

弁護士控訴趣意書

令和4年11月18日

大阪高等裁判所第5刑事部 御中

弁護士 福本隆寛

被告人に対する頭書事件について、弁護人の控訴の趣意は下記のとおりである。

記

第1 控訴理由一理由不備・理由齟齬

1 同意の錯誤についての判示がないこと

原判決は、本件の争点は、①Aが本件わいせつ行為に同意しておらず、抗拒不能の状態にあったと認められるか否か、②被告人はAが抗拒不能の状態にあると認識していたと認められるか否かであるとする。

しかし、弁護人は、Aが本件わいせつ行為について同意していたのであるし、仮に同意があったと認められなくとも、被告人はAが同意していると誤信していたのであるから故意を欠き、無罪であると主張していたのであるから、同意の錯誤について判示しなければ争点について判断したことにはならないところ、原判決はこの点を判断していないから理由不備又は理由齟齬の違法がある。

2 最も重要な争点②に係る判示が抽象的であり根拠に乏しいこと

原判決は、争点②について、「Aは、(中略)被告人からマッサージの施術を

受ける最中、明示的な同意をすることなく本件わいせつ行為を受けたことが認められる。このようなわいせつ行為を行った状況、すなわち、Aが抗拒不能の状態に陥ったことを基礎付ける重要な客観的事実について被告人が認識していたことは関係証拠上明らかであるし、被告人も自認するところであるから、そうである以上、Aが抗拒不能の状態にあると認識していたこと優に推認でき、準強制わいせつ罪の故意に欠けることはない」と判示する（p 8）。

原判決は、Aが明示的な同意をすることなくわいせつ行為を受けたことを被告人が認識していたというほとんど一点をもって、故意が認められるとするが、極めて根拠に乏しい。

そもそも、Aが明示的な同意をしていなくても、黙示の同意をしていたことはあり得るし、被告人もAの反応からすれば、Aによる黙示の同意があった旨主張していたと考えられるから、Aが黙示の同意をしていないと被告人が認識していたといえる事実関係を原判決は具体的に指摘すべきであったのに、そうした判示は一切見当たらない。この点、「Aが抗拒不能の状態に陥ったことを基礎付ける重要な客観的事実」が具体的に何なのか示されていないし、仮にこれが明示の同意がないことに過ぎないのだとすれば、当該事情だけでは故意を基礎付けるのに不十分であることは言うまでもない。よって、原判決には理由不備又は理由齟齬がある。

なお、原判決は、「被告人も自認するところである」などと判示するが（p 8）、被告人は（黙示の）同意があったと認識していた旨主張していたのであるから、やはり理由不備又は理由齟齬がある。

第2 控訴理由—事実誤認又は法令適用の誤り

原判決の事実認定又は法令適用には、以下のとおり明らかに判決に影響を及ぼす事実誤認又は法令適用の誤りが存するので、その破棄を求める。

すなわち、Aは抗拒不能の状態にあったとはいえないし、被告人もAが抗拒

不能の状態にあると認識していなかったから故意を欠き、被告人は無罪である。

また、Aは本件わいせつ行為に同意していたし、被告人もAが同意しているものと認識していたから故意を欠き、被告人は無罪である。

第3 原判決の事実誤認又は法令適用の誤りについて

1 明示の同意が必要ではないこと

原判決は、「Aから明示的な了承を得ることなく」(p 3)、「Aは(中略)被告人とは初対面であったにもかかわらず、事前に明示的に告げられることなく乳房や陰部を直接触られるのみならず」(p 4)、「そもそも、本件におけるAと被告人は、黙示的な同意で性的行為を受け入れることが想定されるような関係にない上」(p 8)、「Aは、(中略)被告人からマッサージの施術を受ける最中、明示的な同意をすることなく本件わいせつ行為を受けたことが認められる。」(p 8)、「Aに対して性的サービスを求めるか否かについて確認し得なかった事情もない」(p 9)などとしており、あたかも明示の同意がなければわいせつ行為につき同意したことにはならないかのような判示をする。

