慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	違法性阻却事由としての「社会常規に反しない行為」(韓国刑法二〇条)の意義
Sub Title	Sinn und Tragweite des Rechtfertigungsgrundes der „den gesellschaftlichen Sitten nicht widersprechenden Handlung" (§ 20 des koreanischen StGB)
Author	金, 日秀(Kim, Il-su) 孫, 麗玉(Son, Son-yeook) 太田, 達也(Ota, Tatsuya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2013
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.86, No.3 (2013. 3) ,p.1- 23
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20130328-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

違法性阻却事由としての「社会常規に反しない行為」（韓国刑法第二〇条）の意義

金　日　秀
孫　麗　玉／共訳
太　田　達　也

一　問題提起
二　社会常規の意味と機能
三　社会常規無用論
四　社会常規に反しない行為類型
五　余論

〔訳者まえがき〕本稿は、二〇一二年一二月一二日に慶應義塾大学刑事法研究会の主催で開催された金日秀・刑事政策研究院院長（高麗大学名誉教授）による「その他社会常規に反しない行為」と題した講演の原稿を翻訳したものである。翻訳は孫麗玉（慶應義塾大学大学院後期博士課程）と太田達也（法学部）が共同で行い、井田良（本塾常任理事・大学院法務研究科教授）が最終的な内容の確認を行った。

一　問題提起

前世紀、日本を通じてドイツ刑法の法制度と学説を継受した韓国刑法（一九五三年制定。その後、数回の一部改正）は、そうした事実にかかわらず、いくつかの制度でドイツ刑法や日本刑法には見られない独自性を有している。その一つの例が、韓国刑法二〇条の正当行為の規定である。韓国刑法二〇条は、「法令による行為又は業務による行為その他社会常規に反しない行為は罰しない」と規定している。すなわち、構成要件実現行為が、正当防衛（二一条）、緊急避難（二二条）、自救行為（二三条）、被害者の承諾（二四条）等に該当しないとしても、それが「法令による行為」や、「業務による行為」、「その他社会常規に反しない行為」にあたるのであれば、正当行為として違法性が阻却され、犯罪が成立しないという趣旨である。

ここで「その他社会常規に反しない行為」というメルクマールが、一般条項としての性格を帯びたものだという点、すべての個別的な正当化事由以外の超法規的な正当化事由を包括する場合として、違法性の評価段階で包括的・補充的・最終的な性格を持つものであるという点に関しては何の異論もない。あらゆる適法行為と違法行為を限界づける最終的な境界線がまさに社会常規違反の有無であるという点において、意見が一致しているわけである。

しかし、はたして社会常規が、このような限界の尺度としてその機能を果たすのに十分な内容と明確な輪郭を持っているかどうかは疑問である。実際、社会常規は実務においてほとんど任意に解釈することができる不確定な概念であるため、正当行為のメルクマールとしての社会常規の有用性に対して多くの批判が提起されているのが実情である。この規定とその要素は、なくてもかまわないものであり、むしろ法と道徳の境界に関する混乱まで招くものであることから、最近では、このような規定を設けたことは立法者の大きな過ちであるとする批判も

なくはない。

それにもかかわらず、社会常規が有している基本原則としての意味は明らかである。第一に、社会常規に反しない行為は適法だというこの文言は、違法性が究極的に既存の社会秩序の地平の上で理解され、評価されなければならないという観点を核心要素として含んでいる。すなわち、社会秩序の観点において葛藤し対立する利害関係を調節するということにおいて、どのような構成要件実現行為が社会的に容認されえない（違法）のかは、社会一般人の支配的な法意識ないし社会秩序の観点に照らして最終的に判断されなければならないという意味を持つ。

第二に、今の時代の支配的な社会倫理的観点も、それが客観的な社会秩序の一部として通用する限り、違法性の最終的な判断で一緒に考慮されなければならないという意味を持つ。社会秩序の面から目的論的に適法と違法を最終的に確定しなければならないとき、放棄することができない基礎は、善良な風俗と社会的に承認されている基本価値である。なぜなら、これが一般人の法感情ないし正義感の中で生きているからである。

もちろん、社会常規は、違法性の最終判断において単に一般的な方向提示機能だけを果たすものである。その内容の具体化は、個別的な事案と向き合う法実務家らの任務である。そのような意味で、社会常規は、違法性判断でゴルディウス（Gordius）の結び目を一挙に断ち切ってくれるアレクサンダー（Alexander）の剣では決してない。その具体的な内容や輪郭は、個々の事案に対する裁判官の個別的な判断を通じて明確化されるほかはない。

それにもかかわらず、なぜ立法者は、具体的な評価の基準がなく、輪郭さえ不確定なことこの上ないこの原則を、正当行為の一つのメルクマールとして実定法に規定したのであろうか。すべての個別的な事案の解決に現れた、それぞれの裁判官の価値判断は、最高裁判所による判例統一の機能だけで統一を図ることは難しい。立法者はこのような事情を勘案し、刑法学研究者たちに対して、予想される多様な事例を体系的に類型化することが可

