

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項, 改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

# B-CAS カードのデータを改変する行為について 刑法第161条の2第1項, 改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為に ついて同条第3項の成立を認めた事例

(大阪高等裁判所平成26年5月22日判決<sup>(1)</sup>)

矢 野 一 輝

## 目 次

1. 事実の概要
2. 判 旨
3. 研 究
  - 3.1. 本判決の位置づけ
  - 3.2. 従来判決と異にする問題
  - 3.3. 伝統的な文書偽造罪と電磁的記録不正作出罪の違い
  - 3.4. 「人の事務処理を誤らせる目的」の解釈
  - 3.5. 「不正に」の解釈
  - 3.6. 「人の事務処理の用に供した」の解釈
4. 考察—私電磁的記録不正作出・同供用罪の射程
5. 結びに代えて

## 1. 事実の概要

### 〈罪となるべき事実〉

被告人は、一般社団法人デジタル放送推進協会（以下、「Dpa」という。）

---

(1) 大阪高等裁判所平成26年5月22日判決 LEX/DB 文献番号25446671 公刊物未登載（以下、「本判決」という）。原審である京都地方裁判所平成25年12月3日判決については京都地方検察庁にて保管記録閲覧により筆者がまとめたものである（以下、「原判決」という）。

の事務処理を誤らせる目的で、1. 平成24年5月15日頃、被告人方において、パーソナルコンピュータ及び同コンピュータに接続したICカードリーダー・ライターを用いて、B-CAS<sup>(2)</sup>カードに記録された電磁的記録を改変し、もって、視聴契約の権利、義務に関する電磁的記録を不正に作出し、同年6月19日頃、前記場所において、これをテレビに接続したチューナー内蔵レコーダーに挿入し、もって、人の事務処理の用に供した。2. 平成24年5月19日頃、甲方において、パーソナルコンピュータ及び同コンピュータに接続したICカードリーダー・ライターを用いて、B-CASカードに記録された電磁的記録を改変し、もって、視聴契約の権利、義務に関する電磁的記録を不正に作出し、同年6月10日頃、前記場所において、これをテレビに接続したチューナー内蔵レコーダーに挿入し、もって、人の事務処理の用に供した。

### 〈原審の判断〉

原審で争点となったのは、①罪刑法定主義に反するか、②B-CASカードは権利、義務に関する電磁的記録であるか、③B-CASカードを用いた

---

(2) BS CONDITIONAL ACCESS SYSTEMS の略。(以下、「B-CAS」という。) TV 局等から送信された電波には全ての B-CAS カードに共通して送られる ECM (Entitlement Control Message) と各 B-CAS カードごとに送られる EMM (Entitlement Management Message) が含まれている。B-CAS は EMM の暗号を各 B-CAS カードに格納されている固有のマスターキー (Km) で解除することでワークキー (Kw) を取り出し、B-CAS カードの EEPROM に Kw, 契約情報を保存する。さらに数秒ごとに ECM の暗号を Kw で解除することでスクランブルキー (Ks) を取り出す (スクランブルキーは数秒ごとに変化する。) そしてテレビはこの Ks で映像の MULTI2 暗号を解除することで復号した映像を表示する。詳細は、ARIB STD-B25 を参照。英語版は以下から入手できる。[http://www.arib.or.jp/tyosakenkyu/kikaku\\_hoso/hoso\\_kikaku\\_number.html](http://www.arib.or.jp/tyosakenkyu/kikaku_hoso/hoso_kikaku_number.html) (2017年9月12日確認。)

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

事務処理は観念できるか、④ B-CAS カードを書き換えた目的として、地デジ難視対策衛星放送を視聴する目的のほか、有料衛星放送を無料で視聴する目的があったか、⑤地デジ難視対策衛星放送を見る目的のみで B-CAS カードを改変した場合であっても私電磁的記録不正作出罪は成立するからであった。原判決は、争点①～③について、B-CAS カードは、権利・義務の発生・存続・変更・消滅に関わる電磁的記録であり、B-CAS カードを用いた事務処理も観念できるところ、被告人が各 B-CAS カードの電磁的記録を改変する行為は、私電磁的記録不正作出罪の構成要件を客観的に充足していると判断し、検察官の主張を認め、争点④⑤については、被告人が本件改変に及んだ目的は地デジ難視対策衛星放送の視聴のみにあったものと認定しつつ、そうであったとしても、前記事実関係等に照らせば、私電磁的記録不正作出・同供用罪の成立に欠けるところはないとした。

#### 〈控訴理由〉

これに対し、弁護人は、法令適用の誤り及び事実誤認の主張に加え、原审が何ら根拠を明らかにすることなく各 B-CAS カードの所有権が B-CAS 社に帰属すると認定した点等、理由不備を主張し控訴した。

①-1. 「被告人が行った B-CAS カードに記録された電磁的記録の改変行為は、個別の放送事業者との契約期間に関する数字を変更させたわけではなく、視聴制限が設定されている全ての放送について、プログラムにおける最長の日付まで視聴制限を外す改変を加えるという操作をしたにすぎないのであり、『権利、義務に関する電磁的記録』の作出には当たらない」。

①-2. 「B-CAS カードに記録された電磁的記録の改変が、『視聴契約の権利、義務に関する電磁的記録』であると認定した点について、地デジ難視対策衛星放送の利用者と Dpa との間に視聴契約なるものは成立して

いない」。

①-3. (省略)。

②「レコーダーが刑法上の電磁的記録に係る電子計算機に、レコーダーによって行われる事務処理が同法上の事務処理にそれぞれ該当するところ、改変後の B-CAS カードを用いた衛星放送の視聴では、衛星放送事業者の保有する顧客情報を改変するなど、他人に対する働きかけを伴わないし、Dpa の事務処理が害されるものでもないから、被告人が改変した各 B-CAS カードに記録された電磁的記録は、被告人が所有するレコーダーによる被告人のための情報処理にのみ用いられるにすぎず、他人の事務処理を観念することはできない」。

③「B-CAS カードの所有権は、それが添付されたテレビ等の製品を購入した者に属するのであり、被告人には、自己の所有する B-CAS カードに記録された電磁的記録を書き換える権限がある」。

④「被告人は自己の所有する B-CAS カードを自らのレコーダーによる事務処理の一環として書き換えたにすぎないと認識していたから、被告人には私電磁的記録不正作出・同供用の故意がない」。

⑤-1. 「本件で被告人を処罰することになれば、B-CAS カードが有する受信機のコピー制御機能という法的利益まで電磁的記録不正作出罪の保護法益として取り込むことになり、立法当初に電磁的記録不正作出罪が予定していた処罰範囲を著しく超えることになる」。

