

判例研究

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金いわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

(最高裁平成20年11月4日第三小法廷決定、刑集62巻10号2811頁、
判例時報2025号158頁、判例タイムズ1285号81頁)

玄 守 道

[1] 事案の概要

本件は、児童ポルノDVDを作成し、インターネット上で不特定の客に販売する等していた被告人が、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰および児童の保護等に関する法律違反、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律（以下では、組織的犯罪処罰法という）の違反に問われたという事案である¹。

下級審においては、多岐にわたる争点が存在したが、以下では、本件最高裁が示した3つの判示事項、すなわち

I 犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金等の財産の取得につき事実を仮装した場合に、組織的犯罪処罰法10条1項前段の「犯罪収益等の取得につき事実を仮装した」にいう、「犯罪収益」に当

1 本件に関する評釈類に関しては以下のものがある。松田俊哉「判解」法曹時報62巻10号244頁以下（松田に関する以下の参照・引用はすべて本解説からである）、同「判解」ジュリスト1378号173頁以下、白井美果「判解」捜査研究696号11頁以下、三上正隆「判例研究」法律時報82巻1号114頁以下、岡上雅美「判批」刑事法ジャーナル19号（2009年）111頁、上原龍「実務刑事判例評釈」警察公論2009年3号122頁以下、安田拓人「犯罪収益の没収追徴」研修742号3頁以下など。

るといえる

Ⅱ 上記法律10条1項前段の罪となるべき事実の摘示に欠けるところはない

Ⅲ 注文に応じて有償で児童ポルノを送付して提供するに際し、提供者が注文者から取得した金員の一部を送料として支出した場合に、このような支出もまた「犯罪収益」に含め、追徴の対象とすることができ

に関わる限りで、検討に先立って下級審の裁判の内容を以下で紹介する。

まず、本件最高裁決定の判示事項に係る公訴事実以下の通りであった²。「被告人は、18歳に満たない児童を相手方とする性交に係る児童の姿

2 本件における公訴事実、本文のほかに平成19年9月7日付け起訴状における公訴事実と平成19年9月21日起訴状付け公訴事実がある。平成19年9月7日付け起訴状における公訴事実の内容は以下の通りである。

「被告人は、インターネット上に開設したホームページ等を利用して、不特定又は多数のインターネット利用者を対象として児童ポルノを販売して提供しようと企て①平成19年4月24日ころ、不特定の者であるCに対し、衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するものを視覚により認識することができる方法により描写した児童ポルノであるDVD1枚を、名古屋市南区（中略）の同人方に郵送して代金3500円で販売して提供し②不特定又は多数の者に提供する目的で、同年8月20日、神戸市北区（中略）の被告人方において、衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するものを視覚により認識することができる方法により描写した児童ポルノである画像データを記憶・蔵置させたコンピュータ外付けハードディスク1台を所持したものである。」

また平成19年9月21日付け起訴状における公訴事実の内容は以下の通りである。「被告人は、インターネット上のオークション等を利用して、インターネット利用者である不特定又は多数の者に提供する目的で、平成18年10月26日午後9時11分ころから同月27日午後1時22分ころまでの間、大阪市中央区（中略）所在のホテル▲▲506号室において、D（平成3年2月15日生、当時15年）が18歳に満たない児童であることを知りながら、ビデオカメラを使用し、同児童をして、同児童を相手方とする性交に係る姿態、被告人が同児童の陰部等を触る姿態及び全裸で

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金いわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

態等を撮影し記録した児童ポルノであるDVDを不特定多数の者に有償で提供していたものであるが、別紙犯罪事実一覧表記載のとおり、平成18年10月16日ころから同年12月1日ころまでの間、9回にわたり、Aほか8名をして、犯罪収益である前記DVDの提供代金合計22万8000円を、大阪府某市所在の某銀行某出張所ほか8か所から大阪市所在の某銀行某支店に開設され被告人が管理する借名口座であるB名義の普通預金口座に振込入金させて同口座に預け入れ、もって犯罪収益等の取得につき事実を偽装したものである（平成19年9月28日付け起訴状の公訴事実）。」

[2] 下級審の判断

1) 大阪地裁平成19年12月21日判決（LEX/DB文献番号25451046）

以上の公訴事実などにつき、第一審の大阪地裁平成19年12月21日判決によれば、被告人は懲役2年6月および罰金100万円（その罰金を完納することができないときは、5000円を1日に換算した期間被告人を労役場に留置する）、その上で3年間の執行猶予（その猶予の期間中保護観察）に付された。そして、被告人から22万8000円を追徴することが言い渡されたのである。

第一審において、弁護人は本件最高裁決定の判示事項に関わる点について次のように主張した。すなわち、a) 本件DVDの提供代金は前払いであり、入金された時点では、児童ポルノ提供罪に着手していなかったから、犯罪収益にあたらぬ。次いで、b) 入金された各金額にはDVDの送料も

殊更に陰部を露出させた姿をとらせた上、これを撮影し、その画像を前記ビデオカメラ内に設置された8ミリビデオカセットに記録させ、もって児童を相手方とする性交に係る児童の姿態並びに他人が児童の性器等を触る行為に係る児童の姿態及び衣服の全部を着けない児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するものを視覚により認識することができる方法により描写した児童ポルノである8ミリビデオカセット1巻を製造したものである。」

含まれているから、その分は犯罪収益にあたらない。

このような被告人側の主張に対して大阪地裁は、次の判断を示した。a) に関して「・・・法の趣旨に照らすと、当該財産を取得した時点で、前提となる犯罪が既遂になっていることは要しないと解すべき」とし、b) に関しては、「・・・犯罪収益とは犯罪行為により得た財産をいうところ、本件で問題となっている財産は、被告人が児童ポルノの販売代金として購入者に振込み入金させたものであり、仮に後日その金額の中から、送料が支出されたとしても、受領した金額の全てが犯罪収益にあたると解すべき」とした。

2) 大阪高裁平成20年4月17日判決（LEX/DB文献番号25451047）

以上の第一審の判断に対して、被告人側は控訴した。被告人側の主張は多岐にわたるが、本件最高裁決定の判示事項との関係では、次の3点が主張された。c) 原判決は、原判示第3の犯罪収益取得事実仮装罪の成立を認めて追徴しているが、「犯罪収益」中の「犯罪行為により得た財産」というためには、当該犯罪行為が当該財産取得行為に先行していなければならないことは明らかであるところ、同判示の児童ポルノであるDVDは、代金前払いで提供されたものであり、代金入金の時点においては、いまだ同DVDの提供に着手されていないから、同判示の入金は「犯罪収益」に該当せず、犯罪収益取得事実仮装罪は成立せず、これを追徴するのは憲法29条1項に違反する。

次に、d) 犯罪収益取得事実仮装罪について、同罪が成立するためには、前提犯罪である児童ポルノ提供罪が既遂に達していなければならないところ、原判決が引用する起訴状記載の公訴事実中には、児童ポルノ提供罪が既遂に達した事実が記載されていないから、原判決には、理由不備の違法がある。

最後に、e) 犯罪収益取得事実仮装罪について、原判決は、児童ポルノ

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金がいわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

であるDVDを提供したことに伴って銀行口座に入金された金員の中に含まれていたDVDの送料に相当する金額も追徴しているが、その送料分は、組織的犯罪処罰法2条2項にいう「犯罪収益」に該当しないので追徴できないものであるばかりか、最終的に郵便料金として国庫に帰属したDVD送料分を追徴することは憲法29条1項にも違反する、と。

以上の被告人側の主張に対して控訴審は次のような判断を示した。まず、c)については、「・・・前記の立法趣旨（以下のdの判断で示されている組織的犯罪処罰法の立法趣旨のことをさす：筆者注）や、通常想定される本罪関係の取引形態等に照らして合目的的に考察すると、「犯罪行為により得た財産」は、当該犯罪行為が成立する場合において、その構成要件に該当する行為自体と結び付いて犯人が取得した財産をいい、当該犯罪行為の成立時期と当該財産を得た時期との前後関係を問わないものと解すべきであるから、所論指摘の児童ポルノ提供の前払い代金も、後の機会に当該児童ポルノ提供罪が成立する限り、「犯罪行為により得た財産」として、「犯罪収益」に該当し、これを取得したことを仮装すれば、犯罪収益取得事実仮装罪が成立するというべきであり、そのような犯罪収益を追徴することが憲法29条1項に違反しないことも明らかである。」

次いで、d)については、「・・・犯罪収益等が将来の犯罪活動に再投資等されるのを徹底的に予防するという組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律（以下「組織的犯罪処罰法」という。）の立法趣旨等に照らせば、同法2条2項の「犯罪行為により得た財産」というためには、その財産を特定した上、これが同項所定の犯罪行為により得られたものであることを示せば足りるのであり、その財産を得た個々の犯罪行為の内容を具体的に特定して示すことまでは要求されていないと解されるところ、原判決は、証拠を挙示して、B名義の普通預金口座に入金された合計22万8000円が児童ポルノ提供行為により得た財産であることを示すとともに、その財産を取得した事実を仮装した行為をも示して、犯罪収益取得事実仮