能となる基準等の判断枠組みを用意するよう一定の課題を与えたわけである。

犯罪体系論として見るとき、違法性阻却事由のカタログの中に、個別的な正当化事由のほかに、慣習法的正当化事由やその他の超法規的正当化事由を一つにまとめる一般条項を置くことは決して無益なことではない。

二　社会常規の意味と機能

1　社会常規は、公正に考える平均人が健全な社会生活を営むにあたり正しいと承認できる正常な行為類型（Verhaltensmodell）のことをいうとされる。韓国の判例は、「法秩序全体の精神やその背後にある社会倫理ないし社会通念」と定義している。[1] 学者によっては、これを「社会生活で一般的に認められる日常的な規則」[2]、「行為当時の文化規範」[3]、「法秩序やその基底を成している社会倫理をすべて包括する意味の社会的相当性」[4] などと表現している。

社会常規に反しない行為とは、法秩序全体の精神やその背後にある支配的な社会倫理に照らして容認されうる行為、すなわち、社会的に有用性が認められ、または少なくとも社会的有害性を惹起しない行為のことをいう。その具体的な内容は、法秩序全体の支配的な価値理念に照らし、歴史的・動的に規定していくほかはないが、理論的にこの包括的概念を具体化する個別的な指導原理を類型化する作業が重要である。

2　韓国の刑法理論では、早くからヴェルツェル（Welzel）が創案した社会的相当性（Sozialadäquanz）の概念が社会常規とどのような関係にあるかをめぐり活発な議論があった。ヴェルツェルの社会的相当性は、「歴史的に形成された社会倫理的共同生活の秩序内に属した行為」とされる。ここには、二種類の事例類型が含まれる。

一つ目は、許された危険行為の類型である。当初より許された危険の範囲にあるため、刑法的に全く重要でない事例がここに属する。たとえば、道路・航空交通への関与、工場・産業施設の運営、学問・科学技術の進歩のための実験、医療上の劇薬使用、建築・鉱山などの作業での爆発物使用、格闘技その他運動競技での競技活動等は、たとえどのような構成要件結果が発生したとしても、その行為が社会生活上一般的に許された危険の範囲内で適用される規則を遵守していたとすれば、決して行為無価値があるということはできない。[5]

二つ目が、軽微な法益侵害行為の類型である。たとえ法益侵害を生じさせる行為であっても、行為遂行それ自体の逸脱性が軽微で、社会的に黙認できる行為は、行為無価値を欠き、いかなる意味でも不法構成要件を充足するものではない。たとえば、一時の娯楽でするカードゲーム、親しい家族の間でする第三者に対する侮辱または名誉毀損的な言葉、購買力を高めるため若干誇張された商品広告・宣伝行為、ささいな自由制限などがこれにあたる。

社会的相当性の体系的地位と機能に関して、ヴェルツェルは、初期にこれを構成要件該当性阻却事由と見ていたが、彼の刑法教科書第四版（一九五四年）から第八版（一九六三年）までは、これを一種の慣習法上の違法性阻却事由とした。その後、ヴェルツェルは、再び、社会的相当性を構成要件制限のための「一般的解釈原理」として把握するに至った。[6]

学者により見解は分かれ、社会的相当性を構成要件の文言の意味合致的解釈のための補助手段ないし一般的解釈原理と見る見解、[7] 構成要件該当性阻却事由と見る見解、[8] 慣習法上の違法性阻却事由と見る見解、[9] 社会共同体の不利益甘受によって正当化されるという見解、[10] 社会倫理的に要求されなかったために正当化されるという見解、[11] 責任阻却事由と見る見解などがある。[12] しかし、近年は、社会的相当性概念の曖昧さとその基準の不確定性を理由に、これを客観的帰属論により代替しようとする試みも存在する。[13] 客観的構成要件は、行為者が許されない危険

を創出するか、またはこれを強化させる行為をしたとき、その結果帰属が可能となるが、当初の危険創出行為と見られない行為については、行為無価値がなく、可罰性が排除されるとするのである。[14]

結局、社会的相当性は、構成要件を解釈する基本原理の一つとして、構成要件該当性判断で行為無価値の成立を否定することにより行為の構成要件該当性を否定するものであり、構成要件該当性の消極的側面であるのに対し、社会常規は、行為の構成要件該当性をひとまず前提にした上で、実質的違法性の段階において行為の違法性を阻却し、これを正当化する違法性の消極的側面という点において区別されるのである。

3

韓国刑法二〇条は、正当行為として、①法令による行為、②業務による行為、③その他社会常規に反しない行為という三つを列挙している。この三者の関係に関し、多数説は、①と②が、③の例示であるという立場をとる。その結果、①または②に該当する行為であっても、それが社会常規に反する場合には違法性が阻却されないとする。これに対し、少数説は、上記の三者はそれぞれ正当行為を構成する独立した要素として並列関係に置かれているという立場である。[15]

少数説は、「社会常規に反しない行為」とは違法性判断の消極的排除原理であり、積極的な介入原理ではないとの前提から出発する。社会常規は、社会的葛藤解決の最後手段に該当する秩序原理として、積極的な違法性評価に対する制約原理の機能を有している。社会常規に反しない行為を正当化することにより、実質的な違法性の領域を最大限縮小して自由社会の原理を確立するにあたり、最終的な方向舵の役割をするのがまさに社会常規なのである。[16] そのような意味で、社会常規も他の正当化事由と同じように「社会調節的機能」を担うことになる。[17]

