

執務參考資料集

8

〔第七六条、第八一条關係〕

内閣法制局第一部

は し が き

一 この執務参考資料集は、当局の執務の参考用に法律問題に関する関係資料を取りまとめたものである。この資料集中、第一巻から第九巻までは日本国憲法関係の資料を、第一〇巻から第一二巻までは行政諸法関係の資料を、それぞれ適宜分冊し編集したものである。

二 この執務関係資料集の作成に当たっては、当局の職員が作成し又は取得した資料のうち記録にとどめることにより執務上の参考となると考えられる主要なものを収録することとした。

なお、国会答弁抄、法制意見総覧、判例集等其他の既刊資料集に登載されているものがある場合には、原則として、その登載箇所を示し、あるいは要旨を収録するにとどめた。ただし、当該事項の代表的な国会答弁例については、抄録した。

三 この執務参考資料集に収録した資料は、国会答弁例（実際に国会で行われた答弁）及び当局から各省庁等に対して正式に回答した法律問題に関する意見（例えば、法制意見等）を除いて、あくまでも内部の検討資料を執務の参考のために記録にとどめているものすぎず、そのまま当局の公式見解となるものではないので、当局の公式見解として引用等することのないよう注意をされたい。

四 なお、この執務参考資料集は、加除式であった旧「憲法関係意見資料集」及び旧「諸法関係意見資料集」を改題し一つにしたものであり、引き続き加除式とした。

平成一三年三月

凡 例

一 当該条関係等の中における各項目には、前から順次一、二、三……の番号を、これを更に小項目に分けたときは、前から順次(一)、(二)、(三)……の番号を付した。

二 収録した意見資料等の分類区分の表示及び配列順は、次のとおりである。

〔国会答弁例〕 〔想定問答〕 〔資料〕 〔法制意見〕 〔口頭照会回答要旨〕 〔判例〕 〔部内資料〕 〔外部資料〕 〔諸家の説〕

三 件名

収録した意見資料等には、すべて件名を付することとし、原則として出典に用いられている件名を用いたが、これと異なる件名を付した方がより適切であると思われる場合には、それを用いることとした。

四 国会答弁例

1 収録対象

イ 代表的答弁例として適当なものがあるときは、これを抄録

ロ 国会答弁抄に登載されていないものは、原則として抄録

ハ 右のイ及びロ以外のものは、内容を省略

2 出典等の記載

次の様式により記載した。

凡 例

△対中村喜四郎 有田防衛長官・坂田文相・高辻長官答弁▽

(昭四四・三・一五・第六一回) 参・予算委・一四号六頁 「文教」142

(注) 1 括弧内の下欄は、国会答弁抄の分類項目の表示記号及び番号を示す。旧国会答弁抄の場合には、「旧」〔文教〕

124」のように表示記号の上に「旧」の字を付し、国会答弁抄に登載されていない場合には、「答弁抄」と記した。

2 山括弧内は、質疑者及び答弁者を示す。答弁者が当局以外の各省庁の局部課長等である場合には、「(自) ○行政局長」、「(労・職安局) ○○失対部長」のように上に省庁等の略称名を冠し、答弁例が質問主意書に対する答弁書である場合には、△田中武夫質問主意書・答弁書▽のように記した。

3 掲載順
代表的答弁例をまず最初に掲載し、次にイ 国会答弁抄に登載されていないもので抄録したもの、ロ その他のものの順に、イ及びロの中では更に年月日順に従って掲載した。

五 想定問答

- 1 収録対象
当局において作成した国会用資料
- 2 出典等の記載
作成年月日、国会回次、質疑者名等

六 資料

1 収録対象

当局で作成した資料のうち他の分類区分に属しないもの

2 出典等の記載

作成年月日、原資料名等

七 法制意見

1 収録対象

イ 法制意見総覧に登載されているものは、要旨のみ収録

ロ 法制意見総覧に登載されていないものは、原則としてその全文を収録

2 出典等の記載

回答年月日、回答先及び法制意見総覧の登載ページ（登載されていない場合には、総覧不登載の旨）

八 口頭照会回答要旨

1 収録対象

イ 口頭照会に対する回答集に登載されているものは、内容を省略

ロ 口頭照会に対する回答集に登載されていないものは、その全文を収録

2 出典等の記載

照会省庁等名、当局の決裁年月日並びに回答集の登載集及び登載番号（登載されていない場合には、回答集未登載の旨）

九 判例

- 1 件名
できる限りわかりやすい名称を用いた。
- 2 収録対象
場合により要旨のみ収録
- 3 出典等の記載

(最高裁・昭三八・六・二六判決(大))
(刑集一七巻・五号五二一頁)

(注) 1 括弧内右側の「判決(大)」は、大法院判決であることを示す。第二小法院決定であれば、その部分が「決定(二小)」となる。

2 括弧内左側の「民集」又は「刑集」は、最高裁判所民事判例集又は刑事判例集を示し、ページは、巻の通しページを示す。

一〇 部内資料

- 1 収録対象
当局の職員が個人的に作成した資料のうち、他の分類区分に属しないもの(個人的メモ、試論等)
- 2 出典等の記載
作成年月日、作成者等(例えば、「資料」、「〇〇一部長メモ」、「〇〇資料」)

〔執参資⑧凡一〕

一一 外部資料

1 収録対象

各省庁その他の当局以外の機関の作成、議決、発出等に係る資料（閣議了解、国会提出資料等を含む。）

2 出典等の記載

作成等の時期及び機関名並びに原資料の種類、名称等

一二 諸家の説

過去に当局において取りまとめた資料が存する範囲内で収録することとし、その作成年月日を付記した。

一三 目次及びページ

各巻ごとに、その内容目次を記した。なお、各巻に収録した資料のうち、出典又は要旨の記載のみにとどめているものについては、目次において件名の下に「〔略〕」とした。また、ページは、各巻（第10巻及び第11巻を除く。）ごとに通しページとした。

目次

〔この巻の内容は、平成一三年一月現在〕

第六章 司法

第七六条 〔司法権・裁判所、特別裁判所の禁止、裁判官の独立〕

〔国会答弁例〕

1	違憲裁判所の設置は憲法改正を要するか……………	一
2	違憲裁判所……………	二
3	執行停止の申立てに対する内閣総理大臣の異議の制度の合憲性……………	二
4	行政事件訴訟法第二七条と司法権の独立との関係について……………	三
5	量刑基準ないし量刑基準と裁判官の独立……………	四
6	裁判所職員定員法の提案権と三権分立の意義について……………	六
7	下級審判決と行政のあり方について……………	九
8	司法権の独立と司法行政について……………	一〇
9	憲法第七六条第三項の「職権」の範囲……………	一一
10	陪審制の採用と憲法……………	一三

目次

二

11 陪審制度の復活について……………	一四
12 軍法会議の設置の可否について……………	一五

〔想定問答〕

1 司法権の独立について……………	一六
2 思想による裁判官の排除について……………	一六
3 裁判批判と司法権の独立……………	四七
4 陪審制の採用と憲法……………	四八
5 憲法第七六条第三項の裁判官の良心の意味……………	四九
6 総理の「三権見直し」発言について……………	四九

〔資料〕

1 直接に法令の効力自体を争う訴訟について……………	八一
----------------------------	----

〔部内資料〕

1 大審院と最高裁判所との連続性……………	一一五
2 裁判官の員数を法律で定めることと司法権の独立……………	一一五
3 内閣の裁判官任命と司法権の独立……………	一六
4 内閣による裁判所予算の編成と司法権の独立……………	一六

〔諸家の説〕

1 陪審制と憲法との関係……………	一一八
-------------------	-----

2	裁判官の良心の意味.....	一五三
---	----------------	-----

〔憲法附⑧〕

第七七条 〔最高裁判所の規則制定権〕

〔国会答弁例〕

1	憲法第七七条の解釈について.....	三〇一
2	沖繩の復帰に伴う裁判所職員の定員に関する定めを最高裁判所規則に委任することの可否について.....	三〇二
3	最高裁判所の規則制定権と国会の立法権について.....	三〇三
4	最高裁判所の規則制定権及び法律案の提出権について.....	三〇五
5	憲法第七七条第一項の「弁護士に関する事項」の意義.....	三〇六
6	最高裁判所の規則制定権と国会の立法権について.....	三〇七

〔部内資料〕

1	最高裁判所規則と法律との関係.....	三三九
2	最高裁判所規則制定権の範囲.....	三三九
3	最高裁判所規則と弁護士に関する事項.....	三四〇
4	憲法第七七条第三項の趣旨.....	三四一

〔外部資料〕

1	規則制定権について.....	三四二
---	----------------	-----

目次	三
----	---

第七八条 「裁判官の身分の保障」

〔国会答弁例〕

- 1 裁判官の表現の自由と監督権……………五〇一
- 2 裁判官の身分保障は、所長の地位についても認められるか……………五〇二

第七九条 「最高裁判所の裁判官、国民審査、定年、報酬」

一 最高裁判所の構成

〔国会答弁例〕

- 1 最高裁に小法廷を置くことは憲法上許されるか、違憲裁判を小法廷で行うことは適憲か……………六〇一
- 2 違憲審査に当たる最高裁の構成……………六〇二
- 3 憲法事件の裁判における最高裁の構成……………六〇三

二 国民審査

〔国会答弁例〕

- 1 最高裁判所判事が最高裁判所長官に任命された場合と国民審査の要否……………六〇五
- 2 最高裁判所の裁判官の国民審査の投票用紙につき連記制を採ることの可否について……………六五六
- 3 最高裁判所の裁判官の国民審査の方法が地方自治体の長等の解職請求の方法と異なることの可否について……………六五八

〔想定問答〕

- 1 総選挙の期日の公示のあつた後に任命された最高裁判所の裁判官の国民審査について……………六六〇

〔資料〕

1 最高裁判所長官の任命と国民審査の要否	六九二
2 同 右	七一七
3 最高裁判所長官の任命と国民審査	七七五

〔判例〕

1 最高裁判所裁判官国民審査の趣旨（最高裁判所裁判官国民審査の効力に関する異議事件）	八一
--	----

〔部内資料〕

1 最高裁判所裁判官国民審査の投票方式について	八一三
-------------------------	-----

〔外部資料〕

1 最高裁判所長官に対する国民審査について	八一五
-----------------------	-----

〔諸家の説〕

1 最高裁長官の国民審査	八一八
2 最高裁判所裁判官国民審査の対象となる裁判官の範囲	八五六
3 最高裁長官の国民審査について	八五八
4 任期および国民審査	八六〇

三 報酬

〔国会答弁例〕

1 裁判官の報酬に関する憲法第七九条の規定の趣旨	八六二
--------------------------	-----

2 裁判官の期末手当及び勤勉手当の支給割合の減少の合憲性について	八九三
3 裁判官の期末手当の減額と憲法第七九条、第八〇条について	八九五

〔資料〕

1 裁判官の報酬に関する憲法問題	八九七
------------------	-----

四 その他

〔国会答弁例〕

1 最高裁判所裁判官の任命のため裁判官任命諮問委員会を復活させることについて	八九八
--	-----

〔口頭照会回答要旨〕

1 裁判官の定年制について	九三一
---------------	-----

〔部内資料〕

1 最高裁判所の裁判官の任命のための裁判官任命諮問委員会等に関する資料	九三五
-------------------------------------	-----

〔諸家の説〕

1 停年（定年）について	九四九
--------------	-----

第八〇条 〔下級裁判所の裁判官・任期・定年、報酬〕

〔国会答弁例〕

1 青法協加盟を理由とする裁判官任命拒否の有無について	一一〇一
2 裁判官の任期制と身分保障の問題について	一一〇二

3 下級裁判所の裁判官の再任の趣旨について.....	一〇二
----------------------------	-----

〔部内資料〕

1 下級裁判所裁判官の任期十年に関する問題の資料.....	一三五
2 裁判官任命についての内閣の拒否権に関する想定問答.....	一四〇

〔諸家の説〕

1 憲法第八〇条第一項に定める裁判官の任命に対する内閣の拒否権に関する諸説.....	一七一
--	-----

第八一条 「法令審査権と最高裁判所」

〔国会答弁例〕

1 違憲審査権の性質.....	一三〇一
(一) 最高裁判所の権限と違憲訴訟.....	一三〇一
(二) 違憲裁判.....	一三〇二
(三) 違憲立法審査権.....	一三〇三
(四) 憲法第八一条により、法令の抽象的違憲訴訟が許されるか.....	一三〇四
(五) 違憲立法審査権の内容について.....	一三〇五
2 条約の違憲審査.....	一三〇七
(一) 条約の違憲審査.....	一三〇七

目次

(二) 違憲条約の成立した後の措置（MSA協定）	一三〇八
(三) 憲法第八一条と第九八条との関係	一三〇九
(四) 最高裁判所の違憲審査権（憲法第八一条）	一三一〇
(五) 最高裁の条約に関する違憲審査権	一三一一
(六) 条約と最高裁の違憲審査権	一三一二
3 下級裁判所の違憲審査権	一三一七
(一) 下級裁判所の違憲審査権	一三一七
(二) 最高裁判所の憲法判断が一般的に下級裁判所を拘束する旨の立法措置の可否について	一三一七
4 違憲判断の効力	一三一八
(一) 法律が具体的事件を通じ違憲だと判決された場合の措置について	一三一八
(二) 法律を違憲とする判決により当該法律は無効となるか	一三一九
(三) 法律を違憲とする最高裁判決の効力について	一三二〇
(四) 法令を違憲とする最高裁判決の効力について	一三二二
5 統治行為の理論	一三五〇
(一) 統治行為論について	一三五〇
(二) 同 右	一三五四

(三) 統治行為の理論について……………	一三五五
6 その他……………	一三五五
(一) 違憲審査権の原告適格について……………	一三五五
(二) 違憲裁判書の国会送付について……………	一三五六
(三) 衆議院の解散は憲法第八一条の「処分」に当たるかについて……………	一三五八
〔想定問答〕	
1 違憲判決の効力……………	一三九三
2 最高裁に憲法裁判所としての権限を与える立法措置の可否……………	一三九三
〔資料〕	
1 違憲判決の効力……………	一三九五
2 統治行為の理論……………	一三九五
〔判例〕	
1 抽象的違憲訴訟の可否について（日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件）……………	一三九六
2 最高裁判所の性格について（衆議院解散無効確認請求事件）……………	一三九七
3 苫米地事件判決（衆議院議員資格確認並びに歳費請求事件）……………	一三九八
4 いわゆる砂川事件判決（日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基づく行政協定に伴う刑事特別法違反被告事件）……………	一三九九

目次

一〇

〔部内資料〕

- 1 最高裁判所にいわゆる憲法裁判所としての性格をもたせるような立法措置をとることは、
憲法上許されるか……………一四〇〇
- 2 統治行為理論と行為の適法有効性との関係について……………一四三四

第六章 司法

第七六条

〔司法権・裁判所、特別裁判所の禁止、裁判官の独立〕

第七六条 〔司法権・裁判所、特別裁判所の禁止、裁判官の独立〕

〔国会答弁例〕

1 違憲裁判所の設置は憲法改正を要するか

（昭三〇・三・二六・第二一回 旧〔司法〕
衆・予算委・三号一二頁 七六条²）

△対片山哲 鳩山総理・林長官答弁▽

○片山委員 …… 違憲裁判所の設置を要望する……………これは……………きわめて容易にできる……………最高裁判所は……………

第一審として……………憲法違反の訴えを受け付けられる、こういう条項を裁判所法の改正でやればいい……………

○鳩山国務大臣 違憲裁判所というものを法律の改正でもってやるということは、これは違憲だそうであります……………

…やはり憲法改正の際に審議すべきものであるというのが通説だそうであります……………

○片山委員 …… 裁判所法を改正して、最高裁判所にこれを取扱わしめるということは……………どこの条項によってこれを違憲と言われるか……………

○鳩山国務大臣 法制局長官からお答えいたさせます。

○林（修）政府委員 …… 結局……………司法権というものの解釈の問題になる……………現在の憲法においては、司法裁判所の判断は具体的事件を通じて判断をするという考え方であります。もちろん最高裁判所は、ある法律が憲法に違反するかどうかというのを審判し得る権限は持っておりますが、これはやはり司法権の内容として、具体的事件を通じて判断をするというのが憲法の建前であるというのが、これは通説であります。従いまして、……………具体的事件を通じて、ある法律自体について、違憲かどうかということを判断してもらいたいという違憲裁判所をつくるということは、やはり憲法問題に触れてくる、……………

2 違憲裁判所

〔昭三〇・七・五・第二二回 衆・本会議・三七号四七二頁 旧〔司法〕七六条³〕

△対田中幾三郎 鳩山総理答弁▽

○田中幾三郎君 ……裁判所法を改正して最高裁判所に違憲訴訟を取り扱わせる道を開く御意思があるかないか……

…

○国務大臣（鳩山一郎君） ……違憲裁判所についての御質問でありましたが、……最高裁判所をいわゆる憲法裁

判所にいたしますのには、裁判所法の改正だけではできないと思います。憲法改正をしなければ、最高裁判所をもって違憲裁判所とすることはできないと思います。……

3 執行停止の申立てに対する内閣総理大臣の異議の制度の合憲性

〔昭三七・三・二九・第四〇回 衆・法務委・一八号八頁 旧〔司法〕七六条⁷〕

△対松井誠 （法） 浜本訟務局長答弁▽

○松井（誠）委員 ……憲法の三十二条には、国民は、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない、あるいは七十六条では、司法権は裁判所に専属する、そういう規定があるわけですから、この規定と、この異議の制度というものとの関係はどのようにお考えになっておるか、……

