

上 告 趣 意 書

令和5年7月6日

最高裁判所第三小法廷 御中

上記被告人に対する準強制わいせつ被告事件につき、弁護人の上告趣意は下記のとおりである。

弁 護 人 金 沢 裕 幸

記

第1 上告の趣意

- 1 原判決は、判決に影響があつてこれを破棄しなければ正義に反する重大な事実誤認を疑うに足る顕著な事由があり、かつ判決に影響を及ぼすべき法令の違反（審理不尽の違法）があるので、破棄されるべきである。
- 2 原判決は、事実誤認の控訴趣意に対し、これを棄却して第一審同様、準強制わいせつの事実を認定した。すなわち、原判決は、被害者とされる女性客（以下、「A」という。）の供述を全面的に信用する一方、被告人の供述は信用できないとして被告人の本件犯行を認定した。

しかしながら、本件当時、Aは全く抗拒不能の状態ではなく、また本件わいせつ行為に同意していたものであり、準強制わいせつ罪は成立しない。また、

被告人の認識においても、Aが抗拒不能の状態との認識は全くなく、むしろ本件わいせつ行為について、Aの同意があるものと認識していたのであり（仮にAの真意として同意がなかったとしても被告人において同意があるものと誤信しており、その誤信には相当な理由がある）、故意を欠き、準強制わいせつ罪は成立しない。被告人は無罪である。原判決には、重大な事実誤認がある。

3 また、原審は審理を十分に尽くしたとは言えず、訴訟手続の法令違反（審理不済の違法）が存する。

4 以下、詳論する。

第2 事実誤認、訴訟手続の法令違反

1 原判決の認定

原判決は、次のように第一審判決の説示内容を全面的に追認し、事実誤認の本件控訴を棄却した。

すなわち、「原判決が、Aが抗拒不能状態にあったことや、被告人がこの点を認識していたことを認め、原判示事実を認定したことは正当で、所論が主張するような事実の誤認や法令の解釈適用の誤りは認められない。」「本件においては、被告人がAに対して原判示のわいせつ行為を行ったことは争われておらず、客観的証拠（被告人が当時の状況を盗撮していたビデオ映像、原審甲9）によって認定できるところ、その内容は、性的色彩の濃いもので、マッサージの施術とは全く異質であることは明らかである。そして、Aが被告人の営むマッサージ店を初めて訪れた客で、同店が性的サービスをうたっていないことも争われていないのであるから、上述したような性質のわいせつ行為にAが同意することは、想定し難いといえる。施術と誤認していた等の事情で抵抗できず、わいせつ行為を受忍しただけで、同意はしていない旨のAの原審証言は、これらの客観的状況によく整合するもので、性的快感をうかがわせる反応を示した事情についても合理的な説明がなされているから、信用性が高い。この原審証言により、Aが抗拒不能状態になったことが認められ、抗拒不能の者がわいせ

つ行為への有効な同意をなすことは不可能であるから、同意がなかったことも当然に認められる。また、被告人は、事前にAからわいせつ行為について同意を得ていなかったことを認めている上、原判決が説示するとおり、店で性的サービスを提供することを表示せず、Aが初対面の客であったことなど、抗拒不能状態の認定を基礎づける事情について認識しているのであるから、被告人もAが抗拒不能でわいせつ行為に同意していないことを認識していたと解するのが相当である。」などとする。

しかしながら、以下のとおり、原判決は、第一審と同様、証拠の信用性及び証明力の評価を誤っており、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな重大な事実誤認と訴訟手続の法令違反（審理不尽）が存する。

2 マッサージ店の施術に関する決定的な理解の欠落

(1) そもそも本件においては、被害者とされるA供述の信用性を検討する以前に、マッサージ店にどのような形態のものがあり、どのような施術がなされ、どのような客が利用するのかという基本的な理解が下級審裁判所において決定的に欠落しており、それが為に極めて安易かつ杜撰な事実認定がなされていると断じざるを得ない。

