性刑法の改革動向と刑事裁判における事実認定

メタデータ	言語: Japanese
	出版者:
	公開日: 2023-03-31
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 外塚, 果林, Tozuka, Karin
	メールアドレス:
	所属:
URL	https://senzoku.repo.nii.ac.jp/records/2690

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.

洗足論叢　第51号　2022度

研究論文

性刑法の改革動向と刑事裁判における事実認定

Reform of Sexual Crime Law and Fact Finding of Criminal Trials

外　塚　果　林
Tozuka Karin

1　問題の所在

2020年6月に「性犯罪に関する刑事法検討会」（以下、「検討会」という）が開始され、同様に、2021年10月に「法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会」（以下、「法制審」という）が開始されたことからうかがえるように、近時、性刑法に関する法制度は大きな転換期にあるといえる。とりわけ、性行為に対する同意がない場合を処罰対象とする「不同意性交等罪」の創設は、上述した検討会および法制審の審議のなかでも注目すべき重要な議論として位置づけられている。しかしながら、このような不同意性交等罪の創設に関する検討会および法制審における審議は、2で述べるように、刑法上の論点に終始するばかりで、刑事訴訟法の論点、とりわけ事実認定論については、さほど重要視されていないように思われる。

本稿は、性暴力被害者の供述が重要な争点となった最決令和3年9月15日[1]（以下、「本件」という）について分析することをとおし、不同意性交等罪創設後の刑事裁判のあり方について、事実認定論の観点から一つの問題提起をなすものである。なお、本件はいわゆるフラワーデモ[2]のきっかけとなった事件の一つとして有名である。

2　性刑法の改革動向

(1)　検討会における審議

2022年8月現在、法制審の審議は佳境を迎えつつある[3]。たとえば、法制審第6回の議事録2頁以下では、不同意性交等罪の具体的な条文案[4]について議論がなされていることから分かるように、今後、創設が予想される不同意性交等罪について、その具体的な構成要件等に関する審議が行われているのである。しかしながら、そもそも、なぜ、不同意性交等罪を創設する必要があるかについては、審議会ではなく、その前身にあたる検討会において審議されていることから、不同意性交等罪の創設が必要とされる理由を知るためにも、以下、検討会の議事録[5]を参照したうえ、その具体的な内容について整理を行いたいと思う[6]。なお、以下のカッコ内の記述は、検討会の議事録における発言者名や該当頁について明記したものである。

検討会では、刑法177条については「脅迫、威迫、不意打ち、偽計、欺罔、監禁」、同178条につい

ては「人の無意識、睡眠、催眠、酩酊、薬物の影響、疾患、障害、若しくは洗脳、恐怖、困惑」（山本・第5回・11頁）[7]というように、「不同意であることを示す外部的な事情、あるいは、被害者の心理状態」（井田・第5回・17頁）を示す具体的内容に関する文言を列挙することで、刑法177条および同178条について明確化を図ることが望ましい、という意見が多数を占めていることがうかがえる（井田・第13回・11頁）。このような検討会の多数意見は、性暴力とは「不同意性交」であることを前提として、上述した具体的内容に関する文言を列挙することで、被害者の意思に反する性行為が過不足なく捕捉されることを期待するものである（井田・第13回・11頁）。

この点について、刑法177条「暴行・脅迫」の判断は、判例上、「相手方の年令、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情」と相まって「相手方の抗拒を不能にし又はこれを著しく困難ならしめる」ものであれば足りる[8]というように、「暴行・脅迫それ自体を単独で評価するのではなく」、「周囲の状況や従前からの人間関係などの具体的状況」を総合的に考慮してなされるものである。それゆえ、このように、条文上、「暴行・脅迫」と明記されていることが原因で「処罰範囲が過剰に限定されているわけではない」という意見が存在する（橋爪・第5回・8頁）。

しかしながら、実際には、「だまされてホテルに入って性交された事案、地位が上の人から飲みに誘われた際の事案、パワハラを伴う事案」などでは、その多くが不起訴処分となっており、また、起訴された事案についても「ほとんど同じような事件であるのに運用に差が出」る（齋藤・第5回・5〜6頁）というように、刑法177条「暴行・脅迫」および同178条「心神喪失・抗拒不能」の程度[9]に達していない[10]ことがネックとなって[11][12]、性暴力に関する法運用にばらつきが生じていることが問題視されているのである。それゆえ、これらの程度に達していない場合であっても、不同意性交であれば犯罪が成立する[13]ように、条文上、刑法177条および同178条について、上述した「不同意であることを示す外部的な事情、あるいは、被害者の心理状態」を示す具体的内容に関する文言を列挙して明確化を図ることで、被害者の意思に反する性行為が過不足なく捕捉されることが期待されている[14]のである。

なお、この点について、条文上、「不同意性交」であることを明記し、それを直接の要件とするべき（いわゆる「Yes means Yes」型の不同意性交等罪）（小島・第5回・4頁、山本・第5回・11頁）という意見が存在する。しかしながら、「不同意」であることを明記することで「成立範囲が曖昧」となり、それにより、「実務的に運用が安定しないという現在と同じような問題」が生じ、また、このような曖昧な規定は「明確性の原則に違反して、違憲無効」になる可能性があるといえる（佐藤・第8回・17頁）。したがって、「被害者の内心を直接的に証明することは困難」であることも相まって、不同意であることを認定するためには「外部的あるいは客観的な事実関係から認定する」ことにならざるを得ず（川出・第8回・21頁）、結局は、上述した意見の場合であっても、刑法177条および同178条について「不同意であることを示す外部的な事情、あるいは、被害者の心理状態」を示す具体的内容に関する文言を列挙する必要がある（小島・第5回・13頁）[15]ようである。

(2)　本件を分析する意義

このような検討会での審議からうかがえるように、不同意性交を処罰対象とする不同意性交等罪の創設は、従来、刑法177条「暴行・脅迫」および同178条「心神喪失・抗拒不能」の程度に達していない

