HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドーピングに対する刑事規制について
Author(s)	小名木, 明宏
Citation	北大法学論集, 67(5), 486[1]-470[17]
Issue Date	2017-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/64410
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no5_06.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

ドーピングに対する刑事規制について

小名木　明　宏

Ⅰ．はじめに

1．ドーピングをめぐる昨今の状況

昨今、新聞記事でドーピングに関する話題が非常に目に付く。たとえば、2015年10月７日の産経新聞では、2014年の世界アンチ・ドーピング機構（WADA）の報告により3000件以上で禁止薬物が検出されたとあり[1]、また、2015年８月３日の朝日新聞では、陸上競技とドーピングの問題を取り上げている[2]。2016年２月12日の産経新聞では、中国女子陸上の馬軍団とドーピングの問題が取り上げられている[3]。それ以降も、2016年３月８日の朝日新聞等で報道されたテニスのシャラポワ選手のドーピング問題は、テニス界を超えてセンセーショナルな話題となった[4]。また、ツール・ド・フランスにおける度重なるドーピング不祥事は、この問題の根の深さを浮き彫りにしている。このように、スポーツとドーピングは強いつながりのあるもので、これにどのように対処するかということが、スポーツ関係者の間での問題はもとより、法政策的な問題となっている。とくにリオオリンピックの前後にはこの問題が大きく取り上げら

[1] http://www.sankei.com/sports/news/151007/spo1510070035-n1.html

[2] http://digital.asahi.com/articles/ASH8252RZH82UTQP018.html?iref=comtop_6_05

[3] http://www.sankei.com/premium/news/160212/prm1602120008-n1.html

[4] http://digital.asahi.com/articles/GCO2016030801001126.html?iref=comtop_6_06

れ、ロシアが国としてのオリンピック参加ができなくなったことは記憶に新しい。

2．本研究の目的と意義

本研究は、近年、スポーツ競技において問題となっているドーピングの使用を法的に規制するためにはどのような方策が最適であるかについて、主にドイツを対象として比較研究を行い、わが国におけるドーピングの法的規制のあり方について検討を行うものである。さまざまなスポーツ競技において問題となっているドーピングを法的に規制する根拠はいまだ不明確である。本研究はこれを明確にし、どのようにドーピングを法的に規制するべきかを模索するものである[5]。

折りしも、ドイツでは2015年12月「アンチ・ドーピング法」が成立し、施行された。これによりドイツではドーピング行為を刑事規制することになったのである。その他の国々にもこのような法律は存在するが、他方、わが国にはこのような明確な法規制はない。本研究はこのようなドーピングに対する刑事規制の根拠を示し、法的規制のありかたを検討するものである。

---

[5] 本研究は、ドーピングに対する刑事規制に関する法律学的研究であり、ドーピングの医学的、生理学的、運動学的な観点に関しては著者の能力をはるかに超えている。したがって、いささか机上の空論となるかもしれない危険を含んでおり、そのため、さまざまな関係者に聞き取り調査を行った。国内では、京都大学法学研究科高山佳奈子教授、筑波大学体育系岡出美則教授、新四谷法律事務所伊東卓弁護士にインタビュー調査を行い、意見交換をし、研究への貴重なアドバイスをいただいた。また、海外では、ドイツ連邦共和国ケルン大学マルティン・ヴァスマー教授、ドイツ連邦共和国マールブルク大学ディーター・レスナー教授、ドイツ連邦共和国フランクフルト・アム・マイン大学マティアス・ヤーン教授、ドイツ連邦共和国ゲッティンゲン大学マンフレット・マイヴァルト教授にインタビュー調査を行い、意見交換をし、研究へのアドバイスをいただいた。とくに、レスナー教授、ヤーン教授はドーピング問題が専門であり、貴重な意見を提供していただいた。さらに、中間報告として、2015年10月17日、刑法学会北海道部会において研究報告を行い、研究の客観性を確保し、また、議論を通じて主に刑事法研究者から研究への貴重な示唆をいただいた。あらためて深謝する。

