HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

| | |
|---|---|
| タイトル | 児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪、児童淫行罪、児童買春罪の罪数関係 |
| 著者 | 神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi |
| 引用 | 北海学園大学法学研究，55(2)：1-25 |
| 発行日 | 2019-09-30 |

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

# 児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪、児童淫行罪、児童買春罪の罪数関係

神元隆賢

## Ⅰ はじめに

平成一一年に公布・施行された児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（平成二六年の改正後は「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」、以下併せて「児童ポルノ法」）第七条第四項は、「児童に第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者」について、「第二項と同様」すなわち「三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金」を科すと規定している（以下「児童ポルノ製造罪」）。ここでの「第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態」とは、一号「児童を相手方とする又は児童による性交又は性

交類似行為に係る児童の姿態」（以下「一号ポルノ」）、二号「他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの」（以下「二号ポルノ」）、三号「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀でん部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」（以下「三号ポルノ」）を指す。

以上の児童ポルノ製造については、行為者が一三歳以上[1]一八歳未満の「児童」（児童ポルノ法第二条第一項）に対し、強制わいせつ・強制性交等の刑法典上の性犯罪に出た際に、児童に児童ポルノ法第二条第三項各号の姿態をとらせ、所持していたデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して撮影することによって行う事案が多く見られる。そのため、このような事案における児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係について、観念的競合と併合罪のいずれが妥当するかが問題となる。

さらに、一八歳未満の「児童」（児童福祉法第四条）[2]に対し、性交ないし性交類似行為に出た場合には、児童福祉法第三四条第一項六号の「児童に淫行をさせる行為」に該当するとして、児童福祉法第六〇条に規定される「十年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」との刑が科される（以下「児童淫行罪」）。この児童淫行を同意を得て行う際に[3]、児童に児童ポルノ法第二条第三項各号の姿態をとらせて児童ポルノを製造した場合にも、児童ポルノ製造罪と児童淫行罪の罪数関係について、観念的競合と併合罪のいずれが妥当するかがやはり問題となる。

平成二〇年法律第七一号による改正前の少年法第三七条は、「次に掲げる成人の事件については、公訴は、家庭裁判所にこれを提起しなければならない。」と規定し、同条四号において「児童福祉法第六〇条及び第六二条第五号の罪」

を掲げていた。従って、児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係を観念的競合と解したならば、前者の刑が上回るため家庭裁判所が管轄を有するのに対し、併合罪と解したならば、児童ポルノ製造罪については家庭裁判所が管轄を有さず、従って公訴提起は地方裁判所になされなければならないことになる。そのため、児童ポルノ法が制定されてから少年法が改正されるまでの間、とくに平成一九年前後の児童淫行、児童ポルノ製造事案について、公訴提起が家庭裁判所になされた場合には両罪の罪数関係を観念的競合、地方裁判所になされた場合には併合罪とするべきであったと弁護人が主張して、刑事訴訟法第三七八条一号の管轄違いを事由とする控訴を行った事件が頻発した。この時期の児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係に関する判例は、強制わいせつ・強姦（強制性交等）罪等と児童ポルノ製造罪の罪数関係に関する判例と比べても非常に多い。

その後、平成二〇年の少年法改正により、第三七条は削除され、児童淫行罪に関して上記のような管轄違いを事由とする控訴も不可能となった。これに伴い、今日では、児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係が争われた判例はほとんどなくなった。しかし、この両罪の罪数関係は科刑に影響を及ぼす問題でもあるため、今日でも検討の必要性が完全に失われたわけではない。

また、児童ポルノ法は平成二六年に改正され、行為者が一八歳未満の「児童」（児童ポルノ法第二条第一項）に対し、児童買春、すなわち対償を供与し、またはその供与の約束をして、性交ないし性交類似行為をし、または自己の性的好奇心を満たす目的で児童の性器等を触り、もしくは児童に自己の性器等を触らせることをした場合（児童ポルノ法第二条第二項）には、児童ポルノ法第四条に規定される「五年以下の懲役又は三百万円以下の罰金」との刑が科されることとなった（以下「児童買春罪」）。この児童買春の際に児童に児童ポルノ法第二条第三項各号の姿態をとらせて児童ポルノを製造した場合にも、児童ポルノ製造罪と児童買春罪の罪数関係について、観念的競合と併合罪のいずれ

が妥当するかが問題となる。

本論文は、以上の児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪、児童淫行罪、児童買春罪それぞれの罪との罪数関係について検討しようとするものである。

なお、本論文は、児童淫行罪と監護者性交等罪の罪数関係、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係、児童淫行罪・監護者性交等罪・児童ポルノ製造罪三罪の罪数関係、計三点について論じた拙著「児童福祉法違反（児童に淫行をさせる行為）罪、強制わいせつ・強制性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係」（北海学園大学法学研究第五四巻四号（二〇一九年）一頁、以下「旧論文」）において、二つ目の論点である児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係を論じた際に用いた、観念的競合における社会的一体性の判断基準に基づくものである。そのうえで、旧論文にて十分な検討ができなかった児童ポルノ製造罪と児童淫行罪の罪数関係、さらに児童ポルノ製造罪と児童買春罪の罪数関係を論じている。そのため、総論部分となる児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係については、旧論文と本論文とで相当の重複があるがご容赦願いたい。とはいえ、本論文では重要部分について改説はないものの相当の加筆をしていることから、重複する部分については旧論文ではなく本論文を参照していただきたい。

## Ⅱ　強制わいせつ・強制性交等罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係

一八歳未満の「児童」（児童ポルノ法第二条第一項）に対し、行為者が強制わいせつ・強制性交等に出た際に、所持していたデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して撮影し児童ポルノを製造した場合について、児童ポ

ルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係をどのように解すべきであろうか。

観念的競合は、一個の行為で数個の結果を生じ、それが構成要件に複数回該当し、かつ社会的事象としても重なり合いが認められる場合[4]で、刑法第五四条第一項が適用されることにより、刑を科すうえで一罪として扱われ、数罪のうち最も重い罪の刑により処断される。ここで問題となる観念的競合の要件は、一個の行為で数個の結果を生じたという「同時性」、そして社会的事象としても重なり合いが認められるという「社会的一体性」である。

一個の行為による包括一罪との違いは、被害法益の主体、種類の共通性の要否に求められ、被害法益が異なっている場合は観念的競合、共通する場合は包括一罪が選択される。そして両罪の保護法益についてみると、強制わいせつ罪のそれが個人法益としての性的自由であることに異論はないが、児童ポルノ製造罪では議論がある。

児童ポルノ法は、第一条において「この法律は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利の擁護に資することを目的とする。」と規定する。これに照らせば、児童ポルノ製造罪の保護法益は、児童福祉法違反罪と同じく、「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」と解されよう。これがはたして被害児童の個人的法益であるのか、児童一般の社会的法益であるのか、あるいは両方の性質を持つのかを巡っては、学説上争いがある。[5]とはいえ、三説のいずれを採ったとしても、強制わいせつ罪の保護法益である性的自由とは差異を生じるから、結局、両罪を観念的競合とする選択は可能ということになる。

もっとも、従来の判例は、両罪の罪数関係を併合罪と解していた。例えば、①岡山地判平成二九年七月二五日（判例集未登載）は、強制わいせつと二次保存による児童ポルノ製造の事案について、「本件のような場合、強制わいせつ

罪の行為と児童ポルノ製造の行為とは、一部重なり合う部分があり、特に、被害女児に陰部等を自ら撮影の上送信させて児童ポルノを製造した場合には、相当部分が重なり合うともいえる。しかし、本件強制わいせつ行為の中核部分は、脅迫により反抗が著しく困難な状態となった被害女児に、陰部等を撮影させて送信させたり、口淫させたり、陰部等を露出させて動画配信させたりしたわいせつ行為にある一方、本件児童ポルノ製造行為の中核部分は、それらをコンピュータに保存・蔵置した製造行為にあるのであって、前記の両行為が、通常伴う関係にあるとはいえず、また、行為に同時性があるとしても、社会的事実として強い一体性・同質性までは認められない。そうすると、本件において、強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、社会的見解上別個のものといえるから、観念的競合の関係にはなく、併合罪の関係にあるというべきである。」とした。すなわち、同時性は肯定できるとしても、社会的一体性を肯定できないから、観念的競合とはならないというのである。

これに対し、②東京高判平成三〇年一月三〇日（判例集未登載）は、以下の事案について、児童ポルノ製造のための撮影・データ保存の態様によって、観念的競合か併合罪かが決定されるとの判断を示した。

ベビーシッター業を営む被告人は、平成二四年一一月一六日頃から平成二五年一〇月二七日頃までの間、ベビーシッターという立場を悪用し、A～Iら九名の各男児がいずれも一八歳に満たない児童であることを知りながら、同児童らに対し、全裸の状態で陰茎を露出させるなどの姿態をとらせ、さらにうち二名（A（当時五歳）、F（当時生後八か月））については陰茎の包皮をむくなどし、Fに亀頭包皮炎の傷害を負わせた（Aに対する強制わいせつ事件、Fに対する強制わいせつ致傷事件）。また、その姿態をデジタルカメラあるいはスマートフォン付属カメラで撮影し、その静止画データを当該撮影機器内のマイクロSDカード内に記録して保存（以下「一次保存」）、あるいは一次保存した画像をノートパソコンのハードディスク内に保存（以下「二次保存」）し、児童ポルノを製造した（児童ポルノ製造事件）。

平成二六年三月一四日、被告人は、Ｉ（当時二歳）及びＨ（当時生後八か月）にわいせつな行為をする目的で、被告人に対してはＩらの一時保育を依頼する意思がないＩの母親Ｊらに対し、別人を装ってＩらの一時保育を引き受ける旨の電子メールを送信するなどして、Ｊらに、Ｉらの一時保育をするのが被告人ではないと誤信させるとともに、情を知らないＫにＩ及びＨを預けさせ、さらにＫからＩらを引き取り、Ｉらを被告人方に連れ帰るなどして自己の支配下に置いた（わいせつ誘拐事件）。

同日、被告人は、Ｈに対し栄養や水分を与えず、全裸のまま放置するなどし、よって、Ｈに生命に危険を及ぼすおそれのある重度の低血糖症及び脱水症、中程度の低体温症の傷害を負わせた（保護責任者遺棄致傷事件）。

同月一五日頃、被告人は、被告人方において、Ｉに対し、その陰茎をひもで縛り、その包皮をむく暴行を加えた。さらに殺意をもって、その鼻口部を手で塞ぐなどし、窒息により死亡させた（殺人事件）。

以上の事案につき、検察官は、保護責任者遺棄致傷、強制わいせつ、児童ポルノ製造罪、わいせつ誘拐、殺人、強制わいせつ致傷罪が成立すると主張した。

第一審、横浜地裁平成二八年七月二〇日（判例集未登載）は、検察官の主張する犯罪すべての成立を認めた。強制わいせつ罪あるいは強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係については、理由を明示しなかったものの、基本的には、児童ポルノ製造が一次保存であった場合は観念的競合、二次保存であった場合は併合罪とした。わいせつ誘拐事件については、Ｉ及びＨに対する各わいせつ誘拐罪を観念的競合、Ｉに対するわいせつ誘拐罪と強制わいせつ罪を牽連犯とし、結局以上を一罪として最も重いＩに対するわいせつ誘拐罪の刑で処断するとした。これに対し、被告人・弁護人は、強制わいせつ罪・強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係はいずれも観念的競合とすべきであったなどと主張して控訴した。

