

Title	イタリアの法制度における裁判官と法律の関係
Sub Title	Il rapporto tra giudice e legge nel sistema giuridico italiano
Author	De Cristofaro, Marco(Haga, Masaaki) Serena, Franco 芳賀, 雅顯
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2025
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.98, No.7 (2025. 7) ,p.27- 55
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20250728-0027">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20250728-0027</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 資料

# イタリアの法制度における裁判官と法律の関係<sup>①</sup>

マルコ・デ・クリストファエロ

セレナ フランコ／訳

芳賀 雅 顯／監訳

I イタリア法制度における集中的な違憲審査——憲法裁判所の判決のみが法源として認められる——

イタリアの法制度は一般に大陸法系の法制度に分類される。イタリア憲法第一〇一条では、裁判官は法律の下で裁判手続を行うという基本原則が定められており、すなわち、裁判官は国民の意思を具体化した唯一の法源である立法機関の意思を適用することが求められている。その適用には二つの形態がある。直接的な適用方法はイタリア議会が可決した法律をそのまま適用することである。間接的な適用方法としては、緊急事態により承認された政令法

(Decreto Legge) の承認や、法典や主要な実体法・手続法などの改正を政府に委任することが挙げられる。このような仕組みを踏まえると、イタリアの裁判官が憲法に反する法律を無効とする権限を持たないことは明らかである<sup>②</sup>。

イタリアの法制度は、硬性憲法の下に成立しており、また、イタリア憲法は法源の階層において最上位に位置し、通常の立法機関がこれを逸脱することは許されない。ただし、イタリアにおける違憲審査制度は、アメリカ合衆国の法制度におけるような広範な違憲審査権とは異なり、ドイツと同様に、憲法に基づいて設立された憲法裁判所に一元化されている<sup>③</sup>。同裁判所は一九五六年に創設され、九年間

の任期を持つ一五人の裁判官で構成されている。その内訳は、イタリア共和国大統領が任命する五人、イタリア議会が任命する五人、最高裁判所が任命する五人であり、最高裁判所の内訳は、最高民事・刑事裁判所（破毀院）から三人、最高行政裁判所（國務院）および監査院から二人である。<sup>(4)</sup>

裁判官は、どの裁判所に所属していても、ある法律の合憲性について疑義を抱いた場合には、その問題を憲法裁判所に付託する義務を負う。<sup>(5)</sup> 憲法裁判所は、イタリアの法制度において、法律全体を無効とするか、憲法に適合する解釈を条件にその法律を有効とするかを決定する唯一の司法機関である。<sup>(6)</sup> この付託義務は、通常の裁判官に対し、憲法上の基本的人権、特に平等や個人の尊厳に明らかに適合しない法律について課される。その代表的な例として、以下のような判決が挙げられる。一九六〇年代には、裁判官などの特定の公職に就けるのは男性に限るとする規定を削除するために、憲法裁判所の判断が必要とされた（今日では検察官の多くは女性である）。<sup>(7)</sup> 既婚女性のみ適用されていた姦通罪や、家族の名誉を守るために不貞関係に陥った妻を殺害した夫の刑を軽減する「名誉殺人」の規定も、違憲とされた。<sup>(8)</sup> さらに、訴訟を提起する当事者に対し、相手

方の訴訟費用を弁済するための保証金を供託することを義務づけた民事訴訟法の規定は、経済的に困窮する者の司法アクセスを制限し、貧富の差による公平な訴訟手続の妨げとなることから、平等原則に違反するとして違憲とされた。<sup>(9)</sup> 憲法裁判所の判決は「法源」に含まれるとされる。<sup>(10)</sup> 一方で、通常の判決（最高裁判所の判決を含む）は、中央政府や地方政府による任命ではなく、司法試験によって選ばれた裁判官によって下されるため、法源には含まれない。その結果、憲法裁判所は通常の裁判所とは異なり、間接的ではあるものの、その構成員の三分の二がイタリア議会またはイタリア議会により選出された共和国大統領によって任命されるため、国民の意思と直結していると考えられている。

## II 裁判官は法律にのみ拘束される——破毀院に対する検察官の自立性・独立性——

上記の憲法第一〇一条は、憲法裁判所ではない裁判所の判決がお互いに拘束されないことを明確にしている。イタリアの司法制度は、民事訴訟手続と刑事訴訟手続のいずれにおいても三審制を採用しており、第一審の判決に対しては控訴裁判所に控訴し、最終的には最高裁判所に上告する

ことができる。イタリアの最高裁判所は「破毀院」と呼ばれ、破毀院はフランス革命期の最高裁判所をモデルとしている。本来の破毀院は、フランス革命が勃発した後も旧体制の検察官が一定数残っており、代わりとなる機関がなかったため、一七九二年に新しい裁判所として設置され、革命が掲げた新しい価値観の遵守を監視する目的を持っていった。すなわち、フランス革命によって確立された新しい秩序の精神に反する判決を取り消す、つまり「破毀」するという任務を担っていた。それゆえ、破毀院という名前は、今日にいたってもフランスとイタリアの最高裁判所を指す言葉として使われている。

裁判手続は、第一審判決または控訴審判決に不服がない場合、または上訴が棄却された場合に限り終了し、その際に既判力が生じ、勝訴と敗訴が決まり、権利と義務が当事者に帰属し、事件は一事不再理の原則が適用される。これに関し、上記の憲法第一〇一条は、「裁判官は法律に従う」だけでなく、「法律にのみ従う」とも定めているため、すべての裁判官は、立法機関によって可決された法律と直接『対話』するのであり、たとえその解釈が破毀院によるものであったとしても、それに従う必要はない。破毀院の判決は下級裁判所の裁判官に影響を及ぼすことがあるが、

その影響は破毀院の一員である裁判官の権威によるものであるにすぎず、その判決には法的拘束力はなく、法律の適切な解釈がなされていない場合には従う必要はない。その結果、地方裁判所の裁判官は破毀院の判決の説得力を認めない場合、その解釈を拒絶し、自ら新しい解釈を行うことができる。なぜなら、各裁判官の判断の唯一の基準となるのは法律であり、判例解釈が義務的に適用されることはないからである。<sup>(13)</sup> その根拠は憲法第一〇七条にあり、同条は裁判官はすべて同じ立場にあり、職務の差異以外に区別はなされないと規定している。したがって、裁判官の間には下関係はなく、破毀院の裁判官は、第一審や控訴審の裁判官と何ら変わりはなく、後者が前者に従う義務もない。

裁判官の昇格と給与に関しては、破毀院の裁判官ではなく、別個の機関が決めることとされている。この機関は、三権分立の枠組みの中で、それぞれの裁判官の独立性と自律性を維持することを目的としており、経済的または政治的に「権力者」が関与しているかどうかとは関係なく、<sup>(14)</sup> 法制度がいかなる主体よりも優先されるといふ法の支配 (Rule of Law) を遵守している。<sup>(15)</sup> この機関は「司法官最高評議会」(Consiglio Superiore della Magistratura) と呼ばれ、裁判官がその三分の二を占め、イタリア議会によって

選出された大学教授または弁護士が残りの三分の一を構成し、さらに共和国大統領、破毀院院長、検事総長も含まれている。<sup>(16)</sup>これは監督機関であり、裁判官がそのメンバーの多数を占めることにより政治権力からの分離が保証される一方、イタリア議會から選出された議員も加わっているため、司法官最高評議会の決議がコーポラティズムに染まったものとなり、法曹の利益にしか応えないものになることを防いでいる。これにより司法官最高評議會は一種の労働組合になることを回避している。

### III 解釈による「法の創造」と、遡及効果のある法律の違憲性および正当性の基準としての「生きる法」

このイタリアの法制度においては、多くの大陸法の国々と同様に、特に、一九七〇年代以降、新しい経済的・社会的権利の台頭を契機に民事訴訟が爆発的に増加した。その結果、「法の下での平等」という原則は、形式的なレベルにとどまらず、私人間の紛争や私人と行政機関との紛争を具体的に解決する際にも適用されるようになり、法律の統一的な解釈の必要性が高まった。裁判官に与えられた解釈の完全な自由を音楽に例えるならば、裁判官は同じ楽曲を演奏しようとしながらも、それぞれ異なる音を奏で、不協

和音を生じさせてはならないという認識が広まった。

同じ時期に、一八世紀の啓蒙思想家たちによって主張されていた「裁判官は法律の口である」という原則も完全に克服された。この原則は、裁判官は法律の命令的な部分を機械的に適用するのみであり、法律の内容は具体的な事例に対して数学的な確実性をもって適用可能であるとする考え方に基づく。<sup>(17)</sup>この考え方はユスティニアヌスの『ディゲスタ』にまで遡ることができ、その趣旨を反映したナポレオン法典第五条は、裁判官が、その担当する事件を裁判する際に一般原則を述べることを禁じている。<sup>(18)</sup>しかし、法哲学者、特に法解釈を専門とする研究者の間では、この考え方は現代において時代遅れであり、法の適用には必ず解釈が伴い、その解釈行為は意味を付与する行為であると認識されている。解釈は常に「法の創造」であり、立法機関が定めた規範の抽象的な表現の多様な意味の中から、具体的な適用において一つを選択する行為である。したがって、法律の文言の定義は一義的ではなく、複数の意味を包含し得る。<sup>(19)</sup>

