

第3回情報法制シンポジウム 講演録

報告：コインハイブ事件横浜地裁無罪判決

電羊法律事務所 弁護士

平野 敬

ご挨拶・要旨

【司会】 それでは、次のご報告に移りたいと思います。報告「コインハイブ事件 横浜地裁無罪判決」と題しまして、弁護士の平野様よりお話をいただきたいと思います。

それでは、よろしくお願ひいたします。

【平野】 よろしくお願ひいたします。弁護士の平野です。本日はお集まりいただき、ありがとうございます。

では、まず、自己紹介からいしましょう。私の経歴としては、まず、慶應義塾大学の法学部を出た後、日立製作所に入りまして、日立で働いた後、アイルランドに留学し、その後、アクセンチュアに入ってシステム開発に従事し、アクセンチュアで働きながら夜学で司法試験の勉強をしまして、2018年1月、昨年、独立をしました。現在はインターネット関係とか、システム開発、ゲーム関係の仕事を中心に扱っております。Twitterではこちらのアカウントを運用しております、なかなかの好評をいただいております。

つい先週とった業績ですけれども、UQ WiMAXという、無線ルーターの事件について最高裁で勝つことができました、消費者訴訟でそれなりに前例をつくれたのではないかと考えております。興味のある方は後ほどご検索ください。

本日のお話ですけれども、まず、なぜ「ウイルス罪」というものが生まれたのか、というものをお話しし、その次に、このウイルス罪の構成要件についてお話しし、構成要件にどのような問題点があるのかというのを考えた上で、コインハイブ事件についてお話ししていきたいと思ひます。刑法の専門家の方など、私よりはるかに学識のある方が多いので緊張するのですけれども、甘いところはあとで個人的に怒ってください。

なぜ「ウイルス罪」が生まれたか

では、まず、なぜ「ウイルス罪」が生まれたのかということです。法律を専門としていない方もおられるので、まず、刑法の原則から押さえていきましょう。罪刑法定主義というのがあります。憲法31条です。あらかじめ法律によって定められたものでなければ、犯罪として処罰することができないという原則です。この罪刑法定主義から発生する原則として、遡及適用の禁止とか、類推解釈の禁止とか、明確性の要請、上部は常に明確でなければならないといったルールが導かれます。これらのルールから逆算的に考えて、常に「抜け穴」が生じるということもあり得ます。この刑法にはこういう「抜け穴」があつてけしからんという話がよくありますけれども、それはむしろ罪刑法定主義が当然に予定しているものであつて、必ずしも「抜け穴」があるからといって悪いわけではないわけです。その「抜け穴」が見つかった時点で、改めてそれを埋めるために事後的に手当てがなされるというものです。

例えばですけれども、電気窃盗事件というのがあります。昔の明治時代の刑法366条ですけれども、「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし……」という条文があつたのですが、電気は「財物」と言えるのかというのが裁判上、問題になった事件がありまして、一審では、いや、電気も財物だから有罪。当時はエーテル説だったのですけれども、二審では、いやいや、電気というのはエーテルの心臓であるから、物ではないということで逆転無罪となり、明治36年、大審院判決で再逆転有罪となりました。電気というのは、管理可能な財産的価値があるものなので、それは財物と言える。ただ、こういった解釈はあまりにも牽強附会であるので、明治40年の刑法全面改正の際にパツ

チがあてられたわけです。「電気は、財物とみなす」という。これが現在まで引き継がれています。

では、ウイルス罪についてはどうなのか。1987年の刑法に定められていた罪、コンピュータに関する罪はこんな感じでした。器物損壊罪と偽計業務妨害罪、威力業務妨害罪ですね。他人のパソコンを勝手に壊せば、それは当然、器物損壊罪になります。また、パソコンを使って他人の業務を妨害した場合には、偽計業務妨害、威力業務妨害が成り立つでしょう。

1987年、コンピュータがある程度普及してきた段階で、新しい罪が追加されました。電子計算機損壊等業務妨害罪、電磁的記録不正作出・供用罪、電子計算機使用詐欺罪の3つです。

さらに、1999年に不正アクセス禁止法ができて、大体、こんな感じで分かれております。物を壊す、業務を妨害する。コンピュータを騙す。不正アクセス。これらの罪が予定されていたわけです。

