

《講演》

# 医療におけるトリアージと義務の衝突

## ——ドイツ連邦憲法裁判所，刑法，立法者——

ヘニング・ローゼナウ  
加藤 克佳 [訳]

### 目次

- 第1 はじめに
- 第2 ドイツ連邦憲法裁判所決定の画期的な判断
  - 1. 2021年12月16日決定の内容
  - 2. 2021年12月16日決定の分析・評価
  - 3. 生命価値無差別（生命価値に差別はない）の相対化
- 第3 刑法
  - 1. 事前のトリアージ
  - 2. 偶然による決定
  - 3. 事後のトリアージ
- 第4 立法者と感染症予防法5c条におけるトリアージの規制
  - 1. 不利益な待遇の禁止
  - 2. 正当化事由
  - 3. 現在および短期の生存蓋然性の概念
  - 4. 事後のトリアージは将来的に可能か？
  - 5. おわりに



ローゼナウ教授

### 〔要旨〕

本講演は、2021年12月16日のドイツ連邦憲法裁判所の「トリアージ」決定が、医療・生物法における憲法判例の今後のマイルストーン〔中間指標〕になることを示す。すなわち、同決定は、医療資源不足の場合の割当て基準（判断基準）として「臨床的な成功の見込み」を確認するとともに、切迫性があること（せいぜ

い最小効用値を下回ること)のみが生命価値無差別(生命価値に差別はない)との原則に合致するとのアプローチに反論している。したがって、同決定は、生命価値無差別という前提を「相対化」する(例外を認める)ための第一歩と考えられる。

これによると、医療現場における合理的な規制が可能になる。そこでは、事前のトリアージに加えて、事後的トリアージも挙げられる。ただし、後者について、立法者は、新しい感染症予防法5c条においてパンデミックの場合に限って除外(禁止)した。このようなトリアージを巡る法律での規制の最初の試みを評価し、これまで専ら刑法にのみ基づいてきた解決策と照らし合わせてみたい。

結論：ドイツ連邦憲法裁判所決定は基本的に支持することができる。すなわち、「臨床的な成功の見込み」を医療資源不足の場合の割当て基準とすべきであり、医師がそれに従って医療資源を然るべき患者に割り当てたならば、それにより他の患者が医療を受けられなくても正当化される。刑法上は、正当化される「〔等価値的な〕義務の衝突」に当たる。そのことは、事前のトリアージにも事後的トリアージにも当てはまる。新しい感染症予防法がこれを禁止したのは説得力がないが、この問題は、パンデミックと無関係に、今後も検討を続けるべきである。

## 第1 はじめに

今日、医事刑法において、「トリアージ (Triage)」ほど激論をよんだ話題はないでしょう。この言葉はフランス語で「選別する」を意味する“trier”に由来します。トリアージは災害医療や戦時医療の一部であり、その起源は、数次の大戦争における戦場、そして不幸にも再び現在も生じている戦場にありますが。そこでは、負傷兵の中から、衛生兵が治療しても成功しないためもはや無意味であるような兵士を「選別する」ことが問題になります。

医療資源の不足は、戦争の場合に限られません。私たちは、これを、新型コロナウイルス感染症 (COVID-19) のパンデミックに伴ってはっきり目にしました。人工呼吸器が不足し、それを必要とする患者全員に行き渡らなくなったのです。このような事態はイタリアで実際にありました。〔ハレ大学がある〕ザクセン州でもトリアージが行われた事例があると報告さ

れました。少なくとも、「隠れトリアージ」が行われたことは想像できます。老人ホームの入居者で、集中医療的な「換気」〔≒人工呼吸〕が必要だった高齢の施設入居者が、病院に搬入されず、施設で死亡したこともあります。

医療現場は、この迫り来る問題を早くから認識していました。そこで、これを解決するための提言を含んだ「指針（ガイドライン）」が作成され、現在、第3版が公刊されています。刑法（Strafrecht）もまた、トリアージを課題としています。「正当化される義務の衝突（rechtsfertigungende Pflichtenkollision）」という法的枠組みは、予想外の注目を浴びました。さらに発言したのは、ドイツ連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）です。2021年12月16日決定で、パンデミックに伴うトリアージ規定を「遅滞なく」作成するよう、立法者（Gesetzgeber）に命じたのです。しかし、いつも通り、立法者は直ぐに動きませんでした。ドイツの立法は、生物政策の分野で、立法意欲が欠けているのが特徴です。決定後ほぼ1年を経過してやっと、パンデミックに限定したトリアージ規定が創設されました（2022年12月8日、「感染症予防法」5c条に定められました。後出〔付録〕参照）。

以下で、私は、まず、連邦憲法裁判所決定の意義を分析します（第2）。次に、トリアージ解決のための様々な刑法的アプローチを評価します（第3）。最後に、感染症予防法5c条の新規定を評価しますが、それは幾つかの点に限って行います（第4）。

