

早稲田大学比較法研究所
オンライン・ジャーナル・シリーズ

2018 年スウェーデン性犯罪改正と
過失レイプ罪（過失強姦罪）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—

松澤 伸

MATSUZAWA, Shin

早稲田大学比較法研究所兼任研究員

No. 2020-1

2020 年 6 月

※この論文は、早稲田大学比較法研究所出版・編集委員会の査読を経たものである。



〒169-8050

東京都新宿区西早稲田 1-6-1

早稲田大学比較法研究所

**2018年スウェーデン性犯罪改正と
過失レイプ罪（過失強姦罪）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——**

松澤 伸
(早稲田大学法学学術院教授)

1. はじめに

1.1 背景

スウェーデンでは、2018年、性犯罪に関する規定の改正が行われた。この改正で特に重要だったのは、レイプ罪（強姦罪）¹についての改正である。レイプ罪における暴行・脅迫要件が取り外され、性行為への関与の任意性が、レイプ罪の成否を決める決定的な要件となったのである。

この改正は、我が国でも注目を集めることとなったが、同時に、過失レイプ罪が新たに規定されたことは、あまり知られていない。筆者の見るところでは、この過失レイプ罪の規定が、いわゆる「Yes means yes」のスローガンを確実にするものとして——少なくともスウェーデン刑法においては²——重要な意味をもっている。そして、注目すべきことに、過失レイプ罪の成否の基準について、2019年6月11日に、スウェーデン最高裁判所としての最初の判断がなされている。

1.2 本稿の目的と内容

筆者は、すでに、2018年改正スウェーデン性犯罪規定について、別稿において、詳細な紹介・検討を行った³。この改正の主要な内容については、それに譲るが、別稿では、空間的制約（紙幅）と時間的制約（締切）のゆえに、上記最高裁判決について、全文を紹介することができなかった。そこで本稿では、この判決の、犯罪の成否に関わる部分（レイプ

¹ スウェーデン語では våldtäkt であるが、本稿では、「レイプ」と訳出する。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、による（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）。ただ、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。

² 同じ北欧のデンマークでは、性犯罪規定の改正を答申する刑法審議会 (Straffelovrådet) の答申案がつい先日公表されたが (Betænkning nr. 1574)、過失レイプ罪の制定ではなく、別的手段による実現を意図しているようである。詳細は今後の検討に委ねたい。

³ 松澤伸「スウェーデン性犯罪規定の改正について」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020年）掲載予定。

罪の成否・過失レイプ罪の成否)に関わる部分を訳出し、これに元に、もう少し踏み込んだ検討を行うことにしたい。これにより、過失レイプ罪という聞きなれない犯罪類型の概要と、具体的適用が明らかになるものと思われる。

2 最高裁判所判決の概要

2.1. 序

本章では、上記過失レイプ罪に関するスウェーデン最高裁判所判決(最高裁判所判決 2019年6月11日判決番号 B 1200-19)⁴について、紹介・検討を加える。

本スウェーデン最高裁判決は、日本の最高裁判決とはかなり形式を異にしており、そのままの形ですべて訳出しても、理解が難しいと思われる。そこで、ここでは、①原審の判断、②最高裁判所の結論、③理由、に分けて、その内容を紹介することとする⁵。

2.2 原審の判断⁶

原審は、被告人について、盗撮(スウェーデン刑法⁷4章6条a)および重名誉毀損罪(同5章2条)について、条件付き判決および日数罰金を課した(B 1040-18 事件)。これについては上告されていない。

原審は、さらに被告人について、レイプ罪(刑法6章1条1項)、児童レイプ罪(刑法6章4条1項)、および性的侵害罪(刑法6章2条1項)について有罪とした(B 1167-18 事件)。制裁は、刑法34章1条1項および2項に基づき、3年3月の拘禁刑であった。これについて、被告人が上告した⁸。

2.3 最高裁判所の結論

レイプ罪についてのみ原判決を破棄し、自判。

被告人を刑法6章1条a第1項(過失レイプ罪)に基づき——児童レイプ罪および性的侵害罪と合わせ——2年3月の拘禁刑に処した⁹。

⁴ NJA2019 s. 668.

