

## 講 演

## 20世紀最後の10年間におけるドイツ刑法の展開\*

アルビン・エーザー

岡上雅美 訳

〔訳者まえがき〕早稲田大学法学部元教授 西原春夫先生は、1998年3月、古稀を迎えられた。同年同月23日に同大学比較法研究所において、西原先生の古稀祝賀の意味を込めて『日中独刑法シンポジウム』が開催された。ここに訳出するのは、その席上、マックスプランク外国および国際刑法研究所所長アルビン・エーザー教授（Professor Dr. Dr. h. c. *Albin Eser*）が、ドイツ側の報告として行われた講演の全文である。

西原先生とマックスプランク研究所、そしてその所在地であるフライブルクとの長年に渡る親密な関係については、改めてここで論じるまでもないことであろう。また、同じく西原先生が長きに渡りご尽力されてきた日中シンポジウムのパートナーでもある中華人民共和国からも最近の基調報告がなされたが（本誌115頁以下を参照）。西原先生がとりわけ深い関わりをもってこられた両国が、もちろん異なった社会的状況と必要性とを背景にして、くしくもともに近年、刑事立法を通じた大きな刑法改革を行った。本シンポジウムは、立法の必要性を生み出した社会的背景とともに、改正諸点を知ることができた点でも大変に有益であった。

また、ドイツ刑法の観点に限っても、近時、ドイツではさまざまな法領域で、ドイツ国内およびヨーロッパが直面している現実的な諸問題に対処する上で重要な法整備を行っており、本講演はまさにそれらの内容を概観するものとなっている。本講演の際の質疑応答では、とくに生命倫理など個別の改正の内容とドイツの立法的対応の迅速さの理由が問題となったことを付言しておきたい。とりわけ本年4月に施行された第6次刑法改正法律は刑法典各則の大改正を行うものであったが、これについては、岡上・捜査研究565号（1998年）74頁以下において、本講演の関連箇所に加筆を行った紹介文があるので併せて参照していただければ幸いである。

※ ※ ※

---

\* 本稿を準備するに際して、法学試補見習シュテファン・マイアー氏（Herr Rechtsreferendar *Stephan Meyer*）のご助力に特に感謝申し上げます。

刑法の歴史は、決して絶えることのない刑法改正の歴史である。このように時の連邦司法大臣シュタムベルガー<sup>(1)</sup>は申しましたが、このことは、今世紀最後の10年間におけるドイツ刑法の展開についてもまたあてはまります。つまり、1960年代および70年代には刑法典が包括的に改正され<sup>(2)</sup>、80年代には数多くの部分改正があり<sup>(3)</sup>、そしてまた旧東ドイツがドイツ連邦共和国へと再統合されたことでドイツ刑法の統一が再び行われましたが<sup>(4)</sup>、その後、ここ数年、刑法ではなおいくつもの部分改正がなされるに至っております<sup>(5)</sup>。しかし、とりわけ1960年代70年代の段階では、おもに刑法総則が改正の対象であったのとは対照的に、それ以降では、刑法各則が、相当抜本的に変更されたのです。最近の10年間についても、各則の改正が中心であったと申せましょう。

本日の講演では、すべての個別改正を網羅的に掲げ、ましてや詳細に取り扱うほどの暇はございませんので、ここではとくに重要な5つの改正法に限定し

- 
- (1) *W. Stammberger*, Die Geschichte der Strafrechtsreform bis zum Strafgesetzentwurf 1962, in: Freidrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), Probleme der Strafrechtsreform, Stuttgart 1963, S. 11-29 (11).
  - (2) これについて詳細は, *A. Eser*, Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung, in: A. Kaufmann/E. Mestmäcker/H. Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt/Main 1988, S. 109-134.
  - (3) これについて詳細は, *A. Eser*, Strafrechtsreform in Deutschland mit Blick auf die polnischen Reformtendenzen, in: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend (Hrsg.), Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1991, S. 47-86. ここでは、とくに一部には人道主義的傾向、また一部には非犯罪化的な傾向が際だった。
  - (4) さらに詳細には, *A. Eser*, Strafrechtsentwicklung in Deutschland seit der politischen Wende von 1989, in: A. Eser/G. Kaiser (Hrsg.), Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1995, S. 13-37. これについては、日本語で公にされた次の諸論稿, アルビン・エーザー (山中敬一訳)「統一ドイツにおける刑法の調整」ノモス2号(1991年)250-274頁, 同(上田健二訳)「ドイツ統一—刑法における経過上の諸問題」同志社法学220号(1991年)293-327頁を参照。
  - (5) *A. Eser*, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. München 1997, Einführung Rn. 9 ff. における立法の概観を参照。また, *A. Haeusermann/J. Watzek*, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: A. Eser/H. Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 5. 1, Freiburg i. Br. 1997, S. 1-156, insbes. S. 7 ff., 60 ff. を参照。

てお話しすることにいたしましょう。まず経済的利益に関する3つの法律を手始めといたします。すなわち、(I) 1992年組織犯罪対策法(Gesetz zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität von 1992), (II) 1994年環境保護法(Umweltschutzgesetz von 1994), (III) 1997年腐敗対策法(Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997)を手始めにし、その後、(IV) 1992年および1995年の妊娠中絶法(Schwangerschaftsabbruchsgesetze von 1992 und 1995), そして(V) 1998年の新しい第6次刑法改正法律(6. Strafrechtsreformgesetz von 1998), これは各則に多くの個別的な改正点を含むものですが、これを最後に取り扱うことにいたします。

## I. 経済刑法と組織犯罪

### 1. 前 史

環境保護の箇所(後述II)で再び申し上げますと同じく、経済犯罪の領域でも、「古典的な」財産犯による対処ではもはや不十分であることが指摘されて参りました<sup>(6)</sup>。そこで、すでに1976年第1次経済犯罪対策法<sup>(7)</sup>で、補助金詐欺(264条)およびクレジット詐欺(265条b)の特別な構成要件が導入されました。これらは危険犯であり、結果犯として構成される通常の詐欺罪(263条)とは以下の点で異なります。すなわち、財産上の損害もしくはそれに対する故意の証明は実際上困難であることがしばしばですが、危険犯だということになればこれらの証明を行う必要がなく、虚偽の届け出・虚偽のカード提示があれば、これだけですでに可罰性を根拠づけることができます。さらに、この改正の過程ですでに、破産犯罪がふたたび刑法典(283条ないし283条d)へと取り入れられ、暴利罪が統一的な刑罰構成要件(302条a)へと取りまとめられました。

これらの実体法上の規定を裏から支えておりますのは、とりわけ検察および

(6) これについて詳細には、Eser, Viertes deutsch-polnisches Kolloquium (Fn.3), S. 82f.; ders., Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium (Fn. 4), S. 30 f.

(7) 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976 (BGBl. 1976 I S. 2034).

