

医療におけるトリアージと 連邦憲法裁判所，刑法及び立法者

ヘニング・ロゼナウ

仲道祐樹（監訳）

北尾仁宏（訳）

I. はじめに⁽¹⁾

目下、医事刑法において最も火花散るテーマといえば、トリアージの右に出るものはない。この概念は、フランス語で「分類する」を意味する「trier」に由来する⁽²⁾。トリアージは災害医療及び戦時医療の一部であって、つまりその出自は、数次の大戦争における、そして残念ながら再びまさに現在のものとなった戦場に負う^{*訳者註1}。その際、衛生兵の処置が水泡に帰すであろうことから最早無意味であるような者を、負傷兵らの中から特に選別することが問題となる。

医療の資源不足は、戦争状態に限定されない。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、我々は歴然と目の当たりにした。人工呼吸器が不足し、それに頼らざるを得ない全ての患者には行き届かなかっ

(1) 本稿は、拡大版（GA 2023, 121 ff.）が公刊済みである。

(2) それゆえにこの考え方について批判的なのが、*Marckmann/Schildmann DÄBl.* 2022, A 1686；*Brettel/Schuh* MedR 2022, 801, 804；*Kersten/Rixen Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. Aufl. 2021, S. 147.

*訳者註1 例えば英国軍や帝政ロシア軍がトリアージを初導入したのは19世紀のクリミア戦争、ドイツ国防軍による正式導入は1942年の東部戦線でのことであり、それらの戦地は現今のロシアによるウクライナ侵攻のそれと地理的に概ね重なる。

た。このような事態がイタリアで実際にあった。ザクセンでもトリアージを行う事例があったという報告があった。少なくとも、隠れたトリアージが行われたことは想定され得る。集中医療的な換気^{訳者註2}に適応があった高齢の高齢者施設入居者らが、一切病院へ搬送されることさえなく施設内で死亡した。

医療は、自らに迫り来る問題を早くから認識していた。トリアージ状況を解決するための推奨事項を含んだ指針が作成されており、現在では第三版が³公刊されている。刑法もまた、トリアージを論題とすることとなった。正当化的義務衝突という法的枠組み〔Rechtsinstitut〕が、想定外の注目を浴びた。第三の当事者として、連邦憲法裁判所にも一家言あった。2021年12月16日決定⁴は、「遅滞なく」パンデミック事例に関してトリアージのための規制を創設するよう立法者に義務付けた⁵。いつも通り、立法者は何もしなかった。ドイツの立法は、生政治の分野で立法者に事を実現しようとする意思が欠けているという特徴がある⁶。決定後ほぼ1年の時を経てやっと、2022年12月8日に、感染症予防法内で5c条に刻み込まれたパンデミック限定のトリアージ規制が創出された⁷。

私は、連邦憲法裁判所の判断を、その意義につき分類する（Ⅱ）。続いて、トリアージの解決に関する様々な刑罰的手法を評定する（Ⅲ）。感染症予防法5c条における新規制は、個々の側面から評定するに留めよう（Ⅳ）。

Ⅱ. 連邦憲法裁判所の画期的判断

1. 2021年12月16日決定の内容

連邦憲法裁判所の法廷に、障害者たちが進み出た。皆が恐れていたのは、換

※訳者註2 日常用語では「人工呼吸」とも呼ばれるが、本稿では一般的な医学用語に従って「換気」とする。

(3) S1-Leitlinie „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie“, AWMF-Registernummer 040-013. 第3版は2021年12月14日付で、register.awmf.org から参照可能である。

(4) Beschluss vom 16.12.2021 – BvR 1541/20, NJW 2022, 380.

(5) BVerfG, NJW 2022, 380, 388, Rz. 130.

(6) *Rosenau* in Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), *MedStrafR-HdB*, 2022, § 6, Rz. 21 ; *Wahl* in FS Eser, 2005, S. 1243, 1253 ; *Huster* *MedR* 2022, 221.

(7) BGBl. I, 2235.

気が必要な場合に彼ら特有の機能障害を理由としてより粗悪な治療方法を供されることであった。身体的又は精神的制約が、彼らについて集中治療の換気療法が奏功する見込みを過小評価させるおそれがある。彼らは、それゆえに、彼らのような障害がなく、命を救う人工呼吸器にありつけるであろう人々と比べて、不利益に扱われるかもしれない。何人も「その障害を理由に不利益に扱われること」は許されないとする基本法3条3項2文が侵害されているという⁽⁸⁾。

連邦憲法裁判所は彼らに同調した。裁判所は、障害ある人々が不利益に扱われることに関して確固たる拠り所をもたらずであろう場合について、立法者に必要な保護を講じるよう求めた⁽⁹⁾。もちろん、立法者には広範な評価と形成の余地がある⁽¹⁰⁾。しかし、何もしないことが許されているわけでもなからう。国家の保護義務は、例えば多重確認の原理〔Mehr-Augen-Prinzip〕、記録化、現場での援助、また障害ある人々に対処する場合についての訓練及び再訓練などを通じて強化され得るであろう⁽¹¹⁾。連邦憲法裁判所は、立法者自身が分配基準について手合割を設定しなければならないと主張する⁽¹²⁾。明らかに臨床的な奏功の見込みに言及している。この概念は、それ自体、現在の疾患を生き延びることが蓋然的であると解されるならば、許容される⁽¹³⁾。他方、奏功の見込みを長い目で見て措定することは許されない。つまり、より長期的な平均余命を問題とすることはできないのである⁽¹⁴⁾。

許容されるものとしては、生存の蓋然性をかなり低減させる併存疾患の考慮もある。もっとも、やはり短期的な、且つ現在の疾患の状態に関連する生存の蓋然性のみが許容される。それに対して、障害と概括的且つ固定観念的に関連し、しかも換気義務をもたらず現在の疾患とは関連しないような併存疾患の考慮は許容されないだろう⁽¹⁵⁾。奏功の見込みを評価する虚弱尺度〔Gebrechlichkeitsskalen〕は、短期的であれ長期的であれ違いはないことから問題とはなら

(8) BVerfG, Beschluss vom 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, Rz. 23, この点は, NJW 2022, 380には未登載。

(9) BVerfG, NJW 2020, 380, 383 f., Rz. 89, 96 sowie 387, Rz. 121.

(10) BVerfG, NJW 2020, 380, 388, Rz. 127.

