

調査と情報—ISSUE BRIEF—

No. 1076 (2019.12.17)

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—

- | | |
|---|----------|
| はじめに | 1 ドイツ |
| I 要件緩和の状況と不同意の認定の
考え方 | 2 イギリス |
| 1 近年の欧州の動き | 3 ベルギー |
| 2 不同意の考え方—「No means
No」モデルと「(Only) Yes means
Yes」モデル— | 4 スウェーデン |
| II 不同意の性交を暴行・脅迫等の要
件なく処罰する諸外国の規定 | 5 オーストリア |

おわりに

キーワード：性犯罪、構成要件、暴行・脅迫要件、不同意性交、イスタンブール条約、No means No、Yes means Yes、積極的同意

- 我が国の性犯罪に関する刑法規定を改正した「刑法の一部を改正する法律」（平成29年法律第72号）の附則第9条では、法律の施行後3年を目途として施策の在り方について検討を加え、所要の措置を講ずることと定められた。
- 一方で、我が国の強制性交等罪の規定について、いわゆる暴行・脅迫要件を撤廃又は緩和し、欧米の一部の国のように不同意の性交は全て処罰対象とすべきであるという主張がなされている。
- 不同意の性交を処罰する国でも、同意の定義やどのような場合を処罰するかは様々である。また、近年では、ドイツやオーストリアなど、欧州評議会の条約に対応するために不同意の性交を処罰する法改正を行う例が見られる。

国立国会図書館 調査及び立法考査局

行政法務課 おざわ はるき 小沢 春希

第1076号

はじめに

平成 31 (2019) 年 3 月に性犯罪事件の無罪判決¹が続いたこと等を契機に、強制性交等罪等の構成要件への注目が高まっている²。我が国の刑法 (明治 40 年法律第 45 号) 第 177 条 (強制性交等)³ 及び第 178 条第 2 項 (準強制性交等)⁴ では、それぞれ犯罪の成立に暴行・脅迫、抗拒不能・心神喪失を要するが、特に前者のいわゆる暴行・脅迫要件を撤廃すべきであるといった主張もなされている⁵。本稿では、我が国の性犯罪規定の在り方に関する議論に資するため、欧州における同意のない性交を処罰する法律について整理する。強制性交を処罰する法律の論点は、被告人の故意やいわゆる性交同意年齢の問題など多岐にわたるが、本稿では主として被害者の同意の問題のみに着目することとする。なお、本稿においては英語圏の「rape」又はその他の言語における「rape」に相当する語の訳語として、その犯罪行為の主体となる者の性別が男性に限られない場合には「強制性交」を、(トランスセクシュアルを含む) 男性に限られる場合には「強姦」を用いた。

I 要件緩和の状況と不同意の認定の考え方

暴行・脅迫要件をめぐるっては、意思に反する性交の強制があったケースにおいても、刑法第 177 条の予定する程度の暴行・脅迫が認められないとして訴追が不可能とされる、また、起訴されても無罪となってしまうという場合があることに対する批判がある⁶。平成 26 (2014) 年から平成 27 (2015) 年にかけて開催された法務省の「性犯罪の罰則に関する検討会」においては、角田由紀子弁護士が、暴行・脅迫の要件は撤廃が望ましいとする意見を述べたが、反対意見が多く出され改正は見送られた⁷。このような動きに関連して、複数の欧米の国で不同意の性交を全て刑事罰の対象とする法改正が行われていることが指摘される場合がある⁸。この章では、欧州の状況及び強制性交等罪を構成し得る不同意の定義について整理する。

* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、令和元 (2019) 年 12 月 2 日である。

¹ 福岡地裁久留米支部平成 31 年 3 月 12 日判決、静岡地裁浜松支部平成 31 年 3 月 19 日判決、名古屋地裁岡崎支部平成 31 年 3 月 26 日判決及び静岡地裁平成 31 年 3 月 28 日判決。

² 「4 万 5000 人の署名提出、性暴力刑法改正求める」『日本経済新聞』2019.6.25, 夕刊など。

³ 「十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交 (以下「性交等」という。) をした者は、強制性交等の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。」

⁴ 「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、前条の例による。」

⁵ 島岡まな大阪大学高等司法研究科教授は、「「暴行・脅迫要件」の緩和・撤廃の実現を、2020 年を目途とした見直しに際して心から願うものである」と述べている (島岡まな「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について」高橋則夫ほか編集委員『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』成文堂, 2018, p.140)。

⁶ 次の文献で指摘、整理される。井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」『慶應法学』no.31, 2015.2, p.51.

⁷ 「性暴力事件、相次ぐ無罪判決 「抵抗不能」立証が壁」『毎日新聞』2019.5.31; 「議事」(性犯罪の罰則に関する検討会第 6 回会議) 2015.2.12, p.3. 法務省ウェブサイト <<http://www.moj.go.jp/content/001138926.pdf>> 反対意見としては、暴行・脅迫要件はどのような事実があったのかを特定するために重要な役割を果たしていること (宮田桂子弁護士) や暴行・脅迫要件を一般的に排除した場合には、被害者の意思に反することを間違いなく確信することができないような事例を処罰することとなり、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判の原則を揺るがすことになってしまうこと (井田良慶應義塾大学教授) などが挙げられた (「議事」同, pp.2-6)。

⁸ 「【署名】性犯罪における刑法改正を求める (Change.org)」2019.4.26. ヒューマンライツ・ナウウェブサイト <<http://hrm.or.jp/activity/15792>> など。

1 近年の欧州の動き

(1) イスタンブール条約

(i) 概要

近年の欧州の強制性交等罪の要件について考える上では、「女性に対する暴力及びドメスティック・バイオレンス防止条約 (Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence)」（CETS No. 210. 以下「イスタンブール条約」という。）⁹の影響を念頭に置く必要がある。欧州評議会 (Council of Europe) が策定した同条約は、2011年5月11日にイスタンブール (トルコ) で締結され、2014年8月1日に発効した。2019年12月現在34か国が批准している¹⁰。

同条約は12章81条から成り、女性に対する暴力及びドメスティック・バイオレンス (DV) に関する3つのP (防止 (Prevention)、保護 (Protection) 及び訴追 (Prosecution)) を柱としている¹¹。このうちの加害者の訴追について、同条約では女性に対する暴力を犯罪とすることを締約国に義務付けており、該当する行為の明確な定義が置かれている¹²。

(ii) イスタンブール条約における性暴力

同条約第36条は強制性交を含む性暴力 (Sexual violence, including rape) について規定する。同条第1項では、条約の締約国に対し、故意に行われる次の行為を犯罪とすることを求めている。①同意に基づかずに、身体の一部又は物を他人の膣、肛門又は口腔への性的性質を有する挿入行為を行うこと、②人に対し、その他の同意に基づかない性的性質を有する行為を行うこと、③他人に、同意に基づかない性的性質を有する行為を第三者と行わせること¹³。同条第2項は、同意を、人の自由意思の結果として自発的に与えられるものでなければならないと規定するが、自発的な同意を除外するために考慮する要因の内容は各締約国に委ねられている¹⁴。

このようにしてイスタンブール条約では、締約国に対して、暴行、脅迫等の有無にかかわらず同意のない性的行為を処罰することを求めている¹⁵。欧州ではこれに合致するように強制性交の罪の構成要件を改正するなどの動きが見られる。ただし、イスタンブール条約を批准していながら依然として強制性交の定義を修正していない国が多くあることも指摘されている¹⁶。

(2) イスタンブール条約に対応する法改正—ドイツの事例—

ドイツにおいては「第50次刑法典一部改正法 (Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des

⁹ “Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence,” 2011.5.11. Council of Europe Website <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>>

¹⁰ “Chart of signatures and ratifications of Treaty 210,” 2019.12.2. *ibid.* <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=fWdA38vO> 2019年12月現在、日本は同条約を批准していない。

¹¹ 今井雅子「欧州評議会「イスタンブール条約」」『国際女性』no.29, 2015.12, p.84.

