

藤本 それでは報告者を交代します。関先生は、信州大学の教育学部に所属されて法哲学を専門とされている、森村先生のお弟子さんでもあります。余計でしたか(笑)。その関さんに報告をいただきたいと思います。山田先生にはお急ぎいただきましてすみません。大体30分ですが、もう少し余裕を持っていただいて結構です。では、よろしく願いいたします。

関 良徳 (信州大学、法哲学)

「自由主義的統治と契約法理論」

関 紹介いただきました関です。「自由主義的統治と契約法理論」ということでお話しさせていただきます。時間もそんなにpunctualではなくていいということでもちょっとほっとしました。それから私はこの卒業生ですが、久しぶりに民法の先生を拝見しまして、学生時代に民法がとても苦手だったことを思い出してしまいました。

それでは「1. はじめに」から始めます。私はフーコーを専門にやっていますが、この報告は、ミシェル・フーコー (Michel Foucault) の1979年のCollege de Franceでの講義が最近翻訳されましたので、そこをベースにしています。30年ほど前の講義です。フーコーはこの講義で、生政治 (biopolitique)、それから統治性 (gouvernementalité) について論じようとしています。そこでは国家理性論から新自由主義に至る統治の考え方について述べています。ここで統治というのは、国家が行う統治行為みたいなものではなくて、人々のさまざまな行為を統率する方法であるとか、その技術についての考え方を指しています。

しかしながらフーコーは(新)自由主義、特にドイツの・オールド学派のオールド自由主義についての論述が、1979年のその講義では極めて詳細になって、結果としてbiopolitiqueについて主題的に論じることができませんでした。ただ、この講義はオールド学派とアメリカのシカゴ学派についての分析がかなり詳細に行われていて、またフーコーが現代の理論を論じた数少ない講義ということで、フーコー研究の世界では注目されています。彼の自由主義と(新)自由主義についての分析は、市場と統治との関係をめぐる議論です。そこでの思考の変化や認識の変化、実践の変化を追求しようとするものです。特に彼の哲学的な関心は、いかに真理が形成されるのかということにありますので、市場と社会とを統治する際の判断基準となる真理や理性の実践に議論が集中しています。ですから現実的な問題にあまり入ってこないということです。

そこで、統治と市場との関係性をめぐる彼の分析を取り上げた上で、そこに今回のテーマである契約を絡ませて議論を展開できるのではないかと考えまして、自由主義的統治と契約法、あるいは(新)自由主義と契約法理論、契約における自由と統治の関係、それぞれの関係性を探るという形で議論を進めたいと思います。

「2. 自由主義的統治の分析」のところにフーコーの79年講義からのものを表のとおりまとめてみましたけれども、フーコーの議論は15世紀から20世紀までの思考体系の変化という形で論じられています。この2の表が示しているとおおり、15世紀までと16世紀からとの間に思考についての断層があったり、その後も2世紀ごとに思考の断層が発生しています。こんなにきれいにいくはずないと私も思うんですけども。16世紀から始まる国家理性論では、その国の領土や住民に対する統治が非常に過剰であったという性質を負っています。ドイツを専門にされている方はわかるとおもいますが、Polizeiwissenschaft (ポリツァイ (ポリス) 学)、これは内政学と訳されたりしますが、近代国家においてはその担当領域が拡大して、人口問題とか生活必需品、健康、雇用、流通などを統治対象として統制をどんどん拡大するようになります。その背景には国力の増強こそが統治の目的であるという考え方があったということです。

これに対する批判が18世紀にあらわれるリベラリズム (自由主義) です。この統治では、国力の増強を目的とするのではなくて、統治対象の性質やその自然性 (法則) についての知、学問を導き出して、その法則性に沿って調整を行おうとするものです。フーコーは穀物価格の例を出しますが、ポリスによる価格統制が批判されて価格の自動調整機能、それからその自動調整機能によるリスク管理を主張する政治経済学が台頭したということを強調します。そしてその延長線上であられるのがドイツのオールド学派 (別名フライブルク学派) とアメリカのシカゴ学派です。フーコーは特に後者について「リバタリアン」という言葉を使っています。30年前に彼が「リバタリアン」という言葉を使って議論していたと(いうことに)、私はちょっと感動しました。オールド学派とシカゴ学派はともに市場原理を

