

Title	ドイツの「スポーツにおける反ドーピング法」について
Sub Title	Zur Kriminalisierung des Selbstdopings in Deutschland
Author	佐藤, 拓磨(Sato, Takuma)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.369- 392
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0369

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.

ドイツの「スポーツにおける反ドーピング法」 について

佐藤 拓磨

- I はじめに
 - 1 ドーピングとは
 - 2 ドーピングとスポーツの商業化
 - II 本法律成立前の状況
 - 1 傷害罪の成否をめぐる議論
 - 2 詐欺罪との関係
 - 3 薬事法上の処罰規定
 - 4 本法律成立前の状況のまとめ
 - III 「スポーツにおける反ドーピング法」
 - 1 概説
 - 2 本法律の目的（1条）
 - 3 禁止行為および罰則（2条～4条）
 - IV 我が国の議論に与える示唆
 - 1 立法事実の不存在？
 - 2 理論的問題点
- [資料]「スポーツにおける反ドーピング法」(抄訳)

I はじめに

1 ドーピングとは

ドーピングの歴史は長く、元々は狩猟や闘争の際の恐怖心や眠気を克服するために興奮作用を有する植物等を摂取することを意味していたとされる。それが、19世紀に入り、競走馬や競争犬に対して、競技力を高めるためにヘロイ

ンやモルヒネ、コカイン、カフェイン等を使用することを指すものに変容し、さらにその後、人である競技者自身を対象とした不正な薬物使用を指す概念となるに至ったといわれる¹⁾（以下、単に「ドーピング」という場合には、人に対するものを指す。動物に対するものは、「動物ドーピング」と呼ぶこととする）。

競技力を高めるための薬物等の不正使用という定義は、今日でも、スポーツにおけるドーピングの中核部分を示す定義として通用するものである。しかし、スポーツ競技上の不正行為として制裁の対象となる行為の定義としては不明確であり、また、制裁の対象とされるべき行為のすべてを包含できるものでもない。そこで、スポーツ競技におけるドーピング・コントロールを行う機関の規程においては、ドーピングにあたる行為を列挙する形で定義が示されている。世界アンチ・ドーピング機構（World Anti-Doping Agency〔略称：WADA〕）の制定する「世界アンチ・ドーピング規程（World Anti-Doping Code）」²⁾の1条は、「ドーピングとは、本規程の第2.1項から第2.10項に定められている1又は2以上のアンチ・ドーピング規則に対する違反が発生することをいう」とした上で、2条で以下の事項を掲げている。すなわち、①競技者の検体に、禁止物質またはその代謝物もしくはマーカーが存在すること、②競技者が禁止物質もしくは禁止方法を使用すること、またはその使用を企てること、③検体の採取の回避、拒否または不履行、④居場所情報関連義務違反、⑤ドーピング・コントロールの一部に不当な改変を施し、または不当な改変を企てること、⑥禁止物質または禁止方法を保有すること、⑦禁止物質もしくは禁止方法の不正取引を実行し、または不正取引を企てること、⑧競技会（時）において、競技者に対して禁止物質もしくは禁止方法を投与すること、もしくは投与を企てること、または、競技会外において、競技者に対して競技会外で禁止されている禁止物

1) 以上につき、中村敏雄ほか編『21世紀スポーツ大事典』（大修館書店、2015年）811頁。

2) 同規程は、以下のURLからダウンロード可能である。<https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code>（2016年11月11日最終閲覧。以下、URLを掲げる場合はすべて同様である）。本文中の訳文は、公益財団法人日本アンチ・ドーピング機構が提供する同規程の対訳（http://www.playtruejapan.org/downloads/code/wada_code_2015_jp.pdf）を参照した。

質もしくは禁止方法を投与すること、もしくは投与を企てること、⑨他人によるアンチ・ドーピング違反等に関与すること、⑩本規程が定める特定の対象者との関わりを持つこと、の禁止である。

WADA は、国際オリンピック委員会 (International Olympic Committee) の招集により 1999 年にスイスのローザンヌで開催されたドーピングに関する国際会議で設立が決められた団体である。その設立目的は、国際機関、各国政府、公的機関および私的機関と共同して、スポーツにおけるドーピングを防止することにある³⁾。我が国では、WADA の設立を受ける形で、2001 年に公益財団法人日本アンチ・ドーピング機構 (Japan Anti-Doping Agency [略称: JADA]) が設立され、ドーピング防止のための活動を行っている。前記の世界アンチ・ドーピング規程は、国際基準としての性格を有しており、JADA の制定する「日本アンチ・ドーピング規程」⁴⁾ もこれに準拠している。

2 ドーピングとスポーツの商業化

スポーツにおけるドーピングの歴史は古代ギリシャ時代にまで遡るとされているが、不正行為として問題が顕在化するようになったのは 19 世紀後半からだといわれている⁵⁾。それ以来、ドーピングが原因とされる死亡事故も少なからず報じられており⁶⁾、スポーツマンシップに反する不公正な行為という面からも、競技者の健康侵害という面からも大きな問題となっている。これに対し、スポーツ界では、前記の WADA の設立に象徴されるように、ドーピングの防

3) 設立経緯等については、WADA のウェブサイトにも簡単な紹介がある (<https://www.wada-ama.org/en/who-we-are>)。

4) 同規程は、以下の URL からダウンロード可能である。 http://www.playtruejapan.org/wp/wp-content/uploads/2016/11/japan_code_2015_jpn_20150401v3.pdf

5) 中村聡宏「ドーピングはスポーツにおけるテロである。」時の法令 1993 号 (2016 年) 54-55 頁参照。

6) とりわけ、自転車競技の世界的なスター選手であったトム・シンプソンが競技中に死亡した事件が有名である。この事件については、回想記事ではあるが、Jörg Schallenberg, Doping-Opfer Tom Simpson. Der Mann, der tot vom Rad fiel, SPIEGEL ONLINE v. 13. 7. 2007 参照。

