



Title	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
Author(s)	佐藤, 陽子
Citation	北大法学論集, 73(4), 67-87
Issue Date	2022-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/87359
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_73_4_04_Sato.pdf



[Instructions for use](#)

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 ——

佐藤 陽子

I. はじめに

かつてオーストリアでは親子法改正法 (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001: KindRÄG 2001¹) により未成年者の権利に関していくつか重要な改正が行われた。この法律の主たる関心事は成人に近い子の自己答責性を強化し、それまで以上の参与の権利 (Mitsprecherecht) と形成可能性 (Gestaltungsmöglichkeit) とを許容することであった²。

具体的には、KindRÄG 2001によって成人年齢が19歳から18歳に引き下げられた。さらに、個人的な事柄における成人前の子の私的自治 (自己決定権) が強化され、たとえば認識能力及び判断能力を有していれば、治療的措置に未成年者だけで同意できること (現行オーストリア民法第173条。詳細はⅢ 2 (1) を参照) が定められた。それ以外にも、離婚等の後の両親の共同監護が強調されたり³、人的交流の権利や世話や教育に関する訴訟における未成年の子の訴訟

¹ Vgl. *Martin Schauer*, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275 ff.; *Gerhard Hopf/ Johann Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 530 ff.; *Constanze Fischer- Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2002, 293 ff.

² Vgl. *Hopf/ Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530.

³ Vgl. *Schauer*, NZ 2001, 275.

能力が認められたり（現行オーストリア非訟事件手続法第104条）と、多方面にわたる大きな改正であった。

これらの改正は基本的には民事法の分野におけるものであるが、刑法においても一定の重要性を有している。すなわち、民事法において未成年者の（自らの身体に対する）処分権が強化されたことは、傷害罪における被害者の同意論にも示唆を与えるものがあるからである。さらに、オーストリア民法第173条（改正当時は第146条c）が規定されたことにより、当該条文を修正する複数の特別な規定が定められることになった（詳細はⅢ2（2）～（4）を参照）。これらの規定も、刑法における未成年者の同意能力に関する議論に直接的ではないにせよ影響を与えている。

後述のように、KindRÄG 2001は未成年者の自己決定権を強化するための規定である一方で、その後の諸規定は未成年者の軽率な意思決定から未成年者自身を保護するためにKindRÄG 2001を修正するものである。かかる法律等を手掛かりに行われているオーストリア刑法の議論は、刑法における被害者の承諾に関して、未成年者や精神障害者といったいわゆる社会的な弱者の自由を尊重しつつも、一定の制約をかけることでこれらの者の保護を図るべきではないかという筆者の関心事に沿うもの⁴であり、わが国においても参照の価値があるように思われる。

それゆえ、以下ではまず、議論の前提として、オーストリアにおける傷害罪の構造を確認し、その上で一般的な同意論について概略する（Ⅱ）。その後、民法やその他の規定で未成年者の同意能力について定めた規定を紹介しつつ、そのような規定が刑法の議論にいかなる影響を与えているのか（あるいは与えていないのか）を紹介し（Ⅲ）、まとめとする（Ⅳ）。

本稿は、未成年者の決断がその健全育成に悪い影響を与えうる場合に、未成年者の同意を制限することができるかという視点から、被害者の同意の要件論を検討し直そうとする研究の一部であり、なお最終的な結論を導くまでには至っていないが、1つの参考としてオーストリアの議論の一端を紹介するものである。

⁴ 本稿は、日本学術振興会科学研究費助成事業・基盤研究C「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」（課題番号：20K01342）による研究成果の一部である。

II. オーストリアにおける傷害罪と被害者の承諾

1. 傷害罪

オーストリア刑法第83条はその1項に故意による傷害罪を、2項に故意に基づく虐待行為と過失による結果発生を組み合わせた結合犯としての傷害罪を規定している⁵。

1項の実行行為は(他人の)身体を傷害すること、または健康を害することである。身体の傷害(Verletzung am Körper)とは、単なる身体的虐待(Mißhandlung)を越えた、身体の完全性への些細ではない侵害をいう⁶。平手打ちは傷害ではない⁷が、激しく顔面を殴打するような場合には傷害となりうる⁸。外傷は決定的ではなく、痛みしかないような場合も含まれる⁹。これに対して健康の侵害(Gesundheitsschädigung)とは、身体的又は精神的な機能の障害(Funktionsstörung)を惹起することである¹⁰。

⁵ Vgl. *Rainer J. Nimmervoll*, in: *Leukauf/ Steininger StGB Kommentar*, 4. Aufl., 2017, § 83 Rz. 2; *Helmut Fuchs/ Susanne Reindl-Krauskopf*, *Strafrecht - Besonderer Teil I*, 7. Aufl., 2020, S. 40; *Alois Birklbauer/ Marianne Johanna Hilf/ Alexander Tipold*, *Strafrecht - Besonderer Teil I*, 6. Aufl., 2022, § 83 Rz. 1 f. いずれも1年以下の自由刑又は720日以下の日数罰金刑に処される。

⁶ Vgl. *Diethelm Kienapfel/ Hans Valentin Schroll*, *Strafrecht - Besonderer Teil I*, 4. Auflage, 2016 § 83 Rz. 6; *Christian Bertel/ Klaus Schwaighofer/ Andreas Venier*, *Österreichisches Strafrecht - Besonderer Teil I*, 15. Aufl., 2020 § 83 Rz. 1; *Manfred Burgstaller/ Hannes Schütz*, in: *Wiener Kommentar zum StGB*, 283. Lfg., 2021, § 83 Rz. 6; *Nimmervoll*, *Leukauf/ Steininger*, § 83 Rz. 5; *Birklbauer/ Hilf/ Tipold*, *BT*, § 83 Rz. 6.

⁷ Vgl. *Kienapfel/ Schroll*, *BT*, § 83 Rz. 7. 平手打ちは、場合によっては侮辱罪(第115条)で処罰できる。

⁸ Vgl. *Kienapfel/ Schroll*, *BT*, § 83 Rz. 8.

