

秋田法学

2007年 第49号

論文

刑法の役割と最近の刑法改正

—法定刑改正を中心として—

清水 洋 雄 …… (1)

ヨーロッパ契約法原則における不履行法について

齋 田 統 …… (27)

イタリア倒産法制の現況と構造

：附・2006年イタリア倒産法試訳

萩 原 佐 織 …… (53)

景観計画における住民参加—観光行政のあり方についての—考察—

稲 積 重 幸 …… (171)

研究ノート

政治学の基礎概念(2)

—国家：ヨーロッパにおける歴史的展開と概念の変容—

吉 野 篤 …… (187)

<題字・秋田経済法科大学元理事長 小畑 勇二郎>

秋 田 法 学

第 49 号

ノースアジア大学

総合研究センター法学研究所

刑法の役割と最近の刑法改正

—法定刑改正を中心として—

清水 洋 雄

1 はじめに

21世紀になると、刑法も重要な改正が数多くみられるようになった。主なものを挙げると以下のとおりである。

2001年には、第18章に支払用カード電磁的記録に関する罪（第163条の2から第163条の5）が設けられ、さらに危険運転致死傷罪（第208条の2）が新設されると同時に、業務上過失致死傷罪（第211条1項）につき、自動車運転の場合に限っての刑の任意的免除規定が新設された（同条2項）。

2003年には、日本国民以外の者の国外犯規定（第3条の2）が設けられた。

2004年には、凶悪・重大犯罪に関する罰則が改正された。総則的部分としては、有期刑の最上限が15年から20年に（第12条、第13条）、そして有期刑を加重する場合の上限が20年から30年に（第14条）それぞれ引き上げられた。各則的部分としては、集団強姦罪（第178条の2）や集団強姦致死傷罪（第181条3項）が新設され、さらに、有期懲役刑の上限が、強制わいせつ罪（第176条）、傷害罪（第204条）、危険運転致死傷罪などにおいて引き上げられ、有期懲役刑の下限が、強姦罪（第177条）、殺人罪（第199条）、傷害致死罪（第205条）等において引き上げられた。ただ、この時の改正において、強盗致傷罪（第240条）の下限が引き下げられた。

2005年には、人身売買罪（第226条の2）が新設されたほか、逮捕監禁罪（第220条）や未成年者略取及び誘拐罪（第224条）などにおける有期懲

役刑の上限の引き上げが行われた。

2006年には、公務執行妨害及び職務強要罪（第95条）、さらに窃盗罪（第235条）への罰金刑の新設、業務上過失致死傷罪の罰金刑の引き上げなどが行われた。

2007年には、危険運転致死傷罪の規定から「四輪以上の」という文言が削除され、そして新たに自動車運転過失致死傷罪（第211条2項）が設けられた。

このように、21世紀に入ってからの刑法改正は目覚ましいものがある。ただ、これらの改正が、刑法の本来の役割・機能、刑罰のあるべき姿に則ったものかどうかは検討の余地があろう。なぜなら、これらの改正の中には肯定できるものが多くあるのはもちろんであるが、改正の背景が不明瞭で改正の必要性そのものが疑問視されるもの、改正の必要性は肯定できるけれども、改正の内容に疑問があるものなどが存在すると思われるからである。

そこで本稿では、これらの改正のうち、特に改正の重要な目玉とされている法定刑の改正について論ずることとするが、その際、刑法の機能・役割、刑罰の機能、罪刑法定主義の尊重など、刑事制裁の基本を検討した上で、そして、これらのことを十分に踏まえた上で、刑法典に限って、刑法総則の罰則の改正、刑法各則の罰則の改正について、具体的に考察していきたいと思う。

2 罰則改正の基本的視座

刑法を改正するときに忘れてはならないのが、刑法の機能・役割、さらに刑罰の機能は何かを十分に吟味し、そして罪刑法定主義を尊重した上で改正作業に入ることであろう。なぜなら、これらをベースにしない改正は、国民に過酷になる傾向があり、刑罰としての感銘力を国民に与えることはできないであろうから、犯罪の防止には全く役に立たないと思われるから

である。そこで、ここでは、罰則改正の基本的視座として、従来から言われてきた刑法の機能を概観したあと、刑法の役割は何か、刑罰の機能は何か、どうあるべきか、さらに罪刑法定主義、特に罪刑の適正な法定についてみてみようと思う。

(1) 従来から言われてきた刑法の機能

刑法の機能については、従来から、規制的機能、法益保護機能、保障機能¹⁾があるとされてきた。規制的機能は、どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科せられるかを、あらかじめ国民各人に示して犯罪行為に対する規範的評価を明らかにし、そのことによって犯罪を行わないよう国民各人の意思に働きかけて、その行為を規制するというものである。法益保護機能は、犯罪の鎮圧・防止を通して私人や公共の法益を保護するというものである。これは、犯罪の鎮圧・防止を通して社会秩序の維持を図るという側面も考えられるから、この機能は秩序維持機能とも呼ばれる。保障機能は、刑罰権を厳格な法律の制約の下に置き、刑罰権の限界を明示することによって、国家権力による刑罰権の恣意的運用を抑止し、国民（犯人自身をも含めて）の権利を保障するというものである。そして、この3つの機能は、規制的機能を営むことによって、同時に法益保護機能と保障機能の2つの機能を果たすとされた。

これらの3つの機能は、もちろん現代においても否定されるべきものではなく、十分に尊重されなければならない機能である。ただ、これらの機能、とりわけ規制的機能は、価値基準がある程度統一されていた時代には疑問の余地なく認められていたであろうが、それは、その時代には何が処罰に値する行為であるかが自明のこととされていたからであろう。

しかし、現代社会は価値観の分裂・多様化が指摘されており、何が処罰に値する行為であるかは必ずしも自明のことではなくなっている。刑法の規制的機能はもちろん否定するものではないが、ただその内実である犯罪

1) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）14頁。

行為に対する規範的評価を明らかにすることは、必ずしも容易なことではなくなっていると言ってよいであろう。それに現在は、犯罪者——非行少年も含めて——の改善・更生・社会復帰が従来よりも大いに議論²⁾されると同時に、犯罪被害者等への配慮もなされるにいた³⁾っている。これらのことに鑑みれば、刑法の機能・役割も新しい時代にふさわしいものが考えられるべきではなかろうか。

(2) 刑罰の機能

ところで、刑罰には種々の機能が考えられている。そして、この刑罰の機能を検討することが法定刑の改正を検討する際にも大いに役立つと思われるので、次には刑罰の機能についてみてみたい。

刑罰の機能として特に指摘したいのは、①一般予防機能、②特別予防機能、③報復感情宥和機能、④保安的機能（社会保全の機能）、⑤贖罪的機能の5つである。

①一般予防機能

一般予防機能とは、社会一般の人に働きかけ、これらの人々を威嚇することによって将来の犯罪の防止を図る機能である。これには、刑罰を予告することによって一般人を威嚇し、彼（彼女）らを犯罪から遠ざける機能と、現実の刑の言い渡しとその執行によって一般人を威嚇し、彼（彼女）らを犯罪から遠ざける機能とがある。

この一般予防機能に関しては、理性的人間像を基礎としたフォイエルバッハの心理強制説と、これに対する批判が想起される。確かに心理強制説は、犯罪の社会病理的側面、犯罪者の生物学的側面を看過しているといえるだろうし、そもそも犯罪は機会的、衝動的に行われる場合もあるだろう。し

2) 「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」の制定や、「更生保護法」の制定などが、このことを示しているであろう。

3) 「犯罪被害者等基本法」の制定や、刑事裁判に被害者・遺族が参加し意見を述べる制度や、附帯私訴を新設した改正刑事訴訟法の制定などが、このことを示しているであろう。

かし、犯罪は合理的計算に基づき計画的に行われる場合も決して少なくはない。各種の財産犯罪や経済犯罪に代表される企業犯罪などを考えれば、このことは容易に理解できるだろう。だとすれば、刑罰の一般予防機能を否定するいわれはない。刑罰における一罰百戒的な重罰主義はもとより容認すべきではないが、適正な一般予防機能を考慮することは犯罪防止上極めて重要だと言ってよい。

なお、最近では、従来の一般予防は消極的一般予防だとし、本来的に一般予防とは、犯罪者を処罰することによって一般人の規範意識を覚醒・強化することを通して犯罪予防を図る効果をもたせることであるという、いわゆる積極的一般予防論（規範的予防論）も主張されている。しかし、この説に対しては、「この考え方は、規範違反があれば、必ず処罰すべきだということになりかねない⁴⁾ように思われる」との批判がある。

②特別予防機能

特別予防機能とは、特定の犯罪者に働きかけて再犯・累犯を防止する機能である。次の3つの内容を含むといわれる。①犯罪者に対し刑を具体的に宣告することによって本人の規範意識を覚醒させ、これを反省に導く機能である。②特に自由刑の執行を通じて犯罪者に改善教育を行い、本人の社会復帰を図る機能である。③犯罪者を一時的または永久的に社会から隔離することによって、再犯・累犯の可能性を失わせる機能である。隔離機能、排除機能ともいわれる。

特別予防機能は、かつては人間の意思は決定されているという決定論を前提とする近代学派によって重視されていた。しかし、現在では、素質・環境が人間を犯罪に駆り立てると同時に、人間は素質・環境の制約のもとに行為の自由を持ち、また、素質・環境そのものも、ある程度支配することができる。このようにして、人間は制約されながらも決定していくものであるという主体的な人間像が大勢を占めていると言ってよい。つまり、

4) 西田典之『刑法総論』（2006年）16頁。

人間に自由の契機を認めるのである。ならば、現在の刑罰論において特別予防機能は否定されるべきかという、決してそうではないだろう。人間は限られた範囲とはいえ、人格の主体性は存在すると考えられるから、刑罰を科すことによって本人の規範意識を覚醒させて改悔を促し、犯罪者自らが改善更生のために努力することを指導援助することは十分に可能である。刑罰の特別予防機能も極めて重要である。

ただ、死刑には犯罪者を改善更生させるという意味での特別予防機能が存在しないことはいうまでもない。また、自由刑においては、拘禁された状態であるにもかかわらず、再社会化のための教育がはたして可能であるか、さらに、改善更生のための多くの強制は受刑者に対して過度の負担を負わせることになりはしないかなど、考えなければならない問題点も数多く提起されていることに注意しなければならない。

③報復感情宥和機能

報復感情宥和機能とは、被害者またはその家族の報復感情を癒すとともに、犯罪または犯罪者に対する一般人の公憤を鎮静化させる機能である。犯罪が行われたとき、その被害者またはその家族が犯罪者に対して報復感情を抱き、一般人も犯罪および犯罪者に対して公憤を覚えるのは当然である。そこで、犯罪者に対して犯罪と均衡を保った適正な刑罰を科すことは、これらの報復感情を緩和し、公憤を鎮めることとなる。

この機能は、国家が刑罰権を持つわが国においては決して強調されるべきものではないが、刑罰の持つ間接的機能として不可欠なものといえる。適正な処罰は社会一般の応報感情を満足させるといえるが、これは国民の法を遵守する態度にもつながり、ひいては犯罪防止効果も認められると思われるからである。ただ、犯罪の被害者に対しては、被害者補償等の施策の充実、心身に対する十分なケアが最重要課題であることは言うまでもない。

④保安的機能（社会保全の機能）

保安的機能とは、再犯・累犯の可能性のある犯罪者を社会から隔離する

ことによって、社会の安全を保障する機能である。この機能は生命刑、自由刑において見られ、前述の隔離機能と結びつくものである。

ただ、この機能は財産刑には見られない。また、刑罰の本質について応報刑論に立脚する場合、たとえ犯罪者に再犯の可能性がなく社会保全の必要性が認められなくても、刑罰を科さなければならないときもある。したがって、この機能は絶対的なものではない。

⑤贖罪的機能

贖罪的機能とは、犯罪者が刑罰を受けることによって罪の償いをするのに寄与する機能である。刑罰を科すことは、犯罪者に罪を行ったという羞恥心を解消させ、犯罪を行うにいたった過去の自分から脱却させるための手段であるともいえる。この意味では、刑罰は個人的な自己改善に国家が指導援助するものであるということが出来る。この機能は刑罰論においてあまり重要視されてきたとはいえないが、個人の主体性を認め、犯罪者自身の社会復帰の意思を尊重する立場に立つならば、これは忘れてはならない機能である。

ただ、犯罪者が社会に復帰するときは、彼（彼女）自身過去を引きずることなく、立派に罪を償ったとの自覚のもとに社会に復帰すべきであり、また、彼（彼女）を受け入れる側も、彼（彼女）に「前科者」とか「ムショ帰り」などのレッテルを貼らず、彼（彼女）はきれいに罪を償ったとの意識のもとで、普通の社会人として受け入れることが肝要である。犯罪者と彼（彼女）らを受け入れる側の双方が、このような意識を持たなければ、この機能は画餅に帰するであろう。この機能を実効あらしめるためには、犯罪者自身と彼（彼女）らを受け入れる側双方の意識の改革が必要であると思われる。

⑥各機能の関係

刑罰のこれらの機能は、立法の段階、裁判の段階、行刑の段階を通して一貫して働くものであり、これらの諸機能はそれぞれの段階で個別的に分断されて理解されるべきものではない。ただ、ここでは、立法、裁判、行

刑の各段階に最も特徴的な機能についてみてみることにする。

まず、立法の段階では、一般予防機能が中心となろう。これは罪刑法定主義の原則上当然である。次に裁判の段階、すなわち犯罪事実の認定と刑の量定の段階では、一般予防機能や特別予防機能が重視されるべきことはもちろんであるが、この段階では特に報復感情宥和機能が重要であろう。裁判における厳正・公平・適正な処罰が、被害者またはその家族の報復感情を癒すことになり、また社会一般の犯罪および犯罪者に対する公憤を鎮静化させるのに役立つからである。そして、行刑の段階では、生命刑・自由刑における保安的機能も無視できないが、宣告刑の範囲内でいかに再犯・累犯を防止するかという特別予防機能が重要である。それに、贖罪的機能を果たすのもこの段階であろう。

(3) 現代社会における刑法の役割

前節で刑罰の機能を概観したが、現代社会における刑法の役割を検討する場合、これらの刑罰の機能が参考になるのは言うまでもない。そこで、ここでは刑罰の機能を参考にした刑法の役割について⁵⁾みてみたい。

刑法の役割の第1は、どのような行為が犯罪とされこれに対していかなる刑罰が科せられるかを、あらかじめ明確に示すことによって、犯罪・非行を防止させるということである。つまり、従来から言われている刑法の規制的功能および刑罰の一般予防機能・特別予防機能は、刑法の役割を考える上で忘れてはならないものである。刑法の存在それ自体——十分な効果を発揮しているかどうかはとりあえず別として——、国民に対して一定の威嚇力を持っていることは否定できないであろう。

ただし、刑法のこの役割を十分に発揮させるためには、犯罪に対する刑罰が適正なものでなければならず、罪刑の適正な均衡も要求されているとあってよいであろう。つまり、罪刑の適正な法定であり、罪刑法定主義の

5) 以下の叙述にあたっては、船山泰範『刑法の役割と過失犯論』(2007年) 10頁以下を大いに参考にさせていただいた。私も基本的に船山説に同調するものである。

一内容をなすものである。したがって、ある犯罪とそれに対する刑罰が均衡を失していると思われるときは、個人の人権を不当に制限するものとなり、違憲・無効とされるべきである。どのような犯罪に対してどれだけの刑罰を科すときに罪刑の均衡を満たすといえるかという判断は、大きな困難を伴う問題であるが、当該犯罪の罪質、刑罰の機能等を考慮に入れた上で、総合的視野からなされる必要がある。このような点からすれば、財産犯罪の典型である窃盗罪の法定刑として、従来の懲役刑の他に財産刑である罰金刑を導入したことは、評価に値すると思われる。そして、このような罪刑の均衡を考慮した刑が、国民により意味で刑罰の感銘力を与えることになり、より一層犯罪・非行の防止に役立つものと考えられるのである。ただ、今回の法定刑の引き上げが、罪刑の均衡を十分に踏まえたものかどうかは、吟味してみる必要があるのではないと思われる。

刑法の役割の第2は、犯罪者の改善・更生・社会復帰に役立たせるということである。刑罰の特別予防機能、贖罪的機能がこれと結びつくことは言うまでもない。刑罰の中心である懲役刑や禁錮刑の自由刑は、犯罪者を一定の施設に収容して自由を剥奪し、そこでの生活を通して過去の生活態度を改めさせ、社会規範に則った生活をさせることにより、よりよい社会人として社会に復帰することを願い指導助言をするものである。そこで、犯罪者の改善・更生・社会復帰を考慮するならば、長い刑期はいかかなものであろうか。社会は目まぐるしく変化している。一日も早い社会復帰を考えないと、時代に取り残されるおそれがある。いくら仮釈放の制度（第28条）があるといっても、基本となる刑期が長ければ、それだけ仮釈放の時期も遅くなる。法定刑の引き上げは、場合によっては犯罪者の改善・更生・社会復帰の面では疑問なしとしないのである。

刑法の役割の第3は、被害者の救済に役立たせるということである。これは今まであまり意識されてこなかった役割である。この役割には刑罰の報復感情宥和機能と贖罪的機能が特に結びつくであろう。犯罪が行われたとき、被害者およびその家族、そして社会一般の人々も、犯罪および犯罪

者に激しい憤りを覚えるものである。そして、その犯罪が凶悪かつ重大であればあるほど犯罪者を重く処罰する欲求が高まるであろう。確かに、犯罪者が重く処罰されればされるほど、報復感情が宥和されるのは、まず間違いないことになろう。しかし、犯罪者が実刑判決を受け、長期間刑務所に収容されているならば、受刑者が資産家でもないかぎり、受刑者の収入の道は閉ざされ、被害者およびその家族は、受刑者からの損害賠償を受けることはできないのである。そしてそのことは、ひいては刑罰の贖罪的機能をも奪うことにもなりかねないであろう。仮に少額ではあっても、継続的に損害賠償を行うことによってはじめて贖罪の意味も出てくると考えられるからである。それに、継続的に損害賠償を行うことによって、必ず被害者およびその家族の報復感情も宥和されてくるものと考えられる。だとすれば、刑務所での長期間の収容につながる法定刑の引き上げは、刑法のこの役割を見た場合に妥当なものだったのかどうかは、大いに検討の余地があるといわなければならないだろう。

3 刑法総則の罰則の改正

前述のとおり、2004年に有期自由刑の最上限が15年から20年に引き上げられ、さらに有期刑を加重する場合の上限が20年から30年に引き上げられた。その理由として立案者は次のように言う。⁶⁾

近年、我が国の治安水準や国民の体感治安が悪化しているとの指摘がなされているが、その大きな要因の1つとして、人の身体に攻撃を加えて、その生命や身体等の重要な個人的法益に重大な危害を及ぼす凶悪犯罪その他の重大犯罪の増加傾向が続いていることが挙げられる。その一方、特に

6) 以下の叙述は主に高崎秀雄「凶悪・重大犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱(骨子)」ジュリスト1276号(2004年10月1日)46頁以下、佐藤弘規「刑法等の一部を改正する法律」ジュリスト1285号(2005年3月1日)33頁以下に負う。

凶悪犯罪その他の重大犯罪については、刑法や刑事訴訟法の規定が、近年の犯罪と捜査をめぐる状況や、公訴時効期間のあり方等が国民の正義観念に合致しているか、ということが問題とされた。

さらに、現行刑法が制定された明治40年に比べると、現在では国民の平均寿命が大幅に伸びたこと、したがって、15年や20年という期間をもって有期刑に処する場合の限界とするのは、国民の正義観念に合致してはいないのではないか、とされた。また、通常の有期刑の上限が15年、併合罪加重の場合でも処断刑の上限が20年なのは、無期刑に処する場合に比べると差が大きすぎるのではないかと、実際にも、15年ないし20年に近い有期刑は凶悪・重大犯罪に対して適用されているものと考えられるが、こうした実態に照らしても、現在においては15年や20年は短期に失するのではないかと、との指摘がなされていた。

この改正について、刑事裁判官は一致して歓迎しているといわれている⁷⁾。なぜなら、無期か有期かの判断を迫られた場合、従来は有期を選択するならば15年もしくは20年を上限とせざるをえず、無期と有期との間隔が大きすぎたが、今回の改正ではその大きなギャップが埋められたから、つまり、無期懲役と有期懲役の差を少しでも縮め、より事案の内容に即した量刑を行い得る余地が拡大したからである。

学説においても、この改正に賛意を表するものもある。それは、凶悪・重大犯罪に係る科刑の厳格化傾向は、これらの犯罪に対する国民の規範意識の変化を反映したものと理解でき、そうだとすれば、犯罪認知件数と科刑状況から客観的に認識される国民の規範意識の変化に応じて、効果的な罰則を整備することは正当な対応だと思われること、さらに、国民の平均寿命の大幅な増進という自然条件からも、今回の改正は支持されるべきで

7) 杉田宗久「平成16年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判例タイムズ1173号（2005年5月1日）、同「法定刑の改正動向について——裁判実務の立場から——」刑法雑誌第46巻第1号（2006年）112頁。

ある、すなわち、明治40年の段階では、有期の懲役および禁錮の法定刑の上限を15年、その処断刑の上限を20年とすることが、当時の国民の平均寿命からして物理的な限界であったのに対し、現時点ではこれらの上限を引き上げるだけの自然条件が備わっており、こうした状況においては凶悪・重大犯罪によって侵害され得る法益に対する刑法的要請が高まってきている以上、それぞれの上限を20年と30年に引き上げることは、必要かつ相当⁸⁾だと言うべきである、とするものである。

確かに、今回の改正はたとえば、無期懲役では重過ぎるが、さりとて15年もしくは20年の懲役では軽過ぎるという場合に、妥当な結論が導き出されるようになったということはできよう。刑事裁判官が一致して歓迎したということも首肯できるものである。しかし、だからといって、有期刑の最上限を一律に15年から20年に、20年から30年にそれぞれ引き上げることが妥当かについては、疑問が残るところではある。実務家からも、「一般に、自由刑については量刑が法定刑の上限に張り付く現象は余りみられない」との指摘もある⁹⁾。だとすれば、法定刑の最上限の引き上げは一律に行うのではなく、その犯罪に見合ったものとして個別的に検討されるのが妥当だったのではなからうか。一律に引き上げるということは、たとえば、今次の改正によって御璽偽造及び不正使用罪（第164条）の法定刑が2年以上20年以下の懲役になることを意味し、公印偽造及び不正使用罪（第165条）の法定刑である3月以上5年以下の懲役と比べるとあまりにも刑が重過ぎると思われるし、また、加重収賄罪（第197条の3第1項第2項）の法定刑が1年以上20年以下の懲役になることを意味するから、刑罰としては重過ぎると言えなくもないだろう¹⁰⁾。それに、そもそもこれらの犯罪は重

8) 今井猛嘉「刑法総則の罰則整備」ジュリスト1276号55-56頁。

9) 村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判例タイムズ1189号（2005年12月1日）33頁。

10) 今井・前掲論文57頁を参照、ただし今井教授は、これらについては不当とは言えないように思われる、とされる。

大犯罪ではあっても「凶悪」犯罪とはいえないのではないか。

ところで、重罰化の大きな理由の1つに、前述のように、国民の平均寿命が現行刑法制定当時から比較すると大幅に伸長したことがあげられているが、はたしてその理由に基づく法定刑の引き上げは合理的なものであろうか。立案者は、平均寿命が延びたということは平均余命も延びたということでもあるから、その結果として「凶悪・重大犯罪」について有罪認定された者を、より長期間刑務所に収容し、よりよい矯正を目指すことが可能になったとする¹¹⁾。

確かに、現行刑法が公布・施行された後の1909年から1913年までを見てみると、男女20歳の時点での平均余命は男41.06歳、女41.67歳であり、それに対して、法定刑の大幅な改正が行われた2004年の前年である2003年には、男女20歳の時点での平均余命は男58.89歳、女65.79歳となっており、男女とも1.5倍前後の延びを示している。しかし、だからといって、一律に法定刑の最上限を引き上げることはいかかなものであろうか。

この点については、井田教授の次の指摘が重要である。すなわち、「この100年の間には、世界的な刑罰の人道化と緩和の傾向が見られたのであって、そのような流れを無視して、過去と現在を単純に比較し自由剥奪のもつ感銘力が異なることのみをもって法定刑引き上げの理由となし得るものかどうかは疑問であろう。また、その見解を前提に置くと、法定刑の最上限のみならず、すべての犯罪につき法定刑を一律に引き上げなければならないということにもなりかねず、影響が大き過ぎるであろう」というものである¹²⁾。また、塩見教授も「自由剥奪の重みを国民の健康・衛生状態との関係で相対化する議論には違和感を覚える。例えば、5年の懲役刑の重みは平均寿命とは関わりなくそれとして存在するよう感じられる。あるいは、これがナイーブな感覚論にすぎないとしても、平均寿命の伸びは、法

11) 今井・前掲論文58頁より引用。

12) 井田 良『変革の時代における理論刑法学』（2007年）214頁。

死刑を引き上げる際のせいぜい補足的な論拠にとどまると解されるのである」¹³⁾といわれる。

現代は「10年ひと昔」などというものではなく、まさに「1年ひと昔」といわれる社会である。1日1日が非常に大きな意味を持つ。目まぐるしく変化する社会にあって、長期間刑務所に収容され、外の社会と隔絶されて生活することは、受刑者の社会復帰にとって著しく不都合なものとなるだろう。しかも、刑務所での収容期間が長くなれば長くなるほど、社会の側の受け容れも困難となるのではなからうか。そうなると、再犯・累犯にいたる危険性も高まってくるだろう。

ただ、このような批判に対しては、「受刑者の円滑な社会復帰は、施設内処遇の期間の長短ではなく、施設外の状況変化を常に意識しつつ、施設内において如何に有効な矯正メニュー（例えば、IT時代に即した教育ないしは職業訓練）を提示できるかにかかっている。施設内処遇の期間の短さが、円滑な社会復帰を必ずしも意味しないことは、短期自由刑の弊害として周知の事実であるが、逆に、この期間が現行制度の下のそれと比べて長期化しても、処遇内容が適切なものである限り、処遇修了者の再犯の危険は極小化し得るのである」¹⁴⁾との反批判がなされている。

しかし、現実問題として、施設内において個々の受刑者に対し有効な矯正メニューを提示できるかははなはだ疑問である。それは、受刑者個人の資質も大いに関係するであろうが、過剰収容の問題も忘れてはならないものとして存在するからである。しかも矯正処遇に直接携わる刑務官も、その数には限りがある。そのような状況においては、受刑者各人にとって最適な矯正メニューの提供などは、なかなかできないのではないか。だとすれば、現行刑法制定当時と比較して、いくら平均余命が約1.5倍に伸長したといっても、そのことが法定刑の最上限の一律引き上げの根拠とはなら

13) 塩見 淳「法改正の概要とその意義」刑法雑誌第46巻第1号74頁。

14) 今井・前掲論文58頁。

ないものと思われる。

ここでわれわれは、前章で述べた刑法の役割を想起しなければならないだろう。そのうちの1つは、刑法は犯罪者の改善・更生・社会復帰に役立つものでなければならないということである。自由刑受刑者は必ず社会に復帰する。その場合、長期自由刑は受刑者の社会復帰を著しく困難にするだろう。この点について斉藤豊治教授は、「長期自由刑では……家族や社会とのつながりの切断ないし弱体化、社会性の喪失、拘禁状態という非日常的世界への適応と不適応、再就職の困難さ、高齢化など、社会復帰は難しくなる傾向がある。……つまるところ、刑期の長期化に伴う『再犯の危険の極小化』とは、無害化、すなわち拘禁、隔離を通じて、犯罪の機会を減少させることに行き着くのではなかろうか。それは、『矯正』という名に値しないし、社会復帰的処遇とは到底いいがたいものであろう。……厳罰化の風潮は、一般には仮釈放の早期化にもブレーキをかける可能性のほうはるかに大きいであろう。拘禁期間の長期化は、深刻な状態となっている過剰収容に拍車をかけ、さらに受刑者の高齢化が深刻となり、刑務作業を中心としてきたわが国の矯正処遇¹⁵⁾と受刑者の社会復帰をいっそう困難なものにするであろう」と指摘されている。

仮に、施設内で受刑者各人に最適な矯正メニューを提供できたとしても、それはあくまでも施設内での話である。受刑者もいずれは社会に復帰する以上、1日も早く社会になじまなければならない。そうだとするならば、長期間の自由刑は社会復帰を困難にするばかりである。社会の進展が目まぐるしい現代社会においては、その点にはなおのこと注意を払う必要があらう。

また、もう1つの刑法の役割として、被害者の救済もあげられる。これは前述したように、犯罪者が被害者もしくはその家族に対して損害を賠償

15) 斉藤豊治「刑事法学の動き——特集『凶悪・重大犯罪に関する罰則整備』」法律時報77巻12号（2005年）98頁。

するという行為になって現れると思われるが、被害者に対する損害賠償は刑務所内では行い得ないものである。それに、犯罪者が社会内で労働し、その賃金の中から被害者に賠償するというところにこそ贖罪としての意味があるだろう。そのためには長期自由刑はそぐわないものと言わなければならない。もちろん、具体的な犯罪によっては、それに見合うだけの適正な刑罰が——たとえそれが長期にわたるものであったとしても——必要なことは言うまでもないが、今次の改正のように、有期自由刑の最上限を一律に引き上げることには問題があるものと思われ、個別的な対応が必要だったのではないかと思われるのである。

4 刑法各則の罰則の改正

(1) 総説

前章では刑法第12条から第14条までの問題点を採り上げたが、本章では各則上の問題点を特に法定刑の問題に絞って検討する。

2004年には集団強姦罪、集団強姦致死傷罪が新設されたが、同時に有期懲役の上限については、強制わいせつ罪が7年から10年へ、傷害罪が10年から15年へ、危険運転致死傷罪が10年から15年へそれぞれ引き上げられ、有期懲役刑の下限については、強姦罪が2年から3年へ、強姦致死傷罪が3年から5年へ、殺人罪が3年から5年へ、傷害致死罪が2年から3年へそれぞれ引き上げられた。なお、この時に、傷害罪が科料を削除し、罰金額を30万円から50万円へ引き上げると同時に、強盗致傷罪の有期懲役刑の下限が7年から6年に引き下げられた。

2005年には人身売買罪の新設と同時に、逮捕監禁罪と未成年者略取及び誘拐罪の両罪で有期懲役刑の上限が5年から7年に引き上げられた。

2006年には公務執行妨害及び職務強要罪への50万円以下の罰金刑の新設、窃盗罪への50万円以下の罰金刑の新設がなされ、さらに、業務上過失致死傷罪の罰金刑が50万円から100万円に引き上げられた。

2007年には危険運転致死傷罪の規定から「四輪以上の」という文言が削除されると同時に、自動車運転過失致死傷罪が新設され、通常の業務上過失致死傷罪よりも有期懲役刑の上限が2年引き上げられ、7年となった。

改正された法定刑が妥当かどうかの検討に当たっては、川崎教授の指摘が重要である。すなわち、①当該犯罪が侵害する保護法益の価値、②当該犯罪が与える社会的影響、③当該犯罪を犯した者の社会復帰に必要な刑罰の質と量、④他の犯罪とのバランス、などを総合的に勘案するというものである¹⁶⁾。これ以外にも、現実の実務における科刑の状況、被害の状況——肉体的・精神的後遺症の有無・程度など——も参考になるであろう。これらをもとにして、前記法定刑改正の妥当性を、いくつかの犯罪に限定して検討してみたい。

(2) 強制わいせつ罪

従来、強制わいせつ罪の法定刑の上限は7年の懲役であったが、今次の改正で10年に引き上げられた。強制わいせつ罪は強姦罪と同様に厳罰化傾向が認められ¹⁷⁾、さらに平成18年版犯罪白書も、数字こそ示してはいないものの、近時、長期の有期懲役を言い渡された人数の増加を指摘している¹⁸⁾。強制わいせつ行為は強姦行為と同様に、被害者に対する影響は甚大である。しかも、平成17年には、20歳未満の被害者の認知件数は男女合計で4970件を示しており、さらに、小・中学生を被害者とする強制わいせつの認知件数の児童・生徒各10万人当たりの被害発生率は、平成15年をピークとして低下しているとはいうものの、小学生の場合は16.2、中学生の場合は19.2をそれぞれ示している¹⁹⁾。これらの被害者の恐怖心・羞恥心、また、性犯罪

16) 川崎友巳「法定刑の改正動向について——刑罰論の立場から——」刑法雑誌 第46巻第1号101頁。

17) 木村光江「刑法各則の罰則整備」ジュリスト1276号67頁、村越・前掲論文36頁。

18) 法務省法務総合研究所編『平成18年版犯罪白書』262頁。

19) 法務省法務総合研究所編『平成18年版犯罪白書』240-241頁。

者の累犯性などを考えれば、法定刑の引き上げは肯定できるところである。ただ、法定刑の上限が10年の懲役であり、それが妥当かどうかについては議論の余地があろう。窃盗罪と強制わいせつ罪とで上限が同じであるというのはいかなるものであろうか。²⁰⁾窃盗罪の法定刑が10年でよしとするならば、強制わいせつ罪の法定刑はそれよりも重く設定してもよかったのではないかと思われるのである。

(3) 傷害罪

傷害罪の上限が10年から15年の懲役へと引き上げられたが、これについては実務家から、量刑相場で懲役10年を突っついている事件はほとんどなく、今回の改正は将来の突っつき事案に備えたものというべきであるとの指摘がある。²¹⁾ただ、最近の医療技術の進歩は従来なら死亡していた事案を傷害で留める場合もあるだろう。すなわち、一命は取り留めたものの重い障害が残ったということも決してまれなケースとは言えなくなっているものと思う。だとすれば、その被害者はその重い障害と一生付き合わなければならなくなるだろう。そうなると、上限が10年の懲役では十分な評価ができない場合も出てくるものと思われる。その意味で、懲役15年は妥当な法定刑だと考えられる。

(4) 強姦罪

強姦罪の法定刑については、強盗罪（第236条）の法定刑と比較して議論されることが多い。今次の改正で強姦罪の法定刑の下限が2年の懲役から3年の懲役に引き上げられたが、それでも強盗罪の5年の懲役と比べると、相当に軽いという印象は拭い切れない。しかも、集団強姦罪ですら下限が4年の懲役であるから、この印象はなおさらである。²²⁾

20) 船山・前掲書13頁。

21) 村越・前掲論文37頁。

22) なお、強姦罪の従来からのアプローチに反省を迫り、独自の見解を展開するものとして、齊藤豊治「ジェンダーと刑罰論」法律時報78巻3号（2006年）50頁以下がある。

ただ、論者のなかには、「強姦罪、強盗罪の両罪を単純に『いずれがより重大か』という形で比較することは妥当でない。なぜなら、そもそも強盗罪を単なる『財産犯』として把握することは妥当でないからである。人に対する暴行・脅迫を伴うからこそ、重く処罰されるのが強盗罪である。……たしかに、強盗罪との比較は1つの重要な要素ではあるが、それが絶対ではない。強姦罪そのものを単独で考えた場合に、下限の2年は軽きに失するというのが、現在の社会の理解であり、3年という数字自体が大きな意味を持つ。法定刑の最下限の刑を選択しない限り執行猶予にはなり得ない法定刑を持つ、つまりそれほど重大な犯罪であることを、刑法が国民に示すという意味は非常に大きい」とするものもある。²³⁾

また、「強姦罪が3年以上だとまだ軽すぎるとして、もっと引き上げるべきとの意見もあるが、やたら、引き上げて一般予防効果が上がるものでもない。重く処罰されるからといって思いとどまる種類の犯罪ではないのである。むしろ、余り刑が重いと裁判官が有罪認定を厳格化するおそれがある。被害者の魂の殺人とも言われる強姦罪は、同意があれば成立しないため、同意がなかったことの立証のため、抵抗しがたいほどの暴行・脅迫があったことの立証が求められるということになる。性的自由の侵害が処罰の根拠なのだから、むしろ『暴行・脅迫による』という要件を緩和し、同意のない性交渉に強姦罪の成立範囲を広めることが、厳格化よりも実質的な性被害の救済につながるものと思われる」とする見解もある。²⁴⁾

ところで、刑法の役割の1つである被害者救済を想起するとき、最狭義の暴行・脅迫を要件とする強姦罪の従来の解釈は大いに問題があろう。いくら強姦罪での暴行・脅迫は、強盗罪の暴行・脅迫で必要な被害者の反抗を抑圧するに足りる程度のものである必要はなく、被害者の反抗を著しく困難にする程度のものでよい、とされているとはいっても、これだけの反

23) 木村・前掲論文65-66頁。

24) 岩井宜子「法定刑改定と刑事政策」刑法雑誌第46巻第1号59頁。

抗が必要とされている以上、被害者にとってはとてつもない大きな負担を強いられているといってもよいであろう。したがって、本来は、強姦罪の成立要件そのものを見直す方向で立法がなされるべきであろうが、それが不可能な以上、従来の解釈を基礎に法定刑の妥当性を判断するしかないだろう。

前述のように、強盗罪の手段として必要とされる暴行・脅迫は、被害者の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫でなければならないとされ、強姦罪の手段として必要とされる暴行・脅迫は、強盗罪ほど強度のものである必要はなく、被害者の反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫であればよいとされる。しかし、講学上は、強姦罪と強盗罪の手段である暴行・脅迫は、両者とも最狭義の暴行・脅迫に分類されている。つまり、反抗を著しく困難にすることは、反抗を抑圧することよりもレベルが低いといっても、少なくともいわゆる「必死の抵抗」は必要とされるであろうから、その差は必ずしも大きくはないと思われるのである。だとすれば、強姦罪と強盗罪ではどちらが重大な犯罪かという判断は、被害者の同意を得ない姦淫と財物強取で、どちらがより重大な法益を侵害しているかにかかっているといえるだろう。

その場合、被害者の肉体ばかりでなく精神をも蹂躪する被害者の同意を得ない姦淫の方が、財物強取よりも大きな被害を及ぼすことは、誰の目にも明らかであろう。PTSD など重篤な精神障害に陥ることがあると同時に、精神的被害がもつて自殺を図ることもある。強姦罪は「魂の殺人」と言われる所以である。このような被害は、強盗罪における財物強取とは比較にならないであろう。したがって、強姦罪と強盗罪の法定刑を比較した場合、本来ならば強姦罪の方が下限を重くしてしかるべきである。その点で今次の改正は不十分であると言わざるをえない。少なくとも強盗罪の下限と同じ懲役5年、もしくはそれ以上とすべきであったように思われるのである。²⁵⁾

(5) 殺人罪

殺人罪の法定刑の下限が3年から5年に引き上げられたことについて、立案者は、①人の生命の重要性に関する認識が一層高まっている現在の国民の正義観念に照らせば、酌量減輕をしなくても執行猶予を付しうる懲役3年は低きに失すること、②強姦罪等他の凶悪犯罪の法定刑とのバランスをとることをその根拠²⁶⁾としている。

この改正について杉田判事は、「実務経験に照らして考えても、殺人ほど上から下まで多種多様な犯情を有している犯罪は他になく、明治期の立法者が、このような殺人の多様性に鑑み、特に軽い事案も存することから下限をあえて懲役3年としたことは、誠に思慮深い判断であったと思われるのである。もとより今回の改正によっても酌量減輕を施せば5年未満の量刑も執行猶予を付することも可能であるから実際の量刑に際してはさして支障はないとはいえ、前記のような抽象的・形式的理由だけでこのような明治の立法者の適切な判断が簡単に覆されてしまったことをとても残念に思うものである。それだけでなく、……この下限の引き上げは……殺人の量刑相場全体を動かしかねない要素を含んでいるだけに、ますますその立法事実の希薄さが気になるところである」と批判的²⁷⁾である。一方、木村教授は、この改正は十分に認められるとされる²⁸⁾。

人の生命はいつの世でも重要であり、ここ数年で特に重要になったというわけでもない。だとすれば、立法理由の①はその抽象的なことと相まって、必ずしも説得力のある立法理由だとは思われない。結局、②の立法理由が主たるものとなろう。つまり、強姦罪の法定刑が3年の懲役になった

25) 安田拓人「法定刑の改正動向について——犯罪論の立場から——」刑法雑誌第46巻第1号93頁も、「強姦罪の法定刑が強盗罪の法定刑より低くてよいとするだけの十分な根拠はないように思われる」とされる。

26) 高崎・前掲論文49頁、佐藤・前掲論文36頁。

27) 杉田「法定刑の改正動向について——裁判実務の立場から——」119頁。

28) 木村・前掲論文69頁。

から、人命を奪う殺人罪はより重くなくてはならない、そうでなければ刑の均衡を失することになる、との考慮が働いた結果だと思われるのである。

人の生命を奪う殺人罪は、他の罪とは比べものにならないほど重大な犯罪であることは説明を要しない。しかし、加害者と被害者の関係はどうか、どのような状況のもとで殺人を行ったかなどを考えた場合、加害者に同情に値する事情があり、軽い刑で臨む方がむしろわれわれの正義感情に適うという場合もあるだろう。これに対して強姦の場合、加害者に同情すべき事情などはたして考えられるであろうか。木村教授が指摘されるように、「宥恕すべき殺人」というのはありえても、「宥恕すべき強姦」はありえないであろう²⁹⁾。昭和48年4月4日に最高裁判所大法廷で出されたいわゆる尊属殺違憲判決の事例を想起すれば、このことは十分に納得できるものと思われる。このように考えれば、殺人罪の法定刑の下限を懲役3年から5年に引き上げなくてもよかったのではないかと思われるのである。

(6) 逮捕監禁罪・未成年者略取及び誘拐罪

2005年には逮捕監禁罪と未成年者略取及び誘拐罪の法定刑の上限が5年から7年に引き上げられたが、その理由としては、「近年、長期間にわたる監禁事案や悪質な幼児略取誘拐事案、国境を越えた略取誘拐事案など、従前の逮捕・監禁罪や略取・誘拐罪では適正な処罰が困難な事案もみられ、これらの罰則の見直しが必要になっていた」ことがあげられている。ここで想起されるのが、当時9歳の女子小学生を略取しそのまま9年2カ月という想像を絶する長期間にわたり監禁を継続し、2000年に発覚したいわゆる「新潟女性監禁事件」である。この事件は特異な例としても、監禁行為は被害者本人の人生はもちろんのこと、本人を取り巻く両親等家族の人生そのものをも破壊するだけの威力を持つ犯罪である³⁰⁾。しかも、監禁中には

29) 木村・前掲論文69頁。

30) 安永健次・親家 and 仁・岡本章・隄良行「最近の刑事立法の動向について」法律のひろば2007年1月号30頁。

暴行・脅迫、そして被害者が女性の場合には、それに加えて強制わいせつ、強姦等の犯罪が行われることもあるだろう。しかし、これらは監禁中の犯罪であり、特に強制わいせつ罪、強姦罪は親告罪であるため、被害が表面化するとは限らない。したがって、監禁罪の実質は単なる身体の自由に対する罪というだけでなく、身体・精神に対する傷害の側面をも備えた犯罪ということができよう。だとすれば、逮捕監禁罪と未成年者略取及び誘拐罪の法定刑が5年から7年に引き上げられたことは、十分理由のあることと思われる。³²⁾

(7) 窃盗罪

2006年には窃盗罪に50万円以下の罰金刑が新設された。その理由について立案者は、たとえば万引き事犯等の中には、その犯罪類型としての特質からみて犯行が偶発的に行われる場合も少なくないこと、被害金額が少額にとどまり、かつすみやかに被害回復がなされることもあるといった類型の事案も存在すること、しかし従来は、その法定刑が10年以下の懲役のみであったため、現実には起訴すべきか否かの判断に困難を伴うものも少なくないことなどから、窃盗罪についても選択刑として罰金刑を新設し、刑の選択の幅を拡大することにした、と説明している。³³⁾

罪刑法定主義の一内容である刑罰の適正な法定、そして刑罰の適正な均衡に鑑みれば、窃盗罪に罰金刑を導入したことは評価できると思われる。それに窃盗罪は、強盗罪のように被害者の生命・身体に危害を及ぼすこともなく、また詐欺罪（第246条）のように他人を欺くという行為が介入しているわけでもない。要するに、窃盗罪は典型的な財産犯罪といってよいのである。そのような意味からも、そして罪刑の適正な均衡を図る上から

31) 井田 良「何が法定刑の引き上げを正当化するか」刑法雑誌第46巻第1号27頁、同・前掲書217頁。

32) 井田・前掲論文27頁。

33) 眞田寿彦・安永健次「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」ジュリスト1318号（2006年9月1日）73-74頁、安永・親家・岡本・隄・前掲論文31頁。

も、窃盗罪に罰金刑を導入したことは十分に納得のいくものである。

ただ、罰金額の上限が50万円というのはいかがなものであろうか。眞田・安永両判事によれば、「平成元年から平成16年までの万引き事犯の認知件数を被害額別にみると、約90%以上において、その被害額が10万円未満とされており、その中でも、被害額が1万円未満、すなわち、数千円以内の被害にとどまるものが約70%で、とりわけ3000円未満のものについては、ここ10年余りほぼ増加の一途をたどり、平成11年以降は毎年40%を超える割合を占めている³⁴⁾」ということである。

罰金刑導入の理由が万引き対策だとすれば、上限が50万円でもよいだろう。しかし、万引き以外の窃盗のうちで、被害額が決して少額とはいえないが、さりとて窃盗犯人を懲役刑にしなくてもよい事案もあるのではないだろうか。だとすれば、上限50万円では低すぎるということはないであろうか。このような場合を想定すれば、罰金額の上限を刑法第152条の取得後知情行使罪のように、「被害額の3倍以下の罰金」というような規定のしかたもあってよかったのではないかと思われるのである。

5 結びにかえて

本稿は、最近の法定刑の改正が刑法の役割を意識して行われたものかどうかを検討したものである。もちろん納得できる改正も多く見られたが、刑法の役割を十分に意識した改正とはいえないと思われるものも、かなりあるように思われた。また、今回の一連の改正は主に凶悪・重大犯罪に関するものであったため、改正の範囲はごく限られていたものと思われる。したがって、それら以外にも検討すべきであると思われる法定刑も、かなりあるのではないかと思う。

たとえば、信書開封罪（第133条）と過失致死罪（第210条）の法定刑を

34) 眞田・安永・前掲論文73頁注28より引用。

比較した場合、前者は上限が1年の懲役、後者は50万円の罰金である。過失致死罪における過失はいくら軽過失だといっても、いやしくも人の生命を奪った以上、信書開封罪の刑よりも軽いというのはいかかなものであろうか。もちろん刑罰は当該犯罪に見合う刑罰ということで定めるべきなのであって、他の犯罪とのバランスを意識し過ぎるのは正しくないと思われるが、ただ、あまりにバランスを欠く法定刑は再考の余地があろう。

また、最近の刑事訴訟法の改正により、被害者やその遺族が刑事裁判に出席し、被告人に直接質問したり意見を述べたりすることができる「被害者参加制度」が導入されるようになった。さらに、2009年5月までには裁判員の参加する刑事裁判が行われることになっている。これらのことは、どうしても量刑の引き上げ、つまり厳罰化と結び付きやすくなる傾向があると思われる。現在は、これらのことも十分に考慮しながら、法定刑のみならず、刑法の全面改正をも視野に入れた検討が必要とされる時期にきているように思われる。

ヨーロッパ契約法原則における 不履行法について

齋 田 統

- 一 はじめに
- 二 英米法
 - 1 契約違反
 - 2 契約締結上の過失責任
 - 3 契約違反の効果
- 三 ドイツ民法
 - 1 債務不履行
 - 2 契約締結上の過失責任
 - 3 債務不履行の効果
- 四 フランス民法
 - 1 債務不履行
 - 2 契約締結上の過失責任
 - 3 債務不履行の効果
- 五 PECL
 - 1 債務不履行
 - 2 契約締結上の過失責任
 - 3 債務不履行の効果
- 六 日本民法
 - 1 債務不履行
 - 2 契約締結上の過失責任
 - 3 債務不履行の効果
- 七 おわりに

一 はじめに

ヨーロッパ契約法委員会 (Commission on European Contract Law (CECL)) は、1974年にコペンハーゲンのビジネススクールで開催されたシンポジウムで、ハウスシルト博士 (Winfried Hauschild) がヨーロッパ債務法典の制定を提案し、続いて、1976年にヨーロッパ大学研究所で開催されたシンポジウムで、ランドー教授 (Ole Lando) がヨーロッパ統一商法典の制定に言及したことが契機となり設立された組織である。委員会は活動時期により1982年から1990年までの第1委員会、1992年から1996年までの第2委員会、1997年から2001年までの第3委員会に分けられ、第1委員会ではヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law (PECL)) 第一部の準備がなされ、1995年に PECL 第一部が公開された。その後、第2委員会により PECL 第一部・第二部が、第3委員会により PECL 第三部が公開されている¹。

第1委員会は契約の履行と不履行に対する救済手段の問題を扱ったが²、不履行 (non-performance) については、PECL 第8章と第9章に規定された。すなわち、PECL 第8章において不履行および救済手段の一般的原則について、第9章において不履行に対する個別的救済手段が規定されている。

契約責任を考える際の出発点として、大陸法系の国では給付障害につき、帰責事由がないことを証明すれば給付義務を免れるのに対して、英米法系の国では債務者は帰責事由に関係なく、不履行による不利益に対して責任を負うとする厳格責任主義がとられてきた。後述するように PECL は基

1 Ole Lando, Eric Clive, André Prüm & Reinhard Zimmermann, Principles of European Contract Law, Part III, 2003.

2 Ole Lando & Hugh Beale, The Principles of European Contract Law: Performance, Non-Performance and Remedies, 1995.

本的に英米法の厳格責任主義をとるとともに、不履行の類型を区分せず、その不履行には履行遅滞、履行不能などの他、契約目的物に瑕疵がある場合も含まれる。また、PECL 第4:102条が、契約はその締結時に債務の履行が不可能であったことのみを理由として無効とならないと規定していることから、PECLにおける不履行には給付が原始的に不能場合も含まれる。

ところで、日本民法第415条は「債務者がその債務の本旨にしたがった履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする」と規定する。従来からの通説は、債務の本旨にしたがった履行がないこと、不履行につき債務者に帰責事由があること、および不履行が違法であることを債務不履行の要件とし、債務の本旨にしたがった履行がないことを、履行遅滞、履行不能、不完全履行の3つに分類してきた。しかし、ドイツ法に由来する債務不履行を3つに分類するこの通説に対しては批判的学説も多く、債務不履行の要件を、「債務の本旨にしたがわない履行」に一元化する考え方が有力に主張されている。

近年、わが国においては、契約責任に関する議論が債務法改正の議論も含め活発になされているが、³法系間法理を総合し、ヨーロッパ契約法の統一化を模索するPECL⁴の規定は、わが国における契約責任の問題を考えるにあたってもし唆に富むものと考えられる。そこで、本稿ではPECLにおける不履行法につき、英米法、ドイツ民法、フランス民法、日本民法との比較を交えて考察してみたい。

3 潮見佳男「総論—契約責任論の現状と課題」ジュリ1318号（2006年）81頁。

4 Ole Lando & Hugh Beale, Principles of European Contracts Law, Parts I and II, 2000, Introduction. 潮見佳男『契約責任の体系』（2000年）86-87頁。

二 英米法

1 契約違反

英米法においては、契約は守られなければならない (pacta sunt servanda) との原則より、債務者が契約上の義務に違反すれば履行遅滞、履行不能、不完全履行、原始的不能、担保責任のいずれの場合にも契約違反 (breach of contract) が成立する。

そして、英米契約法上、契約違反による損害賠償額算定にあたっては履行利益の法理が適用され、その際、裁判所は、違反した当事者の相手方を、違反した当事者が合意通りに契約を履行したなら、占めるであろう地位に置く⁵。この履行利益の賠償の目的は、違反した当事者の相手方に、契約の利益を与えることにあり、この損害賠償システムは過失と関係のない、厳格責任 (strict liability) の一つといえる⁷。したがって、違反した当事者は、相手方当事者の違反に対する寄与にかかわらず、損害賠償額算定の矢面に立たされる⁸。このように英米契約法において厳格責任がとられているのは、契約にはその内容を担保する約束が含まれることによる⁹。また、こうした厳格責任は、裁判所が契約における個人の自由に巻き込まれるのを防ぐことから¹⁰正当化されている。

しかし、契約上の義務が履行されなかったとして、債務者が常に責任を

5 E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 2^d ed., 1990, § 12.8; David H. Vernon, *Contracts: Theory and Practice*, 2^d ed., 1991, p. 297.