重視する経済学上の立場ですけれども、オールド学派は市場競争の脆弱性を主張して、それを支える社会介入政策が必要だという方針をとっている。シカゴ学派は、市場原理を社会全体に拡大しようとどんどん広げていくわけです。

この講義の中でフーコーは、この両派をつなぐ存在としてハイエク（Friedrich August von Hayek）を取り上げますが、後からいろいろな人が言っていますが、これはミスリーディングではないか。ハイエクは確かにシカゴ大学にいたこともありますし、最後はフライブルク大学に行くのですが、シカゴ学派と直接の関係はなかったと思います。ただ、それでもフーコーはハイエクが好きだったらしく、ハイエクとフォン・ミーゼス（Ludwig von Mises）を学生に読むように薦めていました。この両派についての分析はさらに後半で行いたいと思います。

「3. 統治と市場」です。国家理性論、自由主義の議論を先ほど紹介しましたが、フーコーは国家理性の時代においては市場が配分的正義の特権的な場所であったと述べています。この意味は、市場が多数の厳密な規制、市場で取り扱われる、物とかその製造形式、あるいは産地——だから産地偽装なんて許されなかったと思いますけれども、そういうものを特定したわけです。税金の払い方であるとか販売手続、あるいは価格が固定された固定価格、こういった形で市場がさまざまに攻囲されている。あらかじめ定められた一定の価格が公正価格というふうを示される。

これに対して18世紀の自由主義は、アダム・スミス（Adam Smith）の考え方が示しているとおおり、市場メカニズムの価格を自動的に調整するというわけで、ここに至って市場への統治についての考え方は180度転換すると、これは劇的であるとフーコーは言います。

レジュメの次のページでオールド学派、シカゴ学派についての説明をさせていただきます。またフーコーからの引用をお示ししましたけれども、オールド学派にはヴァルター・オイケン（Walter Eucken）であるとかフランツ・ベーム（Franz Böhm）（などがいます）。フランツ・ベームは民法学者と言われていますが、彼らによって出された叢書で『ORDO（オールド）』というのがあります。これは秩序という意味ですが、これが創刊されたのが1936年です。ですからオールド学派は1936年から始まると考えられます。この学派の特徴は計画経済への批判です。

それとともに行き過ぎた自由放任主義への懐疑、とりわけ独占の問題に関心がありまして、市場競争を重視しながらもそこに秩序ある完全競争、つまり独占のない状態をつくろうとしました。しかし市場自体には介入しません。市場を支えている社会とか競争主体に介入を行う。間接的な介入の形式だったと思います。そこには、市場における冷たい競争を熱い価値で保護しようという考え方が見られるということです。この価値を実現するために、道徳的、政治的枠組に国家の役割がある、あるいは社会介入政策の有用性を認めることになります。彼らはみずからの立場を積極的自由主義というふうにも呼んでいたと言われています。いずれにしても市場競争を維持するために国家による統治が行われる、あくまで市場競争が重要だという立場に立ちます。

これに対して、3.4のところのシカゴ学派ですが、シカゴ学派はもうよく知られていると思いますが、市場への介入はおろか、市場の原理を積極的に市場「外」の領域、市場では管理し得ない社会領域へと適用していく。フーコーが30年前に論じていたゲイリー・ベッカー（Gary Becker）さんがまだ生きていることに感動したのですが、ゲイリー・ベッカーさんがこの間、新聞に出ていまして、アメリカの自動車産業に政府が保護政策を出すということをかかなり批判していましたけれども、お元気だなと思いました。