⁹ Vgl. *Kienapfel/ Schroll*, *BT*, § 83 Rz. 10. なお、単なる外形の変更は傷害ではない(vgl. oben, § 83 Rz. 11)。

¹⁰ Vgl. *Birklbauer/ Hilf/ Tipold*, *BT*, § 83 Rz. 1; *Kienapfel/ Schroll*, *BT*, § 83 Rz. 15; *Burgstaller/ Schütz*, *WK*, § 83 Rz. 9. 例外的に、痛みのある状態を維持することも健康侵害とされる(vgl. *Kienapfel/ Schroll*, *BT*, § 83 Rz. 10)。他方で、睡眠薬を投与して意識を失わせたような場合は過剰投与による中毒症状や意識喪失でない限りは健康侵害ではない(vgl. *Bertel/ Schwaighofer/ Venier*,

2項の構成要件は他人の身体を虐待し (mißhandeln)、それによって過失で身体を傷害した、又は健康を害したことである。2項でいう虐待は、他人の身体に物理力を行使すること (Einwirkung physischer Kraft) をいう¹¹。

さらにオーストリアの判例及び通説の理解によれば、医者の治療行為 (Ärztliche Heilbehandlung) は概念的に傷害ではないため、傷害罪の構成要件に該当しない¹²。医者の治療行為の内実は広く解されており、病気や身体障害、精神的な障害等を認識したり、治療したり、緩和するために医学的な準則 (Indikation) に基づいて行われるあらゆる医的侵襲や措置が含まれている¹³。他方で、医学的に必要性のない美容整形手術やピアスの穴を開ける行為、タトゥー

BT, § 83 Rz. 3; *Burgstaller/ Schütz*, WK, § 83 Rz. 11. *Birklbauer/ Hilf/ Tipold*, BT, § 83 Rz. 8は「争われている」と説明する)。

¹¹ Vgl. *Nimmervoll*, Leukauf/ Steininger, § 83 Rz. 14; *Fuchs/ Reindl-Krauskopf*, BT, S. 44; *Birklbauer/ Hilf/ Tipold*, BT, § 83 Rz. 2; *Burgstaller/ Schütz*, WK, § 83 Rz. 24. vgl. auch *Kienapfel/ Schroll*, BT, § 83 Rz. 65.

なお、身体的虐待 (日本では暴行罪に該当しうる) そのものは、不可罰である (vgl. *Messner*, in: Salzburger Kommentar zum StGB, 18. Lfg., 2008, § 83 Rz. 13)。

¹² 12 Os 63/ 01; *Schütz*, in: Wiener Kommentar zum StGB, 297. Lfg., 2022, § 90 Rz. 87; *Nimmervoll*, Leukauf/ Steininger, § 83 Rz. 21 und § 90 Rz. 19; *Kienapfel/ Schroll*, BT, § 83 Rz. 25; *Bertel/ Schwaighofer/ Venier*, BT, § 83 Rz. 1; *Burgstaller/ Schütz*, WK, § 83 Rz. 31. なお、意思に反した治療行為は、110条の専断の治療行為として処罰可能である。オーストリアの専断の治療行為の罪については、町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986) 215頁以下、天田悠『治療行為と刑法』(成文堂、2018) 349頁以下なども参照。

反対は、*Helmut Fuchs/ Ingeborg Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 11. Aufl., 2021, 16. Kapitel. Rz. 43 ff.; *Fuchs/ Reindl-Krauskopf*, BT, S. 57. ただし、構成要件該当性を認め、正当化事由としての治療行為という構成をとった場合でも、正当化のために被害者の同意が不要である点では共通している (vgl. *Fuchs/ Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 45. Vgl. auch *Zerbes*, in: Salzburger Kommentar zum StGB, 31. Lfg., 2014, § 90 Rz. 17; *Birklbauer/ Hilf/ Tipold*, BT, § 83 Rz. 22)。

¹³ *Nimmervoll*, Leukauf/ Steininger, § 83 Rz. 21; *Birklbauer/ Hilf/ Tipold*, BT, § 83 Rz. 19; *Kienapfel/ Schroll*, BT, § 83 Rz. 25; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 88; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 15; *Burgstaller/ Schütz*, WK, § 83 Rz. 31.

を入れる行為は治療行為ではないため、傷害罪の構成要件該当性が認められ、被害者の同意による正当化が考えられることになる¹⁴。

2. 被害者の同意

日本と同様に、オーストリアには被害者の同意に関する総論的な規定は存在しない¹⁵。しかし、日本と異なり、またドイツと同様に、傷害罪との関係では被害者の同意に関する規定が存在する。オーストリア刑法第90条（1項¹⁶）は以下のように規定する。

刑法第90条

（1）傷害又は身体的な安全性の危殆化（Gefährdung der körperlichen Sicherheit）は、被害者又は被危殆者がそれに同意をし、傷害又は危殆化そのものが良俗に反していないときには、違法ではない。

被害者の同意の効果は条文に明記されているように違法性阻却である¹⁷。違法性阻却根拠は、被害者の自由と損害の利益衡量だと説明されることもある¹⁸

¹⁴ Vgl. *Kienapfel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 29; *Burgstaller/Schütz*, WK, § 83 Rz. 32; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 89; *Fuchs/Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 47.

¹⁵ 旧刑法第4条には、自ら侵害を欲し、又はそれに同意した者にも犯罪が成立することが規定されており、被害者の承諾による犯罪阻却は明文上否定されていた（ただし、厳格に適用されていなかった点については、EBRV 1971, 220（政府案解説）；*Zerbes*, Sbgk, § 90 Rz. 1; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 1を参照）。

¹⁶ 同条2項は、同意を持って行われた医師による断種（Sterilisation）を一定の範囲でのみ許容するものであり、同条3項は性器の切除（Genitalverstümmelung）を同意にも拘わらず禁止するものである。

¹⁷ 当然ながら、構成要件を阻却する同意（合意）が存在することも認められているし、違法性を阻却する同意が傷害罪に限られない（たとえば、器物損壊罪にも妥当する）ことも認められている（vgl. *Stefan Seiler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl., 2020, Rz. 429 ff.; *Kienapfel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 4; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT, § 90 (S. 47); *Fuchs/Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 2 ff.; *Alexander Tipold*, in: *Leukauf/Steininger*, § 3 Rz. 34)。

¹⁸ Vgl. EBRV 1971, 221; SSt 14/ 47; SSt 42/ 8; *Fuchs/Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 7; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 17. Vgl. auch *Zerbes*, Sbgk, § 90 Rz. 4.

