

## 判例研究

### 13歳未満の女子に対する強姦罪の量刑と被害者の意思内容 福岡高判平成28年5月26日（研修829号19頁、判例秘書 L07120311）

野村健太郎

#### I. 事案の概要

被告人（当時44歳）は、平成21年8月頃、元妻の子とA（元妻の姉の子で、当時11歳の女子）の2人を連れて海水浴に行き、ホテルに宿泊した際、Aと性交した。Aが性交するのは本件が初めてであった。その際、被告人が暴行・脅迫を加えたことはなく、被害者も性交を明確に拒絶したことはなかった。

第1審は、「無理矢理セックスされた、怖かったり気持ち悪かったりして声も出せなかった」旨述べるAの供述調書に信用性を認め、本件犯行がAの意思に反していたのは明らかであるとしたうえで、被告人に不利な情状として、「実質的には姪の関係にある、当時11歳と性的に未熟なAに対し、その意思に反して姦淫したというものであり、人倫にもとる身勝手極まりない卑劣な犯行である」ことなどを指摘し、懲役5年を言い渡した。<sup>(1)</sup>

被告人は、本件の性交は被害者の意思に反するものではないこと等を主張して、控訴した。

#### II. 判旨——控訴棄却

福岡高裁は、「本件の性交が、その当時における被害者の意思に反していたと断定することには、なお一抹の躊躇を覚えざるを得ない」として、この点につき原判決に事実誤認があることを認めつつ、以下のように述べて、事実誤認に関する被告人の主張を斥けた。

「13歳未満の女子との関係では、暴行・脅迫が強姦罪の要件でないことはもと

---

(1) 事実の概要・第1審判決の内容は、渡辺裕也「判批」研修829号（2017年）20頁による。

より（刑法177条後段）承諾がある場合も性交自体が同罪を構成するのであるが、これは、年少者が心身の未成熟故に抗拒困難の状態にある上に、性的行為の意味も十分把握しえず、的確な自己決定を期待できないという理解によるものと解される。そして、この法意は、同罪の成否のみならず、その量刑判断においても通底すると解するのが相当である。すなわち、13歳未満の女子に対し、暴行・脅迫に及ぶことなく、或いは、外形上承諾を得て性交渉を持ったとしても、それは年少者の非力や知慮浅薄に乗じたというに過ぎず、そのような女子を対象として性欲を満たすこと自体、抵抗を實力で排除した場合にも劣らない刑罰的非難に値するというべきだからである。

そうすると、暴行・脅迫を伴ったわけでも、明示的抵抗があったわけでもない本件において、性交渉が被害者の意思に反するものであったか否かは、同人が当時11歳に過ぎなかった以上、量刑判断において本質的差異をもたらすものではないというべきであり、結局、この点の事実誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであるとはいえないことに帰する。」

また、量刑不当の主張についても、「原判決の前提とした事実認定には一部不適切な点がある」としつつ、「親族にも近い関係にあった当時11歳の被害者を姦淫したことは、その意思に反すると否とを問わず甚だ醜悪な行為というほかな」い等としたうえで、「被告人を懲役5年に処した原判決の量刑は妥当であ」として、これを斥けている。

### III. 評釈

#### 1. 問題の所在

平成29年改正前の刑法177条後段は、13歳未満の女子との性交につき、暴行・脅迫を用いなくても強姦罪を構成するものとしており、被害者の同意の有無は犯罪の成否に影響しないと解されてきた。本判決は、その趣旨は犯罪の成否のみならず量刑にも及ぶとして、性交が被害者の意思に反するか否かは量刑に影響しないとの解釈を示し、その点についての事実誤認は結論に影響しないとしている。もっとも、このような解釈が適切かについては疑問の余地があるほか、そのような解釈を前提として量刑を維持することの適否も問題となり得る。

---

(2) 改正後の同条後段も、13歳未満の者との性交等につき、暴行・脅迫を用いなくとも強姦性交等の罪を構成するものとしている。

(3) 大判大正14年8月6日（刑集4巻525頁）参照。

## 2. 「性交が被害者の意思に反しているか否か」の量刑上の重要性

本判決は、性交が被害者の意思に反しているか否かは「量刑判断において本質的差異をもたらすものではない」とし、その根拠を177条後段の法意に求めている。すなわち、同規定が「年少者が心身の未成熟故に抗拒困難の状態にある上に、性的行為の意味も十分把握しえず、的確な自己決定を期待できないという理解」に基づくものだとすれば、その趣旨は量刑にも及び、13歳未満の女子との性交は、それ自身が「抵抗を実力で排除した場合にも劣らない刑罰的非難に値する」ことになるというのである。