ただ、そうすると、物を壊すわけでもなく、業務を妨害するわけでもなく、コンピュータを騙すわけでもなく、不正アクセスするわけではないものは処罰できないわけです。例えばですけども、パソコンの中でバックドアとして機能すると、個人情報勝手にアップロードしてしまう暴露プログラムなど。

2003年にAntinny騒動がありまして、下品で申しわけないのですが、当時、「キンタマウイルス」とか、イカタコウイルスというものがありました。

2004年には京都府警や北海道警の捜査書類が流出したり、2006年には海上自衛隊の訓練情報などが流出しておりました。当時、内閣官房長官だった安倍さんがWinnyを使わないよう呼びかけを行うイベントもありました。さらに、2007年、警視庁から大規模な情報が流出し、被害届などを含む1万人規模の個人情報が出回ってしまいました。警察としてはメンツ丸つぶれといったところです。

また、当時、並行して、外交上の要請もありました。2003年に欧州評議会サイバー犯罪条約が制定されて、日本はそれに署名はしたのですが、批准ができない状況が続いていたのです。と言いますのも、システムダウンを起こすようなプログラムを実行させるということであれば、既存の電子計算機損壊等業務妨害罪で処罰はできるのですが、そうしたプログラムの製造や頒布が日本の国内工場は禁止されていなかった。そして、サイバー犯罪条約では、そうした怪しいプログラムの製造や頒布自体にも禁止するように求め

ていたのです。

こうした状況の中、2011年に刑法に第19章の2として、「不正指令電磁的記録に関する罪」という章が新設されました。大きく分けて3つです。

まず、刑法168条の2、第1項が「不正指令電磁的記録作成、提供」です。誤字があります。第2項が「供用」です。

刑法168条の3が「不正指令電磁的記録取得、保管」罪です。同時になるのですけれども、電子計算機損壊等業務妨害罪の未遂犯が処罰されるようになりましたし、また、刑事訴訟法も同時に改正されて、コンピュータ関係の捜査が警察にとってやりやすくなりました。

構成要件の整理

さて、沿革についてはお話ししたとおりですが、この罪というのはどういう構成要件に成り立っているのかというのを次に考えていきたいと思います。

まず、犯罪構成要件です。刑法を既に学んでおられる方には退屈かもしれませんが、基礎からお話ししていきましょう。犯罪構成要件というのは、ある行為を犯罪として処罰するための必要条件のことです。基本的には条文解釈によって導かれるものです。A、B、C、D、E、すべての条件が満たされた場合には有罪となるという考えです。

例えば、詐欺罪ですけども、刑法246条1項です。「人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する」という条文があります。これを分解して考えますと、「者は」のところまでが構成要件で、「十年以下の懲役」というところが法定刑ですね。この構成要件をばらして考えると、行為者が欺罔行為、人を騙す行為をしたこと。相手方が錯誤に陥ったこと。そして、相手方が財物を交付したこと。1～3に因果関係があること。これらが要件となります。

よく刑法の各論で、この詐欺罪をやったときに話題になるのですが、例えば、無銭飲食です。牛丼屋に入って、最初からお金がないことを知っていて牛丼を注文して食べる。これは無銭飲食として詐欺罪になるのですが、自分の財布にお金があると思込んでいて、牛丼を食べた後で財布を見たらお金がなかった。私もたまにあります。その場ですぐに逃げちゃう。これは、実は不可罰行為に変わります。なぜならば相手を騙す行為をしていないからです。もちろん、民事上の責

任は負うのですけれどもね。

さて、このように分解して考えると、ウイルス罪の構成要件はどのようなものなのかということを考えていきたいと思います。

まず、条文を見ていきましょう。文字がいっぱいあって目がくらくらしますが、「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」というものです。わかりにくいので囲ってみました。赤の部分が、「何か」を作ったりしてはいけないというところを理由として高めているわけです。青の部分が「何か」の定義です。

赤の部分を分解すると、こんな感じです。正当な理由がないこと。人の電子計算機における実行の用に供する目的を有していること。「何か」を作成し、または提供することです。

では、「何か」の定義について追いかけてみると、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、また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、または「も」記述した電磁的記録その他の記録です。