○浜本政府委員 ……執行停止そのものは純理論的には司法事項ではない、それ自身が一種の行政事項であるというのが、わが国の判例並びに学説の支配的な意見であると私考えておりまして、執行停止そのものが司法事項でない。理論的には司法事項でない、理論的にはむしろ行政事項であるという限りにおきましては、現実になされた裁判を総理大臣の異議によって取り消さなければならぬような制度を設けるといたしましたも、今御指摘のような憲法違反であるとい

う非難は、私は受けるはずはないというように考えるのであります。

4 行政事件訴訟法第二十七条と司法権の独立との関係について

(昭四三・三・一三・第五八回「司法」)
(衆・予算委一分科・二号六頁一七六条3)

△対中谷鉄也 (最高裁) 岸事務総長答弁▽

○中谷分科員 ……現在、司法権と行政権との相交錯する問題として、国会周辺に対するデモの許可、さらにこれに対する許可内容の、地方裁判所に対する変更決定の申し立て、それに対する決定、この地裁決定に対する内閣総理大臣の、行政事件訴訟法第二十七条による異議申し立てというのが、次から次へと行なわれている。二十七条というのは、本来司法権の行政権に対する大きなチェックをする条文であると私は思うが、このようなことが次から次へ行なわれていることについて、司法権の独立を守るという立場から、事務総長の御所信をお伺いしたい。

○岸最高裁判所長官代理者 先ほど中谷委員から御質問になりました問題は、司法権と行政権との関係の問題になります。行政事件訴訟法第二十七条の規定をめぐって、問題にされたと思います。あの規定はたしか昭和三十二、三年ごろに法律改正の際にできた規定であります。その前に、昭和二十六、七年ごろに、同じような制度が、旧法の第十条に規定されておりました、問題になります点は、あたかも司法権と行政権との接点にぶつかる問題について起こるわけでありまして、そうなりますと、いずれの機関に優位を認めるかということ、これは政策の問題になるわけでありまして、したがって、旧法の十条時代には、もうすでに十八件か二十件近く適用された事例もありますし、新法になりましたけれども、最近適用された例がありますけれども、いま申しましたような理由から、それが政策問題である以上は、決してこれは司法権の独立になるというふうに考えることはできないと思います。従来からも、裁判所はそのように考えております。

5 求刑基準ないし量刑基準と裁判官の独立

〔昭四二・五・一一八・第五五回〕〔司法〕
衆・法務委・一〇号二頁 一七六条一

△対横山利秋 田中法相・（最高裁）岸事務総長答弁▽

○田中国務大臣 ……一応打合わせによる基準によって求刑が行なわれた、こういうことはまあろうかと思えます。事件そのものが同一類型に属するものが多いこと、比較的単純なる性格を持つておる事件が多数出てくるというような場合においては、およそそういうことがあり得ることかと思えます。ただし、裁判官が裁判するにあたりましては、どこまでも憲法、法律に従って、もう一つ従うべきものはおのれの良心であります。良心に従って、憲法並びに法律に基づいて判決を下すべきが筋でありまして、その大事なところは、個々の事件——いかに交通事件で同一種類のものが多数起こってくる交通事犯といえども、やはり個々の事件の実体、真実は何であるかということの発見に努力をすることが裁判官の大事な任務であると考えますので、したがって個々の事件について、個々の事情があります場合には、その基準をはずれた裁判をしても一向に差しつかえないもの、差しつかえないというよりは、それは当然にそうすべきもの、こういうふうに一般論としては考えるのでございます。……一般論としていたしますならば、基準をはずれた判決をしたからけしからぬというわけにいきまい。良心に従って、憲法並びに法律に基づいてやればいいので、それ以外に拘束される筋は裁判官にはないのであります。そういう意味で、裁判官の肩を持った答弁のごとく聞えるかも知れませんが、私は一般論としてはそうあるべきもの、基準があるうがなかるうが、基準は参考にすべきもの、おのれの良心がその基準に従うことが正しいと考える場合に、従うがよろしい。またその基準に従うことが憲法、法律に差しつかえない場合には、これに従うがよろしい。本件について関連をして一般論をいたしますと、そういうことになろう。……

○横山委員 ……大簡九掛所屬の交通裁判所担当裁判官の間には、かねてより統一的な量刑基準がつくられておるということであります。二人の裁判官がそれに対して見解の違いがあるということに問題があると裁判所は言っておる。これはまた事務総長やあなたの話と違って、交通問題に関しては裁判官内部にある量刑基準に従え、こういうことを要求しておるといふかしぎな事実が出てくるわけでありまして。統一的な量刑基準の設定それ自身が憲法上おかしいことではないか。……

○田中國務大臣 ……一口に申しますと、検察当局のつくりました求刑の基準に基づいて求刑が行なわれるならば、それが良心に従ってよいと信じられる限りには、そのとおりの裁判をなさることはよろしい。そうでないと考えになる場合においては、別個の裁判をなさること一向差しかえはない。それを攻撃することは攻撃するほうの間違いだ。しかし、けしからぬということであるならば、そのけしからぬいうことを実行いたしますのは、訴訟手続において上訴の手続を踏みなさい。上訴の手続を踏んでやる以外にいろいろな事柄をしゃべってはいかぬ、こういうことを私は申すわけでありまして。そういうことを実行いたします限りは、三権分立はまことに微動もしない。心配は要らぬのだ、こういうことでございます。

○岸最高裁判所長官代理者 検察庁のほうで求刑の基準をつくられるということについては、これは裁判所としては何ら関知しないところでございます。ことに道交法違反のような事件、先ほど申しましたようなああいう定型的な、そして個別性の稀薄な事件について、いわゆる求刑基準をつくられたからといって、そうあなたが非難すべきではないと思います。事、問題は、その検察官の求刑というものを、裁判官がどう受取るかであります。これはあくまでもやはり検察官の求刑は検察官の意見であり、裁判所としてはそれを参考にして具体的な事件について適当と思われる刑をかけていく、それが裁判の行き方であります。裁判所が検察官の求刑の基準に引きずられて、全部そのとおりやっているとい

うことでは決してないのでございます。現に略式命令の請求のときには、請求書自体に罰金は幾ら相当というのが書かれることになっておりますが、その罰金額を減らしておるといふ例はしばしば見受けられる事柄であります。やはり裁判はあくまでも裁判官の良心に従って、検察官の求刑は、意見は單なる参考として、その上で裁判官独自の判断をすべきである。これは申すまでもないことでございます。

6 裁判所職員定員法の提案権と三権分立の意義について

(昭四三・三・二八・第五八回)〔司法〕
参・法務委・七号一頁 七六条⁴)

△対秋山長造 (最高裁) 寺田総務局長答弁▽

○秋山長造君 ……この法律案の提案説明は法務大臣がやられた。それで内容は、法務省とは関係ない裁判所の定員法について審議をするわけですけどもね。……これはどうもびんときませんね。それで、予算の提案なんかについても、裁判所は二重予算の提出権を持っておられるようにございますね。これはいまの法制上から言えば、やむを得ないからそうなっているのだらうと思うのですが、これは何が根拠になつてこういう形になっているのですか。

○最高裁判所長官代理者(寺田治郎君) ……現行法ではまさしくそうなっておるわけですが、単に現行法でそうなっているというにとどまらず、やはり三権分立の基本にも触れる問題を多含んでいるきわめて重要な問題であるというふうに私も常々考えているわけでございます。……それでは最高裁判所に提案権を認めてはどうかと、この点については、憲法なり国会法上そうなっているという以上に、やはり三権分立の精神から申ししても、そもそも裁判所というものはそういう形での政治責任を負うものではございません。したがって、裁判所は、定員法のようなものでございますとそれほど問題はないかもしれませんが、いずれこの参議院でも御審議いただきます、たとえば裁判所の管轄をどうきめるとか、あるいは裁判所の配置をどうするということでも、やはり一つの政治問題で

ございますから、それについて政治責任を負うのはやはり内閣であり、最終的には国会でおきめになるという、こういう形であろうと思います。のみならず、現在の憲法では、最高裁判所はいわゆる違憲審査権というものを持っておるわけでございます。そうなりますと、違憲審査権を使いますためには、やはりこれは法律の制定の過程ではあまり裁判所というものが意思表示をするということは好ましいことではない。提案がおかしいばかりでなしに、実は私ども、法務委員会には、従来の慣例で出席いたしまして、そして法案の御審議の際にある程度の意見を述べさせていただいておるわけでございますけれども、しかしこれもかなりの場合には事務局限りの意見であるというお断わりをしなければならぬような場合が出てまいるわけでございます。ここで、この法律に御賛成申し上げるとか、あるいはこういう法案はできるとけっこうだと申し上げておいて、いざ最高裁判所はそういう法律は違憲だと言うことは十分あり得るわけでございます。……私どもは裁判所の職員をきめることは非常に重要な裁判所の関心事であると思っておりますが、最終的には内閣が一つの政治的な責任を持って、これだけの裁判官を動かしていくべきものと、たとえば訴訟遅延があるからどうかということは最終的には内閣の政治責任で判断し、そして最終的な決定権は国会でお持ちになっておること、私どもはあくまでここで御説明申し上げますのは、現在裁判官が何人ぐらいおり、欠員がどうなっております、訴訟がどうなっております、こういう実情であるということを申し上げて、その資料のもとで国会の御決定をいただく、いわばその参考資料を御報告申し上げておるといようなつもりでいつも出てまいっているような次第でございます。

○秋山長造君 これは外国の例はどうなっておりますか。

○最高裁判所長官代理者（寺田治郎君） ……。現在の制度はアメリカに比較的近いわけですが、アメリカでもむしろ最高裁判所は提案権は持っておらないように私は了解しております。そしてアメリカの場合日本とかなり違

うのは、規則制定権というものがかなり強力な力を持っております。御承知のとおり、憲法の七十七条で、最高裁判所には規則制定権というものがございます。規則で定員をきめるというのを申し上げているわけではございませんが、たとえば訴訟の手続というような問題については、かなりの程度に最高裁判所の規則にまかされておる。つまり、法律から委任されているような形になっておる例が多いわけでございます。しかし、これにも一つの問題がございます。日本ではやはり、重要なことは国権の最高機関である国会でおきめいただく、そしてそのいわば補いなりあるいはそれと両立する形で規則をきめるというのがここ二十年來の大体のやり方でございますが、その点にはいろいろ実は議論がございます。規則制定権はある面においては法律に優先するというような説も学説としてはあるわけでございます。大体はしかし、裁判所が立法的作用をやる場合には、規則制定権の行使であるというのが普通のやり方であると思います。

○秋山長造君　そうしますと、……立法過程について裁判所が関与しないほうが、違憲審査権を持つ裁判所のたてまえとしてそのほうがベターだということになっておる、いまのようになっていると言うんですか。

○最高裁判所長官代理者（寺田治郎君）　私、違憲審査権の点を申し上げましたのは、それも非常に重要な一つのポイントであろうという趣旨で申し上げたわけでございます。それ以外に、……たとえば裁判所の管轄をきめるということ一つにいたしても、これはやはり地元の住民の意見を聞き、あるいはその他の利害関係、あるいは弁護士会等の意見を聞く、そういういろいろな手続を経て、一つのそれが行政であろうと思います。そういう情報収集その他のいろいろな施策を経て法案というものが形づくられるということであろうと思いますが、裁判所の司法行政は、原則として裁判所内部の司法行政、すなわち職員の管理とか、あるいはいろいろそういうような内部的な規律ということが中心であるように憲法上なっております。つまり、対国民に働きかける行政というものはやはり内閣の御権限にあるほうが自然

ではなからうかと、一応かように考えておるわけでございます。

7 下級審判決と行政のあり方について

(昭四五・九・四・第六三回)〔司法〕
参・決算委(閉会中)・六号四頁一六七条8)

△対和田静夫 (最高裁) 矢口行政局長答弁▽

○和田静夫君 …… 昨今、司法の判定、それがたとえば下級審の判定であろうとも、それによって冷静に行政当局、政府が反省をするのではなくて、全くそれを無視しているかのような風潮が生まれている。私はそういう中からたいへん歴史の危険性をさえ考えるのでありますけれども、どうせ二審では行政当局の立場が認められるだろう、あるいは政治的な動向との関係においてそういう結論が当然導き出されるだろうなどというような形で上級審の逆転を確信をして、裁判にあと要する約十年くらいを、行政によってあつかましく厚顔にいままでどおり突っ走ろう、あるいはさらにその間に動かすことのできないような既成事実をつくってしまう、そういうような考え方が、たとえばあの教科書裁判の判定以降の文部省通達に出ているように思われます。そこで下級審と行政のあり方というものについて、最高裁判所としてはどのようにお考えになりますか。

○説明員(矢口洪一君) 裁判は一審、二審、三審という制度をとっております。で、国民は一審の判決に不服である場合には上級審の判断を求めることになっておるわけでございますが、しかし裁判をいたしております下級審自体といましては、それぞれ全責任を負ってここで判断を下しておるわけございまして、最善と信ずるところに従いまして判断をいたしておるわけでございます。ただ、一審の判断が直ちにそのまま当事者に、勝った当事者にも負けた当事者にも心服してもらえるかどうかということになりますと、これはあくまで訴訟の三審級の制度というものによつていかざるを得ないわけございまして、第一審の裁判官あるいは二審の裁判官は、それぞれ自分たちのいたしました裁判

ということについて、これに心服を得たいということで鋭意全力を傾けておるわけではございますが、その結果それに直ちに從ってもらえるかどうかということは、あくまで当時者がその判決をよしとして確定せしめるかどうかということにかかっておるといわざるを得ないわけでございます。したがって、判決が確定いたしません以上は、私どもも下級審の裁判があるということから直ちにこれに從えということには、法律的にはできないわけでございます。当然不服とされておるところをさらに上級審で判断をする、最終審においてどのように確定するかということによって、そのように確定したものについてはその確定力を十分に当時者あるいは第三者に尊重してもらわなければならない、このような法律構造であり、また現在そのように行なわれておると言わざるを得ないわけでございます。

8 司法権の独立と司法行政について

〔昭四六・五・一〇・第六五回〕〔司法〕
〔衆・決算委・一四号二七頁〕〔七六条11〕

△対田中武夫 高辻長官答弁▽

○田中（武）委員 ……司法権の独立ということ司法行政、これをどのようにお考えになっておるのか。また人事というものは、司法権の独立に入るのか、それとも司法行政に入るのか、こういうことについて、どのようにお考えになっておりますか。

私の考えから言うならば、司法権の独立というのは、いわゆる裁判である、裁判に対していかなる人も云々すべきじゃない。しかし、人事というものは司法行政ではないか。したがって、これはいわゆる厳格な意味の司法権独立の外にある、私はそう考えるわけです。

そこで、憲法七十六条三項を読みますと、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行い、この憲法及び法律にのみ拘束される。」これだと私は思うのです、司法権の独立とは。したがって、いわゆる人事の問題は少

し話が違ふのじゃないかと思う。と同時に、それについての御所見と、もう一つは、「その良心に従ひ独立して」という、その良心とは一体どんなものなのか、…………

○高辻政府委員 ……御指摘の司法権の独立についての憲法上の規定は、まさにおっしゃった規定だと思っています。そうして、その独立を保障するためには、それはとりもなおさず、裁判官がやはり独立に職権を行使するということがなければならぬので、いわゆる司法行政、特に人事権の問題は、やはり司法部門の権限にこれを属させる、いわば司法権の独立の保障措置の一環であるということがいえると思います。

それから「良心に従ひ」というのは何であるかというお尋ねでございましたが、これは最高裁の判例にもあったと思います。要するに、外部からの有形無形の圧迫ないし誘惑に屈しないで、自己の内心の良識と道徳観に従って事进行处理するというのが、「良心に従ひ」という意味であるように理解をいたしております。

9 憲法第七十六条第三項の「職権」の範囲

(昭四六・五・二二・第六五回
衆・法務委・一二号一三頁 一七六条10)

△対岡沢完治 (最高裁) 矢口人事局長答弁▽

○岡沢委員 憲法七十六條三項のいわゆる裁判官の独立に関連いたしましたして、前回の法務委員会におきましていわゆる七十六條三項の職権行使と申しますか、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」この項にいますその「職権」の解釈につきまして、参考人の間で若干意見が分かれたように私は聞きました。田上教授と申しますか田上参考人の場合は、広く司法行政上の裁判官の行為につきましても、あるいは裁判官の行為につきましても、憲法に基礎を置く権限についてはこの項による「職権」に該当して、いわゆる司法権の独立あるいは裁判官の独立の観点から当然職務に入るという解釈。一方で他の参考人の見解では、いわゆる裁判のみ