⑤-2. 「著作権法120条の2も、本件犯行後に改正された不正競争防止法2条10号、11号も、ユーザーが技術的制限手段の回避装置ないしプログラムを使用すること自体は、刑事罰の対象とされていないところ、このような他の法律の趣旨からみて、刑法においてユーザーによる技術的制限手段の回避行為まで処罰することは、罪刑法定主義に違反する」。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

## 2. 判 旨

控訴審は、次のように述べて、原判決の事実認定及び法令の解釈適用は、全て正当であり、その理由として説示するところもおおむね是認することができるとした。控訴棄却<sup>③</sup>。

①-1. について「被告人は、原判示各 B-CAS カード中の視聴制限関係データのうち、各衛星放送事業者との契約に関する情報を一括して書き換えることにより、改変前は、いずれの衛星放送事業者との間にも視聴契約がなく、これによる放送の視聴ができないとされた状態であったものを、改変後は、一括して、全て視聴可能な状態とし、その視聴可能期限を2038年4月22日23時までとなるように改変したことが認められるのであり、被告人は、上記改変行為によって、全ての衛星放送事業者との関係で、視聴契約に基づく受信権限の有無及びその期限に関する電磁的記録、すなわち、各 B-CAS カードに記録された『権利、義務に関する電磁的記録』を一括して改変して新たに作出したといえることができる」。

①-2. について「地デジ難視対策衛星放送の受信の可否を決するに当たり、Dpa において、対象地区の居住者等から視聴申込みを受け付け、不承諾事由の存否を審査して、適格者に限り放送利用を承諾するという契約締結の法形式を採用することは、地デジ難視対策衛星放送の受信可能者を対象地区の居住者等に限定することを実効あらしめることによって、地上アナログ放送から地上デジタル放送への移行を円滑なものにするとともに、基幹放送普及計画及び基幹放送用周波数使用計画における前記原則を遵守し、対象地区以外の居住者等が地デジ難視対策衛星放送

---

③ 平成27年3月21日上告棄却決定（公刊物未登載）。

を無条件で受信して視聴することに伴う弊害の発生を防止するために設けられた法的な措置と解されるのであり、上記行政上の政策目的を実現する上で必要かつ合理的な法形式の採用であると認められるのである。そうすると、弁護士指摘の事情を考慮しても、Dpa と利用者との間には契約が締結されていると認められるのであり、仮にその利用者が未成年者や意思無能力者であっても、地デジ難視対策衛星放送の受信権限を取得することはできるのであり、上記のような地デジ難視対策の政策目的からすれば、Dpa において、その利用申込みを受理せず、あるいはその者に対する利用承諾を取り消すことは想定できないから、契約締結という法形式を採用しても特段の弊害は生じないといえる」。

①-3. (省略)。

②について「B-CAS カードの IC チップ内には、特定の衛星放送事業者のみが書換え権限を付与された情報が記憶される領域があり、当該事業者は、Dpa を含め、その領域の情報を用いて、視聴契約に基づく受信権限の有無によって同カードが挿入された個別の受信機による当該衛星放送受信の可否を管理するという事務処理を行っていることが認められるから、B-CAS カードに記録された電磁的記録が他人の事務処理に供されるものであることは明らかである」。

③について「B-CAS カード使用許諾契約約款 (以下『約款』という。) によると、B-CAS 社は、B-CAS カードの所有権をその製造会社との売買契約によって取得した後、受信機器製造会社との契約により、その所有権を留保したまま、約款とともに受信機器に同梱しているところ、約款には、B-CAS カードの所有権は B-CAS 社に属することが明記されており、B-CAS カードの裏面にも、同旨の記載がなされて出荷されていることが認められる。このように、B-CAS カードは、その所有権が B-CAS 社に留保されていることが顧客にも十分に認識可能な形態で出荷され、

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

受信機器を購入した顧客がこれを受け取るのであり、顧客としても、所有権が留保されている事実は当然に認識すべきものであり、仮にそのことに気づいていないとしても自らの過失による不知にすぎないから、被告人が B-CAS カードの同梱された受信機器を購入したとしても、同カードの所有権を取得する余地はない」。

④について「約款及び B-CAS カードの裏面には、同カードの所有権が B-CAS 社に帰属することが明記されており、被告人も当然にそのことを認識していたはずである。しかも、被告人は、その述べるところによっても、Dpa の承諾がなければ地デジ難視対策衛星放送を受信することができないことを知りながら、自ら B-CAS カードに記録された電磁的記録を改変することによって、これを受信し視聴することを可能としたものであるから、B-CAS カードの所有権の帰属の有無に関わりなく、自らの行為によって、視聴契約に基づく受信権限の有無に従って同カードが挿入された個別の受信機による当該衛星放送受信の可否を管理するという Dpa の事務処理を害していることも、当然に認識していたものと認められるのであり、被告人が故意を有していたことは明らかである。なお、弁護人は、放送法、著作権法、不正競争防止法の法体系からは、被告人にとって、B-CAS カードの電磁的記録の書き換え行為が刑法161条の2第1項に該当することを意識することがおよそ不可能であったとも主張するが、被告人は、前認定のように、自らの行為によって、Dpa の事務処理を害していることを認識していたのであり、その供述によっても、自らの行為が違法でないと主張する根拠は、B-CAS カードの所有権が自己に帰属すること以外は、具体性のないものにとどまるから、違法性の意識があったことについても疑う余地はない」。

⑤-1. について「本件で問題とされているのは、視聴契約に基づく受信権限の有無に従い個別の受信機による当該衛星放送の受信ないし視聴

の可否を管理するという Dpa の事務処理の用に供される、B-CAS カードに記録された電磁的情報を保護することの当否であるところ、このような電磁的情報が果たしている社会的に重要な機能が刑法161条の2の想定する保護の対象となることは、同条項の構成要件の定め方からも明らかであって、その立法段階から想定することもできる範囲内のものということもできる」。

⑤-2. について「著作権法は著作権等の保護、不正競争防止法は事業者間の公正な競争をそれぞれ主たる保護法益とするのに対し、刑法161条の2は電磁的記録の果たす社会的に重要な機能に鑑みて電磁的記録に対する公共的信用を保護法益とするものであるなど、これらの法律は、犯罪構成要件の定め方のみならず、その立法趣旨や保護法益をも異にするものであるから、被告人の行為を一種の視聴制限回避行為や技術的制限手段回避行為として捉えるとしても、著作権法及び不正競争防止法がこれらの行為を刑事処罰の対象とはしていないからといって、これらと犯罪構成要件、立法趣旨や保護法益を異にする本罪の成立範囲が限定される、あるいはB-CASカードの改変とその使用について本罪を適用することが罪刑法定主義に反するとは解されない」。

