収を共犯論のアナロジーで説明する場合、客体が犯罪行為に及ぼすべき効果についても、幇助の因果性に関する見解の対立が影響を及ぼしうるが、学説中にそのような主張はほとんどみられない。それゆえ、ドイツの学説が、供用客体の没収を共犯類似の枠組みによって限定するという発想を共有していない可能性があることには、留意する必要がある。

第三節　その他の限定原理

以上の通り、ドイツにおける供用客体の没収のためには、犯行の促進が要求されている。もっとも、促進という基準は、没収可能な範囲を明確にするものではないとの批判も一部にみられる。[46] このような懸念が共有されているからか、学説や一部の下級審裁判例の中には、さらなる限定を付する試みがみられる。

1　客体が犯罪遂行の「独自の手段」であることを要求する見解

下級審には、客体が犯罪遂行の「独自の手段」であることを要求した例がみられる。

〈事例⑨〉OLG Düsseldorf NJW 1992, 3050（一九九二年八月三一日決定）

被告人は、社会裁判所での手続きの最中、自身のコンピュータで作成した文書により裁判官を侮辱したところ、当該コンピュータの没収の可否が問題となった[47]。デュッセルドルフ州上級裁判所（ＯＬＧ）は次のように述べて、没収を否定した。

供用客体として「没収可能であるのは、犯行と単に関連性を有するに過ぎない客体ではなく、それに加えて、行為者の意図にしたがって犯罪構成要件の実現の独自の手段として投入された客体であって〔……〕、その使用が犯罪の遂行のために因果的であった又は少なくともそうなる予定であった客体に限られる〔……〕。〔……〕本件では、コンピュータは被告人により――明らかに――侮辱の独自の手段として投入されたわけではない。被告人が問われている侮辱は、押収されたコンピュータの投入に依存していたわけではない。」（傍線筆者）

この例では、コンピュータが侮辱行為の「独自の手段」（eigentliches Mittel）[48]であったか、すなわち、侮辱行為が「コンピュータの投入に依存していた」か否かが検討され、没収が否定された。その後、これを踏襲した下級審裁判例が複数登場し、たとえば（〈事例⑨〉と同じく）侮辱文書の作成に使用されたコンピュータの没収が否定された例[49]、違法賭博が開催された土地の没収が否定された例[50]がみられる。

もっとも、これらに対しては次の批判が提起された。まず、ＢＧＨ判例上、犯罪の「遂行」の「促進」をもって没収は可能であり、賭博が行われた土地が犯行を促進したことに疑いはなく、「独自の手段」という追加の限定を設ける必要はない。また、仮に犯罪実現が客体の使用に「依存している」という限定が必要としても、たと

えばある土地で麻薬が栽培される場合、土地なくして麻薬栽培の利益の保持は不可能であるため、いずれにせよ犯罪は土地の利用に「依存している」。それゆえ、土地も没収に服しうるという。[51]

その後、大麻栽培に用いられた土地の没収を認めた下級審裁判例[52]が登場し、最終的には、やはり大麻栽培に用いられた土地の没収が問題となった事案で、**〈事例⑩〉BGH NStZ 2017, 89（二〇一六年三月三一日決定）**は、土地が供用客体としての没収に服しうることを一般論として認めた（ただし、後述の通り、本決定では比例原則の観点から没収が否定された）。それゆえ、BGHは「独自の手段」というメルクマールを明示的には踏襲していない。

2　自動車の没収につき、交通との特定的な連関を要求する見解

違法薬物の輸入・取引に際して自動車が用いられた事案で、自動車の没収範囲を限定した下級審裁判例が存在する。

〈事例⑪〉OLG Koblenz StV 2004, 320（二〇〇三年三月二四日決定）

被告人は麻薬法上の薬物の違法輸入と違法取引に基づき有罪とされたところ、刑法六九条に基づく運転免許の剝奪と、七四条に基づく薬物の輸送に用いられた自動車の没収の可否が問題となった。OLGは次のように述べて、運転免許の剝奪と自動車の没収を否定した。