に厳格に解するという趣旨の御意見の発言がございました。最高裁事務総長がことしの四月八日、日弁連の会長談話に
 関連して行なわれました御発言の中にも、最高裁判所の司法行政について裁判所の独立を侵さないようにという趣旨の
 文言がたしかあったように私は解します。最高裁事務局とされましては、この七十六条三項のいわゆる「職権を行
 ひ」の「職権」の中にはどの範囲のものが含まれると解しておられるか、お尋ねいたします。

○矢口最高裁判所長官代理者 重要な問題でございますが、私ども仕事を行なっていくます上において、私どもの心が
 まえとして、七十六条三項を運用いたしております際の気持ちといたしましては、この「職権」という中には裁判の事
 項に限る。ただ、裁判と申ししましても非常に幅が広がりますので、なかなか問題はあろうかと思いますが、司法行
 政というものは一応その中には含まれないというふうに考えて運用いたしておるわけでございます。

○岡沢委員 そうしますと、この間の田上教授の見解とは若干違ひまして、田上教授の見解では裁判以外でも、たとえ
 ば書記官の人事や事務官の人事は別として、裁判官の人事等は、当然司法権の独立にきわめて大きな影響があるという
 観念から、最高裁判所の司法行政の中でも裁判官人事等はこの「職権」の中に含まれるという解釈でございましたが、
 いまの人事局長の解釈はそれとは違つて、いまお答えのとおりと解してよろしゅうございますか。

○矢口最高裁判所長官代理者 司法の独立ということは七十六条の規定もございすし、またその次の七十七条にも
 規定があるわけでございます。七十七条の規定には内部の規律の規則制定の権限も認められておるわけでございます。
 要するに司法行政というものにつきましても、また憲法によって直接裁判所がこれを扱うように定められておるとい
 うことは当然のことであるわけでございます。そういうことでございすので、司法行政がいわゆる司法の独立とどうい
 う関係があるかということでございますれば、私ども司法行政もまたこれに含まれておるといふふうに考えておるもの
 ではございますけれども、お尋ねの七十六条の三項の職権という中には入らないのではなからうかというふうに考えて

おるわけでございます。

〔憲法第⑧〕

10 陪審制の採用と憲法

〔昭五二・三・一二・第八〇回〕
〔衆・予算委一分科・二号二二頁一七六条22〕

△対川口大助 (法) 賀集司法法制調査部長答弁▽

○川口分科員 ……いまここで陪審裁判というふうなものをさらに法改正して行うような意思がないかどうか、お聞きいたします。

○賀集政府委員 陪審制というのは、……素朴な民衆感情とか社会常識を裁判に反映させ、裁判を民主化し、国民の身近なものにしようというのが制度のねらいであると思われます。それで、これを採用するかどうかという前に、日本の憲法のもとでどうなっているか。といいますのは、もう御案内のように「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」という憲法の規定がありまして、しかも憲法は「司法」という章のところに、裁判所の構成員である裁判官の身分保障であるとか裁判官の独立、司法権の独立を手厚く規定をいたしておりますので、そういたしますと、何人も裁判所による裁判を受ける権利というのは、裁判官が構成する裁判所で受けるんだということになりますと、陪審制をいま採用していいかどうかというのは、一つの憲法上の問題が出てまいります。

そこで、先ほども申し上げました憲法の規定からすると、最終的な判断権を裁判官に留保するといえますか、最終的な判断権の余地を残した、そういう留保つきの陪審制ならば採用することは憲法違反ではないと考えられるのでございます。……

11 陪審制度の復活について

〔昭五四・五・三一・第八七回一答弁抄〕
参・法務委・一〇号一二頁 一不登載

△対寺田熊雄 古井法相答弁▽

○寺田熊雄君 最後に法務大臣にお尋ねしますが、先般青木英五郎氏が朝日新聞に陪審制度を復活させよという一文を出しております。これは私どもも戦前に陪審裁判というものを見て、それなりのよさがあるということは認めるわけなんです。いまは陪審法が、これは停止されたままになっておりますね。それから裁判所法の中には第三条第三項ですか、これは陪審制度を採用することを妨げるものではないというような規定がございますね。陪審制度の採用あるいは復活に関して法務大臣としてはどういう御所見でしょうか。最後にそれをお伺いしたいんですが。

○国務大臣（古井喜實君） お話のように、かつて陪審制度を行ったことがあるんですけども、やめになってしまったという経過であります。ああいうふうな、何といいますが、エキスパートだけでなしに、国民自身、庶民感情、そういうものが司法の分野にも一つの働きをなすということは、多きに何とか望ましいというのはどうかしりませんが、心引かれるという気がするんですが、しかし、過去の実績も考えてみなくちゃいかぬ。何さま私のこれは素朴な考えですけども、日本の社会は人情社会でして、大体寄って話をするとかばってしまふ、合理主義がなかなか行われぬと、こういう傾向があるように思うんですね。これは陪審制度だけじゃないと思います。国会がそうだとは言いません。言いませんけれども、そういう傾向が日本の社会にはあるんですね。だもんだから、公正な審判ということがなかなか行われぬというようなことがきょうの段階でもあるんじゃないだろうか。そういう気もいたしますんで、私は事柄の筋としては非常に魅力を持つんですけども、さて、やっということになるだろうか疑問というか、すっきりした見通しが立ちませんもので、実はようはすっきりした御返事を申し上げることはできないんでありますんで、

これはもう少し議論をして、私がそう考え違いしているかも知れぬし、議論して大方の意見がやっぱりあれやっただ方がいいということになるかならぬか、議論の段階をもう少しこれは置いていただく方がいいんじゃないかしらん、いまはそういうふうに思っております。

12 軍法会議の設置の可否について

（昭五五・三・一三・第九一回
参・予算委・七号一四頁
——答弁抄——
不登載）

△対源田実 角田長官答弁△

○源田実君 ……憲法の七十六条、これには「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」その次は、第二項が「特別裁判所は、これを設置することができない。」、こういうことになっております。そうすると、軍法会議というようなものではないわけですね。こう了解していいですか。

○政府委員（角田禮次郎君） そのとおりでございます。

〔想定問答〕

1 司法権の独立について

（昭四六・五・一〇 第六五回国会）

（問一）司法権の独立についての総理大臣の所見を問う。

（答）司法権の独立は、憲法上保障されているきわめて重要なものであることは申すまでもないところであり、政府は、つねに司法権の独立を尊重し、これを侵害することのないよう細心の注意を払っている。

また、裁判所および裁判官各位においても司法権の独立の重要性を十分に認識され、その堅持に努められているものと考えてる。

（問二）司法権の独立に関連して、憲法第一四条、第一九条および第六章各条についてどう考えるのか。

（答）裁判官の任命等に関する最近の最高裁判所の措置は、もとより最高裁判所が独立してこれを行なったものであり、政府としては、その公正を固く信じている。その間、合理的な理由がないのに信条による差別が行なわれ、あるいは思想および良心の自由が侵されるなど、いやしくも憲法第一四条あるいは第一九条の趣旨に反するようなことがあつたとは夢想だにしないところである。

また、最高裁判所および内閣は、憲法第六章中の関係規定にのっとり、それぞれ所定の権限を行使したものであつて、もとよりそれらの規定の趣旨に反するようなことは全くなかつたものと考えている。

2 思想による裁判官の排除について

（昭四六・五・二一 第六五回国会）

（問）自民党は、安保体制を違憲であるという考え方をする者は反体制であり、赤の裁判官を追放すべしとの立場を明確にしているようであるが、総理は、赤の裁判官を追放することが憲法解釈上許されると考えているのか。

(答) 日本国憲法は「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」(第一九条)旨定め、思想の自由を保障しているところであるから、個人がいかなる思想を抱こうとも、思想それ自体は絶対に自由であつて、これを制限することができないことはいうまでもない。

このことは、裁判官についても全く同様であつて、仮に個々の裁判官で安保体制をもつて違憲であるという考え方をする者があるとしても、そのことだけで、そのような裁判官を排除できるものでないことは、改めて申し上げるまでもないところである。

(備考)

○裁判所法

第五二条 裁判官は、在任中、左の行為をすることができない。

一 国会若しくは地方公共団体の議会の議員となり、又は積極的に政治運動をすること。(二・三略)

第四六条 他の法律の定めるところにより一般の官吏に任命されることができない者の外、左の各号の一に該当する者は、これを裁判官に任命することができない。(下略)

○国家公務員法

第三八条 左の各号の一に該当する者は人事院規則の定める場合を除くの外、官職に就く能力を有しない。

一 四略

五 日本国憲法施行の日以後において、日本国憲法又はその下に成立した政府を暴力で破壊することを主張する政党その他の団体を結成し、又はこれに加入した者

裁判批判と司法権の独立

(昭五一・九・三〇 第七八回国会)

第七六条(想定問答)

(問) 国会外と国会内の裁判批判について、憲法、法律上、差異はあるか。

(答) 国会内の裁判批判というのが、具体的な事件の裁判について、国会でこれを採り上げてその当否を調査審議することを指すとすれば、それは憲法の定める三権分立の制度の建前に反し許されないと考える。

また、国会外の裁判批判というのが国民が私人の立場で裁判に関して意見を述べることが指すとすれば、それは自由であるが、この場合においても現に行われている裁判に対して不当な圧力を加えたりするようなことは、司法権の独立を損なうものとして許されないことはいうまでもない。

4 陪審制の採用と憲法

(昭五四・五・三一 第八七回国会)

(問) 刑事裁判手続において、陪審制度をとり入れることは、別に憲法に違反しないと考えるがどうか。

(答) いわゆる陪審制度といつても、いろんな内容のものが考えられるので、一概に合憲違憲を論ずるのはむずかしい。例えば陪審員の評決が裁判官の判断を拘束するというような制度は憲法第七六条第三項に違反することになるし、陪審員の構成や評決に至る手続等が十分に公正なものとされないと、憲法第三七条第一項に違反するというような問題が生ずると考えられる。しかし、仮に陪審員の評決が直ちに裁判官の判断を拘束するものではなく、裁判官の最終的な判断にあたつて、有益な資料として活用されるものとし、また、その評決に至る手続に公正を確保できる十分な配慮がなされ、また、被告人に陪審制を望むかどうかの選択を許すというような制度にするのであれば、別に憲法に違反するという問題は生じないといえよう。

裁判所法第三条第三項が、刑事について別に法律で陪審の制度を設けることを妨げないと定めているのも、およそ陪審制度であればどのような制度であつてもよい、という趣旨であるはずはなく、当然、憲法の趣旨にふさわしい陪審の制度が設けられることを前提とするものと考ええる。

要するに、どのような内容を盛り込んだ陪審制度を考えるかが問題であり、当局としては、具体的な内容を離れて抽象的に意見を述べることは困難であり、せいぜい先に申し上げたような例をひいて申し上げることがせい一杯のところである。

5 憲法第七十六条第三項の裁判官の良心の意味

(昭和五七・三・一一 第九六回国会)

(問) 憲法第七十六条の裁判官の良心の意味は何か。良心と憲法、法律とが矛盾するときどちらをとるべきか。

(答) 憲法第七十六条三項が「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立して職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」と規定しているが、ここに「良心に従ひ」というのは、裁判官は、法規の範囲内において、外部からの圧迫等に屈することなく自ら正しいと信ずるところに従つて、裁判をしなければならないということであり、良心に従ふことと、憲法及び法律にのみ拘束されることとの間に矛盾が生ずることはない。

6 総理の「三権見直し」発言について

(昭和六一・一・一四 第二〇四回国会)

(問) 総理の「三権見直し」発言は、立法、司法のあり方を批判するものではないか。そうだとすれば、行政府の長が立法、司法のあり方、あるいは三権の関係を批判することは、許されるか。憲法に対する批判ではないか。

(答) 1 立法及び司法とも、その立場を十分に自覚した上、その権限の行使を行つてきたものと考えから、今回の総理の発言は、具体的な事態を想定した上でのものではないと理解している。

2 立法及び司法のあり方については、立法権及び司法権を行使する者の判断を最大限に尊重すべきことは、いふまでもない。特に、裁判所がした具体的事件に関する判断については、司法権の独立を十分に保障する観点から、これに対し批判を加えることを慎まなければならないと考える。

3 一般論としていえば、三権を行使する者が日本国憲法により付託された権限を適正に行使するに当たつての

一般的な心構えについて自己の見解を表明することであれば、前記2の趣旨に反しない限り、行政府の長にも許されるものと考ええる。また、これをもつて憲法に対する批判にはならないと考ええる。

〔資料〕

1 直接に法令の効力自体を争う訴訟について
はじめに、

(昭三四・六・一七)

現行法制のもとでは、直接に法律(形式的意義の「法律」をいう。以下同じ)の効力自体を争う訴訟の提起は、たとへ当該法律によつて直接に具体的な権利侵害があつたことを理由とする場合でも、許されないと解するのが支配的な見解であろう。このような考えの根拠をただせば、ひつきよう、法律自体に対する不服は、その性質上「法律上の争訟」(裁判所法第三条第一項)とはみられないこと、いいかえれば「司法権」(憲法第七六条第一項)本来の意義には含まれないと解するからである。

以上の解釈を前提とすれば現行憲法のもとで、法律により、訴訟形態の一として法律の効力自体を争う訴訟を認めることは、

- (1) 憲法に規定する「司法権」に関する現在の支配的観念を立法によつて意識的に修正・拡張すること
- (2) 「司法権」本来の観念を修正するのではなく、司法権類似の争訟審判権を裁判所に付与すること(すなわち、この権限は裁判所法第三条第一項にいう「法律において特に定める権限」の一に属することとなる)のいずれかである。

以上の理を念頭に置きながら、このような訴訟形態が必しも適當でないとと思われる点を摘記しよう。

一 「司法権」と国会の「最高機関性」との関係

いうまでもないが、国会の制定する法律は、憲法に違反しない限りその効力を否認されるはずがないから、このような訴訟形態を認めることは、裁判所に対し現在認められている違憲法律審査権の範囲を拡張することにほかならない。

い。「司法権」本来の範囲をこえてまでも、裁判所に対し国会の制定する法律の審査権を与えることは、憲法みずからが当然に予想したところでないことはもちろん、憲法の趣旨に反するおそれさえもある。けれど、憲法にその旨の特別の規定がないのに、法律により国権の最高機関たる国会が制定する法律の審査権を裁判所に与えることは、いたずらに裁判所による救済を誇大視するあまり、国民の代表者たる国会の最高機関性をそこない、ひいては司法部に対し憲法みずからの予想しなかつた過大の権限を付与することにひとしいからである。

いいかえれば、憲法が裁判所に対し、「司法権」の行使を介して与えている違憲法律審査権の範囲を、法律によって拡張することは、憲法自体に規定する司法権（裁判所）と立法権（国会）との均衡を破る結果をもたらし、国会の最高機関性に対する自己否定のひびきさえも帯びるのではなからうか。

二 執行停止との関係

このような訴訟形態は、執行停止の制度と結び付くことによつて、はじめてその予防的、抑止的效果が十分にその効能を発揮し、人民（原告）に対する救済も完全なものとなる。この意味で、この訴訟に執行停止の制度を認めるかどうかは、この訴訟形態の実質的な効能を左右するに近い程の重大性をもつといつてもいい過ぎではない。

(1) 執行停止制度を認める場合

行政事件訴訟における執行停止は、司法権本来の作用ではなく、法律により裁判所に与えられた特別の権限であるから、法令の効力を争う訴訟について執行停止制を認めることは、きわめて重大な問題をはらむこととなる。というのは、この場合、裁判所による司法権以外の権限の行使により、直接に法律の効力自体が一時的に停止されることを意味するからである。このような事態は、一方においては、憲法自体には別段の規定がないのに、法律の法規範としての強行適用性を一時的に否認することであり、他方においては、司法部に特別の権限を与えることによつて実質的

に国権の最高機関性を抑止することにひとしいから、とうてい憲法の精神に沿うものとは認めがたい。

（現行特別法に規定する「行政庁の処分」に対する執行停止の制度も、行政権との関係で問題がないわけではない。しかし、「行政庁の処分」と国会の制定した「法律」とでは、これに対する執行停止のもつ憲法的評価の上で一律に同視できない質的ともいえるべき差違があるのではなからうか。）

(2) 執行停止制度を認めない場合

この場合、この訴訟のもつ制度的効能は、はなはだ弱いものとならざるを得ない。けだし、このような訴訟形態を新設しようとする主な動機ないし眼目が人民を刑事的制裁の危険負担から解除しようとするにある以上、執行停止制度をとまわらないこの訴訟の制度的実益は、もっぱら本案判決の効果のみであつて、なんら予防的抑止的效果をもたないからである。

