

村田 陸 (東京大学大学院法学政治学研究科総合法政専攻・博士課程2年)

1 DADC と法学的世界仮説の共鳴

共同調査研究「デジタル・アーキテクチャと法」は、社会生活におけるデジタル空間の拡大を背景とし、それに対応するためのアーキテクチャ・レベルでの再設計という課題設定のもと、立ち上がったものとして理解している。とりわけ、DADC 側が提示している基本的な問題図式は、次のようなものである。すなわち、①社会・経済生活におけるデジタル領域の拡大という社会変動に伴い、従来の法システムでは包摂しきれない種々の規制・手続問題が生じている。②これらは法的応答を必要としているが、個別の法的応答だけでなく、アーキテクチャ・レベルでの再設計こそ肝要である。③アーキテクチャ・レベルでの再設計に際しては、技術的な面だけでなく、ヒトの幸福その他の社会的利益についての〈人文的な〉知を持ち寄る必要がある。④設計段階で優れた思想と方法論を盛り込むことによって、フィジカル空間とサイバー空間が高度に協働してヒトの生活を発展させるような、Society 5.0 の実現を目指す。

以上のような DADC の図式は、法律家や法学者の思考の基底にあるパースペクティヴに通底するものがある。またそれゆえに、こうした問題意識は我々にとって共鳴しやすいものである。古くは「その時代に感知された必要」への不断の応答による法の進化を説いた O. W. Holmes のいわゆる進化論的プラグマティズム、法社会学の泰斗 E. Ehrlich が説いた法発展と社会発展の内的な因果関係、R. Pound に端を発する〈社会工学としての法〉やその正統な後継ともいえる Law & Society パラダイム、M. Weber 的な〈法の再実質化〉すなわち実質的合理性を重視する法形態の拡大を法発展の目指すべき方向として位置付けた P. Nonet と P. Selznick の応答的法の構想、今日的な例で言えば、G. Teubner による自省的法——それは法システム固有の作動を堅持しつつ、社会変動その他の環境圧力に対する参照

弁を持ち、法システム＝環境間の相互作用の中で進化してゆく——のモデル、B. Z. Tamanaha のリアリスティックな社会学的法学。これらの〈著名な〉法律家・法理論家たちのパースペクティヴは、今日の我々の法学的世界仮説の基盤の一部となっており、DADC の問題意識は、こうした法学的世界仮説に率直に訴えかけるものだと言える。

他方で、こうした法学的世界仮説は、常に法学内部の——いくぶん皮肉な色彩を帯びた——批判に繰り返さらされてきた。これらの批判のいくつかは我々が内面化しているところの世界仮説を根底から揺さぶることで学問的な反省を促し、またいくつかは注目をさほど集めることもなくフェイド・アウトしたが、概して、世界仮説を覆すほどの威力は持っていなかった。とはいえ、それらの批判は、我々がそうした法学的世界仮説に立って物事を考える際に留意すべき理論的問題という形で、今日まで遺産を残している。本稿では、筆者の研究テーマである法進化論の視角から、共同調査研究「デジタル・アーキテクチャと法」を貫く法発展論的・法進化論的仮説を抽出し、それらに対する批判を瞥見することによって、Society 5.0 に向かう社会の大変動とそれに対する法的応答という問題に我々がアプローチする際に留意すべきポイントを提示しようと試みる。

2 「デジタル・アーキテクチャと法」の法発展論的・法進化論的仮説

DADC の側が比較的明確でまとまったコンセプトを打ち出しているのに対し、本研究科の側は、現時点ではまとまったコンセプトを有しているとは言い難く、むしろ幅広い課題を検討の俎上にあげてを目的として、目の粗い問題設定にとどめている。したがって、本研究科側がどのような法発展論的・法進化論的仮説を持っているかについては現時点では一概に断定できないし、そもそも参与する研究者たちの間で見解が一致しない部分も多くあるものと

思われる。とはいえ、以下に示すようないくつかの法発展論的・法進化論的仮説は、多かれ少なかれ DADC と本研究科の研究者たちが共通認識として持っているものであろう。

(1) 段階的發展説

まず、特に DADC 側の問題設定の中に色濃く見られる仮説として、段階的發展説がある。Society 5.0 の実現を目指すという組織目的は、狩猟社会 (Society 1.0) → 農耕社会 (Society 2.0) → 工業社会 (Society 3.0) → 情報社会 (Society 4.0) という段階的發展を想定し、それに続く第五段階として、「フィジカル空間とサイバー空間が高度に融合した人間中心の社会」を位置づけるものである。

