

スウェーデン刑法における過失レイプ罪について

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2021-03-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 川口, 浩一 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/21486

【論 説】

スウェーデン刑法における過失レイプ罪について

川 口 浩 一

「うまくいかないときは希望を持ち、うまくいっているときは怖れなさい (Hoppas när dig går som värst, frukta när dig går som bäst)」スウェーデンの諺

目 次

- 1 問題の所在
- 2 北欧刑法におけるレイプ罪規定の概観
- 3 スウェーデンにおける過失レイプ罪の存在意義
- 4 今後の検討課題：重過失の意義、故意と過失の限界問題との関係

1 はじめに

「強制性交等罪」(旧強姦罪)における暴行・脅迫要件の削除の問題は、現在日本の刑事実務および刑法学において最も激しく議論されている論点の一つである

う⁽¹⁾。この問題について従来日本と同じく、いわゆるレイプ罪⁽²⁾（強姦罪）にお

- (1) この問題については拙稿「強姦罪から不同意性交等罪へ：性刑法の基本類型の比較法的考察」法政研究 85 巻 3・4 号（2019 年）507 頁以下（日本の関連文献については、同・521 頁以下注（2）に挙げた文献参照）；杉本正則「強制性交等罪の暴行・脅迫要件の認定について」宮崎地裁平 27.12.1 判決、福岡高裁宮崎支部平 29.2.23 判決】警察学論集 73 巻 3 号（2020 年）162 頁以下；小西聖子「性犯罪に関する刑法改正：精神医学の立場から」トラウマティック・ストレス 18 巻 1 号（2020 年）64 頁以下；柑本美和「性犯罪に関する刑法改正：法学研究者の立場から」トラウマティック・ストレス 18 巻 1 号（2020 年）57 頁以下；小沢春希「強制性交等罪の構成要件緩和：欧州における同意のない性交の罪」調査と情報 1076 号（2019 年）1 頁以下；谷脇真渡「強制性交等罪についての若干の検討」桐蔭法学 25 巻 2 号（2019 年）103 頁以下；渡邊泰洋「わが国の刑法における性犯罪規定改正の比較法的考察：スコットランド 2009 年法を参考に」政治・経済・法律研究 21 巻 2 号（2019 年）103 頁以下；井田良「性犯罪規定における暴行・脅迫要件をめぐって」法曹時報 72 巻 2 号（2020 年）2 号 253 頁以下などを参照。なお名古屋地裁岡崎支部が、平成 31 年 3 月 26 日に下した準強制性交事件に対する無罪判決（名古屋地裁岡崎支判平成 31 年 3 月 26 日 LEX/DB25562770）を契機として準強制性交等罪（刑法 178 条）の「抗拒不能」の意義も問題となっている。これについては、仲道祐樹「継続的虐待と抗拒不能の判断」名古屋高裁令和 2.3.12 判決】法律時報 92 巻 5 号（2020 年）4 頁以下；前田雅英「準強制性交等罪の『心理的抗拒不能』の認定」名古屋高裁令和 2.3.12 判決】捜査研究 69 巻 5 号（2020 年）30 頁以下；谷田川知恵「名古屋高裁二〇二〇年三月一二日準強制性交等逆転有罪判決について」法と民主主義 547 号（2020 年）46 頁以下；安田拓人「準強制性交等罪における抗拒不能の判断」名古屋地裁岡崎支部平成 31.3.26 判決】法学教室 469 号（2019 年）138 頁；佐藤陽子「被告人が、かねてより被告人による暴力や性的虐待等により被告人に抵抗できない精神状態で生活していた同居の妻子 A（当時 19 歳）に対し、その抗拒不能に乗じて性交したとして 2 件の準強制性交等罪に問われた事案において、A が本件各性交当時に抗拒不能の状態にあったと認定することはできないとして、無罪が言い渡された事例」名古屋地裁岡崎支部平成 31.3.26 判決】刑事法ジャーナル 62 号（2019 年）144 頁以下などを参照。

- (2) 松澤伸は「完全に適切な訳語かと問われれば、確信があつてのものではない」としながらも、①処罰対象行為が、日本におけるかつての強姦罪における「姦淫」よりも広いこと、②「強制性交等」あるいは「不任意性交等」と訳すと、スウェーデン刑法典において強姦に当たる元々の語（*våldtäkt*）が残されているニュアンスが失われてしまうこと、③英語の *rape* はラテン語に由来し元々は「奪取」の意味があり、ここでの訳語にふさわしいと思われることから、スウェーデン語の *våldtäkt* を「レイプ」と訳出している（松澤伸「2018 年スウェーデン性犯罪規定と過失レイプ罪の具体的適用について：スウェーデン最高裁 2019 年 6 月 11 日判決を素材として」樋口亮介・深町晋也編著『性犯罪規定の比較法研究』（成文堂・2020 年）637 頁脚注 [1]）。拙稿・前掲注 (1) 514 頁以下においては「強姦」と訳したが、本稿では松澤説に従い、同じ語源と考えられるスウェーデン語の *våldtäkt*、ノルウェー語の *voldtekt*、デンマーク語の *voldtægt* に加え、アイスランド語の *nauðgun*、フィンランド語の *raiskaus* も「レイプ」と訳すことにする。このスウェーデン語の *våldtäkt* は、語義からすると「暴力」を意味する名詞 *våld* に動詞 *taga*（=英語の *take*）を名詞化する接尾語 *-täkt* を付したもので、「暴力をふるうこと」というのが原意で、ドイツ語の *Vergewaltigung* とよく似た成り立ちとなっている。しかし現在にお

