

痴漢行為の有無に関する民事事件の事実認定（2）

星野 豊

- 1 序……本稿の課題
- 2 最判平成20年11月7日事件の概要
 - (1) 前提事実と当事者の主張
 - (2) 第1審判決
 - (3) 差戻前控訴審判決
 - (4) 第1次上告審判決
 - (5) 差戻後控訴審判決（以上、50号）
- 3 痴漢行為の有無に関する事実認定（以下、本号）
 - (1) 当事者の主張の信頼性
 - (2) 供述調書と証人尋問
 - (3) 立証の対象と立証責任（以上、本号）
- 4 刑事事件と民事事件との関係
 - (1) 訴訟の目的と事実認定の関係
 - (2) 要求される立証の範囲と程度
 - (3) 証拠と事実認定の参照可能性
- 5 最高裁判示の形式と実質……第2次上告審の課題

3 痴漢行為の有無に関する事実認定

民事事件であれ、刑事事件であれ、裁判における事実の認定は、証拠に基づかなければならない（刑事訴訟法第317条、民事訴訟法第179条参照）。そして、民事裁判においても刑事裁判においても、証拠の証明力は、裁判官の自由な心証に委ねられている（民事訴訟法第247条、刑事訴訟法第318条）。しかしながら、痴漢行為の有無が実質的に主要な争点となるような事件においては、以下に述べる理由により、裁判官が証拠の証明力を自由に判断するに際して、真実の発見ないしは紛争解

決を導くために、様々な困難がつきまとうのが実情である。

第1に、電車内における痴漢行為は、多くの場合、極めて混雑した車内で、無関係の第三者を含めた多数の者が身体を否応なく密着せざるを得ない状況で行われることから、現場付近に第三者が多数いたとしても、痴漢行為それ自体について、自己の認識を明確に証言できる者は、極めて少ないことが珍しくない²。しかしながら逆に、このように痴漢行為に対する「目撃」を明確に認識した者が実際には少ないという感覚が、痴漢行為の有無を明確に目撃した第三者をして、証言することを躊躇させる側面があることも、無視できないように思われる。また、現場付近に多数の第三者が存在した場合、自分が証言しなかったとしても他の誰かが証言するであろうとの感覚から、証人となるべき者が証言を行わず、その結果として真実の発見ないし紛争解決が困難となるという現象も、少なからず生じていることが明らかである。

第2に、痴漢行為は、ごく軽微な接触等を繰り返すことにより、被害者に身体的ないし精神的不快感を与えることが主な目的であることが多いため、かかる接触等が行われた客観的証拠を収集することが困難な場合が少なくない³。従って、一方が他方に対して傷害を負わせたような場合や⁴、一方の体液が他方の身体や衣服に付着したことが容易に認識できるような例外的な場合を除いて、痴漢行為があったとする被害を訴える者の主張と、かかる行為は一切行っていない、あるいは身体的接触が仮にあったとしてもそれは痴漢行為ではなく、混雑した車両内におけるやむを得ない身体的接触であるとの加害者と名指しされた者の主張との対立が、必ず生ずることとなる⁵。

2 実際、痴漢行為について「目撃」したと主張する者がいたとしても、被害を訴える者と加害者と名指しされた者が争う状況を見て、初めてかかる事態が生じた可能性があることを認識したに過ぎない場合は、珍しくないとと思われる。

3 これは、かかる接触が行われたことを被害を訴える者が証明する場合のことを念頭に置いた議論であるが、逆に、このような被害を訴える者による客観的な証明が困難であるとの一般的な感覚が、被害を訴える者の申告のみに依拠して痴漢行為の存在を安易に認定してしまう傾向に拍車をかけていることは疑いなく、従って、加害者と名指しされた者が自己の無実を証明しようとする場合には、そもそもかかる接触の事実が証明されにくいことに加えて、「何もしていないこと」を事実上証明しなければならない状況に置かれるわけであるから、さらなる困難に直面することが明らかである。

4 このような場合には、加害者が被害者に傷害を負わせた場合のほか、被害者が加害者に対して傷害を負わせた場合も含まれる。なお、被害者が加害者に傷害を負わせた場合、かかる傷害行為を刑事法上どのように評価すべきかは、実務上極めて重要な問題となるが、本稿の目的とやや外れることとなるため、ここで論ずることはしない。

以上のような前提の下で、痴漢行為の有無についての事実認定を行うべき裁判所としては、乏しい客観的証拠と、真っ向から対立する両当事者の主張を前にして、結局、次のような方法を模索せざるを得ない状況に追い込まれることとなる。第１に、対立する当事者の主張の各部分をできる限り細かく分析し、一方の主張の矛盾や非一貫性、あるいは不当性ないし違法性を見いだすことによって、一方の主張を他方の主張と比べて「信頼性がある」と判断することにより、事実認定を行う方法である。第２に、公益的立場にある警察官や検察官が作成する捜査資料については、私人の主張と比べて個人的利害を含まない「客観性」があると前提し、かかる公的資料に大きく依拠して事実認定を行う方法である。

