

《論 説》

刑法168条の2 不正指令電磁的記録に関する 罪の一考察

水 野 正

- 一 はじめに
- 二 不正指令電磁的記録に関する罪
 - 1 保護法益について
 - 2 客体について
 - 3 目的について
 - 4 作成と供用について
 - 5 作成と供用に関わる問題点
- 三 おわりに
 - 1 不正指令電磁的記録に関する罪の問題点

一 はじめに

平成23年6月24日に「情報処理の高度化等に対処するための刑法の一部を改正する法律」が公布され、同年7月14日より施行された。同法により、刑法に168条の2 不正指令電磁的記録に関する罪が新設された。

Windows3.1以来パソコン、インターネットを使用してきたが、ウイルス対策ソフトが脅威と判断するようなウイルスに侵入されることもなく、ウイルス対策ソフトが時々クッキー⁽¹⁾(Cookie)をグレーウェアとして削除していた程度であった。同法の制定を契機に、改めてインターネットの状況を確認してみると、いわゆるスパイウェアが氾濫し、様々な情報が収集

五四

されていることに気づかされた。

同法により、刑法168条の2に第1項で不正指令電磁的記録作成罪と提供罪を規定し、同条2項で不正指令電磁的記録供用罪を規定し、刑法168条の3で不正指令電磁的記録取得罪、保管罪を規定することとなった。不

正指令電磁的記録の罪に関しては、作成罪と供用罪が主な論点となると思われるので、本稿では、刑法168条の2第1項不正指令電磁的記録作成罪と同2項供用罪について論ずることとする。なお、本改正法には、参議院法務委員会において、本法の施行に当たり政府が特段の配慮をすべき事項として、「不正指令電磁的記録に関する罪の構成要件の意義を周知徹底することに努めること」が掲げられている程、不正指令電磁的記録に関する罪は難解である。そこで、論考は立案担当者の見解を示した「いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について」(以下「法務省解説」と表記する⁽²⁾)に沿って進めることにする。

二 不正指令電磁的記録に関する罪

1 保護法益について

1. 不正指令電磁的記録に関する罪(刑法168条の2)は、「欧州評議会サイバー犯罪に関する条約⁽³⁾」に基づく、サイバー犯罪条約の締結とサイバー犯罪への対処を目的として「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」として整備されたものである。

本罪の保護法益については、「不正指令電磁的記録に関する罪は、いわゆるコンピュータ・ウイルスの作成、供用等を処罰対象とするものであるが、この罪は、電子計算機のプログラムが、『人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令』を与えるものではないという、電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の信頼を保護法益とする罪であり、文書偽造の罪(刑法第17章)などと同様、社会的法益に対する罪である⁽⁴⁾」とされる。また、法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会第3回会議事録(以下、審議会第〇回議事録と表記する)中の立法提案者によれば、「電子計算機のプログラムは、作成されますと、容易にこれを大量に複写した上、ネットワークを用いるなどして容易に広範囲に拡散させることが可能であり、か

つ、その機能を電子計算機の利用者が把握することは困難であることにかんがみますと、プログラムの実行によってなされる電子計算機の情報処理の円滑な機能を確保するためには、電子計算機のプログラムに対する信頼・期待を保護する必要性は極めて大きいと考えられます。また、現に、不正なプログラムが広範囲の電子計算機で、その利用者の意図に反して実行され、広く社会に被害を与えている実態がございます。したがって、電子計算機のプログラムに対する信頼という社会的法益を保護する罪として構成し、不正指令電磁的記録等の作成、供用、取得、保管の行為を処罰する罪を新設する⁽⁵⁾」のであると説明されている。

プログラムに対する信頼・期待を保護するということは、コンピュータのある一人の利用者にとって、コンピュータの使用の際にコンピュータがその利用者の意図に沿うべき動作をする、または、その意図に反する動作をしないということを保護するのではなく、一般の利用者の意図に沿うべき動作をする、または、その意図に反する動作をしないというプログラムへの信頼を保護するということである。しかし「この『電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の信頼』とは、『およそコンピュータプログラムには不具合が一切あってはならず、その機能は完全なものであるべきである』⁽⁶⁾ということの意味するものではない」と説明される。つまり、實際上、完全な電子計算機のプログラムを作成し提供することは不可能であり、バグにより不具合が生ずることもあるが、それでも一般的に許容できる動作をしている限り、そのような一般的に許容できる動作のプログラムに対する信頼・期待を保護するとするのである。不完全なものの信頼・期待を保護するという、矛盾するようにも思える保護法益である。

2. 不正指令電磁的記録に対する罪は、刑法168条の2で、「いわゆるコンピュータ・ウイルス」⁽⁷⁾の作成・提供、供用を処罰対象とし同法168条の3でその取得、保管を処罰対象としている。「コンピュータ・ウイルスは、これを用いて電子計算機損壊等業務妨害罪(刑法第234条の2第1項)や公電磁的記録毀棄罪(同法第258条)等に及ぶことが考えられるものであるが、

不正指令電磁的記録に関する罪は、それらの罪の予備罪として位置付けられるものではない⁽⁸⁾とされるように、コンピュータ・ウイルスは、「容易にこれを大量に複製した上、ネットワークを用いるなどして容易に広範囲に拡散させることが可能であり」、「広範囲の電子計算機で、その使用者の意図に反して実行され、広く社会に被害を与え」るものであるから、そのコンピュータ・ウイルスを作り出すこと、供用することを独立の罪として処罰しようとするものであるとしている。