6 Farnsworth, *supra* note 5, § 12.8.

7 Barry Nicholas, *French Law of Contract*, 1982, p. 30-31; Farnsworth, *supra* note 5, § 12.8. 円谷峻『現代契約法の課題－国際取引と民法理論－』(1997年) 206頁。

8 Farnsworth, *supra* note 5, § 12.8.

9 Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. (1996), S. 501.

10 George M. Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 Va. L. Rev. 1225, 1230 (1994).

負うとすると、契約上の義務が履行されなかったことにより生じた損害を契約関係から適切に分配できない可能性がある。¹¹そこで、実行不可能性の法理や目的不到達の法理により例外的な事情下で債務者は免責されることができるとされ、厳格性が緩和されている。

2 契約締結上の過失責任

英米法ではエクィティーの補充機能を通じてコモン・ローの不備を補充するが、信義則に関しても同様である。¹³アメリカでは信義則の基準を事実

11 Guenter H. Treitel, *The Law of Contract* (9th ed), 1995, p. 778. 不法行為については、19世紀以前のイギリス法では、責任と損害を引起した行為者の心的状態を結びつけず、厳格責任主義をとっていた。しかし、個人主義と急速な経済発展から個人の経済活動の自由を保障する必要が生じ、過失責任主義がとられるようになった（John G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, 1968, pp. 6-7）。

12 イギリスの Taylor v. Caldwell 事件（122 Eng. Rep. 309 (1863)）では原告はコンサートを開催するため被告から被告が所有する音楽ホールを4日間借り、各日の終わりに100ポンドずつ支払う契約を締結した。ところがコンサート開催前に同ホールが火災により焼失し、コンサートの開催が不可能となった。そこで原告は被告にコンサートを開催するためにかかった費用の賠償を求めた。

王座裁判所の Blackburn 裁判官は、ある行為をすることを契約の目的とした場合、予見不可能な事故の結果、債務者の履行が著しく困難または不可能となっても、契約に拘束されることは疑う余地がないかのようなのであるが、契約の性質から、当事者が、当初から契約の履行時にある特定の物が存在しなければ契約を履行しえないことを知っており、契約締結時に両当事者がその存在を債務の履行の基礎としたに違いない場合には、当該契約は、両当事者の責めによらないその物の滅失によって履行が不可能になったときには両当事者は免責されるという黙示の条件に服するとした。そして、本件において契約全体を見たとき、音楽ホールの存在は契約の履行に不可欠であることから、両当事者はコンサート開催時に音楽ホールが存在することを前提に契約したものとし、両当事者の責めによらず音楽ホールが存在しなくなったことから、両当事者は、各債務から免責されるとして、被告の損害賠償義務を否定した。この Taylor v. Caldwell 事件以降履行不能の法理はさらに発展し、契約目的の達成が挫折した場合にも不履行当事者の免責が認められるようになった（円谷・前掲『現代契約法の課題－国際取引と民法理論－』212頁以下）。

13 John Klein, *Good faith in International Transactions*, 15 *Liverpool Law Review* 115, 118-119 (1993).

上の誠実さ (honesty in fact) という包括的な概念の下に置く。たとえば、米国統一商法典 (Uniform Commercial Code (UCC)) 第1-201条第20項は信義則が事実上の誠実さと公正な取引という合理的基準の遵守を意味すると規定している¹⁴。そして、アメリカでは信義則は契約が締結され

14 UCC 第1-201条第20項は2001年の改正前の第1-201条第19項であった。改正前の第1-201条第19項では信義則が行為や取引における事実上の誠実さを意味するものとし、信義則につき主観的基準を採用していた。ただし、第2-103条第1b項において商人間の取引につき、信義則は事実上の誠実さと公正な取引の合理的基準の遵守を意味するとされ、主観的基準とともに客観的基準が採用されていた (円谷峻『新・契約の成立と責任〔第二版〕』(1991年) 132-133頁)。

ところで、改正前の第1-201条第19項は草案では主観的基準だけでなく客観的基準も含まれていたが、アメリカ法律家協会 (American Bar Association) の提案により客観的基準は除外された。しかし、これに対しては多くの批判がなされた (E. Allen Farnsworth, Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code, 30 University of Chicago Law Review 669, 673ff. (1963))。

パートンは収穫前的大豆の売却に関する事件をあげて批判した。この事件では、原告が被告に収穫前的大豆を売却し、被告が十分実ったと判断するときに収穫することになっていた。ところが、6月後半の深刻な日照りのため、収穫時期が早まり、7月1日には収穫できると考えられたため、原告は被告に7月1日に収穫するように通知した。しかし、被告は他の大豆の収穫のため、原告の畑の大豆の収穫を後回しにし、7月4日になって収穫し始めたが、大豆の品質が悪いことを理由に、これを中断した。そこで、原告は被告が収穫しなかったことは契約違反であるとして損害賠償請求をした。

メリーランド州最高裁は被告が原告の大豆の収穫を後回しにしたことにより大豆の品質が悪化したことは信義則に反するとして被告の賠償責任を認めた (287 A. 2d. 270)。パートンはこの事件で被告が原告に他の大豆の収穫が自分にとって有利であるため原告の大豆の収穫を後回しにすることを誠実に話したとしても被告の行為が信義に反することに変わりがないと指摘する (Steven J. Burton, Good Faith in Articles 1 and 2 of the U.C.C.: the practice view, 35 William & Mary Law Review 1533, 1541 (1994))。

その後の2001年の改正によるコメントは、「従前の UCC 第1-201条第19項の信義則の定義では客観的要素は含まれていなかった。従前の UCC 第2-103条第1b項では公正な取引の合理的基準も含まれていたが、その適用範囲は商人間の取引に限定されていた。その後の UCC の改正で第2編の信義則の定義は他の条文でも採り入れられてきた。当該条文はこのような発展を確認するものである」としている。

15 第二次契約法リステイトメント第205条はすべての契約により各当事者はその履行と強制において信義誠実と公正な取引の義務を負うと規定する。

た後の契約上の義務としてのみ認められる。したがって、ドイツ民法で認められている契約締結上の過失の理論はアメリカでは受け入れられていない¹⁶。この点がアメリカ法と大陸法の顕著な差異とも指摘されている¹⁷。

16 このことを示す判例として、Feldman v. Allegheny International Inc. (850 F. 2d 1217) がある。この事件では、1982年1月に被告が自分の買収した会社の食品部門を売却に出したところ、原告が契約交渉の相手に選ばれ、両当事者は1982年3月にレター・オブ・インテントを作成した。その中で、被告は原告との交渉中、他の人と交渉をしない旨を合意したが、当該合意は拘束力あるものでなく、当事者の義務は最終の約定において規定されることが明示された。そして、同年6月22日に契約書草案に合意し、被告弁護士が双方のコメントを付した契約書草案を作成することとなった。この草案において特定の資産評価方法が採用されることが規定されていたが、資産評価方法につき合意が成立せず、交渉が暗礁に乗り上げた。そこで被告は同年7月14日に第三者とレター・オブ・インテントを作成し、これを原告に通知の上、同年10月21日に当該第三者が設立した会社に売却した。そこで原告が被告を相手に契約違反を理由に訴訟を提起した。

控訴裁判所は当該レター・オブ・インテントに拘束力はないとした上で、レター・オブ・インテントにより署名したことで信義則により交渉義務を負うが、当該義務から契約書に署名する義務を負うかについて、信義則は指針になりえないとする。

そして、商取引において、両当事者は取引の最善を得ようと努力する。これが取引と自由市場の本質である。このケースの文脈において、取引上の利益を縛るルールはなく、そのため、自己の利益を不誠実 (bad faith) ということはできず、交渉過程での特定の要求が相手方には限りなく不当なものに見えても不誠実とはいえない。これに対する適切な対応は交渉テーブルから離れることであり、交渉過程での不誠実を理由に訴訟を提起することではないとした。

ファンズワースは契約締結上の過失の理論がアメリカにおいて受け入れられていない理由につき、「コモン・ローの交渉を射的的なものと見る見解は交渉の結果に関心がないと考える社会に合致する。通常の契約交渉はこの点で団体協約 (collective bargaining agreement) と異なるのである。団体協約では社会が労働紛争を防ぐことに関心があるからである。当事者が通常の契約に関して交渉を自由にできる体制を提供することは社会的利益であるが、特定の交渉の結果は関心の対象ではないのである。公正な取引の一般的義務を課すことが、そのような交渉が生じた体制を改善すると信ずるいかなる理由もない。交渉過程で公正な取引の義務が発生する時点を決することの難しさが不確実性を引き起こす。公正な取引の義務は成功の可能性が低い場合に当事者が交渉に入ることを抑制する好ましくない冷却効果を有する。また当該義務は早急な結論へ交渉を導く当事者に対する圧力を増大させる好ましくない効果も持ちうる。このような不利益を相殺できる明確な利点がないまま現在の射的的な見解を放棄する理由はない」とする (E. Allen Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations," 87 Columbia Law Review 217, 242 (1987))。

しかし、契約の交渉段階であっても契約当事者が誠実に交渉に臨むべきであるという現代契約法の考え方は、例えば、アメリカの判例法を通じていわゆる契約締結前責任 (pre-contractual liability) として認められ、不当利得 (unjust enrichment)、不実表示 (misrepresentation)、約束による禁反言 (promissory estoppel) あるいは当事者間に契約締結のための特別な合意がある場合などの場合には救済が認められている。¹⁸

3 契約違反の効果

契約違反は本質的な契約違反とそうでない契約違反に分けられ、本質的な契約違反がある場合、債権者は契約を解除することができ、そうでない契約違反の場合、債権者は自己の給付の履行をしなければならず、賠償請求ができるのみである。¹⁹

また、コモン・ローは、契約違反の効果として、損害賠償のみを認め、現実的履行の強制は認めなかったが、損害賠償のみでは債権者を十分に保護できないことから、エクィティーにより、例外的に、特定履行 (specific performance) が認められるようになった。²⁰そして、金銭賠償の原則は、債務者は財産責任のみを負い、人的責任は負わないということと、資源の適正配分を可能にするという価値判断に基づく。²¹

なお、UCC 第 2-716条は、特定履行の判決は契約の給付目的物が独特 (unique) か、その他現実的履行が適切と認められる事情があるときに下

17 Herry Flechtner, "Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality," 13 Pace International Law Review 295, 315 ff. (2001).

18 E. Allen Farnsworth, Farnsworth on Contracts, 3rd ed., 1999, § 3.26.

19 円谷・前掲『現代契約法の課題—国際取引と民法理論—』202-203頁。

20 田中英夫『英米法総論 下』(1985年) 557頁。

21 Mathias Reimann, Einführung in das US-Amerikanische Privatrecht, 1997, S. 51.

されるとしている。²²

三 ドイツ民法

1 債務不履行

改正前の旧ドイツ民法では債務不履行の類型として履行遅滞、履行不能について規定していたが、2001年のドイツ債務法現代化法において統合され²³、現行法では契約上の義務が履行されない場合を包括する義務違反（Pflichtverletzung）という概念が使用されている（ドイツ民法第280条）。旧ドイツ民法では債務不履行につき債務者に故意、過失のない場合には免責されたが、改正ドイツ民法では義務違反は債務者の帰責事由がなくても成立し、義務違反による契約解除には債務者の故意、過失は要求されていない（ドイツ民法第323条、第324条）。ただし、損害賠償請求には債務者の故意、過失が要求されている（ドイツ民法第280条）²⁴。

2 契約締結上の過失責任

ドイツ民法第311 a 条第 1 項は給付が原始的客観的不能であっても契約は有効であるとする。そして、原始的不能による損害賠償請求権はドイツ民法第311 a 条第 2 項に規定する要件によって生ずる。

ドイツ民法第311 a 条第 2 項は、債権者がその選択に従って損害賠償請求をするか、あるいは支出した費用の賠償を請求できると規定するが、債務者が契約締結時に給付が不能であることを知らず、かつ知らなかったことにつき帰責事由がない場合には損害賠償請求はできないとする²⁵。

22 円谷・前掲『現代契約法の課題—国際取引と民法理論—』176-177頁。

23 半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（2003年）102頁以下。

24 半田・前掲『ドイツ債務法現代化法概説』110-111頁。

25 半田・前掲『ドイツ債務法現代化法概説』164-166頁。

契約締結上の過失の法理はイェーリング (Rudolf von Jhering) に遡るが、この法理はドイツでは早くから受け入れられた。²⁶ イェーリングの契約締結上の過失の法理は、当事者の一方が契約の有効要件を充足せずに契約を締結することには過失が認められるとし、当該過失により契約の相手方が損害を被った場合には、これを賠償しなければならないとするものであった。このようなイェーリングの契約締結上の過失の法理は、ドイツ民法制定時受け入れられたが、契約締結上の過失に関する一般規定は設けられなかった。²⁷ そして、2001年にドイツ債務法が改正され、契約締結上の過失責任が民法に規定 (ドイツ民法第311条第2項) された。

ドイツ民法第311条第2項はドイツ民法第241条第2項の債務関係が発生する事由として、①契約交渉の開始、②当事者の一方が将来成立するかもしれない法律行為的な関係を顧慮して相手方に自らの権利、法益、および利益に影響を及ぼしうる可能性を与えるか、またはこれを委ねる契約交渉の準備、③類似する取引上の接触があること、の3つの場合を規定する。そして、このような広義の契約関係において、一方の過失ある顧慮義務違反によって他方が損害を被った場合に、契約締結上の過失責任が発生する (ドイツ民法第280条第1項)。²⁸ この契約締結上の過失責任は契約当事者間だけでなく、契約当事者でない第三者について発生する場合もある (ドイ

26 契約締結上の過失責任は1861年のイェーリングの論文「契約締結上の過失責任または無効な契約もしくは完成しなかった契約における損害賠償」で最初に主張された (北川善太郎『契約責任の研究』(1963年) 195頁、谷口知平=五十嵐清編『注釈民法 (13)』(1996年) 89頁、円谷・前掲『新・契約の成立と責任』37頁 (Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher)*, 4. Band (1861), S. 1ff.)。)

27 円谷・前掲『新・契約の成立と責任』43頁以下。

28 ドイツ民法第241条第2項および第311条第2項による義務違反がある場合に損害賠償請求権の基礎はドイツ民法第280条第1項になる (半田・前掲『ドイツ債務法現代化法概説』162-163頁)。

ツ民法第311条第3項）。

また、ドイツ民法は完全物給付義務を規定し（ドイツ民法第433条第1項）、担保責任と契約責任を統合するとともに、瑕疵が除去できずに原始的に存在する場合、ドイツ民法第311 a 条第2項にしたがい損害賠償請求ができると規定している（ドイツ民法第437条第3号）。

3 債務不履行の効果

履行遅滞の場合には債権者は債務者に対して現実的履行の強制を請求でき、損害があれば損害賠償も請求できる。履行不能の場合には損害賠償のみ請求できる。不完全履行の場合には完全物給付が可能であれば完全物の給付請求を、完全物給付が不可能であれば損害賠償を請求できる。ただし、債務不履行を原因とする損害賠償においては、法律に特別な規定がない限り精神的損害の賠償は認められない（ドイツ民法第253条）。債務不履行による解除とともに損害賠償請求をすることもできる（ドイツ民法第325条）。また、ドイツ民法は給付が不能になった場合に、債権者が給付不能を引起した事情によって債務者が受取った物の引渡し、または債務者が取得した請求権の譲渡を請求できるとしている（ドイツ民法第285条第1項）。この代償請求権を行使する場合にはその代償請求権で受けた額を損害賠償額から減額しなければならない（ドイツ民法第285条第2項）。

四 フランス民法

1 債務不履行

フランス民法は契約責任と不法行為責任を同一の性質を有する制度として位置づける。²⁹ フランス民法第1147条は、債務者は、必要がある場合、不履行が債務者の責めに帰すことができない外部原因（une cause étrangère）によるものであることを証明しない限り、たとえ自らにどのような悪意がなくても、債務不履行（inexécution de l'obligation）または履行遅

滯 (retard dans l' exécution) による損害を賠償しなければならないと規定する。

そして、不履行が成立するためには債務者のフォート (faute) が必要とされ、債務者のフォートの立証責任についてはその債務が手段債務 (obligation de moyens) であるか、結果債務 (obligation de résultat) であるかによって異なる。³⁰

手段債務は行為それ自体のみを要してその結果を要しない債務であって、このような手段債務においては善良な管理者の注意義務を尽すなら債務は履行されたことになる。このような手段債務において債務者のフォートによる立証責任は債権者が負う (フランス民法第1137条)。

これに対して、結果債務は行為の結果が成し遂げられてはじめて債務が履行されたことになる債務であって、不可抗力の場合を除いて債務者はその不履行に対して責任を負わなければならない (フランス民法第1147条)。

結果債務において結果が実現されなかったことは債務者が注意義務を尽くさなかったことを推定させるため、債務者は自らにフォートがなかったことを証明しなければならない。そして、不可抗力による場合でなければ債務者が注意義務を尽くしたと言うことは難しいことから、債務者に帰責事由がない場合というはそのほとんどが不可抗力により契約上の債務を履行できない場合となる。³¹

2 契約締結上の過失責任

フランス民法第1108条第3号は合意が有効であるためには義務の内容を構成する確定した目的 (un objet certain qui forme la matière de

29 Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçon de droit civil: Obligations: théorie générale*, Tome II, Volume 1, 9 édition, 1998, n° 374.

30 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(2002年) 20頁以下。

31 森田・前掲『契約責任の帰責構造』37-39頁。

l'engagement) を要求し、売買契約において給付が原始的に不能な場合、契約は無効であると規定している（フランス民法第1601³²条）。

契約締結上の過失責任についてフランス民法は規定していない。判例も契約締結上の過失責任を認めていないが、契約締結上の過失ある行為につき不法行為の成立を認めている³³。

3 債務不履行の効果

フランス民法では、双務契約において当事者の一方が債務を履行しない場合に備え、常に、解除条件が黙示で合意されている（フランス民法第1184条第1項）。この場合、契約は当然に解除されるものでなく、不履行当事者の相手方は合意の現実履行が可能な場合には不履行当事者に履行を強制するか、損害賠償とともに解除を請求するかを選択権を有するとされる（フランス民法第1184条第2項）。

契約解除は裁判所にこれを請求しなければならず、裁判所は事情によって被告に猶予期間を付与することができる（フランス民法第1184条第3項）。

また、債務不履行を理由とする精神的損害の賠償も認められるが³⁴、不履行当事者は故意（dol）による債務不履行でない場合、契約締結時に予見したか、予見し得た損害についてのみ賠償責任を負う（フランス民法第1150条）。

32 フランス民法第1601条は、売買当時、その目的物が全部滅失したときにはその売買は無効とし、目的物の一部だけが滅失したときには買受人はその選択によって売買を放棄するか、残存する一部だけを請求できるとし、この場合、残存した一部の代金は比例評価によってこれを決すると規定する。

33 Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), op. cit., p. 192.

34 Ulrich Hübner, Vlad Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, 2. Aufl. (1998), S. 147.

五 PECL

1 債務不履行

PECL では債務が履行されない場合はすべて不履行 (non-performance) として扱われ (PECL 第1:301条第4項)、不履行の成立に債務者の帰責事由を要しない。ここでいう不履行は免責されるかどうかを問わず契約上の債務が履行されない一切を意味し、履行遅滞、不完全履行、および契約を完全に実現するための協力をしないことを含む (PECL 第1:301条第4³⁵項)。PECL における不履行には売買の目的物に瑕疵がある場合も含まれるが、給付が原始的に不能な契約も有効とされ (PECL 第4:102条)、PECL 第9:501条によって損害賠償請求が可能とされていることから、PECL の³⁶不履行には給付の原始的不能の場合も含まれる。³⁷したがって、PECL においては原始的不能と後発的不能の区別はなされていない。また、当事者の一方が相手方の履行を受領する義務を負うときに、受領しないことも不履行に³⁸該当する。

不履行は重大な不履行とそうでない不履行に分けられる。すなわち、重大な不履行とは、①債務の厳格な履行が契約の本質的要素であるとき、②

35 Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), op. cit., Art. 8:101, Comment A, p. 359. ユニドロワ国際商事契約原則 (Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)) 第7.1.1条も不履行 (non-performance) とは、不完全な履行および履行遅滞を含め、契約上の債務のいずれかが当事者により履行されないことをいう (PICC の訳については廣瀬久和「ユニドロワ国際商事契約原則 (全訳)」ジュリ1131号 (1998年) 81頁以下参照) とする。

36 Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), op. cit., Art. 8:101, Comment A, p. 359.

37 Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), op. cit., Art. 4:102, Comment, p. 228.

38 Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), op. cit., Art. 8:101, Comment A, p. 359.

不履行によって相手方がその契約から受けるものと正当に期待することができたものを実質的に受けることができなかつたとき（ただし、この場合、不履行当事者がそのような結果を予見したか、予見できなければならない）、そして、③不履行が債務者の故意によってなされ、相手方当事者が債務者の将来の履行を期待できないと信じたとき、である（PECL 第8:103条第a号～c号³⁹）。

ところで、PECLは基本的に英米法の厳格責任主義をとり、債権者が債務者に不履行を理由に損害賠償を請求するために帰責事由は要求され⁴⁰ない。しかし、不履行があっても債務者が例外的に免責される場合もある⁴¹。PECL 第8:108条は、不履行が債務者の支配を超えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時に予見できなかったか、障害もしくはその結果を回避し、もしくは克服することが合理的に期待できなかったことが証明される場合には免責されるとする。

免責事由が存在すれば、債権者は履行請求および損害賠償請求をするこ

39 PICC 第7.3.1条第2項は債務の不履行が重大な不履行にまで達したか否かを判断するにあたり、①当該不履行が、当該契約のもとで被害当事者が当然に期待することができたものを実質的に奪うことになるか否か（ただし、相手方がそのような結果を予見せず、かつ、そのような結果を合理的に予見し得なかつた場合にはこの限りでない）、②履行されなかつた債務に厳格に従うことが、当該契約のもとで、不可欠な要素とされていたものか否か、③当該不履行が、故意によるものかあるいは無謀なものでなかつたかどうか、④相手方の将来の履行はあてにできないと被害当事者に信ぜしめる根拠を、当該不履行が被害当事者に与えているか否か、⑤不履行当事者が、契約が解消された場合、準備や履行のために費やした不釣合いな損失を被ることになるか否か、が考慮されるとする。

40 Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), op. cit., Art. 9:501, Comment B, p. 434.

41 PICC 第7.1.7条第1項も当事者が、その不履行が自己の支配を越えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時に考慮に入れておくことも、その障害またはその結果を回避・克服することも、合理的にみて期待され得なかつたことを証明したときには、その履行の責を免れるとする。

とはできない (PECL 第8:101条第2項) が、履行の留保 (PECL 第9:201条)、契約解除 (PECL 第9:301条)、代金減額請求 (PECL 第9:401条) をすることは⁴²できる。

2 契約締結上の過失責任

PECL は交渉の自由を原則として認めるが、当事者の一方が信義誠実および公正取引の原則 (good faith and fair dealing) に反して交渉をしたか、交渉を破棄したときには、それにより他方当事者に生じた損害につき賠償責任を負わなければならない。そして、PECL は他方当事者と契約を締結する意思がないにもかかわらず一方当事者が交渉を開始したか交渉を継続することは信義誠実および公正取引の原則に反するとして、信義則に反する交渉 (negotiations contrary to good faith) につき規定するのみならず (PECL 第2:301条)、契約締結のための交渉段階で契約上の義務を発生させる関連規定として、契約締結前または締結時に当事者の一方によって行われた陳述 (statement) は、相手方が当該状況下で契約上の義務を発生させるものと理解するのが合理的 (reasonable) である場合、以下の事情を考慮に入れて、契約上の義務が発生したものとみなすという規定を置いている (PECL 第6:101条第1項)。ここで考慮すべき事情とは、相手方に対する当該陳述の明白な重要性 (the apparent importance of the statement to the other party)、当事者が当該陳述を取引の過程で行ったかどうか (whether the party was making the statement in the course of business)、両当事者の相対的専門知識 (the relative expertise of the parties) である (PECL 第6:101条第1項第 a ~ c 号)。

また、契約当事者の一方が専門的供給者 (professional supplier) であっ

42 PICC 第7.1.7条第4項は不可抗力によって履行が不可能になっても契約を解消する権利を行使すること、または履行を留保し、もしくは支払われるべき金銭の利息を求めることを妨げるものではないとする。

て、サービス、物品、その他の財産の質や利用に関する情報を、契約締結前の販売、広告などに際して提供する場合、当該陳述は契約上の義務を発生させるものとみなされる。ただし、相手方が、その陳述が正確でないことを知っていたか、知らないことがありえなかったことが証明された場合にはこの限りでないという規定を付加してその適用を制限している（PECL 第6:101条第2項⁴³）。

さらに、専門的供給者のためにサービス、物品、その他の財産の広告をする者、もしくは販売をする者、またはより早い流通段階にいる者によって提供された情報その他の約束は専門的供給者に契約上の義務を発生させるものとみなされる。ただし、専門的供給者が当該情報や約束を知らなかったか、または知りえなかったときはこの限りでないとされる（PECL 第6:101条第3項）。

3 債務不履行の効果

不履行の効果として現実的履行の強制が認められるが、一定の例外的な場合には現実的履行の強制は認められない⁴⁴。すなわちPECL 第9:102条第2項は、①給付の履行が違法または不可能である場合、②給付の履行が債

43 PECL 第6:101条第1項の基準はヨーロッパ領域内の多くの国で受け入れられているが、第2項については北欧の国やUCCなどに見られる（Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), op. cit., pp. 301-302.）。

44 PICC 第7.2.2条では金銭の支払以外の債務を負担している当事者が履行しない場合、相手方は履行を請求できる。ただし、①履行が法律上、または事実上不可能であるとき、②履行、または場合によっては執行が、不合理なほどに困難であるか、費用のかかるものであるとき、③履行請求権を有する当事者にとり、他から履行を受けることが合理的に可能であるとき、④履行が全く個人的な性格のものであるとき、⑤履行請求権を有する当事者が不履行を知った時、もしくは知ったはずであった時から合理的な期間内に履行請求をしないときには履行を請求できないとされる。

務者に不合理な努力または費用をもたらす場合、③履行の内容が債務者のみがなしうる役務の提供であるか、人的関係に依存するものである場合、④債権者が、他から履行を得ることが合理的にみて可能である場合には特定履行を請求しえないとする。

重大な不履行がある場合には、債権者は契約を解除できる (PECL 第9:301条) が、履行期到来前であっても重大な不履行の発生が明白な場合には契約の解除ができる (PECL 第9:304条)。

履行遅滞に対してはそれが重大な不履行に該当しなくても、債権者は合理的な猶予期間を定め、その期間が満了しても履行されなるときには契約を解除でき、また、指定された期間内に債務が履行されなかった場合に契約が自動的に解消されることを定めることができる (PECL 第8:106条第3項、第9:301条第2項)。

解除権の行使は相手方に対する通知によって行なわれる (PECL 第9:303条第1項) が、不履行当事者の相手方が債務不履行を知ったとき、または知るべきときから合理的な期間内に契約解除の通知がなされなければ解除権は失われる (PECL 第9:303条第2項)。

当事者が全体的かつ永久的な障害事由によって PECL 第8:108条に基づき免責されるときは、契約はその障害事由発生時に通知を要することなく自動的に解除される (PECL 第9:303条第4項)。

契約が解除されると両当事者は将来において履行する義務および履行を受領する義務から解放される (PECL 第9:305条第1項)⁴⁵。PECL は契約解除に対して遡及効を認めないために、既に履行された部分につき、相手方からの履行を受領しなかった当事者は自らが給付した財産の返還を請求できるなどの規定が置かれている (PECL 第9:306条～第9:309条)。

不履行当事者の相手方は不履行によって生じた損害の賠償請求をすることができる (PECL 第9:501条) が、不履行当事者の責任は契約締結時に当事者が予見し、または合理的に予見することができた損害に限定される。ただし、故意や重過失による不履行の場合にはこの限りでない (PECL

第9:503条)。

ただし、不履行当事者は相手方が不履行またはその結果に寄与した限度で相手方が受けた損害については責任を負わない（PECL 第9:504条）。また、不履行当事者は相手方が合理的な措置を講じて損害を軽減させることができた限度で相手方が受けた損害についても責任を負わないとされる（PECL 第9:505条）。

なお、PECL 第8:104条は不履行当事者が自ら追完履行できると旨規定するが、債権者には追完請求（PECL 第9:102条）、代金減額請求（PECL 第9:401条）が認められている⁴⁶。

45 契約が解除された場合に PECL は、契約を解除する当事者が相手方からすでに受領した財産の自らにとっての価値が相手方の不履行によって著しく減少したときには、その財産を返還することができるとする（PECL 第9:306条）。また、相手方の履行を受領しておらず、またはその履行を適法に返還した当事者は、相手方の履行に対するものとしてすでに支払った金銭の返還を請求することができるとしている（PECL 第9:307条）。自らが給付した財産が返還可能であり、かつ、それに対する支払いその他の反対履行を受領していない当事者は、自らが給付した財産の返還を請求することができる（PECL 第9:308条）が、自らが行った履行が返還不可能であり、かつ、それに対する支払いその他の反対履行を受領していない当事者は、相手方に対して行った履行の価値について、合理的な金額による弁償を請求することができる（PECL 第9:309条）。

これに対して PICC 第7.3.6条第1項は、契約の解消とともに、各当事者は、自己を受領したものを返還するのと引換えに、自己が給付したものの返還請求ができ、現物による返還が不可能又は不適当な場合、返還はそれが合理的であるなら、金銭によりなされるべきとする。

46 PICC は、不履行当事者が、①不当に遅滞することなく、治癒がいつ、どのようになされるかの提案を示した通知をすること、②治癒が当該状況において適切なものであること、③不履行により侵害を受ける被害当事者に、治癒を拒む正当な利益が存しないこと、④治癒が迅速にもたらされること、という要件のもとで、自己の費用により、いかなる不履行も治癒することができるとする（PICC 第7.1.4条）一方で、履行請求権には、それが適切な場合には不完全な履行に対する修補、取換えその他治癒を請求する権利が含まれると規定している（PICC 第7.2.3条）。

六 日本民法

1 債務不履行

日本民法第415条は「債務者がその債務の本旨にしたがった履行をしな
いときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することがで
きる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくな
ったときも、同様とする」と規定する。従来からの通説は、債務の本旨にし
たがった履行がないこと、不履行につき債務者に帰責事由があること、お
よび不履行が違法であることを債務不履行の要件とし、債務の本旨にし
たがった履行がないことを、履行遅滞、履行不能、不完全履行の3つに分類
する⁴⁸。

債務不履行の3類型中、履行遅滞につき、日本民法第412条1項は、確
定期限があるとき、債務者は、その期限の到来したときから遅滞の責任を
負うとする。そして、債務の履行につき不定期限があるときには、債務
者は、その期限の到来したことを知ったときから遅滞の責任を負い（日本
民法第412条第2項）、期限を定めなかったときは、履行の請求を受けたと
きから遅滞の責任を負う（同条第3項）。履行不能については日本民法第4
15条後段が債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができな
くなったとき、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求すること
ができると規定している。不完全履行については独立の規定は存しないが、
民法第415条前段に含まれるとされる⁴⁹。

47 債務者の帰責事由につき、通説は、債務者の故意・過失または信義則上これ
と同視すべき事由と解している（我妻栄『新訂債権総論』（1964年）105頁）。

48 ドイツ法に由来する債務不履行を3つに分類する通説に対しては批判的学説
も多く、債務不履行の要件を、「債務の本旨にしたがわない履行」に一元化す
る考え方が有力に主張されている（平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（2007年）
48頁）。

49 我妻・前掲『新訂債権総論』99頁。

2 契約締結上の過失責任

給付が原始的に不能な場合、契約は無効とされ、無効な契約を過失によって締結した場合、一般的に、契約締結上の過失責任が認められるが、その法的性質につき、学説は大きく3つに分かれる。

その1は不法行為責任と考える説である。鳩山説は給付が原始的全部不能の場合に、「法律が担保責任を認めたのは、全部給付の債務があるにもかかわらず一部を給付することが債務不履行になるためではなく、有償契約について当事者の責任を重からしめるのが取引上の需要に適し、かつ、信義公平に適すると認められるからである。そうであれば、契約が無効であるため給付義務がない場合にも、担保責任を認めた立法趣旨にしたがい賠償責任を認め、一部不能に関する規定を類推適用するのが正当である」として、過失ある当事者に不法行為責任を認める。そして、契約が有効である場合には契約責任を肯定する。⁵¹

石田喜久夫教授も契約締結前の段階での過失ある当事者の責任を不法行為責任で十分に根拠づけえなかったドイツと異なり、わが国における不法行為制度は極めて柔軟な構造を有することから、契約締結上の過失責任は民法第709条によって解決することが正道とする。⁵²

その2は契約責任と考える説である。我妻説は給付が原始的全部不能の場合に、「当事者は社会に生存する無数の人の中から、とくに選んで契約関係に入ろうとする以上、社会の一般人に対する責任（すなわち不法行為上の責任）よりも一層強度の責任を課せられることも当然の真理といわねばなるまい。いいかえれば、各人は契約を締結するに当たっても、とくに注意して、無効な契約を締結することによって相手方に不慮の損害を蒙らし

50 我妻栄『債権各論上巻』（1954年）38-39頁。

51 鳩山秀夫『債権法における信義誠實の原則』（1955年）306-307頁。

52 石田喜久夫「信義則上の義務違反による契約不成立と不法行為責任」民商89巻2号（1983年）137頁。

めないようにする信義則上の義務があるというべきである」とし、「信義則を理由とする契約法上の責任（一種の債務不履行）として、その挙証責任、履行補助者の責任などについても、一般の不法行為よりも重い責任を課するのが一層適切」とする。そして、契約の準備段階における過失により損害が発生した場合、契約における信義則を理由に賠償責任を認めるのが正当とする。ただし、契約締結に至らなかった場合には一般の不法行為責任に止めるべきとしている。⁵³

北川説は契約責任には基本的契約責任と、(広義の)付随義務違反に基づく補充的契約責任があり、補充的契約責任は契約準備行為によって発生する債権関係に基づく(狭義の)付随義務と注意義務関係に分けられるとする。そして、契約締結上の過失責任は補充的契約責任とする。⁵⁴

その3は純粹な不法行為責任でも契約責任でもない第3の法的責任と考える説である。

森泉説は契約締結のための交渉ないし準備行為の開始により、当事者間に一種の債権関係(契約類似の信賴関係)が発生し、当該債権関係を基礎として、給付義務と区別される保護義務が成立し、当該義務に違反することが契約締結上の過失責任の帰責根拠であるとする。⁵⁵

最判昭59・9・18は、⁵⁶マンションの購入希望者が売主との交渉過程で購入希望者の希望で設計変更などを行ったものの最終的に契約締結に至らなかった事件につき、契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任を肯定した原審判断を支持して上告を棄却している。⁵⁷

53 我妻・前掲『債権各論上巻』38頁以下。

54 北川善太郎「契約締結上の過失」契約法大系刊行委員会編『契約法大系I』(1965年)231頁以下。

55 森泉章『「契約締結上の過失」に関する一考察(三)(完)』民研290号(1981年)2頁以下。

56 最判昭59・9・18判時1137・51。

3 債務不履行の効果

履行遅滞の場合には債権者は債務者に対して現実的履行の強制を請求でき、損害があれば損害賠償も請求できる。双務契約において債務者の責めに帰すべき事由によって履行遅滞に陥った場合、相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときには契約の解除ができる（日本民法第541条）。解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない（日本民法第545条第3項）。

債務者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じた場合、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる（日本民法第415条後段）。双務契約において債務者の責めに帰すべき事由によって履行不能となったときは、債権者は、契約の解除ができる（日本民法第543条）。解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない（日本民法第545条第3項）。

不完全履行の場合には追完が可能であれば完全物の給付請求を、追完が不可能であれば損害賠償を請求できる。債務不履行による解除とともに損害賠償請求をすることもできる（日本民法第545条第3項）。

七 おわりに

PECL では契約上の義務が履行されない場合に不履行という概念を使用し、不履行に対する損害賠償と解除の一般的要件としている。そして、不履行は免責されるかどうかを問わず契約上の義務が履行されない一切を指し、不履行には、履行遅滞、瑕疵ある履行、および契約を完全に実現する

57 ここでの注意義務違反の法的性質および信義則の位置付けについては必ずしも明らかとはいえない（渡辺博之『わが国における「契約交渉のさいの過失責任」の総合的分析（3）』判時1685号（1999年）191頁は、本件における損害賠償責任につき、当事者の一方が契約交渉のさいに要求される、相互に相手方の人格、財産を害しない（広義の保護）義務を信義則に反して怠ったことによる責任と解している）。

ための協力をしないことも含まれる (PECL 第1:301条第4項)。したがって、債務者に期待可能な行為であるか否かを問わず、一定の利益 (契約利益) が実現されることが債務の内容であり、その違反が不履行となる。

こうして PECL における不履行には権利の瑕疵や物の瑕疵も含まれるが、PECL 第4:102条が、契約はその締結時に債務の履行が不可能であったことのみを理由として無効としないと規定していることから、PECL における不履行には給付が原始的に不能な場合も含まれる。

そして、PECL においては嚴格責任主義が採られていることから、原始的不能と後発的不能を要件・効果の両面で統合することができ、原始的不能を契約責任に関する一般規定によって扱うことが可能となっている。

これに対して過失責任主義を採りつつ、原始的不能を契約責任として扱う場合、原始的不能と後発的不能につき同一の要件を考えることは難しい。そこで、ドイツ民法では給付が原始的に不能になっても契約を有効とし (ドイツ民法第311 a 条第1項)、原始的不能による損害賠償請求権はドイツ民法第280条ではなくドイツ第311 a 条第2項に規定する要件により生ずるとしている⁵⁸。ただし、ドイツ民法第311条第2項はドイツ民法第241条第2項の債務関係が発生する事由として、①契約交渉の開始、②当事者の一方が将来成立するかもしれない法律行為的な関係を顧慮して相手方に自らの権利、法益、および利益に影響を及ぼしうる可能性を与えるか、またはこれを委ねる契約交渉の準備、③類似する取引上の接触があること、の3つの場合を規定しており、このような広義の契約関係において、一方の過失ある顧慮義務違反によって他方が損害を被った場合に、契約締結上の過失責任が発生するとしている (ドイツ民法第280条第1項)。このようにドイツ民法上の義務違反にはドイツ民法第241条第2項が定める保護義

58 Peter Huber, Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht, 2002, S.209. 半田・前掲『ドイツ債務法現代化法概説』162-163頁。

務違反が含まれることから、PECL における不履行より適用範囲は広いといえる。

PECL は基本的に英米法の厳格責任主義の立場をとることから、債権者が債務者に不履行を理由に損害賠償請求をする際に帰責事由は要求されない。しかし、契約上の義務が履行されなかったことにつき債務者が常に責任を負うものではなく、不履行があっても PECL 第8:108条により不履行が債務者の支配を超えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時に予見できなかったか、障害もしくはその結果を回避し、もしくは克服することが合理的に期待できなかったことが証明される場合には免責される。

不履行が存在し、免責事由が存在しなければ損害賠償請求権が認められるが、その際、債務者の負担する債務が、一定の結果を達成しなければならない債務でなく、合理的な注意と技術を用いることをその内容とする場合には、債務者が約束した注意と技術を尽くさなかった場合にのみ不履行の責任を負う⁵⁹。したがって、債務者が負担する債務が、一定の結果を達成しなければならない債務でなく、合理的な注意と技術を用いることをその内容とする場合には、帰責事由と不履行は内容的には同一となる⁶⁰。

また、契約の解除についても PECL は一般条項主義を採っている。すなわち、PECL 第8:101条は不履行の場合に契約当事者が行使できる救済手段を明らかにするとともに、契約解除については PECL 第9:301条、損

59 PICC 第5.4条第1項は当事者の債務が特定の結果を達成する義務とかかわる場合には、その限りにおいて、その当事者はその結果を達成するよう義務づけられるとし、同条第2項において当事者の債務が、ある行為の履行につき、最善の努力をする義務とかかわる場合、その限りにおいて、その当事者は、同じ部類に属する合理的な者が同じ状況のもとでなすであろう努力をするよう義務づけられると規定している。

60 Ole Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contracts Law* (2000), *op. cit.*, Art. 951, Comment B, p.434.

害賠償については PECL 第9:501条に一般規定を置き、不履行を損害賠償と契約の解除において一般的要件としている⁶¹。ただし、契約解除についての一般規定を置くと、わずかな不履行の場合にも契約の解除が許容され得ることから、PECL は重大な不履行の場合にのみ解除を認めている (PECL 第9:301条第1項)。

61 フランスの場合には契約解除においても一般条項主義をとっているが (フランス民法第1184条)、ドイツ民法は契約解除権においては義務違反を要件とする一般条項を置くのではなく、遅滞や不完全履行による解除権 (ドイツ民法第323条)、保護義務違反による解除権 (ドイツ民法第324条)、給付義務が排除された場合の解除権 (ドイツ民法第326条第2項) を個別的に規定している。

「イタリア倒産法制の現況と構造 ：附・2006年イタリア倒産法試訳」

萩原佐織

(目次)

I. 序章

II. 試訳 『破産、破産宣告前の和議、
ならびに強制管理清算に関する規則』

III. 小活

I. 序章

イタリア倒産法、正式には1942年3月16日の『破産、破産宣告前の和議、ならびに強制管理清算に関する規則（勅令第267号；Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa; Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 267)』が、2006年1月9日の改正法（委任立法令第5号；Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali; Decreto legislativo, 9 gennaio 2006, n. 5）により、抜本的な改革がなされ、既に2006年7月16日より施行されている。その背景には、EU 倒産規則（Regolamento (CE) N. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza (Gazz. Uff. 2000, L 160, 1) の影響を垣間見ることができるであろう。イタリア倒産法も、ヨーロッパの他の EU 加盟国と歩調を揃え、清算型から再建型へとその重点を移行させた法改正となっており、免責手続の改正も注目に値する。

イタリア倒産法は、第一編 総則規定、第二編 破産手続 (Del fallimento)、第三編 破産宣告前の和議並びに権利変更に関する合意 (Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione)、第五編¹ 強制管理清算 (Della liquidazione coatta amministrativa)、第六編 罰則規定 (Disposizioni penali)、そして第七編 経過規定 (Disposizioni transitorie) により構成されている。清算型 — 例えば、破産手続 (第二編) — と、再建型 — 例えば、破産宣告前の和議手続 (第三編) — という性質の異なる手続規定を同一の法規定の中で規定し、かつその適用対象を自然人ならびに企業・会社とする、統一的倒産法規定の体系をとる。企業に関しては、破産手続中、企業が暫定的に事業を継続する場合に、その資産の換価につき、第二編 第六章にて、そして企業の破産そのものについては、第三編 第十章にて、特別な規定が設けられている。自然人に関するものとしては、とりわけ、第二編 第九章に、免責手続に関する規定が定められている。

但し、大企業の更生については、1999年7月8日の『破産状態にある大企業の特別管理に関する規則 (委任立法令第270号 ; Disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza)²』が適用される。当該規則は、2004年7月5日の改正法により大幅な改正が施されているが、その手続的骨組みは、特別に選任された管財人による強制事務管理手続である。この規則が適用される「大企業」とは、少なくとも1000名以上の従業員が1年以上その企業に従事し、少な

1 第四編 行政管理 (Dell'amministrazione controllata) は、今回の改正により、削除された。

2 当該規則については、Marrama Roberto, Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e tutela dei creditori, Giuffrè (2005); Galioto Marianna, L'amministrazione straordinaria Delle Grandi Imprese In Stato Di Insolvenza, Giuffrè (2003).

くとも負債が10億ユーロ以上の企業をいう（第2条）。また、その更生法としての性質上、未回収金の回収が可能で、すなわち更生の可能性の存する企業でなくてはならない（第27条）。

イタリア倒産法の破産手続に関する第二編は、第一章 破産開始、第二章 破産機関、第三章 破産手続の効力、第四章 破産財団の管理ならびに換価、第五章 債務調査ならびに第三者が（債務者の）動産上に所有する権利の調査、第六章 企業の暫定的な事業継続並びに破産財団の換価、第七章 破産財団の配当、第八章 破産手続の終結、第九章 免責、第十章 企業破産、そして第十一章 特別事業のために指定されている財産、という構成になっている。イタリア倒産法における免責規定は、詳細な規定が設けられておりその免責付与条件が厳格なドイツ³のそれと比較すると、僅か3条（第142条乃至144条）しかない簡易なものである。しかし、イタリア倒産法における免責規定は、前述したように、今回の改正作業において改正⁴されたものであり、今後の運用が着目される。

また和議には、破産宣告前の和議（第三編：Del concordato preventivo）と破産宣告後において破産手続終結の一体系としてなされる強制和議（第二編 第八章 第二節：Del concordato）の二種類が存在する。破産宣告前の和議について定める第三編は、第一章 和議手続開始の認可、第二章 和議手続開始認可の効力、第三章 即時措置、第四章 和

3 ドイツの免責手続・消費者倒産、ならびにその改正案については、以下の拙者論文参照；「ドイツ倒産法における消費者倒産手続と免責について—消費者倒産手続、とりわけ財団不足により倒産手続開始申立てが却下された場合における債務者の免責に関する取扱いを中心に—」経済論集第3号掲載予定（2007年）。

4 イタリア倒産法免責規定の改定については、2006年1月9日の改正法（委任立法令第5号；Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali；Decreto legislativo, 9 gennaio 2006, n. 5）第128条を参照のこと。

議計画案の可決、第五章 和議計画案の認可ならびに実施、そして、権利変更に関する合意 (degli accordi di ristrutturazione)、第六章 和議手続の実施、終結、ならびに取消、により構成されている。これに対して、強制和議は、章立てなしに、第124条乃至141条にて規定されている。

第四編 行政管理 (Dell'amministrazione controllata) は、今回の改正により削除されたが、第五編 強制管理清算 (Della liquidazione coatta amministrativa)、第六編 罰則規定は維持されている。罰則規定は、第一章 破産債務者の処罰行為、第二章 破産債務者以外の処罰行為と、処罰行為の行為主体によって分けられ、第三章 破産宣告前の和議ならびに強制管理清算に関する規定、第四章 手続規定、と続く。第七編 経過規定は、経過的な規定である為、以下の試約では、割愛させて頂いた。

以下、その試訳ならびに小活として改正イタリア倒産法の概括に関する簡易な説明を試みた。稚拙な訳文ならびに概括説明ではあるが、ヨーロッパの倒産法研究の中で脚光を浴びているドイツ、オーストリアやフランス倒産法制に比して、対象とされることの少ないイタリア倒産法制の研究に、僅かでも寄与できれば幸いである。

II. 試訳

1. 「1942年3月16日の破産、破産宣告開始前の和議、強制管理清算に関する規則⁵⁾」

5 (Disciplina del fallimento, del concordato preventive e della liquidazione coatta amministrativa, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, nel testo in vigore dal 16 luglio 2006).

