

不正指令電磁的記録に関する罪をめぐる総合的研究

代表研究者 三 重 野 雄 太 郎 佛教大学 社会学部公共政策学科 准教授

1 はじめに

情報化社会と呼ばれる現代社会においては、コンピュータ・ウイルスなどによる様々なサイバー犯罪が起っており、それに対する法的対応が必要とされている。そうした中で、2001年にはサイバー犯罪条約が採択され、その批准のための国内法整備の一環として、2011年、刑法168条の2・168条の3に不正指令電磁的記録に関する罪が新たに規定された。しかし、これについては、立法当初より、プログラムの開発者や利用者への委縮効果が懸念されていた。そして、近時、それが現実となる事態が生じた。

2018年、いわゆる「コインハイブ」と呼ばれる、仮想通貨の採掘作業（これを「マイニング」という。）を行うプログラムを実行させ収益を得ていたことについて、不正指令電磁的記録保管などの疑いで摘発される事例が相次いだ。そのうちの1名について、最高裁は、2022年1月に無罪判決（最一小決令和4年1月20日刑集76巻1号1頁）を言い渡した。

この判決は、最高裁が初めて不正指令電磁的記録該当性の判断枠組について提示したものであり、注目に値する。他方、同判決では、社会的許容性といった不明確なものを判断材料としており、判断枠組としてはなお不明確である。この点も含め、この事件を契機として、本罪の解釈論・立法論的な見直しが必要となっている。

こうした背景を踏まえて、本研究では、コインハイブ事件の一審～上告審までの判決を素材として、不正指令電磁的記録の解釈やその該当性判断枠組について再検討するとともに、より処罰範囲を適正に画する、不正指令電磁的記録に関する罪の解釈・再構成のあり方を検討した。

2 コインハイブ事件

2-1 コインハイブ

コインハイブ (Coinhive) は、ドイツの Badges2Go 社が 2017 年 9 月から提供していたコンピュータ・プログラムで、現在は利用できない。これは、JavaScript で作られたプログラムであり、Badges2Go 社のサイト上に置かれている。その機能は、モネロと呼ばれる仮想通貨の採掘作業（これを「マイニング」という。）であるが、Web サイト作成者が自身のサイト上にコインハイブを呼び出すプログラムを埋め込んでおくと、Web サイトを閲覧した者の中央処理装置 (CPU) において、モネロの取引履歴の承認作業等の演算（仮想通貨採掘作業の一部）が行われる。そうすると、マイニングによって得られた仮想通貨の一部が、Web サイト作成者に対して、演算機能を提供したことについての報酬として支払われる。このように、コインハイブは、Web 閲覧者のコンピュータの CPU を無断で使って、しかもその対価が閲覧者ではなく Web 作成者に与えられるという点で当時の日本では、利用者の間でもその評価は賛否両論分かれていた。

2-2 事案の概要

被告人は、インターネット上のウェブサイト「a」を運営していたが、同サイト閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置 (CPU) に、閲覧者の同意を得ることなく仮想通貨モネロの取引履歴の承認作業等の演算を行わせてその演算機能を提供したことによる報酬を取得しようと考え、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、2017 年 10 月 30 日から同年 11 月 8 日までの間、a 閲覧者が使用する電子計算機の CPU に前記演算を行わせるプログラムコードが蔵置されたサーバーコンピュータに同閲覧者の同意を得ることなく同電子計算機をアクセスさせ同プログラムコードを取得させて同電子計算機に前記演算を行わせる不正指令電磁的記録であるプログラムコード（以下、「本件プログラムコード」という。）を、サーバーコンピュータ上の a を構成するファイル内に蔵置して保管し、もって、人が電子計算機を使用するに際して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を保管した。

被告人は、不正指令電磁的記録保管罪（刑法 168 条の 3）で起訴された。

2-3 一審判決の概要

横浜地裁（横浜地判平成 31 年 3 月 27 日刑集 76 巻 1 号 75 頁）は、大要以下のように判示して本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を否定し、被告人を無罪とした。