ことがネックとなって、不起訴処分もしくは無罪とされてきた性暴力について、その処罰可能性を高めるものであり、性暴力被害者の性の尊厳を確保する観点から、その社会的意義は極めて大きい。しかしながら、他方、不同意性交等罪の創設を考える際には、上述した検討会および法制審で審議されている刑法上の構成要件に関する議論はもちろん、それ以外にも、刑事訴訟法上の事実認定に関する議論が必要であると考える。理由は次のとおりである。

すなわち、通常、刑事裁判では、「事実認定」→「法令の解釈・適用」→「判決」というように、法的三段論法に基づき審理が行われるからである。具体的には、上述した検討会および法制審での審議は、このうち「法令の解釈」に関する[16]ものであるが、その前提には、必ず、無限に存在する経験則[17]に基づき証拠から事実を推認する「事実認定」が必要であり、仮に、この「事実認定」が正確に行われないのであれば、それ以降の「法令の解釈・適用」および最終的な結論である「判決」に誤りが生じる危険があるからである。

そして、通常、性行為は自宅や宿泊施設等の密室で行われることが多い[18]ことから、不同意であることを立証する客観的証拠（たとえば、犯行現場を目撃した第三者の供述）に乏しく、くわえて、上述した検討会での意見のように、被害者の意思に反する性行為を過不足なく捕捉する観点から、「だまされてホテルに入って性交された事案、地位が上の人から飲みに誘われた際の事案、パワハラを伴う事案」までもが不同意性交等罪で起訴されることになれば、従来以上に「被害者の供述」に関する正確な事実認定が要求されることが予想できるのである。

以上のことをふまえると、今後、不同意性交等罪が創設されることを想定したうえ、「被害者の供述」について正確な事実認定をなすための確固たる指標が必要になるように思われる。そこで、以下、性暴力被害者の供述が重要な証拠とされた本件を素材に、事実認定上、被害者の供述はどのように判断されるべきかについて詳細に分析することをとおし、不同意性交等罪が創設された際に必要となる正確な事実認定のあり方について検討を進めたいと思う。

3　本件の概要および分析の視点

(1)　本件の概要

i　事件の概要

本件は、2017年6月16日ころ、父親である被告人が、事件当時12歳の実子（以下、「被害者」という）に対して、同人が13歳未満であることを知りながら、被告人方において同人を性交し、もって13歳未満の女子を姦淫したというものである。このような被告人の被害者に対する性暴力は、後述する被害者の供述の要旨で示したように、被害者が小学5年生の冬頃から週に3回程度継続的に行われていたものであるが、本件では、上述した性暴力を公訴事実として起訴[19]されたものである。

表1は、被害者が本件被害を開示するまでの経緯および被害者の態度についてまとめたものである。同表に示したように、本件被害が発覚したのは、2017年7月4日、被害者が児童相談所職員αに対し、本件被害を開示したことがきっかけとされている。それまでの経緯としては、同年6月21日、被害者が中学校で家に帰りたくないと訴え、中学校から連絡を受けたαに対し、「テストの点が悪かった

ことで被告人に殴られた」という暴力被害を訴え、帰宅したくないという強い意向を示したことから、同年７月５日まで児童相談所に一時保護されることになった、というものである。なお、被害者は、同年６月27日に両親が面談に訪れた際、「お父さんには会いたくない」と言っており、また、児童相談所の判断で両親との面会を試みたところ、被害者は被告人の姿を見て怯え、ソファーの後ろに隠れたことが確認されている。

表１　本件被害を開示するまでの経緯および被害者の態度

2017年 ６月16日頃	【本件被害発生】
同年 ６月21日	【児童相談所に一時保護決定】 （経緯） ・　中学校で「家に帰りたくない」旨、訴える。 ・　中学校から連絡を受けた児童相談所職員αに対し、「テストの点が悪かったことで被告人に蹴られた」という暴行被害を訴え、帰宅したくないという強い意向を示したことから、同年７月５日まで児童相談所に一時保護されることが決まる。
同年 ６月27日	【両親との面談】 （経緯） ・　両親が面談に訪れた際、「お父さんとは会いたくない」と主張。 （態度） ・　児童相談所の判断で両親との面談を試みたところ、被告人の姿を見て怯え、ソファーの後ろに隠れる。
同年 ７月４日	【αに本件被害を開示】 （経緯） ・　翌日（同年７月５日）の帰宅を前にして、αから、「明日帰るけど大丈夫か」と尋ねられた際、もじもじした様子で、「帰ってもまた来るかもしれない」などと返答。 ・　αから、「気になることがあるなら全部話してください」と言われ、「帰りたくない、家で自分だけ手伝いをさせられる、首を絞められたことがある」などと返答。 ・　αから、「ほかにもありますか」などと問われ、「被告人が布団の中に入ってきて体を触ってくる」などと返答。 （態度） ・　被害者は、最初は話しにくそうにしていて、次第に怯えた様子で、部屋にあった毛布に震えてくるまり、顔面を蒼白にし、最後は泣きながら話した。
同年 ７月５日	【被害者一時保護解除、帰宅予定日】

（注）いずれも児童相談所職員αの供述に基づくものである。

※　表の作成は筆者。

ii　第一審判決の判断構造とそれに対する控訴審判決の指摘

表２は、被害者の「供述の信用性」に関する第一審判決[20]と控訴審判決[21]の相違を示したものであるが、同表における第一審判決に関する部分は、第一審判決の判断構造[22]を示したものであるため、まず、第一審判決の判断構造とそれに対する控訴審判決の指摘について概説する。

四　同表によると、第一審判決では、被害者の「供述の信用性」について、表１①から⑥の事項[23]をすべて否定したうえ、「本件被害者の証言は信用することができ」ないとし、結論として、被告人が被害者を姦淫した事実は認められないことを理由に、被告人を無罪と判断している。このような第一審判決に対し、控訴審判決では、①→③（ⓐ）→②（ⓐ）③（ⓑ）の順にそれぞれの誤りを指摘したうえ[24]、第一審判決の判断は「論理則、経験則等に照らして不合理[25]」であるとし、結論として、被告人を逆転有罪[26]と判断している。そして、最高裁決定は、このような控訴審判決を是認しているのである。