第一編 総則規定

第二編 破産

第一章 破産開始

第二章 破産機関

第一節 破産裁判所

第二節 受命裁判官

第三節 破産管財人

第四節 債権者委員会

第三章 破産手続の効力

第一節 破産の債務者に対する効力

第二節 破産の債権者に対する効力

第三節 債務者の不利益に帰する法律行為の破産手続における効力

第四節（破産手続開始）前になされた法律行為の破産手続における効力

第四章 破産財団の管理ならびに換価

第五章 債務調査ならびに（債務者の）動産上に第三者が有する権利の調査

（これより次号）

第六章 企業の暫定的な事業継続ならびに破産財団の換価

第一節 総則規定

第二節 動産の売買

第三節 不動産の売買

第七章 破産財団の配当

第八章 破産手続の終結

第一節 破産手続の終結

第二節 強制和議

第九章 免責

第十章 企業破産

第十一章 特別事業のために指定されている財産

第三編 破産宣告前の和議ならびに権利変更に関する協議

第一章 破産宣告前における和議手続開始の認可

第二章 破産宣告前における和議手続開始認可の効力

第三章 即時措置

第四章 破産宣告前の和議計画案の可決

第五章 破産宣告前における和議計画案の認可ならびに実施権利変更に関する合意

第六章 破産宣告前における和議手続の実施、終結ならびに取消

[第四編 行政管理]

第五編 強制管理清算

第六編 罰則規定

第一章 破産債務者の処罰行為

第二章 破産債務者以外の処罰行為

第三章 破産宣告前の和議ならびに強制管理清算に関する規定

第四章 手続規定

第七編 経過規定

Titolo I

Disposizioni generali

§ 1 Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo

Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

- a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;
- b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

I limiti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni, con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

第一編 総則規定

第1条【破産または和議の対象となる企業】

商行為を業務とする企業で、公的機関または零細企業以外の企業は、破

産または和議の対象となる企業として、本法により規定される。

個人企業または会社の形態にて商行為をなす企業、もしくは次の a) または b) に該当する企業は、第 1 文における零細企業には該当しない：

- a) 300,000ユーロ以上の資本金を有する企業、
- b) 前 3 年間の平均総収益、もしくは、事業開始日からの事業期間が 3 年に充たない場合には、年間総収益が、200,000ユーロ以上の企業

第 2 文 a) または b) により設けられた基準は、3 年度毎に法務省令により、ISTAT⁶（政府中央統計局）によって纏められた労働者または従業員の家消費指標の上記該当期間中における平均的な変化に基づき、変更し得る。

§ 2 Liquidazione coatta amministrativa e fallimento

La Legge determina le imprese soggette al liquidazione coatta amministrativa, i casi per le quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla.

Le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa non sono soggette al fallimento, salvo che la legge diversamente disporla.

Nel caso in cui la legge ammette la procedura di liquidazione coatta amministrativa e quella di fallimento si osservano le disposizioni dell'articolo 196.

第 2 条【行政処分における強制清算ならびに破産】

本法は、何れの企業に対し行政処分として強制清算がなされ、何れの場

6 Istituto Centrale di Statistica の略称。

合に行政処分としての強制清算が命ぜられ得るか、そしてその命令をなす管轄官庁につき規定する。

当該法律に特別の規定なき場合、行政処分による強制清算がなされる企業に対しては、破産手続は開始されない。

本法により行政処分による強制清算手続ならびに破産手続が認められる場合、第196条の規定を遵守しなければならない。

§3 Liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo

Se la legge non dispone diversamente, le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa possono essere ammesse alla procedura di concordato preventivo, osservate per le imprese escluse dal fallimento le norme del settimo comma dell'articolo 195.

第3条【行政処分による強制清算と和議】

本法に特別の規定なき場合、行政処分による強制清算がなされた企業には、和議手続が認められ得る；その際、破産手続によらない企業に関する第7節第195条の規定が適用される。

§4 Rinvio a leggi sociali

(Articolo abrogato dall'art. 3 ED. Lg. 9 gennaio 2006, n. 5.)

第4条【特別規定に関する指示】

(削除)

Titolo II
Del fallimento

Capo I
Della dichiarazione di fallimento

§ 5 Stato d'insolvenza

L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

第二編 破産

第一章 破産開始

第5条【支払不能】

破産は、支払不能の状態にある企業に対して開始される。

支払不能の状態とは、債務不履行や、もしくは債務者がもはや債務を規定どおりに弁済し得る状態にないことを示すその他の事由により明らかになる状態をいう。

§ 6 Iniziativa per la dichiarazione di fallimento

Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero.

Nel ricorso di cui al primo comma l'istante può indicare il recapito telefax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla presente legge.

第6条【破産開始原因】

破産は、債務者もしくは1人または複数の債権者の申立て、あるいは検察官の請求により開始される。

第1文に規定されている申立てにおいて、申立人は、本規則において規定されている通知や報告書を受領することを望む FAX または E-Mail アドレスを提出し得る。

§7 Iniziativa del pubblico ministero

Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6:

- 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore,
- 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

第7条【検察庁による発案】

検察庁は、以下の場合に、第6条1項に規定されている請求をなし得る：

- 1) 以下の刑事手続の係属中に、債務不履行に陥った場合：事業主の逃走または居場所不明、もしくは身体的自由を拘束する命令を逃れたこと、もしくは事業所の閉鎖、事業主による現有資産の隠滅、詐欺

的な交換または減少、

- 2) 民事手続の係属する裁判所が、債務不履行を確定し、その旨を検察庁に報告したことにより、債務不履行となった場合。

§ 8 Stato d'insolvenza risultante in giudizio civile
(Articolo abrogato dall'art. 6 D. Lg.9 gennaio 2006, n. 5.)

第8条【民事手続において生じた債務不履行】

(削除)

§ 9 Competenza

Il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa.

Il trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini della competenza.

L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nella Repubblica italiana anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero.

Sono fatte salve le convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione europea.

Il trasferimento della sede dell'impresa all'estero non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana, se è avvenuto dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 6 o la presentazione della richiesta di cui all'articolo 7.

第9条【管轄】

破産は、その企業の主たる所在地を管轄する地方裁判所において開始さ

れる。

破産開始原因が生じる以前の年に所在地を移転した場合、その移転は管轄に関しては考慮されない。

外国に主たる所在地を有する企業については、その外国で破産手続が開始されている場合に限り、国内においてもさらに破産を開始し得る。

その場合に国際条約並びに EU 規則には抵触しないものとする。

企業所在地が外国へ移転される場合、移転が、第6条に規定されている申立て後、もしくは第7条に規定されている請求後になされる場合に限り、イタリア裁判所の裁判管轄は排除されない。

§ 9bis. Disposizioni in materia di incompetenza

La sentenza che dichiara l'incompetenza è trasmessa in copia al tribunale dichiarato incompetente, il quale dispone con decreto l'immediata trasmissione degli atti a quello competente. Allo stesso modo provvede il tribunale che dichiara la propria incompetenza.

Il tribunale dichiarato competente, entro venti giorni dal ricevimento degli atti, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'articolo 45 del codice di procedura civile, dispone la prosecuzione della procedura fallimentare, provvedendo alla nomina del giudice delegato e del curatore.

Restano salvi gli effetti degli atti precedentemente compiuti.

Qualora l'incompetenza sia dichiarata all'esito del giudizio di cui all'articolo 18, l'appello, per le questioni diverse dalla competenza, è riassunto, a norma dell'articolo 50 del codice di procedura civile, dinanzi alla corte di appello competente.

Nei giudizi promossi ai sensi dell'articolo 24 dinanzi al tribunale dichiarato incompetente, il giudice assegna alle parti un termine per la riassunzione della causa davanti al giudice competente ai

sensi dell'articolo 50 del codice di procedura civile e ordina la cancellazione della causa dal ruolo.

第9 bis 条 【管轄違いの場合における規定】

管轄違いの判決の謄本は、管轄を有しないとされた裁判所に送付されなければならない；管轄を有しない裁判所は、決定をもって、遅滞なく書類を、管轄裁判所へと送付する。管轄違いの判決をなされた地方裁判所の場合も同様とする。

管轄を有すると判断された地方裁判所は、その地方裁判所が管轄の確定を民事訴訟法第45条の規定に基づき職権により申し立てたのではない場合、書面の受領後20日以内に、受命裁判官ならびに管財人を選任し、手続を続行し得る。

それ以前になされた法律行為の効力は、影響を受けない。

管轄違いが、第18条に規定されている手続の結果として明らかになった場合、管轄以外の事由に関する控訴は、民事訴訟法第50条の規定に基づき、管轄を有する高等裁判所においてなされる。

第24条の規定に基づき管轄違いの判決をなされた地方裁判所における手続に関し、裁判所は、両当事者に対し、民事訴訟法第50条の規定に従い、管轄裁判所における手続続行期日を定め、また管轄違いの手続の記録からの削除を命じる。

§ 9ter. Conflitto positivo di competenza

Quando il fallimento è stato dichiarato da più tribunali, il procedimento prosegue avanti al tribunale competente che si è pronunciato per primo.

Il tribunale che si è pronunciato successivamente, se on richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'articolo 45 del codice di procedura civile, dispone la trasmissione degli atti al

tribunale che si è pronunciato per primo. Si applica l'articolo 9bis, in quanto compatibile.

第9条 ter 【具体的な管轄の競合】

破産手続が、複数の地方裁判所において開始されている場合、その破産手続は、最初にその手続を開始した地方裁判所において、続行する。

遅れて判断した地方裁判所は、民事訴訟法第45条に基づき職権により管轄の確定を申し立てたのではない場合、最初に破産手続を開始した地方裁判所に書類を送付する。合意がなされた場合、第9 bis 条の規定が準用される。

§ 10 Fallimento

Gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo.

In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma.

第10条【事業停止がなされた企業の破産】

個人事業主もしくは集団的事業主は、商業登記簿の抹消以前もしくはその翌年に債務不履行が明らかになった場合に限り、その解散より1年以内は破産手続を開始し得る。

個人企業主の場合、もしくは集団的事業主が行政により商業登記簿より抹消された場合、第1文において定められている期間の算定が開始すべき事実上の事業活動の停止期日、を証明する権利を、奪われるものではない。

§ 11 Fallimento dell'imprenditore defunto

L'imprenditore defunto può essere dichiarato fallito quando ricorrono le condizioni stabilite nell'articolo precedente.

L'erede può chiedere il fallimento del defunto, purché l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio; l'erede che chiede il fallimento del defunto non è soggetto agli obblighi di deposito di cui agli articoli 14 e 16, secondo comma, n. 3).

Con la dichiarazione di fallimento cessano di diritto gli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto a norma del codice civile.

第11条【死亡した事業主の破産】

前条の規定において定められた要件を充たしている場合には、死亡した事業主に対しても、破産を開始し得る。

死亡した事業主の相続人は、相続財産が相続人自身の財産と未だ混合していない場合のみ、死亡した事業主の破産手続開始を申し立て得る；但し、死亡した事業主の破産手続開始を申し立てた相続人は、第14条ならびに第16条2文3号に規定されている資料の提出義務を負わないものとする。

破産手続開始とともに、債権者が民法の規定に基づき求め得る財産の別除は、効力を生じなくなる。

§ 12 Morte del fallito

Se l'imprenditore muore dopo la dichiarazione di fallimento, la procedura prosegue nei confronti degli eredi, anche se hanno accettato con beneficio d'inventario.

Se si sono più eredi, la procedura prosegue in confronto di quello che è designato come rappresentante. In mancanza di accordo nella

designazione del rappresentante entro quindici giorni dalla morte del fallito, la designazione è fatta dal giudice delegato.

Nel caso previsto dall'articolo 528 del codice civile, la procedura prosegue in confronto del curatore dell'eredità giacente e nel caso previsto dall'articolo 641 del codice nei confronti dell'amministratore nominato a norma dell'articolo 642 dello stesso codice.

第12条【破産債務者の死亡】

破産手続開始後に事業主が死亡した場合、その破産手続は、相続人が財産目録作成後に決定するとの留保付きで相続した場合においても、その相続人に対して引き続き実施される。

複数の相続人が存在する場合、破産手続は、代理人として定められた相続人に対して実施される。破産債務者の死亡期日より15日以内に代理人につき合意に至らない場合、受命裁判官が代理人を選任する。

破産手続は、民法第528条において規定されている事案の場合、その権利帰属者の未確定な相続財産管理人に対して、また民法641条において規定されている事案の場合、民法第642条により選任される管財人に対して、引き続き実施される。

§ 13 Obbligo di trasmissione dell'elenco dei protesti

Articolo abrogato dall'art. 11 D.Lg. 9 gennaio 2006, n.5.

第13条【異議申立人一覧表提出義務】

(削除)

§ 14 Obbligo dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento

L'imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare

presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata. Deve inoltre depositare uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, l'indicazione dei ricavi lordi per ciascuno degli ultimi tre anni, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto.

第14条【自身の破産手続開始を申し立てた事業主の責任】

自身の破産手続開始を申し立てた事業主は、過去3年の事業期間にわたる帳簿ならびに納税書、事業期間が3年より短い場合は、全事業期間にわたる同様の資料を、地方裁判所書記課に提出しなければならない。さらに、その事業主は、資産査定価値の記載を含む詳細な財産目録、債権目録ならびに債権者一覧、過去3年間に渡る各年毎の総収益、彼の占有下にある物の上に物的ならびに人的権利を有する者の一覧表を、それらの権利が設定されている目的物や、それらの権利の発生原因に関する記載をも添えて、提出しなければならない。

§ 15 Istruttoria prefallimentare

Il Procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

Il tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.

Il decreto di convocazione è sottoscritto dal presidente del tribunale o dal giudice relatore se vi è delega alla trattazione del procedimento ai sensi del quinto comma. Tra la data della notificazione, a cura di parte, del decreto di convocazione e del ricorso, e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni liberi.

Il decreto contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie ed il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone, con glie accertamenti necessari, che l'imprenditore depositi una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata.

I termini di cui al terzo e quarto comma possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza.

Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.

Le parti possono nominare consulenti tecnici.

Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza.

Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria

prefallimentare complessivamente inferiore a euro venticinquemila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1.

第15条【破産開始手続】

破産開始手続は、部を構成する地方裁判所において、その手続の種類と性質に鑑み、非公開にて行われる。

地方裁判所は、債務者並びに破産申立債権者に、申立て後になされる決定をもって、出廷を命じる；破産開始手続には、その破産手続開始手続を導いた検察庁も参加する。

出廷命令は、地方裁判所長、もしくは、第5文に基づき手続の進行が他の裁判官に委託された場合、報告予審判事により、なされる；但し、当事者に配慮した出廷命令の送達期日と、審理期日との間隔は、15日より少ない日数であってはならない。

出廷命令においては、その手続が破産手続開始要件の確定に資し、陳述ならびに書面や電磁的報告書提出のための其々の期日が、7日より少ない間隔で設けられていない旨が明らかにされなければならない。いずれの場合においても、地方裁判所は、企業に対し、財産、事業並びに資金状況に関する調査を実施し、かつその最終報告書を提出することを命ずる。

早期に処理すべき特別の理由ある場合、地方裁判所長は、第3文並びに第4文に定められている期間を、その理由を付した決定をもって短縮し得る。

地方裁判所は、当事者の審尋を、報告予審判事に委託し得る。その場合、受命裁判官は、遅滞なく、また審問をもって、当事者より申し立てられたかあるいは職権によりその提出を命ぜられた証拠を認可し、また、これを収集する。

両当事者は、鑑定人を選任し得る。

地方裁判所は、当事者の申立てに基づき、処分の対象となる財産または

企業の保護のために、担保もしくは差押を命じ得る；但しその効力は、破産開始手続中に限定され、破産開始決定か、あるいは担保または差押の申立て却下により取り消される。

破産手続は、破産開始手続上の行為により生じた債務で、弁済期が到来したにもかかわらず未払いであるが、その額が25,000ユーロ以下の債務については、開始されない。これらの額は、第1条3文において規定される手段と方法において、定期的にかつ反復して変更され得る。

§ 16 Sentenza dichiarativa di fallimento

La sentenza dichiarativa di fallimento è pronunciata in camera di consiglio.

Con la sentenza il tribunale:

- 1) nomina il giudice delegato per la procedura;
- 2) nomina il curatore;
- 3) ordina al fallito il deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori, entro tre giorni, se non è stato ancora eseguito a norma dell'articolo 14;
- 4) stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza;
- 5) assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza di cui al numero precedente per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione.

La sentenza produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione

ai sensi dell'articolo 133, primo comma, del codice di procedura civile. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17, secondo comma.

第16条【破産開始決定】

破産開始決定は、非公開の審議においてなされる。

破産開始決定により、地方裁判所は

- 1) その手続における受命裁判官を選任し、
- 2) 管財人を選任し、
- 3) 債務者に対し、3日間以内に、貸借対照表、指示された請求書や納税書、並びに債権者表を提出すべき旨を命じる；但し、これらが既に第14条に基づき提出されている場合は、この限りではない、
- 4) 破産開始決定より120日以内の除斥期間内に召集されるべき負債調査の為の集会の場所、期日、時間を確定し、
- 5) 債務者の占有下にある財産上に物的または人的請求権を有する債権者ならびに第三者に対し、前号に規定されている集会より前の30日間に渡る裁判所事務局への債権届出のための除斥期間を定める。

破産開始決定は、民事訴訟法第133条1項に基づいてなされる公告の期日をもって、その効力を生ずる。第三者に対する効力は、第17条2項に基づき、破産開始決定が商業登記簿に記載されたときより生じる。

§ 17 Comunicazione e pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento

Entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, la sentenza che dichiara il fallimento è notificata, su richiesta del cancelliere, ai sensi dell'articolo 137 del codice di procedura civile al debitore,

eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento previsto dall'articolo 15, ed è comunicata per estratto, si sensi dell'articolo 136 del codice di procedura civile, al curatore ed debitore, il nome del curatore, il dispositivo e la data del deposito della sentenza.

La sentenza è altresì annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta.

A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente.

第17条【破産開始決定の通知と公告】

破産開始決定は、裁判所事務局に提出されたその翌日に、裁判所事務職員
の求めにより、債務者に対し、民事訴訟法第137条に基づき、また場合
によっては、第15条に規定されている手続の為に選択された居所において
送達され、かつ破産管財人ならびに破産申立人に対しても、民事訴訟法第
136条に基づき通知されなければならない。破産開始決定の抄本には、債
務者の氏名、管財人の氏名、決定内容ならびにその提出期日が、記載され
なければならない。

また破産開始決定の登記簿への記載は、事業主が法定所在地を有する地
域を管轄する商業登記所において、そしてその法定所在地が実質的な所在
地と異なる場合には、破産手続が開始された地域における商業登記所にお
いても、なければならない。

そのために裁判所事務職員は、破産開始決定の抄本を、第1文において
規定されている期間内に、前文に規定されている商業登記所にデータ通
信によっても送付する。

§ 18 Appello

Contro la sentenza che dichiara il fallimento può essere proposto appello dal debitore e da qualunque interessato con ricorso da depositarsi entro trenta giorni presso la corte d'appello.

Il termine per l'appello decorre per il debitore dalla data della notificazione della sentenza a norma dell'articolo 17 e, per tutti gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese ai sensi del medesimo articolo. In ogni caso, si applica la disposizione di cui all'articolo 327, primo comma, del codice di procedura civile.

Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, fissa con decreto, da comunicarsi al ricorrente, l'udienza di comparizione entro quarantacinque giorni dal deposito del ricorso, assegnando termine al ricorrente giorni dal deposito del ricorso, assegnando termine al ricorrente non superiore a dieci giorni parti e la curatore, nonché un termine alle parti resistenti non superiore a cinque giorni prima dell'udienza per il deposito di memorie.

All'udienza il collegio, sentite le parti presenti in contraddittorio tra loro ed assunti, anche d'ufficio, i mezzi di prova necessari ai fini della decisione, provvede con sentenza, emessa ai sensi dell'articolo 281 sexies del codice di procedura civile. In caso di particolare complessità, la corte può riservarsi di depositare la motivazione entro quindici giorni.

La sentenza che revoca il fallimento è notificata al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento e al debitore, se non opponente, e deve essere pubblicata, comunicata ed iscritta a norma dell'articolo 17.

La sentenza che rigetta l'appello è notificata al ricorrente.

Se il fallimento è revocato, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

Le spese della procedura ed il compenso al curatore sono liquidati dal tribunale, su relazione del giudice delegato, con decreto non soggetto a reclamo.

第18条【抗告】

破産開始手続に対し、債務者ならびに利害関係人は、30日以内に高等裁判所へなされるべき不服申立てをもって、抗告することができる。

取り消されるべき破産開始決定の効力は、抗告により、停止されない；但し、第19条1文に規定されている場合は、この例外とする。

抗告期間は、債務者の場合、第17条に基づく破産開始決定の送達日より、利害関係人の場合、同条に基づく商業登記簿への記載日より、起算される。その際、民事訴訟法第327条1項が適用される。

裁判所長は、申立てがなされてから5日以内に、決定をもって、出廷期日を確定する；その決定は、破産手続開始申立人に対して通知されなければならない；出廷期日は、申し立てがなされてから45日以内でなければならない；裁判所長は、出廷期日を、破産手続開始申立人の場合、両当事者や管財人への決定ならびに命令の送達後10日以内、抗告の相手方の場合、提出された陳述書に関する審理前5日以内としなければならない。

(裁判所の)部は、審理において、出席当事者の相対立する矛盾点に関して審尋し、また判決に必要な証拠を職権によって収集した後、民事訴訟法第281 sexies 条に基づく判決をもって、判決を下す。特別に複雑な事件においては、裁判所は、判決理由を付すことを15日以内において留保し得る。

破産開始取消判決は、破産管財人、申立債権者、そして債務者が不服を申し立てたのではない場合には、債務者に対しても、送達されねばならず、

また第17条に基づく公告、報告ならびに登録がなされなければならない。

抗告を却下するとの判決は、抗告人に対し、送達されなければならない。

破産手続開始決定が取り消される場合においても、手続機関により適正になされた法律行為の効力は、その影響を受けない。

地方裁判所は、手続費用ならびに破産管財人の報酬を、受命裁判官の報告に基づき、抗告の影響を受けないとの決定をもって、定める。

§ 19 Sospensione della liquidazione dell'attivo

Proposto l'appello, il collegio, su richiesta di parte, ovvero del curatore, può, quando ricorrono gravi motivi, sospendere, in tutto o in parte, ovvero temporaneamente, la liquidazione dell'attivo.

Se è proposto ricorso per cassazione i provvedimenti di cui al primo comma o la loro revoca sono chiesti alla corte di appello.

L'istanza si propone con ricorso. Il presidente, con decreto in calce al ricorso, ordina la comparizione delle parti dinanzi al collegio in camera di consiglio. Copia del ricorso e del decreto sono notificate alle altre parti ed al curatore.

第19条【破産財団の換価の中止】

抗告提起後、(裁判所の)部は、一方当事者もしくは破産管財人の申立てに基づき、重大な理由がある場合、破産財団の換価を、全てあるいは部分的に、もしくは一時的に中止し得る。

抗告判決の破棄申立てがなされる場合、第1文に規定されている処分もしくはその処分取消は、高等裁判所にこれを申し立てる。

その申立ては、上告をもって、これをなす。裁判所長は、上告がなされた後、決定をもって、両当事者に対し、部における非公開審理への出廷を命じる。不服申立て並びに出廷命令の謄本は、相手方当事者並びに破産管財人に送達されなければならない。

§ 20 Morte del fallito durante il giudizio di opposizione

Se il fallito muore durante il giudizio di opposizione, il giudizio prosegue in confronto delle persone indicate nell'articolo 12, osservate le disposizioni degli articoli 299 e seguenti del codice di procedura civile.

第20条【不服申立手続中における債務者の死亡】

債務者が、不服申立手続中に死亡した場合、その手続は、民事訴訟手続法第299条ならびにそれに続く条項の規定を顧慮し、第12条に規定されている人物に対して、引き続き行われる。

§ 21 Revoca della dichiarazione di fallimento

第21条【破産開始の取消】

(削除)

§ 22 Gravami contro il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento

Il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato a cura del cancelliere alle parti.

Entro quindici giorni dalla comunicazione, il creditore ricorrente o il pubblico ministero richiedente possono proporre reclamo contro il decreto alla corte d'appello che, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Il debitore non può chiedere in separato giudizio la condanna del creditore istante alla rifusione delle spese ovvero al risarcimento del danno per

responsabilità aggravata ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile.

Il decreto della corte di appello è comunicato a cura del cancelliere alle parti del procedimento di cui all'articolo 15.

Se la corte d'appello accoglie il reclamo del creditore ricorrente o del pubblico ministero richiedente, rimette d'ufficio glie atti al tribunale, per la dichiarazione di fallimento, salve che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari.

I termini di cui agli articoli 10 e 11 si computano con riferimento al decreto della corte d'appello.

第22条【破産手続開始申立ての却下処分に対する不服申立て】

地方裁判所は、破産手続開始申立てを却下する場合、理由付決定をもって、それをなす；その決定は、書記官の指示に基づき、両当事者に送達されなければならない。

破産手続開始申立人たる債権者もしくは検察官は、送達期日から15日以内に、その決定に対し、高等裁判所に、不服を申し立てなければならない；高等裁判所は、非公開審理における当事者審尋後、理由を付した決定をもって、判決をなす。債務者は、分離された手続において、申立債権者の民事訴訟法第96条に基づく過重責任を理由とする費用償還または損害賠償請求判決を求めることはできない。

高等裁判所がなした決定は、第15条に規定されている手続に参加している両当事者に対し、書記官の指示に基づき、送達されなければならない。

高等裁判所が破産手続開始申立人たる債権者あるいは検察官の（破産手続開始申立却下決定に対する）不服申立てを認めた場合、高等裁判所は、職権により、一方当事者の申立てに基づき、破産手続開始に必要な要件がもはや充たされないことが確定されない限り、破産開始に関する資料を地

方裁判所に差し戻す。

第10条ならびに第11条に規定されている期間は、高等裁判所の決定に際して、算定されなければならない。

Capo II

Degli organi preposti al fallimento

Sezione 1

Del tribunale fallimentare

§ 23 Poteri del tribunale fallimentare

Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è investito dell'intera procedura fallimentare; provvede alla nomina ed alla revoca o sostituzione, per giustificati motivi, degli organi della procedura, quando non è prevista la competenza del giudice delegato ; può in ogni tempo sentire in camera di consiglio il curatore, il fallito e il comitato dei creditori; decide le controversie relative alla procedura stessa che non sono di competenza del giudice delegato, nonché i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato.

I provvedimenti del tribunale nelle materie previste da questo articolo sono pronunciate con decreto, salvo che non sia diversamente disposto.

第二章 破産機関

第一節 破産裁判所

第23条【破産裁判所の権限】

破産手続を開始した地方裁判所は、破産手続全体につき管轄権を有する；その地方裁判所は、破産手続機関を選任し、かつ重大な理由がある場合、それを罷免し、もしくは、その代理を定める；受命裁判官にこれらに関する権限が授与されている場合は、この例外とする；地方裁判所は、常に、非公開審理にて、破産管財人、債務者並びに債権者委員を審尋し得る；地方裁判所は、破産手続に関与する紛争処理につき受命裁判官が権限を有しない場合、その紛争について、並びに、受命裁判官が行った措置に対する不服申立てについて、判決をなす。

地方裁判所の同条に規定されている事由における措置は、特別の定めなき場合、決定をもってこれをなす。

§ 24 Competenza del tribunale fallimentare

Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore.

Salvo che non sia diversamente previsto, alle controversie di cui al primo comma si applicano le norme previste dagli articoli da 737 a 742 del codice di procedura civile. Non si applica l'articolo 40, terzo comma, del codice di procedura civile.

第24条【破産裁判所の管轄】

破産手続が開始された地方裁判所は、それに関して生じる全ての紛争の

判決につき、その訴額を問わず、管轄を有する。

特別に定められている場合、第1文に規定されている紛争については、民事訴訟法第737条至第742条の規定が適用される。民事訴訟法第40条3項は適用されない。

Sezione II

Del giudice delegato

§ 25 Poteri del giudice delegato

Il giudice delegato esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura e:

- 1) riferisce al tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio;
- 2) emetto o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione;
- 3) convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura;
- 4) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse del fallimento;
- 5) provvede, nel termine di quindici giorni, sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori;
- 6) autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come

attore o come convenuto. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi. Su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito agli avvocati nominati dal medesimo curatore;

7) su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge;

8) procede all'accertamento dei crediti dei diritti reali e personali vantati dai terzi, a norma del capo V.

IL giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né può far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti.

I provvedimenti del giudice delegato sono pronunciati con decreto motivato.

第二節 受命裁判官

第25条【受命裁判官の権限】

受命裁判官は、手続秩序につき監視かつ監督する他、以下の権限を有する；受命裁判官は、

- 1) 地方裁判所に、(裁判所の) 部による措置につき必要な全ての行為につき報告し、
- 2) 財産保持に関する措置、若しくは、各管轄官庁にそれらの発令を囑託する、但し第三者の権利に影響を及ぼす措置や、破産財団に属することにつき合意した権利を行使する措置については、これを例外とする、
- 3) 法律により規定されている場合、並びに、受命裁判官が手続の簡易

迅速な処理に資すると考える場合、破産管財人を選任し、また債権者委員会を招集する、

- 4) 破産管財人の提案に基づき、その報酬を定め、かつ場合によっては、破産管財人がある者に対し破産手続の利益のためになすことを要求した委任を取り消し、
- 5) 15日間以内に、破産管財人ならびに債権者委員の行為に付き判決を下し、
- 6) 破産管財人に、書面をもって、裁判所に、原告又は被告として出廷する権限を授与する。その権限は、常に特定の法律行為ならびに各審級における訴訟行為についてなされる。破産管財人の申立てに基づき、受命裁判官は、その報酬を定め、かつ場合により、破産管財人により使命された弁護士への委任を取り消す、
- 7) 破産管財人の申立てに基づき、その者が法律によって定められた要件を充たすことを確認したうえで、仲裁裁判官を選任し、
- 8) 第三者が第五章の規定に基づき請求する債権、物的又は人的権利を確定する。

受命裁判官は、彼自ら認可した手続を取り扱ってはならず、また彼の行為に対してなされた不服申立てにつき審理する部の構成員であってはならない。

受命裁判官は、理由を付した決定をもって、これらの措置をなす。

§ 26 Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale

Salvo che non sia diversamente disposto, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale, può essere proposto reclamo al tribunale o alla corte di appello, che provvedono in camera di consiglio.

Il reclamo è proposto dal curatore, dal fallito, dal comitato dei creditori e da chiunque vi abbia interesse.

Il reclamo è proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento per il curatore, per il fallito, per il comitato dei creditori e per chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento; per gli altri interessati, il termine decorre dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato. La comunicazione integrale del provvedimento fatta dal curatore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax o posta elettronica con garanzia dell'avviso di ricevimento, telefax o posta elettronica con garanzia dell'avvenuta ricezione in base al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 2000, n. 445, equivale a notificazione.

Indipendentemente dalla previsione di cui al terzo comma, il reclamo non può proporsi decorsi novanta giorni dal deposito del provvedimento in cancelleria.

Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

Il reclamo si propone con ricorso che deve contenere l'indicazione del tribunale o della corte di appello competente, del giudice delegato e della procedura fallimentare; le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio in un comune sito nel circondario del tribunale competente; la determinazione dell'oggetto della domanda; l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa il reclamo e le relative conclusioni; l'indicazione specifica, a pena di decadenza, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

I presidente del collegio nomina il giudice relatore e fissa con

decreto l'udienza di comparizione del parti in camera di consiglio, assegnando al reclamante un termine per la notifica la curatore ed ai controinteressati del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza. Tra la notifica e l'udienza devono intercorrere non meno di dieci giorni liberi e non più di venti; il resistente, almeno cinque giorni prima dell'udienza fissata, deposita memoria difensiva contenente l'indicazione dei documenti prodotti.

Nel corso dell'udienza il collegio, sentiti il reclamante, il curatore e gli eventuali controinteressati, assume, anche d'ufficio, le informazioni ritenute necessarie, eventualmente delegando uno dei suoi componenti.

Entro trenta giorni dall'udienza di convocazione della parti, il collegio provvede con decreto motivato con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato.

第26条【受命裁判官ならびに地方裁判所の決定に対する抗告】

特別の定めある場合、地方裁判所ならびに受命裁判官の決定に対し、地方裁判所もしくは高等裁判所に抗告をなし得る；但し、不服申立ての審判は、非公開にてこれを行う。

抗告は、破産管財人、債務者、債権者委員会、ならびに利害関係人によりなされる。

抗告は、破産管財人、債務者、債権者委員会並びにその措置の申立人もしくはその措置の対象者に関しては、措置の通知もしくは送達の日より、その他の者に関しては、受命裁判官により命ぜられた公告期日から10日以内の除斥期間内になされなければならない。破産管財人が、受領証書付きの書留郵便、及び2000年12月28日第445号の共和国大統領令により発せられた行政法上の証明書に関する法規の統一規定に基づき、受領保証を伴うFAX ならびに E-Mail をもって措置の全内容を通知する場合、それは送

達と同様に取り扱うものとする。

第3文の規定に関らず、抗告は、裁判所事務局においてその措置が登録されてから90日経過後は、もはやこれをなし得ない。

抗告により、その措置の続行は、中止されない。

抗告は、以下の内容を含む決定をもって、これをなす；管轄権を有する地方裁判所または高等裁判所、受命裁判官ならびに破産手続の記載；抗告人に関する情報、管轄権を有する地方裁判所の区域内にある市区町村における居住地の選択；抗告の対象たる特定された請求目的物；事案の概要かつ抗告がなされた法的理由、ならびにそれらに関する申立て；特別の事情ある場合、抗告人が使用しようとする証拠並びに提出された書類に関する記載。

裁判長は、報告予審判事を任命し、決定をもって非公開審理への当事者の出廷を定める；その際、裁判長は、抗告人に、抗告ならびに当事者の出廷につき定める決定が破産管財人ならびに利害関係人へ送達されるべき期間を指定する。それらの送達と審理の間の期間は、10日間より少なくてはならず、また20日間以上であってはならない；被抗告人は、少なくとも、確定された審理期日より5日前まで防禦書面を提出することができる；防禦書面には、提出された書面が記載されていなければならない。

利害関係人で、かつ手続に参加することを希望する者は、同様の期間において、同様の形式をもって、紛争に参加し得る。

審理期間中、部は、抗告人、破産管財人ならびに利益相反者を審尋した後、職権によっても、必要とみられる情報を提出させることができる；その際、部は、場合によっては、その構成員のうちの一にそれを委任し得る。

当事者が出廷した審理期日より30日以内に、部は、理由を付した決定をもって、判決をなす；その判決をもって、部は、抗告の対象となる措置を、認諾、変更、もしくは取り消す。

Sezione III
Del curatore

§ 27 Nomina del curatore

Il curatore è nominato con la sentenza di fallimento, o in caso di sostituzione o di revoca, con decreto del tribunale.

第三節 破産管財人

第27条【破産管財人の選任】

破産管財人は、破産手続開始決定と同時に選任され、その変更（代理）または解任は、地方裁判所の決定をもってなされる。

§ 28 Requisiti per la nomina a curatore

Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore:

- a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti;
- b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;
- c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.

Nel provvedimento di nomina, il tribunale indica le specifiche caratteristiche e attitudini del curatore.

Non possono essere nominati curatore il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento.

第28条【破産管財人選任の要件】

破産管財人の任務には、以下の者が任命される：

- a) 弁護士、経済学の博士号取得者 (dottori commercialisti)、会計係ならびに簿記係 (ragionieri e ragionieri commercialisti)、
- b) 自由業者連合会会長 (studi professionali associati)、もしくは、自由業者協会 (società tra professionisti)、但し、その構成員が a) において規定されている職業的要件を充たす場合に限る。その場合、任務の遂行に際し、その手続に対して責任を負うべき自然人が明記されなければならない、
- c) 証券会社にて、その破産手続が開始されていない時期において、管理・経営・監督業務に従事していた者で、かつ、その際企業家として適当な能力を証明し得た者、

その選任手続において、地方裁判所は、破産管財人における特別の性質ならびに権能を定める。

以下の者は、破産管財人に選任され得ない；債務者の夫または妻、第4級までの親族または姻族、債務者の債権者、破産開始宣告前2年以内に企業の経営難を引き起こした者、そして破産における利益相反者。

§ 29 Accettazione del curatore

Il curatore deve, entro i due giorni successivi alla partecipazione

della sua nomina, far pervenire al giudice delegato la propria accettazione.

Se il curatore non osserva questo obbligo, il tribunale, in camera di consiglio, provvede d'urgenza alla nomina di altro curatore.

第29条【破産管財人の受諾意思表示】

破産管財人は、選任の公告後2日間以内に、受命裁判官に対し、受諾意思表示を伝えなければならない。

破産管財人がこの義務を怠る場合、地方裁判所は、非公開審理にて、遅滞なく、他の破産管財人を選任する。

§ 30 Qualità di pubblico ufficiale

Il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale.

第30条【公務員としての性質】

破産管財人は、任務の遂行においては、公務員とする。

§ 31 Gestione della procedura

Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite.

Eglo non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi sui beni acquistati al fallimento, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui

non occorra ministero di difensore.

Il curatore non può assumere la veste di avvocato nei giudizi che riguardano il fallimento.

第31条【手続の指揮】

破産管財人は、破産財団を管理し、彼に委譲された任務の範囲内において、受命裁判官ならびに債権者委員会の監視の下に、全ての手続行為を行う。

破産管財人は、受命裁判官の授権なしには、訴訟当事者として出廷し得ない；但し、債権に関する争訟や時宜に遅れて申立てされた債権ならびに破産財団に属する目的物上の第三者の権利に関する争訟、もしくは、受命裁判官あるいは地方裁判所による行為の取消に関する手続、そして弁護士による代理が不要とされる事案においては、この限りではない。

破産管財人は、破産に関する法的紛争において、弁護士として出廷し得ない。

§ 32 Esercizio delle attribuzioni del curatore

Il curatore esercita personalmente le funzioni del proprio ufficio e può delegare ad altri specifiche operazioni, previa autorizzazione del giudice delegato. L'onere per il compenso del delegato, liquidato dal giudice, è detratto dal compenso del curatore.

Il curatore può essere autorizzato dal comitato dei creditori, a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito, sotto la sua responsabilità. Del compenso riconosciuto a tali soggetti si tiene conto ai fini della liquidazione del compenso finale del curatore.

第32条【破産管財人の任務遂行】

破産管財人は、その任務を自ら遂行し、また、予め受命裁判官の授権を得て、個別の行為を他の者に委譲し得る。その受任者の報酬は裁判官により定められ、破産管財人の報酬より差し引かれる。

破産管財人は、債権者委員会より、破産管財人自身の責任をもって、技術的補助または債務者をも含めた他人の援助のもとに報酬を得る権限を与えられる。それらの助力のもとに得られた破産管財人の報酬は、破産管財人の最終的な報酬を定める際、考慮されなければならない。

§ 33 Relazione al giudice

Il curatore, entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, deve presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata sulle cause e circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini dell'istruttoria penale.

Il curatore deve inoltre indicare gli atti del fallito già impugnati dai creditori, nonché quelli che egli intende impugnare. Il giudice delegato può chiedere al curatore una relazione sommaria anche prima del termine suddetto.

Se si tratta di società, la relazione deve esporre i fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società.

Il giudice delegato ordina il deposito della relazione in cancelleria, disponendo la segregazione delle parti relative alla responsabilità penale del fallito e di terzi ed alle azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione

di provvedimenti cautelari, nonché alle circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del fallito. Copia della relazione, nel suo testo integrale, è trasmessa al pubblico ministero.

Il curatore, ogni sei mesi successivi alla presentazione della relazione di cui al primo comma, redige altresì un rapporto riepilogativo delle attività svolte, con indicazione di tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione, accompagnato dal conto della sua gestione. Copia del rapporto è trasmessa al comitato dei creditori, unitamente agli estratti conto dei depositi postali o bancari relativi al periodo. Il comitato dei creditori o ciascuno dei suoi componenti possono formulare osservazioni scritte. Altra copia del rapporto è trasmessa, assieme alle eventuali osservazioni, per via telematica all'ufficio del registro delle imprese, nei quindici giorni successivi alla scadenza del termine per il deposito delle osservazioni nella cancelleria del tribunale.

第33条【破産管財人の報告】

破産手続開始から60日以内に、破産管財人は、受命裁判官に、破産原因やその状況、債務者による事業継続に関する調査、債務者もしくはその他の者の刑法上の審理において意義を有する可能性の有る全ての事由に関する詳細な報告書を提出しなければならない。

さらに破産管財人は、既に債権者によって取り消されている債務者の法律行為で、破産管財人も否認が適当であると考えるものにつき、その法律行為の否認についても報告しなければならない。受命裁判官は、破産管財人に、上記の期間経過前においても中間報告を求め得る。

企業の破産の場合、確定事実に関する報告書、並びに管理者や監督機関、事業主、そして場合によってはその企業に属しない者の責任に関する報告

書が提出されなければならない。

受命裁判官は、報告書を裁判所事務室に据え置くことを命じる；その際、受命裁判官は、以下の部分を除外し得る；債務者や第三者の刑法上の責任、破産管財人がなそうとする訴訟が保全処分の実施に影響を与え得る場合にそれらの訴訟、破産手続の利益に抵触しないもの、債務者の私生活上に関するもの。全内容に渡る報告書の謄本は検察官に引き渡される。

また破産管財人は、第1項に記載されている報告書の提出後6ヶ月ごとに、その職務につき、第1報告書提出後に得られた全ての情報かつ職務遂行経費報告を添えて、報告書を作成する。報告書の謄本は、同一期間内における郵便口座もしくは銀行口座の口座残高通知書とともに、債権者委員会に提出されなければならない。債権者委員会もしくはその構成員は、書面にて、その意見をまとめ得る。報告書の別の謄本は、すべての意見を付したうえで、意見提出期間経過後15日以内に、データー通信をもって、商業登記簿所に送信されなければならない。

§ 34 Deposito delle somme riscosse

Le somme riscosse a qualunque titolo dal curatore sono depositate entro il termine massimo di dieci giorni dalla corresponsione sul contro corrente intestato alla procedura fallimentare aperto presso un ufficio postale o presso una banca scelti dal curatore.

La mancata costituzione del deposito nel termine prescritto è valutata dal tribunale ai fini della revoca del curatore.

Se è prevedibile che le somme disponibili non possano essere immediatamente destinate ai creditori, su richiesta del curatore e previa approvazione del comitato dei creditori, il giudice delegato può ordinare che le disponibilità liquide siano impiegata nell'acquisto di titoli emessi dallo Stato.

Il prelievo delle somme è eseguito su copia conforme del mandato

di pagamento del giudice delegato.

第34条【徴収金の保管】

破産管財人により徴収された金銭は、その原因に関らず、徴収後遅くとも10日以内に、破産管財人により選択された郵便局もしくは銀行に開設された破産手続のための当座預金口座へ振り込まなければならない。

その期間内に振り込まれない場合、その旨は、地方裁判所にて、破産管財人の解任に関する判決において考慮に入れられる。

処分可能な金銭を遅滞なく債権者に支払うことが不可能であると予見される場合、受命裁判官は、破産管財人の申立てに基づくか、もしくは予め債権者集会の同意を得て、流動的な資本を国が発行する有価証券に代えることを命じ得る。

預金の引き出しは、受命裁判官による支払命令の謄本に基づきなされる。

§ 35 Integrazione dei poteri del curatore

Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori.

Se gli atti suddetti sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato, salvo che gli stessi siano già stati approvati dal medesimo ai sensi dell'articolo 104ter.

Il limite di cui al secondo comma può essere adeguato con decreto del Ministro della giustizia.

第35条【破産管財人の権限の補足】

破産管財人は、債権者委員会の授権により、次の権利を有する：債権の免除、和解、仲裁契約、訴訟の放棄、第三者の権利の承認、担保権の抹消、質物の返還、担保金の返還、相続・贈与ならびに特別管理による法律行為の認諾。

上記の法律行為の対象となる価格が50,000ユーロを超える場合、あるいは和解の場合、その対象となる価格を問わず、破産管財人は、予め受命裁判官にその旨につき通知しなければならない；但し、第104 ter 条に基づき、それらの法律行為が既に受命裁判官により認可されている場合は、この例外とする。

第2項に規定されている価格条件は、法務省の政令をもって、これを変動し得る。

§ 36 Reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori

Contro gli atti di amministrazione del curatore, contro le autorizzazioni od dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge, entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio.

Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla data della comunicazione del decreto medesimo. Il tribunale decide entro trenta giorni, sentito il curatore e il reclamante, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame.

Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del curatore, questi è tenuto a dare esecuzione al provvedimento della autorità giudiziaria. Se è accolto il reclamo concernente un comportamento omissivo del comitato dei creditori, il giudice delegato provvede in sostituzione di quest'ultimo con l'accoglimento del reclamo.

第36条【破産管財人ならびに債権者委員会に対する不服申立て】

債権者ならびに利害関係人は、その行為を知った時から、もしくは不作為の場合、行為の催告時に明示された期間の経過後から8日以内に、破産管財人の管理行為、債権者委員会の授権又はその拒絶、もしくはそれらの不作為に法律違反があることを理由とし、不服申立てをなし得る。受命裁判官は、両当事者の審尋後、口頭弁論に必ずしも必要でない形式を顧慮することなく、理由を付した判決をもって、これを決する。

受命裁判官の判決に対しては、その送達の日から8日以内に、上訴を地方裁判所になし得る。地方裁判所は、破産管財人ならびに不服申立人の審尋後30日以内に、口頭弁論に必ずしも必要でない形式を顧慮することなく、理由を付した判決をもって、これを決する；この判決は、取り消すことを得ない。

破産管財人の不作為に対する不服申立てが認められた場合、破産管財人は、裁判所の処分に従う義務を負う。債権者委員会の不作為に対する不服申立てが認められた場合、受命裁判官は、不服申立てを認めると同時に、これを代理して、その救済措置について考慮する。

§ 36bis Termini processuali

Tutti i termini processuali previsti negli articoli 26 e 36 non sono soggetti alla sospensione feriale.

第36 bis 条【手続期間】

第26条ならびに36条に規定されている全ての手続期間は、祝日によって中断されない。

§ 37 Revoca del curatore

Il tribunale può in ogni tempo, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio, revocare il curatore.

Il tribunale provvede con decreto motivato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori.

Contro il decreto di revoca o di rigetto dell'istanza di revoca, è ammesso reclamo alla corte di appello ai sensi dell'articolo 26; il reclamo non sospende l'efficacia del decreto.

第37条【破産管財人の解任】

地方裁判所は、破産管財人を、如何なる時期においても、受命裁判官の提案、もしくは債権者委員会の申立てまたは職権により、解任し得る。

地方裁判所は、破産管財人ならびに債権者委員会の審尋の後、理由を付した判決をもって、これを行う。

破産管財人の解任申立ての認容もしくは棄却判決に対しては、高等裁判所に、不服申立てをなし得る；この不服申立てによっては、先の判決の効力は中断されない。

§ 37bis. Sostituzione del curatore e dei componenti del comitato dei creditori

In sede di adunanza per l'esame dello stato passivo, i creditori presenti, personalmente o per delega, che rappresentano la maggioranza dei crediti allo stato ammessi, possono effettuare

nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 40, nonché chiedere la sostituzione del curatore indicando al tribunale le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo. Il tribunale provvede alla nomina dei soggetti designati dai creditori salvo che non siano rispettati i criteri di cui agli articoli 28 e 40.

Dal computo dei crediti, su istanza di uno o più creditori, sono esclusi quelli che si trovino in conflitto di interessi.

Nella stessa adunanza, i creditori che rappresentano la maggioranza di quelli allo stato ammessi, indipendentemente dall'entità dei crediti vantati, possono stabilire che ai componenti del comitato dei creditori sia attribuito, oltre al rimborso delle spese di cui all'articolo 41, un compenso per la loro attività, in misura non superiore al dieci per cento di quello liquidato al curatore.

第37 bis 条【破産管財人ならびに債権者委員会委員の代理】

負債の調査をする集會に、自ら出席するかまたは代理人による代理出席をする債権者は、認可された債権の過半数を得て、第40条に定められている規定を考慮し、新たに債権者委員会の構成員を選任すること、かつ破産管財人を代えることを求め得る；その際、それらの債権者は、地方裁判所に、申請の理由を提示し、かつ新たな構成員または破産管財人を指名しなければならない。

地方裁判所は、債権者により指名された者を、第28条ならびに40条の規定が遵守されている限りで、任命する。

債権者間で利害衝突が生じる場合、1人又は複数の債権者の申立てに基づき、一定の債権者を、債権の算定より除外する。

同様の集會において、その債権が認可された債権者の過半数を超える債

権者は、その債権額に関らず、第41条に規定されている費用償還請求権に加えて、債権者集会の構成員の活動に対する報酬が、破産管財人に認められた報酬の10パーセントを超えない限度で認められることを、定め得る。

§ 38 Responsabilità del curatore

Il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Egli deve tenere un registro preventivamente vidimato da almeno un componente del comitato dei creditori, e annotarvi giorno per giorno le operazioni relative alla sua amministrazione.

Durante il fallimento l'azione di responsabilità contro il curatore revocato è proposta dal nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, ovvero del comitato dei creditori.

Il curatore che cessa dal suo ufficio, anche durante il fallimento, deve rendere il conto della gestione a norma dell'articolo 16.

第38条【破産管財人の責任】

破産管財人は、法定の又は認可された清算計画に基づく職務を、委任の本質に従った注意義務をもって、遂行しなければならない。破産管財人は、予め少なくとも1名の債権者委員会構成員により認証された記録簿をつけ、その毎日の管理業務につき記録しなければならない。

破産手続中に解任された破産管財人に対する損害賠償請求訴訟は、受命裁判官もしくは債権者委員会の許可を得て、新たな破産管財人がこれを提起する。

破産手続中にその職務から解任された破産管財人は、また、その管理業務に要した費用につき、第116条に基づき用途明細書を提示しなければならない。

§ 39 Compenso del curatore

Il compenso e le spese dovuti al curatore, anche se il fallimento si chiude con concordato, sono liquidati ad istanza del curatore con decreto del tribunale non soggetto a reclamo, su relazione del giudice delegato, secondo le norme stabilite con decreto del Ministro della giustizia.

La liquidazione del compenso è fatta dopo l'approvazione del rendiconto e, se del caso, dopo l'esecuzione del concordato. È in facoltà del tribunale di accordare al curatore acconti sul compenso per giustificati motivi.

Se nell'incarico si sono succeduti più curatori, il compenso è stabilito secondo criteri di proporzionalità ed è liquidato, in ogni caso, al termine della procedura, salvi eventuali acconti.

