

〈若手研究者によるコラム〉

法学者と非法学者との間のコミュニケーションをめぐって
——共同調査研究での取り組みの参与観察

澤出 成意人(さわで・ないと) 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1年

1 「共鳴」の内実へ

昨年の本共同調査研究報告書で村田陸氏は、DADC 側の基本的な問題意識は法律家・法学者が内面化している基本的な視点(「法学的世界仮説」と共鳴しやすいものであるとしている(村田陸「社会変動への法的応答」パラダイムと法進化説)『デジタル・アーキテクチャと法に係る共同調査研究』報告書(2022年度)〔東京大学大学院法学政治学研究科、2023年〕85頁)。この「共鳴」というのは比喩の域を出ないものであるが、まさに比喩であるがゆえに、同時に非常に含蓄のある言葉である。

少し迂遠だが、物理現象としての共鳴を出発点にして考えてみる。よく知られている共鳴現象の代表例と言えば、音叉による共鳴であろう。同一の固有振動数を持つ音叉を並べ、一方の音叉を鳴らすと他方の音叉も鳴る、この現象が共鳴である。そして両方の音叉から発される音波により合成波が形成され、結果的に大きな音が聞こえるようになる。一方の音叉が鳴っていて片方の音叉が鳴っていない場合、共鳴が生じるのは両方の音叉が同じ固有振動数を持つときだけである。しかしある一定の条件においては、異なる固有振動数を持つ音叉が同時に鳴る時に共鳴現象が観察される。

いずれの場合にせよここで重要なのは、共鳴が発生した後にいずれかの音叉の固有振動数が異なれば、その共鳴は減衰する、ということである。同じことは、いわゆる「学際研究」と称される共同研究にも当てはまるように思われる。その意味で本共同調査研究もまた「減衰」の可能性を排除することはできない。そこで、本共同調査研究で観察される「共鳴」が、表層的・一時的なもの、あるいは形式的なものに終始しないために、法学側から何ができるかを考えていく必要はないだろうか。

幸いにして筆者は、本共同調査研究に直接的・間接的に関わる2つの機会に参加することができた。第1は、本共同調査研究のメンバーである法学部教員が実施し、かつDADCの職員数人が参加している演習授業である。これは、2023年度ではSセメスター・Aセメスターに1つずつ開講された。そして筆者はそのいずれも受講した。これらの授業の内外を通じて、DADC職員と交流する機会を得られた。第2は、2023年度から本共同調査研究で設置・実施されている分科会——ガバナンス分科会、データ連携・利活用分科会、そして契約決済・事故紛争分科会の3つが2023年度現在設置されている——である。この分科会は、全体の勉強会に加えてトピックに特化したものである。このうち、筆者はRAとしてデータ連携・利活用分科会の議事録を作成している。そのため、そこでの質疑も観察することができる(「業務」として観察しなければならない!)立場にある。そしてもちろん、データ連携・利活用分科会(以下、「当該分科会」と記すこともある)における報告に対するDADC側の反応も観察可能である。

上記2つの機会において、いわば参与観察者として、法学者とDADC職員——彼らのうち筆者が面識をもった者はほとんどが理学部・工学部・文学部などの非法学部出身であり、その意味で法学的な前提を共有していない——の間のコミュニケーションを(部分的にせよ)観察することができた。この経験を活かし、また如上の問題意識

を念頭におき、本稿では主にデータ連携・利活用分科会の活動を題材にして、法学者と非法学者のコミュニケーションを考えてみたい。

2 コミュニケーション空間としての分科会の社会学的観察

(1) DADC 側から提示された課題

本共同調査研究での取り組みは、DADC 側から提示された諸問題に対して法的な論点を抽出し応答する、という構図が基本となっている。3つの分科会では、このような問題に関する本共同調査研究の内外の法学者の報告を通じて議論を行う、という形をとっている。