⁵ 最高裁判決文には、第1から第53まで通し番号が振られている。参考のため、それぞれの箇所が、元の判決文のうち、どの部分に当たるか、注で示すこととする。

⁶ Övre Norrland 高等裁判所判決 2019-02-05 B 1040-18 事件および B 1167-18 事件。なお、これについては、最高裁判決文の第1-第3参照。

⁷ 正式名称はBrottsbalk (1962:700)である。以下、単に、「刑法」という。

⁸ 最高裁判決文第4参照。

⁹ 最高裁判決文第53参照。なお、①最高裁判所は公判手続において高等裁判所で用いられた証拠に基づいて判断したこと、②児童レイプ罪および性的侵害罪については高等裁判所の判断(有罪)を維持することが示されている。これについては、最高裁判決文第5-第6参照。したがって、最高裁判所における本件の争点は、レイプ罪の成否と、過失レイプ罪

2.4 理由

判決の理由について、本判決文は、第8から第45までにおいて、まず、(1) 実際に起こったことについて被害者と被告人の供述に共通する部分とそうでない部分を整理して記述し、次に、(2) 性犯罪の改正規定について解説し、さらに、(3) レイプ罪および過失レイプ罪の解釈を一般的に論じ、最後に、(4) 本件における被告人の罪責について、まずレイプ罪の成否を、続いて過失レイプ罪の成否を検討している(第46から第53までは、量刑理由と損害賠償(民事事件に委ねるとの判断)についての判示である)。これらについては、資料としての意味も重要であることから、本判決文第8から第45までの全訳を掲げる¹⁰。

【翻訳】

(1) 実際に起こったこと

第8. 被害者Aと被告人X¹¹の供述は、以下の点については一致している。XとAは、かなり長い間、ソーシャルメディアを通じて、相互に連絡をとってきた。彼らは、あらゆる話題について話してきたが、その中には、Xによる性交の提案も含まれていた。Xは、Aとは別の場所に住んでいたが、Aは、自分と会って、自分のアパートで寝てもよい、とXに伝えた。両者は、それ以前には、会ったことがなかった。Aは、性交はしたくない旨Xに伝え、Xは「OK」またはそれに類似した返答をした。Xは、深夜1時ごろ、アパートに着いた。Aが上記メッセージを書く直前、Aは、ドアは開いている、そのまま家に入るように、と伝えた。Xは、そこに着くと、ベッドに横たわり、毛布をかけた。Aは下着をはいていた。Xはパンツを除くすべてを脱いで、ベッドに横たわった。AとXはそれぞれ別の毛布をかけていた。XはAと一緒に眠り、翌朝、家を出た。

第9. 審理対象は、その夜に起こった事実である。AとXは、それぞれ大要以下のように供述している。

第10. 被害者Aの供述は以下の通りである。Aは非常に疲れており、被告人Xがベッドに横たわったのち、軽く眠ってしまったかもしれない。XがAの体を触り始めると、Aにはそれがわかった。Xは胸と臍に触れた。Aは硬直し、どうしたらいいか、わからなかった。Xは、Aの臍に指を挿入し、その後、Aと臍性交を行なった。その間、Aは、同じ姿勢のまま、背を向け、顔を背けたまま動かなかった。ある時点で、Xは、Aを自分の方に向かせよ

の成否である。最高裁判決文第7参照。

¹⁰ 小見出しの前の(1)(2-1)…等は筆者が付したものであり、それぞれの文章の前の第8.第9.第10.…等は最高裁判決文に付されている番号である。本文中のカッコ内は、割注の形で記載されている原注である。

¹¹ 以下、被害者をA、被告人をXとする。

うとしたが、Aは拒否した。Aは、性交したいとは一切言わなかった。Xは射精した。射精したのち、Xは、Aの脇に横たわった。Aは友達に電話し、起こったことについて説明した。時刻は午前3時半であった。下着を取ったのはA自身ではない。下着が取られたときの経緯は覚えていない。Xの自宅は遠いので、AはXをそのまま寝かせた。数日後、Xがそこで起こったことについてどう思ったかAに聞いたとき、Aは怒り、Xが自分のしたことについてわかっているのかどうか、非常に不審に思った。それ以来Aは調子が悪い。

第11. 被告人Xの供述は以下の通りである。被害者Aは、ある時点で、Xの方を向き、Xの上に乗るかかったが、その時点では、二人の間に、物理的には何も起きなかった。Xは、Aが起きていのかどうかわからなかったが、Aが性交をしたいと思っているように感じた。その後、Aは後ろ向きになり、Xから離れた。少し経ったのち、Xは、Aの背中と胸をなでた。その時点で、Aが何を望んでいるのか、Xは、あまり考えていなかった。Xは、指をAの膣に挿入したが、拒絶されなかったので、そのまま続けた。Xが下着のあたりをなでると、AはXがAの下着を脱がせるのを手伝った。その後、二人は膣性交した。二人とも何も言わず、Aは完全に受動的であったが、Xは、起こったことについて、Aが納得していると感じた。しばらくした後、Xは気持ちよくないように感じ、また、Aはもしかしたら性交を望んでいないのではないかと感じた。二人にとって正しくないと感じ、Xは性交をやめた。射精はしていない。Aはその後悲しそうには見えなかった。その後、XはAに昨日のことについてどう思うかと尋ねるメッセージを送った。Xは、間違ったことを行なったことが分かったので、次のメッセージで、Aに謝罪した。

