

## 刑事法判例研究

九州刑事判例研究会

平井, 佐和子  
九州大学大学院法学研究科

森川, 恭剛  
琉球大学法文学部

<https://doi.org/10.15017/2224>

---

出版情報 : 法政研究. 67 (3), pp.247-276, 2001-01-31. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 刑事法判例研究

## 九州刑事判例研究会

### 「和姦の論理」と被害者供述の信用性判断

強姦致傷被告事件において、被害者の証言の信用性が乏しく、和姦であるとの被告人の弁解を排斥できないとして、無罪を言い渡した事例（確定）（東京地判平成六・二・一六）

平井 佐和子  
森川 恭剛

#### 目次

- 一 はじめに
- 二 事実関係と判旨
  - (一) 事実関係
  - (二) 判旨
- 三 裁判所の論理の特徴
  - (一) 東京地判平成四・二・一七の検討

1 争点以外の事実で証拠により認定できる事実

2 裁判所の認定する「真実」

3 被害者および被告人の各供述の信用性の判断方法

(二) 「和姦の論理」——東京地判平成六・一二・一六の検討

1 被害者の人物像

2 被害者証言の特徴

3 被害者と被告人の人的関係

4 告訴の理由

四 まとめと展望

#### 一 はじめに

強姦罪の無罪判決には、被害者における同意の有無が争われ、「和姦」であるとの疑いが排斥できないとされる場合や暴行・脅迫が「相手方の抗拒を著しく困難にする程度」に達していないとされる場合等がある。<sup>(1)</sup>

本稿が強姦罪の右の二種の無罪判決に着目するのは、それらの判決において、強姦罪の保護する法的価値の侵害の事実について、十分な理解が示されることが多くあるからである。強姦罪の保護法益は性的自由であるとされてお

り、その実質的な内容は人格的な価値、つまり人間の尊厳あるいは性的な尊厳であると説明されている。しかし個別の事案におけるこの重大な法的価値の侵害の事実について、強姦罪に関する従来の法理論と法実務は無頓着であることが多かったように思われる。

例えば、次のような机上のケースを考えてみよう。「相手方の抗拒を著しく困難にする程度」の外観を呈する暴行については相手方の同意があるが、姦淫行為については同意がない場合である。このような場合について私たちは、「相手方の抗拒を著しく困難にする程度の暴行・脅迫」は用いられていないとして、被害者の同意が認められない場合に、強姦罪の成立が否定されるのと同じように考えるのであろうか。しかし、そもそも被害者は同意していなかったとしつつ、その抗拒を著しく困難にする程度の暴行・脅迫はなかったと認定することは、単に被害者により多くの抵抗を期待したいという趣旨か、<sup>②</sup>それ以上に被害者の不同意の真実性に疑いを入れているか、<sup>③</sup>何れかであろう。しかし何れにせよ、被害者が不同意であったと述べるだけで、重大な法的価値が侵害されていた、とは考えにくいと考えられているのであり、意に反した姦淫行為をうけたときに、それは意に反していたと述べることもそのことが軽視されて

いるのである。それとも、私たちは右の例示の場合は準強姦罪の「抗拒不能に乗じて」にあたりと解釈するのであろうか。しかし、仮に起訴が行われたとして、私たちは被害者供述を導きの糸として姦淫行為についてののみ不同意であったことを、はたして理解することができようか。

私たちが検討を加えようとしている東京地判平成六・二・一六（判時二五六二・一四二）「以下、平成六年判決と表記」は、被害者の証言の信用性は乏しく、強姦ではなく和姦であった疑いが残るとした無罪判決である。被害者が姦淫行為について不同意であったと述べたそのことが、結果として、法益侵害の事実を否定したのであった。同時に同判決は、被害者を非難し、その人格を貶めている。これは強姦罪で裁かれるのは加害者ではなく被害者であると指摘される事態の最悪のパターンであったとすることができ。私たちの考えでは、平成六年判決がその典型であるが、これまで強姦（準強姦）の犯罪事実について合理的な疑いが残るとした無罪判決が、しばしば被害者の人格を貶めてきたことは、強姦罪の法益侵害を認識するための適切な方法や感覚を私たちが有していないことを示すのである。しかし、強姦罪の無罪判決の批判的検討は、その重要性に応じた十分な考察が必要である問題領域であるとは考え

られてこなかったようである。その理由の一つとして、強姦罪の犯罪事実について合理的な疑いが残るとした無罪判決が「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従うものであると理解されてしまうことを指摘しようである。しかし、平成六年判決がもし何らかの論理に従って無罪の判断を出したとするならば、それは「和姦の論理」と呼ぶべきものであり、これは「疑わしきは被告人の利益に」の原則とは明確に区別されるのである。本稿が平成六年判決を検討することによって明らかにしようとするのは、強姦罪の無罪判決をしばしば導くのは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則というよりは、むしろこの「和姦の論理」であること、しかし、この後者の論理は私たちが強姦罪の保護する法的価値の侵害の事実を真摯に理解しようとする際の妨げにしかならないことである。<sup>4)</sup>

## 二 事実関係と判旨

### (一) 事実関係

本件公訴事実は、「被告人は、A子（当二九年）を強いて姦淫しようとして、平成五年五月六日午前四時ころ、同女を乗車させた普通乗用自動車を東京都渋谷区内の駐車場

に乗り入れ、その場で降車して逃げようとする同女に対し、いきなりその背後から腕を掴み、手で口をふさぎながら同車後部座席に引きずり込んだ上、同女を座席シートに仰向けに押し倒して馬乗りになって、『静かにしろ。じたばたするな』と申し向けてその顔面を平手で殴打し、その喉元を手で押さえ付けパンティストッキングを破り取り、パンツを脱がせて下半身を裸にし、さらに『お前がおとなしくしないとお前の身体の中に俺の精子を入れてやるぞ。そうしたらお前は妊娠することになるぞ』などと申し向けるなどの暴行・脅迫を加えてその反抗を抑圧し、強いて同女を姦淫し、その際、右暴行により、同女に対し、全治約三週間を要する右眼球結膜下出血、左下腿・両側大腿皮下出血の傷害を負わせたものである」とする。

これに対して、被告人は、以下のように主張して、和姦である旨弁解した。すなわち、「部屋に來ないか」とA子を誘ったところ、A子が承諾したので自宅マンションへ向かい、自宅マンション前の路上に自車のワゴン車を止めた。A子はかなり酔っていて、マンション入口のフロアで仰向けに転倒したが、痛がる様子もなく笑っていた。自室の前までA子を連れていったが、婚約者が来ているかもしれないと心配になり、そのまま車に戻った。車中でA子がワ

ンピースを脱ぎ始めたので、服を脱ぐのを手伝い、後部座席に移動することにしたが、A子はバランスを崩し、頭から前部座席と後部前座席との間に落ちた。A子を抱き上げるようにして最後部座席へ移動し、背もたれを倒して性交したのであって、これは合意による性交である、と。

本件の争点は、A子は、車内で被告人から暴行・脅迫を受けて強姦され、その際に傷害を負ったと証言するのに対し、被告人は、同車内でA子と性交したが、これは合意によるものであると主張している点である。

これについて、判決は、まずA子証言の信用性を裏付けるものと考えられるその受傷状況について検討を加えた。しかし公訴事実が取り上げる右眼球結膜下出血については、「本件当日から生じていたものであるかどうかも疑わしい(い)」としており、また左下腿・両側大腿皮下出血についても、「本件の直後にA子が左下腿部・両側大腿部の所々に皮下出血の傷害(全治約一週間)を負っていたことが推認できるだけであって、それ以上にA子に本件に起因する受傷が存在したと認定することはできない」のであり、「そして、右皮下出血はなんら治療を要しない軽傷であり、この部位におけるこの程度の軽傷であれば、後述のA子の酩酊の程度や本件直後の行動に照らすと、種々の機会に生じ

得たと考えられる」ので、「右傷害の成因は不明である」とした。<sup>(5)</sup>

次に、本事案の核心部分である車内での性交の事実について、判決は、首を絞められたために嘔吐したあと、姦淫された、というA子の主張を不自然であるとして斥け、車内での性交後、嘔吐したため、口論になった、という被告人の供述をより合理的であるとした。

判決は、「本件においては、A子証言と被告人供述以外に強姦か和姦かに対する判断の決め手となる証拠はないから、…A子証言の信用性を被告人供述を含む関係証拠に照らして検討していくこと」にして、右の核心部分の結論に至ったのであった。次に判旨として紹介するのは、A子証言および被告人供述の信用性の評価に関する結論部分である。

## (二) 判旨

A子証言の信用性を検討していくと、「A子は自己の人物像を偽って証言していると窺われる上、『乙山』での言動や飲酒量、被告人の車に同乗した理由などについても、和姦の可能性を否定する方向へ事実を曲げた証言をしていると認められる。そして被害状況に関するA子証言には不

