

論文

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——

三重野 雄太郎

〔抄録〕

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について、プログラムに対する一般人の信頼と理解されている現状を前提とすると、コインハイブ事件東京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は、方向性として適切であるものの、そうしたプログラムによる実害の有無・程度も判断枠組に取り込むべきである。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、問題のあるプログラムによる実害という点を踏まえた法益理解や、それに基づく、同罪の解釈論的・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、それらに対する法的対応の必要性が高まっている。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⁽²⁾。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 (coinhive)」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、収益を得ていた者が、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⁽³⁾。そのうちの1名について、横浜地裁は、

翌年3月に無罪判決を言い渡したが、控訴審の東京高裁では有罪とされた。この裁判では、従来、判例においては明らかにされていなかった不正指令電磁的記録該当性の判断枠組が示され、そのうえで異なる結論に至っている点で注目に値する。

本稿では、両判決を素材として、不正指令電磁的記録概念やその該当性判断枠組について検討したい。

II 不正指令電磁的記録

刑法168条の2では、正当な理由なく、人の電子計算機における実行の用に供する目的をもって、不正指令電磁的記録を作成・提供する行為（第1項）や、不正指令電磁的記録を実行の用に供する行為（第2項）が禁止され、168条の3では、正当な理由なく、同様の目的で不正指令電磁的記録を取得・保管する行為が禁止されている。ここでいう不正指令電磁的記録とは、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（これを「反意図性」という。）べき不正な（これを「不正性」という。）指令を与える電磁的記録（168条の2第1項1号）や、ここでいう不正な指令を記述した電磁的記録その他の記録（同項2号）をいう。まず、法案立案担当者の不正指令電磁的記録に関する理解を確認しておきたい。なお、この立案担当者による解説が一般的な理解として定着している。

立案担当者の解説⁽⁴⁾によると、不正指令電磁的記録に関する罪⁽⁵⁾は、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」を与えるものではないという社会一般の者の信頼を保護しようとするものであり、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法益を保護法益としている⁽⁶⁾。同解説では、こうした法益の理解を前提に、反意図性の「意図」について、「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」、すなわち、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、と説明されている⁽⁷⁾。さらに、同解説によると、「不正な」指令に限定されているのは、反意図性が認められ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当罰性が認められるものの、そうしたプログラムの中にも社会的に許容し得るものが例外的に含まれることから、そうしたものを処罰対象から除外するためであって、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されるという⁽⁸⁾。このような理解に対しては、問題点が指摘されている⁽⁹⁾。

Ⅲ コインハイブ事件

以下では、不正指令電磁的記録に関する一般的な理解を踏まえたうえで、コインハイブ事件とそれに対する裁判所の判断について確認したい。

1 コインハイブの機能

まず、本件で問題となったコインハイブについて説明しておく。

コインハイブは、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た。その機能は、モネロと呼ばれる仮想通貨の採掘作業であるが、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 サイトの閲覧に使われるコンピュータの中央処理装置 (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に分かれていた。

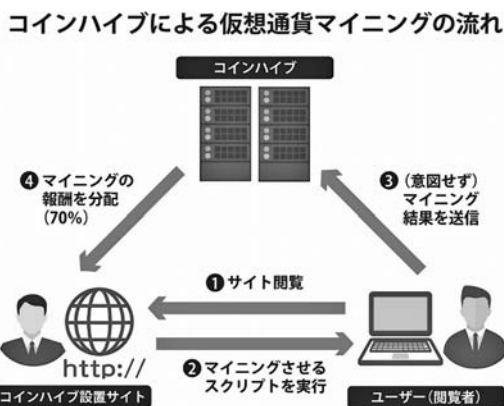


図1 コインハイブのしくみ⁽¹⁰⁾

2 事案の概要

(1) 公訴事実の概要

被告人は、インターネット上の Web サイト「a」を運営していたが、同サイト閲覧者が使用する 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) 前提事実

裁判所は、本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を判断する際に、前提事実として、以下の①～⑨のような点を認定している。