そこで、A供述の信用性を検討する前に、かかる下級審裁判所のマッサージ店の施術に関する理解が決定的に欠落していることについて論じる。

(2) 原判決がこの点に関して判示しているのは、以下のとおりである。すなわち、「マッサージは、こりのほぐしや血流の改善等を目指しており、性的な快感を得るためのものでないことや、通常のマッサージ店で性的サービスが提供されていないことは社会通念であって、性的サービスがうたわれていないマッサージ店を訪れる客が性的刺激を求めておらず、施術の際にほぼ全裸になるのも、通常のマッサージをしてくれるものと信頼しているからであることは、論理則・経験則から当然といえる。マッサージの目的には性的快感も含まれるとか、ほぼ全裸になることがわいせつ行為への一線を越えたことを示すといった所論は、暴論というほかない。わいせつ行為の受容は、相手

や状況によるのであって、通常人が予期せぬ時に相手からされるわいせつ行為を許容するはずがないのも経験則で、そのことは路上であれマッサージ店であれ変わらない。」などとする。

原判決の判示する内容からは、原審裁判所は、マッサージ店について、性的サービスがうたわれている店とそれ以外の通常の店に分類し、後者の通常の店においては、客が性的刺激を求めていることが論理則・経験則から当然である旨理解している様子が見られる。

しかしながら、かかる原審裁判所の理解は、極めて不十分であり、社会におけるマッサージ店の実相について決定的に理解を欠いているといわざるを得ない。

(3) 原判決は、前述のとおり、マッサージ店を「性的サービスを明示する店」と「それ以外の通常の店」に二分し、被告人が経営していた本件の店は、性的サービスを明示しておらず、「それ以外の通常の店」に属するものとする。

しかし、そもそもにおいて、このようにマッサージ店を二分する理解自体に根本的な誤りがある。

マッサージ店には、一般的なイメージとして存在している「健全なマッサージ店」(以下、「健全店」という。)の他、原判決が適示する「性的サービスを明示する店」(以下、「性サービス店」という。)、そして両者の中間的存在である「グレーゾーンに属する店」(以下、「グレー店」という。)の大きく三形態が存在している。

健全店は、一般的なマッサージ店のイメージ通り、客は肌を露出する機会は少なく、着衣の上から肩や腰、足などの性感とは関係のない部位を中心にマッサージする施術であり、客も男女を問わず、目的としても原判決が適示するような、こりのほぐしや血流の改善等にあることが通常である。

これに対し、性サービス店は、その名の通り、性的なサービスを客に提供し、客は肌を露出することが一般的であり、裸ないしそれに近い薄衣の状態において、一般的な健全店におけるマッサージ部位にとどまらず、性感帯を

刺激する施術を行い、客は施術者と異性の関係にあることが一般的であり、目的として性的充足にあることが通常である。

そして、グレー店は、上記の健全店と性サービス店の中間的、曖昧な存在であり、一般的なマッサージにとどまる店もあれば、性的サービスを施す店もある。いわば怪しい雰囲気をもとう営業形態であり、客もまたそれを認識した上で、興味を持ち、店を訪れることが多い。

グレー店においては、客は肌を少なくとも一定程度、露出する状態になることが多い。サービス内容によっては、裸ないしそれに近い薄衣の状態となることも一般的である。サービスは、店により健全店の範囲にとどまる場合もあれば、性サービス店と同様の場合もあり、様々である。客は、性サービス店と同様、施術者と異性の関係にあることが多いが、男女を問わない場合もある。目的としても、客によって求める所は必ずしも同じではなく、怪しい雰囲気の中、あくまで健全なサービスを求める客もあれば、性的充足を求めて来る客もある。

このように、マッサージ店には、三種類の形態が存在しているところ、原判決は、グレー店の存在を全く認識せず、あたかもマッサージ店には、性的サービス店とそれ以外の通常の店しか存在しないかのような前提に立った上、被告人の店が性的サービスを明示していないことを元に通常の店に属するものとし、通常の店すなわち健全店におけるサービス内容や、客の求める施術を前提として、本件を裁こうとするものであって、マッサージ店の実相に対する理解に根本的、決定的な誤りがある。