## 第2 ドイツ連邦憲法裁判所決定の画期的な判断

### 1. 2021年12月16日決定の内容

障害者たちが、連邦憲法裁判所の法廷に進み出ました。彼らは皆、換気が必要になった場合、自分たちの特殊な障害のせいで治療の選択肢が悪く

なることを恐れていました。彼らは、身体的・精神的な制約があるため、集中治療的な換気療法が成功する見込みが過小評価されるおそれがありました。したがって、彼らは、そのような障害がなく救命用人工呼吸器にありつける人々と比較して、不利益を受けるかもしれません。そこで、それは、何人も「その障害のために不利益を受けてはならない」と定めるドイツ基本法〔憲法〕3条3項2文に違反すると主張したのです。

連邦憲法裁判所は、彼らに有利な決定を下しました。つまり、障害者が不利益を受けることが強く疑われる場合について、立法者に「保護義務」があるとしたのです。もちろん、立法者には〔立法するか否か、どのような立法をするかについて〕広範な評価や制度設計の裁量権があります。しかし、何もしないことは許されません。国家の保護義務は、例えば、他の方法（複数確認の原則、手続の記録化、現場での支援、障害者の扱いに関する訓練・再訓練など）によっても強化できますが、連邦憲法裁判所は、立法者自身が患者の「割当て基準」の指針を設定しなければならないと示しました。その際、「**臨床的な成功の見込み**」を明確に挙げています。これは、現在の疾患から生還する蓋然性を意味するのであれば、それ自体は許容できます。ただし、成功の見込みを長い目で見て考えることは許されません。つまり、より長期の平均余命が得られるか否かを問題にすることはできない、とされました。

また、生存の蓋然性をかなり低下させる併存疾患を考慮することも許されますが、これも、やはり短期的でかつ現在の病状に関連する生存の蓋然性に限られます。これに対し、障害と大まかで固定観念的に関連し、しかも換気を必要とする現在の疾患と関連しない併存疾患を考慮することは、許されないでしょう（なお、成功の見込みを評価する虚弱体質度は、短期的でも長期的でも違いはないことから問題にはなりません、最初から許されないものと分類されるわけではありません）。

## 2. 2021年12月16日決定の分析・評価

医療「指針」は、連邦憲法裁判所が要求するものと大差ないように見えます。したがって、本決定は、医療を批判するものではありません。むしろ、日常的な医療における無意識の、もしかすると固定観念的な、障害者に対する仕分けを批判するものです。障害への早合点や特に大げさな言及は、避けなければなりません。障害者が常日頃から後回しにされることを阻止しなければなりません。したがって、本決定の第1の長所（加算点）は、このような差別のリスクを浮き彫りにしたことです。

第2の長所は、連邦憲法裁判所が、医療従事者が極限的な決定を強いられている状況にあるのを理解したことです。本決定は、立法者に、過剰規制を避けるよう指示しています。生命保護に逆行しないよう、医療実務の実態への対応はむしろ1つの規制の中で考慮されるべきであり、それによって迅速な判断が引き続き可能になります。

また、法的拘束力のない指針を規範的拘束力あるものに引き上げることで、法的安定性を高めることができますから、同決定が行った立法者への訴え（指示）は正当です。

## 3. 生命価値無差別（生命価値に差別はない）の相対化

連邦憲法裁判所決定が画期的なのは、医療資源が乏しい場合に、「臨床的な成功の見込み」を医療資源が不足する場合の決定的な割当て基準とすることが、憲法上許されることを初めてかつ明確に宣言した点です（それは、「現在の疾患を生き延びるという意味での臨床的な成功の見込みという基準は、憲法上問題がない」、および、「急性疾患からの生存の見込みは…希少な治療資源の割当てに関して、それ自体許される選択基準である」という説示に表れています）。

よく知られているように、この基準は新しいものではありません。この基準は、臓器移植における割当て決定に不可欠な基準であり、「切迫性」

という等価値基準（臓器移植法12条3項1文）と並んで重要な位置を占めています。なぜなら、ドイツにおける議会制民主主義によって臓器不足が適法化されたために、1つの臓器を待ちながら人々が毎日亡くなっているからです。付言しますと、連邦憲法裁判所が切迫性に言及しなかったのは、換気を必要とする COVID-19患者は、人工呼吸器がなければ死んでしまうため、皆区別なく高度な切迫性を示しているからに他なりません。したがって、すべての COVID-19患者について等しく膠着状態〔手詰まりの状況〕が存在していることから、この切迫性基準は（本件で事実上満たされているもの）選別には何も寄与しません。それゆえ、ある患者を選んでその他の患者を選ばないという決定にも、何ら役立たないのです。

