

イタリアにおける憲法裁判所と国会

田 近 肇

はじめに

1 憲法裁判所の審査と国会の裁量権

- (1) 国会の政策判断の審査の禁止
- (2) 憲法裁判所の審査の拡大

2 操作的判決と立法権

- (1) 操作的判決
- (2) 国会の立法権との関係
- (3) 操作的判決の限界

おわりに

はじめに

憲法規範の実効性を確保するため、あるいは基本的諸権利の擁護のために、法律の合憲性統制の制度を設けることは——具体的な制度のあり方は多様だとしても——、今日、各国の憲法が共通して採用するところとなっている。では、そのような法律の合憲性統制の作用は、憲法が定める政治システムにおいてどのように性格づけられ、その任を担う機関は、他の諸機関との関係でどのように位置づけられるのであろうか。

この問いは、司法裁判所が違憲審査権を有する制度の下であれ、特別に憲法裁判所を設ける制度の下であれ、問題となりうる。とはいえ、政治システムにおける法律の合憲性統制機関の位置づけを考える際の枠組みは、言うまでもなく、前者の場合と後者の場合とは異なる。なぜなら、前者の場合、政治部門（立法府及び行政府）と司法裁判所という2つの要素を措置して両者の関係が検討されるのに対し、後者の場合には、政治部門と憲法裁判所の

ほか、一般裁判所（通常裁判所及び行政裁判所）という第3の要素が付け加わり、憲法裁判所と政治部門との関係及び憲法裁判所と一般裁判所との関係をそれぞれ別途検討することが必要となるからである。

実際、憲法裁判所型の合憲性統制の制度を有するイタリアでは、政治部門との関係及び一般裁判所との関係の両方について論争が繰り広げられてきた。その背景として、イタリアでは、法律の合憲性の統制は、前提問題型の合憲性の裁判（ドイツでいう具体的規範統制に類似した制度）を中心にして行われてきたという事情がある⁽¹⁾。憲法裁判所の裁判は、この型の合憲性の裁判においても、一般裁判所から提起された合憲性の問題それ自体を対象としており、具体的な事件の解決を目的としているわけではない。しかし、憲法裁判所としては、具体的な事件を抱えた一般裁判所から、その具体的な事件の前提問題である合憲性の問題の解決を求められている以上、その一般裁判所に対し、具体的な事件を解決するうえで従うべき規範を示さなくてはならない⁽²⁾。その結果、憲法裁判所の活動もまた、現実には、具体的な事件の解決のための規範を法秩序のうちに探求する活動という意味での「解釈」⁽³⁾に重きをおかざるをえないのである。

さらに、憲法裁判所に求められる役割が変化してきている。憲法制定の時点では、憲法裁判所に求められていたのは、ファシズム期の立法に対抗する役割であった。それゆえ、発足の当初にあっては、憲法裁判所は、単純な違憲判決（「認容判決（sentenza di accoglimento）」と呼ばれる）又は合憲判決（「棄却判決（sentenza di rigetto）」と呼ばれる）によって合憲性の問題を解決すれば足りた。しかし、今日、常に単純な違憲判決によって具体的な事件を

(1) イタリアの憲法裁判制度の概要については、田近肇「イタリア憲法裁判所の制度と運用」岡山大学法学会雑誌62巻4号（2013年）268頁（<http://ousar.lib.okayama-u.ac.jp/metadata/49400>）にも掲載を参照。また、関連法令の翻訳については、同「イタリア憲法裁判所関連法令集」同誌62巻2号（2012年）142頁（<http://ousar.lib.okayama-u.ac.jp/metadata/49086>）にも掲載を参照されたい。

(2) Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 397.

(3) Vedi Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 338.

解決しうるわけではない（日本の例になるが、国籍法違憲判決を想起された）。その結果、憲法裁判所は、事件を解決するうえで従うべき規範を一般裁判所に提示する必要に応えるため、解釈的判決（*sentenza interpretativa*）や操作的判決（*sentenza manipolativa*）といった多様な判決手法を編み出してきたのである。

しかし、このように憲法裁判所が「解釈」に強い関心を寄せ、解釈的判決・操作的判決といった判決手法を用いることでその権限を「拡張」してきたことは、政治部門又は一般裁判所との間に緊張・対立関係を生む原因ともなった。解釈的判決とは要するに法律等の規定に関して論理的に可能な複数の解釈のうち特定の解釈を合憲（解釈的棄却判決）又は違憲（解釈的認容判決）と判断する手法であるが、もし憲法裁判所が法律等の規定について特定の解釈のみを是認し、その解釈に従うよう一般裁判所に求めるとすれば、それは従来一般裁判所が有していた法律等の解釈権を侵すものではないかが問題となる。実際にこれが憲法裁判所と破毀院との間で争われたのが1960年代の解釈権論争である。ただ、解釈権論争についてはすでにわが国で紹介がなされているので⁽⁴⁾、本稿ではこれ以上取り上げない。これに対し、「解釈」を通じて法律等の規定の規範に実質的な変動を与える操作的判決——詳細は、後に検討する——をめぐっては、主として政治部門との関係で、そうした手法に訴えることがそもそも許されるのかが問われてきた。

本稿は、この操作的判決という判決手法に着目して、イタリアにおける国会と憲法裁判所との関係を考察しようとするものである。国会との関係で憲法裁判所が統治機構上どのように位置づけられるかという問いに、ごく常識的かつ直感的に答えるとすれば、「憲法裁判所が行う作用は立法作用でも純粋な裁判作用でもない混成的な性格の作用であり、それゆえ憲法裁判所は立法機関と純粋な裁判機関の中間的な地位を有する」⁽⁵⁾ということになる。で

(4) 井口文男「合憲性判断の手法とその拘束力」初宿正典先生還暦記念論文集『各国憲法の差異と接点』（成文堂、2010年）359頁，368頁。

(5) Vedi Elena Malfatti, Saulle Panizza e Roberto Romboli, *Giustizia costituzionale*, 3^a ed., G. Giappichelli, 2011, p. 308.

