

# 新型コロナ・ウイルスと刑法―問題の所在 -ドイツ法との比較を通じて-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2020-09-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 川口, 浩一 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/21127">http://hdl.handle.net/10291/21127</a>

【論 説】

# 新型コロナ・ウイルスと刑法

一問題の所在：ドイツ法との比較を通じて

川 口 浩 一

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 感染者自身の刑事責任
- 3 マスク等の高額転売行為の処罰
- 4 感染拡大防止のための外出制限措置違反者の「処罰」
- 5 トリアージ状況における医師の刑事責任について
- 6 今後の課題

## 1 はじめに

「それゆえ知は全く一般的に不知から区別されうるのみである (Man kann daher Wissen nur ganz allgemein gegen Nichtwissen abgrenzen) …」  
Niklas Luhmann, *Das Erziehungssystem der Gesellschaft*, 2002, S. 97.

ドイツの社会哲学者 Jürgen Habermas は、現在我々が直面しているコロナ危機について「不確実性の下で行為し、生きなければならないことについての我々の不知と強制に関してこれほど思い知ったことは今までになかった (So viel Wissen über unser Nichtwissen und über den Zwang, unter Unsicherheit handeln und leben zu müssen, gab es noch nie)」<sup>(1)</sup>と述べている。しかし、この危機を

---

(1) Markus Schwing, Jürgen Habermas über Corona: „So viel Wissen über unser Nichtwissen gab es noch nie“, FR vom 10.04.2020, <https://www.fr.de/kultur/gesellschaft/juergen-habermas-coronavirus-krise-covid19-interview-13642491.html?fbclid=>

乗り越えるために（あるいは次なる危機に備えるために）法学者も、このような不知の状況の中で行為し、生活しなければならない人々、とりわけ医療関係者に、法的な基準を明示し、法的安定性（*Rechtssicherheit*）を担保することが喫緊の課題であるといえよう。刑法学にとっても、この難問へ対応は大きなチャレンジ（*Herausforderung*）であり、例えば後述の集中治療に関するトリアージ（いわゆるコロナ・トリアージ）の問題一つとってみても先行研究はほとんど存在していなかったのである<sup>(2)</sup>。このような状況の中でドイツにおいては、連邦裁判所の元裁判官で著名な刑法注釈書<sup>(3)</sup>の著者でもある **Thomas Fischer**<sup>(4)</sup>をはじめとして実務家や刑法学者がこの問題についてのコメントや論文を出し始めている<sup>(5)</sup>。そこ

IwAR08laVb3KKh8XP-81cni4CwdwXOTRhk07P474WxIjop4\_Z4pv3R6mwr62Q  
[最終閲覧日 2020 年 4 月 30 日；以下同じ]。

- (2) 例えば「法学セミナー」2015 年 4 月号掲載の特別企画「パンデミックと法」には刑法学者による論考は掲載されていない。なおドイツにおいても特にトリアージの法的問題については、先行研究が少なく、モノグラフィーとしては *Alexander Brech, Triage und Recht: Patienten Auswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, 2008* があるのみである（*Augsburg* 大学 *Micheal Kubiciel* 教授のご教示による）。日本におけるトリアージの法的議論については小西敦「大規模災害時のトリアージ概念の再検討（1）（2・完）」自治研究 95 卷 7 号（2019 年）83 頁以下、同 95 卷 8 号（2019 年）33 頁以下；篠原 拓也「災害時のトリアージの現状：救急医療の現状と課題（後編）」ニッセイ基礎研レポート 2016 年 8 月 3 日（[https://www.nli-research.co.jp/files/topics/53548\\_ext\\_L18\\_0.pdf?fbclid=IwAR2VzbyKQZB\\_pKYkeNDBccU-nmlwo73F97MHovM860x\\_GO5StEFhEPew48](https://www.nli-research.co.jp/files/topics/53548_ext_L18_0.pdf?fbclid=IwAR2VzbyKQZB_pKYkeNDBccU-nmlwo73F97MHovM860x_GO5StEFhEPew48)）；永井幸寿「災害医療におけるトリアージの法律上の問題点」災害復興研究第 4 号（2012 年）85 頁以下など参照。
- (3) *Thomas Fischer, Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen, Kommentar, 67. Auflage 2020.*
- (4) *Thomas Fischer, Virus strafbar! Eine Kolumne, Spiegel Panorama v.09.03.2020* [https://www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-und-das-strafrecht-virus-strafbar-kolumne-a-9347f5da-d295-4a67-90b4-3e0362f77089?fbclid=IwAR0K1fytwfaqSV91d4MNT-bPRFMMGwpTnXXNIx8My6dD23L54\\_i0Lpb7x9o](https://www.spiegel.de/panorama/justiz/coronavirus-und-das-strafrecht-virus-strafbar-kolumne-a-9347f5da-d295-4a67-90b4-3e0362f77089?fbclid=IwAR0K1fytwfaqSV91d4MNT-bPRFMMGwpTnXXNIx8My6dD23L54_i0Lpb7x9o)
- (5) ネットや新聞などの記事としては、*Fischer*; o Fn. 4 の他、*Till Zimmermann, Wer stirbt zuerst?*, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>; *Elisa Hoven, Auch auf das Alter kommt es an, FAZ vom 31.03.2020* <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> ; *Fynn Wenglarczyk, Ausgehen in Zeiten von Corona: Wann man sich strafbar macht, Ito v. 21.03.2020* <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-ausgehen-freunde-treffen-strafbar-gefahrliche-koerperverletzung-fahrlaessig-ausgangssperre-quarantaene/> ; 論文としては *Axel Deutscher, Die „Corona-Krise“ und das materielle Strafrecht, StRR April/2020, 5*