もっとも、本件においては、Xが、警察による不当逮捕、検察による不当勾留請求を主張して、Yに対する損害賠償請求訴訟と共に、警察及び検察を管掌する公的機関に対して国家賠償請求訴訟を提起している関係から、上記第２の方法を用いて事実認定を行うことは、一方当事者の指揮命令下にある者の作成した資料に「客観性」があると前提することとなりかねないため、事実上採用が困難であると考えて差し支えない。従って、本件で採用される可能性がある判断方法は、上記第１の方法、すなわち、両当事者の主張の信頼性を比較することにより、事実認定を行っていく方法である。以下では、本件における事実認定について、各審級における裁判所が、この方法を用いて本件痴漢行為の有無に関する「事実認定」を行っていく際における、判断構造の詳細及びその妥当性について検討を加える。

5 なお、近時においては、特に刑事事件の捜査の過程で、被害者の衣服の繊維が加害者の身体に付着していたか否かが重要な証拠として取り上げられることが少なくないが、このようないわゆる「科学鑑定」においては、誰の目からも明らかであるような事実関係が証拠から直接認識できるわけではなく、例えば加害者と名指しされた者の身体に付着していた繊維が被害者の衣服の繊維と「同一」あるいは「酷似」しているか否かの判断について、「専門家」としての鑑定者の主観的認識に大きく依存する側面があることが否定できない。また、このような科学鑑定は、鑑定の対象となる試料がごく限られており、相手方による対抗的な鑑定が実施できない場合も、珍しくないようである。もっとも、このような科学鑑定は、鑑定手法と鑑定結果が「科学的」であるということ自体によって、当事者の主観を主な要素として構成される「主張」と比べて、裁判官が事実認定の判断に際して依拠しやすい効果があることは明らかである。また、かかる「科学鑑定」は自然科学の専門家の手により、自然科学分野の技術や知見を駆使して行われるものであるため、裁判官であれ、当事者であれ、必ずしも自然科学分野の知見が豊かでない者から見た場合に、直感的に異議を述べるのが困難となる側面も否定できない。このような、鑑定結果を検討する立場にある者の「主観」により鑑定の信頼性に差異が生ずることがあるとすれば、鑑定が「科学的」であることがすなわち証拠としての「客観性」を意味しているか自体について、再検討の必要があるのかもしれない。

（1）当事者の主張の信頼性

本件も含めて、痴漢行為の有無については、被害を訴える者と加害者と名指しされた者との間で、基本的な事実関係自体からして、主張が大きく食違うこととなる。このような両当事者の主張の信頼性を細かく分析し、両者のいずれに信頼性があるかを比較しつつ、食違う部分についての事実関係を模索していく判断方法は、他に客観的証拠がない状況の下では裁判官として採用せざるを得ない部分があるほか、両当事者の主張の食違いを調整して紛争の解決を見いだすという、民事裁判の基本構造とも、理論的に整合している側面があるため、比較的多くの事件で採用されているものと考えられる。

そこで、本件の各審級におけるXY両者の主張の信頼性について、どのような比較検討が行われているかを見てみると、まず、第一審については、どのような分析検討の結果として両当事者の信頼性の比較検討が行われたのか、明確でない部分があると言わざるを得ない。すなわち、第一審においては、Xによる痴漢行為が行われたとの事実関係を認定するに際して、客観的な証拠を挙げることなく、基本的にYの供述に基づいて、Yの供述にほぼ沿った内容の痴漢行為が行われたものと認定している（前記2(2)1）。なお、第一審が証拠として挙げる証人Bは、Xを取り調べた検察官であり、本件においては検察庁を管掌する国も当事者の一部となっているわけであるから、XY間の訴訟とXと国ないし地方自治体との間の国家賠償訴訟が一体的に審理されている本件においては、「客観的な第三者」としての証言であると無条件に断言することはできない。

第一審は、上記の認定を行うに際して、痴漢行為の詳細、及び、痴漢行為終了時のXの個別の言動、すなわち、Xが「フィニッシュ、フィニッシュ。」と言って会話を打ち切った後、ウィンクしたとの言動について、Yが具体的かつ詳細に供述していることを挙げ、Yの供述は「具体的かつ詳細で迫真性に富んでおり、それ自体信用性が高いと認められる。」と判示している（前記2(2)2）。しかしながら、この供述は、Xがしたとされる個別の言動を含めて、全てYの供述のみを根拠とするものであり、Xの供述の一部分とYの供述との平仄が合っているわけではなく、他の客観的な証拠との一致ないし整合があるわけでもない。

痴漢行為は、本件で第一審が認定した行為を含めて、大抵の場合については、被害者が望まない接触行為を繰り返したという具体的行為の次元においてほぼ同様のものであるから、事件の直後であったとしても、被害者が詳細部分を含めて供述す