(2) 法的な規制

(2-1) 2018年刑法改正

第12. 性犯罪に関する規定は、2018年7月1日に施行された立法によって導入された。ここでは、たとえば、レイプ罪についての改正が行われた。すなわち、レイプ罪では、これまで、可罰的行為の限界づけは、被害者の関与が任意であるかどうかに関わりはなかったのであるが、ここにおいて、暴行・脅迫あるいは被害者の特に弱い立場を利用して行われることが、行為者をレイプ罪として処罰するための要件から外されたのである。さらに、一定の重大な性犯罪については、特別な過失責任が導入された。この立法は、2014年の性犯罪検討委員会の答申案に基づいている (Prop. 2017/18: 177 および SOU2016: 60 参照)。

(2-2) レイプ罪

第13. 「任意に関与していない者と、性交又は権利侵害の重大性に照らして性交に比しうるその他の性的行為を行う者は、レイプ (våldtäkt) として2年以上6年以下の拘禁に処する。関与が任意であるか否かの判断に際しては、任意であることが言葉、行為又はその他の方法で表示されていたかどうかを特に考慮しなければならない。次の場合には、ある

者が任意に関与したものとする事は決してできない。

1. 関与が、傷害、その他の暴行又は犯罪的行為の脅迫、人を犯罪について起訴若しくは告発する旨の脅迫若しくは中傷的な情報を人に伝える旨の脅迫の結果である場合。

2. 行為者が、無意識、睡眠、重大な恐慌若しくはその他の薬物の影響、疾病、身体傷害、精神障害又はその他により、諸事情に照らして特に脆弱な状態にある者を不適切に利用する場合。

3. 行為者が、人が行為者に依存する地位にあることを重大に濫用することによって、その者を関与に誘引する場合。

右の罪が、罪の際の諸事情に照らしてあまり重大でないと解される場合は、レイプとして4年以下の拘禁に処する。」(刑法6章1条参照)。

第 14. 可罰的行為と不可罰的行為の限界は、関与者が任意であったかどうかによる。そして、上記規定は、個々人が、性的自己決定権を有すること、および、性行為に関与するかどうかを選択する権利を有することをあらわしている。その意思に反して性行為に巻き込まれた者は、NO と言うこと、あるいは、その他の形で、意思に反していることを表示する責任はない。任意に性行為に関与する者が、その意思を示す必要もない(同前掲 Prop. S. 31 f. 参照)。

第 15. 任意性要件は、人の精神的態度ではなく、実際の行為を対象とするものであるが、同時に、答申案¹²は、受動的な態度が、同意(samtycke)の意味となりうる、と述べている。確かに、受動的な態度は、任意に関与していないことの現れともいえるが、しかし、同時に、任意の関与を現わす場合もある。「関与が任意であるか否かの判断に際しては、任意であることが言葉、行為又はその他の方法で表示されていたかどうかを特に考慮しなければならない」という条文の文言からみても、受動的な態度が性行為への関与を選択したことを表わすものであると評価するには限界がある。関与が任意であったかどうかの判断は、状況全体に基づかなければならない。

第 16. 刑事裁判においては、検察官に立証責任があるのが原則であり、検察官は、関与者が任意でなかったことを証明する責任を負う。受動的態度が問題となる場合、検察官は、被害者の受動的態度が、同意を意味しているのではない、ということを証明しなければならない。

第 17. 被害者が任意でなかったということが明らかになったのちはじめて、被害者の非任意的な関与について、被告人が何を認識していたか、あるいはすべきであったかが問題となる。被告人が、被害者が任意に性行為を選択したことを確認しなかったという事実は、

¹² 上記、性犯罪検討委員会の答申案(SOU2016:60)を指す。以下、「答申案」という。

被害者が性行為を選択した限り、被害者に任意性があったかどうかという問題とは関係がない。そして、被害者が任意でなかった場合にのみ、過失責任が問題となってくるのである (Petter Asp og Göran Nilsson, Lexino, straffeloven, kapitel 6, en kommentar, 2018, s. 25, さらに前掲 Prop. S. 34. 参照)。