本稿が取り上げる活動の場面も、その一齣に他ならない。具体的には、欧州で取り組まれている、強力なデータ規制を可能にするようなデータ法案(Data Act)や、電池規制によりデータ保持者が有するデータ開示義務等を取り上げながら、電池の劣化度(Health of State)などの動的なデータの取り扱いが容易ではないという問題意識が、DADC 側から提示された。例えば IoT を用いる場合に、直接的な操作の記録・データはその使用者のものとするのが自然である一方、IoT そのものを動かす内部動作に関するデータは使用者の意図とは関係なく集積されるものであるために使用者のものとは言い難い。しかしながら両者は全体のシステムとしては未分離の状態で連動している。そこで、どこからどこまでのデータが使用者のものであり、メーカーのものであるのか、という問題が DADC 側から提示されたのである。

(2) (私)法学者からの応答

2023 年 9 月下旬から開始したデータ連携・利活用分科会は、上記の DADC 側から提示された問題を、より一般的にデータの帰属・所有という問題と構成した上で、知的財産法を専門とする田村善之教授、民法を専門とする高秀成准教授(大阪大学)が、報告という形でそれぞれ応答を行った。両者の報告は密接に関わるものであった。

田村教授は、DADC 側から提示された問題が事業者側の営業秘密とそれなりに関連するものと捉えた上で、現行の不正競争防止法による営業秘密の不正利用行為規制を題材にした報告をされた。具体的には、当該規制における請求権者について詳細に分析された。現行法では、不正競争によって営業上の利益を侵害された者が、その侵害の差止請求権(不競法 3 条 1 項)及び損害賠償請求権(同法 4 条参照)を有するとされている。ここで、営業上の利益を侵害された者とは具体的に誰であるのかが問題となるが、この点田村教授によると、不正利用の対象となる営業秘密の管理をなしている者(現行法上の「営業秘密保有者」〔同法 15 条 1 項1号〕)であるという。つまり当該規制における請求権者とは営業秘密を管理する者であることに尽きるわけであり、ここに営業秘密の「所有者」、「帰属者」、「原資取得者」などを観念・想定する必要がないわけである。この田村教授の指摘を DADC 側から提示された問題について翻って考えてみると、データの「所有権」や「帰属」について——就中第三者との関係では——考える必要はない(し考えてしまったらかなり複雑な問題になりかねない)ということになる。つまり、DADC 側から提示された問題はデータをモノ的に把握した問いの立て方であって、それを打破していく必要があること、そしてデータの保護のためには契約によって対処していく必要があること、この2点を田村教授は説かれたのである。

高准教授も田村教授と同様に、データに対する「所有権」については私法上認められないとする。それは言うまでもなく民法上「物」とは有体物をいうとされている(民法 85 条)からに他ならないわけであるが、データの「帰属」に関しては、主に契約当事者間の場面を想定して私法的に検討することはできるのではないか、という方向性を

高准教授は示された。具体的には、確かにデータには有体物のような排他性(「消費の非競合性」)はなく、データにアクセスできる者が複数いる。しかしそうであるがゆえにデータは公共財的性質を有することもあるという。もちろんこの「帰属」や「データの移転」の意義を巡って法律学的には議論の余地があるところであろうが、いずれにせよそもそも定義が困難なデータを取引法的に扱う可能性を高准教授が模索されていることが窺える。

このような議論を通じて、DADC 側から出されたデータの「所有権」や「帰属」をめぐる、データ連携・利活用分科会は私法学者により検討・応答をしてきたのである。

(3) 「法的」応答・「デジタル所有権」・「帰属」

筆者自身は如上の法律学的論点に対して何か新しい知見を加えることはできない。しかし筆者の専攻する法社会学的な視座からデータ連携・利活用分科会のやりとりを検討を加えることはできるかもしれない。法社会学は、伝統的に、国家法と日常生活で遵守する社会規範(「生ける法」)の間の懸隔や対立、あるいは相互作用について関心を抱いてきた。このような法社会学の問題関心は社会システム論的に、法システムとその外部(「環境」)に属する社会的なコミュニケーションの関係の問題として定式化することができる。本稿で着目するデータ連携・利活用分科会のやり取りは、DADC からの問題提起に対して、法学者が応答する、という構図をとっていたことは上で確認した通りである。その意味で分科会のやり取りは、非法学者の要求・ニーズという非法的な要素の大きいコミュニケーションと法的なコミュニケーションの相互作用として捉えることができる。それと同時に、分科会を非法学者からの法学者の応答の場というコミュニケーション・フォーラムとして捉えた形での観察が可能と言えるのである。

