

Crimes of Computer Virus (Electromagnetic Records of Unauthorized Commands)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2020-09-08 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: NAGAI, Yoshiyuki メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00059400

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



不正指令電磁的記録概念について*

永 井 善 之

- 一 はじめに
- 二 コインハイブ事件判決
 - 1 事実の概要
 - 2 第一審判決（横浜地方裁判所平成31年3月27日判決）
 - 3 控訴審判決（東京高等裁判所令和2年2月7日判決）
 - 4 争点
- 三 反意図性要件
 - 1 立案担当者の理解，学説による解釈とその分析
 - 2 本件へのあてはめ
 - 3 控訴審判決の検討
 - 4 補足
- 四 不正性要件
 - 1 立案担当者の理解，学説による解釈とその分析
 - 2 本件へのあてはめ
 - 3 控訴審判決の検討
 - 4 補足
- 五 まとめ

* 本稿は、東京高等裁判所令和2年2月7日判決（後述一、二三参照）に対する被告人側からの上告に際して依頼を受け作成し最高裁判所に提出された意見書における考察に基づいて執筆したものである。本意見書作成の機会を頂いたコインハイブ事件弁護団主任弁護士平野敬弁護士，並びに同弁護団弁護士壇俊光弁護士に厚く御礼を申し上げる。

一 はじめに

刑法第2編第19章の2をなす不正指令電磁的記録に関する罪（同法168条の2以下。以下「本罪」ともいう。）は、2011年6月17日に成立した刑法改正法¹⁾によって新設された犯罪類型である²⁾。本罪の立法理由は、近時のわが国におけるいわゆるコンピュータ・ウイルスの広がりによる被害の問題への対処、及び、欧州評議会（Council of Europe）により2001年に採択された「サイバー犯罪に関する条約（Convention on Cybercrime）」（以下「サイバー犯罪条約」ともいう。）の

- 1) 「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案」（第177回国会閣法42号）が可決され成立したものであり（平成23年法律74号）、本法中の刑法の改正規定は同年7月14日から施行されている。
- 2) 本罪について実務の立場から解説するものとして、藤乗一道「サイバー犯罪等への対処—情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部改正案—」立法と調査316号（2011年）3頁以下、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」捜査研究60巻8号（2011年）17頁以下、同「『いわゆるサイバー—刑法の概要について』罪と罰48巻4号（2011年）13頁以下、同「『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」法律のひろば64巻10号（2011年）51頁以下、同「法改正の経緯及び概要（特集・情報処理の高度化等に対処するための刑法等の改正）」ジュリスト1431号（2011年）58頁以下、榎清隆「『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』の概要」刑事法ジャーナル30号（2011年）3頁以下、同「『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』の概要」法の支配164号（2012年）24頁以下、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）1頁以下、大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第8巻〔第3版〕』（2014年）340頁以下〔吉田雅之〕。なお、後述のように、本罪の原案は既に2003年の法務大臣諮問第63号の要綱（骨子）において示されており、これを原案通り可決した法制審議会の答申に基づき条文化された本罪を含む刑法等改正法案が2回に渡り国会提出されていたが（第159回国会閣法46号、第163回国会閣法22号）、いずれも衆議院解散により廃案となっている。この旧法案当時の本罪について解説するものとして、日本弁護士連合会組織犯罪関連立法対策ワーキンググループ編『サイバー犯罪条約の研究』（2003年）23頁以下〔高橋郁夫＝稲垣隆一〕、北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱（骨子）（特集・ハイテク犯罪に対する立法課題）」ジュリスト1257号（2003年）6頁以下、山口厚「サイバー犯罪に対する実体法的対応（特集・ハイテク犯罪に対する立法課題）」ジュリスト1257号（2003年）15頁以下、同「サイバー犯罪の現状と課題（特集・サイバー犯罪の現在）」現代刑事法6巻1号（2004年）4頁以下、今井猛嘉「ネットワーク犯罪」法学教室303号（2005年）49頁以下等。

批准のための国内法整備の点に求められている³⁾。

サイバー犯罪条約は、その締約国に犯罪化が要請されるものとして、「違法なアクセス (Illegal access)」（同条約 2 条）、「違法な傍受 (Illegal interception)」（同 3 条）、「データの妨害 (Data interference)」（同 4 条）、「システムの妨害 (System interference)」（同 5 条）、「装置の濫用 (Misuse of devices)」（同 6 条）等を定めているところ、これらのうちの 6 条の罪、すなわち、これら「第 2 条から前条までの規定に従って定められる犯罪を主として行うために設計され又は改造された装置 (コンピュータ・プログラムを含む) (a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5)」（6 条 1 項 a 号 i) の製造、販売、保有等を、わが国において犯罪化するための担保法が本罪である⁴⁾。

もともと、本罪は、サイバー犯罪条約 6 条の罪のように、個別の犯罪の予備的行為を処罰するという構成を採ってはいない。その理由は、このような予備罪構成では、加害行為自体についての処罰規定がない場合に対応することができず、また、予備罪の処罰は重大犯罪に限られる例外的な措置であるというわが国刑罰法規の原則との関係や、それゆえに法定刑を軽くとどめざるをえなくなる等の事情であるとされる⁵⁾。そのため本罪は、立案担当者によれば、今日では極めて重要な社会的機能を有するに至っている電子計算機において、その使用者の意思に反してコンピュータ・ウイルスが実行されるという近時の問題を放置すれば、電子計算機における情報処理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、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として、電子計算機のプログラムが、電子計算機に対してその使用者の「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」を与えるものでないという、電子計算機のプログラ

3) 杉山＝吉田・前掲注 2) 65頁, 67頁注 3)。

4) 本条約の邦訳は外務省訳によった。

5) 法制審議会刑事法 (ハイテク犯罪関係) 部会第 3 回会議 (2003年 5 月 15日) 議事録参照。

ムに対する社会一般の者の信頼という社会的利益を保護法益とする罪とされている⁶⁾。本罪全体の構成としては、「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」(168条の2第1項1号)の供用とその未遂(同条2項, 3項)、人の電子計算機における実行の用に供する目的でのこれら電磁的記録等(同条1項1号, 2号)の作成, 提供(同条1項), 取得, 保管(168条の3)が処罰されている。

