九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

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

川口, 浩一
明治大学法学部 ： 教授

https://doi.org/10.15017/2231016

出版情報：法政研究. 85 (3/4), pp.507-532, 2019-03-08. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

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

川口浩一

一、はじめに
二、日本の新規定
三、ドイツの新規定
四、スウェーデン刑法の新規定
五、「性交等」の範囲と「暴行・脅迫要件」の撤廃について

一、はじめに

最近各国において性刑法（Sexualstrafrecht）の改正が相次いでいる。日本においても二〇一七（平成二九年）に刑法等が改正され、性犯罪の罰則の内容が大きく変更された。「重要な改正点は、①強姦罪の構成要件の見直しおよび法定刑の引き上げ、②強姦等の性犯罪の非親告罪化、③監護者わいせつ罪および監護者性交等罪の新設、④強盗強姦罪の構成要件の見直しの四点である」[1]とされるが、さらに⑤「強姦罪」という罪名が「強制性交等」に変更された点も重要である。本稿では、時間的制約と私の語学能力的制約から①と⑤の問題に限定して、ドイツおよびスウェーデン刑法との比較法的考察を行いたいと思う。[2]

二、日本の新規定

まず比較の前提として今回の日本の性刑法の改正の強制性交等罪（一七七条）に関する論点を概観しておく。まずこの刑法一七七条の旧規定と新規定を比較してみよう。

旧一七七条（強姦）
「暴行又は脅迫を用いて一三歳以上の女子を姦淫（かんいん）した者は、強姦の罪とし、三年以上の有期懲役に処する。一三歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。」
新一七七条（強制性交等）
「一三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛（こう）門性交又は口腔（くう）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。一三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。」[3]

まず、この新規定と刑法一七六条の強制わいせつ罪との関係が問題となる。松宮孝明は「本罪を、真に、男女平等の下での人の性的自由に対する罪にして行くには、―強制わいせつ罪の刑の上限を引き上げつつ―（準）強姦罪を廃止していく方向が検討されるべきあった」[4]とするが、これに対して井田良は「それは構成要件の明確性を失わせ、実務に白地手形を与えるもので（そのときは、たとえば強姦の未遂と既遂とで処断刑が同じことになってしまうであろう）、適当ではないと思われる」[5]とし、「強姦罪（＝加重強制わいせつ罪）と通常の強制わいせつ罪という二つの類型的区別を維持しつつ、現行法の一七七条の適用範囲を、違法性において同等と評価される性的侵害行為（性交類似行為）にまで拡大するという方法が適当である」[6]とする。深町晋也も「ドイツ刑法のように、強姦罪と強制わいせつ罪とを一体化させることにより、そもそも女子のみを客体とする性犯罪規定自体を消失させるという法規定もあり得」たが「我が国の改正は、こうした道を選択せず、強姦罪と強制わいせつ罪との区別自体は維持した上で、強姦罪の客体を女子に限定しないという、オーストリア刑法と同様の立法例を採用した」ことを指摘し「我が国の従来の刑法典における性犯罪規定のあり方をなるべく維持することを前提として、客体の性中立化を実現するための合理的な選択肢の一つを採用したものと言えよう」[7]と評価している。後述（四）のように、この点についてスウェーデン刑法も、ドイツ刑法のように一体化する方法を取らず、「強姦（våldtäkt）罪」（六章一条）と強姦以外の同意のない性的行為（sexuell handling）を処罰する「性的侵害（sexuellt övergrepp）罪」（六章二条）を区別するオーストリア刑法型[8]の立法例となっている。この点については、罪名の問題とも関連するが、次のドイツ刑法（二）の検討の際に言及することにする。

前述のように、今回の重要な変更点として、①罪名が「強姦」から「強制性交等」に、②客体が、これまでの「女子」から男女を問わない（ジェンダー中立的な）「者」に変更され[9]、③行為も「姦淫」から「性交等」（性交、肛門性交、口腔性交）となり、④法定刑の下限も「三年以上」の有期懲役から「五年以上」の有期懲役に引き上げられた点が挙げられる。これに対して改正が議論されたが実現しなかった点として①一三歳未満という同意可能年齢の引き上げ[10]、および

②「暴行・脅迫」要件の削除がある。以下本稿の比較の対象として扱う項目として①罪名、②客体、③行為、④暴行・脅迫要件、⑤法定刑の五つについて検討して行きたい。このうち日本の改正作業の中において特に問題となった③の処罰対象となる行為の問題と、その手段としての④の暴行・脅迫要件の問題について、日本の規定は以下にみるドイツ・スウェーデンの新規定と対照的なので、両規定と比較した上、私見を示したいと思う。さらに法定刑の問題についても両国の新規定の法定刑との比較が参考になるであろう。