- (4) それでは、マッサージ店が以上のとおり三形態、存在する中で、被告人の店は果たして、いずれの形態に属するであろうか。その答えは明らかにグレー店である。

被告人の店は、客が裸同然の状態になって、男性である被告人から施術を受けることが前提となっている。そして、施術を受ける部位もまた、太腿や鼠径部といった部分を含み、性感の要素が高い内容となっている。

そもそも女性は、好意を抱いてもいない男性から触られることに対して、相当な抵抗感、嫌悪感、不快感、不安感を持つことが一般的である。不用意に勤務先の上司や同僚から肩に触れられるだけでセクハラとされる状況がある中で、着衣の上からであっても女性が触られることに対して著しいマイナスの反応を示すことは公知の事実であるといえる。ましてや肌を直接、触られることは極めて大きな抵抗感、嫌悪感、不快感、不安感を生じるものであり、更には、太腿や鼠径部という性感の要素が高い部位に対する接触は、一般的に女性にとって、およそ受け入れがたいことであるといえる。

従って、完全に健全なマッサージを求める女性客であれば、決して被告人のような店を選択することはないと考えるのが当然である。初対面の男性から裸同然の恰好で肌に直接、しかも性感の要素が強い部位にまでマッサージを受けることは、完全に健全なマッサージを望む女性客としては、到底受け入れがたい事態である。大多数の女性客にとっては、このような男性施術者による裸同然の状態でのマッサージに対しては、強烈な抵抗感があり、必然的に店の選択から除外されることとなる。

そして、逆に言えば、被告人の店のようなマッサージ店を選択するのは、その客に何らかの性的な好奇心や期待感があるからであると考えられる。通常のマッサージを求める一般的な女性であれば、およそ選択しないような店を選択することは、すなわち通常ではないマッサージに対する好奇心、期待感を持っているからこそその行動である。

女性の中でも性的に好奇心が旺盛な人々はいるのであり、特定の男性と不倫関係になる場合も決して少なくない。しかし、不倫は大きなリスクを伴うものであり、仮に本気ではなく性的欲求を満たすだけの関係であったとしても、知り合いの男性とそのような関係になることに躊躇する心理が働くことも多い。そのような中で、初対面の男性と非日常的な空間でその場限りの性的な関係を持つことは、複雑な人間関係も避けられ、明らかにハードルが低くなる。特にマッサージの施術を受けるという形式をとった場合には、あく

まで施術の一環として精神的、身体的充足感を得たと考えることも可能であり、女性のハードルは相当程度低くなる。そして、男性とは異なり、女性用に性的サービスを明示する店は少ない上、女性の側としても、性的サービスを明示する店には心理的抵抗があり、足を運びづらいことが多いと考えられる。グレー店の方が心理的抵抗が少なく、利用しやすい側面がある。

確かに、このような女性の中でも、店に対する性的好奇心、期待感の程度は様々であり、濃淡がある。怪しげな雰囲気の中、裸同然の状態での男性施術者から通常のマッサージを受けるだけで満足を感じ、それ以上は望まない

(性的な施術は求めない) 女性もいれば、それを超えて性的な施術を求める女性もいる。また、性的な施術であっても、どの程度までの施術を求めるかも様々である。胸や陰部など性感帯に近い部位までのマッサージであったり、胸や陰部など性感帯自体へのマッサージであったり、更には、マッサージの範囲ではない性交まで求めるケースも考えられる。

従って、女性客の求めがどの程度であるのか、施術者がマッサージの過程で見極め、客の望む施術を行う必要がある。客の反応を見て、これ以上は求めないという意思を認めれば、それ以上の施術はしないこととなる。逆に客の反応により、拒否感もなく、性感を刺激されて満足している様子が認められれば、可能な範囲で施術を進めることとなる。本件における被告人の施術は、まさにこのような女性客であるAの反応に対する熟練した見極めの結果、進めて行ったものである。

- (5) 以上のとおり、マッサージ店には三形態あり、それぞれ施術内容も客が求めるものも異なっているところ、本件の被告人の店が中間的存在であるグレー店であることは本件審理の上で極めて重要である。