本罪については、2003年3月24日の法務大臣諮問63号(ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する諮問)の要綱(骨子)においてその原案が示されたのち、法制審議会から国会に至る審議の過程においてほぼ一貫して、本罪の新設による、コンピュータ・ウイルス対策のための調査研究や技術開発等の目的に基づく行為への萎縮的效果のおそれといった問題が主要な論争点となっていた。この点、法制審刑事法(ハイテク犯罪関係)部会での審議においては、事務当局からは、本罪の要件である「人の電子計算機における実行の用に供する目的」での「人」がコンピュータ・ウイルスに当たるものを実行されることを認識あるいは同意していない他人を意味することから、正当な目的によるコンピュータ・ウイルスの取扱いの場合にはその行為者にこの目的が欠けることになり本罪は成立しないという説明がなされていた⁷⁾。その後、諮問63号の要綱(骨子)を本罪につき原案通りに可決した法制審による答申の要綱(骨子)に基づいて条文化された本罪新設に係る規定は、共謀罪の新設等に係るものと併せ「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」(第159回国会閣法46号)として国会提出され、その衆議院法務委員会での審議時には政府参考人から、法制審における審議の際と同様に、研究や実験の目的でコンピュータ・ウイルスを自己又は承諾を得た第三者の電子計算機上で作

6) 法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会第1回会議(2003年4月14日)議事録、杉山=吉田・前掲注2) 65頁以下、大塚ほか編・前掲注2) 340頁以下[吉田]参照。

7) 法制審部会第1回会議・前掲注6)、法制審部会第3回会議・前掲注5)、法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会第6回会議(2003年7月4日)議事録参照。

動させる限り、本罪の要件である「人の電子計算機における実行の用に供する目的」を欠くこととなると説明される⁸⁾などしたが、本法案は2005年8月8日の衆議院解散によって廃案となった。また、本法案を実質的に引き継いだ同名の法案(第163回国会閣法22号)に係る第164回国会での衆議院法務委員会における審議では、主に同法案中の共謀罪に係る部分を巡る与野党の修正案が提出されるなか、2006年4月27日に民主党から提出された修正案において、本罪に関して「正当な理由がないのに」との文言を追加する案が提示されたが⁹⁾、本法案も2009年7月21日の衆議院解散により廃案となった。その後、本罪等に係る部分を共謀罪等に係る部分から分離して新たな法案としたものが成立に至った前述の刑法改正法(案)であり、その策定時には、本罪に係る旧法案当時の条文に対して現行条文における位置への「正当な理由がないのに」という文言の追加が行われている¹⁰⁾。

-
- 8) 第162回国会衆議院法務委員会議録26号6頁[大林宏政府参考人]。本法案での本罪に係る条文は、現行168条の2第1項、2項各項及び168条の3から「正当な理由がないのに、」を除いたものであった(後述の第163回国会閣法22号においても同じ)。
- 9) 修正には法定刑(諮問63号の要綱(骨子)以来、原案におけるそれは現行条文におけると同じ)の減軽も含まれている。これらの修正箇所(以下の下線部)を織り込んだ本罪の条文案は、168条の2第1項柱書が「人の電子計算機における実行の用に供する目的で、正当な理由がないのに、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、一年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。」、同条2項が「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。」、168条の3が「前条第一項の目的で、正当な理由がないのに、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、六月以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。」となる。
- 10) 杉山＝吉田・前掲注2)85頁注15)、大塚ほか編・前掲注2)352頁[吉田]参照。また、本法案の参議院法務委員会での可決時には、本罪について、「政府は、本法の施行に当たり、次の事項について特段の配慮をすべきである。一 不正指令電磁的記録に関する罪(刑法第十九章の二)における『人の電子計算機における実行の用に供する目的』とは、単に他人の電子計算機において電磁的記録を実行する目的ではなく、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ない電磁的記録であるなど当該電磁的記録が不正指令電磁的記録であることを認識認容しつつ実行する目的であることなど同罪の構成要件の意義を周知徹底することに努めること。また、その捜査等に当たっては、憲法の保障する表現の自由を踏まえ、ソフトウェアの開発や流通等に対して影響が生じることのないよう、適切な運用に努めること。」とする附帯決議がなされている。

もつとも、そもそも正当な理由の不存在すなわち違法であることはそのような明文の有無にかかわらず犯罪の成立要件として当然のことであり、本文言の追加には処罰範囲の明確化の面でも特段の意義が認められるものではないように思われる¹¹⁾。

以上のような、調査研究や技術開発等の正当な目的に基づく行為への本罪の不適用という論点は、コンピュータ・ウイルスという本罪の行為客体の存在を前提とした、その具体的な取り扱い行為の違法性の有無に係るものであるが、本罪の成立範囲の如何については、その行為客体である不正指令電磁的記録自体の具体的な意義も重要な論点をなすと考えられる。というのも、既にみたように、本罪はコンピュータ・ウイルスによる被害という問題への対処と、特定の犯罪への予備的行為の可罰化を要請するサイバー犯罪条約6条の担保を立法理由としつつも、このような予備罪的な構成を採るのではなく、電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の信頼という社会的利益を法益とするものとして構成されているために、本罪の行為客体たる不正指令電磁的記録概念の捉え方において、具体的利益の侵害可能性からの乖離に伴う抽象化が生じうるからである。本罪の前提とする電子計算機のプログラムに対する社会的な信頼は、本罪の行為客体がコンピュータ・ウイルスとしても使用されうるものでありながら、その技術としては広く有益に活用されうるものである点で、公共の信用を法益とするという意味では同様ながらも行為客体が偽変造された通貨、文書、有価証券等、それ自体の正当な使用が典型的には殆ど想定されえないこれら従来型の各種偽造罪における社会的な信頼との間に、その性質上の差異をもつように思われる。つまり、本罪の行為客体のいわば価値中立的な性質を踏まえるならば、本罪の成立範囲の明確性を維持するためには、電子計算機のプログラムに対する社会的な信頼とは、コンピュータ・ウイルスにより生じる具体的な

11) 杉山＝吉田・前掲注2) 78頁、大塚ほか編・前掲注2) 352頁以下〔吉田〕参照。なお西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第2巻』(2016年) 553頁〔嶋矢貴之〕は、本文言の付加が立法に関する了解調達や社会不安解消等に資するものでもであるとされる。

