

サラ・ランディーニ

「イタリア私法の基礎——法源の複雑さの中で」

谷本圭子* (訳)

目 次

- 1- 序 論
- 2- 現代における私法と公法間での境界の希薄性
- 3- 法源の階層原理の危機
 - 3.1- 憲法と私法
 - 3.2- 共同体法、ヨーロッパ法及び私法
 - 3.3- 法律と規則
- 4- 民法典、脱法典化と再法典化
- 5- 慣習法とソフトロー
- 6- 裁判所と学説の役割
- 7- 結 語

1- 序 論

イタリア私法は、法源の新たな複雑さという特徴をもつ特別な局面に來ている。これは、解釈者、特に裁判官をシステムの中心に据えるものである。法的問題の解決は、法律の文言の中にはなく、むしろ、適用可能なルールを事例ごとに特定する裁判官の判決の中に見い出される。

本稿においては、管轄及び補完性の原理によって浸食されている法源の階層性原理の危機について考察する。憲法及びヨーロッパ法がどのように司法権と立法権の関係を再検討させることになったのか、そして、ソフトローがどのように司法の法源システムの中に入り込もうとしているのかを見ていこう¹⁾。

* たにもと・けいこ 立命館大学法学部教授

1) LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013; GROSSI, *Ordine compattezza complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Satura, 2012; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, volumi I e II, Esi, 2006; IRTI, *Sul Nichilismo giuridico*, Laterza, 2005; GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Zanichelli, 1979.

2- 現代における私法と公法間での境界の希薄性

私法は一般に、国家に直接関わりのない私人間での関係を規律する法の一部分として定義される。

イタリア法に関しては、そのような定義は通常法に関しても憲法に関しても見直される必要がある。

行政訴訟に関する法律 241/1990 1 条の 2 は「行政は、権力的な性格をもたない行為を実施するときは、本法に異なる定めがある場合を除き、私法の諸規定にしたがい行為する」と定める。

行政の契約に関する法律 163/2006 2 条 4 項も「本法典に明白な定めがないときは、1 条に定める主体の契約活動は、さらに、民法典に定める諸規定にしたがい行われる」ことを確認している。

以上によれば、行政の活動に関する諸規範により明白に定められていないことについては、この領域においても民法典及び私法の諸規定が適用される。

のみならず破棄院連合部 1999 年 7 月 27 日 500 号判決は、行政の民事責任に関して以下の法原則を明言した。「権利やその他の（純粋な事実上のものではないが）法的に重要な利益の侵害と同じく、合法的利益の侵害は、損害を不当と評価する目的においてのみ、契約外責任の要件に含まれる。このことはもちろん、一般的カテゴリーとしての合法的利益が区別なく賠償されうることの認容と同じ意味ではない。実際、賠償に達しうるのは、合法的利益がその内容の具体的な様相によれば現実に関係し、かつ、法の基準に照らして保護に値する人生の幸福 (il bene della vita) についての利益の侵害及び結果を、行政の活動が引き起こした場合だけである。言い換えれば、合法的利益の侵害は、民法典 2043 条に基づく賠償による保護にいたるための必要条件ではあるが十分条件ではない。なぜなら、行政の違法な（かつ過失ある）活動の結果として、合法的利益が関連する人生の幸福についての利益が侵害されたこと、及び、そのような利益が実定法に照らして保護に値することが、加えて必要だからである」。したがって、行政の責任は、民法典によって規制されている²⁾。

2001 年 10 月 18 日の憲法に関する法律 3 号により改正された憲法 118 条は、「国、州、大都市、県及び市町村は、補完性原理に基づき、一般的利益となる活動の展開

2) Cass. sez. un. 22.07.1999, n. 500, in Foro Amm. 2000, 349 con nota di: SORICELLI.

