

講演

より良き法を目指す論争における 「勲章となるべき」一つの判例

——刑法219条 a 人工妊娠中絶の宣伝に対する処罰を巡る
ポピュリズム的議論——

Ein „Urteil als Ehrentitel im Kampf für ein besseres Gesetz“?:

Die populistische Debatte um die Strafbarkeit der Werbung für den

Schwangerschaftsabbruch gem. § 219a StGB

リアーネ・ヴェルナー *

共訳 只 木 誠 **
根 津 洸 希 ***

訳者はしがき

本稿は、2019年10月3日に日本比較法研究所主催の講演会にて報告された、Liane Wörner 教授（Konstanz 大学）の講演原稿を加筆・補充した後、訳出したものである。講演では、近時ドイツにて大きな論争となり政治分裂にまで発展した刑事立法、ドイツ刑法219条 a 第4項（人工妊娠中絶の宣伝禁止の例外）の新設に至る経緯とその問題性が取り上げられた。

同項の新設は、Kristina Hänel 医師が自身のウェブサイトにて人工妊娠中絶について詳細な情報を提供したことがドイツ刑法219条 a の罪に関わ

* コンスタンツ大学教授

Liane WÖRNER

Prof. Dr., Universität Konstanz

** 所員・中央大学法学部教授

*** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

れた事件を契機とするが、その際の同項新設を巡る政策論争は党派色に染まるばかりで、問題の本質が見逃されていた、と筆者は指摘する。それゆえ、ドイツ刑法219条 a の歴史的展開、刑罰法規の必要性、体系論的意義、合憲的解釈の可能性につき改めて検討し、あるべき解釈を模索するものである。

* * *

人工妊娠中絶についてであっても、知る権利はあるのだろうか？ 逆にいえば、立法者は女性を守るために、人工妊娠中絶の情報収集を禁じること¹⁾、そしてその禁を破った場合には処罰することが本当に可能なのだろうか？ これこそが刑法219条 a の目的であり内容なのであるだろうか？ しかし自己決定の権利が存在するのであれば、人工妊娠中絶をする権利も存在するのではないだろうか？ 女性と医師の判断裁量を、刑法による情報収集の禁止によって制限することは許されるのだろうか、あるいはそもそもそのような制限は必要なのだろうか？

どちらにせよ、2017年の秋から、Gießenの医師である Kristina Hänel に対する諸所の審理手続きに始まり、数多くの反対運動やデモ、政治的・公的議論、立法構想、そしてとりわけ刑法219条 a 第4項の導入²⁾により

-
- 1) 近時催された Elsa Konstanz e.V. のイベント名が「情報収集の禁止」であった。そのイベントでは、Konstanz の pro familia の主張者である学生が、その助言提供や助言業務について紹介し、それに引き続いて刑法219条 a が「緊急状態」にある女性やカップルに十分な情報を提供するものであるかを批判的に議論した。本稿での主張はそのイベントにおいても主張した。本稿はこのような形で、筆者の師である Walter Gropp の記念論文集に収録されている。Populismus und Strafrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2019, hrsg. von A. Sinn/P. Hauck/M. Nagel/L. Wörner. 文献の調査や学術的議論においては Antonia Kohde 氏と Sabrina Mutterer 氏に協力いただいた。ここに感謝を申し上げる。
 - 2) 人工妊娠中絶についての情報の改善に関する法律22.3.2019 (BGBl. I S. 350) によって追加。これについてとりわけ立法草案と Linke 党の草案 Die Linke, vom 22.11.2017, BT-Drs. 19/93を参照。各州での主張については Die Linke,

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

生じた論争を避けては通れなからう。この論争は始終、ポピュリズムの色彩を強めていつている。ここでも立法者は政治的に鋭く対立した議論において、最終的には法律の補足規定（すなわち刑法219条 a 第4項）を新設することで個々の問題を解決しようとした³⁾が、結果として事態を改善しようとして悪化させてしまった。内容的には、妊娠中絶の宣伝禁止を通じて、未出生の生命保護に関する重要な問いが投げかけられたのである。

以下の論考は Walter Gropp に献じられるものである。同氏の関心の中心は、今も昔も、刑法を実体法的に検討することであり、更にはその解釈論を比較法という手法を用いて、刑法の社会的役割を果たすことができるか、その刑法は正統であるかを研究することである⁴⁾。Walter Gropp は、

24.11.2017, Hess-LT-Drs. 19/5455; Die Linke, 6.12.2017, HH-LT-Drs. 21/11248。連邦参議員からは Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, nachträglich Bremen, 12.12.2017, BR-Drs. 761/17 (neu); Bu'ndnis 90/Die Grü'nen, 2.2.2018, BT-Drs. 19/630; FDP, 20.2.2018, BT-Drs. 19/820; SPD, 2.3.2018, BT-Drs. 19/1046; nochmals FDP, 12.12.2018, BT-Drs. 19/6425。コメント付きのものとしてたとえば G. Bergha'user, KriPoZ 2018, 210; M. Kubiciel, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1。Grundlage der Gesetz gewordenen Fassung bildet der Referentenentwurf des BMJV vom 28.1.2019 (abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Information_Schwangerschaftsabbruch219a.html) CDU/CSU und SPD の連立立法草案は2019年2月12日に連邦議会に提出された (BT-Drs. 19/7693, 19/7834, BR-Drs. 89/19)。刑法219条 a 第4項は次のような規定である。

第4項 医師、病院又は医療施設が以下の各号に該当するときは、第1項に該当しない。

1. 自己が218条 a 第1項から第3項の要件の下で妊娠中絶を行うという事実を示し (hinweisen), 又は
 2. 管轄を有する連邦若しくは州の当局、妊娠葛藤法に基づく助言機関、若しくは医師会の妊娠中絶に関する情報を示したとき。
- 3) 個別問題を解決するための立法であるに過ぎないことは、M. Frommel も指摘している。M. Frommel, Eine rätselhafte Neuregelung: Der Kabinettsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch, JM 4/2019, 165.
- 4) W. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 161. Deutlich Der

昔から中庸の人でした。私も以下ではバランスをとって⁵⁾、「保守的に（本
当に保守的なのは一部の見解だけが⁶⁾）」人工妊娠中絶に賛成するの

straflose Schwangerschaftsabbruch, Tübingen 1981, inbes. § 1 S. 4 f., § 6 S. 52 ff.; Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, Tübingen 1992, insbes. Teil 1 Kap. 3, S. 98 ff.; Naturrecht oder Rückwirkungsverbot?—Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauer-schützen“, in: K. Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Ge-burtstag, Wien 1996, S. 103–121, NJ 1996, 393–398でも公刊されている（一部抜粋）。

- 5) 同じく折衷的な見解を別のニュアンスで示すものとして *M. Frommel*, Die unzureichende Einschränkung des zu unbestimmten Verbots des öffentlichen Anbietens eigener Dienste zum Schwangerschaftsabbruch, *medstra* 3/2019, 129–131; *dies.* (Fn. 3), *JM* 4/2019, 165–171; *dies.*, Der Streit um § 219a StGB—das Verbot des öffentlichen Anbietens oder anstößigen Werbens für Dienste, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind, in: S. Barton/R. Eschelbach/M. Hettinger/E. Kempf/C. Krehl/F. Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 1049–1063; *H. Satzger*, § 219a StGB ist verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch nicht zu beanstanden, aber jedenfalls kriminalpolitisch zu überdenken, *ZfL* 1/2018, 22–24; *C. Sowada*, Die Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) zwischen strafloser Information und verbietbarer Anpreisung, *ZfL* 1/2018, 24–26; とりわけ *G. Duttge*, Recht auf öffentliche Werbung für Abtreibungen?, *medstra* 3/2018, 129–131; *T. Schweiger*, Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche—Das nächste rechtspolitische Pulverfass?, *ZRP* 2018, 98も参照; 刑法219条 a 第4項の導入について *C. Dorneck*, Das Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch—eine erste Analyse, *medstra* 3/2019, 137–143; *G. Berghäuser*, Die Strafbarkeit des Ärztlichen Anbietens zum Schwangerschaftsabbruch im Internet nach § 219a StGB—eine Strafvorschrift im Kampf um die Normalität, *JZ* 2018, 497–504; *dies.*, Streit um die Werbung ist (nicht) Streit um den Abbruch der Schwangerschaft, *KriPoZ* 4/2018, 210–217; *dies.*, Ärztliches Anerbieten zum Schwangerschaftsabbruch gem. § 219a Abs. 1, Abs. 4 StGB n. F.—mehr als nur ein fauler Parteienkompromiss?, *KriPoZ* 2/2019, 82–92. Aus ärztlicher Sicht *W. Vorhoff*, Stellungnahme, <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/02/stellungnahme-vorhoff-219a-2.pdf>（本ウェブサイ
ト並びに以下全てのウェブサイト最終閲覧日時は2019年8月6日）
- 6) 脚注13と、以下の説明を参照。

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

も、「進歩主義的に」宣伝の刑法的禁止を削除することに賛成するのではなく、事態に即した解決を主張したい。

人工妊娠中絶を行う旨、インターネット上で宣伝したことにより、2017年の暮れに Gießen の Amtsgericht において有罪判決を受けた、Gießen の医師である Kristina Hänel の事件は、特に2019年6月19日 OLG Frankfurt am Main 決定もあって、非常に話題となった。まずは問題の所在を明らかにし (I.)、現在議論的となっている刑法219条 a の人工妊娠中絶の宣伝禁止規定が本来歴史的にどのようなルーツを持つものであるかという問いに立ち入り (II.)、同規定が、可罰的な人工妊娠中絶や、助言又は適応事由により不可罰となる人工妊娠中絶といった諸規定の枠内で、体系論的にいかなる機能を有しているのかを問う (III.)。このような背景を理解してはじめて、同規定が合憲的に解釈・適用されうるかについての裏打ちのある主張が可能となる (IV.)。そして最後に、不可欠な法哲学的要請について言及することとする (V.)。

I. 問題の所在：本質的な議論をする難しさ— Hänel 事件

Kristina Hänel は Gießen の彼女の診療所において人工妊娠中絶とその他の医療を提供していた。その旨を彼女はインターネットサイトで情報提供していた。同サイトの提供サービス一覧の「人工妊娠中絶」のリンクを通じて、そこではある PDF データを請求することができ、ないしそのデータを直接入手することが可能であった。その PDF というのは、人工妊娠中絶や、その要件、同診療所での施術について一般的な情報を含むものである。それによれば同診療所でなされる施術方法は次のようなものである。局所麻酔あるいは全身麻酔による手術、投薬による方法、並びにそれぞれの方法のメリット・デメリットも同 PDF に記載されていた。保険適用による費用負担と自己負担の場合の費用についての指摘もなされていた。「何を持参せねばならないか？」の欄には、中絶のために刑法219条の要請によりなされた助言ないし刑法218条 a にいう適応要件を満たすこと

の証明書と、血液型を証明する書類、保険証、費用負担の証明書ないし現金、産婦人科医の振込書を持って来るよう書かれていた。被告人のウェブサイトは一般に公開されており、自由にアクセスが可能であった⁷⁾。「このようなサービス提供の意思表示により被告人は人工妊娠中絶を行い、通常の治療の対価を得ようとしていた⁸⁾」というのが Gießen の Amtsgericht の証拠調べ並びに同裁判所の2017年11月24日判決の結論であった。「診療所の提供サービス一覧に人工妊娠中絶が記載されており、必要に応じてその要件についての更なる情報を得るための機会も一緒に示されていたのであれば、それは刑法219条 a の構成要件を充足する。」⁹⁾

人工妊娠中絶を受けるための要件について単に情報提供しただけで可罰的な人工妊娠中絶宣伝にあたりとされた有罪判決、かつ、同規定の合憲性を問うための手続停止の請求が却下されたという両者のコンビネーションにより、同判決はドイツにおいて、人工妊娠中絶に関わる諸規定全体ないしその正統性に疑義を生ぜしめ、怒りの波を惹き起こした¹⁰⁾。

その結果として、数々のデモ活動や、公的パネルディスカッション、改正草案、連邦議会における公聴会と議論、そして2019年3月の刑法219条 a への第4項の追加に至るのである。2018年3月の時点で既に Monika Frommel¹¹⁾が言っていたように、政治的対立が手の付けられない状態になり、二つの陣営に真っ二つに割れてしまっていた。一方の陣営は「進歩主

7) Kristina Hänel の診療所のインターネットサイトは以下: http://www.kristina-haenel.de/page_start.php

8) AG Gießen, Urteil vom 24. November 2017–507 Ds 501 Js 15031/15 = NSTZ 2018, 416.

