

刑法解釋における社會通念の意義

秋 山 哲 治

- (一) 社會通念の概念 (二) 刑法解釋におけるその意義

(一)

成文法の解釋に際しても、その解釋が所謂「超法規的」になされなければならない場合の生ずることは一般に承認されるところである。^(一)そして「超法規的」に事の論ぜられる場合、所謂「社會通念」もしくは、「社會觀念」が事を斷するに一の基準とされることのあることは、周知のところである。然し、このことは法規の解釋が嚴正を缺くことを許すものではない、ということとは斷るまでもないことであらう。

法律解釋において、所謂社會通念の意義が唱導されてから既に時を経るところであり、現今においても學說又は訴訟實務において學徒、實務家はこの表現を多く用うるのである。

言うところの「社會通念」は自由法運動の展開と共に、私法に於ても刑法に於てもその意義が強調せられた。我國における自由法學者の一人である牧野英一博士は調停制度殊に借地借家調停法における三種の原理として、第一に「不當の當然化」、第二に「社會の通念」、第三に「具體的妥當性」を挙げられるのであつて、「社會の通念」について次の如く述べられる。曰く「調停委員は、その『特別なる知識及び經驗』に依つて判斷を下すのであり、概念的に法律の形式を

追うことに因つて事を論ずるのではない。大審院は、屢々、いはゆる超法規的な方法に依つて法律を論ずるとき、『社會の通念』という語を用ひるのであるが、調停も、亦、實にかやうな社會通念に依り、それが正當とし、當然とするところを考慮することに因つて解決を與へるのである^(二)と。又、別に曰く「わたくしは、事物の論理的な性質としては、刑法においても解釋は無限である、と考へてゐるのである。しかし、それは、裁判所に恣意が許されるといふことを意味するのではない。やはり、それには、二つの點における論理的な制限を認めておかねばならぬのである。第一は、一定の行爲を犯罪として之に刑罰を科することに因り、刑罰を科することに因る社會的損害が犯罪を放置することに因る社會的損害に超過してはならぬ、といふことである。第二は、一定の行爲を犯罪とすることが、社會の通念に反してはならぬといふことである。」……「論理は、その形式的な嚴格性を、一方において、『社會の通念』に依つて按排し、他方において、『社會の通念』を指導すべく運用されねばならぬのである^(三)」

更に刑法解釋において社會通念、公序良俗などの超法規的觀念が強調された一時期があつた。それはナチス・ドイツの刑法新第二條の制定を機縁とするのであり、新第二條中の「健全なる國民感想」乃至「健全なる民族感情」(gesunde Volkenschaung)によつて刑罰に値すると考へられる行爲をなした者は罰せられる、とする規定に刺戟されたことに由來するのである。

更に最近の法社會學の主張においては、「社會に實際におこなわれている生きた法、流動發展しつゝある法」を研究すべきであるとして、更に國家法以外の行爲規範を生み出してゆく社會地盤に眼をそゞぐべきである^(四)、として超法規的規範を重視するのである。

以上のような主張にも拘らず、刑罰法規の解釋は成文法規の嚴格解釋を以てしなければならないという基本的態度は動搖さるべきではない。而も尙、成文法規の解釋において、これを例へば、構成要件に關し、違法性・責任性に關し、又は罪數の決定等について「社會通念」がその一の基準となる場合のあることは、これを肯定しなければならぬ

い。以下、判例乃至訴訟實務において「社會通念」の援用せられて居る實例の若干を擧げてみることにする。

狩獵法違反被告事件（大判昭和十三年七月廿八日刑集第一七卷六一六頁）

上告理由

「吾人の社會通念に於て鳥獸とは生きた鳥獸及び死し居りても尙鳥獸の生前の儘の形態を備へ居るものを謂うものなり。」

北海道漁業取締規則違反被告事件（大判昭和九年六月二二日刑集第一三卷一一號）

上告理由

「釣は釣針を附著させた糸によつて魚類を釣り上げることを用いる。原判決は釣と釣との區別を使用法の受動的か能動的かの差異に求めたが、これは古來の通念に反し、一般社會の常識を無視した斷定である。」

業務上過失致死傷害並業務上過失列車顛覆破壞被告事件（大判昭和十五年八月二二日刑集第一九卷五四二頁）

上告理由

「今日の社會事情より見て「ガソリンカー」を本條に列擧せざることは明に權衡を失する憾ありと雖も今日の社會通念上「ガソリンカー」は汽車にも電車にも非ず。」

常習賭博被告事件（最判昭和二十三年七月八日刑集第二卷八號）

「賭博罪は、偶然の勝敗に關し財物をもつて賭事又は博戲をするによつて成立し、その結果として勝敗の既に決したことは賭博罪の成立に必要な事柄ではない。これは、國民の健全な風教維持のため賭博を刑罰制裁をもつて禁止せんとする立法の趣旨から見て明らかなるところである。所論のように、勝敗の決しない場合を總て未遂とし無罪とすべきものとするところを、むしろ社會の通念に反し賭博禁止の法の精神に戻るものと言わなければならぬ。」