いて暴行・脅迫要件が規定されていた北欧諸国においても、2018年のアイスランド、スウェーデン刑法の改正を始めとして、現在撤廃の方向で改正作業が進んでいる。そしてスウェーデンにおいては暴行・脅迫要件の撤廃に伴って（重）過失レイプ罪も新設されたことが注目されている⁽³⁾が、不同意性交等罪化に伴ってそのような過失犯処罰規定が必要であるかどうかという問題に今回は焦点を当てて、既に2000年に暴行・脅迫要件を撤廃することなく過失レイプ罪を制定したノルウェー刑法の規定と比較しつつその意義と問題点を探っていきたい。

2 北欧刑法におけるレイプ罪規定の概観

過失レイプ罪の検討に移る前に、北欧諸国の刑法典におけるレイプ罪関連規定のうち①基本類型における暴行・脅迫要件の撤廃（加重類型化）と②過失レイプ罪規定の有無という二つの観点から各国の規定を概観することにする。

(1) スウェーデン刑法の新規定

まず2018年3月15日の政府提案⁽⁴⁾に基づき2018年5月25日の刑法改正法（Lag om ändring i brottsbalken）により改正され⁽⁵⁾、同年7月1日より施行さ

ける用法としては暴行によるかどうかは決定的ではなく、性交・性交類似行為を伴う性的侵害という意味で主に用いられている点も共通している。さらに矢野恵美「スウェーデン刑法における性犯罪規定の変遷」樋口・深町編・前掲書575頁以下、584頁も参照。

(3) 松澤伸「スウェーデン性犯罪規定の改正について」佐伯仁志・高橋則夫・只木誠・松宮孝明編『刑事法の理論と実務②』（成文堂・2020年）242頁以下。

(4) En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet, Prop. 2017/18:177.

(5) 改正後の新規定について詳細に検討した論考として矢野・前掲注(2)606頁以下；松澤・前掲注(3)229頁以下。なお改正前のスウェーデンの性犯罪規定については、矢野恵美「児童買春・児童との性的行為による児童の性の搾取について：スウェーデンにおけるインターネットを通じた児童への性的接触に関する立法を参考に」疏大法学93号（2015年）39-53頁；同「スウェーデン刑法における性犯罪規定と対策」『岩井宜子古稀祝賀論文集・性犯罪・被害』（尚学社・2014年）317-328頁；同「北欧における性犯罪規定とその対策（各国の性犯罪対策）」罪と罰50巻4号（2013年）21-37頁；同「スウェーデンにおける子どもを被害者とする性犯罪対策」比較法研究70号（2008年）80-98頁；同「スウェーデンにおける性犯罪対策：性犯罪規定・性犯罪者対策・被害者対策の観点から」犯罪と非行149号（2006年）136-160頁；坂田仁「スウェーデン刑法第六章（性犯罪）の改正について」法学研究78巻8号（2005年）35-54頁；拙稿「スウェーデンにおける夫婦間の強姦」法律時報60巻7号（1988年）105-108頁などを、スウェーデンの文献としては、

れたスウェーデン刑法第 6 章第 1 条の仮訳⁽⁶⁾を示しておく（本文太字は原文イタリック）。

6 章 性犯罪について (Om sexualbrott)

第 1 条 (1) 任意に (*frivilligt*) それに関与していない者と、性交又は、侵害の重大性の観点からみて性交に匹敵する他の性的行為を行った者は、レイプ (*våldtäkt*) として、2 年以上 6 年以下の拘禁に処す。関与者が任意であったかどうかの判断に際してはその任意性が言葉、行為によって、又は他の方法で表現されていることがしっかりと確認されなければならない。ある者は、次の場合には決して任意に関与したとはみなされない：

1. その関与が虐待、その他の暴行又は犯罪的行為の脅迫、他人を犯罪について訴追し又は告発するという脅迫或いは他人に悪意ある情報を提供するという旨の脅迫による場合、さらに
2. 行為者が不適切に、無意識、睡眠、重大な不安、酩酊又は他の薬物の影響、疾病、身体的傷害、精神病に基づき或いはその他の事情により特に困難な状況にあることを利用した場合、又は
3. 行為者が、行為者にある者が依存している状態を重大に濫用することにより関与をさせた場合。

(2) 当該犯行が、その犯行の事情に関してあまり重大でないとみなされる場合には、レイプとして 4 年以下の拘禁に処する。

(3) 第 1 項の犯行が重大とみなされるときは、重大なレイプとして 5 年以上 10 年以下の拘禁に処す。当該犯罪が重大かどうかという判断に際しては、行為者が特に重大な態様の暴行又は脅迫を用いたかどうか、複数の者が被害者

2018 年 6 月 3 日に逝去したストックホルム大学元教授 Madeleine Leijonhufvud の著書、*Leijonhufvud, Svensk sexualbrottslag – En framåtsyftande tillbakablick*, 2015 と今回の改正準備のために 2014 年に設置された性犯罪委員会 (*sexualbrottskommitté*) の報告書、*Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*, SOU 2016:60 を参照。なお改正前の 2010 年から改正後の 2018 年に至る性犯罪に関するスウェーデンの法実務を概観したものとして Peter Asp, *Svensk rättspraxis: Straffrätt 2010-2018*, SvJT 2019, s. 1052-1056 も参照。

(6) なお同規定について既に拙稿・前掲注 (1) 514 頁で邦訳したが、矢野・前掲注 (2) 606 頁以下を参照し修正した。

を暴行若しくはその他の態様で侵害に関与したか又は行為者がそのアプローチ、被害者の低年齢又はその他の事情により特に無思慮もしくは残酷さを示したかどうかについて特に考慮しなければならない。

1 § Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,
2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller
3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

[S2] Är brottet med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för *våldtäkt* till fängelse i högst fyra år.