し、法的保護の放棄だと説明されることもある¹⁹。ここでは、自由な国家として法益処分に関する自己決定は尊重されるべきであるという自由保障（私的自治）の視点²⁰と自己答責性の視点²¹が考慮されている。

他方で、同意があるにも拘わらず良俗による制限がなされるのは、個人の身体が社会的な価値をも持つゆえに、個人は無制限に処分することができないからであり²²、また立法者のパターンリズム的な動機に基づくものである²³。

良俗違反性を判断する際には、「すべての公正で公平に考える者の礼節感情 (Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)」に合致するかが重要となり²⁴、当事者の動機や目的、侵害の手段や種類が特別に重要な役割を果たす²⁵。

確かに、良俗性判断の対象は傷害又は危殆化そのものであり、行為が良俗に反していることは重視されていない²⁶。しかし、行為の動機は常に考慮の外に置かれるわけではなく、法益侵害が大きければ（たとえば、重大で、不可逆的

¹⁹ Vgl. *Kienappel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 8; *Tipold*, Leukauf/Steininger, § 3 Rz. 36.

²⁰ Vgl. *Fuchs/Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 7; *Tipold*, Leukauf/Steininger, § 3 Rz. 36; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 4.

²¹ Vgl. *Nimmervoll*, Leukauf/Steininger, § 90 Rz. 3.

²² Vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 67; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 157. Vgl. auch *Kienappel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 46.

²³ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 6 und Rz. 158.

²⁴ Vgl. EBRV 1971 (政府案解説), 221; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 69. 政府案解説がドイツ刑法第226条 a (現行ドイツ刑法第228条) に言及する場面があることにも鑑みると、ドイツ法の影響を強く受けているといえよう。ドイツ刑法第228条の良俗違反性については、拙著『被害者の承諾』(成文堂、2011) 259頁以下などを参照。

²⁵ Vgl. EBRV 1971, 221. ここでは、例として、保険金を入手するためや SM 行為のために、医学的に必要のない切断術を行わせることが挙げられている。

²⁶ EBRV 1971, 16では、行為が良俗に反することが重視されていた (vgl. auch *Schütz*, WK, § 90 Rz. 2; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 160)。現行法の文言だけ見れば、立法者は、良俗違反の基準を傷害や危険の種類や重さだけで打ち立てようとしたように思われる (vgl. *Kienappel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 51)。

な傷害結果が生じる場合には)行為の動機も良俗性判断の材料とされる²⁷。傷害の種類と重大性、可逆性だけで厳格に良俗違反性を検討すれば、臓器移植等の社会的に有用な類型も違法となり得るからである²⁸。それゆえ、重大な傷害や死の結果が発生する蓋然性がある場合には、一般に承認される、倫理的に価値のある目的 (allgemein anerkannter, ethisch wertvoller Zweck) に貢献する同意だけが正当化の効果を持つことになる²⁹。

なお、かつての判例はさらにそれを超えて、なんらかの一般的に理解できる理由又は全く価値志向的 (wertorientiert) な理由なしに (重大と言えずとも) 取るに足らないとはいえない傷害を加えることは良俗に反する³⁰と理解していた。ここでは、無思慮で早計な自由の行使から本人を保護する必要があることがその根拠として挙げられている³¹。このような理解によれば、SM 行為に係る些細ではない傷害³²や保険金詐欺目的での些細ではない傷害は良俗違反となりうる³³。

いずれにせよ、現在支持されている良俗判断に基づけば、法益侵害の重大性と社会において承認される動機の重要性は相関関係にあるため、たとえば美容整形手術は医学的必要性が欠けていても同意があれば原則として違法性が阻却

²⁷ Vgl. OGH 13 Os 102/02 (2002); *Kienapfel/ Schroll*, BT, § 90 Rz. 55 f.; *Bertel/ Schwaighofer/ Venier*, BT, § 90 Rz. 4; *Fuchs/ Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 19 und 22 f.; *Seiler*, AT, Rz. 462; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 71 ff.

²⁸ Vgl. *Kienapfel/ Schroll*, BT, § 90 Rz. 52; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 163. その上で、*Kienapfel/ Schroll*, BT, § 90 Rz. 52 ff. は、このような立場が不適切な道徳的判決 (Sittenrichterei) に至り得ることを問題視し、軽い傷害の場合には良俗違反による調整を不要とする解決を支持している。

²⁹ Vgl. OGH 13 Os 102/02 (2002); *Bertel/ Schwaighofer/ Venier*, BT, § 90 Rz. 4; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 76; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 163.

³⁰ Vgl. OGH 12 Os 184/77 (1978). ここでは例として、危険でないとはいえない悪ふざけ (Mutwille) があげられている。かかる判例への批判は、*Fuchs/ Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 20を参照。

³¹ Vgl. OGH 13 Os 102/02; *Fuchs/ Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 19.

³² Vgl. 11 Os 134/ 06z (2007). ただし、本件は突然女性器に拳を突き入れて激しい出血の伴う膣の裂傷を負わせた事案であり、「刑法90条第1項の射程はいずれにせよ SM 行為のために加えられた重大な傷害には及ばない」と述べている。

³³ Vgl. *Fabrizy/ Michel-Kwapinski/ Oshidari*, StGB, 14. Aufl. 2022, § 90 Rz. 4.

