

4. コロナ禍におけるトリアージと刑事責任

矢 田 陽 一

ただいまご紹介に与りました法学部現代ビジネス法学科准教授の矢田陽一と申します。

本日は、このような貴重な報告の機会を頂戴しましたことを、関係者の皆様に心より感謝申し上げます。

早速ではございますが、時間も限られておりますので、報告の方はじめさせていただきます。

今回は、世界中で大きな社会問題となっております、コロナ禍における「トリアージ」と刑事上の責任について、お話しさせていただきたいと思います。

1. コロナ禍と「トリアージ」

世界中がコロナ禍に見舞われてからはや1年以上が経過しましたが、その間における臨床研究のなかで、COVID-19（以下、「コロナウイルス」と略）に感染しますと、感染者の一部は、年齢・既往症、肥満などの諸因子と相まって、一定の確率で肺炎を併発し、その治療には、人工呼吸器あるいは人工心肺いわゆる ECMO（以下、「人工呼吸器等」と略）の使用が不可欠になる、ということが分かってきております。この点、人工呼吸器等を使用するに当たっては、専門的な知識・技術を有する人員、設備や病床などが必要になってきますが、コロナウイルスの非常に強い感染力を背景として、患者が同時期ないし同地域において急増し、集中的に特定の病院に搬送されることで、それらの医療資源が一時的に不足する、という状態に陥るおそれがあります。今

回のテーマとなります「トリアージ」とは、そのような、すべての患者に均一に医療資源を配分することができない状況下において、医師が患者間で治療の優先順位を決定することをいいます。トリアージが行われますと、一定の患者は治療を受けられないこととなりますが、原則として、どの患者にも等しく治療を行う義務のある医師は、そのような患者に治療を行わないことに対して、何らかの刑事上の責任を負う可能性はあるのか、ということが問題となってきます。

本問題につきましては、わが国ではいまだほとんど議論がなされていない状況にありますので、方や活発に意見が交わされておりますドイツの議論を中心にご紹介しながら、わが国への示唆となりうる部分はないか、考察してみたいと思います。

2. 「トリアージ」の定義および類型

「トリアージ」という言葉は、そもそもが、フランス語で「選別」を意味します「トリアージュ」(Triage)を語源としておりまして、戦時医学に由来し、大規模な災害等が発生した場合に、医療資源が需要に対して十分でない状況下において、医師が何らかの基準に従って患者間で「命の選別」を行うことをいいます。

この点、ドイツでは、「トリアージ」に関しまして、おおよそ3つの類型に区分して考察するのが、従来から一般的となっております。

①「事前的特トリアージ」とは、医療資源の不足下において、医師が同時に2人以上の患者を病院に受け入れた際に、人工呼吸器等による集中医療的な治療を誰に対して行うか、何らかの基準に従って選別決定を行うことをいいます。例えば、医師が治療を引き受けたが、いまだ人工呼吸器等による集中医療的な治療を受けていない患者Aと患者Bとの間において、そのうちのどちらを優先的に治療するかという形で、問題となります。

②「事後的トリアージ」とは、医療資源の不足下において、患者 A に対して人工呼吸器等による集中医療的な治療がすでに行われていたが、後から同様の治療を必要とする別の患者 B が病院に搬送されてきた場合に、先行する A への治療を中断し、代わりに B の治療へと移行することをいいます。「事後的トリアージ」では、すでに行われていた人工呼吸器等による集中医療的な治療を中断することが許されるかという形で、問題となります。

③「将来的トリアージ」とは、現在のところ医療資源は不足していないが、将来における潜在的な医療資源の不足に備えて、目下治療を必要としている患者への治療が拒否されることをいいます。例えば、目下人工呼吸器等による集中医療的な治療を必要としている患者 A がいるにもかかわらず、将来病院に搬送されてくる可能性のある患者 B への治療を見越して、医療資源を温存しておくことが許されるかという形で、問題となります。

このうち、③「将来的トリアージ」に関しましては、目下治療を必要としている患者 A といまだ生命の危機が現実化していない患者 B とでは実質的な競合関係にないとして、A に対する治療の拒否は許されない、すなわち、医師の選別は犯罪として処罰されるという点で、ほぼ争いはない状況です。したがって、以下では、とりわけ刑法上の責任の有無が議論されております、①「事前トリアージ」と②「事後的トリアージ」につきまして、取り上げていきたいと思ひます。