侵害、すなわち、情報の窃盗や流出、毀損等といった害悪を生じるものではないことへの信頼であると解されるべきことになると考えられ、またそのような信頼でなければ刑事罰による保護には値しない（本罪の成立範囲はこのような信頼を侵害しうる場合に限定される）と解されるべきように思われる¹²⁾。そうであるとすれば、本罪での社会的信頼の侵害の危険は電子計算機のプログラムがその実行者の人格的あるいは財産的な諸利益を侵害するものではないという信頼への（抽象的）危険が認められるようなものであることが本罪、すなわちその行為態様や、あるいは行為客体たる不正指令電磁的記録概念の解釈、具体的には、本概念に係る「人……の意図に反する」という要件（以下「反意図性（要件）」という。）や、「不正な指令を与える」という要件（以下「不正性（要件）」という。）の解釈において前提とされるべきことになると考えられる。

本罪ははまだ比較的新しい犯罪類型であることもあり、裁判例の蓄積¹³⁾や学説による検討¹⁴⁾も多いとまではいえない状況にあるが、近時、いま述べたよう

12) 永井善之「判批」速報判例解説新・判例解説Watch26号（2020年）190頁。日弁連ワーキンググループ編・前掲注2）30頁〔高橋=稲垣〕も参照。

13) 本罪の成立が認められたものとして、京都地判平成24・7・3 LEX/DB25482154（偽の有料登録表示）、千葉地判平成25・11・8 裁判所ウェブサイト（データ流出）、東京地判平成27・2・4 LEX/DB25505940（遠隔操作）、広島地判平成27・12・7 LEX/DB25542007（データ流出）、東京地判平成29・4・27判時2388号114頁（データ流出。評釈として、岡田好史「判批」専修大学法学研究所紀要44号（2019年）91頁以下）とその控訴審である東京高判平成31・3・28LEX/DB25563539（控訴棄却）、大阪地判平成31・1・17裁判所ウェブサイト（サーバ負荷攻撃）とその控訴審である大阪高判令和元・11・1 LEX/DB25564530（控訴棄却）等がある。

14) 学説による本罪の検討として、石井徹哉「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について（上）、（中）、（下）」千葉大学法学論集26巻1=2号（2011年）65頁以下、同巻4号（2012年）10頁以下、27巻2号（同年）49頁以下、前田雅英「サイバー犯罪と刑事法」罪と罰48巻4号（2011年）6頁以下、山下幸夫「コンピュータ監視法について」法と民主主義462号（2011年）21頁以下、今井猛嘉「実体法の視点から（特集・情報処理の高度化等に対処するための刑法等の改正）」ジュリスト1431号（2011年）66頁以下、荒川雅行「ウイルス作成罪」法学教室374号（2011年）2頁以下、渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑事法ジャーナル30号（2011年）27頁以下、同『ネットワーク犯罪と刑法理論』（2018年）251頁以下、山口厚「コンピュータ・ウイ

な観点から重要な裁判例が登場した。それが³、いわゆるコインハイブ事件についての東京高等裁判所令和2年2月7日判決¹⁵⁾である。本判決(以下「控訴審判決」という。)においては、その原判決である横浜地方裁判所平成31年3月27日判決¹⁶⁾(以下「第一審判決」という。)におけると同様に、不正指令電磁的記録該当性判断の際の枠組みとして、反意図性及び不正性という不正指令電磁的記録の二つの要件を明確に区別した上で、それぞれについてその充足の有無が検討されているが³、第一審判決は前者は肯定したものの後者を否定して不正指令電磁的記録該当性を否定したのに対して、控訴審判決はこれらの両者とも認められるとしてその該当性を肯定している。

そこで以下では、不正指令電磁的記録概念に係る反意図性及び不正性という二つの要件について、前述のような観点からの具体的意義や相互関係等を考察し、それに基づいてコインハイブ事件の事実及びその控訴審判決の分析を試みたい。

二 コインハイブ事件判決

1 事実の概要

一般にコインハイブ事件と称される本件の事案の概要は以下の通りである。

ウェブデザイナーであり、楽曲情報に関するウェブサイト(以下「サイト」ともいう。)であるAを運営していた被告人は、Aの維持管理費用を広告収入によ

ルス罪の論点」法とコンピュータ30号(2012年)59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」国士館法学46号(2013年)69頁以下、鎮目征樹「ソフトウェアの無断インストールと不正指令電磁的記録に関する罪」研修792号(2014年)3頁以下、同「不正指令電磁的記録作成等(168条の2・168条の3)」法学教室407号(2014年)29頁以下、西田ほか編・前掲注11)542頁以下[鳴矢]。

15) 裁判所ウェブサイト。評釈として、永井善之「判批」速報判例解説新・判例解説 Watch 27号(2020年)掲載予定。

16) LEX/DB25570338。評釈として、平野敬「判批」JILISレポート2巻2号(2019年)1頁以下、板倉陽一郎「判批」Law & Technology85号(2019年)15頁以下、高木浩光「判批」Law & Technology85号(2019年)20頁以下、永井・前掲注12)187頁以下。

て賄っていたところ、ニュースサイトにおける2017年9月20日付の記事、すなわち、海外のサイトがその一部のページに、サイトの閲覧者のコンピュータの中央処理装置(以下「CPU」という。)を仮想通貨(暗号資産)¹⁷⁾のマイニング(ネットワーク上の取引台帳に仮想通貨の取引履歴を追記する承認作業等の演算に成功することで報酬として仮想通貨を取得することであり、採掘とも称される)のために使用するコインハIVE (Coinhive) と称するプログラムを呼び出すコードを設置し、閲覧者に無断でそのCPUを借用してマイニングを行っていたこと、ユーザーに無断でマイニングを強いるこのような仕様は許されないと意見が多い一方、サイトの運営は広告収入に頼らざるをえないなかでサービス享受の対価としてのサイト利用者によるCPUリソースの提供には肯定的な意見もあること、広告表示や課金制以外のマネタイズ方法としてマイニングへのCPUリソースの提供はユーザーにとって手軽であり、寄付に近いものとして今後受け入れられていく可能性があることなどを報じる記事を読み、コインハIVEに興味を抱き、Aの収入源としてこれを試験的に導入することとした。なお、コインハIVEはB社により同月から提供が開始されたもので、その登録者に発行されるサイトキーを記述したコードをサイトに設置すると、その閲覧者のコンピュータでマイニングが実行され、総採掘量の3割をBの収益、7割を登録者の報酬として分配するものであった。