自然、不合理な点が多くみられる上、告訴までの経緯にも不自然な点がある。翻つて、被告人の公判供述を検討すると、明らかに信用できない部分もあるが、A子証言よりは信用性が高いと認められる部分も少なくないのであって、結局、本件は和姦であるという被告人の弁解を排斥することは困難というほかない」。

### 三 裁判所の論理の特徴

#### (一) 東京地判平成四・二・一七の検討

平成六年判決は、私たちが「和姦の論理」と呼ぶ考え方にあからさまに従ったものであり、それゆえに同判決は批判的な検討に服さねばならないと私たちは考えている。同判決が、「A子については、慎重で貞操観念があるという人物像は似つかわしくないし、その証言には虚偽・誇張が含まれていると疑うべき兆候がある」と述べるとき、これは単にA子供述の信用性が低いと述べられているのではないし、逆に被告人供述の信用性が相対的に高いと述べられているのでもない。また単にA子供述に基づいて事実を認定することはできないと述べられているのではないし、逆に基本的に被告人供述に基づいて事実を再構成することが

できると述べられているのでもない。同判決が右のように述べるとき、それは被告人の供述内容から独立したある部分から発せられているのであり、これを導くものが裁判所の「和姦の論理」である。同判決では、A子証言および被告人供述の信用性を評価する方法において、この論理がはっきりと認められるのである。

もちろん「和姦の論理」に依拠した無罪判決として平成六年判決が例外に属しているのではないし、また「和姦の論理」は強姦罪の無罪判決においてだけみられるものでもない。例えば、強制わいせつ被告事件に対する無罪判決である東京地判平成四・二・一七（判時一四五四・一五四）「以下、平成四年判決と表記」もまた同様に、「和姦の論理」を前提にして、被害者および被告人の各供述の信用性を詳細に検討したあと公訴事実を斥けたものであった。そして、この後者の判決において、「和姦の論理」が被害者および被告人の各供述の信用性の判断方法に影響を及ぼしたときの事実認定における帰趨が、非常に分かりやすいものになっているので、まずこちらを先行させて、「和姦の論理」のいわば機能を確認するところから検討を始めることにしたい。

平成四年判決は、判決理由において公訴事実と被告人の

主張を紹介したあと、無罪の結論に到達することになったその判断の筋道を次のように明記している。「初めに、争点以外の事実で証拠により認定できる事実を確定した後、暴行・脅迫の有無についてのK子及び被告人の各供述の信用性を吟味し、最後に、暴行・脅迫及びK子のわいせつ行為についての合意の有無についての判断を示すこととする」と。

#### 1 争点以外的事实で証拠により認定できる事実

平成四年判決が争点以外的事实で関係証拠により明らかにな事実として認定したものは、第一に本件当日に至るまでの被告人と被害者の関係について、第二に本件当日のわいせつ行為直前の口論について、第三にわいせつ行為の存在、第四に本件発覚に至る経緯の四点であった。

まず、本件当日に至るまでの被告人と被害者K子の関係について、はじめにK子(当二四年)は「結婚歴はないものの信仰を同じくする婚約者を有し、肉体関係もあったが、婚約者に愛情は感じていなかった」こと、また被告人(当五二年)は独身・無職であることを指摘したあと、被告人は浄水器等の訪問販売員をしていたK子から浄水器を購入したのをきっかけにK子と知り合い、その後も顧客を紹介

するなどしてやって、K子の得意客となり、K子も、被告人を「お父さん」と呼んで、被告人しか在室しない六畳間に頻繁に上がり込んで仕事の合間を過ごすようになった、と認定している。

次に、わいせつ行為直前の口論について、本件当日、被告人は、K子に顧客を紹介するため、朝からK子の会社に連絡すると共に、こたつ板の上に携帯こんろと土鍋を用意し、鍋を作って酒を飲みながらK子を待っていた。昼過ぎに連絡があったものの、K子が被告人宅に赴いたのは午後六時半ころであったため、待たされた被告人が憤まんをぶつけたところ、K子は時間の約束はしていないと反発した。K子が謝るものと考えていた被告人は、K子の態度を見てもますます立腹し、「おれが今まで買った物も全部持って帰れ」、「今までおれが払った金を返せ」、「ふざけるな」と怒鳴り、K子が帰宅することを許さなかった、とされた。続いてわいせつ行為の存在について、午後七時過ぎころから午後一〇時過ぎころまでの約三時間ほど、被告人は、K子の乳房を手指・舌で愛撫したうえ、全裸になったK子の陰部を手指で愛撫し、陰部を指で開かせ、そこに焦点をあてた写真を二枚撮り、更にK子の口腔内にその陰茎を挿入して、その状況を一枚写真撮影し、肛門に陰茎を押しつ

けて肛門性交を試みた後、K子の裸の上半身を一枚、再び陰部を指で開かせた写真を一枚それぞれ撮影し、K子の陰毛をはさみで切除するなどした、という事実が認定された。

最後に、本件発覚に至った経緯として、K子が、午後一〇時四五分ころ、被告人方の窓から戸外に向かって「きゃー、助けて。助けて。」と数回繰り返し叫び、さらに「きゃー、警察。」と叫んだところ、これを聞きつけた住人が交番に駆けつけて通報した。これを受けた三名の警察官がパトカーで現場に急行した際、被告人方から応答はなく静まりかえっていた。ドアのノブに手をかけ、ドアを揺するような感じで、連続的に呼びかけているうちにいきなりコートを羽織ったK子が廊下に飛び出してきた。K子はしゃがみこむようにして泣き伏せ、「中にいる暴力団と言っている男の人に脅かされて裸にされてポロライドカメラで写真を撮られた。」と訴えたことから、発覚に至り、さらに告訴に至ったものである、と認定された。

## 2 裁判所の認定する「真実」

平成四年判決は、以上の事実関係を確定したあと、「本件わいせつ行為が、被告人の何らかの脅迫等により、K子の意思に反してなされた疑いはかなり濃い」と述べる。私

たちもまたそのように考えるのである。しかし、同判決はK子および被告人の各供述の信用性を吟味したあと、「被告人の供述を基にして、既に検討したところを総合すると、真実は、次のような経緯で本件わいせつ行為がなされたのではないかとの疑いをぬぐい去ることができない」と述べるのである。

K子は、口論の後、客で仕事に便宜を図ってくれた被告人を失い、商品まで返されたというのでは、会社に顔向けができないので、何とか被告人と和解し、今後も取引関係を続けたいと思い、胸への愛撫をしぶしながら了承した。そして次から次へとわいせつ行為を要求され、写真撮影をも求められ、そこまでならと一つ一つ応じていくうちに、次第に自らも行為に引きこまれてしまい、結局姦淫以外の行為は全て応じてしまった。

では、なぜ、K子はわいせつ行為に「応じた」にもかかわらず、それはK子の合意に基づいておらず暴行・脅迫によるものである、と信用性に疑問を抱かせた供述を行うのであろうか。判決は、続いてこの点に関して「真実」を次



のように描き出している。

ところが、被告人は、彼氏に写真を送るとか、売りさばくなどといやみを言った後、眠くなったと言って、一人で横になってしまった。K子は我に返り、被告人の要求に応じてしまったことを後悔するとともに、誰にも見せないということとでわいせつ写真の撮影を甘受したのに、約束に反してこれを婚約者等に送るなどと言われたことや、そのように好き勝手なことを言うとおきながら、自分を放置したまま横になってしまおうという被告人の身勝手さに対して、怒りがこみ上げてきて、感情の抑制がつかなくなった。K子は、被告人に色々と文句を言っていたが、酒の酔いと疲労のため眠くなつてまともに相手にしない被告人に対する腹立ちを強め、被告人の頭部を土鍋などで殴つて憤まんをぶつけたが、被告人が冷淡な態度をとり続けたため、売り言葉に買い言葉で、被告人の心胆を寒からしめるために、警察を呼ぶといつて、窓を開けて大声で叫んだ。その結果警察に通報され、警察官が駆けつけてきたため、事が大きくなり引つ込みがつかなくなつてしまい、しばらくためらったが、被告人とこんな行為をした後

にけんかになったと話すわけにはいかないし、自己の名誉を守る必要もあるものと判断し、室外へ飛び出すと、被告人にわいせつ行為を強制された旨訴え、その後は、やむを得ず、強制されたとの筋での供述をすることとなつていった。

3 被害者および被告人の各供述の信用性の判断方法  
右の「争点以外の明らかな事実」と「真実」の双方は矛盾なく両立しているものであり、この両者の結び付き方は、同判決におけるK子と被告人の各供述の信用性の判断方法と密接に関連している。その結び付き方とは次の通りである。

まず判決は、問題のわいせつ行為に至るまでの被害者と被告人の関係、および被害者のある一定の人物像に言及し、将来の何時かにおいて当該わいせつ行為が両者の間で起こりうることの伏線としている。例えばK子は被告人しかいない六畳間にしばしば上がり込んでいた事実等である。次に、当該わいせつ行為の直前の事情に言及し、同行為が被害者の合意のもとで行われえたことの伏線としている。口論のあとK子は何とか被告人と和解したいと考えた、という部分がそれにあたる。こうして「和姦の可能性」を導き