（1）反意図性の解釈と判断枠組

「個々のプログラムが使用者の意図に反するものといえるかどうかは、個別具体的な使用者の実際の認識を基準とするのではなく、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、当該プログラムの機能につき一般的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のが相当である」。弁護人は、本件プログラムコードは JavaScript で記述されたプログラムであって、今日では、JavaScript によるプログラムの実行に際して閲覧者側の承諾を得る慣行はないから、被告人によるマイニングの実行についてもあらかじめ承諾があるとみることができると主張するが、「本罪が電子計算機のプログラムに対する信頼を保護する罪であることからすれば、意図に反するかどうかは、プログラム言語一般の性質ではなく、個々のプログラムの機能に照らして判断すべきであり、本罪の成立範囲を不当に限定することにつながる弁護人の主張には賛同できない」。

（2）本件プログラムコードについての反意図性の有無

以下のような事情からすると、本件プログラムコードの機能であるマイニングの実行の点について、a の閲覧者等の一般的なユーザーが認識すべきと考えられるものということとはできず、本件プログラムコードの反意図性は認められる。「a 内には仮想通貨やマイニングについて説明する記述がなく、a 閲覧中にマイニングが実行されることについて閲覧者の同意を取得するような仕様も設けられていなかった」。また、「コインハイブの導入当初から広告表示等に代わる新たな収益化の方法としてコインハイブに期待を寄せる意見と否定的な意見の賛否両論」があった。そうした中で、被告人が本件プログラムコードを設定し削除するまでの間に、ユーザーの計算リソースを勝手に利用する点に批判が出たり、ユーザーの同意なしにはマイニングを開始しない新たな実装が導入されたりなどしたが、ウェブサイトを経営しその収益性に関心がある被告人のような特定のユーザーを除いた一般的なユーザーの間でコインハイブが広告表示等に代わる新たな収益化の方法として認知されていたと認めることはできない。さらに、a は音楽に関する情報を提供するウェブサイトであって、同サイトの体裁やサービス内容をみてもマイニングと関連しているとはいえない。その上、閲覧者の電子計算機の CPU を用いてマイニングを行っても、CPU の速度が極端に遅くなることはなかった点からすると、a 閲覧者において、マイニングについて事前の知識等がないときは、通常、自身の電子計算機が本件マイニングに利用されていることに気づくことはないといえる。

（3）不正性の判断枠組

「不正な」指令に限定することとされた趣旨は、反意図性のあるプログラムであれば、「多くの場合、それだけで、その指令の内容を問わず、プログラムに対する社会の信頼を害するものとして、その保管等の行為に当罰性があるようにも考えられるものの、そのような指令を与えるプログラムの中には、社会的に許容し得るものが例外的に含まれることから、このようなプログラムを処罰対象から除外するためである」。よって、不正性については、「ウェブサイトを経営するような特定のユーザー及びウェブサイト閲覧者等の一般的なユーザーにとっての有益性や必要性の程度、当該プログラムのユーザーへの影響や弊害の度合い、事件当時における当該プログラムに対するユーザー等関係者の評価や動向等の事情を総合的に考慮し、当該プログラムの機能の内容が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のが相当である。」

（4）本件プログラムコードの不正性

以下の㉗～㉙のような事情からすると、「本件当時において、本件プログラムコードが社会的に許容されていなかったと断定することはでき」ない。

㉗本件プログラムコードには、マイニングに関して本来想定される、演算機能の提供と仮想通貨の取得との対価性がない。

㉘マイニングを事前に認知していない閲覧者は、被告人に分配報酬を得させるために自身の電子計算機の CPU を使ってマイニングを行うことについての同意やその前提となる意思確認の機会を与えられず、閲覧中に本件マイニングの実行に気付いてこれを回避する現実的な可能性もないまま、本件マイニングを実行させ

られており、その限度で一般的なユーザーの信頼を損なっていることも否めない。

㊦しかし、本件に関しては、マイニングによりサイト運営者が得る仮想通貨が、ウェブサイト運営の資金源になり得るのであるから、現在のみならず将来的にも閲覧需要のある閲覧者にとっては利益となる側面があるといえる。