(2) 分析の視点

上述したように、表２は、被害者の「供述の信用性」に関する第一審判決と控訴審判決の相違を示したものであるが、第一審判決と控訴審判決を比較すると、両者のあいだには、被害者の「供述の信用性」の判断について、次のような相違があることがうかがえる。

【相違 1】表２①について

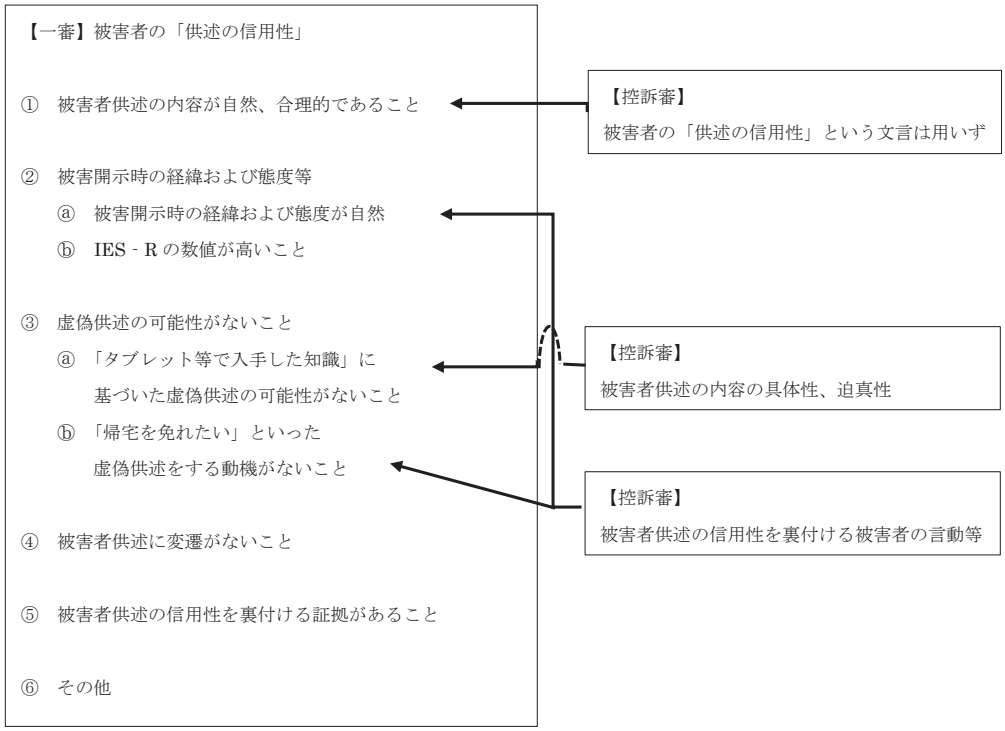
第一審判決では、①において、被害者の「供述の信用性」について論じているにもかかわらず、控訴審判決では、第一審判決に対する誤りを指摘する際、「供述の信用性」という文言は用いていないこと。

【相違 2】表２③（ⓐ）および②（ⓐ）③（ⓑ）について

第一審判決では、②（ⓐ）（ⓑ）→③（ⓐ）（ⓑ）の順に被害者の「供述の信用性」について論じているにもかかわらず、控訴審判決では、第一審判決に対する誤りを指摘する際、③（ⓐ）→②（ⓐ）③（ⓑ）というように、順番を並びかえたうえ、その題目を新たにし、もしくは、類似した題目を設けていること。

そこで以下、このように、被害者の「供述の信用性」に関する判断について、第一審判決と控訴審判決のあいだに相違が生じる理由について、分析を進めたいと思う。なお、同分析は、控訴審判決の論述に従い、①→③（ⓐ）→②（ⓐ）③（ⓑ）の順に行いたいと思う。

表２　被害者の「供述の信用性」に関する第一審判決と控訴審判決の相違



（注 1）①から⑥に示された題目は、各々の箇所で述べられている概要をふまえたうえ、筆者が適当と思われる題目を立てたものであることに注意。
（注 2）IES-R（PTSD スクリーニングテスト）とは、PTSD の原因となった出来事について、被害者の主観的な認識を申告させ、これを点数化して、PTSD の重症度を判定するものである。
※　表の作成は筆者。

五

4 【相違 1】表 2 ①について

(1) 第一審判決と控訴審判決の比較

第一審判決では、表 2 ①「被害者供述の内容が自然、合理的であること」の冒頭で、次のような被害者の供述の要旨を示している。

「小学校 5 年生の冬頃から、週 3 回程度の頻度で、夜に自分の部屋の布団で寝ているとき、被告人が自分の体の上に被さり、被告人のちんちんを自分の股の下の穴に入れ、体を動かすことがあった。いつも、何度も『やめて』と言って被告人の体を押したり、隣で寝ている妹の名前を呼んだりした。また、立ち上がって部屋から脱出しようとしたところ、自分の体を被告人が引っ張って連れ戻されるということもあった。『やめて』という声は小さい声ではなかったが、同じ部屋の布団で寝ていた妹が気付いた様子はなかった。その後、被告人がちんちんを抜くと自分の股の下の穴の近くに白くてぬるぬるする液体が付いていたのでトイレで拭いていた。最後に被告人にちんちんを入れられたのは保護所に行くちょっと前で、そのときも白いのを出していた。ぬるぬるしたからそれを拭いたが、パンツは替えないで寝た。そのときは、家の中には家族全員がいた。」