控訴審、②判決は控訴棄却とし、その際、強制わいせつ罪・強制わいせつ致傷罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係について、「わいせつな姿態をとらせて撮影することによる強制わいせつ行為と当該撮影及びその画像データの撮影機器に内蔵又は付属された記録媒体への保存行為を内容とする児童ポルノ製造行為は、ほぼ同時に行われ、行為も重なり合うから、自然的観察の下で社会的見解上一個のものと評価し得るが、撮影画像データを撮影機器とは異なる記録媒体であるパソコンに複製して保存する二次保存が日時を異にして行われた場合には、両行為が同時に行われたとはいえず、重なり合わない部分も含まれること、そもそも強制わいせつ行為と児童ポルノ製造行為とは、前者が被害者の性的自由を害することを内容とするのに対し、後者が被害者のわいせつな姿態を記録することによりその心身の成長を害することを主たる内容とするものであって、基本的に併合罪の関係にあることに照らすと、画像の複製行為を含む児童ポルノ製造行為を強制わいせつとは別罪になるとすることは合理性を有する。原判決の罪数判断は、合理性のある基準を適用した一貫したものとみることができ、理由齟齬はなく、具体的な行為に応じて観念的競合又は併合罪とした判断自体も不合理なものとはいえない。」とした。すなわち、一次保存事案については強制わいせつと児童ポルノ製造の行為の同時性、社会的一体性は肯定され、従って両罪は観念的競合となるが、二次保存事案については同時性が否定され併合罪となるというのである。被告人上告。

上告審、最決平成三〇年九月一〇日（判例集未登載）は、罪数関係について格別具体的な言及をすることなく上告を棄却し、一次保存の場合に観念的競合となるとした②判決の解釈は、最高裁決定にも受け継がれた。

もっとも、一次保存の場合は観念的競合となるとした②判決の罪数処理は、その後の判例において必ずしも維持されてはいない。③秋田地判平成三〇年一二月一九日（判例集未登載）は、被告人が児童に対し強制わいせつに出た際、被害者が児童であることを知りながら、同児童の陰部を手指で触る姿態、陰部等を露出させる姿態をとらせ、これら

を被告人の撮影機能付きスマートフォンで撮影し、その動画データ一点及び静止画データ一点を同スマートフォン内蔵の電磁的記録媒体に記録して保存した一次保存の事案について、「判示第一の強制わいせつの行為と判示第二の児童ポルノ製造の行為との間には、一部重なりあう点はあるものの、両行為が通常伴う関係にあるといえないことや、両行為の性質等にかんがみると、両行為は社会的意味合いを異にする別個のものと認められるから、両罪について併合罪とするのが相当である。」とした。ここでは、①判決と同様、同時性は肯定されうるが社会的一体性は否定されるとの解釈が採用されており、むしろ一次保存事案について観念的競合を認めた②判決及び最高裁決定の異質さが際だったものとなっていると言ってよいであろう。

とはいえ、解釈としては観念的競合を選択する余地もないではない。①②③判決の事案はいずれも、強制わいせつ・強制性交等と児童ポルノ製造が同時に、少なくとも相当重なり合う態様にて行われているから、両罪の同時性は概ね肯定しえよう。残る問題は、社会的一体性を認めうるかという点、そして、そもそも一次保存と二次保存の事案で罪数関係を区別すべきであるのかという点である。

まず、社会的一体性については、以下の判例が参考になろう。最大判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一一四頁は、道交法上の酒酔い運転罪とその運転中の業務上過失致死罪について社会的一体性・同質性、重なり合いを否定し併合罪としたが、最大判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一五一頁は道交法上の酒酔い運転罪と無免許運転罪を観念的競合とし、最大判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一六八頁は道交法上の無免許運転罪と無車検車運転罪を観念的競合とした。さらに最大判昭和五一年九月二二日刑集三〇巻八号一六四〇頁は、ひき逃げにおける道交法上の救護義務違反罪と報告義務違反罪を「社会生活上、しばしばひき逃げというひとつの社会的出来事として認められている」として観念的競合とした。[6]

これらの道交法にかかる判例は、交通行政の円滑な遂行及び交通事故の発生・拡大防止という社会法益を保護法益とする道交法上の各罪について、保護法益の細部は異なるものの社会法益としては共通するが故に社会的一体性を肯定したのではないか。一方、業務上過失致死罪（現行法であれば自動車運転死傷行為処罰法上の過失運転致死罪）の保護法益は人の生命であるから、道交法上の各罪の保護法益とは、個人法益と社会法益という点で相違がある。このようにして、罪数関係が問題となった各犯罪の保護法益につき、個人法益と社会法益の相違がある場合には、たとえ同時性があったとしても、社会的一体性は否定されるとの解釈を導くことができよう。最判昭和五八年九月二九日刑集三六巻二号二〇六頁は、営利目的での国内に覚せい剤を持ち込み通関線を突破しようとした事案について、覚せい剤取締法上の覚せい剤輸入罪と関税法上の無許可輸入罪を観念的競合としたが[7]、両罪の保護法益は、前者が保健衛生上の危害発生防止という社会法益[8]、後者が貨物輸入についての税関手続の適正処理という社会法益と考えられるから、両罪とも社会法益という点ではやはり共通する。

他方、強制わいせつ・強制性交等罪の保護法益が性的自由という個人法益であることは言うまでもないが、児童ポルノ製造罪の保護法益はどうであろうか。児童ポルノ製造罪の保護法益は、児童福祉法違反罪と同じく、「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」と解されるが、これが個人法益か社会法益か、あるいはその両方かを巡って争いがあることは前述した通りである。

思うに、児童ポルノ法上の各罪が基本的には社会法益に対する罪であることは、児童福祉法との関係から明らかである。しかし、児童ポルノ法第一条は「これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護」についても言及し、第一五条は「児童買春の相手方となったこと、児童ポルノに描写されたこと等により心身に有害な影響を受けた児童」の保護について規定する。さらに第一六条の三は「国内外に児童ポルノが拡散した場合においてはその廃棄、

