

《論 說》

# トリアージと刑事責任<sup>(1)</sup> —コロナ禍における医療資源の 分配問題を素材として—

矢 田 陽 一

1. はじめに
2. トリアージの意義および類型
3. 事前のトリアージと刑法との交錯
  - (a) 義務の衝突論
  - (b) 緊急避難論
  - (c) 両者の相違点および事前のトリアージとの関係
  - (d) 優先順位をめぐる諸基準
4. 事前のトリアージをめぐる個別問題
  - (1) 落ち度ある者の優先は認められるか
  - (2) 社会インフラの維持に重要な者の優先は認められるか
  - (3) 医師が不適切な意図を有していた場合
5. 事後のトリアージと刑法との交錯
6. おわりに

## 1. はじめに

全世界を未曾有のコロナ禍が覆ってから、はや2年余りが経過しようとしている。わが国もまた、その例外ではない。この間、我々は、いまだかつて経験したことのない、さまざまな問題に直面することとなった。代表的なものだけでも、緊急事態宣言やまん延防止等重点措置の発出にともなう国内外の移動の制限、飲食店等における営業時間の短縮や給付金、雇い止めによる失業、学校の休校措置、就学・就業形態のオンライ

ン化、オリンピックをはじめとした各種イベントの無観客化ないし人数制限、人流の抑制やソーシャル・ディスタンスの確保など、枚挙にいとまがない。これらの問題は、1つとして容易に解決できるものではなく、むしろ今後の社会全体のあり方自体に大きな課題をつきつけるものばかりである。

ところで、コロナ禍によって浮き彫りとなった問題の1つに医療資源の分配問題がある。すなわち、SARS-CoV-2(以下、「コロナウイルス」と略)に感染すると、一部の患者は年齢・性別・肥満を含めた基礎疾患、喫煙・飲酒習慣などの諸因子と相まって、一定の確率で重篤な肺炎を併発し、その治療に当たっては、人工呼吸器あるいは体外式膜型人工肺(ECMO)(以下、「人工呼吸器等」と略)の使用が不可欠となることが、これまでの基礎ないし臨床研究から明らかとなっている。この点、人工呼吸器等を使用する場合、専門的な知識・技術を有する人員ならびに設備・病床等の確保が不可欠となるが、コロナウイルスの非常に強い感染力を背景として、患者が同時期および同地域において急増し、特定の病院に集中的に搬送されることで、これらの医療資源が一時的に不足するという事態が生じうる。いわゆる「トリアージ」とは、そのような、すべての患者に対して均一に医療資源を分配することが現実的に不可能な場合に、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。トリアージが実施されると、優先順位の低い患者は治療を受けることができなくなるが、原則としてどの患者に対しても等しく治療を施す義務のある医師は治療を行わない事に対して何らかの刑法上の責任を負うかということが問題となってくる。

以上を踏まえ、本稿は、トリアージをめぐる刑事責任の所在について、コロナ禍における医療資源の分配問題を素材として、本問題にとりわけ熱心に取り組んでいるドイツの議論を紹介しつつ、さしあたりわが国にとって示唆となりうるところはないか探ることを企図するものである<sup>(2)</sup>。そのような本稿の序論的性格からして、自説の展開はごく控えめな

ものとした。また、トリアージの意義や分類ないしその法的性質など、まずは総論的な問題を中心に引き上げ、なおそこから派生しうるいくつかの個別問題については表層を眺めるにとどめたことをあらかじめお断りしておきたい<sup>(3)</sup>。

## 2. トリアージの意義および類型

「トリアージ」(Triage)<sup>(4)</sup>とは、元来はフランス語で「選別、分類、並び替え」などを意味する「trier」を語源とする用語で<sup>(5)</sup>、戦時下の医療に由来し<sup>(6)</sup>、大規模な災害等が発生した場合に、治療資源が需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、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すること、換言すれば、いわゆる「命の選別」を行うことをいう<sup>(7)</sup>。

従前よりドイツでは、トリアージに関して、事前のトリアージ、事後的トリアージ、予防的トリアージという3つの類型に分けて議論するのが通例となっている<sup>(8)</sup>。

「事前のトリアージ」(ex ante-Triage)は、「事前の競合におけるトリアージ」(Triage bei ex ante-Konkurrenz)<sup>(9)</sup>あるいは「開始トリアージ」(Aufnahme-Triage)<sup>(10)</sup>とも呼ばれ、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。例えば、医師がいったんは治療を引き受けたが、いまだ人工呼吸器等による集中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、どちらを優先的に治療すべきかという形で問題となる。

「事後的トリアージ」(ex post-Triage)とは、「事後的競合におけるトリアージ」(Triage bei ex post-Konkurrenz)<sup>(11)</sup>あるいは「続行トリアージ」(Fortsetzungs-Triage)<sup>(12)</sup>とも呼ばれ、医療資源の不足下において、例えば、患者Aに対して人工呼吸器等による集中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。事後的トリアージの場合、後から搬送されてきた患者のためにすでに行われていた先行者に対する人工呼吸器等による集中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る。

「準備的トリアージ」(vorsorgenden Triage, versorgliche Triage)とは、「予防的トリアージ」(Präventive Triage)<sup>(13)</sup>とも呼ばれ、現状において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を拒否することをいう。例えば、いままさに人工呼吸器等による集中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 への治療を見据え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る。

これらのうち、準備的トリアージに関しては、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、患者 B の治療に備えて医療資源を温存することは許されない、すなわち、A に対する治療の拒否は刑事責任を生じさせるという点で、ほぼ争いのない状況である<sup>(14)</sup>。そこで以下では、とりわけ刑事責任の有無をめぐる活発に議論されている事前的トリアージと事後的トリアージとに焦点を当てて考察を行うこととする。

### 3. 事前的トリアージと刑法との交錯

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こととなる。現在の通説的な理解によれば<sup>(15)</sup>、医師は、患者の治療を事実上引き受けた段階で、ドイツ刑法13条1項<sup>(16)</sup>に基づきあらゆ

る患者に対して等しく治療を施す義務、すなわち、保障人的地位(義務)を得ることとなる<sup>(17)</sup>。すなわち、医師は、治療を行わないことによって死亡させた患者に対しては、治療すべきであったのにしなかったものとして、主に保障人的地位に基づく不作为の殺人罪(ドイツ刑法212条(ないし211条)<sup>(18)</sup>、刑法13条1項)により処罰される可能性が生じることとなる。もっとも医師は、コロナ禍のような緊急事態下においては、すべての患者に対して均一に治療義務を履行することはおよそ不可能であるから、たといトリアージにより患者の選別を行い、一方の患者を優先的に治療した結果、他方の患者の治療を怠ったとしても、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くる。なお、医師に保証人的地位が認められない場合であっても、323条c 1項の不救助罪が成立する可能性も存する<sup>(19)</sup>。この点、ドイツでは現時点において、トリアージについて直接的に言及する刑法典上の規定あるいは特別法というのは存在しない<sup>(20)</sup>。そこでその際、刑法解釈学上の議論として展開されているのが、いわゆる義務の衝突論と緊急避難論とである。