㊧本件マイニングが実行されることにより生じる、消費電力の増加処理速度の低下等の影響の程度は、「広告表示プログラム等の場合と大きく変わることがないものとうかがわれる上、その影響はa閲覧中に限定され、aの閲覧を終了すれば、本件マイニングも（持続することなく）終了する」。さらに、本件プログラムコードは、スロットル値を調整することにより、マイニングの実行による閲覧者の電子計算機への影響を軽微なものにとどめることが可能である。

㊨自身が運営するサイトに本件プログラムコードを設定した被告人の行為については、他人が運営するウェブサイトを変更して専用スクリプトを埋め込みマイニングを実行させるような場合とは弊害の度合いが明らかに異なる。

㊩コインハイブやそれと同様のプログラムについては、本件当時のインターネット上のユーザー間の評価が賛否両論に分かれていた。

㊪閲覧者の同意を得ないで本件マイニングを行うことについて、当時は捜査当局等の公的機関による事前の注意喚起や警告等がない中で、いきなり刑事責任を問うのは行き過ぎの感を免れない。

2-4 控訴審判決の概要

東京高裁（東京高判令和2年2月7日刑集76号1巻85頁）は、大要以下のように判示して本罪の成立を認めた。

（1）反意図性の判断枠組

本罪は、「電子計算機において、使用者の意図に反して実行されるコンピュータ・ウイルスなどの不正プログラムが社会に被害を与え深刻な問題となっていることを受け、電子計算機による情報処理のためのプログラムが、『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社会一般の者の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するために、意図に沿うべき動作をさせない、又はその意図に反する動作をさせるという反意図性があり、社会的に許容されない不正性のある指令を与えるプログラムの作成、提供、保管等を、一定の要件の下に処罰対象とするものである」。「このような法の趣旨を踏まえると、プログラムの反意図性は、当該プログラムの機能について一般的に認識すべきと考えられるところを基準とした上で、一般的なプログラム使用者の意思に反しないものと評価できるかという観点から規範的に判断されるべきである。」

「原判決は、本件プログラムコードが、その機能を認識した上で実行できないことから、反意図性を肯定しているが」、一般的な電子計算機の利用者は、「実行されるプログラムの全ての機能を認識しているわけではないものの、特に問題のない機能のプログラムが、電子計算機の使用に付随して実行されることは許容しているといえるから、一般的なプログラム使用者が事前に機能を認識した上で実行することが予定されていないプログラムについては、そのような点だけから反意図性を肯定すべきではなく、そのプログラムの機能の内容そのものを踏まえ、一般的なプログラム使用者が、機能を認識しないまま当該プログラムを使用することを許容していないと規範的に評価できる場合に反意図性を肯定すべきである。」

（2）本件プログラムコードについての反意図性の有無

以下の点からすると、「本件プログラムコードは、プログラム使用者に利益をもたらさないものである上、プログラム使用者に無断で電子計算機の機能を提供させて利益を得ようとするものであり、このようなプログラムの使用を一般的なプログラム使用者として想定される者が許容しないことは明らか」であり、反意図性が肯定される。

本件では、aを閲覧することによりマイニングが実行されることについての表示は予定されておらず、「閲覧者の電子計算機の機能の提供により報酬が生じた場合にもその報酬を閲覧者が得ることは予定されていない」。

一般的に、ウェブサイト閲覧者は、サイトを閲覧する際に、閲覧のために必要なプログラムを実行することは承認していると考えられるが、本件プログラムコードで実施されるマイニングは、ウェブサイトの閲覧

のために必要なものではなく、このような観点から反意図性を否定することができる事案ではない。その上、本件プログラムコードの実行によって行われるマイニングは、閲覧者の電子計算機に一定の負荷を与えるものであるのに、このような機能の提供に関し報酬が発生した場合にも閲覧者には利益がもたらされないし、マイニングが実行されていることは閲覧中の画面等には表示されず、閲覧者に、マイニングによって電子計算機の機能が提供されていることを知る機会やマイニングの実行を拒絶する機会も保障されていない。