そこで被告人は、同月21日に、前述の手続によりコインハIVEを呼び出すコード(以下「本件プログラムコード」という。)をAに設置した。本件プログラムコードでは、CPU使用率を調整するための設定値(以下「スロットル値」という。)が設けられ、0.5と設定されていたが、この値に設定した場合、閲覧者のCPUを用いて本件マイニングを実行すると、そのコンピュータの消費電力が若干増加

17) 仮想通貨、すなわち暗号資産(2020年5月1日に施行された令和元年法律28号による「資金決済に関する法律」(平成21年法律59号)の改正により、従来の呼称である仮想通貨を変更したもの。同法2条5項参照)についてはさしあたり、永井善之「仮想通貨に対する法的規制について」犯罪と刑罰27号(2018年)175頁以下参照。

したり、CPUの処理速度が遅くなったりするが、極端に遅くなるものではなかった。被告人は、同年10月30日に、ツイッターにおいて「ユーザーの同意なくコインハイブを動かすのは極めてグレーな気がするのですが」との指摘を受け、「個人的にグレーとの認識はありませんが……ユーザーへの同意を取る方向で検討させていただきます」と返信したものの、同意を取得するような仕様を設けることのないまま、同年11月9日に本件プログラムコードを削除した。この前日までにAの閲覧者のCPUを用いて採掘された仮想通貨の合計量と当時の円換算レートに基づき、被告人は800円程度の総収益を得た。

以上の事実に関して、被告人は（横浜簡略式平30・3・28公刊物未登載により不正指令電磁的記録取得罪、同保管罪（刑法168条の3）として罰金10万円の略式命令を受け、自ら請求した正式裁判において、訴因変更後）2017年10月30日から同年11月8日までの間、本件プログラムコードをC社の管理運営するサーバコンピュータ上のAを構成するファイル内に蔵置したとして、不正指令電磁的記録保管罪（以下「保管罪」という。）に問われた。

2 第一審判決（横浜地方裁判所平成31年3月27日判決¹⁸⁾）

横浜地裁は概ね次のように判示して被告人を無罪とした（求刑罰金10万円。検察官控訴）。

保管罪の成否を判断するに当たり、争点となるのは、(1)本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性、(2)実行の用に供する目的の有無、(3)故意の有無、である。

争点(1)について、まず、本件プログラムコードが人の意図に反する動作をさせるべきものと認められるか検討する。この点、「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

18) 前述注16)参照。

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」が、本件においては、一般的なユーザー（閲覧者側）にコインハイブが広告表示等に代わる収益化の方法と認知されていたとはいえ、Aの体裁や内容をもみてもマイニングと関連はなく、その上、本件のスロットル値では閲覧者において通常は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から、被告人に対して指摘等の行動に及ばなかった閲覧者についても、閲覧前に本件マイニングを認知していた、又は閲覧中に気づいたものこれを容認したとみることはできず、以上によれば、本件プログラムコードの機能である本件マイニングの実行をA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とはいえない。弁護人は、本件プログラムコードはJavaScriptで記述されており、今日では個々のJavaScriptのプログラムの実行に際し閲覧者の承諾を得る慣行はないから、本件マイニングにもあらかじめ承諾があるとみようと主張するが、保管「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」、結局、本件プログラムコードは人の意図に反する動作をさせるべきプログラムに該当する。

次に、本件プログラムコードが不正な指令を与えるものであるか検討する。この点、「『不正な』指令に限定することとされた趣旨は、電子計算機の使用者の『意図に反する動作をさせる』べき指令を与え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、あるプログラムによる指令が『不正な』ものであるかどうかは、ウェブサイトを運営するような特定のユーザー及びウェブサイト閲

覽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」。本来、マイニングは演算機能の提供者が仮想通貨を取得する点で対価関係の存在を想定しうが、本件プログラムコードはこれを損なっていることは否定できず、しかも、本件マイニングを事前に認知していない閲覧者は報酬を放棄したり被告人に贈与したりする旨の同意等の機会を与えられず、閲覧中に本件マイニングに気づいてこれを回避する可能性もないままであり、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。もっとも、㊦本件マイニングでサイト運営者が得る仮想通貨がその後のサイトのサービスの質を維持・向上させるための資金源になりうるのであるから、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。㊧本件マイニングでは消費電力の増加、処理速度の低下等の影響が生じるが、そ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、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。加えて、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、本件マイニングの実行に伴う閲覧者の電子計算機に対する影響を軽微なものにとどめることが可能である。また、㊨被告人の場合には、他人のサイトを改竄して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。しかも、㊩コインハイブやこれと同等のプログラムに対する本件当時のインターネット上のユーザー間の評価は、否定的な立場（ただし、違法の可能性といった法的な意味合いよりも、単なるマナー違反やモラル的な趣旨からのものにとどまっていたとも解し得る）もあるが、収益方法としての利便性を重視し肯定的に捉える立場もあり、賛否両論に分かれていた。さらには、㊪本件プログラムコードが削除される時期までに、本件マイニングに関し「その当時新聞等のマスメディアによる報道はもとより捜査当局等の公

的機関による事前の注意喚起や警告等もない中で、本件プログラムコードを設置した被告人に対していきなり刑事罰に値するとみてその責任を問うのは行き過ぎの感を免れない」。これら諸事情に照らせば、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ず、不正な指令を与えるプログラムに該当すると判断するには合理的な疑いが残る。

以上から、本件プログラムコードは不正指令電磁的記録には該当しない。

なお念のために付言すると、本件プログラムコードが不正指令電磁的記録に該当すると仮定しても、その機能やそれに対する本件当時のユーザー等関係者間の評価、被告人がそれを導入した経緯に鑑みれば、被告人において、それが不正指令電磁的記録に当たることを認識認容しつつこれを実行する目的があったものと認定するには合理的な疑いが残るから、その保管につき争点(2)に係る目的があったと認めることはできない。

よって、その余の争点につき検討するまでもなく、本件公訴事実については犯罪の証明がないことに帰する。

3 控訴審判決(東京高等裁判所令和2年2月7日判決¹⁹⁾)