三 民事法・刑事法に関する場合との対比

いわゆる行政法関係の法律にかぎつて、このような訴訟形態を設ける必要があるかどうかは、疑問である。すなわち、理論的には、行政法関係の法律についてこのような訴訟形態を認めることは、程度の差こそあれ、同様の理由により、民事法・刑事法についてもこのような訴訟形態を認める方向に道を開くことにならざるを得ない。むしろ人民の側の危険負担解除の理念を強調するかぎり、刑事法関係の法律については行政法関係の法律に関する場合以上に、このような訴訟形態を認めるべき必要性があるように思われる。

これを要するに、このような訴訟形態を認めるかどうかは、ひとり行政法関係の法律のみならず、民事法・刑事法を含めてひろく法律一般に通ずる問題として考察・検討すべきであつて、行政事件訴訟の一形態としての角度のみから問題を提起するのは、適当でない。

四 「法律」による規制と「命令」による規制・「行政の処分」との異同

行政庁の処分又は実質上これと性質を同じくする行政立法について争い得る以上、行政庁の処分がたまたま「法律」の形式で行われた場合にもこれを争い得るようにすることこそバランスのとれた合理的なあり方であるとする見解がある。たしかに、このような見解にも一理あると思われるが、いやしくも国会が法律を制定した以上、たとえその法律がもつばら特定の者のみに対する適用を内容とする場合でも、これを行政庁の処分や行政庁の処分と同性質の行政立法とただちに同視することは適當でない。すなわち、法律自体が最終的、完結的な規律を加えている場合と一定の事項を行政庁の立法や処分に委ねている場合とは、一線を画すべき相違がみられるのであつて、これを単なる法形式の形式的相違とみるのは適當でない。

したがつて、行政立法で行政庁の処分とその性質を同じくするものについて抗告訴訟又は無効確認請求訴訟を認められる事理をただちに法律についてもパラレルにあてはめることは當を得ない。

〔部内資料〕

〔憲法資⑧〕

1 大審院と最高裁判所との連続性

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 大審院と最高裁判所とは、制度上連続性があるか

(答) 大審院と最高裁判所とは、ともに終審裁判所であるという意味で、共通性がないわけではないが、最高裁判所は、その存在、構成、裁判官の任命等について憲法上直接の根拠をもつて設置されたものであるのに対し、大審院は、憲法に特に規定がなく裁判所構成法において、その構成が定められていたにとどまるものであつて、両者は、本質的に異なる性格を有するものであり、その使命、権限(違憲立法審査権、司法行政権等)等からしても、両者について、連続性を認めることはできない。

(註) 1 最高裁昭和三年七月一九日大法院判決も、このことを明言する。

2 大審院廃止後においては、従前の大審院の裁判官は、最高裁判所裁判官に任命された者を除き、東京高等裁判所判事に補せられたものとみなされ(裁判所法施行法三条一項)、大審院の事件は東京高等裁判所に引き継がれた(裁判所法施行令一条)。

2 裁判官の員数を法律で定めることと司法権の独立

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 裁判官の員数を法律で定めることと司法権の独立との関係は、どのように理解すべきか。

(答) 最高裁判所判事の員数(憲法七九条一項、裁判所法五条三項)及び下級裁判所の裁判官の員数(裁判所法五条三項、裁判所職員定員法一条)は、法律で定められているが、その趣旨は、裁判官の員数は、裁判所の構成に関する重要事項であり、予算にも関連することであるから、法律で規定することが相当だということにある。

三権分立制は、立法、行政、司法の三権が相互に抑制、均衡を図つて、国政の円滑、適正な執行を確保するもの

であり、司法に関する事項であつても、事柄の性質上立法権の判断に委ねることを相当とする事項について法律を定め得ることは当然であつて、裁判官の員数を法律で定めると司法権の独立とは、なんら矛盾するものではない。

3 内閣の裁判官任命と司法権の独立

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 裁判官の任命を内閣が行うことと司法権の独立との関係は、どのように理解すべきか。

(答) 裁判官は、違憲立法審査権を含む強大な権限を有するものであるから、三権分立制の趣旨から、裁判官の任命権を内閣に与えて、三権のあいだにおける均衡が図られている(憲法七九条一項、八〇条一項)。(註)

憲法は、内閣に任命権を与えとともに、内閣が人事を介して司法権に不当な干渉を加えることを防止するため、最高裁判所の裁判官については国民審査制(憲法七九条二項)を定め、下級裁判所の裁判官については最高裁判所の指名した者の名簿によつて任命すべきものとし(憲法八〇条一項)、司法権の独立について配慮が払われており、内閣の任命権が司法権の独立と矛盾するものではない。

(註) 最高裁判所長官は、内閣の指名に基づいて、天皇が任命する(憲法六条二項)。

4 内閣による裁判所予算の編成と司法権の独立

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 裁判所予算の編成を内閣が行うことと司法権の独立との関係は、どのように理解すべきか。

(答) 内閣は、裁判所、国会等の独立機関の予算を含めて、予算を作成し、国会に提出する(憲法七三条五号、八六条、財政法一七条から二二条まで)。

その趣旨は、国の予算は、国家財政上の見地(財源、財政需要等)から定められるものであり、国民に対し高度

の政治的責任を負うべき性質のものであることによるものであり、権力の抑制、均衡を図る三権分立制にそうものである。

さらに、裁判所等の独立機関については、その独立性にも配慮して、いわゆる二重予算制度（財政法一九条）を採用するなど、三権の均衡について、十分な配慮が払われている（なお、裁判所法八三条）。

〔諸家の説〕

1 陪審制と憲法との関係

○全訂日本国憲法 宮澤俊義著・芦部信喜補訂 (六〇〇・六〇二頁)

(昭五四・五・三一)

裁判所法は、「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」(裁判所法三条三項)と定めているし、また、裁判所法案の審議に際し、衆議院の委員会は、「陪審制度に関しては、単に公判陪審にとどまらず、起訴陪審をも考慮するとともに、民事に関する陪審制度に対しても十分なる研究をなすべし」という附帯決議をした。いずれも、陪審制度を設けることは、憲法上別にさしつかえないとの解釈に立っている。

しかし、陪審と憲法との関係については、学説が分かれる。

甲説によれば、本条が司法権は最高裁判所と下級裁判所に属すると定め、さらにそれらの裁判所を構成する「裁判官」の選任方法その他身分についてそれぞれ明文で(七九条・八〇条)規定しているところからいつて、陪審制度を設けることは、憲法の許さないところと見るべきである。陪審員は、憲法にいう「裁判官」ではないし、したがって、裁判所の構成員でもないから、陪審員が裁判に参与することは、憲法に違反する。

これに対して、乙説によれば、本条は、かならずしも訴訟手続が全部裁判所によつてのみ動かされることを要請しているのではない。たとえば、当事者はもちろん、検察官や弁護人が訴訟手続において重要な役割を演ずることは、訴訟手続というものの性質上、当然にみとめられていることである。裁判官は、最後に、結論を下す職務を有するだけである。したがって、裁判官が結論を下すという建前を崩すことにならないかぎり、陪審員が訴訟手続に参与することは、かならずしも憲法の禁止するところではないと解すべきである。問題は、だから、陪審制の内容いかんであり、いちがいに陪審が憲法に反するとはいえない。

乙説を正当としよう。

〔憲法資⑧〕

陪審員の意見だけで判決が決定されるような陪審制度が憲法上許されないことは、甲説のいうとおりであるが、そこまで徹底しない陪審制——そういう陪審制もあり得る——を設けることは、かならずしも許されないわけではない。

明治憲法時代にみとめられたような陪審——現在停止されている陪審法で定められている——は、別に本条その他の憲法の規定に違反しないだろう。そこでは、陪審員は事実の認定を行い、その認定は結局裁判官を拘束したが、しかし、陪審制度は一部の刑事事件についてのみみとめられ、しかも、被告人は自由に陪審を辞することができた。言葉をかえていうと、被告人はいかなる場合にも陪審をその意に反して強制されることがなかつたのである。

また起訴・不起訴を決する起訴陪審を設けることも、憲法に違反することはないだろう。公訴の提起は、刑事訴訟手続における重大な段階ではあるが、本条にいう「司法権」は、公訴が提起されたとき、それにもとづいて刑罰を科する作用をいい、その前提手続である公訴の提起そのものを含まないからである。あたかも、検察審査会を設けて、検察官の不起訴処分に対してある程度の一般人によるコントロールをみとめていることが、本条に違反するものでないのと同じことである（検察審査会法三三条以下）。

○憲法講義〔改訂版〕下 小林直樹著（六九一・六九二頁）

陪審制の問題

司法過程に、法律専門家以外の一般人の意見を参与させることは、方法さえ合理化すれば、司法の民主化にも有意義な成果をもちうるであろう。法律の素人である陪審員に、一定の事案に対する判断を与えさせる陪審（jury）の制度が、諸国で試みられてきたのも、その実益が少なくないからだと思われる。ただ、司法権が裁判所に専属する建前と、資格ある裁判官の「裁判を受ける権利」を保障する点からみれば、陪審裁判には違憲の疑いを抱く人々があるのも、当

然であろう。しかし、憲法は、陪審制については何も語らないが、積極的にそれを禁じているとみるのは、むろん行きすぎである。明治憲法下でも一時期（陪審法、昭三施行、昭一八停止）認められていたような、制約された範囲——陪審員は事実認定に参与するが、被告人には陪審を辞する自由が認められていた——においてならば、陪審制の採用は、憲法に反するとはいえないとも思われる（同趣旨、宮沢・清宮等）。裁判所法（三条三項）が、刑事について陪審制を設けることを「妨げない」としているのも、この限度でならば、憲法が当然に許容するところだと解される（清宮・憲法Ⅰ、二八三頁参照）。

制憲議会において、司法制度の民主化という観点から、陪審制の実施が若干の人々によつて提起された。これに対し、政府は、「何とかして復活すべきであるという気持は持つている」が、設備その他の点で「急速にゆかない」と答えている（清水編・審議録三巻、五八三—四頁）。ちなみに、戦前の陪審制下で「実際に行われたのは、全国に於て一〇件に満たない」という実情について、おそらく国民の理解が欠けており、「日本の国民性が未だ陪審制度を受けるに至っていないのか」という「疑問」が、そこで出されていた。今日までこの制度の復活がおこなわれていないのには、やはりそういう消極的な考え方が今でも働いているのかもしれない。

○憲法Ⅰ〔新版〕（法律学全集） 清宮四郎著 （三四〇頁）

陪審裁判 司法権が通常裁判所に属するという原則からみると、司法過程に素人を参与させる陪審制度はいちおう問題になるが、陪審は、すべて当然に裁判所による裁判の原則を侵すことになるものではなくて、陪審裁判は特別裁判でもないから、やり方によつては、憲法に背かないものとみなされる。陪審員の意見に決定的な権威を認める制度は、憲法の原則に反するが、明治憲法時代の制度のように、陪審員は事実の認定を行なうが、被告人に陪審を辞する自由を

認めるものや、起訴を陪審にかからしめる、いわゆる起訴陪審などは許されるものと解せられる。裁判所法第三条第三項も、「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」と定めている。司法制度についても、強くアメリカの制度の影響を受けているのが憲法が、陪審制度に触れていない理由は、明らかでないが、おそらくこの制度を否認する意志はなく、裁判所において裁判を受ける権利を侵さない範囲で、その採否及び採用の仕方を経法律に委ねているものと解せられる。この制度は、その趣旨において、民主的な、よい制度であるにかわらず、わが国の過去における実績は芳しくなく、現在まで停止されたままになっている。

○裁判法〔新版〕（法律学全集） 兼子一・竹下守夫著 （三九頁）

参審制度・陪審制度の合憲性 将来、もしわが国で参審制度の採用を考えた場合、それが日本国憲法上許されるかの問題を生ずる。これは、陪審制度についても問題となりうるところである。この問題は、前注に述べた第二次大戦後の司法改革の際にも論じられた。当時における違憲論の代表とみられるのは、「憲法に於て、裁判官は良心にしたがい、独立して職権を行うべきものとして居る以上（憲法第七六条三項）、裁判官の判断を拘束する陪審の答申は許されないから、単に意見を徴し、参考とする程度になつて仕舞う。又参審制も、裁判官の任期、報酬、身分保障等が、専門的裁判官だけを前提として、規定されている以上、素人の臨時裁判官を認める余地がない」（兼子一・新憲法と司法七五頁）との見解である。これに対し、当時の政府、司法省は、明治憲法の下では、裁判を受ける権利を保障した同二四条は「法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権」と定めていたが、日本国憲法三二条・三七条では「裁判所において裁判を受ける権利」「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利」に改められたことを重要な根拠の一つとして、参審制、陪審制ともに合憲であるとの解釈をとつていた。利谷信義・前注掲記論文一一一頁以下・一三七頁以下参照。

○註解日本国憲法 下巻 法学協会編 (一一二八頁)

司法への民衆関与 審判の公開に関しては、旧憲法より一層徹底した規定を設けている(八二条)。陪審制又は参審制に関しては、一言も触れていない。裁判所法第三条第三項は、現在施行停止中の刑事陪審制が、何等かの形で復活されることを予想している。^(五)陪審が民主的制度であることは勿論であるが、現在においてこの素朴的な民衆裁判を採用することが適当であるかは、論議の余地があろう。それに憲法は、裁判官は良心にしたがい、独立して職権を行ふべきものとする(七六条三項)、裁判官が裁判に当たつて陪審の答申に拘束されることと矛盾する。又参審制も裁判官の任期、報酬、身分保障等が専門的裁判官だけを予定して規定されている以上、参審員として素人の臨時裁判官を認める余地がない。^(六)殊に、全体として米国式な考え方をとつてゐる憲法として、陪審制を民主司法の当然のあり方として採用する積りならば、これに氣附かない筈はなく、当然これに關して明文を設けたはずと考えられるから、その規定を欠くことは、むしろこれを否定する趣旨と解すべきではあるまいか。^(七)

但し、これ以外の方式で、司法権行使について、民間人の協力を求めたり、専門家の意見をきいたりすることは妨げられない。例えば、民事について調停委員や司法委員(民訴三八五条ノ四―六)などが現在でも利用されている。又陪審も検察官の起訴不起訴をコントロールする起訴陪審は設けることができる。現在の檢察審査会は消極的に檢察官の不起訴処分を民衆的に監視し、不当な場合起訴を勧告する機関として設けられているものである。

○衆議院裁判所法案委員会 (昭二二・三・一七)

附帯決議へ裁判所法附帯決議——全会一致✓

一、(略)

一、陪審制度に関しては、単に公判陪審に止まらず、起訴陪審をも考慮するとともに、民事に関する陪審制度に対しても十分なる研究をなすべし。

2 裁判官の良心の意味

(昭五七・三・一二)

○橋本公亘 日本国憲法 (五八五頁)

裁判官の独立の意味

裁判官の独立とは、裁判官がその職権を行使するにあたって、他の何者からも指示や干渉を受けることなく独立してこれを行ない、憲法および法律にのみ拘束されることをいう。これが狭義の裁判官の独立であり、わが国では、これまでに一般に司法権の独立といっている。裁判官の独立を認める理由は、裁判の公正を確保するために必要であるからである。

右の意味での裁判官の独立をまもるためには、裁判官の身分保障を確立することが必要である。裁判官の身分保障がなければ、裁判官は他の勢力からの干渉、圧力をはねかえして職権を行使することができなくなるおそれが多いからである。したがって、裁判官の身分保障は、狭義の裁判官の独立の基礎をなすものとして、両者は不可分の関係にあるものと考えられ、沿革上、両者はともに発達してきた。そこで、狭義の裁判官の独立と裁判官の身分保障とをあわせて、広義の裁判官の独立という。

ドイツでは、裁判官の独立(Unabhängigkeit der Richter, richterliche Unabhängigkeit)を分かつて、sachliche Unabhängigkeit der Richter と persönliche Unabhängigkeit der Richter とに分けるが、一般の例である。この第七六条〔諸家の説〕

うち、前者が、ここでいう狭義の裁判官の独立（裁判官の職權上の独立）をさすものであり、後者が、ここでいう裁判官の身分保障をさすものである。本書においても、以下この二者を分かつてそれぞれについて説明する。

裁判官の職權上の独立

「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職權を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」（七六条三項）。

この規定は、右に述べた狭義の裁判官の独立を定めたものである。裁判の公正を確保するためにこの規定が設けられたことは、すでに述べたところによつて明らかであろう。ここに「その良心に従ひ独立してその職權を行ひ」とあるのは、裁判官が、他からの指令に拘束されず、自主的に判断することを意味する。裁判官個人の宗教的、倫理的、政治的信条や信念に従つて裁判せよというのではない。裁判官が従うのは、「憲法及び法律」のみである。これは形式的意味の憲法および法律のみをさすのではなく、憲法、法律、条約、政令、省令、規則、条例等の成文の法形式のみならず、不文法をも含む。

「良心」を裁判官の個人的、主観的良心と解するわけにはいかない。良心という語をどうしても用いたければ、裁判官としての客観的良心といふにあらわすよりはかたはな。要するに、この規定は、裁判官が他の何者からの指令や拘束を受けることなく、独立して判断すること、裁判官は「憲法及び法律」にのみ従うことを定めているのである。^(二)