されるが³⁴、犯人を逃走させるための美容整形手術は良俗違反となりうる³⁵。耳たぶにピアスの穴をあけることも、タトゥーを入れることも原則としては同意によって正当化ができることになる³⁶。

Ⅲ. 未成年者の同意能力とそれに関する特別な規定

1. 未成年者の同意能力

オーストリアにおいても、いわゆる刑法総論的な同意論においては、同意能力とは自らの同意の意義 (Bedeutung) 及び射程 (Tragweite) とその結果を認識し、判断する能力と説明されている³⁷。そのような能力は民法における行為能力とは異なるものであり、刑法では決まった年齢に左右されるものではなく、自然的な認識能力及び判断能力に左右されると解されている³⁸。このようなものが存在するかは、侵害の種類及び法益所有者の精神的な発展により左右され

³⁴ Vgl. *Kienapfel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 57; *Seiler*, AT, Rz. 467.

³⁵ Vgl. *Seiler*, AT, Rz. 467.

³⁶ Vgl. *Zerbes*, Sbgk, § 90 Rz. 168.

³⁷ Vgl. *Tipold*, in: *Birklbauer/ Hilf/ Konopatsch/ Messner/ Schwaighofer/ Seiler/ Tipold StGB Praxiskommentar*, 2018, § 90 Rz. 9; *Seiler*, AT, Rz. 439; *Fuchs/ Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 29.

このような理解は、わが国においても一般に受け入れられているものである。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第2巻』（第3版、青林書院、2016）444頁〔古田佑紀＝渡辺咲子〕では、有効な承諾のためには承諾の内容及び意義を理解する能力が必要であると解されているし、山口厚『刑法総論』（第3版、有斐閣、2016）166頁も、同意の対象となる法益侵害の意義を理解する能力が必要であると述べている。あるいはより具体的に、放棄する財の重要性・程度を認識する能力と、それに基づき自己の価値観に従って利益得失を判断する能力、その判断により自己をコントロールする能力が必要であるとの見解（拙著・前掲134頁以下）、さらに、「合理的な判断能力」を重視する見解もある（西田典之著・橋爪隆補訂『刑法総論』（第3版、弘文堂、2019）204頁。松原芳博『刑法総論』（第3版、日本評論社、2022）144頁では、「①法益性の根拠となった効用ないし属性を正しく認識し、②それを放棄するかどうかを自己の価値観に照らして合理的に選択しうる能力」と述べられている）。

³⁸ Vgl. *Fuchs/ Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 29; *Tipold*, *Birklbauer/ Hilf/ Konopatsch/ Messner/ Schwaighofer/ Seiler/ Tipold*, § 90 Rz. 9.

る³⁹。

刑法第90条との関係で展開される議論も総論的な議論と同様であり、同意者は自らの表明の射程を意識しなければならず、その前提として、ふさわしい認識能力と判断能力を有している必要があるとされる⁴⁰。これは民法上の行為能力とは無関係で、自らが同意を表明することの射程を、つまりそれによって生じるリスクの範囲を認識する能力が具体的にあったかが重要であると解されている⁴¹。

同意能力の内実についてさらに詳細に見て行けば、たとえば、Kienapfel/Schrollは「同意者は法益の損害という事実と意義を認識しなければならず、その個人的な境遇 (seine persönlichen Verhältnisse) に基づいて、(特別な) 法益の損害及び法的保護の放棄の重要性と射程を認識して、事実のみあって判断することができなければならない」と述べた上で、具体的な同意能力の有無は、(処分する) 法益と損害の種類及び範囲、その他の具体的な状況に左右されると解している⁴²。

また、Zerbesは、①法益の損害そのものを把握する能力、すなわち、(因果経過も含めて) いかなる傷害や危険がどの範囲において同意と結び付けられているのかを把握する能力、②放棄された法益が自分にとっていかなる意味をもち、その放棄がどのような意義を有するのかを事実即して判断する能力、それゆえ、生じる被害とそれによって得ようとする主観的な価値を衡量する能力、及び③制御能力を有していなければならないと主張している⁴³。このような同意能力の有無は具体的な状況に左右されるが、一般的に健康な大人には認識能力があるとされ、無思慮で合理的でない同意だからといって、健康な大人の意

³⁹ Vgl. *Fuchs/Zerbes*, AT, 16. Kapitel. Rz. 29.

⁴⁰ Vgl. *Nimmervoll*, Leukauf/Steininger, § 90 Rz. 6; *Kienapfel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 15; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 32; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 66; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB, § 90 Rz. 6.

⁴¹ Vgl. *Nimmervoll*, Leukauf/Steininger, § 90 Rz. 7; *Kienapfel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 15 f.; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT, § 90 Rz. 3; *Schütz*, WK, § 90 Rz. 35; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 74. ただし、*Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB, § 90 Rz. 6は、財産犯においては行為能力が必要と解する。

⁴² Vgl. *Kienapfel/Schroll*, BT, § 90 Rz. 16.

⁴³ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 66 f.

思能力が欠けているという帰結には自ずから至らないとする⁴⁴。

以上のような一般論が述べられた上で、オーストリアでは刑事未成年（14歳未満。少年裁判所法4条1項）は原則として法益侵害に同意する能力を欠いている（可能性が高い）と解されることが多い⁴⁵。しかし、それはあくまで一般論であり、実質的には特定の年齢に達さなければ同意能力が認められないわけではなく、成熟の程度と侵害の重大性に基づき具体的な事例を判断すべきことになる⁴⁶。具体的な侵害が重大であればあるほど適用されるべき基準は厳格でなければならならず⁴⁷、結果として14歳以上の者は14歳未満の者よりも広い範囲で刑法第90条の意味での同意を行うことが可能となる⁴⁸。軽く、狭い範囲に限られた傷害については、就学年齢に達すれば同意に必要な前提が存在するとの見解も主張されている⁴⁹。

なお、後述するように、論者（たとえばSchütz）によっては、未成年者の同意能力と刑法第90条の良俗違反の問題を連結させ、前者をある程度形式的に判断しつつ、未成年者の保護に貢献する他の法規に違反するような場合には、良俗に反するとして広く未成年者の同意を無効とする方法を用いる⁵⁰。すなわち、同意能力と良俗違反性を組み合わせ、妥当な解決を目指す。この場合、同意能力の有無について厳格に事実に見合って判断する必要がなく、ある意味で合理

⁴⁴ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 68 f.

