

翻 訳

可罰的な兄弟姉妹間の性交処罰の正統化への疑念 〔ドイツ刑法第173条〕

Zur fragwürdigen Legitimation des strafbaren Geschwisterinzeits
〔§ 173〕

グンナー・ドウトゲ
(翻訳 嘉門 優)

はじめに

2012年3月31日、ドイツからグンナー・ドウトゲ教授（ゲッティンゲン大学）をお招きして、法学会主催の講演会を開催した。本学とゲッティンゲン大学とは、2002年9月に「遺伝子工学の時代における法と倫理（Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik）」を統一テーマに国際シンポジウムを開催して以来のお付き合いである。ドウトゲ教授は、ハンス＝ルートヴィッヒ・シュライバー（Hans-Ludwig Schreiber）教授（同大学元学長）から医事法研究所の運営を委ねられ、いまやドイツの医事法の分野では第一人者である。お人柄は円満だが、学問的には近代法の原理・原則を尊重し、筋の通った論理を展開される。今回の講演テーマについても、連邦憲法裁判所の判決を市民社会の自由を尊重するという立場から、批判的に検討されている。

講演に際しては、立命館大学の嘉門優准教授に翻訳の労をとっていただいた。本来、この講演は、1年目前に行われる予定であったが、大きな災害の後の混乱の中で開催することに躊躇いもあり、延期させざるをえなかった。それでもなお、障害を乗り越えて開催できたのは、嘉門さんや本学の法学会および矯正・保護総合センターの協力のお蔭である。

講演会の要領および当日配布したドウトゲ教授の略歴を文末に掲載し

た。

2012年6月 石塚伸一（龍谷大学法科大学院教授）

I

刑法は最終手段として「法益保護」に資する。このような基本理解にしたがえば、刑罰を規定し、科し、執行することは、人間の「配慮に満ちた（rücksichtsvoll）」共同生活が、重大な社会侵害的行為によって「持続的に（nachhaltig）」乱された場合にのみ正当化されるのである。その詳細な具体化のあらゆる困難にもかかわらず——法益とはいったい何なのか？¹——このようなドイツにおける法治国家的、自由主義的刑法の基本的な目的設定は引き続き守られてきた²。とりわけ以下のような場合に、法益概念はその「立法批判的な機能³」を発揮する。つまり、社会における「不道德（Unmoral）」、あるいは、「消極的な情動（negative Emotion）」〔感情（Gefühl）、あるいは、雰囲気保護、たとえばドイツ刑法140条（犯罪行為への報酬の支払及び是認）、同183条a（公の不快の惹起）〕だけであって、法的に保護された価値の侵害が問題とはなっていない場合である。というのも、多元主義的な社会において平和的な共存は、自らの価値観に反する

* 本稿は、筆者が2012年3月13日に石塚伸一教授による招待を受けて行った京都の龍谷大学における講演に基づく。石塚教授と彼の同僚のみなさん、さらに、専門的で丁寧な翻訳を行った嘉門優准教授に心からの感謝の意を表したい。

1 十分な具体化の可能性に疑いを示すのは、*Stratenwerth*, in: *Lenckner-FS* 1998, S. 378 ff.

2 代表的なものとして*Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn 1 ff.（そこにはさらなる文献の指示がある）；ただし反対説として*Jakobs*, *Saito-FS* 2003, S. 17 ff.:「規範妥当の侵害」の予防

3 *NK/Hassemer/Neumann*, *StGB*, 3. Aufl. 2010, Vor § 1 Rn 113; *Roxin*, in: *Hassemer-FS* 2010, S. 573 m. Fn 7, ただし、*Roxin*は、刑事立法だけに対する批判であって、（憲法に包含される）全法システムに対する批判を問題にするのではないために、「体系批判的な」機能とは述べていない。

行為態様に対してのある程度の「寛容」を必然的に前提とするからである。

このような基本姿勢は、1970年代のドイツにおいて、性刑法の広範囲の自由化、すなわち、同性愛（ドイツ刑法旧175条）や売春仲介（同旧180条⁴⁾といった処罰規定の削除を導いた。そして、今日ではいわゆる「アウシュビッツの嘘（ドイツ刑法130条a）⁵⁾」や、兄弟姉妹間の性交処罰に対する批判的な視点などを提供している。前者は、その要求にしたがえば歴史的な事実を疑うことができないという意味で、表現の自由の観点から疑問視される。他方、173条2項2号（兄弟姉妹間の性交処罰）⁶⁾についてドイツ刑法学は、古代の（arcaisch）不合理なタブー⁷⁾の表れにすぎないとみなしている。なぜなら、そのようなタブー違反を処罰することは（そのわずかな実的重要性に比して、関係者の生活の中心に深く入り込むという意味で）過剰（unverhältnismäßig）であるだけではなく、それに加えて、同意に基づく、任意の共同作用によってだれも害されていないため、不当でもあるといわれる。

以上のような近親相姦の問題性と具体的に関連した疑問だけではなく、ドイツ連邦憲法裁判所が兄弟姉妹間の性交処罰規定を合憲と判断したことにより⁸⁾、法益論全体が現代的な意義を有するに至った。本決定において多

4 「わいせつ行為（Unzucht）」、すなわち、婚姻外の性交渉の（故意の）仲介や促進が規定されていた。

5 これに関する詳細と批判については、Kühl, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, 2003, S. 103 ff.