### 3. 研究

#### 3.1. 本判決の位置づけ

本判決は、B-CAS カードを改変して作成した電磁的記録を刑法第161条の2第1項の定める電磁的記録不正作出罪における電磁的記録に該当すると判断し、そしてその改変したB-CASカードを被告人自身が所有する機器に挿入した行為について、同条第3項の定める不正作出電磁的記録供用罪が成立すると判断した。従来からキャッシュカードの磁気ストライプ部

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

分に電磁的記録を不正に作出し、ATM に挿入した行為<sup>(4)</sup> や、勝馬投票券の裏面の磁気ストライプ部分の電磁的記録を不正に作出し、複合投票券自動払戻機に挿入した行為<sup>(5)</sup> 等、他人が管理する銀行の ATM や自動払戻機に挿入した行為をもって不正作出電磁的記録供用罪の成立を認めた判決とは異なり、本判決はたとえ被告人が所有する機器であっても、改変した IC カードを挿入した場合、不正作出電磁的記録供用罪の成立を認めた点で注目すべき判示内容となっている。

### 3.2. 従来判決と異にする問題

被告人が所有する機器であっても、改変した IC カードを挿入した場合、不正作出電磁的記録供用罪が成立すると認めてよいかは問題点となる。すなわち、他人の事務処理の用に供したという要件<sup>(6)</sup> を満たすかという点、また、従来判決では上述のとおりキャッシュカードや勝馬投票券の磁気ストライプ部分に電磁的記録が作成されていたが、B-CAS カードは IC カードであるため、B-CAS カード<sup>(7)</sup> (同様にテレビ、HDD レコーダー、

---

(4) 東京地方裁判所平成元年2月17日判決 LEX/DB 文献番号27921995や、東京地方裁判所平成元年2月22日判決 LEX/DB 文献番号27917241等。

(5) 甲府地方裁判所平成元年3月31日判決 LEX/DB 文献番号27917243。

(6) この点、立法者は『『人ノ事務処理ノ用ニ供シ』』ということでございますが、これは、不正に作出された電磁的記録を他人の事務処理のために使用される電子計算機において用い得る状態に置くということでございます」としている。第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/108/0080/10805220080004c.html> (2017年9月12日確認。)

(7) B-CAS カードは CPU, ROM, RAM, EEPROM (Electrically Erasable Programmable Read-Only Memory) をもつ。鳥取ループ著『B-CAS 事故 '8674422' 2012年テレビ視聴制限崩壊の真実』(2013年、示現舎) 83頁によれば搭載された IC チップは ST19 とされる。筆者が参考に確認したデータシートは以下。 [http://www.st.com/resource/en/data\\_brief/st19na18.pdf](http://www.st.com/resource/en/data_brief/st19na18.pdf) (2017年9月12日確認。)

パソコン<sup>(8)</sup>は「電子計算機」であり<sup>(9)</sup>、データが保存されたROMやEEPROMは「電磁的記録」でもあるという、この2点が問題となる。このような事態が起きるのは、B-CASは複数の「電子計算機」、「電磁的記録」が利用され、複数の「事務処理」（鍵の取り出し、電波の復号）を組み合わせることによって形成されているからであり、これら全ての「電子計算機」、「電磁的記録」、「事務処理」の検討を余儀なくされる<sup>(10)</sup>。この点、従来の判決はキャッシュカードや勝馬投票券の磁気ストライプ部分を電磁的記録とし、ATMや自動払戻機を電子計算機と解釈する立法時に想定されていたシンプルな事例に関するものであり、本判決はこれと異にする。この違いが本判決における「人の事務処理」の解釈の困難、すなわちそこにいる「人」とは誰であるかを判断する際に困難を生ぜしめている。さらに、「不正に」の解釈においても同様である。以下では、伝統的な文書偽造罪と電磁的記録不正作出罪の違いを確認し、「人の事務処理を誤らせる目的」の解釈、「不正に」の解釈、「人の事務処理の用に供した」の解釈について検討し、最後に私電磁的記録不正作出・同供用罪の射程について考察する。

---

(8) ICカードリーダー・ライター、チューナーであってもCPU、ROMやRAMをもつ場合、「電子計算機」になりうる。

(9) 電子計算機の範囲について立法者は「情報の保存とか検索、その他情報処理ができるというようなもの」「単に積算、プラス・マイナス、加減乗除をやるといようなものは入らない」としている。しかし、「その範囲を明確に文字であらわずということは非常に難しい」としている。第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/108/0080/10805220080004c.html> (2017年9月12日確認。)

(10) ただし、B-CASカード単体では何ら動作はせず、ICカードリーダー・ライターを通じて信号〈EMMやECM〉が入力されてはじめて動作する。一方、テレビは単体でも動作し、B-CASシステムを利用しない放送〈通販番組等〉を表示する処理が行えることを一応付記しておく。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

### 3.3. 伝統的な文書偽造罪と電磁的記録不正作出罪の違い

刑法における伝統的な「文書」の定義は「文書トハ文字若クハ之レニ代ル可キ符号ヲ用ヒ永続スヘキ状態ニ於テ或物体ノ上ニ記載シタル意思表示ヲ云フ」<sup>(1)</sup> とする判例に基づいており、作成名義人の意思表示が判断できない場合は「文書」ではなく<sup>(2)</sup>、具体的な思想ないし観念の表示が必要とされた。

さらに、私文書偽造罪、公文書偽造罪、詔書偽造罪における「偽造」とは、「作成権限がないのに他人名義の文書を作成すること」「作成者と名義人の人格の同一性を偽ること」と定義されてきており、これらを「有形偽造」と呼び、これらの対比として、虚偽診断書作成罪、虚偽公文書作成罪、公正証書原本不実記載罪における内容を偽る「無形偽造」とは区別がなされてきた<sup>(3)</sup>。

このような伝統的な「文書」の定義によれば、1980年代以降普及したキャッシュカードに関わる事例を処理する際に困難が生じた。すなわち、磁気カード（や通帳）に任意の磁気情報を書き込み、ATM を利用し、現金を引き出すという事例<sup>(4)</sup> を処理するに際し、磁気カードに書き込まれた磁気情報をもって、作成名義人の意思表示を判断し、具体的な思想ないし観念の表示がなされた「文書」であると解することは困難といわざるをえない。さらに、不正なデータの入力（銀行の元帳ファイル<sup>(5)</sup> や、自動車登録事務所の自動車登録ファイル<sup>(6)</sup>）についてもこれらを「文書」と解することは