殺人並殺人未遂被告事件（大判昭和十五年六月二七日刑集第一九卷三八七頁）

上告理由

「……行爲者の行爲が他人の死の原因であるといふためには、行爲者の行爲が**社會通念上死の結果を導くもの**でなければならぬ。」

「行爲から生じた結果を行爲者の責任に歸屬せしめるには、其の行爲から其の結果の發生することが**社會通念**（經驗法則）に照し一般的であることを要件とする。」

傷害被告事件（最判昭和廿四年八月十八日刑集第三卷）

刑法第三六條及び第三七條にはゆる「已むことを得ざるに出でたる行爲」という觀點から眺めるならば、一層容易にかつ明白に同じ結論に達することが理解されるであらう。防衛行爲が已むことを得ないとは、當該具體的事態の下において當時の**社會通念**が防衛行爲として當然性、妥當性を認め得るものを言うのである。

昭和二二年八月二五日政令第一六五號違反被告事件（最判昭和二四年四月九日刑集第三卷四號）

上告理由

「抑々刑罰は有責違法の行爲に對する制裁方法である。さらば被告人に責任を歸せしめ處罰する爲めには個々の刑罰法規を認識するの必要はないが犯罪行爲に對して悪いと知りつゝ敢て行ふと云ふ所謂違法性の認識を要するとなすが至當である。而して**社會の通念**に従へば所謂自然犯に對しては行爲者が責任能力者にして特別の事情なき限り犯罪行爲に對し違法性の認識あると推測し得るも……」

過失罪成立のための注意義務違反に對する判決（最判昭和二四年三月一七日刑集第三卷三號）

「原審において、過失を認定するための基本とした注意義務の内容は、當該具體的事案の客觀的狀態において**社會通念上**通常一般的に要求されると考えられる程度の注意であつた。そして被告人は、その注意義務を怠つたものとして、過失罪に問うたものである。」

不法所持罪の罪數決定に關する事件（最判昭和二四年五月一）
八日刑集第三卷六號

「……これを文字通り適用すれば實際において甚だ非常識な結果となるのである。たとえば倉庫番が數ヶ月前から倉庫内にある會社所有の鐵板數トンの保管に當つていと同時にその朝自己の喫煙用として買入れた卷煙草十本を衣囊内に携帯していた場合、この鐵板と卷煙草の所持は一個の包括所持と解することとなるが、斯くの如きは健全な社會常識の到底認容し得ないところである。」

「……常にこれを「繼續する一個の所持」と斷定することは正しくない。かゝる場合にはむしろ前後の支配關係を分つて別個二つの所持と認めることが社會通念上妥當であることが多い。」

「これを要するに數個の物が或る時期において同時に同一人の支配内にあつた場合において、その支配關係は法律上數個の所持と判斷すべきか或は、包括して單一の所持を構成するものと認定すべきかは、これらの物の種類、所持の場所、所持の始期、終期或は所持の原因、目的乃至動機、支配權限の法律上の根據その他所持に關する物理的、心理的諸要素を綜合して社會通念に照し健全な常識を以て具體的に判定すべき法律問題であつて、原判決の如くいわゆる所持の包括性並にその繼續性というような理論をもつて抽象的に論斷すべきものではない。」

「……本件物資所持は、社會通念に照し、第一犯罪の對象物資とは全く別個の所持と觀念すべきものである。」

（以上は檢察官の上告理由中より引用）

「……所持の個別性を決定せんとするにも、かゝる觀點に立つてその行爲乃至容態の形態を、内心的、物理的、時間的、空間的關係はもとよりその他各場合における諸般の事情に従つて仔細に考察して、通常人ならば何人も首肯するであらうところ、すなわち社會通念によつて、それが人と物との間に存する實力支配關係を客觀的に表明するに足る個別性を有するか否かを究め、そこに一個の所持があるか、數個獨立の所持があるかを決定しなければならぬ。」

「……もとより各場合の事情にもよることではあるが、一般には社會通念上それぞれ別個獨立の所持あるものと認

められる場合が多いのではあるまいか。」

「……要は分割時における所持人の行爲が**社會通念**に従い新しい所持の開始と認められるか否かによつて決定せられる問題である。」

(以上判決理由中より引用)

右の判決理由に對し少數意見がある。曰く「所持の數をきめる**社會通念**なぞいうものは、實證的・經驗的に見て社會のどこにも存在していないと見るが相當である。」この少數意見については、後で述べることにする。尙、**社會通念**と同意義において「**社會觀念**」の語が用いられる場合がある。