¹² 同上, p.85.

¹³ イスタンブール条約の邦訳は、「欧州評議会 女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンスの防止およびこれとの闘いに関する条約 (イスタンブール条約) (2)」ARC 平野裕二の子ども権利・国際情報サイト <<https://w.atwiki.jp/childrights/pages/37.html>> を参考にした。

¹⁴ “Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence,” 2011.5.11, p.33. Council of Europe Website <<http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383a>>

¹⁵ 岡上雅美「ドイツにおける新たな性刑法の展開」高橋ほか編集委員 前掲注(5), p.169.

¹⁶ Anna Blus, “Sex without consent is rape. So why do only eight European countries recognise this?” 2018.4.23. (updated on 2019.1.4.) Amnesty International Website <<https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/04/eu-sex-without-consent-is-rape/>> 欧州経済領域及びスイスの31か国のうち23か国で犯罪成立に暴行等を要すると指摘されている (*idem*) 。

Strafgesetzbuches (vom 4. November 2016) (BGBl. I S. 2460) 」により刑法典第 177 条の改正が行われ、暴行・脅迫の要件なく、同意のない性的行為を処罰する規定が追加された（罪名も「性的強要、強制性交 (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)」から「性的侵害 (Sexueller Übergriff)、性的強要、強制性交」に改正された。) ¹⁷。法改正の背景には、NGO や女性団体による法改正を求める運動¹⁸とイスタンブール条約による要求という 2 つの要因が存在したと指摘されている¹⁹。なお、法案理由書では、法改正の理由はイスタンブール条約第 36 条の要件を国内法で充足することにあるとされた²⁰。法改正の手続は、2015 年 12 月 31 日の深夜から 2016 年 1 月 1 日未明にかけて発生した「ケルンの大晦日の夜事件」²¹がきっかけとなり、与野党全体の一致で性急に進められた²²。

改正前の刑法典第 177 条の規定で問題視された点は、暴行若しくは脅迫を用いたこと又は被害者の脆弱性を利用したことを必須の要件としていたことである²³。例えば、不意をついた性的行為で被害者が抵抗することができなかった場合や被害者が恐怖心のみを理由として抵抗できなかった場合には要件を満たさなかった²⁴。改正後の同条では、基本構成要件 (Grundtatbestand) から暴行・脅迫が外され²⁵、被害者の認識可能な意思に反して性的行為を行った場合 (同条第 1 項) 及び反対意思を表明できず、又は表明することが困難である被害者と性的行為を行った場合 (同条第 2 項) を処罰することが定められた (II 1 に詳述)。なお、同条の罪の法定刑は、加重類型に当たらない行為については、従来の暴行・脅迫を用いた犯罪と比較して軽いものとされた²⁶。

2 不同意の考え方—「No means No」モデルと「(Only) Yes means Yes」モデル—

(1) 不同意に基づく強制性交の認定

現行のドイツ刑法典では、被害者の認識可能な意思に反して性的行為を行わせる等の行為を処罰することと定めているが、これは、性的行為に対する被害者の同意の考え方に着目すれば、いわゆる「No means No (Nein-heit-Nein)」モデルが採られていると見ることができる²⁷。

同意がないことに基づいて性交等を処罰する場合には、その同意の考え方には、①「No means No」モデル (拒否モデル) と②「(Only) Yes means Yes」モデル (積極的同意モデル)

¹⁷ 岡上 前掲注(15), pp.166-167.

¹⁸ ドイツ人権研究所 (Deutsches Institut für Menschenrechte. 国内機構の地位に関する原則 (パリ原則) に基づく独立の人権機関) とドイツ女性法曹協会 (Deutscher Juristinnenbund) が共同で社会運動を主導するなどした (Tatjana Hörnle, "The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment," *German Law Journal*, 18(6), 2017.11, p.1314)。

¹⁹ *ibid.*

²⁰ Deutscher Bundestag, "Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/8210)," 2016.4.25, p.1. Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge Website <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/082/1808210.pdf>>

²¹ 2015 年 12 月 31 日から 2016 年 1 月 1 日にかけてケルン中央駅付近で発生したアラブ及び北アフリカ人を主体とする約 1,000 人により行われた性的暴行、強盗事件 ("Cologne police chief condemns sex assaults on New Year's Eve," *AP News*, 2016.1.5. <<https://apnews.com/2b11fea5f8f141cea203536f1e48c93a>>)。暴行が用いられていない場合に強制性交等罪に問えないことが批判された ("Es fehlt ein Paragraph für schamlose Übergriffe," *Süddeutsche Zeitung*, 2016.1.8. <<https://www.sueddeutsche.de/panorama/sexuelle-noetigung-luecke-im-strafrecht-1.2810049>>)。

²² 岡上 前掲注(15), p.170.

²³ 井田良「ドイツにおけるハラスメントの法規制」『刑事法ジャーナル』vol.60, 2019.5, p.32.

²⁴ Deutscher Bundestag, *op.cit.*(20)

²⁵ 岡上 前掲注(15), p.173.

²⁶ 従前の規定では 1 年以上の拘禁刑とされていたが (改正前刑法典第 177 条第 1 項)、新たに設けられた認識可能な意思に反した性的行為の法定刑は 6 月以上 5 年以下の拘禁刑 (刑法典第 177 条第 1 項) である。

²⁷ 岡上 前掲注(15), p.174; Hörnle, *op.cit.*(18)

がある²⁸。①「No means No」モデルでは、反対意思が示された場合には不同意であると考えられるため、性的行為が望ましくない場合には被害者は言葉又は身振りで反対意思を表明する必要がある²⁹。一方で、②「(Only) Yes means Yes」モデルは、同意を性的接触に対する積極的 (affirmative)、意識的 (conscious)、自主的 (voluntary) な合意と定義し³⁰、被害者の意思表示がどちらともとれる曖昧なものであるときにも犯罪が成立し得る³¹。

(2) 刑事上の責任を判断する際に用いる基準としてどちらの基準が適切であるか

不同意に基づき性犯罪を処罰するに当たってどちらの基準に基づくべきであるのかについては意見が分かれている。国際人権 NGO であるヒューマンライツ・ナウの調査報告書は、スウェーデンの性犯罪処罰規定 (II4 参照) を「Yes means Yes 型」とであると分類し、我が国においても参考とすべきであると主張している³²。一方で、「(Only) Yes means Yes」モデルでは、全体の状況が両者の承諾を示しているかどうか不明であるような曖昧な状況についても性犯罪の成立を認めることとなるが、性犯罪で有罪を言い渡すということは、曖昧さに適切に対応できなかったことに対する報いとしては大きすぎるという指摘がある³³。また、性的行為に対して同意とも拒絶とも受け取れる態度が示されていた場合では、確認しなかった者だけでなく、曖昧な態度を取った者も、自身の意思を誤解のないように表明する義務を怠っているため、前者だけに刑法上の答責性を負わせるのは妥当ではなく、不可罰であるべきだという主張もある³⁴。