は、憲法裁判所は、「立法機関」と「純粋な裁判機関」との間のどこに位置するのだろうか。

1 憲法裁判所の審査と国会の裁量権

(1) 国会の政策判断の審査の禁止

本題に入る前に、憲法裁判所は、国会の政策判断に代わる政策判断を自ら行うことはできないことを確認しておこう。この点につき、1953年3月11日法律第87号第28条は、次のように定めている。「法律又は法律の効力を有する行為に対する憲法裁判所の合憲性の統制は、政治的性質を有する評価及び国会の裁量権の行使に対する審査をしてはならない」と。

この規定は、憲法裁判所は「国及び州の法律及び法律の効力を有する行為の合憲性に関する争い」(傍点・筆者)を裁判すると定める憲法第134条の規定を受けて、憲法裁判所の審査の対象は法律等に違憲の瑕疵があるか否かに限られ、法律等の当・不当の判断 (giudizio di merito) に及ぶものではないことを明らかにし⁽⁶⁾、憲法裁判権の「限界」を示したものであると説明される⁽⁷⁾。

1953年法律第87号のこの規定は、もともとは、憲法典に挿入すべく憲法制定議会に提出された提案——ただし、結果的には採用されなかった——に由来するものようである⁽⁸⁾。その提案については、次のような説明がなされていた。「憲法裁判所は、憲法違反を理由として訴えを裁判する。立法行為に対する当・不当の判断はどんなものであれ排除される。……〔しかし、〕憲法の原案が合憲性の裁判について用いている一般的表現は、……裁量にかかわる評価をもたらず審査も憲法裁判所の裁判に含まれるものと解釈すること

(6) Francesco Saverio Marini, *Appunti di giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, 2005, p. 38.

(7) Antonio Ruggeri e Antonino Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, 2009, p. 95.

(8) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 244.

ができる。[そのような審査を憲法裁判所ができるとしたら]法律家によって構成される裁判機関であるべき憲法裁判所を、我われの意図に反して、超国会 (super-Parlamento) すなわち政治機関へと変えてしまうであろう」と。ただし、具体的にどのような審査が「政治的性質を有する評価」や「国会の裁量権の行使に対する審査」に当たるのかは憲法裁判所自身によって特定されることになるから、その意味では、この規定は、憲法裁判所の自制 (autocontrollo) を求めたものといえる⁽⁹⁾。

「政治的性質を有する評価」の禁止というと、統治行為論ないし政治問題の法理がつい連想されるが、イタリアでは、「政治的性質 (natura politica)」という語は、政策判断を意味するものと理解されてきたようである。憲法裁判所1957年1月26日判決第28号⁽¹⁰⁾は、1950年5月23日法律第253号第10条が住居として使用される不動産の賃貸借契約と住居以外の目的で使用される不動産の賃貸借契約とで借主の保護に関して異なる取扱いを定めていることが、憲法第3条(平等原則)に違反しないかが争われた事例である。本件で、憲法裁判所は、憲法第3条は「立法者が、異なると判断した状況を規律するため、異なる規範を定めること」までも禁止するものではないとしたうえで、「状況の違いが重要であるという評価は、立法者の裁量権に留保されざるをえず、……規律の違いと規律される状況の違いとが対応しているかの究明は、政治的性質を有する評価、又は少なくとも国会の立法裁量の行使に対する審査を伴うことになる」と述べ、合憲性の問題には理由がないとして斥けている。

住居用不動産の借主をその他の不動産の借主よりも強く保護することは、どうみても——わが国の統治行為論に倣っていえば——高度の政治性を有する問題でなく、単なる「国会の裁量権の行使」によるものにすぎない。このように、イタリアでは、「政治的性質を有する評価」の禁止と「国会の裁量

(9) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 245.

(10) Sentenza Corte cost., 26 gennaio 1957 n. 28, in *Giur. cost.* 1957, p. 398.

権の行使に対する審査」の禁止とは必ずしも区別されていないようにみえる。

もつとも、憲法裁判所の判例上、高度の政治性を理由に合憲性の問題が斥けられた例もないわけではない。その典型と言われるのが、憲法裁判所1968年7月2日判決第111号⁽¹¹⁾である。本件では、スペイン内戦における功績を理由として国家義勇軍の所属員に付与された戦功章の撤回と年金及び功労金の停止を定める1945年8月21日国王代行命令第535号の規定の合憲性が争われた。憲法裁判所は、戦功章の撤回は「ファシズムの義勇軍の所属員がスペイン内戦で行った活動についての純然たる政治的性格の評価」によるものであり、「そのような評価は、当時の法秩序が示す限度内で立法者に与えられた裁量権の行使として立法者が行ったものであるから、当裁判所の審査を免れる」として、合憲性の問題には理由がないと判示している⁽¹²⁾。

ただ、この判決に対しては、端的にアメリカ法にいう政治問題の法理に類似した発想によるものと理解すべきだという有力な指摘がある⁽¹³⁾。この論者は、本判決の結論を1953年法律第87号第28条によって正当化することはできないと指摘し、むしろ、アメリカ合衆国憲法とイタリア憲法との文言及び構造の違いにかかわらず政治問題の法理に類似した発想をイタリア憲法に取り入れることは可能であり、そのような意義を有するものとして本判決を理解すべきだと主張するのである。この見解に従えば、1953年法律第87号第28条にいう「政治的性質を有する評価」の禁止は、政治問題の法理とは無関係だということになる。

いずれにせよ、「政治的性質を有する評価」と「国会の裁量権の行使に対する審査」を禁止する1953年法律第87号第28条の規定は、政治の「完全な裁判

(11) *Sentenza Corte cost.* 2 luglio 1968 n. 111, in *Giur. cost.* 1968, p. 1740.

(12) なお、このような場合に、手続的判決（合憲性の問題の提起は不適法との却下判決）と本案判決（合憲性の問題には理由なしとの棄却判決）とのどちらを下すべきかという問題があり、憲法裁判所の処理の仕方は必ずしも一貫していないという指摘がある。Clelia Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Giuffrè, 1991, p. 159.

(13) Leopoldo Elia, *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di «political question»?*, in *Giur. cost.* 1968, p. 1749.