この「何か」というのは「不正指令電磁的記録」というものです。もうちょっとかみ砕くと、こうです。反意図性と不正性に分けることができます。反意図性というのは、意図に沿うべき動作をさせない。または、意図に反する動作をさせる。これらの条件を満たす実行可能ファイルや、ソースコードやその印刷物、これらが何か不正指令電磁的記録として処罰対象となるべきというわけです。

以上のものをガッチャンコしてまとめますと、こうです。正当な理由がないこと。実行供用目的

があること。反意図性、かつ、不正性を満たすプログラムを作成・提供すること、供用すること、または取得することが不正指令電磁的記録に関する罪として行われているわけです。

ただ、今の条文を読んでパッとわからない点があるかもしれません。まず、反意図性の部分ですけれども、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、又はその意図に関する動作をさせるべきという点です。「意図」という言葉は出てくるのですけれども、どんなユーザのどんな使い方を基準に意図を認定するのかという問題があります。

例えばですけれども、パソコンを買ってきたばかりのおじいちゃんが、何も知らずに電源ボタンを押す。そうすると起動音が鳴り響いて起動する。これだって意図に反する動作です。クリックしたらリンク先に飛んでしまった。これも不慣れな人にとっては、「意図に反する動作」となるかもしれません。

逆に、電子計算機に慣れたユーザであっても、プログラムのすべての機能を理解して使っているわけではないので、何らかの「意図に反する動作」というのが常に起き得るわけです。よくイースターエッグなどがプログラムに埋め込まれているのですけれども、あれも熟練の人にとってはびっくりするようなものかもしれませんね。昔、エクセルでレーシングゲームが遊べるイースターエッグが話題になりました。私も遊びましたけれども、何も知らずにあの動作をしていきなりレーシングゲームに入ったら、エクセルのユーザはさぞ驚いたことだと思います。

これについて立法担当者の解説を読みますと、「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判断する」と言っています。わかったような、わからないような文章ですが、次、いってみましょう。不正性です。

「不正」とは何かですが、辞書的に考えると、「正しくないこと」です。正しいプログラムというのが当然想定されて、正しくないプログラムというのも当然想定されるわけですが、これはどのようにして考えるべきことなのか。

立法担当者の解説を読みますと、「そのプログラムによる指令が「不正な」ものに当たるか否かは、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」ということです。

これらをまとめますと、不正指令電磁的記録というのは、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、ユーザの意図に反すると認められ、かつ、その意図を踏まえ、社会的に許容し得るものではないと判断されるものということになります。何となく立法担当者の言いたいことはわかりました。でも、この構成要件は問題があるのではないですかというお話です。

構成要件の問題点

まず、構成要件ですけれども、1個1個の条件のことを構成要件要素と言っています。この構成要件要素には2つの類型がありまして、記述的構成要件要素と規範的構成要件要素というのがあります。記述的というのは、構成要件の要素が記述的に規定されており、価値的な評価を要しない。例えば、刑法は199条ですね。人を殺す。人が生きていますか、死んでいるかというのは医学的に結構かつちり鑑定できるものです。心臓の鼓動が止まっているか、自発呼吸があるか、あと瞳孔の反射ですね。この3要件でやって、おおむね人が生きていますか、死んでいるかを判定します。ただ、これ自体についても、実は争いはあるのですけれども、ここでははっきりとできるということにしておきましょう。

これに対して、規範的構成要件要素というのは、その要素の存否を判断するのに規範的な価値判断が必要となるものです。

例えばですが、「わいせつ」です。刑法175条、

わいせつ物陳列罪とかあるのですけれども、「わいせつ」というのは何かというのは、条文を見ただけではわからないわけです。チャタレー事件の中で示された基準によりますと、通常人の羞恥心を害し、性的に興奮せしめ、善良な性的道義観念に反するものとされています。が、これ自体もよくわからない基準でして、現場の捜査官に判断できるのかというのは大いに疑問とされるべきところです。この結果、何が起きるかという、現場で独自のルールを作り出して、それによって「わいせつ」かどうかを一義に判定することになります。例えばですけれども、1970年代ぐらいまでは、陰毛が出ているかどうかで「わいせつ」かどうかを判定していました。その結果、例えば、陰毛が出ていなければいいのだろうということで、剃り落としてヌードを撮るとか、あるいは、まだ生えていない子供のヌードを撮るといったことがあったわけです。80年代から90年代にかけて、ヘアヌード解禁という現象が起きますけれども、それ以降は「性器が直接的に描写されているかどうか」というので、もっぱら「わいせつ」かどうかは判断されています。今、ポルノなどを見ますと、この性器の描写というのも、かなり要件がゆるゆるで判断されていて、ちょっとでも隠されていて修正が入っていれば、直接描写はないからOKと流れているようです。