免許剝奪につき、原判決は「①刑法六九条により必要とされる、有罪とされる犯罪行為と自動車の運転との間の――交通との特定的な――連関を示していない。〔……〕〔本件で〕②輸送されたのは、総量約二三〇グラムのヘロインであった。それゆえ、自動車の利用は、被告人が訴追された犯罪行為にとって、完全に副次的な役割しか有していなかった〔……〕」。以上の説明は、自動車の没収にも妥当するが、「事実審は、③移動手段としての使用を超えた、たとえば薬物の隠し場所としての自動車の投入を認定しなかった。被告人は、これにより、薬物犯罪の遂行の機会に自動

車を運転したが、刑法七四条一項のように、これを供用客体又は行為器具として投入したわけではない。」（傍線筆者、圏点は原文イタリック）

本決定では、運転免許剝奪と、供用客体としての没収の双方で、犯罪行為と自動車との間に「交通との特定的な連関」（verkehrsspezifischer Zusammenhang）が必要とされた（傍線部①）。そのような連関が認められる場合の例としては、自動車が薬物の隠し場所になった場合が挙げられている（傍線部③）。加えて、ヘロインの総量が二三〇グラムであったがゆえに、本件自動車の役割が副次的なものに留まると指摘された（傍線部②）ことに鑑みれば、自動車がなければ輸送できないほどに大量の薬物を輸送した場合には、自動車の没収を認める余地が残されているようにも読める。

もっとも、その後、同じく自動車が薬物の輸送手段として用いられた事案であるBGH NStZ 2005, 232（二〇〇四年七月一三日決定）において、ＢＧＨは次のように述べて自動車の没収を肯定した。「〔……〕被告人により（薬物取引のための）犯行車両として用いられた自動車の没収のためには、『交通との特定的な連関』は必要ない。刑法七四条一項の要件は、客体が犯罪遂行に用いられたときに充足される。上訴趣意により引用されたコブレンツＯＬＧの決定（StV 2004, 320）〔前掲〈事例⑪〉〕からそのような連関の必要性を導くことができたとしても、当裁判部はその見解を共有しない」。それゆえ、ＢＧＨはこの立場を踏襲していない。

3　行為者が客体との関係で「活動していた」ことを要求する見解

バイエルン州最高裁の裁判例には、犯行の「促進」だけでなく、行為者が何らかの態様で当該客体との関係で「活動していた」（tätig werden）ことを要求するものがある。

〈事例⑫〉BayObLGSt 1962, 299（一九六二年一二月一三日判決）

被告人は一七歳の被害者Bに対して、自動車内で性行為を要求したが、Bが自動車を降りたため、被告人はBに暴行を加えることを決意した。被告人は自動車を降りてBに追いつき、性交目的でBに暴行を加えたが、他の自動車が接近してきたためその目的を遂げなかった（強姦未遂）。被告人所有の自動車の没収が問題となったが、裁判所は次のように述べて没収を否定した。

原審は、被告人が暴行を決意したのはBを追いかけた時点であり、「いざとなれば自動車の助けにより容易に逃走できると望むことにより、被告人の企図が強化された」ことを出発点としている。この点、没収対象たる供用客体にあたるのは、「行為者が、犯罪故意を形成した後、かつ犯行を終了する前の時点で、当該の物との関係で何らかの態様で活動し、又はその表象によれば活動しようとしていたときに限られる。〔……〕ここで問われるのは、可罰的行為を決意した行為者が、逃走を可能とする又は容易にする手段、とりわけ自動車をことさらに用意したときに没収が許容されるのかという点である」が、本件ではそのような認定が欠けるとされた。（傍線筆者）

本判決では没収が否定されたが、同様の基準が示された上で没収が肯定された例もある。先にみた、同じくバイエルン州最高裁の〈事例⑧〉は、没収が認められるためには、客体の使用が犯行を促進したことが必要としつつ、次のように述べて、被告人が無免許運転に際して携帯していた偽の免許証の没収を肯定した。すなわち、犯行の決意に際して、いざとなれば当該客体を用いて逃げおおせることができると意識していただけでは、当該客体の没収には足りず、「行為者が犯行の決意を形成した後、かつ行為者が犯行を終了する前の時点で、当該客体との関係で何らかの態様で活動し、又は少なくともその表象によれば活動しようとしていたことが前提とされている」。しかしながら、「被告人は、（もはや有効ではない）免許証を運転に際して携帯していたことにより、これ

を行っている。この点には同時に免許証の濫用が存在するため、犯行の促進を意図した使用が濫用にあたることが、供用客体としての客体の没収の要件であるか否かは、改めて問題にはならない」（傍線筆者）。

