

・反対専門

- (1) 「無意識の世界にまで立ち入って判断せざるを得ない性質」とあるがどういうことか。
 (1)(イ) 「Aの正常な性的羞恥心が害される」とあるが誰を基準としてこのように言うのか。

・学説の検討

(1)わいせつの意図・傾向の要否について

検察側は法文上かかる意図・傾向は主観的構成要件要素となっていないこと、被害者の法益侵害は行為者の主観とは無関係に発生していること、乙説（必要説）を採用すると処罰範囲の妥当性を欠く恐れがあること、行為者の内心は明確性を欠くので構成要件要素として相応しくないことを理由として甲説（不要説）を採用している。

確かに、176条には行為者がわいせつな行為をする意図を有する必要があると明記されているわけではない。しかし弁護側は、本条における「わいせつな行為」を判例¹の示すとおり「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反すること」と解するため、この場合の行為は行為者のわいせつな主観的傾向を伴うことが当然に予定されているものと解する。また、検察側は乙説を採用すると処罰範囲の拡大を招く危険があるといい、例としてわいせつな内心傾向を持った医師について触れている。しかし、医学的に絶対に必要であり患者の同意がある医療行為は正当業務行為であり、医師の強要があったとも言えないので、本条に言うところの「わいせつな行為の強要」にはあたらず、このような批判は妥当しない。従って弁護側は、強制わいせつ罪は行為者のわいせつな主観的傾向の発現として行われることを要する傾向犯である²と考える。

以上より、弁護側は乙説（必要説）を採用する。

(2)被害者の反抗抑圧後に事後的奪取意思を生じた場合における犯罪構成について

検察側は、自ら惹起した反抗抑圧状態を利用して財物を奪ったという点で当罰性が高いといえるので、暴行・脅迫を加え被害者の反抗を抑圧した後に財物奪取意思を生じた場合には強盗罪が成立するとする伊説（強盗罪説）を採用している。しかし、236条1項にいう強盗罪とはあくまで相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行または脅迫を手段として財物を奪取することによって成立する犯罪³であるから、暴行・脅迫の時点で財物奪取の意思を有していない場合においては強盗罪の適用はない。意思を生じた後に改めて被害者の抗拒を不能ならしめる暴行ないし脅迫が存在して、はじめて強盗罪の成立があるものと解すべきである。

思うに、強盗罪の成立には暴行・脅迫の時点で財物奪取の意思を有していることが必要であり、暴行・脅迫の後に財物奪取の意思を抱き、相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物の奪取に及んだ場合には単なる窃盗罪にとどまると解する。

以上より、弁護側は呂説（窃盗罪説）を採る。

・本問の検討

- (1) XがAに対し自己が硫酸を所持している旨を告げ、その上で報復の目的でAを全裸にし、その裸体写真を撮影した行為につき、Xが強要罪（223条1項）の罪責を負うことは弁護側も同意する。しかし弁護側は強制わいせつ罪の成立につき乙説（わいせつ意図必要説）を採用するため、Xの目的が報復にある以上、かかる行為は強制わいせつ罪の構成要件を充足しない。
 (2) 次に、XがAに対し裸体写真の撮影を強要している中、にわかにAの携帯電話を奪取することを思いつき、実際に持ち去った行為につき、強盗罪（236条1項）が成立しないか。

この点、弁護側は強盗罪の成立には暴行・脅迫の時点で財物奪取の意思を有することを必要とし、暴行・脅迫の後にかかる意思を生じた場合は単なる窃盗にとどまるとする呂説（窃盗罪説）を採用する。

本問では、Xは暴行・脅迫の時点ではAの携帯電話を奪取する意思はなく、行為後のAの抵抗困難な状態を目の当たりにし、初めて奪取の意思を持ったのであるから、かかる行為は強盗罪には該当せず、単に窃盗罪（235条）の罪責を負う。

・結論

Xは強要罪（223条1項）、窃盗罪（235条）の罪責を負い、両者は併合罪（45条前段）となる。

以上

¹ 最判昭和45年1月29日刑集24巻1号1頁

² 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（2005）有斐閣100頁

³ 東京高判昭和48年3月26日高刑集26巻1号85頁