さらに、いわゆるコンピュータ・ウイルスによる侵害行為は様々であり、例えば情報を漏えいするコンピュータ・ウイルスが実行され、電子計算機上の情報が漏えいした場合、電子計算機の機能や他のプログラムが機能しなくなるのではないから、電子計算機損壊とはならず、また電子計算機やそのプログラムを侵害することによる業務妨害という点からすると、個人の趣味的な電子計算機の使用は業務に該当せず、業務妨害罪も成立しない⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ことになる。よって、現実の加害行為が成立しないにもかかわらずその予備を処罰することは考えられないのであり、独立の罪として処罰するもの⁽¹¹⁾ということになると説明される。

このように、保護法益を社会的法益とし、独立罪として規定するのであるから、ある一人の使用者の意図に沿う動作をしない、意図に反する動作をした場合には、ただちに法益が侵害されたとはいえない場合⁽¹³⁾がある。つまり、不正なプログラムが広範囲の電子計算機で、その使用者の意図に反して実行され、広く社会に被害を与えることから、本罪を社会的法益に対する罪と捉えるわけであるから、一般の使用者の意図を基準とし社会的法益を侵害するといえる程度の侵害であることが必要であると思われる。それゆえ、モニター上に花火を表示するだけの単なるジョークのようなプログラムで、簡単に削除できるプログラムは社会的法益を侵害するとはいえない場合⁽¹⁴⁾がある。

2 客体について

1. 不正指令電磁的記録作成・提供罪の客体となるのは、「人が電子計算機⁽¹⁵⁾を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録」(刑法第168条の2第1項第1号)と、「前号に掲げるもののほか、同号の不正な指令を記述した電磁的記録その他の記録」(同条同項第2号)である。

2. 「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録」とは、まず、いわゆるウイルスないし不正プログラム⁽¹⁶⁾と呼ばれるようなプログラムが該当する。このようなプログラムが電磁的記録として作成される場合は、不正な指令を与え得るように機能する状態の電磁的記録⁽¹⁷⁾でなければならないとされる。つまり、コンピュータ・プログラム、ウイルスプログラムとして機能する実体を備えた電子的方式、磁気的方式⁽¹⁸⁾その他の知覚によっては認識することができない方式で作られた記録である。よって、プログラムの断片部分のようなものは含まれず、ほんの少し手を加えただけで不正な指令として完成するような実体であるものは含まれる⁽¹⁹⁾ことになる。

不正な指令としては、自己増殖(自身のコードやファイルのコピーを広める)、データ破壊(ファイル削除、ドライブのフォーマットなど)、システムのパフォーマンスダウン、ネットワーク帯域の消費、システム設定の変更、情報漏えい、外部からのリモートコントロール、他のプログラムのダウンロード、インストール等が一般的である。

このような指令が、使用者の「意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせる」という形で実行されるものでなければならない。コンピュータ・ウイルスもこれら利用者に不利益となる活動から分類されるが、その活動が、不正な指令を与える電磁的記録によるものであれば、ウイルスの名称・分類は問題とならない。⁽²⁰⁾

また、コンピュータ・ウイルスが動作するために、アイコンをダブルク

リックする等の使用者の行為の要否は問題とはならない。⁽²¹⁾

3. 「人」とは犯人以外の者をいう。『実行の用に供する』に当たるためには、不正指令電磁的記録が動作することになる電子計算機の使用者において、それが不正指令電磁的記録であることを認識していないことが必要であるから、そのこととの関係で、ここにいう『人』には、不正指令電磁的記録であることを認識している第三者も含まれないこととなる。⁽²²⁾ また、複数で電子計算機を共有する場合には、不正指令電磁的記録であることを認識していない者は「人」である。

4. 意図に沿うべき動作をさせず、又は意図に反する動作をさせるにおける「意図」とは、電子計算機の使用者の個別的具体的な認識を意味するのではなく、問題となるプログラムの機能の内容や、機能に関する説明内容、想定される利用方法等を総合的に考慮して、その機能に対し、一般人が認識するところに基づいて判断される。保護法益が社会的法益であるゆえんである。それ故、ワープロソフトの簡条書等の書式が自動設定されてしまう機能は、使用者の「意図」に反することにはならない。⁽²³⁾ また、十分な説明書が添付されていなかったことをもって、直ちに使用者の「意図」に沿わない、「意図」反するものとなるわけではない。

5. (1) 法務省解説によれば、「プログラムによる指令が『不正』な物に当たるか否かは、その機能を踏まえ、社会的に許容し得るものであるか否かという観点から判断することになる」と説明する。⁽²⁴⁾ さらに、「例えば、ハードディスク内のファイルを全て消去するプログラムが、その機能を適切に説明した上で公開されるなどしており、ハードディスク内のファイルを全て消去するという動作が使用者の「意図に反する」ものでない場合は、⁽²⁵⁾ 処罰対象とはならない」と説明する。

ここにいう「処罰の対象とはならない」とは、そのプログラムが不正な指令を与える電磁的記録ではないという意味であると思われる。つまり、ハードディスクを廃棄するためにその内容を削除するためのプログラムは、一般的に使用者がその機能を誤解することのない状況で販売、頒布されて

