

令和 5 年 6 月 18 日現在

機関番号：32629

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2020～2022

課題番号：20K01342

研究課題名（和文）未成年被害者と被害者の承諾論 未成年者保護のための承諾論再考

研究課題名（英文）The consent of a minor

研究代表者

佐藤 陽子（Sato, Yoto）

成蹊大学・法学部・教授

研究者番号：90451393

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,200,000円

研究成果の概要（和文）：本研究の目的は、未成年者の長期的利益を考慮した承諾論の再構築にあった。再構築をする際には、未成年被害者の承諾を制約する方向性と、未成年被害者の法益処分を推進する方向性の二つの異なる方向性があった。本研究は日本、ドイツ、オーストリアの学説・裁判例を分析し、に關する制約・促進の具体的な内容、その理論的道筋を明らかにしようと努めた。結果的に、のいずれにおいても「子どもの福祉」や「健全育成」をキーワードに、不合理な未成年者の承諾を無効としたり、あるいは逆に、（常には）同意能力が認められない未成年者の承諾を有効とする可能性があること、その際の理論的道筋は複数ありうることを明らかにした。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究では日本、ドイツ、オーストリアの学説・裁判例を分析し、未成年者の福祉や健全育成のために、不合理な未成年者の承諾を無効とする理論、あるいは逆に、（常には）同意能力が認められない未成年者の承諾を有効とする理論を研究した。

これまで、未成年者の承諾は、同意能力以外の点においては、成人の承諾と同じように扱われてきたように思われるが、本研究は、それ以外の要件においても異なって扱う可能性を示唆した。それによって、今後は、より厚く未成年者をその未成年者自身から保護することが可能となる。他方で、未成年者に自らの身体等に係る重要事項につき（一定の範囲で）自ら決定させることも可能となる。

研究成果の概要（英文）：In this study, I investigated the consent of a minor by analyzing theories and cases from Japan, Germany and Austria. In doing so, I emphasized the perspective of the welfare of minors.

This study will eventually allow minors greater protection from themselves. On the other hand, this research will also allow minors to make their own decisions on important matters concerning their health, etc.

研究分野：刑法

キーワード：刑法 被害者の承諾 児童虐待 同意能力 未成年者の保護

1. 研究開始当初の背景

(1) 被害者の承諾の意義

被害者の承諾とは、通常であれば犯罪となるような利益の侵害行為に被害者が承諾することをいう。一般的に被害者の承諾があれば、犯罪の成立は否定される。個人法益に対する罪においては、刑法は本来的に個人のために利益を保護しているから、個人が当該利益を放棄することを自ら決定した場合には、当該利益を保護する必要性がなくなるからである。ただし、被害者の承諾にも限界があり、当該被害者の生命・身体の枢要部分を毀損するような場合は被害者の処分権の範囲外であるとして(通説)あるいは、法益侵害の程度や態様、動機も含めて行為又は承諾に社会的相当性がないと判断される場合には承諾の効果を否定するとして(判例)、承諾の構成要件または違法性阻却効果が否定されている。

(2) 未成年者と自己決定

上記のような被害者の承諾およびその限界は、承諾の主体が未成年者であっても同様に認められている。他方で、一般的に未成年者には判断能力が未熟であるという特徴があるが、被害者が未成年であるという事実は承諾能力を測る際に重要性を有する以外、とりわけ重視されてこなかったように思われる。

これに対して、各論に視点をやれば異なる状況にある。たとえば、未成年者略取誘拐罪は、その保護法益に監護権(又は被害者の身体等の安全)を加えることで、未成年者の承諾に限定を付す。性犯罪においても、児童福祉法や各都道府県の条例で未成年者の承諾を一定程度制約している。

問題は、未成年者拐取罪や性犯罪以外において、このような配慮を全く行う必要がないのか、である。あるいは、そもそもこのような配慮は、たとえば社会的相当性の中で行われているのだろうか。

わが国では、この点に関する研究がなお不十分な状況にあった。

2. 研究の目的

本研究の目的は、未成年被害者の承諾の成立要件を再考することで、未成年者の保護に貢献することである。

具体的には、未成年被害者の承諾を認めることが当該未成年者の長期的利益に反する場合に、成人被害者の場合とは異なる要件を設けるなどすることで、被害者の承諾の無効を理論的かつ適切に導けるようにすること、未成年者に承諾能力がなく又はあっても承諾しない場合で、かつ法益を放棄しないことが当該未成年者の利益に著しく反するときのために、未成年者への侵害を可能にするための法理を導き出すことである。

