



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	バーチャル財産の刑法的保護に関する日中比較法的考察（２・完）：オンラインゲームのデータを対象に
Author(s)	梁, 小煒
Citation	北大法学論集, 72(4), 223-273
Issue Date	2021-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/83398
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_4_07_Liang.pdf



バーチャル財産の刑法的保護に関する 日中比較法的考察（２・完）

—— オンラインゲームのデータを対象に ——

梁 小 煒

目 次

第一章 はじめに

第二章 中国刑法上の検討

第一節 中国における財産犯の客体

第二節 判例・学説上のバーチャル財産

第三節 財産犯の客体であるバーチャル財産の具体的類型

第四節 バーチャル財産の保護ルート

第五節 本章のまとめ

（以上、72巻3号）

第三章 日本刑法上の考察

第一節 概説

第一項 日中刑法における規制ルートの区別

第二項 検討の対象

第二節 バーチャル財産と不正アクセス罪

第一項 不正アクセス行為の罪質

第二項 不正アクセス罪の該当性

第三節 バーチャル財産と財産罪

第一項 窃盗罪の否定

第二項 電子計算機使用詐欺罪の成立について

第四節 バーチャル財産とその他の犯罪

第一項 電磁的記録不正作出・供用罪

第二項 業務に対する罪

第五節 罪数上の問題

第六節 本章のまとめ

第四章 終わりに

第一節 本稿のまとめ

第二節 示唆

第三節 残された課題

第三章 日本刑法上の考察

第一節 概説

第一項 日中刑法における規制ルートの区別

日本刑法において、電子計算機や電磁的記録に関連する犯罪は、中国刑法におけるコンピュータ犯罪と比べて、一定の相違が存在している。これによって、日本法上のバーチャル財産の侵害への規制ルートも異なっており、中国法の場合での結論を直接転用することができない。それゆえ、日本法を検討する際には、中国法との違いを把握しておかなければならない。以下では、行為客体の差異、不正アクセス行為の可罰性の差異、及びコンピュータに係る犯罪の保護法益の差異を挙げていく。

（１）行為客体の差異

まずは、行為客体の差異である。中国の場合、文言から見て、コンピュータ犯罪は「データ」を侵害する行為である。これに対して、日本では、例えば、刑法246条の２の保護客体は「電磁的記録」である。同条に関しては、「情報そのものを保護するものではないが、情報の改変によって財産上の利益を得る行為が処罰されようになった」¹という見解があり、すなわち、保護客体は「情報」そのものではないが、情報の改変は保護客体としての電磁的記録に影響を与えることが主張されている。そこで、ここでの問題は、情報、データ、及び電磁的記録の関係である。

刑法７条の２は「電磁的記録」について、「電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子

¹ 前田雅英『刑法各論講義（第７版）』（東京大学出版会，2020年）154頁。

計算機による情報処理の用に供されるものをいう」と定義している。通説によれば、「記録」というのは、情報を保存する媒体そのものではなく、その媒体上に一定の情報が載っている状態を指す²。

一方、日本においては「データ」の定義に関連する法律も存在している。例えば、官民データ活用推進基本法第2条は「官民データ」について、「電磁的記録に記録された情報であって、国若しくは地方公共団体又は独立行政法人若しくはその他の事業者により、その事務又は事業の遂行に当たり、管理され、利用され、又は提供されるものをいう」と定義している。この規定に基づけば、「データ」を「電磁的記録に記録された情報」と解釈し得る³。

しかし、これに対しては、データと情報を別のレベルのものとする見解がある。この見解によれば、情報は意味内容であり、データは情報の表現である⁴。

私見においても、後者の見解が合理的であると考えられる。すなわち、情報は一定の媒介で自身の内容を外界に認識させることができる。一方、データはビットの組み合わせである。ビットだけでは無意味であるが、その組み合わせ（ビット列）を通して、ある内容を表現すると、当該データは意味ある情報になる。つまり、情報とデータは同等のものではなく、データは電子化された情報の媒介であると考えられるべきである。

以上のことから、データは電磁的記録と同じ概念ではなく、データは情報を記録する媒介であり、電磁的記録は情報を媒介に記録している状態そのものである。そうすると、刑法意義上の「電磁的記録」は、「データ」を表現の符号（すなわち、媒介）として、意味内容のある「情報」が電子計算機において表示されている状態であると考えられる。

当該結論に従えば、本稿の対象とするオンラインゲームのバーチャル財産は、日本法においてはデータの形式で存在しており、ユーザーと経営者の間の債権・債務関係という情報を含んでいる電磁的記録であると認められる。

前述の通り、中国法において、行為客体は電磁的記録ではなく、単なるデー

² 裁判所職員総合研修所『刑法概説（八訂版）』（司法協会、2017年）105頁。

³ 福岡真之介、松村英寿『データの法律と契約』（商事法務、2019年）4頁参照。

⁴ 西貝吉晃「コンピュータ・データへの無権限アクセスと刑事罰（1）」、法学教会雑誌145巻2号（2018年）、374頁参照。

タである。当該相違は、財産犯を検討する際には重要である。なぜなら、私見によれば、データは無体物と評価され得るので、財物の一種である。これに対して、「状態」である電磁的記録は「物」ではない。

（2）不正アクセス行為の可罰性の差異

日本では、行為者が管理者の承諾等を得ず、アクセス制限機能のある他人の電子計算機を利用できる状態にした場合、当該アクセス行為を「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」（以下「不正アクセス禁止法」という）に基づいて処罰することができる。すなわち、ごく一部の特殊客体に対するアクセス行為を除き⁵、他人の電子計算機システムへの不正な侵入という行為自体は、中国刑法上はコンピュータ犯罪の手段行為にすぎないが、日本刑法上は、たとえ当該行為の後に同電子計算機システムにさらなる影響が与えられなくとも、処罰され得る。

しかも、不正アクセス禁止法では、不法な技術的手段を用いるかどうかとは関係がなく、権限者の許諾のないすべてのアクセス行為がその規制対象である。すなわち、正しいパスワード等の識別符号の入力により制御機能のある電子計算機にアクセスしたという場合も、不正アクセス禁止法上の「不正アクセス行為」となる（同法2条4項1号）。これに対して、中国においては、正しいパスワード等の入力、どのような構成要件にも該当しない。

（3）コンピュータに係る犯罪の保護法益の差異

中国ではコンピュータに関する規定はコンピュータ犯罪だけであり、それには他人のコンピュータ上のデータの取得と破壊が構成要件となる。このような罪はデータの具体的類型（例えば、公的データか、それとも個人のデータか）、価値（例えば、重要な情報が載っているデータか、それとも無意味なデータか）

⁵ 中国刑法第285条「コンピュータ情報システム侵入罪、コンピュータ情報システムのデータ不法取得不法管理罪、コンピュータ情報システムのデータ不法取得不法管理ソフト道具供与罪」：（第一款）国家规定に違反して、国家事務、国防建設又は先端的な科学技術の領域に係るコンピュータ情報システムに侵入した者は、3年以下の有期徒刑又は拘役に処する。本稿における中国刑法の条文の翻訳は、甲斐克則、劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）を参照した。

を考えず、公共秩序にしか着目していない。すなわち、中国刑法上のコンピュータ犯罪は、コンピュータ情報システムに係る公共秩序を保護目的としている。

これに対して、日本刑法上では、オンラインゲームのバーチャル財産に対する侵害は、電磁的記録に関連する犯罪との関係で、場合によっては、公共の信用に対する罪としての161条の2「電磁的記録不正作出及び供用」または168条の2及び168条の3「不正指令電磁的記録作成・取得等」、業務妨害罪としての234条の2「電子計算機損壊等業務妨害」、財産犯としての246の2「電子計算機使用詐欺」または259条「私用文書等毀棄」に該当する可能性がある。これらの罪の法益はそれぞれ異なって理解されている。

つまり、日本刑法上の電子計算機・電磁的記録犯罪の保護法益は、ネットワーク秩序の安全そのものに限定されることがないし、電磁的記録の具体的属性や、行為の態様などにより、財産の安全、または業務や事務の円滑な遂行にも関連している。下記の図表には、これらの適用可能な刑法上の条文及びその構成要件行為を掲げる⁶。

条文	行為態様
161条の2「電磁的記録不正作出及び供用」	人の事務処理を誤らせる目的で、その事務処理の用に供する権利、義務又は事実証明に関する電磁的記録を不正に作る行為
168条の2及び168条の3「不正指令電磁的記録作成・取得等」	①人の電子計算機における実行の用に供する目的で、電子計算機に不正な指令を与える電磁的記録等を作成、取得、保管する行為 ②電子計算機に不正な指令を与える電磁的記録等を人の電子計算機における実行の用に供する行為
234条の2「電子計算機損壊等業務妨害」	人の業務に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与え、電子計算機に使用目的に沿うべき動作をさせず、又は使用目的に反する動作をさせて、人の業務を妨害する行為
246の2「電子計算機使用詐欺」	人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて財産権の得喪変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は虚偽電磁的記録を人の事務処理の用に供して、自身又は他人に財産上不法の利益を得させる行為
259条「私用文書等毀棄」	権利又は義務に関する他人の電磁的記録を毀棄する行為

⁶ 福岡・前掲注3), 145頁も参照。

当該図表から見れば、本稿で検討するバーチャル財産との関係においては、次の３つのことを言うことができる。

①日本刑法上の電磁的記録に係る罪においては、行為客体に対しては一定の制限が要求されている。すなわち、電磁的記録不正作出及び供用罪、電子計算機使用詐欺罪、または私用文書毀棄罪においては、これらの行為客体は、権利義務、事実証明、または財産利益に関わる電磁的記録のみである。オンラインゲーム上のデータがこれらの罪の電磁的記録の特徴に合致するかを検討しなければならない。

②経営者がコントロールしている、オンラインゲームの運営の用に供するサーバーに攻撃した場合（例えば、データの改ざんによる課金アイテムの取得）に、業務が妨害されると認められれば、電子計算機損壊等業務妨害罪は適用され得る。これに対して、ユーザー個人のアイテムやコインを移転した場合、当該行為はデータの改ざんのようにサーバーを不全にする行為ではないが、同じように業務妨害とはいえるかが問題となる。

③不正指令電磁的記録作成・取得等罪は、他人の電子計算機をコントロールするための不正指令を同電子計算機に与えるウイルス等の不正なプログラムの作成、供用等の行為に係る罪である。データの移転等を行うために、電子計算機へのアクセスが必要であり、この際に不正アクセスの用に供するプログラムを利用する場合がある。それゆえ、バーチャル財産の侵害に助成するネットツールが本罪の指す不正指令電磁的記録に当たるかが問題になる。

第二項 検討の対象

本章では主に、オンラインゲームのバーチャル財産に対する侵害につき、上記各罪の成否、規制される行為態様、及び罪数上の関係を検討する。当該検討には現実上の意義がある。なぜなら、日本においても、バーチャル財産の侵害に係る事例は確かに存在しているからである。例えば、2020年3月18日に、次のようなニュース記事が掲載された：

「自分が清掃員として担当していたカラオケ店で拾ったスマホからゲーム「パズドラ」のアカウントに不正にアクセスし乗っ取ったとして、埼玉県警は12日同県朝霞市に住む会社員の男を不正アクセス禁止法違反と遺失物横領などの容疑で逮捕した…ゲームの使用端末を自分のスマホに無断で変更することでアカウントを乗っ取り、ユーザー名も変更した疑いが持たれている」⁷。

当該新聞記事によると、この事件では他人のゲームアカウントのデータを改ざんし、当該アカウントを乗っ取った行為について、不正アクセス禁止法違反で起訴されている。

中国の判例・通説に基づけば、当該アカウントに保護すべき財産的価値があると認められれば、窃盗罪における「財物」として、アカウント乗っ取り行為について窃盗罪が成立する。私見によっても、それは無体物に属し、窃盗罪で保護される。しかし、日本ではこのような理解はなされていないようである。

当該行為は実際、他人のゲームアカウントのパスワードを変更し、よってこれを支配する行為であることから、アカウント乗っ取り行為を、不正アクセス行為で捕捉することができるが、後述のように、バーチャル財産の侵害を不正アクセス禁止法違反のみで処罰することは、その本質に合致していない。すなわち、財産犯その他の犯罪の成立を認める可能性もあるので、これらの罪の該当性をも検討しなければならない。

第二節 バーチャル財産と不正アクセス罪

第一項 不正アクセス行為の罪質

不正アクセス禁止法1条は「本法は…電気回線を通じて行われる電子計算機に係る犯罪の防止及びアクセス制御機能により実現される電気通信に関する秩序の維持を図り、もって高度情報通信社会の健全な発展に寄与することを目的とする」として、本法の目的を示している。

(1) 立法者の見解

立法者は、上記目的に基づいて、本罪の保護法益について次のように解している。すなわち、ネットワークを通じてコンピュータを利用する者が誰であるかを正しく識別できなければ、「アクセス制御機能により保護を図ることとしている業務の円滑な遂行や関係者の権利利益に対し具体的な侵害の危険が生じる」⁸ゆえに、「アクセス制御機能に対する信頼を確保して、犯罪の防止及び電