(11) BVerfG, NJW 2020, 380, 388, Rz. 128.

(12) BVerfG, NJW 2020, 380, 388, Rz. 128.

(13) BVerfG, NJW 2020, 380, 386 f., Rz. 116, 118.

(14) BVerfG, NJW 2020, 380, 386, Rz. 117.

(15) BVerfG, NJW 2020, 380, 386, Rz. 118.

ないが、もっとも、許容されないものに初めから位置付けられているわけではない⁽¹⁶⁾。

2. 2021年12月16日決定の分析と評価

医療における指針は、連邦憲法裁判所が要求するところのものとそれほど違わないように見える。本決定は、したがって医療への批判でもない⁽¹⁷⁾。むしろ、医療の日常における無意識的な、もしかすると固定観念的な、障害をもった人々の仕分けを相殺することになる。拙速に、とりわけ概括的に、ある障害を参照するようなことは回避されるはずだ。障害者がいつも決まって劣後的に扱われるということも阻止されるはずだ。そのような差別リスク⁽¹⁸⁾が摘示されたことが、本決定にとって第一の加算点である。

第二の加算点は、処置に当たる医療者が極限的な決定状況に在るということを通連憲法裁判所が理解している点に見出されるべきである⁽¹⁹⁾。立法者は、過剰規制を回避するよう指示されている。生命保護を挫かないようにするために、むしろ医療実務で一般的になっていることが規制の中で考慮されるべきであり、そうすることで迅速な判断が引き続き可能となる⁽²⁰⁾。

立法者への呼びかけは、法的に拘束力のない指針が規範的な拘束力があるものへと引き上げられ⁽²¹⁾、そうすることで法的安定性もたらされ得るがゆえに、正当である。

3. 生命価値の無差別性の相対化

連邦憲法裁判所の判断に画期性が認められる⁽²²⁾のは、この判断が初めて且

(16) BVerfG, NJW 2020, 380, 387, Rz. 118.

(17) *v. Kielmansegg* ZfL 2022, 37, 52.

(18) BVerfG, NJW 2020, 380, 387, Rz. 120.

(19) BVerfG, NJW 2020, 380, 387, Rz. 123.

(20) BVerfG, NJW 2020, 380, 387, Rz. 127 ; *Brettel/Schuhr* MedR 2022, 801, 808.

(21) 連邦憲法裁判所は、それと共に、AWMFの指針を単に医療標準の間接証拠としては認めながら法的に拘束力があるとは見做さない支配的見解を承認している。BVerfG, NJW 2020, 386, Rz. 115 ; これについて詳しくは、*Kifmann/Rosenau* in : Möllers (Hrsg.), *Standardisierung durch Markt und Recht*, 2002, S. 49, 64 f. m.w.N.

(22) *Hamacher* ZfL 2022, 59, 74 ; *v. Kielmansegg* は足跡に言及する、ZfL 2022, 37. 評判の良い同僚である *Huster* MedR 2022, 221, 222 と *Taupitz* MedR 2022,

つ明確に、臨床的な奏功の見込みを、医療資源が不足する場合の決定的な割当基準として、憲法的に許容されるものであると表明しているからである。「現在の疾患を生き延びることという意味における臨床的な奏功の見込みという基準の憲法的な無難さ」⁽²³⁾や「急性疾患を生き延びる見込みは……不足する治療資源の割当に関して、それ自体として許容される選出基準」である⁽²⁴⁾という文言が、それである。

この基準は、周知のとおり、新しくはない。これは臓器移植の際の配分決定に関する重要な基準であって、臓器移植法12条3項1文で切迫性の等価値基準と並んで現れる。そして、トリアージと同じく臓器移植でも、やはり生と死が問題となる。というのも、ドイツにおける議会制民主主義的に適法化された臓器の不足に鑑みると⁽²⁵⁾、一つの臓器を待ちながら毎日複数人が死んでいるからだ。ちなみに、連邦憲法裁判所が切迫性に言及しなかったのは、換気しなければならない COVID-19の患者は人工呼吸器が無ければ死亡するであろうから皆一様に区別なく高度の切迫性を示していることと、間違いなく関連している。すなわち、COVID-19の全患者について同程度に手詰まりの状況が存在し⁽²⁶⁾、その結果、この切迫性基準は本件で確かに充足されてはいるものの、区別には何ら寄与し得ず、したがって、ある患者を選んでそのほかの患者を選ばないという決断にも何ら寄与し得ない⁽²⁷⁾。

それに伴い、奏功の見込みが区別化基準として残る。既に臓器移植法の枠内で、この基準は激論の対象となっている⁽²⁸⁾。この議論は憲法的には棚上げさ

181 f. の反対評価に私は得心しない。

(23) BVerfG, NJW 2020, 380, 388, Rz. 118.

(24) BVerfG, NJW 2020, 380, 388, Rz. 116. 生命対生命の衡量禁止は基準に沿った分配決定と「初めから対（立している）わけではない」と気弱に述べているからには、連邦憲法裁判所は一応正當にも自ら蛮勇を奮う気はないらしい。a.a.O. Rz. 128.

(25) 一層の矛盾解消を拒絶されていることによる。vgl. dazu *Rosenau/Knorre*, Zeitschrift für medizinische Ethik 2019, 45, 56.

(26) *Sternberg-Lieben* ZfL 2022, 11, 20 ; *Gutmann/Fateh-Moghadam* in Hörnle et al. (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, S. 111, 292, 305.

