

〈判例研究〉

「不正指令電磁的記録に関する罪」における 「反意図性」の要件について — コインハイブ事件最高裁判決 —

(不正指令電磁的記録保管被告事件、最高裁令和二(あ)四五七号、令和4・1・20第一小法廷判決、原判決破棄、控訴棄却、刑集76巻1号1頁)

佐 瀬 恵 子

目 次

1. はじめに
2. コインハイブ事件の概要と問題の所在
 - (1) 第一審
 - (2) 控訴審
 - (3) 上告審
3. 「不正指令電磁的記録に関する罪」について
 - (1) 「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益について
 - (2) 不正指令電磁的記録における「反意図性」と「不正性」について
 - (3) 「反意図性」と「不正性」の関係性について
4. 「反意図性」に関する考察
5. おわりに

1. はじめに

コインハイブ事件は、ウェブサイトの管理者である被告人が、暗号資産による利益を得ることのできるサービス（以下、「コインハイブ」という）を自身のウェブサイトにおいて利用した行為につき、刑法168条の3「不正指令電磁的記録保管罪」にあたるかが争われた事件である。

「コインハイブ」とは、コインハイブ社が提供していた暗号資産を採掘するブ

プログラムのことをいう（なお、当該プログラムは2019年に廃止されている）。「コインハイブ」を利用して暗号資産を得ようとする者は、まず、自身の管理するウェブサイトに「コインハイブ」のプログラムを導入する必要がある、その「コインハイブ」のプログラムが付されたウェブサイトを不特定多数の者が閲覧することで、ウェブサイト閲覧者のコンピュータに当該「コインハイブ」のプログラムが複製され、閲覧者のコンピュータ上で暗号資産を獲得するマイニング（採掘）という動作がなされる。そして、閲覧者のコンピュータ上でのマイニングに成功すると、「コインハイブ」のプログラムが付されたウェブサイトの管理者に暗号資産が与えられる。つまり、「コインハイブ」は、ウェブサイト閲覧者のコンピュータ上にマイニングの動作をさせることによって、ウェブサイト管理者が暗号資産を獲得するといったシステムになっている。

「コインハイブ」に対しては、ウェブサイトの閲覧者が増えれば、それだけ多くの暗号資産がウェブサイト管理者に獲得されることになるため、ウェブサイトの広告費に代わる新たな運営費の資金調達源になるとの期待が寄せられる一方で、「コインハイブ」のシステム自体が、ウェブサイト閲覧者の意思に関係なく、閲覧者のコンピュータに「コインハイブ」のプログラムを複製するものであること、また、閲覧者のコンピュータ上でマイニングという動作をさせるものであることから、ウェブサイトの管理者の個人的な金銭的動機のために他人のコンピュータを操作するのは違法ではないかといった批判や、コンピュータウィルスの類と変わらないのではないかと批判が挙げられていた。しかし、このような批判的な意見はありつつも、「コインハイブ」のシステムが、実質的にはこれまで認められていた動画広告をはじめとするウェブ広告による広告収益と変わらないシステムであり、ウェブサイト閲覧者の情報を不正に取得するものではなく、また、閲覧者のコンピュータ上で行われるマイニングは「コインハイブ」のプログラムが組み込まれているウェブサイトを閲覧中の間に実行されるにとどまり、当該ウェブサイトを閉じれば「コインハイブ」のプログラムも削除されることから、コンピュータウィルスと同視しうるほどの犯罪性はないと考えられていた。

そのような中で、閲覧者に無断で閲覧者のコンピュータを利用するシステムであることを理由として、「コインハイブ」を問題視した警察当局が、「コイン

ハイブ」を利用しているウェブサイト管理者を対象に一斉摘発を行ったことにより、「コインハイブ」を利用したウェブサイト管理者の一人である被告人の行為が、刑法 168 条の 3 「不正指令電磁的記録保管罪」にあたるとして、横浜簡易裁判所から罰金 10 万円の略式命令を受けることとなった。しかし、被告人は、この命令を不服として正式裁判の請求を行ったため、平成 31 年 1 月より横浜地方裁判所において、当該「コインハイブ」が所謂コンピュータウィルスと同様の「不正な指令を与える電磁的記録」といえるのかが争われることとなった。これが、コインハイブ事件である。その後、被告人は第 1 審では無罪、控訴審¹⁾で有罪とされたが、令和 4 年 1 月 20 日に最高裁において破棄無罪となった。

このコインハイブ事件の主たる争点は 2 つある。刑法 168 条の 3 「不正指令電磁的記録保管罪」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」の保管を処罰の対象としているが、第一に「コインハイブ」がそのようなウェブサイト閲覧者の「反意図性」を有する電磁的記録であるといえるかといった点について、そして、第二に「コインハイブ」が「不正性」を有する電磁的記録であるかといった点について争われたものである。

刑法の個人的法益に関する罪の中には、窃盗罪や詐欺罪、住居等侵入罪をはじめ、「被害者の意思に反する」行為が犯罪類型になっている刑罰法規が多数存在しており、「被害者の意思に反する」行為の実質的な内容について議論がなされているところであるが、そのような中で、今回のコインハイブ事件の争点の一つである「反意図性」の判断基準が「被害者の意思に反する」犯罪行為のそれと類似するものであるか、または、影響を与えうるものであるかにつき検討を加えることは意義のないことではないと思われる。このため、本稿では、コインハイブ事件令和 4 年最高裁判決の事実の概要や判決について分析、研究を行い、「不正指令電磁的記録に関する罪」の成立要件である「反意図性」及び「不正性」の内容について明らかにしていきながら、被害者側の意思に反する犯罪類型との相違について検討を加えるものとした。

