

## 优先救治决策困境中的合法行为

[德] 卡斯滕·格德 米夏埃尔·库比策尔  
弗兰克·萨利格 米夏埃尔·桑比卡基斯 著  
郑童译\*

---

**内容提要：**尽管在生命之间无法进行利益权衡，但是如果医疗资源不足以同时救治所有病患，医生就必须决定对哪些患者给予优先救治。这种两难困境中蕴含了一系列法律问题：医生应当依据什么标准作出决策？伦理道德难题是否是法外之地？医生的决策会导致哪些法律后果？对此提出了六点意见：第一，出于法安定性的考量，国家应当就优先救治困境下的决策标准和程序制定相应规范；第二，在立法缺失的情况下，司法实务和法学理论应当从现行法出发提出解决方案；第三，优先救治情形具有重大特殊性，刑法应当在保障基础平等权的前提下对医生的决策行为予以合法解释；第四，运用正当化的义务冲突理论，可以对医生不予救治的行为予以合法处理，初次救治应当以临床救治前景作为决策标准；第五，运用正当化的义务冲突理论，也可以对医生中止治疗的行为予以合法处理，重新分配应当遵循更为严格的标准；第六，医学专业协会提出的临床伦理建议为解释现行法提供了参照标准，也应当适用于法律领域。

**关键词：**新冠疫情 优先救治 伦理道德困境 医疗刑法 正当化的义务冲突

---

在当前抗击疫情的过程中，有时会出现可用医疗资源有限，不足以使医生同时救治所有病患的情形。然而针对此种情形的法律规定却暂付阙如，因而，为破解优先救治的决策困境，学界提

---

\* 卡斯滕·格德 (Karsten Gaede)，汉堡博锐思法学院德国、欧洲、国际刑法和刑事诉讼法教授，医疗刑法、经济刑法和税务刑法教授，医疗法研究所所长；米夏埃尔·库比策尔 (Michael Kubiciel)，奥格斯堡大学德国、欧洲、国际刑法和刑事诉讼法教授，医疗刑法和经济刑法教授；弗兰克·萨利格 (Frank Saliger)，慕尼黑大学刑法、刑事诉讼法、经济刑法和法社会学教授，拉德布鲁赫基金理事会会长；米夏埃尔·桑比卡基斯 (Michael Tsambikakis)，帕绍大学刑法和刑事诉讼法名誉教授，桑比卡斯律师事务所合伙人，刑法和医疗法方向专业律师；郑童，慕尼黑大学法学院博士研究生。

本文为国家建设高水平大学公派研究生项目 (学号：201607070038) 的阶段性成果。

本文德语标题为 *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*，发表于《医疗刑法杂志》(Zeitschrift für Medizinstrafrecht) 2020年第5期，第129-137页。本文的翻译和发表得到了全部作者的授权。

出了多种理论方案。有观点认为，优先救治的决策标准应由医生判断；但也有观点主张，相关决策的做出必须依照社会标准，例如根据患者年龄，或者通过抽签程序。这些决策标准问题只是争论的一个方面，除此之外，根据这些标准所做之决策将会产生什么样的法律后果，同样莫衷一是。本文即结合这种医学伦理争论，基于现行法的规定，对上述亟待澄清的法律问题予以解答。本文主张：医生有能力同时也应被允许，依据医学标准和医疗程序做出合法（阻却违法）的优先救治决策，这种决策并不违背规范意义上的人之基础平等权。

## 一、核心观点

1. 在优先救治决策困境中，医生需要法的安定性为其保驾护航。不能让这些肩负救治义务的医生仅仅凭借个人良知来决策，国家与法如若坐视不管，便是将全部伦理责任和大量赔偿风险都转嫁给了医生。

2. 立法者应当为优先救治制定相关规范。如果立法者未能履行其职责，那么法学理论和司法实务就必须直面这一救治冲突问题，只要医生根据顾及每个人基础平等权的医学伦理规范行事，便应对其行为予以合法评价。

3. 当医疗资源紧缺到优先救治决策无可避免地事关病人潜在的生死时，如果不存在妥善救治全体病患的可能，也就不应当主张医生的行为是违法的。在丧失优先救治机会的情形下，个别患者应当主张的是平等分享稀缺医疗资源的权利。

4. 如果医生从一开始就没有对一些出现临床症状的患者实施重症监护治疗，原因在于：尚有另外一些出现临床症状的患者，他们有同样的或者更好的临床救治前景。此时医生的行为是合法的，并非仅仅可以免责（阻却责任）。

5. 如果一些患者尚具有持续的临床症状，但是医生对其中止了重症监护治疗，例如撤回其正在使用的呼吸机，原因在于：另外一些患者明显具有更好的临床救治前景，不中止治疗前者便无法救治后者。此时医生的行为同样是合法的，但无论如何都不允许只凭年龄来判断救治前景。

6. 在优先救治问题上，医学专业协会提出的临床伦理建议，基本上涵盖了具有法律效力的决策标准和决策程序。只要医生遵守专业协会的建议，在必要时考虑向其他医疗机构转移患者的可能，并且在对某一患者做出中止治疗决策时，确实是为了救治其他明显具有更好救治前景的患者，那么，医生就不用承担任何刑事和民事责任。

## 二、具体论证

### （一）优先救治：两难困境中的决策

严重急性呼吸综合征冠状病毒 2（Corona-Virus Sars-CoV-2）引发了一场世界范围的大流行病，在抗击疫情的过程中，德国医疗卫生系统可能达到其收治病人的极限容量。人们有理由担

心，治疗 2019 冠状病毒（COVID-19）所必需的重症监护病房以及现有的呼吸机数量难以满足实际需求。如此一来，就必然要对稀缺资源进行分配。在此可以区分两类典型情境，但是这种区分本身并不构成对此二者在法律上进行不同评价的充足理由。

在第一种情形中，医疗资源目前或者即将告罄，不足以救治所有病患，那么此时，在不断被送进医院的危急患者之中，谁可以接受重症监护治疗，谁不能呢？据媒体报道，很多医院已经为这种抉择情形做好了准备。在第二种情形中，所有的重症监护病床都已然用尽，因此问题只在于，是否可以对现有医疗资源进行重新分配呢？具体说来：如果相较于一位正在接受治疗的患者，另有一位尚未接受治疗的患者有着更好的治愈前景，并且后者若得不到重症医疗帮助便会死亡，那么此时，是否可以对前者中止治疗，将其呼吸机转用于救治后者呢？

上述两类情形的共同特性在于，其决策时都面临着困境：不同患者的治疗需求之间存在冲突，或者更确切地说，医生针对不同病人的救助义务之间存在冲突，这种冲突既无法达致实践中的调和，亦无法通过一种同时满足各方基本权利的方式来解决。<sup>〔1〕</sup>毋宁说，有关医疗资源分配的每个决策（或者不做决策），都将不可避免地导致一个生命逝去。