東京高裁は概ね次のように判示して第一審判決を破棄し、不正指令電磁的記録保管罪の成立を認めた(罰金10万円。被告人上告)。

反意図性につき第一審判決は専ら本件プログラムの機能の認識可能性を基準に判断しているように解される。しかし、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、反意図性、不正性のある指令を与えるプログラムの作成等を処罰対象とするものである(な

19) 前述注15)参照。

お、原審において弁護人は、処罰の対象を電子計算機の破壊や情報の窃用を伴うプログラムに限定すべきと主張したが、前記の趣旨によれば、反意図性や不正性を肯定できるものについてさらに限定すべき理由はない。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」。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といえるから、反意図性を肯定した原判決の結論に誤りはない」。なお、前記の通り、プログラムの反意図性はその機能を踏まえて認定すべきであるから、JavaScriptのプログラムというだけで反意図性を否定することはできない。

不正性の要件は、「一般的なプログラムの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」が、本件プログラムコードは前記の通り、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プログラムといえる上、その不利益に関する表示等もされていないから、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、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えることはできない。これに対し、第一審判決は、㊶ないし㊷などを挙げて社会

的許容性を否定できないとするが、㉗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。また、㉘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。また、㉙プログラムに対する賛否は、その使用に対する利害や機能の理解等によっても相違があるから、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ず、本件はプログラムに反意図性が肯定できる事案であり、その使用の有無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といえる。また、㉚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左右されるものではない。さらに、㉛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それを論じること自体が適当でない。なお弁護人は、本件プログラムコードは電子計算機の破壊や情報の窃用を伴うプログラムではなく、消費電力や処理速度の低下等の電子計算機への影響の点で不正性を根拠づける事実が立証されていないとして、社会的許容性がある旨を主張するが、既に述べたとおり、不正指令電磁的記録が電子計算機の破壊や情報の窃用を伴うプログラムに限定されると解すべき理由はないし、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から、消費電力や処理速度の低下等が使用者の気づかない程度のものであったとしても、反意図性や不正性を左右するものではない。

これらによれば、本件プログラムコードは、その機能を中心に検討すると反意図性もあり不正性も認められるもので、不正指令電磁的記録に該当する。

実行の用に供する目的については、被告人は本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を基礎づける事実を実質的に認識した上でそれを保管したものと見えるし、それがA閲覧者の承諾を得ないまま実行されることを認識認容していたのであるから、それを保管した被告人に、人の電子計算機における

実行の用に供する目的があったことは明らかであり、被告人の故意も認定できることが明らかである。

4 争 点

以上のように、被告人の行為に不正指令電磁的記録保管罪の成否が問われた本件では、本件プログラムコードが不正指令電磁的記録に該当するか否かが主たる争点となる。以下では、不正指令電磁的記録に係る反意図性及び不正性の各要件についてその具体的意義や相互関係を考察しつつ、控訴審判決及び第一審判決によるこれらの要件に係る判断枠組みを前提として、本件プログラムコードによるその充足の有無を検討する。

三 反意図性要件

1 立案担当者の理解、学説による解釈とその分析

反意図性要件を充たすものであるか否かの判断に関して、立案担当者は、本罪は「電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼を保護法益とするものであるから、あるプログラムが使用者の『意図に沿うべき動作をさせず、又は意図に反する動作をさせる』ものであるか否かが問題となる場合における、その『意図』についても、そのような信頼を害するものであるか否かという観点から規範的に判断されるべきであると考えられる。すなわち、その『意図』については、個別具体的な使用者の実際の認識を基準として判断するのではなく、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、そ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」とする²⁰⁾。

このような理解に基づいた、反意図性に係る具体的な判断方法は、学説により指摘されているように、「利用(予定)状況(提供方法・注意書き・流通範囲等)

20) 杉山＝吉田・前掲注2) 70頁以下。大塚ほか編・前掲注2) 345頁〔吉田〕も参照。

から、想定されるであろうプログラムの動作・不動作を確定し、それと実際の動作・不動作を比較の上、一致・不一致を検討して、一致しない場合に、(その程度により)一般の信頼が害され、本条の客体にあたる可能性が生じる²¹⁾、というものになると考えられる。

このように、反意図性とは、プログラムの機能や動作についての一般的な認識と、その実際の機能や動作との間に齟齬が存在することを意味するといえるから、反意図性要件の実質は、プログラムの機能や動作に対する社会一般の信頼(本罪の保護法益)を害する(可能性のある)ものであること、ということになろう。そうであるとすると、ここにいう社会一般の信頼は、必然的に、当該プログラムの使用者(当該プログラムが実行の用に供される者)一般の重要な利益に関係す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、電子計算機等の財物の損壊等、を生じないという信頼、となると考えられる。なぜなら、およそ電子計算機のプログラムという性質上、その具体的な機能や動作等の内容や過程は一般的には認識できないことから、当該プログラムに係るこれら具体的なすべての機能や動作のうち、使用者一般の重要な利益(前述の情報や財物等のことをいう。以下同じ。)に関係しないものに対する信頼、よってまた、一般的な利用者にとって(これらの者が当該プログラムの実際の機能や動作を認識したと仮定すれば抱くであろう)不快感や驚きなどの感覚を生じさせるに過ぎない作用をなすものでさえないというような信頼は、本罪により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有しないと考えられるからである。

2 本件へのあてはめ

以上のように理解される判断枠組みに基づいて、本件において不正指令電磁的記録該当性が問われている本件プログラムコードに係る反意図性の有無を考

21) 西田ほか編・前掲注11) 550頁[嶋矢]。

察すると、まず、①一般に認識すべきと考えられる、使用者一般にとっての重要な利益に係る機能ないし動作は、(そもそも本件プログラムコードの実行によるコインハイブの呼び出しに基づくマイニングの実施という動作自体が、一般的な使用者(被告人の運営するウェブサイト(以下「被告人サイト」という。)の閲覧者一般)には認識されないようなものであるために)「自己の電子計算機及びそこに記録された情報等を侵害する作用を与えるものではない」といったものとなり、他方で、②本件プログラムコードの実際の機能ないし動作は「被告人サイトの閲覧者の電子計算機において、閲覧者に気づかれぬようにマイニングを実施させること」であることになる。そして、本件のようなマイニングにより被告人サイトの閲覧者に及ぼされる具体的な影響は、第一審判決が認定している通り、その電子計算機の消費電力が若干増加したり、CPUの処理速度が遅くなったりするが極端に遅くなるものではなかったというものであるから、②に関してはウェブサイト一般の閲覧の場合と変わらない程度の軽微な影響しか存在しないことになり、他方で、前述の①は要するに使用者(閲覧者)の重要な利益を侵害するものではない、ということであるから、結局、①と②は実質的に一致していることになる。したがって、本件プログラムコードはプログラムの機能や動作に対する社会一般の信頼を害するものではないと評価されるから、これにつき反意図性は認められないこととなる。