これはあくまで筆者の直感の域を出ないが、データ連携・利活用分科会で提示されたデータの保護・帰属という問題に対して、法学側から DADC へ十分な応答がなされていないように思われる。少なくとも演習授業等で面識を持った DADC 職員は、当該分科会での「法的」応答に対して釈然としない様子であった。もちろん法学側から見ればそれは「勉強不足」として足蹴にすることもできなくはないだろうが、筆者の見るところそこまで単純な問題ではないようにも思えるのである。

本稿は、データ連携・利活用分科会でなされた「法的」応答が DADC 側にとっては不十分なものであるという筆者の直感を前提となる。しかしたとえそのようなミス・コミュニケーションが全くないとしても、より両者のコミュニケーションを円滑にするための解決案を考えることも無意味ではない。そこで、データ連携・利活用分科会でコミュニケーション上の問題が生じ(う)る諸要因として、大きく次の相互に関連する2つの要因を挙げることができる。

まず当該分科会のやり取りから読み取ることができるのは、DADC 側から提出された問題に関わる重要な用語・概念が、法学者と DADC との間で異なる意味として用いられているために、両者のコミュニケーションに少なからぬ食い違いが生じている、ということである。このことは、とりわけ一般用語が同時に法律用語である場合にしばしば見られる。つまり問題に関する鍵概念の内容上の齟齬が要因の一方にあると考えられる。

DADC 側からは、データの保護や利活用という準拠問題から、データの帰属、さらにはデータの所有権という論点が提出されたのであった。とりわけ「データ所有権」(あるいは「データ・オーナーシップ」)という言葉の背景には、データの要保護性という問題意識があるように思われる。確かに日常でこのような言葉を用いる場面はかなり限定的である。しかしそうであるがゆえに、そのような言葉を用いるとある種の保護可能性が高くなることを想起させるような、いわば「強い」言葉であるという感覚を、法学教育を受けていない一般人が持つことは珍しいことではないように思われる。日本的なライツ・トークの派生系とも言えるかもしれない。しかし「帰属」、あるいは「所有権」という言葉は同時に特殊＝法技術的な意味をも有する概念でもある。法学者から見ると、「所有権」や「帰属」という言葉を用いるのであれば、基本的には提示された問題を私法の問題として検討するべきものと期待されていると

映るだろう。こうして分科会では私法学者の報告が行われたが、もしかしたら提示された問題は、現行法から見た「データ所有権」や「データの帰属」を論ずる意義の是非ではなく、より法政策学的な問題であったのかもしれない。要するに、データの「所有権」や「帰属」という多分に法的な意味を持つ(しかもそれなりにセンシティブな)用語を用いて問題を表現したがゆえに、分科会ではそれらの検討を法学者は行なっていたが、そうして私法的に変換された「法的問題」の検討は、DADC 側の問題に直接応答できなかったのではないだろうか(こういった言葉が DADC 側から出てきたのは、1つには大企業の一部のインハウス・ロイヤーすらも——おそらくは比喻として——「デジタル所有権」などを提唱していることによるものであり、このことが事態をより複雑にしているように思える。この問題も興味深い、ここでは深入りしない)。