(1) 大審院明治43年12月20日判決大審院刑事判決録16輯1572頁。

(2) 大審院明治43年12月20日判決大審院刑事判決録16輯2265頁。

(3) 松宮孝明「文書偽造罪における作成者と名義人について」立命館法学 1999年2号(264号)1・2・5頁。

(4) 大阪地方裁判所昭和57年9月9日判決刑月14巻10号776頁や、札幌地方裁判所昭和59年3月27日判決判時1116号143頁。

(5) 大阪地方裁判所昭和57年7月27日判決判時1059号158頁。

(6) 最高裁判所第一小法廷昭和58年11月24日決定刑集37巻9号1538頁。

困難であろう。

そこで、1987年に刑法改正がなされ、「文書と同様の作成名義を觀念することが困難」<sup>(17)</sup>なので、私文書偽造罪の他人名義の冒用という構成要件要素を私電磁的記録不正作出罪では「不正に作った」という表現に改めた。これに対しては、「文書偽造罪における偽造・変造・虚偽作成という実行行為の区別が否定されたことによって、電磁的記録一般について、権限の有無を問わず、不正に作成する行為が処罰されることとなり、その処罰範囲は、文書偽造罪よりひろいもの」となると指摘<sup>(18)</sup>されている。

この点についてドイツ<sup>(19)</sup>の学説を参照して「多数の見解は、プリントアウト…などから、作成名義が認識できればよいとしている（中略）改正規定が、二項では、公務所・公務員が職務上作成すべき電磁的記録であることを理由に加重規定を設けているのは、作成名義の不明確という不正作出罪の出発点と一致しない」<sup>(20)</sup>という指摘や、「誰が作成したか不明のデータが事実証明の機能を果たしうるか疑問」とし、名義人が判別できることを要求するべきであり、従来の有形偽造のみ処罰するよう限定を図るべきではなかったかという指摘<sup>(21)</sup>が先行研究として表されている。

---

(17) 第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugin/108/0080/10805220080004c.html> (2017年9月12日確認。)

(18) 中森喜彦「コンピュータと文書犯罪」刑法雑誌28巻4号(1988年)498頁以下。

(19) StGB § 269 Fälschung beweisbarer Daten ただし、本稿で取り上げている事例は § 202a Ausspähen von Daten, § 268 Fälschung technischer Aufzeichnungen, § 303a Datenveränderung, § 303b Computersabotage の検討も必要になりうるのでドイツ刑法における電磁的記録に関する議論については、別の機会に検討したい。

(20) 中森喜彦「コンピュータと文書犯罪」刑法雑誌28巻4号(1988年)500頁以下。

(21) 山口厚「電磁的記録と文書犯罪規定の改正」ジュリスト885号(1987年)8頁。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

このように、電磁的記録不正作出罪は従来の文書偽造罪より広い射程を持つ。これは、従来の文書偽造罪において処罰範囲を画定する「作成名義の偽り」という要件を置き、特に私文書偽造罪においては「権限なく」「他人名義の」要件を置いていたところ、立法段階で既に認識される「不正な行為」に対処するために、これらの限定を緩和したためである。そして、新たに導入された電磁的記録不正作出罪の処罰範囲を画定する要件は「人の事務処理を誤らせる目的」や「不正に作った」という2つの「絞り」<sup>②</sup>であった。以下「絞り」を検討していく。

### 3.4. 「人の事務処理を誤らせる目的」の解釈

立法者は単純な情報のコピーを処罰しないために、「人の事務処理を誤らせる目的」を導入した。すなわち、情報窃取の目的で他人の電磁的記録を勝手にコピーした場合、これは権限がないのに記録を作成したことにはなるが、そのデータが「本来のものと同じである」ので、「当該のシステムにおいて使用されても害が生じない」と立法者は説明している<sup>③</sup>。この点、弁護人の主張<sup>④</sup>は正鵠を射ている。すなわち、B-CAS カードと HDD レコーダーの処理（暗号の解除・復号<sup>⑤</sup>）は DVD 等の暗号の解除・復号<sup>⑥</sup>

---

② 「電磁的記録を不正につくるという、そういう『不正ニ』という一つの絞りといえますか、それとあわせて処罰範囲をさらに一層適切に限定するために、『人ノ事務処理ヲ誤ラシムル目的』という実質的な違法目的を要件とすることにしたものでございます。」

第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/108/0080/10805220080004c.html> (2017年9月12日確認。)

③ 第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/108/0080/10805220080004c.html> (2017年9月12日確認。)

④ 有料放送に限らず、無料放送の地上デジタル放送でも暗号化された状態で送信される。

⑤ DVD ドライブは CSS (Content Scramble System) により暗号化されたコンテンツ、ディスクキー、タイトルキーを読みだす。DVD デコーダは (ソノ

と極めて類似している。放送は誰のもとにも送信されている。視聴できないのは暗号を解除（復号）できないからである。被告人の行為は暗号を解除しているにすぎないので、電波は本来のものであり、当該のシステムにおいて使用されても害が生じず、人の事務処理を誤らせる目的を満たさないのではないかという疑問がある。

しかしながら、本判決は B-CAS カードの IC チップに入力、書き換えを行い、視聴可能期限として2038年4月22日23時という記録を EEPROM に作成したという点を捉えて、人の事務処理を誤らせる目的で B-CAS カードに視聴可能期限の電磁的記録を作成したと解釈している（判旨②）。

上述したように、複数の電子計算機と電磁的記録が利用されているため、事務処理を特定することが困難であることが裁判所の判断と弁護人の主張を分けたと考えられる。弁護人は暗号の解除すなわち、B-CAS カードから取り出した Ks で被告人のレコーダー（電子計算機）が映像の暗号を解除することを被告人の事務処理と捉えている。一方、本判決は B-CAS カードの EEPROM に電磁的記録を作成することを放送事業者（と Dpa）の事務処理と捉えているのである。

両者の違いは次のような場合を考えれば明確である。ハッカー X は ATM の脆弱性を研究しており、その研究発表をデモンストレーションしたいと考えていた。そのために（中古の）ATM を購入し、真正な IC キャッシュカードを改変し、IC キャッシュカードの EEPROM に電磁的記録を作成