このため、区別の基準として、「〔臨床的な〕成功の見込み」が残ることになります。この基準については、すでに臓器移植法の枠中で激論がありました。この議論は、憲法上は高々と掲げられていますが、「生命価値無差別（生命価値に差別はない）」という命題に関わっており、それは、連邦憲法裁判所の一連の判例で強調されているものです。そこから、生命と生命を天秤にかけることの禁止〔=比較衡量禁止〕が生じます。この議論は古代まで遡りますが、「キュレネーのカルネアデスの板」という講壇事例を経て、近代の実例があります。帆船・ミニヨネット号事件だけを挙げておきましょう。1884年、2人の船員が、海難で衰弱した船室給仕を救命艇の中で殺害し、その遺骸を食いつないで生き延びました。ドイツには、（国家社会主義的な暴力と不正が支配した）安楽死に関する経験がありますので、「生命価値を比較衡量することの禁止」をドイツ憲法の法的理解にしっかりと定着させるのに大いに役立っています。最近では、連邦憲法裁判所は、地上で巻き込まれる一層多くの人々を救うために飛行機を乗客ごと撃墜することは違憲であると宣告しました。これがトリアージ問題と類似していることは明らかです。ある命を救うと、別の命（あるいは、より多くの命）を奪ってしまう場合があります。この場合には、一方の命を

助け、他方の命を助けないとする決断が必要になります。そうしないと、悲劇的で容認しがたいパラドックス（逆説）が生じます。つまり、どちらかに決断しないと、どちらも死んでしまうのです。

それでは、生命価値を差別しないということは、比較衡量的判断を完全に妨げるのでしょうか？ 連邦憲法裁判所は、この問題の抛り所を、人間の尊厳の保障（ドイツ基本法1条1項）に求めています。人間の生命は人間の尊厳の不可欠な基盤であり、したがって最高の憲法的価値だと言われます。もし比較衡量的判断が人間の尊厳に影響を与えるなら、そのような判断は許されないでしょう。身体や健康状態などの特質は、その他の技能や社会的地位といった特質と同様に、一切重要でないはずですから、そこまで生命価値無差別を厳格に理解すれば、いかなる比較衡量的判断もできなくなります。治療成功の見込みを基準にするとしても、そのような憲法違反が想定されます。成功の見込みが患者の年齢と相関することが多いのも、一応は正しいです。若い患者が優先されるのは、高齢者や障害を持つ要介護者よりも、健康でかつ成功の見込みがより高いからです。少なくとも間接的には、患者の特質が、（体系上）割当て決定に組み込まれています。それゆえ、少なくとも間接的には、比較衡量が行われていることになります。

これに対しては、治療成功の見込みに基づく判断は、決して生命に対する「評価」でないと主張されます。つまり、そこでは、ある種の定量化が問題になるわけではなく、生命という法益が考慮されるわけでもない。私たちは、規範的に法的地位を帰属させるところからは動かず、あくまで医学の分野で学問的に認められた標準や専門分野の適切さに従った基準によって決断し、不足した資源を医学的に有意義かつ効果的に投入するためにはどのように対処すべきかを熟考する、そうした基準に従って私たちは決断するだけだ。医師の行為の意味づけが問題になる。生命価値についての判断は臨床的成功によって拘束されない——そう首尾一貫したように見える

議論がなされます（つまり、被験者の法的地位は、トリアージの比較衡量を通じて問われない、とされます）。連邦憲法裁判所は、この基準が「人命の評価には向けられていない」と述べていることから、この方向で考えているように見えます。つまり、誰が生きることを許され、誰がそうでないかの決断は、人間の存在の等価値性を問うものでない、というのです。

しかし、これは、実に納得がいくとはいえません。なぜなら、この論法は、純粹に医学的な基準が、評価とは無縁の客観的なパラメータ〔媒介変数〕であると強弁する場合、本質的な問題に目をつぶってしまうからです。医療それ自体は自然科学的に厳密な経験科学でなく、また純粹に記述的・事実的なレベルでは機能しません。むしろ、医療とは、評価と比較衡量という要素を必然的に組み合わせ、その基準を見出すものです。

そうすると、私たちはまたもや、ほとんど意味もなかつ直感に反する印象を与える結論（つまり、生命価値を問わないことはいかなる比較衡量をも禁止するので、誰も救われないという、逆説的な結果）に戻ってしまうのでしょうか？ 1つの出口となるのは、本決定の2つ目の解釈〔説示〕です。すなわち、生命価値を問わないという前提命題は、よくあるように絶対的な意味で用いてはなりません。これを厳密に理解してしまうと、医療現場で受容された規制への途を遮ることになります。つまり、生命価値を問わないという前提を完全に放棄するのが許されないのと同じく、それを絶対的なものにしてはならないのです。人間の尊厳は不可侵ですが、生命価値を問わないことは不可侵ではありません。いずれにせよ、生命価値を問わないという前提命題は、二律背反的な比較衡量の判断に対して法的に確実な解決策が許されうるように、また、その解決策が実行可能なものとなるように、「相対化」されなければなりません。もっとも、これは、専門的に基礎づけられ、法的にも揺るぎない成功の見込みを受け入れる場合に限られます。