3. 「事前トリアージ」における刑法上の問題点

「事前トリアージ」におきましては、一定の医療資源の不足を理由として、患者間で治療の優先順位が決定される結果、一方の患者に対して治療を行うことは、すなわち同時に、他方の患者の治療を行わないことをも意味することになります。上述しましたように、医師は治療を引き受けたすべての患者に対して等しく治療を行う義務があります。したがって、治療を行わな

かった患者に対しては、治療すべきであったのに治療しなかったとして、不作為による殺人罪等により処罰される可能性があります。もっとも、医師はこのような状況下ではすべての患者に対する義務を履行することはおよそ不可能ですから、仮に「トリアージ」により患者の選別を行ったとしても、何らかの形で犯罪の成立を否定すべきではないか、ということが問題となってきます。この点、現時点では「トリアージ」について直接言及する刑法上の規定あるいは特別法は存在しておりません。そこでその際議論に用いられているのが、いわゆる「義務の衝突」論ならびに緊急避難論となります。

4. 「義務の衝突」の定義および類型

「義務の衝突」とは、条文に規定のない慣習法上の概念でありまして、互いに両立し得ない複数の義務の履行を同時に要請された者が、そのうちのどれか1つの義務を履行するために、それ以外の義務を怠る以外に方法がないことをいいます。

「義務の衝突」には、大きく分けまして、3つの類型があるとされております。

まず、①「作為義務」と「作為義務」とが競合する場合があります。例えば、「父親Aが、海で溺れている自身の子BとCのうち、一方しか助けられない場合などが、挙げられます。この場合、「Bを救助しろ」という作為義務と「Cを救助しろ」という作為義務とが競合している形となります。

次に、②「作為義務」と「不作為義務」とが競合する場合があります。例えば、「父親Dが、海で溺れている自身の子Eを救助するために、第三者Fの法益を何らかの作為により侵害する場合など、が挙げられます。この場合、「Eを救助しろ」という作為義務と「Fの法益を侵害するな」という不作為義務とが競合している形となります。

最後に、③「不作為義務」と「不作為義務」とが競合する場合があります。

例えば、ドイツのアウトバーンにおいて、自動車の運転手 G が誤って反対車線に侵入し、走行してしまった場合など、が挙げられます。この場合、G においては、「そのまま走行するな」という不作為義務と、「バックで走行するな」という不作為義務と、「その場で停止するな」という不作為義務と、「方向転換するな」という不作為義務とが、それぞれ競合しているという形となります。

この点、刑法学上、①「作為義務」と「作為義務」とが競合する場合のみが「狭義の義務の衝突」と呼ばれており、この場合に限り「義務の衝突」を理由として犯罪の成立が否定されるというのが、ドイツの通説的な理解となっております。

5. 「義務の衝突」の法的性質

「義務の衝突」が認められる場合、犯罪が成立しないこと自体については広い見解の一致がありますが、その根拠については学説上争いがあります。現状では、①そもそも殺人罪の条文にすら該当しなくなるとする構成要件該当性阻却事由説、②法秩序に反しないので正当化されるとする違法性阻却事由説、③行為者を非難できなくなるとする責任阻却事由説の3つの立場が主張されております。

この点、通説である②説からは、競合する義務が同ランクである場合、どちらの義務を履行しても、他方の義務の不履行は正当化、すなわち、違法性が阻却されることになります。また、競合する義務において、一方が他方に優越する場合、優越する義務を履行した場合に限り、正当化が認められることになります。

6. 緊急避難の定義および類型

緊急避難とは、自己または他人の法益に対する現在の危難を避けるため、やむを得ず他者の法益を侵害することをいいます。この点、ドイツ刑法には、①保全法益が侵害法益よりも著しく優越する場合にのみ違法性の阻却を認める正当化的緊急避難、②家族等の近親者間でのみ保全法益と侵害法益とが同等の場合にも責任の阻却を認める免責的緊急避難、③法に規定はないが、「より多くの者の利益を守るためにより少ない者の利益を侵害することは許される」とする原理から、例外的に正当化あるいは免責される場合があるとする超法規的緊急避難の3類型があります。