---

▽フトウェアに格納されている）マスタキーによって DVD ドライブが読みだした暗号化されたディスクキーを復号する。そして復号できたディスクキーによって DVD ドライブが読みだした暗号化されたタイトルキーを復号し、その復号できたタイトルキーによって暗号化されたコンテンツを復号する。詳細は石原淳「DVD のコンテンツ保護」東芝レビュー Vol.58 No.6（2003）28-31頁 [https://www.toshiba.co.jp/tech/review/2003/06/58\\_06pdf/a08.pdf](https://www.toshiba.co.jp/tech/review/2003/06/58_06pdf/a08.pdf)（2017年9月12日確認。）を参照。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

した。また、ハッカーYはDVDのセキュリティの研究として、コピー防止やアクセスコントロール（やスクランブル）などの措置が講じられているDVDの暗号を解除する<sup>60</sup>ために、自身のパソコンに電磁的記録を作成した。これらの場合、本判決及び弁護人の見解をあてはめれば次のようになるであろう。

本判決の見解によれば、たとえXが所有するATMであったとしても、真正なキャッシュカードのEEPROMに電磁的記録を作成することは他人の事務処理と捉えることになり、研究目的は認められず、他人の事務処理を誤らせる目的だと解釈されることになる。また、たとえYが所有するDVDとパソコンであったとしても、研究目的は認められず、コピー防止やアクセスコントロール（やスクランブル）という他人の事務処理を誤らせる目的（あるいは復号は著作者の事務処理であり被告人の事務処理ではない）と解釈されることになろう。このように本判決の解釈においては、たとえサイバーセキュリティの研究であっても研究目的は認められず、他人の事務処理を誤らせる目的が認められることになろう。

弁護人の見解によれば、Xが所有するATMに使用するために、真正なキャッシュカードのEEPROMに電磁的記録を作成することはXの事務処理と捉えることになり、あくまでサイバーセキュリティの研究目的であり構成要件要素である他人の事務処理を誤らせる目的を満たさず、私電磁的記録不正作出罪は成立しないとするだろう。さらに、YがDVDの、暗号化されている領域を復号するために電磁的記録を作成することをYの事務処理と捉えることになり同様の結果となる。

サイバーセキュリティの研究であっても、研究目的であることは認めず、

---

<sup>60</sup> 海外では著作権法違反の罪が成立しないとする事例があるが、ここでは私電磁的記録不正作出罪を問題にしている。

他人の事務処理を誤らせる目的であるとする解釈は妥当ではなく、人の事務処理を誤らせる目的を導入した立法趣旨を鑑みると、弁護人が指摘したとおり、被告人のレコーダーが映像の暗号を解除すること（被告人のための情報処理）を被告人の事務処理と捉え、構成要件要素である他人の事務処理を誤らせる目的を満たさないとする解釈が妥当であったように思われる。

### 3.5. 「不正に」の解釈

さらに、上述の従来判決との違いは、「不正に」の解釈においても複雑さをもたらす。

弁護人の主張⑤-1. に対し、本判決は前述のとおり立法段階においても想定可能であるとしてこれを斥けた。

立法者は「不正に」は内容の虚偽性をいうのではなく、権限の有無をいうのであって、脱税の目的で取引状況を記録する帳簿ファイルに虚偽の記録を行う行為は権限内での作成であり、私電磁的記録不正作出罪は成立しないと答弁しており<sup>27)</sup>、EEPROM に作成する電磁的記録の内容を加味して「不正に作った」を評価すべきでない。

そこで、EEPROM に作成する電磁的記録の内容を加味せずに、B-CAS カードの EEPROM に電磁的記録を作成する権限の有無だけを検討することによって、B-CAS カードの EEPROM に電磁的記録を作成する権限は一般ユーザーには全くなく、全て放送事業者（と Dpa）の権限なのであると解釈<sup>28)</sup>することになる。本判決はこのような解釈をし、被告人が作成し

---

<sup>27)</sup> 第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/108/0080/10805220080004c.html> (2017年9月12日確認。)

<sup>28)</sup> この点、本判決は「衛星放送事業者らは、各々が使用を許諾された B-CAS カードの領域を書き換える権限を有しており、その権限に基づいて、各事業者と契

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

た視聴可能期限という電磁的記録の内容を問題にするのではなく、無権限で B-CAS カードの IC チップに入力、書き換えを行ったと捉えたとみることができる。

判旨③は B-CAS カードの所有権、貸与契約を強調している。本来、私電磁的記録不正作出・同供用罪を検討するに際して、電磁的記録である IC カード（の EEPROM）の所有権は影響しない<sup>99</sup>。電磁的記録である IC カード（の EEPROM）の所有権ではなく、EEPROM に電磁的記録を作成する権限は一般ユーザーには全くなく、全て放送事業者（と Dpa）の権限なのであると解釈できるかを検討しなくてはならない<sup>100</sup>。

有料放送を1年間契約した場合、放送事業者は B-CAS カードに電波（EMM）を送り、B-CAS カードの EEPROM に1年間分の視聴期間を意味する電磁的記録を作成する。契約者が放送事業者の事務処理を誤らせる

---

ゝ約した相手方の B-CAS カードに電波を送り、視聴可能期間等のデータを書き換えることで、同事業者に係る衛星放送を視聴可能な状態にさせるほか、その後の契約関係の変動に対応した書換えを行い、同衛星放送を視聴できない状態にさせるなどしている」とする。

99) 前掲注(4)東京地方裁判所平成元年2月17日判決や、東京地方裁判所平成元年2月22日判決の事例でたとえ被告人に所有権があるカードや券の磁気ストライプ部分に電磁的記録を作出したとしても、他人が所有あるいは管理している ATM や自動払戻機（電子計算機）に挿入すれば、電磁的記録を不正に作出し、供用したとされるであろう。関係があるとすれば、それは「電子計算機」の所有権（あるいは誰が電子計算機を管理しているか）である。この点については後述の3.6.「人の事務処理の用に供した」の解釈で検討する。

100) 原判決では罪となるべき事実で明確に「Dpa の事務処理を誤らせる目的」を肯定している。しかしながら B-CAS カードの所有権は B-CAS 社に帰属し改変は禁じられているとも述べられている。これは、「Dpa の事務処理」なのかそれとも別会社である B-CAS 社の事務処理も検討しているのか不明確になりかねない。またここで本来述べるべきことは、B-CAS カードを改変するのは放送事業者（と Dpa）の権限であるということである。B-CAS カードの所有権は B-CAS 社にあるという検討が蛇足とならないのは、B-CAS カードを電子計算機と解釈する場合である。

目的でテレビの電源コードを引き抜き、すぐに解約した場合は、B-CASカードのEEPROMの視聴期間を変更するために放送事業者は契約者のB-CASカードに電波(EMM)を送るが、テレビの電源コードが引き抜かれていれば、B-CASカードの視聴期間を変更する処理はできない<sup>80)</sup>。すなわち、実際の契約は既に解約済みだが、B-CASカードのEEPROMに作成された電磁的記録は1年間分の視聴期間を意味するという齟齬が生じる。