9) AG Gießen, Urteil vom 24. November 2017–507 Ds 501 Js 15031/15 = NSTZ 2018, 416 mit Anm. Wörner.

10) 既に Wörner NSTZ 2018, 416 (417).

11) Frommel, Weg mit § 219a StGB! Muss das sein?, in: Novo Argumente für Fortschritt, https://www.novo-argumente.com/artikel/weg_mit_219a_stgb_muss_das_sein

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例
義的」に刑法219条 a の宣伝禁止を完全に削除することを主張し¹²⁾、他方
の陣営は同規定をもととの形で「保持」しようとした¹³⁾。Monika
Frommel も当初から規定の改定には注意が必要である旨、警鐘を鳴らして
いたが¹⁴⁾、全体的な議論や政治世論操作、中立的でない発言などにより、
今日まで問題の本質はほぼ見逃されてきた。曖昧になる一方なのは、
ここ数十年の人工妊娠中絶についての助言制度を巡る議論だけではない。

-
- 12) 刑法219条 a の削除に賛意を示すものとして *pro familia* Bundesverband, <https://www.profamilia.de/ueber-pro-familia/aktuelles/219a-stgb-informationen-zum-schwangerschaftsabbruch.html> 刑事政策学においては Stellungnahme Dezember 2017, ZfL 2018, 31 構成要件に該当し違法な人工妊娠中絶や罰金相当の秩序法違反に限定すべきであるとする。同様に Deutscher Juristinnenbund e.V., Stellungnahme, <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/ASRep/st19-03/>; *K. Höffler Pro und Contra*, RuP 54 (2018), 70 f. 犯罪的性質が明らかに足りていないとするのは *Mitsch*, Bemerkungen zu § 219a StGB in seiner neuen Fassung, KriPoZ 4/2019, 214–220; *ders.* auch, in einem KriPoZ-Kommentar „Ein Gedanke zu, Abschaffung des § 219a StGB–Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft“, <https://kripoz.de/2017/11/24/abschaffung-des-§-219a-stgb-werbung-fuer-den-abbruch-der-schwangerschaft/#comment-54>
- 13) とりわけドイツ司祭委員会の意見表明 https://www.bundestag.de/resource/blob/561958/cca09600bbe925aca444d032b2c3779c/jestaedt_dt_bischoefe-data.pdf; *M. Kubiciel*, Stellungnahme S. 3, 5 („Schaffung von Rechtssicherheit“), <https://www.bundestag.de/resource/blob/593464/222dab5c86e958a13b2115f3629d087b/kubiciel-data.pdf>; *ders.*, Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?, ZRP 2018, 13–15; *R. Merkel*, Stellungnahme S. 4., <https://www.bundestag.de/resource/blob/593848/4939049a0f9a7239bd1ccf3ce73299c9/merkel-data.pdf> は「非常に不快な態様」を犯罪とする限り、「自己の財産的利益のために」の要件を削除して維持しようとする。「宣伝」だけに限定しようという意味でより折衷的なのは *T. Weigend*, Stellungnahme, S. 2, 5, <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/06/stellungnahme-219a-weigend.pdf>
- 14) *M. Frommel* (Fn. 11); *dies.*, Das Verbot des Anbietens von Diensten für den Schwangerschaftsabbruch nach § 219a Abs. 1, JR 5/2018, S. 239 (240); *dies.*, Haben Ärzte ein Recht zur Information über ihre Bereitschaft, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen?, ZfL 1/2018 S. 17 (18).

用語法のレベルですら、議論が「墮胎」¹⁵⁾概念にまで逆戻りしてしまうことも非常に多いのだが、この概念は未出生の子の殺人であるという一方的なレッテル張りのせいで、1974年6月18日の第五次刑法改正¹⁶⁾により用いられることはなくなった(とくに改正反対者や生命保護活動家などがこの用語を用いる)¹⁷⁾。

Kristina Hänel はあらゆる刑事政策論争において、同規定を廃止すると

15) 【原文注16】 公的な議論において「墮胎」と「人工妊娠中絶」は裁量的に併用され、同義語として用いられる。C. Heinrich, „Wofür Ärzte nicht werben dürfen“, Der Spiegel Online v. 23.1.2018, <https://www.spiegel.de/gesundheit/schwangerschaft/abtreibung-welche-methoden-eines-schwangerschaftsabbruchs-es-gibt-a-1185201.html> を参照。「どんなときに墮胎は許されるのか? 人工妊娠中絶はどのような手続きでなされるのか?」という問いについては、S. Kray, „Schluss mit der Bevormundung“, Die Zeit Online v. 26.2.19, <https://www.zeit.de/kultur/2019-02/schwangerschaftsabbruch-abtreibung-bevormundungsentscheidung-gesetzliche-regelung-10nach8>; V. Höhn, „Eine Abtreibung muss legal möglich sein“, Der Spiegel Online v. 13.12.2018, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/paragraf-218-wir-muessen-wieder-ueber-abtreibung-reden-a-1243580.html>

16) 【原文注15】 5. StrRG v. 18.6.1974 (BGBl. I, 1297).

17) 人工妊娠中絶を女性の解決策とみなすことに反対する者(彼らは自身を生命保護活動家と認識している)は、医師が人工妊娠中絶の用意があることを示したということのみをもって、一見許されない人工妊娠中絶の「提供」だとして積極的に告発を行っている。医師を「困らせ」(M. Frommel, [Fn. 3], JM 4/2019, 165 [169]), そのようなプレッシャーに晒されている医師の数を意図的に減らすために、である。このようなことは助言制度の成功ないし失敗に全く影響を与えないわけではない。無論、「生命保護活動家」により好意的に受け入れられても、である。この点 M. Frommel (Fn. 11)。念のために言っておくと、このような生命保護活動家は既に手口の苛烈さにより、侮辱罪並びに不作為で有罪判決を受けている(たとえば LG Heidelberg 13.1.2000-7 S 50/99; 26 C 116/99)。また連邦憲法裁判所と (Beschluss v. 24.05.2006-1 BvR 49/00 u.a. = NJW 2006, 3769 mit kritischer Besprechung Schaefer StudZR 2008, 351-360, sog. „Babycaust“-Entscheidung) 欧州人権裁判所でも (Urt. v. 20.09.2018-9765/10, juris, ECLI:CE:ECHR:2018:0920JUD000976510) である。

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

いう目的をもって政治の場並びに控訴審裁判に臨んだ。その際、Gießen 地方裁判所の管轄刑事部の裁判長は、Amtsgericht Gießen の裁判官と同様に、明らかに自らの正義感に反して同規定を解釈せざるをえなかった。裁判長は刑法219条 a 第 1 項によりインターネットでの人工妊娠中絶についての情報提供を理由に有罪判決を下した。その際裁判長は更に次のような言葉を添えた。「あなたは本判決を、より良き法を目指す論争における勲章だと思って受け入れねばなりません。」¹⁸⁾

今年の 2 月に連邦議会において採決され、2019年 3 月29日に刑法219条 a を第 4 項によって補充したこの法律が本当により良き法なのかが、ここで問われねばならない。ここであらかじめ明らかにしておくが、これはかなり怪しいといえる¹⁹⁾。例外規定によって、第 4 項は医師や、病院、その他施設が刑法218条 a 第 1 項から第 3 項に則った人工妊娠中絶を行うという事実を指摘すること (1 号)、また管轄する連邦当局ないし州当局、妊娠葛藤法にいう助言機関、または医師会についての情報を示すこと²⁰⁾ (2 号) は例外的に不可罰となった。

したがって OLG Frankfurt a.M. は2019年 6 月26日に Kristina Hänel の上告に基づき Gießen 地方裁判所の判決を、つまり勲章を決定により破棄し、Gießen 地方裁判所の他の小刑事部に差し戻した。その理由においては、同地裁判決の後に立法者は刑法219条 a 第 4 項によって可罰的な宣伝の例

18) W. Ramm, „Kristina Hänel's Ehrentitel“, Der Spiegel Online v. 12.10.2018, <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/kristina-haenels-verurteilung-wegen-219a-warum-selbst-der-richter-sein-urteil-nicht-gut-findet-a-1232967.html>

19) 若干控えめな批判として *Berghäuser* KriPoZ 2/2019, 82 (85 ff., 90 f.); 明らかな批判として *M. Frommel* (Fn. 3), JM 4/2019, 165 ff. (170 f.); 同様に *W. Mitsch*, KriPoZ-Kommentar (Fn. 12) 並びにより詳細に *ders.* (Fn. 12), KriPoZ 4/2019, 214 (217 f.) は、同規定が抽象的危険犯の最低限の基準を満たしていないから、刑事基底としては維持できないという。同規定が考えられうる文言に従ってなるべく包括的かつ緩やかに解釈されるのであれば支持されうるとしている。

20) C. Dorneck (Fn. 5), medstra 3/2019, 137 (139) もこのようにイタリック表記にして強調している。

外規定を追加したことが言及されている。「例外規定が捕捉するのは、医師や病院並びにその他施設が人工妊娠中絶を行うという事実についての公的情報提供である。また、同規定は、同法に明文で挙げられている中立的な場についての情報提供を（たとえばリンクを貼ることなどによって）公的に示すことを可能とするものである（BT-Drs 19/7693 S. 2, 7, 11）。いままでの法律によるのとは異なり、刑法218条 a 第1項～第3項に則り不可罰な、ないし違法ではない人工妊娠中絶がなされるということについての単なる情報提供は、もはや刑法219条 a 第1項にはあたらない。しかし宣伝はなお禁じられている（BT-Drs a.a.O. S. 11）。」²¹⁾

一連の人工妊娠中絶宣伝の刑法的禁止を巡るさらなる論争において、刑事手続が停止している間²²⁾、OLG Frankfurt a.M. は Kristina Hänel の事件について「Hänel がそのウェブサイト上で刑法218条 a 第1～3項にいう人工妊娠中絶を実施する旨をそもそも示していたのが検討されねばならない」と説明した。「その場合にのみ第4項の例外にあたる」と。Hänel が特別に作成した情報資料を要望に基づき（メールでの送信）、利用者たちに利用可能な状態にしたのであるならば、なおも可罰的であるという。なぜなら、このような場合を刑法219条 a 第4項2号の例外規定は捕捉していないからである²³⁾。その場合にはなおも情報提供の禁止が有効となる

21) OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Juni 2019-1 Ss 15/19-, Rn. 13, juris. 強調は筆者による。刑法219条 a 第4項2号は中立な機関情報提供の指摘のみ許容するのか、助言機関の情報の完全なコピーは許容するのかについてはいまだ不明である。これについて C. Dorneck (Fn. 5), medstra 3/2019, 137 (140); 賛成するのは Kubiciel, jurisPR-StrafR 4/2019 Anm. 1.

