

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認められた事例（コインハイブ事件控訴審判決）

【文献種別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 令和2年2月7日
【事件番号】 令和元年（う）第883号
【事件名】 不正指令電磁的記録保管被告事件
【裁判結果】 破棄自判（上告）
【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 25564865

事実の概要

ウェブサイト（以下「サイト」）Aを運営していた被告人XはAの維持費を広告収入に依っていたが、報道により、海外のサイトがそのページに、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¹⁾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マイニングを行っていたこと、このような仕様には否定的な意見が多い一方、サイトでのサービス享受の対価としての閲覧者のCPUリソースの提供に肯定的な意見もあることを知り、Aの収入源としてコインハイブを試験的に導入することとした。なおコインハイブはB社により提供され、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2017年9月21日に、前記の手続で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。本件コードでのマイニング時のCPU使用率では閲覧者のコンピュータの消費電力が若干増加したりその処理速度が極端に至らない程度に遅くなったりしたが、Xは同年10月30日にツイッター上で「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」と指摘され、翌月9日に本件コードを削除した。この前日までにA閲覧者のCPUで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、2017年10月30日から翌月8日までに係る不正指令電磁的記録保管罪（刑法168条の3）に問われたが（求刑罰金10万円）、原審の横浜地判平31・3・27（LEX/DB25570338）²⁾は大要次のように判示してXを無罪とした。

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。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（反意図性）につき検討すると、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ず、また弁護士は本件コードもそれに当たるジャバスクリプトのプログラムの実行に際し閲覧者の承諾を得る慣行はないとするが、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」、反意図性は認められる。

次に、本件コードが不正な指令を与えるものか（不正性）につき検討すると、本要件は反意図性が認められるプログラムにも「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り、不正性は「ウェブサイト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、当該プログラムのユーザー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」ところ、⑦本件マイニングでサイト運営者が得る仮想通貨が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も利益となりうる、④本件マイニングでの影響は広告表示プログラム等の場合と大差なく、その影響は閲覧中に限定される、②Xの場合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異なる、⑤コインハイブ等のプログラムに対する本件当時のユーザー間の評価は賛否両論であった、④本件のようなマイニングに関しメディアでの報道や捜査当局等の注意喚起等もない中でいきなり刑事責任を問うのは行き過ぎの感がある、という諸事情に照らせば本件コードへの社会的な不許容を断定できずその不正性を認め難い。結局それは不正指令電磁的記録に該当しない。

なお、これに該当すると仮定しても、本件コードの機能やそれへのユーザー等の評価、Xのその導入経緯に鑑みれば、Xには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という争点②の目的があったとは認めえず、よってその余の争点につき判断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。

これに対して検察官が控訴した。

判決の要旨

東京高裁は概ね次のように判示して原判決を破棄し、不正指令電磁的記録保管罪の成立を認めた(罰金 10 万円)。

反意図性につき原判決は専ら本件プログラムの機能の認識可能性を基準に判断していると解されるが、不正指令電磁的記録に関する罪の趣旨を踏まえると「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」。本件コードは「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から、反意図性を肯定した原判決の結論に誤りはない」。なお、前記の通りプログラムの反意図性はその機能を踏まえ認定すべきでありジャバスクリプトによるというだけで反意図性を否定することはできない。

不正性の要件は、反意図性のあるプログラムでも「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」が、前記の通り本件コードは使用者に利益を生じさせず、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るから社会的に許容されるとはいえない。原判決は⑦ないし④を挙げて社会的許容性を否定できないとするが、⑦この種の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方法で受忍させた上で実現されるべきものではない、⑨より悪質な事例と比較して本件コードを許容することはできない、⑤プログラムへの賛否はその使用に対する利害や機能の理解等で異なるから賛否の存在自体は社会的許容性を基礎づけえず、本件はプログラムに反意図性が肯定できその使用の有無を使用者に委ねない事案であるから賛否の存在は本件コードの社会的許容性を否定する方向に働く、④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で左右されない、①他のプログラムの社会的許容性と対比して本件コードのそれを論じること自体が適当でない、これらによれば本件コードは不正性も認められ、不正指令電磁的記録に該当する。

