

情報システム法学の新展開

—産業法関係—

早 川 巖

New development in information system law.

—Business law relation—

Iwao HAYAKAWA

This paper is topics that have studied the problems for ① the Computer-used-fraud, ② the Computer-used-Business obstruction, ③ the magnetic-record-wrong-making, and ④ the program-copyright-aggression, the intellectual property-aggression etc, from a point of view of information system law.

The information system law is not only national crime, but also the international crime-discussion is developed, and it is going to become new study topics in the focus of the world people attention. So, here, I think to discuss and study the topics of Computer related—information system law—science, from a point of View of Criminal and civil law.

1. 問題意識

電子計算機取扱人の法的地位を法システム工学の面より概観すれば、最近、新聞、テレビ、ラジオ等で知られているコンピューターの不正操作等による窃盗及びタイムリ記録による財産変動を起こさせるコンピューターウイルス等による犯罪が顕著に表われるようになり、社会の人々の注目の標的となっているし、又、コンピュータープログラムに著作権を認め、知的所有権等の侵害行為を権利・義務・事実証明等の民事的侵害として損害賠償の対象とする傾向が現代の高度情報化社会の大きな特徴となっていることは、社会人の知る所である。そこで、①. 電子計算機に関連して発生する刑事法の問題と併せて、②. 電子計算機を活用して行なわれるプログラムの著作権、及び、知的財産、企業秘密、不正操作等について、ここに再検討を加え、更に、可能な限り情報処理システム法監査についても検討を加えようと思うのである。

2. 電子計算機に関連して発生する刑事法的違法行為に対する考察

電子計算機取扱人の違法行為に対応する為に、1987年6月22日、「刑法等の一部を改正する法律」が施行されたのであるが、その法規制は、①. (a). 電子計算機損壊等による業務妨害をしようとする犯罪（刑法第234条の2）、及び(b). 電子計算機使用による使用詐欺罪等（刑法第246条の2）、電子計算機の機能に対する措置と、②. 電磁的記録不正作出罪（刑法第161条の2及び刑法第258条、259条、7条の2、157条、158条等）の電磁的記録に対する措置とがある。この部分の研究報告では、電子計算機と電磁的記録の悪用との両面より犯罪がどのように法規定として明文化され、それが何を意味するかを述べて見ることにする。即ち、データやプログラムの破壊、改変、消去等の電子計算機システムそのものに対する犯罪行為に対しては、従来の刑法規定では、犯罪を構成しにくいものがあり、そこで改正刑法は、①. 財産に対する犯罪と、②. 文書及び、③. 業務妨害に対する犯罪に分けて規定されている。

2.1 電子計算機使用詐欺による他人の財産的利益の侵害（刑法第246条の2）¹⁾

従来のように、例えば、ある者が、現金自動支払機等から金融機関のコンピューターに不法に不正操作し、他人の財産的利益を違法に取得する場合には、その後に、現金の引出しがなされているのであれば、その現金に対する窃盗罪が成立する点については問題ない。しかし、それ以外の場合、財産に対する犯罪構成要件該当性が難しいのである。

まず、①. 詐欺罪が成立する為には、ある者が欺罔行為を行って、それにより被害者が錯誤をすることが必要である。錯誤とは、表示現象と現実のものとが相矛盾することであって、maschineには、錯誤・欺罔行為の対象とはなり得ない為に、その点を是正しようとするものである。次に、②. 他人の財物を騙取した者が処罰の対象となる。財物とは、具体的な物、即ち、民法第85条では、有体物であり、入金データは財物概念に入らない。③. 他人の財産的利益の侵害、即ち、他人の財産を違法に移転する場合、例えば、振替の不正操作により、on line化された銀行預金元帳ファイルに、架空入金記録の作成をし、又、虚偽弁済記録の作成、及び内容虚偽のテレホンカードを使用する等の場合には、これを処罰の対象とするのである。

2.2 情報処理過程における業務妨害に対する犯罪（刑法第234条の2）²⁾

①. 「電子計算機ヲシテ使用目的ニ副フ可キ動作ヲ為サシメズ又ハ使用目的ニ違フ動作ヲ為サシメテ、人ノ業務ヲ妨害シタル者……」と規定されているので、妨害行為の結果として、データ処理が妨害されている場合に、刑法第234条の2の適用があるのであって、単なる妨害の危険性では、この条文の適用は不十分である。②. 又、刑法第234条の2の妨害行為は、(a). 電子計算機の直接的な破壊行為であり、(b). 電源の切断、データの消去、プログラムの不正作成・消去等の行為であって、それらの妨害行為が処罰の対象となる。③. 改正刑法による業務妨害は、電子計算機自体を不正に操作して他人のデータ処理を妨害する場合に、この妨害を意味するのであり、従来の業務妨害のように、「虚偽の風説を流布するとか、偽計を用いて人の信用を毀損するとか、或いは、威力を用いて他人の業務を妨害した者」が処罰されていたのであり、いずれも、「人」の存在を前提として、直接「人」に向けるものであったが、今日の改正法