化 (giurisdizionalizzazione)』⁽¹⁴⁾ないし「過剰な憲法化 (eccessiva saturazione giuridico-costituzionale)』⁽¹⁵⁾を避け、国会による裁量的な政策判断の余地を確保するため、憲法裁判所に対し一定の自制を求めているのである。

(2) 憲法裁判所の審査の拡大

しかしながら、現実には、憲法裁判所は、国会による裁量的な政策判断を前に、ただ沈黙してきたわけではない。むしろ、憲法裁判所は、その自制のあり方について、「立法裁量の行使がまったく恣意的で不合理であることが明白な場合を除き」、政治的性格を有する問題や立法裁量の行使に属する問題は審査しないという定式化を行い⁽¹⁶⁾、立法に合理性 (ragionevolezza o razionalità) が欠けているときには立法権の踰越 (eccesso di potere legislativo) の瑕疵があると認定することによって、国会の裁量的な政策判断にかかわるようみえる問題にも積極的に介入してきた⁽¹⁷⁾。

立法者が裁量権を行使して行った選択が「不合理」か否かという審査は、何よりも、平等原則に対する違反が争われた事案で発展してきた。平等原則が「事情が等しい場合には等しく取り扱い、事情が異なる場合には異なる取扱いをする」ことを要請することには異論がない。ただ、その違反が問題となる場合には常に、異なる取扱いを正当化するほど事情が異なるのかどうか争われ、そうした評価は——先の憲法裁判所1957年判決第28号からも明らかかなように——従来、立法者に属すると理解されていた⁽¹⁸⁾。反面で、立法者によるこの評価を憲法裁判所はおおよそ審査することができないとすれば、憲法第3条の規範は、その実効性を失ってしまうことになろう。それゆえ、平等原則の分野で、合理性の審査を通じて憲法裁判所が立法者の裁量判断にも介入するというやり方が発展してきたのは、自然な成り行きだったのかも

(14) Malfatti et al., op. cit., p. 308.

(15) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 244.

(16) Malfatti et al., op. cit., p. 313.

(17) Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 95.

(18) Vedi anche sentenza Corte cost. 26 gennaio 1957 n. 3, in *Giur. cost.*, 1957 p. 11.

しれない。

さて、この分野における憲法裁判所のそうした介入は、まず、ある法律それ自体における立法者の判断に一貫性があるか否か、目的と手段とが対応しているか否を審査するという形で始められた。憲法裁判所1958年7月14日判決第53号⁽¹⁹⁾がその嚆矢とされるが⁽²⁰⁾、法律の矛盾のなさ (non contraddizione) が初めて明示的に論じられたのは、憲法裁判所1959年7月9日判決第46号⁽²¹⁾においてである。本件は、ヴェネト及びフリウリの小作契約 (livello) について他とは異なる取扱いを定める1958年2月15日法律第74号の規定が憲法第3条に反しないかが争われた事例であり、憲法裁判所は、結果的には本件の合憲性の問題には理由がないとしてこれを斥けている。しかし、憲法裁判所は、その別異取扱いを定めた立法者の政策判断をただ是認したわけではない。憲法裁判所はむしろ、同法の規定がヴェネト及びフリウリの小作契約を部分的には一般的な永代小作契約 (enfiteusi) と等しく取り扱い、部分的にはこれと異なった取扱いをしていることと、立法者がヴェネト及びフリウリの小作契約に対して行った性格づけとの間に整合性があるかどうかを審査したうえで、両者の間には「矛盾はない」と判断したのである。

その後、1980年代に入ると、憲法裁判所は、合理性の審査に当たって比較の第三項 (tertium comparationis) という概念を用いるようになった⁽²²⁾。つまり、争われている法律の規範が憲法第3条に反しないかを単純に検討する (二要素による審査方法) のではなく、類似した状況を規律する他の法律の規範を参照し、これと争われている規範とを比較することを通じて合理性を審査する手法 (三要素による審査方法) である⁽²³⁾。

この手法を最初に用いたとされるのが、憲法裁判所1980年1月25日判決第

(19) Sentenza Corte cost. 14 luglio 1958 n. 53, in *Giur. cost.*, 1958, p. 603.

(20) Vezio Crisafulli, Ancora in tema di eguaglianza, in *Giur. cost.*, 1959, p. 745 ; Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 105.

(21) Sentenza Corte cost. 9 luglio 1959 n. 46, in *Giur. cost.*, 1959, p. 743.

(22) Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 106.

(23) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p.199 ; Ruggeri e Spadaro, ibidem.

10号⁽²⁴⁾である。本件の原裁判は、国の行政機関から州の行政機関へと所属換えになった公務員が、州機関での配置において以前の職場で有していた地位が考慮されなかったことを不服として提起した訴訟であり、その中で、公務員の配置に当たり以前の職場における地位を考慮して異なる取扱いをすることを禁じたラツイオ州及びカンパーニャ州の法律の規定が、事情の違いにもかかわらず等しい取扱いを強いるものとして平等原則に反しないかという合憲性問題が提起されていた。憲法裁判所は、「平等原則に関する合憲性の評価は、……不合理な規定を立法者が定めたかどうかを決めるため、……争われている規範を他の規範と対照することを必要とする」と、三要素から成る構造 (struttura triadica) の下で合理性を審査することを明らかにし、本件の合憲性問題の提起においてはそのような対照、つまり「問題の規律と、国又は州の他の立法上の規律によって構成される第三項との間の相違」が示されていないとして、本件の合憲性の問題を斥けている。

比較の第三項を用いた合理性の審査に関しては、近時の憲法裁判所は、一方では、合憲性の問題を提起する一般裁判所の裁判官が安易に比較の第三項に訴えることに抑制的であると言われ、他方では、この審査方法を越えて、実質的には当・不当の審査に近い合理性の審査を行う傾向もあると言われるが⁽²⁵⁾、今なお、こうした三要素による合理性審査の方法が憲法裁判所によって用いられていることには、疑いはない⁽²⁶⁾。

いずれにせよ、比較の第三項を用いた合理性の審査もまた、法律に一貫性・整合性があるかどうかを審査するものだということができる。ただし、それまでの審査方法が、問題となっている法律内部の矛盾を問題とするものなのに対し、比較の第三項を用いた審査は、問題とされた法律とこれに類似した

⁽²⁴⁾ Sentenza Corte cost. 25 gennaio 1980 n. 10, in *Giur. cost.*, 1980, parte prima, p. 67.

⁽²⁵⁾ Ruggeri e Spadaro, op. cit., pp. 106 e 108.

⁽²⁶⁾ Vedi, per es., sentenze Corte cost. 7 maggio 2008 n. 160, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1930 e Corte cost. 21 maggio 2008 n. 191, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2207.