現在までのところ、我が国のスポーツ界はセンセーショナルなドーピングスキャンダルには遭遇していない。海外の研究者と意見交換をした際、「日本はドーピングをやっていないのか」と聞かれることがよくある。「武士道はそのような汚れたことには手を染めない」といって切り返したり、「やっていれば、もっと強いよ」と返したりしている。現に、ドーピングコントロールが厳しくなっている昨今、とくに、リオオリンピックでは、日本はメダル獲得で大成果をあげた。これを日ごろの鍛錬の成果とみるのか、あるいは、他の国がドーピングをしなかったため成果が落ち、日本が相対的に成果をあげたと見るかについては見解が分かれるであろう。いずれにしても2020年の東京オリンピックを控えて、日本のスポーツ界に世界一クリーンなスポーツ環境を実現することは、世界における日本のスポーツ界全体の地位向上に貢献し、ひいては国としての国際的な地位向上につながるものと思われる。ここにドーピングの法規制について正面から論じる意義が認められる。

Ⅱ．ドーピング問題の現状

1．ドーピングの歴史[6]

ドーピングの歴史は非常に古く、ギリシャ時代に遡るといわれている。当時、競走馬に興奮剤を与え、成績向上を試みたといわれている。他方、1865年、アムステル運河水泳競技大会で使用した選手がいたのが、ドーピング使用で残る最も古い記録である。最近では、すでに述べたように、自転車競技や陸上競技において、ドーピング摘発、発覚が話題となっている[7]。

日本においては公益財団法人日本アンチ・ドーピング機構（JADA）

[6] ドーピングの歴史については、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（2009年）360頁以下が詳しい。

[7] とくにツール・ド・フランスを題材とした、タイラー・ハミルトン、ダニエル・コイル「シークレット・レース―ツール・ド・フランスの知られざる内幕」（小学館、2013年）、ボディビルを題材とした、増田晶文「果てなき渇望―ボディビルに憑かれた人々」（草思社文庫。2012年）があり、現場の状況がよく分かる。

の傘下の各競技団体においてドーピング規制がなされている[8]。また、日本野球機構（NPB）[9]、日本ゴルフツアー機構[10]、日本相撲協会[11]は日本アンチ・ドーピング機構に所属していないものの、独自に検査を実施し、他方、日本ボクシングコミッションは実施の実績はない[12]。

２．各国におけるドーピングの規制

（１）わが国の状況

ドーピングの対象となる禁止薬物についてのリストは世界アンチ・ドーピング機構（WADA）により公表されている[13]。刑事法的にはこれは罪刑法定主義を実現したものでカタログとなっている。ドーピング規制については、2005年に第33回ユネスコ総会においてアンチ・ドーピング条約が採択され[14]、日本も翌年批准している。国内法の整備としては、1961年（昭和36年）のスポーツ振興法を全面改正したスポーツ基本法が2009年に成立している。この法律において、ドーピングについては、２条と29条に規定が存在し、

（基本理念）
第２条
８　スポーツは、スポーツを行う者に対し、不当に差別的取扱いを

[8] JADA 加盟団体リストについては、http://www.playtruejapan.org/about_jada/members_list/ を参照。

[9] http://npb.jp/anti-doping/ni には、ドーピングに関する詳細な情報とガイドラインが掲載されている。

[10] http://www.jgto.org/pc/TourTopicsDetail.do?year=2009&tournaKbnCd=0&conferenceCd=27&languageKbn=0&administerNo=72には、コカ・コーラ東海クラシック2009の最終日終了後に、初のドーピング検査を実施したと記載されており、「陽性の場合は当該大会を失格とし、賞金や副賞は没収され、初回は１年以下の出場停止などの処分が課せられる。」とされる。

[11] http://www.sumo.or.jp/IrohaKyokai/rijikai には、ドーピング防止委員が挙げられている。

[12] https://www.jbc.or.jp/ にはドーピングに関する記載はない。

[13] http://list.wada-ama.org/jp/

[14] http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/17/rls_1019d.html

せず、また、スポーツに関するあらゆる活動を公正かつ適切に実施することを旨として、ドーピングの防止の重要性に対する国民の認識を深めるなど、スポーツに対する国民の幅広い理解及び支援が得られるよう推進されなければならない。

（ドーピング防止活動の推進）

第29条　国は、スポーツにおけるドーピングの防止に関する国際規約に従ってドーピングの防止活動を実施するため、公益財団法人日本アンチ・ドーピング機構（平成十三年九月十六日に財団法人日本アンチ・ドーピング機構という名称で設立された法人をいう。）と連携を図りつつ、ドーピングの検査、ドーピングの防止に関する教育及び啓発その他のドーピングの防止活動の実施に係る体制の整備、国際的なドーピングの防止に関する機関等への支援その他の必要な施策を講ずるものとする。