いる場合は不正な指令を与える電磁的記録ではないから、不正指令電磁的記録作成罪は成立しないことになる。そして、「そのプログラムを、行政機関からの通知文書であるかのように装って、その旨の虚偽の説明を付すとともに、アイコンも偽装するなどして、事情を知らない第三者に電子メールで送り付け、その旨を誤信させて実行させ、ハードディスク内のファイルを全て消去させたというような場合には、そのプログラムの動作は、使用者の『意図に反する』『不正な』ものに当たり、不正指令電磁的記録として処罰対象となり得ると考えられる⁽²⁶⁾」と説明する。これは、元は同じプログラムではあるが、元のプログラムを利用して、一般的な使用者が誤信するプログラムを新たに作成することになるが故に、作成罪と供用罪が成立することになるという意味と解せられる⁽²⁷⁾。

(2) 立法提案者は、「不正な」という点について、「基本的に、コンピュータの使用者の意図に沿わない動作をさせる、あるいは意図している動作をさせないような指令を与えるプログラムは、その指令内容を問わずに、それ自体、人のプログラムに対する信頼を害するものとして、その作成、供用等の行為には当罰性があると考えておりますが、そういうものに形式的には当たるけれども社会的に許容できるようなものが例外的にあり得ると考えられますので、これを除外することを明らかにするために、『不正な』という要件を更につけ加えているということでございます」。「例えば、アプリケーション・プログラムの作成会社が修正プログラムをユーザーの意図に基づかないでユーザーのコンピュータにインストールするような場合、これは、形式的には『意図に反する動作をさせる』指令に当たることがあっても、そういう社会的に許容されるような動作をするプログラムにつきましては、不正な指令に当たらないということで、構成要件に該当しないと考えております⁽²⁸⁾」と説明する。

修正プログラムを例として、意に反する動作であっても社会的に許容される動作をするプログラムは不正な指令を与える電磁的記録ではないとするのである。

ところが、ウイルスやプログラムのワームホールの研究の為に作成される攻撃の為にプログラムは「自分のコンピュータでウイルスをテストする分には、この要綱の案で申し上げますと、『人の電子計算機における実行の用に供する目的』がありませんので、当然当たらない⁽²⁹⁾」と説明することからすると、たとえ実験の為にであってもこのようなプログラムは、社会的に許容し得ないものであるから、不正な指令を与える電磁的記録であり目的がないので作成罪には該当しないと解していると思われる。

これらの点から考えると、「形式的には意図に反する動作をさせる程度のプログラム」は、不正な指令を与える電磁的記録ではないのであり、正当な理由がないのに、人の電子計算機における実行の用に供する目的で作成したとしても、作成罪は成立しないことになる⁽³⁰⁾。

(3) バグのあるプログラムについて、法務省解説は、「プログラミングの過程で作成者も知らないうちに発生するプログラムの誤りないし不具合をいうものであり、重大なものも含め、コンピュータの使用者にはバグは不可避的なものとして許容されていると考えられることから、その限りにおいては、『意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせる』との要件も、『不正な』との要件も欠くこととなり、不正指令電磁的記録には当たらないこととなる⁽³¹⁾」と説明する。

しかし、この作成されたバグ(重大なものも含め)のあるプログラムが実行された場合には、実害が発生するのであり、それは、一般の使用者の「意図に沿うべき動作をせず、又はその意図に反する動作をさせる不正な指令を与える電磁的記録」となるのではなかろうか。もちろん、作成罪も供用罪も故意犯であり、作成罪は不正な指令を与える電磁的記録を作成するという故意が必要であり、過失によりバグあるプログラムが作成された場合には作成罪は成立しないことになる。供用罪は、供用する際にその供用物が不正な指令を与える電磁的指令であればよいのであるから、過失によって作られた、バグあるプログラムを不正な指令を与える電磁的記録であると認識して供用する場合は供用罪が成立することになる。

（４） この「不正な」に関して、園田教授は、『刑法』と打つつもりで、キーボードから『けいほう』と入力し変換キーを押したとする。そのとき、インストールされたプログラムの作用によって、『刑法』ではなく常に『警報』としか変換されなくなってしまった（前段）、あるいは変換キーを押したとたん、それまで打ってきた原稿の文字がすべて消えてしまった（後段）といったような場合、そのプログラムは『不正指令電磁的記録』にあたる⁽³²⁾とする。そして、「修正プログラムで不具合が生じることを知りながら、それをダウンロードし、さらにそれをそのまま、『人の電子計算機における実行の用に供する目的で』、他人に送付した者がいたとすれば、その行為は供用罪に該当するのではないか」、「問題は、どのようなプログラムが作成されたのかということではなく、誰が、何のためにそのようなプログラムを提供しようとしているのか、という点にあるのではないだろうか⁽³³⁾」とし、続けて、1項の「不正な」という点に関して、「まったく同じプログラムではあっても、誰が送付したのかが犯罪の成否にとって重要だとするならば、プログラムの動作自体が『不正』だというよりも、そもそもそのようなプログラムを他人のコンピュータにインストールする（させる）行為が正当であるかどうかといった点こそ問題とすべきなのである⁽³⁴⁾」とされる。

刑法168条の2第1項は、作成罪と提供罪を規定し、第2項は「前項1号に掲げる電磁的記録を人の実行の用に供した者も、同項と同様とする」と規定している。そうすると1項で同項1号に規定される「不正指令電磁的記録」として作成だけを行う行為形態と、作成者が供用するという行為形態と、同条2項に規定される供用だけを行う行為形態がある。いずれの行為形態であっても、同条1項1号に規定される「不正指令電磁的記録」は同じものであるから、同条1項の作成の際に、不正指令電磁的記録に該当しないとされた電磁的記録(例えば修正プログラム)を、同条2項の供用だけを行う者が、その電磁記録(修正プログラム)の不具合を知った上で、一切手を加えることなく、人に供用する場合は2項の供用に該当しないこ