6 条文は本稿の文末に参考文献として掲載している。

7 Sigmund Freud は「タブー」の概念において、2つの対立する意味を把握している。：「タブーは我々にとって、一方では厳粛で神聖であるが、他方で不気味で危険で禁じられた不純なものである」（Freud, Totem und Tabu, 1922, S. 25）。

8 BVerfGE 120, 224 ff. これに対する批判として、Hörnle NJW 2008, 2085 ff.; Zabel, JR 2008, 453 ff.; その間に、欧州人権裁判所は有罪判決を支持した。参照：Urteil vom 12.04.2012-43547/08.

数意見は——まれで、注目すべき例であるが——著名な刑法学者であり、法益概念の代表的な擁護者である裁判長の意見とは異なる見解をとった。つまり、裁判長の反対意見は、173条は「社会の道德観」をタブー視しているだけであり、それを「合理的な刑事司法」の目的としてはならないというテーゼに基づいて争った⁹。それに対して、多数意見は、立法者の判断の限界は憲法にのみ求められるべきだとした。そのため、連邦憲法裁判所は長きにわたる判例においてこれまで、法益概念を採用することを一度も表明しなかったが、兄弟姉妹間の性交の処罰についての現在の決定においても法益論から明らかに距離を置いたということになる。しかし、このような173条の適用例は、ドイツ刑法学にとって漠然とした憲法上の比例原則よりも法益論の意義を明らかにするための好例となる。なぜなら、兄弟姉妹間の近親相姦処罰を争う事例において、通説的な刑法学説が保護法益の観点からの疑義によって連邦憲法裁判所の判断に反する見解を導いているからである¹⁰。

II

注目すべきことに、連邦憲法裁も結局のところ、その危殆化、あるいは、侵害が兄弟姉妹間性交の可罰性を正当化しうような保護財を探究している。その検討に際して、連邦憲法裁は以下のような三つの考えうる関連点を示す¹¹。つまり、第一に、当該処罰規定が家族秩序、もしくは、「家

9 Hassemerの反対意見, in: BVerfGE 120, 224, 255 ff.

10 ドイツ刑法典173条2項2文の正統化を否定する見解として、HK-GS/Rotsch/Gasa, *Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl. 2011, § 173 Rn 1:「しばらくの間広がった伝統的な道德観の制裁化の遺物」; ほかにも、LK/Dippel, *StGB*, 12. Aufl. 2010, § 173 Rn 14 f.; MK/Ritscher, *Strafgesetzbuch*, Bd. 2/2, 2005, § 173 Rn 6; Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch*, 28. Aufl. 2010, § 173 Rn 1; Wittig, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), *StGB*, 2009, § 173 Rn 2.

11 以下について、BVerfGE 120, 224, 243 ff.

族の平穩（Familienfrieden）」の維持に役立つこと、第二に、たいていは「従属する（unterlegenen）」パートナーの「性的自己決定」を保護すること、第三に、近親間の性交から生まれる子孫に、遺伝的に引き起こされる重大な疾患を予防することである。そして、これらから全体としてみると、「近親間性交の当罰性に関する、歴史的に根拠づけられ、これまで通用してきた社会的な信念」が生じたとする¹²。一見すると、これらすべては明らかのように思えるが、われわれは以下の点について批判的に検討せねばならない。つまり、少なくとも上述の点について、実際に深刻なほどの具体的な害が懸念されうるのか、そして、それらの害は、173条の規定によって本当に予防されうるのかという点である。なぜなら、主張されている法益関連性は、具体的な構成要件規定にも適切に表れていなければならないからである。

1 173条の構成要件に目を向けてみよう。処罰されるのは、1項で親子間、2項2文で「血族である兄弟姉妹間」で性交（Beischlaf）が行われた場合である。しかし、「家族の秩序ある構成（familiäre Ordnungsgefüge）」や「家族の平穩¹³」が実際に危険にさらされるというのであれば、立法者は性交だけではなく、すべての性的行為を処罰しなければならなかったはずである。なぜなら、これらの性的行為や、さらには、たとえば離婚や、婚姻上のそのほかの義務の懈怠（参照：ドイツ民法1353条1項2文「配偶者の婚姻生活共同体」への義務）も、家族内の調和という規範から逸脱しており、もめごとの原因となる論争や不和の可能性も含んでいるからである。さらに奇妙なことに、現代社会における家族の構造ははるか以前に変化しているにもかかわらず、血縁者のみが規定されている。今日社会的な「家族」