と規定している。本法律は、制裁規定を持たないが、日本アンチ・ドーピング機構の規程10条「個人に対する制裁措置」により、資格の停止等の制裁があり、さらに、同規程11条「チームに対する措置」、12条「スポーツ関係団体に対する制裁措置」により、競技会での失効や資金拠出やその他の支援の停止といった制裁がある[15]。ここでは、日本アンチ・ドーピング機構に加盟している各競技団体が内部規制の主体として制裁を課すことになる。このように我が国のスポーツ界では、日本アンチ・ドーピング機構の規程の下、競技団体の内部規制によりドーピングが規制されていることになる。

（2）ドイツの状況

ドイツでは、2007年に「スポーツにおけるドーピングの防止を改善するための法律（Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport）」が制定された[16]。これは実質１条からなる法律で、しかも薬

[15] 本規程については http://www.playtruejapan.org/downloads/code/japan_code_2015_jpn_20150401v2.pdf を参照。

[16] このドイツの規定については、高山（前掲６）370頁が詳しい。

事法（Arzneimittelgesetz）を改正する法律でしかない[17]。これにより、スポーツにおけるドーピング目的での「少なからぬ量の薬物の入手または所持」が禁止された。しかし、これに対しては３年以下の自由刑、または罰金が科せられたにすぎない。もちろん、これではドーピングの禁止としては当然に不十分なので、2015年５月に「スポーツにおけるドーピングの防止のための法律案（Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport）[18]」が提出され、「スポーツにおけるドーピング対策法（Gesetz gegen Doping im Sport（Anti-Doping-Gesetz vom 10. Dezember 2015（BGBl. I S. 2210））」として2015年12月に成立し、施行された[19]。マース司法大臣の説明によれば、

（１）自己ドーピングの処罰
（２）関係者の処罰
（３）ドーピング処罰のためのスポーツ連盟との連携体制の強化

が本法律の大きな柱となっている[20]。そして、同法第１条はこの法律の目的として、

「この法律は、競技者の健康を守り、スポーツ競技のフェアネスと機会均等を保証し、よってスポーツの健全性の維持に貢献する目的で、スポーツにおけるドーピングの使用を防止することに資するものである。」

として規定している。つまり、法律の目的として、（１）競技者の健康の保護、（２）フェアネスと機会均等の保証、（３）スポーツの健全性の維持が挙げられている。これは後述する保護法益の問題である。また、

---

[17] Artikel 2 Änderung des Arzneimittelgesetzes により薬事法の個々の条文の文言が修正されている。

[18] https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/GE_AntiDopG.pdf?__blob=publicationFile&v=7

[19] https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/antidopg/gesamt.pdf 参照。なお、立法過程での議論については *Schulz*, Doping als strafbare Gesundheitsgefährdung, 2016, Verlag Dr. Kovač, S. 165 ff. が詳しい。

[20] 2015年５月８日のマース司法大臣の演説 http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/05082015_BR_AntiDop.html?nn=6704226

第３条で自己ドーピングを禁止していることも保護法益の観点と関連する。

本法律は、１条に目的規定、２条にドーピングの処罰範囲、３条に自己ドーピングの禁止、４条に罰則規定（３年以下の自由刑か罰金（１項）、特に重い場合には、１年以上10年以下の自由刑（４項）、そこまで重くない場合には３月以上５年以下の自由刑（５項）、中止犯の規定（８項））、５条に収奪の拡大、６条に命令の授権（連邦保健省は対象薬物を追加できる旨）、７条に薬品の説明書への表示義務、８条に情報交換の規定（裁判所と検察とドイツ・アンチドーピング機構の協力関係）、９条に個人データの範囲、10条に健康データの範囲、11条に裁判管轄、12条にドーピング事案の管轄の集中化を規定している。

（３）オーストリアの状況[21]