1) 最判令和 4 年 1 月 20 日刑集 76 卷 1 号 1 頁以下参照。

2. コインハイブ事件の概要と問題の所在

コインハイブ事件の事実の概要は次のとおりである。

「被告人は、インターネット上のウェブサイト『X』の運営者であるが、X閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置に同閲覧者の同意を得ることなく仮想通貨（暗号資産）モノロの取引履歴の承認作業等の演算を行わせてそれ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、平成29年10月30日から同年11月8日までの間、X閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置に前記演算を行わせるプログラムコード（以下、「本件プログラムコード」という。）が蔵置されたサーバ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を、サーバコンピュータ上のX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」行為につき、不正指令電磁的記録保管罪に問われた事案である。²⁾

本件の主な争点は、本件プログラムコードが、刑法168条の2第1項にいう「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」に当たるかといった点にある。なお、ここでは、前者にあたる「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」という要件が「反意図性」

2) 前掲注1) 令和4年最高裁判決4頁及び永井善之「批判」法学セミナー増刊新・判例解説 Watch 刑法176号（日本評論社、2022年）211頁以下参照。なお、その他当該令和4年最高裁判例の検討につき詳細なものに、上田幸彦「コインハイブ事件と不正指令電磁的記録に関する罪」日本法学第88巻第3号（日本大学、2023年）121頁以下、品田智史「不正指令電磁的記録に関する罪における客体の判断方法 — コインハイブ事件最高裁判決」法学セミナーベストセレクション809号（日本評論社、2022年）130頁以下、西貝吉晃「サイバーセキュリティの保護とイノベーションの促進の両立 — コインハイブ事件最高裁判決を素材に」法学セミナーベストセレクション808号（日本評論社、2022年）46頁以下、神渡史人「批判」法律のひろば75巻7号（ぎょうせい、2022年）56頁以下参照。

と呼ばれ、「不正な」という要件が「不正性」と呼ばれており、本件プログラムコードがそれら要件を充足するものかについて検討されている。

(1) 第一審

以上の事実関係に基づき、第一審の横浜地裁平成31年3月27日（判時2446号78頁）は、次のように判示して被告人を無罪とした。³⁾

本件プログラムコードが「反意図性」を有する電磁的記録であるかにつき、「反意図性は、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判断するのが相当であるところ、Xにはマイニングに関する説明はなく、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もなっていないこと、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使用者に認知されておらず、マイニングによる電子計算機への負荷の程度に照らして一般の使用者がその実行に気付くことはないといえることなどからすると、一般の使用者が、X閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという本件プログラムコードの機能について認識すべきと考えられるものといえない」として、本件プログラムコードが、コンピュータを操作する上で一般的に認識しておくべきプログラムにはあたらず、かつ、それによる機能等が告知されていないまま閲覧者のコンピュータを無断で使用している点につき「反意図性」を肯定した。⁴⁾

ただし、「不正指令電磁的記録に関する罪」においては、「反意図性」が肯定される電磁的記録であっても、内容が社会的に許容される程度のものである場合は処罰の対象から除外されるべきであることから、なお「不正性」の要件が求められていることを受け、横浜地裁は、本件プログラムコードが「不正性」の要件を充足するかについても検討を行った⁵⁾。その際、横浜地裁は、本件プログラムコードに対する「不正性」について、「ウェブサイトの運営者及び閲覧者等にとっての有用性や必要性、使用者への影響や弊害等の事情を考慮し、当該

3) 横浜地裁判決平成31年3月27日判時2446号78頁以下及び前掲注1) 令和4年最高裁判決75頁～84頁参照。

4) 前掲注1) 令和4年最高裁判決7頁及び79頁～81頁参照。

5) 前掲注1) 令和4年最高裁判決8頁及び81頁～84頁参照。

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ところ、①本件プログラムコードの実行により運営者が得る利益は、ウェブサイトの質の維持向上のための資金源になり得るから、閲覧者にとって利益となる面があること、②本件プログラムコードの実行により生ずる閲覧者の電子計算機の処理速度の低下等は、広告表示プログラム等の場合と大差ない上、X閲覧中に限定されることなどからすると、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はいえ、不正性は認められない。」とし、被告人の行為は不正指令電磁的記録保管罪に該当するものではないとして、無罪が言い渡された。⁶⁾

(2) 控訴審

これに対し、控訴審である東京高裁令和2年2月7日(判時2446号71頁)は、本件プログラムコードの「反意図性」及び「不正性」について、次のとおり判示し、第1審判決は本件規定の解釈を誤って事実を誤認したものであるとして、第1審判決を破棄し、被告人に対し罰金10万円に処した。⁷⁾

東京高裁は、本件プログラムコードが「反意図性」のある電磁的記録であるかにつき、「反意図性は、当該プログラムの機能について一般に認識すべきと考えられるところを基準とした上で、一般の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すべきであり、一般の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、その機能の内容そのものを踏まえ、一般の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、さらに、本件プログラムコードが「X閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという機能を有するものであり、閲覧することによりマイニングが行われることの表示は予定されておらず、マイニングにより生じた報酬を閲覧者が得ることは予定されていない。一般に、閲覧者は、

6) 前掲注1) 令和4年最高裁判決75頁参照。

7) 東京高裁判決令和2年2月7日判時2446号71頁以下及び前掲注1) 令和4年最高裁判決85頁～100頁参照。

閲覧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によるマイニングは閲覧に必要ではない。その上、本件プログラムコードによ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、閲覧者には利益がもたらされないし、閲覧者にマイニングによって電子計算機が使用されていることを知る機会やマイニングを拒絶する機会も保障されていない」点を挙げた上で、「このような本件プログラムコードは、使用者に利益をもたらさない上、使用者に無断で電子計算機を使用して利益を得ようとするものであり、一般の使用者が許容しないことは明らかである」として、本件プログラムコードに対して「反意図性」を認めた第1審判決の結論を肯定した。