Nessun compenso, oltre quello liquidato dal tribunale, può essere preteso dal curatore, nemmeno per rimborso di spese. Le promesse e i pagamenti fatti contro questo divieto sono nulli, ed è sempre ammessa la ripetizione di ciò che è stato pagato, indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale.

第39条【破産管財人の報酬】

破産管財人に認められる報酬ならびに費用償還は、破産手続が和議の開始により終結した場合においても、地方裁判所により、破産管財人の申立てに基づき、もしくは受命裁判官の報告に基づいて、法務省の発する規則に従い、決定をもって決せられる；この決定は取り消すことを得ない。

報酬の確定は、決算報告書の認可後、また場合によっては和議の実施後になされる。地方裁判所は、破産管財人に対し、正当な理由に基づき、その報酬の支払を認可し得る。

複数の管財人が相前後して任命された場合、その報酬は、相対比の原則に基づき確定され、常に手続終結時においてはじめて、留保されていた全ての報酬額の確定がなされる。

破産管財人は、地方裁判所により確定された以外の報酬を請求し得ず、また費用償還としても請求し得ない。この禁止規定に反してなされた支払約束や支払そのものは、無効であり、かつ既になされた支払は、刑事訴追の有無にかかわらず、常にその返還を請求し得る。

Sezione IV

Del comitato dei creditori

§ 40 Nomina del comitato

Il comitato dei creditori è nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza di fallimento sulla base delle risultanze documentali, sentiti il curatore e i creditori che, con la domanda di ammissione al passivo o precedentemente, hanno dato la disponibilità ad assumere l'incarico ovvero hanno segnalato altri nominativi aventi i requisiti precisi. Salvo quanto previsto dall'articolo 37bis, la composizione del comitato può essere modificata dal giudice delegato in relazione alle variazioni dello stato passivo per altro giustificato motivo.

Il comitato è composto di tre o cinque membri scelti tra i creditori, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed acuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi.

La sostituzione dei membri del comitato avviene secondo le modalità stabilite nel secondo comma.

Il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione.

Ciascun componente del comitato dei creditori può delegare in tutto o in parte l'espletamento delle proprie funzioni ad uno dei soggetti aventi i requisiti indicati nell'articolo 28, previa comunicazione al giudice delegato.

第四節 債権者委員会

第40条【委員の選任】

債権者委員は、受命裁判官により、破産開始決定より30日以内に、書類から伺える事由に基づき、破産管財人、債権届出債権者又は予めその職務を引き受ける旨の意思表示をなした債権者、もしくは予め定められた要件を充たすその他の者を指名した債権者を審尋した後、選任される。第37 bis 条の規定に抵触しない限りで、受命裁判官は、債権者委員の構成を、債務状況の変更やその他の適法な理由により、変更し得る。

債権者委員会は、債権者の中から、相対比例における債権額ならびに債権の種類、かつ債権の満足の可能性をも考慮し選任された3名もしくは5名により構成される。

破産管財人により招集された委員は、その選任より10日以内に、その過半数の同意により、委員長を選任する。

債権者委員の補充は、第2項において定められている方法により行われる。

利益相反が生じる委員は、可決をもって、これを解任する。

各委員は、予め受命裁判官に報告することをもって、第28条において定められている条件を充たす者に、その職務執行の全部または一部を委任することができる。

§ 41 Funzioni del comitato

Il comitato dei creditori vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni.

Il presidente convoca il comitato per le deliberazioni di competenza o quando sia richiesto da un terzo dei suoi componenti.

Le deliberazioni del comitato sono prese a maggioranza dei votanti, nel termine massimo di quindici giorni successivi a quello in cui la richiesta è pervenuta al presidente. Il voto può essere espresso in riunioni collegiali ovvero per mezzo telefax o con altro mezzo elettronico o telematico, purché sia possibile conservare la prova della manifestazione di voto.

In caso di inerzia, di impossibilità di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato.

Il comitato ed ogni componente possono ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili e i documenti della procedura ed hanno diritto di chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al fallito.

I componenti del comitato hanno diritto al rimborso delle spese, oltre all'eventuale compenso riconosciuto ai sensi e nelle forme di cui all'articolo 37bis, quarto comma.

Ai componenti del comitato dei creditori si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2407 del codice civile. L'azione di responsabilità può essere proposta anche durante lo svolgimento della procedura.

第41条【債権者委員会の任務】

債権者委員会は、破産管財人の職務を監督し、その行為を許可し、法律が定める場合もしくは地方裁判所または受命裁判官の要請に基づき、その意見を述べる；その際、その見解につき、簡略的にその理由が付されなければならない。

委員長は、委員会の議決事由である場合や、総委員の3分の1が望む場合には、その議決につき委員会を招集する。

委員会の決議は、その要請が委員長になされた日より遅くとも15日以内に、構成員の過半数以上の同意をもって、なされる。投票は、委員会への出席時において、もしくはFAXや他の電磁的・通話的方法により、投票の証拠を保持し得ることを条件として、なされ得る。

委員会の不作為又は機能不全の場合、もしくは緊急の場合、受命裁判官がこれを行う。

委員会ならびに各委員は、常に、会計書類や手続書類を閲覧し、かつ破産管財人または債務者に情報もしくは説明を求め得る。

委員会の構成員は、費用償還請求権、ならびに場合により第37 bis 条4項に定められている規定又は手続に基づき認められる報酬請求権を有する。

債権者集会の構成員には、適用可能な限り、民法第2407条が準用される。清算手続中においても、その義務の履行に関する訴訟が認められ得る。

Capo III

Degli effetti del fallimento

Sezione I

Degli effetti del fallimento per il fallito

§ 42 Beni del fallito

La sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento.

Sono compresi nel fallimento anche i beni che pervengono al fallito durante il fallimento, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi.

Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi.

第三章 破産の効力

第一節 破産の債務者に対する効力

第42条【債務者の財産】

債務者は、破産手続開始決定をもって、その決定日より、破産開始日に存する財産に対する管理処分権を喪失する。

破産手続は、債務者が破産手続中に取得した財産に対しても及ぶ；但し、新得財産の取得や保存に要した費用は、これを含まない。

破産管財人は、債務者が破産手続中に取得することが予想される財産の取得や保存に要する費用がその新得財産から得ることが予想される配当金額を上回る場合には、予め債権者委員会の認可を得て、それらの新得財産の取得を拒絶し得る。

§ 43 Rapporti processuali

Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore.

Il fallito può intervenire nel giudizio solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge.

L'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo.

第43条【訴訟関係】

破産管財人は、既に継続中の訴訟で、破産手続に属する債務者の財産上の権利の法律関係に関する訴訟の当事者として出廷する。

債務者は、その訴訟手続に、破産を原因として債務者に対しその義務違反につき提起された訴訟に関係し得る質問がなされる場合や、法律により債務者自身の当事者としての出廷が予定されている限度において、参加し得る。

破産開始決定により、係属中の訴訟手続は中断する。

§ 44 Atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento

Tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti dal lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori.

Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento.

Fermo quanto previsto dall'articolo 42, secondo comma, sono acquisite al fallimento tutte le utilità che il fallito consegue nel corso della procedura per effetto degli atti di cui al primo e secondo

comma.

第44条【債務者により破産手続開始後になされた法律行為】

債務者により、破産手続開始後になされた全ての法律行為ならびに弁済は、債権者に対してはこれを無効とする。

同様に、破産手続開始決定後に債務者によってなされた弁済も無効とする。

第42条2項において規定されていることを条件として、債務者が破産手続中に第1項乃至2項に規定されている法律行為によって得た全ての利益は、破産手続に属する。

§ 45 Formalità eseguite dopo la dichiarazione di fallimento

Le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori.

第45条【破産手続開始後になされた要式行為】

破産手続開始後において、ある法律行為に関し第三者に対して必要な對抗要件となされた要式行為は、債権者に対しては、これを無効とする。

§ 46 Beni non compresi nel fallimento

Non sono compresi nel fallimento:

- 1) i beni ed i diritti di natura strettamente personale,
- 2) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna non la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia;
- 3) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni

costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di esse, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 codice civile;

- 4) (Numero soppresso dall'art. 43 c. 1 lettera b) D. Lg. 9 gennaio 2006, n. 5.)
- 5) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

I limiti previsti nel primo comma, n. 2), sono fissati con decreto motivato del giudice delegato che deve tener conto della condizione personale del fallito e di quella della sua famiglia.

第46条【破産財団に属しない財産】

以下の財産は、破産財団に属しない；

- 1) 債務者個人に属する性質を有する財産並びに権利
- 2) 生活費、給料、年金、賃金、並びに、債務者とその仕事により得たもので彼自身の生活並びにその家族の生活に必要なもの
- 3) 子供の資産から得られる法定果実、民法第170条の規定に抵触しない限度で、世襲財産ならびにその法定果実、
- 4) (削除)
- 5) 法定の差押禁止財産、

受命裁判官は、第1項2号に規定されている基準を、理由を付した決定でもって、債務者やその家族の個人的な必要性を考慮し、確定し得る。

§ 47 Alimenti al fallito e alla famiglia

Se al fallito vengono a mancare i mezzi di sussistenza, il giudice delegato, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori, può concedergli un sussidio a titolo di alimenti per lui la famiglia.

La casa di proprietà del fallito, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della sua famiglia, non può essere distratta da

tale uso fino alla liquidazione delle attività.

第47条【債務者の生活ならびにその家族の扶養のための扶助】

債務者にその生活費が欠乏する恐れのある場合、受命裁判官は、破産管財人ならびに債権者委員会の審尋後、債務者自身の生活ならびにその家族の扶養のための補助金を認め得る。

債務者所有の建物は、債務者自身ならびにその家族が居住につき必要な限度で、資産の換価まで、その明渡しを認められない。

§ 48 Corrispondenza diretta al fallito

L'imprenditore del quale sia stato dichiarato il fallimento, nonché gli amministratori o i liquidatori di società o enti soggetti alla procedura di fallimento sono tenuti a consegnare al curatore la propria corrispondenza di ogni genere, inclusa quella elettronica, riguardante i rapporti compresi nel fallimento.

第48条【債務者への通知】

破産手続が開始された事業主、ならびに破産手続に服する会社もしくは社団の管理者や清算人は、通信物を、それが破産手続に係る法律行為に関する場合には、破産管財人に対し、電磁的なものをも含めて、提出する義務を有する。

§ 49 Obblighi del fallito

L'imprenditore del quale sia stato dichiarato il fallimento, nonché gli amministratori o i liquidatori di società o enti soggetti alla procedura di fallimento sono tenuti a comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o del proprio domicilio.

Se occorrono informazioni o chiarimenti ai fini della gestione

della procedura, i soggetti di cui al primo comma devono presentarsi personalmente al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori.

In caso di legittimo impedimento o di altro giustificato motivo, il giudice può autorizzare l'imprenditore o il legale rappresentante della società o enti soggetti alla procedura di fallimento a comparire per mezzo di mandatario.

第49条【債務者の義務】

破産手続が開始された事業主、ならびに破産手続に服する会社もしくは社団の管理者や清算人は、破産管財人に、その住所や居住地の変更につき報告する義務を有する。

清算手続に関する報告又は説明が必要な場合、第1文に規定されている者は、自ら、受命裁判官、破産管財人、若しくは債権者委員会の前に出頭しなければならない。

裁判所は、適法な阻害事由もしくはその他の適法な理由がある場合において、破産手続に服する事業主もしくは企業または社団の法定代理人に、委任により上記の者を代理して出頭させる権限を付与しうる。

§ 50 Pubblico registro dei falliti

(Articolo abrogato dall'art. 47 D. Lg. 9 gennaio 2006, n. 5.)

第50条【債務者の公的登録簿】

(削除)

Sezione II

Dagli effetti del fallimento per i creditori

§ 51 Divieto di azioni esecutive e cautelari individuali

Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.

第二節 破産手続の債権者に対する効力

第51条【個別の強制執行ならびに保全措置の禁止】

特別の定めある場合を除き、破産手続開始の日より、破産財団に属する財産上、個別の強制執行手続ならびに保全措置を開始するか、もしくは続行することは認められず、また破産手続中に弁済期が到来する債権についても同様とする。

§ 52 Concorso dei creditori

Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito.

Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge.

第52条【債権者の参加】

全ての債権者は、破産手続において、債務者財産の配当手続に参加する権利を有する。

優先弁済を認められた債権もしくは第111条1項1文に基づき取り扱われる債権をも含めた各債権、ならびに動産または不動産上の各物的または人的権利は、第五章の規定に基づく特別規定に関らず、評価されなければならない。

§ 53 Creditori muniti di pegno o privilegio su mobili

I redditi garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli articoli 2756 e 2761 del codice civile possono essere realizzati anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione.

Per essere autorizzato alla vendita il creditore fa istanza al giudice delegato, il quale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, stabilisce con decreto il tempo della vendita, disponendo se questa debba essere fatta ad offerte private o all'incanto, e determinando le modalità relative.

Il giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, se è stato nominato, può anche autorizzare il curatore a riprendere le cose sottoposte a pegno o a privilegio, pagando il creditore, o ad eseguire la vendita nei modi stabiliti dal comma precedente.

第53条【動産上に質権または先取特権を有する債権者】

質権もしくは民法第2756条並びに第2761条に基づく先取特権が付与されている債権は、それらの債権の認可後、破産手続中も、それらの担保から、優先弁済権により弁済され得る。

債権者は、それらの（質物もしくは先取特権の対象となる物の）売買を

認可してもらうために、受命裁判官に、破産管財人ならびに債権者委員会の審尋後に決定により売買時期を確定し、またその売買が任意売却もしくは競売によりなされるべきか、並びにそれに関する条件を定めることを申し立て得る。

受命裁判官は、債権者委員会が設けられている場合には債権者委員会の審尋後、破産管財人にも、債権者への弁済をもって、質物もしくは先取特権の対象となる物を取り戻すか、もしくは前項に規定されている方法において売買をなす権限を付与し得る。

§ 54 Diritto dei creditori privilegiati nella ripartizione dell'attivo

I creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio fanno valere il loro diritto di prelazione sul prezzo dei beni vincolati per il capitale, gli interessi e le spese; se non sono soddisfatti integralmente, concorrono, per quanto è ancora loro dovuto, con i creditori chirografari nelle ripartizioni del resto dell'attivo.

Essi hanno diritto di concorrere anche nelle ripartizioni che si eseguono prima della distribuzione del prezzo dei beni vincolati a loro garanzia. In tal caso, se ottengono un'utile collocazione definitiva su questo prezzo per la totalità del loro credito, computati in primo luogo gli interessi, l'importo ricevuto nelle ripartizioni anteriori viene detratto dalla somma loro assegnata per essere attribuito ai creditori chirografari. Se la collocazione utile ha luogo per una parte del credito garantito, per il capitale non soddisfatto essi hanno diritto di trattenere solo la percentuale definitiva assegnata ai creditori chirografari.

L'estensione del diritto di prelazione agli interessi è regolata dagli articoli 2749, 2788 e 2855, commi secondo e terzo, del codice civile, intendendosi equiparata la dichiarazione di fallimento

all'atto di pignoramento. Per i crediti assistiti da privilegio generale, il decorso degli interessi cessa alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il credito è soddisfatto anche se parzialmente.

第54条【破産財団の配当における優先的債権者の権利】

抵当権、質権または先取特権により担保されている債権者は、担保目的物の換価金より、優先的に、元本、利息及び費用につき弁済を受ける権利を有する；債権者が、それにより完全な満足を得られない場合、その未弁済部分については、優先権を有しない一般債権者とともに、破産財団の配当手続に参加する。

それらの債権者は、担保目的物の換価金による弁済より先に、配当手続に参加する権限も有する。その際、債権者が、担保目的物換価金から、税金控除後、それをもって全債権の終局的な満足を得るときは、先の配当手続で割り振られた配当額は、優先弁済権を有しない債権者へと割り当てられる。債権者が、その債権につき、担保目的物の換価金より部分的にしかな満足を得られない場合、優先弁済権を有しない債権者に認められる配当割合においてのみ、未弁済部分の債権を行使し得る。

破産手続開始と同時に差押えがなされる場合、税金の優先弁済権の範囲に関しては、民法第2749条、第2788条そして第2755条2項ならびに第3項が適用される。一般先取特権によって担保されている債権に関し、その利息は、配当により部分的な弁済しか得られない場合といえども、配当計画案の提出日をもって、これを生じないものとする。

§ 55 Effetti del fallimento sui debiti pecuniari

La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca,

da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente.

I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.

I crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli articoli 96, 113 e 113bis. Sono compresi tra i crediti condizionali quelli che non possono farsi valere contro il fallito, se non previa escussione di un obbligato principale.

第55条【破産手続の金銭債務への効果】

契約により合意した利息もしくは法定利息は、破産手続開始の効果として、破産手続開始から破産手続の終結まで、生じない；これは、前条第3項において定められている場合を除き、抵当権、質権もしくは先取特権により担保されている権利に関しては、適用されない。

債務者の金銭債務は、破産手続開始の効果として、破産手続開始日をもって、弁済期が到来したものと看做す。

条件付債権は、第96条、第113条、第113 bis 条に基づき、破産財団に属するものとする。条件付債権には、まず主たる債務者に対して請求した後はじめて破産債務者に対して請求し得る債権をも含む。

§ 56 Compensazione in sede di fallimento

I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore.

第56条【破産手続における相殺】

債権者は、債権者が債務者に対して有する債権と、債権者の債務者に対する債務とを、それらが破産手続開始前に未だ弁済期になかった場合においても、相殺する権利を有する。

しかし未だ弁済期にない債権の相殺は、債権者が債権を破産手続開始後にはじめて、もしくは破産手続開始より1年以内に法律行為をもって取得した場合には、認められない。

§ 57 Crediti infruttiferi

I crediti infruttiferi non ancora scaduti alla data della dichiarazione di fallimento sono ammessi al passivo per l'intera somma. Tuttavia ad ogni singola ripartizione saranno detratti gli interessi composti, in ragione del cinque per cento all'anno, per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino al giorno della scadenza del credito.

第57条【無利息債権】

破産手続開始日において未だ弁済期になくかつ無利息の債権は、その全額において破産債権として認められる。しかし個々の配当の際、支払命令期日から弁済期日までの期間につき年率5%の利息が控除されなければならない。

§ 58 Obbligazioni e titoli di debito

I crediti derivanti da obbligazioni e da altri titoli di debito sono ammessi al passivo per il loro valore nominale detratti i rimborsi già effettuati; se è previsto un premio da estrarre a sorte, il suo valore attualizzato viene distribuito tra tutti i titoli che hanno diritto al sorteggio.

第58条【債券ならびに債務証書】

債券もしくはその他の債務証書に基づく債権は、その額面価格から既になされた弁済額を差し引いた額の弁済が認められる；くじ引きが予定されている場合、その実質的な価値は、そのくじ引きに参加する権利を有する全ての債務証書に対し、配当される。

§ 59 Crediti non pecuniari

I crediti non scaduti, aventi per oggetto una prestazione in danaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro, concorrono secondo il loro valore alla data della dichiarazione di fallimento.

第59条【金銭給付以外の請求権】

未だ弁済期がなく、かつ金銭以外でその価値が定められている金銭給付もしくは金銭給付以外を目的とする請求権は、破産手続開始期日におけるそれらの価値をもって、これを取り扱う。

§ 60 Rendita perpetua e rendita vitalizia

Se nel passivo del fallimento sono compresi crediti per rendita perpetua, questa è riscattata a norma dell'articolo 1866 del codice civile.

Il creditore di una rendita vitalizia è ammesso al passivo per una somma equivalente al valore capitale della rendita stessa al momento della dichiarazione di fallimento.

第60条【継続的年金ならびに終身定期年金】

破産債権に継続的年金債権が含まれている場合、その債権は、民法第1866条に基づきこれを回収する。

終身定期年金の債権者には、破産手続開始時点における年金の資本価値に適した金額が破産債権として認められる。

§ 61 Creditore di più coobbligati solidali

Il creditore di più coobbligati in solido concorre nel fallimento di quelli tra essi che sono falliti, per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale pagamento.

Il regresso tra i coobbligati falliti può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito.

第61条【複数の連帯共同債務者がいる場合における債権者】

複数の共同債務者が債権者に対し連帯して債務を負っている場合、債権者は、資産ならびにその従属物に関し全ての債権が完済されるまで、破産に陥った連帯共同債務者の破産手続に参加する。

破産手続が開始された連帯共同債務者間においては、債権者が全債権につき弁済された場合にはじめて、その求償権を行使し得る。

§ 62 Creditore di più coobbligati solidali parzialmente soddisfatto

Il creditore che, prima della dichiarazione di fallimento, ha ricevuto da un coobbligato in solido col fallito o da un fideiussore una parte del proprio credito, ha diritto di concorrere nel fallimento per la parte non riscossa.

Il coobbligato che ha diritto di regresso verso il fallito ha diritto di concorrere nel fallimento di questo per la somma pagata.

Tuttavia il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli. Resta impregiudicato il diritto verso il coobbligato se il creditore rimane parzialmente insoddisfatto.

第62条【複数の連帯共同債務者がいる場合における債権者への一部弁済】

既に破産手続開始前に、破産債務者とともに連帯して債務を負う他の共同債務者うちの1人もしくは保証人より債権の部分的弁済を受けた債権者は、その未弁済部分につき破産債務者の破産手続に参加し得る。

破産債務者に対して求償権を有する共同債務者は、その既払額につき、破産債務者の破産手続に参加し得る。

しかし債権者は、配当手続において、共同債務者に認められるべき配当額を、債権者が有する未弁済債権の債権額を上限とする配当に、充たさせる権利を有する。債権者が部分的にしか弁済を受けていない場合、共同債務者に対する債権者の権利はこれと抵触しないものとする。

§ 63 Coobbligato o fideiussore del fallito con diritto di garanzia

Il coobbligato o fideiussore del fallito, che ha un diritto di pegno o d'ipoteca sui beni di lui a garanzia della sua azione di regresso, concorre nel fallimento per la somma per la quale ha ipoteca o pegno.

Il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore in deduzione della somma dovuta.

第63条【破産債務者の共同債務者もしくは保証人が有する担保権】

破産債務者の共同債務者もしくは保証人がその求償権を担保する目的で、破産債務者の財産上に質権もしくは抵当権を設定していた場合、共同債務者もしくは保証人は、抵当権もしくは質権による被担保額において破産手続に参加する。

債権者は、抵当権もしくは質権の目的物の売却金に対し、その債権額の範囲において、権利を有する。

Sezione III

Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori

§ 64 Atti a titolo gratuito

Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante.

第三節 債権者の不利益に帰する法律行為の破産手続における効力

第64条【無償給付】

破産手続開始の前2年以内に債務者によりなされた無償行為は、債権者に対し、その効力を有しない；但し慣例上の贈答や道徳上の義務の履行もしくは公益目的に則した給付は、その贈与等が贈与者の財産を考慮し適当であると見られる場合に限り、この例外とする。

§ 65 Pagamenti

Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione de fallimento.

第65条【弁済】

破産手続開始日もしくはそれより後に弁済期が訪れた債権への弁済は、

破産債務者による弁済が破産手続開始より前2年以内になされたものである場合には、債権者に対し、その効力を有しない。

§ 66 Azione revocatoria ordinaria

Il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile.

L'azione si propone dinanzi al tribunale fallimentare, sia in confronto del contraente immediato, sia in confronto dei suoi aventi causa nei casi in cui sia proponibile contro costoro.

第66条【通常の否認の訴え】

破産管財人は、債務者によりなされた債権者を害する法律行為が民法の規定に基づき無効とされる旨を、申し立て得る。

その訴えは、直接に契約の相手方に対するものであれ、また、その承継人に対して提訴することが可能な場合に、その承継人に対するものであれ、常に破産裁判所においてなされる。

§ 67 Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie

Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

- 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;
- 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla

dichiarazione di fallimento;

- 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;
- 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

- a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.
- b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- c) le Vendite a giusto prezzo d'immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;
- d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'articolo 2501bis, quarto comma, del codice civile;

- e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182bis;
- f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;
- g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

第67条【有償処分、弁済、担保設定】

次の行為はこれを否認することができる；但し相手方当事者が、彼が債務者の支払無能力につき善意であった旨を証明する場合は、この限りではない。

- 1) 破産手続開始前1年以内になされた有償処分で、かつそれにより破産債務者がなした給付もしくは引き受けた義務が、破産債務者に付与あるいは約束されたものの4分の1を超える有償行為、
- 2) 弁済期が到来しておりかつ請求可能な金銭債権で、その弁済が金銭やその他の通常の弁済方法によらずに破産手続開始前1年以内になされたもの、
- 3) 既に発生していたが未だ弁済期に無かった債務を担保する為に破産手続開始前1年以内になされた質権、利用収益質権ならびに任意抵当権、
- 4) 弁済期の到来した債務を担保する為に破産手続開始前6ヶ月以内に

なされた質権、不動産質（果実充当不動産担保）ならびに法定抵当権もしくは任意抵当権、

破産手続開始前6ヶ月以内になされた現金化しかつ請求可能な債務の弁済、有償処分ならびに、その処分により同時に引き受ける債務に関する優先弁済権が第三者に対しても生じる処分は、破産管財人により相手方当事者が債務者の支払不能につき悪意であったと証明された場合には、否認され得る。

否認は以下の場合に認められない；

- a) 会社業務との関連で通例の弁済期になされる物品や職務遂行に対する支払、
 - b) 銀行の当座勘定口座においてなされた振替送金で、その減少額が著しく高額でなく、かつ永続的に銀行に対する破産債務者の債務を減少させるものではないもの、
 - c) 居住目的でかつ買受人もしくはその第3等までの親族もしくは姻族の主たる住居とする目的でなされた不動産の売買で、その売買価格が適当であるもの
 - d) 債務者の財産上なされた処分、弁済ならびに担保提供で、企業の債務負担を清算し、かつその財政状態を再建させるのに適しているとみられる計画案でかつその成功の見込みが民法第2501 bis 条4項に基づき証明されている計画案に基づき実施されたもの、
 - e) 和議の実施として、もしくは第182 bis 条に基づき認められる合意の実施としてなされた処分、弁済ならびに担保提供
 - f) 破産債務者の従業員ならびにその他の下請けでない職員の、労働の対価としての支払、
 - g) (破産手続開始前の) 和議手続開始を目的とした職務を遂行するためになされた債務で、かつ金銭化しており請求可能な債務の弁済、
- これらの規定は、特別の定めある場合を除き、債券発行機関、ならびに質権に関する信用取引や不動産信用取引には適用されない。

§ 67bis Patrimoni destinati ad uno specifico affare

Gli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare previsto dall'articolo 2447bis, primo comma, lettera a) d del codice civile, sono revocabili quando pregiudicano il patrimonio della società. Il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato d'insolvenza della società.

第67 bis 条【特別事業のために指定された財産】

民法第2447 bis 条1項a)に規定されているような目的財産上になされた法律行為は、それが会社資産に不利益をもたらすものである場合、これを否認し得る。この場合における否認の訴えの主観的条件は、会社の支払不能に関する悪意とする。

§ 68 Pagamento di cambiale scaduta

In deroga a quanto disposto dall'articolo 67, secondo comma, non può essere revocato il pagamento di una cambiale, se il possessore di questa doveva accettarlo per non perdere l'azione cambiaria di regresso. In tal caso, l'ultimo obbligato in via di regresso, in confronto del quale il curatore provi che conosceva lo stato di insolvenza del principale obbligato quando ha tratto o girato la cambiale, deve versare la somma riscossa al curatore.

第68条【満期手形の支払】

第67条2項の規定に反し、手形の支払は、手形の所持人が支払を受けることにより手形償還請求訴権の喪失を義務付けられている場合、否認し得ない。その際、最後の償還義務者は、破産管財人がその償還義務者が手形振出または裏書時において主たる債務者の支払不能につき悪意であった旨

を証明し得る場合、受領した金額を破産管財人に引き渡さなければならぬ。

§ 69 Atti compiuti tra i coniugi

Gli atti previsti dall'articolo 67, compiuti tra coniugi nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale e quelli a titolo gratuito compiuti tra coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale sono revocati se il coniuge non prova che ignorava lo stato d'insolvenza del coniuge fallito.

第69条【配偶者間における法律行為】

破産債務者が事業を営んでいる時点において、配偶者との間でなされた第67条に規定されている法律行為、もしくは破産手続開始から2年以上前に破産債務者が事業を営んでいる時点において配偶者との間でなされた無償行為は、否認の対象となる；但し、配偶者が、破産債務者たる配偶者の支払不能につき悪意であった旨を証明する場合は、この限りではない。

§ 69bis Decadenza dell'azione

Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto.

第69 bis 条【否認訴権の失権】

本節において規定されている否認の訴えは、破産手続開始後3年の経過、そして（否認の対象となる）法律行為の行為時より5年経過した後は、も

はやこれをなすことを得ない。

§ 70 Effetti della revocazione

La revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedure di compensazione multilaterale o dalle società previste dall'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione.

Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito.

Qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito.

第70条【否認の効果】

特別仲介または多面的な相殺手続としてなされた弁済、もしくは事業主によってなされた弁済で、1939年11月23日の法律第1966号1条に規定されている弁済の否認は、その給付の受益者に対して行使され、かつ、その者に対して効力を有する。

先の規定において定められている否認により、受領したものを返還した者は、場合により、その債権が、破産債権として認められる。

継続的債務関係もしくは回帰的債権関係における弁済が否認された場合、

第三者は、支払不能につき悪意であることが証明される期間における債権の最高額と破産手続開始日における残債権の最高額との差額に該当する金額を、返還しなければならない。（否認訴訟の）被告の、返還金該当額を、破産債権として届け出る権利は、これを妨げられない。

§ 71 Effetti della revocazione

(Articolo abrogato dall'art. 56 D. L. 9 gennaio 2006, n. 5.)

第71条【否認の効果】

（削除）

Sezione IV

Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti

§ 72 Rapporti pendenti

Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo.

Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'articolo 72bis.

In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento.

L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V.

Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento,

Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645bis del codice civile e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2772bis del codice civile, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

第四節 (破産手続開始)前になされた法律行為への破産手続における効力

第72条【係争中の契約関係】

契約が、両当事者により未だ履行されていないか、もしくは完全には履行されていない場合で、かつ当事者の一方につき破産手続が開始された場合、本節に特別の規定なき限り、その契約の履行は、破産管財人が債権者

委員会の認可を得て、その契約における破産債務者の地位において、全ての関連する義務を引き受けるか、もしくはそれらの義務を免れるかにつき明らかにするまで、これを中止する。

契約の相手方当事者は、破産管財人に対し、受命裁判官により定められた最長を60日間とする期間内に履行すべき旨を催促することができ、その期間経過後はその契約は解約されたものとみなし得る。

第1項の規定は、第72 bis 条に規定されているものを例外として、仮契約にも適用される。

解約の場合、他の契約当事者は、契約不履行により生じる債権を、破産債権として届け出る権利を有する。

破産手続開始前に未履行の当事者に対してなされた契約解除の訴えは、それが予見される場合に、訴えの記載による効力を条件として、破産管財人に対しても効力を有する；契約の相手方当事者が解除に関する判決とともに、金額の償還や物の返還もしくは損害賠償をも請求する場合、その者は、第5章の規定に基づきその訴えを提起しなければならない。

破産による契約解除につき定めた契約条項は、無効である。

不動産の売買が、民法第2645 bis 条に基づき登記される仮契約の目的物をその対象とし、かつ破産管財人が前項に基づきその契約の解除を選択した場合、その買受人は、その債権を破産債権として届け出ることができる；その際、買受人に、損害賠償請求権は生じない；また、買受人は、仮契約の登記の効力が破産手続開始時より前に消滅していないことを条件として、民法第2775条に基づく先取特権を、行使し得る権利を有する。

§ 72bis Fallimento del venditore e contratti relativi ad immobili da costruire

In caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà de compratore, il contratto non si scioglie.

Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita

trascritto ai sensi dell'articolo 2645bis del codice civile e il curatore, a norma dell'articolo 2645bis del codice civile e il curatore, a norma dell'articolo 72, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno. All'acquirente spetta il privilegio di cui all'articolo 2775bis del codice civile, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

In caso di situazione di crisi del costruttore ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 2 agosto 2004, n. 210, il contratto si intende sciolto se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto.

第72 bis 条【売主の破産と完成後の建物に関する契約】

売主の破産において、売買目的物の所有権が既に買主に移っている場合、この売買契約を解除することを得ない。

不動産売買が、民法第2645 bis 条に基づき登記される仮契約の目的物を対象とする場合で、かつ管財人が第72条に基づき契約の解除を選択した場合、買受人は、その債権を破産債権として届け出る権利を有する；その際、その買受人に、損害賠償請求権は生じない。仮契約の登記の効力が破産手続開始時に消滅していなかったことを条件として、民法第2775 bis 条に基づき、買受人に先取特権が生じる。

2004年8月2日の法律（第210号）第2条1項c）の意味における建築業者が経済的危機状態にあるとき、買受人が、破産管財人により契約の履

行もしくは解除が選択なされる時点より前に、建築業者への支払の返還を
確実なものとするために担保を求め、またそのことを破産管財人に通知し
た場合、契約は、解除されたものとする。破産管財人が契約の履行を選択
する旨を通知した場合、もはや担保は、これを求めることができない。

§ 72ter Effetti sui finanziamenti destinati ad uno specifico affare

Il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'articolo 2447bis, primo comma, lettera b), del codice civile quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione.

In caso contrario, il curatore, sentito il parere del comitato dei creditori, può decidere di subentrare nel contratto in luogo della società assumendone gli oneri relativi.

Ove il curatore non subentri nel contratto, il finanziatore può chiedere al giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, di realizzare o di realizzare o di continuare l'operazione in proprio o affidandola a terzi; in tale ipotesi il finanziatore può trattenere i proventi dell'affare e può insinuarsi al passivo del fallimento in via chirografaria per l'eventuale credito residuo.

Nelle ipotesi previste nel secondo, e terzo comma, resta ferma la disciplina prevista dall'articolo 2447decies, terzo, quarto e quinto comma, del codice civile.

Qualora, nel caso di cui al primo comma, non si verifichi alcuna delle ipotesi previste nel secondo e nel terzo comma, si applica l'articolo 2447decies, sesto comma, del codice civile.

第72 ter 条【特別事業として指定されている融資への（破産手続の）効力】

企業の破産が、民法第2447 bis 条 1 項 b) に規定されている融資契約に基づく融資（ファイナンス）計画の履行もしくはその継続を妨げる場合、企業の破産により、その融資契約は、解除される。

その他の場合、破産管財人は、債権者委員会の審尋後に、企業に代わり、その契約を引き継ぎ、かつそれに関する債務を引き受けることができる。

破産管財人がその契約を引き継がない場合、融資者は、受命裁判官に、融資契約の履行もしくはその継続を自らなす旨、もしくはそれを第三者に委任する旨を申立て得る；受命裁判官は、それに関し、債権者委員会を審尋しなければならない；融資者は、その事業の収益を保持し得るが、その収益を差し引いたうえで、なお残債務が生じる場合、それを、非優先債権として届け出ることができる。

第 2 項ならびに第 3 項において定められている事案につき、民法第2447 decies 第 3 項、第 4 項ならびに第 5 項において定められている規定は、その適用を妨げられない。

第 1 項において定められている事案の場合で、第 2 項ならびに第 3 項において定められている事実が生じなかった場合、民法第2447 decies 条 6 項が適用される。

§ 72quater Locazione finanziaria

Al contratto di locazione finanziaria si applica, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'articolo 72. Se è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa il contratto continua ad avere esecuzione salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere dal contratto.

In caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra

collocazione del bene stesso rispetto al credito residuo in linea capitale; per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a).

Il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene.

In caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito.

第72 quater 条【ファイナンスリース】

ファイナンスリース契約には、リース利用者の破産の場合、第72条が適用される。（リース利用者たる）企業の暫定的な事業継続が命ぜられた場合、破産管財人がその契約を解除したい旨を明言しない限度において、その契約は引き続き継続される。

契約解除の場合、リース業者は、リース目的物の返還請求権を有し、その権利を行使する場合、破産管財人に、目的物の売買もしくはその他の換価方法により得られる価格と残リース債権額とに差額が生じる場合、その差額を支払わなければならない；既に支払われた金額については、第67条3項a）が適用される。

リース業者は、破産手続開始日において明らかである債権額と目的物の返還によって得られた金額との差額につき、破産債権として届け出る権利を有する。

ファイナンスリースという方法で融資を行う権限を有する企業（リース業者）が破産した場合、その契約は継続される；リース利用者は、契約終了時において、既になされた分割払いや合意した金額の支払に対し、目的

物の所有権を取得する権利を保持する。

§ 73 Vendita a termine o a rate

In caso di fallimento del compratore, se il prezzo deve essere pagato a termine o a rate, il curatore può subentrare nel contratto con l'autorizzazione del comitato dei creditori; ma il venditore può chiedere cauzione a meno che il curatore paghi immediatamente il prezzo con lo sconto dell'interesse legale.

Nella vendita a rate con riserva della proprietà il fallimento del venditore non è causa di scioglimento del contratto.

第73条【定期売買または割賦売買】

売買価格が定期的もしくは割賦にて支払われる売買契約において、買主が破産した場合、破産管財人は、債権者委員会の許可を得たうえで、その契約を引き継ぐことができる；その際、売主は、破産管財人が法定利息を差し引いた金額を遅滞なく支払わない場合、保証金を請求し得る。

所有権留保付き割賦販売において、売主の破産は、契約解除事由とはならない。

§ 74 Contratto di somministrazione

Nelle vendite a consegne ripartite e nel contratto di somministrazione si applicano le disposizioni dell'articolo 72, primo e secondo comma,

Se il curatore subentra, deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati.

第74条【供給契約】

第72条 1 項ならびに 2 項は、継続的納入契約ならびに供給契約に関し、

これを適用する。

破産管財人が、その契約を引き継いだ場合、破産管財人は、既になされた給付もしくは既に提供された役務に対し、その全額を支払わなければならない。

§ 75 Restituzione di case non pagate

Se la cosa mobile oggetto della vendita è già stata spedita al compratore prima della dichiarazione di fallimento di questo, ma non è ancora a sua disposizione nel luogo di destinazione, né altri ha acquistato diritti sulla medesima, il venditore può riprenderne il possesso, assumendo a suo carico le spese e restituendo gli acconti ricevuti, sempreché egli non preferisca dar corso al contratto facendo valere nel passivo il credito per il prezzo, o il curatore non intenda farsi consegnare la cosa pagandone il prezzo integrale.

第75条【未弁済の目的物の返還】

動産たる売買目的物が、既に買主の破産手続開始前に買主に送付されたが、特定場所において買主の処分委ねられておらず、かつ第三者によりその権利が取得されていない場合、売主が、自らの費用でもって、かつ支払済み代金を返還して、この動産を再び占有し得る；但し、売主が、契約の存続や、売買請求権を破産債権として届け出ることを優先させる場合、もしくは、買主の破産管財人が、全額支払いと引き換えに売買目的物の引渡しを優先させる場合は、この限りではない。

§ 76 Contratto di borsa a termine

Il contratto di borsa a termine, se il termine scade dopo la dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti, si scioglie alla

data della dichiarazione di fallimento. La differenza fra il prezzo contrattuale e il valore delle cose o dei titoli alla data di dichiarazione di fallimento è versata nel fallimento se il fallito risulta in credito, o è ammessa al passivo del fallimento nel caso contrario.

第76条【先物取引契約】

先物取引契約は、その契約期間が契約相手方の破産手続開始後に終了する場合、その破産手続開始日において、これを解除する。契約上合意に至った金額と破産手続開始日における物や有価証券の価格との差額については、破産債務者を債権者とする債権が生じる場合、その債権は破産財団に帰属し、その他の場合、破産債権として認められなければならない。

§ 77 Associazione in partecipazione

La associazione in partecipazione si scioglie per il fallimento dell'associante. L'associato ha diritto di far valere nel passivo il credito per quella parte dei conferimenti, la quale non è assorbita dalle perdite a suo carico.

L'associato è tenuto al versamento della parte ancora dovuta nei limiti delle perdite che sono a suo carico.

Nei suoi confronti è applicata la procedura prevista dall'articolo 150.

第77条【匿名会社】

匿名会社は、それに従事する事業者（匿名社員）の破産により、解散する。匿名社員は、彼が負担すべき損失を超える出資分につき、破産債権として届け出得る権利を有する。

匿名社員は、義務を負っている部分につき、彼が負担する債務額まで、

支払わなければならない。

匿名社員については、第150条に規定されている手続が適用される。

§ 78 Conto corrente, mandato, commissione

I contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per il fallimento di una delle parti.

Il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario.

Se il curatore del fallimento del mandate subentra nel contratto, il credito del mandatario è trattato a norma dell'articolo 111, primo comma, n. 1), per l'attività compiuta dopo il fallimento.

第78条【当座預金、委任、委託】

当座預金契約や銀行との契約、並びに委託契約は、契約当事者の一方の破産により、解除される。

委任契約は、受任者の破産により、解除される。

委任者の破産において、破産管財人がその契約を引き継いだ場合、受任者の破産手続開始後になした業務に対する請求権は、第111条1項1号に基づき取り扱われる。

§ 79 Possesso del fallito a titolo precario

Se le cose delle quali il fallito deve la restituzione non si trovano più in suo possesso dal giorno della dichiarazione di fallimento e il curatore non può riprenderle, l'avente diritto può far valere nel passivo il credito per il valore che la cosa aveva alla data della dichiarazione del fallimento.

Se il possesso della cosa è cessato dopo l'apposizione dei sigilli, l'avente diritto può chiedere l'integrale pagamento del valore della

cosa e il credito è regolato a norma dell'articolo 111, primo comma, n. 1).

Sono salve le disposizioni dell'articolo 1706 del codice civile.

第79条【倒産債務者の不完全な占有】

倒産債務者が返還義務を負う物が、倒産手続開始日にもはや倒産債務者の占有下になく、破産管財人がその物を取り戻すことができない場合、その物の権利者は、その物が倒産手続開始日に有していた価値をもって破産債権として届け出ることができる。

その物の占有が、封印を施した後に失われた場合、権利者は、その物の価値全額の支払を要求することができ、その際その債権は第111条1項1号に基づいて取り扱われる。

民法第1706条に定められている規定は、その適用を妨げられない。

§ 80 Contratto di locazione di immobili

Il fallimento del locatore non scioglie il contratto di locazione d'immobili e il curatore subentra nel contratto.

In caso di fallimento del conduttore, il curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un equo indennizzo per l'anticipato recesso, che nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il credito per l'indennizzo è regolato, sentiti gli interessati. Il credito per l'indennizzo è regolato dall'articolo 111, primo comma, n. 1), e dall'articolo 2764 del codice civile 1).

第80条【不動産の賃貸借契約】

不動産の賃貸借契約は、賃主が破産した場合においても、解除されず、破産管財人が、その契約を引き継ぐ。

借主の破産の場合、破産管財人は、何時においても、貸主に契約終了前の解約に対して適当な損害賠償金を支払い、その契約を解約し得る；その損害賠償金は、それに関する当事者の合意が存しない場合、利害関係の審尋後、受命裁判官が、これを定める。損害賠償請求権は、第111条1項1号ならびに民法第2764条に基づき取り扱われる。

§ 80bis Contratto di affitto d'azienda

Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, primo comma, n. 1.

第80 bis 条【企業の用益賃貸借契約】

破産は、企業の用益賃貸借契約の解除事由とはならない；但し、契約の両当事者は、契約の一方当事者が他方当事者に対し適当な損害賠償金を支払う場合は、60日以内にその契約を解除し得る；その損害賠償金は、それに関する当事者の合意が存しない場合、受命裁判官が、利害関係人の審尋後、これを定める。破産管財人が負う損害賠償については、第111条1項1号が適用される。

§ 81 Contratto di appalto

Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie.

Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque la prosecuzione del rapporto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche.

第81条【請負契約】

請負契約は、一方当事者の破産により、その破産管財人が、予め債権者委員会の認可を得て、その契約を引き継ぐ旨の意思表示をしない場合、解除される；契約を引き継ぐ際、破産管財人は、契約相手方に破産開始日より60日以内に通知し、かつ適当な担保を提供しなければならない。

請負業者の破産の場合、その契約関係は、その業者の性質が契約において特定の意義を有する場合、解除される；但し、注文者が、請負契約の継続に同意する場合は、その例外となす。公共事業としての土木事業に関する請負契約につき定めた規定は、その適用を妨げられない。

§ 82 Contratto di assicurazione

Il fallimento dell'assicurato non scioglie il contratto di assicurazione contro i danni, salvo patto contrario, e salva l'applicazione dell'articolo 1898 del codice civile se ne deriva un aggravamento del rischio.

Se il contratto continua, il credito dell'assicuratore per i premi non pagati deve essere soddisfatto integralmente, anche se la scadenza del premio è anteriore alla dichiarazione di fallimento.

第82条【保険契約】

損害保険契約は、被保険者の破産により、特別の定めがない場合、これを解除しない；但し、民法第1898条の適用により危険が増加する場合は、

この限りではない。

保険契約が継続される場合、被保険者が有する未弁済債権は、保険金債権の弁済期が破産開始日以前である場合といえども、全額につき弁済されなければならない。

§ 83 Contratto di edizione

Gli effetti del fallimento dell'editore sul contratto di edizione sono regolati dalla legge speciale.

第83条【出版契約】

出版社の破産の出版契約上への効力については、特別法をもって、これを定める。

§ 83bis clausola arbitrale

Se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito.

第83 bis 条【仲裁条項】

仲裁条項を設けている契約が、本節の規定に従い、解除される場合、係属中の仲裁手続は、もはやこれを続行することを得ない。

Capo IV

Della custodia e dell'amministrazione delle attività fallimentari

§ 84 Dei sigilli

Dichiarato il fallimento, il curatore procede, secondo le norme

stabilite dal codice di procedura civile, all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore.

Il curatore può richiedere l'assistenza della forza pubblica.

Se i beni o le cose si trovano in più luoghi e non è agevole l'immediato completamento delle operazioni, l'apposizione dei sigilli può essere delegata a uno o più coadiutori designati dal giudice delegato.

Per i beni e le cose sulle quali non è possibile apporre i sigilli si procede a norma dell'articolo 758 del codice di procedura civile.

第四章 破産財団の管理ならびに換価

第84条【封印】

破産手続開始後、破産管財人は、民事訴訟法に定められている規定に基づき、企業の本拠地にある物、並びに債務者が有するその他の物に、封印を施す。

破産管財人は、警察の立会いを要請し得る。

財産もしくは物が多数の場所に存在し、迅速な処置が困難である場合、封印を施すにつき、その任を、受命裁判官によって指名された1人もしくは複数の補助者に委託し得る。

封印が施されなかった財産ならびに物は、民事訴訟法第758条に基づき処理される。

§ 85 Apposizione dei sigilli da parte del giudice di pace
(Articolo abrogato dall'art. 71 D.Lg. 9 gennaio 2006, n. 5.)

第85条【講和裁判所による封印】

(削除)

§ 86 Consegna del denaro, titoli, scritture contabili e di altra documentazione

Devono essere consegnate al curatore:

- a) il denaro contante per essere dal medesimo depositato a norma dell'articolo 34;
- b) le cambiali e gli altri titoli compresi quelli scaduti;
- c) le scritture contabili e ogni altra documentazione dal medesimo richiesta o acquisita se non ancora depositate in cancelleria.

Il giudice delegato può autorizzarne il deposito in luogo idoneo, anche presso terzi. In ogni caso, il curatore deve esibire le scritture contabili a richiesta del fallito o di dover esibire la documentazione richiesta, l'interessato può proporre ricorso al giudice delegato che provvede con decreto motivato.

Può essere richiesto il rilascio di copia, previa autorizzazione del giudice delegato, a cura e spese del richiedente.

第86条【金銭、有価証券、会計書類ならびにその他の書類】

以下のものは、破産管財人に、提出されなければならない；

- a) 第34条に基づき供託されるべき現金、
- b) 既に満期になった手形ならびにその他の有価証券、
- c) 会計書類ならびにその他全ての必要とされる書類、但し既に裁判所書記課に据え置かれているものは、この例外とする、

受命裁判官は、それらの適当な場所への供託ならびに第三者への供託を許可し得る。破産管財人は、何時といえども、破産債務者あるいはその他

の権利者の要請に基づき、会計書類を提出しなければならない。破産管財人が、要請された書類を提出すべきでないとする場合、関係当事者は、受命裁判官に、それに対する異議を申し立て得る；受命裁判官は、理由を付してその処置を講じる。

それらの謄本の引渡しは、受命裁判官による許可に基づき、その指示に従い、申立人の費用負担のもとに、要請され得る。

§ 87 Inventario

Il curatore, rimossi i sigilli, redige l'inventario nel più breve termine possibile secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, presenti o avvisati il fallito e il comitato dei creditori, se nominato, formando, con l'assistenza del cancelliere, processo verbale delle attività compiute. Possono intervenire i creditori.

Il curatore, quando occorre, nomina uno stimatore.

Prima di chiudere l'inventario il curatore invita il fallito o, se si tratta di società, gli amministratori a dichiarare se hanno notizia che esistano altre attività da comprendere nell'inventario, avvertendoli delle pene stabilite dall'articolo 220 in caso di falsa o omessa dichiarazione.

L'inventario è redatto in doppio originale e sottoscritto da tutti gli intervenuti. Uno degli originali deve essere depositato nella cancelleria del tribunale.

第87条【財産目録】

破産管財人は、封印の除去後、破産債務者ならびに、債権者委員会が設置されているのであれば、その立会いのもと、若しくそれらに通知をし、可能な限り迅速に、民事訴訟法が定める規定に基づき、財産目録を作成する；その際、破産管財人は、書記官の補助のもと、遂行した任務につき、

報告書を作成する。債権者は、それに立ち会うことができる。

破産管財人は、必要な場合、鑑定人を選任する。

財産目録の完成前に、破産管財人は、破産債務者に対し、あるいは債務者が会社である場合には、その管理者に対し、財産目録に記載されるべきその他の資産の存否に関する知識の有無につき説明することを求め、かつ、虚偽もしくは不作為の説明については第220条に規定されている罰則が適用される旨を指摘する。

財産目録の原本は2部作成され、かつ全ての立会人により署名される。その原本の一部は、地方裁判所の書記課に据え置かれる。

§ 87bis Inventario su altri beni

In deroga a quanto previsto dagli articoli 52 e 103, i beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili possono essere restituiti con decreto del giudice delegato, su istanza della parte interessata e con il consenso del curatore e del comitato dei creditori, anche provvisoriamente nominato.

