

—目次—

1	第 19 巻の刊行にあたって	山本隆司
---	----------------	------

投稿論稿

3	食べログ事件東京地裁判決から見るアルゴリズム変更と独禁法	浅沼泰成
18	ヘイトスピーチの「害悪」 ——「受け手」の視点から——	澤田公平
30	医療 AI と医師法 17 条 ——いかなる AI の利用に医師免許を要求するか——	平山貴仁

寄稿論稿

56	「カルテの情報」は誰のものか	梅林 啓
71	中国における証券集団訴訟の導入とその実践	朱 大明
85	「AI 規制論」のコペルニクスの転回 ——現代の一般的規制モデルの構築に向けて——	羽深宏樹

107	投稿論稿選出理由	
-----	----------	--

–Contents–

1	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Ryuji YAMAMOTO
3	Algorithm Changes and Japanese Competition Law: An Analysis of the Tabelog Tokyo District Court Judgment (<i>in Japanese</i>)	Taisei ASANUMA
18	Harm of hate speech: an analysis from the perspective of “the audience” (<i>in Japanese</i>)	Kohei SAWADA
30	Diagnosis or Detection: The use of AI (Artificial Intelligence) devices and medical license requirements in Japan (<i>in Japanese</i>)	Takahito HIRAYAMA
56	Who Owns the Medical Record Information? (<i>in Japanese</i>)	Kei UMEBAYASHI
71	The Introduction and Practice of Class Action in Chinese Securities Market (<i>in Japanese</i>)	Daming ZHU
85	From AI Regulation to Universal Model: A Copernican Shift (<i>in Japanese</i>)	Hiroki HABUKA
107	Editor’s Comments (<i>in Japanese</i>)	



第 19 巻の刊行にあたって

法律家には、明晰で開かれた議論をする能力が求められる。それは、社会における課題・問題を把握し、解決するために、異なる考え方や多様な観点を整理して位置づけ、道筋を示す能力である。課題・問題を把握することや、考え方や観点の差異と共通性を明瞭に表現すること自体、容易な作業ではない。考え方や観点は、現在の日本の法律家コミュニティに存在するものに限られない。歴史を遡り、海外に目を向け、社会の現場および法学以外の専門分野から学ぶことにより、議論は豊かになる。優れた議論は、新たな考え方や新たな観点を切り拓き、なお取組みを要する課題・問題も明らかにする。こうして議論の射程は広がる。

法科大学院の授業では、このような議論が行われる。もっとも、時間と場の制約から、取り上げる観点や議論の射程は限定される。試験でも、このような議論が求められることは同様である。ただし、時間と場の制約はさらに厳しくなり、観点や議論の射程をさらに限定して暫定的な解答を示すことが必要となる。「東京大学法科大学院ローレビュー」は、教室や答案のような制約なく存分に、こうした議論を展開するための場である。「ローレビュー」の論文は、法律家が営んできた、そして営んでいる議論の蓄積と流れの総体の中に位置づけられる。実際、「ローレビュー」の論文が学術論文に引用されることもある。「ローレビュー」が法律家の議論全体に貢献し続けていることは、東京大学法科大学院の営為の誇るべき成果である。

第 19 巻となる本ローレビューには、学生諸氏から 11 編の論文が投稿され、うち 3 編が掲載された。第 18 巻に比しての投稿数の復調は、喜ばしいことである。厳しい審査を経て本誌に論文が掲載された学生諸氏に対し、卓拔さを讃えたい。教員からは、3 編の投稿をいただいた。ここに、論文を投稿されたすべての教員および学生諸氏に対し、感謝申し上げる。

今回の掲載論文には、情報・情報技術・コミュニケーションをテーマにしたものが多い。第 18 巻の巻頭言で述べたように、情報技術の急速な展開は、社会におけるコミュニケーションの態様と知識の創出・活用の過程を変容させ、新たな課題・問題を発生させると同時に、これまでの法学の観点や考え方の再考を迫っている。今回の掲載論文のテーマ設定は、こうした状況を反映しているのであろう。

末筆となったが、編集委員の学生諸氏には、投稿論文の全体構想から一言一句に至るまで、緻密な調査に基づき審査検討をしていただいた。その際には、専門分野の教員から貴重なご意見をお寄せいただいている。今回の編集においては、初めて法科大学院修士が参加した。司法修習生も含まれていたため、オンライン会議を活用して掲載論文の選考と編集作業を進めたと伺っている。新たな工夫を重ねながら編集を進められた委員の諸氏に、深くお礼を申し上げる。

2024 年 12 月

東京大学大学院法学政治学研究科長

山 本 隆 司

東京大学法科大学院ローレビュー第19巻には、投稿締切日である2024年3月14日までに、11編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第19期編集委員会は、掲載論稿として3編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第19期編集委員会

論説

食ベログ事件東京地裁判決から見る アルゴリズム変更と独禁法

2022 年 4 月入学

浅沼泰成

I. はじめに

b 本件変更の考慮可能性

c 損害賠償による救済の実効性

II. 食ベログとは

(3) 理想的な差止め

4 求意見制度

III. 食ベログ事件の概要及び考察

1 問題の所在

IV. おわりに

2 優越的地位の濫用に基づく損害賠償

(1) 総論

(2) 優越的地位

(3) 「その他取引の相手方に不利益となるように……取引を実施すること」

(4) 「正常な商慣習に照らして不当に」

a 裁判所の判断

b 考察

(a) 問題点

(b) あらかじめ計算できない不利益に関する考慮要素の妥当性

・理論的検討

・具体的検討

(c) 事前の通知が悪用される可能性

(d) 結論

(5) 小括

3 差止め

(1) 差止請求棄却の概要

(2) 分析

a 総論

I. はじめに

近年、巨大 IT 企業に対する競争法規制が国際的に大きな問題になってきている。その中でも、プラットフォーム事業に関する規制は、競争法上の新たな主要関心事の 1 つとなっている。欧米での規制が取り沙汰されることが多いが、このような潮流は特定の法域のみに見られるものではない。日本でも、公正取引委員会（以下、「公取委」という。）が Google に対する調査を開始したことが 2023 年秋に公表され¹⁾、大きな話題となった。本稿で紹介する食ベログ事件東京地裁判決²⁾（以下、「本件判決」という。）では、飲食店ポータルサイトの 1 つである食ベログを運営するカクコムが実施したアルゴリズム変更が、独占禁止法（以下、「独禁法」という。）上の問題を生じさせるかが問題となった。食

1) 2023 年 10 月 23 日、公取委は、Google に対する調査の開始を公表した（公正取引委員会「(令和 5 年 10 月 23 日) Google LLC らによる独占禁止法違反被疑行為に関する審査の開始及び第三者からの情報・意見の募集について」(2023 年 10 月 23 日) (<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2023/oct/231023ikenboshu.html>, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧)。

2) 東京地判令和 4 年 6 月 16 日 (LEX/DB 文献番号 25593696)。

ベログ事件（以下、「本件」という。）は、アルゴリズム変更が独禁法に違反するかが争われた初めての事案であったため、大きな注目を集めている³⁾。

本件では、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用⁴⁾に当たるとして、①独禁法違反行為を理由とする不法行為（民法 709 条）に基づく損害賠償請求及び②独禁法 24 条に基づくアルゴリズムの使用差止請求がなされた。東京地裁は、本件判決において、損害賠償請求を一部認容し、差止請求を棄却した。以下では、本件判決に対する批判を踏まえ、両請求についての判決の理由づけを分析し、アルゴリズム変更が独禁法上どのように扱われるべきかを検討する。また、本件では、求意見制度⁵⁾（独禁法 79 条 2 項）が初めて利用された⁶⁾。そこで、求意見制度がどのような機能を持った制度か、及び、将来的にどのような発展していく可能性がある制度かについても併せて検討する。

本件は、本件判決の後、東京高裁に控訴された。控訴審判決⁷⁾（以下、「本件控訴審判決」という。）では、本件判決と異なり、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たら

ないと判断され、第 1 審原告の逆転敗訴となっている。しかし、依然として、本件判決が、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たり、独禁法違反であると判断した点に大きな学術的意義がある⁸⁾ ことに変わりはない。加えて、東京地裁が、求意見制度を利用して判断した点も特徴的である。東京地裁は、求意見制度を用いて公取委に意見を求め、従来の独禁法の議論を踏まえて、アルゴリズム変更という新規性のある事例に対応した⁹⁾。

今や、アルゴリズムは、さまざまなサービスに利用されるようになっており、将来的にも多くの独禁法上の議論を巻き起こすことが想定される。そこで、以下では、本件判決の判断に焦点を絞り、その判断を出発点とし、独禁法上のアルゴリズム規制が今後どう発展していくべきかを、比較法的観点も取り入れつつ検討する。

Ⅱ. 食ベログとは

食ベログは、プロの批評家ではなく、消費者のユーザー（以下、単に「ユーザー」とい

3) Shotaro Tani & Eri Sugiura, Japanese court ruling poised to make Big Tech open up on algorithm, <https://www.ft.com/content/f360f766-7865-4821-b740-ca0276fecf19>, last visited Sep. 22, 2024. Atsushi Yamada, The Rise of Antitrust Private Enforcement in Japan: The Tabelog Case, <https://chambers.com/legal-trends/antitrust-private-enforcement-in-japan>, last visited Sep. 22, 2024.

4) 優越的地位の濫用は、欧米に見られる支配的地位の濫用とは異なり、市場で最大の事業者である必要はない。2 番手以下の事業者でも優越的地位の濫用が認められることがある。公取委は、「取引の相手方との間に相対的に優越した地位があれば足りる」としている（公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」4 頁（平成 22 年 11 月 30 日、平成 29 年 6 月 16 日改正）（https://www.jftc.go.jp/hourei_files/yuutsuteki-chii.pdf, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧））。この優越的地位の濫用という類型は、日本や韓国においてみられる規制である。欧州にも、類似の規制として、フランスの経済的従属状態の濫用規制やドイツの相対的市場力の濫用規制という相対的に優越した地位の濫用を規制する行為類型がある。例えば、フランス法上の経済的従属状態の有無は、「特定の供給者と需要者との関係において、一方が取引相手に対して十分影響力を及ぼし得る程度に優位」かによって決まると考えられている（公正取引委員会「諸外国における優越的地位の濫用規制等の分析」54 頁, 157 頁（2014 年 12 月）（https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index_files/cr-0214.pdf, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧））。

5) 求意見制度では、裁判所が公取委に独禁法上の問題について意見書の提出を求めることができる。公取委は、裁判所に比して、新しい業界についての独禁法上の知見が豊富であることが通常である。ゆえに、裁判所が公取委の意見を尋ねられるようにしておくことによって、裁判所が公取委の見解を踏まえて質の高い判決を出せるようにする制度である（長澤哲也「独占禁止法を活用した民事的解決」公正取引 856 号 56 頁, 58 頁（2022））。

6) 公正取引委員会「令和 3 年 委員長と記者との懇談会概要（令和 3 年 10 月）」〔古谷一之委員長発言〕（令和 3 年 10 月 29 日掲載、令和 3 年 11 月 19 日更新）（<https://www.jftc.go.jp/houdou/kouenkai202009/211028kondan.html>, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧）。

7) 東京高判令和 6 年 1 月 19 日（LEX/DB 文獻番号 25573456）。

8) 村上政博「判批」国際商事法務 51 巻 5 号 605 頁, 605 頁（2023）。

9) 村上・前掲注 8) 605-606 頁。

う。)¹⁰⁾ が、自身の体験に基づき、飲食店に点数をつけ、コメントできるデジタルプラットフォームである。食べログでは、まず、ユーザーが各飲食店に評点をつける。そして、アルゴリズムが、各ユーザーがつけた評点を用いて各飲食店の評点を算出する。食べログのプラットフォームは、一方の利用者が飲食店、他方の利用者がユーザーとなっている。食べログには、4つのランキング¹¹⁾が存在し、それぞれのランキングにおける表示順はアルゴリズムによって決定される。

飲食店とユーザーのどちらについても、会員と非会員が存在し、会員の中にさらに有料会員と無料会員が存在する¹²⁾。飲食店は、有料会員になるか無料会員でいるかを自由に選択できる。ただし、有料会員になった場合、当該店舗の食べログの「標準」ランキング内の表示順の決定に際して、有料会員であることが考慮される¹³⁾。もっとも、会員であることは飲食店の評点自体には一切影響を与えないとされている点で留意が必要である¹⁴⁾。

食べログ上の飲食店の評点を決定するアルゴリズムは、各ユーザーの影響度を考慮して、各飲食店の評点を算出している。影響度は、基本的にはより頻繁に評点をつけるユーザーほど高く、評点をつける頻度が低いユーザーほど低くするという考え方に立ちつつ、さまざまな要素を考慮に入れて決定されている。各飲食店の評点は、それぞれのユーザー

がつけた評点の単純な平均ではなく、各ユーザーがつけた評点及び各ユーザーの影響度を考慮して決定される¹⁵⁾。

公取委が実施した調査では、全ての対象者が飲食店を選ぶにあたって飲食店ポータルサイトを参考にしており、90%以上の対象者が「ある程度」以上は飲食店ポータルサイトを利用して飲食店を検索していることが明らかとなっている¹⁶⁾。そして、飲食店ポータルサイトの1つである食べログは、80%以上の飲食店に利用されており、この利用率は、飲食店ポータルサイトの中で最も大きい¹⁷⁾。したがって、プラットフォームのネットワーク効果を踏まえれば、消費者が飲食店を選ぶときには、より多くの飲食店が利用している、飲食店の選択肢が豊富な飲食店ポータルサイトである食べログが利用される可能性が高い。また、食べログでは、評点が5点満点中4.0点以上ある場合には上位500店となり、5点満点中3.5点以上の場合には上位3%の店となる。このことは、食べログのホームページ上で明らかにされている¹⁸⁾ことから、ユーザーにも一定程度認知されていると考えられる。ゆえに、飲食店が食べログ上で高い評点を取ることができれば、ユーザーが飲食店を探す際に、当該飲食店が選ばれる可能性が高くなると考えられる。以上の理由から、消費者に利用される可能性が高いポータルサイトである食べログ上で高い評点を取る

10) ユーザーは、飲食店の同意なく、当該飲食店のページを食べログ上に開設できる。飲食店のページが開設されると、ユーザーが、飲食店を検索して、他のユーザーによって共有された飲食店の点数や写真、飲食店についてのコメントなどを見られるようになる。ユーザーは、食べログを通じて飲食店に予約を入れることもできる。ユーザーは、食べログのアプリ又はウェブサイトからアクセスすることで、プラットフォームにアクセスできる(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

11) ランキングは、「標準」、「ランキング」、「口コミが多い順」、「ニューオープン」の4つである。「標準」がユーザーに対して初期設定で表示されるランキングである(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

12) 無料会員であるユーザーは、ランキング全体を閲覧することができない。特に、無料会員のユーザーがアプリで「ランキング」を利用した場合には、上位5店舗のみ表示され、スマートフォンからWebサイトを通じて「ランキング」を利用した場合には、何も表示されない。つまり、無料会員である場合、プラットフォームの利用に一定程度の制限はかかるが、一部を利用することはできる。他方で、有料会員のユーザーは、飲食店のランキング全体を閲覧できる。

13) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

14) 食べログ「点数・ランキングについて」(<https://tabelog.com/help/score/>, 2024年9月22日最終閲覧)。

15) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

16) 公正取引委員会「飲食店ポータルサイトに関する取引実態調査報告書」24頁(令和2年3月)(<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/mar/200318-2.pdf>, 2024年9月22日最終閲覧)。

17) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

18) 食べログ「点数・ランキングについて」・前掲注14)。

ことは、飲食店にとって、店の集客力を上げるために重要だといえる。

食べログは、アルゴリズムが悪用されて評点が操作されることを防ぐという目的で、具体的なアルゴリズム変更の内容を非公開にしており、実際に本件判決でもアルゴリズム変更の内容は黒塗りにされていた。

Ⅲ. 食べログ事件の概要及び考察

1 問題の所在

以上のような特性を持つ食べログにおいて、2019年5月21日、事前の告知なくチェーン店の評点を下げるアルゴリズム変更が実施された（以下、「本件変更」という）。食べログは、本件変更と同時に、ユーザーの影響度を変更するためのアルゴリズム調整も行った（以下、「本件影響度調整」という。）。焼肉チェーン店を運営する原告は、食べログを運営する被告による本件変更の結果、①原告が運営する21店舗¹⁹⁾の評点が下落したこと、②原告の店への食べログ経由の来店客数が減少したこと、③原告の利益が約20%減少したことに基づき、本件変更が取引条件等の差別取扱い（独禁法2条9項6号イ、一般指定4項）又は優越的地位の濫用（独禁法2条9

項5号ハ）に当たるとして、損害賠償及び差止めを求めた²⁰⁾。この請求の可否を判断するにあたって、裁判所は、公取委に意見を求めた（独禁法79条2項）。

裁判所は、公取委から得た意見を踏まえて、原告の損害賠償請求を一部認容し、差止請求を棄却した。以下では、①原告の損害賠償請求が優越的地位の濫用を根拠に認められた点、②原告の差止請求が棄却された点、③裁判所によって求意見制度が活用された点の3つの部分に分けて判決について検討する。

2 優越的地位の濫用に基づく損害賠償

(1) 総論

原告は、損害賠償請求につき、本件変更が取引条件等の差別取扱い又は優越的地位の濫用に当たると主張した。これに対し、裁判所は、本件変更が優越的地位の濫用に当たると判断し、取引条件等の差別取扱いについては判断を示さなかった。そのため、以下では、優越的地位の濫用に絞って論じる。また、優越的地位の濫用の認定につき、裁判所が主に論じた要件は、優越的地位、「その他取引の相手方に不利益となるように……取引を実施すること」、「正常な商慣習に照らして不当

19) 原告が「経営する焼肉チェーン店35店舗のうち、本件基準日（令和元年5月21日）時点において営業していた店舗は、28店舗」あった。そのうち、「本件で比較可能な26店舗にかかる評点は、平均0.14点下落した」と本件判決の判決文中で述べられている。もっとも、原告が本件における請求の対象としたのは、21店舗である。そこで、ここでは、21店舗を対象とした（宮井雅明「判批」NBL1249号96頁、97-98頁（2023））。

20) より厳密に言えば、原告の主張の法律構成は以下のとおりである。

本件変更が取引条件等の差別取扱い又は優越的地位の濫用に当たり、取引条件等の差別取扱いの場合には独禁法2条9項6号イ及び一般指定4項、優越的地位の濫用の場合には独禁法2条9項5号ハに違反する。違反がある場合には、本件変更が独禁法2条9項柱書にいう「不公正な取引方法」に当たる。「不公正な取引方法」は、独禁法19条で禁止されているので、本件変更は、同時に独禁法19条にも反することとなる。これらを根拠に、民法709条に基づく不法行為としての損害賠償請求と独禁法24条に基づく本件のアルゴリズムの使用差止請求をした。

民法709条の損害賠償請求では、あくまで民法の問題となるのであって、独禁法の条文は直接適用されるわけではない。民法709条にいう「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」といえるかの判断に際して参考として独禁法違反が問題となるに過ぎず、不法行為に基づく損害賠償が民法709条で認められるための必要条件ではない。もっとも、独禁法違反があれば「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」といえることを暗黙の前提としている場合がほとんどであるため、独禁法に違反しているといえれば、上記要件が満たされることが一般的である。

他方で、問題となっている行為が独禁法19条、同法2条9項柱書にいう「不公正な取引方法」に当たるといえば、独禁法24条に基づく差止請求ができる（白石忠志『独占禁止法（第4版）』385-386、776-778頁（有斐閣、2023））。

に」の3要件である²¹⁾ため、この3要件について検討する。

(2) 優越的地位

まず、裁判所は、優越的地位が認められるためには、市場において支配的地位を有する必要はないことを確認した²²⁾。その上で、被告の優越的地位の認定にあたって、「取引の相手方にとって……行為者との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、行為者が……取引の相手方にとって著しく不利益な要請等を行っても、……取引の相手方が……受け入れざるを得ないような場合」に、行為者が取引の相手方との間で優越的地位にあると認められるとした。その考慮要素として、「①当該取引の相手方の当該行為者に対する取引依存度、②当該行使者の市場における地位、③当該取引の相手方にとっての取引先変更の可能性、④その他当該行為者と取引することの必要性、重要性を示す具体的事実」の4つを示した²³⁾。

具体的な認定は以下のとおりである。まず、原告の売上の31%が食べログ経由²⁴⁾の売上であること、及び、原告が被告に対する訴訟を提起した後も有料会員であり続けていることの2点から、原告が被告に相当程度依存しているとした(①)。続いて、食べログが主要な飲食店ポータルサイトの1つであることから、食べログを運営する被告が飲食店ポータルサイトを運営する会社の中で有力な

地位を占めているとした(②)。飲食店が有料会員であれば、ユーザーの初期設定である「標準」ランキングで当該飲食店が優先的に上位に表示されるため、飲食店は有料会員になろうとする。また、原告が本件変更前から本件基準日店舗(令和元年5月21日時点で営業していた店舗)について有料会員として広告費を費やし、原告の売上の31%が食べログ経由の売上となっていたこと、原告は被告に対する訴訟提起後も有料会員であり続けたことから、原告にとって食べログの有料会員になる必要性和重要性は高いとした(③・④)²⁵⁾。

以上の要素から、原告が食べログの有料会員であり続けなければ、原告の事業に大きな影響が出るため、著しく不利益な要請を受け入れざるを得ない状況にあったとして、被告の原告に対する優越的地位を認めた。

(3) 「その他取引の相手方に不利益となるように……取引を実施すること」

取引の実施とは、「取引の条件の設定又は変更以外の取引に関連する事実行為等であって当該取引の相手方に不利益となるようなものを含む」とした。その上で、被告が食べログ上に原告の店の評点を掲載することは、会員かつチェーン店である原告にとって不利益となるように取引を実施することにあたり、取引の実施に当たるとした²⁶⁾。

21) 優越的地位を「利用して」という要件もある。しかし、「裁判所は、X(原告)に対して優越的地位にあるY(被告)が、本件変更を行ってX(原告)に対して「正常な商慣習に照らして不当な」といえる「不利益を課した取引を実施した」として、本件変更の要件該当性を簡単に認めている(宮井・前掲注19)99頁)。

22) 本件判決は、優越的地位が認められるのは、「取引の一方の当事者……が、市場支配的地位又はそれに準ずる絶対的に優越した地位にある場合だけではない」とことを確認している(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。ゆえに、当該市場で2番手以下の者も優越的地位の濫用の主体となりうる(前掲注4)参照)。

23) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。本判決が挙げた4要素は、公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(平成22年11月30日、平成29年6月16日改正)を踏まえたものである(前掲注4)。

24) 食べログ経由の予約として、食べログ専用電話を利用した予約とインターネット予約がある。原告の各月の売上の31%が、上記の2つの予約方法から来ていた(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

25) 裁判所は、③と④を区別することなく論じている点には留意が必要である。また、裁判所は、原告が本件変更後に他の飲食店ポータルサイトへの投資を増やしていることを認めた上で、多くの飲食店が複数の飲食店ポータルサイトを利用していることを踏まえれば、原告が食べログ以外の飲食店ポータルサイトへの広告費を増額したことをもって、取引先変更可能性があったとはいえず、原告が食べログ上で有料会員であることの必要性、重要性を否定できないとした(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

26) 被告は、評点を掲載するというサービスは、有料会員だけでなく、無料会員及び非会員に対しても提供していることから、取引の実施に当たらないと主張した。しかし、裁判所は、無料会員や非会員に同様のサービスを提供していることが取引の実施該当性を否定することにはならないとした。

(4) 「正常な商慣習に照らして不当に」

a 裁判所の判断

本件では、本件変更によって、チェーン店であることを理由にチェーン店の評点を非チェーン店と比べて相対的に低く算出するアルゴリズムが導入されたことが、優越的地位の濫用に当たることが問題となった。そして、裁判所は、本件変更が優越的地位の濫用に当たると判断した。

裁判所は、「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与えたといえるかは、「行為の意図・目的、態様、不利益の内容・程度等を総合考慮し、専ら公正な競争秩序の維持、促進の観点からは認められる商慣習に照らして不当であるか否かという見地から判断す」べきであるとした。不利益の内容・程度について、「①取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなるか否か、②取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、不利益を与えることとなるか否か²⁷⁾」の2つの例が挙げられている。本件判決は、以下で検討するとおり、①の類型を念頭に検討を加えている。

まず、本件判決は、「評点が、投稿者から投稿された主観的な評価・口コミを基に算出した数値であり、かつ、消費者による飲食店選びの参考となる情報の1つとして公表されていること、現に、本件変更後は……食ベログ経由の来客人数等が減少していることを踏まえると、原告の……不利益の程度は大きい」とした。その上で、本件変更を行った事実につき、本件変更の対象となった飲食店に対する本件変更前の通知がなかったことを確認した。さらに、本件変更の対象となった飲食店を運営する事業者には、本件変更から得

られる直接の利益があるとはいえないとした。そして、結論として、被告による本件変更は、「被告があらかじめ公表していた評点の意義及び評価方法等に照らし、原告にあらかじめ計算できない不利益を与えるものであ」って、「少なくとも被告の主張する本件変更の意図・目的を達成する手段として相当であったとはいえないこと等に鑑みると、専ら公正な競争秩序の維持、促進の観点からは認められる商慣習に照らして不当であり、独禁法2条9項5号にいう「正常な商慣習に照らして不当に」……に当たる²⁸⁾」とした。

b 考察

(a) 問題点

上記判示から、本件判決は、被告による本件変更が、取引の相手方である原告に、あらかじめ計算できない不利益を与えた(①)と考えていたと想定される。

裁判所は、具体的な判断にあたって、公表された評点の内容、性質、本件変更から生じる不利益の程度、本件変更によって不利益を被る飲食店への事前の通知の有無、本件変更から対象者に直接の利益が生じるか否かを考慮した。その中でも、特に裁判所が重視したのは、本件変更の対象となる飲食店に対し、本件変更が事前通知されていなかったことで、本件変更の対象となる飲食店が本件変更による不利益を最小限にとどめられるように対策する機会を失った点だとされている²⁹⁾。

ここで、事前の通知の有無を重要視する裁判所の論理を逆から考えてみる。すると、事前の通知さえあれば、不利益を最小限にとどめる対策ができるとして、問題となっている不利益があらかじめ計算できるという結論につながってしまうおそれが大きいことが分かる。確かに、「あらかじめ」計算できない不

なお、「会員でなく、被告が一方的に検索結果に評点を表示するだけの店舗については、……「取引を実施する」に該当せず、優越的地位の濫用は問題にならない」とされている(泉水文雄「判批」法学教室509号67頁,71頁(2023))。このことは、会員か非会員かで食ベログでの営業活動が持つ意義や重要性が異なり、どの程度注力するかも異なりうることから、正当化できると考えられている(宮井・前掲注19)100頁)。

27) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)、白石・前掲注20)486-488頁。これらの例は、公取委の意見書にも記載がある(公正取引委員会「令和2年(ワ)第12735号差止請求事件に係る求意見について」8頁(令和3年9月16日)(<http://食ベログ被害.com/wp-content/uploads/2022/04/db3ccaf7e89166e3b6a3825df054d934.pdf>, 2024年9月22日最終閲覧))。

28) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

29) 泉水・前掲注26)70頁。

利益という文言を重く見るとすれば、事前の通知を重視することが間違いだと直ちに断ずることはできないとも考えられる。しかし、この論理は、以下の2つの点で妥当でない。

(b) あらかじめ計算できない不利益に関する考慮要素の妥当性

・理論的検討

第1に、仮にアルゴリズム変更の事前の通知があったとしても、アルゴリズム変更の対象から外れるための措置に多額の費用あるいは長大な時間を要する場合には、飲食店にとって直近に差し迫ったアルゴリズム変更の対象から自店が外れるように当該措置をとることは現実的でない。例えば、チェーン店は、アルゴリズム変更への対応策として、M&Aをして自店がチェーン店でなくなるようにすることも考えられる。しかし、通常、M&Aは経済的負担が大きいこと及びM&Aの実行には一定の時間を要することから、仮にアルゴリズム変更の事前通知があったとしても、アルゴリズム変更の対象から外れるための即時の対応策としてM&Aを実行することは現実的ではない。その結果、飲食店は、当該アルゴリズム変更の対象となり、その変更から生じる不利益を甘受するしかなくなるため、不利益を逃れることは難しくなる。

加えて、アルゴリズム変更の事前の通知を受けて、当該アルゴリズム変更で不利益に扱われる事情があるままでも不利益に扱われない別のポータルサイト経由の集客へと集客の重点を移すために、当該別のポータルサイトへの広告費を増強することで不利益を最小限にとどめようとするとも考えられる。しかし、この別のサイトへの広告費の増強という方策は、あくまで当該別のポータルサイトがアルゴリズム変更を実施しようとするポータルサイトの代わりとなるサービスを提供できる能力を有している場合にのみ、不利益を最小限にするための対策として機能する。

つまり、いずれにせよ、事前の通知があったとしても、必ずしも不利益を最小限にとど

めるための何らかの対処ができるわけではない。したがって、事前の通知があったことを過度に重く見て、不利益を最小限にとどめる対策をする機会があったはずだとして、あらかじめ計算できない不利益がなかったと判断すべきでない。

事前の通知の有無を他の考慮要素³⁰⁾と並ぶ一考慮要素としつつも、事前の通知の有無よりも、アルゴリズム変更による不利益を最小限にとどめられるように対策する機会が十分与えられたかという考慮要素に重点を置いて、あらかじめ計算できない不利益があったといえるかを検討すべきである。

ただし、不利益を被る者が、不利益を最小限にとどめるための対策をする機会があったのに、その機会を活かさない場合には、分かきっていた不利益が現実化したにすぎないことになるので、不利益があらかじめ計算できたといえよう。

・具体的検討

本件では、被告は、本件変更によってチェーン店の評点を引き下げた。原告は、チェーン店であり続けるならば、本件変更の対象とされ、原告の店舗の評点が下落することは避けられない。その結果、本件変更による不利益が、チェーン店である原告に生じることとなる。原告がチェーン店であることを辞めるためには、M&Aを実施するなどして非チェーン店になるほかないが、上記のようにアルゴリズム変更の対象となることを逃れるためだけにM&Aを実施するのは現実的でない。ゆえに、原告が、本件変更の対象外になるように対策し、本件変更から生じる不利益から逃れることは難しい。

食べログは、上述のとおり、飲食店の84%が利用する飲食店ポータルサイトであり、この飲食店利用率は飲食店ポータルサイトの中で最大である。2位の飲食店ポータルサイトは、食べログほどの数の飲食店が利用しているわけではないが、65%の飲食店に利用されている³¹⁾。その差が約20%であることから、

30) 公表された評点の内容、性質、本件変更から生じる不利益の程度、本件変更によって不利益を被る飲食店への事前の通知の有無、本件変更から対象者に直接の利益が生じるか否か。

31) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

2位のポータルサイトが食ベログの代わりになるという主張も考えられる。しかし、食ベログのような飲食店ポータルサイト事業では、当該ポータルサイト上の飲食店の数が多ければ多いほど、消費者にとって飲食店を探しやすくなるため、消費者から見たポータルサイトの魅力が大きくなり、消費者が当該ポータルサイトを好んで利用するようになる。そして、消費者がそのポータルサイトを利用するようになると、反射的に飲食店にとっても当該ポータルサイトの魅力が高まり、飲食店もそのポータルサイトを選ぶようになる。そうなれば、利用者は、単に飲食店ポータルサイトであることを理由に当該ポータルサイトを利用するのではなく、飲食店も消費者も大多数の人が利用するポータルサイトであることを理由に当該ポータルサイトを利用するようになる。つまり、当該ポータルサイトは替えの効かない存在になっていく³²⁾のである。食ベログは、数多くの飲食店を利用者に持つことによって、飲食店と消費者の双方にとって替えの効かないサービスとなっているといえるから、飲食店の利用率が20%程度しか変わらないとしても、2位のポータルサイトが食ベログの代わりになるとはいえない。ゆえに、本件変更の事前の通知がない場合はもちろん³³⁾、アルゴリズム変更の内容を知らせる事前の通知がなされたとしても、別のポータルサイトへの広告費を増強することによって不利益を最小限にする機会があるとはいえない。

したがって、被告から原告への本件変更の

事前の通知の有無を問わず、原告に本件変更から生じる不利益を最小限にとどめるように対策する機会があったとはいえず、あらかじめ計算できない不利益があったと認められる。アルゴリズム変更の事前の通知があったと仮定した場合に、事前の通知があったことを過度に重視すれば、あらかじめ計算できない不利益がなかったと判断されることになることとの違いがここに現れる。

なお、「あらかじめ」計算できない不利益という文言を重視し、事前の通知の有無を「あらかじめ」計算できない不利益を考える際の決定的な要素とすることを貫くとしても、事前の通知があり、アルゴリズム変更から生じる不利益が「あらかじめ」計算できたとされる場合には、独禁法違反となる余地が全くないと断じるべきではない。あらかじめ計算できない不利益があるかという①の類型では捕捉されないとしても、取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、不利益を与えることとなるか否かという②の類型で捕捉され得るからである。

(c) 事前の通知が悪用される可能性

第2に、本件判決のように事前の通知を重視すると、ポータルサイト事業者が、事前の通知を悪用し、不当なアルゴリズム変更を利用者に受け入れさせることが想定される。つまり、ポータルサイト事業者は、不利益がいかなるものであったとしても、事前の通知を通して利用者がその不利益の発生を認識していたから、不利益はあらかじめ計算できる不

32) 神取道宏『ミクロ経済学の力（第1版）』308-320頁（日本評論社、2017）。自分1人だけが戦略を変えても得をしない状態をナッシュ均衡という。食ベログのような飲食店ポータルサイトでは、ユーザーと飲食店の双方にとって同じポータルサイトを利用するという状態がナッシュ均衡になっているといえる。このように、他者と同じものを使った方が得をすることをネットワーク効果という。「全員が同じものを使う」という限りにおいて複数の均衡があるが、どのナッシュ均衡が現実になるかは必ずしも当事者にとっての良し悪しによって決まるわけではない。現に、「たまたま市場シェアが大きくなった」サービスが継続的に「シェアを伸ばし、最終的に業界標準となることが多い」。そして、いかなる均衡が現実になったとしても、「ひとたび社会全体が」1つの「均衡にはまってしまうと、一人ひとりの努力ではなかなかそこから抜け出すことはできな」くになってしまう。すなわち、食ベログがシェアを継続的に拡大し、市場を支配するようになっていくことで、食ベログというポータルサイトを利用するユーザー及び飲食店は、他のポータルサイトではなく食ベログを利用するしかなくなっていくおそれがある。

33) 原告に対する本件変更の事前の通知がない場合、原告は、本件変更によって原告がどのように不利益に扱われることになるかという本件変更の内容が想定できない。そうすると、本件変更から生じる不利益を最小限にとどめるにはどのような広告が適切か、原告にとって明らかにならない。そのような状況下では、不利益を最小限にとどめるように対策する機会が、原告に十分与えられたとはいえない。

利益であったと主張することが考えられる。したがって、事前の通知の有無及び利用者が自身に不利益が生じることを認識しているか否かに過度に執着すると、ポータルサイト事業者があえて事前通知した上で不当なアルゴリズム変更を実施することを許してしまうおそれがある。

(d) 結論

したがって、あらかじめ計算できない不利益の有無の判断において、事前の通知の有無は、あくまで考慮要素の1つとして扱われるべきであって、過度に重視されるべきではない。むしろ、あらかじめ計算できない不利益の有無を判断するにあたっては、不利益を最小限にとどめるための対策をする機会が十分あったかに重点が置かれるべきである。そして、この判断基準の下でアルゴリズム変更にあらかじめ計算できない不利益があると認められる場合には、当該アルゴリズム変更が「正常な商慣習に照らして不当」に不利益を生じさせたと考えるべきである

(5) 小括

本件判決では、裁判所は、優越的地位の濫用を認めて、損害賠償請求を一部認容した。事前の通知の有無を重視すべきでないという上記の議論を踏まえても、結局本件では事前の通知がなかったのであるから、結論に違いは生じない。しかし、上記の検討で示したように、あらかじめ計算できない不利益の認定に関して、さらなる理論の精緻化が期待される。今後、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たるかが問題となった際には、結論において本件と同じように優越的地位の濫用を認めるとしても、その判断過程においては本件判決を一層発展させた議論がなされるべ

きだろう。

3 差止め

(1) 差止請求棄却の概要

原告は、裁判所に対し、本件変更によって新たに導入されたアルゴリズムを被告が運用し続けるのを止めるために、差止請求をした。

原告が損害賠償請求に差止請求を追加した背景には、商事部の裁判官が独禁法に精通していることから、本件訴訟を民事部から商事部に移送してもらおうという狙いがあったことが、原告代理人により明らかにされている³⁴⁾。加えて、原告側は、独禁法の知見を多く有する商事部の裁判官が、求意見制度を活用して、アルゴリズム変更という新規性のある問題に関する独禁法の解釈について公取委の意見を求めることも期待していた³⁵⁾。

裁判所は、①原告の利益が本件変更によって約20%減少したとしても、直ちに原告の飲食店事業が著しく継続困難になるとはいえない³⁶⁾こと、②信用やブランド価値の毀損を生じさせないこと、③本件変更の内容が被告によって明らかにされれば、ユーザーは自らその評点下落を考慮に入れて飲食店選びを行うようになることを理由として、差止請求を棄却した³⁷⁾。

(2) 分析

a 総論

裁判所は、被告が本件変更の内容を明らかにすれば、ユーザーがチェーン店の評点が減点されていることを知ることになるから、ユーザーがチェーン店の評点の低下を考慮すれば、原告が「著しい損害」(独禁法24条)

34) 西田章「新規分野で企業から信頼されている司法修習60期代のリーガルアドバイザーは誰か?——第1回皆川克正弁護士インタビュー——」商事法務ポータル(2022年9月6日)(<https://portal.shojihomu.jp/archives/33522>, 2024年9月22日最終閲覧)。東京地裁では、民事第8部で商事事件が扱われている(裁判所「民事第8部(商事部)」(https://www.courts.go.jp/tokyo/saiban/minzi_section8/index.html, 2024年9月22日最終閲覧))。

35) 西田・前掲注34)。独禁法79条2項は、「裁判所」が公取委に意見を求めることができる」と規定し、裁判所の裁量に委ねている。ゆえに、当事者には、公取委に意見を求めるかどうかにつき、主導権がない。

36) 単に利益の一部がなくなるというだけでは、「著しい損害」という要件が充足されることにはならない(白石忠志=多田敏明編著『論点体系 独占禁止法(初版)』360-361頁[長澤哲也](第一法規, 2014))。

37) 差止請求が認容される事例は少ない。これは、「著しい損害」要件該当性が否定されることが多いためである(泉水・前掲注26)71頁)。

を被ることにしないとして、差止請求を棄却した。しかし、本件では、差止請求を認容すべきであったと考える。以下では、学説上も批判が見られる裁判所の理由づけについて批判的に検討する。加えて、損害賠償請求が認められ、金銭的に賠償がされたとしても、優越的地位の濫用を実効的に解決することにはならないことを論じる³⁸⁾。

b 本件変更の考慮可能性

裁判所は、差止請求を認めない根拠として、本件変更が明らかになれば、チェーン店の評点の減点をユーザーが考慮できることを挙げている。しかし、以下の理由からこの主張は妥当でない。

まず、裁判所は、変更内容が明らかになれば、消費者が変更内容を前提とした飲食店選びを行うようになるとしている。確かに、被告がチェーン店の評点を下げたことを消費者が知れば減点の事実を踏まえて検索結果を見るという想定は妥当だろう。しかし、仮に減点の事実を踏まえて検索結果を見るとしても、各店舗が実際のどの程度減点されているかは消費者にとって不明確である。ゆえに、飲食店がチェーン店であることに起因する減点を差し引いた場合の当該飲食店の本来の評点がどの程度のものかにつき、消費者に一定程度の疑念が生じることは避け難い。言い換えれば、消費者から見れば、チェーン店の評点が減点されているという本件変更の変更内容が明らかになったとしても、チェーン店の減点がなかった場合の具体的な評点が想定しにくい。加えて、消費者が飲食店ポータルサイトを利用して店舗を検索する主要な目的は、評点を見ながら評価の高い飲食店を選ぶことにありと考えられる。そうすると、消費者は、減点されていることを考慮した上で、本来どの程度の実力がある店か分からない店を

選ぶリスクを取るよりは、減点の影響を受けず、本件変更後の食ベログ上に表示されている評点であっても信頼できる店の中から訪問先を選ぶようになると想定できる。したがって、本件変更の変更内容が明らかになれば、全てのユーザーが同じように本件変更前と同じようにチェーン店に行き続けるということにはならない³⁹⁾。

以上より、裁判所は、チェーン店がそれぞれの程度減点されているかがユーザーには分からない場合、ユーザーがチェーン店を選ばなくなるおそれがあることを看過していると見ることができる。ゆえに、本件変更の内容が明らかになったとしても、ユーザーがチェーン店の評点の減点を踏まえて本件変更前と同じように店を選ぶことにはいえない。

c 損害賠償による救済の実効性

裁判所は、損害賠償による金銭的救済を認めている。しかし、本件変更後のアルゴリズムの使用が続けられた場合、果たして金銭的救済が問題状況の解決のために十分機能するだろうか。金銭賠償では救済として不十分な場合に「著しい損害」が認められるとされていることとの関係で問題になる⁴⁰⁾。

裁判所は、損害賠償請求を認める際に、本件変更によって原告の営業利益の約20%が失われたことを認めた上で、月160万円を2年分、計3840万円を賠償すべきだとしている。各月で同額の損害の発生を認めていることから、時間の経過とともに原告が被る損害が軽くなっていき、消えていくとは考えていないといえる⁴¹⁾。原告が被っている損害は、本件変更で導入されたアルゴリズムによってチェーン店が減点されることから生じている。ゆえに、本件のアルゴリズムがそのまま使用され続ける限りは、チェーン店である原

38) 東京高裁平成19年11月28日判決が、「著しい損害」が認められる場合の例として、「金銭賠償では救済として不十分な場合」を挙げていることから、金銭賠償で十分かという検討は重要であるといえる（東京高判平成19年11月28日判時2034号34頁）。

39) もっとも、仮に本件変更前の各チェーン店の評点を参考情報として各店舗のページに掲載する等の対策をとれば、ここで問題となっている本件変更による評点の低下にどの程度影響されているかが明らかでないことを原因として当該飲食店が敬遠されることはなくなると考えられる。

40) 前掲注38参照。

41) 店舗側では本件変更への対応が訴訟の時点ですでに一応はできているはずだという想定は、この裁判所による計算と矛盾するため、妥当でない（泉水・前掲注26(71頁)）。

告に継続的に損害が生じるといえる。アルゴリズムの使用が続いた場合、原告の経済的損失がいつまで、どの程度拡大していくかは予想できないので、本件訴訟における1回の損害賠償による金銭的救済では、拡大し続けていく経済的損失を十分回復することはできない。よって、1回の損害賠償による金銭的救済では、チェーン店を不利益に扱っているアルゴリズムの使用をやめさせ、原告を救済するには不十分であるといえるから、「著しい損害」があるといえるだろう。

加えて、通常、将来も継続的に損害が発生するとしても、将来の損害については、後日別訴を提起して賠償を求めれば足りると考えられており、将来給付の訴えの要件を満たさない限り、別の訴えが必要となる⁴²⁾。将来もアルゴリズム変更が維持されることで不法行為による損害が発生し続けるとしても、必ずしも将来給付の訴えが認められるわけではなく、別訴で争うことになる可能性は十分ある。また、アメリカにはオプトアウト型のクラスアクション制度があり、独禁法関連の訴訟でも用いられているのに対し、日本では、共同訴訟（民事訴訟法38条）や選定当事者（同法30条）の制度があるものの、アメリカとは異なり、両者はあくまでオプトイン型の訴訟にすぎない。すなわち、日本では、原告になりたければ、自発的に当事者となって訴訟に参加する必要がある⁴³⁾。そのため、他に原告と同様の状況にある飲食店が何らかの理由によって自発的に本件訴訟に参加しない場合、同様の訴訟が多数発生することにな

る。そうすると、結果的に、原告自身による又は他の飲食店による同様の損害賠償請求訴訟が継続的に発生することになるおそれが大きい。しかし、これは、事件の効率的な解決の観点から妥当とはいえない。むしろ、本件変更後のアルゴリズムの使用をやめさせられれば、一回的に原告及びその他の同様の状況に発生している飲食店の問題を解決できるはずである。ゆえに、裁判所は、1回の損害賠償による金銭的救済では不十分であるとして「著しい損害」を認め、差止請求を認容した上で、被告に本件変更後のアルゴリズムを修正させることによって事案の解決を図るべきだろう。

(3) 理想的な差止め

では、どのような差止めを認めるべきか。アルゴリズムは専門性が高く、本件変更後のアルゴリズムを修正したかどうかは、公開されているポータルサイトの表示を第三者が一見して判断できない⁴⁴⁾ため、問題となる。

本件はアルゴリズム変更を独禁法上の問題として扱った初めての事例であるから、差止めを認めるべきだとしても、いかなる差止めが妥当かを考える際の検討対象となる前例がない⁴⁵⁾。

しかし、例えば、本件変更後のアルゴリズムが原告に損害を生じさせているのであるから、被告に、本件変更によってチェーン店を不利益に扱っている部分につき、本件変更後のアルゴリズムの使用をやめ、アルゴリズムを修正した上で、その修正内容を裁判所に報告させるという差止めが考えられる。もっと

42) 将来の不法行為に基づく損害賠償請求については、(ア)請求権の基礎となるべき事実関係および法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、(イ)請求権の成否およびその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限られ、(ウ)これについて請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止し得るという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない場合に限り、将来の給付の訴えにおける請求権の適格を有すると述べた判例がある（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）。

43) SIMON VANDE WALLE, PRIVATE ANTITRUST LITIGATION IN THE EUROPEAN UNION AND JAPAN : A COMPARATIVE PERSPECTIVE 63-65 (2013). 原告は、食ベログ被害者の会を立ち上げ、同様の被害にあった飲食店に対し、集団で法的措置をとることを訴えている（食ベログ被害者の会「食ベログ被害者の会」立ち上げの経緯」([http:// 食ベログ被害 .com/](http://食ベログ被害.com/) 被害者の会 / , 2024年9月22日最終閲覧)。

44) 実際にユーザーに対して表示されている画面ではなく、その画面に表示する内容を決定する仕組みであるアルゴリズムが問題となっているので、ポータルサイトを一見するだけでは問題となっているアルゴリズムが差止めで命じられたとおりにアルゴリズムが修正されたかを知ることはできない。

45) 差止めとして適切な解決策が考えにくいことを理由に裁判所の判断を支持する見解もある（村上・前掲注8)611頁）。しかし、あくまで適切な解決策が考えにくいことが差止めを認めない理由とされるべきではない。

も、アルゴリズムは専門性が高く、一見して実際にアルゴリズムの修正が適切に実施されているかが分からない。そこで、実際に被告が差止めで要求されるアルゴリズム修正を行い、本件変更で問題となっているチェーン店の不利益取扱いについて修正したことを裁判所に報告させることが効果的だろう。

フランスの Google ads 事件⁴⁶⁾では、Google がユーザーとの間にあるルールに違反していたことが問題となった。当局は、差止めを用いて、Google が問題状況に対する解決策を実行しているかを当局が確認するための報告書を毎年提出するように Google に命じた⁴⁷⁾。

確かに、アルゴリズムは、営業秘密としての重要性が高く、ルールのように公開することが前提とされている性格のものではないため、事業者としては、アルゴリズムについての報告書を出すことに消極的になることも考

えられる。しかし、裁判所に対して報告するだけなら、情報の機密性を保つこともできるだろう。よって、裁判所は、被告に対し、本件変更によってチェーン店を不利益に扱っている部分につき、アルゴリズムを修正した上で、その変更内容を裁判所に報告するように差止めで命じるべきである。

上記の差止めができるとしても、どのようにすれば、差止めの実効性を確保できるだろうか。ベルギーやオランダに存在する“*astreinte*”が参考になる。“*astreinte*”とは、裁判所の差止命令に当事者が従わない場合に、日々強制金を課すことによって、差止めの実効性を確保する制度である⁴⁸⁾。差止認容判決を得た当事者は、相手方当事者が差止命令に従わない場合に、新たに特別の手続を経ることなく、差止命令自体を用いて、差止命令の違反から日々発生している強制金を支払うよう求めることができる⁴⁹⁾。

46) L'autorité de la concurrence, Décision n°19-D-26 du 19 décembre 2019 (2019).