しかし、原判決は、前述のとおり、マッサージ店の実相に関する決定的な理解不足の下、マッサージ店を「性的サービスを明示する店」と「それ以外の通常の店」に極めて安易かつ単純に二分し、被告人が経営していた本件の店は、性的サービスを明示しておらず、「それ以外の通常の店」に属するも

のとした上、通常の店においては、客が性的刺激を求めていることが論理則・経験則から当然であるなどとする。

かかる原審裁判所の判断こそ、暴論というべきものである。

2 A供述の信用性

(1) 原判決は、Aの供述について、その信用性を全面的に肯定する。

しかしながら、Aの供述は不自然、不合理な点が多く、到底信用できないものである。原判決は、A供述の明らかな不自然、不合理性から目をそらし、全面的に信用するが、あまりに強引で恣意的な事実認定と言うほかない。

(2) A供述の中で、最も不自然、不合理極まりないのは、性犯罪の被害を受けていたとAが主張する状況におけるA自身の言動、様子である。すなわち、本件においては、被告人がAをマッサージする状況を動画で撮影していた為（第一審甲9）、マッサージを受けていた際にAがどのような言動をし、どんな様子であったかを検証することができる。

下級審において弁護側から再三にわたって指摘されているように、動画に映っているAは、性感のマッサージを全面的に受け入れている様子が客観的に顕著であり、およそ準強制わいせつの性被害に逢っている者の言動、様子とは認め難い。

被告人によるマッサージを受ける中で、次第に胸の周井部から乳首へと性感行為が進み、乳房も露出し、陰部への性感行為まで進んでいる。そして、被告人から乳首や脇、首筋などを舐められ、身体の上に覆いかぶさるような恰好にもなっている。更には、陰部を舐められ、パンツを脱がされ、股が開いた状態で性感行為がなされている。

しかし、かかるマッサージの間、Aは何ら抵抗を示す言動を示していない。止めて欲しい旨の発言は一切なかった上、動作ですら拒否や抵抗の意思表示は全く行っていない（厳密には顔をそむける程度の仕草はあったが、キスを避けるという心理に過ぎないと考えられ、性感行為全般に対する抵抗や拒否の意思表示とは言い難い。なお、キスを拒否することは、例えば風俗店の女

性にも見受けられる行動であり、恋愛感情がない相手の場合に拒否することは性感行為を受け入れていても不自然ではない)。

そして、何よりも決定的に不自然、不合理であるのは、Aがむしろ性感のマッサージに対して、快感を示す反応を示し、声や言葉を自ら発していることである。

動画から既に明らかとなっているように、Aは、性感のマッサージを受けらる中で、喘ぎ声を漏らし始め、陰部のマッサージなどが進むにつれ、次第にその声も大きくなっていった。その上、「いく」「いっちゃん」という言葉までも複数回にわたって発しているものである。

果たして仮に、Aが本当に被告人のマッサージを嫌だと思い、一刻も早く止めて欲しいと願うような性犯罪の被害に逢っていたのであれば、このような喘ぎ声や言葉を発するであろうか。被害の心情とは裏腹に身体に快感を生じてしまったとしても、声を押し殺して喘ぐような声を発するのを耐えるのが自然であり、大きな喘ぎ声を発するというのは、極めて不自然である。そして、更に不自然であるのは、「いく」「いっちゃん」という言葉である。喘ぎ声とは異なり、これらは日本語の言葉そのものであり、自己の意思により言葉を選択し、伝達手段として声帯を通じ発せられるものである。被害に逢っていたのであれば、犯人である被告人と二人きりで被告人に聞こえるような状況において、このような言葉を発するであろうか。これらの言葉は、被告人の手技によって、自らが性感を得、性的絶頂に達してしまうことを意味しているところ、犯人である被告人にその旨を伝達する必要性など全くなく、決定的に不自然、不合理である。