こういったことが「わいせつ」という言葉から当然読み取れないわけで、すごく問題がある条文ですけれども、ウイルス罪についてはどうなのか。

まず、反意図性ですけれども、これは規範的構成要件要素です。コンメンタールに書いてあった言葉ですけれども、「その「意図」についても、そのような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。つまり、反意図性というのは規範的構成要件要素だということになります。

次に、不正性。これも規範的構成要件要素になります。国会の中で前田雅英先生がおっしゃっていたのですけれども、「この不正なというのはどうしても規範的基準ですのですね。」と。立法者意思としても規範的構成要件要素として定められていたということになります。

脱線しますけれども、前田先生の発言を追いかけてみますと、最後のところですね。「常に新しいものが出てきますから、この領域は、特に初めからきちっと書き込むというのは難しいと思います。」と。明らかに悪いものから処罰して、判例の蓄積によって不正性の基準が徐々に社会的につくられていくであろうということをお

しゃっています。個人攻撃になってしまって申しわけないのですが、私はこの言葉を読んだときにすごくがっかりしまして、事例の蓄積によって社会的な基準ができる。そのこと自体はいいとしても、その過程において摘発されてしまった多くの人のことをどう考えているのかと。日本では犯罪が摘発されると、マスコミに名前が出てしまったり、職を失ったり、場合によっては家庭不和が起きて離婚してしまったりすることもあるわけです。結果的に無罪になったとしても、そういった損失というのは取り戻せません。そういった社会的合意が形成される過程における悲劇というのはどのように考えているのかと、これを読んだときに思っ
てしましまして、とても悲しくなりました。

さて、本題に戻りますと、ウイルスかどうかというのは、規範的に決まるということが明らかになったわけです。反意図性というのは規範的構成要件要素であり、不正性というのも規範的構成要件要素である。

さて、現場の捜査官がこれを判断できるのかという問題があります。何か明確な基準がつくれるかです。「わいせつ」であれば陰毛が写っているかどうか、性器が写っているかどうかで、ある程度判断はできましたけれども、ウイルスについて、これは判断できるのか。あまり警察の悪口を言ってもしょうがないのですけれども、現場の捜査官というのは高卒で警察大学校を経て警察官になってきているわけで、難しい法律についてよくわかっていない者もたくさんいますし、コンピュータについて専門的教育を受けていない人もいます。そういう人であっても運用できるように法律はつくり込んでいかなければいけないのですけれども、果たして現場の捜査官の視点からしてできるものなのかというのが、私はとても疑問に思います。

さらに実務的なお困りポイントがありまして、まず、第1に、「令状の自動販売機」現象です。裁判所というのは捜査官のことをほとんど抑制できていません。令状の申請が出れば、ポンと令状を出してしまいます。

略式裁判の存在があります。罰金刑以下のものであれば、正当な裁判を経ずに略式で即座に裁判を下してしまうわけです。もちろん、被疑者の同意は必要ですけれども、被疑者としてもあまり長い間裁判で戦いたくないので略式に合意することが多いです。

そして、警察官、検察官、裁判官、弁護士すべてにおいてITの知識が残念ながら不足しているという現状があります。弁護士の中には、それなり

にITに強い方もたくさんおられます。私以上にITに強い方はたくさんおられますが、しかし、その多くは、刑事裁判をやっておられないのです。ここにおられる壇俊光先生のような例外はもちろんありますけれども、ITに強い弁護士の多くは企業法務が専門で、留置場に接見に行ってくれたり、警察官と怒鳴り合いながら戦ってくれたりする人ではない。