三、ドイツの新規定

二〇一六年一一月一〇日に施行されたドイツの新規定[11]は、次のようなものである。

第一七七条　性的侵害（Sexueller Übergriff）、性的強要、強姦（Vergewaltigung）
「①他の者の認識可能な意思に反して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、六月以上五年以下の自由刑に処す。 ②他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若しく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も、 一　その者が抵抗する意思を形成しあるいは表示することができる状況にないことを、行為者が利用し、 二　その者が身体的又は精神的状態のゆえに意思の形成あるいは表示が著しく制限されていることを行為者が、その者の同意があることを自ら担保せずに、利用し、 三　驚いた瞬間を行為者が利用し、 四　被害者に抵抗した際に重大な害悪が加えられる恐れがある状況を行為者が利用し、又は 五　行為者がその者に重大な害悪を伴う脅迫により、性的行為の遂行あるいは受忍を強要したときは、 同じく処罰される。 ③未遂は可罰的である。

④意思を形成又は表示する能力がないことが、被害者の疾病又は障碍によるときは、一年以上の自由刑を言い渡すものとする。
⑤行為者が、
一　被害者に対して暴行を用い、
二　被害者に身体若しくは生命に対する現在の危険をもって脅迫し、又は
三　被害者が保護のない状態で行為者の影響下に委ねられている状態を利用したときは、
一年以上の自由刑を言い渡すものとする。
⑥犯情の特に重い事案では、刑は二年以上の自由刑を言い渡すものとする。犯情の特に重い事案とは、原則的に
一　行為者が、被害者と性交をし、又は、特に被害者を辱める、とりわけ、身体への挿入と結びつけられる（強姦）、類似の性的行為を、被害者に対して行い、若しくは、被害者に自己に対して行わせたとき、又は
二　行為が複数の者により共同して行われたとき
である。
⑦行為者が、
一　凶器若しくはその他の危険な道具を携帯したとき
二　暴行若しくは暴行を加える旨の脅迫により、他の者の反抗を阻止若しくは克服する目的で、道具若しくは手段を携帯したとき、又は
三　被害者を重い健康障害の危険にさらしたときは、
三年以上の自由刑を言い渡すものとする。
⑧行為者が、
一　行為の際に凶器若しくはその他の危険な道具を使用したとき、又は
二　被害者を
　a行為の際に身体的に著しく虐待したとき、若しくは
　b行為により死亡の危険にさらしたときは、
五年以上の自由刑を言い渡すものとする。
⑨第一項及び第二項のうち犯情があまり重くない事案では、三月以上三年以下の自由刑を、第四項及び第五項のうち犯情があまり重くない事案では、六月以上一〇年以下の、第七項及び第八項のうち犯情があまり重くない事案では、一年以上一〇年以下の自由刑を言い渡すものとする。[12]」

このドイツの新たな規定に関する議論についてはすでに日本でも詳しく紹介されているので、本稿では特に日本の新規定との比較において重要となる①罪名（およびそれに関連して、不同意性交等とそれ以外の性的侵害の関係）、②不同意性交と同等に処罰される性交類似行為の範囲、③同意の有効性の問題とも関連する不同意の認定、④法定刑の問題に限定して検討を加えたい。

まず①の罪名については「性的侵害（Sexueller Übergriff）、性的強要（sexuelle Nötigung）、強姦（Vergewaltigung）」となっているが、後の二つは一般類型である性的侵害の加重事例（のRegelbeispiel）[13]であり前述の「一体型」の立法であるが、重大事例としての「強姦（Vergewaltigung）」の罪名は残されており、「強姦罪の廃止」とまではいえない点に注意すべきであろう。なお「性的強要」が罪名に残されている点についてKühl/Hegerは、もはやドイツ刑法における性犯罪規定には性的強要罪としての性質が失われているので、それを罪名に示すことは「構造的に誤っている（strukturell verfehlt）」としている。[14]次に②の「強姦」として処罰される性交以外の行為についてであるが、規定上は単にEindringen in den Körperとされており、日本の規定のように男性器の挿入だけに限定はされていない。ドイツの新規定で最も最も問題とされているのが、周知のようにgegen den erkennbaren Willen einer anderen Personという文言、特にこのerkennbarという部分の意義であるが、これは③の同意の問題とも密接に関連している。本来今回の改正の契機となった欧州評議会のいわゆるイスタンブール条約[15]は「同意なき」性的行為の処罰を要請しており、同意が性行為関与者の自由な意思によるべきこと（同意の任意性）を強調している。ドイツにおいてはこの同意の認定に関していわゆるNein heißt NeinモデルとNur Ja heißt Jaモデルが対比され、ドイツは一七七条の規定において前者のモデルを採用した。その際Neinすなわち反対意思が「認識可能（erkennbar）」であることを要すると規定されており、この点が特に議論の対象とされているが、この要件により被害者は反対意思を認識可能なものにする「コミュニケーション的責務（Kommunikationsobliegenheit）」[16]を負うことになることが、特に重要な論点となろう。そしてこのようなモデルから