ることは、当該供述内容が真実と合致していても合致していなくても必ずしも不可能ではない。従って、当該痴漢行為において行われたとされる特有の事実や行為について、他の証拠ないし供述との一致ないし整合、あるいは平仄が認められない場合には、そのような特有の言動を事実として認定することは、極めて慎重であってしかるべきである。しかしながら、第一審はこの点について特に判断することをせず、Yの供述の信頼性を前提として認定を行っており、これに反するXの供述及び、B検察官の証言中におけるAの供述について、30cmの距離から「近づいてきた」との具体的な表現が不自然であるとし、携帯電話を通じての車内の様子を完全に聞き取ることは一般的に無理があること、及びAの供述が事件から相当期間経過後に行われたことから信頼性が低いことを述べ、かつ、痴漢行為による被害を受けたことをYが「近づいてきた」と婉曲に表現したものと解釈をして、Yの供述どおりの事実を認定しているが（前記2（2）3）、Yの供述に反するAやXの供述を排除するに際し、Xが身を乗り出したことを「近づいてきた」と表現することが不自然であるとする一方、Yの供述を採用するに際して、痴漢行為の被害を受けたことを「近づいてきた」と表現することは婉曲的表現であるとする点は、明らかに判断基準が異なっている。

他方、第一審は、Xの供述の信頼性について検討するに際しては、Yの供述の信頼性の検討と異なり、供述の一貫性ではなく、逮捕前後における行動の不自然性を強調している。すなわち、Xが警察官から嫌疑を受けて逮捕された際、「身に覚えのない犯罪の嫌疑を突然かけられた場合、誤解を解くべく自らの置かれた立場を積極的に説明するのが自然であり、身に覚えのない痴漢行為をしたことを疑われ逮捕されながら、弁解もせず、氏名、住所、職業等についてすら黙秘するというのは、極めて不自然である。」（前記2（2）6）と第一審は判示するが、この判示は自身の身の安全と社会的地位とが完全に確保されているという前提があって初めて成り立つものであり、身に覚えのないことで逮捕された後における供述が、自己の有利に作用するか不利に作用するか全く判断できない状況の下で、任意に供述を行わないことが「不自然」すなわち痴漢行為を敢行したことの徴表と考えることは、Xの置かれた状況をおよそ理解していないものと言うべきである⁶。実際、Xは、現在では不起訴処分を受けており、本件発生時からの時間経過と本件裁判における審理経過からして、改めて起訴される可能性は極めて小さいことが一応予測されるが、刑事裁判により無罪判決を受けているわけでない以上、改めて本件を理由に起訴され

る可能性が理論上ないし制度上あるわけであり、かかる状況に置かれた者の心理状況については、他人が軽々に評価できるものではないように思われる。

結局のところ、第一審の認定は、第一審自身の見解である、「携帯電話の使用を注意されたというような些細な出来事に対して、虚構の痴漢被害を作出し、警察に被害申告をするなど、通常は想定できない」（前記2（2）5）ということから全ての判断が発出しており、他に証拠がないために採用するにやむを得ないと思われる両当事者の主張の比較検討すら、十分行っていないことが明らかである。すなわち、第一審は、Yの供述が具体的かつ詳細であったことのみから、Yの供述を全面的に前提とし、痴漢行為の被害届があった場合、多くの場合何らかの行為が行われ、その内容は被害を申告した者の供述に沿っている筈である、という、理論的根拠に乏しい判断をしているものと考えざるを得ない⁷。また、Xの供述の信頼性を否定する判断についても、Xの逮捕前後における行動について、被疑者としての権利を行使したことを痴漢行為の敢行の徴表と判断し、「全体として」供述の信頼性が低いと結論づけているものと考えられる。このような第一審による当事者の供述の信頼性の判断は、客観的な証拠や論理的根拠が乏しいまま、直感的にX及びYを「加害者」及び「被害者」と位置づけたうえで、「被害者の味方」であると裁判所が標榜している以外の何者でもなく、両当事者に公平な判断が行われたとは、到底評価することができないものである。

以上に対して、差戻前控訴審は、痴漢行為の有無自体の認定においては、客観的

6 もっとも、犯罪、逮捕等に全く無縁であると自覚している者が、かかる考え方を持っている可能性があることは否定できない事実であり、被疑者や被告人の権利の確保について、社会一般の理解が得られにくい場合があることの一環と考えることもできなくはない。しかしながら、本稿で問題としているのは、あくまで裁判における裁判所による事実認定に際しての基本的な考え方についてであり、被疑者としての権利を軽視し、かかる権利の行使を犯罪敢行の徴表とする考え方を裁判官が有していることは、かなり問題があるように思われる。

7 もっとも、現実には発生する痴漢行為による被害の多くは、本件と同じく客観的証拠に乏しい状況の下で被害が申告されてくるわけであり、現代においてもなお、痴漢行為による被害を受けたこと自体について否定的な評価が行われる傾向がある社会状況の下では、第一審のような直感的な前提が、常に誤っていると断定することも難しい。しかしながら、本稿で問題としているのは、裁判官が裁判において事実認定を行うに際しての証拠に基づく理論的な判断基準についてであり、警察官等が被害を訴えてきた者からの第一次的な申告を聴取するに際して、被害を訴える者の心情を理解し、供述聴取者と供述者との信頼関係を形成しながら事実関係を確認する作業の段階における対処とは、大きく一線を画すべきものである。第一審の判示の問題は、この次元における、自己の立場を見誤ったと思わざるを得ないような判示を行った点にあると考えて差し支えない。