これと並んで、DADC から提示された問題を、法的にいかなる問題として考えるのか自体が不確定であるために、DADC 側から見るとどこかもどかしい印象を与えた側面もあるのではないだろうか。すなわち社会的要求に対して法的にいかに応答するのかに対して事前に特定されていない(あるいは事前に特定することが不可能である)ことが、要因の他方にあると考えることができる。DADC から提示された問題は、法的には何を問題にすべきなのか、そのフォーカル・ポイントが定まっていない状態のものである。これは半ば必然的に生じることであるように思われる。というのも、逆に法学者側にとってみれば、期待されている問題は、現行法の解釈なのか、現行法の問題点なのか、それともより全体的な法のあるべき姿なのか、それが不確定な要素があるからである。そこで法学者はまず何が問題であるのかを問題として分析的に考える、ということになるのであるが、その営為がまさに法学独特の要素を含んでいる。そもそも法学を専門としない人にとっては、例えば私法と公法の区別という法学から見れば基本となる前提は、必ずしも常識であるとは限らない。ある法分野と別の法分野の関連も不明確であることがほとんどであろう。民法上あるデータの帰属先が特定できると言えるからといって、そのことが、データが帰属する主体が当該データに関する税を納めなければならないということを、直接には意味しないのである。このように法学も専門分化しており、いかなる法分野から問題を考えるのかによって、参照される条文も議論の前提も全く異なることがある。このような法学の特質を有しながら、法学者は議論を行っているのである。

しかしそうした法学者の議論について、法学を専門としない人たちが「何のためにこのような議論をするのか」という素朴な疑問を持つことは、ある意味当然である。それゆえ、ここで指摘したコミュニケーション上の問題は、法学の作法や法的な論理そのものに起因するものであると言えよう。これに伴って——再帰的な形で——、DADC が法学に対して当初抱いていた期待がなくなってしまう、ミス・コミュニケーションどころかディス・コミュニケーションが生じてしまう可能性も全く否定できない。

3 より応答的であるために

以上のような諸要因によって、分科会——ひいては本共同調査研究——において法学者と DADC の間にコミュニケーション上のずれが生じるのであるとすると、これをどのように捉えるのかが重要な問題として浮かび上がる。

もちろんこのずれを埋めることが可能である、という見解もあるだろう。あるいは、このコミュニケーションのずれや齟齬が生じるのは不可避的であるという見解もある。実は筆者自身は後者の見解に傾いている。というのも、上に述べたように DADC 側の問題提起のフォーカル・ポイントが定まっているとは言えないために、法学者が行わなければならないことが、そもそも何が問題であるのかを特定し、その上で法的解決を提示することであり、そのためには必然的に問題を法的文脈に載せる必要があるからである。このようにして法学者は DADC 側から提示された問題を「法的」な問題としていわば有意義に加工していると見ることは極論ではないだろう。このような見解のもとに考えるとむしろ重要なのは、不可避に生じるずれ・齟齬をいかに修正していくかを考えること、これである。これ

に対して筆者自身は現時点で、時間をかけて DADC の側の意見を丁寧にフィードバックしていき、それに対して再び応答をしていく、というプロセスを経てしか対処できない、という実行をするにあたりそれなりに様々なコストを要する(しかもかなりありきたりな)解答しか提示することができない。しかしこれをするためにもいくつかの条件があると思われる。

まず、法学を専門としない人に対して法学の前提を提示することである。ここで法学の前提というのは、基本的な法学の作法・論理のことを指す。それは法律学的な知識よりもむしろ法学を営む者が内面化している思考の癖・前提(「ハビトゥス」)といった方が良いかもしれない。このようなものを言語化した形で提示することで、法学者がいかなる思考回路で問題を考えているのか、非法学者でも共有され——非法学者による内面化は必要ない——、より生産的なコミュニケーションが成立するチャンスは増えるだろう。

次に、分科会では様々な分野を専門とする法学者ができるだけ参加することである。このことの含意は2つある。第1に、報告者の専門とは異なる法学者は、確かに「専門外」ではあるが、基本的な諸前提や議論はある程度共有されていることが多いため、DADC 側との「通訳」が期待できるということである。第2に、報告者とは異なる分野を専門としているために、DADC から提示された問題に対して異なる角度から光を当てることのできる可能性があることである。もしかしたら、そのようにしてなされた検討が、実は DADC が提示した問題に回答するものである、ということもありえるかもしれない。

最後に、フォーマル・インフォーマルを問わずに法学者と DADC 職員が会話をすることである。分科会そのもの場では議論に参加する障壁が高いかもしれないが、分科会の前後、あるいは懇親会においては、相対的にフランクに会話できるだろう。そこでの会話は法学者にとっては意外と重要な情報源であるように思われる。というのは、非法学者はある問題に対していかなる意味づけを与えているのか、そしてそれはどの程度法的な議論と齟齬があるのか、を知るチャンスを得ることができるからである。このようにして法学者は検討の方向性を修正していくことも可能かもしれない。