削除等による児童の権利回復は著しく困難になる」とするから、児童ポルノに描写された児童個人の法益もまた、児童ポルノ法の保護法益に含まれると解してよいのではないか。とすれば、強制わいせつ・強制性交等罪と児童ポルノ製造罪は、個人法益と社会・個人双方の法益という点で、個人法益の部分において社会的一体性を認めうるものの、児童ポルノ製造罪の社会法益の部分では一体性を欠く。従って、児童ポルノ製造罪の保護法益の主要部分が、個人法益と社会法益のいずれにあるかがさらなる問題となる。この主要部分が個人法益であるならば観念的競合を認める余地はあるものの、社会法益であるならば観念的競合が否定され、併合罪が妥当することとなろう。

そこで検討するに、児童ポルノ製造罪の保護法益の主要部分は社会法益と解すべきではなかろうか。なぜなら、「児童」が自ら児童ポルノ法第二条第三項各号の姿態をとり、それを自ら撮影して、いわゆる「自画撮りヌード」（または「自撮りヌード」）によって児童ポルノ（とくに三号ポルノ）を製造した場合には、その児童自身が児童ポルノ製造罪に問われることになる。さらに児童が「自画撮りヌード」を自ら特定の他人に送信した場合には児童ポルノ法第七条第二項の児童ポルノ提供罪に問われる。[9] さらに、児童が性的好奇心に駆られてインターネット上の掲示板、ＳＮＳ等に「自画撮りヌード」をアップロードした場合には、その児童自身が児童ポルノ法第七条第六項の児童ポルノ提供罪に問われることになる。このように、児童ポルノ製造罪や児童ポルノ提供罪は、児童が自ら実行することができ、その態様について必ずしも他人が関与していない場合もありうることに鑑みると、自己の法益を自ら侵害した自傷行為の場合と同様に、当該児童の「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」の個人法益の側面の要保護性は大幅に減少ないし消滅すると考えざるを得ない。そうであれば、同罪の保護法益は、残る「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」の社会法益の側面を、その主要部分と考えるしかないのではないか。以上から、結論としては、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係は、観念的

競合ではなく併合罪と解すべきである。

なお、最決平成二一年七月七日刑集六三巻六号五〇七頁は、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律二条三項にいう児童ポルノを、不特定又は多数の者に提供するとともに、不特定又は多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法七条四項の児童ポルノ提供罪と同条五項の同提供目的所持罪とは併合罪の関係にあると解される。しかし、児童ポルノであり、かつ、刑法一七五条のわいせつ物である物を、他のわいせつ物である物も含め、不特定又は多数の者に販売して提供するとともに、不特定又は多数の者に販売して提供する目的で所持したという本件のような場合においては、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括して一罪を構成すると認められるところ、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供、同じくわいせつ物販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ社会的、自然的事象としては同一の行為であって観念的競合の関係に立つから、結局以上の全体が一罪となるものと解することが相当である。」とする。これについても、わいせつ物販売罪、わいせつ物販売目的所持罪などの刑法第一七五条の罪の保護法益は社会法益である健全な性道徳の維持にあるから、児童ポルノ提供罪、児童ポルノ提供目的所持罪の保護法益の主要部分を社会法益と解する私見に照らせば、観念的競合の要件である社会的一体性を概ね認めうる。

次に、一次保存と二次保存の事案で罪数関係を区別すべきかとの問題はどうか。かつてのアナログのフィルムカメラが主流の時代であれば、たしかに一次保存によりカメラ内のネガフィルムが製造された時点において、児童ポルノ製造が完了したとは言いがたく、従って現像、プリントあるいはネガフィルムのスキャンといった二次保存に言及する意義があった。しかし、デジタルカメラやスマートフォン付属カメラによる撮影が主流となった今日においては、一次保存と二次保存を区別する意義があるとは考えられない。なぜなら、デジタルカメラやスマートフォンでは、撮

影により即座に児童ポルノをデジタルカメラ付属の背面液晶モニターやスマートフォン内蔵ディスプレイにおいて視聴することが可能であるし、デジタルカメラやスマートフォンに搭載された映像外部出力端子を有線でオーディオ・ビジュアル機器に接続したり、さらにはワイヤレスディスプレイ機能を用いて無線で外部ディスプレイの大画面にて視聴することも可能であることからすると、ノートパソコン等に二次保存する行為を、一次保存する行為と格別区別する意味が見いだせないからである。ノートパソコン等に二次保存する行為は、児童ポルノの静止画・動画ファイルを行為者がより視聴しやすい環境に保存する、あるいは編集しやすくするという意味があるかもしれないが、だとしてもこれは共罰的事後行為と解するべきではなかろうか。

あるいは、児童ポルノ提供罪（児童ポルノ法第七条二号）との関係から、インターネット上への児童ポルノのアップロードの危険を生じた時点で児童ポルノ製造の完成を判断するとの解釈もありうる。これについていえば、確かに、児童ポルノをノートパソコンに二次保存したほうが、インターネット上へのアップロードは容易であるかもしれない。しかし、今日では、スマートフォンはもとよりデジタルカメラであっても、機種や内蔵するＳＤカードによっては、無線接続によるインターネット上への静止画・動画アップロード機能を有していることがある。とすれば、一次保存と二次保存の間に、児童ポルノ提供の危険性において格別の差はないことになろう。そもそも、スマートフォンの静止画・動画ファイルが、クラウド設定によりクラウドサーバーに自動保存されるよう設定されていた場合には、一次保存後、行為者の知らない間に二次保存がなされることになるが、クラウド設定の有無等により罪数関係を区別する意義があるとも思われない。フィルムカメラによる場合は別としても、少なくともデジタルカメラ、スマートフォン付属カメラによる児童ポルノ製造については、その中核行為は一次保存と見るべきで、二次保存の有無を検討する必要はなかろう。

## Ⅲ　児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係

一八歳未満の「児童」（児童ポルノ法第二条第一項）に対し、行為者が同意を得て性交ないし性交類似行為すなわち児童淫行に出た際に、所持していたデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して撮影し児童ポルノを製造した場合について、児童ポルノ製造罪と児童淫行罪の罪数関係をどのように解すべきであろうか。

