

大谷實著『刑法各論〔第4版〕』

2017年性犯罪規定改正に対応するための追補

78頁 IV性的自由・感情に対する罪「1 総説」から「9 強制わいせつ等致死傷罪」の項（88頁21行目まで）を次のとおり改める。

IV 性的自由および感情に対する罪

1 総説

(1) **犯罪類型** 性的自由および感情に対する罪は、暴行または脅迫を用いて行われるわいせつまたは性交等の行為およびこれに準ずる行為を内容とする犯罪である。刑法は、第12章で「わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」の下に性に関する犯罪を規定しているが、この中には、社会の健全な性風俗を保護法益とする社会法益に対する罪と、個人の性的自由および感情を保護法益とする個人法益に対する罪の2種類が含まれている。前者は、公然わいせつ罪（174条）、わいせつ物頒布等罪（175条）および重婚罪（184条）であり、後者は、強制わいせつ罪（176条）、強制性交等罪（177条）、準強制わいせつおよび性交等罪（178条）、監護者わいせつおよび監護者性交等罪（179条）、淫行勧誘罪（182条）である。ここでは、後者についてのみ述べる。

(2) **刑法改正** 1907（明治40）年の現行刑法定制以来、性に関する犯罪は、「わいせつ、姦淫及び重婚の罪」として定められてきたが、近年における性犯罪被害者の声や性犯罪被害者支援団体の活動および男女共同参画基本計画等を背景として、2017（平成29）年に「わいせつ、強制性交等及び重婚の罪」として、個人の性的自由および感情に関する罰則が大幅に改正された。すなわち、①強姦罪を強制性交等罪と改めて構成要件を見直すとともに法定刑の引き上げを図り、②親の立場などに乗じて行う監護者性交等罪を新設し、さらに、③これまで親告罪とされていたものを非親告罪としたのである。これを要するに、今次の改正は、個人の性的自由を侵害する悪質・重大な行為の厳正な処罰を図ることを目的としたものである。

2 強制わいせつ罪

176条(強制わいせつ) 13歳以上の者に対し、暴行または脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の懲役に処する。13歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする(未遂は罰する——180条)。

(1) **意義** 強制わいせつ罪は、人にわいせつな行為をすることによって性的な自由および感情を侵害する犯罪であり、行為の相手方の年齢の差によって2つの構成要件が予定されている。行為の相手方が13歳以上の者であるときは、手段として暴行または脅迫を用いる必要があるが、13歳未満の者であるときは、相手方の同意に基づくわいせつ行為であっても本罪は成立する。

「わいせつな行為」とは、いたずらに性欲を興奮または刺激させ、かつ、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行為をいう。わいせつの意義は、性的風俗を保護法益とする公然わいせつ罪(174条)およびわいせつ物頒布等罪(175条)における「わいせつ」と基本的には同じであるが(⇒328頁, 330頁)、本罪は個人の性的自由・感情を保護法益とする罪であるから、その重点を異にし、原則としてそれらの犯罪よりも広い概念となる。例えば、接吻や陰部に手を触れる行為など、単に人の正常な羞恥心を害するにすぎない行為であっても、わいせつな行為となる(新潟地判昭和63・8・26判時1299・152)。

(2) **わいせつの傾向** 本罪は、暴行・脅迫を用いて(もしくは13歳未満の者の同意に基づいて)わいせつな行為を行えば完成する挙動犯である。通説は、本罪をもって、その主観的要件として行為者自身の性的意図ないしわいせつな内心の傾向を必要とする傾向犯であるとし、性欲を興奮・刺激させ、または満足させるという性的意図ないし傾向がなければわいせつ行為に当たらないと主張する(最判昭和45・1・29刑集24・1・1)。

しかし、第1に、いわゆる性的意図ないし傾向は、法文上構成要件の主観的要素とされていない。第2に、行為者の意図または傾向によって被害者の性的自由ないし羞恥感情の保護が左右されるべき理由はない。第3に、行為