若干の例をあげて説明する。たとえば、カトリック教徒は個人的信条として離婚を認めないが、裁判官としては、個人の主観的信条に従わず、法律に従つて裁判しなければならぬ。また、共產主義者は土地や生産手段の私有制を廃止すべきであるとする政治的信条をもつが、裁判官としては、憲法および法律に従つて私有財産制を認めなければならない。

最高裁判所の判例は、次のように述べている。「憲法七六条第三項の裁判官が良心に従うというのは、裁判官が有形無形の圧迫乃至誘惑に屈しないで自己内心の良識と道徳感に従うの意味である」(最大判昭二三・一一・一七刑集二卷一二号一五六五頁、同旨最大判昭三二・三・一三刑集一一卷三九七頁)。ここに「有形無形の圧迫乃至誘惑に屈しない」は、正にそのとおりでよいが、「自己内心の良識と道徳感に従う」とあるのは正確ではない。裁判官は、憲法および法律にのみ従わなければならないからである。

「良心」という語は、この規定にあつても同じことであつた。裁判官個人の主観的良心と誤解されるおそれがあるから、この語を強調して解すべきではない。外国憲法の例を見ても、「良心」という語を用いたものとしては、わずかに、ラインラント・プファルツ憲法(一九四七年)一一一条に、「司法権は、国民の名において、独立の、憲法・法律およびその良心にのみ従う裁判官が、これを行使する」と定めている例があるくらいで、類例は見あたらない。西ドイツの一九四八年のヘレンキエムゼー憲法草案一三二条に、「裁判官は、独立であつて、法律およびその良心にのみ従う」とあつたが、ボン基本法では、「良心」は外され、九七条一項で、「裁判官は、独立であつて、法律にのみ従う」となつてゐる。

○宮沢俊義 全訂日本国憲法 (六〇五頁)

ここに「良心」とは、主観的な宗教上・倫理上または政治上の意見や信念を意味するのではない。良心にしたがつて法を解釈すべきだというのは、けつして、裁判官がその主観的な宗教上の信念または政治上の主張というようなものにしたがつて法を解釈すべきだという意味ではない。法の意味は、客観的に——といつても、法の解釈というものが本質的に理論的認識の作用ではなくて、実践的な価値判断の性格を有する以上、絶対的に客観的にというわけではないが、

比較的・相対的意味において客観的に——与えられてあるものであり、それを裁判官の主観的・個人的な考えによつて解釈することが、ここにいう良心にしたがう解釈であるのではない。たとえば、ある裁判官が死刑に反対だからといって、それだけの理由で、下級審裁判所の死刑の判決を破棄することは許されないし、ある裁判官が離婚に反対の信念を有するからといって、離婚の請求を無条件に棄却することは許されないし、さらにまた、ある裁判官が一夫多妻を正しいと信じているからといって、重婚者を無罪とすることは許されない。裁判官は、法を解釈するに当つては、彼自身のそういう主観的な信念ないし意見からはなれて、法のうちに与えられた客観的な意味を公正に理解するように努めなくてはならない。

判例は、「裁判官が良心に従うというのは、裁判官が有形無形の外部の圧迫乃至誘惑に屈しないで自己内心の良識と道徳感に従うの意味である」とし（最判昭和二三・一一・一七刑集二卷一二号一五六五頁）、また、「裁判官は法（有効な）の範囲内において、自ら是なりと信ずる処に従つて裁判をすれば、それで憲法という良心に従つた裁判といえる」としているが（同昭和二三・一二・一五刑集二卷一三三〇一七八三頁）、これも、一般には、裁判官の主観的・個人的な考えによる解釈——法によらない裁判——を是認する趣旨ではなく、むしろ法にのみしたがうべきであることを強調した趣旨と解されている。

○田上穰治 憲法事典（六〇三頁）

裁判官の良心による裁判 憲法七六条Ⅲ項は「すべて裁判官はその良心に従ひ独立してその職権を行う」ことを定めている。これは裁判官が、裁判を行なうにあつて、法を解釈する場合には、自分の良心による自主的判断に従い、他のいかなる指示にも従つてはならないという意味である。最高裁判所も、この規定を次のように解している。

「憲法七六条Ⅲ項の裁判官が良心に従うというのは裁判官が有形無形の外部の圧力乃至誘惑に屈しないで自己内心の良識と道徳感に従うの意味である」（最判昭和二三・一一・一七刑集二卷一五六五頁）。

しかしここにいう良心の意味について見解が分かれている。まず立法論としては「この良心に従ひ」という文言が必要かどうかで説が対立している。この文言は裁判官の主観的な人生観、あるいは世界観の働く余地を認めたようにも解せられ、曲解されると「全体の利益を考慮して」というような全体主義的原理に基づいて裁判されないともかぎらないから、有害無益であるという説（滝川（幸））と裁判官の「良心」について、規定のなかった帝国憲法の時よりも現行憲法のほうがはるかによいとして、その必要性を認める説（斎藤（秀））とがある。この立法論的対立の背景には、ドイツ連邦共和国基本法九七条Ⅰ項「裁判官は独立であつて、ただ法律にのみしたがう」の制定のときに、「良心に従う」という文言をいれるかどうかで争われた事実があつたのかもしれない。この立法論的対立と同じ問題が解釈論的対立にもなっている。

まず一説は、主観的基準説ともいわれるもので、ここでいう良心とは憲法一九条にいう良心と同じものであり、裁判官個人の主観的良心であると説く（大西（芳））、この論者は、裁判官としての良心というものは、人間個人としての良心とは別にあるのではなくて、裁判官が人間として、正しい解釈を求めて追求していくなかにある。もちろんそのことは、裁判官が自己の好ききらいによつて、特定の法令を適用したり、しなかつたりすることを認めることではない。それはもはや良心の問題ではなくて、憲法および法律に拘束される裁判官の職務を放棄するものであるという。同趣旨のことを、この良心とは、裁判官個人としての全人格的認識、すなわち「良心」にして憲法的感覚をにじみ出せることを、裁判官個人としての人間にも期待しているものと説く説（吉川）もある。この主観的基準説は、しかし、裁判官の

主観的独善的裁量を排斥している点で次の説とはあまり違わないようにも思える。客観的基準説ともいわれている他の説は、この良心とは裁判官個人の主観的な政治的、宗教的、道徳的、思想的信念や人生観・世界観ではなくて、適用する法のうちに客観的に存在する心意・精神、いわゆる「裁判官としての良心」であると説く（田中（耕）、宮沢、清宮）。

たとえば、ある裁判官が死刑廃止論者であつても、それだけの理由で下級裁判所の死刑の判決を破棄することはできないし、あるカトリック教信者の裁判官が離婚に反対であるからといって、離婚の請求を無条件に棄却することはできない、とこの論者はいう。もつとも、法のうちに客観的に存在する精神とか意味とかいうものは、すべての場合に一義的に、疑問の余地なく明白であるとはいえず、多くの場合、解釈者の主観的な人生観や世界観に影響されるものであり、その点においては、ここである客観的とは比較的、相対的意味での客観的良心であると理解される。そうすると主観的基準説と客観的基準説とは、あまり違わなくなるのではないだろうか。なお、この良心の解釈と関連して訴訟法上問題になるのは、論理法則・経験法則を無視した裁判は、良心違反の裁判として、上告理由になるかどうかという問題である。そしてそれを肯定する説（正木）と良心違反が、法令違反として顕現されないかぎり、それじたい独立して上告理由とはならないという説（斉藤（秀））とがある。

第七七条

〔最高裁判所の規則制定権〕

第七七条 〔最高裁判所の規則制定権〕

〔国会答弁例〕

1 憲法第七七条の解釈について

△対岡部常 (司) 奥野民事局長答弁▽

○岡部常君 ……この憲法第七七条の訴訟に関する手続というものがどういふふうな意味を持つのか。……法律、つまり国会では何ら手を触れることのできない、又一つの政令にもよらない一つの力のあるものができたということに解釈してよいのでありましょうか。

○政府委員 (奥野健一君) 憲法にいわゆる訴訟手続、或いは司法事務処理、いろいろなことについて最高裁判所の規則の制定権を認めているということは、法律にも政令にもよらないで、最高裁判所の規則で、そういったような或る一種の立法ができる権限を与えておるといふふうに考えております。……そういう意味で政令、法律以外に或る程度の立法権といえますか、そういう規則制定権を裁判所は持っているわけですが、然らば訴訟手続として最高裁判所がルールでどの範囲のものが作り得る限度かということは、実は非常にむづかしいのでありまして、或る説は、すべて訴訟手続のことは、法律をもっては規定ができない、……という極端な議論もありますし、又権利義務に直接関係のあるものだけは法律で規定すべきもので、それ以外の純粋な訴訟の手続に關することだけが最高裁判所のルールで決めるんだ、或いは……骨組だけは法律で決めなければならないが、それ以外のデテールに關する事柄は、最高裁判所のルールで決めるんだというので、……法律でこういふように委任すれば、少くともいずれの説を採るにしても、相当の点についても規定が作り得るといふふうな考えから、そういう規則制定権の本来の範囲の如何という問題もありますが、

その上にこういったような或る種の委任をいたすことが、安心していろいろな規定を作れる権限を与えることになるというふうに考えたわけであります。

2 沖繩の復帰に伴う裁判所職員の定員に関する定めを最高裁判所規則に委任することの可否について

〔昭四六・一二・一〇・第六七回〕
〔司法〕
衆・沖繩北方特別法務
文教社会労働通信委・一号（その一）一五頁
七七条2

△対畑 和 （最高裁）長井総務局長答弁▽

○畑委員 ……六十三条の規定で裁判所職員の定員の問題。この問題の規定、これまた委任をされておりますね。これはやはり憲法の精神——憲法には最高裁のことしか書いてない。下級裁判所の裁判官や何かの定員については別に定めると、裁判所法にも第五条に書いてあるんですね。そういうことで、いずれにしろ裁判所の職員についての定員に関する規定というのは、これは法律でなければならぬ、こういうふうになっておるわけです。ところが、これを「当分の間、……最高裁判所規則で定める」、こういうふうにしてあるんです。このこともやはり定員である以上は、憲法並びに裁判所法の規定からいたしまして、あくまで法律でなければならぬと思う。ところが、それと別に、沖繩については当分の間、最高裁判所規則で定める、こうなっておるのです。それよりもいっそのことはっきりと裁判所職員定員法を変えて、員数を書いたらいじやないかと私は思う。ところが、最高裁の規則に委任をする、一種の政令委任です。これは私はやはり問題だと思っております。

○長井最高裁判所長官代理者 ……憲法第七十七条は、御承知のように、最高裁判所の内部規律の問題その他について規則制定権を与えてございます。規則制定権は憲法の規定上は限られておりますが、このほかにも、司法権に関する

事項に限りまして、法律の委任がございます場合には規則を制定することができると解するのが通説及び判例の示すところでございます。すでに簡易裁判所判事選考規則、司法修習生に関する規則等、委任によりまして制定の先例がございます。定員に関する事項につきましては、最高裁判所の裁判官の数は法律で定めるべきことが憲法に明定されてございますが、それ以外の下級裁判所の裁判官その他の職員につきましては、法律で明定することを憲法上の要請とはされておられません。裁判所法の規定の中で別に法律で定めるということになっております。

なお、「当分の間」と申しますのは、奄美の先例の場合には、約六カ月の間に事件の実態を見ましてこれを定員法に組み入れておりますので、引き継ぎました暁には、早急に機構の規模を明確にいたしまして、あらためて法律で手当てをしていただくことになるかと存じます。

3 最高裁判所の規則制定権と国会の立法権について

(昭五四・三・一三・第八七回〔司法〕
衆・本会議・一三号五頁 一七七条³)

△飯田忠雄議員質問主意書・答弁書▽

○飯田忠雄議員質問主意書 ……

一 憲法第七十七条(最高裁判所の規則制定権)は、憲法第四十一条(国会の地位と立法権)の特則と解すべきもので、前者と後者との関係は、特別法と一般法の関係にあると思われるが、政府の見解を問う。

二 最高裁判所規則制定権は、憲法が定める法源に関するものであり、従つて、この権限によつて立法された「最高裁判所規則」は、国会の立法権による法律の下位に立つものではないと解するのが正当と思うがどうか。

三 最高裁判所の規則制定権の範囲内の事項についての立法は、憲法上、最高裁判所の権限であるとされているから、

第七十七条〔国会答弁例〕

国会の立法権による立法範囲から除外されていると解するのが正しいと考えるがどうか。

四 政府提出の法律案「刑事事件の公判の開廷についての暫定的特例を定める法律案」は、その内容を検討するに、憲法第七十七条該当の事項を立法せんとするものであることは、容易に認め得るところである。

よつて、この法律案は、国会の審議対象とするよりも、最高裁判所の規則制定権によつて立法するのが、憲法に合致する手続であると解するが、政府の見解を問う。

○答弁書（昭五四・三・九提出）

一から四までについて

憲法第七十七条第一項（最高裁判所の規則制定権）は、国会を国の唯一の立法機関とする憲法上の原則（憲法第四十一条）の特則を定めるものであることは御指摘のとおりであるが、内容が訴訟手続に関する事項であるからといって、法律をもつて規定することを排除する趣旨のものではなく、一般に、国民の権利義務に直接関係のある事項については、法律をもつて規定するのが相当であると解されており、刑事に関する訴訟手続について規定する刑事訴訟法も、このような考えに基づいて制定されているものと理解している。

内閣提出に係る「刑事事件の公判の開廷についての暫定的特例を定める法律案」についていえば、現に、刑事訴訟法第二百八十九条第一項に定められている事項についての特例を定めることを内容とするものであるから、法律をもつて規定することが必要であると考え、国会に提出したものである。

4 最高裁判所の規則制定権及び法律案の提出権について

(昭五五・四・一・第九一回「司法」
衆・本会議・一五号七頁一七七条4)

〔憲法資⑧〕

△飯田忠雄質問主意書・答弁書▽

○飯田忠雄議員質問主意書 憲法第七十七条は、最高裁判所は訴訟に関する事項、弁護士に関する事項、裁判所の内部規律に関する事項、司法事務処理に関する事項の四事項について規則を定める権限を有するとしている。そこで

一 憲法第七十七条に「権限を有する」とあるのは、右に掲げた四事項については、立法権の例外として最高裁判所に立法権限を与えたことを意味すると思われるがどうか。

二 従つて、右の四事項に関する立法をする場合には、原案を最高裁判所において立案し、最高裁判所において審議し立法するのが原則ではないか。(法形式は、最高裁判所規則第〇号「〇〇〇法」)

三 しかし、法案の内容から国会の審議に付するを相当とするものについては、最高裁判所において法案を立案し、国会に提出して審議可決を求める場合も合法であると思ふがどうか。

四 右の場合において、公布についての内閣の助言と承認を必要とすることは別として、内閣が立法に参画する憲法上の根拠はないと思ふがどうか。

○答弁書(昭五五・三・二八提出)

一及び二について

憲法第七十七条第一項は、国会を唯一の立法機関とする憲法上の原則(憲法第四十一条)の例外を定めたものであるが、憲法第七十七条第一項に掲げる事項であつても、法律をもつて規定することが排除されるわけではなく、一般第七十七条(国会答弁例)

に、国民の権利義務に直接関係のある事項については、法律をもつて規定するのが相当であると解されている。
三について

最高裁判所は、法律案を国会に提出する権限を有しないと解される。

四について

内閣は、法律案を国会に提出する権限を有しており、憲法第七十七条第一項に掲げる事項に関してこれを否定する根拠はない。

5 憲法第七十七条第一項の「弁護士に関する事項」の意義

〔昭五八・三・四・第九八回〕〔司法〕
〔衆・法務委・三号八頁 七七条5〕

△対横山利秋（最高裁）山口総務局長答弁▽

○横山委員 私も、七十七条規則制定権の中に弁護士とあるのは、実は異様に感じたわけであります。最高裁判所が弁護士に関する規則を制定するということは一体どういう意味があるのだろうか、……

○山口最高裁判所長官代理者 憲法七十七条にいわゆる弁護士に関する事項の解釈につきましては、文言からいたしますと、弁護士に関する一般的事項について規則で定め得るかのように読めますけれども、最高裁判所に規則制定権がゆだねられた趣旨に照らしますと、一般的に弁護士の職務、資格あるいは身分について定めることは、その範囲を超えるものであって、これらは法律で定めるべきものと解されるわけでございます。

そういたしますと、憲法七十七条にいわゆる弁護士に関する事項は何を示すのかということになるわけでございますが、憲法が制定されました当時の議論をちょっと見てまいりますと、訴訟というものは弁護士と裁判所とが一体になっ

て運営していくものである、そういうことから訴訟運営に当たっての弁護士との関係における一つのルールをつくるのがどうであろうか、こういうような議論がなされたようでございます。したがって、これにつきまして、仮に強いて考えられるといたしますと、戦前は弁護士さんも制服を着用されて法廷に見えられていたわけでございますが、仮に弁護士に関する制服のようなものを定めるといたしますと、そのようなものはこの最高裁判所の規則で定めることができるというようになるのではないだろうか、かように考えております。