このような結論は、仮に、①についてより形式的に、すなわち、利用者一般にとっての重要な利益に係る機能ないし動作という実質的な捉え方を意識せず、本件プログラムコードが被告人サイト閲覧者に気づかれぬ動作をなす点を捉えて、「およそ何らの機能もなく動作もしない」と捉えた上で、これを前述の②と比較して、両者が一致しないと解するとしても、変わるものではないと考えられる。というのは、このような不一致は、そもそも②の機能ないし動作による被告人サイト閲覧者への影響が前述の通りごく軽微なものであるために、プログラムの機能や動作に対する社会一般の信頼を害するものではないと考えられるからである。このように、およそ①と②が一致しない以上は常に社

会一般の信頼が害されることになる」と解すべきではないことは、先に引用した学説においても、「一致しない場合に、(その程度により)一般の信頼が害され」として、強調されている²²⁾。

3 控訴審判決の検討

このような考察を踏まえて、控訴審判決による反意図性に関する判断について検討する。

控訴審判決はまず、「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」とする。このような理解は、プログラムの機能について、その個々の使用者の認識ではなく一般的に認識されることを基準とするという点では、第一審判決及びそれが依拠していると思われる立案担当者による理解とほぼ同様であると考えられるが、控訴審判決では、一般的な使用者の意思に反しないといえるかという観点からの規範的な判断が重視されてもいるようである。この点は、第一審判決の立場であるとして控訴審判決が批判する、プログラムの機能についての認識可能性のみによるかのような判断との相違を強調する意図によるものと思われるが、このようにして重視された規範的判断として、控訴審判決は、本件プログラムコードによる機能の具体的内容、すなわち、④その使用者に無断で(認識不可能性)、⑤電子計算機の機能を提供させつつも(損失付与)、⑥利益はもたらさない(利益不存在)、という諸点を根拠に、一般的な使用者はこのようなプログラムの使用を許容しないことは明らかであるとして、反意図性を肯定した第一審判決の結論を是認している。

このような判断枠組みは、確かに、控訴審判決が第一審判決の立場であるとする、プログラムの機能自体の認識可能性のみによるかのような判断とは異

22) 西田ほか編・前掲注11) 550頁[嶋矢]。

なっており、それゆえに、プログラム言語一般ではなく個々のプログラムの機能を問題とするなら（このことは控訴審判決自身も認めている）、日々開発される新たなプログラムについてはおよそ一般に認識すべきものとはいえないため、ほぼ常に反意図性が認められうる、といった事態も回避されえよう。

しかしながら、控訴審判決による反意図性に係る判断においては問題がある。それは、この判断に際して具体的な考慮要素とされた前述の㉔ないし㉕の諸要素のうち²³⁾、本罪は社会的法益に対する罪であるため、㉔（認識不可能性）の要素は決定的な事情とまでは言い難く、また、利益の侵害ではなく利益の付与の不存在であるに過ぎない㉕（利益不存在）も、それ自体として決定的な意義を有しないと考えられる一方、プログラムの（使用者の重要な利益に関係する）機能ないし動作に対する信頼という本罪の法益の観点から特に重要となると考えられるのが㉖（損失付与）であるところ、これに対する評価が、本件プログラムコードによる実際の影響、すなわち、前述のように、電子計算機の消費電力が若干増加したり、CPUの処理速度が遅くなったりするが極端に遅くなるものではなかったという、ウェブサイト一般の閲覧に際してと変わらない程度の軽微な影響に比して、過剰であると考えられることである。つまり控訴審判決は、このような影響を重大なものとして評価することで、このような重大な影響を一般的な使用者は許容しないから、その使用は一般的な使用者の意思に反する（このような重大な影響を生じるプログラムではないという信頼が侵害された）といえるため、本件プログラムコードには反意図性が認められる、としているといえよう。しかしまず、前述のように、本罪においてはプログラムの機能への社会的な信頼が刑事罰によって保護されていることから、およそいかなる信頼であっても保護される、すなわち、プログラムの機能や動作について

23) これらは前述の㉔（当該プログラムの実際の機能ないし動作）を構成する要素であり、これらを反意図性の有無の判断に際しての考慮要素とすること自体には、反意図性と不正性とを個別に検討する控訴審判決の判断枠組みを前提とする限り、問題はない。ただし、後述四4参照。

の一般的な認識と、当該プログラムの現実の機能や動作との間に何らかの齟齬があれば反意図性は認められる、と解するべきではなく、保護の対象はプログラムの使用者の重要な利益に関係する機能に対しての信頼に限定される、と解するべきであろう。そして、本件プログラムコードによる影響（特に重要な⑥）をみると、これは前述のように、プログラムの使用者の重要な利益に関係しない軽微な影響であるため、これを控訴審判決のように重大視することは適切ではない。前述のように、本件プログラムコードによるこのような影響は、ウェブサイトで用いられる一般的なプログラムによる場合と変わらないのであるから、このような影響を一般的な使用者は許容していると考えられ、その使用は一般的な使用者の意思に反するとはいえない（重要な利益に関係しない影響しか生じないプログラムに対する、そのような影響を生じるプログラムではないという信頼は、本罪によって保護されるものではない）であろう。したがって、本件プログラムコードには反意図性を認めることはできないことになる。

4 補 足

なお、反意図性の有無に係る判断について、控訴審判決のこのような、プログラムの機能の内容を踏まえた規範的な検討をせず、プログラムの機能に対する一般的な認識とその実際の機能との間に齟齬があれば足りるとし、反意図性が広く認定されることを認めた上で、処罰に値しないプログラムについては、不正指令電磁的記録のもう一つの要件である不正性が欠けると判断すれば足りる、という考え方もありえよう²⁴⁾。もっとも、このような考え方は、実質的には、不正指令電磁的記録該当性に係る判断が不正性の有無の判断に尽きることを認め（、その結果、反意図性要件の存在意義を不明瞭とす）るものであるように思われる。