他の法律との間に論理的な矛盾が存在するか否かを問うものであるから⁽²⁷⁾、法秩序ないし法システム全体における一貫性を問題とするものということができる。そして、別異の取扱いを定めるという立法者の選択が「システムにおいて調和しえない場合、つまり、規律の違いが共通の原理の下で、種と種との関係、属と種との関係、原則と例外との関係、永続的なものと一時的なものとの関係……などとして説明できない場合には、一貫性はない」とされる⁽²⁸⁾。

このように一方では立法者の裁量を承認しつつも、他方では合理性の審査を通じて実質的には「国会の裁量権の行使」の審査が行われることについて、学説は、憲法裁判所による合理性の審査は「立法者が依拠する実質的評価基準を上回る実質的評価基準を利用する」ものではないことを根拠として正当化しているように見える⁽²⁹⁾。つまり、合理性の審査は、国会の裁量的な政策判断に代わる別の政策判断を憲法裁判所が行うという意味での「国会の裁量権の行使」の審査ではなく、それゆえに、国会の立法裁量を侵すものではないと理解されているのである。

別の言い方をすれば、合理性の審査は、立法者がその裁量権の行使を通じて形成した法秩序の内部的な視点に立って、その法秩序の論理に「破綻」がないかどうかという評価を行うものである。立法者は、時として、法秩序の整合性、首尾一貫性、体系性に関して不注意なことがありうるのであり、そうした場合に、憲法裁判所が法秩序のうちに存在する論理の破綻を取り除くことは、法秩序をいわば補完するものとして、立法者の裁量権の行使に「反する」というよりは、これに「資する」ことになると理解されているのである⁽³⁰⁾。

以上の合理性の審査それ自体は、操作的判決と直接の関連を有するわけではない。しかし、憲法裁判所の権限と立法権との関係について、憲法裁判所

(27) Zagrebelsky e Marcenò, *ibidem*.

(28) Zagrebelsky e Marcenò, *ibidem*.

(29) Zagrebelsky e Marcenò, *ibidem*.

(30) Vedi Zagrebelsky e Marcenò, *ibidem*.

が自ら政策判断を行うのでなく、法秩序の整合性・一貫性を維持すべくこれを補完する場合には、積極的に権限を行使することが許されるという発想は、次に検討する操作的判決の正当化にもみられる。

2 操作的判決と立法権

(1) 操作的判決

さて、冒頭で、今日憲法裁判所が下す本案判決は、単純な認容判決と棄却判決とに限られず、多様な判決手法の一つとして、操作的判決と呼ばれる手法があることに触れた。操作的判決は、常に認容判決であり、さらに、一部認容判決 (*sentenza di accoglimento parziale*)、追加的判決 (*sentenza additiva*)、代替的判決 (*sentenza sostituiva*) に分けられる⁽³¹⁾。

一部認容判決とは、法律等の規定に含まれる規範のうち特定のものを違憲と宣言するものをいう。この場合、判決の主文で、「……と定めている部分において (*nella parte in cui prevede...*) 違憲である」という宣言がなされる。この手法が用いられた一例として、憲法裁判所1995年10月18日判決第440号⁽³²⁾を挙げることができよう。本件で、憲法裁判所は、「罵詈雑言又は侮辱的な言葉によって、神又は国の宗教〔カトリック教のこと〕において崇拜されている象徴若しくは人を公然と冒瀆する者」を処罰する旨を定めた刑法典第724条1項の規定につき、カトリック教のみを保護の対象とすることは憲法第3条及び第8条1項（すべての宗派の平等な自由）に反するとして、この規定のうち、宗教的感情の刑事上の保護に関し宗派に基づいて取扱いの差異を設けている、「国の宗教において崇拜されている象徴若しくは人」という部分を違憲と判断している。

追加的判決とは、法律等の規定が憲法上定められるべき規範を含んでいな

(31) 一部認容判決の位置づけに関して、学説の中にはこれとは異なる整理もみられる。Per es., Malfatti et al., op. cit., p. 135. ここでは, Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., pp. 390ss; Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 148の整理に従った。

(32) *Sentenza Corte cost.* 18 ottobre 1995 n. 440, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3475.

いという点で、その規定を違憲と宣言するものをいう⁽³³⁾。この場合、憲法裁判所は、ある規定が「……と定めていない部分において (nella parte in cui non prevede...) 違憲である」と宣言し、それによって、立法の怠慢又は欠缺 (ommissione o lacuna) を統制することができる。その具体例の一つとして、憲法裁判所1979年10月2日判決第117号⁽³⁴⁾が挙げられる。本件は、証人の宣誓において裁判官が証人に対し「宣誓の道徳的重要性及び宗教的重要性」を説諭し、「宣誓によって神の前で負う責任」の自覚の下に宣誓させることを定めた民事訴訟法典第251条2項の規定が消極的な信教の自由(憲法第19条参照)に反しないかが争われた事例である。本件で、憲法裁判所は、証人が宗教の信者である場合に限定せずにこの宣誓方式がとられることを問題視して、この規定は「『信者である場合には』という挿入句を含んでいない部分において」違憲であるという判決を下している(☒を参照)。

最後に、代替的判決とは、法律等の規定が憲法上定めるべき規範を定めずに、それとは異なる規範を定めている点で、その規定を違憲と宣言するものである⁽³⁵⁾。この場合、憲法裁判所は、当該規定が「YではなくXと定める部分において (nella parte in cui prevede X anziché Y)」違憲であると宣言する。この型の判決は、その構造としては、規範を定めている部分についての一部認容判決と定めるべき規範を定めていない部分についての追加的判決との複合的な判決とみることができる。

この代替的判決の手法が用いられた例として、憲法裁判所1995年5月4日判決第149号⁽³⁶⁾がある。本件は、民事訴訟において証人が宗教上の理由からいかなる宣誓もできないとして証人宣誓を拒否した事案において、再び民事訴訟法典第251条2項の合憲性が問題とされた事例である。憲法裁判所は、

(33) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 392; Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 149; Malfatti et al, ibidem.

(34) Sentenza Corte cost. 2 ottobre 1979 n. 117, in *Giur. cost.*, 1979, parte prima, p. 816.

(35) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 393; Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 155; Malfatti et al, op. cit., p. 136; Marini, op. cit., p. 67.

(36) Sentenza Corte cost. 4 maggio 1995 n. 149, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1241.