6

最高裁判所の規則制定権と国会の立法権について

(昭五八・三・四・第九八回
衆・法務委・三号九頁 〔司法〕
七七条6)

△対横山利秋 関二部長答弁▽

○横山委員 ……規則制定権の範囲、四項目あるのですが、この四項目については国会の立法権を排除するというふうに見るのが正しいのであるかどうか。国会がこの四つについて何らかの規定を決めることについて、何ら差し支えないというふうに考えるべきであるかどうか、……

○関(守)政府委員 ……法律で七十七条に書いてある事項について定められるかどうかという問題でございますが、かつて政府からも、国会からの質問主意書にお答えするという形等で明らかにしてございますけれども、憲法七十七条第一項の定めは、先ほど申し上げましたように、国会を唯一の立法機関とする憲法上の原則の特則として憲法七十七条第一項に規定する訴訟手続等につきまして、法律の委任がなくても最高裁判所規則として定めるということにしたわけでございますので、これらの事項でございしても法律をもって規定することが排除されるわけではない。むしろ一般に国民の権利義務に直接関係のあるような事項については法律で定めるのが相当であるというふうに理解している

ところでございます。

○横山委員　そうしますと、規則制定権は国会の立法権を排除しない。規則と国会の決める法律とが理論上は両立する。両立した場合に、その規則制定権の効力は立法行為である。事実上は法律と同じ効果を持つとするならば、法律と規則制定権によって決められた規則とどちらが一体優先すると解釈するのか。あるいはまた、優先、不優先ということはない。同位としたならば、それは一体その矛盾があった場合にどう考えるべきか。

○関(守)政府委員　……法律と最高裁判所の定めた規則との間に矛盾、抵触があった場合にどのように考えるべきかというお話でございますけれども、先ほども申し上げましたように、憲法におきましては国会の立法権というものが大原則でございます。もしこれに最高裁規則の定めが抵触するというようなことがございますれば、当然法律の方が優先するというふうに考えております。

〔部内資料〕

〔憲法資⑤〕

1 最高裁判所規則と法律との関係

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 最高裁判所規則と法律との関係いかん。特に、

(1) 憲法第七十七条第一項の規定による最高裁規則で定められる範囲の事項については、すべて最高裁規則で定めるべきか。

(2) あるいは、これらの範囲の事項についても法律で定められるのか。

(3) 両者が定められるとすれば、その効力はどちらが優先するのか。

(答)(一) 憲法第七十七条第一項の定めは、国会を唯一の立法機関とする憲法上の原則(憲法第四十一条の特則として、憲法第七十七条第一項に規定する訴訟手続等の事項を、法律の委任がなくとも、最高裁判所規則で定め得ることとしたものであるが、これらの事項であつても、法律をもつて規定することが排除されるわけではなく、一般に、国民の権利義務に直接関係のある事項については、法律をもつて規定するのが相当であると解されている。

(二) そして、これらの事項につき、法律の定めがなされた以上は、右の憲法上の原則からしてこれと矛盾抵触する最高裁規則の定めは、その限りで効力を失うものと解している。

2 最高裁判所規則制定権の範囲

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 最高裁判所規則で定め得る事項は、何か。

(答) 1 規則制定権の範囲は、①訴訟に関する手続、②弁護士、③裁判所の内部規律及び④司法事務処理に関する事項である(憲法七十七条一項)。しかし、例えば、訴訟手続に関するものであつても、訴訟当事者の実体法上の権利義

務に直接関係のある事項は、本来法律をもつて規定すべきものであるから、規則制定権の範囲には、属しないと考える。

- 2 憲法七十七条一項に定める事項以外の事項であつても、司法権に関係ある事項である限り、法律が規則に委任することが許されることはいうまでもない。(注)

(注) 裁判所法四五条に基づき、簡易裁判所判事選考規則

なお、裁判官たる皇室會議議員及び予備議員互選規則については、皇室典範二八条の委任によるとする説と裁判所の内部規律に当たるとする説とがあり、人事官弾劾裁判手続規則については、国家公務員法九条六項の委任によるとする説と訴訟に関する手続に含まれるとする説とがある。

3 最高裁判所規則と弁護士に関する事項

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 弁護士に関する事項が規則事項とされているが、どのようなことを規定することを予想しているのか。

(答) 弁護士に関する事項については、弁護士法において当面必要とする事項は網羅的に定められており、規則で定めるべき事項は、現在ほとんどないものと考ええる。

(追質問 憲法の解釈として弁護士に関する事項とは何か)

最高裁判所規則によつて、弁護士に関する事項のすべてを定め得るものではなく、弁護士の資格、職務等について一般的に定めることは、職業選択の自由(憲法二二条一項)の関係からして、許されないものと思われる。

(追質問 弁護士について定め得る事項はないのか)

抽象的には、弁護士に関する事項で裁判所に関するものが規則事項であるということになるが、具体的には、必要

な事情が生じたときに、最高裁判所が定めることになると思われる。現在、そのような規則はないと聞いている。

4 憲法第七十七条第三項の趣旨

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 検察官は、最高裁判所規則に従わなければならないと定める憲法七十七条第三項の趣旨

(答) 検察官は、刑事訴訟はもとより、人事訴訟等においても、公益の代表者として裁判所の手続に関与するなど、裁判所と密接な関係にあるため、特に検察官について規則に従うべきことを注意的に明らかにしたものである。

〔外部資料〕

1 規則制定権について

(昭五八・三・四 最高裁事務総局総務局作成)

1 性格

規則制定権は、憲法七十七条により最高裁判所に認められた自主立法権である。その趣旨は、三権分立主義を徹底して裁判所の自主性を確保すること及び裁判の手続的・技術的・細目的事項については専門的知識や経験がある裁判所に任せた方が良好とされたことにある。

最高裁判所規則は、右の自主立法権に基づいて最高裁判所が制定するものであり、形式的には、国会により議決・制定された「法律」とは異なるものであるが、一般国民も訴訟に關与する限度では、これに従う義務があり、その点では実質的な法律と同様の意味をもっていると理解している。

2 規則制定権の所在

憲法七十七条は、下級裁判所がそれぞれの実情に適した規則を定めようよう規則制定権を下級裁判所に委任することを認めている。しかし、現在までのところこのような実例はない。これは實際上、規則制定を下級裁判所に委任する必要が無かつたからと考えられる。下級裁判所が最高裁から委任された規則制定権に基づいて制定した規則も、委任という事柄の性質上、最高裁判所自身が制定したものと同一の効力を有し、実質的意義の法律として、訴訟に關する一般国民をも拘束する。

3 規則制定権の範囲

(1) 憲法七十七条では、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について最高裁判所の規則制定権を認めている。しかし、訴訟手続に関するものであつても、訴訟当事者の実体法上の権利義務に直接関係のある事項は、本来法律をもつて規定すべき事項であるから、規則制定権の範囲には属しないと考える。

訴訟手続に関する事項について規則制定権を認めたのは、これらの事項は、裁判所が自ら処理する事項であり、その実際にも最もよく通じているので、最高裁判所の規則で定めることが合理的であるという考慮に基づくものであつて、これらの事項に関しては、規則制定権の固有の領域に属するものとして国会の立法権を排除する趣旨ではないと考える。従つて、前述の法律で規定すべきものを除いて、訴訟手続に関する事項のうちいかなる範囲のものを法律で定め、また最高裁判所規則で定めるかということは、いずれがより実際に適するかという立法政策上の妥当性の問題であつて、法律事項と規則制定事項との間に一定の限界があるわけではない。しかし、法律で定められた事項については、規則でこれと抵触する定めをなし得ないことはいうまでもない。

(2) 「弁護士に関する事項」とは、文言からは弁護士に関する一般的事項について規則で定め得るかのようにみえるが、前述した最高裁判所に規則制定権が委ねられた趣旨に照らせば、一般的に弁護士の職務、資格、身分について定めることはその範囲を越えるものであつて、これらは法律で定めるべきものと解される。もつとも、最高裁判所が制定する規則には、憲法七十七条によるものと、これとは別に個々の法律の授權に基づいて制定されるものがある。

現在、弁護士について制定されている最高裁判所規則としては、外国弁護士資格者承認等規則（昭和二十四年九月一日、最高裁判所規則第二十二号）、外国弁護士資格者選考委員会規則等を廃止する規則（昭和三十年九月十六日、最高裁判所規則第九号）、沖縄の復帰に伴う特別措置に関する規則（昭和四十七年五月二日、最高裁判所規則第

一号）等があり、これらは、いずれも弁護士資格等に関する最高裁判所規則であるが、これらは憲法七七条の規則制定権によるものではなく、弁護士法七条（昭和三〇年八月法律第一五五号によつて削除）及び沖繩の復歸に伴う特別措置に関する法律六五条の各授權に基づくものである。

弁護士法施行（昭和二十四年九月一日）以降の弁護士関係規則は、次のとおりである。

外国弁護士資格者選考委員会規則等を廃止する規則（昭和三十年九月十六日、最高裁判所規則第九号）

沖繩の復歸に伴う特別措置に関する規則（昭和四十七年五月二日、最高裁判所規則第一号）

(3) 檢察官は、公訴の提起、遂行その他職務上裁判所と密接な関係を有するものであり、檢察官も裁判所において職務を行う場合には、当然に最高裁判所規則に拘束される。これは、訴訟手続を円滑に進めるために定められた規則本来の性質に由来するものであり単なる注意（訓示的）意味のみならず、法的拘束力があるものと理解している。

(4) 前述のとおり、法律の個別的授權にもとづき最高裁判所規則で定めたものとしては、裁判所法四五条二項に基く簡裁判事選考規則、皇室典範二八条三項において「最高裁判所の長たる裁判官以外の裁判官の互選による」との定めに基く裁判官たる皇室會議議員及び予備議員選考規則がある。

(5) 裁判所職員臨時措置法により、國家公務員法の読み替え規定があり、これを受けた最高裁判所である裁判所職員に関する臨時措置規則により人事院規則が準用され、更にこれらを具体化するものとして、裁判官以外の裁判所職員員の任免等に関する規則、裁判官以外の裁判所職員の俸給の特別調整額に関する規則等がある。

4 効力

(1) 最高裁規則と国会の立法権との関係については、憲法七七条に列挙する事項は裁判所の専權に属し、国会による

立法を排除するという見解もあるが、国会を「国の唯一の立法機関」とし「国権の最高機関」とする憲法の趣旨からすれば、憲法は全体として法律の優位を定めているものと解され、両者が競合した場合には、法律が優先するものと解される。

(2) 違憲性ある最高裁規則が制定され、これが訴訟事件の中で具体的に問題となつた場合においても、最終的に判断するのは最高裁判所である。

ただ、最高裁規則の制定は、司法行政に関する最高機関としての最高裁判所が行うものであるのに対して、違憲審査は、裁判機関としての終審裁判所としての最高裁判所が行うものであつて、観念的には、別個の機関が行うものであり、その限りで理論的には自己矛盾は生じないと考える。しかし、事実としては、規則を制定した者が規則の合憲性を判断するという形になることは否めないと考えるが、最高裁判所が規則を制定するについては、いやしくも憲法に抵触しないことを、慎重の上にも慎重に考慮するのが当然であり、実際問題として違憲の疑いを持たれるような規則を制定することは、私どもとしては考えにくい。極限的な問題として規則の合憲、違憲の判断を迫られることがあるとすれば、それは、憲法がやむを得ないものとして容認しているところであると考えられる。

(参考)

例えば、地方裁判所における審理に判事補の参与を認める規則の合憲性について、実際に問題になつたものとして、最高裁判所昭和五四年六月一三日判決があり、これは同規則の合憲性を認めている。

第七八条

〔裁判官の身分の保障〕

第七八条 「裁判官の身分の保障」

〔国会答弁例〕

1 裁判官の表現の自由と監督権

△対高橋英吉（最高裁）岸事務総長答弁▽

（昭四二・五・一一・第五五回）〔司法〕
衆・法務委・七号四頁 七八条1

○高橋（英）委員 ちょっと関連して。裁判官としての適格性なんかの問題もいろいろ問題があるでしょうが、執筆の禁止ができるような法的な根拠がありますか。監督権といいますが、命令権というものがあるのですか、法律上。

○岸最高裁判所長官代理者 それは裁判官としてふさわしくないようなものを書くようなことになれば、そういうことはしちやいけない。これは条文なんかございませんけれど、監督作用に入ると思います。

○高橋（英）委員 監督的な意味であって、命令的なものでないというわけですか。

○岸最高裁判所長官代理者 まあ、監督といいますが、命令といいますが、監督作用としてそういうものを書くなどいうことは当然言えると思います。しかし、それは書くなどいうことはできませんが、非常にデリケートな問題であります。どこまで一体裁判官の口を封じていいかという問題になりますと……。

○高橋（英）委員 あまり嚴重な監督をせられるということは、そんな禁止令みたいなものと同様なものを出されるということになる、一般の人権じゅうりんの問題にもなりましょうか、裁判官としても。裁判官がそれぞれ科罰を受ける場合、それぞれ罰せられる場合には、懲戒処分になる場合には法令の基準があるわけですから、それ以上をこえて監督されるというようなことになる、発表の自由とか、人権のじゅうりんとかいうように、基本的な人権の自由の侵害というようなことになりませんか。

○岸最高裁判所長官代理者 これはまことにおっしゃるとおりです。裁判官といえども、自由かってなことを書いていいというわけのものではない。非常に社会に害毒を流すようなものをかりに書いたときには、もちろん禁止どころか、懲戒とか、そういう問題になりますけれども、やはり裁判官といえども、表現の自由は持っております。ただ裁判官の地位にふさわしくないようなことをやってはいかぬという……。

2 裁判官の身分保障は、所長の地位についても認められるか

(昭四二・五・一一・第五五回〔司法〕
衆・法務委・七号一四頁 一七八条2)

△対松本善明 (最高裁) 岸事務総長答弁▽

○松本(善) 委員 ……身分保障の問題は、所長の地位についても適用があるというふうにお考えですか。

○岸最高裁判所長官代理者 所長としての保障ということはございません。

○松本(善) 委員 ないですね。そうすると司法行政上の責任、………こういう司法行政上の地位、そういうものについて責任をとらせる、そういうような考えは全くないのですか。

○岸最高裁判所長官代理者 長官にせよ、所長にせよ、司法行政上の自己の責任を果たさなかった場合には、まず裁判所の内部の問題として分限の問題になることもありますし、あとから注意する、そういうことはあります。

第七九条

〔最高裁判所の裁判官、国民審査、定年、報酬〕

第七九条 〔最高裁判所の裁判官、国民審査、定年、報酬〕

一 最高裁判所の構成

〔国会答弁例〕

1 最高裁に小法廷を置くことは憲法上許されるか、違憲裁判を小法廷で行うことは適憲か

（昭三一・三・二六・第二六回）
（衆・法務委・一八号九頁）
一七九条¹）

△対高橋禎一 野木二部長答弁▽

○高橋（禎）委員 ……最高裁判所においては、これは裁判官全員が裁判をしなければならぬという考え方に立っておられるのであるかどうか、……

○野木政府委員 ……すでに現行裁判所法におきまして小法廷という制度を認めておるわけですから、私どもは、この現行裁判所法が憲法のもとにおいても合憲的であると考えております。……絶対に小法廷というものを許さないかという御質問でありましたら、許し得るというように考えます。しかしまた、逆に、それではあらゆる事件……たとえばある法律が違憲であるかどうかという点をも小法廷で最終的に審判させることができるかどうか、……私どもはまだ疑義を持っておる次第でございます。……

○野木政府委員 ……疑義がある、もっとはっきり言えば、今のところではどうも違憲くさいではないか、そういうように私どもは一応考えております。

2 違憲審査に当たる最高裁の構成

〔昭三二・四・二一第二六回一旧〔司法〕
衆・法務委・二二七頁一七九条2〕

△対小林錡 野木二部長・（最高裁）五鬼上事務総長答弁▽

○小林（錡）委員 ……昔の大審院の部にように各部を分けて仕事を分担してやるということは憲法違反になるか……

○野木政府委員 ……法律、命令等について新たに憲法に違反するか憲法に適合するかという判断をする場合につきましては、憲法の規定の精神から言いますが、やはり、ワン・ベンチでなければ憲法違反等の疑いがあるのではないかという疑義を持つておる……法律、命令について新たな違憲判断をする場合以外の場合につきまして部を分けて裁判するということは、これは、必ずしも違憲とまで言わなくても憲法の精神に背反するということはないのではないかと存する次第であります。……要するに、新たな違憲の判断というようなものそのものは、やはり最高裁判所判事全員の合議体で裁判するのが憲法上の要請ではないか、従って、これに反するような措置は違憲の疑いがあるのではないか、そのようにただいまのところは存じておる次第であります。

○野木政府委員 ……私どもは憲法の趣旨の解釈としてそう考えているわけであります。

○野木政府委員 たとえば八十一条もそうであります。また、別に最高裁判所の裁判官については国民審査というような規定もありまして、そこに現われた趣旨から言いますと、違憲か合憲かという問題を最終的に新たに判断する場合には、やはり全員の合議体でやるというのが憲法の精神ではないかと解釈している次第であります。