尊族傷害致死に關する事件(最判昭和二五年一〇月一日刑集第四卷一〇〇號)
上告理由

「しかも尊族致死というが如き行爲は、著しく道義に反する所爲として甚だしく非難せらるべきことは、今日の**社會觀念**とても依然これを是認するのであり……」「要約すれば、尊族に對する致死行爲は甚だしく國民の道義に反しそれはまた廣く人道の背反として極惡のものであり、かくの如き所爲は今日と雖も**社會一般の觀念**として著しく非難さるべきであるとするところに、尊屬致死罪規定を存置せしめる合理的根據を見出し得るのである。」

以上の例示によつて所謂「**社會通念**」が、刑法解釋において如何なる意義に用いられるかは略々これを指示し得たかと思う。そこで、更に歩を進めて**社會通念**の概念を明かにしなければならぬ。

(1) **社會通念**である、とされるためには、かかる觀念が社會の「一般人乃至通常人」によつて異議なく承認されるものでなければならぬ。かゝる**社會通念**の概念要素は、これを承認する主體に着眼して認識されるものである。判例はこれを、「通常人ならば何人も首肯するであらう、」とすると表現している。この事は、極めて自明の如くではある

が、併し乍ら、社會の一般人・通常人とは具體的に如何なる人々であるかを確定せんとすれば、これは必ずしも、自明であるとは言ひ難いのである。「社會の通常人」に對して吾々は、「社會の特定人」即ち、知識人、階級人、團體人組合人等々を區別し得る。そして又、知識人の通念、階級人の通念、當該團體人の通念、組合人の通念等の存在することを、これを肯定しなければならぬ。とすれば、一般人乃至通常人とは、特定の資格、或いは特定の職域によつて區別される特定人ではなく、一般的な國家的社會的生活關係においての人々を意味するであらう。これは又、一般人乃至通常人たるの資格に缺ける人々からも區別され得る。即ち、刑法は第三九條乃至第四一條において心神喪失者、心神耗弱者、瘖啞者、十四歳に満たざる者の行爲を無罪とし、ときにその罪を輕減する。従つて、通常人は、かゝる通常人たるの資格に缺くる者を含まざることは言うまでもない。而して國民は一般に法令の定めるところにより、義務教育を受けるものであるから、通常人の知識の程度は義務教育を終了した程度であると一應見做すことが出来る。併し乍ら、社會生活における生活觀念というものは、必ずしも學校教育の程度によつて測定されるものではない。普通の知能に缺けない限り、たとえ、義務教育を終了しない者であつても、社會生活を營むにつれて、そのために必要な經驗なり知識なり生活態度なりを獲得するものであるから、通常人としての社會觀念は、これを身につけ得るし、又我々の經驗はこのことを實證する。

判例は「通常人ならば何人も首肯するであらうところ、即ち、社會通念」とするのであるが、「何人も」という意味は嚴格に一人残らず、という意味ではないこと勿論であらう。たとえ、通常人であつたとしても、そのような社會觀念を首肯しない者もあり得るわけである。換言すれば、特定の通常人が具體的行爲に際して、必然的に一定の社會觀念に隨つて行爲するとは云へないのである。従つて「何人も」ということは、結局、「大多數の人」という意味に、實質的にはならざるを得ないわけである。

(2) 社會通念である、とされるためには、社會の一般人乃至通常人に共同的に承認される「社會生活上の意識乃至觀

念」でなければならぬ。社會通念のこのような概念要素は、通常人によつて首肯される觀念内容に着眼して認識されるものである。吾々は各々の職域において一定の觀念に隨つて生活するものである。即ち、或る者は實業人として經濟社會を支配する觀念に隨つて經濟的取引を行うであらう。斯る意味において「經濟上の通念」が存在するわけである。このような意味において、「政治上の通念」「行政上の通念」「教育上の通念」「宗教上の通念」「文學上の通念」等々の存在を認めざるを得ない。然しながら、このような限定された特殊の生活領域において承認される觀念ではなくして、何人もそのような生活關係に立つものとしての一般的社會生活の領域において首肯される共通の觀念が存在する。これを例へば、前掲若干の判例について見ると、「社會通念に於て鳥獸とは」「社會通念上『ガソリンカー』は」「勝敗の決しない場合を總て未遂とし無罪とすべきものとするところ、むしろ社會の通念に反し」「行爲者の行爲が社會通念上死の結果を導くもの」「本件物資所持は、社會通念に照し」の如くに、一般の社會生活に於いて當然承認される觀念を指示するが如くである。所謂社會通念と言はれるものは、必ずしもこのような一般社會生活上の觀念のみを意味するのではなく、限定された生活領域、例へば經濟社會の通念とか、政治社會の通念とかであつても、一般的にそれが社會の常識として、通常人の共通意識となつてゐるものは所謂「社會通念」と稱せられよう。