[S3] Är brott som avses i första stycket att anse som grovt, döms för *grov våldtäkt* till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller

om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet.
Lag (2018:618).

この規定において特に注目されるのは、①立法形式としてドイツのような強姦罪とその他性的侵害の一体型⁽⁷⁾ではなく、両者を区別するオーストリア型⁽⁸⁾の立法形式をとったこと⁽⁹⁾、②「任意でない性交・性行為」を処罰する「不同意犯罪」であることがより明確にされていることである。

まず①については、強姦 (*Vergewaltigung*) を基本類型である「性的侵害」の量刑上の重い事例としたドイツと異なり、性交・性交類似行為を伴うレイプ (*våldtäkt*) を性犯罪の基本類型として、それ以外の「性的侵害」と区別している点は、規定の順序は異なる⁽¹⁰⁾が日本と同様の立法形式をとるものである。この点について強姦罪を廃止し性的侵害罪に一体化すべきであるとする見解も主張されているが、一体化の道を歩んだドイツにおいても挿入を伴う重い類型としての「強姦 (*Vergewaltigung*)」という罪名は残されており、一般人の意識においても「強姦 (レイプ)」事例はその他の類型よりもより重い犯罪と見なされているのではないだろうか。スウェーデンなどの北欧諸国や日本が現在の立法形式を直ちにドイツ型に変更すべきであるとまではいえないように思える。

次に②については、一般に **No means No (Nein heißt Nein)** モデルと **Yes means Yes (Ja heißt Ja)** モデル⁽¹¹⁾ が対比され、ドイツは、前者を採用のに対し、スウェーデン法は後者を採用したものと理解されている。確かにスウェーデン刑法 6 章 1 条 1 項においては任意に性交に関与していない全ての者との性交を広く処罰してお

(7) ドイツ刑法については拙稿・510 頁以下参照。

(8) オーストリア型の立法形式に関しては深町晋也「オーストリア刑法における性犯罪規定」立教法務研究 9 号 (2016 年) 17 頁以下参照。

(9) なお今回改正されたわけではないが性交類似行為についても強姦に含まれることがすでに規定されており、その際「侵害の重大性の観点から性交に匹敵する他の性的行為」という文言が用いられ、ドイツ法のような「挿入」という文言がないことが注目される。

(10) 日本においては強制わいせつ罪の方を先に規定している。

(11) この **Yes means Yes** と言う表現がよく用いられるようになったのは、アメリカのフェミニスト Jaclyn Friedman らの編著書 *Jaclyn Friedman/Jessica Valenti (ed.), Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape*, New York, 2008 (New Edition, 2019) の影響によるものと思われる。

り、ドイツのような「認識可能な」意思に反してという限定⁽¹²⁾は付されておらず、任意性が否定される場合（①虐待・暴行・脅迫による場合、②無意識、睡眠、重大な不安、酩酊又は他の薬物の影響、疾病、身体的傷害、精神病等に基づき窮状に陥っていること⁽¹³⁾）を利用した場合、③行為者への依存関係の重大な濫用があった場合）が例示されており、草案が公表された際には、特に外国のメディアなどにおいて、積極的に Yes (Ja⁽¹⁴⁾) と言わなければ No (Nej) と推定される規定であるとか、書面による同意を義務付けるものであるというような誤解が生じた⁽¹⁵⁾。しかしスウェーデン政府はそのことを否定し、また施行後の実務に関するインタビューを受けた検察官の Christina Voigt は、検察官は以前と同じ証明度 (beviskrav) で同意がなかったことを証明しなければならず、今回の改正で立証の負担が緩和されたわけではないことを強調している⁽¹⁶⁾。この点と関連して審議過程で「関与者が任意であったかどうかの判断に際してはその任意性が言葉、行為によって、又は他の方法で表現されていることがしっかりと確認されなければならない」という 6 章 1 条 1 項 2 文が追加され、性行為の際には、行為者の側に相手方の任意性を確認する責務があることが明示された。そして、この確認を「重過失」により怠った場合について次に述べる（重）過失レイプが制定されたのである⁽¹⁷⁾。

(12) ドイツ刑法 177 条 1 項は「他の者の認識可能な意思に反して (gegen den erkennbaren Willen) その者への性的行為を行い若しくはその者に行わせ又はこの者を第三者へのあるいは第三者による性的行為の遂行若しくは受忍を決意させた者は、6 月以上 5 年以下の自由刑に処す」と規定している。

(13) スウェーデンで特に改正前によく議論されていたのは、被害者がいわゆる frozen fright によって抵抗できなかった事例である。それについては法学情報サイト Dagensjuridik の記事 Hovrätten river upp våldtäktsdom – man trodde att offer för “frozen fright” sov (<http://www.dagensjuridik.se/2016/11/hovratten-river-upp-valdtaktsdom-man-trodde-att-offer-frozen-fright-sov> [最終閲覧日 2020 年 10 月 30 日])などを参照。

(14) スウェーデン語で yes は ja, no は nej であり、Yes means Yes は Ja heter Ja, No means No は Nej heter Nej である。

(15) 例えば英国の Guardian のネット上の記事 (Wed 20 Dec 2017 17.14 GMT) では不同意推定規定であると報道されたが翌日 (Thu 21 Dec 2017 13.25 GMT) 修正された。

(16) 2018 年 11 月 8 日に放送された Sverigesradio の番組 EKOT: Samtyckeslag har haft effect の中でのインタビュー (<https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923> [最終閲覧日 2020 年 10 月 30 日]) の中での発言。同インタビューではさらに彼女が担当した事件のうち改正の効果があった事例が 4 件あり、そのうちの 1 件では新設された過失強姦罪が適用された事例であったとされている。

