

ブレインテックと行政法

—脳神経情報を利用して行政活動が行われる時代における
行政法総論、行政救済法、行政規制等の検討—

松 尾 剛 行

第1章	はじめに	32
第1節	ブレインテックとは	32
第2節	ブレインテックと行政	33
第3節	ブレインテックと行政法	34
第2章	行政内部のコミュニケーション	35
第3章	市民とのコミュニケーション	36
第1節	(書面申請を前提とした)市民の申請に対する善解義務	36
第2節	口頭申請	37
第3節	告知・聴聞	37
第4節	理由付記	38
第4章	業務遂行	38
第5章	行政調査	39
第6章	行政強制	40
第7章	行政訴訟	40
第1節	原告の請求の趣旨の善解	40
第2節	詳細な行政の判断過程情報の入手とそれに基づく裁量統制	40
第3節	国家賠償について	41
第8章	民間のブレインテック利用に対する行政規制	42
第1節	はじめに	42
第2節	個人情報保護法	42
第3節	医事法	42
第4節	労働法	43
第5節	その他	44
第9章	おわりに	44

第1章 はじめに

第1節 ブレインテックとは

ブレインテックと呼ばれる、脳の情報を読み取り、その情報を分析した上で、再度脳にフィードバックする技術⁽¹⁾が急速に進展しつつある。ブレイン・マシン・インタフェース (BMI) と呼ばれる、脳と機械の間を繋ぐ装置を利用し、脳の情報、例えば脳波をコンピュータに入力して処理することで、脳内で何を考えているかを把握したり、逆に情報を脳にフィードバックしたりする。例えば、イーロン・マスク氏が率いるブレインテック企業である Neuralink 社は、2024年3月20日に、同社公式X(旧Twitter)アカウントで、治験として行われたBMI埋め込み手術の最初の患者へのインタビュー動画を公開した。当該動画においては、BMIを利用することで、患者が脳でゲームのプレイ方法を考えると、考えたとおりにゲームを操作することができる様子等が含まれている⁽²⁾。

現在の技術水準では、「脳測定」と呼ばれる脳情報の読み取り精度を高めるためには、Neuralink社のもののように、頭蓋骨を開けてBMIを埋め込む、侵襲型と言われるBMIを利用する必要がある。そこで、病気等でどうしても意思疎通に困難がある人について脳情報を読み取って意思疎通を実現したり、体が動かない人について、脳情報を読み取ることで体や義手等を動かしたりという形の、いわば「治療」や「治験」として行われることが多い(前述のとおり、Neuralink社の侵襲型BMIは治験として埋め込まれている)。

しかし、いわゆる非侵襲型という、カチューシャやヘッドセットのようなBMIを装着するだけで脳情報を読み取る技術開発が進んでおり、今後は多くの健康な人にも、手軽に脳情報を読み取ることができるブレインテックサービスやブレインテックプロダクトが普及することが想定される。

現時点においては、ブレインテックの読み取り精度は低い。例えば、被験者に特定の画像を見せて、fMRIで脳波を読み取り、Stable Diffusionという画像生成AIを利用して当該脳波から画像を再現させる実験を行うと、確かに画像のテーマ(どのようなものが写っているか)程度は再現できるが、細かな位置関係や描写等は十分に再現することができていない⁽³⁾。

今後は、侵襲型はもちろん、いわゆる非侵襲型であっても、内心の読み取り精度が高まるだろう。最終的にはそれが100%正確でないとしても、99.99%の正確性を誇る等、事実上「内心を解読した」と評価できる程度に至る可能性は十分にある。また、今後は、読み取り結果を基に、脳に対してフィードバック

をかけて介入する技術も発展するだろう。例えば、お互いに脳を繋ぐことで、目や耳、口等を利用することなく、コミュニケーションを取ることも可能となる。ただ、このような脳にフィードバックをかけて介入する技術が発展すれば、「脳操作」と呼ばれる、外部から操作して対象となる人の感情や考えを変えること等も技術的には可能となるだろう。

第2節 ブレインテックと行政

今後、ブレインテックの読取り性能が上がる中、ますます多くの人がブレインテックを利用することになるだろう。その中でどのような行政との関係でのブレインテックの利用があり得るだろうか。以下、想定されるものを列挙してみよう。

・ 行政内部のコミュニケーション

例えば、上司と部下のやり取り等行政内部のコミュニケーションについてブレインテックを通じて行われるようになるだろう。

・ 市民との間のコミュニケーション

市民との間のコミュニケーションもブレインテックを通じて行われるようになるだろう。これまで、市民が許認可等を申請する際、申請者がどのような申請意向を持っているか必ずしも明確でないこともあった。今後は、ブレインテックで申請者の脳内の情報取得することで、このような希望なら該当するのはこの申請だというように、行政として申請者の希望に適合するものが何かを理解しやすくなる。