者の内心の傾向は漠然としたものであり、明確性が要求される構成要件に導入するのは適当でないと考えられる。

(3) 行為 本罪の行為は、①客体が13歳以上の者であるときは、暴行または脅迫を手段としてわいせつな行為をすること、②13歳未満の者であるときは、単にわいせつな行為をすれば足りる。13歳以上の者を客体とするときには、手段としての暴行または脅迫が必要となるのに対し、13歳未満の者を客体とする場合は、手段としての暴行・脅迫は必要でなく、被害者が同意していても本罪は成立するのである。13歳未満の者は、わいせつな行為の意味を理解することが十分にできず、法律上有効に同意する能力がないという理由からである。

暴行または脅迫については、被害者の反抗を著しく困難にする程度のもが必要であるとするのが通説・判例である。たしかに、脅迫についてはこの解釈は正しいが、本罪は性的自由を保護法益とするものであるから、例えば、隙を見て相手方の陰部に自己の性器を押し当て、あるいは乳房をもてあそぶがごとき軽い暴行であっても、およそ相手方の任意性を害する形態でわいせつな行為をすれば、本罪を構成すると解すべきであろう。暴行自体がわいせつな行為となる場合も本罪を構成するのである（大判大14・12・1刑集4・743）。

(4) 故意 本罪の故意は、上述の客観的要件を認識して行為に出る意思を内容とする。13歳未満の者を13歳以上と誤信して、その者の同意に基づきわいせつな行為をしたときは、事実の錯誤となり故意を阻却する。これに対し、相手方が12歳であっても本人の同意があれば許されると思った場合は、違法性の錯誤として処理される。

(5) 罪数・他罪との関連 13歳未満の者に対して暴行・脅迫を用いてわいせつな行為をしたときは、本罪一罪が成立する（最決昭44・7・25刑集23・8・1068）。本罪が公然と行われたときは、公然わいせつ罪（174条）の要件を満たす限り、本罪との観念的競合となる（54条1項。大判明43・11・17刑録16・2000）。性交の目的でわいせつな行為をしたときは、強制性交等罪の未遂が問題となる。

3 強制性交等罪

177条 13歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下、「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし、5年以上の有期徒刑に処する。13歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする（未遂は、罰する——180条）。

(1) 意義 本罪は、13歳以上の者に対して、暴行または脅迫を用いて性交等の行為をすること、また、13歳未満の者に対して単に性交等の行為をすることを内容とする犯罪であり、その保護法益は個人の性的自由である。強制わいせつ罪の特別罪であり、強制わいせつ罪より刑を重くしたのである。改正前は、男子が女子を相手方として暴行・脅迫を用いて強制的に性交する行為を強姦罪とし、「3年以上の有期徒刑に処する」としていたのである。しかし、性犯罪の実態に即して処罰の適正化を図り、主体および客体いずれも人すなわち男女とし、行為は「性交」すなわち男性性器を女性性器に挿入することとされていたが、これを「性交等」と改め、性交以外の性交疑似行為も重く処罰することしたのである。なお、配偶者間で性交等の行為をするときも本罪は成立する（⇒本追補9頁）。本罪は、強制わいせつ行為のうち最も重大な強制性交等を対象として、「5年以上の有期徒刑に処する」とされた。

(2) 行為 本罪の行為は、①13歳以上の者に対し、暴行または脅迫を用いて、性交、肛門性交、口腔性交（以下では、それらを併せて「性交等」という）をすること、②13歳未満の者に対し、単に性交等を行うことである。ここでは、相手方の同意があっても本罪は成立する。

(ア) 暴行・脅迫 ①の暴行・脅迫については、a相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫とする説、b程度の如何を問わないとする説、c相手方の反抗を困難にする程度のもので足りるとする説に分かれているが、本罪の保護法益は主として性的行動の自由であるから、反抗するのが困難な程度の暴行・脅迫を用いて性交等の行為に及んだ以上は、性的行動の自由が侵害されるから、c説が妥当である（最判昭24・5・10刑集3・6・711）。