そうすると、どんなことが起きるのかというと、任意のプログラムが不正指令電磁的記録として摘発されて、弁護士に相談しても有効なアドバイスが受けられず、略式裁判によって有罪判決となるという、困った循環が生じてしまうわけです。コインハイブ事件と同様に、この不正指令電磁的記録が暴走している事件として、Wizard Bible事件と、アラートループ事件というのが、昨年、今年、生じております。本題から外れますので、ここでは詳しくは述べませんが、ご興味がおありの方はそれぞれ検索してみてください。

コインハイブ事件はどのように生じたか

では、コインハイブ事件はどのように生じたかについて、お話ししていきたいと思えます。まず、コインハイブです。JavaScriptで実装された暗号通貨のマイニングプログラムです。Webサイト閲覧者の計算資源を用いて暗号通貨であるMoneroを採掘させるものです。一般にWebサイトの収益がマネタイズというのは、広告を取るか、または会員制を取るか、二分だったのですけれども、それに代わるマネタイズ手段としていいのではないかとことで開発されたわけです。例えば、Wikipediaがありますよね。私はWikipediaのジミー・ウェールズから、毎年、「寄付してください」というメールが来て、本当に困ったと思っているのですが、毎年、しちゃうのですけれどね。あれは何で寄付金に頼っているかということ、多くの人に知識を伝達したいという建前がありますので、会員制を取ることはできないのです。または、広告を出してしまうと、どうしても広告の出稿主に対する配慮が要請されますので、広告性を取ることもできない。客観中立の百科事典としては、です。寄付に頼らざるを得ないという現状があります。こういったものについては、見ているだけでお金を生むようなシステムがあればいいのではないかと、当然、発想がいくわけです。このコインハイブは、ホームページを見ただけで、バックグラウンドでマイニングのプログラムが作

動して、Webサイトの運営者にお金っていくというプログラムです。

流れとしてはこんな感じです。まず、Webサイトの制作者が、コインハイブを含むWebページをWebサーバにアップロードしますと、クライアントのパソコンの中にそのコインハイブのJavaScriptファイルがダウンロードされてきて実行され、その採掘結果がコインハイブサーバに送られて、採掘報酬が還元される。7対3で、Webサイト制作者が7を取ります。コインハイブの運営者が3を取ります。

警察はこれを見て、「これは不正指令電磁的記録なのでは」と食いついてきました。なぜならば、閲覧者の個別的な承諾を求めずに実行開始するものです。JavaScriptですから、当然ですね。

それから、閲覧者からは、実行していることが認知できないわけです。JavaScriptですから。

そして、採掘された暗号通貨はサイト管理者に与えられるものであって、閲覧者には直接的な利益はない。

そうすると、これは反意図かつ不正な指令なのではと、警察としては当然、判断してくるわけです。

時系列をまとめてみました。2017年9月14日にコインハイブの提供が開始されました。

9月20日、GigaZineに日本語でコインハイブの紹介記事が掲載されました。

9月27日、警察官がネットパトロール中に、コインハイブについて説明しているはてなブログを発見しました。これは不正指令電磁的記録なのではないかという疑いを抱き、上にエスカレートした対応です。11月から12月にかけて、「コインハイブ」などをキーワードにしてWebを検索したり、Twitterを検索したりして、コインハイブを利用している者をリストアップしました。

2018年2月から、こうしたものに対する捜索差押をスタートいたしました。

2018年3月28日、被疑者の一人、モロさんが略式で起訴され、罰金刑を命じられました。

この方が、3月29日、納得できずに私のところに相談メールを送ってきました。直ちに面会を行って、これは争う余地はあるのではないかと判断し、4月2日に異議を申し立てて正式裁判に移行しました。

6月9日、読売新聞でコインハイブ関係の摘発が相次いでいるとの報道があり、これを受けて焦った警察庁が、6月14日に「仮想通貨を採掘するツール（マイニングツール）に関する注意喚起」という警告文も発表しました。

2018年中は、ずっと公判前整理手続を行って

ました。7回にわたって公判前整理手続が開かれるというのは、こういう言い方は何ですけれども、略式でそもそも終わらせたということは、罰金10万円の事件としては非常に異例のことだと思います。

Webサイトはどのような仕組みなのか、JavaScriptというのは何なのか、仮想通貨というのはどのようなものなのかというのを、検察官も裁判官もよくわかっていなかったのも、私が一生懸命プレゼン資料をつくったりして、技術的な説明から行いました。