は、特に欺罔によって得られた同意の場合について条文適用が困難になるとHoven/Weigendは指摘する。これと関連して、最近欧米で問題となっているのは“stealthing”[17]と呼ばれる行為である。これに関してYale Law SchoolのAlexandra Brodsky[18]は、「尊厳と自律性の重大な侵害（grave violation of dignity and autonomy）」であるとしており、ドイツでもJoachim Renzikowski[19]やFelix Herzog[20]がドイツ刑法一七七条六項一号などによる可罰性を肯定している。Hoven/Weigendも、このような場合を含め、欺罔事例の中にも当罰性のある場合があるとして、一七七条の第二項に「他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若しく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」が処罰される場合に「行為者がその者に当該行為の性的性格に関して欺罔し、又は行為者が他の、その者の知っている人物であると欺いた場合には、処罰される。」[21]という第六号を追加することを提案している。このような基準によれば、例えば映画プロデューサーが俳優に「自分と性的関係を持てば次の映画の主役に抜擢する」と欺いて関係を持った場合は、「性的性格」についての錯誤ではないので性的侵害罪は成立しないが、stealthingのような場合は避妊具を付けるかどうかは「性的性格」に関わるものであり同罪が成立するということになろう。この結論は、妥当なものであるが、立法が必要であるか、それとも同意の有効性の解釈の中でそのような基準によれば良いかについては、なお検討を要するものであろう。最後に④の法定刑について、ドイツの一七七条の諸類型における法定刑をまとめたものが下の表である（丸数字は項を示す）。刑の下限を日本の規定と比較した場合、強制わいせつ罪（一七六条）は三年の懲役刑強制性交等罪（一七七条）は五年になっており、ドイツの暴行・脅迫を用いた性的侵害・強姦の通

	犯情があまり重くない事案	通常事例	犯情の特に重い事案（の通常事例）
①②	３月以上３年以下の自由刑（⑨）	６月以上５年以下の自由刑	２年以上の自由刑（⑥）
④⑤	６月以上10年以下の自由刑（⑨）	１年以上の自由刑	２年以上の自由刑（⑥）
⑦	１年以上10年以下の自由刑（⑨）	３年以上の自由刑	–
⑧	１年以上10年以下の自由刑（⑨）	５年以上の自由刑	–

常事例（二年）と比較してもかなり重くなっている（さらにドイツではその場合でも犯情があまり重くない事案においては下限が下がる）。この点については次のスウェーデン法との比較の点でも、もう一度言及することにする。

四、スウェーデン刑法の新規定

まず二〇一八年三月一五日の政府提案[22]に基づき二〇一八年五月二五日の刑法改正法（Lag om ändring i brottsbalken）により改正され[23]、同年七月一日より施行されたスウェーデン刑法第六章第一条乃至三条の仮訳を示しておく（本文太字は原文イタリック）。

第六章　性犯罪について（Om sexualbrott）[24]

第一条「（一）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、強姦（våldtäkt）として、二年以上六年以下の拘禁刑に処す。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：

一、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い知らせをするという脅迫による場合、さらに

二、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

三、行為者が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場合。

（二）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、四年以下の拘禁刑に処する。

（三）第一項の犯罪が重大とみなされるときは、重大な強姦として五年以上一〇年以下の拘禁刑に処す。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、複数の者が被害者を欺き若しくはその他の態様で攻撃に参加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。」

第一ａ条「（一）第一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、過失強姦として四年以下の拘禁刑に処す。
（二）その事情に関する行為があまり重大でない場合には処罰されない。」
第二条「（一）任意にそれに関与していない者と、第一条で規定されている行為以外の性的行為を行った者は、性的侵害（sexuelle övergrepp）として、二年以下の拘禁刑に処す。関与者が任意であったかどうかの判断に際しては、第一条一項二文および三文が適用される。
（二）この犯罪が重大とみなされるときは、重大な性的侵害として六月以上六年以下の拘禁刑に処す。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、複数の者が被害者を欺き若しくはその他の態様で侵害に参加したか又は行為者がそのアプローチ、被害者の低年齢若しく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。」
第三条「（一）第二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、過失性的侵害として四年以下の拘禁刑に処す。
（二）その事情に関する行為があまり重大でない場合には処罰されない。」

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ではなく、両者を区別する前述のオーストリア型の立法形式をとったこと[25]、②「任意でない性交・性行為」を処罰する「不同意犯罪」であるとすることがより明確にされていること、③「重過失による強姦・性的侵害」（六章一条ａ・三条）が処罰されていることであろう。また④各類型の法定刑についても、ここで日本のそれと比較しておきたい。

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強姦（våldtäkt）[26]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が[27]日本と同様の立法形式をとるものである。この点について上述のように日本でも「強姦罪を廃止し」強制わいせつ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」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。より詳細な検討が必要であろうが、スウェーデン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、ドイツにおいても報道などで注目されており、前述のようにドイツではNein heißt Neinモデルと Nur Ja heißt Jaモデルが対比され、ドイツは、前者を採るのに対し、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六章一項においては、任意に成功に関与していない全ての者との性交を広く処罰しており、ドイツのような「認識可能な」意思に反してという限定は付されておらず、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[28]を利用した場合、③行為者が行為者に依存している者に重大な虐待を加えた場合）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）[29]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[30]。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[31]。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。」という六章一条一項二文が追加され、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強姦が制定されたのである。

その③重過失強姦・性的侵害罪について、日本で島岡が「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」[32]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。すでに一件の適用例があることが報告されているが、[33] 今後の実務の動向の分析が必要となろう。