ここで社会常規は、社会生活で原則的に承認された正常な行為規則として、社会秩序の部分領域である刑法秩序内で、原則的な禁止と例外的な許容に対して実質的違法性の観点から最終的な境界をひくことにより、社会生

活で原則的に自由な領域をあらためて確保する機能を果たすことになる。市民の自由行為は、これを社会生活の中で原則的に承認されている正常な行為規則に基づいて評価することにより、それが社会適合性のある行為であるのか、それとも社会的に有害な行為なのかを確定することが可能となるのである。

三　社会常規無用論

社会常規は、法以前の一般人の道徳感あるいは社会倫理と関連したものであって法律外的集合概念に過ぎず、法適用の際に用いられる法技術的な概念としてこれを使うことが困難であるという批判がある。社会常規という概念の具体化は、裁判官の主観的な判断に全面的に依存するほかないため、価値判断の恣意的介入の余地も多いという理由からである。[18] さらに進んで、犯罪体系論上、社会常規に該当する事例は、構成要件と違法性阻却事由の間に中途半端な状態で置かれている不安定なものであるため、これをドイツ刑法上の「承諾による身体傷害」（ドイツ刑法二二八条）の場合と同様に、刑法各則の特殊な事例にだけ適用するようにするか、そうでなければ、超法規的正当化事由として最初から理論にまかせるほうがよいとする批判もある。[19]

このような批判は、社会常規を法規範的な概念として把握するよりむしろ道徳規範ないし倫理規範的な概念として見る従来の理解に起因している。もちろん、社会常規の内容に、道徳と人倫が内包されていることは否めない。しかし、社会常規は、道徳と人倫の範疇で、客観的な社会秩序の観点から意味のある要素を抽出し、これを正当化のためのメルクマールとしようとするものなのである。

実際、韓国において「社会常規」は日常用語ではない。特に、社会常規は、社会の正常な規則、社会の今なお残る規則という意味を暗示しているが、刑法だけで使われる専門用語である。常規という言葉よりも、通例

（상례）という言葉の方が日常生活で比較的よく使われる表現である。常規ないし通例は、日常言語的意味では「よくある行為規則」ないし「因襲（Konvention）」を指し示しているだけで、道徳や人倫を指し示してはいない。社会常規が道徳・倫理と関連性を帯びるようになったのは、判例のせいである。すなわち、「国民一般の健全な道義感」[20]という判示がその最初である。その後、学説においてこれを「条理または公序良俗」[21]とする見解も、社会常規の倫理的性格を強調する立場として理解することができる。

社会常規の外国語表記の最初の例は、一九六八年、劉基天教授が韓国刑法典をドイツ語に翻訳する際、これを「社会に今なお残る習俗」（in der Gesellschaft obwaltende Sitten）と表現したのが最初である[22]。その後、崔又讃教授が、一九八八年に、ドイツの大学に提出した博士学位論文において、社会常規を「社会習俗」（gesellschaftliche Sitten）と翻訳したところから[23]、大部分の韓国刑法学者も、ドイツ語で社会常規を論じるときには、社会風俗または社会習俗という意味の gesellschaftliche Sitten を用いることが一般的な傾向となった[24]。

しかし、社会常規を社会習俗と同一視する従来の理解は、社会常規を、客観化された社会秩序の観点から把握するのではなく、むしろ主観的な道徳的観念や倫理的観念と混同させる素地を多分に有している。社会常規に、主観的な道徳原則や倫理原則を結びつけるならば、違法性判断の最終的な照準である一般的な法規範ないし不法意識を個別的な道徳観念に変形させることになり、さらには行為刑法を心情刑法に追い込む危険性がないとはいえない。社会常規とは、道徳原則（Moralprinzip）や風俗秩序（Sittenordnung）をいうのではなく、相互疎通する生活世界における正常な社会秩序（Sozialordnung）の意味を持つ。社会常規は、刑法上、正当化体系の最後の砦として社会的正当性（Sozialrichtigkeit）という規範的意味を持った刑法的専門用語なのである[25]。

もちろん、道徳（Moral）や習俗（Sitte）も、人間関係としての近隣、自然、自分自身に対する行動と関連した、根本的な規範体系の一つであることに変わりはない。本来、道徳や習俗も、エトス（ethos）に起因したも

のであり、良いこと、適切なこと、正しかったこと等の意味が互いに統合された状態を意味し、客観的には生活習慣として、主観的には性格として存在しているものである。道徳や習俗は、人間の共同生活の根本的側面であり、これは暗黙的規約によってのみ妥当なものとなるものではなく、歴史的に成長してきた生活形式として正当な根拠を持つものでなければならない。今日なお有効な道徳や習俗は、普遍的であって、根本的な同意に立脚したものである。[26] にもかかわらず、これが社会常規として承認されるためには、個人や家族または集団の部分的領域を越え、社会全体を支配する行為規則、行為典範、価値尺度、意味表象の地平に進まなければならない。したがって、社会常規に反する行為は、単純な道徳違反性（Moralwidrigkeit）ではなく、社会秩序の次元で他人の法益を侵害する社会有害性（Sozialschädlichkeit）ないし社会違反性（Sozialwidrigkeit）を有するものであり、まさにこれが刑法秩序の観点においては違法性（Rechtswidrigkeit）の実質的意味を構成するのである。