装罪が成立すると判示しているのであるから、同罪の構成要件該当事実の摘示として欠けるところはない」

最後に、e) について、「・・・前述の組織的犯罪処罰法の立法趣旨等や、「犯罪収益」に関する定義規定の文言のほか、犯罪関連資金の再投資の実態等に照らせば、「犯罪収益」中の「犯罪行為により得た財産」とは、当該犯罪の構成要件に該当する行為によって犯人が取得した財産そのものをいうものであり、これを取得するために犯人が支出した費用等を控除するなどの損益計算をした後の「利益」に限定されないと解すべきところ、本件については、関係証拠によれば、児童ポルノの代金分と送料分とが明確に区別されていなかったばかりか、児童ポルノを提供する際、送料として客から前払いされた金員自体が用いられたわけではないなどの事情も認められるのであるから、この前払い送料分を含め、本件に関係して借名口座に振込入金された金額に相当する価額を追徴した原判決に違法はないといえる。また、所論がいうDVD送料としての郵便料金の支払は、刑罰によるものではないから、これと同額を犯罪収益として追徴することが憲法29条1項に違反するなどとはいえない」とした。

[3] 最高裁平成20年11月4日決定（LEX/DB文献番号25421296）

以上の控訴審の判断を不服として被告人側は、次のように主張して、上告した。すなわち、f) 被告人が客に児童ポルノであるDVDの代金を被告人の管理する借名口座に振込入金させたのは、被告人が犯罪収益の生じる前提となる犯罪の実行に着手する前であって、その時点では、上記代金は組織的犯罪処罰法2条2項の「犯罪収益」に当たらないから、「犯罪収益」の取得につき事実を偽装したとはいえないのに、犯罪収益取得事実偽装罪の成立を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決には法令違反がある。

次で、g) 前提犯罪の成立が偽装罪の成立の要件になるのであれば、訴（龍法 '12）45・1, 248（248）

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金いわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

因においても提供罪の既遂が記載されなければならないが、原判決が是認する第1審判決が、罪となるべき事実として前提犯罪の内容を摘示していないことには理由不備の違法がある。

最後に、h) 被告人は、客から振込入金された代金のうち、1件につき500円を同人らへのDVDの送料に充てているから、その分（9件分の合計4500円）は追徴の対象とならないのに、22万8000円全額を被告人から追徴した第1審判決を是認した原判決には法令違反がある、と。

以上の被告人側の主張に対して、本件最高裁は以下の判断を示した。

まず、f) に関しては、「・・・「犯罪収益」を定義する組織的犯罪処罰法2条2項にいう「犯罪行為により得た財産」（同項1号）とは、その文理、同法の立法目的（1条）等にも照らせば、当該犯罪行為によって取得した財産であればよく、その取得時期が当該犯罪行為の成立時の前であると後であるとを問わないと解すべきであるから、前提犯罪の実行に着手する前に取得した前払い代金等であっても後に前提犯罪が成立する限り、「犯罪行為により得た財産」として「犯罪収益」に該当し、その取得につき事実を仮装すれば、犯罪収益取得事実仮装罪が成立するというべきである。」

次に、g) に関しては、「・・・同罪の罪となるべき事実の摘示に当たっては、上記財産が同法所定の「犯罪収益」であることを示せば足りると解すべきであるところ、原判決が是認する第1審判決は、被告人が管理する借名口座に入金された合計22万8000円が、児童ポルノ提供行為により得られた財産であることを示した上で、その財産の取得につき事実を仮装したことを示して犯罪収益取得事実仮装罪が成立するとしているのであるから、同罪に係る罪となるべき事実の摘示として欠けるところがないことは明らかである。」

最後にh) に関しては「・・・注文に応じて有償で児童ポルノを送付して提供する場合において、提供者が注文者から当該児童ポルノの代金を送料込みで取得したときであると、その代金とは別に送料を取得したときで

あるとを問わず、児童ポルノ提供行為によって取得したと認められる金員の全額が「犯罪行為により得た財産」として「犯罪収益」に該当するのであるから、提供者が現実には児童ポルノを提供するに際して取得した金員の一部を送料として支出したとしても、その分を控除して追徴の金額を算定すべきではないと解するのが相当である」と判断した。

[4] 研究

・判示事項Ⅰに関する検討

1) 問題の所在

以上が、本件における各審級の判断内容ということになるが、以下で、上記判示事項Ⅰ、Ⅱ、Ⅲの順番で検討していきたい。

判示事項Ⅰの「犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金等の財産の取得につき事実を偽装した場合に、組織的犯罪処罰法10条1項前段の「犯罪収益等の取得につき事実を偽装した」にいう、「犯罪収益」に当たるといえる削除」に関してであるが、このことを検討するためにまず組織的犯罪処罰法において「犯罪収益」がいかに規定されているのかを確認しておこう。組織的犯罪処罰法は、「犯罪収益」に関する定義を2条2項において規定しているが、本件との関係では、2条2項1号が問題となる。2条2項1号によれば、犯罪収益とは、「財産上の不正な利益を得る目的で犯した別表に掲げる罪の犯罪行為（日本国外でした行為であって、当該行為が日本国内において行われたとしたならばこれらの罪に当たり、かつ、当該行為地の法令により罪に当たるものを含む。）により生じ、若しくは当該犯罪行為により得た財産又は当該犯罪行為の報酬として得た財産」とされているところ、本件で問題となるのは、ここにいう「当該犯罪行為により得た財産」に、本件被告人が得た児童ポルノDVDの前払い代金が当たるといえるのかどうかである。

この問題を検討するにあたって、問題をより明確化、細分化するために、まず各審級の判断と従来の裁判例について簡単に検討しよう。本件一審は前払い代金が「犯罪行為により得た財産」に当る根拠を「法の趣旨」に見出し、このことから前提犯罪（児童ポルノ提供罪）が既遂に達している必要はないとしている。確かに、犯罪収益等が将来の犯罪活動に再投資等されるのを徹底的に予防するという立法目的からすれば、後払いであろうが前払いであろうが、犯罪活動に投資されうるものは剥奪する必要があると言えるが、しかしこのことが文言上可能なかどうかは必ずしも明らかではない。というのも、「犯罪行為により得た財産」が指し示す事象経過を、犯罪行為が行なわれ後にその犯罪行為から財産を取得する場合というように理解するのであれば、問題となっている前払い代金類型の場合にはここには含まれなくなるからである。この点につき、本件一審判決は何も述べていない。

次いで、控訴審は前払い代金が「犯罪行為により得た財産」に当てはまる根拠を「立法趣旨と取引形態」に見出しつつ、一審とは異なり「後に前提犯罪が成立する限り」という要件を付した。控訴審においては立法目的に加えて、取引形態にも依拠して、前払い代金も「犯罪行為により得た財産」に当たるとするが、しかし文言解釈上、なぜ前払い代金が「犯罪行為により得た財産」に当るかは、本件一審と同様に示されていない。また、控訴審においては、「後に前提犯罪が成立する限り」という要件を必要としているが、これは控訴趣意における、被告人側の、前提犯罪が既遂に達していない限り、前払い代金は犯罪収益とは言えないという主張を認めたものと思われるが、しかしなぜこのような要件が必要なのかというその根拠については明らかではない。

最後に、本件最高裁は「文理と立法目的」ということを根拠にして、前払い代金を「犯罪行為により得た財産」に当たるとしつつ控訴審と同様に「後に前提犯罪が成立する限り」という要件を付している。本件最高裁は、

本件下級審と違って、前払い代金もまた文理上「犯罪行為により得た財産」に当たるとし、文言解釈上も可能との立場を示すが、しかしどのように解すれば可能なのかは明らかではなく、また控訴審と同様、なぜ「前提犯罪が成立する限り」との要件が必要なのかについても明らかではない。

以上の、本件一審から最高裁までの簡単な検討から、上記判示事項Ⅰについては、問題を次の2つに分けることができるように思われる。すなわち1つは、①前払い代金が文言解釈上、「犯罪行為により得た財産」に含まれるのかどうかである。もう1つは、②①が肯定されたとして、控訴審や最高裁が認めるように、「犯罪収益」といえるためには前提犯罪が成立している必要があるのかどうか、仮に必要なとする場合、いかなる根拠から必要と言えるのかという問題である。

次いで、従来の類似の裁判例について検討しよう。従来の裁判例で類似の事案が問題となったものに名古屋地裁半田支部平成15年5月8日判決がある³。本件は、児童ポルノを内容とするCD-Rをインターネットを通じて販売し、代金を借名口座に前払いで振り込ませ、その後に当該CD-Rを送付して販売したというものである。