(イ) 性交等 性交等における「性交」とは、男性性器（陰茎）を女性性

器（膣）に挿入することをいう。少なくとも陰茎の一部が膣に挿入することが必要である（大判大2・11・19刑録19・1255）。陰茎以外の異物を挿入する行為は、わいせつ行為となる。行為者が被害者の陰茎を「挿入させる」行為が「性交する」に含まれるかについては議論があるが、重大な性的自由の侵害という点で「挿入する」行為と変わりがないから、これを肯定すべきである。陰茎を膣に挿入しない限り、未遂にとどまる。

「肛門性交」とは、肛門に陰茎を挿入する疑似的性交行為であり、陰茎の挿入がなければ未遂である。「口腔性交」とは口腔内に陰茎を挿入することをいい、陰茎を口に含んで愛撫するフェラチオ、同時に相互の陰茎を口に含んで愛撫するシックスナインなどがあるが、疑似的性交として口腔内に陰茎を挿入しない限り、わいせつな行為にとどまる。したがって、膣を舌などで舐めて性的刺激を与えるクニリングスは、わいせつな行為であって性交等には当たらない。なお、被加虐などの暴行・脅迫を伴う性交等であっても、相手方の同意に基づいて行われるときは、強制性交等には当たらない。

(ウ) 故意 ②の13歳未満の者を相手方として性交等をしたときは、強制わいせつ罪の場合と同じように、暴行・脅迫を用いなくても本罪は成立する。13歳未満の者に対し、暴行・脅迫を用いて性交等をしたときは、①の罪が成立する（大判大2・11・19刑録19・1255）。なお、故意および錯誤の取り扱いは、強制わいせつ罪の場合と同様である。

(3) 罪数 同じ相手方に対し、同一機会になされた一連の性交等の行為は一罪であり、機会を異にすれば併合罪となる。

4 準強制わいせつ罪・準強制性交等罪

178条1項（準強制わいせつ） 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第176条の例による（未遂は、罰する——180条）。

2項（準強制性交等） 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、前条の例による（未遂は、罰する——180条）

(1) 意義 本条は、性的自由を保護する見地から、抵抗困難な状態

を利用してわいせつ・性交等を行う者を処罰するものであり、人の心神喪失または抗拒不能の状態を利用してわいせつ・性交等をした者を、強制わいせつ罪・強制性交等罪と同じように罰するための規定である。その意味で本罪は、強制わいせつ罪または強制性交等罪の補充類型であり、また、拡張類型である。

(ア) **心神喪失** 「心神喪失」とは、精神または意識の障害のために性的行為について正常な判断ができない状態にあることをいう。例えば、泥酔状態、重篤な精神障害の状態などにより、自己の性的自由が侵害されていることの認識を欠いている場合がこれに当たる。したがって、責任無能力における心神喪失（39条1項）と同じものと解すべきではなく、例えば、重度の精神薄弱者が性交等の意味を理解することができる場合には、責任無能力としての心神喪失状態にあっても、ここにいう心神喪失ではない。

(イ) **抗拒不能** 「抗拒不能」とは、心神喪失以外の理由で物理的・心理的に抵抗できないか、または抵抗するのが著しく困難な状態にあることをいう。原因の如何を問わない。例えば、手足を縛られているために身体的自由が奪われている状態にある場合（物理的抗拒不能）、熟睡（仙台高判昭32・4・18高刑集10・6・491）、錯覚（大判大15・6・25刑集5・285）、無知（東京地判昭62・4・15判時1304・147）などから行為の意味を理解できないために心理的に抵抗できない状態にある場合（心理的抗拒不能）がこれに当たる。雇用関係、身分関係に基づく従属的地位にあるため抗拒不能とみられ場合もありうる（なお、監護者わいせつおよび監護者性交等罪〔本追補7頁〕）。

(2) **行為** 人の心神喪失もしくは抗拒不能に乘じ、または心神を喪失させもしくは抗拒不能にさせてわいせつな行為をした場合が準強制わいせつ罪（178条1項）、性交等の行為をした場合が準強制性交等罪（同条2項）である。心神喪失もしくは抗拒不能に「乗じ」とは、精神障害または意識障害により性的行為につき正常な判断ができない状態または心神喪失以外の事由で違法な性的行為に抵抗できない状態にあることを「利用して」という意味である。被害者が半睡半醒の状態のため行為者を夫と誤信した状態を利用して性交した場合は、準強制性交等罪に当たる（広島高判昭33・12・24高刑集11・10・701）のである。