他方、段階的發展説は、法学にも深く根を下ろしている。20 世紀を代表するイギリスの法史学者 P. Stein が資料研究によって実証したところ (LEGAL EVOLUTION、1980) によれば、段階的發展説は 18 世紀のスコットランド啓蒙思想に端を発し、その後 19 世紀にかけて社会進化論と法進化論という二つの思想的潮流の主要テーゼとして人口に膾炙した。段階的發展説によれば、社会や法の発展には予定された段階があり、そうした径路に沿って社会進化・法進化が進むことが自然であり、規範的にも望ましい。古典的な段階的發展説においては、諸段階をステップアップしてゆき最終的に行き着く先が一つであるとする収斂説・流出説がとられがちであった。収斂説の典型的な例は G. W. F. Hegel と K. Marx であり、前者が〈世界精神〉の発展段階説を、後者が下部構造 (= 生産構造) の段階的發展に伴う上部構造 (法や制度) の段階的發展を説いたことは有名である。19 世紀から 20 世紀初頭にかけての社会理論や法理論は、C. Darwin の生物学的進化論や H. Spencer の社会進化論、さらにはある種の〈時代精神〉ともいえる進歩思想を反映し、多くの段階的發展説を生み出した。今日の法人類学に古典的基礎を提供している J. Kohler や H. S. Maine の法史学、日本法学黎明期を担った穂積陳重・重遠の法進化論や牧野英一の法理学、あるいは収斂説へのカウンターとして文化相対主義的な立場を採り、現在では法社会学の古典として不動の地位を確立している Weber の法発展論などは、いずれもこのパラダイムの上にある。

もちろん、現代においても、段階的發展論の系譜は健在である。Nonet と Selznick による LAW AND SOCIETY IN TRANSITION (1978) や、Habermas の THEORIE DES KOMMUNIKATIVEN HANDELNS (1981)、のような新古典、わが国の例で言えば川島武宜や碧海純一の法発展論、近い例で言えば、Teubner や Tamanaha といった現代法学の重鎮にも、段階的發展説の図式が見られる。法進化説の中でも最古の歴史を持つ段階的發展説は、我々が高度に内面化している世界仮説の一つであろう。

(2) 適応説

次に、適応説がある。適応説によれば、法は社会その他の外部環境への適応の結果として現状の形態を採っている。適応説的な説明は、近代の揺籃期にすでに、自然法学の中で展開されていた。最初に洗練された表現で適応説を唱えた功績は、S. Pufendorf に帰せられている。しかし、それ以前から、たとえば T. Hobbes の社会契約論的な説明の中に、状況への適応としての法的状態の発生と発展という説明図式 (ただしそれは事実問題ではなく権利問題を扱っているのだが) が見られることは周知のとおりである。より明確に法学のプログラムの中に適応説を組み込んだのは、ドイツ歴史法学の祖 F. Savigny である。法をいわゆる〈民族精神〉の発露と捉える Savigny の法理論は、その後続く〈法 = 自生的秩序〉説や〈社会秩序 = 自生的秩序〉説の展開に強烈なインスピレーションを与え、今日まで影響を残している。適応説はとくに、コモン・ロー圏において支持され、深く根を下ろした。アメリカ法理学には今なお、立法によるデザイン・プロセスとコモン・ロー (裁判所) による進化論的適応プロセスのどちらがより優秀か、という問題設定が存在する。しかしそこでの議論動向を注意深く見れば、対立する両陣営がいずれも、どちらが優れた適応能力を示すか、という問題設定の上であり、適応説へのコミットメントが共有されていることは明らかであろう。

最も素朴な直観として、我々は現状の法を、法の外部環境の現状の反映であると考え。だからこそ、環境の変化・社会変動に際しては、法もまた当然にその形態・機能を変化させるものだと考える。こうした適応説は、法の形態・機能についての因果的説

明を志す多くの著作・論文において暗黙の裡に前提され、傑出した知の巨人たちが展開する魅力的な因果的説明の数々——Savigny、R. Jhering、Marx、Ehrlich、E. Durkheim、Weber、Pound、川島武宜、西村稔、上山安敏、河上倫逸、R. A. Posner、その他——を通じて定着してきた。適応説はさらに、次に紹介する応答説とも密接に関連している。