12 BVerfGE 120, 224, 249.

13 BVerfGE 120, 224, 244 f.; 類似の判例である BGHSt 39, 326, 329には「第一に、婚姻と家族」と述べられている。

には、婚姻関係にない同居人や、継子（Stiefkinder）、養子（Adoptivkinder）、養子縁組による兄弟（Adoptivgeschwister）が属しうが、刑罰規範の対象とされていない¹⁴。また、同じことが同性間、すなわち、兄弟間・姉妹間の性行為にも当てはまる。さらに、フライブルクのMax-Planck外国・国際刑法研究所によって簡潔にまとめられた報告によれば、近親相姦は「家族崩壊の原因ではなく、結果である¹⁵」とされる。したがって、この状況下のどの「家族」が（さらになお）害されうるのはまったく不可解なのである¹⁶。いいかえれば、主張されている「家族の平穩の保護」には173条の構成要件的規定は極めて不適切だと考えうるのである！

2 たとえ、兄弟姉妹間における近親相姦的な関係が、一般的にすでに低年齢時に始まり、家族の従属関係に根差しているということが正しかったとしても、「性的自己決定」という法益の観点についても同様に問題視される。なぜなら、法律はそのような従属関係を要件としておらず、兄弟姉妹の両者を同程度に処罰しているからである（成年を条件とする。173条3項参照¹⁷）。そう解する以上、一方は行為者で、他方は被害者とする、いわば「他者の弱みにつけこむ罪（Ausbeutungsdelikt）」と解するのは難しいのである。さらに、少年や反抗不能な者の性的な虐待は、性刑法の領域においてほかの構成要件が規定されている（ドイツ刑法典179条、182条）。

14 現行法は対象となる人的範囲を非常に明確に定義しており、「親族（ドイツ刑法典11条1項1号a参照）」や「密接な関係にあるそのほかの者（同法35条1項）」ではなく、「兄弟姉妹」と規定している。

15 *Albrecht/Sieber*, Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern, 2007, S. 83.

16 適切にも *Roxin*, StV 2009, 544, 546.

17 この人的刑罰阻却事由（通説）の根拠は、たいていの場合、責任減少の観点（NK/*Frommel*, § 173 Rn 19参照）か、または、行為によって被害を受ける関与者が刑事手続によってさらになお被害を受けるべきではないという点（SK/*Horn/Wolters*, § 173 Rn 9参照）に見いだされる。

そのため、173条の刑罰規範は完全に不要となるはずである。そのほかにも、実際に性的自己決定の自由を問題にするというのであれば、法はここでも「性交」に限られてはならず、あらゆる種類の「性的行為」を処罰しなければならなかった（ドイツ刑法典184条g第1項参照）。しかし、立法者は明らかにそれを放棄したのである。その理由は兄弟姉妹間の性交は——体系的な分類（ドイツ刑法典12章）の意味で完全に¹⁸——性犯罪としては理解されていなかったからである。

3 「性交」という行為への制約が意味を持つとすれば、ある一つの帰結だけを導くことになる。つまり、兄弟姉妹間の性行為について支持される「当罰性」のすべての重心は、「優生学的な論拠」にかかることになる。つまり、近親相姦という関係は、場合によっては非常に高い蓋然性で、子どもに遺伝性の障害を生じさせうるという論拠である。ただし、その点に対しては、国民の「遺伝的な健康」の維持を刑法という手段によって扱うことをどのように正当化しうるかという、法原則的な異議が示される。ドイツでは、社会全体の遺伝子型の「純血性」への関連づけは、ナチスの独裁という歴史的背景から完全に信用を失った¹⁹。しかし、仮に歴史を忘れて、現代の人類遺伝学²⁰にのみ基づいて考察する場合であっても、連

18 構成要件は1974年11月23日の第4次刑法改正法（BGBl. I, 1725）によって13章から12章に移動された。その理由はあきらかに、その社会有害性の中核が、もはや——性刑法的な——「わいせつ行為（Unzucht：Fn.4参照）」にはもはや見いだされないということにあった。

19 参照：1933年の遺伝病子孫予防法〔das „Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ vom 14. Juli 1933（RGBl. I, S. 529）〕；この法律の不法な性格については、BT-Drucks. 11/1714, 13/10284 sowie Gesetz v. 25.8.1998（BGBl. I, S. 2501）を参照。

20 なお、ドイツの人類遺伝学は、「優生学上の試みのあらゆる形態」や、「遺伝上の疾患や障害による差別のあらゆる形態」とは厳格に区別されている。*Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e.V.*, Erklärung anlässlich des 75. Jahrestages der Verkündung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, in: medge