最後に④の法定刑について、スウェーデン刑法の性犯罪規定のうち今回取り上げた諸類型における法定刑をまとめたものが下の表である。

日本との比較で特に注目されるのは強姦罪の法定刑が通常事例において二年以上六年以下、より重大でない事例では三年以下、重大な強姦の事例においても五年以上一〇年以下の自由刑となっており、日本の強制性交等罪の法定刑は、重大な強姦と比較しても上限が重くなっていることが、また強姦以外の重大な性的侵害罪の法定刑（六月以上六年以下の自由刑）と比較しても、日本の強制わいせつ罪の法定刑（六月以上一〇年以下）が重いことがわかる。特に将来的に日本の刑法の性犯罪規定から暴行・脅迫要件が撤廃され不同意性交等・性的行為罪に改正された場合[34]には、法定刑を引き下げることが必要となるであろう。なお重過失強姦・性的侵害罪の法定刑（四年以下の自由刑）が故意の強姦・性的侵害のあまり重くない事例の法定刑（三年以下の自由刑）と比較して重すぎるのではなかろうか。

	犯情があまり重くない事例	通常事例
強姦１①	３年以下の自由刑（②）	２年以上６年以下の自由刑
重大な強姦１③	－	５年以上10年以下の自由刑（③）
重過失強姦１ａ①	不可罰（②）	４年以下の自由刑
性的侵害２①	－	３年以下の自由刑
重大な性的侵害　２③	－	６月以上６年以下の自由刑
重過失性的侵害　３①	不可罰（②）	４年以下の自由刑

五、「性交等」の範囲と「暴行・脅迫要件」の撤廃について

最後に以上の検討をふまえた上で、日本法において特に問題となる「性交等」の範囲（一）と「暴行・脅迫要件」の撤廃の問題について、ドイツ・スウェーデン法との比較を踏まえた上で、私見を明らかにしたい。

（一）「性交等の範囲」の問題について、島岡は、日本の新規定のような「男性器の女性器、肛門または口腔への挿入のみに行為態様を限定する立法は、先進諸外国では余り見られ」ず、「現在、大半の欧米諸国では、被害者保護の観点から、男性器のみならずそれ以外の異物の挿入等も性的暴行として重く評価するに至っている」が、「重く処罰される強制性交等の行為態様が限定され過ぎるという中途半端な改革に終わり、遅れを一挙に取り戻すチャンスを逃したといえよう」[35]とする。さらに井田も「よく言われるように、身体への『挿入』をともなう性的強制行為は被害者に与えるダメージが（強制的な性器結合と同等程度に）大きい（同時に、加害者側がもつ欲求もそれだけ強い）というべきであ」り、「挿入するものは、性器（陰茎）に限られず、指や舌等の身体の一部や、器具の挿入であってもかまわないであろう」とし、性交に準じる行為として「口腔や肛門への性器等の身体の一部または器具の挿入を伴う性交類似行為の強制」が含められるべきであるとする。[36] さらに深町も「強姦罪における『姦淫』、すなわち、男性器を女性器に挿入する行為としての性交のみならず、肛門性交及び口腔性交についても強制性交等罪で捕捉することにより、かえって、強制性交等罪が強制わいせつ罪に比して特別な類型である理由が不明確になったことは否定できないであろう」とし、「このような観点からすれば、強制性交等罪の処罰範囲については」①「性交や肛門性交のような特に性的侵害性の高い類型に限定すべきであるとの主張」、②「むしろ濃厚な性的接触や身体への性的侵襲性を基準としつつ、『性交等』の範囲を拡張すべきであるとの主張」のいずれにも至りうるとする。[37] したがってこの「男性器以外の挿入」を含めるべきか、含めるとすれば、いかなる文言でそれを表現すべきかが、比較のポイントとなるが、上述のようにドイツの新規定もスウェーデンの

新規定にもそのような限定はなく、性器（陰茎）に限られず、指や舌等の身体の一部や、器具・異物の「身体への挿入」（Eindringen in den Körper）を伴う性的強制行為は、被害者に与えるダメージが性器結合と同等程度に大きいというべきである。スウェーデン刑法のように「性交に類似する」という限定を付して「性交に類似する身体部分又は物の被害者の身体への挿入」を性交「等」（性交類似行為）の内容とすべきであろう。