また、市民に対して教示を行う際も、ブレインテックを利用してコミュニケーションをすることで、市民にとってより理解しやすい方法で教示をすることができるだろう。

・ 業務遂行

また、ブレインテックを利用して、模範的な公務員が業務を行う際の思考回路に関する情報を取得し、これをAIに読み込ませることで、(他の情報を元に学習させるよりも)高精度の、いわば「AI公務員」のようなものを構築することができるかもしれない。

当然のことながら、最初から、「AIが人間の公務員の代わりに業務を行う」という「代替」が行われる訳ではないだろう。当初は人間の公務員を支援する業務支援AIが、ブレインテックを利用することでよりタイムリーかつ分かりやすい方法で業務の方法を提案する等の「支援」という形になると予想される。しかし、その支援についても、技術的には、業務ごとに「戸籍業務モジュール」「〇〇許可申請対応モジュール」等が既存のマニュアルと模範的公務員のブレ

インデータをもとに開発され、これらのモジュールを「インストール」することを選択すると、例えば、「戸籍事務のベテランと同程度の知識経験」「〇〇許可事務のベテランと同程度の知識経験」等が脳操作技術によって脳内に導入され、そのようなAIとブレインテックの支援を受けることで、新人でも高度な業務遂行を行うことができるようになるかもしれない。

- **行政調査**

逆に、行政が行う調査の過程で、行政がブレインテックを利用することで、行政処分等の前提となる、必要な情報を関係者からより網羅的かつ正確に取得することができるかもしれない。

- **行政強制**

なお、純粹技術的には、相手方に特定の対応を行わせる場合において、ブレインテック（いわゆる脳操作）を利用することで、相手方が負う義務を直接的に履行させることができるかもしれない。

- **行政訴訟**

行政訴訟の段階において、個々の公務員の内心がブレインテックを利用することで明らかになる可能性があるだろう。もちろん、当該内心が法的にどのような意味があるかはそれが裁量処分の文脈なのか、国家賠償法の文脈なのか等が変わってくることから、個々の文脈が重要である。

- **民間の利用に対する規制権限行使**

更に、民間でブレインテックが利用されることにつき、行政が適正な利用になるよう規制権限を行使することが考えられる。

例えば、民間におけるブレインテックの利用においては、ブレインテック、特に操作型ブレインテックを利用して、トラウマの消去、記憶力増強等の便益の享受をしようとするのが想定される。しかし、そのようなブレインテックの利用により、弊害が生じる可能性があり、それに対して行政として規制権限を行使すべき場合がある。また、使用者は、労働者に対してブレインテックを利用して監視等をしたいと考えるかもしれないが、このような利用によっても問題が生じる可能性があるだろう。

第3節 ブレインテックと行政法

以下では、このようにブレインテックが広く利用される状況において、そのようなブレインテックの利用の進展が、行政法の解釈論と立法論にどのような影響を及ぼすかを検討する。既に民間企業の利用と行政規制（第8章）については一定の検討がされている⁽⁴⁾ことから、本稿では特に行政による利用（第2

章から第7章まで)にフォーカスしたい。

ここで、本稿が、ある意味では、「将来の技術発展の予測」の要素を大いに有することについては予めお断りしておきたい。即ち、現時点で行政においてブレインテックが用いられている訳ではなく、また、ブレインテックは発展途上の技術であり、今後どのように発展するか/しないかという点については不確実性がある。その意味で、以下は、筆者の将来予測（いわゆる「ベスト・ゲス」）に基づき、もしその予測が実現した場合における行政法の問題を論じるものと理解頂きたい。

第2章 行政内部のコミュニケーション

これまでは行政内部のコミュニケーションが（メール等の電磁的方法を含む）書面で行われることが多かった。しかし、ブレインテック時代においては、行政内部のコミュニケーションがブレインテックを通じて行われることになるだろう。そこで、このようなコミュニケーションの記録が、情報公開の対象となるかが問題となる。例えば、単純な、部下Aが上司Bに特定の許可について決裁の伺いを立て、これをBが許可するというコミュニケーションを考えてみよう。

行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「情報公開法」と言う。）2条2項は「行政文書」を、「行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書、図画及び電磁的記録（略）であって、当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、当該行政機関が保有しているもの」と定義している。

この場合、①BMIがAの脳情報を取得し、②その脳情報を解析・処理し、③Bが理解できるような形に変換してBに送信し、④Bが考えた上で、BMIがBの脳情報を取得し、⑤その脳情報を解析・処理し、⑥Aが理解できるような形に変換してAに送信するというプロセスを経ることになるだろう。

このうち、②及び⑤のコンピュータ（AI）で解析・処理した情報は、それそのものを人間の知覚によっては認識することができないため、「電磁的記録」と言えるだろう。これに対し、①、③、④及び⑥についていうと、例えば、③はまさにBという「人の知覚によって」「認識することができ」るものとして、電磁的記録ではなくなり、情報公開の対象とならないかもしれない。この点は、②及び⑤のコンピュータ（AI）で解析・処理した情報さえ情報公開の対象とできれば差し支えないという解釈もあるかもしれない。とはいえ、例えば、③のどのような情報をBに伝えたかこそが、稟議書等の現時点における情報公開の