这些不仅关乎病人生死而且也给决策者自身带来心理压力的决定，最终必须由医生来做出。医生在法律上负有救助义务，但是对他们而言，并不存在任何一种理想方案能够完美解决这种决策困境。在此种情形下，我们至少应该为医务人员提供规范性的行为指引以及法的安定性。与此相对，如果将解决冲突的“主要责任”分配给医生，让他们凭借个人的“良知决定”来进行判断，<sup>〔2〕</sup>那么实际上这意味着，将医生孤身弃置于道德的困境，进而还让他们承担巨大的法律风险（职业风险、民事甚至刑事责任）<sup>〔3〕</sup>。

## （二）优先救治：国家或法规的真空地带？

在德国现行法中，关于如何分配稀缺医疗资源以及与此绑定的生存机会，没有任何具体规定。进一步来看，对于不予治疗或者中止治疗并由此导致病人死亡的分配决策可能造成的法律后果，同样也找不到任何详细的法律依据。

面对这样的情形，如果要为医生提供规范指引并使其免遭责任风险，有两条路径可以考虑。其一，立法者可以通过立法来明确决策标准和决策程序，以此维护法的安定性；过去几周所采取的一系列令人印象深刻的措施已经表明，立法者有能力迅速行动，做出涉及面广泛的法政策决定。其二，如果立法者不采取行动，那么法学理论和司法实务便要承担起这个任务，对刑法条文（尤其是德国《刑法典》第 212 条和第 13 条）发展出一套合理的解释方案，以充分考虑上述决策情形中的两难困境。

本文主张，在一个民主法治国中，此时的“主要责任”应当由立法者而非法学理论和司法裁

〔1〕 有关实践中的调和（praktische Konkordanz），可参见 *Lübbe-Wolf*，FS Kirchberg，2017，S. 143 ff.

〔2〕 德国伦理委员会大体上持此种态度，参见其 *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*，Ad-hoc-Empfehlung v. 27. 3. 2020，S. 4.

〔3〕 此处相关信息可参见 *T. Zimmermann*，Legal Tribune v. 23. 3. 2020，载 <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-straftrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl>；*von der Meden*，Legal Tribune Online v. 27. 3. 2020，载 <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-pandemie-triage-aerzte-entscheidungen-anleitung-prozesse>.

判承担。<sup>〔4〕</sup>之所以将“主要责任”分配给立法者，恰恰是因为在此种困境之中，每个人的合法生存权益无法都获得实质性的满足，进而用以解决救治冲突的标准便往往决定着患者的生死，因此这一标准具备民主正当性就显得尤为重要。但是对此，德国伦理委员会（Deutscher Ethikrat）持相反意见，他们认为国家不得评价人的生命，因此也不能立法规定“在冲突情况下，谁的生命应当被优先救治”。即便是在紧急状态下，国家不仅有义务“救助尽可能多的生命”，而且“必须首先保障法秩序的基础”。<sup>〔5〕</sup>保障人的尊严要求一种“平等主义的基础平等权”（egalitäre Basisgleichheit），此种基础平等权排斥任何对生命价值的评估与贬损。<sup>〔6〕</sup>但是面对道德困境不做出决定而听凭所有病人死去，显然也是“非理性”的，<sup>〔7〕</sup>因此医生应当根据“考虑周全的、有理有据的、公开透明的和尽可能统一适用的标准”来得出“良知决定”<sup>〔8〕</sup>。然而，对于标准究竟是什么、如何才能救助“尽可能多的生命”，德国伦理委员会却只字未提。毋宁说，其向立法者所提的建议，实际上又退回到了不可知论的立场。<sup>〔9〕</sup>但是，这种立场未能解决的问题在于：法律适用者是否应当对所有可能出现的行为均予以同等评价，亦即将所有的决策可能都判定为同等合法或者同等违法。<sup>〔10〕</sup>这样一种完全不进行法与规范上的评价的方案，一方面，根本无法被做决策的医生，还有相关病患（及其家属）所接受。即便将伦理委员会的表述理解为，至少针对前述第一种情形，存在空间将所有可能的决定（无论收治任何一个病患）都认定为同等合法，但这种空间的范围终究还是需要进一步明确的。另一方面，国家负有义务，保护人的尊严以及《基本法》第2条第2款第1句规定的生命权，如果完全放弃在法律层面上做出规定，亦即放弃在不损害基础平等权的前提下对此种救助义务冲突的情形予以规制，那么就有悖于国家应当承担的保护义务。

反对针对救治冲突问题制定标准的立场，例如伦理委员会的前述主张，还存在一个问题：其在“保障所有人的基础平等权”与“不能制定作为法律基准的有效力的决策规范”之间划上了等号。本文同样认同所有人的基础平等权这一立场，但承认此种平等权并不意味着，必须摒弃所有对救助义务予以分级处理的方案。事实上，由此更应当根据伦理学，<sup>〔11〕</sup>尤其是医学专

〔4〕 同类观点可参见 *Schöne-Seifert*, *Frankfurter Allgemeine* v. 31. 3. 2020, S. 11. 另外还可参见有关生存机能的分配 *BVerfGE* 33, 303, 345 f. 以及目前为止有关器官分配的标准 *LG Leipzig*, S. 20 ff. 和 *OLG Dresden* medstra 2020; 更多论证可参见 *Gutmann/Fateh-Moghadam* *NJW* 2002, 3365, 3366; *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 7 f.; 核心观点可参见 *BGH* medstra 2017, 354 - Rn. 34; keine annähernd bestimmten Vorgaben aus dem TPG.

〔5〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4 f.

〔6〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4.

〔7〕 参见 *Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 3. Aufl. 1919, S. 765.

〔8〕 德国伦理委员会（前引〔2〕），S. 4.

〔9〕 这使人联想到法外空间的理论，根据该理论，类似冲突情形不应当被（法秩序）评价，个人行为的正确性只能交由其自我（良知、宗教和道德观）负责；此观点参见 *Arthur Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, S. 232.

〔10〕 参见 *Merkel*, *FAZ* v. 4. 4. 2020, S. 11. 他认为：法律不应对此情形加以规定，因此医生可以选择自己想治疗的人；法律不应干预医生的决策，医生可以遵照临床或伦理规范决策，也可以不；即使医生做出了道德错误的决策，人们也只能“把牙齿咬碎了往肚子里咽”。反对观点参见 *Brech*, *Triage und Recht* (2008), S. 355. 他认为：“法律必须批准医生对一部分患者的决策，并将其解释为合法的行为。否则法秩序就放弃了其对理性和相容性的基本主张。”

〔11〕 参见 *W. Lübbe*, *Verfassungsblog* v. 15. 3. 2020, 载 <https://verfassungsblog.de/corona-triage>.