しかし、被害者の同意としては、必ずしも明示のものに限られず、黙示の同意で足りることは言うまでもない。この点で原判決は法令解釈を誤っている。

原判決は、性的サービスをうたわないマッサージ店にはじめてマッサージを受けに来た女性は、施術師から明示的な同意をとられない限り、わいせつ行為に同意することはないとの経験則を前提としているように思われる。

しかし、性的な事柄については、あえて明示的に口にすることはしないというのが経験則であり、施術師が「これから乳房(又は陰部)を触りますが、よろしいですか。」と尋ね、利用客が「はい、いいですよ。」と応じる等のやり取りがなされるはずがないのである(そのような稀有な場合しか被害者の同意が認められないとは到底考えられない)。

原判決の論理が正しければ、真に性的サービスを望んで来客した女性であっ

でも、上記のような明示の同意をすることは通常ないから、常に準強制わいせつ罪が成立することになってしまう。

このように、原判決は、誤った経験則に立脚し、事前に明示の同意をとらなかった被告人を論難するものであるから、全く理由がない。

2 原判決が誤った論理足・経験則に貫かれていること

原判決は、「そもそも、このようなAと被告人との関係において、Aが被告人から前記のようなわいせつ行為を受けることを許容するとは考え難い」との判示をする（p 5）。

これは、性的サービスをうたわないマッサージ店にはじめてマッサージを受けに来た女性は通常わいせつ行為を受けることを許容しないとの経験則に立脚しているものと思われるが、なぜそこまで言い切れるのか根拠は不明である。このように結論と同視できる経験則を何らの根拠なく採用している点で原判決の妥当性には大いに疑問がある。

マッサージを受けに来た女性は、初対面の施術師の前でほぼ全裸に近い状態になった上、足や肩、腰などのマッサージを受けること自体には同意しているのであるから、乳房や陰部へのマッサージを希望する者がいたとしても何ら不自然ではない。すなわち、マッサージを受けに来た女性は（医療行為のように高度の必要性もないのに）初対面の男性の前でほぼ全裸になるという大きな一線を既に越えているのであり、性的な事象への抵抗感は路上でいきなり胸をもまれる事案等とは比較にならないほど低下している。そもそも、マッサージとは快感を求める行為であり、足や肩、腰だけでなく、乳房や陰部への接触に対しても快感を抱く女性が存在することは否定し難い事実である（この点、論告記載の福岡高判平成29年2月23日が指摘する「女性客が、男性施術者から、乳房を露出されてその部位を直接接触されることを一般的に許容しているとはいえず、（中略）そのような行為が利用客の意思に反するものであることは、通

常の社会人であればだれもが有する健全な一般常識というべき経験則」などが存在するものではないし、物事の本質を無視したきれいごとには過ぎない。）

原判決が指摘する上記経験則が存在するとすれば、この一点のみをもって被告人を有罪とできるほど強力な推認力を有する事情であるが、そもそもこうした経験則が暗黙の前提として存在するものではないのであるから、統計データが存在するわけでもないのに、結論に直結する経験則に安易に寄りかかるべきではない。

以上、原判決は結論先取りの議論（「Aがわいせつ行為を許容するとは考え難いからAは同意していない」）を行っており、全体として誤った論理則・経験則に貫かれていることは念頭に置かれるべきである。

3 甲9の動画を重視すべきであること

原判決は、Aが「拒絶して暴力をふるわれるかもしれないといった不安や恐怖で拒絶することができなかったが、同意していたわけではない」と証言しているから、これを直接証拠としてAの供述が信用できることを前提とし、Aがわいせつ行為に同意した事実がないことを認定した。

しかし、本件では、わいせつ行為を録画した甲9が存在するのであるから、Aの同意があったかどうかは甲9から認定できる事実関係に基づき具体的に認定されるべきである。

仮に、甲9において、Aが同意がしていないことを示す事実関係が具体的に指摘できないのであれば、被告人もまたAの内心を察知すること等できないから、同意の錯誤があるとして故意を欠き、無罪とされるべきである。