①被告人は、Webサイト「a」を運営していたが、これは、ボーカロイド曲や歌詞、クリエイターの情報を紹介するサイトであった。コインハイブ導入以前は、その維持管理費用は広告収入によって賄われていた。

②被告人は、2017年9月に、インターネット上のニュース記事⁽¹¹⁾を読んでコインハイブに興味を持ち、aの収入源として試験的に導入することとした。

なお、この記事には、広告収入の代替手段として仮想通貨のマイニングを導入することに肯定的な意見がある一方で、ユーザーに無断かつ強制的にマイニングを強いる仕様は許されないのではないかという否定的な意見があることが記載されていた。

③同月21日、被告人は、コインハイブのアカウントを作成し、サイトキーの割当てを受け、aのHTMLソースコードの49行目から55行目にコインハイブを呼び出すためのスクリプトを設置し（これが上述の「本件プログラムコード」である。）、そこに自身のサイトキーを記述した。

④このスクリプトでは、電子計算機の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。）が設けられているが、被告人は、0.5に設定した。スロットル値を0.5と設定した場合、閲覧者の電子計算機のCPUを用いてマイニングを実行すると、閲覧者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。

⑤コインハイブの公式サイトには、同年9月22日付けブログ内に、ウェブサイト上の広告表示プログラムの代替となることを目標としている旨、ユーザーに知らせることなくコインハイブを使用している者もいるが、オプトイン方式でエンドユーザーに使用を明示する方策を検討する旨、同年10月16日付けブログ内に、運営開始直後アンチウイルスソフトによってコインハイブがブロックされたため、ユーザーの同意なしには決してマイニングを開始しない新

たな実装を導入した旨、以前のもまでも動作するが、新たな実装を使用することを勧める旨の説明があった。なお、被告人は、本件プログラムコードを a に設置してから削除するまでの間、この説明を確認しなかった。

⑥同年10月、日本国内で情報セキュリティ事業を展開する IIJ 社が、インターネット上の記事⁽¹²⁾において、Web ページを閲覧したユーザーの電子計算機を使って仮想通貨をマイニングするサービスがサイトの収益化の上で広告に代わる新たな手段として注目を集めていること、サービスに対する反応はユーザーによって様々なようであること、Web ページを閲覧するだけでユーザーの計算リソースを勝手に利用する点については批判も出ていることを紹介した。

⑦被告人は、同月30日、Twitter において、第三者から「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行為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(略)、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。

⑧被告人は、この指摘を受けた同日以後、同年11月8日までの間、a の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を設けることをしないまま、閲覧者の電子計算機の CPU を使用して本件マイニングを実行させた。

⑨被告人は、同年11月9日、a の HTML ソースコードから本件プログラムコードを削除した。

3 裁判の争点

裁判においては、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、被告人による本件行為に際して「実行の用に供する目的」があったと言えるか、被告人に不正指令電磁的記録保管の故意があったか、といった点が争われ、一審では、本件プログラムコードは「不正」な指令ではないとして無罪とされ、一方、控訴審では、不正指令電磁的記録に該当すると判断され、有罪となった。以下で両判決について詳細に見ていきたい。

4 一審判決⁽¹³⁾

(1) 不正指令電磁的記録該当性

横浜地裁は、大要以下のように述べて、本件プログラムコードの反意図性を認めつつ、不正性を否定して、本件プログラムコードは不正指令電磁的記録にあたらないと判断し、被告人を無罪とした。

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

横浜地裁は、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はできないとして、本件プログラムコードの反意図性を肯定した。

「**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、前提事実②、⑥が示すように、「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、**Web** 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 **Web** 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。そのうえ、前提事実④からしても、**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

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、「Webサイトを運営するような特定のユーザー及びWeb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

横浜地裁は、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」ないとして不正性を否定した。

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、Web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。