これにつき、判例は、両罪の罪数関係を併合罪とするものが支配的である。

④東京地判平成二一年一月二八日（判例集未登載）は、中学校教員であった被告人が、二回にわたり、勤務する中学校に生徒として在籍していた被害児童（当時一五歳）が満一八歳に満たないことを知りながら、同児童をして、被告人を相手に性交させ、もって、児童に淫行をさせる行為をするとともに、その児童の姿態（一号ポルノ）をデジタルカメラ及びデジタルビデオカメラで撮影し、もって同児童に係る児童ポルノを製造した事案について、児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係が争われたところ、「法七条三項の児童ポルノ製造罪（筆者注：提供目的児童ポルノ製造罪）は、所定の姿態をとらせるだけではなく、その姿態を写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写する行為、これを本件に即していえば、カメラやビデオカメラで撮影して画像をコンパクトフラッシュやデジタルビデオカセットテープに記憶させる行為（以下、単に「描写行為」ともいう。）が付け加わって初めて成立する犯罪であるところ、描写行為は、それが静止画を記憶させるカメラによると動画を記憶させるビデオカメラによるとを問わず、たとえ上記のような性交と同時並行的に、かつその一部始終について行われていたとしても、それとは別個の行為であることは明らかである。また、上記のような性交に描写行為が必然的に伴うとはいえないし、逆に、淫行罪の成立には児童が淫行することに原因を与えあるいはこれを助長する事実上の影響力のある行為の存在を要件とするのが一般

であるところ、法二条三項一号に該当する児童の姿態の描写行為があるからといって、これに必ず上記のような事実上の影響力のある行為が伴うともいえない。」として、両罪は併合罪となるとした。すなわち、観念的競合としての同時性は肯定できるものの、「性交に描写行為が必然的に伴うとはいえない」などということから、社会的一体性は否定されるというのであろう。

⑤東京高判平成二一年七月六日東高刑報六〇巻一〇五頁は、被告人が被害児童（当時一六歳）の年齢確認を怠って、被害児童をアダルト雑誌に掲載する性交写真のモデルとして雇い入れ、ホテル客室内において、児童に被告人を相手に性交等をさせるとともに、不特定又は多数の者に提供する目的で、被告人と性交するなどしている被害児童の姿態等をスチールカメラ及びデジタルビデオカメラで撮影し、その画像をフィルム一四本及びミニデジタルビデオカセットテープ二本に記録し、もって、児童に淫行をさせる行為をするとともに、児童ポルノを製造した事案について、「本件淫行罪と本件製造罪の罪数関係については、以下のとおり、科刑上一罪の関係にあるとは解されず、併合罪の関係にあると解するのが相当である。すなわち、（一）刑法五四条一項前段にいう「一個の行為」とは、法的評価を離れ構成要件的観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものと評価を受ける場合をいうと解されるところ、本件の各所為のうち、児童に淫行をさせる罪の動態は、児童に対して性交又は実質的に見て性交と同視できる程度の性行為（性交類似行為）をさせることであり、他方、児童ポルノ製造罪の動態は、性交するなどしている児童の姿態をカメラで撮影してフィルム等に記録することであるから、それぞれの動態は異質なものというべきである。……児童ポルノ製造罪は、児童ポルノと評価されるものを撮影するなどして写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物として記録化すれば成立するのであって、撮影の対象として児童の淫行が必要というものではなく、したがって、製造行為に児童の淫行が常に随伴するというものではない。……また、本件のように、当初から、掲載

写真等の撮影に引き続き、その編集、製本、出版といった雑誌の販売に向けて一連の工程が予定されている場合、その過程において、撮影自体は、いわば第一次的製造とも位置づけられ、その後の電磁的記録の編集、複写、ネガフィルムの現像、焼き付け等が、第二次媒体や第三次媒体の児童ポルノ製造と見られるとしても、これらの行為は、罪数的には別個に捉えられるべきではなく、複数の製造行為ではあるが一個の目的に向けた一連のものと観念されるから、その全体が包括一罪として評価されるべきものである。してみると、本件のような五項製造罪の製造行為は、いわば時間的にも行為的にも広がりを持つに至ることが予定されているのであって（換言すれば、本件製造行為は、これら一連の製造行為の一部を切り取って起訴されたものなのであり、その既判力はその過程全体に及ぶとみるべきものである。）、本件児童淫行罪のように一時点、一場所において行われ、それで終了するというものではないのである。したがって、この意味においても、本件製造罪と本件淫行罪の動態は、社会的事実として、類型的にみても、基本的に別異なものであって、それぞれの行為の時点では同時的に併存はしていても、自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものと評価される場合には当たらないと解すべきである。

（二）このように、本件淫行罪と本件製造罪は、観念的競合の関係にあるとは認められず、社会的見解上別個の行為と考えられるから、両者は併合罪の関係にあると認めるのが相当である。なお、所論は、撮影行為自体が児童淫行罪の実行行為であるから、製造罪は児童淫行罪に吸収されるとし、あるいは、性交等が製造罪の実行行為の一部であるかのようにも主張するが、いずれも独自の見解であって採用できない。また、混合的包括一罪をいう所論についても、両罪の行為類型はもとより、法益も異なるものであり、同一の日時場所において行われたなどという本件における事情を考慮しても、それらの行為を重い罪の構成要件である児童淫行罪に包摂した処理を認めるべき合理的な根拠はないから、採用できない。」とした。