そのうえで、第一審判決は、このような「約 2 年間にわたり週 3 回程度の頻度で自宅で姦淫被害に遭い、その都度『やめて』などと言って抵抗した」という被害者の供述について、「不自然、不合理」である旨、判示する。なぜなら、2018 年 1 月当時の「被告人方の様子」に関する証拠[27]および「被告人の妻の供述」などから、「被告人方は全体として狭小」であり、また、「天井付近などに隙間があり各寝室は完全に仕切られていなかった」ことなどが明らかであることからすれば、「同じ寝室で就寝していた妹や隣の寝室にいた家族が、姦淫被害に気付くのが自然」といえるからである。したがって、このような被害者の供述は「客観的な状況に照らすと余りに不合理」であり「信用することはできない」というのである。

このような第一審判決に対し、控訴審判決は、上述した第一審判決が示した被害者の供述の要旨ほかにも、被害者が「やめてと言うと、被告人がおなかなどをたたいてくる」、「抵抗をして連れ戻されるなどした際、被告人は、周りに気づかれないように、ちょっと小さな声で怒鳴ってきて、被害者が泣くと怒る」などという供述していたことを示したうえ、被害者が「姦淫の被害を受けるたびに就寝中の家族が起きるほどの大きさの声を上げていた旨証言していたと理解することはできない」とする。それにもかかわらず、第一審判決は、上述したように「被害者の証言の一部にのみ依拠」したうえ、「家族に聞こえるほどの大きさで、姦淫されないよう必死の声をあげた」ことを前提に、上述した判断をした点に「誤りがあるといわざるを得ない」旨、指摘しているのである。

六

(2) 分析

このように、第一審判決では、表 2 ①「被害者供述の内容が自然、合理的であること」について、被告人方の間取りや構造といった「客観的状況」を根拠として、被害者供述は「不自然、不合理」であるとし、そのことを理由に被害者の「供述の信用性」を否定していることがうかがえる。それに対し、控訴審判決では、「供述の信用性」という文言を用いることなく、また、上述した第一審判決における

「客観的状況」に関する判断に誤りがあることを指摘することもせずに、第一審判決が被害者の供述について「証言の一部にのみ依拠」した点に誤りがある旨、指摘しているのである。

思うに、このような第一審判決と控訴審判決の相違を分析するにあたり、次のことに着目する必要がある。すなわち、通常、刑事訴訟法318条「証拠の証明力」は、「狭義の証明力」と「供述の信用性」に分けられる[28]が、前者の「狭義の証明力」とは、「要証事実の存否をどの程度証明しうるものか」に関する判断であり、他方、後者の「供述の信用性」とは、「要証事実とは一応切り離して、証拠そのものがおよそ信用に値するかどうか」に関する判断である[29]と定義されている。

そして、本件における被害者の供述のように、犯行に関する目撃供述は、通常、直接証拠[30]とされているが、このような直接証拠については、「犯行を目撃したと述べている証人[31]の場合は、関連性（狭義の証明力のこと－筆者注）は十分で、信用性だけが問題になる」というように、「狭義の証明力」は認められるとしたうえ、「供述の信用性」のみが問題となる旨、主張する見解[32][33][34]が存在するのである。

しかしながら、上述したように、控訴審判決において、第一審判決には「被害者の証言の一部にのみ依拠」した点に誤りがある旨、指摘していることからすると、控訴審判決は、被害者の供述にはその推認力に「高低の程度」がある[35]ことを前提に、第一審判決では「被害者の証言の一部にのみ依拠」したことで被害者の供述の推認力の程度が低下したのに対し、控訴審判決では、第一審判決において「着目されなかった被害者供述」に着目することで、被害者の供述の推認力が上昇したと捉えているように思われるのである。

そうだとすると、このような控訴審判決の判断は、「狭義の証明力」に関する判断であり、控訴審判決は、上述した第一審判決に対する指摘をすることで、本件被害者の供述のような直接証拠の場合であっても、狭義の証明力（推認力）には「高低の程度」があることを前提に、「供述の信用性」のみならず、「狭義の証明力」についてその高低の程度を判断する必要があることを示したように思われるのである。

5 【相違２－１】表２③（ⓐ）について

(1) 第一審判決と控訴審判決の比較

第一審判決は、表２③（ⓐ）「虚偽供述の可能性がないこと」（「タブレット等で入手した知識」に基づいた虚偽供述の可能性がないこと）において、被害者が「タブレット端末」等を通じて「架空の性被害を訴える程度の性的知識を獲得していた可能性」を「否定できない」と判断している。

このような第一審判決に対し、控訴審判決では、冒頭で、次のような被害者の供述の要旨を示している[36]。

> 「小学５年生の冬頃、被告人が布団に入ってきて、股や胸を触ってきた。最初は触って、部屋に帰って行った。その後、また、布団に入ってきて、下を触ってきて、ちんちんを被害者の股のところ辺りの穴に入れてきた。被害者が上を向いて寝ていると、被告人が上からばんとかぶさってくる。被告人は動いていた。動いていたのは体の下の方だった気がする。何か出して、タオルで拭い

た。ぬるぬるするから何回も拭いた。パンツもぬるぬるしたから、パンツを替えて、トイレに行ったのに直らなかったから布団に戻って寝た。被告人は、被害者の体の中から、ちんちんを出し、タオルで拭いてくる。白い液体がついた被害者の股の辺りをタオルで拭いてきた。小学校を卒業したらもうやらない、嫌だと言ったけれども、被告人は嫌だと言った。被告人の足音がしたら、周りを固めたけれども、いつも布団を剥がされる、周りを固めるというのは布団の端をつかんでいることである。被告人が部屋に来て、自分の手は被告人の背中に回され、自分の膝は曲がり、足やつま先は浮いていた。被告人が最後にちんちんを入れてきたのは、日にちは忘れたけど、保護所に行くちょっと前で、その日はまた布団に入ってきて、触って、また入れてきた。その後、出して、タオルで拭いて、自分はトイレに行った。ぬるぬるするから拭いたが、直らないのでパンツも替えないで寝た。ぬるぬるしたものは白色だった。どこから出てくるかは分からない。」