⁷ 「拾ったスマホのパスワードのアカウントを乗っ取り、不正アクセス禁止法違反で逮捕」<https://ccsi.jp/1468/>、最終閲覧日2020-10-18。

⁸ 不正アクセス対策法制研究会『逐条不正アクセス行為の禁止等に関する法律

気通信に関する秩序の維持…それ自体が保護法益となるべきものである」⁹。

当該立法者による保護法益の理解は、本罪を社会的信頼の観点から把握するということに理解されている。つまり、本罪は「公共の信用を法益とするとされる偽造の罪に類似する、社会的法益に対する危険犯と構成されることとなる」¹⁰。

しかし、このような理解に対しては、「信頼保護構成は、システム維持という抽象的な目的を設定することで処罰の正当化を図る点に、問題がある」¹¹とする批判がある。すなわち、明確性を確保するために、社会的信頼と比べて、より具体的な法益構成を必要とすることになる。

（２）予備罪的構成の見解

不正アクセス禁止法の保護法益については、立法者の理解以外、さまざまな見解がある。例えば、処罰範囲の限定のために、不正アクセス罪を予備罪的構成から理解する見解がある。すなわち、この見解によれば、「目的犯罪達成の危険の有無を基準に、制限の有無を判断すべきであろう」¹²とされており、アクセス後の目的犯罪の達成の危険を不正アクセス罪の保護法益にする見解であると理解されるべきである。

しかし、このような見解に対しては、「ネットワークを悪用してなされる各種の犯罪の予備罪が、現行法上、一般には処罰されていない」¹³という反論がある。すなわち、ネットワークに係る犯罪の予備行為は実際に処罰されないのに、同犯罪の危険性を理由に不正アクセス罪として処罰するのは必ずしも説得的ではないので、当該予備罪的構成の見解を採用ことは困難である。

（第２版）』（立花書房，2012年）25頁。

⁹ 不正・前掲注８），28頁

¹⁰ 渡邊卓也「不正アクセス罪における「不正アクセス」の意義」高橋則夫ほか編『田口守一・曾根威彦先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂，2014年）254頁。

¹¹ 石井徹哉「不正アクセス禁止法の意義と限界」千葉大学法学論集19巻３号（2004年），13頁以下。

¹² 渡邊・前掲注10），266頁。

¹³ 今井猛嘉「不正アクセスの意義をめぐって」研修719号（2008年），7頁。

(3) データ処理の確実性を保護法益とする見解

不正アクセス行為と住居侵入行為との罪質の共通性を認めた上、「個々のデータ処理の確実性への信頼」を保護法益とすべきとする見解もある¹⁴。すなわち、「ネットワークを通じたアクセスを排除し、閉鎖的な領域において保護しようとする利益」に着眼し、「内部領域におけるデータ処理への攻撃」という行為態様を規制しようとする¹⁵。

しかし、侵入罪の構成によりデータの保護を図るという考え方に対しては、「個々のデータの保護を強調すると、ネットワークへの侵入のみを処罰することの説明が難しい」¹⁶として、データの保護がネットワークの利用の場合に限るという点には疑問があるとの批判がある。

私見によっても、当該批判は合理的である。「電気通信に関する秩序の維持」という不正アクセス禁止法の立法目的にかんがみると、インターネットの不正利用行為が規制の対象となるのは当然であるが、仮にデータ処理の確実性が保護法益とすると、データ処理への保護をインターネットからの影響がある場合に限るということには特別の理由がなくなってしまう。それゆえ、このような法益理解は不当であろう。

したがって、不正アクセス罪の保護法益を「データ処理の確実性への信頼」と解釈するのは、問題があるというべきである。

(4) 利用権者の識別可能性を保護法益とする見解

さらに、本罪は「ネットワーク上のなりすましによって発生し得るネットにおける円滑なコミュニケーションに対する過度な萎縮効果を防止する必要性を根拠として、実世界とサイバーワールドとの間の人格の形式的結合関係が維持されていることに対する信頼を保護する」¹⁷と理解されるべきであるとの見解がある。

そうすると、不正アクセス法の保護法益はデータの機密性に対する信頼ではなく、利用権者の識別可能性に対する信頼であることになる。確かに、当該見

¹⁴ 今井・前掲注13), 8頁参照。

¹⁵ 今井・前掲注13), 8頁参照。

¹⁶ 西貝吉晃『サイバーセキュリティと刑法』（有斐閣, 2020年）238頁。

¹⁷ 西貝・前掲注16), 244頁。

解は認証機能そのものに着目している点で、本法の規制対象に直接関連し、よって規定内容との高い整合性を持っているので、一見合理的である。

しかし、私見によれば、当該見解は「なりすまし」行為の防止のみにウェイトをかける点に問題がある。すなわち、本法２条４項から見ると、不正アクセス行為の類型は他人の識別符号を無断で入力するような「不正ログイン」行為と、識別符号の入力を除き、アクセス制御機能による特定利用の制限を免れる情報または指令を入力するような「セキュリティ・ホール攻撃」行為に分類し得る¹⁸。無断で他人のアカウントなどにログインするのは確かに「なりすまし」行為に属するが、セキュリティ・ホール攻撃は「なりすまし」と関係しないので、この場合には認証機能による識別への侵害がないと考えられるべきである。それゆえ、当該見解は本法の一部の規制対象だけに及ぶという点に、疑問があるように思われる。

（５）結論

以上のことから、上記の学説上の見解は欠点を持っており、これらを採用することはできないことになる。結局、やはり立法者の理解にしたいが、本罪の保護法益を「電気通信に関する秩序への社会的信頼」と認めるべきであろう。確かに、当該抽象的な目的は明確性の点において不足があるといえるが、これは公共秩序という類型の法益を保護する犯罪にとって共通の問題であり、不正アクセス禁止法における独自の問題ではないと考えられる。それゆえ、このような欠点だけで秩序の信頼の保護という法益論を否定することはできない。

第二項 不正アクセス罪の該当性

前述のように、本法の保護法益はデータの確実性に対する信頼におくべきではなく、電気通信におけるアクセス制御機能に対する社会的信頼であり、その規制対象は「不正ログイン」行為と「セキュリティ・ホール攻撃」行為という二種類の無権限アクセス行為である。

一部の学説は、不正アクセスの処罰は「結果的にはネットワーク内の情報を不正に入手すること（情報窃盗）を処罰することと同じことである」¹⁹と主張す

¹⁸ 不正・前掲注８），６１頁。

¹⁹ 園田寿『情報社会と刑法』（成文堂，２０１１年）１２頁。

る。当該見解によると、不正アクセスの規制対象は、実際にはアクセス行為及びその後の情報窃盗である。

しかし、データを閲覧しただけで、「当該データに対する固有の利用可能性を確立したとは言えず、データの不正取得は生じていない」²⁰とする反論がある。また私見によれば、当該見解は確かに保護法益論として展開されているわけではないが、実質的には情報の利用を不正アクセス罪の保護法益としている見解と同じであると思われる。前述の通り、このような理解に基づけば、データの保護がネットワークの利用の場合に限られることには疑問があるので、データそのものを不正アクセス罪で保護する見解は説得的ではない。

それゆえ、不正アクセス禁止法の規制対象は無権限アクセス行為そのものであり、アクセス後のさらなる行為とは関係がない。すなわち、本法は、制御機能により保護されるデータを保護する規定ではないと認められるべきである。

これについては、判例も同様の見解に立っている。

例えば、他人のアカウント内の電子メールを盗み見たという事案において、「アクセス制御機能を有する特定電子計算機であるサーバーに、電気通信回線を通じて当該アクセス制御機能にかかるメールサービス会員を利用権者として付された（他人の）識別符号であるユーザー ID 及びパスワードを入力して当該電子計算機を作動させた」行為を「不正アクセス行為」と判示し、「同特定電子計算機の認証サーバーに保管中の電子メールの内容を知得した」不正アクセス後の行為を「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密を侵したもの（電気通信事業法違反）」と認める判例がある²¹。

また、他人のヤフーアカウントのパスワードを無断に変更したという事案において、「ヤフーが設置管理するアクセス制御機能を有する特定電子計算機であるサーバーに、ヤフー会員 3 名を利用権者として付された識別符号であるユーザー ID 及びパスワードを入力して同計算機を作動させた」行為を不正アクセス行為とし、その後の「ヤフー会員 2 名がパスワードを変更した事実がないのに、同会員らがパスワードを変更する手続を取った旨の虚偽の情報を、上記サーバーに接続された記憶装置に送信した」行為を私電磁的記録不正作出行

²⁰ 今井・前掲注13), 9 頁。

²¹ 高松地判平成14・10・16LEX/DB28085232

為と認める判例も存在している²²。

したがって、他人のオンラインゲームアカウントにおけるデータを自己の下に移し替える行為も、他人のアカウントの無断ログインと、データの移転という二段階で考えるべきである。不正アクセス法で保護の対象となるのは、無断ログインという「なりすまし」行為のみであり、後のデータ移転もしくはパスワードの無断変更については保護の対象となっていないものと考えられる。すなわち、当該データの無断変更行為を不正アクセス行為で評価することはできない。この侵害について、別の犯罪に該当する可能性がある。

それゆえ、次は、ログインした後の、バーチャル財産の取得行為が刑法上どのように規制され得るかを検討しなければならない。

第三節 バーチャル財産と財産罪

前述のように、中国の刑法上検討されるバーチャル財産は、判例・通説によれば財産罪の客体と認められており、また私見においても権利の化体物として保護される。すなわち、バーチャル財産はゲームのサービスを表示しており、当該サービス利益は財産的利益（債権の属性）である。それと同時に、バーチャル財産の構成要素はデータであり、精神世界の観念的存在に属する純然たる利益とは違い、無体物（物権の属性）と認められ得る。データの価値は、表示されている遊戯利益にあるので、この場合のデータにはまさに権利の化体物の構造がある。それゆえ、バーチャル財産は権利の無体の化体物と評価され得る。

上記私見は、少なくとも中国刑法の場合には合理的である。具体的にいえば、中国刑法上に電子計算機使用詐欺罪は存在しておらず、また、私見によれば窃盗罪の構成要件行為は単純な財産的利益を侵害することができないが、当該解釈ルートによれば、オンラインゲームのバーチャル財産の移転行為を財産犯で規制することが可能となる。そうすると、利益窃盗への処罰を否定する私見によっても、窃盗罪でユーザーの法益を保護することができる。

しかし、日本の場合には状況が異なっている。電子計算機使用詐欺罪の規定がある日本刑法の場合には、簡単に中国の場合と同じように処理すべきではなく、バーチャル財産の財産的性質、適用の財産罪を再度検討すべきであるよう

²² 大阪高判平成19・3・27LEX/DB28135494

に思われる。

第一項 窃盗罪の否定

日本刑法では、財産犯の客体が財物と財産上の利益に区別され、その上で、窃盗罪では他人が所持・占有している「財物」を、その者の意思によらずに、領得目的で自己または第三者の支配下に移すことが必要であると解釈されている²³。

当該「財物」の意義をめぐることは、現在、有体物説と管理可能性説が対立している。現在の通説としての有体物説は、「空間の一部を占める物理的客体としての有体物のみが財物たりうる」としており、「固体でも液体でも気体でもない電気、その他のエネルギー自体は、物ではないことになる」²⁴と解している。そうすると、245条の「電気は、財物とみなす」という規定は、電気窃盗を例外的に処罰するような法律擬制規定であると認められることになる。

一方、管理可能性説は、245条の規定は単なる例示的意味を有するにとどまり、電気以外のエネルギーについても、管理可能な限り財物性を認める見解である。この説のうち、管理可能性の範囲を拡張して、人の労働力や牛馬の牽引力のようなものを含むとの見解もある²⁵。

管理可能性説に対しては、245条のみなし規定の文言からして「電気が財物でないことを前提とするといわざるをえない」²⁶という批判、管理可能性を広く解すると、単なる観念的存在である権利、利益の窃盗も認められるところ、「利益窃盗を不可罰とする現行法の立場を逸脱する」²⁷という批判がある。仮に、管理可能性を厳格解釈し、物理的管理可能性説にたっても、適切な限定基準が見出されないとする批判が提起されている²⁸。また、民事法上にも「物」は有体

²³ 中森喜彦『刑法各論（第4版）』（有斐閣、2015年）108頁参照。

²⁴ 井田良『講義刑法学・各論（第2版）』（有斐閣、2020年）208頁。

²⁵ 植松正『刑法概論Ⅱ各論（再訂版）』（勁草書房、1975年）365頁参照。

²⁶ 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）200頁。

²⁷ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論（第七版）』（弘文堂、2018年）153頁。

²⁸ 中森・前掲注23）、102頁は、「無賃乗車のような機械力の無断利用については、窃盗の成立を否定する理由はまったくないことになろう」として批判する。すなわち、車に対する管理は物理的であるともいえるから、無賃乗車の行為もその管理の侵害であり、窃盗罪に当たるのは可能である。しかし、それは乗車利