22) Kassel 出身の二名の女医に対してなされた。AG Kassel, Az.: 284 Ds-2660 Js 28990/17, <https://www.juris.de/perma?d=jnachr-JUNA190701710>; これについては *Ärzteblatt v. 5.7.2019*, Prozess wegen Werbung für Schwangerschaftsabbrüche eingestellt, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/104443/Prozess-wegen-Werbung-fuer-Schwangerschaftsabbrueche-eingestellt>

23) この方針をとるのは C. Dorneck (Fn. 5), medstra 3/2019, 137 (140); Kubiciel, jurisPR-StrafR 4/2019 Anm. 1, は管轄連邦当局ないし地方当局、妊娠葛藤法の助言機関、あるいは医師会の情報の完全なコピーだけが許されるという。

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

のである。上告審は自身でこの点につき証拠調べをすることができないから、新たな公判手続きへと差し戻す必要があった。というのも、刑法219条 a 第4項の例外規定によって法規定が、行為時に妥当していた規定よりも緩やかな法律であり（刑法2条3項）、したがって刑訴法354条 a に従い、この緩やかな法律が新たな判断の基礎とされねばならないからである²⁴⁾。

LG Gießen の第四審のあと、憲法裁判所に持ち込むという手もおありえないではなかった。裁判官自身が同規定の合憲性に疑義を示した場合（最初の控訴審、つまり第二審の LG の裁判官がこれをやればよかったのだが）や、あるいは裁判官が追加の「勲章」を与えようとする場合には、憲法裁判という手もありえた。「勲章」とはすなわち、Hänel が同人のインターネットサイトでの指摘が、刑法219条 a 第4項1号にいう人工妊娠中絶を実施するという単なる事実の指摘にとどまらなかったことを理由に、あるいはどのみち彼女のインターネットサイトに示された情報が、刑法219条 a 第4項2号にいう許可を受けた当局により出版された、刑法218条 a 第1～3項にいう人工妊娠中絶に関する情報の単なるコピーではないという理由で、彼女が刑法219条 a に基づき改めて有罪判決を受けることである。

したがって同規定のルーツ、その保護・規定目的そして刑法・憲法に適合的な解釈という問いは新規定によっても到底解明されたとはいえない。冒頭の問題状況を鎮める（つまり Hänel 事件を解決する）には至っていないようである。

II. 刑法219条 a の歴史的展開

一方では憲法違反のそしりを受け²⁵⁾、他方では今日のドイツにおける未

24) 基礎となっているのは BGHSt 20, 116; OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Juni 2019-1 Ss 15/19-, Rn. 14, juris も同様。

25) これについての立法案については BT-Drs. 19/93, 1 f.; ナチス期の刑法の違憲

出生の生命保護の大黒柱²⁶⁾とも言われている宣伝禁止のルーツは、ワイマール憲法時代にまで遡る²⁷⁾。たしかにライヒ刑法典には当初、今でいう刑法219条 a に直接対応するような規定はなかったが、ただ1926年までライヒ刑法典219条によっていわゆる「有償墮胎」は処罰の対象となっていた²⁸⁾。宣伝それ自体を刑法で禁止することについては、ワイマール時代が刑事政策的にリベラルな時代であったこともあって²⁹⁾ 激しく議論さ

性については *R. Merkel*, 5. Aufl., § 219a Rn. 12; *P. Fischer/H. von Scheliha*, Anm. zu AG Gießen Urteil v. 24.11.2017, in: *MedR* 37 (2019), 79 f.; これについて *M. Rahe*, *Strafbare Werbung bei Hinweis auf legalen Schwangerschaftsabbruch?*, *JR* 2018, 232 ff.; zweifelnd jedenfalls *Berghäuser medstra* 2019, 123 (127); *dies.* *KriP-oZ* 2/2019, 82 (86); 同様に批判的なのは *K.F. Gärditz*, *Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) – Anachronismus oder sinnvolle Schutzergänzung?*, *ZfL* 2018, 18 (21). Bereits vor Aufkommen der aktuellen politischen Debatte an einer Verfassungsgemäßheit zweifelten: *G. Arzt/U. Weber/B. Heinrich/E. Hilgendorf-E. Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel* *StGB*, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 3a.

26) 同様に *M. Kubiciel* (Fn. 13), *ZRP* 2018, 13 (14); 合憲性を主張するのは *T. Hillenkamp*, „Ist § 219a ein Fall für den Gesetzgeber?“, *Hessisches Ärzteblatt* 2/2018, 92 (93); 比例性に反しないとして同様に合憲性を主張するのは *N. Goldbeck*, *Die Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft*, *ZfL* 2005, 102 (103); 刑法219条 a 第4項追加後の現在も同様であるとするのは *C. Dorneck* (Fn. 5), *medstra* 3/2019, 137 (141 f.).

27) 1925年のSPDによる立案において最初の3ヵ月の、非犯罪化の最初の試みと1925年の改正議論については *Sabine Putzke*, *Die Strafbarkeit der Abtreibung in der Kaiserzeit und der Weimarer Zeit, Eine Analyse der Reformdiskussion und der Straftatbestände in den Reformentwürfen (1908–1931)*, Berlin 2003, S. 206 ff.; 同じく歴史的由来を強調し、詳細なのは *M. Frommel* (Fn. 5), *FS für Fischer*, S. 1049 f., 1058 f.; kurz auch *T. Hillenkamp* (Fn. 26), *Hessisches Ärzteblatt* 2/2018, 92.

28) 1926年5月18日の刑法典改正により削除 (RGBl. I S. 239)。これについては *SKStGB-K. Rogall/H.-J. Rudolphi*, 145. Lfg. (2014), § 219a Rn. 2.

29) 同様に *M. Kubiciel* (Fn. 13), *ZRP* 2018, 13 (14)。ワイマール共和国の刑法的展

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

れ³⁰⁾、人工妊娠中絶の宣伝の浸透（いわゆる「墮胎の蔓延」）に反対すべきであるとか³¹⁾、緊急状態にある妊婦を搾取から保護すべきであるとされた³²⁾。従来からの意見の一致が崩れたことから、1933年³³⁾（国家社会主義時代の最初期）になると宣伝禁止の規定がライヒ刑法典220条として施行された。このことは性的啓蒙や、自己決定、人工妊娠中絶に従事していたリベラルな医師たちから医師免許が剥奪されたり³⁴⁾、宣伝禁止を手段とし

開の概要については *M. Arends*, *Epochen des Strafrechts*, 8. Abschn.–Die soziale Epoche, <http://geschichte-des-strafrechts.de/thema01-08-soziale-epoche.htm#f10>; 草案については *G. Radbruchs* zum Strafgesetzbuch von 1922 (auch: E 1922), これについては *F. Goltzsche*, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin/New York 2010; *U. Neumann*, *Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform*, KJ 2004, 431–441; とりわけ *G. Radbruch*, *Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform*, GRGA Bd. 9, S. 323 ff. (325 f.), また、刑法におけるリベラルな時代の終焉について *K. Marxen*, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahr*, 1975, S. 28 ff. sowie S. 76 ff.

30) 政治的な議論についてはたとえば *M. Frommel* (Fn. 5), FS für Fischer, S. 1049 f.; *S. Putzke* (Fn. 27), S. 206 ff., zum Entwurf 1926: S. 273 ff.

31) *H. Zier*, *Die strafbaren Vorbereitungshandlungen der Abtreibung nach §§ 219, 220 RStGB*, Erlangen 1935; *H. Rüdlin*, *Ist nicht-öffentliches Erbieten zur Abtreibung strafbar?*, MDR 1951, 470 f.; *Wissenschaftliche Dienste (Deutscher Bundestag)*, *Sachstand–Entstehungsgeschichte des § 219a StGB*, WD 7–3000–159/17 vom 8.12.2017も参照。 <https://www.bundestag.de/resource/blob/538834/60779eb2c0eaa65571152a3354b7fca3/wd-7-159-17-pdf-data.pdf>; これについては *T. Hillenkamp* (Fn. 26), *Hessisches Ärzteblatt* 2/2018, 92; *M. Kubiciel* (Fn. 13), *ZRP* 2018, 13 (14) も参照。

32) 保護利益は徐々に受精卵の方向へと推し進められた。SKStGB-K. *Rogall/H.-J. Rudolphi*, 145. Lfg. (2014), Vor §§ 218 ff. Rn. 4 mwN. Kurz auch *T. Hillenkamp* (Fn. 26), *Hessisches Ärzteblatt* 2/2018, 92.

33) RStGB idF vom 1. Juni 1933 nach dem Änderungsgesetz vom 26.5.1933 (RGL. I S. 295).

34) 1933年以降の規定を基礎とした基準について *S. Leibfried*, *Fritz Goldschmidt*

て、「ドイツ国民の生命力」の維持という名目で人口政策がコントロールされるといふ結果を招いた³⁵⁾。したがって、公的議論において Spiegel 紙³⁶⁾ や Süddeutschen Zeitung 紙³⁷⁾ あるいは立法手続きにおいて Linke 党³⁸⁾ が主張するようないわゆる「ナチスの遺物」ではない。これは1953年のドイツ連邦立法者が1933年規定を再施行したことから「ナチスの遺物」ではないことが示される³⁹⁾。更には、民主主義的正統性を有するドイツ連邦共和国立法者は宣伝の刑法的禁止の規定(現行刑法219条 a) に自ら取り組み議論を経て、多くの改正⁴⁰⁾によって合憲性についても合理的な

(1893–1968)–Anwalt der verfolgten jüdischen Ärzte, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streibare Juristen, Baden-Baden 1988, S. 318 (320 ff.); M. Frommel (Fn. 5), FS für Fischer, S. 1049 f., 1058 f.; dies. (Fn. 14), JR 2018, 239 f. もこれを引用。

- 35) これについては同様に T. Hillenkamp (Fn. 26), Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92; K. Höffler (Fn. 12), RuP 54 (2018), 70 f. も同人口政策を国家社会主義的目的であるとする。ライヒ刑法典220条の規定は、1943年3月18日の名誉や家族、母親の保護の命令履践のための命令 (RGBl. I S. 169) によって本質的にその内容が変更されてしまった。
- 36) E. Horn, Spiegel Online v. 24.11.2017, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ab-treibung-urteil-gegen-eine-aerztin-kommentar-warum-das-ein-skandal-ist-a-1180243.html>
- 37) M. Haaf, Der Abtreibungsparagraf ist ein Relikt der Nazis und gehört abgeschafft, Süddeutsche Zeitung vom 24.11.2017, <https://sz.de/1.3764288>
- 38) Die Linke, BT-Drs. 19/93, 1.
- 39) 連邦立法者が1953年にライヒ刑法典220条(1933年版)可罰的な「墮胎の提供」の元来の規定を変更せず、しかし法律の目的(O. Schwarz StGB, 16. Aufl. 1953, § 219 Anm. I, § 220 Anm. I)のみを修正したことは、宣伝禁止がナチスの遺物であることを意味しない。認められるべきは、人工妊娠中絶の「提供」という概念の明確性があまり考慮されていなかったこと、可罰的な「有償墮胎」(前掲注28参照)の削除はとりわけ医師によるその種のサービス提供を非犯罪化しようとしたということである。M. Frommel (Fn. 5), FS für Fischer, S. 1049 (1058 f.).
- 40) 法改正は1968年5月24日の EGOWiG (BGBl. I S. 503), 1969年6月25日の第一次刑法改正 (BGBl. I S. 645) によってなされた。1974年6月18日の第五次刑

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

基礎付けをしてきた。1976年5月18日の第15回刑法改正の際の一連の審議において⁴¹⁾、連邦議会は、違法な人工妊娠中絶が一般に些細なこととみられてしまうこと（ここから「著しく不快な態様で」という文言が来ている）並びに搾取的な活動の活動領域（ここから「自身の財産的利益のために」という文言が来ている）となってしまうことが宣伝の禁止によって妨げられねばならないということを明言した⁴²⁾。したがって女性はとりわけ違法な人工妊娠中絶の宣伝から保護されるべきであるとされた。許される人工妊娠中絶に関する十分な情報は確保されていたとされる⁴³⁾。

同規定に関するあらゆる方針が決定的に変わったのは、1993年ないし

法改正 (BGBl. I S. 1297) において、旧刑法219条、220条は一つの規定にまとめられた(旧刑法219条)。その結果1976年5月18日の第15次刑法改正法 (BGBl. I S. 1213) は本来、用語法を変更し、結果の調整をした。そして人工妊娠中絶に用いる薬剤の可罰的な頒布が刑法219条bに押し込められたのである（この点について詳しくは *K. Lackner, Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, Geschlechterumwandlung, Nasciturus und nondum conceptus*, NJW 1976, 1233 [1243]; *H. Laufhütte/P. Wilkitzki, Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch*, JZ 1976, 329 [336 f.]）。

41) BGBl. I S. 1213.

42) Prot. 7. Wahlp., 1468 f.; BT-Drs. 7/1981, 17; Bericht, BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17; MüKoStGB-W. *Gropp*, 3. Aufl. 2017, § 219a Rn. 1; 同様に *M. Kubiciel* (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (14).

43) 同規定はとりわけ1975年まで有効だった期限規則（最初の中絶判例 BVerfG vom 25.2.1975-1 BvF 6/74 = BVerfGE 39, 1により破棄）と1993年から1995年まで有効だった適合モデル（SFHÄndG vom 21.8.1995, BGBl. I S. 1050）を背景として理解されねばならない。期限モデルによれば12週以下の人工妊娠中絶は許される（MüKoStGB-W. *Gropp*, 3. Aufl. 2017, Vor § 218 Rn. 3）。適用モデルによれば適応事由のないあらゆる人工妊娠中絶は違法であり、基本的に可罰的であった。同規定自体は変更されていないものの、一般公衆が許された人工妊娠中絶を行う機関があるということについて十分に情報を得ることが保障され、処罰されないことになっている。BT-Drs. 7/1981, S. 17; Wissenschaftliche Dienste (Deutscher Bundestag, Fn. 31), S. 7.