オーストリアの刑法では147条「（１）詐欺をした者は３年以下の自由刑に処する」があり、「(1a) スポーツでのドーピングの目的でアンチ・ドーピング条約（BGBl. Nr. 451/1991）に掲げられた禁止された薬剤や禁止された方法により欺罔を行い、少なからぬ損害を与え、詐欺をした者も同様に処罰する。」として、ドーピングを詐欺罪の一類型として規定している。

（４）その他の国々

その他の国々での立法状況に敷衍すると、フランスは「スポーツの健全性の保護とドーピングの克服のための法律（Loi n° 99-223 du 23 mars 1999 relative à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage）」で、スペインは「スポーツ活動におけるスポーツの健全性の保護とドーピングの禁止に関する法律（Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva）[22]」および「スポーツにおける健全性の

[21] オーストリアの状況については、高山（前掲註６）383頁。また、最近の議論の状況については、*Schulz*（前掲註19), S. 190 ff. が詳しい。

[22] http://www.aea.gob.es/aepsad/dms/microsites/aepsad/normativa/

保護に関する法律（Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte）[23]」で、イタリアでは「スポーツ活動の健全性とドーピングの克服のための法律（Disciplina della tutela sanitaria della attività sportive e della lotta contro il doping）[24]」によって規制されている[25] [26]。

３．法的問題点

（１）はじめに

それでは、ドーピングをめぐり、どのような法的な問題点が存在するのであろうか。一口に法的な問題点と言っても、様々な法領域が問題になるが、ここでは刑事法の観点から、ドーピングに対してどのような制裁を課すかという観点から検討したい。

まず、その前提として、「ドーピングはいけないことである」という社会的共通認識が存在すると考えてよいであろう。少なくとも上記命題は、国際的に真であると認められている。そうでなければ、ユネスコ条約や諸外国の罰則規定の説明ができないからである。これとの関連で、倫理学者である加藤尚武は、その著書「合意形成とルールの倫理学」において、「ドーピングの倫理問題」という章において詳述し、「ルール違反である」、「選手の健康を損なう」という２つの理由により、社会的な

---

normativa-nacional/Ley-Organica-3-2013.pdf

[23] http://www.aea.gob.es/aepsad/dms/microsites/aepsad/normativa/normativa-nacional/RD-461-2015-Estatuto-Aepsad.pdf

[24] http://www.coni.it/it/attivita-istituzionali/antidoping/2014-05-27-09-50-26/normativa.html?download=46:legge-376-2000-versione-italiana

[25] イタリアのドーピング問題については、*Maiwald*, Problem des Strafbarkeit des Doping im Sport - am Beispiel des italienischen Antidoping-Gesetzes, in: Dölling/Erb (hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 399を参照。

[26] ポーランドの状況については、A. シュヴァルツ（信太秀一訳）「ポーランドにおけるスポーツ・ドーピングの法的諸問題」西原春夫監訳『ポーランドの刑法とスポーツ法』131頁（2000年、成文堂）参照。

合意が形成されるとしている[27]。

また、日本アンチ・ドーピング機構 JADA の FAQ[28]にも、ドーピングの禁止の理由が「全世界で共有されているスポーツ全体のルールです。（1）フェアプレーの精神に反する、（2）アスリートの健康を害する、（3）反社会的行為である、といった、スポーツの価値の根幹を損なう、スポーツに正々堂々と向かうことができない「ずる」くて「危険」な行為でもあります。」と説明されている。

このように「ドーピングは許されないもの」という点については意識共有されているが、それがどのように理論づけられるものなのかは法学的分析が必要となる。

（2）法益の問題

刑罰を科するにあたって、保護法益を明確にすることは最重要とされていることは刑事法の分野においては論を待たない。何のために刑罰が科せられるかが明確にされなければならないのである。この点、ドイツの条文は法益を意識した規定となっている[29]。ここでドイツの新しい法律の文言に取り入れられた法益を検討してみよう。

（ｉ）競技者の健康の保護

まず、第一に「競技者の健康の保護」があげられている。これは、ドーピングがもたらす身体への悪影響を考慮したものである。その意味で、ドーピングは身体への悪影響、すなわち、傷害結果をもたらすものであり、競技者の身体を保護法益とすることには根拠があることになる。他方で、被害者の承諾の観点からこれを検討すると、そのような傷害が本人の同意によって正当化されるかという問題になる。