47) Google ads 事件は、直接的には、Google と利用者との間で定められていたルールに Google が違反したことが問題となり、フランス競争当局が決定を下した。他方で、本件は、アルゴリズム変更が問題となり、裁判所で争われている訴訟である。両事件は、問題となっている行為の内容がルール違反とアルゴリズム変更とで異なる上、判断主体が競争当局と裁判所とで異なっていることには注意が必要である。しかし、これらの違いから直ちに Google ads 事件から学べるものが皆無になるわけではない。

48) このような制度があることで、1 日でも早く差止命令で命じられたとおりのアルゴリズムの修正を施すようプラットフォーム事業者に促すことができる。なお、ここで紹介する *astreinte* 制度は、ベネルクス三国の間での条約 (Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, [https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201162/volume-1162-I-18360-English.pdf#:~:text=Benelux%20Convention%20containing%20a%20uniform%20law%20relating%20to%20penal%20sums,last visited Oct 18, 2024](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201162/volume-1162-I-18360-English.pdf#:~:text=Benelux%20Convention%20containing%20a%20uniform%20law%20relating%20to%20penal%20sums,last+visited+Oct+18,+2024)) により定められている制度 (以下、単に「*astreinte* 制度」という場合には、この制度を指す。) であり、ベネルクス三国には同一の制度が存在する。フランスにも同じく *astreinte* という名前の制度は存在するが、ベネルクスの制度と同一の制度ではなく、相違点が存在するため、注意を要する (Hague Conference on Private International Law, Twenty-Second Session – Recognition and Enforcement of Foreign Judgments 18 June – 2 July 2019, The Hague, 5-7, <https://assets.hcch.net/docs/87755cfd-14fb-4108-9563-bef93347a7f1.pdf>, last visited Sep. 22, 2024)。

49) VANDE WALLE, *supra* note 43, at 278-279. 日本にも、*astreinte* 制度と類似する制度として間接強制制度 (民事執行法 172 条) がある。間接強制は、債務名義 (同法 22 条) を得た上で、債務名義で命じられた作為又は不作为を目的とする債務を債務者が履行しないときに、債務の履行を確保するために相当と認められる一定の額の金銭を支払うよう命じる方法により、債務者に債務の履行を強制する制度である (同法 172 条 1 項参照)。日本法の間接強制制度の下では、裁判で勝訴して確定判決を得た後に、当該判決を債務名義として強制金決定の申立てをし、決定を受けた場合、当該決定が債務名義となり (同法 22 条 3 号)、債務者が作為義務を履行しない場合には、条件成就執行文 (同法 27 条 1 項) の付与を受けて金銭執行するという過程を辿る (上原敏夫ほか『民事執行・保全法 (第 6 版)』234-236 頁 [山本和彦] (有斐閣, 2020))。すなわち、間接強制制度の下では、債務者がアルゴリズムの修正という作為義務を定めた差止認容判決に加えて、債権者の申立てによってなされる裁判で決定を受けることが、強制執行のために必要である。他方で、*astreinte* 制度の下では、差止認容判決が出されているにもかかわらず、債務者が差止内容を実現しない場合には、債権者は、執行官に対する申立てによって、強制執行することができる。差止認容判決後に再び裁判が行われることになるのは、債務者が、強制執行について争うために、債務者自ら裁判所に対して異議を申し立てた場合に限られる。つまり、*astreinte* 制度の下では、差止認容判決を得た債権者は、別途決定を受けることなく、強制執行することができ、むしろ、債務者による裁判所に対する異議申立てがあつて初めて、再び強制執行についての裁判が行われることになる (Hague Conference on Private International Law, *supra* note 48)。

上記のように本件変更によってチェーン店を不利益に扱っている部分につき、アルゴリズムを修正した上で、その変更内容を裁判所に報告させるという差止命令を出し、被告がアルゴリズムを戻したことの確認を裁判所から受けるまでは、被告に日々強制金が発生し、原告が被告から差止命令自体をもってその強制金を取れることにすれば、被告が早急にアルゴリズムを変更し、問題状況が解決することになるだろう。

4 求意見制度

求意見制度は、コモンロー法域で確立されてきた制度であり⁵⁰⁾、現在では、日本やEUでも見られる制度である。競争当局は、求意見制度を用いて、裁判所に意見を提出できる。普段から競争法を専門的に扱い、知見を蓄積している行政当局が提出する意見は、裁判所が競争法上の問題をよりよく理解する助けとなる⁵¹⁾。

本件では、初めて裁判所から公取委に意見

が求められた⁵²⁾。しかし、日本とは対照的に、アメリカやEUではこれまでも求意見制度が利用され、特に、アメリカで積極的に活用されてきた⁵³⁾。求意見制度で提出される意見は、必ずしも裁判所を拘束するものではない⁵⁴⁾が、裁判所の判断に対して大きな影響力を持つ。

本件では、裁判所は、独禁法79条2項に基づき、公取委に意見の提出を求めた。他方で、今回のような裁判所からの請求がない場合には、公取委が自ら意見を提出することもできる(独禁法79条3項)。上記のとおり、意見書が裁判所を拘束するものではないことを踏まえれば、裁判所と公取委のどちらが主導するかはともかく、公取委の意見をできるだけ裁判所に提出することが重要となろう。特に、アルゴリズム変更のように先端的な独禁法上の問題を扱う場合には、専門的知見を多く有する公取委の意見を反映する⁵⁵⁾ことで、より洗練された判例法を形成していけるように、裁判所と公取委が協力していくべきである⁵⁶⁾。実際、本件判決では、裁判所は、

本件のようなアルゴリズム変更をめぐる事件では、アルゴリズムがプラットフォーム事業者にとって重要な営業秘密であることから、対外的にはアルゴリズムの内容が秘匿されることが多いと思われる。そうだとすると、きちんと差止認容判決に従ってアルゴリズムが修正されているかどうかを債権者が確認するための情報は、通常、債務者たるプラットフォーム事業者の側に偏在することになる。ゆえに、一般に、債務者が差止認容判決で命じられたアルゴリズムの修正という作為義務を履行しているかを、債権者が確認することは、きわめて難しい。この問題点があるからこそ、本稿では、アルゴリズムの修正内容を裁判所に報告させるという差止めを提案している。そこで、アルゴリズムの修正内容という差止めとの関係で決定的に重要な情報を握っている債務者が、差止認容判決に従ったアルゴリズム修正を実施したと主張する場合に限って、強制執行が争われることとし、債権者は、差止認容判決のみをもって強制執行できるという制度にした方が、債権者債務者間の関係性に照らし、本稿で提案する差止めの実効性が確保できるだろう。

50) Georges Vallindas, *Amicus Curiae*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N 85868, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/amicus-curiae>, last visited Sep. 22, 2024.

51) 長澤・前掲注5)58頁。

52) 公正取引委員会「令和3年 委員長と記者との懇談会概要(令和3年10月)」・前掲注6)。

53) アメリカでは、FTCやDOJといった行政当局の決定ではなく、裁判官の判決によって競争法を執行してきたことが大きく影響していると考えられている(Vallindas, *supra* note 50)。実際、アメリカにはシャーマン法が1890年代に成立した当初から競争法の私人間訴訟を用いた執行の制度があった。しかし、日本では、戦後に私人間訴訟の制度が独禁法に規定された後も、私人間訴訟があまり活用されてこなかった(Vande Walle, *supra* note 43, at 41-42)。競争当局が訴訟の当事者となる場合には、当局自身の主張において、当局の見解は明らかとなる。しかし、私人間訴訟の場合には、競争当局が訴訟の当事者とならないため、求意見制度を利用して当局が意見を提出しなければ、訴訟において当局の見解が反映されないおそれが生じる。ゆえに、競争法の執行における私人間訴訟が果たす役割の大きさの違いも求意見制度の普及の程度の違いに少なからぬ影響を与えていると考えられる。

54) 村上・前掲注8)606頁。

55) 長澤・前掲注5)58頁。

56) 村上・前掲注8)606頁。私人間訴訟の場合には、競争当局が当事者になることはないため、求意見制度を用いなければ、当局が意見を反映させる機会を失ってしまうおそれが生じる。そうすると、公取委と裁判所の間で独禁法違反の判断が異なることになりうる。両者の違法性の判断が異なると、事業者の事業活動に萎縮効果が生じる。ゆえに、求意見制度を用いて公取委と裁判所が歩調を合わせて、独禁法の判例法形成及び行政的解決を図つ

求意見制度を利用し、公取委の意見を広く採用しており、学説上も求意見制度のさらなる活用が訴えられている⁵⁷⁾。仮に、学説上議論されているように求意見制度が今後さらに活用されていくとすれば、公取委の独禁法の理解に精通していることが、公取委の行政的な措置だけでなく、裁判所による司法判断の観点からも重要となる。なぜなら、求意見制度の積極的な活用は、アドボカシーとエンフォースメントの連携に役立つと考えられているからである⁵⁸⁾。

さらに、事業者の観点からも求意見制度の活用には一定の意義があると考えられる。事業者が新規性のある事業を日本国内で始めようとする場合、公取委と対話する機会をできるだけ早い段階で持つことにより、事業者は、公取委が独禁法上のリスクをどのように考えているかを知ることができる。加えて、事業者は、公取委が新規性のある事業分野に関する独禁法の考え方を構築していく過程で、公取委の解釈が自身に有利な解釈となるよう働きかけることもできる。こうして、事業者が、公取委の考え方に精通し、また、公取委の考え方を自身に有利なものにしていくことで、新規性のある事業に関する事件が裁判所で争われ、求意見制度によって公取委の意見が裁判所の判断に影響を与える場合にも、事業者に生じる法的リスクを最小化することができる⁵⁹⁾。

以上のように、多角的な観点から、独禁法実務の発展のために、求意見制度が幅広く活用されることが望ましい。

IV. おわりに

本件判決では、東京地裁は、アルゴリズム

変更という新たな問題状況に対し、初めて求意見制度を利用した上で、優越的地位の濫用を根拠として損害賠償請求を認めた。

しかし、本件判決の後、原告と被告の双方が控訴した。本件控訴審判決は、本件判決と同じ規範を用いつつも、本件変更が優越的地位の濫用に当たるとして原告の被告に対する損害賠償請求を一部認容した本件判決とは異なり、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たらない⁶⁰⁾として損害賠償請求を棄却した。具体的には、本件控訴審判決は、優越的地位の濫用につき、第1審被告が、第1審原告との関係において優越的地位にあること、優越的地位を利用して取引の相手方に不利益となるような取引を実施したことを認めた一方で、「正常な商慣習に照らして不当に」行われたものとまではいえないと判断した。以上のとおり、本件控訴審判決によって本件判決は覆されている。

そうはいつても、日本におけるアルゴリズム変更をめぐる独禁法上の問題に関する議論は、依然として発展途上の段階にあることは確かであるから、アルゴリズム変更という新規性のある独禁法上の問題について初めて下された司法判断である本件判決を踏まえて、優越的地位の濫用に関する議論や差止めの可能性を検討することは、本件控訴審判決が出された現時点においても、引き続きアルゴリズム変更に関する独禁法規制の今後の発展のために重要な意義を有するだろう。

本稿では、本件変更の具体的な特徴を踏まえつつ、優越的地位の濫用や差止め、求意見制度について検討を加えたが、本件に限らず、アルゴリズム変更をめぐる独禁法上の問題が引き続き生じてくると考えられる。そこで、今後は、本件変更固有の問題点から離れ、

ていくことが重要となる（長尾愛女「判批」新・判例解説 Watch 経済法 No.33, 263 頁, 266 頁（2023）、泉水文雄「独占禁止法の業実発展について」公正取引 860 号 4 頁, 6-7 頁（2022））。

57) 村上・前掲注 8)606 頁, 長尾・前掲注 56)266 頁。

58) 長尾・前掲注 56)266 頁, 泉水・前掲注 56)6-7 頁。

59) もっとも、未だ独禁法上の問題が生じていない場合に、事業者が公取委と対話する機会を持つとしても、人的資源等の理由により、まともに取り合ってもらえないことはあり得る。また、事業者としては、公取委に事業の初期段階で相談していくことによって、かえって公取委に目をつけられてしまい、事業が成長する前に規制されてしまうおそれもある。

60) 本件控訴審判決は、取引条件等の差別取扱いに当たらないことも認定している（東京高判令和 6 年 1 月 19 日前掲注 7)）。

より一般的な形で、優越的地位の濫用や差止め、求意見制度をはじめとする独禁法の問題とアルゴリズム変更との関係を整理することが求められる。そして、アルゴリズム変更をより精緻な独禁法の議論の中で整理することによって、実効的な紛争解決を実現していくことが期待される。

* 追記

本稿脱稿時点では、本件控訴審判決を確認できていなかったため、本稿における本件控訴審判決の検討は、後日改めて加筆・修正を施した範囲でしか叶わなかった。また、本件は、本件控訴審判決の後、上告されている。大変残念ではあるが、本稿での検討を踏まえた本件判決後の本件の経過についての本格的な検討は、今後の課題とすることとして、本稿の検討を終えることとしたい。

* 謝辞

本稿は、筆者が、2023年度Aセメスターのリサーチペーパーとして執筆した同題の論稿に、加筆・修正を施したものです。本稿の執筆にあたっては、数多くの方にお力添えいただきました。

特に、リサーチペーパーの指導教員を務めていただいたヴァンドゥワラ・サイモン教授には、お忙しい中、何度も貴重なお時間を割いていただき、大変丁寧にご指導いただきました。今回、初めて論稿を執筆した筆者が、数多の課題を乗り越え、ここまで辿り着くことができましたのも、ひとえにヴァンドゥワラ・サイモン教授がいつも親身にご指導くださったからにほかなりません。

構想段階から重ねてきた友人との議論では、日々友人から疑問点や問題点の指摘を受け、多くの貴重な示唆を得ました。筆者は、優秀な友人の支えがあってこそ、本稿を今日の形まで書き上げることができました。

その他にも、数多くの方にお世話になりました。この場をお借りしてこれまでお力添えいただいた全ての方に厚く御礼申し上げます。

なお、本稿には、依然として多くの問題点が残されているかと思いますが、それはひと

えに筆者の力不足によるものです。

(あさぬま・たいせい)

論説

ヘイトスピーチの「害悪」 ——「受け手」の視点から——

2022 年 4 月入学

澤田公平

I. 序

II. 「音」と「言論」

III. 本判決

1 ヘイトスピーチの「害悪」

2 事実

(1) 概要

(2) 本件条例の内容

(3) 本件条例制定の経緯

3 判決の内容

(1) 判旨

(2) 整理

4 問題提起

(1) 私見

(2) 本判決の解釈

5 社会という「受け手」

6 再考

IV. 結

I. 序

本稿は、大阪市ヘイトスピーチ条例事件最

高裁判決¹⁾（以下「本判決」）を分析することを直接の目的とする。分析の方法としては、表現の「受け手」²⁾に定位した視点を採る。これにより、大阪市ヘイトスピーチ条例³⁾（以下「本件条例」）の立法事実となった「害悪」を具体的に特定することを目指す。これまで学説においても顧みられることは少なかったものの——表現のプロセスにおいて「受け手」の存在は不可欠であり、「害悪」の発生メカニズムを解明することに役立つと考える。

本稿の構成は以下の通りである。まず、解釈論の前提となる「受け手」像について敷衍する（II）。ここでは、「囚われの聴衆」の議論を手掛かりに、「受け手」の性質を検討する。次に、本判決を紹介し、本件条例の解釈を試み、本判決の分析を行う（III）。最後に、本稿の意義と課題をまとめる（IV）。

II. 「音」と「言論」

管見の限り、表現の「受け手」に注目した議論は多いとはいえない⁴⁾。そんな中、「囚われの聴衆」に関する議論は、「受け手」の解釈論を展開する上で手掛かりとなる分析概念を提供する点で、参照する価値があると考え

1) 最判令和4年2月15日民集76巻2号190頁。

2) 本稿では、「受け手」に鍵括弧を付けることとする。表現に対して中立的な者と、表現を強制的に受領させられている者をどちらも単に受け手とすることは、後者の苦境を切り捨てることになりかねないためである。この用語法は、蟻川恒正「表現の自由」法時72巻11号88頁、91頁（2000）の問題意識を承けたものである。

3) 大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例（平成28年大阪市条例第1号）。

4) 「受け手」に定位した表現の自由の解釈論が必要だとする見解として、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて 奥平憲法学の継承と展開』121頁、172-173頁（日本評論社、2009）を参照。

える⁵⁾。「囚われの聴衆」の議論は、「受け手」がどのような権利を主張して表現を拒絶しようとするのかという問題について論じており、その成果は、「受け手」に拒絶する意思がある場合という元の文脈を離れて、「害悪」の発生メカニズムの構想を具体的に提示する点で、「受け手」に／から生じる「害悪」を理由にした表現規制を検討する上でも有用だと考える。

「囚われの聴衆」とは、「交通機関の車内での広告放送など、その場に居合わせた公衆が聞くことを余儀なくされる場合」における「公衆」の立場を指すとされる⁶⁾。この概念は、判例上は、大阪市営地下鉄事件最高裁判決⁷⁾の伊藤正己補足意見に見られるように、プライバシー権の文脈で捉えられている。伊藤正己補足意見の構造は以下の通りである（以下傍点は筆者によるもの）。

まず、本件で問題になっているのが、「聞きたくない音を聞かない自由」だとし、これを（広義の）プライバシー権と捉えて、それが法的な利益であると位置づけている。

私は、個人が他者から自己の欲しない刺激によつて心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができると考えており、聞きたくない音を聞かされることは、このような心の静穏を侵害することになると考えている。このような利益が法的に保護を受ける利益としてどの程度に強固なものかについては問題があるとしても、現代社会においてそれを法的な利益とみることを妨げないのである。

そして、「聞きたくない音を聞かない自由」が保護されるかについては、対立する他の利益との衡量によって決せられるとされる。

さらに、「囚われの聴衆」（補足意見の中では「とらわれの聞き手」とされる）について検討している。長くなるが検討箇所を全て引

用する（以下の傍点も筆者による）。

問題は、本件商業宣伝放送が公共の場所ではあるが、地下鉄の車内という乗客にとつて目的地に到達するため利用せざるをえない交通機関のなかでの放送であり、これを聞くことを事実上強制されるという事実をどう考えるかという点である。これが「とらわれの聞き手」といわれる問題である。

人が公共の交通機関を利用するときは、もとよりその意思に基づいて利用するのであり、また他の手段によって目的地に到達することも不可能ではないから、選択の自由が全くないわけではない。しかし、人は通常その交通機関を利用せざるをえないのであり、その利用をしている間に利用をやめるときには目的を達成することができない。比喩的表現であるが、その者は「とらわれ」た状態におかれているといえよう。そこで車内放送が行われるときには、その音は必然的に乗客の耳に達するのであり、それが乗客にとつて聞きたくない音量や内容のものであつてもこれから逃れることができず、せいぜいその者にとつてできるだけそれを聞かないよう努力することが残されているにすぎない。したがつて、實際上このような「とらわれの聞き手」ととつてその音を聞くことが強制されていると考えられよう。およそ表現の自由が憲法上強い保障を受けるのは、受け手が多くの表現のうちから自由に特定の表現を選んで受けとることができ、また受けとりたくない表現を自己の意思で受けとることを拒むことのできる場を前提としていると考えられる（「思想表現の自由市場」といわれるのがそれである。）。したがつて、特定の表現のみが受け手に強制的に伝達されるところでは表現の自由の保障は典型的に機能するものではなく、その制約をうける範囲が大きいとされざるをえない。

5) 以下の「囚われの聴衆」の議論は、「音」と「言論」の区別という本稿の中心的な対概念を含めて、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻 権利の保障 (1)』105頁（日本評論社、1994）に依拠している。

6) 高橋和之ほか編『法律学小辞典（第5版）』1025頁（有斐閣、2016）。

7) 最判昭和63年12月20日判時1302号94頁。

本件商業宣伝放送が憲法上の表現の自由の保障をうけるものであるかどうかには問題があるが、これを経済的自由の行使とみるときはもとより、表現の自由の行使とみるとしても、右にみたように、一般の表現行為と異なる評価をうけると解される。もとより、このように解するからといって、「とらわれの聞き手」への情報の伝達がプライバシーの利益に劣るものとして直ちに違法な侵害行為と判断されるものではない。しかし、このような聞き手の状況はプライバシーの利益との調整を考える場合に考慮される一つの要素となるというべきであり、本件の放送が一般の公共の場所においてプライバシーの侵害に当たらないとしても、それが本件のような「とらわれの聞き手」に対しては異なる評価をうけることもありうるのである。

結論としては、「とらわれの聞き手」であることを考慮しても、本件では上告人のプライバシーの侵害は受忍限度を超えたものではないとした。

以上に示した通り、伊藤正己補足意見の構造は、「聞きたくない音を聞かない自由」の侵害が受忍限度を超えるものか否かを検討する際の考慮要素の一つとして、「とらわれの聞き手」という状況にあることが挙げられている、というものと解される。この構造においては、「囚われの聴衆」の問題も、「思想の自由市場」への言及があるものの、結局は、心の静穏が乱されるという意味で（広義の）プライバシー権の問題だと捉えられている。この認識では、「表現」の強制的受領という側面を捉え切れていない。ここで働いている

のは「音」の思考である⁸⁾。「受け手」とされている人にとって自身の心の静穏を乱す「音」は無関心ないし嫌悪の対象であり、「受け手」にされた人と「音」との心理的な距離は遠いのだといえる。

しかしながら、以上のような問題は、「囚われの聴衆」という概念が問題にしてきたものではない。「囚われの聴衆」とは、自律的な個人が政府言論を強制的に受領させられると、政府によるプロパガンダの対象になりかねないという問題意識の下に編み出された概念だった⁹⁾。ここでは、表現によって——強制的に受領させられるという意味で——不当に説得されるおそれがあるという理由で、その表現を排除しようとしているのである。つまり、「音」の思考とは異なり、表現だからこそ、その受領を拒もうとしているのである。ここで働いているのは、「言論」の思考である¹⁰⁾。「受け手」とされている人は、「言論」に耳を傾ける可能性があり、「言論」との関係は中立的であるといえる。

従って、「受け手」の地位は複雑だといえる。表現によって傷つく者という側面と、表現を受け取ることによって自らの行動をより良いものに変える、理性的で自律的な存在という側面がある。

「受け手」は、一方で、望んでもいない表現を受領させられることによって心の静穏を乱されることがあり、比較衡量の枠組みのもと、その拒絶が認められる場合がある。

他方で、「囚われの聴衆」に言論を拒絶する権利が認められるか否かという問題において、思想の自由市場の考え方からすれば表現は多い方がよい¹¹⁾、といった見解が見られるのは、表現の自由の保障根拠を客観的に捉

8) これらの概念（後の「言論」の思考も併せて）は、蟻川恒正の表現を借りたものである（蟻川・前掲注 5）107 頁）。表現であっても「音」として把握されることがあるということについては、（興味が無い人にとっての）選挙カーの放送や、目覚ましのアラームに設定した音楽などを想起すればよいだろう。

9) 「囚われの聴衆」(captive audience) の概念は、Pollak 判決 (Public Utilities Commission of District of Columbia v. Pollak, 343 U. S. 451 (1952)) が初出の判決だとされる。そこでダグラス判事は「政府は、公共交通機関のラジオ（もしくはテレビ）を様々な目的のために使いうる。今日は文化的目的のために使うかもしれないが、明日には政治的目的のために使うかもしれない」(Id., at 468), 「もし人々が他者の意見を聞くことを強制するなら、プロパガンディストに強力な武器を与えることになる」(Id., at 469), 「自由を繁栄させるなら、政府は、いかなるラジオ番組の聴取を人々に強制することも許されてはならない」(Id., at 469) と述べている。

10) この概念の説明は、蟻川・前掲注 5）107 頁を参照。

11) 参照、蟻川・前掲注 5）110-111 頁。紙谷雅子「批判」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 I（第 7 版）』44 頁、45 頁（2019）は、「思想の自由市場には、自分の見解と調和的な心地よい意見ではなく、聞き手が戸惑う挑発的な

えるか、主観的に捉えるか、といった違いはあるものの、「受け手」が表現を受領して自律的に判断する能力を有していることを前提にしているように思われる¹²⁾。自律的な「受け手」像と表現規制の関係は両価的である。表現をどう受け取るかについては、個人の自律的な判断に委ねることができるし、委ねるべき、という発想からは、表現を促進させる結果をもたらすといえるが、自律的な判断が困難な場合は表現規制が正当化される¹³⁾。

「受け手」の問題を考えるには、これらのいずれの側面も勘案しなければならない。例えば、プライバシー侵害の判断枠組みでは、プライバシーに係る事実を公表されない法的

利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立するとされる¹⁴⁾。「音」を開かされている者以外の、自律的な「受け手」の存在を考慮しなければならないのである。他方で、「受け手」を説得する余地がないときには、「音」の思考のみが働き、直ちに排除されることになる¹⁵⁾。

Ⅲ. 本判決

1 ヘイトスピーチの「害悪」

ヘイトスピーチ規制については、いかなる

見解を通じて聞き手に再考を促すことこそ保護に値するという哲学が内在しているのであれば、表現の自由の観点から、『とらわれの聴衆』を保護する立論は難しい」とする。以上は思想の自由市場の観点であったが、「受け手」の自律の観点からしても、馴染みがなく、当初は拒絶していた言論こそ、自らの発想を大きく変化させる契機になるということは、経験則としても首肯できるのではないか。

12) 「受け手」という文脈を離れてではあるが、憲法上、個人が自律的な存在として前提されているという見解は、中間団体の破壊を通して理性的で自律的な個人が析出されたという説明を行う樋口陽一に代表させることができる。『近代立憲主義の想定する個人は、ひとことでいえば、強い個人である。みずからの意思によって自己決定する自立した個人が、その結果をみずからにひきうける負担に耐えることが、想定されていたはずである』(樋口陽一『憲法Ⅰ』33頁(青林書院, 1998))。他の論者も、日本国憲法が自律的な個人であるという前提を採用しているとする(芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』56-57頁(有斐閣, 1994))。

13) 「受け手」の自律から表現規制を論じる見解としては、Thomas Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, 1(2) *Philosophy and Public Affairs* 204, (1972) が挙げられる。

スキャンロンは、「ミルの原理」として、

特定の表現行為がなければ生じないような害悪でも、その行為に対する法的規制を正当化するための理由として用いることができないものがある。その害悪とは以下の通りである：

- (a) その表現行為の結果、「受け手」たる個人が誤った考えを持つようになるという害悪
- (b) 表現行為の結果として生じた害悪のうち、表現行為とそれに続く害のある行為の間に、表現行為が、その行為主体に対し、その行為を行う価値があると信じさせた（もしくは信じる傾向を強めた）というだけのつながりしかない場合の害悪。

という理論を提示する (*Id.* at 212)。ここでは、「受け手」の自律が表現促進的に機能しているといえる。

他方で、混雑した劇場で、嘘で「火事だ」と叫んだ場合など、個人の理性的な行動が期待できない場合には、規制が正当化される (*See, id.* at 220)。また、「受け手」が子どもである場合のように、「受け手」の属性から判断して、理性的な判断が期待できないと考えられる場合も規制が正当化されよう。

なお、「囚われの聴衆」の問題においては、表現の受領強制によって、自律的な判断能力自体が壊されることを問題にする論者がいる(蟻川・前掲注 5)112頁)。

14) 長良川事件報道訴訟(最判平成 15 年 3 月 14 日民集 57 巻 3 号 229 頁)や Google 事件(最判平成 29 年 1 月 31 日民集 71 巻 1 号 63 頁)(ただし後者は削除の仮処分命令を申し立てた事案)。後者の判決では、原告が児童買春をして逮捕されたという事実は、公共の利害に関する事項といえることを重視している。ここでは「公共」という形で、「受け手」がその事実を知る機会を考慮しているといえる。

15) 特定商取引に関する法律 3 条の 2 第 2 項は、「販売業者又は役務提供事業者は、訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約を締結しない旨の意思を表示した者に対し、当該売買契約又は当該役務提供契約の締結について勧誘をしてはならない」と規定する。これは、契約を締結しない意思を表明した消費者にとっては、もはや勧誘は「音」に変化しており、「言論」の思考が働く余地がないため、勧誘を規制することができる、という説明ができるだろう。なお、このように、私人間で聞きたくない表現を強制的に受領させられているときに規制を正当化する概念として、現在のアメリカの判例において用いられているのが、まさしく「囚われの聴衆」だという(横大道聡『現代国家における表現の自由』343 頁(弘文堂, 2013))。

「害悪」を理由に規制が正当化されるかが活発に論じられている。ヘイトスピーチがいかなる「害悪」をもたらすかについては、個人の「受け手」との関係では、ヘイトスピーチの標的たるマイノリティ集団(に属する個人)に直接生じる「害悪」(一次的害悪)と、ヘイトスピーチを受け取った第三者を介して生じる「害悪」(二次的害悪)の二つが挙げられる¹⁶⁾。これらは、「受け手」に生じた「害悪」と、「受け手」から生じる「害悪」である。そして、いずれを立法事実とすることができるか、いずれも可能なのか、といった問題は理論的には解決されていないように思われる。このような状況の中では、本件条例がいずれを立法事実としていると解せるのか、本判決はいずれだとしたのか(あるいはいずれでもないのか)、という問題は検討する価値があると考ええる。そして、「害悪」を分析する上で有用だと考えられるのが、以上で紹介してきた、「音」と「言論」の区別を施した「受け手」論である。

2 事実

(1) 概要

本件は、大阪市の住民が、本件条例が憲法21条1項等に反し、無効であると主張して提起した住民訴訟である。

原告の主張は以下のようなものであった。すなわち、本件条例は、一定の表現をヘイトスピーチ(以下「条例ヘイトスピーチ」とした上で、これに該当する表現については、ヘイトスピーチと認定した旨及び氏名等を公表し、拡散防止措置を取るというものであるところ、このような条例は憲法21条1項等に反し違憲であり(法令違憲)、また、大阪市内で行われた街宣活動を撮影した動画をインターネット上の動画投稿サイトに投稿した

としてこの投稿者のハンドルネームを公表したことが違憲であるから(適用違憲)、いずれにせよ、大阪市が本件条例に基づいて行った、大阪市ヘイトスピーチ審査会(以下「審査会」)の委員への報酬の支出と、郵便料金の支出も違法となる。

(2) 本件条例の内容¹⁷⁾

本件条例は、理念的な内容に留まらず¹⁸⁾、ヘイトスピーチと認定された個別の表現について、市が具体的な措置を取ることを定めている。本稿の問題関心からは、条例ヘイトスピーチの定義を規定した2条1項と、条例ヘイトスピーチに対する措置について規定した5条1項が特に重要なので、以下で紹介する(以下の条文の引用における傍点は筆者によるもの)。

本件条例2条1項柱書きは、本件条例においてヘイトスピーチとは、以下に示す1号ないし3号のいずれにも該当する表現活動をいう旨を規定する。

- 1 次のいずれかを目的として行われるものであること(ウについては、当該目的が明らかに認められるものであること)
 - ア 人種若しくは民族に係る特定の属性を有する個人又は当該個人により構成される集団(以下「特定人等」という。)を社会から排除すること
 - イ 特定人等の権利又は自由を制限すること
 - ウ 特定人等に対する憎悪若しくは差別の意識又は暴力をあおること
- 2 表現の内容又は表現活動の態様が次のいずれかに該当すること
 - ア 特定人等を相当程度侮蔑し又はひぼう中傷するものであること
 - イ 特定人等(当該特定人等が集団である

16) 例えば、那須祐治『ヘイト・スピーチ法の比較研究』487-490頁(信山社、2019)。

17) 本件条例の条文は、以下のウェブページに掲載されている。大阪市民政局ダイバーシティ推進室人権企画課「「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」の解説及び審査の実例」(2023年4月14日)(<https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000437100.html>, 2024年3月14日最終閲覧)。

本文の記述は、本稿の関心から特に重要な条文を取り上げて紹介したものである。

18) 法律レベルでは、ヘイトスピーチ解消法が制定されている。これは個別のヘイトスピーチについて規律を及ぼすものではなく、一般的にヘイトスピーチが解消されるべき不当な言論であることを述べる理念的な内容に留まるものであると解される。

ときは、当該集団に属する個人の相当数)に脅威を感じさせるものであること

- 3 不特定多数の者が表現の内容を知り得る状態に置くような場所又は方法で行われるものであること

以上のように、2条1項は、①一定の「目的」をもって、②一定の「内容」を持ち又は一定の「態様」で行われた、③公然性のある表現を条例ヘイトスピーチと規定しているといえる。

本件条例5条1項柱書き本文は、市長は、次の1号又は2号の表現活動が条例ヘイトスピーチに該当すると認めるときは、以下の二つの措置をとるものとする旨を規定する。すなわち、①事案の内容に即して当該表現活動に係る表現の内容の拡散を防止するために必要な措置（以下「拡散防止措置」）及び②当該表現活動が条例ヘイトスピーチに該当する旨、表現の内容の概要及びその拡散を防止するためにとった措置並びに当該表現活動を行ったものの氏名又は名称を公表する措置（以下「認識等公表」といい、拡散防止措置と併せて「拡散防止措置等」という）。

- 1 市の区域内で行われた表現活動
- 2 市の区域外で行われた表現活動等で次のいずれかに該当するもの
 - ア 表現の内容が市民等に関するものであると明らかに認められる表現活動
 - イ 上記に掲げる表現活動以外の表現活動で市の区域内で行われた条例ヘイトスピーチの内容を市の区域内に拡散するもの

(3) 本件条例制定の経緯

本判決によれば、大阪市人権施策推進審議会は、市長から諮問を受け、平成27年2月、市内において現実にヘイトスピーチが行われている状況にあり、市は、市民の人権を擁護するために、ヘイトスピーチに対して独自で可能な方策をとることで、ヘイトスピーチは許さないという姿勢を明確に示していくことが必要である旨の答申（以下「本件答申」）

をした。

本件条例に係る条例案は、本件答申を受けて、平成27年5月、市会に提出され、その審議を経て、同28年1月15日、可決成立した。

3 判決の内容

(1) 判旨

最高裁は、以下のような行論で、本件条例は合憲であるとした（以下括弧内は筆者によるもの）。

①「そこで、進んで本件各規定〔本件条例2条、5条～10条〕が憲法21条1項に違反するかを検討する。

憲法21条1項により保障される表現の自由は、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であるものの、無制限に保障されるものではなく、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限を受けることがあるというべきである。そして、本件において、本件各規定による表現の自由に対する制限が上記限度のものとして是認されるかどうかは、本件各規定の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的な制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である（最高裁昭和……58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁〔よど号ハイジャック記事抹消事件最高裁判決〕等参照)」

②「本件各規定は、拡散防止措置等を通じて、表現の自由を一定の範囲で制約するものといえるところ、その目的は、その文理等に照らし、条例ヘイトスピーチの抑止を図ることにあると解される。そして、条例ヘイトスピーチに該当する表現活動のうち、特定の個人を対象とする表現活動のように民事上又は刑事上の責任が発生し得るものについて、これを抑止する必要性が高いことはもとより、民族全体等の不特定かつ多数の人々を対象とする表現活動のように、直ちに上記責任が発生するとはいえないものについても、前記で説示したところに照らせば、人種又は民族に係る特定の属性を理由として特定人等を社会

から排除すること等の不当な目的をもって公然と行われるものであって、その内容又は態様において、殊更に当該人種若しくは民族に属する者に対する差別の意識、憎悪等を誘発し若しくは助長するようなものであるか、又はその者の生命、身体等に危害を加えるといった犯罪行為を扇動するようなものであるといえるから、これを抑止する必要性が高いことになりはしないといえるべきである。加えて、市内においては、実際に上記のような過激で悪質性の高い差別的言動を伴う街宣活動等が頻繁に行われていたことがうかがわれること等をも勘案すると、本件各規定の目的は合理的であり正当なものといえることができる」

③「また、本件各規定により制限される表現活動の内容及び性質は、上記のような過激で悪質性の高い差別的言動を伴うものに限られる上、その制限の態様及び程度においても、事後的に市長による拡散防止措置等の対象となるにとどまる。そして、拡散防止措置については、市長は、看板、掲示物等の撤去要請や、インターネット上の表現についての削除要請等を行うことができると解されるものの、当該要請等に応じないものに対する制裁はなく、認識等公表についても、表現活動をしたものの氏名又は名称を特定するための法的強制力を伴う手段は存在しない」

④「そうすると、本件各規定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものといえるべきである。そして、以上説示したところによれば、……本件条例2条1項及び……本件条例5条1項は、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該表現活動がその適用を受けるものかどうかの判断を可能とするような基準が読み取れるものであって、不明確なものといえることはできないし、過度に広汎な規制であるということもできない」

⑤「したがって、本件各規定は憲法21条

1項に違反するものといえることはできない。

以上は、当裁判所大法廷判決（前掲最高裁昭和58年6月22日大法廷判決，最高裁昭和……59年12月12日大法廷判決・民集38巻12号1308頁〔札幌税関事件最高裁判決〕，最高裁……平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁〔成田新法事件最高裁判決〕）の趣旨に徴して明らかといえるべきである。論旨は採用することができない」

(2) 整理

本判決は、本件条例2条1項を限定解釈¹⁹⁾した上で、本件各規定が憲法21条1項に反するかを、よど号判決の比較衡量の枠組みを踏襲しつつ検討している（①）。

まず、本件各規定の目的のために制限が必要とされる程度について判断している（②）。本件各規定の目的は、「条例ヘイトスピーチの抑止」である。この目的のために、個人に対するヘイトスピーチのみならず、不特定多数に対するヘイトスピーチについても抑止の必要性を肯定した。さらに、市内においては、実際に悪質な街宣活動等が頻繁に行われていたと窺われることも勘案して、本件各規定の目的の合理性・正当性を肯定している。

以上が本件各規定の目的に応じた、表現の自由の制限の必要性に関する説示であったと解すると、次に、制限される権利の性質・内容や、具体的な制限の態様・程度を検討しなければならない（③）。最高裁は、制限される権利の性質・内容の重大性を否定し、制限も強力でない判断している。

これらを総合的に検討して、本件各規定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむをえないものとした（④）。漠然不明確性、過度広汎性の主張も退けている。そして、本件各規定は憲法21条1項に反しないとした（⑤）。

19) 本判決が、本件条例の適用対象につき合憲限定解釈をしたのか憲法適合的解釈をしたのかという点については、筆者は、限定解釈しなければ違憲である旨を表示していないから合憲限定解釈ではなく（高橋和之『憲法訴訟』202-203頁（岩波書店，2017）），憲法適合的解釈だと考える。本稿の関心から逸れるのでこれ以上立ち入らない。なお、調査官解説も同様の理解を示して、合憲限定解釈ではないとする（高瀬保守「判解」曹時75巻7号201頁，222-223頁（2023））。

4 問題提起

(1) 私見

「受け手」に基づく視点からすれば、本件条例はどのように解釈できるか。本稿は、本件条例が「音」の思考に基づいた規制だったのではないかと考える。

まず、本件条例の前提となった大阪市人権施策推進審議会による本件答申では、2条1項1号の目的規定は、控除的な規律だったとする²⁰⁾。つまり、1号アイウに該当しない表現は、規制の対象とすべきではない、という考慮の下で設けられた規定であったのであり、これらの目的に該当することが積極的な意義を持たないと解されるのである。

さらに、「目的」という語には、2号の「内容」「態様」といった言葉と対比すると、「実現することが確実ではない」というニュアンスが含まれているといえよう²¹⁾。1号のアイウに即して具体的にいえば、ア「特定人を社会から排除すること」、イ「特定人の権利・

自由を制限すること」、ウ「特定人等に対する憎悪若しくは差別の意識又は暴力をあおること」のいずれも、発生するかは確実ではないということである。なぜ実現が確実でないかといえば、それらの結果は、特定人自身もしくは第三者の自律的な判断によって実現するものだからである。以下、敷衍する。まず、1号柱書きには、「(ウについては、当該目的が明らかに認められるものであること)」と括弧書きが付されている。これは、ウを目的とする表現については、アを目的とする表現と、イを目的とする表現より制限する趣旨だといえる。それは、ア・イが特定人等自身による行動によって生じる「害悪」であるのに対して、ウは第三者によって生じる「害悪」だからではないだろうか。つまり、被害者たる特定人等自身が当該表現によって説得され、行動を起こす蓋然性が、第三者が説得される蓋然性より、規範的に高く見積もられていると解すべきではないか²²⁾。ここからは、アとイに当てはまる表現の名宛人は特定人等であり、ウに当てはまる表現の名宛人は第三

20) 大阪市人権施策推進審議会「ヘイトスピーチに対する大阪市としてとるべき方策について(答申)」3頁(2015年2月)(<https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/cmsfiles/contents/0000299/299917/tousinkagamituki.pdf>, 2024年3月14日最終閲覧)。

21) 文脈は大きく異なるが、「ろくでなし子」事件(最判令和2年7月6日刑集74巻4号343頁)の調査官解説(野村賢「判解」曹時74巻12号331頁, 351-352頁(2022))に、表現の「目的」に関する興味深い記述がみられる。

この事件は、被告人が自身の女性器をスキャンしたデータを頒布したという事案である。被告人は、「女性器に対する卑わいな印象を払拭し、女性器を表現することを日常生活に浸透させたいという思想に基づき、本件データ又は本件CDRを頒布した」ことを目的としており、正当行為として違法性が阻却されると主張したところ、判決は、「結局のところ、女性器を表現したわいせつな電磁的記録等の頒布それ自体を目的とするものであるといわざるを得ず、そのような目的は、正当なものとはいえない。したがって、被告人の本件各頒布行為は、所論指摘の諸事情により正当行為として違法性が阻却されるものではない」とした。

これに対し、調査官解説は、「正当行為として違法性が阻却されるか否かを論ずるに当たって検討すべき構成要件該当行為の目的は、その行為を実行することによって保全又は実現された利益・価値でなければならないであろう。構成要件該当行為によって実現されることのない理念や思想を掲げてそれが行為の目的であると主張しても、それは行為者にとっての最終目標を述べるものにすぎない。……実現されていない最終目標は、構成要件該当行為の目的として、侵害された法益と比較衡量することもできない。」とする。これは、被告人の「女性器に対する卑わいな印象を払拭し、女性器を表現することを日常生活に浸透」させるという目的は、実現していない以上、違法性阻却事由として勘案すべきではないということである。

本件条例とは、規制を根拠づけるか、違法性阻却事由とできるかという意味で、反対の志向であるとはいえ、共通する思考だと考える。

22) このように、被害者自身による行動の蓋然性を第三者による行動の蓋然性より高く見積もり、被害者を保護しようとするのは、間接正犯において「道具」とされたのが被害者自身であるか、第三者であるかによって成立しやすさを変えるという思考と類似しているように思われる。最高裁がそのような立場を明示したわけではないが、判例を見ると、第三者を利用した場合には、意思を抑圧されていたか否かが、間接正犯を肯定した判決と共同正犯とした判決の違い(の一つ)だと解される一方で(最決昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁と最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁を比較)、被害者を利用した場合には、より緩やかな程度で間接正犯を認めているように解される(最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁)。

者であるといえる。そうすると、アイウの意味も次の通りに解釈できる。すなわち、アに当てはまる表現は、特定人等が当該地域社会から出ていくことを目的とした表現であり、イに当てはまる表現は、特定人等が委縮することによって種々の権利・自由が制限されることを目的とした表現であり、ウに当てはまる表現は、第三者が特定人等に対して憎悪・差別の意識を向けたり、暴力をふるったりすることを目的とした表現だと解される。いずれも、「受け手」に判断の余地が残されており、直ちに実現するとはいえない。

これに対して、2号の内容又は態様に関する規定については、どのような「受け手」であっても、侮蔑的な表現については名誉が毀損されるといえるし、脅迫的な文言であれば畏怖すると考えられるという点で、確実に発生する「害悪」が記述されている。

以上の点を総合すると、本件条例は、一義的には、名誉毀損的、脅迫的な表現を規制するという趣旨の条例であり、2条1項1号にあるような、確実に発生するとはいえない「害悪」を理由に規制する条例ではないのではない。これは、大阪市人権施策推進審議会による、目的規定が控除的なものであるという理解とも整合する。

「音」と「言論」の区別からすると、条例ヘイトスピーチをどう性格づけられるか。一方では、名誉毀損的表現や脅迫的表現は、表現であるからこそ、傷つけられるのであり、この点を捉えれば、「言論」の思考に基づく規制だといえそうである。他方で、特定人等が条例ヘイトスピーチに「説得される」と捉えることには違和感もある。特定人等とそれらの表現の関係は中立ではなく、排除したいものであるはずであり、このように考えれば「音」の思考に基づく規制だとも考えられる。ではどう考えるかであるが、「音」の思考が働いていた大阪市営地下鉄事件の伊藤正己補足意見が、「受け手」の心の静穏を乱すことに着目していることに、考察の手掛かりを求めたい。つまり、「音」の場合は心の静穏が

乱されたことが問題の本質なのであり、本来的には、実際に表現を受領するという意味で「受け手」になっていることは不要であるとさえいえる²³⁾。名誉毀損的表現も、脅迫的表現も、もちろん自らがそれを聞くことによって「害悪」が生じるという側面もあるが、それを「言論」として受け取る第三者がいるという事実によって心の静穏が乱されているといえよう。そうすると、2号に規定する内容・態様の表現については、特定人等が「受け手」となりうることは本質ではないから、「言論」の思考というよりも、「音」の思考が働いているといえるだろう。

(2) 本判決の解釈

これに対して、本判決は本件条例をどのように解釈したといえるか。

本判決は、不特定多数に対する条例ヘイトスピーチも、「人種又は民族に係る特定の属性を理由として特定人等を社会から排除すること等の不当な目的をもって公然と行われるものであって、その内容又は態様において、殊更に当該人種若しくは民族に属する者に対する差別の意識、憎悪等を誘発し若しくは助長するようなものであるか、又はその者の生命、身体等に危害を加えるといった犯罪行為を扇動するようなものである」といえるから、これを抑止する必要性が高いことによりはならないというべき」とした（傍点は筆者による）。これはつまり、本件条例上で「目的」として念頭に置かれていた「害悪」を、「内容」・「態様」としており、「目的」と「内容」・「態様」の区別を解消している。その結果、「目的」という語の、「実現するか否かはわからない」というニュアンスは後退し、そのような「内容」・「態様」の表現であるという現在の性質として捉えられる。

個々の「受け手」に定位した視点から本判決の判示を解釈すると、以下のように評価できる。本判決のように、条例ヘイトスピーチを憎悪煽動的・犯罪煽動的な表現だと捉えた場合、本件条例は「音」の思考に基づく規制とは言いづらくなる。規制の根拠が、特定人

23) 「音」の思考は privacy の利益と関わり、「言論」の思考は public な利益と関わるといえる（蟻川・前掲注5)108-109頁, 113頁の表現による）。

等の心の静穏が乱されるという「害悪」ではないからである。そうすると、いかなる理由で規制が許されることになるかが問題となる。(1)私見で述べた通り、憎悪や犯罪を煽動する内容だとしても、「受け手」が実際にそのような判断をして憎悪を持ったり、犯罪行為をしたりするかはわからない。そのため、「言論」の思考から、「受け手」の自律的な判断が困難になる事情があれば正当化できるが、そうでなければ、「受け手」の自律的な判断の余地を残すべき、つまり規制はできないということになる。しかし、本判決では、判断が困難になる事情が特に論証されておらず、はたして規制が正当化されるのが問題となる。私見からすれば、本件条例はこの問題をクリアしていたが、本判決のように解釈すると問題として再浮上するように思われる。もっとも、判例上は、「音」の思考に基づく規制ではないのに、「言論」の思考からも説明できない規制が認められてきた。次はそのような表現類型について検討したい。

5 社会という「受け手」

判例上、「音」の思考に基づく規制ではなく、かつ自律的な個人像と整合しないのに合憲とされている例がある。まず、わいせつ表現である。判例においては、わいせつ表現については、それを嫌がる者がいるという立法事実による規制ではなく、性秩序・性道德の維持に根拠が求められてきた²⁴⁾。しかし、自律的な個人を想定すれば、社会の性道德が墮落するとは直ちには言えないはずである。

煽動表現も同様である。例えば破壊活動防止法は、「公共の安全の確保に寄与すること」を目的とする(1条)。「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対す

る目的をもつて、刑法第八条、第九十九条第一項、第一百七条第一項前段、第二百六条第一項若しくは第二項、第九十九条若しくは第二百三十六条第一項の罪の予備、陰謀若しくは教唆をなし、又はこれらの罪を実行させる目的をもつてするその罪のせん動をなした者は、五年以下の懲役又は禁こに処する」(39条)とされ、殺人をせん動することも処罰対象とされているが、1条及び他に列举されている刑法上の罪が社会的法益を保護法益とする罪であることに鑑みれば、あくまで公共の安全の保護が目的ということになる。判例²⁵⁾も、「右のようなせん動〔文脈から、「破壊活動防止法三九条及び四〇条のせん動」と解す以外にない〕は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ない」(括弧内は筆者によるもの)とし、殺人罪といった個人的法益を侵害する罪のせん動を、社会的法益を侵害する罪のせん動と区別せず、一体的に「公共の安全を脅かす……犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為」と捉えている。

これらは、個々の「受け手」に還元できない「害悪」をもたらす表現と捉えられている。表現によって、直ちに社会全体に「害悪」が発生すると考えるということである。「音」と「言論」の概念を用いて表現すれば、社会全体が「受け手」であり、社会にとって排除したい「音」となっている、ともいいうる²⁶⁾。

以上の通り、個人の「受け手」概念を媒介にして分析しづらい表現類型が存在するといえる²⁷⁾。「害悪」発生メカニズムを細かく

24) 「チャタレー夫人の恋人」事件最高裁判決(最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁)。

25) 最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁。

26) わいせつ物頒布罪(175条)の罪質につき、「公衆の性的感情に対する侵害を罪質とする社会的法益に対する罪に属するものであることは疑いがなく」とする説明がある(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第9巻〔第174条～第192条〕(第3版)』4頁〔亀山継夫＝河村博〕(青林書院, 2013))。これは公衆を一個の主体と捉えて、その性的感情を侵害する罪と捉えているということであろう。

27) もっとも、社会的法益の侵害が問題になっていても、自律的な「受け手」を想定し、「害悪」の発生メカニズムを具体的に明らかにする判例もある。「宮本から君へ」事件最高裁判決(最判令和5年11月17日民集77巻8号2070頁)はその一つである。薬物犯罪を行った者が出演する映画への助成金の支出が、薬物犯罪を増加させか

分析せずに、社会にとって「害悪」が生じているとすることは批判もありうる²⁸⁾が、本稿は判例法理の批判を行うのではなく、その前の段階として、本判決の位置付けの再検討を行いたい。

6 再考

以上の考察を踏まえて本判決を捉え直そうとすれば、本判決も、本件条例を、社会的法益の侵害を理由とした規制だと考えていると整理できる²⁹⁾。そのように考える根拠は、一つには煽動罪の性質にある。すでに述べたように、本判決は、不特定多数の人々に対する条例ヘイトスピーチにつき、内容・態様の点で憎悪煽動・犯罪煽動として認識している。煽動罪の特徴として、被煽動者の実行行為を俟たずとも成立する点が挙げられる³⁰⁾。これは、煽動表現が社会に現れた時点で処罰根拠となる「害悪」が発生しているとしていると解することができる。その構造はヘイトスピーチにおいても同様のものを見出すことができるだろう。私見からすれば、本件条例

においては、煽動表現を規制する側面は重視すべきでないと考えているが、本判決が行ったように、煽動表現規制の側面を強調するならば、社会的法益の侵害を理由にした規制と説明することが容易になる。

本判決が本件条例を社会的法益の侵害を理由にした規制だと捉えていると考えられる根拠をさらに見出せるとすれば、それは、本判決が、本件条例の目的を、「差別助長の防止」といった「大目的」ではなく、「条例ヘイトスピーチの抑止」という「小目的」に置いている点である³¹⁾。これは、本判決が、条例ヘイトスピーチが発信された時点ですでに社会にとって「害悪」が生じており、本件条例はその「害悪」を防止することを目的としている、という理解を採っているのだと解される。