(27) *Ehlers/Bartholomä/Menghin* MedR 2021, 416, 421 f. はこの点を見落としている。

(28) 事実上、明言することなく、連邦通常裁判所第5刑事部も奏功の見込みという基準を拒絶する。BGH, Urteil vom 28.6.2017 - 5 StR 20/16, JR 2018, 196, 200, Rz. 39 am Ende ; これについて批判的なのが *Rosenau/Lorenz*, JR 2018,

れているものの、ポイントとなるのは、連邦憲法裁判所の判例で強調される生命価値の無差別性という命題である。この命題から、生命対生命の衡量禁止が導かれる。この議論は、古代まで遡ることができ、キュレネのカルネアデスの板⁽²⁹⁾という講壇事例を経て、近代の実例に至る。帆船ミニヨネット号事件にだけ触れておくと、本件では1884年に二人の船員が海難において衰弱した船室給仕を救命艇内で殺害し、遺骸で食い繋いで生き残った⁽³⁰⁾。ナチスの暴力と不法が支配した安楽死に関するドイツの経験⁽³¹⁾は、生命価値衡量の禁止をドイツ憲法の法学的理解においてしっかり刻み込むことに大きく寄与した。終いには、連邦憲法裁判所は、より多数の地上で巻き込まれる人々を救助するために航空機を同乗者ごと撃墜することは違憲であると宣言した⁽³²⁾。トリアージとの対比は自明である。一つの命を救うと、別の（あるいはより多くの）命を死なせるかもしれない。そのことは、一つの命を選んでそのほかの命を選ばないという決断を迫る。さらなる対比が、悲劇的で且つ受容できない逆説の中に存在する。つまり、どちらか決断しなければ、どちらも死んでしまう⁽³³⁾。

生命価値の無差別性は、衡量的決断を完全に阻害するだろうか。連邦憲法裁判所は、この命題の拠り所を基本法1条1項の人間の尊厳の保障に求める。人間の生命は、人間の尊厳の死活的基礎であり、したがって最高の憲法的価値であるという⁽³⁴⁾。衡量的決断が尊厳に影響するならば、その決断は許容されないであろう。身体や健康の状態といった特質は、その余の技能や社会的地位といった特質と同様、重要ではあり得ないとすれば、その結果、生命価値の無差別性は、かくも厳格に理解されると、いかなる衡量的決断をも挫く⁽³⁵⁾。尺度

168, 177.

(29) Vgl. *Otto* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), *HdbStrafR*, Bd. 2, 2020, § 41 Rz. 49 ff.

(30) 14 Queen's Bench Division 273, 1884.

(31) Vgl. OGH für die Britische Zone, Urteil vom 5.3.1949 – StS 1949, OGHSt 1, 321.

(32) 航空安全法14条3項に関する判断で示された：BVerfG, Urteil vom 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118.

(33) Vgl. *Küper*, JuS 1981, 785 ff. ; *Hilgendorf* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, 2021, S. 165, 167.

(34) BVerfGE 39, 1, 42.

(35) *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 705 ; *Augsberg* in Hörnle et al. (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2021, S. 3, 16 f. ; *Fateh-Moghadam* in Pärli/Weber-Fritsch (Hrsg.), *Symposium #iuscoronae*, 2021, S. 79, 95.

としての奏功の見込みには、このような抵触が想定される⁽³⁶⁾。奏功の見込みは往々にして患者の年齢と相関する⁽³⁷⁾というのも一応は正しい。若い患者ほど優先されるのは、彼らの方が高齢者や障害ある要介護者と比べてより健康でより高い奏功の見込みを有するからである⁽³⁸⁾。いずれにせよ間接的に、特質は体系上割当決定に組み込まれている⁽³⁹⁾。いや、少なくとも間接的に衡量が実施されている。

それに対して呈されるのは、奏功の見込みに基づく決断は決して生命の評価ではない、という言葉である。ある種の定量化が問題となるわけでもなければ、生命法益が考慮に入れられるわけでも全くない。我々は、規範的に法的地位を帰属させる平面にあるのではなく、むしろ、学問的に承認された標準と医療という専門分野の事実的公平性とに従いながら不足した資源を医療的に有意義且つ効果的に投入するためにはそうした資源が如何に扱われるべきか熟考する、このような基準に専ら従って決断するに過ぎないのである。医師の行為の意味合いが問題となる。生命価値に関する判断は臨時的奏功とは関係ないというのは、筋の通った主張ではある⁽⁴⁰⁾。主体の法的地位は、トリアージの衡量を通じて問われないという⁽⁴¹⁾。この基準は「人間の生命の評価には」向けられていない⁽⁴²⁾、と書いている以上、連邦憲法裁判所はこの方向性で考えているようだ。誰が生きることを許され、また誰が許されないことになるのか、という決断は、人間の実存の等価値性を問わないという⁽⁴³⁾。

(36) Vgl. *Rönnau/Wegner* JuS 2020, 403, 405; 事実上、明言することなく、連邦通常裁判所第5刑事部も奏功の見込みという基準を拒絶する。BGH, Urteil vom 28.6.2017 – 5 StR 20/16, JR 2018, 196, 200, Rz. 39 am Ende.

(37) *Huster* in Hörnle et al. (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2021, 41, 80 f.

(38) *Rosenau*, ZfMER 2020, 45, 49.

(39) *Gutmann/Fateh-Moghadam*, ZRP 2022, 130, 131; *Walter* NJW 2022, 363 f.; *Jansen/Tillmann* medstra 2022, 139, 142.

(40) *Busch* ZStW 132 (2020), 742, 760; *Gaede et al.* medstra 2020, 129, 133; v. *Kielmansegg* ZfL 2022, 37, 54; i.E. auch *Frister* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, 2021, S. 131, 137; a.A. *Jansen/Tillmann* medstra 2022, 139, 143.

(41) *Poscher* in Hörnle et al. (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2021, 41, 73; *Sowada* NSZ 2020, 452, 455.

(42) BVerfG, NJW 2020, 380, 386, Rz. 116; Hervorhebung durch Verf. A.A. *Walter* NJW 2022, 363, 364.

(43) *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444, 449.

実に納得がゆく、とは努々言えない。というのも、この論法は結局、純粋に医療的な基準はいかなる評価とも結び付いていない客観的パラメータである⁽⁴⁴⁾と主張することで、本質の問題に対して目を瞑るからだ。医療は、それ自体、自然科学的に正確な経験科学ではなく、また純粋に記述的・事実的な平面では活動するものでもない。むしろ、医療は評価的要素と衡量的要素とを必然的に一体化させるものであり、そうして初めてその標準を見出すのである⁽⁴⁵⁾。

そうすると、我々はまたもや、ほとんど意味もなく且つ直観に反する印象を与える結論、つまり、生命価値の無差別性はいかなる衡量をも禁じるので誰も救われない⁽⁴⁶⁾という結論に至るのか。一つの出口を、本決定の二つ目の解釈が供する。すなわち、生命価値の無差別性という命題は、幾度もあったように、絶対的に認められるものでない⁽⁴⁷⁾。厳格に解されると、この命題は、医療の文脈で受容される規制への途を遮る。生命価値の無差別性という命題は完全に放棄されるべきであると言うつもりはないが、この命題をまさに絶対的なものと扱ってならないのである。人間の尊厳が不可侵なのであって、生命価値の無差別性が不可侵であるのではない。生命価値の無差別性という命題は、いずれにせよ、二律背反的な衡量的決断に関する法的に確かな解決策が許容され得るように、またその解決策を全般的に実行可能なものとするように、相対化されるべきである。専門的に基礎付けられ且つ法的にも揺るぎない奏功の見込みを受容することで、相対化は現実となる。