3. 研究の方法

(1) 2つの研究領域

本研究は、被害者の承諾に関するものであり、この点で刑法総論における研究が意味を持つ。他方で、上記のように、それぞれの犯罪類型において特別に考慮されている事情もあることから、刑法各論における研究も意味を持つことになる。そのため、総論・各論両分野における研究を行う。

(2) 総論的研究

まず、わが国における裁判例が、未成年者の承諾をいかなるように扱っているのかにつき、広く裁判例を集め・分析することで明らかにする。その際には解釈論だけでなく、認定の仕方にも注意する。成人と同じ要件を用いても、具体的な適用の基準が異なる可能性があるからである。

また諸外国の文献を用いて、理論的に未成年被害者の承諾がどのように扱われるべきだと解されているのかについて研究する。研究対象国は、我が国の解釈学に強い影響を与えているドイツ及び、ドイツ法の影響を受けたオーストリアである。

(3) 各論的研究

(2)を補完する形でこれまで各論で発展してきた未成年者保護のための解釈を研究する。具体的には、自由に対する罪から性犯罪全般と未成年者拐取罪、監禁罪を研究対象とする。諸外国の文献を研究する際には各国の法制度の違いも重視する。

4. 研究成果

(1) 未成年者の承諾を制約する原理

) 総論

本研究においては、わが国の判例実務で、合意(：構成要件を阻却する承諾)と同意(：違法

性を阻却する承諾)の区別なく、社会的相当性の基準により、不合理な未成年者の承諾が制限されている状況にあることを確認した。

社会的相当性は行為態様や犯人の行為動機等を根拠に、被害者の承諾の効果を失わせるものであり、未成年者の保護というよりは、行為者の「悪さ」を基準に承諾の有効性を判断しているものといえる。

本研究ではさらに、なぜわが国ではドイツのように、合意と同意の区別がなされず、一律に「社会的相当性」という基準が用いられる傾向にあるのかも研究した。結果的にはドイツの理論を受け入れる際に、種々の誤解があったことを導いたが、いずれにせよこのような誤解は、日本で独自に発達した裁判実務とドイツの裁判実務に差異があったことが前提になっていたことから、同意のみならず合意に「社会的相当性」の基準を用いることにそう問題がないことが分かった。

また、比較法との関係では、オーストリア法が示唆に富んでいた。

後述のように、(2)との関係で、オーストリアでは、治療行為に関して比較的若い未成年者の承諾の有効性を認める。しかし、治療行為に類似した別の医療行為においては、逆に未成年者の承諾を制限するような条文を定めている。

たとえば、オーストリアの臓器移植法第8条によれば、18歳に満たない者の臓器提供は許容されないし、美容医療及び手術に関する法律第7条によれば、16歳に満たない者への美容医療又は手術は許されない。このような規定は必ずしも刑法の解釈に直接影響を与えるものではないが、学説上、公序良俗(刑法上も違法性が肯定できる)の問題に、あるいは同意能力の問題に示唆を与えるものとされている。さらに、上記法律の影響もあって同意能力の対象を広く解する見解があり、たとえばタトゥーでは、それによって将来受ける不利益(たとえば、所属したい社会に受け入れてもらえなくなる)までも未成年者が理解していなければならないとする。

これまで同意能力は、侵害法益について理解する能力だとされていたが、ここでは、当該法益の侵害が自らの育成に与える影響も考慮されている。このような理解はわが国においても参考になる。

各論

とは異なり、各論における未成年者の承諾の制限は、承諾無能力の擬制や、判断能力の未熟を理由とする真意性の否定、身体の安全や生命といった個人(又は若年の未成年者)に放棄不可能な法益を追加することによる処分権の否定などにより、行われていることを確認した。

ここでは、被害者の未熟さや法益の重要性(それゆえ安易に処分できない)が考慮されており、この意味で、被害者の保護の必要性を基準に承諾の有効性が左右されているといえる。

他方で、未成年者に放棄不可能な法益を追加することの正当については、疑義が生じた。すなわち、このような犯罪においては、最終的に親権者等の承諾が重視されることになるのだが、ここでは、親権者等が未成年者の利益をもっともよく判断できるという前提が採られていることを確認した。しかし、そのような前提は児童虐待が社会問題となっている現代において必ずしも正しくない。

