

No. 170 (2022/3)

コインハイブ事件

—不正指令電磁的記録該当性が争われた事例—

弁護士 曾我部 高志

目次

1	はじめに.....	1
2	事案の概要.....	1
3	最高裁の判断.....	2
	(1) 保護法益.....	2
	(2) 反意図性の判断基準.....	3
	(3) 本件プログラムコードの反意図性（肯定）.....	3
	(4) 不正性の判断基準.....	3
	(5) 本件プログラムコードの不正性（否定）.....	3
4	解説.....	4
	(1) 保護法益について.....	4
	(2) 反意図性について.....	5
	(3) 不正性について.....	7
5	まとめ.....	11

1 はじめに

本件は、ウェブサイト運営者が、ウェブサイト閲覧者に無断で、閲覧者のコンピュータにマイニング¹プログラムを実行させ、そのマイニング報酬をウェブサイト閲覧の対価に充てたことに関し、不正指令電磁的記録保管罪（刑法 168 条の 3）²の成否が争われた事案である。

第一審は無罪、控訴審は有罪、そして上告審は無罪と判断が分かれることになった興味深い事案である。

以下、本事案の概要及び最高裁の判断を示し、解説において、第一審及び控訴審の判断と最高裁の判断を比較検討することとする。

2 事案の概要

被告人は、平成 29 年 9 月当時、音声合成ソフトウェアであるボーカロイドを用いて作成された楽曲の情報を共有するサイト A を運営していた。A の訪問者数は月間 3 万 PV 程度であり、その維持管理費用は広告収入により賄われていたが、被告人は、広告表示や課金制以外のマネタイズ方法として仮想通貨マイニングを紹介するウェブサイト上の記事に触れ、Coinhive（以下「コインハイブ」という。）に興味を持った。

コインハイブは、平成 29 年 9 月、Coinhive team（以下「コインハイブチーム」という。）によって提供が開始されたウェブサービスであり、登録したウェブサイトの運営者（以下「登録者」という。）に対し、仮想通貨 Monero のマイニングを行うプログラム（以下「マイニングプログラム」という。）を取得するためのスクリプト（以下、判決文の表記に従い、当該スクリプトを「本件プログラムコード」ということがある。）を提供していた。登録者が自身のウェブサイトはこのスクリプト（本件プログラムコード）を埋め込むと、ウェブサイト閲覧者のコンピュータは、コインハイブのサーバから自動的にマイニングプログラムを取得し、その同意を得ることなくマイニングプログラムが実行され、閲覧を終了するとマイニングも終了する仕組みとなっていた。マイニングの結果得られた報酬は、その 7 割が登録者に分配され、3 割がコインハイブチームの取得分となっていた。

被告人は、平成 29 年 9 月 21 日、コインハイブに登録し、提供されたスクリプト（本件プログラムコード）を A 内に埋め込んだ。その際、スクリプト内の設定として、閲覧者のコンピュータの CPU 使用率を調整する値（スロットル値）を 0.5 と設定した。この設定値の場合、マイニングを実行すると、閲覧者のコンピュータの消費電

¹ 仮想通貨の取引承認に必要となる計算作業に協力し、その成功報酬として新規に発行された仮想通貨を得ることをマイニングという。大量の計算が必要であるため、これを複数人で分担し報酬もそれに応じて分配するプールマイニングという手法が取られることもある。

² （不正指令電磁的記録作成等）

第 168 条の 2 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、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、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

一 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

二 （略）

（2 項及び 3 項は略）

（不正指令電磁的記録取得等）

第 168 条の 3 正当な理由がないのに、前条第 1 項の目的で、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、二年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

力が若干増加したり、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。

本件当時、一般ユーザに、ウェブサイトの収益方法として閲覧者のコンピュータにマイニングを行わせるという仕組みは認知されていなかったが、被告人は、Aの閲覧中にマイニングが行われることを表示したり、その同意を得る仕様としたりすることなく、同年11月8日までの間、閲覧者のコンピュータにマイニングを実行させた³。

