

## 339 中央大学法学会討論会

〔『法学新報』第23巻6(265)号 大正2年6月1日〕

○中央大学法学会討論会 中央大学法学会は本学年納会として去る五月四日午後二時より同学講堂に於て法学博士大場茂馬先生の出題に係る「甲の妻乙手術を為すにあらされは生命を保つ能はさるの大患に罹れり其手術料は普通金十円なりと云ふ然るに丙は甲の招に応じ乙を診断し其生命を保つには急に手術を為すを要す併し金百円を支払はるるに於ては之を為すへきも然らされは他の医に依頼ありたしと陳述したり甲は丙の冷酷を憤りたるも事急を要するを以て金百円を支払ひ手術を為さしめたり乙は之か為め生命を全うするを得たり丙の刑法上の処置如何」なる論題に付き討論会を開催し学生討議の後同博士の主要左掲の如き講評あり五時半閉会す当日討論者十四名聴衆堂に満つるの盛会なりき

『本問の場合丙なる医師の所為たるや冷酷にして悪むへく他人の窮迫に乘し不当に貪利を為したるものなることは問題夫自身の示す所なり従て之を全然公の秩序善良の風俗に反せざる行為なりと云ふ能はさるも他の一面法律の解釈を為すに當りては常に冷静ならざるへからず単に感情の為め支配せらるるか如きは慎まざるへからず而して又實際家と立法者とは各々其立脚点を異にするものなれば其衝に當る者は充分此点

に留意せざるへからず社会風教に悪結果を及ぼすか如き悪法は立法者としては一日も早く之を改めざるへからず然れども司法官が斯る法律は悪法なりとして之か運用上の取扱を異にするか如きは不可なり元来法律は極めて窮屈なるものなり法は天下の法なりとの格言は法は法として尊重服従せざるへからざるの謂なり司法官独立の真義も亦茲に在りと謂はざるへからず

本問に対し余は消極説を採る者なり本問の如き事例は日常茶飯のことにして之か類例を求むる又難きにあらず売買契約締結に際し買主は之を購入せんと欲するの必要急なるに乘し売主か不当なる代価を要求し又例へは甲の子乙か実扶丁里に犯され急に医療を為さされは乙の生命を失ふへく之か為め甲は丙に対し医療代金の貸与を申込みたるに丙は其窮迫に乘し不法なる要求を為したる場合等の如き枚挙に暇あらざるへし斯る行為は甚た不埒なるを以て最近に於ける各国立法例は漸次斯る行為を処罰せんとするの傾向あれとも我刑法上如斯規定あるを見ず従て斯る行為は正当にはあらざるも尚ほ之を罰するを得ず不法なる行為と雖も法律に之を罰するの正条なきを如何せん行為其ものか元来道徳上不法なりとも法律に規定なき事項なるときは罰すへからざるなり本問は此点に於て消極に解するを正当とす

消極的害悪も亦脅迫の手段たり得るは勿論なりと雖も因果条件なるものは常に義務ある者に対してのみ之を認むへく人道上如何に危険の防止を要求する場合なりとも防止すへき義務

なきときは之を罰すへからず本問の場合丙は法律上手術を為すの義務ありや否や警察犯処罰令第三条七号に依れば医師は往診の義務あるも其は往診の義務に止まり手術を為すの義務あるにあらず且医療は一種の有償契約にして手術料其他に付きては双方の合意あるを要し合意に因りて始めて手術の義務を発生すへく報償の多寡等に至りては強制法の制限なき限り当事者間の合意に任して可なるへし

由來學者の義務發生の原因として挙ぐるものを見るに(一)法令に因る場合(二)契約に因り生ずるもの(三)自己の爲したる行為に基く場合とあり本問の場合には之に該当すへき義務なし且又消極的害悪の通知あるには犯者に義務ある場合に限る本問の如き場合医師の爲したる行為に因り被害者に畏怖を生せしめたるものと云ふを得ず若し我刑法上強て本問に適用すへき条文を求むれば刑法第二百九十二条第一項を措て他に之を求むへからず然れとも恐喝ありや否やは害悪の通知を標準とすへく本問の場合に之あるなし前に述べたるか如く最近の外国立法例は多く本問の如き場合を規定するの傾向あるのみならず是等の諸国は尚ほ此貪利罪以外に恐喝罪の規定を存置するの点より見るも是等の事項を規定せざる我刑法か本問の如き場合之を処罰すへく予期せるものと云ふを得ず此点も亦消極論の一論拠を為すに足らんか云云(委員報)