⁴⁵ Vgl. *Nimmervoll*, Leukauf/ Steininger, § 90 Rz. 7; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 71. ただし、後述のように、民法第252条1項が規定されたことにより、民法第173条が治療行為以外に適用できないことが明らかになったため、14歳を基準とする考え方が不明確になったことを指摘する見解もある（vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 37）。

⁴⁶ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 77 f.

⁴⁷ 結果の重大性により同意能力の有無を判断する方法はわが国でも採用されているところである（西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』〔有斐閣、2010〕350頁〔深町晋也〕、拙著・前掲134頁以下を参照）。

⁴⁸ Vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 36.

⁴⁹ Vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 37.

⁵⁰ Vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 93. Schützの理解は承諾能力と良俗違反を組み合わせ、同意の有効無効を判断するものであり、たとえば、監護権者による承諾が必要されているときに、このような承諾なく侵害行為を行えば良俗違反の問題になる（vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 93）。

的な解決方法となりうる。

2. 未成年者の同意能力に関する特別な規定と被害者の同意論

これまで見てきたように、オーストリアにおいても同意能力の基本的理解はわが国におけるそれとほとんど差がないといえる。他方で、具体的な事例への適用に関する議論、とりわけ未成年者の同意の有効性に関する議論は日本よりも具体化され、深化しているように思われる。それはオーストリア民法やその他の特別な規定で未成年者の同意に関する定めが複数存在するからであろう。これらの規定が、刑法上の同意能力を確定する上でも示唆を与えるものとなっている。

(1) 民法第173条

同意能力を考える際に、とりわけ重要な示唆を与えるのは、オーストリア民法第173条である。

民法第173条

(1) 決定能力のある子 (Kind) は医療的措置 (medizinische Behandlungen) への同意 (Einwilligungen) を単独で与えることができる；疑わしい場合には、14歳以上の未成年者 (mündige Minderjährige⁵¹) にはこのような決定能力の存在は推定される。必要な決定能力を欠いているときには、世話や教育についての法的な代理権 (gesetzlichen Vertretung) が付与されている者の承諾 (Zustimmung) が必要である。

(2) 決定能力のある未成年の子が、通例は重大であとに残る身体の完全性又は人格 (Persönlichkeit) の侵害と結びついた措置 (Behandlung) に同意したときは、世話や教育についての法的な代理権が付与されている者も承諾した場合にのみ、その措置を行うことが許される。

この規定は、親子法改正法 (KindRÄG 2001) により民法第146条 c に挿入され、親子法及び名前法改正法 (Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013) により173条に移されたものである。

親子法改正法の政府案解説 (EBRV KindRÄG 2001, 28) によれば、この改正

⁵¹ 14歳以上18歳未満の未成年者を示す (オーストリア民法第21条)。

は、世話や教育に関して（具体的には医療的措置に関して）子の意思を考慮に入れることを、監護が委託されている両親に明白に義務付けるものである。子が（医療的）措置の基本と意義を認識し、その認識に基づき自らの意思を決定することができるほどに、子の意思は決定的となり、他方で子の意思を考慮することの限界は子の福祉等に反する場面で現れることになる。

このような趣旨から、民法第173条1項は認識能力と判断能力のある子は単独で治療的措置に同意できることを定め、また14歳を超える未成年者は原則としてこのような能力を有していると推定されることを定めている⁵²。

このような規定は治療的措置に関係しているため、刑法上は専断の治療行為の罪との関係で重要となるが、傷害罪（刑法第90条）にも影響を与え得る。なぜなら、このような規定における医療的措置は美容整形や（ドナー側の）臓器移植、タトゥーを入れることやピアスの穴をあける場合にも類推適用できると解されてきたからである⁵³。現在では、民法第252条1項に新たな規定が創設され、医療的措置は治療行為のみを示すことになったが、なお民法第173条の定めた年齢の限界は治療行為以外の医療的措置にも一定の示唆を与えている。

民法第173条からは次のことを読み取ることができる⁵⁴。第一に、14歳以上の者には医療的措置（＝かつては広義の医療的措置であり、現在では治療行為に限られる）に関する同意能力がありうること⁵⁵、第二に、14歳未満の者も一律に同意無能力ではないことである⁵⁶。

この規定はとりわけ民事裁判における証明責任の分配において重要になる。すなわち、同意を与えた患者が14歳未満の場合には、患者に同意能力があった

⁵² Vgl. auch EBRV KindRÄG 2001, 54 f.

⁵³ Vgl. EBRV KindRÄG 2001, 54; *Hopf/ Weitzenböck*, ÖJZ 2001, S. 532 f.; *Fischer- Czermak*, ÖJZ 2002, 299 f.; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 75; *Schütz*, WK, 149. Lfg. 2016, § 90 Rz. 36.

⁵⁴ Vgl. auch Edwin *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Person, JZ 2004, S. 124 f.; *Hopf/ Weitzenböck*, ÖJZ 2001, S. 531 f.

⁵⁵ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 76.

⁵⁶ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 77. たとえば、少なくとも就学年齢であれば、ピアスのために耳たぶに穴を開けることやほくろを取るような些細な侵害への同意を与えることができる。なお、*Zerbes*の見解は民法第252条が規定されるより前に書かれたものであることには注意が必要である。

ことについて医師側に証明責任があり、患者が14歳を超えている場合には、同意能力がなかったことについて患者側に証明責任がある⁵⁷。それゆえ、刑法に直接的な重要性を持つものではない⁵⁸が、このような年齢に関する規定は刑法上の同意能力を事例に即して判断する際に判断材料の一つとすることができる。

すなわち、民法第173条の推定の規則を覆すような状況が認識され、又は認識可能であった場合には、犯罪の成立が問題になりうる⁵⁹。もちろん、ここでは「疑わしきは被告人の利益に」の原則が優先されるため、一定の基準にすぎないことは注意すべきである。

また、民法第173条からは、たとえ14歳以上の者であってもあらゆる治療行為への同意が許されるわけではないこと、14歳未満の者であっても同意能力が常でないわけではないことを導くことができる⁶⁰。

なお、民法第173条2項は重大な結果が生じる措置については親による承諾が必要であることを規定している。すなわち、未成年者の同意があるにも拘わらず、重大な侵害から未成年者は保護される。しかし、このことは決定能力のある未成年者の同意による刑法上の正当化について何ら影響を与えることはない⁶¹。なぜなら、刑法第90条は同意能力ある被害者の同意を前提にしており、それ以上のものを要求していないからである⁶²。民法は親に付加的な承諾の権

⁵⁷ Vgl. *Fischer- Czermak*, ÖJZ 2002, 299; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 82.