裁判所の組織構成に関する付随的措置です。経済犯罪は非常に複雑であることが多く、それを訴追し、有罪判決を得るには、特別な専門知識を必要とするために、経済事件重点検察庁、および裁判所に「経済刑事部」が創設されました（裁判所構成法74条c）。

以上のような第1段階の改正の後に、第2段階がやって参ります。第2次経済犯罪対策法<sup>(8)</sup>では、ユーロチェック用紙や投資取引における一定の濫用行為に刑罰が科され（152条a, 264条a）、またコンピュータ犯罪に対する保護構成要件が作られました（202条a, 263条a）。

## 2. 1992年組織犯罪対策法

しかしながら、以上のような構成要件の複雑化から明らかなように、新たなテクノロジーの利用において、犯罪者が悪事を思いつく着想力から取り残されずについていくのは、立法者にとってつねに困難なことでした。もちろんいわゆる「組織犯罪」形態の場合、これはいっそう困難となります。組織犯罪という犯罪現象によりよく対処するため、立法者は、新たな刑罰構成要件を作ること、そしてまた、力点を新たにした法効果を定めることに最近取り組みました。犯罪は割に合うものではないという法格言に従い、1992年7月15日に「違法な麻薬取引その他の組織犯罪の現象形態に対処するための法律（いわゆる組織犯罪対策法）」<sup>(9)</sup>が公布されました。

同法の数多くの個別規定のうち、とくに2つの中心的な領域を取り上げることに行きましょう。

### a) 資産刑および拡大収奪

資産刑（43条a）および拡大収奪（73条d）は、腐敗対策との関連で後にもう1度触れることとなります（後述III）。これらの刑罰には組織犯罪対策における決定的に重要な役割が与えられましたが、本日の講演では、とくにこれらの刑罰にまつわる憲法上の疑念と法政策的な疑念とに目を向けてみることにいたしましょう。たとえこれらの刑罰で追求されている、犯罪行為から得られた

(8) 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. 5. 1986 (BGBl. 1986 I S. 721).

(9) *OgrKG* (BGBl.1992 I S. 1301).

利益の剝奪、衡平の公理としての清算機能<sup>(10)</sup>は賛同に値するとしましても、なお基本的な疑いが残ります。刑法典73条の一般規定によれば、財産上の利益を収奪するために、当該利益と違法行為との間に因果関係があることが要件となります。組織犯罪対策法では、73条dの拡大収奪を科すことができると定める刑法典各本条への違反があったとき、「諸事情を鑑み、当該収奪対象物が違法行為を目的としてまたは違法行為から得られたものであるという推定を正当化する場合」、これで収奪の要件として十分となります。これは、責任原理に根ざした無罪推定の原則、すなわち法律上の責任の証明がなされない限り、刑罰および刑罰類似の制裁を課すことはできないとする原則に抵触することになりますし<sup>(11)</sup>、さらには、このような「嫌疑刑」は基本法14条の財産権の保障にも関わります。

同様の異論は、刑法典43条aに定める資産刑に対しても提起されます。資産刑は、場合によっては被告人の全資産の剝奪ということにもなりうるために、「全財産没収」という歴史上の遺物と比べてどこが違うのかという問題がついてまわります<sup>(12)</sup>。

もっとも、以上のような異論およびその他の異論にもかかわらず、連邦通常裁判所は73条dおよび43条aの両規定を合憲であると考えて参りました<sup>(13)</sup>。しかし、連邦通常裁判所は、いわゆる憲法適合的解釈、つまり次のような極端な制限解釈を加えた上で初めて合憲としたのでした。例えば、73条d1項1文の範囲を次のような意味に限定して読むのです。すなわち、当該収奪対象物の出所が犯罪であるということについて、事実審裁判官が、証拠提出と証拠評

(10) 例えば、H. Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 48. Aufl. München 1997, §43a StGB, Rn. 3.

(11) 個々の点における私の批判については、A. Eser, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, in: F. Dencker u. a. (Hrsg), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 833-853 (844f.) mit weiteren Nachweisenを参照。

(12) 詳細は、Eser (Fn. 11), S. 836ff.

(13) Tröndle (Fn. 10), §43a StGB Rn. 3c und §73d StGB Rn. 4d. 43条aについては、BGH, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1994, S.429; BGH, in: Strafverteidiger (StV) 1995, S. 17. 73条dについては、BGHSt 40, 371 (1995).

価がしつくされた後に、確定的な心証を得た場合に限って、拡大収奪の命令を考えることができるというのです。このことから、少なくとも確認できますのは、当該規定によって立法者が、憲法上、許容されるぎりぎりの限度にまで踏み込んだということです。

### b) マネーローダリング

1992年の組織犯罪対策法により、「マネーローダリング」に関する新たな刑罰構成要件も導入されました(261条)<sup>(14)</sup>。さらに後に、1994年11月4日のいわゆる犯罪対策法<sup>(15)</sup>は、マネーローダリングの対象犯罪の範囲をさらに拡大いたしました。この新規定に対しては、法効果に関する規定に対する以上の期待が寄せられておりますが、違法な資金の流れと適法なそれとの間の境界線を如何に引くかは、組織犯罪にまつわる、唯一のとはいわないまでも若干の弱点のうちの一つだと考えられております<sup>(16)</sup>。

マックスプランク研究所が最近やり終えた犯罪学的実証研究から導きだしました中間評価はまったく興ざめなものでした。それによりますと、書面を分析調査した380件の手続のうち1件も、捜査の後、実際にマネーローダリングで公訴提起に至ったものはございませんでした<sup>(17)</sup>。80%以上の手続が打ち切られなければなりません。その理由は、おもに刑法典261条の適用の問題にあると考えられます。すなわち、具体的な過去の犯罪行為(いわゆるカタログ行為)とマネーローダリング行為との間に関連性があり、この関連性によって、金銭の出所を隠し、この金銭が「洗浄」されたことが、法律上、要件とされているためなのです。現在、解決のための提案として論じられているのは、マネーローダリングの対象犯罪のカタログを再び拡大することですが、これも具体的な犯罪行為を証明しなければならないという点を何ら変更するも

(14) ここにも同様に、上述した拡大収奪 (§73d StGB) に関する諸規定が適用されうる。

(15) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (BGBl. 1994 I S. 3185, 3188).

(16) K. Oswald, Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§261 StGB i. V. m. dem GwG) – eine kriminologisch-empirische Untersuchung, in: Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (wistra) 1997, S. 328-331 (328).

(17) Oswald (Fn. 16), Tabelle S. 329.

のではないでしょう<sup>(18)</sup>。

### 3. 刑事訴訟法上の特別な展開とその他の解決のアプローチ

刑事訴訟法の領域では、組織犯罪対策法は、次のような法規定により、捜査手段を拡大いたしました。すなわち、秘密捜査官の利用(刑訴法110条 a ないし110条 e)、テクニカルな監視装置の利用(刑訴法100条 c, 100条 d)、ラストー捜査(刑訴法98条 a ないし98条 c) および警察による監視(刑訴法163条 e) がそれです。さらに、証人保護について、とりわけ加害を受けるおそれのある証人が誰であるかを識別できないようにしておけるようになったことで(68条 1 項 3 文)、改善が施されました。最近しばしば争われておりますのは<sup>(19)</sup>、電子盗聴による住居の監視の可能性を刑事訴訟規則にさらに取り入れるか否かです。これは、「大盗聴 (Grosser Lauschangriff)」という名称が用いられております。この新規定は、連邦議会で現在すでに可決されております<sup>(20)</sup>。もっとも他に連邦参議院の賛成を得なければなりません。この新規定は、基本法13条(住居の不可侵)の改正を必要とすると一般に考えられております。これにより、将来、——とりわけ重大な犯罪の嫌疑がある場合——一定の要件のもとに刑事訴追を目的とした通信傍受についてのテクニカルな手段の利用が可能となります。

解決のためのさらに別の重要なアプローチとして、課税による違法利益剥奪を挙げることができましょう<sup>(21)</sup>。この法案が法律になれば、税務署は、税法を用いての可能な手段を完全に行いつくすことができるように、マネーロンダリングの疑いを理由として刑事手続が開始される際、すでにその情報を得ていなければならないこととなります。

(18) *Oswald* (Fn. 16) S. 330.