連邦憲法裁判所の判断は、この方向性を示している。本決定は疾患を生き延びることに向けられており⁽⁴⁸⁾、したがって、急性疾患を生き延びることを意味している。それには、換気されている患者をもちや換気せずともよくなるまでの数時間、COVID-19の場合ならば同様に数日間、という長さの期間を要し得る。したがって、衡量的決断を患者に不利な方向で下すことは、その患者が医学的な見積もりによると上述の数時間や数日間を生き延びないであろう場合、依然として可能である。

(44) Vgl. *Gelinksi* Was regeln in einem Triage-Gesetz? 2020, S. 11.

(45) *Rosenau* in : FS Deutsch zum 80. Geburtstag, 2009, S. 435, 448 f.

(46) *Küper*, JuS 1981, 785, 794.

(47) *Poscher* in Hörnle et al. (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 41, 80 f.

(48) BVerfG, NJW 2020, 380, 386, Rz. 116.

Ⅲ. 刑法

トリアージについての解決策となると、今まで刑法だけが供すべきものをもっていた。刑法はポトフォリオの中で正当化的義務衝突を扱っており、その際、等価的義務衝突と非等価的義務衝突とが区別され得る。双方の場合で救命療法前の（事前的）割当と救命療法後の（事後的）新規割当が考えられる⁽⁴⁹⁾ことから、事は少なからず一層複雑化している。考え得る全4通りの組合せにおいて、刑法学内で一致した線は見出され得ない。

1. 事前的トリアージ

そうした不一致は、二つの法的義務のいずれかしか充足できないような等価的法的義務が問題となる場合の事前的トリアージにさえ見られる——道徳的及び倫理的義務は考慮外に留めておく必要がある⁽⁵⁰⁾。一致があるのは、換気しなければならない二人の患者の内一人を治療しないことで死なせた、刑法の冷たい言い回しを用いればドイツ刑法212条及び13条に基づく不作為による故殺を犯した医師は、しかしながら法は不可能を強いない〔*ultra posse nemo obligatur*〕⁽⁵¹⁾の基本原則に従い処罰され得ないということ、その限りである。

しかし、理論上の位置付けからして争われている。不可能性〔*ultra posse*〕を既に行為義務の確定の中へ入れ込んで、他行為可能性の欠如を理由として構成要件を阻却しようとする見解がある⁽⁵²⁾。この説は、各換気義務がそれはそれで——同時ではないにしても——充足されるかもしれないこと、要するに行為する能力は存在するということから、目を背けている⁽⁵³⁾。単に免責事由と

(49) 例えば高齢者施設の人々がパンデミックにおいて集中治療的換気に適応があるにも拘らず病院へ一切搬送されない、所謂予防的又は間接的トリアージ（*Rönnau/Wegner* JuS 2020 403, 404；*Deutscher Ethikrat, Vulnerabilität und Resilienz in der Krise – Ethische Kriterien für Entscheidungen in der Pandemie*, 2022, S. 198）は、紙幅の都合上ここでは割愛する。同様の理由で、ドイツでも起こった事例から出発する。

(50) *Neumann* in NK, 5. Aufl. 2017, § 34 Rz. 128.

(51) *Impossibilium nulla obligatio est*, *Digesten* 50, 17, 185（*Celsus*）.

(52) *Hoyer* in SK, 9. Aufl. 2017, vor § 32 Rz. 43；*Schlehofer* in MK, vor § 32, 4. Aufl. 2020, Rz. 251.

(53) *Fischer* 69. Aufl. 2022, vor § 32 Rz. 11.

して理解する見解もある⁽⁵⁴⁾。

しかしこれによって、法秩序は自己矛盾に陥ることになる⁽⁵⁵⁾。拒絶された患者が正当防衛を援用して医師に治療を強制し得るかも知れず、そうすると正当防衛権が当初選出された患者へ移転し、以降それを繰り返すことになる⁽⁵⁶⁾。すなわち、正当防衛又は緊急救助から成る永久機関が生まれるかも知れず、さもなくば常により強い患者の意思が罷り通ることになる⁽⁵⁷⁾。法は自らが決断しないことの負担を法に服す者には負わせることはできず、何が正しいのかをはっきりと示さなければならぬ⁽⁵⁸⁾。それゆえ正当と言えるのは、支配的見解のように正当化的義務衝突に言及することである。正当化的義務衝突は、超法規的な独立した正当化事由に分類されるべきである⁽⁵⁹⁾。

治療されない患者の殺害は、これにより正当化される。医師には、どの患者を治療するか選択する権利が与えられる⁽⁶⁰⁾。医師は自由に、そしてそれゆえに恣意的に決断できる⁽⁶¹⁾。例えばウクライナ人患者を救ってロシア人患者を救わないということもできる。問題は自明である。反倫理的に行為した医療者も依然として正当化される。これは刑法理論としては一貫している。というのも、その医師が犯したのは差別という不法であって、殺害の不法ではないからだ⁽⁶²⁾。

もっとも、正当化的義務衝突は——それもまた争点ではあるのだが——等価

(54) *Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl. 1996, S. 368 ; *Fischer* 69. Aufl. 2022, vor § 32 Rz. 11a ; *Paeffgen/Zabel in NK*, 5. Aufl. 2017, vor § 32 Rz. 174.

(55) *Jakobs AT* 2. Aufl. 1991, 20/39 ; *Otto in Hilgendorf et al. (Hrsg.)*, HdbStrafR, Bd. 2, 2020, § 41 Rz. 11 ; *Neumann in NK*, 5. Aufl. 2017, § 34 Rz. 133.

(56) *Gaede et al. medstra* 2020, 129, 133.

(57) Vgl. *Rönnau in LK*, 13. Aufl. 2019, vor § 32 Rz. 117.