第 18. どのような行為についてレイプの責任が生じるのかについては、文言があらためられたことによっても、変更は生じない。

(2-3) 過失レイプ罪

第 19. 「第 1 条に定める行為を行い、他人が任意に関与するものでないという諸事情に関して重大な過失がある者は、過失レイプ (oaktsam våldtäkt) として 4 年以下の拘禁に処する。

右の罪が、罪の際の諸事情に照らしてあまり重大でないと解される場合は、過失レイプとして 4 年以下の拘禁に処する。」(刑法 6 章 1 条 a 参照)。

第 20. 過失レイプの刑事責任が問題となるのは、客観的に、犯人が性交あるいは性交に比しうる行為を、任意に関与していなかった者で行なった場合が前提となる(上記第 16 および第 17 参照)。この規定は、刑罰価値¹³が大きい行為を処罰することを考えたものである。まず考えられるのは、犯人が認識ある過失の状況にあること、すなわち、犯人が、被害者が任意に関与していないのではないかと思っただが、それでも性的行為を行なった、という場合である。他方で、一定の範囲では、認識なき過失も重大な過失¹⁴と考えられる場合もある。被害者の関与の不選択について被告人は疑問を持たなかったが疑問をもつべきであった場合のような、より明らかに非難に値する事案も、刑事責任の範囲に含まれるのである(前掲 Prop. S. 84 f. 参照)。

(2-4) 故意と過失の判断についての詳細

第 21. 検察官は、被告人が故意または過失を有していることについても証明しなければならない。故意のレイプ罪について被告人を処罰するためには——それが問題となる限り——被告人が被害者が任意に関与していなかったことについて故意を有していた、換言すれば、被害者が任意に関与していなかったリスクを認識し、そして、被害者が任意に関与してい

¹³ 刑罰価値 (straffvärd) は、刑罰価値は、「当該行為がもたらした損害、毀損又は危険」という違法性に関わる部分、「被告人がそれらについて認識しもしくは認識すべきであった事情、および、被告人が有していた意図もしくは動機」という責任に関わる部分からなる(刑法 29 章 1 条 2 号参照)。スウェーデン刑法においては、最も基本的かつ重要な概念のひとつである。

¹⁴ 条文上、罪名は「過失レイプ」(oaktsam våldtäkt) となっているが、条文本文にあるように、「重過失」(grov oaktsam) であることが要件である。

なかったという状況について、認容していた (likgiltig) ¹⁵ことが求められる。

第 22. 故意が認められるには、それゆえ、犯人が被害者が任意に関与していなかったリスクを認識して行為してただけでは足りない。これだけでは、過失が立証されただけに過ぎない。

第 23. すなわち、犯人が——任意に関与していなかったリスクを認識してただけではなく——被害者が任意に関与していなくてもかまわない (likgiltig) と思っていたことが必要である。すなわち、当該状況の存在（今回の場合は任意性がなかったこと）が、被告人に犯行を控えさせる主な理由とはならなかったこと、換言すれば、被害者が任意に関与していなかったということについての認識も犯罪者の犯行を抑止できなかったことが確認されなければならない。決定的な判断要素は、行為の時点での被告人の実際の考えである。

第 24. いわゆる認容故意¹⁶ (likgiltighetsuppsåt) について一般的に要求されるのは、犯人の表象によれば結果が生じるリスクがかなり高い、ということである。これが一般的に意味するのは、理解されたリスクが、蓋然性の基準において、相当に高いところに位置するということである。この原則は、その結果以外のもの、つまり別の犯罪成立要件に関して認容があったかどうかという問題においても妥当する (NJA 2016, s. 763, 第 15 および 第 18 参照)。犯罪者が理解する蓋然性の評価は、しばしば、具体的に一定の効果をもたらす実際の蓋然性の評価に基づく。ただ、今問題となっている事案については、そうした実際の蓋然性から引き出せるのは、非常に限られたものでしかないであろう。

第 25. 認容があるかどうかについて、実務上の評価にあたって重要となるその他の要素もあるが、それらも、本件のような事案においては、通常、現実的な基準を示すことはできないのである。 (NJA 2004 s. 176 および s. 199 f. の証拠評価についての見出しの箇所ならびに NJA 2016 s. 763, さらに第 23 参照)。

第 26. 犯人が、被害者が任意に関与していなかったことについて認容しながら行為していたかどうかについての検討は、個々の事件の特徴を基礎として行われなければならない。事件の前に書かれていた文書、および事件の後に起こった事柄、さらに事件それ自体の経過の中での両者の行為によって生じた事柄が重要となる。犯人の年齢、成熟度、精神的健康状態も、評価にとって重要な事柄となるであろう（たとえば、NJA 2016 s. 763 参照）。

¹⁵ 直訳すれば、「どちらでもよかった」あるいは「どちらでもかまわなかった」である。

¹⁶ 2004 年のスウェーデン最高裁判決 (NJA2004 s. 176) によって定式化された故意の類型の一つである。日本でいうところの未必の故意にあたる。Petter Asp, Magnus Ulväng & Nils Jareborg, *Kriminalrättens Grunder* (2. upl. Iustus 2018) s. 290ff.