彼は、経済学帝国主義と揶揄されるとおり、シカゴ学派を代表する人物だと思いますが、母親と子どもの関係とか親密圏と呼ばれるような領域にまで、コストと利益という観点から分析をしてしまうわけです。さらに犯罪政策、特に麻薬の規制などについてもコストと利益という観点から分析を進めていく。フーコーはこの辺について詳細に論じています。

いずれにしてもこのオールド学派とシカゴ学派は、市場を統治の原理あるいは統治性の基準ととらえている点で共通の視点を持っています。自由主義の延長線上に位置づけられるというのも共通している。後で論じますが、ただ両派は後に、社会介入政策とか市場原理拡大のために、人間の行動原理あるいはその生活や生存の仕方に人間科学的な知識をかかなり分析・利用しているという点では、18世紀の自由主義と差異を有すると考えられます。

「4. 契約法理論と市場」に進みます。「4.1 市場＝合理的信頼」と書かせていただきました。そこで契約法理論の話に進むわけですけれども、とりわけ市場を重視する契約法理論、あるいは先ほど山田先生がおっしゃったリバタ

リアンに与した契約法理論についての分析を行いたいと思います。それによって当初の目的、先ほど書きましたが統治と市場との関係性を契約に絡ませて議論することができるのではないかと。本当に偶然ですけども、このお話をいただいて議論の準備をしているときに、山田先生の『自由の契約法理論』を読ませていただき、契約法理論を市場、特に市場の合理的信頼というのをベースに論じられていることを知りまして、かなり触発されて今回の報告を考えました。

引用でも挙げさせていただきましたとおり、市場というのは他者との間に合理的な信頼を形成するのですが、それと同時に市場を維持するためにはこの合理的信頼が担保されなければ（いけない）。私の報告では、合理的信頼というのをかなり強調していますが、先ほど山田先生のお話では、合理的信頼だけではなかったと思います。そしてこの合理的信頼を確保するためには法的介入が要請されるという議論だと思います。その際にいくつかの問題が生じてくるということかなと思いました。

レジュメの 4.1 では図をかかせていただきました。かなり誤解を招く図かもしれません。こんなに単純ではないと言われるかもしれませんが、純粋なリバタリアン、市場アナーキズムに近ければ、この図の左側の法的介入最小化の方向に向かうであろうし、福祉国家、つまり平等重視の発想であれば右側に近づいて、法的介入の最大化へと向かうことになるのではないかと。これはあくまで契約法的介入の最大化です。当然双方の極値に接近すればするほど、それぞれ問題を抱えることとなります。

法的介入を最小化するという左側へ進めば、詐欺とか強迫のみ禁止するというシンプルな法になりますが、市場の合理的な信頼が維持されなくなってくる、失われる危険性が高まる。他方で、法的介入最大化のほうへ近づく、つまり右側へ近づけば、資源の平等分配の政策で市場の活力は低下することになる。山田先生のご議論は、この両極の中間地帯です。そこにはかなりの幅があると思いますが、この市場の合理的信頼と市場の活力が維持される地点を見つけるべきだというご議論ではないかと、私は勝手に解釈しました。けれども、この図の中でいえば、かなり左に近い地点で議論が組み立てられているのではないかと思います。

また、その中間地点には、法的介入によって解決すべき、あるいは解決すべきでないと言われるかもしれない問題点があります。例えば情報の非対称性、先ほど出た交渉力格差、給付の不均衡、システムの安全性が欠如している状態などを契約法の介入によって解決すべきかどうかというのが、この中間領域での議論になると思います。