1995年⁴⁴⁾にドイツ連邦共和国全域にいわゆる助言制度モデルが導入されたときであった。西ドイツにおいては妊娠12週以内の人工妊娠中絶⁴⁵⁾はこれまで可罰的であり、いわゆる旧東ドイツでは許される人工妊娠中絶にはこれまで期限⁴⁶⁾が付されていたが、助言制度モデルによれば刑罰や期限が付

44) 1993年5月28日の連邦憲法裁判所の二つ目の中絶判例 (BVerfGE 88, 203) と1995年8月21日のSFHÄndG (BGBl. I S. 1050) によって、12週以内の中絶には助言義務が課され、人工妊娠中絶は構成要件には該当しないが、適法ではないとされた。これについては MüKoStGB-W. *Gropp*, 3. Aufl. 2017, Vor § 218 Rn. 10, 11; SK-K. *Rogall/H.-J. Rudolphi*, 145. Lfg. (2014), Vor §§ 218 ff. Rn. 40 ff. mwN したがって新たな規制が必要となった。なぜなら、1990年当時、旧東西ドイツはそれぞれ独自の人工妊娠中絶の法を有していたからである。未出生の生命保護のため、子供にやさしい社会の醸成のため、妊娠葛藤への助力、そして人工妊娠中絶の規制のための法律 (Schwangeren- und Familienhilfegesetz-SFHG, 1992年7月27日, BGBl. I S. 1398) はこのような状況を、統一ドイツに妥当する助言制度の導入によって変えようとしたのである。その際、構想されていたのは、助言に基づく人工妊娠中絶は適法とすることであった。無論、連邦憲法裁判所は1992年8月2日 (E 86, 390) と1993年1月25日 (E 88, 83) の一時的な命令、1993年5月28日の判決 (E 88, 203) によって妊婦とその家族の援助法 (SFHG) の様々な規定を憲法違反であるとし、1995年8月21日の法改正で新たな法規制を必要としたのである。

45) 第一の中絶判決によって (BVerfGE 39, 1, Fn. 43参照)、西ドイツにおいては1976年5月18日以降第15次刑法改正の施行によっていわゆる適用モデルが発効した。特徴的なのは、中絶が犯罪学的、妊娠に関する知見上、あるいは一般的な緊急状態により適用があるとされる場合 (旧 § 218a Abs. 2 StGB) は、その要件が満たされるとし、医的・社会的適用要件を満たした場合には人工妊娠中絶は適法となる (旧 § 218a Abs. 1 StGB)、という点であった。規則に合致する助言や適用の認定は旧刑法218b, 219a に規定され、人工妊娠中絶の刑罰的禁止は旧刑法219条 b に規定されていた。全体については MüKoStGB-W. *Gropp*, 3. Aufl. 2017, Vor § 218 Rn. 4.

46) ドイツ統一以降、統一ドイツ創立についての旧西ドイツと旧東ドイツ間の契約 (1990年8月31日 BGBl. II S. 889) に基づき、適用モデルの適用領域に、1972年3月9日の妊娠の中断に関する法 (GBL. I Nr. 5 S. 89) による東ドイツ刑法153項以下の期限規定 (1975年12月19日 GBL. I S. 14) が発効された。その

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

される代わりに子供について助言機関に行くことが義務付けられることになり、その義務を果たせば人工妊娠中絶はなお是認されるわけではないが処罰はされないということになり、その制度が現在まで続いている⁴⁷⁾。宣伝の刑法的禁止は、「いまや現行の全体構想に組み込まれた」のである⁴⁸⁾。助言制度モデルは、生命保護に反するあらゆる措置を阻止しようとするることにより、国家の生命保護義務の履践を保障する⁴⁹⁾。その構想が生まれる

後、東ドイツ刑法153～155条は未成年・家族に対する罪の章に含められ、他方妊娠中絶の中断に関する法1条2項は助産・産婦人科施設における医師の侵襲による12週以内の人工妊娠中絶を正当化した。ここでも医師は中絶の意味と妊娠を阻害する処置方法について助言することを義務付けられていた。12週以降の中絶は女性の生命に危険がある場合あるいは専門医協会判断によりその他の困難な状況であると認められた場合のみ許される（同法3条）。Kommentar zum StGB-DDR, Berlin 1984, § 153 Anm. 1. 参照。

- 47) SFHÄndG vom 21.8.1995, BGBl. I S. 1050. Zum Beratungsmodell grundsätzlich: Schönke/Schröder/A. Eser/B. Weißer, 30. Aufl. 2019, § 218a Rn. 3; MüKoStGB-W. Gropp, 3. Aufl. 2017, § 218a Rn. 3-6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel StGB, 5. Aufl. 2017, § 218a Rn. 1, 2.
- 48) M. Kubiciel (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (14); N. Goldbeck (Fn. 26), ZfL 2005, 102 (103); ders. Bspr. zu LG Bayreuth Urteil v. 11.1.2006-Az 2 Ns 118 Js 12007/04 [ZfL 2007, 16], ZfL 2007, 14 (インターネット上の怪しい情報を無批判に受け入れることに対する予防的保護)。あながち間違いとは言えないが、「社会的風俗保護」犯罪類型であるとして批判的なのは Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2; 「全く意味がない」とするのは既に F.-C. Schroeder, Unaufrichtigkeit des Gesetzes, ZRP 1992, 409 (410); (緩やかすぎる解釈を前提とすれば) 抽象的危険犯の要件を一切満たしていないゆえに同規定を否定するのは W. Mitsch (Fn. 12), KriPoZ 4/2019, 214-220; 宣伝禁止の本来の問題性と、刑法218条 a 第1項により、構成要件が阻却されるだけにしても、どのみち不可罰であることを指摘するのは G. Arzt/U. Weber/B. Heinrich/E. Hilgendorf-E. Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40.
- 49) 同様に M. Kubiciel, Stellungnahme der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Justiz und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags zu Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 71/19) und zum Gesetzentwurf der Fraktio-

のに「立ち会った」⁵⁰⁾のが Albin Eser である。彼は、Hans Georg Koch と共同で人工妊娠中絶の比較的研究をし、いわゆるドイツの折衷的解決策「緊急時討論モデル」の発展に多大なる寄与をした⁵¹⁾。

宣伝の刑法的禁止並びに人工妊娠中絶禁止の裁判上の意義は当初は決して大きくはなかった⁵²⁾。刑事訴追の統計において刑法219条 a は刑法219条 b (人工妊娠中絶用の薬剤の流通) とセットになって記載されているが、2015年から2017年にかけて、それぞれ毎年1件しか記載されていない⁵³⁾。

nen CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 19/7693) zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch (v. 27.6.2018), S. 2; *ders.*, Legitimation des § 219a StGB und Informationsbedürfnisse Schwangerer, ZfL 2018, 110 (111 ff.); *T. Hillenkamp* (Fn. 26), Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); *L. Wörner*, Interview (von A. Bertram), „Nur Verbot wird dem Leben gerecht“, Gießener Anzeiger vom 12.12.2017; *dies.* Anm. zu AG Gießen Urt. v. 24.11.2017–507 Ds 501 Js 15031/15, NSTZ 2018, 416, 417 f. も参照。

50) *M. Kubiciel* (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (14). による素敵な喩え。

51) *A. Eser/H.-G. Koch*, Plädoyer für ein „notlagenorientiertes Diskursmodell“, in: J. Baumann/H.-L. Günther/R. Keller/Th. Lenckner (Hrsg.), § 218 StGB im vereinten Deutschland, Tübingen 1992, S. 21 (22, 29, 37 ff.); *dies.*, Plädoyer für ein „notlagenorientiertes Diskursmodell“, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundestags-Sonderausschuss „Schutz des ungeborenen Lebens“ vom 13.-15.11.1991 in Bonn, in: A. Eser/H.-G. Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung, Baden-Baden 1992, S. 163 (167 ff.); *A. Eser*, Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht – Eine rechtspolitische Überlegungsskizze, ZRP 1991, 291 (292, 297); *ders.*, Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand, NJW 1992, 2913 f., は12週までの助言により「違法ではない人工妊娠中絶」という法案には批判的; 総説的に Schönke/Schröder/A. Eser/B. Weißer, 30. Aufl. 2019, Vor § 218 StGB Rn. 2–8 (insbes. Rn. 6 f.).

52) MüKoStGB-W. Gropp, 3. Aufl. 2017, § 219a Rn. 3; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 4.

53) Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamts 2017 (v. 28.11.2018): <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/>

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

現在の政治的議論の文脈において最近になってから、たとえば生命保護活動家などにより、人工妊娠中絶の宣伝の禁止に反するという告発がなされることが多くなってきているのである⁵⁴⁾。同時に、人工妊娠中絶を実施する用意がある旨を明言することを許されている医師の数は、常に減っている⁵⁵⁾。

III. 緊急時討論モデルの不可欠な軸足としての刑法219条 a

宣伝禁止の刑法的禁止の歴史的展開や議論の帰結として、同規定が裁判上の意味をほとんど有していないとし、同規定を完全に削除してしまうことや人工妊娠中絶を自由化してしまうことが要請され⁵⁶⁾、現在、刑法219条 a 第4項の新設により法改正へと至った⁵⁷⁾とするのであれば、これには

Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300177004.pdf?__blob=publicationFile; 2004年以降の §§ 219a, b StGB の件数については Mü-KoStGB-W. *Gropp*, 3. Aufl. 2017, Vor § 218 Rn. 88. 参照。

54) 2010年以降、告発は徐々に増え、2015年に27件、2016年に35件となっているが、現在は減少傾向にあるようである。被疑者の数は2018年の警察犯罪統計によれば12人（うち4人が男性、8人が女性）であった。全体で2017年には21件、2018年には17件であった（2019年4月2日、警察犯罪統計2018 <https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2018/Standardtabellen/standardtabellenTatverdaechtige.html?nn=108686>）。有罪件数は少ないままである。同様に *K. Höffler* (Fn. 12), PuR 54 (2018), 70 f.

55) 中絶制度に参加し人工妊娠中絶を実施する医師の数は、2003年以降の ARD-Politmagazin *Kontraste* 誌に対する連邦統計局の算定によれば、40%減少し、連邦全体で2000人から1200人まで減っている、というのは *D. Kulozik/L. Wandt/A. Svehla*, Immer weniger Abtreibungsärzte, 5.3.2019, <https://www.tagesschau.de/inland/kontraste-abtreibung-103.html>. この数がさらに減っていくと、助言制度自体が立ち行かなくなる。なぜなら事実上医師へのアクセスが無くなってしまいうため、中絶が不可能となるからである。

56) BT-Drs. 19/93, 1 f. sowie Die Linke Hamburg, Drs. 21/11248, 1.

57) Gesetz zur Verbesserung der Informationen über einen Schwangerschaftsab-

多くの点で疑問がある。

1. 情報に対する需要

考えねばならないのは、宣伝の事案もほぼないにもかかわらず⁵⁸⁾、そもそもなぜここまで削除だ改正だと激しく議論がなされているのか、である。このような論争が起きるのは、実は逆に、刑法的禁止によって満たされえなくなってしまった「宣伝に対する需要」（ここではより一般的に「【中絶に関する】情報に対する特別な需要」と呼ぶこととする。）があるからに過ぎないのかもしれない。

2. 規制に対する需要

しかし、宣伝の刑法的禁止を完全に削除してしまおうとすれば、連邦憲法裁判所の判例⁵⁹⁾を手掛かりに数十年の議論によって到達した歩み寄りの成果、つまり人工妊娠中絶は助言を経ると構成要件に該当しないし、違法ではあるが処罰はされない、という助言制度モデルを台無しにしてしまうこととなりかねない⁶⁰⁾。むしろ、あらゆる営利目的から距離を置いた独立の立場から妊娠や中絶についての助言や情報を妊婦が得ることや、その助言内容に影響を受けることがなくとも場合によっては子供との人生を送る

bruch vom 22.3.2019 (BGBl. I S. 350), この点については上記 Fn. 2参照。

58) Fn. 53 f.