これに対し、「No means No」モデルは拒否の表明に着目し、性的行為に参加することへの拒否が表明されないあらゆる状況で、初めから同意が存在するとみなしている点が問題であるとの批判がある³⁵。被害者が常に反対意思を示すことができるとは限らず、薬物の影響で同意できない場合や恐怖、権力関係等の理由により反対意思を表明できない場合があることが指摘される³⁶。

II 不同意の性交を暴行・脅迫等の要件なく処罰する諸外国の規定

国際人権 NGO であるアムネスティ・インターナショナルが 2018 年 11 月に公表した報告では、同団体が調査した欧州の 31 か国のうち同意がないことに基づくレイプ (強姦、強制性交) の定義を有する国は 8 か国 (アイルランド、イギリス、ベルギー、キプロス、ドイツ、アイスランド、ルクセンブルク及びスウェーデン) のみで、その他の国³⁷では身体的な暴行、脅迫又は

²⁸ *ibid.*, pp.1319-1320.

²⁹ *ibid.*

³⁰ Ana Vidu Afloarei and Gema Tomás Martínez, "The Affirmative "Yes": Sexual Offense Based on Consent," *Masculinities and Social Change*, 8(1), 2019.2, p.99. <<http://hipatiapress.com/hpjournals/index.php/mcs/article/view/3779/pdf>>

³¹ 岡上 前掲注(15), pp.174-175.

³² ヒューマンライツ・ナウ「性犯罪に関する各国法制度調査報告書」2018.10, p.5. <http://hrm.or.jp/2019_sex_crime_comparison/download/2019_sex_crime_comparison.pdf>

³³ Hörnle, *op.cit.*(18), p.1320.

³⁴ 菊地一樹「外国文献紹介 タチャーナ・ヘルンレ「性的自己決定：意義、条件、そして刑事政策的要請」」『早稲田法学』92(2), 2017, p.202.

³⁵ Amnesty International, *Right to be free from rape*, 2018.11.24, p.10. <<https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR0194522018ENGLISH.PDF>>

³⁶ Afloarei and Martínez, *op.cit.*(30), p.98.

³⁷ オーストリア、ブルガリア、クロアチア、チェコ、デンマーク、エストニア、フィンランド、フランス、ギリシャ、ハンガリー、イタリア、ラトビア、リトアニア、マルタ、オランダ、ノルウェー、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、スロバキア、スロベニア、スペイン及びスイス。

強要が関与した場合にのみレイプの成立を認めているとされた³⁸。その後、ギリシャで法改正がなされ、同意のない性交をレイプとするヨーロッパで9番目の国になったことが報じられている³⁹。この章では、これらの国のうち、ドイツ、イギリス（北アイルランドを除く。）、ベルギー及びスウェーデン並びにアムネスティ・インターナショナルの分類には含まれていないが既にイスタンブール条約第36条に対応するための法改正を行っているオーストリアにおける同意のない性交を処罰する法について概観する。

1 ドイツ

(1) 不同意の性交等を処罰する規定

ドイツ刑法典第177条第1項は、他人の認識可能な意思に反して（*gegen den erkennbaren Willen*）性的行為を行う等した者を処罰する（表1）。ここでは、被害者による明示又は黙示の反対意思の表明が処罰のための十分条件であるが、被害者に反対意思の表明を求めることが合理的ではない一定の状況下（同条第2項に規定）では、反対意思の表明は必要でない⁴⁰。認識可能な意思とは、被害者の言葉、身振り及び行為による意思表示をいい、「認識可能な」という表現が用いられたのは、口頭での意思表示が求められるとの誤解を避けるためであったと考えられている⁴¹。

なお、暴行・脅迫によってなされる性的行為は加重類型として定められている（同条第5項）。酩酊剤、薬物等を混入させることは、同項の暴行に当たる⁴²。ただし、同項の規定は2016年改正前の第177条第1項の規定とは異なり、暴行・脅迫が被害者に対して行使されなければならない点で制限されている⁴³。

(2) 犯罪の成立範囲

ドイツ刑法典第177条第1項の罪は、明示・黙示に表明された反対意思に反する性的行為でなければ成立せず、例えば、被害者の意思が内心に留まる場合、意思表示が曖昧で両義的な場合、被害者の同意が錯誤・欺罔（ぎもう）に基づく場合にまで処罰を認める趣旨ではない⁴⁴。なお、欺罔による性的行為が不可罰であるのは、従来の規定でも同様であった⁴⁵。

この点、アムネスティ・インターナショナルは、「No means No」モデルに基づくドイツ刑法典の規定は、同意を積極的な合意の表明に見いだすのではないことに問題があると主張した⁴⁶。岡上雅美青山学院大学法務研究科教授は、ドイツにおいて同条の規定を「積極的・肯定的に評価している学説はまったくと言ってよいほど」存在しないと指摘しており、問題点として、「性的行為」の定義が明確でないこと、認識可能な意思の存否の証明が困難な場合が少なくないと考えられること等を挙げている⁴⁷。

³⁸ “Women across Europe failed by outdated rape legislation,” 2018.11.24. Amnesty International Website <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/11/women-across-europe-failed-by-outdated-rape-legislation/>>

³⁹ Maya Oppenheim, “Greece performs historic U-turn over rape definition,” *Independent*, 2019.6.7.

⁴⁰ Hörnle, *op.cit.*(18), p.1319.

⁴¹ *ibid.*, p.1120.

⁴² 岡上 前掲注(15), p.176.

⁴³ Hörnle, *op.cit.*(18), p.1324. 従前の刑法典第177条では、第三者・物への暴行や第三者に危険が向けられた脅迫によっても犯罪が成立し得た（佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」『刑事法ジャーナル』vol.45, 2015.8, pp.74-75）。

⁴⁴ 深町晋也「ドイツにおける2016年性刑法改正について」『法律時報』89(9), 2017.8, p.100.

⁴⁵ 佐藤 前掲注(43), pp.71-72.

⁴⁶ Amnesty International, *op.cit.*(35)

⁴⁷ 岡上 前掲注(15), pp.179-183. 刑法典第184h条の性的行為に関する規定は、用語それ自体の定義ではなく（表1参照）、コンメンタール類においても「性的なこと（*das Geschlechtliche*）」とあるにすぎない（同, p.180）。

2 イギリス

イギリスでは、イングランド及びウェールズにおいては「2003年性犯罪法（Sexual Offences Act 2003 (c. 42)）」が、スコットランドにおいては「2009年性犯罪（スコットランド）法（Sexual Offences (Scotland) Act 2009 (asp 9)）」が、北アイルランドにおいては「2008年性犯罪（北アイルランド）令（Sexual Offences (Northern Ireland) Order 2008 (No. 1769 (N.I. 2))）」が性犯罪について規定している。本稿では2(1)及び(2)でイングランド及びウェールズの規定、2(3)でスコットランドの規定について紹介する。