これらの問題にどういう態度や対応を示すかによって、その理論家の法的・政治理論的な立場が明らかになるかと思えます。

レジュメの 2 枚目から 3 枚目へ移ります。「4.2 放任と介入のあいだ」です。しかし、この図をかいたところで、統治性についての研究を志向する例えばフーコーのような考え方では、こうした図式には乗らない、こうした図式自体を問題化する方向へ議論を展開することになります。これは彼が得意とするやり方で、いろいろなものをステレオタイプ化して、自分はそれではないという常に自分が優位になる立場だと思います。通常の方法・政治理論とか契約法理論であれば、市場の合理的信頼を確保するには詐欺・強迫を禁止する法律は当然必要で、あとは市場の活力や個人の自律性を低下させない程度の介入がどのあたりに設置されるべきなのか、そのラインを求めることになると思います。

しかしフーコーのような立場では、そもそも市場における合理的信頼とは何なのかとか、どういうふうに市場の合理的信頼というのは形成されるのか、あるいは個人の自律性というのが問題になります。そういうものがどういうふうに形成されるのかという根本から問い直すような再問題化の提起をするわけです。そこに契約法、あるいは契約法理論の位置づけ、機能を探ろうというのが統治性という観点からの議論になるのではないかと。思います。

フーコーの議論を下敷きにすると、そもそも近代以降の統治実践の中で国家法はいかなる役割を果たしたのかという大きなテーマにもなりますし、あるいは果たしていないのかという話にもなる。それから、市場の合理的信頼を形成したのは法ではなくて、法「外」の要素、環境整備なのではないかという議論が準備されることとなります。

「5. 新自由主義的統治における契約法とその外部」です。ここまでの議論で出てきましたけれども、契約法の議論を見てしまうと、それはもう新自由主義（ニューリベラリズム）の場合はかなりシンプルなルールになってしま

ますので、ここではさらに契約法の外部に話を及ぼせることとなります。市場競争を重視して、あえて市場への法的介入をしないで社会介入をするオールド学派と、それから市場原理への熱い信頼を基礎にするシカゴ学派はともに契約自由の原則を重視するという中では必然だと思えます。これは法的には極めてシンプルな立場を構成するのではないかと予想されます。しかし、新自由主義の立場は法的にシンプルなルールを用いて統治理論を準備するというふうにしても、法「外」における議論がシンプルであるとは限らないと思えます。

例えば 5.2 の独占の問題ですけれども、オールド学派は、独占は経済プロセスにおける異物で、自然発生的には形成されないという立場から、市場を取り囲む社会への介入によって独占を排除しようと試みます。もちろん独占排除する法律は形式的には必要ですけれども、実質的には独占を生じさせないような社会介入を行う。中小企業の育成であるとか中産階級を創出するための財産形成の政策です。例えば住宅補助などがそういうものに当たってくると思えます。住宅を持たせたり、ある程度の資金を持たせることによって、市場の中で競争させるための環境を整えるという社会政策をとることになります。

5.3 の契約法の外部の話へ移ります。オールド学派にしてもシカゴ学派にしても、その両派の契約法「外」の統治実践はシンプルなものとは言えないのではないかと、むしろ複雑な方向へと向かっているのではないかと思えます。オールド学派は、いわゆる法治国家を前提とする。ここでいう法治国家というのは、経済領域での法的介入が形式的なものにとどまる、「形式的な」という意味での法治国家ですけれども、市場における独占禁止のための形式的な法的・制度的適用枠組を準備するということです。実質的な独占の抑制は、先ほど申し上げました住宅政策であるとか中小企業の法政策という個々人の生活・生存のレベルでの介入になるということなのです。

他方、シカゴ学派は市場原理の拡大、さらにはその市場原理を基盤とする国家統治へのかなりラディカルな批判をして、国家による介入の最小化という方策をとります。その一方で、市場原理を社会領域、先ほど申し上げました母子関係のような親密圏の領域にまで拡大していくこととなります。そうするとフーコーは、やはり私たちの生活にかかわる領域についてゲイリー・ベッカーの分析をかなり詳細に参照します。そこでは母親が子どもにかける愛情や教育、そういうものを全部お金で計算してどれだけリターンが来るかということを考えたりするわけです。