(3) 不正性の判断枠組

刑法168条の2以下の規定は、「一般的なプログラム使用者の意に反する反意図性のあるプログラムのうち、不正な指令を与えるものを規制の対象としている。これは、一般的なプログラム使用者の意に反するプログラムであっても、使用者として想定される者における当該プログラムを使用すること自体に関する利害得失や、プログラム使用者に生じ得る不利益に対する注意喚起の有無などを考慮した場合、プログラムに対する信頼保護という観点や、電子計算機による適正な情報処理という観点から見て、当該プログラムが社会的に許容されることがあるので、そのような場合を規制の対象から除外する趣旨である」。

この点、不正性の判断手法についての明言はなされていないが、上記の内容と、本件プログラムコードの不正性に関わる以下の記述を踏まえると、東京高裁は、「プログラムに対する信頼保護という観点や、電子計算機による適正な情報処理という観点から見て、当該プログラムが社会的に許容される」か否かを不正性判断の基準としていることが分かる。

(4) 本件プログラムコードの不正性

「本件プログラムコードは、前記のとおり、その使用によって、プログラム使用者（閲覧者）に利益を生じさせない一方で、知らないうちに電子計算機の機能を提供させるものであって、一定の不利益を与える類型のプログラムといえる上、その生じる不利益に関する表示等もされていない」ので、プログラムに対する信頼保護という観点から社会的に許容すべき点は見当たらない。

また、「本件プログラムコードは、a 閲覧中に、閲覧者の電子計算機の機能を、閲覧者以外の利益のために無断で提供させるものであり、電子計算機による適正な情報処理の観点からも、社会的に許容されるということとはできない」。

原判決は、前記㉑～㉕の点を挙げて社会的許容性が否定できないとしたが、㉑の点については、「この種の利益が、意に反するプログラムの実行を、使用者が気づかないような方法で受忍させた上で、実現されるべきものでないことは明らかである」。㉔の点については、他人のウェブサイトの改ざんというより違法な事例と比較することによって、本件プログラムコードを許容することができないことも明らかである。㉕の点については、「プログラムに対する賛否は、そのプログラムの使用に対する利害や機能の理解などによっても相違があるから、プログラムに対する賛否が分かれているということ自体で、社会的許容性を基礎づけることはできない」。本件は、「プログラムを使用するかどうかを使用者に委ねることができない事案であるから、賛否が分かれていることは、本件プログラムコードの社会的許容性を基礎づける事情ではなく、むしろ否定する方向に働く事情といえる」。㉕の点については、「不正性のあるプログラムかどうかは、その機能を中心に考えるべきであり、捜査当局の注意喚起の有無によって、不正性が左右されるものではない」。さらに、㉔の点については、「他のプログラムの社会的許容性と対比して本件プログラムコードの社会的許容性を論じること自体が適当でない」。広告表示プログラムは使用者のウェブサイトの閲覧に付随して実行され、また、実行結果も表示されるものが一般的であるという点で、「本件プログラムコードとは、大きな相違があり、その点からも比較検討になじまない」。

2-5 最高裁判決の概要

最高裁は、大要以下のように判示して本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を否定し、被告人を無罪とした。

(1) 保護法益

本罪は、「電子計算機において使用者の意図に反して実行される不正プログラムが社会に被害を与え深刻な問題となっていることを受け、電子計算機による情報処理のためのプログラムが、『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社会一般の信頼

を保護し、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するために、反意図性があり、社会的に許容し得ない不正性のある指令を与えるプログラムの作成、提供、保管等を、一定の要件の下に処罰するものである。」

(2) 反意図性の解釈と判断枠組

「反意図性は、当該プログラムについて一般の利用者が認識すべき動作と実際の動作が異なる場合に肯定されるものと解するのが相当であり、一般の利用者が認識すべき動作の認定に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、プログラムに付された名称、動作に関する説明の内容、想定される当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある」。

(3) 本件プログラムコードについての反意図性の有無

a は、閲覧中にマイニングが行われることについて同意を得る仕様になっておらず、マイニングに関する説明やマイニングが行われていることの表示もなかったこと、ウェブサイトの収益方法として閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは一般の利用者に認知されていなかったことといった事情からすると、本件プログラムコードの動作を一般の利用者が認識すべきとはいえず、反意図性が認められる。

