

いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について

平成23年6月24日、「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」が公布され、罰則部分については、一部を除き、同年7月14日から施行されることとなった。この法改正により、刑法（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。

「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」には、参議院法務委員会において附帯決議が付されており、同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た。

そこで、以下のとおり、立案担当者において、不正指令電磁的記録に関する罪についての考え方を整理し、法務省 HP に掲載することとしたものである。

<保護法益等>

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（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。）。

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。

<不正指令電磁的記録作成・提供罪（刑法第168条の2第1項）>

（不正指令電磁的記録作成等）

第168条の2 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、次に掲げる電磁的記録その他の記録を作成し、又は提供した者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

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

二 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

2 正当な理由がないのに、前項第1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。

3 前項の罪の未遂は、罰する。

不正指令電磁的記録作成・提供罪は、

- ・ 「正当な理由がないのに」（正当な理由の不存在）
- ・ 「人の電子計算機における実行の用に供する目的で」（目的）
- ・ 「（第1号又は第2号）に掲げる電磁的記録その他の記録を」（客体）
- ・ 「作成し、又は提供した」（行為）

場合に成立するものである。

■ 客体について

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」（同項第2号）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べき不正な指令を与える電磁的記録」

- いわゆるコンピュータ・ウイルスには様々な種類のものがあるが、他のプログラムに寄生して自己の複製を作成し感染する形態のものに限らず、一般に、トロイの木馬（無害のプログラム等であるかのように見せかけて、コンピュータ使用者が気付かないうちに、破壊活動や情報の漏えい等を行うプログラムを指すとされる。）、ワーム（他のプログラムに寄生せず、単体で自己増殖するプログラムを指すとされる。）、スパイウェア（コンピュータ使用者が知らないうちにインストールされ、様々な情報を収集するプログラムを指すとされる。）などと呼ばれるものであっても、前記のように定義される不正指令電磁的記録に当たるのであれば、対象となり得る。コンピュータ・ウイルスが動作するためにアイコンのダブルクリック等の使用者の行為が必要であるか否かは問わない。
- 「人」とは犯人以外の者をいう。なお、後記のとおり、「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となる電子計算機の利用者において、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。
- 「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のことをいう。パーソナル・コンピュータ等のほか、このような機能を有するものであれば、携帯電話等もこれに当たり得る。
- あるプログラムが、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」ものであるか否かが問題となる場合におけるその「意図」は、個別具体的な使用者の実際の認識を基準として判断するのではなく、当該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，その機能につき一般に認識すべきと考えられるところを基準として判断することとなる。

したがって，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。

- また，プログラムによる指令が「不正な」ものに当たるか否かは，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となる。
- 不正指令電磁的記録に関する罪の処罰対象となるのは，このような意味での不正指令電磁的記録であり，これに該当するか否かの判断において核となるのは，そのプログラムが使用者の「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べき不正な指令を与える」か否かである。

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，処罰対象とはならない。

他方，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。

- いわゆるバグについては，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。

他方，プログラムの不具合が引き起こす結果が，一般に使用者がおよそ許容できないものであって，ソフトウェアの性質や説明などに照らし，全く予期し得ないものであるような場合において，実際にはほとんど考えられないものの，例えば，プログラムにそのような問題があるとの指摘を受け，その不具合を十分認識していた者が，この際それを奇貨として，このプログラムをウイルスとして用いて他人に害を与えようとの考えの下に，あえて事情を知らない使用者をだましてダウンロードさせたようなときは，こうしたものまでバグと呼ぶのはもはや適当ではないと思われ，不正指令電磁的記録供用罪が成立し得ることとなる。

もっとも，不正指令電磁的記録に関する罪が成立し得るのは，そのプログラムが不正指令電磁的記録であることを認識した時点以降に行った行為に限られ，それより前の時点で行った行為についてはこれらの罪は成立しない。

