

新型コロナウイルスと刑法 -コロナ・トリアージについて (下) -

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2022-09-27 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	http://hdl.handle.net/10291/22645

【論 説】

新型コロナウイルスと刑法：コロナ・トリアージについて（下）

川 口 浩 一

目 次

- 1 はじめに
- 2 コロナ・トリアージの意義と分類
 - (1) 問題の背景
 - (2) トリアージの分類
 - (3) トリアージの実施基準をめぐる問題点（以上、本誌 94 卷 1 号）
- 3 作為と不作為の区別：人工呼吸器・ECMO などの生命維持装置の取り外しの法的評価（以下本号）
- 4 義務衝突と緊急避難
- 5 トリアージの実施基準
- 6 立法の必要性：ドイツ連邦憲法裁判所の新しい決定をめぐる
- 7 暫定的結論と今後の検討課題

3 作為と不作為の区別：人工呼吸器・ECMO などの生命維持装置の取り外しの法的評価

本節ではトリアージ問題を考察するための前提問題として人工呼吸器・ECMO などの生命維持装置の取り外しが作為なのか不作為なのかという問題について検討する。天田も指摘するように⁽¹⁾、ドイツの通説の「義務衝突による解決モデル」は作為と不作為の区別の問題が先決問題となっているからである。すなわち既に開始された治療を中止する行為を「作為」とみるか「不作為」とみるかによって事後的

(1) 天田悠「ドイツにおける感染症対策と刑事法の対応—感染症予防法の改正とトリアージの刑法的評価を中心として—」*刑法学ジャーナル* 66 号 (2020 年)17 頁以下、26 頁以下。

トリアージが①「作為義務と不作為義務の衝突類型」か、それとも②「作為義務と作為義務の衝突類型」かが確定されることになる。ここでは人工呼吸器や ECMO の取り外しを作為と考えるか、不作為と考えるかによって事後的トリアージの位置づけが変わってくるために、この区別基準の検討が必要だとされるのである。なおこの作為と不作為の区別の問題については、最近の最高裁の判例⁽²⁾を契機としていわゆる「救助的因果経過の阻止」の問題が議論されている⁽³⁾が、本稿では人工呼吸器や ECMO の取り外しの問題についての議論に限定して考察を加えたい。

(1) 作為説

Weigend は、作為的要素と不作為的要素が競合する場合には、作為の可罰性が優先するという基本原則⁽⁴⁾から、人工呼吸器の遮断 (**Abschalten eines Respirators**) について、医師が自分で装着した人工呼吸器を取り外した場合であったとしても作為 (**aktives Tun**) であるとする⁽⁵⁾。そして「社会的行為意味 (**sozialer Handlungssinn**)」を援用して単なる不作為だとする反対説 (不作為説)⁽⁶⁾は、結論の妥当性の観点からその他の場合に用いている区別基準 (例えばエネルギーの投

(2) 最決令和 2 年 8 月 24 日刑集 74 卷 5 号 517 頁。

(3) 松宮孝明「『救助的因果経過の阻止』についての一考察：最決令和 2・8・24 を素材に」立命館法学 393・394 号 5・6 号 (2020 年) 645 頁以下などを参照。

(4) LK¹³-Weigend § 13 Rn. 7; Frister AT⁹ Kap. 22 Rn. 12.

(5) LK¹³-Weigend Rn. 9; MK⁴-Freund § 13 Rn. 11; NK⁵-Gaede § 13 Rn. 5; Walter Groppe, Das Abschalten des Respirators - ein Unterlassen durch Tun? - Zur Grenze der Normativität bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen -, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln [u.a.] 2002 S. 173 ff., 182 ff.; Jescheck/Weigend⁵ § 58 II2; Walter Kargl, Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen, GA 1999, 459, 478 ff.

(6) Karl Engisch, Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, 163, 177 f; Bernd Heinrich AT⁶ Rn. 872; Christian Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115 (2003) 765 ff., 769; Lackner/Kühl-Kühl StGB²⁹, Vor § 211 Rn. 8a; Claus Roxin AT II § 31 Rdn. 115 ff; ders. An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 386 ff., 395 ff; Christian Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, Berlin 1998, S. 174 ff; Schönke/Schröder³⁰-Bosch Vor § 13 Rn. 160; Wessels/Beulke/Satzger AT⁵¹ Rn. 1163 m. w. N. (Fn. 16) など。

入)を逸脱するものである⁽⁷⁾と批判する。すなわち医師以外の者が人工呼吸器のスイッチを切った場合は、作為だとする見解⁽⁸⁾に対しては「なぜ全く同じ行動がAの場合には作為でBの場合には不作為となるのかの説明は困難である」⁽⁹⁾と批判する。さらに作為的要素と不作為的要素が競合した場合には作為が優先するという見解もある⁽¹⁰⁾。

日本においても山中敬一は、作為説を主張する。すなわち山中は因果関係の存否を基準とする説に立脚し、作為とは「結果に向かう危険な因果力を引き起こし、または、その因果系列に介入して利用し、結果を発生させる行為」であるとみる⁽¹¹⁾。この基準によれば、「人工呼吸器の遮断によって生命が短縮されたのであれば、不作為でなく、作為である」とし⁽¹²⁾、医師による場合について構成要件不該当説は不当とし⁽¹³⁾、せいぜい尊厳死として可罰的責任阻却⁽¹⁴⁾が認められるにすぎないとされるのである。

(2) 不作為説

ドイツにおいては、以上のような作為説と不作為説が学説上は拮抗しているが、不作為説の論拠には、①エネルギー投入基準によるもの⁽¹⁵⁾、②非難の重点(Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit)基準によるもの⁽¹⁶⁾、③「作為による不作為

(7) LK¹³-Weigend Rn. 9.

(8) Roxin AT II § 31 Rdn. 123; Wessels/Beulke/Satzger AT⁵¹ Rn. 1163.

(9) LK¹³-Weigend Rn. 9. Weigendは「被害者の夫が人工呼吸を切った事例(LG Ravensburg JZ 1988, 207)においても単なる不作為とするのが一貫した見解であるとする(a. a. O. Rn. 9 Fn. 33)。

(10) Lothar Kuhlen, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen FS-Puppe, Berlin 2011 S. 669, 682; Freund, AT², § 11 Rn. 40 (但し同書の改訂版である Georg Freund/Frauke Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, 3. Aufl. Berlin 2019, § 11 Rn. 44 Fn. 34 においてはこの「優先 (Vorrang)」という言い方は少なくとも誤解されやすい表現であり、実際そこでは、作為と不作為によって遂行された1つの所為 (Tat) があるに過ぎず、2つの既遂の所為があるわけではないとする)。

(11) 山中敬一『刑法総論 [第3版]』(成文堂・2015年) 226頁。

(12) 山中・前掲注 (11) 227頁。

(13) 山中・前掲注 (11) 749頁。

(14) 山中・前掲注 (11) 750頁。

(15) Engisch, FS-Gallas (o. Fn. 6), S. 163 ff., 177 f.; Jäger, ZStW 115 (2003), 769; Lackner/Kühl-Kühl StGB²⁹ Vor § 211 Rn. 8a.