すべての判決は法律の規定を具体化するものである。法律の文言は常に一般的かつ抽象的であり、経験上現れる具体的な事例のすべての特徴を考慮するには不十分である。

そのため、裁判官は、特定の事象を法的な枠組みに当てはめる際、事象のいくつかの特徴を考慮し、他の特徴を捨象した上で、それらを法律の規定に追加して解釈する必要がある。<sup>(20)</sup>確かに、大陸法の法制度において、裁判官は条文の内容を特定しようとする際に、その意味を時代とともに変化させ、新たな社会的ニーズに適応させることもある。しかし、その解釈は必然的に「条文の可能な意味の範囲内」とどまる。<sup>(21)</sup>つまり、法律の解釈と適用とは「新たな意味を探る行為」であり、規範の「寛容性と弾力性」<sup>(22)</sup>を活用し、既存の規範に内在する可能性を明らかにする作業である。

したがって、裁判官の解釈は立法者との対話を前提とし、学説の原則を尊重しつつ、条文の意味のグレーゾーンにのみ作用する。<sup>(23)</sup>この解釈の制約は、裁判官のみならず、学説や、さらには依頼人の利益のために特定の解釈の正当性を主張して裁判官を説得しようとする弁護士活動にも共通する。しかし、裁判官の解釈は、市民や法律実務家の行動を規定するため、他の解釈行為と比べて即効性が高い。その影響は、イタリアでは、特に破毀院の解釈が判例解釈の中でも重要視され、違憲審査の基準としても見なされるようになった。<sup>(24)</sup>すなわち、憲法裁判所は、条文の違憲性を判断する際に、文理解釈ではなく、判例解釈、特に破毀院の

解釈を基準として参照する。破毀院の解釈は、社会的現実  
に即した「生きる法律」として機能し、憲法との適合性が  
判断されるべき基準とされる。<sup>(25)</sup>同時に、立法機関は判例解  
釈を参考にしつつ、遡及効果を伴う条文、すなわち他の条  
文の解釈を規定する条項を導入する際の指針とする。ヨー  
ロッパ人権裁判所の判例によれば、法の遡及禁止は特に刑  
法において「罪刑法定主義 (*nullum crimen sine lege*)」  
の下で厳格に適用されるが、刑法以外の分野においても法  
的現実性の保障と国民の信頼の保護が重要視される。その  
ため、立法機関は遡及的に適用する規則を恣意的に定める  
ことはできない。曖昧な条文の適切な解釈を明文化する目  
的で立法機関が介入することは、法の欠缺がある場合や条  
文の適用が不確実な場合に限り認められる(二〇一一年六  
月七日判決、C-43549/08, 6107/09 and 5087/09, *Agroti  
and Others v. Italy* 参照)。<sup>(26)</sup>

一方で、こうした介入が、公務員の年金支出削減など国  
家の経済的利益を実現するために、破毀院の採用した解釈  
に反する形で条文を変更する場合、係争中の訴訟に影響を  
及ぼす可能性がある。このような立法機関の介入は、司法  
機関の独立性を損ない、訴訟の結果を左右する目的を持つ  
場合には許容されないと判断された(«*a l'ingérence du*

*pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le déroulement judiciaire d'un litige*)<sup>(27)</sup>。

#### IV 判例解釈を統一する必要性と破毀院大法院の判断による小法院の制限

現在は、破毀院による判例の重要性が広く認識されており、それに従う判例解釈を統一するのが中心的な課題となっている。この課題はイタリア特有のことではないものの、イタリアにおいては特に意識されている。その理由としては、イタリアではこの課題が深刻であり、民事事件に関しては、破毀院に対し年間三万件以上の上告受理申立が提起されているからである。ほかに、二〇〇〇年以降、民事事件だけでも毎年同数の判決が下されており、二〇二二年にはその数が四万二〇〇〇件に至った。これに加えて、刑事事件に関しては約四万五〇〇〇件の判決も下されている。アメリカ合衆国やイギリスの最高裁判所などは、民事事件と刑事事件について、それぞれ一年につき八〇件から一二〇件程度の判決を下すため、その六〇〇倍もの判決を下すイタリアの破毀院よりも、判例の統一性を保つのがはるかに容易であることが自明である。イタリアほど多い判決を出すことは、アメリカ合衆国やイギリスのようにたつた

九人や一五人の裁判官では難しく、民事だけで一五〇人近くの裁判官が必要となる。また、これほど多くの裁判官が必要であるため、判決によっては異なる解釈が示される可能性が高く、その結果として解釈の矛盾を招き、破毀院の評価を損ねること、国民の平等な扱いに問題が生じることなどが懸念されている。

それゆえ、立法機関は、外国の法制度に倣い、少なくとも破毀院の解釈についてはその統一を保証する制度を推進しようとしている。外国の法制度としては、法適用の統一性に非常に敏感なドイツが挙げられる。ドイツは、イタリアにおいて起きている問題を回避するために、判決の数（民事事件は年間約一二〇〇件）を減らすことに成功し、五つの連邦最高裁判所の方向性の統一を保証する条文を憲法において定めている<sup>(28)</sup>。

イタリアの破毀院は三つの一般事件部、労働法部、租税法部という五つの部門で構成されている。破毀院は小法院で判断する場合、五人の裁判官で判断するが、極めて重要な法律問題が発生した場合、もしくは小法院の方針に矛盾がある場合、大法院で判決することとなる。もつとも、大法院は一五〇人ほどの民事裁判官の全員を招集し、国連総会のような、全員が話し合つて話がほとんどまとまらない

ような集会で事件を処理するのではなく、付託された問題に対する判断により高い価値を示すべく、第一裁判長を筆頭とする九人の裁判官と、他の二人の小法廷の裁判長で構成される合議で判断する。<sup>(29)</sup>

にもかかわらず、小法廷は、長年にわたり時折、大法廷の権威のある判決があつてもその判決に対抗する形で、独自の判断を下していた。このようなリスクを回避するため、立法者は二〇〇六年、民事訴訟法第三七四条において、大法廷の判決について小法廷に対し一つの「制限」を導入した。<sup>(30)</sup> すなわち、小法廷は大法廷の判断に同意しない場合、それと異なる判断を下すことができず、大法廷に再度確認を求めるといふ制限である。したがって、破毀院は、大法廷の新たな判断によつてのみ、大法廷の判断を修正することができるとなる。それ以外では、破毀院の裁判官は全員大法廷の解釈に従わなければならない。

この制度は、上述した「裁判官は法律にのみ従う」の原則と両立できるかが問題となる。学説では、同原則は、小法廷の裁判官が大法廷の新たな判断を求めることができるとしても、尊重されていると解されている。その理由としては、この制度では小法廷の裁判官は他の裁判官の解釈に対する服従義務はなく、破毀院が統一性をもつて判断を示

す仕組みが確立されることと、法の下では国民には公平で首尾一貫統一した扱い方が保証されること、破毀院に所属する他の裁判官の判断が制約されないこと、大法廷の示した判断に従う義務がない第一審や控訴審の裁判官の判断が制限されないことが挙げられる。

このように、破毀院が大法廷で下す判決の重要性とその権威は大いに高まってきた。その結果、かつてナポレオン・ボナパルトが提言したにもかかわらず、破毀院の判決は特定の紛争によつて提起された個別の事案を解決するだけにとどまらず、広範囲にわたつて一般原則を示したこともある。これらの原則は、法の適用に対して、立法機関の介入よりもはるかに強い影響を与えている。

大法廷と小法廷との間のこの対話は、実際に大法廷によつて確立された解釈に変化をもたらし、非常に短い間に説得力のある解釈を構築した。<sup>(31)</sup> このことは、二〇〇六年の上記制度が実際に機能していることを示しており、この制度は大法廷の役割を、ほとんど正式な法源と同等の地位に引き上げる結果となつている。

## V 判例解釈の変更 (overruling) の問題

### ——特に訴訟手続について——

判例解釈は、前述のような新たな大法廷の役割を考慮しても、正当な法源として機能しておらず、法文の潜在的な意味を明らかにするに過ぎないという原理には変わりはない。その結果、判例解釈によって構成される行動規範には、独自の特性がある。その特性は、事実としての法源 (fonte-fatto) として説明されることもあるが、判例解釈の正当性が理性と高い説得力を有する点で優れているため、広く確認されている一方、他の裁判官を拘束しておらず、終始変更されうると説明されている。<sup>(32)</sup> 判例解釈に由来する行動規範は、新しい解釈により修正されることから必然的に「不安定」であり、常に変更される可能性に晒される、「変わりやすい」現実の中に生きている。<sup>(33)</sup>