业协会<sup>[12]</sup>的观点，基于法伦理制定相关的规则。<sup>[13]</sup>医学专业协会的指导性建议包含了决策标准和程序规范，其指导方针尤其反对根据年龄或者社会性的标准<sup>[14]</sup>来解决救治冲突，因此并不违背人与人之间在规范意义上的基础平等权。

本文主张将上述医学专业协会的指导性建议移用至国家的法体系中，默克尔（Reinhard Merkel）此前基于《航空安全法》所提出的理由，并不构成对本文主张的反驳。针对可否击落被劫持的客机以挽救其他人生命的问题，默克尔认为：法应当优先区分人与人之间的权利范围，但不得强迫人与人之间保持团结。由此，他进而主张：国家不得强迫任何人容忍自己的死，即便其死亡可以挽救他人。<sup>[15]</sup>然而，这两项主张的前提条件都非常严苛，<sup>[16]</sup>而且彼此之间也并没有严格的派生关系。<sup>[17]</sup>除此之外，更有待澄清的是，默克尔的思路是否适用于这里所讨论的优先救治情形：击落一架被劫持的客机，毫无疑问构成了国家对他人权利范围的无法正当化的干预，也就是一般所说的：主动杀人行为；<sup>[18]</sup>但是，这一结论能否适用于优先救治的所有决策情形呢？答案绝对不是肯定的。<sup>[19]</sup>

### （三）刑法与优先救治：规制框架和原则

从本文立场出发，立法者就优先救治困境的决策标准和决策程序制定规范是可行的。但是，如果立法者没有（如预期那样）在立法层面制定相关规范，那么医生就必须做出抉择，进而法律人也必须以刑法为基准来检视医生的行为。如果我们认为这一问题不应隶属于法外空间，那么无论是从一开始就对重症患者不采取治疗，还是随后对重症患者中止其正在进行治疗，这些行为都有可能被评价为故意或者过失地触犯了杀人罪。接下来，法学理论和司法实务特别（ad hoc）

[12] 来自德国重症监护和急诊医学跨学科协会（DIVI）、德国跨学科急救与急诊医学会（DGINA）、德国麻醉学和重症监护医学学会（DGAI）、德国内科急重症医学协会（DGHN）、德国肺病学呼吸医学学会（DGP）、德国姑息治疗协会（DGP）以及医学伦理学研究院（AEM）的临床伦理建议，Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie. 25. 3. 2020.

[13] 相关标准的更进一步论证参见下文（四）、（五）和（六）。

[14] 但是，支持考虑年龄和其他社会标准来做决策的观点可参见 *Hoven*, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020, 载 <https://www.faz.net/inspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html>. 还可参见 *Huster*, Verfassungsblog v. 22. 3. 2020, 载 <https://verfassungsblog.de/grenzen-der-solidaritaet>. 但是，这种立场无法与基础平等权的要求相吻合，而且如果医生在解决冲突过程中，遵照了那些与社会标准相反的自我评估的临床标准时，会面临刑事处罚。对这种观点的有力反驳可参见 *Brech* (前引 [10]), S. 357. 他认为：这种社会标准与德国《刑法典》第 212 条所保护的“生命”法益之间缺乏必要的“内在联系”，对社会标准的（不予）考虑可能在刑法上更具有普遍意义。

[15] *Merkel*, JZ 2007, 373, 381; 其他观点: *Hillgruber*, JZ 2007, 209, 217.

[16] 鉴于彼此保护和互相团结的思想推衍出了大量法律义务，因此人们可能会怀疑法律应当首先确保自由而不是强迫大家互相团结。

[17] 现行法在多大程度上受团结义务的影响，个人是否也必须为拯救他人而容忍自己被杀，这些都找不到依据。即便承认彼此间的团结义务，也可以对此适用可期待性限缩，从而排除对自己生命的危险甚至牺牲。（参见德国《刑法典》第 323 条 c 第 1 款）

[18] 同时可参见 *BVerfGE* 115, 118, 157 (《航空安全法》判决)：根据德国《基本法》第 1 条第 1 款“简直难以想象，基于法律的授权故意杀死这些处于绝望境地的无辜之人，一旦有必要就容忍类似的无法衡量（鉴于存在紧急状态并且行为上别无他选，作者注）”。但是，联邦宪法法院第一庭的上述表达及其推理的重要部分，都是为射击被劫持飞机案而量身打造的，这也是为什么该判决无法预测此处正在讨论的问题。

[19] 当医生决定哪个患者应获得最后一台可用的呼吸机时，他并没有侵犯那个未获帮助患者的权利领域；他并没有积极的杀死那个患者，只是没有挽救他。这在优先救治的第二类情形中，即为挽救另一位患者而撤回了一位患者正在使用的呼吸机，情况是否会有所不同，下文（五）会对此加以讨论。

要直面的问题就是，优先救治情形是否以及多大程度上蕴含着规范层面的重大特殊性，亦即在做出法律评价时必须加以考量的特殊性。

### 1. 优先救治的特征：极端时间性和集体性特质

优先救治问题的特殊性表现为：极端时间性特质，以及与资源紧缺相关联的集体性特质。<sup>〔20〕</sup>一方面，极端时间性特质首先意味着紧迫的时间压力，医生必须在极为短暂的时间内决定如何将维持生命的医疗资源（例如呼吸机）分配给生命垂危的病患。另一方面，极端时间性特质还体现在，为了确保稀缺的医疗资源能够发挥其最佳救助效果，在（或长或短的）一段时间之后，医生对于此前做出的优先救治决策是否应继续适用，又必须再进行审视。病人的情况各不相同并且处于动态变化之中，因而，当多个病人病情濒危时，医生的责任就不仅仅是，确保其做出的优先救治决策——只在某个偶然的时间点——对所有病人都是公正的。换言之，资源配置或者说解决救治冲突的问题，并不是一次性的问题，而是持续性的问题。所以，任何试图解决优先救治决策问题的规则，都不能只处理对医疗资源的一次性分配，毋宁其所确立的标准，必须能够持续适用于救治冲突情境的所有阶段。

与资源紧缺关系更加密切的另一特征在于：优先救治情形的集体性。这种集体性特质表现为，所有患者的基础平等权其实都受到优先救助决策的影响，亦即需要公平考量所有人的生存权益和生存机会。<sup>〔21〕</sup>就此而言，那些在个体性医患关系中已经确立的权利地位，都已不再适用于当下情形，优先救治涉及的只是平等分享稀缺医疗资源的权利。根据一般标准，医生对全部收治病患都负有保证人地位。<sup>〔22〕</sup>但在优先救治的特殊情形中，医疗资源必须以有利于所有人（集体）的方式来使用，因而个别被收治的患者对此并不享有绝对权利。<sup>〔23〕</sup>此种集体性特质在“超越单个事件的”<sup>〔24〕</sup>优先救治情形中表现得尤为明显，诸如战争或者全球性大流行病，此时国家、民族甚至全人类的命运都受到了威胁。

对于上述两项特征，医学专业协会的临床伦理指导建议都已加以考量。<sup>〔25〕</sup>以瑞士医生协会提出的指导方针为例，鉴于情况的极端时间性，其规定医生可做出先行优先救治决定，进而在适用过程中，至少每隔48小时，再根据一系列临床标准审查先行方案是否应当继续适用。<sup>〔26〕</sup>

### 2. 生命之间无法衡量——对基础平等权的保障

问题在于，从优先救治决策的上述特殊性出发，是否可以得出另外的论断，亦即不同于本文

〔20〕 针对基于存在主义的义务冲突情况分析可参见 *End*, *Existentielle Handlungen im Strafrecht. Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie Karl Jaspers*, 1959, S. 15 ff.