とになるのである。園田教授の見解は、作成行為と供用行為について立法提案者に混同があることを指摘していると思われる。

(5) 修正プログラムにおいて、修正プログラムを実行し修正を完了する為には、そのプログラムのユーザー設定を変更しなければ修正を行えず、かつ、修正後、その修正プログラムの機能ではユーザーの修正前の設定に戻せないような修正プログラムは、一般的に許容される修正プログラムであろうか。例えば、修正プログラム実行以前の設定では、クッキー(Cookie)の機能を使用しない設定にしてあったものが、修正プログラムにより、クッキー機能が使用可能な状態となりターゲット広告に利用された場合はどうであろうか。しかも、クッキーを利用する側は、どのような情報を取得し、どのように利用しているかを明らかにしていないし、使用者の電子計算機上に記述されているクッキーの記録からも知ることはできない。とはいえ、クッキーやフラッシュ・クッキー(Flash-cookie)のようなグレーウェア⁽³⁵⁾を一律にスパイウェアとすることもできない。例えば、クッキーはネットバンキングプログラムにおいてセキュリティ機能の一部として利用されている。この場合には、クッキーが利用している情報や使用者の電子計算機上に記述されるクッキーの記録内容が明らかにされるとセキュリティ機能が低下することになる。山口教授は「使用者が気づいていないものの、その利益を実質的に害することのない動作をする指令を与える多くのプログラムは不正指令電磁的記録から除外される⁽³⁶⁾」とされるが、クッキー自体が、このサイトで機能する場合は「不正」な指令を与える電磁的記録ではなく、別のサイトでは「不正」となるというのでは、法の恣意的な適用を可能にする危険があるのではなかろうか。ネットバンキングで使われているクッキーがというのではなく、およそクッキーというプログラムは、「(一般的)使用者の意図沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をするから不正な指令を与える電磁的記録」であるが、ネットバンキングの安全の為に作成するのであるから違法な作成ではなく作成罪は成立しないと解すべきではなかろうか。このようなグレーウェアが存

在する以上、「意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録」の「不正な」という点に意味を持たせることによって構成要件該当性を判断することには疑問があると言わざるを得ない。作成罪も供用罪も故意犯であり、違法に作成しなければ、違法に供用しなければ犯罪は成立しないのであるから、「(一般的)使用者の意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をする電磁的指令(特にいわゆるグレーウェア)は不正指令電磁的記録であると解することに問題はないと思われる。

3 目的について

不正指令電磁的記録作成罪、提供罪が成立する為には、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」を必要とする。「実行の用に供する」とは、不正指令電磁的記録である電磁的記録を実行する意思のない電子計算機の利用者に実行され得る状態に置くという意味である。つまり、人の電子計算機上で不正指令電磁的記録が実行される必要はなく、その電磁的記録が不正指令電磁的記録であると認識していない者の電子計算機上で実行され得る状態に置けばよいことになる。⁽³⁷⁾

その電磁的記録が不正指令電磁的記録であることを認識している者に取得させる行為である不正指令電磁的記録提供罪の場合も、提供の相手方以外のその電磁的記録が不正指令電磁的記録であることを認識していない人の電子計算機上で実行されうる状態に置く目的が必要となる。⁽³⁸⁾

4 作成と供用について

1. 「作成」とは、不正指令電磁的記録等⁽³⁹⁾を新たに記録媒体上に存在するに至らしめることをいう。つまり、作成とは「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令」として機能し得る電磁的記録等を実質的に存在する状態にすることである。⁽⁴⁰⁾

不正指令電磁的記録作成罪が成立する為には、作成者が、違法に「人の電子計算機における実行の用に供する目的」で不正指令電磁的記録等に該当するものを作成したものでなければならない。よって、正当に作成された電磁的記録等が他の者によって偽装、改ざんされ不正指令電磁的記録として利用されたとしても、元の電磁的記録等を作成した者に作成罪が成立することにはならない。

不正指令電磁的記録であるためには、「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える」ものとして完成しているもの、ないし、「ほんの少し手を加えただけで不正な指令として完成するような実体であるも⁽⁴¹⁾の」でなければならず、断片的な電磁的記録等を作成したとしても電磁記録等には該当しない。

2. 供用、つまり人の電子計算機における実行の用に供するとは、不正指令電磁的記録であることの情を知らない第三者のコンピュータで「実行され得る状態」に置くことである。供用罪の客体は、刑法168条の2第1項第1号に掲げる電磁的記録であるから、「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録」である。同条同項第2号に掲げる電磁的記録その他の記録は含まれていないから、不正な指令を与えるプログラムがプログラム言語で記述されている pdf ファイルの様なものは該当しないことになる。

ここにいう「実行され得る」とは、同条同項第1号にいう不正指令電磁的記録が、電子計算機上で実行できるプログラムが収められたファイル(実行ファイル、例えば bin ファイル exe ファイル)だけを意味するのかは明確ではない。法務省解説は、「不正指令電磁的記録の実行ファイルを電子メールに添付して送付し、そのファイルを、事情を知らず、かつ、そのようなファイルを実行する意思のない使用者のコンピュータ上でいつでも実行できる状態に置く行為や」、「不正指令電磁的記録の実行ファイルをウ