（二）「暴行・脅迫要件」の存廃について、井田は、次のように述べている。「判例実務において、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在がイコールとされているとすれば、そのことは、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）を間違いなく確信できる事例（すなわち、立証上のハードルをクリアでき、かつ行為者の同意に関する錯誤の主張を排斥できるような場合）のみに強姦罪の成立を認めようとしているからであろうと考えられる。もしそうであるとすれば、現在の実務感覚を前提として強姦罪における暴行・脅迫要件を一般的に緩和・削除することは、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）を間違いなく確信することのできない事例を強姦罪として有罪とすることを意味することとなりうるのである。それはやはり妥当なことであるとは思われない。」[38] また佐藤陽子も、たとえ暴行・脅迫要件を廃して不同意犯罪としても「可罰性の範囲はそれほど広がらない」とした上で「刑法典上の性犯罪の本質は『性交の押し付け』であり、強制性交等はそれを実現する手法の一つであ」り、「この点で、やはりわが国の性犯罪は不同意犯罪ではな」く、「実務的な処罰範囲」から見ても「不同意犯罪とした場合に処罰可能となる類型はそれほど多くはないであろう」とし、「不同意犯罪化して初めて捕捉される類型」として、①「年齢差による性的知識の格差や気の弱さから性交を拒絶できなかった場合」、②「すでに始まった性的行為において承諾外の行為を突然する場合」、③「避妊具をつけることの欺罔」、④「トランスジェンダーの欺罔」、⑤「配偶者・恋人であることの欺罔」などを挙げるが、「これらの処罰が本当に必要であるかは疑問であろう」[39] とする。しかしこれらの行為は、本当に処罰に値しないものであろうか。すでにドイツの議論のところで述べたように、この③類型

に当てはまるstealthingの当罰性は否定できないように思える。[40] さらに島岡は、現行の日本刑法一七八条の「抗拒不能」の解釈問題として、①「医療行為の仮装等により錯誤に陥って同意した場合」についても、法益関係的錯誤はないので同意は有効であり、本罪は成立しないとの見解[41]もあるが、「意思決定に重大な影響を与える錯誤が行為者により引き起こされた場合は、自由な自己決定権の侵害が認められるのであり、本罪は成立すると考える」とし、また②「虚偽の結婚の約束や金品贈与の約束により、それを信じた被害者が同意した場合」も、多数説は、動機の錯誤に過ぎず一七八条に当たらないとするが、[42]「被害者の同意に関する多数説に従い、錯誤による同意の無効を広く認めたとしても誤信により被害者が抵抗せず暴行・脅迫が不要であった点を捉えて一七七条の構成要件該当性がないとされ、女性の人格にかかわる重大な性的自己決定権の保護が（詐欺罪が窃盗罪と同等に処罰される）財産の保護以下という解釈となり、承服しがたい」とし、「立法の不備を解釈で補うためには、通説と異なり、このような場合も心理的に抗拒不能にさせたと捉えて本条の成立を認めるべきであろう」[43]とまで主張している。そして将来的には立法論として、①「フランス刑法のように暴行・脅迫以外の『不意打ち』のような手段を列挙して暴行・脅迫要件を緩和する」か、②「英米刑法のように暴行・脅迫要件を撤廃し、例えば『同意のない性器その他の物の挿入かつ合意がないと思うことが合理的な場合』と定義する方向へ向かうべきであろう」としている。[44] 一七八条の「抗拒不能」を島岡のように解釈するのは、もはや許される拡張解釈を超えた類推であり、罪刑法定主義上問題があると思われるので、やはり立法により解決すべきであろう。その際、端的に暴行・脅迫要件を撤廃し、[45] 性的自己決定権に対する罪としての「不同意性交等」の罪とすべきである。そこで懸念されている立証上の問題については、スウェーデンの議論のところでも述べたように、不同意堕胎罪のような他の不同意犯罪と同じく、検察官は同意がないという事実を積極的に立証しなければならないのであって、決して不同意が推定されたり、行為者側に挙証責任が転換されたりするわけではないのである。同意の有効性の問題、とりわけ欺罔によって得られた同意の有効性の問題については、Hoven/Weigendがいうように（それを立法するかどうかはさておき）[46]

「行為者がその者に当該行為の性的性格に関して欺罔し、又は行為者が他の、その者の知っている人物であると欺いた場合」[47]には可罰性が肯定されるべきあろう。

以上、まだ論じるべき問題は、まだ多く残されているが、既に与えられた分量を超えてしまっているので、その他の点については続稿にて詳述しようと思う。最後に、退官される松生光正先生と三五年以上前の院生時代に知己を得て以来、私は常に先生のようなドイツ刑法学の研究者となることを目標としてきたが、未だに追いつくことができず、それどころかますますAbstandが大きくなっていることを恥ずかしく思う。退官後も、先生がいつまでもお元気で研究を続けられることをお祈りしつつ、本稿の筆を擱くこととする。

（1）西田典之・橋爪隆補訂『刑法各論』（第七版・二〇一八年）九七頁。なお改正後の規定を扱う教科書として同書の他に松宮孝明『刑法各論講義』（第五版・二〇一八年）一一五―一二八頁：高橋則夫『刑法各論』（第三版・二〇一八年）一二六―一四七頁：松原芳博『刑法概説』（二〇一八年）一一五―一一七頁などがある。