で本稿では、現在、日本で顕在化している新型コロナ・ウイルスと刑法の諸問題につきドイツの比較において、その問題の所在を探っていきたい。なお個々の論点の詳細については続稿<sup>(6)</sup>に委ねたい。

## 2 感染者自身の刑事責任

【事例1】Aは、PCR検査で新型コロナ・ウイルス<sup>(7)</sup>陽性が判明し、自分が感染していることを知ったにもかかわらず、保健所の自宅待機要請を振り切って外出したが、その際、家族に対し「ウイルスをばらまく」などとウイルスを故意に拡散するような話をしていた。そして飲食店2店に立ち寄り、2店目のパブでは女性従業員の接客を受けたが、Aはパブで感染を認めて退店した。店に居合わせた別の女性従業員Vから陽性反応が出て、感染が確認された<sup>(8)</sup>。

このような事例について Fischer は、感染者が他の者に新型コロナウイルスを感染させた場合、ドイツ刑法 223 条の傷害罪の客観的構成要件に該当し、ただ感染させた「だけ（nur）」で症状が出ない場合でも同条の「健康侵害」に当たるとする<sup>(9)</sup>。もちろん事例によっては具体的な行為（因果関係が問題となりうる場合が

---

ff. [https://blog.burhoff.de/wp-content/uploads/Deutscher\\_Corona\\_StRR\\_04\\_2020\\_05.pdf](https://blog.burhoff.de/wp-content/uploads/Deutscher_Corona_StRR_04_2020_05.pdf); Christian Jäger/Johannes Gründel, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, ZiS 2020, 151 ff.; Thomas Rönnau/Kilian Wegner, Grundwissen - Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 ff.; Karsten Gaede/ Michael Kubiciel/ Frank Saliger/ Michael Tsambikakis, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation: Stellungnahme, medstra 2020, 129 ff. などがある。

(6) なおイタリアの状況については、既に川口浩一・吉中信心「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）56 頁以下で紹介した。

(7) 新型コロナ・ウイルスの正式名称は SARS-CoV-2 であり、それによる肺炎が COVID-19 と呼ばれる（Deutscher, o. Fn. 5, 6）。

(8) 「コロナ『ばらまく』男性死亡 感染後に飲食店、持病影響か—愛知」時事ドットコムニュース 2020 年 03 月 18 日（<https://www.jiji.com/jc/article?k=2020031800925&g=soc>）で報道された事例参照。なおこの事例の男性（57 歳）には肝臓がんの持病があり翌日に入院後、重症化し、13 日後に死亡した。

(9) Fischer, o. Fn. 4.

あろうが、それはコロナ以外の事例においても同じであるとする。これに対して重要なのは、主観的構成要件の問題であるとして故意と過失の一般的区別について説明し、未必の故意でも故意犯の成立にとって十分だとし、「自分が感染しているということを認識しており、他人に感染させるかどうかには無関心 (gleichgültig) であった」場合でも故意は認められるとする。223 条<sup>(10)</sup>の法定刑は 5 年以下の自由刑又は罰金刑<sup>(11)</sup>であり、感染が生命に関わることを認識していた場合は 224 条<sup>(12)</sup>の危険な傷害罪が適用され<sup>(13)</sup>、6 月以上 10 年以下の自由刑が科されることになる。そして故意がなくても他人に感染させることが予見可能で、感染を防止する注意義務違反があれば 229 条<sup>(14)</sup>の過失傷害 (fahrlässige Körperverletzung) が成立し、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処される。日本刑法においても 204 条の傷害罪が成立しうる点は同じである (日本刑法には危険な傷害罪の加重規定はないが、15 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金と法定刑の上限はドイツの危険な傷害罪よりも重い)。なお過失傷害については現状ではどの程度の感染率があり、感染のリスクを予見することは困難であろう。傷害罪に関して日本とドイツの規定で大きな差異があるのは、ドイツには傷害罪に未遂処罰規定があるのに対し、日本においては (ドイツ刑法にはない) 暴行罪 (208 条) の規定があり、これが事実上

**(10) StGB § 223 Körperverletzung**

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(11) ドイツは日数罰金制度を採っているので行為者の事情に応じて罰金額は異なる。

**(12) StGB § 224 Gefährliche Körperverletzung**

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
3. mittels eines hinterlistigen Überfalls,
4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(13) *Wenglarczyk* (o. Fn. 5) は、飛沫を浴びせかけるなどの行為は、同条 1 項 5 号の「生命を危殆化する取り扱い (einer das Leben gefährdenden Behandlung)」に当たるとする。

**(14) StGB § 229 Fahrlässige Körperverletzung**

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

傷害未遂の役割を果たしているとされるが、【事例1】のAがもしVに感染させなかった場合や因果関係が立証されなかった場合、ドイツにおいては（危険な）傷害未遂罪が成立することには問題はないが、日本においてはVに向かって飛沫を故意に飛ばしたりしなかった場合について、暴行罪が成立するかについては疑問が残る。むしろ【事例1】のVは、少し離れた場所において直接飛沫などを浴びせかけられたわけではなく、おそらく店内のどこかに付着したウイルスに触れて感染したか、エアロゾル感染したことが考えられ、そのような場合はいわゆる「暴行によらない傷害」に当たるのではないかと考えられる。立法論としては日本においても傷害罪に未遂規定を設けるべきであろう。