以上の事実に関して、被告人は、平成29年10月30日⁴から同年11月8日までの間、本件プログラムコードをサーバ上の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（刑法168条の3）に問われた。

本件で主として争点となったのは、本件プログラムコードが、「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」（刑法168条の2第1項1号）に該当するか否か、すなわち、本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性であった。

第一審横浜地裁⁵は、本件プログラムコードにつき、反意図性（「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」という要件）は認めたものの、不正性（「不正な」という要件）は認めず、本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を否定して、被告人に無罪を言い渡した（求刑罰金10万円。検察官控訴）。

これに対して、控訴審東京高裁⁶は、本件プログラムコードの反意図性及び不正性を共に認め、本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を肯定して、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）。

3 最高裁⁷の判断

最高裁は、以下のとおり、本件プログラムコードについて反意図性は認めたものの、不正性は認めず、本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を否定した（原判決破棄、控訴棄却（無罪））。

(1) 保護法益⁸

「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

³ 被告人によれば、その収益は800円程度だったとのことである。

⁴ スクリプトを埋め込んだとされる平成29年9月21日からでないのは、検察官による立証の都合と思われる。同年10月30日、被告人は、Twitter上で、「ユーザーの同意なくCoinhive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、被告人が、「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。」と返信したとの事実があるようである。少なくともこの日以降について、不正指令電磁的記録保管の事実、実行の用に供する目的及び故意の立証が可能と判断したのであろう。

⁵ 横浜地判平成31年3月27日（平成30年（わ）第509号）判時2446号78頁

⁶ 東京高判令和2年2月7日（令和元年（う）第883号）判時2446号71頁

⁷ 最判令和4年1月20日（令和2年（あ）第457号）裁判所ウェブサイト

⁸ 法によって保護される利益。刑事法の分野においては、具体的な行為が特定の犯罪構成要件に該当するものであるか否かが条文の文言から一義的に明らかでない場合に、当該犯罪の保護法益から構成要件の解釈を行い、妥当な結論を導くということが行われる。

ないという社会一般の信頼を保護し、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するために、反意図性があり、社会的に許容し得ない不正性のある指令を与えるプログラムの作成、提供、保管等を、一定の要件の下に処罰するものである。」

(2) 反意図性の判断基準

(不正指令電磁的記録に関する罪の規定の趣旨及び保護法益に照らせば、)

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

(3) 本件プログラムコードの反意図性（肯定）

「一般的なウェブサイトにおいて、運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みとして広告表示プログラムが広く実行されている実情に照らせば、一般の利用者において、ウェブサイト閲覧中に、閲覧者の電子計算機を一定程度使用して運営者が利益を得るプログラムが実行され得ることは、想定範囲内であるといえる。」

「しかしながら、そのようなプログラムとして、本件プログラムコードの動作を一般の利用者が認識すべきといえるか否かについてみると、Aは、閲覧中にマイニングが行われることについて同意を得る仕様になっておらず、マイニングに関する説明やマイニングが行われていることの表示もなかったこと、ウェブサイトの収益方法として閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは一般の利用者に認知されていなかったことといった事情がある。これらの事情によれば、本件プログラムコードの動作を一般の利用者が認識すべきとはいえず、反意図性が認められる。」

(4) 不正性の判断基準

(不正指令電磁的記録に関する罪の規定の趣旨及び保護法益に照らせば、)

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

(5) 本件プログラムコードの不正性（否定）

「保護法益に照らして重要な事情である電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響は、A閲覧中に閲覧者の電子計算機の中央処理装置を一定程度使用することにとどまり、その使用の程度も、閲覧者の電子計算機の消費電力が若干増加したり中央処理装置の処理速度が遅くなったりするが、閲覧者がその変化に気付くほどのものではなかったと認められる。」