（2）性交強制等類型以外の類型を含めた性犯罪全体の比較法的考察も続稿で検討していきたい。最近の比較法的研究として、金ジャンディ「韓国性犯罪規定の概説及び日本との比較」阪大法学六八巻一号（二〇一八年）二一三―二三〇頁、末道康之「強姦罪をめぐる比較法的考察：フランス刑法及びベルギー刑法における強姦罪の解釈をめぐって」南山法学四〇巻二号（二〇一七年）一一三―一五六頁、深町晋也「オーストリア刑法における性犯罪規定」立教法務研究九号（二〇一六年）一七―七四頁、同「スイス刑法における性犯罪規定」刑事法ジャーナル四五号（二〇一五年）一〇一―一二〇頁、島岡まな「フランス刑法における性犯罪の類型と処罰について」刑法雑誌五四巻一号（二〇一四年）四九―六二頁など、日本の改正問題についての最近の論文から、性犯罪改正全体に関するものとして、深町晋也「刑事政策の新動向・性犯罪」法学教室四五七号（二〇一八年）一〇七―一一四頁：同「刑法入門・性犯罪から学ぶ刑法」法学セミナー六三巻四号（二〇一八年）三二―三七頁、*Shinya Fukamachi*, Über die Reform des Sexualstrafrechts in Japan: Ein Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, GA 2017 444-456´ 谷田川知恵「刑法・強姦罪規定改正の意義と課題：『女性に対する暴力』根絶ツールとしての刑法を」法と民主主義五二九号（二〇一八年）二六―二九頁、島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学三七号（二〇一七年）一九―三七頁、嘉門優「法益論

から見た強姦罪等の改正案」犯罪と刑罰二六号（二〇一七年）一一―五二頁など、①に関するものとして北川 佳世子「強制性交等の罪・準強制性交等の罪」法律時報九〇巻四号（二〇一八年）五五―六二頁、佐藤陽子「性犯罪における被害者の意思・関与」刑法雑誌五七巻二号二八六―三〇一、二〇一八―〇三など、②に関して、池田公博「性犯罪の非親告罪化・公訴時効の撤廃またはその進行の停止」法律時報九〇巻四号（二〇一八年）七三―七六頁、辻本典央「強姦罪等の非親告罪化」犯罪と刑罰二六号（二〇一七年）八一―一〇〇頁、黒澤睦「ドイツの性犯罪における条件付親告罪規定―わが国の性犯罪は非親告罪化するしか道はないのか―」法律論叢八八巻六号（二〇一六年）五一―一一〇頁、③に関して、今井猛嘉「監護者わいせつ罪及び監護者性交等の罪」法律時報九〇巻四号（二〇一八年）六三―六七頁、深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律：監護者性交等・わいせつ罪（刑法一七九条）を中心に」立教法学 九七号（二〇一八年）二一三―一八五頁など、④に関して金澤真理「強盗・強制性交等及び同致死の罪」法律時報 九〇巻四号（二〇一八年）六八―七二頁など、その他の論点に関するものとして淵脇千寿保「性犯罪処罰規定の法体系上の位置付け：旧刑法制定過渡期の刑法体系を基礎に」志學館法学一九号（二〇一八年）一―四五頁、田中嘉寿子「改正刑法の性犯罪の暴行・脅迫要件の認定と被害者の『ＳＦ反応』」甲南法務研究 一四号（二〇一八年）六五―七二頁、清水晴生「ＬＧＢＴと性犯罪」白鴎法学二四巻三号（二〇一八年）三〇五―三一四頁、小西吉呂・外間淳也「沖縄県における性暴力の現状と課題：刑法的視点を中心に」地域研究一六号（二〇一五年）一三三―四六頁などを参照。

（3）さらに関連規定として一七六条と一七八条も文言等が変更された。

新一七六条（強制わいせつ）

十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、六月以上十年以下の懲役に処する。十三歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

第一七八条（準強制わいせつ及び準強制性交等）

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、わいせつな行為をした者は、第百七十六条の例による。

二　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。

（4）松宮・前掲書（注2）一一六頁。

（5）井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学三一号（二〇一五年）四三―六〇頁、四九頁。

（6）なお「『わいせつな行為』（一七六条および一七八条一項）という文言についても、これを維持すべきかどうかが問題となり、これを『性的行為』とか『性的侵害行為』とかの概念に置き換えることも考慮すべきであろう」（井田・前掲［注5］四九頁注一三）

とする。

（7）深町・前掲（注2）法学教室四五七号一〇九頁。

（8）オーストリア刑法二〇一条（強姦）／二〇二条（性的強要）については深町・（前掲注2）立教法務研究九号二四頁以下参照。条文の原文は文末【資料】を参照

（9）この点に関しては、学説もほぼ見解の一致を見ていた。なお島岡まな「フランスにおける性刑法の改革」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編集『性暴力と刑事司法』（信山社・二〇一四年）一九二頁は改正前の「『女子に対する姦淫』のみを重く処罰している日本の強姦罪は、家父長制時代の男系血統主義を維持するための『貞操』、すなわち将来男性に嫁ぐ無垢な女子の『処女性』または夫に従属する『貞淑な妻』の保護を目的とする『強姦法』の体裁を維持しており、フランスと比較して二〇〇年以上遅れている」としていた。

（10）この点に関する議論として島岡・前掲（注2）慶應法学三七号三五頁以下、北川・前掲（注2）六二頁参照。

（11）この新規定に関してドイツでは膨大で展望不能な量の文献が交換されているが、さしあたりThomas *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 177 Rn 1aに挙げられている文献を参照。

（12）条文の原文は文末【資料】参照。

（13）この意義については、Karl Lackner/Kristian *Kühl*/Martin *Heger*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 177, Rn. 21参照。

（14）Lackner/*Kühl*/Heger（o. Fn. 13）§ 177, Rn. 1.