出したあと、わいせつ行為の事実を確認して、最後に、被害者が信用性の疑わしい供述を行う理由を説明するために、わいせつ行為後の事情についても言及しておくことが必要とされたのである。

しかし再び引用するが、「争点以外の明らかな事実」を見る限り、「本件わいせつ行為が、被告人の何らかの脅迫等により、K子の意思に反してなされた疑いはかなり濃い」のである。しかし、判決は、わいせつ行為に先行する事実関係と合意に基づくとされたわいせつ行為とその後の事実関係をいわば「自然な」経過であると捉え直した。しかも、判決が指摘するところによれば、「真実」は、被告人供述を基にして描き出されたとはいうものの、その供述には「都合のよくないところは必ずしも正直に述べていないところが散見され」、また「その時間的前後関係にはかなりあいまいなところが多い」というのであり、「信用できない点も少なからず見受けられる」のであった。しかし、判決は、強制わいせつ行為の要点に関する被告人供述の内容が「諸事情に照らし比較的自然而である」と考えたのである。もちろんこの心証形成は、被告人の供述内容から独立した特別な論理に従った裁判官の自由な判断であったと考える以外にない。

判決によると、被告人しかいない六畳間にしばしば上がり込んでいたK子が顧客を失うおそれ等からわいせつ行為に応じた、という結論が引き出されたのは、「K子及び被告人の各供述の信用性を吟味し（た）」結果であった。しかし問題のわいせつ行為がK子の意思に反してなされた疑いがかなり濃いにもかかわらず、K子供述に基づいて事実を再構成するのではなく、被告人供述に基づいてそれを試みたことは、そこで如何なる信用性の判断方法が採用されたのか、たいへん興味深いのである。そして、私たちの仮説は、判決をして被告人供述に基づき「真実」を描き出させたところのもの、すなわちK子供述を不自然であり被告人供述を自然であると判断させるところの、論理則ではなく、経験則ともいえない、何らかの暗黙の前提があり、これが各供述の信用性を判断する際に大きく影響を与えた、ということである。これについて私たちは「和姦の論理」という呼称を与えて、批判的に検討を加えようとするのである。私たちの考えでは、右の「争点以外の明らかな事実」と「真実」を結び付けたのは、この「和姦の論理」であり、平成四年判決はこの論理に則って各供述の信用性を判断し公訴事実を斥けたのである。

この「和姦の論理」において、K子供述の信用性を判断

するために、裁判所が着目していたのは、第一に、被害者（K子）の人物像であり、第二に、両当事者間の先行する関係性である。この関係性は、やがて両者間の性的行為へと進展するだろうか、という積極的な観点と被害者は被告人を排除しようとしたか、あるいは被告人から退避しようとしたか、という消極的な観点の両方からのアプローチが可能である。<sup>6</sup>第三に、被害者供述における曖昧さや変遷、あるいは重要部分についての欠落等の有無であり、仮にこれらがあるとすれば、被告人供述に同様な特徴が見られたとしても、被害者供述の信用性のみが大いに低められるのである。そして最後に、被害者が信用性の疑わしい供述をする理由、あるいは事件に関する虚偽の届出や告訴を行う理由となる事情が見出されるかである。

このような枠組みの中で被害者供述の信用性判断を行い、被害者は事実を歪曲している、との結論を導かずにはいないのが、「和姦の論理」である。したがって明らかにこの論理は、公訴事実が立証されておらず、合理的な疑いが残る、とする判断とは異質のものである。次に、裁判所がこの「和姦の論理」に立脚して、どのように被害者供述の信用性を判断しているかを平成六年判決に即して具体的にみていきたい。

(二) 「和姦の論理」——東京地判平成六・一二・一六の検討

本事案において関係証拠により明らかであるとされたのは次の事実である。事件当夜、デイスコ「甲野」において被告人とその友人Bが、被害者A子とその同僚D子らのグループと知り合い、被告人とA子を含む合計五名は、午前零時過ぎ頃から午前三時過ぎ頃までの間、飲食店「乙山」で飲食やゲームをし、その後被告人がA子に乗せた普通乗用自動車（ワゴン車）を運転して同店を出た。

しかし、その後の状況については、被告人は強姦をしたのか、それは和姦であったのかという核心部分について、あるいはA子が嘔吐したのはその性交の前であるか後であるかなど、A子と被告人の間で争いがあるのであった。またこの一連の出来事のあと、A子が受傷していたことは事実であるが、その程度・原因についてはA子が述べる通りであるとはされなかったのであった。さらにA子証言と被告人供述は、右の核心部分以外の明らかな事実に関する詳細等についても種々の点で大幅に食い違っていた。そこで裁判所は、「A子証言の信用性を被告人供述を含む関係証拠に照らして検討していく」こととした。

## 1 被害者の人物像

判決は、A子証言の信用性を裏付けるものと考えられたその受傷状況について、「被告人に暴行されて強姦されたというA子証言の決定的裏付けとすることはできない」と否定的な評価を下した後、次のように述べている。「A子やD子らA子側の者の証言等に客観的事実に反する部分やことさらに誇張した部分が含まれている疑いが濃厚である」。したがって、「被害状況を中心としたA子証言の信用性を慎重に検討していく必要がある」。その前提として、はじめに「A子の人物像」や「A子証言の特徴等」を検討する、と。

そしてその人物像の結論として、判決は、「A子については、慎重で貞操観念があるという人物像は似つかわしくない」と考えたのである。その判断の根拠となったものを幾つか紹介すると、まず本件当日のA子の行動であり、例えばA子が初対面の被告人らと夜中の三時過ぎまで飲み、その際にセックスの話をして、A子自身は野球拳で負けてパンストを脱ぎ、そして同店を出るときには被告人の車に一人で乗った、ということである。ちなみに判決は、これ等のことをもって、仮にA子が被告人から強姦されたことが真実であるとしてもA子には大きな落ち度があった、と

付言し、さらにここから、A子の証言態度には「自らにも落ち度があったことの自覚が全く窺えない」から、「A子は社会常識に欠けるところが甚だしい女性とみられてもやむを得ないであろう」、と述べたのである。この部分は、判決自らが後に否定する仮定に基づいて、A子の人間性を徒に冒瀆したものであると言わざるをえない。

また判決はA子の経歴と素行に着目している。A子は、高校を卒業後、デパート勤務を経て、ファッションモデルやパーティーコンパニオンをしていたが、この経歴をもって判決は、「A子は、一般人から見ればかなり派手な経歴の持ち主である」という結論を導いている。そして素行については、四点の例示があるが、例えばその第二点目では、A子が本件について告訴するまで迷っている時期に、男性F（A子証言によると当時婚約者であった）とA子宅でアダルトビデオを鑑賞していた可能性があることが紹介されている。また同じくその第三点目では、Fの証言によるとA子とFは婚約しておらず、両者は「二度目に会ったとき（二人だけになった最初の機会）に性交を持った」ことが指摘されており、そしてここからA子の「貞操観念には疑問が残るといわざるを得ない」という評価が引き出されている。

判決は、「A子証言の信用性を慎重に検討していく必要がある」ので、このようなA子の人物像の同定を行ったのであった。判決によると、A子は、慎重ではなく、また貞操観念に欠けるのである。そしてその信用性判断の結論から翻ってこの人物像がその判断にどのように影響したかを考えると、それは、A子証言の信用性を低下させる方向で意味を有したのであった。例えば判決は次のように述べている。「(A子は)自己の当時の貞操観念を強調する方向に事実を曲げて証言をしているといわざるを得ない」と。これは「乙山」出発時の状況との関連で述べられたものであるが、全体として次のような含みを持っていることは想像に難くない。すなわち、A子は被告人から強姦されたと訴えているが、これは事実に対して自己の貞操観念を強調したものにすぎない、と。

しかし、仮にA子が、判決の認めたとおり、慎重でなく、また貞操観念に欠けるとして、これらの特徴はいったい強姦罪の成否を判断するときに考慮されるべき事柄なのだろうか。もちろん判決は、貞操観念に欠けるA子はおよそ強姦行為の客体たりえないとは述べていないし、またA子は貞操観念に欠けるので被告人と合意の下で性交したのであろうとも明言することはなかった。しかし、では、なぜ