つまり両派、オールド学派、シカゴ学派は市場原理を擁護して、それを統治の基準としているわけですが、他方で社会領域における生（life）、生存とか生活の領域についての人間科学的な知識を形成して、その知に基づいてより行き届いた統治実践を行うというふうになるわけです。このあたりが、フーコーがこの二つの学派に興味を持った、あるいはネオリベラリズムに興味を持ったところなのではないかと思えます。

レジュメの4ページ、「6. 契約における自由と統治」に入ります。これまでの議論をもとに、統治と契約との関係性に向けた議論をしなければいけないということになります。契約自由の原則を重視する新自由主義（ネオリベラリズム）の統治というのは、法についてはシンプルで形式的な形をとりますが、法「外」における統治実践をかなり増殖させていくのではないかと。

次の問題になってきますけれども、そこでは自由とはそもそも何なのかという議論にまで発展する、そういう大きなテーマが見えてくると思えます。つまり新自由主義は自由を売りにしているわけですが、その一方で、統治を拡大させてしまうことになるのではないかと。新自由主義についての分析から考えるべきことは、契約法という国家による市場介入から自由であるということが、法「外」における統治実践から自由であるということを必ずしも担保しないということです。

実際フーコーは、統治と自由との密接な関係性を明らかにしています。6.1 のところの自由と統治とは対立するものだという発想ではなくて、むしろ統治というのは自由をつくり出すものである、自由を消費するものである、自由を管理するものである、自由を運営するものであるというようなことを言っています。

6.2 のところになりますが、さらに彼は、統治が自由とともに安全（セキュリティ）というものを生み出すと（言っています）。特に新自由主義の統治が生み出す自由とセキュリティというところに、フーコーは関心を抱いていったということになります。

この自由とセキュリティに関する研究は、近年のフーコー研究者たちによってかなり行われていて発展拡大している部分だと思えます。その研究を見るまでもなく、私たちの現在の生活の中にそうした傾向性を見出すことができるのではないかと。例えば防犯カメラの議論などはこの流れの中でかなり議論されています。防犯カメラはこれまでもプライバシーの侵害だということで批判的な意見があった一方で、そういう議論が最近消えつつあって、むしろ安全のためには必要なものなのではないかと、逆に安全を守ることによって私たちの自由は拡大していくのではないかとというような議論すら出てくることになります。

それ以外にも、例えば情報ネットワークの整備がどんどん進んで、情報へのアクセスは極めて容易になってきている。この情報へのアクセスの容易さが、私たちの自由と安全（セキュリティ）を高めているのではないかとということがしばしば論じられています。

民営化やコストの削減の流れの中で、人々の逸脱や危険をあらかじめ回避するようなテクノロジーが発達してきているということも事実です。人々が逸脱したり危険な行動を犯したりすることをあらかじめ排除することができれば、それがコスト削減に当然つながります。つけ加えるならば、こうした自由と安全を私たちがみずから、意識を経由しないで無意識に共有するという話の流れになって、それは例えば有名なレッシグ（Lawrence Lessig）さんのアーキテクチャーの議論につながります。こうした議論は統治テクノロジーの延長線上に位置づけられるべきもので、そこでは自由も安全もすべて統治実践の管理下にあるという恐ろしい世界——恐ろしいのか幸せなのかというところはわかりませんが、そういう世界があるのではないかとというわけです。