次に社會通念たる「意識乃至觀念」とは如何なるものかを究明しなければならぬ。意識乃至觀念の意義は、これを心理學的乃至社會心理學的に或いはこれを哲學的に更に社會學的に解明され得ることは勿論である。然し乍ら、本稿はそのような意味における解明を目的としたものではない。そして、こゝでは當然法的な意義が明かにされることを意圖するわけである。社會通念乃至社會觀念と言はれるものは、一般社會の「常識」であると言葉を換へるとすればその意味は最も近いものであると云うことが出来ると思う。上掲の例においても、「社會通念に照し健全な常識を以て」「古來の通念に反し、一般社會の常識を無視した斷定」の如くに、これを關連せしめて表現してゐる。又、「社會通念」と「社會の常識」とは同意義において用いられている場合もある。併し、「通念」と「常識」とはそのニユーア

ンスに於て多少の相異はあらう。即ち、常識と言へばより知識的であり、通念と云へば、より經驗的事實的であり、又、常識と云へばより多く事物の認識に關するものであり、通念と云へば、信念、感情等の意思的・感情的なものをも意味する。このようなニュアンスの相異はあるとしても、その意味するところは略々同様であるといふことができよう。従つて、これを用うる人により、用うる場合に應じて同意異語となり、或いは多小の區別が意識されることもあるわけである。

吾人は多數共同して社會生活を營むものであるが故に、共同生活において經驗的に共通の意識を生ずるに至ることは當然であつて、社會觀念乃至社會常識は、このような社會的生活經驗の集積によつて形成された意識である。換言すれば吾々の日常生活における社會的知識・意思・感情である。このような社會觀念乃至常識は、その形成の過程において原理的に疑はれることなく、直接的な自明なものと意識されるのであり、従つてそれは、反省的原理的統一的體系的な觀念ではないわけである。社會的な日常生活における經驗を根據としたものとしての性格上、それは必然的に、場所的・時間的に制約を受けざるを得ない。従つて、異なる社會には異なる社會觀念が形成され、時代の推移と變化に伴い、亦、社會觀念も變動することになる。^(四)尤も、「古來の通念」と云はれるものがある如く、比較的永續的な觀念も存在することは否定出来ないし、東洋と西洋の如くその社會生活、様相、環境の相異にも拘はらず、略々同様の觀念の存在することも否認出来ない。おそらく、それは人類に共通の人間性に由來すると思はれるのであるが、吾人の社會觀念は、社會構造の變動と時代の推移に極めて敏感であることを強調しなければならぬのである。このことは、一例として今次の日本の敗戦後の社會觀念を戦前のそれと比較すれば、餘りにも明らかな事實である。併し乍ら、一面、生活經驗の集積たる性格に基いて、それは或意味では深く骨身に染み込んだものであるが故に容易に捨て去り難いものもあるわけであり、かくて變革期における社會意識は保守的なものと變動的なものとの複雑な様相を呈することになるのである。

社會通念は、共同生活における知的、意的、情的な經驗の集積によつて形成された意識であるが、それ自體が統一的な體系を持たないという點において、慣習と類似している。然し、慣習は事實的經驗的固定的傳統的であるに對し、社會通念はより評價的であり、より浮動的である。

更に又、社會通念が社會生活の經驗を基盤として形成されるものである性格上、それは必然的に社會生活を構成する諸々の要素、即ち、科學、法律、政治、經濟、宗教、道德、藝術等々によつて更に生活事實としての慣習によつても影響されざるを得ないのである。實は道德法律等の體系的な規範も、事實的經驗的な社會通念を基礎として發達したものである。兩者には相關々係がある。かくて、法律解釋において社會通念が問題となるとき、所謂公序良俗、誠實信義則と關連せしめられることがある。公序良俗乃至誠實信義則が諸々の社會生活の道義的な基本原則とされるに對し、社會通念は事實的經驗的な基本原則と見られるからである。規範的價值評價と事實的經驗とは社會的現實生活に於ては密接な相關々係を有するものであり、社會通念が知識的認識に關する場合は眞實性の評價をその觀念の要素とするものであり、又社會通念が道義的意思感情に關する場合には善惡、公平、正義等の評價をその觀念の要素とするものである。かくして、公序良俗、誠實信義則と略、同様の意味において社會通念という言葉が用いられる場合も生ずるのである。

以上述べた如く所謂社會通念は、一應社會生活における常識であると考へることが出来るとしても、それは決して他の社會觀念との間に明確な限界を設定できるものではない。又、觀念の常として意味の明確を缺くものがあると言はねばならない。それは、公序良俗と言ひ誠實信義といつても、觀念としては必しも明確なものではないのと同様である。そして、このような觀念が現實的にその意味が決定されるのは、觀念それ自體によるのではなくして當該社會の現實の基本構造によるのである。社會通念も亦、このような意味において當該社會の基盤と命脈を共にするのである。従つて社會構造が統一と安定を喪い、分裂と危機に面した場合、社會通念も亦極めて分裂的な性格を呈するに至ると言はざるを得ない。