な証拠がなく、第三者による目撃証言もないとして、XとYの供述の信用性の比較検討を行う方法を、正面から採用している（前記2（3）1）。そして、痴漢行為を行ったとされる前後における電車内でのXの発言について、Aの供述に照らしてYの主張を吟味し、Xが繰り返し怒鳴っていたとの主張や、Yの発言のうち、「離れてよ」「変なことをしておいて、何言ってるの」等の部分をAが聞いていないとすることについて、「不自然不可解であると言えなくもない。」と判示している（前記2（2）2）。この判示部分は、第一審のようにYの主張を基本的な前提として事実認定を行うのと異なり、第三者であるAの供述内容に照らして当事者であるYの供述の信頼性を検討するものであるから、検討の方法としては一応妥当なものと言うことができる。

しかしながら、差戻前控訴審は、電車内の騒音等によりAが携帯電話を通じてのやりとりを全て聞いていなかった可能性がある、と判示し、結論として、「Yの供述とAの供述とに整合していない部分があるが、Aの供述に照らしても、そうであるからといってYの供述の信用性が否定されるものではない。」として、Yの供述を前提としたXによる痴漢行為の存在を認定している（前記2（3）2）。このような判断は、Aの供述という証拠の証明力について、他の証拠との比較検討や、証拠自体の信頼性を特に検証することなく、抽象的な可能性のみに基づいて判示するものにほかならないが、裁判官の自由心証がこのような範囲まで許容されるかは、大いに疑問であると言わなければならない。Aの供述内容の信頼性に踏み込んで、Yの供述の信頼性について判断しようとする場合には、Aに対する証人尋問を実施して、Aの供述全体の信用性について改めて判断するか、あるいは、他の証拠との間に明らかな食違いが認められるなど、Aの供述内容に明らかな不自然さが認められるか、いずれかの理由が必要というべきである⁸。

他方、Xの供述の信頼性については、差戻前控訴審も第一審と同様、Xが被疑者として逮捕される前後の行動が、Yの姿を見たことにより行動を変える等、痴漢行為をしていない者としては極めて不自然であるとして、Xが本件痴漢行為を敢行した疑いがあるとし（前記2（3）3）、結論としてXの供述に信頼性がないとし、これと対立するYの供述内容を事実として認定している（前記2（3）4）。しかしな

8 実際、このような証拠の証明力の判断方法に不備が認められたため、差戻前控訴審判決は、第1次上告審によって破棄される結果となったものと考えて差し支えない。なお、XによるAの証人尋問申請を差戻前控訴審が不採用としたことの問題点については、後に別途検討する。

がら、差戻控訴審の指摘する無実の者であればとる筈であるとする行動様式は、XとYとがそれ以前に全く面識や接触がなかった場合における行動様式であって、本件におけるXとYとは、その直前において、少なくともYの携帯電話の使用についてXがそれをやめるよう申し向け、必ずしも平穏とは言えない状況が存在していたわけであるから、XにとってYは全く知らない相手方ではない。そして、そのYが警察官を伴って現れ、痴漢行為による被害を受けた旨申し立てたという状況の下で、果たして差戻前控訴審の指摘するような対応を全ての者が取ることとなるかは、慎重な検討が必要というべきである。

以上のとおり、差戻前控訴審は、必ずしもYの主張のみに依拠しているわけではなく、Aの供述内容に照らしてYの供述の信頼性を検討する等、可能な限り客観的証拠に基づく判断を行う方法を採用しているといえることができる。しかしながら、差戻前控訴審においても、第一審と同様、XとYとの供述内容の信頼性が直接比較検討されているわけではなく、Xの供述の信頼性については、逮捕前後の行動の「不自然さ」という、いわばXに対する人格的評価が基盤となり、そこから痴漢行為の有無に関するXの供述の信頼性を全面的に否定したうえで、Xの供述内容と反する部分におけるYの供述内容が事実として認定される、という構造となっていることが明らかである。要するに、差戻前控訴審においても、第一審程露骨でないにせよ、本件におけるXとYとを「加害者」と「被害者」と位置づけたうえで、「加害者」であるXの供述の信頼性を、Xに対する人格的評価を基盤として否定する判断構造がとられているわけであり、当事者間の主張の対立が生じた場合における民事事件の事実認定の方法としては、およそ支持することができないものと言わなければならない。

