



AIを用いた金融取引から生ずる 民法上の諸問題に関する検討

——SGDsの時代において自己決定と
非差別を前提とした包摂を実現するために——⁽¹⁾

白 石 友 行

はじめに

I. 自己決定と非差別を前提とした包摂の実現とその法的課題

1. AIを用いた金融取引等とSGDsとの関係
2. AIを用いた金融取引等から生ずる法的問題

II. 自己決定と非差別を前提とした包摂の基盤となる権利保障

1. 従前の諸法理の適用による権利保障
2. 従前の諸法理の発展による権利保障

おわりに

はじめに

本稿は、AIを用いた金融取引やサービス(以下「金融取引等」という。)の実行が、SGDsの各目標と各ターゲット、特に、誰ひとり取り残さない形で市民を金融取引等に包摂することという目的を実現するための手法として有用であるという評価を前提とする一方で、これらにより上記の目的をよりよく達成してくためには、現時点で解決されなければなら

(1) 本稿は、筆者が「SGDsと民法学」をテーマとしている「民法学研究会」において行った報告の一部に関わる内容を扱うものである。上記報告の内容のうち本稿で扱われない問題は、同研究会の成果物である論文集の中に収められる予定の別稿の中で論じられる。本稿の内容の一部につき同研究会の参加者から有益なご意見を賜ったことについて、記して感謝申し上げる。

ず、また、これから解決が求められることになるであろう法的諸問題が存在していることを明らかにし、こうした諸問題を民法学の視点から検討することを通じて、それらの諸問題の解決に向けた基本的な方向性を示すこと、そして、AIを用いた金融取引等の実行によるSDGsの各目標と各ターゲットの実現というより大きな課題に対して民法学的な基盤の一端を提供することを目的とする。

以下では、まず、上記のように検討課題を設定することの意義と本稿の問題関心をより明確にするために、その前提として、SDGsが金融取引等とどのように関わるか、SDGsがAIとどのように関わるかを明示し、また、現在および近い将来において想定されるAIの使われ方を前提として、AIを用いた金融取引等の実行がSDGsの各目標と各ターゲットの達成とどのように関わるかを明らかにする。そして、AIを用いた金融取引等の実行により、誰ひとり乗り残さない形での金融取引等への包摂、より具体的にいえば、自己決定と非差別を前提とした包摂の実現に向けた基盤が形成されると同時に、その実現を妨げることになりかねない重大な法的諸問題が生じうることを指摘する(Ⅰ)。その後、こうした法的諸問題の一部について、AIを用いることなく実行されている金融取引等に関わる事案でこれまで展開されてきた諸法理により適切な応対をすることができるか、および、仮に従前の諸法理では十分な対応をすることができない場面があるとすれば、どのような形で従前の諸法理を発展させていけば相応の解決を与えることができるかという問いを立てて検討の対象とする。これらの問いを考察することにより、誰ひとり取り残さない形で自己決定と非差別を前提とした金融取引等への包摂を実現していくために、より一般的にいえば、SDGsの各目標と各ターゲットを達成していくために必要となる民法学的な基礎の一端を構築することができるはずである(Ⅱ)。

Ⅰ. 自己決定と非差別を前提とした包摂の実現とその法的課題

1. AIを用いた金融取引等とSDGsとの関係

AIを用いた金融取引等の実行との関連性を意識しながらSDGsの各目

標と各ターゲットを丁寧に読んでいくと、その重要な到達目標の一つとして、自己決定と非差別を前提とした金融取引等への包摂の実現という理念が浮かび上がる((1))。AIを用いた金融取引等の実行は、この目的の達成に資する側面を持つ一方で((2))、この目的に反する結果を生じさせる側面をも有している((3))。

(1) AIを用いた金融取引等による自己決定と非差別を前提とした包摂の実現

AIを用いた金融取引等の実行がSDGsの各目標および各ターゲットの達成とどのように関わるかを明らかにするためには、その前提として、AIを用いたものであるかどうかを問わず金融取引等一般がSDGsの各目標および各ターゲットの達成とどのように関わるか、また、AIの存在またはその利用がSDGsの各目標および各ターゲットの達成とどのように関わるかという点を明確にしておかなければならない。

まず、SDGsの各目標と各ターゲットの中で明示的に言及されている部分だけに素材を限定すると⁽²⁾、SDGsは、主として、誰ひとり取り残さない社会の実現および公正さの現実化という二つの側面で金融取引等と関わりを持つ。

第一に、SDGsにおいては、貧困をなくすため⁽³⁾、飢餓をゼロにするため⁽⁴⁾、ジェンダー平等のため⁽⁵⁾、働きがいと経済成長のため⁽⁶⁾、産業と技術革新の基盤のために⁽⁷⁾、全ての人との関係で金融取引等へのアク

(2) SDGsの各目標と各ターゲットの中で明示的に言及されていない部分まで含めれば、AIを用いた金融取引等の実行は多くの文脈でSDGsに関わる。例えば、ESG投資の一環としてSDGsの目標達成に取り組んでいる企業を投資先として選定する場合に(この点については、水口剛『ESG投資：新しい資本主義のかたち』(日本経済新聞出版・2017年)、アムンディ・ジャパン編『社会を変える投資 ESG入門』(日本経済新聞出版・2018年)等を参照。)、AIを用いれば人の判断による場合と比べてより適切な形でその投資先が選定されることになるかもしれない。このことは、AIを用いた投資が間接的にSDGsの各目標と各ターゲットの達成に貢献する可能性を持つことを示している。

セスを確保したり、その発展として、それぞれの人に即して金融取引等をパーソナライズしたりすることのほか⁽⁸⁾、より一般的には、基本サービスや公共スペースへのアクセスを確保することが⁽⁹⁾、重要な目標やターゲットとして設定されている。これらの各目標と各ターゲットでは、誰ひとり取り残さない形で、そして、それぞれの人に適した形で各人に金融取引等を提供することが、実現されるべき課題として認識されていることが分かる。

第二に、SDGsにおいては、不平等をなくすために金融市場と金融機

-
- (3) ターゲット1.4では、貧困層および脆弱層をはじめ、全ての男性および女性が、マイクロファイナンスを含む金融サービスに加え、経済的資源についても平等な権利を持つことができるように確保することが目標とされている。また、金融取引等に限られない内容であるが、同1.bも参照。
 - (4) ターゲット2.3では、女性、先住民、家族農家、牧畜民、漁業者をはじめとする小規模食糧生産者の農業生産性および所得を倍增させることという目標を実現するための手段として、金融サービスへの確実かつ平等なアクセスの確保があげられている。
 - (5) ターゲット5.aでは、女性に対し、経済的資源に対する平等の権利、金融サービスに対するアクセスを与えるための改革に着手することが目標とされている。また、金融取引等に限られない内容であるが、同5.cも参照。
 - (6) ターゲット8.3では、中小零細企業の設立や成長を奨励することという目標を実現するための手段として、金融サービスへのアクセスの改善があげられている。また、同8.10では、全ての人々の銀行取引、保険、金融サービスへのアクセスを促進し拡大することが目標とされている。
 - (7) ターゲット9.3では、特に開発途上国における小規模の製造業者その他の企業の安価な資金貸付等の金融サービスへのアクセスを拡大することが目標とされている。
 - (8) 金融取引等に限られない内容であるが、ターゲット10.2では、年齢、性別、障害、人種、民族、出自、宗教、経済的地位その他の状況に関わりなく、全ての人々の社会的、経済的、政治的な包含を促進することが目標とされている。
 - (9) ターゲット11.1では、全ての人々の基本的サービスへのアクセスを確保することが、同11.7では、女性、子供、高齢者、障害者を含め、人々に安全で包摂的かつ利用が容易な公共スペースへの普遍的なアクセスを提供することが、それぞれ目標とされている。

関に対する規制とモニタリングを改善することのほか⁽¹⁰⁾、飢餓をゼロにするために市場の適正な機能を確保すること⁽¹¹⁾、経済成長のために金融機関の能力を向上させること⁽¹²⁾、平和と公正さのために違法な資金移動等を抑制すること⁽¹³⁾に加えて、より一般的には、持続可能性に関する情報の定期報告、法の支配、情報へのアクセス等を確保することが⁽¹⁴⁾、目標やターゲットとされている。これらの各目標と各ターゲットで想定されている内容は、多様な側面を持つものの、金融取引等の場面に即して言えば、適切な規制等を通じてそれらの場における公正さを実現することという形で捉えられる。そして、このことは、それ自体として重要な意味を持つ一方で⁽¹⁵⁾、第一の点と併せて捉えれば、誰ひとり取り残さない形での金融取引等への包摂という目的を実現するための前提条件としても位置づけられる。

これらの整理によれば、金融取引等は、特に、個人の自己決定と非差別を前提とした包摂の実現という点で、SDGsの各目標と各ターゲットの達成に関わりを持つ。

-
- (10) ターゲット10.5では、世界金融市場と金融機関に対する規制とモニタリングを改善し、こうした規制の実施を強化することが目標とされている。また、金融取引等に限られない内容であるが、同10.6では、国際経済や金融制度の意思決定における開発途上国の参加や発言力を拡大させることで、より効果的で信用力があり説明責任のある正当な制度を実現することが目標とされている。
- (11) ターゲット2.cでは、食料価格の極端な変動に歯止めをかけるため、食糧市場およびデリバティブ市場の適正な機能を確保するための措置を講じ、市場情報への適時のアクセスを容易にすることが目標とされている。
- (12) ターゲット8.10では、国内の金融機関の能力を強化することが目標とされている。
- (13) ターゲット16.4では、違法な資金を大幅に減少させることが目標とされている。また、金融取引等に限られない内容であるが、同16.5も参照。
- (14) ターゲット12.6では、特に大企業や多国籍企業等に対し、持続可能性に関する情報を定期報告に盛り込むよう奨励することが、同16.3では、法の支配を促進することが、同16.10では、情報への公共アクセスを確保し、基本的自由を保障することが、それぞれ目標とされている。
- (15) この点は、注(1)で言及した別稿で検討される。

次に、SDGsは、必ずしも直接的に言及しているわけではないものの、その内容からみて、AIの利用を通じてよりよく達成することができると考えられる目標やターゲットを含んでいるほか、AIの開発や普及をそれ自体の中に盛り込んでいるものとして解釈されうる目標やターゲットを有している。

例えば、一部のAI倫理原則等の中で⁽¹⁶⁾、SDGsの各目標と各ターゲットとの関連でAIを位置づけることが試みられているという事実は⁽¹⁷⁾、前者を実証するものであり、そこには、AIという手段を用いればSDGsの諸理念をよりよく実現していくことができるという認識が看取される。また、質の高い教育、ジェンダー平等、経済成長、産業と技術革新の基盤、パートナーシップ等との関連で、科学技術等に関わるターゲットが設定されているのは、後者の例として捉えられる⁽¹⁸⁾。このことは、

(16) さまざまなAI倫理原則等については、中川裕志「AI倫理指針の動向とパーソナルAIエージェント」情報通信政策研究3巻2号(2020年)1頁以下、福岡真之介「AI倫理原則の世界的動向」NBL1168号(2020年)49頁以下、同『AI・データ倫理の教科書』(弘文堂・2022年)等を参照。

(17) Cf. Ethics Guidelines for Trustworthy AI (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission); Recommendation of Council on Artificial Intelligence (OECD); etc.

(18) 例えば、全ての人々が男女の区別なく手の届く質の高い技術教育への平等なアクセスを得られるようにすること(ターゲット4.3)、技術的、職業的スキルを備えた若者と成人の割合を大幅に増加させること(同4.4)、脆弱層があらゆるレベルの教育や職業訓練に平等にアクセスすることができるようにすること(同4.5)、女性の能力強化促進のためICTをはじめとする実現技術の活用を強化すること(同5.b)、多様化、技術向上、イノベーションを通じた高いレベルの経済生産性を達成すること(同8.2)、開発途上国をはじめとする全ての国々の産業セクターにおける科学技術を促進し、技術能力を向上させること(同9.5。また、同9.a、9.b、9.cも参照。)、科学技術イノベーションおよびこれらのアクセスに関する南北協力、南南協力、地域的・国際的な三角協力を向上させること(同17.6)、後発開発途上国のための技術バンクおよび科学技術イノベーション能力構築メカニズムを完全運用させ、ICTをはじめとする実現技術の利用を強化すること(同17.8)等が、これに当たる。

見方を変えれば、AIを含む科学技術の促進や普及がSDGsの諸理念の実現に資するがゆえにそれ自体として目標やターゲットとして構成されるべきであるという理解を示すものとして、従って、前者を裏から例証するものとして位置づけられる。そして、こうした見方は、金融取引等の実行の場でAIが用いられる場面にも当てはまる。

以上の検討を前提とすれば、金融取引等の実行の場でAIを利用することには、金融取引等の場における公正さを確保すること、および、そのことを前提として誰ひとり取り残さない形でファイナンシャル・インクルージョンやパーソナライズドを実現していくことという点で、SDGsの各目標と各ターゲットの達成に向けて重要な意味が存することが明らかとなる。

(2) AIを用いた金融取引等が自己決定と非差別を前提とした包摂の実現に貢献する側面

現在および近い将来において想定されるAIの使われ方を前提とする場合、AIを用いた金融取引等の実行は、自己決定と非差別を前提とした包摂の実現に大きく貢献する。

一方で、誰ひとり取り残さない形で、そして、それぞれの人に適した形で各人に金融取引等を提供することという点との関連でみると、例えば、以下のような形でAIを用いることによって、その目的は実現される。AIによる審査やAIを用いた信用スコア等の利用によりきめ細かな判断がされる結果、人による審査がされていた状況のもとでは融資や信用を受けることができなかった者にも融資や信用を供与したり、従前の審査手法では十分な融資や信用を受けることができなかった者との関係で融資や信用の額または枠を拡大したりすることが可能となる⁽¹⁹⁾。ま

(19) 事例も含めて、柏木亮二『フィンテック』(日本経済新聞出版社・2016年)151頁以下、笹川豪介「AIスコアサービスの可能性と倫理的諸問題への対応」金法2123号(2019年)20頁以下、福岡真之介編著『AIの法律』(商事法務・2020年)349頁以下〔片桐秀樹〕、高口鉄平「信用スコアのサービスとしての展開可能性——実証分析による金銭的評価——」情報法制研究8号(2020年)16頁以下等。