7. 「義務の衝突」と緊急避難との相違

「義務の衝突」と緊急避難は、いずれも一定の行為について犯罪の成立を否定するものですが、両者の間には本質的な相違も存在します。具体的には、「義務の衝突」の場合、必ず少なくともどれか1つの義務を履行しなければならないですが、緊急避難の場合、自身あるいは他者の法益侵害を甘受すること、すなわち、何もしないことも許されることになります。また、「(狭義の)義務の衝突」の場合、作為義務に反する「不作為」すなわち「～しなかった」場合の刑事責任が問題となる一方、緊急避難の場合、不作為義務に反する「作為」すなわち「～した」場合の刑事責任が問題となります。

8. 「事前的特りアージ」と「義務の衝突」・緊急避難

上述しましたように、「事前的特りアージ」の場合、医師は、患者 A に対しても B に対しても「治療しろ」という「作為義務」が課されておりますので、「作為義務」と「作為義務」との競合がしている点で、「(狭義の)義務の衝突」

の問題とすることができます。

9. 優先順位をめぐる諸基準

「事前的トリアージ」が「狭義の義務の衝突」の場合にあたるとしますと、次に問題となりますのが、何を基準として「義務」の優先順位を定めるかということです。

まず、当該義務の履行によって保護される法益の種類が重要となります。すなわち、生命、身体、自由等々という順に優先順位が確定されることになります。

次に、同一法益の場合において、何を基準に判断すべきかということについては、争いがあります。

まず、実質的な基準としまして、①「緊急性」の基準というものがあります。本見解からは、生命等の法益に対する侵害がより間近に押し迫っている者を優先して救助すべき、ということになります。例えば、上述した子ども B と C が海で溺れた事例でいいますと、もし B がごくわずかでも泳げてしばらくの間持ちこたえられるのに対して、C が全く泳げなかったような場合には、より生命侵害の危険が間近に押し迫っている C の方を優先的に救助しなければならないことになります。

同じく実質的な基準としまして、②「(治療) 成功の見込み」の基準というものもあります。本見解からは、救助できる可能性が高いと見込まれる者を優先して救助すべき、ということになります。例えば、上述した子ども B と C が海で溺れた事例では、ごくわずかでも泳げる B の方が救助できる可能性が高いので、C ではなく B を優先的に救助しなければならないことになります。

これに対して、形式的な基準すなわち偶然性に依拠した基準としまして、**①くじ引き方式**というものがあります。本見解は、「人間の運命は、人の意

思によってではなく、神の意思によって決定されるべき」と主張します。また、
 ②先着順の原則は、先に治療の引き受けがなされた、あるいは先に入院した方を優先すべき、すなわち時間的な偶然性に委ねるべきと主張します。

以上の諸基準のうち、コロナウイルスによる「トリアージ」の場合、法益の比較としては生命対生命で同等ですし、また、どちらも目下人工呼吸器等による集中医療的な治療を必要としている点で、緊急性の程度も異なりません。したがって、それ以外の基準が決め手となりますが、現在のところドイツでは、「成功の見込み」の基準が支配的な見解であるとされております。

10. 落ち度ある者の優先は認められるか。

仮に一方の患者がコロナウイルスに感染したことについて何らかの落ち度があった場合、その者を優先することは許されるかという問題があります。例えば、緊急事態宣言下において外出自粛が要請されるなかで、マスク等の対策を何ら講じないままに会食を重ねた結果感染してしまった者と、何らの落ち度なく施設等で集団感染してしまった者とで、どちらの生命を優先すべきかという形で、問題となります。この点、①肯定説は、感染者の落ち度は倫理的な非難や他の社会的制裁などで十分であると解しています。これに対して、②否定説は、緊急避難との対比において、自らの落ち度で緊急状態に陥った場合、緊急避難権が一定程度制限される（自招避難）こととパラレルに考えるべきであると主張しております。

11. 社会インフラの維持に重要な者の優先は認められるか。

社会インフラの維持に重要な者を優先的に治療することは許されるかという問題もあります。例えば、医師あるいは医療従事者がコロナウイルスに感染した場合、優先的に治療することは許されるかという形で問題となります。