「心神を喪失させ」、「抗拒不能にさせ」とは、暴行・脅迫以外の手段を用いて抵抗が困難な状態を作り出すことである。催眠術の施用や多量に飲酒させて泥酔状態に陥れる場合が「心神を喪失させ」る行為の例であり、自分を信頼しているのを利用して、医師が治療のためであると信じさせて抵抗できない心理状態にさせるのが「抗拒不能にさせ」る行為の例である。強制わいせつ罪および強制性交等罪と同じ法定刑で処罰されるのであるから、実質上暴行・脅迫を用いたのと同程度に相手方の自由意思を侵害してわいせつ・性交等の行為をすることが必要である。したがって、単に治療のためと偽っただけでは本罪は成立しない（東京地判昭58・3・1判時1096・145。なお、名古屋地判昭55・7・28刑月12・7・709〔にせ医師が治療のためとだまして性交した例〕）。しかし、性交等の行為を拒むことにより被ると予想される危難を避けるため、その行為を受け入れるほかないとの心理状態に追い込んだときは、本罪が成立する。暴行・脅迫のために畏怖または困惑して抵抗できない心理状態に至ったときは、176条または177条が適用される。

(3) 故意 本罪の故意が成立するためには、相手方が抵抗困難な心理状態にあることを認識して行為に出る必要がある。強制性交等の故意で性交したが、客観的には準強制性交等罪となる場合（津地判平4・12・14判タ822・281）、例えば、睡眠剤を多量に飲んで寝ている者を縛り上げて性交した場合は、行為者は強制性交等罪を認識して行為したのであるから、準強制性交等罪の故意は成立しないとも考えられるが、強制性交等罪と準強制性交等罪とは性的自由を侵害する点で構成要件的に重なり合い、また法定刑も同じであるから、発生した結果を基準に処理すべきであり、軽い準強制性交等罪の限度で故意ないし犯罪が成立すると解すべきである。

5 監護者わいせつおよび監護者性交等罪

179条1項（監護者わいせつ） 18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第176条の例による（未遂は、罰する——180条）。

2項（監護者性交等） 18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性交等をした者は、第177条の例による（未遂は、罰する——180条）。

(1) **意義** 強制わいせつ、強制性交等罪は、個人の性的自由を保護するための罪であるが、一定の地位や人的関係を利用して、従属的立場にある者と性的行為を行う場合にも、暴行・脅迫を用いて行い、または、心神喪失や抗拒不能を利用して行った場合と同じように、抵抗困難な状態を利用している点で性的自由を侵害していることは明らかである。そこで、性犯罪処罰の適正化の見地から、監護者わいせつおよび監護者性交等の構成要件を創設して処罰範囲を拡張し、176条および177条と同じように処罰することとしたものである。

(2) **主体** 本罪の主体は、18歳未満の者を「現に監護する者」すなわち監護者である。監護者とは、民法(820条)に由来する用語であるが、実質上は、未成年者を監督および保護する立場にある者をいう。親、養父、雇用主、教師などが考えられるが、要は、18歳未満の者が性的行為に対し抵抗できない地位または関係にある者ということであり、典型的には同居している父母、養父母などがこれに当たるであろう。なお、「18歳未満の者」とされているのは、児童福祉法4条に基づく。児童保護の観点からである。

(3) **行為** 行為の客体である相手方は、18歳未満の者であることを要する。行為は、「影響力があることに乗じて」わいせつな行為または性交等を行うことである。「乗じて」とは、少年等が抵抗できない心理状態にあることを「利用して」という意味である。しかし、積極的に利用する意思がなくても、客観的に支配・従属関係があり、相手方において性的行為に抵抗するのが困難な状況が認められる限り、それを認識してわいせつまたは性交等の行為に及んだ以上、本罪を構成すると解すべきであろう。