そして、ようやく争点はここら辺なのだねということがわかってきましたので、2019年1月9日に第1回公判期日が開かれ、15日に、ここにもいらっしゃる高木先生をお招きして尋問を行い、17日には被告人質問を行い、2月18日には最終期日で検察官から罰金10万円の求刑があり、3月27日、無罪判決が下されました。

現在、最新の摘発状況を私もフォローアップしていないのですが、2019年4月時点では21名が検挙され、うち少なくとも3名は逮捕、身柄を取られてしまって留置場に入れられたという状況です。うち、正式裁判に至ったのは横浜地裁の件のみです。ただ、先月、Twitterを見ていたところ、少年審判にかけられていた未成年の被疑者が非行事実なしとして、事実上、無罪ですね。そういった処分も下されたようです。

略式裁判で既に罰金刑を受け入れてしまった人も複数おられるようです。処分が決まらないまま捜査継続中の方もおられるそうです。

私はモロさんを含めて、コインハイブ事件で5人の弁護を引き受けているのですが、うち4人はずっと処分保留中のまま、捜査についてもずっとストップしています。

公判での争点

公判で何が争われたのかという争点の問題に移りたいと思います。反意図性ですね。弁護人としては当然、反意図性は認められないだろうという主張になります。なぜならば、サイトの中にどんなJavaScript回路が設置されているか、閲覧者はあらかじめ知ることができない。それは普通のことです。

そして、JavaScriptがWeb上で使用されるときに、個別的に許諾を取る文化はない。本日は東京大学の校舎を使ってこういったイベントを行っておりますけれども、東京大学のWebサイトにも当然、

JavaScript コードが置かれています。ここに来ておられる、例えば、新聞社の方々も、新聞の Web サイトの中にも、当然、JavaScript コードはあります。それを実行する際に、個別に許諾を取る文化はないですし、また、閲覧者、新聞のサイトを見るときに、こういう JavaScript が動きますというところを閲覧者が知る方法は基本的にありません。もちろん、技術的に詳しい人が思いっきりその技術を駆使すればできますけれども、そういうことをやっている人はごく少数かと思われる。何でこのように許諾を取らずに実行することが許されているのか。それは JavaScript という言語の特性からです。

まず、JavaScript というのは、OS の上でネイティブに動くものではなくて、ブラウザが用意したサンドボックスの上で動くものですので、一定の安全性は担保されています。例えば、ファイルの読み書きなどは基本的にできないものになっています。

そして、ブラウザの設定である JavaScript の実行を拒否することもできるわけです。最近では、JavaScript をオフにすると、インターネットそのものの閲覧が難しくなってしまいますので、オフにしていることはないかと思えますけれども、20 世紀の終わりぐらい、私がよく JavaScript をオフにしてインターネットを閲覧していたものです。

そうした状況を踏まえて考えますと、Web の閲覧者というのは、自分のブラウザで JavaScript が実行されることについて、あらかじめ包括的に許諾していると言えるのではないかと私は考えました。これは弁護人側からの主張です。

検察官の主張としては、当然ながら、閲覧者の意図に反すると主張するわけです。なぜならば、マイニングというのは一般に周知されていない演算である。閲覧者のパソコン上で閲覧と無関係にマイニングをさせるというのは、インターネットの利用に随伴するものとして一般に閲覧者が認識すべきものとは考えられない。

また、閲覧中、マイニングが行われていることに気づかないから、閲覧中のサイトを閉じたり、別の Web サイトに移動するなどの自衛措置を講ずることもできない。だから、閲覧者の意図に反する問題があると検察官は主張したわけです。

次に、不正性です。今度は逆に検察官の主張からいきましょう。検察官としては、コインハイブは不正な指令であると言っています。

反意図性が認められるものは、原則として不正なプログラムと言える。

例外的にごく少数、「正当」なプログラムというものがあり、それは処罰範囲から除外されるけれ

ども、コインハイブはそのような社会的許容性を持っているとは言えない。

さらに、コインハイブを実行すると、パーソナルコンピュータの中央処理装置の処理能力が低下したり、短命化したり、消費電力の上昇などの悪影響が生じるなどの主張を検察官としてはしました。