㉛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。

㉜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。

㉝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) 「目的」の有無

横浜地裁は、「実行の用に供する目的」をプログラムコードが「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」と言い換えつつ、仮に本件プログラムコードについて不正指令電磁的記録該当性が認められたとしても、「本件プログラムコードの機能や、本件プログラムコードに対する本件当時のユーザー等関係者間の評価、被告人が本件プログラムコードを導入した経緯に鑑みれば」、そうした目的が被告人にあったものと認定するには合理的な疑いが残ると判断した。

(3) 故意

横浜地裁は、上記(1)・(2)の争点を検討したうえで、「その余の争点について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」として、故意については言及しなかった。

(4) 一審判決の検討

一審判決では、これまでの一般的な理解と同様に、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及さ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⁽¹⁴⁾。横浜地裁の理解によれば、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⁽¹⁵⁾。

電子計算機のプログラムに関して、多くの一般人にとって一番の関心となるのはやはりプログラムの機能であろう。一般の Web 閲覧者などにとっては、例えばそのページが **JavaScript** で記述されたプログラムによって作られているとかそういったことは問題ではないであろう。その限りでは、横浜地裁が、反意図性の判断について、「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」と述べたのは理解できよう⁽¹⁶⁾。また、「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」という条文の文言で「動作」という語が使われている点からすると、プログラムの機能から反意図性を判断するというのは、その妥当性はともかく、条文に忠実であるとは言えよう。

また、横浜地裁は、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」としており、これについてもプログラムの機能から判断している。

このように、横浜地裁は、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⁽¹⁷⁾、横浜地裁の理解では、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。

もっとも、横浜地裁判決のように、機能にだけ着目すると次のような問題が考えられる。「Life360」と呼ばれるスマートフォンのアプリケーションがあるが、これには、スマートフォンの位置情報を取得するなどの機能がある。これをスマートフォンにインストールすると、インターネット回線を通じて、そのスマートフォンの位置情報を他の端末から知ることができる。一般にこれは、保護者が子どもの居場所を把握することや、遠隔地に住む高齢の親の居場所を把握すること、そして紛失したスマートフォンを探すことなどに使うことが想定されているが、こうした機能があることから、ストーカー行為のツールとして用いられたケースもある⁽¹⁸⁾。横浜地裁の判断枠組に則った場合、「Life360」には不正性が認められるのだろうか。

この点、他人のスマートフォンの位置情報を取得するという機能に着目して、そうした機能によって、子どもや高齢の親の居場所の把握に使えるという点を強調すれば社会的に許容されとも考えられるし、ストーカー行為等に使われかねない点を強調すれば社会的に許容されないこととなり、判断にブレが生じてしまいかねない。このように、使用方法によって当該プログラムの不正性が左右されてしまうのは明確性を阻害して、大問題であろう⁽¹⁹⁾。どのように使われるかを無視してスマートフォンの位置情報の取得という純粋な機能⁽²⁰⁾だけで判断するという考え方もあろうが、プログラムに対する一般人の信頼を保護するということからすると、一般に想定される使用方法を考慮しないで一般人にとっての社会的許容性を判断するというのは無理があるように思われる⁽²¹⁾。

なお、横浜地裁は、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。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、こうした点を判断材料にするのは妥当であるし、それを踏まえて本件プログラムコードは不正性がないという判断も妥当であろう。

5 控訴審判決⁽²²⁾

(1) 不正指令電磁的記録該当性

東京高裁は、大要以下のように判示して原判決を破棄し、被告人に罰金10万円の有罪判決

を言い渡した。

①反意図性の判断枠組

この点につき、東京高裁は以下のように述べて、一審の横浜地裁は専らプログラムの機能についての認識可能性を基準に判断していると解しつつ、その正当性を否定している。

「不正指令電磁的記録に関する罪は、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

東京高裁は、以下の点を踏まえたうえで、「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」であるとして反意図性を肯定した。

本件では、Web サイト 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、Web 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、Web 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。

なお、裁判所は、以上のような判断を示した上で、本件プログラムコードが Web 閲覧時に断りなく実行されることが普通に行われている JavaScript のプログラムであり、この種のプログラムについては、閲覧者が承諾していると考えられるという、原審において弁護人が主張した点についても言及し、前記のとおり、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として、地裁判決と同様、この点についての弁護人の主張を退けている。