⁵⁸ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 82. 民法第173条が治療行為以外に適用されなくなった現在ではなおさらである (vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 37)。

⁵⁹ Vgl. *Schütz*, WK, 2016, § 90 Rz. 36. ただし、2022年版ではこのような記述は削除されている。

⁶⁰ 具体的にどのくらい未成年者が自らの身体に法的に有効に同意できるかは、未成年者の成熟の程度や侵害の程度に左右される (vgl. *Ingeborg Zerbes*, *Noch keine 14- und schon tätowiert!*, *Festschrift für Helmut Fuchs*, 2014, S. 691; *Schütz*, WK, 2016, § 90 Rz. 36.)。

⁶¹ Vgl. *Schütz*, WK, 2016, § 90 Rz. 38; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 84.

⁶² また、民法的な理解においても、2項における親の承諾は代諾ではないことが指摘されている。すなわち、2項の親の承諾権限は、自らの（第三者に対する）権利という意味における、世話や教育の範囲で与えられた答責性（親としての自己決定）の残された部分としての承諾権限であるという (vgl. *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, S. 532)。ただし、反対は、*Fischer- Czermak*, ÖJZ 2002, 300.

限を与えることで子を保護しているが、刑法的にはこのような追加の保護は与えられていない⁶³。なお、未成年者は2項に該当するような措置にも同意する能力があり、かかる能力が認められる場合には、監護者等は子の意思のない又は意思に反した代諾を行うことはできないという点では、民法も刑法も一致している⁶⁴。

(2) 臓器移植法

現在、民法第173条は同法第252条によりその適用範囲を治療行為にのみ限定されている。民法第173条の適用範囲が縮小された原因の1つには、KindRÄG 2001以来、治療行為以外の医療的措置における未成年者の同意能力に関する規定が——民法第173条を修正する形で——続々と創設されたことがあるように思われる。たとえば、臓器移植法 (Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen) は次のように定めた。

臓器移植法第8条

(1) 18歳に満たない者の臓器提供は許容されない。

このような規定の目的は、場合によっては外部からは評価することができない家族の圧力によって成立する、重大で不可逆的な決定から少年を保護することにある⁶⁵。

ドナー側における臓器の摘出が重大な傷害であることは疑いがないだろう。その際には、同意能力の判断も慎重にならざるを得ず、また、刑法第90条(良俗性)の限界も生じてくる。

たとえば、Zerbesは、当該法律に基づいて未成年者の同意能力は否定される⁶⁶と解する。他方、Schützはそのような者であっても、同意を与える具体的な能力を有し、同意のためのその他の要件が充足されるときには、刑法第90条

⁶³ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 84. 他方で、刑法においても、たとえば16歳の未成年者は重大な治療行為には同意できないと解する論者もいる (vgl. Seiler, AT, Rz. 439)。

⁶⁴ Vgl. EBRV KindRÄG 2001, 28; Nimmervoll, Leukauf/Steininger, § 90 Rz. 7.

⁶⁵ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 95.

⁶⁶ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 95.

を適用して不可罰にしなければならないとしつつ、臓器移植法に違反していることが良俗違反性を検討する範囲においては共に考慮に入れられるだろうと述べている⁶⁷。

(3) 美容医療及び手術に関する法律

美容医療及び手術に関する法律 (Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen) は次のように定めている。

美容医療及び手術に関する法律第7条

- (1) 16歳に満たない者への美容医療又は手術は許されない。
- (2) 美容医療又は手術を16歳以上18歳未満の者に対して行うことが許されるのは、次の場合である。
 1. 親権者 (Erziehungsberechtigten) による同意が、第5条に基づく医師による適切で包括的な説明の後に、証明できるよう、かつ第6条2項に基づく文書によって与えられ、また、
 2. 適切で包括的な医師による説明 (第5条) の後に、美容医療又は手術の本質 (Wesen)、意義 (Bedeutung)、効果 (Tragweite) 及び危険を理解し、それに基づき自らの意思を決定することのできる患者による同意が、証明できるよう、かつ第6条2項に基づく文書により与えられた。

この規定によれば、美容医療及び手術に16歳未満の者は承諾することができず、また代諾も考えられない。これに対して、16歳以上18歳未満の者には同意能力が認められ、しかし付加的に親権者の承諾が必要となる。

美容医療及び手術に含まれるのは、たとえば、脂肪吸引や豊胸、乳房縮小、自毛植毛、ほくろの除去や静脈瘤の除去であり、同法第3条2項によれば、ピアスの穴を開けること及びタトゥーを入れることは含まれない。

このような規定は、少年の福祉を考慮した規定である。すなわち、少年はなお成長過程にあることから、美容医療及び手術には過度な危険が内在する⁶⁸。それゆえ、未成年者の同意能力は民法第173条よりも厳格に解されているので

⁶⁷ Vgl. *Schütz*, WK, § 90 Rz. 129.

⁶⁸ Vgl. *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 89; *Zerbes*, Fuchs-Fs., S. 694.