判決はA子についてその貞操観念を問題にするのであろうか。被害者が貞操観念に欠ければ自動的にその供述の信用性に疑問が生じてくるのであろうか。ちなみに平成四年判決では、K子は「婚約者を有し、肉体関係もあったが、婚約者に愛情は感じていなかった」とされていた。なぜ平成四年判決はK子についてこのような言及を必要としたのであろうか。平成六年判決は、A子は事実を曲げて自己の貞操観念を強調する方向に証言をしているので、強姦をされた旨の証言の信用性もまた疑わしい、と述べようとしているが、しかしこの信用性の判断方法は、甲は時間にルーズであるのに時間を厳守する人物であるかのような証言をしているので、甲が強姦をされた旨の証言の信用性もまた低いとする判断方法とはその依拠する論理が異なるのである。私たちの考えでは、時間にルーズであることと真実は強姦ではなく合意の下で性交が行われたことを結び付ける経緯は存在しないが、しかし、貞操観念に欠ける(と判決がみなす)被害者の訴える強姦の事実疑問符を付すことはまさしく、「和姦の論理」の帰結なのであり、そしてこの限りでは被害者供述の信用性を判断する(ためのその人物像への言及)、というのは単なる装いにすぎないのである。つまり、「和姦の論理」に従う場合には、慎重でなく

貞操観念に欠ける（あるいは肉体関係を有するが愛情を感じていない婚約者を有する）といった被害者の人物像の同定が、被害者は合意のもとで被告人と性交をした疑いがある（あるいはわいせつ行為に依拠してしまっただけの疑いがある）、という結論を導き出すために必要となるのである。<sup>7</sup>これは「和姦の論理」の一つの特徴である。このようにして「和姦の論理」は、一方で強姦の事実を疑うための論理であるとともに、他方で被害者のプライバシーあるいは人間性への、倫理的な非難の意味を含む徒な介入を行わずにはないものである。

## 2 被害者証言の特徴

A子証言には、本件当時着用していたとされるワンピースについて変遷がみられた。しかし、裁判所の判断では、A子としても、「本件当時の着衣が捜査を進めるにあたって重要な証拠品になることは認識できたと認められる」のである。にもかかわらずA子が、「面倒臭いなどという程度の理由で」、もしくは「深い意味はなかったとか、警察で捨てたと言った流れでという程度の理由で虚偽の証言をした」とすれば、それは裁判所の理解の範囲をこえた証言態度であった。そこで裁判所はそれは次の二つの何れかの

理由によると考えたのである。まず、「強姦の被害者としては、その被害に遭ったときに身に付けていた衣類は、告訴に伴い警察に証拠品として提出するか、汚らしいと思うなどしてこれを処分するのが通常であろうが、A子としても、被告人から強姦されたときに着ていたワンピースをリフォームに出してまで着続けようとしていたと供述すれば、捜査官から不自然と思われるのではないかと考えて、この点につき虚偽供述をした」か（もちろん「変更後の証言に、右のような不自然さが残ることも否めない」、と括弧書きで補足することを判決は忘れていないが）、あるいは「A子は厳粛な法廷においてさえもそのように軽はずみに嘘をつくような人物」であり、それゆえ「軽い気持ちで」「その流れで」、「ついには本件告訴にまで及んだのではないか」、と。しかし、ともあれ——と判決は続ける——この「変更部分から窺われるA子証言の特徴」は、「自己の言動の理由等を一応説明し、質問に応じて理由等をさらに付加したり、詳細化させて」おり、「その証言には虚偽・誇張が含まれていると疑うべき兆候がある」ということであり、したがって、「A子証言中の他の部分の信用性も相当慎重に検討する必要がある」のであった。このように、A子証言における着衣に関する変遷は、強姦の訴えそのものを全

面否定させうるほどの非常に大きな意味を持たされているのである。

これに対して、被告人の公判供述については、その信用性を疑うべき次のような幾つかの事由が列挙されているのであるが、しかしその根幹部分についてはA子証言と比較して信用性が高いとされている。例えば、被告人は「勾留質問や勾留理由開示法廷ではA子との性交自体をも否定するかのような虚偽的供述」をしていたのであった。また、「公判における詳細な供述は、弁護人を通じて検察官請求証拠の全容を認識してからはじめてなされて」おり、「軽々しく信用性を肯定することはできない」のであった。さらに、「A子の本件当時の服装やA子がワゴン車内で自発的に全裸になって被告人を挑発したといわんばかりの和姦の態様などの点は、事実に反するか誇張であるとみざるを得ない」のであった。しかし、これらの虚偽や誇張等は、被告人の公判供述中の他の部分の信用性に影響を与えていないようなのである。

つまり、被害者証言と被告人の公判供述のそれぞれの信用性が、同じような方法で公平に判断されていた、とは考えられないのである。「口説き文句の一つもなく、いきなり暴行を加え(た)」という「A子が証言するような被告人

人の行動は余りにも唐突で不自然」であり、また嘔吐直後の姦淫というA子証言には「不自然さ」が残るが、しかし嘔吐は性交後であるという被告人供述は「事態の推移として自然なもの」である、と判決は述べる。しかし私たちは、A子証言が「不自然」であるのは、それを「相当慎重に」検討しているからではないか、また被告人供述が「自然」であるのは、そうした「慎重さ」に欠けるからではないか、という疑問を払拭し得ないのである。

では、なぜ被害者証言のみが「相当慎重に」検討されるのであろうか。判決は、まず被害者証言の変遷から、その証言中の虚偽・誇張の兆候を読み取り、その信用性に疑いを差し挟むことができる、と考えていた。そしてこの疑いから、強姦の現実性が霞み、「和姦の可能性」が導かれて、さらにこの「和姦の可能性」を念頭におくと、強姦であるという被害者証言は不自然であり、和姦であるとの被告人の主張は自然であると聞こえたということであると考えられるのである。判決は、被害者証言は不自然であるのに対して被告人供述は自然であるとは判断しないのであり、被害者証言が不自然だから、つまりそこから「和姦の可能性」を引き出しうるから、被告人供述が自然であると聞こえたのである。つまり、被告人供述が自然である、という

心証形成は、被害者証言に変遷がみられることや被告人供述にも同様な傾向があることそれ自体により左右されたものというよりは、端的に判決自身が——慎重な検討の結果——被害者証言から引き出すところの「和姦の可能性」の影響であると理解すべきものなのである。「和姦の論理」は、被害者の人物像とその供述するところの双方から、「和姦の可能性」を引き出すのである。それでは、どのようにして、その供述内容から「和姦の可能性」が引き出されるのであろうか。

### 3 被害者と被告人の人的関係

本件事案において、A子と被告人は本件当夜のディスコ「甲野」において知り合っているので、それ以後の飲食店「乙山」での両者のやり取りから、判決が両者のどのような人的関係を読みとり、和姦への伏線としているかが次の問題である。

さて同判決は、右に確定されたA子の人物像を「念頭に置きながら、A子証言の信用性を個別的・具体的に判断していくこととする」と前置きして、「乙山」でのA子の言動、「乙山」出発時の状況、およびワゴン車内での核心部分に至るまでの状況について検討を行っている。これらの

検討の中で、核心部分に先行する経緯として確認された諸点は次のような事実であった。第一に、「乙山」で被告人がA子に「最近のセックスはいつか」などと質問をして、その場でセックスの話題が持ち上がったことである。第二に、A子が、負けると服等を脱ぐか酒を飲むというルールで行われた野球拳のゲームに負けて、「少なくともパンストまでは脱いで、これを手に持って振り回した」とである。なおこの点についてA子はパンストを振り回したことを否定しており、また「お酒を飲むよりはいい、そこまでだと思って」、「嫌だった」が、パンストを脱いだとしている。ちなみに判決は、右の認定された事実から、A子は被告人らの前で、「大胆かつ刺激的な行動をとっているのであるから、かなり節操に欠ける女性であるといわざるを得ない」と、再度A子の人間性を不必要に攻撃している。

第三に、A子の飲酒量であるが、「ほろ酔い程度であった」とのA子証言に対して、判決はその他の関係証拠から、「A子はビールのほか、テキーラもかなり多量に飲んで」おり、また「初対面の男性である被告人らの前でパンストを脱ぐという大胆かつ刺激的な行動に出ている」ほどであるから、「A子は当時かなり深く酩酊していた」と推認し



ている。

第四に、「乙山」出発時の状況は、「被告人の車にA子が、Bの車にD子とE子が乗って」、「Bの車は、被告人の車を待たずに出発し、被告人の車とは別方向」へ向けて走ったとされており、この間の事情について、A子は、「D子が、自宅近くまでBの車でついて行くから大丈夫と言ってくれたし、被告人もきちんと送ってくれるだろうと思った」と証言しているが、これに対し判決は、主に被告人の車の後について行く約束をしたことを否定しているBの供述に基づき、A子証言の信用性を否定し、「『乙山』でのA子の言動や飲酒量をも考え合わせると、A子は同店を出る際には、すでに被告人に車で送ってもらうつもりになっていたと考えるのが」、前述の「乙山」出発時の「車や人の動きに照らし自然というべきであろう」と判断している。

判決は以上の諸点を認定したあと、A子は「和姦の可能性を否定する方向へ事実を曲げて証言している」と総括するのである。これは裏を返せば、判決はA子証言の信用性を斥けて事実関係を認めたことにおいて、強姦の可能性ではなく「和姦の可能性」をみている、ということであろう。例えば判決は次のように指摘している。「少なくともパンストまでは脱いで、これを手に持って振り回した」という