（15）同条約の第三六条（「性暴力（強姦を含む）」）は、次のように規定している。

「一．締約国は、故意に行なわれる次の行為が犯罪とされることを確保するため、必要な立法上その他の措置をとる。

a．同意に基づかず、他の者の身体に対し、いずれかの身体部位または物をもって膣、肛門または口への性的性質の挿入行為を行なうこと。

b．人に対し、同意に基づかない他の性的性質の行為を行なうこと。

c．他の者をして、同意に基づかない性的性質の行為を第三者と行なわせること。

二．同意は、自由意思の結果として、自発的に与えられなければならない。当該自由意思は、関連する状況の文脈において評価される。

三．締約国は、一の規定が、国内法で認められた従前のまたは現在の配偶者またはパートナーに対して行なわれた行為にも適用されることを確保するため、必要な立法上その他の措置をとる。」（訳文はＡＲＣ平野裕二の子どもの権利・国際情報サイト http://www26.atwiki.jp/childrights/pages/36.htmlによる。）

この条約に基づきRichtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates が制定されている。詳細については今井雅子「欧州評議会『イスタンブール条約』」国際女性二九号（二〇一五年）八四―八八頁及び、Astrid *Kempe*, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschea Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, 2018, S. 31 ff. を参照。

(16) Elisa *Hoven*/ Thomas *Weigend*, Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht KriPoZ 2018/3, 156-161, 156.

(17) この "stealthing" とは、英語の動詞 "stealth" =「隠れて行う」の -ing形であり、「性交途中で同意なしに（隠れて）コンドームを外すこと」（nonconsensual condom removal during sexual intercourse）を意味する俗語である。

(18) Alexandra *Brodsky*, 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal, 32 (2) Columbia Journal of Gender and Law, 183-210 (2017).

(19) Nora *Burgard-Arp*, Stealthing : "Stellungswechsel, Gummi ab", Zeit am 12. Januar 2018（https://www.zeit.de/campus/2018-01/stealthing-sexualstraftat-rechtslage-opfer-taeter）の中でもRenzikowskiのstealthingは「明らかに性的攻撃に該当し刑法一七七条六項一号により法的観点からは強姦として評価される（Es handelt sich hier ganz klar um einen sexuellen Übergriff und nach § 177 Absatz 6 Nr. 1 aus juristischer Sicht auch um Vergewaltigung.）」という発言を紹介して「ドイツにおいてはstealthingは犯罪である」としている。なお*Renzikowski*（冨川雅満訳）「ドイツにおける性刑法の改正――性的強要から性的侵害（Übergriff）へ」龍谷法学五一巻一号（二〇一八年）八八一頁以下、八八九頁も参照。

(20) Felix *Herzog*, "Stealthing": Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, in: Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 351–359.

(21) *Hoven*/*Weigend*, 前掲（注16）161. 改正提案の原文は【資料】参照。

(22) En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivilligheet, Prop. 2017/18: 177（https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/proposition/en-ny-sexualbrottslagstiftning-byggd-pa_H503177/html).

(23) 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」琉大法学九三号（二〇一五年）三九―五三頁、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』（二〇一四年）三一七―三二八頁、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：日本刑事政策研究会報 五〇巻四号（二〇一三年）二一―三七頁、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 七〇号（二〇〇八年）八〇―九八頁、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 一四九号（二〇〇六年）一三六―一六〇頁、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 七八巻八号（二〇〇五年）三五―五四頁、拙稿「夫婦間レイプの成否と比較法―五―スウェーデンにおける夫婦間の強姦」法律時報 六〇巻七号（一九八八年）一〇五―一〇八頁などを、スウェーデンの文献としてはさしあたり二〇一八年六月三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二〇一四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。

(24) 規定の原文は文末【資料】を参照

(25) 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。

(26) なお一般に「強姦」と訳されているスウェーデン語の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。

(27) 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。

(28) 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）などを参照。

(29) ドイツ語のJa は、スウェーデン語でもJa である。これに対してNeinはNejである。

(30) 例えば英国のGuardian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（https://www.theguardian.com/world/2047/dec/ 20/sweden-to-move-burden -of-proof-in-rape-cases-from-claimant-to-the-accused-explicit-consent）。

(31) 二〇一八年 一一月八日に放送されたSverigesradioの番組EKOT: Samtyckeslag har haft effect の中でのインタヴュー（https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=7084923）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四件あり、そのうちの一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。