もつとも、177条後段から直ちに導かれるのは、(i)「13歳未満の女子との暴行・脅迫によらない性交は、13歳以上の女子に対して暴行・脅迫を用いて行った性交と、同程度の非難に値する」という評価であって、(ii)「13歳未満の女子との暴行・脅迫によらない性交は、13歳未満の女子に対して暴行・脅迫を用いて行った性交と、同程度の非難に値する」という評価ではない。(i)は、177条に規定された2つの犯罪類型間の比較であり、それは、後段の罪に同じ法定刑を適用することに「織り込み済み」の評価といえるから、法定刑内での量刑に際して再度援用することはできないはずである。<sup>(4)</sup>

たしかに、被害者が13歳未満である場合、その意思内容には、犯罪の成否(177条の法定刑を用いた処罰の可否)を左右するほどの意味は認められない。しかし、そのことを超えて、被害者の意思内容が、およそ行為の違法性(法益侵害性)の程度に影響しない<sup>(5)</sup>と解すべき必然性はないであろう。むしろ、被害者の意思に反してなされた性的侵襲は、その尊厳をより深く傷つけ、その性的発達をより大きく害し得るとすれば、被害者の意思内容は違法性の程度に影響するという理解の方が、より説得的であるように思われる。

こうして、被害者の意思内容は、177条後段の類型においても、量刑に影響し

(4) 「法定刑が適用される全ての事案に妥当する一般的・抽象的評価は、具体的量刑の根拠にはならない」という論理則は、ドイツ刑法46条3項(二重評価の禁止)のような規定を持たない日本の量刑でも、同様に妥当する(原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』(2008年)355頁参照)。

(5) 強姦罪の保護法益については、これを性的自由ないし性的自己決定権と捉えるのが通説であるが、性的尊厳と捉える見解も有力である(辰井聡子『『自由に対する罪』の保護法益』岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開上巻』(2014年)424頁以下等)。さらに、13歳未満の者を対象とする性犯罪の保護法益には、健全な性的発達も含まれるとの指摘として、深町晋也「児童に対する性犯罪について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』(2017年)319頁。

(6) 渡辺・前掲注(1)24頁参照。

得ると考えるべきである。裁判例の中にも、13歳未満の女子に対する強姦（未遂）事案の量刑理由の中で、被害者の抵抗できない状態や暴行の存在を指摘するもの<sup>(8)</sup>、逆に、暴行・脅迫が用いられていないことを「被告人のために酌むべき事情」として挙げるもの<sup>(9)</sup>がみられる<sup>(10)</sup>。

本判決のような解釈の背後には、「性交が被害者の意思に反していないこと」を理由に刑を軽くしてしまつては、177条後段の趣旨に反するような評価を与えることになりかねない、との懸念があるのかも知れない。しかし、同規定の趣旨（13歳未満の女子との性交を一律に禁止すること）は、犯罪の成立（177条の法定刑の適用）を認めることによってすでに実現されているのであり、それを前提になされる量刑上の軽減的考慮が、そのような性交の「許容」を意味するわけではない。

### 3. 本判決の解釈を前提とした場合の帰結

また、仮に、本判決のように、「被害者の意思内容は量刑を左右しない」という解釈を採用したとしても、それによって、原判決の量刑を維持することができるかは、疑問である。

本判決は、たとえ性交が被害者の意思に反していなかったとしても、「抵抗を實力で排除した場合〔性交が被害者の意思に反していた場合〕にも劣らない刑罰的非難に値する」（〔 〕内引用者）として、そのことを、結論（懲役5年）を維持する根拠としている。そこでは、性交が被害者の意思に反していた場合につき懲役5年の刑を相当とした原判決の量刑判断が、その限りで前提とされているように思われる。

しかし、仮に原判決が、「性交は被害者の意思に反している」という事情を加重的に考慮したうえで懲役5年の刑を導いたのだとすれば、本判決がそれを前提

(7) なお、177条前段の罪では、「性交が被害者の意思に反していること」それ自体は、全ての事例に共通する構成要件要素であるから、これを量刑の根拠とすることはできず、せいぜい意思に反する「程度」を問題とし得るに過ぎない。

(8) 名古屋地判平成26年7月15日（LEX/DB25504419）。

(9) 前橋地判平成24年2月24日（LEX/DB25482258）。

(10) 名古屋地判平成27年7月1日（LEX/DB25540836）は、当該事案を「強姦未遂事案のうち暴行等を手段としない態様でしかも前科前歴のない者による類型」〔傍点引用者〕に位置づけており、暴行等の有無で刑量に差が生じることを前提としているものと思われる。

