

〈論 文〉

不正指令電磁的記録に関する罪をめぐる一考察

三重野 雄太郎

Abstract

本稿では、いわゆるコインハイブ事件を素材として、不正指令電磁的記録概念の解釈と該当性判断枠組について若干の検討を加えた。

不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益をプログラムに対する一般人の信頼と理解することを前提として解釈論を展開したコインハイブ事件最高裁判決で示された不正指令電磁的記録該当性の判断枠組にはなお不明確さが残る。また、このような保護法益に対する理解にも問題点があり、情報セキュリティを保護法益と捉え直し、それを踏まえて処罰範囲を適切に画するための立法論的検討が必要である。

キーワード：コインハイブ、不正指令電磁的記録

I. 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こっており、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¹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²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³。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^{4 5}。

そのうちの1名について、最高裁は、2022年1月に無罪判決を言い渡した。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。また、この事件を契機として、本罪⁶の解釈論・立法論的な見直しが必要となっている。

本稿では、この裁判の一審～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検討するとともに、本罪の法益理解の見直しの必要性を示したい。

II. コインハイブ事件

1. 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。

2. 裁判の争点

裁判においては、主として、本件プログラムコードが不正指令電磁的記録にあたるかが争われ、一審と上告審はこれを否定し、控訴審は肯定した。以下、各判決について詳細を見ていきたい。

3. 一審判決⁷

横浜地裁は、大要以下のように述べて、本罪の成立を否定した。

（1）判決の概要

①反意図性の判断枠組

「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、ウェブサイトを運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、「ウェブサイト運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。

㉙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。

㉚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（裏で持続することなく）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。

④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改ざん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。

⑤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。

⑥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) 検討

一審判決では、本罪の保護法益をプログラムに対する社会の信頼と理解したうえで、反意図性について、プログラムの機能についての一般人の物理的な認識可能性によって判断している。この点、立案担当者による説明において言われている規範的な判断とは異なっている。

規範的判断を排除して物理的認識可能性のみで判断することは、判断の明確性を担保できる点で妥当であるようにも思われるが、認識可能性のみで判断しようとする、反意図性が非常に広く認められてしまいかねないことが指摘されている⁸。一審の理解によれば、閲覧者を驚かせるような、冗談で実行されるようなプログラムについても反意図性が認められることになろう⁹。このような無害なジョークプログラムがプログラムに対する一般人の信頼を害するとは考え難い。このように法益侵害の危険性があるプログラムであるかどうかという視点を反意図性判断に反映しなかった点は問題である。

また、地裁は、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」ために不正性の要件があるという一般的な理解に則ったうえで、不正性について、「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」としている。

このように、地裁は、反意図性に加えて不正性も要件とされている趣旨を踏まえたうえで、反意図性については認識可能性、不正性は社会的許容性と区別して判断しようとしている。従来より両者の区別などが問題になってきたが¹⁰、地裁の理解では、その妥当性はともかく、一応の区別はなされているように見える。

地裁は、不正性の判断に際して、プログラムの有益性や必要性、ユーザーへの影響や弊害の度合い、プログラムに対するユーザー等関係者の評価や動向といった点を判断材料としているが、どのようなプログラムがプログラムに対する一般人の信頼を害するかという点を考えると、こうした点が考慮要素になってくるであろう。

4. 控訴審判決¹¹

(1) 判決の概要

東京高裁は、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、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、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凶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種類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㉑～㉔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。㉒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」。㉓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) 検討

高裁は、反意図性の判断について、「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」と述べつつ、「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」であるとして、物理的な認識可能性のみで判断しようとした一審判決を批判し、規範的な判断を取り込むべきであるとしている。このような規範的な判断をするという判断枠組は、当該プログラムの「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規範的に判断することとなる。」という立案担当者の説明に近いものである。また、高裁は、反意図性の判断に際して、当該プログラムを使用することの許容性も判断基準としている。一般人の意図に反する動作をするプログラムを規制することで、一般人のプログラムに対する信頼を保護しているという本罪の一般的な理解を踏まえると、合理性があり、理路整然とした考え方であると言える。ただ、このような判断手法は判断の明確性が阻害されることは否めない¹²。