そのうえで、控訴審判決は、「被害者供述の内容の具体性、迫真性」というように、その題目を新たにしたうえ、このような被害者供述には、「実際に強姦被害に遭った者でなければ語り得ない」「具体性及び迫真性」があることから、「高い信用性が認められる」旨、指摘する。さらに、第一審判決に対しては、被害者が「タブレット」等で「入手した性的知識」に基づいて「架空の被害を訴えている」点について、「抽象的な可能性」に基づいた判断をした点に誤りがある旨、指摘しているのである。

(2)　分析

このように、第一審判決では、表２③（ⓐ）において、「虚偽供述の可能性がないこと」（「タブレット等で入手した知識」に基づいた虚偽供述の可能性がないこと）について論じているにも関わらず、控訴審判決では、第一審判決の誤りを指摘する際、「被害者供述の内容の具体性、迫真性」というように、その題目を新たにしているのである。

思うに、このような第一審判決と控訴審判決の相違を分析するにあたり、次の点に着目する必要がある。すなわち、上述したように、第一審判決に対する控訴審判決の指摘に着目すると、③（ⓐ）において議論されていることは、実質的には、被害者の供述が「虚偽供述の可能性」がないといえるほど「具体的、迫真的」といえるか、という点にあることである。そして、4（2）で述べたように、「供述の信用性」とは、「要証事実とは一応切り離して、証拠そのもの（傍点は筆者）がおよそ信用に値するかどうか」に関する判断である旨、定義されている。このような「供述の信用性」に関する定義に基づくのであれば、③（ⓐ）における一審判決に対する控訴審判決の指摘は、4（2）で述べた①被害者の供述の推認力の高低の程度に関する指摘とは異なり、要証事実とは一応切り離して、「具体的、迫真的」な被害者供述そのものが「信用に値する」といえるか、という観点からなされているものであることにその特徴があるといえる。

それゆえ、控訴審判決は、上述したとおり、第一審判決の誤りを指摘する際、「被害者供述の内容の具体性、迫真性」というように、被害者の供述そのものに着目した新たな題目に整理し直したものと思われる。

6 【相違２－２】表２②（ⓐ）③（ⓑ）について

(1) 第一審判決と控訴審判決の比較

ⅰ 表２②（ⓐ）について

第一審判決は、表２②（ⓐ）「被害開示時の経緯および態度等」（被害開示時の経緯、態度が自然）において、2017年７月４日、被害者が児童相談所職員αに被害を開示した際、被害者が「姦淫被害があるかのように振る舞った可能性を否定することができない」旨、判断する（以下、表２とともに表１も参照）。

このような第一審判決に対し、控訴審判決では、「被害者供述の信用性を裏付ける被害者の言動等」というように、②（ⓐ）に類似した題目を設けているのである。そのうえで、αの供述に基づき、同日、被害者がαに対し、本件被害を開示した際、被害者が「部屋にあった毛布に震えてくるまり、顔面を蒼白にして、最後は泣きながら話した」ことなどをあげたうえ、このような「迫真の供述態度」は「供述内容が真実であることを強く推認させる」ものである旨、指摘する。さらに、第一審判決に対しては、被害者が「姦淫被害があるかのように振る舞った可能性が否定できない」と判断した点について、「具体的根拠を示」していない旨、指摘しているのである。

ⅱ 表③（ⓑ）について

第一審判決は、表２③（ⓑ）「虚偽供述の可能性がないこと」（「帰宅を免れたい」といった虚偽供述をする動機がないこと）において、2017年７月４日、被害者が児童相談所職員αに対し本件被害を開示したのは、「帰宅を免れる」ために「虚偽の姦淫被害を訴える可能性は十分に考えられる」旨、判断する。

このような第一審判決に対し、控訴審判決では、「被害者供述の信用性を裏付ける被害者の言動等」というように、上述した②（ⓐ）に類似した題目に③（ⓑ）を併合しているのである。そのうえで、αの供述に基づき、仮に第一審判決が示すような動機で虚偽の姦淫被害を訴えているのであれば、同日、αから翌日の帰宅が大丈夫か尋ねられた際に、「最初からそうした姦淫被害を訴え」て然るべきところ、被害者は「αからほかに何かありますか」と尋ねられたことから、ようやく「姦淫行為の被害」を開示していることなどをあげたうえ、このような被害開示までの「経緯」に照らせば、「帰宅を免れる」ために「虚偽の姦淫被害を訴える必要がある」という第一審判決の判断には、「論理飛躍」がある旨、指摘しているのである。

(2) 分析

九

このように、第一審判決では、表２②（ⓐ）において、「被害開示時の言動等」（被害開示時の経緯、態度が自然）について論じており、また、③（ⓑ）において、「虚偽供述の可能性がないこと」（「帰宅を免れたい」といった虚偽供述をする動機がないこと）について論じていることがうかがえる。それにも関わらず、控訴審判決では、第一審判決の誤りを指摘する際、「被害者供述の信用性を裏付ける被害者の言動等」というように、②（ⓐ）に類似した題目を設けたうえ、③（ⓑ）を同題目に併合しているのである。

思うに、このような第一審判決と控訴審判決の相違を分析するにあたり、次の点に着目する必要がある。すなわち、上述したように、第一審判決に対する控訴審判決の指摘に着目すると、②（ⓐ）に併合された③（ⓑ）において議論されていることは、実質的には、「虚偽供述ではない」ことが被害開示時の「被害者の言動等」からうかがえるか否か、という点にあることである。そうだとすると、②（ⓐ）および③（ⓑ）における控訴審判決の指摘は、いずれも被害開示時の「被害者の言動等」に関する議論である、ということができる。そして、4（2）で述べたとおり、「供述の信用性」とは、「要証事実とは一応切り離して、証拠そのもの（傍点は筆者）がおよそ信用に値するかどうか」に関する判断であると定義されている。このような「供述の信用性」に関する定義に基づくのであれば、②（ⓐ）および③（ⓑ）における一審判決に対する控訴審判決の指摘は、③（ⓐ）同様、要証事実とは一応切り離して、被害開示時の「被害者の言動等」そのものが「信用に値する」といえるか、という観点からなされているものであるといえる。