実行の用に供する目的については、Xは本件コードの不正指令電磁的記録該当性を基礎づける事実を実質的に認識した上でそれを保管したとい

えるし、それが閲覧者の承諾を得ないまま実行されることを認識認容していたから、それを保管したXに実行の用に供する目的があったことは明らかであり、Xの故意も認定できる。

判例の解説

一 はじめに

本件は、サイトの運営者がその維持管理のためのマネタイズ方法として、同サイト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（コインハイブ）を実行可能とすべく、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に問われたものである。サイトの維持に要する資金をその運営自体から獲得する方法としては広告掲載や課金制等があるところ、これらは閲覧者にも相応の負担となりうる。これに対してコインハイブのようなプログラムは、閲覧者に大きな負担を及ぼすことなく従来の収益化の方法を代替するものとして近時世界的に注目されてきた。しかしわが国では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に関する罪での検挙が行われており³⁾、そのうちの一つに係る本判決では本件コードに不正指令電磁的記録該当性を否定した原判決が破棄されそれが肯定されている。これらいずれの判決においても不正指令電磁的記録の諸要件に係る具体的な判断方法が示されており、その上でこのように判断が分かれたことが注目される。

以下、これら諸要件に係る判断につき検討する。

二 不正指令電磁的記録該当性

不正指令電磁的記録に関する罪（刑法第2編第19章の2。以下「本罪」）は、2001年に欧州評議会により採択されたサイバー犯罪に関する条約（以下「条約」）の批准のための国内法整備や、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理由として、2011年の刑法改正により新設されたものであり、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⁴⁾。

不正指令電磁的記録の主要件はその定義（刑法168条の2第1項1号）から反意図性や不正性となるところ、本件の控訴理由では原判決が本件コードに不正性を認定しなかった点が主に論難されるなか、本判決は本件では反意図性の判断が不正性の判断に先行すべきものであるとして、原判決による反意図性の判断についても職権により検討している。

1 反意図性

反意図性の肯否について本判決は、「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」とする。これは、当該プログラムの機能につき個々の利用者ではなく一般的な認識を基準とするという点では原判決及びそれが依っているであろう立案担当者の理解⁵⁾とほぼ同様であると思われるが、本判決では一般的な使用者の意思に反しないといえるかという観点からの規範的判断が重視されている。これにより本判決は、本件コードはプログラム使用者に無断で（認識不可能）、電子計算機の機能を提供させ（損失付与）、利益はもたらさない（利益不存在）、ということを根拠に、一般的な使用者はこれを許容しないから反意図性が認められるとする。このような判断枠組みは、原判決の立場であるとして本判決が批判する一般的な認識可能性のみによるかのような判断とは異なっており、それゆえに、プログラム言語一般ではなく個々のプログラムの機能を問題とするなら（このことは本判決も認めている）日々開発される新規プログラムについては一般に認識すべきものとはいえずほぼ常に反意図性が認められようといった事態も回避されよう。ただし、そのいう規範的判断において使用者の利益や損失が重視される点で、不正性要件に係る判断との関係性はより不明瞭となるように思われる（後述2参照）。

2 不正性

不正性要件について本判決は、反意図性が認められるものにも社会的に許容されるものが含まれ、これを処罰対象から除外する趣旨であるとしており、このような両要件の関係性の基本的理解は原判決と共通している。もっとも原判決は不正性即ち社会的許容性につき、プログラムに係る