このような事実関係の下で、名古屋地裁半田支部は、「児童ポルノ販売罪を前提犯罪とする「犯罪収益」といえるためには、児童ポルノ販売罪が既遂に達していることを要すると解される。しかしながら、このことは、

3 名古屋地裁半田支部平成15年5月8日判決（確定）は公刊物未登載であるが、本件弁護人である奥村徹による上告趣意書に判決内容が紹介されているので、それを参照した。奥村徹「上告趣意書」刑集62巻10号139頁以下。なお、そのほかに、被告人が偽ブランド品の販売広告を掲載したホームページを開設し、インターネットを通じて顧客から注文を得て、郵便代引きや架空人名義の銀行口座への振込入金を支払に利用した通信販売の方法で多数の偽ブランド商品を販売していたという東京地裁平成14年11月11日判決がある。本件は公刊物には搭載されていないが、秋山実「組織的な犯罪処罰及び犯罪収益の規制などに関する法律10条1項の犯罪収益等隠匿罪を積極的に適用した一事例」研修662号124頁以下に事案などに関する詳細な紹介がある。

犯罪収益規制法10条1項に規定する犯罪収益の取得につき事実を偽装する行為を実行する段階において、前提犯罪である児童ポルノ販売罪が既遂に達していることを要すると解するものではない。すなわち、児童ポルノ販売罪の実行行為により得た財産の取得につき事実を偽装し、その後に児童ポルノ販売罪が既遂に達した場合は、その既遂時点において、当該偽装行為が、「犯罪収益の取得に関する偽装行為」と法的に評価されることになると解すべきである。なぜなら、まず第1に、犯罪収益規制法10条は、金融機関を経由することによって犯罪収益をクリーンな外観を有する財産に変えて前提犯罪との関係を隠匿し、あるいはこれらの財産を隠匿する行為は、将来の犯罪活動に再投資されたり、事業活動に投資されて合法的な経済活動に悪影響を及ぼすなどの恐れのある犯罪収益の保持・運用を容易にすることから、これを処罰する趣旨の規定であるところ、犯罪収益の取得は、経験上必ずしも前提犯罪の完了後に行われるものではなく、犯罪遂行の過程においてされることが往々にしてあるから、このように解釈しなければ法の趣旨は達成できない。第2に、前提犯罪の完了を目指して着手した実行行為により得た財産は、取得時点において、すでに将来犯罪収益となることが予定されているものであるから、その帰属を偽装する行為は、のちに当初予定通り前提犯罪が完了したときには、遡って犯罪収益につき事実を偽装した行為に当たると評価するのは自然であり、かつ合理的な見方であるといえるからである」とした。

このように名古屋地裁半田支部平成15年判決は、前払い代金であっても犯罪収益に当たるとするもので、結論は本件最高裁と同様であり、それゆえ、本件最高裁は下級審レベルで認められていた結論を最高裁として確認したものとして位置付けることができる。

ところで、名古屋地裁半田支部平成15年判決は、前払い代金もまた法的に評価すれば、組織的犯罪処罰法10条1項に言う「犯罪収益」に当たるとしたうえで、その根拠につき、2つのことを挙げている。1つは法の趣旨と

取引実態であり、このことは本件の一連の判決・決定においても指摘されているところである。もう1つは、取得時点で将来「犯罪収益」になることが予定されている収益については、前提犯罪が実現した時点で遡って前払い代金が「犯罪収益」になるのが自然的かつ合理的な見方とする。

このような名古屋地裁半田支部平成15年判決の理由付けは、文言解釈上可能なのかどうかについて明示されていないし、さらに、ある収益が将来「犯罪収益」になることが予定されていることから、前提犯罪が成立した時点で遡って前払い代金が「犯罪収益」になるとするのが自然的で合理的な見方であるとするが、これがなぜ自然でかつ合理的であるのかも疑問である。前者は上記の①の問題であり、後者は上記の②に関わる問題である。もっとも、後者においてはさらなる問題を指摘できる。すなわち、名古屋地裁半田支部平成15年判決においては、前提犯罪が成立した時点で遡って事実仮装罪が成立するとするが、なぜ遡って成立するのか、つまり③前払い代金類型において事実仮装罪の成立時点はいつなのかという問題である。以下、順に検討する。

2) 検討

(1) ①の検討

この点、本件に関する評釈類において、結論としては前払い代金もまた「犯罪行為により得た財産」に含まれるとする点で一致している。しかしその説明については大きく2つの立場に分けることができる。その際のポイントは、「犯罪行為により得た財産」にいう「より」をいかに解するのか、という点である。

ひとつめの立場は、「犯罪行為により得た財産」にいう「より」を原因と結果の関係、つまり因果関係として捉える立場である。例えば、当時の最高裁調査官であった松田俊哉は、「犯罪行為の対価として前払いで得た財産が「犯罪行為により得た財産」に含まれることは、実務上も学説上も

当然のこととされてきたのであるし、実質論からしても前払い代金が「犯罪収益」となり得ないなどという解釈は明らかに不合理である」との価値判断を示した上で、「犯罪行為により得た財産」に関する文言解釈について、「法文の「犯罪行為により」というのは「犯罪行為を原因として」と解することができるから、文理上も特段支障はないと解される」とする⁴。ここでは、「犯罪行為により得た財産」にいう「より」は、原因・結果の関係、つまり因果関係の意味において理解されている。

三上正隆もまた、「犯罪行為により得た財産」にいう「より」とは法令用語上、通常は「因り」であって、因果関係を表すものであるとし、この点松田と同様の理解を示す。

ところで、三上によれば、「犯罪行為により得た財産」にいう「犯罪行為」を「犯罪が行なわれたこと」と理解する場合、「犯罪行為により得た財産」とは、「犯罪行為をしたことを原因として取得した財産」となるが、このように解する場合、因果の流れは時間軸によって生じるから犯罪行為の実行が財産の取得に先行しなければならないとする⁵。このような理解からすれば、松田が述べるのとは異なり、前払い代金の場合に文理上支障が生じることになる。

それゆえ三上は、「犯罪行為により得た財産」にいうところの「より」という文言に着目するのではなく、「犯罪行為」という文言に着目する。すなわち、三上によれば、ここにいる「犯罪行為」は「犯罪行為をしたこと」ではなく、将来「犯罪行為をすること」と解する余地があり、このように理解する場合、「犯罪行為により得た財産」とは、将来「犯罪行為をすることを原因として取得した財産」と解されることになる。このように理解する場合、犯罪行為の実行前の財産取得もまた「犯罪行為により得た財産」に当ると考えることもできるとして、文言解釈上、前払い代金もま

4 松田・前掲注1) 255頁。

5 三上・前掲注1) 115頁、さらに、若尾岳志「判批」法律時報78巻1号76頁参照。

た「犯罪収益」に当たるとする。そして、このことは取得財産の、犯罪への再投資と組織的犯罪の誘発の防止という、いわゆる組織的犯罪処罰法の立法目的にも適うものとするのである⁶。

以上の三上の見解は、松田と同様に「より」という文言を因果関係の意味において理解しつつ、「犯罪行為」を「犯罪行為をしたこと」ではなく、将来「犯罪行為をすること」と解することで、前払い代金もまた「犯罪行為により得た財産」に含めようとするものである。しかし、「犯罪行為により得た財産」を将来「犯罪行為をすることを原因として取得した財産」と理解したからといって、結果であるところの財産取得が先になされてよいということにはならないように思われる。三上自身が述べるように、原因が結果に対して常に先行していなければならないのであれば、未だ発生していない事態を原因とする場合、結果はさらにその後に先延ばしされるだけのことのように思われる。したがって、「犯罪行為」を将来「犯罪行為をすること」と解したからといって、「より」を因果関係の意味で捉える限り、原因が結果に対して常に先行していなければならない、それゆえ前払い代金が「犯罪行為により得た財産」に含まれるとは解されえないのである。

さらに、「犯罪行為により得た財産」いう「犯罪行為」を「将来犯罪行為をすること」と解する余地はないと思われる。というのも、組織的犯罪処罰法2条2項1号によれば、「財産上の不正な利益を得る目的で犯した別表に掲げる罪の犯罪行為により生じ、若しくは当該犯罪行為により得た財産又は当該犯罪行為の報酬として得た財産」と規定されているところ、問題となっている「当該犯罪行為により得た財産」にいう「当該」とは「財産上不正な利益を得る目的で犯した別表に掲げる罪の」(傍点は筆者による)ことであり、それゆえ、「当該犯罪行為」とは、「別表に掲げる犯罪行為を不正な利益を得る目的で行ったこと」を意味するからである。

6 三上・前掲注1) 115頁。

以上のように、「より」という文言を因果関係の意味において理解する場合、犯罪行為が先でその後に財産取得ということになり、時間的先後関係を逆にすることは論理的に不可能である。それゆえ、三上は「より」ではなく「犯罪行為」に着目し、これを将来「犯罪行為をすること」と解したのであるがこのような構想も上述の問題点があった。