また、高裁は、不正性の判断について、社会的許容性を基準としているが、その際に、プログラムに対する信頼保護や電子計算機による適正な情報処理という観点を取り入れている。このように不正性を法益侵害との関係で判断しようとする姿勢は妥当であろう。

なお、高裁は、反意図性と不正性の判断のいずれについても許容性を基準に取り込んでおり、閲覧者に利益をもたらさない点、閲覧者に無断で電子計算機の機能が利用される点、閲覧者に不利益をもたらす点を判断要素として本件プログラムコードについての許容性を判断している。この点で、反意図性と不正性との関係性が不明瞭になっているという指摘¹³がなされている¹⁴。この点は、本罪の保護法益を一般人のプログラムに対する信頼と理解し、一般人にとって想定外のプログラムを規制するという点から検討していくと必然的に一般人にとっての許容性をメルクマールにせざるを得ない以上、必然的な帰結であろう¹⁵。

さらに、高裁は、地裁が不正性を否定する事情とした前記㉗・㉘・㉙・㉚の点を不正性を肯定する事情としているが、判決文を確認する限り、その点の検討は不十分である。例えば、㉗の閲覧者の利益になるという点については、「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」としか述べておらず、なぜそう言えるのかが全く示されていない。

また、㉗に対する高裁のコメントや、高裁が、㉘の点について、プログラムに対する賛否が分かれていること自体で、社会的許容性を基礎づけることはできないと述べつつ、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否定する方向に働く事情であると述べている点、「本件は意図に反し電子計算機の機能が使用されるプログラ

ムであることが主な問題である」と述べている点からすると、高裁は、本件プログラムコードが閲覧者のコンピュータの CPU を無断で使用することに不正性の核心を見出しており、そうした無断借用というものを社会的許容性を否定する主たる要素として捉えているように思われる。しかし、使用窃盗が不可罰であることに鑑みると、無断使用に不正性の核心を見出すのは問題があろう¹⁶ ¹⁷。仮に CPU の無断使用が本罪における不正性を満たすものと捉えるのであれば、本罪の罪質・保護法益との関係で無断使用がどのような意味を持つのか詳細に示す必要があったであろう¹⁸。

さらに、㊦の点についても、高裁は、「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」と述べている。確かに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のは判断の明確性を阻害して問題があると考え得るが、東京高裁が指摘するように、「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」当該プログラムの賛否に対する相違がある中で、捜査当局が注意喚起をしているプログラムであるという事実は、特にコンピュータのプログラムなどについての知識に乏しい一般人にとっては、そのプログラムは法律上問題のあるプログラムらしい、という認識につながるであろうし、社会的許容性を左右するのが現実であろう。また、この点と、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を不正性判断の際の判断材料として掲げている点との整合性も問題になろう。

こうしてみると、高裁による判断枠組は、本罪の保護法益がプログラムに対する一般人の信頼であるという前提からすると理路整然としているが、なお不明確な所があるし、本件プログラムコードに関する諸事情に対する評価には妥当性がないと言えよう。

5. 上告審判決¹⁹

(1) 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使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、一般の使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使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使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) 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²⁰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²¹。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、その機能のすべてを使用者が認識す

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、使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²²と同様の趣旨であろう²³。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²⁴。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、処罰範囲の明確化が図れる²⁵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²⁶ように思えるが、「一般の使用者が認識すべき動作」という、個別具体的な使用者の実際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²⁷。その点で、規範的判断の恣意性という高裁判決と同様の問題を孕むであろう。

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²⁸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²⁹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㉔・㉕の点に対する評価が地裁と高裁で分かれている点からしても、社会的許容性の内実が明確化されない限り、その有無の判断を予測することはできない。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³⁰、その点でも判断の明確性に疑問が残る。