この点、医師や医療従事者を優先的に治療することによって、より多くの患者を救うことができる可能性が生じますので、先ほどの成功の見込みの基準を重視する立場からは、肯定的に捉えられております。もっとも、一部の職業のみを優先することは、法の下での平等を説くドイツ基本法の趣旨に反する、すなわち職業による差別に当たりうるとして、否定的に理解する立場も有力に主張されております。

また、もし優先を認めてもよいとする場合、それ以外の職業、例えば、政治家、警察官や消防官にまで対象を広げることは許されるかということについても、議論のあるところです。

12. 「事後的トリアージ」における刑法上の問題点と解決策

「事後的トリアージ」におきましては、先に治療を受けていた者の「治療の中断」が認められるかということが問題となりますが、例えば「人工呼吸器等のスイッチを切る行為」がそもそも「作為」なのかそれとも「不作為」なのか、ということ自体が争われております。

この点、支配的な見解によりますと、治療の中止を「作為」と見て、「狭義の義務の衝突」に基づく犯罪の成立の否定を認めるべきでないとされております。すなわち、一方の患者の「治療を中断するな」という「不作為義務」と「他方の患者を治療しろ」という「作為義務」とが競合しているというふうに考えるべきと解されているわけです。よって、残るは「作為」の犯罪の成立を否定する緊急避難の問題となりますが、上述した緊急避難のいずれの要件も充たさないとして、緊急避難も成立しえないとする理解が、一般的です。したがって、医師の選別行為は、不作為の殺人罪等で処罰されうることになります。

もっとも、「事前的トリアージ」では「狭義の義務の衝突」によって犯罪の成立が否定されるのに対して、「事後的トリアージ」では「狭義の義務の衝突」

にも緊急避難にも当たらないとして犯罪が成立するというのは、その区分が時間的な偶然性に左右されることからして、バランスを欠き妥当でないと批判されております。

そこで、何らかの形で医師の行為に対して犯罪の成立を否定できないかということが、「事前のトリアージ」との対比において議論されております。

この点、とりわけ医療の領域において「作為」と「不作為」とを厳格に区別することは困難であるとして、「作為」と「不作為」の二元主義に代えて、2つ以上の「治療義務」あるいは「治療の中断」というものが競合する場合という形で構成することで、「狭義の義務の衝突」による犯罪の否定を認めようとする見解が一部で有力に主張されております。さらに、上述しました、「成功の見込みの基準」を土台としまして、「事前のトリアージ」と「事後のトリアージ」とで形式的に分けるのではなく、どちらの患者の方がより治療の成功の見込みが高いかを基準として選別し、仮に優先が認められた患者に対しても、一定の期間で常に再検査を行い、成功の見込みに変化があった場合、一方の治療を中断し、他方の治療へと移行することも許されけるとする見解なども主張されております。

13. 結びに代えて一日本法への示唆と今後の課題

以上においてご紹介しましたドイツの議論は、類似する法体系および法理論を採用するわが国においても、若干の相違点は見られるものの、基本的には転用可能であるように思われます。なお一点だけ付記するとすれば、複数の生命保護の義務のうち、一方の義務の履行がすなわち他方の義務の不履行にならざるを得ないような、究極的な状況下においては、医師に過剰な精神的負担を課さないためにも、選別の指針となる一定の明確な基準の提示、すなわち、立法による解決を図ることこそが、もっとも望ましいのではないかと思います。

「トリアージ」の問題は、何もコロナ禍の場合に限られず、それ以外の災害でも十分問題となり得ます。ことに、深刻な医師不足、高齢化社会に加えて、地震、津波、台風など、毎年多くの災害が発生するわが国において、いずれ近い将来にも「命の選別」が行われうるであろうことは、想像に難くありません。今後来るべき時のために、国民全体でこの問題について議論を深めておくことが不可欠であるように思われます。

本報告が、防災教育に力を入れる国士舘大学の精神にわずかでも寄与することができましたら幸いです。

大変駆け足のご報告となりましたが、以上をもちまして結びに代えさせていただきます。

ご清聴ありがとうございました。

コロナ禍におけるトリアージと刑事責任

—ドイツ法との比較を手がかりとして—

矢田 陽一

1. コロナ禍と「トリアージ」

・COVID-19（以下、「コロナウイルス」と略）に感染すると、感染者の一部は、年齢・性別・既往症、肥満、喫煙・飲酒等の生活習慣などの諸因子と相まって、様々な症状とともに一定の確率で肺炎を併発し、その治療には人工呼吸器あるいは体外式膜型人工心肺（ECMO）（以下、「人工呼吸器等」と略）の使用が不可欠になる。