IV. 結

本稿の内容をまとめたい。本稿は、「受け手」に定位した視点から本判決を分析することを目的としていた。そのために、まずは個

ねないことが問題とされた。この事件では、薬物犯罪の抑止という社会的法益の保護が念頭に置かれていたといえる。それでも、最高裁は、「本件出演者〔コカインを使用したとして麻薬取締法違反の罪により有罪判決が確定した出演者〕が本件助成金の交付により直接利益を受ける立場にあるとはいえないこと等からすれば、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付したからといって、被上告人が上記のような「国は薬物犯罪に寛容である」というメッセージを発したと受け取られるなどということ自体、本件出演者の知名度や演ずる役の重要性にかかわらず、にわかに想定し難い上、これにより直ちに薬物に対する許容的な態度が一般に広まり薬物を使用する者等が増加するという根拠も見当たらないから、薬物乱用の防止という公益が害される具体的な危険があるとはいえない」とし、薬物犯罪が増加するという想定を退けている（括弧内は筆者によるもの）。意図した表現ではないという点で、「低価値表現」と異なる点もあるが、社会的法益が問題となっているからといって、一概に、個人の「受け手」を観念できないわけではないことを示しているといえる。

28) 「明白かつ現在の危険」や「ブランデンバーク法理」のように、「害悪」が発生する高度の蓋然性を要求する思考は、まさにこのような批判を行うものといえる。

29) 中曾久雄「判批」判評 774 号（判時 2560 号）104 頁、106 頁（2023）は、本判決が「その者の生命、身体等に危害を加えるといった犯罪行為を扇動するようなものである」とした点では個人的法益を問題にし、「殊更に当該人種若しくは民族に属する者に対する差別的意識、憎悪等を誘発し若しくは助長するようなもの」とした点を社会的法益の問題と捉えている。そのような理解も成り立たないわけではないが、「害悪」の蓋然性の論証をしていないことについて、すでに「害悪」が生じているからその論証をしないという説明が可能になるという点で、両者とも包含して社会的法益の侵害を問題にしていると解したい。

30) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』425-426 頁（有斐閣，2000）、高橋和之『人権研究 1 表現の自由』67 頁（有斐閣，2022）など。破壊活動防止法上の煽動処罰について、大塚仁『特別刑法』52 頁（有斐閣，1959）。条文上も、「この法律で『せん動』とは、特定の行為を実行させる目的をもって、文書若しくは図画又は言動により、人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えることをいう」（破壊活動防止法 4 条 2 項）とされており、実行行為があったことを要求していないと解される。

31) 本件条例の目的の認定の特徴については、今野周「判批」法協 140 巻 10 号 1407 頁、1426-1431 頁（2023）が指摘していた。「大目的」「小目的」という用語も、同論文 1428-1429 頁によるものである。

人の「受け手」を想定し、「音」と「言論」の概念を導入した。私見では、本件条例は、個人的法益（もしくは「集団的法益」）の保護を目的とした、個人的な「受け手」の存在を前提にした、「音」の思考に基づく規制であるが、本判決は、社会的法益の保護を目的とした規制と捉えていると解される。このように、ヘイトスピーチの「害悪」を「受け手」との関係から具体的に分析する試みはこれまでほとんどなかった³²⁾ため、この点に本稿の意義があるのではないかと考えている。

本稿の課題は、社会的法益を保護する規制と個々の「受け手」の関係を明確にできなかったことにある。判例法理の現時点での理解としては、①「送り手」が故意に発した危険な表現に対しては「受け手」を想定することなく規制を簡単に合憲とし、他方で、②「送り手」が「害悪」の発生を意図せずに発した表現については、「受け手」を考慮したような判断がなされる、という準則があるのではないかと想定している。①の例は、前述したわいせつ表現や煽動表現、さらに、公務員の政治活動規制に関する判例群³³⁾であり、②の例は、よど号ハイジャック記事抹消事件最高裁判決や、「宮本から君へ」事件最高裁判決である。今後は、社会的法益が問題となる中で、なお個々の「受け手」を観念できる条

件を探りたい。

* 謝辞

本稿の内容は、筆者が2024年1月に東京大学法学部政治学研究科に提出したリサーチペーパーと、2023年度Aセメスター情報法演習での発表に基づいている。そのため、リサーチペーパーの指導教官であり、上記演習を開講された宍戸常寿先生のご支援がなければ、本稿はありえなかった。とりわけ、リサーチペーパーの口述試験で先生からいただいた質問に対する回答を考えたことが、本稿を執筆する重要なきっかけとなった。また、このように、先生から、答えをお示しいただくのではなく、むしろ質問を尋ねられるというご指導を受けたことで、自ら考える姿勢を学んだと感じている。先生にはこの場をお借りして改めて感謝を申し上げたい。もっとも、本稿の全ての問題点の責めは筆者のみが負う。

(さわだ・こうへい)

32) 例外的に、「受け手」の自律の保障という観点からヘイトスピーチ規制を論じる研究として、小泉良幸「表現の自由の「変容」——ヘイトスピーチ規制をめぐる」公法78号94頁(2016)が挙げられる。小泉も、スキャンロンの見解を参照し、「受け手」の自律を保障する立場から、ヘイトスピーチ規制に対し、消極的な見解を示す(同論文99-100頁)。もっとも、個別の「害悪」を「受け手」との関係で整理するという手法は採っていない。

ジェレミー・ウォルドロンが、ヘイトスピーチをコミュニケーションの手段として捉えるのではなく、それが存在すること自体によって「安心」が損なわれるとして、いわば言語行為論的に扱っていることは、ヘイトスピーチを「音」として扱う考え方と通底するところがあるといえよう。「ヘイト・スピーチは、私たちがお互いのために供給しようと努める安心の感覚、個人の尊厳の社会的な支えを構成する安心の感覚を、消散させることを狙いとする。ヘイト・スピーチがこの側面で行うことは、大部分遂行的である」(傍点筆者。ジェレミー・ウォルドロン(谷澤正嗣＝川岸令和訳)『ヘイト・スピーチという危害』199頁(みすず書房, 2015))。ウォルドロンが社会的法益の侵害として主張していると整理してよいかは——他の論者がウォルドロンの見解をそのように位置づけている(例えば、那須・前掲注16)490頁は社会的法益の侵害を「害悪」とする日本の論者が、ウォルドロンの見解を参照しているとする)ことは承知の上で——まだ検討段階である。ウォルドロンは、ヘイトスピーチを、「集団に対する文書名誉毀損」として捉えるべきだと主張する。そのような文脈の中で、文書名誉毀損が刑法の規律対象となる理由として、名誉毀損を処罰することには、治安を維持するという利益だけでなく、社会における地位を保護するという利益もあり、後者も公共の秩序の問題だとしている(ウォルドロン・55-56頁)。後者の利益は、わいせつ表現規制や煽動表現規制と質的に異なる(これらの規制の保護法益はむしろ前者に近いように思われる)ため、わいせつ表現規制や煽動表現規制における保護法益と同じような意味で、社会的法益に当たるとしてよいのか、疑問がある。

33) 公務員の政治活動については、「行政の政治的中立性に対する国民の信頼」が問題とされる(例えば、猿払事件最高裁判決(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁))。行政の中立性に対する国民の信頼も、個々の「受け手」に還元できない法益ということができよう。

論説

医療 AI と医師法 17 条

——いかなる AI の利用に医師免許を要求するか——

2022 年 4 月入学

平山貴仁

I. はじめに

II. 医療 AI について

- 1 医療 AI の概要と利用例
- 2 本稿の対象とする AI

III. 「医業」の意義

- 1 医業独占規定とは
 - (1) 沿革
 - (2) 議論の前提
- 2 従前の解釈論
- 3 タトゥー事件
 - (1) 辰井論文
 - (2) 裁判所の判断
 - (3) タトゥー事件以降の学説状況
 - a いわゆる美容医療について
 - b 医療関連性の内実に関する 3 つの構成
 - c 各構成の問題点
 - (a) 行為類型関連構成・包括一体構成
 - (b) 危険関連構成
- 4 私見
 - (1) 医療関連性について
 - (2) 新・危険関連構成

IV. 小括

V. 判断支援型 AI の利用

- 1 検討にあたって
- 2 医療関係者による診断支援 AI の利用
 - (1) 「診断」概念の重層性
 - (2) いかに考えるべきか
 - a 一般内科外来の支援としての利用
 - b 病理診断の現状と役割分担
 - c 病理診断支援 AI の医行為論
- 3 一般人による判断支援型 AI の利用
 - (1) 何を問題とすべきか
 - (2) 家庭向けアプリケーション
 - (3) 治療用アプリケーション

VI. おわりに

I. はじめに

医師国家試験を生成 AI (Artificial Intelligence) の代表例である ChatGPT に解かせたところ、正答率が合格ラインを超えたとの研究結果¹⁾が近年発表された。こういった技術の登場によって、AI は、単に既存の知識を検索して結果を出力するだけでなく、人間のように文書や絵画などを生成したり複雑な知識を組み合わせる問題解決モデルを創造したりすることが可能になるため、弁護士²⁾や医師といった専門職を支援する強力な武器

1) 枝松佑樹「チャット GPT, 医師試験『合格』ラインに 致命的な誤答も『診断・診療は不向き』研究チームが論文」朝日新聞朝刊東京本社版 2023 年 7 月 12 日, 22 面。

2) 米国において、訴訟準備書面を ChatGPT で作成したために実在しない判例を記載してしまった弁護士が制裁金を課されるという事案も発生している (寺口亮一「AI 偽判例 弁護士制裁」読売新聞全国版東京朝刊 2023 年 6

となると同時に、これらの資格の専門性を脅かす諸刃の剣となっている。

それでは、このようにAIを利用して、患者が特定の疾患に罹患しているのかといった判断や医学的対応を採用することは、医師以外の者であっても行いうるのか。厚労省の通知³⁾（以下、本稿では「平成30年通知」と言う。）によれば、「人工知能（AI）を用いた診断・治療支援を行うプログラムを利用して診療を行う場合についても、診断、治療等を行う主体は医師であり、医師はその最終的な判断の責任を負うこととなり、当該診療は医師法（昭和23年法律第201号）第17条⁴⁾の医業として行われる」と整理された。しかしながら、平成30年通知は、いかなる根拠で上記整理がなされたかが明確ではなく、医師法17条の法的解釈としては未だ不十分な点がある。また、この通知によれば、AIによる診療支援プログラムの利用は医師以外には認められないことになるが、非医師による診断支援AIの利用を一般的に封じるという結論には検討の余地がある。

そこで本稿は、いかなる医療AIを利用する行為が、医師法17条において医師が業として行うことを独占するとされる「医行為」に該当するかという点について検討する。まず、Ⅱにおいて、医療AIの全体像を概観した上で、本稿が検討対象とする医療AIの種類を大まかに示す。Ⅲでは、医師法17条における「医業」の解釈論のうち、特に医行為とは何かという法解釈論について、学説の転換点となった最高裁判例を軸に据えて検討しつつ、私見を述べる。Ⅳの小括で整理を行っ

たのち、Ⅴにおいては、具体的に医療AIを利用する場面を詳らかにした上で、医行為論の検討結果をもとに、これらのAI利用行為が医行為に該当するのか、分析する。

Ⅱ. 医療AIについて

1 医療AIの概要と利用例

診療や訪問介護、製薬など、医療・介護の各分野において、AIの利活用は積極的に進められている。患者の状態を把握しビッグデータをもとにいかなる疾患に罹患しているかを判断したり、手術中の医師の手術・手技を支援したりと、AIの医療分野での活躍の幅は広い。そのため、医療AIを利用する行為の医行為性を論ずる際には、いかなる分野を担うAIを議論の対象としているかをまず明らかにする必要がある。そこで、本稿の議論の前提として、まず医療AIの概要を示し、議論の対象となるAIの位置付けを示すこととする。

医療AIに関する出版物や論文は近年多く発表されており⁵⁾、その分類方法は論者によって様々である⁶⁾。ここでは、近年の米村による分類⁷⁾をもとに議論を進める⁸⁾。それによると、第一に、「判断支援型AI」、すなわち、人間の判断を支援するための情報提供を行うタイプのAI群が存在する。これは例えば、現実を得られた検査結果等について、異常所見等の存否や適切な健康管理のあり方を示すものである。判断支援型AIにも医師等の医療従事者の専門的判断を補助する

月24日、9面)。

3) 厚生労働省医政局医事課長平成30年12月19日医政医発1219第1号「人工知能（AI）を用いた診断、治療等の支援を行うプログラムの利用と医師法第17条の規定との関係について」。

4) 医師法17条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない。」と規定する。

5) 小林泰之ほか編集『サクッとわかる医療AI』（シービーアール、2022）は、機械学習や深層学習、畳み込みニューラルネットワークなど、本稿が検討の対象とする判断支援型AIの根幹となるシステムの基礎について説明する。

6) 例えば、小西知世「医療AI（人工知能）の問題群像——病理診断支援AIを手がかりに——」法律論叢95巻2・3合併号83頁70（2022）は、手術用ロボットと医療AIを当面は区別して論ずる必要があるとしている（ただし、この議論はAIによる自動制御がなされていない手術用ロボットを念頭においている点に注意）。

7) 米村滋人「AI機器使用の不法行為における過失判断——医療・介護分野での責任判断を契機に」法時94巻9号48-53頁（2022）。

8) 近年では新たな疾患分類の探索にAIが用いられる例もあるなど、上述の分類にとどまらない発展の可能性が示されている点には注意が必要である。

ことを目的とするものと、患者等の一般人の判断を補助することを目的とするものとがある⁹⁾。前者の例としては、CT や MRI などの検査結果の読影を代替するものがあり、後者の例としては、利用者に健康状態に関するデータや症状を入力・選択させ、それをもとに健康管理に関する情報の提供や受診するべき診療科をアドバイスするものがある。

第二に、「直接動作型 AI」，すなわち，ロボットに AI が組み込まれ，通常は人間が行う動作を AI の指示をうけたロボットが代替または補助するタイプの AI 群が存在する。この代表格が手術用ロボットである Da Vinci である。「直接動作型 AI」も，Da Vinci のように医師等の医療従事者の手術・手技等の代替・補助を目的とするものと，患者や家族といった一般人の動作の代替・補助が主目的となるものとに分かれる。後者の例としては，介護用ロボットが挙げられ，筋肉の機能が低下した要介護者の動きを補助するものや，介護者に装着して介護者の作業を補助するものなどが存在する。AI を搭載することで，過去の利用者の動きにあわせた危険予測や動作の修正を行うことが可能になり，より安全な利用に適した動作の制御が期待される。

特に判断支援型 AI に関しては，国内外で飛躍的な発展¹⁰⁾を見せている。2017 年に皮膚科医と同等以上の診断精度を達成したという AI が発表されると，2018 年には，FDA（米国食品医薬品局）は眼底写真における糖尿病網膜症の自動診断（automated detection）の自律型 AI システムについて初めて承認を行った。このシステムは，世界初の「画像や結果の解釈を医師に依存しない自律型の AI システム」として話題となった。国内の例では，超拡大内視鏡画像における大腸病変の腫

瘍と非腫瘍の判別支援を行う AI 機器が日本で初めて「医薬品，医療機器等の品質，有効性及び安全性の確保等に関する法律」（薬機法）上の承認を受け，その後も様々な種類の AI を活用した医療機器が日本で承認を受けている¹¹⁾。

2 本稿の対象とする AI

判断支援型 AI の活用に対する国内の期待は高い。厚生労働省の「保健医療分野における AI 活用推進懇談会」とその報告書¹²⁾において，「AI 開発を進めるべき重点領域」である①ゲノム医療，②画像診断支援，③診断・治療支援，④医薬品開発，⑤介護・認知症，⑥手術支援の 6 領域のうち判断支援型 AI である②と③はいずれも「AI の実用化が比較的早いと考えられる領域」とされている。

日本国内に設置されている CT・MRI の数は他の先進国と比較して突出して多く，影像回数も同様に多い一方で，放射線科専門医は比較的少ないため，放射線科専門医 1 人あたりの読影数が多いことが専門医への負担となっている。へき地においては専門医の不足は顕著であり，読影レポートの作成の遅れが救急医療等の場面では大きな問題となっていた¹³⁾。近年の CT 技術の進歩により撮影スライス幅が薄くなると，その分処理すべき画像も増えるため，画像診断の効率化のために AI を活用する必要性が高まっている¹⁴⁾。

このように，判断支援型 AI は，医師の判断の補助・支援を行う点で医師の負担を軽減させうるものであり，早期の実用化への期待も高い。医師の負担軽減という観点では，その AI を利用することが医師以外であっても

9) 後述する V の 2 と 3 は，それぞれこの 2 類型の前者と後者に大まかに対応している。

10) 病理 AI に関する文献数の加速度的増加について，坂無英徳「病理組織診断で活用される深層学習」医学のあゆみ 277 巻 6 号 485-486 頁（2021）。

11) AI 白書編集委員会編『AI 白書 2023 生成 AI のインパクトと AI ガバナンス』334-335 頁（KADOKAWA, 2023）。

12) 保健医療分野における AI 活用推進懇談会「保健医療分野における AI 活用推進懇談会報告書」（2017 年 6 月）（<https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-10601000-Daijinkanboukouseikagakuka-Kouseikagakuka/0000169230.pdf>, 2023 年 11 月 29 日最終閲覧）。

13) 米村・前掲注 7)49 頁注 4。

14) 保健医療分野における AI 活用推進懇談会・前掲注 12)8-9 頁。

可能であるのか、という問題提起は極めて重要である。それにもかかわらず、いかなる判断支援型 AI の利用が医師に独占されるのかという法的論点に関する議論は十分に尽くされていない¹⁵⁾。

また、平成 30 年通知を引用して医師法 17 条に言及する文献のなかには、医療 AI の利用に関する損害賠償などの法的責任の所在を明らかにする目的で検討するものが多い¹⁶⁾。しかし、同条は医療行政法に位置付けられる規律であり、私法上の損害賠償責任の所在に関するものではない。たしかに両者の問題は密接に関連しているものの、損害賠償責任の所在を問題とする前提として、そもそも医療 AI を用いることが許される者は誰か、すなわち医師法 17 条の解釈論を通じた医療 AI の利用主体に関する議論の帰結を先に得る必要があると考えられる¹⁷⁾。このように、医事法学は早急に医師法 17 条の趣旨に基づいた検討を行う必要がある。

そこで、本稿では、検討対象を判断支援型 AI の利用行為に絞り、これを業として行うことが医師法上の医業に該当するかという問題に関する議論を進めることとする。

Ⅲ. 「医業」の意義

1 医業独占規定とは

(1) 沿革

医業を医師に独占させる医業独占規定の沿革¹⁸⁾は、明治初期の刑法典にまで遡る。旧刑法（明治 13 年太政官布告第 36 号）第 6 節「私ニ医業ヲ為ス罪」において、「官許ヲ得スシテ医業ヲ為シタル者ハ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」（256 条）と規定されていた¹⁹⁾。その後、旧医師法（明治 39 年法律第 47 号）11 条に「免許ヲ受ケスシテ医業ヲ為シタル者、停止中医業ヲ為シタル者……ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」という条文が規定された²⁰⁾ことから、旧刑法に対して旧医師法が特別法の関係に立ち、その後は同条が医業独占規定としての役割を担うこととなる。すでに旧刑法において「医業」という用語が用いられ、無免許医業に対する摘発も行われていることから、旧刑法時代における裁判例での「医業」の解釈も参考となる。

その後、現行の医師法では「医師でなければ、医業をなしてはならない。」（17 条）と直接的に医業独占を示す文言となり²¹⁾、こ

15) この論点の存在に言及する文献としては、米村・前掲注 7)49-50 頁、藤田卓仙「AI 医療に対応したこれからの医療におけるデータの法制度」先進医療フォーラム編『先進医療 navigator 医療と AI 最前線』78 頁（2022）、樋笠知恵「医療における AI と法的問題」千葉商大論叢 58 巻 2 号 255-272 頁（2020）、松尾剛行「健康医療分野における AI の民刑事責任に関する検討——AI 画像診断（支援）システムを中心に——」Law&Practice13 号 151 頁、161-163 頁（2019）、板倉陽一郎「画像診断支援 AI と個人情報、セキュリティ、倫理」井川房夫＝藤田広志編著『これだけでわかる！医療 AI』190 頁（中央医学社、2021）、加藤浩晃「医療 AI の普及」同編著『デジタルヘルストrend 2023——最先端を走る 135 社が描く「医療 4.0」の現在形』18-19 頁（メディカ出版、2023）、白石友行「AI の時代と不法行為法」千葉大学法学論集 37 巻 3 号 1 頁、10 頁注 11（2022）がある。しかし、多くが医療 AI にまつわる法的問題の一つとして紹介するにとどまり、実質的な検討がなされているものは少ない。

16) 坂倉陽一郎「医療 AI と法律」医学のあゆみ 274 巻 9 号 913-918 頁（2020）、猪俣武範「AI による医療の責任は誰が負うのか？」日本医事新報 4999 号 62-63 頁（2020）など。

17) したがって、医療 AI の利用が医業であるか否かと AI を利用した際の責任の所在とは完全に同一の問題ではなく、本稿も後者について言及するものではないことに注意が必要である。

18) 「医行為」の解釈論を含め、医業独占規定の沿革に詳しい文献として、小西知世「医行為論序論——これからの検討の礎石として」いほうの会編『医と法の邂逅 第 2 集』3 頁以下（尚学社、2015）を参照した。

19) 旧医師法施行前の一般的な医事法規定であった医制（明治 7 年文部省達）は、「開業免許ヲ所持セスシテ病客ニ処方書ヲ与エ手術ヲ施スモノハ科ノ輕重ニ応シテ其ノ処分アルヘシ」（40 条）と規定しており、旧刑法 256 条はこの罰則規定として機能していた（真田秀夫「判例にあらわれた『医業』の概念について」順天堂医学雑誌 7 巻 Supplement1 号 774-791 頁、777 頁注 1（1961））。この関係から、同条における「医業」に関しては、主に処方箋の発行と手術の実施が念頭に置かれていたことが読み取れる。

20) 昭和 8 年、同条は改正され、処罰対象が「免許を受けずして医業を為したる者」となるとともに、懲役刑が新たに刑罰に加わった。

21) その間、国民医療法 8 条が直接に医行為独占を規定する文言として導入された（小西・前掲注 18)34 頁）。

れに違反した者には、「三年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金」(31 条) という刑事罰によって対処することとされた。

医師法 17 条の医業独占が、医師に業務を独占する特権的地位ないし権利まで認めたものが問題になりうるが、無資格者の医行為は国民の生命・健康にとって危険であり、同条はそれを防止する趣旨にあるのであるから、医師が業務を独占しうことは反射的利益にすぎず、権利とまで解する必要はない²²⁾。

(2) 議論の前提

「医業」の意義については、これを「医行為を業として行うこと」と解して、「医行為」と「業」のそれぞれの要件について解釈を行うことが一般的である。

旧医師法における「医業」解釈の最初のケースとされるのが、大判明治 39 年 11 月 9 日刑録 12 輯 24 巻 1219 頁である²³⁾。大審院は、「私為医業ノ犯罪ハ患者ノ診察其投薬施術並ニ薬価ノ徴収等ヲ以テ業ト為スニ因リ成立ス」と述べ、医業の内容の解釈を試みた。ただ、全ての診察・投薬・施術行為が該当するのか、「業」の意義は何か(営利目的を要するか等)といった点については明らかでなかった。

同判決後の大審院は、「業」の意義について、営業目的や常業目的、生活資料獲得行為の反復など複数の解釈を示す時期を迎えたが、大判大正 5 年 2 月 5 日刑録 22 輯 2 巻 109 頁が「医業トハ反覆継続ノ意思ヲ以テ医行為ニ従事スル」ことであると判示して、反復継続意思説がその後も最高裁判所において用いられ、現在の判例かつ通説となっている²⁴⁾。

それでは、「医行為」とは何をさすのであろうか。本稿は、まさにこの論点(医行為該

当性)についての議論であるが、本論点に関する論説は以下のとおり混迷を極めている。

2 従前の解釈論

現行医師法となってから医行為に関して最高裁が判断を示したものとして、最判昭和 30 年 5 月 24 日刑集 9 巻 7 号 1093 頁がある。本件は、医師でないのに聴診、触診、指圧を行った被告人の行為の医行為性が問題となった。

原審(大阪高判昭和 28 年 5 月 21 日刑集 9 巻 7 号 1098 頁)は「医行為とは人の疾病の治療を目的とし医学の専門知識を基礎とする経験と技能とを用いて、診断、薬剤の処方又は外科的手術を行うことを内容とするものを指称し、等しく人の疾病の治療を目的とするもの」としている。そして、事実の評価にあたって、「医師でない、医学上の知識と技能とを有しない者がみだりにこれを行うときは生理上の危険があり」と述べ、その危険性に着目した評価を行っている。最高裁は、「被告人の行為は、……、聴診、触診、指圧等の方法によるもので、医学上の知識と技能を有しない者がみだりにこれを行うときは生理上危険がある程度に達していることがうかがわれ、このような場合にはこれを医行為と認めるのを相当」としている。

最判昭和 30 年の判示は、「医学上の知識と技能を有しない者がみだりにこれを行うときは生理上危険がある」ことが「医行為」であるかのようにも読める。しかし、当該箇所は、あくまで事実に対する評価として原審が用いた文言を引用しているにすぎず、これが医行為の判断の一般的基準として採用されたものとは断言できない²⁵⁾。

それにもかかわらず、この文言に触発され

22) 小松進「医師法」平野龍一＝佐々木史郎＝藤永幸治編『注解特別刑法第 5 巻 医事・薬事編』34 頁(青林書院新社, 1983)。

23) 旧刑法適用の裁判例としては、無免許の者を「代診」として遣わした事案が問題となったものとして、大審明治 20 年 5 月 19 日刑録明治 20 年分 124 頁がある。

24) 山中敬一『医事刑法概論 I 序論・医療過誤』81-82 頁(成文堂, 2014)。

25) 寺尾正二「判解」最判解刑事昭和 30 年度 177 頁では、「一般に医行為とは判例もいうように、主観的には人の疾病治療を目的とすること、客観的には医学の専門知識を基礎とする経験と技能を用いて診断、処方、投薬、外科的手術等の治療行為の一つもしくはそれ以上を行うこと」とする。最判昭和 30 年は、原審の一般論とは異なる基準を採用しているわけではないのである。

て²⁶⁾、行政解釈が動く。「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」を医行為とする解釈²⁷⁾が示され、以降現在に至るまで、この解釈が厚労省の通達では繰り返し援用されることとなる。

最高裁は、平成9年にはコンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱を医行為とする²⁸⁾など、典型的な医療行為とはいえない行為についても医行為該当性を認め、医師法17条の規律対象を拡大する傾向にあった。

3 タトゥー事件

そのような中で問題となったのが、いわゆる「彫り師」と呼ばれる人々がタトゥー²⁹⁾をいれる行為について、医師法17条違反が問われた一連の事件³⁰⁾である。被告人は、医師でないのに、業として、針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入する医行

為を行い、もって医業をなした、として起訴された³¹⁾。

(1) 辰井論文

「彫り師」の摘発を契機³²⁾として、医師法17条の解釈論において大きな転換点となったのが、辰井聡子の論文³³⁾である。辰井は、これまでの最高裁及び下級審の裁判例のほとんどは、問題となった行為が医療的な行為であることを前提としているのであって、判例の立場は、「医学上の知識と技能を有しない者がみだりにこれを行うときは生理上危険がある程度に達していること」に加えて「疾病の治療、予防等の目的に資する行為であること」(辰井は「医」領域性と呼称する)を求めている³⁴⁾、とする。

また、医師法の総則たる1条³⁵⁾によれば、免許制度等を通じて「医療・保健指導」を高いレベルに維持することが医師法における医業独占の目的であり、これをもって国民の健康な生活を確保しようとしているのであるから、医師法17条の構成要件は、まず、医師

26) 佐伯仁志「判批」甲斐克則＝手嶋豊編『医事法判例百選(第3版)』5頁(2022)。

27) 警視庁防犯部麻薬課長あて厚生省医務局医事課長回答昭和39年6月18日医事44号「医師法第17条の疑義について」など。

28) 最判平成9年9月30日刑集51巻8号671頁。ただし、医行為とは何かの判断基準を具体的に示すことは行われていない。このように、現行医師法下において、最高裁は「医行為」の意義をはっきり示すことには消極的であり、原審の判断を是認するという手法が取られることが多々あった。

29) ここでは、最高裁の判断対象となっていることや、のちにアートメイクとの比較を行うこととの関係で、「イレズミ」「刺青」などではなく「タトゥー」という呼称を用いる。学説においても、一連の裁判例を批評する際には「タトゥー」を用いることが多い。

30) 弁護人による弁護活動の詳しい記録として、城水信成「タトゥー施術は『医行為』ではない」刑事弁護99号81-86頁(2019)、亀石倫子＝川上博之「タトゥー彫り師医師法違反事件の弁護活動」小山剛＝新井誠編『イレズミと法』242頁(尚学社、2020)。

31) タトゥー事件の評釈について、最高裁決定の評釈としては、仲道祐樹「判批」ジュリ1580号146頁(2023)、佐伯・前掲注26)、武藤眞朗「判批」医事法研究4号125頁(2022)、川崎友巳「判批」同志社法学74巻2号155頁(2022)、常森裕介「判批」早稲田法学97巻1号79頁(2021)、河嶋春菜「判批」速判解28号新・判例解説Watch31頁(2021)、甲斐克則「判批」重判令和2年度(ジュリ臨増1557号)130頁(2021)、米村滋人「判批」判例秘書ジャーナル文献番号HJ200046(2023)、三重野雄太郎「判批」佛教大学社会学部論集72号81頁(2021)、神馬幸一「判批」獨協法学117号193頁(2022)、山崎皓介「判批」北大70巻6号(2020)、新井誠「判批」WLJ判例コラム臨時号214号1頁(2020)、小谷昌子「判批」民事判例22号122頁(2020)など。高裁判決の評釈としては、前田雅英「判批」捜査研究825号16頁(2019)、小野晃正「判批」摂南法学56号10頁(2019)、天田悠「判批」刑ジャ60号176-183頁(2019)、浅田和茂「判批」速判解26号新・判例解説Watch183-186頁(2020)、松宮孝明「判批」季刊刑事弁護99号87-92頁(2019)など。

32) 亀石＝川上・前掲注30)254頁、辰井聡子ほか「タトゥー施術は医行為か」刑事弁護107号51頁〔辰井発言〕(2021)。

33) 辰井聡子「医行為概念の検討 タトゥーを彫る行為は医行為か」立教法学97号253-285頁(2018)。被告人の、針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入する行為を「医行為」とする第一審判決後に発表された。

34) 辰井・前掲注33)277頁。

35) 医師法1条「医師は、医療及び保健指導を掌ることによつて公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保するものとする。」

の責務である「医療及び保健指導」を侵す行為でなければならない³⁶⁾。

したがって、辰井によれば、「医行為」とは、「医療及び保健指導」に属する行為（広義の医行為）の中で、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が及ぶおそれのある行為（狭義の医行為）である。この見解からは、タトゥーを彫る行為は、前者の「医療及び保健指導」に属するという要件を満たさないので「医行為」にあたらないと主張される³⁷⁾。

(2) 裁判所の判断

大阪高裁³⁸⁾は、「保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であっても、医療及び保健指導と関連性を有しない行為は、そもそも医師法による規制、処罰の対象の外に位置づけられる」とした上で、タトゥーは医療関連性がないとして、「医行為」性を否定して、原判決を破棄し、無罪を言い渡した。

最高裁³⁹⁾は、以下の通り判示して、被告人に無罪を言い渡した。

「医師法は、医療及び保健指導を医師の職分として定め、医師がこの職分を果たすことにより、公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保することを目的とし（1条）、この目的を達成するため、医師国家試験や免許制度等を設けて、高度の医学的知識及び技能を具有した医師により医療及び保健指導が実施されることを担保する（2条、6条、9条等）とともに、無資格者による医業を禁止している（17条）」。

「このような医師法の各規定に鑑みると、同法17条は、医師の職分である医療及び保健指導を、医師ではない無資格者が行うことによって生ずる保健衛生上の危険を防止しようとする規定である」。

「医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為をいう」。

「ある行為が医行為に当たるか否かを判断する際には、当該行為の方法や作用を検討す

る必要があるが、方法や作用が同じ行為でも、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況等によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。また、医師法17条は、医師に医行為を独占させるという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある」。

「そうすると、ある行為が医行為に当たるか否かについては、当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断するのが相当である」。

「以上に基づき本件について検討すると、被告人の行為は、彫り師である被告人が相手方の依頼に基づいて行ったタトゥー施術行為であるところ、タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかったものである。また、タトゥー施術行為は、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難い。このような事情の下では、被告人の行為は、社会通念に照らして、医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、医行為には当たらないというべきである。タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険については、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止するほかない。」

36) 辰井・前掲注33)262頁。

37) 同様の見解をとるものとして、高山佳奈子「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」文明と哲学11号135頁、140-141頁（2019）。

38) 大阪高判平成30年11月14日刑集74巻6号637頁。

39) 最決令和2年9月16日刑集74巻6号581頁。

このように、最高裁は、辰井らの論調を採用し、「医行為」の意義について、「保健衛生上危害を生ずるおそれ」（以下、「危険性」と言う。）に加えて、「医療及び保健指導に属する行為」であることを要求したかのようである⁴⁰⁾。

(3) タトゥー事件以降の学説状況

医事法とは、「医療に関する」法律問題を考究する学問である。そのため、医療及び保健指導との関連性（以下、「医療関連性」と言う。）を要求するか、医療関連性をどのように判断するのか、といった点は医事法学のアイデンティティに関わる重要な問いであるといえる。それにもかかわらず、以上の問いに対する応答については、医事法学における確固たる通説が存在しない。それどころか、かえってタトゥー事件後の「医行為」論は混沌に陥っているようである。

a いわゆる美容医療について

辰井説や令和2年最決などの医療関連性を要求する見解には、否定的な意見もみられる。

特に大きな問題は、一連の行為群（美容整形⁴¹⁾、シミ・ホクロ・あざなどに肌色の色素を注入する行為⁴²⁾、永久脱毛行為⁴³⁾）に関する行政解釈、アートメイクに関する裁判例⁴⁴⁾ などとの整合性である。これらは、当該行為について全て医行為性を肯定している。しかし、一連の行為は医療や保健指導の目的に行われる行為とは言い難く、いずれも

見た目を美しくするとか若々しく見せるといった「美容」の目的のもとに行われる美容行為である。

タトゥー事件控訴審判決において大阪高裁は、「健康的ないし身体的な美しさに憧れ、美しくありたいという願いとか醜さに対する憂いといった、人々の情緒的な劣等感や不満を解消することも消極的な医療の目的として認められるもの」と述べ、「医業の内容である医行為について医療関連性の要件が必要であるとの解釈をとっても、美容整形外科手術等は、医行為に該当する」とか、「アートメイクは、美容整形の範疇としての医行為」と判示する。

しかし、「アートやファッションとして自分を強く美しく見せたい」といった個人的な願望をもってタトゥーを入れる場合、突き詰めれば、タトゥーにも、医療の消極目的としての「人の情緒的な劣等感や不満を解消する」目的を認めうる⁴⁵⁾。また、タトゥーとアートメイクを目的によって区別することは実際の場面では容易ではなく、いずれに該当するかで「医行為」に該当するかが異なると解するのでは、法規制の潜脱を招く危険⁴⁶⁾がある。

したがって、行為を典型的に捉えて社会通念上の医療関連性を要求する立場から、アートメイクなどのいわゆる美容医療とタトゥーを彫る行為とを区別するのは難しいといえる⁴⁷⁾。

40) 最高裁決定の読み方については、後にⅢ 3(3)bにおいて詳述する。

41) 前掲注 27) や、東京地方検察庁刑事部検事あて厚生省医務局医事課長回答昭和 39 年 6 月 18 日医事第 44 号の 2「医師法第 17 条における「医業」について」。

42) 平成元年 6 月 7 日医事第 35 号「医師法上の疑義について」。

43) 各都道府県知事あて厚生省健康政策局医事課長通知昭和 59 年 11 月 13 日医事第 69 号「いわゆる「永久脱毛」行為について」、各都道府県衛生主管部（局）長あて厚生労働省医政局医事課長通知平成 13 年 11 月 8 日医政医発第 105 号「医師免許を有しない者による脱毛行為等の取扱いについて」。

44) 東京地判平成 2 年 3 月 9 日判時 1370 号 159 頁。同判決は、「医行為とは、医師の医学的知識及び技能をもって行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為をいい、これを行う者の主観的目的が医療であるか否かを問わない」と判示しており、辰井によれば、医療関連性を要求しない見解をとった唯一の裁判例である（辰井・前掲注 33)278 頁）。

45) 天田・前掲注 31)181-182 頁、松宮・前掲注 31)91 頁、浅田・前掲注 31)185 頁。

46) 実際に、タトゥー事件を契機として発足した「日本タトゥーイスト協会」には、アートメイクの施術にもかかわらず、「これはタトゥー施術なので、医行為には該当しない」として、医師法の規制を免れようとする動きがあるとの情報が寄せられているとのことである（日本タトゥーイスト協会「タトゥー施術行為の定義」（<https://tattooist.or.jp/>）協会の活動 / タトゥー施術行為の定義 / 2023 年 11 月 4 日最終閲覧）。同協会の設立経緯については、吉田泉「日本タトゥーイスト協会の設立と活動について」季刊刑事弁護 107 号 71-75 頁（2021）が参考になる。

47) 関連して、ピアス穴を開ける行為も行政解釈上は「医行為」と考えられている（医務局長医事課長発兵庫

b 医療関連性の内実に関する 3 つの構成

タトゥー事件最高裁決定をどう読むのかについても、論者によって考え方が分かれている。佐伯・前掲注 31) や甲斐・前掲注 31) をはじめ多くの評釈は、最高裁決定は今まで考えられてきた「危険性」要件に加えて「医療関連性」を別の要件として要求したものであるというものである⁴⁸⁾。この読み方によれば、「医療関連性」と「危険性」は別個の要件であって、いずれかの要件が満たされなければ医行為には該当しないという判断となる。

これに対して、決定文のうち、「方法や作用が同じ行為でも、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況等によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。」(下線は筆者による)との文言を重視する読み方⁴⁹⁾も存在する。これによれば、最高裁は、行為類型と危険性の両者に医療関連性を要求し、それらにつき「社会通念」を通じて事実上一体的に判断⁵⁰⁾する構成(以下、米村滋人⁵¹⁾の整理に基づき、「包括一体構成」と言う。)を提示していると考えられる。

米村によれば、これまでの「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ保健衛生上危害を及ぼすおそれのある行為」という解釈は、危険性が医療に関連したものであることを要求する構成(「危険関連構成」)

である。さらに、辰井説、すなわち、行為が典型的に医療関連性を有する行為としての属性を有するか否か(広義の医行為に該当するか)によって行為類型を限定した後に、危険性の有無によってさらに限定を行う(狭義の医行為性を要求する)という構成(「行為類型関連構成」)は、最高裁の立場である包括一体構成とは厳密には区別される。

このように、医療関連性の必要説と不要説という計 2 種類の構成ではなく、医療関連性を行為類型と危険性の片方もしくは両方で要求するという計 3 種類の構成を導いた点に、米村の読み方の特殊性があるといえる。

たしかに、この読み方には、最高裁の法廷意見と草野耕一裁判官の補足意見や調査官解説⁵²⁾との間に齟齬が生じてしまう⁵³⁾という難点⁵⁴⁾がある。しかし、「行為が典型的に医療及び保健指導に属するか」というチェックと、「その行為を行うと医療及び保健指導に関連した危険性が発生するか(=医療及び保健指導を担う医師が行うことで、その危険性を消滅ないし縮減させることができるか)」というチェックは別の内容であり、かつ、これらは両立しうる。最高裁における上記の齟齬は、この論理的可能性について十分な検討を行わないままに発生してしまったものと思われる。

したがって、医療関連性の内容について議論する際には、単純な医療関連性の必要・不要の二分論を取るのではなく、いかに医療関連性を判断するのかに着目した米村の整理を

県衛生部あて医務局長医事課長昭和 47 年 10 月 3 日医事第 123 号「医師法第 17 条の疑義について」が、医療関連性が必要であるという立場からこの解釈を正当化することは非常に困難とされる(小谷昌子「医事法学的観点からみたタトゥー施術」小山＝新井編・前掲注 30)124 頁)。

48) その上で、最決に反対して、今までどおり危険性のみで判断すべきであると主張するものとして、城祐一郎『現代医療関係法』24-28 頁(成文堂、2022)がある。

49) 米村・前掲注 31)6 頁、神馬・前掲注 31)175 頁。

50) 医療関連性の要件が危険性の要件に包含されて事実上一体として判断されているのではないかと、という読み方については河嶋・前掲注 31)4 頁でも提起されている。

51) ただし、米村自身は包括一体構成については懐疑的である(米村滋人『医事法講義(第 2 版)』48 頁(日本評論社、2023))。

52) 池田知史「判解」曹時 74 巻 6 号 198 頁、210 頁、231 頁(2022)。

53) 草野補足意見は、「保健衛生上危険な行為」を業として行うことだけで医業たり得るという解釈を「医療関連性を要件としない解釈」と呼称し、この解釈によると不当な帰結が生じるという点を指摘する。調査官解説も、医療関連性の必要説と不要説という 2 種類の構成を念頭においた上で、必要説を採用したという趣旨の記述である。

54) 米村・前掲注 31)7 頁。

もとに論を進めるべきである。医療関連性の内実には、「行為類型関連構成」、「危険関連構成」、「包括一体構成」の3パターンの可能性があるといえる。

c 各構成の問題点

(a) 行為類型関連構成・包括一体構成

そこで、以下これら3つの構成について順次検討する。結論を先に述べると、これらの構成については、いずれも実際の運用には適しない欠陥が存在する。

まず、行為類型関連構成や包括一体構成では、行為の目的、行為者と相手方の関係、当該行為が行われる具体的状況、実情や社会における受け止め方などを考慮し、社会通念にしたがって「その行為が典型的に医療や保健指導に属するものか」を判断することとなる。

しかし、社会における受け止め方や実情を考慮して社会通念に従って判断することは、「従来社会において医師のみが行う行為として受け止められてきた、つまり医行為に該当するという社会通念があったから、当該行為は医行為である」、という帰結を導く危険性が高い。端的に言って、それはトートロジー⁵⁵⁾⁵⁶⁾である。さらに、従来の運用や実情に頼る判断では、新規技術が生まれ、それまで全く医行為該当性を検討してこなかった行為を判断する際に、基準としての機能を十分に発揮し得ないという致命的な欠陥を抱える⁵⁷⁾。新規技術が生まれた際に、その技術を医療分野に応用すると医行為に該当するかどうか不明確（グレーゾーン）であると、リスクを避けるために医師以外はビジネスに

参入しないということになりかねず、新規技術の日本での展開を遅らせる⁵⁸⁾ことになる。

これに対しては、社会通念に基づく判断を正当化する立場から、「刑罰法規は、どのような行為が処罰されるのかを一般人に伝達するものであって、一般人の予測可能性が担保されなければいけない以上、医療関連性の有無について社会通念や常識に基づいて判断するのはやむを得ない」⁵⁹⁾という反論がある。しかし、トートロジーに陥ることを甘受して解釈を行うとなると、医師法17条は、非医師による危険な私医行為を規制するのではなく、単に特定の行為について医師に業務を独占する地位ないし権利を与えるだけの現状追認型の規定となりかねない。行為類型関連構成や包括一体構成では、本来の規制の趣旨が大きく損なわれる結果となりうるのである。

やはり、あくまで、客観的外形的な危険性を第一の判断要素とすべきであり、社会通念のような（むしろ）不明確な要素を判断の根幹に据えるべきではない。行為類型関連構成や包括一体構成などの構成は、「タトゥーを彫る行為」を医行為から外すと言う結論を先取りしている⁶⁰⁾という印象が拭えない。

(b) 危険関連構成

それでは、危険関連構成を無批判に維持すべきかという、そうとも言い切れない。旧来維持されてきた危険関連構成では、ある行為を医業独占規定の射程内として医師に独占させてしまうと運用上不都合をきたしてしまうケースが多発していた。

その一例として、医師以外の者による

55) 小谷・前掲注31)124頁。また、タトゥー事件以前から社会通念での判断には批判がなされてきた（丸山正次「医師の診療過誤に就て」司法研究第18輯報告書集4号17-21頁（司法省調査課、1934）、山崎佐『医業と法律第2輯』9頁（克誠堂、1917））。

56) 米村・前掲注31)は、最高裁決定が考慮した事情のうち、タトゥーが歴史的に医師資格を有しない者によって担われてきたことが最も重要かつ本質的な点として評価されていると分析する。医師法17条が業務規制である以上、こういった歴史的背景を考慮すること自体は必要であるとしても、それを重視する余りに反対方向に働く事情を無視する程度に至ると、同様にトートロジーの疑念が拭えない。

57) その典型例が、本稿のVで検討対象としているAIの利用行為である。本稿は、最高裁決定の判断手法では、AIをはじめとする新規技術の利用に十分に対応できないのではないかという危機に基礎をおくものである。

58) また、医師以外が当該ビジネスに参入しないことで、医師が独占するという社会通念が生まれ、その結果、「医業」として独占することが可能になるという循環が生まれるのである。本稿が、I2で述べたように、医療AIの利用に関する議論を早急に進めるべきと主張するのは、こういった循環を断ち切ろうとするためでもある。

59) 三重野・前掲注31)88、97頁。

60) 天田・前掲注31)182頁注27。

AED の使用がある。AED は、電気ショックを与えて心室細動等の重症不整脈を取り除き、病者が心臓突然死に陥ることを防ぐための救命装置である。本来、このような電気ショックを与える場合には、心電図からその要否を判断し、実際に実行することが必要であるため、危険関連構成からは、簡単に医行為に該当するようと思われる。しかし、政策的必要性から厚労省は、AED の利用については反復継続の意思を持ちえない、すなわち「業として」にあたらないと解釈して、客室乗務員や一般人による使用が認められるとした⁶¹⁾。しかし、稀な事態だから反復継続の意思がないと解するのは技巧的であり、法的説明は不十分であった。

また、痰の吸引の問題もある。ALS（筋萎縮性側索硬化症）患者の在宅介護における痰の吸引については、例外的に患者の家族が在宅で吸引を行うことが許されてきた。しかし、患者の家族がつきっきりで介護を行うことも困難であり、ホームヘルパー等に委ねることができないかが問題となったため、厚労省は、家族以外の者によるたんの吸引を「当面のやむを得ない措置として許容される」として、違法性が阻却されるという解釈を示した⁶²⁾。しかしながら、本来法律で禁止されている医業の実施が典型的に違法性阻却されるとの解釈を、厚労省が通知によって発出する点は、批判の対象となった⁶³⁾⁶⁴⁾。

これらの事例はいずれも、医行為について「医師が行うのでなければ保健衛生上の危害

が及ぶおそれのある行為」（危険関連構成）という広範な定義を採用したことによって生じた結果である⁶⁵⁾。危険性の「有無」によるのでは、危険性の大小と医療関連性の程度に応じた柔軟な解釈が困難であり、多くの行為に医師法 17 条の射程が及びうるため、こういった弊害が生じてしまうのである。したがって、危険関連構成をそのまま採用することはできず、一定の修正を施す方針のもと、医行為概念を再検討する必要性がある。

4 私見

それでは、医行為の解釈についてどう考えるべきか。

(1) 医療関連性について

私見もまた、医療関連性を判断要素として含むべきだと考える。その根拠は、医師法 1 条の規定にこそ見出されるべき⁶⁶⁾である。医師法 1 条はあくまで総則規定⁶⁷⁾であり、これが直ちに医師法上の具体的な要件を形づくる必然性は認められない。しかし、法が総則として 1 条をおき、条文上「医師が医療及び保健指導を掌る」と規定したのであるから、医師の独占する業務である「医業」であるかどうかを判断するにあたっては、「医療及び保健指導」が少なくとも判断要素に入っているべき、と考えるのは自然な解釈といえる。また、医行為を広義の医行為と狭義の医行為とに区別し、前者が医療目的の下に行われている行為でその目的にかなうものと認

61) 各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知平成 16 年 7 月 1 日医政発第 0701001 号「非医療従事者による自動体外式除細動器（AED）の使用について」。

62) 平成 15 年 7 月 17 日医政発第 0717001 号「ALS（筋萎縮性側索硬化症）患者の在宅療養の支援について」。

63) 米村・前掲注 51)43 頁注 19。

64) ワクチン接種についても同様の問題点がある。危険関連構成では、ワクチン接種行為の危険性を典型的に捉えるため、新型コロナウイルス感染症の拡大に伴うワクチン接種の筋肉内注射の手技の実施についても、「医行為」と解釈せざるをえなかった。同ワクチン接種については、筋肉内注射手技の実施者を増やさなければ接種目標に実施が追いつかないという政治的要請もあり、厚労省は、「公衆衛生上の観点からやむを得ないものとして、医師法第 17 条との関係では違法性が阻却され得る」というお墨付きを通達（厚生労働省医政局医事課事務連絡 2021 年 4 月 26 日「新型コロナウイルス感染症に係るワクチン接種のための筋肉内注射の歯科医師による実施について」）で示すというかたちで、手技の実施者を増やすこととなった。この点に関して、通知では違法性阻却事由を生み出すことはできないことに加えて、本件は緊急避難や正当業務行為などの他の正当化の要件にも該当しないことから、「違法性阻却」という論理から説明するのは難しいのではないかという批判がなされている（松宮孝明『「タトゥー事件」からみる『医行為』と刑罰による『医業』独占の意味』年報医事法学 37 号 27 頁, 32 頁 (2022)）。

65) 同様に、危険関連構成では明確性の原則（憲法 31 条）に反するとの批判もなされている（高山・前掲注 31)140 頁、三重野・前掲注 31)96 頁など）。

められる行為であるのに対して、後者が医業独占によって独占される行為とする理解⁶⁸⁾によれば、広義狭義の関係上、後者の医行為も何らかの形で医療に関わりがあることは前提であるといえる。