物と解される（民法85条）のであり、民法と正面から矛盾する立場をとるのが妥当ではないとの批判もなされているところである²⁹。

したがって、245条の意義に対する解釈、及び管理可能性説に多くの問題があることから考えると、有体物説の方がより合理的であると認められるべきである。そうすると、245条は、もとより財物の範囲に含んでいない電気を特に財物とする例外の規定とされるため、電気以外のエネルギーは、物質の性質を持っていても、財物とされ得ないことになる。

情報については、これも財物ではなく、せいぜい「それを記録した媒体（紙やUSBメモリなど）が財物とされることになる」³⁰と主張できるにすぎない。オンラインゲームのバーチャル財産は、経営者とユーザーの間の債権債務関係といった情報に属し、データそれ自体も有体物ではないので、日本刑法の財物に該当せず、窃盗罪で保護することは困難である。

そこで次に、バーチャル財産の侵害の場合に、利益窃盗の一部を規制する電子計算機使用詐欺罪が成立するかが問題となる。

第二項 電子計算機使用詐欺罪の成立について

（１）構成要件該当性

246条の２は、財産権の得喪変更に係る事務が人の介入を経ずに電磁的記録に基づいて自動的に処理されるような取引形態に対応するための規定であり、詐欺利得罪の補充類型である³¹。財産権に関する事務を自動的に処理している電子計算機は人間のように欺くことができないので、本条文により、電子計算機に直接の影響を与えて不法な財産上の利益を取得するという行為が処罰されることになる。

バーチャル財産の侵害行為は、一般的には端末の操作により完成されており、他人の意思行為が介在しないから、従来の詐欺罪で規制することができない。しかし、バーチャル財産の侵害により財産的利益の取得が認められる場合には、

益の窃盗とかわらない。

²⁹ 中森・前掲注23), 150頁参照。

³⁰ 井田良, 佐藤拓磨『新論点講義シリーズ刑法各論（第3版）』（弘文堂, 2017年）93頁。

³¹ 前田雅英ほか編『条解刑法（第4版）』（弘文堂, 2020年）800頁参照。

そのバーチャル財産の侵害について、電子計算機使用詐欺罪が適用できるかを検討すべきである。

246条の2には、「人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて財産権の得喪変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は虚偽電磁的記録を人の事務処理の用に供して、自身又は他人に財産上不法の利益を得させる」と規定されている。以下では、バーチャル財産の侵害について、A.「人の事務処理に使用する電子計算機」、B.「財産権の得喪変更に係る電磁的記録」、及びC.「虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて不実の電磁的記録を作る」または「虚偽の電磁的記録を人の用に供する」の該当性を検討する。

A. 電子計算機の該当性

「人の事務処理に使用する電子計算機」における「人の事務処理」とは、財産権の得喪、変更に係る事務の処理をいう³²。金融機関の設置したATM機のような、専ら財産事務を処理する機械は、その一例である。

オンラインゲームに関する電磁的記録は、ユーザーの遊技行為、すなわち、ユーザーの端末の操作により、ゲーム世界のルールに従って変更されている。当該過程はすべて、経営者が支配しているサーバーコンピュータの上で発生する。つまり、この場合、事務処理に係る電子計算機は、ユーザー個人のスマホ等の端末ではなく、ゲームの運営を維持するサーバーであると理解することができる。

また、現在のオンラインゲームにおいては、課金アイテムの売上げがゲームを運営する企業等の重要な収益源となっていることから、課金のメカニズムを設置しないサーバーは事実上存在していないだろう。課金は料金の支払いを通じて、より優れたサービスを取得するための機能である。そうすると、課金メカニズムを有するサーバーは財産的利益に係る電磁的記録を処理する電子計算機であるといえよう。

以上のことから、オンラインゲームの経営の用に供するサーバーコンピュータは本条文の意義上の電子計算機に属するといえる。

³² 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻 第二版』（青林書院、2006年）161頁参照〔鶴田六郎〕。

B. 電磁的記録の該当性

「財産権の得喪変更に係る電磁的記録」とは、「財産権の得喪、変更の事実またはその得喪、変更を生じさせるべき事実を記録した電磁的記録であって、その作出等が事実上財産権の得喪、変更を生じさせることとなるようなもの」をいう³³。「預金残高を記録した銀行の元帳ファイルや、金銭の利益に相当する記録がなされたプリペイドカードの磁気部分等がこれにあたる」³⁴と解することができる。

これに対して、不動産登記簿のような、財産権の得喪変更を公証するための記録、または一定の資格を証明するための記録は、その作出や変更行為が直ちに財産権の得喪変更に結びつかないので、本条文の電磁的記録に当たらない³⁵。

財産権の得喪変更に直接関連し得るために、まずは、バーチャル財産には財産上の権利があることが必要である。そして、バーチャル財産にはどのような権利が成立し得るかについては、「日本におけるオンラインゲームサービスの利用規約では、ユーザーの仮想財産に関する権利について、利用権ないし使用権が帰属すると規定するものが大半である」³⁶と主張する民法学説上の見解がある。すなわち、バーチャル財産に対するユーザーの支配は、実質的にはバーチャル財産の利用権ないし使用権を取得したと解されるべきである。

ユーザーはバーチャル財産の利用権・使用権を持っているとの見解を承認した上で、私見によれば、ユーザーと経営者の間の権利義務関係を表示しているバーチャル財産に対する利用権・使用権の取得は、ゲームをより楽しくするという権利を得たという状態の表現である。このような権利の取得には、一般的に課金等による金銭の支払いが必要である。それゆえ、当該利用権・使用権は、財産に係る権利と認められ得る。ゲームアイテム等のバーチャル財産に対するこれらの権利の取得、喪失は、直接的に財産上の権利であるゲーム利益の取得、喪失をもたらし得るので、オンラインゲームのバーチャル財産は、財産権の得喪変更に関する電磁的記録の特徴を備えているといえる。

³³ 松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』（成文堂，2018年）271頁。

³⁴ 井田・前掲注24），320頁。

³⁵ 前田ほか・前掲注31），802頁参照。

³⁶ 角本和理『いわゆる仮想財産の民法的保護に関する一考察』北大法学論集65巻5号（2015年）305頁。

C. 実行行為の該当性

a. 概説

これまで見てきたように、オンラインゲームのサーバーは、人の事務処理に使用する電子計算機に該当しており、バーチャル財産も、財産権の得喪変更に係る電磁的記録に該当している。その上で、本罪の成立のためには、さらに「虚偽」の情報や不正な指令を与えることによる「不実」の電磁的記録の作成、または「虚偽」の電磁的記録の供用がなければならない。

不正な技術手段でサーバー上のデータを直接改ざんし、よって自己のアカウントにアイテムやコインを増加させた場合、関連の情報は「虚偽」のものと評価されることには問題がない。これに対して、行為者が他人の ID/ パスワードを取得し、対応のアカウントに勝手にログインし、他人に属するバーチャルアイテム等を自分のアカウントに移転させた場合に、行為者が利用した他人の ID/ パスワードはそれ自体虚偽ではない。また、移転させられたアイテムも、元のユーザーにより正当に取得されていたのであり、プログラムの不法改ざん、増加等の手段で生成したデータではない。すなわち、他人の ID/ パスワード及び行為対象たるバーチャル財産は本来電子計算機の正常なメカニズムから生じた真実の電磁的記録であると考えられ、そうであるならば、本罪の成立を認めるのは困難であるように思われる。

しかし、ここでの「虚偽」は必ずしも ID やパスワード、アイテムそれ自体の虚偽性を問題としていない。この点について、以下の判例等により確認する。

b. 判例及び立法者の見解

電子計算機使用詐欺罪における「虚偽」性の判断に関する事件(下記の事例9)につき、他人名義のクレジットカードの冒用による電子マネーの利用権(インターネット上の各種有料サービスを利用する際に、利用者が予め購入しておくポイント制の電子取引上の利用権)の取得に関する最高裁の判例は、本罪の成立を認めている。

事例9³⁷

³⁷ 最決平成18・2・14刑集60巻2号165頁。

（事実）

被告人 X は、窃取したクレジットカードの番号等を冒用し、いわゆる出会い系サイトの携帯電話によるメール情報受送信サービスを利用する際の決済手段として使用されるいわゆる電子マネーを不正に取得しようと企て、５回にわたり、携帯電話機を使用して、インターネットを介し、クレジットカード決済代行業者が電子マネー販売等の事務処理に使用する電子計算機に、本件クレジットカードの名義人氏名、番号及び有効期限を入力送信して同カードで代金を支払う方法による電子マネーの購入を申込み、上記電子計算機に接続されているハードディスクに、名義人が同カードにより販売価格合計11万3000円相当の電子マネーを購入したとする電磁的記録を作り、同額相当の電子マネーの利用権を取得したものである。

（判旨）

最高裁は以上の事実関係の下で、次のように電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた。

X は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である。

事例 9 において、被告人 X は、インターネットで決済代行者の使用する電子計算機に、カード番号等の内容それ自体が真正なものに合致しているような情報を送信して、カード名義人が電子マネーを購入したという電磁的記録を作出し、よって同電子マネーの利用権を取得した。

すなわち、本件の被害クレジットカードの情報はそもそも真実のものであり、被告人による電子マネーの購入指令は、その作出人がカード名義人ではないということを除き、完全に正常な利用手続きに合致しており、電子マネー販売の電子計算機におけるデータの錯誤等をも生じさせていないことから、電子マネーを購入したとする電磁的記録それ自体が虚偽の情報とはいえるかが問題となった。

本件において使用されたクレジットカードにつき、控訴審である原判決は、

「そもそも、クレジットカードの制度上名義人以外の者による使用が禁止されていることは、同カードの取引約款や一般の取引慣行からも明らかであるほか、本件証拠上も、クレジットカード決済会社を介しての取引に当たって、利用者は、本人名義のカードを使用しなければならない旨が音声ガイダンスにより告知されているところである。そうすると、利用者が他人名義のクレジットカードを用いて同会社から電子マネーの購入手続を進めることは、カード名義人の信用力に基づく決済代行業務の事務処理目的からして、正規の手続としては全く予定していないというべきである」³⁸と判示して、情報の虚偽性を認めた。最高裁も「本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え」と判示しており、同様の理解をしたものといえよう。

すなわち、このような判例の立場からして、本件の情報の「虚偽」性の判断は、カード番号等の内容それ自体への判断に限らない。名義人ではない行為者の利用は、カード名義人の利用という事務処理目的に反するので、送信された情報は「虚偽」の情報と評価されることになった。Xの使用行為は「カード名義人の信用力に基づく決済代行業務の事務処理目的に適わず、実際の利用者とカード名義人の人格の不一致という虚偽の情報を与えたことになる」³⁹とされている。

また、電子計算機使用詐欺罪の成立のために、当該「虚偽の情報」の入力によって「財産権の得喪、変更に係る不実の電磁的記録」の作成が同時に要求されている。学説により、この意味は、虚偽の情報を入力した結果、「当該電磁的記録は真実に反する意味内容をもつことにより不実なものと評価されることになる」⁴⁰と解されるべきである。

したがって、本件において、Xが「名義人自身が電子マネーを購入した」ような客観上の真実に反する「虚偽」の情報を入力することによって生じた電子マネーの取得という電磁的記録は、無権限者である被告人の操作から生じ、ま

³⁸ 大阪高判平成17・6・16LEX/DB28115306

³⁹ 井田良、城下裕二編『刑法各論判例インデックス』（商事法務、2016年）183頁〔穴沢大輔〕。

⁴⁰ 高橋則夫ほか『財産犯バトルロイヤル』（日本評論社、2017年）205頁〔内田幸隆〕。

た事實的、法律的關係に基づかないので、真実の状況に反するものであり、「不実」の電磁的記録と評価され得る。そうすると、電子計算機使用詐欺罪の構成要件が満たされることになる。

そして、インターネット銀行の不正利用に関する下記の事例10も、同様の立場に立っている。

事例10⁴¹

（事実）

被告人 X は、平成25年4月8日に、インターネット接続機能を有する電子機器を操作して、電気通信回線を通じ、インターネット専業銀行である銀行株式会社が設置して管理する電子計算機である認証サーバーコンピュータに対し、他人の普通預金口座から、被告人が管理する普通預金口座に合計350万円を振り込んだ旨の虚偽の情報を与え、前後5回にわたり、前記の認証サーバーコンピュータと連携する全国銀行データ通信システムの電子計算機を介して、前記の被告人の普通預金口座の預金残高を合計350万円増加させて財産権の得喪及び変更に係る不実の電磁的記録を作り、よって、合計350万円に相当する財産上不法の利益を得て、同年5月22日に、前記と同じような操作をし、よって、合計600万円に相当する財産上不法の利益を得た。

（判旨）

横浜地裁は次のように判示して、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた。

被告人が、氏名不詳者と共謀の上、他の者が不正に入手したインターネット銀行の預金口座の入出金、振込等を行うために使用する他人名義の預金口座のユーザー ID 及びパスワードを利用し、インターネット上の同口座にログインした上、上記他人名義の口座から被告人が管理する口座に現金を振り込んだ旨の「虚偽の取引情報」を与え、国内の銀行間取引を中継するコンピュータという「残高預金の振込等の事務処理に使用する電子計算機」を介して、被告人が管理する口座の預金残高を増加させるという「預金の振込等に関する不実の電磁的記録」を作り、不法の利益を得た。