・人工呼吸器等を使用するに当たっては、専門的な知識・技術を有する人員、設備や病床の確保などが必要になるが、コロナウイルスの強い感染力を背景として、患者が同時期・同地域において急激に増加し、集中的に病院に搬送されることで、それらの医療資源が一時的に不足するという状態に陥るおそれがある。

・「トリアージ」とは、そのような、すべての患者に均一に医療資源を配分することができないような場合に、医師が患者間における治療の優先順位を決定し、優先者から順に治療を行うことをいう。

・トリアージが行われると、一定の患者は（十分な）治療を受けられないことになるが、原則として、どの患者にも等しく治療を行う義務のある医師は、患者に治療を施さないことに対して、何らかの刑事上の責任を負う可能性はあるか、ということが問題となる。

2. 「トリアージ」の定義および類型

・「トリアージ」（Triage）とは…戦時医学に由来し、大規模な災害等が発生した場合に、治療資源が必要に対して十分でない状況下において、最善の医療結果を得るために、医師あるいは医療従事者が何らかの基準に従って患者間で治療の優先順位を決定し、いわゆる「命の選別」を行うことをいう。

・トリアージの3類型

① 「事前的トリアージ」（受け入れトリアージ）…医療資源の不足下において、医療従事

者が同時に2人以上の患者を病院に受け入れた際に、人工呼吸器等による集中医療的な治療を誰に対して行うか、何らかの基準に従って選別決定を行うことをいう。

②「事後的トリアージ」(継続的トリアージ) …医療資源の不足下において、患者Aに対して人工呼吸器等による集中医療的な治療がすでに行われていたが、後から同様の治療を必要とする別の患者Bが病院に搬送されてきた場合に、先行するAへの治療を中断し、代わりにBの治療へと移行することをいう。

③「将来的トリアージ」(予防的トリアージ) …現在のところ医療資源は不足していないが、将来における潜在的な医療資源の不足に備えて、目下治療を必要としている患者への治療が拒否されることをいう。

※以下では、とりわけ刑事上の責任が問題となる①と②について、取り上げる。

3. 「事前的トリアージ」における刑法上の問題点

・事前的トリアージにおいては、一定の医療資源の不足を理由として、患者間で治療の優先順位が決定される結果、一方の患者に対して治療を行うことはすなわち同時に、他方の患者の治療を行わないことをも意味する。

・上述したように、医師は治療を引き受けたすべての患者に対して等しく治療を行う義務がある以上(すなわち「保障人的地位」を有する)、治療を行わなかった患者に対しては、不作為による殺人(故殺(あるいは謀殺))罪(ドイツ刑法212条(211条)、刑法13条1項)により処罰される可能性がある。

・もっとも、医師はこのような状況下ではすべての患者に対する義務を履行することはおよそ不可能であるから、仮に「トリアージ」により患者の選別を行ったとしても、何らかの形で犯罪の成立を否定すべきではないか、ということが問題となる。この点、現時点では「トリアージ」について直接言及する刑法上の規定あるいは特別法は存在しない。そこでその際議論に用いられているのが、いわゆる「義務の衝突」論ならびに緊急避難論である。

4. 「義務の衝突」の定義および類型

・「義務の衝突」(Pflichtenkollision) とは…互いに両立し得ない複数の義務の履行を同時に要請された者が、そのうちのどれか1つの義務を履行するために、それ以外の義務を怠る以外に方法がないことをいう。

・「義務の衝突の3類型」

① 「作為義務」と「作為義務」との競合

・Ex. 父親 A が、海で溺れている自身の子 B と C のうち、一方しか助けられない場合など。
この場合、「B を救助しろ」という作為義務と「C を救助しろ」という作為義務とが競合している。

② 「作為義務」と「不作為義務」との競合（義務緊急避難）

・Ex. 父親 D が、海で溺れている自身の子 E を救うために、第三者 F の法益を何らかの作
為により侵害せざるをえない場合など。この場合、「E を救助しろ」という作為義務と「F の
法益を侵害するな」という不作為義務とが競合している。