③不正性の判断枠組

東京高裁は、不正性の判断に際して、まず、以下のように述べている。

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

東京高裁は、以下のように述べて本件プログラムコードの不正性を肯定した。

「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はいえない」。

原判決は、前記㉗～㉙の点を挙げて社会的許容性が否定できないとしたが、㉘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」。㉚の点については、他人の Web 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。㉜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」。㉞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、㉟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 Web 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」。

「なお、弁護士は、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」と主張するが、「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」。

(2) 「目的」の有無

東京高裁は、以下のように述べて、「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」であるとした。

「原判決は、刑法 168 条の 2 が定める『人の電子計算機における実行の用に供する目的』を、当該プログラム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と解した上で、本件プログラムコードの機能、本件プログラムコードに対する当時の評価、被告人が本件プログラムコードを導入した経緯に鑑みると、被告人には、本件プログラムコード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なかった旨判示している」。

しかし、「本件は、被告人が、閲覧者の同意なくマイニングさせていることに関する指摘を

受けた後の保管行為が起訴されている事案」であるが、被告人は、「本件プログラムコードが a 閲覧時に閲覧者に気付かれずに、閲覧者の電子計算機にマイニングをさせる機能があることや、このような手法で閲覧者の同意なくマイニングさせることに関する否定的な意見を知った上で」、本件プログラムコードを保管した。

「そうすると、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、本件プログラムコードを保管したものといえるし、本件プログラムコードが、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」と言える。

(3) 故意

東京高裁は、(2)の目的の有無の判断に際して考慮した事情から故意も認定できるとした。

(4) 控訴審判決の検討

東京高裁は、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、東京高裁は、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不正指令電磁的記録に関する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。

また、東京高裁は、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るし、社会的許容性という不明確な基準により処罰範囲が不当に拡大することを回避できよう。

なお、東京高裁は、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、本件プログラムコードについてそれを判断するための要素として、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踏まえてその許容性を検討している。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⁽²³⁾がなされている。この点は、不正指令電磁的記録に関する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、その当否はともかく、必然的な帰結であろう。

さらに、東京高裁は、横浜地裁が不正性を否定する事情とした前期㉔・㉕・㉖・㉗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、㉔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、東京高裁は、㉕の点については、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。この点からすると、東京高裁は、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主たる問題性を見出しており、そうした無断借用というのが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、この点に不正性の核心を見出すことが適切であるかは疑問の余地がある。確かに、窃盗罪と不正指令電磁的記録に関する罪は保護法益が異なっているので本件と使用窃盗とで不正性や社会的許容性が同等であると直接的に言うことはできないが、刑法上問題にする程の不正性を根拠づけられるかという観点では、使用窃盗との整合性も1つの判断材料になろう。

さらに、㉗の点についても、東京高裁は、「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。

こうしてみると、東京高裁による判断枠組は方向性としては適切であろうが、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。

なお、東京高裁判決では、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」についての解釈については明言されていないが、上記のように、横浜地裁判決による解釈に触れつつ特にそれを否定することはしていない点、横浜地裁判決と同様のポイントに着目して目的の有無を判断していることからすると、目的の解釈については、東京高裁も横浜地裁の解釈を支持していると理解できよう。

6 一審判決・控訴審判決の比較

以上、一審判決と控訴審判決の概要を見てきたが、ここでは、まず、裁判における争点について一審判決と控訴審判決が判示した内容を表でまとめて対比したい。

保護法益など不正指令電磁的記録に関する罪についての基本的な理解については両者で違いはない。異なるように思われるのは、反意図性の判断枠組と不正性の判断枠組であろう。