邦憲法裁によって（無責任に）示された、「自由主義的遺伝学（liberalen Eugenik）²¹」の意味での「遺伝的観点²²」は、それぞれ生殖を望む人の責任に属すると考えるべきか、あるいは、国家権力の課題とすべきなのか、ということが厳密に区別される。後者の観点からは、刑法173条の構成要件はまさしく当罰的な「生殖禁止（Fortpflanzungsverbot）」として根拠づけられることになる。しかし、それを一貫させると、「純粋な遺伝子プール（Genpools）」の維持のための「着床前診断（Präplantationsdiagnostik（PID））」²³の刑法上の義務（そして、決して——実質的に制約された——権利にはとどまらない）や、「胎児の病を発見した場合」の刑法上の中絶命令という帰結にまで至らざるをえない。しかし、ドイツの法状況では、胎児の遺伝的な障害が予想されること自体が「妊娠中絶²⁴」を正当化することは絶対にはない。むしろ、妊娠中絶には、「妊婦の身体的あるいは精神的な健康状態の重大な侵害のまさに回避不可能な危険」を要求する（刑法218条a第2項、いわゆる医学的・社会的適応事由）。

さらに、「遺伝的な健康状態」という考え方は、現行の法秩序とまったく両立しない。なぜなら、新たな遺伝子診断法（Gendiagnostikgesetz）²⁵

2008, 331 f.を見よ。

21 BVerfGE 120, 224, 247.

22 これについて原則的に *Habermas*, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 2001.

23 胚保護法（ESchG）3条aによれば限られた範囲で（「重大な遺伝的疾患の高いリスク」の場合）さしあたり許容されている（Gesetz v. 21.11.2011, BGBl. I S. 2228によって追加された）。

24 「胚疾患の適応事由」は、「障害者」に対する差別禁止（ドイツ基本法3条3項2文参照）の観点という憲法上の思想ゆえに、1995年に削除された。

25 ドイツ遺伝子診断法（Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen vom 31. Juli 2009（BGBl. I S. 2529, 3672））；本法律について詳細は *Duttge/Engel/Zoll*（Hrsg.）, Das Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Recht und Humangenetik（Göttinger Juristische Schriften, Bd. 11）, 2011.

によれば、遺伝子障害のリスク調査を行なう権限は、調査を望む人に人類遺伝学的な相談の範囲内で完全に認められている。そして、その調査を望む人は（十分な説明（Aufklärung）に基づいた）遺伝的な分析の実施や、さらに、その結果を知ること（「不知の権利²⁶⁾」に同意していなければならない（遺伝子診断法8条以下²⁷⁾）。したがって、ドイツにおける人類遺伝学（Humangenetik）の正当化基盤は、（生体臨床医学的な、そして、情報に関する²⁸⁾）自己決定権のみにある。つまり、カップルが強制的に調査されることも、障害をもつ可能性のある子どもの出産や、性的な交渉そのものが妨げられることもない。ドイツ刑法173条2項2文の性交禁止規定によって強制される「生殖器官の（部分的な²⁹⁾）無機能化（Außerfunktionsetzung）」は——予防目的の観点ではより目的を達成しうる——断種（Sterilisation）よりもさらに強度の侵害性を有する。ドイツでは、このような無機能化は原則的に当該人格の同意に基づいてのみ、つまり、自己答責的な生活設計や、親になることを望まないという判断の結果としてのみ許容される（ドイツ民法1631条c、1905条参照）³⁰⁾。そのほかにも、遺伝生物学的に根拠づけられる兄弟姉妹間の生殖禁止は、私的な生活形成への重大な侵害であるだけでなく、平等原則（基本法3条1項）に対する違反でもありうる。なぜなら、たとえば、事情によっては遺伝的に障害を有する子どもが生まれるかなり高いリスクをもつ、血縁のない他者との性行為にはその生殖を禁止する規定が存在しないからである。たとえば、すい臓線維症（Mukoviszidosegeboren）³¹⁾のような「劣性遺伝の（rezessiv vererbbaeren）」

26 これについて概論を示したものとして *Duttge*, DuD 2010, 34 ff.