それゆえ、以上の構想とは異なり、「犯罪行為により得た財産」にいう「より」を因果関係の意味では解さない理解がでてくることになる。

例えば、白井美果は「犯罪行為により得た財産」の文言解釈において、文理上先後関係の制限はないとした上で、法の趣旨の観点とともに、前払い代金は、「その取得時点から将来の犯罪収益となることが予定されており、後に前提犯罪が犯された場合には、その過程で前払い代金の帰属を仮装した行為を隠匿罪等として処罰するのは合理的」であるとする⁷。

ここで白井が、「より」の文言において先後関係の制限は出てこないとしていることからすれば、白井は「より」を「因り」、つまり因果関係を示すものとしては理解していないと解される。そうでなければ、上述のように、先後関係の制限が出てくるからである。その上で、白井は法の趣旨などからすれば前払い代金もまた「犯罪収益」として剥奪の対象とすべきとするのである。

この点につき、岡上雅美もまた、立法目的に照らせば、「児童ポルノ販売に係るDVDの代金支払いが、商品発送の前であれ後であれ、客観的にこれが法禁物と対価関係にあり、主観的にもその認識がある場合には、時間的前後関係を区別する意味はない」とし、このような目的論的解釈によればDVD前払い代金もまた当然、剥奪の対象になるとする。ここで、岡上は、「より」という文言につき、明示的に述べているわけではないが、代金と前提犯罪との間に対応関係があれば、それが前払いであれ後払いであれ、「犯罪行為により得た財産」に当るとするのである。

7 白井・前掲注1) 15頁以下。

以上で検討した見解においても結論において一致していたように、立法目的からすれば、前払いであろうと、後払いであろうと、さらなる犯罪への投資として用いられうるものである以上、両者を区別する必要はないものと思われる。また、代金の授受が前提犯罪の前か後かで没収・追徴の対象になるかどうかは決定されるというのも不合理であろう。というのも、前か後かは多分に偶然の事情に左右されるからである。仮に、後払いのみが没収・追徴の対象となるとすれば、この種の犯罪を行なおうとする者は、常に前払いで代金を支払うであろうし、その場合に没収・追徴できないことになって、不合理である。

以上のことからすれば、「犯罪行為により得た財産」にいう「より」の文言解釈において、前提犯罪の先後を問わず得られた財産が含まれるように解釈するのが妥当である。そうであれば、白井や岡上のように、「より」を「因り」と解さなければならない必然性はないので、前払いであれ後払いであれ両者を含めるように「より」を規定すればよいのである。

そもそも「より」という文言は日常用語上多義的であり、それゆえそれにどのような意味規定を与えるのかは、当該法の趣旨によって決せられるべきであるところ、組織的犯罪処罰法の趣旨が、犯罪行為に関わる財産については、さらなる犯罪の助長や再投資に用いられる危険が高いのであり、このことを防止するため、そのような財産を剥奪することであることに鑑みれば、ここでは、「犯罪行為により得た財産」というのは、財産取得と前提犯罪との間に対応関係がある場合を示すものとして理解するのが妥当であり、このような意味における「より」は日常的な使用方法にも適うものである。

(2) ②の検討

もっとも、以上のように解する場合、「後に前提犯罪が成立する限り」という要件は不要のようにも思われる。というのも、以上の考察から、前

提犯罪と取得財産との間に対応関係が認められれば、前払いであれ後払いであれ文言上、剥奪の対象としうるし、また剥奪するのが立法目的に適うものと思われるからである。

例えば、白井は「前払い代金を借名口座に入金した後に前提犯罪の実行の着手に至らなかった場合であっても、前提犯罪により（例えば、前提犯罪を実行する予定でその前払いとして）得た財産であるとの関係が認められさえすれば、将来の犯罪を助長するといえ、したがって、マネー・ロンダリング行為を処罰するためには、前提犯罪を成立条件とすべきでないとも考えられ」とし、このことは今後の検討課題としつつも「後に前提犯罪が成立する限り」との要件に疑問を呈するのである⁸。また三上も「犯罪行為により得た財産」の中に前払いもまた含めることが文言解釈において可能なのであれば、「後に前提犯罪が成立する限り」という要件を付す理由が問われることになるとして、このような要件は不要でありうることを示唆する⁹。

しかし、「前提犯罪」要件を不要とすることに対しては疑問がある。すなわち、「前提犯罪」要件を不要とする場合、前払い代金の類型においては顧客が借名口座に代金を入金した時点で、犯罪収益取得事実仮装罪の既遂が成立することになる。つまり、前提犯罪が成立していない段階で得た収益が、すでに「犯罪収益」となると解されることになるが、このように解する場合、例えば、前提犯罪が成立する以前に前払いで振込入金されたが、しかし行為者が改心して前提犯罪（本件では児童ポルノ提供罪）を行わず、返金した場合であっても、当該前払い代金は「犯罪収益」と解され、犯罪収益取得事実仮装罪が成立することになってしまう。しかし、この場合、当該行為者は当該収益を返還している以上、将来の犯罪の助長や再投資を行うことはもはやできないのであり、にもかかわらず処罰するの

8 白井・前掲注1) 16頁。

9 三上・前掲注1) 115頁。

は法の趣旨に反するものと思われる。

また、名古屋地裁半田支部平成15年判決も指摘しているように、本条の趣旨が「金融機関等を経由することによって犯罪収益をクリーンな概観を有する財産に変えて前提犯罪との関係を隠し」、将来の犯罪活動への再投資等に用いることを処罰するものとしているように、本条においては犯罪収益と前提犯罪との結びつきが前提となっているのであり、このような結びつきは前提犯罪が成立していなければ存在しようがない。そうであれば、やはり前払い類型であっても、犯罪収益取得事実仮装罪が成立するには、前提犯罪が成立していることが必要であると解さなければならないように思われる。

最後に、そもそも前提犯罪がいまだ成立していない段階での振込代金は、それがいくら将来犯罪収益になることが予定されていようとも、未だ犯罪性を帯びておらず、それゆえそのような収益は「犯罪収益」とはいえないのであり、にもかかわらずこの段階ですでに犯罪収益取得事実仮装罪が成立するという結論は不当であるように思われる¹⁰。

(3) ③の検討

もっとも、以上のことから、前払い代金が「犯罪収益」といえるためには前提犯罪の成立が必要であるにしても、さらに、前払い代金はどの時点で「犯罪収益」といえるのかということが問われなければならない。というのも、組織的犯罪処罰法10条1項にいう「犯罪収益等の取得につき事実を仮装した」という条文につき、取得の時点で当該収益がすでに「犯罪収益」でなければならないと解する場合、本件においては前払い代金を振り込んだ時点、つまり代金取得時点で当該前払い代金が「犯罪収益」でなければならないが、しかし、本件において、取得の時点では前提犯罪はいまだ成立しておらず、それ故、本件において当該前払い代金の取得時点にお

10 奥村・前掲注3) 134頁以下参照。

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金がいわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

いて「犯罪収益」を取得したとはいえず、それゆえ事実仮装罪は成立しないことになるからである¹¹。

この点、岡上は、まず「本件追徴が、もっぱら文理解釈の観点から許容されるか否か、すなわち犯罪がまだおよそ存在していない時点で支払われた前払い代金を「犯罪収益（犯罪行為により得た財産）」とよぶことができるのか」と問題を設定する¹²。その上で、岡上は、前払い代金を「犯罪行為により得た財産」に当たらないとするのは日常用語を基調とする文理解釈において無理があり、また「刑法の用語法としても、事後の「犯罪」の存在から遡って、先行行為が犯罪的評価を受けることはすでに奇異なことではない」とし、実行従属性をもつ共犯の場合を例に挙げ、これとパラレルに考えることができるとするのである¹³。

このように岡上は、収益の取得時点では未だ「犯罪収益」といえないが、のちの前提犯罪が成立すれば、遡って、収益の取得時点で当該収益は「犯罪収益」だったとの遡及的構成による解決を示す。しかし、このような岡上の見解には次のような問題点を指摘しうる。すなわち、前払い代金がいったん借名口座に振り込まれたが、何らかの理由で行為者が代金は返却し、しかし（行為者あるいは共犯者が）児童ポルノDVDは提供した、つまり前提犯罪は成立したとする場合、遡及的構成によれば、前提犯罪が成立すればそこから遡って前払い代金が振り込まれた時点で事実仮装罪が成立していたことになるため、前払い代金を返却した場合であっても事実仮装罪が成立することになってしまうのである。しかし、上述のように、事後的な評価としてではあれ、振り込まれた前払い代金を前提犯罪が成立する前に返金したにもかかわらず、振り込んだ時点で当該代金を「犯罪収益」とし、これを剥奪可能とするのは、さらなる犯罪への再投資などの可