対象となるものに相当する以上、これを情報公開の対象にするべき、という方向で解釈をするのであれば、「脳の中の“言語”は各自それぞれ異なる」⁽⁵⁾ことから、これはB以外の「他人」の知覚によっては認識することができないとして、「電磁的記録」に含めることが考えられる。

また、職務上「作成」したのかという点は問題となるが、BMIを職務上利用していれば、少なくとも③の段階でBMIを利用して「作成」したと言えるし、①の段階で「取得」したとも言えるだろう。

更に、これは、AB間の1対1のやり取りではあるものの、「当該行政機関の職員が組織的に用いるもの」（組織共用性）の要件もまた肯定され得る⁽⁶⁾。

第3章 市民とのコミュニケーション

第1節（書面申請を前提とした）市民の申請に対する善解義務

市民の申請等に対し、その内容を善解したり、情報提供をしたりすることが少なくとも妥当な行政運営として求められるとされる。例えば、情報公開請求に関するある事案に対する評価として、「開示請求者と処分庁とのやり取りを通じて、開示請求者が欲しているのは、両事業を一体的に進めることについての協議の記録も含まれていると善解できたのではないかと考えられ、もしそうであるとすれば、協議は行われたが合意は未成立であること、協議に関する文書は存在することの情報提供を行い、協議に関する文書を開示請求するかについて意思確認を行い、その意思が確認されれば補正を求めることにより、協議に関する文書を対象文書とする運用を行うべきであったと思われる。処分庁の対応は違法とまではいえなくても、妥当性を欠いた疑いがある」⁽⁷⁾とされたりしている。また、市民がある申し出を行った場合において、それが審査請求の趣旨であるかが疑わしい場合には、「区別に迷う場合には申立人にその意思を照会すべきであって、なお疑わしい場合にはできるだけ審査請求書と善解すべき」⁽⁸⁾とも評されている。

ブレインテックが広く利用される時代においては、行政がブレインテックを利用することによって、市民の申請等の内容や趣旨をより正確に理解することができるようになるだろう。特に書面的に作成することができない市民や、行政が情報を提供してもそれを容易に理解することができない市民に対しては、もちろん最後は、補正（行政手続法7条参照）を求めることになるのだろうが、ブレインテックを利用して本人の意向を確認し、また、ブレインテック

クを通じて情報提供⁽⁹⁾をすることで、より正確に市民の意向を把握し、これに基づく申請書作成を支援し、また、既に提出された申請書等の内容や趣旨を行政として正しく理解することができるようになるだろう⁽¹⁰⁾。

第2節 口頭申請

また、法的に書面申請が義務付けられていなければ、口頭で申請意向を示すことを持って、これを行政手続法7条の応答義務が発生する「申請」とすることもできる。例えば、生活保護法24条1項柱書は「保護の開始を申請する者は、厚生労働省令で定めるところにより、次に掲げる事項を記載した申請書を保護の実施機関に提出しなければならない。ただし、当該申請書を作成することができない特別の事情があるときは、この限りでない。」(強調筆者)として、その但書において、口頭等、書面以外による申請を可能としている⁽¹¹⁾。とはいえ、口頭での申請については、その申請内容の正確な把握等が必ずしも容易ではなかった。

ブレインテックを利用することで、口頭でのやり取りによる場合よりも、正確に申請内容を把握できるようになるだろう。ブレインテックを利用して申請者の脳内の申請に関する情報を吸い出し、それを持って申請とすれば、申請者にとっては、書面を作成するよりも負担が少ないだろう。また、それと同時に、書面による申請よりもむしろ正確で詳細な情報を得ることができ、行政にとっても利益が大きいだろう⁽¹²⁾。

第3節 告知・聴聞

告知聴聞も、ブレインテックで行うことが便宜な時代が到来するだろう。但し、例えば、行政手続法15条1項柱書は「行政庁は、聴聞を行うに当たっては、聴聞を行うべき期日までに相当な期間において、不利益処分の名あて人となるべき者に対し、次に掲げる事項を書面により通知しなければならない。」として書面通知を求める。また、同条2項1号は「聴聞の期日に出頭して意見を述べ、及び証拠書類又は証拠物(略)を提出し、又は聴聞の期日への出頭に代えて陳述書及び証拠書類等を提出することができること。」、同項2号は「聴聞が終結する時までの間、当該不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができること。」の教示を求めている。要するに、聴聞が物理的な場所で行われ、そこでは、口頭で意見が述べられたり、書類等が提出され、また、不利益処分の原因となる資料が存在してそれを閲覧できたりすることが当然の前提として想定されている。