(16) Heinrich AT⁶ Rn. 872.

為」構成⁽¹⁷⁾によるものなど論拠は様々であり、必ずしも一貫した論拠は示されていない。これに対して日本においては「人工呼吸器の中断延命措置を受け、意識が回復不可能になっている大脳に損傷を受けたいわゆる植物状態にある患者の人工呼吸器を停止させる行為が作為か不作為かについては、・・・これを不作為と捉えて、回復不能であるから作為義務の問題として捉えられるべきであるとする見解が多数」⁽¹⁸⁾であるとされる⁽¹⁹⁾。さらに井田良も「治療（の継続）を求める命令規範の違背行為」⁽²⁰⁾として不作為説を支持している。山中は、このような不作為説を次のように批判している。すなわち上述の因果関係基準によれば、「死亡との因果関係があれば、作為である。人工呼吸器の遮断によって患者の生命が短縮されたのであれば、不作為ではなく、作為である。ここで、人の手によって心臓マッサージを施されているときに、それを中断するのは不作為であるから、人工呼吸器の中断も同じく不作為であると解するのは不当である。なぜなら、手で心臓マッサージをしているのを『止める』のも作為だからである。結果をどの程度具体的に規定するかが問題であるが」、人工呼吸器や ECMO のように「作為し続けることで一定の状態が保たれているときに、それを中断し、その状態を変更するのは作為である。これに対して、断続的に幼児に授乳している行為を中断して授乳しない場合、あるいは、人工透析のように断続的生命維持治療を中断するのは、不作為であ

(17) *Roxin AT II* § 31 Rdn. 115 ff; *ders.*, FS-Engisch (o. Fn.6) S. 395 ff. Roxin 説に賛成し、そもそもこの議論に実益がないとするものとして齊藤誠二『刑法における生命の保護(3訂版)』(多賀出版・1992年) 318頁以下。これに対して山下裕樹「作為・不作為の区別と行為記述」関西大学法学論集 66 卷 4 号(2016年) 190頁以下、213頁注 89は、「いわゆる『作為による不作為』を認める見解も、区別基準を二つ持ち込むものであり不当である。そこでは、明らかに、身体的動作の有無による区別と、その他の区別基準(結果に対する因果的介入の有無による区別、社会的意味による区別など)が併用されており、また「結果に対する因果的介入によって作為と不作為を区別する見解自体に、作為と不作為を区別する基準が二つ存在している」とする。すなわち「この見解は、それが背景とする行為概念から、身体的動作があれば作為であるとするにもかかわらず、規範的観点によって不作為を把握しようとし、結果に対する因果的介入の有無という区別基準によって、さらに作為と不作為を区別しようとするために、いわば、それ自体の中に二つの基準を含んでしまっている」とするのである(同 216頁)。

(18) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣・1986年) 574頁、大谷實「末期医療と医師の刑事責任」警研 56 卷 7 号(1985年) I3頁、甲斐克則『尊厳死と刑法』(成文堂・2004年) 108頁など。

(19) 山中・前掲注(11) 227頁。

(20) 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣・2018年) 365頁。

る」⁽²¹⁾とするのである。

これに対して松原芳博は「XがAに装着された生命維持装置の電源を切った場合には、電源を切るという動作によって事態をAの死に向けて変更したのだから、作為による殺人罪となる」が「もっとも、Xが生命維持装置を装着した医師であったときは、この生命維持に向けた活動がXの手を離れていないといえる限りで、生命維持装置をXの『延長された腕』とみて、この装置の装着から電源の切断に至る経過全体を『Aを救命しなかった』という『一体としての不作為』とみる余地もあるように思える」⁽²²⁾としている。

(21) 山中・前掲注(11) 227頁以下（強調は原著）。これに対して Weigend は「一貫した見解によれば、装置のスイッチを切ることは次の場合にのみ不作為として構成される。すなわち、当該装置が自ら停止するか、それについて何らかの操作（Handgriff）が必要であるかに関係なく、当該装置について答責的な人間による投入が一般的に作為として、かつその終了が不作為として理解される場合にのみである」とし、そのように解するものとして Helmut Frister, *Begehung und Unterlassung bei der Steuerung von Maschinen*, *Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2010, S. 19 ff., 25 ff.; ders., *AT⁹ § 22 Rn. 7 ff*; 類似の見解として「積極的不作為（aktives Unterlassen）」とする Franz Streng, *Straflose > aktive Sterbehilfe < und die Reichweite des § 216 StGB: Zugleich ein Beitrag zum System der Handlungsformen*, *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, S. 739, 749 f を挙げている（LK¹³-Weigend Rn. 9 mit Fn. 34）。なお事後的トリアージとの関係で人工呼吸器の取り外しを「作為による不作為」とするものとして Ast ZIS 2020,268 [272]、作為（aktives Handeln）とする見解として Satzger/Schluckebier/Widmaier (=SSW) *-Rosenau, StGB - Kommentar*, 5. Aufl. Köln 2020, vor § 32, Rn. 60 がある。

(22) 松原芳博『刑法総論【第3版】』（日本評論社・2022年）98頁以下。なお奥田菜津「作為と不作為の区別：作為義務の根拠論との関係」同志社法学 69 卷 5 号（2017年）199頁以下は、作為と不作為の区別は「当該行為主体の存在がなければ、当該危険がその大きさで存在することはなかった」（255-256頁）かどうかで判断されるとし、「自力で生命を維持することが困難な患者Aの主治医であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した」という事例については「Xの存在を除くと、生命維持装置は取り外されることはなくなるから、同程度の危険は存在しないようにも思われる。しかし、Xの存在を除くということは、生命を維持する者の存在を除くということであるから、生命維持装置の存在さえも除いた状態を想定しなければならない。そうであれば、Xが存在して生命維持装置を取り外した場合でも、Xの存在を除いて生命維持装置の存在をも除いた場合でも、Aの生命の危険は全く同程度に存在することになる。したがって、これも不作為である」とするのに対し、「自力で生命を維持することが困難な患者Aの見舞客であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した」という事例については「Xの存在を除くと、生命維持装置が取り外されることはなくなる。そして、・・・医師による治療は継続されるから、Xの存在を除いた場合、同程度の生命の危険は発生しないといえる。したがって、これは作為である」（以上251頁）とする。