(4) 不正性の解釈と判断枠組

「不正性は、電子計算機による情報処理に対する社会一般の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するという観点から、社会的に許容し得ないプログラムについて肯定されるものと解するのが相当であり、その判断に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響の有無・程度、当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある」。

(5) 本件プログラムコードについての不正性の有無

「保護法益に照らして重要な事情である電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響は」、サイト閲覧者が「その変化に気付くほどのものではなかった」。また、「サイトの運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組み・・・(中略)・・・として社会的に受容されている広告表示プログラムと比較しても、閲覧者の電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響において有意な差異は認められず、事前の同意を得ることなく実行され、閲覧中に閲覧者の電子計算機を一定程度使用するという利用方法等も同様であって、これらの点は社会的に許容し得る範囲内といえる」。さらに、「本件プログラムコードの動作の内容であるマイニング自体は、仮想通貨の信頼性を確保するための仕組みであり、社会的に許容し得ないものとはいえない」。

「以上のような、本件プログラムコードの動作の内容、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響、その利用方法等を考慮すると、本件プログラムコードは、社会的に許容し得ないものとはいえず、不正性は認められない。」

2-6 最高裁判決の検討

最高裁は、本罪の規定の趣旨や保護法益について、プログラムに対する「社会一般の信頼を保護し、ひいては電子計算機の社会的機能を保護する」と捉えている。この点、「ひいては」の趣旨が必ずしも明らかでないといわれている^{注1}が、プログラムに対する社会一般の信頼を保護することを通じて、電子計算機の社会的機能を保護すると理解できよう^{注2}。その点で、立案担当者が、コンピュータ・ウイルスの蔓延が深刻な問題になっている状況を放置すれば、「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することができないこととなり、ひいては、社会的基盤となっている電子計算機による情報処理が円滑に機能しないこととなる（電子計算機による情報処理はプログラムによって行われるものであるところ、電子計算機のプログラムは、容易に広範囲の電子計算機に拡散するものであり、かつ、その機能のすべてが利用者が認識することは困難であることに鑑みると、電子計算機による円滑な情報処理を保護するためには、利用者が電子計算機のプログラムを信頼できることが不可欠であると考えられる。）」と述べている^{注3}と同様の趣旨であろう^{注4}。ただ、立案担当者は、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の信頼」のみを保護法益として挙げているが、最高裁は、信頼と社会的機能の双方が法益であると捉えているものと理解できる^{注5}。抽象的な信頼のみを保護法益と捉えると処罰範囲が過度に拡大してしまうが、社会的機能も法益として取り込んで本罪の規定を解釈することで、処罰範囲の明確化を図ることができる^{注6}。

という点でこれは評価すべきであろう。

また、最高裁は、反意図性について、一見すると、規範的判断ではなく、事実に判断で認定している^{注7}ように思えるが、「一般の利用者が認識すべき動作」という、個別具体的な利用者の実際の認識から離れたものについて判断する以上、必然的に評価的・規範的判断をせざるを得ない^{注8}。その点で、規範的判断に恣意が入る可能性がある点で問題がある。

さらに、立案担当者の説明や地裁・高裁判決では、反意図性が充足されれば基本的に不正性も満たされ、例外的な場合にのみ不正性が否定されるという理解が示されていたが、最高裁は、反意図性とは独立した要件として不正性に独自の意義を認めている^{注9}点で評価に値する。また、最高裁は、「電子計算機による情報処理に対する社会一般の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するという観点」から不正性を判断しており、これは、立案担当者解説の説明からしても方向性として妥当である。さらに、考慮要素として情報処理に与える影響の有無・程度や方法を挙げている点も妥当である。情報処理に与える影響は法益との関係で最も重要であろうし、方法は、デュアルユースツールが正当な方法で利用される場合に不正性を否定できるという観点からも考慮要素とされるべきであろう。他方、社会的許容性を判断基準とすると、判断が不明確になる。現に、前記㊸・㊹の点に関する評価が地裁と高裁とで分かれており、これは、社会的許容性の有無について明確な判断が困難であることを示していると言えよう。さらに、最高裁判決では、不正性判断における考慮要素が無限定であり、その点でも判断の明確性に疑問が残る。