反意図性の判断枠組について、一審判決は、プログラムの機能についての認識可能性によって判断しているが、控訴審判決は認識可能性を基礎としたうえで、そうしたプログラムの許容性も判断要素としている。この点、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は、一審判決の判断枠組みによると、認識可能性がないから反意図性が肯定されることになるが、控訴審判決の判断枠組みによると、認識可能性はないが、閲覧者が認識していなくてもプログラムの実行を許容しうると判断できれば反意図性を否定できよう。不正性が広く捉えられうる現状を踏まえると、反意図性で絞りをかける必要があり、その点で控訴審判決の方が方向性として妥当であろう。

不正性の判断枠組について、一審判決は、あくまでもプログラム自体と言うよりもプログラムの機能に着目し、プログラムの機能内容が社会的に許容されるか否かで判断しようとしている一方で、控訴審判決は、不正性の有無は「その機能を中心に考えるべき」としつつ、機能に限らず、プログラム全体についての社会的許容性で判断しようとしているように思われる。また、控訴審判決では、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といった法益侵害との関連性を意識した観点が強調されている。もっとも、以下に述べるように両者は実質的に同じポイントから本件プログラムコードの不正性の有無を判断しており、両者に違いはないわけではないが、それほど大きなものではないとも言えよう。

一審判決と控訴審判決が本件プログラムコードの不正性判断に際して考慮した事情は、実質的に共通であると言える。しかし、同じ事実を踏まえていながら、それぞれの事情ごとの評価に違いがあるため、一審判決と控訴審判決で不正性の有無に違いが生じたとも言えよう。

表1 一審判決と控訴審判決の対比

	一審	控訴審
法益	電子計算機のプログラムに対する信頼	
反意図性の判断枠組	個別具体的な使用者の実際の認識ではなく、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	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と評価できるかという観点から規範的に判断
反意図性判断で考慮する点	<ul style="list-style-type: none"> ・プログラムの機能の内容 ・機能に関する説明内容 ・想定される利用方法 etc. 	明示なし
本件プログラムコードの反意図性	あり	
不正性を要件とする趣旨	反意図性が認められるプログラムの中にも社会的許容性が認められるものもあるため、そうしたプログラムを処罰対象から除外する	
不正性の判断枠組	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	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といった観点から見て、当該プログラムが社会的に許容されるか
不正性判断で考慮する点	<ul style="list-style-type: none"> ・ Web サイトを運営するような特定のユーザー及び Web 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 	<ul style="list-style-type: none"> ・ プログラム使用者（Web サイト閲覧者）における利害得失 ・ 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
本件プログラムコードの不正性	なし	あり
「人の電子計算機における実行の用に供する目的」の理解	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	
本件における目的の有無	なし	あり
本件における故意の有無	言及なし	あり

IV 不正指令電磁的記録概念とその該当性判断枠組の検討

以上、コインハイブ事件の一審・控訴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。これらの論点について、若干の検

討を加えたい。

まず、立案担当者による説明はこれまでの一般的な理解を前提とすると、「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」反意図性を判断しつつ、その判断にプログラムに対する一般人の許容性を取り込む東京高裁の判断手法は方向性としては妥当であると思われるし、「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」という条文の文言に即していると言えよう。不正性の判断についても、「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」か否かを基準に判断する東京高裁の判断枠組は同様の前提に立つと方向性としては適切であると思われる。

しかし、プログラムに対する一般人の信頼を害するような不正なプログラムとはどのようなものかといった点や不正指令電磁的記録に関する罪が刑法典における犯罪であり、刑罰という峻厳な制裁を予定していることからすると、東京高裁の判断枠組では処罰範囲があまりに広がってしまう点で問題があり、より処罰範囲を限定していく必要があると思われる。

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も、プログラムが想定外の動作をすることが直接的にプログラムに対する一般人の信頼を損なうというのには疑問がある。先に挙げた、冗談で Web 閲覧者を驚かすような、トリックのようなプログラムが一般人の信頼を損なうとは考え難い。一般人にとっては、プログラムが想定外の動作をすること自体というよりも、想定外の動作により何らかの不都合や弊害が生じることが問題なのではないか。そのような問題のある動作をするプログラムがあるという事実を知ること、一般人はそうしたプログラムがあるから注意しなければいけない、簡単に信頼してはならない、と考えるのではないだろうか。