〈事例⑧〉でみられる通り、行為者が客体との関係で「活動していた」か否かという基準は、犯行の「促進」とは別個に要求される基準のようにも見受けられる。他方で、「活動」の具体的内容は判然とせず、〈事例⑧〉では客体の「濫用」、〈事例⑫〉では自動車を「ことさらに用意した」（eigens bereitstellt）ことが要求されているが、このような限定が必要である理由も説明されていない。いずれにせよ、「活動」の有無という基準は、管見の限り、バイエルン州最高裁でのみ採用されており、他の裁判所では踏襲されていない。

第四章　比例原則による限定

第一節　七四条ｆの意義

前章でみた七四条一項に基づく供用客体の諸要件を充足したとしても、直ちに没収が肯定されるわけではなく、それに加えて比例原則の基準がクリアされなければならない。没収に係る比例原則を定める七四条ｆは、次の通り定める。

第七四条ｆ　比例性の原則

（一）没収が指示されていない場合には、第七四条及び第七四条ａにおいては、行われた行為及び没収の対象者に対する非難に没収が比例しないときは、没収は命じてはならない。第七四条から第七四条ｂまで、及び第七四条ｄの場合において、没収の目的をより緩やかな処分によって達成できるときは、裁判所は、没収の留保を命じる。

一　客体を使用不能にすること

二　客体について特定の設備若しくは記号を除去し、若しくはその他の方法で客体を変更すること、又は、
三　特定の方法で客体を使用すること
という指示が、特に考慮される。
指示が遵守されたときは、没収の留保は終結する。指示が遵守されないときは、裁判所は、事後的に没収を命じる。
没収が指示されていないときは、没収は、客体の一部に限定することができる。
（二）〔略〕

これによれば、七四条に基づく没収は、行為者の行為および非難に照らして比例性を有するものでなければならない（一項一文）。もっとも、特に没収が付加刑として言い渡される場合、それは刑罰の一種であるため量刑上の諸原則に服する。それゆえ、究極的にはこの規定がなくとも、行為の重大性、責任の程度、供用客体使用の強度、没収対象の価値といった諸種の事情が考慮される必要がある。[53]

加えて、比例原則の帰結として、没収の目的がより緩やかな処分によって達成可能であるときには、没収が留保された上で、客体を使用不能とする措置をはじめ、没収よりも緩やかな代替的措置が命じられうる（一項二文）。

比例原則の考慮により、供用客体の没収が否定された事案がどれだけ存在するかは定かではない。これまでみてきた通り、実務上、自動車のような一定程度高価であると予想される客体の没収が認められている点には留意する必要がある。ただし、事案によっては、判決文中で、裁判所が比例原則を適切に考慮したことを明示するよう求められることがある。先に掲げた〈事例⑩〉（麻薬栽培に用いられた土地が供用客体にあたるか否かが検討された事例）では、供用客体の没収は付加刑としての性質を有し、その言渡しは量刑の一部であるから、事実審裁判所の判決理由は「裁判所が没収の刑罰としての性格を認識していること、および、没収が全体的状況に鑑みて、

他の刑罰目的を適切に考慮した上で、不法内容に対する贖罪のために、主刑を補充するものとして必要であるか否かを、示さなければならない」とする。加えて、比例原則を定める旧七四条b（現七四条f）に基づき、事実審裁判所は、没収が行為者に向けられる非難と比例性を有するか否かを判断すべきところ、判決理由は、「一定の重要性を有する没収対象の場合、たとえば少なからぬ価値を有する土地の没収の場合には、〔比例性の〕検討が行われたことを示さなければならない」[54]。しかしながら、本件では比例原則に関する検討が行われたのかが明示されていないとして、差し戻された[55]。

このように、特に没収対象が高額にのぼる場合には、判決理由中で比例原則に関する検討が行われたことが明示されなければならない点が、一つの特徴である。

第二節　比例原則と性犯罪の記録媒体等の没収の限定

近時のBGHにおいては、性犯罪に際して用いられたパソコンにつき、比例原則に基づき没収を限定した一連の例がみられる[56]。これらは供用客体の没収に限られないが[57]、供用客体の没収にかかわるものとしては、たとえば次の二つがある。