(1) イングランド及びウェールズにおける不同意の性交等を処罰する規定

2003年性犯罪法（以下、本節において単に条項のみを示す場合は2003年性犯罪法の条項を指す。）の第1条から第4条までに、同意のない性的行為を処罰する規定が置かれている⁴⁸（表2）。これらの条項では同意の不存在が犯罪成立要件とされ、訴追側が「同意が存在しないこと」及び被告人が被害者の同意を合理的に信じていなかったことを立証する⁴⁹。強姦罪（第1条）の規定は、対象は女性に限定されないが⁵⁰、陰茎の挿入を要件としているため正犯としては男性のみを処罰する規定である⁵¹。ただし、陰茎形成手術を受けたトランスセクシャルは強姦罪の正犯となり得る（第79条第3項）⁵²。同意を得ず人に性的行為をさせる罪（第4条）では女性も正犯となり得る⁵³。なお、これらの犯罪は全て故意に基づく犯罪である⁵⁴。

(2) 同意の定義

同意とは、人が選択によって合意し、かつ、その者が当該選択を行う自由と能力を有していることと定義され（第74条）、検察庁（Crown Prosecution Service）作成資料では、同意の能力（capacity）については飲酒や薬物の影響などを、自由（freedom）についてはDVや権力関係などを考慮することが示されている⁵⁵。

加えて、2003年性犯罪法は不同意を推定又は擬制する場合を設けている。被告人が関係行為⁵⁶を行い、第75条第2項に定められた事情（暴行⁵⁷を用いた、同意なく薬物等を摂取させた

⁴⁸ “Rape and Sexual Offences - Chapter 2,” Revised 2019.4.12. Crown Prosecution Service Website <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-2-sexual-offences-act-2003-principal-offences-and>> 本稿では性的暴行罪（sexual assault）（第3条）には触れない。

⁴⁹ 仲道祐樹「イギリスにおける性犯罪規定」『刑事法ジャーナル』vol.45, 2015.8, p.15.

⁵⁰ 川本哲郎「準強姦罪における「抗拒不能」について」井田良ほか編集委員『川端博先生古稀記念論文集 下巻』成文堂, 2014, p.56.

⁵¹ David Ormerod and Karl Laird, *Smith and Hogan's criminal law*, Fourteenth edition, Oxford: Oxford University Press, 2015, p.850.

⁵² *ibid.*

⁵³ *ibid.* 2003年性犯罪法第4条の目的の1つは、男性に挿入行為を強いる女性による行為を犯罪化することであるとされる（*idem*, p.860）。

⁵⁴ “Rape and Sexual Offences - Chapter 2,” *op.cit.*(48)

⁵⁵ “What is consent?” Crown Prosecution Service Website <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/what_is_consent_v2.pdf>

⁵⁶ 第1条については、故意に自己の陰茎を他人の膣、肛門又は口腔に挿入すること、第2条については、故意に自己の身体の一部又はその他の物を他人の膣又は肛門に挿入し、その挿入が性的であること、第4条については、故意に他人に対しある行為を行わせ、その行為が性的であること（第77条）。

⁵⁷ 2003年性犯罪法上に「暴行（violence）」の定義はないが、通常、この語は「実力（force）」よりも大きな害悪を示す（Kim Stevenson et al., *Blackstone's guide to the Sexual Offences Act 2003*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p.19）。

等)⁵⁸が存在し、かつ、被告人がその事情を認識していたことが立証された場合には、①被害者の不同意及び②被告人が被害者の同意を合理的に確信していなかったことが推定される⁵⁹（第75条）。この場合、被告人は十分な証拠を提示することで推定を覆すことができる（同条）。一方で、被告人が関係行為を行い、故意に、当該行為の性質・目的を欺いた又は被害者の知人になりすまして性交するように仕向けたことが立証された場合には、上記①②が決定的（conclusively）にみなされ（第76条）、反証はできない⁶⁰。その他の欺罔類型は、判例では、同法第74条の選択の自由の観点から同意を無効とみなしている⁶¹。

実務上、同意に関するこれらの規定のうち、第75条の推定（evidential presumptions）が適用されることはほとんどないこと⁶²及び第76条の確定的推定（conclusive presumptions）の適用も限定的であること⁶³が指摘されている。また、検察庁は、強姦事件は同意の有無が主要な争点となり証拠が被害者の証言に限られることが多いため立証が難しい、としている⁶⁴。

(3) スコットランド

スコットランドにおいては、2009年性犯罪（スコットランド）法第1条が強姦、同法第2条が挿入による性的暴行（Sexual Assault by Penetration）を定め、被害者の同意なく、かつ、同意があったという合理的確信（reasonable belief）なく行われた挿入行為を処罰している（表3）。強姦罪は被害者の性別は区別していない。両罪の法定刑の上限は無期拘禁であるが、実務では犯罪行為の態様、被告人の犯罪歴、弁護人による刑罰軽減を求める答弁（plea in mitigation）、有罪答弁（guilty plea）の有無を考慮して刑の期間及び種類を決定する⁶⁵。

同意とは自由な合意（free agreement）を意味し（同法第12条）、同法第13条でそれが認められない場合が例示列挙されている（表3）⁶⁶。自由な合意について、陪審マニュアル（Jury Manual. 裁判官が陪審員に説示するための（法的拘束力を有しない）覚書としての性質をもつ文書⁶⁷）では、原告側の自由に選択される自発的、能動的、協力的な関与であり、継続的で能動的な合意

⁵⁸ 当該行為時若しくはその直前に被害者若しくは第三者に対し暴行を行い若しくは即時の暴行のおそれを引き起こした（第75条第2項(a)及び(b)）、被害者が監禁されていた（同項(c)）、被害者が睡眠若しくはその他の意識がない状態にあった（同項(d)）、被害者が身体障害により同意の有無を伝達できない状態にあった（同項(e)）又は人が同意なく被害者に薬物等を摂取させ、被害者の意識を朦朧とさせ若しくは抵抗できないようにした場合（同項(f)）。同項(a)が、即時の暴行のおそれ（causing the complainant to fear that immediate violence）と規定したことについて、例えば、「性交に応じなければ近いうちに報復してやる」と脅した場合には適用されないのか、という問題が提起されている（David Ormerod and Karl Laird, *Smith, Hogan, and Ormerod's text cases, and materials on criminal law*, Twelfth edition, Oxford: Oxford University Press, 2017, p.319）。

⁵⁹ 仲道 前掲注(49), pp.20-21.

⁶⁰ 同上, p.20.

⁶¹ Ormerod and Laird, *op.cit.*(58), p.304.

⁶² “Rape and Sexual Offences - Chapter 3.” Crown Prosecution Service Website <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-3-consent>>

⁶³ Karl Laird, “Rapist or rogue? Deception, consent and the Sexual Offences Act 2003,” *Criminal Law Review*, Issue 7, 2014, pp.501-502.

⁶⁴ “Rape and Sexual Offences - Chapter 2,” *op.cit.*(48) イギリスでは、強姦罪の有罪宣告率が極めて低いという指摘もある（横山潔『イギリス性犯罪法論』成文堂, 2017, p.41）。

⁶⁵ “Information and help after rape and sexual assault,” 2016.2.22, p.91. Scottish Government Website <<https://www.gov.scot/publications/information-help-rape-sexual-assault/pages/5/>>

⁶⁶ Sharon Cowan, “All change or business as usual? Reforming the law of rape in Scotland,” Clare McGlynn and Vanessa E. Munro, eds., *Rethinking rape law: international and comparative perspectives*, Abingdon: Routledge, 2010, p.161.