なお、立案担当者は、現代社会において、社会生活上の活動の多くが電子計算機による情報処理に依存していることを踏まえたうえで、「いわゆるコンピュータ・ウイルスが、広範囲の電子計算機で使用者の意図に反して実行され、広く社会に被害を与えており、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。これを放置すれば、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⁽²⁴⁾。こうした理解からすると、プログラムに対する信頼が損な

われること自体というよりも、信頼が損なわれた結果、人々が電子計算機を使用することに抵抗を覚えて電子計算機を使わない方向に動くこととなり、結果として社会活動の円滑性が害されることが問題であると考えられよう。

さらに、不正指令電磁的記録に関する罪の新設が、「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ことも踏まえなければならない。同条約では、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ている。

こうした点から考えると、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⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾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。

そうすると、コインハイブ事件に関しては、マイニングの実行に伴う Web 閲覧者の電子計算機に対する影響⁽²⁷⁾が非常に軽微なものであり、電子計算機の正常・円滑な動作を阻害する程のものではなかったことからすると、弊害は皆無に近く、本件プログラムコードは不正指令電磁的記録に該当しないと言えよう。

V おわりに

以上で見たように、不正指令電磁的記録概念をめぐるには様々な問題があり、概念や該当性判断枠組の一層の明確化が必要である。

なお、不正指令電磁的記録に関する罪をめぐるには、本稿で挙げた他にも問題があると思われる。まず、本罪の保護法益をプログラムに対する一般人の信頼と捉える点については、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るという問題点が指摘されている⁽²⁸⁾。コインハイブ事件は、法益を抽象的に理解してそれを前提に不正指令電磁的記録概念の解釈論を展開した結果、電子計算機による情報処理が円滑に機能しなくなる事態につながるような実害を回避するというよりも、他人のコンピュータの CPU を勝手に使って欲しくない、ましてそうやってお金を儲けることなど言語道断であるといったような感情や倫理観をプログラムに対する一般人の信頼と言い換えて保護する結果になってしまっているように思われる。このように不適切に処罰範囲が拡張してしまうような事態が現に起こってしまった以上、情報セキュリティの保護など、より実害に即した法益理解に基づく解釈論・立法論の展開が必要であろう。さらに、不正指令電磁的記録に関する罪においては、「正当な理由がないのに」行為したことが成立要件とされているが、立案担当者は、「正当な理由がないのに」という要件について、違法であることが犯罪の成立要件であるという、いわば当然のことを条文上念のため明記するものであると説明している⁽²⁹⁾。具体的には、ウイルス対策ソフトの開発・試験

等を例として、そうした場合には「人の電子計算機における実行の用に供する目的」が欠けることになるが、さらに、このような場合に犯罪が成立しないことを一層明確にする趣旨で、「正当な理由がないのに」という要件が規定されたと説明している。これを前提とすると、不正指令電磁的記録該当性と有目的性が認められると当然に犯罪が成立することになるが、そうすると、前述の「Life360」のような場合、「Life360」の機能は他人のプライバシーを侵害するものであるから、「Life360」はおおよそ社会的許容性が認められないと考えつつ、高齢の親や子どもの見守りの目的や紛失したスマートフォンの検索に使う場合は「正当な理由」にあたるから犯罪は成立しないという考え方が成り立たなくなりかねない。「正当な理由がないのに」という要件の意味を再検討する必要がある。

最後に、コインハイブ事件に関しては、本稿で検討した以外にもなお検討すべき問題がある。裁判においては、本件プログラムコードの機能は仮想通貨のマイニングであるという前提で判断がなされているが、マイニングを行うのは、コインハイブ本体であって、本件プログラムコードではない。被告人が保管した本件プログラムコードには、Badges2Go社のサイト上に置かれているコインハイブ本体を呼び出す機能しかない⁽³⁰⁾。そうすると、Web閲覧者に無断でマイニングを行うこと自体が問題なのであれば、本件プログラムコードまで処罰範囲に含める必要はないという考え方もあり得よう。