〈事例⑬〉二〇一二年八月二八日決定[58]は、強姦等で有罪とされた被告人が、一部の犯罪の遂行に際して自身の興奮を高めるために児童ポルノを上映していた事例である。原審は、当該児童ポルノの上映に用いたパソコンの没収を肯定した。一方、BGHは、当該パソコンが七四条一項にいう供用客体にあたることは肯定しつつ、結論としては没収を否定し、事件を差し戻した。

〈事例⑭〉二〇一四年六月一八日決定[59]は、被告人が、児童に対する性的虐待および高度に私的な生活領域の侵害としての撮影行為（二〇一条a[60]）等で有罪とされた事例である。本件では、被告人が被害者の撮影に用いた機

材等の没収が問題となったところ、原審は撮影映像の保存に用いられたノートパソコンの没収を命じたが、BGHは事件を差し戻した。

いずれにおいても、BGHの論旨は概ね共通している。それは、大要、比例原則を定める旧七四条b（現七四条f）に基づき、「より緩やかな処分」によって没収目的を達成可能である場合にはそれに依り、ハードディスク上の該当するデータを削除するといった措置を検討する必要があるところ、原審はそのような検討を行っていない、というものである。なお、データ削除にかかるコストが、没収対象である機器それ自体の価格を超えてしまうとしても、そのことは機器全体を没収する理由としては依拠できないとの指摘もなされている。

第五章　むすびにかえて

第一節　本稿のまとめ

本稿の検討の結果を改めてまとめると、次の通りである。

ドイツ法上の供用客体没収の判断枠組は、（i）犯罪の「予備」又は「遂行」段階における客体の使用又はその予定により、（ii）犯罪企図の実現を意図的に促進した又は促進するはずであったときには没収可能、というものである。一部の裁判例では、（iii）没収範囲をさらに限定する試みもあるが、広い支持は集めていない。

（i）につき、七四条一項にいう「遂行」概念は広く解され、実行行為時点で既に用意されていた客体はもとより、犯罪の既遂後・終了前の段階で用いられた客体も没収可能とされる。このことは、規定の刑罰・保安処分目的から説明されるほか、犯罪終了までの間になされた加功は共犯処罰を基礎づけることの類比から根拠づけられうる。

（ii）につき、犯罪遂行の「促進」は心理的な促進で足り、促進が要求される根拠は、共犯論とのアナロジーで説明されうるが、「促進」の具体的内実については、詳細な議論はない。ドイツ判例上、特に〈事例⑧〉では、無免許運転の事案で、犯行発覚を回避する目的で所持していた無効な運転免許証が、また〈事例⑬〉では、児童に対する性的虐待等に際して、「自身の興奮を高めるために児童ポルノを上映していた」事案で、上映に用いたパソコンが、供用客体の要件を充足することは認められている。それゆえ、「促進」はきわめて広く解され、犯行の決意を容易にする限り、厳密な意味で犯行の手段とは言い難い客体も没収可能といえるが、その限界がどこに見いだされるべきかは、現状の議論では明らかではない。

さらに、ドイツでは七四条fに従い、没収の判断に際して（iv）比例原則が考慮されなければならない。これに基づき、近時のBGH判例上、性犯罪にかかわる画像等が保存されたコンピュータの没収が否定され、より緩やかな手段として、記録媒体内部の該当データを消去することで没収目的を達成可能であればそれによるべきとした例がある。

第二節　日本法への示唆

我が国の供用物件・供用準備物件の没収の理論的根拠についてみると、密接関連行為説と促進説のいずれにせよ、なぜ密接関連行為に使われた物や実行行為を促進した物が没収可能であるのかにつき、詳細な議論は存在しない。ただし、一部の学説は、「促進」の必要性を――ドイツの一部の判例と同様に――共犯論のアナロジーで説明する。[61] 我が国の判例・多数説は、幇助行為が正犯の犯行を強化・促進したことで足りるとするため、[62] この限りで共犯類似のアプローチは我が国の現状と親和性を有する。促進という基準が共犯類似の考え方に根ざしているとすれば、没収の判断に際しても、「仮に他人がその時点において正犯にその物を提供したとすれば（少なく

とも）幇助犯を構成しうるか」という視座が考慮事項となりうる。その際には、中立的幇助をめぐる議論等が参考となりえよう。[63]