とはいえ、このような「供述の信用性」についてより正確に用語を用いるために、③（ⓐ）との違いをあげるのであれば、②（ⓐ）および③（ⓑ）における控訴審判決の指摘は、被害者供述そのものに着目しているものではなく、被害開示時の「被害者の言動等」そのものが「信用に値する」ことが裏付けとなって、被害者の供述そのものの信用性の程度が上昇する、という点にその特徴がある[37]といえる。

それゆえ、控訴審判決は、上述したとおり、「被害者供述の信用性を裏付ける被害者の言動等」というように、②（ⓐ）に類似した題目を設けたうえ、③（ⓑ）を同項目に併合したものと思われる。

7　本研究のまとめおよび今後の課題

以上、本稿は、不同意性交等罪の創設に備え、「被害者の供述」について正確な事実認定をなすための確固たる指標が必要である、という問題意識のもと、性暴力被害者の供述が重要な証拠とされた本件について分析を試みるものであった。表3は、このような本件の分析のまとめとして、控訴審判決によって示された被害者の供述に関する証拠の構造を図式化したものである。同表に示したように、控訴審判決には、被害者の供述に関する判断について、次の2つの特徴があることがうかがえる。

【特徴1】

本件被害者の供述のような直接証拠の場合であっても、狭義の証明力（推認力）には「高低の程度」があることを前提に、「供述の信用性」のみならず、「狭義の証明力」についてその高低の程度を判断していること。

【特徴2】

「供述の信用性」については、「被害者供述の内容の具体性、迫真性」、「被害者供述の信用性を裏付ける被害者の言動等」というように、被害者供述そのものに関する事項か、もしくは、そのような信用性を裏付ける事項かというように、立証目的の違いを意識して題目を細分化して判断をしていること。

これら2つの特徴からうかがえるように、控訴審判決では、「狭義の証明力」および「供述の信用性」（「供述の信用性」については、さらに、題目を細分化）について、それぞれの役割を明確に意識したう

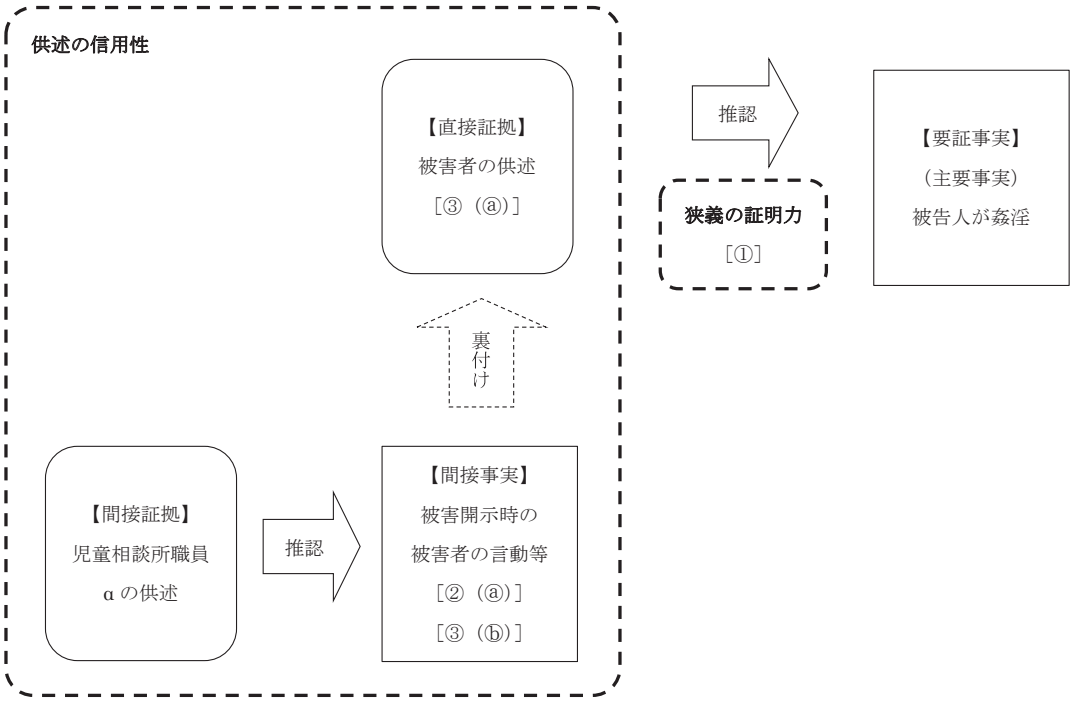
え、表3に示したように、極めて緻密な理論構造のもと、被害者の供述に関する事実認定をしていることがうかがえるのである。このような控訴審判決における理論構造と比較すると、第一審判決では、「狭義の証明力」および「供述の信用性」について、各々の役割について意識することなく、被害者の供述について事実認定をしていたことがうかがえるように思えるのである。第一審判決が控訴審判決によって逆転有罪とされたのは、被害者の供述について、このような脆弱な理論構造のもと、事実認定を行ったことにその一因があるのではないだろうか。

いずれにしても、このような控訴審判決には、被害者の供述について、上述した極めて緻密な理論構造に基づき判断をすることで、正確な事実認定をすることができる、というメッセージが込められているように思われる。このような控訴審判決のメッセージが、不同意性交等罪の創設後、性暴力被害者の供述に関する事実認定をなす際の一つの指標になること望む。

なお、今後の課題として、「狭義の証明力」と「供述の信用性」の関係について考察する必要がある。具体的には、「供述の信用性」が高い（もしくは低い）ことが「狭義の証明力」の高低の程度を上昇させる（もしくは低下させる）のか、という問題について、自己矛盾供述（刑事訴訟法328条）に関する論点と関連づけながら論ずる必要があると思う。この点が明らかになれば、上述した本件の被害者の供述に関する理論構造がより明確になるものと思われる。