この点、本人が承諾している以上、全て正当化されるという考え方は現在の通説ではなく、むしろ一定の場合、本人の同意にもかかわらず、承諾は無効で、傷害罪は正当化されないとする見解が通説、判例の立場

[27] 加藤尚武「合意形成とルールの倫理学」（2002年、丸善ライブラリー）101頁。
[28] http://www.realchampion.jp/faq
[29] 条文については、前掲Ⅱ 2（2）を参照。

である[30]。その例外的事情は、学説によって異なり、たとえば、生命への危険性、良俗、社会相当性などが主張されている。それゆえ、ドーピング禁止の根拠を競技者の健康の保護に求める視点はこの点では間違っていない。また、本人の同意があるといっても、コーチ、チームドクター、スポンサーなどが関わり、チーム全体で勝利に向かっている中で、競技者がすべてを自己の意思で決定できるかというと、これはかなり怪しく、そもそも、自己の意思に基づいた同意があるかさえ疑わしくなってくる。現在の競技はチーム競技であり、アスリートを支え、彼の成果によって、各スタッフの収入が決まる。そのような中で、アスリートがすべてを自己決定できる状況にあると考えること自体、現状ではありえないことなのである。

他方、自己ドーピングの場合には、以上の論理は当てはまらない。自分自身による傷害行為はそもそも自己危殆化の原則に基づき、法益が放棄されるので、構成要件該当性がなく、何罪も構成しないのである[31]。また、たとえ他人の手によるドーピング施術であっても、自己血液ドーピング[32]の場合、健康への危険性もなく、そもそも傷害にも当たらないのである。

ドイツの新法はその３条に自己ドーピングの禁止を規定しており、必ずしも整合性を有するものではない。この点をとらえて、レスナーは、

---

[30] 日本及びドイツにおける被害者の承諾と正当化の限界の問題についての概観は、佐藤陽子「被害者の承諾」(2011年、成文堂) 98頁以下を参照。

[31] フランクフルト上級裁判所判事・フランクフルト大学教授ヤーンの2015年６月17日のスポーツ委員会公聴会での意見陳述８頁。https://www.bundestag.de/blob/378080/9a83684efd215d974e4ba5ebaf8371ff/stellungnahme-jahn-data.pdf

また、2014年11月に内務省・司法省・保健省の共同部局案に対してであるが、自己ドーピングは問題となると *Mortsiefer*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport - eine Erläuterung der neuen Vorschriften, SpuRt, 2015, 2はコメントしている。

[32] 自己血液ドーピングについては、酒瀬川亮介・由利英明「トップアスリートの赤い闇　血液ドーピングなしには勝てない」(2013年、朝日新聞 Web 新書) を参照。

自己ドーピングを禁止する以上、健康の保護を保護法益とするのではなく、機会均等の保証こそが保護法益だと主張している[33]。

（ⅱ）フェアネスと機会均等の保証

ドイツの目的規定の文言に次に登場するのが、「フェアネスと機会均等の保証」である[34]。前者は競技の公正さを意味し、後者は職業選択の自由の保障を意味している。つまり、他人の職業選択の自由を奪っているというのである。競技成績が職業選択につながり、ドーピングをすることでその地位を獲得したのであれば、それによって他者の職業選択の機会を奪っているのである。現在のスポーツ界では、従来のような純粋なアマチュアスポーツではなく、職業としてのスポーツ、ないしは、生活の糧としてのスポーツが主流になって来ている。これはプロ選手の収入の高さや賞金額の高さ、ひいては、関連グッズなどの版権収入を考えれば、納得行くものである。平たく言えば、ズルをしてお金を稼いでいるということである。

このような考え方に対しては、まず、フェアネスという法益があまりに抽象的であるという反論が妥当する[35]。その上で、さらに、現実の競技が真にフェアで機会均等であるか疑わしい。エチオピア、ケニア、プエルトリコ、ジャマイカ人の競技成績を見れば、特定の遺伝子が特定のスポーツに著しい影響をしていることは明白である。さらに、体重別にしている柔道やボクシングを除くと、バスケットボールなどでは、身長差が考慮されていない。また、スキー競技での新しいワックスの使用、

---

[33] 2015年６月17日のスポーツ委員会公聴会での意見陳述４頁以下。https://www.bundestag.de/blob/378906/4c57f67df4e4ec457a6b145cc680473d/stellungnahme-roessner-data.pdf

[34] 2015年11月13日のマース司法大臣による連邦議会での立法趣旨演説では、この点を非常に強調している。http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/05082015_BR_AntiDop.html?nn=6704226

[35] ヤーン意見（前掲註31）10頁以下。さらにこれを個人的法益と一般の期待を混ぜ合わせた「ハイブリッド法益」と命名し、保護法益を倫理化し、ひいてはスポーツの世界への刑法の介入に至る可能性があるとして批判的な見解もある。*Norouzi/Summerer*, DAV-Stellungnahme zum Anti-Doping-Gesetz, SpuRt 2015, 63.