59) とくに第二の中絶判例である BVerfGE 88, 203 ff. による。

60) 同様に *M. Kubiciel* (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (15); *T. Hillenkamp* (Fn. 26), Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); この意味では同様に *N. Goldbeck* (Fn. 26), ZfL 2005, 102 (103); *T. Weigend*, § 219a StGB-Information ja, Werbung nein, ZfL 2018, 120-122; 同様の方向性を示すのは *L. Wörner*, Widersprüche beim Lebensschutz (im Druck). 同様に宣伝禁止は放棄できず、あるいはどのみち上述の生命保護構想から帰結される構成要素であると説明するのは *K.F. Gärditz* (Fn. 25), ZfL 1/2018, 18 (19). 刑法レベルのもものではあっても憲法レベルのものではないとみなすのは *H. Satzger* (Fn. 5), ZfL 1/2018, 22 (23).

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

という決断に至りうるということによって、未出生の生命の保護を保障するという点こそが、この助言制度モデルの基本的発想なのである⁶¹⁾。このように構成された助言制度モデルがうまくいくか否かは、刑法219条aの宣伝の禁止によっても支えられている、助言制度の法制度にかかっている。別の言い方をすれば、様々な形態の人工妊娠中絶の宣伝を規制せずに自由に許可してしまうと、法的に規定された助言制度によって達成される未出生の生命保護にとって、事実的にも（また法的にも）支障となる⁶²⁾。というのも、刑罰ではなく決断の助力として（妊娠継続か人工妊娠中絶の要件と結果についての）助言を受けることが許容されているのは、ひとえにその方が刑罰によるよりも未出生の生命の保護をむしろ保障できるからなのである。このような中絶が可能なのか否か、どこでできるのか、どのように行うのかを自由に宣伝してよいとするならば、最早未出生の生命の保護は確実とは言えなくなってしまうであろう⁶³⁾。

61) 既に Schönke/Schröder/A. Eser, bis 29. Aufl. 2017, Vor § 218 StGB Rn. 7; 現在 Schönke/Schröder/A. Eser/B. Weißer, 30. Aufl. 2019, Vor § 218 StGB Rn. 7. 同様に L. Wörner NStZ 2018, 416.

62) 同様に M. Kubiciel (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (14); T. Hillenkamp (Fn. 26), Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); jedenfalls idS K.F. Gärditz (Fn. 25), ZfL 1/2018, 18 (19); etwas zu weit gehend allerdings: N. Goldbeck (Fn. 26), ZfL 2005, 102 (103).

63) 既に BVerfGE 88, 203, (S. 279 f., 283, 296 f.). 同様に M. Kubiciel Stellungnahme (Fn. 49), S. 2; ders. (Fn. 13), ZRP 2018, 13 ff.; それゆえ様々な解釈・形態において宣伝の刑法的禁止を基本的に肯定するのは G. Berghäuser (Fn. 5), JZ 2018, 497 (501 f.); C. Dorneck (Fn. 5), medstra 3/2019, 137 ff.; Duttge (Fn. 5), medstra 3/2018, 129 f.; M. Frommel (Fn. 3), JM 4/2019, 165 ff.; K.F. Gärditz (Fn. 25), ZfL 2018, 18 (19); T. Hillenkamp (Fn. 26), Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); S. Jansen, Werbung für Schwangerschaftsabbruch auf ärztlicher Homepage, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 2; H. Satzger (Fn. 5), ZfL 1/2018, 22 (23); C. Sowada (Fn. 5), ZfL 1/2018, 24; T. Walter, Was sollen und was dürfen Kriminalstrafen? Eine Antwort am Beispiel des § 219a StGB, ZfL 1/2018, 26 (28); L. Wörner NStZ 2018, 416 (417).

3. 刑罰規定の必要性

しかし助言による生命保護の「保障のため」に、実際犯罪構成要件が必要なのであろうか？ そこで懸念されている人工妊娠中絶の営利化は、秩序違反⁶⁴⁾や不正競争からの保護（不正競争防止法3条）の枠内で対応されえないのであろうか。不正競争防止法3条は、人間の尊厳に反するような営利行為を禁止している⁶⁵⁾。しかも医師の職業規則（MBO）27条3項はたとえば医師の活動の宣伝などを禁じている⁶⁶⁾。

64) 似たような論法が業としての自殺の援助についての可罰的な意図の導入議論に際しても見受けられる。C. Roxin, Tötung auf Verlangen und Suizidteilnahme, Geltendes Recht und Reformdiskussion, GA 2013, 313 (325); ders. Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, NSTZ 2016, 185 (190 ff.). そのような論法は、同議論に置けると同様の疑念に晒される。これについては同様に M. Kubiciel (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (15). その場合、国家は（単なる）秩序違反による保護によって生命保護義務を果たしたことになるのかは不明である。この点 N. Goldbeck (Fn. 26), ZfL 2005, 102 (103); ders. Zur Verfassungskonformität des § 219a StGB, Anm. zu LG Bayreuth v. 11.1.2005 [ZfL 2007, 16], ZfL 2007, 14; 基本的に同意するのは SK-K. Rogall/H.-J. Rudolphi, 145. Lfg. (2014), § 219a Rn. 2, Fn. 2.; この点同様に T. Hiltenkamp (Fn. 26), Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93). 同時に、別の基本権によって差異が生じえないのか否かについては不明である。

65) § 3 UWG lautet: (1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig. (2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten und diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen; UWG, neugefasst durch Bek. v. 3.3.2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert durch Art. 5 G v. 18.4.2019 (BGBl. I S. 466).

66) § 27 Abs. 3 MBO Ärzt*innen [MBO-Ä 1997] lautet: (3) ¹Berufswidrige Werbung ist Ärztinnen und Ärzten untersagt. ²Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. ³Ärztinnen und Ärzte dürfen eine solche Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. ⁴Eine Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit ist unzulässig. ⁵Werbeverbote aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen bleiben unberührt.

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

刑法規範が存しなければならない必然性などない、という帰結がここから生じるのであれば⁶⁷⁾、やはり疑義なしということはできない。というのも、妊婦たる女性はもはや自己答責的な行為主体ではなく、(不公正な)影響から刑法的に保護されるべき「純朴」に過ぎる存在と見なされ、専らそのような事情から(職業法上の処罰や秩序違反にとどまらず)刑法による宣伝禁止という格別の取り扱いが基礎付けられるのだ、という主張が直ちに導かれるわけではないからである⁶⁸⁾。このような女性に対するイメージが今日に至るまで部分的に残っているということは女性の権利の観点からも疑いがなくとも、ここにばかり注目してしまうと、いまだ生まれてはいないけれどもたしかに人間の生命であるものが考量の中に潜んでいることを見逃してしまう⁶⁹⁾。しかし国家は生命を(意思的・認知的に)侵害する行為を禁止し、したがって処罰するという方法によってこの未出生の生命を保護することを義務付けられているのである⁷⁰⁾。人工妊娠中絶の宣伝の禁止も、基本的にはこの義務の中に含まれる。区別されねばならないのは、それが厳密には何であるのか、という更なる問いである⁷¹⁾。

一般刑法典における例外というのは、刑法からの決別を意味する。非常に拙速に、未出生の生命から憲法的保護を取り上げてしまうことになるということは、これまでの議論から明らかである。「一塊の細胞」は自身を

67) *K. Höffler* (Fn. 12), RuP 54 (2018), 70 (71); *W. Mitsch* (Fn. 12), KriPoZ 4/2019, 214–220; *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel* StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 3, 3a; vgl. auch *pro familia* Bundesverband, Stellungnahme (Fn. 12); *Der Kriminalpolitische Kreis*, Stellungnahme (Fn. 12); *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, Stellungnahme (Fn. 12).

68) しかし明確に *K. Höffler* (Fn. 12), RuP 54 (2018), 70 (71).

69) したがって秩序違反法の規範とすることでは生命保護には適さない。

70) BVerfGE 88, 203 (252 f.); 既に BVerfGE 39, 1 (42); これについて特に同様に *C. Starck*, *Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens*, JZ 1993, 816 (819 f.); 同様に肯定的なのは *M. Kubiciel* Stellungnahme (Fn. 49), S. 2; *L. Wörner*, *Widersprüche beim Lebensschutz* (im Druck).

71) 以下 IV. 参照。

守ることができない。例外を設けるという考えによれば、未出生の生命は試験管の中では保護する必要性がなく（たしかにまだ厳密な意味で生命ではないが……⁷²⁾）、出生までに各段階分けがなされる⁷³⁾。しかしこのような段階分けを支える論拠や合理的な線引きを、絶え間なく細胞核融合を繰り返し、絶えず成長していく胎児に見出そうとしても、それは無理な話である⁷⁴⁾。このことについて詳細な議論をするのは、本稿のテーマではな

72) このことがよくわかるのはとりわけ *P.H.D. Batista*, Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen—kritische Würdigung der Entscheidung des EuGH im Fall Brüstle, GRUR Int 2013, 514 ff. 将来の患者の生命と健康に対する国家の客観的保護義務に鑑み、規定期日規則により人間の胚幹細胞の研究を原則的に禁じることを検討するよう部分的に要請するのは *H. Mertin*, Schaffung eines Rechtsrahmens im Spannungsverhältnis Fortpflanzungsmedizin und Embryonenschutz, ZRP 2006, 59 (60). 近時の機能主義的アプローチの傾向、増加について、とりわけ *Batista* を指摘して正当にも *St. Augsburg*, Die Zukunft des Embryonenschutzes in Deutschland und Europa, ZfL 4/2014, 74 ff., 同論文は憲法的コントロールを強調する。同様に批判的なのは *K.F. Gärditz*, Fortpflanzungsmedizinrecht zwischen Embryonenschutz und reproduktiver Freiheit: Zum Augsburg-Münchener Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes, ZfL 1/2014, 42 ff.; 憲法的基礎の強化については *J. Kersten*, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz—Ausblendung, Instrumentalisierung und Respektierung des Verfassungsrechts, in: H. Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, S. 97 ff.

73) *E. Hilgendorf*, Scheinargumente in der Abtreibungsdiskussion—am Beispiel des Erlanger Schwangerschaftsfalls, NJW 1996, 758 (insbes. 760 f.); *ders.* Stufen des vorgeburtlichen Lebens- und Würdeschutzes, in: A. Gethmann-Siefert/St. Huster (Hrsg.), Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, Bad Neuenahr 2005, S. 115–130; *H. Dreier*, Stufen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377–383; *ders.*, Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundgehalte, in: H. Joas (Hrsg.), Die Zehn Gebote—Ein widersprüchliches Erbe?, Köln 2006, S. 65–106 (79 ff.).

74) とりわけ *MüKoStGB-W. Gropp*, 3. Aufl. 2017, Vor § 218 Rn. 48 f. 未出生の生命の「経過・成長度合いに応じた保護義務のあらゆる差異化」が許されないことを強調するのは BVerfGE 39, 1 (37) 並びに BVerfGE 88, 203 (267) と Leitsatz 1

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

いし、他の論文にて幾度も検討した。未出生の生命を保護しようと考え、また（どのみち着床以降⁷⁵⁾の)段階付けを基礎付けることなどできないとするのであれば、国家の保護義務には一切の例外も認められない。生命の保護に際して、連邦憲法裁判所は制裁義務という言葉を用いている⁷⁶⁾。

専ら（妊娠した）女性の知る権利の維持と実現という基本権保護を論拠にしては、宣伝禁止を刑法典から排除することはできない。その保護義務に応じた訴追を必ずしも同様には保障できないために、秩序違反法では対応しきれない。訴追義務（刑訴法152条第2項）が更に備わらねばならないし、場合によっては手続停止（刑訴法153条, 153条 a）の適用についても調整が必要になってくる。このような苦勞をしてまで、年間平均で25件の告発・1件の有罪判決⁷⁷⁾に対応する意味があるのかは、疑わしい。医師の職業規則といった職務規定は医師のみを名宛人にしている⁷⁸⁾のであ

(S. 203). そこから未出生の生命と出生後の生命が質的にも同様の価値を有していることが帰結されるならば（圧倒的多数説による解釈 *W. Gropp*, *Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts*, in: A. Kreuzer/H. Jäger/H. Otto/St. Quensel/K. Rolinski (Hrsg.), *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, Godesberg 1999*, S. 285 [289 ff.]; Schönke/Schröder/A. Eser/B. Weißer, 30. Aufl. 2019, Vor § 218 StGB Rn. 9), このことはしかし刑法による保護が同じになるということの意味しない。このような的確な批判として *E. Hilgendorf* [Fn. 73], *NJW* 1996, 758 (761). したがって法秩序内部での切り分けも矛盾なくできる。この方向性として既に *W. Gropp* (ebd.), *Ehrengabe Brauneck; ders. Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit*, GA 2000, 1-18 (生育可能な未出生段階での同様の刑法的保護の前倒しという問題について). 構想的には *Wörner*, *Widersprüche beim Lebensschutz* (im Druck).