〔21〕 这里不考虑那种极其罕见的特殊情况，即个别患者可以主张例如对呼吸机或者一些耗材的绝对权利。

〔22〕 关于“事实接管”的内容可参见 *AnwK/Gercke/Hembach*, 3. Aufl. (2020), § 13 Rn. 12; *NK-StGB/Gaede*, 6. Aufl. (2017), § 13 Rn. 38 ff.

〔23〕 *Kubiciel*, *JZ* 2009, 600, 604 f.

〔24〕 “限于单个事件的”优先救治情形是指：由单一灾害（例如公交车、火车和轮船事故，地震，海啸或者火山爆发）引发的优先救治情形。

〔25〕 *Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie* (前引〔12〕)，S. 2 und S. 4.

〔26〕 参见瑞士医学科学院 (SAMW), *Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit*, 24. 3. 2020, S. 6; 支持观点 *Schöne-Seifert*, *FAZ* v. 31. 3. 2020, S. 11.

开篇已经提出并且接下来将会继续具体论证的观点？事实上，当前确实也出现了其他不同的声音。<sup>[27]</sup>但是，认为任何措施都可以因当下的特殊情况而被正当化的主张，是不正确的。因为，无论在道德层面，还是在法律层面，优先救治情形所涉及的特殊性，都不会导致此前一直适用的那些原则全部归于无效。<sup>[28]</sup>当下应当做的，只是正确地在相关的法律（尤其是宪法）关系中，对医生在优先救治情形下所承担的义务以及采取的行为（作为或者不作为），进行归类分析。此处的基本点在于：从每个人都必须被尊重之中，可以推导出生命之间无法衡量的原则，而即便在新冠疫情下的优先救治决策困境中，这一原则仍旧不可动摇。<sup>[29]</sup>正如联邦宪法法院所明确表述的：每个人的生命本身都同样有价值，无论其生命存续时间的长短，都享有同样的宪法保护。<sup>[30]</sup>即便在优先救治决策困境中，宪法的规定也不允许被突破。宪法上尤其禁止的是，根据病人的性别、出身、年龄、社会地位或者社会角色来挑选被优先救治的人。<sup>[31]</sup>一个行为，如果只能通过衡量生命之间的价值、进而贬损某一个或者多个需要帮助之人的价值来证成的话，就不能被视为是正当的。即便在灾难扩大升级的情况下，我们法律体系的宪法基石也绝不能被虚置，这是为一个法治国所不容的。<sup>[32]</sup>

#### （四）对不实施救治行为的正当化

即便是在新型冠状病毒全球大流行期间，优先救治决策既不应被视为法外之地，也不能被视为全部正当。问题毋宁在于，针对不实施救治的行为，亦即基于重症监护治疗容量不可能实施救助的行为，做出优先救治决策应当适用什么样的法律框架。<sup>[33]</sup>其中特别需要澄清的是，医生的不作为能不能被正当化（阻却违法），或者说法律应不应以其他方式容忍这种不作为。

##### 1. 优先救治问题的刑法教义学定位：正当化的义务冲突

在探寻上述问题的刑法解答时，此处充分可用的教义学理论是：习惯法已经承认的正当化（阻却违法）的义务冲突。这一理论的核心观点是：如果需要同时履行两项保护他人法益的行为义务，然而基于实际情况只能满足其中之一，此时刑法不能强迫公民做不可能之事。因此，只要公民在价值不同的法律义务发生冲突时选择了价值较高的那一项，或者在价值相同的法律义务发生冲突时根据自己的选择履行了其中任何一项，那么他的行为就不违法。<sup>[34]</sup>

虽然现今有少数人仍旧坚持认为，在价值相同的义务冲突面前，医生的行为只能免责（阻却

[27] *Hoven*, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

[28] 此主张见于 *Graf-Baumann*, Stichwort: Katastrophenmedizin, in: Eser u. a. (Hrsg.), *Lexikon Medizin, Ethik, Recht*, 1992, Sp. 589.

[29] 德国伦理委员会（前引 [2]），S. 4；*Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie*（前引 [12]），S. 3；*T. Zimmermann*, LTO v. 23. 3. 2020；*Hilgendorf*, LTO v. 27. 3. 2020；*Papier*, SZ v. 1. 4. 2020. 更多发展趋势可参见 *Hoven*, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

[30] *BVerfGE* 115, 118, 139, 158（《航空安全法》判决）。

[31] 德国伦理委员会（前引 [2]），S. 4；*Graf-Baumann*（前引 [28]），Sp. 591；*T. Zimmermann*, LTO v. 23. 3. 2020. 支持考虑年龄和患者对他人的特殊责任的观点参见 *Hoven*, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

[32] 德国伦理委员会（前引 [2]），S. 4；*Volkman*, FAZ v. 1. 4. 2020. S. 14. 他认为：任何措施，只要与“尊严权的核心要素”产生不可调和的矛盾，就会触及实施的底线。

[33] 对此需要说明的是，决策常常可以与其他并非主要救治手段的医学疗法，或者必要的替代最佳治疗方案的纯粹姑息疗法结合在一起。

[34] *BGHSt* 48, 307, 311；*Matt/Renzikowski/Engländer*, StGB, 2. Aufl. (2020), Vor § 32 Rn. 29 f.

责任), 因为此时两个相互冲突的救治请求权中并没有任何一个可以胜出。<sup>[35]</sup> 但是, 这种观点必须遭受驳斥。其中令人难以接受之处在于, 如果医生即便怀有最美好的意愿但从一开始就无法履行某一项救治义务, 那么为何还非要基于正义诉求来强迫医生担负这项法律义务呢?<sup>[36]</sup> 此外, 这种仅对医生予以免责的解决方案误认为, 优先救治决策的对象是病人固有的权利地位, 因此似乎只存在着明显更为优越请求权的情形。但实际上在一开始, 优先救治决策需要解决的问题是, 哪个病人应当暂时分得公共所有的医疗资源。在这种(前述第一种)情况下, 基于分享和分配正义, 所有患者只能享有价值相同的请求权。此时, 不能认为某一位患者的救治请求权在某种程度上优越于另一位患者。

此外, 免责方案还有一个致命的缺点, 即对长期亲身直面冲突和悲惨局面的医生、护士及其他医务工作者而言, 这种方案缺少必要的法安定性。仅仅对医生免责的方案, 为涉案病患(但主要是指他们的亲属和第三人)保留了“正当防卫”或者更确切来说“紧急救助”的权利。因为此时确实也存在一个紧迫的现时发生生命危险, 故而不能指责实施紧急救助的人, 尤其不能指责实施者的紧急救助缺乏妥当性(Gebotenheit)。在优先决策困境中, 医生原本就要负荷业务上、时间上和情感上的高压, 而免责方案的处理结果更会对医生执行决策造成严重的干扰。即便配备大量警力的护卫, 但对医务团队而言, 需要的本该是面包, 得到的却只有石头。这样只会(错误地)向外界传达出一种信息, 亦即医院在疫情中的所作所为都是违法的, 同时国家也在欺骗公众以及掩盖违法行为。这种立场显然站不住脚。