今後は、ブレインテックが一般的に利用されるようになると、通知方法や聴聞の方法もブレインテックを通じたものとなることが想定される。また、証拠

もそれを閲覧するのではなく、例えば、行政が保有している関係者の脳データの開示を受け、それを検証・検討する形になると想定される。この点は、(それが「法律」のレベルで対応可能かは措くとして)ブレインテック時代に合わせた立法論が必要だろう。

第4節 理由付記

処分理由は書面で示すべきこととされている(行政手続法8条2項、14条3項)。ブレインテックを利用して処分理由を示す時代においては、ブレインテックにより理由付記をするように法改正がされることになるだろう。

第4章 業務遂行

行政によるAI利用の一般論としては、AIによる支援を受けること自体は大きな問題がなく、それが代替になると問題があり得る⁽¹³⁾。

ただ、支援の範囲がブレインテックによって広がり、ある意味では「ほとんど全ての場合における理想的な事務処理に関する知識・経験」を脳操作を行うブレインテックによって、担当者がその脳の中に取り込み、未経験の担当者でも、そのような理想的な事務処理を行うことができるようになるのであれば、それはもちろん一方で適正妥当な行政活動につながるだろう。しかし、他方で、まさにそのような過去の経験に「縛られる」ことで、目の前の事案に最適な対応が制約される可能性も指摘できる。例えば、特定の許可(〇〇許可)について、これまでの1000以上件の事案は個別事情に配慮する必要がなく、機械的に裁量基準を適用すべき場合だったとして、それらの過去の事案における公務員の経験を踏まえて構築した「〇〇許可申請対応モジュール」をインストールしたところ、目の前の事案が個別事情への配慮が必要な事案であるにもかかわらず、個別事情配慮義務違反の処理が行われてしまうかもしれない。

この点は、過去の経験のみに基づくのではなく、「あるべき姿」を反映したモジュールとすべきであり、過去において事案が1件も存在しない場合であっても、裁量基準の利用が適切でない場合には個別事情を反映し、法令の求める考慮要素と目の前の事案を対比して判断をするような「〇〇許可申請対応モジュール」を構築すれば良いという考えもあり得るだろう。

そして、そのような考えを押し進めれば、行政法の立法形式として、現在のようないわゆる法政執務に従った規定方法ではなく、例えば、裁量処分であれば、「別添の許可申請審査モジュールに基づき審査をする」と定めた上で、立

法者が求める考慮要素が適切に考慮されるようブレインテックモジュールに組み込んでしまい、それを同法の許可申請の審査を担当する担当者がインストールして利用するといった、新時代の裁量統制の方法が採用される時代が来るかもしれない。

そのような時代には、当該「許可申請審査モジュール」が合理的な内容のものであることを前提として、ブレインテックに基づく結論を採用することが不合理と認められる特段の事情がなければ、ブレインテックに基づき審理判断すべきであるものの、特段の事情があれば個別に検討をすることが許される等として、いわばブレインテックによる審査とブレインテックによらない審査の関係が現在の裁量基準と個別事情考慮義務の関係のように位置付けられるようになるかもしれない。

第5章 行政調査

行政が行う調査の過程で、行政がブレインテックを利用することで、関係者から必要な行政処分等の前提となる情報を取得することができるかもしれない。しかし、現行法において、どのような範囲の調査が可能であるかは不明なことが多い。

例えば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。）146条1項は「委員会は、第四章（略）の規定の施行に必要な限度において、個人情報取扱事業者、仮名加工情報取扱事業者、匿名加工情報取扱事業者又は個人関連情報取扱事業者（略）その他の関係者に対し、個人情報、仮名加工情報、匿名加工情報又は個人関連情報（略）の取扱いに関し、必要な報告若しくは資料の提出を求め、又はその職員に、当該個人情報取扱事業者等その他の関係者の事務所その他必要な場所に立ち入らせ、個人情報等の取扱いに関し質問させ、若しくは帳簿書類その他の物件を検査させることができる。」（強調筆者）として、報告、資料の提供を求め、必要な場所に立ち入らせ質問させ、若しくは帳簿書類その他の物件を検査せるとする。この「資料」として、例えば、BMIによって既に取り出されてコンピュータ内に存在するデータが含まれると解することはできるだろう。しかし、現行の条文の文言から、新たにブレインテックを利用して脳内の情報を取得することに協力させることができるかは必ずしも明らかではない。この点は、これまでの「質問」が、コミュニケーションの方法がブレインテックに変わる以上、ブレインテックを通じてコミュ

ニケーションをし、脳内の情報を取得することも「質問」に含まれると解釈する余地があるものの、その手続等の明確化が必要であろう。但しこれは解釈論というよりは(それが「法律」レベルで足りるかは措くとして)立法論であろう。