⁶⁷ “Jury Manual Published.” Judiciary of Scotland Website <<http://www.scotland-judiciary.org.uk/24/720/Jury-Manual-Published>>

がある場合としており⁶⁸、実質的にはこれが「自由な合意」の定義に当たる⁶⁹。同意及び同意の確信の欠如は訴追側が証明しなければならない⁷⁰。なお、挿入による性的暴行罪の成立のためには、訴追側は、行為が「性的 (sexual)」であったことを証明しなければならず⁷¹、これについて同法第 60 条第 2 項は、全ての状況に鑑みて合理的な人が性的と考える場合には性的であると定めている。なお、スコットランドでは強姦及び強姦未遂は無罪となる割合が他の犯罪類型と比べて高く、2017-18 年度では起訴された 247 人中 55%に当たる 136 人が無罪となった⁷²。

3 ベルギー

ベルギー刑法典 (Code pénal du 8 juin 1867) 第 375 条は強制性交等の罪について定め、性質・手段にかかわらず同意を得ずに行われたあらゆる性的挿入行為を処罰する⁷³ (表 4)。客体は女性に限定されず、また、性的挿入行為の主体となる側の同意がない場合にも犯罪は成立し得る⁷⁴。この罪の成立に必要な性的挿入行為 (pénétration sexuelle) には陰茎、指、物・道具等を膣、肛門又は口腔に挿入する行為が当たるが、物・道具の口腔への挿入行為には見解の対立がある⁷⁵。

同意の不存在は強制性交等罪の成立要件の 1 つであり、特に性的挿入行為が暴行、強制⁷⁶、脅迫⁷⁷、驚愕 (きょうがく) (surprise) 若しくは計略 (ruse) により強要された又は被害者の身体的若しくは精神的な障害によって可能になった場合は、同意が存在しないとみなされる (同条第 2 項)。この規定では「特に (notamment)」という文言が用いられ、規定が例示列举であることを表している⁷⁸。なお、計略には、夫になりすます等の欺罔行為のほか、被害者が鎮静剤、アルコール若しくはその他の薬物の影響下にある又は朦朧 (もうろう) 若しくは睡眠状態にあることに乗じた行為も当たり得る⁷⁹。驚愕については刑法典上では定義されておらず、一般的な語として理解される⁸⁰。例えば、上司が突然女性用トイレに現れたことに驚愕した場合や、診察台に横たわっている患者に対し医師が突然襲い掛かった場合などが考えられる⁸¹。

⁶⁸ Judicial Institute for Scotland, *Jury Manual*, 2019.2, p.61.2. <<http://www.scotland-judiciary.org.uk/Upload/Documents/JuryManualFebruary2019.pdf>>

⁶⁹ 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(2), 2019.3, p.116.

⁷⁰ 同上, p.117.

⁷¹ 同上, p.115.

⁷² “Criminal proceedings in Scotland 2017-2018,” 2019.1.29, p.15. Scottish Government Website <<https://www.gov.scot/publications/criminal-proceedings-scotland-2017-18/pages/4/>>

⁷³ ただし、14 歳未満の子供に対し暴行を伴って性的挿入行為が行われた場合には、(同意の有無とは無関係に) その性質及び手段にかかわらず強制性交等の罪を犯したとみなされる (刑法典第 375 条第 6 項)。

⁷⁴ 末道康之「強姦罪をめぐる比較法的考察」『南山法学』40(2), 2017.1, p.136. 15 歳の少年が成人女性から口淫性交を強いられた事例で、リエージュ控訴院は成人女性に強制性交等罪の成立を認めた (同, pp.142-143)。

⁷⁵ 同上, pp.136-137. 学説上、人工ペニスの口腔内への挿入は強制わいせつ行為であると見る見解があり、また、判例上性的挿入行為に該当しないと考えられるものには、強制的なディープキス、耳への鉛筆の挿入、歯科医による口腔内への指又は物の挿入等がある (同)。

⁷⁶ 強制 (contrainte) は重大な脅迫を表す (同上, p.139)。

⁷⁷ 暴行及び脅迫については刑法典上に定義が置かれており、暴行とは人に対して実行される物理的強制 (contrainte physique) の行為であり、脅迫とは差し迫った害悪のおそれによる心理的強制 (contrainte morale) のあらゆる手段である (刑法典第 483 条)。

⁷⁸ Isabelle Wattier, “La nouvelle incrimination de voyeurisme et l’extension de l’attentat à la pudeur et du viol,” *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 98(2), 2018.2, p.123.

⁷⁹ 末道 前掲注(74), p.139; *ibid.* 計略に該当すると考えられる場合は、我が国では準強制性交等罪の抗拒不能に当たると考えられる (末道康之「ベルギー刑法における性犯罪規定改正の動向」『南山法学』42(1), 2018.10, p.98)。

⁸⁰ *ibid.*, p.125.

⁸¹ *ibid.* 驚愕を手段とする場合は、我が国では反抗を著しく困難にする暴行に該当する (末道「ベルギー刑法にお

4 スウェーデン

(1) 不同意の性交等を処罰する規定

スウェーデン刑法典 (Brottsbalk (1962:700)) は第 6 章で性犯罪について定めており、同章第 1 条で強制性交等、同章第 1a 条で過失強制性交等の罪を規定している。従来、スウェーデンでは暴行、脅迫等に基づいて強制性交等罪を規定していたが⁸²、2018 年 5 月 25 日の刑法典改正法 (Lag om ändring i brottbalken (2018:618)) による改正で、任意に (frivilligt) 関与していない者との性交等を処罰することとされた (表 5。同章第 1a 条の罪はこの改正で新たに創設された罪である。)。改正に当たってスウェーデン政府は、暴行・脅迫が用いられたこと又は被害者が特に弱い立場にあったことを立証しなくとも強制性交等罪で有罪を言い渡すことが可能になると説明した⁸³。法改正の契機は 2013 年に起きた事件⁸⁴や抗議・ロビイング活動にあるとされるが⁸⁵、スウェーデンの 2016 年の全国犯罪調査⁸⁶によると、成人の性犯罪被害者のうち被害を受けたことを警察に報告した人は 10%程度であるとされ、法改正が被害報告の増加につながることも期待されている⁸⁷。

(2) 不同意の立証と最高裁判所の判例

2018 年の刑法典改正に先立って草案が公表された際には、特にスウェーデン国外のメディアにおいて、積極的に「Yes」と言わなければ「No」と推定される規定である、書面による同意を義務付ける規定であるといった誤解が生じ、スウェーデン政府がそれを否定するに至ったことが指摘されている⁸⁸。AP 通信は、証明の責任が被害者から被告人に移ることはない、とする訂正記事を出した⁸⁹。アン・ラムバーグ (Anne Ramberg) スウェーデン弁護士会事務局長もまた、改正後刑法典は立証責任を軽減せず、検察官は犯罪が犯されたこと及び故意を証明しなければならないため、有罪が増加する結果にはつながらないであろうと述べている⁹⁰。

改正後のこれらの罪について、既にスウェーデン最高裁判所 (Högsta domstolen) の判決がある⁹¹。最高裁判所は、性的行為を迫られた場合に、反対である者は「No」を表明する又は他の

る性犯罪規定改正の動向」前掲注(79)。

⁸² 改正前の規定については、矢野恵美「北欧における性犯罪規定とその対策」『罪と罰』50(4), 2013.9, pp.21-37; 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(8), 2005.8, pp.35-54 参照。