止に対する取り組みが行われており⁷⁾、違反行為については、資格停止などの厳しい処分が科せられる⁸⁾。それにもかかわらず、ドーピングに関する不祥事は後を絶たない。その理由として、かつては、国際的なスポーツ競技会が、自由主義諸国と社会主義諸国との間の国家威信をかけたメダル獲得数の競争の場になっていたことが挙げられていた。たとえば、旧東ドイツにおける国家ぐるみのドーピングがその一例である⁹⁾。今日でもなお、スポーツが国威発揚のための手段として利用されることがあることは、否定できない。しかし、より重要な要因は、スポーツの商業化であるといわれている¹⁰⁾。多数のファンを有するプロスポーツ競技の世界で活躍すれば巨額の収入を得る可能性があることはもとより、プロスポーツ競技ではなくとも、国際的な競技会でメダルを獲得するなどの成果を挙げれば、スポンサー収入で富を得ることができる。このことが、検査による発覚のリスクがあってもドーピングを行おうという強力な動機づけになっているものと考えられるのである。

このように問題が深刻化する中、外国では、ドーピングに対して刑事罰を科す国も現れている。その1つがドイツである。同国では、従来から薬事法でドーピングに関わる一定の行為が可罰的とされていたが、2015年12月10日に成立した「スポーツにおける反ドーピング法」¹¹⁾（以下、本法律と呼ぶことがある）では、自己ドーピングの可罰化を含む処罰範囲の拡大が行われた。

7) スポーツ界におけるドーピング対策の歴史については、中村ほか編・前掲注1) 811頁以下。

8) 「日本アンチ・ドーピング規程」（前掲注4）参照）によれば、規則違反に基づく個人に対する制裁としての資格停止の期間は、違反の種類、違反の重大性、意図の有無および過失（過誤）の程度などによって異なり、最長は永久の資格停止である（10.2項以下参照）。

9) 旧東ドイツのドーピングについては、Rabea Engel, Doping in der DDR - eine rechtshistorische und strafrechtliche Aufarbeitung, 2010.

10) 中村ほか編・前掲注1) 817頁。

11) 原語は、Gesetz gegen Doping im Sport (Anti-Doping-Gesetz - AntiDopG) である。「スポーツにおけるドーピングの防止に関する法律（Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport vom 10. Dezember 2015, BGBl. I S. 2210）」の一部として成立した。

我が国では、少なくとも国内競技においては、覚せい剤や麻薬等の薬物の使用といったものを除けば、ドーピングが問題となった事例は多くない。また、過去に旧東ドイツにおいてスポーツ選手に対する国家主導のドーピングが行われた経験を持つドイツと比較して、我が国ではこの問題が持つ深刻さの程度が異なる。しかしながら、我が国もオリンピックをはじめとする各種の国際的なスポーツ競技会の開催国として、国際社会と足並みを揃えてドーピング問題に真摯に対応しなくてはならない立場にある。本稿では、我が国でも将来起こりうる議論の参考に資するため、歴史的に我が国の刑法学に大きな影響を与えてきたドイツにおける新規立法の内容を紹介、検討したい。だが、その前に、まずは本法律成立前の状況について確認しよう。

II 本法律成立前の状況¹²⁾

1 傷害罪の成否をめぐる議論

ドーピング剤の使用は、スポーツ選手自身によるもの（自己ドーピング）とスポーツ選手に対するもの（他者ドーピング）とに分けることができる。このうち、他者ドーピングについては、古くから傷害罪（ドイツ刑法典 223 条以下。本稿では、特に断らない限り、条文はドイツのものを指すものとする）が成立するかどうかという議論がされてきた¹³⁾。

(1) ドーピング剤の使用による健康侵害

ドーピング剤として使用される薬剤の中には、人の健康に悪影響を及ぼすものが含まれている。そのため、同意能力のない未成年者や、薬剤の効能や副作用

12) 当時の状況に関する研究として、高山佳奈子「ドーピングの刑法的規制」法学論叢 170 巻 4=5=6 号（2012 年）360 頁以下、森本陽美「ドーピング規則違反と『厳格責任』原則について」法律論叢 83 巻 2=3 号（2011 年）303 頁以下がある。

13) なお、自傷行為は不可罰であるから、傷害罪の成否は、自己ドーピングとの関係では問題とならない。

用等について十分な知識を有しない者に対してドーピング剤を使用し、それらの者の健康を害した場合には、刑法上の傷害に該当する。刑事裁判で実際に傷害罪を理由に有罪判決が下された例として、連邦通常裁判所 2000 年 2 月 9 日決定¹⁴⁾を挙げることができる。この事件は、1975 年から 1984 年にかけて、旧東ベルリンのスポーツクラブで行われた、未成年の女子水泳選手らに対するアナボリック・ステロイド（筋肉増強剤）の投与が起訴されたものである。本件の主な争点は、旧東ドイツ時代に国家主導で行われたドーピングについて公訴時効の停止が認められるか否かにあったが、刑法実体法との関係では、アナボリック・ステロイドの投与により、ホルモン調整機能および脂肪代謝が身体的特徴の変化に現れる程度にまで阻害されたこと、および後遺障害の危険がもたらされたことが「健康侵害」にあたりと認定された。

本件は、使用されたドーピング剤そのものの有する副作用が傷害結果をもたらした事例であったが、複数の薬剤の併用により、死に至るような重大な障害が生じる場合もある。したがって、たとえば、他の薬剤の使用状況について知り得たのに、ドーピング剤を投与して選手を死亡させた場合には、過失致死罪が成立する可能性がある¹⁵⁾。

(2) ドイツ刑法典 228 条との関係

一方、同意能力を有する者が、ドーピング剤使用に伴う健康侵害の危険を承知した上でその投与を受けた場合に傷害罪の成立を認めるべきか否かについては、見解が分かれている。刑法典 228 条は、「被害者の承諾を得て傷害を行った者は、承諾にもかかわらず、行為が善良の風俗に反するときのみ、違法に行為を行ったものとする」¹⁶⁾としているところ、スポーツ競技で有利な立場

14) BGH NJW 2000, 1506.