すなわち，不正指令電磁的記録作成罪についてはそのプログラムを作成した時点で，同提供罪についてはこれを提供した時点で，故意及び目的がなければ，これらの罪は成立しない。また，そのプログラムを事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いた場合であっても，その時点において，それが不正指令電磁的記録であることを認識していなければ，同供用罪は成立しない。

「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」

- 「前号に掲げるもの」，すなわち，「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」は，後記のとおり，不正

指令電磁的記録供用罪の対象にもなるものであり、そのままの状態
電子計算機において動作させることのできるものを指す。

- これに対し、「同号の不正な指令を記述した電磁的記録その他の記録」とは、内容的には「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」ものとして実質的に完成しているものの、そのままでは電子計算機において動作させ得る状態にないものをいう。

例えば、そのような不正な指令を与えるプログラムのソースコード、すなわち、機械語に変換すれば電子計算機で実行できる状態にあるプログラムのコードを記録した電磁的記録やこれを紙媒体に印刷したものがこれに当たる。

■ 目的について

不正指令電磁的記録作成・提供罪はいわゆる目的犯であり、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」で、客体に当たる電磁的記録その他の記録を作成・提供した場合に成立する。

「人の電子計算機における実行の用に供する目的」

- 「人」及び「電子計算機」の意義等については、「客体について」で述べたとおりである。
- 「実行の用に供する」とは、不正指令電磁的記録を、電子計算機の利用者にはこれを実行しようとする意思がないのに実行され得る状態に置くことをいう。すなわち、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。

このように、「実行の用に供する」に当たるためには、対象となる不正指令電磁的記録が動作することとなる電子計算機の利用者において、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。

不正指令電磁的記録提供罪は、後記のとおり、それが不正指令電磁的記録等であることを認識している者に取得させる行為であるが、この場合も、提供の相手方以外の第三者（使用者）が不正指令電磁的記録であることを認識していないのにこれを当該第三者の電子計算機で実行され得る状態に置く目的があることを要する。

■行為について

処罰対象となるのは、作成・提供である。

「作成し、又は提供した」

- 「作成」とは、不正指令電磁的記録等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。

作成が既遂に達するためには、「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」として機能し得る内容のものを実質的に存在するに至らしめることを要する。

なお、プログラムを作成した者がいる場合に、その者について不正指令電磁的記録作成罪が成立するか否かは、その者が「人の電子計算機における実行の用に供する」（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）目的で当該プログラムを作成したか否か等によって判断することとなるから、ある者が正当な目的で作成したプログラムが他人に悪用されてコンピュータ・ウイルスとして用いられたとしても、プログラムの作成者には同罪は成立しない。

- 「提供」とは、不正指令電磁的記録等であることの情を知った上でこれを自己の支配下に移そうとする者に対し、これをその支配下に移して事実上利用し得る状態に置くことをいう。

■ 正当な理由について

処罰対象となるのは、「正当な理由がない」行為である。

「正当な理由がないのに」

- 「正当な理由がないのに」とは、「違法に」という意味である。

ウイルス対策ソフトの開発・試験等を行う場合には、自己のコンピュータで、あるいは、他人の承諾を得てそのコンピュータで作動させるものとして、コンピュータ・ウイルスを作成・提供することがあり得るところ、このような場合には、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」が欠けることになるが、さらに、このような場合に不正指令電磁的記録作成・提供罪が成立しないことを一層明確にする趣旨で、「正当な理由がないのに」との要件が規定されたものである（この要件は、不正指令電磁的記録取得・保管罪についても規定されているが、その趣旨は同様である。）。

- このほか、コンピュータ・ウイルスを発見した人が、ウイルスの研究機関やウイルス対策ソフトの製作会社に対し、ウイルスの研究やウイルス対策ソフトの更新に役立ててもらおう目的で、ウイルスであることを明らかにした上で、そのウイルスを提供し、ウイルスの研究機関やウイルス対策ソフトの製作会社が、そのような目的で用いるためにこれを取得する場合なども、「人の電子計算機における実行の用に供する」目的による提供や取得とはいえないので、不正指令電磁的記録提供罪や同取得罪は成立しないが、それぞれ、「正当な理由がある」場合にも該当するといえる（なお、この例の場合には、「人の電子計算機における実行の用に供する」行為に当たらないから、不正指令電磁的記録供用罪も成立しない。）。