〔図〕 操作的判決による規範の変動

【追加的判決の例 (憲法裁判所1979年10月2日判決第117号)】

◎民事訴訟法典(1940年10月28日勅令第1443号)第251条2項の規定は、a及びbの挿入句を含んでいない点で違憲である。

〔追加がなされる前の規範 (立法者が定めた法文)〕

「予審判事は、証人に対し、宣誓の道徳的重要性及び宗教的重要性並びに虚偽の陳述を行い又は隠し事をした場合の刑罰について説諭し、『宣誓によって、人々に対して負う責任と神の前で負う責任とを自覚し、真実を述べ、真実以外に何事も付け加えないことを誓いなさい』という定式を読み上げる。その後、証人は、起立して、『誓います』という語を發して、宣誓を行う。』

〔追加がなされた後の規範〕

「予審判事は、証人に対し、宣誓の道徳的重要性及び[a]信者である場合には宗教的重要性並びに虚偽の陳述を行い又は隠し事をした場合の刑罰について説諭し、『宣誓によって、人々に対して負う責任と[b]信者である場合には神の前で負う責任とを自覚し、真実を述べ、真実以外に何事も付け加えないことを誓いなさい』という定式を読み上げる。その後、証人は、起立して、『誓います』という語を發して、宣誓を行う。』

【代替的判決の例 (憲法裁判所1995年5月4日判決第149号)】

◎民事訴訟法典第251条2項の規定(1979年判決第117号による「追加」後のもの)は、①a'ではなくaと定めている点、②b'ではなくbと定めている点及び③cと定めている点で違憲である。

〔代替がなされる前の規範〕

「予審判事は、証人に対し、[a]宣誓の道徳的重要性及び信者である場合には宗教的重要性並びに虚偽の陳述を行い又は隠し事をした場合の刑罰について説諭し、[b]『宣誓によって、人々に対して負う責任と信者である場合には神の前で負う責任とを自覚し、真実を述べ、真実以外に何事も付け加えないことを誓いなさい』という定式を読み上げる。[c]その後、証人は、起立して、『誓います』という語を發して、宣誓を行う。』

〔代替がなされた後の規範〕

「予審判事は、証人に対し、[a']真実を述べる義務並びに虚偽の陳述及び隠し事をした場合の刑罰について警告し、[b']証人に対し、『証言することによって私が負う道徳的責任と法的責任とを自覚し、私の知る限りですべて真実を述べ、何ごとも隠さないことを約束します』と明言するよう促す。』

〔参考〕刑事訴訟法典(1988年9月22日共和国大統領令第447号)第497条2項

「尋問を始める前に、裁判長は、証人に対し、真実を述べる義務について警告する。裁判長はさらに、証人が14歳に満たない者である場合を除いて、証人に対し、虚偽の陳述を行い又は隠し事をした場合に関して刑事法律が定める責任について警告し、証人に対し、『証言することによって私が負う道徳的責任と法的責任とを自覚し、私の知る限りですべて真実を述べ、何ごとも隠さないことを約束します』と明言するよう促す。……」

1988年の新刑事訴訟法典では、宣誓の方式に関し、証人の良心の自由に配慮して「宣誓する (giurare)」の語ではなく「約束する (impegnarsi)」の語が用いられていることを指摘して、民事訴訟法典第251条2項の規定は、①「真実を述べる義務並びに虚偽の陳述及び隠し事をした場合の刑罰について警告し」ではなく、「宣誓の道徳的重要性及び信者である場合には宗教的重要性並びに虚偽の陳述を行い又は隠し事をした場合の刑罰について説諭し」と定めている部分において、②「証人に対し、『証言することによって私が負う道徳的責任と法的責任とを自覚し、私の知る限りですべて真実を述べ、何ごとも隠さないことを約束します』と明言するよう促す」ではなく、『宣誓によって、人々に対して負う責任と信者である場合には神の前で負う責任とを自覚し、真実を述べ、真実以外に何事も付け加えないことを誓いなさい』という定式を読み上げる」と定めている部分において及び③「その後、証人は、起立して、『誓います』という語を発して、宣誓を行う」と定めている部分において違憲であると判示した(図を参照)。

いずれの型であるかを問わず、操作的判決に関しては、憲法裁判所が解釈によって規範を実質的に変動させるものであることに注意する必要がある。図のように操作的判決による規範の変動を文字で表すと、あたかも操作的判決によって法文の「書き換え」がなされるかのような誤解を生むおそれがあるが、言うまでもなく、法律等の規定を形式的に改廃する権限は立法者にのみ属する⁽³⁷⁾。それゆえ、憲法裁判所の操作的判決によっても法律等の規定が形式的に書き換えられるわけでは決してなく、操作的判決はむしろ、憲法裁判所が規範の実質的な排除又は追加を通じて法律等の規範を実質的に変動させるものだということになる⁽³⁸⁾。

(37) なお、井口・前掲論文367頁も参照。

(38) 本稿では「追加的判決」及び「代替的判決」の語を直訳的に訳しているが、本文で述べたような意味では、井口・前掲論文374頁が採用する「読み足し判決」「読み替え判決」という訳語の方が実はそれぞれの概念を正確に捉えているのかもしれない。

(2) 国会の立法権との関係

操作的判決という判決手法、とりわけ追加的判決と代替的判決という手法は、憲法裁判所が法律等の規定に含まれていない規範を新たに「創造」するもののように見える。それゆえ、操作的判決に関しては、裁判機関という憲法裁判所の性質とは無関係な立法作用を、国会の立法作用と並行して又はこれに取って代わる形で憲法裁判所が行うものではないかが問題とされる。また、憲法裁判所が「新たに」法秩序に導入すべき規範をその政治的評価に基づいて選択しているとしたら、そのことは、「政治的性質のあらゆる評価及び国会の立法権の行使のあらゆる審査」の禁止を定めた1953年法律第87号第28条にも抵触することになる。

これらの問題に対し、通説的には、操作的判決は、詩韻の比喻を用いた説明（「題韻を踏んだ判決 (decisioni a rime obbligate)」の理論）によって正当化がなされている。その代表的な論者によれば、詩作において踏むべき韻をあらかじめ定め、それに従って詩作を進める方法（題韻詩）があるが、立法においてもそれと同じように、踏むべき「韻」が憲法上定まっていて、それに従った立法がなされるべき場合があるとされ（「題韻立法 (legislazione a rime obbligate)」）、憲法裁判所が操作的判決によって行っているのは、題韻立法が問題となっているにもかかわらず韻に乱れがある場合に、正しい韻を踏むように立法を整えているにすぎないのだと説明される⁽³⁹⁾。

立法という作用を、規範を自由に創造する作用という意味で捉えたとすれば、そのような作用が立法機関にのみ属し、憲法裁判所には属しないことは言うまでもない。では、操作的判決はどうかというと、この論者によれば、操作的判決による実質的な規範の変動は、そのような意味での立法作用とは異なるとされる。確かに、一見したところ、操作的判決は、憲法裁判所が法

⁽³⁹⁾ Vezio Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in Nicola Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, il Mulino, 1978, p. 69. Vedi anche Vezio Crisafulli, *L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti normative, la Corte costituzionale (Lezioni di diritto costituzionale, tomo 2, 5ª ed. interamente riveduta)*, CEDAM, 1984, pp. 402ss.