なお理論的により難しい問題は、Fischerも述べているようにAがVの死の可能性を認識・認容していた場合の殺人罪（ドイツにおいては謀殺又は故殺罪）の成否であろう。ドイツでは以前にHIVを感染させる行為に関する謀殺罪の成否に関する議論<sup>(15)</sup>があったことは周知のとおりである。しかし今回の新型コロナ・ウイルス感染による致死率は、まだ現段階においては不明であるので、この問題についてはこれに関してある程度のデータが判明した時点で今一度検討を加えたいと思う<sup>(16)</sup>。

### 3 マスク等の高額転売行為の処罰

【事例2】Bは、新型コロナ・ウイルス感染症の流行で品不足が続く使い捨てマスクを大量に買い占めて高額で転売した。

【事例3】Bは、日本でマスクの転売が禁止されたので、禁止の対象となっていない（同じく品不足が続いている）体温計を大量に買い占めて高額で転売した。

(15) Vgl. BGHSt. 36, 1; 36, 362; Fischer, o. Fn. 3, § 212, Rn. 4.

(16) さらに総論的には、許された危険や自己答責的危殆化 (Eigenverantwortliche Selbstgefährdung) の問題 (Deutscher, o. Fn. 5, 7 f.) や各論的には、感染者でないのに感染者と偽って休業手当を受け取ったという事例における詐欺罪 (ドイツ刑法 264 条) や感染者だと偽り、それに畏怖したもから財産的利益を得たという事例についての強盗的恐喝罪 (同 255 条) の適用の問題などがあること (Fischer, o. Fn. 4) が指摘されている。

日本においては、国民生活安定緊急措置法（昭和 48 年法律 121 号）26 条（割当て又は配給等）1 項において「物価が著しく高騰し又は高騰するおそれがある場合において、生活関連物資等の供給が著しく不足し、かつ、その需給の均衡を回復することが相当の期間極めて困難であることにより、国民生活の安定又は国民経済の円滑な運営に重大な支障が生じ又は生ずるおそれがあると認められるときは、別に法律の定めがある場合を除き、当該生活関連物資等を政令で指定し、政令で、当該生活関連物資等の割当て若しくは配給又は当該生活関連物資等の使用若しくは譲渡若しくは譲受の制限若しくは禁止に関し必要な事項を定めることができる。」とされており、同 37 条では「第二十六条第一項の規定に基づく政令には、その政令若しくはこれに基づく命令の規定又はこれらに基づく処分に違反した者を五年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する旨の規定及び法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者がその法人又は人の業務に関して当該違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人又は人に対して各本条の罰金刑を科する旨の規定を設けることができる。」と罰則も定められている。今回のマスク不足に対応して国民生活安定緊急措置法施行令（昭和 49 年政令 4 号）1 条（法第二十六条第一項の政令で指定する生活関連物資等）の改正により「国民生活安定緊急措置法（以下「法」という。）第二十六条第一項の政令で指定する生活関連物資等は、衛生マスクとする。」とされ、同 2 条（衛生マスクの転売の禁止）で「衛生マスクを不特定の相手方に対し売り渡す者から衛生マスクの購入をした者は、当該購入をした衛生マスクの譲渡（不特定又は多数の者に対し、当該衛生マスクの売買契約の締結の申込み又は誘引をして行うものであつて、当該衛生マスクの購入価格を超える価格によるものに限る。）をしてはならない。」と規定され、同 7 条 1 項で「第二条の規定に違反した場合には、当該違反行為をした者は、一年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」という罰則（同 2 項には両罰規定）が付された。したがって B は【事例 2】の衛生マスクの転売については処罰できるが、【事例 3】の体温計の転売については、政令が改正されない限り処罰できないということになる<sup>(17)</sup>。なお【事例 2】におけ

(17) さらに立法されたマスク転売規定にも「抜け穴」があること、すなわち政府は、個人や事業者が小売業者から仕入れたマスクを高い値段で転売する行為を禁じたが、個人や事業者が、小売業者としてマスクを仕入れて販売する行為は、規制の対象にはなっておらず、

る買主の刑事責任については、刑法理論上の必要的共犯のいわゆる対向犯で一方（この政令においてはマスクの売主）にしか処罰規定が置かれていない場合には、判例<sup>(18)</sup>はいわゆる立法者意思説に基づいて、原則として買主を売主の共犯として処罰することはできないとするのである。但し、立法者意思説を採る学説の中には関与行為が通常を超えた場合には、共犯が成立するとする説<sup>(19)</sup>があるが、その限界は曖昧であり、買主は一切処罰されないと解するべきであろう。

以上のような日本の状況に対して、ドイツにおいては暴利行為に関する明文の規定が民法の公序良俗規定の中にあり、刑法においても暴利罪が規定されている。すなわちまずドイツ民法 138 条<sup>(20)</sup>（良俗違反の法律行為；暴利行為）においては同条 1 項で、日本の民法 90 条と同様に「善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。」と規定されているのに加えて 2 項で「特に相手方の強制状態、無経験、判断力の不足または著しい意思の弱さに乗じて、給付に対して著しく不相当な財産的利