子どもの福祉や健全育成は、親権者の主観ではなく、客観的に判断されることが必要であり、立法や解釈の際にも、そのような視点が重要であることを導いた。

まとめ

各論においては、未成年者の「健全育成」という視点が直接前面に出されることが多いのに対して、総論においては、行為者の悪性に重きを置く解釈が裁判実務においては取られていた。また、各論において、未成年者の承諾に配慮する研究がある一方、総論においては、治療行為以外はほとんどこの分野に関する研究にあたることができなかった。

他方で、扱った裁判例の内容に鑑みれば、「健全育成」や「若年者に対するパターンリズム」を根拠に、青少年の保護を認める余地が十分あることも明らかになった。社会的相当性を用いること自体に問題があるわけではないが、より統一的な視点として、上記のような基準を用いる方が適切であることを本研究は示した。

(2) 未成年者の承諾を促進する原理

本研究では、(2)に関してまで調査が及ばなかったが、(1)の過程で、治療行為に関して、未成年者の同意能力を広く認めるオーストリア法を調査できた。

オーストリアではすでに立法による解決がなされているが(ただし、民事)、いずれにせよ、子が自らの将来を左右するような重要な事項について(親と共に)自ら決定する権利が重視されている。

治療行為のようにどちらの結論を採用することも合理的なケースにおいて、子の価値観を真に反映させた最終判断を、親と共に導くことは(あるいは、場合によっては未成年者個人に導かせることは)、まさに子の福祉と合致するだろう。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計2件（うち査読付論文 0件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 佐藤陽子、深町晋也（共著）	4. 巻 69
2. 論文標題 「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書を巡る分析・考察を通じて	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 刑事法ジャーナル	6. 最初と最後の頁 40 - 69
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 佐藤陽子	4. 巻 73
2. 論文標題 刑法における未成年者の同意能力と未成年者の福祉について：同意可能年齢に関するオーストリアの議論を参考に	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 67 - 87
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計4件（うち招待講演 0件/うち国際学会 0件）

1. 発表者名 佐藤陽子、宮田桂子、矢野恵美、和田俊憲
2. 発表標題 性犯罪の立法と解釈
3. 学会等名 日本刑法学会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 中島聡美、小西聖子、斎藤梓、橋爪隆、佐藤陽子
2. 発表標題 性暴力被害者のトラウマと刑事司法
3. 学会等名 日本トラウマティック・ストレス学会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 佐藤陽子
2. 発表標題 刑法改正案176条(177条)1項8号「経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること又はそれを憂慮していること」に関する考察
3. 学会等名 日本刑法学会
4. 発表年 2023年

1. 発表者名 佐藤陽子
2. 発表標題 自己のわいせつな画像を撮影(・送信)させる行為の「わいせつな行為」性について
3. 学会等名 日本刑法学会北海道部会
4. 発表年 2022年

〔図書〕 計4件

1. 著者名 浅田和茂、井田良、白取祐司、長井圓、丸山雅夫、吉田敏雄【編著】松宮孝明、山中敬一、曾根威彦、松尾誠紀、川崎友巳、松原芳博、佐藤陽子、松澤伸、杉本一敏、長井長信ほか著	4. 発行年 2022年
2. 出版社 信山社	5. 総ページ数 912
3. 書名 刑事法学の系譜	

1. 著者名 樋口亮介、深町晋也(編著)、仲道祐樹、川崎友巳、和田俊憲、佐藤陽子、佐藤拓磨、矢野恵美、松澤伸、金塚彩乃、東條明德、嶋矢貴之、黄士軒ほか(著)	4. 発行年 2020年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 949
3. 書名 性犯罪規定の比較法研究	

1. 著者名 深町晋也、樋口亮介、石綿はる美（編著）、佐藤陽子、佐伯仁志、和田俊憲、佐藤結美、松澤伸、黄士軒、松原和彦、許未恵（著）	4. 発行年 2023年
2. 出版社 日本評論社	5. 総ページ数 528
3. 書名 親による子の拐取を巡る総合的研究 比較法・歴史・解釈	

1. 著者名 山口厚、松原芳博、上嶋一高、中空壽（編著）、北川佳世子、神例康博、稲垣悠一、山本紘之、佐藤陽子、菊地一樹、山中友理、松宮孝明ほか（著）	4. 発行年 2023年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 1028
3. 書名 実務と理論の架橋 刑事法学の実践的課題に向けて	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------