連邦憲法裁判所の判断は、この方向性を示しています。本決定は「疾患」



が克服されたという事実に焦点を当てており、それは、急性疾患が克服されたことを意味しています。實際上、換気装置を装着された患者がもはやそれを必要としなくなるまで数時間、COVID-19の場合は数日かかることさえあります。したがって、比較衡量的判断を患者の不利益に下すことは、その患者が医学的評価によるとこの数時間または数日間を生き延びることができないであろう場合には、やはり許されるのです。

### 第3 刑法

これまでトリアージの解決策を提示してきたのは、刑法だけでした。ドイツ刑法は、「正当化する義務の衝突」という法律上の図式を持っていますので、それによって、義務の衝突が「等価値的」か「非等価値的」かを区別することができます。そのいずれのケースでも、救命治療の前の（「事前的」。ex ante）割当てと救命治療の後の（「事後的」。ex post）割当てが考えられますので、複雑さが一層増しています。そして、この4つの組み合わせのいずれにおいても、刑法学上、統一された線引きは見出せないのです。

#### 1. 事前的トリアージ

それは、そのうちの一方または他方の法的義務のみを履行できるにすぎないような、「等価値的な」法的義務が問題となる場合の事前のトリアージにも当てはまります。この場合、道徳的・倫理的義務は考慮から除外しなければなりません。例えば、換気を必要とする2人の患者のうち1人を治療せず死亡させた医師は、刑法の冷たい言い回しによると、刑法212条〔故殺〕、13条〔不作為による犯行〕に基づく不作為による故殺を犯したとしても、「**法は不可能を強いない**」の基本規則に従って、処罰することはできません。

もつとも、学説上の位置づけだけでも争いがあります。多数説は、不可能であることをすでに行為義務の確定に入れ込んで、他行為可能性が欠如していることを理由に構成要件該当性を否定しようとしします。これは、換気の義務がそれはそれで——たとえ同時にでなくても——満たされるかもしれないこと、つまり行為する能力は存在するという事実を無視しています（また、別の説は、単に責任阻却事由として理解します）。

しかし、これでは、法制度がそれ自体矛盾に陥ってしまうでしょう。医療を拒絶された患者が正当防衛を主張して医師に治療を強要するかもしれませんし、その結果、正当防衛の権利は最初に選ばれた患者に移り、以降、それを繰り返すことになってしまいます。正当防衛や緊急救助からなる永久機関が生まれるかもしれず、あるいは、常により強い患者の意思がまかり通ることになります。法は、法の対象となる人に自らの優柔不断さ押し付けることはできず、何が正しいかを予め決めていなければなりません。したがって、通説に従って、「正当化する」義務衝突に言及することが適切です。それは、超法規的な独立した正当化事由に分類されるべきです。

治療されなかった患者の殺害は、これにより正当化されます。医師には、どの患者を治療するかを選択する権利が与えられます。医師は、これを自由に、それゆえ裁量的に決断できます。例えば、ウクライナ人の患者を救ってもロシア人の患者は救わないこともできます。問題点は明白です。非倫理的な行為をした医師も依然として正当化されます。これは、犯罪理論の観点からすれば、論理的なことです。なぜなら、医師は、差別という不法を犯してはいますが、殺人という不法を犯してはいないからです。

もつとも、義務衝突が正当化されるのは、——異論はありますが——行為義務が現実的に「等価値的な」場合のみです。確かに COVID-19 の場合、エクモ〔＝体外式腹膜型人工肺、人工心肺装置〕への接続に適応があれば、どの患者についても、多少の違いはあれ同様に高度の「切迫性」を想定しなければなりません。しかし、これによる「臨床的な成功の見込み」は、

起点となる疾患の進行度によりつつも、併存疾患とは明確に区別できます。義務衝突という考え方を持つ慣習法は、刑法34条〔正当化的緊急避難〕により法律上規定された「**正当化する緊急避難**」よりも後回しにされます。この状況で成功の見込みが高いとされるのは、患者のうち、客観的・本質的に見てその利益が著しく優越する者です。その場合、2人の患者の生命という法益を、ただ抽象的に比較できるわけではありません。常に、危険の種類、程度、遠近も問題になります。治療状況についていうと、疾患の種類や疾患に関連する状況、疾患の重症度などを考慮して、どの患者にどの治療がより効果的で、より成功するのかを問う必要があります。救済の見込みの大きさは、刑法34条により、比較衡量の尺度として認められています。

仮に医師が、成功の見込みが明らかに低い方の患者を救う決断をしたとすれば、その医師は訴追・処罰される可能性があります。正当化する義務衝突の場合と異なり、今や、差別的動機が一定の役割を果たします。なぜなら、刑法34条は、相当性条項に関して、関連する法益を超えた評価的側面も含んでいますので、医療倫理的に受容できない（つまり、人種、出身、性別などに基づく法的に差別的な）選別を決断した場合には、正当化が否定される〔正当化されない〕からです。