75) BVerfGE 39, 1 (37) 並びに BVerfGE 88, 203 (267).

76) BVerfGE 88, 203 (257); BVerfGE 39, 1 (47); BVerfG NJW 1999, 841 (843).

77) 前掲注53参照。

78) *M. Kubiciel* Stellungnahme (Fn. 49), S. 2; 同様に *G. Berghäuser* (Fn. 5), *JZ* 2018, 497 (502). 医師の職業法は刑法218条, 219条以下の保護法益を保護しているわけではなく、自らの提供サービスについての情報としての事実に関する宣

て、第三者がなす宣伝はすべて不可罰となってしまう⁷⁹⁾。

4. 正当性：助言を受ける義務、宣伝と情報の自由

無論、連邦憲法裁判所は人工妊娠中絶についての二つ目の判断によって、いかにして生命に対する国家の保護義務が刑事制裁ではない方法で達成されうるかについての道筋を示してはいる。つまり、刑法外の保護（ここでは助言と補助）のほう制裁による保護よりも手厚いといえる場合がそれである⁸⁰⁾。その際、助言による未出生の生命の保護が同時に女性の知る権利にも資するのである。なぜなら、助言によって情報収集の機会が確保されるからである⁸¹⁾。しかしこのように構成された、刑罰によらない助言制度構想が実際に生命保護に資するののかについては、連邦憲法裁判所ははっきりと、注視し検証されねばならないとした⁸²⁾。その検証対象には、この基本構想（助言システム）の保障のために刑法219条aの人工妊娠中絶の宣伝を処罰する必要があるのか、どのような場合に、どのような態様のものを処罰する必要があるのか、ということを検討することも含まれている。未出生の生命に対する国家の保護義務のみならず、その他の当事者の自己決定権、知る権利、思想の自由、職業活動の権利にも関わることであるから、これには特別な注意が向けられねばならないのである⁸³⁾。

伝を保護しているに過ぎない。この点適切にも *M. Frommel, Verbot des öffentlichen „Anbietens“ zum Schwangerschaftsabbruch, ZRP 2019, 1.*

79) この論拠は、実際には存在しないシナリオであるから、無論弱い。一方で法律が女性に助言に基づき医師による中絶を許可しているのに、第三者が人工妊娠中絶を提供しそれを宣伝することは、助言制度の失敗を前提としている。医師が中絶の実施を最早できなくなってはじめて、宣伝がなされるのである。宣伝禁止の任務においてこのような失敗は予想されえない。

80) とりわけ BVerfGE 88, 203 (252 ff., 296 f.); BVerfG NJW 1999, 841 Leits. 3.

81) 既に *L. Wörner zu AG Gießen NStZ 2018, 416 (417).*

82) BVerfGE 88, 203 (288 f., 296 f., 310 f.).

83) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 3, 3a.

討論モデルが導入され、宣伝禁止と紐づけられてからは、宣伝禁止の本来の意図が、人工妊娠中絶が一般に些細なことと見られてしまうことや採取的な活動領域が広がることの防止であった、ということについての議論がほぼ見られなかったのは不思議である。その意図というのが、違法な人工妊娠中絶についての宣伝からの保護という意味であるならば⁸⁴⁾、それは意味をなさない。なぜなら1933年の二つ目の墮胎判決において連邦憲法裁判所が12週までの人工妊娠中絶が助言によって構成要件を充足せず許容されるが、否認はされるという違法判断によって新たなカテゴリーを追加したからである⁸⁵⁾。したがって助言制度と宣伝禁止の紐づけが意図していたのは、法定された助言が当事者に情報提供をし、その助言が責任ある判断へと導くということを保障しようとしたのである。そうであればさらに、刑法218条 a 第 1 項にいう不可罰の中絶も宣伝禁止によって捕捉されると考えねばならないであろうし、そのほうが一貫しているように思われる。「助言は勇気づけるものであって、怖がらせるものではない。助言は理解を促すものであって、説教であってはならない。助言は女性の責任を

84) 上述 II. 参照。G. Berghäuser (Fn. 5), JZ 2018, 497 (499) が、専ら不正な人工妊娠中絶の宣伝にのみ宣伝禁止を制限することが歴史的になされなかったということ (Entwurf der Bundesreg. zum 5. StrRG, BT-Drs. 6/3434, S. 2, 16 und BT-Drs. 7/1983, S. 19 f.; Prot. 7. Wahlp. S. 1468 f.) によって、刑法219条 a の解釈を制限しようとするならば、これは誤りである。なぜなら、1993年・1995年の適用モデルによれば原則的にあらゆる人工妊娠中絶は「不正」なのであり、医師の助言と適用事由の存在が確認されることではじめて適法となるからである。適用事由の存在に関する助言についての宣伝禁止 (つまり適用要件の宣伝) はほぼ自明であった。その法制化はしたがって可能であった。この方向性において Sowada (Fn. 5), ZfL 1/2018, 24 (25). むしろ助言モデルの導入により、刑法 219条 a が適法・違法問わず人工妊娠中絶を捕捉するという認定により縮減されたのである。当初から正当な目的がなかったということは、正当化される人工妊娠中絶の通知・提供を妨げることは関係がない。同様に T. Walter (Fn. 63), ZfL 1/2018, 26 (28).

85) BVerfGE 88, 203に続く SFHÄndG vom 21.8.1995, BGBl. I S. 1050 (前掲注47参照).

支えるものであって、女性を保護管理するものではないということ⁸⁶⁾はそれによって保障される。今日に至るまで、一面的で不正確な情報から保護すべきなのだという論拠も一部主張されてきた⁸⁷⁾。しかしそれは変容する社会的な枠組み条件の観察と検証があつてはじめて成り立つものであり、経験的知見とその適用を考慮せねばならない。ただし、怪しい情報を無批判に受け入れ頒布することを、その匿名性と無関心さにより、ここで特に批判の焦点となっているインターネットのせいにするならば、それは単なるダムの決壊論法でしかない⁸⁸⁾。これはかなり昔から使い古された論法である。

情報処理や情報アクセスは変容し、サービス内容はインターネット上に全て、記述されている。接触を試みてはじめて、個人的な話し合いが始まる。妊婦がインターネット上で「投薬・手術による人工妊娠中絶はコチラ」という情報を必要としたことは「ほとんどない」ということは⁸⁹⁾、自ら患者を診ている医療関係者からすれば、了解可能である。しかしこれは女性の現実には合致しない。なぜなら、個人的な理由であろうと家族に関わる理由であろうとその他の理由であろうと、必ずしも全ての女性が医者に対して同じぐらいの信頼を抱いているわけでも、抱けるわけでもないからである。Vorhoffの話の中で正しいのはむしろ、女性は「人工妊娠中絶を実施する」という情報ではなく、その要件や実施、結果についての情報を欲している、という点である。（体感の）情報不足は、情報提供とその

86) BVerfGE 88, 203 (283).

87) N. Goldbeck (Fn. 26), ZfL 2005, 102

88) N. Goldbeck (Fn. 64), ZfL 2007, 14 (15); M. Kubiciel, Stellungnahme (Fn. 49), S. 2 f. は内容的にばらばらの情報が「野放図」となってしまうことは避けられるべきであり、刑法219条により追及される目的と衝突してしまうような情報が医師によって広められてしまうリスクがあるという。同様に K.F. Gärditz (Fn. 25), ZfL 1/2018, 18 (21 f. mit Fn. 36). 公的立場表明においてより明確なのは E. Winkelmeier-Becker, Interview, Taz v. 17.1.2018, <https://taz.de/CDU-Politikerin-ueber-Abtreibungsparagraf/!5474676/>

89) W. Vorhoff, Stellungnahme (Fn. 5), S. 1 f.

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

獲得（方法）に関する社会内での方針転換により生じ、さらには人工妊娠中絶の場合には、（助言に基づき人工妊娠中絶を行う）医師を告発する、（自称）生命保護活動家によっても影響を受けてしまう。

ヨーロッパ人権裁判所によっても確認されているが⁹⁰⁾、助言手続きに参加した上で人工妊娠中絶をした医師は自身に悪影響がなくとも、その患者がその医師に人工妊娠中絶をしてもらうことができる旨を指摘してもよいという理由でもって医師の不作为請求権が基礎付けられるとするならば⁹¹⁾、連邦憲法裁判所はプロバガンダや抗議活動から身を守るために、刑法219条 a により（広い解釈によれば）可罰的とされるものを許容したことになる。これは「規範的な矛盾」⁹²⁾を生じるおそれがあるのみならず、助言モデルによって担われ、妊娠葛藤法13条 2項における法律上の義務であるところの、助言に基づく人工妊娠中絶の実施設備の十分な準備自体にも疑義を生じる。事実上（また当然に）、いわゆる生命保護活動家による侵害が差し迫っており、同時に刑法219条 a 第1項によって（広い解釈によれば）提供サービス一覧に（したがって助言制度への参加について）指摘することを禁じる場合に、違法な人工妊娠中絶に参加する義務と助言モデルへの参加義務が同時に存在することになるため、これでは医師が妊娠葛藤法12条の拒否権を用いることが多くなるのも当然である⁹³⁾。むしろ正しいのは Gunner Duttge の見解である⁹⁴⁾。AG Gießen に始まり、それに

90) EGMR Urt. vom 20.9.2018–3682/10, 3687/10, 9765/10, 70693/11 (becklink 2010978); とりわけ Annen の可罰性に関する文脈においては EGMR Urt. vom 26.11.2015–3690/10 (Annen/Deutschland) = NJW 2016, 1867; EGMR Urt. vom 13.1.2011–397/07, 2322/07 (Hoffer u. Annen/Deutschland) = NJW 2011, 3353 参照。

91) BVerfG Urt. vom 24.5.2006–1 BvR 1060/02 = ZfL 2006, 135 (138).

92) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. *Merkel* StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 3.

93) 上述 II. 参照。同様の論拠を挙げるのは G. Berghäuser (Fn. 5), JZ 2018, 497 (501).

94) G. Duttge, Recht auf öffentliche Werbung für Abtreibungen?, medstra 3/2018, 129 f. Ausdrücklich zustimmend P. Fischer/H. Schelha Anm. zu AG Gießen, Urt.

引き続き抗議を突き動かしたポピュリズムの論争は、本来の問題の代理戦争であり、それによって本来保護されるべき法益（未出生の生命）が危機に瀕してしまっている。したがって、このような点でも純朴な女性の保護という考え方からは決別し、事実在即した厳格な解釈においてこの宣伝禁止の規定の憲法的正統性を問い、新たに導入された第4項がこの正当性に沿うものであるのかを問うべき時期に至ったのである。

IV. 保護目的に照らした条文解釈の必要性——時代と社会の変容に鑑みて

この点について筆者の立場は既に公刊されているため⁹⁵⁾、本稿ではごく手短かに述べることにする。刑法219条 a は現在、可罰的な人工妊娠中絶の宣伝のみならず、刑法218条 a 第1項に則った適法な人工妊娠中絶の宣伝をも処罰している⁹⁶⁾。しかしこれが憲法的に正統であるのは、この規制が生命保護に資し、同時に医師の自由な職業活動という基本権（基本法12条）と（妊娠した）女性の情報収集という基本権（基本法2条）に対する不当な介入とはならない限度で助言制度構想に統合されうる場合に限られる。

基本的に、医師が自身の診療所において提供するサービスにつき一般公衆に情報提供する権利は憲法的に保護された権利（ここでは基本法2条第1項と1条第1項による未出生の生命の保護）による制限を受ける⁹⁷⁾。同様の制約が女性の知る権利にも課される。この女性の知る権利も未出生の生命保護のために、基本的には制限されうるものである。しかしその制限

v. 24.11.2017 MedR 2019 (37), 79 (80).

95) *L. Wörner zu AG Gießen NSTZ* 2018, 416 (417 ff.).