こうした問題点も含めて、上告審では十分な検討がなされたうえで、適切な判断が下されることを願ってやまない。

〔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) 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。
- (3) 高木浩光「コインハイブ事件で否定された不正指令電磁的記録該当性とその論点」L&T85号(2019年)20頁。
- (4) 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。
- (5) 同罪については、杉山ほか・前掲注(4)64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」國士館法學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)」法学教室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頁以下などを参照。
- (6) 杉山ほか・前掲注(4)66頁。
- (7) 杉山ほか・前掲注(4)71頁。
- (8) 杉山ほか・前掲注(4)72頁。
- (9) 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)158頁。
- (10) 中尾真二「仮想通貨マイニング『コインハイブ』は違法?警察の勇み足?問題を整理する」ビジネス

ス+IT <https://www.sbbit.jp/article/cont1/35060>（最終閲覧日 2020 年 5 月 10 日）より転載。なお、転載をご快諾下さったビジネス+IT 編集部に心より御礼申し上げます。

- (11) Gigazine 「人気サイトがアクセス数の多さを利用し閲覧者の CPU パワーで仮想通貨マイニング、広告に代わる収入源になるか？」（2017 年 9 月 20 日付）
<https://gigazine.net/news/20170920-pirate-bay-mining/>（最終閲覧日 2020 年 5 月 10 日）
- (12) IIJ 「Web サイトの改ざんに伴う仮想通貨マイニングスクリプトの埋め込み事例」（2017 年 10 月 24 日付）<https://wizsafe.ij.ad.jp/2017/10/94/>（最終閲覧日 2020 年 5 月 10 日）
- (13) 横浜地判平成 31 年 3 月 27 日 LEX/DB25570338。本判決の紹介・評釈などとして、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「解題コインハイブ事件」L&T 85 号（2019 年）15 頁以下、高木・前掲注(3)20 頁以下、永井善之「判批」新・判例解説 Watch 26 号（2020 年）187 頁以下、岡部・前掲注(9) 155 頁以下がある。
- (14) 平野・前掲注(3) 8 頁、永井・前掲注(3) 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、一般に認識すべきものとは認められず」、大半が反意図性を認められてしまうと指摘している。
- (15) 平野・前掲注(3) 9 頁。なお、水野氏は、本罪を社会的法益に対する罪と捉えたと、モニター上に火花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指摘している（水野・前掲注(5) 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。
- (16) なお、前述のとおり、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いって主張をしているが、これは、サイトの中にどのような JavaScript 回路が設置されているかを閲覧者が知ることができないのは普通のことであるし、承諾を得る慣行がないのは JavaScript については一定の安全性が担保されているからであるということ踏まえて、Web の閲覧者は JavaScript が実行されることについてあらかじめ包括的に許諾していると考えられるという趣旨であって（平野・前掲注(3) 6 頁以下）、裁判所は、こうした趣旨を踏まえた検討を十分に行っていないように思える。
- (17) 渡邊・前掲注(5) 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(3) 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。
- (18) 兒玉徹「交際相手のスマートフォンにアプリ『Life360』を無断でインストールする行為が不正指令電磁的記録供用罪に該当するかが問題となった事例」研修 853 号（2019 年）63 頁以下参照。同論文で紹介されている事案については、裁判で不正指令電磁的記録供用罪の成立が認められたようである（同論文 70 頁）。さらに、類似の事例として、被害者の携帯電話に位置情報の取得等の機能を持つプログラムをインストールした行為が問題となった徳島地判平成 30 年 12 月 21 日 Westlaw 2018WLJPCA12216006 では、そうしたプログラムの機能や、プログラムの「アイコンや名称が市