(4) **故意** 本罪は故意犯であるから、構成要件に該当する事実についての認識が必要である。問題は、監護者性交等の故意で性交したが、被害者が同意していた場合の取り扱いである。相手方が13歳未満の者であるときは強制性交等罪を構成するが、14歳以上の者であるときは、児童福祉法等における罪は別として本罪は構成しない。

6 各罪の未遂

第180条 第176条から前条までの罪の未遂は、罰する。

強制わいせつ罪（176条）、強制性交等罪（177条）、準強制わいせつ・準強制性交等罪（178条）、監護者わいせつ・監護者性交等罪（179条）の未遂は罰せられるが、予備は罰せられない。したがって、予備と未遂は厳格に区別する必要があるが、区別の基準は、各罪の実行の着手の有無である。

各罪の実行の着手時点は、ほぼ共通している。手段としての暴行・脅迫または心神喪失・抗拒不能を作り出す行為を必要とする場合は、それぞれの罪を犯す意思で手段たる行為を開始すればその時点で実行の着手が認められる。暴行・脅迫がわいせつ・性交等の行為と直接に結びついていない場合、例えば、自動車内で性交等を実行する目的でダンプカー内に女子を引きずり込もうとしたが失敗した場合、強制性交等罪の未遂といえるかが問題になったことがある。引きずり込まれたらもうおしまいといえるから、性交等のための暴行・脅迫の着手以前の段階であっても、「強制性交等に至る客観的危険」が認められる場合には、実行の着手を認めてよいのである（最決昭45・7・28刑集24・7・585）。

176条から179条の罪においては、男性性器が女性性器に挿入されない限り未遂にとどまり、既遂とはならない。すなわち、本来の性交である陰茎と膣による性交においては、陰茎が膣に挿入されることが必要であるが、完全に挿入される必要はない。また、肛門性交は疑似性交であるから、少なくとも陰茎が肛門に挿入されることが必要であろう。口腔性交も疑似性交であり、多様な形で行われるが、性交というためには、口腔に陰茎が挿入される必要があり、単に唇や舌を使って行う愛撫だけではわいせつな行為にとどまると解すべきであろう。

7 違法性阻却事由

夫が妻に暴行・脅迫を用いてわいせつまたは性交等の行為をした場合は、違法性阻却が問題となる。改正法の規定では、それぞれ客体は「13歳以上の者」と規定され、行為の客体について限定していないから、配偶者も客体となることは明らかである（札幌高判昭30・9・15高刑集8・6・201）。婚姻関係が実質的に破綻しているか否かは関係がない（広島高判松江支判昭62・6・18高刑集40・1・71）。したがって、例えば、妻に対し強制わいせつまたは強制性

交等の行為に及べば、各罪の構成要件に該当するから、犯罪成立が問題になるとすれば、違法性阻却事由となるか否かである。

この点について、婚姻中は夫婦が互いに性交の求めに応ずべき法律上の義務があるから、妻に対し強姦性交の行為に及んでも、暴行罪、脅迫罪の成立はともかく、強姦性交等罪は成立しないとする見解があり、上記の広島高裁判例もこの立場を採るようである。しかし、配偶者間といえども暴行・脅迫を手段とする性交に応ずべき法律上の義務があるとは考えられない。問題は、配偶者間の性交として社会的相当性の範囲内にあるか否かに帰着するように思われる。

8 強制わいせつ等致死傷罪

第 181 条(強制わいせつ等致死傷)第 1 項 第 176 条、第 178 条第 1 項若しくは第 179 条第 1 項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は 3 年以上の懲役に処する。

第 2 項 第 177 条、第 178 条第 2 項若しくは第 179 条第 2 項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期または 6 年以上の懲役に処する。