3 不正指令電磁的記録概念とその該当性判断枠組の解釈論的検討

以下では、まず、不正指令電磁的記録概念についての理解とその該当性判断枠組について、プログラムに対する一般人の信頼と電子計算機の社会的機能が保護法益であるという最高裁の理解を前提に検討を加えたい。

プログラムに対する一般人の信頼が保護法益であるという点を重視し、ここでいう信頼を単なる一般的・抽象的な信頼と解すると、一般人の意に反する、想定しない動作をするプログラムを規制するべきということになり、反意図性・不正性の双方において一般人の許容性がメルクマールとなり、結果として、反意図性・不正性の区別がなくなり、双方を要件とした意義も失われてしまいかねない。上述のように、一般人の許容性をメルクマールにすることで判断が不明確になるという点でも問題がある。

本罪の法案立案担当者が、コンピュータ・ウイルスの蔓延が深刻な問題になっている状況を放置すれば、「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することができないこととなり、ひいては、社会的基盤となっている電子計算機による情報処理が円滑に機能しないこととなる（電子計算機による情報処理はプログラムによって行われるものであるところ、電子計算機のプログラムは、容易に広範囲の電子計算機に拡散するものであり、かつ、その機能のすべてが利用者が認識することは困難であることに鑑みると、電子計算機による円滑な情報処理を保護するためには、利用者が電子計算機のプログラムを信頼できることが不可欠であると考えられる。）」と述べているように、本罪は、プログラムに対する一般人の信頼それ自体を保護することを目的としているというより、電子計算機による円滑な情報処理を保護することを最終目的としている。そうすると、本罪の法益たるプログラムに対する一般人の信頼は、それが損なわれることで、一般人が電子計算機を安心して使えなくなるような状態になるようなものということになるだろう。

また、現実問題として、現代社会において、コンピュータ・ウイルスなどコンピュータ使用に伴う脅威は非常に大きなものであるが、こうした脅威はウイルス対策ソフトなどによってある程度回避できるし、それ以上にプログラムを利用するメリット、利便性が優越するから私達は利用している。ウイルスに対する恐怖感からコンピュータを使用しなくなるというのは、交通事故のおそれがあるから自動車を使わないというようなものであろう。このように考えると、プログラムに対する一般人の信頼が損なわれることと、それによって人々がコンピュータを使わなくなり、情報処理が円滑に機能しなくなる事態との間にはある程度の乖離があると言えよう。

さらに、最高裁の理解からすると、本罪の規制対象は、電子計算機の社会的機能を侵害するほどにプログラムに対する一般人の信頼を害しうるプログラムに限られることになるだろう^{注10・注11}。

また、本罪は、取得・保管行為といった供用の前段階の行為も処罰する点で非常に処罰範囲が広いものである。さらに、本罪は抽象的危険犯であるが、罪刑法定主義の自由主義的性格や、憲法 31 条から導かれる刑

罰法規の適正の観点からすると、抽象的危険犯においても、処罰される行為は法益侵害のおそれが実質的に認められることが必要である。こうした点からすると、本罪における不正指令電磁的記録とは、それを取得・保管する行為がプログラムに対する一般人の信頼を害し、ひいては電子計算機の社会的機能を害する実質的危険を有するようなものに限定されるべきである。