た、テレマティクス保険や健康増進型医療保険等にその端緒がみられるように、AIによる審査やAIを用いたスコア等の利用によりきめ細かな判断がされる結果、これまで保険契約を締結することができなかった者にも保険を提供したり、それぞれの人に適した形で保険契約の内容を個別化したりすることが可能となる⁽²⁰⁾。更に、ロボアドバイザー等の利用により、これまで関心や十分な資力を有していなかったために金融取引等から遠ざかっていた者にも一定の取引等を提供したり、それぞれの人に適した形で取引等の内容を個別化したりすることが可能となる⁽²¹⁾。

確かに、こうした金融取引等の場におけるAIの利用については、コストの削減と効率化、債務不履行リスクの低減、虚偽申告の検知の容易化等といった点で、これらの取引等を提供する側のメリットが大きい⁽²²⁾、それと並んで、多くの人が金融取引等の場に包摂されること、金

(20) 事例も含めて、肥塚肇雄「保険会社のICTを使った危険測定と自動車保険契約等への影響——人工知能及び自動運転を対象として——」保険学雑誌636号(2017年)189頁以下、諏澤吉彦「Insurtechによるリスク評価の精緻化と保険選択への影響」損保80巻3号(2018年)79頁以下、金業穂「保険業務におけるAIの活用——活用事例とリスクへの対応を中心に——」損保総研レポート122号(2018年)47頁以下、牛窪賢一「インシュアテックの進展——P2P保険の事例を中心に——」損保総研レポート124号(2018年)1頁以下、笠原康弘「諸外国の保険業界におけるIT活用の動向」損保総研レポート133号(2020年)29頁以下、福岡編・前掲注(9)381頁以下〔松村英寿〕等。また、佐々木一郎「AIと損害保険ビジネス」損保80巻4号(2019年)1頁以下も参照。

(21) 事例も含めて、櫻井豊『人工知能が金融を支配する日』(東洋経済新報社・2016年)96頁以下、柏木・前掲注(9)136頁以下、長谷川紘之「証券分野にみるFin Techとその法的課題」NBL1081号(2016年)71頁以下、角田美穂子ほか編『ロボットと生きる社会——法はAIとどう付き合う?』(弘文堂・2018年)307頁以下〔大崎貞和〕、森口倫「市場取引、金融サービス、コンプライアンスにおけるAIの活用」ビジネス法務2018年2月号88頁以下等。

(22) ビクター・マイヤー・ショーンベルガー＝トーマス・ランジ(斉藤栄一郎訳)『データ資本主義』(NTT出版・2019年)155頁以下、小倉義明「金融——金融ビジネスとその変容」山本勲編著『人工知能と経済』(勁草書房・2019年)127頁以下等。

融資取引等が個別化され、最適な取引やポートフォリオの形成、適正な支払額の実現、手数料の削減等が図られること、また、金融取引等が小額化、短期化、細分化、迅速化されるなどして、マイクロファイナンスが実現されること等の面で、これらの取引等の提供を受ける側のメリットも大きい。そして、こうした双方のメリットが相まって、AIを用いた金融取引等は、誰ひとり取り残さない形で、かつ、それぞれの人に適した形で各人にそれらを提供することという、SDGsの各目標と各ターゲットの実現に貢献していく。

他方で、自己決定と非差別を前提とした包摂の前提となる公正さの実現という点との関連でいえば、いわゆるReg Techの一つとして⁽²³⁾、金融取引等の実行との関連でAIを利用し、それらの場における公正さを確保することが考えられる。例えば、AIを用いた不正会計検知システム⁽²⁴⁾やAIによるビッグデータ等の分析に基づく異常検知システム等は、場合によっては人だけの力では把握することができず、または、それに困難が伴うものも含めて、金融取引等の場において行われようとしている不正を明らかにすることができる。また、こうしたシステムは、それが適切な形で機能している状況を背景として、不正のディスインセンティブとして作用する。こうして、金融取引等の場におけるAIの利用は、より公正な仕組みの構築に繋がっていく。

(23) Reg Techについては、佐々木隆仁『レグテック：規制のマイナス面をプラスに変える』（日経BP・2018年）、EY Japanほか編『レグテック・イノベーション——ダイナミックに新たなDX社会を創造する』（日本経済新聞出版・2021年）等。また、森下哲朗「Fin Tech時代の金融法のありかたに関する序論的考察」江頭憲治郎先生古稀記念『企業法の進路』（有斐閣・2017年）781頁以下も参照。

(24) 筆者が研究分担者となっている「健全な資本市場形成のための不正会計検知AIモデルの実用化——会計学・法学・統計学の3領域に実務家の視点を加えた融合研究」（トヨタ財産 特定課題「2020 先端技術と共創する新たな人間社会」D20-ST-0009）は、その一つの例である。

(3) AIを用いた金融取引等が自己決定と非差別を前提とした包摂の実現を妨げる側面

自律性、学習性、不透明性等といったAIの特性や、現在および近い将来において想定されるAIの使われ方を考慮したとき、AIを用いた金融取引等の実行およびAIを利用したそれらの規制手段については、(2)で示したように、SDGsの各目標と各ターゲットの実現に貢献する可能性だけでなく、これらの実現を妨げたり、別の目標やターゲットの達成に負の影響を与えたりする可能性も存在している。ここでは、本稿の問題関心に関わる範囲内で、さしあたり、以下の四つの問題を指摘する。

第一に、AIやAIを用いた一定のシステムを事実として利用することができなかつたり、それに困難が伴ったりする人や特定の層が存在するという問題がある⁽²⁵⁾。例えば、ある者が資力や能力等の面でインターネットに接続するための機器を保有することができなかつたり使用することができなかつたりすれば、この者は、AIを用いた金融取引等にアクセスすることもできず、その結果、これらの金融取引等からも排除されてしまう⁽²⁶⁾。そして、こうした障害は、高齢や貧困といった特定の層との関連で顕著な形でみられる。SDGsにおいて、特に脆弱層等との関連でAIを含む科学技術の利用可能性を向上させるための各ターゲットが設定されていることは、この問題への応答が重要であることを示唆するものとして捉えられる。

第二に、AIを用いた金融取引等を実効的なものとするためには、その開発や維持の場面で大量の電力消費とそれに伴うCO₂の排出をもたらす機械学習が欠かせないため、環境に一定の負荷が生ずるという問題がある。その結果、AIを用いた金融取引等の実行は、その規模や仕組み

(25) この問題は、第三の問題との関連でいえば、ビッグデータを用いてプロファイリングやスコアリング等を実行する場面で深刻な差別的取扱いを生じさせる原因の一つとなる。

(26) これは、貧困層等にとって感染や重症化等のリスクを回避するための手段にアクセスすることが難しいというパンデミックのもとで明らかになった問題と(デヴィット・ライアン(松本剛史訳)『パンデミック監視社会』(筑摩書房・2022年)130頁以下等。)、同じ構図を持つ。

等によっては、エネルギー⁽²⁷⁾、気候変動⁽²⁸⁾、海や陸の豊かさ⁽²⁹⁾、広い意味でのつくる責任とつかう責任⁽³⁰⁾等に関わるSDGsにおける別の目標やターゲットの達成に重大な影響を及ぼしかねない。

第三に、AIを用いた金融取引等が、AIの特性のために、その使い方によっては、ファイナンシャル・インクルージョンを妨げるだけでなく、不平等をなくすことという別の目標やターゲットに反する結果をもたらしかねないという問題がある。例えば、プロファイリングやそれに基づくスコアリングは、ビッグデータ等から確率的に相関関係等を認識したうえで、これを収集した個人の情報やデータに適用し、個人のさまざまな属性、嗜好、状態等を予測して、場合によってはこれをスコア化して、その結果を金融取引等の提供の可否やその内容の判断等に際して利用するという手法であるため、その利用の仕方によっては、過少代表や学習データに含まれるバイアスの影響等により、特定の層を金融取引等から排除する結果をもたらしかねないほか、善き生や自己決定の阻害、プライバシーの侵害、差別等の重大な問題を生起させる可能性を孕んでいる⁽³¹⁾。これでは、真の意味でのファイナンシャル・インクルージョンは実現されない。そればかりでなく、人の属性等による不平等をなくすことという目標が実現されず⁽³²⁾、貧困をなくしたり、飢餓をゼロにしたりするための平等が阻害され⁽³³⁾、非差別的な政策に反する結果が生じ⁽³⁴⁾、広い意味での包摂が妨げられ⁽³⁵⁾、バーチャル・スラムの問題⁽³⁶⁾が発生し⁽³⁷⁾、意思決定や基本的自由の保障が確保されなくなるなど⁽³⁸⁾、

(27) 目標7およびその各ターゲットを参照。そこでは、クリーンエネルギーや持続可能なエネルギーに関わる目標があげられている。

(28) 目標13およびその各ターゲットを参照。そこでは、CO₂の排出と大きな関わりを持つ気候変動についての目標があげられている。また、ターゲット1.5、同2.4、同3.9、同6.6、同9.4、同11.5、同11.6、同11.b等も参照。

(29) 目標14と同15およびそれらの各ターゲットを参照。そこでは、海と陸の豊かさを守ることに向けられた目標があげられている。

(30) 目標12およびその各ターゲットを参照。そこでは、持続可能な生産のパートナーの確保に向けられた目標があげられている。

(31) この点については、文献の所在も含めて、拙稿「AIの時代と不法行為法」千葉37巻3号(2022年)45頁以下。

SDGsのさまざまな目標とターゲットが犠牲にされてしまう。

第四に、AIを用いた金融取引等の実行およびAIを利用したそれらの規制手段によりSDGsの各目標と各ターゲットを実現していくための前

-
- (32) 具体的には、年齢、性別、障害、人種、民族、出自、宗教、経済的地位その他の状況に関わりなく、全ての人々の社会的、経済的、政治的な包含を促進すること(ターゲット10.2)、差別的な法律、政策、慣行の撤廃等を通じて、機会均等を確保し、成果の不平等を是正すること(同10.3)、各種の政策の導入により、平等の拡大を斬新的に達成すること(同10.4)、あらゆる場所における全ての女性に対するあらゆる形態の差別を撤廃すること(同5.1。また、同5.cも参照。))といった目標が妨げられる。また、同8.5と同8.8も参照。
- (33) 具体的には、ターゲット1.4、同1.b(注(3)を参照。)、同2.3(注(4)を参照。))で上げられている目標が妨げられる。
- (34) 具体的には、持続可能な開発のための非差別的な法規および政策を推進し実施すること(ターゲット16.b)という目標が妨げられる。
- (35) 具体的には、ターゲット10.2(注(8)を参照。)、同11.1、同11.3、同11.7(注(9)を参照。))で上げられている目標が妨げられる。また、教育との関連で同4.a、インフラとの関連で同9.1、輸送システムとの関連で同11.2も参照。
- (36) バーチャル・スラムの問題については、山本龍彦「AIと憲法問題」同編『AIと憲法』(日本経済新聞出版社・2018年)45頁以下、同「AIと個人の尊重、プライバシー」同書70頁以下、同「ロボット・AIは人間の尊厳を奪うか?」弥永真生ほか編『ロボット・AIと法』(有斐閣・2018年)91頁、同「信用スコアの課題と今後」月刊経団連67巻10号(2019年)27頁、同「憲法の基本原則とAI」弥永真生ほか編『AI・DXが変える現代社会と法』(商事法務・2021年)67頁以下、梶谷懐＝高口康太『幸福な監視国家・中国』(NHK出版・2019年)25頁以下、成原慧「『AIによる差別』にいかに向き合うか——プロファイリングに関する規制を中心に」宮下萌編『テクノロジーと差別：ネットヘイトから『AIによる差別』まで』(解放出版社・2022年)176頁以下等を参照。
- (37) 現実世界のスラムに関するものであるが、ターゲット11.1では、全ての人々の、適切、安全かつ安価な住宅、基本的サービスへのアクセスを確保し、スラムを改善することが目標とされている。
- (38) 具体的には、情報への公共アクセスを確保し、基本的自由を保障すること(ターゲット16.10)、あらゆるレベルにおいて、対応的、包摂的、参加型、代表的な意思決定を確保すること(同16.7)といった目標が妨げられる。

提条件が必ずしも十分に確立されていないという問題がある。AIを用いた金融取引等とAIを利用したそれらの規制手段を現実の世界で実施していくためには、これらの手法が既存の行為規範や責任規範等からみてどのように評価されるかについて、また、これらの手法の普及が既存の行為規範や責任規範等にどのような影響を与えるかについて、更に、第三の問題が生じうることを踏まえたうえで、第三の問題への対応の必要性が行為規範や責任規範等からみてどのように評価されるかについて、事前に一定の見通しを得ておくことが必要となる。しかし、現状では、これらの検討は十分に行われていない⁽³⁹⁾。このことは、AIを用いた金融取引等の実行およびAIを利用したそれらの規制手段については、その法的な意義、利用可能性、実効性等の検証が適切にされていないことを意味するとともに、SDGsにおいて掲げられている、有効で説明責任のある透明性の高い機関、情報への公共アクセス等といった目標とターゲットに十分な形で対応することができていないことを示している⁽⁴⁰⁾。

2. AIを用いた金融取引等から生ずる法的問題

AIを用いた金融取引等の実行により自己決定と非差別を前提とした包摂を実現するためには、そこから生じうる負の側面、すなわち、1(3)で示した諸問題を法的課題として受け止め、これに応答することが求められる。以下では、これらの中から本稿で検討の対象とされるべき問題を選びとったうえで((1))、その問題との関連で、現在および近い将来において想像されるAIの使われ方を前提とした場合に発生することが見込まれる具体的な紛争事例を想定して((2))、これらの想定事例をもとに検討されるべき法的問題を抽出する((3))。

- (1) 自己決定と非差別を前提とした包摂に直接的に関わる問題への限定
1(3)で示した諸問題のうち、第一の問題は、AIを用いた金融取引等

(39) その一部の検討については、文献の所在も含めて、拙稿・前掲注(31)。

(40) 公共機関に関するものであるが、ターゲット16.6では、あらゆるレベルにおいて、有効で説明責任のある透明性の高い公共機関を発展させることが目標とされている。また、同16.3、同16.10も参照。

