

不正指令電磁的記録作成罪 法案の問題構造

産業技術総合研究所
情報セキュリティ研究センター
高木 浩光

1

法案起草者の趣旨

- 作成罪ほかは目的犯である点に注意
 - 「人の電子計算機における実行の用に供する目的で」
 - これはどういう場合に満たされる要件か
- 「人の電子計算機における**実行**の用に供する目的」の「実行」が何を指すか？
 - (A) (特に意味を限定せず単に) 「実行」
 - こちらではないらしい
 - (B) 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**「実行」
 - 法務省刑事局長の国会答弁(2005年)がこの趣旨で説明している
- これらによる違いは…… (次々ページ)

2

刑事局長の国会答弁

- 法務省刑事局長 (第162回国会衆議院法務委員会)
 - ○大林政府参考人 今回新設いたします不正指令電磁的記録作成等の罪は、人の電子計算機における実行の用に供する目的で行われることが必要とされております。
そこで、この「人」という解釈でございますが、刑法の他の規定と同じく、犯人以外の者ということでございます。また、「電子計算機における実行の用に供する目的」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、またはその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を**与える状態にする目的**を意味しております。
したがって、不正指令電磁的記録作成等の罪が成立するためには、不正指令電磁的記録、すなわち、コンピューターウイルスが、犯人以外の者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ないか、また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状態にする目的を犯人が有していることが必要でございます。

3

目的要件(A)と(B)の違い

- (A)解釈の場合
 - 例えばプログラムをWebサイトで公開したら該当する
 - 法制審議会刑事法部会(平成15年)では、正当な目的によるプログラムの作成ができなくなるという慎重派の意見に対し、この目的要件により「他人に渡すつもりがなければ該当しないから心配ない」という点のみで反論されている。
 - そもそもこの部会は、正当なケースの例として、セキュリティ事業者によるウイルス検体の扱いしか想定できていない。
- (B)解釈の場合
 - 当該プログラムが、利用者にとって不正指令電磁的記録となることを、プログラム作成者が目的としている必要がある
 - つまり、利用者を騙して実行させる目的を持ったプログラム作成が該当

4

文書偽造罪との対比

- 私文書偽造等
 - 第159条 **行使の目的で**、他人の印章若しくは署名を使用して権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を偽造し（略）た者は、3月以上5年以下の懲役に処する。（略）
- 「行使」とは？
 - (A)単に「使用」という意味？（違います）
 - (B)当該文書を偽造文書として効力が生ずる形で使用の意味
- 不正指令電磁的記録作成罪とパラレル（立法者意志）
 - 「…実行の用に供する」と「行使」が対応している
- もし(A)解釈だったら
 - 遊びで作った偽造文書を便所紙として使用しても犯罪に……

5

文書偽造罪との対比(2)

- 私文書偽造
 - (A) 使用する目的で、…文書若しくは図画を偽造した者は…
 - 便所紙として使用しても目的要件を満たす
 - (B) **行使の目的で**、…文書若しくは図画を偽造した者は…
 - 偽造文書として使う目的が必要
- 不正指令電磁的記録作成
 - (A)…実行の用に供する目的で、次に掲げる…を作成し…
 - フリーソフトとして公開しただけで目的要件を満たす
 - (B)…**????????**目的で、次に掲げる…を作成し…
 - 「行使」に対応する適切な言葉がない!!
- 現行案の条文のままで、(A)解釈を排除し、(B)解釈なのだということを保障できるか

6

文書偽造罪との対比(3)

- どうしてこうなった？
- 文書偽造罪では
 - 偽造された文書は、静的に、偽造文書という存在となる
- 不正指令電磁的記録作成罪では
 - プログラムは、実行する人のそのときの意図によって動的に、不正指令電磁的記録ともなり得るし、正当なプログラムともなり得る
- 静的に決まらない性質のものを、各号で静的に規定し、「次に掲げる電磁的記録その他の記録を作成した者は」としたことが失敗のもと

7

取り違えた議論

- 「故意で落ちるから心配ない」という人
 - 「不正指令電磁的記録であるとの認識がないなら故意がない」
 - (A)解釈の法案だと思っていることの証
 - (B)解釈なら故意は問題にならない（目的要件の方が狭いから）
- (A)解釈では駄目なのか
 - プログラム作成段階で「不正指令電磁的記録」にはならないと認識していた（故意がない）としても、
 - プログラム公開中に、誰かから「不正指令電磁的記録」として動いたと苦情が入ったとしたら、
 - （何もせずに放置した場合、不作為の責任を問われ得る？）
 - その後も（性能向上などの）改良を加えて新バージョンを公開した場合、故意があるとされてしまう。
 - 「不正指令電磁的記録となり得ることを認識しながらそれを認容」

8

国民の選択はどちらなのか

- 法案起草者の趣旨が(B)解釈だとしても
(A)解釈で法案に賛成する人々が少なくないかも
 - 実際、法制審議会部会の議事録を読むと、委員の一部は(A)解釈で考えている様子が見られる（事務局の説明すらそのように聞こえる部分もある）
- どういう結果になるか
 - (A)解釈で通った場合
 - 利用者が誤って実行することがないよう、すべてのプログラム作成者は、そのプログラムが何であるかを正確に説明する義務が生ずる。
 - (B)解釈で通った場合
 - 検挙できるものが、マルウェア以外に用途のないプログラムや、プログラムを提供するときの態様が明らかに騙そうとするもの（ファイル名が嘘の内容だったり、提供時の説明が明らかに嘘のとき）に限られる。

9

法制審議会議事録より

- 事務局の説明より
 - 「…このような事態を放置しますと、人は、電子計算機による情報処理のためにプログラムを実行するに際して、そのプログラムを信頼して情報処理を行うことができなくなり、ひいては社会的基盤となっております電子計算機による情報処理が円滑に機能しなくなるということになります。したがって、このような不正プログラムによる不正行為につきましては、その作成、提供、供用、取得あるいは保管といった各段階の行為を処罰することにより、人のプログラムに対する信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護する必要性が極めて大きいと考えたものであります。」「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害する罪として構成するのが相当だと考えているところでございます。」

10

供用罪にも同じ問題が

- 私文書偽造
 - 第161条 前2条の文書又は図画を行使した者は、…同一の刑…
- 不正指令電磁的記録作成等
 - 第168条の2 人の電子計算機における実行の用に供する目的で、次に掲げる電磁的記録その他の記録を作成し…た者は…
 - 一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（略）
 - 2 前項第一号に掲げる電磁的記録を人の電子計算機における実行の用に供した者も、同項と同様とする。
 - 「実行」とは？（最初の論点と同じ）
 - 供用罪は目的犯ではないので、目的要件の直しでは解決できない。結局のところ、「実行」という言葉を差し替えるしかない？

11

資料

- 法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会議事録
 - <http://takagi-hiromitsu.jp/misc/moj-shingi-keiji-hitech/030414-1-1.html>
- 千葉大石井徹哉先生に教えて頂いた様子
 - <http://togetter.com/li/87386>（2010年8月）
 - <http://togetter.com/li/84253>（2010年12月）

12