③ 「不作為義務」と「不作為義務」との競合

・Ex. ドイツのアウトバーンにおいて、自動車の運転手 G が誤って反対車線に侵入し、走
行してしまった場合など。この場合、G はいかなる作為も禁じられることになる。すなわち
「そのまま走行するな」という不作為義務、「バックで走行するな」という不作為義務、「そ
の場で停止するな」という不作為義務とが、それぞれ競合している。

※①のみを「狭義の義務の衝突」（真正な（本来の）義務の衝突）という。

①②③をまとめて「広義の義務の衝突」という。

・これらのうち、「義務の衝突」を理由として犯罪の成立が否定されうるのは、原則として
①のみであるとされる（通説）。

5. 「義務の衝突」の法的性質

・「義務の衝突」が認められる場合、犯罪が成立しないこと自体については広い見解の一致
があるが、その根拠については学説上争いがある。

①構成要件該当性阻却事由説…義務は履行可能な場合にのみ認められるから、一方しか
履行可能でない場合、他方の義務はそもそも存在しない（あるいは後退する）。したがって、
構成要件該当性自体が認められない（殺人罪の条文自体に該当しない）。

②違法性阻却事由説(通説) ……一般的・抽象的に見ると、2つの義務はそれぞれ履行可能である、すなわち義務自体は存在するが、「不可能は義務づけられない」(impossibilium nulla obligatio est) という法原則から、例外的に正当化される。

③責任阻却事由説…違法性阻却の根拠として優越的利益説を採用することを前提として、2つの義務が同ランクの場合、一方の利益は他方の利益に優越しないので、正当化されない(=違法である)。もっとも、行為者が他方を履行しないことに対して非難できないので、免責される。

②説と③説の大きな違いは、医師による選別行為に対して、不利に扱われた者が物理的な強制力を用いて反抗(正当防衛)できるかという点にある。②説では、選別は「正」しい行為であるから、正当防衛では抵抗できないのに対して、③説では、選別は「不正」な行為であるから、「不正」に対して「正」の者は正当防衛で反抗できることになる。

・②説からは、競合する義務が同ランクである場合、どちらの義務を履行しても、他方の義務の不履行は正当化される。また、競合する義務において、一方が他方に優越する場合、優越する義務を履行した場合にかぎり、違法性阻却が認められる。これに対して、劣位する義務を履行した場合には構成要件該当性阻却あるいは正当化は認められず、一定の例外的な場合のみ(行為者に非難可能性がない場合にのみ)、責任が阻却されるにすぎないことになる。

6. 緊急避難の定義および類型

・緊急避難とは…自己または他人の法益に対する現在の危険を避けるため、やむを得ず他者の法益を侵害することを行う。

・緊急避難の3類型

①正当化的緊急避難(刑法34条) …「生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益に対する、他の方法では回避することのできない現在の危険の中で、自己又は他の者から危険を回避するため行為を行った者は、反対利益、特に当該法益とそれを脅かす程度の危険の程度とを考量し、保全利益が侵害利益を著しく超えるときは、違法に行為したものではない。ただし、このことは、行為が危険を回避するのに適切な手段である場合に限り、妥当する。」

②**免責的緊急避難（刑法35条第1項）**…「生命、身体又は自由に対する、他の方法では回避することのできない現在の危難の中で、自己、親族又は自己と密接な関係にあるその他の者から危難を回避させるため、違法な行為を行った者は、責任なく行為したものである。事情により、殊に、行為者が危難を自ら惹起したこと理由にして、又は、行為者が特別な法的関係にあったことを理由にして、危難を甘受することがその者に期待し得た場合は、この限りではない。ただし、特別な法的関係の考慮によってではなく、行為者が危難を甘受すべきであったときは、刑は、第49条第1項により、減輕することができる。」

③**超法規的緊急避難**…法に直接の規定はないが、一定の緊急状態下において、行為者の行為を正当化あるいは免責（通説）するもの。基本的に「最大限多くの者を救え（そのために少数を犠牲にすることは許される）」（save the most）という場合に問題となりうる。