追記　脱稿後、第10回法制審の審議において、「不同意性交」であることを明記し、それを直接の要件とするいわゆる「Yes means Yes」型の不同意性交等罪の創設は見送られることが示された。

表3　控訴審判決における「被害者の供述」に関する証拠の構造



※　表の作成は筆者。

注

1　公刊物未登載。

2　フラワーデモとは、2019年3月に、本件を含む4件の性暴力事件について無罪判決が立て続けに出されたことが問題視され、同年4月に性暴力撲滅を目的として開始された運動である。

3　法務省ウェブページ〔https: //www.moj.go.jp/shingi1/housei02_003011〕（2022年8月25日最終閲覧）によると、本稿を執筆している2022年8月現在、法制審の審議は第9回まで実施されている。

4　審議会第6回議事録2頁以下および同回の会議配布資料11では、不同意性交等罪のA案として「暴行・脅迫」「心身の障害」「不眠、アルコール・薬物の影響」「不意打ち」「継続的な虐待」「恐怖・驚愕・困惑」「重大な不利益の憂慮」「偽計・欺罔による誤信」があげられている。なお、A案では、このような例示列挙された要件のほか、「その他意思に反して」もしくは「拒絶する意思を形成・表明・実現することが困難であることに乗じて」といった包括的要件を設けるべきであるとする。

5　法務省ウェブサイト〔https ://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00020.html〕（2022年8月25日最終閲覧）参照。

6　なお、検討会に関する審議を網羅的にまとめたものとして、佐藤陽子＝深町晋也「『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書を巡る分析・考察を通じて」刑事法ジャーナル69号（2021年）84頁以下参照。

7　なお、のちの「『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書」では、刑法177条については「威力、威迫、不意打ち、欺罔・偽計、驚愕、監禁」、同178条については「人の無意識、睡眠、催眠、酩酊、薬物の影響、疾患、障害、洗脳、畏怖、恐怖、驚愕、困惑」となっている。

8　最判昭和33年6月6日集刑126号171頁。なお、同最高裁判決を支持するものとして、湯川毅「強姦罪における暴行脅迫の程度について」警察學論集53巻7号（2000年）126頁、杉本正則「強制性交等罪における『反抗抑圧の有無』」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選上〔第3版〕』（立花書房、2020年）491頁など参照。

9　最判昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁では、刑法177条「暴行・脅迫」の程度として「被害者の抵抗を著しく困難ならしめる程度」を要求しており、通説も同様の程度を要求している。また、同178条「抗拒不能」についても、同様に、被害者が「抗拒が著しく困難」な状態にあることを要求するのが判例、通説である。このような「暴行・脅迫」および「心神喪失・抗拒不能」に関する判例、学説を整理したものとして、嘉門優＝樋口亮介「性犯罪をめぐる議論」刑事法ジャーナル69号（2021年）5〜13頁参照。

10　なお、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編『性暴力と刑事司法』（2014年、信山社）20〜21頁［斉藤豊治］によれば、「裁判官の『経験則』」として、「抵抗したり、助けを求めなかったりしなかったのは不自然」という認識があるという。

11　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37巻（2017年）30〜31頁参照。

12　不起訴処分は、刑法177条「暴行・脅迫」を理由とする場合が5割を占めており、また、起訴された事案であっても、不同意性交であることを認めながら刑法177条「暴行・脅迫」および同178条「心神喪失・抗拒不能」に達していないことがネックとなって無罪となることがある（小島・第5回・4頁）。なお、同意見は、検討会第5回の配布資料21に基づくものである。

13　島岡・前掲注11論文31頁参照。

14　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『5F 反応』」甲南法務研究14巻（2018年）66頁では、前掲注8で述べた最判昭和33年の判旨に「被害者の心理状態や精神状態」は明記されていないことから、これらの事情を「どこまで考慮するか、どのように考慮するかは、個々の裁判官にゆだねられている」旨、批判する。

15　なお、島岡まな「ジェンダー視点を取り入れた立法論－国際水準を踏まえた刑法性犯罪改正案」刑事法ジャーナル69号（2021年）115〜116頁参照。

16　正確には、検討会および法制審で議論されていることは、「法令の解釈」の前提として必要とされる、刑法177条および同178条の構成要件に関する議論である。

17 青木英五郎『刑事裁判の論理－裁判の弁証法的考察』（酒井書店、1961 年）12 頁、藤永幸治ほか『大コンメンタール刑事訴訟法第 5 巻Ⅰ［第 317 条～第 382 条］』（青林書院、1998 年）193 頁［渡辺修］参照。

18 内山絢子「性犯罪被害の実態（3）性犯罪被害調査をもとにして」警察學論集 53 巻 5 号（2000 年）177～179 頁では、強姦（現在は強制性交等罪）および強制わいせつ事件の被疑者を対象としたアンケート調査（回答 553 名、そのうち強姦事件は 281 名）において、強姦事件はその 57.7％が自宅などの屋内が犯行現場であったとする。

19 本件は、2017 年 7 月に刑法 179 条監護者性交等罪が創設されるより前に起きた事件であることから、改正前の同 177 条後段を理由に起訴されたものである。なお、監護者性交等罪については、現在、法制審で、その派生類型である「地位・関係性を利用した犯罪類型」に関する審議が行われているが、本稿は「被害者の供述」について論じるものであることから、紙幅の関係上、同議論は省略する。

20 静岡地裁平成 31 年 3 月 28 日 LEX/BD25563007。

21 東京高判令和 2 年 12 月 21 日 LEX/BD25569647。

22 拙稿「最高裁決定（平 29・12・25）における『判断構造』の意義」季刊刑事弁護 97 号（2019 年）139～141 頁では、「判断構造」について、経験則に基づき「証拠」から「事実」を推認する過程全体のことをいうと定義している。