(3) 社會通念である、とされるためには、かゝる觀念は一般に「承認され首肯」されなければならない。社會通念のこのような概念要素はその機能乃至作用に着眼して認識されるものである。一般に承認される、ということは、そのような觀念が一般人の共通のものであるということに他ならない。共通な觀念であるということは、別言すれば、客觀的、一般的な觀念であるということである。従つて、それは生活意識に對し指導性、支配性、拘束性を有つことになる。一定の社會觀念が何故にかゝる共通性、客觀性、一般性をもち得るかについては十分に吟味検討されなければならないのであるが、極めて概括的に言へば次の如く言い得ると思う。即ち社會通念は、共通な生活體驗に立脚するものであり、それは又眞實性、合理性、妥當性を有すること乃至社會の價值意識に適合するが故である。前に、社會の常識は事實的經驗的に形成されるものであると言つたのであるが、これは明確な原則を以て貫かれた自覺的統一的體系的な觀念ではない、という意味であつて、このことは、事實的經驗的に形成されるものが全く合理性や妥當性を缺くということの意味ではない。然し乍ら合理性、妥當性と言つても現實にはそれは程度に於て差別のあるものであるから、社會通念の合理性妥當性も具體的には種々のヴァリエテイがあると言はなければならない。即ち、一定の事實が事實であるの故を以て、換言すれば記述的な意味において、社會通念であるとされる場合は合理性の評價を缺くのであるが、社會生活事實についての評價的な意味における社會通念にあつては、それは多分に社會生活に共通な價值意識に因つて形成されるものと言はれ得ると思うのである。

以上の如く、社會通念は一般に承認され首肯されるものであり、それは、共通の客觀的一般的な觀念であるが、然し乍らこのことは、このような社會通念の意識が個人々人によつて全く同様である、ということの意味するのではない。即ち、個人々は「社會意識を或ひは深く或ひは淺く、或ひは廣く或ひは狭く、或ひは高く或ひは低く、それぞれに異つて把持する」^(六)のである。従つて、社會通念の指導性、支配性は各人によつてその程度を異にするわけである。

(4) 社會通念である、とされるためには、當該社會の地域に共通の觀念でなければならぬ。社會通念のかゝる概念

要素は、當該社會通念が社會通念として首肯される場所的範圍に着眼して認識されるものである。例へば、賭博罪において勝敗の決しない場合を總て未遂として無罪とすべきものとするのが、社會の通念に反すると、斷ずるためには、社會の通念に反するという觀念が、法の支配する地域に共通に行はれるのでなければならぬ。併し乍ら、限られた一定の地域には、或る特定の觀念が行はれている場合がある。かゝる場合、當該地域に居住する人はこの特定の觀念によつて、その行爲が支配されることになる。このような觀念は、當該地域の通念であるが、これを所謂社會通念の名を以て呼ぶことは妥當ではなからう。例へば、高知縣の一地方に於てはモマと呼ぶ獸は法律に謂ゆるムササビにあたるものではない、という一般觀念が行はれ、又、栃木縣の一地方に於てはムジナとタヌキとは別物であるという一般觀念が行はれていた場合、當該地方の住民は、そのやうな一般觀念に基いて行爲をなすわけである。従つて所謂社會通念と呼ばれる觀念は法の支配する地域に共通に行なはれるのでなければならぬが、然しそれが全國津々浦々一様に行はれるとは云へない。賭博についても或る地方に於ては戶外において活動し得ない一定の期間、罪なき娛樂と考へられ、その違法性に關する意識が稀薄であると云はれている。以上の如く考へると、所謂社會の通念と言はれるものの實質的な支配性、拘束性が地域の相異によつて種々のヴァリエイテイを持つものと言はざるを得ない。

(4) 社會通念である、と云い得られるがためには、かゝる觀念は一定の時代に共通のものでなければならぬ。かゝる社會通念の概念要素は、言うまでもなく時間的推移によつて社會通念が浮動するものであることに着眼して認識されるものである。

科學的知識は日進月歩と形容されるのであるが、これに關連した我々の觀念は、従つて時と共に變化する。政治生活の變化、經濟機構の變動、これ等に伴う社會構造の推移は必然的に社會通念を動搖せしめる。尤も、記述的意味における社會通念は比較的固定的であると言い得るが、評價的な社會通念に至つては時代の價值意識によつて多く支配されるものと云はなければならぬ。變革的動亂時代にあつては、極端な場合、昨日の通念は既に今日の通念でない

ことすらもあるであらう。かくて、社會通念の共通性、客観性、一般性は、結局當該時代の下における共通性、客観性、一般性である。合理性、妥當性と云つても時代の制約の中にあることは言うまでもない。