---

このため、飲食店や衣料店などが小売業者として大量にマスクを仕入れ、店頭でこれまでの販売価格の 3～4 倍の値段で売っている店が続出してことが指摘されている（「品薄マスク『飲食店』で販売・転売禁止も“抜け穴”」テレビ朝日 2020/04/21 23:30 [https://news.tv-asahi.co.jp/news\\_society/articles/000182344.html](https://news.tv-asahi.co.jp/news_society/articles/000182344.html)）。これに対して政府は不当に高額販売などを行う業者に対し、立ち入り検査を行えるようにするなど対策を強化し、緊急事態宣言の間、業者が高額販売のほか、買い占めや売り惜しみなどで不当に利益を得ていないか調査する方針を固め、不当だと判断された場合には、新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づき、各都道府県が業者に対し、売り渡しの要請や立ち入り検査を行えるようになることに加え、強制取用することも可能になるような対策を取ることを決定したと報道されている（「マスクの高額販売、立ち入り検査などの対策強化の方針」TBS NEWS 2020.4.27 [https://news.tbs.co.jp/newseye/tbs\\_newseye3965378.htm](https://news.tbs.co.jp/newseye/tbs_newseye3965378.htm)）。

(18) 最判昭和 43 年 12 月 24 日刑集 22 卷 13 号 1625 頁。

(19) 団藤重光『刑法綱要総論』（第 3 版・1990 年）433 頁。なお「転売マスク、購入したら罰せられるの？ 弁護士が回答：田村康正弁護士、コロナ法律相談」朝日新聞 2020 年 4 月 24 日（<https://www.asahi.com/articles/ASN4Q4QF1N49PTIL03S.html>）も「こうした規制に反した違法なマスクを購入したとしても、ただちに処罰されることは」ないが「ただ転売を渋る人に対し、しつこく売ってくれと求めるなどした場合、処罰される可能性があ」とする。

(20) **BGB § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher**

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.



益を自己または第三者に約束または提供させる法律行為は、無効とする。」とい規程が置かれ、ドイツ刑法 291 条 1 項は暴利罪 (Wucher)<sup>(21)</sup>として「住居の賃貸又はそれと結合する付随給付」などの「給付 (Leistung) (1 乃至 3 号) 又は「上記の給付の斡旋について (4 号)」、給付又はその斡旋と著しく均衡を失する財産上の利益を、自己又は第三者に対して約束又は供与させることにより、他者の強制状態、経験の未熟さ、判断力の不足又は著しい意思の弱さに乗じた者は、3 年以下の自由刑又は罰金に処すると規定しているのである<sup>(22)</sup>。Fischer は、【事例 2】のようなマスクの高額転売のこの暴利罪の規定が適用可能だとする<sup>(23)</sup>。したがってドイツでは【事例 3】のようなマスク以外の物の高額転売も暴利罪での処罰が可能となっている。日本では最近の民法改正の議論においても暴利行為の明文化は見送られたが、刑法において財産犯の枠内での暴利罪の導入を含めて、立法論的な議論が必要となろう。少なくとも国民生活安定緊急措置法や後述の新型インフルエン

(21) **StGB § 291 Wucher**

(1) Wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten

1. die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen
2. für die Gewährung eines Kredits,
3. für eine sonstige Leistung oder
4. für die Vermittlung einer der vorbezeichneten Leistungen

Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Wirken mehrere Personen als Leistende, Vermittler oder in anderer Weise mit und ergibt sich dadurch ein auffälliges Mißverhältnis zwischen sämtlichen Vermögensvorteilen und sämtlichen Gegenleistungen, so gilt Satz 1 für jeden, der die Zwangslage oder sonstige Schwäche des anderen für sich oder einen Dritten zur Erzielung eines übermäßigen Vermögensvorteils ausnutzt.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter?

1. durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt,
2. die Tat gewerbsmäßig begeht,
3. sich durch Wechsel wucherische Vermögensvorteile versprechen läßt.

(22) ドイツの暴利罪規定については、京藤哲久「暴利罪について」吉川経夫先生古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』（法律文化社、1994 年）243 頁以下；菊地一樹「強要の限界づけと規範的自律」早法 94 卷 1 号（2018）25 頁以下、35 頁注（30）参照。

(23) Fischer; o. Fn. 4. Vgl. auch dens., o. Fn. 3, § 291, Rn. 4, 10 f.

ザ等特別措置法（平成24年法律31号）の中に緊急事態時における暴利行為一般を禁止し、処罰する規定を設けることは考慮に値すると思われる。

#### 4 感染拡大防止のための外出制限措置違反者の「処罰」

【事例4】Cは休業要請されているにもかかわらずパチンコ店の営業を続け、Dは外出自粛要請を無視してCの営業するパチンコ店で遊戯を行なった。

周知のように、結論的に言えば日本においてはCもDも処罰されない。まず休業要請・指示や外出自粛要請の根拠となっているのは、以下の規定である。

- ① 新型インフルエンザ等特別措置法24条（都道府県対策本部長の権限）9項の「都道府県対策本部長は、当該都道府県の区域に係る新型インフルエンザ等対策を的確かつ迅速に実施するため必要があると認めるときは、公私の団体又は個人に対し、その区域に係る新型インフルエンザ等対策の実施に関し必要な協力の要請をすることができる。」という規定に基づく一般的な協力要請、
- ② 同法45条（感染を防止するための協力要請等）1項の「特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等緊急事態において、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済の混乱を回避するため必要があると認めるときは、当該特定都道府県の住民に対し、新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間並びに発生の状況を考慮して当該特定都道府県知事が定める期間及び区域において、生活の維持に必要な場合を除きみだりに当該者の居宅又はこれに相当する場所から外出しないことその他の新型インフルエンザ等の感染の防止に必要な協力を要請することができる。」という規定に基づくいわゆる「外出自粛」要請、
- ③ 同条2項の「特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等緊急事態において、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済の混乱を回避するため必要があると認めるときは、新型インフルエンザ等の潜伏期間及び治癒までの期間を考慮して当