## 2. 合法的决策标准: 临床救治前景

当我们将优先救治情形的教义学范畴定位在了正当化的义务冲突领域, 接下来仍需解决的问题还有: 究竟根据什么来判断互相冲突的行为义务是价值相同还是价值不同。除了根据病人的紧迫性之外(重症病房里的所有患者原则上都具备这种紧迫性), 这里还有各种(伦理的和法律的)标准可供考虑。从平等角度出发, 首先最容易想到的是, 严格强调所有可治愈患者享有平等的救治机会, 并根据时间上“先到先得”的随机原则来确定顺序。<sup>[37]</sup> 那么接下来, 必须一直优先救治最早接触到重症监护治疗机会(从时间和事实角度出发)的那名患者。这种排位方案, 其实在结构上类似于一些人所建议的抽签程序,<sup>[38]</sup> 因为两种模式在解决救治义务以及生存机会的冲突时, 其决策标准都依赖于偶然性: 一个根据病人接触到救治机会的时间先后, 另一个根据抽签结果。然而, 此时的患者生死, 不由医生根据临床救治前景做决定, 而完全交由命运之力左右决策, 是否符合德国《医学协会标准职业规范》第2条第2款“医生有义务认真负责地对待其工

[35] Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), Vor § 32 Rn. 11a; NK-StGB/Paefgen/Zabel (前引 [22]), Vor § 32 Rn. 174; 对此持反对意见并加以详细论证的还可参见 NK-StGB/Neumann (前引 [22]), § 34 Rn. 133; LK/Römmau, 13. Aufl. (2020), Vor § 32 Rn. 116 f. (也有解决方案建议从构成要件层面加以论证); 结论上持相同观点的司法判例可参见: BGHSt 48, 307, 311.

[36] 对此需要说明的是, 本文并不涉及可能的因为组织疏忽而导致资源短缺的问题。

[37] 参见 Schöne-Seifert, FAZ v. 31. 3. 2020, S. 11 („Position zwei“), 但作者并不支持该观点。

[38] 在此意义上 Walter, Zeit Online v. 2. 4. 2020, 载 <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung>. 除了下文论述的反对原因之外, 还可以从其他方面对此加以反对, 比如对病人及其亲属而言, 医学上的原因可能比抽签结果更容易让人接受。



作、有义务根据病人的健康状况采取相应的治疗措施”的规定，却是存疑的。对医生而言，将事关患者生存机会的决策完全委之于偶然性，显然与其自我认知难以吻合。对整个社会而言，其长久以来一直信任现代医学手段并且（尤其在当下的紧急情况中）笃信医疗系统的能力，恐怕也难以接受这种医生自我弃权的方案。

另外一种观点主张，在做出优先救治决策时，病人的临床救治前景应具有决定性意义，医学专业协会尤其支持这种观点。<sup>[39]</sup> 这种以临床救治前景为决策标准的方案，（本文认为）更为可取。有种顾虑声称，如果在个案中根据实质性的标准进行决策，那么对未得救治的患者而言，这必然意味着对其尊严的贬损。但存在此种顾虑并不意味着我们只能采取一种盲目的形式标准。虽然从表面上来看，前述诉诸偶然的的标准似乎具备客观性。但是，这种标准没有澄清很多问题，比如“后到”重症监护室的病人，是否住在护理人员不足的养老院或疗养院，因为缺乏及时照料而晚到呢？无论如何，以偶然为标准充其量只是一种伦理上的紧急解决方案。医护人员应当依靠专业知识来救治生命，除非能够证明实质标准具有歧视性，否则便不能强迫医生接受那种诉诸偶然性的方案。只要医生不是机械式地对可能的寿命进行估算，而是以当前病患在重症监护治疗情况下的治愈前景为标准来进行决策，就不能说实质标准具有歧视性。<sup>[40]</sup> 如果在对每位患者的情况进行个案审视时，不仅关注与年龄相关的基本状况，还考虑到了所有医学上相关的既往病史以及初始情况，那么此时就不存在对未得救治患者尊严的贬损。将优先救治决策视为对年长者生命价值的贬损性评价，只是一种强加于医生的主观臆测。虽然相对而言，老年人获得救治的机会确实通常较低，但年龄在此种情形下所彰显的间接意义，也并非只是一种被掩饰的歧视。事实上，临床救治前景所评估的个人健康状况，在很大程度上也受很多其他因素共同影响，例如既往病史、前期疗程、对治疗手段的反应以及症状表象等。对此，谁如果再驳斥说，根据临床救治前景来决定优先救治的方案，总体而言只是依据身体特征将某些特定人群筛除出去，那么他就只是在表面上支持团结<sup>[41]</sup>而已。如果在反对以临床救治前景为标准的同时，又放弃采纳根据排名而决策的主观标准——就像迄今流行的、并由伦理委员会宣传的法外空间那样——便只会导致虚伪的解决方案，只能维护表面上的团结。因为从法律实务的角度出发，不制定规则或者说放弃决策标准，只能为恣意歧视老年人敞开道路。这同样可能导致，仅仅根据表面的病历或者粗略检验的既往病史而做决策。面对无力改变的资源紧缺现状以及每个个体生命偶然性的本质，选择逃避是一种无用的尝试，这样做只会令我们错失机会，亦即无法通过确立一种主体间和程序上可行的临床标准在规范的指引下应对当前疫情。

[39] Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引 [12]), S. 3; SAMW (前引 [26]), S. 3; Graf-Baumann (前引 [28]), Sp. 591; Hilgendorf, LTO v. 27. 3. 2020.

[40] 再次参见 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引 [12]), S. 3. 虽然使用了同样的表达“更好的整体预测”，但内涵是否一样仍不清楚，参见 *Schöne-Seifert*, FAZ v. 31. 3. 2020, S. 11. 但是此处并不接受的是，用这一标准将质量调整寿命年 (QALYS) 确认为合法的方针。根据同一页上所给出的宪法援引可知，将质量调整寿命年合法化还是一件相当遥远的事情。

[41] 此外，反对意见没有联系新冠危机看到，社会团结所表达并且必须表达的是，以资源的最优配置为主导，以及接受有益于所谓危险群体的针对性强力保护措施。并不是鉴于目前优先救治情形的特殊性就能自然而然地得出结论，必须把额外的无效资源配置强加给社会或者说受疫情影响之人的整体。

此外，支持将临床救治前景作为决策标准的另一理由在于：医疗资源本身所涉及的并不是具体的可以分配给每个个体的权利；相反，医疗资源的使用权利属于集体大众。而这种集体性特质，恰恰允许并要求根据临床救治前景的标准来使用资源：区别于随机式解决方案或者以不断升级的医疗资源紧缺局势作为决策根据的方案，以临床救治前景为标准可以为所有受医疗系统保护的人带来初步认定的最佳收益。