7. 「義務の衝突」と緊急避難との相違

・「義務の衝突」の場合、必ず少なくともどれか1つの義務を履行しなければならないが、緊急避難の場合、自身あるいは他者の法益侵害を甘受することも可能である。

・「（狭義の）義務の衝突」の場合、作為義務に反する「不作為」の刑事責任が問題となる一方、緊急避難の場合、不作為義務に反する「作為」の刑事責任が問題となる。

8. 「事前的トリアージ」と「義務の衝突」・緊急避難

・病院に搬送された2人の患者のうち、両者ともに治療義務を履行することが求められるが、一方に対して人工呼吸器等による集中医療的な治療を行うことによって、必然的に他方の治療義務を怠ることになる。

→「**作為義務**」と「**不作為義務**」との競合＝「**狭義の義務の衝突**」の問題

したがって、治療義務を怠ったことにつき、不作為の殺人罪の成否が問題となる。

・なお、「事前的トリアージ」が、「不作為」の成否に関する問題であること、基本的に生命対生命という同等の法益の対立が問題となる点で、著しい保全法益の優越が認められないこと、通常の場合医師と患者間では血縁に類するような近親者関係が認められないこと、および、一方の患者の救助が他方の患者の不救助に至るという点で、「多数を助けるために少数を犠牲にする」場合は様相を異にすること、などから、正当化的緊急避難、免責的緊急避難ないし超法規的緊急避難のいずれにも当てはまらない。

・問題は、競合する義務の優先をどのような基準で判断するかということである。

9. 優先順位をめぐる諸基準

I. 法益の衡量

・生命、身体（健康）、自由、名誉、財産、その他という順番で比較考量される。

II. 争いのある基準

a. 実質的な基準

①「緊急性」(Dringlichkeit) の基準…生命等の法益に対する侵害がより間近に押し迫っている者を優先して救助すべき。

・①説によると、上述した子ども B と C が海で溺れた事例でいうと、もし B がごくわずかでも泳げてしばらくの間持ちこたえられるのに対して、C が全く泳げなかったような場合には、より生命侵害の危険が差し迫っている C の方を優先的に救助しなければならないことになる（通説の違法性阻却事由説によると、C を救助してはじめて正当化されることになる）。

←緊急性を有する者が必ずしも助かる見込みが高いわけではないので、場合によっては C だけでなく B もまた救助できない（溺死させてしまう）可能性がある。

②「(治療の) 成功の見込み」(Erfolgsaussicht) の基準…より救助の可能性の高い者を優先して救助すべき。

・②説によると、上述した子ども B と C が海で溺れた事例では、ごくわずかでも泳げる B の方が救助できる可能性が高いので、C ではなく B を優先的に救助しなければならないことになる（通説の違法性阻却事由説によると、B を救助してはじめて正当化されることになる）。②説は、より確実に 1 人でも多くの者の法益を保護することに適する基準である。

←トリアージの場合、何をもちて「成功」とするのか、基準が不明確である。

ドイツ基本法は功利主義的な意味における生命対生命の価値の衡量を原則として禁止しているが、場合によっては、年齢（余命）、性別、既往症（障害）の有無、予後の状態、職業などによる生命の衡量につながるおそれがある。

b. 形式的な基準（偶然性（Zufälligkeit）に依拠した基準）

❶くじ引き方式…人間の運命は、人の意思（恣意）によってではなく、神の意思によって決定されるべき。

←場合によっては、実質的な基準であれば救助できたはずの生命が救助できなくなるおそれがある。

❷先着順の原則…先に治療の引き受けがなされたあるいは入院した方を優先すべき（時間的偶然性）

←❶と同様、場合によっては、実質的な基準であれば救助できたはずの生命が救助できなくなるおそれがある。

III. 大災害ないし緊急医療時の実務上の取り扱いに関しては、「緊急性」の基準に基づく4つのカテゴリーに分ける見解が広く承認されている。

i. 第1カテゴリー…現実的な生命の危機にある患者 → 「即座の治療」

ii. 第2カテゴリー…重傷あるいは重度の病の患者 → 「延期された治療」

iii. 第3カテゴリー…軽傷あるいは軽度の病の患者 → 「遅れた（外来の）治療」

iv. 第4カテゴリー…生存の可能性がない患者 → 「看護的な（終末期的）な治療」

IV. ドイツ臓器移植法12条3項1文との関係…提供された臓器は、とりわけ緊急性ないし成功の見込みを基準として斡旋されなければならない。

※コロナウイルスによる「トリアージ」の場合、法益の衡量としては生命対生命で同等であり、また、どちらも人工呼吸器等による集中医療的な治療を必要とする点で、緊急性の程度も異ならない。したがって、「成功の見込み」の基準か、あるいは偶然性に依拠した基準（くじ引き方式または先着順の原則）かで、判断されるべきことになる。