これを契約のところで見てみるとどうなるのかというのが 6.3 の図で、個別具体的な契約の場面でこの統治テクノロジーを当てはめています。これは純粋に見れば近未来的な発想で、とてもこんなことはあり得ないと思われるかもしれませんが、ただ、そこでは人間科学的な知に基づくテクノロジーが契約当事者の自由と安全を守るという可能性もあるというわけです。例えば情報の非対称性という議論が契約法による介入というところに出てきますが、情報ネットワークがどこまでもどこまでも強くなれば、だれもが当該契約に関する情報にアクセスできるようになります。あるいは、アクセスするという自発性すら必要なくなるかもしれないというのがアーキテクチャーの議論です。ここでは、契約相手として危険な人物か否かを探り出すことができるでしょうし、防犯カメラで写すことが今まではプライバシーの侵害だからやめろと言っていたのが、自分たちの安全を守るためには防犯カメラは必要だ、プライバシーの侵害はとりあえずおいておこうという議論と同じような流れで、契約の中で安全を守るためには、相手の個人情報も知りたいのだから自分の個人情報も相手に知らせる、過去の契約の履歴を知らせるというようなことになってくるのではないかと。

それから、そういう情報ネットワーク、さらに個人情報の管理システムを使えば、自分にとってさらに有利な取引相手についての情報を探ることができるというふうになってくる。いずれにしても契約法による介入が市場の安全や合理的信頼を形成するという、法による介入という余地がだんだん狭まっていくのではないかと。テクノロジーがそれ（市場）の合理的信頼を形成するようになるのではないかと。これが、フーコーが考えていた生政治で、それを発展させているニコラス・ローズ（Nikolas Rose）という研究者がいますけれども、生政治に基づく統治実践が究極的な帰結に至るのではないかとということです。そのとき私たち人間には自由というものがあるのかという問いが、またここで出てくることになります。

この図についての詳しい説明はあまりしませんが、見ていただければ大体わかるかと思えます。このいろいろなテクノロジーを組み合わせることによって市場の合理的信頼、要するに契約過程で、先ほど出てきた中間の領域で発生するさまざまな問題を回避することができるのではないかとという夢のような話ということになります。

まとめ（「7. おわりに」）に入ります。（新）自由主義的な統治と契約法（理論）との関係性です。最初に提起した問題に答えれば、市場を重視したシンプルなルールをとることによって、（新）自由主義の法的介入というのは形式化、あるいは減少することになるのではないかと。他方で、契約法「外」の統治実践が増殖する。オールド学派、シカゴ学派に見られる結論としてそういうものがある。そして契約における自由と統治との関係性についていえば、そこで契約の自由というものを統治する政策やテクノロジーによって、まさに契約にとって今まで哲学的に最も重要と考えられ

ていた自由、主体の自律性、それから安全性、合理的信頼、セキュリティと言われているものが、統治実践を通じて産み出され管理されるようになるのではないかということです。

ここまで来ると、それではこの新自由主義の統治政策とテクノロジーが人間の自由と安全のすべてを管理することになるのかという話になる。しかし、これらテクノロジーは法を凌駕したのかといえば、そんなことはないということです。裁判所では次から次へとその論争的な問題が取り上げられています。これは山田先生の先ほどの報告、それから著書からも明らかであるということです。

テクノロジーは、問題を事前に察知して解決するというような、法的問題を生じさせないようなテクノロジーにまではまだまだ進んでいないということです。法は形式化するか縮小するかと言っていますけれども、実際にはこれから訴訟社会が到来すると言われています。フーコー自身も、新自由主義についての分析の中で訴訟の増加を予想しています。予想しているというか、実際にそうだったと思います。しかしフーコーは、これは法律が形式化してしまったことによるものだと。実は司法による社会介入というのが増大している。これは例えば、仲裁制度などが増大しているということと彼は結びつけて考えているようです。仲裁制度というのは、仲裁人が入って関係を形成していくわけですが、そこにも実は仲裁ADRみたいなものと人間科学との関係が密接に結びつくことになる。フーコーが言っている生政治（biopolitique）の議論がそこにはもう入ってきていることになる。そう考えると、では未来はどうなるのか。私は法律のほうなので、まだまだ法律には頑張ってもらいたいと思っていますけれども、それが危ういのではないかとこのところで議論を終わらせたいと思います。

藤本 どうもありがとうございました。また内容確認的な簡単な質問等がありましたら挙手をお願いします。よろしいでしょうか。では関先生、ありがとうございました。