そうすると、Ⅲ 3(3)aの通り、アートメイクや美容整形外科手術等の裁判例や行政解釈との整合性は問題となる。「美容整形」という概念⁶⁹⁾のみならず、永久脱毛行為についても行政解釈上医行為性は認められているが、これらの美容目的の施術を行うビジネスには多くの需要があり、医師法 17 条との関係性が常に疑義となる⁷⁰⁾。美容目的の行為は厳密には医療ではないのではないかという素朴な疑問が、こういった疑義の背後にあるのであろう。

しかし、このような疑念は、行為類型関連構成や包括一体構成のように、行為の目的や実情などを踏まえ社会通念によって医療関連性を判断するからこそ生じるものである。「美容医療」と一概に述べるとしても、その概念に包括される行為は非常に多様で、今後も社会の需要と技術の進歩に応じて増え続けるであろう⁷¹⁾。そうした新しい行為が登場した際に、それが美容「目的」である（つま

り美容医療に該当する）から医療にならないと議論するのではなく、その行為が客観的に医療及び保健衛生上の危害を加えるおそれがあるのか、あるとしてその程度はどの程度かを問うのであれば、「美容医療が一律に医行為になるか」といった極端な問題とはならない⁷²⁾。Ⅲ 3(3)aで述べたような問題は、医療関連性の内実について行為類型関連構成や包括一体構成をとるからこそ生じるものである、と整理すべきであろう⁷³⁾。

(2) 新・危険関連構成

ここまで、医療関連性を判断要素とすることが必要であることを論証しつつ、行為類型関連構成や包括一体構成は社会通念を判断基底に置く問題がある一方で、危険関連構成も射程が広範にわたり不完全であることから、危険関連構成を修正する必要があることを述べた。

それでは、「医行為」に該当するか否かをいかに判断すべきか。この点については、医師法 17 条の医業独占規定の性質に遡って検討すべきであると考える。タトゥー事件以前から、同条には、資格免許制を害する業務行為を統制する「業務規制」と、行為自体の危険性を統制する「一般的行為規制」の 2 つの

66) これに対しては、神馬・前掲注 31)182 頁は、「公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保する」という医師法第 1 条にある文言は、歯科医師法 1 条や薬剤師法 1 条でも同様に採用されているものであり、「法令上は、医師以外の業種においても掲げられている一般的な目的」であると反論する。たしかに、たとえば製菓衛生師法 1 条も、「この法律は、製菓衛生師の資格を定めることにより菓子製造業に従事する者の資質を向上させ、もって公衆衛生の向上及び増進に寄与することを目的とする。」(下線は筆者による)と規定する。しかし、より注目すべきなのは、医師法 1 条の前半部である「医師は、医療及び保健指導を掌ることによつて」という文言である。同様の文言は、医師法のほかには歯科医師法 1 条（「歯科医師は、歯科医療及び保健指導を掌ることによつて」）しか見当たらず、医師の職分が「医療及び保健指導」にあると導くにおいて説得的な根拠となると考えられる。

67) 真田・前掲注 19)774 頁は、同条を「医師に課された社会的な基本的使命をうたった一種の精神規定」であるとする。

68) 小松・前掲注 22)37 頁。

69) 美容整形をはじめ、美容を対象とする手術は非常に多義的な概念である（廣瀬美佳「美容整形の医療過誤」太田幸夫編『新・裁判実務体系第 1 巻』361 頁、361-362 頁（2000））。

70) 廣瀬・前掲注 69)368 頁は、美容整形は本来の医療行為には含め難いとする。

71) 武田啓「美容医療の問題点と課題解決のために何をなすべきか？——日本美容外科学会（JSAPS）の立場から」医学のあゆみ 286 巻 13 号 1015 頁、1016 頁（2023）。

72) この点で本稿は、「美容医療行為」を一律に医行為から排除して自由化を主張するものではない。ただし、武田・前掲注 71) にもある通り、診療報酬の自由な設定や過剰な広告宣伝、未承認品の使用など、いわゆる美容医療分野には他の分野にはない問題点が山積している（また、初期研修後に大手美容クリニックに若手医師が多数就職するという現象についても言及されている）。そのため、医行為論とは別に医事法学的検討を行う必要性は残っている。

73) したがって、アートメイクとタトゥーを目的によって区別しようとする大阪高判平成 30 年前掲注 38) の判示は妥当ではないと考える。

目的があるという説明⁷⁴⁾がなされることがあった。そして、この2つの目的のいずれを重視するかによって、「業として」要件、「医行為」要件のいずれについても解釈が異なりうるところ、従前は、これらをいずれも広く解釈してきたため、想定外の行為についても医業独占規定が及んでしまう弊害が生じていると説明⁷⁵⁾されてきた。

いずれを優先するかは別として、業務規制目的と一般的行為規制目的のいずれもが医師法 17 条には与えられているという主張は肯定的に受け止められる⁷⁶⁾。同条を解釈する際には、業務規制と一般的行為規制の目的が両立する形で行う必要がある⁷⁷⁾のである。

まず、業務規制という意味では、Ⅲ 4(1)のように、医師は業務として医療及び保健指導を掌るのであるから、医師が独占すべき行為に伴う危険性は医療及び保健指導によって対処できるものであるべきである。しかしながら、ここまで詳しく述べてきた通り、医療関連性の判断は曖昧なものでグラデーションがある。例えば、手術や投薬については、その欠陥による悪化や合併症も医療によって対処されるように、その危険性は医療及び保健指導の中核に位置する。一方で、運動・リハビリテーションや食事の指導、コンタクトレンズの装着指導など、行為に伴う危険性が保健衛生上の危険といえるか、行動様式の変化で対処しうる単なる社会生活上の危険か否かが明確でない場合もある。そのため、危険性の医療関連性については、その「程度」に応じた判断がなされうるといえる。

次に、一般的行為規制という意味では、いかなる行為も、担い手を医師に限定したとしても危険性が完全に消滅するという事態は考

えにくい。「行為に伴う危険性をこの水準にまで縮減しうるのは医師しかいないのであるから、この行為を医師に独占させるべき」というように、危険性の大小によって医師に独占されるべきか非医師による実施が許容されるかが分け隔てられる⁷⁸⁾と考えるべきであり、危険性が全くない行為のみ医師以外も行うと解釈すべきではない。すなわち、外科手術のように、医学部教育を通じて専門的な訓練を十分に受けた者以外が行った場合には術中術後において深刻な後遺症が残る危険のある行為がある一方で、たんを吸引する行為や AED を利用する行為のように、その行為がずさんな管理のもとに行われた場合に対象者に後遺症が残るリスクはあるものの、その危険性は小さく、業界団体におけるガイドラインや一般人への利用方法の指導、刑事的（業務上過失傷害罪）・民事的（債務不履行や不法行為に基づく損害賠償）・行政的（個別の資格制度の創設）対処などで足りる行為もある。そのため、危険性の大小についてもまた、その「程度」に応じた判断がなされうるといえる。

このように、医行為の判断要素として危険性と医療関連性の二点が挙げられるものの、これらはその有無ではなくむしろ程度によって測られるものであるから、両者は要件というよりは考慮要素であり、これらの大小の関係から医行為該当性を判断するべきである。

これまでの危険関連構成が、Ⅲ 3(3)c(b)のように本来医師法が医業独占とするには適しない行為についても射程を及ぼしているという批判がなされてきたのは、一般的行為規制を重視するあまり、医師でなければ保健衛生上危険が「ある」か「ない」か、という極端

74) 米村滋人『医事法講義』44 頁（日本評論社、2016）。タトゥー事件最終後の第2版（米村・前掲注 51）45 頁）においても、この説明は維持されている。

75) 米村・前掲注 51）45 頁。

76) 神馬・前掲注 31）197 頁もまた、このような説明が、医行為の意義について示唆的であるという評価を行なっている。大谷實『医師法講義』34 頁（成文堂、2023）が米村・前掲注 74）を引用して批判する箇所も、「おそれ」の判断を個別的に行うべきという点を批判するのであって、医師法 17 条が業務規制と一般的行為規制の両面を有しているという理解そのものを批判するのではないようである。

77) 米村自身も、将来的には業務規制を重視すべきとしつつも、現状は、業務規制と一般的行為規制とを両面考慮すべきであるとする（米村・前掲注 74）48 頁）。

78) 表現は異なるものの、天野良「医行為概念の再検討」東京大学法科大学院ローレビュー 8 号 14 頁（2013）もまた、同様の見解を採用する。

な峻別論に囚われて、業務独占規定としてしるべきかという観点に欠けていたからである。当該行為に伴う危険が医師のコントロールに委ねるべきとどの程度言えるか、つまり、医師であるからこそ当該危険性に対処できるといえるか、という考慮が乏しかった点だが、危険関連構成の問題点であったのである。医行為該当性の判断を行う際には、危険性に加えて以上の考慮、すなわち医療関連性をも十分に加味しなければならない。

そこで、私見は、医行為の意義として「医師が行うのでなければ、医療及び保健衛生上の危険性を十分に縮減することができない行為」という基準⁷⁹⁾を採用すべき⁸⁰⁾⁸¹⁾⁸²⁾と考える。

この基準によれば、当該行為に伴う危険性が大きく（危険性が大）、医師によらなければその危険性が十分縮減されない行為（医療関連性が大）であればあるほど医行為該当性の積極方向に働く一方で、そもそも危険性が小さい場合や（危険性が小）、医師以外の職種が掌るとしても一定水準まで危険性を縮減しうる場合（医療関連性が小）であれば、いずれも消極方向に解されることになる。

この見解に対しては、「危険性と医療関連性」の両要素に基づく判断基準の採用は、いたずらに「医行為」該当性の判断を複雑にするという批判が考えうる。しかし、本来、本稿で検討してきた通り、人体に医療及び保健衛生上の抽象的危険を有する行為の範囲は非常に広いものである。危険関連構成、行為類型関連構成、包括一体構成に共通する危険性の「有無」で峻別する手法では、業務規制と一般的行為規制という両方の側面を的確に解釈に反映することが非常に困難であり、一般

的行為規制のみが強調されることとなる。そのため、当該行為に伴う危険性の大小と、医療及び保健衛生上の見地から当該危険性を縮減しうる程度の、両要素で決するという判断枠組みこそが、二つの規制目的を有する同条の解釈基準として妥当なものであると考えるのである。

IV. 小括

Ⅱでは、医療 AI を判断支援型 AI と直接動作型 AI とに分けた上で、判断支援型 AI の医療分野における応用が特に期待されるものの、それに伴う法的検討として医師法 17 条の医療独占規定との関係が十分に検討されてこなかったことを述べた。

Ⅲでは、この検討を行うためにまず同条の解釈論、特に医行為論を展開した。タトゥー事件を契機に、これまで抽象性広範性を有すると批判されてきた危険関連構成にメスがいられ、むしろ社会通念を基底におく行為類型関連構成や包括一体構成が優勢になっている。しかし、これらの構成には AI をはじめとした新規技術に対応できない難点や、過度に行為を類型化する問題もあるため、かつての通説とされてきた危険関連構成を修正し、一般的行為規制と業務規制の両立を図った新・危険関連構成を採用すべきであると論じてきた。

V. 判断支援型 AI の利用

1 検討にあたって

本稿の冒頭で述べた通り、AI を用いた診

79) 具体的には、その行為に伴う抽象的危険性の大小と当該危険性の医療関連性の大小の二つが尺度となる。私見は、危険関連構成を修正した「新・危険関連構成」に立つものと分類できる。

80) 小谷・前掲注 47)124-125 頁も、「その行為からいかなる抽象的危険が生じ、その危険が医師の有すべき学識、知見、および技術によって一定程度以上縮減可能か否か」を医行為の判断基準とすべきとした上で、この判断基準からも、具体的検討によっては、タトゥー施術行為の医行為該当性が否定されうるとしている。

81) 行為類型構成に立つという点で大きな差異はあるものの、三重野・前掲注 31) もまた医療関連性や危険性に関して「医師に独占させるべきか否か」という考慮が働くと考える点が示唆的である。

82) なお、一般に、医師法 17 条での処罰における「危険」は抽象的危険の発生で足りると解されている（小松・前掲注 22)34 頁、大谷・前掲注 76)34 頁など）。抽象的危険の内容については、直接的に発生する健康被害の危険性（積極的危害）と、正常な医療を受ける機会を失われてしまうことによる公衆衛生上の問題（消極的弊害）とに分けられるとされる（小谷・前掲注 47)115-116 頁）。

断、治療等の支援を行うプログラムの利用と医師法 17 条との関係については、平成 30 年通知によって行政の取り扱い上は一応の解決をみたように見える。しかし、同時期に厚労省において設置されていた「保健医療分野 AI 開発加速コンソーシアム」が示した報告書⁸³⁾では、「今後も継続的な議論が必要」(4 頁)とされ、構成員から出された意見として、「あくまで現時点での技術を前提とした整理であり、将来的な技術の変化や個々の事例によっても変わる話」(30 頁)とか、「将来を見据えると、自動運転の例を参考に、医療においても診察の比較的簡単な所から AI に任せることを検証しつつ、現行の医師法の定義について考えていく必要がある」(同頁)といった意見も紹介されている。

このように、AI を利用する際の医行為論は、技術の進展に応じて更に議論されるべきものである。また、判断支援型 AI と言ってもタイプは様々であり、利用のプロセスも判断内容も多岐にわたる。それにもかかわらず、実務上は平成 30 年通知が大きな意味をもっており、具体的な AI の態様にかかわらず、「最終的な判断は医師が行う」という側面が一人歩きしているようである。

そもそも、これまで「医行為」性の議論が活発化したのは、医師以外の医療関係者や一般人(患者・家族等)が医行為を担う可能性・必要性が出現した場合⁸⁴⁾や、比較的危険性の小さい行為を医行為と認める裁判例・行政通知が登場した場合⁸⁵⁾であった。判断支援型 AI の利用に関しては、これらの問題がハイブリッドになっており、問題が複雑化している。すなわち、危険性の大小さまざまな行為を AI が担い、それを医療関係者ないし一般人が利用するという場面が出現してい

る。したがって、判断支援型 AI について検討する際には、概括的に論ずるのではなく、その内実を細かく分別した上で、それぞれに応じた検討を行う必要がある。

他方で、医師法 17 条の解釈論は、新たな行政解釈や裁判例の登場によって議論が再燃し、それぞれの事案や問題点についての結論を出して収束するという流れを繰り返す側面があり、場当たりのであるという批判もなされる⁸⁶⁾。辰井論文のように「通説から要件が欠落した」といった指摘がなされたり、前述⁸⁷⁾の通り行政解釈が法的に正当化困難な説明を用いたりしてきたのも、そういった場当たりの対応の帰結である。あくまで判断支援型 AI を利用する行為の医行為性についても、Ⅲにおいて示した医師法 17 条の解釈論から、演繹的に導かねばならない。

以下では、実用化への期待も大きい診断支援 AI を医療関係者が用いる場合(2)と、一般人による家庭内利用を想定した判断支援型 AI を患者が自己使用する場合(3)とを取り上げ⁸⁸⁾、それぞれについて順次検討する。

2 医療関係者による診断支援 AI の利用

(1) 「診断」概念の重層性

「診断は医師免許を有する者のみが行える医行為の典型例である」という命題は、一般論としては受け入れやすく、いわば当たり前の帰結のように思える。実際に、Ⅲ 2 で述べた通り、最判昭和 30 年の原審においては「診断、薬剤の処方又は外科的手術」が医行為の内容として特に挙げられているなど、診断であれば医行為に該当するということが疑われ

83) 保健医療分野 AI 開発加速コンソーシアム「議論の整理と今後の方向性」(2019 年 6 月)(<https://www.mhlw.go.jp/content/10600000/000523986.pdf>, 2023 年 12 月 3 日最終閲覧)。前掲注 12) も含めて、厚労省における医療 AI をめぐる政策の動向については、小西・前掲注 6) に詳しい。

84) インスリンの患者による自己注射、AED の一般人による使用、ホームヘルパーによるたんの吸引など。

85) コンタクトレンズの着脱、ピアス穴を開ける行為、血圧測定など。

86) 米村・前掲注 51)49 頁。

87) 前掲・注 64)。

88) 判断支援型 AI については、内視鏡画像診断の支援を行う AI (山田真善「AI を用いた大腸内視鏡診断支援」先進医療フォーラム編・前掲注 15)29 頁)など、形態は多岐にわたる。本稿で議論できなかった AI については、今後の検討課題としたい。

ることは少なかった。

医師法上も、医師には診断書交付義務（19条2項）が定められ、また無診察での診断書交付が禁じられている（20条）。このことから、診断を行うのは医師であることが医師法上も当然の前提とされているようにも読み取れる。

しかしながら、診断は包括的かつ重層的な概念である⁸⁹⁾。その診断の資料によって、臨床診断、病理診断、手術診断、X線診断、剖検診断などと呼ばれるほか、診断の根拠によって、症候診断、外来診断、原因診断などと呼び分けられる⁹⁰⁾。また、一般的に用いられる鑑別診断⁹¹⁾の手法においては、症状の経過や検査結果など、後に情報が得られるに従って、鑑別すべき疾病を除外していくこととなる。このように、診断はプロセスとして把握すべき概念であり、一定の順序に従って病歴情報や身体診察並びに必要に応じて各種の臨床検査や画像診断を駆使して行われる⁹²⁾。

「診断」と呼ばれる行為の一部をAIに委ねるとしても、(1)問診段階で鑑別疾患・それらの可能性の程度・検査の可否の判断をAIに委ねる場合と、複数の鑑別疾患を医師が選択し、確定診断のため検査が必要となった後に、(2)検査結果から当該疾病の有無・部位の特定・進行度の判断をAIに委ねる場合とがありうる。診断支援AIについて検討する際には、診断プロセスのうち、一般内科外来

での診断は(1)を、病理診断は(2)を、それぞれ主に担っていることに着目する必要がある。

加えて、「診断」と呼ばれる行為に伴う誤りは、(a)疾病種類や病勢、予後の判断の誤り、(b)(疾病種類ではなく)病変「部分」の見落としが挙げられる。(a)は医学的に不適切な治療方針につながる危険性、(b)は当該病変に対応する外科的内科的処置漏れにつながる危険性がある。

(2) いかに考えるべきか

危険性の大小や医療関連性の程度については、当該行為に関連する一連のプロセスの中で、その程度を見極める必要がある⁹³⁾。そこで、一般内科外来と病理診断を対比しながら診断支援AIを利用する行為の危険性について検討する。

a 一般内科外来の支援としての利用

一般内科外来の初診外来では、以下のような評価の流れをたどる⁹⁴⁾。

- ・STEP ① 主訴とバイタルサイン → 病歴と身体所見をとる
- ・STEP ② 緊急性・重症度・有病率 → 緊急疾患・重症疾患や頻度の高い疾患を鑑別疾患にあげる
- ・STEP ③ 鑑別疾患のそれらしさ → それぞれについて評価を加える
- ・STEP ④ 検査の可否の判断
- ・STEP ⑤ 帰宅させるか → 帰宅

89) 厚生労働省「オンライン診療の適切な実施に関する指針」6頁（2023年3月）(<https://www.mhlw.go.jp/content/001126064.pdf>, 2023年12月9日最終閲覧)によれば、「診断」とは「一般的に、『診察、検査等により得られた患者の様々な情報を、確立された医学的法則にあてはめ、患者の病状などについて判断する行為』であり、疾患の名称、原因、現在の病状、今後の病状の予測、治療方針等について、主体的に判断を行い、これを伝達する行為は診断とされ、医行為となる。」とされている。

90) 今中俊爾「診断」伊藤正男ほか総編集『医学書院 医学大辞典』1444頁（医学書院、第2版、2009）。

91) ある症候の原因となっている疾患を、類似した他の疾患と識別すること。今中俊爾「鑑別診断」伊藤ほか編・前掲注90)549頁。

92) 今中・前掲注90)参照。

93) 例えば、Ⅲ2で言及した検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱に関する最判平成9年の原審（東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁）では、「最終的にコンタクトレンズの処方することを目的としてこれらの行為が行われる本件のような事案においては、検眼またはテスト用コンタクトレンズ着脱時の判断の誤りがひいてコンタクトレンズの処方の誤りと結びつくことにより、コンタクトレンズを着装した者に頭痛、吐き気、充血、眼痛、視力の低下等の結果をもたらし、最悪の場合は失明に至る危険性」と判示して、問題となった行為の前後にいかなる医療従事者による行為が控えているかに着目し、それらのプロセスの中に問題となった行為を位置付けている。

94) 金城光代「ジェネラリストのための診断アプローチ」金城光代ほか編『ジェネラリストのための内科外来マニュアル』23頁（医学書院、2017）。

(フォローする・フォローしない) ・
入院の判断

この①から⑤の STEP を医療 AI に委ねてしまうことはできるだろうか。すなわち、外来には医師を配置せず医師は専ら入院患者の診療のみを担当し、外来は看護師等のみを配置し医療 AI を利用して帰宅・入院のスクリーニングを行うといったことが可能だろうか。

上記の STEP ①から⑤までの判断に誤りが生じると、本来帰宅させず入院させねばならない状態（例えば腹部大動脈解離や重症頭蓋内損傷など）の患者について誤って帰宅させてしまう⁹⁵⁾という結果につながりかねない。そのため、STEP ①から⑤の判断を委ねる判断支援型 AI を用いた場合において、仮に AI が医学的に誤った出力を行ったために最終的な意思決定に影響を及ぼし、誤って患者を帰宅させてしまったときには、取り返しのつかない事態となりかねない。AI の精度が向上し、医師と同じか高いレベルに至ったとしても、AI が誤りを起こさなくなるわけではないのであるから、①から⑤の判断を AI に代替させる場合、医師以外が AI による誤った出力を認識することは困難である。このように、①から⑤のプロセスでは、不適切な判断に陥る危険性は非常に大きい。

さらに、医療 AI では、機械学習や深層学習といった手法が基礎となるが、そこでは、入力と出力との間の過程を人間が検証することが困難であるというブラックボックス化の問題が生じる⁹⁶⁾。機械学習によって形成されたモデルが出力した結果について、その推論過程を事後的に説明可能でなければ、論理的裏付けがないということとなり、これではモデルの論理的正しさを検証することが難し

いとされる。このことを一般内科外来の診療に置き換えて考えてみると、初診外来で検討すべき鑑別疾患を医師が抽出する過程では、長年の経験と直感が導く結論を論理的推論によって補強している。AI のブラックボックス化の問題は、「経験と直感」だけが頼りで「論理的推論」がないために、後から結論を説明できないことを意味する。一般内科外来の支援としての AI の利用においては、このようなブラックボックス化の問題⁹⁷⁾から不適切な判断に陥る可能性が生じてしまう。こういった危険性は、医療 AI による超人間的な直感を、適切かつ十分な知識を備えた医師による論理的推論によって補強させることによって減縮することが可能となるものであり、医療関連性も非常に大きい。

以上のことから、①から⑤までのプロセスに伴う「不適切な治療方針につながる危険性」については、たとえ AI の精度が高まったとしても、医師によってモニタリングされなければ十分縮減することはできない。したがって、一般内科外来における診断プロセスを担う AI の利用行為は医師しか許されない医行為に該当し、結局、AI のみを外来に配置して医師は病棟に注力するといったことは許容されないと考えるべきである。

b 病理診断の現状と役割分担

病理診断は組織診や細胞診、病理解剖などに大別できるが、このうち組織診（病変の一部を採取するものを生検と呼ぶ）及び細胞診では、生体から一部を採取（組織診の場合には組織、細胞診の場合には細胞）して顕微鏡で観察し、遺伝子検査等を行うことで、疾病の種類や経過、予後に関する診断を行う。生検がしばしば確定診断に位置付けられるほか、穿刺吸引細胞診は確定診断の一翼を担っている⁹⁸⁾。

95) 救急救命外来での当直における事案ではあるが、帰宅指示後に容体が急変して死亡につながってしまった事例として、東京高判平成 20 年 11 月 20 日判タ 1304 号 304 頁（民事）・東京高判平成 21 年 4 月 15 日判時 2054 号 42 頁（刑事）（大学病院当直医割り箸看過事件、甲斐＝手嶋編・前掲注 26)116 頁）。なお、民事・刑事いずれにおいても当直医の過失責任は否定されている。

96) 大江和彦「AI と医療：概論」病理と臨床 36 巻 4 号 370 頁、373 頁（2018）、宍戸常寿「ロボット・AI と法をめぐり動き」弥永真生＝宍戸常寿編『ロボット・AI と法』1 頁、10 頁（有斐閣、2018）など。

97) 川上英良「ヘルスケア・医療における AI 活用の課題」臨床評価 51 巻 1 号 42 頁、45 頁（2023）以下では、AI のホワイトボックス化に向けられた方策も検討されている。

98) 相羽元彦「病理学的診断」伊藤ほか編・前掲注 90)2381 頁。

日本において病理診断を担う専門医は、病理医ないし病理専門医とよばれる。病理医は、臨床医のように外来患者の診察や入院患者の診療を行うのではなく、病理検査室等で組織や細胞といった検体を顕微鏡で観察し、病理診断を行うことが主な業務である。病理形態学的知識、高い精度の診断能力、疾患の治療に関する基礎的応用的知識の集積が必要となるため、外科病理学に関する標準的な知識と現在の先進的な治療内容への理解とが同時に試される極めて重要な分野といえる。しかしながら、たとえば2020年11月の病理専門医数は2620名であり、人数不足が指摘される産婦人科専門医（19658名）と比べても明らかに医師数は限られている⁹⁹⁾。特に地域中核病院に常勤病理医が一名しかいない、いわゆる「一人病理医」問題が生じており¹⁰⁰⁾、その業務負担の重さ¹⁰¹⁾から病理医のなり手不足が深刻な状況になっている

る¹⁰²⁾。病理医不足への対応としては、臨床検査技師との役割分担¹⁰³⁾も模索されており¹⁰⁴⁾、医療AIの利用にも影響しうる。

そのような状況下で、登録衛生検査所¹⁰⁵⁾が医療機関から病理診断報告を含む病理学的検査を受注し、「病理診断報告」として長らく行うという実態があった。しかし、医行為である病理診断を医療機関でない機関が行っている実態を見直すべきだ、という指摘が病理学側からなされるようになった¹⁰⁶⁾。その結果、医療機関内で医師が病理標本を観察した場合の報告書は「病理診断報告書」であるのに対して、登録衛生検査所などの非医療機関で行った場合は病理学的検査という検体検査の中での位置づけであり、その報告書は「病理検査報告書」と呼ばれ、これに基づいて臨床医が最終判断するという整理がなされることとなった¹⁰⁷⁾。

病理診断においては、物理的に患者から採

99) 一般社団法人日本専門医機構『日本専門医制度概報 令和2年（2020年）度版』38頁、22頁（一般社団法人日本専門医機構、2021）。

100) 北川昌伸＝森井英一「病理専門医育成の現状——日本専門医機構との関係およびこれからの方向性——」病理と臨床37巻1号17頁、19頁（2019）。

101) 上原剛「病理医の現状と展望」信州医学雑誌58巻2号51頁、52頁（2010）。

102) 伊藤智雄・長嶋洋治「効果的な病理医リクルーティング 連載にあたって」病理と臨床39巻4号403頁（2021）。

103) Ⅲで詳しく検討した通り、医師法17条の医業独占規定は、一般行為規制の側面のみならず、医師によって独占させるべき業務は何かを画する業務規制の側面を有することから、医師から看護師や臨床検査技師などへのタスクシェア・シフトの議論においても当然問題となりうる規定である。2024年4月から、医師の働き方改革として、勤務医の時間外・休日労働時間が原則として年960時間となり、やむを得ず所属する医師にこれを上回る時間外・休日労働を行わせる必要がある場合は、その理由に応じて、都道府県知事から指定を受ける制度となった。しかし、労働時間にはカウントされない研鑽と労働時間の境界の論点をはじめとして、医師の労働時間管理には問題も残っている（厚生労働省労働基準局長発都道府県労働局長あて基発0701第9号2019年7月1日「医師の研鑽に係る労働時間に関する考え方について」、枝松佑樹ほか「時間外申請できず、憤る医師 名大病院、教育・研究は原則「自己研鑽」 朝日新聞朝刊東京本社版2023年11月20日、1-2面など参照）。このように、働き方改革を有効に進めるためには労働時間制限だけでは足りず、医師以外にはできない絶対的医行為と、医師の具体的指示によれば看護師等も実施可能となる相対的医行為、及び医行為でないものとの範囲を適切に設定し、タスクシフトを推進することも、こういった社会問題への対処の方策として極めて重要である。タスクシフト・シェアは本稿の議論の中心ではないが、判断支援型AIの導入が医師の業務負担の改善やワークフローの効率化に資するなど医師の働き方改革においても期待されることに裏付けられる通り、背後にある社会課題を共通にする問題であることから、ここで言及することとした。

104) 例えば「細胞診や超音波検査等の検査所見を報告書に記載し、担当医に交付」することや「病理診断書のダブルチェック<誤字脱字、左右や臓器記載違い等>」、「デジタル病理画像のスキャナー取り込みや画像解析システムの操作」などは、現行制度の下でも臨床検査技師が行える業務と整理されている（医師の働き方改革を進めるためのタスク・シフト/シェアの推進に関する検討会「現行制度の下で実施可能な業務について<別添2>」7-8頁（<https://www.mhlw.go.jp/content/10800000/000709445.pdf>, 2023年12月5日最終閲覧））。

105) 臨床検査技師等に関する法律20条の3。検査施設の構造設備や管理体制に関して定められる登録基準（同法施行規則12条1項各号）を満たし、各都道府県知事が衛生検査所として登録したもの。

106) 日本病理学会「国民のためのよりよい病理診断に向けた行動指針2013」3頁（2013年6月）（https://pathology.or.jp/news/pdf/guideline_2013_ver2.pdf, 2023年12月5日最終閲覧）。

107) ここまでの流れについては、田澤裕光＝佐々木毅「衛生検査所における病理検査報告の今後の方向性」病

取した検体について、ホルマリン固定後に脱水、脱脂をしてパラフィンに埋め込み、薄切と染色を経て封入するといった作業を行うことで標本の作製を行う必要があり、これだけでも手間のかかる作業となる。病院から衛生検査所が検体を受け取り、そこで作製された標本が検査所内外の病理医のもとに届けられてようやく報告書が作成されるのでは、病院への病理検査報告に長時間かかるため、実際には診断が手遅れになってしまうような場面もしばしばあったとされる¹⁰⁸⁾。

c 病理診断支援 AI の医行為論

このような中、病理診断を支援するアルゴリズムを備えた AI について、近時その導入が進められ、大きな期待がよせられている。特に、プレパラートを顕微鏡と同じ拡大率でスキャンし、その画像 (whole slide image (WSI)) を医療画像として診断にもちいるデジタルパソロジー (デジタル病理学) が発展を見せた。入力データである WSI から、がん細胞などの異常細胞や潰瘍性大腸炎などの疾病の検出¹⁰⁹⁾を行うことに特化した AI を組み込むことで、病理診断までの期間の短縮や病理医の作業の効率化への期待が寄せられ¹¹⁰⁾ており、高度なアプリケーションが活発に研究開発されている¹¹¹⁾。

そこで、常勤病理医が 1 人しかいない病院において、「外部の登録衛生検査所等に病理

診断支援 AI を用いた疾病可能性の提示を含む報告書の作成を委託しつつ、同時に、WSI をもとに院内の常勤病理医が病理診断を行い、最終的に上記報告書と照らし合わせて常勤病理医が確定診断を行う」という、ダブルチェック体制を整備することができないかが問題となる。ここで、「病理診断支援 AI を用いた疾病可能性の提示を含む報告書の作成」が、医師法上の医業に該当するかを検討する必要があるのである。

病理医による病理診断においても、偽陰性と偽陽性、悪性度評価の誤りなどが起きる可能性は否定できない。病理診断の精度管理の手法として、複数の病理医による同一症例の診断のチェックが考えられるものの、前述のように慢性的な人手不足の影響で一人病理医の多い日本においては、人によるダブルチェックを十分に機能させることは難しい¹¹²⁾。そこで、院内の常勤病理医による診断と同時に、院外で集中的に管理されている AI¹¹³⁾に同様の検出を行わせ、これらを突き合わせて最終的に常勤病理医が確認して確定診断するという、AI によるダブルチェックの実施が考えられるのである。

この点について厚労省は、患者に対して疾病の罹患可能性の提示や病理学的診断を行う行為については医業に該当するため、医療法上の病院又は診療所において行われる必要が

理と臨床 36 巻 9 号 909 頁, 911 頁 (2018) が詳しいほか、佐々木毅「病理検査報告書作成は医行為か?」日本医事新報 4803 号 60-61 頁 (2016) も参照。

108) 田村浩一『図解入門 よくわかる病理学の基本としくみ』30 頁 (秀和システム, 2014)。

109) 芹澤奏＝小林拓「潰瘍性大腸炎におけるデジタルパソロジー・AI の有用性」医学のあゆみ 284 巻 3 号 185 頁, 186-187 頁 (2023)。

110) 福家司「病理診断 遠隔・AI で」朝日新聞朝刊徳島県版 2020 年 6 月 12 日, 21 面。

111) 河村大輔＝石川俊平「病理における AI 活用の最前線」先進医療フォーラム編・前掲注 15)23 頁など参照。

112) 深山正久＝森永正二郎「イントロダクション」深山正久ほか編『外科病理学』9, 11 頁 (文光堂, 第 5 版, 2020)。

113) 画像診断支援 AI に関しては、プログラムとして製造販売業者が提供後も、使用に応じてさらに学習させていく可能性も指摘されている (独立行政法人医薬品医療機器総合機構 (PMDA)「AI を活用した医療診断システム・医療機器等に関する課題と提言 2017」(2017 年 12 月 27 日) 33 頁 (<https://www.pmda.go.jp/files/000224080.pdf>, 2023 年 12 月 5 日最終閲覧) のほか、各都道府県衛生主管部 (局) 長あて薬生機審発 0523 第 2 号「次世代医療機器評価指標の公表について 別紙 4 人工知能技術を利用した医用画像診断支援システムに関する評価指標」も参照)。各病院が保有する医療画像情報には限りがあるため、AI の管理・利用を集中的に行う機関に情報を集め統合することで、市販後も効率的に学習させることが可能になると考えられる。なお、データ流通の際には個人情報保護の問題があることから、個々の病院でデータを処理してモデルを作成し、そのモデルのみを一箇所に集めてより洗練された統合モデルを作成・再配布する「連合学習」という手法 (federated learning) も提案されている (藤田広志「画像診断への応用」井川＝藤田編著・前掲注 15)44 頁)。

あるという判断を行っている¹¹⁴⁾。つまり、採取後の検体を検査して、標本の病理学的所見（異型細胞が多い、好中球浸潤が多いなど）を客観的に記述するのは問題ないが、特定の疾病の罹患の可能性を報告するまでを行うことはできない、との判断を行なっているように受け取れる。

たしかに、病理AIによる画像解析においては、障壁も存在する。前述の通り患者検体からプレパラートを作製してスキャナーにセットするところまで行わなければデジタル画像を取得できない点で、病理部門のデジタル化は放射線科のそれとは大きく異なる。特に、標準的なファイルフォーマットの確立の遅れ¹¹⁵⁾や、組織標本そのものの色味やテクスチャなどの差異により、データの均質化に困難をきたしている¹¹⁶⁾。このように、病理AIによる診断支援について、まだ発展途上という側面は否めない。

しかし、前述の一般内科外来におけるケースとは異なり、病理においてAIを活用する場面で判断支援型AIを用いるとしても、病理医のもとにもWSIが送られて疾病罹患の可能性について別途検討が行われ、人とAIによるダブルチェック¹¹⁷⁾が行われるのであれば、病理医とAIが互いに相手の判断ミスに気づき修正することが可能である。

さらに、AIによる判断が直接臨床医のもとに届けられるのではなく、その間に病理医による確定診断というプロセスをはさむのであるから、患者の治療方針の決定への寄与度は大きくない。

これらのことから、WSIを病理診断支援AIに入力して、そのデータのみに基づいて特定の疾病の罹患可能性を病理医に提示させ

る場合には、医学的に不適切な治療方針につながる危険性や、外科的内科的処置漏れにつながる危険性はさほど大きいものではないといえる。

また、病理医と同じレベルの高精度の検知が可能なAIも開発されており¹¹⁸⁾、そういった高精度のAIの判断を検査報告書のかたちにとめる場合、AIへの入力をミスなく行うスキルが求められる。AIに入力するまでのプレパラートの作製過程に関してはすでに多くの部分で臨床検査技師にタスクシフトされていることから、一步踏み込んで「WSIを作成しAIの判断結果を報告書にとめる行為」まで行わせるとしても、臨床検査技師に必要な研修を施すことで十分危険性は縮減されうる。

したがって、病理診断支援AIを利用して特定の疾患の罹患可能性¹¹⁹⁾を病理医に報告する行為は、「病理医でなければその危険性を十分縮減できないもの」とはいえず、医行為には該当しないと考えるべきである。

厚労省の前述の疑義照会に対する回答も、あくまで、「患者に対して」、医学的判断を伴う疾病罹患の可能性の提示や診断（病理学的診断）を行う行為は医行為に該当すると判断したにすぎない。そのため、「病理医に対して」、病理医の判断の支援として特定の疾病の罹患可能性を提示することは、厳密には厚労省の回答内容には含まれていないといえるのではないだろうか。

114) 日本病理学会による疑義照会に対して回答するもの。令和2年3月27日医政医発0327第3号「疑義照会への回答について」。

115) 津山直子「デジタルパソロジーの実践——現状の課題と将来の方向性」医学のあゆみ284巻3号179-183頁(2023)。

116) 高松学「デジタル病理画像と人工知能 現状と今後の展望」消化器内視鏡35巻1号62頁, 65頁(2023)。

117) なお、癌の有無の判別などといった単純な病理組織分類作業をスクリーニングとしてAIが実施するのであれば最終的に病理医がチェックすることで誤りのリスクは軽減できる一方で、転移リスクの評価など様々な指標を複合的に解釈することでようやく行える事項の判断については、これをAIに行わせると、事後的に病理医が誤りに気づくことは困難とされているのが現状である（高松・前掲注116)65頁）。

118) 大越優樹「胃がん組織診断、AIで精度9割超 病理学会や東京大学」日本経済新聞電子版2022年9月2日。

119) このように、量的評価された危険性の縮減が可能かを判断する新・危険関連構成のもとでは、「どの程度の判断までを診断支援AIが行うか」を細かく検討することで、より柔軟な医行為該当性判断を提示できると考える。

3 一般人による判断支援型 AI の利用

(1) 何を問題とすべきか

次に、医療関係者ではない一般人が、自身や家族のために家庭内利用向け医療 AI を利用する場面を想定し、検討してみたい。ここで大きな問題となるのが、誰のどういった行為を対象として、医行為該当性を論ずべきかという問いである。たとえば、AI を搭載したアプリケーションに一般人が現在の症状などの情報を入力すれば自動的に診断を行ってくれる AI について考えてみよう。一般人による情報入力に対して、オペレーターなどの実際の人間が回答を行う場合には、その者による回答を医行為と扱うことができる。しかしながら、AI によって自動的に疾病の可能性の提示などが行われる場合には、一般的には AI 自身に医師法違反などの刑事責任を問うことはできないと考えられている¹²⁰⁾¹²¹⁾ため、問題になる。

まず、当該アプリケーションを頒布して自動診断サービスを業として提供している事業者に着目し、当該事業者が AI に自動的に診断結果を提示させている行為について医行為該当性を認める、という見解が考えられる。アプリケーションはプログラムを書きダウンロードされれば終わりというわけではなく、利用者の入力に応じて AI が判断し、判断結果を利用者に提示するという継続的なものである。そのため、アプリケーションを頒布する段階ではなく、ダウンロード後に事業者が

サービスとして判断内容を提示する行為に関して医行為該当性を検討するのである。これは例えば、オペレーターなどの実際の人間が回答する前述の例において、そのサービスを事業として運営する運営者の行為について医行為性を検討するのと同じ構造である。ただ、回答するのが人間の場合には、独立の自律した主体である回答者が医行為を行っているのであり、運営者についてはその背後者にすぎない。そのため、原則として運営者には正犯性は認められないという判断になろう（間接正犯や共同正犯、教唆犯等が成立する場合であれば処罰可能性はあるが、いずれもその者「自身」が医行為を行っているという解釈とはならない¹²²⁾）。これに対して、回答するのが AI の場合には、AI には自律した法人格を觀念することはできないため、サービスを提供する事業者はもはや背後者ではなく、いわば直接性を有するものとも見ることができる。事業者が、AI という道具を通じて、利用者に対して情報提供という医行為を行っているという構造を見出すことはさほど困難なことではない。

しかしながら、この見解には大きな難点がある。それは、医師法の医業独占規定には法人処罰規定がないという点である。AI による診断サービスなどを業として提供するのはほとんどが法人であると考えられるところ、医師法上は 17 条違反の処罰対象は自然人である¹²³⁾。そのため、AI による診断サービスの提供事業者の行為を医業独占規定に反するとして処罰することが実務上想定しがたい。この点で、事業者について医行為該当性を議

120) AI に法人格を認めるかについては、深町晋也「ロボット・AI と刑事責任」弥永＝穴戸編・前掲注 96)209 頁、217-220 頁（有斐閣、2018）、青木人志「I「権利主体性」概念を考える——AI が権利をもつ日は来るのか」法教 443 号 54 頁（2017）など参照。

121) 反対に、樋笠・前掲注 15)262 頁のように、AI による診断を「AI による」医行為と捉える余地もあるという見方も存在している。仮に AI に行為主体性を認め、「AI が医行為を行うことを規制すべきか」という問いを立てたととしても、医師（人間）と非医師（人間）との業務範囲を線引きする医師法 17 条を用いて医師（人間）と非医師（AI）との線引きが可能か、つまり規制根拠を医師法 17 条とすべきかを改めて検討すべきであろう。また、たとえ AI に人格を付与し医師法 17 条を規制根拠としたとしても、AI という新たな法人格による行為に関する社会通念は未だ確立されていないため、行為類型関連構成や包括一体構成など社会通念によって医療関連性を判断する観点では解決できない問題が浮上するであろう。

122) 山口厚『刑法総論（第 3 版）』67-68 頁（有斐閣、2016）参照。

123) 同法 31 条 1 号は、「第 17 条の規定に違反した者」と規定する。また、同法は、医師に対する戒告処分等を行うにあたっての調査における命令等（7 条の 3 第 1 項）に従わなかった場合の規定（33 条の 4・33 条の 3 第 3 号）を置くのみで、17 条違反についての法人に対する罰則規定はない。

論する実益は乏しい¹²⁴⁾125)。

そこで、家庭における利用者に着目し、このようなサービスに自ら情報を入力したりバイタルデータを計測したりすることで、そのプログラムを利用する行為について医行為該当性を検討するという視点に立ちたい。自動的に診断を行うAIのプログラムは、いわばプログラムという形をとった一種の医療機器¹²⁶⁾である。そのため、こういったAIを利用する行為は、いわば(体温計や痰の吸引装置といった)医療機器を利用する行為と同様であり、これらについて医行為該当性を検討することも十分可能である¹²⁷⁾。

以下では、家庭での利用向けに開発されたアプリケーションを利用する場合と、医師の処方を受けて患者が自ら治療用に利用するアプリケーションを用いる場合とに分けて、それぞれ検討する¹²⁸⁾。

(2) 家庭向けアプリケーション

ウェアラブル端末での計測や利用者の自己計測によって利用者の心拍数や体温、歩数や睡眠パターンなどの様々なバイタルデータ等を入力した上で、そのデータをもとに多種多様な情報提供を行うサービスが、「ヘルステック」として盛り上がりを見せている。

たとえば、「Appleの不規則な心拍の通知プログラム」「Appleの心電図アプリケーション」はいずれもApple Watchにインストールされるプログラムであり、それぞれ、脈拍数データを解析し心房細動を示唆する不規則な心拍を検知してユーザーに通知する機能、取得した心電図データを解析し心房細動の兆候の有無等をユーザーに通知する機能を有している¹²⁹⁾。他にも、膨大なユーザーのビッグデータを反映させたアルゴリズムを用いて、利用者の月経日や基礎体温の記録・管理をも

124) また、海外にシステムをもつ海外の事業者が国内の一般人に同様のサービスを提供した場合に、当該事業者が医師法違反を問えるのかといった問題点も考え得る。矢戸常寿ほか「医療支援」矢戸常寿ほか編『AIと社会と法——パラダイムシフトは起きるか?』121頁〔小塚莊一郎発言〕(有斐閣、2020)。

125) プログラム開発者による開発行為について医行為該当性を検討する余地もあるが、プログラムが開発された時点で医行為がなされたという解釈はあまりにも不自然であろう。そのため、やはり利用者の行為について医行為該当性を検討するほかないのである。

126) 無体物であるプログラムも医療機器となりうる(薬機法2条4項・1項2号参照)。プログラム医療機器該当性と医行為該当性は厳密には異なる論点であり、判断基準も同一ではない。しかしながら、医療機器の承認段階においては、その通常の利用場面を想定した安全性・有効性に関する検討がされるため、実質において相当程度重複した内容と判断することになろう。本稿で検討対象とする家庭向けアプリの医療機器該当性判断に関する弁護士による解説として、鈴木謙輔編著『ヘルステックと法』5頁〔小山嘉信〕(金融財政事情研究会、2023)がある。

127) 実際に、体温計や血圧計で体温・血圧を計測する行為、痰の吸引装置で吸引する行為など、患者やその家族などが自ら医療機器を用いる行為について医行為該当性が問題となった事例は多い。

128) 医師法17条をめぐっては、実質的に違法性が阻却されるための要件(目的の正当性、手段の相当性、法益衡量、法益侵害の相対的軽微性、必要性や緊急性)を満たすため違法性阻却によって正当化される、といった考え方がみられる。

患者や家族による医行為の実施などを正当化するため、明示的には言及しないものの実質的違法性阻却論を根拠に類型的に違法性が阻却されるという解釈がたびたび示されてきた(前掲注61)参照。いわゆるコロナワクチンの打ち手問題にあっても、同様の論理が用いられた(前掲注64))。厚労省の解釈における実質的違法性阻却論の概観については、特に、新型コロナウイルス感染症のワクチン接種に係る人材に関する懇談会「資料2 歯科医師による新型コロナウイルス感染症のワクチン接種のための注射について」2頁(<https://www.mhlw.go.jp/content/10804000/000771985.pdf>, 2023年12月15日最終閲覧)が参考になる。)

しかしながら、これらの要件の理論的妥当性は不透明である(平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」唄孝一・賀寿『人の法と医の倫理』573頁, 597-601頁(信山社、2004))。また、危険性が大きく医行為とされる行為であっても、患者や家族が行う場合であれば途端に可能とすることは、医師法17条の趣旨に照らして説得的とは言えない(樋口範雄「医療における法化と規範の役割 法の過小と過剰」城山英明・山本隆司編『環境と生命 融ける境 超える法』139頁, 164-166頁(東大出版会、2005))。

そのため、以下においても、あくまで一般人による判断支援型AIの利用が医行為ひいては医業に該当するか、という点に検討対象を絞り、医行為に該当するとしても違法性が阻却されるか、という観点については議論の対象としない。

129) いずれのプログラムも医療機器として2020年9月に承認されている(木村雄弘「医師として知っておくべきApple Watchと心房細動」日本医事新報5095号28頁, 29頁(2021))。

とに、次の排卵日や妊娠確率の高い期間を予測するサービスなどもある¹³⁰⁾。

このようなサービスは、アドバイス内容によって、医療及び保健指導との関連性の程度、情報提供に伴う危険性の大小などが異なりうる。そこで、以下の三つの情報提供パターンに関して、具体的に検討を行ってみたい。

第一に、医学的判断を伴わず、ストレッチやトレーニングのメニューを立案する運動指導や、食事メニューを作成するような栄養指導を AI が行う場合に関しては、危険性はそれほど大きいものではない。さらに、これらの運動指導や栄養指導については、いずれも、理学療法士及び作業療法士や管理栄養士といった資格が別途存在する通り、医師に独占させなければ危険性が縮減しないという関係が成り立たない。そのため、運動指導や栄養指導を目的とする一般人向け AI 情報提供サービスをユーザーが利用しても医行為に該当せず、医師法 17 条には違反しないと考えられる。

第二に、ウェアラブル端末等でバイタルデータを計測したり利用者が自覚症状を入力したりすると AI が特定の病気の罹患可能性や典型的な治療例を提示するサービスはどうか。この場合、AI による判断結果をもとに、利用者が勝手に薬や治療方法を探し自己治療のみで済ませてしまうことにつながる¹³¹⁾。一般人によるこういった AI の利用は、AI の情報提供が一般人の自己判断を招き不適切な処置を誘発する危険性を伴う¹³²⁾ところ、こ

ういったリスクはその後の症状の悪化や緊急疾患の見落としにつながる可能性があるなど、危険性が大きい。これらの情報提供を行う AI の利用を医師のみに委ね、AI の判断結果の医師によるチェックを通じた正当な医療を受けさせなければ、不適切な処置を誘発する危険性を十分に縮減することはできない。したがって、入力された症状やバイタルデータ等から、特定の疾病に罹患している可能性や典型的な治療例を提示する AI を利用する行為は、医行為に該当すると考えるべきである。

第三に、特定の疾病の罹患可能性は提示しないものの、計測されたデータをもとに医療機関の診察を受けるように AI が助言するサービスを利用する場合はどうか。このような助言は、医師でない者が患者の状態などの情報を電話等で聞き取り、特定の診療科の診察を受けるよう勧奨する場面に類似している。

オンライン診療の適切な実施に関する指針（前掲注 89）では、「患者からの症状の訴えや、問診などの心身の状態の情報収集に基づき、疑われる疾患等を判断して、疾患名を列挙し受診すべき適切な診療科を選択するなど、患者個人の心身の状態に応じた必要な最低限の医学的判断を伴う受診勧奨」をオンライン受診勧奨、「一般的な医学的な情報の提供や、一般的な受診勧奨に留まり、相談者の個別的な状態を踏まえた疾患の罹患可能性の提示・診断等の医学的判断を伴わない行為」を遠隔健康医療相談（医師以外）として区別