前記の事例9と事例10は、立法者の見解に従っている。すなわち、立法者は、

⁴¹ 横浜地判平成25・11・22LEX/DB25502790

虚偽の情報とは「当該システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報をいう」⁴²と解している。学説によれば、この根拠は、本罪において「電子計算機に入力された数値・事項それ自体の正しさというよりも、情報が電子計算機に入力されたことで生じる意味内容と、それを裏付ける現実的事實的、法律的関係の齟齬が問われている」⁴³ことに求められている。

そうすると、事例10においては、銀行が予定する通信システムの事務処理の目的からして、金融秩序の維持や事務の順調な履行のために、口座の利用権限は、当該口座の名義人に限られるというべきである。本件の振込指令につき、現実には作出人と口座の名義人との間に齟齬が生じているから、当該指令はインターネット銀行の要求する事務処理の目的（名義人の利用）に反し、認証システム電子計算機に与えた「虚偽の情報」に該当すると認められることになる。

また、当該「虚偽の情報」の入力によって、アカウントの持ち主による同意がないにもかかわらず作成された被害者口座の残高の減少と被告人口座の残高の増加といった電磁的記録は、事実・法律上の基礎がないので、「財産権の得喪、変更に係る不実の電磁的記録」である。したがって、事例10における被告人は虚偽の振込指令を銀行の通信システムに与え、自分の管理する口座の残高の増加という「不実の電磁的記録」を作り、よって残高の金額に相当する預金債権といった財産上の利益を取得したと解されることになる。

c. バーチャル財産の侵害行為の実行行為該当性

上述したことは、バーチャル財産の移転行為にも同様に妥当し得る。

まず、オンラインゲームの新規登録の際には、登録者は携帯ナンバーや生年月日等の身分証明に供する情報を入力した後、ゲームにアクセスするためのアカウントのIDを取得する。ゲーム経営者との事前契約は、当該アカウントの利用を最初に身分情報を提供した登録者本人に限っている場合がほとんどである。すなわち、事例9、10における経営者のシステムの事務処理の目的と同じように、アカウントの名義人自身のログインだけが、当該ゲームのサーバーの予定する事務処理の目的に適する利用行為と認められるべきである。

⁴² 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（立花書房、1988年）121頁〔的場純男〕。

⁴³ 高橋ほか・前掲注40）、204頁〔内田幸隆〕。

そうすると、行為者によりゲームサーバーに与えられた、他人のアカウント中のバーチャル財産の移転という指令は、前記の事例９、１０における電子マネーの購買指令や振込指令のように、「名義人しかアカウントを利用できない」という経営者の決めた規則に反し、ゲームを運営するサーバーの予定する事務処理の目的から逸脱したことを根拠として、「虚偽」の情報と認められるべきである。また、アカウントのパスワードも名義人しか変更できないので、他人からのパスワード変更の指令もやはり「虚偽」の情報であるとされるべきである。

そして、事例９、１０の行為者は虚偽の情報を送信し、よって電子マネーや残高を自己のアカウントに増加させた。取得された当該電子マネーや残高に関する電磁的記録は真実の状況に反する「不実」のものである。バーチャル財産の侵害の場合においても、虚偽の情報の提供によって、被害者のアカウントにおけるアイテムの減少と、これに対応した行為者のアカウントにおけるアイテムの増加は、無権限者の操作の結果であり、事実に・法的関係に基づかないので、「不実」の電磁的記録と評価され得る。行為者は当該バーチャル財産を支配する地位を取得し、よって相応のサービス利益を享有していると認められるので、結局財産上不法の利益を自ら獲得したことになる。

したがって、バーチャル財産犯罪の典型行為である、アカウント内のバーチャル財産の移転行為、もしくはパスワードの改ざんによるアカウントの取得に対する刑法上の処罰につき、電子計算機使用詐欺罪の適用は可能であると考えられる。

（２）ユーザーの直接被害の場合

これまで見てきたように、ユーザーが支配するアカウントまたはアカウント内のアイテムやコインを他人に取得された場合、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めることができる。その上で、さらなる問題は生じている。すなわち、このような類型においては、不実の指令が与えられたサーバーは経営者のものである一方、行為客体としての電磁的記録が作出された結果、移転したバーチャル財産はユーザーの支配下にあったものである。そうすると、被害者はユーザーであるか、それとも経営者であるかという問題を解決すべきである。

一部の見解は、電子マネーの利用権利の取得に係る前記の事例９を例として、「電子マネー販売等の事務処理に供する電子計算機を保有していたクレジットカード決済代行業者を相手方とする対峙的詐欺として捉えるべきである」⁴⁴と

解しており、事務処理に使用する電子計算機を管理している経営者を電子計算機使用詐欺罪の被害者と認めている。

これに対して、振込の場合、「XがCDカードの不正利用によりA銀行のYの口座からB銀行のXの口座へYの預金を振込送金したような場合には、A銀行の占有する現金の移動を伴わないから、A銀行を被欺罔者・処分行為者、Yを被害者とする三角詐欺として構成することも可能である」⁴⁵として、ユーザーを被害者と認める見解もある。

学説上の解釈によれば、詐欺罪が成立するためには、行為者の得た財産と被害者が失った財産の直接的な対応関係が必要である。例えば、「財産領得罪においては、一項犯罪と二項犯罪に共通する要件として、行為者側に財産的利益が生じ、それと直接的に対応する形で被害者側に財産的不利益が生じるという利益と不利益の直接的な対応関係が要件とされるべきであろう」⁴⁶と解しており、利得は被害者の相応の損失からなされるべきであることを肯定している。

また、振込送金の被害者をユーザーと解する見解も、「Xが直接A銀行のATM機からYの預金を不正に引出した場合も、A銀行は、約款により免責されるのが通常であるから、実際の被害者はYであるが、現実にA銀行の占有する現金が移転しているために、Yを被害者とする一項詐欺を認めることには困難がある。なぜなら、被害者Yが失ったものはA銀行に対する預金債権であり、Xが得たものは現金であって、同一性を欠くからである」⁴⁷と主張しており、行為者の利得との同一性がある財産上の損害を被る者は財産領得罪の被害者であると認めている。

それゆえ、詐欺罪の補充類型としての電子計算機使用詐欺罪は、財産上の直接損害がその成立要件とされるべきであり、被害者もそれに従って、直接の財産損害を受ける者であるとの解釈が、合理的であろう。行為者が他人のカードを利用して自らの口座に振込送金を行う場合、行為者が銀行に対する関係において不法に財産上の利益を得たけれども、この過程に伴って直接的な財産の損失を被る者は銀行ではなく、口座の名義人である。したがって、この場合には、

⁴⁴ 日高義博『刑法各論』（成文堂、2020年）329頁。

⁴⁵ 西田典之「コンピュータと業務妨害・財産罪」刑法雑誌28巻4号（1988年）525頁。

⁴⁶ 井田・前掲注24）、302頁。

⁴⁷ 西田・前掲注45）、527頁注（37）。

口座の名義人は電子計算機使用詐欺罪の被害者となる。

ユーザーが支配するバーチャル財産の侵害という場合にも同様である。他のユーザーのアカウント内のアイテム等を自分のところへ移す行為においては、ユーザーが当該行為に伴って直接的な財産上の損失（アイテム等の喪失）を受けるので、これがユーザーの直接被害と評価されるべきである。この場合、経営者の信用などの利益が同時に侵害されていても、これ自体は直接的財産利益と関係しないので、電子計算機使用詐欺罪の保護範囲に含まれていないように思われる。すなわち、ユーザーが支配するバーチャル財産が侵害された場合、被害者はユーザーのみであると考えられるべきであろう。

（３）経営者の直接被害の場合

A. 概説

これまで検討したのは、ユーザーの支配下のバーチャル財産を侵害する行為である。しかし、バーチャル財産の損害は、経営者の直接被害の場面でも存在している。すなわち、サーバーにおけるデータ変更権限を無断に取得しデータの直接増加、改ざんをし、もしくはプログラムを通じて課金アイテムの消費を避ける等の行為は、ユーザーの利益と関係がなく、専らオンラインゲームの経営者に対する侵害である。

前述の通り、中国刑法において、経営者被害のバーチャル財産の取得につき、バーチャル財産を無体物とする場合にも、窃盗罪が成立し得ない。なぜなら、「被害者が占有を喪失し、行為者が相応の占有を取得した」という窃盗の特徴から見て、本来被害者の占有している財物を自己または第三者の占有の下に移転する行為が窃盗罪の実行行為である。アイテムは経営者の支配範囲（サーバー）から離脱できないので、そもそも経営者の占有に対する侵害がない。結局、当該行為はサーバーシステムを「欺いて」、支払うべき料金の支払いを免れたこととされるしかない。それゆえ、電子計算機使用詐欺罪が存在しない中国刑法の場合には、他人の意思決定を介しないようなデータの無断複製行為を財産犯罪で処罰するのは困難である。

これに対して、日本刑法の場合、電子計算機使用詐欺罪が存在している。通説によれば、当該特別類型の利益詐欺罪は、積極利得型と債務免脱型に分けられる。積極利得型としては、カードの利用による預金の付け替えや、架空の入金データの入力等が考えられており、債務免脱型としては、各種課金ファイル

の改ざんによる利用代金の免除等が考えられている⁴⁸。

バーチャル財産の取得の場合において、権限なくサーバーコンピュータに作出するデータ増加の指令が「不正の指令」であり、これによって、課金でしか取得できないゲームアイテムを、料金の支払がなく、自己または第三者の支配下のアカウントに生じさせた場合、当該アイテムの取得は「不実の電磁的記録」の作出にあたとされ得る。このような場合、私見によれば、バーチャル財産を取得するより前には、行為者は何かを支払う義務がなく、課金に係る債務を負っていないから、債務免脱型の利益詐欺ではないように思われる。すなわち、この場合、行為者は価値のあるバーチャル財産を取得した、積極利得型の利益詐欺を行っていると思われるべきであろう。

B. 民事判例による損害の否定とその問題点

これまで見てきたように、経営者に対する侵害は電子計算機使用詐欺罪の成立が認められ得る。しかし、さらに考えなければならないことは、ここで問題となっているような事案において、経営者に財産的損害が生じていないのではないか、ということである。すなわち、民事法上の判例により、本稿であげたような事案の場合に、経営者には現実の財産損害がないと評価されているからである。

東京地判平成19・10・23は、オンラインゲーム会社である原告の従業員であった被告が、原告のゲームの運営管理プログラムにアクセス権限もなくアクセスするという不正アクセス行為を行い、自らのキャラクターデータを改ざんしてゲーム内の仮想通貨の保有量を増やし、それを、ゲーム内の仮想通貨やアイテムを現実の金銭で販売する業者に売却する（RMT = Real Money Tread）などをしたことから、ゲーム課金及びゲーム関連商品の売上げの減少という損害を理由に、被告に対し、当該不法行為による損害賠償を求めた事件につき、「RMTはゲームの機能や提供事務者とは全く無関係におこなわれるものであって、本件においても何ら原告やユーザーを害するものではなく、同行為が原告会社に損害を与えるものでもない…本件オンラインゲームの課金収入及び関連商品の売上げの減少は被告の行為と因果関係によるものではないし、被告がRMTにより利益を得たことは損害論との関係で、意味をもつ事実ではない…直ちにそ

⁴⁸ 西田・前掲注27)、236頁参照。

れらが被告に行為と因果関係を有するとまではいえないとしても、実際に信用毀損によりゲーム課金収入等に悪影響があったであろう」⁴⁹と判示している。このような判例に対して、民法学説は、「事業員が不正な手段で得たデータをRMTで換金した利益を、事業者が本来得られた利益であると考えることができないとして、事業員に対する利益吐き出し的な損害賠償請求を否定している」⁵⁰と解している。

このように、民事の判決においては、権限なくデータを改ざんしバーチャル財産を取得した後、これをRMTで販売する行為は、経営者に直接的な財産上の損害を与えるとはいえないとしたものがある。

このような民事判例は実質的には、RMTとゲーム会社の関連性がないことを理由として、RMTによる利益の取得と、課金の減少という会社の損害との間の因果関係を否定したものといえる。しかし、被告の行為が原告に与えた損害は、売り上げの減少だけではないものと思われる。すなわち、RMTの前の段階において、行為者はキャラクターデータの改ざんにより、自己のアカウントにコイン等を増加させた。これらのバーチャル財産は、ゲーム内の課金または労働でしか取得できないので、行為者はバーチャル財産の取得の正規の手続きを回避したといえる。このRMTの前段階でのバーチャル財産の不正取得と会社の損害との関係について、当該判例は明らかにしていない。この点において、当該判例には疑問があるのである。

C. 学説による損害の否定とその問題点

中国においても、利益取得が存在しているにもかかわらず、バーチャル財産には創出のためのコストがかからないという点、及びバーチャル財産の価値の不確定性という点に着目して、経営者の直接侵害はやはり財産犯罪とされるべきではないとの見解がある。たとえば、「ゲーム経営者の定価を実際の価値の標準としたら、犯罪数額の最終決定権は私的主体であるゲーム経営者により支配されてしまう。これは法治国家にとって容認できない状況である。実際価値の不確定により、バーチャル財産の実際価値に対する確定は完成できない任務になっている。それゆえ、法益侵害性の視点から、バーチャル財産の取得は窃

