

不正指令電磁的記録に関する罪創設を巡る論点¹

産業技術総合研究所 高木浩光

はじめに

「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」により、刑法第19章の2として「不正指令電磁的記録に関する罪」（コンピュータウイルス罪）が創設され、平成23年7月14日に施行された。この法案の国会審議の過程で、ソフトウェアのバグの放置が罪に問われうるとする大臣答弁があったことなどから、成立直前になって波紋を呼び、情報処理学会から意見表明が発表されるなど、情報処理に携わる技術者らから懸念の声が出ていた。本稿では、法案成立までの議論の経過とその後の法務省から公表された見解等を踏まえ、この罪を巡って懸念された事項が何であって、現在までに何が確認されているかについて整理し、筆者の見解を述べる。

経緯

この罪の解釈に際して参考となる公式な記録は現時点では以下のものに限られる。(1)平成15年の法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会でこの罪の原案が議論された際の議事録、(2)平成17年第162回及び第163回国会の衆議院法務委員会会議録、(3)平成23年第177回国会の衆議院及び参議院法務委員会会議録、(4)平成23年7月13日に法務省Webサイトで公表された「いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について」と題した文書。その他、平成23年7月及び10月に行われた法務省の立案担当者による講演会での講演及び質疑の内容が参考となり得る。

解釈の分水嶺

この罪の解釈には2つの可能性が存在した。悪用も善用も可能なソフトウェアが悪用された場合に、不正指令電磁的記録供用罪（刑法第168条の2第2項）に該当し得るのかである。例えば、ハードディスクのデータを消去するプログラムがあるときに、これを「お宝動画.exe」などのファイル名で頒布し、利用者を動画再生プログラムと誤認させて実行させ、利用者の意図に反してハードディスクデータを消去させてしまうような行為が、供用罪に該当するかである。

1つ目の解釈は、消去プログラムはデータを確実に消去するための正当なプログラムとして作成されることが当然にあるのであって、そのようなプログラムをコンピュータウイルスと看做すことはできないのであって、不正指令電磁的記録と看做すことのできない客体である以上、それをいかなる態様で実行の用に供したとしても、供用罪には当たらないとする解釈であり、2つ目の解釈は、利用者を誤認させて実行させ、利用者の意図に反する動作をさせたならば（かつそれが不正な指令を与えるものであるなら）供用罪に該当し、そのプログラムの作成が作成罪に該当するかは、作成者にそのような実行の用に供する目的があれば該当、そのような目的がなければ作成罪に該当しないという解釈である。

どちらの解釈を想定してこの罪が立案されたのかは、平成23年の国会まで明らかにならなかった。平成15年の法制審議会では、もっぱら典型的なコンピュータウイルスとして振る舞うプログラムを客体として想定した議論だけがなされており、善用も悪用もできるプログラムが悪用された場合を想定していなかったからである。平成23年5月27日の衆議院法務委員会で、データ消去プログラムが「気象速報を随時受信するプログラムである」と偽って配布されて利用者が被害を受けた場合に、このプログラムが不正指令電磁的記録に該当するかを問う質問がなされ、これに対する回答として、「一般的に意図に反す

¹ 情報ネットワーク法学会第11回研究大会

る動作をさせてしまう」ものであり「該当すると評価される場合が多い」との法務大臣答弁がなされたことから、前記2つ目の解釈を想定したものであることが明らかになった。

もし前記1つ目の解釈とするのであれば、この罪について特に疑問視される点は生じなかったのに対し、2つ目の解釈をとると、さらなる解釈上の疑問点が生じる。ハードディスク消去プログラムを悪用した者が供用罪に当たるとき、その客体であるプログラムは不正指令電磁的記録に該当するはずであるが、そのプログラムの作成者が、そのような実行の用に供する目的がなく作成罪には当たらない場合に、その作成者により作成された当該プログラムは、不正指令電磁的記録に当たると言うのか、言うべきでないのか等である。

懸念された事項

この罪が、善用も悪用も可能なプログラムが悪用された場合に供用罪を構成し得るものであるとなると、作成者が作成罪に問われるのがいかなる場合であるかについてが明確にされなければ、プログラムの作成者を無用に萎縮させることになるとの懸念が生じる。

従来の情報処理分野での一般的な認識では、データ消去プログラムを作成するに際して、人が誤って実行してしまうことのないよう何らかの安全制御措置をとらなければならないといった注意義務があるかと言えば、それはなかったし、そのような倫理観もない。データ消去プログラムが、それがデータ消去プログラムである旨の明確な説明なく Web サイト等でフリーソフト等の形で配布される場合も現実により得る。用途の説明のないプログラムを自ら積極的に取得して不用意に実行し、何らかの被害が生じたとしても、不用意に実行した者に責任があると看做されるであろう。他方、説明なく消去プログラムを添付したメールを無差別に送り付ける行為は、不正指令電磁的記録供用罪で処罰されるべきものと看做されるのが一般的であろう。

不正指令電磁的記録に関する罪では、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を作成する行為が作成罪とされるが、この目的がどのような範囲で認められるのかが問題となる。例えば、未必的な目的、すなわち、「このようなプログラムを作成すれば、誰かが悪用して被害をもたらすかもしれない」あるいは「誰かが誤って実行してしまい被害を自らもたらすかもしれない」といった程度の認識で供用目的が認められてしまうのか否かである。情報処理分野の現状の倫理観では、この程度の認識で犯罪とされるのは承服し難いものであると考える。