27 条文は本稿の文末に参考文献として掲載している。

28 たとえば、*Stockter*, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität, 2008, S. 484 f. passim.を見よ。

29 「部分的な」とは、つまり、生殖器官の無機能化が兄弟もしくは姉妹のみに妥当するという意味である。

30 したがって、「強制断種（Zwangssterilisation）」の権限は存在しない！

31 膵臓線維症（Mukoviszidose ラテン語では *mucus*「粘液」や *viscidus*「粘性の強

病気の子どもをもつ両親の場合、次の子どもに同様の病気が生じるリスクは25%あるといわれる。しかし、それでもなお、自己答責的な家族形成という意味で、このようなリスクを負うかどうかは両親にのみ決定の自由がある。

以上のような、刑法に前置される「一次法秩序³²⁾」との価値関連的な一致を目的とすべきという論拠と並んで、遺伝的に動機づけられた正統化の試みに反対する、純粹に刑法理論的な論拠がさらに存在する。すなわち、法益保護の「ウルティマ・ラティオ」として、処罰される行為に（法益関係的な）実質があり、特別の害の可能性が内在している場合にのみ、刑法の使用が正当化されうるというものである³³⁾。犯罪的な「犯行 (Tat)」として認められる行為態様は、その都度の生活状況において、典型的な、つまり、単に想像しうるとどまらず、一般的な生活経験によれば当然の「侵害可能性 (Schadensträchtigkeit)」を内在しなければならない³⁴⁾。通例の素人的な観察によれば、兄弟姉妹間の性交は、産まれてくる子どもの障害の

い、粘着性の」)、あるいは、嚢胞性繊維症 [zystische Fibrose (英語では *cystic fibrosis*)] は、遺伝的に引き起こされる常染色体劣性の先天的な代謝疾患である。気管支内のねばねばした粘液 (Schleim) による慢性の咳、気管支拡張症、しばしば繰り返す肺感染症、重大な肺炎が生じる。治療可能性が改善され、約35年の平均寿命がある。

32 「第一次法的な」行為規範の侵害に前置される、「第二次法秩序」(制裁法)としての刑法の理解について、基本的には *Binding, Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 1872, S. 3 ff., 28 ff., 56; さらに, *Frisch, Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 74 ff., 118 ff.; *Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, S. 307 ff.を見よ。

33 これについて詳細は *Duttge*, in: *Weber-FS* 2004, S. 295 (そこにはさらなる文献の指示がある)

34 刑法典323条a (完全酈酈)の例について、詳細は *Duttge*, in: *Geppert-FS* 2011, S. 63 ff.; weiterführend *Hirsch*, in: *Tiedemann-FS* 2008, S. 148 f., 「具体的危険性犯」と「抽象的危険性犯」の間で区別がなされ、後者には「実質的な不法」が欠けている(「単なる形式的な規範不服従」)。

高いリスクの存在が当然の前提とされている。その理由は、兄弟姉妹はその遺伝子の半分が一致しているため、共通で（ホモ接合型）、表現型にはこれまで表れない（＝劣性）対立遺伝子³⁵が結合する蓋然性が25%存在するというものである。しかし、子どもの遺伝上の障害が現実のものとなるためには、遺伝物質の形質の表れが同じであり、同じ有害な素質をもつ「特徴を有する者（Merkmalträger）」である二人の人間が実際に出会った場合のみである。したがって、この25%ルールは仮定的な大きさでしかないのである。なぜなら、各国の市民の中で様々に考えられる遺伝疾患に関して、どの程度の蓋然性にもとづいて、劣性対立遺伝子の遺伝的な問題が具体的に考慮されなければならないのかについては、間違いなく不明確だからである³⁶。

そして、このような理解は刑法の正統性の観点から決定的である。つまり、場合によっては害をもたらす原因は、最終的に処罰される行為（性行為）ではなく、いわばこれに前置されているからである。出会った二人がそれぞれ疾患に特有の素質を持っており、さらに、その素質が産まれる子どもの表現型に実際に表れうるように、お互いに「一致」した場合にのみ、性交渉がこのような素質が発現することを「運搬する手段（Transportmittel）」として力を貸すことになる。ただし、この両面的な行為自体は、この（共通の）素質が認識されていない場合、あるいは、「説得力ある論拠」によって容易に知覚可能といえない場合、「客観的帰属論」

35 対立遺伝子は、それぞれの染色体の特定の場所に位置し、遺伝子のありうる形質、もしくは、その遺伝子の異なる変異体を示す。

36 *Bromiker et al.*は、西洋諸国における遺伝的に決定された障害のリスクは1.0%から2.4%、近親相姦的な婚姻の場合は2.9から8.0%と見込んでいる。in: *Clinical Genetics* 66 (2004), 63 ff参照。圧倒的な不明確性についてはさらに*Albrecht/Sieber* (o. Fn 15), S. 112 ff. (そこにはさらなる文献の指示がある)

における「許された危険」として評価される³⁷。なぜなら、そのような不認識の状況下では、性的な抑制という意味でも、また、前述の人類遺伝学的な診察の受診によってあらかじめ認識形成を行うべきという義務の意味でも、法秩序が行為規範を置くことはできないからである。むしろ、これは任意の個人的な事柄である。それに対して、「生殖計画」や「遺伝子診断に従った行為」の強制は、全体主義的社会のサインだといわれる。このことは、たとえば「健康による絶対的な支配 (Gesundheitsdiktatur)」(Juli Zeh)³⁸や、約15年前に「古典的な」映画において印象的に映像化されている。