11 奥村・前掲注3) 134頁以下、143頁以下。

12 岡上・前掲注1) 113頁。

13 岡上・前掲注1) 113頁。

能性がないにもかかわらず、財産を剥奪することになり、やはり法の趣旨に反し、不当である。

以上の検討からすれば、岡上の見解の問題点は、そもそも「犯罪がまだおよそ存在していない時点で支払われた前払い代金を「犯罪収益（犯罪行為により得た財産）」とよぶことができるのか」という問題設定それ自体にあるのである。

もっとも、では組織的犯罪処罰法10条1項はどのように解されるべきなのだろうか？ 私見によれば、組織的犯罪処罰法10条1項によれば、代金が振り込まれた時点で「犯罪収益」が取得されたと解されなければならない必然性はなく、振り込まれた前払い代金が犯罪性を帯びた段階、すなわち前提犯罪が成立した段階で「犯罪収益」を取得したと解すれば足りるように思われる。つまり、「取得」とは、客体を手に入れたというその一時点のみをいうのではなく、手に入れた後も自らの支配下に置き、任意に処分可能な状態が続く限り、当該客体を取得していると解されるのである。このように解することが出来るとすれば、代金を現に手に入れた時点で当該代金が「犯罪収益」でなくとも、支配下にある段階で当該代金が犯罪性を帯びれば、その時点で「犯罪収益」を取得したと解することができるのである¹⁴。

もっとも、この点、本件弁護人である奥村徹は上告趣意において、「第三者名義口座への振り込みの場合でいえば、振込指示の時点で着手があり、受領＝振込成功の時点で既遂となる」と解しないと、「後払いの場合と統一的に理解できない」¹⁵と批判するが、しかし「犯罪収益」を取得した時点という意味では、基準は同じであり、ただ、前払いの場合と後払いの場合では、ある収益が「犯罪収益」となる時点が異なるにすぎないのである。

14 東京高等裁判所平成20年8月13日判決（LEX/DB文献番号25451742）参照。

15 奥村・前掲注13）143頁以下。

また、奥村は、「前払いの場合には、收受後、提供罪が既遂になった時点で仮装罪が成立する」などという、「提供罪の既遂」という事実はいかなる構成要件となるのか説明できない¹⁶とする。ここでは「前提犯罪」要件の位置づけが問われているのである。

この点、例えば松田は、前払い類型の場合、前提犯罪（本件では児童ポルノ提供罪）の成立後に犯罪収益取得仮装罪が成立することになるが、これは刑法197条2項の事前収賄罪と同じものと考えることができ、このように考えることができれば、前提犯罪の成立を待って、犯罪収益取得事実仮装罪が成立することも不合理ではないとする¹⁷。

このような松田の理解に対して、三上は、前払い類型を事前収賄罪とのアナロジーで説明することに対して、その当否につきさらなる検討を要するとする。というのも事前収賄罪の場合は明文で規定されているが、犯罪収益取得事実仮装罪にはそのような明文規定はないからとするのである¹⁸。

しかし、上述のようにこの点については明文上にその根拠となる文言は存在する。すなわち、組織的犯罪処罰法2条2項1号に言う「当該犯罪行為により得た財産」にいう「当該」であり、これはすなわち「財産上の不正な利益を得る目的で犯した別表に掲げる罪の」（傍点は筆者による）ということとその内容とするが、このことが意味するのは、別表に掲げられた犯罪がすでに行なわれたということであり、ここにいう「犯した」というのが、「後に前提犯罪が成立する限り」の根拠規定になるのである。

以上のように解する場合、「前提犯罪」要件の条文上の根拠は見出され

16 奥村・前掲注13) 144頁。さらに奥村は、「收受後に提供罪既遂になる前の段階では、実行行為は完了しているのに、仮装罪が成立していないことになるが、実行行為は完了している以上、仮装罪は未遂とも言い難く、説明に窮する」とする。奥村・前掲注13) 144頁。しかし、例えば、爆弾を一週間後に爆発するよう仕掛けた場合のように、実行行為は完了したが未だ既遂に至らず、未遂の状態にあるということは観念できる。

17 松田・前掲注1) 255頁。

18 三上・前掲注1) 115頁、116頁。

るのであるが、では、「後に前提犯罪が成立する限り」という要件は松田のいうように、事前収賄罪における「公務員になった場合」と同様に一種の客観的処罰条件として理解すべきなのだろうか。もっとも、この点につき、岡上は、上述のように、松田とは異なる理解を示している。すなわち、岡上は「前提犯罪」要件に狭義の共犯における正犯と同様の位置づけを与えている。客観的処罰条件とみる場合、行為者は事実仮装罪における行為をすべてやり終えているが、それに加えて「前提犯罪」が成立して初めて処罰されるという意味で「前提犯罪」要件は事実仮装罪それ自体の成立にとって不要であるのに対して、後者の場合、「前提犯罪」要件の充足がなければ事実仮装罪が成立しないという意味で必要であるといえる。

以上のように、「前提犯罪」要件は二通りの位置づけ方があるところ、いずれが妥当なのかが問題となる。結論から言えば、「前提犯罪」要件を必要条件と解する見解が妥当であると思われる。というのも、「前提犯罪」要件を不要、つまり客観的処罰条件と捉える場合、前提犯罪は故意の対象にならないということになるが、これは不当だからである。すなわち、ある収益が「犯罪収益」であるのかどうか前提犯罪に依存する以上、「前提犯罪」の存在を知らなければ、当該収益が「犯罪収益」として認識することができないのである。事実、客観的処罰条件説を唱える松田もまた、「犯罪収益取得事実の仮装後に前提犯罪が行われるタイプの犯罪収益取得事実仮装罪では、同罪の実行時点で、行為者において、のちに前提犯罪が行われることの認識が必要であることは明らかであろう」¹⁹としている。前提犯罪を故意の対象として認めるべきであるのであれば、前提犯罪は必要条件として捉える立場が妥当であろう。このように、「前提犯罪」を事実仮装罪の必要条件と捉えたうえで、これを盗品等に関する罪における窃盗罪等と同様に位置づけるのが妥当であると思われる。

もっとも、注意すべきなのは、岡上同様必要条件に立つが、しかし本稿

19 松田・前掲注1) 256頁。

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金がいわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

では遡及的構成は採らず、上述のように、前提犯罪が成立した段階で前払い代金は犯罪を帯び、犯罪収益とみなされ、この時点で事実仮装罪が成立することになるということである。

・判示事項Ⅱに関する検討

もっとも、このように解する場合、前提犯罪は事実仮装罪成立にとっての必要条件であり、それゆえ本件弁護人の主張するように前提犯罪について裁判所は具体的に摘示する必要があるようにも思われる。ここでは、判示事項Ⅱが問題となるのである。

この点、判例は当該犯罪の成立が前提犯罪の成立に依存する盗品等譲り受け罪において次のような立場に立っている。大判昭和9年10月11日（刑集13巻1352）は「当該物件が赃物にしてかつ被告人が赃物たるの情を知れることを判示したる以上は本犯の時場所等を判示せざるも赃物故買罪の判示として理由不備の爲すに足らず」とするし、最判昭和23年10月30日（刑集2巻11号1424）もまた、「赃物故買罪において、買い受けた物件が他人のいかなる犯罪行為によって領得せられたかは、必ずしも具体的に明示することを必要としない」としている。

岡上も指摘するように、前提犯罪自体は、本罪の実行行為でもなく、さらに前提犯罪と本罪の行為者が異なる場合でもあっても本罪が成立する以上、前提犯罪を訴因に具体的に特定して記載する必要はないと思われるし²⁰、また例えば、前提犯罪を行なう者と犯罪収益取得事実仮装罪を行なう者とが異なる場合、後者は犯罪収益に当ることを知っているが、前提犯罪がいつ、どこで、どのように行なわれたのかについての詳細は知らないという場合であっても、同財産の取得につき、事実を仮装すれば犯罪収益取得事実仮装罪が成立することから、前提犯罪を罪となるべき事実²¹に具体的

20 岡上・前掲注1) 113頁以下。

に摘示しなければならない理由はないものと思われる²¹。

このことからすれば、事実仮装罪は前提犯罪を必要条件としてその成立は前提犯罪の成立に依存するが、しかし前提犯罪は訴因に具体的に特定して記載すべき必要はないように思われる。

・判示事項Ⅲに関する検討

1) 従来の裁判例の検討と本件最高裁平成20年決定の位置づけ

(1) 最高裁平成15年4月11日判決と最高裁平成17年7月22日決定の関係

最後に判示事項Ⅲに関する検討に移ろう。まず、本件を従来の判例との関係で位置づけよう。必要経費が「犯罪収益」に含まれるのかどうかの問題となった近年の最高裁判例としては、いわゆる麻薬特例法に関するものであるが、以下のふたつのものがある。