「また、ウェブサイトの運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みは、ウェブサイトによる情報の流通にとって重要であるところ、被告人は、本件プログラムコードをそのような収益の仕組みとして利用したものである上、本件プログラムコードは、そのような仕組みとして社会的に受容されている広告表示プログラムと比較しても、閲覧者の電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響において有意な差異は認められず、事前の同意を得ることなく実行され、閲覧中に閲覧者の電子計算機を一定程度使用するという利用方法等も同様であって、これらの点は社会的に許容し得る範囲内といえるものである。」

「さらに、本件プログラムコードの動作の内容であるマイニング自体は、仮想通貨の信頼性を確保するための仕組みであり、社会的に許容し得ないものとはいえない。」

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

4 解説

(1) 保護法益について

不正指令電磁的記録に関する罪（刑法第 19 章の 2）は、コンピュータとそのネットワークが重要な社会的基盤となっていることから、これらを脅かすサイバー犯罪に対処するため、また、サイバー犯罪条約⁹に対応するため、平成 23 年の「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」に基づき新設された規定である。

立案担当者によれば、その保護法益は、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信頼という社会的法益を保護法益とするものであるとのことである¹⁰。

保護法益は、犯罪構成要件の解釈に用いられることがあるが、条文の文言自体から常に明らかとはいえない。そのため、保護法益が具体的にどのようなものであるかについても場合によっては議論の余地があるところではある。

本件では、不正指令電磁的記録に関する罪の制定時の社会状況や立法の経緯等か

⁹ サイバー犯罪から社会を保護することを目的として、コンピュータシステムに対する違法なアクセス等一定の行為の犯罪化、コンピュータデータの迅速な保全等に係る刑事手続の整備、犯罪人引渡し等に関する国際協力等につき規定した条約。通称ブダペスト条約。平成 16 年 4 月、条約締結につき国会の承認を得て、平成 24 年 7 月 3 日、受諾書を欧州評議会の事務局長に寄託した。これにより、本条約は、我が国については平成 24 年 11 月 1 日に効力が発生した。

¹⁰ 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 卷 4 号（2012 年）66 頁

ら、保護法益自体は比較的明らかともいえ¹¹、第一審判決から最高裁判決まで、基本的には同様の捉え方がされているものと思われるが、その違いを指摘する見解もある¹²。

(2) 反意図性について

ア 第一審判決の判示

第一審判決は、概ね以下のとおり判示して、本件プログラムコードにつき、反意図性を肯定した。

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。

本件プログラムコードの場合、その機能の内容は本件マイニングの実行すなわち仮想通貨 Monero の採掘作業を実施することであるが、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ものである。

また、一般的なユーザ（ウェブサイト閲覧者側）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。

そして、本件プログラムコードが設置された A は音楽に関する情報を提供するウェブサイトであって、同サイトの体裁やサービス内容をみてもマイニングと関連しているとはいえない。その上、スロットル値が 0.5 と設定されており、本件マイニングが実行されても中央処理装置（CPU）の処理速度が極端に遅くなることはないなど閲覧者の電子計算機に与える負荷の程度に照らし、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。

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の点を、A 閲覧者等の一般的なユーザが認識すべきと考えられるものということではできないから、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。

イ 控訴審判決の判示

控訴審判決は、概ね以下のとおり判示して、本件プログラムコードにつき、反意図性を肯定した。

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

¹¹ 永井善之「不正指令電磁的記録概念について」金沢法学 63 巻 1 号（2020 年）95 頁では、社会一般の信頼につき、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解して、信頼の内容の限定を試みており、この点に議論の余地がないわけではない。

¹² 永井善之「判批」新・判例解説 Watch（2022 年）文献番号 z18817009-00-071762137・3 頁

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。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。