(1) **意義** 本罪は、結果的加重犯である。基本となる行為は、①強制わいせつ・準強制わいせつ・監護者わいせつおよびそれらの未遂罪、②強制性交等・準強制性交等・監護者性交等およびそれ等の未遂罪である。①が強制わいせつ等致死傷罪であり、②が強制性交等致死傷罪である。基本行為は、わいせつ、性交等の行為ばかりでなく、その手段としての暴行または脅迫等をも含む(大判大 4・9・11 刑録 31・1292, 最決昭 43・917 刑集 22・9・862)。本罪が、1 項と 2 項に分かれているのは、わいせつに関する罪と性交等に関する罪の法定刑に差を設ける趣旨からである。なお、本罪の事件は、裁判員裁判で扱われる(裁判員 2 条 1 項 1 号)。

(2) **行為** 本罪の基本行為に関しては、㉞わいせつおよび性交等の行為またはその手段となる暴行・脅迫に限るべきであるとする説、㉟それらの行為に密接に関連する行為も基本行為に含まれるべきであるとする説に分かれる。本罪を設けて重い法定刑で処罰する趣旨は、強制性交等の行為に随

伴して死傷結果の生ずる可能性が高いため、特に生命・身体の保護を図ることにあるから、基本となる行為を強制わいせつ・強制性交等の実行行為に限定する②説が妥当である。なお、本罪の基本となる犯罪は、強制わいせつ・強制性交等の罪ばかりでなく、その未遂罪をも含む。

判例は、男性性器の挿入によって処女膜を裂傷させた場合（最大判昭25・3・15刑集4・3・355）、病気を感染させること、キスマークを付けること（東京高判昭46・2・2高刑集24・1・75）なども傷害に当たるとしている。しかし、法定刑が「無期または3年」と非常に重い点に照らし、キスマークやかすり傷といった軽微な傷害は本罪に含まれさせるべきでないと解する。

(3) 因果関係 わいせつ・性交等の行為または手段となる暴行・脅迫行為と死傷の結果との間には、因果関係が存在することを要する。強制性交の目的で暴行を加えたところ、被害者が救いを求めて二階から飛び降りて負傷した場合は、因果関係が認められて強制わいせつ等致傷罪を構成する（最決昭35・2・11裁判集刑132・201）。屍姦が本罪を構成するものでないことは勿論であるが、強制性交の目的で暴行を加え死亡させた直後に性交すれば、本罪を構成する（最判昭36・8・17刑集15・7・1244）。強制わいせつ・強制性交等罪の被害者が羞恥心により精神に異常をきたして自殺した場合は、特別の事情がない限り因果関係は認められないといえるのが判例であり（最判昭34・18刑集17・3・249）、妥当である。これに対し、強制性交をしようとして相手方の下半身を裸にしたところ、寒さと異常体質のためにショック状態に陥ったため、被害者が死亡した者と誤信し、被害者をそのまま放置して凍死させたときは、本罪が成立する（最決昭36・1・25刑集15・1・260）。

判例は、基本犯に随伴する行為から死傷結果が生じた場合においても本罪の成立を肯定する立場から、犯行後逃走のために被害者に傷害を負わせた場合、本罪の成立を肯定しているが（最決平20・1・22刑集62巻1・1）、逃走する行為は基本行為に当たらないから、犯行後の行為から死傷の結果が生じた場合、本罪は原則として成立しないと考える。

(4) 死傷の結果の認識 本罪は結果的加重犯あるから、いやしくも死傷の結果について認識がある以上は本罪は成立せず、強制わいせつ等致死罪と傷害罪または殺人罪との観念的競合を認めるのが判例である（大判大4・

12・11 刑録 21・2088, 最判昭 31・10・25 刑集 10・10・1455)。しかし、致傷の結果についてみると、強制わいせつ・強制性交等の実行行為は傷害の結果を伴う場合が多く、また、強制わいせつ・強制性交等は、通常、暴行または傷害の未必的認識をもって行われるのであるから、行為者が致傷の結果を予見している場合は、本罪を適用しなければ不合理な結果となる。また、これを認めないとすれば、単に強制わいせつ・強制性交等罪と傷害罪との観念的競合となって、刑は強制わいせつ・強制性交等罪の刑にとどまり、強制わいせつ等致死傷より軽くなって、刑の均衡を失することになる。したがって、強制わいせつ等致死傷罪においては、故意の結果的加重犯を認めるべきである。