ひとつめは、最高裁平成15年4月11日判決（刑集57巻4号403頁）で、最高裁は「『薬物犯罪の犯罪行為』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であり、薬物犯罪を遂行する過程において費消・使用されるものとして犯人が他の共犯者から交付をうけた財産はこれに当たらない」とし事前に交付された往復航空券の往路分の運賃相当額を同法の没収・追徴の対象から除外した²²。

21 松田・前掲注1) 256頁以下。さらに白井によれば、「仮装の客体となった財産が犯罪収益等に当ることを合理的疑いを入れない程度に立証できれば処罰可能であり」、それゆえ「罪となる事実を摘示するにあたっては、前提犯罪の個々の内容（日時、場所等）を具体的に特定して示す必要はな」とする。白井・前掲注1) 17頁。

22 本件に関する評釈類としては以下のものがある。松宮孝明「判批」法学セミナー591号118頁、若尾・前掲注5) 74頁、「匿名解説」法律時報76巻4号118頁、上田哲「判解」ジュリスト1267号190頁、井上宏「判解」研修675号11頁、上田哲「判解」法曹時報58巻7号261頁、鈴木左斗志「犯罪供用物件没収（刑法19条1項2号）の検討：最高裁平成15年4月11日判決（刑集57巻4号403頁）を契機として」研修724号3頁、中村功一「いわゆる麻薬特例法に言う『薬物犯罪の犯罪行為により得た財産』の意義等について」研修670号81頁以下など。

それに対して、最高裁平成17年7月22日決定（刑集59巻6号646頁）は、被告人の売り上げ総額から薬物の仕入れ代金、家賃、携帯電話の使用量等の必要経費を控除すべきかどうかが争われた事案で、「〔薬物犯罪の犯罪行為により得た財産〕とは、規制薬物の対価として得た財産そのものをいうと解すべき」であり、「当該財産を得るために犯人が支出した費用等を控除すべきではない」とした²³。

このように最高裁15年判決と最高裁17年決定は、前者が経費は麻薬特例法の没収・追徴の対象にならないとしたのに対して、後者が必要経費もまた同法の没収・追徴の対象となるとしたものであり、一見すると両者は矛盾するように思われ、両者をいかに理解するかが問題となる。

この点につき、松田によれば、15年判決は利害を共通にする共犯者間における金員などの授受が問題となった事案であるのに対して、17年決定は利害を異にする者によるそれが問題となった事案で、両者は事案を異にするのであり、それゆえ両者は矛盾しないものと解している²⁴。また三上も「15年判決は当該財産が他の共犯者から犯人に対して交付された点を捉え、これは「犯罪行為により得た財産」に当たらないと判断」したものと理解し、両者は矛盾しないとする²⁵。

このような人的な要因に基づいて最高裁15年判決と最高裁17年決定を区別する理解に対しては、岡上が「共犯者内部での交付財産だから費用の控除を認めてよいという理由はない」とし、15年判決を「人的要因を重視した特殊な射程をもつものと考えerことは困難」とする。その上で、岡上によれば、15年判決は、「共犯者から受け取った往復航空券の使用済みの往路の運賃相当額は、麻薬特例法に言う「薬物犯罪の犯罪行為により得た財

23 本件に関する評釈類としては以下のものがある。「匿名解説」法律時報78巻10号94頁、上田哲「判解」ジュリスト1328号132頁、同「判解」法曹時報60巻6号311頁。

24 松田・前掲注1) 261頁。

25 三上・前掲注1) 116頁。

産」とはいえないという内容のもの」、つまり「平成15年判決は、麻薬特例法2条3項に言う「犯罪収益」であることを否定したものにすぎ」ないとするのである²⁶。

このような岡上の指摘を踏まえて、最高裁15年判決と最高裁17年決定の関係を整理すると、次のように整理できると思われる。すなわち、15年判決は、ア) 当該財産が犯罪行為により得たものといえるのかどうか、つまり取得財産と対応していなければならないのは何かを問題としているのに対して、17年決定はイ) ア) を前提に、当該対象が収益と言えるのかどうか、つまり得られたすべての財産が収益となるのか、それともその中から純利となるもののみが収益となるのかを判断したものと解することができ²⁷、このような理解が正しければ、最高裁15年判決と最高裁17年決定との間には矛盾は存在しない。

(2) 本件と最高裁15年判決との関係

以上の理解を踏まえて、本件を位置づけてみよう。15年判決との関係では、本件における事前に振り込まれた送料分を含む前払い代金が、「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」に当るのか、それとも「薬物犯罪を遂行する過程において費消・使用されるもの」に当るのかどうかの問題となる。

この点を考えるにあたっては、事前に指定された口座に代金相当額を振り込ませた上で、規制薬物であるMDMAを、宅配便を利用して送付した

26 岡上・前掲注1) 115頁。

27 宮地佐都季もまた、最高裁平成15年判決は「犯罪遂行過程において費消・使用されるものとして、被告人が共犯者から受け取った金員が「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」に当るか」が問題となったものであるのに対して、最高裁17年決定は「規制薬物の譲渡により被告人が得た売上総額から被告人が別途費消した当該譲渡のための必要経費を控除できるか、すなわち「薬物犯罪収益」とは純利益的なものを意味するのか」が問題となったものとする。宮地佐都季「判解」研修708号124頁以下。

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金がいわゆる組織的犯罪処罰法 10 条 1 項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

という福岡高判平成18年12月20日（高等裁判所刑事裁判速報集（平成18年）309頁）が参考になる。まず、福岡高判平成18年の第1審判決においては²⁸、「麻薬特例法2条3項にいう「薬物犯罪収益」、すなわち「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、すなわち規制薬物の対価として得た財産そのものをいう」と解した上で、「規制薬物を譲受人に配達するための送料のように、薬物犯罪を遂行する過程において使用されるものとして犯人が譲受人から交付をうけた財産は「薬物犯罪収益」には当たらない」とした。このように福岡高判平成18年の第1審判決は最高裁15年判決の基準を用いた上で、事前に振り込まれた代金に含まれた送料については「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」とはいえないとして送料に關しては犯罪収益に当たらないとしたのである。

それに対して、その控訴審である福岡高判平成18年12月20日は、「MDMAを注文してきた客から送料としての分の振込送金を受けるか否かが被告人の恣意的な判断に委ねられ、しかも、それが規制薬物を送付するいわば条件とされながら、送料として振込送金を受けた分と送料として実際に費やされた金銭との関係が希薄である本件の事実関係からすると、被告人が送料として振込送金を受けた分の中には、当該取引における実際の送料に充てられたものがあるとみる余地があることを考慮しても、被告人は、送料として振込送金を受けた分も、いったんは収益分として確保したものと認めるのが相当である」として、送料もまた「犯罪収益」に含まれるとした。その上で、原審に対しては、「原判決が判示するように、薬物犯罪を遂行する過程において費消されて更なる薬物犯罪に再投資されうるものではないものについては、これを必要的没収・追徴の対象の枠外にあると解する余地があるとしても、少なくとも、本件送料のように、名目上は一応送

28 福岡高判平成18年12月20日の第一審判決については、公刊物に未登載であるが、その要旨が宮地・前掲注27) 117頁以下に紹介されている。

料として振り込み送金をうけているものの、その実、犯人の利益として確保したものとして評価できるものは」薬物犯罪収益に当たるとして、送料も含めた全額が没収追徴の対象となるとして第1審判決を破棄したのである。

このような福岡高裁平成18年判決は、上述のア) 構成要件に該当する行為それ自体によって得られたものであるのかそうでないのかという問題と、イ) ア) が肯定された上でそのすべてが「犯罪収益」となるのかどうかという問題を区別せず混同したまま論じているのでわかりづらいが、その第1審判決と異なる結論に達したのは、ア) の問題に関する判断においてであると思われる。つまり、第1審は、振込代金に含まれた送料を構成要件に該当する行為それ自体によって得られたものではなく、薬物犯罪の遂行過程において使用されるもの、すなわち規制薬物を宅配便で送付する際に用いられるものと判断したのに対して、福岡高裁は、送料も含めた振込代金の入金が規制薬物を送付する条件になっていたことから、規制薬物の譲渡行為と送料も含めた振込代金は対価関係にあり、それゆえ構成要件に該当する行為それ自体から得られたものであると判断したものである。このように両者は、送料の犯罪過程における位置づけにおいて異なる位置づけを与えられた点で判断が分かれたのである。

では、どちらの判断が妥当であるのかであるが、福岡高裁平成18年判決の判断が妥当であったと思われる。というのも、福岡高裁が述べるように規制薬物の譲渡が送料も含めた代金の振込を条件とし、代金の確認の後に規制薬物を送付していたことからすれば、規制薬物の譲渡それ自体と送料を含む代金とが対応関係にあったものといえるからである。