は、直接、「人」に向けるものではなく、電子計算機を不正操作して他人のデータ処理を妨害する場合に、刑法第234条の2の適用をうけるのである。④. 改正刑法第234条の2は、企業等のデータ処理の過程に対する妨害を処罰の対象としている。従来の刑法第233条（信用毀損、業務妨害）と刑法第234条（威力業務妨害罪）は、3年以下の懲役であるが、刑法第234条の2の電子計算機損壊等による業務妨害罪は、5年以下の懲役であり、これは、経済的なデータ処理の保護を重要視するものであったのである。保護される利益は、通常、円滑に行なわれている企業の利益であり、従って、他人の企業のデータ処理を、ある妨害行為によって妨害する者がこの規定による処罰の対象となるのである。

2.3 電磁的記録不正作出等の罪（刑法第161条の2）³⁾

①. 従来よりの文書偽造罪、業務妨害罪、詐欺罪、文書毀棄罪等の刑法規定では、電子計算機不正操作による法益侵害行為に対しては、十分対応できない面が多いことが指摘されている。そこで、これらの罪に対する可罰性を認めようとする規定が改正刑法規定であり、例えば、刑法改正によって処罰される具体的な行為としては、①. CD磁気ストライブ部分に他人の預金口座の預金番号、暗証番号を印磁化する行為、②. 虚偽の入金データを端末機から入力し、預金元帳ファイルに、虚偽の記録を作出する行為等である。

又、②. 本来、文書偽造罪⁴⁾では、不真正文書を行使する目的がある場合に、それを偽造した者が処罰の対象となるのであるが、刑法第161条の2では、「人ノ事務処理ヲ誤ラシムル目的ヲ以テ……電磁的記録ヲ不正ニ作リタル者ハ、五年以下ノ懲役」にすることが要求される。この規定は、如何なる法益を保護しようとするか、が問題となるのであるが、この規定では、「不正ニ作リタル者」という概念を使用し、「偽造」という概念を使用しない為に、刑法第161条の2の保護法益が貯蔵情報の内容の正当性を必要とするのか、又は、同一の情報の貯蔵者であるという信頼性なのか、という点が不明確である。そこで、「不正ニ作リタル」の「不正」とは、「無権限デ」ということを意味するもので、従来よりの文書偽造罪に対する原則は守られている。

同一貯蔵者であることを欺罔する行為が処罰の対象となるのであって、その電子計算機のデータが特

定の者によるものであることを保障するものであり、この事は、最近の事件を見れば容易に理解できる。

3. 民事法的不法行為に対する考察

電子計算機の機密保持機能（機密性）侵害に対する責任は、問題を経済的に解決することであるから、民事の損害賠償法理の問題であり、更に、負担を免れる方法としては、免責約款と保険論に関する問題である。そこで、この民事責任については、誰が誰に対する責任か、即ち、社内従業員のミスで、社外の取引先等に損害を与えた場合、法人としての会社の取引先に対する責任と、会社に対する従業員の責任を夫々論じる必要がある。又、この民事責任は、契約当事者間で、その契約を履行しなければならない契約責任、即ち、債務不履行による責任（民法415条）と、それ以外の当事者間で問題となる不法行為責任（民法709条）とがあるが、709条と415条は共に、加害者に過失（義務違反）のあることが必要とされる。ただ、被害者に対するどのような義務が加害者にあるのか問題だろうが、故意の作為又は不作為により加害行為を行なった場合は、当然責任がある。更に又、人は、事故発生防止義務が第一にあげられるが、義務の認定については、事故の予見可能性のみを要件とするか、義務履行の科学技術の可能性を要件とするか、更に、コスト面での実施可能性をも考慮するか、等が争われている。そこで、民事責任の発生するパターンを検討する事にする。