ような、「A子の言動は、本件が和姦ではないかと推測させる方向に働く間接事実の一つとすることができる」と。しかし、右の類いの認定された事実は、はたしてそうした間接事実であるということができるのであるか。被告人が右判決と同様に、右のA子のような言動から、和姦の可能性を考えたとき、強姦の危険性が生じる、と言うことも十分にできるのであるから、そのような憶測は、本来、慎重に取らなければならないものである。<sup>(8)</sup> 右のような被害者と被告人のやり取りから、「和姦の可能性」を引き出して矛盾を感じない判決の依拠する論理は、私たちの考えでは、「和姦の論理」と呼ぶべきものである。

この問題は大きなものである。判決は断定するには至っていないが、「A子はパンティーまで脱いで振り回したのではないかとも疑われ」ていたのである。この点への言及が行われたのは、もちろん、パンティーまで脱いでいたとすると「和姦の可能性」がより高まる、という趣旨ではないと考えたい。しかし、このような言及があること自体は、この点が争われたことを示している。しかし前段落で疑問を提起したように、A子はパンストを脱いだだけなのか、それは振り回されたのか、さらにパンティーを脱いだのか、ということとは、本来——そこからA子の和姦の意思を引き

出してはならないという意味で——どうでもよいことである。にもかかわらず、この種の事実から「和姦の可能性」が引き出されるとすると、それは強姦の事実を訴えている被害者に対して、その「和姦の可能性」を少しでも否定する方向へ証言をする誘因を与えることになるであろう。これは私たちの単なる推測に過ぎないが、足元から例えば椅子の上に問題のパンストが持ち上げられたとき、そうした行為は単にゲームのルールに従った結果にすぎない、ただそれだけのものであることを表示しようとする意志がA子にあれば、見方によっては、そのパンストは振り回された<sup>9)</sup>と見えるかもしれないのである。またA子自身にもそのような可能性を明確に否定する意志はなかったことであろう。しかしA子が「和姦の可能性」を否定するためには、パンストは振り回していないと述べる以外にないのである。これに対して被告人は、その「和姦の可能性」を少しでも高める方向で事実を評価する証言を行うであろうから、両者の間で証言の食い違いが往々にして生じ、右の種類の事実関係の如何が不必要に争点化してしまうのである。

そしてこの種の事実関係が争点化するのは、そこから「和姦の可能性」が引き出されることそれ自体が、A子証言の核心部分の信用性に否定的に影響する、ということに

他ならない。判決は、「(A子は)和姦の可能性を否定する方向へ事実を曲げて証言をしていると認められるから、A子証言のうち被害状況に関する部分(すなわち核心部分)についても慎重に判断する必要がある」と述べている。しかし、いわゆる核心部分に至る前段階の状況に関する被害者証言の信用性を然るべき基準により判断した結果、その信用性を低いとしたあと、問題の核心部分についても例えば同様な証言の傾向・特徴が見受けられるので、その信用性もまた低いとする、そうした事実認定の方法は、ここで判決のとるものではないのである。判決が注目しているのは、「和姦の可能性」を認めうるにもかかわらず、A子証言はそれに反するものであるということである。したがって右の引用文の趣旨は、それゆえ核心部分についても同様であり得る、すなわちA子証言はその核心部分について事実を曲げたものであり得るから、そうではないかを慎重に判断する必要がある、ということである。しかし、「事実」が和姦であることを立証する何らの根拠もまだ提示されていないと言うべきなのである。

前項で確認されたのは、和姦を主張する被告人の供述もまた事実反するか否かを慎重に判断するの<sup>10)</sup>でなければ公平でないが、そのようなことはなされていない、というこ

とであった。この核心部分に先行する人的関係に関する本項の検討が示すのは、「事実」は「和姦の可能性」があるから、強姦の事実を主張するA子証言の信用性は否定的に評価されることになるであろう、という見通しである。

「和姦の論理」において、核心部分に先行する被害者と被告人の人的関係の考察が必要となるのは、それを「和姦のありうる関係」として理解するためである。

実際に、判決は、続いて、被害状況に関するA子証言を八点にわたって検討しているが、その結論として、A子証言には「不自然、不合理な点が数多く存する」、つまり事実を曲げている可能性がある」と述べるのみであり、審理されるべきところの、強姦の可能性に合理的疑いを入れうるかの点、つまり「事実」は強姦か和姦かの点は、十分に検討されていないのである。つまり判決は、強姦罪の第一の成立要件である被害者の不同意について、直接的には判断を下さなかったのである。例えば公訴事実によれば、いったん停車したワゴン車から降りたA子は被告人によって背後から腕を掴まれ、手で口をふさがれながら、同車後部座席に引きずり込まれたのであるが、この点に関連する事項として、判決は、「口を塞ぐための措置」と「車内への引きずり込み等」についてのA子証言を検討して、次のよう

に述べるのみなのである。ワゴン車から降りたA子が、被告人によって口を塞がれたのが車内に入ってからということになると不自然である。また、A子と被告人の体格およびワゴン車後部前座席等の構造からすると、「抵抗する同女を車内に引きずり込むことはかなり困難であると考えられる」と。しかし、なぜいったんA子は降車し、ではどのようににして、またなぜA子は再び乗車したのであるのか、また「かなり深く酩酊していた」A子が行いえた抵抗の程度を考慮した上で、なお「車内に引きずり込むことはかなり困難」であったのであろうか。これらは問題とされていないのである。<sup>(10)</sup>さらに、強姦前もしくは和姦後のA子の嘔吐に関しても、嘔吐後に被告人が姦淫したとするのはやや不自然である、と判決は述べるのみで、では間もなく嘔吐するであろうA子は性交に同意していたのか、同意しえたのか、といった検討は行われていないのである。このように、核心部分に先行する事実関係から「和姦の可能性」が引き出されたため、強姦の事実を訴える被害者証言の信用性が低下しているのである。判決は、そうした信用性の低下をもって、「和姦ではなかったかという合理的疑いが残る」ことの十分な根拠とするのである。しかし、これは被害状況に関する被害者供述に耳を傾けようとする態度では

少なくともないのである。

#### 4 告訴の理由

「和姦の論理」に依拠した判決が最後に説明をしておきたいと考えるのは、告訴がなされた理由についてであり、平成六年判決はこの点についても詳細である。

A子が被告人を告訴するまでに本件発生時から約一ヶ月が経過していた。まず、この間のA子の行動から、同判決は告訴の真実性に疑念を抱いている。例えば、A子は強姦直後から告訴の意志を有していたと証言しているが、病院へ行き医師の診察を受けたのは本件の三日後であり、また重要な物的証拠となりうる着衣をリフォームに出したりしていることから、本件直後のA子の心境は証言通りでないことを示している、と。また、A子は本件後、数名の者に強姦の被害に遭ったことを話しているが、そのうちの二名の男性は被告人に電話をかけており、そのうちの一名はさらに暴力団関係者であることから（もう一名は既述のFである）、「A子は、被告人に圧力をかけるため、周囲の者に被告人から強姦されたという話を吹聴している」と評価されたのである。

次に判決は、判決理由中の「まとめと結論」に先立ち、

「若干の補足説明」を行っているが、その中の一項目を割いて「A子が告訴した理由等に関する推論」を提示している。それは、換言すれば、「A子が真実は被告人と合意の上で性交したのに、あえて被告人を強姦犯人として告訴し、その旨の証言までするということがありうるか、を念のため検討してみ（た）」ものである。そして「有力な可能性の一つ」として想定された経緯は次の通りであった。

（被告人は）A子と性交した後に、車内で嘔吐した同女を責め、強引に車外へ引っ張り出そうとしたというのであるから、被告人は同女に対しそのプライドを踏みにじるような無礼な振舞いをし、同女と非常に気まずい別れ方をしたことが明らかである。A子は、別れ際に被告人からこのような仕打ちを受けたことにより、強い屈辱感を抱いたと思われる。そうだとすると、A子の性格からして、被告人に対する怒りを友人等にごちまけようとするのはごく自然のことであろう。そういう場合に、A子としては、和姦を前提にしては自己のプライドを著しく損なう笑話にしかならないと考え、本当はかなり深酔いしていたため、断片的な記憶しか残っていないのに、これらを適当につなぎ合わ

せ、証言のようなストーリーを思い付き、本件直後にまずD子にこれを伝えたのを契機として、次々に友人らに同じような話をし（少なくとも一〇人位に同じような話をしている）、知人・友人の協力を求めて被告人に圧力をかけてもらったが、被告人が謝罪等を全くしない一方、周囲の告訴等を勧める動きも強まり、引っ込みがつかなくなり、ついには告訴に及び、その延長線上で真実に反する証言に及んでいるのではないかも考えられる。