(19) 圧倒的に否定的なマスコミの論調については、*Pressespiegel des Deutschen Anwaltsvereins* vom 2. 2. 1998, S. 2-20 und vom 9. 2. 1998, S. 2-26を参照。

(20) さまざまな意見の詳細は、*Das Parlament*, den 30. Januar/6. Februar 1998, s. 3ff.

(21) これに言及しているのは、“Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung sowie Verfolgung organisierter Kriminalität und zur steuerlichen Erfassung der Gewinne aus schweren Straftaten” (OKVSTG), 23. 10. 1996. *J. Meyer/W. Hetzer*, Gewinnabschöpfung durch Besteuerung, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 1997, S. 13-21, insbes. S. 18ff.

#### 4. 展望

最近の新規定を通じて、経済犯罪対策そして今後いっそう増加するであろう組織犯罪対策のための数多くの提案がすでに取り入れられ、古い規定にとって代わって参りましたが、立法者は、この領域でなおいっそうの措置を講じてゆかなければならないでしょう。例えば、ドイツにおいてなお始まったばかりの議論、すなわち、企業とりわけ法人や組織体に対して「刑法による」制裁を課すことが許されるか否かという議論を挙げておきましょう<sup>(22)</sup>。とりわけ、次の2つの観点が従来にもまして前面に押し出されなければならないことになりましょう。一つは、とくに一体となったヨーロッパにおいて、経済犯罪および組織犯罪は、もうすでもはや国内問題ではなく、したがって国の枠を超える解決が要求されるということです。いま一つは、この領域におきましても、刑法をあたかも万能薬であるかのように考えることはできないということです。いっそう狡猾を極めつつある犯罪組織に対する闘いにおいて、むしろ国家の側にも、豊かな着想と創造性が要求されるのです。

## II. 環境刑法

### 1. 出発点

ここ数年間のドイツ環境刑法の発展は、次の2つの立場の間での緊張関係を特徴といたします。一つには、環境保護において、もはや生活の質の確保のみが重要となっているわけではなく、むしろ生物としての人類の生存と環境とが危機に瀕しているという意識がますます強くなった、そして強くなりつつあるということです<sup>(23)</sup>。そこで、ドイツの世論では、環境刑法によるいっそう厳しい対応を求める声が強くなっております<sup>(24)</sup>。そしてもう一つは、経済学的

(22) *W. Bottke*, Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht : Müssen Unternehmen "strafmündig" werden ?, *wistra* 1997, S. 241-253.

(23) *A. Eser*, Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrechts - national und international, in: H. -H. Kühne/K. Miyazawa (Hrsg.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln 1995, S. 97-125 (101) mit weiteren Nachweisen.

(24) Nachweise bei *A. Schmidt/T. Schöne*, Das neue Umweltstrafrecht, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1994, S. 2514-2519 (2514, dort Fn. 9).

な立場そしてまた刑法解釈学的な立場からの異論があります。すなわち、厳しい規制は「経済中心地ドイツ」の地位を危うくしてしまうということを、とくに経済危機の際には何度も耳にいたしました<sup>(25)</sup>。さらに環境犯罪との関連では、刑法の補充的性格、すなわち「ウルティマ・ラティオ (最後の手段)」としての刑法の性格を強く中心に訴える論者もおりますし、数年前には環境刑法の全面廃止さえ要求されました<sup>(26)</sup>。もっとも全面廃止論の理由づけは、強大な環境保護制度が機能すべきはずなのに、刑法はどのみち「弱小な環境保護者」でしかないということなのであり、したがって、現行法はせいぜい暫定的な性格をもつのだということなのです<sup>(27)</sup>。

これらのさまざまな異論にもかかわらず、ここ数年そしてここ数十年、ドイツ環境刑法は絶えず発展し、環境という法益が包括的に保護され、法定刑が引き上げられるに至りました。画期的な出来事として、1980年以降の環境保護補充改正法を挙げられます<sup>(28)</sup>。これにより、改正法内にある諸規定が、一部には相当程度の改正と拡大を伴いながら、ドイツの刑法典各本条へと取り込まれることになりました。最近の重要な法改正および適用範囲の拡大は、1994年11月1日の「第2次環境犯罪対策法」の形で実を結びました<sup>(29)</sup>。これに関して適切にも、1994年10月27日の「基本法改正法 (Art. 3, 20a…)」により基本法20条 a において、環境保護が国家目的規定となり<sup>(30)</sup>、同時に環境保護の意味が高められることになりました<sup>(31)</sup>。

また次に、現在のドイツ環境刑法の若干の特徴について簡単に触れることにいたしましょう。

## 2. 現在のドイツ環境刑法の主要な特徴

### a) 環境刑法構成要件の体系性と保護法益について

(25) *Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2514; *Eser* (Fn. 23), S. 102.

(26) *Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2515 f. mit weiteren Nachweisen.

(27) Nachweise bei *Eser* (Fn. 23), S. 119.

(28) これについては, *Eser* (Fn. 4), S. 29.

(29) BGBl. 1994 I S. 1440.

(30) BGBl. 1994 I S. 3146.

(31) 憲法上の背景について、より詳細には、*P. Kunig, Zehn Fragen zur Entwicklung des Umweltrechts*, in: *Juristische Ausbildung (Jura)* 1996, S. 663-668 (663 f.).

刑法典第29章には、水域(324条)、土壌(324条 a) および空気(325条)の保護に関する規定がございます。324条 a の新規定により、その当時まで間接的にしか保護されてこなかった土壌が初めて刑法的保護を受けるようになりました<sup>(32)</sup>。刑法典325条 a 以下には、(例えば325条 a 1項のような)抽象的危険犯や、(325条 a 2項のような)具体的危険犯など、環境および健康を危険にさらす特定の行為態様に関係するさまざまな危殆化構成要件があり、これらを見ますと、この背景に、とりわけ人類の保護があるということが分かります<sup>(33)</sup>。例えば、326条は、環境を危殆化するごみの投棄に刑罰を科しておりますが、その1項1号および2号では、人類に対する危険が考慮されています。刑法典29章を締めくくる最後の規定、330条 d は、主要概念の定義規定です。これは、実務における法規定の適用を容易にし、明確性の原則の要請を考慮するためのものです。

#### b) 行政従属性の原則(「白地構成要件」の問題)

環境刑法は、1980年以降の環境保護補充改正法および1994年11月1日の最近の改正によって、行政法の付随領域という地位から解放され、刑法典へと組み込まれましたが、その後もなお、環境に関する構成要件は、個別の行政法規や行政法上の義務を参照させるものが大部分です。例えば325条1項および2項では、「行政法上の義務に違反して」と定めておりますように、明文で記述しているものもあれば、黙示的なものもございます<sup>(34)</sup>。刑法は、この点で行政法と接点をもち——これを行政従属性といいます——、行政法を参照させるこのような法規を「白地構成要件」と申しますが、これには、以下のような点に関して問題があります。すなわち、刑法は行政法の評価基準につねに従わなければならないのか否かという問題です。ここで論争となりましたのは、構成要件が、行政法違反の行為を処罰の要件としているとき、ある行政行為が実体的には違法ではあっても、有効とされ、したがって執行可能とされる場合をどのように処理すべきかという問題でした<sup>(35)</sup>。形式説は、極端な立場であり、

(32) *Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2517 mit weiteren Nachweise.