このように、社会常規は、刑法規範と社会秩序の外面性と、道徳や習俗の内面性を、その概念の外縁と内縁とする。この限りで、社会常規は、法と社会、そして道徳という二つの領域に交錯しているが、刑法規範としての社会常規の重点は、膨大で深遠な道徳の領域に置かれているのではなく、社会秩序の本質的な構成部分として承認された社会的正当性（Sozialrichtigkeit）の側面に置かれているのである。

法理論的に見ると、社会常規のような法概念は、限定的な内容を持つものとして定義される性質のものではなく、具体的な法素材により具体化されて叙述されなければならない性質のものである。ヘーゲル（Hegel）の言葉を借りるなら、「具体的・一般的概念」（konkret-allgemeiner Begriff）の一種である。ラートブルフ（Radbruch）の言葉を借りるなら、そこには、「素材の理念被規定性」（Ideenbestimmtheit des Stoffes）ないし「理念の素材被規定性」（Stoffbestimmtheit der Idee）の関係が認められるのである。[27]

本来、違法性阻却事由のように動的性格を有する法素材を体系化するには、理念と素材の弁証法的合一を通じ

て個々の特定性を包括する一般概念の抽出が先行しなければならない。このような一般概念はまた、個々の違法性阻却事由の素材から個別原理により具体化された具体的概念とならなければならない。このような根拠に立脚するとき、刑法上の違法性阻却（正当化）の一般原理は「葛藤状況での社会調節的利益衡量」として現れ、それは「衝突する利益と反対利益の社会的に正当な調節」を目的とするものとなる。[28]

この点に照らしてみると、最終的な違法性阻却の判断は、構成要件該当行為が社会的正当性の確証を得るか、または社会的有害性の欠如と評価されたとき、はじめて行いうるものである。したがって、「社会常規に反しない行為」とは、まさに葛藤状況で社会調節的利益衡量を通じた社会的正当性の最終的な表現であるといえよう。

もし道徳と人倫ないし習俗または社会常規のような具体的・一般的概念を、不法を根拠づける構成要件要素として用いるならば、罪刑法定主義の明確性の要請に反し、違憲な法律と評されることは間違いないであろう。しかし、違法性阻却事由の一般原理は、行為者に有利な方向で適用される原理という点で、実質的に罪刑法定主義の要請に反するものではない。それが具体的法素材を通じて具現される個別的な評価の基準を確保するに至れば、法理論的には、もはや憲法違反という批判にさらされる心配はないであろう。

さらに、社会常規は、全ての想定可能な超法規的違法性阻却事由を包括することができるよう実定刑法の中に用意された大きな器である。それゆえ、正当防衛や緊急避難といった、実定化されたいくつかの違法性阻却事由の体系の外で、個々の法律中にバラバラに散らばっている違法性阻却事由や[29]、違法性体系の中で席を占めることができず、雑然とさまよう慣習法的・超実定的違法性阻却事由を、社会常規に反しない正当行為のカテゴリーに含まれるものとして体系的に整理することができる長所を有している。おそらく一九五三年の韓国刑法制定当時、立法者は、このことをしっかりと念頭に置いたものと思われる。そうであるとすれば、社会常規に反しない行為の類型、そしてそれに対する評価の基準を、一般的な社会秩序原理の個別原理のような形でできる限り具体化し、

体系的にまとめることが課題となろう。

四　社会常規に反しない行為類型

1　評価の基準としての行為類型

社会常規に反しない行為を判断する基準として、従来、利益および義務衡量の原則、正当な目的のための正当な手段の原則、比例性・均衡性の原則[30]などが議論されてきた。さらに、社会常規を類型比較（Typenvergleich）の方法で解決することができるという仮定の下で、①一般人の法益保護の側面、②犯罪者に対する処罰の側面、③犯罪者の犠牲の限界を考慮し、③の観点から②の程度が①のための手段と認められないと判断されれば、社会常規に反しない行為で正当化されるとする見解もある[31]。しかし、違法性判断は、葛藤状況を社会的に調節することにより、原則的な禁止・命令を例外的にどこまで許容できるのかの問題について、法秩序全体の立場から下される一般的判断である。ここでは、適法か、それとも違法かについての確認のみが問題となっている。刑罰の前提としての具体的な行為者の責任や処罰観点が問題なのではない。具体的な行為者の処罰や犠牲の限界を念頭に置く個別的な判断は、むしろ量刑責任の評価に近い内容を持つものである。

もちろん、行為者の処罰という観点や、その犠牲の限界は、責任と量刑の判断の段階で重要な意味を持つものである。しかし、社会常規の判断においては、社会調節的機能を遂行するための一般的な評価のカタログを類型化することが何より重要である。このようなカタログは、個別的な事案が問題となるところではじめて具体的な解答を示すことができるものである[32]。