130) 大西綾「生理データで女性支援 ルナルナ、70年ぶり発見めざす」日経産業新聞 2023 年 2 月 10 日、3 面。

131) これは、「同様のデータや自覚症状を訴える者については、（一般論として）この疾病に罹患している患者が多い」といった一般論レベルの提示であっても、同様である。

この点に関連して、利用者が自身の健康データを入力すると、多因子性疾患である糖尿病を発症するリスクの数値や生活アドバイスなどが表示されるシステムが問題になった事例がある。このシステムについて、「予測は単に統計データに基づくもので診断行為には当たらない」ことを理由にウェブサイトで公開することもできるという判断が厚労省によりなされた（「糖尿病 AI 予測再開へ 厚労省『承認手続きが必要な診断行為に該当せず』」読売新聞朝刊東京本社版 2018 年 12 月 18 日、35 面）。しかし、診断ではなく予測であるから医行為に該当しないということ根拠とするのは妥当ではないのではないかという批判もなされている（一家綱邦「医療機関による疾患予測ツール公開の医行為該当性に関する研究」（https://mhlw-grants.niph.go.jp/system/files/2018/181014/201804002A_upload/201804002A0006.pdf, 2023 年 12 月 13 日最終閲覧)）。V 2(1)で述べたように診断は重層的な概念であることから、「診断にあたればすなわち医行為」と論じるのではなく、具体的に当該情報を提供することによる一般人の受け止め方などサービス提供による危険性を全般的に検討すべきことが、この事例にもあらわれている。

132) これは、正常な医療を受ける機会を喪失させるという意味で、小谷・前掲注 47) の消極的弊害に対応する。

し、前者は医師しかできない行為であるのに対して、後者は医師以外が行うことも可能であるとしている¹³³⁾ (下線は筆者による)。

この整理によれば、利用者の個別的状況に応じて医師による診察の必要性和受診すべき診療科などを提示することも、オンラインで人間が行えばオンライン受診勧奨である¹³⁴⁾。そのため、同様に考えれば、AIによる同様の助言を行うプログラム医療機器(例えば、ウェアラブル端末で計測した利用者の心電図に応じて、医師による診察の必要性和受診すべき診療科などを提示するもの)の利用も、医師以外行えないようにも思われる。

しかしながら、上記プログラムとオンライン受診勧奨の定義とで決定的に異なるのは、「疑われる疾患等を判断して、疾患名を列挙」する過程があるのかどうか、という点である。仮に特定の疾患の罹患が疑われることや、そのリスクを具体的に提示した場合には、前述のようにAIの情報提供が利用者の自己判断を招き不適切な処置を誘発する危険性がある。他方で、端末等で得られた利用者のバイタルデータ等から、異常な健康状態を検知し、医師による診察の必要性和受診すべき診療科のみを提示する場合、特定の疾患の罹患の疑いを直接利用者に提示しているものではない。この場合、利用者が医療機関を受診するよう促すに過ぎないのであるから、利用者が正常な医療を受ける機会を削ぐともいえない¹³⁵⁾。したがって、このような情報提供を行うAIを利用する行為の危険性は大きいとは言えず、医師に独占させてこれ以上危険性を縮減させるには及ばない。

以上を踏まえると、計測されたバイタルデータなどを解析した上で医療機関の診察を受ける必要性や診療科といった情報を提供するAIを利用する行為は、医行為に該当せず、業として行ったとしても医師法17条には違

反しないと考えるべきである。

(3) 治療用アプリケーション

ここまでの議論とは若干異なるロジックで医行為該当性が否定されうる場合がある。それは、医師から治療用アプリケーションの処方を受けた患者がそのアプリケーションを利用する場合である。この「治療用アプリ」は、デジタル機器を介して疾病に対する治療を行うデジタル療法(Digital Therapeutics: DTx)として、その開発が活発に行われている。薬機法上の医療機器としても、禁煙治療補助システム、高血圧症治療補助プログラム、不眠障害治療用プログラムの3件がすでにプログラム医療機器としての承認を受けている。これらはいずれも、禁煙外来や内科などで処方されたのち、患者が日常生活でアプリを使用することを通して治療を継続する。アプリの利用による治療の進捗状況は、医師が医師用アプリで確認することができるため、これまで来院時に断続的に状況を確認するしかない状態から、継続的かつ連続的に患者の日常生活を通じた治療の実践と予後観察が可能となる。

こういったアプリケーションの患者による利用は、処方された医療機器を患者が家庭で自己使用するという点で、患者によるインスリンの自己注射の問題¹³⁶⁾などと類似したものといえる。ただ、この問題と異なる点として、これらのアプリによって提供されるものはそれぞれ、患者のプロファイルに応じた行動療法や禁煙コンテンツ、食事療法などの非薬物療法、不眠障害に対する認知行動療法など、いずれも非薬物療法であってオーバードーズなど不適切な使用によるリスクは非常に小さい。また、前述の通り、医師が継続的に医師用アプリによってモニタリングすることから、患者の使用による影響を常に確認することができるため、そのアプリの利用を患

133) 厚労省・前掲注89)5-7頁。

134) 森・濱田松本法律事務所ヘルスケアプラクティスグループ編『ヘルステックの法務Q & A(第2版)』155頁(商事法務, 2022) 参照。

135) 逆に、プログラムにおいて「受診の必要性がない」というメッセージを表示させる場合、プログラム開発者は、受診する必要が一切ないのだという誤解を抱かせないように文言に慎重になる必要がある。実は病気があったにもかかわらず受診しなかったことによる消極的弊害を小さくするために、「体調が悪化したり、自覚症状があったりする場合には、迷わず医師の診察を受けてください。」といった文言を添えるべきであろう。

136) 米村・前掲注51)41頁参照。

者に委ねたとしても、その危険性は非常に限られている。

このように、先に述べた 3 つの治療用アプリに関しては、その利用に伴うリスクの医療関連性は一定程度認められるものの、危険性は大きいものとはいえず、これを医師に独占させてこれ以上危険性を縮減させる必要性は認められない。したがって、これらの治療用アプリの患者による利用は医行為ではなく、アプリの設計段階における想定通り、患者が反復継続的に利用することができる考えるべきである。

このように、治療用アプリを医師が処方して患者が自身のデバイスにダウンロードした上で利用する行為に関しては、医師によって治療内容の継続的なモニタリングを受けているため、危険性が大きくないという判断¹³⁷⁾に働きやすい¹³⁸⁾ 類型であるといえる。

VI. おわりに

本稿は、まず、医業独占規定における医行為の意義について、危険性の程度と当該危険を医師のコントロールに委ねるべきといえる程度の両要素によって解決する新しい危険関連構成を展開することによって、広範性が指摘される医師法 17 条の射程に限定を加えつつ新規技術についても対応できる新たな判断枠組みを提示した (Ⅲ)。次に、新規技術の代表例である AI の中でも判断支援型 AI と呼ばれる類型について、外来診療支援・病理診断支援・ヘルスケアアプリ・治療用アプリといった具体例を示し、想定しうる利用態様をプロセスのなかでとらえ、いかなる情報提供を行いうるか具体的に検討することで、それぞれの利用の医行為該当性について方向性を示してきた (Ⅴ)。

ここまで、医師法 17 条の解釈論と医療 AI

の適用という非常に単純な構成で論を進めてきた。その中で、本文にて検討を加えることを構成上断念し、やむを得ず脚注にて問題の所在を記述するにとどめざるを得なかったものも多い。例えば、医師とその他の医療従事者との業務分担に AI の活用がどう関わるかといった問題は、患者への診療に直接寄与する AI の議論にとどまらない。また、個人の健康診断や検査結果といった PHR (Personal Health Record) の利活用など、医事法のみならず情報法の分野からも、医療 AI に関しては論すべき課題が残っている。こういった医療 AI の法的問題は、日本固有のものではなく普遍性を有する論点なのであるから、海外での議論状況¹³⁹⁾ も踏まえる可能性があるだろう。さらに、医行為論で指摘した「美容医療」に関しては、本稿のようにその具体的態様に応じて個別に医行為該当性を検討するとしても、これらの施術を行う他の資格を設ける立法政策の余地は残っており、この是非を論ずることもできるだろう。本格化する医師の働き方改革についても、医事法と労働法が交錯する重要な領域である。最後に、薬機法上の規制と医師法上の業務独占規制のいずれを用いた規制のあり方が適切かという問いも残されている。本稿は、以上の諸問題について満足に議論することはできなかった。これらすべて、今後の筆者自身の検討課題としたい。

繰り返し述べてきた通り、医行為論に関しては AED をはじめ新規技術の登場と医療への応用により問題が惹起されることで、良くも悪くも議論が活性化されてきた。AI 利用の医行為論に関しても、(医療 AI 全般に関する十分なものとはいえないが、) 本稿でここまで論じてきた内容に示されるとおり、医師法 17 条の解釈論を前に進める潜在的可能性を秘めている。

137) たとえこのように考えたとしても、治療用アプリがプログラム医療機器に該当する場合には、医療機器の承認段階での審査が控えていることから、医業独占規定とは異なる規制により患者の安全な利用が図られているといえる。

138) ただし、アプリにおいて提供される治療の内容によるため、一概に危険性が大きくないということはない。やはり、アプリに応じた個別具体的な検討が必須である。

139) 樋口範雄「AI, ロボット, 医療, そして法」武蔵野法学 11 号 81 頁 (2019), 小川有紀子「〈医療と AI〉より良いガバナンス構築に向けて——フランスにおける近年の議論を参考に」年報医事法学 34 号 29 頁 (2019) など。

また、AIの実用化により多くのサービスが生まれて、既存の資格規制との関わりで法的な問題が生じるケースは、医療に関わらず様々な業種において考えられる。契約書の作成・審査・管理を行うリーガルテックの利用が非弁行為との関係で問題になったのが一例である¹⁴⁰⁾。より身近な例では、自動運転技術開発が進む中で、自動運転の利用に自動車運転免許を要求するかといった問題も惹起された¹⁴¹⁾。このように、AIに関しては、他の資格制度での議論と医師法17条における議論が相互に思わぬ影響を与えうるため、今後本論点を議論することは重要になってくる。

医療AIの進歩が、混迷する医行為論、ひいては医事法学や医療提供体制を含む社会全体に、ポジティブなパラダイムシフト¹⁴²⁾を起こすことを望みつつ、筆を置くこととする。

* 謝辞

本稿は、2023年度に提出したリサーチペーパーに若干の修正を施したものである。本稿の内容は、全て筆者個人の見解であり、今後所属する団体や組織の見解を示すものではないこと、念のため申し述べておく。

さて、筆者の指導教員である米村滋人教授のご教示なくしては、本稿は完成の日を迎えていないであろう。大学生活を通じて何度お世話になったか数えきれない。ご著書や講義、演習を通じた学びが、嵐のような執筆期間においてセントエルモの火の若く筆者に光をもたらした。この学恩に改めて感謝申し上げたい。

加えて、多くの学友にも、筆者からの心からの感謝を伝えたい。筆者は、コロナ禍の大学も経験した。コロナ禍を経て、自宅の窓の

中から大学の教室へと戻った後の活発な議論の日々が、今では宝石になって残っている。

さらに、本稿は両親の支えによるところも大きい。テーマの性格上、様々な学問領域の文献に当たることとなる。現在地を見失いかけていたとき、両親との会話を通じて本研究のコンパスが動き出すことが多々あった。大変感謝している。

その他にも、大学内外の多くの方々にご相談させていただき、ご支援を賜った。あえて個別に名を挙げることは差し控えるが、各位との邂逅に感謝を伝えたい。

最後に、東京大学法科大学院を支える全ての方々への感謝を申し上げる。本学に所属している期間は、正解不正解とか、皆と比べてどうかとか、そういったことを確かめる間も無い程、刺激的な日々を過ごすことができた。

本稿に残された問題点は無論、筆者の力不足に起因するものである。他方、わずかでも見るべき点があるとすれば、それは、数々のご支援の賜物であると確信している。

(ひらやま・たかひと)

140) 法務省大臣官房司法法制部「AI等を用いた契約書等関連業務支援サービスの提供と弁護士法第72条との関係について」(2023年8月)参照。サービスの内容や形態、サービスの提供先に応じて、非常に具体的な検討がなされている。

141) 緒方延泰＝嶋寺甚「自動運転をめぐる規制上の問題」藤田友敬編『自動運転と法』101頁、121-124頁(有斐閣、2018)。また、2022年の道交法改正により、一定の条件下での無人自動運転(レベル4)について「特定自動運行」と定義(法2条1項17号の2)され、「運転」の定義から除外された(法2条1項17号第2かつこ書)ことで、運転免許の保有を必要としない許可制度(法75条の12第1項)が設けられることとなった。

142) 宍戸常寿ほか「これからのAIと社会と法——パラダイムシフトは起きるか?」宍戸ほか編・前掲注129)329頁。

論説

「カルテの情報」は誰のものか

弁護士・東京大学法科大学院教授

梅林 啓

I. ある事件

II. 用語の整理

- 1 誰のものか
- 2 医療情報とカルテの情報
- 3 「医師」と「病院」

III. 医療情報はどのようにして蓄積されていくか

- 1 診察
- 2 診断
- 3 治療

IV. 情報を保護する法制

- 1 情報とは何か
- 2 情報窃盗について
- 3 大学の入学試験問題の窃盗
- 4 新薬産業スパイ事件
- 5 電子データ
- 6 無体財産権
- 7 営業秘密
- 8 個人情報

V. 医療情報を保護する法制度はあるのか

- 1 医療情報の特徴
- 2 医療情報は営業秘密か
- 3 医療情報は個人情報か
- 4 小括

VI. 医療情報を保護する法制のあり方

- 1 カルテの情報は誰のものか
- 2 カルテの情報へのアクセスを広く可能

にする法制度

- 3 保険診療と紐付けること
- 4 病院や医師は独自にカルテの情報を保有できるか
- 5 患者によるカルテの情報へのアクセス
- 6 自らの意思を伝えることのできない患者

VII. 最後に

I. ある事件

2023年（令和5年）6月、「全国の総合病院などに勤務する複数の眼科医が、手術の動画を勤務先などに無断で医療機器メーカーに提供し現金を受け取っていた問題で、奈良県の公立病院に勤務する眼科医が、このメーカーから受け取った現金80万円はメーカーの医療機器を使用する見返りであったとして、収賄の疑いで書類送検された」という報道がなされた。

この事件に関連して、業界団体である医療機器業公正取引協議会は、全国の総合病院などの眼科医75名が、白内障手術の動画をこのメーカーに提供し、総額2145万円の現金を受け取っていたという調査結果を前年の2022年（令和4年）7月に公表している。一方で、メーカーに提供された白内障手術の動画の相当数は、一度も利用されず、会社として管理も行っていなかったとされている¹⁾。

つまり、白内障手術の動画は、このメーカーが医師に現金を供与するための口実として医師からメーカーに提供されていただけで、メーカーはこの動画を特に必要としていなかったことになる。

政府の個人情報保護委員会は、医療機器業公正取引協議会の調査結果の公表後の2022年（令和4年）11月2日、個人情報を適切に取り扱っていなかった複数の個人情報取扱事業者²⁾に対し、個人情報の保護に関する法律（以下「個人情報保護法」という。）に基づく指導を行うとともに、医療機関における個人情報の適切な取扱いに関して、注意喚起を行った³⁾。

この事件から筆者が注目したのは、「白内障手術の動画はいったい誰のものなのか」ということである。医師は「自分のもの」と思っていたので、これをメーカーに提供することにあまり問題性を感じなかったのかもしれない。しかし、この動画には患者が撮影されている。医師は、動画を提供する際に、この患者の同意が必要とは考えなかったのであろう。個人情報保護委員会もその問題を指摘している。ただ、白内障手術の動画が個人情報であるか否かという視点だけでこの事件を見てしまうと、その白内障手術の動画によって個人を特定できるかどうかで判断されることになるので、個人を特定できないのであれば、個人情報ではなく、個人情報保護法の保護の対象でもなくなってしまう。

本稿では、「個人情報」という切り口ではなく、そもそも医療情報、それが記録される「カルテの情報」はいったい誰のものなのかという視点で、持論を展開してみたい。

Ⅱ. 用語の整理

最初に、本稿で使用する用語について、少

し整理しておきたい。

1 誰のものか

すでに本稿では、「白内障手術の動画は誰のものか」、「医師は自分のものと思っていた」などと論じているが、これは物事をわかりやすくするために「誰のものか」という言い方を使っているに過ぎない。

民法に所有権という概念がある。民法は、第一編「総則」の第四章「物」の冒頭の第85条に「この法律において『物』とは、有体物をいう。」という定義規定を置き、物に対する権利（物権）を定める第二編において「所有権」を定めている。有体物は、一般に「空間の一部を占めて有形的な存在をもつもの」と言われている。有体物に対立する概念は無体物であり、無体物の典型は、電気、熱、光などとされている。所有権は有体物にしか認められないので、無体物には所有権が観念できない。

これは、民法が制定された明治時代には、あまり違和感のない整理であったと思われるが、その後、有体物ではないにもかかわらず「価値がある」と認識されてきたものがある。その一つが「情報」であり、平成に入ると、この情報を電子的に保存する手段として「電子データ」が広く利用されるようになった。しかし情報も電子データも、残念ながら有体物ではないので、無体物と整理されてしまい、所有権が観念されないまま放置されることとなった。

そうすると、情報や電子データに対して、「それは誰のものか」という命題を突き付けたときに、所有権を持つ者という意味での「所有者は誰か」という命題に置き換えてしまうと、「無体物である情報や電子データに所有者はいないし、そもそも所有権が観念で

1) 2023年（令和5年）6月19日のNHK、読売新聞の報道等。（読売新聞オンライン「白内障レンズ巡り贈収賄容疑、眼科医とスター・ジャパン元社長ら書類送検……大阪府警」（2023年6月19日）（<https://www.yomiuri.co.jp/national/20230619-OYT1T50101/>）、2024年10月16日最終閲覧）。

2) 主として、医療機関を指すものと思われる。

3) 個人情報保護委員会「手術動画提供事案に対する個人情報の保護に関する法律に基づく行政上の対応について」（2022年11月2日）（221102_houdou_2_1.pdf（ppc.go.jp））、2024年10月16日最終閲覧）、個人情報保護委員会「医療機関における個人情報の取扱い」に関する注意喚起（2022年11月2日）221102_houdou_2_2.pdf（ppc.go.jp））、2024年10月16日最終閲覧）。

きない」という結論にたどり着いてしまう。それでは議論を先に進められないので、本稿では、「誰のものか」という言い方は、所有権のことはさておき、「誰のためのものか」、「誰が保有すべきものか」というような意味としておく。

2 医療情報とカルテの情報

筆者は医師ではないし、医学の専門家でもない。よって、これから論じる内容は、医師や医学の専門家からは、言葉遣いとして違和感を感じることがあるかもしれないが、その点はご容赦いただきたい。筆者は、本稿において、もっぱら患者になる者の立場から医療情報とカルテの情報について論じることとしたい。

「医療情報」とは、患者が医療を受ける過程で蓄積されていく情報全般を意味する。この医療情報は、通常は、医師が作成するカルテに記録され蓄積されていくはずなので、カルテに記録された情報を「カルテの情報」と呼ぶこととする。

なお、医師法第24条第1項は、「医師は、診療をしたときは、遅滞なく診療に関する事項を診療録に記載しなければならない。」と定めている。この診療録は一般に「カルテ」とも呼ばれているので、本稿では、主に「カルテ」という用語を使用することとする。

3 「医師」と「病院」

「医師」と「歯科医師」は、扱われている法律が医師法と歯科医師法と異なっている。また医療法上、「病院」と「診療所」は明確に区別されている⁴⁾。しかし、本稿で扱う問題は、医師と歯科医師、病院と診療所において、いずれも共通するものである。そこで以下では、「医師」と「病院」という用語を、わかりやすい代表例として使用することとする。

る。

Ⅲ. 医療情報はどのようにして蓄積されていくか

患者が医療を受ける過程は、診察、診断、治療と進んでいく。この診察、診断、治療をまとめて「診療」と呼ぶこともある。

1 診察

診察は、医師の方向から見た用語のように思えるが、実際は、患者自身が自らの心身の情報を医師に提供していく行為である。問診、視診、触診は、診察の手段であるが、いずれも医師の方向からの用語である。患者から現在の具体的な症状、アレルギーの有無、既往症などを聞き出すことが問診、患者の身体の状態を視覚や触覚によって把握するのが視診や触診である。血液検査、レントゲン検査、MRI検査などの各種検査も、診察の手段である。これらの各種検査は、患者の身体の状態を、科学的、医学的に分析する手法である。

診察によって得られた情報は、おそらく「医師のもの」あるいは「病院のもの」になるであろう。しかし、依然として「患者のもの」でもあるはずである。「医師のもの」になった情報は、いずれも、もともとは「患者のもの」であった情報であり、それを患者が医師に提供したにすぎない。それを医師に提供したとたんに、「患者のもの」でなくなるはずはない。

これは、血液検査やレントゲン検査などの各種検査によって得られた情報も同様である。各種検査によって得られた情報は、患者が提供した血液に一定の分析を施したり、患者の身体の内부를画像や映像として判別しやすい情報に転換しているものである。患者にとっては、適切な医療を受けるという唯一の

4) 医療法において、「病院」とは、「医師又は歯科医師が、公衆又は特定多数人のため医業又は歯科医業を行う場所であつて、二十人以上の患者を入院させるための施設を有するものをいう。」と定義され、「診療所」とは、「医師又は歯科医師が、公衆又は特定多数人のため医業又は歯科医業を行う場所であつて、患者を入院させるための施設を有しないもの又は十九人以下の患者を入院させるための施設を有するものをいう。」と定義されている(第1条の5)。

目的のために、自らの身体の情報を提供して分析等を依頼しているだけなので、その分析結果となる情報が「患者のもの」でなくなるという整理は、かえって現実的ではない。

診察によって得られた情報は、カルテに記録され、あるいはカルテの一部を構成することになる。つまり「カルテの情報」となる。カルテの情報は、その診察を行った病院が保有することになる。一方で、患者はカルテの自由にアクセスできない。カルテは病院が保有しており、「病院のもの」あるいはそれを利用する「医師のもの」になっているからである。患者にとってカルテの情報は、自らの心身の正確な状況、あるいは症状の根源を記録しているものであり、自らのための情報であるはずなのに、それを自由に利用できないもどかしさがある。この状況が大きく影響していると思われるが、病院や医師は、カルテの情報は自らのものであって患者のものではないかと思いがちであるが⁵⁾、患者が提供する情報なくして、カルテの情報は存在しようがない以上、それは既に誤った解釈であろう。

2 診断

診断は、診察によって得られた情報をもとに行う医師の医学的な判断である。医師が、自らの専門的知見を駆使して行う判断なので、医師にとっては、自らのものという意識が強いのであろう。では、この診断は、「患者のもの」ではないのか。

診断は、診察に紐づく情報である。診察なくして診断はないはずであり、診断が、患者のものであるはずの患者の情報をもとにするのであれば、診断もまた、患者のものであってしかるべきである。

診断は、医師から患者に伝えられる。それ

によって患者は、自らの心身に起きている現象の医学的な評価、つまり診断という情報を知ることになる。もともとこの診断を受けるために、患者は医師に自らの情報を提供しているのであるから、診断という情報を患者に提供してもらわなければ、そもそもの目的が果たせないことになる。

しかし、診断は、時に正確かつ詳細には患者に伝えられないことがある。余命に関する情報、患者が精神的に大きなダメージを受け、その後の患者に影響を及ぼす診断情報などは、医師の判断によって患者に伝えないこともある。この問題は、患者の知る権利などの論点でその是非が議論されている⁶⁾。

筆者は、診断が、時に正確かつ詳細には患者に伝えられないことがあること自体に問題があると考えているわけではない。これは別の論点である。重要なのは、患者に伝えられない診断であっても、その情報はやはり「患者のもの」であるという点である。患者に伝えないからといって、診断が病院又は医師の専属的な情報になるはずはなく、必要に応じて患者の親族等には伝えられることもあるので、診断は、「患者のもの」、「患者のためのもの」である。

診断は、診察と同様にカルテに記録され、カルテの情報になる。むしろ、そうしなければならない情報である。カルテの情報となった診断も、患者のための情報であり、「患者のもの」と整理されるべきである。そして、「患者のもの」であるはずのカルテの情報に、患者が自由にアクセスできないことは、患者に伝えるべきでないと医師が判断した情報がカルテに含まれていることと無関係ではないであろう。患者が自由にアクセスできない情報であるからこそ、医師は、患者に知らせるべきでないと判断したものも含め、ありのままの情報を躊躇なくカルテに記録できること

5) 冒頭の事件において、医師が患者の承諾もなく白内障手術の動画をメーカーに提供していたのは、まさに、医師がカルテの情報は自らのものであって患者のものではないと考えていたからだと思われる。

6) 例えば、「患者の権利に関する WMA リスボン宣言」(<https://www.med.or.jp/doctor/international/wma/lisbon.html>, 2024 年 12 月 12 日最終閲覧)では、「患者は、いかなる医療上の記録であろうと、そこに記載されている自己の情報を受ける権利を有し、また症状についての医学的事実を含む健康状態に関して十分な説明を受ける権利を有する (7a)。」、「例外的に、情報が患者自身の生命あるいは健康に著しい危険をもたらす恐れがあると信ずるべき十分な理由がある場合は、その情報を患者に対して与えなくともよい (7b)。」とされている。

にもなる。仮に、患者がカルテの情報に自由にアクセスできるとなると、医師が患者に伝えるべきではないと判断した情報をカルテに記録しなくなる、むしろ記録できなくなる、医師はそう考えているのかもしれない。

患者がカルテの情報に自由にアクセスできないこととしている理由がここにあるのであれば、それを克服する道はあると筆者は考えている。それは後述する。

3 治療

治療は、診察、診断に基づいて、医師が患者に施す医学的な措置であり、薬の処方や手術などがその内容となる。治療の内容は、当然カルテに記録される。薬の処方には、患者に処方箋を交付した事実と実際に病院で投薬したことが含まれる。患者に処方箋を交付したことは、実際に患者がその処方箋に記載されている種類と量の薬を服用したことまでは意味しないが、治療の内容として重要な情報であることに変わりはない。

患者に対してどのような治療を施すかは、医師がその専門的知見に基づいて判断するものである。また手術は、医師がその専門的知見とともに、専門的技術を駆使して行うものである。したがって、医師にとっては、治療に関する情報は、診断と同様、医師のものという意識が強いのもかもしれない。しかし、患者にとっては、まさに自己の身体に対して施された措置であり、それが処方歴や手術歴として蓄積されていくのであれば、その情報は、「患者のもの」でもあるはずである。しかし、患者は、自らに施された治療の内容のすべてを、自ら明確に認識できるものではない。自ら服用した薬であれば認識は可能であるが、入院中に投薬された薬の種類や量を、患者が自ら認識しないこともあるし、自ら記録することもあまりない。手術となると、麻酔によって眠っている最中に施されることも多く、その医学的かつ専門的な内容からしても、患者が理解しているのは、どのような手術を受けたかという程度である。それ以上の情報、例えば、病根の位置、形状、大きさ、それに対してどのような手法で手術がなされ

たか、その手術が適切になされたかを患者が自ら知ることは、ほぼ困難である。

ただし、治療の情報は、カルテには記録され、カルテの情報になる。これこそ、そうしなければならないはずである。仮に、手術や投薬が医師の不注意や過失によって不適切になされたとしても、その事実をカルテに記録することは、医師法における医師の義務である。

冒頭の事件で紹介した白内障手術の動画は、患者に施した手術の状況が映像として記録されたものである。一方、現行法制上、手術の状況を動画として記録すること、それを診療録（カルテ）の情報とすることを義務付ける規定は存在しない。つまり、手術の状況を動画として記録するかどうかは、もっぱら医師の判断に委ねられており、仮に動画として記録した場合であっても、それをカルテの情報とするかどうかは医師の判断に委ねられているということになるのであろう。

一方で、現在、各病院において、手術の状況を撮影し手術室以外の場所から同時配信で視聴すること、これを動画として保存することは、かなり広く行われているようである。その目的は、患者への説明のため、医学・医療の発展のため、医療に携わる者の育成や教育のためなど様々であろう。

また、手術の状況を撮影すること、これを動画として保存することについて、患者の同意を必要とするかという論点もある。患者の容体によっては、同意を得ることができない場合もあり、患者の同意がない限り、手術の状況を撮影し動画として保存してはならないとまでの扱いにはなっていないものと思われる。

しかしながらこのような状況は、患者にとって必ずしも歓迎されるものではない。自ら受けた手術の状況が、医学や医療の発展のために役立つのであれば、その撮影や動画として保存されることに異を唱えない患者もいるであろう。しかし、仮に動画として保存されるのであれば、それは自己に施された治療の記録なのであるから、最低限、カルテの情報となっているべきだと考える患者が多いのではなかろうか。自らの知らないところで、

自らに施された手術の状況が撮影され、動画として保存されているにもかかわらずカルテの情報にはなっていない事実、それが医療機器メーカーに提供されたにもかかわらず、使われもしないで放置されていたという事実を患者が知れば、おそらく誰も納得しないのではないかと思われる⁷⁾。

Ⅳ. 情報を保護する法制

これまで述べてきた医療情報、それが記録されたカルテの情報が誰のものであるかが明確にならないのは、日本には情報を保護する法制がないことに起因する。この点について、少し深掘りして論じてみたい。

1 情報とは何か

情報という概念は、法的には非常に曖昧である。民法における「物」は有体物であるが、有体物は、一般に「空間の一部を占めて有形的な存在をもつもの」と言われており、情報がこれに当たらないことは明らかである。したがって、情報は無体物と整理されることになり、所有権も観念できない。では、情報は保護に値しないのかと言われると、決してそうではない。それは、情報はものによっては大きな価値を持つからである。価値があるものは、法的に保護される必要がある。しかし、情報に対して、日本の法令では長年曖昧に扱われてきた。

2 情報窃盗について

情報を盗む行為（情報窃盗）は、窃盗罪に該当するか。刑法分野における一つの論点であるが、既に解決した論点として実務上は整理されている。

窃盗罪を定める刑法第 235 条は、「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪と」とすると規定されている。刑法には「財物」の定義はないが、財物は、民法の「物」と同様に有体物に限るという有体物説が通説である。旧刑法時代の事件であるが、隣家に引き込まれている電線を勝手に分岐して自己の家で電気を使用していた者を窃盗罪で起訴した事案について、当時の最高裁である大審院は、電気は管理可能なものであることを理由に、無体物であっても財物に含まれるとし⁸⁾、この者を有罪にした⁹⁾。現行刑法では、第 245 条において、「この章¹⁰⁾の罪については、電気は、財物とみなす。」という規定を設け、電気のみは、無体物であっても窃盗罪の客体である財物とみなすことを明らかにしたが、これは、裏を返せば、電気以外の無体物は、窃盗罪の客体である財物ではないことを明らかにしたとも言える。

情報窃盗を巡っては、これまで様々な議論がなされてきた。例えば、他人の話を盗み聞きする行為を引き合いに出し、このような行為にまで窃盗罪を適用することは、処罰範囲が曖昧になりすぎるという批判がなされたり、窃盗罪の本質は、他人から物の占有を奪うことであり、占有権¹¹⁾が観念できる有体物しか客体になり得ないなどである。

3 大学の入学試験問題の窃盗

しかし、その後も、情報窃盗的な事件は、たびたび発生している。

例えば、1981 年（昭和 56 年）に発生した早稲田大学商学部入学試験問題漏洩事件では、入学試験問題が印刷された紙を印刷所から持ち出した者らが、窃盗罪によって処罰された。これは紙という有体物を盗んだこと、その紙が大学が所有する紙であったことに

7) 手術動画の録画・保存の実態については、愛知県弁護士会「手術動画の録画・保存に関する調査研究報告書」（2018 年 1 月）（6fe1d07bbac688037f8d2adbf5a505d2509f70a2.pdf (aiben.jp)）, 2024 年 10 月 16 日最終閲覧）が参考になる。

8) この考え方は「管理可能説」と呼ばれている。

9) 大判明治 36 年 5 月 21 日刑録 9 号 874 頁。

10) この章とは、「第 36 章 窃盗及び強盗の罪」を指す。

11) 民法上、「物」に認められている権利の一つである。

よって窃盗罪に問うことができた事件である。しかし実質は、紙に価値があるのではなく、その紙に印刷された入学試験問題という情報に価値があるのであり、侵害された利益は、紙という有体物ではなく入学試験問題という情報である。仮に、入学試験問題が印刷された紙を盗むのではなく、それを写真に撮影した場合や、自ら用意した紙にコピーして持ち出した場合は、有体物である「入学試験問題が印刷された紙」は盗まれていないので、窃盗罪は成立しない。大学側とすれば、入学試験の実施前に入学試験問題が漏洩したという“被害”は発生しているのに、その手口によって犯罪が成立したり、成立しなかったりというのは、釈然としないのではなかろうか。

なお、この入学試験問題の漏洩事件に関しては、仮に窃盗罪が成立しなくても、昨今発生している入学試験不正の事件と同様に、偽計業務妨害罪（刑法第 233 条）に問うことは可能かもしれない。ただし法定刑の上限が、窃盗罪は懲役 10 年であるのに対し、偽計業務妨害罪は懲役 3 年とかなり低くなっている。

4 新薬産業スパイ事件

同じく、情報が記載された紙の窃盗罪が問題となった新薬産業スパイ事件がある。この事件は、新薬に関する審議資料が編綴されたファイルの財物性が争われた事件であり¹²⁾、弁護人は、窃取しようとしたのはファイルという財物ではなくファイルに記載されている思想内容であり、思想内容は財物ではない（ので窃盗罪は成立しない）と主張したが、裁判所は、「情報ないし思想、観念等（以下「情報」という。）の化体（記載・入力等。以下同様）された用紙などの媒体（以下「媒体」という。）が刑法第 235 条にいう財物に該当するか否かを判断するに当たって、弁護人主張のように情報と媒体を分離して判定するの

は相当でない。けだし、媒体を離れた情報は客観性、存続性に劣り、情報の内容が高度・複雑であればあるほど、その価値は減弱している。媒体に化体されていてこそ情報は、管理可能であり、本来の価値を有しているといつて過言ではない。情報の化体された媒体の財物性は、情報の切り離された媒体の素材だけについてではなく、情報と媒体が合体したものの全体について判断すべきであり、ただその財物としての価値は、主として媒体に化体された情報の価値に負うものということができる。そして、この価値は情報が権利者（正当に管理・利用できる者を含む。以下同様）において独占的・排他的に利用されることによって維持されることが多い。また、権利者において複製を許諾することにより、一層の価値を生み出すことも可能である。情報の化体された媒体は、こうした価値も内蔵しているものといえる。以上のことは判示窃盗にかかる本件ファイルについても同様であつて、本件ファイルは、判示医薬品に関する情報が媒体に化体され、これが編綴されたものとして、財物としての評価を受けるものといわなければならない。」と判示して、紙の財物性を認めた¹³⁾。

この事件は 1983 年（昭和 58 年）、まだ我が国において電子データが一般に普及していなかった時期に発生したものであり、判示の内容は、当時の時代背景を色濃く感じる。「媒体を離れた情報は客観性、存続性に劣り、情報の内容が高度・複雑であればあるほど、その価値は減弱している。媒体に化体されていてこそ情報は、管理可能であり、本来の価値を有しているといつて過言ではない」といったあたりの論証は、「情報」が誰かの頭の中に記憶や知識として蓄積されている状態をイメージしているという印象を強く受ける。そして、「媒体に化体された情報」、「管理可能」という表現は、まさに頭の中にあつた情報が媒体に化体されることによって管理可能になり、価値を生み出すので財物性を有

12) この事件は、ファイル 1 冊を持ち出してコピーした後、このファイルに戻しているという事実関係であるが、ファイル 1 冊の持ち出し行為を窃取と認定している。

13) 東京地判昭和 59 年 6 月 28 日刑事裁判月報 16 巻 5 = 6 号 476 頁。

するという論証に繋がっており、情報の価値を「媒体に化体した状態」において認めるといことなのであろう。

この「情報が化体する媒体」が有体物であれば、それを盗む行為は窃盗罪となるので、特段問題となることはなさそうである。しかしこの論証は、電子データの出現によって合理的な結論を導き出せなくなる。「情報が化体する媒体」が、有体物ではなく、電子データという無体物であることが一般的となった現代において、媒体に化体した状態において情報の価値を認めるべきであることは同じであるのに、電子データが無体物であるがゆえに、法的保護を受けられなくなるのである。

5 電子データ

電子データは、ワープロ、その後のパソコンの出現によって、情報の記録手段として広く用いられるようになった。電子データを保存する媒体として、当初はフロッピーディスク、その後はCD-R、USBメモリ、ハードディスクなどが使われてきた。これらの媒体は、有体物であるので、「情報が化体された媒体」という上記判決の論証がまだ使える状態であったが、電子データはそれ単独でも存在し得るし、メールに添付された電子データ、クラウドサーバー上に保存された電子データなどの出現により、「有体物である媒体に化体されない状態での電子データ」が存在するようになった。媒体は、情報を媒介する手段と捉えることができるので、有体物に限るものではなく、電子データが媒体そのものとなっているのである。

そして残念ながらこの電子データは、有体物とは整理されなかった。有体物は、一般に「空間の一部を占めて有形的な存在をもつもの」と解されており、電子データはこの定義には当てはまりそうもない。つまり電子データは無体物と整理される。

したがって、電子データに記録された情報

を、有体物である媒体を介さずに、電子データの状態ですら不正に手に入れても、無体物を手に入れたに過ぎないので、窃盗罪に問うことはできなくなった。この電子データの不正な入手は、一般に電子データをコピーして入手することになるので、電子データのもともとの権利者の手元にはその電子データは残っている。他人から物の占有を奪うことを本質とする窃盗罪では捉えきれない犯罪類型というのが刑法における理解そのものなのであろう。

筆者は、1998年（平成10年）当時、法務省刑事局刑事法制課¹⁴⁾に在籍しており、情報窃盗やコンピュータ関連犯罪について議論していたことがある。このころは、既に電子データが世の中に普及し始めた時期であるが、電子データを刑法で扱うということにかなりアレルギーがあった。筆者は、刑法第245条で財物とみなしているものを、電気だけではなく、管理可能な電子データに広げるというアイデアを提案したものの、一蹴された。情報一般はもとより、電子データについてすら、「刑法以外で扱ってくれ」というのが、刑法を所管している法務省刑事局の基本的な考えであった。

ちなみに刑法は、それに先立つ1987年（昭和62年）の改正において、「電磁的記録¹⁵⁾」という概念を使って、電子計算機使用詐欺罪を新設した（刑法第246条の2）。電磁的記録は、電子データとほぼ同義と考えて良い。しかし、窃盗罪については、電磁的記録に関する改正は行われなかった。

6 無体財産権

無体物である情報を保護する法令は全くないのかというそうではない。無体物に対する権利を表す用語として、「無体財産権」というものがあるが、これは「知的財産権」とも言い換えられる。知的財産権には、特許権、実用新案権、商標権、意匠権、著作権な

14) その当時、刑法を所管していた部署である。現在は、法務省刑事局刑事法制管理官室となっている。

15) 電磁的記録は、刑法第7条の2において、「この法律において『電磁的記録』とは、電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。」と定義されている。

どがあるが、それぞれ特許法、実用新案法、商標法、意匠法、著作権法において保護が図られている。しかし、それぞれの法律が対象とするもの、例えば「特許発明」や「著作物」に該当しなければ、保護の対象とならない。情報のうち、知的財産権となるものを種類ごとに切り出して、個別の法律によって保護していると言える。

7 営業秘密

現在、情報窃盗的な事例で、最も適用を検討されるのは、不正競争防止法の営業秘密侵害罪である。不正競争防止法は、もともとは1934年（昭和9年）に制定された古い法律であり、1993年（平成5年）に全面改正されて現在の法律となったが、その後も改正が重ねられている。不正競争防止法は、目的を定める第1条に、「事業者間の公正な競争及びこれに関する国際約束の的確な実施を確保するため、不正競争の防止及び不正競争に係る損害賠償に関する措置等を講じ、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」と規定されているように、その主眼は「公正な競争の確保」であって、情報を保護するための法律ではない。しかし1990年（平成2年）の改正で「営業秘密」という概念を導入し、営業秘密に関する不正行為に民事的な救済手段を設け、2003年（平成15年）の改正で、営業秘密の侵害行為に刑事罰を設けた。これが営業秘密侵害罪である。2009年（平成21年）の改正では、営業秘密侵害罪の処罰範囲を広げ、刑事罰を強化している。

企業において開発した技術情報やその他の重要な機密情報が、従業員によって電子データの形で持ち出され、それが他の企業によって使用される事件は、1990年代以降、日本においてかなり発生していたと思われる。し

かし、このような行為を適切に処罰する法律がなかった。2009年（平成21年）には、会社の従業員が、同僚のIDとパスワードを使って会社の顧客情報データベースにアクセスし、約148万件の顧客情報をCD-Rにコピーして、これを名簿業者に売って小遣いを得ていたという事件が発生しているが、処罰された罪名は、不正アクセス禁止法違反とCD-Rの窃盗罪（CD-R1枚当たりの時価60円相当）である¹⁶⁾。この事件が発生した当時、既に不正競争防止法の営業秘密侵害罪は制定されており、適用が検討されても良さそうな事実関係であったが、窃盗罪が成立したので適用されなかったようである。営業秘密侵害罪が初めて適用された刑事事件は、2012年（平成24年）であり、かなり遅れている¹⁷⁾。

営業秘密侵害罪が適用されるためには、その情報が「営業秘密」に該当する必要がある。営業秘密は、3つの要件、すなわち秘密管理性、有用性、非公知性を満たす必要がある¹⁸⁾。この3要件は、法律的な解釈を必要とする難解なものであり、営業秘密に該当するかどうかを容易に判断できない。情報の中身に関する要件は有用性のみであり、「秘密管理性」はその情報をどう管理していたか、「非公知性」はその情報が既に公知となっているかという、情報の過去及び現在の状態に関する要件である。この要件が1つでも欠ければ「営業秘密」ではなくなり、不正競争防止法の適用もなくなる。

不正競争防止法も、情報のうち営業秘密の3要件に該当するものを切り出して保護しているに過ぎない。

8 個人情報

個人情報保護法は、2003年（平成15年）

16) 東京地判平成21年11月12日公刊物未登載。この事件でも、仮にこの犯人が、自ら用意したCD-Rに顧客情報をコピーしていた場合、窃盗罪に問うことはできなかったことになる。

17) 営業秘密侵害罪の適用事例については、梅林啓ほか「不正競争防止法違反事件の刑事裁判における営業秘密秘匿決定制度の実務」NBL1049号4頁、5頁（2015）に整理している。

18) 不正競争防止法第2条第6項は、「この法律において『営業秘密』とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう。」と規定している。

にできた法律であり、比較的新しい。それまで個人情報保護する法律が存在しなかったことは、今となっては驚きである。

しかし個人情報保護法も、情報のうち、ほんの一部を切り出しているに過ぎない。個人情報保護法において、「個人情報」とは、生存する個人に関する情報であって、①当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等（文書、図書若しくは電氣的記録など）により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む）、又は②個人識別符号が含まれるものとされている¹⁹⁾。つまり「個人情報」は、生存する個人の情報に限定され、特定の個人を識別することが必要である。

なお、個人情報に病歴に関する情報が含まれた場合、個人情報保護法においては、「要配慮個人情報」となり²⁰⁾、情報の取得に原則として本人の同意が必要であること、オプトアウトによる第三者提供（一定の手続をとることを条件にあらかじめ本人の同意を得ずに行う第三者提供）ができないこと、個人データの漏洩、滅失若しくは毀損が発生し、又は発生したおそれがある事態が生じた場合には、個人情報保護委員会への報告及び本人への通知等を行う必要があることなど、一般の個人情報に比べて保護の程度を高めている。

V. 医療情報を保護する法制度はあるのか

1 医療情報の特徴

それでは、医療情報がどの法律によって保護されるのかを検討してみたい。

医療情報は、上記Ⅱ2において、患者が医療を受ける過程で蓄積されていく情報全般を意味すると定義した。その蓄積の過程でカルテに記録されることによって、カルテの情報

になるので、保護の対象をカルテの情報に絞っても良いのかもしれない。しかし、手術の状況を撮影した動画をカルテの情報とするかどうかは医師の判断に委ねられているとするならば、カルテの情報に絞って検討することは、適切ではないことになる。

日本には情報一般を保護する法律はない。情報の中で、特定のものを切り出して個別の法律で保護しているに過ぎない。また、情報が電子データという形式で記録されたとしても、電子データ一般を保護する法律もない。カルテは電子化が進んでおり、現在は、カルテの情報は、電子データという形で保存されているものも多いと思われるが、電子データを一般的に保護する法律がない以上、医療情報が電子データになったことによって保護されることになるとも言えない。

医療情報が、無体財産権の対象でないことも明らかである。

2 医療情報は営業秘密か

それでは、医療情報は営業秘密として保護されることはないのだろうか。不正競争防止法における営業秘密は、それを独占的に保有している者を保護するという方向で整備されている。これを医療情報に当てはめようとすると、患者の医療情報をカルテの情報として蓄積している病院を保護するという方向になってしまう。

不正競争防止法は、公正な競争の確保を目的としているが、病院は患者の医療情報をカルテの情報として蓄積していくことで、他の病院と競争しているのであるか。そういう側面を完全に否定するものではないが、病院は、患者に対する適切な医療の提供という目的のために患者の医療情報を蓄積しているのであり、必要であれば、患者を他の病院に転院させる際に医療情報を提供することもあるであろうし、患者は他の病院に自らの医療情報を提供して医療を受けることもあるので、患者の医療情報を保有している病院にとっ

19) 個人情報保護法第2条第1項。

20) 個人情報保護法第2条第3項。

て、個々の医療情報は、必ずしも独占的に保有している情報ではないし、どこまで非公知であるかを確かめるすべもない。

患者の立場からすると、病院に提供する自らの心身の情報は、病院のために提供するのではなく自らのために提供するのであり、それを病院に適切に管理してほしいと思うものの、病院に独占的に保有させようとする意図はなく、必要であれば他の病院に提供してほしいとも思っている。

こう考えていくと、医療情報を営業秘密と捉えて保護しようとするのは無理がある。

3 医療情報は個人情報か

では、医療情報は個人情報として保護されるものであろうか。

個人情報保護法は、個人情報の本来の持ち主である「本人」の保護を目的として、国や地方公共団体の役割を定めるほか、本人から個人情報の提供を受け、これを個人情報データベース等²¹⁾の形式で保有し、事業の用に供している個人情報取扱事業者²²⁾の義務等を定めている。これを医療情報に当てはめていくと、患者が個人情報の本人であり、診療によって患者から提供を受けた医療情報に、診断や治療の情報を加えて蓄積したカルテの情報が個人情報データベース等であり、これを保有している病院が個人情報取扱事業者となる。

医療情報は、確かに個人情報なのであろう。医療情報には病歴に関する情報が必然的に含まれるので、個人情報保護法においては「要配慮個人情報」に格上げされ、保護の程度も手厚くなる。

しかし、個人情報保護法によって医療情報が捉え切れているかと言えばそうでもない。

まず、個人情報保護法における個人情報は、生存する個人の情報に限定される。死亡した個人の情報は、個人情報保護法の対象外である。医療には、患者の死亡という結果が不可避免的に発生する。患者の死亡が、医師の

判断ミスや医療事故に起因する疑いがある場合、医療情報が蓄積されたカルテの情報は貴重な証拠となるはずであるが、患者が死亡した途端に、カルテの情報が個人情報でなくなるとすれば、個人情報保護法は、肝心なところを保護していないことになる。

また個人情報保護法における個人情報は、特定の個人を識別できる情報である必要がある。カルテの情報全体を見れば、個人を識別できる情報であることは間違いない。しかし、カルテの情報を個別に切り取ってしまうと、特定の個人を識別できなくなる。例えば、冒頭で紹介した事件で、白内障手術の動画がカルテの情報の一部を構成していたとしても、この動画だけをカルテから取り出し、意図的にどの患者の手術の動画かを識別できなくしてしまえば、個人情報ではなくなる。個人情報でなくなった情報を医師がメーカーに提供し、メーカーがこれを適切に管理しなかったとしても、個人情報保護法では対処できなくなる。さらに言えば、もともと病院や医師が、白内障手術の動画をカルテの情報としていなければ、この動画は、最初から個人情報保護法における個人情報ではなかったことになる。

こうして見ていくと、個人情報保護法は、医療情報、それが記録されたカルテの情報を保護する法律としては、心許ないとしか言いようがない。

4 小括

現在の日本の法制では、情報一般を保護する法律も、電子データ一般を保護する法律もない。あまたある情報の中から、知的財産、営業秘密、個人情報といったものを切り出して、個別に法律を作って保護しているに過ぎないので、医療情報をそのどれかに当てはめようとしても無理がある。医療情報を念頭に置いて作られた法律ではないからである。

そうであれば、むしろ、医療情報をあまたある情報の中から切り出して、医療情報にふ

21) 個人情報保護法第16条第1項で定義されている。

22) 個人情報保護法第16条第2項で定義されている。

さわしい個別の法律を作って保護する方が良い。そのような法律が未だに整備されていないことの方が問題とも言える。

Ⅵ. 医療情報を保護する法制のあり方

それでは、医療情報を保護する法制とはどのようなものであるべきか。これからは、私見を述べていく。

1 カルテの情報は誰のものか

医療情報が、患者が医療を受ける過程で蓄積されていく情報全般を意味するとすれば、その範囲は曖昧であり、保護の対象としての外縁を描くことはできない。そうすると、やはり保護の対象は、医師が診察、診断、治療の過程で医療情報を記録し蓄積していくことによって作られる「カルテの情報」を保護の対象とせざるを得ない。そうすると、どのような医療情報をカルテの情報とするかが、医師によってまちまちであり、手術の状況を撮影した動画のように、それをカルテの情報とするか否かが、医師の判断に委ねられてしまっている状況は好ましくない。

やはり、ここでの重要な視点は、カルテの情報は誰のものかということであり、この点を整理する必要がある。上記Ⅲで述べたように、現状、カルテの情報はそれを作成し保有している病院ないしは医師のものになっている。それを否定するつもりはないが、同時に「患者のもの」でもあるべきであるものの、患者はカルテの自由にアクセスできない。カルテの情報は、病院ないしは医師が独占的に保有しており、その中から患者にどのような情報を共有するかは、医師の判断に委ねられてしまっているからである。