証拠の検討においては、犯人が犯罪行為の時点で重要な事柄について理解していたこと、およびどのようにそれを扱ったかが問題となる。

第 27. 被告人が、被害者が任意に関与していなかったという事実について重過失であった場合にも、刑事責任が生じる（第 19 参照）。過失は、認識ある場合も認識なき場合もありうる。認識ある過失は、最初の段階においては、認容故意と一致する。それは、被告人が、被害者が任意で関与していないリスクについて疑いをもっていた、あるいは認識していたことを要件とする。ここで、被告人は、リスクについて認識していたのみであって、（被告人は逆のリスクを認識したのにもかかわらず）被害者が任意に関与していると思っ

て行為しているのである。

第 28. 認識なき過失が意味するのは、被告人はそうした状況、すなわち、被害者が任意に関与していないという状況、があったと認識していないが、認識すべきであった、ということである。被告人は、このような場合、どうであったかということを知っていなくとも、知るべきであったことから、帰責されるのである。

（3）本件についての評価

（3-1）性的行為について

第 29. 被告人 X は、被害者 A と性交し、また、指を膣に挿入した。これは、レイプ罪規定に該当する性的行為である。

（3-2）被害者の関与が任意でなかったこと

第 30. 被害者 A の供述は、明確で一貫性がある。難しい説明が含まれていながら、明らかに矛盾するところはない。この事件について、被害者が述べた説明は、ある部分では不確かなところがあるものの、主要な流れにおいて信頼できると考えられる。A の供述は、A の友人で、A が事件直後に事件について伝えた 2 名の者による間接的供述からも、補強されている（*NJA 2017, s. 316, 第 11 参照*）。

第 31. 被害者 A が、被告人 X と性交したくないということについて、X が自分の家に来たときにメッセージを送ったことについても、捜査の結果、証拠がある。時間に応じて性的行為に関与しないことについての考えが変わりうることを考え併せたとしても、このメッセージは、事件に関する A の供述に、一定の裏付けを与えるものである。X も A も、事件の間、A は基本的に受動的なままであったと供述している。

第 32. 検察による証拠と被害者 A による証拠のそれぞれを総合して評価すると、A が任意に関与していなかったことを証明するために必要な要件は、充足されているという結論に

至る。問題は、被告人 X の供述が、この評価に何か影響を与えるかということである。

第 33. ここで忘れてはならないのは、被害者 A と被告人 X が同じベッドに横になることについて合意があったという事実と、A が下着しか着ていなかったという事実は、A が性的行為に任意に関与していたことを意味するものではない、ということである。

第 34. 被告人 X は、問われた質問に対して、基本的に、ごく簡単にしか答えておらず、これが X の供述の評価を非常に困難にしている。X は、矛盾すると思われる供述をしている。たとえば、X は、A の供述の一部に同意しつつ、同時に、弁護人の質問を受けて、A の供述と両立しない供述もしている。しかしながら、X が自己に不利益な情報を隠蔽しようとしていることを示す形跡はない。X の供述は、それゆえ、A の供述を裏付けているところもある。たとえば、X が A 宅を訪れる前に、A から、性交したくないというメッセージを受け取っていたこと等である。また、X が、意識的に虚偽の供述をしたことを示す形跡もない。

第 35. 被告人 X は、背中を向けて寝ていた被害者 A が、ある時点で、X の方を向き、少しの間、X の上に乗りかかった、と供述している。X は、また、A をなではじめると、A は自ら下着を脱いだ、あるいは、少なくとも、A 自身下着を脱がせるのを手伝った、と供述している。そうした行為は、通常、任意の関与を表現するものと見ることができる。X がこのように体験したことを疑う理由はないが、X の供述の解釈は難しい。

第 36. ただ、被告人 X の供述には、不足しているところがある。そのため、全体として、実際の状況に関する検察官側・被害者 A 側の証拠の評価に重要な影響を与えるものではないといえる(第 32)。それゆえ、X が、性的行為について任意でない A と性交し、膣に指を挿入したということについて、合理的な疑いはない。