24) プログラムの機能の一般的な認識不可能性を重視しているようにみえる第一審判決の立場も、このような考え方に類するもののように思われる。

四 不正性要件

1 立案担当者の理解、学説による解釈とその分析

不正指令電磁的記録に係る不正性要件の趣旨やその充足の有無の判断方法について、立案担当者は、「『不正な』指令に限定することとされたのは、電子計算機の利用者の『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』べき指令を与え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、その作成、供用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。したがって、あるプログラムによる指令が『不正な』ものであるか否かは、その機能を踏まえ、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こととなる。」とする²⁵⁾。

学説においても、不正性要件については「問題となるプログラムが使用者の実質的な利益を害するような動作の指令を与えるものであることが必要となるであろうし、逆にいえば、社会通念上許容し得る動作の指令を与えるものは、『不正な指令』を与えるものではなく、不正指令電磁的記録には当たらないことになる。この要件によって、使用者が気付いていないものの、その利益を実質的に害することのない動作をする指令を与える多くのプログラムは不正指令電磁的記録から除外されることになると解される。」²⁶⁾とされている。

これらの理解に示されているように、不正性とは、端的には、プログラムによる動作の指令が社会的に許容されないものであること（社会的不許容性）である。そして、このような社会的不許容性は、プログラムの機能に対する社会一般の信頼という本罪の法益との関係では、プログラムがこのように社会的に許容されない指令をなすものではないという信頼を侵害するものであることに

25) 杉山＝吉田・前掲注2) 72頁、大塚ほか編・前掲注2) 346頁〔吉田〕。

26) 山口・前掲14) 61頁。

なり（社会的に許容される指令であれば、それをなさないことの信頼が保護されるいわれはない）、そのような信頼が本罪により刑罰の威嚇をもって保護されることに鑑みれば、この社会的不許容性は、プログラムの使用者の重要な利益の侵害をなすものである必要があることになると考えられる。したがって、このような社会的不許容性の有無、すなわち、不正性の有無の判断に際しては、必然的に、プログラムによる動作の指令が使用者の重要な利益に与える影響を考慮しなければならないこととなる。

2 本件へのあてはめ

このように解される判断枠組みに基づいて、本件プログラムコードに係る不正性の有無を考察すると、その実行に基づくマイニングの実施により、その使用者である被告人サイトの閲覧者が受ける影響は、前述のように、電子計算機の消費電力が若干増加したり、CPUの処理速度が遅くなったりするが極端に遅くなるものではなかったというものである。すでにみたように、これらはウェブサイト一般の閲覧に際して生じうる影響と変わらない程度の軽微なものであって、これらが被告人サイトの閲覧者の重要な利益を侵害するものであると評価することは困難であることから、本件プログラムコードについて、社会的に許容されず不正性が認められる、とまではいえないと考えられる。

3 控訴審判決の検討

このような考察を踏まえて、控訴審判決による不正性に関する判断について検討する。

控訴審判決はまず、不正性要件の趣旨について、「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。」とする。このような、反意図性が認められるプログラムであっても社会的に許容されるものがあり、それを処罰対象から除外するのが不正性要件であるとする理解は、第一審判決及びそれが依拠しているであろう立案担当者による理解と一致している。加えて控訴審判決は、社会的不許容性についての具体的な判断枠組みをも示しており、それによれば、社会的不許容性は、プログラム使用者にとっての利害得失や、不利益に対する注意喚起の有無等を考慮して、プログラムに対する信頼保護という観点、及び電子計算機による適正な情報処理という観点から判断するとされる。その上で控訴審判決は、本件プログラムコードは、㉔その使用者に利益をもたらさない(利益不存在)一方で、㉕その使用者に無断で(認識不可能性)、㉖電子計算機の機能を提供させた(損失付与)、という諸点を根拠に、プログラムに対する信頼保護、電子計算機による適正な情報処理のいずれの観点からも社会的に許容されない、としている(丸英字は、控訴審判決により反意図性の肯定の根拠とされた㉕ないし㉔との同一性を示す。三三参照)。

控訴審判決は、以上のような判断に加えて、不正性を認定しなかった第一審判決による社会的不許容性についての具体的な判断を次のように論難している。すなわちまず、第一審判決は先に引用したように(二二参照)、社会的不許容性についての判断枠組みを、ウェブサイトの閲覧者のみならず運営者も含めた使用者にとっての当該プログラムの有益性や必要性の程度、当該プログラムの使用者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使用者等による評価や動向等の総合考慮に基づく判断と設定した上で、本件のプログラムは使用者にとって有益でありうる(㉗)一方、それによる使用者への弊害の程度は低く(㉘、㉙)、それに対する評価も賛否両論であった(㉚。報道や公的機関による動向をいう㉛もこのような趣旨とも解されうる)といった諸点を挙げて、社会的不許容性を認定できないとした。これに対して控訴審判決は、これら諸点のそれぞれに対して、㉜この種の利益は意に反するプログラム

の実行を使用者が気づかない方法で受忍させた上で実現されるべきものではない、㉟より違法な事例と比較して本件プログラムコードを許容することはできない、㊸プログラムに対する賛否はその使用に係る利害や機能の理解等により相違があるから、賛否の存在自体で社会的許容性を基礎づけることはできないし、本件はプログラムに反意図性が肯定でき、その使用の有無を使用者に委ねえない事案であるから、賛否の存在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、㊹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る、㊺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それを論じること自体が適当でない、として、第一審判決の判断は首肯できないとする。

しかしながら、控訴審判決によるこれらの指摘は説得的ではないと考えられる。というのも、控訴審判決は、本件プログラムコードに関して、㊻では、その使用者（被告人サイトの閲覧者）にとっての認識不可能性を肯定しつつも、同使用者にとっての利益不存在の欠如を、また、㊼、㊽についても同使用者に対しての損失付与の欠如を、それぞれ否定しえておらず、㊾についても、その実質は同使用者にとっての認識不可能性を肯定しているに過ぎないからである。そして、ここにおいて控訴審判決が認めえているのは、前述の通り控訴審判決が社会的不許容性を認める際に挙げた諸要素（㊿認識不可能性、㊽損失付与、㊾利益不存在）のうち、㊿のみであって、先に反意図性要件に係る検討に際して確認した（三三参照）、これらにおいて最も重要である㊽については、少なくともこの判示部分においては、これを示すことさえできていないことになる。