「社會の通念」と共に「健全な國民思想」が共同體成員の綜合意思として法律的規制力を認められることがある。併し乍ら、言うところの健全とは如何なる意義を持つものであらうか。それは多分に政治的色彩をおびざるを得ない。即ち、時の政治的支配権力の希望し期待するところの思想が健全な國民思想と稱せられる傾向を持つのである。確かに社會の觀念は政治的権力による宣傳的な言動によつて形成されるものがあると言はなければならぬ。かくて所謂健全な國民思想が、「社會の通念」の名において政治的権力支配を堂々と活躍せしめることがあることも想像し得られるのである。

註(一) 「法の解釋に於て、其材料たるものは主として法文又は判例若くは慣習にして、法文を通して認識し得たる法は所謂成文法たり。又判例を通して得たる法は所謂判例法たり、又慣習を通して得たる法は所謂慣習法たり。但し是等各種の法に於て、夫々宗教、道德、風俗、儀禮等の規範、社會觀念、公序良俗と謂うか如きものも同時に解釋の參考材料たり。」(宮本英脩博士著 刑法學粹 六九頁)

「法の解釋は成文に關するものと雖も、他の成文及び其他の參考材料なくしては不可能にして、之れが爲めには先づ一切の材料の周到なる調査を必要とす。是れ即ち經驗なり。」(宮本博士同書七〇頁)

「慣習、條理、判例、學說等によつて刑罰法規が新に設定されるところは我が憲法の認めないところである。此の意味に於て刑罰法規の形式的淵源は法律に限られるのである。但し法律の解釋において慣習、條理、學說が其の意義を有する。」(小野清一郎博士著、新訂刑法講義總論 四一頁)

(二) 牧野博士著 岩波全書 刑法 二八頁參照

(三) 牧野博士著 刑法の三十年 一四五—一四七頁參照

(四) 山中康雄教授著 法の羈束力的權威 四〇頁參照

(五) 三木 清著 哲學入門 三〇頁參照

(六) 田畑忍博士著 憲法學の基本問題 一四九頁

(二)

上來吾々は社會通念の概念について考察を進めて來たのであるが、今や、所謂社會通念が刑法解釋において如何なる意義を有するかを探究しなければならない。

犯罪は一般に、構成要件に該當する違法且つ有責な行爲によつて成立する、とされる。従つてまづ、社會通念は構成要件に關し、違法性に關し、有責性に關して如何なる意義を持つかを考察しなければならない。この事は、既に判例を列擧した際、心懸けたところである。然し、これらを各別に考察する前に、一般に刑法法規と社會通念とは如何なる關係にあるかを考へなければならぬ。

元來、刑法各本條に規定するところの構成要件（可罰的違法類型）は、社會觀念において違法（實質的には社會生活を破壊し生活利益を侵害するもの）であると觀念されるものの中から、所定の刑罰に相當するとして國家的意思によつて選擇されたものである。この意味において刑法各本條の構成要件は、社會通念によつて違法であるとされる行爲事實をその母胎としているものであるとも言ひ得られる。

更に又、刑法規定に表現されている文字の解釋も亦、一般に社會通念によつて理解せられる。例へば、「政府ヲ顛覆シ」「火ヲ放テ」「行使ノ目的ヲ以テ通用ノ貨幣、紙幣又ハ銀行券ヲ」の如き表現は、社會の一般觀念に従つて理解されるわけである。（尤も法律用語として一般通俗の意義以外の特別の意義をもつて理解しなければならぬ場合もある。）この意味において刑法は（勿論刑法のみならず全ての法令について言へることではあるが）社會通念を以て構成されている、ということができよう。この意味の社會通念はこれを「法たる社會通念」ということにし、この意味以外に「事實たる社會通念」を區別することが適當と思はれる。所謂社會通念は、「事實たる社會通念」である。

然し乍ら、以上の理由を以てして、所謂社會通念が社會通念たるの故に、刑罰法の法源たり得るとしてはならぬ

い。換言すれば、成文規定たる構成要件に加へて社會通念を以て構成要件となすことは斷じて許されないのである。刑法における自由法運動の主張はこの點最も警戒を要するのである。嘗て、刑法の類推解釋に寛大な態度を示された木村龜二博士も次の如く述べられることになつた。曰く「……この刑法の根本的目的たる社會と個人との調和の理念を表現したものが刑法の條文であるから、刑法の目的論的解釋は刑法の明文の形式的限界を離れ、これを越えることは絶対に許されない。その意味において刑法の解釋は條文の文字に拘束せられた拘束的解釋であつて自由法論ではない。これが刑法解釋の根本要請であり、刑法解釋の特殊性である。」