韓国大法院判決は、社会常規の判断基準として、①行為の動機や目的の正当性、②行為の手段や方法の相当性、

③保護法益と侵害法益の法益均衡性、④緊急性、⑤その行為の他に異なる手段も方法もないという補充性等を挙げている。[33] このような基準は、結局、「公正に考える平均人が健全な社会生活を営むにおいて正しいと承認したこと」が何かを確認するための基準にほかならない。問題解決にあたり適用可能な具体的な基準は、想定可能な個々の事例に関して、価値合理的・目的合理的な判断類型をそのつど確定する過程の中で明らかにしていくべきものであろう。[34]

2　利益衝突の場合

葛藤状況に直面した二つの利益を比較し、より低い利益を犠牲にすることによって高い利益を保護する場合であれば、利益衡量の原則により社会常規に反しない行為と認めることができる。たとえば、治療中の患者がエイズ患者であることを知っている医師が病気の感染を防ぐためその患者の婚約者にその事実を知らせた場合が挙げられる。患者の私的秘密を保護するより、病気が他人に感染するのを防ぐことのほうがより高い価値があると見ることができるため、その行為が業務上秘密漏示罪（三一七条）の構成要件に該当するとしても違法性が阻却される。

この利益衡量の原理は、本来、超法規的違法性阻却原理であり、正当化的緊急避難の指導原理にもなる。もちろん、緊急避難の場合、解釈論上、「本質的に優越した利益」という利益衡量の基準が要求されるため、そのような要件を満たせば、当然、正当化的緊急避難になるものである。しかし、この要件を満たしていない場合であっても、比較的高い利益のための行為であれば、より低い利益を犠牲にした行為であっても、社会常規に反しない行為となる。

3　義務衝突の場合

義務の衝突とは、義務者に同時に履行しなければならない二つ以上の作為義務があるが、そのうちどちらか一つの義務しか行うことができず、他の義務を履行できなかったことが構成要件に該当し可罰的行為となる場合をいう。たとえば、交通事故で致命傷を受けた二人の重傷患者が近くの病院に搬送されたが、当該病院は一台の人工心肺装置しか保有しておらず、二人のうちどちらか一人の重傷患者を治療するほかない場合、または高層アパートで火災が起き、炎に包まれた部屋から三人の子供を持つ父親がそのうち二人の子供しか連れて逃げることしかできなかった場合などが挙げられる。

義務の衝突は、作為義務の間での衝突のみが問題となる。なぜなら義務の衝突とは、本来、不作為犯の特殊な場合であるため、ここでは作為義務の違反が問題になるからである。他方において、不作為義務に違反する者はいつも他人の法益を侵害することになるので、作為義務と不作為義務の衝突は、結局、利益衡量の事例に帰着し、正当化的緊急避難の一例になる。たとえば、植物状態の者に装着された人工心肺装置を取り外し、それを他の新たな重傷患者に装着して蘇生させようとする医師は、作為義務と他人の法益を侵害してはならない不作為義務の衝突に直面するが、正当化的緊急避難の規定の適用により、等価値的法益衝突の場合は、不作為義務がつねに優先するという原則により解決が可能である。

義務の衝突は、正当化的義務衝突と免責的義務衝突とに区分される。正当化的義務衝突の場合、これを緊急避難の一種と見るか[35]、社会常規に反しない正当行為の一種と見るか[36]をめぐり見解が分かれる。利益とも関連する衝突する義務の間で衡量が可能な場合、すなわち、保護価値が高い義務を履行するために保護価値が低い義務を侵害した場合や、作為義務と不作為義務が衝突した場合には正当化的緊急避難の一種と見たほうがよいであろう。しかし、衝突する義務の間で衡量が不可能な場合、すなわち、等価値的作為義務どうしが衝突する場合には、明

白な優越的利益を確定できないため、正当化的緊急避難では解決することができない。したがって、この場合には、超法規的な正当化事由の問題として解決するほかないが、韓国刑法上、超法規的正当化事由は社会常規に反しない正当行為の中に包括されうるため、結局、等価値的作為義務の間で起きる義務衝突は、「その他社会常規に反しない行為」の一種として取り扱わなければならないであろう。

4　許された危険の場合

許された危険には、まず構成要件該当性が否定される場合があり、いわゆる社会的相当性の一類型として問題になる。それは、一定の危険創出の危険性のある行為が、正常かつ歴史的に形成された社会秩序の範囲内で一般的に認められた行為であるという理由から、構成要件的に意味のある危険創出行為とは認められないという場合である。

これに対し、違法性阻却事由として社会常規の一類型にあたる許された危険は、たとえ社会秩序の範囲内で一般的に承認された行為ではないとしても、社会秩序内で原則的に容認された正常な行為規則に適合した行為であるので、例外的に違法性が阻却される場合である。[37] 正当化事由としての許された危険は、個別的な事例で紛争の素地になる程度の危険を惹起し、その結果、利益衝突が発生する可能性が高いので、社会秩序の観点から当然に黙認したり許したりできる性質のものではない。