しかし、本件プログラムコードに対する「不正性」については、「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、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や電子計算機による適正な情報処理という観点からみて、社会的に許容されることがある」場合にのみ「不正性」の要件を欠くものであるが、「本件プログラムコードは、利用者に利益を生じさせない一方で一定の不利益を与えるものである上、不利益に関する表示等もされないから、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ない」とし、また、「X閲覧中に、閲覧者の電子計算機を、閲覧者以外の利益のために無断で使用するものであり、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」といった点を述べて、第1審の見解とは異なり本件プログラムコードの「不正性」を認め、被告人に対し不正指令電磁的記録保管罪の成立を肯定した⁸⁾。

控訴審では、第1審判決において用いられた「不正性」の判断基準である①及び②の要件に対し、①の要件では、本件プログラムコードの実行により運営者が得る利益が閲覧者の利益にもつながる点につき、「そのような利益は、意に反するプログラムの実行を使用者が気付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はない」とし、さらに、②の要件では、閲覧者の電子計算

8) 前掲注1) 令和4年最高裁判決91頁～97頁参照。

機の処理速度の低下等の不利益を被らない点につき、「広告表示プログラムは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、その点で本件プログラムコードとは大きな相違があるから比較検討になじまない上、本件は、意図に反し電子計算機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、処理速度の低下等が使用者の気付かない程度であったとしても不正性を左右しない⁹⁾」と述べている。

(3) 上告審

以上のように、第1審と控訴審では、本件プログラムコードについて「反意図性」を肯定したものの、「不正性」の判断においては異なる見解が示され、第1審では無罪判決であったものが、控訴審においては一転して有罪判決に至ったため、これに対して弁護側が、第168条の2第1項に規定する「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」の文言が漫然不明確であるとして、憲法第21条第1項、同第31条に違反する等して最高裁に上告を行った。これを受けて、令和4年1月20日(刑集76巻1号1頁)、最高裁は、弁護人による憲法違反の主張についていずれも排斥したが、不正指令電磁的記録の解釈につき誤りがあるとして控訴審の判決を破棄し、被告人に無罪を言い渡した¹⁰⁾。

最高裁は、「不正指令電磁的記録に関する罪」について、「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、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」として、同罪の保護法益につき、電子計算機で用いられるプログラムの社会一般の信頼のみならず、ひいては「電子計算機の

9) 前掲注1) 令和4年最高裁判決94頁～97頁参照。

10) 前掲注1) 令和4年最高裁判決9頁～12頁参照。

社会的機能」を保護するものである点を述べ、「ひいては」という用語を用いて、「電子計算機の社会的機能」という保護法益性を強調した¹¹⁾。その上で、同罪の趣旨及び保護法益に照らし、本件プログラムデータの「反意図性」及び「不正性」の規範について、次のように判示した。

はじめに「反意図性」については、「当該プログラムについて一般の使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、一般の使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」と述べた。

次に、「不正性」については、「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」と述べた。

そして、以上の「反意図性」及び「不正性」の規範に照らし、本件プログラムコードが不正指令電磁的記録に当たるかについては、以下のように論じた。

「反意図性」については、「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、一般の使用者において、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もいえる。」として、本件プログラムコードが社会的機能を脅かすおそれのない広告表示プログラムと類似している点を挙げつつも、「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使用者が認識すべきといえるか否かについてみると、Xは、閲覧中にマイ

11) コインハイブ事件最高裁判決において、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益の理解につき、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の信頼」だけでなく、ひいては「電子計算機の社会的機能」にあると判示した点を挙げ、同罪の保護法益に「電子計算機の社会的機能」が重視されたことを述べているものに、西貝・前掲注2) 48頁～50頁。

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」と判示した。また、最高裁は、本件プログラムコードが、一般に「閲覧者の同意を得ることなくその電子計算機に一定の負荷を与え、これに関する報酬を閲覧者が取得することができないものであるのに、閲覧者にマイニングの実行を知る機会やこれを拒絶する機会が保障されていない」ものである点を挙げ、プログラムに対する信頼という観点から見ると、より適切な利用方法がとり得たものであることを理由に挙げて「反意図性」を肯定した。

次に、「不正性」については、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益の見地から次のように判示した。「不正指令電磁的記録に関する罪」の「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、X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」こと、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」との点を挙げ、そもそも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が、暗号資産の信頼性を確保するための仕組みであることも加えながら、本件プログラムコードが社会的に許容し得ないものとはいえないものであるとして、「不正性」を否定

するに至った。以上のことから最高裁は、結論として「本件プログラムコードは、反意図性は認められるが、不正性は認められない」と判示し、被告人に対し、不正指令電磁的記録保管罪の成立を否定した。

3. 「不正指令電磁的記録に関する罪」について

ここで、刑法 168 条の 3 「不正指令電磁的記録保管罪」の構成要件要素を明らかにするために、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益と、不正指令電磁的記録の内容となっている「反意図性」と「不正性」の意義について確認¹²⁾をして参りたい。

(1) 「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益について

「不正指令電磁的記録に関する罪」は、電子計算機による情報処理が広く社会に普及している現在において、コンピュータウィルスをはじめとする不正なプログラムが電子計算機において実行されることがないよう、不正なプログラムに対して、「その作成、提供、供用、取得、及び保管の各段階の行為を処罰することにより、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信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護する必要性の高さ」から、平成 23 年法律 74 号により刑法に新設された¹³⁾刑罰法規である。