該特定都道府県知事が定める期間において、学校、社会福祉施設（通所又は短期間の入所により利用されるものに限る。）、興行場（興行場法（昭和二十三年法律第三十七号）第一条第一項に規定する興行場をいう。）その他の政令で定める多数の者が利用する施設を管理する者又は当該施設を使用して催物を開催する者（次項において「施設管理者等」という。）に対し、当該施設の使用の制限若しくは停止又は催物の開催の制限若しくは停止その他政令で定める措置を講ずるよう要請することができる。」という規定に基づく休業等の要請（+4 項に基づく公表）、

- ④ 同条 3 項の「施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定による要請に応じないときは、特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済の混乱を回避するため特に必要があると認めるときに限り、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを指示することができる。」という規定に基づく休業等の指示（+4 項に基づく公表）

これらの規定の相互関係は、複雑でわかりにくく、また緊急事態宣言時における政府と都道府県知事の権限や公表の意義など様々な問題があるだけではなく、特に休業要請に補償規定がなく、また外出自粛要請には罰則などのそれを担保する制裁規定がないという根本的な欠陥がある法律であり、根本的な改正が必要であると思われる。

これに対してドイツ法においては外出制限などの措置がとられたのは、ドイツ連邦共和国設立以来、今回が初めてであったが、日本に比べると法律面でもずっと整備されたものである。「感染防止法 (Infektionsschutzgesetz - IfSG)」（＝「人間における感染症の防止と対処のための法律 [Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen]」）32 条<sup>(24)</sup>は、各ラント政府にコロナ・

**(24) IfSG § 32 Erlass von Rechtsverordnungen**

Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz), der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 Grundgesetz), der Versammlungsfreiheit

パンデミックとの戦い（*Bekämpfung der Corona-Pandemie*）のための様々な法規命令（*Rechtsverordnung*）による命令・禁止の権限を与えている。例えばバーデン・ヴュルテンベルクでは2020年3月28日に「SARS-Cov-2ウイルスの感染拡大に対する感染防止措置に関するラント政府令（*Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2*）」＝「コロナ政令（*Corona-Verordnung - CoronaVO*）」<sup>(25)</sup>が制定され、感染防止法28条1項<sup>(26)</sup>に基づき外出制限<sup>(27)</sup>など各種の保護措置がとられている。

---

(Artikel 8 Grundgesetz), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) und des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 Grundgesetz) können insoweit eingeschränkt werden.

(25) <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/aktuelle-infos-zu-corona/aktuelle-corona-verordnung-des-landes-baden-wuerttemberg/> 同令は4月30日の段階ですでに6回改正されている。

(26) **IfSG § 28 Schutzmaßnahmen**

(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

(27) 但し外出制限が感染防止法28条1項2文の保護措置に含まれるかについては争いがある (*Wenglarczyk*, o. Fn. 5; Henning *Lorenz/Mustafa Oğlakcioğlu*, Keine Panik im Nebenstrafrecht - Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG, *KriPoZ* 2020, 108 ff.; Simon *Pschorr*, Warum nur infektionsschutzrechtliche Verwaltungsakte, nicht aber Rechtsverordnungen strafbewehrt sind: Zur Entstehung einer Gesetzeslücke, 28. April 2020 [https://www.juwiss.de/67-2020/?fbclid=IwAR03hTSYkJOw07IZfG1hujAnKdREUNd23GqUAH9xvpyaN3\\_1MP4IeRDJvHU](https://www.juwiss.de/67-2020/?fbclid=IwAR03hTSYkJOw07IZfG1hujAnKdREUNd23GqUAH9xvpyaN3_1MP4IeRDJvHU)).

そして感染防止法 28 条 1 項の保護措置違反に対しては同法 73 条 1 項 6 号<sup>(28)</sup>で秩序違反法上の過料が、同法 75 条 1 項 1 号<sup>(29)</sup>で刑罰として 2 年以下の自由刑又は罰金刑を科すことができると規定されている。従ってドイツにおいては、外出制限等の違反に対しては、第一次的に秩序違反 (Ordnungswidrigkeit) としての過料が科され、さらに刑罰も科すことが可能となっている。両者の区別基準などについては、さらに詳細な検討が必要となろう。現在日本でも特に休業指示違反などに罰則をつけることが検討されている<sup>(30)</sup>が、ドイツの規定も参照して、外出制限措置違反などについては、その違反にいきなり罰則をつけるのではなく、いわゆる「秩序罰としての過料」<sup>(31)</sup>を科し、反復違反者などの一定の悪質な事例にのみ罰則をつけるなどの方法も考慮に値しよう。

## 5 トリアージ状況における医師の刑事責任について

【事例 5】新型コロナウイルス感染症に罹患した重症患者 X (60 歳) と別の重症患者 Y (20 歳) が ICU に入院していたが二人とも ECMO が必要な状

### (28) IfSG § 73 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 50a Absatz 3 Satz 1, auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 50a Absatz 4 Nummer 2, Polioviren oder dort genanntes Material besitzt.

(1a) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. [...]