#### (a) 義務の衝突論<sup>(21)</sup>

「義務の衝突」(Pflichtenollision)とは、互いに両立しえ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<sup>(22)</sup>。現状ドイツには、義務の衝突に関する明文の規定は存在しないため、いわば慣習法的に認められた概念であると解されている<sup>(23)</sup>。

義務の衝突は、大きく3つの類型に分けて考察することが可能であるとされる。

第1の類型は、「作為義務(行為義務)」(Handlungspflicht)と「作為義務」とが競合する場合である。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に、Bのみを救助した結果、

Cが溺死した場合(逆もまた成り立つ)などが挙げられる。この場合、「Bを救助しろ」という義務(作為義務)と「Cを救助しろ」という義務(作為義務)とが競合し、一方の作為義務を履行した結果、他方の作為義務を履行しなかったことについて、不作為の責任を問われうることとなる。

第2の類型は、「作為義務」と「不作為義務」とが競合する場合である。例えば、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、すなわち、Fが捕まっている木の板を取り上げてEに渡す、あるいは直接Fに暴行を加えて板から手を離させるなどして、侵害した場合などが挙げられる。ここでは、「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、作為義務の方を履行した場合は不作為義務に反したことに対して作為の責任を問われうるし、不作為義務の方を履行した場合は作為義務に反したことに対して不作為の責任を問われうることとなる。

第3の類型は、「不作為義務」と「不作為義務」とが競合する場合である。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る。このケースでは、Gはいかなる作為も禁じられることとなる。すなわち、Gにおいては、「そのまま走行するな」という不作為義務、「後退して走行するな」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、「アウトバーンを横断するな」という不作為義務、および「方向転換するな」という不作為義務とが、それぞれ競合し、それらのうち1つの不作為義務を履行したことで他の不作為義務に反したことに対して作為の責任を問われうることとなる<sup>(24)</sup>。

刑法上、これらのうち、第1類型である「作為義務」と「作為義務」とが競合する場合のみを「(狭義の)義務の衝突」、「真正な義務の衝突」または「本来の義務の衝突」<sup>(25)</sup>などと呼ぶのに対して、第2類型は「義務緊急避難」ないし「不真正な義務の衝突」<sup>(26)</sup>などと、さらには第1類型から第3類型までをまとめて「広義の義務の衝突」と、それぞれ呼ぶこともある。

この点、いわゆる「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第1類型だけあるというのが、ドイツの通説的な理解である<sup>(27)</sup>。

第1類型としての(狭義の)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見解の広い一致がみられるが、その根拠については学説上の対立がある。この点、現在のところ、主に構成要件該当性阻却事由説、(超法規的)違法性阻却事由説、責任阻却事由説の3説が主張されている。

まず、構成要件該当性阻却事由説によると、同一の名宛人における2つ以上の作為義務の充足は不可能であるから、もとより作為義務は一方にしか認められないこと<sup>(28)</sup>、また、あらゆる命令規範の構成要件は「少なくとも同価値の他の利益を保護するために不作為が不可欠である場合」には充足されないこと<sup>(29)</sup>、などを理由として、犯罪の構成要件自体に該当しえないとする。

つぎに、通説である違法性阻却事由説によると、構成要件該当性段階の判断はあくまで一般的・抽象的なものであって、そこでは個別的な事情は考慮されないはずだから、義務はどちらに対しても存在し、したがって構成要件自体には該当するが、「不可能は義務づけられない」(*Ultra posse nemo tenetur, impossibilium nulla est obligatio*)という法原則から、当該義務を履行しなくても法秩序に反することはないとして、例外的に正当化されるとする<sup>(30)</sup>。

さいごに、責任阻却事由説は、違法性阻却の根拠を、保全法益が侵害法益よりも質的・量的に優越するがゆえに正当化されるとする優越的利益説を前提とした上で、義務の衝突においては、2つの義務が同ランクの場合、一方の法益は他方の法益に優越しないことや、「緊急は不法から適法を作出しえない」(*Not aus Unrecht kein Recht machen könne*)という法原理<sup>(31)</sup>から、正当化はなされないと、構成要件に該当し違法でもあるが、行為者が他方の義務を履行しなかったことについて期待可

能性を欠き非難できないので、免責されとする<sup>(32)</sup>。

なお、同価値の利益が対立する義務の衝突の問題は、そもそも法秩序が適法あるいは違法の評価をなしえない、「法的に自由(空虚)な領域」(rechtsfreien Raum)に属すると主張する立場もある<sup>(33)</sup>。

違法性阻却事由説と責任阻却事由説との大きな違いは、作為義務者の義務の履行によって不利に扱われた者が有利に扱われた者に対して正当防衛で対抗できるかという点にある<sup>(34)</sup>。この点、違法性阻却事由説からは、一方への作為義務の履行は正当なものであるから他方の不利に扱われた者は義務履行者に対して正当防衛で抵抗できないのに対して、責任阻却事由説からは、一方の作為義務の履行は「不正」なものと評価されるので、当該「不正」を行う義務履行者に対して不利に扱われた者は正当防衛権を行使しうることとなる<sup>(35)</sup>。トリアージに関していえば、一方の患者に人工呼吸器等を優先的に分配した医師に対して分配されなかった患者が正当防衛すなわち暴力等によって分配を強制しうるかという形で問題となる<sup>(36)</sup>。

通説である違法性阻却事由説を前提とするかぎり、競合する作為義務が同ランクである場合には、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<sup>(37)</sup>。また、競合する作為義務において、何らかの事情により一方が他方に優越する場合には、優越する方の義務を履行した場合にかぎって正当化が認められる<sup>(38)</sup>。これに対して、劣位する作為義務を履行した場合には正当化は認められないが、通常よりも「より小さな不法」(geringere Unrecht)についてのみ責任を負うとされる<sup>(39)</sup>。

## (b) 緊急避難論

「緊急避難」(Notstand) とは、自己または他者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いう<sup>(40)</sup>。この点、ドイツ刑法には、正当化的緊急避難、免責的緊急避難、超法規的な