(11) 量刑理由に記載されているだけで、実際には量刑に有意な影響を与えていない可能性もないわけではないが、それを検証することはできない。

とすることはできないはずである。というのも、本判決の上記解釈は、「性交が被害者の意思に反していないからといって、刑が軽くなることはない」という（行為者に不利な）趣旨と、「性交が被害者の意思に反しているからといって、刑が重くなることはない」という（行為者に有利な）趣旨との両面を含んでおり、<sup>(12)</sup> 原判決における加重的考慮は、このうち後者の趣旨に反するものだからである。

本判決は、「被害者の意思内容は量刑を左右しない」という抽象的な解釈を、「被害者の意思内容如何にかかわらず、懲役5年が相当である」という具体的な結論に直結させているように思える。たしかに、犯罪の成否が問題となる場面であれば、「被害者の意思内容は犯罪の成否を左右しない」という解釈から、直ちに「被害者の意思内容如何にかかわらず、犯罪は成立する」という結論を導くことができる。特定の「効果」（犯罪の成立）を念頭に置いて導かれた解釈は、その「効果」を正当化する根拠として用いることができるのである。しかし、量刑においては、「効果」が固定されておらず、「被害者の意思内容は量刑を左右しない」という本判決の解釈も、懲役5年という「効果」を念頭に置いて導かれたものではないため、それだけでは、その「効果」を正当化する根拠にはならない。

本判決の解釈を前提とする限り、原判決の量刑は、（事実誤認の有無以前の問題として）誤った解釈に基づくものと評価されるはずである。それにもかかわらずこれを維持するためには、原判決の「解釈の誤り」を指摘したうえで、それでもなお懲役5年という結論を許容し得ること（原判決が、判断過程の誤りにもかかわらず、結果的には正しい宣告刑に至っていること）を、原判決の量刑判断に依存しないしかたで示す必要があるのではないだろうか。そのような評価が示され<sup>(13)</sup>ない限り、本判決が、自身の解釈に反する原判決の量刑判断を前提としている

---

(12) 渡辺・前掲注（1）26頁は、「本判決は、性交が被害者の意思に反していること……が悪情状を構成する余地を残している」としており、本判決の解釈に後者の趣旨は含まれないと考えているようである。しかし、そのような理解は、「[被害者の意思内容如何は] 量刑判断において本質的差異をもたらすものではない」という判示と整合しないし、「合意の有無は……有利にも不利にも作用しない」（同25頁）という論者自身の理解とも矛盾する。「暴行・脅迫を伴ったわけでも、明示的抵抗があったわけでもない本件において」という判示から、暴行・脅迫や明示的抵抗があった場合につき加重的考慮の余地を残す趣旨を読み取る（同26頁）のは、本判決の解釈をそれ自体として整合的なものとして理解しようとする限り、困難であろう。本判決の解釈を肯定的に評価するのであれば、「性交が被害者の意思に反していること」の加重的考慮が否定される帰結をも受け容れなければならない。仮にその帰結が不当に感じられるとすれば、それは本判決の解釈そのものの不当性の現れである。

のではないかという疑念は、払拭できないように思われる。

#### 4. 「加重事由の不存在」と「軽減事由の存在」とを区別する可能性

本判決とは異なり、被害者の意思内容というメルクマールが量刑を左右することを認めたとはいえず、なお「性交が被害者の意思に反していないこと」の軽減的考慮を否定する途も、ないわけではない。被害者の意思内容が量刑を左右するとしても、それは、「性交が被害者の意思に反していること」が加重事由になるという<sup>(13)</sup>ことであって、「性交が被害者の意思に反していないこと」は、加重事由の不存在を意味するに過ぎず、殊更に軽減事由の存在として扱うべきではない、という理解である。

このような理解は、一定のメルクマールについて特定の「標準的な状態」(基点)を観念し得ることを前提とする。「性交は被害者の意思に反していない」という状態は、177条後段の罪が想定する「標準的な状態」であり、そこからの逸脱を示す事情(「性交が被害者の意思に反していること」)が加重事由になることはあっても、それに該当することを示すに過ぎない事情(「性交が被害者の意思に反していないこと」)は、加重事由の不存在を示すに過ぎず、軽減事由にはならない、と考えるのである。<sup>(14)</sup>

しかし、このような区別が仮に成り立つとしても、本件被告人の主張を斥ける根拠にはならない。というのも、被告人の主張は、原判決が「性交が被害者の意思に反していないこと」を軽減事由として考慮しなかったことではなく、「性交が被害者の意思に反していること」を加重事由として考慮したことを非難するものだからである。上述のような区別論からすれば、被告人は、「加重事由の不存在」に過ぎないものを「軽減事由の存在」として主張しているわけではなく、あくまで「加重事由の不存在」を主張しているのであり、それは正当な主張と認められるはずである。