3.1 電子計算機の機密保持機能（機密性）に対する侵害

電子計算機の機密保持機能に対する侵害が故意に為される場合には、企業経営者に対する不法行為が成立すると同時に、その侵害者が企業内部の経営担当者（従業員、請負人）である場合には、その根拠となる契約上の義務違反による契約責任も生じ得る。

預金通帳名義人の通帳の記録が不正に書き換えられ、金銭が抜き盗られた場合には、預金名義人に対する侵害者の不法行為責任（民法709条）と、電子計算機管理企業の責任が発生するが、その管理企業内部の者の不正操作であれば、履行補助者の責任、或いは、使用者責任（民法第715条）が発生し、雇傭者である企業経営者の責任は免れないが、企業経営者以外の者による侵害行為の場合には、これらの侵害

に対する十分な措置が企業経営者によって採られていたか否か、が争点となる。実際の取引関係は、キャッシュ・カード発行時に、暗証番号の照合により、その企業の経営者には、免責条項が記載され、カード所持人の損害を損害保険で填補する型をとっている。

3.2 記録化された情報資源を故意に盗取する侵害行為

プログラムについては、昭和60年の著作権法改正により、著作権保護の対象となったのであるが（著作権法第10条第1項⑨号）、未公開プログラムも保護されるが、複製されたものでなければ損害賠償の請求は出来ない。又、例えば、ソフトを開発した技術社員による退職時持ち出しの場合には、そのソフト著作権（著作権法第10条第1項第⑨号）が会社に帰属するか、開発者に帰属するか、問題は別として、そのソフト情報が企業秘密といえるか否か、が問題であり、その企業秘密が財産として保護される為には、そのソフトに経済的価値があり、更に、その秘密を保護する努力がなされており、そのソフト開発行為が妥当であったことが必要である。

又、「著作権法第12条の2」によれば、データ・ベースがその著作権の対象となる為には、情報の体系的、選択的構成に独自の創作性のあることが必要である。

3.3 電子計算機システムの瑕疵担保責任

①. ハードウェアに瑕疵がある為に、通常なされるべき機能が行なわれない場合には、民法第570条の売主の瑕疵担保責任が生じるが、この場合には、契約当事者間で、明示の保証約束がなされていればそれに従い、それが無い場合には、一般「社会的品質」に照して、保証されるように判断されるべきである。ユーザーとメーカーとの間に、流通業者が介在する場合には、製造物責任の問題となるが、その場合の製造物に欠陥があるときは、メーカーに、「過失」にもとづく損害賠償を認めているが、製造物責任では、瑕疵によって生じた取引上の収益減少に対する賠償請求は困難であり、保証書が交付されている場合には、その保証の限度で、修理請求のほか、賠償請求を行なうことができる。

②. 普通一般に、ソフトウェアは、「製造物」と考えられるから、当初の仕様を満していなかったり、隠れたバグがあった場合には、ハードウェアの瑕疵と同様に考えてよいが、稼働後のバグ取りや、改良

は、長期に渡る発注者との共同作業となり、製造物責任の法理論に入れることが難しい面もある。

③. システム監査について見れば、昭和60年10月「情報処理システム監査技術者試験」が通産省所管の国家試験として実施されたが、その「システム監査基準」によれば、システム監査とは、「監査対象から独立したシステム監査人が情報システムを総合的に点検、評価し、関係者に助言、勧告するもの」とされており、内部監査及び外部監査に於て、監査が不十分であり、後日、事故が発生した場合の監査人の責任は、雇傭契約ないし、委任契約上の注意義務違反の問題であり、それ以前の監査と事故発生との因果関係が争われているが、AICPAがシステムの監査をしたが、データの改竄を見抜けなかった場合は、監査証明を信頼した投資家に対する会計士責任が問われることになる。

4. 結びに代えて

民事法では、上にのべたものの外に、ネットワーク責任、システムリスク、プライバシー等に対する責任が争点となるが、一般には、免責契款、或いは、保険によってその責任を免除するような型をとっている。又、刑事法の問題としては、①電子計算機使用詐欺罪、②電子計算機業務妨害罪、③電磁的記録不正作出罪その他のものがあるので、主たるものを概観してまとめようと思う。

①. 電子計算機の使用詐欺罪は、刑法第246条(詐欺罪)「①. 人ヲ欺シテ②. 財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」の規定がベースとなって立法化されているから、諸々の問題がある。例えば、電話をかける場合を考えてみると、偽造された電磁的記録を使ったテレホンカードを用いて電話をかけた時には、刑法第246条の適用を受けるが、硬貨の大きさに合せた金属片を用いて電話をかけた場合には、処罰規定がない。この分野に於ても、電子計算機が特別に保護されている。

