

自己の運営するウェブサイト、その閲覧者の電子計算機に仮想通貨（暗号資産）のマイニングをその同意なく実行させるコードを設置したことについて、不正指令電磁的記録保管罪の成立が否定された事例

【文献種別】 判決／横浜地方裁判所
【裁判年月日】 平成31年3月27日
【事件番号】 平成30年（わ）第509号
【事件名】 不正指令電磁的記録保管被告事件
【裁判結果】 無罪（控訴）
【参照法令】 刑法168条の3
【掲載誌】 公刊物未登載

LEX/DB 文献番号 25570338

事実の概要

ウェブデザイナーであり、楽曲情報に関するウェブサイト（以下「サイト」）であるAを運営していた被告人Xは、Aの維持管理費用を広告収入によって賄っていたところ、ニュースサイトにおける2017年9月20日付の記事、すなわち、海外のサイトがその一部のページに、サイト閲覧者のコンピュータのCPUを仮想通貨（暗号資産）のマイニング（ネットワーク上の取引台帳に仮想通貨の取引履歴を追記する承認作業等の演算に成功することで報酬として仮想通貨を取得することであり、採掘とも称される）のために使用するコインハイブ（Coinhive）と称するプログラムを呼び出すコードを設置し、閲覧者に無断でそのCPUを借用してマイニングを行っていたこと、ユーザーに無断でマイニングを強いるこのような仕様は許されないとの意見が多い一方、サイト運営は広告収入に頼らざるをえない中でサービス享受の対価としてのサイト利用者によるCPUリソースの提供に肯定的な意見もあること、広告表示や課金制以外のマネタイズ方法としてマイニングへのCPUリソースの提供はユーザーにとって手軽であり寄付に近いものとして今後受け入れられていく可能性があることを報じる記事を読み、コインハイブに興味を抱き、Aの収入源としてこれを試験的に導入することとした。なおコインハイブはB社により同月から提供が開始されたもので、その登録者に発行されるサイトキーを記述したコードをサイトに設置するとその閲覧者のコンピュータでマイニン

グが実行され、総採掘量の3割をBの収益、7割を登録者の報酬として分配するものであった。

そこでXは同月21日に、前述の手続によりコインハイブを呼び出すコード（以下「本件コード」）をAに設置した。本件コードではCPU使用率を調整する設定値（以下「スロットル値」）が設けられ、0.5と設定されていたが、この値は閲覧者のCPUでマイニングを実行するとそのコンピュータの消費電力が若干増加したり、CPUの処理速度が極端に至らない程度に遅くなったりするものであった。Xは同年10月30日にはツイッター上で「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……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」と返信したものの、同意を取得するような仕様を設けることのないまま、同年11月9日に本件コードを削除することで対応した。この前日までにA閲覧者のCPUを用いて採掘された仮想通貨の合計量と当時の円換算レートに基づき、Xは800円程度の総収益を得た。

以上の事実に関して、Xは（横浜簡略式平30・3・28公刊物未登載により不正指令電磁的記録取得罪、同保管罪（刑法168条の3）として罰金10万円の略式命令を受け、自ら請求した正式裁判において、訴因変更後）2017年10月30日から11月8日までの間、本件コードをC社の管理運営するサーバコンピュータ上の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に問われた。

判決の要旨

横浜地裁は次のように判示してXを無罪とした(求刑罰金10万円。検察官控訴)。

争点となるのは(1)本件コードの不正指令電磁的記録該当性、(2)実行の用に供する目的の有無、(3)故意の有無である。

争点(1)についてまず、本件コードが人の意図に反する動作をさせるべきものかにつき検討する。この点は「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」が、本件では一般的なユーザー(閲覧者側)にコインハイブが広告表示等に代わる収益化の方法と認知されていたとはいえず、Aの体裁や内容をみてもマイニングと関連はなく、本件スロットル値では閲覧者において通常はマイニングに利用されていることに気づくことはないから、閲覧者は事前に本件マイニングを認知した、または閲覧中認知し容認したとはいえず、本件マイニングを一般的なユーザーが認識すべきとは考えられない。弁護人は、本件コードはJavaScriptで記述されており、今日では個々のJavaScriptのプログラム実行に際し閲覧者の承諾を得る慣行はないから本件マイニングにも予め承諾があるとみうると主張するが、この「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」、結局、本件コードは人の意図に反する動作をさせるものに当たる。