## 2. 偶然による決定

このような葛藤は、ランダム（無作為）な決定で解決できるのでしょうか？ 仮にそうだとすれば、私たちは生命に対するあらゆる評価から解放されることになります〔が、そうではないでしょう〕。

この一見魅力的な解決策に対する最初の反論は、それによって法が中心の問題である正義を放置してしまうという点にあります。しかし、正義に配慮することこそ法の任務です。法が持つ意義は、法の理念という法的価値に奉仕することであり、それは正義以外の何ものでもありません。法は、

自然な恣意性に対抗しなければ、その目的から逸れることになります。法には、偶然という恣意性や気まぐれをはね除けるという任務があります。単なる偶然やくじ引きによる決定は、恣意的な決定に他ならないからです。

ところで、偶然性の原理〔＝無作為の原則〕は、どの患者にも人工呼吸器を手に入れる平等な機会を与えるという主張があります。トリアージという競合状況では、どちらの患者も同列に置かれる、というのです。しかし、これは現実を反映していません。確かに、2人の患者の状況が臨床的に完全に同等なケースもごく例外的にはあるかもしれませんが、しかし、通常はそうではありません。ほぼすべてのケースで、違いがあるはずで、その場合、純粋に偶然による決定は、まったく正当ではありません。むしろ、そのような決定は、私たちの理性、特に医療従事者の理性に対する押し付けです。偶然を喧伝する者は、パンデミックで大きな負担を強いられている医療従事者に無駄な仕事をさせることになります。効率の低下は明らかです。規範的な厳密さ〔杓子定規〕のために、多くの命を犠牲にしてしまいます。つまり、偶然性原理によると、医師は、換気をしてもしぜいほんの数時間しか生き延びられないと分かっている患者にも、エクモを接続することを強いられる一方で、くじ運の悪いもう1人の患者は、生き延びられるのに、もう別の装置がないため換気ができない、ということになるのです。

### 3. 事後的トリアージ

特に争いがあるのは、いわゆる事後的トリアージです。どういうことでしょうか？ COVID-19の患者Aがちょうどエクモに接続されたところ、5分後、障害者であって同じくCOVID-19に苦しむ患者Bが搬送されてきたが、Bの方が若く、成功の見込みも患者Aよりはるかに高い。Bにもまた、緊急に換気を行う必要がある。事後的トリアージが認められなければ、障害のある患者Bは死ぬに違いないが、他方で、Aは、成功の

見込みが低いのに換気が続けられてしまうのです。

これは正当化される義務衝突のケースではなく、むしろ刑法34条のケースであることは明らかです。なぜなら、医師が取るべき治療措置が違うので、状況は同一ではないからです。患者Aからは、「不作為〔為さない〕」の義務に反して、人工呼吸器を積極的に取り外さなければなりません。患者Bには、これを救命する義務、かつこれに「作為的に」介入する義務に基づいて、人工呼吸器を接続しなければならないでしょう。不作為の義務が、作為する義務に対向しています。この違いは、明らかでしょう。多数説は、Aの装置のスイッチを切ることは不作為である、なぜなら、医師はそれ以上の治療をしておらず、作為義務（のみ）があるからだ、と考えます。これは、治療の中止をめぐる議論〔＝治療中止論〕を思い起こさせます。治療中止論では、理論的なトリックが駆使されて、積極的行為が不作為と理解され、「作為による不作為」が語られました。しかし、トリアージでは臨死介助〔安楽死〕が問題とされるわけではないにしても、こうした方法論的なトリックは依然として許されません。誰も、積極的行為を規範的に不作為へ読み替えることはできません。したがって、Aに関する不作為義務は、Bに関する作為義務と対向することには変わりはありません。伝統的理解では、不作為義務は作為義務に先行するとされるのです。

以上をまとめると、次のようになります。多数説によると、医師は積極的の作為によってAを殺害することは許されないが（刑法212条）、不作為によってBを殺すことは許されます（刑法212条、13条）。これは奇妙に聞こえますし、現に奇妙なことです。純粹に刑法理論上、ある出来事が作為義務違反なのか不作為義務違反なのかを形式的に分類するなら、より成功の見込みが高いという生命の法益に向けられた実体的な基準が、即座に無意味になります。作為義務よりも不作為義務の方が優先されるとする原理は存在しません（そう考えると、刑法13条の同列条項も説明にはならないでしょう）。それゆえ、事後的トリアージも、事前的トリアージと原理