判例解釈の典型的な特徴は、確定した解釈が時代に適しなくなつた場合には破棄され、時代により適合した行動規範に変更できるということである。コモン・ローのシステムでさえ、歴史が長く、社会的行動に根付いた判例を変更することは可能である。この変更は、政治的多数派が変わるにつれて、最高裁判所が自らの判例を尊重することに特

に拘束力を感じなくなるアメリカ合衆国では頻発する。その傾向の最も顕著な場合は、三年前の人工妊娠中絶に関する歴史的なロー対ウェイド判決である。また、その当時は貴族院の委員会であった英国最高裁判所は、一九六六年にすでに運用規定 (practice statement) を作成し、その中で、先例拘束性の原則に反し、それまで続けてきたのとは異なる解釈を受け入れる条件を明記した。

したがって、判例解釈は変更される可能性があり、不安定であることから、立法権による法律と同等の法源に該当しないことが明らかである。立法の改正は判例解釈の変更 (overruling) とは異なり、原則として将来に対してのみ有効であり、過去や既に行われた行為にも遡及効はない。<sup>(34)</sup>

この判例解釈特有の確認機能に鑑みて、判例解釈の変更は、以前の原理を変え、新しい原理を採用することにより遡及効があることがわかる。もつとも、そのような効果は、訴訟当事者や弁護士に重大な課題を課している。

イタリアは以前よりヨーロッパで最も裁判に時間がかかる国として知られている。そのため、コロナのパンデミック後に策定された「次世代 EU (Next Generation EU)」というプログラムの下でイタリアに充てられた資金は、民事裁判および刑事裁判の時間を短くするという点で有意義

な成果を達成することを条件としている。現在の状態では、訴訟の際に弁護士は最高裁判所大法廷の解釈に基づいた主張をするが、大法廷は係争中その解釈の方向性を変え、新しい解釈を選択した結果、当初の主張が認められなくなることもある。解釈の変更はいつも遡及効を有しているため、誠意をもって長年正確な行動規範として確定している解釈の安定性（特に民事訴訟について）を頼りにしたにもかかわらず、突然の解釈変更の影響からはどのように、かつどの範囲まで当事者を保護できるかという問題が生じる。<sup>(35)</sup>

## VI 将来のみに適用される判例解釈の変更

この問題は約一〇年前にイタリアで顕著となった。当時、大法廷は手続の期間、手続の期限、上訴手続の形式等の手続法に関する従来の解釈を三回も突然変更し、より厳格な解釈を採用することにより、当時まで有効だった訴訟手続における行為が無効または不受理とされたことがあった。その時、当事者とその弁護士は以前の解釈に従った行動が、後になって適しておらず、あるいは期限切れとされたときに、どのように保護されるかが直ちに問題となった。<sup>(36)</sup> この問題に関する議論は迅速に進み、大法廷は二〇一一年の判

決第一五一四号においてこれに対応した。それによると、判例解釈の変更は、民事訴訟法に影響を与え、弁護士が以前の解釈の安定性に対する信頼を妨害した場合には、当事者はその変更により不利益を被つてはいけないとした。

破毀院は、判例解釈の変更においてその新しい解釈が予測不可能である場合と、社会の進化を表す場合を区別する必要があると解した。後者は、保護される実質的利益が社会的通念において異なる趣旨を持つようになった場合の変更、もしくは、新しい問題を規律する法律の改正から生じる場合の変更のことである。

破毀院によれば、予測不可能な判例解釈の変更によって、当事者は以前の判例解釈を信頼していたにもかかわらず、本来の権利を奪われるときには保護されるべきである。その理由としては、当事者が訴訟手続を始める際に、主張を策定した当時の解釈に基づいて訴訟活動したにもかかわらず、その解釈が数年後に否定されたために事実審で退けられることは、司法保護の実効性の保証にも法の下の平等にも適しないからであるとされた。<sup>(37)</sup>

このような場合には、破毀院は、時機の再付与 (*rimessione in termini*) を認めている。これは、既に行われた手続行為を正すために期限を指定すること、または、

民事訴訟法第一五三条第二項に盛り込まれた原則に基づいて当事者の行為を、判例解釈の変更の影響を受けないものとする<sup>(38)</sup>ことである。

将来の出来事を絶対的に予測することが不可能であるため、過去に最も頻繁に想定された形になると仮定するのは一般的である。換言すれば、ある人がある状況下でのよう<sup>(39)</sup>に行動するかを確実に予測することは不可能であるため、その人はおそらく過去の確立された方法で行動するだろうと仮定することが通常である。したがって、弁護士が判例解釈を頼りにし、かかわっている事件の予測を誤ったとしても、その行為は明らかに善意の下で行われており、保護に値する。

## Ⅶ 判例法、超国家的法源の多様性、マルチレベルの人権保護

裁判所による解釈の重要性は、立法により制定された法律の意味を特定し、国民や弁護士の行動を導き、判例解釈の変更が将来的に有効であることを保証することにとどまらない。

上述のとおり、裁判官は事件に法律を適用する際、単なる解釈ではなく、法律の意味を創造することが明らかとな

った。この意味の創造は、明文規定がないときこそ重要な意味を有する。

ナポレオン法典は第五条で、裁判官が一般原則を述べ判決を下すことを禁じている。もつとも、同法典の第四条は、法律の欠缺、不完全さ、不明確さを理由に裁判官が判断を拒むことも禁止し、これにより一七九二年の革命家たちが導入した法律が曖昧である場合、もしくは不完全である場合には、裁判官が立法機関に対しその問題を解決することを要請できる制度を廃止した。すなわち、ナポレオン法典は、その制度に代わってまったく新しい制度を設立し、それによれば、法律が不完全で特定の事項を解決することができないと判明した場合でも、裁判官は解決方法を提示しなければならない。このように、裁判官は、機械的な法の適用や解釈のみならず、法の欠缺を補うために必要に応じていつでも法を創作し、紛争を解決する広い権限を獲得するようになった<sup>(40)</sup>。

法源となりうる一般原則は、ここ数十年で、国内法制度<sup>(41)</sup>と憲法のみならず、国連創設後の数年間に作成された、人権に関する一連の国際条約にも見出される。これらの条約は複数の一般原則を定めており、批准した国家はまず立法権を通じてそれらを尊重し、促進する義務を負うこととな

っているが、立法権は不十分もしくは不備がある場合には裁判官によりその義務を果たすことができる。

イタリアの裁判所は、立法機関の沈黙の中で、例えば、

長年植物状態にあった患者の親族が、その患者が健康であったときに、通常の生活を送ることができない状態で生きることを望んでいないと表明した証拠がある場合、強制摂食や強制呼吸の中断を要求することを認めた。これに関しては、破毀院は、病人の権利の保護と個人の尊厳に関する国際条約は親族が治療の中断を求め、親戚をその状態から「解放」する権利を「創り出した」(エングラロ事件)<sup>(42)</sup>。

破毀院はまた、裁判手続における未成年者の一連の保護を導入する必要があると考え、離婚手続において、未成年者がいずれの親と住みたいかについて審理を受ける権利を認め、離婚手続において利益相反の状況が生じた場合、特別な後見人によって弁護される権利も認めた。

この「マルチレベル」にわたる権利保護は、各国の最高裁判所と、条約の統一的な適用を監督する超国家的裁判所特に、その役割は本来異なるものの、ヨーロッパ司法裁判所およびヨーロッパ人権裁判所との間の対話によっても活性化している<sup>(43)</sup>。

## Ⅷ ヨーロッパ司法裁判所とヨーロッパ人権裁判所

ヨーロッパ司法裁判所はEU構成国のすべての裁判所に対し拘束力を有しており、EU法を解釈することとなっている。しかし、ヨーロッパ司法裁判所は、アメリカ合衆国の最高裁判所等とは異なり、上訴できる裁判所ではない。国内裁判所は特定の事件について適切な判断を行うべく、EU法の解釈について不明な点があった場合、ヨーロッパ司法裁判所の先決裁定を求めることができる。この不明な点が各国の最高裁判所に現れたときに、その最高裁判所はヨーロッパ司法裁判所の先決裁定を要請することが可能であるだけではなく、義務でもある。

ヨーロッパ司法裁判所の先決裁定は、ヨーロッパ規則の解釈を対象にしており、ヨーロッパ議会やヨーロッパ理事会による法律と同等の法源として、EU構成国のすべての裁判官がそれに服しなければならない。

一方、ヨーロッパ人権裁判所の立場は異なる。ヨーロッパ人権裁判所も上訴できる裁判所ではなく、拘束性を有する決定によりその構成国がヨーロッパ人権条約の適用に関する問題の解決を要請できるものでもない。ヨーロッパ人