12) 「不正指令電磁的記録に関する罪」は 2011 年の刑法改正により、主としてコンピュータ・ウィルスの作成、提供、供用、取得、保管行為を処罰の対象として新設された刑罰法規である。なお、同罪は、2001 年の欧州評議会において採択された「サイバー犯罪条例」に加盟するための国内担保法として新設された規定である。同罪の立法趣旨、保護法益、並びに構成要件の詳細については、西田典之『刑法各論第 7 版』（弘文堂、2018 年）411 頁以下、高橋則夫『刑法各論第 4 版』（成文堂、2022 年）585 頁以下、松宮孝明「第 2 編第 19 章の 2 不正指令電磁的記録に関する罪」松宮孝明・金澤真理編『新・コンメンタール刑法第 2 版』（日本評論社、2021 年）300 頁以下、山中敬一『刑法各論第 3 版』（成文堂、2015 年）676 頁以下参照。

13) 吉田雅之「第 19 章の 2 不正指令電磁的記録に関する罪」大塚仁ほか編『大コンメンター

「不正指令電磁的記録に関する罪」の立法当初は、同罪を、電磁的記録不正作出及び供用の罪（162条の2）、電子計算機損壊等業務妨害罪（234条の2）、電磁的記録毀棄罪（258条）等の予備罪の性質を有する犯罪と解する見解も有力であったが、同罪の処罰対象となるのは、電磁的記録が不正に作出されたり、電子計算機や電磁的記録が損壊したりといった具体的な被害結果を生じさせる手段としての電磁的記録に限定されるべきではなく、たとえば、個人情報を出し流しさせるウィルスや、メールアドレスの住所録から勝手に電子メール送信してしまう等の動作がなされるといった、特段の具体的な被害結果を生じさせない電磁的記録であっても、それが利用者の意思に反して動作が行われることにより、電子計算機の利用者のみならず社会一般に重大な影響を与える脅威となり得ることから、そのような電磁的記録であっても処罰の対象とすべきと考えられるようになった。そして、そのような考えを前提とした結果、同罪の保護法益は、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』¹⁴⁾」という社会的法益を保護するものであると解する立場が通説の見解となった。

しかしながら、「不正指令電磁的記録に関する罪」につき、予備罪構成を排斥し、且つ、同罪の保護法益を「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」と定義づけたことにより、処罰対象となる「電子計算機のプログラム」の範囲も拡大されることになるため、同罪の罪質はむしろ抽象的危険犯であると解する見解も主張されるようになった。本罪を抽象的危険犯¹⁵⁾であると解する立場に立つと、たとえば、ある電子計算機のプログラムが、電子計算機の利用者に未だ周知されていない最新のプログラムであったり、または、電子計算機の利用者に許諾を取ることなく、電子計算機上において自動的に行われるプログラムであったりするような場合には、直ちに社会一般の信頼を低下させ

ル刑法第8巻第3版』（青林書院、2014年）340頁。

14) 「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益につき「コンピュータプログラムが健全に機能していることに対する社会一般の信頼」であるとしているものに西田・前掲注12) 412頁及び松宮・前掲注12) 300頁～301頁、単に「電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼」としているものに高橋・前掲注12) 585頁、山中・前掲注12) 677頁、また、同趣のものに吉田・前掲注13) 341頁参照。

15) 「不正指令電磁的記録に関する罪」を抽象的危険犯であると解しているものに、松宮・前掲注12) 300頁～301頁、上田・前掲注2) 139頁。

る危険性のある電子プログラムであると解され、そのような電子計算機のプログラムを提供、供用、取得、保管する行為が広く処罰の対象となり得ることになる。このように考えると、いわゆるコンピュータ・ウィルスのような社会的に脅威となる電子計算機のプログラムに対しては、早い段階で処罰の対象とすることが可能となるが、コインハイブ事件における「コインハイブ」のプログラムのように、ウェブサイト閲覧者の認識なく、閲覧者のコンピュータ上において動作をさせるものである一方、閲覧者において直接的な被害が与えられるものではないというプログラムであっても、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」を害する危険性のあるプログラムとして処罰の対象とすべきことになる。

これに対し、前記2（3）において前述のとおり、コインハイブ事件の最高裁判決では、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益につき「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」に止まらず、「電子計算機の社会的機能」を挙げて、処罰対象となるべき電磁的記録に一定の制限を設けた点につき特色があるといえる。同罪の保護法益を如何に解するかによって、不正指令電磁的記録の要件である「反意図性」及び「不正性」の判断基準に対しても影響をもたらすことになるので、次節の「(2) 不正指令電磁的記録における「反意図性」と「不正性」について」において、コインハイブ事件の各裁判所における同罪の保護法益の解釈と、それと関連した「反意図性」及び「不正性」の要件の判断基準について考察を行うものとする。