15) 競技スポーツ選手は、ドーピングを行っていない場合であっても、怪我の治療などのために様々な薬剤を用いていることがある。このような競技スポーツ選手に対する治療行為の抱える固有の問題を論じた研究として、Kerstin Yvonne Lutz, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei der Betreuung von Spitzensportlern, 2014 がある。

を得る目的で行われたドーピングが善良の風俗に反するか否について争われているのである。もっとも、生命に対する危険または刑法典 226 条の意味における重い傷害をもたらすドーピングが「善良の風俗」に反するという点については、異論はない¹⁷⁾。問題となるのは、それに至らない程度健康侵害を伴う場合である。

学説では、ドーピングの良俗違反性を肯定する見解も主張されている¹⁸⁾。その理由として、ドーピングは、①国内外のスポーツ団体の規則に違反する行為であること、②スポーツ倫理に反すること（具体的には、スポーツの根本条件としての機会の平等と公正、人格発展のためのスポーツの教育的意義、競技スポーツ選手の模範的役割に反すること¹⁹⁾、反ドーピングの思想は世間に広く受容されていること²⁰⁾、他人に対するドーピングが当時の薬事法において可罰的であったこと²¹⁾などが挙げられている。これに対し、本条をもっぱら脱倫理的に解釈し、良俗違反性を否定する見解も有力である²²⁾。

(3) 傷害罪による対応の限界

健康侵害を理由とする処罰の最大の問題は、一種の自傷行為といえる自己ドーピングを捕捉できないところにある。また、ドーピングは競技スポーツ選

16) 法務省大臣官房司法法制部司法法制課『ドイツ刑法典』（法務資料第 461 号、2009 年）の訳文にしたがった。

17) Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 228 Rn. 30.

18) Martin Heger, Zur Strafbarkeit von Doping im Sport, JA 2003, S. 79; Walter Kargl, Begründungsprobleme des Dopingstrafrechts, NSStZ 2007, S. 491; Joachim Linck, Doping und staatliches Recht, NJW 1987, S. 2551.

19) Linck, a. a. O. (Fn. 18), S. 2550 f.

20) Kargl, a. a. O. (Fn. 18), S. 491.

21) Heger, a. a. O. (Fn. 18), S. 79.

22) Max Kohlhaas, Zur Anwendung aufputschender Mittel im Sport, NJW 1970, S. 1958 ff.; Heinz Schöch, Defizite bei der strafrechtlichen Dopingsbekämpfung, in: Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 673 ff.; George Turner, Die Einwilligung des Sportlers zum Doping. Zur strafrechtlichen und zivilrechtlichen Problematik der Sittenwidrigkeit, NJW 1991, S. 2944 f.

手やそのサポートスタッフだけの問題ではなく、薬物犯罪と類似した組織犯罪としての側面があるとされている²³⁾。そのため、有効な対策のためには、より早期の刑法的介入が必要だとされたのである。

2 詐欺罪との関係

このほか、刑法典上の犯罪との関係では、ドーピング剤を使用して競技会に出場し、参加謝礼金料や賞金を得るなどの行為が詐欺罪にあたるか否かについても議論がなされてきた²⁴⁾。具体的には、以下の者との関係で詐欺罪の成否が問題となる。

(1) 開催者との関係

まず、詐欺罪を肯定することに異論がみられないのが、スポーツ競技会の開催者を相手方とする詐欺である。トップ・スポーツ選手については、競技会出場の対価として参加謝礼金が支払われることがあるが、そのような競技会への出場にはドーピング規則の遵守が前提とされているところ、ドーピングを行ったという事実を秘して出場契約を締結することが推断的欺罔（我が国でいう「拳動による欺罔」）にあたる²⁵⁾。既遂時期については、遅くとも参加謝礼金の支払時に認められるという点には異論はないが²⁶⁾、学説では契約締結時に既に財産減少があるとして既遂を認める見解も主張されている²⁷⁾（同様の問題は、

23) このことは、後に紹介する本法律の草案理由書の中で指摘されている。BT-Drs. 18/4898, S. 17.

24) 詳細な研究として、Rainer T. Cherkeh, Betrug (§ 263 StGB), verübt durch Doping im Sport, 2000. その内容は、Rainer T. Cherkeh/Carsten Momsen, Doping als Wettbewerbsverzerrung? - Möglichkeiten der strafrechtlichen Erfassung des Dopings unter besonderer Berücksichtigung der Schädigung von Mitbewerben, NJW 2001, S. 1748 ff. に簡潔にまとめられている。このほか、Heger, a. a. O. (Fn. 18), S. 80 ff.; Matthias Jahn, Schutzpflichtenlehre revisited: Der Beitrag des Verfassungsrechts zur Legitimation eines Straftatbestandes der Wettbewerbsverfälschung im Sport, Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 603 ff.; Kargl, a. a. O. (Fn. 18), S. 491 ff. も参照。

25) Cherkeh/Momsen, a. a. O. (Fn. 24), S. 1748.

26) Kargl, a. a. O. (Fn. 18), S. 492.