同时，正当化紧急避险的相关规定也可以佐证这种观点。从德国《刑法典》第34条的文义来看，其已经对威胁相关法益的现实危险做了程度上的区分。这就允许我们将医疗资源紧缺和救治机会纳入利益权衡的范畴。<sup>[42]</sup> 据此，也必须允许我们把优先救治情形置于正当化义务冲突的框架中。<sup>[43]</sup> 例如面对两名急需救治的患者时，应当把呼吸机分配给有80%救治概率的病人，而非只有20%救治概率的病人。<sup>[44]</sup> 而当两位病人的救治概率非常接近时，依团队决策救治其中之一即可。

#### （五）对中止治疗行为的正当化

行文至此，已经讨论了第一种优先救治情况下，刑法对医生不实施救治行为的处理原则。但是，如果医院在重新评估需求状况时，当一位目前正占用稀缺资源接受治疗的病人，遭遇了另一位临床救治前景更好的病人，在这种情况下，上文所述的原则依旧适用吗？在知道中止治疗通常会引发病人死亡结果的情况下，是否允许责任医生事后再撤回救治（例如紧缺状况下的呼吸机）呢？

截至目前，医生常常被告知：若为了救治其他病人而撤回正在进行的救治，这种行为必然是违法的。德国伦理委员会在此种情形中的主张正是如此：即便在优先救治困境中，也必须捍卫法秩序的基础，因而必须判定此种中止先前治疗的行为是违法的。<sup>[45]</sup> 但值得注意的是，伦理委员会在同一句话里，接下来又将这种违法行为视作“良知决策”，并最终豁免了医生的行为。<sup>[46]</sup>

#### 1. 事前和事后冲突没有本质区别

德国伦理委员会的这种表述可能会令相关医护人员陷入进退维谷的境地。一方面，伦理委员会如今一直倡导“挽救尽可能多的生命”，如果医生遵照这一倡导做出了优先救治决策，则有可能构成最严重的违法行为。另一方面，伦理委员会同时又援引“最终起决定性作用的个人良知决策”，正式要求医生不能躲到法律后面逃避做决策，如果医生遵从自己的良心行动，便承诺给予一种“免责”的解决方案。<sup>[47]</sup>

[42] NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 80；T. Zimmermann，LTO v. 23. 3. 2020.

[43] 参见 Matt/Renzikowski/Engländer (前引 [34])，Vor § 32 Rn. 30.

[44] 同样观点参见 Hilgendorf，LTO v. 27. 3. 2020；Hoven，FAZ v. 31. 3. 2020；还可参见 Schöne-Seifert，FAZ v. 31. 3. 2020，S. 11.

[45] 德国伦理委员会 (前引 [2])，S. 4.

[46] 德国伦理委员会 (前引 [2])，S. 4.

[47] 德国医学协会对此的建议更为诚恳：他们承认，大范围采取优先救治决策的法律后果尚不明确，如有必要应当由所有相关人士承担。参见 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引 [12])，S. 6 f. 德国伦理协会认为：“优先救治情形中，中止重症监护治疗的行为触及法律上的边界。类似决策必须由当时的行为人负责。”

伦理委员会的这一立场得到了很多法学家的支持，<sup>[48]</sup> 这种观点背后的核心思想是：在优先救治决策中，所谓的事前冲突 [或者事前竞合 (ex ante-Konkurrenz)] 和所谓的事后冲突 [或者事后竞合 (ex post-Konkurrenz)] 存在本质上的区别。一些医学专业协会在临床实践中，同样提到了这种区别，但是对此却并没有任何区别对待的医学建议。<sup>[49]</sup> 部分刑法学者在讨论正当化义务冲突时，也论及了这种区别，认为只有在两个作为义务冲突 (亦即事前冲突) 的情况下，才能适用正当化的义务冲突，而当作为义务和不作为义务相互冲突 (亦即事后冲突) 的情况下，则应当根据德国《刑法典》第 34 条适用规定更为严格的正当化的紧急避险。<sup>[50]</sup> 所有这些讨论，都在明示或暗示地表达同一种观点：以放弃随后便会垂死的病人为代价的行为 (例如撤回呼吸机)，始终是一种积极的杀人行为，为此行为之人即便拯救了另一个人的生命也肯定还是触犯了杀人禁忌。

如此积极区分事前冲突和事后冲突的正确之处在于，利用不作为 (不插入呼吸机) 和作为 (撤回呼吸机) 在表面形态上的差异，乍眼看上去促成了一种伦理<sup>[51]</sup> 和刑法上很重要的区别。同理，刑法所规定 (例如德国《刑法典》第 13 条) 的作为犯和不作为犯的可罚性取决于不同的前提条件，并且对不作为的处罚要轻于对作为的处罚 (参见德国《刑法典》第 13 条第 2 款)。但是，这种区别是否应当在优先救治情形中发挥规范上的核心作用，非常令人怀疑。一方面，即便在事后冲突中，也存在两个互相冲突的救治义务。从这个角度出发，两类区别之间的差异就消失了。<sup>[52]</sup> 另一方面，前文讨论过的决策情形中的极端时间性因素也在反对这种区别：就像此处案例中的情形，如果一直不断重新评估已实施的续命医疗救治的效用，那么病人究竟尚未接受治疗或是已经开始治疗，这两者之间的差异就被极大地削弱了。此外，如果一直持续治疗一个当初碰巧插入空闲呼吸机但其生存概率只有 20% 的患者，却放任另一个刚刚送入医院同样亟需治疗且其生存概率为 80% 的患者死亡，而不对前者进行重新评估的原因仅仅在于，撤回前者呼吸机的行为似乎是一种主动作为并且有可能因此构成杀人罪，那么上述做法无论在宪法上还是刑法上，都找不到任何正当化依据。因为在这种情况下，医生完全无法平等对待两个作为义务。完全拒绝对医疗系统的公共资源是否应当用来救治新患者予以重新评估，是一种对人人应毫无减损享有基础平等权的公然歧视和彻底歧视。

特别重要的是，主动撤回呼吸机和击落被劫持的飞机是两类不一样的行为，前者并未侵犯相

[48] 更多论证参见 Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. Rn. 74 f.; Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl (1992), S. 325 ff., 344 ff., 这尤其符合接受治疗患者已经建立起来的信任。

[49] 参见 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引 [12]), S. 3 f.

[50] 该观点参见 Hilgendorf, LTO v. 27. 03. 2020; 还可参见 Matt/Renzikowski/Engländer (前引 [34]), Vor § 32 Rn. 29.