⁴⁹ 東京地裁平成19・10・23LEX/DB28141813

⁵⁰ 角本・前掲注36), 316頁。

盗罪と認められるべきではない」⁵¹と主張するものがそうである。

しかし、当該批判は当たらないといえる。まず、ゲーム経営者にとって、料金支払いの有無は重要な事情であり、この点を看過すべきではない。なぜなら、あるオンラインゲームの経営を維持するために、ユーザーの課金は主要な収入として、不可欠なのである。

また、経営者による定価は必然的に最終の犯罪数額とされるわけではない。すなわち、定価は会社が決めるけれども、実際の価値は最終的には市場原理に左右されるといえるので、犯罪数額を当時の市場取引価格によって計算することは納得できると考えられる。

以上のことに鑑みれば、上記の民事判例及び中国の学説とは異なり、財産的損害を認めることができるものと思われる。すなわち、刑事法の視点からして、ゲーム内のアイテム等が課金でしか取得され得ない場合において、行為者がデータに対する不法改ざんにより当該バーチャル財産を取得すれば、積極的にバーチャル財産の利用権利という不法利益を取得したと評価されるべきである。当該取得された利益に対応して、経営者は課金収入を取得できないため、同時に利益の損害を受けたと認められる。

D. 結論

上記で検討してきたように、民事判例の観点とは異なり、刑事法の検討においては、ゲーム経営者には直接的な財産上の損害を認めることができるだろう。

刑法246条の2の構成要件に基づいて、行為者が実際に財産上不法の利益を取得し、または他人にこれを取得させると、構成要件の実現が認められ得ることになる。客観的要件の該当性については、サーバーコンピュータに作出するデータ増加の指令が「不正の指令」であり、これによって、課金でしか取得できないバーチャル財産を、料金の不支払で自己のアカウントに生じさせた場合、バーチャル財産が取得されたという状態は「不実の電磁的記録」と認められ得る。

また、主観的要件を検討すれば、上記の民事判例の場合、確かに行為者は取得したデータを自ら利用しようとしていない（すなわち、転売の目的がある）。しかし、その場合においても、料金の不支払で取得されたバーチャル財産の利用権という不法利益を対象とする不法領得の意思が認められるべきであるの

⁵¹ 张弛『窃取虚拟财产行为的法益审视』、『政治与法律』2017年第8期，36頁。

で、本罪の主観的要件も満たされることになる。

したがって、不法にサーバー上のデータを改ざんし課金アイテムを取得し、よって財産上不法の利益を得るという行為は、本条前段の行為態様として、経営者を被害者とする電子計算機使用詐欺罪に該当すると解されるべきであろう。

なお、データを増やすという行為態様以外に、本条後段の「虚偽電磁的記録を人の事務処理の用に供して、自身又は他人に財産上不法の利益を得させる」行為となる、経営者の直接被害のもう一つの類型も考えられる。例えば、事前に変造したプリペイド式の IC カードを利用して、オンラインゲームにおいて正常な課金を行う場合、当該変造されたカードに記録された電磁的記録には、虚偽性を認めることができる。そうすると、行為者が当該虚偽の電磁的記録をオンラインゲームのサーバーの事務処理の用に供し、よって支払うべき料金の支払いを免れれば、本条後段の構成要件に該当すると認められるべきである。

第四節 バーチャル財産とその他の犯罪

これまで見てきたように、他人のバーチャル財産を取得する行為につき、ログイン行為を不正アクセス罪で、バーチャル財産の移転行為を電子計算機使用詐欺罪で規制することが可能である。また、経営者のサーバーに権限なく侵入する行為を不正アクセス罪で、データの改ざんによる財産的利益の取得を電子計算機使用詐欺罪で処罰することも可能であろう。

しかし、検討はまだ終わっていない。すなわち、これらの行為は電子計算機に関するその他の罪に該当するかということは、さらに問題である。

第一項 電磁的記録不正作出・供用罪

（１）概説

前述のように、オンラインゲームのバーチャル財産の侵害行為は、ユーザーに対する侵害として、アカウント内のアイテム等の移転やアカウントの乗っ取り行為、経営者に対する侵害として、サーバー上のデータの無断改ざんによりアイテム等を増やす行為がある。これらの行為は結局、自己のアカウントにアイテム等を取得させ、または他人のアカウントを自分だけが支配できる状態にする。これらのバーチャル財産は電磁的記録であり、その取得は電子計算機使用詐欺罪に該当する以外に、同様に電磁的記録を行為客体とする私電磁的記録

不正作出罪の構成要件行為に該当するだろうか。

161条の2は、人の事務処理を誤らせる目的で、当該事務処理の用に供する権利、義務または事実証明に関する電磁的記録を不正に作る行為を規制している。通説によれば、本条の趣旨は文書偽造・行使罪と同様であると認められる⁵²。すなわち、「文書等が本物であるということへの信頼」が保護法益になる。文書への信頼という法益を肯定した上で、「間接的かつ究極的に文書等によって媒介される取引・契約等の安全を保護するもの」⁵³という見解もある。

バーチャル財産の侵害の場合が本罪に合致するかについては、①バーチャル財産は、本罪の客体である電磁的記録に該当するか、②バーチャル財産の取得は、本罪の実行行為である不正作出に該当するか、及び③人の事務に誤らせる目的に該当するか、という3つの問題を検討すべきである。

(2) 構成要件該当性の検討

a. 客体

本罪の電磁的記録は権利、義務または事実証明に関するものであり、かつ、他人の事務処理の用に供せられるものである。通説によれば、本罪の「事務処理」とは、「社会生活上意味のある事項、すなわち、財産上、身分上、そのほか人の生活関係に影響を与えるような事項を取り扱う一切の仕事を含む」⁵⁴。

当該通説に基づけば、「事務処理」の範囲は人の生活関係に関連する一切の事項と解されており、かつ、本罪は社会法益を保護しており、財産犯ではない。このことに鑑みれば、本罪の客体とする電磁的記録が表示している権利、義務または事実、特に財産上のものに係る必要がないだろう。オンラインゲームのデータに関連する判例（下記の事例11）においても、この点が見出される。

事例11⁵⁵

(事実)

Fが、オンラインゲーム「モンスターストライク」を運営する株式会社Gの

⁵² 前田ほか・前掲注31), 460頁。

⁵³ 松宮・前掲注33), 377頁。

⁵⁴ 井田・前掲注24), 499頁。

⁵⁵ 千葉地判平成29・5・18 LEX/DB25546111

事務処理を誤らせる目的で、同年４月８日、多数回にわたり、Eを介して被告人から購入した携帯電話機を用い、電気通信回線を通じて、同社が管理する同ゲームのデータを記録する電子計算機であるサーバーコンピュータに、同ゲームのデータを不正に書き換えてクエストをクリアしたにもかかわらず、データを不正に書き換えることなく適正にクリアしたという内容の虚偽のデータを送信し、同データを同サーバーコンピュータに記録させ、もってクエストクリアの報酬である特定のキャラクター取得についての権利、義務に関する電磁的記録を不正に作出するとともにその事務処理の用に供した際、それに先立ち、同年３月25日、前記Eに対し、ウェブページ上で、同ゲームのデータを不正に書き換える手順等を掲示した被告人が運営するブログのパスワードを伝達し、同日から同年４月８日までの間に、前記Eに前記ブログを閲覧させた上、同人を介して前記Fに対し、前記ブログに掲示された同ゲームのデータの不正書換えの手法や強制終了の回避方法を教示し、もって同人の前記犯行を容易にしてこれを幫助した。

（判旨）

千葉地裁は、以下のように解して、不正作出私電磁的記録供用幫助罪の成立を認めた。

Fが、クエストクリア時にトレースログとしてサーバコンピュータに送信されるデータのいずれかを不正に書き換えた状態でクエストをクリアし、その後データを復元した結果、データの不正書換えのない状態でクエストをクリアした旨のデータがトレースログとしてサーバーコンピュータに送信・記録されたものと認めることができる。したがって、Fがクエストをクリアした際にサーバーコンピュータにトレースログとして送信・記録されたデータは、ゲームのデータを不正に書き換えてクエストをクリアしたにもかかわらず、データを不正に書き換えることなく適正にクリアしたという内容の虚偽のデータということができる。

そして、イベントクエストをクリアすると報酬として宝箱が得られ、その中に限定キャラクターが入っていた場合には以後当該キャラクターがゲーム内で使用可能となるため、Fがサーバーコンピュータに送信・記録させたゲームのデータを不正に書き換えることなく適正にイベントクエストをクリアした旨のデータは、限定キャラクターを取得する権利、義務が発生する要件の主要部分を構成する電磁的記録といえ、クエストクリアの報酬として得られる特定の

キャラクター取得についての権利、義務に関する電磁的記録に該当する。

以上のことによれば、Fがデータを不正に書換えてクエストをクリアしたにもかかわらず、データを書き換えることなく適正にクリアしたという内容の虚偽のデータをサーバーコンピュータに送信して記録させた点は、私電磁的記録不正作出・同供用罪に該当するものというべきである。そして、Fにデータの書換えの手法などを教示した被告人は、私電磁的記録不正作出・同供用の幫助に該当し、1罪として犯情の重い不正作出私電磁的記録供用幫助罪の刑で処断されることとする。

事例11において、ゲームのデータを不正に書き換えることなく適正にイベントクエストをクリアした旨のデータは、限定キャラクターの取得に関する権利、義務が発生する要件の主要部分を構成する電磁的記録とされた。

当該限定キャラクターの取得に係る電磁的記録は、経営者の販売するアイテムとはいえないので、当該行為は財産上の利益に直接関連せず、電子計算機使用詐欺罪の成立は考えられないことになる。しかし、そうであるとしても、この事例に係る限定キャラクターは、経営者の提供するゲーム利益の一種であり、ゲームの経営という事務上の権利・義務に関する電磁的記録と認められるのが合理的であるように思われる。

それゆえ、判例の理解と同様に、財産的利益であるかどうかにもかわらず、オンラインゲームに係るデータが遊戯利益と評価され得る場合、それはすべて本罪の電磁的記録に該当すると認められるべきである。本稿の検討対象としてのバーチャル財産もユーザーと経営者の間の権利・義務に関連しており、遊戯利益の一種であるので、電子計算機使用詐欺罪の客体以外に、同時に電磁的記録不正作出罪の客体にも属すると解することができる。

b. 実行行為

さらに、「不正に作る」という実行行為の該当性が問題になる。通説によれば、ここでいう不正作出の意味は、「電磁的記録作出権者、すなわち、電子的情報処理組織を設置・管理し、それによって一定の事務処理を行おうとしている者の本来の意図に反する電磁的記録をほしきままに作出して、存在させることをいう」⁵⁶

⁵⁶ 大塚仁『刑法概説各論（第3版増補版）』（有斐閣、2005年）490頁。

と解されている。この見解から出発すると、「電磁的記録が作り出されるべきシステムの設置運営主体との関係において、記録の作出に関与する権限がない」⁵⁷者だけが、本罪の主体となり得る。

それゆえ、当該作出に関与する権限のない者が虚偽のデータを入力し、よって電子計算機に既存の電磁的記録の変更を与える行為は、権限者の意図に反している限りで、本罪の実行行為を充足する。そうすると、バーチャル財産に係る電磁的記録が不正な行為と評価され得るためには、作出権限者の意図を考える必要があるだろう。

前述の通説によると、電磁的記録作出の権限者は「電子的情報処理組織を設置・管理して事務を処理する」者である。それを前提とすれば、オンラインゲームに係る電磁的記録の作出権者は、サーバーを管理するゲームの経営者ということになるであろう。ユーザーが自己のアカウントにバーチャル財産を取得させる場合、ユーザーは取得の指令をサーバーに送信し、そのあと、経営者が当該指令に従って、アカウントにバーチャル財産を取得させたという電磁的記録を作出することになる。このとき、ユーザーによるバーチャル財産の取得は正常な行為であるので、経営者の意図に反せず、不正作出とは関係がない。

それでは、本稿が問題とするようなバーチャル財産の不正取得は、本罪の不正作出に該当するのだろうか。電子計算機使用詐欺罪と同じように、電磁的記録不正作出罪の場合にも、ユーザーの被害と経営者の被害という2つの類型がある。まず、ユーザーの直接被害の場合を検討する。この場合、アカウントのパスワードを改ざんする行為と、アカウント内のアイテム等を移転する行為がその侵害態様として考えられる。

前者の侵害態様については、前述の通り、「会員がパスワードを変更した事実がないのに、同会員らがパスワードを変更する手続を取った旨の虚偽の情報をサーバーに送信した」行為を私電磁的記録不正作出行為と認めた判例がある（前記第二節の第二項で検討した大阪高判平成19・3・27LEX/DB28135494を参照）。この侵害態様においては、アカウントの利用がサービス権利の実現であり、そのパスワードの無断変更という指令は、「アカウントの名義人しか利用できない」という経営者の意図に反し、虚偽の情報と評価され得るので、「不正に