(33) 環境犯罪の法益としてそのような性格が妥当なのか否かという基本的問題について——完全に「人間のみを中心にした」見方とは反対に——, *Eser* (Fn. 23), S. 100.

(34) 例外として, §330 a StGBがあるとされている。

(35) 過去の論争状況について, *Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2514; *P. Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB 24. Aufl. München 1991, Vorbem. §§324 ff., Rn. 16 ff.

法秩序の統一性の思想および法的安定性の思想を前面に押し出して、そこから行政法に完全に依存しようとした。これに対する反対説が、行政従属性を実質的に理解する見解でした。これは、行政行為の内容的な正しさを重視いたします。

刑法典330条 d 5号の新文言によりますと、「(行政法上)許認可されない行為」という文言をどのように解するかが問題となりますが、ここで、立法者は環境官庁と私人とが共謀の上、協力して違反した場合について明文で定める濫用条項を入れることに決めました。ここで明らかなように、このような場合にはたしかに、純粹に行政法上の観点は問題となりません。しかしながら、形式的な行政法上の基準をまったく考慮すべきでないという実質説は、いずれにいたしましても採用されませんでした<sup>(36)</sup>。もちろん、立法者にはこの実質説を採用する可能性も機会もあったにもかかわらず、これには従わなかったということなのです。

また将来的にも、立法者は以下の点を維持することでしょう。つまり、法律主義(Art. 103 Abs. 2 GG)と法秩序の無矛盾性・統一性に鑑みて<sup>(37)</sup>、行政法上の考察と異なってよい場合を明文で法律上規定するということです。ここからも、原則的には行政法への従属が維持されるということになります<sup>(38)</sup>。

### c) 立法者の極最近の活動

第6次刑法改正法についてはまた後にお話いたします(後述V)が、同改正法は、環境刑法の領域で、とくに新たな構成要件の定立という点では内容的に周辺的な改正にしかならないものです。しかし、それでも刑法典330, 330条aでは、法定刑が若干引き上げられております。ここから、すでに先ほど申し上げましたような、環境刑法の現代化と厳格化の傾向を認めることができましょう。とくに1994年末にはじめて行われた改正を背景にすれば、これ以上の対処が必要だとは考えられないのは明らかです。

### 3. 現在の論争点：公務担当者を処罰する構成要件？

(36) 法律改正は、ここで主張されているいわゆる権利濫用論にもっとも適合する。*Schmidt/Schöne* (Fn.24), S. 2514を参照。

(37) *Eser* (Fn. 23), S. 104

(38) 例えば, *Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2514.

現行法の弱点として最近盛んに論じられているのは、環境有害行為を認可または黙認した公務担当者を処罰する特別な刑罰構成要件がないことです<sup>(39)</sup>。行政機関が違法にも環境を害する決定を行ったとき、私人および会社は、場合によってはこれを楯に言い逃れをすることができましようから、その点で、立法者による対処の必要性が高まってきております。

社会民主党草案は、公務担当者を処罰する構成要件を導入するように提案いたしました<sup>(40)</sup>が、これは可決されるには至りませんでした。なぜなら、連邦議会与党は、公務担当者を独自に処罰しようとすれば、環境官庁の「事勿れ主義の心理」が起り、官庁が機能麻痺を起こしたり、専門職員を配置換えしたりすることにもなりかねないために、結局、副作用のみが目につくようになるのではないかと恐れたからです<sup>(41)</sup>。警察および検察は、必ずや環境官庁の協力に頼ることにならざるを得ないという理由からまさに、固有の公務担当者犯罪の導入は見送られることになりました。その上、環境官庁の組織上の欠陥、設備や人員の不足を解決するという任務を刑法に付与することはできないでしょう。以上のようなことから、ドイツの立法者は、(公務担当者犯罪という構成要件の定立ではなくて) 刑法総則の規定を用いることができると考えております<sup>(42)</sup>。それも、環境財 (Umweltgut) は、権限をもつ公務担当者に依存している関係にあり、当該公務担当者は法益を保護する権能を担っているということから保証者的地位 (13条 1 項) が認められ、したがって当該公務員には結果回避の義務があるということから、義務違反の不作为を理由として可罰的であるという構成が考えられております<sup>(43)</sup>。

以上の議論に関してなお申し上げておきたいのは、少数説<sup>(44)</sup>は、この場合、

(39) 以下については、*Eser* (Fn. 23), S. 117 f.

(40) Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes - Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, Bundestags-Drucksache 12/376.

(41) *Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2515を参照。

(42) Bundestags-Drucksache 8/3633, 20を参照。

(43) *Eser* (Fn. 23), S. 117/118; *Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2515.

(44) *H. Tröndle*, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung - Konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 1989, 918-927 (922 f.); *B. Immel*, Die Notwendigkeit eines Sondertatbestandes im Umweltstrafrecht - Umweltuntreue, ZRP 1989, S. 105-110 (108); *C. Geisler*, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht,

際限のない可罰性の拡大をおそれ、そこから保証者義務を基本的に否定しておりますが、これは、環境官庁の特殊専門性から責任が重いことを十分に考慮してはならないということです<sup>(45)</sup>。さらに、公務担当者を処罰する規定の導入は、官庁が決定の裁量をもつ領域に、刑法が立ち入るべきではないという理由から断念されたのでした<sup>(46)</sup>。しかし、まさに同じ理由から、現行法上も、公務担当者の処罰可能性は、基本的には、当該行政法規により、公務担当者が、当該環境の危殆化を絶対に阻止すべきであったような場合に限定されたままなのです。これは實際上ほとんどめったにありえないでしょうし、これは過去の経験が示すとおりでございます<sup>(47)</sup>。もっとも、連邦通常裁判所の基本判例によりますと<sup>(48)</sup>、公務員が瑕疵ある許認可を意識的に行った場合には、当該公務担当者は環境犯罪の間接正犯または共同正犯とされる可能性がございます。

他の法体系の経験を眺めつつ、公務担当者の処罰可能性をドイツ環境刑法に導入すべきかについては、なお検討されてゆかなければならないであろうことを締めくくりに申し上げておきましょう。

#### 4. 展望：環境意識の強化

環境刑法は、経済的観点からの反対や刑法解釈学からの原則的な反対はございますけれども、将来的にはなお、人類生存のための自然という基盤を維持するために、後の世代に対する責任を意識して発展させられなければなりません。

しかし、環境に対する意識を高めるために、さらに指摘しておくのが肝要と思われますのは、環境保護が人間中心の利己主義的な観点を後退させて、長期的に見て、人類にとって有益なことおよび自然資源を保全することだけを志向してきたということです<sup>(49)</sup>。同じく、(空気、水、動植物のように)再生可能な環境資源と(土壌のように)再生不可能な資源を区別した上で、とりわけ環

---

NJW 1982, S. 11-15 (13 f.).

(45) 例えば、*Schmidt/Schöne* (Fn. 24), S. 2515.