以上の第一審及び差戻前控訴審の判断と比べると、第1次上告審の判断は、XとYとを「加害者」ないし「被害者」と前提することなく、端的に、痴漢行為の有無及び電車内における言動にかかる両者の供述内容を、第三者であるAの供述に照らして比較検討した結果、Yの供述内容については「看過し得ない食い違いがある。」とし、Xの供述内容については、「AのB検事に対する上記供述内容にも沿うものである。」と結論づけている（前記2(4)1）。要するに、本件におけるXとYとの供述内容についての本来あるべき意味での「比較検討」は、第1次上告審の段階に到って、初めて行われたものと言って差し支えない。

そして、この比較検討結果のみからすれば、第三者であるAの供述内容に沿って

いるのが Y ではなく X の供述である以上、第一審及び差戻前控訴審における判断は、「具体的根拠が乏しいまま、A の電話に聞こえた本件車両内での騒音等を Y に有利に推測して、B 検事に対する A の供述内容と整合しない Y の供述の信用性を肯定し、A の供述と合致する X の供述の信用性を否定して、X が本件痴漢行為をしたものと認定したことには、審理不尽の結果、結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」（前記 2（4）2）と第 1 次上告審が結論づけたことも、むしろ当然と言うべきである。また、この観点からすれば、次に問題となるのは、X と Y との供述内容の信頼性の比較検討の指針となるべき A の供述内容自体の信頼性であるから、A の供述内容についての信頼性についてさらに判断させるべく、本件を原審に差し戻したことも、妥当なものと言うべきである。

以上のとおり、第 1 次上告審において、差戻前控訴審判決が破棄された 1 つの理由は、本件における痴漢行為の有無に関する事実認定について、X と Y との供述の信頼性の比較検討における判断構造が、妥当でないとされたことに基づくものと考えられるが、他方、差戻後控訴審においては、このような判断構造の重要性自体について、やや消極的な態度が取られていることが特徴である。

すなわち、差戻後控訴審は、A の証言内容に照らして X 及び Y の供述内容を比較検討し、「A 証言との対比による限り、Y の供述にはいくつかの疑問があって、その信用性には問題があり、他方、X の供述は、おおむね A 証言と一致しているから、これらによって X による本件痴漢行為があったと認めることは困難であるというべきである。」と判示している（前記 2（5）4、5）。しかしながら、同時に、差戻後控訴審は、A の証人尋問が実施されたのが本件事実の発生後 10 年近くを経過した後であり、A の証言の一部に曖昧な部分もあるとして、「A 証言は重要ではあるが、上記のような限界もあり、これに全面的に依拠することはできないというべきであるから、A 証言及びこれとの整合性のみで事実認定を行うのは相当とはいえない。また、……逆に、本件痴漢行為はなかったと断定し得るとまではいえない。」と結論づけている（前記 2（5）5）。要するに、差戻後控訴審は、本件痴漢行為の有無に関する認定の指標としての、A の証言の重要性自体について消極的な見解を取ることにより、A 証言との比較検討によって得られた X の供述内容の信頼性自体の評価を、相対的に引き下げているわけである。

そうすると、他に証拠が十分でない本件において、どのような事情が本件痴漢行為の有無に関して考慮されることとなるかが問題となるが、差戻後控訴審は、第一

審及び差戻前控訴審と同様、Xの逮捕前後における言動を考慮の対象として取り上げている。すなわち、差戻後控訴審は、逮捕直後に作成されたYの供述が、その後の供述や警察官ないし検察官の証言と一致していることから信頼性があるとする一方、Xの逮捕前後における言動や供述にはいくつかの矛盾があるとし、「このような逮捕時の状況、特にXの言動は、本件痴漢行為の存在をうかがわせる事情といわざるを得ない。」と結論づけている（前記2（5）6）。

しかしながら、本件においてXは、Xに痴漢行為による被害を受けたとYが供述したことの違法性を主張しているのであり、Yの主張が変遷しているとは主張しているわけでない以上、Yの主張が本件事実発生直後から一貫していることは、本件の解決にとって重要でなく、Yの主張の「信頼性」を基礎づけるものでもない。また、Xの供述が、逮捕直前と逮捕直後、さらに弁護士の接見を経て本件訴訟において完全に一致していないことが、本件痴漢行為を敢行したことの徴表であると考えすることは、逮捕、勾留という明らかに異常な経験が予測に反して訪れた場合における、一般人であるXの受けた精神的打撃と心理的動揺とについて、全く配慮していないものと言わざるを得ない。極論すれば、むしろ、痴漢行為を敢行したとの自覚のある者の方が、逮捕、勾留が将来生じうるとの予測が可能である分、現実にもその局面になった場合に、一貫した対応や供述を行うことが、より容易であると言えなくもないであろう。

結局のところ、差戻後控訴審も、差戻前控訴審と同様、Xが経験した逮捕、拘留されたという状況を極度に軽く考えており、自己の身の安全と社会的地位とが完全に確保された状況の下において行われることが期待される、一貫した冷静な言動を、Xに求めているものと考えざるを得ない。しかも、このような考え方に基づくのであれば、Xが本件痴漢行為を敢行したとして告訴したYが、捜査途中から検察官に非協力的となり、連絡すらつかなくなったという事実についても、本件痴漢行為の有無自体を大きく左右する事情となる筈であるが、この点について差戻後控訴審は、特に触れるところがない。この点についてのYの態度の変遷を特に問題視していないことは、第一審も同様であるが（前記2（2）4）、この点においても、第一次上告審を除く本件における各裁判所の判断には、XとYとで明らかな判断基準の差異があると言わざるを得ないものである。