秩序に「新たな」規範を導入するもののようにみえる。しかし、その「新たな」規範というのは、現行の法システムに含まれる他の規範や原則、あるいは裁判の基準（parametro）となる憲法規範から導き出されたものなのであり、それゆえ、憲法裁判所は、操作的判決によって新たな規範を創造しているわけではなく、すでに（潜在的には）法システムの内にあった規範を「発見」して「表現」しているにすぎない。したがって、操作的判決という手法は、憲法裁判所が国会に代わって立法作用を行うものでも、憲法裁判所自身の政治的選択を押し付けるものでもないと説明されるのである。

先の民事訴訟法典第251条2項を例にとれば、憲法裁判所が1995年判決第149号によってその規範を大きく変動させたことは確かである。しかし、憲法裁判所が導入した規範は、憲法裁判所自身が無から創造した規範ではなく、すでに刑事訴訟法典において立法者が選択した規範に由来している。そして、刑事訴訟法典において立法者が選択した規範こそが憲法上「踏むべき韻」だと考えられる以上、正しい韻を踏むように憲法裁判所が民事訴訟法典の規範を変動させたとしても、それは、憲法裁判所がその任意の規範を自由に導入することとは区別されるということであろう。

もちろん、この「題韻を踏んだ判決」という説明に対しては、その有効性に疑問を投げかける有力な見解もある⁽⁴⁰⁾。確かに韻を踏むか否かについては立法者に選択の余地がないとしても、どの語によって韻を踏むかには選択の余地がありうるのであり、詩韻の比喩によっても問題が完全に解消するわけではないからである。とはいえ、この有力な見解も、操作的判決という手法それ自体を否定するわけではない。冒頭で触れたように、前提問題型の合憲性の裁判においては、憲法裁判所は、法律等の規範を違憲と判断する場合、最終的には原裁判の裁判官に対して具体的事件を解決するうえで従うべき規範を示す必要があり、この見解も、憲法裁判所がそのような規範を探究する中で、法秩序を構成する諸原理が具体的な事案においてどのような意味を有

(40) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 396.

するかを考慮しつつ、それらの諸原理に照らして正当化される規範を積極的・創造的に導き出すことは許容されると説くのである⁽⁴¹⁾。

いずれにせよ、我われ日本人の目から見ると、操作的判決という手法は、憲法裁判所がその判決を通じて法秩序に「新たな」規範を導入するものであって、憲法裁判所が国会の立法作用と並んで一種の立法作用——国会が有する立法作用とまったく同じ性質の作用であるかどうかはともかく——を行うものというほかない。しかし、追加的判決や代替的判決という手法が用いられる場合というのは常に、立法の欠缺が立法者によって放置されたままであることが問題となっている場合なのであり、そうした場合、法秩序の補完を図るためには、立法者以外のいずれかの機関がなんらかの方法でその欠缺を埋めるほかない。操作的判決という手法は、立法者の怠慢を前に立法の欠缺を違憲と判断する憲法裁判所の宣言の実効性を確保するために用いられてきたのであり、憲法裁判所が国会の代理 (supplenza) を務めているという言い方をするか⁽⁴²⁾、法秩序の自己補完 (auto-integrazione) という作用を法秩序自身から受託されたという言い方をするかはともかく⁽⁴³⁾、イタリアでは、憲法裁判所が操作的判決を通じて立法の欠缺を埋め、法秩序を補完する作用を営むことは、いわば「幸いなる罪 (culpa felix)」として許容されると考えられているのである⁽⁴⁴⁾。

(3) 操作的判決の限界

(a) 一般的限界 通説が行っているように、「題韻を踏んだ判決」という説明によって操作的判決を正当化するとすれば、憲法裁判所がこの判決手法を用いることに対しては、憲法裁判所が新たに導入する規範は憲法から明示的又は黙示的に導き出される韻を踏んだものでなければならないという限界が存在することになる。

(41) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 397.

(42) Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, 1ª ed., il Mulino, 1977, p. 339.

(43) Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 156.

(44) Ruggeri e Spadaro, ibidem.

繰り返しになるが、憲法裁判所が操作的判決によって法秩序に新たな規範を導入することが許されるのは、その新たな規範は憲法裁判所が自らの政治的評価に基づく選択によって自由に創造したものではなく、すでに法システムに内在していたものだからであった。そうだとすると、立法の欠缺を埋めるべき規範が憲法上特定されない場合や、合憲的に可能な解決策が複数存在する場合など、憲法裁判所が自らの政治的評価に基づく選択をすることなくして立法の欠缺を埋めることができない場合には、憲法裁判所は操作的判決という手法を用いることができないことになるはずである⁽⁴⁵⁾。

実際、憲法裁判所もまた、おそらくは「題韻を踏んだ判決」という考え方を前提として、操作的判決を用いることができる場合には限界があることを認めてきた⁽⁴⁶⁾。憲法裁判所1986年2月26日判決第39号⁽⁴⁷⁾は、植樹に関する距離制限を定め、違法に植えられた樹木について隣人に除去請求権を認めた民法典第892条及び第894条が憲法第9条2項（景観の保護）及び第42条2項（所有権）に反しないかが争われた事例である。本件で合憲性の問題を提起した原裁判の裁判官は、民法典第894条の規定が違法な樹木の除去請求権を無条件的に認めていることを問題にして、景観利益などが十分に考慮されるような規範を追加する追加的判決を求めていた。しかし、憲法裁判所は、「本件では、〔合憲性判断の〕基準の地位にある憲法規範又は法秩序の他の原則から直ちに推論しうる一義的に決まった解決策（una soluzione obbligatoria）を採用して……追加的判決を下すことはできない。反対に、〔追加的判決を下すためには〕当裁判所は、複数の可能な解決策の中からの選択を行わなければならないであろう。……しかし、そのような種類の選択は、立法者以外には属しない」と述べ、追加的判決の手法を用いることを拒否している。

この関連で興味深いのが、原則追加的判決（sentenza additiva di principio）

(45) Marini, op. cit., p. 68.