免責的緊急避難という3つの類型がある。

第1に、「正当化的緊急避難」(rechtfertigender Notstand)とは、違法性阻却の効果をもたらす緊急避難であり、ドイツ刑法34条の下で、「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難の中で、自己又は他の者から危難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、行為が危難を回避するのに適切な手段である場合に限り、妥当する。」<sup>(41)</sup>と規定されている。正当化的緊急避難の特徴は、保全法益の範囲が生命、身体、自由だけでなく名誉、財産やその他の法益も含まれる点でかなり幅広いこと、「自己又は他の者」となっている点で人的な適用範囲に特段の制限がないこと、被侵害者の側が侵害者に対して正当防衛で対抗できないこと、いわゆる「利益衡量の原則」(Prinzip der Interessenabwägung)が適用されること、ならびに、保全利益が侵害利益を「著しく超える」(wesentlich überwiegen)場合に限られること、などにある。

第2に、免責的緊急避難 (entschuldigender Notstand)とは、責任阻却の作用を有する緊急避難であり、ドイツ刑法35条1項の下で、「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を理由にして、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。」<sup>(42)</sup>と規定されている。免責的緊急避難の特徴は、保全法益の範囲が生命、身体または自由のみに限定されていること、「自己、親族又は自己と親

密な関係にある者」の利益を守る場合にのみ認められるという点で人的適用範囲が大きく制限されていること、被侵害者の側で侵害者に対して正当防衛で対抗しうること、利益衡量の原則が適用されないこと、ならびに、保全法益が侵害法益を著しく越える必要がないこと、などにある。

第3に、超法規的な免責的緊急避難は、法に直接の明文規定はないが、以前から解釈において認められているもので、ドイツ刑法34条や35条の要件に該当しない一定の緊急状態下において<sup>(43)</sup>、「多数者の利益を守るために少数者の利益を侵害することは許容される」とする法原理から<sup>(44)</sup>、例外的に免責を認めるものである<sup>(45)</sup>。例えば、転轍士が、列車のブレーキが故障したことで、直進すれば先行する多数の乗客を乗せた列車に衝突しより多くの者が死傷することが見込まれる中で、転轍によって路線を変更し、無人の列車に衝突させた結果、より少ない者を死傷させるという「転轍士事例」(Weichensteller-Fall)、ハイジャックされた航空機が多数人の滞在・往来するビルに衝突する前に、軍が当該航空機を撃墜し、より少ない乗客を死亡させるという「航空機撃墜事例」(Flugzeugabschuss-Fall)にくわえ、ナチス下において、多数の精神障害者の殺害を命じられた医師が、その一部を救うため、犠牲となる者を数名選別することに協力したという「安楽死事例」(Euthanasie-Fall)等のいわゆる「危険共同体事例」(Gefahrgemeinschaft-Fälle)で問題となる。

### (c)両者の相違点および事前的トリアージとの関係

義務の衝突と緊急避難とは、いずれも一定の行為について正当化や免責を認めるものであるが、両者の間にはいくつかの重要な相違点も見受けられる<sup>(46)</sup>。すなわち、義務の衝突においては、少なくともかならずどれか1つの義務を履行しなければならないが、緊急避難においては、自身あるいは他者等の法益侵害をあえて甘受することも許されると解されている<sup>(47)</sup>。また、義務の衝突の場合、作為義務に違反する「不作為」の刑

事責任が問題となる一方で、緊急避難の場合は、不作為義務に違反する「作為」の刑事責任が問題となる<sup>(48)</sup>。さらに、義務の衝突は、同ランクあるいはほぼ差がない義務どうしが競合する場合に問題となるが、とりわけ正当化的緊急避難では保全法益の著しい優越が必要となる<sup>(49)</sup>。

これらの相違点を踏まえた上で、そもそも事前的トリアージが義務の衝突論の問題なのか、あるいは緊急避難論の問題なのかということが判断されなければならない。この点、本類型においては、病院に搬送された2人の患者のうち、医師は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結果となるとところに大きな特徴がある。すなわち、患者Aに対しても患者Bに対しても「治療しろ」という形で「作為義務」が問題となる点で、「作為義務」と「作為義務」とが競合することとなる。したがって、それら義務のうちの一方を「履行しない」という「不作為」の責任が問われることとなるので、義務の衝突の問題となる<sup>(50)</sup>。

これに対して、本類型は、原則として生命対生命という同等の法益の対立が問題となる点で、一方の他方に対する著しい保全法益の優越が認められないこと、一般的に医師と患者間においては血縁に類するような近親者関係は存しないこと<sup>(51)</sup>、ならびに、一方の患者の救助が同時に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」とような場合とは基本的に様相を異にすること<sup>(52)</sup>、などから、正当化的緊急避難、免責的緊急避難および超法規的な免責的緊急避難のいずれの典型例にも当てはまらない以上、緊急避難の問題とはならないものと解されている。

#### (d) 優先順位をめぐる諸基準

上述したように、通説である違法性阻却事由説を前提とするかぎり、同ランクの義務が競合する場合には、行為者としてはどちらの作為義務を選択したとしても、それにより選択しなかった方の作為義務の不履行は正当化されることとなる。また、競合する義務が異なるランクに位置づけられる場合、優越する方の義務を履行した場合にかぎり、行為者は正当化される。そこで問題となるのが、ではいかなる基準に従ってそれら義務の優先順位を決定するかということである。この点、トリアージに関していえば、ドイツにおいて目下のところ患者の優先順位について何らかの法的拘束力を有する基準というのは存在していない<sup>(53)</sup>。

まず、争いのない基準として、当該義務の履行によって保護される法益の価値関係(種類ないし程度)が重要となる<sup>(54)</sup>。すなわち、ドイツ刑法34条本文に列挙されているように、生命、身体、自由、名誉、財産その他という順に優先順位が決定される<sup>(55)</sup>。コロナ禍におけるトリアージの場合、各患者の「生命」が競合する形となるが、生命対生命の衡量は憲法上禁止されている(Prinzip der Lebenswertindifferenz, Unabwägbarkeit menschlichen Lebens)<sup>(56)</sup>ので、法益による相違は存しないこととなる<sup>(57)</sup>。また、支配的な見解によると、法益の衡量に際して人種、血筋、性別、出自、信条、年齢、社会的地位または役割などを考慮することは許されないとされる<sup>(58)</sup>。これに対して、年齢ないし余命を考慮することは禁止されていないとする見解も一部から有力に主張されている<sup>(59)</sup>。

つぎに、同一の法益間において何を基準にすべきかということに関しては、様々な学説が主張されている。この点につき、何らかの実質的な基準によるべきとする見解と形式的な基準すなわち「偶然性」(Zufall)に委ねるべきとする見解とに大別することができる<sup>(60)</sup>。また、前者の内部でさらに、「緊急性」(Dringlichkeit)を基準する見解と「治療の成功の見込み」(Erfolgsaussicht)を基準とする見解とが対立している。