(2) 不正指令電磁的記録における「反意図性」と「不正性」について

はじめに、立法当初においての、「不正指令電磁的記録に関する罪」の「反意図性」及び「不正性」の各要件の内容について明らかにして参りたい。

まず、「反意図性」についてであるが、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益の中心を「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」にあると解した上で、「反意図性」の判断基準につき、「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」ものと解されている¹⁶⁾。つまり、ある電子計算機の使用者が電子計算機上のプログラムによる電子計算機の動作を具体的に認識していなかったとしても、それが直ちに「反意図性」のあるプログラムであるというわけではない。たとえば、電子計算機の使用者が市販のソフトウェアを利用する場合には、電子計算機上のプログラムの指令に基づく基本的な電子計算機の動作について当然認識しているものと理解されることとなり、また、基本的動作を超えた複雑な動作を指令するプログラムについても、使用説明書等に記載されたりポップアップで明示されたりして、通常、使用者が認識し得べきものである場合は「反意図性」が否定されることになる。さらに、プログラムに関する詳細な説明や情報が与えられていなかった場合であっても、既に広く周知されていたり、プログラムを利用する上で随伴して生じる指令であったり等、一般に認識し得べきものである場合には「反意図性」が否定されると解している。つまり、電子計算機のプログラムについて、使用説明書等によるそのプログラムの詳細な説明や情報が与えられていなかったとしても、電子計算機利用者として、「通常、一般的に認識すべきプログラム」である場合は「反意図性」のある電磁的記録とは認められないこととなる¹⁷⁾。

コインハイブ事件においては、いずれの裁判所においても「コインハイブ」のプログラムに対し「反意図性」が肯定されているが、第一審及び控訴審は、ウェブサイト閲覧者が「コインハイブ」が付されたウェブサイトを開覧する上で、そのウェブサイトに「コインハイブ」のプログラムコードが付されている点や、それが自身のコンピュータに如何なる働きかけをするか等が告知されていないといった点を挙げ、ウェブサイト閲覧者が事実上「コインハイブ」のプログラムを認識し得ないことを主たる理由として「反意図性」を肯定したのに対し、最高裁は、一般的なウェブサイトにおいて、広告表示プログラムによる収益化が広く行われている現状を踏まえ、そのような収益化が想定範囲内、つまり、一般の電子計算機の利用者においては認識されているべきプログラムである可能性を残しつつも、「コインハイブ」のプログラムが広告表示プログラ

16) 吉田・前掲注13) 345頁参照。

17) 「反意図性」の要件の具体的な内容につき、吉田・前掲注13) 345頁～346頁参照。

ムと同様に一般に周知されるに至るものではない点や、事実上、ウェブサイト閲覧者に告知がなされていない点を挙げて「反意図性」を肯定している点に差異が見られる。これは、第一審及び控訴審が、電子計算機の利用者が一般に周知されていないプログラムを利用する際に、プログラムの内容を認識し得ないという形式的、事実的な状態を中心として「反意図性」を肯定したのに対し、最高裁は、「反意図性」の判断につき、そのような事実的判断のみならず、規範的判断を加えつつ「反意図性」を肯定したものと解される。つまり、最高裁は、当該プログラムの内容が、一般の電子計算機の利用者において事実上認識し得ない状態であっても、既に周知され、認識されているべきプログラムと同視できるものである場合は、一般に認識されているべきプログラムであると理解され、規範的判断に基づき「反意図性」が否定される場合があることを示したものと解される。¹⁸⁾

次に、「不正性」についてである。「不正指令電磁的記録に関する罪」において処罰対象とされる電子計算機のプログラムについては、電子計算機の使用者において「反意図性」が肯定されたプログラムであればその指令の内容の如何を問わず、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」を害するおそれがあると解されるところ、同罪では「反意図性」に加えて「不正性」を有する電磁的記録であることが求められている。これは、電子計算機の使用者において「反意図性」が肯定されたプログラムであったとしても、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内容のものが例外的に含まれる場合があるため、そのようなプログラムを処罰対象から除外する目的により求められた要件となっている。¹⁹⁾

コインハイブ事件においての各裁判所の結論の相違は、主として「不正性」判断において生じている。第一審は、「コインハイブ」のプログラムがウェブサイト管理者及び閲覧者にとって有用性や必要性があるかといった点や、ウェブサイト閲覧者への影響や弊害等があるかといった点を総合考慮して、社会的に許容し得るプログラムであるかどうかを検討した結果、ウェブサイト管理者へ

18) 同趣の理解と思われるものに、永井・前掲注2) 213頁。

19) 吉田・前掲注13) 346頁参照。

もたらされる利益がひいては閲覧者の利益にもなりうる点や、閲覧者のコンピュータに与える影響の低さから「不正性」を否定している。それに対し、控訴審は、社会的に許容しうる内容であるかの判断基準として、第一審判決と同様にウェブサイト閲覧者の利益や弊害の有無を検討しているが、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益が「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」を内容とすることを重視して、「コインハイブ」のプログラムが閲覧者に与える弊害は少ないといえども、不利益を生じさせているプログラムであることには変わりなく、そのようなプログラムが閲覧者に十分な告知をしないまま実行されてしまうことは、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」を低下させるおそれがあるに十分であるといえるから、社会的に許容し得るプログラムであるとはいえないとして「不正性」を肯定している。第一審及び控訴審においての「不正性」の判断基準は、電子計算機の利用者の利益や弊害の有無から、社会的に許容され得るプログラムかどうかを考慮して判断を行う点は共通しているものの、第一審が電子計算機の利用者に生じる弊害や、電子計算機の利用者に還元されるであろうと推察される利益を具体的に考察し、それらを比較衡量しつつ「不正性」の判断を行ったのに対し、控訴審は、「不正性」の欠如はあくまでも例外的な場合であることを前提として、電子計算機の利用者に少なからず弊害が認められる以上は、それを上回る電子計算機の利用者への利益が肯定されない以上、社会一般の者の信頼を低下させるおそれがあるプログラムであることを認めるべきであるとして「不正性」の判断を行ったと考えられる。²⁰⁾

一方、最高裁は、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益につき、「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、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するものであることを判示しており、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」のみならず、「電子計算機の社会的機能」の保護を目的として、