権裁判所は、国内の裁判所で行われた裁判の過程で人権侵害を被ったとする人が直接提訴できるが、その人は国内の裁判所手続が尽きた状態で、当該人権を侵害した裁判官が所属している国に対し損害賠償を請求することができる。ヨーロッパ人権裁判所の決定は、国内裁判の判決には影響を及ぼさず、その裁判の当事者間の関係には無関係であるが、被害者には金銭的補償を提供する。

近年、裁判官には法律の有効性を審査する権限と、法律を適用しない権限が付与されていないという原則はヨーロッパ司法裁判所およびEU法によって、緩和されてきた。

実際、一九七八年三月九日のシンメンタール判決(106/77)以来、ヨーロッパ司法裁判所は、直接適用されるEU法に抵触する国内法を適用すべきではないという国内裁判官の義務を確認した。それにより、ヨーロッパ法に抵触する限りにおいて、裁判官には大陸法系の法制度が一般的には馴染みのない国内法の審査が認められるようになった。その結果、イタリアの裁判官は憲法に反するという理由で自らの判断で法律を無効とすることができないが、国内法がヨーロッパ法に反すると判断した場合には、国内法を適用しない義務がある。

確かに、イタリアの裁判官は国内法を適用しないとす

前に、EU法の意味と解釈に関する予備的な問題をヨーロッパ司法裁判所に付託すべきであるが、ヨーロッパ司法裁判所がその有名なCIT事件において、問題に対する答えが明確かつ曖昧でなく、疑問を残さない限り、解釈上の質問を提起する義務はないと解した<sup>(44)</sup>。

イタリアの憲法裁判所は、一九八四年六月五日のグラニタル事件(第一七〇号)においては、ヨーロッパ司法裁判所の立場はEU構成国の法律に対するEU法の優越性に基づいて、上記趣旨を認めた。また、二〇一七年には、ヨーロッパ司法裁判所とイタリア憲法裁判所は両方とも、人権が危機に瀕している場合、国内裁判所は、国内憲法裁判所に頼るのではなく、EU法に抵触する国内法を適用しないことを選ぶことができることを認めた<sup>(45)</sup>。

このように、超国家的な法源の重要性がますます高まった結果、「マルチレベル」な権利保護のシステムが形成されたといえる。このシステムは、国際条約で認められた人権だけでなく、個人の尊厳と、いかなる状況においても差別を禁止する原則をもとにしているEUの設立条約に基づく権利も包含している<sup>(46)</sup>。

この制度において、司法の役割はますます重要になってきている。その理由としては、裁判官は、国内法の不備の

ために国内法制度が提供できない解決を国際条約に見出すことができるのみならず、EUや国際社会の価値観と対立する場合、立法権の意思を否定する力を条約に見出すことができるからである。最近、イタリアでは、難民が「安全な国」のリストに含まれている国から来た場合、アルバニアの強制収容所に強制的に送還できるというイタリアの立法機関の立場は、難民が出身国で危険にさらされているかどうかを個々のケースに関して具体的に検証する必要性についてヨーロッパ司法裁判所が肯定した原則と対照的であるため、司法はそのような扱いに反対している。

この状態を見れば、硬性憲法を持ち、自由に負うこととなった国際的な義務に縛られている近代国家においては、司法は法の適用に加えて、人間の権利と尊厳を守る防波堤にもなり、「法の支配」の基盤であり続けているといえよう。<sup>(47)</sup>

(1) 本稿は二〇二四年一月六日に日本大学で行われた講演の内容をもとに執筆され、注釈を加えたものである。

(2) アメリカ合衆国の法制度はイタリアとは異なる。アメリカ合衆国連邦最高裁判所の黎明期に出されたリーディングケースの *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137

(1803) を参照。

(3) イタリア憲法第一三四条「憲法裁判所は以下の事項に関して審査する。国および州の法律ならびに法律と同等の効力を持つ諸行為の合憲性に関する訴訟・国の諸権限、国と州の間の権限または州相互間の権限争議・憲法の規定に従ってなされた共和国大統領への告訴。」[https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione\\_lingua\\_giapponese\\_0.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_lingua_giapponese_0.pdf) を参照 (以下同様) (閲覧日二〇二五年一月六日)。

(4) イタリア憲法第一三五条「憲法裁判所は一五名の判事から構成される。その三分の一は共和国大統領の任命により、三分の一は国会両院合同会議から指名され、残りの三分の一は普通および行政の最高裁判所より指名される。憲法裁判所判事は、普通裁判所および行政裁判所の退職司法官をも含む司法官、法律関係の大学教授、少なくとも二〇年の経歴を持つ弁護士の中から選出される。憲法裁判所判事の任期は、各判事が宣誓をする日から九年であり、再任されることは認められない(……)。(閲覧日二〇二五年一月六日)。

(5) 憲法裁判所の運営に関する法律 (legge sul funzionamento della Corte costituzionale) 一九五三年三月一日法律第八七号) 第二三条「(……) 司法当局は、審理中の事件が、憲法適合性の問題の解決なしに決定でき

ない場合、または提起された問題が明らかに根拠を欠くとは認められない場合、問題を提起した申立ての内容と理由を報告し、直ちに関連書類を憲法裁判所に送付することを命じ、現在の審理を中断する(……)。」

(6) 々の判決は「受容的解釈判決 (sentenza interpretativa di accoglimento)」に属するものであり、憲法裁判所は争点となる法律の条項について、裁判官が付した意味を検討し、争点に理由があると認めた場合に、当該法律の条項が憲法に反する解釈のみについて違憲性を認める判決である。その結果、条文自体は違憲性を有しないが、憲法に反する意味を付与することは許されない。このような判決は「付加的」、「代替的」、「操作的」判決など複数の定義が出されている。その判決では、裁判所が特定の立法技術を用いて、違憲と見なされる効果や、必要とされる救済措置を明確に示している。

(7) 一九六〇年の判決第三三号により、女性はすべての公務員職へのアクセスが可能となった。その後、一九六三年二月九日第六六号の法律により、女性が司法職(裁判官職)の採用試験に参加することが明確に認められた。そして一九六五年には、初めて八人の女性裁判官が誕生した。(80) C.Cost.16.12.1968, n.126. 刑法第五八七条は「名誉殺人」に対する特別な減刑を規定していたが、この規定は一九八一年八月五日法律第四四二号によって廃止された。

(9) C.Cost. 29.11.1960, n.67.

(10) 憲法第一三六条は「憲法裁判所が法律の規定または法律と同等の効力を有する行為に対する違憲判決を下した場合、当該規定は、判決公示翌日から失効する(……)。」(閲覧日二〇二五年一月六日)と定め、この法源は無効とする機能しかなさう。

(11) V. Calamandrei, *La Cassazione civile*, I vol., Torino, 1920; Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989; Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pourvois sous la révolution*, Paris, 1987.

(12) M. Esposito, *Iurisdicito in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p.830. 「憲法第一〇一条第二項は、裁判官が従うべきものとして単なる法ではなく、狭義の意味での『法律』、すなわち代表機関(および、これが正当に立法機能の行使を委任した主体)による法令を定めている。それは、法律の規定のみが、社会構成員間の相互的な義務関係にあることを前提にし、原告(および相手方当事者である被告)が自己の訴訟上の主張を基礎づける事実の一部を構成すると論じることができるところである。」

(13) 控訴審および上告審の裁判官には、重大かつ正当な理

由がない限り、最高裁判所の判例から逸脱しないという「職務上の義務」が依然として課されている。これに関し<sup>14)</sup> Gotha, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge ed i tribunali supremi»*, in *Foro italiano*, 1976, V, pp.127 e 134 ss. による<sup>15)</sup> の義務はイタリア憲法第一一条と<sup>16)</sup> 司法組織法 (legge sull'ordinamento giudiziario) 第六五条によるとされている。同様に<sup>17)</sup> Chiarloni, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Rivista diritto processuale*, 2001, pp.623 s. によると<sup>18)</sup> 対立するコメントにおいてその対立が適切に正当化されるように、関係する価値観の間で比較的慎重にバランスを取ることを求められている。Evangalista, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, in *Foro italiano*, 1999, V, p.171. 同じ趣旨であるが異なる見方を示す見解としては<sup>19)</sup> Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, pp.96 s. を参照。上記イタリア憲法第一一条と<sup>20)</sup> 司法組織法第六五条に基づく先例拘束義務については<sup>21)</sup> C.Cass., sez. un., 4.7.2003, n.10615.