その映画である「ガタカ³⁹」の世界からいくつか感想を述べると、その重苦しい印象は、とくに、われわれの現代から段階的にしか異なっていないということにより示される⁴⁰。なぜなら、人間のゲノム・シーケンス解析が成功して以来、われわれの世界でも、遺伝子は「すべてのカギ」として妥当しており、すべての眼が希望に満ちた、医療的な遺伝子研究の進歩に向けられているからである。この進歩は、優先的に、いわゆる「国民病」や進行性の神経学的退行のための新たな施術の可能性をできる限り迅速に生み出すべきとされてきた⁴¹。しかし、「遺伝子の最適化の時代」や、

37 Roxin (Fn 2), § 11 Rn 66 f., § 24 Rn 14 ff., 52参照。「許された危険の個別化」について詳細はDuttge, in: Maiwald-FS 2010, S. 147 f.; さらにMurmman, in: Herzberg-FS 2008, S. 123 ff. 過失特有の「誘因要素 (Veranlassungsmoment)」についての概論は、MK/Duttge, § 15 Rn 121 ff.

38 Julie Zeh, Corpus Delicti, 2009, S. 58:「われわれが合理的に思考するならば、社会は窮地にあるあなたたちを保護する義務を負っている。しかしその場合、あなたたちは社会に対して、その窮地を避けるよう努力する義務を負うことになる！」

39 Andrew Niccol, Gattaca, 1997.

40 この意味ですでに、Platthaus, in: FA.Z. vom 11.07.1998, Nr. 158, S. 39.

41 その例として、医学的なゲノム研究の最新の年次会議の予告テキストで(原稿の末尾で)指摘されているのが見られる (http://www.molgen.mpg.de/news/news-molgen-mpg-de-22.11.2010/PM_2010_11_23_ngfn_Jahrestagung.pdf).

遺伝子的な神の全能幻想の時代においては、最終的に個人の自由が失われることになる。あらゆる人間の人生の遺伝的な事前診断に対する信頼が新たな宗教となれば、すべての人が「割り当てられたカードでゲームをしよう⁴²⁾」だけとなる。その場合、自身の運命はもはや神の手にあるのではなく、遺伝学者の手にあることになる。不運にも、「身体障害者」や「変性した人 (Degenerierter)」とされた者は、より多くを学ばされ、訓練され、あるいは、労働させられる。それにもかかわらず、彼らは「すばらしき新世界⁴³⁾」ではもはやチャンスは与えられない。なぜなら、血液像 (Blutbild) が「新たな通行証」であり、それによって教育を受けるチャンスや、社会的な接触やパートナーの選択といった、今後のキャリアについて判断されるからである。一方、その「遺伝的な指数」によって、先の人生がすでに誕生から保障される者も責任を負わなければならない。つまり、「完璧であることの責任」であり、彼には「拒絶するための言い逃れ」は許されないのである。

III

再び兄弟姉妹間の性交処罰に戻ろう。「遺伝生物学的な論拠」は、法倫理的にかなりの程度受け入れがたいものである。そして、「近親相姦 (Blutschande; これは、オーストリア刑法典211条において、今日でも公的な名称として使用されている)」という犯罪に対する刑罰要求は不合理で、高度に感情的であるため「合理性」を欠いている。そのため、「遺伝生物学的な論拠」は単に「繰り返されてきた (nachgeschoben)」にすぎないといえる⁴⁴⁾。実際には、近親相姦禁止という形で、太古に、神話 (オイ

42 *Gattaca* (Fn 39) からの引用

43 *Aldous Huxley, Brave New World*, 1932.

44 *Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, S.

ディプス⁴⁵⁾以来、無意識下の人間の存在の層 (Daseinsschichten) に根づいたタブー⁴⁶⁾が現れたものである。そのようなタブーは、古代では「性モラル」という意味で社会的な意味はあったかもしれないが、今日ではとうの昔に過去のものとなった⁴⁷⁾。今日妥当する社会システムや法システムの内部でもはや目的合理的に根拠づけられず、他者の権利の保護に還元できないのであれば、そのようなタブー保護は正当性を失っている⁴⁸⁾。つまり、「近親相姦がハンムラビ法典、イスラム法、ローマ法、ユダヤ法によって禁じられていたかどうかは、基本法の妥当のもとでは173条の合憲性にとって重要ではないのである⁴⁹⁾。」

さらに当該処罰規定は、関係者が生活している世界の状況にとってもまったく不適切である。Claus Roxinは正当にも以下のように理由づけた。「社会保障的な処分によって効果を及ぼす方が、『家族同然のもの (Quasi-Familie)』を処罰や拘禁によって権力的に破壊するよりも、よりよく、そして、より人道的である。子どもが自分の出生によって自らの父が刑務所に入ったということを人生で認識しなければならないとすれば、トラウマとなるようなショックを受けるだろう。法治国家、社会国家は、そのような配慮を完全に捨ててしまってはならない⁵⁰⁾。」したがって、173条は完全に削除されるべきという必然的な帰結だけが導かれうるのである。そし

66; ebenso *Jung*, in: *Lefrenz-FS* 1983, S. 311, 312; *Roxin* (Fn 2), § 2 Rn 43.

