



I. 事実の概要

本件は、暗号資産をマイニングするプログラムコードを、自己が管理するウェブサイトに設置した行為が、不正指令電磁的記録保管罪（刑168条の3）に該当するかが問われた事案である。

被告人は、ウェブサイトXを運営していたが、Xの収入源として、X閲覧者に無断でその電子計算機（コンピュータ）を用いてマイニングをさせる方法に興味を持った。そこで、被告人は、コインハイブに登録した。コインハイブは、その登録者に対して、ウェブサイト閲覧者が閲覧中に使用する電子計算機の中央処理装置（CPU）にマイニングを行わせ、これに成功すると、報酬として暗号資産の取得が可能¹⁾になる専用スクリプトを提供するサービスである。閲覧者には、マイニング機能に係る表示はされず、閲覧者が同機能を認識することも閲覧者が報酬を取得することも予定されておらず、以上の事情に係る閲覧者の同意も得られていなかった。

被告人は、本件プログラムコード²⁾を、サーバー上のファイル内に保管した。この行為が不

1) 報酬の3割がコインハイブ側に、7割が登録者に分配される。

2) 被告人が、コインハイブから提供されたスクリプト内に、割り当てられたサイトキーをJavaScriptで記述し、サイトのHTMLコードに設置したもの。同コードでは、CPUの使用率を調整するスロットル値（0.5）が設定され、サイト閲覧者が使えるCPUの処理能力は残り50%とされた。この設定でマイニングを実行すると、閲覧者の

正指令電磁的記録保管罪に該当するとして略式起訴された。

被告人が保管したとされる電磁的記録（7条の2）が、電子計算機を使用する人の意図に沿うべき動作をさせないか、又はその意図に反する動作をさせるべき電磁的記録であること（反意図性＝要件①）、及び、そのような動作に係る指令が不正であること（不正性＝要件②）を充たす不正指令電磁的記録（168条の2第1項1号。いわゆるコンピュータ・ウイルス）であれば、不正指令電磁的記録保管罪（168条の3）が成立する。被告人を罰金10万円に処する旨の略式命令が下された後、被告人側から、正式裁判が請求された。

第1審は、本件電磁的記録は、電子計算機を利用する人の意図に反するが（要件①充足）、不正な指令を与えたとは認められない（要件②不充足）として無罪判決を下した³⁾。第2審は、要件①充足に加えて、要件②も充足する（不正性の肯定）として第1審判決を破棄し罰金10万円の有罪判決を下した⁴⁾。そこで被告人側が上告した。

II. 最高裁判所の判断

（「本判決」ないし「判旨」）

最高裁判所は、弁護人の上告趣意を排斥したが、職権調査をした上、以下のように述べて原判決を刑訴法411条1号・3号により破棄自判し、控訴を棄却した⁵⁾。

「1 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』を与えるものではないという社会一般の信頼を保護し〔(α)〕、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するために〔(β)〕、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、

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。

3) 横浜地判平成31・3・27判時2446号78頁参照。

4) 東京高判令和2・2・7判時2446号71頁。

5) 以下の、第1段落、(α)等の指示は、筆者が整理のために加筆したものである。