[51] Merkel, FAZ v. 4. 4. 2020, S. 11. 较为新近的文献可参见 Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen. Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von ‚Töten‘ und ‚Sterbenlassen‘, 2017. 与其相反的其他观点可参见 Birnbacher, Tun und Unterlassen (1995), S. 339. 他认为：尽管中止救治的行为相比不采取救治的行为，在法律上更难以正当化并且附加给医生更多心理上的压力，但无法改变的是，“中止救治和不采取救治之间存在本质和客观上的一致性。”

[52] 同样见于事前优先救治的情形 Merkel, FAZ v. 4. 4. 2020, S. 14. 他认为：“医生在有呼吸机可用，却拒绝将之分配给一个 18 岁的患者并导致其死亡时，这一拒绝行为和积极中止 (……) 的不作为形态没有任何区别。”但是，这里“积极拔除输气管是一种规范上的不平等对待”需要被特别加以证明。

关患者固有的绝对受保护的權利地位。把医疗设备和医疗服务永久性地分配给一个已经住进重症监护室的病人，并且只能服从他的意志对其权利范围进行扩展，这是不明智的。<sup>[53]</sup> 插入呼吸机和移植器官或置入心脏起搏器不同，前者并未被赋予最高位阶的个人权利地位，而最高位阶的个人权利地位无论如何都不可能涵盖集体权利，或者更确切来说附加集体权衡的内容。因此，更能行得通的方案在于：是否继续配置呼吸机的决策，虽然在现象学上是一种必要的积极作为，但其本质内容却是极端时间性和稀缺性前提下的作为义务冲突。

姑且不论这种被允许（不可罚）的不作为和被禁止（可罚）的积极作为之间的区别在医学语境中同样并不重要。<sup>[54]</sup> 就连德国联邦最高法院，在其对2010年富尔达案有关安乐死的基本判决中，也以充分的理由指出：无论是通过不作为还是通过积极作为的方式，中止治疗的行为是被允许（不可罚）的。<sup>[55]</sup> 但在这里，联邦最高法院针对的只是病人的自我决定权，并未进一步涉及与他人共享分配权时的冲突场景。

此外，随着医学的发展，之前对作为和不作为的区分，如今已经丧失了其区别能力，例如针对关闭呼吸机究竟是作为还是不作为的激烈争论就说明了，将其视作不可罚的“作为式不作为”的观点已经流行起来，并且是值得采纳的。<sup>[56]</sup> 甚至有时在正当化义务冲突的教义学分析中也会放弃不作为和作为的区分，在正当化义务冲突的制度框架下，部分文献早就取消或者不再对已实施的救助措施进行区分。<sup>[57]</sup> 完全没有理由始终都把时间次序当作决定性因素；此处须指明的是，即便在中止治疗的情况下，也只是“不再继续采取救助措施，而非侵犯患者的权利领域”<sup>[58]</sup>。

综上所述，免除罪责的解决方案终究只是丰墙峭址。德国伦理委员会并不具备立法的权限。另外，免责方案也不能援引免责的紧急避险（德国《刑法典》第35条）来自我证成，因为免责的紧急避险只针对助益于其本人或与之关系密切的他人的行为。在司法裁判中，迄今为止尚未明确认可任何一例免责的超法规紧急避险。<sup>[59]</sup> 假设现在把撤回呼吸机的行为错误地等同于损害基础平等权的积极杀人行为，那么就会出现一个问题，既然如此刑事司法为何还要对这种行为采取宽容的免责方案呢，按照伦理委员会和部分文献的观点，中止治疗不就是一种有意对抗“法秩序基础”<sup>[60]</sup> 的行为吗？<sup>[61]</sup> 如果支持伦理委员会以及部分文献所主张的观点，即在事后优先决策的情形中适用司法裁判并未明确认可的免责的义务冲突，那么医生将不得不接受以刑事侦查为开端的一系列程序。这些程序往往会持续数年，直到（像富尔达案一样）德国联邦最高法院做出判

[53] 谨慎起见：与可能会提出的异议相反，承认此处所主张的法律状态并不意味着，从现在起法秩序就允许以资源为借口使一些病人丧命，他们可能临床症状较轻却得到重症监护治疗。国家以其资源来保护生命，这也属于规范上的生存最低限度。

[54] 相关内容参见 *Hoven*, FAZ Einspruch v. 31. 3. 2020.

[55] *BGHSt* 55, 191, 201 ff. 在评释中支持中止人工给养设施。另外还可参见 *Gaede*, NJW 2010, 2925; *Kubiciel*, ZJS 2010, 656; *Saliger*, *Selbstbestimmung bis zuletzt* (2015), S. 119 ff.

[56] 代表性的批判观点参见 *Fischer* (前引 [35]), Vor § § 211 - 217, Rn. 60 ff.

[57] 具有整体代表性的论证参见 *NK-StGB/Neumann* (前引 [22]), § 34 Rn. 130.

[58] 具有说服力的论述参见 *NK-StGB/Neumann* (前引 [22]), § 34 Rn. 130.

[59] 对此参见 *BGH NJW* 1953, 513. 相同结论还可参见 *BGHSt* 35, 347, 350 (“如果非说有的话”)；最终也可能被通说观点接受（但细节上仍存在争议）。更多论证参见 *Fischer* (前引 [35]), Vor § 32 Rn. 15.

[60] 德国伦理委员会（前引 [2]），S. 4.

[61] 支持这一行为具备可罚性的更多论证参见，例如 *Künschner* (前引 [48])，S. 344 ff., 362 ff.

决为止，并且判决很可能是承认该行为不可罚。在此期间，医生们将被称为“违法者”，并有可能再次遭受正当防卫行为带来的危险，尤其是来自病人家属的防卫行为。

## 2. 重新分配紧缺资源的标准

尽管两种案例情形之间（事前冲突和事后冲突）并不存在本质区别，但仍要留意的是，从规范角度来看，这两组案例的初始情形并非完全一致。对已得到社会医疗资源的患者而言，其处境已经有所好转。但如前所述，他得到的并不是一个永久的最高位阶的个人权利地位。由于受益患者在未来仍然享有平等分享医疗资源的权利，而国家对撤回决策的正当化处理（通过剥夺其受益的方式）会恶化其处境，因此也必须向受益患者证明这种方案的正当性。<sup>[62]</sup> 如果单凭一个直觉或者本能预感的微小更优前景预测，就能引发资源的重新分配，那么这种方案的正当性难免会遭受质疑。从这一点切入可以考虑的是，为资源重新分配制定更为严格的标准。对此，部分文献提出了一种标准：只有当受益患者通过维持呼吸基本上只能延迟死亡，而另一位病人通过维持呼吸（不取决于机器）有望被救活时，才能支持撤回稀缺资源的决定。<sup>[63]</sup>

但是，需要证明重新分配的正当性，并不代表就能以此享有一种事实上的对集体资源近乎绝对的权利。因为，此处的正当性恰恰就是通过没有侵犯他人人格领域来证成的，所以同样不需要对不同生命的价值进行不同的评价。<sup>[64]</sup> 不同于德国《刑法典》第34条（紧急避险）的情形，这里并不需要证明受保护的利益明显优于被侵害的利益。<sup>[65]</sup> 首先需要警惕的是，上述文献标准在优先决策困境中可能会引发回避策略，亦即病人宁愿自始就否认存活概率，<sup>[66]</sup> 以便在必要时能够明确获得更好的救治机会。这可能会导致对纯粹姑息治疗的过早放弃。然而，对重新分配的正当性而言，最重要的却是，能有一个明确具体的标准，据此能期待最后获得明显更优的资源合理配置效果。如果通过某种方式可以更好地利用稀缺医疗资源，那么就可以在这种情况下证立后来的患者具备更优越的请求权。在这种情况下，后入院患者的平等分享权得以显著升格，在定期重新评估资源使用状况的框架下，后入院患者的平等分享权也是对现有分配状况加以变更的出发点。在上述情况中，并没有对先前受益患者的人格价值造成任何贬损。