ウェブサイト上でダウンロード可能な状態に置き、事情を知らない使用者にそのファイルをダウンロードさせるなどして、そのようなファイルを実行する意思のない使用者のコンピュータ上でいつでも実行できる状態に置く行為等がこれに当たり得る」と説明する。⁽⁴²⁾しかし、「DLLファイル」⁽⁴³⁾のように実行ファイルでないもので電子計算機の利用者が自ら作業を行わねばならない場合であっても、「指定場所に上書き保存するように」というような指示が添付されていた場合は、作成、供用に応じて作成罪・供用罪が成立することになるとと思われる。

「実行され得る」状態とは、不正指令電磁的記録が実行されることを意味するのではなく、実行可能な状態に置かれればよいのであり、不正指令電磁的記録が自動的に実行されるか、使用者の行為が介在することで実行されるかも要件とはならない。⁽⁴⁴⁾

5 作成と供用に関わる問題点

1. 不正指令電磁的記録の作成は、自らの電子計算機を使用して行う必要はなく、人(被害者)の電子計算機上で作成することも可能である。供用も、不正指令電磁的記録を実行する意思のない使用者の電子計算機上にいつでも実行可能な状態に置けばよいのであるから、不正指令電磁的記録を作成する人の電子計算機と実行の用に供した人の電子計算機が同じものであってもよいことになる。しかも、実行しうる状態に置けば供用罪は成立するのであるから、行為者自らが作成した不正指令電磁的記録を実行するか否かは、本条各罪の成立とは無関係である。

2. 不正指令電磁的記録の作成を人(被害者)の電子計算機で行う場合、ワープロソフトを改ざんして「けいほう」と入力すると「警報」としか変換できないようにする場合に、⁽⁴⁵⁾まずワープロソフトにそのような指令を与えるプログラムを作成し、それを実行しワープロソフトが誤作動するようにする場合は、「誤作動するように改ざんするプログラム」が不正指令電磁的記録であるから、不正指令電磁的記録作成罪と供用罪が成立すること

になる。

では、ワープロソフトを誤作動するように直接改ざんし、ワープロソフトを使用した時に「警報」としか入力できないようにした場合には、つまり、改ざんされ最初の実行がなされる前の段階にあるワープロソフトが不正指令電磁的記録であり、作成罪と供用罪が成立することになる可能性がある。例えば、パソコンの製造過程で、出荷するパソコンのハードディスクにインストールされる元となるワープロソフトを改ざんした場合や、クラウドコンピューティングサービスや SaaS⁽⁴⁶⁾ のサーバコンピュータのワープロソフトを改ざんした場合には、故意により不正な指令を与える電磁的記録を供用したことになるから、不正指令電磁的記録作成罪と供用罪が成立することになる(別に電子計算機損壊等業務妨害罪が成立する)。そうであれば、個人の電子計算機上で改ざんが行われても同様であろう(電子計算機損壊等業務妨害罪が成立するか否かは、学説が分かれる)⁽⁴⁸⁾。

3. 使用目的に反してプログラムを利用した場合にも各罪の成否が問題となろう。

(1) ハードディスク内のファイを消去するプログラムを全く別の機能のプログラムであると偽装して、本来の機能を知らない第三者に送付し、実行し得る状態においた場合は、不正指令電磁的記録作成罪と供用罪が成立することになる。本来の機能を知っている者が、使用者の電子計算機上に偽装されたプログラムを直接ダウンロードし実行した場合は、不正指令電磁的記録であることを知っている者が、情を知らない第三者のコンピュータ上で実行し得る状態にするのであるから、供用罪が成立することになる。偽装されたプログラムの本来の機能に気づいた者が、元のプログラムをそのまま情を知らない第三者の電子計算機上で実行し得る状態にした場合には、使用者が実行し得る状態にあるプログラムがどのようなものか一般的見地から知りうる状態にある限り、供用罪は成立しないことになる⁽⁴⁹⁾。しかし、使用者に知る機会を与えず実行された場合には供用罪が成立する可能性がある。つまり、知り得る(判断する)機会が与えられないこ

とにより、一般的な使用者の「意図に反する動作をさせる不正な指令を与える電磁的記録」が供用され、実行されたと捉えることができるからである（ここにいうプログラムが実行された（実行した）場合は、実行し得る状態にした者には、電子計算機損壊等業務妨害罪あるいは器物損壊罪が別に成立することになる）。

（2） 電子計算機を利用した際の打鍵を記録するプログラムは、パスワードを記録し損ねたような場合には有益なプログラムであるが、共同で利用する電子計算機や他人の電子計算機にインストールすれば、他人のパスワード等を入手することができる。位置情報を送信するプログラム⁽⁵⁰⁾をインストールした携帯電話やスマートフォンを子供や痴呆による徘徊癖のある者に所持させ安全確認のために利用したり、ナビゲーションシステムとして使用するプログラムは、適正な極めて価値の高いプログラムである。しかし、このプログラムを、ストーカー行為のために、或いは、配偶者の不貞を確認するために、情を知らない人のスマートフォン等に直接インストールし位置情報を取得することも可能である。このようなプログラムを人の電子計算機にダウンロードし、インストールした場合、このようなプログラムは、電子計算機の利用者が認識・承諾することのない状態で個人情報が漏えいするプログラムであるから一般的に不正な指令を与える電磁的記録に該当し、正当な理由なく人の電子計算機上で実行し得る状態にすれば、供用罪が成立することになるろう。

三 おわりに

1 不正指令電磁的記録に関する罪の問題点

1. 不正指令電磁的記録に関する罪について考察する場合は、不正指令電磁的記録の作成と供用罪が競合する場合と、各罪が別々に成立する場合を分けて考える必要があり、それを混同することが理解を難しくしているように思われる。