6. einer vollziehbaren Anordnung nach § 17 Abs. 1, auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach Abs. 4 Satz 1, § 17 Abs. 3 Satz 1, § 25 Absatz 3 Satz 1 oder 2, auch in Verbindung mit § 29 Abs. 2 Satz 2, dieser auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1, § 25 Absatz 4 Satz 2, § 28 Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1, oder § 34 Abs. 8 oder 9 zuwiderhandelt,

### (29) § 75 Weitere Strafvorschriften

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. einer vollziehbaren Anordnung nach § 28 Abs. 1 Satz 2, § 30 Abs. 1 oder § 31, jeweils auch in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1, zuwiderhandelt,

[...]

(30) 「罰則付き法改正も検討 休業要請応じなければ—西村経済再生相」時事ドットコムニュース 2020 年 04 月 27 日 <https://www.jiji.com/jc/article?k=2020042701000&g=pol> 参照。

(31) 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(2017 年) 10 頁以下参照。

態になった。しかしそのICUにおいて使用されていないECMOはもう1つしか残ってなかった。医師Eが若いYにECMOを装着したためにYは救命されたがXは死亡した。

このようなコロナ危機における集中治療トリアージが必要となる最も深刻な状況に最初に陥ったのは、別稿<sup>(32)</sup>で詳しく紹介したように、イタリアであった。今年の3月6日にイタリア麻酔鎮痛集中治療学会（SIAATI = Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva<sup>(33)</sup>）ワーキンググループは、この状況に素早く対応し臨床倫理指針として『資源が限られた例外的な状況下での集中治療の配分に関する臨床倫理上の勧告』<sup>(34)</sup>を公表し、そこでは特に患者の年齢やその余命を重視するトリアージ基準が示された。このような基準を支持するものとしてアメリカの医師で生命倫理学者でもあるEzekiel Emanuelらは、新型コロナウイルスのトリアージについて「平等な取り扱い（**Treat people equally**）を志向する「先着順提供（**First-come, first-served**）」基準は、用いられるべきではなく「利益の最大化（**Maximize benefits**）を志向する「救われる生命の数の最大化」（**Save the most lives**）」及び「余命の最大化」（**Save the most life-years**）」という基準が、「最も優先に値する（**Receives the highest priority**）」とする<sup>(35)</sup>。これに対して英国のユニヴァーシティ・カレッジ・ロンドン（UCL）のChristina Pagelは、このような基準は「不快な（**uncomfortable**）」ものであり、「20歳の人には50歳の人よりも価値が高いのか?」、「経済にとっては、20歳の人よりもより長い経験とスキルを持っている50歳の人の方がより有用ではないのか?」という疑問を提示している<sup>(36)</sup>。これに対してエマニュエルは「より短かい

(32) 川口・吉中・前掲（注6）56頁以下

(33) 同学会のHPとして<http://www.siaarti.it> 参照。

(34) RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI INTENSIVIE PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI, 2020（同書の全訳 [吉中信人訳] として川口・吉中・前掲 [注6] 92頁以下）。

(35) Ezekiel J. Emanuel et al., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, March 23, 2020, *The new england journal of medicine*, <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMs2005114>

(36) *The Hardest Questions Doctors May Face: Who Will Be Saved? Who Won't?* The New York Times, March 21, 2020 <https://www.nytimes.com/2020/03/21/us/coronavirus->

人生しか生きて来なかった 20 歳の人」により多くのリソースを投入すべきであると反論している<sup>(37)</sup>。この基準によれば【事例 5】において E は Y を選ぶべきであり、X の死には（法的・倫理的）責任を負わないことになる。逆に E が年齢が高く、余命も短い X を選んだ場合には、Y の死に対して何らかの責任を負う余地が出てくるであろう。

これに対してドイツにおいてはこのような年齢・余命基準に対しては批判的な見解が多いように思われる<sup>(38)</sup>。例えばレーゲンスブルク大学の哲学者 Weyma Lübbecke<sup>(39)</sup> は、このような緊急状態において医師に集中治療トリアージ（Lübbecke はそれを「コロナ・トリアージ」と呼ぶ）についての明確な指針を示すことは、医師の負担軽減のためにも必要なものであり、その点は理解できるとしつつも、やはり年齢や余命を基準とすることは問題だとする。すなわちこのような基準は、他の生命救助のためのリソースの配分問題、例えば提供された臓器の配分問題において決して合意された基準であるとは言えない。また Lübbecke によれば、最大化基準によれば年齢だけではなく治療による生存の可能性を含めて計算されなければならないが、例えば 60 歳男性（平均余命 20 年とする）で治療しなければ確実に死亡する（その場合の生存可能性 0 %）が治療すれば生存の可能性が 70 % の患者に、集中治療リソースを投入した場合の余命増加分は計算上 14 年（20 年の 70 %）となり、20 歳男性（平均余命 60 年）で治療しなくても生存する可能性が 70 % で、治療した場合の救命率が 100 % の患者に、投入した場合の計算上の余命増加分は  $60 - 42$ （即ち 60 の 70 %）= 18 年となるので、このような場合でさえも、前者ではなく後者に集中治療を受けさせなければならないことになってしまうとする。そこから Lübbecke は、そもそもこのような効率性基準は、所有者を持つ経済活動には適したものであるが、保健制度（Gesundheitswesen）には適さないとする。なぜならば公共的観点からは、二つの人間の生命は共に「価値のある（wertvoll）」

---

medical-rationing.html

(37) *Who Should Be Saved First? Experts Offer Ethical Guidance*, The New York Times, March 24, 2020 <https://www.nytimes.com/2020/03/24/upshot/coronavirus-rationing-decisions-ethicists.html>

(38) これに対してドイツにおいて年齢基準を擁護するものとして *Hoven*, o. Fn. 5.