緊急性を基準とする見解<sup>(61)</sup>によると、「最も重病(重傷)な者から先に」(sickest first)という観点から、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される。例えば、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というような場合には、より生命侵害の危険が押し迫っている C の方を優先的に救助しなければならないこととなる。すなわち、通説である違法性阻却事由説を前提とするかぎり、C を救助してはじめて正当化されるわけである。この見解に対しては、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、すなわち、誰も助けられなくなるおそれがあると批判されている<sup>(62)</sup>。

これに対して、治療の成功の見込みを基準とする見解<sup>(63)</sup>によると、治療によってより生存する可能性の高い者ないし最も予後のよい者を優先して救助すべきとされる(save the most-Prinzip)。先ほどと同様の事例でいえば、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となる。すなわち、通説の違法性阻却事由説を前提とするかぎり、B を救助してはじめて正当化されるわけである。その意味で、本見解は、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といえる<sup>(64)</sup>。この見解に対しては、トリアージの場合、そもそも「成功」が何を意味するのか甚だあいまいであると批判されている<sup>(65)</sup>。例えば、とりあえず生存していれば足りるのか、それとも後遺症などのないよい状態で生存することまで必要か、明らかでないとされる<sup>(66)</sup>。また、上述したように、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禁止しているが、より助かる可能性の高い者を選別することは、場合によっては年齢(余命)、性別、既往症(障害)の有無、予後の状態などによる事実上の生命の衡量につながりかねないとの批判もある<sup>(67)</sup>。

これに対して、形式的な基準すなわち「偶然性」に依拠した基準の内部では、くじ引き方式 (Los-Verfahren) を基準とする見解と先着順の原則 (Prioritätsprinzip, zeitliche Zufallprinzip) を基準とする見解とが主張されている<sup>(68)</sup>。

くじ引き方式を基準とする見解<sup>(69)</sup>は、公平性の観点から、医師による恣意的な選別を排除するために、人間の運命は人の意思によってではなく「神の意思」(der Wille Gottes) によって決定されるべきであると主張する。この見解に対しては、緊急性がない者あるいは成功の見込みが高くない者を優先することがくじ引きで決まった場合、緊急性がある者あるいは成功の見込みが高い者を救助できない可能性がある、合理的な医療資源の配分を達成しえない、ならびに、人間の命を対象とした「ギャンブル」(Glücksspiele) が行われてしまう、などの批判が加えられている<sup>(70)</sup>。これに対して、先着順の原則を基準とする見解<sup>(71)</sup>は、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 (First come, first served)、すなわち時間的な偶然性に委ねるべきとする。この見解に対しても、先に治療の引き受けがなされた患者あるいは入院した患者に緊急性がなかったり治療の成功の見込みが低かったりした場合で、かつ、後から来た患者に緊急性があったり治療の成功の見込みが高かったりした場合、後から来た救助可能な患者を救助しえなくなってしまうとの批判がなされている<sup>(72)</sup>。

ところで、ドイツにおける大災害ないし緊急医療時の実務的な取り扱いに関しては、以下のような「緊急性」の基準に依拠した4つのカテゴリーに分類する方法が、広く承認されている<sup>(73)</sup>。すなわち、第1カテゴリーとして、現実的な生命の危機にある患者には「即座の治療」が、第2カテゴリーとして、重傷あるいは重病の患者には「延期的な治療」が、第3カテゴリーとして、軽傷あるいは軽度の病の患者には「遅れた(外来の)治療」が、第4カテゴリーとして、生存の可能性がない患者には「看護的な(終末期的)な治療」が、それぞれ行われる必要があるとされる。また、

ドイツ臓器移植法(Transplantationsgesetz)12条3項1文では、提供された臓器はとりわけ緊急性ないし治療の成功の見込みの基準として斡旋されなければならない旨、定められている<sup>(74)</sup>。

以上の諸基準のうち、とりわけコロナ禍でのトリアージにおいては、法益の価値という観点から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的な治療を必要とする点で、緊急性の程度も大きく異なるところがない。したがって、治療の成功の見込みを基準とする見解か<sup>(75)</sup>、それとも偶然性に依拠したくじ引き方式あるいは先着順の原則かで、判断されることになろう。この点、現状ドイツでは、治療の成功の見込みを基準とする見解が多くの支持を集めているようである<sup>(76)</sup>。

#### 4. 事前的トリアージをめぐる個別問題

事前的トリアージに関して、何らかの基準によったとした場合、なおそこから派生しうる個別問題について、ごく簡単に触れておきたい。そのなかでも、とりわけ以下の3つの問題が注目されよう。

##### (1) 落ち度ある者の優先は認められるか<sup>(77)</sup>

もし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、その者を優先的に治療することは許されるかという問題がある<sup>(78)</sup>。例えば、ロックダウンによっ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、どちらの治療を優先すべきかという形で問題となりうる。この点、肯定説は、いくら落ち度があるとしても、そのことのみをもって優先順位が劣位するというのは「非人道的かつ冷酷」<sup>(79)</sup>といわざるをえず、医師がそ

のような落ち度ある者を優先しても違法の問題は生じないと解する<sup>(80)</sup>。これに対して、否定説は、みずからの落ち度で緊急状態に陥った場合、自招避難と平行に考え、その優先は違法の問題を生じせうと主張する<sup>(81)</sup>。

## (2) 社会インフラの維持に重要な者の優先は認められるか

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、それ以外の感染者よりも優先的に治療されるべきかという形で問題となる。この点、「効用の最大化原則ないし公式」(Optimierungsprinzip, Maximierungsformel) および「より多く救う者を救うべき」(Rettung weiter Retter) という思考に基づいて、医師や医療従事者を優先的に治療することはより多くの患者を救うことにつながりうるとして、肯定的に捉える立場もある<sup>(82)</sup>。もっとも、「システムにとって重要」(Systemrelevanz) かどうかを判断することは困難であるし、あらゆる人間の本質的な価値平等性を否定するものであるとの批判がなされている<sup>(83)</sup>。

仮に一定の職業従事者の優先を認めるとすると、つぎにその範囲が問題となる。例えば、直接コロナウイルスの治療に従事しない医師や医療従事者、さらには、政治家や警察官あるいは消防官などの公務従事者または公共交通機関の従事者などの優先も認められるかということが議論されている<sup>(84)</sup>。

## (3) 医師が不適切な意図を有していた場合<sup>(85)</sup>

医師が差別的な感情など、不適切な意図から選別を行った場合、刑法上どう扱うべきかということも議論されている<sup>(86)</sup>。例えば、医師 H が同等の緊急性ないし治療の成功の見込みを有する白色人種の患者 I と黄色