(17) なおレイプ罪・過失レイプ罪以外の規定の翻訳として矢野・前掲注 (2) 613 頁以下がある。

なお本条が適用された事例として、次のような事例がある。

【事例 1】被告人 S.B（以下 S とする）は、被害者である 17 歳の女性 O の知人であったが、O は S と性的関係を持ったことはなく、持つつもりもなかった。S は Gustav という偽名を使ってインターネット上の Snapchat でコンタクトをとって、O と森の中で会い性的プレイをする約束をした。S は、2 度に渡って O に目隠しをして手を縛り、その状態で O に口腔性交をさせ、さらにペニス及び／又はディルト⁽¹⁸⁾を膣内に挿入した。

この事例についてストックホルムの Svea 高等裁判所 (Svea hovrätt) は、Gustav が本当は S であることを知っていたならば、O は、決して S との性交又は性交類似行為に応じていなかったであろうから、O は任意にその行為を行なったとはいえず、S にレイプ罪（刑法 6 章 1 条）が成立するとし、4 年の拘禁を言い渡したのである⁽¹⁹⁾。

それでは次に過失レイプ罪の規定を見ておこう。

第 1 a 条 (1) 第 1 条に規定されている行為を行い、他の者が任意に関与していないという事情に関して重大な過失があった者は、過失レイプとして 4 年以下の拘禁に処す。

(2) その事情に関する行為があまり重大でない場合には責任を負わない。

1 a § Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för *oaktsam våldtäkt* till fängelse i högst fyra år.

[S2] Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar.

Lag (2018:618).

重過失レイプ・性的侵害罪について、日本では島岡まなが「身体傷害より重いダメージを被害者に残す可能性のある強制性交等罪に過失犯処罰規定がないことは明治時代の価値観を背景とした立法の不備であり、現代の科学的・社会的価値観から

(18) このどちらが（あるいは両方が）挿入されたのかは明確に認定できなかった。

(19) Svea 高等裁判所 2019 年 8 月 9 日判決：RH 2019: 25.

すれば、過失傷害罪…と同様、過失強制性交等罪の新設も考慮に値しよう」⁽²⁰⁾として、その導入を主張していたことから、今回のスウェーデンにおける過失犯処罰規定の新設は日本でも非常に注目されている。しかしスウェーデンの規定では単純過失は不可罰とされ、重過失のみが処罰の対象となっている点で、島岡の提案より限定的なものになっている点に注意が必要である。またこの重過失レイプ・性的侵害罪の法定刑（4年以下の自由刑）が故意のレイプ・性的侵害のあまり重くない事例の法定刑（3年以下の自由刑）と比較してもかなり重くなっていることにも注目すべきである。このことは「重過失」が何を意味しているのかという問題とも関係している。この規定が制定された趣旨については、北欧諸国のうちで重過失レイプの規定を持つもう一つの国であるノルウェーの規定を紹介した後に3で検討することにする。

（2）アイスランド刑法194条のレイプ（*nauðgun*）罪基本類型規定

スウェーデンにわずかに先立ち、アイスランドにおいても2018年に刑法典の22章（性犯罪 *Kynferðisbrot*）194条の規定⁽²¹⁾が改正された。

(20) 浅田和茂・井田良編『基本法コンメンタール・刑法 [第2版]』（2017年）390頁〔島岡まな〕。

(21) これについても一応アイスランド語の原文から訳を試みたが、次の記事の中の英訳も参照した。Michelle Hennessy, *Would it work here? New law in Iceland means rape accused must prove they had explicit consent*, (<https://www.thejournal.ie/iceland-consent-3943673-Apr2018/?fbclid=IwAR04dqGDtXsbOFjKOPDGzfYeovnKad2FpSS4bRDP AeNTg6ToTcwOUIECGdw> [最終閲覧日 2020年10月30日]):

“Any person who has sexual intercourse or other sexual relations with a person without his or her consent shall be guilty of rape and shall be imprisoned for a minimum of one year and a maximum of 16 years. Consent is considered present if it is expressed by free will. Consent is not considered present if violence, threats, or other unlawful coercion is used. ‘Violence’ here refers to the deprivation of independence by means of confinement, drugs, or other comparable means.

It is also considered rape and shall result in the same punishment as specified in the first paragraph of this Article to employ false pretences or utilize a person’s lack of understanding concerning circumstances, or exploit a person’s psychiatric disorder or other mental handicap in order to have sexual intercourse or other sexual relations with him or her, or the fact that, for other reasons, he or she is not in a condition to be able to resist the action or to understand its significance.”

第 194 条

(①) 相手方の同意なしに性交又はその他の性的行為を行なった者は、レイプとして 1 年以上 16 年以下の拘禁に処す。同意は任意になされた場合に存在する。同意は、暴行、脅迫または他の形式の違法な脅迫が用いられた場合は存在しない。ここでいう「暴行」とは、監禁、薬物、または他の同等の手段による自律性の剥奪を指す。

(②) ある者と性交若くはその他の性的行為をするために、欺罔を用い当該状況に関する人の理解の欠如を利用すること又は、人の精神病若くはその他の精神障害又は、他との理由でその者が当該行為に抵抗できず若くはその意味を理解できないという事実を利用することは、前項と同じくレイプとして処罰される。

194. gr.

Hver sem hefur samræði eða önnur kynferðismök við mann án samþykkis hans gerist sekur um nauðgun og skal sæta fangelsi ekki skemur en 1 ár og allt að 16 árum. Samþykki telst liggja fyrir ef það er tjáð af frjálsum vilja. Samþykki telst ekki liggja fyrir ef beitt er ofbeldi, hótunum eða annars konar ólögmati nauðung. Til ofbeldis telst svipting sjálfræðis með innlokun, lyfjum eða öðrum sambærilegum hætti.