⑥最決平成二一年一〇月二一日刑集六三巻八号一〇七〇頁は、中学校教員であった被告人が、一年以上の期間、前後二〇回にわたり、勤務する中学校に生徒として在籍していた被害児童（被害当時一四から一五歳）が満一八歳に満たないことを知りながら、同児童をして、被告人を相手に性交させ、又は性交類似行為をさせ、もって、児童に淫行をさせる行為をするとともに、上記二〇回の淫行の機会のうちの一三回において、同児童をして、性交等に係る姿態をとらせ、これをデジタルビデオカメラで撮影して、それら姿態を視覚により認識することができる電磁的記録媒体であるミニデジタルビデオカセットに描写し、もって同児童に係る児童ポルノを製造した事案について、原判決が児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係を「児童に淫行させる行為とその姿態を撮影する行為は、法的評価を離れ構成要件的観点を捨象した自然的観察の下で、行為者の動態が社会見解上一個のものと評価されるものであるから、一個の行為で二個の罪名に触れる場合に当たり、観念的競合の関係にあると解される。」としたのに対し、「本件のように被害児童に性交又は性交類似行為をさせて撮影することをもって児童ポルノを製造した場合においては、被告人の児童福祉法三四条一項六号に触れる行為と児童ポルノ法七条三項に触れる行為とは、一部重なる点はあるものの、両行為が通常伴う関係にあるとはいえないことや、両行為の性質等にかんがみると、それぞれにおける行為者の動態は社会的見解上別個のものといえるから（最高裁昭和四七年（あ）第一八九六号同四九年五月二九日大法廷判決・刑集二八巻四号一一四頁参照）、両罪は、刑法五四条一項前段の観念的競合の関係にはなく、同法四五条前段の併合罪の関係にあるというべきである。」とした。

以上のように、④⑤⑥判決はいずれも、児童ポルノ製造罪と児童淫行罪については、同時性を肯定しうるものの社会的一体性を肯定し得ないから、罪数関係は観念的競合ではなく併合罪となるとの解釈を採る点で一致している。これを、社会法益と社会法益、個人法益と個人法益というように、保護法益が社会法益か個人法益かという点で共通す

る犯罪については社会的一体性を認めうる場合がありうるが、社会法益と個人法益というように食い違う犯罪について認めることは困難であるとの私見に照らすと、以下のようになる。

児童ポルノ製造罪と児童淫行罪の保護法益はいずれも「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」と考えられるところ、これらはいずれも個人法益と社会法益の両者の性質を有しているように見える。もっとも、児童ポルノ製造罪については、上述したように、児童自ら「自画撮りヌード」を製造してこれを実行した場合には、自傷行為と同様に、「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」の個人法益の側面の要保護性は大幅に減少ないし消滅するから、残る社会法益としての性質をその主要部分と解さざるを得ないとした。

一方、児童淫行罪はどうであろうか。児童が一三歳以上であれば、強制わいせつ罪、強制性交等罪を無条件に構成しないという意味での一応の性的行為への同意能力を認めることができる。この点を見れば、被害児童の「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」の個人法益の側面の要保護性は、やはり大幅に減少ないし消滅すると解する余地があるかもしれない。しかし、それでもなお、一三歳以上一八歳未満の児童には、一定以上の性的同意能力が十分備わっているとは言いがたく、それ故、児童淫行罪は、性交ないし性交類似行為への同意の有無を問わずに淫行に及んだ者を処罰すると解すべきではなかろうか。児童淫行罪の「淫行をさせる行為」につき、平成二八年六月二一日刑集七〇巻五号三六九頁は「直接たると間接たるとを問わず児童に対して事実上の影響力を及ぼして児童が淫行をなすことを助長し促進する行為をいうが、そのような行為に当たるか否かは、行為者と児童の関係、助長・促進行為の内容及び児童の意思決定に対する影響の程度、淫行の内容及び淫行に至る動機・経緯、児童の年齢、その他当該児童の置かれていた具体的状況を総合考慮して判断するのが相当である」とする。これはすなわち、

一定の性的同意能力はあるものの十分に備わっているとは言いがたい児童に対し、「事実上の影響力」を行使して性交ないし性交類似行為に同意するように仕向ける行為を処罰するというものであり、個人法益の侵害の側面がやはり強いというべきであろう。さらに、児童福祉法第三四条の六号以外の各号の行為態様について見ても、例えば一号「身体に障害又は形態上の異常がある児童を公衆の観覧に供する行為」、二号「児童にこじきをさせ、又は児童を利用してこじきをする行為」など、社会法益としての側面より以上に、児童個人の健全な育成を保護法益として重視しているように思われるものが列挙されていることは、この証左となると思われる。

以上から、結論としては、児童ポルノ製造罪は「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」の社会法益の側面、児童淫行罪は同じく個人法益の側面を保護法益の主要部分としているものと解されるから、社会的一体性を肯定することはできず、従って両罪の罪数関係は観念的競合ではなく併合罪と解すべきである。

## Ⅳ　児童買春罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係

一八歳未満の「児童」（児童ポルノ法第二条第一項）に対し、行為者が対償を供与し、またはその供与の約束をして、性交ないし性交類似行為をし、または自己の性的好奇心を満たす目的で児童の性器等を触り、もしくは児童に自己の性器等を触らせる児童買春に出た際に、所持していたデジタルカメラやスマートフォン付属カメラを使用して撮影し児童ポルノを製造した場合について、児童ポルノ製造罪と児童買春罪の罪数関係をどのように解すべきであろうか。