次に述べる賞金提供者およびスポンサーとの関係でも生じうる)。

(2) 賞金提供者との関係

一方、競技会の賞金提供者との関係で詐欺罪を認めるべきか否かについては、争いがある。否定説は、賞金は順位に対して支払われることが予定されており、あらかじめ特定人を念頭において支払われるものではないため、賞金提供者はいずれにせよ賞金を支払わなければならないから、損害がないとする²⁸⁾。これに対し、賞金提供者は、不正のない競争を前提に賞金を提供するのだから、ドーピングをして出場した選手に対する賞金の提供は損害にあたるとして、いわゆる目的不達成の理論により詐欺罪の成立を認める見解も有力である²⁹⁾。

(3) 競技者のスポンサーとの関係

ドーピングをして出場した競技会で好成績を残した実績を背景に、企業とスポンサー契約を締結し、スポンサー料を得ることについても詐欺罪の成立を認める見解が有力である³⁰⁾。スポンサー企業の販売するサービスや商品のブランドイメージは、その看板となるスポーツ競技者が、不正なく自己の才能および鍛錬によって好成績を得たという実績によってはじめて高まるものであるから、ドーピングによる不正行為を行ったことがあること、または行うつもりがあることを秘してスポンサー契約を締結することは、推断的欺罔にあたるのは当然といえよう。

(4) 詐欺罪における対応の限界

以上のように、ドーピング行為の財産犯的側面をとらえて処罰することは可能である。しかし、詐欺罪での対応については、實際上、立件が難しいという

27) Cherkeh/Momsen, a. a. O. (Fn. 24), S. 1748.

28) Heger, a. a. O. (Fn. 18), S. 81.

29) Kargl, a. a. O. (Fn. 18), S. 493.

30) Cherkeh/Momsen, a. a. O. (Fn. 24), S. 1748 f.

指摘がなされてきた³¹⁾。契約締結前に既にドーピングを行っていた、またはドーピングを行う意思があった場合には推断的欺罔を認定しうるが、実際には契約締結後にドーピングの意思が生じる場合もある。その場合、不作為の欺罔が認定できるかが問題となるが、スポンサー契約のような継続的契約関係がある場合はともかく³²⁾、1回的な出場契約との関係でも告知義務を認定できるのかは疑問だというのは確かであろう。また、既遂時期および損害額の認定にも困難がある上、仮に契約締結時に既遂が認められたとしても、刑法的介入が遅すぎるといって傷害罪と同様の問題があった。

3 薬事法上の処罰規定

以上のように、刑法典上の犯罪による対応には限界があった。そのため、1998年には、薬事法（Arzneimittelgesetz）に6a条が新設され、スポーツにおけるドーピング目的で薬剤を流通させること、処方すること、他人に使用することが可罰化された³³⁾。その後、2007年には、処罰範囲を拡張する改正³⁴⁾が行われた。本法律施行前の条文は次のようであった。

旧6a条1項

「第2項第1文の薬剤を、スポーツにおけるドーピング目的で、流通させ、処方し、又は他人に使用することは、ドーピングが人に対して行われ、又は行われる予定であった場合に限り、禁じられる。」

同6a条2a項

31) Claus Roxin, Strafrecht und Doping, in: Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 447.

32) スポンサー契約後にドーピングをし、そのことをスポンサーに秘した場合に不作為による欺罔を肯定しうるとするものとして、Kargl, a. a. O. (Fn. 18), S. 493.

33) Aches Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 7. September 1998, BGBl. I S. 2649. もちろん、それ以前においても、麻薬法（Betäubungsmittelgesetz）上の禁止行為に該当する場合には、同法により処罰可能であった。

34) Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport vom 24. Oktober 2007, BGBl. I S. 2510.

「本法律の別表に掲げられた物質である薬剤若しくは作用物質、又はそのような物質を含有する薬剤若しくは作用物質を、僅少ではない量で、スポーツにおけるドーピング目的のために取得し又は所持することは、ドーピングが人に対して行われる予定であった限りで、禁止される。……（以下略）」

1998年改正の際の草案理由書をみると、本条の保護法益として第1に「健康」が挙げられている³⁵⁾。そのため、6a条1項は薬剤をドーピング目的で拡散させる行為や他者ドーピングが処罰対象となっており、自己加害的な自己ドーピングは除外されていた。また、同条2項により取得および所持が禁止されていたが、これには「僅少ではない量で」という限定がついていた。つまり、自己ドーピングおよび自己ドーピング目的での少量のドーピング剤の取得・所持は処罰対象としては想定されていなかった。薬事法旧6a条は、麻薬法上の規制形式になったものであったが、麻薬の自己使用が犯罪化されていないドイツでは、このような形でのドーピング規制には限界があったのである³⁶⁾。

4 本法律成立前の状況のまとめ

以上のように、従来は、健康侵害の側面と財産侵害の側面から、ドーピングに刑法的に対応するための法解釈および立法が行われていた。しかし、自己ドーピングが処罰範囲から外れることから、スポーツ競技の公正性の保護という見地からは十分とはいえないという問題があった³⁷⁾。また、健康侵害の側

35) BT-Drs. 13/9996, S. 13. ただし、処罰対象は、特定個人に対する使用よりもかなり前倒しされていることから、ここでいう「健康」とは個人のそれに限られず、より抽象的な「国民の健康」をも含むものと解される（Klaus Weber, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 6a AMG Rn. 2にも、「Volksgesundheit」という語がみられる）。

36) 麻薬法29条1項の禁止行為の中には、自己使用は含まれていない。同項に所持は含まれているが、同法29条5項は、自己使用のための少量の所持等の場合には、裁判所は刑を免除できるとしている。さらに、同法31a条は、同様の場合で、行為者の責任が軽く、かつ訴追することに公共の利益がなければ、検察官は訴追を免除できるとしている。そのため、事実上、自己使用のための少量の麻薬の所持も非犯罪化されているに近い状況だといえよう。

面を強調すると、スポーツにおけるドーピングに対してのみ刑事罰を科す理由も説明できない³⁸⁾。

そのため、学説では、スポーツが商業化し、競技会で好成績を残すことが大きな経済的利得に結びつくという現状に着目し、ドーピングの不正競争的側面を根拠に、自己ドーピングを可罰化すべきだという主張がなされた³⁹⁾。その最たるものが、刑法典第26章「競争に対する罪」の中にドーピング剤の使用等によりスポーツ競技に影響を及ぼす行為を処罰する条文を新設すべきだという提言であった⁴⁰⁾。この提案は立法では採用されなかったが⁴¹⁾、以下で述べるように、健康や財産といった中核的法益ではなく、より抽象的な法益の保護を理由とする自己ドーピングの可罰化が本法律によって実現したのである。

Ⅲ 「スポーツにおける反ドーピング法」

1 概説

本法律は、ドーピング対策を強化するために設けられた単行法である⁴²⁾。

37) もっとも、Frauke Timm, Die Legitimation des strafbewehrten Dopingsverbots, GA 2012, S. 732 ff. は、競技スポーツ選手によるドーピング剤の使用は、他の健全な競技者をドーピングに駆り立てる効果を生むため、彼らの健康を害する抽象的危険性を有するとして自己ドーピングの当罰性を説明する。ただし、これも行為者自身の健康侵害に処罰根拠を求めるものではない。

38) Roxin, a. a. O. (Fn. 31), S. 452.