(14) Baron de Montesquieu, *De l'esprit de lois*, Ginevra, 1748. 「政治的自由とは、市民にたいして、自らの安全が確保されているという確信から生じる精神の安定を指す。そ

して、この自由が存在するためには、政府が組織され、市民が他の市民を恐れることのないようにしなければならない。立法権と行政権が同一の個人または同一の組織に集中している場合、自由は存在しない。なぜなら、同じ君主や組織が専制的な法律を制定し、それを専制的に執行するおそれがあるからである。また、司法権が立法権および行政権から分離されていない場合にも、自由は存在しない。もし司法権が立法権と結びついていれば、裁判官が同時に立法者となるため、市民の生命や自由に対する権力が恣意的なものになってしまう。もし司法権が行政権と結びついていれば、裁判官は抑圧者の力を持つことになりかねない。もし同一の個人、または同一の貴族層や人民の集団が、法律を制定する権力、公的決定を執行する権力、犯罪や私人間の争いを裁く権力を同時に行使できるならば、すべては失われてしまうだろう。」Pizzorusso, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2, 2003. Pitto, "Unpacking the courts": *prevenzione e reazione agli attacchi all'indipendenza dei giudici. Brevi riflessioni a partire dal Congresso "Giudice e stato di diritto"*, in <https://www.giustiziansieme.it/ordinamento-giudiziario/3105-unpacking-the-courts-prevenzione-e-reazione-agli-attacchi-all-indipendenza-dei-giudici-di-simone-pitto> (閲覧日二〇二五年二月二七日)。

(15) Borré, *Indipendenza e politica della magistratura*, in P. L. Zanchetta (a cura di), *Government e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, 1987, pp.145 §. 「裁判官は法律のみに従う」という憲法上の原則は、啓蒙主義時代の「裁判官の法律への従属」という古い法諺の焼き直しではない。もしそうであるならば、この原則は単に「裁判官は法律に従う」と表現されていたはずである。しかし、憲法第一〇一条には「ただ (soltanto)」という語が加えられており、それによってこの文の意味は単なる順守や適応ではなく、むしろ論争的な挑発の力を持つことになる。「法律のみに従う」は、裁判官が単に法律に従うのではなく、法律への忠誠とは何よりもまず「不服従の文化」であることを意味する。それは、法律ではないすべてのものに対する不服従である。すなわち、まず支配的な権力、政治的・経済的な権力、公的・私的な権力に対する不服従、さらには司法機関内部の不適切な階層構造に対する不服従、そして最後に、上級審の判断であっても、一般に受け入れがたいものであればそれに対する不服従である。この観点から見ると、裁判官の法律への忠誠とは単なる受動的な服従ではなく、憲法の価値と多元主義の原則に基づいた責任ある選択の要素となる。そして、この多元主義の原則なくしては、司法の独立そのものを想像することすらできないのである。」

(16) イタリア憲法第一〇四条「司法組織は他のいかなる権力からも自治独立した組織である。司法官最高評議会は、共和国大統領がその議長を務める。破棄院長および検事総長は、当然に司法官最高評議会の一員となる。その他の司法官最高評議会構成員の三分の二は各普通司法官から指名され、また三分の一は法律関係の大学教授および最低一五年の職務経験を有する弁護士の中から、国会合同会議により指名される(……)」。イタリア憲法第一〇五条「司法制度関連法規に従い、司法官の採用、配属、異動、昇進および服務規律は、司法官最高評議会が定める。」イタリア憲法第一〇七条第一項「司法官は罷免されない。司法制度関連法規に規定する防衛権が保障されたいう理由を付した司法官最高評議会の決定、または本人の合意による以外、司法官は罷免、停職、転勤、異動の対象とならない。」(閲覧日二〇二五年一月六日)。

(17) 啓蒙主義の思想は権力分立の原則と「法の優位性」(慣習法、判例法、学説など他の法源に対する優越性)に基づいて法を「解釈」する必要がある仕組みを提案した。これに関しすぐに思い浮かぶのは、モンテスキュー、ヴォルテール、ベッカーリア、ピエトロ、フィランジェーリといった著名な思想家たちである。この理論では、裁判官は判断対象となる事案に対し、単に法を機械的に適用するだけであり、いかなる解釈も排除されることが前提とされて

いた。唯一許容される解釈は、解釈権が立法者にある「真正な解釈」であった。この理論は、フランス革命期の支配的な法学説の基盤を構成し (cf. Paolo Alvarzzi del Frate, *Il Code civil e l'interpretazione della legge, in Lezioni di storia della codificazione e delle costituzioni, a cura di Ascheri, Torino, 2008, p.142*)<sup>78</sup> 「破毀院 (Tribunal de Cassation)」の設立にもつながった。この裁判所は、立法権の下に設置され、裁判官が法を解釈するのではなく、疑義がある場合は立法的照会 (releve legislatif) と呼ばれる仕組みを通じて、唯一の人民意思の保管者である代表議会に照会するよう義務付けることで、裁判官がその職権を濫用することを抑止する目的があった。しかし、立法的照会はずぐに時代遅れとなり、放棄された (Halperin, *supra* note 11)。

(81) Alvarzzi del Frate, *supra* note 17, pp.141 ss.

(19) 反対の見解は、文化的に時代遅れで理論的に支持できない根拠を前提としている。その根拠とは、言葉（およびそれによって形成される規定）がそれ自体に一つまたは複数の「真の意味」を含み、それらが一定の内容を持ち、いつでもどんな状況でも特定の現実を喚起できるというものである。この視点では、言葉の意味は、容器に閉じ込められた一連の物体に例えられる。この物体は必要に応じて後で取り出すことができるが、それを見つけた人によって本

質的に変更されることはない。また、上記の前提は、法律の規定に「文章における意味の多義性」を認める人によっても本質的に放棄されることはない。というのも、複数の意味が、明確な枠組みに閉じ込められた一連の物体として依然として理解される可能性があるからである。そのため、反対の見解では何が外側にあり、何が内側にあるか、むしろ最初から内側にあったものが異なる状況で徐々に明らかになったものであるかを正確に特定することが可能であるとされている。しかし、すべての判決は法律の規定を解釈している。なぜなら、この規定の用語は常に曖昧で一般的であり、具体的な事例的特徴的な要素をすべて経験に現れるように考慮するには不十分であるからである。そのため、裁判官は、ある出来事を規範的な予測に当てはめるために、その出来事のいくつかの特徴（そして他の特徴ではない）を考慮し、それらを法律の規定で明示的または暗黙的に言及された特徴に追加しなければならない。区別できるのは、以前の判例を確認する判決と以前の判例を変更する判決だけである。たとえば、類似した特徴を持ちながらもそれぞれ異なるケースが次々と現れる場合、最初はそれらを特定の場合に分類する特徴が重要視されることがあるが、その後、経験の文脈や形態が変化することで、それらを同じ場合から外れる特徴が重要視されることもある。それでもなお、一連の場合を想定する規定は、いずれにしても何

らかの解釈によって変更される。v. Cavalla-Consolo-De Cristofaro, Le Sezioni Unite aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling, in *Corriere Giuridico*, 2011, p.1409.

(20) ポルタリスは、すでに一八〇一年一月二日の民法案に付随していた *Discours Préliminaire* において、「どれほど努力しようとも、実定法は人生における事柄について、普遍的な理性の働きを完全に置き換えることは決してできない。人々の要求は多様であり、人々の間における相互の関わりは活発であり、利害関係は数多く、関係性は広範に及ぶため、立法者がすべてに対応することは不可能である(……)。どれほど完全に見える法典であっても、それが完成した途端、裁判官の前にはすでに予期せぬ問題が生じる。なぜなら、法律はひとたび制定されれば、そのままの形で残るが、人間は決して立ち止まることなく活動し続けるからである。そして、この絶え間ない動きが、常に新たな組み合わせ、新たな事実、新たな結果を生み出していくのだ。」としていた。Fenet P.-A. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vv., Paris, 1827, I, p.469.