I beni di cui al primo comma possono non essere inclusi nell'inventario.

Sono inventariati i beni di proprietà del fallito per i quali il terzo detentore ha diritto di rimanere nel godimento in virtù di un titolo negoziale opponibile al curatore. Tali beni non sono soggetti alla presa in consegna a norma dell'articolo 88.

第87 bis 条【他の物に関する財産目録】

第52条ならびに103条に規定されている事由に変更が生じた場合、第三者が明確に認められる物的または人的権利を請求する動産は、利害関係人の申立てに基づき、受命裁判官の命令により、破産管財人ならびに暫定的

に選任された債権者委員会の同意を得て、返還され得る。

第一項に挙げられている物は、財産目録にこれを記載する必要を得ない。

破産債務者が所有権を有するが、第三者たる占有者が、破産管財人に對抗し得る法律行為上の名義に基づき用益権を有する物は、財産目録に記載されなければならない。これらの物は、第88条によっては、譲渡されない。

§ 88 Presa in consegna dei beni del fallito da parte del curatore

Il curatore prende in consegna i beni di mano in mano che ne fa l'inventario insieme con le scritture contabili e i documenti del fallito.

Se il fallito possiede immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, il curatore notifica un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici, perché sia annotato nei pubblici registri.

第88条【破産管財人による破産債務者の物の譲渡】

破産管財人は、破産債務者の物を、財産目録に記載することによって、会計書類ならびに破産債務者の書類とともに、譲り受ける。

破産債務者が、不動産または公的に登録されるべきその他の物を占有している場合、破産管財人は、管轄部局に、破産開始決定の抄本を、公的登録簿への登録を目的として、送付する。

§ 89 Elenchi dei creditori e dei titolari di diritti reali mobiliari e bilancio

Il curatore, in base alle scritture contabili del fallito e delle altre notizie che può raccogliere, deve compilare l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e diritti di prelazione, nonché l'elenco di tutti coloro che vantano diritti reali e personali,

mobiliari e immobiliari, su cose in possesso o nella disponibilità del fallito, con l'indicazione dei titoli relativi. Gli elenchi sono depositati in cancelleria.

Il curatore deve inoltre redigere il bilancio dell'ultimo esercizio, se non è stato presentato dal fallito nel termine stabilito, ed apportare le rettifiche necessarie e le eventuali aggiunte ai bilanci e agli elenchi presentati dal fallito a norma dell'articolo 14.

第89条【債権者表、動産上の物的権利における権利者一覧、並びに年度末の決算】

破産管財人は、破産債務者の会計書類ならびにその他の取得可能な情報の根拠として、債権者目録を、各債権や優先弁済権の記載とともに作成し、また破産債務者の占有又は処分権限の下にある動産又は不動産上の物的又は人的権利全てに関する目録を、その法律根拠の記載とともに、作成しなければならない。これらの目録は、裁判所書記課に据え置かれる。

破産管財人は、さらに、昨年の業務年度末の決算書を、破産債務者がそれを破産管財人に対し定められていた期間内に提出しない場合、作成しなければならない。またその年度末決算書ならびに破産債務者により第14条に基づき提出された目録につき、必要な修正ならびに場合により補充をしなければならない。

§ 90 Fascicolo della procedura

Immediatamente dopo la pubblicazione della sentenza di fallimento, il cancelliere forma un fascicolo, anche in modalità informatica, munito di indice, nel quale devono essere contenuti tutti gli atti, i provvedimenti ed i ricorsi attinenti al procedimento, opportunamente suddivisi in sezione, esclusi quelli che, per ragioni di riservatezza, debbono essere custoditi separatamente.

Il comitato dei creditori e ciascun suo componente hanno diritto di prendere visione di qualunque atto o documento contenuti nel fascicolo. Analogo diritto, con la sola eccezione della relazione del curatore e degli atti eventualmente riservati su disposizione del giudice delegato, spetta anche al fallito.

Gli altri creditori ed i terzi hanno diritto di prendere visione e di estrarre copia degli atti e dei documenti per i quali sussiste un loro specifico ed attuale interesse, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il curatore.

第90条【手続書面】

書記官は、破産手続開始後、遅滞なく、情報処理方法をも取り入れ、書類を作成する；その書類は、目次が設けられ、かつ目的に応じて項目ごとに分けられ、そして破産手続に関する全ての書類や処分ならびに命令が網羅されていなければならない；但し、情報の機密性ゆえに、別途に取り扱われているものは、その例外とする。

債権者委員会ならびにその各委員は、その作成書類に含まれている各記録もしくは文書を閲覧する権利を有する。破産債務者も、破産管財人の報告書ならびに各書類、場合によっては受命裁判官による閲覧の対象外とする秘密保持命令が下されている書類を閲覧する同様の権利を有する。

他の債権者ならびに第三者は、彼等が特別でかつ現在する利益を有する各記録ならびに文書の謄本を閲覧し、かつ複写する権利を有する；但し、受命裁判官が、破産管財人を審尋した後に、予めそれを認可した場合に限るものとする。

§ 91 Anticipazione delle spese dall'erario

(Articolo abrogato dall'art. 299 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115)

第91条【国庫による手続費用の予納】

（削除）

Capo V

Dell'accertamento del passivo e dei diritti reali mobiliari dei terzi

§ 92 Avviso ai creditori ed agli altri interessati

Il curatore, esaminate le scritture dell'imprenditore ed altre fonti di informazione, comunica senza indugio ai creditori e ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, a mezzo posta presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore, ovvero a mezzo telefax o posta elettronica:

- 1) che possono partecipare al concorso depositando nella cancelleria del tribunale, domanda ai sensi dell'articolo seguente;
- 2) la data fissata per l'esame dello stato passivo e quella entro cui vanno presentate le domande;
- 3) ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda.

Se il creditore ha sede o risiede all'estero, la comunicazione può essere effettuata al suo rappresentante in Italia, se esistente.

第五章 債務調査ならびに動産上に第三者が有する権利の調査

第92条【債権者ならびに他の利害関係人への通知】

破産管財人は、企業ならびにその他の情報提供者の書類審査後、遅滞な

く、債権者、ならびに破産債務者の所有もしくは占有下にある動産や不動産上に物的又は人的権利を有している者に対し、企業の所在地もしくは債権者の住所に郵送するか、若しくは FAX 又は E-Mail にて、以下の事由を通知する；

- 1) それらの者が、地方裁判所の書記課において以下の条文に従い申し立てることにより破産手続に参加し得ること、
- 2) その申立てがなされるべき債権調査期日ならびにその期間、
- 3) その申立てをなすのを容易にする為に有益なその他の情報。

債権者が、外国に居所または住所を有する場合、債権者がイタリア国内に代理人を有するのであれば、それらの通知は、その代理人に対してすることができる。

§ 93 Domanda di ammissione al passivo

La domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, si propone con ricorso da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

Il ricorso può essere sottoscritto anche personalmente dalla parte e può essere spedito, anche in forma telematica o con altri mezzi di trasmissione purché sia possibile fornire la prova della ricezione.

Il ricorso contiene:

- 1) l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore;
- 2) la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione,

- 3) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda,
- 4) l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, anche in relazione alla graduazione del credito, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale,
- 5) l'indicazione del numero di telefax, l'indirizzo di posta elettronica o l'elezione di domicilio in un comune nel circondario ove ha sede il tribunale, ai fini delle successive comunicazioni. È facoltà del creditore indicare, quale modalità di notificazione e di comunicazione, la trasmissione per posta elettronica o per telefax ed è onere dello stesso comunicare al curatore ogni variazione del domicilio o delle predette modalità.

Il ricorso è inammissibile se è omesso o assolutamente in certo uno dei requisiti di cui ai nn. 1), 2) o 3) del precedente comma. Se è omesso o assolutamente incerto il curatore dà notizia della esecutività dello stato passivo, si effettuano presso la cancelleria.

Al ricorso sono allegati i documenti dimostrativi del diritto del creditore ovvero del diritto del terzo che chiede la restituzione o rivendica il bene.

I documenti non presentati con la domanda devono essere depositati, a pena di decadenza, almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

Con la domanda di restituzione o rivendicazione, il terzo può chiedere la sospensione della liquidazione dei beni oggetto della domanda.

Il ricorso può essere presentato dal rappresentante comune degli

obbligazionisti ai sensi dell'articolo 2418, secondo comma, del codice civile, anche per singoli gruppi di creditori.

Il giudice ad istanza della parte può disporre che il cancelliere prenda copia dei titoli al portatore o all'ordine presentati e li restituisca con l'annotazione dell'avvenuta domanda di ammissione al passivo.

第93条【債権届出】

債権届出ならびに動産又は不動産の返還もしくは引渡の申立ては、地方裁判所の書記課に少なくとも債権調査期日前30日以内になされなければならない。

その申立ては、当事者自らも、署名することができ、また、受領証明が可能な限りで、電磁的又はその他の伝達手段によっても、送付され得る。

その申立ては、以下の事由を含む；

- 1) 参加しようとする手続、並びに債権者に関する情報に関する記載、
- 2) 届け出ようとする債権額、若しくは、その返還または引渡しを申し立てようとする物に関する記述、
- 3) 申し立てを基礎付ける事実ならびに法律根拠に関する要約
- 4) 場合により、優先的満足を付与される権限や債権の順位、並びに、特別先取特権を根拠とする優先弁済の場合に、その特別先取特権が生じる物に関する記述、
- 5) 通知先の FAX 番号、E-Mail アドレス、若しくは地方裁判所の管轄区域内にある地方自治体における住居の選択。債権者は、送達または通知方法として、E-Mail 又は FAX による通知を選択することができる；債権者は、その際、破産管財人に対し、住居または上記に掲げた手段の変更につき通知しなければならない。

その申立ては、前項第1号、2号又は3号により記述を要請されている事由が記載されていないか、若しくはその記載が不完全な場合、認められ

ない。前項第4号に掲げられている事由が記載されていないか、若しくはその記載が不完全な場合、その債権は、優先弁済権なき債権としてみなされる。

前項第5号に掲げられている事由が記載されない場合、全ての通知は、破産管財人により破産債権の執行力についての公告をもって、裁判所書記課においてなされる。

その申立てには、債権者が有する権利もしくは第三者が有する物の返還又は引渡請求権を根拠付ける書類が添付されなければならない。

申立てとともに提出されなかった書類は、遅くとも債権調査のために定められた期日の15日前までに、提出されなければならない；それらが提出されない場合、その申立ては却下される。

第三者は、物の返還または引渡の申立てとともに、その申立ての対象となる物の換価を延期する旨を請求し得る。

その申立ては、債券所有者の共通の代理人により、民法第2418条2項に基づき、個々の債権者グループのために、なされ得る。

裁判官は、当事者の申立てに基づき、書記官に、提出された無記名証券又は指図証券の謄本を作成させ、かつこれらを、債権届出がなされたとの注釈を付し、返還することを命じ得る。

§ 94 Effetti della domanda

La domanda di cui all'articolo 93 produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento.

第94条【債権届出の効果】

第93条に規定されている債権届出により、破産手続全体を通して、請求権としての効力が生じる。

§ 95 Progetto di stato passivo e udienza di discussione

Il curatore esamina le domande di cui all'articolo 93 e predisponde elenchi separati dei creditori e dei titolari di diritti su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del fallito, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni. Il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione.

Il curatore deposita il progetto di stato passivo nella cancelleria del tribunale almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, dandone comunicazione ai creditori, ai titolari di diritti sui beni ed al fallito, ed avvertendoli che possono esaminare il progetto e presentare osservazioni scritte sino a cinque giorni prima della udienza.

All'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, il giudice delegato, anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati. Il giudice delegato può procedere ad atti di istruzione su richiesta delle parti, compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento.

Il fallito può chiedere di essere sentito.

Delle operazioni si redige processo verbale.

第95条【債務整理計画ならびにその検討】

破産管財人は、第93条に基づき届け出られた債権を調査し、かつ債権者目録ならびに債務者が所有または占有する動産または不動産上に権利を有

する者の目録を、その権利を基礎付ける根拠を付し、それぞれ作成する。破産管財人は、行使された権利に対し、その弁済、変更や妨害事由を理由として異議を申し立て、また、債権又は優先弁済権を基礎付ける権利の無効を主張し得る；破産管財人は、それらに適した訴えが既に時効である場合においても、異議申立てもしくは無効の主張をなし得る。

破産管財人は、債務整理計画を、地方裁判所の書記課に、遅くとも債権調査期日の15日前までに、提出し、かつ、そのことを、債権者、物上権利者ならびに破産債務者に対し、彼等が債務整理計画を検討し、かつ書面にて債権調査期日の5日前までに意見を提出し得る旨を指示して、通知しなければならない。

債権調査のために設けられた審理において、受命裁判官は、両当事者の立会いの下、適式になされた届出のみを対象とし、また破産管財人がなした異議を考慮しつつ、届出債権について判断し、また職権により認められた債権、並びに他の利害関係人により申し立てられた債権につき其々判断する。受命裁判官は、両当事者の申立てに基づき、手続を早急になす必要性と整合する限りにおいて、調査活動をなし得る。

破産債務者は、審問を請求し得る。

審理に関しては、調書に記載されるものとする。

§ 96 Formazione ed esecutività dello stato passivo

Il giudice delegato, con decreto, accoglie in tutto o in parte ovvero respinge o dichiara inammissibile la domanda proposta ai sensi dell'articolo 93. Il decreto è succintamente motivato se sussiste contestazione da parte del curatore sulla domanda proposta. La dichiarazione di inammissibilità della domanda non ne preclude la successiva riproposizione.

Con il provvedimento di accoglimento della domanda, il giudice delegato indica anche il grado dell'eventuale diritto di prelazione.

Oltre che nei casi statuibili dalla legge, sono ammessi al passivo con riserva:

- 1) i crediti condizionati e quelli indicati nell'ultimo comma dell'articolo 55;
- 2) i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore, salvo che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice;
- 3) i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento. Il curatore può proporre o proseguire il giudizio di impugnazione.

Se le operazioni non possono esaurirsi in una sola udienza; il giudice ne rinvia la prosecuzione a non più di otto giorni, senza altro avviso per gli intervenuti e per gli assenti.

Terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria.

Il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 99, producono effetti soltanto ai fini del concorso.

第96条【消極財産の形成ならびにその執行】

受命裁判官は、決定をもって、第93条に従い届け出られた債権の全て又は一部を、認容するか、若しくは、認容し得ない旨を判決する。その決定に際し、破産管財人が異議を申し立てている届出債権については、簡潔にその判決理由が付されなければならない。ある債権につき不認可の判決がなされたことは、その債権がその後改めて取り扱われることを妨げない。

受命裁判官は、債権の認可措置において、場合により、優先弁済権の優

先順位をも示す。

法律によって定められている場合、次の債権は、留保付きで、破産債権として認められる、

- 1) 第55条の最終項に掲げられている条件付債権やその他類似の債権、
- 2) 債権者に責任なき事由によりその法的権限を示す証書が提出されていない債権；但し、裁判官により認められた期間内に、証書が提出される場合は、この例外とする、
- 3) 破産手続開始前に通常または特別裁判所の判決によって確定されたが、未だその確定的効力が生じていない債権。破産管財人は、不服を申立てるか、若しくは、（既になされている）不服申立手続を続行し得る。

これらの行為が一審理中に終了しない場合、裁判官は、参加人ならびに欠席者への新たな通知を経ずに、審理を最長8日間延長する旨を請求する。

全ての届出債権の調査終了後、受命裁判官は、消極財産を形成させ、かつ、それが、執行可能である旨を、決定をもって、示す；その決定は、裁判所書記課において記載されなければならない。

消極財産が執行可能であるとする決定、ならびに地方裁判所が第99条に定められている手続の結果としてなす各判決は、破産手続に関してのみ、その効力を有する。

§ 97 Comunicazione dell'esito del procedimento di accertamento del passivo

Il curatore, immediatamente dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo, comunica a ciascun creditore l'esito della domanda e l'avvenuto deposito in cancelleria dello stato passivo, affinché possa essere esaminato da tutti coloro che hanno presentato domanda ai sensi dell'articolo 93, informando il creditore del diritto di proporre opposizione in caso di mancato

accoglimento della domanda.

La comunicazione è data a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, ovvero tramite telefax o posta elettronica quando il creditore abbia indicato tale modalità di comunicazione.

第97条【消極財産の確定に関する手続の結果に関する通知】

破産管財人は、各債権者に対し、消極財産が執行可能である旨の決定後すぐに、債権届出の結果ならびに裁判所書記課においてなされる消極財産の記載につき、通知する；この通知により、第93条に基づき届け出られた全ての債権が調査され、かつ、債権届出が成就しなかった場合に、債権者がその権利につき異議を申し立てることを可能となる。

その通知は、受領証明書付の書留郵便によるか、若しくは、債権者がその通知方法を希望するのであれば、FAX または E-Mail をもって、これをなす。

§ 98 Impugnazioni

Contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo può essere proposta opposizione, impugnazione dei crediti ammessi o revocazione.

Con l'opposizione il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili contestano che la propria domanda sia stata accolta in parte o sia stata respinta; l'opposizione è proposta nei confronti del curatore.

Con l'impugnazione il curatore, il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili contestano che la domanda di un creditore o di altro concorrente sia stata accolta; l'impugnazione è rivolta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta. Al procedimento partecipa anche il curatore.

Con la revocazione il curatore, il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili, decorsi i termini per la proposizione della opposizione o della impugnazione, possono chiedere che il provvedimento di accoglimento o di rigetto vengano revocati se si scopre che essi sono stati determinati da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile. La revocazione è proposta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è proposta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta, ovvero nei confronti del curatore quando la domanda è stata respinta. Nel primo caso, al procedimento partecipa il curatore.

Gli errori materiali contenuti nello stato passivo sono sorretti con decreto del giudice delegato su istanza del creditore o del curatore, sentito il curatore o la parte interessata.

第98条【不服申立て】

消極財産を執行可能とする決定に対しては、異議申立て、債権認可に対する不服申立てもしくは取消をなし得る。

債権者もしくは（破産債務者の）動産又は不動産上に権利を有する者は、その者の届出債権が不当に単に部分的にしか認可されなかったこと、もしくは却下されたことにつき、異議を申し立て得る；異議申立ては、破産管財人に対して、これをなす。

破産管財人、債権者、若しくは（破産債務者の）動産または不動産上に権利を有する者は、他の債権者の届出債権またはその他の破産手続参加人の届出債権が不当に認可されたものであることにつき、不服申立てをなし得る；不服申立ては、その債権届出が認可された手続参加債権者に対して、これをなす。その手続には、破産管財人もまた参加する。

破産管財人、債権者、若しくは（破産債務者の）動産又は不動産上に権利を有する者は、取消をもって、異議又は不服申立期間経過後、偽造、詐欺、重大な事実の誤り、若しくは過失なくして時宜に遅れて提出された判決に重要な文書の不知を理由として、届出債権の認可又は却下に関する処分の中止を申立て得る。取消は、届出債権が認可された手続参加債権者に対し、若しくは、届出債権が却下された場合、破産管財人に対し、これをなす。前者の場合、破産管財人は、その手続に参加し得る。

消極財産に関する実質的な内容に誤りがある場合、受命裁判官は、債権者または破産管財人の申立てに基づき、破産管財人または利害関係人の審尋後、決定をもって、これを訂正する。

§ 99 Procedimento

Le impugnazioni di cui all'articolo precedente si propongono con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale entro trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 97 ovvero in caso di revocazione dalla scoperta del fatto o del documento.

Il ricorso deve contenere:

- 1) l'indicazione del tribunale, del giudice delegato e del fallimento;
- 2) le generalità dell'impugnate e l'elezione del domicilio in un comune sito nel circondario del tribunale che ha dichiarato il fallimento;
- 3) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni;
- 4) l'indicazione specifica, a pena di decadenza, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio, assegnando al

ricorrente un termine per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza alla parte nei confronti della quale la domanda è proposta, al curatore ed al fallito. Tra la notifica e l'udienza devono intercorrere almeno trenta giorni liberi.

Il giudice delegato non può far parte del collegio.

La parte nei confronti della quale la domanda è proposta deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando memoria difensiva contenente, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti.

Nel medesimo termine e con le medesime forme devono costituirsi i creditori che intendono intervenire nel giudizio.

Nel corso dell'udienza, il tribunale assume, in contraddittorio tra le parti, i mezzi di prova ammessi, anche delegando uno dei suoi componenti.

Il tribunale, se necessario, può assumere informazioni anche d'ufficio e può autorizzare la produzione di ulteriori documenti.

Il fallito può chiedere di essere sentito.

Il tribunale ammette con decreto in tutto o in parte, anche in via provvisoria, le domande non contestate dal curatore o dai creditori intervenuti. Qualora il tribunale non abbia pronunciato in via definitiva, provvede con decreto motivato non reclamabile entro venti giorni dall'udienza.

Il decreto è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre ricorso per cassazione.

第99条【手続】

前条に定められている不服申立ては、地方裁判所の書記課において、第

97条に定められている通知より30日、若しくは、取消の場合、(取消事由たる)事実又は文書を知った時より30日以内に、なされるべき申立てをもって、これをなす。

その申立てには、以下の事由が記載されなければならない；

- 1) 地方裁判所、受命裁判所ならびに破産管財人の記載
- 2) 不服申立人の身分、ならびに破産手続が開始された地方裁判所の管轄区域である地方自治体における住居の選択、
- 3) 不服申立てやそれに関連する申立てを理由付ける事実並びに法的根拠の記載
- 4) 申立人が利用しようとする証拠並びに提出書類に関する詳細な記述；これを充たさない場合、その申立ては却下される。

地方裁判所は、非公開の審理期日を確定し、かつ申立人に対し、申立人が、その要求の相手方たる当事者、破産管財人ならびに破産債務者に対し、その申立てに関する通知ならびに審理期日確定の決定に関する通知をなすべき期間を確定する。通知期日と審理期日の間には、少なくとも30日間の猶予がなければならない。

受命裁判官は、その部の構成員であってはならない。

その要求の相手方となる当事者は、少なくとも、審理期日の10日前までに、弁明書を提出しなければならない；弁明書は、訴訟に関する抗弁、職権によっては明らかにされない事実に関する抗弁、かつ証拠並びに提出書類に関する記述を含まなければならない；これらの記述を欠く弁明書は、認められない。

この審理への参加を希望する債権者は、同様の期間内に、かつ同様の様式において、申し立てなければならない。

地方裁判所は、その審理の際、当事者の口頭弁論において、認容された証拠を採用する；裁判所は、それを、裁判所の構成員に委託し得る。

必要な場合、地方裁判所は、職権により、情報を収集し得るし、かつ、新たな書類の提出を許可し得る。

破産債権者は、審問を請求し得る。

地方裁判所は、決定をもって、暫定的に、破産管財人若しくは参加債権者が争わない申立てにつき、その全てもしくは一部を、認可し得る。地方裁判所は、地方裁判所は、理由を付した決定をもって、その認可判決から20日以内に不服申立てがなされなかった旨を決する；但し、既に終局的な判決がなされている場合は、この限りではない。

裁判所書記課は、当事者に対し、30日以内にその決定の破棄を申し立て得る旨を、通知する。

§ 100 Impugnazione dei crediti ammessi

(Articolo abrogato dall'art. 85 D. Lg. 9 gennaio 2006, n. 5)

第100条【認可された債権に対する不服申立て】

(削除)

§ 101 Domande tardive di crediti

Le domande di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo sono considerate tardive; in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, può prorogare quest'ultimo termine fino a diciotto mesi.

Il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'articolo 95. Il curatore dà avviso a coloro che hanno presentato la domanda della data dell'udienza. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99.

Il creditore ha diritto di concorrere sulle somme già distribuite nei limiti di quanto stabilito nell'articolo 112. Il titolare di diritti su beni mobili o immobili, se prova che il ritardo è dipeso da causa non imputabile, può chiedere che siano sospese le attività di liquidazione del bene sino all'accertamento del diritto.

Decorso il termine di cui al primo comma, e comunque fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, le domande tardive sono ammissibili se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile.

第101条【時宜に遅れた債権届出】

消極財産の確定の為に定められた審理期日前30日より遅く、しかし消極財産の執行力に関する決定の裁判所書記課における登録後12ヶ月より遅れてはなされていない債権の届出ならびに動産ならびに不動産の返還又は引渡請求は、時宜に遅れた債権届出と看做される；特別に複数の手続が競合している場合、地方裁判所は、破産手続開始決定において、後者の期間を18ヶ月に延長し得る。

時宜に遅れた届出債権の確定手続は、第95条に定められたのと同様の形式によって、これを行う。破産管財人は、債権を届け出た各人に対し、審理期日を通知する。第93乃至第99条の規定が適用される。

債権者は、第112条で定められている限度において、既に弁済された金額を考慮したうえで、配分的に満足を得る権利を有する。動産または不動産上に権利を有する者は、その遅滞が彼に責任なき事由に基づいている旨を証明した場合、その動産または不動産の換価を、彼の権利が確定されるまで、中止すべき旨を申し立て得る。

時宜に遅れた債権届出は、第1項に規定されている期間中、そして破産財団の配当が全て終了するまで、届出人が、その債権届出の遅滞が彼に責任なき事由に基づいている旨を証明する場合において、これを認める。

§ 102 Previsione di insufficiente realizzo

Il tribunale, con decreto motivato da adottarsi prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo, su istanza del curatore depositata almeno venti giorni prima dell'udienza stessa, corredata da una relazione sulle prospettive della liquidazione, e sentiti il comitato dei creditori ed il fallito, dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura.

Il tribunale dispone in conformità a quanto previsto nel primo comma anche se la condizione di insufficiente realizzo emerge nel corso delle eventuali udienze successive a quella fissata ai sensi dell'articolo 16.

Il curatore comunica il decreto di cui al primo comma ai creditori che abbiano presentato domanda di ammissione al passivo ai sensi degli articoli 93 e 101, i quali, nei quindici giorni successivi, possono presentare reclamo alla corte di appello, che provvede con decreto in camera di consiglio, sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori ed il fallito.

第102条【財団不足の予見】

地方裁判所は、優先的弁済債権への弁済ならびに手続費用の支払を除けば、消極財産としての認可を申立てた債権者に配当し得る財産を獲得し得ない場合、遅くとも消極財産の調査に関する審理の20日前に、かつ、換価予測に関する報告書とともになされなければならない破産管財人の申立てに基づき、債権者委員会ならびに破産債務者の審尋後、その審理前に、

理由付きの決定をもって、破産債権としての消極財産の確定手続を、実施しないとする権限を有する。

地方裁判所は、財産不足たる事実が、第16条に定められている決定事由に次いでなされる審理中にはじめて明らかになった場合においても、第1項に基づき、処理し得る。

破産管財人は、第1項に規定されている決定につき、第93条並びに第101条に基づき債権を届け出た債権者に対して通知する；債権者は、その後15日以内に、控訴裁判所において、その決定に対する不服を申立て得る；控訴裁判所は、非公開の審理にて、不服申立人、破産管財人、債権者委員会そして破産債権者の審尋後、その不服申立てにつき判決をなす。

§ 103 Procedimenti relativi a domande di rivendica e restituzione

Ai procedimenti che hanno ad oggetto domande di restituzione o di rivendicazione, si applica il regime probatorio previsto nell'articolo 621 del codice di procedura civile. Se il bene non è stato acquisito all'attivo della procedura, il titolare del diritto, anche nel corso dell'udienza di cui all'articolo 95, può modificare l'originaria domanda e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso. Se il curatore perde il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione.

第103条【返還並びに引渡請求権に関する手続】

物の返還並びに引渡請求権を対象とする手続には、民事訴訟法第621条に定められている挙証に関する規定が適用される。目的物が、物の返還並びに引渡手続の対象とはされない場合、所有権者は、第95条に規定されている審理中においても、最初に届け出た債権を変更することができ、かつ

破産手続開始時におけるその物の等価額を消極財産として認可すべき旨の申立てをなし得る。所有権者は、破産管財人が目的物を占有した後に、その目的物を喪失した場合、その目的物の等価額が所有権者に支払われるべき旨を請求し得る。

（第104条より、次号掲載予定）

景観計画における住民参加

—観光行政のあり方についての一考察—

稲 積 重 幸

はじめに

第一章 観光行政と景観法の理念

第二章 景観計画と住民自治

第三章 景観計画と憲法31条の理念

おわりに deliberative tourism

はじめに

観光白書によれば、日本人が国内の観光に消費した金額は24.4兆円である。⁽¹⁾ 相変わらずの旅行ブームではあるが、そもそも旅をする権利はすべての人間が有し、日本国憲法の13条幸福追求権によって保障されると解される。⁽²⁾ しかしながら、観光が幸福追求の対象となりうるには、それだけ魅力的な観光地、美しく素晴らしい景観が存在することが当然の前提となる。

この美しく素晴らしい景観のために景観法が制定された。もっとも景観法には、「日本の都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、美しく風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活

(1) 観光白書（平成19年度版）7頁参照。

(2) 国内旅行の自由に関しては、憲法22条1項の移転の自由に求める説や、憲法13条の幸福追求権に求める説などがある。

力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与すること」を目的とするとある(第1条)。

たしかに景観法の1条には観光という表現はなく、「良好な景観の形成」や「潤いのある豊かな生活環境の創造」は観光事業のためとばかりはいえない。健康な最低限度の生活をおびやかす環境の回復とそれを保全し、かつ求める権利である環境権にとって有効な法律であるともいえる。しかし、景観のある町作りをし、観光事業を活性化し、自治体の観光資源とするためには、美しい景観の存在は不可欠である以上、景観法が観光事業に果たす役割は計り知れないのは明らかである。

かつては、景観に関するルールは地方公共団体の条例や要綱という形式にたよっていた。その数は500件であり、全国の自治体の約15%が何らかの形で景観に関するルールを定めていることになる。しかし、条例では、景観保護のために実効的に財産権を制約できるのかが疑問視されていた。一般的には、条例の規定は指導勧告以上の権力的強制的手法をとらないからである。事実、景観条例は有効な規制力を持たず、例えば、容積率⁽³⁾を最大限に有効活用して高層のマンションを建てようとする事業者には無力であったのである。景観条例が根拠法を持ち、確実な拘束力によって事業者による景観破壊を防ぐことは地方自治体の願いであったのである。

この景観法には、景観計画の策定という節(第二章第一節)がある。これには、景観計画策定団体が参加するだけでなく、住民の提案も認められている。地方自治の本旨の一つである住民自治の視点からすれば、景観計画における住民の地位は本来ならば主役ではないのだろうか。また、景観計画を進めてゆく上での手続的正当性を担保するためにも住民の意見の扱いは重要ではなからうか。本稿は景観法における景観計画のあり方につき、

(3) 容積率とは、敷地面積に対する建築延べ面積の割合である(建築基準法52条の各項目を参照)。例えば、200坪の土地に1階60坪、2階20坪の建物が建っている場合は、容積率は50%になる。

住民自治と手続的正義の二面から若干の検討を加えようというものである。

第一章 景観法の理念と観光行政

本章では、景観法の理念が観光行政とどのように結びつくのかをみてる。

第一節 景観法の理念

景観法の目的は、端的に言えば、日本の都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進することで、国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与することにある。良好な景観の形成によって、国民生活向上、国民経済・地域社会の発展を目指すわけである。

この目的のために、景観法は自治体が景観計画を策定することを規定する。

このことは、自治体が「都市を景観という視点から、市民と共にもう一度きちんと見直す絶好の機会を与えられる⁽⁴⁾」ということである。従来の都市計画のもつ政策目的は、例えば、経済の混乱を招く地価の高騰防止であるといった、経済政策の一環に挙げられるものであったが、景観法に基づく都市計画では、これまでの都市計画が見落としていた地形、眺望、植生、自然といった要素を加味して計画立案がなされる。これは人間の暮らす生活空間が、経済効率といった客観的価値のみを基準とするのではなく、人間らしく生きるに値する環境かどうかという主観的な価値を基準とするようになってきたことを意味する。

さらにまた、景観法第二章第三節にある景観重要建造物（これと一体と

(4)『景観法と景観まちづくり』社団法人日本建築学会編、学芸出版社、10頁。

なって良好な景観を形成している土地その他の物件を含む)は、従来の文化財の指定とは異なった視点を持ち、この景観重要建造物を有効に利用すれば、新たな都市風景の創造につながるとも考えられるのである。

要するに、景観法の理念には、良好な景観の形成により、豊かな生活環境を創造するという面と、社会、経済に発展に資するという二つの側面がある。前者については、個人の環境権、景観権の保全につながるものというる。

第二節 景観法と観光行政

景観法が良好な景観の形成に寄与するものであるとすれば、その良好な景観を利用することにより、自治体の行政は観光事業の健全な発展をも当然見込めることになる。

というのも、景観の保護は観光資源の保全に他ならないからである。ここで、観光資源には、①自然環境の保全②文化遺産の保存③景観の保護があげられよう。

そして、①自然環境の保全には、従来より自然環境保全法、自然公園法が存在し、後者に基づいて国立公園、国定公園が指定された。その後、国立公園、国定公園は日本有数の観光地として毎年数万の観光客を集めているのは周知の事実である。また、②文化遺産の保護は、文化財保護法により、国宝・重要文化財が指定され、それらを見物に多くの観光客が京都、奈良を訪問するのは昔から変わらない。この二つが従来の観光資源の主流であったことは否定できないが、景観も十分すぎるほどの観光資源になることは、洋の東西を問わない。そして、景観には①都市景観、②農村漁村景観、③水辺景観、④道路景観など、地方自治体の努力次第で景観を観光資源にすることは可能なのである。つまり、政令指定都市や中核都市レベルの大都市であるならば、都市景観を良好にすることで、観光資源とすることが可能である。また、農村、漁村であるならば、日本の原風景として

の景観を保全することで有力な観光資源とすることができるであろう。そのどちらでもない市町村は、水辺景観や道路景観などの創出に創意工夫を凝らすことで、新たな観光資源を創出することが出来るであろう。

さらに、地方自治体が観光資源を創出し、観光事業を活性化することで、当該自治体は新たに雇用を創出することも可能なのである。これは経済的に困窮している自治体にとって救いとなる可能性を秘める。というのも、観光事業は、旅行業、交通輸送、宿泊ホテル業、外食産業、娯楽産業、みやげ物屋、など広範囲の産業にわたり、自治体の観光事業の活性化はその自治体経済全体の活性化につながるからである。よって、これまで、過疎化に苦しみ、経済発展から完全に切り残された地域においても、観光資源を有効に活用することで、雇用と所得を創出することが可能なのである。

この点で、景観の保護と、観光事業とがうまく連携できるようにするのが、地方自治体の経済の発展につながるのである。そして、そのために、観光行政の果たす役割は大きい。

しかし、観光行政が景観の保護と観光事業の育成に失敗した場合、地方自治体は膨大な負債を抱えることになり、地方自治体が財政破綻をきたす可能性も存在する。となると、観光行政とはいえ、地方自治体の明暗を分ける一大事業なのである。

したがって、どのような景観を保護し、どのような観光事業を発展させるのかという問題を住民の意思不在のまま決定し、失敗したら、今度は住民に負債を払わせるのでは、民主主義の理念からあまりにもかけ離れ、無責任行政の誘りは免れない。あくまでも、住民参加の観光行政でなくてはならないだろう。

第二章 景観計画と住民自治

本章では、景観計画を住民自治の視点からみている。

第一節 景観利益と景観権

景観法制定後の2006年に国立「大学通り」高層マンション訴訟⁽⁵⁾において、最高裁は一般論として、景観権という権利こそ認めなかったが、景観利益が裁判上保障されることを認めた。

この事件は最高裁の景観権に対する見解を知る上で大いに参考になるので、以下敷衍して説明する。

この事件は、東京都の国立市におけるマンションの建設によって付近の住民の日照や景観等を損ねるのではないかが問われたが、原告の主張の一つには、本件マンションによって、原告らの景観利益が侵害され、かつその態様は受忍限度を超えているので、不法行為が成立するというものであった。

これに対して、被告のマンション業者は、原告らが主張する環境権ないし景観権などという権利はいずれも抽象的であり、法的な主体や内容が不明確であり、法律上の保護になじまず、工事の差止めや撤去ないし慰謝料の請求の根拠となりうるものではないとするものであった。

最高裁判所の見解を要約すると以下ようになる。

①都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有する。②良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な生活環境が有する良好な景観の恵沢を享受する利益は、法律上の保護に値する。③ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるな

(5) 本件訴訟に関しては、大塚直「国立客観訴訟最高裁判決」NBL2006年6月1日号、4頁以下、丸山絵美子「景観利益の侵害を理由とする不法行為の成否」法学セミナー2006年7月号、117頁などがある。

ど、相当性を欠くことが必要である。

結論として、当該事件では、最高裁判所は、マンション業者を勝たせたが、景観利益の享受を法律上の利益として認め、将来的には事件によっては、住民が勝訴する可能性も残したのである。最高裁判所は景観権という言葉は用いていないが、「法律上の利益」を認めたということは、それだけで景観保護のために一定の成果が得られたことになる。というのも、行政訴訟法9条は、処分を取り消しの原告適格者として、「取り消しを求めにつき法律上の利益を有する者」と規定しているからである。良好な景観を享受する権利として景観権というものの権利を認めなければ、景観が保護されないわけではないのである。

要するに、この判決から読み解くべきことは、最高裁判所が住民が良好な景観を享受する利益を法律上のものとして認めたことであり、建設業者若しくは開発業者、又は行政はこの住民の利益を損ねないように配慮する義務が生じることもあるということである。

第二節 景観権と行政

この国立「大学通り」高層マンション訴訟において、仮に、自治体がマンション建設よりも逸早く都市計画法に基づく市町村の「地区計画」を条例で定めれば、これによって、市町村は「建築物の敷地、構造、建築設備又は用途に関する事項で当該地区計画等の内容として定められたものを、条例で、これらに関する制限として定めることができる」（建築基準法68条の2第1項）のであるから、本件マンションは建つことはなく、住民の景観は守れたことになる。言い換えれば、この訴訟は景観保護に関する自治体行政の怠慢が招いた問題ともいえるのである。

しかしながら、当該判決後は今後、良好な景観を保護することが行政の責務に加えられ、行政は住民の景観権を保障すべき様々な措置を講じなければならなくなった。

景観の保護と行政との関係でみると、住民にとっての法律上の景観の保護、保全がそのまま観光事業に結びつくようにすることは決して容易なことではない。

問題を整理すると、まず、行政が主導で観光事業用の景観を保護しようと措置を講ずることが、住民の景観保護のニーズに合致するののかという問題が挙げられる。また、住民が求める景観の保護、保全が必ずしも行政の描く観光事業に一致しない場合に、その景観の保護を行政は変更できるのかといった問題もある。見方を変えれば、景観保護、保全による観光資源の開発は行政主導で行うべきであるのか、住民の民意にあくまでも忠実に行うべきであるのか、その連携は可能であるのか、模索すべき問題は多いのである。

ただ、観光事業による景観の開発を諸悪の根源と決め付け、いっさいの観光事業を受け付けず、手付かずの景観をそのまま保護することにあくまでもこだわるのみが住民にとって妥当とはいえない場合もある。

例えば、観光の歴史を紐とけば、山中湖村の観光開発⁽⁶⁾のように、資本主義経済の進展に伴い発展した観光事業を逸早く取り入れることによって、村落が持つ、自然的条件を生かしながら観光客を誘致し、観光基地としての性格付けを試みることで「村落のもつ封鎖性のある程度解いた」例も存在するのである。そして、「村落の封鎖性」を解くことは、共同体の性格を解くものでなく、共同体の外に外来者を入れて、資本主義に対応し共同体の再生産を図ったと評価できるのである。

また、現在の例をあげれば、日本アルプスなどの山岳地においては、その山岳の景観を楽しもうとする登山者やハイカーのために、歩道の整備や、倒木、落石の管理を怠らないことこそ、景観の保護につながり、住民の景観権の保障にもなるのである。

(6) 山村順次著、『観光地の形成過程と機能』、御茶ノ水書房。

つまり、観光行政から見た景観の保護は手付かずの景観をそのまま残すというものではけっしてないのであり、何らかの行政による措置が施され、景観の保護、保全がなされているのである。そして、そこには何らかの手続きをふんだ行政による意思決定がなされなくてはならない。

第三節 景観計画と住民自治の必要性

景観法は第二章で景観計画及びこれに基づく措置を定める。

憲法92条が要請する地方自治の本旨には、団体自治と住民自治があるが、景観計画との文脈では、住民自治のあり方が問題となろう。住民自治とは、「国の領土内における一定の地域内の自治事務は、その地域内の住民の意思に基づいて行われること」⁽⁷⁾である。これはイギリスの地方自治の民主的特長をあらわす。

この住民自治の趣旨を貫徹するならば、景観計画には、住民の参加が不可欠ということになる。そして、景観法は、景観行政団体は、景観計画を定めようとするときは、あらかじめ、公聴会の開催等住民の意見を反映させるために必要な措置を講ずるものとしている（9条1項）。同条の景観行政団体とは、地方自治法の指定都市、中核市、都道府県であるのだから（7条1項）、景観法9条の規定は住民自治の理念に形式上は適合的である。

しかしながら、景観法の9条の規定は、「必要な措置」とあるだけで、具体的な内容は環境行政団体の裁量に委ねられているといえる。この点で、まだまだ行政への住民参加の視点は十分ではないようにも思われる。

では、そもそも、なぜ住民が参加して、景観計画のような行政手続きに参加しなくてはならないのか、簡略にふれてみる。

この点につき、次の三点を挙げるのが可能であろう。①人間にはもと

(7) 吉田善明著『日本国憲法論』三省堂、222頁。

もと公共的な行為に参加するといった傾向が備わっているという点、②公共的な行為に関することによって正しい帰結が得られるという点、③関与する義務はないがそうした方が人生が豊かになるなど、一定の付加価値を得ることができるという点の⁽⁸⁾三点である。まず、①の点については、人間にそのような傾向があるということを証明することは不可能であるといえる。②の点については、ユルゲン・ハーバーマスによる理想的発話状況⁽⁹⁾という考えが参考になる。理想的発話状況によれば、理想的討議を阻害する要素が存在しないので、正しい決定が得られるはずとされる。その決定が正しいという根拠はどこにあるかという、それは理性的討議の実現される理想的発話状況において為されたからであるという。これは明らかな循環論法であるが、ここで、ハーバーマスは実体的な正しさよりも理想的な討議が為されたという手続き的な正義を実践することにより、正しい結論が得られるということを主張している。つまり、手続き的な適正さが保たれたということは正しい結論が一応、理念型としては担保されたという⁽¹⁰⁾のである。さらに③の討議の意義も重要であろう。つまり、人は、公共的な行為に義務付けられてはいないが、何か自ら信ずる価値を求めて自由かつ自発的に討議に実践的に参加することで、何か自己の行為を超えた次元にある価値を得ることができるのである。

この②と③の二点が住民の行政への参加の意義として考えられよう。これを景観行政についていえば、住民が景観計画に参加することで、理想的

(8) 井上達夫編『公共性の法哲学』、ナカニシヤ出版、52頁以下参照。

(9) ハーバーマスの理想的発話状況については、ハーバーマスの著書、河上倫逸他訳『コミュニケーション行為の理論』上中下、未来社、1995、三島憲一他『道徳意識とコミュニケーション行為』岩波書店、1991年を参照。

(10) このようなハーバーマスの見解に対してジョン・ロールズは、「政治手続きの不完全性を考慮すれば、政治的手続きに関して理想的発話状況のような手続は存在しえず、いかなる手続も実体的な内容を決定することはあり得ない。」と批判している。John Rawls, 'Reply to Habermas' *The journal of philosophy*, 1995. p176-177.

な手続きが踏まれたことになり、そこで得られた結果は手続的に正当なものと評価できるということ、住民が景観計画に参加することで、住民が個人の行為を超えた次元の価値を手に入れるということである。具体的には、地域住民が創造した景観をもとに観光行政が行われ、地域振興の観光事業が生まれるということになるのである。

第三章 景観計画と憲法31条の理念

本章では、景観計画を適正手続きの保障という点からみている。

第一節 憲法31条の理念

憲法31条は、適正手続きの保障を規定している。これは、アメリカの due process の思想を表したものとされる。従って本条の射程はアメリカ流に広く解釈することも可能ではなからうか。

憲法31条が行政手続きにも適用されるかという問題については、憲法31条を準用すべきだとする見解と、13条を用いるべきだとする見解に大別される。

たしかに、憲法31条の文言を見ると、刑事手続きを対象とするように見える。しかし、13条は明らかに包括的基本権という実体に対する規定であり、これを手続き規定と読むのは無理があるのではなからうか。むしろ、次のように考えて、憲法31条は行政手続きも対象としていると解すべきであろう。

憲法31条がアメリカ流の due process の思想を表しているとするならば、憲法31条がまさに due process を規定したと考えても、あながち不当な

(11) Berna Horvath, "Rights of Man", The American Journal of Comparative Law. 1955, p553.