39) Georg Freund, Verfassungswidrige Dopingstrafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG – Ein Beitrag zum Gesetzlichkeitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), in: Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 594 ff. さらに、Luis Greco, Zur Strafwürdigkeit des Selbstdopings im Leistungssport, GA 2010, S. 629 ff.

40) Dieter Rössner, »Sportbetrug« und Strafrecht. Notwendige Differenzierungen und kriminalpolitische Überlegungen, in: Festschrift für Volkmar Mehle, 2009, S. 567 ff. これに反対するものとして、Jahn, a. a. O. (Fn. 24), S. 617 ff.

41) もっとも、レスナーは、その後、本法律に対して賛意を示す論文を公にしている。Dieter Rössner, Zur Legitimation des deutschen Anti-Doping-Gesetzes (AntiDopG), in: Grundgesetz und Europa, 2016, S. 425 ff.

これにより、従来は不可罰とされていた自己ドーピングの可罰化などの処罰範囲の拡張が実現した（従来の薬事法 6a 条は、本法律の成立に伴い廃止された）。本法律の草案は、2015 年 3 月に、連邦政府により、まず連邦参議院に提出された⁴³⁾。その後、同年 5 月に連邦参議院での決議およびそれに対する連邦政府の見解を付した草案⁴⁴⁾が連邦議会に提出され、同議会スポーツ委員会による勧告⁴⁵⁾を踏まえて修正がなされ、同年 11 月 11 日に賛成多数で可決された。

本稿では、資料として末尾に本法律の実体法部分を中心とした抄訳を掲載し、以下はその概要を簡単に紹介することにする。

2 本法律の目的（1 条）⁴⁶⁾

本法律の 1 条では、本法律の目的として、大きく分けて 2 つの保護法益が挙げられている。すなわち、①競技者の健康および②スポーツの純潔性（Integrität：インテグリティー）である。このうち、②の純潔性は、スポーツ競技の公正性や機会の平等性、スポーツの持つ倫理的・道徳的価値、そしてスポーツ選手の模範としての機能といった「スポーツの根本的価値」を示すものとして用いられているようである。もっとも、草案理由は、ドーピングの反スポーツ倫理的な側面に加え、詐欺的・不正競争的側面も強調している。つまり、学説上既に指摘されていた通り、今日ではスポーツ競技での成功により多額の収入を得ることが可能だが、ドーピング行為を通じて、他の競技者や開催者、スポンサーなどが経済的に害されるのだとするのである。また、草案理由は、スポーツの純潔性の保護のために刑法的に介入することを正当化する事

42) 本法律に関する紹介として、渡邊育志「スポーツ分野におけるドーピング対策立法——スポーツ選手への刑事罰の導入」論究ジュリスト 18 号（2016 年）174-175 頁がある。

43) BR-Drs. 126/15. 政府草案の前段階の司法省などによる部局案（Referentenentwurf）が提出されるまでの経緯については、Michael Lehner, Projekt Deutsches Anti-Doping-Gesetz. Feinschliff auf der Zielgeraden, in: Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 646 ff.

44) BT-Drs. 18/4898.

45) BT-Drs. 18/6677.

46) 以下の説明につき、BT-Drs. 18/4898, S. 22 f. 参照。

情として、スポーツの社会的重要性に加え、国家や州がトップレベルのスポーツを財政的に支援していることも挙げている。多額の税金を投入している以上、スポーツ団体内の自治だけに委ねるわけにはいかないというのがその趣旨である。

3 禁止行為および罰則（2条～4条）

（1）ドーピング物質を拡散させる行為等の禁止、他人に対するドーピング等の禁止（2条）⁴⁷⁾

本法律2条は、健康保護の観点から禁止行為を定めたものである。

同条1項は、基本的に薬事法旧6a条を引き継いだものだが、処罰範囲が「製造」、「取引」、「譲渡」および「交付」にまで拡張された。処罰時期を製造段階にまで拡張した理由について、草案理由書は、ドーピング剤は非法な秘密製造施設（地下ラボ）で製造されることが多く、その製品には能書きが添付されておらず危険であることから、既に製造段階から可罰的としておくことが必要だと説明している。なお、本項の罪は目的犯であり、人に対するドーピング目的が必要だとされている。動物を用いるスポーツ競技では、動物に対するドーピングが行われることもあるが、これについては動物保護法（Tierschutzgesetz）による対応で十分だとされている。

2項は、他人に対するドーピングを処罰対象とするものである。2号で挙げられている「ドーピング方法」とは、遺伝子操作により身体能力を向上させるといった薬剤を使用しないドーピング（遺伝子ドーピング）も捕捉するためだとされている。

3項は、基本的に薬事法旧6a条2a項を引き継いだものであるが、処罰範囲がドイツ国内へのドーピング剤の持ち込み等にまで拡張された。「僅少ではない量の」という限定が付されている趣旨については、少量の場合には、自己使用目的での行為であることが推認できるからだと説明されている。このことか