45 最近の著作において、このテーマの広く知られた業績について詳細は *Schoene*, „Ach wäre fern, was ich liebe“, 1997.

46 Fn 7.を見よ

47 適切にも、*Jung*, in: *Lefrenz-FS* 1983, S. 311, 318.

48 説得力ある見解として、*Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 2005, S. 457, または、同, in: *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 279 f.

49 適切にも、*Fischer*, *Strafgesetzbuch*, 58. Aufl. 2011, § 173 Rn 7.

50 *Roxin*, *StV* 2009, 544, 545.

て、法益論についてまだ何かいうことができるだろうか。もう一度Roxinを引用してその疑問に答えるならば、「立法批判的な法益思想の考え方は生きている！⁵¹」のである。

【参照条文】

『ドイツ刑法典』

第173条（親族間の性交）

- (1) 血族である卑属と性交した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。
- (2) 血族である直系尊属と性交した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処し、このことは、親族関係が消滅したときも妥当する。性交した、血族である兄弟姉妹も、同一の刑に処する。
- (3) 卑属及び兄弟姉妹が行為時に18歳に達していなかったときは、この規定によっては罰せられない。

§ 173 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten)

- (1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.
- (3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.

※条文の訳は法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』（法曹会、2008年）によった。

51 Roxin, in: Hassemer-FS 2010, S. 573.

『遺伝子診断法』

第8条（同意）

（1）遺伝子的検査、あるいは、分析の実施、および、そのために必要な遺伝子的試料の採取は、本人が検査とそのために必要な遺伝子的試料の採取について、明示的かつ書面によって、責任を有する医師に対して同意している場合にのみ許される。1文の同意は、遺伝子的検査の範囲についての判断や、検査結果が知らされるか放棄されるのか、そして、どの程度知らされるのか放棄されるのかの判断についても含まれる。7条2項によって委託された人、あるいは、施設は、同意の証拠が提出されている場合にのみ、遺伝子的分析を行いうる。

（2）本人は、責任を有する医師に対して、書面、あるいは、口頭で、その同意を将来的な効果をともなういつでも撤回しうる。撤回が口頭で行われた場合、これは遅滞なく文書化されなければならない。責任ある医師は、7条2項によって委託された人、あるいは、施設に遅滞なく撤回の証拠を送らなければならない。

§ 8GenDG (Einwilligung)

（1）Eine genetische Untersuchung oder Analyse darf nur vorgenommen und eine dafür erforderliche genetische Probe nur gewonnen werden, wenn die betroffene Person in die Untersuchung und die Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe ausdrücklich und schriftlich gegenüber der verantwortlichen ärztlichen Person eingewilligt hat. Die Einwilligung nach Satz 1 umfasst sowohl die Entscheidung über den Umfang der genetischen Untersuchung als auch die Entscheidung, ob und inwieweit das Untersuchungsergebnis zur Kenntnis zu geben oder zu vernichten ist. Eine nach § 7 Abs. 2 beauftragte Person oder Einrichtung darf die genetische Analyse nur vornehmen, wenn ihr ein Nachweis der Einwilligung vorliegt.

(2) Die betroffene Person kann ihre Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft schriftlich oder mündlich gegenüber der verantwortlichen ärztlichen Person widerrufen. Erfolgt der Widerruf mündlich, ist dieser unverzüglich zu dokumentieren. Die verantwortliche ärztliche Person hat der nach § 7 Abs. 2 beauftragten Person oder Einrichtung unverzüglich einen Nachweis des Widerrufs zu übermitteln.

同法第9条（説明）

(1) 同意を得る前に、責任を有する医師は、本人に対して遺伝学的検査の性格および意義と範囲について説明しなければならない。説明後、本人が同意に関して判断するまで適当な考慮時間が確保されなければならない。

(2) 説明には特に以下のことが含まれる。

1. 計画された遺伝子的な検査手段によって研究目的の範囲内で獲得しうる結果を含む、遺伝子検査の目的、類型、範囲、表明力（Aussagekraft）。さらにそれに属するのは、疾患、あるいは、健康障害や、それらを回避、予防、治療しうる可能性といった、検査されるべき遺伝子の性質の意味である。
2. 遺伝子的な検査の結果の認識、および、それに必要な本人の遺伝子的試料の採取にともなう健康上のリスク。さらに、妊婦の場合には、出生前遺伝子診断、および、それに必要な、胚や胎児の遺伝子的試料の採取にともなう健康上のリスク。
3. 遺伝子的試料や、検査結果、あるいは、分析結果の使用予定
4. 同意をいつでも撤回しうる本人の権利
5. 検査結果、あるいは、その一部について知ることなく、放棄するという権利を含む、本人の不知の権利
6. 遺伝学的な集団検診の際の、16条2項にもとづく遺伝診断審査会による検査の評価結果についての本人の情報（Unterrichtung）