許された危険というメルクマールに関連して、構成要件該当性阻却事由と違法性阻却事由とを区別する規範的基準は、その「刑法的重要性」(Strafrechtsrelevanz)、すなわち、社会有害性と法益侵害性である。およそ構成要件にあたらない行為や、解釈上、当然に構成要件該当性を否定される行為は、刑法的重要性がなく、最初から構成要件の外にある行為である。これに対し、構成要件の適用領域には入るが、刑法的重要性が否定される行為

は、構成要件該当性が阻却される場合である。他方、違法性阻却事由により正当化される行為は、本来、刑法的重要性を有する可罰的行為ではあるが、具体的な許容規範により例外的に適法であるという評価を受けるものである。[38]

したがって、刑法的重要性を有する程度の行為の危険は禁止されて当然であるが、社会常規の観点により許された危険として取り扱われることがある。たとえば、推定的承諾の場合や、名誉毀損罪における事実の証明（三〇一条）[39]のような、いわゆる正当な利益擁護の場合がその代表的な例である。[40]そのほかにも、高層建築物の火災時に、父親が息子とともに炎にまかれ、死ぬか生きるかという、一刻の猶予もならない状況で、実はそれより危険でない方法で息子を救う可能性があったのであるが、息子を窓の外に投げ、蓋然性が薄い救助の可能性を期待するという場合、そのような方法による救助方法は、被救助者に対する生命の危険性が高くとも、許された危険として正当化されることがありえよう。

さらに、許された危険は、正当化的緊急避難とも似ているが、その救助行為自体が被救助者の法益に対し著しい危険を惹起し、また、被救助者の法益を救助するための唯一最後の手段なのかどうかが不確かでもかまわないという点で区別される。

また、推定的承諾を許された危険と区別することもあるが、推定的承諾も、主観的・客観的要件に照らし、許された危険の一種と見るのが正しい。両者はいずれも、主観的には認識ある過失や、未必的故意の程度の行為無価値があり、客観的に法益衝突の惹起という結果無価値を有しているが、社会常規に反しない点でその違法性が阻却されるものだからである。

5　軽微な法益衝突

法益の衝突はあるが、緊急避難に該当するほどの著しい利益優越に至らず、わずかばかり優越するか、ほとんど同じ程度の利益衝突の場合がこれにあたる。たとえば、法令上懲戒権がない人が、過ちを犯した他人の子供を懲戒する場合[41]、または、指揮官が、夜、酒に酔って騒乱行為を行っている兵士に対し、行き過ぎない程度の暴力を使ってこれを制止した場合[42]等を挙げることができる。

この場合、特別に行為動機が不当であってはならないとか、衝突する利益が等価値の場合には、危険を防止する上での適切な手段でなければならない、という条件が付加されることもある。

このような場合を、ドイツ刑法三四条の正当化的緊急避難を類推適用できる、いわゆる「緊急避難類似状況（notstandsähnliche Lage）での行為」とする見解もある。これによれば、正当化的緊急避難と免責的緊急避難の中間に位置し、このような緊急避難と類似の状況が存在する場合には、たしかに違法であるが、しかし当罰的不法（strafwürdiges Unrecht）が欠如して処罰できないとするのである[43]。このような場合の適例とされるのは、たとえば、いわゆる義務衝突の場合、防御的緊急避難の場合、予防的正当防衛の場合、社会倫理的限界に抵触する正当防衛の場合などである。

しかし、このような法形式は、一般的に認めてよい性質のものではない。むしろ、そのときどきの個別的な事例ごとに、その客観的・主観的な要件を検討し、違法性阻却事由なのか、責任阻却事由なのかを決め、この二つのどちらか一つに帰属させることが正しいと思われる。その結果、それが違法性阻却事由に該当するとすれば、それは、韓国刑法上では最終的に「その他社会常規に反しない行為」の一例となるのである。

五　余論

すでに言及したように、韓国刑法二〇条は、①法令による正当行為、②業務による正当行為、③その他社会常規に反しない正当行為に区分される。これら正当行為による違法性阻却事由は、他の違法性阻却事由、すなわち、正当防衛、正当化的緊急避難、自救行為、被害者の承諾等と競合するだけでなく、①から③の三種類の正当行為の間でも競合する可能性が高い。およそ違法性阻却事由の間で競合がある場合には、正当防衛や正当化的緊急避難がまず適用されるということに関し特に異論はない。また、法令による正当行為と業務による正当行為、法令による正当行為と社会常規による正当行為、そして業務による正当行為と社会常規による正当行為の間に競合が生じたときには、国家的強制手段の優位原則により、法令による正当行為を優先させるべきだという点で見解が一致している。ただし、法令による行為でも、一方の法的権利が他方の権利と衝突するときには、正当な利益擁護の原則に基づいた許された危険の法理を適用し、一方側の権利行使を社会常規に反しない行為として正当化することができる。たとえば、韓国労働組合および労働関係調整法四条による正当な争議行為が、刑法上、業務妨害罪の違法性を充足すると見ることはできない場合がその例である。(44)