また、不正指令電磁的記録が一義的に決まらないということも前述のと

おりであり、「電子計算機のプログラムの信頼は」、「『全てのコンピュータプログラムは、不正指令電磁的記録として悪用され得るものであってはならない』⁽⁵²⁾」ということの意味するものではない」とされるが、全てのコンピュータプログラム(ファイルを含め)は不正指令電磁的記録になりうると言い得るのではないかと思われる。

2. 電子計算機等を使用して送受信される電子メールのコピーを、その電子計算機の使用者の意に反して送信するプログラムを168条の2第1項のように作成した場合は不正指令電磁的記録作成罪、同条2項のように実行の用に供した者は供用罪が成立することになるが、そもそも各人の電子計算機等にインストールされている電子メールプログラムの設定を変更すればコピーを転送することが可能である。⁽⁵³⁾ 第三者の電子計算機等のプログラムを直接変更しその電子計算機等から個人情報等を漏えいさせる場合に、インストールされているプログラムの設定の直接変更が不正な指令(プログラムに新たな命令を与えること)を作成し、供用したと捉える得る可能性もある。位置情報提供システムは、アプリケーションをインストールしなくても「提供する」に設定すれば取得が可能になるし、使用者は、通常、それらの設定変更を毎日確認してはいないであろうから、意識しないうちにいわゆるウイルスがインストールされ、日々情報が漏えいしているという侵害が継続する状態と同じである。

法益が社会的法益であることから、このような特定個人だけに対する侵害の場合を適用から除外すると、特定個人だけを攻撃するために不正指令電磁的記録を作成した場合には作成罪が成立しない場合もありうることになり、不正指令電磁的記録を作り出すことを処罰するという趣旨が徹底できなくなるであろう。供用を拡散の危険がある行為とすれば、特定の個人だけに対するスパイウェアの供用は供用罪に該当しないことになるであろう。よって供用を拡散の危険がある場合と限定することもできない。⁽⁵⁴⁾ このよに、法益を社会的法益と捉えることには問題があるように思われる。

3. 社会的に許容されるような動作をするプログラムは、「不正な指令

に当たらない」とすれば、クッキー(Cookie)のようなグレーウェアについても、「社会的に許容される」と考え得るのであろうか。⁽⁵⁵⁾ EUにおいては、「電子通信部門における個人データの処理及びプライバシーの保護に関する2002年7月12日付欧州議会及び理事会指令2002/58/EC（プライバシー及び電子通信に関する指令）⁽⁵⁶⁾」により、「電子通信ネットワークの利用者の端末装置および当該装置に保管される情報は、人権と基本的自由の保護のための欧州条約に基づき保護されるべき利用者の私的領域の一部であり、スパイウェア等によって、利用者のプライバシーを深刻に侵害される場合があるとし、スパイウェア等の利用は、「正当な目的で、当該の利用者が承知した場合にだけ認められるべきである」とした上で、クッキー等は、ウェブサイト・デザインおよび広告の有効性の分析や、オンライン取引に参加する利用者の身元を検証する場合に適法で有効な手段となりうるが、使用が認められる為には、クッキー等の目的について、欧州議会及び理事会指令95/6/EG⁽⁵⁷⁾が規定するように、どのような情報が取得され記録されるのか、利用者に明確で正確な情報を提供することを条件としてい⁽⁵⁸⁾る。さらに、利用者はクッキー等が利用されることを拒否する機会（Opt out）を与えなければならないとしたが、2009年に採択された欧州議会及び理事会指令2009/136/EG⁽⁵⁹⁾では、クッキー等が利用されることの拒否⁽⁶⁰⁾に関して事前承諾（Opt in）を要するものと変更された。

EUでは、クッキー等は、個人情報収集するスパイウェアとし捉えられているのである。

刑法168条の2第1項不正指令電磁的記録作成罪、同条第2項供用罪について、立法提案者は、コンピュータの使用者の意図に沿わない動作をさせる、あるいは意図している動作をさせないような指令を与えるプログラムには、形式的には当たるとしても社会的に許容できるようなものが例外的にありえ、これを除外することを明らかにするために、「不正な」という要件を付け加えることで、不正指令電磁的記録を限定的に解釈すると説明する。しかし、そのような限定を加えることにより、問題のあるグレー

ウェアが不正指令電磁的記録となるか否かについては明確性を欠くことになると思われる。

- (1) クッキー(Cookie)とは、閲覧した Web サイトによって作成されるファイルで、利用者の情報を集約したファイルである。このクッキーの中には利用者の使用する言語や前回閲覧したページの履歴、広告のクリック履歴などの情報が格納されているほか、ID やパスワードを入力する認証システムの技術としても使用されている。クッキー自体はパソコンに危害を与える不正プログラムではないとされるが、上記の様な情報が記録されるため、個人情報保護の観点からすると、利用者によってはその存在を不利益とみなしうるプログラムであり、グレーウェアとされる。「Cookie、スパイウェア・グレーウェア」トレンド・マイクロ社 HP 参照
<http://jp.trendmicro.com/jp/threat/aboutthreat/detail/cookie/?ossl=1>
- (2) 「いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について」Pdf ファイル
 法務省 HP 参照 以下「法務省解説」と表記する
- (3) 「サイバー犯罪に関する条約」外務省 HP 参照
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/treaty159_4a.pdf
 英文「Convention on Cybercrime」は以下 URL を参照
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm>
 独文「Übereinkommen über Computerkriminalität」は以下 URL を参照
<http://conventions.coe.int/treaty/ger/treaties/html/185.htm>
- (4) 前掲法務省解説 1 頁参照
- (5) 「法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会第 3 回会議議事録」法務省 HP 参照 以下「法制審議会第○回議事録」と表記する
- (6) 前掲法務省解説 1 頁参照
- (7) 前掲法務省解説は、「刑法に(明治40年法律第45号)に不正指令電磁的記録に関する罪(第19章の2。いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪)が新設されたところである」と不正指令電磁的記録をいわゆるコンピュータ・ウイルスと表現している。
- (8) 前掲法務省解説 1 頁以下参照
- (9) 山口 厚「コンピュータ・ウイルス罪の論点」『法とコンピュータ』30号 60頁 法とコンピュータ学会 2012年 参照
- (10) 園田教授は、この点に関し、「攻撃対象が『人の業務に使用する』コンピュータやデータなどという限定はあるが、『業務』の概念が、反復継続の意図で行う経済的社会的活動とかなり広く理解されており、また、具体的に業