私たちは最初に平成四年判決において、K子がわいせつ行為後の被告人の態度に対して怒りの感情をもち、抑制がきかなくなり、引っ込みがつかなくなって、同行為が強制された、と供述することになった、という裁判所の考えを聞いたが、平成六年判決においても、同様に、A子は和姦後の被告人の態度に対する怒りから、遂には引っ込みがつかなくなり、虚偽の告訴をすることになったと理解されている。判決は関係証拠を総合的に判断して、事実は右のよ様な経緯を辿ったと理解することが合理的であると考えて、また敢えてそれを提示している訳であるが、これは明らかに公訴事実について合理的な疑いがあるので被告人の利益

になるように判断する、ということ以上のものである。しかし「和姦の論理」において被害者供述が信用できないのはそこで事実が曲げられていると考えるからであるので、「和姦の論理」に依拠する判決は、告訴が虚偽であることを指摘して、「和姦の可能性」は高度に蓋然的なものであるとの印象を最後に残そうとするのである。

#### 四 まとめと展望

一 平成六年判決の結論——「和姦ではなかったかという合理的な疑いが残る」——は、「和姦の論理」に従ったものであり、批判的な検討に服さねばならないものであった。「和姦の論理」は、強姦の事実を訴える被害者の人物像とその供述から「和姦の可能性」を引き出し、同供述の信用性を低め、そして被害者を非難し、また貶めずにはいないものであった。「和姦の論理」と「疑わしきは被告人の利益に」の原則が混同されてはならないのである。

本判決は、被害者の同意の有無が争われ、被害者供述と被告人供述が矛盾する場合に、その矛盾をどう解決するかという問題に対して、被害者を非難することによって解決したのであった。核心部分に関する審理を避け、その先行

する事実から、A子証言には、「本件に至る経過につき、和姦の可能性を否定する方向へ事実を曲げた部分がある」とされ、いわば周辺の事実を捉えて、「和姦の可能性」が見出されているのである。

被害者の人物像、被害者証言の特徴、被害者と被告人の人的関係の検討を通じて、A子証言の信用性が「慎重に」検討された結果は、被害者を不必要に非難し、被害者の訴える強姦の事実から目をそむけさせることとなった。判決においては、「被告人から暴行強迫を受け、車内で強姦されたというA子証言は、一見すると具体的であり、本件直後にA子は傷害を負っており、同女から強姦の被害にあったことを打ち明けられたというD子証言等によって確実に裏付けられているように見える」とされる一方で、被害者供述の信用性を否定する方向で、「本件公訴事実については、和姦ではなかったかという合理的な疑いが残ることになる」という結論に至ったのであった。

「和姦の論理」は、強姦罪の法益侵害の事実について認識するための障碍にしかなくていいのである。強姦罪における法益侵害について真摯に理解するために私たちがまづ耳を傾けるべき被害者供述が、「和姦の論理」では、逆にそこから「和姦の可能性」が引き出されるべきものなの

であった。しかし、私たちが「和姦の論理」を手放すとき、強姦罪を見直すための課題は以下のようなものであると考えられるのである。<sup>11)</sup>

二 強姦罪は、相手方女性に対して暴行・脅迫を手段として強制的に性交を行うことを罰するものであり、また強姦罪は相手方女性の心神喪失もしくは抗拒不能に乗じて、またはその心神を喪失させ、もしくは抗拒不能にさせて性交を行うことを罰するものである。強姦罪と準強姦罪の第一の成立要件は相手方女性において性交に対する同意が欠けることであり、第二に、この同意なく、相手方女性に性交を強いるための手段が要件化されており、この手段について刑法一七七条の強姦罪は暴行と脅迫を上げ、同一七八条の準強姦罪は心神喪失もしくは抗拒不能に乗じること及び心神を喪失させ、もしくは抗拒不能にさせることを上げている。第一の要件と第二の要件はいわば目的と手段の関係にある。しかし、一七七条の暴行・脅迫は「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることを以て足りる」とされ（最判昭二四・五・一〇刑集三・六・七一）、また一七八条の抗拒不能とは「心神喪失以外の意味において社会一般の常識に照らし、当該具体的事情の下で

身体的または心理的に反抗の不能または著しく困難と認められる状態」をいうとされている（東京高判昭五六・一・二七刑月一三・一〇二・五〇）。何れにしても手段の要件は相手方女性の観点から、目的との関連で定式化されねばならなかったのであるが、しかし相手方女性の不同意と「著しく抗拒困難」もしくは「反抗不能」との間には大きな落差があり、これが強姦罪（準強姦罪）の解釈論上の重大な問題点として浮上せざるをえないのである。つまり、これまでの強姦罪及び準強姦罪の解釈論は、暴行・脅迫の程度や抗拒不能の意義についてなど、第二の要件を中心にして展開してきたものであることを否めないが、これは必ずしも第一の不同意の要件の重要性を踏まえたものではなかったのである。強姦罪における不同意の要件の重要性とは、強姦罪では同意がなければ法益侵害が生じているのであり、また法益侵害が生じている限り同意は存在しないのである、ということである。<sup>12</sup>しかし、一七七条の強姦罪と一七八条の準強姦罪が予定するところの法益侵害を発生させる手段となる行為は極めて限定されたものと解釈されているため、法益侵害が生じている場合に、犯罪が成立しないことがある。これが強姦罪を解釈する上での大きな問題点となっているのである。

三 もちろん右の指摘は必ずしも新しいものではない。例えば平川宗信は、強姦罪の問題点の一つは「現在の立法・判例・学説による強姦罪の成立要件は厳格にすぎ（る）」ことであると述べて、次のように敷衍していた。<sup>13</sup>問題は、第一に、「（強姦罪では）被害者の承諾がないことが要件とされているが、単に拒否しただけでは不十分で、それを抵抗により明示しないと承諾したとされやすい」点であり、第二に、「抵抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が要件とされているため、それに至らない段階で抵抗をあきらめた場合には犯罪とならない」点であり、そして第三に、「職業上の力関係を利用して性的行為を強要した場合にも罰せられない」点である、と。――まず、右の第二点目は、判例・通説により一七七条の暴行・脅迫が「相手方の抗拒を著しく困難にならしめる程度のもの」であることを要するとされているため、この程度に至らない暴行・脅迫が用いられて法益侵害が発生する場合があることを問題視したものである。また第三点目は、暴行・脅迫を手段とするのではなく、また相手方女性を抗拒不能にさせ、またはこれに乗じるというでもないが、法益侵害が発生することがあることを問題視したものである。

そして平川が指摘する右の第一点目は、もっとも端的に

強姦罪の解釈上の問題点を言い当てたものであり、現実には被害者に同意がなく法益侵害が発生しているにもかかわらず、抵抗を行わず不同意であるだけでは、法益侵害は発生していないと誤認されうることを問題視したものである。つまり被害者は不同意であるだけでは足りず、「抗拒を著しく困難にする程度」の暴行・脅迫が加えられるまで抵抗する必要がある。これが現在の判例・通説の解釈論であり、この前提にある考え方は、さもなければ犯罪の成否は被害者の意に反したか否かということだけになり、法的安定性を失う、ということである。つまり通説の理解するところでは、相手方女性の抗拒を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が加えられたとき、疑問の余地なく被害者における明確な不同意を推定しうるのである。しかし、これが本末を転倒した解釈論であることは次の無罪事例を見ると容易に理解可能である。

岡山地判平六・八・三一（日弁連『無罪事例集（第三集）』一一七頁）は、一三歳の被害者に対するわいせつ目的誘拐・強姦致傷被疑事件であり、被告人は、まず、面識のない歩行中の被害者をわいせつ目的で誘拐している（同罪につき有罪）。なお、被害者は性経験がなく、「内向的性格で積極性に欠け、知能偏差値（入学時検査三四）が標準値よ

り明らかに劣っていることから理解力に劣り、精神的に幼く、自主性に欠け、自ら物事を考えて行動するタイプではなく、また自己表現が下手で、人の頼みを断りきれず、結果的に人の言いなりになりやすい性格であった」とされている。次に、被告人は、その後人気がない場所に自車を停車させ、車内において、自己の陰茎を出して勃起させた後、被害者に手淫と口淫をするように要求して、この要求に対し被害者は「終始無表情、無言のまま」それらの行為を行っている。さらに被告人は「被害者と性交がしたくない」、「反抗、拒絶等の一切の言動をすることなく、ほとんど無表情であった」被害者に対し、自己の陰茎をその膈内に没入しようとして、右行為により全治二日間を要する処女膜裂傷の傷害を与えている。認定された事実の概要は以上であり、これに対し判決は、「被告人が被害者を姦淫しようとした事実はあるものの、姦淫した事実認められない上、被害者の抗拒を著しく困難にする程度の暴行・脅迫があつたとも認められない」として、強姦致傷罪の成立を否定した。また予備的訴因である強制わいせつ致傷罪についても、被告人の行った一連の行為は「通常の性交に至るまでの一般的性技の域にとどまっている」ので、強制わいせつ罪の予定する暴行・脅迫はないとして、犯罪の成立を