最後に、社会常規による違法性阻却事由とは、超法規的違法性阻却事由を実定法に成文化したものと理解するとき、社会常規行為以外に、他の超法規的違法性阻却事由を別途さらに認めなければならない必要があるのかどうかをめぐっても、学説が分かれる。肯定説は、社会常規に反しない行為という文言は全ての違法性阻却事由を完全にカバーするものではないので、依然として、超法規的違法性阻却事由を認める必要があるという立場である。(45)

これに対し、否定説は、韓国刑法二〇条の「その他社会常規に反しない行為」という文言は、韓国刑法に規定

された個別的な違法性阻却事由に該当する行為の全てを含みうるものであり、およそ全ての実定法的・慣習法的・自然法的違法性阻却事由を包括する総括的規定であるということから、社会常規以外の超法規的違法性阻却事由を別途認める必要がないとする立場である。(46)

思うに、個別的な事案で問題になりうる超法規的違法性阻却事由の体系的位置づけの問題は、社会常規行為に含まれるものとして評価される違法性阻却事由のカタログをどのように細分して体系化するかの問題に帰着するであろう。先に検討した、①利益衝突の原則、②義務衝突の原則、③軽微な法益衝突の原則、④許された危険の原則等のほかに、社会変動と生活世界の変化に応じた新しいカタログが「一室」として追加される可能性はつねに開かれている。一般原則としての社会常規に反しない行為という「家」は、その「一室」を提供する余裕をまだまだ持っているように思われる。

〈参考文献〉

1　韓国文献

金永煥「刑法第二〇条正当行為に関する批判的考察」『金鍾源博士還暦記念論文集』（一九九一年）
金日秀『韓国刑法Ⅰ［総論上］改訂版』（一九九六年）
金日秀「勤労者の争議行為と業務妨害罪」高麗法学三六号（二〇〇一年）二七頁以下
金日秀＝徐輔鶴『刑法総論（第九版）』（二〇〇三年）
南興祐『刑法総論』（一九八三年）
朴相基「社会常規に反しない行為」高試界一九八七年五月号
朴相基「刑法上の許された危険論」高試研究一九八八年一一月号
裵鍾大「刑法第二〇条正当行為において『その他社会常規』の意味」月刊高試一九九一年九月号

裵鍾大『刑法総論（第六版）』（二〇〇一年）
孫海睦「超法規的違法性阻却原理」『刑事法講座Ⅰ』（一九八一年）
劉基天『刑法学（総論講義）改訂二四版』（一九八三年）
李建鎬『刑法学概論』（一九七七年）
李在祥『刑法総論全訂版』（一九九一年）
李炯國『刑法総論研究Ⅰ』（一九八四年）
車鏞碩『刑法総論講義Ⅰ』（一九八四年）
黄山徳『刑法総論七訂版』（一九八二年）

2　韓国以外の文献

加藤尚武ほか編（李信哲訳）『ヘーゲル事典』（二〇〇九年）
Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983.
Hirsch, ZStW 74 (1962).
Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Aufl. 1988.
Il-Su Kim, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Ostasiatisch-deutsches Strafrechtskolloquium Tokio, 1993.
Young-Whan Kim, Das Verhältnis von Recht und Moral, in: Heinz-FS, 2007.
Klug, in: Eb.Schmidt-FS, 1961.
Krauß, ZStW 76 (1964).
Yong-Sik Lee, Entschuldigungsgründe im deutschen u. koreanischen Strafrecht, Freiburger Diss., 1992.
Ottfried Höffe, Lexikon der Ethik, 5. Aufl. 1996.（任洪彬ほか訳『道徳と人倫』〔一九九八年〕）
Ou-Chan Choi, Notwehr und „gesellschaftliche Sitten", Freiburger Diss., 1988.
Paul K. Ryu, Das Koreanische Strafgesetz (Hrsg. von Marx-Planck-Institut für ausländisches und internationales

Strafrecht), 1968.
Peters, in: Welzel-FS, S. 425.
Roeder, Die Einhaltung des sozialadäqaten Risikos, 1969.
Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973.
Roxin, in: Radbruch-Gedächtnisschrift, 1968.
Schaffstein, ZStW 72 (1960).
Sch/Sch/Lenckner, StGB, Vor § 13 Rn. 70.
Schmidhäuser, in: Engisch-FS, 1969.
Stratenwerth, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1981.
Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969.

（1） 大法院判決二〇〇一年二月二三日・二〇〇〇도四四一五。
（2） 李炯國『刑法総論研究Ⅰ』（一九八四年）二七四頁。
（3） 劉基天『刑法学（総論講義）改訂二四版』（一九八三年）一九六頁。
（4） 朴相基「社会常規に反しない行為」高試界一九八七年五月号。
（5） 金日秀『韓国刑法Ⅰ［総論上］改訂版』（一九九六年）四六三頁。
（6） Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 55.
（7） Sch/Sch/Lenckner, StGB, Vor § 13 Rn. 70; Hirsch, ZStW 74 (1962), S. 78; 李炯國・前掲注(2)二八〇頁、車鏞碩『刑法総論講義Ⅰ』（一九八四年）五〇二頁。
（8） Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Aufl. 1988, S. 20 f.; Stratenwerth, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1981, S. 116; Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, 7. Aufl., 1988, S. 211; Krauß, ZStW 76 (1964), S. 48; Peters, in: Welzel-FS, S. 425; Schaffstein, ZStW 72 (1960), S. 369 f.
（9） Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 58.