第6章 行政強制

行政強制については細かな学術上の分類がある⁽¹⁴⁾。ブレインテックが使われる将来において、技術的には、ブレインテックを利用して行政強制を実現することができる時代が来るだろう。代替的作為義務は行政代執行が可能であるが、非代替的作為義務については、それを強制することが容易ではなく、制裁を行う他なかった。ブレインテック時代においては、あくまでも技術的には、脳操作型のブレインテックを利用して、行政上の作為義務を本人に履行させることが可能となるだろう。とはいえ、それは本人の内心の自由にも関わるものであって、比例原則等の観点から、そのような必要性がどこまであるか、従来 of 制裁で担保すれば足りるのではないかが検討されるべきだろう。

第7章 行政訴訟

第1節 原告の請求の趣旨の善解

第3章で述べた「善解」は行政訴訟においてこそ必要とされる。例えば、訴訟選択において、訴訟類型を誤って提訴することが生じ得るところ⁽¹⁵⁾、釈明権行使、訴えの趣旨の善解等によって、原告の失権をもたらすことなく、適切迅速に違法是正の趣旨を受け止めて、是正の実の挙がる判決をすべき等とされる⁽¹⁶⁾。

第2節 詳細な行政の判断過程情報の入手とそれに基づく裁量統制

ブレインテックの利用を通じて、裁判所が、詳細な行政の判断過程情報を入手することができる可能性がある。例えば、行政がブレインテックを利用して判断した際に、どのような情報を入手し、その情報をどう処理して結論を出したかについての情報が、例えば、稟議の際の行政官の脳データとして裁判所が入手することができるかもしれない(第2章参照)。また、事後的に、行政官の脳からデータを吸い出して、過去の行為時の記憶を詳細に入手することもできるかもしれない⁽¹⁷⁾。

例えば裁量統制のために、裁判所が行政の判断過程⁽¹⁸⁾を審査する際、現時点では、判断過程と「される」ものを審査する他ない⁽¹⁹⁾。しかし、ブレインテック

ク時代には、詳細な行政の判断過程情報を利用して、真の判断過程を事後的に検証することができることになり、その意味では裁量統制をより適切に行うことができるようになるだろう。

第3節 国家賠償について

国家賠償については、外形からみて職務執行と言えるによって「職務を行う行為について」（国家賠償法1条1項）の該当性が判断される（最判昭和31年11月30日民集10巻11号1502頁）。そこで、この点については、ブレインテックで内心を読み取ることができても関係がないことになる。とはいえ、以下の範囲では影響があると考えられる。

(1) 行政の判断過程情報は有用だが仮定的判断も必要であること

上記のとおり、取消訴訟において、ブレインテックを利用した行政の判断過程に関する情報が入手できる可能性があり、それが有用性を持つ可能性がある。そして、これと同様のことは国家賠償においても指摘することができる。

例えば国家賠償法1条の違法性について、職務行為基準説の立場を最高裁において初めて明確にしたとされる⁽²⁰⁾ 芦別国賠訴訟判決（最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁）は「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められる限りは適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである」（強調筆者）とした。ここで、「合理的な判断過程」というのは、職務行為を行う際の公務員の判断過程である⁽²¹⁾。だからこそ、国家賠償請求訴訟においても、取消訴訟と同様に、公務員の現実の判断過程に関する情報を裁判所がブレインテックによって取得することができることが重要な意味を持つだろう。

とはいえ、例えば公訴の提起であれば「公訴の提起時において検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば、右公訴の提起は違法性を欠く」（強調筆者）⁽²²⁾とされるように、必ずしも当時公務員が実際に認識していた事実とそれに基づく判断だけが問題となるのではなく、本

来なすべき調査を尽くした場合に得られる事実を含めた仮定的判断であり、現実の判断過程の情報だけで判断できるものではないことには留意が必要である。

(2) ブレインテックと異なる判断が職務上の注意を尽くしていないとされる可能性

また、第4章のとおり、職務遂行のいわば「ベストプラクティス」がブレインテックを利用することによって多くの公務員に普及する時代においては、原則としてブレインテックと同じ結論を出すことが職務上の注意を尽くすことになり、具体的な状況においてそれと異なる判断がされている場合はそれが正当化される事情があるかが問われることになるだろう。

第8章 民間のブレインテック利用に対する行政規制

第1節 はじめに

行政がブレインテックを活用する時代においては、民間においてもブレインテックが活用される。それが第三者や本人の権利利益を害しない限り、ブレインテックの活用は自由に行われるべきであるものの、一定範囲で行政がそれを規制すべき場合があり得る⁽²³⁾。そして、その場合には、行政法によって規制することが考えられる。以下、現行法を適用した場合の民間のブレインテック利用に対する行政規制について概観したい。

第2節 個人情報保護法

まず、個人情報保護については既に論考（共著）を公表済みである⁽²⁴⁾。とりわけ、ブレインテックとの関係で適正利用義務（個人情報保護法19条）がどのように適用されるか等様々な点について解釈が不明確であることを指摘することができる⁽²⁵⁾。このことは、一方で個人情報保護法を遵守して適法にブレインテックを提供・利活用したい主体にとって、萎縮効果を与えるところであり、ブレインテックの適切な活用促進に水を差し得るものである。他方で、悪質な行為を行なっている者に対して、それを「違法」と指摘しにくいという面もある。