人種の患者 J のうち、人種差別的な意図で I の治療を優先した場合、H を処罰すべきかという形で問題となる。

この点、刑法ではたんに悪しき意思を有していたことのみをもって処罰するという、いわゆる心情刑法は禁止されているので、医師が差別的な意思を有していたかどうかそれ自体は重要でなく<sup>(87)</sup>、それが一見して明らかに順位において劣後する者の優先という形で客観化されてはじめて処罰の対象となると解されている。

## 5. 事後的トリアージと刑法との交錯

上述したように、事後的トリアージとは、医療資源不足下において、例えば、患者 A に対して人工呼吸器等による集中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。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的な治療を中断することが許されるかということが問題となる。

事後的トリアージにおいては、そもそも「治療の中断」、より具体的にいえば「人工呼吸器等のスイッチを切る行為」が「作為」なのかそれとも「治療を施さない」という意味で「不作为」なのかということをめぐって、激しい見解の対立がある。この点、「エネルギーの使用・消費」(Energieeinsatz/Aufwand) を基準とする見解<sup>(88)</sup>を徹底するならば、スイッチを押すことはエネルギーの使用・投入に他ならないから「作為」であるとして<sup>(89)</sup>、(狭義の)義務の衝突に基づく犯罪阻却を認めるべきでないという結論へと至りうる<sup>(90)</sup>。また、「非難可能性の重点」(Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit) を基準とする見解<sup>(91)</sup>を採用した場合でも、人工呼吸器等によって安定した健康状態を保っていた者から「物理的な救助の見込み」を取り去ることは、評価としては「作為」であると主張する者も

いる<sup>(92)</sup>。このような理解を前提とすると、「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こととなる。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<sup>(93)</sup>、上述したとおり、コロナ禍におけるトリアージの場合、一方の他方に対する著しい保全法益の優越が認められないこと、医師・患者間に近親者等の関係が存在するケースはごくまれであること、ならびに、「多数を助けるために少数を犠牲にする」という状況とは本質的に異なること、などを理由として、いずれの緊急避難も成立しないとする理解が一般的である<sup>(94)</sup>。したがって、医師は、不作為の殺人罪(212条または211条・13条1項)で処罰されうることとなる。

もっとも、事前的トリアージと事後的トリアージとは、一方の患者が時間的に先に人工呼吸器等による集中的な治療を受けていたという、あくまで偶然的な事情に基づく違いにすぎないにもかかわらず、前者は(狭義の)義務の衝突として犯罪の成立が否定されうることに対して、後者は(狭義の)義務の衝突とはならず、さりとて緊急避難も成立しないことから、犯罪の成立を認めるのは不均衡であって妥当でないとの指摘もある。そこで、何らかの方法で医師の行為を(狭義の)義務の衝突とみて不処罰にできないかということが、とりわけ事前的トリアージとの対比において議論されている。

まず、作為と不作為との区別に関して、上述した「非難可能性の重点」を基準とする立場のなかには、重点はむしろ「不作為」にあり、トリアージは2つ以上の「患者を治療せよ」という同ランクの作為義務が衝突する場合であるとみる者もいる<sup>(95)</sup>。また、医療の領域においては「作為」と「不作為」とを厳格に区別すること自体が困難であるとして、「作為」と「不作為」という二元主義的な理解ではなく、第3の類型である、2つないしそれ以上の「治療義務」(Behandlungspflichten)が競合するとみる見解も有力に主張されている<sup>(96)</sup>。さらに、同様の思考方法にくわえ自殺介助に

関するBGHの見解<sup>(97)</sup>を基礎として、「作為」と「不作為」という二者択一ではなく、2つないしそれ以上の「治療の中断」(Behandlungsabbruch)が競合すると捉える立場もある<sup>(98)</sup>。それら以外にも、義務の優先順位における治療の成功の見込みを基準とする見解を土台として、事前的トリアージと事後的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、仮にいったんは優先が認められた患者であったとしても、一定の期間で常に「再検査」(Re-Evaluation)を行い、成功の見込みに変化があった場合には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るとする見解もある<sup>(99)</sup>。

もっとも、これらの見解に対しては、仮に事後的トリアージの悲劇的な特性を考慮したとしても従前の作為と不作為との区別は放棄されるべきでない<sup>(100)</sup>、先に治療を受けていた者から強制的にその治療を取り上げることと認めることとなる点で、先に受けていた者の「治療を中断されない」という期待権ないし信頼を害するおそれもある、さらには、いつ自分の治療が中断されるかもしれないという不安感を患者に抱かせることは、医師と患者との信頼関係だけでなく、医療制度全体の信頼をも脅かしかねない、などの批判が加えられているところである<sup>(101)</sup>。

## 6. おわりに

以上で紹介したドイツの議論は、同じくトリアージに関する法律上の規定を欠いており、また、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、基本的には多くの部分で参考に値するものといつてよい。なかでも、トリアージの類型やそれに基づく義務の衝突論ないし緊急避難論によるアプローチ方法などは、わが国の理解とほぼ共通の基盤を有するものとして、おおよそのところは受け入れることができるのではないだろうか。もっとも、憲法上の人権規定、正当行為・緊急避難の規定

やそれらの解釈など、ドイツとわが国とで本質的に相違するところもみられることから、ドイツの議論をまったくそのままの形で持ち込むことには問題もある。したがって、今後は両者の異同を踏まえた上で、わが国の医療、文化や法制度に適した独自のトリアージ論を展開することが求められよう。なお、現段階で一点だけ付言するとすれば、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同時に他方の義務の不履行とならざるをえないような極限的な状況下においては、医師に過剰な法的・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ように思われる<sup>(102)</sup>。もちろん、その基準をどう策定するかということについては、上述の議論が一定の範囲で参考となろう。

トリアージの問題は何もコロナ禍のみに特有の現象ではなく、それ以外の大規模テロ事件、事故や災害等でも十分問題となりうるものである。ことに深刻な医師不足や高齢化社会にくわえて、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、想像に難くない。したがって、来るべき時に備えて、コロナ禍を経験したいまであるからこそ、専門家だけでなく国民全体でこの問題について議論を深めておくことが肝要となろう。本稿がその一助ともなれば幸いである。