この場合、先述のように「1年間分の視聴期間」という内容を加味して不正性を判断することは適当でない。「不正に」は内容の虚偽性をいうのではなく、権限の有無をいうからであり、B-CASカードのEEPROMに電磁的記録を作成する権限の有無だけを検討することになる。ここで、B-CASカードのEEPROMに電磁的記録を作成する権限は契約者には全くなく、全て放送事業者(とDpa)の権限なのであると解釈すると、契約者がテレビの電源コードを引き抜いた行為について権限があったかを検討し、電源コードを引き抜く権限はなく、B-CASカードのEEPROMに1年間分の視聴期間を不正に作ったと捉える、あるいは、B-CASカードのEEPROMに作成された1年間分の視聴期間の電磁的記録は、放送事業者がB-CASカードに電波(EMM)を送って作成したものであるため放送事業者の権限で作成されたものであるとするほかない。しかし、特殊な性質を持つ電磁的記録を取り扱う際に、「誰が」作成したかを議論するには問題がある。このことは先述のとおり、既に立法段階でも意識されており「誰が」作成したかということに関して立法者は「文書と同様の作成名義を觀念することが困難」<sup>82)</sup>と述べた。本判決では、被告人がEEPROMに電磁的記録を作

---

80) 基本的にテレビは通電していれば自動でEMMを処理するが、そもそも電源に接続されていない場合は処理できないので、電源コードを引き抜くと解約時のEMMを処理できない。

82) 第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/108/0080/10805220080004c.html> (2017年9月12日確認。)

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

成したと取り扱い、被告人も争っていないが、本来は「誰が」作成したのかを明らかにすべきであった。

B-CAS カードの EEPROM に作成される視聴可能期限に「作成名義」の記録は作成されない。それどころか、この 0 と 1 のみで構成される記録には「誰が」作成したか判別するすべはない。第三者が EMM を送り、B-CAS カードの EEPROM に電磁的記録が作成されたという可能性も排除しきれない<sup>63)</sup>。既に立法時に表面化していたこの電磁的記録の特性の問題については、特段の手当てはなされなかった。先述の「誰が作成したか不明のデータが事実証明の機能を果たしうるか疑問」とし、名義人が判別できることを要求するべきであり、従来の有形偽造のみ処罰するよう限定を図るべきという批判<sup>64)</sup>は正鵠を射ている。誰が B-CAS カードの EEPROM のデータを作成したのか不明であれば、B-CAS カードの EEPROM に作成された記録そのものが従来の文書に求められていた法的保護に値する事実証明の機能を果たしていないといえよう。すなわち、構成要件要素となっている不正に（無権限で）作ったと判断するには、「誰が」不正に作ったか判別できることを要求する解釈が考えられるのである。

両判決が、EEPROM のデータを「被告人が作成した」と特に理由なく認めたことは、構成要件要素である不正に作ったを判断するに際して、検討が尽くされていないものであった。作成者不明のデータについては、法的保護に値する事実証明の機能を果たしているとはいえない。本件は、保護に値しないデータが問題となる事例のおそれがあり、構成要件要素である不正に作ったを満たすと容易に判断すべきでない。

---

<sup>63)</sup> もっともこの点、弁護人の主張では触れられていない。

<sup>64)</sup> 注<sup>2)</sup> 同山口8頁。

### 3.6. 「人の事務処理の用に供した」の解釈

(被告人の) チューナー内蔵レコーダーに挿入する行為を供用とする場合、電子計算機となるのは B-CAS カード (の CPU, ROM) だろうか。あるいは被告人のレコーダーだろうか。この点、先行研究ではキャッシュカードの記録のような「携帯型電磁的記録」については、当該カードの現金自動預払機等への挿入が供用にあたるが、顧客元帳ファイルのような「備付型電磁的記録」については、当該記録を「事務処理に用いる状態に置くこと」が供用にあたる<sup>65)</sup>と区別する。この区別に従えば、B-CAS カードは通帳、キャッシュカード、勝馬投票券のような磁気カードと同列に扱い携帯型電磁的記録に該当し<sup>66)</sup>、(被告人の) チューナー内蔵レコーダーに挿入するが供用にあたる。

これに対して、B-CAS カード (の CPU, ROM) を電子計算機と解釈し、そしてその電子計算機の情報処理の用に供される電磁的記録を (EEPROM に) 作成したと考える場合は、備付型電磁的記録にあたり、EEPROM に作成することが供用にあたる。すなわち、この解釈によれば、「(被告人の) チューナー内蔵レコーダーに挿入する行為」が供用となるのではなく、より前の段階である B-CAS カード (の EEPROM) に作成したことをもって、B-CAS カード (の CPU, ROM) という電子計算機に供用したとして不正作出電磁的記録供用罪の成立を認めることになる。しかしこの解釈に対しては、『作出』後に新たな行為を何ら要求しない点で、『供用』概念を希薄化し、『作出』と区別して『供用』を規定した意義を失わせるとい

---

65) 渡邊卓也「電子マネーの不正取得と電磁的記録不正作出罪」姫路ロー・ジャーナル5号(2011年)23頁。

66) 原審が罪になるべき事実で「B-CAS カードに記録された電磁的記録を改変し、もって、視聴契約の権利、義務に関する電磁的記録を不正に作出し…これをテレビに接続したチューナー内蔵レコーダーに挿入し、もって、人の事務処理の用に供した」と示したことはこのような解釈をしていると考えられる。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

える」<sup>37)</sup>とする批判がある。さらに他の事例では、改変された B-CAS カードを購入し（すなわち、被告人は B-CAS カードを書き換えていない場合）、被告人が所有する機器に挿入する行為を捉えて不正作出電磁的記録供用罪の成立（私電磁的記録不正作出罪には問われていない）を認めた事例<sup>38)</sup>があるため、B-CAS カードを電子計算機と解釈すると整合性が取れない<sup>39)</sup>。

よって、B-CAS カードを携帯型電磁的記録と解すべきこととなり、この場合、被告人が所有する機器（チューナー内蔵レコーダー等）を電子計算機と解釈することになり、先述したように従来判決とは異なる帰結となる。すなわち、たとえ被告人が所有する機器であっても、改変した IC カードを挿入した場合、不正作出電磁的記録供用罪の成立を認めるべきことになる。また、3.4. で先述のハッカー X の行為も不正作出電磁的記録供用罪の成立が認められることになるう。