第 37. 次の問題は、被害者 A に任意性がなかったこうした行為について、被告人 X の故意が及んでいたのかどうか、あるいは、X がこれについて重過失であったか、ということである。

(3-3) 被害者 A の不任意の関与についての故意の不存在

第 38. 被害者 A が被告人 X と性交したくなかったということを X が知っていた、または理解していたことは、立証されていない。X と会う前に A が送っていた、性交したくないというメッセージは、今夜は性交する気はない、と理解されうるものでもあった。X・A 共、ある時点で性的行為に関与したいかどうかについて態度を変えるということも考えられうる。ただ、X がアパートに着いたとき、X は、A が性的行為に関与したくないかもしれないと認識していたことは、証拠が示している。

第 39. 被告人 X は、被害者 A は性的行為に納得していたと思っていた、と供述している。X がそう思った理由は、たとえば、A が X の方を向いたという事実であり、さらに、X が A に触ったとき X のするまゝにさせたこと、そして、A が下着を脱ぐことを手伝ったと理解したことであった。X は、これらを、性交してもよいというサインとして理解したのである。状況理解についての X の供述は、実際の事件経過に関する A の供述と、いくつかの点で一致していないとしても、矛盾しているものではない。X は、同時に、A は一貫して受動的で、X の方を向いたときに A が眠っていたかどうかわからなかった、と述べている。それゆえ、X の供述は、状況がどのように理解されるかについて不確かなまま行動したという以外は、なにも述べていないということになる。

第 40. 被告人 X は、さらに、被害者 A がベッドの中で X から離れようとしたときに¹⁷、もう性交したくないという印象を感じたので性交を中断した、と供述している。実際の事態の経過についての X の供述は、この部分については、A の供述と部分的に合致していないとしても、A の供述が、X が性交を中断した理由について供述したと矛盾しているとはいえない。

第 41. 以上のことから、被告人 X も、最初の段階で、被害者 A が任意に関与していなかったというリスクを認識していたことは明らかである。しかしながら、気持ちよくないと感じて性交を中断したという X の供述をまづもって考慮すると、X が、犯罪時に、A が性交に任意に関与していなかったことについて認容していたかについては、いまだ疑いが残る。したがって、故意の要件は満たされていない。

第 42. それゆえ、レイプ罪については、被告人は無罪である。

(3-4) 重過失の存在

第 43. 次に問題となるのは、被告人 X が、刑事責任を負うべき重過失を有していたかどうかである。これについては、上述したように、X が、被害者 A が不任意で性的行為に関与しているリスクを認識していたことは明らかである。また、X が犯行を実行した時点において、この認識は存在していた。それゆえ、X は、A が任意に関与していなかったことについて、認識ある過失であったのである。

第 44. 認識ある過失は、原則として、重過失として扱われる。本件の場合においては、認

¹⁷ 前掲の事実関係に関する被告人・被害者の供述の中には、こうした事実に関する供述は記されていないが、判決文には、このように記載されている。おそらく、前掲事実関係に関する供述をまとめる際に、省略されてしまった部分と思われる。

識ある過失を重過失でなく扱うような、特殊な状況はない。それどころか、重大な形での、認識あるリスクの引受けがあったものである。

第 45. なお、犯行は、重大なものではないといえるようなものではない¹⁸。被告人は、それゆえ、過失レイプの罪責を負う¹⁹。

3 検討

3.1 本判決の構造

最初に、本判決の構造を確認しておこう。本判決では、最高裁判所が、自ら、性犯罪の新規定について、詳細な解説・解釈を示しており、さらに、これに基づいて、本件への周到なあてはめが行われている。一般的な解釈を提示して、具体的なあてはめを行っている点で、先例としての価値は高い上に、最高裁判所として将来の裁判を指導しよう、という強い意図が感じられる。

ただし、そうしたペダゴギーッシュ²⁰な意図はわからないではないものの、文章はかなり入り組んでおり、条文や参考文献に至るまで詳細に掲げる等、蛇足と思われる記述や、同一内容の繰り返しも多く、練りに練った判決文を見慣れている日本の刑法研究者の目から見れば、判決文としての出来は、必ずしもよいものとも思われない²¹。

条文の解説・解釈の部分は、立法段階の資料を引用しつつ、従来のスウェーデンの判例・解釈論と整合する穏当な解釈論が展開されている。条文の一般的な解説については、筆者がすでに明らかにした別稿²²を参照していただくこととし、ここでは、本件に即して、スウェーデンの新しいレイプ罪・過失レイプ罪の運用について、検討することにした。