そのような観点からは、ブレインテックと個人情報に関する解釈をガイドラインやQ&A等の形で公表することが望まれる。これは個人情報保護委員会において行うこともあり得るし、業界団体が行うこともあり得るだろう。

第3節 医事法

(1) はじめに

医事法に関するブレインテックとの行政法の問題について、医師法(2)、薬機法(3)、及び、その他(4)について検討していこう。

(2) 医師法

BMIの装着が医師でなければ行うことができないのか、誰でも行うことができるのか、医師あるいは専門家が行うとしてその責任はどうなるのかという点は問題となる⁽²⁶⁾。医師法17条の「医業」の内容となる医行為該当性については、最高裁が「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と解するのが相当である」とし、その際には、「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、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」とする⁽²⁷⁾。この点は、どのようなBMIか、例えば侵襲型か非侵襲型とか、それが治療目的か等の各点から、具体的な状況に応じて判断されるだろう。

また、脳測定を行うブレインテックを利用することで、脳の状況が克明にわかることから、例えば精神疾患等についてより正確に診断できるかもしれない。しかし、ブレインテックとAIを利用して人間の医師の介在なく自動的に診断することについては、謙抑的に考える必要がある。すなわち、通達は、「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る」と指摘している⁽²⁸⁾。そこで、ブレインテックを利用して、診断等の補助をすること自体は可能であるが、それはあくまでも補助であり、人間の医師こそが最終判断をするべきことになる。

(3) 薬機法

薬機法上、ある特定のブレインテックデバイス等が医療機器であれば承認等の取得が必要となる。なお、ハードウェアとの関係でのみ医療機器該当性が問題となるのではない。仮に、プログラムであっても、疾病診断、治療、予防用のプログラムやそれを記録した媒体は医療機器に含まれ得ることに留意が必要である⁽²⁹⁾。

(4) その他

いわゆるスマートドラッグについては、平成30年11月26日に「脳機能の向上等を標ぼうする医薬品等を個人輸入する場合の取扱いについて」(薬生監麻発1126第3号)が発出され、輸入が規制されている⁽³⁰⁾。ブレインテックはスマートドラッグそのものではないものの、同様に規制される可能性がある。

第4節 労働法

既に労働者の「集中力監視」が行われる時代が到来し、例えばテレワーク中に脳波を測り、集中力が落ちた場合に風を当てるエアコン等が開発されている⁽³¹⁾。

このような時代において、労働法上の問題も生じる⁽³²⁾。例えば脳情報は「心身の状況」に関する情報であり、労働安全衛生法 104 条 1 項⁽³³⁾ 違反の可能性もある。

この辺りは、法的に可能なものが何かというのは当然に検討すべきであるが、それ以外の観点も同様に重要である。例えば従業員の 1 秒ごとの集中度を測定してその 1 秒は仕事以外のことしか考えてなかったとして給料からその時間分を控除することが仮に法的な観点から適法だとしても、そのような過度の監視が労働者の労働意欲を削ぐのではないか等という観点も入れて検討すべきだろう⁽³⁴⁾。

第5節 その他

その他、選挙におけるブレインテックの利用に関し、公職選挙法等も問題となり得る⁽³⁵⁾。

第9章 おわりに

本稿における検討はいずれも初歩的な検討に過ぎず、特に、第1章第3節で述べたとおり、筆者の将来予測が当たるかどうかという点も不確定要素が多い。しかし、今後ブレインテック時代が到来するのであれば、本稿で論じた各点について事前に検討しておくことは有益であると考えます。そこで、本稿をいわば「叩き台」として活用いただき、関連する議論活性化の一助となれば幸甚である。

謝辞

本稿は、筆者が 2023 年以降継続して寺田麻佑教授を受入教員として一橋大学客員研究員として本稿の研究を含む広義の AI 及び行政法の研究を行う中で作成されたものであり、寺田先生からご意見を頂戴した。本稿の作成にあたっては、大島義則弁護士を代表とする行政訴訟攻撃防御方法研究会の皆様にご意見を頂いた。特に平裕介弁護士には多くのご示唆を頂戴した。また、脚注整理等においては早稲田大学博士課程杜雪雯さん及び宋一涵さんに協力頂いた。更に、本研究は、慶應義塾大学駒村圭吾教授を研究代表者とするインターネット・オブ・ブレインズ・ソサエティ (IoB-S) における研究の一環でもある。ここに感謝の意を表す。ただし本稿の誤りは全て筆者の責任である。