(3) 責任を持つ医師は、遺伝子検査に関する説明の内容を書面化しなければならない。

§ 9GenDG (Aufklärung)

(1) Vor Einholung der Einwilligung hat die verantwortliche ärztliche Person die betroffene Person über Wesen, Bedeutung und Tragweite der genetischen Untersuchung aufzuklären. Der betroffenen Person ist nach der Aufklärung eine angemessene Bedenkzeit bis zur Entscheidung über die Einwilligung einzuräumen.

(2) Die Aufklärung umfasst insbesondere

1. Zweck, Art, Umfang und Aussagekraft der genetischen Untersuchung einschließlich der mit dem vorgesehenen genetischen Untersuchungsmittel im Rahmen des Untersuchungszwecks erzielbaren Ergebnisse; dazu gehören auch die Bedeutung der zu untersuchenden genetischen Eigenschaften für eine Erkrankung oder gesundheitliche Störung sowie die Möglichkeiten, sie zu vermeiden, ihr vorzubeugen oder sie zu behandeln,

2. gesundheitliche Risiken, die mit der Kenntnis des Ergebnisses der genetischen Untersuchung und der Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe für die betroffene Person verbunden sind, bei Schwangeren auch gesundheitliche Risiken, die mit der vorgeburtlichen genetischen Untersuchung und der Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe für den Embryo oder Fötus verbunden sind,

3. die vorgesehene Verwendung der genetischen Probe sowie der Untersuchungs- oder der Analyseergebnisse,

4. das Recht der betroffenen Person, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen,

5. das Recht der betroffenen Person auf Nichtwissen einschließlich des

Rechts, das Untersuchungsergebnis oder Teile davon nicht zur Kenntnis zu nehmen, sondern vernichten zu lassen,

6. bei einer genetischen Reihenuntersuchung die Unterrichtung der betroffenen Personen über das Ergebnis der Bewertung der Untersuchung durch die Gendiagnostik-Kommission nach § 16 Abs. 2.

(3) Die verantwortliche ärztliche Person hat den Inhalt der Aufklärung vor der genetischen Untersuchung zu dokumentieren.

※条文の訳は、山口和人「〔ドイツ〕遺伝子診断法の制定」外国の立法
2009年7月号を参照した。www.ndl.go.jp/data/publication/legis/24001/02400107.pdf（アクセス2012年8月6日）

以上

〔記録〕

日 時：2012年3月31日（土）18時～20時

場 所：龍谷大学矯正・保護総合センター（至心館）地下会議室

報告者：グンナー・ドウトゲ（Gunnar Duttge）教授（ゲッティンゲン大学）

通 訳：嘉門優氏（立命館大学）

テーマ：「可罰的近親相姦（ドイツ刑法173条）の正統化への疑問について
（Zur fragwürdigen Legitimation des strafbaren Geschwisterinzests
〔§ 173StGB〕）」

主 催：龍谷大学法学会

共 催：龍谷大学矯正・保護総合センター

〔略歴〕グンナー・ドウトゲ教授（Prof. Dr. Gunnar Duttge）

ゲッティンゲン大学（Georg August Universität Göttingen）

1966年	ゲミュンデン（Gemünden am Main）生まれ
1987年-1992年	バイエルン州ヴュルツブルク大学で法学を学ぶ
1992年1月	第一次司法試験
1992～1994年	司法修習。同時にヴュルツブルク大学の犯罪学・刑法講座エレン・シュリュヒター（Ellen Schlüchter）教授の下で助手を務める。
1993年夏学期	シュバイヤー行政大学院で学ぶ
1994年11月	第二次司法試験
1995年	博士号取得
1995年～1999年	ルール大学、刑法・刑事訴訟法講座シュリュヒター教授の下で学術助手を務める。
2000年1月	教授資格取得（刑法、刑事訴訟法および法哲学）
2000/2001年	ルール大学講師
2001年 夏学期	ミュンヘン大学講師
2001年11月	ミュンヘン大学、刑法・法哲学の教授
2004年10月	ゲッティンゲン大学で刑法・刑事訴訟法講座に招聘。 ハンス＝ルートヴィッヒ・シュライバー教授の後任
2006～2010年	ゲッティンゲン大学法学部医事法研究所所長（事務部門）
2010年9月以降	ゲッティンゲン大学法学部医事法研究所代表所長