(39) Weyma Lübbecke, *Corona-Triage: Ein Kommentar zu den anlässlich der Corona-Krise publizierten Triage-Empfehlungen der italienischen SIAARTI-Mediziner*, 15. März 2020, <https://verfassungsblog.de/corona-triage/>

なものであり、一方（例えば20歳の者）の生命が他方（60歳の者）の生命よりも価値があるわけではないからである。そしてLübbeは、法学においてもこのような功利（Nutzen）や価値（Wert）という用語ではなく権利（Rechten）という用語で、保健政策的な分配基準が記述されていることを指摘し、「権利は非配分的に（nonaggregativ）に機能する」として医療リソースが困窮した場合においても、最大化の観点ではなく、権利の観点から特定化されなければならないとするのである<sup>(40)</sup>。さらに医学会においても「ドイツ集中治療・救急医学会」（DIVI）、「ドイツ呼吸医学会」（DGP）、「医学倫理アカデミー」（AEM）、「ドイツ緩和医学会」（DGP）など7団体が共同で作成した提言書『COVID-19パンデミックに関連する、救急・集中治療キャパシティの配分の決定についての臨床的・倫理的提言』<sup>(41)</sup>においても、ICUへの収容について優先順位をつける基準は「肺機能の低下、臓器不全、敗血症、免疫不全、ガンなど基礎疾患の重篤度など、客観的な尺度を用いる」よう求めており、年齢、国籍、生命の価値などの基準を用いることを禁じている<sup>(42)</sup>。

さらに刑法との関係においては、これらの指針に関して最近ドイツの刑法学者のグループの見解表明<sup>(43)</sup>を行なっていることが、注目される。これについては刑法理論的に詳細な分析が必要であるが、その次のような6つの「中心テーゼ（Kernthesen）」<sup>(44)</sup>が示されているので以下に訳出しておく。

- ① 「医師たち（Ärztinnen und Ärzte）はいわゆるトリアージ状況（Triage-Situationen）において法的安定性（Rechtssicherheit）を必要としている。国家と法は、治療を義務づけられた医師たちを救うために、個人的良心に基づく決定（individuelle Gewissensentscheidung）のみに委ね、完全な倫理的責任（vollständige ethische Verantwortung）と包括的な負責のリスク（umfangreiche Haftungsrisiken）を背負わせてはならない。」

(40) Lübbe, o. Fn. 39.

(41) *Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) et al., Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie*, 25. 03. 2020, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>

(42) 熊谷徹「コロナ禍で迫られる『命の選別』：ドイツ医学界の提言『厳密ルール』の中身」新潮社・フォーサイト 2020年4月7日 <https://www.fsight.jp/articles/-/46762> 参照。

(43) Gaede/Kubicjel/Saliger/Tsambikakis, o. Fn. 5, 129 ff.

(44) Gaede/Kubicjel/Saliger/Tsambikakis, o. Fn. 5, 129.



- ② 「立法者には、トリアージのための基準 (**Vorgaben für die Triage**) を定立することが要請される。立法者がこの課題に対応しない場合には、法学と法実務は医師たちに、全ての人間の基本的平等 (**Basisgleichheit**) を尊重するという医療倫理的な基準 (**medizinischethische Vorgaben**) に従っている限りにおいて、このジレンマに合法的に対処することを可能にしなければならない。」
- ③ 「潜在的に生死を決定しうるリソースの不足 (**Ressourcenmangel**) という不可避な状況においては治療者にとって、全ての患者を適切に治療することが不可能な場合には不法非難 (**Unrechtsvorwurf**) が既になされてはならない。個々の患者の治療請求権 (**Behandlungsanspruch**) は、トリアージの逼迫状況 (**Mangellage**) においては保健制度のリソース (**Ressourcen des Gesundheitswesens**) における平等な配分 (**gleiche Teilhabe**) へと向けられる。」
- ④ 「他の医学的適応 (**medizinische Indikation**) があり、同等またはより高い臨床的成功の見込み (**Erfolgsaussicht**) がある患者の治療を行うために、ある患者に医学的適応があるにもかかわらず、はじめから集中治療を行わなかった場合、当該医師は適法的に行為するものである。当該医師は免責されるに止まるわけではない。」
- ⑤ 「他には治療が不可能な他の患者を治療すれば臨床的成功の見込みが明らかに高いという理由で、既に投入された人工呼吸器が当該患者から外されることにより集中医療の治療 (**intensivmedizinische Behandlungen**) が個々の患者において医学的適応が原則的に存続するにもかかわらず中断された場合、当該医師は適法的に行為するものである。この成功の見込みは、決して年齢のみを基準として判断されてはならない。」
- ⑥ 「このトリアージのために、医学的専門家の諸団体による臨床倫理的勧告が原則的に妥当な決定基準と決定手続を示している。その遵守により刑事的・民事的帰責効果 (**straf- und zivilrechtliche Haftungsfolgen**) は、補充的に他の施設への転送の可能性が考慮され、既に始められた治療の中断のための臨床的成功の見込みの明確な高さの要件が確認された場合、通常 (**regelmäßig**) 排除される。」