(32) 浅田和茂・井田良編『基本法コンメンタール・刑法［第二版］』（二〇一七年）三九〇頁［島岡］。

(33) 前掲（注34）のVoigt検察官へのインタヴュー参照。

(34) その場合には強盗罪との対比という論拠も妥当しなくなる。
(35) 島岡・前掲（注35）三九〇頁。同様の批判として辰井聡子「性犯罪に関する刑法改正―強制性交等罪の検討を中心に」刑事法ジーナル五五号（二〇一八年）六頁以下。
(36) 井田・前掲（注5）四八頁。
(37) 深町・前掲（注2）法学教室四五七号一〇九頁。
(38) 井田・前掲（注5）五二頁以下。
(39) 佐藤・前掲（注2）一六七頁以下。
(40) *Herzog* (o. Fn 20), S. 356 f.
(41) 前田雅英『刑法各論講義』（第六版・二〇一五年）一二五頁、西田・橋爪・前掲（注1）一〇五頁。さらに佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五年）八八頁以下も参照。
(42) 大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法〔第三版〕第九巻・第一七四条～第一九二条』（二〇一三年）八四頁〔亀山＝河村〕。
(43) 島岡・前掲（注35）三九三頁。
(44) この点に関して島岡は「日本が欧米の性刑法改革に三〇年以上遅れてようやく追いつこうとした時点で、他国はより二一世紀の先進国にふさわしく、弱者である性犯罪被害者保護に手厚い性犯罪規定の構築へと既に向かっているのである」（島岡・前掲〔注三五〕三九〇頁）とする。
(45) 暴行・脅迫による場合は、ドイツやスウェーデンの規定におけるように、加重事情又は量刑上の重い事情とすべきであろう。
(46) この点に関しては錯誤による同意／（構成要件阻却的）合意の有効性という周知の難問（日本の文献としてはさしあたり菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律」（一）（二・完）早稲田法学会誌六六巻二号（二〇一六年）一六五―二一六頁、六七巻一号（二〇一六年）一七一―二二三頁、同「刑法における性的自律の保護」（一）（二・完）早稲田大学大学院法研論集一五九号（二〇一六年）一四九―一七〇頁；一五八号（二〇一六年）八一―一〇三頁、同「法益関係的錯誤概念の拡張に対する批判的検討」早稲田大学大学院法研論集一五六号（二〇一五年）一〇七―一二九頁、河野敏也「錯誤に基づく同意と同意の正当化根拠との関係について」明治大学大学院法学研究論集四五号（二〇一六年）一九―三八頁、神元隆賢「準強制わいせつ及び準強姦における錯誤に基づく同意」（一）北海学園大学法学研究四九巻三号（二〇一三年）五二三―五五一頁、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤」（一）（二・完）関西大学法学論集五二巻三号（二〇〇二年）一九九―二五三頁、五三巻一号（二〇〇三年）二〇四―二四〇頁などを参照）の検討が不可避であるので、これも別稿で詳しく検討したい。

（47）*Hoven/Weigend*（o. Fn. 16）161.

［追記］校正中にドイツのドイツのAG-Berlin-Tiergartenでいわゆるstealthingを行った行為者にドイツ刑法一七七条一項の性的侵害に当たるとする判決が言渡されたとの報に接した。（Süddeutsche Zeituugの二〇一八年一二月一九日付の記事„Respektlose Tat“ in : http://www.sueddeutsche.de/panorama/berlin-respektlose-tat）。この判決についても続稿で詳述したい。

【資料】各国の規定原文

1　オーストリア刑法

§ 201 Vergewaltigung

(1)　Wer eine Person mit Gewalt, durch Entziehung der persönlichen Freiheit oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben（§ 89）zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

(2)　Hat die Tat eine schwere Körperverletzung（§ 84 Abs. 1）oder eine Schwangerschaft der vergewaltigten Person zur Folge oder wird die vergewaltigte Person durch die Tat längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren, hat die Tat aber den Tod der vergewaltigten Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

§ 202 Geschlechtliche Nötigung

(1)　Wer außer den Fällen des § 201 eine Person mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zur Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(2)　Hat die Tat eine schwere Körperverletzung（§ 84 Abs. 1）oder eine Schwangerschaft der genötigten Person zur Folge oder wird die genötigte Person durch die Tat längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren, hat die Tat aber den Tod der genötigten Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

2　ドイツ刑法

§ 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

(1)　Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2)　Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1．der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,

2．der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,

3．der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,

4．der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder

5．der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

(3)　Der Versuch ist strafbar.

(4)　Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

(5)　Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter

1．gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,

2．dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder

3．eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1．der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder

2．die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

(7) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1．eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,

2．sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder

3．das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(8) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1．bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder

2．das Opfer

a）bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder

b）durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.

(9) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

2a　Hoven/Weigendの改正案

§ 177 Abs. 二 StGB:

Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn（…）

６. der Täter die Person über den sexuellen Charakter der Handlung täuscht oder ihr vorspiegelt, dass er eine andere, ihr bekannte Person sei.

３　スウェーデン刑法

6 kap. Om sexualbrott

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 medvetslöshet, 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.

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

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.

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.

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

2 §　Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför en annan sexuell handling än som avses i 1 §, döms för *sexuellt övergrepp* till fängelse i högst två år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte tillämpas 1 § första stycket andra och tredje meningarna.

Är brottet att anse som grovt, döms för grovt sexuellt övergrepp till fängelse i lägst sex månader och högst sex 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.

3 §　Den som begår en gärning som avses i 2 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för *oaktsamt sexuellt övergrepp* till fängelse i högst fyra år.

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