②. 電子計算機業務妨害罪(刑法第234条の2)について見れば、従来の刑法第233条(信用毀損)、刑法第234条(威力業務妨害)等の罪では、情報処理の過程で「人」が介在している場合には、電子計算機に関する妨害行為であっても、この規定を適用することができたが、一般社会人の理解し難たい点が多かった為に、1987年6月22日改正刑法第234条の2「電子計算機損壊業務妨害罪」が特別法として立法

化され、その罪に対する刑罰も、はるかに重く処理されることになったので、コンピューターを活用したデータ処理等が大いに保護されることになったのである。

③. 電磁的記録不正作出罪(刑法第161条の2)では、電磁的記録を「不正」に作り出したかどうか、という点に処罰の対象がおかれており、従来のような作成権限のある者の要素の錯誤による偽造文書作成行為は、原則として不処罰とされてきたのであるが、この刑法第161条の2では、作成権限のある者による虚偽のデータ入力行為が処罰の対象とならないとはいえないから、電子計算機によるデータ処理には、従来の文書偽造上の保護が与えられているのである。以上極めて粗論ではあるが、現代的課題としての重要性に鑑み、産業法上の問題として御報告させて頂いた次第である。

参考文献

1) 刑法第246条の2(電子計算機使用詐欺罪)

「前条ノ外人ノ事務処理ニ使用スル電子計算機ニ虚偽ノ情報若クハ不正ノ指令ヲ与ヘテ財産権ノ得喪、変更ニ係ル不実ノ電磁的記録ヲ作り又ハ財産権ノ得喪、変更ニ係ル虚偽ノ電磁的記録ヲ人ノ事務処理ノ用ニ供シテ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」

〔本条の要点〕

「財産権ノ得喪、変更ニ係ル電磁的記録」とは、一定の取引場面において、その作出によって事実上当該財産権の得喪・変更が生じることとなるようなものであり、例えば、(1). オンライン化された銀行の預金元帳ファイルに為された預金残高の記録、及び、(2). テレホンカード等のプライベートカードに為された残度数の記録等がこの具体例である。

「人ノ事務処理ニ使用スル……不実ノ電磁的記録ヲ作り」とは、他人の事務処理に使用するコンピューターに虚偽のデータ又は不正なプログラムを入力し、他人のシステム内において真実に反する内容の電磁的記録を作出することを意味する。具体的に言えば、(1). 他人のキャッシュカードをATM機で不正に使用してその預金口座から自己の預金口座等に振込を行い、自己の口座残高を増額する行為、及び、(2). 銀行員

が虚偽の入金データ等を入力して、自己の口座残高を増額する行為、並びに、(3). 預金口座からの料金自動引き落としに用いられる料金ファイルについて、自己に対する請求予定額を減額する行為等がその例である。

「財産権の得喪、変更ニ……人ノ事務処理ノ用ニ供シ」とは、犯人の手の中にある真実に反する内容の電磁的記録を他人の事務処理において用いられる状態に置くことであり、(1). 料金ファイル等を内容虚偽のものとし替える行為、(2). 残度数を虚偽のものに改変したテレホンカードを使用して電話をかける行為等がその具体例である。

「財産上不法ノ利益ヲ得」という意味は、現実的に利益を得た場合のほか、事実上、財産を自由に処分できるという利益を得ることである。

2) 刑法第234条の2 (電子計算機損壊等業務妨害罪)

「人ノ業務ニ使用スル電子計算機若クハ其用ニ供スル電磁的記録ヲ損壊シ若クハ人ノ業務ニ使用スル電子計算機ニ虚偽ノ情報若クハ不正ノ指令ヲ与ヘ又ハ其他ノ方法ヲ以テ電子計算機ヲシテ使用目的ニ副フ可キ動作ヲ為サシメ又ハ使用目的ニ違フ動作ヲ為サシメテ人ノ業務ヲ妨害シタル者ハ5年以下ノ懲役又ハ2千円(40万円)以下の罰金ニ処ス」

[本条の要点]

「虚偽ノ情報」とは、その内容が真実に反するデータのことである。

「不正ノ指令」とは、その事務処理をする場合に与えられるべきでないプログラムである。

「与へ」とは、虚偽のデータや不正なプログラムをコンピューターに入力することである。「其他ノ方法」とは、コンピューターに向けられた加害手段であって、その動作に直接影響を及ぼすような性質の行為を意味する。具体的には、(1). コンピューターの電源の切断、(2). 温度・湿度といった動作環境の破壊、(3). 通信回線の切断、(4). 入出力装置等の付属設備の破壊等がその設例である。