Ⅲ. 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

以上、コインハイブ事件の一審～上告審判決において示された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概観してきた。以下では、まず、これらの論点について、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法益であるという前提に立つと、論理的には高裁判決のような判断枠組になろう。そこでは、当然、反意図性・不正性の双方において一般人による許容性がメルクマールになる。しかし、こうした判断枠組の不明確性はすでに指摘したとおりである。また、先に見たように、最高裁判決の判断枠組によってもなお不明確さが残る。

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。

そもそも、本罪は、一般人が、コンピュータウイルスに対する恐怖感などからプログラムを信頼できず、これを使わなくなってしまうかねない事態を避けることをねらいとしている³¹。しかし、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、交通事故の恐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^{32 33}。

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³⁴。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³⁵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。

IV. 保護法益の見直し

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^{36 37}とされ、それを前提に解釈論が展開されてきたが、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³⁸がなされてきた。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。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、このような法益理解を前提とすると、不正指令電磁的記録の要件として反意図性が必要になるが、これには十分な処罰範囲限定機能がない³⁹。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、そうすると、両者の判断が重

なることとなり、反意図性と不正性という2つの要件を設定している意義が失われるであろう。さらに、このような社会的許容性を基準とすると判断が不明確になりかねないのは上述のとおりである。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と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。

本罪の立法経緯や、コンピュータウイルスが蔓延すると一般人が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ため、そうした状態を防止するために本罪の規定が設けられたという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。そうした方が、不正指令電磁的記録の取得行為や保管行為は、法益や規制目的との近接性が説明し易いと思われる。

V. おわりに

以上で見たように、本罪に関する現在の理解や解釈論にはなお様々な問題があり、これを解消するために、情報セキュリティの保護など、より実害に直結する法益理解に基づく解釈論・立法論⁴⁰の展開が必要であろう。

〔謝辞〕

本稿は、一般財団法人司法協会の2020年度研究助成に採択頂いた研究課題「不正指令電磁的記録の意義と該当性判断枠組」による研究成果の一部である。助成を下さった同財団に心より御礼申し上げたい。

注

1 「情報処理の高度化等に対処するための刑法の一部を改正する法律」（平成23年法律第74号）。

2 以下、「本罪」という。

3 第177回国会参議院法務委員会「情報処理の高度化等に対応するための刑法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（平成23年6月16日）参照。

4 高木浩光「判批」L&T85号（2019年）20頁以下参照。なお、本稿では、引用文献について、法律編集者懇話会「法律文献等の出典の表示方法」（2014）

<https://www.houkyouikushien.or.jp/katsudo/pdf/houritubunken2014a.pdf>（最終閲覧日2022年12月5日）に則った略称で記載する。

5 コインハイブ事件については、齊藤貴義ほか『Wizard Bible 事件から考えるサイバーセキュリティ』（2021年・PEAKS出版）第3章、第4章など参照。

6 本罪については、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）」曹時64巻4号（2012年）1頁以下、水野正「刑法168条の2不正指令電磁的記録に関する罪の一考察」國士館46号（2013年）69頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第三版第8巻』（2014年・青林書院）340頁以下〔吉田雅之執筆〕、鎮目征樹「不正指令電磁的記録作成等（168条の2・168条の3）」

法教 407号 (2014年) 29頁以下、渡邊卓也『ネットワーク犯罪と刑法理論』(2018年・成文堂) 263頁以下、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巻3号 (2021年) 20頁以下、鎮目征樹ほか編『情報刑法 I サイバーセキュリティ関連犯罪』第6章 (2022年・弘文堂) [鎮目正樹執筆]などを参照。なお、憲法学の観点から本罪の構成要件の漠然不明確性について検討したものとして、大石和彦「『コインハイブ事件』に含まれる憲法上の争点」筑波ロー29号 (2020年) 1頁以下、木下昌彦「コンピュータ・プログラム規制と漠然性故に無効の法理 (上)・(下)」NBL1181号 (2020年) 4頁以下・1182号 (2020年) 39頁以下がある。