(46) Ruggeri e Spadaro, op. cit., p. 153.

(47) Sentenza Corte cost. 26 febbraio 1986 n. 39, in *Giur. cost.*, 1986, parte prima, p. 317. Vedi anche sentenza Corte cost. 22 aprile 1986 n. 109, in *Giur. cost.*, 1986, parte prima, p. 612.

と呼ばれる判決手法である。この手法は、法律等の規定が憲法上定められるべき規範を有していないという点で違憲であるが、その欠缺を埋めるための規範が憲法上一義的ではなく、合憲的に可能な規範が複数存在しうするために「題韻を踏んだ判決」による補完ができない場合に、直ちに適用可能 (autoapplicativo) な規範を示すのではなく、立法者が従うべき憲法上の原則を明示するにとどめるという手法である⁽⁴⁸⁾。原則追加的判決がなされた場合、具体的な規範の定立は立法者に委ねられるが、立法者は、その規範を定立するに当たり、判決で明示された原則に従わなければならない、自由に選択しうるのはその具体的な実施方法に限られる。また、一般裁判所との関係では、立法によって具体的な規範が定立されるまでの間、原則追加的判決で明示された原則に照らして具体的事件の解決のための規準を見いだすことが求められる。

この手法が用いられた最初の例とされるのが、憲法裁判所1988年4月21日判決第497号⁽⁴⁹⁾である。本件は要するに、1974年3月2日緊急命令第30号の規定が失業手当の額を一日当たり800リラと定めたままで物価変動に合わせた調整の仕組みを定めていなかったことが憲法第38条2項に反するとして争われた事例であり、憲法裁判所は、その規定は「貨幣価値の調整の仕組みを定めていない部分について」違憲であると判示するにとどめ、その調整のため具体的にどのような規範が導入されるべきかまでは示さなかった。

この原則追加的判決という手法は、踏むべき韻が決まってもどの語によって韻を踏むかについて選択の余地がある場合に対処するのに有効な手法ということができよう。この手法をとることによって、憲法裁判所は、一方では国会が将来の立法において従うべき原則を示しつつも、他方では国会が裁量的に政策判断を行う余地を残すことで、自らが政策判断の領域に踏み込むのを避けることができるのである。

⁽⁴⁸⁾ Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 403.

⁽⁴⁹⁾ Sentenza Corte cost. 21 aprile 1988 n. 497, in *Giur. cost.*, 1988, parte prima, p. 2209.

(b) **憲法第25条2項** ところで、一般的な限界とは別に、操作的判決に対する限界となると理解されている憲法規定が存在する。その一つが、「何人も、その行為がなされる以前に施行された法律によるのでなければ、処罰されない」と、刑罰の不遡及原則を定めた憲法第25条2項の規定であり、憲法裁判所の判例は一貫して、追加的判決の手法を用いて刑罰法規の適用を拡張することを拒否してきた⁽⁵⁰⁾。

ただ、憲法第25条2項による操作的判決の限界は、人身の自由の保障に由来するものであり⁽⁵¹⁾、国会の立法権ないし裁量判断の尊重が問題となっているわけではないので、本稿の関心からは外れることになる。

(c) **憲法第81条3項** むしろ、憲法裁判所の統治機構上の位置づけという観点から興味深いのは、憲法第81条3項の規定である。操作的判決という手法は、時として、社会保障給付を拡大するために用いられる。例えば、憲法裁判所1994年6月22日判決第264号⁽⁵²⁾は、年金に関して、加入期間のほか、受給開始に先立って支払った最後の5年間分の保険料を基に年間支給額を算出する旨を定めた1982年5月29日法律第297号第3条8項の合憲性が争われた事例である。本件で憲法裁判所は、要するに、この基準期間内にそれ以前と比べて低額の保険料しか支払っていなかった場合に、その低い方の保険料を基に支給額が決定されるのは不合理である——それゆえ、憲法第3条、第36条及び第38条に反する——と説き、追加的判決の手法を用いて、そのような場合には支給額の計算上低額の保険料を支払った期間を除外し、それ以前に支払った高い方の保険料を基にして支給額を計算する旨の規範を定めていない点で当該規定は違憲であると判示した。

他方で、憲法第81条3項は、「新たな負担又は負担の増加を伴うすべての法律は、その財源を整える」と定めている。それゆえ、憲法裁判所が例えば追加的判決によって社会保障給付の水準を引き上げ又は受給権者の範囲を拡大

⁽⁵⁰⁾ Malfatti et al, op.cit., p. 136 ; Marini, op.cit., p. 69. Vedi anche, per es., sentenza Corte cost. 4 gennaio 1977 n. 42, in *Giur. cost.*, 1977, parte prima, p. 154.

⁽⁵¹⁾ Malfatti et al., ibidem.

⁽⁵²⁾ Sentenza Corte cost. 22 giugno 1994 n. 264, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2143.

する場合、そのような判決は財政上の裏づけを欠いたまま国の負担を増加させるものとして、この規定に違反するのではないかが問題とされる。この問題は、とりわけ、2012年の憲法改正（2012年4月20日憲法的法律第1号）⁽⁵³⁾で均衡予算原則（第81条1項ほか）が導入された今日、深刻な問題であるといえよう。

この問題に関しては、憲法第81条3項ゆえにそのような給付追加的判決（*sentenza additiva di prestazione*）は原則として許されないとする見解と、憲法裁判所の判決は「法律」ではないから、憲法裁判所は第81条3項による拘束を受けない（それゆえ、給付追加的判決はこの憲法規定に反しない）とする見解とがありうる⁽⁵⁴⁾。しかし、前者の見解に対しては、国の支出の増加につながる時には憲法裁判所はおおよそ認容判決を下すことができないというのでは、その憲法保障の任務を果たすことができなくなるという批判が当然にありうる。他方で、後者の見解による場合、憲法裁判所は立法者に対しては憲法第81条3項の遵守を求めつつも、自らはこの規定に拘束されずに支出を拡大することができるという逆説が生じることになる。それゆえ、仮に第81条3項が直接には憲法裁判所の判決には適用されないとしても、憲法裁判所もまた、財政ないし予算の均衡という憲法上の原則に配慮すべきだと説かれるのである⁽⁵⁵⁾。