へ向けた市民、個人及び団体の自律的発意を支援する」と定めることにより、補完性原理の適用を導入している。

補完性原理は、近代及び現代社会の多様な分野で徐々に確認されてきており、その表現は異なる意味をもつ。一般的には、そして当該分野に関しては、そのために下位の団体が役割をうまく展開する能力があるならば、上位の団体は介入してはならないが、場合によってはその行為を支えることはできるという規制原理を示すものである³⁾。

その結果、個人もまた私法の規定により規制される活動でもって、公的利益となる役割を展開することができ、そして、国家はそれを支えなければならないということになる。

上記の考察は、民法の伝統的な教義上のカテゴリーについて激しく議論することによって、私法と公法との過去の区別を再検討させ、また、各分野の要所において私法の研究について考えさせることになる。

3- 法源の階層原理の危機

複数の法源（法律、規則、慣習）は、法源の階層原理を通じて、イタリア私法の中で明確な順序を見いだしていた。

1942年の民法典における前置規定1条は、法律、規則、慣習という階層を描いている。

1948年の憲法公布によって、この階層はその頂点に憲法をおいて見直す必要がある。実際、どのような憲法の見方をするかは、階層性原理にのみ影響を与えるわけではなく、議会立法権の中心性にも影響を与えるのである。

1957年の欧州共同体へのイタリアの加盟によって、法源システムの内側は錯綜している。なぜなら、今や共同体指令及び共同体規則をどのような関係に置くかを理解する必要があるからである。2001年に改正された憲法117条は、「立法権は、憲法、さらに共同体法及び国際的義務から生じる拘束力を遵守して、国又は州により行使される。国は、以下の事項について排他的立法権をもつ。

- a) 国の外交政策及び国際関係、国の欧州連合との関係、欧州連合に属していない諸国の市民の保護法及び法的条件、
- b) 移民……」と定めている。

3) Gelauff, Grilo, Lejour, *Subsidiarity and Economic Reform in Europa*, Springer, 2008.

常に117条は、2001年に改正されたように、補完性原理にしたがって諸法律の公布における国と州の関係を再検討している。

これら短い考察の中に、法源の階層原理の危機が顕れている。我々の社会の必要に応じて作られた規範（憲法、共同体法、国家法……）の数、及び、それら規範間の強い相互依存は、法の確実性を衰弱させつつあるし、また、裁判官の権限を増大させつつある⁴⁾。

階層原理は、補完性原理と管轄原理によって浸食されているのである。

我々が言えるのは、法源の厳密な階層はもはや存在しないが、異なるレベルでの権利の保護は存在しており、また、裁判官は、規則及び慣習法により補完されながら、共同体法及び憲法を遵守しつつ通常の法律を適用して、そのような複雑さを治めねばならないということである。

3.1- 憲法と私法

イタリア憲法は3部、すなわち、基本原理、市民の権利と義務、共和国の組織から成る。

憲法はイタリア法のもつ諸価値の表明であり、また、国の法律全てが憲法による規範に適合していなければならない。裁判官は、国の規範の適用に際して憲法によれば違法であることを見出したときは、その問題を憲法裁判所に移送する。我々の憲法裁判所は、違憲性について意見を述べない傾向にあるが、憲法に一致する規定解釈を採用することを裁判官に要請する傾向にある。

想起されるのは、民法典2059条に関する2003年の憲法裁判所の見解である。同条は文言上、非財産的損害の賠償を、健康に関する権利や人格権のような憲法により保障された利益が侵害されたときでも、法律に定めのある場合にのみ認めている。しかし、憲法裁判所は、「民法典2059条は、非財産的損害は、抽象的に犯罪の成立が問題となる場合には、民事においては、行為者の責任が法律上推定される場合にも」、したがって、有罪の証明がないため具体的に犯罪は存在しない場合にも、「賠償されうるという意味で解釈されねばならない」ことを確認した。

非財産的損害は、犯罪による精神的損害の賠償を認める刑法典185条が定める要件の外にあるときでも、認められねばならない⁵⁾。憲法裁判所は民法典2059条の違

4) GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, 2009; GROSSI, *A History of European Law*, 2010.

5) C. C. Cost, 30.6-11.7. 2003, n. 233, in *Danno e Resp.*, 2003, 939 con nota di G. PONZANELLI, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale: La Corte Costituzionale si allinea con*