7 横浜地判平成 31年 3月 27日刑集 76巻 1号 75頁。本判決に言及した文献として、平野敬「第3回情報法制シンポジウム講演録報告：コインハイブ事件横浜地裁無罪判決」JILISレポート2巻2号 (2019年) 1頁以下、板倉陽一郎「判批」L&T85号 (2019年) 15頁以下、大塚淳「サイバー犯罪—不正指令電磁的記録に関する罪を中心に」東京弁護士会法律実務研究 35号 (2020年) 181頁以下、岡田好史「不正指令電磁的記録に関する罪を巡る現状と課題」専所 60号 (2020年) 102頁以下、岡部天俊「不正指令電磁的記録概念と条約適合的解釈—いわゆるコインハイブ事件を契機として—」北法 70巻 6号 (2020年) 155頁以下、楠正憲「不正プログラム判断の混沌—無限アラート事件とCoinhive無罪判決から考える」情報処理 60巻 6号 (2019年) 480頁以下、高木・前掲注 (4) 20頁以下、永井善之「判批」速判解 6号 (2020年) 187頁以下、拙稿「不正指令電磁的記録の解釈と該当性判断枠組」佛教大学社会学部論集 71号 (2020年) 127頁以下、守山正ほか編著『ビギナーズ犯罪法』(2020年・成文堂) 377頁以下 [石井徹哉執筆]などがある。

8 平野・前掲注 (7) 8頁、永井・前掲注 (7) 189頁。なお、永井氏は、反意図性の判断について「本判決のいうようにプログラム言語一般ではなく個々のプログラムを対象とすれば一層、日々開発される新規のプログラムについては、一般に認識すべき物とは認められず」、大半が反意図性を認められてしまうと指摘している。

9 平野・前掲注 (7) 9頁。なお、水野氏は、本罪を社会的法益に対する罪と捉えると、モニター上に花火を表示するだけの単なるジョークのようなプログラムで、簡単に削除できるプログラムは社会的法益を侵害するとは言えない場合があるという (水野・前掲注 (6) 72頁)。もっとも、これが反意図性の問題なのか、不正性の問題なのかは明らかにされていない。

10 渡邊・前掲注 (6) 269頁では、「『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べき不正な指令』という文言からは」、反意図性の判断と不正性の判断は、「連動すると解するのが自然である」し、「『意図』を規範的に理解しつつ、『不正』についても当該プログラムが『社会的に許容し得るものであるか』という規範的な観点から判断するのだとすれば、両者の区別を維持することは事実上困難であるし、その必要性も乏しい」と指摘されている。永井・前掲注 (7) 189頁でも、法益侵害の観点から規範的に判断するという前提に立つと、反意図性要件を満たすのは、プログラムとしておよそ社会一般に許容されない、すなわち (民事的・刑事的に) 違法な状態を惹起するような作用をなす場合になると考えられ、不正性の要件を満たす場合と実質的に一致していると指摘されている。

11 東京高判令和2年2月7日刑集76巻1号85頁。本判決に言及した文献として、稲谷龍彦「道徳的問題への刑事法的介入」法セ785号(2020年)102頁以下、品田智史「判批」法セ787号(2020年)134頁以下、白鳥智彦「判批」警論73巻9号(2020年)206頁以下、永井善之「判批」速判解27号(2020年)153頁以下、同「不正指令電磁的記録概念について」金沢63巻1号(2020年)79頁以下、西貝吉晃「判批」法セ792号(2020年)40頁以下、長谷川俊明「判批」際商48巻12号(2020年)1678頁、拙稿・前掲(7)127頁以下、渡邊卓也「不正指令電磁的記録に関する罪における反『意図』性の判断」情報ネットワーク19号(2020年)16頁以下、板倉陽一郎「判批」L&T91号(2021年)40頁以下、小田啓太=西貝吉晃「アプリ開発の実務を踏まえた不正指令電磁的記録に関する罪の一考察」千葉36巻1号(2021年)105頁以下、岡田好史「判批」刑ジャ68号(2021年)159頁以下、高木浩光「判批」L&T91号(2021年)46頁以下などがある。なお、判時2446号71頁、判タ1476号123頁、判例秘書(判例番号LO7520082)の解説も参照。