的に同列に置かれるべきです。

反対意見はさらに反論を提示します。例えば、すでに治療を受けている患者の信頼は保護しなければならない、というのです。しかし、医療供給に著しい困難があるパンデミックにおいて専門病院で治療を受ける人は、場合によってはさらに別の患者が治療の場を求めるはずであるということをも最初から了解しています。そこに、患者の信頼は存在しえないのです。既存の治療契約が、ドイツ民法630a条1項によって、医師に、専門的標準に基づく給付履行を患者Aに対して強制するという民法的論法もまた、パンデミック状況においては、信頼保護の場合と同様に、暗黙のうちに合意された留保に服することになります。加えて、患者Bは当初その病院の別の病棟でCOVID-19の治療を受けており、Bとの間にもすでに治療契約が存在する、ということもよくあります。Bが病院入院中の過程で初めてBに換気が必要になるとすると、すでに換気されているAと競合するようになります。したがって、民法的論法は通用しないのです。

法的安定性という論拠は、かねてアイケ・フォン・レプゴー（ヴィッテンベルク近郊出身）がザクセンシュピーゲルで書き記したルールへと辿り着きます。すなわち、「最初に来た者が、最初に奉仕される」。ドイツの新語なら、「早い者勝ち（first come, first served）」となるでしょう。この先着原理は、偶然性原理と実質上変わりません。なぜなら、AがBより5分早く換気されたという根拠は、大部分が偶然的なものであり、疾患とは意味的に結びついていないからです。ここで問題になるのは、移動時間が長い、渋滞している、看護師が用を足しに出ていた、などです。偶然性原理がはらむ恣意性がこの場面で説得力を持たないことは、上述した通りです（第3 2.）。

したがって、すでに治療を受けている患者Aと新たに治療を受けようとする患者Bとの間に臨床的な成功の見込みに明らかな差がある場合はいつでも、刑法34条の意味においてBの救護が本質的に優位に立ち、事

後のトリアージを実施しなければならないことになります。以上の考察は、これを主張するための「闘争」〔私見の理由づけ〕です。

## 第4 立法者と感染症予防法5c条におけるトリアージの規制

### 1. 不利益な待遇の禁止

立法者は、パンデミックの状況と関連して、今や感染症対策内においてトリアージを規定し、そこに感染症予防法5c条を組み入れました。明らかに差別的な事態が5c条1項の不利益待遇の禁止によって阻止されることには、賛成すべきです。真剣に議論され、法的にも医療倫理的にも支持できる予防接種〔の有無・回数〕という点でさえ、肯定的な選出基準から一応除外されています。その結果、これを2項1文と合わせると、「成功の見込み」だけが区別基準として残ることになります。

もっとも、この規制は、実際には全然うまくいっていません。ばか丁寧で、時に冗長です。文言から明らかなように、何人もの料理人がかき混ぜたスープ〔かき混ぜすぎの粥〕であり、立法をよく知った法律家による指導の手が欠けているのです。

### 2. 正当化事由

立法者は常々、義務の衝突が正当化事由になることを明言してきました。なぜなら、割当て決定をなすことが「許され」、その結果、捨て置かれた患者の死亡を引き起こすことも「許される」からです。事実上、感染症予防法5c条は、その適用範囲の枠内で、「正当化される」義務衝突および緊急避難の「特別規定」と位置づけられるべきです。これに対し、立法理由書では、刑罰的にはすべて元のままである、つまり、義務衝突を含めて総則規定に変動はなく、本法はこの点で何かを変える「意思も責務もない」と述べられていますが、そうは問屋が卸しません。感染症予防法5c条は

刑法へ影響を及ぼします。一方では法秩序統一性の原理からの要請が、他方では「特別法は一般法に優先する」という原則〔＝特別法優先原則〕からの方法論的帰結が、それです。これに「後の法律が前の法律に優先する」という原則〔＝後法優先原則〕も補強的に加わります。決定的なのは法律であり、この点でやや言い訳がましい立法理由書ではありません。

### 3. 現在および短期の生存蓋然性の概念

立法府は、連邦憲法裁判所決定の表現を取り入れて、感染症予防法5c条2項で、トリアージを成功の見込みだけで認めており、それは「現在および短期の生存蓋然性」と表現されています。

問題点：急性疾患と虚弱性・障害との間に、明確で鮮明な境界線が必ずしも引かれていません。そのような区別は全く不可能であって医療的に使えないだろうという主張は、確かに誇張があります。しかし、急性疾患から既存の虚弱性や身体的障害をきれいに引き去るのは、容易なことではありません。選択度の問題や適用におけるグレーゾーンの問題が、すでにここに内在しているのです。

### 4. 事後的トリアージは将来的に可能か？

事後的トリアージの問題に、もう一度触れたいと思います。立法過程には紆余曲折がありました。当初、事後的トリアージは完全に度外視されていました。その後、中間段階で、表向きブッシュマン連邦司法大臣の指示を受けて、今度は明示的に認められました：『すでに割り当てられた』延命に不可欠な重要な集中治療の医療能力が、パンデミックに制限されて十分に存在しない場合には、…3年以上の集中治療経験があつて実際に働いており、…かつ集中治療医療の追加研修を受けた複数の専門医が、その患者を…互いに独立して評価し、合意により割当て決定をしなければならない』。この案は激烈な反発を受けることとなり、その結果、数日後に