憲性を明言してはいないが、憲法的意味での解釈を要求しているのである。

その他の事案において、裁判官は、例えば、憲法の原理の中に契約の正当性を評価するための基準を割り出して、憲法を直接適用したことがある。

賃貸借契約の中に入れられた一時的にでも他人を宿泊させることを禁止する条項の無効性に関して、破棄院の裁判官は以下を確認した。すなわち、「契約自治の実践に関するコントロールは、実体法につきものであるが、慣例通りの節度ある利益が保護に値すること及び理由の合法性と相まって、特別な利益を保障するために予定される憲法上の最高価値によって、常に判断基準が設定される必要がある。そこには憲法2条により定められたものが含まれる（同条は、奪うことのできない人間の諸権利を保護し、また、違反できない連帯の諸義務の履行を命じる）。それゆえ、その中に、転貸禁止の定めのみでなく、戸籍上の家族に属さない人を一時的でなく宿泊させることの禁止への言及が含まれる賃貸借契約の条項は無効である。なぜなら、これは他人の困窮に手をさしのべるための申出を宿泊を通じて示しうる連帯の義務を履行することとまさに矛盾するからである。さらにまた、婚姻に基づく家族内のものであるか、社会の形態として保護されている事実上の共同生活上のものであるかにかかわらず、諸関係を保護すること、あるいは、友情関係の実践とも矛盾するからである」⁶⁾。

憲法の諸規範は、まさに、諸原理の連結体であり、これによって、諸原理の直接適用、諸規範によるそれらの区別可能性、そしてそれらの適用における解釈者の創造性という問題が生じるのである⁷⁾。

↘ *la Corte di Cassazione*; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale: Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*; O. TROIANO, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale: L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*; M. BONA *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale: Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il 'nuovo' art. 2059 c.c.)*; G. CRICENTI, *L'art. 2059 c.c. al vaglio della Corte Costituzionale: Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*; in *Foro it.*, 2003, 2201 con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona «inferi»*; in *Giur. it.*, 2003, 1776 con nota di P. CENDON - P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (...dopo la sentenza n. 233/2003) della Corte Costituzionale*.

6) Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, 1440 con nota di G. Caso, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 997. 随分前からイタリアの学説は裁判官による憲法の直接適用を認めている。PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1991.

7) 諸規範と異なって諸原理は不確定な内容をもつため裁判官に解釈の余地を残すであ

3.2- 共同体法, ヨーロッパ法及び私法

既に述べたように、イタリアにおいて共同体法は一つの法源である。すなわち、規則は直接適用され、これに対して指令は一般に国の法律の中への受容を要求し、法律は現行法を指令内容に一致させねばならない。指令の直接的効力は欧州司法裁判所により1963年2月5日の Van Gend en Loos 判決でもって導入された。同判決において司法裁判所は、ヨーロッパ法は加盟国に義務を課すのみでなく個人に権利まで付与していることを確認した。したがって、個人はその権利を活用することができるし、また、国内及びヨーロッパの司法権に対してヨーロッパ規範を直接に援用することができるのである。それ故、国が当該ヨーロッパ規範を国内法秩序そのものの中に受容することは、必要ではない。第一次法すなわちヨーロッパ法秩序に基礎をおくテキストに関しては、司法裁判所は、Van Gend en Loos 判決において直接的効力の原則を認めた。もっとも、当該義務が厳格、明白かつ無条件であり、かつ、国内的又はヨーロッパの性格をもった補充的措置を要求していないという条件下においてであるが。

それに加えてイタリアは、1950年11月4日に署名された国際条約である欧州人権条約を批准している。

重要なのは、国内法が共同体法に一致しているかを評価する欧州司法裁判所(CGCE)の事業、及び、CGCEとは異なり共同体機関ではない欧州人権裁判所(CEDU)の事業である。CEDUは、条約又はその付属議定書の規定違反に対する個人による訴えも締約国からの訴えも認めることができる。CEDUは、閣僚委員

ゝろう。R. DWORKING, *The Model of Rules, I in Taking the Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, p. 14 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano, 1998, p. 272 ss.; R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Torino, 1997, p. 129 ss.; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 1972, p. 823 ss.; A. PINTORE, *Norme e principi, una critica a Dworking*, Milano, 1982, p. 19 ss.; P. COMANUCCI, *Principi e indeterminazione del diritto* (1997), in Id., *Assaggi di metaetica a due*, Torino, 1998, p. 81 ss.; G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, p. 75 ss.; U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia*, 1987, pp. 3 ss.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto* (1991), in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, 1999, pp. 337-338; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, 1992, p. 47. Grossi, L'odierna "incertezza" del diritto, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 937の主張によれば、「原理は、潜在力を持ち、それ故に、豊かさをも持っている。これは個々の法文からは分からないものである。原理はそれ自体の中に効果的に膨張する性質を蓄えている」。