新しい器具の使用など不平等と評価されなくもない。さらに「フェアネス」に関していえば、整形手術[36]をした人は美人コンテストに出られないか？ひいては、化粧で人に接するのはフェアではないか？どちらも職業的な優位さを導き出しているのではないか？スポーツであると否とを問わず、世界にはさまざまな競争が存在し、勝者と敗者があるにもかかわらず、なぜスポーツにおけるドーピングだけが「フェアネス」の下で規制されるのか？このような疑問が生じてくるのである。

（ⅲ）スポーツの健全性の維持

３番目にあげられているのが「スポーツの健全性の維持」である。これはスポーツのインテグリティを維持するということである。スポーツというカテゴリーが一般社会で崇高なものとして一般に承認されているのは、人間が努力して肉体の限界を高め、目標達成を目指し、お互いに競い合うからである。ドーピングはこの理念を根本から覆すものであり、もし、これがまかり通ると、スポーツが一般社会から承認されないものとなってしまうのである。

これに対しては、まず、ドイツの条文では「よって」という文言に導かれている形式が批判される。これはそれ自体が目的であって、保護法益ではなく、ここからは法益を導き出せないというフランクフルト上級裁判所判事・フランクフルト大学教授ヤーンによる批判である[37]。

形式的な批判はさておき、実質的にみると、スポーツを崇高なものと見ているのは、果たして国民全体であろうかという批判ができる。興味のないスポーツには何らの関心を示さないのが一般的であろう。そこで、競技者は彼を目指す後輩たちの模範となるべきであり、だからこそクリーンなスポーツ選手であれというのであり、ドーピングを用いると、模範としてふさわしくないというが、これはスポーツに限ったことであろうか？音楽家はどうか、政治家はどうか、その他の職業はどうか？このような疑問が生じてくるのである[38]。2015年12月17日にフランスで可

[36] 整形手術に伴う法的問題については *Wagner*, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, 2015, Duncker&Humblot が詳しい。

[37] ヤーン意見（前掲註31）34頁。

[38] *Kudlich*, An den Grenzen des Strafrechts, JA 2007, 93.

決された「痩せすぎモデル規制法」はこれを考慮している。また、同様の規定は、スペイン、イタリア、イスラエルにもみられる。

（iv）まとめ

このようにドイツの条文をもとにした分析から明らかなように、ドーピングを禁止するための保護法益の明確化は困難であるといえる[39]。ドイツでの議論で、保護法益に関してこれらを併存させたのも、一元的な視点からでは説明できないということを了解したうえでのことなのである。それでもなお、ドイツの条文は、ドーピングの保護法益の議論に有益な契機を与えてくれる。

まず第１に、「選手の健康の維持」である。確かに、自己ドーピングと自己血液ドーピングで説明ができないという問題点はあるが、ドーピングには危険が伴うということには間違いなく、明らかに生命を縮めたり、健康に障害が発生するのであるから、これを考慮に入れることは妥当であると思われる[40]。

次に、２番目として、「ルールとしての共通の社会認識」が挙げられる。「関係者の処罰による一般予防効果がある」とドイツ連邦共和国のマース司法大臣はドーピング処罰法に関して説明した[41]が、これ自体は、ルールがルールとして妥当するというそのことを認めるということに過ぎず、ルールの自己目的化という批判があてはまると思われる。しかし、それでもなお、積極的一般予防の観点から、また、規範の妥当性の確証という観点から、規範が規範として妥当し、この遵法状態を国民が共有することで法治国家が継続形成でき、国民の規範意識の向上に資すると考えられるのであるから、この観点は肯定できるものと思われる。とくに、ドーピングに限って言えば、ドーピングをすることによって、薬物

---

[39] ヤーン意見はこのようなスタンスで、立法自体に批判的である（前掲註31）。同様に、*Schulz*（前掲註19）, S. 152.