(58) *Jäger in FS Rogall*, S. 171, 176 f. ; *Busch ZStW* 132 (2020), 742, 747.

(59) BGHSt 48, 307, 311 ; *Lackner/Kühl/Heger*, 30. Aufl. 2023, § 34 Rz. 15 ; *Engländer in Matt/Renzikowski*, 2. Aufl. 2020, vor § 32, Rz. 29.

(60) *Jäger/Gründel ZIS* 2020, 151, 152 ; vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf in LPK*, 8. Aufl. 2020, § 34 Rz. 60 ; *Coca Vila ZStW* 130 (2018), 959, 1000 f. ; *Duttge in HK-GS*, 5. Aufl. 2022, § 34 Rn. 31.

(61) *Brech Triage und Recht*, 2008, S. 357 f. ; *Waßmer JA* 2021, 298, 299 ; a.A. *Lindner MedR* 2020, 723, 727.

(62) *Heinrich in Hilgendorf et al. (Hrsg.)*, Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, 2021, S. 149, 163 ; *Rönnau/Wegner JuS* 2020, 403, 404.

値的な行為義務が実際に問題となる場合のみを把握する⁽⁶³⁾。たしかに、COVID-19の場合、体外式膜型人工肺〔ECMO〕の機械へ繋ぐことに適応があれば、どの患者についても多少の違いはあれ同様に高度な切迫性が出発点となる。換気による臨床的な奏功の見込みは、しかしながら、起点となる疾患の進展に基づきながら、併存疾患からは明確に区別できる。義務衝突という枠組みによる慣習法は、ドイツ刑法34条により制定法上規定された正当化的緊急避難の次に考慮される⁽⁶⁴⁾。この状況では、奏功の見込みの高低に従い、患者の内その利益が客観的・本質的に優越する方が指定される。その場合、ただ抽象論としてのみ両当事者の生命法益が対比され得るわけではない。常に危険の性質、程度及び遠近も問題となる。これを治療状況へ転用した場合に問われるべきなのは、どの患者についてならその治療法が、疾患及び疾患に関連した情況の性質並びに疾患の重篤度から見て、より上手く、そしてより高い成果でいて効き目を発揮するのかということである。救命の見込みの大小は、ドイツ刑法34条に関して、衡量尺度として受容されている⁽⁶⁵⁾。

仮に医師が奏功の見込みが明らかに薄い方の患者を救う決断したならば、彼は処罰される⁽⁶⁶⁾。正当化的義務衝突の場合とは異なり、ここでは差別的動機が意味を持つ。なぜならば、ドイツ刑法34条は、相当性条項を介して、関連法益を超えた価値的側面をも含んでおり⁽⁶⁷⁾、医療倫理的に受容できない選出、すなわち、人種、門地、性別その他の理由から法的に見て差別的な選出が決断された場合には、正当化を阻却するからである。

(63) *Duttge* in HK-GS, 5. Aufl. 2022, § 34 Rn. 30.

(64) *Otto* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), HdbStrafR, Bd. 2, 2020, § 41 Rz. 4.

(65) *Wessels/Beulke/Satzger* Strafrecht AT, 52. Aufl. 2022, Rz. 469 ; *Lenckner* FS Lackner, S. 95, 99 ; トリアージと関連して具体的にはまた *Gaede et al. medstra* 2020, 129, 134 ; *Sowada* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, 2021, S. 292, 302 ; *Sowada* NSTZ 2020, 452, 455.

(66) *Rosenau* in SSW, 5. Aufl. 2021, vor § 32, Rz. 60 ; a.A. *Jäger/Gründel* ZIS 2020, 151, 153.

(67) BGH, NJW 1976, 680, 681 ; *Rosenau* in SSW, 5. Aufl. 2021, § 34, Rz. 32 ; *Erb* in MK, 4. Aufl. 2020, § 34 Rz. 244 ; a.A. *Zieschang* in LK, 13. Aufl. 2019, § 34 Rz. 154 ; *Mitsch* in Baumann et al. (Hrsg.), Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 15 Rz. 108.

2. 偶然による決定

ここで生じるコンフリクトは、偶然による決定に基づく解決に委ねられるだろうか⁽⁶⁸⁾。それができるなら、我々は生命に関する如何なる評価からも自由であろう。

この一見魅力的な解決に対する第一の反論は、その解決だと、法が中樞的な正義の問題を放置しているというものである。正義に気を配ることはまさに法の務めである。法は、法理念の法的価値に資することに意義があり、法理念とは正義を措いて他にあり得ない⁽⁶⁹⁾。自然的恣意に対抗しない法は、その目的を遂げないものであろう。法には、偶然という恣意性と任意性を撥ね退ける務めがある。というのも、単なる偶然、運命による決定とは、恣意的決定以外の何物でもないからだ。

あるいは、偶然性原理は、何はともあれ各患者に人工呼吸器へ辿り着く平等な機会を供するものであるということがいわれる。双方の患者が、トリアージという競合状況で同列に置かれる。しかし、これは現実にはそぐわない。二人の患者の状況が臨床的に完全に同等であるという例外事例は、あるかもしれない。しかし、通例は違う。ほぼ全ての事例で差異が生ずることになる。しかし、この場合、純粋な偶然による決定は全く以て正当ではない。むしろ、そのような決定は、我々の理性、とりわけ医療従事者の理性に対する理不尽な要求である⁽⁷⁰⁾。偶然を喧伝する者は、パンデミックにおいて高度の負担を掛けられた医療従事者に無駄働きをさせるだろう。効用喪失は明白である。我々は非常に数多の人命を規範的厳粛主義の犠牲にする⁽⁷¹⁾。すなわち、医師らは偶然性原理によって、換気したところでせいぜいほんの数時間しか生き延びないと分かっている場合でも、状況次第で、その患者を ECMO の装置へ繋げるよう強いらられるだろうが、他方で生き延び得たかもしれないがくじに外れた別の患者には、もう装置が残っていないので換気ができないということにもなりかねない。

(68) *Engländer in Hörnle et al. (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, S. 111, 139 ff.; Zimmermann a.a.O., S. 221, 249 f.; Walter NJW 2022, 363, 365 f.; Walter GA 2020, 656, 667 f., Jansen/Tillmann medstra 2022, 139, 145.*

(69) *Radbruch Rechtsphilosophie, 8. Auflage 1973, S. 119 f., 123.*

(70) *Rixen/Kersten Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 158 f.*

(71) *Huster in Hörnle et al. (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, S. 83, 89.*