以上のことから、福岡高裁平成18年判決は、送料を含めた前払い代金でも規制薬物の譲渡行為と対価関係にあり、それゆえ「薬物犯罪収益」に当ることを示した点に意義があり、本件最高裁平成20年決定もこの流れの中で位置づけることができると思われる。すなわち、本件最高裁平成20年決定は事前に得た送料を含む代金と児童ポルノ提供行為とが対応関係にあって

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金がいわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例なのであり、それゆえ本件最高裁は組織的犯罪処罰法2条2項にいう「犯罪行為により得た財産」に当てはまることを示した点に意味があるものと思われる。

(3) 本件と最高裁17年決定との関係

次に問題となるのがイ)の問題であるが、この点、最高裁平成17年決定は上記のように、「「薬物犯罪の犯罪行為により得た財産」とは、規制薬物の対価として得た財産そのものをいうと解すべき」として、イ)の問題に関して、対価として得られたすべての財産が犯罪収益に当たるとの判断を示した。

このような最高裁平成17年決定は、どの範囲までが犯罪収益に当るのかに関するいわゆる総収益主義（総体主義、総収益原則、非控除説）の考え方に立つものと解される。総収益主義とは、岡上によれば、行為者が得た金員の総額をそのまま収益にするというものである²⁹。そして、その特徴は、安田拓人によれば、犯罪収益の剥奪は「犯人の財産状態を犯行前より悪化させるもので、罰金刑の性格が認められ、刑事政策的にみると、犯罪が発覚した場合であっても、純収益が剥奪されるだけだとすれば、犯人にとっての経済的リスクが大幅に減少するため、経費等の控除を認めず総額を剥奪する厳しい姿勢がもたらす、「犯罪は痛い目にあう」という結論の確保により、犯罪へのインセンティブを削ごうとするもの」³⁰とされる。

もっとも、総収益主義を採ると解される最高裁17年決定においては、事前に振り込まれた送料を含む代金については問題となっていなかった。送料を含む事前に振り込まれた代金が犯罪収益に当るかどうか争われたの

29 岡上・前掲注1) 114頁。

30 安田・前掲注1) 4頁。また、高山佳奈子によれば、総収益主義は、「現に犯罪が存在している状態を重く見て、不正資金の循環を断ち切ることによる「犯罪の減少」を目的とする」とする。高山佳奈子「犯罪収益の剥奪」法学論叢154巻4・5・6号465頁。

は、上述の福岡高裁平成18年判決で、そこでは①送料を徴収するかどうかが被告人の恣意的な判断に委ねられていたこと、②送料として振込送金を受けた分と送料として実際に費やされた金銭との関係が希薄であることから、「原判決が判示するように、薬物犯罪を遂行する過程において費消されて更なる薬物犯罪に再投資されうるものでないものについては、これを必要的没収・追徴の対象の枠外にあると解する余地があるとしても、少なくとも、本件送料のように、名目上は一応送料として振り込み送金を受けてはいるものの、その実、犯人の利益として確保したものと評価できるもの」は没収・追徴の対象になるのとしたものである。ここで福岡高裁平成18年判決は、送料が犯罪収益に当たらないと解する余地があることを認めつつも、当該事案においては送料といいつつその実質は犯人の利益になっていたことから、「犯罪収益」であることを認めているが、このような福岡高裁平成18年判決は、犯罪収益の範囲に関するもう1つの考え方、すなわち、いわゆる純収益主義（純益主義、純収益原則、控除説）に立っていると解する余地もある³¹。

純収益主義とは、岡上によれば、行為者が得た金員の総額から、当該財産を得るために行為者が支出した費用等を控除した金額を収益とするものである³²。その特徴は、安田によれば、「犯罪収益の剥奪は被害者や一般社会の犠牲の上に犯人が不正な利益を得ている状態を解消すること」を目的とするもので、「刑事政策的には「犯罪は儲からない」という結論の確保による犯罪予防を目指すもの」とされる³³。

31 宮地によれば、福岡後半平成18年判決の射程に関して、「薬物犯罪の犯人が、送料相当額として譲り受け人から送金を受けた金員を実際に全額払い戻して送料に当てて費消しており、それ以外の自己の用途に流用した形跡がないような事案の場合には、本件と同様の判断がされるとは限らず、同判決の立場からすると、むしろその収益性が否定される可能性も高いであろう」とする。宮地・前掲注27) 124頁。

32 岡上・前掲注1) 114頁。

33 安田・前掲注1) 4頁。この点、高山によれば純収益主義の目的は、「犯罪の助

以上のように、一見すると、最高裁17年決定は、総収益主義の立場に、福岡高判18年判決は、純収益主義の立場に立っているようにも解され、両者の関係をいかに考えればよいのかが問題となる。

この点を考えるにあたって、安田による次の指摘は示唆的である。安田はドイツの議論を参考に、犯罪収益の剥奪の可否は犯人が当該財産に対する処分権を獲得したかどうかによるとする³⁴。つまり、組織的犯罪処罰法2条2項にいう「犯罪行為により得た財産」にいう「得た」とは、当該財産に対する処分権を得ることと解するのである。このような安田の理解を前提に、最高裁17年決定と福岡高判平成18年判決の関係をもう一度考えると、前者は犯罪行為によって処分権を得たすべての財産が剥奪の対象となるとしたのに対して、後者は処分権を得たといえなければ剥奪の対象にはならないとする余地を認めたものと理解可能である。このような理解が正しければ、福岡高裁平成18年判決は、そもそも送料に関して処分権を得たのかどうかに関するものであり、この点、福岡高裁平成18年判決は処分権の取得を肯定し、それゆえ送料もまた剥奪の対象となるとしたのであり、このように理解すれば、福岡高裁平成18年判決は、犯罪収益の範囲に関する純収益主義ではなく、総収益主義に立つものと解することができる。

そして、最高裁17年決定と福岡高裁平成18年判決の関係をこのように理解する場合、本件弁護人の次のような上告趣意における主張、すなわち、「本件では、送料が発生することは当事者間でも当然の認識であること、送料込みの代金が定められ被告人が送料を負担することが明示されていること、代金と一体として振り込まれた送料分については、折り返し発送する際に即、送料として消費されていて被告人の利益として確保されることはなかったから」³⁵、福岡高判平成18年の基準からすれば本件における送料

長の防止」にあるとする。高山・前掲注30) 464頁。

34 安田・前掲注1) 7頁以下。

35 奥村・前掲注3) 130頁。

は犯罪収益に当たらないとする主張は、要するに本件において犯人はいまだ送料部分に関してはその処分権を得ていなかったということを主張するものとして理解されることになる。

そして、このような弁護人の主張に対して本件最高裁平成20年決定は、「注文に応じて有償で児童ポルノを送付して提供する場合において、提供者が注文者から当該児童ポルノの代金を送料込みで取得したときであると、その代金とは別に送料を取得したときであるとを問わず、児童ポルノ提供行為によって取得したと認められる金員の全額が「犯罪行為により得た財産」として「犯罪収益」に該当するのであるから、提供者が現実には児童ポルノを提供するに際して取得した金員の一部を送料として支出したとしても、その分を控除して追徴の金額を算定すべきではないと解するのが相当」としたのである。

このような本件最高裁平成20年決定に対して、安田は「送料名目で取得した金員であっても、実際にはそうでない場合があり得ることに注意が必要であるほか、犯人が別の手持ち資金から送料を支弁した場合には、相手方から受け取った金員は全額が残されることになる」とし、本件原判決によれば「児童ポルノの代金分と送料が明確に区別されていなかったばかりか、児童ポルノを提供する際、送料として客ら前払いされた金員自体が用いられたわけではない」とされていることからすれば、送料分を含めた全額が「犯罪収益」と評価されて当然とする。つまり、本件において犯人は送料も含めた前払い代金について、その処分権を得ていたといえるのであるから、その全額が剥奪の対象となるとするのである。

認定事実を前提とすると、安田の述べるように、行為者には前払い代金それ自体の中から送料を負担していたわけではないので、送料を含めた前払い代金について処分権を得ていたと評価されるのが妥当であると思われる。そして、本件最高裁平成20年決定は、そのような処分権を得た財産の全額について剥奪の対象になるとしたのであるから、剥奪の対象の範囲に

犯罪行為の実行に着手する前に取得した借払い代金いわゆる組織的犯罪処罰法 10 条 1 項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

関するいわゆる総収益主義の立場を採ったものと解することができ³⁶、このような立場は従来の判例の立場に沿うものと思われる（もっとも、いわゆる麻薬特例法においては必要的没収・追徴であるのに対して、組織的犯罪処罰法においては任意的没収・追徴であることには注意すべきである）。