(3) 応答説

すぐ上の適応説の説明で、我々は社会変動に際して法が変化することを自明の理と考えていると述べた。しかし、ごく一部の例外を除いて、適応説は単に社会と法の共進化を主張するだけにとどまらず、より積極的に、法は社会的ニーズに応答してゆくものである（記述的な応答説）、あるいは応答してゆくべきである（規範的な応答説）と説きがちである。古典的には、Jhering の〈目的のための手段としての法〉、Holmes 由来のプラグマティズム法学、Pound が提唱した〈社会工学としての法〉ないし〈社会統制の技術としての法〉、Pound の影響のもと同様の趣旨を説いた J. Stone の機能主義的法理論の他、わが国において〈社会統制（統合）の道具としての法〉というプログラムを推進しようと試みた川島武宜、碧海純一らの経験法学がその典型例である。また、現代でも、Nonet & Selznick 1978 を典型例とするいわゆるバークレイ・パースペクティブの系譜（Teubner もこの系列にカウントしてよいであろう）や、目的法学・プラグマティズム法学の復権を声高に唱える Tamanaha の法理論などが典型例を提供する。

もっとも、応答説は、これらの理論で——大袈裟に——唱えられるまでもないほど、法律家・法学者の内面に浸透・沈殿しているものであるように思われる。かつては文理解釈を旨とするパンデクテン法学や分析法学の傾向を戯画的に〈概念法学〉と揶揄する向きもあったが、過去においても現代においても、学派・方法論の如何に拘らず、法実務・法学的研究はなんらかのニーズ応答性を志向したものであるという評価が、今日では一般的であろう。多少誇張した言い方をすれば、少なくとも Bartolus まで遡ることができる法プラグマティズムの DNA が、途切れることなく今日まで、法律家・法学者の内面に受け継がれている。

社会が変動を経験し法に対するニーズが変化する可能性があるならば、法は当然それに応答しなければならない（そうであることが自然なパターンであるという記述的な意味と、そうあるべきだという規範的な意味の両方で）。このように考えるのは法律家・法学者にとっての自然な推論であるし、このような応答説を内面化していない法律家・法学者は、社会的に見て文字通り「役に立たない」ものと見做されたとしても不自然ではない。実際我々は、デジタル化の拡大という社会変動によって生じる様々な問題に対して法が応答を迫られているという DADC の問題意識に特段の違和感を抱くことなく共鳴できるし、具体的に生じうる法的問題を抽出し法的応答の可能性と限界を探るという作業を、法学にとって当然の課題として受け止めている。

3 発展論的・進化論的仮説への批判の遺産

以上に挙げた三つの発展論的・進化論的仮説は、その長い歴史の中で、多くの批判を招いてきた。批判の性質は、政治的なもの、学問的なもの、実践的なもの、純理論的なものなど、多岐にわたる。また、とりわけ生物学的進化へのアナロジーを含んでいる概念（例えば、適応 adaptation）の使用をめぐるのは、本家本元の生物学から、その粗略な使用方法に苦言が呈されることも少なくない。その全容を扱うことは困難であるし、本稿の趣旨に照らして有意義でもないと思われるため、以下では、本共同調査研究に対して示唆をもちうる限りで、三つの仮説に対する批判と、その遺産、すなわちそこから得られる教訓を提示する。

(1) 段階的發展説への批判とその遺産

段階的發展説に対する理論的批判は、歴史を眺めたときに後知恵的に段階のようなものが観察可能であるという可能性についてまで排除するものではない。換言すれば、歴史を段階説的に整理するという方法そのものについては、さしあたり有力な批判は提起されてこなかった。批判が集中したのは、多くの段階的發展説が同時に主張したところの、収斂説・流出説である。今日では段階的發展説は、収斂説的な色彩を帯びるや否や、学問的な仮説としては失格の烙印を押されるのが通例であろう。

収斂説の問題点は、早くから人類学や社会学にお

いて指摘されてきた。その多くは、文化相対主義的な立場からなされたものであった。そうした批判は、経験的実証を尽くすことによって、発展径路が多様でありうることを証明しようとした。しかし実のところ、仮説としてみた場合、最終的にすべての社会がたどり着くような発展の最終的ゴールがあるか否かという問題は、検証不可能である。もっとも、収斂説に対してなされた批判は、学問的仮説としての怪しさに尽きるものではない。

収斂説への別の批判によれば、収斂説に立つ段階的發展説は、通例、すでに経験された歴史を何らかの發展法則に照らして段階化し、その上で未来の發展段階をも構想しようとする。こうした法則志向は、歴史の偶然性、すなわち、ある時点から先にどのような可能性が選択されるかということは、過去の歴史によって因果的に拘束されているわけではなく、未来はいかようにも〈別様でありうる〉ということを過小評価してしまっている。