(10) Schmidhäuser, in: Engisch-FS, 1969, S. 433 f.
(11) Klug, in: Eb.Schmidt-FS, 1961, S. 262 ff.
(12) Roeder, Die Einhaltung des sozialadäqaten Risikos, 1969, S. 77 f.
(13) Roxin, in: Klug-FS, 1983, S. 310.
(14) 金日秀・前掲注(5)四七〇頁、朴相基「刑法上の許された危険論」高試研究一九八八年一一月号。
(15) 金日秀・前掲注(5)五九六頁、裵鍾大『刑法総論（第六版）』（二〇〇一年）二六八頁。
(16) 金日秀・前掲注(5)六二五頁。
(17) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973, S. 26.
(18) 金永煥「刑法第二〇条正当行為に関する批判的考察」『金鍾源博士還暦記念論文集』（一九九一年）一三四頁。
(19) Young-Whan Kim, Das Verhältnis von Recht und Moral, in: Heinz-FS, S. 764.
(20) 大法院判決一九五六年四月六日・五六형상四二。
(21) 李建鎬『刑法学概論』（一九七七年）一二五頁、南興祐『刑法総論』（一九八三年）一二五頁。
(22) Paul K. Ryu, Das Koreanische Strafgesetz (Hrsg. von Marx-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht), 1968.
(23) Ou-Chan Choi, Notwehr und „gesellschaftliche Sitten", Freiburger Diss., 1988.
(24) Yong-Sik Lee, Entschuldigungsgründe im deutschen u. koreanischen Strafrecht, Freiburger Diss., 1992, S. 163; Young-Whan Kim, a.a.O., S. 761 f.
(25) りれに関しては、Il-Su Kim, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Ostasiatisch-deutsches Strafrechtskolloquium, Tokio, 1993, S. 115 (Anm. 5), 134.
(26) Otfried Höffe, Lexikon der Ethik, 5. Aufl. 1996; 任洪彬ほか訳『道徳と人倫』（一九九八年）一一三頁以下、加藤尚武ほか（李信哲訳）『くーゲル事典』（二〇〇九年）三二七頁以下参照。
(27) Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 98; Roxin, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee

und Rechtsstoff in der Systematik unseren Strafrechts, in: Radbruch-Gedächtnisschrift, 1968, S. 264.

(28) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 25.

(29) たとえば、韓国刑法第三一〇条に規定された名誉毀損罪の違法性阻却事由など。

(30) Ou-Chan Choi, Notwehr und „gesellschaftliche Sitten", 1988, S. 169.

(31) 裵鍾大「刑法第二〇条正当行為における『その他社会常規』の意味」月刊高試一九九一年九月号九二頁。

(32) 金日秀・前掲注(5)六二五頁。

(33) 大法院判決一九八三年三月八日・八二도三二四八、大法院判決一九八六年一〇月二八日・八六도一七六四、大法院判決一九八八年一一月八日・八八도一五八〇、大法院判決一九九二年九月二五日・九二도一五二〇。

(34) 金日秀＝徐輔鶴『刑法総論（第九版）』（二〇〇三年）三七九頁。

(35) 李炯國・前掲(2)三二六頁、李在祥『刑法総論全訂版』（一九九一年）二三一頁。

(36) 車鏞碩『刑法総論講義Ⅰ』（一九八四年）四七二頁、黄山徳『刑法総論七訂版』（一九八二年）一五二頁。

(37) 大法院判決一九八三年五月二四日・八三도九四二。被害者が被告人につきまといながら執拗に喧嘩を売ってくるのを防ごうとして被告人が被害者の喉首をつかまえて押し倒したというケースである。それは社会通念上容認される行為として違法性がない。

(38) 金日秀「勤労者の争議行為と業務妨害罪」高麗法学第三六号（二〇〇一年）二七頁以下。

(39) たとえ行為者が他人の名誉を毀損したとしても、摘示された事実が真実であり、もっぱら公共の利益のためのものであるときには、利益衡量の観点から個人の利益より公益が優先的に考慮されなければならない場合として、許された危険の原理により正当化されるのである。

(40) 大法院判決一九八九年二月一四日・八八도八九九（教会担当牧師を教籍剝奪処分にするという趣旨の教団傘下裁判委員会の判決文を複写し、信徒らに配布した行為は、真実を摘示したものとして、教団またはその傘下教会所属の信徒等のための公共の利益にかなうものといえるか、または少なくとも、社会常規に背かない行為に該当する）。

(41) 李炯國・前掲(2)二七八頁。

(42) 大法院判決一九七八年四月一一日・七七도三一四九。

(43) Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 326 ff.

(44) 金日秀・前掲注(38)三八頁。

(45) 劉基天・前掲注(3)一九四頁、南興祐・前掲注(21)一二一頁。

(46) 黄山徳・前掲注(36)一五六頁、孫海睦「超法規的違法性阻却原理」『刑事法講座Ⅰ』（一九八一）三〇五頁、李炯國・前掲(2)二八四頁、李在祥・前掲(35)二五六頁、金日秀・前掲注(38)五九九頁。