しかしこのような解釈をすると、立法時に説明された不正作出電磁的記録供用罪の要件である「不正に作出された電磁的記録を他人の事務処理のために使用される電子計算機において用い得る状態に置くということ」<sup>40)</sup>を満たすかという点について新たな疑問が生じる。すなわち、被告人が所有

---

37) 渡邊卓也「電子マネーの不正取得と電磁的記録不正作出罪」姫路ロー・ジャーナル 5号（2011年）23頁。

38) 京都地方裁判所平成24年10月10日判決 公刊物未登載。鳥取ループ著『B-CAS 事故 '8674422' 2012年テレビ視聴制限崩壊の真実』（2013年、示現舎）114頁に事例の簡単な紹介がある。

39) B-CAS カード（の CPU, ROM）を「電子計算機」と解釈し、B-CAS カード（の EEPROM）に作成し、B-CAS カード（の CPU, ROM）という「電子計算機」に供用したと解釈する場合、既に改変された B-CAS カードを購入し、機器に挿入して有料放送を視聴しても、被告人は B-CAS カードを書き換えていないため、私電磁的記録不正作出罪・同供用罪どちらの罪にも問えないということになる。

40) 第108回国会 法務委員会 第4号 <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/108/0080/10805220080004c.html>（2017年9月12日確認。）

する電子計算機について、「他人の事務処理のために使用される」に該当するかという問題である。先述した弁護人の主張②は「被告人が所有するレコーダーによる被告人のための情報処理にのみ用いられるにすぎず、他人の事務処理を観念することはできない」と述べており傾聴に値する。

Aが所有するパソコンに接続したカードリーダーに挿入し、ICチップ上に記録された電子マネーのデータを改変し金額を増加させ、改変によって増加した金額をAが所有するパソコンの画面に表示させた場合、作出行為（電子マネーのデータを改変し金額を増加させる行為）と、供用行為（改変によって増加した金額をAが所有するパソコンの画面に表示させる行為）の区別は困難となろう。これに対して改変したカードをBが自宅で所有する、しかし外部と全く接続されていない（あるいは受信機能のみであり、送信機能がない）機器<sup>41)</sup>に挿入した場合である。先行研究では、ICチップ上に記録された電子マネーを不正所得した場合には、自動預払機への挿入に対応する行為が必要<sup>42)</sup>と指摘している。Aのように、単に改変によって増加した金額を自らが所有するパソコンの画面に表示させただけでは、ATMへの挿入に対応する行為とはいえ、その後ネットショッピングで注文し、決済方法として利用した等の行為をもってはじめて「供用した」というべきであるのに対して、Bの場合は、自宅で所有する、外部と全く接続されていない（あるいは受信機能のみであり、送信機能がない）機器に挿入しただけでは、他人が管理するATMへの挿入に対応する行為とはいえない。よって、A、Bの事例どちらも構成要件要素である「他人の事務処理のために使用される」に該当せず、不正作出電磁的記録供用罪は成立しない。

---

41) ゲーム機や受信機、再生機器を想定。

42) 渡邊卓也「電子マネーの不正取得と電磁的記録不正作出罪」姫路ロー・ジャーナル5号（2011年）23頁。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

本件で被告人は自宅で所有するチューナー内蔵レコーダーに B-CAS カードを挿入しており、このことは上述の例では、Bが自宅で所有する外部と全く接続されていない（あるいは受信機能のみであり、送信機能がない）機器に挿入した場合に相当するといえる。その後ネットショッピングで注文し、決済方法として利用した等の行為のように評価はできず（弁護人の主張②を見よ）、他人が管理する ATM への挿入に対応する行為とはいえない。

本判決の解釈をすると自身が所有する機器であっても、他人の事務処理のために使用されうると観念されることになり、先程の例では、単に改変によって増加した金額をAが所有するパソコンの画面に表示させただけで、そしてBが自宅で所有する外部と全く接続されていない（あるいは受信機能のみであり、送信機能がない）機器に挿入したことも他人が管理する ATM への挿入に対応する行為とみなされることになる。また、3.4. で先述のハッカーYの行為は、著作権者の事務処理のためにコピー防止やアクセスコントロール（ヤスクランブル）などの措置が講じられている DVD（や DRM 等）の暗号を解除した場合、たとえYが所有するパソコンであっても、暗号が著作権者の事務処理のために使用されると観念され、著作権者の事務処理を誤らせ、無権限で暗号を解除する電磁的記録を作出し、供用したことになる。

被告人のための情報処理に用いられる電子計算機にすぎず、他人が管理する ATM への挿入に対応する行為とはいえないのに、不正作出電磁的記録供用罪の要件である「不正に作出された電磁的記録を他人の事務処理のために使用される電子計算機において用い得る状態に置くということ」を満たすとする本判決の解釈は妥当ではなく、弁護人のようにあくまで被告人のための情報処理に用いられるにすぎないとする解釈が妥当であったように思われる。

#### 4. 考察—私電磁的記録不正作出・同供用罪の射程

従来の裁判例は、キャッシュカードや勝馬投票券の磁気ストライプ部分を電磁的記録とし、ATMや自動払戻機を電子計算機と解釈する、立法時に想定されていた事例に関するものであった。しかし、今日においては、ICカードが普及しており、前述のとおりICカードは、そのROMやEEPROMが電磁的記録であると同時に、CPU・ROMを備えた電子計算機でもあるという問題に直面している。この問題は、備付型電磁的記録と携帯型電磁的記録の区別に関わってくるが、本判決は、ICカードであるB-CASカードを携帯型電磁的記録と解した判断例であり、実務上の一定の意義を認めてよいものである。

しかしながら、本判決には看過しがたい問題点がある。他人が管理する銀行のATMや自動払戻機に改変した電磁的記録を挿入した事例とは異なり、本判決はたとえ被告人が所有する機器であっても、私電磁的記録不正作出・同供用罪が成立することを特段の理由を示すことなく認めた。すなわち、3.4.で指摘したとおり、B-CASカードのEEPROMに電磁的記録を作成することを放送事業者（とDpa）の事務処理と捉え、その事務処理を誤らせる目的で電磁的記録を作成したと認めた点について、このような解釈は、サイバーセキュリティの研究目的で当該システムにおいて使用されても害が生じない場合であっても、他人の事務処理を誤らせる目的であるとする解釈に至りうる。「人の事務処理を誤らせる目的」を導入した立法趣旨を鑑みると、弁護人が指摘したとおり、被告人のレコーダーが映像の暗号を解除することは被告人のための情報処理にすぎず、構成要件要素である他人の事務処理を誤らせる目的を満たさないとする解釈が妥当であったように思われる。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