一方、強制わいせつ・強制性交等致死罪についてみると、通説・判例は、致死の結果について認識がある場合についても強制性交等致死罪と殺人罪の観念的競合を認める（前掲大判大 4・12・119）。しかし、強制わいせつ等致死罪と殺人罪の観念的競合とすると、死の結果について二重に評価することになるから、端的に、強制わいせつまたは強制性交等罪と殺人罪の観念的競合とすべきである。この解決によれば、結局殺人罪の刑が適用されることになるから、刑の不均衡は生じない。

(5) 罪数 強制性交等の行為終了後、その現場付近において、被害者に内密にするよう迫り、暴行を加えて負傷させた場合、強制性交等罪と傷害罪の併合罪となる（大判大 15・5・14 刑集 5・175）。発覚を恐れて強制性交終了後に被害者を殺害したときも、併合罪となる（大判昭 7・2・22 刑集 11・107）。強制性交行為によって傷害を負わせ、さらに死に至らせたときは、傷害の事実は致死の結果に吸収され、強制わいせつ等致死罪のみが成立する（最判昭 23・111・16 刑集 2・12・1535）。

163頁「6 強盗強姦罪・強盗強姦致死傷罪」の項（165頁6行目まで）を次のとおり改める。

6 強盗・強制性交等および同致死罪

第241条（強盗・強制性交等及び同致死） 強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強制性交等の罪（第179条第2項の罪を除く。以下この項において同じ。）若しくはその未遂罪を犯したときは、又は強制性交等の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪若しくはその未遂罪を犯したときは、無期または7年以上の懲役に処する。

第2項 前項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるときは、人を死傷させたときを除き、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

第3項 第1項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期懲役に処する。

（1） **強盗・強制性交等罪** 本罪は、犯罪学上、強盗犯人が強盗の機会に強制性交等の行為をする場合が多いこと、また、強制性交等の犯人が強盗行為をすることが多い実態を踏まえ、その抑止と犯罪の重大性・悪質性に即した処罰の適正を図るために、強盗罪と強制性交等罪を結合させて独立の構成要件を設け、重い刑を科すことにしたものである（結合犯）。本条の見出しは、「強盗・強制性交等及び同致死」とされているが、本罪には、二つの構成要件が併存している。一つは、強盗の犯人が強盗の機会に強制性交等を犯した場合であり、もう一つは、強制性交等の犯人がその行為の機会に強盗を犯した場合である。前者が強盗・強制性交等罪であり、後者が強制性交等・強盗罪である。

（ア） **強盗・強制性交等罪** 本罪の主体は、強盗の罪またはその未遂罪を犯した者、すなわち強盗既遂犯人および未遂犯人である。昏酔強盗、事後強盗の犯人も含む。本罪の行為は、強盗行為の機会に強制性交等の行為をすることである。強盗の機会に当たるか否かは時間的・場所的な近接の程度と強盗の機会の暴行・脅迫による反抗抑圧状態の継続性を基準として判断すべき

である。性交等が完成されることにより本罪は既遂となり、「無期又は7年以上の懲役」に処せられる。性交等が未遂に終われば本罪の未遂となり、「その刑を減輕することができる」。なお、本罪においては、18歳未満の者に対する監護者性交等罪は除かれる。したがって、準強制性交等罪は含まれる。

(イ) **強制性交等・強盗罪** 本罪の主体は、強制性交等・準強制性交等既遂犯人および未遂犯人である。肛門性交、口腔性交の犯人も含む。本罪の行為も強制性交等の罪の実行行為の機会に行われることを要する。ここでも監護者性交等は除かれる。強盗が完成したときに既遂となり、「無期又は7年以下の懲役」に処せられる。強盗が未遂に終われば本罪の未遂となり、「その刑を減輕することができる」。