12 西貝・前掲注(6)21頁、小田ほか・前掲注(11)109頁参照。

13 永井・前掲注(11)速判解155頁。

14 渡邊・前掲注(11)20頁は、「反意図性と不正性との区別を維持することは事実困難であるし、その必要性も乏しい」という。

15 永井・前掲注(11)金沢104頁参照。

16 岡田・前掲注(11)163頁も、「マイニングツールの使用は、コンピュータ無権限使用といってもよい」が、「コンピュータの無権限使用それ自体が可罰的なのではない」とする。また、高木・前掲注(11)54頁は、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場合を罪とするのは、刑法平成23年改正が利益窃盗を可罰化するものであったということになるが、「法制審議会でも国会でもそのような議論はなされておらず、そのような趣旨は想定されていなかったように思われる」という。ただ、同「判批」L&T96号(2022年)36頁では、「『CPUがある程度使用される』動作自体は本罪の対象となりえない旨の主張」によると、「仮想通貨に対する『51%攻撃』を仕掛けるプログラムを、コインハイブと同じしくみで、一度に大量のウェブサイト閲覧者のブラウザ上で稼働させる行為」を「処罰できないことになる」という。なお、小田ほか・前掲注(11)136頁の登大遊氏のコメントも参照。

17 拙稿・前掲注(7)140頁でも、高裁がCPUの無断使用に不正性の核心を見出している点について、利益窃盗が不可罰であることを理由に、疑問を呈した。これに対し西貝・前掲注(11)45頁は、CPUリソースの無断使用は、コンピュータの可用性を損ない得るから可罰的と解する余地があること、コンピュータの無権限使用を処罰する立法例が海外にあることから、「サイバー犯罪としての性質を捨象して当罰性の不存在を強調すべきではないかもしれない」という。しかし、筆者は、可用性侵害を処罰しなくて良いと考えているわけでは決してない。もしもCPUの無断使用によって可用性侵害が生じたのであれば、無断使用そのものよりも可用性侵害という結果にフォーカスして不正性を見出すべきである。筆者は、あくまでも無断使用それ自体に不正性の核心を見出すことが問題であると考えている。なお、本件において、情報処理への影響は、サイト閲覧者が自身のコンピュータがマイニングに利用されていることに気づくことはない程度のものであったという最高裁の認定からすると、可用性侵害があったとしても、閲覧者はそれに気づかないのであり、