最終的に、差戻後控訴審は、「総合して判断すると、」として、「Xが本件痴漢行為をしたというYの供述の信用性には疑問があり、これを否定するXの供述には相当程

度の信用性が認められ、その他の証拠や認定事実を考慮しても、Xが本件痴漢行為をしたと認めることはできないというべきである。」と判示する一方、「もっとも、本件痴漢行為は存在せず、これは虚構の事実であると断定するには、様々な疑問点が残されており、その認定をするに十分な証拠があるということもできない。」として、XのYに対する損害賠償請求を結論として棄却しているが（前記2(5)7)⁹、これまで述べてきたことから明らかなおお、差戻後控訴審においても、逮捕前後の行動や供述の詳細について一貫性がない部分があるという次元の異なる考慮が行われており、かつ、かかる考慮はXの供述内容の信頼性にかかる部分のみについて行われているわけであるから、「総合考慮」であることを念頭に置いたとしても、XとYとの供述内容の信頼性が平等に比較検討されたとは言い難いものと考えられる。

以上のとおり、本件の各裁判所においては、第1次上告審を除き、XとYとの供述内容の信頼性を比較検討すること自体について、平等性を欠く判断が行われたものと考えざるを得ない。すなわち、第1次上告審を除く各裁判所は、例えばAの供述等の他の証拠に照らしてXの供述内容とYの供述内容とを直接比較検討することをせず、Xの逮捕時の言動や、逮捕前後における供述内容が完全に一貫しているわけではないことを「供述内容の信頼性」の判断に影響させ、Yの本件全体における言動の一貫性については事実上これを不問に付している点で、次元の異なる局面での信頼性の比較を強引に行っており、裁判官に委ねられた自由心証の範囲を、理論的に逸脱するものと言わざるを得ないものである。この観点からすれば、第1次上告審が差戻前控訴審判決を破棄差戻した理由の中には、かかる当事者の主張の信頼性の判断についての判断基準が平等性に欠けることも含まれていると考えるべきであるが、差戻後控訴審における判断においても、この平等性の欠如は、未だ回復されていないと言ふべきである。

（２）供述調書と証人尋問

第1次上告審判決において、差戻前控訴審判決が破棄差戻となった直接の理由は、差戻前控訴審段階においてXが申請したAの証人尋問を、裁判所が却下したためであった。従って、以下では、この問題について、本件各裁判所における事実認

9 本件でXが求めているのは、本件痴漢行為の有無それ自体の確定でなく、Yが虚偽告訴を行ったという不法行為に基づく損害賠償請求であるから、Yが当該不法行為を行ったとの立証対象と、本件痴漢行為の有無との間には、理論的にはやや複雑な関係があるが、これについては、後に述べることとする。

定の判断構造との関係を中心に、検討を加えることとする。

本件において、Aは、Xが勾留されている間に、捜査担当のB検事より事情聴取を受け、Yの携帯電話を通して聞こえた内容につき、①Yが「変な人が近づいてきた。」と言い、その後間もなく、「電車の中で電話しちゃいけない。」という男性の声が聞こえた、②本件痴漢行為の存否に関連して聞いた声はこれだけである、と供述した（前記2（1）6）。Xは、本件提訴後、Aの所在を探したが、Aの連絡先を把握していた捜査機関からの協力が得られず、連絡がとれなかったため、Aの所在が不明であるまま、Aの証人尋問申請を差戻前控訴審に対して申請したが、差戻前控訴審は、同申請を却下した。

この差戻前控訴審の判断について善解をするならば、第1に、Aの所在が不明なままでの証人申請を認めることは、Aの所在が判明するまで事実上結審することができなくなり、裁判がさらに長期化する恐れがないわけではないこと、第2に、本件に関してAは直接の目撃者ではなく、Yの携帯電話を通じて本件電車内におけるXとYとの会話を聞いていたに過ぎず、かつ、本件の事実関係にかかるAの見解は、B検事作成の供述調書の内容において尽きている可能性が高く、新たな事実が証人尋問を実施することによって明らかになる可能性はそれ程期待できないこと、を一応挙げることができる。実際、差戻後控訴審において実施されたAの証人尋問は、本件事実発生後から長期間が経過していたこともあって、Aから新たな事実や情報が証言されることはなく、事実上、AがB検事に対して供述した内容を改めて確認するに留まるものではあった。