3. 事後的トリアージ

特に物議を醸しているのが、所謂事後的トリアージである。何が問題なのか。COVID-19患者Aが、ちょうどECMOの装置に繋がれていた。5分後に障害者であって同じくCOVID-19に罹患した患者Bが搬送されてくるのだが、Bの方がより若く、奏功の見込みもAに対して明らかに高い。Bもまた直ちに換気されなければならない。事後的トリアージが認められないならば、障害ある患者Bは死亡するに違いないが、他方でAは奏功の見込みが劣りつつ引き続き換気される。

これが正当化的義務衝突の事例ではなく、むしろドイツ刑法34条の事例であること⁽⁷²⁾は、ここまでの内容を踏まえれば自明である。というのも、この状況は、医師が着手すべき行為に鑑みると、同一ではないからである。患者Aについては、これを為さないという義務に反して、人工呼吸器が能動的に取り去ることになる。患者Bには、これを救命し且つ作為により介入する義務に基づいて、人工呼吸器を繋ぐ必要があるだろう。不作為義務と作為義務とが対向している。この違いは、誤魔化しようがないだろう。Aの装置のスイッチを切ることは不作為だと理解する見解もある。なぜならば、医師はさらなる治療を為していないので、やはり(ただ)行為義務が向けられているからだという⁽⁷³⁾。これは、治療中止論を思い出させる。治療中止論では、ドグマ的な詭計が駆使されて、能動的行為が不作為として理解され、作為による不作為が話題とされた⁽⁷⁴⁾。トリアージでは臨死介助が問題とされるわけではないにしても、このような方法論的巧詐は依然として許容されない。何人も、能動的行為を規範的に不作為へ読み替えることはできない⁽⁷⁵⁾。したがって、Aに係る不作為義務にBに係る作為義務が対向していることに変動はない。そして、伝統的理解によると、不作為義務は、作為義務に優越するというのである⁽⁷⁶⁾。

(72) *Engländer in Matt/Renzikowski*, 2. Aufl. 2020, vor § 32, Rz. 29; *Engländer/Zimmermann* NJW 2020, 1398, 1400.

(73) *Ast* ZIS 2020, 268, 272; *Gaede et al.* medstra 2020, 129, 135; *Hoven* JZ 2020, 449, 454; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711; *Frister* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, 2021, S. 131, 147.

(74) *Roxin* in FS Engisch, S. 380, 396.

(75) BGHSt 55, 191, 202; *Mitsch* in Baumann et al. (Hrsg.), *Strafrecht AT*, 13. Aufl. 2021, § 15 Rz. 35; *Rosenau* in LK, 13. Aufl. 2023, vor § 212 Rz. 64 (im Erscheinen).

(76) *Duttge* in HK-GS, 5. Aufl. 2022, § 34 Rn. 30.

このことは、以下のような言説へ至る。医師は、A を能動的作為により殺害することは許されない（ドイツ刑法212条）が、しかしながら B を不作為により殺害することは許される（ドイツ刑法212条、13条）というのがこれである。これは奇異に聞こえるというだけでなく、やはり現に奇異である。ある事象を、純刑法理論的に作為義務違反あるいは不作為義務違反と形式的に分類することで、より良好な奏功の見込みという実体的で生命法益に向けられた基準が即詰みになる。作為義務に対する不作為義務の原理的優先など存在しない⁽⁷⁷⁾。この点について、ドイツ刑法13条の同価値性条項も説明にはならないだろう⁽⁷⁸⁾。事前のトリアージと事後のトリアージとは、原理的には同列に置かれるべきである⁽⁷⁹⁾。

これに対する反対説は、さらなる反論をもたらす。つまり、既に治療されている患者の信頼が保護される必要があるという⁽⁸⁰⁾。もっとも、医療の供給律速を伴うパンデミックにおいて専門病院で治療される者は、状況次第でさらなる患者が治療の場を求めはらずであるということを最初から諒解している。この場合、信頼は存在し得ない⁽⁸¹⁾。既存の治療契約がドイツ民法630a 条 1 項により専門の標準に基づく給付履行を患者に対して医師に強いるという民法的論法⁽⁸²⁾も、パンデミック状況では、信頼保護の場合と同様の暗黙裡に共同同意された留保が付く。加えて、患者 B が当初はその病院の別病棟で COVID-19 の治療を受けており、要するに B にも同様に診療契約が存在する、という事態はしばしばある。入院する中で初めて B に換気をしなければならなくなると、その後、既に換気されている A と競合することになる。民法的手法は、それゆえに通用しない。

(77) *Hortner* NStZ 2022, 193, 198.

(78) *Hoven/Hahn* JA 2020, 481, 483.

(79) *Rixen/Kersten* Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 160 f.

(80) *Busch* ZStW 132 (2020), 742, 777 ; *Waßmer* JA 2021, 298, 302 ; *Waßmer* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, 2021, S. 341, 353 ; *Sowada* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, 2021, S. 292, 313 f.

(81) *Lehner* DÖV 2021, 252, 61 ; *Weigend* in Hilgendorf et al. (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, 2021, S. 375, 392 ; i.E. auch *Duttge* in Bahne/Römelts (Hrsg.), Lebenswert in Verantwortung, 2022, S. 147, 155.

(82) Vgl. *Spickhoff* NJW 2021, 1713, 1714.