販のアプリケーションと同一で、インストール先の端末使用者を誤信させ得るものであったこと」、被告人が被害者に秘して「その携帯電話機にインストール等を行い、その位置情報等を取得していることからすれば、本件プログラムは、被害者の意図に反してその携帯電話機に上述のような動作をさせる不正の指令を与えるものであるとして、問題となったプログラムの不正指令電磁的記録該当性が認められている。徳島地裁の判決文を確認すると、判決の中で、不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益はプログラムに対する一般人の信頼であると理解されていることなどを踏まえておらず、詳細な検討もせずに、被害者が認識できなかったから反意図性を肯定しているように見える。

- (19) なお、この点に関連して、客体の持つ機能の総合的な評価を重視してしまうと、善用も悪用も可能なプログラムが客体として用いられた場合、構成要件を満たさないとされる可能性があるが、現実にはこの種のプログラムの悪用可能な側面がウイルスのように使われる例がある、という指摘がかねてからなされていた(上原哲太郎「ウイルス罪とカレログ〜ウイルス供用罪における不正指令電磁的記録の評価」デジタル・フォレンジック研究会第176号コラム <https://digitalforensic.jp/2011/09/29/column176/> (最終閲覧日2020年5月10日))。
- (20) なお、プログラムの動作について、抽象度の高いレベルから低いレベルまで多様な見方ができるといふ指摘がなされている(高木・前掲注(3)27頁)。そうすると、機能についてもやはり様々な捉え方ができてしまい、判断が不明確になりかねないと思われる。
- (21) なお、この点、「Life360」の機能は他人のプライバシーを侵害するものであるから、「Life360」はおおよそ社会的許容性が認められないと考えつつ、高齢の親や子どもの見守りの目的や紛失したスマートフォンの捜索に使う場合は「正当な理由」にあたるから犯罪は成立しないという考え方もあり得よう。
- (22) 東京高判令和2年2月7日裁判所HP。本判決の評釈として、永井善之「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.147 https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-071471864_tkc.pdf (最終閲覧日2020年5月10日)がある。また、以下のWebサイトに掲載されている有識者らのコメントも参照(弁護士ドットコム「コインハイブ逆転有罪、IT業界への影響は? 識者から『デジタルけしからん罪』の声」Yahoo! JAPAN ニュース (2020年2月7日付) <https://headlines.yahoo.co.jp/hl?a=20200207-00010750-bengocom-soci> (最終閲覧日2020年5月10日))。
- (23) 永井・前掲注(2)3頁。
- (24) 大塚ほか編・前掲注(5)340頁〔吉田雅之執筆〕。
- (25) 永井・前掲注(2)4頁。
- (26) なお、岡部氏は、サイバー犯罪条約の批准のための国内法整備という立法経緯に関して詳細に検討したうえで、日本の不正指令電磁的記録概念においても、サイバー条約2条乃至5条において予定されている実害との結びつきが要求されると解するのが適切であると主張する(岡部・前掲注(9)163頁)。こうした理解は方向性として妥当である。
- (27) この点、マイニングによるパソコン端末への支障として、パソコンが短命化することや、CPUがだんだん損耗していくことが考えられていたようであるが、実験でそのようなデータが示されたわけでもないし、CPUは100%使用の状況が続けたとしても、短命化するとか損耗するということは基本的にないという指摘がなされている(高木・前掲注(3)30頁)。
- (28) 渡邊・前掲注(5)267頁。なお、渡邊氏は、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主張する(同書268頁)。
- (29) 杉山ほか・前掲注(4)78頁。
- (30) この点に関連して、高木氏は、一審判決では、マイニングのプログラム本体を保管していなくて

不正指令電磁的記録の解釈と該当性判断枠組（三重野雄太郎）

も、それを呼び出すコードを保管したことをもって保管罪が成立し得ることが前提となっているとする（高木・前掲注(3)28頁）。

〔付記〕

校正の段階で、稲谷龍彦「道徳的問題への刑事法的介入」法学セミナー 785号（2020年）102頁以下、品田智史「批判」法学セミナー 787号（2020年）134頁に接した。

（みえの ゆうたろう 公共政策学科）
2020年5月11日受理