96) *MüKoStGB-W. Gropp*, 3. Aufl. 2017, § 219a Rn. 1; *K. Höffler* (Fn. 12), *RuP* 54 (2018), 70 f.; *M. Frommel* (Fn. 14), *ZfL* 1/2018, 17 (18); *M. Kubiciel* (Fn. 13), *ZRP* 2018, 13(15); *G. Berghäuser* (Fn. 5), *Kripoz* 4/2018, 210 (213); schon *L. Wörner NSTZ* 2018, 416 (418). *dies.*, Interview (von *A. Bertram*), „Nur Verbot wird dem Leben gerecht“, *Gießener Anzeiger* vom 12.12.2017. も参照。

97) 正当にも *AG Gießen* の判決にもそうある。 *AG Gießen NSTZ* 2018, 416, Rn. 28 f.

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

が及ぶのは、刑法219条 a が手続保障を予定している事例においてのみである。

同規定を無制限に緩やかに解釈することは、まさに結果発生を前提としない抽象的危険犯⁹⁸⁾という同規定の性質に照らせば、あってはならない。また、可能な限り緩やかな解釈をすべきなどという一般的な法原則など存在しない。むしろ、刑法の断片性・補充性⁹⁹⁾に照らせば、真逆のことが妥当するのであり、過度な犯罪化は避けられねばならない。制限的かつ基本権保護に適した解釈こそが憲法的に要請されているのである¹⁰⁰⁾。

刑法219条 a 第 1 項人工妊娠中絶の宣伝の実行行為は、人工妊娠中絶の内容説明を提供し、広告し、推奨し、あるいはその内容の説明を知らせることである。インターネットサイトで診療所での人工妊娠中絶が「可能か」そして「いかにして行うか」につき公的な、事実に関する情報を提供する行為は、保護目的に照らした制限的な解釈によれば、三つの理由から刑法219条 a の構成要件を充足するものではない。

98) 基本的な分類については MüKoStGB-W. *Gropp*, 3. Aufl. 2017, § 219a Rn. 1; 同規定の前倒しの性質に批判的なのは G. Arzt/U. Weber/B. Heinrich/E. Hilgendorf-E. *Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 39 f. *W. Mitsch* (Fn. 12), *KriPoZ* 4/2019, 214-220. 同論文は、同規定が抽象的危険犯の要件をそもそも満たしえないと主張する。さらに、憲法的な観点からも最早正当な解釈はできないという。*Mitsch* により提起された疑義はしたがってとりわけ新規定刑法219条 a 第 4 項に重要性を付与する。

99) *Jahn/Brodowski*, *Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips*, *JZ* 2016, 969 (974 ff., 976 f.); *dies.*, *Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen*, *ZStW* 129 (2017), 363-381; 正当にもこれに反対するのは *K.F. Gärditz*, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, *JZ* 2016, 641-650; 刑法理論的には同様に *L. Wörner*, *Straf (rechts)würdigkeit, -bedürftigkeit, -tauglichkeit und Schutzfähigkeit: zur Ordnung eines „phänomenalen“ Argumentationsstraußes*, in: M. Kuhli/M. Asholt (Hrsg.), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, Baden-Baden 2017, S. 95-122; *dies.*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz*, § 11 (出版準備中)。

100) 基礎論的に *J. Vogel*, *Juristische Methodik*, Berlin 1998, S. 112 ff., 119, 122.

1. 宣伝行為は知覚を誘因するものに限られる

その公的な条文タイトル¹⁰¹⁾であるところの「中絶の宣伝」を顧慮すれば、刑法184条第1項5号（ポルノ文書の提供並びに宣伝）にいう提供、通知、喧伝行為のみが宣伝行為にあたることになる。宣伝行為という意味での提供行為は、一定の情報を単に公にアクセス可能な状態にしたのみならず¹⁰²⁾、その内容も決して中立的な内容ではないといえる場合にはじめて肯定される¹⁰³⁾。Kristina Hänelのように、ウェブサイト上にダウンロード用にあるいはメール送信によって、法律的・事実的要件をまとめたPDFファイルと、助言制度や助言機関を示す人工妊娠中絶についての中立的な内容の情報を提示する場合、私見によればこれは宣伝行為にはあたらないことになり、単に情報提供をしただけ、ということになるのである。

提供行為が認められうるのは、よく引用される Bayreuth 地裁判決のように、「その提供が直接ウェブサイト上で診療費の対価として提示されている場合」である¹⁰⁴⁾。しかしそれは、文言だけに着目した、考えうる限

101) 刑法の条文タイトルは公的タイトルとして顧慮されねばならない（1974年3月2日のEGStGB導入による。BGBl. I, 469）。

102) Satzger/Schluckebier/Widmaier/*Eschelbach* StGB, 4. Aufl. 2019, § 184b Rn. 12.

103) MüKoStGB-T. *Hörnle*, 3. Aufl. 2017, § 184 Rn. 56. この点既に *L. Wörner* NSZ 2016, 416 (417); 同様に *T. Schweiger* (Fn. 5), ZRP 2018, 98 ff. (101).

104) LG Bayreuth v. 11.1.2006 = ZfL 2007, 16, 同意を示すコメントとして *N. Goldbeck* ZfL 2007, 14; そのように繰り返すものとして MüKoStGB-W. *Gropp*, 3. Aufl. 2017, § 219a Rn. 6. それ以降多数によって支持されているのは *P. Fischer/H. Scheliha* (Fn. 94) MedR 2019 (37), 79 (80); *C. Sowada* (Fn. 5), ZfL 1/2018, 24–26; *G. Duttge* (Fn. 5), medstra 3/2018, 129–131; *T. Hillenkamp* (Fn. 26), Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); *C. Dorneck* (Fn. 5), medstra 3/2019, 137 (140); 基本的に *G. Berghäuser* (Fn. 5), JZ 2018, 497 (502); KriPoZ 4/2018, 210 (213 ff.); KriPoZ 2/2019, 82 ff. *M. Frommel* (Fn. 14 mN), はしたがって提供の文言削除を主張し、*W. Mitsch* (Fn. 12), KriPoZ 4/2019, 214–220, は抽象的危険犯に対する最低限度の要件が満たされているとはいえず、同規定の削除を主張している。*H. Satz-*

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

り最も緩やかな解釈である。しかし、文言だけでは決定打にはならない¹⁰⁵⁾。文言を強調するのであれば、言葉の一般的な用語法や日常的な語義よりも、法律的な用語法や法学専門用語を優先せねばならない¹⁰⁶⁾。可罰的なのは、提供サービス一覧について法律上・実務上の要件について事実に情報提供した（つまり日常会話的な意味での「提供した」）のみならず、特定の提供を認識させしむるような場合のみである。その場合にはじめて提供の意味での人工妊娠中絶の宣伝といえる。

2. 事実に関する情報を得る権利

人工妊娠中絶がいかなるステップで、いかなる方法で進んでいくかにつき、法律上の要件を事実として情報提供することは、刑法219条 a の規範目的（搾取的活動の活動範囲を広げることないしそのような問題の矮小化の防止）に影響を与えることはないという理由からも、事実に関する情報を得る権利は認められる¹⁰⁷⁾。人工妊娠中絶を行う医師によって要件についての事実に関する情報提供は、施術の要件や結果につき十分に理解した

ger (Fn. 5), ZfL 1/2018, 22 (23) und *T. Walter* (Fn. 63), ZfL 1/2018, 26 (28) は違法な（ないし不正な）人工妊娠中絶に限定すべきであると、*M. Kubiciel* (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (15); *ders.* Stellungnahme (Fn. 49), S. 2 ff. は議論の際の提案のうちのいくつかを挙げるために 4 項の追加に賛成する。

105) このような方法論によって、解釈は専ら語義のみによって非生産的あるいは背景の指摘に堕してしまうのである。語義による一義的な帰結も、規範的な意味の一定の推量となるに過ぎない。*G. Hassold*, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: C.-W. Canaris/U. Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 211 (223).

106) *J. Vogel* (Fn. 100), S. 114 f.

107) 同様に *der Kriminalpolitische Kreis*, Stellungnahme Dez. 2017; また *G. Berghäuser* (Fn. 5), JZ 2018, 497 ff. (504). 単なる情報提供によって保護目的が影響を受けるのは、その目的をいわゆる「風俗保護」に見出す場合のみである (*W. Mitsch* [Fn. 12], KriPoZ 4/2019, 214). ここでもし、そのような保護法益は広すぎて不明確であると批判してしまうと、自らの首を絞めることになる。なぜなら全ての情報が捕捉され、あるいはまったく捕捉されなくなるからである。

上での判断形成を可能にするという意味で、むしろ未出生の生命の保護に資する。条件に関する（可能か否かについての）更なる情報提供と、実施とその影響に関する（いかなる方法かについての）更なる情報提供は、当事者たる女性ないしカップルに、（その判断を形成する前に）人工妊娠中絶が具体的には何を意味しているのか、いかなる危険や影響がありうるのかを説明することになる。ただし、刑法219条の助言制度は、このような情報提供によって代替されるものではなく、代替されるべきでもない。というのも、助言というのは女性の（場合によってはカップルの）子を持つか持たないかという葛藤のためにあるからである。ここでは、人工妊娠中絶それ自体や実施の可能性について追加で説明するのは蛇足かもしれない。

ただ人工妊娠中絶を実施すると述べることや、要件から実施、その支払い方法までを情報提供した場合に構成要件に該当するというほどに、刑法219条a第1項によって知る権利を限定してしまうのは、その歴史的な由来においても法の保護目的と（もはや）調和しないし、憲法的にも正当化できない。つまり憲法は、可能な文言解釈の枠内で硬直してしまわないことを命じているのである¹⁰⁸⁾。むしろ、「法と正義」によって判断されねばならず、法文と他の法文や法原則との中で（体系論的に）コンテキストが生成されねばならず、法の目的に（目的論的に）、またその法制史やその資料に（歴史的に）注意が向けられねばならず¹⁰⁹⁾、その評価方法において有意性に従って重要性が量られねばならない¹¹⁰⁾。

これによれば、刑法219条aによる人工妊娠中絶の宣伝の処罰は、連邦憲法裁判所（1993年）と立法者（1995年）の意思に従って、刑法218条a第1項との関係で刑罰ではなく特に助言によって未出生の生命保護を保障し、両者を一体として規定するべきであるとするのが正しい¹¹¹⁾。これは

108) BVerfGE 88, 145 (166 f.).

109) BVerfGE 11, 126 (130) 以降確立した判例。

110) BVerfGE 87, 273 (282).

111) BVerfGE 88, 203 iVm 15. SFHÄndG vom 21.8.1995, BGBl. I S. 1050; 上述 II. 並

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

刑罰規範によってでしかできない¹¹²⁾。人工妊娠中絶の宣伝が規制されていない場合には、(結論を拘束するものではないにしても)未出生の生命保護のための助言制度の支障となる。なぜなら、そのような無規制状態では人工妊娠中絶が一般に些細なものと考えられ、女性が搾取の活動の対象に墮してしまう恐れがあるからである¹¹³⁾。したがって構成要件に該当しない、適法な人工妊娠中絶並びに違法な、全体として法秩序に違反する人工妊娠中絶についての宣伝が処罰される¹¹⁴⁾。

むしろ決定的な除外基準は、刑法219条 a 第1～3項によって人工妊娠中絶の要件や実行についての情報提供すらをも捕捉する刑罰法規が、一方で人工妊娠中絶の該当情報へのアクセスを女性にとって過大なほどに制約し、他方で助言制度に参加せねばならない医師が最早参加をしなくなるようなほどに、その情報提供の自由ないし職業活動の自由を制約するような、事実上の情報提供禁止をその内容とする場合である。したがってこのような場合は狭義の意味での不均衡である。なぜなら、その協調関係において立法者の目的(刑罰ではなく助言)が危機に瀕しているからである。情報アクセスの欠如は、女性にとって十分に理解した上での判断形成の妨げになるのである。医師の提供が欠如すると、人工妊娠中絶の実施のための十分な設備が保障できなくなってしまう。そうなると妊娠葛藤法13条2項は独自の情報収集権を巡って補充されねばならず¹¹⁵⁾、助言モデルの検証は刑法219条 a のせいで立ち行かなくなるのである。

医師がプロパガンダ活動をする生命保護活動家に対して医師の提供する

びに III. 4. 参照。

112) 上述 III. 3参照。

113) これこそが歴史的に形成されてきた法律の意義である。上述 II. 並びに III. 4. 参照。

114) これとは異なり G. Arzt/U. Weber/B. Heinrich/E. Hilgendorf-E. Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; H. Satzger (Fn. 5), *ZfL* 1/2018, 22 (23); T. Walter (Fn. 63), *ZfL* 1/2018, 26 (28); これについては Fn. 104. 参照。