この論争から明らかになるのは、特に不作為説においては、一定の基準により一貫した結論を導き出そうとするのではなく、むしろ結論の妥当性から、例えば第三者による場合のように論者が処罰すべきと考える場合には、作為として保障人的義務の有無を問題とせず処罰可能であるとし、医師による場合には、不作為として保障人的義務を否定して不可罰としていることである。このような見解に対しては、ドイツでは近年、作為／不作為という現象類型的な区別よりも、**Jakobs**⁽²³⁾や**Pawlik**⁽²⁴⁾のように規範的な管轄という観点から不作為犯にアプローチする見解が台頭しつつあるといえ、私見もその方向性に賛同するものである。以下ではこのような見解の人工呼吸器や ECMO のスイッチを切る行為を含めた治療中止の問題への適用を検討する⁽²⁵⁾。

(3) 治療中止において作為／不作為の区別を重視しない見解

人工呼吸器のスイッチを切る行為に関しても **Jakobs** は、ここで問題となっているのは作為か不作為かではないとする。なぜなら人工呼吸器はいずれにせよ当該医師の「組織化領域 (Organisationskreis)」の中にありそれゆえその医師はその人工呼吸器に対する管轄を有しているからである⁽²⁶⁾。またドイツにおいてはこの作為と不作為の区別という「論争問題 (Streitfrage) は、医師による生命維持装置の遮断 (Abschalten lebenserhaltender Apparaturen) の事例について、連邦裁判所 (BGHSt 55 191) が、『治療中断 (Behandlungsabbruch)』の正当化を、それが作為とされるか不作為とされるかにかかわらず、被害者の (少なくとも推定的な) 同意によって認めたことによって、実務においては大幅に緩和された」⁽²⁷⁾と評

(23) Günther *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen 1996, passim; *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt a. M. 2012, S. 34 ff., 83 ff.

(24) Michael *Pawlik*, Das Unrecht der Bürger, Tübingen 2012, S. 158 ff.

(25) 以下の記述に関しては、対応する日本の議論を含め天田 (前掲注 1) 27 頁参照。なお天田自身は最終的な結論は留保しているが、「作為・不作為の区別を重視しない治療中止理解に対しては学説上批判も根強く、なお慎重な検討を要する」とする。

(26) *Jakobs*, Tun und Unterlassen (o. Fn. 23), S. 38.

(27) LK¹³-*Weigend* § 13 Rn. 9. ここで引用されている BGHSt 55 191 については Dölling ZIS 2011, 345; *Engländer*, Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch Zur Revision der Sterbehilfedogmatik durch den 2. Strafsenat des BGH, JZ 2011, 513; NK-*Gaede* § 13 Rn. 10; *Verrel* NStZ 2010, 671; 天田 (前掲注 1) 27 頁 (及び同所注 82 に引用された日本の文献) 参照。

働かれている。しかし次に検討するコロナ・トリアージにおいては正当化的義務衝突の問題においては、この区別は大きな影響を与えるものとなるのである。

以上の検討を要約すると、日独両国の学説においては、作為説と不作為説が拮抗した状況にあり⁽²⁸⁾、特に医師が行った場合は不作為／第三者が行った場合は作為とする説が有力化している。これに対して治療中止において作為／不作為の区別を重視しない見解もあり、議論は流動的であるが、この問題は事後的トリアージに対する正当化的義務衝突の適用の可否という問題に大きな影響を与えるものとなる。

4 義務衝突と緊急避難

(1) 論点の整理

以下では、本稿（上）で示した3つのトリアージの類型、すなわち①事前的トリアージ、②事後的トリアージおよび③予防的トリアージの類型について（正当化的）緊急避難または（正当化的）義務衝突の適用について見ていく。

まず①事前的トリアージ（Ex-ante-Triage = 「医療機関のキャパシティを超える患者が同時に存在する状況の下で、これらの者のうち誰が優先的に治療を受けるのかを決定すること」）の事例としては、次のような事例が問題となる。

【事例1】「患者AとBが、病院に同時に搬送されてきた。AもBも、ただちに人工呼吸器が装着されなければならないほど重篤な状態にあるが、同院に現在空きのある人工呼吸器は1台しかない。医師Xは、Aに人工呼吸器を使用することを決定し、Aの命は救われた。これに対して、その後Bは死亡した。」

本稿（上）で示したようにドイツの通説によれば、この【事例1】についてXは、AとBに対して保障人的地位にあり、それゆえAとBを治療する義務を有すし、Xが当該義務に反してBを死亡させた場合、Xの不作為は、故殺罪（ドイツ刑法212条1項）の構成要件に該当するが、ドイツの通説は「衝突する義務が同価値の場合」すなわち治療が必要な患者らに「同程度の緊急性」がある場合には「義務衝突

(28) 天田（前掲注1）24頁以下は「通説によれば治療中止は積極説作為である」とし作為説が通説であるとする。

の法理に基づく正当化」を認められるとし、A・B どちらの治療を優先するかの判断は、当該義務が衝突する状況に置かれた保障人である X の裁量に委ねられ、X がいかなる動機に基づいて行為したかは、刑法上重要でなく、たとえ X が道徳的に非難されるべき動機から判断を下したとしても、そのことを理由に X が処罰されることはないとする⁽²⁹⁾。なお X が A・B の両者に人工呼吸器を装着しなかった場合は発生した結果に応じて X は処罰される⁽³⁰⁾。

これに対して日本においては、通説によれば 37 条の緊急避難規定は、統一的に違法性を阻却する規定（正当化的緊急避難規定）であり、さらにドイツと比べ、本質的な利益の優越は必要でなく、「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合」であれば罰しないとされているので、生命対生命の場合においても（反対説も有力であるものの）緊急避難による違法阻却を認めるのが、通説である。この違法阻却説によれば、事前のトリアージの場合においても、ドイツと異なり（正当化的）緊急避難による一元的な解決が可能になろう⁽³¹⁾。しかし同価値の害の場合においても違法阻却を認める点で、功利主義からは説明が困難である⁽³²⁾と同時に、救助可能な人数に差異がある場合には常に人数の多い方を助けなければならないのかという問題が生じることとなろう。したがって、①の場合においても刑法 37 条の適用によるのではなく、超法規的な正当化的（対象者に受忍義務のある）義務衝突による解決が妥当であると考ええる。

次に②事後的トリアージ（Ex-post-Triage = 「新たに搬送されてきた一方の患者に医療資源を投入するため、すでに治療が開始されている他方の患者に対する措

(29) 天田（前掲注 1）27 頁；SSW⁵-Rousenau, vor § 32, Rn. 59; Jäger/Gründel, ZIS 2020,151 (152).