このような作業は、もちろん非法学者にとっても有益ではあるが、むしろ法学者にとってこそ重要なものであるように思われる。というのも、近代以降の法システムが前提としてきた法的思考様式が存在理由は、現代社会の諸要求にとって、必ずしも自明ではないように思われるからである。ここで「近代以降の法システムが前提としてきた法的思考様式」とは、言語による体系化を志向し、要件・効果の定められた実定法の解釈論に基づく、権利義務関係の記述方法を意味する。平たく言えば、現代の法学教育でも主に行われている法律学ということになる。問題は、このような法的思考様式が、政策決定を含めた社会問題の解決に際して有用であるかは全く自明ではないということである。

これに関連することは、実はすでに半世紀ほど前にニクラス・ルーマンにより指摘されていた。ルーマンは、社会の諸々の関係の特別化・目的関連化・具体化を志向する規範化様式——これは第1次世界大戦後に有力になった——の登場により生じた、「法と社会計画の乖離」(ニクラス・ルーマン[六本佳平＝村上淳一訳]『法社会学』[岩波書店、1972＝1977年]360頁)という現象について論じている。そこでは、そうした関係の一般化・要件明確化・抽象化を志向する法解釈論的な規範化様式に代わって、アド・ホックに計画された立法措置によって、具体的に適応する傾向があるというのである。ルーマンに言わせれば、この「社会計画」はあくまで「擬似法的志向」(同 359 頁)を生ぜしめるものにすぎず、その意味で決定的に法(より正確には伝統的な法的志向様式)と乖離しているのである。

ルーマンが指摘した状況は、現代でも基本的に変わらない。むしろ、より露骨な形で浮き彫りになっているように思われる。本共同調査研究の舞台でもあるデジタル社会の加速度的な進展は、このことをよく表す。近年著しい発展がなされている RegTech の動向はその典型例である。この点、加速の論理の歴史的展開に基づき近代社

会を理解しようとするハルトムート・ローザの議論（ハルトムート・ローザ〔出口剛司監訳〕『加速する社会』（福村出版、2005＝2022年））は、デジタル社会における法の役割を考えるにあたり一定の示唆を与えてくれる。

ローザによると、初期近代において法は社会的加速——これは技術的加速・社会変動の加速・生活テンポの加速と分析的に区別されるものであるが——を可能にした基礎の1つであるという。要するにマックス・ウェーバーのいうところの形式的・合理的法により保障されていた計算可能性により、個人や国家はある程度の見通しのきいたライフコースの設計や政策決定をすることができた、ということである。しかしながら技術発展や社会構造の転換はまさに加速度的に進展するために、産業近代、そしてひいては後期近代においては、初期近代において想定されていたような計算可能性をもはや法に対して期待することができなくなる。その背景には、経済的な論理が技術的加速を促し、それに伴って社会変動、ひいては日常生活のテンポも加速するという事情がある。ローザに言わせればこのことは、資本主義の論理で発展していく経済及びそれに促される技術と、固有の論証方法をもって展開していく法とは、異なる加速度合いを有しているために、「システムの社会的脱同期」（330頁）が生じていることを意味する。こうして、初期近代では社会的加速を促していた法や、政治、そしてそれらの構成物である国民国家が、後期近代においては社会的加速の障害へとすら変化しているとローザは指摘する。現代のデジタル技術の発展が、世代間の断絶や、人々の価値観・生活の変化を助長していることは言うまでもない。

こうした超加速社会とでも言うべき現代にも関わらず（あるいはそうであるがゆえに）、法的な応答がそれなりに求められているとすれば、法の他者とのコミュニケーションのあり方を見つめ直した上でそれを示す作業は、現代において法システムがかろうじて存続する条件を考えることにもなるのではないだろうか。意識的・無意識的にも、法学者はすでにそのことに気づいているのかもしれないが、外部環境とのより大きな共鳴を生み出すためには、避けては通れない論点であるように思われる。