ことではかろう。たしかに、そのような解釈は憲法の文言を無視するといった批判が向けられよう。しかし、アメリカの due process がイギリスの due process よりも、適用性に富み、柔軟であり、司法手続きのみならず、行政手続きにまでその適用範囲が広がっていったという事情はわが国にも当然あてはまる。行政国家現象によって、行政が国民生活の隅々にまで入り込むようになると、行政の介入の適正さを事後的実体的に審査するだけでは足りず、事前に手続き的にその適正さを担保する必要性が生じているのである。このような沿革に忠実な解釈として憲法31条適用説は評価されるのではないか。13条説は、実体規定と手続規定とを混乱しているのではなかろうか。

ところで、地方自治において、行政の意思決定手続きに住民が積極的に参加することは、この適正手続きの理念に合致するものと解されよう。

行政の手続きに参加することが適正手続きの保障として要請されるということと、前章で述べた地方自治の本旨である住民自治から要請されるということは両立する。つまり、行政の意思決定に住民が参加することは、住民自治に合致し、かつ適正手続きの保障に合致するのである。

もっとも、従来は、住民自治といった直接民主制的な手法は、憲法が基本とする間接民主制、議会制民主主義を補充するものであるという位置づけであったが、憲法31条の適正手続きの要請であるとするならば、それは議会制の補充といったものではなく、まさに憲法の中に基礎をもつシステムとして理解すべきであろう。⁽¹²⁾

第二節 行政過程における住民参加

行政が政策を決めたりする際の意思決定手続きに住民の意思がどれだけ

(12) 田村悦一著『住民参加の法的課題』有斐閣、4頁。

反映されるか、いいかえれば、住民がどれだけ参加できるかは現代行政においては肝要なことである。

ただ、一般的に言って、行政に対して住民参加には次のような問題点があるとされる。⁽¹³⁾まず、住民参加の構成や運営における住民の法的地位の不明確さであり、次に、参加が最終的な行政決定に及ぼす影響力ないし拘束力が、行政側の権限と責任に委ねられているという点である。

たしかにこのような問題点は残されるものの、行政権の発動に対して住民の同意を確保する場所としては、住民参加しかありえず、また、住民参加が拘束力を持たないとしても、住民の意思が無視された場合の批判力というものも小さなものではないだろう。よって、行政過程における住民参加はこれからの行政のあり方の中心的課題となると思われる。

この方向で、一般的にはパブリックコメント手続きなど法の整備が進められているが、行政の意思決定手続きに住民が積極的に参加しようとする意識はまだ希薄なように見える。しかし、その一方で、住民に重要な情報を全て開示して、忌憚ない住民の意見を汲み上げようと行政も姿勢を改めなくてはならないだろう。そのためにも情報公開の徹底が求められる。

第三節 景観計画と住民提案

景観法においては、景観計画決定過程において、住民の発言権を確保すべく規定された二つの手続きがある。まずは、先にも述べたが、景観計画における公聴会などの住民の参加である。この公聴会において、広く住民の声を行政が吸い上げ、これを景観計画に活かすことができれば、住民自治の理念はまさに実現されよう。

もう一つが、景観法11条の住民からの提案の規定である。同法は、「第

(13) 現行法制の住民参加の現状と課題については、田村悦一著、前掲書、p139以下を参照。

8条第1項に規定する土地の区域のうち、一体として良好な景観を形成すべき土地の区域としてふさわしい一団の土地の区域であって政令で定める規模以上のものについて、当該土地の所有権又は建物の所有を目的とする対抗要件を備えた地上権若しくは賃借権（臨時設備その他一時使用のために設定されたことが明らかなものを除く。以下「借地権」という。）を有する者（以下この条において「土地所有者等」という。）は、一人で、又は数人が共同して、景観行政団体に対し、景観計画の策定又は変更を提案することができる。この場合においては、当該提案に係る景観計画の素案を添えなければならない。」とする。この住民の提案における住民の範囲は9条の住民の範囲よりも狭いことは明らかである。11条の規定する住民はかなりの土地の所有者またはこれに準ずる土地の賃借人という、いわゆる利害関係人といった範囲に限定される。そして、この規定からすると、景観を形成しない土地を所有する住民はなんら発言権を有さないことになる。このような規定は、持てる者と持たざる者を不当に差別することになるのではないかといった疑問もさることながら、景観はその景観の土地を持つ者が決定するといった所有権絶対の原則にあまりにも拘泥しすぎる嫌いがあるのではなからうか。本来、その土地に住む住民が良好な景観を得たいという願望が利益として保護されるということが景観権の基礎なるとするならば、一定の不動産の所有者のみを利害関係人にするのでは、住民参加としての住民提案が広く住民の声を拾い上げるとは考えられない。

たしかに景観法11条2項は、まちづくりを目的とする特定非営利活動法人には土地所有権がなくとも、景観計画の提案主体となっている。これは、「これらの団体が有している良好な景観の知識・経験や、住民の意見を行政に反映させるための活動を評価し」⁽¹⁴⁾ たからとされる。

(14) 景観法研究会編集『逐条解説景観法』ぎょうせい、44頁。

(15) ロールズの公共的理性については、John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.を参照。

景観計画を策定する住民の発案は何も一定の土地所有者に限定せずとも、住民のいかなる者にもその発案権を与えてよいと考える。

この点、ロールズの public reason (公共的理性)⁽¹⁵⁾ という考えが参考になる。ロールズは public reason という考えを用いて、討議の条件として次の点を挙げる。要約すると、まず、討議の条件としての original position⁽¹⁶⁾ からの論理的思考をし、利害関係人や専門家を排除して、通常人の感覚から物事を判断し、目指すべき議決である満場一致に向けて討議を重ねるというものである。

景観計画はまさにそこに住む住人全体に関わるものであり、土地所有者のみの問題ではない。まさに自治体住民全員が討議を重ねて満場一致を目指すことが要請される問題であろう。したがって、ロールズの視点からすれば、景観法が一部の土地所有者などに住民提案権を限定しているのは適正な手続きとはいえないのではなかろうか。

したがって、条例の制定、運用などで、広く住民の意見を集めるべきはなかろうか。

おわりに deliberative tourism

近年、deliberative democracy⁽¹⁷⁾ という概念が政治学では議論されている。これは democracy の特徴である討議を重視し、意思決定へと議論を重ねることを重要視するものである。それも単なる討議ではなく、個人の自閉的な理由を超えた公共的な理由を探求するものでなくてはならない。

観光行政においても、こうした deliberation (熟慮、熟議) を兼ね備え

(16) ロールズの original position については、Ronald Dworkin, The original position, University of Chicago law Review 40 (3), 1973年, pp.500-533 が詳しく解説を施している。

(17) Deliberative democracy については、例えば、John Dryzek, Deliberative Democracy, Oxford university press, 02を参照。

た政策が要請されるのではないかと考える。というのは、観光事業が、一企業の経営戦略のみで成り立つものではなく、とりわけ地方自治体では、地方住民の景観に対する意識に関わり、どのような景観を保全して、観光資源として活用するかといった問題など、広く住民の同意が必要とされるからである。

この点、10年以上前から、御堂筋⁽¹⁸⁾の景観形成を行政指導、要綱によって行ってきた大阪府が都市景観条例により、景観形成基本計画で、市民との協働を重要視しているが、このような協定の果たす役割は大きくなるだろう。

景観保護、保全はどのような景観を良好と考えるかはきわめて主観的なものであり、行政の意図と住民の意識が食い違うことも当然予想される。したがって、まさに熟慮ある観光事業 (deliberative tourism) によって、住民と行政の活発な討議が求められるのではなからうか。

(18) 大阪の御堂筋は、軒高31メートルの行政指導により、スカイラインの揃った町並みが形成され、行政指導の一つの景観が観光資源となった例といえる。この点については、「高度利用と誘導型町なみ形成」小浦久子、『景観法と景観まちづくり』社団法人日本建築学会編。

政治学の基礎概念(2)

—国家：ヨーロッパにおける歴史的展開と概念の変容—

吉 野 篤

1. はじめに
2. ラインハルト W・Reinhard による「ヨーロッパ国家史」小論
3. 「国家形成」の問題
—グルーン I・V・Gruhn による論点整理
4. 国家概念の展開と衰微
—ワトキンス F・M・Watkins による概論
5. 国家概念の有意な変数性
—ネットゥル J・P・Nettl による問題提起
6. おわりに—文献案内

1. はじめに

先の研究ノート「政治学の基礎概念(1)—民主主義の概念・歴史・理論—」に続いて、ここでは「国家」に関する歴史的整理および概念上の問題点について取り上げる。

国家の概念などという、政治学上あるいは法学上上の古びた観点を連想させるかもしれないが、以下の内容を見れば分かるように、ここで検討されているのはもちろんかつての「集団現象説」、「国家現象説」といった不毛な対立図式ではなく、国家概念の意義・変容・有意性に関する理解度の深化である。とくに、5節で取り上げられるネットゥルの論文は1968年に公表されたものであるが、1980年代以降の「新国家論」の趨勢を先取りする画期的な意味と緻密な内容をもっている。この分野に関する今後の課題

は、1980年代以降の国家論の展開をフォローし、ネットゥルの示した国家の変数性がどのように肉付けされたのかを少しでも解明することである。この点に関しては、とくに1990年代以降の議論に注目したい。

この研究ノートでも先の(1)に続いて、ネットゥル論文を除く2節・3節・4節の内容は『社会科学国際百科事典』および『社会科学・行動科学国際百科事典』の関連項目に依拠している。私見では、なかでもラインハルトの「国家史」はヨーロッパ国家の生成過程をきわめて要領よく、しかも学問的水準を維持しながら説いた優れた論稿である。国家の歴史的・政治学的問題を集中的に取り上げたのは初めてであり、教えられることが多かった。

2. ラインハルト W・Reinhard による「ヨーロッパ国家史」小論

W. Reinhard, "State, History of", in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Vol.22, 2001, pp.14972-14978.

W・ラインハルト「国家の歴史」(『社会科学・行動科学国際百科事典』第22巻所収)

1. 序論：定義の諸問題

現在、世界には、ヨーロッパ史を通じて発展した規準に従えば、主権国民国家と見なされるほぼ200の共同体が存在する。公的には、これに代わる政治モデルはもはや存在しない。そこで、ドイツの法学者らによってなされた近代的国家であることの狭義の規定 (Jellinek 1959) を適用することが理に適っているように思われる。それに従えば、国家は、外的権威からの完全な独立 (主権) によって特徴づけられ、支配権の独占および対内的に暴力の正当な行使を保持する単一の政府のもとで、隣接する領域に居住する同質的な住民によって構成される。歴史の示すところでは、この

種の国家はひとつの民族である必要はなく、人権に基づく立憲民主主義体制である必要さえそれほどない。しかし今日、ほとんどの国家は法の支配と憲法のもとにある民族国家であると主張している。にもかかわらず、これらは最近の成果であり、世界史上ではむしろ例外的である。

歴史は「国家」と称されうるさまざまな種類の政治組織に満ちている。これは歴史家の観点からすればまったく正しくない。というのは、ほとんどのヨーロッパ語圏では、「国家」という語はそもそも、社会的地位あるいは現実の身分を示すために用いられたからである。しかし、17世紀と18世紀の間に、それは同時期に極点に達するヨーロッパの政治組織の特殊なタイプの名称となった。それ以前には、前国家的共同体はだまかに次のように分類されうる。(a) 支配者を欠く種族、(b) 首長制社会 chiefdom、(c) 都市国家、そして (d) 帝国である (van Creveld 1999)。類型学的にと同様に歴史的にも、人類はまず、親族集団に基づく、支配者を欠く社会であれ、武力・富およびその帰結としての社会的階層に基づく首長制社会であれ、いずれにせよ対面的共同体に組織された。さらに、多くの首長は宗教的質によって区別され、特権的な擁護者集団によって支持された。

これはすべて、宗教的イデオロギー・常備軍・ある種の官僚制および税体系を通じて広大な領域を永続的に支配するという問題を解決した帝国にも当てはまる。これは将来の国家建設の不可欠な前提条件であったが、十分条件ではなかった。その条件は古典古代の一定の都市国家が達成することになるものであった。いたるところで、政治体の支配者と所有者の区別は存在していなかったか、あるいは少なくとも不明瞭であったが、初めてギリシャとローマにおいて、市民は自らの目的のためにではなく共同体のために、支配者としてではなく行政官として統治する人間を指名した。これらが、抽象的な法人格をもつ超人格的・抽象的制度としての国家の起源であった (van Creveld 1999)。従って、国家の歴史は先ずもって、ヨーロッパ貴族の緩やかに構造化された「首長制社会」およびヨーロッパ諸王の「帝国」が盛期中世から19世紀までの間に近代国家へと変容する歴史で

ある。

2. 理論

ヨーロッパの国家形成は多次的過程であったが、国家形成に関するほとんどの理論はいまだに一次的である。従って、以下の3点を結合する多要素的な三つのレベルの国家建設理論がより有望な示唆を与える。そのレベルとは (a) 個人と集団というマイクロレベル、(b) 政治システムという中間レベル、そして (c) 社会というマクロレベルである (Reinhard 1992)。

国家建設は、マイクロレベルで、個人の利己的権力欲の追求、しばしば王位を保持することの競合上の利益から始まる。抽象的制度としての国家が存在する以前には、不可欠な超人格的継続性は王朝によって提供された。王朝による国家建設は、権力の独占を確立するために、前国家的局面に起源をもつ自律的権力—貴族・教会・都市と地方の共同体—の競合的保持者の排除あるいは少なくともその制御から成っていた。王朝の継承は、自らの利益の観点から国家権力の成長を自らの大義と見なすパワー・エリート of 助力を必要とした。長期的には、教会あるいは貴族のメンバーよりも、ブルジョア出身の法律家のほうが、この役割に適していると証明された。というのは、前者とは対照的に、法律家はその地位と権力のすべてを君主の職能に負っていたからである。

政治システムという中間レベルのはるかに広範な変化は、王室権力を拡大するために戦争・宗教および愛国主義を首尾よく有効利用することから生じた。ヨーロッパ諸君主の以前からの競合関係は、彼らの権力によって不可避免的に強まった。というのも、隣接する君主に打ち勝ち、それらの君主を犠牲にして成長し、今度はその同じ目的から自らを防衛することが何よりも必要となったからである。従って、これらの君主は軍隊の絶えざる増強およびそれらの軍隊に支払う多額の資金を必要とした。近代国家はその成長の決定的に重要な局面で、徴税・行政および主として戦争を遂行す

るための強制装置を拡張した軍事国家であった。

このことは、ひとつの循環過程、強制力の抽出サイクル (Finer 1997) をもたらし、最終的には暴力の対内的・対外的独占をもたらした。究極的には国家だけが戦争を遂行する。かたき討ちあるいは種族間の闘争、貴族あるいは平民の反乱といった私的闘争は、強力な軍備および警察国家のもとではもはや正当なものではなかった。共通の善に奉仕する「必然性」は、国家権力のこのような成長を正当化する重要な議論として役立った。しかし、競合する「告白」教会がプロテスタントの宗教改革—政治的防衛のために支払われるべき代価—以後に、国家に対する自律性のほとんどを失ったとき、宗教は国と国民との情緒的一体化の手段となった。一方の「カトリック」と「ババリア人」、「ポーランド人」あるいは「スペイン人」は、他方の「プロテスタント」と「イギリス人」、「プロシヤ人」あるいは「スウェーデン人」と同じように、ほとんど同義語となった。

本質的な貢献はマクロレベルでの社会的・文化的環境から生じた。第一に、ヨーロッパの地歴的多元性は強制力の抽出サイクルを通じた国家権力の成長への誘因であった。その帰結は、対内的に厳密な単一国家の安定した多元主義であり、これは世界規模では例外事例であった。世界的帝国はヨーロッパでの成算を決してもたなかった。ドイツ人による神聖ローマ帝国がせいぜい同輩中の代表であった。しかし対内的統一は、18世紀後半、19世紀、また一定の場合には20世紀にいたるまで実現されなかった。長期にわたって、ほとんどの君主国はカスティリアとアラゴンあるいはポーランド系とリトアニアといった対等ではない地位から成るいくつかの部分から構成されていた。

いたるところで君主国は、かつてからのヨーロッパの特殊性である一方における自立的な地方貴族の支配の強固な体制に、他方における部分的に自立的な都市・地域共同体の全国規模のネットワークに対処しなければならなかった。その上、宗教改革以前には、教会は自らを独立した共同体、ある点では国家を前にした国家と見なしていた。このような霊的・世俗的

なヨーロッパの著しい二元主義は、同様に著しい政治的多元主義と結びついて、教会も国家も、貴族地主も都市の僭主も、自らの自由以外にはいかなる自由にも好意を示さなかったとはいえ、結局政治的自由の前提条件となった。最終的に、教会の強固な立場はラテン文化の保持者としての役割から生じた。ある程度まで教会法へと変容したローマ法は、君主制的な国家建設にとってのみならず、個人の自由と財産にとっても、直接・間接に基本的な要素であることが証明された。

3. 君主政の時代（中世から18世紀まで）

中世および近代初頭のヨーロッパ諸王は、それぞれの王国の皇帝であると主張したが、それはいわば、彼らが教会における教皇と同様に、無制限の権力（*plenitudo potestatis*）を保持しているということである。歴史上初めて国王の権限を規定したのはフランスの1791年憲法であった。それ以前には、国王の権力は、国王が行いえない何ごとかが存在するという意味でのみ制限されていた。イギリスの国王は実定法を制定すること、あるいは税を引き上げることはできず、フランスの国王は王位の継承を変更すること、あるいは王領の一部を譲渡することはできなかった。

それ以外は、あらゆる国王は「絶対的」であった。すなわち、国王の特権は正義の源、平和の維持者としての根本的義務を実現するのに不可欠なあらゆることを含んでいた。この意味で、ポーランドの「貴族の共和国」およびイギリスの議会体制は同時代人によって「絶対的」と称された。権限を規定する成文憲法がないイギリスでは、理論上今日でも君主は議会に諮ることなく、戦争を宣言し、講和を結ぶ資格を与えられている。しかしながら現実には、中世末以降、これが可能であったのは、必要な財源が臣民の代表の助力で上積みされた場合だけであった。ヨーロッパ旧体制の諸君主は、法的制限よりもむしろ資源の少なさ、伝統的規則および社会的慣例によって制約を受けていた。こうした環境のもとでは、カスティリア、イングランドおよびフランスの王位が世襲となったのに対して、皇帝およ

びデンマーク、スウェーデン、ハンガリーがある程度まで選帝侯を残したということは、王朝による国家形成過程にとって決定的に重要であった。自由裁量で権限を拡大する権利を含む、近代国家の普遍的権限と較べれば、近代初期の君主の特権はきわめて穏当であった。近代初期を通じて、いわゆる「治安」法令（‘Policeyordnungen’）が衛生と公共の福祉、道徳秩序と通信、経済行動および労働関係のような新たな領域をカバーし始めたとき、国家活動は拡大した。これはもはや単なる支配権、中世におけるような答書 rescript による反動的統治ではなく、臣民の生活のかなりの部分にアクティブに介入する行政の拡大であった。しかしそれはまだ、19世紀の時代錯誤的用語である「絶対主義」ではなかった（Henshall 1992）。というのは、何らの法的制約もないような君主政は、1665年から1834年までのデンマークと1693年以降の数十年間のスウェーデンを除いて決して存在しなかったからである。

世界のほとんどの君主政と同様に、ヨーロッパの君主政は神聖な性格をもち、精巧な象徴的儀式を实践し、「神の恩寵により」‘by the grace of God’ 正統化されていた。国王戴冠の儀式は戴冠の宣誓の儀式、それに対応する国民の忠誠の誓いととも、この点で重要であった。しかしそれには多様性があった。フランスでは、政治的な儀式とイデオロギーは真の「王室宗教」（‘religion royale’）を構成し、宮廷・儀式および祝祭をともなう宮廷生活は、あらゆるものを包括する技芸の全体的所業となった。その諸要素のいくらか、とりわけ、フランスとイギリスの君主が腺病 scrofula、「王の悪弊」（‘morbus regius’）である結核を癒すためにそれらを患っている数百人の人々に接触する、国王の接触の儀式はイギリスその他でも繰り返される。諸君主は、君主政がさらなる情緒的支持を必要としている場合には、とくに念入りにこの儀式を实践した。宗教的内乱後のフランスのアンリ4世 Henry IVとルイ13世 Louis X IIIがそうであり、イングランドのエリザベス1世 Elizabeth Iは彼女の王位継承問題のためにそれを行い、また王政復古後のチャールズ2世 Charles IIがそうであった。

他の君主政は、神聖ローマ帝国を含めもっと殺伐としていた。スペインのフィリップ2世 Philip II は、彼の政治的・宗教的聖域であるエスコリアル the Escorial にもかかわらず、決して王冠を身につけなかった。カスティリアでは戴冠の儀式さえなかった。これは教会からの独立を示す方法のひとつであったが、フランスにおいてさえ、神聖性は王室による教会の制御の意味を含んでいたのであって、反対派を制御する意味はなかった。

教会が文化を独占していたために、ヨーロッパの初期の政治的言説は神学的であった。国家は人間の墮落の帰結のひとつであると見なされた。アリストテレスの受容によって、自然人は、誤って君主政を正統化する自律的言説を生み出すために用いられた概念である一個の政治的存在となった。というのは、「政治的存在」は国家にではなく、都市の対面的社会に関連していたからである。しかし、ダンテ Dante Alighieri からロック John Locke にいたるまで、政治理論は本質的に君主政による国家建設の理論に留まった。それはせいぜい、貴族政と民主主義をとまなう制限君主政を、おそらく古代ローマの共和政のような混合的な国家構造と和合させるものに過ぎない。ホブズ Thomas Hobbes は初めて君主制の代わりに国家について語ったが、これはモンテスキュー Montesquieu とルソー Rousseau が現れる18世紀以前には共通の慣習ではなかった。

この変化は、啓蒙的合理性のもとでより有効となった中央集権的制度の発展と表裏をなしていた。行政官はもはや、国王の私的な下僕ではなく、抽象的な国家の専門的官吏、ウェーバー Max Weber が記述したような近代的な官僚（‘Beamte’）へと変容した。中世初期の君主は、その統治機能という点で、しばしば聖職者であった尚書による法の成文作業のために、法廷と評議会（‘curia regis’）のメンバーに補佐されていた。ヨーロッパの君主政のほとんどの中心制度はこのクリア（法廷）の分化によって創造された。法廷は単なる家政に還元され、尚書の事務所は独自の団体となった。

専門的な最高裁判所と公庫が確立された。政治的合意と財政的援助を生

み出すために、重要な問題に関するより大規模な評議会が創られ、これがやがて身分制の会議体、すなわち議会となった。旧評議会から繰り延べられたものは、ドイツの宮廷評議会（‘Hofrat’）のような多機能的な決定作成手段から、核の部分に少数集団から成る支配者の腹心を配した分化した統治団体システム（‘Privy Council’、‘Geheimer Rat’、‘Staatsrat’など）へと変容した。16世紀から18世紀にかけて、権限を蓄積するために、利益のバランスをとるために、相互のコントロールによって不義を防止するために、また、可能な限り多くのパワー・エリートの地位を提供するために、統治への会議体による共同参画という原則が普通の慣行となった。この複雑化した中央統治システムを依然として個人的に処理することができたのは、スペインのフィリップ2世、フランスのルイ14世およびプロシヤのフレデリック2世 Frederic IIのような何人かのきわめて専心的な支配者だけであった。多くの君主は、ウルジー Wolsey、リシュリュー Richelieu、オリバレス Olivares のような個人的腹心である宰相に依存し、あるいは調整のための國務大臣という新たな官職を用いた。イングランドでは、議会運営は国王の腹心の中心的責務であった。近代の内閣政治はその帰結であった。

フランス・カスティリア・ローマその他のところでは、多くの公職が公的に売買されたが、これは財政に資するように私的な蓄財を利用するまったく別の方法であった。国家権力の成長はなりよりも先ず信用度の問題であった。というのは、税金は短期間で戦争を遂行するのに不可欠な多額の資金を調達する信用度を前提としなければならなかったからである。徴税請負はこの目的のために使われるまた別の広く普及した技術であった。動産と所得はまだ行政の統制に服していなかったから、直接税は土地に基づいていた。例によって大量消費への間接税は徴収がより容易であることが証明され、その一方で富裕層は債権者に含まれた。しかし、信用度はまだ個人的な信用度であり、制度としての国家の信用度ではなかった。従って、ローンの返済は当然のこととされ、利子率はきわめて高くリスクがあった。

このような環境下では、オランダとイギリスが、近代国家のさらなる成長への決定的に重要な貢献である、議会の保証する低利長期の公債を創案するまで、破産は権力政策のいつもの帰結であった。

4. 前近代的な選択肢とその政治的遺産

伝統的に、ヨーロッパは自らの人格と財の所有者として男性（およびある程度まで女性）を尊重した。従って、原則的には課税は課税される側あるいは少なくともそれらの人々の領主と管理者の合意によってはじめて可能であった。このために、諸都市国家が身分制議会を召集したように、ほとんどの君主は重要な臣民あるいは団体の代表から成る構造的に同じような会議体を創り上げたが、その起源は1188年のレオン Leon にまで遡る。しかしながら17世紀までには、ほとんどの君主は合意なしに税を引き上げたり、階級身分を無視するほど十分に強力であった。諸身分（階級）のこのような衰退は以前の研究によれば「絶対主義」の本質そのものと見なされてきた。対照的に、諸身分（階級）はある程度までほとんどの国（デンマークを除く）で生き残っており、諸君主は依然としてそれらの身分と交渉しなければならなかったということをわれわれは今日では知っている。しかしイングランドだけは、国王との17世紀の闘争は議会の勝利に終わり、従ってこの団体による財政的制御の確立に終わった。このシステムはフランス革命後のほとんどのヨーロッパ諸国で模倣され、最終的には議会政治・議会制民主主義へと導いた。

世界の他の地域とは対照的に、ヨーロッパの政治文化においては支配者と被支配者との関係は、法的相互性に基づく契約関係と見なされた。支配者による契約不履行が推定される場合には、被支配者は武装して抵抗する資格が与えられていると受け止めた。というのは、彼らの正統な支配者は非正統的な暴君に墮したことになるからである。こうして、一連のヨーロッパ大の革命を通して抵抗権に関する近代初期の言説と実践は、近代的な自由と民主主義の基盤を用意した。

ほとんどの国では、地方権力の保持者がその地域の真の支配者であったのと同じように、貴族階級が身分制議會を支配した。国家の行政制度がこの自律的な地方権力構造に浸透し始めるのは18世紀になってからであり、貴族の支配がかなりな程度まで公行政に取って代わられるのは19世紀になってからであった。しかし、貴族支配の傍らで、あるいはその下に、ヴェニスのような独立した共和国・ドイツの帝国都市・特権化されたイギリスのバラーから、自らの一定の共通の問題を規制する資格をまだ与えられていたポーランドの農奴村にいたるまで、おびただしい数の多かれ少なかれ自治的な都市・地方共同体が存在していた。これが「無数の共和国から成るヨーロッパ」、「自治体主義」‘communalism’のヨーロッパ (Blickle 2000) であり、対面的共同体のメンバーが直接的な問題を決定する世界であった。これらがヨーロッパ共和主義の起源であり、ヨーロッパ自治の伝統の起源であった。

身分制議會が普及したとき、君主と競合する教会権力はすでに衰退しつつあった。しかしローマ教会は、最初の絶対君主としての教皇および最初の非世襲の専門的官吏としての司祭をいただくヨーロッパ初の国家であった。帝国が依然として主に個人の属領に基づいていた (‘*Personenverbandsstaat*’) 時代に、教会は領土権を実践した (‘*Flachen-staat*’)。教会は政治的宗教の規則を確立し、それには現在にいたるまで国家は信者を必要とする超越的な実体のままであるという帰結がともなった。この意味では、ヨーロッパの政治文化は信者の文化であるゆえに、国家は最後の教会である。

対照的に、フランスの「高等法院」‘parlements’、あるいはイギリスの「普通法・衡平裁判所」‘common law and equity court’は本来的には、貴族支配、自治体の自治、あるいは教会のような、君主政による国家建設への自発的な選択肢ではなく、国家権力拡張が生み出したものであった。にもかかわらず、近代初期の統治構造が特殊な集団のアイデンティティと利益を発展させる余地を与える緩やかな構造をもっていたために、17世

紀・18世紀のイギリスとフランスで生じたように、これらの裁判官は一定の状況のもとで、国王の政策の反対者へと変質し、抵抗あるいは革命を先導することができた。しかしこのようにして、法の支配、司法の独立および立法の司法審査の原則が政治文化に導入された。

しかしながら最後には、十分に発展した近代国家は貴族支配に取って代わり、地方自治を中央政府の委託へと還元し、教会と法的装置の完全な制御権を確立した。国家を超えて存在し、国家の上に存在し、国家以前に存在する正義の諸原理は、国家による立法独占権の任意的行使におおかた取って代わられた。しかしそれにもかかわらず、政治的選択肢の遺産は生き残った。すなわち人は自由と民主主義、法の支配と裁判官の独立、自治への要求および国家をもつことを信じることができた。

5. 平等の時代 (19世紀と20世紀)

君主政による国家建設によって大きく発展した近代ヨーロッパ国家は、フランス革命とそれに続くヨーロッパの政治的近代化とともに成熟期に達した。近代性は統一、すなわち領土・国民・統治・主権および暴力の統一を意味した。革命の過程は近代性への最後の方策を講じることになり、旧体制の政治社会を特徴付けていた秩序のヒエラルキーと特権の多元性を、政治的にはすべての国民が国家とその法の前でいまや平等であったゆえに社会階層が私的な区別となったような社会に取って代えた。この時点から、国家の基本的構成要素は家族あるいは団体ではなく個人であった。しかし、情緒的には国家に好意を示す個人が、ある種の参加—必ずしも民主的な参加ではない—へと動員されることは、信じがたい次元での国家権力の究極的拡大、すなわち全体国家を生む結果となった。

準自然的な階級・団体秩序が過ぎ去ることによって、平等な個人から成る近代国家は新たな組織化を必要とした。イギリスと(1975年までの)スウェーデンを除き、これは憲法によって提供された。しかし1787年のアメリカ・モデルと1791年のフランス・モデルにもかかわらず、19世紀ヨーロッ

パの諸憲法は法の支配は確立したが、民主主義も基本権も規定しなかった。これらの憲法の第一の目的は平等な統合であって、平等な参加ではなかった。ほとんどの国は君主政を残していたが、啓蒙期以降、君主政は疑問の余地のない正統性を失っていたので、その神聖性は奪われていた。君主政は徐々に民主的な共和政あるいはそれに近い共和政へと変容した。しかし19世紀を通じてほとんどの国はまだ民主主義には程遠かった。例によって、すべての市民はその投票権において形式的にだけでなく、法的にさえ平等であったが、一定の人々はその富のために他の人々よりもより平等であった (Orwell 1945)。1830年の時点で、全人口中で投票資格を与えられている割合は、オーストリア・デンマーク・プロシヤ・スペインで0%、フランスで0.5%、ベルギーで1.1%、イギリスで2.1%であった。1910年の時点で、この割合はデンマークで17%、イギリスで18%、オーストリア・ベルギー・ドイツ・スペインで21-23%、フランスで29%であった (Reinhard 1999)。

1920年代におけるこの率は成年男子の普通選挙権付与を示している。20世紀まで、国家建設と政治はほとんどもっぱら男性の仕事であった。ヨーロッパ史には一定の傑出した女王・女帝が存在した—カスティリアのイザベラ Isabella、イングランドのエリザベス、スウェーデンのクリスティーナ Christina、オーストリアのマリア・テレジア Maria Theresa、ロシアのエカテリーナ 2世 Catherine IIなどがそれである。しかしこれらの偉大な女性の何人かは男性の政治文化に苦慮していた。それに女性の大臣、官僚もいなかった。啓蒙の哲学者カント Immanuel Kant でさえ、経済的に独立していないことを理由に女性を政治的実体とは考えていなかった。1869年のワイオミング、1893年のニュージーランド以後、女性参政権はフィンランドで1906年に導入され、オーストリア・ドイツ・ポーランドで1918年に、アメリカ合衆国で1920年に、イギリスで1928年に、スペインで1931年に、フランスで1944年に、そしてスイスで1971年にそれぞれ導入された。しかし20世紀末においても、国家あるいは政府の女性指導者・大臣・議会

人はもとより、女性の公務員さえ依然として少数派であった。

もともと人間はそれ自身を主に対面的共同体によって認識する。父祖たちの土地「パトリア」‘Patria’、生誕の共同体「ナティオ」‘Natio’は、近代初期を通じてさえ、確かにむしろ小規模な領土の実体を示していた。しかしながら、国家建設を通じて人々は大きな見地からそれらを自らの国に適用することを学んだ。最終的に、フランス革命が言語的・文化的共同体を自己規定した後、人々は国家を求めて自らをそれぞれの国民 nationalities、すなわち国民であろうとする存在 nations to be と見なした。イデオロギーとは対照的に、諸国民は自然的実体ではなく考案された実体であった。これはまったくの作為性と恣意性を意味するものではない。現に共通の出自・言語・宗教あるいは領土というようなある種の基盤が常に存在している。最も重要なのは共通の歴史であり、その継続性にたいする必然的な選択権である。象徴体系としてのナショナリズムは、国民としての共同体を成立させ、そのメンバーを統合し、他の共同体との違いを明らかにする。

過激なナショナリストにとって、国民（民族）は最高の価値であり、価値の究極の源である。すなわちナショナリズムは宗教となり、そのような点としてとりわけ戦争において国民の物的・情緒的資源を引き出す。従って、国民建設はヨーロッパの国家建設の最終局面となり、一方ヨーロッパおよび世界大の新国家は、自らをその設立時から正統な国民国家と見なそうと試みた。

政治参加の拡大と国民の情緒的動員は、統治・国家権力の一層の拡張に対応している。共通の宗派は国民のなかでは高度な社会的規律である。教会と国家は中世後期以来、この規律に取り組んできたが、軍隊・学校および工場の助力を得て、この目標を達成したのは19世紀と20世紀になってからに過ぎなかった（Weber 1964）。十分に発展した近代国家の市民は、自らの人格と財産の法的保護と一定の政治参加を享受している。転じて市民は三つの基本的義務、つまり義務教育・徴兵制および納税に服する。国民

主権の擬制に基づき、国家装置はそれ自体の自由裁量で自らの権限を拡大することができ、20世紀のナショナリズム・人種差別・共産主義イデオロギーのもとで生じたような、全体主義的システムへと変質することができる。それらのうちのあるものは国家の終焉を宣言したが、それは不可能であることが証明された。対照的に、全体主義国家は近代国家の発展の最終段階であることが分かった。そしてもっと身近な現代の福祉国家でさえ全体主義の柔軟な変種であることが分かっている。第一次世界大戦以前の限定的な社会保障プログラム（1883年から89年にドイツで創設された労働者のための保険体系）から始まる福祉国家は第二次世界大戦後に急激に発展した。1950年から1983年の間に西ヨーロッパの社会保障費の平均値はGDPの9%から25%へ上昇した。しかし市民の全体的ケアは同時にその生活の全体的規制を意味する。新自由主義的対応でさえ全体的な経済・社会政策を支える大規模な統治行為に基づいている。以前の社会主義的福祉政策とは方法ではなく目標が異なっている。

ヨーロッパ拡張の600年は近代ヨーロッパ国家を政治的組織化の世界標準モデルとした。16世紀と17世紀に確立されたスペイン領・イギリス領アメリカの植民地体制はヨーロッパ的な国家の位置づけと政治文化の前近代的形態を適用した。それゆえに、ほとんどのラテン・アメリカ諸国は依然として権威主義的であるが今日でさえ弱い国家のままであるのに対して、比較的平等主義的社会における伝統的自治は、アメリカ合衆国を、国家それ自体がひとつの価値であるとする信念・官僚的な中央指向 centralism・強力な職業的軍隊および一種の国立教会への信念といった、近代国家の一定の特性に欠けているとはいえ、成功した国家に押し上げた。1839年から1935年にかけて、イギリスの白人入植者からなる植民地は、イギリス型とアメリカ型をほぼ結合して主権国家となったが、その一方で19世紀および20世紀初頭には東アジアとイスラムの帝国は、西洋と対峙した際の伝統的体制の弱点を克服するために自ら近代国家へと変質しようと試み、日本の場合は恐るべき成功を収めた。最後に、第二次世界大戦後のいくつかの脱

植民地化の波を通じて、数多くのまったく人為的に創りだされた植民地が等しく人為的な国民国家となった。国際連合のような、国際法および適度に効果的な国際社会のグローバルな共同体が初めて現実となった。量的にも質的にも近代国家は20世紀を通じてその極点に達した。

6. 国家の分解と政治生活の可能な新形態

20世紀の最後の3分の1の期間に、近代国家の極点は衰退に転じた。手始めに、ほとんどの「新興」国家は、民主主義と効率性の欠如・全体的腐敗および政治的不統合のような、深刻な欠陥を世界規模で招いている。ヨーロッパ的国家モデルの輸出は三つの特殊な位相 constellation のなかで初めて成功した。すなわち (a) そこには、アメリカ合衆国やイギリスの自治領の場合におけるように、ヨーロッパ的な市民社会と政治文化が随伴していた、(b) 日本の場合のように、それ自らの構造と両立する統治組織と社会が根付いた、(c) インドの場合のように、植民地支配が西欧型の市民社会を創造するのに十分なほど長く存続した、という位相がそれぞれである。その他にも、以前の植民地世界、以前の共産主義世界の新興国家は、それらの主権を、旧来あるいは新たな首長制社会あるいはエスニックな共同体のもつ擬似国家的な位置づけにたいしては対内的に緩め、国連あるいは国際通貨基金 IMF のような国際組織にたいしては対外的に緩める傾向にある。それらは単なる「準国家」'quasi state' となる (Jackson 1990)。

同時に、ヨーロッパ諸国家はまた、ある程度「種族」に分解しつつあり、主権を「族長」、圧力団体および国際組織にたいして緩めつつあり、従ってもはや十全な社会的安全保障を提供することができなくなった。全体主義と大衆の政治参加の帰結として、近代国家は自己破壊的となった。ナショナリズム・人種差別および共産主義の行き過ぎは国家に不可欠な信念を破壊した。社会的規律は自己実現の共通の欲求によって疑問視された。新たな人種的・地域的・社会的運動は、ある場合には民主的な自決に基づき、

またある場合には暴力の行使によって、国民の忠誠をめぐって国家と競合し始めた。忠誠の撤退は税と福祉体系を犠牲にして拡大する地下経済を招来した。利益集団と取引することによって、また、有権者にたいして追加的な福祉上の利益を提供することによって、選挙に勝つ必要性は、結局はあらかじめ配分されるほぼ全部の予算をつぎ込む一種の負債の罠にはまった。さらに、経済のグローバル化は、重要な納税者がより低い賃金と課税のもとにある拘束の少ない国家に移住することを可能にしている。

しかしながら、経済上・安全保障上の理由から、ほとんどの国家はその主権の多くを国際組織にたいして緩めている。ヨーロッパ連合はいまだひとつの連邦国家とはなっておらず、不十分な民主主義と社会政策のもとにあるが、しかしそれにもかかわらず、共通の経済的利益は著しい拘束力を放っている。かつて主権の本質そのものであった戦争を宣言し遂行する権利は廃退するにいたった。国家間の戦争と平和の代わりに、われわれは、非戦闘員の地位にもあるいは国境にも顧慮しない傾向にある、いく百もの「度合いの低い紛争」‘low intensity conflicts’に直面している (van Creveld 1991)。

にもかかわらず、国民国家は依然として存在している。しかしそれは権力と政策の独占を明らかに失っている。権力過程においては、それは他と競合するひとつの競争者となる傾向にある。統一、すなわち近代性の構成原理、単独の政治体は、国家権力によってではなく協調する必要性によって調整される多様な政治的単位の脱近代的な多元性にとって代わられつつある。確かに、このような多元主義は結局のところ混沌に終わるかもしれない。しかしそれはまた、幸福の政治的追求を続ける人類にとってひとつの新たな道であることが証明される可能性もある。

3. 「国家形成」の問題—グルーン I・V・Gruhn による論点整理

I. V. Gruhn, "State Formation", *ibid.*, pp.14970-14972.

I. V. グルーン「国家形成」(『社会科学・行動科学国際百科事典』第22巻所収)

国家は、社会的統制および権威的な決定作成・遂行過程を機能としてもつ制度のセットから構成される。さらに近代国家は他の諸国家との関係で自律性を追求する。これらのきわめて一般的な基準を超えて、国家の概念はその歴史的発展・有意な法的考察および理論的議論に関して直ぐに多次元的となる。ある国家の諸制度はそれらの構造とそれらが果たす役割をめぐって対立と不協和にさらされる。制度は時とともに変化し、諸変化はさまざまな程度の自律性と強度を形成し、かつ反映する。21世紀には、国家形成の歴史的軌道と新興国家のより最近の形成—数十の新興国家が20世紀後半に創設されている—に相当な関心があるのみならず、国家能力の概念にも関心がある。国家的・国際的アリーナにおける諸国家の強度と相対的自律性(主権)を測定し評価する政治学者と政治経済学者は、国内的・国際的政治経済における国家の適切な役割に関心を抱いている。諸国家は、政府間制度および営利的・非営利的制度のような他の諸制度と常に競合している。政治学者はこれらの多様な国家的・国際的制度各々の役割と機能を研究し観察している。今日の国家の能力と同様にその適切な役割・機能が活発な論争の争点となっているのは驚くべきことではない。

1. 国家の問題性

多くの有力な古典的理論家は国家形成および諸国家の役割と機能を取り巻いている多面的な争点を研究した。マキャベリ・ルソー・マルクスとエンゲルスおよびレーニンらは国家の形成と役割を理論的に興味深い争点であると見なした。近代国家形成に関するもっと最近の研究者は、西ヨーロッパ

パの絶対主義国家 (Anderson 1979)、国家と革命 (Skocpol 1979) といった他の論題に焦点を合わせている。現代の著作家は、共產主義国家・脱共産主義国家に関連する多くの他の論題に加えて、国家と産業化・ナショナリズム・植民地主義および国家形成のような争点に取り組んでいる。国家形成の研究者の間で現在進行中のテーマは、国家と経済・権力と正統性および国家間関係である。グローバリゼーションの力と国家へのそのインパクトに関する21世紀の分析もまた、国家形成の歴史的進化という文脈からしばしば議論されている。

2. 国家の歴史

近代国家は西ヨーロッパの創造物であり、それは15世紀・16世紀に出現し、17世紀により堅固に根付くようになった。近代国家は、近代の資本主義・科学・哲学の源泉であった同時期の構造と地理的位置のなかで形作られた。多くの研究者は近代国家の進化とプロテスタント形態のキリスト教を結び付けている。一般的に合意されているのは、新たな政治形態の出現—近代国家—は当時の経済的・知的・宗教的發展と緊密に結びついているということである。

最初に近代国家が勃興したのはイタリア・イギリス・フランスおよびスペインであった。近代国家形成の主要な技術的ツールは永続的な官僚制と軍隊の発展であったが、支配者がそれらを獲得することを可能にしたのは資金の入手可能性であった。ひとたび支配者が職業的な官僚制と軍隊を統制できるようになれば、中世の貴族階級はその政治的役割と政治権力を失う。現金の主要な供給源は商工業の中産階級と小作農であった。18世紀後半および19世紀初頭までには、ブルジョアジーは貴族政の特権的地位と君主政の権威を縮減することができただけでなく、廃止することさえできた。ブルジョアジーは国家にたいする大きな統制権を獲得した。フランス革命によって発信された彼らの勝利は、王朝国家を近代国家に変質させた。しかしながら近代国家を、「市民」を意味する「ブルジョア」と規定する

ことは、生まれあるいは職業による地位にかかわらずすべての国民の市民的・法的平等を意味する。旧来の封建的特権の廃止は、財産と教養のある階級が近代国家において特権を奪われることを意味してはいなかった。ティリー Charles Tilly のような国家形成に関する現代の理論家およびミリバンド Miliband、プーランザス Poulantzs、オッフエ Offe のような多くのマルクス主義の理論家は、国家を、エリートによって仕組まれた「組織的強制力」と見ている。他の社会学者は国家を、政治の規則および統治上のリーダーシップと政策に体现される正統な権威のアリーナと見ている。

一定の理論家、とりわけマルクス主義者は生産様式・階級関係および社会的闘争全体を説明する際の分析上の構成概念として国家を取り扱う傾向にある。T・スコッチポルを含む他の理論家の議論によれば、国家は領土と国民をコントロールする「現実の組織」である。スコッチポルは、国家は階級に分割された社会経済的構造に強く結び付けられているとはいえ、国際システムの一部としても理解される必要があることを指摘することによって、例えばティリーよりもずっと密接に国家の法的規定を反響させている。

現実問題として、ある国家は国際関係に組み込まれるので、その他の国家はそれを同胞国家として承認する必要がある。現代の社会学者は、国家は所与の領域内で物理的強制力の正統な行使の独占を首尾一貫して主張する人間社会であるという事実に注目するよう求めている。国家が正統であると見なされるかいなか、いかなる基盤に基づいてその正統性が、国境内また同胞国家から成る国際的共同体において獲得され、また尊重されるかいかは、控えめに言っても歴史的・理論的にきわめて複雑である。

3. 現代国家

現代国家と現代国家体系は同時的に発展した。国家はそれ自体を国内的・国際的に持続させるために強制力を必要とした。19世紀と20世紀の国家体系は二つの世界大戦と冷戦に導いた。これらの戦争は現代国家と国家の国

際システムを形成する上で重大であった。しかしながら、国家における現代の関心と利益は国家の能力あるいはその強制力に限定されない。21世紀に争点となるのは、国家のこれ以後の適切な役割と機能は、市民への政治的・文化的・経済的義務に関して、いかなるものであるべきかを決定するために、他のアクターと競合する、アクターとしての国家の役割である。

国家形成は決して単に「設立」ではない。まったく対照的に、国家形成は当該国家および諸国家から成る大きな国際システム内での社会の性質の変化に基づく形成と再形成の過程である。ある国家および集合的な諸国家の制度と過程は静態的ではない。国家がその適切な機能を遂行する能力を必要とするということは理に適っているが、20世紀への転換期に必要とされた能力は21世紀への転換期に必要とされる能力とはきわめて異なる。その上、諸国家は他の国家制度・国際制度と競合している。例えば、諸国家はヨーロッパ連合・国連および世界貿易機関のような国家間組織と、また、グリーンピースやオックスファムのような非営利組織、マイクロソフトやCNNのような営利団体と競合している。非国家的アクターの財政能力・知識能力・金融能力および法的能力さえ国家能力に挑戦している。このことが示唆するのは、諸国家が廃れるようになったということではなく、それらのそれぞれが国家並みの重要性をもつということであり、国家が市民によって、また形成と再形成の過程を通じて前進し続ける、諸国家から成るより大規模な共同体のなかで、いかなる能力を備えることを期待されているかということであるに過ぎない。

4. 国家の将来

21世紀の開幕当初、世界にはほぼ200のいわゆる主権国家が存在している。それぞれ異なる国家類型の下位集団のなかで現代国家について考えることが有益である。第一に、イギリス・アメリカ・フランス・スペイン・中国および日本のような「旧来の国家」があり、これらは数世紀にわたってかなり安定した国民国家を発展させてきた。例えばアメリカのようにこ

これらの国家のいくつかは多民族的・多人種的である。日本のような他の国家はより同質的である。これらの国家に共通しているのは、一般市民が中央政府を正統と見なしているということであり、概してこれらの国家は安定した政治経済体制を共有する。第二に、「新興の」諸国家がある。これらの国家の多く、例えばサハラ以南のアフリカ諸国のほとんど、またアジア・中東の多くの諸国は20世紀中の植民地主義から出現した。これらの新興諸国家は国家であることの法的規準を満たす傾向にはあるが、それでも多くの国家はそれらの国家の市民の目からすれば国家としての正統性に欠けている。ほとんどといっていいほどそのような諸国家もまた多人種的であり、ある意味の国家性—国民国家に属しているという市民により共有される信念—を達成しなければならない。例えばこれらの国家のうちソマリアあるいはコンゴは21世紀の当初、内乱状態にある。国家の基本的機能を遂行することができない国家はしばしば「失敗した」国家として言及される。そのような国家は国家の法的装飾をもつが、国民国家形成は破綻し、当該領土を統治する国家の能力は挫折している。失敗したあるいは失敗しつつある国家のカテゴリーでは、国家形成の歴史過程がいまだに成就していない。

観察できそうであるのは、国家形成を生み出す歴史的時間枠は、国家形成の帰結と同様にその過程に関連する内的・外的要因の双方を決定するであろうということである。例えば脱冷戦期には、国家の形成と再形成—以前の共産主義国家の場合における—は、支配的なパラダイムが自由市場資本主義の文脈内での民主的な統治形態である時に生じつつある。従って、新興国家・脱共産主義国家の国家形成は、政治的・経済的な支持と承認をもたらすようなタイプの国家形成を促す特異なグローバルな手段を行使する何らかの国際的設定のなかで生ずる。

しかしながら、今日の国家形成、また、新興国家あるいは失敗しつつある国家だけではなく、あらゆる国家の再形成はグローバリゼーションの文脈で生じる。グローバリゼーションは、非国家的アクターによる、またある程度新しい国家間、アクター間の相互作用による国家的・国際的生活へ

のアクティブな参画をとまなう。今日、グローバルな制度と地域的な制度は、国家とともに、ルール作成・ルール施行・知識の創造に参画し、商業・銀行業に関する技術・医薬・遺伝子工学のような分野に参画し、人権規準の策定に参画している。21世紀のグローバル化した世界は主権の観念と現実を再形成しつつある。だが国家は依然としてほとんどの人々の生活にとってきわめて重要であり、それゆえに国家形成は今後とも続く重要な過程であり続け、単に多面的な歴史過程ではなく多次元的に進化する過程である。

4. 国家概念の展開と衰微—ワトキンス F・M・Watkins による概論

Frederick M. Watkins, "STATE: THE CONCEPT", in David L. Sills ed., *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 15, 1972, pp.150-57.