[40] レスナー意見も「無分別な人に対して、国家が個々人の健康をパターナリスティックに保護することを例外的に許したり、個々人の利益を超えて「国民の健康」を定立することも可能ではある」とし、現にそれはBVerfG NJW 1999, 3399, 3401やBGHSt 37, 179, 182で支持されているとしている。同意見（前掲註33）９頁。

[41] 2015年５月８日のマース司法大臣の演説（前掲註20）参照。

に対する規範意識が鈍磨し、ひいては、覚せい剤や大麻という違法薬物へ手を出す危険性が著しく増大することも忘れてはならないのである。

そして最後に３番目として、「フェアネス」が挙げられる。ドーピングをした当人以外は、「ずるい」という意識を持つのであり、この意識がルール化を要求していると考えられる。たとえば、市民のスキーマラソンでスキーを脱いで急な坂道を下る場合、「ルール違反だ！」と大声で叫ぶ人がいるが、要は「ずるい」と考えているからに他ならない。あとはこれが実効性と妥当性を持つものとしてルール化されるかである。この点で、日本のオリンピックメダリストがドーピングを行わなかったことに影響した要因について「テーマ分析法により、【個人の道徳的スタンス】、【内発的動機づけ】などの５つの個人的要因，【親による教育】、【安心した競技スポーツ環境】などの７つの社会環境的要因」を抽出しており、非常に興味深い[42]。他方、アイヴァン・ウォディングトン、アンディ・スミス「スポーツと薬物の社会学：現状とその歴史的背景」は、ドーピングをフェアプレーと不正行為という観点で検討し[43]、薬物を用いて運動能力を向上されることの可能性に言及したうえで、結論としてはハームリダクションとしてドーピングを許容する政策もありうることに言及している[44]。

以上の考察から、ドーピング禁止の保護法益は、「選手の健康の維持」と「フェアネスに裏打ちされたルールの妥当性」と解すべきと考える。

（３）その他の問題

ドーピングに関しては、その他の点で、現行刑法の解釈の問題としても検討される。

---

[42] 日比野幹生、舟橋弘晃、青柳健隆、間野義之「アスリートがドーピングを行わなかったことに影響した要因：オリンピックメダリストを対象とした質的検証」スポーツ産業学研究 Vol.26，No. 1（2016）13頁。
https://www.jstage.jst.go.jp/article/sposun/26/1/26_1_13/_pdf

[43] アイヴァン・ウォディングトン、アンディ・スミス（大平章，麻生享志，大木富訳）「スポーツと薬物の社会学：現状とその歴史的背景」（2014年、彩流社）59頁。

[44] 同書（前掲註43）307頁以下。

まず第１に、傷害罪との関係が問題となる[45]。これは、たとえば、コーチが競技者に秘してドーピングを実施した場合である。栄養剤や食物の中に禁止物質が含まれていた場合がこれにあたる。これについては、健康に障害が発生するか否かによって判断するしかない。また、未成年の場合には、児童虐待の問題ともなりうる。

つぎに、詐欺罪も問題となりうる。いくつかの類型は考えられるが、自己ドーピングを念頭に置くと、競技者がチームに秘してドーピングを実施した場合である。具体的には、自分の能力をドーピングによって高め、選手登録をさせたり、レギュラーに採用されるということで利益を得るわけである。ただ、詐欺罪の場合、欺罔の相手方を特定しなければならないが､これが誰であるかについては問題がないわけではない｡チームなのか、主催者なのか、スポンサーなのか、観衆なのか、必ずしも明白ではない。

さらに、ドーピングの不公正な競争としての側面から経済犯罪の一つととらえようとする見解もある。これを主張するのがマールブルク大学教授レスナーである。これによれば、ドーピングの禁止は、不公正な競争防止の一環であって、ドイツ刑法298条以下の競争に関する罪に加えるべきという提案をしている。このようなとらえ方からすると、ドーピング禁止の保護法益は、職業選択の自由とそれに伴い憲法上要請された基本権保護義務であることになる。したがって、お金を稼ぐプロ競技者だけの問題で、アマチュア競技者は関係ない[46]。