115) それゆえ G. Berghäuser (Fn. 5), *JZ* 2018, 497 (503 f.) も同様の提案をする。

サービスやその要件についての情報提供権というかたちで不作為要求をする理由が憲法的に許容されるのであれば¹¹⁶⁾、そのことが同時に刑法219条aの可罰性を基礎付けることはない、ということが補充的にのみ付け加えられる¹¹⁷⁾。この点について、Kristina Hänelの事案もその他の点と同様に、(情報提供によって)第一の違反があった場合に、医師に禁止の錯誤を認めることで解釈学的に救い出すことはできない。なぜなら、たしかに彼らは不作為要求を情報提供権によって基礎付けることはできるが、(情報提供による)第二の違反があった場合には彼らを処罰するために情報提供をすることは許されない、と推論される必要はないからである。これはおよそ憲法違反である。なぜなら、Hilgendorfの言葉を借りれば、これにより正犯行為が許容されるのに、その関与行為が独立して犯罪とされてしまい、これは憲法的に許されないためである¹¹⁸⁾。刑法219条a第1項は合憲的解釈によるのであれば、人工妊娠中絶が「可能かどうか」と「いかなる方法があるのか」についての単なる情報提供を捕捉しない。

3. 時間的に先行する／後行する法規制の許容不可能性

刑法219条、218条aそして218条a第1～3項の助言制度による助言(義務)の法制度は、まず最初に緊急状態にある女性は妊娠の継続について中立的な説明を受けねばならず、それより先に女性は人工妊娠中絶に積極的な医師から要件や実施方法についての情報を得てはならない、という風な意味で解釈されてはならない(実際にこのような理解も一部主張されてはいるが)¹¹⁹⁾。これは緩やかすぎる解釈であり、包括的な助言により女性にあらゆる可能性を示すという助言手続の意義に反する。助言(義務)

116) BVerfG Urt. vom 24.5.2006-1 BvR 1060/02 = ZfL 2006, 135 (138); 前掲注91以下参照。

117) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel StGB, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 3.

118) 正当にも G. Arzt/U. Weber/B. Heinrich/E. Hilgendorf-E. Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40.

119) M. Kubiciel (Fn. 13), ZRP 2018, 13 (14).

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

による人工妊娠中絶について知る権利は時間による規制を受けるが、その際、この種の緊急状態に陥っている女性が感じる判断期限のプレッシャーは特に考慮されない¹²⁰⁾。助言の順序をも指図するというのはまさに、その女性を自己答責的な主体としてではなく、純朴な保護すべき存在とみているのであり、また他方で女性一人に最終責任を負わせることになる¹²¹⁾。

4. 立法者の判断に基づく違憲性

私見によれば、刑法219条 a 第1項の厳格な、合憲的解釈も可能であった¹²²⁾。立法者が政治的に煽り、公になした議論並びに一連の僅かな判例と2019年3月になされた一部学説の賛意により、緩やかすぎる許しがたい（ここでは違憲とすらいえる）刑法219条 a 第1項の解釈¹²³⁾に従って、第4項を追加したため、合憲的解釈は雲行きが怪しくなってしまった。なぜなら、立法者はそれによって事実に関する情報提供を刑法219条 a 第1項の規制対象に格上げしてしまったからである。というのも、（第1項により）可罰的なもののみが、例外的に（これが第4項趣旨であるため）不可罰になるからである。別の言い方をすれば、立法者は例外条項を追加することによって緩やかな解釈の可能性を開き、法の目的や法制史、考慮されるべき法原則に従い唯一可能な解釈により緩やかな解釈を体系的に承認してしまっただけである。第4項の追加によって、人工妊娠中絶が「可能か」

120) これは専ら、期限の経過を中絶の全ての要件としているのではなく、このために生命の段階や助言手続に参加する医師による啓蒙に応じて十分な時間となりうる（*W. Vorhoff*, Stellungnahme [Fn. 5], S. 2）。

121) 上述 III. と *K. Höfler* (Fn. 12), *RuP* 54 (2018), 70 f. 参照。これはそもそも判断形成を可能にする様々な情報を収集することにあるのである。

122) 既に *L. Wörner* *NStZ* 2018, 416 (417). 同様のニュアンスで *Duttge* (Fn. 5), *medstra* 3/2018, 129 f.; *K.F. Gärditz* (Fn. 25), *ZfL* 2018, 18 (19); *T. Hillenkamp* (Fn. 26), *Hessisches Ärzteblatt* 2/2018, 92 (93); *H. Satzger* (Fn. 5), *ZfL* 1/2018, 22 (23); *Sowada* (Fn. 5), *ZfL* 1/2018, 24 ff.; *T. Walter* (Fn. 63), *ZfL* 1/2018, 26 (28).

123) IV. 1.-3.

「いかなる方法か」についての単なる情報提供は刑法219条 a 第1項により処罰可能になってしまった。また第1項の、もう一つの合憲的な解釈は第4項の追加によって不可能となってしまった¹²⁴⁾。

例外規定の追加をしても、規定全体の合憲性を導くことはできないのである。というのも、医師や病院、医療施設が、彼らが刑法218条 a 第1～3項の要件のもと人工妊娠中絶を実施するという事実を示した(1号)、または人工妊娠中絶について管轄の連邦・地方当局や妊娠葛藤法にいう助言機関、医師会の情報を示した(2号)場合、刑法219条 a 第4項は憲法的に許される解釈において人工妊娠中絶の提供を限定せず、医師や病院、医療施設のみが第1項の適用領域から外れるだけだからである。既に議論があるのは、これが独自の構成要件阻却事由なのか、刑罰阻却事由なのかという点と、2号は列挙されている機関の情報と内容的に完全に一致する場合にも適用があるのか¹²⁵⁾である。しかしどのみち、診療所での人工妊娠中絶の要件と実施に関する独自情報の提供は(Kristina Hänelの事案のように)可罰的となる¹²⁶⁾。そのほかにも、医師や病院、医療施設にのみ例外を認めるのは事実在即しているか、という議論も必要である¹²⁷⁾。女性の現在の情報量に基づく情報への需要は、「ここで人工妊娠中絶ができ

124) この明らかな帰結は、法律目的を達成するために新たに追加された規定が空転しない場合にのみ正しい。この帰結はまた、象徴的刑法(これについて近時 *E. Hoven, Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpe- lung des StGB, ZStW 129 (2017), 334 ff.*)を促進しないようにするのであれば、やはり正しい。

125) 両者について *C. Dorneck* (Fn. 5), *medstra* 3/2019, 137 (142 f.). *Dorneck* は結局同規定を比例原則に反しないとしている(同 S. 143)。

126) *OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Juni 2019–1 Ss 15/19–, Rn. 13, juris* (Fn. 21 参照)はしたがって地方裁判所の判断を破棄し、他の刑事部に差し戻した。新たに補充された刑法219条 a 第4項の規定のもとでも可罰性の要件は証拠によって示されねばならない。願わくば、新たな審議において *LG Gießen* が違憲性の問題に気付く、場合によっては連邦憲法裁判所の管轄である規範統制申請による批判に気付いてほしい。

127) 正当にも *W. Mitsch* (Fn. 12), *KriPoZ* 4/2019, 214 (219 f.).

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例
ます」という一文では足りない。そんな情報を必要としている者など、全
くないのである¹²⁸⁾。現存している情報の不足は、専ら情報コントロール
（第4項2号にいう管轄施設）や中絶を実施する医師のリストを案内・
公表すること（妊娠葛藤法13条a第1項）によって解決できるか否かは、
それ自体検証が必要である。ただしそもそも、そのような措置自体不要な
のである。単なる情報提供は罰しないという、シンプルに合憲的な解釈が
あれば足りる。

立法者が第4項をすぐに削除したくないのであれば、Monika Frommel
が議論の当初から強く主張していた方法をとるしかない。すなわち、残念
ながら斯くも誤って理解されてしまった刑法219条a第1項の「提供」を
削除することである¹²⁹⁾。そうでなければ、憲法裁判である。体系的な解
釈によれば関与行為が独立して処罰され、しかしその保護法益には影響を
与えずに刑法218条a第1項の助言制度の保護目的を危殆化し、しかも著
しいコストを惹き起こす¹³⁰⁾刑罰法規は、維持できない。

V. 立法政策・司法実務・判例実務に対する結論

本来の問いに立ち戻ろう。緊急時相談モデルは、連邦憲法上の基準に基
づき、未出生の生命に対し十分な保護を与えられるであろうか。同モデル
は未出生の生命保護という国家の保護義務を果たすことに適しているだろ
うか。総点検や体系的な改良が必要であろうか。

Reinhardt Merkel¹³¹⁾が数年前から適切に批判しているように、葛藤時
相談モデルは12週目までの人工妊娠中絶の件数をわずかながら減少させる

128) この点で賛成するのは *W. Vorhoff*, Stellungnahme (Fn. 5), S. 1 f.

129) *M. Frommel* (Fn. 3), JM 4/2019, 165 ff. mwN.

130) この点に注意を喚起するのはとりわけ *W. Vorhoff*, Stellungnahme (Fn. 5),
S. 3 f.

131) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/R. Merkel StGB, 5. Aufl. 2017, § 218a Rn. 1.

に過ぎない¹³²⁾。その件数は現在の統計によると、2013年以降ようやく、100%をわずかに下回るようになったに過ぎない¹³³⁾。しかも相談制度の利用を女性に委ねると、社会的・金銭的補助についての情報が十分でないせいで、子供を産まないという選択肢しか残らないのである。なぜなら、むしろ社会的・金銭的保護がない場合の状況を想定してしまうからである。宣伝の刑法的禁止は、女性が十分な情報を手にすることを保障することによって未出生の生命が保護されるという場合に限り、合憲なのである。言い方を変えれば、刑法219条 a が女性の人工妊娠中絶の情報収集を妨げているといえる場合、刑法219条 a は十分な情報に基づいた判断形成を阻害しているのであり、人工妊娠中絶を促進してしまっていることになるのである。

緊急時相談モデルを超えて、子を持つと覚悟するのに必要な社会的受容も欠けている。一方をあきらめざるをえない状況（いわゆる「子供かキャリアか？」モデル）に陥らずに済むような、出生後の子供の世話・教育をも包括する金銭的な援助も不十分である。子供の誕生を幸せなことだと思いうイメージも欠けている。これら全てのことは助言制度のみによっては対処できない。既に連邦憲法裁判所が第二の中絶判例で述べたように、助言制度は明確な展望を与えるものでなければならない¹³⁴⁾。しかし、現状、そううまくいってはいない。現在のポピュリズムに流されてしまっている議論が、法的検討においてこの不十分さに注意を喚起しているのである。

したがって判決は勲章として授与されてはならない。法律学は刑事政策の道具なのではなく、立法や実務・判例における法適用に対する批判的視

132) これを数年来指摘するのは MüKoStGB-W *Gropp*, 3. Aufl. 2017, Vor § 218 Rn. 87; 概括的に、そして統計評価も示しているのは *pro familia*, Schwangerschaftsabbruch-Zahlen und Hintergründe, S. 1 f., https://www.profamilia.de/fileadmin/profamilia/verband/8_Fakten_zum_Schwangerschaftsabbruch_web.pdf

133) 2013 (99.079), 2014 (96.080), 2015 (95.338), 2016 (94.908), 2017 (97.278), 2018 (97.151), <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/rechtliche-begrueendung.html>

134) BVerfGE 88, 203 (205 in der Entscheidungsformel II.3.[1], 252 ff.).

より良き法を目指す論争における「勲章となるべき」一つの判例

座なのである。司法の任務は、合憲的な解釈によって確定された内容に応じ、法律を判断されるべき事案に適切にあてはめることである。その叡智を紹介し、その批判的な思考を磨くことこそ、大学で教鞭をとる我々の使命なのである。司法が勲章を授与するならば、法律判断をする権力に対し付されるべき法適用への批判は機能不全に陥り、そのための大学教育はその目的を誤ってしまうことになろう。社会における女性の権利を擁護すること（HänelやGießenの裁判官、そして我々にとって重要であると考えられていたのだが）は、名誉に関わるものではなく、未出生の生命の保護という理由から憲法的に要請されている。そうしてはじめて、その結論が刑法をもってしてまで単なる「社会的風俗の保護」にならずに済むのである¹³⁵⁾。

135) 刑法219条a第4項の追加に関し正当に批判するのはK. Höffler (Fn. 12), RuP 54 (2018), 70 f.