プログラムを実行すると CPU が、処理能力が低下するとか、短命化するというのは聞いたことがないですね。裁判の中では高木先生がこのことを明確に否定してくださったのですけれども、弁護人としては、当然、これは不正な指令とは言えないであろうと主張しました。

不正というのは、電子計算機の破壊やプライバシーの流出など、権利侵害の危険を伴うものについてのみ「不正」と判断すべきであろう。

「短命化」などについては誤解である。消費電力の上昇などについては他のプログラムについても言えることであり、コインハイブ固有の危険ではないと主張しました。

次に、実行の用に供する目的の部分です。検察官としては、プログラムの機能を認識・認容していれば、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」があったと言える。プログラムが不正指令電磁的記録にあたることについての認識は不要である。違法性の認識の問題に過ぎない。

刑法上の概念で、事実の錯誤と法律の錯誤という問題がありまして、事実として何かを勘違いして行為を行った場合、行為が阻却されるということがあり得るのですけれども、単に法律の条文の当てはめを誤った場合については、行為は阻却されない。違法性の認識とよく言っています。

プログラムがウイルスであるかどうかというのは、単に違法性の認識の問題であるから、それはこの次の成立に関係ないのだと検察官は主張していました。

弁護人としては、いや、実行の用に供する目的があったというためには、普通のプログラムが不正指令電磁的記録にあたることの認識が必要であると、本件では認められないと主張しました。さっきの違法性の認識の話は、一応「わいせつ」に関する最高裁判例を引っ張ってきている話ですので、この点は苦戦したのですけれども、ただ、心強い味方がありました。この不正指令電磁的記録に関する罪の成立において参議院で附帯決議がなされていたわけです。この附帯決議の中を見ますと、「人の電子計算機における実行の用に供する目的」とは、「単に他人の電子計算機において電磁的記録を実行する目的ではなく、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ない電磁的記録であるなど当該電磁的記録が不正指令電磁的記録であることを認識認容しつつ実行する目的」をいう。つまり、ウイルスであるとわかった上で実行させる目的というのがあっていれば、実行供用目的はないのだというわけです。検察官は何を言っても、「いや、立法者がこう言っているじゃないか」というのは、非常に強いロジックでした。

まとめると、こうです。反意図性、不正性、実行供用目的。こちら辺に争点がありまして、検察官と弁護人の主張が真っ向から対立しております。

判決の問題点

では、裁判所の判断はどうだったのかと言いますと、反意図性については、反意図性ありという結論でした。と言いますのも、一般的なユーザの間で、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。

Webサイトの体裁やサービス内容をみても、マイニングとは無関係。

閲覧者は自分の電子計算機がマイニングに利用されていることに気づかない。

だから、閲覧者がマイニングを認知・容認していたとみることはできない。これが裁判所の判断でした。

不正性です。不正性はないと判断しました。

まず、裁判所が提示した枠組みを見ますと、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、ユーザにとっての有益性や必要性の程度、ユーザへの影響や弊害の度合い、当該プログラムに対する関係者の評価や動向を総合的に考慮して判断するのである。

それを当てはめると、本件についてみると、Webサイトのサービスの質を維持・向上させるためにはお金が必要である。コインハイブを稼働させれば、その資金源となり得るのだから、閲覧者にとってはサイトが存続でき、かつ、質の高いコンテンツが供給され続けるという点で、利益となる側面がある。

マイニングが実行されると、消費電力の増加等の悪影響が生じるけれども、その程度は広告表示プログラムなどの場合と大きく変わることはないので、その影響は閲覧中に限定される。

当時のインターネット界隈のユーザの評価を見ると、コインハイブについて積極的に支持する人もいれば、反対する人もいて、賛否両論に分かれ

ていたものであるから、当時、社会的に許容されていなかったと断定することはできない。これが裁判所の判断です。

以上により、コインハイブはウイルスではないということで無罪が確定したのですけれども、「なお念のために付言すると」という形で、実行供用目的についても判断してくれました。

不正指令電磁的記録に当たることを認識認容しつつ、これを実行する目的があったものと認定するには合理的な疑いが残るといふべきである。よって、実行供用目的もない。

裁判所の判断はこんな感じですよ。反意図性については、検察官の枠組みを採用し、不正性と実行供用目的については、弁護人側の主張を大きく採用してくれて、弁護人としては2勝1敗ということですね。どこか1つの点でも勝てれば勝ちだったので、この結果については、不満はないのですが、しかし、問題点はあると考えています。