23 表 2 ①から⑥に示された題目は、これらの項目で述べられている事柄に基づき、筆者が適当と思われる題目を立てたものであることに注意すること。

24 正確には、控訴審判決は、表 2 ④「被害者供述に変遷がないこと」についても同様に第一審判決の誤りを指摘しており、また、第一審判決では論じられていなかった争点として、「被害者の性器（処女膜）の客観的な状態と被害者証言との整合性」という題目を新たに設けていることがうかがえる。しかしながら、とりわけ④については、「狭義の証明力」と「供述の信用性」の関係に関する本質的な問題を含むため、紙幅の関係上、本稿では省略する。なお、同論点については他稿で詳細に論じる予定である。

25 控訴審判決における「論理則、経験則等に照らして不合理」という指摘は、最判平成 24 年 2 月 13 日刑集 66 巻 4 号 482 頁（いわゆる「チョコレート缶事件最高裁判決」）に由来するものである。

26 このようなチョコレート缶最高裁判決以降の逆転有罪の場合における「論理則、経験則等に照らして不合理」であることの特徴についてまとめたものとして、拙稿「上訴審における『有罪破棄』と『無罪破棄』の違いについて（下）舞鶴女子高校生殺害事件を素材として」季刊刑事弁護 92 号（2017 年）125 頁参照。なお、本件における同議論は紙幅の関係上、省略する。

27 第一審判決には、「甲 3」と明記されているが、具体的にどのような証拠かは不明である。

28 佐伯千仞『刑事裁判と人権』（1957 年、法律文化社）43～44 頁、平野龍一ほか『刑事法辞典〔新訂〕』（1970 年、一粒社）182 頁［田宮裕］、団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔第 7 版訂版第 19 刷〕』（1977 年、創文社）282 頁、平場安治ほか『注解刑事訴訟法中巻［§189～ §350］〔全訂新版〕』（1982 年、青林書院新社）689～691 頁［鈴木茂嗣］、小野清一郎ほか『ポケット注釈全書刑事訴訟法下〔新版〕』（1986 年、有斐閣）852 頁、松尾浩也『刑事訴訟法下〔新版補正第 2 版〕』（1999 年、弘文堂）10 頁、三井誠ほか『刑事法辞典』（2003 年、信山社）436～437 頁［高田昭正］、河上和雄ほか『大コンメンタール刑事訴訟法第 6 巻［第 282 条～第 316 条］〔第 2 版〕』（2011 年、青林書院）338 頁［高橋省吾］、石井一正『刑事実務証拠法〔第 5 版〕』（2011 年、判例タイムズ社）444 頁、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』（2015 年、現代人文社）251 頁 417 頁、三井誠ほか『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕』（2018 年、日本評論社）424 頁［三村三緒＝江見健一］、田淵浩二『基礎刑事訴訟法』（2022 年、日本評論社）213～214 頁など参照。

29 前掲注 28 でとりあげた文献において、各々「狭義の証明力」と「供述の信用性」に関する定義がなされているが、本稿では三井ほか・前掲注 28 書 424 頁［三村三緒＝江見健一］に従うことにする。

30 上口裕『刑事訴訟法［第 5 版］』（2021 年、成文堂）333 頁によると、直接証拠とは「被告人の自白や目撃証人の供述や、犯行の録画のように、要証事実（ここでは主要事実）に関する直接的な情報を含む証拠」であ

る旨、定義されている。なお、同様に、間接証拠については「要証事実に関する直接的な情報を含まず、要証事実を推認させる間接事実（情況証拠ともいう）を内容とする証拠である」旨、定義されている。

31　上口・前掲注30書333頁では、直接証拠の具体例として「目撃証人の供述」があげられているが、この「目撃証人の供述」のなかには、当然、自身に対する犯行を目撃している「被害者の供述」も含まれると考える。

32　松尾・前掲注28書10頁。なお、後述するように、私見では、直接証拠の場合であっても、狭義の証明力（推認力）には「高低の程度」があることを前提に、「供述の信用性」のみならず、「狭義の証明力」についてその高低の程度を判断する必要があると考える。それゆえ、私見は松尾説とは意見を異にするものである。

33　なお、松尾・前掲注28書10頁には、間接証拠について「被告人を犯行現場から500メートルの地点で見かけたという証人が何十人といる場合は、信用性はきわめて高いが、関連性（「狭義の証明力」のこと－筆者注）はさほどではない」というように、「供述の信用性」はきわめて高いが、「狭義の証明力」についてはその高低の程度が低い、という記述がある。ここでの「狭義の証明力」は、むろん主要事実（「被告人の犯人性」）の存否の推認力を意味する。

34　なお、田淵・前掲注28書214頁では、証拠の証明力は「証拠の信用性ないし信憑性と要証事実を推認させる力に区別できる」としたうえ、「直接証拠の証明力は前者（供述の信用性のこと－筆者注）によって決まる」とする。このような田淵説は、松尾・前掲注28書10頁と同旨と思われる。

35　この点について、笹倉宏紀「伝聞証拠の意義（上）－真に問われているのは伝聞法則の知識ではない」法学教室469号（2019年）78～79頁参照。

36　このような控訴審判決が示した被害者の供述の要旨は、控訴審において新たに被害者に対する証人尋問をしたことがうかがわれないことから、第一審における証人尋問に基づくものであり、4（1）で示した被害者の供述の要旨において示されなかった供述について加筆したものと思われる。

37　下津健司ほか『刑事裁判実務の基礎』（2014年、有斐閣）201～205頁［下津健司＝江口和伸］では、「供述の信用性」について、「事件又は被告人との利害関係」「知覚や記憶の条件」「他の証拠との符合・他の証拠による裏付け」「供述内容自体の自然性・合理性、具体性、迫真性」「供述経過（変遷の有無・一貫性）」「供述態度」といった6項目をあげているが、これらの項目が各々どのような関係にあるかについては、とりわけ記述がない。