次に、本件コードが不正な指令を与えるものかにつき検討する。「『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、①ウェブサイトを運営するような特定のユーザー及びウェブ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、②当該プログラムのユーザーへの影響や弊害の度合い、③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」(丸数字は引用者)。本来マイニングは演算機能の提供者が仮想通貨を取得する点で対価関係を想定しうるが本件コードはこれを損なっており、しかも閲覧者は報酬の放棄やXへの贈与の同意等の機会やマイニング回避の可能性もないままであり、その限度で一般的なユーザーの信頼を損なっている。もっとも、本件マイニングでサイト運営者が得る仮想通貨がその後のサイトのサービスの維持・向上の資金源になりうるから閲覧者には利益となる側面がある。本件マイニングでの消費電力の増加等の影響は広告表示プログラム等の場合と大差ないうえ、その影響は閲覧中に限定される。またXの場合には他人のサイトを改竄して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異なる。しかもコインハイブやこれと同等のプログラムに対する本件当時のインターネット・ユーザー間の評価は否定的立場(ただし違法の可能性といった法的意味合いよりも、マナーやモラル的な趣旨にとどまっていたとも解しうる)もあるが、肯定的立場もあり賛否両論に分かれていた。さらには、本件コードが削除される時期までに本件マイニングに関し「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……X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」。これら諸事情に照らせば本件当時に本件コードが社会的に許容されていなかったと断定はできず、不正な指令を与えるプログラムに当たると判断するには合理的な疑いが残る。以上から、本件コードは不正指令電磁的記録には当たらない。

念のために付言すると、本件コードが不正指令電磁的記録に当たると仮定しても、その機能やそれに対するユーザー等の評価、Xのその導入経緯に鑑みれば、Xにおいてそれが不正指令電磁的記録に当たると認識認容しつつ実行する目的があっ

たと認定するには合理的な疑いが残るから、その保管につき争点(2)に係る目的があったとは認めえない。

よって、その余の争点につき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ことに帰する。

判例の解説

一 はじめに

本件は、自己のサイトの閲覧者のコンピュータを無断借用して仮想通貨のマイニングを行わせるプログラムを実行可能とするべく、その呼び出しコードを同サイトに設置した行為について、不正指令電磁的記録保管罪の成否が問われたものである¹⁾。このようなプログラムは、閲覧者の負担ともなる課金制や広告掲載等の方法を代替する、サイト運営に要する資金の新たな獲得方法たりうるものとして近時注目されていたが、わが国の警察では2018年中、このようなプログラムの利用につき不正指令電磁的記録供用等事件として28件21人の検挙が行われている²⁾。そのような中で、本判決では不正指令電磁的記録性の諸要件に係る判断方法が示され、本件コードに同記録への該当性が否定されており、注目される。

2011年の改正により刑法典上に新設された不正指令電磁的記録に関する罪(同法第2編第19章の2。以下「本罪」)は、近時のいわゆるコンピュータ・ウイルスによる問題への対処を目的とされたものであり、立案担当者によればその法益は、個々のコンピュータ等の財産ではなく、コンピュータのプログラムが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であるとされる³⁾。

以下では、本判決による本件コードの不正指令電磁的記録該当性の判断について検討する。

二 不正指令電磁的記録該当性

本判決は、本件コードが不正指令電磁的記録に当たるかの判断を、それが「人……の意図に反する動作をさせるべき」(刑法168条の2第1項1号。以下「反意図性」)ものであるか、および、それが「不正な指令を与える」(同号。以下「不正性」)も

のであるか、の2点に分けて行っている。

1 反意図性

反意図性要件の充足の有無について、本判決は、「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」としており、これは本要件における「意図」についての立案担当者による理解⁴⁾とほぼ一致している。そして本判決は、本件コードによるマイニング機能は一般的に認識すべきものと認められないとして本要件の充足を認めている。

ただ、本要件に係る判断につき個別具体的な使用者ではなく一般的な認識を基準とするとしても、また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るとすれば一層、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「意図に反する」とされることが大半となろう。この点、許容されるべきプログラムについては不正性要件の充足を理由に不正指令電磁的記録該当性が否定されるため実際上問題はないとも考えられるが、そうであるならばこの該当性判断は不正性の有無の検討に尽きることとなり、これと反意図性とを別個に検討する意義が問われよう。

この点、立案担当者は、反意図性は利用者の認識可能性、不正性は社会的な許容可能性で判断され両者は完全には重複しないとするが⁵⁾、前者につき、プログラムに対する社会一般の信頼という法益に鑑みこのような信頼を害するものかという観点から規範的に判断すべきことは前提とされている⁶⁾。すると反意図性要件を充足するのは、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であることになると考えられる(後述2も参照)。これは、前述のように社会的な許容可能性で判断される不正性要件が満たされる場合と実質的に一致していようから、結局、反意図性は不正性と一体として判断されるべきものであるように思われる⁷⁾。