また、そもそも、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」という条文が、その文理上、どのような実行の用に供するのかに関係なく、単にプログラムを実行できる状態にするだけでこの目的要件を満たしてしまうのではないかと、そうだとすれば、作成者に悪意がない場合でも犯罪とされてしまうのではないかと懸念もあった。この点も、もしこの罪がもっぱらウイルスとしてしか機能しないプログラムのみを対象とする前記1つ目の解釈であるなら問題とならないところ、前記2つ目の解釈をとることによって生ずる曖昧性である。

加えて、プログラムのバグにより被害を生じさせることが、不正指令電磁的記録に関する罪に当たり得るのではないかと根強い不安の声もあった。

確認された事項

こうした懸念は参議院法務委員会参考人質疑において指摘され、同委員会は「(政府は)構成要件の意義を周知徹底することに努めること」とする附帯決議をした。法務省は、これに応じるものとして、平成23年7月13日に「いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について」と題する文書を公表した。この文書の内容から次のことが言える。

まず、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」という条文の解釈について、「他人のコンピュータ上でプログラムを動作させる行為一般を指すものではなく、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をいうものである」と説明された。すなわち、不正指令電磁的記録該当性の要件である「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」という性質は、作成罪における目的要件にもかかっていることを示している。

そして、同文書は冒頭の「保護法益等」の説明において、「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」とした上で、「（なお、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」ということを意味するものではない。また、例えば、ファイル削除ソフトのように、社会的に必要かつ有益なプログラムではあるものの、音楽ファイルに偽装するなどして悪用すればコンピュータ・ウイルスとしても用いることができるものも存在することから、上記の信頼とは、「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」ということを意味するものでもない。）」との括弧書きによる補足を加えている。この補足は、前述した懸念の2点を払拭しようとしたものと推察される。

1つは、プログラムのバグにより被害を生じさせることをこの罪によって処罰しようとするものではないこと、もう1つは、善用も悪用もできるプログラムの作成に際して悪用を防止する措置を講ずる義務を課すものではないということである。

その他、同文書では、「例えば、プログラムを配布する際に説明書を付していなかったとしても、それだけで、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」ものに当たることとなるわけではない。」との記述もあり、誰かが誤って実行してしまうのを防止する安全制御措置をとる義務を課すものでもないことが示されている。

考察

法務省の解説文書は、善用も悪用もされるプログラムが善用目的で作られた場合でも悪用した者が不正指令電磁的記録供用罪に当たり得ることを前提として書かれているが、条文からそのように読むことはできない等の理由から、これに異を唱える声も聞かれる。

例えば、読売新聞2011年9月16日夕刊には、「『彼氏監視アプリ』波紋」と題する記事において「事前に説明されているアプリの目的と違った動作をするわけではなく、ウイルスとまでは言えない」との識者コメントを掲載しており、これは、善用目的で作られたプログラムは不正指令電磁的記録に該当せず、客体が該当しないのだから、それをたとえ悪用して電子計算機使用者の意図に反する動作をさせたとしても供用罪に該当しないという趣旨のものであると推察される。また、同記事には別の識者による「作成・運営者は刑法のウイルス作成罪や提供罪に（中略）あたる」というコメントもあり、これは、悪用されればそれは不正指令電磁的記録であるから、それが不正指令電磁的記録である以上、作成者も無条件に作成罪に当たるという趣旨に受け取れる。

これらと法務省の解説のどちらが正しい解釈あるいは自然な解釈であるかは、この不正指令電磁的記録に関する罪が偽造の罪（刑法16章～19章）と同様の構造で構成されているとされている点に従って、それらとの類推で妥当性を検討するほかない。

ここで問題となるのは、従来の偽造罪における客体（通貨や文書等）と、不正指令電磁的記録に関する罪の客体（電子計算機のプログラム）の性質を比較すると、電子計算機のプログラムには、従来の偽造の罪における客体にはない性質がある。

すなわち、例えば、文書偽造罪における客体は、作成された時点で偽造文書に該当するか否かが確定する（あるいは確定するとして差し支えない）のに対し、不正指令電磁的記録に関する罪では、作成した時点では不正指令電磁的記録であるか否かが確定しない（前記2つ目の解釈が立法者意思であるならば）場合が多く存在する。そのため、従来の刑法の偽造罪の考え方に沿って、作られた段階で客体が不正指令電磁的記録に該当するか否かをまず確定するべきであるとする考え方が出てくる。これが前記の、たとえ悪用して意図に反する動作をさせても供用罪に該当しないという考え方を導いているものと考えられる。

しかし、従来の刑法の偽造罪においても、行為が発生するまで客体の該当性は確定しないという考え方もとることができるのではないか。すなわち、例えば、文書偽造罪において、行使の目的がなく偽造文書と同等の文書を作成した場合に、それを偽造文書と呼ぶ必要はないのではないか。従来の刑法の偽造罪においては、こうした点を論ずるまでもなく矛盾を生じさせないものであった（例えば、通貨偽造罪において、行使の目的がなく、偽札鑑定業者の能力確認等の目的で偽札を作成した場合に、それを偽造紙幣と呼ぶことに何ら差し支えなかった）が、不正指令電磁的記録の場合には、何らかの悪用がされて供用罪を構成し得るプログラムの全てが客体として不正指令電磁的記録であるとするのでは、かなり多くのコンピュータプログラムが不正指令電磁的記録である（が供用の目的がなければ作成罪や提供罪を構成しない）とする考え方をとるのは解釈に無理を生じさせるのではないか。

したがって、以上のことから、従来の刑法の偽造罪の考え方とも合わせて、刑法16章～19章の2の客体の該当性の捉え方の理論を再構成する必要があるのではないかと考える。