本研究は、JST、ムーンショット型研究開発事業、JPMJMS2012 の支援を受けたものです。以上

- (1) ブレイン・テックガイドブック作成委員会「ブレイン・テックガイドブック vol.1」(2023年6月23日 ver.1.3。2024年11月28日最終閲覧、以下同じ。)<https://brains.link/wp/wp-content/uploads/2023/06/braintech_USE_230623.pdf>は「ブレイン・テックとは、脳(ブレイン)と技術(テクノロジー)を組み合わせた言葉であり、脳科学・工学の知見や技術を融合して開発された製品やシステム、サービス等を指します。」とする。本文では、後述の脳測定を念頭において「読み取り」、脳操作を念頭において「フィードバック」という要素を取り込み、「脳の情報を読み取り、その情報を分析した上で、再度脳にフィードバックする」と説明したところである。そこで、具体的なブレインテックサービスやブレインテックプロダクトには脳測定だけ(読み取りだけ)の場合も含まれることに留意されたい。なお、どのようなブレインテック技術が存在するか等については、ブレイン・テックガイドブック作成委員会「ブレイン・テックガイドブック vol.2」(2024年10月4日 vol.2.1)<https://brains.link/wp/wp-content/uploads/2024/10/guidebook_vol.2.1.pdf>、及び、ブレイン・エビデンスブック作成委員会「ブレイン・テックエビデンスブック」(2024年7月17日 ver.2.0)<https://brains.link/wp/wp-content/uploads/2024/07/evidencebook_ver2.0.pdf>を参照のこと。
- (2) 佐藤由紀子=ITmedia「イーロン・マスク氏のNeuralink、初治療者の動画公開『私の人生を変えてくれた』」ITmedia NEWS (2024年03月21日)<<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/2403/21/news102.html>>。
- (3) Y. Takagi & S. Nishimoto, "High-resolution image reconstruction with latent diffusion models from human brain activity," 2023 IEEE/CVF Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR), Vancouver, BC, Canada, 2023, pp. 14453-14463, available at <https://www.biorxiv.org/content/10.1101/2022.11.18.517004v3>.
- (4) IoB-S研究会『実装実験系中間報告書 脳神経科学技術(ブレインテック)の法的課題—神経法学(Neurolaw)の構築に向けて』(2024年)、法学セミナー誌における「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法」連載法学セミナー67巻4号(2022)57頁以下、及び、松尾剛行「テクノロジー法務の国際潮流(連載第1回 ブレインテック)」国際商事法研究所2024年6月28日<<https://www.ibltokyo.jp/series/a001/4209>>を参照のこと。
- (5) 金井良太=駒村圭吾「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法(第4回) 思慮クラウドの世界へ(前編) 基調報告」法セ2022年7月号48頁。
- (6) 例えば、1対1メールの組織共用性を肯定した大阪高判平成29年9月22日判時2379号15頁参照。なお、「作成・取得、利用、保存・廃棄の実態を踏まえて行う必要がある。すなわち、i職員個人の意思で自己の職務のためのために作成または取得または取得したか、ii他の職員に配布され、利用に供されたか、iii作成または取得した職員個人の判断で廃棄しうるか、組織として共用されるファイルに保存されているか等を考慮して判断」すべきだとする宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説 行政機関情報公開法・独立行政法人等情報公開法』(有斐閣、第8版、2018年)51頁も参照。
- (7) 宇賀・前掲注(6)216頁。
- (8) 小早川光郎=青柳馨編著『論点体系判例行政法1: 行政活動の基本的な仕組み、行政上の手続・調査・情報取扱い』(第一法規出版、2017年)430頁。
- (9) なお、行政手続法9条2項が「申請書の記載及び添付書類に関する事項その他の申請に必要な情報の提供に努めなければならない」とすることも参照。
- (10) なお、審査請求書の補正(行政不服審査法23条)等についても同様のことがいえるだろう。
- (11) 福岡県弁護士会生存権擁護・支援対策本部編『生活保護の実務最前線Q&A: 基礎知識から相談・申請・利用中の支援まで』(民事法研究会、2020年)62-64頁。
- (12) 但し、このような簡単に申請が可能となる時代においては、士業がどのような付加価値を發揮することができるかが問題となるだろう。弁護士業務がAI・リーガルテックによって奪われないかに関しては、松尾剛行『ChatGPTと法律実務』(弘文堂、2023年)及び同『生成AIの法律実務(仮)』(弘文堂、2025年)を参照のこと(私見は、弁護士業務はAI・リーガルテックにより支援を受けるものへと大きく変わるが、弁護士の仕事は奪われない、というものである。))。
- (13) 松尾剛行「ChatGPT時代の行政におけるAIの利用にあたっての法的課題: AIの利用に伴う透明性の問題(1)」戸時842号(2023年8月号)61-71頁、松尾剛行「ChatGPT時代の行政におけるAIの利用にあたっての法的課題(2) AIの提供した誤情報への信頼保護及び国家賠償責任」戸時843号(2023年9月号)56-65頁、松尾剛行「ChatGPT時代の行政におけるAIの利用にあたっての法的課題(3) AIの利活用と民営化や民間委託との比較及び行政はAIとどう付き合うべきか」戸時844号(2023年10月号)49-55頁、及び、松尾剛行他「ChatGPT時代の行政におけるAIの利用にあたっ