会の要求により、条約及びその付属議定書の解釈に関わる法的問題について参考意見を発することもできる。

これら二つの裁判所（CGCE と CEDU）の事業は、国内法に重大なインパクトを与えてきた。

CGCE は、国内法をいくつかの教条主義的な発想から解放することによって、国内法を一新した。

例えば、消費者保護のための無効に関する判決が思い出される。イタリアでは、民事法規の大部分におけるように、無効と取消可能性との間には明確な区別が認められている。多様な違いの中にあつてその一つは、取消可能性の追認可能性と無効の追認不可能性という違いである。

問題に直面したのは、C-227/2008 *Martin v. EDP* ケースにおいてであった。先決判決の請求は、営業所外で交渉された契約における消費者保護のための1985年12月20日理事会指令 85/577/CEE 4 条の解釈について争っていた。サラマンカ県裁判所は、要約すると、指令 4 条は国内裁判官に、当該規定違反を職権によって指摘すること及び消費者がその撤回権について情報提供されていなかった限りで当該指令の適用範囲内にある契約の無効を明示することを承認しているという意味で解釈されねばならないのかどうか、そしてこのことは問題とされている無効が所轄の国内裁判官の前で消費者から一度も主張されなかったとしてもそうなのか、を照会した。司法裁判所は、共同体法はそのような無効の職権による指摘を認めていることを明示した後、以下のことを確認した。「最後に、一方では、そのような結論は他の措置、例えば、指令 5 条 1 号に基づく権利の行使を消費者に認めるというように、契約の撤回に関して適用される期間の再設定のような措置が、等しく当該保護のレベルを保障しうることを完全に否定するものではないことは明確である。他方では、国内裁判官は、さらに、何らかの事情で、消費者は契約が無効と明示されることを望まない場合もあることを考慮しなければならないだろう（類似のものとして、未公刊の2009年6月4日判決、C-243/08 *PannonGSM* を参照）」。

CEDU もまた、特に所有権の認容に関して重大なインパクトを与えている。イタリア法は、公的利用のための収用の事案において、収用される財産の価値に釣り合わない補償を認めてきた。このことは、憲法42条で認められている所有権の社会的機能を基礎とする。この点について最近、CEDU と憲法裁判所との間で歩み寄りが生じ、これは収用法の改正をもたらした。

憲法判例は、CEDU の判決に同意して、収用の補償に関して所有権保護の最低限の核心が存在しており、これは憲法42条3項及び欧州人権条約の第1付属議定書

1条により保障されており、そのため、取用の補償は、「財産の特別な資質に付随するあらゆる評価データを無視することができない」し、また市場価値との「合理的な関係」をごまかすこともできない⁸⁾。

8) 憲法裁判所の判例は、CEDU の判決に同意して、取用の補償に関して、所有権保護の最低限の核心部が存在することを明言した (CORTE COST., 22.12.2011, n.338, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4620; CORTE COST., 24.10.2007, n. 348, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, 1, 197)。2007年の歴史的な憲法裁判所判例348と349は、法源の階層性の諸問題に関わる混乱を伴って基本的人権としての所有権の中心性についての熟慮を学説にもたらしめた。なぜなら、法律でもって批准された欧州人権条約は憲法的規範としての地位をもつにいたるからである (NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 575; SALVAGO, *Influenza della giurisprudenza della CEDU nella determinazione dell'indennità espropriativa in seguito alla declaratoria di incostituzionalità*, dell'art. 5 bis, l. 359/1999, in *Giust. Civ.*, 2009, 1661; COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. Civ.* 2008, I, 189; STELLA RICHTER., *Postilla a Duni. Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospenso*, in *Giust. Civ.* 2008, 63; TRAVI, *Commento alla sentenza n. 348/2007*, in *Foro it.*, 2008, 39; CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, 47; CONTI, *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr.giur.*, 2008, 205; DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospenso*, in *Giust. Civ.* 2008, 53; MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir.amm.*, 2008, 379; FANTINI, *Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in Garofoli - Ferrara, *Codice dell'espropriazione annotato con dottrina e giurisprudenza*, Roma 2008; GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, 50; CATARBA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.* 2007, 3565.; CONTI, *L'occupazione acquisitiva epurata dal Consiglio di Stato*, in *Urb. e App.*, 2007, 1247; GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, c. 1, Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3574; MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3525; PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3518; SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. Cost.* 2007, 3579; VIRGA, *Le termiti comunitarie ed i tarli dei trattati internazionali*, in www.lexitalia.it, 10, 2007)。