(ウ) **未遂の取り扱い** 強盗・強制性交等罪の未遂は、強制性交等罪の点が未遂にとどまったときであり、また、強制性交等・強盗罪の未遂は、強盗罪の点が未遂にとどまったときである。これらの未遂罪については、それらの行為によって人を死傷させない限り、裁量的な刑の減輕が認められる。ただし、その場合、強盗または強制性交等罪のいずれか一方につき、行為者が自己の意思で中止したときは、必要的な刑の減免が認められる。犯罪抑止のための政策的考慮からである。

(2) **強盗・強制性交等致死罪** 本罪は、強盗犯人が強制性交等を行い、また、強制性交等の犯人が強盗を行い人を死亡させる結果の悪質・重大性に鑑み、従来の強盗強姦致死罪（死刑または無期懲役）と同じ法定刑としたものである。

本罪は、強盗・強制性交等罪および強制性交等・強盗罪の結果的加重犯であり、死の結果はそれぞれの実行行為と因果関係にあることを要する。致死の結果が生じたとき、強盗、強制性交等のいずれの点が未遂であっても本罪は成立し、「死刑又は無期懲役」に処せられる。ただし、致死の結果について予見ある場合すなわち殺意がある場合には、強盗・強制性交等罪または強制性交等・強盗罪と殺人罪との観念的競合となる。

(2) 行為 本罪の行為は、①頒布、②公然陳列、③、電気通信による頒布、④所持・保管である。

(ア) 頒布 頒布とは、有償・無償を問わず、不特定または多数人に交付することをいう。ただし、反復継続の意思で一人に対する 1 回きりの行為であっても交付に当たると解する。

頒布は、目的物が現実に関手方に引き渡されたことを要する（最判昭和 34・3・5 刑集 13・3・275）。郵送したが相手方に到達しなかったときは頒布に当たらない（大判昭 11・1・31 刑集 15・68）。貸与する行為も頒布に当たる。頒布行為は相手方を必要とするから必要的共犯である。必要的共犯については、相手方に処罰規定がない場合、当然に処罰されることはないが、相手方が積極的に働きかけたような場合は、当罰性があると解する。

(イ) 公然陳列 公然陳列とは、不特定または多数の者が認識できる状態に置くことをいう。映画の上映（最決昭 33・9・5 刑集 12・13・2844）録音テープの再生（東京地判昭 30・10・31 判時 69・27）などがその典型であるが、ダイヤル Q² に録音再生機を接続し、電話をかけさえすれば多数の者がわいせつな音声を聞けるようにする行為も公然に当たる（大阪地判平 3・12・2 判時 1411）。わいせつな画像データをダウンロードして画像として顕現させ、これを閲覧できる状態に設定する行為は、公然陳列に当たる（最決平 13・7・16 刑集 55・5・317）。容易に顕在化が可能な物は、それ自体としてわいせつ物であるから、例えば、わいせつ画像の性器部分に画像処理ソフトを使用してマスクを付したうえ、その画像データをコンピュータに送信して蔵置し、不特定多数のインターネット利用者が電話回線を使用してそのデータを受信したうえ、マスクを取り外した状態のわいせつ画像を復元閲覧することが可能な状態を設置し、同データにアクセスしてきた不特定多数の者にデータを送信して、わいせつ画像を再生閲覧させる行為は、情報としてのデータもわいせつ物に含まれ、公然陳列に当たるのである（岡山地判平 9・12・15 半時 1641・158）。

(ウ) 電気通信による頒布 既述のように、「電気通信」とは、有線、無線その他の電磁的方式による符号、音響または映像を送り、伝えることをいう。例えば、画像や動画のデータを電子メールの添付ファイルとして送る行為がこれに当たる。「頒布」とは、不特定または多数の者の記録媒体上に電磁的記録またはその他の記録を表示させることをいう。有償・無償を問わない。頒布と言えるためには、受信者のコンピュータにダウンロードされ、不特定または多数の受信者の記録媒体上に、「電磁的記録その他の記録」として記録・保存されていることを要する。この場合の受信者のダウンロード操作は、頒布行為において予定されているものであり、「頒布」の一部と解される（最決平 26・11・25 刑集 68・9・1053）。