まず、反意図性のところですけども、この判断枠組みが、「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内容や、説明内容、想定される利用方法等も総合的に考慮して、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判断するのが相当である。」立法者の説明どおりのラインを採用しました。

その上で、JavaScriptについてどう考えるのかという点については、「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、本罪の成立範囲を不当に限定することにつながる弁護人の主張には賛同できない。」という形でした。

反意図性を判断するためには、枠組みとして、ユーザにおける認知度。Webサイトの体裁やサービス内容との関連性。ユーザが実行に気づくかどうか。これらについて考慮すべきだとしているわけです。

そうすると、認知度が低く、サイトのサービス内容との関連性が低い演算をユーザに明示しない形で実行すると反意図性が認められるというわけです。

そうすると、今後、JavaScriptによってサービスを提供しようとする業者というのは、開発時にこれらの要件について個別に検討して、反意図性要件にどうなのかということを考えなければならぬということになってきます。

例えばですけども、ユーザに意識させずに実行させたいツール、クリックテールなどのヒートマップツールというのがあります。Webサイトを

訪問したときにユーザがどのようにどこをクリックして、どの辺をマウスのポインタをさまよわせて、どのリンクを何回クリックしたかみたいなものを解析するツールですけれども、そういったものについては、巻き添えをくらってしまうのではないかと。

それから、エイプリルフールやイースターエッグですね。ユーザの意表をつくことに意味があるプログラム。毎年4月1日になると、いろいろな企業がエイプリルフールのイベントに合わせて自社のWebサイトをものすごくおもしろい形に変えて、ユーザをだましてくれる。私はとても楽しみにしているのですが、そういったものについては、ユーザの意表をつくことに意味があるわけですので、反意図性を自動的に満たしてしまうことになります。

次に、不正性についてです。裁判所が不正性について書いていたのは、こういうことです。「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。」

そして、不正性の枠組みというのは、先ほどお話ししたとおり、ユーザにとっての有益性や必要性の程度。ユーザへの影響や弊害の度合い。当該プログラムに対する関係者の評価や動向などを総合的に考慮して判断すると言っているわけです。

これらをガッチャンコして考えますと、反意図性が認められた時点で、デフォルトで不正性が認められやすい方向に傾いてしまうわけです。不正

のないことを証明するには、開発者は、ユーザにとっての有益性や弊害の少なさ、関係者から肯定的評価を受けていることについて自己防衛のロジックを構築しておかなければならないことになります。それは非常に開発者にとって負担が大きいのではないかと考えています。

以上のような問題点を踏まえ、控訴審で頑張りたいと思うのですが、反意図性の枠組みですね。ここについてはもうちょっと控訴審でいい方向に傾けたいなと思っています。武器としては、大コンメンタールの中にありました。「あるプログラムが利用者の「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」…ものであるか否かが問題となる場合における、その「意図」についても、そのような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考えられる。」

ユーザの意図に表面的には反するけれども、信頼を害するというほどではない場合には、反意図性は満たさないと、そのように読むことはできます。エイプリルフールのサイトなどもそういうことだと思うのですよね。たしかに、自分の表面的な意図には反しないけれども、別に信頼性を害するほど反しているわけではない。単にびっくりするだけです。これらについては反意図性を認めるほどのものではないのではないかと、大コンメンタールの趣旨からは読み取ることができます。

この点について、地裁判決では十分に判断されていないように見受けられますので、このJavaScriptの特性を踏まえて、控訴審では反意図性の枠組みを見直していきたいと考えております。

【司会】コインハイブ事件 横浜地裁無罪判決、平野先生でした。どうもありがとうございました。

(本稿は、2019年6月15日開催の第3回情報法制シンポジウムでの報告を元に作成しました。)



電羊法律事務所 弁護士

平野 敬 (ひらの たかし)

電羊法律事務所 所長。第二東京弁護士会所属。慶大院、トリニティカレッジダブリンLLM、筑波大院修了。日立製作所、アクセンチュアを経て現職。システム開発やインターネットトラブル、ゲームに関する法務、著作権問題を専門として扱う。コインハイブ事件主任弁護人。