なお、最高裁判所は、レイプ罪・過失レイプ罪の成否について、3段階において判断を行っている。まず、①被害者に任意性があったかなかったかが問題となる。あれば無罪で

¹⁸ 唐突な記述に見えるが、第 6 章 1 条 a 第 2 項「行為が、諸事情に照らして比較的重大でない場合には、罪とはならない」を念頭に置いた記述であろう。

¹⁹ 量刑理由と損害賠償(民事事件に委ねるとの判断)については省略。これについては判決文第 46-第 53 参照。

²⁰ ストックホルム地方裁判所判事 Gustaf Almkvist 氏に聞き取り調査を行った際に、氏が用いた言葉(非常にペダゴギーッシュな判決)である(2019 年 11 月)。氏によれば、最高裁判所が十分に語り尽くしていることもあってか、本判決について、スウェーデンでは評釈の類は、未だ公刊されていないとのことである。

²¹ 上記翻訳も、完全な逐語訳は断念し、原文の意味をできるだけ素直に日本語に置き換えることを重視した。また、一読して理解できる記述にするため、訳語の選択を工夫し(例えば、行為者・犯人・被告人等は、使い分けに意味がないと考えられる範囲で、「被告人」に統一した)、もって回った言い回しや、繰り返し部分について、部分的に省略したところもある。

²² 前掲注(3)。

ある（6章1条1項1号ないし3号における例外は除かれる）。次に、②任意性がなかった場合、それについて、被告人に故意があるかが問題となる。あればレイプ罪（刑法6章1条1項）となる。最後に、③故意がなかった場合、それについて、過失があるかが問題となる。あれば過失レイプ罪（刑法6章1条a第1項）となり、なければ無罪である。①の問題と②の問題は相互にリンクする部分があるので、以下では、①と②をあわせた（故意）レイプ罪の成否の問題、③の過失レイプ罪の順に検討することにしよう。

3.2. (故意) レイプ罪について

まず、レイプ罪については、故意の成否が最も大きな問題である。

スウェーデン法においては——日本法と同様——、故意が認められるためには、認識だけでは足りず、認容が必要である。日本法のいい方でいえば、いわゆる未必の故意における認容説がとられる。ここでは、被害者が性交について任意に関与していなかったことについて、認識・認容が必要であるということになる。スウェーデン法では、2004年の最高裁判決²³以来、こうした故意は、認容故意と呼ばれ、故意の下限をなすものとして——認識ある過失との限界をなすものとして——理解されている。ちなみに、2004年の最高裁判決は、HIVに感染していた被告人がそれを知りつつ10名の被害者と性交し、重傷害未遂罪等に問われた事件についての判決であり、その際、特に、被告人に故意が認められるかが問題となったものである。この判決は、これ自体、興味深いものであるが、本件との関係では、スウェーデン法においても、認容説が取られていることを確認することが重要であり、ここでは深入りしないことにしよう。

むしろ、わが国と共通して重要なのは、立証責任は検察官が負うということ（「疑わしきは被告人の利益に」の原則）、それができない場合は、故意の存在が証明されたとはいえないこと、にある。

この場合の故意の認識対象は、「被害者に任意性がなかったこと」であるから、不任意であることが明確に表示されていない限り、故意の立証/認定は、非常に難しいであろう。すなわち、「任意性」という他人の主観的事情——それが客観的な行為から認定されるとしてもそこには相当に評価的要素が加わる。本判決も「状況全体」からの判断になることを示唆している——についての認識であるということにおいてすでに難しい上に、「なかったこと」という不存在の事情を対象とする認識であるという意味で、その立証は、二重に困難であると考えられる。

実際に、本判決でも、被告人Xに「被害者Aが任意で関与していなかったこと」についての故意は認められなかった。XがAのアパートを訪れる前に「性交するつもりはない」というメッセージを伝えており、アパートに着いた時点でも「Aは性交するつもりがないかもしれない」とXが認識していたにもかかわらず、である。

その後も、Aは、性交してもよいという意思表示/YESの意思表示はしていない。もしこ

²³ 前掲注(16)参照。

の規定が“*Yes means yes*”——YES と言っていない者に対して性交してはならないということ——を意味しているのであれば、本件においても、レイプ罪の成立は肯定されてしかるべきであろう。