47) 以下の説明につき、BT-Drs. 18/4898, S. 23 ff. 参照。

らも、本条は、他人にドーピングをすること、またはドーピング剤を拡散させることによる健康侵害のおそれを防止することを目的とするものであることがわかる。

本条の罪の法定刑は3年以下の自由刑または罰金刑である（4条1項1～3号）。4条4項の掲げる加重事由に該当する場合は、1年以上10年以下の自由刑に処される⁴⁸⁾。また、未遂犯および過失犯も処罰される（4条3項、6項）。

(2) 自己に対するドーピング等の禁止（3条）⁴⁹⁾

本条は、本法律の最大の眼目である自己ドーピングの禁止を定めた条項である。本条の保護法益は、スポーツの純潔性にあるとされている。草案理由書の本条の解説をみると、法益の具体的な内実については、目的規定（1条）の解説で述べられたことと同様のことが繰り返されている。

禁止行為の内容について説明する前に強調しなければならないのは、本条の罪の主体が限定されていることである。すなわち、4条7項は、本条の罪の主体を「組織化されたスポーツのトップ選手」（1号）および「スポーツ活動により、相当な額の直接的又は間接的な収入を得ている者」（2号）に限定しているのである。1号でいう「トップ選手」に関し、同号は続けて「ドーピング検査制度における検査対象者リスト（Testpool）の構成者として、競技外検査が課される者は、本法律における組織化されたスポーツのトップ選手とみなす」としていることから、該当者の範囲は、ドーピング・コントロールを実施する国際的または国内的機関の定めるルールによって定まることになる⁵⁰⁾。いずれにせよ、趣味でスポーツを行う者が本条の主体から除外されるのは明らかである。競技スポーツの純潔性を保護するために、そのような者による自己ドーピングまで処罰するのは行き過ぎだということであろう。

本条1項では、アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iに掲げられた

48) ただし、犯情があまり重くない事案に関する減軽規定がある（4条5項）。

49) 以下の説明につき、BT-Drs. 18/4898, S. 26 ff. 参照。

50) BT-Drs. 18/4898, S. 31.

ドーピング剤（1号）またはドーピング方法（2号）を、医学的適応なしに、組織化されたスポーツの競技会で有利な立場を得る目的で自己に対して使用し、または使用させる行為が禁止されている。「医学的適応なしに」という要件によって治療目的での薬剤の使用が、また、目的規定によって余暇スポーツのための自己ドーピングが、処罰範囲から除外されている。ただし、競技会で有利な立場を得る目的があるのであれば、トレーニング段階での自己ドーピングも処罰対象となる。なお、本項による処罰対象を限定する文言である、「アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iにしたがえば一定のスポーツ種目のみで禁じられているのではないもの」と、同別表によれば「競技内でのみ禁止されているもの」には、たとえばアルコールやβ遮断薬があたるとされている⁵¹⁾。

2項は、ドーピング剤を使用しての競技会への参加を禁止するものである。本項は当初の政府草案にはなかったが、外国でドーピングを行った上でドイツ国内で開催される競技会に参加した場合に処罰を免れてしまうという指摘を受け⁵²⁾、追加された。

3項は、組織化されたスポーツの競技会の定義規定である。

4項は、自己ドーピングにより競技会で有利な立場を得る目的で、所定のドーピング剤を取得または所持する行為を禁ずるものである。2条3項とは異なり、「僅少ではない量の」という限定が付されていないのは、ドーピング剤の拡散による健康侵害の危険を理由に本項の罪が処罰されるわけではないからである。本項の罪に関しては、ドーピング剤の使用前に任意にその処分権を放棄した場合には不可罰とする規定が置かれている（4条8項）。

本条1項および2項の罪の法定刑は、前条と同様である（4条1項4号、5号）。一方、4項の罪の法定刑は2年以下の自由刑または罰金刑とされ（4条2項）、若干の差別化がなされている。また、4項の取得および所持に関しては、その予備的な性格に鑑み、未遂犯処罰の対象からも外されている。本条の罪の過失

51) BT-Drs. 18/6677, S. 10.

52) BR-Drs. 126/1/15, S. 1 f.; BT-Drs. 18/6677, S. 3, 11.

犯は、前条の場合とは異なり、処罰されない。その理由は、前条の罪が人の健康を保護法益としているのに対し、本条の罪の保護法益は、抽象的なスポーツの純潔性だからである⁵³⁾。

IV 我が国の議論に与える示唆

1 立法事実の不存在？

我が国では、スポーツ選手による覚せい剤等の薬物使用の問題（または疑惑）はたびたび報道されるものの、そのような違法薬物以外で、ドーピング・コントロール機関の指定するドーピング剤を意図的に用いた悪質な事案は目立たない。そのため、国内的には、その犯罪化を基礎づける立法事実はないようにみえる。2020年に開催される予定の東京オリンピックに向けて、ドーピング対策強化の方針が打ち出されているが、そこでも刑事罰の導入は見送られる公算だという⁵⁴⁾。

しかし、本稿で紹介したドイツの反ドーピング法のように、国外犯処罰規定を持たない法律を整備する国が増えた場合、オリンピックをはじめとする国際競技会の開催地がどこかによって、処罰可能性の点でバラつきが生じるようになってしまう。スポーツにおけるドーピング問題の深刻化、およびそれに伴う国際的な反ドーピングの動きがさらに進めば、このようなバラつきは望ましくないものとみられる可能性があり、長期的には、我が国に対してドーピング行為の犯罪化を求める国際的圧力が高まることも予想される。ドイツについても、度重なる「外圧」によりドーピング対策の強化が行われ、本法律の成立に至ったという経緯がある⁵⁵⁾。したがって、直近の立法課題とはならないにせよ、ドーピングを犯罪化するためにはどのような理論構成が可能かということ考

53) BT-Drs. 18/4898, S. 31.

54) 「ドーピング違反、刑事罰は『困難』スポーツ庁最終報告」朝日新聞2016年11月9日16頁。

55) Lehner, a. a. O (Fn. 43), S. 648 f.