(30) SSW⁵-Rousenau, vor § 32, Rn. 59; LPK⁸-Kindhäuser § 34 Rn. 62; LK¹³-Rönnau Vor § 32 Rn. 126.

(31) なお松原・前掲注（22）224 頁は、義務衝突の事例には緊急避難規定（刑法 37 条 1 項）が類推適用されるとする。すなわち「父親が溺れている 2 人のわが子のうち 1 人しか救えない場合のように、2 つの作為義務のうち一方しか履行できない場合・・・、同等以上の価値を有する義務を履行したときには、優越的利益を保全したものとして、緊急避難に関する 37 条 1 項本文の類推適用によって、他方の義務の不履行は正当化されると解すべきである。これに対して、価値の低い方の義務を履行したときには、優越的利益の原則による正当化が認められず、他方の義務の不履行に関して不作為犯が成立する。また、双方の義務を履行しなかったときには、双方の義務の不履行に関して不作為犯が成立する。」

(32) この問題に関しては森永真綱「日本の緊急避難論における『社会功利主義』について」法政研究 85 卷 3・4 号（2019 年）619 頁以下参照。

置を中止すること」) に関しては次のような事例が問題となる。

【事例 2】「患者 C は、D よりも 10 分早く、病院に搬送されてきた。C には、たった今、人工呼吸器が装着されたばかりである。しかし、同院の医師 Y は、C の治療を中止し、遅れて搬送されてきた D に人工呼吸器を装着し直すことを決意した。なぜなら、C よりも D の方が、治療が成功する見込みが高いと思われたからである。これにより D の命は救われたが、C は死亡した。」

ここではまず①事前的トリアージ（【事例 1】）の場合と異なり、②事後的トリアージ（【事例 2】）の事例に、そもそも正当化的義務衝突が適用されるかどうかの問題となる。すなわち上述のように【事例 2】における C からの人工呼吸器の取り外しを作為とした場合、この事例は、「不作為義務と作為義務の衝突」事例となり、山中説⁽³³⁾や勝亦説⁽³⁴⁾のように「作為義務と作為義務の衝突」事例に義務衝突による違法阻却を限定する学説によれば、【事例 2】はそもそも義務衝突の事例ではなく、（正当化的または免責的）緊急避難の適用が問題となる事例ということになろう⁽³⁵⁾。ここでもドイツと日本の緊急避難における通説的に見解によれば【事例 2】における緊急避難の成否においても結論が異なってくることになる。上述のように私見によれば、義務衝突においても「不作為義務と作為義務の衝突」か「作為義務と作為義務の衝突」かという現象類型的な区別によって結論を分けるのではなく、衝突する義務の実質的内容の比較によって、その同価値性を決するべきだと考える。

最後に、③予防的トリアージ（キャパシティにまだ余裕はあるが、優先的に治療を受けるべき患者のために医療資源を残しておくべく、患者の受入れを拒否するこ

(33) 山中・前掲注 (11) 579 頁以下は、作為義務と不作為義務の衝突（例：A から浮き輪を奪って B を助けた場合）には不作為義務の方が優先され、正当化的義務衝突の事例ではないとする。これに対して大嶋・総論 248 頁以下は「突然に木陰からボールを拾おうとして車道に飛び出してきた子供を轢くまいと大型トラックの運転手が急ブレーキを踏むならば、余り車間距離を取らずに後続して走行していたモーターバイクと衝突してこれを転倒させ、その運転者に重大な危険を与える恐れがある場合」には、不作為義務が優先するとはいえないとする（同・249 頁）。

(34) 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（4・完）」早稲田大学法研論集 78 号（1996 年）69 頁以下。

(35) SSW³-Rousenau, vor § 32, Rn. 60; LK¹³-Rönnau Vor § 32 Rn. 120; Ulfrid Neumann, Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision“, FS-Yamanaka, S. 171, 176 ff.

と)である。これについての具体的事例として **Coca-Vila** は次のような例を挙げている⁽³⁶⁾。

【事例 3】 ある医師が、ある生命に緊急の危険のある患者に、最後の使用可能な人工呼吸器を装着することを、より高い成功の見込みのある、あるいはより余命 (*Lebenserwartung*) の長い潜在的な将来の患者に装着するために予防的に拒絶した。

このような予防的トリアージの事例については、すでに 1968 年に **Bockelmann** がそれを可罰的としていた⁽³⁷⁾のを始めとして、コロナ以降の議論においても否定的な見解⁽³⁸⁾がほとんどであるが、**Coca-Vila** は徹底して功利主義的な見解をとるならば、特にコロナ禍においては一旦感染が沈静化したように見えても直ぐに再拡大が予想場合があるので、そのような場合に再拡大に備えて治療のリソースを確保していることが正当化される可能性があるとする。

(2) **Ivó Coca-Vila** の見解

Ivó Coca-Vila は、最近の論文「生存者数の最大化のための制度としての刑法上の義務衝突? トリアージ議論の功利主義的転換批判 (*Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*)」⁽³⁹⁾において、最近のトリアージ議論、特に治療の成功の見込み基準などにおいて、刑法の義務衝突の議論において、これまでになかった功利主義的要素が見られるようになったことを「功利主義的転換 (*utilitaristische Wende*)」と呼んで、これを批判している。彼によれば、この功利主義的転換は、トリアージの 3 つの類型、すなわち①事前的トリ

(36) 本稿(上)においては **Gerson** の例を挙げたが、その後公刊された **Ivó Coca-Vila**, *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, GA 2021, 446 ff., 452 における例の方がわかりやすいので、その例に差し替えることにした。

(37) **Paul Bockelmann**, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart 1968, S. 115 f.

(38) **Ul'senheiner/Gaede**, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl. 2021, Rn. 1778; *Ast*, ZIS 2020, 271.