結局、控訴審判決は、不正性についても、前述のように㊿ないし㊾をいわば形式的に挙げるのみで、反意図性を肯定する際と同様の判断枠組みによってこれを肯定している。したがってまた、この不正性の判断においても、反意図性を肯定する際と同様の問題性、すなわち、本件プログラムコードは、電子計算機の消費電力が若干増加したり、CPUの処理速度が遅くなったりするが極端に

遅くなるものではなかったという、ウェブサイト一般の閲覧に際してと変わらない程度の軽微な影響しか生じないという点を過度に強調して、本件プログラムコードにつき、本来認められるべきではない不正性を認めているという問題を生じているといえよう。

4 補 足

なお、以上にみたように、控訴審判決（及び第一審判決、及びこれらが依拠していると考えられる立案担当者による理解）は、不正指令電磁的記録に係る反意図性と不正性が別個の要件であると解しており、控訴審判決、第一審判決とも、これらの充足の有無を個別に検討しているが³、控訴審判決ではその具体的な判断枠組みは実質的に同じものとなっている。これら二要件のそれぞれの判断に際して、あえて差異を強調しようとするならば、反意図性に係る判断について、第一審判決のようにいわば形式的な判断をなさざるをえなくなると思われるが、それでは反意図性要件の意義が問われうることは前述の通りである（三・四参照）。不正指令電磁的記録とは、社会的に許容されない機能や動作をなす（不正性を備える）がゆえにプログラムへの社会一般の信頼を侵害する（反意図性を備える）ものと解されるべきであろうから、これら二要件の充足の有無に係る判断を明確に区別することは困難であるように思われる²⁷⁾。

五 まとめ

以上、不正指令電磁的記録に係る反意図性要件と不正性要件を考察し、これに基づいてコインハイブ事件に係る控訴審判決の分析を行った。これら二要件についての考察等をまとめると、次の通りである。

(1) まず、反意図性要件については、それが認められるかの判断に関して立案担当者やコインハイブ事件の二判決がいうように、本罪が電子計算機のプロ

27) 渡邊・前掲注14)『ネットワーク犯罪と刑法理論』269頁、永井・前掲注15)、同・前掲注12) 189頁参照。

グラムに対する社会一般の信頼を法益とするものであるから、ここにいう意図も個別具体的な使用者の実際の認識を基準として判断するのではなく、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べきことになると考えられるが、そうであるとすれば、これら（当該プログラムの存在自体の認識を欠く者も含む）使用者一般の認識と当該プログラムの実際の機能や動作との間の齟齬によって侵害され（う）るプログラムに対する社会一般の信頼（本罪の法益）は、必然的に、当該プログラムが民事的又は刑事的に違法な実害、すなわち電子計算機において管理されている情報の窃取、複製、流出、改変、毀損等、あるいは電子計算機等の機器の損壊等といった事態を生じさせるものではない、というようなものとなると考えられる。この点は、そのような信頼でなければ刑事罰での保護に値しないという刑法の謙抑性の思考からも根拠づけられる（三1参照）。

(2) また、不正性要件は、プログラムによる指令が社会的に許容されないものであることという要件である。このような社会的不許容性の実体は、電子計算機のプログラムの機能に対する社会一般の信頼という本罪の法益、すなわち、その機能がそのような事態を生じるものではないという社会的信頼が本罪により刑事罰をもって保護されることに照らせば、その機能が民事的又は刑事的に違法な実害を生じさせることであると考えられる（四1参照）。そうであるとすると、この不正性要件の充足の有無の具体的判断は、反意図性要件についてのそれと実質的に同様のものとなることとなり（四3参照）、両者を別個独立の要件とする理解、すなわち反意図性は認められるが不正性は認められないという可能性を前提とした立案担当者によるような両要件の関係性の理解は困難となるように思われる（四4参照）。これは、前述のように、反意図性要件の充足の判断につき、本罪の法益を踏まえて、個別具体的な使用者の実際の認識を基準とすることをしないという立案担当者やコインハイブ事件の二判決の前提とする判断枠組みを適切であると解するがゆえの帰結である。

(3) 以上のように、本罪は電子計算機のプログラムの機能に対する社会一般

の信頼という社会的利益を法益とする犯罪類型ではあるが、不正指令電磁的記録概念についての解釈に際しては、そのような社会的信頼を向けられる実体、すなわち、プログラムの使用者が支配する情報や財物等の利益の安全性ないし不毀損といった実質的利益を考慮せざるをえないように思われる。このことは、同じく社会的な信頼を法益とする罪ではあるが、その本来的な性質上正当な使用が典型的には殆ど想定されない偽変造された通貨や文書等を行為客体とする従来型の各種偽造罪とは異なり、本罪が、人の生命、身体の安全に有害なウイルスが免疫を獲得するためのワクチンの製造にも用いられうることと同様に、それ自体としては広く有用でありうるコンピュータ・ウイルスを行為客体とする犯罪類型であるがゆえであると考えられる（一参照）。

(4) なお、そもそも本罪は、サイバー犯罪条約6条の担保法でもありながら、本条に規定されているような、個別の犯罪に対する予備罪的な構成を採るのではなく、社会的法益に対する独立の罪として構成されることとなった（一参照）。以上にみたように、現行法のもとでも、本罪については電子計算機のプログラムの機能に対する社会一般の信頼という法益を実質的に基礎づける具体的利益を前提とした解釈が可能であると考えるが、その成立範囲をより適正かつ明確とするコンピュータ・ウイルス罪を構築するには、この罪が真に早期化を図るべき当罰的事象があるならばそれを可罰化する法整備等も併せて、サイバー犯罪条約6条の構成に類する形での立法的対応をなすことが望ましいであろう²⁸⁾。

[追記]

脱稿後、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—」北大法学論集70巻6号（2020年）155頁以下、品田智史「判批」法学セミナー787号（2020年）134頁に接した。

28) 法制審部会第6回会議・前掲注7)参照。