4 行為の開始時点について

Aは、ブラジャーに手が入っていった時点では、わいせつ行為だと確認しなかった、1時間ほどマッサージをされていてリラックスしてる状態だったので、

それをわいせつ行為だとすぐには受け止めなかったと証言した（A p 14）。
加えて、Aは、胸をもまれたり乳首をつままれたりしたときにわいせつ行為を
確信したと証言した（同）。

一方、被告人も乳首を触った時点で性的マッサージと呼ぶと供述した（被告
人 p 23）。

したがって、本件わいせつ行為の開始時点は、被告人がAのブラジャーに手
を入れた時点ではなく、乳首を触った時点である。Aもデコルテ付近のマッサ
ージとなると、どうしても胸の辺りに触れてしまうぐらいの感じはあると証言
しており（A p 13）、当該接触が通常のマッサージなのかわいせつ行為なの
かは歴然と区別できるものではない。また、A自身もブラジャーに手を入れら
れた時点では、わいせつ行為だと認識していないから、ブラジャーに手を入れ
た時点が犯行の開始時点になることはあり得ないといえる。

よって、被告人が完全にAの胸をもんだか、又は乳首を触った時点で、Aの
同意があったと被告人が認識したかどうかは本件における主要な争点となる。

5 Aがわいせつ行為に対し明示的な拒絶行為をしていないこと

(1) 甲9号証によれば、以下の事実が認められる。

①被告人は通常のマッサージを施した後、途中から、乳房を両手で揉み上げ
た。

②被告人はAに覆いかぶさった上で、胸、脇、首などをなめ回した。

③被告人はAのショーツを脱がせて陰部を舐めた。

一般に、自らの体に触られたくない部分があると考えている者は、当該部分
を触ろうとされた場合、あるいは、触られた場合に、何らかの拒絶行為・拒絶
反応をするとの経験則が存在する。拒絶意思の外部への現れ方としては、意図
的に拒絶の行動をとる場合もあるが、無意識に拒絶反応が出てしまう場合もあ
ると考えられる。

マッサージの利用者がわいせつ行為に同意していないのだとすれば、上記①～③のいずれかのタイミングで、「止めてください。」「その部分はしなくていいです。」など発言するか、被告人の腕や手を押さえて行為を直接止めさせるか、又は、胸や陰部を自らの手で覆ったり体を遠ざける等の防御をするといった何らかの抵抗・拒絶行為をするものと考えられる。特に、わいせつ行為に同意していない場合、最初に乳首を触られた時点で、何らかの拒絶反応が出るはずである。

しかし、Aは何らの拒絶行動をとっていないどころか、体をくねらせたり、あえぎ声を発したり、「いく」と発言するなど、性的快感を覚えたような反応を示したのであるから、わいせつ行為に同意していたことは明らかである。なお、Aは、上記③において、被告人がショーツを脱がせた際に、Aは腰を浮かせてショーツを脱ぐことに協力する行動をとっているが、当該動作もわいせつ行為に同意していない者の行動としては極めて不自然である。Aはいきなり外に逃げたり大声を出して激しく抵抗するまでの必要はなく、まずは「止めてください」と発言する等の軽微な行動で拒絶意思を示すことができたのであるが、Aはそうした行動すら一切とっていないのである。

以上のAの行動を前提にすれば、Aがわいせつ行為に同意していたというに十分である。また、Aは、上記①～③等のタイミングでいつでも「止めてください」と発言する等の拒絶行動をとり、マッサージを終了させることができたのであるから、抗拒不能の状態にないことは明らかである。

- (2) 被告人は当初は通常のマッサージを行い、徐々にわいせつ行為を増やしていたことが認められる。この場合でも、Aとしては、「止めてください。」「その部分はしなくていいです。」など発言するか、被告人の腕や手を押さえて行為を直接止めさせるか、又は、胸や陰部を自らの手で覆ったり体を遠ざける等の防御をするといった何らかの抵抗・拒絶行為をすることはできたし、こうした行為をすることに何ら支障はなかった（Aが被告人に畏怖した事情がないこと