(39) **Coca-Vila**, GA 2021, 446 ff. なおこの論文は **Coca Vila**, *Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista*, InDret, 1.2021, pp.166-202 (DOI: 10.31009/InDret.2021.i1.06) に若干の変更を加えたドイツ語版である。

アージ、②事後的トリアージ、③予防的・事前のトリアージ⁽⁴⁰⁾の全ての事例においてみられるものであり、特にそれらの実施基準の議論における「治療の成功の見込み」を強調する見解や、②の事後的トリアージについても正当化的義務衝突の適用事例とする学説などに、この傾向は顕著なものであるとするのである。

このような功利主義的転換に対して **Coca-Vila** は、功利主義的見解の思想的背景を分析した上で、それに対する反対論拠として特に①それが人間の生命の質的区別へと至る危険性があること、②事後的トリアージの事例において人工呼吸器を装着された患者の法的地位が相対化されてしまうことを挙げている。いずれも要を得た批判であるが、特に②について、たとえ最近の有力説のように事後的トリアージに対して義務衝突の適用による正当化を認める **Hörnle**⁽⁴¹⁾ などの見解に対しては、すでに **Jakobs** が以前から主張していた⁽⁴²⁾ ような「集団的信頼 (**kollektives Vertrauen**)」⁽⁴³⁾ の毀損という批判に加えて、事後的トリアージにおいては先に人工呼吸器を装着された患者においては当該患者の「救助請求権の固定化 (**Verfestigung des Rettungsanspruchs**)」⁽⁴⁴⁾ がなされており、それによって当該患者は「その救助手段に対する権利 (**Recht auf das Rettungsmittel**)」を獲得し、その手段を奪い他の患者に与えることは、ある遭難したクライマーが、山岳レスキュー隊のヘリコプターからの引き上げ用のワイヤーにつかまっていたのを、別のクライマーがワイヤーにつかまっていたクライマーを引き降ろし、自分がそのワイヤーにつかまった事例と同様に、救助手段に対する権利の侵害にあたり許されないとするのである⁽⁴⁴⁾。

(3) 勝亦藤彦の見解

勝亦藤彦は、最近の論文⁽⁴⁵⁾において、ドイツの学説を詳細に検討し、コロナ・

(40) *Coca-Vila*, GA 2021, 452 は、「予防的トリアージ」を「予防的・事前のトリアージ」と呼ぶ。

(41) *Tatjana Hörnle, Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?* in: *Hörnle/ Huster/ Poscher* (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, Tübingen 2021, S. 149 ff.

(42) *Jakobs* AT² 13/23 Fn. 47.

(43) *Sowada* NSTZ 2020, 457; *Busch* ZStW 132 (2020), 777; *Rengier* AT¹² § 49 Rn. 495 f.

(44) *Coca-Vila*, GA 2021, 458.

(45) 勝亦藤彦「コロナ危機における事前のトリアージと『義務の衝突』—トリアージの基準と義務衡量の関係を中心として」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集・上巻』（成文堂・2022年）479頁以下。

トリアージの問題への自身の義務衝突論⁽⁴⁶⁾の適用を試みている。以下ではその結論部分を紹介し、検討を加えることにする。

まず注目すべき点は勝亦が、トリアージ実施基準として有力に主張されている臨床的な成功見込み基準を不当なものとして退けていることである⁽⁴⁷⁾。この臨床的な成功見込み基準の問題点として勝亦は、①臨床的な成功見込み基準「生命の質的衡量の禁止」に抵触⁽⁴⁸⁾、②生命の量的衡量：救命数最大化の原則にも「根本的な疑問」⁽⁴⁹⁾、③作為義務と作為義務の衝突における要救護者の「人数差」の問題、④臨床的な成功見込みの救命数の相関関係は事例によってはおいて相反する場合があります、この基準の根拠は「理論的に不十分」であること⁽⁵⁰⁾、⑤「成功」概念の不明確性⁽⁵¹⁾、⑥高齢者や障害者などに対する差別への懸念⁽⁵²⁾、⑦適者生存の思想への懸念⁽⁵³⁾、⑧遺伝的偶然性という一種の偶然性基準を取り入れていること、⑨トリアージ基準の実用性に対する疑念（判断の困難性・同等、判別不能又は僅差しかない場合が多いこと・「明白性」による限定も主張されているがその実質的内容やその限界が不明であることなど）⁽⁵⁴⁾を挙げており、いずれも妥当な批判だと思われる。前述の義務衝突における功利主義的転換との関係でとりわけ注目されるのは③と④の救命者数の問題に関する指摘である。そこで勝亦は次のような興味深い事例をあげている。

【事例 4】人工呼吸器の交互使用の事例

「1 台の人工呼吸器しか使用できない場合に、医師が、この人工呼吸器を 2 人の患者 A、B に交互に使用して、その稼働時間をセーブしながら、2 人の患者を救命すべきか、それとも、この人工呼吸器を患者 C のみに装着して 1 人の患者を救命す

(46) 勝亦のこれまでの義務衝突論に関する業績については、本稿(上) 148 頁以下注 15 参照。

(47) 勝亦・前掲注 (45) 510 頁。

(48) 勝亦・前掲注 (45) 498 頁以下。

(49) 勝亦・前掲注 (45) 499 頁。

(50) 勝亦・前掲注 (45) 501 頁。

(51) 勝亦・前掲注 (45) 502 頁以下。

(52) 勝亦・前掲注 (45) 504 頁以下。

(53) 勝亦・前掲注 (45) 510 頁。

(54) 勝亦・前掲注 (45) 508 頁。さらに仮にこれらの疑問が払拭されたとしてもそのような基準によれば「一方の患者の治療の優先性（一方の作為義務の優越性）が認められる範囲が必然的に限定され、臨床的な成功見込みの基準の優位性決着機能は著しく減退すること」（同・508 頁）も指摘されている。

べきかという選択に直面した。』⁽⁵⁵⁾

この事例において勝亦は、必ずしも数の多いA・B2人の方を選択しなければならないわけではなく、選択許容説が妥当とする⁽⁵⁶⁾。

次に勝亦は、「トリアージ基準の定位と検討課題」⁽⁵⁷⁾として次のような指摘をおこなっている。まず事前的トリアージに関しては、いかなる基準を採用すべきかという「トリアージ基準の内容の選定」のみに議論を終始させるべきではなく、正当化的義務衝突のいかなる要件の中でいかなる基準を考慮すべきか、また、正当化的義務衝突の要件を超えていかなる基準を採用すべきかという「トリアージ基準と正当化的義務衝突の要件との関係性」が問題とされるとし、また、そこでは、医師がトリアージ基準に違反して患者を選択した場合にいかなる法効果が認められるのかという「トリアージ基準違反の法効果」も、併せて考えてゆかなければならないとする（I）。