⁵⁷ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第8巻 第三版』（青林書院、2014年）237頁〔和田雅樹〕。

作る」という要件が満たされると考えられるべきである。

また、アイテムの無断移転においては、当該サービス利益の元の利用者が移転の意思を持っていないので、アイテムの移転という指令は正常な利用行為ではなく、経営者の意図に反して虚偽のものであり、結果としてのバーチャル財産の取得は、作出に関与する権限のない行為者が遊戯利益に関する電磁的記録を不正に作出したと評価できることになろう。

次に、経営者の直接被害の場合には、データの無断複製や増加がその侵害行為として考えられる。行為者が課金をしていないのに、「アイテムなどを自分のアカウントに取得させる」という虚偽の指令をサーバーに送信し、よってアイテムを取得することは、事務処理に係る権利義務に関する電磁的記録を不正に作る行為と認められるのはもちろんであろう。

それゆえ、ユーザーの被害でも経営者の被害でも、その侵害行為は「電磁的記録を不正に作る」という要件に合致するように思われる。

c. 目的要件

最後に、本罪成立のため、行為者には「人の事務処理を誤らせる」目的があるという要件が必要である。通説によれば、ここでいう目的は「不正に作出された電磁的記録が用いられる結果、事務処理に過誤を生ぜしめること」⁵⁸をいう。これは従来の文書偽造罪の「行使の目的」に対応する要件である。

オンラインゲームにおいて、バーチャル財産に係る情報処理の正常性への影響は、経営者にとっては事務上の過誤に属すると認められ得る。具体的にいえば、行為者が他人のアカウントから無断にバーチャル財産を取得する場合、またはデータの改ざんを通じて自己のアカウントにバーチャル財産を増加させる場合、これらの行為は正常な手続きを経ていないので、サーバーの事務処理に予定されないものであり、サーバーにはバーチャル財産の取得に係るデータの処理に関する過誤が生じ得るというべきであろう。行為者が「ゲームの経営に不利な影響を与える」という意思を持っていなくても、「これが正常な利用ではないので、電磁的記録の安全に実害を生じさせる可能性がある」ことの認識があれば、「人の事務処理を誤らせる」目的もあると考えられるべきである。

⁵⁸ 西田・前掲注27), 404頁。

d. 結論

以上のことから、バーチャル財産の取得行為は財産罪としての電子計算機使用詐欺罪以外にも、社会法益への侵害行為として、私電磁的記録不正作出罪に該当し得る。また、当該場合、不正に作出された電磁的記録を事務処理において使用可能な状態に置くような不正供用行為の成立要件は、不正作出行為と同様であるので、私電磁的記録不正供用罪も成立し得る。なお、詐欺と不正作出という両罪の罪数上の問題について、後述する。

第二項 業務に対する罪

（１）概説

行為者が自己または第三者に課金を免除させ、よって課金のみで取得できる優れたサービスを得た場合、行為者は経営者の課金の機会を減少させたということができる。また、他のユーザーのバーチャル財産を移転させる行為は同様に課金を避けながら、優れたサービス利益を取得させるものであろう。要するに、これらのバーチャル財産の取得行為については、課金の回避がその特徴である。

そして、経営者がオンラインゲームを運営する目的は、収入の取得であるといえる。課金のメカニズムを設置しないオンラインゲームは事実上存在していないので、ユーザーの課金は経営者の主要な収益源である。

当該課金のメカニズムの維持は、刑法上の「業務」に属すると認められ得る。すなわち、通説によれば、「業務」とは「人が社会的地位に基づいて継続的に行う仕事をいう」⁵⁹。この業務を経済的業務に限定するか、それとも文化的な非経済的活動も対象になり得るか⁶⁰は争いがあるが、オンラインゲームの運営はユーザーの課金を収益としているから、ここでのいう業務の一種であることには疑いがないだろう。

それゆえ、以下では、他のユーザーから、または経営者からバーチャル財産を取得する行為が、オンラインゲームの経営者の業務に障害を与えるかという問題について、検討を行う。

⁵⁹ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻（第三版）』（青林書院, 2019年）76頁〔木藤繁夫＝河村博〕。

⁶⁰ 日高・前掲注44), 196頁。

(2) 偽計業務妨害罪

A. 構成要件の解釈

233条の偽計業務妨害罪は、「偽計を用いて業務を妨害する」行為を処罰するものである。通説は「偽計」を「人を欺罔し、または人の不知、錯誤を利用すること」⁶¹と理解しつつも、「実質的にみて1個の独立の組織体として社会的・経済的活動を営み、業務の遂行主体たり得る」⁶²と認められれば、本罪にいう「人」に含まれるというべきであると解している。すなわち、通説は、自然人に対して欺罔する必要がないとの理解である。

これに対して、当該「偽計を用いて」の意義について、詐欺罪のように「人を欺く」というものに限定する見解⁶³もある。しかし、判例はそうに解していない。

すなわち、判例において、電話料金の支払を免れるための装置であるマジックホンを電話回線に取り付け、通話料金課金事務を妨害した事例⁶⁴、または業務用電力量計に工作して実際の使用電力料より少ない量を指示させ、電力会社の電気料金徴収業務を妨害した事例⁶⁵は、偽計による業務妨害と認められた。学説の理解によれば、偽計の意義は「裁判例により拡張され、人の意思に対する働きかけの要素が希薄化するに至っている」⁶⁶のである。

それゆえ、对人的欺罔行為等以外に、直接的には機械に対する対物的加害行為についても偽計にあたるというのが、現在の通説・判例の見解である⁶⁷。私見によっても、通説・判例の立場を正当であると考え、自然人だけではなく、機械に直接向けて錯誤等を利用する行為も偽計にあたりと解する。

また、判例・通説によれば、本罪は抽象的危険犯であり、業務妨害行為は業務を妨害するおそれのあるものであれば足りる⁶⁸。そうすると、業務に対する

⁶¹ 西田・前掲注27), 140頁。

⁶² 前田ほか・前掲注31), 714頁。

⁶³ 平野・前掲注26), 187頁。

⁶⁴ 最判昭和59・4・27刑集38巻6号2584頁。

⁶⁵ 福岡地判昭和61・3・24判タ595号95頁。

⁶⁶ 山口厚『刑法各論(第2版)』, 有斐閣2010年, 164頁。

⁶⁷ 西田・前掲注27), 141頁参照。

⁶⁸ 東京高裁昭和58・3・31判時1090号180頁; 前田・前掲注1), 147頁; 大塚ほか・前掲注59), 105頁 [坪内利彦 = 松本裕]。実害犯と解する学説として、例えば、

支障が現実には生じる必要がないと認められるべきである。

B. 構成要件該当性の検討

a. 経営者への直接侵害

前述の通り、経営者への侵害は、課金を免除させ、よって課金のみで取得できるバーチャル財産を自己のアカウントに得させる行為である。当該課金を回避する行為は、課金アイテムの販売を業務としている経営者にとっての偽計業務妨害行為として評価され得るだろうか。

この点については、関連の判例が存在している。すなわち、下記の事例12においては、このような課金の回避行為に偽計業務妨害罪の成立を肯定した。それゆえ、以下では事例12を素材として、経営者からバーチャル財産を取得する行為に関する検討を行う。

事例12⁶⁹

（事実）

被告人 X は、A1会社の代表取締役である。A1会社は、B1会社の運営するオンラインゲーム「C1」を携帯電話で遊技する際に、同携帯電話機等と「C1」のサーバー間の通信データが経由するパソコン上で作動させることにより、通信データの書換えを行い、本来と異なるデータを同サーバーに送信するなどして、同オンラインゲームにおける魔法石と称する課金アイテムの消費を避けながら同オンラインゲームを進行させることを可能にする機能を有するソフトウェア「D1」を開発販売していたものである。ゲームのユーザー Y、Z はパソコンの操作で上記 D1 を作動させるなどして上記 C1 を遊技し、C1 における課金機会を減少させた。これに先立ち、被告人は、Y と Z が上記「D1」を使用することを知りながら、その申込みに応じて D1 をダウンロード購入させた。

（判旨）

横浜地裁は、次のように判示し、正犯者ら Y、Z に偽計業務妨害罪の成立を認めた。

中森・前掲注23)、72頁；西田・前掲注27)、142頁。

⁶⁹ 横浜地裁平成31・4・16 LLI/DB L07450551。本事件の評述について、神元隆賢「刑事判例研究」北海学園大学法学研究55巻4号（2020年）、27-49頁参照。

（偽計について）「本件正犯者らは、D1により通信データを書き換えているにもかかわらず、あたかも通常の遊技をしているかのような真実とは異なる外観を作出しており、偽計を用いたと認められる」。「偽計業務妨害罪において、人の意思に対する働きかけがなくとも、人の意思に働きかける場合と同程度に業務者の業務が妨害され得るのであるから、人の意思に対する働きかけを必要とする合理的な理由がないと解される」。

（妨害行為について）①通信データの書換えを行うというD1の技術的特徴から、B1がD1の利用者を特定することは容易ではなく、D1に対処するためには、ユーザーの通信データの調査をD1対策のために実施したり、そもそもD1を使用できなくするための技術的な措置を講じるなどの環境構築を実施したりする必要があるから、本件正犯者らの行為には、B1社員らに不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築の実施を余儀なくさせるおそれがあると認められる。

しかしながら、そのような不正対策業務の実施を余儀なくさせられたとしても、C1の運営業務それ自体に対する妨害と評価できるかには疑問があり、不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築はゲームの運営に伴う通常業務を実施したに過ぎないという弁護人の主張には理由がある。

②魔法石の売上げはC1のゲーム内における唯一の収益源であるところ、B1は、ユーザーに魔法石を購入してもらうことで、C1の運営費用を賄い、収益を上げるというビジネスモデルを採用しているのであるから、C1の運営業務とは、C1を配信・提供する中で、魔法石を販売していく業務に他ならない。

そうすると、本件正犯者らの行為は、魔法石による課金機会を減少させ、B1によるC1の運営業務を妨害するおそれのある行為と認められ、B1の業務を妨害したといえることができる。

これに対し、弁護人は、ユーザーは、C1を遊技する際にスタミナが無かったとしても魔法石を購入するとは限らないなどとして、本件正犯者らの行為が課金機会を減少させるものではない旨主張する。しかしながら、本件正犯者らがD1を使用してスタミナの消費を抑えることで、B1が魔法石に課金する機会が減少したことは明らかである。そして課金機会を減少させることそれ自体に、C1の運営業務を妨害するおそれがあるということを根拠に、本件正犯者らの行為の業務妨害性が肯定されるのであるから、弁護人の主張は採用できない。

要するに、事例12において、判旨は課金アイテムの販売をゲーム運営の業務と評価し、通信データの書換えによる課金アイテムの消費の回避をゲーム経営者への業務妨害行為と認めており、偽計業務妨害罪の成立を肯定している。

まず、前述のように、判例・通説によれば、直接的には機械に対する対物的加害行為についても偽計にあたる。それゆえ、データを改ざんし課金アイテムの消費を回避する行為は、ゲーム経営者のサーバーに直接向けられているとしても、人の意思に働きかける場合と同程度に経営者の業務が妨害され得るので、偽計行為に該当すると認められ得る。

そして次に問題になるのは、課金アイテムの消費の回避が、どのようにゲーム経営者の業務を妨害するのかということである。事例12では、①社員らに不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築の実施を余儀なくさせ、他の業務が後回しになるなどの支障を生じさせるおそれがあること、または②課金機会を減少させることそれ自体に、運営業務を妨害するおそれがあるということが業務妨害と評価され得るかが争われている。判旨は、前者を否定し、後者を肯定した。

①について、判例が業務妨害性を否定する理由は、その調査と環境構築は「ゲームの運営に伴う通常業務を実施したに過ぎない」ことである。このような理解は正当であり、不正の調査と対策の実施をゲーム経営者の社員に余儀なくさせるものは、ゲーム経営者の業務と直接関連せず、業務妨害のおそれがある行為とはいえないであろう。

なぜなら、ゲーム経営者の業務は課金アイテムの販売であり、その販売の数额を減少させる場合には、当該業務への直接的な影響があると理解することができる。これに対して、仮にバーチャル財産の取得により、データの調査及び不正技術を使用できなくなるという環境の構築を社員に余儀なくさせても、課金アイテムの販売という業務そのものを停止させていない。また、課金アイテムの販売の機能は自動的に実行しており、社員は調査等を実施しても、課金システムの管理を後回しにするとはいえない。

確かに、不正の調査等もゲーム経営者の業務の一部と認められ得る。しかし、前記の判旨のように、それはゲームの運営に伴う通常業務を実施したに過ぎないことである。それゆえ、不正の調査等を経営者に余儀なくさせる行為は、実質的には正常な業務行為を経営者に行わせているので、業務妨害行為といえないだろう。