欧州人権条約の第1議定書に定められた所有権の基本権たる公認の地位は、同条約が法のその他の価値との均衡に従うことを排除するものではない。なぜなら、同条約は我々

CEDU は、Scordino ケース (Scordino 対イタリア2006年 3 月29日) での大法廷による判決の中で、実際、数多くの適法な取用事例のうち一つの完全補償だけが合理的とみなされうることを確認していたのである。

3.3- 法律と規則

直近の特別立法には、立法者が、私人間の諸関係をも規制する二次法である規則に類繁に移送しているという特徴がある。被保険者への契約前情報提供に関する IVASS (保険市場監督機関) 規則がこれにあたる。二次法への移送もまた、脱法典化のもう一つの原因と考えることができよう。

そのような二次法がときに、これに属する範囲を超えてうまくいくことが、注目されている。そこで IVASS の規則を参照することによって、以下のことが注目されよう。

IVASS の主たる機能は、認可、確認、予防及び抑制という性格をもつ権限の行使を通じた保険分野における監督の実行である (私保険法典 dlgs209/2005 5 条)。監督活動の目的は、保険ならびに再保険事業の健全かつ適切な経営である。保険分野の事業者、仲介者及びその他の行為者の行動の透明性及び適切性が、その分野の効率と競争力のみならず、被保険者の保護ならびに消費者への情報提供及び保護に関連していることはもちろんである (保険法典 4 条)。

この機能を実行するために、IVASS は、法律に基づく実施として規則を公布する (保険法典 9 条 2 項)。

これらは二次法の規範であるため⁹⁾、現行の法律を改廃することはできないし、IVASS のかかる権限が認められる限度で効力をもち、合憲性を問う対象とはなり

↘ の憲法が公認する社会的機能に立脚し続けているからである (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Esi, 2006, 890 ss.)。

9) 逆に、一部の学説は、いかにして独立機関がまさに伝統的行政権としての法的力の一部を行使しておらず、むしろ、経済的自由に関する「補助」役を果たしているかを指摘している。独立機関は、「競争条件の平等がなかったり不足するとき、又は、経済的自由が実現可能な市場が存在するための諸条件がなかったり不足するときは、私人間での契約自治に代替するという任務をもつであろう」。このように言うのは、MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Diritto dell'economia*, 2003, 588。この学説によれば、類似する法的力は、憲法規範において認められている同じ経済的自由によって正統化されるのであり、これでもって、規則について直接に憲法的に正統化することを裁判官に認める可能性に関して認めるのである (p. 83 ss.)。

得ず、また、行政司法及び普通司法の部門での基準にしたがい司法機関に対してのみ不服を申し立てることができる¹⁰⁾。

上記保険法典4条で立法者により実現された、監督と被保険者・消費者保護との接続は、保険契約に関わる側面をも規律することを IVASS に認めたのである。実際、規則は、とりわけ、広告や保険製品の申出テクニックの適切性、契約前及び契約実行段階での情報提供義務、さらには、それにより契約書面の最低限の内容について指示する、いわゆる「内容方式」を対象としうる¹¹⁾。特に、自動車・小型船に関する保険における保険料及び保険条件の透明性に関する規則 23/2008 について考えてみよう。

その点に関して、ISVAP が規則を公布するために求められる機能を考慮して、その実体的正義について可能な考察を越えて、コントロール機関のそのような法的介入の正当性について問うべきである。

4- 民法典、脱法典化と再法典化

国の諸法律もまた、法の確実性を侵食する現象に出会ってきた。これから脱法典化の過程について述べていこう。これは、私人間での規律において民法典が中心に位置することを再検討させることとなった。

脱法典化の主な原因のうちの一つは、特別法に含まれる私法特別規範の増殖である¹²⁾。

DIEZ PICAZO が注目するように、特別法の増殖に加えて、その他に二つの脱法典化の原因がある。一つは、規範の解釈による法創造における裁判官の役割の増大

10) Cfr. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, 309 ss.; MORBIDELLI, *I regolamenti dell'Isvap*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, a cura di Amoroso e Desiderio Milano, 2006, pp. 57-58.