患者の立場からすれば、必ずしも、カルテの情報を独自に保有したいわけではない。病院や医師に持っていてもらっても構わないが、必要なときにそれを利用したいだけである。例えば、別の病院に行く度に、血液検査やレントゲン検査を行うのは面倒であるし、その分時間も費用もかかる。他の病院のカル

テにあるはずの検査結果を、病院間で共有してもらえれば、患者にとってはその方が良い。足りない検査だけを追加で実施すれば時間も費用も節約できる。

セカンドオピニオンを取ることは、時には患者にとって重要である。しかし、セカンドオピニオンのために、これまでやってきた検査をもう一度やり直すのは苦痛極まりない。また、ファーストオピニオンの内容を、セカンドオピニオンを求める別の医師に、自らの言葉で正確に伝えることも時には難しい。これらがセカンドオピニオンを躊躇させる原因にもなっている。カルテの情報を病院間で共有してもらえれば、セカンドオピニオンのハードルも下がるであろう。

患者が過去にかかったことのある病気、手術や投薬を受けた治療歴（既往歴ともいう）、アレルギー体質、現在継続的に服用している薬、予防接種歴などは、医師にとって、これから行う診断や治療方法を決定するのに役立つことがある。このような情報は、どこかの病院のカルテの情報にはなっているのであるが、同じ病院でもない限り利用はできない。したがって、現在は、医師が患者本人から聞き出す必要があるが、患者がこれらの情報を正確に伝えられるとは限らない。例えば、服用している薬一つを取ってみても、その名称などを覚えていないことも珍しくない。こうした状況を極力避けようとするならば、患者はなるべく同じ病院に通い続ける必要がある。いわゆる「かかりつけ医」はその役割を果たす一つの方策かもしれない。しかし、旅行先や出張先で急に病院に行かなければならない場合はそうもいかない。また緊急搬送される患者は病院を選ぶことはできないし、医師は、意識のない患者からは、既往歴などの必要な情報を得られない。

やはり、カルテの情報は、本来は患者のための情報であり、患者が必要なときに利用できるべきである。ここに言う「患者が利用する」というのは、正確には、「患者がその情報を医師に提供して利用してもらう」という意味である。そして緊急搬送された患者、意識のない患者など、医師と患者が十分なコミュニケーションを取れない場合であって

も、医師は、患者のための情報であるカルテの情報を利用できる方が良いし、それは患者の意思とも合致しているはずである。

このような意味で、カルテの情報が「患者のもの」になれば、その患者にとっても、その患者にこれから医療を提供する病院や医師にとっても、有益ではないかと思われる。

2 カルテの情報へのアクセスを広く可能にする法制度

そのためには、まずは、何をカルテの情報とするか、その外縁を定めること、そしてカルテの情報は、患者のものであることを明確にし、患者のために利用されることを目的とした法制度を作ることが必要である。この法制度は、カルテの情報を法的に保護することに加え、患者が、カルテの情報に自由にアクセスできる制度にすることも不可欠である。

しかし現状、カルテの情報は、個々の病院が独占的に保有している。多くの患者は、複数の病院から医療の提供を受けるであろうから、その患者のカルテの情報は、複数の病院に分散して保有されていることになり、患者にとってもアクセスするのに不便である。

そこで、カルテの情報は、どこかに集約されていることが望ましい。これが可能なのは国以外にない。そこで、カルテの情報を国が一元的に管理する法制度を整備したらどうか。例えば、国民一人一人のカルテの情報を、国が一元管理するシステムを構築し、例えば「カルテセンター」という名称のサーバー（クラウドサーバー）に蓄積していく。病院は、これまで病院ごとに個別に作成していたカルテの情報を、このカルテセンターの患者ごとのフォルダに記録していく。カルテセンターの患者ごとのフォルダへのアクセスは、最近の制度改正で健康保険証と一元化されるマイナンバーカードによって行う。つまり、患者がマイナンバーカードを持参して病院に医療の提供を受けに行くと、病院は患者のマイナンバーカードを専用端末に差し込んで、カルテセンターにあるその患者のフォルダにアクセスする。そこには、患者が過去に様々な病院で提供を受けた医療情

報、つまりカルテの情報が集約されているので、医師はそれを見ながら、その患者の過去の病歴、既往歴、アレルギー体質、継続的に服用している薬、予防接種歴、直近の検査記録などを正確に把握することができる。そして医師は、新たな医療情報をここに書き加えていくのである。

こうして患者は、自らが持つマイナンバーカードによって、これまで病院ごとに分散していたカルテの情報を、これから医療の提供を受けようとする病院ないしは医師に、正確にかつ網羅的に提供することができる。カルテの情報が真の意味で患者のものとなり、患者が利用できるものとなる。患者は、セカンドオピニオンも容易に受けられるようになる。

3 保険診療と紐付けること

このようなカルテセンターによるカルテの情報の一元管理は、保険診療と紐付けることが望ましい。日本は国民皆保険制度を採用しており、全国民が公的医療保険によって高度な医療を受けることができる制度となっているが、多額の公費（国と地方）が投入されている。だからこそ、保険診療は国民一人一人にとって、有益な制度となっている必要がある。

筆者が提案する新しい法制度では、病院が保険診療を行うとき、カルテセンターにカルテの情報を記録することを義務付ける。それを病院が保険診療による診療報酬を受領するための要件とするという制度設計である。医師がこれを怠れば、病院は診療報酬を受領できなくなる。また、本来記録すべき医療情報をカルテセンターに記録せず、あるいは虚偽の情報を記録して診療報酬を受領した医師や病院には、何らかのペナルティを科す。例えば、保険診療の停止、診療報酬の返還義務、悪質な場合は、医師免許の停止や取消、病院開設の取消、医療法人認可の取消、さらには刑事罰などである。

病院が自由診療を行うのであれば、病院は、カルテセンターにカルテの情報を記録する必要はない。自由診療を受けるのは患者の

意思であり、患者も、自由診療ではカルテセンターに医療情報は記録されないことを理解しておけば良い。

4 病院や医師は独自にカルテの情報を保有できるか

このような制度とした場合、病院や医師は、患者のマイナンバーカードがない限り、カルテセンターのカルテの情報にアクセスできないことになる。おそらく、それは病院や医師にとって不都合な場面も出てくるであろう。マイナンバーカードは、常時、患者が保有するものなので、患者が病院にいない限り、病院や医師はカルテの情報にアクセスできなくなる。したがって、病院や医師は、これまでと同様に自らもカルテの情報を保有できる制度としておくべきである。そうしたとしても、そう手間は変わらない。病院や医師は、これまでと同様に独自のカルテに患者の医療情報を記録していき、それと同じものを、カルテセンターにも記録すれば良いだけである。

また、この制度によれば、病院や医師は、これまで自ら実施していた検査の一部を行わず、カルテセンターにある検査結果を使って、診断や治療を行うことになる。そうすると、病院や医師には、カルテセンターにある患者の医療情報を、自ら保有するカルテの情報に取り込んで保存することを許して良いかという問題も出てくる。これは制度設計上の工夫であり、患者の承諾の下に、これを許すということも認めて良いと思われる。カルテセンターにある患者の医療情報は患者のものであり、患者が自らに適切な医療を提供してほしいと考える限り、病院や医師に、自らの過去の医療情報を提供することに躊躇することはないと思われる。

5 患者によるカルテの情報へのアクセス

医師は、患者の余命に関する診断や、患者が精神的に大きなダメージを受け、その後の患者に影響を及ぼす診断情報などを、医師の

判断によって患者に伝えないことがある。カルテセンターのカルテには、このような情報も記録されることになる。しかし、患者は、マイナンバーカードを持っているからといって、カルテセンターのカルテの情報に、自らアクセスできるわけではない。アクセスするためには専用端末にマイナンバーカードを差し込む必要があるが、患者が自ら専用端末を保有することはないという制度にしておけば、医師の判断で患者に伝えないこととした情報が、患者に伝わることはない。

患者は、カルテの情報を自ら保有したいわけではなく、いつでも自分のために利用できる状態、医師に提供できる状態であれば、おそらく制度の目的は達成される。

6 自らの意思を伝えることのできない患者

病院に緊急搬送される患者の中には、意識を失い、自らの意思を医師に伝えることのできない場合も想定される。このような場合、医師は、患者が所持しているマイナンバーカードを専用端末に差し込んで、カルテセンターにあるその患者のカルテの情報にアクセスし、その患者の過去の医療情報を正確に把握した上で、医療を行うことができるようにしておく。これも筆者が考える新しい法制度の中で認めるべき事項である。

そうすると、我々は、いつでもマイナンバーカードを身近に置き、外出時は持参することが日常となる。それを嫌がる人もいるかもしれないが、要は、適切な医療を迅速に受けたいと思うかどうかであり、それは個人の判断に任せれば良い問題であろう。

VII. 最後に

現在、政府は、2024年12月2日をもって健康保険証は廃止され、マイナンバーカードを健康保険証として利用する制度に移行すること、これには様々なメリットがあることを盛んに広報している。このメリットの一つとして、「薬剤情報等の提供に同意をすると、過去に処方された薬や特定健診²³⁾などの情

報を医師や薬剤師にスムーズに共有できること」を挙げている。つまり、患者が同意することを条件に、過去の薬の処方歴などの情報を、患者が自ら説明しなくても、マイナンバーカードに紐付いた記録によって、医師や薬剤師に正確に伝えることができるということである。

これは、筆者が提案する制度のうち、過去の薬の処方歴など非常に狭い範囲でのカルテの情報の共有である。筆者は、現在行われているであろうマイナンバーカード健康保険証のさらなる発展の議論の詳細を承知していないが、この情報の共有を広くカルテの情報に広げていないのは、まだまだ様々なハードルがあるからであろう。

患者の医療情報は、何よりもまず保護されなければならない。あまたある情報の中から、これを切り出して保護の制度を作る過程で、これを患者のために有効に利用できる制度を創設すべきというのが筆者の提案である。

(うめばやし・けい)

*本稿は、拙稿「カルテの情報は誰の情報か」月刊監査役 755 号 3 頁 (2023) を踏まえつつ、大幅に加筆して新たに執筆したものである。

23) 40 歳以上 75 歳未満の者を対象とした、メタボリックシンドロームに着目した健診を指す。

論説

中国における証券集団訴訟の導入とその実践

東京大学特任教授

朱 大明

I. はじめに

II. 中国における証券集団訴訟の構造

1 法律根拠

- (1) 2020 年改正中国証券法 95 条
- (2) 中国民事訴訟法 56 条
- (3) 最高人民法院により公布した「証券紛争
代表人訴訟に関する若干問題の規定」
- (4) 公益訴訟
- (5) 証券法 95 条と民事訴訟法 56 条の関係

2 証券集団訴訟の類型

- (1) 普通の証券集団訴訟
- (2) 特別の証券集団訴訟

3 提訴の前置要件

4 原告の範囲及び原告の代表者

- (1) 原告の範囲
 - a 被害者の範囲が確定していない場合
 - b 既に提訴した被害者の加入
- (2) 原告の代表者
 - a 代表者の範囲
 - b 代表者の適格要件
 - c 代表者の数
 - d 代表者の選定
- (3) 原告と代表者との関係
 - a 強制委託
 - b 代表者の権利

5 オプトアウト規則の適用

6 訴訟事由

7 土地管轄

8 訴訟の費用

- (1) 提訴手数料
- (2) 弁護士費用

9 和解と調解

- (1) 和解
- (2) 調解

10 判決の効力

III. 中国における証券集団訴訟の特徴

IV. 中国における証券集団訴訟の役割と実務の状況

1 証券集団訴訟の役割

2 証券集団訴訟の実務状況

V. 中国における証券集団訴訟の問題点と今後の発展方向

1 問題点

- (1) 特別の証券集団訴訟の改善について
 - a 特別の証券集団訴訟の発動を緩和すること
 - b 中小投資者サービスセンターを規律すること
 - (a)投資者保護機構の訴訟発動の手続を明確にすること
 - (b)投資者保護機構の範囲を拡大すること
- (2) 投資者の訴訟退出権を保証することについて

2 今後の発展

VI. 終わりに

I. はじめに

中国の証券市場の歴史は浅い。1949年に中華人民共和国が建国された後、社会主義を実施するために証券市場が廃止された。1978年に改革開放が実施された後に、1990年頃に中国では上海証券取引所と深圳証券取引所が設置されることにより、証券市場が再開した。さらに、2019年に北京証券取引所が設置され、現在、中国では、これらの3つの証券取引所を中心に証券市場が形成されている。中国の証券市場は、30年余りの発展を経て、既に大きな規模を有するものに成長し、現在、世界的に見ても、有数の証券市場になっている¹⁾。

中国の証券市場が急速な発展を遂げるにつれて、支配株主の権利濫用により会社の利益又は投資者の利益が損なわれる事件が多発している。したがって、中国の証券市場においては、如何にして支配株主の権利濫用を抑制するかとどのように投資者に有効な保護を与えるかは重要な課題となっている。

一方で、中国の民事訴訟法においては、1991年に中国の民事訴訟法が成立したときに既に代表人訴訟という訴訟の類型が定められた(1991年中国民事訴訟法 53 条, 54 条²⁾)。

代表人訴訟は、原告の人数が確定している代表人訴訟と原告の人数が確定していない代表人訴訟に分けられる。これによって、原告は多くの被害者を集めて損害賠償訴訟を提起することができる。

しかし、証券市場における代表人訴訟の適用に関しては、訴訟費用が高いことや立証が難しいこと等の理由で投資者による提訴は困難となり、しかも、裁判所が虚偽記載の訴訟を審理するときに、法律の問題だけではなく、社会の安定等の法律以外の要素も考慮するため、投資者による提訴を認めるかの判断は、非常に慎重に行うべきであるとの態度が最高人民法院により示されている³⁾。したがって、長い間、制度上、虚偽記載等に関する損害賠償訴訟は実体法上も手続法上も認められるが、実際、投資者が代表人訴訟又は損害賠償訴訟により自分の利益を救済することは極めて困難であった。

このような背景のもとで、2019年12月より施行された改正中国証券法⁴⁾においては、アメリカ法とドイツ法におけるクラスアクションを参考にして証券代表人訴訟(以下では、証券集団訴訟という)⁵⁾が導入された⁶⁾⁷⁾。中国の証券集団訴訟において、数多くの被害者(投資者)による巨額の損害賠償請求をするため、証券市場において多発して

1) 国際取引所連合(World Federation of Exchanges)により公表された2023年度の世界各証券取引所規模のランキングによれば、中国の上海証券取引所はニューヨーク証券取引所とナスダック証券取引所に続き3位となり、深圳証券取引所は5位となった。

2) 現行中国証券法 56 条及び 57 条。

3) 2001年に最高人民法院は「証券民事賠償訴訟の受理を暫定的に中止する通知」を制定・公布した。この通知により、暫く被害者が多い代表人訴訟の受理を中止した。2003年に最高裁は「証券市場における虚偽記載に関する民事賠償事件を審判する若干規定」を制定・公布した。当該規定によれば、被害者である投資者の人数が確定しない代表人訴訟が認められないと解されている。

4) 中国証券法は、1998年に成立し、2004年、2005年、2013年、2014年の4度にわたって改正された。今回の改正は、2015年に開始したが、足掛け5年に及ぶ議論に明け暮れ、紆余曲折を経て、ようやく2019年12月28日に可決された。新しい証券法は、2020年3月1日より施行された。

5) 証券集団訴訟の概念について、証券代表人訴訟等の用語を使うことも見られるが、本稿では訴訟の「集団性」という特徴を強調するために、「証券集団訴訟」との用語を使うことにする。

6) 湯維建「中国式証券集団訴訟研究」法学雑誌 2020 年 12 月号, 104 頁(2020 年)。

7) 2019 年に行われた中国証券法の改正について、証券市場の監督機関となる中国証券監督管理委員会の説明によれば、今回の中国証券法の改正は全般的な法改正となり、具体的に①証券発行登録制、②違法行為の規制強化、③投資者保護制度の改善、④情報開示の強化、⑤証券取引制度の整備、⑥行政許可の撤廃、⑦仲介機構の規制強化、⑧多層の資本市場の体系の整備、⑨監督の強化とリスクの抑制、⑩証券範囲の拡大等の改正点がある(http://www.csrc.gov.cn/pub/shanghai/tztl/pfzl/202003/t20200306_371622.htm, 2024 年 12 月 15 日最終閲覧)。

そのうち、投資者保護に関して法典の第 6 章に「投資者保護」の章が新設された。法典の第 6 章は 88 条から 95 条まで全部で 8 条があり、これらの条文は全て新設されたものであつて内容的にも非常に豊富である。これによって投資者利益保護の強化は今回証券法の改正の中で、最も重要な内容であるといえよう。

いる虚偽記載、インサイダー取引、相場操縦等の違法行為を行った発行者及びその経営者⁸⁾、又は会社をコントロールする支配株主等に対する厳格な責任追及を可能にし、投資者の保護を強化すると期待されている⁹⁾。

2020年3月1日に改正中国証券法が施行された後に、予想より多くの証券集団訴訟の事件が起きた¹⁰⁾。証券集団訴訟は新しい訴訟制度として、学界だけではなく、社会においても注目を集めている。

2019年改正中国証券法に導入された証券集団訴訟制度は、新たな制度であるため、多くの不明点が存在する。これらの不明確な事項を定めるために、中国の最高人民法院（日本の最高裁判所に相当する）は、2020年7月31日に、証券集団訴訟に関して「証券紛争代表人訴訟に関する若干問題の規定」（以下では、「最高人民法院の規定」と略す）との司法解釈を迅速に制定・施行した¹¹⁾。この「最高人民法院の規定」は、中国証券法に定められる証券集団訴訟の手続等の問題について、より詳細に定めているため、法適用の面から非常に重要な意義があると考えられる。

本稿では、2020年3月1日より施行されている改正中国証券法と2020年7月31日に中国の最高人民法院により施行された証券集団訴訟に関する司法解釈に基づき、中国における証券集団訴訟の制度構造と特徴を整理した上で、制度の実践状況とその問題点を検討したい。

Ⅱ. 中国における証券集団訴訟の構造

1 法律根拠

(1) 2020年改正中国証券法 95条

中国における証券集団訴訟の最も重要な法律根拠は2020年改正中国証券法 95条となる。この条文は2020年証券法改正により設けられた新しい条文である。その条文は以下の通りである。

2020年改正中国証券法 95条：

【第1項】投資者が虚偽記載等の証券に係る民事賠償請求訴訟を提起する場合において、訴訟の目的物が同一の種類であり、かつ当事者の一方の人数が多いときは、法に従って代表者を選任して訴訟を行うことができる。

【第2項】前項の定めに従い提起された訴訟について、同一の訴訟請求を有するその他多くの投資者が存在する可能性がある場合、人民法院は公告を発し、当該訴訟請求に係る事件の状況を説明し、投資者に一定期間内に人民法院において登記するよう通知することができる。人民法院が下す判決及び裁定は登記に参加した投資者に対して効力を生ずる。

【第3項】投資者保護機構は、50名以上の投資者の委託を受けて、代表者として訴訟に参加し、かつ証券登記決済機構の確認を受けた権利者のため、前項の定めに従い人民法院において登記することができる。但し、投資者が当該訴訟への参加を望まない旨を明確に表明した場合は

8) 中国の会社法では、経営者の範囲については基本的には取締役、監査役、高級管理職が含まれると解されている。

9) 湯維建・前掲注6)100頁。

10) 2020年3月1日に新しい中国証券法が施行された後、2020年3月13日に提訴された五洋建設株式会社の証券集団訴訟事件、2020年5月8日に提起された輝富株式会社の証券集団訴訟事件、2020年8月18日に提起された飛樂音響株式会社の証券集団訴訟事件等が挙げられる。

11) 最高人民法院による「証券紛争代表人訴訟に関する若干問題の規定」以外に、地方裁判所の審判規則として上海金融法院による「証券紛争の代表訴訟制度の規定（試行）」（2020年3月24日公布）、深圳中級人民法院による「証券に関する不法行為の集団民事紛争の手続ガイドライン」（2020年4月20日公布）、南京中級人民法院による「証券紛争の代表人訴訟の手続の規定」（2020年5月18日公布）等が存在する。

この限りではない。

(2) 中国民事訴訟法 56 条

中国民事訴訟において代表人訴訟という訴訟類型が定められている。民事訴訟の類型からすれば、中国の証券集団訴訟は代表人訴訟の一類型であると考えられる。言い換えると、民事訴訟法に定められる代表人訴訟は、証券集団訴訟の基本型である。しかも、「最高人民法院の規定」41 条は、本規定に定められていない事項について、民事訴訟法における代表人訴訟の規定を適用すると明文で定めている。そのため、代表人訴訟を定めた民事訴訟法 56 条は、証券集団訴訟の根拠になる。その条文は以下の通りである。

中国民事訴訟法 56 条：

当事者の一方の人数が多い共同訴訟は、当事者が代表者を選任して訴訟を行うことができる。代表者の訴訟行為は、その者が代表する当事者に対して効力が生ずる。但し、代表者は、訴訟上の請求を変更し、もしくは放棄するときに、又は相手方当事者の訴訟上の請求を認めるとき、又は和解するとき、代表される当事者の同意を得なければならない。

最高人民法院により公布した「証券紛

(3) 争代表人訴訟に関する若干問題の規定

上記のとおり、2020 年 7 月 31 日に、最高人民法院は「証券紛争代表人訴訟に関する若干問題の規定」を制定・施行した。

この規定は、全 42 条からなり、証券集団訴訟の類型から管轄、権利登記公告、和解、判決の効力等を詳しく定めている。一言で言えば、「最高人民法院の規定」は、2020 年改正中国証券法 95 条に定められる証券集団訴訟を詳細化するものとして、証券集団訴訟の適用に関して重要な意義があると考えられる。

(4) 公益訴訟

2012 年に行われた民事訴訟法の改正において、公益訴訟制度が新設された（2012 年中国民事訴訟法 55 条¹²⁾）。この公益訴訟制度は、被害者が多い集団的紛争の解決を試みる一手段として導入されたものである。制度上、証券市場における虚偽記載等に適用することを検討する余地はあるが、実際は、検事庁は、食品と薬品の安全保護及び消費者保護のために公益訴訟を適用しており、証券市場において公益訴訟が適用された例は存在しない。

(5) 証券法 95 条と民事訴訟法 56 条の関係

中国では、証券集団訴訟は、証券法により定められたものであって、民事訴訟法により定められたものではない。証券集団訴訟と民事訴訟法に定められている代表人訴訟の関係は、原則として、証券集団訴訟は代表人訴訟の特別類型として位置付けられ、証券集団訴訟と代表人訴訟の制度設計に矛盾しているところがある場合には、証券法に定められる証券集団訴訟に関する規定が優先的に適用されることとなる。

2 証券集団訴訟の類型

2020 年改正中国証券法 95 条によれば、中国の証券集団訴訟は、普通の証券集団訴訟と特別の証券集団訴訟の 2 種類に分けられる¹³⁾。後者は重要であり、その制度設計は特別である。以下では、この 2 種類の証券集団訴訟の基本構造とその違いを簡単に説明する。

(1) 普通の証券集団訴訟

普通の証券集団訴訟とは、同一の訴訟物に係る損害を被った投資者が数十人以上いる場合に、投資者らが、代表者を選出し、選出された代表者が、投資者を代表して提起する損害賠償の訴訟をいう。

上記のとおり、普通の証券集団訴訟の本質

12) 現行中国民事訴訟法 58 条。

13) 2020 年 7 月 31 日に、最高人民法院は、「証券紛争代表人訴訟に関する若干問題の規定」によって、証券集団訴訟を普通の証券集団訴訟と特別の証券集団訴訟に明確に分類した（1 条）。

は代表人訴訟である。普通の証券集団訴訟においては原告が50名人以上存在するため、原告が代表者を選出しなければならない。逆に言うと、原告（投資者）から明確な許可を得ていない場合、代表者は原告を代表することはできない。その点は、後述する特別の証券集団訴訟と大きく異なる。

(2) 特別の証券集団訴訟

特別の証券集団訴訟は普通の証券集団訴訟と比較すると、以下の4つの特徴を有している。①特別の証券集団訴訟を提起するためには、普通の証券集団訴訟を経なければならない。すなわち、中国において原告の範囲が確定していない普通の証券集団訴訟が提起された後、投資者保護機構が50名以上の被害者（投資者）からの委託を受けた場合には、特別の証券集団訴訟を提起することができる。その際、投資者保護機構は、投資者の代表者として、特別の証券集団訴訟の提起を裁判所に申し立てなければならない。裁判所が特別の証券集団訴訟の提起を認める場合には、既に提起した普通の証券集団訴訟を特別の証券集団訴訟に変更しなければならない（「最高人民法院の規定」32条）。普通の証券集団訴訟を受理した裁判所は、特別の証券集団訴訟を管轄する権限がなければ、その事件を特別の証券集団訴訟を管轄する裁判所に移送しなければならない（「最高人民法院の規定」32条）。つまり、特別の証券集団訴訟は、普通の証券集団訴訟から変更されて始まるものであるため、普通の証券集団訴訟が提起されていないければ、特別の証券集団訴訟を発動することができない。②特別の証券集団訴訟の発動権を有する者は、投資者保護機構のみである。この点の詳細は、後述のとおりである。③投資者保護機構は、特別の証券集団訴訟を提起したい場合、50名以上の投資者による委託を受けなければならない。つまり、投資者保護機構は、50名以上の投資者から委託されない場合、特別の証券集団訴訟を提起することはできない。また、特別の証券集団訴訟による訴訟が係属している間に、原告が訴訟から退出することによって、投資者保護機構に対する委託者の数が50名を下回るときには、投資者保護機構が代表者として訴訟を

続けることは認められている（「最高人民法院の規定」36条）。④特別の証券集団訴訟においては、オプトアウト規則が採られている。「投資者による明確な反対意見がなければ」投資者は自動的に原告として代表者に委託するという形で証券集団訴訟に参加することとなる。

3 提訴の前置要件

2019年改正中国証券法は、証券集団訴訟を提起するときに、「行政処罰決定書」、「刑事裁判の判決」、「被告による自認する書類」、「証券取引所等による規律処罰又は自律的措置等の侵害した事実を証明できる初歩的な資料」のいずれかを提出することを、原告に要求していない。これによって、理論上、原告は、訴訟事由があれば、これらの書類がなくても、中国証券法に従って、証券集団訴訟を提起することができる。勿論、その場合は、原告は虚偽記載等の違法行為が存在することを立証しなければならない（「最高人民法院の規定」5条）。

しかし、実務上、証券集団訴訟の事件では、「行政処罰決定書」等を提出しない場合に、原告の請求が認められることは極めて少ない。したがって、「行政処罰決定書」、「刑事裁判の判決」、「被告による自認する書類」、「証券取引所等による規律処罰又は自律的措置等の侵害した事実を証明できる初歩的な資料」のいずれかを提出することは要求されていないものの、これらの書類がなければ立証が難しいため、原告による証券集団訴訟の提起は困難となると言わざるを得ない。

4 原告の範囲及び原告の代表者

(1) 原告の範囲

中国における証券集団訴訟の原告は、虚偽記載、インサイダー取引、相場操縦等における被害者であると理解することができる。一般的な訴訟に比べて、その範囲はかなり広範である。したがって、証券集団訴訟においてどのように原告を確定するのかが重要な問題となる。

a 被害者の範囲が確定していない場合

証券集団訴訟において、被害者の範囲が確定していない場合、裁判所から公告を発することによって、被害者の範囲を確定しなければならない。その具体的な手続について、まず、原告が裁判所に普通の証券集団訴訟を提起する場合であって、同一の訴訟物に係る損害を受けた被害者の人数が多いが、具体的な人数が確定していないという場合は、裁判所は裁定書によって被害者の範囲を確定しなければならない。

裁判所は、事件の事実や事件の性質を審査するために、公告を発する前に調査や諮問等を行うことができる。

裁判所が裁定書によって被害者の範囲を確定した後、当事者に異議がある場合、当事者は、裁定書が届いた日から10日以内に、上級の裁判所に異議を申し立てることができる。異議の申立てがあった場合、上級の裁判所は、15日以内に裁定書によって結果を出さなければならない。

裁判所は、被害者の範囲を確定した後5日以内に、「権利登記公告」を発さなければならない。裁判所は、当該「権利登記公告」に、事件の状況、原告の請求、被告の基本状況、権利者の範囲及び登記機関等の事項を記載しなければならない。公告期間は、30日となる。被害者は、公告期間内（30日）に、原告としての登記をしなければならない。「権利登記公告」に記載される公告期間に登録しない場合は、第一審の審理が始まる前に裁判所に登記を申し立てをすることができる（「最高人民法院の規定」8条）。また、当然のことであるが、公告期間が満了した後10日以内に、裁判所は、登記した者の状況を審査し、被害者の範囲に含まれない投資者に対しては、原告の資格を与えない（「最高人民法院の規定」9条）。裁判所は、審査を通過した被害者の名簿を原告の名簿に追加し、かつ、

全ての原告に通知しなければならない（「最高人民法院の規定」11条）。

b 既に提訴した被害者の加入

裁判所による「権利登記公告」が発される前に、既に同様の事実に基づき訴訟を提起した被害者は、「権利登記公告」に記載された「被害者の範囲」に含まれる場合、既に提訴した訴訟を撤回して証券集団訴訟に参加することができる（「最高人民法院の規定」10条）。

(2) 原告の代表者

a 代表者の範囲

原告の人数が多く、代表者が選定されることは、証券代表訴訟の最も重要な特徴であるといえよう。中国の証券集団訴訟においては、類型によって原告の代表者が異なる。具体的には、普通の証券集団訴訟における原告の代表者は、原告から選定しなければならないのに対して、特別の証券集団訴訟における原告の代表者は、投資者保護機構でなければならないと定められている。投資者保護機構の範囲について、中国证券监督管理委员会により制定された「投資者保護機構による証券紛争特別代表者訴訟への参加関連業務の円滑な遂行に関する通知」¹⁴⁾によれば、投資者保護機構には、中証中小投資者サービスセンター有限責任会社（以下、「中小投資者サービスセンター」と称する。）と、中国证券投資者保護基金有限責任会社（以下、「投資者保護基金」と称する。）が含まれるとされている（2条）。ここでいう中小投資者サービスセンター（CHINA SECURITIES INVESTOR SERVICES CENTER）は、2014年12月5日に中国の証券市場における中小投資者の利益保護を強化する重要な手段として、中国证券监督管理委员会により設立されたものである¹⁵⁾。投資者保護基金は、2005年8月30日に、中国の国务院により設立されたものであり、中国证券监督管理委员会により管理されている¹⁶⁾。中小投資者サービスセンター

14) 「投資者保護機構による証券紛争特別代表者訴訟への参加関連業務の円滑な遂行に関する通知」（証監発〔2020〕67号）は、2020年7月21日に、中国证券监督管理委员会により制定されたものである。

15) 中証中小投資者サービスセンターの詳細につき下記のホームページを参照されたい。（<http://www.isc.com.cn/>, 2024年12月15日最終閲覧）

16) 中国证券投資者保護基金有限責任会社の詳細につき下記のホームページを参照されたい。（<http://www.sipf.com.cn/>, 2024年12月15日最終閲覧）

と投資者保護基金の事業内容を見れば、中小投資者サービスセンターは、全ての上場会社の最小単位の株式を持つことによって、全ての上場会社において、中小株主を代表して株主の権利を行使することができる仕組みが採られており、これによって資本市場における中小株主の利益の保護が多くの面から図られている。一方で、投資者保護基金は、資本市場のデータ統計と分析や損失の計算等の技術的な事項を中心に行っている。このため、理論上は、2020年改正中国証券法に定められた投資者保護機構には、中小投資者サービスセンターと投資者保護基金が含まれるものの、実際、現在まで、全ての特別の証券集団訴訟の事件において、代表者として選定されてきたのは、中小投資者サービスセンターのみとなっている。つまり、中小投資者サービスセンターは特別の証券集団訴訟を発動する唯一の機関となっている。

b 代表者の適格要件

2020年改正中国証券法では、証券集団訴訟における原告の代表者の適格要件について定められていない。但し、「最高人民法院の規定」の12条には、普通の証券集団訴訟の適格要件が明確に定められた。具体的には、普通の証券集団訴訟において、原告の代表者は、①自発的に代表者になりたいこと、②代表者が相当の株式を有すること、③代表者又は代表者が依頼する訴訟の代理人は一定の訴訟能力と専門的な経験を有すること、④全ての原告の利益を保護する職責を忠実、勤勉的に履行すること、という4つの適格要件を満たさなければならない。

上記の4つの適格要件について、「相当の株式を有する」や「専門的な経験を有する」のような事項をどのように判断するのかはまだ不明確であるため、より明確にする必要があると考えられる。

中国の実務では、殆どの場合、弁護士によって、普通の証券集団訴訟が主導されることとなっている。

c 代表者の数

普通の証券集団訴訟の場合は、2名～5名の代表者を選出しなければならない（「最高人民法院の規定」14条）。また、訴訟が係属

している間に、代表者の数が2名以下になった場合、代表者を補充しなければならない（「最高人民法院の規定」17条）。

特別の証券集団訴訟の場合は、中小投資者サービスセンターと投資者保護基金のいずれか1つを代表者として選定しなければならない。中小投資者サービスセンターと投資者保護基金の双方が、50名以上の投資者から委託を受けた場合は、どちらが代表者として訴訟に参加するかについて、両組織は協議しなければならない。両組織が合意に達しない場合、裁判所は両組織のうちの1つの組織を代表者として指定する（「最高人民法院の規定」37条）。

d 代表者の選定

中国における特別の証券集団訴訟では、代表者は投資者保護機構でなければならないため、代表者選定の問題があまり存在しないが、普通の証券集団訴訟では、如何にして代表者を選出するかが問題となる。

普通の証券集団訴訟において代表者の選定は、①当事者による選出、②裁判所による指定、という2つの方法がある。以下では、「原告の範囲が確定している場面」と「原告の範囲が確定していない場面」を分けて説明する。

「原告の範囲が確定している場面」については、普通の証券集団訴訟を提起する前に、代表者を決めなければならない。その場合は、如何にして代表者を決めるかについて法律に定められていないため、原告が自由に決めることができると考えられる。普通の証券集団訴訟を提起する際には、訴状に代表者選定の方法を記載しなければならない（「最高人民法院の規定」13条1項）。

「原告の範囲が確定していない場面」については、普通の証券集団訴訟を提起する際に、代表者及びその代表者の情報を訴状に記載しなければならない。裁判所は、「被害者の範囲」を確定した後「権利登記公告」を発しなければならない。「権利登記公告」の期間中に登記した被害者が、代表者に対して異議を申し立てず、かつ、代表者になることも望まなければ、裁判所は、訴状に記載された代表者の名簿を確定することができる。

「権利登記公告」の期間中に登記した被害者が、予定している代表者に対して異議を申し立て、又は、自らが代表者になろうとして代表者を申請する場合、裁判所は、「原告の範囲」を確定した後10日以内に、代表者の選挙を行わなければならない。代表者の選挙については、1人1票で、投票した者の半分以上の賛成を得なければ当選できない。代表者の数は、2名から5名の間で自由に決めることができる。1回目の投票で全ての代表者を決定できない場合には、裁判所は2回目の選挙を行わなければならない。2回目の選挙は、推薦者が多い順で上位の5名の者の中から選出する（「最高人民法院の規定」14条）。2回目の選挙によっても全ての代表者を決定できない場合は、裁判所が代表者を指定する（「最高人民法院の規定」15条）。裁判所が代表者を指定する場合は、指定しようとする者の同意を得た上で、原告による投票の状況、持株の状況等を要素として総合的に判断して決めなければならない。

(3) 原告と代表者との関係

a 強制委託

中国民事訴訟法で定められている代表人訴訟と異なり、証券集団訴訟における代表者の権限は、原告による一般授權ではなく特別授權となる。

中国の証券集団訴訟では、普通の証券集団訴訟か特別の証券集団訴訟を問わず、投資者は、代表者に特別授權を与えなければならないと強制されている（「最高人民法院の規定」7条、32条）。

b 代表者の権利

上記のとおり、原告は、代表者との間で特別授權の関係に立つ。特別授權の内容に関して、代表者変更、訴訟請求の放棄、被告の訴訟請求の認諾、訴訟の撤回等のような原告の利益に影響を及ぼしうる事項については、裁判所が原告に通知しなければならない（「最高人民法院の規定」7条）、最終的には裁判官が決定することとなるが、その他の事項については、代表者が自ら決定できる。

5 オプトアウト規則の適用

中国の証券集団訴訟においては、オプトアウト規則（opt-out）が導入された（中国証券法95条3項）。オプトアウト規則とは、特別の証券集団訴訟において、投資者保護機構を代表者として訴訟を起こす場合で、原告の人数が確定していないときに、裁判所は原告の範囲を確定するために「権利登記公告」を発しなければならない、その公告に定められた期間内に投資者が原告として訴訟に参加することに明確に反対しない限り、自動的に訴訟に参加することとなることをいう。簡単に言えば、投資者は、反対しなければ、自動的に原告として訴訟に参加することになる。

6 訴訟事由

中国においては、証券集団訴訟の訴訟事由が、虚偽記載、インサイダー取引、相場操縦等に限定されている。この点について、普通の証券集団訴訟と特別の証券集団訴訟は同様である（「最高人民法院の規定」1条）。すなわち、虚偽記載、インサイダー取引、相場操縦のような利益侵害を被った投資者の数が多い事件では、証券集団訴訟の提起により投資者の利益を保護することが認められている。

7 土地管轄

「最高人民法院の規定」2条によれば、普通の証券集団訴訟は、省レベルの政府の所在地の市、計画単列都市、経済特区の中級人民法院又は専門人民法院の専属管轄となる（「最高人民法院の規定」2条1項）。

複数の被告がいる場合、発行者住所の所在地を管轄する中級人民法院又は専門人民法院の専属管轄となる。発行者以外の主体に対し提訴する場合、被告の所在地を管轄する中級人民法院又は専門人民法院の専属管轄となる（「最高人民法院の規定」2条2項）。

特別の証券集団訴訟は、指定管轄となる。上海証券取引所に上場している会社が被告となる訴訟は、上海金融法院が管轄すると定め

られ、深圳証券取引所に上場している会社が被告となる訴訟は、深圳中級人民法院が管轄すると定められている。また、全国株式譲渡株式会社に取引をしている会社が被告にされる訴訟は、北京市第二中級人民法院が管轄すると定められている（「最高人民法院の規定」2条3項）。

普通の証券集団訴訟が既に受理された後、特別の証券集団訴訟が提起された場合、普通の証券集団訴訟を受理した裁判所は、当該事件の審理を特別の証券集団訴訟を管轄する裁判所に移送しなければならないとされている（「最高人民法院の規定」32条）。

8 訴訟の費用

(1) 提訴手数料

中国では、原則として、訴訟が裁判所に受理される際に、提訴手数料を支払わなければならない。提訴手数料については、通常の財産案件として取扱い、訴額により手数料を算定する。手数料の徴収基準については、中国の国務院によって制定された「訴訟費用の徴収方法」に詳細な定めが置かれている¹⁷⁾。

特別の証券集団訴訟が提起される場合には、提訴する時点では、提訴手数料を支払う必要がないとされている点については、注意を要する（「最高人民法院の規定」39条）。

また、証券集団訴訟において原告が敗訴した場合、原告は裁判所に提訴手数料の減免を申請することができる（「最高人民法院の規定」39条）。

(2) 弁護士費用

中国民事訴訟法においては、訴訟費用の負担は、勝訴側が自ら負担すると申し立てる場合を除き、敗訴側が負担することとされている。

訴訟費用には、提訴手数料、申請費及び証人、鑑定人、通訳人員出廷に要する交通費、宿泊費、出廷期間中の生活費、仕事欠勤の保証金をいうものと定められている（「訴訟費用の徴収方法」6条）。弁護士費用は、上記の訴訟費用には含まれない。

「最高人民法院の規定」によれば、中国の証券集団訴訟では、原告が勝訴した場合に、弁護士費用を含めた訴訟に支出する訴訟費用を合理的な範囲内で被告に請求することができる（「最高人民法院の規定」25条）。

9 和解と調解

(1) 和解

中国の証券集団訴訟において、和解は認められている。和解とは、裁判所の判決を待たず、かつ、裁判所が関与せず、当事者相互で話し合いを行い、和解により係争を解決し、訴訟を終結させるものである。

中国において、代表者と被告が和解する際には、和解の草案を作成しなければならない。和解の草案には、和解の草案が原告に有利な点と不利な点、訴訟費用の分担等の事項を記載しなければならない。代表者と被告とは、和解の草案を作成した後、裁判所に和解の申請書及び和解の草案を提出しなければならない。裁判所は、審査した後、和解の草案が法律、行政法規の強制規定に違反すること、公序良俗に反すること及び他人の合法的な權益を侵害すること等の事情がなければ、申請書を受理した後10日以内に全ての原告に通知を発出しなければならない。その全ての原告への通知には、和解の草案、和解の草案に対し意見を発表する方式と手続及び期限を記載しなければならない。

原告から、和解の草案に対して異議があれば、代表者は、公聴会を開催して、原告からの質問や意見を受けて、和解の草案を修正しなければならない。その修正した和解の草案を裁判所に提出して、裁判所は、修正後の和解の草案を全ての原告に改めて送付しなければならない。和解の草案に重要な修正内容があれば、それを原告に明確に提示しなければならない（「最高人民法院の規定」20条）。

裁判所は、和解の草案に対し、当事者の意見（賛成意見と反対意見を含む）、事件の事実、草案の合法性及びその合理性、草案の執行等の事項を総合的に確認しなければならない。

17) 中国の国務院による「訴訟費用の徴収方法」は、2007年4月1日より実施されている。

い。裁判所は、和解が成立する場合は、和解の草案に異議を提出した原告に通知しなければならない。和解の草案に異議を提出する原告は、裁判所による通知を受領した後 10 日以内に、裁判所に申請書を提出することによって、訴訟を退出することができる。

裁判所は、和解が成立する場合、調書を作成しなければならない。調書は、全ての原告に効力を及ぼす（「最高人民法院の規定」21 条）。

中国の実務では、証券集団訴訟に関して、2023 年に、初めて和解が成立した事件が現れた¹⁸⁾。また、中国の上海金融法院が公開したデータによれば、2023 年度に受理した虚偽記載の事件数は、2022 年と比べて減少した（この実務状況の詳細は後述する）。この原因としては、多くの事件で、裁判所が当事者の間に調解することにより、原告が訴えを取り下げたことが挙げられている¹⁹⁾。

(2) 調解

中国には、和解のほかに、「調解」という制度も存在する（中国民事訴訟法第 8 章）。

「調解」とは、裁判官が話し合いに積極的に関与して、和解を実現するものをいう（日本の裁判実務上の和解と類似する制度である。）²⁰⁾。「調解」は、中国における人民紛争を解決する重要な手段であるといえる。

中国では、多くの場合に調解の試みが行われており、調解による紛争解決がなされる。証券集団訴訟においても、「調解」が適用される（「最高人民法院の規定」3 条）。調解の効力については、調解が調書に記載され、当事者がこの調書を受領すると、確定判決と同じ効力を生じると規定されている（中国民事訴訟法 97 条）。

10 判決の効力

中国民事訴訟法では、確定判決に既判力があることは、広く認められている。証券集団訴訟についても、代表者訴訟の一類型とし

て、代表者及び被代表者（全ての原告）に判決の効力を及ぼす（「最高人民法院の規定」3 条）。

原告は、勝訴する場合、判決の本文に被告賠償の総額及び計算方法を記載し、判決の添付書類として原告の氏名、各原告への賠償金額等を表の形で記載しなければならない（「最高人民法院の規定」26 条）。

訴訟の当事者は、損害賠償の計算方法や賠償の金額に対して異議がある場合、裁判所に対して異議を申し立てることができる。裁判所は、これらの点に誤りがあれば、裁定書を作成することによってこれを訂正しなければならない（「最高人民法院の規定」26 条）。

Ⅲ. 中国における証券集団訴訟の特徴

中国の証券集団訴訟には、（i）特別の証券集団訴訟の適用は普通の証券集団訴訟を経なければならないこと、（ii）投資者保護機構が特別集団訴訟の発動者でなければならないこと、（iii）代表者としての投資者保護機構は中国証券法に法定される組織でなければならないこと、（iv）投資者保護機構は政府により設置されたものであること、（v）原告の訴訟参加に関してオプトアウト（opt-out）が採られていること、の 5 つの特徴がある。以下では、この 5 点を簡単に説明する。

（i）について、特別の証券集団訴訟の適用は、普通の証券集団訴訟を経なければならないとされているため、特別の証券集団訴訟の提起権者である中小投資者サービスセンターによる特別の証券集団訴訟の発動に制限されることとなる。つまり、特別の証券集団訴訟の発動には、一般投資者による提訴と中小投資者サービスセンターによる提訴の両方が必要となる。これにより、特別の証券集団訴訟の発動に関しては、一般投資者と中小投資者サービスセンターが相互に牽制することになる。（ii）（iii）（iv）は、投資者保護機

18) 2023 年に起きた沢達易盛株式会社事件。

19) 証券日報 2024 年 4 月 2 日に記載された「上海金融法院の裁判状況の通報（2023 年度）」。

20) 朱大明『支配株主規制の研究—中国会社法を素材として』268 頁（信山社、2012）。

構に関連するものである。特別の証券集団訴訟の発動者は、投資者保護機構でなければならないとされているため、投資者保護機構以外の者が排除される。投資者保護機構の範囲は、現在、中小投資者サービスセンターのみに限定されている。一言で言えば、投資者保護機構の範囲は狭く、その数は少ない。この制度設計のメリットについては、①提訴権者を制限することにより弁護士等の提訴による提訴権の濫用を防止することができること、②投資者保護機構が政府により設置されるため、原告の訴訟費用を大幅に削減できることの2点がある。(v)について、中国の特別証券集団訴訟は、オプトアウト規則を採ったという点では、アメリカの集団訴訟と共通しており、このことは、中国の証券集団訴訟の制度設計における最も大きな特徴の1つでもある。オプトアウト規則が証券集団訴訟に導入されたことは、中国の証券集団訴訟の機能が発揮されるために、重要な意義がある。オプトアウト規則を適用することによって、原告の人数は大幅に増えるため、証券集団訴訟の「集団性」が極めて強化されることになる。これにより、特別の証券集団訴訟には、会社の経営者の違法行為を厳しく抑えることが期待されている。

Ⅳ. 中国における証券集団訴訟の役割と実務の状況

1 証券集団訴訟の役割

中国の証券集団訴訟の役割については、主として、①上場会社の違法行為を厳しく規制すること、②経営者の違法行為を厳しく規制すること、③支配株主の権利濫用を厳しく規制すること、④投資者の利益を保護することの4点が重要である。①②については、多くの投資者を集めることにより、請求賠償額が

高くなるため、上場会社及びその経営者の責任を加重することにつながる。これにより、上場会社及び経営者の違法行為を厳しく規制することが期待されている。③については、証券集団訴訟の内容は殆ど虚偽記載の民事責任を追及するものである。本稿の冒頭に言及したが、中国では、如何にして支配株主を規制するかが重要な問題である。このため、中国の証券法に定められている虚偽記載制度は日本と大きく異なり、被告の範囲には発行者だけではなく、支配株主や実質的支配者等も含まれるとされている。証券集団訴訟により、投資者の提訴が容易になり、請求額が大きくなることは、虚偽記載制度が予定する支配株主及び実質的支配者の規制という機能の発揮に利する。④については、①②③が、投資者の権利保護に間接的な機能を有することがいえる。さらに、特別の証券集団訴訟では、投資者の負担は大幅に軽減されるため(例えば、オプトアウトが適用されるため、投資者が訴訟に参加しやすい。また、中小投資者サービスセンターが原告の代理人となるため、弁護士の費用等を支払う必要がない等の点が挙げられる)、投資者の保護が大幅に強化されることになる。

2 証券集団訴訟の実務状況

中国では、2020年3月1日に改正中国証券法が実施されて以降、普通の証券集団訴訟が多く発生している。上海金融法院により公開された最近3年間のデータによれば、2023年度に上海金融法院により受理された証券虚偽記載の事件は2174件となり(執行事件を含む)²¹⁾、2022年度に上海金融法院により受理された証券虚偽記載の事件は4502件となり(執行事件を含む)²²⁾、2021年度に上海金融法院により受理された証券虚偽記載の事件は4378件となった(執行事件を含

21) 上海金融法院は2024年4月2日に「上海金融法院の裁判状況の通報(2023年度)」を公表した。その「上海金融法院の裁判状況の通報(2023年度)」の詳細については下記のホームページを参照されたい(<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1795225462772353635&wfr=spider&for=pc>, 2024年12月15日最終閲覧)。

22) 上海金融法院は2023年3月30日に「上海金融法院の裁判状況の通報(2022年度)」を公表した。その「上海金融法院の裁判状況の通報(2022年度)」の詳細については、下記のホームページを参照されたい(<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1761884527981860387&wfr=spider&for=pc>, 2024年12月15日最終閲覧)。

む)²³⁾。このうち、大半は証券集団訴訟の事件であると推測できる（併合審理が行われたことが多い）。このデータから、中国では証券集団訴訟が多数起きていることは明らかである。

また、特別集団訴訟の状況について、今現在に至るまでの事件数は2件のみであった²⁴⁾。そのうち、被告と和解した事件は1件であった²⁵⁾。

これによれば、中国では、普通の証券集団訴訟の事件が圧倒的に多く、特別の証券集団訴訟の事件が極めて少ないことは明らかである。したがって、中国の証券集団訴訟は、1で述べた①②③の役割を十分果たし、④の役割は十分果たしていないといえることができる。

V. 中国における証券集団訴訟の問題点と今後の発展方向

1 問題点

中国の証券集団訴訟の問題点は、主として2つある。①特別の証券集団訴訟の制度を改善する必要がある。現在まで、2019年改正中国証券法が施行されてから4年以上が経っているが、特別の証券集団訴訟の事件は2件のみである。しかも、この2件は、全て監督機関である中国証券監督管理委員会により行政処罰が行われたという前提のもとに提起されたものである。ある意味では、中国証券監督管理委員会により行政処罰が行われた場合は、投資者保護機構に頼らず、普通の証券集団訴訟を提起すれば、勝訴する可能性も十分高いため、そもそもこのような事件で特別の証券集団訴訟を発動する必要性は低い。このように、中国の特別の証券集団訴訟は十分機能しているというわけではないため、制度設計から反省しなければならない。②投資者の