#### 5. 「性交が被害者の意思に反しているか否か」の認定を回避する途について

本件は、性交が被害者の意思に反しているか否かを断定できないケースであった。学説では、量刑事実の認定にも利益原則を適用し、このような場合には被告

(13) 量刑不当の主張に対する検討部分では、専ら原判決の量刑判断に対する異論が適切でないことを述べることによって、原判決の量刑判断の正しさが再確認されているに過ぎないように思われる。

(14) このような考え方について、野村健太郎「量刑における『基点』概念の意義」愛学58巻1・2号(2017年)227頁以下参照。

人に有利な認定を行うべきだという理解が有力である。<sup>(15)</sup> 本判決も、「性交が被害者の意思に反するものであったことが合理的な疑いを差し挟む余地無く立証されたとはいえ」ないとし、原判決の事実誤認を認めており、同様の理解を前提としたうえで、前述の解釈による解決を試みたものと考えられる。

もっとも、これに対しては、あるメルクマールについて断定が困難な場合には、あえて有利な認定を行わなくとも、そのメルクマールを量刑判断から除外し、他の事情に基づいて量刑を導けばよいとする反対説も主張されている。<sup>(16)</sup> これを本件に適用すれば、性交が被害者の意思に反しているか否かが断定できないのであれば、被害者の意思内容というメルクマール自体を量刑判断から除外し、それ以外の認定可能な事情に基づいて量刑を行えばよいことになるだろう。

しかし、あるメルクマールを判断から「除外」することは、そのメルクマールについての評価を回避することにはならないように思われる。例えば、犯行の動機が不明であるとして動機を判断から「除外」したとしても、動機が「存在しない」ことになるわけではなく、何らかの動機に基づく犯行であることは、前提とせざるを得ない。動機が量刑を左右し得る場合に、それにもかかわらず動機についての判断を「除外」することは、結局、一定の「標準的な動機（ないし通常の動機）」<sup>(17)</sup> を暗黙の前提とした量刑を行っていることになるのではないだろうか。

本件でも、被害者の意思内容は、性交を拒むものか、拒まないものかのいずれかであり得ない以上、被害者の意思内容を判断から「除外」しようとするれば、そのどちらかを「標準的な被害者の意思内容」として暗黙の前提とすることになる。<sup>(18)</sup> そうすると、仮に、性交を拒むのが「標準的な被害者の意思内容」であった場合、そこでは、「性交が被害者の意思に反していること」という、合理的

(15) 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について」法研82巻1号（2009年）612頁以下。杉田宗久「量刑事実の証明と量刑審理」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻』（2011年）165頁以下も、量刑事実については証明責任を観念し得ないとしつつ、特定の量刑事実が争点化しており、しかもそれが量刑を左右する重要な事実である場合には、利益原則が適用されるとしており、実質的には同旨といってよいように思われる。

(16) 原田國男「量刑事実の証明責任」慶應ロー31号（2015年）9頁以下。

(17) 類似事例との比較に基づく量刑判断（司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（2012年）18頁以下参照）において、量刑事情の加重的・軽減的考慮とは、類似事例との「違い」を評価する作業である。だとすれば、量刑事情を考慮しないということは、その「違い」を否定すること、すなわち、類似事例に通常認められる事情を当該事案についても前提とすることを意味するはずである。

疑いのある事情を暗黙の前提とした量刑が行われることになり、(被害者の意思内容が量刑を左右するという前提に立つ限り)部分的な嫌疑刑だとの批判を免れ難いであろう。

量刑に影響するメルクマールは理論上無限に想定可能であり、その全てを判断対象にすることはできない以上、判断対象とならなかった(あるいは、そもそも判断者の意識にも上らなかった)<sup>(19)</sup>メルクマールについては、その「標準的な状態」を前提とせざるを得ない<sup>(20)</sup>。しかし、被告人の主張(ないしそれを裏付ける証拠の提出)によって争点となったメルクマールについては、もはやそのような前提を維持することは許されず、利益原則を適用すべきである。本件では、被害者の意思内容が争点となっている以上、「性交が被害者の意思に反していること」が合理的疑いを超えて認定できない限り、「性交が被害者の意思に反していないこと」を前提とした量刑判断をすべきであるように思われる。

---

(18) どちらが「標準的な被害者の意思内容」かは、比較対象とされた類似事例において、どちらがより「通常」のものといえるかによって決まる。

(19) 小池・前掲注(15)615頁参照。

(20) 野村・前掲注(14)258頁注117参照。量刑判断とは、常に、無数の「標準的な事情」を暗黙の前提とするものだともいえる。