ある。立法者は年齢を明確に定めることで、その種の行為に関する同意能力(の下限)を具体化しようとした⁶⁹が、しかし、刑法上はこのような規定は直接的な影響力を有さず、徴候 (Indiz) としてのみ用いられることになる⁷⁰。前述の臓器移植と異なり、美容医療及び手術には様々なものが含まれているからである。

具体的には、危険が些細ではない多くの侵害(たとえば、鼻の整形や胸の整形、脂肪の吸引)は16歳になってから初めて有効に同意を与え得ることになる。また、些細で、危険でなく、なお続いている成長を阻害しないもの(たとえば、脂肪種の除去など)は、その者が人格的に十分成熟しているときには、より若い未成年者も有効に同意しうることになる⁷¹。

他方、このような規則に反した場合、良俗違反として同意の有効性を制限することもできる⁷²。この種の行為には大きなリスクがあるからである⁷³。

さらに、同法第7条2項2号には、同意能力の内実として、「美容医療又は手術の本質(Wesen)、意義(Bedeutung)、効果(Tragweite)及び危険を理解し、それに基づいて自らの意思を決定することができる」ことが定められている。このような能力の内実は、刑法においても参照に値し得るようにも思われる。しかし、Zerbesによれば、ここで列挙されている要素も必ずしも重要ではなく、刑法的には、これまで議論されてきた基準に基づき認識能力(及び判断能力)を判断し、それがないと判断されれば、たとえ第7条2項2号に該当するような場合でもやはり有効な同意は存在しないと解すべきだという⁷⁴。

なお、同法第7条2項1号における親の承諾が刑法上の重要性をもたないこ

⁶⁹ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 89.

⁷⁰ Vgl. Schütz, WK, § 89 Rz. 98; Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 89.

⁷¹ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 89; Zerbes, Fuchs-Fs., S. 694.

⁷² Vgl. Zerbes, Fuchs-Fs., S. 694. なお、Schütz, WK, § 90 Rz. 99は、客観的に著しく欠損させたり、人目を引くほど醜くするような場合には、(未成年者に限らず)良俗性の問題が生じると解している。

⁷³ 同意能力と良俗性は必ずしも理論的にリンクしているわけではないが、両者が相互に作用することで、妥当な帰結に至るルートを複数確保することができるといえよう。

⁷⁴ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 90. ただし、具体的にいかなる場合に差異が生じるかについては、論者も明らかにしていない。

とは、173条2項と同様である⁷⁵。

(4) 美容法によるピアスとタトゥーについての営業規則に関する経済労働省規則

タトゥーについては、美容法によるピアスとタトゥーについての営業規則に関する経済労働省規則 (Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Ausübungsregeln für das Piercing und Tätowieren durch Kosmetik) が年齢に関する事柄を定めている。

美容法によるピアスとタトゥーについての営業規則に関する経済労働省規則第2条

- (1) ピアスを開けること及びタトゥーを入れることには、ピアスを開ける者又はタトゥーを入れる者の法的に有効な書面による同意を必要とする。未成年者がピアスを開けることには、さらに未成年者の世話や教育を委託されている者の法的に有効な書面による同意を必要とする。ピアスを開ける者において14歳以上の未成年者が問題になる場合、ピアスを開けた場所が24日以内に治癒することが期待されるときには、その同意の義務はなくなる。16歳以上の未成年者にタトゥーを入れることには、未成年者の世話や教育を委託されている者の法的に有効な書面での同意が必要になる。16歳未満の未成年者がタトゥーを入れること及び14歳未満の者がピアスを開けることは禁止される。

当該規則によれば、ピアスの穴を開けることは14歳未満の未成年者には一律に禁止され、14歳以上の未成年者は原則として監護者等の承諾が必要となる。また、タトゥーを入れることは16歳未満の未成年者には一律に禁止され、16歳以上の未成年者の場合には監護者等の承諾が必要となる。

この規定により、未成年者はその者の好み (Stil) が後から変わる可能性があるにもかかわらず、変えられない外見についての決定を行うことから保護されることになる⁷⁶。しかし、この規則は営業者にのみ向けられたものであるため、その効果は限定的である。すなわち、この規定は未成年者の同意能力について

⁷⁵ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90 Rz. 90.

⁷⁶ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90, Rz. 93.

示唆を与えるとしても、直接的に制限するものではないのである⁷⁷。

Zerbesによれば、このような場合の同意能力は民法第173条に従うことになる⁷⁸。具体的には認識能力・判断能力の程度と侵害の程度に左右される。上述のように、Zerbesは同意能力について、①法益の損害そのものを把握する能力、②放棄された法益が自分にとっていかなる意味をもち、その放棄がどのような意義を有するのかを事実即して判断する能力、及び③制御能力を有していなければならないと解している。そのうち、②は美容法的な侵害やタトゥーとの関係で重要な役割を果たしている。すなわち、法益放棄の意義を理解し、損得の衡量をする際に、個人の好みは変わりうること、そしてとりわけタトゥーは、未成年者が後で参加することを望む多くの社会(Gesellschaft)においてネガティブに受け取られることについて、予見し、自己評価できる必要がある⁷⁹。それゆえ、タトゥーの場合においては、このような社会的な意味についても判断できる能力が要求されるのである。

以上のことを踏まえてZerbesは、タトゥー及びピアスの同意可能年齢について具体的に検討している⁸⁰。それによれば、タトゥーは消すのが難しく、ずっと残るものであり、また痛みがある。つまり、リスクのある行為であり、たとえば、12歳の者は、その肌にずっと残るタトゥーが何を意味するのか判断する能力に欠けているので、それに同意することができない。すなわち、彼らはその好み为数か月後にはもう変わりうることを判断することができないのである。また、14歳の者も、一方で自らの好みが変わり得ること、他方でいま選んだタトゥーを消し去ることがどれほど難しいのかを完全には評価することができないゆえに、服に隠れる場所に小さなタトゥーを入れることについては同意できるが、顔にまで伸びるような蛇のタトゥーや、腕や手、尾骨から背を覆うようなタトゥーには同意をすることができない⁸¹。

それでは、16歳はどうか。タトゥーにおいては、当該規則の引いた16歳とい

⁷⁷ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90, Rz. 92.

⁷⁸ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90, Rz. 93. ただし、民法第252条1項が規定されるよりも前の見解であることに注意が必要である。

⁷⁹ Vgl. Zerbes, Fuchs-Fs., S. 689.

⁸⁰ Vgl. Zerbes, Fuchs-Fs., S. 692 f.

⁸¹ Vgl. Zerbes, SbgK, § 90, Rz. 93; Zerbes, Fuchs-Fs., S. 692.