否定した。しかし、同時に同判決は、「被害者が性交（姦淫）を承諾していたとみるべき状況は全くない」と指摘して、さらに量刑の理由において、「被害者が嫌だと言わないことをいいことにして」行われた被告人の一連の行為は、「少女を弄んだもので厳しい非難を免れない」とし、さらに、「被害者の受けた心の傷は容易に癒すことができるものではなく、…今後の人格形成に与える影響もはかり知れない」と述べて、被告人の行為が被害者に与えた被害の重大性について認識を示したのである。——このように、被害者により抵抗が行われなくても、被害者は不同意であり、法益侵害が生じている場合は十分にありうるのである。これが平川の指摘した第一点目の問題点であった。

さらに私たちは右の事例から、通説・判例の解釈論の前提にある考え方、すなわち相手方女性の抗拒を著しく困難にする程度の暴行・脅迫が、被害者における不同意の必要十分な認識の根拠となる、とする考え方が誤りであることを知ることができる。右の判決は、右の程度の暴行・脅迫はもちろん、強制わいせつ罪の予定する程度の暴行・脅迫についても、その事実を否定したが、しかし同時に被害者が決して被告人の行為に同意していたのではないことを認めている。つまり、暴行・脅迫の程度なるものは、被害者

における不同意の認識の根拠の一つになりうるにすぎないことを同判決は明確に示しているのである。ここに、これまでの強姦罪（準強姦罪）の解釈論が手段の要件に関心を集中させてきたことの不十分さが明らかとなる。最決昭三三・六・六（裁判集刑一二六・一七一）は、前述の強姦罪における暴行・脅迫の程度に関するリーディング・ケースとなった前述の最判昭二四・五・一〇を踏襲しつつ、相手方の抗拒を著しく困難にする暴行・脅迫の程度の一般的判断基準について言及したものであるが、これによると、暴行・脅迫が右の程度のものであるか否かは、暴行・脅迫それ自体の態様のみから判断されるのではなく、「相手方の年齢、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の如何と相伴って」判断されるといふ。しかし、強姦（準強姦）被疑事件で私たちが最も関心を寄せて判断をしなければならないのは、手段の要件に関してではなく、被害者において同意が存在したのか否か、つまり法益侵害が生じているのか否かでなければならぬと考えられるので、暴行・脅迫の態様や被告人と被害者との関係、あるいはその他の行為時の具体的な状況等を総合的に考慮して、判断されなければならないのは、他ならぬ強姦罪の第一の成立要件に関してである、と言わな

ければならないのである。次にこの点について、一つの事例を紹介して説明することにした。

#### 四 東京地判昭五八・三・一（判時一〇九六・一四五）

は、霊感治療のためと称して姦淫した行為が準強姦罪にあたらぬとされた事例である。認定された事実によると、被告人は被害者兩名をそれぞれ路上で呼び止めて喫茶店へ誘った後、ラブホテルへ誘い込み、霊感による性器治療の名目で、膣内に手指を挿入してしばらく内部のマッサージをした後、「あなたの子宮はひどく曲がっています。指だけでは届かないので、自分の性器を入れて治療します。」などと言い、姦淫行為に及んでいる。弁護人の主張は、被告人は「被害者と性行為をするにあたり、暴行・脅迫はもとより、その他通常、強制のための手段と疑われるような行為を行っておらず、単に自己に霊感による性器治療能力等があると偽っただけである」こと、また、被害者らは「霊感治療という名目の下においてであったが、被告人との間で実質上性行為を行うことを明確に認識しながらこれに応じた」ことであった。つまり、ここでの論点は、第一に、被害者らにおける同意の有無、つまり被告人の姦淫行為により被害者らにおいて法益侵害は生じているか否かで

あり、第二に、被告人の偽計による姦淫行為を一七八条にいう抗拒不能に「させた」もの、またはこれに「乗じた」ものと評価しうるか否かであった。

この問題に対して判決は次のようにして回答を与えている。一七八条の「抗拒不能」には心理的抗拒不能が含まれる。本件において被告人が被害者らを心理的に抗拒不能にさせて姦淫したのか否かを判断すると、被害者らは、「正常な判断能力を有する成人女性」であり、「特定の相手方と性行為を持つことを認識しながらこれに応じている」ので、被害者らは心理的に抗拒不能ではなかった。被害者らは「ホテル等へ入ってから突然性器挿入という、それまでの経緯に照らして全く予想外の行為を求められたのでその場の状況上抗拒不能ならしめられた」のではない、と。つまり判決は、まず右の第二の論点に取り組み、被告人が被害者らに対し姦淫行為を行うためにとった手段が一七八条にいう「抗拒不能にさせて」に該当するか否かを検討して、これを否定したのであった。そしてこの検討の中で、被害者らは「試しにそのような（被告人による霊感——引用者）治療を受けてみてもよいと自らの意思で決め、これに応じる選択をした」のであり、「極めて露骨で性器結合と紙一重とも言える態様の行為にも応じるつもりになってい

たことが前提」の本件では、「性器結合については全く予想外であったなどと考えるのはやや技巧的な理解に過ぎる」と指摘した。つまり右の第一の論点に言及して、「性器治療という名目の被告人との性行為について被害者らにおいて承諾があり、それゆえ被害者らは「(暴行・脅迫により自由意思を無視して行われる姦淫の場合に比べ——引用者) 実質的にはるかに軽い程度の被害」を受けたにとどまると述べるのである。しかし、これは、先に指摘したところの、被害者における同意の有無、つまり法益侵害の有無を判断するために、被告人の行為態様その他の具体的な諸事情を考慮する、という方法ではない。明らかにこの判決では結論の先取りが行われたのである。

一般に相手方女性の同意なく性交を行うために選ばれうる手段は多様であり、具体的には、被告人は目的を遂げえた手段を選択したために姦淫を行なったのである。しかし、右の判決は、暴行・脅迫により相手方女性の自由意思を無視する場合と性器治療について詐言を用いて相手方女性から真意に基づかない同意を得た場合を比較し、後者の被害者において被害は小さいとするのである。このように比較可能な二つの個別の具体的な事例があるという趣旨であれば、これは理解可能である。しかし、一般的にそうである

ということであれば、それは先入見に基づく誤解というべきであろう。なぜなら、まず、強姦罪における個別の法益侵害の程度は被害者の個人的な事情とその他の具体的な諸事情に応じて個別具体的に決まるのであり、次に、手段の態様と法益侵害の程度との間に一般的に有意な相関関係が成立するとは思われないに前者の観点から後者を見ていくからである。しかし右の判決は、そのような誤った理解に基づいて、被告人が性行為について被害者の承諾を得ている同事案では、被害者は一七七条の暴行・脅迫に準ずるべき一七八条の心理的抗拒不能の状態ではなかった、と考えたのである。この論理は、誤った結論を導くために誤った前提を立てたもの、と評価せざるをえないのである。

右の判決は、「既に全裸となって手指挿入に依じてしまっている被害者らに対し途中から性器挿入を持ち掛けるのは、相手方の拒否を事実上難しくさせるので、右は心理的な抗拒不能に当たると見るべきではないかとの考え方があり得るかも知れない」と述べている。しかし、なぜこの考え方が「やや技巧的な理解に過ぎる」として斥けられねばならなかったのか、この点に関する説明はない。暴行・脅迫を用いて自由意思を無視したものではないから、ということでは理由にならないであろう。しかし、私たちがま

ず事案から認識しなければならぬのは、まさにこの点をめぐるものである。——次のようなケースがあったとしよう。友人のM（男性）と談話するため彼を自宅に招き入れたF（女性）は、間もなく疲労のため寝入ってしまう。Fが目覚めたとき、衣服は着けておらず、まさにMはFを相手として性交を行おうとしていた。混乱したFはこれを拒否することができず、Mは性交を行った。このようなケースで、強姦罪（準強姦罪）が保護する法的価値の重大な侵害が生じていると私たちは考えるのである。それゆえ、右の東京地判昭五八・三・一の事案においても、被害者らは被告人による性器治療という名目の性行為（膣内へ手指を挿入してマッサージを行う等）に応じているがゆえに、そのときは途中から行われた性器挿入を耐えることができたにすぎないのかもしれない、と考えるのである。仮にそうであるとする、このことは被害者らが右行為につき同意を与えていたことと同じではないのであり、そしてこの必ずしも同意が与えられていないことと法益侵害の程度とがどのように結びついているかはその他のより一層の具体的事情とともに判断されなければならないのである。