然らば、社會通念は刑法において如何なる役割を果すものであるか。一言にしてこれを言へば、それは刑法の成文規定を解釋するに際しての、慣習・條理等と並んで一參考材料である。即ち、成文自體がその解釋を成文規定以外の資料を以てすることを認容している場合、乃至成文規定自體の表現的不充分の故に或は、言語自體の抽象性の故にこれを解釋するに當つて成文規定以外の資料を援用する場合である。超法規的に事を論ずるとはこのような意味でなければならぬ。

然らば社會通念は刑法解釋に當つて、何故に、かゝる役割を果し得るのであるか。前節における既念の考察において、一應指示されているのであるが、次の如く要約することができよう。

一般に規範は適法性、合目的性、強行性、安定性などの性質を持ち、又社會生活の秩序維持のために統制性、指導性、拘束性を有するものであると言はれる。事實たる社會通念は規範と比較して、このような性質は弱いとはいへ、我々の日常生活を経験的に指導し拘束し統制するものであつて、體系的な規範でない乍らも規範力を有するものと言うことが出来よう。換言すれば、それは個人を社會生活に結びつけるものであり、社會の立場に立つてこれを見れば、それは社會生活の秩序を維持するに役立つものと言はねばならない。このような點よりして「事實たる社會通念」が慣習、條理等と共に成文法規の解釋に意義あるものとなるのである。

以上の一般的前提に立つて、犯罪成立要件における社會通念の意義を極めて簡単に概観することにする。

(1) 構成要件と社會通念との關係

構成要件における事實的記述的要素と規範的要素とに分けて考察しなければならない。

(a) 事實的記述的要素は原則として社會通念によつて解釋さるべきである。社會通念上ガソリン・カーは汽車に該當しないという被告側の主張、鈎と釣針とは社會通念において異るとする被告側の主張に對し、裁判所はこの主張を容れなかつた實例がある。記述的要素が社會通念に反して解釋されることには警戒を要するものがある。

(b) 「不法に」、「不當に」、「濫りに」、「等の解釋については、具體的な情況において判斷なされなければならないであつて、社會通念は解釋の一基準となる。

(2) 違法性と社會通念との關係

刑法第三五條後段の正當行爲の範圍の決定及不真正不作爲犯における作爲義務の認定に關し、違法性と社會通念との關係は刑法學理論に於て重要な一部を爲すものであり、且又、議論の分れるところである。即ち、所謂實質的違法の理論として一般に學徒の周知するところである。^(二) 實質的違法論の主張は、違法判斷の基準を條理、文化規範、社會の常規又は公序良俗等に求めるものである。我國の判例及多數の學説は不作爲犯における作爲義務の存在の基準を成文法規以外の規範に見出すことを肯定している。

一例を擧げる。

「凡そ不作爲犯成立の條件を成す義務違反は必ずしも各個の法規上に明に規定せられたる義務に反する場合のみに限らず、具體の場合に於て公の秩序善良の風俗に照らし社會通念上當然一定の措置に出てさるべからずと認めらるる場合敢て其の措置に出てさることも亦右に所謂義務違反を以て論すべきものとす。」
(大判昭和十三年三月十一日 日刑集第一七卷二三七頁) 右は

不作爲に因る放火罪の成立を判示したものであるが、この判決に對しては諸家の見解が發表されたのであつた。植松

正教授は「不作爲犯における作爲義務は制定法規上の義務に限らぬこと勿論であるが、やはり法律上の義務である。刑法の理念に照して科せられたる義務である。」「公序良俗は刑法の據つて以て立つところの基礎的理念ではあるが、刑法規範そのものではない。それは倫理規範である。ゆゑにこの倫理規範の命ずる作爲義務に違反することは、道德的非難の對象とはなり得ても、直ちに刑法的非難の對象とはならぬ。反倫理性は必ずしも可罰性と一致せぬ。然らば公序良俗の要求する作爲義務に違反する行爲の諸形態のうちからいかにして可罰的不作爲と不罰的不作爲とを區別すべきか、問題の中心である。」^(三)とされた。故草野豹一郎教授も亦、「不作爲犯に於ける行爲の違法性を超法律的な公序良俗の觀念に求むべきであることに付ては、殆ど異論がないといつて宜からう。」^(四)とされつゝ、倫理的・非難性と法的・非難性の境界をどこに求むべきかについて諸學説を檢討されたのであつた。併し乍ら、明確な限界は諸學者の努力に拘はらず通説的に樹立されないのであり、事の性質を考へるときそれは極めて困難であるとも言はなければならぬのである。かくして「社會通念」によつて、具體的事案に即して判定されるというような思考が生れる次第である。