⁸³ “En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet.” Sveriges Riksdag Website <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/arende/betankande/en-ny-sexualbrottslagstiftning-byggd-pa_H501JuU29>; “Consent – the basic requirement of new sexual offences legislation,” 2018.4. Government Offices of Sweden Website <<https://www.government.se/4ab7a8/contentassets/ee1de9e9781046afb784f034565f32e9/consentthe-basic-requirement-of-new-sexual-offences-legislation>>

⁸⁴ 15 歳の少女が 3 人の 19 歳の男性によりワイン瓶を使って性行為をさせられた事件であり、第 1 審において無罪判決が下されたため抗議運動が生じた (福田和子「スウェーデンだより (3) スウェーデンにおける#metoo と性的同意に関する法改正」『性の健康』17(4), 2018.12, p.32)。

⁸⁵ 同上

⁸⁶ “The Swedish Crime Survey.” Brottsförebyggande rådet Website <<https://www.bra.se/bra-in-english/home/crime-and-statistics/swedish-crime-survey.html>>

⁸⁷ Christina Anderson, “Swedish Law Now Recognizes Sex Without Consent as Rape,” *New York Times*, 2018.5.23.

⁸⁸ 川口浩一「強姦罪から不同意性交等罪へ」『法政研究』85(3・4), 2019.3, p.516.

⁸⁹ “Correction: Sweden-Consensual Sex story,” *AP News*, 2017.12.21. <https://apnews.com/3e22e122e2004d7ba8b87e9eef_a24787>

⁹⁰ Anderson, *op.cit.*(87) 改正後のインタビューで検察官が、検察官は以前と同じ証明度で同意がなかったことを証明しなければならず、立証の負担が緩和されたわけではないことを強調したともされる (川口 前掲注(88)に引用 “Samtyckeslag har haft effekt,” 2018.11.8. Sverigesradio Website <<https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923>>)。

⁹¹ Högsta domstolen, Mål nr. B 1200-19 (11 juli 2019). <<https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstadomstol>>

方法で表現する責任を一切負わないが、その者が当該行為に任意に関与するときもまた参加したいという意思を示す必要はない、として、同意が表明されなかった場合には、裁判所は被告人がその行為が同意に基づくものではないということを知っていたか又は知っているべきであったかを評価する必要があると論じた⁹²。

5 オーストリア

オーストリア刑法典（Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (BGBl. Nr. 60/1974)）において強制性交等罪は、暴行、人身の自由の剥奪又は生命・身体に対する現在の危険の脅迫（Drohung）によって性交又は性交と同視すべき行為を強制する行為と規定され、1年以上10年以下の拘禁刑で処罰される（同法典第201条）⁹³。意思に反する性交及び性交類似行為を処罰する同法第205a条（性的自己決定の侵害）（表6）は、イスタンブール条約第36条の影響の下で、2015年の法改正によって成立した⁹⁴。アムネスティ・インターナショナルは、オーストリアのように「同意のない性交」の犯罪を強制性交（強姦）と区別してより軽い犯罪に分類することを問題視している⁹⁵。イスタンブール条約の実施を監督する独立専門機関である「女性に対する暴力及びドメスティック・バイオレンスに対する行動に関する専門家グループ」（Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence: GREVIO）の報告書では、オーストリア刑法典の性的自己決定の侵害罪（第205a条）とイスタンブール条約の同意のない性的行為との間には多少の相違があり、オーストリア刑法典の下では、被害者が反対意思を口頭又はその他の何らかの方法で示さなくてはならないと指摘された⁹⁶。

同条の規定は、性交又は性交類似行為のうち、①人の意思に反して行う類型、②被害者の窮地（Zwangslage）を利用して行う類型、③先行する威迫（Einschüchterung）⁹⁷に基づいて行う類型を処罰することとしており、①の類型は、主として被害者がショックを受けて硬直状態に陥り反対意思を明示できない場合を想定したものである⁹⁸。被害者の反対意思の表明は明示、黙示を問わない（例えば、泣き出すなど）が、それが内心に留まり外部から認識できない場合には犯罪は成立しない⁹⁹。

en/avgoranden/2019/b-1200-19.pdf> 強制性交等罪で起訴された男性について、男性が故意に強制性交を犯したこと又は同意の有無について故意に無思慮であった（likgiltighetsuppsåt）ことは証明されていないため強制性交等罪で有罪を言い渡すことはできず、ただし、被告人に重大な過失が認められるとして過失強制性交等罪に当たると判じた事件（Elin Hofverberg, “Sweden: Supreme Court Defines Negligent Rape,” *Global Legal Monitor*, 2019.7.17. Library of Congress Website <<https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-supreme-court-defines-negligent-rape/>>）。

⁹² Högsta domstolen, *ibid.*, pp.7-8; Hofverberg, *ibid.* この事件では、被害女性の性的行為への関与が任意のものではなかったことが合理的な疑いを超えて証明されていた（*idem*）。

⁹³ “Bundesrecht konsolidiert: Strafgesetzbuch § 201.” Rechtsinformationssystem des Bundes Website <<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40152322/NOR40152322.pdf>>

⁹⁴ 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』no.9, 2016, p.66; “689 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage - Erläuterungen,” 2015, pp.33-37. Republik Österreich Parlament Website <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_00689/fname_423854.pdf> 施行日は2016年1月1日。

⁹⁵ Amnesty International, *op.cit.*(35), p.130.

⁹⁶ GREVIO, “Baseline Evaluation Report: Austria,” 2017, p.39. Council of Europe Website <<https://rm.coe.int/grevio-report-austria-1st-evaluation/1680759619>>

⁹⁷ 性的強要罪（刑法第202条）が規定する「危険な脅迫」の前段階に位置し、物理的又は心理的作用により、被害者がもはや自由に決断できないとの不安に基づく心理状態にある場合に肯定される（深町 前掲注(94), pp.68-69）。

⁹⁸ 同上, p.68.

⁹⁹ “689 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage - Erläuterungen,” *op.cit.*(94), p.34.

おわりに

欧州においてはイスタンブール条約の影響もあり、同意がないことに基づいて不同意の性交を処罰するための法改正が進んでいるが¹⁰⁰、同意をどのように考えるか、不同意をどのように認定するかは国により様々である。我が国において強制性交等罪を始めとした性犯罪の構成要件をどう考えるのか、多面的な議論が期待される。