○野木政府委員 最高裁判所の裁判官は、だれもが、憲法違反かどうかという裁判には関与する権限を持つておるのでありまして、そういう点から考えましても、違憲の判断に加わり得ない裁判官を設けることは憲法で予想しない条理で

はないかと思えます。……………

○野木政府委員 ……………ある法律が憲法に反するかという点を裁判する場合には、どの裁判官もその裁判に加われるという建前になっておらなければ、やはりそこに憲法上疑義が生ずるのではないかと存する次第であります。

○野木政府委員 今の最高裁の小法廷の裁判は、下級裁判所の裁判ではなくして、やはり最高裁判所の裁判……………と存じます。

○小林（錡）委員 ……………今度の新しい法案の最高裁の小法廷は下級裁判所と見なければならぬと思いますが、そういうふうにされたか。……………

○五鬼上最高裁判所説明員 今回の政府の説明の通り、最高裁小法廷というものは下級裁判所であろうと思います。……………

3 憲法事件の裁判における最高裁の構成

（昭三一・四・二三・第二六回―旧〔司法〕
衆・法務委・二八号 七頁―七九条³）

△対猪俣浩三、林長官答弁▽

○猪俣委員 ……………最高裁判所の裁判官が十五人なら十五人がワン・ベンチで法廷を組織しなければ憲法違反であるという議論がある。……………これは正しいかどうか、……………最高裁判所の三十名の判事ができたとして、そのうち互選によって八人の判事を選ぶ、それに長官を加えて九人で法廷を作り、ここにおいて憲法裁判をやる……………その憲法裁判が前の憲法判例と違う場合においては、三十一人の連合審査をやって判例を変更する。……………これはこれでも……………憲法の精神に違反しないのじゃなかろうか。……………

○林（修）政府委員 ……………最高裁判所というものは、……………憲法において設置されておる……………その憲法では長官と

それから裁判官をもって構成するということになっております。従いまして、少くとも最高裁判所が憲法によって与えられた最も重要な権限でありますところの、ある事件が憲法に違反するかどうかという問題につきましては、やはりいわゆるフル・ベンチと申しますか、ワン・ベンチと申しますか、こういうことでやっていくのが……憲法の認めている原則ではなからうか、……第二の御質問で……最高裁判所の裁判官のうちのある部分の方が原則的に憲法違反の裁判に加わり得ないような建前になるのではなからうか……憲法の解釈に関する判例を変更するのは全部のいわゆる連合審査でやる、この点はそれで私はいいと思いますが、……初めてある憲法に関する判例を作っていくということは、憲法の建前から申しますと、全体の判事が関与してされるのが憲法の認める建前ではなからうか、かように考えるわけで……第二の問題が憲法違反にあらずということを私ども実はちょっと太鼓判を押す元気は出てこない……

○林（修） 政府委員 ……ある事件が憲法に違反するかという問題の終審裁判所という権限につきましては、やはり八十一条の建前あるいは七十九条の建前がその根拠になるものであろう、……

二 国民審査

〔国会答弁例〕

1 最高裁判所判事が最高裁判所長官に任命された場合と国民審査の要否

〔昭四七・三・一四・第六八回〕〔司法〕
衆・法務委・六号六頁 七九条2)

△対畑 和 (自・行政局) 山本選挙部長・真田一部長答弁▽

○畑委員 ……御承知のように、憲法の七十九条の第二項に、「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、」こういうことになっております。この際の表現は、「最高裁判所の裁判官」と、こう書いてある。……同じ憲法七十九条の第一項のほうを見ますと、御承知のように、「最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官で構成」をするというふうなことが書かれております。したがって、……最高裁判所の裁判官には、明確に区分されるべき長たる裁判官とその他の裁判官という相異なる二種類の官というか、身分というものが存在するのだ、こういうふうに考えられる。

それで、それを受けて裁判所法では、第五条第一項に、「最高裁判所の裁判官は、その長たる裁判官を最高裁判所長官とし、その他の裁判官を最高裁判所判事とする。」こういうふうに明記をいたしております。さらに五条の三項には、憲法七十九条第一項の「法律の定める員数」というものについて、「最高裁判所判事の員数は、十四人とし、」こういうふうにして明文化いたしておるのであります。

このように、最高裁の長官と判事とが憲法上、同時にまたそれを受けてつくられた裁判所法におきましても、全く別個の官である……それだけではなくて、この二つの官に対する任命のやり方も違っております。憲法、裁判所法の根拠法上、任命権者を異にする全く別個の行政行為であるということは明らかだと思っております。そのように官が大体別なんだ、それから任命の形式も違うのだというようなことです。……

そして、次に重要なのは、国民の審査に付されるというのは、最高裁判所の裁判官の任命なんです。任命されたことなんです。だれだれが内閣あるいは天皇によって任命されたという、任命ということの行政行為ですね。この行政行為について、国民が、その直後に行なわれる衆議院議員の選挙で審査をして、いけなければいけない、罷免なら罷免、罷免でなければ罷免でないというようなことの審査をする、これでチェック・アンド・バランスが成立する。こういうことになっておるのだと思うのです。したがって、裁判所法三十九条の四項にも、「最高裁判所長官及び最高裁判所判事の任命は、国民の審査に関する法律の定めるところにより国民の審査に付される。」こういうふうに明確に書いてある。

こういうことありますから……憲法上、裁判所法上の明文規定は、最高裁判所長官の任命と最高裁判所判事の任命とは、それぞれ別個の官に対する別個の任命行為、そして各別個に国民審査の対象とされるものであるということ、私は、私は議論の余地がないと思うのです。

昭和四十四年の一月十一日に石田最高裁長官に対して行なわれた憲法六条二項に基づく天皇の任命が、その任命後初めて行なわれた衆議院議員選挙の際国民の審査に付されなければならないということはもう自明の理であるというふうに思う。

中央選管は、こうした国民審査に付することを怠ったのではないか、その理由は一体どうなんだということ、これをひとつ承りたい。

○山本（悟）政府委員 ……憲法第七十九条第二項に規定いたしますところの国民審査の措置というのは、最高裁判所が、言うまでもなく最終裁判所といたしまして、合憲性の審査も含めますところの非常に重要な機能を果たすものであり、そういう意味から、その職責にありますところの裁判官が、その職責にふさわしい者であるかないかを審査する権能を特に国民、いわゆる主権者でありますところの国民に保障をしよう、こういう趣旨のものであると考えた次第でございます。その意味におきましては、最高裁の長たる裁判官におきましてもその他の裁判官におきましても、最高裁判所裁判官といたしましての権能ない職責につきましては、その意味におきましては何ら異なるところがない、かようなものでございまして、長たる裁判官もその他の裁判官と同様に、裁判官としての適否につきまして審査に付されるものと考えた次第でございます。最高裁判所裁判官の国民審査法の規定もこのような趣旨から定められておると存するわけでございます。憲法制定直後に制定されました審査法におきましても、何ら長たる裁判官とその他の裁判官との間に区別を設けないで、一括いたしましたして、最高裁判所の裁判官の任命に関する審査とそれからその他の手続におきまして、投票におきましてもすべての面におきまして、その間の区別を設けていない、かような実定法の規定というものをあわせ考えまして、ただいま申し上げましたような趣旨から、その他の裁判官から長官に任命されましたも、特にそのために新たに審査をもう一度やる必要はない、かような判断をいたしまして、四十一年の横田長官の際にさような取り扱いをいたしました。したがって、その後の四十四年におきます石田長官の際には、四十一年のそういった考え方

を踏襲をいたしましたして、そのままの取り扱いにいたしましたような次第でございます。

○畑委員 ……………最高裁の長官というのは司法行政事務を行なう裁判官会議を総括をする、こういう一つの大きな任務がある。これは裁判所法の十二条にあります。それから大法院の裁判長とされる、これは最高裁判所裁判事務処理規則八条の第一項、これにあります。ついで裁判官について訴追委員会に対する罷免訴追請求の義務と権限を有する。裁判官弾劾法十五条三項です。こういうことで法的にも特別な地位と職責を有するほかに、三権分立のもとにおきまして、衆参両院議長、内閣総理大臣と対等の地位において司法を代表するという立場にあるんですよ。その言動の影響するところはきわめて大きいのです。裁判所内外にわたって大きな影響があるわけです。こういう重要な地位と職責を有する最高裁判所の長官の任命の適否が、最高裁判所のほかの裁判官の任命とどうい同一には考えられない。……………

○真田政府委員 ……………現に最高裁判所の裁判官である方が、在官のまま最高裁判所長官に任命された場合に、あらためて国民審査に付さなければならぬかどうかという問題でございますが、……………この問題は、お気づきだろうと思えますけれども憲法上のシステムでございますして、しかも、裁判官の身分保障というらにはらになつておる関係でございますので、憲法上国民審査に付さなければならぬ事案についてこれを国民審査に付さないということがあれば、もちろん憲法違反でございますけれども、また逆に、憲法上国民審査に付さないとされている事案についてこれを国民審査に付するということも、また逆の意味で憲法違反になるという関係に相なっておりますので、私たちは、昭和四十一年に照会を受けましたときに非常に慎重な態度で検討いたしました。……………

それで、もちろんその際両論ありましたけれども、私たちのほうで慎重に検討いたしました結果、ただいま申し上げ

ましたような事案については、あらためて国民審査に付することを憲法は予想しているはずがないという結論に達しまして、その旨自治省のほうへ意見を申し上げたいという経緯がございます。……………

それで本論に入りまして、第一は、もともと憲法が最高裁判所裁判官の任命についての国民審査制度を設けている趣旨は、どこにあるのかというのが根本になろうかと思えます。それから、現に最高裁判所裁判官にあられる方が在官のまま最高裁判所長官に任命されたということを、国民審査制度との関係でいかに評価するかというのが第二点。それから、憲法は最高裁判所裁判官の任命は云々と、それから国民審査に付するとありますけれども、国民審査の対象といいますが、審査事項といいますが、それは一体何か、任命行為そのものを見るのか、あるいは当該官にあられる最高裁判所裁判官が最高裁判所裁判官にふさわしい人であるかどうかということを見ることに主眼があるのかという点が第三点で、そういうような、大きく分けて三つくらいの角度から検討したことがあります。

……………第一点の、憲法が最高裁判所裁判官国民審査という制度を設けた趣旨は、先ほど自治省の方がお答えになりましたように、やはり憲法が期待している最高裁判所の職責、それが憲法を守る上において非常に重要な職責を期待しておりますので、具体的に申しますならば、違憲審査権を含む司法の最高機関であって、それを構成するメンバーであるということ、そういう最高裁判所裁判官に負託しておる憲法の期待、これが重要な事由であらうかと思えます。

ところで、……………憲法上最高裁判所を構成する裁判官、つまり長たる裁判官とその他の裁判官とは、憲法上の職責はほとんど違いはありません。片方は「長たる」ということが書いてあるだけでありまして、それは最高裁判所を代表するぞという、何といいますか、司法部全体を権威あらしめるために最高裁判所の長たる裁判官の任命は天皇がするぞと

いうふうになったのがいきさつでございます。それは日本国憲法が帝国議会に出されました当初の案では、実は任命権の所在につきましても同じであつたわけでございます。それが三権分立というたてまえから、司法部全体を三権の一として内閣及び国会に対応いたしました。そのヘッドといいますか、長は天皇の任命ということにしたほうがよからうということ。帝国議会で憲法論議の際に修正になった部分でございます。そういうことでございまして、いまの憲法が最高裁判所の裁判官に期待している職責は全く同じでございます。差異がございません。先ほど畑委員がお触れになりましたいろいろな、最高裁判所裁判官のうちの長と、それから長でない、以外の裁判官との職責の違いというものはございます。それは裁判所法なりあるいは最高裁判所規則なり弾劾法なり、そういう下位法令でつくつた差異でございまして、それを理由にして憲法上のシステムである国民審査に付する必要性の有無の基準に用いるのはいかかというのが私たちの基本的な考えでございます。

それから、現に最高裁判所の裁判官であられる方が在官のまま最高裁判所長官に任命されたことをどう評価するかというところでございますけれども、ただいま申し上げましたように、最高裁判所裁判官としての職責には変わりがない、しかも、国民審査というのは最高裁判所裁判官という職責の重要さにかんがみまして設けられた制度であるということからいたしますと、現に最高裁判所の裁判官である方が在官のまま最高裁判所長官に任命されたという場合は、それは最高裁判所の裁判官という資格は変更がございませんので、つまり憲法上期待している職責にどうも違いがございませんので、それは最高裁判所裁判官としての身分を継続しながら新たに長という役割りをつけ加えたもので、したがって国民審査制度との関連においては、別にそこに新たな審査に付さなければならぬという必要性が憲法上出てくるとい

うものではなからうというのが、第二点についてのわれわれの考え方でございます。

それから、第三点の任命という点に関連してでございますけれども、なるほど憲法の七十九条二項は、先ほど畑委員がお読みになりましたように、「最高裁判所の裁判官の任命は、」云々と書いてございますけれども、この点につきましてはこういうことが問題になりました。昭和四十一年よりもずっと前に、昭和二十七年に、これも先ほどお触れになりました最高裁判所の大法廷の判決がございまして、その中で、この国民審査の制度というのは、それは国民が裁判官を罷免すべきかどうかを決定する趣旨であって、その性質は解職の制度である。裁判官の任命行為を完成させるかどうかを審査するものでないということが書いてございます。つまり、任命がよかったか悪かったかというようなことを取り上げて審査をするのではなくして、その審査の時点において、現に裁判官であられる方が最高裁判所の裁判官としてふさわしいものであるかどうかということを見るのだよということが判示されております。これは最高裁判所大法廷の判決でございます。私たちがいたしましたしては、そういう大法廷の判決があります以上、これを間違いないということと言えるような立場でございませぬし、のみならず、私たちがこの判決は妥当なものであるというように考えております。

そういうような趣旨から、昭和四十一年に自治省から照会がありました際に、あらためて国民審査に付する必要はないということを確信をもってお答え申し上げた次第でございまして、その考え方はいまでも変わっておりません。以上でございます。

○畑委員　だいぶ、正反対に違う。……憲法にも「任命」と書いてある。その任命についての国民審査という条項も

ありますし、また国民審査法の第一条にもそれがある。こういう点からしても、私は任命行為に対する国民審査だと思う。

○真田政府委員 まず国民審査の対象は何か。任命行為そのものが行政行為だというふうにお話しになりましたけれども、その任命行為がよかったかどうかということを直接の目的として、審査の対象として行なわれるものではないというふうに私たちは考えておりますし、最高裁判所の、先ほど申し上げました大法廷判決もそう言い切っておるわけでございます。……もし任命行為を、国民審査の対象にするならば、……一度行なわれた行政行為である任命行為は、りっぱであったということが、国民の総意によって判定されたことになるわけでございますから、十年後の二度目の審査なんというのは要らぬじゃないかということになるかと思えます。……

― 参照 (六八回・昭四七・三・八)
(衆・予算・一二号二七頁)

2 最高裁判所の裁判官の国民審査の投票用紙につき連記制を採ることの可否について

(昭五一・五・二一・第七七回)〔司法〕
(衆・法務委・一四号三頁) 七九条4)

△ 対青柳盛雄 真田次長答弁V

○青柳委員 ……内閣法制局にお尋ねしたいのですが、先ほど提案者の諫山議員の方からも説明がありました中の一つ、つまり連記制をとっておりますから、二人以上の裁判官が審査の対象になった場合には、一名については罷免すべ

きかどうかということについて正確な意思表示をすることができからず。つまり、罷免したいと思えばボタンをするし、罷免を可としない場合にはそのままにするという現行法で済みますけれど、もう一名の裁判官については棄権をいたしたいというような場合が具体的には出てくると思います。そのときに、棄権の方法はないわけです。もし棄権をしようとすれば、その用紙自体をもらわないで、したがって、罷免をしたいと思う裁判官についてそういう意思表示をする自由が奪われてしまう。権利が奪われてしまう。もしその権利を行使しようとすれば、本来棄権しようと思う裁判官については、罷免を可としない部類に自分は投票を強制されてしまう。こういうことは、憲法がこの制度を認めたことに明らかに違反するのではなからうか。明らかに連記制ということが非常な不備をそこに露呈するのではないかというふうに思いますが、この点いかがでしょうか。

○真田政府委員 お答えをいたします。

ただいまの御質問の問題は、国民審査の投票用紙を裁判官一名につき一枚ずつというふうにすれば全く問題がないということは、御指摘のとおりでございます。問題は、現行のように、複数の裁判官を同一の機会に国民審査にかける場合に、連名つまり連記の様式を用いているからそういう問題が起きてくるのだらうと思います。

その点につきまして、私たちの方の理解をしているところを御説明いたしますと、問題は、もともとこの最高裁判所裁判官の国民審査の制度は、一体性格は何だということが第一の出発点でございます。先ほど提案者の方も、これは解職の性格を持っているのだということをおっしゃってございました。私たちもそのとおりだと思います。つまり解職でございます。裁判官の任命についての適否を審査するというものではないわけでございます。そういうことでございますので、適法に、有効に在職していらっしゃる最高裁判所の裁判官をやめさせたいという人が多ければ罷免にな