そしてコロナ危機における事前的トリアージでは、医師の行為について「作為義務と作為義務の衝突」の状況が問題となるとし、それゆえ、トリアージ基準を正当化的義務衝突の要件の中で考慮して、トリアージ基準に違反した場合には義務衝突の要件が充足されないと解すると、医師の行為につき、不真正不作為犯としての人身犯罪の不法が肯定されることになるとする。そして「とりわけ、医師が一方の患者に人工呼吸器を装着し、そのために他方の患者が死亡した場合」には、不作為による殺人罪の不法が認められるか否かが問題となり、これに対して「トリアージ基準を正当化的義務衝突の要件の外で考慮する場合」には、「正当化的義務衝突の要件が充足されるかぎり、不作為による故殺罪または傷害罪の不法の阻却（正当化）を認めた上で、トリアージ基準違反の不法の内容・程度を別個に検討する余地が認められることにな」とされる（II）。

さらに、正当化事由としての「作為義務と作為義務の衝突」における「義務衡量」の要件の中で考慮されるべき基準としてドイツで重視されている「医学的見地に基づく実質的なトリアージ基準」においては、とりわけ「義務衝突と利益衡量の関係、救命の根本原理、生命の質的・量的衡量の肯否、平等（公平）の理解のあり方、偶然

(55) 勝亦・前掲注（45）500頁。

(56) 勝亦・前掲注（45）501頁。

(57) 勝亦・前掲注（45）509頁以下。

的要素の受容範囲などの重要な本質的問題」があるということが指摘される（Ⅲ）。

そして勝亦は、上述のように「医学的見地に基づく実質的なトリアージ基準の中で、臨床的な成功見込みの基準には、重大な問題点があり妥当ではない」とするので、「作為義務と作為義務の衝突」における「客観的な義務衝突の要件の中で考慮すべきトリアージ基準としては、医学的緊急性の基準を認めるべきであると解する」として「義務衡量における緊急性基準一元説」を主張する。この説からは、事前的トリアージにおいて、「両者の患者に関する治療の医学的緊急性の程度が同等である場合」には、「同価値の作為義務と作為義務の衝突」が認められることになるとされる（Ⅳ）⁽⁵⁸⁾。

ドイツ刑法学における通説は、「同価値の作為義務と作為義務の衝突」の場合には、行為者に履行義務に関して自由な選択権（裁量権）が認められると解しているが、そこでは、正当化的義務衝突の主観的要件として、行為者に義務衝突状況の存在の認識があれば足り、義務の選択理由（動機）の倫理的正当性は不要と解している。勝亦はこれを「非制限的選択権説」と呼び、それが妥当であるとする⁽⁵⁹⁾。このような「義務衡量における緊急性基準一元説」かつ「非制限的選択権説」の立場からは、両者の患者に関する治療の医学的緊急性の程度が同等であるときは、「同価値の作為義務と作為義務の衝突」とされることから、「義務の選択理由として、医師が臨床的な成功見込みの基準、余命年数の基準または年齢の基準、その他の基準（医療従事者の優先など）、さらには倫理的に不正な動機（例えば、差別的な動機）などに従って決断した場合にも、また、これらの基準に反する理由に基づいて決断した場合にも、一方の患者を救命して他方の患者を死亡させた医師の行為については、不作為による故殺罪の違法性が阻却されることになる」とされるのである（Ⅴ）⁽⁶⁰⁾。

次に勝亦は、自説である非制限的選択権説に対して、選択動機を基礎づける規準の正当性の観点から行為者の選択権に対する一定の制約（裁量コントロール）を認める制限的選択権説⁽⁶¹⁾の立場を検討し、両者に基づく刑法の解釈論や立法論の差

(58) 勝亦・前掲注（45）510頁。

(59) 勝亦・前掲注（45）510頁。

(60) 勝亦・前掲注（45）510頁。

(61) 勝亦は特に重要な見解として Josef Franz Lindner, Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, 723 の見解を挙げる。

異を検討している（VI）⁽⁶²⁾。

そして、こうした不法の内容・程度の区別に応じた制裁の構想および正当化的義務衝突の要件との関係は、その他のトリアージ基準についても同様に問題となりうるとし、(i) 余命の基準や **Hoven**⁽⁶³⁾ の主張するフェア・イニング論⁽⁶⁴⁾ を基本とする年齢の基準に対しては、「高齢者に対する年齢による直接的差別の問題をはじめとして数々の多様な批判があり、私見でもこれらの基準については疑問がある」とし(ii) 偶然の原理に基づく公平な選定手続としてくじ引きを第二次的な補充的基準として認める見解⁽⁶⁵⁾ に対しては「こうした見解に立つとしても、くじ引きの履行を正当化的義務衝突の要件（義務衡量や義務衝突行為の相当性など）の中で考慮すべきではないと考える。さもなければ、医師がくじ引きを行わずに患者を選択した場合、または、くじ引きの正規の手続の一部を履践せずに患者を選択した場合には、その手続の違反により正当化的義務衝突の成立が否認され、不作為による殺人罪または傷害罪の違法性が認められてしまうからである」と批判する。

さらに、勝亦は、事前的トリアージに関しては、前提問題として、作為義務と作為義務の「衝突」の状況の肯否も問題となるとし、問題点として次の3つの問題を挙げる。まず (i) 治療措置の医学的適応の有無は、各患者ごとに個別に判断されなければならないとし、患者 **A** に対する集中治療の措置につき医学的適応が認められない場合には、当該患者に対する医師の作為義務（保障人的義務）が否定されるとする。それゆえ、当該医療資源の配分との関係で、他の患者 **B** に対して医師の作為義務が肯定されるとしても、患者 **A**・**B** の間では、「作為義務と作為義務の衝突」の状況が否定されることになる。しかし、そこでは不真正不作為犯の要件論との関係が問われることになるとし、また、こうした作為義務の前提要素に関する検討は、医学的適応が否定される場合の内実をいかに解するかという点とも密接に

(62) 勝亦・前掲注 (45) 510 頁以下。

(63) Elisa *Hoven*, Die > Triage <-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 2020, 449 ff.; *dies.* / Johanna *Hahn*, Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19- Pandemie, JA 2020, 481.