の提供を受けようとする者がそれらを利用しようとする際に直面しうる事実上の制約に関わる。また、第二の問題は、AIを用いた金融取引等を提供する者がそれらを準備したり維持したりする際に発生する外部的な負の影響に関係する。更に、第四の問題は、AIを用いた金融取引等の実行およびそれらの規制が現在のまたはあるべき実定法の状況に照らしてどのように評価されるかという問いに関わる。そうすると、第一の問題と第二の問題は、AIを用いた金融取引等が広く普及した状態を想定し、こうした状態から派生する課題として、第四の問題は、こうした状態を前提とした場合に問われる実定法との整合性に関わる課題として、それぞれ位置づけられる。ところで、AIを用いた金融取引等が広く普及していくためには、それが単に取引コストの削減等といった実際的な観点から有益であるのみならず、自己決定と非差別を前提とした包摂の実現に貢献し、かつ、SDGsの諸理念に反するような有害な結果を生じさせないという点が確認されていることが前提となる。これは、1(3)で示した第三の問題に一定の解決が与えられることを意味している。従って、何よりもまず解決されなければならないのは第三の問題にほかならない。

こうした視点に基づき、以下では、1(3)で示した第一の問題、第二の問題、第四の問題が重要な課題であることを意識しつつも、また、これらの問題が第三の問題と一定の範囲で関わりを持つことを認識しつつも、これらの問題を独立に取りあげた検討を行わず⁽⁴¹⁾、第三の問題、すなわち、AIを用いた金融取引等の実行がAIの特性のためにその使い方によっては自己決定と非差別を前提とした金融取引等への包摂を妨げることになりかねないという問題に焦点を当てた検討を行う⁽⁴²⁾。なお、本稿は、この検討課題について、民法学の視点からアプローチをし、民法以外の法領域に関わる問題に関しては必要な限度で言及するにとどめる⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾。これは、筆者の専門領域が民法であることによる制約に加え

(41) 1(3)で示した第四の問題は、注(1)で言及した別稿で検討される。

(42) SDGsとAI一般に関する法的問題については、別稿で検討することが予定されている。

て、SDGsの諸理念と現在および近い将来におけるAIの社会生活への浸透等を踏まえれば、「SDGsの時代において自己決定と非差別を前提とした包摂を実現するために」という副題に示した本稿の目的に関わる問いについて、まずもって社会の基本的な構成原理である民法の問題として引き受けることが必要であると考えられることによる。

(2) 自己決定と非差別を前提とした包摂に関連する紛争事例の想定

現在および近い将来において想像されるAIの使われ方を踏まえると、AIを用いた金融取引等の実行との関連では、以下のような形で、民法上のさまざまな問題に関わる紛争が発生することが想定される⁽⁴⁵⁾。

一つは、包括的または個々の金融取引等の開始およびそれ以前の段階でAIが用いられることに起因して生じうる紛争である。

まず、金融取引等の開始に際してAIが用いられた場合に、AIとは別に人の関与がなかったこと、または、AIとは別に人の関与はあったもののその人がAIと同じ判断や行動をしたこと等を原因として⁽⁴⁶⁾、AIによって、ある金融取引等の内容、仕組み等について適切な説明や十分な情報提供がされなかったり(以下「想定事例①」という。)、自己に適合しない金融取引等が提案されたり(以下「想定事例②」という。)することが

(43) AIを用いた金融取引等について、金商法、会社法、保険法、業法等のさまざまな視点からのアプローチに基づく検討が要請されることはもちろんである。例えば、すでに実定法の中に取り込まれた規律として、高速取引行為者についてのルール(金商法66条の50以下等。)、AI等による利用者支払可能見込額の算定等についてのルール(割賦法30条の5の4以下等。)等がある。また、AI等によるオルタナティブ情報の分析等に基づく未公開情報の推知とインサイダー取引等に関わる問題や、AI等による予測性や確実性の向上に伴う不確実性を前提とした保険という仕組みへの影響に関わる問題等もある。

(44) 本稿が1(3)で示した第一の問題と第二の問題を検討の対象から除外した副次的な理由は、これらの問題とこれに対する法的な応答の分析には民法学の視点を超えるアプローチが要求されることにある。

(45) 本稿で検討の対象とされる紛争事例は、自己決定と非差別を前提とした包摂という問題意識に強く関わるものに限られる。

想定される。この場合、これらの取引等をした者が、適切な説明や十分な情報提供が存在しなかったために、または、自己に適合しない取引等が提案されたために、リスクのあるまたは不利益な取引等をしてしまったという主張や、これらにより損害を被ったという主張等をする可能性がある。

また、金融取引等の開始または継続に際してAIが用いられた場合において、AIとは別に人の関与がなかったこと、または、AIとは別に人の関与はあったもののその人がAIと同じ判断や行動をしたことにより⁽⁴⁷⁾、AIによって不適切な助言がされたり、適切な助言がされなかったりすることが想定される。この場合、これらの取引等をした者が、適切な助言が存在しなかったために、リスクのあるまたは不利益な取引等を始めたり継続したりしてしまったという主張や、これらにより損害を被ったという主張等をする可能性がある(以下「想定事例③」という。)

更に、金融取引等への勧誘の局面でAIが用いられた場合に、ある者が、金融取引等全般に関心を有していなかったり、金融取引等全般には

(46) 責任原因の視点から捉えれば、このことは、金融取引等の提供者が、客観的には誤っているAIの判断に従って、これらの提供を受けようとする者に適切な説明や十分な情報提供をしなかったり、ある金融取引等に対するその者の適合性を誤って判断したりしたことを過失として評価することができるかという問いに関わる。この問いについては、金融取引等の提供者が、客観的には正しいAIの判断に従わずに、これらの提供を受けようとする者に適切な説明や十分な情報提供をしなかったり、ある金融取引等に対するその者の適合性を誤って判断したりしたことを過失として評価することができるかという問いとともに、注(1)で言及した別稿で検討する。

(47) 責任原因の視点から捉えれば、このことは、金融取引等の提供者が、客観的には誤っているAIの判断に従って、これらの提供を受けた者に不適切な助言をしたり、適切な助言をしなかったりしたことを過失として評価することができるかという問いに関わる。この問いについては、金融取引等の提供者が、客観的には正しいAIの判断に従わずに、これらの提供を受けた者に不適切な助言をしたり、適切な助言をしなかったりしたことを過失として評価することができるかという問いとともに、注(1)で言及した別稿で検討する。

一定の関心を有していたものの特定の金融取引等には関心を有していなかったりしたにもかかわらず、AIによって当該特定の金融取引等に勧誘され、その結果、それに関わる契約を締結することが想定される。この場合、これらの取引等をした者が、不適切な勧誘がされたためにリスクのあるまたは不利益な取引等をしてしまったという主張や、これらにより損害を被ったという主張等をする可能性がある(以下「想定事例④」という。)⁽⁴⁸⁾。

加えて、個々の金融取引等の開始前の段階において包括的な形でAIを用いて個々の取引等を自動的に実施するという合意があったという状況のもとでは、ある個別の金融取引等は、当事者による特段の合意なしにAIによって実行される。この場合、これらの取引等をした者が、自らの知らないうちにリスクのあるまたは不利益な取引等をする事になってしまったという主張や、これらにより損害を被ったという主張等をする可能性がある(以下「想定事例⑤」という。)

もう一つは、AIにより金融取引等の内容等がパーソナライズドされることに起因して生じうる紛争である。

まず、AIによる審査やAIを用いた信用スコア等により、金融取引等の内容等が人ごとにパーソナライズドされることが想定される⁽⁴⁹⁾。この場合、これらの取引等をした者が、パーソナライズドの有無とその対象や範囲を理解したり、パーソナライズドされていない取引等と比較したりすること等が難しいことに起因して、AIによりパーソナライズドされているのであれば当該取引等をする事はなかったという主張や、AIによりパーソナライズドされていることを知らずに当該取引等をしたことで損害を被ったという主張等をする可能性がある(以下「想定事例⑥」という。)

次に、AIが、本人によって提供されていない非信用情報⁽⁵⁰⁾、例えば、過去の犯罪歴、遺伝情報、健康医療情報、人種情報、所属政党情報、思

(48) 想定事例④の中では、取引等の開始それ自体についてAIの介在がある場合とそれがない場合とが想定される。

(49) このような意味でのパーソナライズドは、AIの介在がなくても生じうるものの、AIを用いることでより大規模かつ潜在的に行われうる。

想情報等に基づいて、その者につき金融取引等の可否とその内容を判断すること⁽⁵¹⁾が想定される⁽⁵²⁾。この場合、そうした判断を受けた者が、望むような金融取引等をすることができなかったという主張、リスクのあるまたは不利益な取引等をせざるをえなくなったという主張、および、これらにより損害を被ったという主張等をする可能性がある(以下「想定事例⑦」という。))。

更に、AIが、本人によって提供された情報または(および)本人によって提供されていない情報に基づくプロファイリングの結果やスコアリングによって、その者につき金融取引等の可否とその内容を判断すること⁽⁵³⁾が想定される⁽⁵⁴⁾。この場合、そうした判断を受けた者が、望むよう

(50) 本人の信用情報に基づく審査は、これまでも行われてきたものである。

(51) 責任原因の視点から捉えれば、このことは、金融取引等の提供者が、客観的には誤っているAIの判断に従って、これらの提供を受けようとする者との間で、これらの提供を拒絶したり、その者にとって不利益な条件を課したりしたことを過失として評価することができるかという問いに関わる。この問いについては、金融取引等の提供者が、客観的には正しいAIの判断に従わずに、これらの提供を受けようとする者との間で、これらの提供を拒絶したり、その者にとって不利益な条件を課したりしたことを過失として評価することができるかという問いとともに、注(1)で言及した別稿で検討する。

(52) このような意味での判断は、AIの介在がなくても生じうるものの、AIを用いることでより大規模かつ潜在的に行われうる。

(53) 責任原因の視点から捉えれば、このことは、金融取引等の提供者が、客観的には誤っているAIの判断に従って、適切とはいえないものであるにもかかわらずある者に関わるプロファイリングの結果やスコアリングを適切なものであると評価し、その者との間で、これらの提供を拒絶したり、その者にとって不利益な条件を課したりしたことを過失として評価することができるかという問いに関わる。この問いについては、金融取引等の提供者が、客観的には正しいAIの判断に従わずに、適切とはいえないものであるにもかかわらずある者に関わるプロファイリングの結果やスコアリングを適切なものであると評価し、その者との間で、これらの提供を拒絶したり、その者にとって不利益な条件を課したりしたことを過失として評価することができるかという問いとともに、注(1)で言及した別稿で検討する。

な金融取引等をすることができなかったという主張、リスクのあるまたは不利益な取引等をせざるをえなくなったという主張、および、これらにより損害を被ったという主張等をする可能性がある(以下「想定事例⑧」という。))。

加えて、想定事例⑧で示したようなAIによる判断がされている状況のもとでは、人々が、より望ましい金融取引等をしてもらうために、金融取引等の可否とその内容の判断に関わる言動を変容させざるをえなくなることで、そして、AIの判断に含まれる不透明性等のために、どのような言動が金融取引等の可否とその内容の判断に関わるかを知ることができず、私生活と公生活の全般にわたって行動を変容せざるをえなくなることも想定されないわけではない⁽⁵⁵⁾。この場合、自分らしく生きることができなくなったという主張や、これらにより損害を被ったという主張等がされる可能性もある(以下「想定事例⑨」という。))。

(3) 自己決定と非差別を前提とした包摂に関わる法的課題の抽出

(2)で示した想定事例①から想定事例⑤までについて、AIと関係のない事案の解決との関連でこれまでにみられた議論の構図の中に位置づけると、以下の法的課題が抽出される。想定事例①は、AIを用いて開始された金融取引等の内容等に関する顧客に即した説明と情報提供の問題に関わり、想定事例②は、AIを用いて締結された顧客に適合しない金融取引等の問題に関係し、想定事例③は、AIを用いた不利益等を伴う金融取引等の開始または継続の問題に関わる。また、想定事例④は、ターゲティング広告一般が提起する私法上の問題に関係し⁽⁵⁶⁾、想定事例⑤は、包括的な合意による個別取引の自動的な締結に関わる問題の一部として位置づけられる。

(54) このような意味での判断は、AIの介在がなくても生じうるものの、AIを用いることでより大規模かつ潜在的に行われうる。

(55) このような意味での行動変容への動機づけは、AIの介在がなくても生じうるものの、AIを用いることでより大規模かつ潜在的に行われうる。

(56) ターゲティング広告については、文献の所在も含めて、拙稿・前掲注(31) 38頁以下。

また、(2)で示した想定事例⑥から想定事例⑨までで提起されている法的問題については、より一般化すると、以下のようなものとして位置づけることが可能である。想定事例⑥は、パーソナライズドされているという金融取引等の仕組みに関する説明と情報提供の問題に関わり、これは、パーソナライズド・プライシングが提起している私法上の問題⁽⁵⁷⁾と同じ構図を持つ。想定事例⑦は、主体によって提供されていない情報の取得とそれに基づく不利益的な取扱いの問題に関係し、想定事例⑧は、主体によって提供されていない情報のAIを用いた予測とそれに基づく不利益的な取扱いの問題に関わる。最後に、想定事例⑨は、私人による私人の善き生や自己決定の阻害という大きな問題に関係する。

これらの各想定事例に含まれる法的問題は、いずれも、誰ひとり取り残さない形で自己決定と非差別を前提とした金融取引等への包摂を実現していくために解決されなければならない問いである。想定事例①から想定事例⑥までに含まれる法的問題は、金融取引等を提供する側からみると、説明や情報提供の義務、適合性判断の義務、指導助言義務等の行為規範に関わるものである一方で⁽⁵⁸⁾、金融取引等の提供を受ける側からみれば、これらの実行の場でAIが用いられる場合における、自己決定権または意思決定権、信頼、財産権等の保障に関わる。そして、これらの権利等が適切に保障されていなければ、全ての人が自らの意思に基づいて自己に適した金融取引等にアクセスすることができることという目標を達成することは困難である。また、想定事例⑦から想定事例⑨までに含まれる法的問題は、金融取引等を提供する側からみると、AIの利用、プロファイリングやスコアリングの実施に際して遵守されるべき行為規範に関わるものである一方で⁽⁵⁹⁾、金融取引等の提供を受ける側からみると、これらの実行の場でAIが用いられる場合における、自己決定権または意思決定権、プライバシー、非差別等の保障に関わる。そして、これらの権利等が適切に保障されていなければ、全ての人が差別を

(57) パーソナライズド・プライシングについては、文献の所在も含めて、拙稿・前掲注(3)41頁以下。

(58) この点については、注(46)および注(47)を参照。

(59) この点については、注(51)および注(53)を参照。

受けることなく自らの意思に基づいて自己に適した金融取引等にアクセスすることができることという目標に反する結果が生まれる。従って、AIを用いた金融取引等によりSDGsの諸目標を達成していくためには、金融取引等への包摂とパーソナライズドの基盤となる私法上の権利保障のあり方が問われなければならない。