一般的に、ウェブサイト閲覧者は、ウェブサイトを閲覧する際に、閲覧のために必要なプログラムを実行することは承認していると考えられるが、本件プログラムコードで実施されるマイニングは、ウェブサイトの閲覧のために必要なものではなく、このような観点から反意図性を否定することができる事案ではない。その上、本件プログラムコードの実行によって行われるマイニングは、閲覧者の電子計算機に一定の負荷を与えるものであるのに、このような機能の提供に関し報酬が発生した場合にも閲覧者には利益がもたらされないし、マイニングが実行されていることは閲覧中の画面等には表示されず、閲覧者に、マイニングによって電子計算機の機能が提供されていることを知る機会やマイニングの実行を拒絶する機会も保障されていない。

このような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といえる。

ウ 検討

反意図性の要件について、個別具体的なプログラム使用者の実際の認識を基準として判断するのではなく、あくまで一般の使用者が認識すべきと考えられるところを基準として判断するという点は、第一審判決から最高裁判決まで全ての判決に共通している。この点は、不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益を、電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼とする以上、当然の理解であろう。

他方、最高裁判決と第一審判決が、プログラムの機能ないし動作につき、一般の使用者が認識すべき機能ないし動作と実際の機能ないし動作を比較して、そこに齟齬があるか否かを判断するいわば形式的な基準を採用したのに対し、控訴審判決では、一般的なプログラム使用者の意思に反しないか否かという規範的な評価を要する基準を採用したという点が異なっている。

この点について、立案担当者は、「意図」につき、電子計算機のプログラムに対する社会一般の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して、「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。」としている¹³。立案担当者が指摘する電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼を害するか否かという観点と、控訴審判決が述べる一般的なプログラム使用者の意思に反しないか否かという観点が同様のものであると解せば、控訴審判決の判断基準のほうが、

¹³ 杉山=吉田・前掲注(10)71頁

立案担当者の見解に近いともいい得る¹⁴。

本事案においては、ウェブサイト A の一般的な閲覧者において、本件マイニングプログラムの機能ないし動作を認識し得たといえないことは明らかであるから、最高裁判決及び第一審判決の判断基準によれば、反意図性は認められることになる。この点については、現在、一般のユーザがその動作を認識し得ないプログラムは多数存在し、また、革新的なプログラムは、当然のことながら従来の常識からしてその動作内容が不明であるから、これらのプログラムがことごとく反意図性を満たすことになり問題がある旨の指摘がある¹⁵。

他方、控訴審判決の判断基準によれば、一般的なプログラム使用者が当該プログラムの使用を許容するか否かという点を考慮して反意図性を判断することになる。この点については、社会的許容性があるか否かという不正性の判断の先取りないし一体化に至り得るとの指摘がある¹⁶。控訴審判決は、本事案において反意図性を肯定しているが、そうすると、ほぼ自動的に不正性も肯定することになる。

いずれの判断基準も一長一短ではあるが、控訴審判決のように同様の判断を二重にする意味は乏しいし、また、控訴審判決の判断基準は、法が反意図性という要件とは別に、不正性という要件を設けた趣旨にも合致しないように思われる¹⁷。この意味で、最高裁判決及び第一審判決の判断基準のほうが適切であろう。

(3) 不正性について

ア 第一審判決の判示

第一審判決は、概ね以下のとおり判示して、本件プログラムコードにつき、不正性を否定した。

不正指令電磁的記録に関する罪において、その対象を「不正な」指令に限定することとされた趣旨は、電子計算機の利用者の「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ものが例外的に含まれることから、このようなプログラムを処罰対象から除外するためである。よって、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及びウェブサイト閲覧者等の一般的なユーザ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等関係者の評価や動向等の事情を総合的に考慮し、