以上の点からすると、保護法益たる一般人の信頼の内実として、他人のコンピュータで勝手にマイニングをしないで欲しいというような単なる希望や、不安感、倫理観のような漠然としたものまでも取り込むのは妥当でない。本罪の新設が「サイバー犯罪に関する条約」の批准に向けた取り組みの一環であった点、刑事罰をもって保護されるに値するほどの法益としての価値を具備するような信頼とはいかなるものかという観点を踏まえると、本罪の保護法益たる一般人の信頼とは、プログラムの使用者一般の重要な利益に係る機能や動作に対するもの、具体的には、例えば、人格的あるいは財産的価値のある情報の窃取・流出・改変・毀損等や、電子計算機等の財物の損壊等を生じさせないという信頼と解すべきである^{注12}。そうすると、本罪の規制対象たる不正指令電磁的記録は、情報の窃取・改変や電子計算機の障害といった違法な実害をもたらすものに限定されるべきである^{注13}し、その該当性判断はこうした実害の有無を中心としてなされるべきであろう。

4 不正指令電磁的記録に関する罪の見直し

4-1 保護法益

これまで、プログラムに対する一般人の信頼が本罪の保護法益とされ、それを前提に解釈論が展開されてきた。しかし、このような構成に対しては、法益の抽象化によって事実上の処罰の早期化を図るものであって妥当でないという指摘^{注14}や、「このような説明が成り立つなら、殺人罪の保護法益は『人の生命が侵害されないという社会の信頼』…であることになろう。本罪がなぜ偽造罪の章に置かれているのかを外国の専門家に聞かれれば、立法の失敗であると説明するほかはない。」^{注15}といった批判が以前よりなされてきた。本件を受けて、「保護法益に社会一般の信頼を持ち込んだことが、本罪の罪質理解を曖昧にし、処罰範囲の広汎化を招く要因になっているのではないだろうか。そもそも、プログラムに対する『信頼』は、プログラムによる社会における害悪・弊害の発生を防止してこそ、醸成されるものである」^{注16}という批判もなされている。

確かに、信頼という抽象的なものには、刑法による保護に値しないような漠然とした不安感に裏打ちされたものも取り込まれかねない。現に、本件の控訴審判決では、サイト閲覧者に気づかれずに、無断で閲覧者のコンピュータのCPUを使用している点に不正性の核心を見出しているが、無断利用それ自体を問題にすることは、使用窃盗を処罰していない刑法の現状と齟齬をきたす。そのことにより利用者のコンピュータの動作が遅くなったりするなど利用に支障があったのであれば、そうした支障それ自体を問題にすべきであるし、その方が上記の立案担当者の説明にも適合しているであろう。

また、このような法益理解には以下のような問題があると思われる。まず、これを前提とすると、不正指令電磁的記録の要件として反意図性が必要になろうが、これには十分な処罰範囲限定機能がない^{注16}。また、一般人の信頼を法益とする以上は、反意図性についても不正性についても一般人がそのプログラムを許容しているかという観点からその有無を判断せざるを得ないが、これによる問題はすでに指摘したとおりである。コインハイブ事件では、裁判所は、一般人の信頼を法益とすることを前提に解釈論を展開したが、このような法益理解を前提した解釈論では不明確さが残るし、処罰範囲を適切に画することは困難であることが明らかになったと言えよう。

従来より、本罪の法益について、「情報社会において不特定多数人がコンピュータのプログラムを介して社会中の人々とコミュニケーションを行う利益」^{注17}や、「情報セキュリティ（CIA＝機密性、完全性及び可用性）」^{注18}「コンピュータ・システムおよびコンピュータ・ネットワークの正常な機能確保を目的とするこれらの公共的な利用の安全」^{注19}などと捉える見解が示されている。

違法なアクセス、違法な傍受、データの妨害、システムの妨害、装置の濫用といった行為の犯罪化を締約国に求めたサイバー犯罪条約批准との関係で作られたという本罪の立法経緯や、電子計算機による情報処理が円滑に機能しない状態を防止するという上述の立案担当者の説明を踏まえると、情報セキュリティを法益として本罪の規定を再構成すべきであろう。

4-2 本罪の再構成

上記のように情報セキュリティを法益と考えると、不正指令電磁的記録に関する罪での処罰対象となる不正指令電磁的記録は、情報セキュリティを害しうる電磁的記録、具体的には、情報の窃取・改変や電子計算機の障害といった違法な実害をもたらすものとして再定義されるべきである。