Það telst einnig nauðgun og varðar sömu refsingu og mælt er fyrir um í 1. mgr. að beita blekkingum eða notfæra sér villu viðkomandi um að stæður eða að notfæra sér geðsjúkdóm eða aðra andlega fötlun manns til þess að hafa við hann samræði eða önnur kynferðismök, eða þannig er ástatt um hann að öðru leyti að hann getur ekki spornað við verknaðinum eða skilið þýðingu hans.

1)L. 16/2018, 1. gr. (邦訳太字、原文斜字部分) / 2)L. 61/2007, 3. gr.

アイスランドでも従来は暴行・脅迫がレイプ罪の要件であったが、新法では同意のない場合の例示に過ぎなくなった。スウェーデンの新規定は一般に「同意法 (samtyckeslag)」と呼ばれているにもかかわらず、実は条文には「同意 (samtycke)」

という語の使用は意図的に避けられているのに対し、アイスランドにおいては条文中に「同意（samykki）」という語が用いられている点に特色が見られる。なおスウェーデン刑法のような過失レイプ罪規定は設けられなかった⁽²²⁾。

（3）デンマークのレイプ罪規定と改正法案

デンマークにおいては、暴行・脅迫要件を伴うレイプ罪が維持されている。すなわち現行の刑法典（Lov om straff [straffeloven]）の第2部第24章⁽²³⁾（24. kapitel Seksualforbrydelser）216条において、レイプ罪は次のように規定されている。

§ 216 条 （1）次の場合、すなわち

- 1) 暴行若くは暴行するという脅迫によって性交が行われた場合、又は
- 2) 他の不法な強制（第260条参照）によって或いはその者が当該行為に抗拒不能な状態若しくは状況にある場合、

レイプとして、8年以下の拘禁に処す。

（2）12歳以下の児童と性交を行なった者は、レイプとして12年以下の拘禁に処す。

（3）第1項による処罰は、当該レイプが特に危険な性質のものである場合又はその他の加重事由がある場合には、12年以下の拘禁に加重される。

（4）刑罰の量定にあたっては当該犯罪行為と結びつく特別の違反が考慮される。

（5）判決の際には、被害者が人身売買の被害者である場合には一般に加重事由として考慮されなければならない。

§ 216 For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der

- 1) tiltvinger sig samleje ved vold eller trussel om vold eller
- 2) skaffer sig samleje ved anden ulovlig tvang, jf. § 260, eller med en person, der befinder sig i en tilstand eller situation, i hvilken den pågældende er ude af stand til at modsætte sig handlingen.

(22) なお改正前の状況については前掲注（5）SOU 2016:60, s. 152

(23) Annen del. De straffbare handlingene: Kapittel 26. Seksuallovbrudd

Stk. 2. For voldtægt straffes med fængsel indtil 12 år den, der har samleje med et barn under 12 år.

Stk. 3. Straffen efter stk. 1 kan stige til fængsel i 12 år, hvis voldtægten har haft en særligt farlig karakter eller der i øvrigt foreligger særligt skærpende omstændigheder.

Stk. 4. Ved fastsættelse af straffen skal der lægges vægt på den særlige krænkelse, der er forbundet med lovovertrædelsen.

Stk. 5. Det skal ved straffens fastsættelse i almindelighed indgå som en skærpende omstændighed, at forurettede er offer for menneskehandel.

これに対してデンマーク政府は2020年9月1日、性犯罪関連法を改正し、暴力ではなく同意の有無に基づきレイプと判断する方針を発表し、議会に法案が提出された。法案は以下の内容である。

(新) 216 条 1 項 それに同意していない者と性交した者は、レイプとして 8 年以下の拘禁に処す。

§ 216 (stk. 1) For voldtægt straffes med fængsel indtil 8 år den, der har samleje med en person, der ikke har samtykket heri.

法改正については議会で半数以上の支持を得ており、2020 年内に可決される見通しであるとされ、施行は2021年1月1日の予定である⁽²⁴⁾。なおスウェーデンのような過失レイプ罪の新設は見送られた⁽²⁵⁾。

(4) フィンランド刑法のレイプ罪と改正提案

(24) 以上は次の記事による：「同意なしの性行為はレイプ：デンマーク、性犯罪関連法改正へ」(2020年9月2日AFP<https://www.afpbb.com/articles/-/3302504> [最終閲覧日 2020 年 10 月 30 日]); Udkast til ny samtykkelov klar: Dommere og professor tvivler på, at markant flere vil blive dømt <https://www.dr.dk/nyheder/politik/udkast-til-ny-samtykkelov-klar-dommere-og-professor-tvivler-paa-markant-flere-vil> (最終閲覧日 2020 年 10 月 30 日)。

(25) 松澤・前掲注(2) 632 頁脚注(26) 参照。

フィンランド⁽²⁶⁾ではレイプ罪の基本規定は刑法典（Rikoslaki/Strafflag）の第20章1条⁽²⁷⁾で次のように規定されている。

第1条 レイプ

（1）人に暴行を加え又はそのような暴行を加えるという脅迫によってある者に性交を強要した者はレイプとして1年以上6年以下の拘禁に処する。

（2）ある者が意識喪失、疾病、障害、恐怖又はその他の助けのない状態に基づき抗拒不能又は自らの意思を表現若しくは表示できない状態を利用してその者との性交を行なった者も同じくレイプとして処罰される。

（3）当該レイプが、犯行時に加えられた脅迫が軽微なものであり又は全体的に見て1項および2項に挙げた行為よりも重大ではないとされる状況の下で行われたときは、4月以上4年以下の拘禁に処する。第1項に挙げられたもの

(26) フィンランドにおける性犯罪とその処遇に関する日本の文献としては、齋藤実：「フィンランドにおける性犯罪受刑者処遇・性犯罪被害者対策」犯罪と非行150号（2006年）150頁以下；同「フィンランドにおける性犯罪受刑者処遇の今」刑政119巻5号（2008年）36頁以下などがある。

(27) フィンランドではフィンランド語だけでなく、スウェーデン語も公用語なので、法律の正文は両国語で規定されている。表ではスウェーデン刑法と比較しやすいようにスウェーデン語の条文を掲載し、フィンランド語の条文については以下に示しておく：

1§ Raiskaus

Joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa, on tuomittava raiskauksesta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi.