2) 総収益主義か、純収益主義か

もっとも、問題はこのような総収益主義が妥当なのかどうかである。最後にこの点を検討しよう。

岡上は、総収益主義の立場に立つ。岡上によれば、判例は、総収益主義の立場に立ち³⁷、立法者意思もまた同様の立場であることを前提に³⁸、「経費の控除を認め、より多額の財産が犯人の手元に残ればそれがさらなる犯罪遂行への連鎖となることを考えれば、その連鎖を断ち切るという制度趣旨には総収益主義の方がかなっているのは確か」とする³⁹。その上で、純収益主義に対しては、①没収・追徴額の算定に困難を来す、②また犯罪遂行に積極的に投資した方が没収・追徴額の控除は大きくなるというジレンマが存在すると批判する⁴⁰。他方で、総収益主義に対する苛酷な結論を招くとの批判に対しては⁴¹、組織的犯罪処罰法における没収・追徴は任意的であり、

36 三上・前掲注1) 116頁。

37 同旨、高山・前掲注30) 463頁。

38 三浦守他「組織的犯罪対策関連三法の解説」（法曹会、2001年）138頁。

39 岡上・前掲注1) 114頁以下。

40 岡上・前掲注1) 114頁以下。同種の批判として、高山・前掲注30) 479頁、485頁。

41 これについては、山本輝之による次のような批判がある。すなわち、例えば「犯人が、10万の覚せい剤を購入し、それを10万円で譲渡するという行為を10回行っていた場合、犯人は何も収益を上げていないにもかかわらず、100万の没収、追徴がなされる」ことになり、当該犯人にとってあまりに過酷な結論を招くことになるのである。山本輝之「麻薬特例法における「不法収益」の没収・追徴について」論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（育林書院、2002年）491頁。さらに、高山・前掲注30) 464頁参照。

裁判官が裁量で一部の対象を没収から外し、結論の妥当性を確保するよう調整すればよいとする⁴²。

安田もまた総収益原則は苛酷な帰結を導くとの批判に対して、没収はもともと刑罰であり、純収益を超過した部分の没収等に罰金刑の性格が認められる場合、量刑においてそのことを考慮して当該犯罪の不法・責任との均衡を確保すればよく⁴³、このことは当然としたうえで、このように理解する場合、総収益主義と純収益主義との相違は見かけほど大きくないとする⁴⁴。

その上で、安田は、問題は個々の法律の立法目的をよりよく達成しうるのはいずれなのかという観点であるとして、組織的犯罪処罰法においては、犯罪収益の剥奪による再投資の防止が非常に重視されているとしていることからすれば⁴⁵、安田は、明言はしていないものの組織的犯罪処罰法においては、総収益主義が妥当であるとしているように思われる。

以上の主張を纏めると、次のように整理することができる。

第1に、総収益主義が妥当な根拠について、総収益主義が組織的犯罪処罰法の立法目的に合う、

第2に、総収益主義に対する苛酷な結果を招くという批判に対しては、組織的犯罪処罰法における没収・追徴は任意的なものであるので、裁判官が結論において妥当になるよう調整すれば足りる（岡上）、総利益主義の観点からする没収・追徴は刑罰の性格を有するので、量刑の段階で全体を調整すれば足りる（安田）、

第3に、純収益主義に対する批判として、算定額の算出が困難であるこ

42 岡上・前掲注1) 115頁。

43 高山もまた、犯罪収益の剥奪が有責性を前提にするのであれば財産刑としての性格を正面から認めるべきとしつつ、過酷な結論を回避するために、「行為者に課せられる刑罰全体を考慮した調整が必要となる」とする。高山・前掲注30) 482頁以下。

44 安田・前掲注1) 5頁。

45 安田・前掲注1) 5頁。

犯罪行為の実行に着手する前に取得した前払い代金がいわゆる組織的犯罪処罰法10条1項前段にいう「犯罪収益」に当る等とされた事例

と、犯罪遂行に際して金員を投入すればするほど没収・追徴の控除額が大きくなるというジレンマが存在する、とする。

まずに、第2の点から検討しよう。

岡上は、「任意的没収・追徴と合わせた総収益主義は、裁判官の裁量を広く許し、結論の妥当性を確保しやすい制度」としつつ、他方で純収益主義に対して「没収・追徴の適用基準の慢性的な不統一が生じ、適用の公平性を損なう」と批判するが、このような批判はまさに「任意的没収・追徴と合わせた総収益主義」にこそ当てはまるのではないだろうか。すなわち、総収益主義の苛酷な結論を回避し妥当な結論を導くために一部の対象を没収の対象から外すとするが⁴⁶、その基準が裁判官の恣意によって判断されるのであれば、その適用基準の慢性的な不統一が生じ、適用の公平性を失うであろう。また、何かしらの基準を立てるとするのであれば、その基準は結局のところ、必要経費等は除くという点に求められることになるのではないだろうか。そうであれば、実質は純収益主義と異ならない。

次に安田のいう、没収・追徴もまた罰金刑の性格を有するのであるから、主刑との全体として、犯人の行なった不法・責任に見合うものになればよいとする主張に対しては、没収・追徴はあくまで付加刑である点、つまりその独自性が看過されているように思われる。すなわち、例えば主刑において罰金刑が規定されている場合、なぜ付加刑においても同様の性格の刑罰を設ける必要があるのかわからないし、反対に主刑において罰金刑が規定されていないにもかかわらず、付加刑において罰金刑を認めるのは、主刑において罰金刑を設けなかった趣旨を損なう。以上からすれば、付加刑は主刑とは異なる独自の目的・性格を持つものとして理解するべきであろう⁴⁷。

46 岡山・前掲注1) 115頁。

47 山口厚もまた、「没収・追徴は（一般的な財産刑、罰金刑ではなく）独自の理由により正当化された制裁である」とする。山口厚「わが国における没収・追徴

次に、第3の点である。岡上による批判に対しては、確かに、没収・追徴額の算定には困難を来す場合もあるが、しかし困難だからという理由ではその理論の当否は判断できない。例えば、犯罪の主観的側面についてその立証が困難だからという理由で主観的側面を考慮しなくてよいとはならないからである。それゆえ、算定の困難な場合であっても、可能な限り純利を算出し、にもかかわらず明らかにならない場合には「疑わしきは被告人の利益に」原則に従い判断すべきであろう。

さらに、岡上の純収益主義に対する、投資した方が控除されるというジレンマに陥るとの批判については、そのようなジレンマに陥ることはないと思われる。岡上は、没収・追徴の場合のみを想定して、ジレンマに陥ると言うが、しかし、金員を投入すればするほど、その部分の評価については付加刑ではなく、主刑において反映されるのであるから、岡上のいうようなジレンマには陥ることはないと思われる。

最後に、第1の点であるが、組織的犯罪処罰法の立法目的にとって、総収益主義がより適したものであるとは必ずしもいえないように思われる。この点、三上の主張するように、「取得財産全体が直ちに再投資可能性を有すると言えるかについては議論の余地がある」からである。それゆえ、組織的犯罪処罰法において再投資可能性の観点が非常に重視されているということを強調したからといって、そこから直ちに総収益主義に至るとはいえないのである。にもかかわらず、総収益主義が妥当するのは、その根底に、あるいは暗黙の裡に、当該犯人らに金員を残しておくのは危険だ、というのも犯人自身がすでに危険な犯罪者であり、それゆえそのような者は手元にある金員は必ず犯罪に使うので根こそぎ剥奪すべきとする行為者刑法的な発想があるように思われる。このような発想を前提にしているからこそ、組織的犯罪処罰法の立法目的には総収益主義がより適していると

制度の現状」町野・林編『現代社会における没収・追徴』（信山社、1996年）25頁。

の結論が導かれるのである。しかし、このような発想はまさに当該犯人らを社会ないし法の敵として捉えるもの、つまり敵味方刑法的発想である⁴⁸。このような発想を肯定するのであればともかく、そうでないならば、総収益主義は採り得ないと思われる。事実、総収益主義を採る論者においても、上述のように、苛酷な結論を招かないように配慮しているのである⁴⁹。以上のことからすれば、純収益主義が妥当であり、そうだとすると、必要経費などについては控除すべきであり、この点において本件最高裁平成 20 年決定は支持できない。

48 敵味方刑法に関しては、その提唱者であるヤコブスの最近のものとしては、例えば、Günther Jakobs, Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: Henning Rosenau/Sangyun Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerechtigkeit, 2010, S.167ff. なお、本論文の翻訳として、ギンター・ヤコブス（玄守道訳）「敵味方刑法の理論について」金尚均／ヘニング・ローゼナウ編『刑罰論と刑罰正義』（成文堂、2012年）215頁がある。

49 この点、高山は、「総体主義によるときは、ドイツ刑法における「厳格条項」や、日本法における裁量的没収・追徴制のように、何らかの形で過酷な結果を避けるための制度が必要となる。必要的に収益の総体を剥奪する制度では、犯罪者の社会復帰がますます困難になりかねない」とする。高山・前掲注30）482頁。