(21) *C.Cass.*, sez. I, 2.10.2018, n.23950. 「ある規範、または一連の規範が、いずれももっともらしい複数の解釈を許容する場合、解釈者、特に裁判官の第一の義務は、単に文言

が許容するいずれかの解釈を採用するのではなく、最も正しい解釈を追求することである。さらに確かなことは、裁判官は法を創造するのではなく、既存の解釈基準に従い、実定法の枠内で判断を下すという点である。」

(22) この原理は、*C.Cass.*, 2.10.2018, n.2143を参照。これによると、裁判官の任務は具体的な事例に関する規定が欠缺する場合に類推適用によってそれを補うべきである。この任務は、前文第一二条第二項に基づいて規定(類推法則)または「法体系の一般原則」(類推法理)と、それにより法規範を提供する事例との間に、類推適用自体を正当化する同一の理由が存在することを必要とする。つまり(法的または事実的な)要素の共通性に基づく類似性の関係を前提とするものである。その類似性は、構造的およびまたは機能的な観点から見出されるべきものであり、裁判官がそれを適用しなければならない時点において、解釈による成果として法体系内に存在していなければならない。裁判官は創造的な活動を行うことができないからである。

(23) *Bifulco. Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 117 s. 「司法権と立法権の間には、対立関係があってはならず、前者はできる限り中立的に(そして判決理由を通じて透明性をもって)立法による拘束の実現を目指すべきである。これはつまり、

たとえ現行法が不完全であったり、不確定であったり、不明瞭であったとしても、裁判官はその枠内で何が正義であるかを確定しなければならないことを意味する。したがって、法律への拘束は、裁判官の独立性に対する例外とは決してならないのである。」

(24) T. Ascarelli, in *Rivista Diritto Processuale*, 1958, p.15, poi in *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 153-154. 「法文と行動は常に曖昧である。[……]それは、規範が必然的に抽象的であることによるものであり、この抽象性こそが規範の恒常性とは表裏一体の関係にある。そして、まさにこの不可避的な曖昧さこそが、規範を具体的に变化し続ける現実にも適用可能にするのである。[……]したがって、規範とは常に、解釈を通じて形成され、その適用を目的とするものであり、実際には適用されることによって初めて存在する。そして、適用が完了した時点で、その解釈によって与えられた規範の表現は単なる法文となり、新たな解釈や新たな規範の設定の出発点となるのである。」

(25) 一九八六年六月五日に憲法裁判所設立三〇周年記念の際、コンスルタ宮において行われた講演においてはリビオ・パラディン裁判官は「『生きる法 (diritto vivente)』は、憲法裁判所と他の裁判所の間で、違憲審査の対象となる規範の解釈権がどちらに属するのかという問題を解決す

る基準となった。実際、憲法裁判所は設立当初から、違憲審査の対象となった規範を、付託決定 (*ordinanze di rimessione*) で示された解釈とは異なる形で再解釈することによって、しばしば自らの解釈権を行使してきた。一方で、破毀院は何度もこのような試みに対抗し、憲法裁判所の解釈判断と対立する決定が下された場合であっても、自らの解釈を維持または押し付けようとしてきた。しかし、一九七〇年代以降、特に近年になって、この対立を解決する基準が見出され、それがいわゆる『生きる法』、すなわち支配的かつ確立された判例解釈である。この判例解釈の形成には、憲法裁判所と破毀院の両者が関与し、互いの解釈を受け入れるだけでなく、各々の判断に対して建設的かつ協力的な形で応答するようになった。そして、こうした協力関係は、それぞれの裁判所がその管轄権の範囲内で行う判断に基づいて構築されている」と述べ、生きる法の原理は憲法裁判所が決定基準として認めている。C.Corr., 2011, n.38では「判例の見解が統一されていない場合において、破毀院の大法廷は、同裁判所が担う統一の解釈機能 (*funzione nomofilattica*) を行使することで、このようにこの対立を解消すべきであると判断した。したがって、このような解釈は『生きる法』を構成するものであり、それが憲法上の基準と適合するかどうかを検討する必要がある。」と解している。憲法裁判所は、1974, n.276という判

決より以降、破産院によって適用された立法規範が違憲であると判断するだけでなく、ヨーロッパ人権裁判所もまた「生きる法」を基準により、立法者による係争中の裁判に影響を及ぼす解釈の許容性を図る。その評価は、法的確実性の保障を基盤とするヨーロッパ人権条約第六条の趣旨に照らして行われるものである。

- (26) 解釈に関する法とその合法性要件への適合性に関するヨーロッパ人権裁判所の判例については、次の事例が注目される。まず、二〇〇六年財政法によって地方自治体の学校法人事務職員が国家の職員に移管された *Agresti v. Italia* 事件と、2004. n.234 によってナポリ銀行の年金受給者に対する不利な経済的処遇が導入された *Arras and Others v. Italy* 事件が挙げられる。これに関しては、R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 5, 3753-3777; G. Lavagna, *L'interpretazione autentica nella giurisprudenza costituzionale. Da persistente causa di contrasto a dialogo potenziale tra Corte Costituzionale e Corte Edu.*, in *Nomos*, 2020, 2, 40, 23-27; A. Valentino, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIG*, 2012, 3, p.32.
- (27) 憲法裁判所の原理は否定やれつゝる。C.Cost.

237.2002, n.374 は「立法者は、法の適用において不確実な状況が存在する場合や判例の対立が生じた場合に限らず、たとえ判例の方向性が一貫している場合であっても、先行する法律に与えられる意味を拘束するために、それが当初の条文の解釈可能な範囲内の意味の一つである限りにおいて、その意味を明確にする規範を定めることができる」と解している。M. Esposito, *Brevi considerazioni sui rapporti tra legge e giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p.172. 「係属中の裁判の方向性を変更しようとする解釈法は、それらの裁判に対する『法律』ではなく、立法者の意図を裁判官の判断に代替させようとする行為にすぎない。それは何よりもまず、憲法上の権限分配の原則に照らして許されるものではない。」C.Cost., 54.2012, n.78 においては、立法者が銀行と顧客間の関係における時効の起算日を特定するために制定した解釈法が、憲法に違反していると解された。それによれば「立法者は、憲法上重要な原則、権利、利益を保護する必要性という十分な正当化がある場合には、ヨーロッパ人権条約の規定するやむを得ない一般利益の要請に基づき、遡及効を有する規範を制定することができる。その中には、解釈法も含まれる。」とされている。問題となる条文の違憲性に関しては、憲法裁判所は「法規の内容について客観的な不確実性が存在しない状況で民法第二九三五条につい

て判断した。なぜなら、銀行取引に関する時効の起算点に  
関して、下級審の判例の中にはごく少数派の見解が存在し  
たものの、すでに多数派の判例が確立しており、それは破  
毀院でも支持されていた。そして、この判例の流れは、契  
約関係の終了または債務の弁済が時効期間の起算点 (*dies  
a quo*) となるとする解釈へと収束していったのである。」と  
述べた。

(28) 一九六八年六月一九日の Gesetz zur Wahrung der  
Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten  
Gerichtshöfe des Bundes (RsprföHG) は、連邦憲法第九  
五条第三項に基づいて制定されたものであり、この制度の  
設立目的を判例解釈の統一性を追求することにあると明確  
に定めている。連邦の五つの最上級審裁判所（民事・刑事  
裁判を担当する連邦通常裁判所 (BGH)、連邦労働裁判  
所、連邦社会裁判所、連邦行政裁判所、連邦財政裁判所）  
の合同部会は、各最高裁判所の長官、各最高裁判所の部門  
を主宰する裁判官、および各部門ごとに追加された裁判官  
一名で構成されている。

(29) 司法制度に関する法律 (Legge sull'ordinamento  
giudiziario) 第六七条「破毀院は、それぞれの部門におい  
て、常に五名の投票者で審理を行う。大法廷では、常に九  
名の投票者で審理を行う。」

(30) 同様の目的は、民事訴訟法第三六〇条 bis<sup>1)</sup>によっても

追求されており、それは破毀院の解釈を上訴の不受理の基  
準として採用している (*recte*, di manifesta infondatezza:  
C.Cass., sez. un., 6/9/2010, n.19051, Consolo, *Dal filiro in  
cassazione ad un temperato stare decisis. La prima  
ordinanza sull'art. 360 bis c.p.c. in Corriere giuridico*,  
2010, 1405; De Cristofaro, in Consolo-De Cristofaro, *La  
riforma del 2009*, Milano, 2010, *sub artt. 360 bis-392*,  
*numeri a margine 31 ss.*)。

(31) これに関しては三件が挙げられる。第一の事例は、イ  
タリア民事訴訟法第八一四条に基づき当事者間で合意が得  
られなかった場合に仲裁人に支払う報酬および費用を決定  
したが、この事案は裁判長の決定に対する不服申立ての制  
度に関するものである。長年にわたり、裁判長の決定に対  
しては直接破毀院に不服申立てが可能であるとされてきた  
が、C.Cass., sez. un., 3/7/2009, n.15586 はこの可能性を否定  
した。その後、破毀院の小法廷 (第二部) は、大法廷が  
C.Cass., sez. un., 31/7/2012, n.13620 において「熟慮された  
見解」として認めていたにもかかわらず、先述の判決の主  
要な論点を批判的に検討した根拠について再び大法廷に判  
断を求めた。それでもなお、大法廷は法解釈の安定性を確  
保する必要があるとして、問題となった見解を維持した。

その際、大法廷は「イタリアの訴訟制度において、判例拘  
束の原則を義務付ける規定は存在しないものの、それは依

然として一つの価値、あるいは少なくとも法秩序に内在する指針である。そして、この指針に基づき、統一解釈機能を制度的に担う破産院の適法性を審査する裁判所の解釈から逸脱することは、十分に強固で合理的な正当化がない限り、許されない。」と述べている。その後、破産院小法廷（第一部）が再びこの問題を提起し、最終的に大法廷は二〇〇九年の異例な判断を放棄した。そして、*C.Cass. sez. un. 7.12.2016, n.25045*において、仲裁人の報酬決定に関する裁判所の決定が、破産院に直接不服申立て可能であることを再び認めた。この制度は、二〇〇六年の改正施行以降、控訴裁判所においても異議申立てが可能となっている。