以上のことから、①の業務妨害性を否定すべきであるように思われる。

②について、判例は、課金機会を減少させることそれ自体に、経営者の業務を妨害するおそれがあるということを根拠に、業務妨害性を肯定した。私見によっても、これが合理的であると考えられる。偽計を用いて、無料で課金アイテムを取得する行為は、課金の機会を直接減少させることであるので、少なくとも課金アイテムの販売を妨害する危険があり、まさに偽計業務妨害罪に該当するというべきである。

b. ユーザーの直接被害

一方、ユーザーの直接被害に関連する行為を検討しなければならない。すなわち、パスワードの無断変更で他のユーザーのゲームアカウントを乗っ取る行為、またはアカウント内のアイテム等の無断移転行為は業務妨害罪の構成要件に該当するかということが問題になる。

前述の通り、ゲーム経営者の社員に不正行為に対する調査及びその対策としての環境構築の実施を余儀なくさせることは、課金アイテムの販売というゲーム運営の業務に直接障害を与えると認められるべきではないので、業務妨害ではない。

それゆえ、ユーザーの直接被害の場合においても、課金機会を減少させるという業務妨害の形式があるかを検討すべきである。確かに、これらの行為により、行為者は同様に課金消費を避けながら有料サービスを取得し、よって経営者の課金アイテムの売上げを妨害したということは可能である。

しかし、業務妨害罪の該当行為は「業務の実施そのものを妨害する行為」⁷⁰というべきであり、オンラインゲームの業務はアイテムの販売であるので、妨害されるのは販売過程そのものでなければならない。それゆえ、私見によれば、ユーザーからアイテム等を奪う場合においては、もとより課金の必要がないので、それによって課金の機会を減少させたことは間接的な形式にすぎないものであり、経営者の業務との直接的な関連性がないと認められるべきである。

したがって、ユーザーの直接被害は業務妨害罪の対象外にあるように思われる。

⁷⁰ 大塚ほか・前掲注59)、102頁参照 [坪内利彦＝松本裕]。

c. 結論

これまで見てきたように、オンラインゲームの経営者の業務は、課金アイテムの売上げである。経営者からバーチャル財産を取得する行為は、課金を免除させ、よって課金のみで取得できるバーチャル財産を自己のアカウントに得させることである。当該行為によって、課金の機会を直接減少させるため、課金アイテムの販売という経営者の業務は妨害され得る。それゆえ、当該経営者の直接被害には、偽計業務妨害罪の成立が認められ得る。

これに対して、ユーザーの直接被害は、他のユーザーのバーチャル財産を自己に移転させる行為である。当該行為は同様に課金の回避を通じて優れた遊戯サービスを得ることといえるが、ユーザーのアイテム等の取得は、課金システムに予定されている動作ではないので、課金の機会を減少させても、課金アイテムの販売の業務とは直接関連せず、業務妨害に関する罪で規制され得ない。

（３）電子計算機損壊等業務妨害罪

A. 概説

上述のように、データの改ざんによって、経営者から課金アイテムを直接取得する行為においては、偽計業務妨害罪の成立を肯定することができた。このような事例の場合、バーチャル財産への侵害は電子計算機に対する加害であることから、1987年の刑法一部改正によって新設された電子計算機損壊等業務妨害罪の成否をも検討する必要がある。

通説によれば、妨害される業務同じである限り、電子計算機損壊等業務妨害罪は業務妨害罪の特別類型であるので、両罪が成立する場合には、後者は前者に吸収される（吸収関係）⁷¹。

234条の2の電子計算機損壊等業務妨害罪は「人の業務に使用する電子計算機もしくはその用に供する電磁的記録を損壊し、もしくは、人の業務に使用する電子計算機に虚偽の情報もしくは不正な指令を与え、またはその他の方法により、電子計算機に使用目的に沿うべき動作をさせず、または使用目的に反する動作をさせて、人の業務を妨害した」と規定している。この構成要件の実行行為は三段階の構造になっている。すなわち、「コンピュータに対する加害的

⁷¹ 大塚ほか・前掲注59), 253頁参照 [鶴田六郎 = 河村博]。

行為、コンピュータ動作の阻害、及び、業務妨害を要件としている」⁷²。

B. 構成要件該当性

データの改ざんによるバーチャル財産の取得は、構成要件にあげられた行為類型のうち、基本的には第2類型、すなわち、コンピュータに対する加害行為のうち、「虚偽の情報もしくは不正な指令の入力」という行為類型に該当するといえる。

通説によれば、「虚偽の情報」とは「事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報」であり、「不正な指令」とは「事務処理の場面において、与えられるべきではない指令」⁷³である。

課金回避によるアイテム等の取得は、データの書換えに係る指令をサーバーに送信し、よってアイテムの対価を支払わずにバーチャル財産を得させることである。サーバー上のデータを改ざんするので、関連の情報は「虚偽の情報」と評価されることには問題がない。また、当該バーチャル財産の取得は、課金アイテムの販売という経営者の事務に対しては与えられるべきではない指令を通じて行われるといえる。そうすると、コンピュータへの加害行為の要件、「虚偽の情報もしくは不正な指令の入力」が満たされている。

次に、コンピュータ動作の阻害の要件である。これは、コンピュータの加害行為により、使用目的に反する動作をさせることであり、立法者によれば、ここでいう「使用目的」は、「抽象的な情報処理一般という目的ではなく、設置運用者の意図によって具体化された目的である」⁷⁴。

オンラインゲームの経営者のサーバーの使用目的は、やはり経営者の事務と関連して、課金アイテムの販売に係る情報の処理という形で具体化され得る。課金の免脱によるバーチャル財産の取得は、当然にサーバーの使用目的に反する動作であり、コンピュータ動作の阻害という要件に合致すると考えられる。

最後に、業務妨害の要件である。先に検討したように、偽計業務妨害罪の該当性を肯定した以上、ここでの業務妨害も同様に成立するといえる。

⁷² 中森・前掲注23), 76頁。

⁷³ 前田ほか・前掲注31), 724頁。

⁷⁴ 芝原邦爾「コンピュータによる情報処理と業務妨害罪」ジュリスト885号(1987年)14頁。

以上のことから、データの改ざんによるバーチャル財産の取得は、電子計算機損壊等業務妨害罪の構成要件に該当しており、本罪の成立の可能性があるように見える。

そして、前述のように、電子計算機損壊等業務妨害罪が成立した場合、偽計業務妨害罪は本罪に吸収され得ることになる。しかし、私見によれば、この点についてはなお異論の余地がある。すなわち、一見すると、構成要件が満たされているから、犯罪が成立する可能性があるけれども、実は法益侵害がないのではないかという問題が提起されている。以下では、この点について検討する。

C. 否定の理由

a. 加重根拠に関連する法益論

電子計算機損壊等業務妨害罪の法定刑と従来の業務妨害罪の法定刑に鑑みれば、前者は後者の加重類型というべきである。すなわち、前者の法定刑は「五年以下の懲役又は百万円以下の罰金」であるのに対して、後者の法定刑は「三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金」である。

それでは、電子計算機業務妨害罪の刑の加重の根拠はいかなるものであろうか。このことは、バーチャル財産の取得が、確かに形式上電子計算機損壊等業務妨害罪の構成要件に該当するように見えるが、単なる業務妨害罪で処罰されるべきなのか、それともこの加重類型で処罰されるべきなのかという問題を検討するために重要である。

立法者によれば、従来の業務妨害罪と比べて、電子計算機損壊等業務妨害罪の法定刑の引上げの根拠は、「コンピュータ・システムが広く業務に採用されると、人の遂行する業務と比べて業務処理の及び範囲も広くなり、またコンピュータが同時に複数の業務処理を行うことが可能となることから、それに対する侵害行為の与える損害は質的にも量的にも大きくなる可能性がある」⁷⁵という点にある。

当該加重の根拠に鑑みれば、従来の業務妨害罪の保護法益は業務遂行の安全等という個人的法益であるが、電子計算機損壊等業務妨害罪の場合、その加重の根拠は「本罪が併有する公共危険罪的性格」⁷⁶にあると主張する見解がある。

⁷⁵ 芝原・前掲注74), 11頁。

⁷⁶ 西田・前掲注45), 514頁。

それゆえ、本罪の成立のため、電子計算機による業務の妨害の影響は「単に一個人、一企業の内部的事務処理にとどまらず、社会公共に対しても被害や混乱を及ぼしうるような場合に限定する」⁷⁷べきことになる。すなわち、国民の生活に広く支障をもたらすおそれという点に、社会的法益に対する罪としての一面を認めている。

これに対して、本罪は社会的法益をも保護すると解すべきではないとの見解もある。例えば、「本罪は、業務妨害罪を補充する派生的構成要件として規定されたものであり、個人的法益に関する罪としての基本的性格まで修正したものと見るべきではなかろう」⁷⁸と考える見解はそうである。すなわち、個人的被害の質と量が重大であることに加重の根拠を見出す。

b. 私見

私見によれば、社会的利益も併有する見解の方がより合理的である。なぜなら、個人的法益のみを考えれば、その被害の質・量の重大性は不明確な基準であるという点から見て、恣意的になり得るからである。

確かに、社会的利益も明確な概念ではないが、具体的な事案において、仮に業務妨害行為が社会一般人の利用にも一定の影響を与える可能性があれば、「社会公共に対しても被害や混乱を及ぼしうる」行為と評価するのは容易であるように思われる。例えば、金融機関等のオンラインシステムが侵害された場合、社会上のユーザーたちの利用は阻害されており、社会に与える損害は重大であると解すべきであるので、電子計算機損壊等業務妨害罪で処罰することは可能であろう。

それゆえ、侵害の態様を、社会公共に影響を与える行為に限定する見解は賛成に値する。この点、前記事例12におけるバーチャル財産の取得をみるに、通信データの手換えによる課金アイテムの消費の回避は、課金システムの運行そのものを阻害する行為ではない。すなわち、他のユーザーの課金行為とは無関係で、社会公共に対しても被害や混乱を及ぼす行為とはいえない。電子計算機損壊等業務妨害罪は社会的法益をも保護しているとの立場によれば、このような行為に社会への危険は見出せず、同行為は本罪の対象外であると認められる

⁷⁷ 西田・前掲注45), 516頁。

⁷⁸ 日高・前掲注44), 205頁。

べきである。

（４）結論

先に述べたように、判例・通説によれば、業務妨害罪は抽象的危険犯である。課金の免脱によるバーチャル財産（課金アイテム）の取得は、課金アイテムの販売というゲーム経営者の業務に対しては、少なくともこれを妨害するおそれがあると解するべきである。機械に対する直接的な加害行為についても偽計にあたるという通説的見解からすれば、当該データの改ざんによる課金アイテムの取得は、偽計業務妨害罪に該当すると考えられるべきである。

そして、一見すると、当該課金の免脱によるバーチャル財産の取得は電子計算機損壊等業務妨害罪の構成要件にも該当している。そうすると、同行為は業務妨害罪の特別類型としての電子計算機損壊等業務妨害罪だけで処理され得る。

しかし、私見によれば、電子計算機に係る業務妨害罪は個人的法益以外に、社会的法益をも保護していると解されるので、同罪の成立のためには、行為が社会公共に影響を及ぼし得るものでなければならない。本稿の検討するバーチャル財産の取得は課金システム自体をストップさせていないので、社会的法益にとっては危険な行為と評価され得ないことになる。それゆえ、この場合には偽計業務妨害罪のみが成立し得る。

なお、他のユーザーのバーチャル財産を移転させる行為は、課金アイテムの販売という業務自体に直接関連せず、業務妨害罪で処理することができない。

第五節 罪数上の問題

これまで述べてきたように、他のユーザーのアカウントに無断ログインする行為は不正アクセス罪に該当しており、アカウント内のアイテム等を移転させる行為、またはアカウントのパスワードを改ざんする行為は電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪に該当していると認められ得る。

これに対して、他のユーザーに関係せず、ゲーム経営者の法益のみを侵害する場合において、サーバーへの侵入行為は不正アクセス罪に該当しており、データの無断改ざんによる課金アイテム等の取得は、電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪のほかに、偽計業務妨害罪にも該当し得ることになる。

ここにおいては、罪数上の問題、すなわちこれらの犯罪の関係を検討すべきである。

まず、いずれの侵害態様においても、不正アクセス行為によりサーバーを利用し得る状態になった後に、バーチャル財産の取得を行うことが想定されているので、ここでは異なる二個の行為が存在しており、それぞれ犯罪が成立する場合、一方が他方の手段となるという関係になれば、刑法54条1項の牽連犯となり、手段—結果の関係が成立しなければ、刑法45条の併合罪となると認められるべきである。

そして、この点について、立法者は、不正アクセス行為とその後の犯罪の關係は牽連犯ではなく、併合罪と評価している。すなわち、立法者は「不正アクセス行為の禁止・処罰はアクセス制御機能に対する社会的信頼を確保するためのものであって、不正アクセス行為後に行われる他の犯罪とは保護法益が異なり、また実態としても両者は直接の対応関係にあるとはいえないことから、不正アクセス行為を、その罪質上その後に行われる犯罪に対する単なる手段であるとは評価できない」⁷⁹⁾と解している。

判例もこのように主張している。すなわち、不正アクセスを手段として私電磁的記録不正作出・供用行為が行われても、両罪は通常の形態として手段または結果の関係にあるものとは認められないので、不正アクセス罪とその後の私電磁的記録不正作出・供用罪とは併合罪の關係にあると判示したものがある⁸⁰⁾。