ところで、想定事例①から想定事例⑥までに含まれる法的問題との関連では、AIと関係のない事案を通じてこれまで認められてきた諸法理を適用することで、上記の問題関心に即する形で権利保障が実現されるだけでなく、金融取引等の実行の場でAIを用いることにより、従前の諸法理を介して図られてきた権利保障それ自体がより実効的なものになる(Ⅱ 1)。これに対して、想定事例⑦から想定事例⑨までに含まれる法的問題との関連では、AIと関係のない事案においてこれまで認められてきた諸法理を介して図られてきた権利保障の中身について、AIと関わりを持つ事案との関係で問い直し、こうした諸法理が保護対象とする権利等を鍛えていかなければ、AIの時代における誰ひとり取り残さない金融取引等への包摂とそれらのパーソナライズドの基礎となりうる権利保障を実現することは困難である(Ⅱ 2)。

Ⅱ. 自己決定と非差別を前提とした包摂の基盤となる権利保障

1. 従前の諸法理の適用による権利保障

想定事例①から想定事例⑥までに含まれる法的問題を個々の契約締結の過程に即して整理すると、勧誘の問題をへて(想定事例⑤)、説明や情報提供(想定事例①と想定事例⑥)、適合性判断(想定事例②)、指導助言(想定事例③)の諸問題があり、契約の成否の問題が続く(想定事例⑤)。端的に言えば、AIに法主体性が認められていない状況のもとでは⁽⁶⁰⁾、金融取引等に関わる契約の締結過程にAIが介在したとしても、基本的には、AIと関係のない事案を通じ上記の諸場面に妥当するものとして認めら

(60) この点については、文献の所在も含めて、拙稿・前掲注(31)5頁以下、33頁以下。

れてきた諸法理とそれらによる権利保障のあり方等に大きな変容は求められない⁽¹⁾。そればかりでなく、金融取引等の実行の場でAIを用いることは、こうした従前の諸法理により図られてきた権利保障をより実効的なものにする契機となる⁽²⁾。そして、これらの評価は、金融取引等の実行の場で、その提供者のみならずその提供を受けようとする者自身にも一定のAIの利用可能性があるという状況であったとしても異ならない⁽³⁾。

(1) 従前の諸法理を通じた自己決定と非差別を前提とした包摂の基盤となる権利保障

まず、原則として、契約は当事者の意思の合致により成立する。また、包括的な合意の中に個別的な取引についての意思が存在すれば、個別取引に際して明示的な意思が表示されなかったとしても、個々の取引の成立が認められる。このことは、想定事例⑤でも同じであり、包括的な約束の中にAIを用いて個々の取引等を自動的に実施するという合意を読み取ることができるのであれば、AIにより実現された個々の取引の締結についても個別的な意思が認められ、その結果、AIが正常に作動している状況のもとでは、個々の取引の成立も肯定される⁽⁶¹⁾。ここでは、金融取引等に関わる契約の締結に際してAIが介在している場合とそうでない場合とでその内容を異にすることなく、契約自由や自己決定が保障されている。

次に、説明や情報提供について、締結される契約の性質や目的、当事者の知識や経験、交渉における言動等を考慮して、一定の場合に契約交渉過程における当事者の一方が他方に対して説明や情報提供をするよう義務づけられることがあるという点は、一般的に承認されている⁽⁶²⁾。そして、これらの義務を通じて、自己決定基盤の確保という視点に基づき取引をするかしないかという意味での自己決定権⁽⁶³⁾、または、専門家等

(61) 木村真生子「AIと契約」弥永ほか編・前掲注36「ロボット・AI」131頁以下、栗田昌裕「AIと人格」山本編・前掲注36227頁以下、福岡編・前掲注19163頁以下〔福岡〕、岡本裕樹「AIによる契約の締結」法時94巻9号(2022年)15頁以下等。

への信頼といった権利が保障され⁽⁶⁴⁾、具体的な救済手段としては、意思表示と法律行為、場合によっては消費者契約に関するさまざまな規律を通じた契約の取消し、不法行為法に基づく原状回復の損害賠償が認められている。また、状況次第では、自己決定権の中身を多層的に捉えることを前提に、取引をするかしないかという意味での自己決定権の侵害が措定されない場面で、どの取引をするかという意味での自己決定権を価値的に回復させることを目的として、被害者に一定のリスクを負担させたり、取引機会の喪失を填補したりするための損害賠償や、取得対価との関連でどのように取引をするかという意味での自己決定権を価値的に回復させることを目的として、高値取得損害を填補するための損害賠償が認められる可能性もある⁽⁶⁵⁾。

ところで、AIに法主体性が認められていない状況のもとでは、説明や情報提供の義務を負う主体は金融取引等の提供者であり、想定事例①

(62) 広い意味での金融取引等に関わる事案を扱ったものとして、最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁(肯定例。)、最判平成25年3月7日判時2185号64頁(否定例。)、最判平成25年3月26日判時2185号67頁(否定例。)、最判平成28年3月15日判時2302号43頁(否定例。)等。また、最判平成15年12月9日民集57巻11号1887頁(否定例。)、最判平成16年11月18日民集58巻8号2225頁(肯定例。)、最判平成18年6月12日判時1941号94頁(肯定例。)等も参照。

(63) 小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論(上)(下)——ワラント投資の勧誘を素材として」ジュリ1087号(1996年)118頁以下、1088号91頁以下、同「説明義務違反による損害賠償」に関する二、三の覚書」自正47巻10号(1996年)36頁以下等。ここでは、自己決定権によって説明義務をどのように基礎づけるかという点には立ち入らない。この点については、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣・2004年)125頁以下、同「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ1178号(2005年)10頁以下、山本敬三『契約法の現代化 I』(商事法務・2016年)81頁以下等を参照。

(64) 村本武志「ワラント裁判例の現状と問題点——違法性判断と損害論を中心として」ジュリ1076号(1995年)139頁、川村和夫「ワラント取引と説明義務」判タ883号(1995年)60頁以下、円谷峻「新・契約の成立と責任」(成文堂・2004年)264頁以下等。自己決定権と専門家への信頼の両者を問題にするものとして、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ1094号(1996年)129頁以下等。

におけるAIは、単にこれらの提供者が説明や情報提供の義務を履行するために用いる手段として位置づけられる⁽⁶⁶⁾。従って、想定事例①で、AIによる説明や情報提供が適切にされたかどうかを評価することは、これらの提供者がその履行手段としてAIを用いるかどうかにかかわらず契約交渉相手方の自己決定権や信頼の保護に向けて負っている義務を尽くしたかどうかを評価することにはかならない。言い換えれば、想定事例①において、金融取引等の提供を受けようとする者の自己決定権や信頼は、説明や情報提供のためにAIが用いられていない場合と同じ形で保障される。

こうした評価は、想定事例⑥のように、金融取引等がAIによりパーソナライズされている場面で問題となる説明や情報提供についても当てはまる。旧住宅・都市整備公団や地方住宅供給公社による分譲住宅等の値下げ販売が問題になった事例では、市場原理と価格についての合意原則を背景として、公団等には、値下げ販売をしない義務、原価主義により適正な対価を定める義務、価格の面での財産的価値維持義務はなく⁽⁶⁷⁾、従って、値下げ販売の可能性を説明する義務も存在しないとされる一方で⁽⁶⁸⁾、事前に重要事項につき購入者との間で合意したり買主に情

(65) 以上の点については、文献および判例と裁判例の所在も含めて、拙稿「取引的不法行為と純粋経済損失の算定基準——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——」新美育文ほか編『不法行為法研究②』(成文堂・2021年)117頁以下。

(66) AIに法主体性が認められ、AIが契約の当事者になると仮定すると、AIによる説明や情報提供が適切にされたかどうかを評価することは、AIが契約交渉相手方の自己決定権や信頼の保護に向けて負っている義務を尽くしたかどうかを評価することを意味する。

(67) 東京地判平成12年8月30日判時1721号92頁、福岡地判平成13年1月29日判時1743号112頁等。また、民間業者による値下げ販売が問題となった事例に関する裁判例であるが、東京地判平成5年4月26日判タ827号191頁、東京地判平成8年2月5日判タ907号188頁等も参照。

(68) 東京地判平成12年8月30日・前掲注(67)、東京地判平成13年3月22日判時1773号82頁等。また、民間業者による値下げ販売が問題となった事例に関する裁判例であるが、大阪地判平成10年3月19日判時1657号85頁も参照。

報提供したりしたにもかかわらず契約締結時点でこの点を維持することが困難または不可能になったときは、売主にはそのことを説明する義務があり⁽⁶⁹⁾、その違反によって購入者が価格の適否について慎重に検討し契約を締結するかどうかを決定する機会を奪われたときには、慰謝料請求権が発生するとされている⁽⁷⁰⁾。また、判例等で明確に認められているわけではないものの、自己決定権が重要な保護法益であることに鑑みれば、医療の場面で生存していた相当程度の可能性または重大な後遺症を残さなかった相当程度の可能性を保護法益として措定する判例を参考に⁽⁷¹⁾、上記の説明を受けていれば住宅を購入しなかった高度の蓋然性があるかどうかはともかく、その相当程度の可能性があったとみて、自己決定権の保護をいわば前倒しし、住宅を購入しなかった相当程度の可能性それ自体の保護を図るという構成を基礎として、財産的損害の割合的回復を図ることも考えられる⁽⁷²⁾。

こうした考え方を参考にすれば、想定事例⑥においても、パーソナライズドしない義務等を措定することはできない一方で、パーソナライズドされていないことが金融取引等の提供を受けようとする者の意思決定において重要な意味を持ち、これらの提供者がそのことを認識し、または、少なくとも容易に知ることができたという事情がある場合には、これらの提供者に取引等がパーソナライズドされていることについて説明する義務が課せられ、これらの提供者がこうした説明をしないことは、これらの提供を受けようとする者から当該金融取引等に関する契約を締結するかどうかを決定する機会を奪うものとして位置づけられ、これらの提供を受けようとする者に慰謝料請求権や割合的な財産的損害の賠償請求権を認める可能性が開かれる。この理解によれば、AIにより金融

(69) 志田原信三「判解」最判解民平16(2007年)703頁。

(70) 最判平成16年11月18日・前掲注62。

(71) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁、最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁等。

(72) 角田美穂子「取引における自己決定権の法的保護——金融商品取引を中心に」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』(商事法務・2015年)156頁以下。この点については、拙稿・前掲注65)146頁を参照。

取引等の内容がパーソナライズドされているという点は、これらの提供者に求められる説明の内容には関わるものの、これらの提供者に課せられる説明義務を介してこれらの提供を受けようとする者の自己決定権または意思決定権を保障するという枠組み自体に変容を生じさせるものではない。結局、ここでも、AIと関係のない事案を通じて形成された法理を介して、パーソナライズドされた金融取引等の提供を受けようとする者の自己決定権または意思決定権が保障されている。

また、説明や情報提供が問題となる場面について述べたことは、狭義の適合性原則や指導助言義務との関係でも妥当する。一方で、狭義の適合性原則の違反が一定の場合に不法行為を構成することは、一般的に認められている⁽⁷³⁾。そして、この場面における保護法益の内容について、判例では明確にされていないものの、学理的には、パターンリズムの思想に基づき財産権を措定する考え方やこれと併せて生存権をも措定する考え方⁽⁷⁴⁾、適合性判断に関する自己決定権を措定する考え方⁽⁷⁵⁾等が存在し、その結果、狭義の適合性原則の違反が認められる場合には、これらの権利等を価値的に回復させるために、原状回復的損害賠償または二つ目の考え方によればそれを超える損害賠償が認められる⁽⁷⁶⁾。他方で、金

(73) 最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁等。

(74) 川浜昇「判批」民商113巻4＝5号(1996年)168頁以下、潮見・前掲注(63)「契約法理の現代化」119頁以下、同「適合性の原則に対する違反を理由とする損害賠償——最高裁平成17年7月14日判決以降の下級審裁判例の動向」現代民事判例研究会編『民事判例V』(日本評論社・2012年)6頁以下等。狭義の適合性原則をパターンリスティックな思想に基づく排除の論理ではなく支援の論理に結び付けて理解する立場からも、財産権が保護法益として措定されている。王冷然『適合性原則と私法秩序』(信山社・2010年)386頁以下等。

(75) 渡邊正則「ワラント取引における投資勧誘と投資者保護」判タ870号(1995年)18頁、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣・2000年)277頁、川地宏行「投資取引における適合性原則と損害賠償責任(2・完)」法論84巻1号(2011年)44頁以下等。

(76) この点については、文献および判例と裁判例の所在も含めて、拙稿・前掲注(65)126頁以下。

金融取引では具体的な商品特性や投資者の属性等を踏まえてその提供者に指導助言義務の違反が問われることもある⁽⁷⁷⁾。この義務は、被提供者において自己決定基盤や適合性が確保されている場合でも問題となるため、その保護法益は、自己決定権、財産権等ではなく、専門性や信認関係に由来する信頼として捉えられる⁽⁷⁸⁾。その結果、取引開始前の段階でいうと、指導助言義務の内容を取引の実施につき慎重さを要請したりその断念を求めたりする義務として捉えれば、提供者の指導助言の不存在を信頼してした取引により生じた不利益相当額の賠償が、取引継続中の段階では、適切な指導助言がされていた場合に生じたであろう損失と適切な指導助言がされなかった現状で生じている損失との差に相当する額の賠償が認められる⁽⁷⁹⁾。

ところで、AIに法主体性が認められていない状況のもとでは、適合性判断や指導助言の義務を負う主体は金融取引等の提供者であり、想定事例②と想定事例③におけるAIは、単にこれらの提供者が適合性判断を実施したり指導助言の義務を履行したりするために用いる手段として位置づけられる⁽⁸⁰⁾。従って、想定事例②と想定事例③で、AIによる適合性判断や指導助言が適切にされたかどうかを評価することは、これらの提供者がその履行手段としてAIを用いるかどうかにかかわらず契約交渉相手方の諸権利の保護に向けて負っている義務を尽くしたかどうかを評価することにほかならない。言い換えれば、想定事例②と想定事例③において、金融取引等の提供を受けようとする者の財産権、生存権、

(77) 最判平成17年7月14日・前掲注(73)に付された才口裁判官の補足意見。

(78) 三枝健治「アメリカ契約法における開示義務(2・完)——契約交渉における「沈黙による詐欺」の限界づけを目指して——」早法72巻3号(1997年)152頁以下、後藤卷則『消費者契約の法理論』(弘文堂・2002年)112頁以下、潮見・前掲注(63)「契約法理の現代化」130頁以下等。