は後述する)。

にもかかわらず、Aは被告人が完全にAの胸をもんだか、又は乳首を触った時点で、ほんのわずかな拒否反応すら表れていないのであるから、Aが同意していたことは明白である。

6 被告人はAがわいせつ行為に同意していると考えていたこと

被告人としては、何らの拒絶行動をとっていないどころか、体をくねらせたり、あえぎ声を発したりするなど、明らかに性的快感を覚えたような反応を示しているAの姿を認識していたのであるから、当然にAはわいせつ行為に同意している（むしろ自らのサービスを受け入れて満足してくれている）と考えていたのであり、Aが同意していないとの考えに至ることはあり得ないといえる。A自身、わいせつ行為に何らかの拒絶反応を示したとは一切証言していないが、そうだとすれば、被告人はどのようにしてAが同意していないことを知ることができたのか全く不明である。

また、被告人は当初は通常のマッサージを行い、徐々にわいせつ行為を増やしていたことが認められるが（p 9）、これは手口が巧妙であるというよりは、むしろわいせつ行為を拒否する女性はいずれかのタイミングで拒絶反応が現れるから、同意があることを確認しながら慎重に施術を進めて行ったという趣旨であると考えられる。被告人としては、性的行為への同意が黙示的になされるという経験則を前提として、Aの反応を見て慎重に同意があることを確認しながら施術を行ったのであり、何ら責められるべきことではない。そして、被告人が徐々にわいせつ行為を増やしていった間、Aが何らの拒絶反応をしていないことからすれば、被告人が完全にAの胸をもんだ時点又はAの乳首を触った時点で、Aが同意していると考えざるを得ない状況だったといえる。

原判決は、被告人が明示の同意をしていないAを認識していたから故意に欠けることはない旨判示するが（p 8）、暴論というほかない。

性的な接触をする際に逐一明示的な確認・同意をとらないことは一般常識であるから、Aが明示の同意をしておらず、そのことを被告人が認識していたとしても、直ちに故意を推認することはできない。

そうではなく、甲9の動画上、Aのどの仕草ないし行動から、Aが同意していないと被告人が認識できたのかを具体的に指摘しなければ理由として不十分であると考えられる。

しかし、甲9の動画に映っているのは、何らの拒絶行動をとっていないどころか、体をくねらせたり、あえぎ声を発したり、「いく」と発言するなど、明らかに性的快感を覚えたような反応を示しているAの姿であり、Aがわいせつ行為に同意していないことをうかがわせる挙動は一切ない。また、被告人が徐々にわいせつ行為を増やしていった際にもAによる拒否反応は一切出ていない。

Aは事後的にわいせつ行為には同意していなかったと証言するようであるが、上記挙動にもかかわらず、実際には、その内心において同意していなかったのだと言われても、そのような内心を被告人が察知することは不可能である。

原判決も、甲9の動画上、Aのどの挙動をもってAがわいせつ行為に同意していないと被告人が判断できたのかという点を一切指摘することができていない。

なお、原判決は、被告人が1時間以上にわたり通常のマッサージを施した後、通常のマッサージを交えながら徐々に胸部周辺に触れるなどの性的接触を増やしていったことからすれば、Aが当初は通常のマッサージの施術範囲なのか否かを判別できずに困惑したとしても無理はないとする（p 5）。

しかし、Aが内心において通常のマッサージの施術範囲なのか否かを判別できずに困惑したのだとしても、外部的には何らの拒否行動がなかったのであるから、被告人がそのようなAの内心を推察するのは無理がある。

以上から、Aが本件わいせつ行為に同意していると被告人が認識していたことは明らかであり、少なくとも同意の誤信が認められるから故意を欠き、被告

人は無罪となる。

7 Aが被告人に恐怖心を抱くべき事情がないこと

原判決は、マンションの一室において初対面の男性と二人きりで、ほぼ全裸の状態にいる中、その男性からわいせつ行為を受けているという状況からすれば、直ちに逃げることもできず、拒絶することで暴力を振るわれるかもしれないなどという不安感や恐怖心で直ちに抵抗や拒絶を行い得なかったとしても、想定外の事態に直面した性被害の被害者審理として何ら不自然ではないとする（p 5）。