11) これについて述べているのは、VALENTINO, *Obblighi di informazioni, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; MOSCARINI, *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, 2, Milano, 2001, 353; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2003, 1176 ss.; PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004, 114; GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. Privato*, 2004, 578 ss.; ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, *ivi*, 2004, 363.

12) LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, *Decodificación, Descodificación y Recodificación*, ANUARIO DEDERECHO CIVIL, Apr.-Jun. 1992, 473.

であり、もう一つは、私法の諸規範の中に憲法に含まれる原理が直接入り込むことをもたらず立憲主義である¹³⁾。

法の確実性を取り戻すために、最近では、民法典の中に新たな規範を採り入れることによって（用法の拘束力に関する2645条の3）、新たな諸規範を新たな法典に統合することによって（私保険法典、消費法典、プライバシー法典）、「再法典化」の作業が始められている。

そのような法典化が法源理論における議会法の中心性を取り戻したかについては異論がある。

各分野での諸法典は詳細な規範を導入することによって法の確実性を取り戻したと言うこともできない。我々の見解では2つの理由から否定するものである。

第1に、曖昧さを示しているのも、また、異なる文脈に適用される同一の法文の異なる解釈に力を貸すのも、同じイタリア語だからである¹⁴⁾。

第2に、これらの分野法は、さらなる複雑化を示しているからである。一般に問題となるのは、共同体に由来する規範であるが、これらは通常フランス語又は英語で作成された共同体指令の翻訳から生まれる。したがって、指令の受容は特に問題を生み、そして異なる解釈に道を開いてしまう。例えば、思い出されるのは、指令93/13/CEに定められた過酷条項の定義から生じた問題である。

さらに思い出されるのは、民法典1469条の2、現在は消費法典（dlgs206/2005）33条に定められた過酷条項の定義、すなわち、「誠実に反して契約から生じる権利と義務との重大な不均衡を消費者の不利に定める条項は過酷とみなす」という定義に関わる問題である。

そのような定義について生じる見解は多様であろうが、我々が注目したいのは、法律用語の多様な表現という側面についてである。すなわち、「誠実に反して（malgrado la buona fede）」という表現は、その言葉の本来の意味にしたがえば、「誠実さにもかかわらず」、「誠実さを無視して」を意味することになろう。

13) ALEXANDER L., *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, 1998; ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlag, 1985. Merryman が述べるように、「民法典はその基本法としての機能を失った」。JOHN MERRYMAN ET AL., *The civil law tradition; Europe, Latin America and east Asia*, 3 (1994), 1244.

14) F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1932, 2a ed. con prefazione di Saleilles, p. 40; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, I, p. 5; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, p. 47 ss.; P. NERHOT, *Il diritto, lo scritto, il senso. Saggio di ermeneutica giuridica*, trad. it., Ferrara, 1992, p. 61 ss.

誠実という表現については現在、法律用語において2つの意味が与えられている。一つは、一定条件を認識していないという主観的な了解、もう一つは正しさという客観的な了解である。

「malgrado」の一般的意味にしたがえば、用語の第1の語義を採用すべきことは明らかである。すなわち、当該条件を相手方が知らないにもかかわらず、重大な不均衡を消費者の不利に定める条項が過酷であろう¹⁵⁾。

逆に司法及び多数説は、いわゆる強い契約当事者の側での私的自治の濫用という観点、すなわちこの濫用は同学説によれば、契約条項の過酷性と同一考えに基づくが、そのような観点で組み立てられる観念的な構造を考慮して、規範の解釈をなすべきだと考えてきた¹⁶⁾。したがって、濫用的態度の境界を画するために重要となる誠実さは、客観的な誠実さ、もしくは、交渉の段階から実行の段階までの諸関係における私人間での自治を導くべき正しさという誠実さとなろう。

5- 慣習法とソフトロー

慣習法、すなわち、法 (legge) に従って行うとの確信をもって同一グループのメンバーが遵守するふるまいの総体は、イタリアの法システムの中で多大な重要性を持ち続けている。