う限界は一定の基準値となる⁸²。この年齢から、明示的な制限なく、市場は解放されるのだから、営業法的に許された行為を刑法で威嚇することはできない。それゆえ、16歳以上の者には、原則として同意能力がある。ただし、侵害の重大性は考慮に入れられるべきであり、大きくて、人目を引くようなタトゥーを入れることに同意をするには、16歳では早すぎると Zerbes は解する⁸³。16歳の未成年者がこのようなタトゥーを入れることについて1人で決定できるのは、——2年たってもなおこのような願いを持っていたのであれば——18歳(成人)になってからであるという⁸⁴。

また、ピアスについても、タトゥーの場合と同じ思考方法で結論を導けることになる。ピアスの穴を開ける行為は、24日以上時間が傷の治癒にかかることを考えれば、重大な傷害であり、害がないとはいえない⁸⁵。他方で、タトゥーとは異なり、ずっと続くわけではない(ピアスをつけなければ、しばらくして穴はふさがる)。それゆえ、14歳未満の者は単独で有効に同意できない⁸⁶一方で、14歳以上の者は、一か所にピアスの穴を開けさせることについては同意可能である。一回で何か所もピアスの穴を開けるような場合は、14歳から15歳の者は適法に行わせることはできず、リスクのある場所——たとえば、舌や性器——にピアスを開ける行為も同様である⁸⁷。

他方で、ピアスやタトゥーについては、良俗性の問題で解決しようとする見解もありうる⁸⁸。当該規定は確かに事業者に向けたものではあるが、いずれにせよ特定の年齢におけるピアス及びタトゥーを禁止しているのであり、そうだとすれば、かかる年齢の者にピアスの穴を開けたり、タトゥーを入れることは良俗違反となりうるだろう。

⁸² Vgl. Zerbès, SbgK, § 90, Rz. 93; Zerbès, Fuchs-Fs., S. 693.

⁸³ Vgl. Zerbès, Fuchs-Fs., S. 693.

⁸⁴ Vgl. Zerbès, Fuchs-Fs., S. 693.

⁸⁵ 傷害罪の加重類型であるオーストリア刑法第84条によれば、24日以上続く健康侵害が重大な傷害と評価されることになる (vgl. Burgstaller/ Schütz, WK, § 84 Rz. 6 ff.)。

⁸⁶ Vgl. Zerbès, SbgK, § 90 Rz. 94. Zerbès, Fuchs-Fs., S. 693も参照。

⁸⁷ Vgl. Zerbès, Fuchs-Fs., S. 693.

⁸⁸ Vgl. Schütz, WK, 2016, § 90 Rz. 98. ただし、このような記述は2022年版では削除されている。

IV. まとめ（わが国への示唆）

これまで見てきたように、オーストリアにおいては、同意が可能となる年齢について具体的な議論がなされている。このような議論は、オーストリアの刑法以外の法律や規則を元に発展したものであり、わが国において直接妥当させられるものではない。

しかし、かかる議論の中で興味深いように思われるのは、社会的に価値があると認められ、かつ未成年者の利益になる法益侵害とそうではない法益侵害とを区別して扱い、前者において広く未成年者の同意の余地を認めようとしている点である。これを同意能力において解決しようとするれば、同意能力の内実として単に法益侵害の種類や程度に関する認識能力だけでなく、将来的にそのような法益侵害が社会の中で生きる自分にどのような影響を与えるのかを認識する能力が必要となり、若気の至りともいえる軽率な決定を（能力がないことを理由に）尊重しないという形をとることになる。これに対して、傷害行為や結果とは直接関係のない、将来の予測をする能力までも要求するのはいきすぎだとしても、未成年者の福祉に反する未成年者自体の決定は良俗違反だ（日本でいえば社会的な相当性がない）と解することもできるだろう。

未成年者の同意との関係では、大阪高判平成27年10月6日判時2293号139頁が、行為当時8歳であった被害児童の逮捕監禁行為に関する同意を真意性がないことを理由に否定している。この事案は、日ごろの虐待の延長として行為者が被害者を鎖で柱につないだという逮捕監禁事件であるが、被害児童自身も虐待に慣れており、鎖に付けられていた南京錠の鍵を隠し持っていた（それゆえ、父母らがいなくなったあとにすぐに自由になれた）可能性があった。このような事実関係の下で、大阪高裁は、それまでの虐待の態様や当該監禁の状況等を考慮しつつ、直接的には当該監禁の自由侵害の強度により、被害者の同意の真意性を否定したものである⁸⁹。

かかる判例が真意性を問題にしたということは、おそらく大阪高裁は、虐待の一環として柱に体をつなぐという逮捕監禁行為に8歳児は有効に同意しうると考えていたように思われる。しかし、8歳児が自らへの虐待行為に同意する能力があると解するのは早計であったように思われるし、あるいは同意能力を

⁸⁹ 松本麗「判批」警論69巻12号（2016）166頁を参照。

認めたとして⁹⁰も社会的相当性など他の原理を用いて、このような同意はおよそ有効とは言えないと判断すべきであったように思われる。未成年者の同意の有効性を判断する際には、未成年者の福祉を考慮して一定の制約をかけることが必要であろう。

本稿では、未成年者の自己決定を極力尊重しつつ、他方で未成年者の福祉のために同意能力を制限するオーストリアにおける諸規定とそれに関する刑法理論を雑駁ながらも紹介した。未成年者の同意能力の内実にいかなるものを含めるのか、それと関係して未成年者の同意をどの程度尊重すべきかについて、なお私見は導けていないが、この点は今後の研究にゆだねたい。

⁹⁰ オーストリアでは良俗による同意の制限は明文が存在する傷害罪に限られ、それ以外の犯罪ではこのような制限は考えられないと解されている (vgl. *Kienapfel/ Schroll*, BT, § 90 Rz. 47; *Zerbes*, SbgK, § 90 Rz. 8; *Tipold, Birklbauer/ Hilf/ Konopatsch/ Messner/ Schwaighofer/ Seiler/ Tipold*, § 90 Rz. 1)。刑法第90条が、被害者の同意の制限を正当化するための特別な規定であると解すれば、このような理解には納得がいくところである。