一方、ドイツ法の検討でもみられた通り、共犯類似のアプローチを採る場合、特に実行行為開始後に用いられた物の没収を検討する際には、物が用いられる対象たる「犯罪行為」（一九条一項二号）の意義をめぐって、承継的共犯に関する理解が影響を及ぼしうる。この点、我が国では見解の対立がみられるが、近時、特殊詐欺の事案で、他人が欺罔行為を行った後で共謀に加担し、受領行為のみを担当した被告人につき、詐欺（未遂）罪の共同正犯の成立を肯定した最高裁判例が登場した。[64] これを没収に応用すれば、既に実行行為（の一部）が行われた後に用意され、用いられた物も、「犯罪行為」に使用したといえる場合がありうることとなる。

問題は、承継的共犯が認められる場合があるとして、犯罪事象のどの段階まで共犯関与が可能か、である。ドイツにおいて見解の対立がみられた通り、我が国でも、既遂到達後には基本的に共犯成立が排除されると解するのか、それとも既遂到達後も終了後まで共犯が成立しうると解するのかについては、議論の余地がありえよう。[65]

同時に、仮に犯罪の終了前まで共犯関与が可能としても、犯罪の「終了」がいかなる段階を指すのかが問題となる。伝統的には、犯罪を即成犯・状態犯・継続犯に分類し、即成犯・状態犯においては既遂時期と終了時期が基本的に一致する（ゆえに状態犯たる窃盗罪等では、既遂後の共犯はありえない）[66] との見解がみられる一方、この分類は必ずしも既遂・終了時期と対応するわけではなく、犯罪類型・事案ごとの検討が必要とする見解もある。[67] この問題をめぐっても、態度決定が必要となろう。

最後に、我が国の議論状況と対比した場合の、ドイツのアプローチのメリットを簡単に指摘しておく。ドイツのアプローチに従うと、日本刑法一九条一項にいう、物が用いられるべき「犯罪行為」とは、犯罪の予備段階から終了前段階までを含む「密接関連行為」を指し、その枠内での客体の使用により犯行を「促進」したことが要

求されることとなる。このように解すると、我が国で二項対立的に論じられる密接関連行為説と促進説の対立は、もはや止揚される。[68] 密接関連行為説は、「犯罪行為」の意義が不明確と批判されるものの、ドイツの一部判例で示されたように、「犯罪行為」とは共犯関与が可能であるような犯罪の段階（たとえば既遂後・終了前）を指すと解すれば、この概念に一応の限界を設定することが可能となる。[69] それゆえ、「犯罪行為」概念を拡大的に解することは、必ずしも不当ではないように思われる。

（1）団藤重光〔編〕『注釈刑法（一）』（有斐閣、一九六四年）一三六頁〔藤木英雄〕、大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタール刑法 第一巻 第三版』（青林書院、二〇一五年）四二二頁〔出田孝一〕。

（2）上田哲「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成一五年度）』（法曹会、二〇〇六年）二二五頁。

（3）山口厚「わが国における没収・追徴制度の現状」町野朔＝林幹人〔編〕『現代社会における没収・追徴』（信山社、一九九六年）所収三一頁注五。また、伊達秋雄＝松本一郎『総合判例研究叢書 刑法（二〇）』（有斐閣、一九六三年）二九頁も参照。

（4）鈴木左斗志「犯罪供用物件没収（刑法一九条一項二号）の検討」研修七二四号（二〇〇八年）七―八頁、西田典之ほか〔編〕『注釈刑法 第一巻』（有斐閣、二〇一〇年）一二七頁以下〔鈴木左斗志〕、安田拓人「判批」法学教室四五七号（二〇一八年）一三四頁参照。また、樋口亮介「没収・追徴」法学教室四〇二号（二〇一四年）一二六頁も参照。

（5）樋口亮介「判批」『平成三〇年度重要判例解説』（有斐閣、二〇一九年）一五五頁。

（6）団藤〔編〕（前掲注1）一三六頁〔藤木〕。また、平成三〇年決定の第二審は、隠し撮り行為等が「犯罪の実行行為を心理的に容易にするためのものといえるから、本件各実行行為と密接に関連する行為」（刑集七二巻二号二九六頁）であると述べていた。

（7）平成三〇年決定の第一審において、検察官は、本件隠し撮りが性的興奮を高める意図で行われたと主張していたが、第一審は、被告人がそのような意図であった可能性はあり得るとしつつも、没収を根拠づける事情としてはこの