■ 法定刑について

不正指令電磁的記録作成・提供罪の法定刑は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金とされた。

<不正指令電磁的記録供用・同未遂罪（刑法第168条の2第2項・第3項）>

（不正指令電磁的記録作成等）

第168条の2 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，次に掲げる電磁的記録その他の記録を作成し，又は提供した者は，3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

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

二 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

2 正当な理由がないのに，前項第1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。

3 前項の罪の未遂は，罰する。

不正指令電磁的記録供用罪は，

- ・ 「正当な理由がないのに」（正当な理由の不存在）
- ・ 「前項第1号に掲げる電磁的記録を」（客体）
- ・ 「人の電子計算機における実行の用に供した」（行為）

場合に成立するものである。

■ 客体について

不正指令電磁的記録供用罪の客体となるのは，「前項第1号に掲げる電磁的記録」，すなわち，「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。

その意義等については，不正指令電磁的記録作成・提供罪の項を参照。

不正指令電磁的記録供用罪の対象は，同項第1号に掲げる不正指令電磁的記録に限られており，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。

また、同罪の対象となる不正指令電磁的記録は同項第1号に掲げるものであって、同項柱書き部分は引用されていないから、その不正指令電磁的記録が「人の電子計算機における実行の用に供する目的」で作成されたものであることは不要である。

■行為及び正当な理由について

処罰対象となるのは、「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）」行為である。

それぞれの文言の意義等については、不正指令電磁的記録作成・提供罪の項を参照。

なお、「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をいうものであり、例えば、

- ・ 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。

■法定刑について

不正指令電磁的記録供用罪の法定刑は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金とされた（不正指令電磁的記録作成・提供罪と同一である。）。

■未遂犯処罰について

不正指令電磁的記録供用罪については、未遂犯を処罰することとされ

ている（不正指令電磁的記録作成・提供罪については、未遂犯処罰規定は設けられていない。）。

<不正指令電磁的記録取得・保管罪（刑法第168条の3）>

（不正指令電磁的記録取得等）

第168条の3 正当な理由がないのに、前条第1項の目的で、同項各号に掲げる電磁的記録その他の記録を取得し、又は保管した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

不正指令電磁的記録取得・保管罪は、

- ・ 「正当な理由がないのに」（正当な理由の不存在）
- ・ 「前条第1項の目的で」（目的）
- ・ 「同項各号に掲げる電磁的記録その他の記録を」（客体）
- ・ 「取得し、又は保管した」（行為）

場合に成立するものである。

■ 客体について

不正指令電磁的記録取得・保管罪の客体となるのは、「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」（同項第2号）である。

それぞれの文言の意義等については、不正指令電磁的記録作成・提供罪の項を参照。

■ 目的について

不正指令電磁的記録取得・保管罪はいわゆる目的犯であり、「前条第1項の目的」、すなわち、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」で、「客体」に当たる電磁的記録その他の記録を取得・保管した場合に

成立する。

その意義等については、不正指令電磁的記録作成・提供罪の項を参照。

■行為及び正当な理由について

処罰対象となるのは、「正当な理由がない」「取得・保管」である。

「取得し、又は保管した」

- 「取得」とは、不正指令電磁的記録等であることの情を知った上でこれを自己の支配下に移す一切の行為をいう。
- 「保管」とは、不正指令電磁的記録等を自己の実力支配内に置いておくことをいう。
- 「正当な理由がない」の意義等については、不正指令電磁的記録作成・提供罪の項を参照。

■法定刑について

不正指令電磁的記録取得・保管罪の法定刑は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金とされた。