(46) OLG Frankfurt, NJW 1987, S. 2757; さらに、*Eser* (Fn. 23), S. 118を参照。

(47) *Eser* (Fn. 23), S. 118.

(48) BGH StR 321/93 vom 3. 11. 1993.

(49) 以下について、より詳細には、*Eser* (Fn. 23), S. 123.

境財の適度な利用とその再生の確実化ということに集中して保護を行って参りました。現在ある遺伝データを多様なままの形で維持するという目的は十分に尊重されませんでした。あらゆる植物・動物の種には遺伝データの中には「生き残りの知恵」が潜在的に蓄えられているということを考えますと、種の多様性の維持を新たな観点で見ることができません。しかし、様々な動植物の種の間で機能的なバランスを維持するために種の多様性の維持が重要だと考えるのではなく、人類への法益に環元させることを要求するのであれば、種の多様性の維持を生活の質の確保だと考えることができるでしょう。

### III. 腐敗行為対策

#### 1. 出発点

腐敗行為は、国家社会の「ガン細胞」であるとか、「内なる敵」であるとか、法治国家的民主主義の体制を「崩壊させる毒物」であるとか、国家社会の意思決定機関への信頼性を「土台から突き崩すもの」であるとか、いくつかの国家を支配する組織犯罪の「一形態」であるとか、その間でも「日常茶飯事」であるなど、これらは腐敗行為を性格づけるその他多くの表現のほんの一部にすぎません。ますます頻繁に目にされるようになった国家および経済における賄賂罪に関する報道記事がこれらの言葉で溢れているのです。今日では世界の至る所で、腐敗行為の危険性に対処するための警戒態勢を見ることができますが、このような警戒態勢の高まりを背景にして、ドイツ政界も長く無策でいることはできませんでした。これらの努力は、極最近、1997年8月20日の「腐敗対策法<sup>(50)</sup>」に実を結びました。ここでは、ドイツ刑法典の一連の法規定が改正され、または新たな規定が刑法典に取り入れられました。これに関する展開を、以下のように特徴づけることができます。

#### 2. 1997年腐敗対策法による改革点

##### a) 既存の刑罰構成要件の拡大

「腐敗対策法」では、賄賂罪の構成要件を一般的に拡大いたしました。このことはとくに刑法典11条1項2文の公務担当者概念についてあてはまり、これは、刑法典331条以下の賄賂罪構成要件の適用に大きな意味を持ちます。私法

(50) BGBl. 1997 I S. 2038.

上の法形態および組織形態をとりながら、公務員の職務を委ねられた私人もまた、公務担当者と考えられることができるようになりました<sup>(51)</sup>。

さらに、ドイツの学説上「不法取引」と呼ばれている、利益と職務行為の間の関連性を緩和して、当該利益供与に対して具体的な反対給付がなされたことの証明を今後必要としないことにより、収賄罪および贈賄罪(331条1項ないし333条1項)の基本構成要件を拡大いたしました<sup>(52)</sup>。

さらに、公務担当者が自ら要求したり約束したりするわけではない給付、いわゆる第三者贈与もまた、331条以下に明文で含められましたが、これに対し、判例<sup>(53)</sup>は、——条文の文言を超えて——従来通り、公務担当者の側に、自己の利益を図る態度があったことを要求しております。

#### b) 自由な競争を保護するための新しい刑罰構成要件

競争を阻害する談合や取引関係での腐敗から健全な競争を保護するために、「競争を害する犯罪」というタイトルの下に26章が新設され、刑法典に取り入れられました。しかし、これらはまったくの新設規定というわけではございません。むしろ、大部分が他のさまざまな法律、例えば競争制限防止法および不正競争防止法などから、刑法典各本条へと移し代えられたものです。こうすることによって、これらの犯罪がもつ意味についての意識を高めることに役立ちます。刑法典299条は、私的な経済領域における賄賂罪といえる数多くの事例に関するものではありませんが、ドイツ刑法には依然として未だ、私的な経済領域について一般的な賄賂罪構成要件は存在いたしておりません。

(51) 連邦通常裁判所は以前の判決で機能的考察方法を採用し得た。BGHSt 38, S. 199 (203/204)を参照。この問題領域については、3. (III 3.) 以下をも参照。腐敗行為問題の詳細については、アルビン・エーザー(長井圓訳)「刑法による汚職腐敗の抑止 比較法的考察」神奈川法学33巻1号掲載予定を参照。

(52) *M. Korte, Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts*, NSTZ 1997, S. 513-525 (514); *W. J. Schaubenstein, Das Korruptionsbekämpfungsgesetz*, in: *Kriminalistik* 1997, S. 699-704 (700).

(53) *Tröndle* (Fn. 10), §331 Rn. 11 aを参照。

### c) 法定刑の引き上げ

腐敗対策法では、賄賂犯罪の領域で法定刑を一般的に若干引き上げました。これは問題意識の高まりと、当該法益が比較的重要性が高いと位置づけられるようになったことをより適切に考慮したものです。例として、刑法典331条1項の「利益收受罪」の法定刑の改正を挙げておきましょう。以前には2年以下の自由刑または罰金刑でありましたが、3年以下の自由刑または罰金刑となりました。

### d) 資産刑と拡大収奪

資産刑(43条a)と拡大収奪(73条d)を定める新設の刑法典338条は、贈収賄罪が職業的にかつ組織として行われた場合、現在の刑事政策論において非常に重要な、次の2つのアプローチを取り入れるものです。それは、一つには、犯罪組織を構成し、維持するのに必要な資金を剥奪することにより犯罪組織の設立・維持を妨げるといふ特別予防目的です。もう一つは「犯罪が割に合うことがあってはならない」といふ、何度も標語化されてきた考え方を前面に押し出すことなのです。

## 3. 現在の論争点：公法と私法の限界領域における公務担当者性

「ベルリン住宅建築判決<sup>(54)</sup>」におきまして、連邦通常裁判所は、次のような基本原則を打ち立てました。すなわち、私法上の法形態と組織形態の利用という点は、私法上の有効性の徴表であって、その結果、ある有限会社の支店長の公務担当者性は、刑法典旧11条1項2号cの文言によれば否定されるということです。今は、先に申し上げましたように、11条1項2号は新しい文言にされましたので、条文上の根拠がなくなったこととなります。なぜなら、立法者は、「公務」を行ったといえるか否かの問題について、委託先の企業が如何なる法形態であるかではなく、むしろ機能的考察方法によることを明らかとしたからなのです。

これに対して、当該者が公務の遂行を「依頼された」ことが必要であるとする原則には変わりがありません。したがって、機能的考察方法を支持する論

(54) 上述脚注(51)を参照。古い判例およびその批判については、W. Vahlenkamp/I. Krauß, Korruption - hinnehmen oder handeln?, Bundeskriminalamt Wiesbaden 1995, S. 280 ff. を参照。

者<sup>(55)</sup>と形式的考察方法の支持者<sup>(56)</sup>との論争はなお現実のものなのです。このような「依頼」を要件とすべきか否かに関する最近の判決<sup>(57)</sup>におきまして、連邦通常裁判所は、法規による形式的な履行義務を要件とは致しませんでしたが、純粹に私法上の委任でも充分ではないと致しました。むしろ、私人に、個別の委任を超えた長期の活動をさせ、または官庁の組織系統に組織として組み込ませることになる特別の依頼行為が必要とされました。そこから、11条2項2号cを再び拡大するようしばしば要求されます<sup>(58)</sup>。もっともこれに対する反論として、そのような特別の依頼行為なしには、刑罰をもって担保されている特別の態度義務が当該委託と結びついていることが、場合によっては私人には充分に明らかとならないということがいわれております<sup>(59)</sup>。その上、問題とされた事例の大部分は、現在、299条で補足され、したがって深刻な可罰性の欠缺があるのではないかという疑念には対拠されたことになります。

なお次のことを確認しておきましょう。公法と私法の限界領域にいる者が、公務担当者であるかの議論はなお残り、例えばスウェーデンをモデルとして私的な経済領域でも一般的な賄賂罪構成要件が必要だとする声はおそらく将来も聞こえることになりましょう。

#### 4. 展望

最近の法改正の後に、まず一度、改正が実務上どのように影響したかを研究しなければならないでしょう。例えば、賄賂罪事件での電話盗聴や王冠証人規定の導入のような、一連の改正提案は、これまで多数派となったことはございませんが、今後、腐敗対策のさらなる可能な選択肢として議論されなければならないでしょう。

(55) BGH, NStZ 1997, S. 540.