意図に依拠していない（刑集七二巻二号二五六頁）。なお、第二審および最高裁はこの意図に言及していない。

（8）ドイツの没収制度の紹介として、龍岡資久「西ドイツにおける没収・追徴制度の一側面」法曹時報一五巻三号（一九六三年）一頁以下、臼井滋夫「西ドイツにおける没収制度の概要」法律のひろば一六巻三号（一九六三年）三二頁以下、大越義久「ドイツ刑法の没収」町野＝林〔編〕（前掲注3）一九九頁以下、西田典之「ドイツの没収・剝奪制度」町野＝林〔編〕（前掲注3）二〇六頁以下、伊東研祐「ドイツにおける不法利得剝奪（Verfall）法の新展開」町野＝林〔編〕（前掲注3）二一八頁以下、永田憲史『財産的刑事制裁の研究』（関西大学出版部、二〇一三年）一三七頁以下等がある。

（9）この改正では犯罪収益の剝奪に関する改正（ドイツ刑法七三条以下）が主たる関心事であった。この点につき、佐藤拓磨「ドイツにおける犯罪収益はく奪制度の改正」法学政治学論究一一八号（二〇一八年）二一頁以下参照。

（10）以下、断りのない限り、条文番号のみを挙げるときにはドイツ刑法のものを指す。

（11）ドイツ刑法典の翻訳は、佐藤（前掲注9）四八頁以下および法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』（法務資料四六一号、二〇〇七年）を参考にした。

（12）没収対象たる「客体」（Gegenstände）には権利も含まれ、たとえば銀行預金や抵当権等も没収対象たりうるとされる。*Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. (2019), § 74 Rn 6（以下、Sch/Sch/*Bearbeiter*, § x Rn. x）参照。

（13）Sch/Sch/*Eser/Schuster*, Vor §§ 73 ff. Rn. 20.

（14）なお、七四条所定の客体が没収不可能であるなどの場合、それに対応する金額を没収できる（七四条c）。

（15）他の例として、九二条b、二〇一条五項、二九五条など（いずれも任意的没収）。また、二八六条は、二八四条（賭博の無許可開催）および二八五条（無許可賭博への関与）の罪の場合に、賭博設備等を必要的に没収する旨定める。

（16）また、同条三項も参照。

（17）*Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. (2018), § 74d Rn. 11（以下、*Lackner/Kühl*, § x Rn. x）.

（18）Sch/Sch/*Eser/Schuster*, § 74 Rn. 3; *Lackner/Kühl*, § 74 Rn. 5; *Wolters*, in: Wolter（Hrsg.), Systematischer

Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. II, 9. Aufl.（2016）, § 74 Rn. 6（以下、SK/*Bearbeiter*, § x Rn. x）参照。なお、ドイツ刑法には強盗予備罪が存在しないように、一般に予備の処罰範囲が狭い。ただし、刑法三〇条（関与の未遂）では、重罪を他人に決意させようとすること（一項）や、重罪を他人と共謀すること（二項）が処罰対象とされ、犯行がこの段階に達すれば没収が肯定される点には注意を要する。*Saliger*, in: Kindhäuser u.a.（Hrsg.）, Strafgesetzbuch, 5. Aufl.（2017）, § 74 Rn. 4（以下、NK/*Bearbeiter*, § x Rn. x）; *Schmidt*, in: Laufhütte u.a.（Hrsg.）, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl.（2008）, § 74 Rn. 9（以下、LK/*Bearbeiter*, § x Rn. x）; *Joecks*, in: Joecks/Miebach（Hrsg.）, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl.（2016）, § 74 Rn. 7, 13（以下、MüKo/*Bearbeiter*, § x Rn. x）. 例として、BGHSt 13, 311（強盗の関与の未遂〔旧四九条ａ〕で有罪とされた被告人から、強盗に用いられる予定であった凶器等が没収された事例）.

(19) SK/*Wolters*, § 74 Rn. 10; MüKo/*Joecks*, § 74 Rn. 13 参照。例として、後述〈事例③〉参照。

(20) 一八七二年の刑法典制定当初の条文（旧四〇条）では、「予備」の文言が存在せず、犯罪の「遂行」段階での使用のみが没収対象とされており、一九六八年の刑法改正で「予備」文言が追加された。もっとも、同改正以前も、予備段階で用いられた客体の没収は実務上認められており、「予備」文言の追加は単なる明確化のためであったとされる。*Freund*, Wirtschaftskriminalität und Beschlagnahmeprivileg, NJW 1976, 2003; BT-Drs. V/1319, S. 53 参照。ただし、ＲＧ判例には、侵入窃盗の予備としての合鍵の製造に用いた器具等の没収が否定された例もある。RGSt 59, 250.