しかし、被告人が事前に脅迫的言動をしていたのであればともかく、そういった事情もないのであるから、Aが「拒絶することで暴力を振るわれるかもしれないなどという不安感や恐怖心」を抱く前提となる事実関係を欠いている。そもそも、わいせつ行為に対する拒絶意思を示すにあたっては、直ちに逃げる必要も、大声を出して激しく抵抗する必要もなく、「その部分はしなくていいです。」等と発言するか、又は、胸や陰部を自らの手で覆ったり体を遠ざけるといった軽微な行動で足りるのであるから、そうした行動すらできないほどAが畏怖していたとは到底考えられないのである。

原判決は加藤の公判供述を引用するが、目撃証言でもない単なる一般論であるし、全ての男性が暴力を振るうわけではないから、マッサージを受ける女性がわいせつ行為を拒絶することで「暴力を振るわれるかもしれないなどという不安感や恐怖心」を抱くと言い切るのは無理がある。前述した軽微な拒絶行為すらできないほど畏怖するには相応の事情が存在するはずであるが、加藤証言はこの点を一切説明できていない。原判決は、加藤証言を過度に一般化し、誤った経験則を前提にしている。

それよりはむしろ、被告人のいかなる言動により、又はその他の事情により、Aが強度の不安感や恐怖心を抱くに至ったのかという具体的な事実関係を示す

必要があり、そうした事実関係を示せないのであれば、Aが被告人の行為を拒絶することにより「暴力を振るわれるかもしれないなどという不安感や恐怖心」を抱いたとは認定できないはずである。

Aは当時52歳の小柄な男性であり、マッサージ前もマッサージ中も何らAに対し脅迫的な言動を行っていない。それどころか被告人はAを車で迎えに行くなどしており、Aも被告人を怖いと思うような出来事は迎えの車の中を含めてなかったと証言している（A p 31）。

そうすると、被告人としては、Aが自身に恐怖心を抱いていることを認識するきっかけもなく、Aが一切の拒絶行為ができない状態にあることを認識することは不可能であった。

原判決は、「むしろ、このような心理状態の下でわいせつ行為に対して明確な抵抗・拒絶をし得ないことこそ、Aが当時、抗拒不能の状態にあったことを示すものといえる」等と判示する（p 5）。

しかし、これは、原判決が「そもそも、このようなAと被告人との関係において、Aが被告人から前記のようなわいせつ行為を受けることを許容するとは考え難い」（p 5）との誤った経験則を出発点としているが故の判示であり、結論ありきの議論であるため、もはや理由とはいえない。

一方で、Aは顔を背けてキスを拒絶したり、代金の支払を拒絶する等の行動に出ており、これはAが被告人に恐怖心を抱いていたことと明らかに矛盾する行動である。この点についても原判決は縷々指摘するが全く説得的とはいえない。

なお、原判決は、被告人がAによる代金支払拒否を容認したことをAの故意を基礎付ける事情として考慮するが（p 9）、せいぜい事後的にAが同意していなかったことを知ったという事情に過ぎず、行為時の故意を推認させる事情にはなり得ない。

よって、抵抗すれば被告人から暴力を振るわれると考えた旨のAの供述は信

用できないし、仮に、Aが真に恐怖心を抱いていたのだとしても、被告人がAを畏怖させたとの事情は一切なく、被告人がAの内心を認識するきっかけはなかったから、被告人はAが抗拒不能の状態ではなかった（又はわいせつ行為に同意していた）と認識していたと言わざるを得ない。

8 結語

以上から、Aは抗拒不能の状態にあったとはいえないし、本件わいせつ行為に同意していた。少なくとも、被告人は、Aが抗拒不能の状態にあるとは認識していなかったし、Aが同意しているものと認識していたから、故意を欠いており、被告人は無罪である。

以上