(56) BGH, NStZ 1997, S. 541.

(57) BGH, NStZ 1997, S. 540 mit Besprechung von A. Ransiek ebenda, S. 519-525.

(58) 例えば, P. König, Neues Strafrecht gegen die Korruption, Juristische Rundschau (JR) 1997, S. 397-404 (398); M. Möhrenschräger, Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene, in: Juristenzeitung (JZ) 1996, S. 822-831 (824).

(59) 同じく, BGH, NStZ 1997, S. 541. もっとも、連邦通常裁判所とは逆に、厳格な雇用関係という意味における長期の個人活動を必ずしも要求する必要はない。Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), §11 Rn. 27を参照。

## IV. 妊娠中絶

### 1. ドイツ再統一以降の刑法の展開について

以前は墮胎という言葉を用いておりましたが、これに関する改正ほど、ここ10年の法政策論議を支配したテーマはございませんでした。1970年代に最初の改正が行われて<sup>(60)</sup>以後、妊娠中絶を新しく規制する必要性はドイツ再統一を契機に生じたのでした<sup>(61)</sup>。ドイツ統一後、西ドイツに属していた州と旧東ドイツに属していた新しい州とは、異なった規制が存在することになりました。つまり、西ドイツに属していた州ではいわゆる適応事由による規制が妥当しておりました。これによりますと、妊娠中絶は、妊婦が特別な困窮状態にある場合のみ不処罰となりますが、他方、旧東ドイツに属していた新しい州におきましては、旧東ドイツ法にならい、ずっと緩やかな規制が定められておりました。すなわち、旧東ドイツでの「期間による解決」により、中絶はつねに不処罰であっただけでなく、それどころか第12週までは「妊娠中絶の権利」さえありました。このように妊娠中絶において西と東で不統一であるという状況は一般に不満足なものと感じられており、ドイツ統一条約は、31条4項で、遅くとも1992年12月31日までにはドイツ共通の規制を通じて、このような不統一に終止符を打つことを予定しておりました。このときには、この任務が連邦憲法裁判所が介入するに至るほどの激しい論争を引き起こそうとは思われてもいませんでした。

統一ドイツの立法者は、総計6つにも及ぶ、まったく異なった内容の草案の間で妥協点を見出さなければなりません<sup>(62)</sup>。ここにおいて、立法者は

(60) これについて、より詳しくは、*Eser* (Fn. 2), S. 109-134; アルビン・エーザー (浅田和茂訳) 「ドイツ墮胎刑法の改革—その展開と現状」法学雑誌第32巻(1986年) 159-186頁。

(61) 以下の記述については、*Eser*, *Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium* (Fn. 4), S. 33 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), Vorbem. §218 ff., Rn. 2 ff. およびエーザー (上田健二/浅田和茂・共訳) 「比較法的視点から見たドイツ妊娠中絶法の改革」同志社法学第248号(1996年) 1-63頁を参照。

(62) 個別には、*A. Eser*, *Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand*, NJW 1992, S. 2913-2925, insbes. S. 2914.

結局、旧西ドイツの州型の「第三者判定に基づく適応事由による規制<sup>(63)</sup>」と旧東ドイツ型の規制すなわち「自己決定権に基づく期間による解決」との間での中間路線を取り入れることに決めました。これは、妊婦が困窮状態または葛藤状態にいる場合、医師の助言を受けることが義務づけられましたが、その後には下された妊婦の最終的な決意が尊重されるべきものとされたのでした。これには超党派の集団動議が行われ、ドイツ社会民主党および自由民主党の賛成はもとより、キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟の部分会派からも賛同を得て、最終的に1992年6月25日の「妊婦および家族援助法」として、信じがたいほど広い範囲からなる議会多数派を形成いたしました。同法によりますと、受胎後12週以内に、困窮状態または葛藤状態にいる妊婦が医師の助言を受けた後、医師の手により中絶を行うときは「違法でない」とされたのでした<sup>(64)</sup>。よく知られておりますように、キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟の連邦議会で敗北した部分会派とバイエルン州政府は、この「助言モデル」に反対して連邦憲法裁判所に異議を申し立てましたところ、連邦憲法裁判所は、中絶の正当化が許容されるのは法律上定められた適応事由を理由とする場合に限りされると判示しました。この点では、異議申立てが成功したわけですが。しかし、少なからず重要であったことは、連邦憲法裁判所が、中絶の正当化ではなくて、もっぱら違法だが不処罰になるにすぎないとしても、この「助言モデル」が基本的に許容しうると考えたということなのです<sup>(65)</sup>。しかしながら、この連邦憲法裁判所判決が下されたことから、立法者はさらに改正を行わなければなりません。そして、議会でさらに激しい論戦がなされた後、最終的には、1995年8月21日の「妊婦および家族援助法<sup>(66)</sup>」が成立したのでした。同法においては、それまでと同じく、旧西ドイツ型の規制モデルと旧東ドイツ型

(63) これは、フライブルク・マックスプランク研究所の比較法プロジェクトの成果である構想にほぼ合致する。*Eser, Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium* (Fn. 4), S. 34, Fn. 79; ferner *A. Eser, Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht, ZRP 1991, S. 291-298.*

(64) BGBl 1992 I S. 1398. 私自身の評価については、*A. Eser, Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand, Baden-Baden 1994* を参照。

(65) より詳しくは、アルビン・エーザー(上田健二/浅田和茂・共訳)「妊娠中絶連邦憲法裁判所判決の具体化のための改正書私案」同志社法学第236号(1994)211-234頁。

(66) BGBl. 1995 I S. 1050.