- ての法的課題(4・完) 行政におけるChatGPTの利用実務」戸時846号(2023年11月号)68-80頁。
- (14) 興津征雄『行政法—行政法総論』(新世社、2023年)221頁以下
- (15) なお、訴訟選択論、訴訟要件論、そして本案論が重要であることは大島義則編著『実務解説行政訴訟』(勁草書房、2020年)7頁以下参照。
- (16) 福井秀夫『行政訴訟による憲法の価値の確保: 法治国原理・法と経済学に基づく行政法理論』(日本評論社、2022年)75頁。但しここでは立法論の文脈で論じられていることに留意されたい。なお、雄川一郎ほか編『現代行政法大系(4)行政争訟I』(有斐閣、1983年)216頁も参照のこと。
- (17) 但し、行政側が積極的に提出しない場合における文書命令等による取得に関し、公務員の職務上の秘密に関する秘匿特権(行政事件訴訟法7条、民事訴訟法197条1項1号、同法220条4号ロ)の改正も必要かもしれないし、情報公開法の不開示事由(例えば同法5条6号ロ等)が空文化するという批判もあり得るだろう。
- (18) 興津・前掲注(14)433頁以下
- (19) 「行政府が自らの判断を正当化する論証(理由付け)の筋道を審査する」とする興津・前掲注(17)433頁参照。
- (20) 西竺章『国家賠償法コンメンタール』(勁草書房、第3版、2020年)431頁
- (21) なお、本文は当該職務行為に行政裁量の存在が認められることを前提とした説明である。
- (22) 最判平成元年6月29日民集43巻6号664頁。
- (23) なお、AIに対する行政規制のあり方に関する横田明美「ロボット・AIの行政規制」弥永真生=穴戸常寿編『ロボット・AIと法』(有斐閣、2018年)103頁以下も参考になる。
- (24) 松尾剛行=小松詩織「脳神経情報と個人情報保護・プライバシー」情報ネットワーク・ローレビュー22巻(2023年)67頁以下<https://www.jstage.jst.go.jp/article/inlaw/22/0/22_220004/_article/-char/ja/>。
- (25) なお、「個人情報保護法のいわゆる3年ごと見直しに関する検討会」<https://www.ppc.go.jp/personalinfo/kentohkai/3nengotominaoshi_kentohkai/>でも、エンフォースメントとの関係で、個人情報保護法の不明確性が問題とされている。
- (26) 牛場潤一ほか「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法(第3回) BMI (Brain-Machine Interface) とは(後編) ディスカッション」法セ2022年6月号59頁。
- (27) 最判令和2年9月16日刑集74巻6号581頁。
- (28) 厚生労働省医政局医事課長「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」(医政医発1219第1号、2018年12月19日)<<https://www.pmda.go.jp/files/000227450.pdf>>。
- (29) 「プログラムの医療機器該当性に関するガイドラインの一部改正について(薬生機審発0331第1号、薬生監麻発0331第4号)」(2023年3月31日)<<https://www.mhlw.go.jp/content/11120000/001082227.pdf>>。
- (30) 松尾剛行=小久保智淳「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法(第16回) エンハンシメント問題: 脳神経科学技術による認知機能増強をめぐる(事例研究3前編) 事例とコメント」法セ2023年8月号58頁。
- (31) プライムオンライン編集部「三菱電機が『集中力が落ちたら風を当ててくれるエアコン』を開発…どのように“人の気持ち”を察知するのか聞いた」(2022年11月14日)<<https://www.fnn.jp/articles/-/443498?display=full>>。
- (32) 数藤雅彦=小久保智淳「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法(第20回) 従業員の脳波情報(事例研究5前編) 事例とコメント」法セ2023年12月号50頁以下及び大島義則ほか「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法(第21回) 従業員の脳波情報(事例研究5後編) ディスカッション」法セ2024年1月号62頁以下。
- (33) 「事業者は、この法律又はこれに基づく命令の規定による措置の実施に関し、労働者の心身の状態に関する情報を収集し、保管し、又は使用するに当たっては、労働者の健康の確保に必要な範囲内で労働者の心身の状態に関する情報を収集し、並びに当該収集の目的の範囲内でこれを保管し、及び使用しなければならない。ただし、本人の同意がある場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。」
- (34) 大島ほか・前掲注(31)64頁。
- (35) 大島義則=小久保智淳「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法(第22回) 脳神経技術と民主主義: ニューマーケティングを素材として(事例研究6前編) 事例とコメント」法セ2024年2月号62頁以下及び大島義則ほか「Law of IoB: インターネット・オブ・ブレインズの法(最終回・第23回) 脳神経技術と民主主義: ニューマーケティングを素材として(事例研究6後編) ディスカッション」法セ2024年3月号59頁以下参照。