・現在のところ、ドイツでは、一般的に、「成功の見込み」の基準が支配的であるとされている。

10. 落ち度ある者の優先は認められるか。

・上述したように、ドイツ基本法によって、生命対生命の価値的な衡量は原則として禁止さ

れている。

・Ex. 緊急事態宣言下において、マスク・手洗い・うがい等の対策を何ら講じないままに会食を重ねた結果感染してしまった者と、何らの落ち度なく施設等で集団感染してしまった者として、どちらの生命を優先すべきか。

①肯定説…感染者の落ち度は倫理的非難や他の社会的制裁等で十分であり、命をもって償う必要はない。

②否定説…緊急避難においては自ら侵害を招いた場合（自招避難）、緊急避難権が制限されることとパラレルに考えるべきである。

1.1. 社会インフラの維持に重要な者の優先は認められるか。

・Ex. 医師あるいは医療従事者がコロナウイルスに感染した場合、優先的に治療されるべきか。

→ 事実上、職業に基づく差別（基本法3条違反）ではないか。

・政治家や警察官・消防官が感染した場合まで範囲を広げるべきか。

1.2. 「事後的トリアージ」における刑法上の問題点と解決策

・治療の中止（人工呼吸器等のスイッチを切る行為）は「作為」か「不作為」か。

・支配的な見解によると、治療の中止を「作為」と見て、「狭義の義務の衝突」に基づく正当化（あるいは免責）を認めるべきでないとされる。すなわち、一方の患者の治療を中断してはならないという「不作為義務」と「他方の患者を治療しろ」という「作為義務」とが競合しているという形で理解されている。したがって、残るは「作為」の正当化あるいは免責を目的とする緊急避難の問題となるが、著しい法益の優越、医師・患者間の近親者関係の欠缺、「多数を助けるために少数を犠牲にする」という状況ではない、ことなどから、いずれの緊急避難も成立しない。→医師は、不作為の殺人罪（212条・13条1項）で処罰されうることになる。

・何らかの形で医師の行為を正当化（免責）できないか？—「事前的トリアージ」との対比

①「作為」と「不作為」に代えての「治療義務」の競合

②「作為」と「不作為」に代えての「治療の中断」の競合

③治療の「成功の見込み」と再調査 など。

- ・先に治療を受けていた者の信頼の保護あるいは医師・患者間の信頼関係の保護との関係

13. 結びに代えて一日本法への示唆と今後の課題

- ・法体系・法理論が類似するわが国にも基本的にドイツの議論を転用可能。
- ・立法の必要性

【参考文献】

- ・ Andrea Elisabeth Busch, Ärztlich Triage in Friedenszeiten, ZStW, 132(4), 2020, S. 742-779.
- ・ Oliver Harry Gerson, Pflichtenkollision beim Lebensschutz(Triage), in: Esser/Tsambikakis, Pandemie-strafrecht, 2020, S. 51-73.
- ・ Armin Engländer, Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante-Triage, in: Triage in der Pandemie, 2021, S. 111-148.
- ・ Tatjana Hörnle, Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?, in: Triage in der Pandemie, 2021, S. 149-186.
- ・ 川口浩一＝吉仲信人「イタリアにおける集中治療トリアージについて」『法律時報』92 巻 7 号 (通巻 1152 号) (2020 年) 56-61 頁。
- ・ 川口浩一「新型コロナウイルスと刑法」『法律論叢』93 巻 1 号 (2020 年) 119-136 頁。
- ・ 天田悠「ドイツにおける感染症対策と刑事法の対応」『刑事法ジャーナル』66 号 (2020 年) 17-31 頁。
- ・ 一家綱邦＝船橋亜希子「COVID-19 パンデミック下の人工呼吸器トリアージ問題にどう取り組むべきか」『病院』79 巻 8 号 (2020 年) 610-616 頁。