Ⅲ．今後の問題

新しい問題として、頭脳ドーピング（マインドドーピング）をどうするかという問題がある[47]。たとえば、筆記試験に際して向精神薬である

---

[45] 高山（前掲註６）387頁。

[46] レスナー意見（前掲註40）参照。

[47] マインドドーピングについては、*R. Merkel*, Neuartige Eingriffe ins Gehirn, ZStW 2009 (121), 919, *Magnus*, Die Strafbarkeit von Sport- und Minddoping bei Minderjährigen, ZStW 2012 (124), 907参照。

リタリンを服用し、集中力を高めた場合である。筆記試験はスポーツではないので、スポーツの健全性の保証ではカバーできず、せいぜい、フェアネスの問題となるが、集中力を高めるためにコーヒーを飲むことは許されないのかという疑問も生じる。

さらに、スポーツの世界では、物理ドーピングという用語も聞かれるようになっている。2014年にドイツのマルコス・レームは義肢を使い、走り幅跳びのヨーロッパ記録を出し、ドイツ選手権で優勝した。義肢の素材が規定に適合しているかという問題であるが、障碍者が健常者を凌いだのであり、こうなると、自分の足を新素材にすることが「ずるい」ことかどうかが議論されることになろう[48]。

Ⅳ．まとめ

ドーピングの問題について主にドイツを比較対象として検討した。その際、一番大きな問題として、保護法益は何かという問題があり、ドイツの新しい法律と議論をもとにして、「選手の健康の維持」と「フェアネスに裏打ちされたルールの妥当性」を保護法益と解した。さらに、ドーピングは、刑法上、傷害罪や詐欺罪としても問題となるということを示した。最後に、将来的には、従来のドーピングとは異なる形態の、頭脳ドーピングや物理ドーピングが問題となることも示した。

今後、日本でも諸外国と同様に、ドーピングを刑罰で処罰することの是非が活発に議論されるようになるであろう。その際、保護法益の議論は欠くことができないものであり、それを踏まえたうえで刑罰化を図るべきであろう。著者の視点では、スポーツが国民の中に浸透しており、しかも、国威発揚として外交問題にまで発展している現代社会では、スポーツの重要性は単なる趣味というカテゴリーを離れた重要な国家的関心事であり、この問題に国家が関与する、すなわち、法律によってドー

[48] http://www.spiegel.de/sport/sonst/weitsprung-markus-rehm-bleibt-deutscher-meister-a-1000778.html, http://www.zeit.de/sport/2014-07/rehm-nicht-zu-leichtathletik-em-zugelassen-prothese, http://www.zeit.de/sport/2014-07/rehm-prothese-em 等批判的な記事が多い。

ピングを禁止し、健全なスポーツを実現する意義は非常に大きいものと思われる。さらに、ドイツのマース司法大臣が2015年11月13日の連邦議会での立法趣旨演説において、今後、大規模な競技会は反ドーピング法の整備されている国のみで開催されるということになるかもしれないということを発言している[49]。以上のような理由でドーピング罪の創設に与するものである。

また、本論文の脱稿後に、スポーツ庁「アンチ・ドーピング体制の構築・強化に向けたタスクフォース」による最終報告書『アンチ・ドーピング体制の構築・強化について～ドーピングのないクリーンなスポーツの実現に向けて～』[50]に接した。これは、ドーピング問題を克服するためにどのような制度を整備するかについて総合政策の見地から検討を加えたもので、今後の検討の方向性を示したものである。結論を出すのではなく、問題点と議論の整理に中心を置いたものであるが、非常に示唆に富んでいる。さらに、本稿提出後、2016年12月17日には、日本スポーツ法学会第24回大会において「アンチ・ドーピング体制の整備に関する法的課題」がメインテーマとて取り上げられるが、本稿の締め切りとの関係でこれを参照できていない。これらについては、今後、機会をあらためて、検討したい。

なお、本研究は、2015年度、公益財団法人笹川スポーツ財団『助成』金を受けて実施したものであり、笹川スポーツ財団に対しここに深く感謝するものである。

[49] 2015年11月13日のマース司法大臣による連邦議会での立法趣旨演説（前掲註34）。

[50] http://www.mext.go.jp/sports/b_menu/sports/mcatetop10/list/detail/1375009.htm