段階的發展論の強みは、過去の経緯に照らして現在と未来を把握し、とりわけ未来のビジョンを示すことができる（より正確には、そのような外観を与えることができる）という点にある。しかし、そうして類推的に得られた未来へのビジョンは、ありうる様々なシナリオの一つに過ぎない。別なシナリオが現実化することは常にありうるし、ある視角からは想定通りのシナリオが進行しているように見えても、別の視角から、あるいはより広い（またはより狭い）視野から見れば、別様のシナリオが進行しているということがある。〈別様でありうること〉を過小評価することで、想定されたビジョンへの注意集中が強まり、こうした別様の可能性に対して盲目になってしまう危険性がある。

共同調査研究「デジタル・アーキテクチャと法」は、Society 5.0 という近未来社会を想定して立ち上がったものである。しかし、未来は別様でもありうる。また、Society 5.0 が半ば実現しているかに見えるときでも、視角を変えればそれは別様の展開を見せている可能性がある。おそらく、今現に生じている諸問題への単発的な対応をしているぶんには、このことはさほど重要な問題とはなりえない。しかし、アーキテクチャ・レベルでの社会の再設計という、時間的にもスケールのにも大きな課題が視野に入ってくる場合には、上述の批判から得られた

教訓は無視できないものである。

(2) 適応説への批判とその遺産

適応説に対する最も鋭く激しい批判は、適応説が最も浸透したコモン・ロー法学の胎内から生まれ出た。コモン・ローの伝統法学においては、判例の蓄積による法理の形成は、立法における法制定とは異なり、漸進的・自生的な成長プロセスをたどるものであり、それゆえに、様々な問題状況・ニーズ・変化に対して適応的であるとされた。そのため、法曹教育においても、種々の法理の形成は社会への適応という因果関係によって説明されたし、現在でもコモン・ローの変容を効率化に向けた進化としてモデル化する〈法と経済学〉パラダイムをはじめとして、そうした説明図式は維持されている。

こうしたスタンダードな説明図式は、法律家・法学者に膾炙する基本的ドクトリンの抜本的な再検討をプログラムとして掲げる批判法学運動の中で、痛烈に批判された。中でも R. Gordon や D. Kennedy が展開した適応説批判は、今日でもその意義を失っていない。

Gordon や Kennedy による適応説批判の要点は次のようなものである。すなわち、コモン・ローは様々な点で社会全体には不適応である。しかし、コモン・ロー圏の伝統法学は、19世紀から20世紀にかけて劇的な社会進歩が起こったこと、その際に少なくともコモン・ローが阻害要因にはならなかったことを論拠に、コモン・ローが社会進歩にとって適応的なものだと言っている。そこでは、後に Teubner が Gordon 説を要約した際に使った表現を借りれば、「事実上の発展が機能的必然性に読み替えられている」のであり、虚偽がある。なぜそのような虚偽が好まれるのかと言えば、社会と法を二元的なものとして捉えた上で、社会の動向が先にあり、法がそれに適応してゆくという図式を維持することによって、法そのものが持っている政治性を覆い隠すことができ、結果的に〈法の政治的中立性神話〉を保ちつつ、法の道具的有能さを主張することができるからである。

特に主張の後半部分は、多少強引でアクロバットな感がないではない。しかし、Gordon らによる適応説批判は、少なくとも Maine にまで遡ることができる適応説的図式、すなわち、〈社会変化の後を

追って適応する法〉という図式の急所を、鋭く突いている。その急所とは、適応説が、社会から法への影響・作用を強調する一方で、法から社会への働きかけを過小評価しているという点にある。法はそれ自体、社会変化の要因となりうるファクターの一つであり、特に現代社会においては、大きなファクターの一つである。適応説に立てば、同性婚問題について同性婚容認の社会的気運が高まり、その結果同性婚容認の司法判断が下された場合、それは法が社会に適応した例であるように見える。しかし、そのように司法判断が下ったことそれ自体が、その後の社会の動向を決定づける重大なファクターであるということがありうる。Gordon らが批判した適応説は、この可能性について沈黙することで、法が社会にもたらす作用の大きさを等閑視してしまう。

適応説批判が残した教訓は、本共同調査研究においても有意義であろう。デジタル化の拡大という大きな社会変動の中で、この先なされる法的対応それ自体が、社会変動にとって大きな影響を持つファクターでありうる。そうであるとすれば、いかにして Society 5.0 に適応的な法形態を生み出すかという課題に取り組みつつも、新たな法形態がもたらす影響についての社会学的想像力を働かせることが肝要であろう。