Raiskauksesta tuomitaan myös se, joka käyttämällä hyväkseen sitä, että toinen tiedottomuuden, sairauden, vammaisuuden, pelkotilan tai muun avuttoman tilan takia on kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan, on sukupuoliyhteydessä hänen kanssaan.

Jos raiskaus huomioon ottaen uhkauksen vähäisyys taikka muut rikokseen liittyvät seikat on kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitettut teot, rikoksentehtijä on tuomittava vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi. Samoin tuomitaan se, joka muulla kuin 1 momentissa tarkoitettulla uhkauksella pakottaa toisen sukupuoliyhteyteen. Mitä edellä tässä momentissa säädetään, ei sovelleta, jos raiskauksessa on käytetty väkivaltaa.

Yritys on rangaistava.

以外の脅迫によって他者を性交に強要した者も同様とする。この要素は、当該レイプにおいて暴行が行われた場合には適用されない。

(4) 未遂は可罰的である。

1 § Våldtäkt

Den som genom våld på person eller med hot om sådant våld tvingar någon till samlag ska för våldtäkt dömas till fängelse i minst ett och högst sex år.

För våldtäkt ska också den dömas som genom att utnyttja att någon till följd av medvetlöshet, sjukdom, funktionsnedsättning, rädsla eller något annat hjälplöst tillstånd inte kan försvara sig eller förmår utforma eller uttrycka sin vilja, har samlag med honom eller henne.

Om våldtäkten med hänsyn till att hotet har varit ringa eller andra omständigheter vid brottet bedömd som en helhet är mindre allvarlig än de gärningar som avses i 1 och 2 mom., ska gärningsmannen dömas till fängelse i minst fyra månader och högst fyra år. På samma sätt döms den som med annat hot än sådant som avses i 1 mom. tvingar någon annan till samlag. Detta moment tillämpas inte, om våld brukats vid våldtäkten.

Försök är straffbart.

(27.6.2014/509)

このようにフィンランドでも現行のレイプ罪においては未だ暴行・脅迫要件は撤廃されていないが、現在刑法典 20 章の全面改正プロジェクト⁽²⁸⁾が進行中であり、2021 年春には改正案を公表して同年夏までの成立を目指しているのである。

(5) ノルウェー刑法のレイプ罪と重過失レイプ罪

最後に以上の 4 カ国とは若干状況が異なるのが、ノルウェーである。ノルウェー

(28) Totalreform av 20 kap. i strafflagen: OM007:00/2019 LAGSTIFTNINGSPROJEKT

(<https://oikeusministerio.fi/sv/projekt?tunnus=OM007:00/2019> [最終閲覧日 2020 年 10 月 30 日])

においては、既に2000年8月に刑法典（Lov om straff [straffeloven]）に新設された重過失レイプ罪の規定が施行され⁽²⁹⁾、レイプ罪の規定も2009年に改正され、それを補充する規定として第297条が新設された。刑法典第2部26章⁽³⁰⁾の第291条のレイプ罪は次のように規定されている。

第291条 レイプ

次の者、すなわち

- a) 暴行又は強迫行為によって性交を行なった者、
- b) 意識のない者、または他の理由から抗拒不能の者と性交を行なった者、
- c) 暴行又は強迫行為によってある者に他者との性交をなさしめ又は自分との性交に応じる行為をなさしめた者は10年以下の拘禁に処する。

§ 291. Voldtekt

Med fengsel inntil 10 år straffes den som

- a) skaffer seg seksuell omgang ved vold eller truende atferd,
- b) har seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen, eller
- c) ved vold eller truende atferd får noen til å ha seksuell omgang med en annen, eller til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv.

(Tilføyd ved lov 19 juni 2009 nr. 74)

このように第291条では暴行・脅迫要件が撤廃されていないことが特徴的である。そして、これを補充するために次のような「不同意性行為罪」が設けられている。

第297条 同意なき性的行為

それに同意していない者と性的行為を行なったものは1年以下の拘禁に処する。

§ 297. Seksuell handling uten samtykke

(29) SOU 2016:60 (前掲注5), s. 150. 同規定は2005年に刑法典294条に移された。

(30) Annen del: De straffbare handlingene, Kapittel 26: Seksuallovbrudd.

Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som foretar seksuell handling med noen som ikke har samtykket i det.

(Tilføyd ved lov 19 juni 2009 nr. 74.)

しかしこの規定の法定刑は1年以下の拘禁と、非常に軽くなっていて、これに対する過失犯規定もない。次に291条のレイプに対応する過失行為の処罰規定である重過失レイプ罪の規定を見ておこう。

刑法 294 条 重過失レイプ

重過失レイプは6年以下の拘禁に処す。293条〔加重レイプ〕にあたる場合には10年以下の拘禁に処す。

§ 294. Grovt uaktsom voldtekt

Grovt uaktsom voldtekt straffes med fengsel inntil 6 år. Foreligger omstendigheter som nevnt i § 293, er straffen fengsel inntil 10 år.