表1 ドイツ刑法典における不同意の性交等の罪

法律	行為（丸数字は加重類型）	法定刑*	備考等
第177条 性的侵害、 性的強要、 強制性交	<p>(1) 他人の認識可能な意思に反して、その者に性的行為を行い若しくは行わせ又は第三者による性的行為を受忍させ若しくは第三者に対して性的行為を行わせる行為（第1項）</p> <p>(2) 被害者が反対意思を形成・表明できない状況若しくは（確実な同意がある場合を除き）身体的・精神的な事情により意思形成・表明に著しい制限がある状況を利用し、被害者の驚愕の瞬間を利用し、又は、被害者が抵抗に際して重大な害悪をおそれ抱く状況を利用し若しくは重大な害悪を加える旨の脅迫を用いて、その者に性的行為を行い若しくは行わせ又は第三者による性的行為を受忍させ若しくは第三者に対して性的行為を行わせる行為（第2項）</p> <p>(3) (1) 及び (2) の行為が次のいずれかに当たる場合は、法定刑が加重される。 ①被害者が疾病又は障害により意思を形成・表明できない場合（第4項） ②暴行・脅迫を用いた又は被害者が行為者の影響下にさらされている状況を利用した場合（第5項） ③犯情が特に重い場合（第6項） ④武器等を携行し若しくは反抗を阻止・抑圧する目的で道具若しくは手段を携行し又は被害者を重大な健康障害の危険にさらした場合（第7項） ⑤武器等を使用し又は被害者を身体的に著しく虐待し若しくは死亡の危険にさらした場合（第8項）</p>	<p>6月以上5年以下の拘禁刑（犯情が軽い場合、3月以上3年以下）</p> <p>行為が(3)に当たる場合、 ①②1年以上の拘禁刑（犯情が軽い場合、6月以上10年以下） ③2年以上の拘禁刑 ④3年以上の拘禁刑（犯情が軽い場合、1年以上10年以下） ⑤5年以上の拘禁刑（犯情が軽い場合、1年以上10年以下）</p>	<ul style="list-style-type: none"> 行為者が被害者と性交又は被害者を特におとしめる類似の性的行為を行った場合（強制性交）には、原則として、「犯情が特に重い場合」に当たる。複数人により共同で犯行が行われた場合も同様である。（第6項） 「性的行為」とは、保護法益に対して一定の関連があるもののみをいう（第184h条第1項）。 第177条の行為により、少なくとも軽率に被害者を死亡させたときには、無期又は10年以下の拘禁刑とする（第178条）。

* ドイツにおける有期拘禁刑の上限は15年であり（刑法典第38条第2項）、併合罪の場合も同様である（同法典第54条第2項）。

(注) 本表中に示す条項は全てドイツ刑法典（Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322)）の条項であり、項のみを示す場合は同法典第177条の項を表す。邦訳に当たっては、嘉門優「法益論から見た強姦罪等の改正案」『犯罪と刑罰』no.26, 2017.3, pp.49-52; 岡上雅美「ドイツにおける新たな性刑法の展開」高橋則夫ほか編集委員『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』成文堂, 2018, pp.171-178を参考にした。

(出典) “Strafgesetzbuch (StGB) § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung.” Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Website <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_177.html#Seitenanfang> を基に筆者作成。

¹⁰⁰ 例えば、現在法改正を検討しているフィンランドの性犯罪規定について、全ての同意のない性交を処罰するよう法改正を行うべきだという欧州評議会からの圧力を受けていることが報じられている（Daniel Boffey, “Finland under pressure to criminalise lack of consent in rape laws,” *Guardian*, 2019.9.2）。

表2 2003年性犯罪法における不同意の性交等の罪（イングランド及びウェールズ）

法律	要件	法定刑*	備考等
第1条 強姦	行為者Aが、(a) 自己の陰茎を他人Bの膣、肛門又は口腔に故意に挿入し、(b) Bがその挿入に同意しておらず、かつ、(c) Bが同意することをAが合理的に確信していなかったこと。	無期拘禁刑（正式起訴のみ） （4年以上19年以下）	・Bが同意していると確信したことが合理的か否かは、Bが同意しているか確認するためにAが講じたあらゆる措置を含む全ての状況を考慮して決定する（第1条第2項、第2条第2項及び第4条第2項）。
第2条 挿入による暴行	行為者Aが、(a) 自己の身体の一部又はその他の物を他人Bの膣又は肛門に故意に挿入し、(b) その挿入が性的であり、(c) Bがその挿入に同意しておらず、かつ、(d) Bが同意することをAが合理的に確信していなかったこと。	無期拘禁刑（正式起訴のみ） （コミュニティ・オーダー**以上19年以下）	・「同意」とは、人が選択によって合意し、かつ、その者が当該選択を行う自由と能力を有していることをいう（第74条）。
第4条 同意を得ず人に性的行為をさせる罪	行為者Aが、(a) 故意に他人Bに対しある行為を行わせ、(b) その行為が性的であり、(c) Bがその行為を行うことに同意しておらず、かつ、(d) Bが同意することをAが合理的に確信していなかったこと。 なお、法定刑は次の場合ごとに異なる。 ①性的行為が(a) Bの肛門若しくは膣へ挿入する、(b) Bの口腔へ陰茎を挿入する、(c) Bがその身体の一部若しくはその他の物を人の膣若しくは肛門へ挿入する又は(d) Bの陰茎を口腔へ挿入する行為を含む場合 ②上記①の定めが適用されない場合	①無期拘禁刑（正式起訴のみ） （コミュニティ・オーダー以上19年以下） ②6月以下の拘禁若しくは法定上限額以下の罰金若しくはその両方（略式起訴）又は10年以下の拘禁刑（正式起訴） （コミュニティ・オーダー以上7年以下）	・「性的」とは、合理的な人が、その状況若しくは目的にかかわらず行為の性質が性的であるとする又は性質上性的である可能性がある行為で、その状況若しくは目的により性的であるとする行為をいう（第78条）。

* イギリスでは法律で刑の上限のみを定めるのが通常である（井戸俊一「イギリスの量刑ガイドラインについて」『判例タイムズ』58(16), 2007.7.1, pp.72-73 参照）。丸括弧内は量刑ガイドラインによる量刑の幅（offence range）を示す。量刑ガイドラインは、2009年検死官及び刑事司法改革法（Coroners and Justice Act 2009 (c. 25)）第118条に基づいて設置された量刑委員会（Sentencing Council）が策定する、犯罪者の量刑に関するガイドラインであり、裁判所は判決を下す際にこれらのガイドラインに従う必要がある（同法第120条及び第125条）。

** 被告人に対して、12種類あるリクアイアメント（Requirement）の1つ又は複数科して、一定の活動を義務付けることや行動を制約することによって、社会内において、処罰すること、更生の機会を与えること、犯罪により生じた被害を補償させること及び被害者や社会を防衛することを目的とする（高橋信幸「世界の司法（133）—英国のコミュニティ・オーダーとアンペイド・ワークについて—」『判例タイムズ』60(26), 2009.11.15, p.95）。

（注）本表中に示す条項は全て2003年性犯罪法（Sexual Offences Act 2003 (c. 42)）の条項である。同法では子供に対する性犯罪（第5条から第15A条まで）、地位を濫用した性犯罪（第16条から第24条まで）、精神障害者に対する性犯罪（第30条から第44条まで）等についても定めている。邦訳に当たっては、横山潔編訳『イギリス二〇〇三年性犯罪法』成文堂, 2017, pp.1-2, 75-77; 「イギリス性犯罪関連条文和訳（仮訳）」（法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第1回会議 配布資料11-4）2015.11.2. 法務省ウェブサイト <<http://www.moj.go.jp/content/001162257.pdf>> を参考にした。

（出典）“Sexual Offences Act 2003.” Legislation.gov.uk Website <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>>; Sentencing Council, *Sexual Offences: Definitive Guideline*, 2013, pp.9-25. <<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sexual-offences-definitive-guideline-Web.pdf>> を基に筆者作成。