(3) 応答説への批判とその遺産

応答説への批判は、応答説が経験した二度の隆盛期、すなわち、自由法論・社会学的法学が台頭した 20 世紀前葉と、いわゆる〈法の再実質化〉を志向する応答的法パラダイムや自省的法パラダイムが台頭した 20 世紀後葉に集中的に提起されている。ここでは特に、二度目の隆盛期に提起された批判を取り上げたい。この時期に提起された応答説批判の主要テーゼは、法をニーズ応答的なものと見做し、特に社会生活における種々の実質的ニーズに対して応答可能であり応答すべきものと見做す素朴な応答説は、法的規制拡大という政治的企図にとっての常套手段である、というものであった（つまり、イデオロギー性批判と介入主義批判の合わせ技である）。

たとえば E. Blankenburg は、Nonet & Selznick が提起した法発展の理想的方向としての応答的法の構想や Teubner の自省的法モデルが、社会生活の中の本来であれば法システムが介入する必要のない

領域にまでニーズを見出し、介入的な法的規制を生活の隅々まで拡大してゆく可能性に対して鈍感であると批判した。この時期は〈法化〉や〈司法化〉をめぐる問題意識が先鋭化した時期でもあり、特に J. Habermas が言うところの〈生活世界の植民地化〉という問題設定に引き付けて、社会の様々な自律的領域と法的介入との摩擦・衝突を、法システムの無節操な拡大に帰責するという論法が散見された。もっとも、視線を日本に転じてみれば、こうした法化・司法化・法過剰をめぐる一連の議論は、むしろ日本における法過少をハイライトする形で輸入され、司法制度改革へつながる議論に基盤を提供した（その意味で、日本の法学は応答説批判を経験し損ねたと言ってもよいかもしれない）。

如上の応答説批判が現在どの程度アクチュアリティを持っているかについては、評価が分かれるところであろう。応答説をめぐる論争は、もしかすると過渡期の論争、つまり、法システムの拡大傾向はみられるけれども、法システムと他の社会的サブシステムとの浸透がまだ十分に進んでおらず、法システムの固有の論理や方法論が他の諸領域にとって異質なものであり、場合によっては有害なものになっているという状況に起因する論争であったと見ることも可能である。そうした視角に立てば、過渡期を超えた現在は、社会生活のあらゆる領域に薄まった、あるいは〈解毒され、毒牙を抜かれた〉法システムが混ざりこんでいる状態であり、応答説が持つ危険性はほとんど消滅したものということになるだろう。他方、そうした見方は、法システム固有の権力性や暴力性を強調する視角からすると、あまりにも楽観的に過ぎるということになるかもしれない。

本共同調査研究が扱うテーマの一翼は、「アーキテクチャ」である。少なくとも DADC の意図としては、デジタルに関連した様々な分野の包括的・効率的なアーキテクチャ・デザインが目指されている。その際、法の可能性と限界についての適切な評価に失敗し、法の解決能力への過大評価や強制装置としての法の威力の過小評価が、社会内の様々なサブシステムに対する予期せぬ被害をもたらす可能性はある。応答説批判は、応答説に内在する、法への素朴な楽観主義や法という道具の有能さへの素朴な信頼に対して、警戒を怠るな、という教訓を残している。

4 結びに

法学は発展論的・進化論的仮説なしには立ち行かない。発展論的・進化論的仮説にコミットするということはかつて Pound や B. N. Cardozo が指摘したように、法に寄せられる安定化と変化性という二つの相矛盾した要請に応えるための実践的に有用な方法論の一つである。また、法学の課題の基本的性質、すなわち、現に起こりつつある諸問題とこれから起こるであろう諸問題のいずれに対しても目配りせざるを得ないという性質、あるいは現在と未来という不確定性に直面しながら、それなりに確からしい論拠のある法律論を展開しなくてはならないという性

質、からしても、発展論的・進化論的仮説は手放しがたいものである。

本稿で検討した三つの仮説は、いずれも法学にとって欠くべからざる基本的な世界仮説である。しかし、その批判者たちが懸念するように、それは危険な仮説でもある。これらの仮説がもたらす危険は、いわば自然な発想・自然な推論のうちに潜む罠である。「デジタル・アーキテクチャと法」という大きなテーマに取り組むにあたっては、我々が共有する基本的な世界仮説にどのような罠が仕掛けられているかを、折に触れて精査すること、より一般的に言えば、法律家・法学者の自己理解の作業が必要であろう。筆者の研究がその一助となれば幸いである。