それゆえ、立法者の見解及び判例に鑑みると、バーチャル財産への侵害においても、アカウントの無断ログインまたはサーバーへの侵入は、バーチャル財産の取得行為とは併合罪の關係にあると認められるべきであろう。

そして、不正アクセス後のバーチャル財産の取得は一個の行為であり、これによって電子計算機使用詐欺罪、私電磁的記録不正作出・供用罪、及び偽計業務妨害罪(ユーザーへの侵害ではない場合)が同時に成立し得る。学説によれば、電磁的記録不正作出罪と電子計算機使用詐欺罪との關係について、両罪は法益

⁷⁹⁾ 不正・前掲注8), 156頁。これに対して、前田ほか・前掲注31), 461頁は、電磁的記録不正作出・供用と詐欺罪については牽連犯が成立すべきだと主張する。

⁸⁰⁾ 最決平成19・8・8 刑集61・5・576, 前田・前掲注1), 413頁参照。

を異にするのであるから、同時に成立して観念的競合になる⁸¹。

確かに、電子計算機使用詐欺罪の保護法益は財産であり、電磁的記録不正作出・供用罪の保護法益は、通説によればデータの証明機能である。両罪の保護法益が異なるので、事実関係が一個の行為と認められる場合には観念的競合になるのは合理的である。また、偽計業務妨害罪は業務活動の自由を保護しており、その保護法益も前記の両罪と異なるので、同様に観念的競合の関係にあると評価されるべきであろう。

以上のことから、他のユーザーのバーチャル財産を侵害する場合、バーチャル財産の取得行為は同時に私電磁的記録不正作出・供用罪と電子計算機使用詐欺罪に該当しており、両罪を観念的競合として評価した後、取得行為の前の不正アクセス罪とは併合罪の関係にあると認められるべきである。

一方、データの改ざん等を通じてゲーム経営者を侵害する場合、バーチャル財産の取得行為は私電磁的記録不正作出・供用罪、電子計算機使用詐欺罪と偽計業務妨害罪に該当して観念的競合になり、これと不正アクセス罪とは、ユーザーへの侵害の場合と同じように、併合罪の関係にある。

第六節 本章のまとめ

本章は、日本刑法の視点から、オンラインゲームのバーチャル財産の侵害行為に対する規制ルートを検討した。

中国刑法とは違い、日本では、他人のアカウントへの無断ログイン、または他人の電子計算機への侵入行為は可罰的である。それゆえ、バーチャル財産の侵害は、不正アクセス行為とデータの移転という二段階に分けられ得る。無断ログイン等の行為は不正アクセス罪で規制されるべきである。

そして、次に問題となるのは、データの移転によるバーチャル財産の取得に対する規制である。バーチャル財産はユーザーと経営者との間の権利義務関係を表示しており、課金またはゲーム内労働でしか取得できず、これに係るユーザー同士の間の取引も大規模になっていることから、財産的利益となり得る。日本の通説では、窃盗罪は有体物に対してしか成立しないため、バーチャル財

⁸¹ 日本弁護士連合会・刑法改正対策委員会『コンピュータ犯罪と現代刑法』（三省堂、1990年）174頁参照。

産は窃盗罪の客体として認められ得ない。しかし、アカウントの名義人ではない行為者が、他のユーザーのバーチャル財産を取得する場合、この取得行為は虚偽の情報の入力と評価され、電子計算機使用詐欺罪に該当し得ることになる。また、経営者の直接被害の場合も、課金費消の免脱によるバーチャル財産の取得は同様に電子計算機使用詐欺罪で規制され得る。

個人の財産法益を保護している電子計算機使用詐欺罪の成立以外には、バーチャル財産の取得は社会法益への侵害行為として、同時に私電磁的記録不正作出・供用罪にも該当する。これに加えて、データの改ざんによる課金アイテムの取得という行為態様は、ゲーム経営者の業務遂行を妨害しており、この場合には経営者に対する偽計業務妨害罪の成立も可能である。

結局、他のユーザーのバーチャル財産を侵害する場合、すなわち、他人のアカウントに無断にログインした後、アカウントを乗っ取り、またはアカウント内のアイテム等を移転する場合、無断ログイン行為は不正アクセス罪に該当しており、バーチャル財産の取得行為は電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪に該当する。当該2つの罪は観念的競合となり、それらと前段階の不正アクセス罪とは併合罪の関係にある。

これに対して、ユーザーの侵害とは無関係に行われた、データの改ざん等による経営者への侵害においては、まず、サーバーへの侵入行為は不正アクセス罪で規制され得る。そして、バーチャル財産の取得行為は同時に電子計算機使用詐欺罪、私電磁的記録不正作出・供用罪及び偽計業務妨害罪に該当しており、当該3つの罪は観念的競合となっている。当該取得行為と前段階の不正アクセス罪とも併合罪の関係にある。

第四章 終わりに

第一節 本稿のまとめ

本稿では、中国及び日本において、オンラインゲームに係るバーチャル財産を刑法上どのように保護すべきかを検討した。本稿によって得られた結論は、次の通りである。

第一章では、バーチャル財産の概念及びその侵害の態様を提起した。

現在中国の通説によれば、バーチャル財産は、インターネット空間に存在し

ており、財産的価値があるデータである。中国においては現在、主としてオンラインゲームのデータをバーチャル財産の代表として検討を行なっている。オンラインゲームに係るバーチャル財産には、ゲームアカウント、ゲーム内アイテム及びゲーム内通貨という3つの類型がある。

アカウントに対する侵害は、主にはパスワードの無断変更により、行為者だけが当該アカウントに入れるようにするものであり、アイテムやコインに対する侵害は、主には他人のアカウント内のアイテムやコインを移転させる行為である。これらの行為に対しては、民事法による規制では足りないので、刑事法的規制の必要性が生じるというべきである。

第二章では、中国刑法の視点から、バーチャル財産の保護ルートを検討した。

現在の多数説により、バーチャル財産は財産的利益と解されている。利益窃盗も窃盗罪で規制し得る通説・判例の観点からすれば、バーチャル財産の取得は、窃盗罪の構成要件に該当し得ることになる。しかし、有力説から見て、財産的利益は窃盗罪で規制され得ない。このように解すれば、利益としてのバーチャル財産は窃盗罪で保護し得ないことになり、処罰の間隙が広く生じ得る。

窃盗罪の保護客体に関して、私見は有力説に与するものであるが、その上で本稿では、データを無体物と解することで、窃盗罪の客体とすることを主張した。なお、中国刑法においては、一定の金額を超えなければ、財産犯は成立しない。それゆえ、かかる無体物の価値をどのように計るかも重要になる。バーチャル財産の場合、データの価値は経営者の提供するサービス利益が決めるので、バーチャル財産をサービス利益の無体の化体物と解することで、バーチャル財産の金額を算定することができるだろう。

そうすると、ユーザーの被害の場合、窃盗罪の成立を認めることができる。同時にコンピュータ犯罪に当たる場合には、観念的競合となり得る。ただし、コンピュータを利用する窃盗犯罪が直接的に窃盗罪で処罰される限りにおいては、287条に基づいて、コンピュータ犯罪の成立は排除されることになる。これに対して、経営者の被害の場合、バーチャル財産は経営者の支配下のサーバーから離脱できないので、その取得行為は窃盗罪の特徴に合致しない。また、行為者の無断複製行為は、経営者に現実の利益損害を与えていない。結局、コンピュータ犯罪のみで規制され得ることになる。

第三章では、日本刑法の視点から、バーチャル財産の保護ルートを検討した。

中国刑法とは違い、日本においては、他人のアカウントへの無断ログイン、

または他人の電子計算機への侵入行為は可罰的である。それゆえ、バーチャル財産の侵害は、不正アクセス行為とデータの移転という二段階に分けられ得る。

まず、無断ログイン等の行為は不正アクセス罪で規制され得る。そして、バーチャル財産は財産的利益であり、他のユーザーのバーチャル財産を取得する場合、この行為は虚偽の情報の入力と評価され、電子計算機使用詐欺罪に該当し得る。また、経営者の直接被害の場合、課金費消の免脱によるバーチャル財産の取得は同様に電子計算機使用詐欺罪で規制され得る。それ以外にも、バーチャル財産の取得は社会法益への侵害行為として、私電磁的記録不正作出・供用罪にも該当する。これに加えて、データの改ざんによる課金アイテムの取得という行為態様は、ゲーム経営者の業務遂行を妨害しており、偽計業務妨害罪の成立も可能である。

結局、他のユーザーへの侵害の場合、アカウントに無断ログインする行為は不正アクセス罪に該当しており、バーチャル財産の取得行為は電子計算機使用詐欺罪と私電磁的記録不正作出・供用罪に該当し、両者は観念的競合となる。そして、当該取得行為と前段階の不正アクセス罪とは併合罪の関係にある。これに対して、データの改ざん等による経営者への侵害においては、まず、サーバーへの侵入行為は不正アクセス罪で規制され得る。そして、バーチャル財産の取得行為は同時に電子計算機使用詐欺罪、私電磁的記録不正作出・供用罪及び偽計業務妨害罪に該当し、当該3つの罪は観念的競合となる。当該取得行為と前段階の不正アクセス罪も併合罪の関係にある。

第二節 示唆

バーチャル財産の保護ルートに対する上述のような検討を通じて、中国・日本刑法の現状に対し、一定の示唆を提起することができる。

まずは、日本刑法に対する示唆である。オンラインゲームのデータの不正取得につき、中国の司法と学説はおおむね財産犯の成立を認める。日本においては、今までの事例に鑑みると、このような行為を不正アクセス禁止法で規制している場合があり、私電磁的記録不正作出罪で規制している場合もある。しかし、不正アクセス罪は、不正アクセス後の他人の情報の入手等を規制するものではないため、ユーザーのデータそれ自体を十分に保護することはできない。また、電磁的記録不正作出罪は社会法益を保護しており、ユーザー個人の法益

に着目していない。しかし、ゲームのデータに金銭的価値がある場合もあり、ユーザーをも保護する必要が認められることから、そのデータの不正取得を電子計算機使用詐欺罪で規制するのは可能であろう。

そして次は、中国刑法に対する示唆である。中国の場合、バーチャル財産の移転行為については、一般的に窃盗罪の成立が認められる。ここでは財産的利益として保護する可能性と、無体物として保護する可能性がある。しかし、「元の占有を破棄し、新たな占有を基礎づける」という窃盗罪の特徴を維持するために、単なる利益の窃取を窃盗罪で規制するのは妥当ではない。この点、ゲームのバーチャル財産については、それを無体物と解することで、処罰の間隙ができることを防ぐことができたが、それ以外の従来規制の対象となっていたもの（例えば自動改札を利用した不正乗車⁸²）が窃盗罪で規制できなくなるという問題が生じる。したがって、立法論としては、日本刑法上の電子計算機使用詐欺罪のような規定を設置する必要性が認められ得る。

第三節 残された課題

本稿では、オンラインゲームのデータを代表として、バーチャル財産の刑法的保護を検討した。ここでは、本稿で解決されなかった問題を、残された課題として提起する。

まず、ビットコインを代表とする暗号資産は、「P2P技術によって同一の台帳を保有する分散型台帳技術であるブロックチェーンを応用したもの」⁸³である。暗号資産の種類はさまざまであるが、ビットコインを代表とするものは、特定の発行・中央管理主体が存在しない。すなわち、ユーザーは自己の端末で台帳を保有しており、バーチャル財産に係るデータを保存する中央サーバーが設置されていない。そうすると、このような暗号資産はオンラインゲームのデー

⁸² すなわち、ICカードのデータを改ざんして自動改札を通過する場合、経営者のデータの移転が存在していないから、当該カードのデータを無体物と解釈することができない。結局、電子計算機使用詐欺罪がないと、当該不正乗車行為は処罰できなくなる。

⁸³ 森田宏樹「仮想通貨の私法上の性質について」金融法務事情2095号（2018年）14頁。

タのように、ユーザーと経営者の間の権利・義務関係を表示する財産的利益と認められ得ない。民事法上の見解によれば、当該暗号資産は支払によって債務を消滅するような「債務免責力」があって、財産権の客体と解されているが⁸⁴、刑事法の場合、他のユーザーのアカウントを取得する場合、暗号資産はどのように財産犯の客体と評価され得るか、財産犯としての電子計算機使用詐欺罪で処罰することができるかについては、問題になる。また、現在の技術ではできないといえるが、データの改ざんを通じて暗号資産を自己のアカウントに増加させる場合、サーバーを管理する経営者が存在しないので、刑事法的規制ができるかについても検討すべきであろう。

次に、本稿でいうバーチャル財産は、中国の通説上の定義に基づき、インターネット空間に存在しており、財産的価値があるデータとした。すなわち、インターネットに係るのが、その特徴となっている。これに対して、個人の端末に保存しているデータ、例えば重要な情報が載っているファイルも、仮に客観的価値があれば、財産的利益または価値のある無体物と評価されており、財産犯で保護されることができるのだろうか、それとも不可罰な情報窃盗と認められるのか。この点については、さらなる検討をしなければならない。

⁸⁴ 森田・前掲注83), 21頁以下参照。