関係者の利益、弊害、評価を判断指標とした上で、本件では有益でありうる(㉗)一方弊害の程度は低く(㉘、㉙)、評価も賛否両論であった(㉚)。報道や公的機関の動向をいう㉛もこの趣旨とも解されうる)として、本件コードの不正性を認めていない。これに対して本判決では不正性の肯否が、プログラムへの信頼の保護や情報処理の適切性の点で社会的に許容されるかを、プログラム使用者の利害や、不利益性への注意喚起の有無(≒認識可能性)等を考慮して判断することで決せられ、不正性が認められている。ただ、このような判断枠組みは既にみた、反意図性の肯否についての本判決による判断方法(利益不存在、損失付与、認識不可能が考慮要素)と実質的にはほぼ同一のように思われる。実際にも、本判決は本件コードに不正性が認められる理由を、これが使用者に利益を生じさせず(利益不存在)、知らないうちに(認識不可能)電子計算機の機能を提供させる(損失付与)ものであるためとしており⁶⁾、反意図性を認定する際と同様の説示を行っている⁷⁾。結局これは、反意図性についても不正性についても、その肯否の判断に際しては使用者一般により、即ち社会的に許容されるものであるかが基準とされざるをえないためであるように思われる⁸⁾。

そして、社会的に許容されないとして不正性(及び反意図性、即ち不正指令電磁的記録該当性。以下同じ)が認められるべき実体は、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、民事又は刑事を問わず違法な実害(例えば情報の窃取・流出・改変・毀損、機器の損壊等)を惹起しうるものに限られるべきように思われる。このような理解は、本罪の立法理由が、条約によってその締約国に犯罪化が要請される「違法なアクセス」(条約2条)、「違法な傍受」(3条)、「データの妨害」(4条)、「システムの妨害」(5条)、「装置の濫用」(6条)のうちの6条の罪、即ちこれら2条ないし5条の犯罪への使用を意図した、これら犯罪を主に行うために設計等されたコンピュータ・プログラムを含む装置の製造、販売、保有等、の担保にあることとも調和しよう⁹⁾。

このように考えると、不正性に係る考察につき使用者等の利害等を考慮するという本判決(原判決も)の判断枠組み自体は不適切ではないとしても、本件コードにより実行されるマイニングによる消費電力の増加や処理速度の低下といった(潜

在的な者も含む) A 閲覧者への影響はサイト上で一般的に用いられるプログラムによる場合と大差ないことに照らせば¹⁰⁾、本件コードについて不正性を認めた本判決の結論には疑問があるといわざるをえない。

●注

- 1) 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。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頁以下を参照。
- 2) 原判決の評釈として、平野敬「判批」JILISレポート2巻2号(2019年)1頁以下、板倉陽一郎「判批」L&T85号(2019年)15頁以下、高木浩光「判批」L&T85号(2019年)20頁以下、永井善之「判批」新・判例解説 Watch (法セ増刊)26号(2020年)掲載予定。
- 3) 高木・前掲注2)20頁以下参照。
- 4) 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。
- 5) 杉山=吉田・前掲注4)71頁。
- 6) もっとも本判決は、原判決の挙げる㉗ないし㉘の理由付けを否定するものの、㉗では認識不可能性を肯定しつつも利益不存在の欠如を、㉘、㉙についても損失付与の欠如を、それぞれ否定しえておらず、㉚についてもその実質は認識不可能性を肯定しているに過ぎない(プログラムへの評価を指標とする原判決の判断枠組みでは重要な㉚、㉛については控訴審判決では十分な検討がなされていないともいえる)。
- 7) 既にみたように本判決では反意図性についても、これら3要素の充足ゆえに「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」がその肯定の根拠とされている。
- 8) 反意図性についても、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が前提とされている(杉山=吉田・前掲注4)71頁)。反意図性要件と不正性要件の関係性、特にその実質的な共通性につき、渡邊卓也『ネットワーク犯罪と刑法理論』(成文堂、2018年)269頁、永井・前掲注2)参照。
- 9) 本罪の立法審議に係る法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会では本条約6条の体裁に沿った立案を求める意見が複数の委員から提示されていた(同部会第6回会議議事録(2003年7月4日)参照)。
- 10) なお、利益不存在との要素はそれ自体では当該プログラムの不正性(不正指令電磁的記録該当性)を基礎づけえないであろう。