鹿児島大学法科大学院　　平成２４年２月１日　発行

KULS ニューズレター No. 31

INDEX

●刑法改正について　ー最終回ー

●平成23年度前期重要判例紹介
　ー民事訴訟法分野ー

●キャンパスライフ

● 刑法改正について　ー最終回ー●

1 不正指令電磁的記録に関する罪について

第 177 回通常国会における刑法改正について、最終回の今回は新設された規定を紹介する（強制執行妨害関係についての新設規定は、便宜上、第 2 回において扱った。そちらを参照して頂きたい）。

不正指令電磁的記録に関する罪は、コンピュータウイルスの作成等を処罰するために新設された規定である。情報処理の高度化に伴う犯罪に対処するために、そして、サイバー犯罪条約を締結するために罰則の整備が行われた。保護法益は、プログラムがコンピュータに意図しない不正な動作をさせないことに対する信頼、すなわち、コンピュータのプログラムに対する社会一般の信頼である。それ故、本罪は社会的法益に対する罪に位置づけられ、偽造罪の末尾に規定されることとなった。

2　不正指令電磁的記録作成等罪

本条 1 項の成立要件は、正当な理由がないのに、人の電子計算機（コンピュータ）における実行の用に供する目的で（目的）、本項 1 号、2 号に掲げる電磁的記録その他の記録（客体）を、作成、提供する（行為）ことである（故意犯）。「正当な理由」については、アンチウイルスソフトの開発者によるウイルス作成行為や、バグが生じた場合に処罰対象になることを除外するために付け加えられたものであるが、その文言がなくとも他の要件によって処罰対象から除くことは可能であり、その旨を明確化したに過ぎない（住居侵入罪におけるのと同様に考えることができよう）。

客体は、意図に沿うべき動作をさせない不正な指令を与える電磁的記録、および、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（1 号）、そして、不正な指令を記述した電磁的記録その他の記録（2 号）である。前 2 者（1 号）はそのままの状態で動作し得るウイルスを指すのに対し、「不正な指令を記述した」（2 号）とは、ウイルスとして実質的に完成はしているものの、そのままの形では動作し得ない状態にあるものを意味しており、ウイルスのソースコード等が念頭におかれている。2 号では電磁的記録とともに「その他の記録」も客体に含まれており、例えば、紙媒体であってもこれに該当することになる。なお、そのままでは動作し得ないということから、本客体は供用罪（本条 2 項）の客体から除かれている。また、「意図に沿うべき」「意図に反する」（1 号）における「意図」とは誰の意図かが問題となるが、個別具体的な所有者の意図ではなく、プログラムの機能について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され、「不正な」についても、そのプログラムの指令が社会的に許容し得るものであるか否かによって判断されることになる。この点に本罪の社会的法益の性格が表れている。バグについては、コンピュータでは不可避的であることから、ユーザーにも許容されており、「意図に沿うべき」「不正な」が欠けると考えることができる。もっとも、復旧が容易でないバグは「不正」に該当すると考えられ得るが、その場合には「目的」が欠ける、あるいは、故意が阻却されると構成することが可能である。目的、故意は、作成時・提供時に必要であり、事後にバグが不正指令電磁的記録に当たるとされても、本罪が成立するわけではない。

行為は作成、提供である。作成とは、新たに当該電磁的記録等を存在するに至らしめることであり、提供とは、取得しようとする者が使用できる状態におくことである。「人の電子計算機における実行の用に供する目的」における「人」とは犯人以外の者を指し（反対意見もある）、また、不正指令電磁的記録であることを認識している第 3 者は含まれないと解されている。それ故、アンチウイルスソフト開発者は「人」「目的」の要件が欠け、犯罪不成立となる。

本条 2 項の成立要件は、正当な理由がないのに、1 項 1 号の電磁的記録（客体）を人の電子計算機における実行の用に供する（行為）ことである（故意犯）。実行の用に供する（供用）とは、コンピュータの使用者が実行する意思がないのに、当該電磁的記録を実行され得る状態におくことである。本罪には未遂犯処罰規定がある（3 項）。