20) 前掲注3) 平成31年横浜地裁判決78頁以下及び前掲注7) 令和2年東京高裁判決71頁以下参照。

「反意図性」及び社会的に許容し得ない「不正性」の要件が検討されるべきことを明らかにしている。²¹⁾そして、特に「不正性」の判断に際しては、社会的に許容され得る内容かの具体的な判断につき、実際の電子計算機の利用者に生じる弊害や利益のみを考慮するのではなく、当該プログラムが社会に果たす機能や役割、社会的に許容されているその他のプログラムとの類似性等と比較して、当該プログラムが「電子計算機の社会的機能」を低下させるおそれのないプログラムであるかどうかを検討されたものと思われる。²²⁾その結果、「コインハイブ」のプログラムが利用者に与える弊害は、利用者も気がつかないほどの極めて小さいものであり、社会的に許容されている広告表示プログラムとの類似性も高いことから、「コインハイブ」のプログラムに対しては「電子計算機の社会的機能」を低下させるおそれのある「不正性」は認められず、社会的に許容され得るプログラムであることが認められたものと解される。

前記3（1）の冒頭において前述したように「不正指令電磁的記録に関する罪」の立法当初から同罪の保護法益は、「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』を与えるものではないという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」ものであると解されていたが、同罪につき予備罪構成が排斥されたことにより、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の『信頼』」という保護法益が第一義的に考えられ、社会一般の「信頼」を害するおそれのある電磁的記録を広く処罰の対象とする刑罰法規と理解する傾向は強くなったものと思われる。²⁴⁾

21) コインハイブ事件最高裁判決においては、「反意図性」及び「不正性」の両要件において「電子計算機の社会的機能」に対し脅威になり得るものかという規範的判断を加えていると指摘しているものに、永井・前掲注2）213頁～214頁参照。また、同最高裁判決に対し、「反意図性」の要件において、利用者がプログラムの内容につき告知されていなかったといった事実的評価のみで判断されておらず、規範的評価が加えられた上で判断されている点を指摘するものに、西貝・前掲注2）50頁参照。

22) 「不正性」要件において「電子計算機の社会的機能」に対し脅威になり得るものかという規範的評価が加えられたものであると指摘しているものに、上田・前掲注2）136頁及び品田・前掲注2）131頁参照。

23) 吉田・前掲注13）341頁参照。

そのような中で、令和4年最高裁判決が「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益について、社会一般の「信頼」だけでなく「電子計算機の社会的機能」も保護法益であることを重視したことによって、同罪の構成要件に「電子計算機の社会的機能」の保護といった見地からの解釈が加わり、処罰対象となる不正な電磁的記録をより具体的に限定することを可能にしたといえよう。そして、この意味において、同罪の保護法益は、「電子計算機の社会的機能を脅かすものではない電磁的記録であることに対する社会一般の者の『信頼』²⁵⁾」であると解されることになる。本罪の保護法益を以上のように解することによって、「電子計算機の社会的機能」を踏まえた結果、将来的に有益であろうと推察される新しいプログラムに対しても、電子計算機の利用者への告知がなされていない、周知されていない状況下において、利用者の電子計算機に指令を与え、何らかの機能を生じさせてしまったとしても、そののみをもって同罪の処罰の対象とされる危険性は排除できるものになるとと思われる。

(3) 「反意図性」と「不正性」の関係性について

「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益を「電子計算機の社会的機能を脅かすものではない電磁的記録であることに対する社会一般の者の『信頼』」であると解すると、この保護法益を前提に当該電磁的記録の「反意図性」及び「不正性」の判断基準が導き出されることとなるため、各要件において、「電子計算機の社会的機能を脅かすおそれのある反意図的な指令であるか」や、「電子計算機の社会的機能を脅かす恐れのある社会的に許容され得ない不正な指令であるか」といった検討が必要とされることになる。しかし、「電子計算機の社会的機能を侵害するおそれがあるかどうか」といった規範的評価を「反意図性」の判断においても、また、「不正性」の判断においても、それぞれ行うこととなると、評価が重複してしまうだけでなく、ひいては「反意図性」を要件とする意義が失われるといった危険性が考えられる。このため、同罪の成立において「反意図性」と「不正性」の関係性をどのように捉えるべきかが問題となる。²⁶⁾

24) 「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益の説明として前掲注14) 参照。

25) これについて詳細なものに、永井・前掲注2) 214頁参照。

この点において、コインハイブ事件における第一審及び控訴審は、「反意図性」の要件においては、事後的観点から電子計算機のプログラムが一般的に認識可能であったかを評価しており、「不正性」の要件においては、同罪の保護法益の見地から社会的に許容され得る内容の電磁的記録であるかといった評価を行なっている点から見ると、保護法益の見地から「電子計算機の社会的機能」を侵害するおそれがあるかどうかといった規範的評価を加えるのは「不正性」の要件のみで足りると解しているように思われる。²⁷⁾

それに対して、最高裁は、「反意図性」の要件においても一般的な認識可能性のみの判断にとどまらず、電子計算機の利用者においてプログラムの詳細な内容を認識する必要があるか、情報が告知されていなくても許容され得る内容であるのかといった「電子計算機の社会的機能」を脅かす電磁的記録であるかといった規範的判断を加えて「反意図性」の評価を行っているように理解される。さらに、最高裁は、「不正性」の要件を検討した際に、「電子計算機の社会的機能」を脅かすおそれのない電磁的記録である場合には、例外的に不正指令電磁的記録保管罪の成立を否定する旨を判示していることから、「不正性」の要件においても「電子計算機の社会的機能」を脅かす電磁的記録であるかといった規範的判断を加えていることが理解される。²⁸⁾