この点、Aは、敢えて感じているような反応を自らがすることによって、被告人が早期に行為を止めてくれると考えた旨供述するが、明らかに不自然、不合理である。確かに、犯人が性行為や自慰行為をしている場合であれば、敢えて感じている様子を示し、射精を促すことによって、犯人が射精に至れば性的に満足し、行為は止むことが多いと考えられる。しかしながら、本件

においては、性感のマッサージを受けているという状況である。喘ぎ声や「いく」「いっちゃう」といった言葉を発することにより、むしろ犯人であるAの性的興奮を高め、性的被害としてはより深刻な性行為すなわち姦淫行為にまで及ぶリスクが大きいと考えるのが当然である。Aの声や言葉といった反応は、行為を止めさせる効果など全く期待できず、逆に行為をエスカレートさせる効果を生じさせるものであり、およそ信用できるものではない。

また、Aは、被告人の施術に応じて、身体をくねらせたり、紙ショーツを脱がせやすいように腰を浮かすなどの行動を取っている。仮にAが主張するように、性被害に遭っていた状況であったならば、たとえ性的快感があったとしても身体が反応しないよう極力抑え、ぎこちない反応となるどころ、動画におけるAの様子は、性的快感を受けた自然な反応を示している。そして、紙ショーツを脱がされれば、陰部があらわになり、より過激な被害を受ける方向になることは明らかなのであるから、少なくとも自ら紙ショーツを脱がされることに対して協力することはないはずである。Aの行動は、明らかに不自然、不合理といわざるを得ない。

- (3) Aは、マッサージを受けている間に何らの抵抗も拒否もできなかった理由として、密室で二人きりの状態で、抵抗すれば首を絞められたり暴力を振るわれたりする恐怖や不安があった旨供述する。

しかしながら、そもそもA自身も認めているように、被告人から暴力的な言動は受けていなかったのであり、恐怖や不安を感じるような具体的な事情は一切認められない。被告人の容貌や体格を含め、抵抗したら暴力を振るわれかねないと感じさせるような要素は見当たらない。

この点、加藤の証言は、Aの恐怖心や不安感を性被害者心理として不自然でないとするが、本件の個別事情を踏まえていない一般的見解に過ぎない。

そして、明らかに不自然、不合理であるのは、マッサージ終了後、Aは被告人に対し、いつもこのようなことをしているのかとクレームを言い、料金の支払いを拒絶するという行動を取っている点である。クレームを言ってい

る際の状況は、マッサージを受けている際の状況と同じく、密室で被告人と二人きりであるところ、クレームを受けた被告人が激昂してAに対し、暴力を振るうことは十分できる状況であった。Aは、マッサージ中、被告人の暴力を怖れて抵抗できなかつたなどとするが、それでは何故、マッサージ後、クレームを言えたのであろうか。クレームを言って代金の支払いを拒否するという行為は、当然ながら被告人を怒らせかねない行為であり、従って暴力を振るわれかねない状況を招くものである。Aの供述と行動は明らかに矛盾しており、極めて不自然、不合理である。

また、Aは、ほとんど全裸に近い状態の為に外に逃げ出すことが難しかった旨の供述もしているが、タオルはあり、タオルを巻いて逃げることは十分にできたはずである。タオルを巻けば水着と同程度の状態になるのであり、羞恥心は相当に軽減される。性被害を受け続けるよりは、逃げ出すことの方がより優先度は高いはずであり、A供述は不自然、不合理である。

- (4) Aは、当初の捜査段階において、被告人のマッサージによって性的快感はなかった旨供述していたにもかかわらず、公判段階では身体が性的に反応して声や言葉が自然と出た旨供述し、明らかに変遷している。

この点、Aは、性的快感があった旨を捜査官に認めると、行為を受け入れていたからと思われるのが嫌だった旨供述するが、立件されないことを怖れて虚偽の供述をしたと捉えることも可能である。Aの立件に向けた強い意思を感じるとともに、その為には性的快感があったという重要な事実を隠蔽しようとしたとも捉えることが可能であり、A供述の信用性全般に関わるというべきである。

また、Aは、公判供述において、「わからない」「覚えていない」「と思う」などの曖昧な表現をしている場面が多々あり、自己の体験した事実の供述として不自然、不合理である。