「使用目的ニ副フ可キ動作」とは、具体的に業務を遂行する場合に、コンピューター使用者が、そのコンピューターによって実現しようとしている目的に適合するような動作のことを言うの

であり、例えば、一定の制御を行うこととされている場合に、そのような制御を行う動作のことを意味する。

「使用目的ニ違フ動作」とは、具体的に業務を執行する場合に、コンピューター使用者が、そのコンピューターによって実現しようとしている目的に反する動作を意味し、例えば、一定の場面・状況下において行うべきでない動作、即ち、行うことが業務にとって有害となるような制御等を行う動作のことである。

3) 刑法第161条の2 (電磁的記録不正作出・不正電磁的記録供用罪)

「人ノ事務処理ヲ誤ラシムル目的ヲ以テ其事務処理ノ用ニ供スル権利、義務又ハ事実証明ニ関スル電磁的記録ヲ不正ニ作リタル者ハ5年以下ノ懲役又ハ千円(20万円)以下ノ罰金ニ処ス

② 前項ノ罪公務所又ハ公務員ニ依リ作ラル可キ電磁的記録ニ係ルトキハ十年以下ノ懲役又ハ2千円(40万円)以下ノ罰金ニ処ス

③ 不正ニ作ラレタル権利、義務又ハ事実証明ニ関スル電磁的記録ヲ第一項ノ目的ヲ以テ人ノ事務処理ノ用ニ供シタル者ハ其電磁的記録ヲ不正ニ作リタル者ト同一ノ刑ニ処ス

④ 前項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

[本条の要点]

「人ノ事務処理ヲ誤ラシムル目的」とは、不正に作出された電磁的記録が使用されることにより、他人の財産上、身分上その他、人の生活関係に影響を及ぼしうると認められる事柄の処理を誤らせるという目的の意味であり、具体的には、(1). 銀行のATM機を使用するために、キャッシュカードの磁気ストライプ部分に他人の口座番号等を印磁する行為、(2). 社員が取引先の依頼を受けて、これに対する売掛金の請求を免れさせるため、勤務先会社の売掛金ファイル上の電磁的記録を勝手に改変する行為等の例である。

「権利、義務ニ関スル電磁的記録」とは、オンライン化された銀行の預金元帳ファイル、文書であれば契約書等に相当する電磁的記録のことである。

「事実証明ニ関スル電磁的記録」とは、商品台帳、顧客台帳ファイル、キャッシュカード、文書であれば帳簿や身分証明書等に相当する電磁

的記録等の意味である。

「不正ニ作ル」とは、権限なく又は権限を濫用して電磁的記録を作出することである。

「人ノ事務処理ノ用ニ供シ」とは、不正に作出された電磁的記録を、他人の事務処理のため、これに使用されるコンピューターにおいて用い得る状態に置くことであり、例えば、キャッシュカードを銀行のATM機に差し込むことである。

又、刑法第7条ノ2（電磁的記録）

「本法ニ於テ電磁的記録ト称スルハ電子的方式、磁気的方式其他人ノ知覚ヲ以テ認識スルコト能ハサル方式ニ依リ作ラルル記録ニシテ電子計算機ニ依ル情報処理ノ用ニ供セラルルモノヲ謂フ」

[本条の要点]

「記録」とは、一定の記録媒体上に情報が記録・保存されている状態であり、情報あるいはその媒体のことではない。

「電子的方式……人ノ知覚ヲ以テ認識スルコ

ト能ハサル方式」とは、ICメモリ、磁気テープ、磁気ディスク、光ディスク等であるが、パンチカードについては、人の知覚によってその存在を認識することが可能であるから、刑法第7条の2による保護の対象とはならない。

4) 文書偽造罪

[本罪の要点]

本条に於て文書とは、意思表示の責任主体(作成名義人)が記載されているものであり、かつ、人の知覚によって認識可能であること(可視性、可読性)を意味する。

又、偽造とは、作成名義の同一性を偽る行為(有形偽造)であり、本来の文書偽造罪はこれを意味するが、内容虚偽の文書を作成する行為(無形偽造)も例外的処罰の対象となる。例えば、三重三郎が愛知一郎の同意を得ないで、愛知一郎と偽って金銭の受取文書等を作成した場合には、文書偽造罪として処罰される。

(受理 平成元年1月25日)