すなわち、本最高裁判決を前提とする限り、スウェーデンにおけるレイプ罪の新規定は、その見かけの新しさに反して——また、判決自身が「その意思に反して性行為に巻き込まれた者は、NO と言うこと、あるいは、その他の形で、意思に反していることを表示する責任はない」と述べているにもかかわらず——、任意性がないこと、すなわち、NO の意思がその行為からかなり明確に読み取れない限り、レイプ罪として処罰するのは相当に困難だということである。

3.3. 過失レイプ罪について

そこで重要なのは過失レイプ罪の存在である（ここでいう過失は重過失であることは前述した）。最高裁判所によれば、任意性がないかもしれないというリスクを認識していれば、任意性の存在について重過失が認められる。これは、認識ある過失に限られない。相手が任意に関与していないかもしれないというリスクを認識した場合に限らず、任意に関与してないかもしれないというリスクに通常気づかなければならない場合には過失レイプ罪が成立する。このことは、被害者が、NO という意思を明確に表示していなくとも、加害者がそのこと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という意味する。

この最高裁判決を読んでわかるのは、過失レイプ罪が処罰されることによって、任意性なく関与した被害者が、新規定のもとで、完全に保護されている、ということである。すなわち、任意性なく関与した被害者に対する侵害は、レイプ罪の規定で処罰されるのが原則であるが、上述したように、そこでは、犯罪者が、被害者が任意性を有していないことについて、故意を有することが必要である。そのため、任意性なく関与した被害者に対する侵害についても、犯罪者の故意の有無如何では、処罰されないことがある。ここでは、“*No means no*”——NO と言っている者に対して性交してはならないということ——の状況までは保護されているが、そこまでである。

これを補完するのが、過失レイプ罪であるということができる。本最高裁判決による限り、過失レイプ罪は、YES と言っていない者に対して、それを認識して（あるいは重大な不注意でそれを認識しないまま）行為に出れば、もし被害者に任意性がなかったときには、即犯罪となることを定めている趣旨と解される。すなわち、その任意性に疑いを抱いた場合は、任意性を確認することが求められる。本規定は、実質的には、Yes の確認を要求する趣旨と解されるのである。すなわち、“*Yes means yes*”——YES と言っていない者に対して性交してはならないということ——の状況は、この規定で完全に保護されているのである。

4 おわりに

以上、本稿では、スウェーデン最高裁 2019 年 6 月 11 日判決を素材として、2018 年スウェーデン性犯罪改正と、そこで導入された過失レイプ罪（過失強姦罪）の具体的適用について検討した。この判決の原文は当然スウェーデン語であるが、言語の制約から、重要であることは理解されつつも、翻訳・分析が現れることはあまり期待できない。北欧刑法学を研究する者として、この課題に応じてみようと考えたのが本稿執筆の主な動機である。

この判決を検討してわかるのは、レイプ罪（強姦罪）から暴行・脅迫要件を取り外した場合、被害者の性行為についての任意性²⁴の有無、および行為者のそれに関する認識についての事実認定は——すでに指摘されているように——、非常に微妙なものとなるということである。一言でいえば、本判決がいうように、「状況全体」から見た判断ということになるが、それだけでは足りない。そこでは、ある程度の類型化も可能なはずであるし、必要に応じて文言の形で示すことも重要である²⁵。また、本判決における個々の事実認定の手法や妥当性に関しては、関連する部分の翻訳全てを示しているので、仮に同じ条文が日本で制定され、同じ事件が起こったとしたらどうなるか、実務家（特に刑事裁判官）による検証も期待したいと思う。

上記スウェーデン刑法改正は、報道のされ方から、世間の注目をかなり集めたし、今後とも集めるものと推測されるが、スウェーデンの規定が、我が国の性犯罪規定の改正の際に参考とされるとすれば、条文は当然として、具体的運用についても、当然、これを踏まえないといけない。本稿が、その一助となれば幸いである²⁶。

(2020 年 4 月 21 日脱稿)

*本稿は早稲田大学特定課題（2019C-035）の助成を受けた研究の一部である。

²⁴ 我が国でこの問題について議論されるときに用いられるように、「同意」と表記しても、ひとまず差し支えはない。ただし、より議論を詰めていく際には、スウェーデンにおいて、よう「同意」ではなく「任意性」という語があえて用いられたことについて、注意が必要である。松澤・前掲注（3）四 2 参照。

²⁵ 松澤・前掲注（3）注 42 参照。

²⁶ デンマークでも、レイプ罪についてはスウェーデン刑法と同様の方向での改正が予定されつつ、過失レイプ罪の制定は見送る方針が示されており（前掲注（2）参照）、こちらも注目しなければならない。松澤・前掲注（3）七 2 参照。