撤回され、政府草案は180度方向転換しました。すなわち、『すでに割り当てられた』延命に不可欠な集中医療的治療能力は、割当て決定から除外される」。感染症予防法5c条2項4文では、事後的トリアージは除外されています。しかし、事後的トリアージは、パンデミック以外でも容易に考えられます。例えば、停電、技術的故障、戦争状態などにより、血液在庫などの救命資材や医薬品が著しく不足した場合には、事後的トリアージが考えられます。このような場合に感染症予防法5c条の規定が類推適用されて正当化が否定されるとするのは、疑わしいところです。

実際にはそのようなことはなく、仮にあれば、ドイツ基本法103条2項の類推禁止に抵触するでしょう。おそらく、立法理由書のやや不透明な文章は、「刑法的観点からは、総則規定、特に慣習法で認められている『正当化する義務衝突』に関する条項に変動はない」という趣旨で理解されるべきでしょう。

そうすると、以下が問題となります：正当化される義務衝突および刑法34条はなお適用可能でしょうか？ それとも、パンデミック以外についても、その適用は、感染症予防法5c条によって常に禁止されるのでしょうか？ 後者の立場は否定されるべきです。感染症予防法5c条は、目下のところパンデミックのケースに特化した特別法であることから、やはりパンデミックのケースにのみ適用されます。パンデミックの場合に限っては、一般的な義務衝突に関する慣習法的規定や刑法34条を適用することはできません。これに対し、パンデミック状況以外でトリアージを決断する場合にはいつでも、正当化される義務衝突や刑法34条を含む総則規定が再び適用されます。言い換えれば、事後的トリアージは、感染症予防法5c条2項4文によって、単に5c条の適用範囲内でのみ除外〔禁止〕されます。したがって、事後的トリアージは、決して歴史的な役割を終えた昔話ではありません。

## 5. おわりに

立法者は、短く端折って、感染症予防法の枠中で最小限の解決策を提示したにすぎません。私は、最終的かつより包括的な規制がないことを、遺憾に思います。もっとも、この小さな解決策には肯定すべき面もあります。確かに、この法律が表明した事後的トリアージの禁止は、説得力に欠けます。しかし、事後的トリアージは、パンデミックとは無関係に検討が可能です。したがって、私たち刑法学者は、今後もトリアージと向き合い続けなければならないでしょう。

### 〔付録〕

#### ヒトの感染症の防止及び制圧に関する法律（感染症予防法〔IfSG〕）

#### 第5c条 伝染性疾患によって延命に不可欠な集中医療的治療能力が不足した場合の手續

第1項 何人も、伝染性疾患によって不十分にしか存在しない延命に不可欠な集中医療的治療能力の割当てに関して医師が決断する場合（割当て決定）、特に障害、虚弱性の程度、年齢、民族的出自、宗教若しくは世界観、又は性別若しくは性的指向を理由として、不利益に扱われることは許されない。延命に不可欠な集中医療的治療能力が、第1文の意味において、ある病院に十分存在しないのは、以下の各号の場合である。

1. 当該病院の患者の延命に不可欠な集中医療的治療の必要性が、当該病院に存在する延命に不可欠な集中医療的治療能力では満たすことができない場合。
2. 当該患者に他の集中医療的治療が不可能な場合。特に、以下のいずれかの理由から、転院が不可能であるとき。
  - a) 健康上の理由。
  - b) 当該病院に供された知見によると、地域及び広域の集中医療的治

療能力が枯渇しているという理由。

**第2項** 割当て決定は、当該患者の現在及び短期の生存蓋然性のみに基づいて行うことができる。併存疾患は、その重症度又は組合せにより、急性疾患に関して短期的な生存蓋然性を著しく低下させる場合に限り、現在及び短期の生存蓋然性の判定において考慮することができる。現在及び短期の生存蓋然性に影響を与えない基準、例えば、特に障害、年齢、中・長期的な平均余命、又は虚弱性及び生活の質の程度は、現在及び短期の生存蓋然性の評価において考慮してはならない。既に割り当てられた延命に不可欠な集中医療的治療能力は、割当て決定から除外される。

**第3項** 割当て決定は、以下の各号を満たす2名の医師の合意により行うものとする。

1. 専門医であること。
2. 集中治療の領域で実働していること。
3. 集中治療の領域で複数年の経験を有すること。
4. 割当て決定の対象とされた患者を相互独立して評価したこと。

合意に至らない場合、割当て決定の対象とされた患者は、さらにもう1名の同等の資格を有する医師が評価し、多数決で割当て決定を行うものとする。割当て決定に関与した医師のうち、1名の医師のみが、割当て決定を受けた患者の治療に直接関与することができる。障害又は併存疾患を有する患者が割当て決定の対象とされた場合、専門的知見により当該患者の特別な利害を考慮することができる者に諮問して得られた評価を考慮するものとする。割当て決定の対象とされた患者の評価、割当て決定への参加及び第4文による諮問は、遠隔医療的協議の形式で行うことができる。