3　不正指令電磁的記録取得等罪

本罪の成立要件は、正当な理由がないのに、

【新旧対照表】（法務省ホームページより抜粋）

新	旧
第十九章の二　不正指令電磁的記録に関する罪 （不正指令電磁的記録作成等） 第百六十八条の二　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、三年以下の懲役又は五十万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。 3　前項の罪の未遂は、罰する。	（新設） （新設）
（不正指令電磁的記録取得等） 第百六十八条の三　正当な理由がないのに、前条第一項の目的で、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、二年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。	（新設）
（電子計算機損壊等業務妨害） 第二百三十四条の二　（略） 2　前項の罪の未遂は、罰する。	（電子計算機損壊等業務妨害） 第二百三十四条の二　（略） （新設）

玉龍中学のキャリア教育授業（中島宏教授、1月28日）

人の電子計算機における実行の用に供する目的で（目的）、168条の2第1項1号、2号に掲げる電磁的記録その他の記録（客体）を取得、保管する（行為）ことである（故意犯）。取得とは、不正指令電磁的記録等を自己の支配下に移すことであり、保管とは、不正指令電磁的記録等を支配領域内においておくことである。本罪は168条の2よりも法定刑が軽い。

4　電子計算機損壊等業務妨害罪

本改正により、従前にはなかった未遂犯処罰規定が新たに設けられた。

南　由介（刑法）

● 平成23年度前期重要判例紹介 ― 民事訴訟法分野 ― ●

民事訴訟法分野　①

■最判平成23.11.22

A社に平成19年7月分の給料債権を有する従業員Bらに対し、Aより委託を受けていたXが、同年8月21日、この給料債権をAのために弁済。その後、同月29日、Aに破産手続開始決定がされ、管財人Yが選任されたところ、XがYに対し、弁済による代位により取得した給料債権は財団債権（破149条1項）であるとして、その支払を求めた事案。

法廷意見は、「弁済による代位は、代位弁済者（X）が債務者（A）に対して取得する求償権を確保するため、弁済によって消滅すべきはずの原債権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者が、その求償権の範囲内で原債権を取得することを認めるもの（最判昭59.5.29民集38巻7号885頁、最判昭61.2.20民集40巻1号43頁）。原債権は求償権を確保するための一種の担保として機能。この点に鑑みれば、求償権を実体法上行使し得る限り、これを確保するために、原債権を行使することができ、求償権の行使が倒産法上の制約を受けるとしても、倒産手続での原債権の行使が制約されていない以上、原債権は求償権と同様の制約に服するものではない。そうであれば、弁済による代位で財団債権を取得した者（X）は、破産者（A）に対して取得した求償権が破産債権にすぎない場合であっても、破産手続によらないで、財団債権を行使できる。こう解しても、他の破産債権者は、もともと原債権者（B）による財団債権の行使を甘受せざるを得ない立場だったのだから、不当に不利益を被るものではない」として、Xが弁済による代位で取得したのは財団債権だから、これを破産手続によらずに権利行使できる（破2条7項）とした（なお、1名の裁判官による補足意見あり）。

弁済による代位の効果につき、民501条1項は、「債権者に代位した者は、自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲内において、債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる」とする。この「求償できる範囲内」につき、弁済による代位で取得する債権（原債権）は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するためのものであり、求償権の存在や、額を離れて、これと独立して行使できるものではなく、求償権の限度でのみその効力が認められると解せば、原債権により確保されるべき求償権が破産債権にすぎない場合には、求償権に附随する原債権も、求償権の限度でしか効力がなく、したがって、破産手続によらなければこれを行使することはできないと考える可能性もあった（現に、原審たる大阪高判平成21.10.16はかように判断）。しかし、最高裁は、原判決を破棄し、この考え方を退けた。