の規制モデルとの間での中間路線が目指され、助言モデルと適応モデルの複合<sup>(67)</sup>を基礎にして決着が着きました。このときの法律が今日まで存続しております。

## 2. 重要規定の体系的概観

a) 妊娠中絶の原則的な禁止について処罰を根拠づける規範は、刑法典218条1項1文です<sup>(68)</sup>。しかし、同条では、着床が終わるまでの初期段階はすでに、218条1項2文により構成要件上除外されております<sup>(69)</sup>。自己墮胎と第三者による墮胎は、条文上、区別されておられません。それにもかかわらず、妊婦、医師およびその他の第三者は、以下のような、様々な人的関連性をもつ不処罰事由により、可罰性を異にする可能性があります。

b) 218条では、不処罰事由は（5つでなく）4つに段階づけられます。第1に、218条の意味で構成要件該当性がないのは——連邦憲法裁判所によりますとそれでも違法ではあります<sup>(70)</sup>——、規則に従い「助言を受けた」後での妊娠中絶が、受胎後12週以内に医師によって行われた場合です（218条a 1項1文）。これは、妊婦が助言を受けた旨の証明書（219条）があるときに限られます。妊娠22週以内で規則に従って助言を受けた後、医師が中絶を行ったとしても、妊婦自身は処罰されません（218条a 4項1文）。これは人的な処罰阻却事由ですので、妊婦以外の関与者とりわけ医者は、なお218条1項により処罰されます。同じことが妊娠中絶の単純未遂の場合にもあてはまります（218条4項）。たとえ先に上げた要件の一つも存在しなくても、中絶の時点で妊婦が「特別な苦境」状態にいた場合は、妊婦を処罰することはできません（218条a 1項2文）。

構成要件に該当しないだけでなく、「違法でない」のは、218条a 2項および3項により正当化事由たる適応事由があるときの妊娠中絶です。ここでは、2項と3項で異なった中絶時期が定められております。医師の所見に従い、妊娠を継続すれば、妊婦の生命に危険が伴い、または妊婦の健康に重大な危険が

(67) *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), Vorbem. §§218 ff. Rn. 1.

(68) 以下については、*Eser* (Fn. 67), §§218 ff., Rn. 14 ff.

(69) それぞれの「保護段階」については、*Eser* (Fn. 67), Rn. 33 ff.

(70) より詳細には、*Eser* (Fn. 67), §218 a StGB, Rn. 13 ff.

伴う場合、ならびに妊婦が性犯罪の被害者である場合がこれに含まれます。これと並んで第4に、構成要件該当性がなく、適法な妊娠中絶が考えられます。それも、218条a1項により助言を受けた後の「中絶」という形です。ここではなるほど218条bによる形式的な適応事由の確認は行われなかったけれども、実質的に218条a2項または3項によるすべての適応事由の要件が存在していたような場合です。なぜなら、この場合問題となるのは、単に補助的な監督規定(218条b1項1および2文)だけなのであり、これに違反しても、そのために処罰されるのは医師だけであって、妊婦自身は処罰され得ないからなのです<sup>(71)</sup>(218条b1項3文)。

c) 期間による解決と適応事由による解決という互いに背反する基本的立場が法律の中でどのように結着したかをご説明するために、今一度、219条の助言モデルの規定に目を向けてみることにいたしましょう。同条1項3文によりますと、「妊娠中の如何なる段階でも、中絶させられる子は自身にも生存権をもち、それゆえ法秩序によれば、子の懐胎によって予期可能な被害者の負担の範囲を超えるほど重く並外れた負担が妊婦に生じる例外的な状況に限り、妊娠中絶が考えられ」ます。ここでは適応モデルの考え方はまったく伺い知ることはできません。しかし実際に、妊婦は、たとえこのような例外的状況がまったく存在しなくとも、218条a1項の枠内では処罰されることはないのです。これは期間による解決と同じ結果です。このような緊張状態にある「助言モデルの構想」は、218条a1項と219条1項3文との間での内部矛盾を考えるのではなく、単なる非犯罪化と完全な適法化との相違ということから説明することができます<sup>(72)</sup>。それにもかかわらず、ドイツ刑法全体において、立法者がある行為態様の不承認と違法性をこれほどはっきりと明確に表したにもかかわらず、刑法による決着を結局断念したというような領域は他にはあまりないと申し上げておきましょう。このような事情は、妊娠中絶に関する現行法規定の例外的な性格を際立たせるものなのです。

### 3. 現在の議論について

後にまた取り扱います第6次刑法改正法律(後述V)には、218条から219条bまでの規定に関するものはございません。しかし、だからといって、妊娠中

(71) Eser (Fn. 67), Rn. 19.

(72) Eser (Fn. 4), S. 35を参照。

絶法に関する議論が、1995年の新規定の施行後2年以上経った今、完全に沈静化したと結論づけることは決してできないのです。例えば、最近もドイツ家庭省の女性大臣ノルテ (Familienministerin Nolte) は、現行の墮胎法の見直し<sup>(73)</sup>を、それも明らかに規制を厳しくする意図でその見直し求め、攻撃の矢を放ちました。その直後、つまり1998年1月に、ローマ法王ヨハネ・パウロ2世が次のような書簡をしたためましたために、ドイツの司教たちの間に大パニックが起ったのでした<sup>(74)</sup>。書簡の中で、彼は、教会というものは、妊娠中絶が不処罰とされるための要件を作り出すことは許されないのだから、ドイツカトリック教会は、少なくとも、刑法典219条2項2文に定める、助言を行ったことの証明書の発行を将来的に差し控えるという限度で、妊娠中絶問題から手を引いた方がよいと求めたのでした。とは申しまして、いっそう自由な墮胎法へとつながる展開一般が、教会の姿勢によって歯止めをかけられることになるのかは疑わしいように思われます。例えば、これも最近、極めてカトリック色の強いポルトガルにおいて、期間による解決が取り入れられることが決定いたしました<sup>(75)</sup>。すでに申し上げたような理由から、ドイツでの議論は新たな火種を抱えてはありますが、アメリカのような状況には、これまでのところなっていないのです。アメリカ合衆国では、急進的な墮胎反対論者が恒常的に中絶実施病院に敵対活動を行っているほどなのです<sup>(76)</sup>。

## V. 第6次刑法改正法律

### 1. はじめに

「第6次刑法典改正法律<sup>(77)</sup>」は、1998年4月1日に施行されます。草案で明らかにされた目的設定は、1969年から1974年までの5つの刑法典改正法律と関連しております<sup>(78)</sup>。すなわち、刑法典総則は、第1次および第2次刑法典

(73) *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 31. 12. 1997, S. 2.

(74) *Frankfurter Rundschau* vom 27. und 28. 1. 1998. (両日の第一面); *Der Spiegel* vom 26. 1. 1998, Das Kreuz mit dem Papst - Kulturkampf um Sex und Abtreibung (Titelthema), S. 28 ff.

(75) *Badische Zeitung* vom 6. 2. 1998, S. 5.

(76) *Süddeutsche Zeitung* vom 31. 1. 1998, S. 17.

(77) BGBl. 1998 I S. 164.