(79) この点については、文献および判例と裁判例の所在も含めて、拙稿・前掲注(65)127頁。

(80) AIに法主体性が認められ、AIが契約の当事者になると仮定すると、AIによる適合性判断や指導助言が適切にされたかどうかを評価することは、AIが契約交渉相手方の諸権利の保護に向けて負っている義務を尽くしたかどうかを評価することを意味する。

信頼等は、適合性判断や指導助言のためにAIが用いられていない場合と同じ形で保障される。

最後に、勧誘について⁽⁸¹⁾、ある者が虚偽の説明や強引な勧誘等により望まない取引に引き込まれ自己の財産を支出した場面、例えば、ある者が、ねずみ講、マルチまたはマルチまがい商法、原野商法、デート商法、次々販売等の詐欺または詐欺的商法等に引き込まれ自己の財産を支出した場面では、取引をするかしないかという意味での自己決定権を保障するために⁽⁸²⁾、意思表示と法律行為、場合によっては消費者契約に関するさまざまな規律を通じた契約の取消し、不法行為法に基づき原状回復的損害賠償が認められているほか、一部の裁判例では、被勧誘者が置かれた状況、例えば、周囲の者からの信用の失墜や老後資金の喪失等の事情の有無に応じて⁽⁸³⁾、人格権や生存権の侵害を理由に⁽⁸⁴⁾非財産的損害の賠償も認められている⁽⁸⁵⁾。想定事例④のうち、悪質な事業者が意図的にアルゴリズムを設定しAIを利用した詐欺的勧誘を実施したことにより、ある者が望まない取引に引き込まれた事例のほか、事業者がAIを用いて合理的意思決定から逸脱する可能性を確率的に見通し脆弱な状態

(81) AIによる契約への勧誘の問題については、拙稿・前掲注(31)38頁以下も参照。

(82) この点を明確に判示した裁判例として、広島地判平成3年3月25日判タ858号202頁、東京地判平成26年10月30日金判1459号52頁等。また、松本恒雄「紹介型マルチ商法の違法性・再論——ベルギーダイヤモンド事件三判決の分析——」『谷口知平先生追悼論文集 第2巻』(信山社・1993年)426頁以下、窪田充見「消費者契約法と不法行為」ジュリ1200号(2001年)77頁以下、吉田克己「取引的不法行為と自己決定権」西谷敏先生古稀記念論集・上『労働法と現代法の理論』(日本評論社・2013年)186頁以下等。

(83) 信用の失墜を考慮した裁判例として、大阪地判昭和56年4月24日判時1009号33頁、大阪地判平成4年3月27日判時1450号100頁等。老後資金の喪失を考慮した裁判例として、秋田地本荘支判昭和60年6月27日判時1166号148頁、横浜地判昭和62年12月25日判時1279号46頁等。

(84) 窪田充見「取引関係における不法行為——取引関係における自己決定権をめぐる現況と課題」法時78巻8号(2006年)72頁以下の指摘を参照。

(85) この点については、文献および判例と裁判例の所在も含めて、拙稿・前掲注(65)115頁。

につけ込んだり、個人化された場でその脆弱な状態を作り出したりすることにより、ある者が望まない取引に引き込まれた事例等は、AIを用いて上記のような詐欺または詐欺的商法に関わる望まない取引への引き込みが行われたケースとして位置づけられる⁽⁸⁶⁾。従って、これらの事例でも、AIを用いることなく望まない取引への引き込みが行われた諸事例と同じように、取消しや原状回復的損害賠償といった救済手段を通じた自己決定権の保護や、状況に応じて非財産的損害の賠償を介した人格権や生存権の保護が図られる。

他方で、想定事例④のうち、ある者が、攻撃的でないAIによる勧誘を受けた結果、金融取引等全般に関心を有していなかったにもかかわらず当該勧誘に係る金融取引等をした事例については、上記のような詐欺または詐欺的商法に関わる望まない取引への引き込みが行われたケースと同列には論じえない。しかし、AIによる勧誘を受ける環境から離脱することが著しく困難で、ある者が望むと望まざるとにかかわらず継続的かつ反復的にAIによる勧誘を受け続けるという状況等のもとでは、一定の範囲でその者の意思決定が歪められる可能性があることは確かである⁽⁸⁷⁾。従って、この事例においても、場合によってはという留保は付さざるをえないとしても、望まない取引に引き込まれた場面に準じて、不法行為法により取引をするかしないかという意味での自己決定権の保護が図られてよい。また、想定事例④のうち、ある者が金融取引等全般に一定の関心を有していたところ、攻撃的でないAIによる勧誘を受け

(86) 山本龍彦「ビッグデータ社会における「自己決定」の変容」NBL1089号(2017年)30頁以下、同「個人化される環境——「超個人主義」の逆説？」松尾陽編『アーキテクチャと法——法学のアーキテクチャルな転回？』(弘文堂・2017年)80頁以下等を参照。また、同・前掲注(36)「AIと憲法問題」48頁以下、同・前掲注(36)「ロボット・AI」98頁以下、同「思想の自由市場の落日——アテンション・エコノミー×AI——」Nextcom44号(2020年)4頁以下も参照。

(87) 大屋雄裕「ロボット・AIと自己決定する個人」弥永ほか編・前掲注(36)「ロボット・AI」67頁以下、大澤彩「AIと消費者」法時94巻9号(2022年)26頁以下を参照。

当該勧誘に係る金融取引等をした結果、一定の不利益を受けたという事例においては、これまで述べた二つの事例でみられた状況とは異なり、この者は、金融取引等を行うことそれ自体についての意思決定を歪められているわけではない。しかし、従前の実定法でその端緒がみられた自己決定権の多層的な把握という傾向を参考にすれば、ここでは、状況によって、どの金融取引等を行うかという点での意思決定が歪められている可能性も想定される⁽⁸⁸⁾。このとき、AIによる勧誘を受ける環境からの離脱の困難さ等に照らして、場合によってはという留保は付さざるをえないとしても、不法行為法によりどの取引を行うかという意味での自己決定権の保護が図られうる。

以上の検討によれば、金融取引等の実行の場でAIが用いられる場合においても、想定事例①から想定事例⑥までに関していえば、AIと関係のない事案を通じてこれまで認められてきた諸法理を通じて、自己決定権または意思決定権、信頼、財産権等の保障は十分に図られる。そして、このことは、全ての人が自らの意思に基づいて自己に適した金融取引等にアクセスすることができることというSDGsの目標の達成に向けた重要な基盤となる。

(2) AIを用いた金融取引等による従前の諸法理を通じた権利保障の実効化

金融取引等の実行の場でAIを用いることは、(1)で示した従前の諸法理により図られてきた権利保障をより実効的なものとする契機にもなる。

まず、ある金融取引等をしようとする者の情報がAI等により適切に収集され、かつ、当該金融取引等に関する説明や情報提供、当該金融取引等の適合性判断、当該金融取引等の開始と継続に関する指導助言につ

(88) というのは、この事例でAIによる勧誘を受けある金融取引等をした者は、金融取引等全般に一定の関心を有していたため、およそ金融取引等を行うという点では意思決定を歪められていないものの、当該特定の金融取引等に関心を有していたわけではないため、状況によっては、さまざまな金融取引等のうちどれを選択するかという点で意思決定を歪められているとみることができるからである。

いて、それぞれの内容等を評価する適切なアルゴリズムが形成されていれば、AIを用いた説明や情報提供、適合性判断、指導助言は、これらの義務が保護対象とする被提供者の権利等をより実効的に保障することに繋がる。その理由は、以下のとおりである。

人による判断や評価には、理想的には同一であるべき判断や評価に不可避免的に入り込むシステムノイズ、すなわち、判断者や評価者ごとの判断や評価における平均的なレベルのばらつきであるレベルノイズと、特定のケースにおける判断者や評価者の反応のばらつきであるパターンノイズが含まれるため、必然的にエラーが生ずる⁽⁸⁹⁾。従って、人が説明や情報提供、適合性判断、指導助言をする場合には、金融取引等をしようとする者についての判断や評価、そして、その人についての判断や評価を踏まえたうえで決定される、説明や情報提供の内容等、適合性判断の基準等、指導助言の内容等についての判断や評価にシステムノイズが入り込み、エラーが発生する。例えば、誰がこれらの判断や評価をするかに応じて、説明や情報提供または指導助言の内容が変わったり、適合性判断の仕方が変わったりするという点でレベルノイズが含まれうるし⁽⁹⁰⁾、判断者や評価者の考え方等に応じて、ある特定の金融取引等との関連でのみ、説明や情報提供または指導助言の内容が濃くなったり、薄くなったり、あるいは、適合性判断が厳しくなったり、緩くなったりするという点でパターンノイズが含まれうる⁽⁹¹⁾。場合によっては、判断者や評価者がその判断や評価の時に置かれていた状況等により一過性の原

(89) ダニエル・カーネマン＝オリヴィエ・シボニー＝キャス・サンスティーン(村井章子訳)『NOISE〔上〕〔下〕組織はなぜ判断を誤るのか?』(早川書房・2021年)。

(90) 例えば、顧客の保護に重点を置く判断者や評価者のもとでは、コストや時間を犠牲にしても、あらゆる取引等について顧客に懇切丁寧な説明や指導助言がされたり、ごく僅かな不安要素があるだけの場合でも不適合の判断がされたりするかもしれない一方で、企業の利益の確保に重点を置く判断者や評価者のもとでは、多くのコストや時間をかけてまで、一定の取引等について顧客に懇切丁寧な説明をすることが回避されたり、ごくわずかな不安要素があるだけの場合には適合の判断がされたりするかもしれない。ただし、これは、レベルノイズを強調するための仮想事例である。

因による機会ノイズが含まれることもある⁽⁹²⁾。これらの場合には、適切な判断や評価に基づく説明や情報提供、適合性判断、指導助言がされず、これらの義務群を通じた権利保障が実現されない可能性がある。これに対して、適切に形成されたアルゴリズムによる判断や評価では、システムノイズが排除され、これに起因するエラーは生じない⁽⁹³⁾。従って、AIを用いて説明や情報提供、適合性判断、指導助言がされる場合には、人による場合にみられる上記の問題が発生することはなく、諸法理を通じた権利保障がより実効的なものとなる。要するに、先に示したような、AIを通じた説明や情報提供、適合性判断、指導助言に関する理想的な条件が充たされていれば、紛争として想定事例①から③までが発生する事態は相対的に減少する⁽⁹⁴⁾。

次に、金融取引等をしようとする者の情報がAI等により適切に収集され、かつ、適切なアルゴリズムとこれらの情報をもとに、その者の属性や状態等に適した形で金融取引等の内容がパーソナライズドされたり、マイクロファイナンスが実現されたりしている場合には、こうした取引等の提供は、狭義の適合性原則を通じて保護しようとした諸権利の

(91) 例えば、ある特定のリスクを重視する判断者や評価者のもとでは、当該特定のリスクを含む金融取引等については、顧客に懇切丁寧な説明や指導助言がされたり、慎重な適合性判断がされたりするかもしれない一方で、当該特定のリスクを含まないものの全体としてはそれを含むものと同じくらのリスクを持つ金融取引等については、それを含む取引等と同じような程度の説明や指導助言がされなかったり、同じように慎重な適合性判断がされなかったりするかもしれない。ただし、これは、パターンノイズを強調するための仮想事例である。

(92) 例えば、その時の気分、体調、外的環境、判断や評価の順番等によって、説明や指導助言の内容、適合性判断の仕方は変わるかもしれない。ただし、これは、機会ノイズを強調するための仮想事例である。

(93) ただし、その学習の基礎となるデータにバイアスが含まれていれば、アルゴリズムにはそのバイアスが入り込む。従って、アルゴリズムによる判断や評価であっても、バイアスに起因するエラーは生ずる。

(94) 注93で触れた理由から、本文で述べた理想的な条件が充たされていたとしても、想定事例①から③までが完全になくなるわけではないと考えられる。

保障となるだけでなく、取引における自己決定の保障にも繋がる。その理由は、以下のとおりである。

先に示したような形でパーソナライズに関する理想的な条件が充たされている場合、ある者について金融取引等の内容をパーソナライズする過程とその者について適合性を判断する過程とが一体化される。その結果、基本的には、その者に適合した金融取引等だけが提案される。従って、上記のような形でパーソナライズされた金融取引等をした者は、いわば、狭義の適合性原則が保護しようとしている権利等を保障された状態にある。別の視点からいえば、想定事例②は、こうした条件が充たされていない場合にのみ現れる⁽⁹⁵⁾。それと同時に、狭義の適合性原則が、パターンリスティックな観点に基づき一定の取引からそれに適さない者を排除しようとする法理であり、金融取引等がパーソナライズされていない状況のもとでは、特定の属性や状態等にある者を多くの金融取引等から排除する機能を持ちうることを併せて考えると、上記の場面では、狭義の適合性原則によりある者が一律に多くの金融取引等から排除されるという帰結が回避されるため、適合性に不安のある者について取引における自己決定を尊重することにも繋がる。

(3) 金融取引等の提供を受ける者によるAIの利用可能性と従前の諸法理を通じた権利保障

これまでの検討は、金融取引等を提供する側だけが説明や情報提供、適合性判断、指導助言等の場面でAIを用いる状況、言い換えれば、AIの利用可能性について当事者間に非対称性がある状況を想定していた。しかし、近い将来においては、金融取引等を提供する側のみならず、それらの提供を受けようとする側も金融取引等の選択にあたりAIを利用することができる状況、言い換えれば、AIの利用可能性について当事者間に対称性がある状況が生ずることも想定される。こうした状況のもとでは、想定事例①と想定事例③についていえば、(1)で示した従前の諸法理が機能する範囲が狭くなることも考えられる。しかし、このこと

⁽⁹⁵⁾ 角田ほか編・前掲注2)334頁〔角田、大崎貞和〕を参照。

は、これらの諸法理を通じて確保されてきた権利保障が後退することを意味していない。反対に、想定事例②についていえば、(1)で示した従前の諸法理が機能する範囲を狭くすること自体に問題がある。