えておく必要はあるであろう。

ドイツの議論で参考になるのは、まず、他人に対するドーピングへの対応として傷害罪の成否が、自己ドーピングへの対応として詐欺罪の成否が検討されていたという事実である。ドイツのように同意傷害に関する「良俗条項」がなく、重大な傷害の場合にのみ同意を無効とすべきだという見解が強い我が国では、傷害罪で対応できる範囲には限界があるということになろう（もっとも、動機の違法性を重視する判例の立場⁵⁶⁾からは、軽度の健康侵害を伴うにすぎない場合でも、傷害罪を認める余地はあるのかもしれない）。これに対し、詐欺罪での対応は、我が国でも応用可能だと思われる。我が国では、他の選手と通謀して行った競輪の八百長レースに関し、スタートラインに立った時点で、競輪施行者および実施を担当する係員を被欺罔者とする詐欺罪の着手を認め、賞金および払戻金を受領した時点で既遂となるとした判例がある⁵⁷⁾。ドーピングの場合、その効果と競技結果との間に因果関係が認められない場合もあるが、それとは無関係に、競技開催者や賞金提供者にとってはドーピングの有無は重大な関心事だといえるから、その点について欺き、参加謝礼金や賞金の交付を受けたのであれば、1項詐欺罪が認められてしかるべきであろう。

また、立法論的な観点からは、ドイツの反ドーピング法が、複数の視点からドーピングの当罰性を説明していることが注目される。すなわち、他人に対するドーピング剤等の使用やドーピング剤を拡散する行為については健康侵害的な面から説明し、自己に対するドーピングについては不正競争という面から説明していることである。とりわけ後者の発想からドーピングの犯罪化の問題を検討することは、従来、我が国ではあまりなされてこなかったことであり⁵⁸⁾、大いに参考になろう。

56) 最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁。

57) 最判昭和29年10月22日刑集8巻10号1616頁。

58) ただし、高山・前掲注12) 389頁。

2 理論的問題点

とはいえ、スポーツにおけるドーピングの犯罪化については、根本的な疑問もある。その疑問とは、「なぜ、スポーツだけが特別なのか」という疑問である⁵⁹⁾。たとえば、音楽の権威ある世界的なコンクールに向けた過酷な練習を乗り切るため、WADA リストに該当する興奮作用のある薬剤を使用した演奏者がいたとする。このような事例は犯罪化せず、スポーツにおけるドーピングだけ犯罪化する理論的根拠ははたしてあるのだろうか。反ドーピング法の草案理由書で挙げられた点を手掛かりに考えてみたい。

まず、公正および機会の平等という点については、スポーツ以外の競技会（前述の音楽コンクールや将棋などの頭脳競技）にも同様にあてはまるから、それだけではスポーツ競技の「特別な地位」を基礎づけることはできない。次に、スポーツの持つ倫理的・道徳的価値およびスポーツ選手の模範としての機能についていえば、確かに、日本でも、スポーツは人々の健全な心身を育むものとして理解されているようである⁶⁰⁾。また、このようなスポーツの性格からして、その道を究めたトップ・スポーツ選手には模範的人格としての役割が期待されているという事実は現に存在するといえよう。しかし、このような倫理的・道徳的価値は、仮に社会の大部分の人がこれを共有しているとしても、刑事罰により保護すべき性格のものとはいえないであろう。

そうすると、最後に残るのは、経済的な観点である。スポーツの競技人口や愛好家の数は、音楽や頭脳競技のそれとは比較にならないほど多く、商業化が著しく進行している。その結果、不正行為をしてでも成功を得たいという動機

59) 高山・前掲注12) 390頁。

60) スポーツ基本法の前文の中には以下のような記述がある。「スポーツは、心身の健全な発達、健康及び体力の保持増進、精神的な充足感の獲得、自律心その他の精神の涵（かん）養等のために個人又は集団で行われる運動競技その他の身体活動であり、今日、国民が生涯にわたり心身ともに健康で文化的な生活を営む上で不可欠のものとなっている。」「スポーツは、次代を担う青少年の体力を向上させるとともに、他者を尊重しこれと協同する精神、公正さと規律を尊ぶ態度や克己心を培い、実践的な思考力や判断力を育む等人格の形成に大きな影響を及ぼすものである。」

づけが強く働く。これに加え、競技会での勝利は、選手をサポートするスタッフや所属するチーム、場合によっては国家の利益にもなるため、組織ぐるみでドーピング行為を準備、実行、隠蔽しようという動機づけも働く。それを抑止するためには、刑罰という強い制裁を用いる必要がある。スポーツの「特別の地位」を説明するとすれば、このような論法によるほかはないものと思われる。

〔資料〕「スポーツにおける反ドーピング法」（抄訳）

第1条 本法律の目的

本法律は、スポーツ選手の健康を保護し、スポーツ競技における公正と機会の平等を保障し、それによりスポーツの純潔性（Integrität）の保持に寄与するため、スポーツにおけるドーピング剤およびドーピング方法の使用を防止することを目的とする。

第2条 ドーピング物質の取り扱いの禁止、ドーピング方法の使用の禁止

(1) 以下の行為は禁止される。連邦内務大臣によりそれぞれ連邦官報第2部で公示された訳稿による2005年10月19日のスポーツにおけるアンチ・ドーピングに関する国際条約（BGBl. 2007 II S. 354, 355）（Internationales Übereinkommen gegen Doping）の別表Iに掲げられた物質であるドーピング剤、又はそのような物質を含むドーピング剤を、スポーツにおける人に対するドーピングを目的として、