務が妨害されたという現実の結果が生じる必要もないので(抽象的危険犯)、ほとんどのウイルスによる攻撃は刑法234条の2に該当することになる」としている。園田 寿「コンピュータ・ウイルス作成罪と正当な業務行為」L&T40号5頁 民事法研究会 2008年7月、園田 寿「コンピュータ・ウイルス作成罪と正当な業務行為」『情報社会と刑法』64頁以下 成文堂 2011年 参照

- (11) 山口 前掲論文60頁参照
- (12) 今井猛嘉教授は、保護法益について「個々の電子計算機使用者の、プログラムに対する信用(個人的法益)の保護を前提としつつ、その総体としての不特定又は多数人の信用(社会的法益)の保護が考えられるべきである」としている。今井 猛嘉「実体法の視点から」『特集・情報処理の高度化等に対処するための刑法等の改正』ジュリスト1431号67頁 注5) 有斐閣2011. 10. 15 参照
- (13) 今井 前掲論文67頁参照、山口 前掲論文60頁以下参照
- (14) ウイルスプログラムとして有名な Happy99というプログラムがあるが、このプログラムは、削除するのに手間がかかるものであり、Happy99が不正指令電磁的記録では無いとする意味ではない。なお、Happy99に関しては、法制審議会第2回議事録参照
- (15) ここにいう電子計算機とは、自動的に計算やデータ処理を行う電子装置であり、このような機能を有していれば、パソコンはもちろん、携帯電話、スマホも含まれる。前掲法務省解説3頁参照
- (16) 「ウイルスは、元々不正プログラムの中の一部の種類のみを指す言葉であったが、「ウイルス」という言葉自体にインパクトがあり非常に使いやすいためか、より広い意味で使われることが多くなり、不正プログラム全体を「ウイルス」という言葉で表現することが一般的」となっている。トレンド・マイクロ社 HP 参照 <http://jp.trendmicro.com>
- (17) 法制審議会第1回議事録中では「プログラム」ないし「ウイルスのプログラム」と表現している。
- (18) 法制審議会第1回議事録参照
- (19) 法制審議会第1回議事録参照
- (20) 法制審議会第2回議事録参照、前掲法務省解説 3頁参照
- (21) 山口 前掲論文61頁参照
- (22) 前掲法務省解説3頁参照
- (23) 立法提案者は、「例えば、通常市販されているアプリケーションソフトの場合、電子計算機の利用者は、プログラムの指令により電子計算機が行う基本的な動作については当然認識しているものと考えられます上、それ以外の

プログラムの詳細な機能につきましても、プログラムソフトの使用説明書等に記載されるなどして、通常、使用者が認識し得るようになっているのですから、そのような場合、仮に使用者がかかる機能を現実に認識していなくても、それに基づく電子計算機の動作は、「使用者の意図に反する動作」には当たらないことになると考えております」と説明する。法制審議会第3回議事録参照

- (24) 前掲法務省解説3頁参照
- (25) 前掲法務省解説4頁参照
- (26) 前掲法務省解説4頁参照
- (27) 山口 前掲論文62頁参照
- (28) 法制審議会第3回議事録参照
- (29) 法制審議会第3回議事録参照
- (30) 山口 前掲論文61頁参照
- (31) 前掲法務省解説4頁以下参照
- (32) 園田 前掲論文9頁、前掲書73頁参照
- (33) 園田 前掲論文10頁、前掲書74頁参照
- (34) 園田 前掲論文10頁、前掲書75頁参照
- (35) グレーウェアとは、利用者によっては不利益とみなされることもある“グレーゾーン”のプログラムを指す。「2000年7月頃にWebサイトの閲覧履歴などの情報を利用者に無断で外部に送信していた広告プログラムを『スパイウェア』や『アドウェア』と呼ぶようになった。「その後、スパイウェアという言葉は情報漏えいを行う不正プログラムを指すようになり、そのうち、Cookieなど利用者によってはその存在を不利益とみなすことがあるプログラムを「グレーウェア」として分類することが一般的になっています。」トレンド・マイクロ社 HP 参照
<http://jp.trendmicro.com/jp/threat/aboutthreat/detail/cookie/?ossl=1>
- (36) 山口 前掲論文61頁参照
- (37) 前掲法務省解説6頁参照
- (38) 前掲法務省解説7頁参照
- (39) 不正指令電磁的記録等とは、刑法168条1項1号、2号に規定される記録である。
- (40) 前掲法務省解説7頁参照
- (41) 法制審議会第1回議事録参照
- (42) 前掲法務省解説10頁参照
- (43) DLL ファイル (Dynamic Link Library) 「Windowsにおいて、複数のアプリケーションソフトが共通して利用するような汎用性の高いプログラムを部