(78) 草案理由書 (Entwurfsbegründung) S. 63 ff.; *G. Freund*, Der Entwurf

改正法律により抜本的に改正されておりましたが、立法者は、1974年3月2日の刑法典施行法<sup>(79)</sup>および1974年6月18日の第5次刑法典改正法律<sup>(80)</sup>の後、部分領域での多数の改正法律により刑法典各則の改正を進めて参りました。第6次刑法典改正法律は、この改正をできる限り終了させるためのものです。

## 2. もっとも重要な新规定の概観

第6次刑法典改正法律の新规定は、3つの主要な領域にまとめることができます。第1に、法定刑の調整であり(a)、第2に、可罰性の欠缺を埋め合わせ解釈上の難点をなくすという目的での規定の補充と新設であり(b)、最後に、もはや次第に時代遅れとなっていたり、あるいは不必要となっていると考えられる若干の規定を削除することです(c)。

### a) 法定刑の調整

法定刑の調整についてお話いたしますと、例えば生命、身体の完全性および自由といった高次の個人法益を保護するための規定と、経済的な法益、例えば、財物、財産または取引の確実性といったような法益とのバランス<sup>(81)</sup>がまず問題となります。「古典的な」例を一つ挙げてみましょう。従来からの現行法では、303条1項および2項により器物損壊の未遂が処罰されておりますが、これに対して単なる傷害未遂は処罰されません。このようなことは、一般の感覚からいって財物という法益と対比して、身体の完全性という法益に与えられる価値序列に今日ではもはやあわないのです<sup>(82)</sup>。それに応じて、単なる傷害未遂もまた223条の新しく導入された2項によって今後は処罰されることとなります。これはもちろん、単に傷害罪と財産犯との調整が問題であるばかりでなく、傷害罪規定の文言が新しくなったのです。同様の例は、今後239条2項により刑罰が科せられる監禁未遂の場合がございます。

これに関してもう一つ例を挙げることができます。——新规定では226条の

---

eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 109 (1997), S. 455-489 (456).

(79) BGBl. 1997 I S. 469.

(80) BGBl. 1997 I S. 1297.

(81) より詳しくは, Freund (Fn. 78), S. 458 ff.

(82) Freund (Fn. 78), S. 458.

——重い傷害罪において、故意に傷害結果を惹起した場合の法定刑は、3年以上の自由刑となりました。故殺の中程度に重い場合（213条）の法定刑もまた重くなりました。これは、従来6月以上5年以下の自由刑であったのに対し、1年以上10年以下の自由刑が定められております。傷害罪および殺人罪の領域では上述の改正のほか、死亡結果が生じた軽罪および重罪の場合、法定刑の下限が相互に調整されました<sup>(83)</sup>。そのほか、法定刑の引き上げが性犯罪の領域で行われました。

### b) 刑罰規定の補充と新しい法文

第6次刑法典改正法律による刑罰法規の補充と新設は、膨大なものであり、本日の講演では網羅的に取り扱うことはできません。これらが何を目的としているのかを具体的にご説明するために、2つの例を挙げることにしましょう。

一つは、窃盗罪（242条）および横領罪（246条）<sup>(84)</sup>において、立法者は、いわゆる第三者領得の場合を明文で含めることにし、問題の解決をなお学説および判例に委ねることなく、古くからの理論的争い<sup>(85)</sup>に決着を着けました。これにより、従来の刑法によれば認められる困難な限界事例において、裁判所は、ずっと容易な処理ができるようになることでしょう。

第2に、既存の法規定を有意義で目的にあって再構成しようと努力されております。その点で、放火罪の新しい文言（306条以下）を挙げておきましょう。放火罪は従来の文言では現実的な基本構成要件をもたなかったものであり、しばしば混乱があるといわれてきた<sup>(86)</sup>体系性を特徴としていたのです。

### c) 規定の削除

第6次刑法典改正法律によって削除される規定に数えられるのは、217条の

(83) *Freund* (Fn. 78), S. 460は「相互にばらつきがあり、恣意的に作用する数多くの法定刑」と評している。

(84) 同じことが、論理的な帰結として、強盗（249条）ならびに密猟および密漁（292, 293条）にもあてはまる。

(85) *Tröndle* (Fn. 10), §246 Rn. 13 a に記述されている。

(86) 例えば、適切にも、*F. Haft*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 6. Aufl., München 1997, S. 264.

嬰兒殺です。母親が出産中またはその直後に婚姻外の子を殺害した場合を特別に軽く処罰することにより、「母親の例外的な心理状況<sup>(87)</sup>」を考慮したといわれてきました。しかし、ある女性が婚姻外の子供を出産したとき、現代においては、社会的にもはや、当時の立法者が考えたほどの拒絶も排斥も伴うことはないのでありますから、——少なくともこのような観点において——特別な「例外的な心理状態」があるということとはできないのです。墮胎法において、「例外的な心理状況」にいる女性が子供を中絶したいか否かについて早期の内であれば決定することができますから、このような背景において、もはや嬰兒殺の規定は適切ではないのです。

立法者は、刑法典236条(同意誘拐)の規定もそのままの形では残しませんでした。同条によりますと、18歳未満の未婚の女性を、彼女自身の意思で、しかし親権者の許可なく、姦淫目的で「誘拐する」行為を処罰しておりました。これにより、立法者は、とりわけ親の保護養育権の保護をないがしろにすることなく、変わり行く社会の性道徳を考慮して、以下のように改正いたしました。新しい文言による235条1項1号は、18歳以下の者を暴行、脅迫または術策により親元より連れ去ることを処罰しております。もちろん、いわゆる強制または欺罔手段を用いなくとも、(犯人と血縁関係にない)14歳未満の未成年者を親から引き離しまたは親のところに返さない場合も可罰的です。

#### d) なお残る規定不備

いくつかの問題において、立法者は結局、すでに時期を失した改正をする勇氣が見られなかったということについて、やはりこのまま触れずに済ますことはできません。すなわち、医師の侵襲を法律上明確にすることについてです。これは、現在、傷害罪(223条)の不適切な構成要件でのみ把握されており、これはまったく不十分で議論の対象とされております<sup>(88)</sup>。第6次刑法典改正法律草案で定められておりました、治癒をもたらした治療行為(229条、330条)の新規定が批判にさらされまして<sup>(89)</sup>、その後、この新規定は結局完全に見送られることになりました。しかし、ともかくすでに施行されている1997

(87) *Tröndle* (Fn. 10), §217 Rn. 1; *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), §217 Rn. 1. をも参照。

(88) Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), §217 Rn. 27 ff.

(89) Vgl. *Freund* (Fn. 78), S. 475 ff.

年11月5日の臓器移植法<sup>(90)</sup>は、生体ドナーおよび死体のドナーからの臓器移植という、實際上非常に重要な領域について少なくとも部分的な規制が存在するのです。

## 2. 結び

第6次刑法典改正法律の目的設定に関して、刑法学者作業グループは基本的に肯定的な意見を表わし、1997年2月にマールブルクで刑法草案に関する共通の意見へと行き着きました<sup>(91)</sup>。もっとも、立法者が、どの程度まで、実際に草案の一部を法律にすることによりこの目的設定を実現することに成功したのかという問題は、これらの新規度が実務上真価を発揮するのか否かによって評価されることになりました。

しかし、ドイツの立法者は、第6次刑法典改正法律により刑法典各則を現代的なものとし統一のとれたものにするにむけて、遅きに失した一步を踏み出したのだと、すでに今の段階で申し上げることができましよう<sup>(92)</sup>。

(90) BGBl. 1997 I S. 2631. 臓器移植法の詳細については、アルビン・エーザー（長井圓／井田良・共訳）「ドイツの新臓器移植法（上・下）」ジュリスト1138号87-92頁、1140号125-130頁（1998年）を参照。

(91) より詳しくは、*Freund* (Fn. 78), S. 469 ff.

(92) これらの再審の改正法のさらなる個別的問題については、*T. Hörnle*, Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, in: *Jura* (Juristische Ausbildung) 1998, S. 169-182; *G. Stächel*, Das 6. Strafrechtsreformgesetz - Vom Streben nach Harmonie, großen Reformen und höheren Strafen, *StV* 1998, S. 98-104; *G. Wolters*, Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, *JZ* 1998, S. 397-400を参照。