本文所建议的标准采纳了医学上明确可操作的要求，即尽最大可能用医疗资源挽救性命，在重新评估医疗资源的情况下亦如是。但与此同时，该标准也包含了有必要考虑的已受益患者的特殊情况，它区别于迄今为止的绝对化处理方案：在撤回医疗设备时，它禁止医生仅凭借过于粗浅的差异，例如基于纯粹的年龄标准来做医疗前景预测。明显更优的存活概率为医生提供了一个标准，指定的决策团队可以将这一标准具体可行地适用在优先救治的紧急情况中。如果在适用这一标准时，在一个医院内部或者不同的医院之间采纳了不同的、但在医学上同样都合理的观点，那么从规范层面来看，都是可以接受的。只要这些被采纳的医学观点并非随个案恣意而变，那么

[62] 强调了个实质内容的相关论证参见 NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130.

[63] 参见，例如 NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130；LK/Rönnau (前引 [35])，Vor § 32 Rn. 123.

[64] 对第一个人来说是一致的，但对第二个人来说没有给出理由就是不同的，NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130.

[65] 该观点参见 NK-StGB/Neumann (前引 [22])，§ 34 Rn. 130；LK/Rönnau (前引 [35])，Vor § 32 Rn. 123.

[66] 已经认识到挽救生命和延长死亡之间的区别微弱，可参见 LK/Rönnau (前引 [35])，Vor § 32 Rn. 123.

所采观点就依然是基于对明显更优存活概率的评估。

#### (六) 解释现行法时：医学协会建议的重要性和考虑因素

行文至此，本文已经阐释了：在2019新型冠状病毒病可能导致的优先决策困境中，现行法应当在最大程度上允许医生以临床救治前景为标准做出决策。不管是对医疗床位的首次分配还是重新分配，医生都可以并且应该遵循其医学专业理性。那些最先讨论基础平等权的医学协会：德国重症监护和急诊医学跨学科协会（DIVI）、德国跨学科急救与急诊医学会（DGINA）、德国麻醉学和重症监护医学学会（DGAI）、德国内科急重症医学协会（DGIIN）、德国肺病学呼吸医学学会（DGP）、德国姑息治疗协会（DGP）以及医学伦理学研究院（AEM），业已提出了一些医学伦理建议，这些建议在很大程度上也适用于法律领域。

当医生决定对仍有持续感染症状的患者中止重症监护治疗时，建议他们遵照上文（五）第2节中已述的重新分配标准，特别是为重新分配呼吸设备而划定的更高门槛。医疗协会针对这种情形的建议与此前一直未被接受的法律意见恰好达成了一致。只有追求明显更优治疗前景这一个理由，能够向被放弃的病人及其亲属充分解释，为什么允许医生积极损害其平等治疗权。目前为止，医学协会给出的建议都是基于临床救治前景而做出决策，且不存在能与之相提并论的其他标准。<sup>〔67〕</sup>

更进一步来看，指导性建议也有考虑不周全之处，即相关责任医生也可能不得不撤回自己正在使用的呼吸机，这种令人绝望的情况并不只是假设，而是真实存在的，并且同样需要依据优先救治决策的合法处理标准。如果医生违背注意义务，仅仅根据对现有选择可能性的错误判断，认为自己存在优先救治的情形并且据此做出了优先决策，那么至少要考虑构成过失致死罪或者身体伤害罪。<sup>〔68〕</sup>但在这种情境下，必须顾及分工和责任分配原则，亦即将可能存在的风险集中到一个人身上。此外，对这种必要的处理标准而言，应禁止其过于严苛。战胜新冠大危机并不能凭借某个医生，他们只是在特定医院工作的负荷高压且直面危险的个人。毋宁说，当地实际可用的集体医疗资源和大众机构的信息网络更直接地决定着应当要求医生遵守的决策标准。在这个方面，目前联邦立法层面基于德国重症监护和急诊医学跨学科协会的建议也已经采取了一些必要的措施。<sup>〔69〕</sup>

除了上述两点之外，医学协会所提出的这些临床伦理建议确实应当被视为决策的标准，如果医生不想因为对患者健康状况的错误判断而让自己承担刑事责任的话，就应当在医疗实践中尽可能地注意这些标准。特别是鉴于过失行为具备刑事可罚性，医生采取行为的决策标准必须始终根据个案的具体情况。<sup>〔70〕</sup>但是，如之前已预见的那样，<sup>〔71〕</sup>倘若决策团队行为时所遵照的标准只

〔67〕 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引〔12〕)，S. 7.

〔68〕 但是，对于杀人罪而言，必须证明其具备临界于确定之盖然性，亦即患者在继续治疗的情况下能活得更久，更多全面论证参见 Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. (2015), Rn. 484 ff.

〔69〕 例如，颁布规定维持和确保医院重症监护容量的企业健康管理（BGM）的法律草案。

〔70〕 更多论证参见 BGH NJW 2000, 2754, 2758; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis (前引〔68〕)，Rn. 56 ff., 64; m. w. N. Matt/Renzikowski/Gaede (前引〔34〕)，§ 15 Rn. 39 ff.

〔71〕 Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie (前引〔12〕)，S. 3 ff.

是暂时能够采集到的临床数据，那么通常情况下也可以排除对其违背注意义务致人死亡的指控。这里特别需要注意的是，不应再回溯至先前的严重危机中，为先前情形制定事后标准；危急关头时间紧张且变化无常，在这种情况下，医生无法事前就能考虑到事后的标准。尤其在悲剧仍然大范围重演的情况下，为了避免这种回溯错误，过失犯的固定规范门槛应当契合生活实际的高于医疗协会所建议的标准。<sup>[72]</sup>

---

---

**Abstract:** In the absence of legal requirements, a variety of theoretical models are currently being debated for coping with situations in which doctors cannot help all patients at the same time with the resources available to them. While some want to leave the decision in the hands of doctors, and others advocate a selection according to social criteria, such as age, or a lottery procedure. Not only the decision criteria are controversial, there is also uncertainty about the legal consequences of a decision based on these criteria. Building on the medical-ethical debate, it is needed to clarify the urgent legal questions on the basis of current law. It argues that, with the help of medical criteria and procedures, doctors can and are allowed to make legitimate selection decisions while at the same time leaving the so-called basic normative equality of people untouched.

**Key Words:** Covid-19 pandemic, triage, ethical and moral dilemma, medical criminal law, justificatory obligation conflict

---

---

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

---

[72] 在过失犯领域，有关回溯错误的相关问题及更多论证可参见 *Matt/Renzikowski/Gaede* (前引 [34])，§ 15 Rn. 30 f.; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis* (前引 [68])，Rn. 78 ff.