¹⁴ もっとも、杉山＝吉田・前掲注(10)72頁には、電子計算機利用者の「意図に反する」ものに当たり得るが不正ではない例として、ソフトウェアの製作会社が不具合を修正するプログラムをユーザの電子計算機に無断でインストールした場合における当該修正プログラムが挙げられている。この場合、当該修正プログラムの機能ないし動作は、一般的なプログラム利用者の意思に反しないものとも評価し得るところである。この点からすると、立案担当者としては、「意図」につき、一般的なプログラム利用者の意思に反しないか否かという規範的な評価を要するとまでは考えていなかったかもしれない。品田智史「判批」法学セミナー787号(2020年)134頁は、この点について、どちらともとれるとしている。

¹⁵ 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)157頁など

¹⁶ 永井・前掲注(12)4頁

¹⁷ 同旨の指摘として、白鳥智彦「判批」警察学論集73巻9号(2020年)216頁

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。

そして、本件マイニングを事前に認知していない閲覧者は、被告人に報酬を得させるために、本件マイニングを実行することを正当化し得るような、報酬を放棄したり被告人に贈与したりする旨の同意や、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の信頼を損なっていることも否めないとした。

しかし、以下の点を考慮すると、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ず、結局、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とした。

①閲覧者の利益

本件マイニングを実行することによりサイト運営者（コインハイブ登録者）が得る仮想通貨 Monero が、直接的又は間接的にその後のウェブ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。

②電子計算機に対する影響

本件プログラムコードにより本件マイニングが実行されると、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、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。

③弊害の度合い

自身が運営するウェブサイトに本件プログラムコードを設定して本件マイニングを行った被告人の場合には、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。

④ユーザの評価

コインハイブないしコインハイブと同様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間の評価は、賛否両論であった。

⑤捜査当局等による事前の注意喚起等がなかったこと

本件プログラムコードが削除される時期までに、ウェブサイト閲覧者の同意を得ないで本件マイニングを行うことに関し、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。

イ 控訴審判決の判示

控訴審判決は、概ね以下のとおり判示して、本件プログラムコードにつき、不正性を肯定した。

不正指令電磁的記録に関する罪の規定は、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。

しかるところ、本件プログラムコードは、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あるから、このようなプログラムについて、プログラムに対する信頼保護という観点から社会的に許容すべき点は見当たらない。

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

そして、第一審判決が不正性を否定した根拠を、以下のとおりことごとく論難した。

①閲覧者の利益

本件プログラムコードの実行によるウェブサービスの質の維持向上という閲覧者の利益は、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。

②電子計算機に対する影響

広告表示プログラムは、使用者のウェブサイトの閲覧に付随して実行され、実行結果も表示されるものが一般的であり、その点で、閲覧者の電子計算機の機能を閲覧者に知らせないで提供させる機能のある本件プログラムコードとは、大きな相違があって比較検討になじまない。また、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。

③弊害の度合い

他人が運営するウェブサイトを改ざんした場合など、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は明らかである。

④ユーザの評価

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、ユーザの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。

⑤捜査当局等による事前の注意喚起等がなかったこと

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。

ウ 検討

不正性の要件について、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という点は、第一審判決から最高裁判決まで共通している。立案担当者においても、「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」としており¹⁸、基本的に同じ理解ということであろう。

もっとも、具体的にどのような事情を考慮するかについては、各判決で異なっており、そのことが結論を左右している。

第一審判決は、本件マイニングの実行に伴う閲覧者のコンピュータに対する影響が軽微であることその他、間接的に閲覧者の利益となる面があること、当時のユーザの評価が賛否両論であったこと、他人が運営するウェブサイトを改ざんしてスクリプトを埋め込むような場合と比較して弊害が少ないこと、捜査当局等による事前の注意喚起等がないまま、いきなり刑事罰に問うのは行き過ぎの感があることを考慮して、不正性を否定した。論拠とした事情全てに説得力があるわけではないが、広く社会の状況を考慮して不正性を否定しようとした姿勢は評価できる。刑法の謙抑性¹⁹の観点からは適切であろう。