訴訟から退出する権利を保障する必要がある。以下では、この2点を巡って検討する。

(1) 特別の証券集団訴訟の改善について a 特別の証券集団訴訟の発動を緩和すること

中国では、現在、特別の証券集団訴訟の提起は、普通の証券集団訴訟を経なければならぬ。つまり、普通の証券集団訴訟が提起されなければ、特別の証券集団訴訟を発動することができない。かかる制度設計によって、特別の証券集団訴訟の発動は大いに制限されている。この制度の趣旨は、特別の証券集団訴訟の濫訴を防止することにある。しかし、実務の状況を見ると、2020年3月1日に証券集団訴訟が施行された後、現在まで4年以上が経っているが、特別の証券集団訴訟の事件は2件のみであった。これにより、現在の中国としては、特別の証券集団訴訟を抑制するのではなく、特別の証券集団訴訟の提起を奨励する必要がある。このため、特別の証券集団訴訟の発動には、普通の証券集団訴訟を経なければならないとする定めを廃止し、それぞれ独立する訴訟制度として、投資者保護機構により独自に訴訟提起できると改めるべきであると考ええる。

b 中小投資者サービスセンターを規律すること

中国では、特別の証券集団訴訟の提訴権者は、中小投資者サービスセンターに限定されているため、中小投資者サービスセンターは、特別の証券集団訴訟の機能発揮を左右することができる。したがって、如何にして中小投資者サービスセンターによる特別の証券集団訴訟の発動を規制すべきかが重要な問題となる。

中小投資者サービスセンターに関して、今現在、以下の2つの問題点がある。

23) 上海金融法院「2022年6月27日に上海金融法院により公表された2018年～2021年の審判状況」（2022年6月27日）（<https://jrj.sh.gov.cn/FZHJ202/20220628/cfaf9c0467ca463f88b96b9a8e1f05fa.html>、2024年12月15日最終閲覧）。

24) この2件の事件は、①2020年に起きた康美医薬株式会社事件、②2023年に起きた沢達易盛株式会社事件。そのうち、②は和解したものである。

25) 2023年に起きた沢達易盛株式会社事件。

(a) 投資者保護機構の訴訟発動の手続を明確にすること

中国では、投資者保護機構の運営方法や代表者として特別の証券集団訴訟を提起する手続、特に、多くの事件の中でどのように事件を選定して特別の証券集団訴訟を発動するか等について明確にしなければならない。この点に関して、中小投資者サービスセンターにより制定された「中小投資者サービスセンターによる特別証券集団訴訟の業務規則」があるものの、多くの不明点がまだ残っている。例えば、事件を選定して特別の証券集団訴訟の発動を決定する手続については、前提要件として、①監督機関により行政処罰が行われたこと又は裁判所により刑事裁判が下されたこと等があること、②事件が典型的かつ重大であり、社会に大きな悪影響を与えていること、判断を示す意義があること、③被告は一定の賠償する能力を有すること、④その他、いずれをも満たさなければならない。その上で、さらに、中小投資者サービスセンターは、事件を研究し、専門家により組織される評価会議を開催して、中小投資者サービスセンターが特別の証券集団訴訟を発動するかを最終的に決定すると定められている（「中小投資者サービスセンターによる特別証券集団訴訟の業務規則」16条～19条）。しかし、形式上は多くの手続が定められているが、結局、どのような理由で決定するかという最も肝心な部分が不明確である。また、①については、特別の証券集団訴訟の機能が大きく制限されるため、廃止すべきであると考ええる。

なお、事件を選定する基準については、投資者保護機構の調査により勝訴する可能性が高いと判断される理由、損害を被った投資者の数が多く、投資者保護機構の判断により被告が賠償する財力を有すること等が重要な判断要素になりうるため、それらの点を開示すべきであると考ええる。

(b) 投資者保護機構の範囲を拡大すること

この点に関して、以下の2つの問題に分け

ることができる。第1に、投資者保護機構の間に競争関係を構築する必要がある。現在、中小投資者サービスセンターのみが、特別の証券集団訴訟の発動権を保有するとされている。これによって、中小投資者サービスセンターが、全ての事件に対応することができない面があるし、慎重に発動権を行使しているかが不明確である。このため、中小投資者サービスセンターと同様に、政府により出資されるという属性がある機構、例えば、投資者保護基金にも特別の証券集団訴訟の発動権を与える必要がある。第2に、政府による干渉を防止する必要がある。現在の投資者保護機構の出資者は政府（或いは政府により出資された組織）であるため、特別の証券集団訴訟の発動が、実質的に政府にコントロールされる可能性、或いは、政府からの影響を受ける可能性は高いと思われる。政府による干渉を排除するために、証券法に定められる投資者保護機構の範囲には、民間機構を認める必要がある。

(2) 投資者の訴訟退出権を保証することについて

中国においては、特別の証券集団訴訟には「オプトアウト規則」が導入されている。この規則が、投資者の保護にとって重要な意義を有していることは、肯定しなければならない。しかし、理屈上は、特別の証券集団訴訟が一旦提起された後であっても投資者は訴訟を退出することができるが、投資者がいつ、どのように退出するか等については不明確である。実務では、2件の特別の証券集団訴訟の事件において、いずれの事件でも、投資者は、和解の案に不満があることを理由に、訴訟を退出すると裁判所に申し立てた²⁶⁾。

証券集団訴訟の判決は、全ての投資者に対する拘束力を有する。しかし、訴訟の中で、特に特別の証券集団訴訟では、中小投資者サービスセンターにより主導される手続、損害賠償の金額及びその計算方式、訴訟和解等に関しては、投資者は主導することができない（参与することも難しいかもしれない）。

26) 康美医薬株式会社事件では、9人の投資者が訴訟を退出した。最終的には、原告の人数は52037人であった。沢達易盛株式会社事件では、1人の投資者が訴訟を退出した。最終的には、原告の人数は7195人であった。

そのため、投資者の提訴権を保護するためには、訴訟を提起する前も、訴訟が進行している途中も、投資者が訴訟から退出する権利を当然認めなければならない。また、訴訟から退出した投資者については、証券集団訴訟の判決は、当該退出する投資者を拘束することができないとすべきである。

なお、投資者が訴訟から退出する権利を保護するために、証券集団訴訟の複雑な状況を考慮して、投資者には訴訟を退出する権利があることと、投資者に対する公告の形で提示することを、裁判所に義務付ける必要がある。これは、投資者が訴訟を退出する権利を保護する意義がある。

2 今後の発展

1で述べたが、その要点を纏めると、今後、中国の証券集団訴訟の発展に関して、主として、(i) 特別の証券集団訴訟を改善すること、(ii) 投資者の訴訟退出権を保障することの2点を整備する必要がある。(i)に関しては、最も重要なことは、①特別の証券集団訴訟の提起要件（普通の証券集団訴訟を経なければならないこと）を緩和すること、②中小投資者サービスセンターを規律することの2点である。②については、㊦特別の証券集団訴訟を提起する手続を明確にすること、㊧特別の証券集団訴訟の提訴権者を増やすことの2点が重要である。(ii)に関しては、明確に投資者が訴訟を退出する権利を保障することが重要である。

VI. 終わりに

2020年3月1日に施行された中国の証券集団訴訟は、証券市場における上場会社、経営者及び支配株主の違法行為を抑制することと、投資者利益保護を強化することに重要な意義がある。現在に至るまで、4年以上の間の、中国における証券集団訴訟の実践状況に基づけば、全体として、証券集団訴訟の制度設計が成功しているということができよう。その具体的な機能については、うまく機能している面もあるし、あまり機能していない面

もあることを否定できない。今後、中国の証券集団訴訟制度はどのような方向に発展していくのか注目に値する。

(しゅ・だいめい／ZHU Daming)

論説

「AI 規制論」のコペルニクスの転回

——現代の一般的規制モデルの構築に向けて——

弁護士・京都大学特任教授 東京大学法科大学院客員准教授

羽深宏樹

I. はじめに

II. 「AI 規制論」の概要

- 1 AI リスク
- 2 AI 原則
- 3 規範形成の状況
- 4 AI 規制のアプローチ
 - ① リスクベースアプローチ
 - ② ハードローによる大枠の設定とソフトローによる具体化
 - ③ プロダクト要件とマネジメント要件の組み合わせ
 - ④ 共同規制
 - ⑤ 透明性・アカウンタビリティの重視
 - ⑥ 認証・監査
 - ⑦ 継続的な評価と改善
 - ⑧ 国際的な協調

III. 「AI 規制論」のスコープに関する疑問

- 1 AI と人間のリスクの相対性
- 2 AI と人間のリスクの不可分性
- 3 AI 規制のアプローチの非独自性

IV. なぜ「AI 規制論」を「一般規制論」へ昇華すべきなのか

- 1 AI の実装領域の拡大
- 2 社会システム全般における不確実性の増大
- 3 「AI 規制のアプローチ」による法の支配の実質化

4 情報技術を活用した「AI 規制のアプローチ」の実現可能性

V. 「AI 規制論」を「一般規制論」に昇華させることの意義と課題

- 1 AI 規制論を一般規制論へ昇華することの意義
- 2 AI 規制論を一般化するにあたっての課題

VI. まとめ

I. はじめに

2012年にディープラーニングが飛躍的發展を遂げてから数年のうちに、AIは社会の様々なサービスに実装されるようになり、それに伴って多方面でAIによるリスクが顕在化してきた。自動運転車による死亡事故、金融取引アルゴリズムによる相場の急変動、採用アルゴリズムによる性・人種差別、生成AIで作成したディープフェイク画像・動画の拡散など、その例を挙げればきりが無い。こうした様々なリスクを受けて、AIやこれを組み込んだシステムがユーザーや第三者にもたらすリスクに関する法規制（以下、これを「AI規制」と呼ぶ¹⁾）に関する議論が国

1) 本稿では、AIの開発や利用に伴う安全規制を中心に扱う。そのため、取引法（民法、商法等）、知的財産法（著作権法、特許法等）、データ法（個人情報保護法、不正競争防止法等）、競争法（独占禁止法、不正競争防止法等）、デジタルプラットフォーム関連法（デジタルプラットフォーム取引透明化法、スマートフォンソフトウェア競争

内外で急速に進んでいる。日本では、AI に関する制度全般の方針を示すものとして、AI 戦略会議によって 2024 年 5 月に AI を巡る制度設計の方向性が整理され²⁾、2025 年 2 月には AI 制度研究会によって包括的な中間とりまとめが公表された。そのほか、自動運転³⁾、医療機器⁴⁾、知的財産権⁵⁾などの分野においても、政府主導で法整備や法解釈の整理が行われている。国外では、EU において AI を包括的に規制する AI 法が 2024 年 8 月に発効し⁶⁾、同年 9 月には、米国カリフォルニア州において生成 AI に関する複数の法律が成立したほか⁷⁾、英国でも 5 月に「自動運転車法」⁸⁾が制定されるなど⁹⁾、盛んに立法が行われている。また、国際的な合意形成も進められており、その中には、2023 年の広島 G7 サミットにおける「広島 AI プロセ

ス」の立ち上げ¹⁰⁾、欧州のみならず米国やカナダ、そして日本も参加する「AI 条約」の調印¹¹⁾、経済協力開発機構 (OECD) による「AI 原則」¹²⁾ (以下、「OECD AI 原則」) の更新など、様々な枠組が構築されている¹³⁾。

これらの目まぐるしい動きは、社会に「AI」という特別な技術が入ってくるために、その対応に必要な範囲で法改正や合意形成を進めているものだ、と思われがちである。しかし、本稿では、それとは全く逆の見方を提唱する。すなわち、現在 AI 規制として議論されていることは、AI という技術に固有の問題ではなく、既存の規制に内在していた問題を、AI が浮き彫りにしたに過ぎないという見方だ。したがって、我々が最終的に目指すべきなのは、AI に関する新法を制定したり、

促進法等)、環境法、安全保障等に関する具体的な論点については、AI に関する法規として非常に重要ではあるものの、本稿の中では必要に応じて簡単に触れる程度にとどめる。

2) 内閣府 AI 戦略会議『AI 制度に関する考え方』について (2024 年 5 月)。

3) デジタル庁 AI 時代における自動運転車の社会的ルールの在り方検討サブワーキンググループ「AI 時代における自動運転車の社会的ルールの在り方検討サブワーキンググループ報告書」(2024 年 5 月) (https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/1fd724f2-4206-4998-a4c0-60395fd0fa95/9979b-ca8/20240523_meeting_mobility-subworking-group_outline_04%20.pdf, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

4) 厚生労働省「令和 4 年度『プログラム医療機器の特性を踏まえた薬事承認制度の運用改善検討事業』報告書 プログラム医療機器の特性を踏まえた適切かつ迅速な承認及び開発のためのガイダンス」(2023 年 3 月) (https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00tc7714&dataType=1&pageNo=1, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

5) 知的財産戦略本部「AI 時代の知的財産権検討会中間とりまとめ」(2024 年 5 月) (https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/chitekizaisan2024/0528_ai.pdf, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

6) Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-3A32024R1689>)

7) JETRO「米カリフォルニア州知事、ディープフェイク関連の 9 つの AI 法案に署名」(<https://www.jetro.go.jp/biznews/2024/09/a5ec5ef37532a9d9.html>)。なお、同時期に審議されていた、大規模基盤モデルを対象とする「最先端人工知能 (AI) システムのための安全でセキュアな技術革新法 (SB1047)」(カリフォルニア AI 安全法) については、州知事が拒否権を行使したために廃案となった。

8) Automated Vehicles Act 2024, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/10/pdfs/ukpga_20240010_en.pdf, last visited Oct 5, 2024.

9) SB-1047 Safe and Secure Innovation for Frontier Artificial Intelligence Models Act, https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=202320240SB1047, last visited Oct 5, 2024.

10) <https://www.soumu.go.jp/hiroshimaai/processing/documents.html>, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧

11) Council of Europe, Council of Europe opens first ever global treaty on AI for signature, Sep. 5, 2024, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-opens-first-ever-global-treaty-on-ai-for-signature>, last visited Oct 5, 2024, Canada and Japan sign Council of Europe's first ever global treaty on AI, February 11, 2025, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/canada-and-japan-sign-council-of-europe-s-first-ever-global-treaty-on-ai>, last visited Feb 14, 2025.

12) OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence”, amended in 2024, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

13) 以上を含む世界の動きについては、拙稿参照。Hiroki Habuka et al., *Shaping Global AI Governance: Enhancements and Next Steps for the G7 Hiroshima AI Process*, May 24, 2024, Center for Strategic & International Studies, <https://www.csis.org/analysis/shaping-global-ai-governance-enhancements-and-next-steps-g7-hiroshima-ai-process>, last visited Oct 5, 2024.

法令の中に AI に関する条項を追加したりすることではなく、規制一般の内容や運用を、AI の使用の有無を問わず全般的に見直すことではないか、というのが本稿の主張である。そして、現在「AI 規制論」として語られていることは、そうした法制度の一般的な見直しにあたって重要な手がかりとなる。

以上を導くため、本稿では次のように議論を進める。まず、昨今「AI 規制論」として議論される、一般的な AI のリスクの内容やそれに対する規制のアプローチを整理する (Ⅱ)。次に、AI と人間のリスクが相対的かつ不可分であることを説明し、その帰結として、AI 規制の文脈で課題とされるリスクや規制のアプローチが、AI 以外の文脈で既に論じられてきた内容と概ね共通していることを示す (Ⅲ)。続けて、AI 規制論こそが、不確実性を増す現代社会において法の支配を実質化するための新たなアプローチであることを示し、そのためこれを AI という特定の技術分野に限定するのではなく、一般的な規制論に昇華させるべきであると主張する (Ⅳ)。そして、AI 規制論を梃子としてあらゆる規制をアップデートしていくことに関する意義と課題を述べる (Ⅴ)。最後に、全体の議論をまとめる (Ⅵ)。

なお、本稿における事実に関する記述は、脱稿時点である 2025 年 2 月における最新情報である。AI 規制の分野では瞬く間に状況がアップデートされるため、最新の法令動向などについては、各国の政府ウェブサイトや信頼できるメディア等を参照されたい。

Ⅱ. 「AI 規制論」の概要

本節では、過去数年間にわたって展開されてきた、AI 規制に関する国内外の一般的な議論 (以下、「AI 規制論」という) の概要を説明する。

1 AI リスク

ある行為やシステムに関する規制を議論する際には、まず、立法目的を裏付ける一般的事実 (立法事実) の検討が必要になる¹⁴⁾。すなわち、その規制がどのようなリスクに対処し、何を達成することを意図したものかを明確にしなければならない。

AI が社会に及ぼすリスクについては、2010 年代の後半頃から、国内外で様々な議論が展開されてきた。

たとえば、冒頭で触れた内閣府 AI 戦略会議による『『AI 制度に関する考え方』について』では、制度的な検討を要するリスクとして、(i) 製品・サービスの安全性、(ii) 人権侵害 (プライバシーや公平性など)、(iii) 安全保障・犯罪増加、(iv) 財産権の侵害、(v) 知的財産権の侵害、(vi) その他 (雇用への影響、暴走、利益の集中、多様性)、というリスクが挙げられている。

また、AI を包括的に規制する EU の AI 法は、その目的として、(i) 健康、(ii) 安全、(iii) 民主主義、(iv) 法の支配、(v) 環境の保護を掲げている¹⁵⁾。また、身体的、心理的、社会的、経済的な害に関する言及もある¹⁶⁾。同法では、こうしたリスクのレベルに応じて、禁止される AI の利用、ハイリスク AI システム、透明性を求められる AI システム、といったカテゴリーごとの規制がなされている。

国連の AI 諮問機関 (AI Advisory Body) が指摘する AI リスクは、さらに多岐にわたる。そこでは、上述のようなリスクに加えて、安全保障 (兵器目的での AI 利用) やグループの孤立、多様性や社会の結束への影響にも言及されており、その上で、あらゆる時代における AI リスクの包括的なリストを作成するのは不可能であると宣言している¹⁷⁾。

14) 芦部信喜 著 (高橋和之補訂) 『憲法 (第 8 版)』409 頁 (岩波書店、2023)。

15) EU AI 法前文 (1)。

16) EU AI 法前文 (5)。

17) United Nations AI Advisory Body, *Interim Report: "Governing AI for Humanity"*, Dec. 2023, 8-9 (https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_ai_advisory_body_governing_ai_for_humanity_interim_report.pdf), last visited Oct 5, 2024.

このように、AI がもたらすリスクは、個人レベル(生命・健康、プライバシー、有形・無形の財産権、自律性、雇用、その他の基本的人権等)、コミュニティレベル(差別、多様性等)、国家レベル(安全保障、民主主義、法の支配等)、そしてグローバルレベル(気候変動、力の集中と地域格差等)に至るまで、極めて幅広い。

2 AI 原則

こうした様々なAIのリスクを踏まえ、2016年頃から、世界各国の政府や国際機関、非営利団体や企業などが続々と、AIに関するポリシーや原則を公表した。これらのポリシーや原則は、政府によるものだけでも世界で1000以上存在する¹⁸⁾。そこでは概ね、人権や民主主義などの基本的価値や、公平性、プライバシー、安全性、セキュリティ、透明性、アカウンタビリティといった原則の重要性が強調された。上述のOECD AI原則(2019年)や、日本政府の「人間中心のAI社会原則」(2019年)¹⁹⁾、国連教育科学文化機関(UNESCO)の「AI倫理に関する勧告」(2021年)²⁰⁾などが例として挙げられる。

ハーバード大学のBerkman Klein Centerの調査によれば、2019年までに世界で公表された40近くのAI原則の内容は、(i) プライバシー、(ii) 安全性とセキュリティ、(iii) 透明性・説明可能性、(iv) 公平性・無差別、

(v) アカウンタビリティ、(vi) 人間による技術のコントロール、(vii) 専門家の責任、(viii) 人間的価値の促進に分類できるという²¹⁾。以下では、これらを総称して「AI原則」という。

3 規範形成の状況

このようなAI原則は非常に抽象的な理念であるため、これらを実際のAIシステムに落とし込むためには具体的な規範が必要となる。国内外では、ハードローとソフトローの両面で整備が進められている。ハードローとは法的拘束力を有し、違反すると制裁が科されるルールであるのに対し、ソフトローとはそのような法的拘束力がなく、従うかどうかは事業者の自主的な判断に委ねられる規範をいう。

ハードローとして、現時点で最も包括的にAIを規制しているのは、EUのAI法であろう。2024年に成立したAI法は、事業分野を問わずに適用され、禁止されるAIの利用、ハイリスクAIシステム、透明性を求められるAIシステム、といったカテゴリーごとにAIシステムの開発者や利用者等に様々な義務を課している²²⁾。日本には、EUのような包括的な規制は存在しないが、分野別には、自動運転システム(道路運送車両法)²³⁾やプログラム医療機器(薬機法)²⁴⁾などの個別法によって法的拘束力のある規制が及んで

18) OECD *National AI policies & strategies* (<https://oecd.ai/en/dashboards/overview>), last visited Oct 16, 2024.

19) 統合イノベーション戦略推進会議決定「人間中心のAI社会原則」(2019年3月29日) (<https://www8.cao.go.jp/cstp/aigensoku.pdf>, 2024年10月5日最終閲覧)。

20) UNESCO, *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*2022, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137>, last visited Oct 5, 2024.

21) Fjeld, Jessica et al., *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-Based Approaches to Principles for AI*, Feb. 14, 2020, 2020-1 BERKMAN KLEIN CENTER RESEARCH PUBLICATION, available at <https://ssrn.com/abstract=3518482>, last visited Oct 5, 2024 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3518482>, last visited Oct 5, 2024.

22) EU AI法の詳細については、古川直裕・羽深宏樹ほか「EU AI法概説一(1)～(9・完)」NBL1269号(2024年7月)～1271号(2024年8月)、1273号(2024年9月)～1278号(2024年11月)連載を参照。

23) 道路運送車両の保安基準48条、道路運送車両の保安基準の細目を定める告示150条の2。

24) 医師の診察を手助けするAIなどのシステムは「プログラム医療機器(SaMD)」に該当するため、薬機法が定める承認手続が必要となる。そのためには、治験や審査に5年以上かかることもあるが、これを開発から1年以内に販売できるようにする制度改革が検討されている。その際、AIが、現場で使われた後も随時アップデートされていくことを踏まえ、まずは最低限の審査でいったん販売を許可し、使用後のデータから再度承認できるかどうかを判断する2段階の制度が検討されている。厚生労働省「令和4年度『プログラム医療機器の特性を踏まえた薬事承認制度の運用改善検討事業』報告書プログラム医療機器の特性を踏まえた適切かつ迅速な承認及び開

いる。2024年には、英国で「自動運転車法」が、米国カリフォルニア州では生成AIの学習データの透明化に関する法律が成立するなど、世界中でAIに対する規制の動きが進んでいる。

なお、この点について、EUがハードローのアプローチを採っているのに対し、日本ではソフトローのアプローチを採っている、といった説明がなされる場合もあるが²⁵⁾、そのような整理はミスリーディングといえる。日本のみならず、諸外国においても、自動車や医療分野を中心に、セクターごとにAIに関するハードローが置かれている場合が多い。一方で、「ハードローアプローチ」の典型とされるEUのAI法においても、その具体的な履行態様については多くが標準（ソフトロー）に委ねられており、ハードローが規定しているのは、あくまでも規律の大枠である。

ソフトローについても各国で整備が進められている。日本では、2024年に「AI事業者ガイドライン」が公表された。国際標準化機構（ISO）も、2020年以降、次々とAIのガバナンスに関する国際規格を発行しており、2023年12月にはAIのマネジメントシステム規格であるISO/IEC42001が公表された。米国の国立標準技術研究所（NIST）は、2023年に「AIリスクマネジメントフレームワーク」²⁶⁾を公開し、2024年には、その枠組みを生成AIに適用した「AIリスクマネジメントフレームワーク：生成AIプロファイル」²⁷⁾を公表した。EUでも、現在、AI法

に対応するためのEU整合規格の整備が進められている²⁸⁾。

4 AI規制のアプローチ

このように、AI規制の取組は各国によって異なる。より具体的な差異と共通点については別稿²⁹⁾を参照されたいが、法整備に関しては、概ね以下のような共通項を示すことができる。（以下、これらを総称して「AI規制のアプローチ」という。）

① リスクベースアプローチ

AIのリスクは多岐にわたるため、全てのAIに適用されるような単一の解決策（one-size-fits-all solution）を適用することは難しい。そのため、AIがもたらすリスクの高さに応じて異なる対応を行う「リスクベースアプローチ」が必要であるという点において、各国の立場は一致している。

もっとも、この「リスクベースアプローチ」という言葉は、異なる文脈で用いられることに注意が必要だ。もともとリスクベースアプローチという用語が用いられていた金融規制の分野では、規制当局のリソースを最も高いリスクに優先的に割り当ててリスクに対応することを意味するものとして用いられてきた³⁰⁾。

これに対し、EUのAI法では、立法段階において「リスクベース」という用語が用いられている。すなわち、AIのリスクに応じて「禁止されるAIの利用」、「ハイレスクAIシステム」、「透明性を求められるAIシステ

発のためのガイダンス」（2023年）（https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00tc7714&dataType=1&pageNo=1, 2024年10月5日最終閲覧）。

25) たとえば、内閣府AI戦略会議が2024年5月に公表した前掲注2)『「AI制度に関する考え方」について』では、「（AI規制について）我が国はソフトローによる対応を中心に行ってきた。一方、刑法、個人情報保護法などAIか否かに関わらず適用される法律はあるが、欧米のような大規模あるいはリスクの高いAI等に適用されるハードローは存在しない。」という記述がある。

26) NIST, *Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0)*, Jan. 2023, <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ai/NIST.AI.100-1.pdf>, last visited Oct 5, 2024.

27) NIST, *Artificial Intelligence Risk Management Framework: Generative Artificial Intelligence Profile*, Jul. 2024, <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ai/NIST.AI.600-1.pdf>, last visited Oct 5, 2024.

28) European Commission, “C(2023)3215 – Standardisation request M/593” (https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/enorm/mandate/593_en), last visited Oct 16, 2024.

29) 前掲注13

30) Julia Black & Robert Baldwin, *Really responsive risk-based regulation*, 32(2) LAW AND POLICY, at1 (spring 2010).

ム」, といったカテゴリーごとの規制がなされている点をもって「リスクベース」と称している³¹⁾。ただし, これは立法手段における比例原則³²⁾の意味に近いであろう。すなわち, 同法では, AI がもたらす多様なリスクについて, 適合性・必要性・狭義の比例性を検討した結果として, 複数のリスクカテゴリーごとに異なる規範が適用されることになったものと理解できる。そうだとすれば, 自動車, 医療, 金融といった分野ごとに異なる規制を置いている日本, 米国, 英国その他の国においても, 各リスクに応じて適用される法規範が異なるという意味で, 立法段階の「リスクベースアプローチ」が採られているといえよう。

さらに, 企業の内部統制の文脈で「リスクベース」という言葉が用いられることもある。たとえば, 日本の AI 事業者ガイドラインでは, 各事業者が「予め事前に当該利用分野における利用形態に伴って生じうるリスクの大きさ (危害の大きさ及びその蓋然性) を把握したうえで, その対策の程度をリスクの大きさに対応させる」ことを「リスクベースアプローチ」と呼んでいる³³⁾。

このように, 「リスクベースアプローチ」という言葉は, 監督, 立法, そして内部統制といった複数の文脈で使用されているが, これらは, どれかを選択的に適用するのではなく, 重層的に適用することで, 社会全体としてリスクの大きな分野に重点的にリスク対応がなされることを目指すものであろう。たとえば, AI ガバナンスに関する重要な国際合

意文書である「G7 広島 AI サミット包括政策枠組」³⁴⁾では, 政策形成と企業の内部統制レベルの双方において, 「リスクベースアプローチ」という用語が用いられている³⁵⁾。

リスクベースアプローチは, その考え方について異論を挟む余地はないと思われるが, 難しいのはその実装である。すなわち, 異なる種類のリスクをどう比較するのか, 予見困難なリスクの確率をどのように算定 (仮定) するのか, また日々更新されるリスク状況をどのように迅速に政策や内部統制に活かすのか, といった点は, 実務上きわめて困難な検討課題である。

② ハードローによる大枠の設定とソフトローによる具体化

変化が速く複雑な AI の世界において, 規制対象となる AI に関する技術的な要素を書き込むことは現実的ではない。そこで, 法律では, システムや事業者が満たすべき要件の骨子 (リスクマネジメント, データガバナンス, サイバーセキュリティ, 記録, 報告等) や, 市場参入要件を満たすためのプロセス (適合性評価の自己宣言や第三者認証, 規制当局による免許等) についてのみ定めておき, 実際の判断基準は, 法的拘束力のない標準やガイドライン, 行動規範 (Code of Conduct) などのソフトローで設定することが一般的である。たとえば, EU の AI 法において, AI のリスクマネジメントシステムやデータガバナンス, 記録管理等に関する法文は簡潔であり³⁶⁾, その下で詳細な標準の開発が進められている³⁷⁾。廃案となったカリフォ

31) European Commission, *Artificial Intelligence – Questions and Answers* (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1683), last visited Oct 16, 2024.

32) 立法手段における比例原則とは, ①規制手段が規制目的と合理的に関連すること (適合性), ②規制手段が規制目的の達成にとって必要最小限であること (必要性), 及び③規制手段の投入によって得られる利益と失われる利益のバランスが均衡を保っていること (狭義の比例制) をいう。(渡辺康行ほか『憲法 I —— 基本権 (第2版)』78 頁 [松本和彦] (日本評論社, 2023))。

33) 総務省＝経産省「AI 事業者ガイドライン」3 頁 (2024 年 4 月 19 日) (https://www.meti.go.jp/shingikai/mono_info_service/ai_shakai_jisso/pdf/20240419_1.pdf, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

34) Hiroshima AI Process G7 Digital & Tech Ministers' Statement, at 1-2 Hiroshima AI Process Comprehensive Policy Framework, Dec. 1, 2023, https://www.soumu.go.jp/hiroshimaaiprocess/pdf/document02_en.pdf, last visited Oct 5, 2024.

35) 前者については本文のパラグラフ 3 に, 後者については別添 1 “Hiroshima Process International Guiding Principles for All AI Actors” 2.V において言及がある。

36) EU AI 法 9, 10, 12 条など参照。

37) European Commission, Draft standardisation request to the European Standardisation Organisations in sup-

ルニア AI 安全法でも、AI 開発者が、各種の標準を踏まえたベストプラクティスとガイダンスを考慮することを求めている。その他、AI に関する国際規格の現状と今後の課題については、米国 NIST による取りまとめ³⁸⁾が参考になる。

これらの詳細をソフトローに委ねることの意義は、ハードローよりも迅速に更新が可能であるため状況変化に対応しやすいことだけではない。ソフトローには法的拘束力がないため、そこで示された手順に従わなくても、ハードローの定める目的さえ達成できていれば、法令違反になることがない。その意味で、事業者による革新的なコンプライアンス手法を許容できるというメリットがある。但し、実際にはソフトローに従う限り法的または事実上の合法推定が働く場合もあるため³⁹⁾、ソフトローが実務的にハードローに近い機能をもつこともある。

③ プロダクト要件とマネジメント要件の組み合わせ

AI 規制には、AI システム自体が備えるべき性能や構造に関する要件(プロダクト要件)と、AI システムを開発・運用する事業者が遵守すべき要件(マネジメント要件)という2つの系統の義務が課されることが多い。

プロダクト要件は、いわゆる製品安全を扱うものだ。たとえば、日本では、疾病の診断・治療等を目的としたソフトウェア(医療機器プログラム)について、そのリスクに応じて大臣承認または第三者認証を必要としている⁴⁰⁾。また、自動運転車に搭載される自

動運行装置についても、型式指定が行われる⁴¹⁾。

EU では、AI 法を、製品安全に関する一連の政策パッケージである NLF (New Legislative Framework) の一環に位置付けている。NLF には、AI 法のほかに、機械やバッテリー、医療機器規則等の製品の安全規制が含まれている⁴²⁾。AI 法では、ハイリスク AI システムに関する要件が8条から15条にかけて定められており、そこでは、リスクマネジメントシステム、データガバナンス、技術文書、記録保持、透明性、人間による監視、正確性とセキュリティなどが挙げられている。

他方、マネジメント要件とは、AI システムそれ自体の要件というより、AI システムを開発したり運用したりする事業者に課せられる義務だ。たとえば、薬機法では、医療機器等の製造業者に対して、製造管理及び品質管理の基準の遵守⁴³⁾や、製造及び試験に関する記録の保管⁴⁴⁾が義務付けられている。EU の AI 法では、ハイリスク AI システムのプロバイダに対して、品質マネジメントシステムの確立が義務付けられるほか、技術文書や品質マネジメントシステム関連文書、自動生成ログの保管などが義務付けられている⁴⁵⁾。

法的義務ではないが、AI マネジメントシステムについては、2023年に、上述の ISO/IEC 42001⁴⁶⁾という国際規格が発行された。これは、世界的に多くの企業が認証を取得している ISO/IEC 27001 (情報セキュリティマ

port of safe and trustworthy artificial intelligence, Dec. 5, 2022, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/52376>, last visited Oct 5, 2024.

38) NIST AI 100-5, *A Plan for Global Engagement on AI Standards*, Jul. 2024, <https://doi.org/10.6028/NIST.AI.100-5>, last visited Oct 5, 2024.

39) EU AI 法 40 条。

40) 薬機法 23 条の 2 の 5、同 23 条の 2 の 23。

41) 道路運送車両法 41 条 1 項 20 号、75 条の 3 第 1 項。

42) European Commission, *New legislative framework*, https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/goods/new-legislative-framework_en, last visited Oct 5, 2024.

43) 薬機法施行規則第 114 条の 58、医療機器及び体外診断用医薬品の製造管理及び品質管理の基準に関する省令(平成 16 年厚生労働省令第 169 号)(以下「QMS 省令」) 83 条。

44) 薬機法施行規則第 114 条の 51、QMS 省令 9 条、68 条。

45) EU AI 法 17 条ないし 19 条。

46) ISO, ISO/IEC 42001:2023, <https://www.iso.org/standard/81230.html>, last visited Oct 5, 2024.

ネジメントシステム)⁴⁷⁾と同じ品質マネジメントシステムの系統に属する国際規格である。

なお、プロダクト要件とマネジメント要件をどのように組み合わせるのがよいかについては、試行錯誤が続いている。たとえば、米国におけるソフトウェア医療機器の承認プロセスについて、個々の医療機器(プロダクト)ではなくそれを製造する組織(マネジメント)の要件を重視し、一定の基準を満たす企業には製品の個別承認プロセスを簡素化または省略できるようにする試みが行われた(**Pre-certification Program**)⁴⁸⁾。しかし結果的には、ソフトウェアの開発プロセスの多様性や、組織評価の基準の欠如、臨床性能やサイバーセキュリティなどデバイス固有の要素を認定する必要性などを理由として、このアプローチは有効に機能しなかったことが報告されている。最近では、プロダクト認証とマネジメント認証を組み合わせたジョイント認証(**Joint Certification**)と呼ばれる制度の検討も進んでいる⁴⁹⁾。

④ 共同規制

AIのように、官民の間での情報の非対称性が拡大している(民間の方が政府よりも圧倒的に多くの情報を有するようになっていく)分野においては、政府が一方向的に規律内容を決めるアプローチが有効ではない一方で、自主規制に完全に委ねることでは適切にリスクを管理できないという問題がある。そ

こで、それらの中間、すなわち官民で共同して解決策を導く「共同規制」のアプローチ⁵⁰⁾が有効であると考えられている。

たとえば、内閣府 AI 戦略チームの『AI 制度に関する考え方』について⁵¹⁾では、「技術革新の速さや不確実性に迅速・柔軟に対応するため、ハードローとソフトローの組合せによる『共同規制』の考え方を念頭に、たとえば、リスク対応や情報提供に関する基本的な事項は法令で定め、細則については、**AISI**(筆者注: AI セーフティ・インスティテュート)等の専門機関において官民共同でガイドラインや規格を策定する方法も考えられる。」としている。

EU の AI 法を含む NLF(上述の製品安全に関する一連の政策パッケージ)も共同規制の考え方を採用している⁵²⁾。AI 法では、ハイリスク AI システムが、EU 整合規格に適合する限りにおいて、同法の要件を遵守したものと推定する旨規定するが⁵³⁾、これは、民間主導で定める標準に一定の法規範性をもたせたものだ。さらに、ハイリスク以外の AI システムについても、民間が自主的に行動規範を策定することが推奨されている⁵³⁾。

なお、ここでの「民間」とは、被規制者だけを意味するわけではない。被規制者の取引相手や消費者、一般市民、学識経験者など、様々な利害関係者(マルチステークホルダー)の立場や知見を統合した規範策定が、共同規制のあるべき姿である。

47) ISO, ISO/IEC 27001:2022, <https://www.iso.org/standard/27001>, last visited Oct 5, 2024.

48) U.S. FDA, *The Software Precertification (Pre-Cert) Pilot Program: Tailored Total Product Lifecycle Approaches and Key Findings*, Sep. 2022, <https://www.fda.gov/media/161815/download?attachment>, last visited Oct 5, 2024.

49) ISO/IEC NP 25336 *Information technology — Artificial intelligence — High-level framework and guidance for the development of conformity assessment schemes for AI systems* (<https://standardsdevelopment.bsigroup.com/projects/9024-10625#/section>), last visited Oct 16, 2024.

Kimberly Lucy, “Creating Trust in AI Through Standards: A Management System Approach” (https://jtc1info.org/wp-content/uploads/2022/06/01_05_Kimberly_ISO_IEC_AI_Workshop-Trust-in-AI-through-MSS_Kim-Lucy.pdf), last visited Oct 16, 2024. なお、この点について拙稿「AI の認証制度をどう設計するか?」(一般社団法人国際経済連携推進センター, 2024 年 10 月)も参照。

50) Office of Communications (UK), *Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation*, 2008, <https://www.ofcom.org.uk/siteassets/resources/documents/consultations/8466-coregulation/statement/statement-identifying-appropriate-regulatory-solutions--principles-for-analysing-self-and-co-regulation?v=332518>, last visited Oct 5, 2024.

51) Francesco Vigna, *Co-regulation Approach for Governing Big Data: Thoughts on Data Protection Law*, Oct. 2022 (<https://dl.acm.org/doi/fullHtml/10.1145/3560107.3560117>) last visited Oct 5, 2024.

52) EU AI 法 40 条。

53) EU AI 法 69 条。

⑤ 透明性・アカウンタビリティの重視

変化が速く複雑な AI システムについては、これを設計・開発・運用する事業者と、規制当局を含む外部の主体との間の情報格差が著しく広がることで、事業者が適切に法令を遵守しているのか、AI システムによってどのようなリスクが生じているのか、それに対して事業者が適切に対応しているか、といったことを外部から判断できなくなる。

そのため、各国では、AI システムに関して一定の情報開示を義務付けたり、透明化の基準を策定したりしている例が多い。開示の内容は、AI を使っているという事実、出力根拠の説明、開発に用いたデータ、AI の性能と限界など、多岐にわたる⁵⁴⁾。

日本でも、デジタルプラットフォーム取引透明化法において、商品検索結果の表示に係るアルゴリズムの主要な事項を開示することを義務付けている⁵⁵⁾。

さらに、事前に挙動を予測することが困難な AI システムについて、事故が発生した際に原因を究明するためには、動作に関する記録が残されていることが必要となる。そのため、AI の動作に関する記録を義務付ける例もある⁵⁶⁾。

⑥ 認証・監査

AI システムは一般的に極めて複雑であるため、前述のような情報開示があったとしても、第三者がその AI の信頼性を判断することが困難であることが多い。そのような場合には、専門的な第三者が、何らかの信頼を付与する仕組みが必要とされることがある。

典型的なのは、認証 (Certification) の仕組みだ。認証とは、独立した機関が、対象と

なる製品、プロセス、サービス、またはシステムが特定の要件を満たしていることを証明する文書 (証明書) を提供することをいう⁵⁷⁾。

EU の AI 法では、ハイレスク AI システムのプロバイダが、EU 整合規格への適合性審査を行うこととされており、その中でも欧州整合法令において適合性評価が義務付けられているものについては、第三者による認証が必要となる⁵⁸⁾。日本でも、AI システムを含むプログラム医療機器について、専門機関が第三者認証を与える仕組みがある⁵⁹⁾。また、前述の『「AI 制度に関する考え方」について』等の政府文書では、第三者認証の導入可能性について度々言及されている。

認証は、一定の基準 (標準) に基づいて実施されるものであるが、AI についてはそのリスクが多様で技術変化も速いことから、そのような基準が策定されていないことが多い。その場合に、AI モデルの性能や AI サービスの信頼性を確保するための有力な手段となるのが、専門的な第三者による監査の仕組みだ。たとえば、ニューヨーク市の自動雇用決定ツール法⁶⁰⁾では、採用時に使われるアルゴリズムのバイアスについて、年に 1 回の独立した第三者によるアルゴリズム監査を受けることが義務付けられている⁶¹⁾。また、結果的には廃案となったが、カリフォルニア AI 安全法⁶²⁾でも、高度な AI モデルの開発者が、同法の義務遵守について、年に一度の監査を受けることを義務付けていた。

⑦ 継続的な評価と改善

AI システムは、流通開始後も継続的にアップデートされ、それに伴ってシステムの信頼

54) 詳細については、AI 法研究会国際交流部会「AI の透明性に関する国際的なルール比較」及び「透明性比較表」(2024 年 7 月) (<https://www.aiandlawsociety.org/paper>, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧) 参照。

55) デジタルプラットフォーム取引透明化法 5 条 2 項 1 号ハ。

56) EU AI 法 12 条。なお、道路運送車両法 41 条 2 項は、自動運行装置に作動状態の記録を義務付けるが、これは AI の作動内容の記録ではなく、AI が作動していたかどうかの状態を確認するものにすぎない。

57) ISO, *Conformity Assessment* (<https://www.iso.org/conformity-assessment.html>), last visited on Oct 16, 2024.

58) EU AI 法 6 条 1 (b), 43 条。

59) 前掲注 40

60) Chapter 5 of Title 6 of the Rules of the City of New York, Subchapter T: Automated Employment Decision Tools, 2023, <https://rules.cityofnewyork.us/wp-content/uploads/2023/04/DCWP-NOA-for-Use-of-Automated-Employment-Decisionmaking-Tools-2.pdf>, last visited Oct 5, 2024.

61) 同法 § 5-301

62) カリフォルニア AI 安全法 22603 (e)

性や安全性にも変化が生じるため、流通開始後にもリスクをモニタリングしたり、監査を受けたりすることが義務付けられる場合がある。たとえば、EU の AI 法では、ハイリスク AI システムのプロバイダが、AI 技術の性質及びリスクに応じて、流通後のモニタリングシステムを確立し、文書化しなければならないと定める⁶³⁾。⑥で記載した、ニューヨーク市の自動雇用決定ツール法やカリフォルニア AI 安全法（廃案）が求める年に一度の AI 監査も、同様の継続的モニタリングの必要性から求められているものである。

⑧ 国際的な協調

AI サービスは容易にグローバル展開されるために、以上の様々な項目についても、国際的な連携が不可欠になる。現時点での国際連携の進捗については別稿⁶⁴⁾で分析したので詳細は割愛するが、G7 を含む主要国は、AI 規制における国際連携の重要性を強調しており、標準の策定や規制の枠組⁶⁵⁾等に関する国際協力が進められている。

Ⅲ. 「AI 規制論」のスコープに関する疑問

以上、AI 規制について現在各国で議論されていることを概観した。しかし、これらの議論は、本当に「AI」という特殊な文脈の議論と位置付けるべきなのだろうか。本節では、この点について、① AI と人間のリスクの相対性、② AI と人間のリスクの不可分性、③ AI 規制論の根拠の一般的妥当性、という観点から検討する。

1 AI と人間のリスクの相対性

第一の問いは、「なぜ AI のリスクだけを特別視する必要があるのか？」ということである。本稿Ⅱ 1 において、AI がもたらすリス

クを概観した。その項目を見ると、自動車事故やプライバシー侵害のような個人レベルのものから、性・人種差別のようなコミュニティレベルのもの、デマの拡散による選挙の妨害といった国家レベルのもの、そして気候変動のようなグローバルレベルのものまで、AI はあらゆるリスクの元凶であるようにも見える。しかし、これらのリスクは、少なくともカテゴリーとしては以前から存在するものであり、AI の登場によってはじめて問題となったリスクではない。

ここで、改めて AI の定義についてみてみたい。責任ある AI の実装に向けて G7 諸国を含む多くの先進国が遵守を約束している OECD AI 原則では、AI システムを以下のように定義している⁶⁶⁾。

「明示的または暗黙的な目的のために、受け取った入力から予測、コンテンツ、レコメンド、物理的または仮想環境に影響を与え得る決定の出力を生成する方法を推測する機械ベースのシステム。実装後の自律性と適応性のレベルは、個別の AI システムによって異なる。」

この中でも特に重要なのは、「受け取った入力から」「出力を生成する方法を推測する」「機械ベースの」システム、という点であろう。すなわち、入力と出力をつなぐ処理を、データから学習する「機械学習」を行うのが、ここでいう AI である。つまり、人間が予め計算式を決めておくのではなく、機械がデータを学習して最適な計算式を作り出すということである。機械によるアルゴリズムの導出は、学習したデータを統計的に分析することによって行われる。そして、導出（学習）されたアルゴリズムに対してある入力を行うと、その入力に対して確率に基づく出力が得られる。

簡単な「機械学習」プログラムであれば、「機械」ではなく人間が電卓（もっといえば

63) EU AI 法 72 条。

64) 前掲注 13

65) 欧州評議会 AI 条約参照。

66) OECD, The OECD Framework for

Classifying AI systems, at 5, <https://wp.oecd.ai/app/uploads/2021/06/OECD-Framework-for-Classifying-AI-Standard-deck.pdf>, last visited Oct 5, 2024.

紙と鉛筆)を使ってもできる。ただ、それでは現実の複雑な事象を予測できるだけの精度が出ない。しかし、社会のデジタル化によって膨大なデータと莫大な計算資源が獲得可能になったことで、幾層にも重なる関数を用いた「ディープラーニング」の実装が可能になったことが、ブレークスルーとなった。ディープラーニングでは、その演算が極めて複雑になるために、人間が同じ計算をしたりアルゴリズムの意味を理解したりすることは現実的には不可能である。しかし、それは、機械学習の根本的な原理が変わったことを意味するわけではない。あらゆる複雑性を排して敢えて端的に表現すれば、AIとは、「超高性能統計確率計算機」である。

そしてここで重要になるのは、一定のデータから統計と確率に基づく判断を行うこと自体は、これまでの社会で人類が行ってきたものだということだ。販売データに基づく消費者の動向予測や、過去の機械の故障データに基づく部品交換時期の予測といったビジネス上の判断はもちろんのこと、たとえば顔の認識ですら、それまで各人が認識した顔データから一定の傾向を看取する学習を行ったものと理解することもできる(その結果として、たとえば多くの日本人にとっては、アジア系の人物に比べてアフリカ系の人物の識別の方が困難である、といったバイアスが生じる)。

そうだとすれば、AIがこのような統計・確率に基づく判断を高精度かつ高速に実施で

きることの何が問題なのだろうか。

もちろん、AIがこれらのリスクを増幅させることは否定できない。たとえば、自律飛行ドローンのプログラムに欠陥があれば何千機というドローンの墜落につながるかもしれないし、採用判断に使われるAIに不適切なバイアスがかかっているれば、その差別は数万人の採用判断に及ぶかもしれない。また、生成AIは、巧妙な偽動画やコンピュータウィルスなど、従来は専門的な技術や知識がなければできなかった有害コンテンツの製作コストを圧倒的に下げ、犯罪のリスクを増大させてきた。

しかし、こうしたAIによるリスクの拡大は多くの場合、量的な差であって、質的な差ではない。すなわち、「害悪(リスク)が大きいから規制すべき」なのであって、「AIだから規制すべき」なのではない。そうだとすればAIという特定の技術のみをターゲットとして規制を行うのではなく、害悪の結果に着目して行うことを原則とすべきではないか。

このような指摘は、規制の「技術中立性」の問題として議論されてきたことである。規制の技術中立性とは、規制はその目的を達成するために、特定の種類の技術の使用を強制したり、優遇したりすべきではないという原則であり⁶⁷⁾、国連のほか、日本⁶⁸⁾、EU⁶⁹⁾、米国⁷⁰⁾、英国⁷¹⁾等の諸国における規制の基本原則となっている。

67) UNESCAP “Explanatory note to the Framework Agreement on Facilitation of Crossborder Paperless Trade in Asia and the Pacific”, para.20, Nov. 2016, [https://www.unescap.org/sites/default/files/Revised Explanatory Note_Post 2nd IISG Version_0.pdf](https://www.unescap.org/sites/default/files/Revised%20Explanatory%20Note%20Post%202nd%20IISG%20Version_0.pdf), last visited Oct 5, 2024.

68) 令和5年6月規制改革推進会議答申において、「特定の技術・手段などを求める画一的で『事前型の規制・制度』から、技術中立的でリスクベース・ゴールベースの柔軟な『事後型の規制・制度』への見直しを進めていかなければならない」と述べられている。規制改革推進会議「規制改革推進に対する答申～転換期におけるイノベーション・成長の起点～」2頁(2023年6月)(<https://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/kisei/publication/opinion/230601.pdf>, 2024年10月5日最終閲覧)。

69) 欧州委員会ウェブサイト“*Technology Neutrality*”(https://joinup.ec.europa.eu/collection/common-assessment-method-standards-and-specifications-camss/solution/elap/technology-neutrality#:~:text=It%20guarantees%20freedom%20of%20choice,nor%20discriminate%20against%20any%20technology, 2024年10月5日最終閲覧)。なお、規制の技術中立性を原則としているEUにおいて、なぜAIという技術非中立な規制が正当化されるのかについて、明確な説明はない(参照: European commission, Artificial Intelligence – Questions and Answers, Why do we need to regulate the use of Artificial Intelligence?, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QAN-DA_21_1683, last visited Oct 5, 2024)。

70) President William J. Clinton & Vice President Albert Gore, Jr., *A Framework For Global Electronic Commerce*, II. 3., <https://www.w3.org/TR/NOTE-framework-970706>, last visited Oct 5, 2024.