フレデリック・M・ワトキンス「国家の概念」(『社会科学国際百科事典』第15巻所収)

国家は単一の主権に共通して服従することによって統一される、地理的に境界付けられた人間社会の区画である。この語は、社会全体に関連するか、あるいはより特殊的には社会を制御する最高の権威に関連するかのどちらかである。

このような定義が示すように、国家の概念は、まず法律学の分野で発展した主権の概念に密接に関連している。それは、すべての政治社会は法の明確な支配のもとで統一され、あるいは統一されるべきであるとの本質的に法律学的な仮説から生ずる。いくつかの権威から流出する法は係争にいたる可能性があるので、結果的には、当該国の内部に、最終決定を下す至上の法を制定する権威がなければ、当該国の明確な法はありえない。その上、当該国の法が広く行き渡るべきであるとすれば、それは効果的な制裁

によって担保されなければならない。かくして、法的権威と同様に、強制力もともに主権という法律的概念にとって不可欠である。国家は、単一の権威が法律上・事実上ともに最高の権力を行使するような領域である。

政治思想史上、「国家」という語は規範的概念としても、記述的概念としても広く受容されている。規範的理論家は、強制力が単一の明確な権威の手中に集中することが、あらゆる所与の領域における公的秩序の維持に欠かせないと確信し、国家への服従は政治的義務の最高形態であることを何度となく示そうと試みた。記述的理論家は、国家はこの上ない価値をもつものという規範的命題に必ずしも縛られることなく、同じように国家を、あらゆる社会制度のなかで特殊「政治的」である唯一の制度として選抜し、国家の記述と分析を政治学の中心問題と見なすように仕向けた。以下本稿でわたしは近代政治思想におけるこれらの規範的・記述的用法の双方の役割を考察する。

規範的概念

歴史的に言えば、「国家」という概念の第一義的価値は、西洋の政治制度の初期の発展への規範的貢献にある。「国家」という語が16世紀中に現在のような意味で最初に現れたとき、その意義は明らかに革命的であった。この語を用いた人々は、既存の政治的伝統に意識的に対立していた。彼らにとって、国家は現存する事実ではなく、目指すべき目的であった。当時は「王の支配」kingshipを意味していた「主権」という古い概念に新たな意味を与えることによって、彼らは西洋政治の伝統的多元主義を克服することを望み、そうすることによって公的秩序の維持を新たなより適切な基盤の上に位置づけることを望んでいた。彼らの努力はおおむね成功した。数世紀の間に、国家の確立と維持は政治的行為の適切な目標として広く受け入れられた。国家的発展の形成期に、近代世界の政治思想と制度はこの信念によって形成された。

国家概念の新たな志向を促した政治的条件は中世のなかにあった。ロー

マの衰亡に続く数世紀の間、西欧世界の政治組織は極端に多元的であった。理論的には、中世の政治体制は二元的であって、それは、キリストの代理としての教皇と皇帝が、前者が霊的問題の最終的権威、後者が世俗の問題の最終的権威として、キリスト教圏の統治に共同で責任を負うという観念に基づいていた。しかしながら実際には、権威の分担は分を超えてしまった。とくに世俗的領域は重複する管轄権の複雑なネットワークに分解し、その各々がそれ自らの既得権あるいは契約上の権利を付与されていると認識されていた。これらの条件のもとでは、いかなる地域の支配者も法の効果的な支配を維持する権限あるいは権威をもっていなかった。この体制には紛争と不安定がまわりついていた。

近代国家は、これらの難点を克服するための長い、究極的には成功裏に終わった闘争の産物であった。それは、あらゆる他の権威を犠牲にして、地域的君主の権力が徐々に増大することによって遂行された。14世紀までには、フランスの諸王はすでに、教会の独立した権力を減少させ、封建的有力者を制御する方向への長い道りを歩んでいた。程度の差はあれ、他の諸王も同様に成功を収めていた。このことは多くの既得権の侵犯を含み、大きな抵抗に遭遇した。しかしながら、諸王は、彼らの職務の神聖さのために、その全体的競合のなかで、ライバルのほとんどにたいして多大な利点をもっていた。彼らの取り組みの帰結として、近代国家の基盤は中世末までには十分に準備されていた。

マキャベリ

しかしながら、「国家」という概念が市民権を得たのは16世紀に入ってからであった。近代的意味でのこの語を政治の語彙に導入したのはマキャベリ Niccolo Machiavelli であった。彼のこの語の用法は、彼の母国イタリアが当時直面していた特別な問題の反映であった。多くの点で、イタリアは近代政治制度の発展のリーダーであった。さまざまな理由から、封建主義はここでは決して繁栄しなかった。これは、権力の効果的な集中という点で、対抗し合うような伝統的利益が相対的にはほとんど存在していな

かったということを意味した。しかし、イタリアでの権力集中の形態は稀な形態であった。教皇と皇帝間の闘争の伝統的枠組みである国土全体が、単一国家創造の焦点として機能する国王をもっていなかった。ルネサンス期のイタリアは共和国と公国の寄せ集めであり、絶え間ない権力闘争のなかで相互に対立していた。これが、マキャベリが知っていた世界、彼の国家論のなかにその表現を見出した世界であった。

「国家理性」“Reason of state”はマキャベリの思想の中心原理であった。この言い回しそれ自体は彼自身の著作には現れないが、この観念は彼が書いたあらゆるものに暗示されている。この原理に従えば、政治は本質的に総力をあげた権力闘争である。政治的行為の固有の目標は、国家の権力を極大化することである。その目標を促進するように「合理的に」計算されているという唯一の条件に基づいていれば、あらゆることが許される。多くのルネサンス人と同様に、マキャベリは合理的技術の利用によって結果を達成する可能性を見事なまでに確信していた。彼にとって国家は工芸品、政治家の技量と資質によって創り出される技芸の成せる業であった。このような技芸の基本的規則を教授することが彼の政治的著作の目的であった。

マキャベリの理論はそのままの形で広く影響力をもつにはあまりにも過激であった。難点は合法性の問題を彼がないがしろにしたことにある。法の支配の観点から政治的権威について考えることに慣れていた西欧世界は、権力の純粋な追求を他のあらゆる考察の上位においた体制を不本意ながら受け入れた。まさに国家理性はまったく無視されえない概念であった。この造語の発案者であるとされるベテロ Giovanni Betero から始まる、この主題に向けられた著作はヨーロッパの主要な国と言語のほとんどに現れはじめた。しかしながらそれらに対しては一定の懸念が起り、「マキャベリズム」は広く普及する非難の言葉として国際的に流布した。

ポータン

受け入れられるような方法で「国家」という概念の定式化にはじめて成

功したのはボーダン Jean Bodin であった。ボーダンはフランス人であり、政治に関する彼の見解は16世紀のフランスの状況によって枠付けられていた。イタリアの共和国や公国とは異なり、フランスの君主政は典型的な大規模国家であり、従ってその問題は典型的に近代の問題であった。

この国では、中世の多元主義的伝統と制度が、王室権限の伸張に大きく影響を受けたとはいえ、ルネサンス期イタリアよりもまだはるかに強力であった。このことは、宗教改革の発現とともに深刻な政治的危機をもたらした。キリスト教的二元主義の伝統に従って、教会には異端の諸王に対して真の信仰を防衛する権利と義務があった。正統派への主張が、二つあるいはそれ以上の競合する教会の間で論争となっていた時代には、いかなる支配者も人口のある部分に対する異端が出現することを避けることはできなかった。このことは、フランスでは、強力なプロテスタントの少数派が、カトリックの諸王の権威に異論をはさむことを正当と感じるということの意味した。モナルコマキ（暴君放伐論者）として知られる彼らの一部は、異端の支配者は強制的にその地位を追われるべきであり、必要とあれば、殺害されるべきことを主張するところまで進んでいた。プロテスタントは国全体を制御することはできなかったとはいっても、彼らは、中世期から存続していた数多くの地方議会および他の地方機関を支配し、当該王への抵抗の法的正当化としてこれらの機関の伝統的特権を利用するに十分なほど強力であった。かくしてフランス王国の統一は事実上崩壊し、この国は長く消耗し尽くすような宗教戦争の時期に身をゆだねることになった。

ボーダンの画期的な主権論は、このような状況に対応して発展した観念であった。彼は、宗教的過激主義への趨勢を非難し、法と秩序はあらゆる犠牲を払っても保守されるべき政治的価値であると信じていた理論家と政治家の緩やかに結びついた集団である政治派 *the politiques* を支持していた。これによって彼は、あらゆる国家には単一の認知された法作成者、すなわち主権者が存在すべきであり、その決定は最終的権威をもつものと認識されるという結論に達した。主権者に反対するような、いかなる利害関

係者、世俗的・宗教的ないかなる支配権も正当に行き渡ることはできなかった。ボーダンにとって、主権は権力の問題というよりも法的権利の問題であった。一貫した法的秩序の価値は、彼が主権の権威を演繹する際の前提であった。マキャベリとは異なり、彼の国家に関する見解は、法の支配の尊重という西欧的伝統の線に率直に沿っていた。彼を通じて、この概念は西洋政治思想のレパートリーに確固として組み入れられた。

国家の礼賛は17世紀と18世紀にその頂点に達した。三十年戦争の終結からフランス革命にいたるまで、絶対君主政はほとんどひとつの異議申し立てもなく、政治的組織化の標準形態として勢力をふるった。一世紀以上におよぶ宗教戦争以後、ほとんどの人々はボーダンの立場を公共の秩序を維持するための唯一可能な基礎として承認する準備ができていた。君主の権威にたいする最も深刻な制約は、国民の宗教的義務を決定する世俗の主権者の権利を文言によって確定した1648年のウェストファリア条約によって除去された。世俗的問題でも、彼らの至上性が一般的に承認された。実際には、一定の国々、とくにイギリスでは、旧来の多元主義の痕跡がかるうじて残っていた。しかし、これは稀な例外であり、イギリスにおいてさえ、議会における国王という理論的二元主義は間もなく、実際には議会主権に道を譲った。このようにして、西ヨーロッパは一世紀以上にわたって、それぞれの国内で法を作成し強制する無制限の権利を行使する数多くの明確な主権者、ほとんどの場合は世襲の君主によって支配された。

規範的概念の浸食

フランス革命以降、「国家」概念の規範力は一様に浸食される。事実その過程はすでに18世紀初頭から始まっていた。宗教戦争の脅威が収まるにつれて、人民は、法と秩序の維持は、それ自体では、政治的行為を正当化するには十分ではないと感じるようになっていた。個々人の幸福と社会正義もまた、要求をなすことは権利であるとの観点から価値として数えられるにいった。18世紀において、そのような要求への主要な靈感は啓蒙の

哲学であった。法的平等・精神的自由および自由放任経済は、人々に初めて、来るべきより良い世界のビジョンを与えた自由主義の観念であった。ナショナリズムと社会主義は、後になって同様な期待をもたらした。そのような観念によって靈感を吹き込まれた人々にとって、国家への服従はもはや、政治的義務の最高形態として受容しうるものではなかった。主権者が改革者になることに同意するとすれば、それは結構なことで、それに同意しない場合には、改革は彼らを見捨てて成就されねばならない。啓蒙の哲学者が、既存の支配者の「啓蒙専制主義」を通じた自らの目的達成の期待にこだわったといっても、その取り組みの最終結果はフランス革命であった。これは、19世紀・20世紀中に、国家の権威の著しい、また漸進的な下落へと導く長い一連の革命運動の端緒に過ぎなかった。

無政府主義と社会主義

近代的な革命の時代のひとつの帰結は、哲学的無政府主義の展開を促進したことであった。無政府主義的要素は自由主義の理論のはじめから暗示されていた。ほとんどの自由主義者は、強制的制裁によって強行される法の支配への要請を承認していたといっても、彼らは自由市場のような非制裁的制度による社会の自発的な自己規制を強調した。彼らにとって、政府は最小限の統治が最善であった。このことは国家の尊厳と重要性を大きく減少させ、何人かの個人—例えばゴドウィン William Godwin—を、存在することを完全に止めた政府が最善の政府であるという極端な結論へと導いた。

しかしながら、社会主義の勃興との関連で、無政府主義が真に開花したのは19世紀になってからであった。サン-シモン Saint-Simon をはじめとする一定の人々は、社会正義の達成のために統治権力を行使する信念をもっていたとはいえ、より重要な社会主義者は国家を単に経済的抑圧機関と考え、あらゆる強制的権威の排除を主要な目的のひとつと見なした。マルクスとエンゲルスの見解がこれであった。それはまたプルードン Proudhon の見解でもあったが、初期の社会主義運動における彼の影響は前者に較べ

れば二次的なものに過ぎなかった。20世紀の社会主義者は概してこの立場を放棄したとはいえ、それは、レーニンによって確立されたような、現代の共産主義運動の正統な教義として、広範な通用力をいまだにもっている。

人民主権論

しかしながら、ほとんどの場合、国家の礼賛に対する近代の反応は違った形態をとる。通例は強制的権威の要請を承認することであるが、それは主権者と政府の鋭い区別をすることによって現実の支配者の威信を減少させることであった。これはルソー Jean Jacques Rousseau の『社会契約論』(1762年)のなかですでに展開されていた線に沿っている。ルソーの政治思想の顕著な特徴は、主権は人民の譲渡できない権利であり、いかなる政府も人民の代議員としてさえ、立法を含む主権の行使のいかなるものであれ、主権の何らの分有をも正当に要求できないという彼の主張であった。政府の立法上の権威を否定するという点で、彼に進んで追従しようとした後継者はほとんどいなかったとはいえ、彼の人民主権論は広範な影響力をもった。君主政と対決するなかで、フランス革命の指導者たちは、人民の代表としての第三身分がフランスの正当な支配者であるという命題に深く依存していた。それに続く革命で同様な主張が国民(民族)とプロレタリアートのためになされた。それぞれの場合における帰結は、代替的な、推定上より民主的な主権の淵源に訴えることによって、確立された国家の権威の立場を攻撃することであった。

その起源において革命的であった人民主権論は、19世紀および20世紀中に、政治的正統性の唯一広範に受け入れられる基盤となるように運命付けられていた。まことに、フランス革命後の保守主義的な理論家は一時期、主権と統治の古い連結を擁護し強化しようとして試みた。旧来の概念のより重要な擁護者に、政治的伝統を維持する重要性を強調したバーク Burke、および合理的な「世界精神」の究極的成就としての国家というより精巧な理論を展開したヘーゲル Hegel がいた。また、神が政治的権威の唯一の真の源であり、確立された政府に反抗することは神自身に対する罪である

ことを示すことによって、人民主権のより極端な主張に対抗するための、とくに教皇によって展開された試みもあった。その上、自由主義者の間でさえ、人民主権論は一定の抵抗にあった。例えば、ほとんどの自由主義的政府は、非ヨーロッパ国民は自治を行うほどまだ成熟していないという根拠に基づいて、民主的合意に何ら訴えることなく、植民地における帝国の諸権利を自由に主張できると感じていた。しかしながら長期的には、人民主権の観念に首尾よく抗えるところはどこにもなかった。19世紀と20世紀を通じて、植民地帝国と伝統的君主政とともに、民族自決の無視しえない権利を要求する運動に繰り返し道を譲らざるをえなかった。今日、ほとんどの政府は、それらが事実上いかに抑圧的であろうとも、自らを国民の代表として正当化することが不可欠であることを理解している。その意味で民主主義は現代政治のほぼ普遍的な規範である。

このような展開は国家の規範的概念の価値を目立って減少させるにいたった。主権者が、現に支配する君主であった時代には、国家の権力と威信は彼の一身に集中していた。王位の霊気 aura は彼と彼の臣民の間に巨大な距離を生み出し、彼の意志を執行する文民と軍人に特別な威厳を与えた。民主主義的状况下では、国家に関するこのような見解をそれ自体として維持することは容易ではない。ある民主主義体制への忠誠は国旗、国歌、制服および王室によってさえ象徴されうるが、このような象徴が指し示す権威はもはや、臣民にたいする一君主の権威ではなく、それ自らの個々の成員にたいする、集合的にみた主権的国民の権威である。このような環境のもとでは、国家と、その名において、またそれにたいして権威を行使しつつある市民とを区別することは困難である。このように認識される国家は冷淡な法的フィクション同然である。注目は国家から現実の支配を行う政府へと移行する。

立憲民主主義

国家概念の浸食は立憲民主主義の場合にとくに明らかである。統治権限が、成文であれ不文であれ憲法の規定によって制限される場合、いかなる

者であるにせよ誰かが主権を行使する立場にあると言うことは困難である。政府は「主権的」国民の意思を反映していると仮定しても、現実の決定は私的・公的な多くのさまざまな機関が一定の役割を果たすことを認められているような複雑な政治過程の結果である。これらの多様な機関の権利と義務は憲法によって規定されているので、立憲民主主義体制では憲法それ自体が主権的であると時折言われる。このことは、そのような社会では憲法への服従は、かつて国王への服従と結び付けられてきた規範的価値の多くを獲得しがちであるという意味では真実である。しかし憲法は国王とは異なり、それ自らの精神と意志をもつ人格ではない。それは何ものかによって規定され強制されなければならない法と慣例の集合体である。他の民主主義過程と同様に、立憲的決定の作成過程は冗長である。法的観点からすれば議会の権利が事実上無制限であるイギリスにおいてさえ、実際には憲法を改正する絶対的権限をもつ単一の機関は存在しない。ある立憲民主主義体制の権限はきわめて現実的な意味で被治者の同意から生じるとはいつても、この合意を引き出す過程は実に複雑である。そのような体制のなかに主権があると言うことはほとんど不可能である。

従って、規範的目的に関しては、国家と主権の概念はそれらが以前もっていた重要性の多くを失っている。最終的な法的権威の探求をどこかで止めなければならない法律家にとっては、これらの概念は常に有意義である。世界中の独立していない国民にとっては、独立した国家の地位の観念はいまだに大望の対象である。従って、国家と主権の概念はすべての規範的価値を失ったと言うことは誇張であろう。しかしながら、あらゆる形態での近代民主主義の取り組みはそれらの概念の価値を減少させてきたという事実は残る。現在、世界のかなりの部分は共産主義体制によって支配されており、この体制は究極的な「国家の衰亡」を明確に約束し、社会正義とプロレタリアートの利益という観点から強制力を継続して行使することを正当化している。共産主義が流布していないところでは、魅力に富んだ言葉は「国民」、「国」、「民族」および「人種」である。今日、国家への服従を

最高の義務形態と見なす国民はほとんどいないであろう。政治の究極的価値としてのボーダンの国家論は実際には絶滅している。

記述的概念

規範的役割に加えて、「国家」の概念はまた、記述的な政治科学を創造しようとする試みのなかで重要な役割を果たしている。実際のところ、政治権力は主権の権力以外の何ものでもなく、従って政治学の適切な対象は国家の研究であるということにほとんどの人々が同意した時期があった。

“political science” という英語に相当する、それに最も近いドイツ語である *Staatswissenschaft* は、決してドイツ語圏に限定されない観点を反映している。かくして1910年に現れた有力なアメリカの教科書である、ガーナー James W. Garner の『政治学序説』は「政治学は国家に始まり、国家に終わる」“political science begins and ends with the state” と書き始めている。政治学という個別科学に関するこのような見解は、かつては標準的な見解であったが、今日それに同意する人はほとんどいない。

国家だけが真に政治的な行動の基盤を提供するという観念は、西洋政治思想の始原にまで遡る。プラトン Plato とアリストテレス Aristotle にとって、都市国家すなわちポリスは、人間に固有な社会的行為能力の究極的表現であった。多くの社会的要求は家族や村落のような集合体によって満たされうるとはいつても、これらの初期の哲学者の意見では、人間が自らも十全な潜在能力を実現することを可能とし、自らの社会的実在の適切な目標である「善き生」を発展させることを可能にするのは都市国家だけであった。善き人間とは、完全に統合されたポリスのなかで、すべての同胞市民との密接な調和のとれた交流に生きる人間であった。従って、西欧政治思想の定礎者にとって、都市国家は他の社会とは属性的に異なる人間社会の一形態であった。家族のようなもっと小さな単位は自足するには小規模すぎた。東洋の巨大な蛮族の帝国のようなもっと大きな単位は人間の社会的コミュニケーションの要求を満たすには大規模すぎた。人間が社

会生活の真に正当な人間的な形態を達成することを可能とするのに適して大きく、またそれに適して小さいのは都市国家だけであった。政治学が古代ギリシャに関して、ポリスで始まりポリスで終わる理由はここにある。

この伝統の影響は近代政治思想に明らかに反映されている。まことに近代国家は多くの点で古代のポリスとはまったく異なっていた。その領域圏は通常はるかに大きく、成員の社会生活との関係はそれに呼応して後者ほど緊密ではない。結束の固い市民共同体の共同生活の局面と見なされる代わりに、近代国家は、多かれ少なかれ雑多で異質な臣民の集合体を支配する外的コントロール機関として現れる。イギリス帝国とハプスブルク帝国がこの点では典型的事例である。しかしながら、そのような集合体としては古代のポリスと異なっているが、近代国家は政治の特別化された科学の中心問題と見なされる資格があると思われるという点で、その先行事例(ポリス)と似ている。

本質的な点は、近代国家は古代のポリスと同様に、社会統合の唯一効果的な形態を提供するのに十分なほど大規模で、またそれに十分なほど小規模でもあるということである。あらゆる近代社会において、人間の権利と義務は広範で多様な集合体によって規定され、さまざまな機関によって施行される。何らかの単一の国家に較べて、家族のような集合体は広範さに欠け、ローマカトリック教会のような集合体は広範すぎる。だが、大規模であれ小規模であれ、これらの「私的な」集合体は滅多に自足的ではない。それぞれの目標を追求するなかで、それらは往々にして紛争にいたるような対立する要求を行う。国家の特異な機能はそのような紛争を規制することである。主権者が対立する要求に決着をつけることができ、必要とあれば十分な強制的制裁力をともなう決定を強制できるような領域では、実質的程度の社会的結合を達成することが可能である。このように近代国家は古代のポリスと同様に、統合行為を達成する唯一の能力によって他のすべての結社と区別されるべき結社の一形態である。政治学が国家に始まり国家に終わるという観念は、このタイプの行為、またこのタイプだけが本質

的に政治的であるという観念の反映である。

しかしながら、この観念はもはや、現代の政治科学者の理論と実践に対応するものではない。国家と主権の問題は折に触れて議論されるとはいつても、それらが政治学という個別科学にとっての中心問題であると見なされることは滅多にない。とりわけアメリカでは、注目点は主に政治権力の問題および政治システム全体の性質と機能にある。その傾向は政治を、社会組織のある特定のタイプ、すなわち国家にとくに限定される機能と見なすのではなく、社会生活全体のある特定の機能的側面と見なすことである。この観点に従えば、労働組合あるいは職能団体に存在する権力関係は、国家の政府内に存在する関係に劣らず「政治的」であり、それに劣らず注目に値する。実際に、一定の研究者は、「マクロポリティカル」なアプローチよりもむしろ「ミクロポリティカル」なアプローチこそ最も有望なアプローチであり、あらゆる大規模な政治構造の研究は小規模集団および対面関係に関する徹底的な認識に基づくべきであると信じている。このことは、現代の政治科学者が大規模な形態の政治組織に関心がないということではない。近代国家はあまりにも強力な制度であるので、政治の研究者はそれを無視することはできない。しかしそうはいつても、今日の関心はそのような制度としての国家にあるのではなく、その内部で作動する統治組織あるいは政治過程にある。

関心が国家から離れたことは、少なくとも部分的には、現代の政治科学がますます非法律学的性格となったことの反映である。国家と主権の概念は、法的権利の決定と施行が社会統合の最も重要な技術であるという前提に伝統的に依存していた。自ら効果的な「法の支配」の維持に長年にわたって関与してきた西欧の政治的伝統はこの前提に基づいている。政治の諸問題がこのような点から考えられるとき、政治学と法律学が密接に結び付けられ、多くの共通の概念を共有することは自然である。しかしそうはいつても、現代の社会科学者にとって、政治的問題への法律学的アプローチはどちらかといえば性に合わない。法は社会のなかで重要であるとはいえ、

それは社会的行動を制御する多くの可能な担い手のひとつであるに過ぎない。現代の政治学者の一般的信念によれば、政治権力の研究はその徴候のすべてについてなされるべきであり、その法的側面に限定されるべきではない。

もちろん国家は法律学的観点で規定される必要はない。法の強制的側面のために、権威と同様に権力は国家の観念と結び付けられて考えられてきた。事実上の主権と法律上の主権とのよく知られた区別はこの事実の反映である。そうであれば、権力の問題に特別の関心をもつ政治学者が自らの注意を主権の事実上の側面に限定すべきではなく、国家を単にこれらの観点から扱うべきであるという理由などない。法的権威の問題を参照することなく考察する場合、国家の特異な性質は、他の結社と較べて、それ自らの領域内で強制力を独占しようとする試みである。絶対的独占の限定的事例は決して事実として存在しないとはいっても、それに近い例はしばしばあった。従って、純粹に記述的な政治学の立場からすれば、国家をその限界という観点から規定し、特定の時代と場所で達成される大なり小なりの独占をともなう状況を研究することで十分である。このように規定される「国家」概念は、法の作成と施行との必然的な結びつきをもたず、政治問題へのまったく非法律学的アプローチと両立する。

しかしながらこの形態においてさえ、この概念はほとんど用いられない。難点は、この概念が政治生活の強制的局面を過剰に強調することにある。絶対君主政の時代では、政治を、支配者とその臣民間の命令・服従という一方的関係として考えることは不自然ではなかった。主権者たる国民とその政府との相互作用をそのように単純に理解することはできない。現代の政府が強制的に行為する可能性があるとはいっても、政府には、旧来の君主政の特殊な強大さを組成していた主権者との究極的な一体化が欠けている。「国民主権」という概念は有益な政治的キャッチフレーズとしてまだ存続しているが、それは現代政治の現実に多くの光をあてるにはあまりにも抽象的である。政治学者が、かつて「国家」という概念のもとに包摂さ

れていた諸現象を記述する上で、他の語を用いることを選ぶのはこのためである。

5. 国家概念の有意な変数性—ネットゥル J・P・Nettl による問題提起

J. P. NETTL, "THE STATE AS A CONCEPTUAL VARIABLE",
World Politics, Vol. 20, No.4, 1968, pp.559-592.

J・P・ネットゥル「概念変数としての国家」

国家の概念は社会科学においてはいまやまさにそれほどの人気を得ていない。だが、それは骨格的な、おぼろげな存在を維持している。それは主に、研究の力点と関心の変化にもかかわらず、それが存在しており、いかなる概念上の再構成もそれを溶解しえないからである。本稿は概念的アプローチを発展させるものであるが、それは歴史のあるいは経験的事実を損なわず、国家の概念を現在の卓越した社会科学的関心と分析方法へと統合する手段を提供するものである。このアプローチは便利な概念化を提供するだけでなく、本質的な問題をもつ一定の帰結を攻撃することに資するであろうことが期待されている。有意な領域は巨大であるので、ここで試みることのできるのは筆跡の外形以外の何ものでもない。

I

社会学者がしていることは分析枠組を提供することであり、そこでは国家は諸構造のひとつの可能な具体化であり、ひとつの政治的次元であり、あるいは社会的紐帯のひとつのシステムでさえあるが、そのいずれかひとつの性格だけをもつものではない。システム分析は、社会学的であれ（構造機能論）、政治学指向であれ（出力—入力）、あるいはサイバネティック的であれ（自己操縦的な情報と制御システム）、伝統的な国家の集合性を

ひとつの重要な部分とする目標達成・転換あるいは規制構造に関する経験的規定の余地を残している。権力・強制力・勢力・価値の権威的配分あるいは暴力の行使に基づくより伝統的なアプローチは依然として、もろもろの関心に関するもっと直に中心的な「国家領域」をめぐる群生する傾向にあるが、今日では確かにそれらの関心をあまりにも厳密に国家と密着させることを避けている。これは今となっては十分知られており、専門的には内在化されている一おそらく過度に一ので、一方の国家と他方の政治あるいは社会の間にあるこのようなぼやけた縁をあまりにも詳細に描ききる必要はない。

この変化に貢献するものとして簡潔に引用される二つの要因がある。ひとつは、今日社会科学者にとって主権の問題は見込みがないということである。30年以上前、ワトキンス Frederick Watkins は、国家を「限界概念」「limiting concept」—あらゆる点で限定されなければならない理念型的状況—と見なすことによって、主権を政治学的関心の縁に押しやった。彼は主権を、自律性の観念、すなわち国家それ自体にも、また国家内のあるいは国家の下位にあるすべての結社にも適用されるもうひとつの限界概念によって限定し、そのようなものとして、唯一の政治的要因としての主権の価値を貶めた。このとき以来われわれは、歴史的・哲学的（およびもちろん法的）議論の文脈を除けば、主権概念についてほとんど耳にしない。

もうひとつの要因は、歴史的歩みの内部で国家の概念を使用し続けることがますます経験的に難しくなっていることに関連するが、そのような歴史的足跡ときわめて密接に結び付けられて考えられてきたのは国民国家の展開である。近代の社会科学的意識への第三世界の参入がひとつの直接的帰結をもつ（あるいはもつべきである）とすれば、それは国家と民族の連結が断たれるということである。以前扱いにくい例外であったもの（スイス・ソビエト連邦・概して帝国など）がいまやほぼ非-国民国家の準拠となっている。事実、十分な「発展」（「 」はこの語の特殊性・規定あるいはこの語への係わり方を欠いていることの弁解を示す）を達成するために

中央政府の行為を求める多くの懇請は、非-国民(民族)的環境における十分な国家への要請を示す傾向にある。しかしながらある意味で、発展途上国の文脈で「国家」という語を継続的に用いることは、社会科学内部での概念的未開発の形状を表している。すなわち、そのような諸国を、「国家」を民間のあるいは軍事的官僚制あるいは政党のような機能的により特殊なあるいは限定された構造へと概念的に分解する傾向から明確に免除することからは程遠く、国家の概念を用いる研究文献は「旧式の」感覚でそれを用いている。それは新たな術語を適用するところまでまだ手が回っていないからである。

II

だが、これらの展開あるいは変化は、純粋に流行の問題でもなく、より良きものへの進化でもない。たとえそれらの展開や変化が一般的進化と同様に流行の要素をふくむにしてもそうである。概念の変化はイデオロギー的・地理的に条件付けられる。国家概念の侵食は、社会科学の重力の中心が過去30年にわたってアメリカ合衆国へと移行したこと、とりわけ過去15年でそれが加速したことと表裏をなしており、また明らかにこのような移行にともなう機能的部分である。アメリカの社会科学が相対的に「国家性を欠いていること」“statelessness”は、長期にわたって、トクヴィルによって繊細な指先で予言された平等主義的・多元主義的社会が巨大な大陸中に制度化されるにいたった、アメリカ合衆国の相対的な国家性の欠如と表裏をなしている。アメリカの社会政治的的自己点検は国家の何らかの妥当な観念の余地をまったく残していないということを理解するために、ただそのことのために人はリブセットあるいはミッチェルを読むべきである。しかしこれは、事実上ずっと古い問題—専門職業化の欠如および社会科学の安穩として鈍感なあるいは個人主義的な世界観 *Weltanschauung* のために長く眠りについたままであるとはいえ—を強調しているに過ぎない。かくして、過去3世紀にわたって結局のところ実質的な貢献をしてきた、

政治・社会理論のイギリス的伝統は、無政府主義的であれ、新ヘーゲル主義的であれ、ヨーロッパ大陸的な観念が周辺に侵入したことを除けば、約30年あるいは40年前のラスキ Harold Laski あるいはおそらくマッキーヴァー MacIver まで、国家のいかなる生粋の理論もなく、十分生き延びた。もちろん、イギリスがとりわけすぐれて国家なき社会であったというのがその理由である。「近代の時期でも、イギリス君主政一敢えて「イギリス国家」と言うことは滅多にないがヨーロッパ規範とは異なる経路をたどったのは、大いにこれらの特殊性のためである。

これらの議論が示唆するのは、国家の概念は社会科学のひとつの変数として、社会科学それ自体が関心を抱く多様な経験的現実の反映として扱われており、また扱われるべきであるということである。社会科学が科学的還元論を目指し、すべての付随現象的あるいは臨時的要素を、緊急性・基本性・不変性から分離しようと試みる限り、国家の概念は危機に瀕する。しかし、国家の概念が、諸社会間の重要な相違と断絶を指摘する作業概念へとすることができ、体系的に質的あるいは量的区別さえ可能にするとすれば、それを呼び戻すケースがありうる。しかしながら先ずいくつかの問題が解決されなければならない。

厳密な比較分析の目的にとって、国家とは何か。

①第一に、それは、機能と構造のセットを、それらの適用可能性を一般化するために集大成するひとつの集合体である。この規定は国家概念を国民・領土あるいは法的主権と同格の次元に置く。国家と主権を主として同格のものとして関連付けることの難点は、その関係が社会政治的観点からして適用できないということよりもむしろ、それは空間的・社会的次元を無視することによって狭すぎる、また他の有意な概念と関連させる正当なレベルのための概念を「準備」しそこなっているという点で広すぎるという意味で、不十分であるということである。主権国家の観念は、下位の結社に相対する上位の地位にもっぱら焦点を合わせ、従って、国民・社会あるいは領域のような他の集約的概念との関係を分析する可能性を阻害している。

この規定の構成要素の一般化あるいは非人格化は、「朕は国家なり」というフレーズの重要性はその格言のありふれた質にあるのではなく、このような同一化の特殊性と異常さにあるということを正確に評価することによって最もよく把握されうる。国家の観念がまったく有意義であり、単なる統治の寄せ集め袋ではないとすれば、それは一法的意味ではなく政治的意味での一個人の権力と分離されねばならず、また個人の権力に対立さえしなければならぬ。「主権者は緊急事態を判定しあるいはそれに決着をつける者である」というナチの法律家の有名な言明について重要な点は、一定の民主的コメンテーターが指摘したように、その言明は法の破壊であるということではなく、それが権力の制度化としてのあらゆる有益な国家概念を否定することである。

明らかに、この規定は国家にとって妥当な特定の機能あるいは構造のいずれも示さない一般的な規定であるに過ぎない。後にもっと明らかになるであろうように、そのような位置づけの規定を試そうと提案しているわけではない。というのは、まさにこれは事実上、変数の構成要素のひとつであるからである。法・官僚制あるいは統治と国家との包括的な概念的同一化は単に、国家の適切な観念あるいは現象がなくこれらの構造のあるものあるいはすべてが存在し機能する多くの他の状況においてではなく、一定の経験的状況においてより良く特定化され、また国家の一部である諸構造を分類することによって、国家の人為的な（またおおかた自己規定的な）観念を再度課すことであるに過ぎない。事実上、われわれが見るように、それらは一定のケースでは全体として国家の代用となる可能性がある。

②第二に、また集約的側面の結果として、国家は国際関係の分野におけるひとつの単位を代表する。ホッブズが300年前に指摘したように、何らかの主権者の権威の範囲内にある市民社会—われわれが今日、社会あるいは社会システムとして記述する（状況を通じてではない）領域—と、しばしば任意的な非体系的な衝突と共謀の関係をともなう自然状態である国際領域とは根本的な違いがある。ここでは国家は基本的な他に還元できない単

位であり、それは社会における個々の人間に等しい。今日では国家よりもむしろこの役割における「国家的アクター」に言及することが流行であるが、これは主に、分析がその出現をより秩序付けられた国際システムの一部と期待を込めて理解するような、伸張性のある対照的な国際的・脱国家的単位を提供するためであり、国家の真の侵食よりもむしろ分析上の便宜のためである。

このような国際的文脈では、国家の概念は、ひとつの単位であることに加えて、資源動員のほぼ排他的な、また受容しうる中心を成す。国家が対内的にいかなるものであり、いかなるものでない（これが本稿の論題である）にせよ、過去「外交問題」におけるその主権と自律性双方への異議申し立てはほとんどなかった。今日では、国際分野において、観念的には絶対的な国家の主権と自律性に対する一規範的・集会的-統合的・多元的-統合的な一制約が増大している可能性があり、これらについては以下で簡潔に言及されよう。しかしわれわれがここで関心をもつのは、国家の対内的あるいは社会的局面であって、国際的局面ではない。というのは、国際的に社会のために国家が行為する際のほぼすべての意図と目的および国際問題に関連する国内問題は（脱国家的配置から流出する、主権を制約する諸規範の解釈を含む）国家の大権である。要するに国家は行為の社会内的流れと社会外的流れとの門番である。

従って、ここでわれわれは国家の規定のこのような局面を追究することを提案しているのではない。1点だけ簡潔に注記する価値がある。事実上、この国際的機能は不変である。従って、社会内的領域における「国家性」の程度が低い諸国は、特別な分化した規定を設けなければならない（例えば、他の政府の官僚組織に相対するイギリス外務省の特別な立場、共産主義国家での国家間・政党間にある御しがたい二元性と対立、およびアメリカ合衆国やスイスのような連邦社会での外交問題のきわめて特別な位置づけ—それは連邦政府の側からする国家性の主張の主要な国家理性のひとつである—などである）。統制と行為の社会外的問題と社会内的問題の違い

は、ドイツあるいはフランスのような強力な国家の伝統をもつ国ではそれほど顕著ではない。それゆえに、ここで提供される分析のなかで、われわれが国家性の程度にいかほどのバリエーションを見出そうとも、また、イギリスやアメリカにおけるように、国家の観念がきわめて弱いところさえ、効果的な社会外的あるいは国家内の役割はそれによって影響を受けない。イギリス国家よりもむしろイギリス政府について語る理由がいかなるものであれ、そのことが国際的アリーナ（すなわちシステム）の観点から見た国家としてのイギリス（すなわち国家的アクター）に影響を与えるものではない。そうはいっても、ホッブズにもう一度帰れば、一方が他方に影響することはまずない。つまり社会内的に一個の概念変数としての国家を分析することは、社会外的には不変なものとしての国家の認識によって影響されるものではない。

③第三に、国家は、高度な社会的全体性の集約的概念であるのと同様に、自律的な集合性を代表している。かくしてそれは機能的意味では社会の特異な部門あるいはアリーナである。この自律性の要素はさまざまな点で重要である。ひとつにはそれは事実上主権に対する制約であるものは何かということを強調する。あらゆる結社は自律性の極大化を指向し、ひとつびわれわれが社会に関する多元主義的見解を受け入れれば、他の結社あるいは集合体に相対する国家のより大きな自律性は個々のケースの経験的問題となる（国際システムに含まれる対外的自律性への侵害、政治的統一のための圧力について言っているのではない）。その上、国家の自律性は、十分に対内化された国家概念をもつすべての社会における首位性と同様に排他性の領域に反映されている。これは部門的種類の分離を際立たせることになるかもしれない。すなわち、私的産業部門と公的産業部門の分離、道路建設プログラムと鉄道建設プログラムの分離、あるいは（イタリアにおけるように）電話回線網の競争的システム間の分離などである。最後に、自律性の観念は構造上・役割上の特殊性の強調にとって有意である。これが意味するのは単に、相対的に自律的な国家は、社会内の首位性という機

能的責務を十分実現するために、また、それ自身の自律的部門—行政裁判所・調整局・市民サービス委員会など—内で多様な内的機能要件を複製するために、特殊な諸制度を増殖させる傾向にあるということである。役割レベルでは、国家の自律性は、国家を公的存在とする第一義的な役割の自己認識を表している。このような役割セットの内部でのみ、補完的でより特殊な役割が進展する。

④第四に、国家は本質的に社会文化的現象である。これは、国家概念が特定の構造をもつ排他的な結社から解放され、また自律性の強調から解放されることから生ずる。それは経験的証拠によって強力に示唆されるものである。例えば、フリードリヒ Friedrich がいくぶん尊大に、ある一般法則へと引き上げたこと—「国家は国民の成長を追求し、それを促進することを求めるべきであり、実際にそれが潜在的に生まれ出ることを前提としなければならないのは政治的なものの論理である」—は、事実上ヨーロッパにしか適用できず、しかもヨーロッパ大陸の限定された一部にしか適用できない。国民を構成することは確かに共通の経験の組織的な伝播であり、従ってこれは国王・指導者・教会・政党あるいは国家—あるいはこれらすべてによって構造化され、増幅されうる。われわれにとって、何らかの経験的狀況下で国家を第一義的な国民創設者として指名するためには、フリードリヒの言明が妥当である以前に、国家という全体的集合体の客観的実在と同様にその参画者による主観的な内在化がなければならない—もちろん、国家を概念上のツールとしてその兵器庫に不本意ながら留める社会科学本来の傾向をもたらした、昔日の袋小路の、説明がつかない規定にわれわれが陥らない限りにおいてであるが。

ここで論じられつつあるのは、国家と国民の同一化—実際に、政治・社会生活における重要な要素としての国家というより一般的な認識—は、ある特定の国家の活動と構造に関連する経験的問題に依存しているのみならず、ある国家の概念上の存在への認識を与える文化的体質の存在にも依存しているということである。この体質はさまざまな点で分離されうる。ひ

とつは歴史的なものである。何らかの特定の社会において、国家の存在・首位性・自律性および主権の歴史的伝統は存在するか。もうひとつは知的なものである。過去でも現在でも、社会に関する政治理念・政治理論は国家の観念を組み込んでいるか、またそれらの理念・理論は国家の観念にいかなる役割をあてがっているか。また別のアプローチは文化的なものである。いかなる程度まで個々人はその認識と行為のなかで国家の概念と認知を一般化しているか、またいかなる程度までそのような認知は顕著であるか。この最後のアプローチはおそらく最も重要なアプローチである。というのは、それは、それを欠けばあまりにも一般的な国家の観念によって捕捉される質的にも量的にも特異な現象の行き当たりばったりの拡散であると見なさざるをえないということに関して、何らかの可能な体系的整理を可能とする唯一のアプローチのように思われるからである。

III

この段階では、国家であること、すなわち「国家性」のこれらの変数の質を、3種の伝統—歴史的伝統・知的伝統および文化的伝統—の区別に従って一層明確化し整序することが望ましい。

歴史的伝統

おそらく、多様な国の歴史的経験のなかで国家のあり方を具体的に示す最も目立った要因は、少なくとも国家の分析への既存のアプローチにおいて表明されるように、そのような発展の明らかな任意性 randomness である。例えば、ある歴史的國家の何らかの展開を、人種的に同質的で長く統一され中央集権化された国々と同一視することはない。もしそれがあるとすれば、われわれはイングランドのなかに良く発展した國家の伝統を見出すかもしれない。いずれにせよその証拠は別の点にある。しばしば、國家という地位の最も表立った展開は、フランスとイングランドが統一した後にも長く分裂していた国々で生じた。ここでは國家は、支配権のおよぶある地理的部分から事実上の「國民國家」全体へと、そのインパクトを拡大

することによって (1871年以後のドイツ全体による、プロシヤ的国家概念の「接収」におけるように) 生み出されるか、あるいはイタリアにおけるように、相対的に「国家性を欠いた」構成要素の統一をとまなう新たな、まさに人為的な創造物であった。従って、このような文脈での国家という地位の結晶化を、何らかの正確に比較できる歴史的事象からの帰結と見なすことは困難である。

新たに統一されたヨーロッパの諸国民あるいはベルギーのような複数の共同体をもつ社会による国家性への自己拘束は、ある部分、羨まれたヨーロッパ的指導者から (およびもちろん、次節で議論されるような、まったく「国際的に」流布しているヨーロッパ的な文献から) の慎重な借用の結果であったという相当な証拠がある。疑いなく、17世紀以降のフランスの歴史的経験は、19世紀に国民を統合する革命を経験した諸国にとって、意識的あるいは無意識的なモデルを提供したという点で支配的であった。それは、フランスの国家概念が、ヨーロッパの最も中央集権化した自覚的な国民国家と同等な統合あるいは同等な国民的結合を達成するために最も妥当なものと映ったためであった。ひとつの実体、ひとつの概念としての国家に関する最初の近代的 (あるいはまさに近代直前の) 議論はマキャベリのイタリアまで遡る。しかし、国家の歴史的伝統の現実的展開はフランスで生じた。基本的なヨーロッパ・モデルを提供するのはフランス国家、国家のフランス的観念である—国家に関する観念の哲学的・知的伝統が十全な普遍性・精度に達するのは19世紀初頭以降のドイツにおいてであるといえ—。フランス語のエタ *l'Etat* という語が、普通は大文字で始まる唯一の語であるべきなのは重大な意味をもつ。

だが、歴史的経験が「国家であること」の同様な妥当性を示唆しているが、にもかかわらずそのような位置づけが欠けていること、あるいはむしろまったく異なる意味へと変容したことによって、この観念が顕著なままであるアメリカ合衆国のような数多くの国がある。おそらく、国家に関する何らかの十分な観念を組み込むことのできる真に連邦的なレジームは存

在しない。というのは、この概念に含まれる機能と権力は一ほぼいかなる規定によっても一地域の単位と調和するからであり、従って必然的・総合的な上位性あるいは主権は存在しない。転じて自律性という表現が可能となるのは、社会文化的観点よりもむしろ法的観点においてであり、高度な国家性をもつ単一制社会におけるように、国家という部門を他のすべての部門と区別することよりもむしろ国家の諸部門を他の諸部門から区別する場合である。従って、国家であることの歴史的妥当性は、連邦構造への客観的傾向を保ってきたような社会でとりわけ有意であるように思われるが、中央集権的な統治形態が主として採用されたところでは、事実上の国民を予想し断言さえている、国家について先に引用されたフリードリヒの命題は結局、重要ではあるが限定された経験的事例のセットにとって有意であることが分かる。国家の歴史的機能の基本的規定の構成部分として機能する代わりに、それはヨーロッパ的経験の重要な構成要素変数へと注意を振り向けている。これは例えば、ワイマール共和国下のドイツ連邦主義の見せかけの質と同様に、ヴィルヘルム帝国の中心部に相対する個々の国家の行政的・文化的貧困を説明する助けとなるかもしれない。1945年以降のより信頼しうる適切な連邦構造の制度によって、またきわめて斬新な方法でのその文化的な内在化によって、国家に関するドイツ的な歴史的観念の妥当性は失われるようになったと思われる。1945年以降のドイツにおける国家の伝統的突出が相対的に磨耗したのはまさにこの要素のためであろう。かくしてわれわれは、「国家的姿勢」“state attitudes”の制度化と群生化をここに見出し、国家現象への関心は連邦政府よりもむしろ諸州 Lander に集中した一伝統的な「国家」的観点で諸州を説明し分析する試みはほとんどなされてこなかったとはいえ一。われわれは以下で、このような代用の過程がドイツ政治への知的態度、その機能と構造にどのような影響を及ぼしたかを見る。

国家性の歴史的分析、概念的に突出する国家の認識にたいする別のアプローチは、自律性の問題に直接関連する。すでに指摘されたように、単に

入力を出力に加工し、社会科学の一定のタイプによって要求されるモデルに沿う中立的・可変的構造の存在は、自律性の不可欠な概念上の構成要素に直接反する。イーストンとアーモンドによって仮定されるタイプの可変的構造は、それ自らの価値あるいは規範的構成要素をもっておらず、構造認識の程度がきわめて低い場合を除けば、いかなる意味でも自律的ではありえない。この問題は主権の問題とはまったく別である。国家は自律的であると同様に主権的でありうるし、あるいは単に自律的でありうる。かくしてドイツの伝統は常に主権を強調し、ある意味でその主権的性質から演繹されている国家の自律性を強調する。他方イタリアでは、自律性は強く認められるが、主権は歴史的・経験的にかなり疑わしい。形式的な主張がいかなるものであれ、イタリア国家は他の部門から明確に区別された諸活動の一部門に過ぎないものとして例証されうるのであって、効果的に主権的であるのは特定の領域においてであるに過ぎない。だが、第三の選択肢、すなわち、われわれが通常、国家に関係するとして示す構造が、規定上は自律的ではない、あるいは少なくとも他の非国家的構造よりもずっと自律性に欠けるような状況がある。かくしてアメリカには、連邦裁判所・規制委員会のような十分に自律性の維持された一定の連邦制度と、連邦政府の諸部門の間の明確な分離がある。しかしながら、立法部は自律性の欠如、圧力と利害の交差を反映する構造によって区別される—これは「権力を分有する個別の諸制度から成る政府」と呼ばれてきた。この状況は、統治の三部門間と同様に中央と地方間の権力分立という全体的概念の必ずしも帰結ではないにしろ、この概念と対応している。このようにしてアメリカでは、自律性の真の境界線は、国家と他の諸制度の間に引かれるのではなく、他の地域であれば国家の集合性のなかに凝縮されるような諸制度の複合体の内部およびその間に引かれる。ここでの目的にとっては、制度的自律性の個別の領域へのこのような内在化は、権力分立の根本的含意である。ある最近の著者は、ヨーロッパとアメリカにおける主権と統治の展開を比較して、「アメリカは諸機能の融合および権力の分割を永続化させた

が、一方のヨーロッパは諸機能の分化および権力の中央集権化を進展させた」と警句的に結論付けている。従ってそれはあたかも、歴史的伝統としての国家性の究極的認識が経験的には主権の何らかの概念によりも自律性の要素にずっと依存しているかのように見える。

加えて、国家と政府の概念上の相違はここでは重大である。これとの関連で、われわれが合衆国よりもむしろ連邦政府について語る傾向にある理由は（以下の第4節、法の施行を参照のこと）、立法部が統治の概念から効果的に切り取られている（ワシントンの「下町」からの「議会」の分離）のに対して、国家に関する十分な概念はそれを含まざるをえないからである。もちろん、それと同様なことはイギリスにも当てはまる。事実上、ヨーロッパにおける「国家」という語の論点の大部分は、それが、政府・官僚制および立法府を効果的に接合し、国家と政府の区別に真の価値を付与するということである。

ある限定された歴史的意味で、一定の著作家の仕事に見られる国家と政府との同一視は、国家の他の何らかの概念が形而上学的であり、従って具体的な歴史的分析にとっては価値がないという根拠に基づいて意味をもつように見えるかもしれない。しかし、すぐ後に見るように、形而上学的な構成要素をもつ知的伝統はそれ自体において重要であるだけでなく、純粹に経験的次元上でさえ、国家と政府との完全な同一視は、西洋社会の比較分析においてきわめて大きな問題を生み出す。伝統的立法府とその役割という問題は、国家概念の操作化にとっての難点を常に提起する。国家性の伝統をもつ諸国家は多かれ少なかれ、その内部に立法部を編入しようと試みるのに対して、政府を確立している諸国は当然に国家性を排除するというのは、おそらく誇張ではない。われわれが1871年以降のドイツの立法部の歴史に、またそれらの立法部がそれ自体を国家の基礎的な構成要素と見なすように圧力をかけられ、またおおかた自らをそのように見なしたことに注目する場合に、これは明らかである。同様な問題は、少なくとも1958年までのフランスにも存在した—それは、第5共和政憲法においてさ

え部分的には未解決のままであると論ずることができるにせよ。イタリアでも、国家の包括的な概念はほぼ確実に立法部を編入している。もちろんイギリスでこの問題がほとんど生じないのは、選挙で選ばれた代議員が政党の仲介を通じて政府のメンバーへと置換されることに含まれる、不思議な、重大な、またユニークな役割変化のためであり、これについてわれわれは後にもっと詳しく述べなければならない。

最後にこれとの関連で、不同意の過程と構造に強く表出される国家の観念の歴史的発展の影響は指摘するに値する。「反体制」運動が、強固に発展した国家をとまなう社会でより容易に発展するというのは偶然の一致ではない—不同意の基礎は単に政治的な不同意よりもずっと宗教的・社会経済的不同意であるにせよ。反体制派は、右派・左派を問わずワイマール期ドイツ・フランス・イタリアできわめて強く現れ、アメリカとイギリスではほとんど有効ではなく、ほとんど構造的に表出しない。従って国家の観念は、しばしば仮定されるヘーゲル派の国家観と相即的な国家との非一体化 disidentification を分極化する便利な手段を提供するように現れるが、これについてわれわれは次節で議論する。不同意の政治運動は、不満の対象としての国家に焦点を当て、さまざまな社会における国家性の発展の変数性を示す間接的な証拠である。この問題は、国民統合の要求に対してますます国家からの分離に焦点を合わせる極右・極左政党の現実の歴史によって十分引証されるだけでなく、国家概念を自らの階級への関心と結びつけるなかでマルクス自身によっても引証される。「近代の国家権力はブルジョア階級の共通の事業を管理する委員会であるに過ぎない」という観念は、マルクスが行った一般化のなかで歴史的に最も不十分な一般化のひとつである。さらに彼は後にそれを修正した。すなわち「階級闘争における進歩的局面を画するあらゆる革命の後、国家権力の純粋に抑圧的な性格が浮き彫りになる」はすでに、より大きな国家の自律性の認識への移行を示唆しているのに対して、「国家はその成員の集合体から分離された公的な強制力を前提にしている」というエンゲルスの言明は、マルクス

よりもはるかにウェーバーに一あるいは唯一性の規定を探求するあらゆる現代の政治学者に近い。その上マルクスは、知的にも物理的にも本拠をヨーロッパからイギリスに移し、『資本論』を執筆するなかで、国家中心のヨーロッパにおけるイデオロギー意識と革命の問題によりもむしろ、経済的勢力とそれにともなう階級関係の「イギリス的」分析にずっと多くの関心を集中したとき、国家の問題への関心を部分的に失っていた。よく知られているように、彼は、国家の暴力的廃棄の必然性からイギリスとアメリカを除外するところまで進んだが、それはまさに、有意な制度の本質的に可変的な性質のために、廃棄するような国家が存在しなかったからである。レーニンが1917年、『国家と革命』のなかでこの問題に直面したとき、彼が困難な破壊的経路を選択したのは、単に彼自身が、伝統的なマルクスの思考様式に従った何らかの組織的な階級「委員会」の権力よりもはるかに現実的な、また妨害的な自律的権力をもつ「堅固な」国家と対峙していたからである。

知的伝統

ここで、ドイツが過去150年にわたってその指導的役割を果たしたような、国家についての多様な知的・哲学的観念を跡付ける必要はない。ドイツの思考における国家の知的伝統の程度は、その範囲の両極端、社会問題への最も個人主義的アプローチ—心理分析のアプローチへの侵入を強調することによって十分要約されうる。フロイト的な方法と洞察から政治的に革命的な観念体系を構築しようと試みたヴィルヘルム帝国に関する議論のなかで、この立場が強力な伝統に服従したことは、「いかなるドイツ人もヘーゲルを避けて通れず、ドイツのマルクス主義者でさえ、ヘーゲルのつもりで言っているときにマルクスを口に出すのをためらう」という総括的な格言のなかで十分捕捉されてきた。これと関連するヘーゲルの重要性は、国家の概念に突出した至上性を与えるようなきわめて表立った全体的な国家性の知的伝統を彼が創始するのと同様に要約しているということだけで