これに対して、控訴審判決は、同じく社会的許容性を問題としながらも、本件プログラムコードが、閲覧者のコンピュータ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るとの点のみで、不正性を肯定している。本件マイニングが実行された際の消費電力の増大や処理速度の低下等が閲覧者の気付かない程度のものであったとしても、そのことは反意図性や不正性を左右するものではないとも判示している。しかし、そうであるとする、刑罰をもって抑止しなければならないほどの悪質性を控訴審判決がいかなる点に見出しているのか疑問である。この点を詳細に判示すべきであろう。

控訴審判決は、プログラムに対する信頼、コンピュータによる適切な情報処理という点を重視した判断といえるが、最高裁判決は、同様の観点から異なった結論を導いている。最高裁判決のほうが、許容性を広く解しているものといえる。控訴審判決は、結局、閲覧者のコンピュータの機能を閲覧者以外の利益のために無断で使用したという点で、プログラムの利用方法がよろしくないとして不正性を認定しているように思われるが²⁰、この点について、最高裁は、ウェブサイト

¹⁸ 杉山＝吉田・前掲注(10)72頁

¹⁹ 刑罰は、国民の利益を強制的に奪うものであるから、必要最低限に止めるべきだとする考え方。

²⁰ だからこそ、本件マイニングが実行された際の消費電力の増大や処理速度の低下等が閲覧者の気付かない程度のものであったとしても不正性は否定されないという結論になるのであろう。

の閲覧を通じて利益を得る仕組みとして本件プログラムコードを利用したものであったということや、閲覧者のコンピュータを閲覧中にのみ一定程度利用するものであったということで、その利用方法は社会的に許容し得るものであるとした。両判決のいずれの判断も考え方としては理解できるものではあるが、刑罰法規の適用という場面では、ウェブサイトの運営者やプログラムの開発者に萎縮効果を与えないよう慎重を期すべきであるから、最高裁判決のように、被告人に有利な事情は最大限酌んで判断すべきであろう。

5 まとめ

本事案においては、閲覧者に無断でウェブサイトにマイニングプログラムを仕込んだ点が問題だったのであり、マイニングプログラムが動作する旨をウェブサイト上に表示しておけば、おそらく何の問題もなかった。

もっとも、当然のことながら、そのような表示をすることにより、マイニングプログラムが動作することを快く思わない閲覧者がウェブサイトから離れてしまうことが想定され、これを嫌った運営者がかかる表示を避けたというのが実情であろう。そうすると、本件は、起こるべくして起こった問題といえる。

しかし、これを犯罪行為として処罰すべきか否かは別問題である。気付くか否かという違いはあるものの、コンピュータの動作に与える影響という意味では、広告表示プログラムと大差ないとすれば²¹、刑事処分はやはり行き過ぎである。明言はされていないが、最高裁もおそらく同じように感じたのであろう。

また、本事案において、被告人がウェブサイト A に設置したスクリプト（本件プログラムコード）は、マイニングを行うプログラムを取得するためのものであり、スクリプト自体は、マイニングを行う機能を有していなかった。このようなスクリプトの設置（サーバ内での保存）をもって、不正指令電磁的記録の保管と評価してよいかは、検討の余地があると思われる²²。

一般企業のウェブサイトや製品において、本事案と同様の問題に直面することは少ないかもしれないが、仮に、ユーザが予期し得ない動作をするプログラムを提供するのであれば、当然その旨の説明は必須であり、可能であれば、ユーザの同意を得おくべきである。

以上

²¹ 広告表示プログラムの中でも、動画を再生するようなものは、コンピュータへの負荷は大きく、設定次第では、本件マイニングプログラムよりもコンピュータの動作や消費電力に与える影響は大きいであろう。

²² マイニングプログラムは、コインハイブチームが管理するサーバ内に保存されており、そこに被告人の管理支配権が及んでいるわけではない。スクリプトが全体として不正なものとして機能し得るかどうかは、結局、コインハイブチーム次第である。