一方で、金融取引等の提供を受ける側が一定のAIを利用することができ、このAIを通じて金融取引等の内容等をその理解力に即した形で知ることができるという状況が成立していれば、想定事例①と想定事例③で説明や情報提供義務の法理および指導助言義務の法理が機能する場面が縮小する可能性もある。というのは、この状況のもとでは、当事者間における情報力の非対称性が部分的に解消され、取引の相手方による説明や情報提供を通じて自己決定基盤を確保するという要請が後退したり、専門性や信認関係に基づく専門家への信頼が希薄化し、専門家に対する信頼を保護するという要請が後退したりするため、説明や情報提供義務および指導助言義務を基礎づけるための根拠が弱まるとも考えられるからである。ただし、ここでは、自己が利用するAIとそれへの信頼を介して金融取引等への自己決定基盤が確保されているのであって、相手方に説明や情報提供義務および指導助言義務が課されなくなったり、それらの義務の強度が弱まったりしたとしても、自己決定権や信頼等といった諸権利が全く保障されなくなっているわけではない。

しかし、上記の帰結が受け入れられるためには、金融取引等の提供を受ける側がAIを通じてそれらの内容を適切に理解することができるという前提が確保されていること、より具体的にいえば、金融取引等を提供する側がこれらの内容について特定の事実を開示していること、それらの提供を受ける側がこの場面に適したAIを利用することができることに加えて⁽⁹⁶⁾、当該AIの信頼性が向上し、その判断につき一定の透明性があることが必要となる⁽⁹⁷⁾。そうでなければ、当事者間における情報の非対称性が部分的に解消されているとの評価や、専門家への信頼が希薄化しているとの評価は成り立たないため、説明や情報提供義務の法理および指導助言義務の法理に基づく権利保障を失わせたり、その程度を弱めたりすることは適切さを欠く。

他方で、金融取引等の提供を受ける側に一定のAIの利用可能性があり、このAIを通じてある金融取引等についての自己の適合性を知るこ

とができるという状況が成立したとしても、狭義の適合性原則という枠組みを維持する限り、想定事例②でそれが機能する場面を縮小させることは必ずしも適切なものとはいえないと考えられる。

狭義の適合性原則は、一定の定型化された金融取引等に関しては、それらに包摂すべきでない主体がいるという評価を前提としている。従って、一定の金融取引等についてフィードバックが欠如し、それらを実行することである者に危険な結果が生じうるという事態が存在する以上は、そして、その者の属性や状態等を踏まえパターンリズミ的な判断に基づき財産権や生存権を保障するという理念が妥当する以上は、その者自身による自主的な判断によるのではなく⁽⁹⁶⁾、相手方による拒絶等を通じてその者をいわば強行的にこうした取引から排除する必要性は、その者が適合性判断に関するAIを利用することができるかどうかにかかわらず妥当する。もとより、狭義の適合性原則は、特定の者をおよそあらゆる金融取引等から排除するものではないため⁽⁹⁹⁾、SDGsで示されたファイナンシャル・インクルージョンの目標に正面から衝突しない。ま

(96) これは、AIの開発や普及をそれ自体の中に盛り込んでいるものとして解釈されるSDGsの各目標や各ターゲットをどのように実現していくかという課題に関わる。この課題は、基本的には公的な枠組みの中で捉えられるべきものであるが、AIの利用可能性が金融取引等の提供を受ける側にとって必要不可欠とされる状況が生まれるとすれば、金融取引等の提供者に対して、これらの提供を受けようとする者の自己決定基盤の確保に向けて、金融取引等に関わるAIにアクセスすることができるようにするための支援を行う義務が課せられることになるかもしれない。

(97) 現時点においては、その信頼性の点でも、透明性の点でも、これらの条件は充足されていない。

(98) 行動経済学の知見が明らかにしているように、人は、十分な経験と情報を持ちフィードバックを得られるような文脈では適切な選択をするが、そうでない文脈ではうまく判断をすることができない。リチャード・セイラー＝キャス・サンスティーン(遠藤真実訳)『実践行動経済学——健康、富、幸福への聡明な選択』(日経BP・2009年)22頁以下、ポール・ドーラン(中西真雄美訳)『幸せな選択、不幸な選択——行動科学で最高の人生をデザインする』(早川書房・2015年)170頁以下、オリヴィエ・シボニー(野中香方子訳)『賢い人がなぜ決断を誤るのか?』(日経BP・2021年)63頁以下等。

た、すでに述べたように、金融取引等が理想的な形でパーソナライズされていれば、人は適合性を確保した形でこれらの取引をしたりサービスを受けたりすることができる。

(2)および(3)における検討によれば、金融取引等の実行の場でAIが用いられることによって、AIと関係のない事案を通じてこれまで認められてきた諸法理による権利保障は、より実効的なものとなる。このことは、金融取引等の提供を受ける側に一定のAIの利用可能性があったとしても変わらない。かくして、AIを用いた金融取引等の実行が、全ての人が自らの意思に基づいて自己に適した金融取引等にアクセスすることができることというSDGsの目標の達成に資するものであることは明らかである。

2. 従前の諸法理の発展による権利保障

想定事例⑦から想定事例⑨までに含まれる法的課題は、いずれも、金融取引等の実行の場でAIが用いられることによって初めて生じたり、より深刻化したりする問いである。そのため、これらの法的課題を考える際には、本稿の問題関心に照らして、想定事例⑦から想定事例⑨までに含まれる問題について、情報の取得の次元における権利保障に関わる問題と情報の利用の次元における権利保障に関わる問題とに分節化したうえで((1))、それぞれに関して、AIと関係のない事案を通じて形成されてきた諸法理による権利保障の状況を参考にしつつ、AIの時代に生きる人の自律的な生の様相を適切に捉えてその権利保障のあり方を問い直すのでなければならない((2)(3))。そして、この作業は、AIの時代における自己決定と非差別を前提とした金融取引等への包摂についてその私法的基盤を構築していくことにほかならない。

99) 最判平成17年7月14日・前掲注(73)によれば、適合性の有無は、具体的な商品特性を踏まえ、これとの相関関係において、顧客の投資経験、取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮して決せられる。

(1) 情報の取得の次元に関わる法的課題と情報の利用の次元に関わる法的課題

想定事例⑦から想定事例⑨までに含まれる法的問題については、情報の取得の次元における権利保障に関わる問題と情報の利用の次元における権利保障に関わる問題とに分節化して、検討することが求められる。

一方で、情報の取得との関連では、まず、金融取引等の提供者が、それらの提供を受けようとする者によって自発的に供与されていない情報を、場合によってはAIを利用して、他から取得することが許されるかどうか、そして、この場面で、それらの提供を受けようとする者の側にどのような権利の侵害が存在するかが問われる。これは、想定事例⑦および想定事例⑧の前提問題である。しかし、この問題は、金融取引等の実行にAIが関わることによって新たに生ずる問題でも、より深刻化する問題でもない⁽¹⁰⁰⁾。他人に知られたくない一定の情報を本人の同意なく取得したり、目的外で利用したりする行為は、AIの利用の有無にかかわらず起こるからである。そして、これらの行為がプライバシーの侵害に当たることは、すでに裁判例でも承認されている⁽¹⁰¹⁾。従って、AIを利用して本人の同意なく一定の情報を取得したり目的外で利用したりすることも、プライバシーの侵害に当たる。その意味で、この問題は、従前の諸法理をそのまま適用することによって解決することができる問題である。

(100) 確かに、AIを利用することによって情報の取得はより容易になり、その意味で問題が生ずる頻度は増加するかもしれない。とはいえ、この問題の本質が変わるわけではない。

(101) 本人の同意のない情報の取得について、東京地判平成15年5月28日判タ1136号114頁(採用時におけるHIV抗体検査の無断実施が問題となった事案。)、東京地判平成15年6月20日労判854号5頁(採用時におけるB型肝炎ウイルス検査の無断実施が問題となった事案。)等。本人の同意のない情報の目的外利用について、福岡高判平成27年1月29日判時2251号57頁(看護師のHIV感染に関する医療記録が労務管理に利用された事案。原審の福岡地久留米支判平成26年8月8日判時2239号88頁も同旨である。)、札幌地判令和1年9月17日労判1214号18頁(HIV感染に関する医療記録が採用活動に利用された事案。)等。

次に、金融取引等の提供者が、それらの提供を受けようとする者によって自発的に供与されていない情報を、アルゴリズムと他の取得情報に基づき予測的に推知することで、いわば迂回的に取得することが許されるかどうか、そして、この場面で、それらの提供を受けようとする者の側にどのような権利の侵害が存在するかが問われる。これは、想定事例⑧の前提問題であり、金融取引等の実行にAIが関わることによって新たに生ずる問題ではないとしても、これにより深刻な形で顕在化する問題である⁽¹⁰²⁾。

他方で、情報の利用との関連では、まず、想定事例⑦でみられるように、金融取引等の提供者が、それらの提供を受けようとする者に関わる非信用情報に基づいて、金融取引等の提供を拒んだり、その者にとって不利益な金融取引等を提供したりすることが許されるかどうか、そして、この場面で、それらの提供を受けようとする者にどのような権利の侵害が存在するかが問われる。確かに、こうした問題自体は、金融取引等の実行にAIが関与するかどうかにかかわらず発生する。融資や信用供与等の場面では、その可否と額や枠等の決定に際して一定の審査がされるため、例えば、外国人に対する住宅ローンについて永住資格があることを要件とすること等によって、一定の属性や状態等を持つ者に対して契約の締結が拒否されることもある⁽¹⁰³⁾。また、より一般的に言えば、人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢、所属団体等に応じて、これらの属性や状態等を持つ者が契約の締結を拒まれたり、不利益な契約の締結を余儀なくされたりすることもある⁽¹⁰⁴⁾。しかし、金融取引等の実行にAIが介在するとこれらの適否の審査に利用されうる情報の取得可能性が格段に広がるため、この問題はより深刻化する。この問題においては、人が金融取引等に係る契約の締結の可否とその内容についての判断や評価を受けるに際して、

(102) 人がある者により自発的に供与されていない情報を他の取得情報に基づき予測的に推知することは不可能ではないものの、その規模、速度、信頼性は、アルゴリズムが介在する場合に比べてはるかに劣る。

(103) これは、東京高判平成14年8月29日金判1155号20頁の事案である。

(104) 注(132)で引用する各裁判例の事案を参照。

過去の自分にいつまでも拘束され、例えば、保険契約の締結の場面で遺伝情報等の自己の意思ではどうすることもできない事柄により規定されてしまうことを⁽¹⁰⁵⁾、より一般的な文脈でいえば、人がデータが何を物語るかによって定められ⁽¹⁰⁶⁾、過去の言動の囚人になること⁽¹⁰⁷⁾をどのように評価するかが重要となる。

次に、想定事例⑧でみられるように、金融取引等の提供者が、それらの提供を受けようとする者に関わるプロファイリングやそれに依拠したスコアリングの結果に基づいて、金融取引等の提供を拒んだり、その者にとって不利益な金融取引等を提供したりすることが許されるかどうか、そして、この場面で、それらの提供を受けようとする者にどのような権利の侵害が存在するかが問われる。この問題においては、例えば、金融取引等の提供とその内容の判断に関して、過去に一定の属性や状態等に応じて差別的取扱いがされていたとすると、プロファイリングやスコアリングに際して用いられた学習データに含まれるバイアスの影響や過少代表等に起因して、こうした過去の差別的取扱いが現時点においても再生産されてしまうこと⁽¹⁰⁸⁾、また、その判断において個人の具体性がそぎ落とされてしまう結果、セグメント化に基づいて新たな差別的取扱いがされてしまうこと⁽¹⁰⁹⁾等をどのように評価するかが重要となる。より広く捉えれば、これは、アルゴリズムによる人の判断や選別につい

(105) 山本龍彦「AIと「個人の尊重」」福田雅樹ほか編『AIがつなげる社会——AIネットワーク時代の法・政策』（弘文堂・2017年）335頁以下、同・前掲注(36)「AIと憲法問題」47頁、同・前掲注(36)「AIと個人の尊重」77頁以下、同・「個人の尊厳・自律とAIによる評価」ビジネス法務2018年2月号76頁、同・前掲注(36)「ロボット・AI」95頁等。健康増進型保険について、宮下紘「個人情報保護法は基本的人権か？」庄司克宏編『インターネットの自由と不自由——ルールの視点から読み解く』（法律文化社・2017年）66頁以下、福岡編・前掲注(19)389頁以下〔松村英寿〕等。

(106) ジョン・チェニー＝リップルド（高取芳彦訳）『WE ARE DATE：アルゴリズムが「私」を決める』（日経BP社・2018年）。

(107) ビクター・マイヤー・ショーンベルガー＝ケネス・クキエ（斉藤栄一郎訳）『ビッグデータの正体：情報の産業革命が世界のすべてを変える』（講談社・2013年）286頁。

て、データ教とデータ至上主義⁽¹¹⁰⁾、データリッチ市場⁽¹¹¹⁾、監視資本主義⁽¹¹²⁾等と呼ばれる現象が提起している現代的な問題の一つであり、自動化バイアスとテクノソリューションイズムを背景として⁽¹¹³⁾、データ化された要素とそれらの要素がうまく当てはまる定量的理念型に基づいてのみ個人を判断することが適切かどうか⁽¹¹⁴⁾、人が確率という名の牢獄に閉じ込められ⁽¹¹⁵⁾、アルゴリズムという数学破壊兵器により選別されることが適切かどうか⁽¹¹⁶⁾、より批判的な言説に従えば、マジョリティに特権を与えマイノリティを不利益に扱う、どこでもないところからの

(108) 山本・前掲注⁽¹⁰⁵⁾「AIと「個人の尊重」」325頁以下、同「個人主義とセグメント主義の相剋(覚書)——「パーソナライズド」の意味」情報法制研究2号(2017年)53頁、同・前掲注⁽³⁶⁾「ロボット・AI」84頁以下、同・前掲注⁽³⁶⁾「AIと憲法問題」44頁以下、同・前掲注⁽³⁶⁾「憲法の基本原則」66頁以下、駒村圭吾「「法の支配」vs「AIの支配」」法教443号(2017年)66頁、宮下紘「個人情報保護か？テロ対策の監視か？」庄司編・前掲注⁽¹⁰⁵⁾102頁以下等。与信について、小塚莊一郎『AIの時代と法』(岩波書店・2019年)51頁以下、森田岳人＝山本俊之＝渡邊道生穂「与信AIに法規制はなされるか——差別・公平性の観点から——」金法2187号(2022年)26頁以下等。