(64) なおフェア・イニング論に関してはグレッグ・ボグナー／イウォ・ヒロセ（児玉聡・監訳）『誰の健康が優先されるのか：医療資源の倫理学』（岩波書店・2017年）162頁以下も参照

(65) Armin *Engländer*/Till *Zimmermann*, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? NJW 2020, 1398 ff.; *Engländer*, Die Pflichtkollision bei der ex-ante-Triage, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie(o. Fn. 41), S. 111 ff.

関連しているとする。また (ii) 患者 C が自己の現実的意思、推定的意思または患者の事前指示書に基づいて集中治療を拒否した場合には、当該患者 C に対する医師の作為義務が否定されるので、当該医療資源の配分との関係で、他の患者 D に対して医師の作為義務が肯定されるとしても、患者 C・D の間では、作為義務と作為義務の「衝突」の状況が否定されるとする。したがって、この場合にも、(i) の場合と同様に、不真正不作為犯の要件論との関係で理論的な検討が必要となるとされる。さらに、(iii) 勝亦は「予防的トリアージ」においても、作為義務と作為義務の「衝突」の状況（義務衝突状況）が否定されると解されるとする。そして「ここでは、医師の面前に現在しない患者に対する医師の保障人的地位の根拠とその限界が問題となり、この点を理論的に精査しながら、事前のトリアージと予防的トリアージの境界線を確定しなければならない」とする (VII)⁽⁶⁶⁾。

以上のような勝亦説の特徴は、事前のトリアージに限定して義務衝突法理を適用した上で、治療の成功の見込み基準を詳細に批判し①「義務衡量における緊急性基準一元説」を主張し、医師に制限のない選択権を与える②「非制限的選択権説」を擁護している点である。この②の立場からは、実施基準において偶然性基準を採用したとしても、医師がそれに従う必要はないことになるので、理論的には偶然性基準も排斥されることになろう。この見解の当否については次節の「トリアージの実施基準」において検討することにする。

5 トリアージの実施基準

以上で見てきたように、トリアージの実施基準に関しては、これまでの①治療の緊急性⁽⁶⁷⁾、②治療の成功の見込み、③先着順の原則、④くじ引きなどの偶然性の原則による基準が議論されてきた。まずトリアージの際の前提として①の治療の緊急性のみで判断する学説⁽⁶⁸⁾と①と②の双方が必要とする学説、②の治療の成功

(66) 勝亦・前掲注 (45) 512 頁以下。

(67) これのみを基準とする説として Thomas Rönnau/Killian Wegner, Grundwissen-Strafrecht; Triage, JuS 2020, 404; 勝亦・前掲 (注) 頁。

(68) なお天田 28 頁は、それを「義務衝突の法理において衡量される各義務の価値評価の基準として機能するもの」と位置づけられるとする。

の見込みの基準によって判断すべきとする学説だとするものがある。上述のように勝亦説は、この①の基準をとり、それを義務衡量における緊急性一元説と呼んでいる。この②の治療の見込み基準については、医学的で一見妥当な基準のようにも見えるが、Coca-Vila が主張するように、それによって義務衝突論を功利主義的に転換するものであり、また勝亦が指摘するような多くの問題点を持つものであり理論的に支持できないと考える。さらにこの功利主義的見解を徹底すると、生命対生命の数の衡量が許容されるだけでなく、義務化されることになろう。例えば勝亦が挙げる【事例 4】においては C1 人の方ではなく A・B2 人の方を選択しなければならないことになろう。また本稿（上）のエピグラフで挙げたような生存可能性の数値的な比較も、効率性から見れば正当化されるかもしれないが、救命治療を平等に受ける権利は、生存の可能性がたとえ 10%であったとしても否定すべきではないと思われる。そこで選別基準として最も平等なのは④の偶然性の原則、すなわちくじ引きによる選択ではないかと思われる。但しこの偶然性の原則による選別の手続きを立法で決める必要があるのか、また必要だとした場合どの様に立法するのか。さらに、勝亦が指摘するように、医師がそのくじ引きの結果に従わずに、別の基準で選別した場合の法的効果はどのようになるのかなど残された課題は多い。このうち、立法の必要性については最近ドイツの連邦憲法裁判所の注目すべき決定が出されたので、次節では同決定を紹介し、若干の検討を加えたい。

6 立法の必要性：ドイツ連邦憲法裁判所の新しい決定をめぐって

2021年12月16日、ドイツの連邦憲法裁判所は、パンデミック状況の下でのトリアージ（*pandemiebedingte Triage*）において障害者が差別的な取り扱いを受けないようにする国家の保護義務を認め、立法を必要とする画期的な決定を下した⁽⁶⁹⁾。この判決は大きく報道され、注目を集め、これに関する判例評釈や論文も既に数多く公刊されている⁽⁷⁰⁾。この判決の詳しい内容と本決定に基づく立法につ

(69) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, NJW 2022, 380. なお本決定は連邦憲法裁判所公式判例集（BVerGE）に掲載予定である。

(70) Stefan Muckel, Staatliche Schutzpflichten für Menschen mit Behinderungen bei der Triage, JA 2022, 259 ff.; Thomas Gutmann, Das Recht der Triage –

いては別稿で検討する予定であるが、ここでは本稿の関係で最も重要な立法の必要性の根拠に関する決定要旨を見ておこう。

連邦憲法裁判所第 1 部 2021 年 12 月 16 日決定

【事案の概要】 憲法異議申立人（例えば肢帯型筋ジストロフィー患者の 27 歳の男性⁽⁷¹⁾）などを含む障害者・障害者団体がトリアージの際に障害者に不利益な取り扱いを受けないようにする基本法 3 条 3 項 2 文（「何人も障害の故に不利益を被ってはならない。[Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.]」）と障害者の権利に関する条約 25 条⁽⁷²⁾に対応した立法措置を行うよ

Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, MedR 2022, 217 ff.; Stefan Huster, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, MedR 2022, 221 ff.; Jochen Taupitz, Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage – effektive Abwehr aus Karlsruhe? Zugleich Besprechung von zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20, MedR 2022, 181 ff.; Tonio Walter, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, NJW 2022, 363 ff.; Eric Hilgendorf, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, JZ 2022, 153 ff.; Hans-Georg Dederer/Marina Preiß, Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage, JZ 2022, 170 ff.