しかしながら、（1）において本件痴漢行為の有無に関する判断構造について論じたとおり、Aの供述内容は、当事者の主張以外にほとんど証拠が存在しない本件において、XとYとの供述内容の信頼性を比較検討するための重要な指標となりうるものである。しかも、差戻前控訴審は、Yの供述内容がAの供述内容と整合しないことを認めつつ、AがXとYとの間における会話の全てを聞き取れていない可能性がある、とAの供述内容の信頼性に関する抽象的な可能性を持ち出し、Aの供述内容の信頼性を低く評価する一方で、それと整合しないYの供述内容に信頼性が認められるとする、実質的な二重基準を採用している。この差戻前控訴審の判断を成り立たせるためには、仮に新たな事実ないし情報が証人尋問の結果得られなかったとしても、Aの証人尋問を実施して、両当事者及び裁判所からの証言に対する検討を行い、そのうえで裁判所の権限としての自由心証に基づいて、Aの証言内容に対

する信頼性を論ずるべきである¹⁰。

もっとも、本件事実発生との時間的経過との均衡を考えると、本件において、Aの供述調書における供述内容と、差戻後控訴審において実施された証人尋問におけるAの証言内容とで、どちらがより信頼性が高いと言えるかは、やや議論が紛れる余地がないではない。特に、本件のように、報道をはじめとする多くの情報発信や論評が行われている事件については、事件発生から一定時間が経過した後における証言には、その後取得された種々の情報や論評内容が混在する恐れが理論上も事実上も否定できないから、本件事実発生からそれ程経っていない段階で作成された供述調書による供述内容の方が、事実上信頼性が高いと評価される可能性もあるであろう。

しかしながら、かかる議論が妥当するための条件としては、事件発生後に作成された供述調書について、当該供述調書を作成した捜査機関のみならず、利害関係人の全てが、内容確認と利用とを自由にできるようになっていることが必要である。特に、本件の場合、捜査機関である警察と検察は、本件に関する逮捕ないし勾留請求を理由に国家賠償請求訴訟をXから提起されているわけであり、X側に対立する一方当事者の地位にあると考えて差し支えない。その意味では、本件におけるAの供述調書は、単独では供述内容の信頼性を確保できない恐れを有するものであり、証人尋問を実施してAの証言内容と照合させることによって、はじめて供述内容の客観性や公平性を判断することが可能となるものである。

従って、本件事実発生からの時間経過の多少のみでは、供述調書の内容が証人尋問時における証言内容と比べて信頼性が高くなるとは一概に言えないわけであり、Aの証人尋問実施を求めて差戻前控訴審の判断を破棄差戻した第1次上告審の判断は、妥当なものと考えるべきである。

10 また、Aの所在が不明であるということは、証人尋問実施前に、Aに対する個別の接触をXが図っていないことをも意味しているから、Aの証言が証人尋問の申請者であるX側にとって特に有利になるという可能性もないわけである。従って、差戻前控訴審の段階でAの証人尋問が実施されていれば、本件事実発生からの時間経過も少なかった以上、差戻後控訴審が指摘するような、長期にわたる時間の経過による証言内容の信頼性の低下の可能性もはるかに小さかった筈であり、差戻前控訴審の判断の誤りは、本件裁判を不必要に長期化させ、事実関係の認定及び紛争解決をより困難とさせる原因の一環を構成したと評価せざるを得ないものであるから、その社会的責任は、極めて重いというべきである。

（3）立証の対象と立証責任

差戻後控訴審は、それまで本件で事実上主要な争点とされてきたXによる本件痴漢行為の有無それ自体ではなく、Yによる痴漢被害の虚偽申告が本件訴訟における要件事実であるとして（前記2（5）1）、Xによる本件痴漢行為の事実を認定することができなかったとしても、それだけではYによる虚偽申告が立証できたものとは言えず、本件における証拠からはXが本件痴漢行為をしていないとも断定できないから、Yによる虚偽申告があったとは認められないとして、結論としてXの損害賠償請求を棄却した（前記2（5）7）。すなわち、差戻後控訴審は、Xが本件訴訟において行うべき立証の対象を、「Yによる痴漢被害の虚偽申告」、具体的には、①Xによる本件痴漢行為が存在しないこと、②YがXによる痴漢行為が存在しないことを知っていたこと、の双方であるとし、本件における当事者の主張立証によっては、①について、A証言に照らしてXとYとの証言内容を比較検討すると、本件痴漢行為があったとは言えないが、A証言自体の信頼性からしてそれだけでは本件痴漢行為がなかったとも言えない、として、①が完全に証明できていないと判示し、①においてXによる本件痴漢行為がなかったと断言できない以上、②について、YがXによる本件痴漢行為が存在しなかったことを知っていたということはできない、と判示し、①、②の双方について立証が尽くされていないと結論づけている（前記2（5）5、7）。

不法行為に基づく損害賠償請求において、被害を受けたと主張する被害者側が、加害者による故意過失及び違法性を立証しなければならないことは、一般論として明らかである。本件の場合、XはYの虚偽申告により逮捕、勾留され、損害を被った旨主張しているわけであるから、理論上の建前からすれば、差戻後控訴審の判示するとおり、「被害者」であると主張するXの側が、Yの「故意過失」に基づく「違法性のある行為」の存在を立証する必要があることとなり、結果として真偽不明という状況となった場合には、これらの事実に係る立証責任がX側にあることから、XのYに対する損害賠償請求を棄却すべきである、との結論が導かれざるを得ないこととなる。