- (1) 本稿は、2021年3月23日に国士舘大学で開催された『『災害と法』シンポジウム』での口頭発表に大幅な加筆修正を加えたものである。本稿の簡略版ともいえる口頭発表の内容は国士舘大学比較法制研究所発行の『比較法制研究』44号(2021年・令3年)(本稿執筆時、未刊行)に掲載されているので、そちらも合わせて参照されたい。
- (2) わが国での先行研究として、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・令2年)17頁以下、川口浩一＝吉中信人「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(2020年・令2年)56頁以下、川口浩一「新型コロナ・ウイルスと刑法－問題の所在」『法律論叢』93巻1号(2020年・令2年)119頁以下、同「新型コロナウイルスと刑法－コロナ・トリアージについて(上)」(2021年・令3年)143頁以下、一家網邦・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・令2年)610(48)頁以下、石井正「災害医療の現場から見えてきた災害時の傷病者トリアージの法律上の課題」『年報 医事法学』35号(2020年・令2年)100頁以下など。
- (3) なかでも障害者をめぐるトリアージは平等な人権保障という観点から国内外で大きな社会問題となっているので、本問題については別稿にて論じる予定である。この点に関するドイツの議論として、Jörg Arnold, „Triage“ und Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, 2021, S. 33ff.
- (4) ドイツでは、トリアージと同じ意味合いで「Sichtung」や「Einteilung」の語が用いられることも多いとされる。Rau, § 19. Straf- und Strafprozessrecht, in: Schmidt, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, S. 648.
- (5) 「Triage」概念の由来および変遷については、Brech, Triage und Recht, 2008, S. 48ff; Scholten, Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen, 2011, S. 18ff.
- (6) Jäger/Gründel, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2020, S. 151.

- (7) Brech, (o. Fn 5), S. 51ff; Scholten, (o. Fn 5), S. 17. わが国での定義については、日本救急医師会監修『標準救急医学』[第5版](2014年・平26年) 96頁以下、461頁、東京都福祉保健局「トリアージ研修テキスト トリアージ ハンドブック」(2013年・平25年発行、2019年・平31年増刷) 26頁。
- (8) Rönnau/Wegner, Triage, Juristische Schulung, (JuS), 2020, S. 404; Gerson, § 3 Pflichtenkollision beim Lebensschutz (Triage), in: Esser/Tsambikakis, Pandemiestrafrecht, 2020, S. 51ff; Merkel/Augsberg, Die Tragik der Triage, Juristenzeitung (JZ), 2020, S. 706; Busch, Ärztliche Triage in Friedenzeiten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 132(4), 2020, S. 742f.
- (9) Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, -ad hoc Empfehlung, 2020, S. 4; Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra), 2020, S. 134.
- (10) Jäger/Gründel, (o. Fn 6), S. 152.
- (11) Deutscher Ethikrat, (o. Fn 9), S. 4; Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 134.
- (12) Jäger/Gründel, (o. Fn 6), S. 152.
- (13) Rönnau/Wegner, (o. Fn 8), S. 404.
- (14) Gerson, (o. Fn 8), S. 62; Rönnau/Wegner, (o. Fn 8), S. 407.
- (15) 不作為の保障人的地位ないし義務における機能説(二分説)については、Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, S. 209ff; Freund, in: Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch Münchener Kommentar (MK-StGB), 3. Aufl. 2017, Bd 1, S. 598ff; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd 2, 2003, S. 716ff, 721ff; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 621ff; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tb 2, 8. Aufl. 2014, S. 324ff; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, S. 799ff; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, S. 511f.
- (16) ドイツ刑法13条1項は、「刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、この法律によって

罰せられる」と規定している。訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(2007年・平19年)による。

- (17) Busch, (o. Fn 8), S. 743f; Gerson, (o. Fn 8), S. 54; Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2020, S. 99; Rau, (o. Fn 4), S. 648f. この点、医師による治療の承諾(口頭)があれば足り、必ずしも民法上有効な契約が成立している必要はないとされる。Roxin, (o. Fn 15), S. 734ff.
- (18) ドイツ刑法212条は、1項で「人を殺害したが謀殺者でない者は、故殺者として、5年以上の自由刑に処する」と、2項で「犯情の特に重い事案では、無期自由刑を言い渡すものとする」と定め、また、211条1項は「謀殺者は、無期自由刑に処する」と規定している(訳は注(16)による)。
- (19) ドイツ刑法323条c 1項は「事故又は公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自分への著しい危険も他の重要な義務に違反することなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定している(訳は注(16)による)。
- (20) Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 130.
- (21) Küper, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979; Satzger, *Die rechtfertigende Pflichtenkollision, Juristische Ausbildung(JURA)*, 2010, S. 753ff. わが国の文献として、阿部純二「刑法における『義務の衝突』(1)(2)(3・完)」『法学』22巻2号(1958年・昭33年)50頁以下、22巻4号(1958年・昭33年)54頁以下、24巻1号(1958年・昭33年)45頁以下、大嶋一泰「安楽死をめぐる義務の衝突論と緊急避難論」『法學』59巻5号(1995年・平7年)565頁以下、同「生命に関する義務の衝突」『法学紀要』9巻2号(通巻19号)(1999年・平11年)25頁以下、同「刑法における義務の衝突と緊急避難」『法学論叢』21巻3・4号(通巻60・61号)(1977年・昭52年)275頁以下、勝亦藤彦「違法性阻却事由としての義務衝突とその類型に関する考察(1)(2)(3)(4・完)」『法研論集』74号(1995年・平7年)85頁以下、75号(1995年・平7年)55頁以下、77号(1996年・平8年)27頁以下、78号(1996年・平8年)69頁以下など。
- (22) Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, S. 145; Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1996, S. 294; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, S. 732; Roxin/Greco, *Strafrecht*

Allgemeiner Teil, Bd 1, 5. Aufl. 2020, S. 887.

- (23) Engländer, Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage, in: Hörnle/Huster/Poscher, Triage in der Pandemie, 2021, S. 111; Rönna/Wegner, (o. Fn 8), S. 404.
- (24) OLG Karlsruhe, Juristenzeitung (JZ), 1984, S. 240ff.
- (25) Gerson, (o. Fn 8), S. 55f.
- (26) 作為義務の方を履行することで不作為義務に違反した場合、当該作為は正当化的緊急避難(34条)の問題になるとされる。Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, S. 180; Roxin/Greco, (o. Fn 22), S. 888; Gerson, (o. Fn 8), S. 55f.
- (27) Gerson, (o. Fn 8), S. 55f. したがって、義務の衝突は不作為犯に固有の犯罪阻却事由と解されている。Rengier, (o. Fn 15), S. 499. これに対して、第2類型や第3類型については、正当防衛や緊急避難による正当化が問題となりうる。Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, S. 528.
- (28) Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, S. 254.
- (29) Hoyer, in: Systematischer Kommentar (SK-StGB), Bd 1, 9. Aufl. 2017, S. 982.
- (30) Küper, (o. Fn 21), S. 118; Satzger, in: Schluckebier/Rosenau, Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Aufl. 2021, S. 333; Joerden, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd 2, Allgemeiner Teil 1, 2020, S. 564; Rönna, in: Cireneer/Radtke/Saan/Schluckmebier, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK-StGB), Bd 3, 13. Aufl. 2019, S. 111; Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2018, S. 323; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, S. 435; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, (o. Fn 15), S. 612; Roxin/Greco, (o. Fn 22), S. 889; Kühl, (o. Fn 22), S. 732; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, S. 216f; Kindhäuser/Zimmermann, (o. Fn 26), S. 324; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, (o. Fn 27), S. 528; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, S. 279; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, S. 268.
- (31) Kant, Metaphysik der Sitten, in: Kant's Werk, Bd6, 1914, S. 236 には、「不法を合法とするような緊急状態はありえない」(…kann es keine Noth