2 不正性

本判決は不正性要件の充足の有無について、前掲の通り、プログラムの機能への社会的許容性の有無の観点から①ないし③の諸要素(関係者との

関係での利益、弊害、評価)をその指標として判断するとする。その上で本件では、有益でありうる(①)一方影響や弊害の程度は低く(②)、評価も賛否両論でこのことは世論や公的機関の動向にも示されている(③)として本件コードの不正性を認めず、妥当と思われる。

ところで、こうして当該プログラムの機能が社会的に許容されうると判断されるならば、そのようなプログラムのゆえにプログラムに対する社会的信頼(法益)が侵害されうることにはならないはずである(このような意味で、前述のように、不正性要件は反意図性要件と実質的には一体となるように思われる)。そうすると、社会的に許容されないとして不正と評価されるべき実体は、そうでないことへの社会的信頼が本罪により刑事罰をもって保護されることに鑑みれば、およそ適法でない事態、すなわち(民事的・刑事的に)違法な実害を惹起しうるものであることが求められるべきと考えられる。すなわち例えば、情報の窃取・流出・改変・毀損、機器の損壊等の直接的な、あるいはこれらに基づく間接的な損害を惹起しうる程度のものであることが必要であり、利用者にとって不快、あるいは単に驚かされる等に止まるようなものはこれに当たらないと解すべきであろう。このような観点からは、本件コードにつき不正性を認めなかった本判決の判断は妥当であると思われる。

三 おわりに

少なくとも本件で問題とされたコインハイブの利用については、サイト閲覧者が被る影響の実体からしても本罪の成立が認められるような事案ではなかったと思われる。本判決も認めるごとく、このようなプログラムはサイト運営の新たな財政的基盤を形成しうる新技術でもあり、現時点で賛否両論あるその社会的評価も今後の改良や活用を経てさらに形成されてゆくものであろう。本罪が新技術の研究開発を委縮させることがないよう、その厳格な解釈・適用が要請されよう。

●—注

1) 本判決を紹介、分析するものに、平野敬「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&T85号(2019年)15頁以下、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頁以下。また、仮想通貨に

ついてはさしあたり、永井善之「仮想通貨に対する法的規制について」犯刑27号(2018年)175頁以下参照。

2) 第198回国会衆議院法務委員会議録2号(2019年3月8日)2頁[小田部耕治政府参考人]参照。本件を含むこれら検挙事案のうちの一つに係る仙台地判平30・7・2LEX/DB25560905では、サイト閲覧によってではなく、ダウンロードさせるファイルに実行者の意図によらずマイニングをなすプログラムを含めておくことによるものにつき、不正指令電磁的記録作成罪、同供用罪の成立が認められている。その他の事案については高木・前掲注1)21頁参照。

3) 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)』曹時64巻4号(2012年)65頁以下。本稿のほか本罪につき解説、分析するものとして、今井猛嘉「実体法の視点から」ジュリ1431号(2011年)66頁以下、荒川雅行「ウイルス作成罪」法教374号(2011年)2頁以下、渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑ジャ30号(2011年)27頁以下、同『ネットワーク犯罪と刑法理論』(成文堂、2018年)251頁以下、山口厚「コンピュータ・ウイルス罪の論点」法コン30号(2012年)59頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第8巻[第3版]』(青林書院、2014年)340頁以下[吉田雅之、鎮目征樹「ソフトウェアの無断インストールと不正指令電磁的記録に関する罪」研修792号(2014年)3頁以下等がある。

4) 杉山=吉田・前掲注3)71頁。

5) 杉山=吉田・前掲注3)83頁注7。意図に反するが不正でないものの具体例として、ソフトウェア会社により無断インストールされた修正プログラムが挙げられている(同72頁)。しかし立案担当者や本判決のいうように、個別具体的な使用者の実際の認識を基準としないのであれば、この例のものは反意図性を欠くと評価されるべきように思われる。なお、高木・前掲注1)26頁は、この具体例の趣旨を、直ちに修正プログラムを適用しなければ外部攻撃によりインターネット全域に及ぶような甚大な被害が出かねないために、元のソフトウェアの一部または全部の機能が働かなくなる仕様である同プログラムを強制的に自動インストールさせるような状況のものとも考えられるとする。しかし、利用者の意思に反してソフトウェアの機能を(一部)喪失させることはプログラムへの社会的な信頼を害しえようから本罪の法益の事実上の侵害(の危険)はあろう。このような意味で構成要件該当性は認められえようが、このことと、なおも緊急避難等により本罪の違法性が阻却されうることとは別である。

6) 杉山=吉田・前掲注3)71頁。

7) 渡邊・前掲注3)『ネットワーク犯罪と刑法理論』269頁も、両要件の区別は事実上困難でありその必要性も乏しいとする。