- (5) Aは、マッサージを受けた後、動画において明らかであるように、自然な様子で着替えをし、ネックレスを着用するなど身つくろいを行っている。精

精神的にショックを受けている様子も見受けられない。また、友人にメールをし、「マジでヤバいわ」と送信している。そして、その後に前述したように被告人に対してクレームを言い、代金の支払いを拒否している。

これらの本件後におけるAの行動は、恐怖心や不安感を抱きながら性被害に遭った直後に取った行動としては不自然であり、不合理である。

(6) 以上のように、Aの供述は、極めて不自然、不合理な内容であり、到底信用できない。原判決は、A供述を全面的に信用するが、強引で恣意的な事実認定というほかなく、明らかに不当である。

そして、Aが被告人による性的施術に同意していたことは上記のとおり明らかであるが、仮にAの同意がなかった場合においても、被告人において、Aの黙示的な同意があるものと誤信したことには十分な理由があり、準強制わいせつの故意はなく、無罪というべきである。

前述のとおり、Aは被告人の性感マッサージに対し、終始一貫して何らの拒絶や抵抗をしなかったばかりか、喘ぎ声や「いく」「いっちゃう」という煽情的な発言をし、身体をくねらせ、紙ショーツを脱がす際に協力的な姿勢を取るなど、被告人の性感マッサージの施術を全面的に受け入れている様子を客観的に示していたものである。被告人は、いきなり高度の性感マッサージをしたわけではなく、通常のマッサージをする中で徐々にAの反応を見ながら性感を刺激するようなマッサージを施し、拒否反応があればすぐに中止する体制を取って慎重に進めていた。Aの反応が拒絶とは程遠く、逆に受容している様子であったことから、Aの同意があるものと信じ、性感マッサージの施術を進めて行ったものであり、被告人において、Aの同意があるものと信じるに足りるだけの十分な客観的状況があった。

いずれにしても、被告人に準強制わいせつの犯罪は成立しないというべきであり、原判決には、判決に影響があつてこれを破棄しなければ正義に反する重大な事実誤認を疑うに足る顕著な事由があり、かつ審理の不尽があるので、破棄されるべきである。

第3 結語

被告人は、一貫して犯行を否認し、上告審に至るまで争い続けてきたものである。それは本件犯行に全く覚えがなく、どうしても納得がいかないとの強い思いからである。冤罪であるからである。被告人は、自らの身の潔白が証明されるまで訴え続ける覚悟である。

頑なに否認を主張し続ける被告人の姿勢は、本件は身に覚えがなく、無実であるという心からの訴えであると考えられる。被告人は、卑劣な犯罪を自分がしたと断罪され、その理不尽に大きな憤りを抱いている。

冤罪防止の観点からも再度、事実審をやり直し、再度の被告人質問、証人尋問をするなど慎重な審理をする必要は高い。

原判決は、被害者とされるAの供述に依拠し、被告人の犯行を事実認定しているものであるが、Aの供述は不自然、不合理であり、到底信用できない。

本件のように、目撃証人もなく決定的な客観証拠のない事件においては、誤審の可能性は必然的に高まるのであり、慎重の上にも慎重な事実認定が求められることは言うまでもない。再度、Aを証人尋問することなどを通じて真実発見につとめることが刑事訴訟法の理念に合致し、適正な刑事司法の実現に寄与するものと思われる。何よりも被告人の人権保障の見地から必要である。

通常的事件にも増して慎重な審理をなす必要性は高いと言わなければならず、時間を十分にかけて充実した審理をなすべきである。

原判決を破棄し、原審に差戻しの上、改めて事実審理をして真実を追究し、無実の被告人を救済すべきである。原判決には重大な事実誤認があるところ、これらの点を看過して事実認定をなした原判決は明らかに不当である。また、審理も十分に尽くされていない。原判決には破棄されなければ著しく正義に反する重大な事実誤認、訴訟手続の法令違反（審理不尽）が存在する。

法の正義を実現すべく、最高裁判所の公正な判断を求める。

以 上