民事訴訟法分野　②

■最判平成23.11.24

平成19年9月3日、AはBとの間で請負契約を締結し、平成20年1月、Bは請負代金の一部を前渡金としてAに給付。その際、この前渡金返還債務につきXが保証。同年6月18日、Aが民事再生手続開始決定を受け、再生管財人Yが選任。同年7月1日、YはBとの請負契約を解除（再生49条1項）。同年8月8日、Xは、AのためにBに前渡金返還債務を弁済。そして、この弁済による代位で共益債権（再生49条5項）を取得したとして、その支払をYに求めた事案。

法廷意見は、「弁済による代位は、代位弁済者（X）が債務者（A）に対して取得する求償権を確保するため、法の定めにより、弁済によって消滅すべきはずの原債権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者が、その求償権の範囲内で、原債権を行使することを認めるもの（最判昭59.5.29民集38巻7号885頁、最判昭61.2.20民集40巻1号43頁）。これは、原債権をして求償権を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とするもの。これに鑑みると、弁済による代位により、再生法上の共益債権を取得した者（X）は、同人が再生債務者（A）に対して取得した求償権が再生債権にすぎない場合であっても、再生手続によらないで、共益債権を行使することができる。以上のように解したとしても、他の再生債権者は、もともと原債権者（B）による共益債権の行使を甘受せざるを得ない立場にあったのであるから、不当に不利益を被るということはできない」として、XがAに対して取得した求償権は再生債権にすぎないから、Xは再生手続によらなければ前渡金の返還請求権を行使できないとした1審判決を取り消して、差し戻した原審（大阪高判平成22.5.21）の判断を維持した。

2日前に第3小法廷が破産の事案で判示した法理（最判平成23.11.22）を、第1小法廷が民事再生でも同様であるとした。なお、「民501条の『自己の権利に基づき求償することができる範囲内』が実体法上の制約の範囲内のみを意味し、手続上の制約を一切含まないものかは早計に断ずるべきでなく、求償権者による原債権の行使が再生計画による変更の制約を受けるなら、共益債権たる原債権の行使といっても、再生手続外での権利行使を許すべきでない。考えるに、原債権が代位弁済者に移転するのは、求償権確保のための担保的機能のゆえだから、再生計画が担保権等に影響を及ぼさないとする再生177条2項を類推適用し、再生計画により求償権の額や弁済期が変更されても、共益債権を行使する限度では、その変更の効力は及ばないと解する」とする補足意見がある。

齋藤　善人（民事訴訟法）

● キャンパスライフ ●

緒方直人教授最終講義
1月25日（水）
「『相続させる』旨の遺言をめぐる諸問題」をテーマに総研棟203号教室で最終講義が行われました。

最終講義を行う、緒方直人教授

授業評価アンケート（最終）実施日程
1月17日（火）～1月31日（火）
結果は集約後、教員の所感と対応と併せて、公表されます。

玉龍中学キャリア教育支援実施
1月28日（土）午後1時～4時半
本学研究科出身の本田弁護士、林弁護士の協力を得て玉龍中学校生に対するキャリア教育が実施されました。

期末試験日程
2月2日（木）～8日（水）
定期試験直前で、総研棟の自習室は緊張感があふれています。答案返却は、2月20日（月）です。

弁護士チューター日程
2月8日（本田）、13日（坂井）、25日（本田）、林弁護士（2回）
その他、河合弁護士による1年生のみを対象とする学修指導が実施されます。

無料法律相談会開催
2月9日（木）
本法科大学院附設司法政策研究センター相談室において、無料法律相談会が開催されます。

リーガルクリニックA
2月11日（土）12日（日）［法律相談日］
徳之島町・天城町において、法律相談会（リーガルクリニックA）が開催されます。

九州弁護士会連合会による実力テスト
3月4日（日）

刑事模擬裁判（市民に公開されます）
3月17日（土）午前9時～午後5時頃