結局、この問題は、法律の合憲性の統制という制度が本来は公権力の恣意に対する防禦を念頭においたもので、社会的権利（費用のかかる権利）の保障を念頭においたものではないことに起因する⁽⁵⁶⁾。仮に社会的権利の保障のための支出が憲法上の要請だとしても、憲法裁判所自身は「財源を整える」ことはできず、その要請に応えるために「財源を整える」権限と責任は政府及び国会に属するのである。先の1994年判決第264号に対する否定的な反応か

53) この憲法改正については、芦田淳「イタリアにおける憲法改正 —— 均衡予算原則導入を中心に ——」レファレンス742号（2012年）65頁を参照。

54) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 406.

55) Malfatti et al., op. cit., p. 137.

56) Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 408.

ら、今日、社会保障給付の拡大が問題となる場合に、追加的判決ではなく、原則追加的判決の手法が用いられるようになってきているのは、そうした理由による⁽⁵⁷⁾。

おわりに

イタリアの憲法裁判所は、その組織及び活動方法に着目する限り、裁判機関という性格を非常に強く有していることは疑う余地がない。憲法裁判所の裁判官は、憲法上、その資格として、「上級通常裁判機関及び上級行政裁判機関の司法官、大学の法律学の正教授並びに20年の職歴を有する弁護士」（第135条2項）であることが求められており、憲法裁判所は、基本的には職業的な法律専門家の集団だということができる⁽⁵⁸⁾。また、その意思決定は、一般裁判所から合憲性の問題の提起を受けた後、当事者構造の下でなされる口頭弁論を経て、「事実及び法に関する理由」を付した判決によって行われるのである。

しかし、憲法裁判所が現実に営んでいる作用、とりわけ操作的判決という手法は、それまで法秩序に少なくとも明示的には存在しなかった「新たな」規範を国会ならぬ憲法裁判所が導入するもので、憲法裁判所が立法作用を行うに等しいように見える。実際、操作的判決をめぐるのは、憲法裁判所がこの判決手法を用いて「新たな」規範を導入することをどのようにして正当化しうるかが論じられてきた。

この正当化の議論を通じて、イタリアでは、国会の立法権と憲法裁判所の権限との関係は、「題韻を踏んだ判決」という考え方に一応の均衡点が見出されてきたように思われる。それゆえ、イタリアの憲法裁判所は立法機関と純

⁽⁵⁷⁾ Zagrebelsky e Marcenò, op. cit., p. 407.

⁽⁵⁸⁾ なお、例えば弁護士出身の政治家が弁護士としての資格で憲法裁判所裁判官に選出されることはありうる。しかし、「議員経験者の登用は、90年代以降ほぼない」と言われる。芦田淳「イタリア憲法裁判所の特質と近年における変化」比較法研究75号（2013年）309頁、310頁。

粹な裁判機関との間のどこに位置するかという冒頭の問いに答えるとすれば、次のようなことになる。すなわち、憲法裁判所は、国会の裁量的な政策判断に取って代わる形で自ら政策判断をすることができず、自由な規範の創造をすることはできないという点では、立法機関では決してない。しかし、立法において従うべき原則が憲法上定まっており、その原則を実現するための具体的な規範を既存の法システムから導き出せる場合には、その判決を通じて適切な規範を法秩序に導入することができるという点で、イタリアの憲法裁判所は、純粋な裁判機関から一步を踏み出しているのである。

ところで、「題韻を踏んだ判決」という考え方は、実は、わが国で最高裁判所の判例の思考様式を説明するために主張される「ベースライン」の考え方と非常によく似ている。ベースライン論によれば、例えば国籍法違憲判決⁽⁵⁹⁾は、「日本国民たる父の非嫡出子に関しては、その父母が婚姻しているか否かにかかわらず、届出によって日本国籍の取得を認める」というのが憲法上のベースライン（標準的な制度形態）であることを前提に、届出による国籍取得の可能性を準正子に限定するという立法意思にかかわらず、国籍法旧第3条1項の意味内容の可分な一部を違憲・無効とすることによって、そのベースラインに沿った救済を与えたものだと説明される⁽⁶⁰⁾。この説明は、立法において踏むべき韻が憲法上定まっている場合、憲法裁判所は立法が正しい韻を踏むように適切な規範を導入することができるとするイタリアの議論と、基本的な発想の点では大きな違いはないのではないだろうか。

もちろん、国籍法違憲判決にせよ、わが国の最高裁判所が行っているのは、法律の規定の一部を違憲・無効とする一部違憲判決なのであり、最高裁判所は、新たな規範の導入（追加的判決・代替的判決）にまで踏み込んでいるわけではないという指摘はあろう。しかし、一部違憲判決も、一部の規範を違憲・無効とする結果、法律の規定の内容を立法者が意図していなかったものに変えてしまうことがあるという点では、追加的判決や代替的判決と本質的

(59) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

(60) 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）61頁以下。

には変わりはなく、それゆえ、ベースライン論それ自体からは、追加的判決や代替的判決という手法が理論上当然に排除されるわけではないように思われる。

いずれにせよ、イタリアの憲法裁判所が政治部門との間で抱える緊張関係、つまり、単純な違憲判決では具体的な事件を適切に解決できない場合に、裁判機関としてなしうることの限界を意識しつつも、違憲の規範に代わる規範を探究しなくてはならないという課題は、いずれの違憲審査制度でも問題となりうる。操作的判決という手法と「題韻を踏んだ判決」という正当化は、一見したところ特異なものに映るかもしれない。しかし、「題韻を踏んだ判決」という説明によって操作的判決を正当化する考え方は、そうした共通の課題について、しかもわが国でなされているのと同じような発想で解決しようとしたものとして、実は、わが国の違憲審査制度を考えるうえでも非常に興味深い考え方なのである。

* 本稿は、平成24年度科学研究費助成事業・基盤研究（C）「ヨーロッパ型憲法裁判所の制度的基盤とその現代的変容」（課題番号：24530023）の研究成果の一部である。