(21) *Altenhain*, in Matt/Renzikowski（Hrsg.）, Strafgesetzbuch Kommentar（2013）, § 74 Rn. 4（以下、Matt/Renzikowski/*Bearbeiter*, § x Rn. x）; *Fischer*, Strafgesetzbuch, 66. Aufl.（2019）, § 74 Rn. 10（以下、*Fischer*, § x Rn. x）; SK/*Wolters*, § 74 Rn. 10; NK/*Saliger*, § 74 Rn. 10; Sch/Sch/*Eser/Schuster*, § 74 Rn. 12; LK/*Schmidt*, § 74 Rn. 11 参照。

(22) NK/*Saliger*, § 74 Rn. 4, 9; SK/*Wolters*, § 74 Rn. 6; LK/*Schmidt*, § 74 Rn. 9; Sch/Sch/*Eser/Schuster*, § 74 Rn. 3 参照。ただし、古い判例には、不可罰未遂に用いられた客体の没収を認めた例もある。RGSt 36, 145.

(23) BGHSt 8, 205 [213].

(24) BGHSt 13, 311 [314].

(25) Sch/Sch/*Eser/Schuster*, § 74 Rn. 3; *Lackner/Kühl*, § 74 Rn. 5; SK/*Wolters*, § 74 Rn. 6. BGH NStZ-RR 1997, 318 は、麻薬取引で有罪となった被告人がさらなる薬物の購入に用いようとした金銭につき、そのような購入が訴追対象とされていないため没収を否定した。

(26) *Fischer*, § 74 Rn. 10; *Lackner/Kühl*, § 74 Rn. 5; SK/*Wolters*, §74, Rn. 10; Sch/Sch/*Eser/Schuster*, § 74 Rn. 12; MüKo/*Joecks*, § 74 Rn. 17; NK/*Saliger*, § 74 Rn. 10.

(27) *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2018), § 33 Rn. 10, 13.

(28) *Ibid.*, § 33 Rn. 13.

(29) *Ibid.*; *Fischer*, § 242 Rn. 53–54.

(30) 引用は BGH, Urteil vom 17. März 1970 – 1 StR 491/69 – Juris による。

(31) KG Berlin NJ 1950, 29（公職詐称の罪〔旧一三二条〕の行為者が現場からの立ち去りに用いる予定であった自動車の没収が肯定された事例）等も参照。

(32) BGHSt 8, 205 [212].

(33) Matt/Renzikowski/*Altenhain*, § 74 Rn. 4; Sch/Sch/*Eser/Schuster*, § 74 Rn. 11; *Fischer*, § 74 Rn. 11; MüKo/*Joecks*, § 74 Rn. 13; LK/*Schmidt*, § 74 Rn. 16.

(34) 促進に言及した初期の学説・注釈書の例として、*Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum (1969), S. 328; *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 14. Aufl. (1969), § 40 Rn. 11 等参照。

(35) ただし、自由刑に加えて自動車の没収が必要であるかを検討すべきとして、事件は差し戻された。比例原則につき、第四章参照。

(36) これ以前に促進に言及した例として、前述〈事例③〉（一九五五年一〇月六日判決）においてＢＧＨは、「後行の犯罪を何ら促進しなかった予備行為は、〔旧〕四〇条の意味における拡張された犯罪概念に該当しない」としていた。もっとも、これは不可罰の予備段階で用いられた客体が没収可能か否かの文脈であり、供用客体没収の一般要件としての「促進」に言及したものかは明らかではない。

(37) *Eser*, a.a.O. (Fn. 34), S. 328.

(38) なお、OLG Thüringen, NStZ-RR 2009, 120 では、無免許運転行為者の携帯していた偽造免許証等の没収が問題となったが、本件免許証には旧ドイツ帝国の文字等が記されていたため無効であることは明らかであり、犯行発覚が困難となる危険がおよそ存在しないとして、没収が否定された。

(39) 客体が犯罪遂行を心理的に促進したことで没収を肯定するものとして、LK/*Schmidt*, § 74 Rn. 16; Sch/Sch/*Eser*/*Schuster*, § 74 Rn. 11 参照。なお、日本では、物理的な促進のみが没収を基礎づけるとする見解もみられる。浅田和茂「判批」新・判例解説ｗａｔｃｈ刑法Ｎｏ．一三九（二〇一九年）三頁参照。

(40) *Fischer*, § 27 Rn. 11-12, 14.