(109) 山本・前掲注⁽¹⁰⁵⁾「AIと「個人の尊重」」323頁以下、333頁以下、同・前掲注⁽³⁶⁾「AIと憲法問題」23頁以下、43頁以下、同・前掲注⁽³⁶⁾「AIと個人の尊重」67頁以下、同・前掲注⁽³⁶⁾「ロボット・AI」87頁以下、同・前掲注⁽³⁶⁾「信用スコア」26頁、同・前掲注⁽³⁶⁾「憲法の基本原則」67頁以下、河嶋春奈「AIと尊厳」山本編・前掲注⁽³⁶⁾249頁以下等。

(110) ユヴァル・ノア・ハラリ(柴田裕之訳)『ホモ・デウス(下)——テクノロジーとサピエンスの未来』(河出書房・2018年)209頁以下、同(柴田裕之訳)『21 Lessons——21世紀の人類のための21の思考』(河出書房・2019年)69頁以下。

(111) ショーンベルガー＝ランジ・前掲注⁽²²⁾。

(112) ショシャナ・ズボフ(野中香方子訳)『監視資本主義：人類の未来を賭けた戦い』(東洋経済新聞社・2021年)。

(113) ライアン・前掲注⁽²⁶⁾37頁以下。

(114) チェニー＝リッポルド・前掲注⁽¹⁰⁶⁾。

(115) ショーンベルガー＝クキエ・前掲注⁽¹⁰⁷⁾244頁。

(116) キャシー・オニール(久保尚子訳)『あなたを支配し、社会を破壊する、AI・ビッグデータの罠』(インターシフト・2018年)。

眺めでない白人至上主義に根差した仕組みに⁽¹¹⁷⁾、人が判断されたり選別されたりすることが適切かどうかという深遠な問いに連なる。

最後に、想定事例⑦や想定事例⑧で用いられているような金融取引等の実行方法が普及すると、想定事例⑨でみられるように、人はよりよい金融取引等を得るために自己の言動等を変容させなければならず、また、不透明性というAIの特質に起因する反論可能性の乏しさと相まって、どのように自己の言動等を変容させればよいか分からない状況に置かれうる。そのため、金融取引等の提供者が、こうした状況を作り出し、これらの提供を受けようとする者の行動自由や自己決定を制約することの当否が問われる。もっとも、例えば、よりよい条件でローンを組んでもらうためにやるべきこと、やってはならないことについての情報が流布していること等からも分かるとおり、こうした状況の一端はこれまでも存在した。また、仮にある金融取引等の実行にAIが介在することによって、これらの提供を受けたいと希望する人の行動にこれまでよりも大きな変容が求められるようになるとしても、他に代わりとなる金融取引等の選択肢があり、上記のような状況から容易に離脱することができる⁽¹¹⁸⁾、一定の行動変容を要請するプロファイリングやそれに依拠したスコアリング等による判断や選別は、それが差別的な結果をもたらさず、プライバシー等を侵害しない限りにおいて、少なくとも民法の世界では、私的自治の枠内に収まる。確かに、上記のような状況が金融取引等の実行の場に限らず私生活のほとんど全てに及び⁽¹¹⁹⁾、

(117) ヤーデン・カツツ(庭田よう子=下地ローレンス吉考訳)『AIと白人至上主義：人工知能をめぐるイデオロギー』(左右社・2022年)。

(118) これに対して、離脱可能性のない国家が国民管理の手法としてプロファイリングやスコアリングを用いるとき、デジタル・レーニン主義の企ての脅威が生ずる。大屋雄裕「個人信用スコアの社会的意義」情報通信政策研究2巻2号(2019年)21頁以下、同「プロファイリング・理由・人格」稲葉振一郎ほか編『人工知能と人間・社会』(勁草書房・2020年)290頁以下。

(119) 中国における試みと(柏木亮二「信用のプラットフォーム「芝麻信用」」金融ITフォーカス2017年10月号14頁以下、梶谷=高口・前掲注36等。)、その拡大に対する懸念は、そのような社会の可能性と危険性を示唆する。

特定の民法上の主体が、アルゴリズムという媒体を介し人を操るビッグ・アザーの力を借りて⁽¹²⁰⁾、デジタル・ナッジを超え、人々の行動自由や自己決定を支配するようになれば、民法の問題としてもそのことが深刻に問われざるをえないものの、現在および近い将来における金融取引等の実行の場に考察の対象を限定すれば、こうした危険性は少ない。そのため、(3)では、本稿の検討対象に鑑み、この最後の問題はそれ自体としては扱われない。

(2) 情報の取得の次元に関わる法的課題における権利保障のあり方

情報の取得の側面との関連で浮かび上がらせた問題についていえば、金融取引等の提供者が、適正な手続きをとることなく、それらの提供を受けようとする者によって供与されていない情報を、アルゴリズムと他の取得情報に基づき予測的に推知すること、そして、その予測した情報を利用したり開示したりすることは、プライバシーの侵害に当たると考えられる⁽¹²¹⁾。

確かに、伝統的には、私領域へと侵入し平穏な私生活を送る利益を害すること、判断枠組みを変質させ平穏な社会生活を送る利益を害すること等に加えて、特定の個人情報をも本人の許可なく取得したり、目的外で利用したり、開示したりすることが、プライバシーの侵害に当たるとされてきた⁽¹²²⁾。これによると、本人が知られたくないものを知られないこと、利用されないこと、開示されないことがプライバシーの中身となり、AIにより知られている部分から本人が知られたくないものを予測されないこと、その予測の結果を利用されないことや開示されないことは、プライバシーの内容とならない⁽¹²³⁾。しかし、現在においてアルゴリズムによる個人情報の予測的推知が広まり、近い将来においてそれが

(120) ズボフ・前掲注⁽¹¹²⁾430頁以下。

(121) この点については、拙稿・前掲注⁽³¹⁾47頁以下も参照。

(122) このような整理の仕方について、窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』(有斐閣・2017年)526頁以下〔水野謙〕等。

(123) 栗田昌裕「民事裁判例におけるプライバシー」NBL1100号(2017年)43頁以下、窪田編・前掲注⁽¹²²⁾544頁〔水野謙〕等。

ますます拡張していくと予想されることに加えて、(1)で言及したとおり、それが人にもたらしうる脅威がさまざまな論者によりさまざまな形で指摘されていることを踏まえると、本人が知られたくないものを知られないこと、利用されないこと、開示されないことだけをプライバシーの中身とすることは適切さを欠く。こうした状況のもとでは、知られている部分から本人が知られたくないものを予測され、その結果を利用されたり開示されたりする場合であっても⁽¹²⁴⁾、これまでのさまざまな議論でプライバシーの中身とされてきたもの、すなわち、その人の自律的な生、人格的自律、社会的評価から自由な領域で評価を受けない利益、自己イメージのコントロール等は損なわれうるからである⁽¹²⁵⁾。

また、本人が知られたくないものが予測され、その結果が利用され、開示されたときには、当該本人に具体的な不利益が発生したかどうかにかかわらず、例えば、ある者がプロファイリングやそれに依拠したスコアリングの結果に基づいて契約の締結を拒否されたり不利益な契約の締

(124) 知られたくないものを開示されないことが法的保護に値する利益に該当するという判例の枠組みに従い(例えば、みだりに前科等に関わる事実を公表されないことについての法的保護に値する利益〔最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。〕、犯人情報および履歴情報を公表されない法的利益〔最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁。〕、少年保護事件に関する少年のプライバシーに属する情報を公表されない法的利益〔最判令和2年10月9日民集74巻7号1807頁。〕等がこれに当たる。)、かつ、知られたくないものを知られている部分から浮かび上がらせることも、知られたくないものを知られることと同様の法的評価を受けるという理解の仕方を前提とすれば、知られたくないものを知られている部分から予測した結果を開示されないことも法的保護に値する利益に該当するというべきである。

(125) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社・2017年)109頁以下、147頁以下〔初出・2015年〕、265頁以下〔初出・2016年〕、同「プロファイリング規制の現状」NBL1100号(2017年)24頁、同・前掲注36「憲法の基本原則」63頁以下、小塚・前掲注⁽¹⁰⁸⁾76頁以下、成原慧「データの世紀におけるプライバシー」法セ789号(2020年)70頁、宍戸常寿ほか編『AIと社会と法——パラダイムシフトは起きるか?』(有斐閣・2020年)316頁以下〔山本龍彦〕等。また、山本龍彦「自己情報コントロール権について」憲法研究4号(2019年)43頁以下も参照。

結を余儀なくされたりしたかどうかにかかわらず、プライバシーの侵害が認められるべきである。というのは、知られたくないものを予測され、その結果を利用され、開示された者は、これらの事実それ自体によって、具体的な不利益の有無にかかわりなくその自律的な生活を妨げられているからである。この点との関連では、従前の裁判例が、特定の個人情報の取得、利用、開示の各場面で、本人に具体的な不利益が生じたかどうかにかかわらずプライバシーの侵害を認めていることが参考になる⁽¹²⁶⁾。

(3) 情報の利用の次元に関わる法的課題における権利保障のあり方

次に、情報の利用の側面との関連で浮かび上がらせた問題については、民法のルールによらない規律を設けることで対応することも考えられる。市場原理により、差別的な判断を含むAIを用いている特定の金融取引等の提供者を排除したり、差別的な判断を含むAIを取り除いたりする法外の対応策⁽¹²⁷⁾、業法的なルールやソフトローにより、金融取引等の可否とその内容を判断するAIの利用を禁止したり、こうしたAIを利用する事業者等に対しシステム上の規制やガバナンスの規制を課したりする対応策⁽¹²⁸⁾、または、その対象を金融取引等の実行の場で用いられるAIに限定することなく、例えば、EUのAI規則案にみられるように⁽¹²⁹⁾、AIに含まれるリスクの程度に応じてさまざまな規制を設定する対応策等が想定される⁽¹³⁰⁾。しかし、現時点では、不適切なAIを用いる

⁽¹²⁶⁾ 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁を参照。この事案では、学籍番号、氏名、住所、電話番号を開示された原告らには、そのことに起因する具体的な不利益は生じていない。また、東京地判平成15年6月20日・前掲注⁽¹⁰⁰⁾は、B型肝炎ウイルス検査の無断実施によるプライバシーの侵害を認める一方で、応募者が不採用となったことについて不法行為の成立を否定しており、本人に具体的な不利益が生じたかどうかにかかわらずプライバシーの侵害を認める形になっている。

⁽¹²⁷⁾ 大屋・前掲注⁽¹¹⁸⁾「個人信用スコア」20頁。

⁽¹²⁸⁾ 森田＝山本＝渡邊・前掲注⁽¹⁰⁸⁾62頁以下。また、福岡編・前掲注⁽¹⁹⁾349頁以下〔片桐秀樹、山本俊之〕も参照。

金融取引等の提供者または差別的な判断を含むAIの市場原理による排除が適切に作用する保障はなく、また、後二者のような規制も存在しない。こうした状況のもとでは、また、仮にこれらの規制が設けられたとしても、それらが私人間の契約に関わる規律でない以上は、想定事例⑦や想定事例⑧のような紛争が生じた場合における私法上の規律のあり方をAIの時代における人の権利保障という視点から検討していくことは必要不可欠である。

ところで、AIと関係のない事案で差別的な契約締結の拒絶等が問題となった事例をみると⁽¹³¹⁾、公に開かれた財やサービスの提供に関わる契約、特にその取引の相手方が誰であるかという点が問題とされない財やサービスの提供に関わる契約に関しては、財やサービスの提供者が、これらの提供を受けようとする者の人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢、所属団体等に基づいて、契約の締結を拒絶したり、契約の内容を不利益に扱ったりすることは、差別的な取扱いを受けないという意味での人格権等を侵害するものとして不法行為に該当するとされ、そこでは、非財産的損害の賠償が認められている⁽¹³²⁾。その際、上記のような諸属性や状態等を直接的な理

(129) その概要について、岡田淳＝桑原秀明＝蔦大輔「AIに関するEU規則案の概要(上)(下)——日本におけるアプローチとの比較」NBL1201号(2021年)52頁以下、1202号68頁以下等。

(130) EU規則案では、許容することができないリスクを伴うため禁止されるAI、高いリスクをもたらすため一定の要件の充足が要求されるAI、限定的なリスクをもたらすため透明性の確保が必要になるAI、リスクがほとんどないAIが区別されている。

(131) この問題については、大村敦志『不法行為判例に学ぶ：社会と法の接点』(有斐閣・2011年)195頁以下、吉田克己『市場・人格と民法学』(北海道大学出版会・2012年)67頁以下、茂木明奈「性的マイノリティの平等処遇——静岡地浜松支判平成26年9月8日を契機として」白鷗23巻2号(2017年)117頁以下、城内明「判批」Watch24号(2019年)69頁以下等のほか、拙稿「不法行為法と人の法——多様性と共通性という視点から——」新美育文ほか編『不法行為法研究④』(成文堂・近刊予定)、同「不法行為法と人の法——実体と属性という視点から——」本誌掲載予定。

由とする不利益処遇のみならず、一見すると中立的であるものの差別的な効果をもたらす基準による間接的な不利益処遇も否定的に捉えられている⁽¹³³⁾。また、契約の締結に向けた交渉が開始され進捗したにもかかわらず、最終的に上記のような諸属性や状態等を理由に契約の締結が拒絶された場合には、いわゆる交渉挫折類型に関する判例の判断枠組みに従って⁽¹³⁴⁾、契約成立への正当な期待等の侵害を理由とする不法行為に

(132) 東京地判平成7年3月23日判時1531号53頁(外国籍であることを理由とするゴルフクラブ法人会員登録者の変更申請の拒絶。)、静岡地浜松支判平成11年10月12日判時1718号92頁(外国人であることを理由とする宝石店からの退店要求。)、札幌地判平成14年11月11日判時1806号84頁(外国人であることを理由とする公衆浴場の利用拒絶。控訴審の札幌高判平成16年9月16日平14(ネ)498号、平15(ネ)352号も同旨である。)、東京地判平成16年9月16日平15(ワ)14386号(外国人であることを理由とする飲食店からの退店要求と入店拒否。)、東京地判平成24年11月2日平24(ワ)6753号(精神障害者保健福祉手帳の交付を受けていることを理由とするインターネットカフェの入店拒絶。)、静岡地浜松支判平成26年9月8日判時2243号67頁(女性への性別変更の審判を受けた者に対するゴルフクラブへの入会拒絶。)、大阪地判平成29年8月25日判時2368号23頁(外国人であることを理由とする加盟店契約に関する無料資料送付サービスの拒絶。)。また、東京地判令和4年5月19日令1(ワ)16146号(女性であることを理由とする大学医学部の受験生への不利益な取扱い。共通義務確認請求について、東京地判令和2年3月6日判時2520号39頁。)、東京地判令和4年9月9日平31(ワ)7175号、平31(ワ)10285号、令1(ワ)34529号、令2(ワ)11817号(同上。共通義務確認請求について、東京地判令和3年9月17日令1(ワ)28088号。)。更に、国家賠償法に関わる事案であるが、神戸地判平成4年3月13日判時1414号26頁(筋ジストロフィーに罹患した入学志願者に対する入学不許可処分。ただし、教育を受ける権利の侵害が問題とされている。)、東京高判平成9年9月16日判タ986号206頁(同性愛者団体からの青年の家の利用申込みの不承認。ただし、宿泊利用権の侵害が問題とされている。原審は、東京地判平成6年3月30日判時1509号80頁である。)。なお、和歌山地判平成28年3月25日判時2322号95頁も参照(反捕鯨団体の設立者である外国人に対するクジラ博物館への入館拒絶。ただし、人種等を理由とする差別は否定され、情報取得行為の阻害が問題とされている。))。