この基準においても「より高い臨床的成功の見込み」の判断において、年齢のみで判断されてはならないとされていること（⑤）が注目される。

日本においても生命・医療倫理研究会は2020年3月30日に「人工呼吸器が不足しており、COVID-19の感染爆発時における人工呼吸器の配分を判断するプロセスについての提言」を公表し、「人工呼吸器を装着する患者の選択を行わなければならない場合」について「救命の可能性の高い患者を優先する」という基準が示され、その「救命可能性の判断は、医療・ケアチームが、個別の患者の容体に応じて、救急医療・集中医療の分野で広く共有された重症度の指標等を用いて恣意的にならないように慎重に行うとともに、判断のプロセスを適切に記録しなければならない」<sup>45)</sup>とされているが、年齢の考慮については言及されていない。私は、この規定に「年齢」も加えるべきであると考える。このようにトリアージの基準について様々な議論があるが、さらに注目すべきことにAIを利用したトリアージなども提案されており<sup>46)</sup>、今後の国際的動向の注意深い検討が不可欠となる。

なお【事例5】について刑法的に考察した場合、医師EがXとYの両者に治療義務を負っているとしても、両方の義務を履行するのは不可能なので「義務衝突（Pflichtenkollision）」<sup>47)</sup>に基づく違法阻却が認められ、XとYのどちらを選択し

(45) なお「患者が医療従事者であるか否かは考慮しない」ともされている。

(46) 「AIがトリアージする時代へ：機械学習でCOVID-19死亡リスク予測」The Medical AI Times 2020年3月23日 (<https://aitimes.media/2020/03/23/4497/?fbclid=IwAR0xrXUK9WMUVqPKAoN0Hua3KvsifBkc8RDHukYhtbIkm6k2IUrQwh7tUV0>) では、中国の研究者グループが血液サンプル分析でCOVID-19患者の生存率を予測するAIツールを発表したことを報じている。

(47) 義務衝突に関する議論としてはさしあたり、Fischer, o. Fn. 3, Rn. 11 ff. vor § 32 参照。なお日本の議論については、大嶋一泰「刑法における義務衝突と緊急避難」福岡大学法学論叢 21 卷 3・4 号（1977 年）275 頁以下；同「刑法における義務衝突論の動向」福岡大学法学論叢 19 卷 2・3 号（1974 年）309 頁以下；同「生命維持装置の取外しと義務衝突」刑法雑誌 22 卷 3・4 号（1979 年）387 頁以下；同「医療における義務衝突と義務の優先順位」生命倫理 3(1), 16-21, 1993；同「生命に関する義務の衝突：ハロー・オットー教授の見解を巡って」関東学園大学法学紀要 9 卷 2 号（1999 年）25 頁以下；勝亦藤彦「違法阻却事由としての義務衝突とその類型に関する考察 (1)-(4) (完)」早稲田大学法研論集 74 号（1995 年）85 頁以下、75 号（1995 年）55 頁以下、77 号（1996 年）27 頁以下、

でも不作為の殺人罪の違法性が阻却されることになろう。この点については別稿で詳しく論じたい。

## 6 今後の課題

以上、新型コロナ・ウイルス感染症と刑法に関する問題の所在を主にドイツ法との比較を通じて概観してきたが、刑法理論的な分析については、現在の緊急事態<sup>(48)</sup>下で大学図書館が閉鎖されているなどの事情から特に文献的に全く不十分なものになってしまった。今後、日本においても事態の推移は予断を許さないものであるが、本稿で取り扱った論点を詳細に検討していきたい。さしあたり優先度の高いテーマとして①外出制限等の措置を担保する行政的および刑事的制裁の要否とその関係、②集中治療トリアージと刑法上の不作為犯論・義務衝突論<sup>(49)</sup>の関係の2つのテーマを別稿で考察する予定である。

【追記】3で取り上げた「国民生活安定緊急措置法施行令」1ないし2条は「国民生活安定緊急措置法施行令の一部を改正する政令（令和2年5月22日）により改正（同月26日施行）され、「衛生マスク」（新1条1号）に加え「消毒等用アルコール（アルコール（これを含む製剤を含む。）（医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（昭和三十五年法律第百四十五号）第二条第一項に規定する医薬品及び同条第二項に規定する医薬部外品以外のものにあつては、アルコール分（温度十五度の時において原容量百分中に含有するエチルアルコールの容量をいう。）が六十度以上のものに限る。）であつて、消毒等（消毒、殺菌その他これらに類する行為をいう。）に使用されることが目的とされているもの（これを染み込ませた脱脂綿、紙、不織布その他の材料を含む。）をいう。」（新1条2号）が転売の禁止の対象とされた（新2条：特定生活関連物資等荷物の転売の禁止）。

（明治大学法学部教授）

78号（1996年）69頁以下；同「作為義務と作為義務の衝突における独自性について：『作為義務と作為義務の衝突』と『作為義務と不作為義務の衝突』の関係」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』（1998年）339頁以下；同「義務の『衝突』に関する一考察：ドイツの義務衝突論における近時の動向をめぐって」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻』（2000年）295頁以下；同「過失行為による緊急避難と義務の衝突」『岡野光雄先生古稀記念 交通刑事法の現代的課題』（2007年）81頁以下；同「『作為義務と作為義務の衝突』における正当化根拠と正当化概念：緊急避難と義務衝突を区別するテーゼの検討を契機として」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014年）425頁以下；同「不作為犯における法的作為可能性と広義の『義務の衝突』：ドイツ刑法266条a第1項の真正不作為犯をめぐる議論を手がかりとして」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（2015年）1頁以下など参照。

(48) 新型インフルエンザ等特別措置法32条（新型インフルエンザ等緊急事態宣言等）。

(49) Vgl. *Brech*, o. Fn. 2, S. 336 ff.