これにつき、判例は、両罪の罪数関係を併合罪とするものが支配的である。

⑦東京高判平成一九年一一月六日東高刑報五八巻一～一二号九六頁は、対償を供与する約束をして児童と性交する

児童買春を複数回行った際に、デジタルビデオカメラやフィルムカメラを使用して、児童の全裸の姿態、性交している児童の姿態、口淫している児童の姿態等を撮影して児童ポルノであるＤＶＤ-ＲＷやネガフィルムを製造し、児童買春罪と児童ポルノ製造罪（二項製造罪）の罪数関係が争われた事案について、「まず、児童買春行為それ自体（児童との性交ないし性交類似行為）は、二項製造罪の実行行為の一部であるとは解されず、児童買春罪と二項製造罪は、その実行行為が部分的にも重なり合う関係にはないのである（このことは、児童に対する強姦や強制わいせつの状況を撮影した場合に、強姦行為や強制わいせつ行為が二項製造罪の実行行為の一部とはいえないのと同様である。）。次に、両罪に該当する行為は、本件においてはほぼ同時的に併存し、密接に関連しているので、自然的観察の下で社会的見解上一個の行為と評価するのが相当か否かが問題となる。判例上、外国から航空機等により覚せい剤を持ち込み、これを携帯して通関線を突破しようとした場合の覚せい剤取締法上の輸入罪と関税法上の無許可輸入罪が観念的競合の関係にあるとされており、両罪は実行行為の重なり合いはないが、このような行為は社会的見解上一個の行為であるとされている（最高裁昭和五八年九月二九日第一小法廷判決・刑集三七巻七号一一一〇頁）ので、これと本件の場合を比較検討してみると、外国から覚せい剤を携行して通関線を突破して本邦内に輸入しようとする者は、必然的に両罪を犯すことになり、いずれか一方の罪のみを犯すということは考えられない（関税法違反罪の実行の着手前に発覚した場合を除く。）が、本件の場合は、児童買春罪のみを犯し、二項製造罪には及ばないことも、逆に、二項製造罪のみを犯し、児童買春罪には及ばないことも共に十分に可能なのである。覚せい剤輸入の場合は、両罪に該当する行為はいずれも『輸入』として同質的なものといえるが、『買春』と『製造』はむしろ異質な行為であって、行為者の動態としての一個性は認めがたいというべきであろう。さらに、本件の二項製造罪においては、児童の姿態等の撮影とこれに伴う第一次媒体への記録により第一次媒体（児童ポルノ）を製造したものとされているにとどまるが、二項製造

罪においては、第一次媒体の製造に引き続き、電磁的記録の編集・複写、ネガフィルムの現像・焼き付け等の工程を経て、第二次媒体や第三次媒体の児童ポルノを製造する行為も実行行為に包含されるのであり、事案によっては、相当広範囲にわたる行為に（包括）一罪性を認めざるを得ないであろうが、児童買春罪との観念的競合関係を肯定するとすれば、いわゆるかすがい作用により、科刑上一罪とされる範囲が不当に広がる恐れも否定できないように思われる（強姦罪等との観念的競合を肯定するとすれば、その不都合はより大きいものとなろう）。なお、本件と同様に撮影を伴う児童買春の事案において、児童買春罪と三項製造罪が観念的競合の関係にあるとした裁判例は少なくないようであり、三項製造罪については、『児童に……姿態をとらせ（る）』行為もその実行行為に含まれるのか否かという問題が存するのであるが、両罪を併合罪関係にあると解する余地もあるように思われる。また、撮影者が淫行の相手方となる児童淫行（児童福祉法六〇条一項、三四条一項六号）の事案についても、児童淫行罪と二項製造罪や三項製造罪が観念的競合の関係にあるとした裁判例も少なくないようであるが、これらについてもなお検討が必要のように思われる。少なくとも、これらの裁判例の結論を動かし難いものとして、本件の児童買春罪と二項製造罪の罪数関係を論ずべきではないであろう。」として、同時性は肯定できるとしても、社会的一体性を肯定できないから、観念的競合とはならず併合罪となり、児童買春罪と三項製造罪すなわち提供目的児童ポルノ製造罪の関係についても同様に併合罪と解しうるとする。

もっとも、⑦判決は、外国から航空機等により覚せい剤を持ち込み、これを携帯して通関線を突破しようとした場合の覚せい剤取締法上の輸入罪と関税法上の無許可輸入罪との罪数関係について言及し、「外国から覚せい剤を携行して通関線を突破して本邦内に輸入しようとする者は、必然的に両罪を犯すことになり、いずれか一方の罪のみを犯すということは考えられない」から観念的競合となる一方、児童買春と児童製造はそれぞれ単独で犯すことができる

ことを併合罪の根拠として挙げているが、これについては疑問もなくはない。覚せい剤取締法上の輸入罪と関税法上の無許可輸入罪の罪数関係が観念的競合となることについては異論はなく、一方の罪のみを犯すことは既遂時期の問題を除き考えられない。しかし、前述したように、最大判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一五一頁は道交法上の酒酔い運転罪と無免許運転罪を観念的競合、最大判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一六八頁は道交法上の無免許運転罪と無車検車運転罪を観念的競合、最大判昭和五一年九月二二日刑集三〇巻八号一六四〇頁はひき逃げにおける道交法上の救護義務違反罪と報告義務違反罪を観念的競合としている。これら道交法上の犯罪はすべて、例えば免許所持者が酒酔い運転をする、無車検者運転をするなどというように、一方の罪のみを犯すことも可能である。それぞれ単独で犯すことができないほど一体性のある犯罪については観念的競合が妥当すると言えるかもしれないが、それぞれ単独で犯すことができるとしても観念的競合とならないとは限らないであろう。

この他にも、罪数関係が争われていないものの、名古屋高判平成二三年五月一一日（判例集未登載）などが、児童買春罪と児童ポルノ製造罪を併合罪として処理している。

児童買春罪の保護法益は、児童ポルノ製造罪と同じく、「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」と考えられる。このうち、児童ポルノ製造罪が社会法益の側面をその主要部分と解すべきことはすでに述べたが、児童買春罪はどうであろうか。これについては、児童淫行罪との関係を考慮すべきであろう。

児童淫行罪の保護法益はやはり「児童が性的搾取及び性的虐待されない権利」「児童の心身の健全な育成」であるところ、本罪が、十分な性的同意能力が備わっていない児童に対し「事実上の影響力」を行使して淫行に向けて「助長し促進」すなわち誘導する行為を処罰する点を考慮するならば、同法益の個人法益保護の側面が主要部分と解されることは前述した。一方、児童買春罪は、「対償」を供与するなどして性交ないし性交類似行為等をする行為を処罰する。