その他に実害はないのであるから、プログラムに対する一般人の信頼を損なうほどの可用性侵害ではなく、可罰的違法性が否定されるべきであろう。

18 品田・前掲注(11) 134頁。

19 最判令和4年1月20日刑集76巻1号1頁。本判決に言及している文献として、粟田知穂「判批」刑ジャ73号(2022年)133頁以下、池田知史「判批」ジュリ1574号(2022年)107頁以下、同「判批」L&T97号(2022年)84頁以下、板倉陽一郎「判批」L&T96号(2022年)22頁以下、今井猛嘉「判批」法教500号(2022年)33頁以下、大橋充直「判批」捜研859号(2022年)82頁以下、神渡史仁「判批」ひろば(2022年)56頁以下、鎮目ほか・前掲注(6)178頁以下〔鎮目征樹執筆〕、鎮目征樹「判批」研修889号(2022年)3頁以下、品田智史「判批」法セ809号(2022年)130頁以下、筋伊知朗『サイバー犯罪—現状と対策—』(2022年・ミネルヴァ書房)38頁、高木・前掲注(16)28頁以下、同「コインハイブ事件で情報技術はどう理解されたか」刑弁111号(2022年)70頁以下、高良幸哉「不正指令電磁的記録に関する罪における客体性要件について」F1000Research11号(2022年)1頁以下、永井善之「判批」速判解30号(2022年)211頁以下、同「判批」判時2521号(2022年)120頁以下、西貝吉晃「判批」法セ808号(2022年)46頁以下、同「サイバー空間の新技术はどこから犯罪になるのか」世界960号(2022年)226頁以下、同「判批」ジュリ1573号(2022年)113頁以下、同「サイバーセキュリティと刑法—サイバー犯罪対策規定の解釈論と刑事立法学—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務④』(2022年・成文堂)205頁以下、平野敬「コインハイブ事件における弁護活動」刑弁111号(2022年)78頁以下、北條孝佳「コインハイブ事件最高裁判決による実務への影響」鎮目ほか・前掲注(6)183頁以下、前田雅英「判批」WLJ判例コラム254号(2022年)1頁以下がある。

20 品田・前掲注(19)131頁、高木・前掲注(16)28頁。

21 池田・前掲注(19)ジュリ109頁、鎮目・前掲注(19)研修9頁。

22 杉山ほか・前掲注(6)65頁。

23 鎮目・前掲注(19)研修9頁。

24 今井・前掲注(19)35頁、品田・前掲注(19)131頁、永井・前掲注(19)速判解213頁、西貝・前掲注(19)法セ49頁。

25 今井・前掲注(19)35頁、永井・前掲注(19)速判解213頁も参照。

26 永井・前掲注(19)速判解213頁。

27 鎮目・前掲注(19)研修13頁。なお、西貝・前掲注(19)法セ50頁は、最高裁判決は、「複数の評価根拠事実・・・を規範的に判断しているように読め」とする。

28 品田・前掲注(19)131頁、西貝・前掲注(19)法セ49頁。なお、高木・前掲注(16)29頁も参照。

29 ただし、デュアルユースツールについて不正性が否定される場合、「正当な理由がないのに」という本罪の成立要件の存在意義に疑問が残るであろう。

30 西貝・前掲注(19)法セ52頁。

31 西貝・前掲注(19)ジュリ115頁。

32 鎮目・前掲注(19)研修11頁参照。

33 なお、謝焜偉『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。

³⁴ 永井・前掲注(11) 金沢 95 頁。

³⁵ 永井・前掲注(11) 速判解 156 頁。

³⁶ なお、謝・前掲注(33) 122 頁は、本罪を「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を守るものと解すべき」であるという。

³⁷ なお、高山佳奈子「『感情』法益の問題性—動物実験規制を手掛かりに」高山佳奈子ほか編『山口厚先生献呈論文集』（2014年・成文堂）28頁以下は、「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ば、立法の失敗であると説明するほかはない。」という。

³⁸ 渡邊・前掲注(6) 267 頁。なお、同 268 頁は、例えば「情報セキュリティの保護」の必要性に立法事実を見出すのなら、むしろ、「情報セキュリティ」自体を保護法益と捉えるべきであるという。

³⁹ 西貝・前掲注(19) 法セ 55 頁。

⁴⁰ CIA を保護法益として本罪の立法論的検討を行ったものとして、西貝・前掲注(19)『刑事法の理論と実務④』205 頁以下がある。

【付記】

校正の段階で、前田雅英「公共空間の法的保護としてのサイバーセキュリティ」都法 63 卷 1 号(2022 年) 1 頁以下、高木浩光ほか『座談会 コインハイブ事件最高裁判決を受けて(上)』情報法制研究 12 号(2022 年) 96 頁以下に接した。

三重野 雄太郎(みえの ゆうたろう) 東京通信大学 指導補助者