1. 製造し、
2. 取引し、
3. 取引することなく、これを譲渡し、交付し、若しくはその他の方法で流通させ、又は、
4. 処方すること。

(2) 以下の行為は禁止される。

1. アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iに掲げられた物質であるドー

ピング剤、若しくはそのような物質を含むドーピング剤、又は、

2. アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iに掲げられたドーピング方法を、

スポーツにおけるドーピング目的で他人に使用すること。

(3) 本法律の別表に掲げられた物質であるドーピング剤、又はそのような物質を含むドーピング剤を、僅少ではない量で、スポーツにおける人に対するドーピングを目的として、取得し、所持し、又は本法律の適用領域内に持ち込み、若しくは同領域内を通過させることは禁止される。

第3条 自己ドーピング

(1) 以下の行為は禁止される。

1. アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iに掲げられた物質であるドーピング剤、若しくはそのような物質を含むドーピング剤であって、アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iにしたがえば一定のスポーツ種目のみで禁じられているのではないもの、又は、

2. アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iに掲げられたドーピング方法を、

医学的な適応なしに、組織化されたスポーツの競技会で有利な立場を得る目的で、自己に対して使用し、又は使用させること。第1文による禁止は、当該ドーピング剤が、組織化されたスポーツの競技会の範囲外で使用され、かつ当該ドーピング剤が、アンチ・ドーピングに関する国際条約の別表Iにしたがえば競技内でのみ禁止されている物質又はそのような物質を含むものであった場合には、適用されない。

(2) 以下の行為も同様に禁止される。その使用に医学的適応がなく、かつ、競技会で有利な立場を得る目的で、第1項第1文第1号のドーピング剤又は第1項第1文第2号のドーピング方法を使用し、組織化されたスポーツの競技会に参加すること。

(3) 本条における組織化されたスポーツの競技会とは、以下のあらゆるスポーツ行事のことをいう。

1. 国内的若しくは国際的なスポーツ組織により、又はそのような組織から委託若しくは承認を受けて催され、かつ、
 2. 国内的又は国際的なスポーツ組織によりその加盟団体に対する義務づけを伴う形で可決された諸規則の遵守が求められるスポーツ行事。
- (4) 医学的適応なしに自己に対して使用し又は使用させ、かつ、それにより組織化されたスポーツの競技会で有利な立場を得るために、第1項第1文第1号のドーピング剤を取得し、又は所持することは禁じられる。第1項第2文は、本項について準用する。

第4条 罰則

(1) 以下の者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

1. 第6条第2項の法規命令と組み合わせられた第2条第1項に違反して、ドーピング剤を製造し、取引し、取引することなしにこれを譲渡し、交付し、他の方法で流通させ、若しくは処方した者
2. 第6条第2項の法規命令と組み合わせられた第2条第2項に違反して、ドーピング剤若しくはドーピング方法を他人に対して使用した者
3. 第6条第1項第1文第1号の法規命令及び第6条第1項第1文第2号若しくは第2文の法規命令と組み合わせられた第2条第3項に違反して、ドーピング剤を取得し、所持し、若しくは持ち込んだ者
4. 第3条第1項第1文に違反して、ドーピング剤若しくはドーピング方法を自己に対して使用し、若しくは使用させた者、又は、
5. 第3条第2項に違反して、組織化されたスポーツの競技会に参加した者。

(2) 第3条第4項に違反して、ドーピング剤を取得し、又は所持した者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(3) 第1項の未遂は、罰する。

(4) 以下の者は、1年以上10年以下の自由刑に処する。

1. 第1項第1号、第2号又は第3号に掲げられた行為を通じて、
 - a) 多数人の健康を危殆化した者
 - b) 他人を死の危険又は身体若しくは健康に対する重度の侵害の危険にさらした

者、若しくは、

c) 著しい利己心から、自己若しくは他人のために多大な財産的利益を取得した者、又は、

2. 第1項第1号若しくは第2号の事案において、

a) 18歳未満の者に対して、ドーピング剤を譲渡若しくは交付し、処方し、若しくはドーピング剤若しくはドーピング方法を使用した者、若しくは、

b) 職業的に若しくはこれらの行為の継続的な遂行のために結合した団体の構成員として行為した者。

(5) 第4項のうち犯情があまり重くない事案では、3月以上5年以下の自由刑を言い渡すものとする。

(6) 第1項第1号、第2号又は第3号の事案において、行為者が過失で行為した場合は、1年以下の自由刑又は罰金刑を言い渡すものとする。

(7) 第1項第4号、第5号及び第2項で処罰されるのは、以下の者のみとする。

1. 組織化されたスポーツのトップ選手。ドーピング検査制度における検査対象者リスト (Testpool) の構成員として、競技外検査が課される者は、本法律における組織化されたスポーツのトップ選手とみなす。又は、

2. スポーツ活動により、相当な額の直接的又は間接的な収入を得ている者。

(8) ドーピング剤を使用し、又は使用させる前に、これに対する事実上の処分権を任意に放棄した者は、第2項によっては罰しない。

第5条 拡張された利益収奪及び没収

(1) 第4条第4項第2号bの場合には、刑法典第73条dが適用される。

(2) 第4条の犯罪行為に係る物は、没収することができる。刑法典第74条aが適用される。

第6条 法規命令を発する権限

(1) 連邦保健省は、連邦内務省の了解を得た上で、専門家の意見を聴取した後、連邦参議院の同意を得て、法規命令を通じ、以下のことを行う権限を有する。

1. 本法律の別表に掲げられている物質の僅少ではない量を定めること

2. スポーツにおけるドーピング目的に適し、かつ、その非治療的用途での使用が危険な物質を本法律の別表に追加すること。

第1文第2号の要件を満たさなくなった場合には、第1文の法規命令を通じて、本法律の別表から物質を削除することができる。

(2) 連邦保健省は、連邦内務省の了解を得た上で、連邦参議院の同意を得て、法規命令を通じ、スポーツにおけるドーピングを通じて人の健康が直接又は間接に危殆化されるのを防止するために必要な限りで、第2条第1項及び第2項が適用される物質又はドーピング方法を定める権限を有する。

(第7条以下は省略)