(133) 茂木・前掲注⁽¹³¹⁾123頁以下。

基づく損害賠償が認められている⁽¹³⁵⁾。

これに対して、公に開かれていない財やサービスの提供に関わる契約、特にその取引の相手方が誰であるかという点が重要な意味を持つ財やサービスの提供に関わる契約に関しては、契約における相手方選択の自由と契約内容の自由を背景として、財やサービスの提供者が契約の相手方を選別したからといって、または、その相手方に応じて契約の内容に差を設けたからといって、直ちに不法行為が成立するものとはされていない⁽¹³⁶⁾。とはいえ、不法行為の成立が否定されるためには、選別や不利益な取扱いに関する目的の正当性と手段の適切性を審査して、相手方の選別や不利益な取扱いが合理的に正当化されるものでなければならない⁽¹³⁷⁾。例えば、外国人に対する住宅ローンについて永住資格があることを要件とする規定について、裁判例では、返済可能性等の観点からその正当性が説かれているものの⁽¹³⁸⁾、たとえ返済可能性を考慮するという目的が正当であるとしても、永住資格を有する者が海外に出国し資産を移してしまえば返済可能性が乏しくなることに変わりはないこ

(134) 最判昭和58年4月19日判時1082号47頁、最判昭和59年9月18日判時1137号51頁、最判平成19年2月27日判時1964号45頁等。筆者による交渉挫折類型に関する判例の整理として、拙稿「判批」池田眞朗ほか編『判例講義民法Ⅱ（新訂第3版）』（勁草書房・2023年）13頁以下。

(135) 大阪地判平成5年6月18日判時1468号122頁、京都地判平成19年10月2日平18(ワ)156号。いずれも外国人が外国籍であることを理由にマンションの賃貸借契約の締結を拒絶された事案である。同種の事案で国に対する損害賠償請求が棄却された事例として、大阪地判平成19年12月18日判時2000号79頁。

(136) 注(138)で引用する裁判例のほか、東京地判昭和56年9月9日判時1043号74頁(帰化外国人がゴルフクラブの入会を拒絶された事案でその閉鎖性を理由に損害賠償請求が棄却された事例。)、東京高判平成14年1月23日判時1773号34頁(在日韓国人が外国籍であることを理由にゴルフクラブの入会を拒絶された事案でその閉鎖性と不利益の限定性を理由に損害賠償請求が棄却された事例。)等。

(137) 吉田・前掲注(131)82頁以下、茂木・前掲注(131)124頁以下。

(138) 東京高判平成14年8月29日・前掲注(109)およびその原審である東京地判平成13年11月12日判時1789号96頁。

と等を踏まえると、永住資格の有無という画一的な基準を設定することは手段として適切であるとはいえず、上記の規定は正当化されないと考えられる⁽¹³⁹⁾。

こうした考え方によれば、想定事例⑦のように、一定の属性や状態等を直接的な基準とする場合だけでなく、想定事例⑧のように、プロファイリングやそれに依拠したスコアリングに基づく一定の属性や状態等の推測を基準とする場合であっても、金融取引等の提供者が、こうした基準を用いて、これらの提供を拒絶したり、その内容を不利益なものとしたりすることは、差別的な取扱いを受けないという意味での人格権等を侵害するものとして不法行為を構成する。もとより、一定の金融取引等はその相手方が誰であるかという点が重要な意味を持つが、そうであるとしても、相手方を選別したり、相手方が誰であるかに応じてその内容に差を設けたりするために、一定の属性や状態等の存在という画一的な基準を設定することは、手段として正当性を持つとはいえない。

とはいえ、このような構成だけに依拠すると、想定事例⑦と想定事例⑧で金融取引等の提供を拒絶されたり、その内容で不利益な取扱いを受けたりした者は、(2)で示したような理解の仕方前提としたプライバシーの侵害と差別的な取扱いを受けないという意味での人格権等の侵害を理由とする非財産的損害の賠償しか得ることができない可能性がでてくる。また、交渉挫折類型の判例の判断枠組みを応用することができる程度に取引の実現に向けた交渉が進捗していれば、交渉の進展を理由とする取引実現への正当な期待という権利の価値的な回復および実現のために、取引の実現に向けた交渉が行われなかった状態への回復という視点のみならず、場合によっては、交渉が進展した状態の実現という視点からの損害賠償額の算定があってよく、この見方によれば、理論的には取引が実現していれば得ることができたであろう利益の一部に相当する額の賠償が肯定されうる⁽¹⁴⁰⁾。しかし、こうした損害賠償額の算定方法

(139) 吉田・前掲注(130)82頁以下、茂木明奈「差別的理由による契約関連資料送付の拒否と民事責任(大阪地判平成29年8月25日判時2368号23頁)」白鷗26巻2号(2019年)329頁以下。

は、金融取引等の実行の場でAIが用いられる事案との関連ではほとんど機能しないと考えられる。というのは、この事案では、通常その交渉が進展する前の入り口の段階でAIにより相手方の選別がされるため、取引等の提供を拒否された者において交渉の進展を理由とする取引実現への正当な期待が形成されるという事態を想定することは困難だからである。

しかし、ある者に取引の実現または一定の内容を持つ取引の成立への正当な期待が形成されるのは、そのための交渉が進捗した場面に限られないのではないのか。公に開かれた財やサービスの提供に関わる契約、特にその取引の相手方が誰であるかという点が問われない財やサービスの提供に関わる契約が問題となる場合においては、また、そうでなくても、公に開かれていない財やサービスの提供者がその取引の相手方が誰であるかを問題にしないかのような状況を作り出している場合においては、これらの財やサービスの提供を受けようとする者には、誰であってもそれらに関する契約を締結することができるという合理的な期待や、誰であっても理由なく不利益を受けない形で契約を締結することができるという合理的な期待が生ずるはずである。それにもかかわらず、財やサービスの提供者がこうした期待を裏切り、契約の締結を拒絶したり、その内容において不利益な取扱いをしたりした場合には、正当な期待の侵害を理由とする不法行為の成立を介して⁽¹⁴¹⁾、これらの財やサービスを受けようとする者に一定の契約の成立を通じて獲得しようとした利益が存在したことを条件に、契約が締結されていれば、または、不利益でない契約が実現していれば得ることができたであろう利益の全てに相当する額の損害賠償は認められないとしても、その一部に相当する額の損害賠償が認められるべきである⁽¹⁴²⁾。

プロファイリングやそれに依拠したスコアリング等が普及すると、それらが用いられていない場面と比べてより広範囲にわたり一定の属性や

⁽¹⁴⁰⁾ この点については、文献および判例と裁判例の所在も含めて、拙稿「取引的不法行為と純粋経済損失の算定基準・補論——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——」筑波ロー31号(2021年)42頁以下。

状態等を理由とする不利益処遇がされる可能性がある。こうした危険性が現実的に危惧されている状況のもとでは、上記のような事情が存在していることを条件として、取引の成立または不合理な不利益を受けない形で取引の実現に対する正当な期待が生じうることを正面から認め、その保護を図っていくことが求められる。もとより、一定の金融取引等では、その相手方が誰であるかという点が重要な意味を持つ。そのため、金融取引等の提供を受けようとする者について、誰であってもこれらにアクセスすることができるがゆえに自分もこれらの提供を受けることができるという正当な期待が生ずることを簡単に認めることはできない。とはいえ、金融取引等の提供者が、その取引の相手方が誰であるか

(141) この点については、大阪地判平成29年8月25日・前掲注⁽¹³²⁾が参考になる。同判決は、Yがその募集する加盟店契約に関する無料の資料請求サービスとの関連でXが外国籍であることを理由にXへの資料送付を拒絶した事案で、Yが一般公衆に対し請求しさえすれば誰であっても資料送付を受けられるとの合理的期待を抱くような状況を作り出していたことをあげ、請求者の属性のみを理由に合理的な根拠なく資料送付を拒否することが請求者の合理的期待を裏切り人格権を侵害するものとして不法行為に該当するとしている。この判決では、人格権侵害だけでなく合理的期待の侵害が措定され、後者の構成により、契約交渉の初期段階においても差別的な契約締結の拒絶が不法行為を構成するという結論が導かれている（この点については、茂木・前掲注⁽¹³⁹⁾327頁を参照。）。

(142) これは、最決平成16年8月30日民集58巻6号1763頁およびその原審と原々審である東京高決平成16年8月11日金判1199号3頁と東京地決平成16年7月27日金判1199号9頁ならびに東京地判平成18年2月13日判時1928号3頁をめぐる学理的な議論の中で強調された視点でもある。中山裕介「独占交渉権の有用性と限界——UFJグループ統合交渉差止仮処分事件をめぐって——」金法1729号(2005年)62頁、畑郁夫「最近の大型企業統合(M&A)紛争を巡る法的諸問題について——住友信託 vs. UFJ経営統合交渉破綻仮処分事件に即して——」民商132巻1号(2005年)32頁以下、松本恒雄「M&A基本合意書の拘束力と損害賠償の範囲」金判1238号(2006年)5頁、中東正文「積極的な法創造を」金判1238号(2006年)9頁、同「判批」野村修也ほか編『M&A判例の分析と展開』(経済法令研究会・2007年)224頁等。また、吉川吉樹「判批」判評575号(2007年)4頁の分析も参照。

を問題にしないかのような状況を作り出すことはありうる。また、その取引の相手方が誰であるかが基本的には問題とならない金融取引等も存在する。こうしたときには、AIの判断により不合理な形で金融取引等の提供を拒絶されたり、不利益な内容の取引等を強いられたりした者には、諸状況に照らして、これらの提供を受けること、または、それらの内容につき理由なく不利益を受けないことへの正当な期待が生ずることを認めうるのではないかと思われる。

以上のように、情報の利用の次元に関わる法的課題との関連では、AIによって推測された特定のセグメントに属することを理由に差別的な取扱いを受けないという意味での人格権、および、場合によって、AIによって推測された特定のセグメントを捨象した契約の締結や不当でない契約への合理的な期待の保護が図られなければならない。そして、GDPRでみられるような、プロファイリング等の自動化された判断のみに基づいた決定に服さない権利は⁽¹⁴³⁾、現時点では明確な形で肯定されていないものの、その内容を現在の法状況に即して、かつ、私法上の権利として再構成すれば、上記のような二つの権利として具体化されうると考えられる。

(2)および(3)における検討によれば、金融取引等の実行の場でAIが用いられるという状況が普及した場合には、AIと関係のない事案を通じてこれまで認められてきた諸法理による権利保障を強化すること、より具体的にいえば、プライバシー、差別的な取扱いを受けないという意味での人格権、取引の成立や不利益でない取引の実現への正当な期待といった権利を鍛えていくことが必要となる。そして、こうして鍛えられた権利は、全ての人が自らの意思に基づいて差別を受けることなく自己に適した金融取引等にアクセスすることができることというSDGsの目標の達成に向けた重要な基盤となる。

⁽¹⁴³⁾ 山本・前掲注⁽¹²⁵⁾「プライバシー」271頁以下〔初出・2016年〕、同・前掲注⁽³⁶⁾「ロボット・AI」88頁以下等。

おわりに

AIを用いた金融取引等の実行は、誰ひとり取り残さない形で、また、それぞれの人に適した形で、市民を金融取引等に包摂することというSDGsの目的を達成するための手法として有用である。もっとも、そのためには、自己決定と非差別を前提とした金融取引等への包摂とパーソナライズドの基盤となる私法上の権利保障のあり方が問われなければならない。一方で、金融取引等の開始またはそれ以前の段階で、すなわち、これらの勧誘や契約締結過程の一定の段階で、これらの提供者にその遵守が求められている義務や行為規範の履行手段としてAIが用いられる場合には、AIと関係のない事案を通じて形成された諸法理を適用することにより、これらの提供を受けようとする者の権利、例えば、自己決定ないし意思決定の権利、財産権、人格権、生存権等は十分に保障される。他方で、金融取引等の提供の可否およびこれらの内容を判断するためにAIが用いられる場合には、AIは、その学習性や不透明性といった特性のために、差別的かつ非人間的な帰結を生じさせ、その結果、SDGsの各目標や各ターゲットの達成を妨げる可能性を持つ。しかし、AIと関係のない事案を通じて形成された諸法理により認められてきた権利の内容を問い直し、特に、プライバシー、差別的な取扱いを受けないという意味での人格権、取引の成立や不利益でない取引の実現への正当な期待といった権利を鍛えていくことで、つまり、人の自律的な生に関わる権利をAIの時代に即しつつ再構成していくことで、こうした問題を回避することは可能である。そして、これらの鍛えられた権利は、誰ひとり取り残さない形で自己決定と非差別を前提とした金融取引等への包摂を実現するために必要不可欠な基盤となり、これらの権利保障を介して、SDGsの各目標や各ターゲットに反する結果が予防され、それが生じた場合の事後的救済が図られる。

AIを用いた金融取引等との関連では、なお解決されなければならない法的課題は存在する。I 1(3)で示したいくつかの問題は、その代表的な例である。特に、AIを用いた金融取引等の実行とAIを利用したそれらの規制手段それ自体を法的に分析し、民法法理により基礎づけていく

ことは、これらを普及させていくうえで、また、SDGsの各目標と各ターゲットの達成に向けた前提条件を構築するという意味でも、喫緊の課題となる。

〔付記〕

本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「現代における「人の法」の構想——民事責任法の諸問題を起点として——」(課題番号20K01388)、トヨタ財団・特定課題「健全な資本市場形成のための不正会計検知AIモデルの実用化——会計学・法学・統計学の3領域に実務家の視点を加えた融合研究」(助成番号D20-ST-0009)による研究成果の一部である。