法の確実性を保障するために、各県の商工会議所は、地区ごとに異なる慣習をまとめている。

最近、新たな注意が慣習法に向けられている。これは、慣習法 (ハードロー) を、いわゆるソフトロー、すなわち同一グループのメンバーにとって拘束力はないが、政策上又は道徳上の純粋な拘束力をもたらすルール総体とは、区別する必要に関わるものである。

ソフトローの現象には多様なものがある。すなわち、個々の企業やその他の組織により採用された自主規制規準、職業団体や部門団体により採用された職業倫理規準やこれに類似する規準、そして、それらの規範は後に条約中に採り入れられる可能性はあるが、国際法上のいくつかの行為、自然法に由来する原理やルールのコレ

15) そのような解釈は少数派ながら学説において存在する。S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998, p. 51 ss.

16) 契約自治の濫用という形の内部での過酷条項規律の再建については、特に、U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. Priv.*, vol. III, 1997, pp. 41-42.

クション、政府の又は政府によらない国内組織又は国際的組織により起草されたものがある。

行動規準やガイドラインは、ときとして経済人などの団体によって起草されること、まさに団体契約を通じて当該構成員に協定により採用が強制されることが、いわれている。その拘束を守らないことは、団体及びそれに結びついた利益からの排除をもたらさう。このような場合に関しては、真の法的効果を持たない行為について話しているということになるのか。解釈者は、ずっと以前からソフトローというカテゴリーに加えられている新たな法源にも対峙すべきように思われる。

6- 裁判所と学説の役割

既に何度も裁判官の創造的機能について言及してきた。Betti の考えをよみがえらせてみよう。解釈は感覚の表出を前提とし同時にこれを必要とするために¹⁷⁾、以下のように言えるだろう。すなわち、感覚の表出要素は、解釈行為に先んじるだけでなく、解釈の介在の前にそのように見えたものとは異なる表出を固めるに至ることまで解釈者に可能にするため、解釈行為に続くものである。文言の明確さは、解釈に先んじることはなく、解釈に続くものであり、また、解釈者の行為は、感覚を認めないが、これを創造する。

学説も法の創造作業に参加している。裁判官は、民事訴訟法典の施行法118条の定めに基づき、自らが着想を得た学説を引用することはできない。しかし、多くの判決を読むと、学説と判例との対話は明らかである。実際、裁判官からの学説の再演は頻繁に行われている。

Hesslink は、ヨーロッパ私法における解釈者の創造性に言及して、「法典システムの中で裁判所と学者は共に、立法者が放置した抽象的ルールと具体的事例との間のギャップを制御している。立法者は（必然的に）抽象的ルールを定め、学者はそれらが含む具体的な意味の鑑定人であり、そして裁判所は（これら学者に着想を得て）具体的事件においてそれらが何を意味するかを決めるのである」¹⁸⁾。

7- 結 語

法源の階層性原理の危機、私法的な裁判上の問題の解決に関する憲法、共同体法

17) E.BETTI, *Teoria generale dell' interpretazione*, Milano, 1955, I, p.5 ss.

18) HESSLINK, *The New European Private Law*, The Hague-London-NewYork, 2002, 16.

及びヨーロッパ法の役割, 「新たな法源」の存在は, 私法という舞台の中心に解釈者を置くことになる。

多くの論者から法の確実性の危機について嘆かれている。しかし, 真に必要なものは, 現実に法の確実性が何を意味するのか, そして, 法の確実性は具体的な事件の判断とどのような関係にあるのかについて問うことであろう¹⁹⁾。

結局必要であるのは, 客観法はその一般的かつ抽象的な命令を伴って法の確実性を保障することができるのか, むしろ具体的な事件の利益に関しては予見可能だが不適切な解決をもたらすことしかできないのではないかを問うことであろう。

【訳者後書き】

筆者のサラ・ランディーニ (Sara Landini) 氏は, フィレンツェ大学法学部准教授。専門は民法・保険法。国際保険法学会 (AIDA) の理事も務める。

本稿の原題は, “Fondamenti del diritto privato italiano nella complessità delle fonti”。本論文は, 2015年3月19日に立命館大学の民事法研究会で行われたランディーニ氏による講演のために訳者に渡されたイタリア語原稿に, 同氏が本誌での公表のために加筆したものである。

19) GROSSI, *L'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p.921.