(41) ドイツ判例につき、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、二〇〇五年）二四九頁以下参照。

(42) *Wessels*/*Beulke*/*Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. (2018), Rn. 834.

(43) *Murmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl. (2019), § 27, Rn. 8（以下、S/S/W/*Bearbeiter*, § x Rn. x).

(44) Matt/Renzikowski/*Altenhain*, § 74 Rn. 4 は、既遂時点までに用いられた客体の没収のみが没収可能とするが (Fn. 12)、その論拠は示していない。

(45) ドイツにおける幇助の因果性につき、小島陽介「精神的幇助における因果関係について（二）」法学論叢一六一巻六号（二〇〇七年）一一四頁以下等を参照。

(46) SK/*Wolters*, § 74 Rn. 9.

(47) 事案につき、*Achenbach*, JR 1993, 516 ff. も参照。

(48) 「独自の手段」という言い回しは元々、BGHSt 10, 28［31］（一九五六年一二月五日決定）で、供用客体と没収不可の行為対象（組成物件）の区別のために用いられていた。

(49) OLG Düsseldorf NJW 1993, 1485.

(50) OLG Köln NStZ 2006, 225.

(51) *Burr*, NStZ 2006, 227 f. また、*Achenbach*, JR 1993, 517 f. も参照。

(52) LG Kleve NStZ 2013, 167.
(53) S/S/W/*Heine*, § 74f Rn. 2.
(54) BGH NStZ 2017, 89 f.
(55) 前掲〈事例⑥〉(前掲注35) も参照。
(56) 批評記事として、*Hochstein*, Einziehung "pornographischer" Datenträger, 13. September 2014, hiesige Meinung (https://hiesige-meinung.de/einziehung-pornographischer-datentraeger; 最終閲覧二〇一九年八月二〇日).
(57) 一四歳未満の者の性交の場面の画像等が記録された、行為対象(組成物件)としてのハードディスクの没収(刑法旧一八四条七項二文)が否定された事例。BGHSt 53, 69.
(58) BGH, Beschluss vom 28. August 2012 - 4 StR 278/12 -, Juris.
(59) BGH NStZ-RR 2014, 274.
(60) 二〇一条aにつき、第二章参照。
(61) 樋口(前掲注4)一二六頁参照。
(62) 西田ほか〔編〕(前掲注4)九三三頁以下〔嶋矢貴之〕参照。
(63) SK/*Wolters*, § 74 Rn. 9は、中立的行為の処理と同様に、客体が充分な犯罪的意味連関を有するか否かが重要と主張する。
(64) 最決平成二九年一二月一一日刑集七一巻一〇号五三五頁。
(65) 東京高判平成三〇年一一月二七日公刊物未登載(羽柴愛砂「判批」警察学論集七二巻三号(二〇一九年)一四四頁以下参照)は、特殊詐欺の被害者から宅急便で送られた荷物が受領された後に、被告人がバイク便で当該荷物の運送を行った事案で、被告人の運搬行為が既遂後の関与であること等を理由に、詐欺罪の共犯の成立を否定した。詐欺罪の承継的共犯の限界につき、ドイツの議論を踏まえつつ論じるものとして、伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法律時報九一巻一一号(二〇一九年)七二頁参照。
(66) 井田良『講義刑法学・総論〔第二版〕』(有斐閣、二〇一八年)五四六頁参照。
(67) 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修五五六号(一九九四年)二一頁、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」

西田典之ほか〔編〕『刑法の争点〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇〇年）三〇頁、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学五四巻二号（二〇一〇年）七二頁以下。なお、松原芳博『刑法総論〔第二版〕』（日本評論社、二〇一七年）は、承継的共犯を否定しつつ（四一〇頁）、窃盗罪につき盗品の確保前であれば共犯加功が可能とする（四〇五頁）。

（68）樋口（前掲注5）一五五頁も参照。

（69）この点につき、*Eser*, a.a.O. (Fn. 34), S. 327 も参照。