(Tilføyd ved lov 19 juni 2009 nr. 74)

この規定においては、①単純過失ではなく重過失のみが処罰されていること、②法定刑が6年以下（加重レイプにおいては10年以下）の拘禁と、スウェーデンの（重）過失レイプ罪と比べてもさらに重い点に特色がある。

このように、ノルウェー刑法においては、スウェーデン刑法と異なり暴行・脅迫要件を残したまま、重過失レイプ罪を制定しているので、どのような事例に適用されるかが問題となり、この規定に対しては制定当時から、その実効性を疑問視する声もあった。またこの重過失の基準が不明確であるという批判もある。ノルウェー刑法では重過失の定義規定が総則の23条2文にあり、「重過失とは、当該行為が高度に非難可能でその強い非難を基礎づけている場合である（Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse）」とされているが、高度に非難可能な場合とはどのような場合をいうのであろうか。次に具体例として判例の事例を挙げておこう。

【事例2】被害者の女性は、被告人A、Bも参加していたアフターパーティから立ち去ろうとした。Aは彼女を捕まえ素手で顔を三回殴打し、そこにもう

一人のBがいるベットルームに連れ込んだ。そしてAは被害者を説得して口腔性交をさせ、その後陰内性交を行なった。その後Bも同じことをした。区裁判所は両者を故意のレイプ罪で有罪としたが、控訴審ではAには故意のレイプ罪が成立するが、Bには故意ではなく重過失レイプ罪のみが成立するとしBには8月の自由刑が言い渡された。すなわちBはAが被害者に暴行を加えていたことを重過失により認識していなかったと認定したのである⁽³¹⁾。

この事例におけるように、重大な過失とは、非常に軽率に相手が同意しているのに違いないと思い込んでいて、何の確認もしなかった場合が想定されていると思われるのである。

3 スウェーデンにおける過失レイプ罪の存在意義

以上の北欧諸国のレイプ罪の規定の概観により、現在のところ暴行・脅迫要件の撤廃に伴って過失レイプ罪が制定されているのはスウェーデンのみであることが判明した。そこでスウェーデンにおいてこの過失レイプ罪の実際の運用を踏まえつつ、その存在意義がどこにあるかという問題を検討することにする。まずレイプ罪および過失レイプ罪の運用について詳細に分析を加えた犯罪防止委員会 (Brottsförebyggande rådet) の報告書『新同意法の実務』(Brå Rapport 2020:6)⁽³²⁾によれば、法改正後、レイプ罪有罪判決数は、2017年の190件から2019年には333件と75%増加した⁽³³⁾（次頁【図】参照）が、過失レイプ罪に関する新判決は2019年には12件のみであった。

そしてこの12件のうちの1件が、過失レイプ罪に関する最初の最高裁判所判決でもある、最高裁2019年6月11日判決⁽³⁴⁾である。この判決は以下のような事

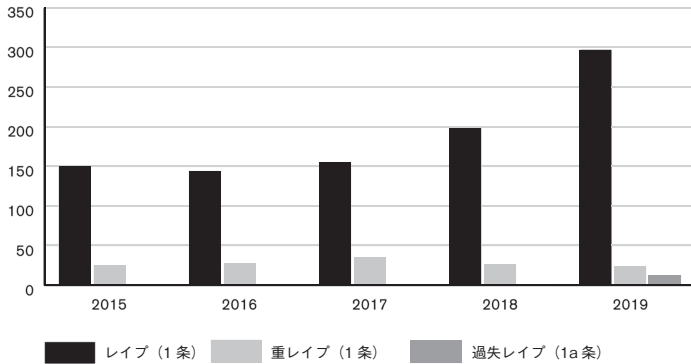
(31) Rt. 2006 s. 513 (SOU 2016:60 [前掲注5], s. 152 より引用)。

(32) Stina Holmberg /Lars Lewenhagen, Den nya samtyckeslagen i praktiken: En uppföljning av 2018 års förändringar av lagreglerna rörande våldtäkt, Rapport 2020:6.

(33) Holmberg /Lewenhagen 前掲注(32), s. 7.

(34) NJA 2019 s. 668 (Fråga om ansvar och påföljd för våldtäkt alternativt oaksam våldtäkt). この判例は既に松澤・前掲注(2)1頁以下によって詳細に紹介・分析されている。

【図】 2015-2019 年における有罪判決数の推移



出典：Brå Rapport 2020:6, s. 27

案に関するものであった。

【事例 3】 S-E.B (以下 S とする) と被害者 M は、ソーシャルメディアを通じてお互いにコンタクトをとり、ある日、M のアパートに泊まり、一緒に寝ることに合意した。その際 M は性交はしたくない旨 S に伝え、S も「OK」などと答えていた。S が、深夜 1 時ごろ、M のアパートに着くと、M は下着姿でベッドに毛布をかけて横たわっていた。S はブリーフを除くすべてを脱いで、ベッドに横たわった。S は、M の膣に指を差し入れ、その後、性交を行ない、射精に至った。その間、M は一貫して受動的で、明確に拒絶することはなかった。その後 M は、男友達に電話し、そこで起こったことについて、話をした。S は M と一緒に眠り、翌朝、家を出た。

本件につき、原審が①被害者 M の性交への関与は任意ではなく、②また被告人 S はその点に関して「無関心故意 (likgiltighetsuppsåt)」を持っていたとしてレイプ罪 (6 章 1 条) で有罪としたが、上告審の最高裁では①は認めたものの、「犯行時に M が性交に任意に関与していなかったことについて S が無関心 (likgiltig) であったかどうかについては、いまだ疑いが残る」として②の故意については否定