もちろん一七七条の強姦罪は暴行・脅迫を用いて姦淫することを禁止し、一七八条の準強姦罪は抗拒不能にさせる

などして姦淫することを禁止している。したがって、不同意の性交を行うためにした被告人の行為は一七七条の予定する手段ではないので、あるいは一七八条の予定する方法ではないので、一七七条の強姦罪や一七八条の準強姦罪は成立しないという判断がなされる場合があることは、罪刑法定主義の観点から否定することはできない。しかし、このことは強姦罪や準強姦罪を解釈・適用する上で中心となる問題が暴行・脅迫や抗拒不能の意義をめぐるものに尽きることの意味しないのである。以上に見たように、第一に、被告人の行為態様を含む諸事情を考慮して法益侵害が生じているか否かを判断しなければならないのであり、これが確認されたとき、その次に、それぞれの語義の範囲内で可能な限り、また合理的な範囲内で、それら法益侵害を発生させた多様な手段を内包するように、手段の要件を拡く解釈しなければならぬのである。そして最後に、法益侵害が生じているにもかかわらず、強姦罪や準強姦罪が成立しない事例が存在するため、平川が指摘するように、畏怖・困惑などによる性交の強迫などについて一定範囲での犯罪化を検討することも求められるのである。<sup>14)</sup>

以上のように強姦罪（準強姦罪）をめぐる問題状況を整理するとき、平成六年判決の大きな問題点は、A子の供述

内容を真摯に理解しようとする態度におそらくは欠けたことである。そのため、法益侵害の事実が生じているか否かを審理することができなかったのである。

- (1) その他に加害者と被告人の同一性が争われる場合や強姦未遂事件で強姦の故意の存否が争われる事例等がある。前者は被害者が年少である場合や死亡している場合に多く見られるが、比較的最近の事例では、大阪高判平四・二・二八(判タ八二九・二七七)は左右の裸眼視力がともに〇・〇三である被害者(一九歳)が居室に侵入した者から明け方の薄暗い中で強姦された事案であった。
- (2) 広島高判昭五三・一一・二〇(判時九二二・一一一)は、一方で、「被告人の姦淫行為は、被害者の任意の応諾に基いてなされた和姦であるとは到底いえず、…」と述べるが、他方で、「同女は具体的に逃げようといった行動や激しい抵抗をしていないと認められるのであるから、被告人が前記脅迫文言(「逃げたら、あんたを殺してわしも死ぬ」等——引用者)を告げる必要性は乏しかった」として被害者の抗拒を著しく困難にする程度の暴行・脅迫は無かったと判示したものである。
- (3) 広島地判昭四四・三・二六(判タ二三五・二八五)を検討した福島瑞穂は「女性が、叫んだり、あばれたり、助けを求めたりして必死で抵抗しないのであれば、実は、その

女性の中に、『性交渉を望む気持ちがあった』と推定されるのである」と指摘している。同『裁判の女性学』(有斐閣選書、一九九七年)二四三頁以下、引用文は二四八頁。

(4) 平成六年判決を検討したものととして福島『前掲書』二六〇頁以下がある。

- (5) 裁判所は「傷害の成因に関する考察」を行っている。それによると、「本件当日に生じたと認められるA子の左下腿部・両側大腿部皮下出血は、ワゴン車内の狭い空間で被告人とA子が(合意の上で)性交した時やその前後に生じる可能性もある」し、また、「A子の酩酊の程度を考えると、最後にワゴン車から降ろされた後、D子宅に到着するまでの間に転倒したり、もっと前に『乙山』店内でトイレに行った際などに固いものに大腿部をぶついたりして受傷した可能性も否定できないというべき」なのであった。
- (6) 例えば平成四年判決は、「K子は、被告人が独居する六畳一間の現場を頻繁に訪れ、数時間入り浸ることも多かったこと、現場は内鍵が施錠されていただけで、被告人を突き飛ばすなどして排除すれば、物理的にはいつでも室外に逃げ出せる状況にあったこと」等を指摘して、K子証言の信用性に疑問を入れている。また大阪地判昭四六・九・九(判タ二七四・三五八)のように、深夜路上で出会った一面識もないHと被告人の間で殆ど何らこれという対話もないという事案では、後者の観点からのアプローチが行われる。同判決は、ホテルの女中に助けを求めてもし被告人

に見つかったらひどい目にあわされると思った、という旨のH供述を斥けて、Hが女中に助けを求めていないこと等を理由として、Hは「被告人との情交を暗黙のうちに承諾していたのではないかと推測」している。

(7) 大阪地判昭四六・九・九(前出注6)は、Hが被告人の貨物自動車に乗ったときの状況について、「Hは、被告人に腕を掴まえられただけで殆んど抵抗することができない程畏怖した状態になった」旨のH供述を斥けて、「そのようなことは：Hの男性との交友状態、それから推測される同女の性格等に照し到底考えることができないのである」と述べている。

(8) 東京地判昭三五・一一・二二二(判タ一一七・一一一)は被告人において被害者の同意に関する誤信があったとして無罪とされた事例であるが、次のように述べられている。「被告人としては、姦淫に至るまでの被害者の言葉、態度、動作等から同女が情交を承諾したと思いきや、こんでいたのではないかとの疑いが強い。すなわち、当時の被害者には若干の抵抗、拒否的な言葉等被告人との情交を拒むような言動がみられたが、同時にその間それを承諾したと解されるような言動もあつたので、被告人としては、被害者をその化粧等から半玄人的な女と思つていた関係もあつて、情交について同女の承諾を得たと思つたのではないかと推測されるのである。」

(9) 例えばA子は「被告人もきちんと送ってくれるだろう

と思つた」と証言している。これに対して裁判所は、「(A子は)同店を出る際には、すでに被告人に車で送ってもらつつもりになつていた」と考えている。両者の間に大きな矛盾はないはずであるが、しかし判決は、さらに続けて、「(A子が)しつかりした貞操観念を有していたとすれば、被告人の車に一人で同乗するということはしなかつたであろう」と考えるのである。被告人と裁判所は、A子が一人で同乗したときに、「きちんと送ってくれるだろう」ではなく、すでに「和姦の意思」を有していた、と想定しているであろうか。このため、「一人で同乗したこと」に関する事実の詳細が争点化してしまうのである。しかし、問われるべきは、なぜ被告人はきちんとA子を送りどけていないのか、言い換えれば、被告人が運転しA子が同乗する車は如何なる経緯でA子宅に直行していかないのか、という点であつたと思われるのである。

(10) 被告人供述によると、「A子と二人で車を降り」、「四階の自室の前までA子を連れて行つたが、婚約者であるJ子が来ているかもしれないと心配になり、そのまま車へ戻つた」のであつた。この供述について合理的であるとか、自然であるとかの言及がないのである。

(11) 強姦罪に関する最近の論文として、萩原玉味「我が国における強姦罪の量刑事情と今後の課題」明治学院論叢六八号(一九九九年)、湯川毅「強姦罪における暴行脅迫の程度について」警察学論集五三巻七号(二〇〇〇年)、谷

田川知恵「性的自由の保護と強姦処罰規定」法学政治学論  
究四六号（二〇〇〇年）等がある。

(12) 一般に犯罪の成立を妨げる効果をもたらす「被害者の同意」は次の二通りに分類可能であるとされている。第一に、被害者の同意があるために法益侵害そのものが生じえないものとして否定され、行為がそもそも正当である場合であり、第二に、法益侵害（の外観）は存在するがこれに同意が与えられているために、行為の違法性が阻却され、または減少する場合である。——前者は構成要件該当性を否定する「被害者の同意」であり、後者は違法性を阻却・軽減するそれであると区別されることがあるが、このような概念化はさほど重要ではないであろう。というのは前者について、不同意であることが構成要件要素とされているので同意によって構成要件該当性が否定されると説明されるが、しかし被害者の同意の効果は構成要件を基準にして厳密に分類されうるものではないからである。例えば強制わいせつ罪における被害者の同意は前者であると説明されるが、主観的にはあいさつの行為としてのキスの行為が相手方に法益侵害をもたらすことがありうる。しかしこのときに被害者が同行為をあいさつの行為であると認ずると、法益侵害（の外観）は生じているが同行為の違法性が阻却される。つまり強制わいせつ罪の保護する法的価値は単に放棄可能な場合があるのであるが、これに対し前者の典型例である強姦罪では「被害者」が性交に従事していると評

価されなければ「被害者の同意」は与えられていないのであり、単に被害者が法益を放棄するという事態は想定されないものである。逮捕・監禁罪の場合も強制わいせつ罪と同様であり、同意があるのでもはや身体が拘束されているとは言わない状態と任意に身体を拘束されている状態を区別することができ、違法性が阻却されるのは後者である。

——さて、強姦罪における「被害者の同意」は右の第一類型の典型例である。この類型における特徴は、「被害者」自らの行いや相手方の行為に新たな意味付けを行うために「被害者の同意」が与えられることである。強姦罪において「姦淫」と評価される事実関係の外観とは、あるときは「被害者の同意」により予め法益侵害とは切り離された意味づけが与えられているので正当であるが、そうでないときは法益侵害が生じているので構成要件に該当する、というものである。つまり強姦罪では、「被害者の同意」がある場合は法益侵害は存在しないのであり、逆にこの同意が存在しない場合は法益侵害が生じているのである。この意味で強姦罪における不同意の要件は強姦罪の存在の根拠となつていたのであり、また強姦罪において「同意」の概念はそのようなものとして理解されなければならないのである。

(13) 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、一九九五年）一九六頁

(14) 平川『前掲書』一九七頁。