(71) 例えば、ドイツの公共放送局 ARD の Tagesschau vom 28.12.2021: Gesetzliche Regelung gefordert - Verfassungsgericht entscheidet über Triage, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/verfassungsgericht-triage-103.html> (最終閲覧日 2022 年 4 月 13 日) など。

(72) 第 25 条 健康

締約国は、障害者が障害に基づく差別なしに到達可能な最高水準の健康を享受する権利を有することを認める。締約国は、障害者が性別に配慮した保健サービス（保健に関連するリハビリテーションを含む。）を利用する機会を有することを確保するための全ての適当な措置をとる。締約国は、特に、次のことを行う。

(a) 障害者に対して他の者に提供されるものと同一の範囲、質及び水準の無償の又は負担しやすい費用の保健及び保健計画（性及び生殖に係る健康並びに住民のための公衆衛生計画の分野のものを含む。）を提供すること。

(b) 障害者が特にその障害のために必要とする保健サービス（早期発見及び適当な場合には早期関与並びに特に児童及び高齢者の新たな障害を最小限にし、及び防止するためのサービスを含む。）を提供すること。

(c) これらの保健サービスを、障害者自身が属する地域社会（農村を含む。）の可能な限り近くにおいて提供すること。

(d) 保健に従事する者に対し、特に、研修を通じて及び公私の保健に関する倫理基準を広く知らせることによって障害者の人権、尊厳、自律及びニーズに関する意識を高めることにより、他の者と同一の質の医療（例えば、事情を知らされた上での自由な同意を基礎とした医療）を障害者に提供するように要請すること。

うに請求した。これに対して連邦憲法裁判所第1部は、この抗告を認め、次のように述べて立法者は、パンデミック状況下におけるトリアージの実施にあたって障害者に差別的な取り扱いがなされないように配慮した立法を行わなければならないとした。

【決定要旨 (Leitsatz)】⁽⁷³⁾

1. 基本法第3条3項2文は、国家が障害を理由とする直接的および間接的な差別を禁じられており、第三者を含む障害による不利益から人々を効果的に保護する義務があることを意味する。(BVerfG)
2. 基本法3条3項2文の保護委任 (Schutzauftrag) は、保護の必要性が明白な特定の集団において、具体的な保護義務に凝縮されうる。これには、人間の尊厳への攻撃と見なされる障害を理由とした人々の狙いを定めた排除、障害による差別に伴う、生命などの基本法によって保護された高位の法益に対する危険や構造的不平等の状況などが含まれる。ここでは、生存に不可欠な希少な集中治療リソースを割り当てる際に、障害による差別のリスクがあるため、保護委任が強化される。(BVerfG)
3. 立法府にはまた、基本法3条3項2文に基づく具体的な保護義務を履行する際に、評価、評価、および設計の裁量の余地がある。決定的なのは、障害による差別に対して十分に効果的な保護を提供することである。(BVerfG)

このように連邦憲法裁判所が立法の必要性を肯定したことは高く評価したいが、問題点としては、その立法の具体的内容については詳しい言及がなされていない点について、既に **Tonio Walter**⁽⁷⁴⁾ によって厳しい批判がなされているところである。いずれにせよこの判決を受けて現在立法手続きがなされているので、その動向に注目する必要がある。

(e) 健康保険及び国内法により認められている場合には生命保険の提供に当たり、公正かつ妥当な方法で行い、及び障害者に対する差別を禁止すること。

(f) 保健若しくは保健サービス又は食糧及び飲料の提供に関し、障害に基づく差別的な拒否を防止すること。

外務省 HP (https://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22-000899.html [最終閲覧日 2022年4月13日] による。

(73) この決定要旨は連邦憲法裁判所によるものである。

(74) *Walter*, NJW 2022, 363 ff.

7 暫定的結論と今後の検討課題

トリアージ (Triage)、すなわち「医療資源が十分でない場合に誰が治療を受けることができ、誰かできないのかに関する決定」は、①「事前的トリアージ (Ex-ante-Triage)」、②「事後的トリアージ (Ex-post-Triage)」および③「予防的トリアージ (präventive/vorsorgende Triage)」に分類されるが、①は正当化的義務衝突の法理によって、この事例の場合、同価値の義務 (医師の救命のための治療義務) 同士の衝突であるので、どちらの義務を選択してもその違法性は阻却されることになる。しかしその場合、決定する医師に多大な精神的負担を与え、連邦憲法裁判所決定で問題となったような障害者に対する不利益な取り扱いがなされるのではないかという不安も解消されないので、ドイツの学説の多くや憲法裁判所も要求しているように具体的な実施基準と手続きを定めた立法による解決が望ましい。その際の実施基準としてドイツで有力なのは治療の成功の見込みと偶然性原則であるが、成功の見込み基準を義務衝突論に持ち込むことは、義務論的な従来の義務衡量論を「功利主義的に転換」することになり生命対生命の質的・量的衡量に道を開くものであり、平等の観点からはむしろ後者の偶然性の原則が妥当であると考えられる。次に②の事後的トリアージについては、日本においては不作為義務と作為義務の衝突の問題と捉え、正当化的義務衝突の法理ではなく、緊急避難規定の適用によって解決すべきであるという見解が有力であるが、そのような場合であっても義務衝突の事例であるということは認めた上で、むしろ義務衝突の義務の同価値の検討によって義務衝突による正当化を否定する *Coca-Vila* 説の理論構成の方が優れていると考える。最後に③の予防的トリアージの問題も、特に日本においては、2021年の第6波の際にこのような選別が実際に行われたのではないかという疑念があるので、より詳細な検討が必要であるが、感染が蔓延して次のより治療の見込みが高い患者が直ぐに来ることが予測されるような状況下では、功利主義的の衡量によれば正当化される余地があることになろうが、そのような考慮によって現に治療が可能な患者に治療を差し控えることは、刑法的にも許されないことと言わざるを得ないと思われる。

以上で現時点の暫定的結論を示したが、偶然性原則の背後にある法哲学的思想の探究、偶然性原則を採用した具体的な立法のあり方や、立法で定められた手続違反

があった場合の法律的な効果など残された課題は多い。これらの課題についてはドイツで現在進行中である立法過程を見守りつつ、続稿で検討したい。

（明治大学法学部教授）

[追記] 2022年6月14日にドイツの連邦保健省（Bundesministeriums für Gesundheit）は、上記連邦憲法裁判所の決定を受けて Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes (https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/I/RefE_GE_Aenderung_IfSG.pdf) を公表した。この草案に対して Gesetzentwurf zur Triage: “Patienten, die dann neu kommen, würden in vielen Fällen sterben”, SZ vom 23. Juni 2022 におけるインタビューにおいて Tatjana Hörnle は、この草案が治療の成功の見込みを基準としていることは評価しつつも、事後的トリアージを除外していることを強く批判している (<https://www.sueddeutsche.de/politik/triage-gesetz-1.5606963>)。