はなく、彼は法的・政治的主権の冷淡な観念を自己同一化という「暖かな」—「熱い」ではないにしろ—文化的概念へと変容させ、実際に国家に影響を与えるということでもある。理想化された哲学的概念でヘーゲルが行ったことを、後にフロイトはずっと人格的観点から完成した。彼にとって国家の基礎権力は、催眠的・官能的色合いをともなう愛に依存していた。国家は、社会的進歩の観点で、ある家族における子どもと親の関係から社会における国民と国家の関係への移送点・転轍点となる。ヘーゲルからフロイトへまっすぐ飛ぶことで、ここでの対象は単に、実際にはまったくヘーゲルにまで直接遡って跡付けることはできない知的影響の巨大な全長を短縮することであるに過ぎない。国家概念のみなぎるドイツの思考、トライチュケやマイネッケのような歴史家の著作を通じた、近代性の本質的・社会学的現象としての国家の表出を詳細になぞる必要はない。ヘーゲルに関して言えば、われわれは単に、彼の特定の現象学あるいは弁証法的分析形態にはもはや適合しない広範な支配的な知的伝統を凝縮しているに過ぎない。

主権と国家の論理的つながり、またその相違はこのような文脈ではきわめて特別な局面を帯びる。精神的に実在した主権の観念と同様に、何らかの統治組織の根本的秩序とのその一体化は、ヨーロッパ全体の伝統に見られ、そのような伝統の歴史的・知的特殊性のひとつを構成している。すなわち現実に密接に随伴する観念である。しかしながら、国家の観念は主権の観念から論理的あるいは必然的に生じるのではない。ヨーロッパ大陸では、この一体化は政治と歴史の哲学者の思考のなかで生じたものの、イギリスあるいはアメリカではそうではなかった。イギリスの知的伝統では、主権は、少なくとも5年に一度は行われる選挙の介入によるより民意を反映した時間で調停される特定の制度—国王、議会における国王—と同一視された。かくして、法的主権の中心点はほぼ300年にわたって不変のままであったものの、それは、選挙およびとりわけ政党を通じて効果的に制度化される世論の出現によって、政治的には異議を申し立てられている。イ

ギリスにおける歴史と政治の著作家・研究者の心をいまだに奪っている、主権の効果的中心点を明確化する必要性は、それ自体、国家なき社会の徴候を示している。主権問題の突出は一連の法的擬制および効果的な統治権を行使する上での法的構造と政治的構造の分離を内包しており、そのすべては、そのようなことが存在する国家の具体的構造形態への主権の「崩落」によって厄払いされている。アメリカでは、主権を処理する知的伝統は、その存在をまったく否定することである。実際には法だけが主権的であり、従っておそらく主権の「機能」は、法によって実現され制度化されるものとして最もよく理解される。再度明らかであるのは、主権の多様な特定化がさまざまな構造あるいは概念（国家はそのうちのひとつに過ぎない）へとこのように分化することは、さまざまな社会において多かれ少なかれ重要性をもつ変数を示唆しているということである。ある意味では、国家性の歴史的発展と国家概念への知的関心はぴったり符合するものではない。社会は国家性の知的伝統を強く表出しているが、脆弱で非効率的な国家が存在する一例例えばイタリアがそうである。

時間のなかで明確化され限定される、歴史的に決定される現象としての国家と国民の認識が有意となるのはここである。第一次世界大戦以後の国民的覚醒の波—それによって、ヨーロッパの最後の「残滓」たる帝国において従来から虐げられていた人々が、フランス・イギリスおよびドイツという先進国民国家との国家的同格性を獲得しようと試みた—は、既存の国家は有効な国民を生み出すというフリードリヒの規則には従わなかった。その代わりに、これらの新たに独立した諸国民は単に、彼らが新しく勝ち取った独立を構造化するための国家の概念と実践を採用したのであり、その主要な生存要求は、ロシアとオーストリア-ハンガリーの以前の帝国権力が崩壊したことによって明らかとなった人種的な断絶に基づいていた。いづれにせよ、国家は経験的・概念的に、旧来のロシア帝国、オーストリア-ハンガリー帝政の非国家的環境よりも有意義であった。後継国家の新たな事実上の独立は自律的・自足的統治という観点から具体化された。国家の

全体性、従って1912年のバルカン戦役で始まり、1919年に終わるヨーロッパの国家的伝統と経験の潮流へのこのような実質的な付加の重要性は、国家概念あるいは国家であることの実践の何らかの発展に見出されるべきではなく、新たに現実のものとなった民族独立を詳細にわたって明確にする目的にとっての、進行中の概念と実践の総合的あるいは人為的妥当性にこそ見出されるべきである。確立されたヨーロッパの知的・歴史的伝統の発展と拡大から離れて、これらの新興国家の創造は、国家概念の有益性衰退への最初の章を開いたが、われわれは第5節でここにもう一度帰る。この時期までには、国家の概念は、生命性を失い抽象的になりつつあったのであり、独立民族の効果的な政府および国際的・外交的人格を要約する単なる集合名詞となりつつあった。

そうはいても、ここでわれわれは、生命性のなさ *inanimateness* と脱人格化を区別しなければならない。十全なヨーロッパの知的・歴史的伝統のなかでの国家の概念は、われわれが見てきたように、結果をもたらすのと同様に影響を与える能力のある、それ自体の生命と性格をもっており、その一方で、国民へのその生命力のない添加は、それを技術的には必要であるがそれ以上のもではないような、形式的な抽象物へと転化する傾向にあった。しかしながら同時に、この概念の本質はその常に非人格的性質であった。国家はそのなかで権力を保持する個々人と全体的に同一視されることは決してなかった。これはおそらく、国家の観念を編入する政治的伝統と編入しない政治的伝統との間の最も重要な違いである。イギリスには、統治との個人的同一化の強い要素が常にあった。「統治（政府）」という観念は、いかなるあるいは誰の統治（政府）か—これは君主政であるかあるいは政党を基盤とした大臣の近代的チームであるか—という問題に答えることによってのみ意味があった。ヨーロッパ的伝統では、国家の観念の発展は、主権のもっと古い観念の個人的同一化を突破した。国家という文脈でのドイツ的思考の反政治的インパクトは、優位な政党という観念への長期にわたる嫌悪と恐れを意味したのであって、党派と選挙の勝利の前

提に基づく政党政治を置き去りにした。過去100年の政治的変遷すべてに生き抜いた大連立という包括的観念は事実上、統一的であらゆるものを編入する国家という概念と対比して政党・党派性を否認すること以外の何もでもない。

われわれは脱人格化のきわめて同じような観念を、国家のフランス的・イタリア的伝統のなかに見出すが、後者の場合、国家は政治生活の優位な次元とはむしろ異なっている。かくしてフランスでは、ド-ゴール憲法は、侵襲的・区分的な政党システムを国家行為の領域から分離しようと試みたが、それはそれぞれに別個の明確な行為領域を割り振ることによって行われた。ドイツと同じようにフランスとイタリアでも、特異で自律的な国家の規範と態度と同様に、それに対応する固有の集合性の真の避難所は、国家官僚制の発展のなかにあった。1918年の後継国家は概して、チェコスロバキアとポーランドのありうる例外を除き、党派政治あるいは政党政治から独立した上位国家を生み出すことに失敗し、前記二カ国でさえ、統一的な民族勢力は常に国家勢力よりも優位に立っていた。第二に、ドイツあるいはイタリアのためらいがちなながらも全体主義的なシステムは、ある意味で国家概念を一層格下げした。民族・帝国・指導者は、忠誠のこのような階層性のなかでは国家の入り込む余地を残していなかった。ナチ時代初期における国家の強調はまもなくまったく軽視された。帝国は、民族への統治上の補充よりもむしろ領土上の補充と見なされるようになり、その一方で統治的局面は指導者に凝縮された。ムソリーニによる国家イデオロギーとしてのファシズムのより正統的な表出にもかかわらず、ここでも事実はまた、10年あるいは15年前にきわめて流行したが、いまや衰退しつつある政治学上の概念である全体主義とは対照的に、全体主義—それが何ごとかを意味するとすれば—は、制度化されたあるいは国家のリーダーシップよりもむしろ個人的リーダーシップを強く含意しているということである。国家の強度を真に高めたきわめて数少ない独裁制のひとつは、1930年から1945年のブラジルにおけるバルガス Getulio Vargas の「新国家」体制

Estado Novo であった。

ウェーバーが近代性と効果的な国家の立場を連携・架橋させる際に用いた合理性という全体的な観念は、このような脱人格化の文脈でのみ意味をなす。近代官僚制の合理性は内的に生み出される。すなわちそれが、アメリカ社会科学の変移的意味での対立する諸利益の一定レベルの均衡あるいは妥協を達成する限りにおいて、そのような公平性は、われわれがすでに議論した自律性という重要な現象から分離され、かつそれに付け加わる。このような文脈では、ウェーバーは、思想的発展の過程で国家を階級から切り離すためにマルクスの傾向に従っている。ある意味で、1917年以降のレーニンによる、マルクスの革命観の操作化は、国家の脱人格化および、一方における国家と、他方における反目する支配階級への攻撃と捕捉の分離を暗黙のうちに承認することである。

文化的伝統

国家性の文化的次元は大きく多様であり、従ってわれわれがここでできることはその主要な特徴のいくつかを指摘することだけである。おそらく最も明らかなのは、さまざまな日常的状況での個人的な国家意識の単なる言葉上の表出である。政治の普通の言葉—また実際に市民の認知的経験の表明—は「国家」という語を多様な認識と相互関係のなかで利用する。これがまさにいかに変易的な現象であるかは、国境はドイツ語で *Staatsgrenze*、イタリア語で *confine dello stato* であるが、英語圏その他の国では単に a frontier であることをわれわれが想起する際にすぐさま明らかであろう。同様に、国境管轄権を行使する官吏はドイツでもイタリアでもすぐに国家官吏であると認識できるし、イギリスの国家公務員は他の多くの国での何らかの特定の認識がなくてもそれとわかる。

実際に、「国家」という語の英語での唯一共通する用法は、それを福祉国家の概念—最近の現象であり、その上、わずかに軽蔑的な、あるいは少なくとも皮相な響きをもつ現象—との関係において使用する場合である。

それは、個々人の自律性・決定作成の特異な弛緩を意味し、自分自身が優先順位をつけ決定する代わりに、人間を積極的な構成者ではなく、単なる受益側とすることによって社会の観念を部分的に国家の観念へと崩落させるような、外部の集合性による優先順位と決定を承認することを意味する。いずれにせよ、英語でのその語の使用は特異的・部門的にただ経済的意味においてなされる。すなわちそれはイギリスの政治と社会全体により深く据えつけられている文化的な国家性のなさに取って代わるものではない。

この問題にアプローチする方法は、国家の観念がさまざまな社会における個々の市民の思考と行為のなかにいかなる程度まで組み込まれるようになったかを探求することである。イタリアとフランスでは、国家は、経済・宗教・家族などの他の領域と並んで、自律的行為の分野として即座に認識できる。ドイツでも、一定のこのような自律性が存在するが、それは、われわれが見たように、フランスにおけるのと同様に、至上性と上位性の観念と強く結びついている。イギリスでは同意を得られる規定を見出すことは概してまったく困難であるが、アメリカでは、世界は、ヨーロッパの意味に相対して厳密ではあるが全体的に異なる意味をもつ—すなわち、地域の政府と領土の残余領域である。中央政府の領域に何らかの突出した自律性の観念がある限りにおいて、そこではそれは時折「合衆国」という語によって特徴付けられる。「州知事は合衆国の介入に抵抗する…」。国家交差的に特殊な問題を投げかけることによって、個々人に対する国家観念の相対的に文化的なインパクトを量化するのはそれほど困難ではない。すべての可能性のなかでわれわれは、一定の諸国で「国家」を明示する反応は、他の諸国ではまったく異なる観点と構造を明示することを理解するであろう。これはわれわれが第4節で扱う機能的代用の問題を提起する。

もちろん、高度な国家性の証拠として国家へのポジティブな指向性にのみ頼る必要はない。イタリアにおけるように、国家への突出したネガティブな態度、ベルギーや以前のフランスといった諸国にある、「国家主義」に対する産業界の反感などは、これらの社会内部の個別的認識の高度な国

家性の証拠である。すでに指摘されたように、国家の突出は十分に構造化された分離とポジティブに相関しており、従って統合と不統合の特異な要素であるのに対して、強力に発展した国家概念をもたない社会は、もっとインフォーマルな、社会的に合意を得られるような方法で統合と制御の問題を管理しなければならない。高度な内在的規範を普及させることに成功したところでは、不同意の表出それ自体を効果的に構造化することは困難である。従って社会文化的現象としての国家性は、非生得的 nonnative な制御とそれを補完する規範的な不同意双方の形式的・非形式的メカニズムの文脈における変数として機能する。

国家概念の性質と同様に何らかの社会におけるその量的存在感はおそらく、ある政治的文脈のなかで特殊文化的な変数を発展させようとする試みによって、多様な方法で概念化されうる。われわれは別の場所で「国家構造的-エリート主義的」という変数の使用について論じた。この分析は国家性を特殊的に取り扱うものではないにせよ、それは、一方における特異な政治構造の形式化と突出、それらの構造の意義深さ、またクリーヴィジと過程の正確な代表（国家構造的文化）、他方におけるフォーマルな政治構造とは別の手段を通じたエリート主義的支配という観点から費消できるインフォーマルな、部分的には有意ではない政治制度のセット（エリート主義的文化）に焦点を合わせる。ある程度までこれは、社会システムの相対的圧縮と非分化性に対立するものとしての、社会の下位システムの制度化と分化の機能である。明らかに、現在の文脈では国家構造的文化は国家性の発展と結晶化に結びついており、それに対してエリート主義的文化は特異な実現可能な国家的伝統をそれほど発展させていない。

これとの関連で、ソビエト連邦を参照すれば、ソビエト国家はソビエト社会の発展においてきわめて重要な役割を演じた。しかしそれはまた、ヨーロッパ的な国家の伝統の主流における役割ではない。ソビエト国家の明確な統合機能の多くは事実上常に、国家への従属に強固に抵抗してきた特異な自律的構造である党によって指揮された。われわれが国家の十分な規定

にとって不可欠であるとしてきた自律性の敷居がソビエト連邦で越えられるとすれば、それは党の文脈において行われるのであって、まったく国家の文脈においてではない。その上、ソビエト国家の現象は常に、敵対する他の世界への長期的な譲歩としてさえ、厳密に一時的な非社会主義国家として受け入れられてきた。最終的に、人種の共同体に従属し、またそれから分離しているものとしてのソビエト市民権の重要な発展は、ソビエト国家の創造によって達成されたのではなく、アメリカのケースにおけるように、社会システム内部の認識の追加的要素である一定の地位の結晶化によって達成された。それは、アメリカの市民権が簡単に国家との同一化に結びつくよりもむしろアメリカの生活様式と結びついているのと同様に、最終的にはソビエトの生活様式と結びついている。このように、過去15年の自由化の過程は主としてソビエト国家を犠牲にして生じたのに対して、人民民主主義体制では、それは党を犠牲にして国家の利益とならなければならなかった。

IV

さまざまな社会における国家性あるいは国家の突出は実際に量的変数であるとすれば、その重要性を明確化する有益な方法は機能分析である。国家はいかなる機能を果たすのか。また、それらの機能は国家以外の社会ではどのように果たされるのか。

行政の過程

国家の伝統をともなう社会では、中央行政の対策は国家によって実施されるであろう。イギリスでは、明らかに中央行政の十分発展した形態が存在するが、しかしそれはそれ自体ずっと自律的に制度化された集合体である。その自律性は、国家行政の放射よりもむしろ一種の社会的階級制度 *acaste* の属性である。これはあらゆる種類の重要な帰結をもたらす。例えば、イギリスでは権限の客観的規準の発展はきわめて遅々としているが、それは、国家のようなより大規模な集合体内部の機能の問題が生じないか

らである。内的な価値と規範は、国家の何らかの哲学の一部として結晶化するのではなく、そのような何らかの大きな思想群内部に凝縮されるのではなく、内婚制的に発展することを許容してきた。ヨーロッパにおいて高度な国家性をともなう諸国は中央行政を部門的・特殊的な唯一の問題とさえ見なし、この目的のための技術を発展させたのに対して、アメリカあるいはイギリスではそのような自律性あるいは唯一性の問題は生じない。アメリカでは、官僚的効率性・合理化の問題は産業界と政府の間で共有された。むしろ政府が産業界の始めた仕事を借用したのであり、その逆ではない。行政の諸問題に関するアメリカ人の著作が開花し始め、産業界の処理でその最高度の発展段階に達したことはおそらく重要である。イギリスでは、官僚制の問題はおおむね無視された。自足的な公務員制度は行政を特殊化されていない、きわめて実践的な問題解決形態と見なすことに甘んじてきたが、そのような形態は外部からの技術の輸入を要求しはしないし、フランスやドイツにおけるように、国家行政と呼ばれる部門的あるいは唯一の領域と関連してもいない。一方でのヨーロッパにおける十分に発展した国家官僚制の価値と態度、他方でアメリカにおける行政、イギリスにおける公務員制度の価値と態度に関する比較研究は、これらの違いを際立たせるであろう。

主権の制度化

主権は国家の十分な伝統をもつ諸国では何らの問題も提起しない。主権と国家は同一であるからである。われわれはすでに、国家性の発展と紛れもない連邦制との係争に言及した。イギリスでは、主権は特殊な困難さをともなう問題—すなわちその説明しがたい中心点に関する果てしなき法的・政治的議論の問題である。この文脈での国家についての問題は、それが公然たる問題であり、あらゆる法的擬制を排除するということである。

経験的観点からすれば、強力な国家の存在は政党の発展にかなりの影響を与える。そのような国家が存在するところでは、政党はおおかた社会的クリーヴィジの制度化である傾向にあり、これは通常は多党制を意味する。

しかしながら、そのような国家が存在しないところでは、政党はずっと大きな機能的な重要性をもつ。それらの政党は（国家によって提供されるのではない）権威-正統化のエンジンとなる。このような場合には、利益および／あるいはクリーヴィジの構造化された表出は抑圧される。これが示唆するのは、イギリスでは、政党が国家の正統性機能を代理しているとはならないということである。この議論は、国家の正統性のウェイトがこの場合には選挙で勝利する政党にあり、それには真空状態を阻止するための、緊密に構造化され十分に規律された強力な政党制の必要性が本意ながらもなっていると述べることによって要約される。同様な強度は、国家との同格性を主張するソビエト連邦や人民民主主義諸国のような単一政党制あるいはヘゲモニー政党制においても機能的に要求される。このように、国家性の量的変数は政党の形態と強度にかなりな影響を及ぼす。

しかしながら、一方の国家の存在と、他方の効果的・安定的な主権の発展との単なる同一視を避けることが重要である。十分に発展した国家をもたない社会における主権的権力の中心を認識するという知的問題にもかかわらず、これらの諸国のほとんどにおいて主権の経験的問題は存在しない。絶対君主政の展開はイギリスでは挫折し、スウェーデンでは抑制され手詰まりとなり、アメリカでは決して生じなかったが、イギリスでもスウェーデンでも権力の何らかの分割を制度化する試みはなかったし、どちらかの政府が主権的権力の資源を欠いているわけでもない。効果的な統治権力の発展を、主権をもつ支配者から国家への権力の委譲と同一視することは歴史的に見て不正確である。社会を、権威主義的なものとしての高度な国家性—利益を表出するための十分に構造的な手段を発展させることができないような—と関連づけることは同じように非歴史的である。対照的に、論じることができるのは、まさに国家性の欠如もまた、新たに独立した諸国の短い歴史が明らかに示すように、社会的クリーヴィジの政治的な表出を阻害するということである。そのような表出は議会制民主主義を規定するひとつのありうる方法である。国家性の欠如そのものがしばしば、イギリ

スやスウェーデンのような社会において、代表の政党から統治媒体へと変容することの原因であった。

部門的自律

主権の何らかの内包とは別に、国家の概念は部門的自律への特異な傾向を含むことをわれわれは見てきた。これもまた多様な方法で制度化される。中央行政の規則・国家の自律的領域に関連する諸問題の分化された判定手段の創造（中央によって管理される法に関する主権の要求とはまったく別の）、個別の国家的・私的部門への経済活動の分割はすべて高度な国家性の証拠である。これらの問題を、国家性が現実には発展しなかったイギリスやアメリカのような社会でのそれらの扱い方を指摘することによって強調することがおそらく最善である。

よく知られるように、イギリスは何らかの固有の行政法の発展に抵抗してきた。国家に関連する諸問題の判定は通常の法令およびコモンローに従う。中央行政の行為が通常の裁判所による監視から保護される限りにおいて、それは、特別な規則・手続および裁判所を通じて表明される何らかの部門的自律性の管轄権よりもむしろ、裁判所の管轄権からの主権者の免除を強調する結果である。さらに、多くの政府規制事例における裁判所からの管轄権の除去は、議会法による司法請求の特殊な拒否の結果である。半ば法的な行政裁判所を拡散させる傾向の増大は、この規則への例外ではない。というのは、そのような裁判所は行政に関係する固有の規則部門を適用する上で特別化された司法部として機能するのではなく、諸問題のある特定の機能領域—事実は論じられるが、決定は自由裁量であり何らかの堅固な規則のセットに拘束されないような領域—を取り扱う特別な「法廷」として機能するに過ぎない。「国家」はそれ自体ではこのような手続の当事者ではなく、独立した人格として行為するその個々の機関であるに過ぎない。言い換えれば、これらの裁判所は、法的規則を適用する法廷というよりも、より厳密には政府規制の施行と結びつく社会的利益の宣告と係争管理の機関である。

同様に、イギリスにおける多くの手続についての基礎的な前提と態度は、政府関連の部門的自律の欠如を明らかに示している。ドイツとイタリアでは、国家活動の自律性は、戦後社会の「近代化」—エアハルトの言い回しでは「編制された社会」“*die formierte Gesellschaft*” としばしば呼ばれる—のなかでさえ手付かずのまま顕著に残った。この目的にとっては、国家部門の大小は問題ではない。問題はそれが自律的であるということである。フランスでは、1945年以降の計画化の精神の拡大は、産業・労組・地方政府などの一連の個人と制度的代表を、特別な国家諮問団体へと引き寄せた。機能においても役割においても、これらは国家の流出として行為し、従って急速に成長する国家の部門的関心領域であるものに編入される。しかしながらイギリスでは一政府のイニシアティブの極めて大きな拡大にもかかわらず一、勧告あるいは諮問団体の独立はおおかた手付かずのまま残った。これらの団体は自らのためにあるいは自らの利益のために語っている。それらの団体は国家組織ではなく、したがって結果的に決定作成における政府機関の機能—とりわけその役割—は主に、先導的・自律的機能よりもむしろ、折衝的・係争解決的機能として維持される。これは、政府の介入が究極的にはそれほど効果的ではない証拠として受け取られる必要はない。手続的には、国家活動の真に自律的な領域の欠如は、決定作成の遅延、意見の適合的な思潮を前もって構造化するきわめて多様な委員会・調査会への傾向に導く。しかし社会の凝集性は国家的自律の欠如を補っている。社会的責任に関する規範は、政府を指揮するために選ばれた人々のなかに強く植えつけられており、実際に、委員会で活動するために普通選ばれるのは適度に社会化された諸個人だけであり、代表の選択が代議団体（貿易団体・労働組合のような）の手中にあるところさえ、その役割への期待は明らかに、潜在的有効性（すなわち、助成金を支給される農場価格をめぐる農業省と農民組合の間の年次折衝）という観点から説明される。

エリート主義的社会に強く見られる責任規範の社会的知的意識は、自律的な国家行為として受け入れられる領域の欠如をおおかた補償する。その

上、この観点での自律と主権は対極として現れる。われわれが既に指摘したように、統治上の主権の深く据えつけられた受容は、社会の恭順的な階級構造とあいまって、国家的自律の概念の欠如を補償すると同時に抑制する。国家性は、政治的に表出された階級的不一致の伝統をもつ社会で発展するひとつの品質でありうるが、その一方で合意的社会は事実上、国家を要求しないあるいは発展させない。「分割した社会は中央集権化された権力なしには存在しえない。合意的社会はそのような権力と共存できない」。このことが示唆するのは、社会学的観点での国家は、歴史的発展の一定時期に典型的な社会政治的不一致を統合する現象—国民的あるいは社会的合意の縮図としての国家というより常習的・伝統的な国家観念とはまったく対照的な現象—でありうる。

法の施行

イギリスとアメリカの伝統がヨーロッパの他の地域と異なる点は、法的支配権と法の施行の構造に十分に反映されている。ヨーロッパでは、法の伝統は本質的には国家の放射であり—あるいはむしろそれは、国家の制度が個人的支配者の主権的権力を「引き継ぐ」ときに、国家に編入されるようになった。かくして大陸における法は伝統的に、すぐれて国家の宣言であった。多かれ少なかれ、司法行政に係わる判事・検察官その他は、自らを国家の奉仕者と見なす。それらが施行する法は、国家の司法機能と結びついた入念に体系化されたシステムであると同時に、ある特異な、概して狭く限定されたシステムである。この関係は法治国家 *Rechtsstaat* というドイツ的概念によって強調され、かつ理念化されている。そのようなものとしての法は、それ自体の自律性をほとんどもたない。

他方、イギリスとアメリカでは、法は大量の自律性をもっている。法律家は固有の社会的制度であり、第一義的には国家と結びついていない（ただしアメリカでは、法のトレーニングと実践は、いまは衰退しつつあるとはいえ、統治のプロを補充する強い基盤を提供すべきであるというのはおそらく受け継がれたヨーロッパの伝統の一部である）。しかし、ヨーロッ

パとアメリカには重要な区別がある。後者の場合、統治の表出は、われわれが見るように、主として法的表明であり、従って法的トレーニングは専門機能的である。ヨーロッパでは、法は単に統治業の重要な一部である。大学の法律学課程は統治業コースと事業コースに明確に分割されており、前者はむしろ特別な意味でのみ法的トレーニングを提供する。アングロアメリカの法律家とヨーロッパの法律家ほど相互に通じ合わない職業はほとんどない。アメリカの法律家をヨーロッパの法律家から区別するのは、前者の自律性は専門の意味でずっと堅固に制度化されているという点だけではなく、可能なキャリア認識が統治に限定されず、それと同じように事業や他の活動を含むという点でもある。かくしてわれわれは、国家との連繫から生ずるアイデンティティについてよりもむしろ、自己認識が意図的に、また強固に専門職業的であるような、アメリカの法律家の社会的優位性について語るができる。ヨーロッパでは「国家の法律家」(法の行政・中央行政その他)として記述されることと私的な法律家の間にはきわめて強い断絶があるのに対して、アメリカでは社会的にあるいは専門職業的に、このような相違はほとんど存在しない。イギリスでもアメリカでも、私的な実践は統治への奉仕に通じる。ヨーロッパではそうはならない。

もちろんイギリスとアメリカには重要な違いがある。イギリスでは、法は概して内向きの専門職であり、その専門的自律性は、近代社会の構造に見られる機能的介入を犠牲にして注意深く維持されてきた。法は政治において限定的な役割を果たすに過ぎず、法律家は近来、政治上有力ではなくなっている。アメリカでは、法とその実践家はおそらく政治的・社会的変化を促す最も重要な単一の要因であり、そのような変化をもたらす通常的手段であると何度も証明されている。イギリス法が大陸の法と共有する、既存の規則の狭い自足的な解釈を例示する代わりに、アメリカ法は公衆の態度の主要な変化を密接に先取りしようとする傾向にあり、社会的な思想と行動の全体的拡散を繋ぎとめる手段であることが分かっている。これはあまりにも広く知られているのでここで推敲する必要はない。現在の目的

にとっては、われわれがさまざまなシステムにおけるさまざまな機能の構造的代用に関心があるとすれば、われわれはおそらく、アメリカの法を、ヨーロッパ社会における国家機能の多くにとっての強力な代用候補と見なすべきであることを示唆することで十分である。アメリカ部門的自律性をめぐって競合する諸州・個人およびその他の単位に対立するものとしての一は、主に連邦法という観点から一個の法的人格として自らの存在を表出する。アメリカの社会学者によって近年繁殖される政治システムの変異的モデルのいかなるものもこの法に見合わない。政治と法はアメリカの政治分析では堅固に固有な位置を保っているものの、それらは等しく堅固にヨーロッパとイギリスにおける概念的意味へと併合されるということに注目すべきである。国家性が部門的自律性という観点から認識可能である限りにおいて、アメリカではそれは法との関連から認識可能である。おそらく最も重要なのは、ヨーロッパにおいて伝統的に国家と同一視される編入と目標設定に関するヘーゲル的見地もまた、アメリカでは法的アリーナにおおた収まるということである。イギリス的イニシアティブが本質的には政治的・政党ベースであるのに対して、アメリカではそれに相当する構造的な位置づけは主に法的である。提案は政治的領域で時折生ずる可能性があるが、そうである必要はない。いずれにせよ提案の究極的な正当化は法的正当化である。かくして相当程度までわれわれは次のような観点から機能的等価の問題を考えることができよう。すなわち大陸ヨーロッパの国家、イギリスの政党、アメリカの法である。

社会的な目標達成と代表

最後に、政治を社会システムの目標達成と位置づけ、国家を政治システムの主要な形態と位置づけるパーソンズの見地に従って、われわれは多少なりとも発展した国家の観念をもつ社会における機能の位置づけという問題を簡潔に吟味しなければならない。この問題は同語反復的ではない。というのは、高度な国家性をもつ諸国においてさえ、国家は必ずしも政治システムの構造上の精髓として行為せず、従って必ずしも目標設定あるいは

目標達成の機能を果たさないということを十分論じる可能性があるからである。ドイツとイタリアにおける国家の保守主義の痕跡はきわめて強い。おそらく、自律的部門の限定された領域でのみ、これらの社会における国家は目標を設定する他の政治構造の発展を促進してきた。戦後のドイツ社会は、主に1945年以降の国家的イニシアティブの縮減を通じて、安定・繁栄および政治的均衡という望ましい目標を達成したといえることができる。アデナウアーとエアハルトは、ゴゾーと同様に、以前の革命的時期の国家の過剰な優位に反対し、国家的イニシアティブの慎重な脱強調を果たした。近年、国家性の包括的な概念の質と実際のその限定的な適用とのこのような相違そのものが、社会文化的な溝を生み出し、動揺をもたらしている（大連立はこれを補強するメカニズムである）。イタリアでも同様に、国家は目標達成のイニシアティブを提供しなくなっているが、政治的伝統は政治的選択肢の発展を抑制する傾向にある。しかしながらフランスでは、国家は近代社会の目標設定要求のいくつかにそれ自らを対応させているように思われる。

国家の概念全体は一時的には決定されていると証明されるかもしれない。国家に関する伝統的なヨーロッパの観念および実際的なその構造的適用は、現代の十分に工業化した社会における目標設定・達成の責務にとっては十分ではないかもしれない。これがとりわけ問題であるのは、自律性の領域が規模的に固定したままである場合、自律が主権の効果的な適用を支配する場合、とりわけそれが目標達成のための十分な政治構造の発展を抑制する場合である。ヨーロッパにおける政治システムと国家との歴史的関係は、狭い意味における代表の歴史的関係である。ヨーロッパの国家が政党と容易に共存したのは、それらの政党が主として特定の利益の代表であり、国家それ自体の正統性および目標達成機能を疑問視あるいはそれを引き継こうと試みなかった限りにおいてであった。従って、権威的な目標達成のための二党制の発展は、伝統的な国家にとって重大な難局をもたらす可能性がある（1945年以降のドイツ）。もちろん、国家の首位性あるいは国家

性の存在の強調をアメリカ・イギリスあるいはソ連でさえもが脱したことが、それ自体で必然的により効果的な目標達成に導くということを論じているのではない。むしろ、国家性を潜在的に抑制するような伝統の欠如は、目標達成の機能的・政治的前提条件の発展をより容易にし、弾力的にする。

従ってこの分析が示唆するのは、さまざまな社会における国家性の可変的発展は、それらの社会の政治の性質を明確化するのに決定的に重要な要素であるということである。政治を規定する（また、ついでに、社会政治的分析の全過程における最も困難な規定上の諸問題のひとつを設定する）ひとつの有益な方法は、それを無規範性の一社会領域—そこでは、行為の過程そのものが確立された規範の実行と関連しておらず、初めて規範を確立する作業に関連している—として特色付けることである。そのような概念は必然的に、競争者—政党あるいはその他の集団の形態での—が、社会全体にとって正統的であるとして競合的に提起するような規範で満たそうとする一種の真空地帯を前提とする。しかし、問題の領域がすでに国家的規範のセットあるいは国家の道義性で満たされている場合、政治のこのような規範創造機能は必然的に抑制される。残されているのは利益の表出である。これは必然的に低い「レベル」の政治である。

この点で政治のこれら二つの形態のどちらを優先するか判断を欠けば、ある社会における政治的規範のセットの発展と正統性を通じて社会的目標を達成しようとするいかなる試みも、そのような環境で存続可能な国家を発展させる可能性に関して疑義を提起する。途上国における政府の不安定性そのものが、諸規範の競合がきわめて強いことを示唆している。従って国家は、政治的に支持される体制が相当期間にわたって権力に留まる場合にのみ発展することができ、時間という高い敷居と正統性の制度化を越えて、それ自らの規範を、利益が事実上クリーヴィジ構造によって表出され制度化されるような国家性の状況へと置き換えることができる。第三世界からの現在の証拠すべてはこれとは対照的なものである。すなわち無規範性の政治的領域は大きく、明白であり、従って今日の新興国家がヨーロッパ

パ型の国家を発展させる可能性は遠のいていると思われる。

V

国家の観念は事実上、今日の途上国には根付いていないことに注意すべきである。発展した諸国の経験から十分な政治モデルを慎重に探求する限りにおいて、政党の採用および強調が導き出される。ヨーロッパの政治的経験の途上国にたいする有意性という一般の問題を棚上げすれば、国家—政党という二分法が存在するところでは、力点ははるかに強く政党にあるという証拠が示される。主に軍部によって作動する、あるいは少なくとも究極的には軍部の統制に服する、政党のない国家においてさえ、優れた国家という概念を創り上げようとする試みはほとんどなかった。むしろその力点は民族（国民）—国民国家構造として記述されうるもの—にあった。この点に関しては、イギリスの経験はヨーロッパの経験よりも影響力があるように思われる—おそらく部分的には、それはイギリスの植民地経験が優越しているためである。フランス語を話すアフリカ人の中でのフランス合理主義の伝統の高みでさえ、望ましいヨーロッパの経験の本質的形態として国家を選んだと言われることはほとんどない。実際に、発展途上の世界における伝統的な社会構造と政治的不安定という厳然たる事実を前にして結局引いていく、左翼およびフランスに鼓舞されたアフリカの政治思想の波は、「単なる」政治制度のレベルを超えた抽象性のレベルへと目に見えて移行する傾向にあったし、それ自体を、フランスの経験の具体的形態よりもむしろフランス思想の哲学的指向性と関連付けた。要するに、ヨーロッパ国家の伝統と観念は、今日の第三世界の観念・プログラムあるいは具体的発展に実質的な役割を演じていない。

社会政治的観念の発展と途上国におけるその適用においてまったく重要な役割を演じた慎重な借用という問題とは別に、いかなる国家観念もこれらの諸国のますますユニークで特定の政治的経験から発展しようにない良い理由がおそらく存在する。それらの諸国が、歴史的なヨーロッパの問題

とはまったく似つかぬような特定の問題を処理する上で自らの自律的伝統を発展させるにつれて、何らかの十分な国家概念が現れることはありそうにない。国家性に関するヨーロッパの経験は本質的に、主権を人種的に同質なあるいは少なくとも人種的に規定された領域へと特定化しあるいは狭めたことの結果である。脱中世的な主権が、国家性と国民性に変容したことは、オーストリアやロシアのようないくつかの例外を除けば、概して重大な領土権の包括的縮減に終わり、あらゆる場合に、潜在的準拠の狭まり—18世紀末にいたるまで孤立した地理的共同体の偏狭さからほとんど脱することができなかった人々にとって有利なほぼ無限のヨーロッパの地平が、すべての人々によって共有される国民的準拠の特殊性への道を開いた—をもたらしした。この過程は内部への破裂 an implosion として記述されうる。それを逸脱する事例はソビエト連邦だけであり、ソビエト国家は本質的に超国家的領域であり、ソビエト市民権は人種的な地方自治主義に反する。しかし上述されたように、ソビエト国家はヨーロッパの伝統を十全には内包しておらず、その機能の多くは単一の共産党に付与されている。

他方、途上国には共通して人種的境界、とりわけ従来の「主権的」共同体を横断する中央の権威の拡張がある。植民地経験はそれ自体では、外部支配への反対という解離感・嫌悪感という意味を除けば、国民であることの自覚を生み出さなかった。植民地権力によって切り分けられた恣意的領域の新たな単位への現実的編入は、独立達成の後に続いたのであって、それに先んじたのではなかった。ここでの過程は外部への破裂 explosion のひとつであり、ここでは、政治的に独立した政党あるいは規律された軍事的・政治的造反組織のいずれかを通じて首尾よく構造化された、植民地支配への嫌悪から生じる権力の集中が、今度は新たに「相続された」領域—the nation trouvee に適用された。この暗喩は、内側への集中と外側への拡張という反対の観念、その後のエネルギーの拡散に注意を向けるものである。明らかに、二つの経験における反対に作用するエネルギー運動は同様な国家現象をもたらすようにはない。

変わらないものがひとつだけある—国際分野における各国家的アクターの国家性の発展である。新興国家・途上国は、国際的役割と地位を強調することによって、自己規定・統合および国家としての存続可能性さえ求めてきた。しかしこれはわれわれが議論してきたヨーロッパ型の国家の発展の証拠をほとんど示していない。ヨーロッパの伝統は社会的にも社会的にも国家性のひとつであり、これら二つの局面の関係のひとつであるのに対して、主に外交関係を通じてそれ自体を構成し規定する、純粹にあるいは主として社会的な国家形態は、ヨーロッパの伝統とはきわめて異なる何ものかを生み出しそうである。例えば、キューバあるいはエジプトのような、国内での人格主義 *personalismo* 体制は、国際的領域における国家性およびその装置—地域的な契約あるいはブロック、国連代表を含む—の介入によって興味深い方法で伝達される。

VI

国家の概念は、今日ほぼすべての社会政治的分析における多かれ少なかれ周延の形態で存在するとはいえ、現代の理論あるいは分析と相対して直ぐに十分な概念化に適合するものではない。単なる定義上の問題の生息域が存在するという事実とは別に、ウェーバーのような普遍的定義の試みは、国家の観念は他の地域の伝統と較べて一定のヨーロッパの伝統のなかにはそれほど明確ではないというさらなる問題を提起する。この事実を自覚する限りにおいて、それは通常ひとつの脚注で、あるいは意味論の問題として取り扱われてきた。原則として、政治学者・社会学者は国家を単に、社会と対比して中央政府の全体的領域として取り扱っている。

国家性の多寡は西洋社会を比較する有益な変数であり、十分に発展した国家概念の存否はこれらの社会における重要な経験的相違に関連し、またそのような相違を識別するという本稿は示唆した。第一に、国家概念および国家性の影響の大きさの意味が議論された。次に、多様な制度的・知的・文化的レベルでのそのような相違の影響が、ヨーロッパとアメリカ

における一定の固有な知的・歴史的伝統から識別された。異なるレベルの国家性の帰結と同様に、多様な社会の国家性の異なる影響が指摘された。この問題を強調するために、国家性の変数レベルによるさまざまな社会間の機能的比較の素描が企てられ、そこでは、国家性の程度の低い社会における機能上の急務を満たすための代替的構造が議論された。最後に、国家という全体概念をその歴史的設定のなかに置き、現代社会および今日の途上国へのこの概念の現代的・将来的有意性を簡潔に検討する試みがなされた。

6. おわりに—文献案内

冷戦後の一時期に、国際社会において、国際社会学の梶田孝道が「西の統合・東の解体」と呼んだような現象が同時進行し、それに伴って国民国家という枠組みの「ゆらぎ」が盛んに議論されたのはまだ記憶に新しい。果たして国民国家は生き残れるのかという問題意識が大きくクローズアップされた。

わたしは個人的には国民国家・主権国家の枠組みは、一定の変容を余儀なくされながらも、歴史的に存続すると考えている。いわゆる「国民」を統合する適正な規模を備えた共同体として、国民国家は依然としてまったく重要な存在であると思われるからである。国家は、保守主義的思考でいう「本質的に優れたもの」にあたるというのがわたしの基本的な考え方である。従ってこの枠組みは、何らかの修正・改革を施しながら「保守」されなければならない。そのことは、ここで紹介されたワトキンスの論稿が国家概念の葬送を指摘しているとしても、ネットゥル論文が示唆するように、国家概念の変数性の有意さが例証している。

以下、主としてラインハルト、ワトキンスが掲げる引用・参考文献を列挙する。

Anderson M S 1993 *The Rise of Modern Diplomacy, 1450-1919.*

- Bayart J-F 1989 *Letat en Afrique. La Politique du Ventre*.
- Berman H J 1983 *Law and Revolution*.
- Blickle P (ed.) 1997 *Resistance, Representation, and Community*.
- Blickle P 2000 *Kommunalismus. Geschichte einer gesellschaftlichen Organisationsform*. 2 Vols.
- Bonny R (ed.) 1995 *Economic Systems and State Finance*.
- Coleman J (ed.) 1996 *The Individual in Political Theory and Practice*.
- Contamine P (ed.) 2000 *War and Competition Between States*.
- Creveld M v 1991 *The Transformation of War*.
- Creveld M v 1999 *The Rise and Decline of the State*.
- Edelman M 1972 *Politics as Symbolic Action*.
- Ellenius A (ed.) 1998 *Iconography, Propaganda, and Legitimation*.
- Finer S 1997 *History of Government From the Early Times*, 3 Vols.
- Hamilton K, Langhorne R 1995 *The Practice of Diplomacy. Its Evolution, Theory and Administration*.
- Henshall N 1992 *The Myth of Absolutism, Change and Continuity in Early Modern European Monarchy*.
- Hobsbawm E J 1990 *Nations and Nationalism since 1780. Program, Myth, Reality*.
- Hoffman J 1995 *Beyond the State*.
- Jackson R H 1990 *Quasi-states. Sovereignty, International Relations, and the Third World*.
- Jellinek G 1959 *Allgemeine Staatslehre*, 3rd edn.
- Jouvenel B D 1945 *Du Pouvoir. Historie Naturelle de Croissance*.
- Koenigsberger H G (ed.) 1988 *Republiken und Republikanism im Europa der Fruhen Neuzeit*.
- Mann M 1986-1993 *The Sources of Social Power*, 2Vols.
- Mann M 1995-2000 *The Origins of the Modern State in Europe, 13th-18th*

Centuries. 7 vols.

Orwell G 1945 *Animal Farm*.

Padoa-Schioppa A 1997 *Legislation and Justice*.

Reinhard W 1992 *Das Wachstum der Staatsgewalt*.

Reinhard W 1996 *Power Elites and State Building*.

Reinhard W 1999 *Geschichte der Staatsgewalt. Eine Vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*.

Reinhard W (ed.) 1999 *Verstaatlichung der Welt? Europäische Staatsmodelle und aussereuropäische Machtprozesse*.

Ritter G A 1991 *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung in internationalen Vergleich*. 2 vols.

Weber M 1964 *Wirtschaft und Gesellschaft*.

Allen, John W. 1928 *A History of Political Thought in the Sixteenth Century*. 3d ed.

Bodin, Jean 1576 (1962) *The Six Books of a Commonweale*.

Bosanquet, Bernard 1899 (1951) *The Philosophical Theory of the State*. 4th ed.

Botero, Giovanni 1589 (1956) *The Reason of State and The Greatness of Cities*.

Cassirer, Ernst 1946 *The Myth of the State*.

Chang, Sherman Hsiao-Ming 1931 (1965) *The Marxian Theory of State*.

Coker, Francis W 1910 *Organismic Theories of the State: Nineteenth Century Interpretations of the State as Organism or as Person*.

Conference on New Approaches in Social Anthropology, Jesus College, Cambridge. 1963 *Political Systems and the Distribution of Power*.

Easton, David 1965 *A System Analysis of Political Life*.

- Emerson, Rupert 1928 *State and Sovereignty in Modern Germany*.
- Fallers, Lloyd A. 1956 (1965) *Bantu Bureaucracy: A Century of Political Evolution*.
- Fortes, Meyer; and Evans-Pritchard (eds.) 1940 (1961) *African Political Systems*.
- Fried, Morton H. 1960 *On the Evolution of Social Stratification and the State*. In Stanley Diamond (ed.) *Culture in History: Essays in Honor of Paul Radin*.
- Garner, James W. 1910 *Introduction to Political Science: A Treatise on the Origin, Nature, Function, and Organization of the State*.
- Gluckman, Max 1965 *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*.
- Mammond, Mason 1951 *City-State and World State in Greek and Roman Political Theory Until Augustus*.
- Hegel, Georg W. F. 1821 (1942) *Philosophy of Right*.
- Hocking, William E. 1926 *Man and the State*.
- Hoebel, E. Adamson. 1954 *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*.
- Laski, Harold J. 1935 (1956) *The State in Theory and Practice*.
- Leach, Edmund R. 1954 *Political System of Highland Burma: A Study of Kachin Social Structure*.
- Lenin, Vladimir I. 1917 (1964) *The State and Revolution: The Marxist Theory of the State and the Tasks of the Proletariat in the Revolution*.
- Lindsay, A. D. 1943 (1959) *The Modern Democratic State*.
- Lowie, Robert 1922 (1962) *The Origin of the State*.
- MacIver, Robert M. 1926 (1955) *The Modern State*.
- Main, Henry J. S. 1861 (1960) *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relations to Modern Ideas*.
- Mair, Lucy P. 1962 *Primitive Government*.

- Maritan, Jacques. 1951 *Man and the State*.
- Meinecke, Friedrich 1924 (1962) *Machiavellism: The Doctrine of Raison d'Etat and Its Place in Modern History*.
- Oppenheimer, Franz 1907 (1926) *The State: Its History and Development Viewed Sociologically*.
- Polanyi, Karl; Arenberg, Conrad M.; and Pearson, Harry W. (eds.) 1957 *Trade and Market in the Early Empires: Economies in History and Theory*.
- Rommen, Heinrich 1945 *The State in Catholic Thought: A Treatise in Political Philosophy*.
- Rousseau, Jean Jacques 1762 (1961) *The Social Contract*.
- Sabine, George H. 1937 (1962) *A History of Political Theory*.
- Schapera, Isaac 1956 *Government and Politics in Tribal Societies*.
- Swarts, Marc J.; Turner, Victor W.; and Tuden, Arthur (eds.) 1966 *Political Anthropology*.
- Watkins, Frederick M. 1934 *The State as a Concept of Political Science*.
- Weber, Max 1921-1924 (1949) *Power*. Part 2.
- Wittfogel, Karl A. 1957 *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power*.
- Wright, Quincy 1942 (1965) *A Study of War*. 2d ed.

第 46 号 目 次

論 文

- 第三者弁済における求償の当事者
—非債弁済との関わりにおいて— 齋 田 統 …… (1)

研究ノート

- キリスト教民主主義の概念的・歴史的・理論的把握に向けて
吉 野 篤 …… (23)

国際組織の責任

- 2005年国際法委員会の審議を中心として—
吉 田 拓 也 …… (111)

翻 訳

- K・セーレン「制度はいかに進化するか：比較歴史分析からの洞察」
吉 野 篤 …… (137)

紙上相談（法律・行政・税務） …… (177)

- 小 泉 健 秋田経済法科大学教授（弁護士）
道 端 忠 孝 秋田経済法科大学教授（法学部）
古 田 重 明 秋田経済法科大学教授（法学部）
渡 部 毅 秋田経済法科大学助教授（法学部）
木 村 了 秋田経済法科大学教授（経済学部）

第 47・48 合併号 目 次

特集 バラリーガル教育について
【論文】バラリーガル教育の現状と課題
【調査研究】バラリーガルについてのアンケート調査結果
理事長兼学長 小泉 健 所長 道端忠孝 齋田 統 徐 進 萩原佐織

論 文

- 執行役員の機関としての責任 道 端 忠 孝 …… (79)

- 政治哲学解題—幻の高山岩男著作集第8巻—
和 田 寛 伸 …… (99)

契約締結上の過失責任

- ヨーロッパ契約法原則における規律を契機として—
齋 田 統 …… (139)

『争いのない債権の欧州執行名義に関する欧州議会並びに理事会による (EG) 規則805/2004号』の施行に伴うドイツ国内法の改正作業

- 独民事訴訟法改正作業を中心課題として—
萩 原 佐 織 …… (163)

研究ノート

- 革命期におけるフランス人権宣言と植民地政策
—人権宣言の「脱—構築」史— 瀬田川 昌 裕 …… (219)

- 政治学の基礎概念(1)—民主主義の概念・歴史・理論—
吉 野 篤 …… (241)

執 筆 者

吉 野 篤 ノースアジア大学法学部教授
清 水 洋 雄 秋田栄養短期大学栄養学科教授
齋 田 統 ノースアジア大学法学部専任講師
萩 原 佐 織 ノースアジア大学法学部専任講師
稲 積 重 幸 ノースアジア大学法学部専任講師

平成19年12月25日印刷
平成19年12月25日発行

秋 田 法 学 第 49 号

秋田市下北手桜字守沢46-1

編集兼 ノースアジア大学
発行人 総合研究センター法学研究所

印刷所 秋田市旭北錦町3番50号
株式会社 三戸印刷所
電話 018-823-5351

秋田市下北手桜字守沢46-1
(ノースアジア大学内)

発行所 ノースアジア大学
総合研究センター法学研究所
電話 018-836-4531

AKITA HŌGAKU

LAW REVIEW OF NORTH ASIA UNIVERSITY No. 49 December, 2007

CONTENTS

Articles

- A Role of the Criminal Law And Recent Amendment
of the Criminal Law*Hiroo Shimizu* ... 1
- Non-Performance under The Principles of European Contract Law
.....*Osamu Saida* ... 27
- Italia: Il nuovo Codice del Fallimento (2006)*Saori Hagihara* ... 53
- The resident participation in the scene plan
—one consideration about the ideal method
of the tourist administration—*Shigeyuki Inazumi* ... 171

Note

- The Fundamental Concepts in Political Science (2) :
The State: Its Historical Development in Europe
and the Conceptual Changes*Atsushi Yoshino* ... 187

published by

Institute of law

North Asia University General Research Center