法的安定性という論拠は、かねて（ヴィッテンベルクの）アイケ・フォン・レプゴーがザクセンシュピーゲルに書き記した規則、すなわち「先即制人〔*Wer zuerst kommt, mahlt zuerst*〕⁽⁸³⁾」へ辿り着く。最近のドイツの言い方なら、「早い者勝ち〔*first come, first served*〕」とでもなろうか。この先着原理は偶然性原理へ辿り着く⁽⁸⁴⁾。というのも、AはBより5分早く換気されたがゆえにという根拠は、あらかた偶然的なものであり、疾患とは意味的に結び付けられていないからだ。遠路、渋滞、用を足しに行く看護師等々。偶然性原理という恣意性がこの場面では説得的でないことは、上述したとおりである（Ⅲ. 2.）。

これらの考察は、既に治療されている患者Aと新たに治療されるべき患者Bとの間で臨症的な奏効の見込みに明らかな開きがある場合はいつでもBへの救護がドイツ刑法34条の意味において本質的に優位となり⁽⁸⁵⁾且つ事後的トリアージが行われるべきであるとするための、闘いである⁽⁸⁶⁾。

Ⅳ. 立法者と感染症予防法5c条におけるトリアージ規制

1. 不利益待遇の禁止

立法者は、パンデミックという状況と関連して、今やトリアージを感染症対策内で規定し、同対策内に感染症予防法5c条を入れ込んだ⁽⁸⁷⁾。あからさまに差別的な見地は感染症予防法5条1項にいう不利益待遇の禁止により阻止されるとした点は、肯定的に捉えるべきだ。真剣に議論され且つ法的にも医療倫理的にもいずれにせよ支持できる予防接種というメルクマール⁽⁸⁸⁾でさえ、肯定

(83) „Die ok irst to der molen kumt, die sal erst malen “〔何人も初めに臼に來れば初めに碾くべし〕, *Sachsenspiegel Landrecht II*, 59, § 4.

(84) *Duttge in Bahne/Römel* (Hrsg.), *Lebenswert in Verantwortung*, 2022, S. 147, 156 ; auch *Engländer in Hörnle et al.* (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2021, S. 111, 145.

(85) A.A. *Kuhli in Hilgendorf et al.* (Hrsg.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, 2021, S. 231, 246.

(86) *Rosenau in SSW*, 6. Aufl. 2023, vor § 32, Rz. 60 ; 似たような見解として, *Gaede in Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl. 2021, Rz. 1793 ; *Kubiciel in Hilgendorf et al.* (Hrsg.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, 2021, S. 217 : 226 f.

(87) BGBl. I 2022, 2235 ; 附録参照。

的な選出基準としては一応除外されている⁽⁸⁹⁾。これにより、2項1文と相俟って、奏功の見込みだけが区別基準として残ることになる。

この規制は実に上手くいっていない。ばか丁寧で、時にやかましい。規定振りからして、下手の大連れ、混ぜ過ぎの粥、立法をよく知った法律家によるまともな一手を欠いていたことが見て取れる。

2. 正当化事由

立法者は常々、義務衝突は正当化事由である、としてきた。というのも、割当決定を行うことが許され、それに伴って捨て置かれた患者の死亡も惹起されるからだ。事実上、感染症予防法5c条は、その適用範囲の枠内で、正当化的義務衝突及び正当化的緊急避難の特別規定という性格が与えられるべきである。立法理由の中では、刑法的には全て元のまま、つまり総則規定、特に義務衝突について変動はないし、本法はそれらにつき何も変える「意思も責務も」ない⁽⁹⁰⁾と言っているが、蹉跎を来している。感染症予防法5c条は刑法へ影響を及ぼしており、一方では法秩序の統一性原理からの要請、他方では特別法優先原則からの方法論的帰結がそれである。後法優先原則が補強的に付け加わる。決定的なのは法律であり、上記の点につきやや言い訳がましい立法理由ではない。

3. 現在及び短期の生存蓋然性という概念

立法者は、連邦憲法裁判所の表現を取り込んで、感染症予防法5c条2項でトリアージの実施につき「現在及び短期の生存蓋然性」として特徴付けられる奏功の見込みだけを許容する⁽⁹¹⁾。

問題は、明確で鮮明な境界線が、急性疾患と虚弱性・障害との間に必ずしも引かれていないことである。そのような区別は完全に不可能であって医療的に使えないだろうという主張⁽⁹²⁾は、確かに大袈裟だ。しかし、現有の虚弱性や身体的障害を急性疾患から綺麗に引き去るのは、容易くできることではな

(88) この点については、Hörnle Ethik Med 2022, 481, 491 f.

(89) Sternberg-Lieben ZfL 2022, 11, 18 ; BT-Drucks. 20/3877, S. 21.

(90) BT-Drucks. 20/3877, S. 20.

(91) Vgl. BVerfG, NJW 2020, 380, 387, Rz. 123 : 「……現在及び短期の生存蓋然性のみに従って」決定される「ことが確かなとき」とする。(強調筆者)

(92) Gutmann/Fateh-Moghadam ZRP 2022, 130, 131 f.

い⁽⁹³⁾。これに、選択度の問題と適用のグレーゾーンとが既に構えている。

4. 事後的トリアージの将来的可能性

事後的トリアージの問題領域にもう一度言及したい。立法過程には紆余曲折があった。当初、トリアージは完全に度外視されていた⁽⁹⁴⁾。中間段階で、表向きはプ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た。すなわち、「延命に不可欠な集中医療的治療能力が既に割り当てられており、パンデミックに制限されて十分には存在しない場合、……3年以上の集中治療経験があって実際に働いており……且つ集中治療の追加研修を受けた複数の専門医であって、その患者を……相互独立して精査した者らによる……割当決定が、一致して行われなければならない」⁽⁹⁵⁾。この案は激烈な反発を受けることとなり、こうした見解は幾日も持たずに即撤回され、政府草案は180度の大転換を遂げる結果となった。「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、割当決定から除外される」⁽⁹⁶⁾。感染症予防法5c条2項4文は、事後的トリアージを除外する。しかし、事後的トリアージはパンデミックと無関係でも容易く考えられる。例えば、停電、技術的故障、戦争状態などにより、血液在庫等の救命資材や医薬品がほとんど自由に使えなくなる場合などである。このような場合に感染症予防法5c条の規制が類推されて正当化が阻却されるのだろうか。

実際そのようなことはなく、基本法103条2項にいう類推禁止に抵触するだろう。恐らく、立法理由のやや不透明な文章は、「刑法的観点において、総則規定、とりわけ慣習法で承認された正当化的義務衝突に関する枠組みに変動はない」という趣旨⁽⁹⁷⁾で解されるべきである。感染症予防法5c条は、特別法として、目下のところパンデミックという事例に特化して仕立てられたのだから、やはりパンデミックという事例に具体的に適用されるにとどまる。パンデミックの場合だけ、一般的義務衝突という慣習法的規定及びドイツ刑法34条へ

(93) *Eufinger/Klemm* MedR 2023, 200, 201.

(94) Formulierungshilfe für die Fraktionen der SPD, Bündnis90/Die Grünen und der FDP.