次に 3.5. で指摘したとおり、両判決が、「被告人が作成した」と特に理由なく取り扱った点について、電磁的記録の特性上、誰が B-CAS カードの EEPROM のデータを作成したのか本来は不明である。作成者不明のデータについては、構成要件要素である「不正に（無権限で）作った」を満たすと容易に判断すべきでない。

さらに、3.6. で指摘したとおり、B-CAS カードを従来の磁気カードと同列に電磁的記録と判断しているにもかかわらず、他人が管理する機器に挿入した従来の行為とは異なり、たとえ被告人が所有する機器に挿入した事例であっても、不正作出電磁的記録供用罪の要件である「不正に作出された電磁的記録を他人の事務処理のために使用される電子計算機において用い得る状態に置く」を満たすとする解釈は従来の事例に対する判例の枠組みをこえており、被告人が所有する機器を他人が管理する機器と同列に捉える理由を示す必要があった。しかし、そのような理由付けは厳格解釈の観点から困難であり、弁護人が指摘したとおりあくまで被告人のための情報処理に用いられるにすぎないとする解釈が妥当であったように思われる。

本判決には、以上のように疑義とするところ多くあるが、そこで示された解釈は、私電磁的記録不正作出・同供用罪の射程にかなりの影響をもたらすものと思われるので、この点についてなお論を進めたい。

ブランク IC カードを入手し、B-CAS のような処理をするように書き込み、自身が所有するチューナー内蔵レコーダーに挿入する場合、あるいは B-CAS のような処理をするように自身のパソコンで動作（softcas）させた場合、放送事業者の事務処理を誤らせる目的で不正に電磁的記録を作成し、供用したと本判決の解釈では捉えられ、また、3.4. 及び 3.6. で挙げた事例を考えれば、ATM ハッカー X・DVD の暗号を解除した Y、改変した金額を自身のパソコン画面に表示させた A・自宅で所有する外部と

接続されていない機器に挿入したBは私電磁的記録不正作出・同供用罪で処罰されることになるし、さらに、たとえ自身が所有する機器で他人のコードレス電話や無線の暗号を解除する場合であっても、同様である。そして、原審で「③無料視聴延長する手法を採っていても…契約を締結する必要があることに照らせば不正に作出されたもの」と述べられていることから、有料ソフトの無料体験の期間を不正に延長する手法を採っていても、体験期間を過ぎた後は契約が締結する必要があるとされ、電磁的記録を不正に作出し、供用したと捉えることができ私電磁的記録不正作出・同供用罪の射程に収まる。

しかし、本来不可罰的な情報窃盗の処罰と同視されないために、コピーされたデータは本来のものと同一であるからシステムにおいて使用されても害が生じないものであることに着目し人の事務処理を誤らせる目的を電磁的記録不正作出罪の要件として導入した立法者の意図を踏まえると、本判決の解釈は、私電磁的記録不正作出・同供用罪により処罰すべき行為に絞りをかけられていないのではないかという疑問を払拭しきれない<sup>43)</sup>。この点、弁護人が主張していた罪刑法定主義違反は、本判決の被告人の行為は技術的制限手段の回避行為であり、私電磁的記録不正作出・同供用罪の射程に収めるべきでないという点で根拠のある主張である。

## 5. 結びに代えて

本判決の電磁的記録不正作出・同供用罪の解釈・運用は、立法者の想定、

---

(43) さらに、他人性を要求する「人の事務処理」の意図を踏まえると、被告人宅において被告人が所有する機器に「供用した」場合、同意を得た甲が所有する機器に「供用した」場合とは違い、同意を得ずに他人が所有あるいは管理する機器に「供用した」場合（従来判例）とは違うのではと疑問がある。

B-CAS カードのデータを改変する行為について刑法第161条の2第1項、改変した B-CAS カードを被告人が所有する機器に挿入した行為について同条第3項の成立を認めた事例

意図とは異にするものであった。本来は、情報窃盗を処罰しないために、構成要件要素として「人の事務処理を誤らせる目的」が導入された立法趣旨を考えると、本判決で示された解釈は上述のとおり電磁的記録不正作出・同供用罪の処罰範囲を一気に拡張しかねず、罪刑法定主義違反の誹りを免れない解釈である。このような解釈は、先述したように、自身の機器で動作するプログラムの処理も、他人の事務処理のために使用されるものであると観念されうることになる。同様に、サイバーセキュリティの研究も私電磁的記録不正作出・同供用罪の射程に収まる。

本判決で明確な論点となったわけではないが、本件では、契約をせずに放送の暗号を復号することで視聴するいわゆる Pirate decryption が問題となっている。Pirate decryption については、信号の窃取、あるいは元の放送事業者の直接的な有形損失はないものの、消費者の視聴料から利益を得る可能性を失うという点で実質的な逸失利益が生じたものとみなすべきという主張をどう取り扱うかという問題がある。

しかしこの Pirate decryption の問題については、日本の刑事法では情報窃盗は認められておらず、諸外国でも知的財産法の分野で慎重に議論が進められている問題である<sup>44)</sup>。この問題を簡単に解決する特効薬として、著作権者の事務処理を誤らせる目的で不正にデータを作り、用いたとして私電磁的記録不正作出・同供用罪の適用を認めるべきであるかは、本来不可罰的な情報窃盗の処罰と同視されないために慎重になる必要がある。この点、弁護人はユーザーによる技術的制限手段の回避行為まで処罰すべきでないという点に理由を求めた。

---

<sup>44)</sup> DIRECTV, Inc. v. Hoa Huynh, 503 F.3d 847 (9th Cir. 2007). また DMCA (Digital Millennium Copyright Act デジタルミレニアム著作権法) をめぐる議論等が参考になると思われるが検討は別の機会にしたい。

本判決のように、自身の機器における情報処理の動作まで私電磁的記録不正作出・同供用罪の成立を認めると、Pirate decryption の法的課題と同様の問題が発生する。すなわち、ユーザーの私的領域まで介入し権利を制限するに足る根拠、その制限により保護される法益を示し、その保護が社会生活上必要であると説明できなければならない。

今回は検討することができなかったが、以上のような問題を解決するには電磁的記録不正作出・同供用罪の保護法益と実行行為の観点から「人の事務処理」「不正に作った」をどう判断し（特に誰の事務処理、どの電子計算機・電磁的記録、誰が作ったか）、処理するのか条文上どのような解釈をすべきなのかを体系化し明らかにする必要があるだろう。また Pirate decryption の法的課題についても検討が不可欠のように思われる。これは重要な検討課題としたい。