では、「電子計算機の社会的機能」を侵害するおそれがあるかどうかといった規範的評価は「反意図性」及び「不正性」の両要件に必要なものであろうか、あるいは「不正性」要件で足りるものであろうか。これに対しては、次のような指摘がある。「『意図に反する』か否かは規範的に判断するため、同じく規範的な要件である『不正な』にあたるか否かの判断と重なるようにも思われるが、

26) コインハイブ事件の最高裁判決では「反意図性」及び「不正性」の両要件の関係性については特に論及されていないため、この点に着目し、両要件の関係性を明らかにすることが今後の課題であると指摘するものに、永井・前掲注2) 214頁参照。

27) 「不正指令電磁的記録に関する罪」の「反意図性」と「不正性」の要件において、電子計算機の利用者に対してプログラムの説明がなされておらず、合意を得られていない事後的評価が「反意図性」の中心的内容であるのに対し、「不正性」の要件においては「電子計算機の社会的機能」に対し脅威になり得るものかという規範的評価が加えられているといった見解と同趣のものに上田・前掲注2) 137頁～140頁。

28) 永井・前掲注2) 213頁～214頁参照。

前者は、あくまで、電子計算機の利用者にとって認識し得べきものであるか否かという観点からなされるのに対し、『不正』か否かの判断は、電子計算機の利用者の認識という観点ではなく、そのプログラム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なされることとなる」との見解である。この見解によれば、「反意図性」については「電子計算機の社会的機能」を侵害するおそれを考慮して、電子計算機の利用者が一般に認識し得べきものであるかを検討し、「不正性」については、「電子計算機の社会的機能」を侵害するおそれを考慮して、社会一般に許容し得る範囲内のものであるかを検討するものであり、それぞれ内容が異なるものであると論じられている。²⁹⁾

以上のように解すると、「不正指令電磁的記録に関する罪」における「反意図性」及び「不正性」は両要件共に必要な要件であり、両要件共に、同罪の保護法益から、「電子計算機の社会的機能」を脅かすおそれがあるかといった規範的評価を加えて検討がなされることは意義がないことではないといえるであろう。

4. 「反意図性」に関する考察

既に前述したとおり、コインハイブ事件の最高裁判決は、「反意図性」の判断基準において、「電子計算機の社会的機能」の保護という見地から、「電子計算機の社会的機能」を脅かすおそれがなく、電子計算機の利用者において通常認識されているべき電磁的記録であるのか、「電子計算機の社会的機能」を脅かすおそれがあり、電子計算機の利用者の意図に添うかを確認する必要がある電磁的記録であるのかを区別して、後者の場合において「反意図性」を肯定すべきことを判示したものであるといえる。ここにおいては、電子計算機の利用者一人の意思に反することが「反意図性」の内容となっているものではないことはもちろんのこと、事実上、電磁的記録の詳細な内容が告知されていない点のみが「反意図性」の内容となっているものではない。つまり、「電子計算機の社会的機能」を脅かすおそれのある電磁的記録を処罰の対象と考えており、「電子

29) 吉田・前掲注13) 346頁参照。

計算機の社会的機能」を脅かすおそれのある電磁的記録であれば、一般に認識されているべき電磁的記録ではないと解されることになるため、「反意図性」が肯定されることになる。これは、「不正指令電磁的記録に関する罪」が社会的法益に対する罪であり、同罪の保護法益が「電子計算機の社会的機能を脅かすものではない電磁的記録であることに対する社会一般の者の『信頼』」であることが前提となって判断されたものであるが、このような最高裁の見解は「個人的法益に対する罪」においての「被害者の意思に反する犯罪」においても限定的に用いることが可能であるように思われたので、以下、考察を行うこととした。

「被害者の意思に反する犯罪」を内容とする個人的法益に対する罪の中でも、財産の処分の判断において重要な事項を偽り、被害者側に財産を処分させる行為を処罰の対象としている詐欺罪は、「不正指令電磁的記録に関する罪」における「反意図性」の判断規範を用いて解釈をすることが可能な犯罪であるように感じられる。詐欺罪は「個人的法益に対する罪」ではあるものの、行為者から欺かれた被害者が、錯誤に陥り財産を処分したとしても、そのすべてが処罰の対象とされるものではなく、財産を処分する上で重要な事項にあたらぬ事実が偽られた場合は詐欺罪の成立が否定されることがあること、あるいは、被害者が財産を処分していても、相当対価を得ている際には詐欺罪の成立を否定させるべき場合がありうる財産犯とされている。以上のことから、詐欺罪は、被

30) 詐欺罪の実行行為性において「重要事項性」が必要であることを明示している判例に、最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁及び最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁参照。また「重要事項性」の内容について西田・前掲注12) 209頁～211頁、高橋・前掲注12) 323頁以下、山中・前掲注12) 351頁以下、高橋省吾「第37章詐欺及び恐喝の罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻第3版』（青林書院、2018年）30頁以下参照。

31) 相当対価の給付があった場合に詐欺罪の成立を肯定すべきかにつき、実質的個別財産説に基づき同罪の成立を否定する見解を採用しているものに、西田・前掲注12) 220頁～221頁、平山幹子「第37章詐欺及び恐喝の罪」松宮孝明・金澤真理編『新・コンメンタール刑法第2版』（日本評論社、2021年）465頁～466頁、その他、実質的個別財産説を採用しつつ法益関係の錯誤のある場合に限りて詐欺罪の実行行為性を肯定すると考えているものに、山口厚『刑法各論第2版』（有斐閣、2010年）267～268頁、橋爪隆「詐欺罪（下）」法学教室294号（有斐閣、2005年）95頁以下、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」

