

第3節 超法規的違法性阻却事由

総まくり 68～74 頁

実質的違法論からは、違法性阻却事由は明文規定に限定されず、被告人に利益となる類推解釈として、超法規的な違法性阻却事由が認められる。

1. 被害者の承諾

法益主体である被害者が法益侵害に対して承諾を与えることである。

A

以下では、違法性阻却事由としての被害者の承諾を取り上げる。

被害者の承諾による違法性阻却の要件は、①惹起された法益侵害結果に対する②有効な承諾と、③①②に基づく構成要件的行為の社会的相当性である。②としては、㊶承諾対象が被害者自らが処分し得る個人的法益であること、㊷承諾能力、㊸行為時・結果発生時における承諾の存在、㊹承諾に対する行為者の認識、㊺承諾の外部的表明が必要である。また、㊻承諾に瑕疵がないことも必要であり、例えば、被害者が承諾以外に選択の余地がない程度にまで意思を抑圧されていた場合には承諾は無効である（錯誤については、[論点2]参照）。

最決 H16.1.20・百 I 73

[論点1] 被害者の承諾による違法性阻却の根拠

A

違法性の実質を法益侵害性だけに求める結果無価値論からは、法益主体である被害者が法益侵害の結果について承諾することにより、当該法益の要保護性が失われ、法益主体の意思に沿った結果については法益侵害性が失われることを根拠にして、違法性阻却が認められる。結果無価値論からは、生じた法益侵害の結果について被害者の承諾があれば原則として違法性阻却が認められる。

最決 S55.11.13・百 I 22

しかし、刑法の任務には社会倫理秩序維持も含まれ、違法性の実質は社会的相当性を逸脱した法益侵害又はその危険であると解すべきである。そこで、被害者の承諾に基づく構成要件的行為は、社会的相当性があれば違法性が阻却されると解すべきこととなる。社会的相当性は、①承諾を得た動機・目的、②行為の手段・方法、③法益侵害性の内容・程度などを考慮して判断される。

[論点2] 承諾する動機の錯誤

A

確かに、**構成要件の保護法益の転換にならないよう**、法益関係的錯誤に限って同意を無効ならしめるとする見解もある（法益関係的錯誤説）。

最判 S33.11.21・百 II 1

しかし、錯誤に陥った事柄に被害者が与えた重要性も無視できないから、錯誤と承諾の間に条件関係がある限り、承諾は真意に沿わない重大な瑕疵ある意思として無効であると解する（条件関係的錯誤説／重大な錯誤説）。

[論点3] 承諾の存在時期

B

まず、行為の社会的相当性に影響する主観的正当化要素として承諾に対する行為者の認識が必要であると解されることの帰結として、承諾は行為時に存在する必要がある。

次に、被害者の意思に反する結果には法益侵害性の欠如が認められないから、承諾は結果発生時にも存在する必要がある。

[論点4] 承諾に対する行為者の認識

B

行為の社会的相当性に影響する主観的正当化要素として、承諾に対する行為者の認識が必要であると解する。