さらに、児童淫行罪の刑が「十年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」ものであるのに対し、児童買春罪の刑は「五年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金」と軽い。これは、児童淫行が、例えば④⑥判決の事案における中学校教員と教え子の関係のように「事実上の影響力」を行使して被害児童を性的同意に誘導するのに対し、児童買春は「対償」の供与によって誘導する点で、当該被害「児童の心身の健全な育成」の侵害の程度は軽いということであろう。言い換えれば、児童買春における「対償」によって性的同意に至る被害児童は、児童淫行における「事実上の影響力」の行使によって性的同意に至る被害児童と比べ、すでに一定程度、心身の育成が不健全なものとなっているから、行為者による被害児童の心身の育成への侵害の程度は軽くなると解されよう。とはいえ、児童淫行罪と児童買春罪の保護法益は個人法益を主要部分とする点で共通し、両罪の罪数関係も法条競合の特別関係となると解される。従って、児童買春罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係もまた、児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係と同様、併合罪となると解される。

## V　おわりに

以上のように、本論文では、刑法典上の強制わいせつ・強制性交等罪と児童ポルノ法上の児童ポルノ製造罪の罪数関係、児童福祉法上の児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係、児童ポルノ法上の児童買春罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係について、それぞれ観念的競合と併合罪のいずれが妥当するかを、近年の判例の状況を参照したうえで検討し、児童ポルノ製造罪の保護法益が社会法益を主要部分とするのに対し、それ以外の三罪は個人法益ないし個人法益を主要部分とするから、同時性はともかく社会的一体性を認めることはできず、すべて併合罪と解さざるを得ない

と結論づけた。

ところで、前述したように、本論文は拙著の旧論文を補完する位置づけのものである。旧論文では、②判決及びその上告審である最決平成三〇年九月一〇日（判例集未登載）の流れから、あるいは今後、児童ポルノ製造罪と強制わいせつ・強制性交等罪の罪数関係については観念的競合説が主流となるかもしれず、私見は併合罪説を採るものの、今後の判例の展開に注目したいと結んでいた。その後、下級審ではあるものの併合罪説を採った③判決に接し、観念的競合説はやはり定着しないのではないかと考えるに至っているが、判例の展開については継続的に追跡調査する必要があろう。

なお、本来であれば旧論文と本論文を合わせて一本の論文として仕上げるべきであるが、これについては他日を期したい。

（1）一三歳未満の児童に対して同意を得て性的行為に出た場合には、単純に強姦罪（現行法では強制性交等罪）や強制わいせつ罪が成立することは言うまでもなかろう。

（2）児童福祉法第四条は本文において「児童」を「満十八歳に満たない者」と定義し、さらに「児童」のさらなる分類として、同三号において「少年　小学校就学の始期から、満十八歳に達するまでの者」とする。従って、本論文で扱う「児童」は「少年」の一部ということになる。

（3）児童淫行罪の成否に児童の同意の有無は関係しないが、同意なき場合には児童淫行罪に加えて強制性交等罪、強制わいせつ罪、監護者性交等罪等の刑法典上の性犯罪が成立するため、これと児童淫行罪との罪数関係が問題となる。これについては、拙著「児童福祉法違反（児童に淫行をさせる行為）罪、強制わいせつ・強制性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係」北海学園大学法学研究第五四巻四号（二〇一九年）三頁以下参照。

（4）最大判昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一一四頁。

（5）議論の状況については、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学六〇巻一号（二〇一七年）一三〇頁参照。

（6）これに対し、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）四二九頁、山口厚『刑法総論』（第三版・二〇一六年）三八一頁は併合罪とすべきとする。

（7）これに対し、前田雅英『刑法総論講義』（第六版・二〇一五年）四〇〇頁は「実行行為は重ならないと考えられる」とする。

（8）中野目義則「覚せい剤密輸罪の処罰と同罪の性質の関係」法学新報一一二巻一・二号（二〇〇五年）五二六頁は、麻薬等に関する国際条約の締結等の状況に鑑み、覚せい剤取締法上は保健衛生上の要請を「遥かに超える害悪に対処しようとする視点」に立つ法律であるとする。より巨大な国際社会にかかる社会法益を保護法益とする趣旨かと思われる。なお、松澤伸「覚せい剤輸入罪の既遂時期と実行の着手時期」早稲田大学社会安全政策研究所紀要三号（二〇一一年）二三三頁は「判例における陸揚げ説の確立をみると、このような法益の保護は、覚せい剤取締法における輸入罪ではなく、別の規定によってなされるべきではないかと思われる」とする。

（9）一方、他人が児童に要求して児童の「自画撮りヌード」を自身に送信させる行為は、それ自体基本的には犯罪を構成しないが、送信により児童ポルノ所持に至った時点で、児童ポルノ法第七条第一項の児童ポルノ所持罪が成立する。

なお、近年、上記のように児童に要求して「自画撮りヌード」を送信させる行為を規制する条例を設ける自治体が増えつつあり、平成三一年三月末の時点で一九都府県にのぼる。例えば、東京都は平成二九年に「東京都青少年の健全な育成に関する条例」を改正し、下記の第十八条の七の行為について「三十万円以下の罰金に処する。」（第二六条七号）と規定した。

（青少年に児童ポルノ等の提供を求める行為の禁止）

第十八条の七　何人も、青少年に対し、次に掲げる行為を行つてはならない。

一　青少年に拒まれたにもかかわらず、当該青少年に係る児童ポルノ等（児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（平成十一年法律第五十二号）第二条第三項に規定する児童ポルノ（以下単に「児童ポルノ」という。）又は同法第七条第二項に規定する電磁的記録その他の記録をいう。次号において同じ。）の提供を行うように求めること。

二　青少年を威迫し、欺き、若しくは困惑させ、又は青少年に対し対償を供与し、若しくはその供与の約束をする方法により、当該青少年に係る児童ポルノ等の提供を行うように求めること。