(95) Zitiert nach dem Abdruck im Tagesspiegel vom 6.5.2022 (強調筆者)

(96) BT-Drucks. 20/3877, S. 7 f. (強調筆者)

(97) BT-Drucks. 20/3877, S. 20. この意味において、*Kubiciel/Wachter* medstra 2023, 86, 89.

の依拠は、もはや考慮されない。パンデミック状況と無関係にトリアージを判断するあらゆる場合に、正当化的義務衝突やドイツ刑法34条をも含めた総則規定が再び妥当する。換言すれば、事後的トリアージは、感染症予防法5c条2項4文により、単に同条の適用領域内で除外されているに過ぎない。したがって、事後的トリアージは決して昔話ではない。

5. おわりに

立法者は、短く端折って最低限の解決策を感染症予防法の枠内で規定したに過ぎない。最終的且つ包括的な規制の欠如は一方で遺憾とされるべきである。他方、この小さな解決策には肯定的な面もある。法律で表明された事後的トリアージの禁止は、説得的なものではない。しかし、この禁止は、なおもパンデミックと無関係に検討可能である。かくして、トリアージに我々刑法学者らは引き続き携わらなければならないのである。

附録

ヒト感染症の防止及び制圧に関する法律(感染症予防法-IfSG)

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十分には存在しない場合の手続

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に関して医師が決断する場合（割当決定）、特に障碍、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志向を理由として、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治療的治療能力が、第1文の意味において、ある病院に十分には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治療的治療能力を以て賄われ得ない場合。
2. 関係する患者に他の集中医療的治療が不可能な場合。とりわけ、以下のいずれかの理由から切替が考慮されないとき。
 - a) 健康上の理由。
 - b) 当該病院に供された知見によれば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 割当決定は、関係する患者の現在及び短期の生存蓋然性に基づいてのみ行うことが許される。併存疾患は、その重篤さや組合せが、急性疾患に関して短期的な生存蓋然性を著しく減殺する場合に限り、現在及び短期の生存蓋然性の判定に際して考慮することが許される。特に障碍、年齢、残りの中長期的な平均余命、又は脆弱性及び生活の質の程度のような、現在及び短期の生存蓋然性に作用しない基準を、現在及び短期の生存蓋然性の判定に際して考慮することは許されない。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、割当決定から除外される。

第3項 割当決定は、以下の各号を満たす二名の医師により一致して行われなければならない。

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. 集中治療の領域における複数年の経験を有すること。

4. 割当決定の対象とされた患者を相互独立して精査したこと。

一致に至らない場合、割当決定の対象とされた患者は、さらにもう一名の同等に資格のある医師により精査されなければならない。割当決定はその多数決で行われなければならない。割当決定に参画した医師の内、一名の医師だけを割当決定の対象とされた患者の直接的な治療へ加えることが許される。障害又は併存疾患を有する患者が割当決定の対象とされる場合、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必要がある。割当決定の対象とされた患者の精査、割当決定への協力及び第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 割当決定の時点で対象とされた患者の治療に責任のある医師は、以下の事項を記録しなければならない。

1. 割当決定の基礎に置かれた情況。
2. 誰が割当決定に参画したか、誰が諮問を受けたか、如何に彼らが評決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、手続案内において少なくとも以下の事項を定めておく義務を負う。

1. 割当決定への協力を管轄する医師を指名するための手続。
2. 第3項に従った決定過程の組織的履践。

病院は、手続案内の遵守を確保しなければならない。また手続案内を少なくとも一年に一回はさらなる改善の必要性に関して再考し、適合させる必要がある。

第6項 病院は、割当決定を、遅滞なく、病院計画を管轄する州当局へ届け出て、割当決定の時点で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当局に報告することで、病院計画を管轄する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角が初めて割当決定を届け出られて以降六箇月以内に、しかしながら遅くとも2025年12月31日までに、この規程の外部評価を委託する。評価対象は、特に以下の事項である。

1. 差別から保護するための事前措置を創出し、且つ行為する医師のために法的安定性を確保する、という目標の到達。
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文により作成すべき手続案内とが医療実務へ及ぼした影響。

評価は、学際的に、特に法的、医療的及び倫理的知見の根拠に基づき、その都度半数ずつ連邦司法省及び連邦議会から指名される独立した専門家により実施される。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、適宜参画を求めなければならない。連邦保健省は、ドイツ連邦議会に、遅くとも委託から一年後、評価結果及びその結果に対する連邦保健省の立場表明を伝達する。

〔監訳者あとがき〕

本稿は、2023年4月11日に開催された比較法研究所公開講演会における講演原稿の全訳である。

講演者のヘニング・ロゼナウ教授は、1964年、ドイツ・ニーダーザクセン州のエープシュトルフでお生まれになった。その後ゲッティンゲン大学およびフライブルク大学で法律学を学ばれ、1992年に第1次国家試験、1996年に第2次国家試験に合格された。その間、ゲッティンゲン大学でハンス・ルートヴィヒ・シュライバー教授の助手を務められ、1996年に博士号を、2005年に教授資格を取得されている。1年間の裁判官としての勤務を経て、2006年からアウクスブルク大学教授に着任された後、2015年からハレ・ヴィッテンベルク大学で刑法・刑事訴訟法・医事法講座教授および同大学の医療・倫理・法学際研究センター（IWZ MER）所長を務められている。また、2016年からは、ロベルト・コッホ研究所に附置されている遺伝子診断委員会の委員長をお勤めである。

ロゼナウ教授は、ドイツにおける医事法、医事刑法分野の第一人者であり、関連論文は数え切れない。今回は、ドイツの刑事法専門誌 *Goldammer's Archiv* に掲載されたご論文「Triage - Das BVerfG, das Strafrecht und der Gesetzgeber des § 5c IfSG」（GA 3/2023, 121）の概要をご報告いただいた。コロナ禍を経て、トリアージをめぐる法的問題が自覚された今、ドイツの議論状況を知る機会として貴重なものであると考え、ここに全訳したものである。

訳出は、北尾が下訳を行い、仲道が全体を校閲する形で行った。原文のイタリックは、強調を意味する場合については訳文上圏点で表したが、人名および外国語表記の場合については、特段訳出上の処理は行っていない。また、原文のコロン、セミコロンは文脈に応じて句読点で表した。原文の丸括弧は、訳文においても丸括弧で表記した。亀甲括弧は、原語の併記を含む訳者による補足である。