第二の事例は、契約に関する訴訟における既判力の客観的範囲に関するものである。大法廷（*C.Cass. sez. un. 4.9.2012, n.14828*）は最初に、契約に基づく権利を対象とするすべての訴訟において、終局判決は場合によっては默示的な形で、その訴訟が消滅時効の問題のみに言及した棄却判決であっても、契約の成立、有効性および効力に関する問題を常に解決するものと判断していた。しかし、小法廷（第二部）の解釈によって問題が再び提起された。この解釈ではすべての問題に取り組む必要はなく、より容易に解決できる問題を理由に棄却できるという原則に十分に対応して、いかなる見解を示していた（*C.Cass. sez. II*、

37.2013, n.16630）。これを受け、大法廷は「*C.Cass. sez. un. 12.12.2014, n.26242*において、契約関係が存在するとの認定に既判力が常に拡張されるのは、請求を認容する判決の場合のみであるとした（Zenner, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen 1959; Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, pp.226 s.; Dalla Bontà, *Una benefica inquietudine*, *Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zenneriane*, in *Giusto processo civile*, 2011, pp.895 ss.)」。

第三の事例は、第三者である取得者に対して取消権（イタリア民法第二九〇一条以下）を行使できるかどうかに関するものであり、この第三者である取得者は、破産宣告または破産手続の開始を受けている者である。これに関しては、最初に、大法廷は（*C.Cass. sez. un. 23.11.2018, n.30416*）は、「このような場合、処分者の債権者は、破産者または清算対象者の資産から何ら債権を回収する可能性はないと判断した。その理由として、この場合の取消権は形成判決を対象としており、手続開始後にその請求が認められた場合、破産財産の固定主義の原則と矛盾するとされた。その後、破産院小法廷（第一部）（*C.Cass. sez. I*、

32.7.2019, n.19881) は、この見解に再考を求め、取消権の形成的性質そのものを疑問視した。第一部は、取消権がむしろ確認的性質を有すると主張し、その効果は手続開始後に宣言されるだけであり、その発生は手続開始以前に遡るべきであるとした。最終的に、大法廷 (C.Cass. sez. un., 24.6.2020, n.12476) は、取消権 (通常の取消権または否認権) が形成的性質を持つことを再確認した。ただし、その対象は財産そのものではなく、債権者の一般責任財産の担保を回復することであり、それによって財産を執行の対象とすることが目的であるとされた。形成訴訟が、破産手続開始前に債権者により開始されていない場合、固定主義の原則に基づいて、専ら処分された財産を自己の担保財産として回復することを目的として行使することはできない。しかし、処分者の債権者 (処分者が破産している場合は破産管財人) は、一般責任財産となる担保の範囲内で保護される。つまり、取消可能な処分行為の対象となる財産の価値に基づいて、取得者の破産手続における破産債権として申立を行うことが認められる。この場合、形成訴訟の前提条件に関する判断は、取得者の破産手続の裁判官に委ねられることになるとした。

(32) A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, II ed., in *Comm. al codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Disposizioni sulla legge in generale*, Bologna-Roma, 2011,

pp.171 ss.

(33) 他方では、次のような説明もある。C. Consolo, in *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele: di merito, sommario ed esecutive*, Torino, 2010, p.93. 「立法を基礎とする法制度においては、社会生活における重要な分岐点を規律することを目的とした、将来に向けた拘束力のある一種の計画としての法が存在する。この計画を實際に機能する法秩序として実行するためには、司法による発展が不可欠である。このような、規範の具体化が分権的に行われる特質は、状況に応じてその程度の差はあれど (これは単なる量的な問題にすぎない)、本質的には、法規範が常に解釈を必要とし、実際のところ規範自体が解釈の産物であるという事実の反映である。そして、法文の解釈は、事前に存在する法的意味の単なる発見ではなく、ある程度の創造的要素を伴う再構成的な意味付与の過程である。」(34) 判例解釈より抽出される行動規範はたとえ破産院が出しており、かつ、類例の事例があった場合でも、適用される保証はない。憲法裁判所は、確定した有罪判決を受け、それを無効とする (*abolitio criminis* の可能性) 当事者に有利な解釈変更を否定した。これに関しては、C.Cost., 12.10.2012, n.230, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp.3440 ss., con nota di Rescigno. 「大法廷の判断は、安定性を獲得し広く支持されることを明らかに志向しているが、

それはあくまでも傾向を表しているにすぎず、法的拘束力ではなく、主として説得力による効力に基づいている。その結果、廃止法や違憲判決とは異なり、破毀院による新たな判断は、理論的にはいかなる時点でも、またイタリアのいかなる裁判官によっても、適切な理由を示せば拒否される。一方で、大法院自身も、小法院の判断を契機として、これまで幾度も自らの立場を見直す必要に迫られてきたのである。」

(35) S. Turatto, *Overruling in materia processuale e principi del giusto processo*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, pp.149 ss.

(36) 最初にこの問題に直面したのは破毀院の小法院（第二部）であり、二〇一〇年初夏の二〇〇の判決（CCass. sez. II, 17.6.2010, n.14627, 7.2.2010, n.15811）において、時機の再付与（*rimessione in termini*）の救済手段を、正当な手続の原則および司法的救済の実効性の保障とともに本質的な手段として重視した。これにより、当事者に過失がなく、特に、判例が（ほぼ）一致していると信頼していたものの、判例解釈の変更が生じたことを適切に認識する前であった場合に、取り返しのつかない時機逸失の結果を負わせることがないようにしたのである。この適時救済は、単に当事者が主張・立証すべき物理的障害という例外的な場合に限り、「提起された訴えの時点では確立した判例に基づき、

適切な手続を選択したが、その後、その判例がもはや信頼に値しないものと判明した場合の防御上の選択を行った場合」にも適用されるものと解釈された。

(37) 破毀院は CCass. sez. un. 12.10.2022, n.29862 において、この原理を次のように改めて維持している。「確立した手続法の解釈が放棄されるのは、社会現象や法制度の変化によって強固で合理的な正当化理由が生じた場合、あるいは、その確立した解釈が明らかに恣意的かつ不当なものである場合、または、著しく機能不全、不合理、あるいは不公正な結果をもたらす場合に限られる。なぜなら、手続法の解釈の信頼性、予測可能性、および一貫性は、国民の平等と公正な裁判の前提条件として不可欠であるからである。したがって、法文の解釈として二つの異なる選択肢があり得る場合には、破毀院の判例において十分な安定性を獲得した解釈を優先することが求められる。」

(38) このようにして、従来の確立された法解釈に対する信頼を保護するために、判例解釈の変更による効果を単純に排除し、不要とみなされる手続の再実施を求めめる必要がないとされた。場合によっては、そのような再実施は全く合理性を欠くことさえある。例えば、控訴裁判所や破毀院が支払命令に対する異議を申し立てた原告に対し、第一審での訴訟追行の再実施を要求し、それによって訴訟手続を白紙に戻すよう求めることが考えられる。しかし、こうした

要求は、手続上の形式に関する規定の遵守を目的としたものでありながら、これまでの訴訟の実体的な正当性や適正さには全く影響を及ぼさないため、本質的には無意味であるといえる。

(39) しかしながら、保護に値する誤りとは、すでにその解釈が時代遅れになりつつあることを常に意識していたにもかかわらず、それを頼りにし続けた場合を指すものではない。例えば、判例解釈の変更が長期にわたる学説・判例の議論や、法制度の構造的な大変革によって「準備」されていた場合、弁護士は現行法の発展的指針を慎重に見極め、特に大法廷の判例の進化を予測できる能力を持つべきである。V. C.Cass. sez. un. 281.2011. n.2067. 「二〇〇八年の判決番号二四八八三（大法廷によって下された、管轄権に関する黙示的既判力についての判断）は、確立された「生きる法（*diritto vivente*）」に対する突如として急激な転換をもたらしたわけではなく、むしろ、民事訴訟法第三七条の再解釈という過程を完了させ、長年にわたり進行していた解釈上の結論に到達したにすぎない。したがって、この判決の前に控訴を提起し、第一審裁判所によって黙示的に肯定された管轄権を争わなかった当事者は、当該既判力の成立を妨げなかったことにより、時機の再付与や単なる却下制裁の適用除外といった回復的救済措置を主張することはできない。」

(40) L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 245 s. rrr) は、類推適用 (*analogia legis*) と法の一般原則に基づく類推 (*analogia iuris*) は、法体系の完全性というドグマを名目的にしか満たさないとして述べられている。cf. A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, p. III. 「すべて」の行為が、想定済みの行為と類似しているわけではないのは必然的に司法判断の創造的過程をもたらし、法体系が完全性を志向または主張するものであっても、そこには広範な未確定の領域が存在し、解釈者が独自の手段によって埋めることを求められる。」