**第4項** 割当て決定の時点で当該患者の治療に責任を持つ医師は、以下の事項を記録するものとする。

1. 割当て決定の基礎となった状況。

2. 誰が割当て決定に参加したか、誰が諮問を受けたか、及び、彼らがどのように評決し又は立場表明したか。

民法第630f条及び第630g条を準用する。

**第5項** 集中医療的治療能力を有する病院は、少なくとも以下の事項を手続案内に定めておく義務を負う。

1. 割当て決定への協力を管轄する医師を指名するための手順。
2. 第3項に従った決定手続の組織的实施。

病院は、手続案内の遵守を確保しなければならず、又、手続案内を少なくとも1年に1回改善の必要性に関して見直し、適合させなければならない。

**第6項** 病院は、病院計画を管轄する州当局に、割当て決定を遅滞なく届け出て、割当て決定時に延命に不可欠な集中医療的治療能力が十分には存在しなかった理由を報告することで、州当局が、その権限の枠内で行動を起こせるようにする義務を負う。

**第7項** 連邦保健省は、病院計画を管轄する州当局の一が最初の割当て決定の届出から6か月以内（ただし、2025年12月31日まで）に、この規程に関する外部評価を委託する。評価の対象は、特に以下の事項とする。

1. 差別からの保護のための事前措置を作り、且つ行為する医師の法的安定性を確保するという目的の達成。
2. 実務的履践可能性を考慮しながら、この規程と第5項第1文に従って作成されるべき手続案内が医療行為に及ぼす影響。

評価は、独立した専門家（その半数は連邦保健省が、半数はドイツ連邦議会が任命する。）によって、特に法的、医学的、倫理的知見に基づき、学際的に実施されるものとする。当該専門家は、連邦規模の諸協会、専門家集団、及びこの規程に特別な利害関係を有する当事者団体に、適宜関与を求めるものとする。連邦保健省は、ドイツ連邦議会に対し、遅くとも委託から1年後までに、評価結果及びそれに対する連邦保健省の

立場表明を伝達する。

### 〔訳者あとがき〕

1. 本稿は、ヘニング・ローゼナウ教授 (Prof. Dr. Henning Rosenau) が、2023年4月19日に専修大学神田キャンパスで行った講演“Die Triage in der Medizin und die Pflichtenkollision — Das Bundesverfassungsgericht, das Strafrecht und der Gesetzgeber”の翻訳である。基本的に、当日の講演内容が再現されている（なお、〔 〕は訳者の補足である）。

講演会は、多数の参加者を得て盛況裡に行われた。ご講演いただいたローゼナウ教授に感謝申し上げるのはいうまでもないが、講演会開催にご支援・ご協力くださった関係者各位、特に、主催者である今村法律研究室の岡田好史室長、坂詰智美事務局長、講演会実施にご尽力いただいた大西楠テア教授、種々の準備とともに司会を務めてくださった森住信人准教授に厚くお礼を申し上げます。

2. ローゼナウ教授は、学術交流や在外研究のため日本への訪問が今回で12度目となる親日家である。現在、マルティン・ルター大学ハレ・ヴィッテンベルク法経学部教授（刑法・刑事訴訟法・医事法講座）であり、刑法・刑事訴訟法に関する伝統的な解釈論のほか、特に医事（刑）法や生命法・生命倫理に詳しく、比較刑法や経済刑法、メディア刑法など現代的なテーマも研究の重点対象としている（詳細は、ヘニング・ローゼナウ（加藤克佳訳）「刑事訴訟における真実発見の限界」専修ロージャーナル13号（2017年）137頁以下のほか、講座ウェブサイト <https://www.jura.uni-halle.de/rosenau/>を参照されたい）。

ハレ・ヴィッテンベルク大学は専修大学の国際交流協定校であり、教授は、これまで、本学との学術交流にも積極的に取り組まれてきた。今後も、その継続・発展が大いに期待される場所である（なお、2024年3月にも、ハレ大学学生を引率して来学される予定と伺っている）。

3. 本講演のテーマは、近時、医事刑法において激論をよんだ「トリアージ」であり、「生命対生命の比較衡量」や「義務の衝突」という極めて根源的な問題に関するものである。これに対するドイツ連邦憲法裁判所、刑法、立法者の立場を踏まえて、あるべき解決策や方向性が示されており、日本での同種の問題を検討する際にも、有益な教示・示唆を与えるであろう。

なお、本講演の内容については、すでに、*Henning Rosenau, Triage — Das BVerfG, das Strafrecht und der Gesetzgeber des §5c IfSG, GA 3/2023, 121 ff.* に拡大版が公表されている。また、本講演とほぼ同テーマでの講演会が、2023年4月11日に早稲田大学比較法研究所主催で開催されており、脚注を含む講演原稿全体の翻訳が公刊される予定とのことである。