(3) 責任性と社會通念との關連

刑法第三八條における責任條件としての故意・過失は、その解釋を合理的判斷に委せている。殊に過失における注意義務については、不作爲犯における作爲義務と同様な意味において明文規定のみその根據が求められるのではないとされるのである。即ち、ここに於ても亦社會通念は注意義務の存否について判斷の一つの基準となるのである。島田武夫前教授はこの間の消息を次の如く述べられる。「注意義務の内容は極めて常識的なもので、慣習や條理の内容をなしている。それは社會生活上當然なさねばならない注意であつて、この注意を缺いたなら同じ立場にある他人から非難される注意である。」^(五)「ところが慣習や條理としての注意義務は、その限界が必ずしも明確でなく又時として誤解されることもあり得る。判決は慣習や條理としての注意義務を確認し、その限界を明かにするものである。」^(五)

以上極めて粗雑ではあるが一應刑法解釋における社會通念の意味を述べたのである。そこで以上の考察に基いて一應の結論を求めるところにする。

事實たる社會通念はその時代により、地域により、その主體において、又、その内容及機能において、必ずしも明確ではなく、必ずしも安定的ではない。このことは次の事實によつても示される。

「……通常人ならば何人も首肯するであらうところ、すなわち社會通念によつて、それが人と物との間に存する實力支配關係を客觀的に表明するに足る個別性を有するか否かを究め、そこに一箇の所持があるか、數個獨立の所持があるかを決定しなければならぬ。」とする所持罪の罪數決定に關する最高裁の多數意見（前掲）に對し、眞野毅判事は小數意見として述べられるのである。曰く「結局、各場合の諸般の事情に従い社會通念によつて所持の數を決定すべきだというに歸するが、それはつまり普遍妥當性に従つて所持の數を決めよ、ということであり、さらに煎じつめると理性に従つて所持の數を決めよということになる。（へけだし、われわれの理性は、哲學的にはその根柢に普遍妥當性を前提として認められており、普遍妥當性を認めなければわれわれの理性は成立しないからである）。そうだとすれば、すでに理性をも含む良心に従つて常に行動する裁判官に對しては「所持の數を決するについて理性に従えと言つてみたところで實質上は何等の基準ないし指針を示していないというも過言ではない。」……多數説のような基準で所持の數の變動をどうして正確に定めることができようか。所持の數をきめる社會の通念なぞいうものは、實證的・經驗的に見て社會のどこにも存在していないと見るが相當である。」「……つきつめると所持の數を決する社會通念というようなものは全く架空の觀念の產物たるに過ぎず、實證的に實感として現實にどこにも存在しないものである。」

前論においては、眞野判事は社會通念を理性と同一に考へられて居るようであるが、これは問題として、所持の數を決する社會通念の實證性・經驗性を疑はれ、かゝる社會通念は架空の產物である、と難ぜられるのである。一體、その

様な社會通念が存在する、と云ふことは何によつて判斷され得るであらうか。日常の會話により、或いは新聞、雜誌、ラジオ等の言論機關を通じての他人の觀念を認識することにより、或いは他の社會規範より推論することにより、又は吾々の社會日常生活がその様な觀念によつて行動されているという事實により判斷する、等々種々の事實に基いて、かゝる觀念の存在を認識するとして、結局は判斷者の直觀によつて決定されるとしなければならぬ。勿論、判斷者も社會構成の一員として共通の意識觀念によつて生活するものであるから、判斷者の主觀と雖もそれは社會通念の存在を認識し得るものということも考へ得られることである。併し依然として、常にその確實性は保證されるものではない。一例を擧げる。炭鑛經營の不振と賃銀不拂事件について原審は「賃金未拂を生ずるに至つた事由として社會通念上まことに已むを得ないものであつて……所謂期待可能性がないので……」という理由で無罪としたが、控訴審は、原判決を審理不盡の故を以て破棄差戻とした。(福岡高裁昭和二六年五月一)刑法の解釋が法的安全性と基本的人權の尊重に基調を置かなければならぬ、とすれば、以上の事實は吾々が充分注意しなければならぬことである。かくて、社會通念の刑法解釋における意義は、それが適正に援用されるときは、極めて妥當なる結論を導くものではあるが、その適用を誤るときは甚しく不當なるものとなる。殊に時代の傾向が基本的人權の尊重と逆な方向に進まんとするときは社會通念の適用について嚴戒しなければならぬことを更めて意識せざるを得ない。

註(一) (一)木村龜二博士、刑法解釋の本質、法學第十四卷第一號二五頁

(二) 黒田誠學士、牧野博士著、行爲の違法・不作爲の違法性。竹田直平教授、違法の判斷 法と經濟第七卷第五號第六號。安平政吉博士著、實質的違法理論の法規的展開 (人格主義の刑法理論 三二四頁以下)

(三) 植松正教授著、刑事法學研究第一卷一九六、一九九頁

(四) 草野豹一郎著、刑事判例研究卷五 五七頁

(五) 鳥田武夫前教授、過失犯 刑事法講座第二卷三六九頁