(41) イタリア憲法は憲法主義的法理論 (*costituzionalismo giuridico*) および憲法上の適法性 (*legalità costituzionale*) を通じて、立法機関によって制定された法律や法制度に対する批判的評価のための独自の空間を切り開いた。司法は唯一、法律の違憲審査を発動できる機関として、憲法裁判所に違憲性の問題を付託することができる。これは、裁判官に対し、憲法の規範という「批判的なレンズ」を通して常に法律を評価するという使命を課している。そして、この役割によって裁判官は、憲法の確立およびその法体系内における最高位の法規範としての地位を確証する特権を有することとなる。裁判官が法律に対する無批判かつ無条件の服従に縛られ、その法律が憲法や憲法上保障された権

利・自由・基本原則と抵触する疑いがある場合でもそれに従うならば、憲法の優位性は否定され、形骸化してしまっ  
 ことになる。v. S. Spina, *Stato costituzionale e ruolo della  
 giurisdizione. Il giudice quale primo critico della legge*, in  
 www.questionegiustizia.it/articolo/stato-costituzionale-e-  
 ruolo-della-giurisdizione-il-giudice-qual-primo-critico-  
 della-legge (閲覧日二〇二五年一月三十一日)。

(27) C.Cass., sez. un., 1311/2008, n.27145, in Foro Italiano,  
 2009, I, 786; con nota di Mazzarella: ivi, 2009, I, 983, con  
 nota di Caponi-Proto Pisani-Maltese; in Nuova  
 giurisprudenza civile commentata, 2009, I, 223, con nota  
 di Santosusosso; in Diritti dell'uomo, 2008, 2, 95, con nota  
 di Triai; in Rassegna di diritto civile, 2009, 538, con nota  
 di Paesano; in Diritto della famiglia, 2009, 115, con nota di  
 Damo; cfr. anche C.Cass., sez. I, 1610/2007, n.21748, in Foro  
 italiano, 2007, I, 3025, con nota di Casaburi: ivi, 2008, I,  
 125, con nota di Maltese; in Diritto della famiglia, 2008,  
 592, con nota di Virgadamo; Cetto, *La dignità oltre la  
 cura*, Milano, 2009, 139 ss.; Englaro Eluana, 119 ss.」の場  
 合に、裁判官は「その結論を「インフォームド・コンセン  
 ト」の原則に基づいて導き出している。この原則は「医師  
 と患者の関係の基盤」であり、また「医療行為を正当化す  
 る法規範」(そのまなければ違法となる)を構成するもので

ある。この解釈は、破毀院の民事・刑事部門における確立  
 した解釈に沿うだけでなく、超国家的な法源にも根拠を有  
 する。具体的には、人権と生物医学に関するオビエド条約  
 および二〇〇〇年二月七日にニースで採択されたヨーロ  
 ッパ連合基本権憲章においても、インフォームド・コンセ  
 ントの原則が規定されている。

(43) 裁判所間の対話は、基本的権利の保護を推進する要素  
 として機能し、憲法とヨーロッパ連合基本権憲章の相互作  
 用によってその役割が強化される。この観点から注目され  
 るのが、イタリア憲法裁判所がヨーロッパ司法裁判所に対  
 し、予備的判決の付託を行った事例である。この付託は、  
 CONSOB (イタリア証券取引委員会) が実施する制裁的  
 性質を有する行政手続において、沈黙を保持する権利を擁  
 護するというイタリア憲法裁判所の解釈が適切であるか、  
 うかを確認するために行われた (C.Cost., n.117 del 2019,  
 seguita da Corte di giustizia 2 febbraio 2021 nella causa  
 C-481/19 - cfr. A. Ruggeri, *Ancora un passo avanti della  
 Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e  
 i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del  
 2019)*, in *Consulta OnLine*, n. 2/2019; G. Scaccia, *Alla  
 ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della  
 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e  
 sindacato accentratato di legittimità costituzionale*, In

*marginale all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 6/2019; S. Catalano, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019; A. Demmig, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019; M. Galimberti, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittofondamentalit.* n.2/2019).

(44) 特にこの先決裁定は「EUC（ヨーロッパ経済共同体）条約第一七七条第三項は、国内法上その決定が不服申立ての対象とならない裁判所が、ヨーロッパ共同体法に関する問題に直面した場合、次のいずれかの状況が認められない限り、付託義務を果たす必要があると解釈されるべきである。すなわち、その問題が関連性を持たないことが明白である場合、問題となっているヨーロッパ共同体法の条項がすでにヨーロッパ司法裁判所によって解釈されたことがある場合、または、共同体法の正しい適用があまりにも明白であり、合理的な疑義の余地がない場合である。この

例外が成り立つかどうかは、共同体法の特性的、その解釈における特有の困難<sup>53</sup>、および共同体内における判例の相違が生じるリスクとつた要素を考慮して評価されるべきである。」と述べている。

(45) C.Cost. 19.11.2024, n.181. 「両方の救済措置は、ヨーロッパ統合の基盤の一つであり、ヨーロッパ司法裁判所の初期の判決以来、またその後の本裁判所の判例（sentenza n.170 del 1984, sentenza n.67 del 2022）においても認められてきたEU法の優位性を保障するものである。イタリアのように憲法裁判が集中管理される体制を採る構成国においても、すべての裁判官は法律がEU法に適合しているかを審査することができ、（ヨーロッパ司法裁判所、一九七八年三月九日判決、C-106/77, Simmenthal）。また、憲法裁判所の権限は、EU法に直接適用効がある場合には（Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 24.6.2019, C-573/17, Poplawski）、裁判官がヨーロッパ司法裁判所への先決裁定の付託を行う権限や、EU法と両立しない国内法の適用を拒否する権限を妨げたり制限したりするものではない。」（Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 22.2.2022, C-430/21, RS）。J. A. Ruggeri, *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, in *Consulta On-Line*, 2024.

fasc. III, 21.11.2024.

- (46) 超国家的規範は、憲法上保障された権利の範囲を再構築するうえで重要な役割を果たしている。ヨーロッパのレベルで確立された保護措置は、憲法上の規範の継続的な発展に影響を及ぼし、相互に作用し合いながら豊かな統合関係を形成する。つまり、国内憲法の解釈と適用は、ヨーロッパにおける人権保障の枠組みと相互に影響し合いながら進化して行くのである。C. Cost. ord. di rinvio alla Corte di giustizia n. 182/2020; A. Ruggeri, *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in *Diritti Comparati*, n. 2/2019, p.24. A. Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta Online*, p.60.
- (47) これに関しては、破毀院による最近の判決がある。C.Cass., sez. I, 1912/2024, n.33398 「一般裁判官は、ただ法律のみに従う存在として、自国を逃れ、やむを得ない事情によりイタリアやヨーロッパ連合において正当に保護を求める庇護申請者の基本的権利を、具体的な個別事案において実効的に保障する役割を担う。」(判決中番号第四番)。「本件に関わるのは憲法上の権利(EU法、国内法、国際条約によって規制・定められた庇護および保護を受ける権利)であるため、一般裁判所は、ある国が『安全な国』の

リストに含まれるかどうかについて再検討する権限を有する。その指定が、一般規範で定められた基準から逸脱し、他の公的利益を優先させることで、庇護申請者に対する実際の保護の認定を阻み、結果として、出身国において人間の尊厳と不可分な侵すことのできない権利の中心的な部分が侵害される実質的な危険が生じる場合には、なおさらである。」(判決中番号第一六番)。

【監訳者付記】

本翻訳は、二〇二四年一月六日に日本大学法学部で開催された、イタリア・パドヴァ大学クリストファロ教授による講演会の原稿である。講演テーマの原題は、*Il rapporto tra giudice e legge nel sistema giuridico italiano* である。クリストファロ教授は、一九六九年にイタリア北部プレシアに生まれ、フェラーラ大学法学部を卒業された。その後、同教授は、トレント大学、ヴェローナ大学で教鞭を執り、二〇〇六年にパドヴァ大学正教授となり、現在に至っている。また、この間、エラスムス・プログラムを通じてミュンヘン大学シュロッサー教授のもとで研究された。監訳者とは、二〇〇七年にドイツ・レーゲンスブル

クで行われた国際訴訟法学会での報告を一緒に行って以来、交流が続いている（同学会でのクリストファール教授の報告テーマは、'Probleme der Internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus ausländischer Sicht'である。監訳者のテーマは、'Das europäische Insolvenzrecht aus der Sicht von Drittstaaten'であり、いずれも、Peter Gottwald (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht - Kollektiver Rechtsschutz, (Gieseking, 2008) に収められている）。講演では、訳者であり塾員でもあるセレナフランコ日本大学法学部准教授に会場の手配および通訳をご担当いただいた。クリストファール教授の招聘に際しては、石川明教授記念手続法研究所による財政的援助を受けたことを特記し、謝意を表すものである。