- geben, welche, was unrecht ist, geseßmäßig machte.) とある。『カント全集 11』(2002年・平14年)55頁参照。
- (32) Jescheck/Weigend, (o. Fn 15), S. 368; Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch (NK-StGB), Bd 1, 5. Aufl. 2017, S. 1501f, 1503f; Fischer, Strafgesetzbuch 66. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn 11a.
- (33) Dingeldy, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Juristische Ausbildung(JURA), 1979, S. 478ff. なお、Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, S. 148f は、法的に自由な領域の概念を否定しつつも、同価値の義務の衝突においては、法秩序はどちらか一方の義務の履行を要求しえず、どちらを選択するかは行為者に委ねられているので、行為者は違法ではないが、さりとて正当化もされないとする。
- (34) Satzger, (o. Fn 21), S. 753; Busch, (o. Fn 8), S. 746; Müller, Pflichtenkollision und Triage in der Coronakrise, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (Abruf am 21. 11. 2021).
- (35) Fischer, (o. Fn 32), Vor § 32 Rn 11a.
- (36) Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 133.
- (37) Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, (o. Fn 27), S. 531; Rengier, (o. Fn 15), S. 500; Murmann, (o. Fn 30), S. 280.
- (38) Kühl, (o. Fn 22), S. 733.
- (39) Jakobs, (o. Fn 15), S. 446; Rönna, (o. Fn 30), S. 119. また、Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, (o. Fn 27), S. 530 は、より低い価値の義務であっても、履行自体は行ったという事実にかんがみ、量刑上考慮されうとする。これに対して、期待可能性が欠如する場合に責任阻却を認めるものとして、Mezger, Strafrecht Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 231. 行為者が義務のランクについて錯誤に陥っていた場合、禁止の錯誤(ドイツ刑法17条)の問題となりうる。Hilgendorf/Valerius, Strafrecht Allgemeinet Teil, 2. Aufl. 2015, S. 204.
- (40) 他者のためにする緊急避難は「緊急避難救助」(Notstandshilfe) と呼ばれている。
- (41) 訳は注(16)による。
- (42) 訳は注(16)による。

- (43) ドイツ刑法34条との関係では保全法益の著しい優越が認められず、35条との関係では自己または密接な関係にある者(Sympathiepersonen)の保護に当たらない場合をさす。Murmman, (o. Fn 30), S. 362.
- (44) その意味で、「量的生命緊急避難」(quantitativer Lebensnotstand)の語が当てられることもある。Kühl, (o. Fn 22), S. 415.
- (45) Rengier, (o. Fn 15), S. 260ff; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, (o. Fn 27), S. 446; Murmman, (o. Fn 30), S. 362f; Kühl, (o. Fn 22), S. 415ff.
- (46) Rönnau, (o. Fn 30), S. 114.
- (47) Rönnau, (o. Fn 30), S. 114.
- (48) もっとも、作為義務と不作为義務とが競合する場合、他者の利益を「積極的」に侵害することは許されないから、つねに不作为義務の方が優先されるべきとしつつ、当該不作为は34条によって正当化されるとする立場もある。Roxin./Greco, (o. Fn 22), S. 888; Murmman, (o. Fn 30), S. 279f.
- (49) Roxin./Greco, (o. Fn 22), S. 890; Gerson, (o. Fn 8), S. 58.
- (50) Sternberg-Lieben, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, Medizinrecht (MedR) 38, 2020, S. 630; Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 134; Merkel/Augsberg, (o. Fn 8), S. 706; Jäger/Gründel, (o. Fn 6), S. 152; Busch, (o. Fn 8), S. 748; Engländer, (o. Fn 23), S. 118.
- (51) Gerson, (o. Fn 8), S. 59.
- (52) Walter, Lasst das Los entscheiden!, Zeitonline, 04. 02. 2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht>(Abruf am 21. 11. 2021).
- (53) Brech, (o. Fn 5), S. 151; Busch, (o. Fn 8), S. 749; Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 130; Murmman, (o. Fn 30), S. 281.
- (54) Rönnau, (o. Fn 30), S. 119; Engländer, (o. Fn 30), S. 435; Rengier, (o. Fn 15), S. 499.
- (55) Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, (o. Fn 27), S. 530; Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2020, S. 326; Krey/Esser, (o. Fn 30), S. 268.
- (56) Art1 Abs. 1 GG, Art2 Abs. 2 S1 GG, Art3 Abs. 1 GG. この点について、Merkel/Augsberg, (o. Fn 8), S. 705; Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 132; Jäger/Gründel, (o. Fn 6), S. 161;

- Kindhäuser/Zimmermann, (o. Fn 26), S. 181.
- (57) Engländer, (o. Fn 23), S. 119.
- (58) Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 132; Rengier, (o. Fn 15), S. 501f. それ以外にも、Walter, (o. Fn 52) は、不正な職業に就いていることや子どもがいないこと、あるいは財産を理由とした選別も憲法上の明確な差別禁止に当たるとする。
- (59) Hoven, „Triage“-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, Juristenzeitung (JZ), 2020, 449ff.
- (60) Busch, (o. Fn 8), S. 757.
- (61) Moghadam/Gutmann, Gleichheit vor der Triage, in: Triage in der Pandemie, S. 303; Rönnau/Wegner, (o. Fn 8), S. 404; Sternberg-Lieben, (o. Fn 50), S. 630; Engländer, (o. Fn 23), S. 123. Walter, (o. Fn 52) もまた、ドイツ臓器移植法に応じて患者間の緊急性を考慮する。
- (62) Gerson, (o. Fn 8), S. 57.
- (63) Deutsche interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Version 2, Klinisch-ethische Empfehlungen, 17. 04. 2020, S. 6 ff, abrufbar unter: <https://www.divi.de/register/aktuelle-informationen> (Abruf am 21. 11. 2021); Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 132; Hörnle, Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog, 04. 04. 2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (Abruf am 21. 11. 2021); Rau, (o. Fn 4), S. 649f; Müller, (o. Fn 34); Sowada, Corona-Triage aus strafrechtlicher Perspektive, in: Triage in der Pandemie, S. 304; Murmann, (o. Fn 30), S. 282. Gerson, (o. Fn 8), S. 57 は、第一次的には緊急性を基準としつつも、補充的に治療の成功の見込みをも考慮すべきとする。
- (64) Gerson, (o. Fn 8), S. 56.
- (65) Hilgendorf, Triage-Empfehlungen in der Coronakrise, Mit Rechtsfragen nicht die Ärzte belasten, Legal Tribune Online (LTO), abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-klinisch-ethische-empfehlungen-aerzte-pflichtenkollision-moeglichst-viele-nutzbringend-retten/> (Abruf am 21. 11. 2021).