また、情報セキュリティを害する危険性のある行為としてどこまでを処罰範囲とすべきかは再検討の必要がある。とりわけ、情報セキュリティへの実害からやや乖離がある取得・保管行為の当罰性については検討の余地がある。

5 おわりに

本研究では、コインハイブ事件を素材として、不正指令電磁的記録に関する罪の解釈論的検討を行ったうえで、法益の見直しとそれをもとにした本罪の再構成の方向性を示した。

これはあくまで試論に過ぎず、不正指令電磁的記録の具体的な定義のあり方、本罪により処罰すべき行為の明確化について更に深く検討することが今後の課題である。また、電子計算機損壊等業務妨害罪など関連する他罪と本罪との関係、棲み分けや他のサイバー犯罪との整合性ある構成のあり方を模索していく必要がある。

最後に、本研究を助成下さった公益財団法人電気通信普及財団関係者の皆様に深謝の意を表したい。

【参考文献】

下記脚注で示したもの、以下の拙稿で引用したもののほか

佐瀬恵子『「不正指令電磁的記録に関する罪」における『反意図性』の要件について』創価法学 53 巻 1 号(2023 年)87 頁以下

鎮目征樹ほか編『情報刑法 I』(2023 年・弘文堂)

拙稿「不正指令電磁的記録の解釈と該当性判断枠組コインハイブ事件を素材に」佛教大学社会学部論集 71 号(2020 年)127 頁以下

拙稿「不正指令電磁的記録に関する罪をめぐり一考察」東京通信大学紀要 5 号(2023 年)126 頁以下

(注 1) 品田智史「判批」法学セミナー809 号(2022 年)131 頁、高木浩光「判批」L&T96 号(2022 年)28 頁。

(注 2) 池田知史「判批」ジュリスト 1574 号(2022 年)109 頁、鎮目征樹「判批」研修 889 号(2022 年)9 頁。

(注 3) 杉山徳明＝吉田雅之「『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』について(上)」法曹時報 64 巻 4 号(2012 年)65 頁。

(注 4) 鎮目・前掲(注 2)9 頁。

(注 5) 今井猛嘉「判批」法学教室 500 号(2022 年)35 頁、品田・前掲(注 1)131 頁、永井善之「判批」速報判例解説 30 号(2022 年)213 頁、西貝吉晃「判批」法学セミナー808 号(2022 年)49 頁。

(注 6) 今井・前掲(注 5)35 頁、永井・前掲(注 5)213 頁も参照。

(注 7) 永井・前掲(注 5)213 頁。

(注 8) 鎮目・前掲(注 2)13 頁。

(注 9) 品田・前掲(注 1)131 頁、西貝・前掲(注 5)49 頁。

(注 10) 鎮目・前掲(注 2)11 頁。

(注 11) なお、謝煜偉『抽象的危険犯論の新展開』(2011 年・弘文堂)121 頁は、「コンピュータ・ウイルスが世の中に氾濫している現状で、本当に社会一般の信頼まで損なうことになるのは、コンピュータ利用上の大規模な機能麻痺や障害の場合に限られるだろう」という。

(注 12) 永井善之「不正指令電磁的記録概念について」金沢法学 63 巻 1 号(2020 年)95 頁。

(注 13) 永井善之「判批」速報判例解説 27 号(2020 年)156 頁。

- (注 14) 渡邊卓也『ネットワーク犯罪と刑法理論』(2018 年・成文堂)267 頁。
 (注 15) 高山佳奈子「『感情』法益の問題性」高山佳奈子ほか編『山口厚先生献呈論文集』(2014 年・成文堂) 28 頁以下。
 (注 16) 上野幸彦「コインハイブ事件と不正指令電磁的記録に関する罪」日本法学 88 卷 3 号(2023 年)464 頁。
 (注 17) 謝・前掲(注 11)122 頁。
 (注 18) 西貝吉晃「不正指令電磁的記録に関する罪の解釈論」罪と罰 58 卷 3 号(2021 年)24 頁。
 (注 19) 上野・前掲(注 16)462 頁。

〈発 表 資 料〉

題 名	掲載誌・学会名等	発表年月
今後公表予定		