しかしながら、差戻後控訴審は、本件における当事者の主張以外の証拠であるAの証言の価値を低く評価すると共に、本件痴漢行為の有無にかかる事実認定について、本件痴漢行為が「存在した」か「存在していない」という結論区分の間に、「存在したとも存在していないとも言えない」という新たな結論区分を設けること

によって、Aの証言との関係におけるX及びYの供述内容の信頼性を判断していることが明らかである。民事裁判における事実認定は、両当事者の主張立証において、証拠が優越することによりなされれば足りるものであり、差戻控訴審の考え方に基づく結論区分を全ての事実認定に適用すると、当事者は、相手方との関係で証拠が優越しているだけでは足りず、立証対象となる事実が「存在した」あるいは「存在していなかった」ということを、「存在していたとも存在していないとも言えない」とする主張との関係で、優越的な証拠により証明しなければならないこととなるが、これは、事実上、立証責任を負う側の当事者に、刑事訴訟における検察官に要求される、「合理的な疑いを容れない程度の立証」を求めるのと変わらないこととなりかねない。そのような高度の立証を要求することが、不法行為法の基本的理念とされている「被害者の救済」にとって、事実上の障害となることは明らかである。

従って、Aの証言との整合という観点から「本件痴漢行為があった言うことはできない」との判断に達し、かつ、他の証拠も特に存在しないという本件の事情の下においては、本件痴漢行為は、優越的な証拠により「存在しなかった」と判断されることとなるべきである。なお、差戻後控訴審は、この判断と並行して、逮捕前後におけるXの言動が完全には一貫していないことを指摘し、Xが本件痴漢行為を行っていた疑いが否定できないと判断しているが（前記2(5)6）、これについては、当事者の供述の信頼性について論じた際に述べたとおり、逮捕前後の言動の一貫性を当事者の主張の信頼性の指標とするのであれば、逮捕前後におけるXの言動のみを検討することは平等でなく、Yが途中から捜査に非協力となったという事情との比較検討を行ったうえで、両当事者の信頼性を含めた「証拠の優越」を考えなければならないものと言うべきである。この点において、差戻後控訴審の判断は、民事裁判における立証対象と立証の程度に関して、妥当でないものを含んでいると言わなければならない。

なお、本件においては、Xの主張が「Yの虚偽申告により逮捕、勾留されたことによる損害の賠償」を求めているとされたことから、立証対象と立証責任との判断が、建前上差戻後控訴審の判示するのとおりとなっているわけであるが、仮に、本件における損害賠償請求が、「Yが痴漢申告をしたことによりXの名誉が毀損された」ということを理由としていた場合には、立証対象や立証責任の配分が大きく異なってくるため、差戻控訴審の結論自体、維持されるとは限らなくなってくる。すなわ

ち、名誉毀損に基づく損害賠償請求においては、被害者は加害者によって自己の社会的評価が低下させられたことを立証すれば足り、加害者の行為が免責されるための要件としての公共性、公益性、及び真実性ないし真実と信ずるに足りる相当の理由の存在については、加害者側に立証責任があるとされている。これを本件について適用してみると、「痴漢行為を行った」とYが多数の通行人を含む公の場で公然と摘示した事実は、疑いなくXの社会的評価を低下させるものであるから、Xにとって必要な立証は、かかる事実が現実にあったことのみで足りることとなり、本件においてXが逮捕、勾留されている以上、かかる事実があったことは明らかである。従って、犯罪行為を摘示することが、公共性、公益性の要件を一般的に充たすと仮定したとしても、本件痴漢行為が存在したか否かの立証責任は、Xによる本件痴漢行為を摘示したYの側にあると考えるべきこととなり、差戻後控訴審のような結論区分を採用したとしても、Yの免責を認めるためには、少なくともYが本件痴漢行為があったと信ずるに足りる相当の理由が必要であることとなる¹¹。

本件における形式的な要件事実は、Yによる不法行為に基づくXの損害賠償請求であり、その理由が「故意による虚偽申告」であるか、「痴漢行為の摘示による名誉毀損」であるかは、具体的な主張の問題であるから、本件における立証対象と立証責任の配分については、差戻後控訴審の判示が唯一の解決ではない筈であり、他の事件との均衡を含めた、慎重な検討が必要であるように思われる。

（未完）

（人文社会科学研究所准教授）

11 なお、本件においてXが逮捕、勾留されているという事実は、Yによる痴漢被害の申告があったために生じたことが明らかであるから、Xが逮捕、勾留されたことに対して第三者がXによる本件痴漢行為の存在を摘示した場合と異なり、本件における逮捕、勾留の事実が、Y自身の痴漢被害の申告に対する真実性ないし真実と信ずる相当の理由となることはあり得ない。