71) Azad Ali et al., *UK Regulators Publish Approaches to AI Regulation in Financial Services*, May 2, 2024, <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/2024/05/ai-regulation>.

このように、AI という技術のみに着目した規制を議論することは、AI と人間の機能の相対性という観点からも、また規制の技術中立性という一般原則からも、疑問がある。

2 AI と人間のリスクの不可分性

実社会において、人間と AI は単独に作用するのではなく、常に相互に補完しながら機能している。分かりやすい例は、生成 AI である。そこでは、人間のインプットに対して AI が何らかの文書や画像、動画などを生成して回答し、それに対して更に人間が指示を与えることで、より洗練された回答が導かれる。このような相互のやりとりを通じて生成されたコンテンツが、社会に何らかの影響を与える。

医療における AI によるレントゲン画像診断や、採用における AI によるエントリーシートのレビューなども、AI の回答がそのまま確定診断や採用判断に採用されるわけではなく、人間が最終的な決定を行うことがほとんどである。

翻って考えれば、現代社会において、AI の判断の影響を受けない人間の行動はほとんどない。情報の検索、移動経路の導出、購買する商品の選定、そしてソーシャルネットワークなど、我々が日々用いるあらゆるシステムには AI が組み込まれている。また、電力供給システムや道路交通システムなど、日々の生活を支えるのに欠かせないインフラにも AI が活用されている。他方で、上述のように、AI の判断のみによって我々の判断やリスクが完全に決定される場面も少ない。AI は、人間が上書きした判断の集合から学習し、アルゴリズムをアップデートする。

つまり、AI は人間の認識に影響を与え、人間はその認識に基づき行為し、AI はそのデータから再度学習してアルゴリズムを更新するという循環の中で、人間と AI は相互に浸潤しながら社会活動を行い、同時にリスクを生んでいるのである。そして、このような

循環の中で、厳密に「AI のリスク」と「人間のリスク」を線引きできるかどうかは疑わしい。

たとえば、自動運転を原則としつつ、緊急時には人間に運転を引き継ぐ「レベル 3」の自動運転について、次のような事例を考えてみよう。自動運転のアルゴリズムに何らかの不具合が生じたため、システムが人間に運転を引き継ぐためのアラートを発出したが、運転者の注意が散漫になっており、アラートへの対応が遅れ衝突事故を起こしてしまった。一見すると、自動運転アルゴリズムの欠陥及び注意が散漫になっていた運転者の落ち度であるといえそうである。しかし、全てのリスクシナリオを想定した完全な自動運転アルゴリズムを構築することは不可能であるし、問題があった場合にアラートを出したこと自体はアルゴリズムの正常な作動ともいえるため、一体何をもって「アルゴリズムの欠陥」といえるのかが明らかではない。また、自動運転アルゴリズムに問題があった場合に、単に人間に運転を引き継ぐのではなく、予備システムによって安全な路肩に駐車する機能も搭載可能であったかもしれない。さらには、自動運転モードにおいて人間の注意が散漫になりがちであることを踏まえ、運転者の集中度をシステムが監視して注意散漫時に警告を行うこともできただろう。これらのシステムが備わっていれば、運転者は事故を防げたかもしれない。ただでさえ、自動運転モードでは人間の注意は散漫になる。このような状況で、自動運転システムの欠陥または人間の過失のいずれかが事故の原因だと特定することは正当だろうか。

このように、実態としての事故は AI と人間が一体として作用する結果として生じるのであり、自動運転アルゴリズム（すなわち AI システム）の問題か運転者（人間）の問題か、と二元的に整理できる問題ではない。

もう一つ、生成 AI によるリスクの典型例とされる、政治に関するディープフェイク（たとえば、首相があたかも卑猥な発言をし

ているかのようなフェイク動画が広まった事例⁷²⁾について考えてみよう。たしかに、そのような不適切な動画を容易に作り出してしまう生成AIにも問題はある。しかし、そもそもの元凶は、悪意をもってそのような動画を作り出した人間にある。また、そのような動画を拡散するソーシャルメディアこそがリスクを爆発的に増加させているともいえる。ソーシャルメディア上でそのようなセンセーショナルなコンテンツが拡散される背景には、人間（ユーザー）がもつ本能的な承認欲求や、クリック数に応じて報奨金がもらえるソーシャルメディアのエコシステムなども関係している。

以上のように、AIが関連するリスクは、AI自体のリスクというよりも、AIと人間、そしてその他のシステム（他のアルゴリズムやハードウェア、経済システムや環境等）が相互に影響し合うことによるシステム的なリスクとして理解する必要がある。そのような現実を踏まえた場合に、AIという特定の技術要素のみを取り出して規制の対象とすることは、リスクの本質を見逃し、社会にとって利益よりも多くのコストをもたらすことになりかねない。

もちろん、大きなシステムの一要素としてのAIの機能（自動運転車のアルゴリズムを構成する画像認識システムの精度など）について、何らかの要件を課す必要がある場合もあるであろう。しかし、これはあくまで規制の一要素を構成するモジュールに過ぎず、制度全体の設計にあたっては、個別のAIシステムを対象とするのではなく、人間や環境との相互作用を踏まえて、AI、その他のアルゴリズムやハードウェア、組織内のルールや体制、そしてユーザの属性等を考慮したシステム全体としてのリスクを評価する必要があると考えられる。

3 AI規制のアプローチの非独自性

以上、AIという技術がこれまでの人間の

判断の延長にあること、また現実世界において人間とAIのリスクを明確に分離できないことを示した。以下ではその帰結として、本稿Ⅱで述べたようなリスクやそれに対応するためのアプローチが、AI以外の文脈にも共通するものであることを示す。

まず、Ⅱ1で挙げた「AIリスク」の項目は、個人レベル（生命・健康、プライバシー、有形・無形の財産権、自律性、雇用、その他の基本的人権等）、コミュニティレベル（差別、多様性の喪失等）、国家レベル（安全保障、民主主義、法の支配等）、そしてグローバルレベル（気候変動、力の集中と地域格差等）に至るまで、AIに固有のものではない。また、「AI原則」としてまとめられる公平性、プライバシー、安全性、セキュリティ、透明性、アカウンタビリティといった価値も、AIを使わずとも尊重されるべき重要な価値である。

それでは、AI規制の手法についてはどうであろうか。Ⅱ4では、これを①リスクベースアプローチ、②ハードローによる大枠の設定とソフトローによる具体化、③プロダクト要件とマネジメント要件の組み合わせ、④共同規制、⑤透明性・アカウンタビリティの重視、⑥認証・監査、⑦継続的な評価と改善、⑧国際的な協調、という要素に分解したが、これらの要素も、他の規制分野でこれまで議論されてきたことと大きく重なっている。

まず、①リスクベースアプローチは、監督・立法・内部統制といった複数の階層において、リスクの高い分野に重点的にリソースを振り向けるべきという原則であったが、これはAIに限った話ではない。AIの文脈では、リスクの範囲が多岐にわたることから、とりわけこの用語が用いられる傾向があるが、既にみたように、規制監督におけるリスクベースの考え方自体は金融規制の分野において定着していたし、立法におけるリスクベースは比例性の原則として理解できる。さらに、内部統制の文脈でも、とりわけ監査の文脈において、「リスクベースアプローチ」は20世紀

72) 日本経済新聞「岸田文雄首相の偽動画拡散 生成AIか、日テレロゴも」（2023年11月4日）(<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUE042850U3A101C2000000/>, 2024年10月5日最終閲覧)。

のうちから導入されている⁷³⁾。

②ハードローによる大枠の設定とソフトローによる詳細の補完についても、AI 以外の文脈においてその重要性が指摘されてきた。

ハードローだけでは時代の変化に対応できないことは、とりわけ変化の速い金融やデジタルの分野などで指摘されている。その際、規制は達成手段ではなく結果を基準にして行うべきとする「結果 (Outcome) ベースの規制」の考え方が、英国や日本を含む諸国において重視されている⁷⁴⁾。

他方、ソフトローは、1980 年頃、国際法の文脈における人権や環境の分野で注目を集め⁷⁵⁾⁷⁶⁾、コーポレートガバナンス⁷⁷⁾や知的財産⁷⁸⁾、そして規制一般⁷⁹⁾など、広範な分野でその重要性を認識されている。ソフトローの特長は、リスクや環境の変化に迅速に対応しやすい点にあるが、その柔軟性が求められるのは、AI 分野だけではない。そして、そのソフトローを民間の知見を取り込みながら策定するのが、以下④で述べる「共同規制」のアプローチである。

③プロダクト要件とマネジメント要件の組み合わせについても、AI の登場以前から活用されていた規制枠組である。たとえば、プログラム医療機器について、各国で医療機器自体の要件と製造者の品質マネジメントシステムの要件の双方が求められてきたし、消費生活用製品などについても、製品自体の安全性のほかに、品質管理システムの整備が求められてきた⁸⁰⁾。マネジメント要件としては、EU の一般データ保護規則 (GDPR) のように、一定の場合に責任者 (データ保護監督者) を置くことを求める例もある⁸¹⁾。

④官民で共同して決策を導く共同規制についても、近年様々な分野で注目を集めている。EU では、今世紀初頭から共同規制の活用が提唱されており⁸²⁾、現在では、AI のみならず、デジタルプラットフォーム規制やデータ規制など様々な分野で共同規制のアプローチが採用されている⁸³⁾。日本でも、デジタルプラットフォーム規制を含むデジタル規制全般において、共同規制の重要性が指摘されている⁸⁴⁾。

⑤事前規制よりも透明性やアカウンタビリティ

73) Financial Reporting Council, Internal Control: Revised Guidance for Directors on the Combined Code, 1999, revised in 2005, https://www.accountancyeurope.eu/wp-content/uploads/FRC_Revised_Guidance_for_Directors_on_Combined_Code_051027102005121030.pdf, last visited Oct 5, 2024.

74) UK Financial Conduct Authority, Our Strategy 2022 to 2025, at 5, 2022, <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/our-strategy-2022-25.pdf>, last visited Oct 5, 2024. 経済産業省 Society5.0 における新たなガバナンスモデル検討会「GOVERNANCE INNOVATION——Society5.0 の実現に向けた法とアーキテクチャのリ・デザイン——」36 頁 (2020 年 7 月 13 日) (https://www.meti.go.jp/shingikai/mono_info_service/governance_model_kento/pdf/20200713_1.pdf, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

75) Google Books Ngram Viewer, 'soft law', https://books.google.com/ngrams/graph?content=soft+law&year_start=1800&year_end=2022&corpus=en&smoothing=3, last visited Oct 5, 2024.

76) 齋藤民徒「ソフトロー論の系譜：国際法学の立場から」(2005 年 7 月) (<https://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/COESOFTLAW-2005-7.pdf>, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

77) Financial Reporting Council, UK Corporate Governance Code, Jan. 2024, <https://www.frc.org.uk/library/standards-codes-policy/corporate-governance/uk-corporate-governance-code/>, last visited Oct 5, 2024.

78) 内閣府知的財産戦略推進事務局「ソフトローの活用について」(2021 年 4 月 16 日) (<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kousou/2021/dai6/siryou3.pdf>, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

79) European Commission, European Governance A White Paper, Jun. 25, 2001, https://ec.europa.eu/commision/presscorner/detail/en/DOC_01_10, last visited Oct 5, 2024.

80) 経済産業省「製品安全に関する事業者ハンドブック」(2012 年 6 月) (https://www.meti.go.jp/product_safety/producer/jigyohandbook.pdf, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

81) EU 一般データ保護規則 (GDPR) 37 条。

82) European Commission, *supra* note 70.

83) 生貝直人「ソフトローを活用したルール形成と自主・共同規制」(2021 年 4 月 16 日) (<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kousou/2021/dai6/siryou4.pdf>, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

84) デジタル庁「デジタル原則に照らした規制の一括見直しプラン」(官民連携原則) 2-3 頁 (2022 年 6 月 3 日) (https://www.digital.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/cb5865d2-8031-4595-8930-8761fb6bbe10/e3650360/20220603_meeting_administrative_research_outline_07.pdf, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

ティを重視するアプローチは、官民間の情報の非対称性の増大に伴い定着してきた。リスク状況やステークホルダーの関係が複雑な金融、人権、環境といった分野では、いずれも開示が重要な規制手段とされてきた⁸⁵⁾、AI以外のデジタル分野においても、透明性は主要な規制手段とされている⁸⁶⁾。

⑥認証・監査についても、上記③のプロダクト要件とマネジメント要件の双方について、ハイリスク分野を対象に、AIの台頭以前から認証や監査が義務付けられる場合があった。認証については、既に紹介した自動車や医療機器、消費生活用製品等に関するものはいずれも、AI以外のシステムにも義務づけられるものである。また、法的義務ではないが、情報セキュリティマネジメントシステムの認証については、国内外で多くの企業が認証を取得している。監査については、たとえば、米国の医療保険の携行性と責任に関する法律（HIPPA）において、電子的な個人情報を含むハードウェア、ソフトウェア、手続き、アクセスの記録等の活動の監査が求められている⁸⁷⁾。

⑦継続的な評価と改善については、これまでも、「市販後監視」（Post-market surveillance）として医療や食品分野を中心に義務付けが行われてきた。たとえば、医療機器に関する国際標準である ISO13485:2016 には市販後監視が規定されており、これに整合する

日本の薬機法⁸⁸⁾やEUの医療機器規則⁸⁹⁾、米国の連邦食品・医薬品・化粧品法⁹⁰⁾において、それぞれ販売後の製品の評価と改善が求められている。インシデントの共有については、消費生活用製品安全法における重大製品事故の報告義務⁹¹⁾や、米国の消費者製品安全法（Consumer Product Safety Act）における報告義務⁹²⁾などの例がある。

⑧国際的な協調については、経済・社会のグローバル化が著しく進んだ現在において、その重要性は論を俟たない。デジタル、環境、人権等、幅広い分野で国際的な連携の取組が進んでいる。

IV. なぜ「AI 規制論」を「一般規制論」へ昇華すべきなのか

前節では、AIの技術的性質やリスクの特徴を踏まえ、AIのみを規制の対象として括りだすことへの疑問を示すと共に、実際に「AI規制のアプローチ」として語られるリスクや規制手法が、AIのみならず様々な分野で既に適用されているものであることを示した。

しかし、それだけでは、「AIのために特別な規制を行う必要がない」ということを示したに過ぎず、「あらゆる規制にAI規制のアプローチを取り込むべきである」という本稿の主張を十分に示したことになる。そこ

85) 人権について：国際連合人権理事会「ビジネスと人権に関する指導原則：国際連合『保護、尊重及び救済』枠組実施のために」（UNGP）21項（2011年3月21日）（https://www.unic.or.jp/texts_audiovisual/resolutions_reports/hr_council/ga_regular_session/3404/、2024年10月5日最終閲覧）。

環境について：環境省「気候関連財務情報開示タスクフォース（TCFD）」（<https://www.env.go.jp/policy/tcfd.html>、2024年10月5日最終閲覧）。

86) たとえば、2022年に施行されたデジタルプラットフォーム取引透明化法は、その名のとおり、大規模なデジタルプラットフォームに対して事前規制を課すのではなく、取引条件の開示や公正な取引を行うための措置等の透明化を求める内容である。

87) Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPPA), 45 CFR § 164.312(b).

88) Federal Food, Drug and Cosmetic Act (FDCA), Section 522.

89) Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, Arts. 83-86.

90) Consumer Product Safety Act (CPSA), Section 15 (b).

91) 消費生活用製品安全法 35条。

92) United States Consumer Product Safety Commission, “Duty to Report to CPSC: Rights and Responsibilities of Businesses” (<https://joinup.ec.europa.eu/collection/common-assessment-method-standards-and-specifications-camss/solution/elap/technology-neutrality#:~:text=It%20guarantees%20freedom%20of%20choice,nor%20discriminate%20against%20any%20technology>), last visited Oct 16, 2024.

で、本節では、なぜこれまで「AI 規制論」の文脈で論じられてきたアプローチを、一般的な規制論に展開させるべきなのかについて論じる。

1 AI の実装領域の拡大

本稿Ⅲ 1 で述べたように、AI の機能は、従来人間が行っていた統計的・確率的な作業を高速で反復・増幅することであり、今後あらゆる分野での活用が見込まれる。また、Ⅲ 2 で述べたように、AI と人間のリスクを明確に分離することは不可能である。すなわち、我々の社会は、いかなる分野においても AI リスクと切り離せない社会になっていく。したがって、AI 規制のアプローチが、AI システム一般に妥当するものであるとすれば、今後あらゆる分野において同様のアプローチを導入する必要が出てくるだろう。

2 社会システム全般における不確実性の増大

「AI 規制のアプローチ」の根拠となる AI システムの特徴は、実は AI 以外のシステムにも当てはまる。

Ⅱ 4 では、AI 規制のアプローチの根拠として、(i) 予測不可能性・説明不可能性、(ii) バリューチェーン上の主体の多さ、(iii) 技術革新や普及の速さ、(iv) 外部からの信頼性判断の難しさ、(v) グローバル化、といった課題を挙げた。たしかにこれらは、AI システムが一般的に備える特徴とはいえるものの、AI システムに固有の特徴ではない。

たとえば、(i) 予測不可能性・説明不可能性については、AI (ディープラーニング) システム自体の複雑性に基づく予測不可能性や説明不可能性が課題であるといった説明がなされることも多い。しかし、人間の行動や自然現象はそもそも予測不可能かつ説明不可能

なことが多く、さらにそれらがグローバル化やデジタル化に伴って反復・増幅されている。ビジネスの世界では、現代社会を、不確実性 Volatility (変動性)・Uncertainty (不確実性)・Complexity (複雑性)・Ambiguity (曖昧性) の頭文字をとって、「VUCA」社会と表現することもある⁹³⁾。AI は確かに不確実性の一因となつてはいるが、AI システムが関与せずとも世界は予測不可能・説明不可能な事象に溢れている。

(ii) バリューチェーン上の主体の多さとそれに伴う課題についても、AI に限った話ではない。たとえば、ファッション業界では、素材生産、流通、デザイン、縫製、販売などの過程で多くの主体が関与しており、それぞれの役割を担う主体が複数国にまたがっているため、バリューチェーン全体での環境や人権への影響のコントロールが喫緊の課題となっている⁹⁴⁾。また、AI に限らないデジタルサービス一般に目を向けても、そこにはハードウェアの設計者・製造者、クラウドサービス提供者、通信事業者、OS (オペレーティングシステム) の開発・提供者、デジタルプラットフォームサービスの提供者、データの提供者、ユーザー (事業者または消費者) など多様なステークホルダーが混在しており、いずれにせよ各サービス間の透明性や責任の分配が問題となる。

(iii) 技術革新や普及の速度についても、AI に限られる話ではない。過去 20 年ほどを振り返っても、スマートフォンやソーシャルメディア、クラウドコンピューティング、再生可能エネルギーなど、様々な分野におけるイノベーションとその実装が爆発的に進められてきた。

(iv) 外部からの信頼性判断の難しさについても、社会の複雑化に伴う情報の非対称性の拡大によって、AI のみならず、システムから組織まで様々なレベルで問題となっている。既にみたように、人権・環境・コーポ

93) Nate Bennett & G. James Lemoine, *What VUCA Really Means for You*, Jan.-Feb. 2014, HARVARD BUSINESS REVIEW.

94) Gian Bonanni et al., *Explainer: What is fast fashion and how can we combat its human rights and environmental impacts?*, Australian Human Rights Institute, <https://www.humanrights.unsw.edu.au/research/commentary/explain-er-what-fast-fashion-human-rights-environmental-impacts>, last visited Oct 5, 2024.

レートガバナンスなど多くの分野で透明性の規律が重視されるようになってきているのも、こうした課題の顕れであるといえる。

最後に、(v) グローバル化がAI以外の領域で進んでいることは、言うまでもない。

このように、AI規制のアプローチの根拠とされるリスク状況の変化は、実はAIに固有のものではなく、デジタル化やグローバル化に伴う社会システムの複雑化、産業構造の変化、そして不確実性の増大という、より大きな文脈の中で生じている変化である。したがって、AI規制のアプローチは、AIという狭い文脈の中でのみ議論されるべきではなく、社会全般に関するアジェンダとして議論されるべきである。

3 「AI規制のアプローチ」による法の支配の実質化

AI規制論を一般的な規制論として展開すべきという本稿の主張を裏付けるより本質的な根拠は、「AI規制のアプローチ」こそが、現代社会において「法の支配」を実質化する手段であることである。

法の支配については様々な定義があるが、国連が2004年に発行した報告書は、これを以下のように定義している⁹⁵⁾。

「(法の支配とは、) 公的・私的を問わず、すべての個人、機関、団体(国家を含む)が、公布され、平等に執行され、独立に裁定され、国際的な人権規範と基準に合致する法律に対して責任を負う統治原則を指す。さらに、法の支配は、法の優位性、法の下での平等、法へのアカウンタビリティ、法の適用における公平性、権力分立、意思決定への参加、法的安定性、恣意性の回避、手続的・法的透明性といった原則を遵守するための措置も意味する。」

近代の統治モデルも、このような法の支配を実現するために整備されたものであるが、デジタル化やグローバル化によって著しく複雑化し加速した現代社会では、様々な困難に

直面している。

ローレンス・レッシングが、人々の選択肢や行動範囲がデジタルシステムの構造(アーキテクチャ)によって規律されるようになる、と説いたのは1999年だが⁹⁶⁾、それから四半世紀を経て、デジタルシステムがもたらす影響力(Power)は、当時と比較にならない程大きくなった(Ⅲ2参照)。この新たな力は、変化が速く複雑で、グローバル化されている。それは、既存の法の規律が十分に及ばない領域の拡大を意味する。

システムに関する情報の非対称性の拡大によって、これを設計・運用していない者には、それがどのように機能しているのか理解できず、それによって誰にどのような影響が生じているのかも理解できない。その上、相手方が国外の主体であればそもそも立法や執行力の管轄が及ばない可能性もある。このことは、「法の優位性」ではなく「人の優位性」——すなわち、特定の人(実際にはその集合としての組織、なかんずく巨大企業ないし統制国家)が恣意的に影響力を行使できる余地——の拡大をもたらす。

こうした事態に対処するためにはどうすればよいのだろうか。

矢継ぎ早に規制を作っていけばよいかというと、必ずしもそうではない。日本の場合、法律の策定には短くとも2-3年程度かかることを踏まえると、法律が技術の変化に追いつけない問題を解消することはできない。そのため、法の支配を実質化するためには、法律を、最終的に達成されるべき価値や原則を記述する、結果ベースかつプリンシプルベースのものにせざるを得ない。

そのような状況下では、法の支配が要求する「法へのアカウンタビリティ」も、単に法律の定める行為義務を遵守しているというだけでは不十分であることになる。すなわち、リスクをもたらすシステムの設計・運用主体(民間主体か公的主体かは問わない)が自ら、どのようにして法の定める結果や原則を達成すべきかを決断して宣言すること、そしてそ

95) United Nations Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies: report of the Secretary-General*, ¶ 6, S/2004/616, U.N. Doc., Aug. 23, 2004.

96) LAWRENCE LESSIG, CODE: AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (2000).

の結果について責任を負うことこそが、法に対するアカウンタビリティの尽くし方となる。

各主体によるアカウンタビリティを確保するための要素は、「規範形成」、「モニタリングと評価」、「救済と紛争解決」という3つの段階で考えると分かりやすい。

第一の段階は、規範形成である。各主体は、結果ベース・プリンシプルベースの規制の下で、様々な価値を現実のシステムに実装し、ステークホルダーの理解を得るべきである。しかし、これは容易ではない。とりわけスタートアップや中小事業者にとってはそのような専門知識や人材を獲得することが困難である。そのため、マルチステークホルダーの協力の下、柔軟な標準やガイダンスなどが公共財として提供されることが望ましい（共同規制）。このようなプロセスを経ることによってこそ、法の支配が要求する「意思決定への参加」が実現されるのであり、また規範が一定程度明確化されることで、「法の適用における公平性」や「法的安定性」が達成されると共に、「恣意性の回避」も確保される（この点が、政府による一方的な「行政指導」による統治との違いである）。

第二の段階は、モニタリングと評価である。各主体が、自らの宣言を遵守しているか、またそれによって法目的が達成されているかについては、外部から評価することが非常に困難だ。そのため、透明性の確保をベースとしつつ、リスクの大きさに応じて、独立かつ専門的な第三者が認証したり監査したりすることが重要となる。システムのダイナミズムを考慮して、継続的にモニタリングとフィードバックを行っていくことも必要だ。このようなプロセスを経ることこそ、法の支配が要求する「手続的・法的透明性」が確保される。

第三の段階は、救済と紛争解決である。不確実性が高く事前に明確な行為規範を示すことが困難な現代社会においては、事後的に迅速な被害者への補償や適切な責任分配がなされることが不可欠だ。しかし、多くの要因が相互に作用しており、またリスク間の複雑なトレードオフも存在するシステム的なリス

クについては、純粹に法的な知見だけで補償や責任の評価を行うことが難しい。そのためには、法律の専門家だけではなく、経済学、社会学、コンピュータサイエンス、心理学、環境学等を含む様々な専門性を有する中立な第三者が判断材料を提供できる仕組みを整備する必要があるだろう。こうした手続によってこそ、法が「平等に執行され、独立に裁定され」る状況を担保できる。

このように、複雑で不確実性の高いダイナミックな社会においては、国家による立法・行政・司法だけでなく、各システムに関する規範形成、モニタリング・評価、救済・紛争解決という局面（これらは概ね、国家レベルという立法・行政・司法の三権分立に対応する）において、マルチステークホルダーによるアジャイルなプロセスを導入し、チェックアンドバランスを適切に機能させることこそが、法の支配の核心としての「権力の分立」の姿である。そして、本稿で整理した「AI規制のアプローチ」は、そのような新たな法の支配の姿を志向するものだ。

4 情報技術を活用した「AI 規制のアプローチ」の実現可能性

このような「AI 規制のアプローチ」を一般的に展開するにあたっては、統治に必要な情報量が爆発的に増加することが課題となる。抽象的な法規制を実務に落とし込むための具体的なガイダンスや標準の策定にあたっては、サービス提供側、ユーザー側、消費者側など、多様な立場から寄せられる大量の見識や意見を総合的に考慮する必要がある。また、現実社会で生じている生命・健康やプライバシー、そして民主主義などに対する数値化困難なリスクや便益を適切に測定しなければならない。策定後も、それによって目的どおりの効果が生じているか、うまくいっていない点があるとすればなぜかを継続的に評価し、必要に応じて規範を更新する必要がある。このことは、参照すべき情報の爆発的な増加及びダイナミック化を意味し、規制者と被規制者の双方に多くのコストをもたらす。

これまでの社会において、こうした多量の

情報処理は、政策担当者にとっても事業者にとっても事実上極めて困難であった。その結果、たとえば日本では、有識者を集めた審議会形式で規制やガイドラインの方針を定め、事業者はそれに形式的に従う、ということが一般的に行われてきた。

しかし、情報技術の発展は、これまで困難であったあらゆるデータに基づく統治を可能にする。たとえば、リスク評価において、プライバシーに関するデータにユーザーがどれだけの受容性を有しているかを計測したり⁹⁷⁾、ソーシャルメディアにおけるアルゴリズムがユーザーの政治的意見にどのような影響を与えているかといった事象を計測したり⁹⁸⁾することも、以前より遥かに容易になった。

多様な意見の集約と論点の抽出も、生成AIなどを使えばより効率的に実施可能となるだろう。台湾の合意形成プラットフォームである“vTaiwan”では、ライドシェアの許可などの特定の政策アジェンダに対する人々の意見をアルゴリズムでグループ分けして、世論の可視化や論点の抽出に活用しており、同様の取組は、フランスやニュージーランドでも採用されている⁹⁹⁾。

モニタリングにあたって参照すべきベストプラクティスやインシデントについても、データベースに平文で登録しておけば、AIが状況に応じた最適な事例を引用してくれるようなサービスを構築することは可能だろう。リスク状況のリアルタイムな監視は、センサから収集したデータを自動的に分析し続けることで実現できるし、そのような仕組みは既に多くの企業で実装されている。

紛争解決の局面においても、アルゴリズムで過去の判断の傾向を分析したり¹⁰⁰⁾、AIが調停を補助したり¹⁰¹⁾するなど、情報処理や解決の一部をシステムに委ねる試みは始まっている。

このように、法の支配を深化させる「AI規制のアプローチ」は、発達した情報技術を活用してこそ可能になる。もちろん、その際には、その情報技術が信頼に足るものであること、すなわち法の支配に服していることが必要である。このように、法の支配と先端的な情報技術は、相互にその存在を必要とする入れ子構造となっているのである。

「AI規制論」を「一般規制論」 V. に昇華させることの意義と課題

1 AI規制論を一般規制論へ昇華することの意義

以上のように、AI規制論を一般規制論へ昇華することには、どのような意義があるのだろうか。

第一の意義は、これまでAI規制論として蓄積されてきた知見やノウハウを、他の分野のガバナンスにも応用できることである。II 2で述べたとおり、基本的人権や民主主義、持続可能性といった基本的価値や、安全性やプライバシー、公平性、透明性といった原則を、現代社会においてどのように定義し直し保護していくかという問いについては、「AI原則」や「AI倫理」の問題として世界各国で議論が重ねられてきた。また、多様なス

97) Jaspreet Bhatia et al., *Empirical Measurement of Perceived Privacy Risk*, Vol. 25, Issue 6, Article 34, ACM TRANSACTIONS ON COMPUTER-HUMAN INTERACTION, (2018).

98) Andrew M. Guess et al., *How do social media feed algorithms affect attitudes and behavior in an election campaign?*, 381 Science, 398, 404 (2023).

99) vTaiwan, Where do we go as a society?, <https://info.vtaiwan.tw/>, last visited Oct 5, 2024.

100) Olga V. Mack, From ‘It Depends’ To Data-Backed Answers: Automating Legal Case Analysis —AI offers a shortcut for optimizing the legal case analysis process—, Sep. 5, 2023, <https://abovethelaw.com/2023/09/from-it-depends-to-data-backed-answers-automating-legal-case-analysis/#:~:text=AI%20offers%20a%20shortcut%20for%20optimizing%20the%20legal,answer%20to%20clients%E2%80%99%20what-if%20questions%20beyond%20%E2%80%9CIt%20depends.%E2%80%9D>, last visited Oct 5, 2024.

101) 加藤猛「非暴力コミュニケーションのメディアエーションに向けた生成AIの試行」(2023年) (https://repository.kulib.kyoto-u.ac.jp/dspace/bitstream/2433/284630/1/tec.rep_202308_Kato.pdf, 2024年10月5日最終閲覧)。

テークホルダーによる共同規制や複雑なシステムに対する認証などは、AI 規制の策定過程で数々の教訓を得られている。たとえば、米国 NIST による AI リスクマネジメントフレームワーク策定にあたっての大規模なマルチステークホルダープロセス¹⁰²⁾や、シンガポール政府による、AI の信頼性をテストするためのオープンソースシステム (AI Verify)¹⁰³⁾ の公表などのアプローチは、AI に限らずあらゆる分野でのガバナンスの実施にあたって参考となるだろう。

第二の意義は、規制の複雑化を避けられることである。AI やブロックチェーン、量子コンピュータなど、新たな技術が登場する度に、屋上屋を架すように規制を重ねていくと、政策担当者も被規制者側も終わりのない執行コストやコンプライアンスコストに苛まれることになる。法律には、社会にとって確保されるべき価値 (結果) について技術中立的に規定し、その達成手段については様々なシステムや組織を組み合わせる柔軟かつシステムミックに検討していくことが、時代の変化に強い (Future Proof な) 規制体系である。

第三の意義は、AI 規制のアプローチによるイノベーションの促進と安全性の確保の両立である。航空機、製薬、労働安全などの分野において、失敗や事故について非難するのではなく、オープンなカルチャーで問題の原因を究明し、改善策を検討するアプローチの方が、結果的に高い安全性を実現できることが実証的に知られている¹⁰⁴⁾。AI 規制のアプローチに見られるような協調型のガバナンスは、単にイノベーションを阻害しにくいだけでなく、安全性を向上させるものでもあるのだ。

2 AI 規制論を一般化するにあたっての課題

一方で、AI 規制論を一般化するにあたっての課題もある。

第一に、AI 規制論自体が、国内外で現在進行中の議論であり、いまだベストプラクティスと呼べるものが確立されていないことだ。たとえば、日本の AI 事業者ガイドラインは、過去に発行された 3 つのガイドラインを統合して整理した内容であり、リビングドキュメントとして今後継続的に更新されることが宣言されている。AI に関する制度設計を担う内閣府の AI 制度検討会に関しては、議事が非公開とされており、マルチステークホルダープロセスが確保されているとは言い難い。EU の AI 法の下では、義務の実践に関する多くの内容が EU 整合規格に委ねられているが、その整合規格の内容はいまだ明らかでない。ニューヨーク市の自動雇用決定ツール法では、年に一度のアルゴリズム監査が義務付けられているが、法律の曖昧な定義や、監査人やツール開発者、使用企業の役割に関する不明確な責任分担などによって、実効的な監査には至っていないとの指摘もある¹⁰⁵⁾。このように AI 規制については一定の枠組が整理されてきているものの、その実践にはまだ試行錯誤が必要である。

第二に、IV 4 で示したように、AI 規制のアプローチを導入するためには、制度だけではなく技術やインフラ、専門人材などをあわせて整備していく必要があるということだ。多種多様なリスクを数値化するための方法論、マルチステークホルダーによる議論を促

102) NIST, *supra* note 23.

103) AI verify foundation ホームページ (<https://aiverifyfoundation.sg/>, 2024 年 10 月 5 日最終閲覧)。

104) Christopher Hodges, *ETHICS IN BUSINESS PRACTICE AND REGULATION*, 2017, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7f3f18e5274a2e87db4afc/Prof_Christopher_Hodges_-_Ethics_for_regulators.pdf, last visited Oct 5, 2024, and *Outcome-Based Cooperative Regulation*, 2023, <https://www.theregreview.org/2023/01/02/hodges-outcome-based-cooperative-regulation/>, last visited Oct 5, 2024. U.S. Federal Aviation Administration, *Safety Culture Assessment and Continuous Improvement in Aviation: A Literature Review*, 2023, https://www.faa.gov/about/initiatives/maintenance_hf/Safety_Culture_Assessment_Continuous_Improvement_in_Aviation.pdf, last visited Oct 5, 2024.

105) Lara Groves et al., *Auditing Work: Exploring the New York City algorithmic bias audit regime*, in PROCEEDINGS OF THE 2024 ACM CONFERENCE ON FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY (FACCT '24), 1107, 1120 (2024), available at <https://doi.org/10.1145/3630106.3658959>, last visited Oct 5, 2024.

進するための公共プラットフォーム、コンプライアンスを一定の範囲で自動化するツール、リアルタイムのモニタリングを可能にするシステムなど、規制の策定や履行自体に革新的なアプローチを取り入れるには、法学と経済学、社会学、コンピュータサイエンス、心理学、環境学といった様々な分野の連携が必要になる。

第三に、AI規制のアプローチを実装するためには、社会の一人ひとりの規制に関するマインドセットを転換する必要があるということである。トップダウンではなく水平的な規範作りを、政治的調整ではなくデータに基づくリスク評価を、失敗の非難よりもベストプラクティスの評価を、情報の秘匿より開示を、先例踏襲ではなく未来志向を、専門性の縦割りではなく学際性を、国内に閉じるのではなく国際性を、といったように、新たな規制モデルの構築にあたっては従来のマインドセットを変革していく必要がある。それを成功させることができるかどうかは、各自が、テクノロジーと共生する社会の在り方をいかに「自分事」として考え、参加し、主張できるかにかかっている。

VI. まとめ

本稿で主張したことの骨子は、以下のとおりである¹⁰⁶⁾。

過去数年間にわたって、国内外におけるAIをめぐる政策形成は目まぐるしいスピードで発展し、AIに関する具体的な規制も導入されるようになってきた。そこでは、複雑かつダイナミックなAI技術の特徴を踏まえ、

①リスクベースアプローチ、②ハードローによる大枠の設定とソフトローによる具体化、③プロダクト要件とマネジメント要件の組み合わせ、④共同規制、⑤透明性・アカウントビリティの重視、⑥認証・監査、⑦継続的な評価と改善、⑧国際的な協調、といったアプローチが共通の要素となっていることを示した。これを本稿では「AI規制のアプローチ」と呼んでいる。(Ⅱ)

しかし、AIの出力は過去のデータをベースとした統計と確率に基づくことを考えれば、そのリスクは人間によるリスクと相対的であり、AIを固有のリスク源と捉えることには疑問がある。また、そもそもAIと人間は相互に浸潤しながら作用しリスクを生じているのであって、「AI」という技術要素のみに着目して規制を行うことは、リスクの本質を見逃し社会的コストを増大させるおそれがある。さらに、AI規制のアプローチは、AI以外の分野の規制において議論されてきたこととも大きく重なるのであり、これをAIという限られた技術の議論に閉じ込めておく必要は見当たらない(Ⅲ)。

既に社会のあらゆる分野においてAIの実装が進みつつある現在、AI規制のアプローチは、業界の別を問わず検討されるべき課題である。また、AI規制のアプローチの根拠とされている予測不可能性・説明不可能性、バリューチェーン上の主体の多さ、技術革新や普及の速さ、外部からの信頼性判断の難しさ、グローバル化、といった要素は、AIだけでなく、デジタル化やグローバル化に伴う社会システムの複雑化、産業構造の変化、そして不確実性の増大という、より大きな文脈

106) なお、蛇足ではあるが明確化のために、本稿の主張は以下のようなものではないという点も示しておく。

- 1) 本稿は、AIに関する規制が不要だといっているわけではない。自動運転車にしても、フェイクコンテンツの問題にしても、「AI」という要素は、リスクの要因を構成する一技術的要素にすぎないため、「AI」のみを切り取るのではなく、人間とAIその他のシステムの相互作用と、そこから生じるリスクを総合的に評価して規制を設計すべき、というのが本稿の主張である。
- 2) 本稿は、ハードローが不要だといっているわけではない。法の支配を実質化するためには、ハードローとソフトローを適切に組み合わせ、その形成及び執行過程にマルチステークホルダーかつアジャイルな手順を導入すべきである、というのが本稿の主張である。
- 3) 本稿は、日本がEUや米国をはじめとする海外の制度を模倣すべきといっているわけではない。規制の範囲から手法まで、各国の制度には多くの相違点があり、試行錯誤が続いている状況である。また、AIによるリスクに対する社会受容性も、国・地域によって異なる。日本においても、諸国における規制の効果や課題を参照しながら、世界にベストプラクティスを提供できるような取り組みを主体的に行うべきである。

の中で生じている変化である。そのような大きな変化の中で、伝統的な「法の支配」は困難に直面しており、それを乗り越える新たな「法の支配」の形こそが、「AI 規制のアプローチ」に見られるようなマルチステークホルダーかつアジャイル型の規制アプローチである。そうだとすれば、「AI 規制のアプローチ」は、今後のあらゆる規制に共通する一般的なアプローチとして捉え直されるべきではないか。このようなアプローチは膨大な情報処理を必要とするため、従来の社会では実装が困難であったが、まさに AI を含む近時の情報処理技術を使うことによって、急速に実現可能性を帯びてきている（Ⅳ）。

このように、AI 規制のアプローチを一般的な規制の議論に昇華させることで、AI 規制の文脈で蓄積された多くのノウハウを他の領域に応用することができるだけでなく、規制の複雑化を避けられ、イノベーションの促進と安全性の確保の両立できるといったメリットがある。他方で、AI 規制論自体が現在進行中でありベストプラクティスが確立されていないこと、専門人材の育成や学際的な協力が必要となること、さらには我々一人ひとりのマインドセットを変えていく必要があることなど、今後の課題も多い（Ⅴ）。

以上の本稿の狙いは、現在 AI 規制論が直面している、課題に溢れた混沌とした状況を、AI という限られたドメインに閉じ込めておくのではなく、法制度や統治全般の問題として法学界、いや社会全体に開放しようというものである。それは、法の支配や民主主義といった社会の根幹を、現代社会に最適な形にアップデートするための困難かつ創造的な航海の第一歩だ。ここまでの長い話にお付き合いいただいた読者の皆様も、ぜひこのブルーオーシャンに身を投じてみませんか？

（はぶか・ひろき）

投稿論稿選出理由

食ベログ事件東京地裁判決から見るアルゴリズム変更と独禁法

浅沼泰成

本論稿は、飲食店ポータルサイト「食ベログ」において行われたアルゴリズム変更が独占禁止法に違反すると判示した裁判例（東京地判令和4年6月16日令和2年（ワ）第12735号）を評釈するものである。本論稿は、特に優越的地位の濫用について「あらかじめ計算できない不利益」とアルゴリズム変更の事前通知との関係を検討しつつ、アルゴリズム変更に対する効果的な差止めのあり方や裁判所による求意見制度の活用について論じている。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・主張が頗る明確であり、その結論に至る論理も明快に、かつ筋道立てて記述されている。
- ・プラットフォームにおけるアルゴリズム変更とこれに対する日本の裁判例という、いずれも極めて新規性の高い題材を選択し、独自の考察と主張を加えている。
- ・優越的地位の濫用についての検討では、実際の事実を具体的かつ詳細に示したり想定したりしながらこれらの事実緻密な評価を加え、「あらかじめ計算できない不利益」の認定についての自説を導いている。
- ・差止めについての検討では、他国で実施されている制度の検討を通じて、実効性と実現可能性を共に追求した救済手段の提案がされている。

他方で、本論稿に対しては、第一審判決とは逆に独占禁止法違反を否定した控訴審判決に対する言及がなかった点が指摘された。しかしながら、一般に控訴審判決の存在は第一審判決についての検討の意義を損なうものではなく、本件においても同様であること、また執筆者は本論稿の執筆後に控訴審判決を確認できるに至ったことなどに照らし、この点は本論稿の掲載の意義を減じるものではないと判断した。

また、求意見制度の活用についての検討において、本論稿が公正取引委員会に対してやや無批判に過ぎ、裁判所の客観性への干渉が懸念されるとの問題に無自覚ではないかとの指摘がされた。しかしながら、この点はそれ自体で本論稿の新規性や論理性を損なうものであるとはいえず、それゆえ仮にこの指摘が妥当するとしても、それは掲載された後に論評の対象とされるべきものであると判断した。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされ、控訴審判決についても言及された。

ヘイトスピーチの「害悪」 ——「受け手」の視点から——

澤田公平

本論稿は、大阪市ヘイトスピーチ条例事件判決（以下「本判決」という。）の分析を目的とし、その手掛かりとして、表現の「受け手」の視点に着目する。表現の「受け手」から、ヘイトスピーチ条例の解釈と「害悪」の発生プロセスの解明を試み、そこから本判決の解釈と表現の「受け手」の議論を再考する。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・従前の議論に蓄積がない、蟻川恒正氏の「表現の『受け手』」論を改めて整理した上で、本判決に対して、その視点の適用を試みている点に一つの新規性がある。
- ・それにとどまらず、本判決が個人を想定した「受け手」論では説明ができないことを端緒として、社会全体が「受け手」となることを説得的に考察している。また、本件条例のように、「受け手」のための表現規制においては、表現の伝達による「害悪」の特定（＝保護法益の検証）が有意義であることを示している。このように、「受け手」論に新たな視座を提供している点で、より「受け手」論自体を進展させるものということができ、小さくない意義を有している。
- ・そして、本稿の議論は、ヘイトスピーチ問題という狭い文脈に限られず、従来では低価値表現と分類されてきたような表現（フェイクニュースなど）の問題に広く敷衍できる余地を有する。それらの表現の「受け手」に生じる「害悪」を考察することによって、表現規制の合憲性に新たな議論を招来し得る点にも意義が認められる。

他方で、本論稿に対しては、論理展開が少なからず省略され不親切な説明が見受けられる点、予想される反論への言及が欠ける点、執筆者が示唆するように本稿にはさらなる検討の余地がある点につき指摘が挙げられた。

これらの点については、以下の理由で、いずれも論稿の価値を大きく低減させるものではないと評価された。第一点については、論理矛盾があるわけではなく、第二点については、掲載によって反論に晒されるべきとの理念から、いずれも特に重視はされるものではない。第三点については、論稿において執筆者が新規性のある課題を設定し、それに対して高い説得力を持って一定の意義を有する結論を打ち出している以上、学術論文として掲載に足る成果と評価できる。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされた。

医療 AI と医師法 17 条

——いかなる AI の利用に医師免許を要求するか——

平山貴仁

本論稿は、医療 AI と医師法 17 条というテーマのもと、医師法 17 条の医業独占に関する一般解釈論を検討し、医行為該当性は、「新・危険関連構成」という新しい解釈基準によって判断されるべきことを主張するとともに、その基準によれば、いかなる判断支援型 AI の利用行為について医行為に該当すると考えるべきなのか、具体的に論じるものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・医業独占規定における医行為の解釈にあたって、「医療関連性」をどのように判断するのかという医事法学において通説が存在しない問いについて、重要判例であるタトゥー事件や従来の学説の問題点を十分に検討した上で、筆者独自の解釈論を展開しており、議論の合理性および内容の新規性が認められるとともに、解釈論としての完成度も高い。
- ・さらに、判断支援型 AI の利用行為の医行為該当性については、多数の医学文献を調査し、各行為の性質や医療上の位置づけ等を丁寧に踏まえた上で、的確な検討がなされており、実務上の高い参照価値が認められる。

他方で、本論稿に対しては、次のような指摘もあった。第一に、「新・危険関連構成」は、先行学説について筆者自身が指摘した問題点を克服できているのか疑問が残る。第二に、全体として、緻密な論証を心がけるあまり冗長な記述となっている。

これらの点については、以下の理由で、いずれも論稿の価値を大きく低減させるものではないと評価された。前者については、先行学説について詳細な批判的検討がなされ、筆者の解釈論の意図するところが明確となっているから、十分な学術的な価値が認められる。後者については、医事法学上の論点について読者に理解してもらうため、一定程度丁寧な説明をすることには合理性が認められる。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされた。

執筆者一覧

浅沼泰成	2022 年 4 月既修コース入学・2024 年 3 月同コース修了
澤田公平	2022 年 4 月既修コース入学・2024 年 3 月同コース修了
平山貴仁	2022 年 4 月既修コース入学・2024 年 3 月同コース修了
梅林 啓	弁護士 大学院法学政治学研究科教授
朱 大明	大学院法学政治学研究科特任教授
羽深宏樹	弁護士・京都大学特任教授 大学院法学政治学研究科客員准教授

編集委員一覧

学生編集委員

石塚将人 浅沼泰成 市瀬慶 宇田裕哉 大久保威史 大崎瑛礼奈
奥田和希 梶朝香 河野匡亮 齋藤英俊 逆井遥暉 鈴木惇心
田中航一郎 深澤舞子 松田匠実 箕輪岳弥 宮原瑞穂 吉田朝
芳仲琴音

教員編集委員

和田俊憲 大学院法学政治学研究科教授
滝澤紗矢子 大学院法学政治学研究科教授
内海博俊 大学院法学政治学研究科教授

編集後記

19期編集委員会は、総勢20名でスタートしました。昨年度の1次募集への応募者が、わずか5名であったことと比べると、大きな変化です。この変化の要因としては、修習生が委員に応募したこと、オンラインによるリモート会議が可能となったこと等があると思われます。他方で、修習生については、修習における業務で忙しく、委員との両立が難しい場面が多々ありました。しかし、学生委員の皆様、教員委員の先生方のご協力により無事、今日を迎えられました。この場をお借りして感謝申し上げます。

また、19巻の投稿募集において、投稿いただいた学生論稿の数は、昨年度の7本よりも多く11本となりました。これは、前編集委員長による熱心な投稿の勧誘があったからであると思われます。他方で、編集委員の構成を見ますと、在学生は、昨年度に比べ、半分に減少しております。在学生の委員の減少に対処するべく、本年度は、前年度における投稿の勧誘・編集委員の募集についての勧誘方法を踏襲しつつも、さらに、新しい取り組みを行いました。紙幅の関係上、具体的な取り組みについては、割愛いたしますが、この取り組みが奏功することを期待しております。

来年度は、東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会の発足から20周年という節目の年を迎えます。本法科大学院ローレビューは、米国のロースクールで刊行されているローレビューから着想を得て創設され、以来、学生による論文の発表の場を提供してまいりました。同時に、本法科大学院ローレビューは、教員の先生方による論文の掲載も行っており、本年度は、実務家教員でいらっしゃる梅林先生、羽深先生及び、中国会社法・証券法の研究者でいらっしゃる朱先生より論稿を投稿していただきました。こうした、実務家、法学研究者の先生方による論稿の投稿により実務からの信頼が厚いことは、確かです。他方で、本法科大学院ローレビューが学生による研究成果を公表する場としての役割を果たしているかは、常に考える必要がございます。学生による論稿の投稿数と共にこれを審査する編集委員を増やすことが必要です。なによりも、編集委員は、東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会の担い手であるという自覚が必要であると思います。本法科大学院ローレビュー編集委員会を信頼し、論稿を投稿していただいている以上、本法科大学院ローレビュー編集委員としての役割とその責任を深く自覚しなければなりません。今後も、各委員が職責を自覚し、本法科大学院ローレビューに対する期待に応えられるように、委員会全体での編集委員としての意識の共有、より一層の意識の向上を図ることに尽力し続けてまいります。

最後に、お忙しい中、審査報告書を作成してくださった先生方、論稿を投稿してくださった学生の皆様・先生方、校正作業において迅速に対応してくださった商事法務の皆様、その他ご助力くださった方々に深く感謝申し上げます。今後も本誌が広く読まれ、発展していくことを祈念しております。

東京大学法科大学院ローレビュー第19期編集委員長 石塚将人

御礼

東京大学法科大学院ローレビューは、前号（第18巻）に引き続き、本号（第19巻）も渡部友一郎氏（弁護士・Airbnb）からのご寄付によって刊行されています。

ここに記して、御礼申し上げます。

東京大学大学院法学政治学研究科

東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.19 2024年12月発行

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033

東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、E-mailにてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。