しレイプ罪については無罪としたが、「被害者 **M** が不任意で性的行為に関与しているリスクを **S** が認識していたことは明らかであり、「**S** が犯罪行為を実行した時点において、この認識は存在していた」ので「認識ある過失」すなわち重過失を認定できるとして（重）過失レイプ罪で有罪とし、**S** に 2 年 6 月の拘禁（*fängelse*）を言い渡したのである。

この判決を詳細に分析した松澤は、その問題点として①（未必の）故意の認定と②（これが欠ける場合における）重過失の認定の問題を挙げ、①については未必の故意と認識のある過失の限界を上記の「無関心故意（*likgiltighetsuppsåt*）」⁽³⁵⁾の意義の検討を通じて明らかにする必要があること、②の「重過失」についても単純過失との限界が不明確であるという問題点を指摘し、さらに①に関する今回の最高裁の判例は、スウェーデンのレイプ罪の規定においては不任意であることが明確に表示されていない限り故意の認定は困難であり、**No means No** を意味する規定とであることを示したものであるという興味深い評価を示している。まずこの点については、上記のスウェーデンにおける新规定の制定過程における議論を見ても、スウェーデン法のモデルは必ずしも **Yes means Yes** モデルに基づくものであるとは言えないと思われる。そこで、そもそも **Yes means Yes** モデルとは何を意味しているのかという問題となる。この点についても松澤は、スウェーデン最高裁の重過失に関する認定、すなわちリスクの認識ありとして認識ある過失としての（重）過失を認定したことから、**No** を明示していなくとも加害者がそれに気づくべきであった場合には（重）過失レイプ罪が成立することになるとして、この規定は、**No means No** モデルを補完する規定と評価できるとの重要な指摘を行なっている⁽³⁶⁾。本稿執筆の本来の問題意識は、松澤のこの評価、すなわち過失レイプ罪規定が **No means No** モデルを補完する規定であるという評価を検討するものであったが、英米法における議論との比較なども必要となることから、本稿では十分に検討することができなかった。そこで最後に次の 4 では、この問題を含め今後の検討課題を示すことにしたい。

(35) 松澤・前掲注(2) 266 頁は、これを「認容故意」と訳している。この無関心故意については Magnus Ulväng, *Likgiltighetsuppsåt*, SvJT 2005, s. 1-17; Petter Asp, *Uppsåtets nedre gräns – en efterlängtat sequel*, JT 2004/ 2005 s. 385-396 などを参照。

(36) 松澤・前掲注(2) 652 頁。

4 今後の検討課題：重過失の意義、故意と過失の限界問題との関係

以上の検討で示された暫定的な結論としては、北欧諸国のレイプ罪においては不同意犯罪化が進んでいることは確かであるが、必ずしも **Yes means Yes** モデルをとるものとは理解できないことである。その点で松澤の過失レイプ罪規定が **No means No** モデルを保障する規定であるという評価が問題となるが、この点について刑法総論の解釈論上の問題⁽³⁷⁾である故意と過失の限界、重過失と単純過失の限界がどのように過失レイプ罪規定を持つノルウェーやスウェーデンにおいて理解されているかの分析が不可欠であろう。この点について続稿で検討することとしたい。

【付記】わが国におけるスウェーデン労働法研究の第一人者⁽³⁸⁾である青野覚先生は、私が本学に移籍後、研究室が隣になった私に声をかけてくださり、その際に私も短期であるが、スウェーデンのマルメの裁判所とストックホルム大学に研究滞在したことがあることをお話し、先生がルント大学に研究滞在されたときのご体験をはじめとして、その後も何度か先生からスウェーデンのお話を聞く機会に恵まれた。先生の重厚なスウェーデン法の研究に比べ、本稿は全く不十分なものであるが、謹んで先生に捧げたいと思う。

(明治大学法学部教授)

【追記】脱稿後の 2020 年 12 月 17 日にデンマーク議会 (Folketing) において上記改正案が原案どおり可決成立し (司法省の広報 Folketinget vedtager ny samtykkelov, <https://www.justitsministeriet.dk/pressemeddelelse/folketinget-vedtager->

(37) スウェーデン刑法における刑法解釈論がドイツ刑法理論の強い影響を受けたものであることを指摘するものとして松澤伸「スウェーデン理論刑法学の一素描」早稲田法学 94 巻 1 号 (2018 年) 1 頁以下、特に 23 頁以下。特にスウェーデンにおける未必の故意論、「無関心故意」の理論はドイツの理論の影響を強く受けたものであり、私の研究テーマの一つである間接故意としての無関心 (Hirokazu Kawaguchi, “Dolus indirectus” im Spiegel der japanischen Rechtsprechung, in: Festschrift für Günther Jakobs, Berlin 2007, S. 259 ff. = in: Hans-Peter Maruschke [Hrg.] Beiträge zum japanischen Strafrecht, Hagen 2020, S. 95 ff.) に関連したものであるので、詳しく検討を加えたい。

(38) 最近の論文として例えば青野覚「スウェーデンにおける有期雇用契約規制の新たな展開」明大社会科学研究所紀要 50 巻 1 号 (2011 年) 159 頁以下などがある。

ny-samtykkelov/ および *Ryan House*, New Denmark legislation outlaws all sex without explicit consent, <https://www.jurist.org/news/2020/12/new-denmark-legislation-outlaws-all-sex-without-explicit-consent/> [最終閲覧日 2020 年 2 月 2 日] 参照)、2021 年 1 月 1 日より施行されている。これによりデンマークは最新の同意法 (samtykkelov) 採用国となり、今後の運用が注目される。