品化してファイルとして保存しておき、必要に応じてメモリに呼び出して利用する手法。」IT用語辞典 e-words <http://e-words.jp/> 参照。「DLL ファイルの変更が原因で、ほかのプログラムが動作しなくなることがある。」日経パソコンデジタル・IT用語辞典 e-words <http://pc.nikkeibp.co.jp/> 参照

- (44) 山口 前掲論文61頁参照
- (45) このような改ざんの場合、ネスト構造(入れ子状態、マトリョーシカ状態)的になるのでここでは最終的なプログラムとしてワープロソフトとする。
- (46) 従来は手元のコンピュータに導入して利用していたようなソフトウェアやデータ、あるいはそれらを提供するための技術基盤(サーバなど)を、インターネットなどのネットワークを通じて必要に応じて利用者に提供するサービスをいう。IT用語辞典 e-words 参照
<http://e-words.jp/w/E382AFE383A9E382A6E38389E382B5E383BCE38393E382B9.html>
- (47) ソフトウェアの機能のうち、ユーザーが必要とするものだけをサービスとして配布し利用できるようにしたソフトウェアの配布形態。サービス型ソフトウェアとも呼ばれる。ユーザーは必要な機能のみを必要なときに利用でき、利用する機能に応じた分だけの料金を支払う。必要な機能をユーザーがダウンロードし、自身の端末にインストールする形態のものと、サーバ上で動作するソフトウェアの機能をネットワークを介してオンラインで利用する形態がある。近年では後者の形態が多くなっている。IT用語辞典 e-words 参照
<http://e-words.jp/w/SaaS.html>
- (48) 園田教授は「攻撃対象が『人の業務に使用する』コンピュータやデータなどという限定はあるが、『業務』の概念が、反復継続の意図で行う経済的社会活動とかなり広く理解されており、また、具体的に業務が妨害されたという現実の結果が生じ得る必要もないので(抽象的危険犯)、ほとんどのウイルスによる攻撃は刑法234条の2に該当することになる」とされるのであるから、個人の電子計算機においても電子計算機損壊等業務妨害罪が成立することになる。園田 前掲論文5頁、前掲書64頁以下参照
- (49) 山口 前掲論文61頁参照
- (50) 例えば、「キーロガー」。通信費の高い時代に経費を削減する目的で、通信終了後に通信ログを確認する為に利用された技術である。打鍵や入力数を研究する為現在も人間工学の分野では使われているといわれる。また、子供がインターネットを利用した際の監視にも有益であると言われている。IT用語辞典 e-words 参照
<http://e-words.jp/w/E382ADE383BCE383ADE382ACE383BC.html>
なおキーロガーの事件に関しては「高木博光 @ 自宅の日記」参照

<http://takagi-hiromitsu.jp/diary/20120608.html>

- (51) 例えば、「カレログ」というプログラムがある。このプログラムは、ある人が所有するスマートフォンの情報を、Web サイト上から別のの人に提供するアプリケーションである。情報を取得する側は、所有者の現在位置情報、バッテリー残量、アプリケーションの一覧をリアルタイムで確認することができる。また情報取得者が特別な資格者となった場合は、所有者の通話記録の情報も取得できるというアプリケーションである。なおカレログに関しては「高木博光 @ 自宅の日記」参照 <http://takagi-hiromitsu.jp/diary/20120608.html> 他
- (52) 前掲法務省解説1頁参照
- (53) 特定の個人がマイクロソフトの Outlook を使用している場合には、プログラムが当初より持っているリダイレクト設定という機能を利用すれば、特定の個人が受信するメールを行為者を経由して受信させる設定ができる。Windows 添付のメールソフトの場合、コピーと転送の設定を利用すれば、特定の個人が受信したメールのコピーを転送させることもできる。
- (54) 今井教授は、「不正指令電磁的記録作成等罪等とは、いわゆるコンピュータ・ウィルスの作成・供用等の罪を意味する。コンピュータ・ウィルスとは、電子計算機で使用されるプログラムであって使用者(ユーザー)の意図に反して実行されるため、使用者、さらには(ネットワーク等を通じて)他の多くの電子計算機使用者に被害を及ぼす危険のあるものを言う。」としている。ある程度限定する意味なのであろうか。今井 前掲論文66頁以下参照
- (55) 総務省の「利用者の視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会、第二次提言」は、「総務省においては、ライフログの利活用を促進し、ライフログ利活用サービスの更なる進展を促すための検討を進めることが求められる」として、個人の生活の履歴であるライフログを利用するグレーウェアの利用活用を促進することを考えている。総務省「利用者の視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会、第二次提言」29頁以下。特に60頁参照。
- (56) 「RICHTLINIE 2002/58/EG」独文
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:047:de:PDF> 参照
- (57) 「RICHTLINIE 95/6/EG」独文
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:049:0029:030:DE:PDF> 参照
- (58) 岡崎 俊一 訳 「2002年7月12日付欧州議会及び理事会指令 2002/58/EC (プライバシー及び電子通信に関する指令)」『情報ネットワークの法実

務』7161の5頁以下 第一法規 参照

(59) 「RICHTLINIE 2009/136/EG」独文

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:DE:PDF> 参照

(60) 「高度情報通信社会におけるプライバシーの保護」『デジタル社会のプライバシー』日本弁護士連合会編 78頁以下 2012年 参照