害者に対して告知されていない事実があり、告知されなかったことによって、被害者個人の意図に反した財産処分の結果が生じたとしても、それだけで直ちに詐欺罪の成立が認められる訳ではなく、被害者に得られた相当対価の存在も考慮した上で、被害者に対して告知されていない事実があるということが、当該財産の経済的取引において財産の処分にかかる重要な事項に当たるかが検討されてはじめて、詐欺罪の実行行為性が認められるものである。このように考えると、詐欺罪は第一義的には「個人的保護法益に関する罪」ではあるものの、副次的には「経済取引の安全」や「経済取引に対する³²⁾一般的な信頼」のような社会的法益をも保護の対象とする犯罪であると考えられる。

すると、令和4年最高裁判決で検討された「不正指令電磁的記録に関する罪」の「反意図性」の判断規範を、詐欺罪の実行行為性の判断においても用いることが可能となるのではないだろうか。たとえば、詐欺罪の実行行為性の基礎に置かれている「財産の処分の判断において重要な事項」であるか否かの判断において、「経済取引に対する一般的な信頼」の保護を前提に重要事項性の有無を検討すると、それが一般に当該財産を処分する経済取引において、被害者側があえて確認を必要とすべき重要な事項であったのかそうでなかったのかを検討されることとなる。その結果、当該経済取引上、被害者側が通常認識しておくべき（確認を必要としない）事実が秘されていたり、あるいは欺かれていたりした場合は、詐欺罪の実行行為性は否定されることとなる。ただし、被害者側が相当対価を得ている等、経済的取引上は一見被害者側が通常認識しておくべき（確認を必要としない）事実が秘されていたとしても、被害者側がその事実につき、財産を処分する上で重要な事項であることについて、行為者側に十分に説明し確認を取っていたとの事実がある場合においては、被害者側から行為者側への重要事項の明示を基準として、詐欺罪の実行行為性が肯定されると解することができるのではないであろうか。³³⁾

山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006年）104頁以下、高橋前掲注12）347頁～351頁参照。

32) 拙稿「詐欺罪における『重要事項性』に関する考察」創価ロージャーナル15号（創価大学法科大学院、2022年）において、詐欺罪は「個人的法益に対する罪」のみならず、「社会的法益に対する罪」の要素を有することを説示している。

詐欺罪に対するこのような理解に対しては、詐欺罪が「個人的法益に対する罪」であるにもかかわらず、「社会的法益に対する罪」であることを肯定することとなり、特定の個人の財産を保護するための刑罰法規である点と相容れないとの批判は免れ得ないであろう³⁴⁾。しかし、刑法には社会秩序を維持する機能があることから、「個人的法益に対する罪」であっても、ある一定の「社会的法益性」を認めることは可能であるように思われる。「個人的法益に対する罪」であっても、特定の被害者の意思に反して行為が行われたことが、直ちに「被害者の意思に反する行為」を類型化している構成要件に該当すると評価されるべきではなく、それが社会秩序の侵害に至るまでの行為でない場合には構成要件該当性が否定されることも考えられよう。この意味において、「個人的法益に対する罪」における「被害者の意思に反する行為」を類型化した構成要件であっても、社会秩序の維持という社会的法益の保護の見地から実行行為性を検討することも可能であるように思われる。詐欺罪であれば、当該財産処分に関する経済取引において、一般に被害者が確認しておくべき重要事項を偽られたり、秘されたりしたかを基準として詐欺罪の実行行為性が検討されることとなり、たとえば、被害者が認識しておくべき（確認を必要としない）事項が秘されていたような場合は原則的に詐欺罪の実行行為性が否定されるものの、特に被害者側から当該事実について重要事項性について説明がなされ、確認されていたにもかかわらず、行為者が当該事実を告知せずに財産を処分させたような場合には、なお詐欺罪の実行行為性が肯定されると解されよう。

33) このような考え方と類似するものとして、詐欺罪成立の要件に被害者側の実質的な財産的損害が必要かという問題において、実質的個別財産説を採用しながら、その判断基準にあたっては「経済取引の社会的意義」から取引目的が達成されたか否かで判断すべきであるとの見解を採用しているものに、山中前掲注12) 379頁～380頁、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害(2) — その要否と限界 —」警察研究63巻5号33頁以下参照。また、実質的個別財産説を採用しながら、「財産的損害」の発生につき、被害者の「社会的役割」にふさわしい目的の不達成を考慮すべきとしているものに、松宮孝明『刑法各論講義第5版』(成文堂、2018年)267頁参照。

34) 渡辺咲子「第246条詐欺」川端博他編『裁判例コンメンタール刑法第3巻』(立花書房、2006年)265頁参照。

5. おわりに

コインハイブ事件の各裁判所の判断を分析し、「不正指令電磁的記録に関する罪」の保護法益や「不正指令電磁的記録」の要件である「反意凶性」及び「不正性」の判断基準につき検討を行ったが、最高裁判決において、本罪の保護法益に「電子計算機の社会的機能」を加えて重視したと解される点や、同罪における「反意凶性」及び「不正性」の両要件の判断基準に「電子計算機の社会的機能」を脅かすおそれがあったかという規範的評価が加えられた点には、重大な意義があったものと思われる。

本稿においては、コインハイブ事件最高裁判決において示された「反意凶性」の要件の判断基準を、同じ「被害者の意思に反する犯罪」である詐欺罪においても用いることが可能なのではないかとの見地から検討を行ったものであるが、その他「被害者の意思に反する行為」を類型化した構成要件である窃盗罪や住居等侵入罪に対しても同様に用いることが可能なのかについては検討が及ばなかったため、今後の検討課題として参りたい。

以上