- (66) Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen “ in der Corona-Krise?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2020, S. 1402; Engländer, (o.Fn 23), S. 124.
- (67) Merkel/Augsberg, (o. Fn 8), S. 713.
- (68) Vgl. Brech, (o. Fn 5), S. 297ff. 偶然性の基準は事後的トリージングでも問題となりうる。
- (69) Walter, (o. Fn 52). Moghadam/Gutmann, (o. Fn 61), S. 306f は、緊急性の基準で判断できない場合は、先着順の原則ないしくじ引き方式もありうるとする。同趣旨のものとして、Sternberg-Lieben, (o. Fn 50), S. 634; Busch, (o. Fn 8), S. 756; Engländer/Zimmermann, (o. Fn 66), S. 1402. これに対して、治療後の余命の長さを基準としつつも、それで最終決定できない場合はくじ引き方式によるべきとするものとして、Weigend, Auf dem Weg zu einer Regelung der Triage, in: Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, S. 395.
- (70) Waßmer, Zur Strafbarkeit der Triage in der Covid-19-Pandemie, in: Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, S. 347f. Rau, (o. Fn 4), S. 650 は、特に理由を示すことなしに「許されない」とする。
- (71) Lindner, Die „Triage “ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, Medizinrecht (MedR), 38, 2020, S. 727; Rönna/Wegner, (o. Fn 8), S. 405; Sternberg-Lieben, (o. Fn 50), S. 634.
- (72) Taupitz, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, Medizinrecht (MedR) 38, 2020, S. 10.
- (73) Schneider/Wolcke/Böhmer, Taschenatlas Notfall und Rettungsmedizin, 4. Aufl. 2010, S. 11f.
- (74) ドイツ臓器移植法12条3項1文は「斡旋義務のある臓器は、斡旋機関によって、医学の知見の水準に応じた規則、とりわけ適合患者に対する治療の成功の見込みおよび緊急性に従って斡旋されなければならない」と規定している。
- (75) Jörg Kinzig/Franziska Maubach, Erfolgsaussicht, Dringlichkeit oder doch etwas ganz Anderes? Kriterien bei der Aufnahmetriage im Kontext der COVID-19-Pandemie, in: Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, S. 216.
- (76) Hoven, Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung, in:

- Triage in der Pandemie, S. 347f; Lübke, Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht, in: Triage in der Pandemie, S. 257.
- (77) Brech, (o. Fn 5), S. 292ff.
- (78) Roxin/Greco, (o. Fn 22), S.890 は、これを「法益の価値」(Wert der Rechtsgüter)の問題としている。
- (79) Brech, (o. Fn 5), S. 295.
- (80) Lenkner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl. 1997, S. 502.
- (81) Blei, Strafrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983, S. 334; Roxin/Greco, (o. Fn 22), S. 890.
- (82) Taupitz, (o. Fn 72), S. 10; Waßmer, (o. Fn 70), S. 350; Busch, (o. Fn 8), S. 769f; Brech, (o. Fn 5), S. 291.
- (83) Sternberg-Lieben, (o. Fn 50), S. 633.
- (84) Brech, (o. Fn 5), S. 291 は、これらの職業に従事する者のように、民主主義社会内で直接代替のきく者については特権を認めるべきでないとする。ドイツ司教協議会もまた、「社会的重要性」の基準は否定されるべきとしてゐる。Deutsche Bischofskonferenz, Triage, 08. 04. 2020, abrufbar unter: <https://www.dbk.de/presse/aktuelles/meldung/triage> (Abruf am 21. 11. 2021).
- (85) Küper, (o. Fn 21), S. 27ff; Busch, (o. Fn 8), S. 770.
- (86) Busch, (o. Fn 8), S. 770.
- (87) Rönau/Wegner, (o. Fn 8), S. 118; Sternberg-Lieben, (o. Fn 50), S. 634; Roxin, (o. Fn 22), S. 889; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, (o. Fn 27), S. 531. Jäger/Gründel, (o. Fn 6), S. 153 もまた、医師は尊重に値する動機を有している必要はないとする。
- (88) Kindhäuser/Zimmermann, (o. Fn 26), S. 315; Roxin, (o. Fn 15), S. 654. もっとも、ロクシンは治療の中断を不作為と構成する。
- (89) Freund, (o. Fn 15), S. 578.
- (90) Busch, (o. Fn 8), S. 774. Merkel/Augsberg, (o. Fn 8), S. 711 は、たんにスイッチを押さなかったのではなく、「それ以前に侵襲的に挿入された中空プローブが労力を要する介入において再び気管から除去された」という場合もまた、積極的な殺害(作為)であるとして、(狭義の)義務の衝突で

はなく正当化的緊急避難の問題になるとする。

- (91) Blei, (o. Fn 81), S. 310. このような理解は近時の判例においてすでに定着しているとされる。BGHSt 6, 59.
- (92) Sternberg-Lieben, (o. Fn 50), S. 635; Krey/Esser, (o. Fn 30), S. 478.
- (93) Sowada, (o. Fn 63), S. 306; Merkel/Augsberg, (o. Fn 8), S. 711f; Rengier, (o. Fn 15), S. 502.
- (94) Gerson, (o. Fn 8), S. 61f.
- (95) Ast, *Quieta non movere?* Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2020, S. 272; Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. 2018, S. 39.
- (96) Jäger/Gründel, (o. Fn 6), S. 157.
- (97) BGHSt55, 191ff, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2010, S. 2963ff.
- (98) Hoven, (o. Fn 59), S. 454.
- (99) Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), 134ff.
- (100) Gerson, (o. Fn 8), S. 66.
- (101) Busch, (o. Fn 8), S. 777. 患者の信頼について言及するものとして、Sternberg-Lieben, (o. Fn 50), S. 636.
- (102) ドイツでも立法化の必要性を訴える声が多い。Zimmermann, *Wer stirbt zuerst?*, Legal Tribune Online (LTO), 23. 03. 2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (Abruf am 21. 11. 2021); Engländer/Zimmermann, (o. Fn 66), S. 1402; Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, (o. Fn 9), S. 130; Taupitz, (o. Fn 72), S. 3; Busch, (o. Fn 8), S. 771; Gerson, (o. Fn 8), S. 69ff; Walter, (o. Fn 52); Brech, (o. Fn 5), S. 312ff.