表3 2009年性犯罪（スコットランド）法における不同意の性交等の罪（スコットランド）

法律	行為	法定刑	備考等
第1条 強姦	行為者Aが、故意に又は挿入があるかどうかについて無関心に、他人Bの同意なく、かつ、Bの同意についての合理的確信なくBの膣、肛門又は口腔に陰茎を挿入した行為	無期拘禁及び罰金(上限)(第48条及び附則2)	<ul style="list-style-type: none"> ・同意の確信が合理的であったか否かを決定する際には、同意を確認するために講じたあらゆる手段及びその内容を考慮する(第16条)。 ・同意を意味する「自由な合意」は、次の場合認められない。①被害者Bがアルコールやその他の薬物等により同意能力を有しないとき、②B若しくはその他の人に対する暴行又はその脅迫によりBが従ったとき、③Bが被告人Aにより不法に拘束されていたとき、④Aの欺罔によりBが行為の目的又は性質を誤解させられたとき、⑤AがBの個人的な知人になりすまして合意するように仕向けたとき又は⑥行為に対する合意の唯一の表明がB以外の者からなされたとき(第12条及び第13条)。 ・眠っている若しくは無意識である者又は一定の精神障害者は、同意する能力を有しない(第14条及び第17条)。
第2条 挿入による性的暴行	行為者Aが故意に又は挿入があるかどうかについて無関心に、他人Bの同意なく、かつ、Bの同意についての合理的確信なくBの膣又は肛門に自己の身体の一部又はその他の物を性的に挿入した行為		

(注) 本表中に示す条項は全て2009年性犯罪（スコットランド）法（Sexual Offences (Scotland) Act 2009 (asp 9)）の条項である。同法では、第4章で子供に対する性犯罪類型、第5章で地位を濫用した性犯罪類型についても定めている。邦訳に当たっては、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(2), 2019.3, pp.117-120を参考にした。

(出典) “Sexual Offences (Scotland) Act 2009.” Legislation.gov.uk Website <<http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9/contents>>を基に筆者作成。

表4 ベルギー刑法典における不同意の性交等の罪

法律	行為（丸数字は加重類型）	法定刑	備考等
第375条 強制性交等	<p>その性質及び手段にかかわらず、同意のないあらゆる性的挿入行為。</p> <p>なお、次の場合は法定刑が加重される。</p> <ul style="list-style-type: none"> ①被害者が16歳以上の未成年者 ②被害者が16歳未満の子供 ③被害者が10歳未満の子供 ④行為が、第417条の3第1項の行為（拷問）又は監禁行為の後又は同時に行われた場合（第376条第2項） ⑤被害者が年齢、妊娠、病気、著しい身体の障害*若しくは身体若しくは精神障害のために特に脆弱な者であることが明らかである又はそのことを行為者が知っていた場合。また、武器又は武器に見える物を用いて脅迫した場合（第376条第3項） 	<p>5年以上10年以下の拘禁</p> <p>行為が①から⑤に当たる場合、</p> <ul style="list-style-type: none"> ①10年以上15年以下の拘禁 ②15年以上20年以下の拘禁 ③20年以上30年以下の拘禁 ④15年以上20年以下の拘禁 ⑤10年以上15年以下の拘禁 	<ul style="list-style-type: none"> ・行為が特に、暴行、強制、脅迫、驚愕若しくは計略により強要され、又は被害者の身体的若しくは精神的な障害によって可能になった場合は、同意がないとみなす（第375条第2項）。 ・第376条から第377条の2までに当たる場合は刑が加重される。

* 著しい身体の障害（infirmité）とは、（先天的あるいは事故による）視力や歩行の困難を伴う身体障害を指す（山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会、2002、p.289）。

(注) 本表中に示す条項は全てベルギー刑法典（Code pénal du 8 juin 1867）の条項である。邦訳に当たっては、末道康之「ベルギー刑法における性犯罪規定改正の動向」『南山法学』42(1), 2018.10, pp.86-88を参考にした。

(出典) “8 JUIN 1867. - CODE PENAL.” BelgiqueLex Website <<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1867/06/08/1867060850/justel>>を基に筆者作成。

表5 スウェーデン刑法典第6章における不同意の性交等の罪

法律	行為	法定刑	備考等
第1条 強制性交等	任意に関与していない者と性交又は侵害の重大性から性交と同等であると考えられるその他の性的行為を行う行為 法定刑は次の事情を考慮する場合がある。 ①犯行の事情が重大ではないと考えられる場合 ②犯罪が重大であると考えられる場合	2年以上6年以下の拘禁刑 事情が考慮された場合、 ①4年以下の拘禁刑 ②5年以上10年以下の拘禁刑	・関与が任意であったか否かの評価に当たっては、言葉、行為又はその他の方法で任意であることの表現がなされていたかどうかを特に考慮しなければならない（第1条第1項第2文）。 ・次の場合には、任意の関与は認められない。①関与が虐待、暴行、犯罪行為の脅迫、訴追若しくは告発する旨の脅迫又は他人に悪い知らせをするという脅迫の結果であるとき、②人が無意識、睡眠、重大な恐怖、酩酊、薬物の影響、病気、外傷、精神障害その他により特に脆弱な状態にあることを利用したとき、③行為者に依存している者に重大な虐待を加えることにより関与を可能にしたとき（第1条第1項第3文第1号から第3号）。
第1a条 過失強制性交等	第1条の行為を行い、他人が任意に関与していないことについて重大な過失がある。	4年以下の拘禁刑 (行為が状況に照らして重大ではないときは処罰されない。)	・犯罪が重大であるかどうかは、特に、重大な性質の暴行・脅迫を用いたか、複数人で行ったか、手法、被害者の低年齢その他の事情により特に無思慮(hänsynslöshet)又は残虐(råhet)であると見られるか、を考慮する（第1条第3項第2文）。

(注) 本表中に示す条項は全てスウェーデン刑法(Brottsbalk (1962:700))第6章の条項である。邦訳に当たっては、川口浩一「強姦罪から不同意性交等罪へ」『法政研究』85(3・4), 2019.3, pp.514-515を参考にした。

(出典)“Brottsbalk (1962:700).” Sveriges Riksdag Website <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700_sfs-1962-700>を基に筆者作成。

表6 オーストリア刑法における不同意の性交等の罪

法律	行為	法定刑	備考等
第201条 強制性交	暴行、人身の自由の剥奪又は生命若しくは身体に対する現在の危険をもたらすという脅迫を用いて、性交若しくは性交と同視すべき性的行為を受忍すること又はそのような行為を行うことを強制する行為	1年以上10年以下の拘禁刑	・行為が、重大な傷害、被害者の妊娠、相当期間の苦痛をもたらした又は特に被害者をおとしめた場合には、法定刑は5年以上15年以下に加重され、行為により被害者を死亡させた場合には、10年以上20年以下の拘禁刑又は無期拘禁刑に処される（第201条第2項）。
第205a条 性的自己決定の侵害	人の意思に反して、その者の窮地を利用して又は事前の威迫の下で性交又は性交と同視すべき性的行為を行う行為	2年以下の拘禁刑	・同様の方法で第三者と性交又は性交類似行為をさせた場合も処罰対象となる（第205a条第2項）。

(注) 本表中に示す条項は全てオーストリア刑法(Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (BGBl. Nr. 60/1974))の条項である。邦訳に当たっては、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』no.9, 2016, pp.66-67を参考にした。

(出典)“Bundesrecht konsolidiert: Strafgesetzbuch § 201.” Rechtsinformationssystem des Bundes Website <<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40152322/NOR40152322.pdf>>; “Bundesrecht konsolidiert: Strafgesetzbuch § 205a.” *idem* <<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40173745/NOR40173745.pdf>>を基に筆者作成。