るということでございます。つまり投票者を二つに分けて、積極的にやめさせたいぞという票とそれ以外の票とを分けるというのが制度の根本に沿うものだろうと思います。第二番目のグループのそうでない票というものの中には、実はしさいに見ますと幾つかありまして、積極的に信任するという票もありましょう。それから信任していいのかわからぬからといういわゆる白票もあるうと思いますが、いまの解職制度というような国民審査の制度の本質に照らしました場合には、実は第二のグループの中の色分けはさほど意味がないんだろうというふうに考えるわけでございます。

そういう点から見まして、普通の選挙のように、選挙人が集まって何のたれがしを国会議員なり地方議会の議員に選挙するというような場合とは違ひまして、国民審査のいまの解職の制度であるという点に重点を置いて、制度の本質をそこへ持つていってながめた場合には、実は棄権の自由を保障しなければいかぬという意味合いも、選挙の場合とはかなり違うのだらうと思います。最高裁判所の、先ほど提案者も御引用になりました昭和二十七年の大法廷の判決でも、通常の選挙の場合におけるいわゆる良心的棄権というようなことも考慮しない方がいいわけであると言いつています。わけでございます。私たちはこの考えに従うものでございます。

3 最高裁判所の裁判官の国民審査の方法が地方自治体の長等の解職請求の方法と異なることの可否について

〔昭五・五・二一・第七七回〕〔司法〕
〔衆・法務委・一四号三頁〕〔七九条5〕

△対青柳盛雄 真田次長答弁V

○真田政府委員 ……自治法の解職請求の制度の場合には、特定の長なり特定の議員を名指しであの人をやめさせた

いという請求をする人が出てきて、それをやめさせたいいかどうかという案件がまず立ちますものですから、それに対する賛否を問うということで、マルとバツとが出てくるというふうに思います。

それに対して最高裁判所の裁判官国民審査の場合には、だれだれ、何裁判官をやめさせたいという案件が先行するわけではございませんので、制度的に一括して、国民に解職の機会を与えろというだけでございますので、先ほど来申しましたような、そういう解職制度の本質から見て、いわゆる先ほど申しました白票も過半数の場合の分母に入れるということは合理的であるというふうに考えるわけでございます。

〔想定問答〕

1 総選挙の期日の公示のあつた後に任命された最高裁判所の裁判官の国民審査について

(昭三五・九・一二)

(問) あらたに任命された最高裁判所の裁判官は、その任命が衆議院の総選挙の期日の公示後になされた場合にあつても、総選挙の期日前二〇日までになされたときにおいては、当該衆議院議員の総選挙の際に行なわれる国民審査に付さなければならないか。

(答) 憲法第七九条が、あらたに任命された最高裁判所の裁判官について、その任命後初めて行なわれる衆議院議員の総選挙の際、国民の審査に付す旨を規定している趣旨は、国民の投票の負担を軽減し、かつまた、審査人名簿の作成事務や投票、開票に関する事務につき両者をあわせ行なうことにより、各別に行なう労並びに費用を省くことにあると解せられる結果、総選挙の期日と国民審査の期日とは、憲法上合致されるべきことが要請されていると解されるが、総選挙の期日の公示日と国民審査の期日の告示日とが合致されるべきことまで要請していると解することはできないであらう。

最高裁判所裁判官国民審査法(以下「国民審査法」という)は、国民審査の期日及び審査に付される裁判官の氏名(以下「審査の期日及び氏名」という)を審査の期日(同法第二条により総選挙の期日)前二〇日までに官報で告示すべきものとしており、他方、公職選挙法は、総選挙の期日は、少なくとも二〇日前に公示すべきものとしてい(る(第三一条第四項))。

総選挙の期日を何日前までに公示するかということは、政治的な事情によつて決定されるのであつて、審査の期日及び氏名の告示の日がこれによつて拘束されるのではなく、審査の期日及び氏名の告示の日は、国民審査を適切有効に遂行する見地から別に定められるべきものである。

こうして、国民審査法が、審査の期日及び氏名の告示を審査の期日前二〇日までになさなければならないと定めている趣旨は、国民が国民の基本権である罷免権を適切有効に行使するために、審査に付された裁判官の人物、識見、能力、業績等を知り、当該裁判官を罷免するかどうかを判断するに必要な期間として、審査の期日と告示の日との間に少なくとも中一九日間を置かなければならないものとしたものと解される。してみると、この一九日の間に任命された最高裁判所の裁判官については、当該総選挙に際し行なわれる国民審査に付さるべきではなく、総選挙の期日前二〇日までに任命された最高裁判所の裁判官については、その任命が、総選挙の期日の公示の後になされた場合であつても、当該総選挙に際し行なわれる国民審査に付されなければならないものと解される。

〔資料〕

1 最高裁判所長官の任命と国民審査の要否

(昭四一・一二・二六 決裁)

一 憲法七九条二項の趣旨は、最高裁判所が終審裁判所として合憲性の審査を含む裁判の任務を遂行するものであり、憲法の保持が最終的にはその適正な機能によつて担保されることにかんがみ、その構成員たる裁判官がその職責にふさわしい者であるか否かを審査する権能を特に主権者たる国民に保障しようとするところにあると考えられる。ところで、最高裁判所の長たる裁判官も、右のような最高裁判所の裁判官としての権能ないし職責においては、最高裁判所の他の裁判官と異なるところはないとみるべきであるから、右に述べた国民審査制の趣意に照らしてみれば、長たる裁判官が国民審査に付される場合においても、それは、一般の裁判官と同様に、その裁判官としての適否について国民の審査に付されるものといわなければならない。

その反面、憲法が長たる裁判官について予定している権限があるとしても、裁判所・裁判官の地位や性格からみて、長としての権限が、それを有する者について国民審査を必要とするような性質のものであるとは考えられない。

(注)

(一) 憲法制定議会における衆議院の憲法六条及び七九条(原案七五条)の修正の経緯に徴すれば、これらの修正規定は、もっぱら三権分立の精神に照らし、司法部の権威を行政部の権威と同等に評価しようとする考慮によるものであつて、長たる裁判官の裁判官としての基本的な地位ないし権能を他の裁判官のそれに優位させる趣旨までも含むものではないことを窺取し得よう。

○憲法制定議会における衆議院の修正（六条及び七十九条関係）

(政 府 原 案)	(現 行)
<p>第六条 天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する。</p> <p>第七十五条 最高裁判所は、法律の定める員数の裁判官でこれを構成し、その裁判官はすべて内閣でこれを任命し、法律の定める年齢に達した時に退官する。</p>	<p>第六条 天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する。</p> <p>天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。</p> <p>第七十九条 最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。</p> <p>(五項として)</p> <p>最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する。</p>

○清水伸「逐条日本国憲法審議録」一巻六九二頁

委員長芦田均 法第六条の第二項として「天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。」との条文を挿入した趣旨は、三権分立の精神に照し、司法権が立法、行政と同等の重要性を持ち、随つてその長たるものが内閣総理大臣と略々同様の地位を占めることを明らかにせんとしたのであります。

(二) 憲法は、長たる裁判官の権能について直接には規定していないが、長たる裁判官が、内にあつては、合議体である最高裁判所を総括し、対外的には、最高裁判所を代表する地位を有することは、長たる裁判官の地位に

伴う権限として、憲法の肯認しているところとみてよいであろう。

なお、実定法上、長たる裁判官には次のような特異な地位ないし権能が認められている。

(1) 裁判所法は、長たる裁判官に最高裁判所長官という官名を与え(五条)、最高裁判所長官が、司法行政事務に関して裁判官會議を総括し、その議長となり(一二条)、若干の職員を監督する地位に立つ(五三条二項、五六条二項、五六条の三等)ことを定めている。

(2) 最高裁判所裁判事務処理規則は、大法院・小法院において最高裁判所長官が裁判長となる(三条但書、八条一項)ことを定めている。

(3) その他、たとえば、皇室典範二八条二項(皇室會議議員)、国家公務員法六条一項(人事官の宣誓の立会)、国会法七二条二項(国会委員会の出席説明)、財政法一七条、一八条二項、二〇条二項(予算作成上の権限)。

(二) 裁判所法三九条四項の「最高裁判所長官及び最高裁判所判事の任命は、国民の審査に関する法律の定めるところにより国民の審査に付される。」という表現は、同条の前三項が、最高裁判所の裁判官の任免について最高裁判所長官・最高裁判所判事という官名を用いて規定したことに関連するものと考えられる。

二 現に最高裁判所判事である者を最高裁判所長官に任命する行為は、その実質においては、最高裁判所裁判官としての身分関係を継続させつつ長たる裁判官の地位を付与するものであり、最高裁判所の裁判官の地位には前後一貫して変動がないものと観念すべきであろう。このように、最高裁判所の裁判官としての地位に別段の変動がもたらされない以上、すでに最高裁判所判事として最高裁判所の裁判官の国民審査を経た後十年を経過していない者については、その者が最高裁判所判事として在職したまま長たる裁判官に任命されたからといって、あらためて国民審査に付され

るべきいわれはない。

〔憲法資⑧〕

けだし、さきに述べたように、憲法七九条二項の規定による国民審査のねらいは、最高裁判所の裁判官としての職責に關しての適格性の審査であつて、長たる裁判官の地位に固有の権能ないし職責に關しての審査ではないからである。

2 最高裁判所長官の任命と国民審査の要否

(昭五一・一一・五 決裁)

一 憲法七九条二項の趣旨は、最高裁判所が終審裁判所として合憲性の審査を含む裁判の任務を遂行するものであり、憲法の保持が最終的にはその適正な機能によつて担保されることにかんがみ、その構成員たる裁判官がその職責にふさわしい者であるか否かを審査する権能を特に主権者たる国民に保障しようとするところにあると考えられる。ところで、最高裁判所の長たる裁判官も、右のような最高裁判所の裁判官としての権能ないし職責においては、最高裁判所の他の裁判官と異なるところはないとみるべきであるから、右に述べた国民審査制の趣意に照らしてみれば、長たる裁判官が国民審査に付される場合においても、それは、一般の裁判官と同様に、その裁判官としての適否について国民の審査に付されるものといわなければならない。

その反面、憲法が長たる裁判官について予定している権限があるとしても、裁判所・裁判官の地位や性格からみて、長としての権限が、それを有する者について国民審査を必要とするような性質のものであるとは考えられない。

二 現に最高裁判所判事である者を最高裁判所長官に任命する行為は、その実質においては、最高裁判所裁判官としての身分關係を継続させつつ長たる裁判官の地位を付与するものであり、最高裁判所の裁判官の地位には前後一貫して

変動がないものと観念すべきであらう。このように、最高裁判所の裁判官としての地位に別段の変動がもたらされない以上、すでに最高裁判所判事として最高裁判所の裁判官の国民審査を経た後十年を経過していない者については、その者が最高裁判所判事として在職したまま長たる裁判官に任命されたからといって、あらためて国民審査に付されるべきいわれはない。

けだし、さきに述べたように、憲法七九条二項の規定による国民審査のねらいは、最高裁判所の裁判官としての職責に關しての適格性の審査であつて、長たる裁判官の地位に固有の権能ないし職責に關しての審査ではないからである。

（参考）

最高裁判所長官と国民審査について

（昭五一・一一・四 現在）

事項	長官名	横田正俊	石田和外	村上朝一	藤林益三
最高裁判事就任	昭三七、二、二八	昭三八、六、六	昭四三、一一、一九	昭四五、七、三一	
国民審査（総選挙）	三八、一一、二〇	三八、一一、二〇	四四、一二、二七	四七、一二、一〇	
最高裁長官就任	四一、八、六	四四、一、一一	四八、五、二一	五一、五、二五	
その後の総選挙	四二、一、二九	四四、一二、二七			
（長官としての国民審査はしていない）	—	四七、一二、一〇	—	—	—
最高裁長官退官	四四、一、一〇	四八、五、一九	五一、五、二四	—	—

(参考1)

最高裁判所長官の任命と国民審査

(昭四七・九・二七)

最高裁事務総局

最高裁判所判事として国民審査を経た後一〇年を経過していない者が最高裁判所長官に任命された場合、その任命後初めて行なわれる衆議院議員の総選挙の際、あらためて国民審査に付すべきであるとする意見およびその論拠は、日本弁護士連合会の「最高裁長官の国民審査に関する意見書」等に明らかにされているところであるが、これに対してはつぎのような反論が考えられる。

一 この問題を考えるうえにおいては、国民審査制度の趣旨、目的を考慮しなければならない。

国民審査制度について定めている憲法七九条二項の趣旨は、最高裁判所の裁判官は、内閣の指名に基づき天皇によつて任命され、または内閣によつて任命されるものであるから、その選定について、国民の意思は直接反映しないが、最高裁判所は、司法権を担当する裁判所の系列の頂点に立ち、終審裁判所として、国民の代表者で組織された国会の制定した法律についても、その合憲性を審査し、違憲と認めた場合にはこれを適用しないことができる重大な権限をもち、また、司法権の行使と密接な関係を有する規則制定権、下級裁判所の裁判官の指名権等の司法行政権の最高機関であるから、その構成員たる裁判官が、その職責、権能にふさわしい人格、識見、能力をもつ者であるかを審査する権能を、国民主権の理念から主権者たる国民に保障しようとするにあると考えられ、学説上も異論をみないところである。

ところで、最高裁判所が合議体であつて一五人の最高裁判所裁判官で構成され、そのうちの一人が長たる裁判官(最高裁判所長官)であり、その他の一四人がその他の裁判官(最高裁判所判事)であることは、憲法七九条一項等の規定上明らかである。そして、最高裁判所長官も最高裁判所判事も、最高裁判所の構成員たる裁判官と

しての職責、権能において、憲法上本質的な差異は設けられていないと考えられるから、前述の国民審査制度の趣旨、目的に照らせば、最高裁判所長官が国民審査に付される場合においても、最高裁判所長官としての適否が特別に審査されるわけではなく、他の最高裁判所判事と同様に、最高裁判所裁判官としての適否が国民審査に付されるものというべきであろう。国民審査制度について定めている憲法七九条二項が「最高裁判所の裁判官の任命は、……国民の審査に付し、……」と規定し、最高裁判所長官と最高裁判所判事について国民審査手続を区別せず、最高裁判所の裁判官として国民審査に付する旨明らかにしているのは、けだし当然である（最高裁判所裁判官国民審査法一条も「最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査……」と規定し、最高裁判所長官と最高裁判所判事について、その審査手続に差別を設けていない。なお、裁判所法三九条四項は「最高裁判所長官及び最高裁判所判事の任命は、……国民の審査に付される。」と規定しているが、これは同条の前三項が、最高裁判所裁判官の任免について、最高裁判所長官、最高裁判所判事という官名を用いて規定したことに基づき、最高裁判所裁判官として規定するのに代えて官名を用いて規定したものと思われ、それ以上の意図をもつて規定したものともみるべき根拠もない）。

最高裁判所長官について、最高裁判所判事と異なる固有の権限として憲法が直接規定しているものはないが、つぎのものは憲法が予定している権限と考えられる。まず、裁判機関としての関係においては、大法院、小法院を通じて、出席するときには必ず裁判長となること（最高裁判所裁判事務処理規則三条、八条）、司法行政機関としての関係においては、最高裁判所の司法行政事務を総括し（裁判所法一二条一項）、司法行政事務を行なう裁判官会議の議長となること（同条二項）がそれである。いずれも、最高裁判所が合議体であるため組織上の技術的必要に基づき、合議体としての最高裁判所の主宰者たる最高裁判所長官に認められている権限であつて、裁判の

評決および司法行政を決定する裁判官会議の議決において、他の最高裁判所判事に優越する特殊の権限ではない。また、最高裁判所長官は、官公私の諸団体その他部外との交際において、裁判所を代表することが認められており、これも憲法が最高裁判所長官の地位に伴う権限として認めているものと考えられる。しかし、以上のいずれの権限も、前述の国民審査制度の趣旨、目的からみて、最高裁判所長官として特別の国民審査を必要とする性質のものとは考えられず、その他法律や裁判所規則等で最高裁判所長官に認められている権限⁽¹⁾についても、憲法が最高裁判所長官の権限として予定しているものとはいえず、仮に予定しているとしても裁判所の地位や性格からみて、それが最高裁判所長官として特別の国民審査を必要とするものとは考えられない。論者によつては、最高裁判所長官の個人としての言動等が事実上強い影響力をもつことをとらえて、最高裁判所長官の地位が、他の最高裁判所判事と異質のものであり、かかる地位については国民審査が必要であると説くものがあるが、このようにその言動が事実上の影響力をもつからといって、国民審査制度がこれをも審査の対象とするものではないことはいうまでもない。

二 最高裁判所長官は、内閣の指名に基づき天皇によつて任命され、最高裁判所判事は、内閣によつて任命されるものであるから、任命権者を異にし、両者が別個の官であることは当然である。

このように最高裁判所長官のみ天皇が任命するものとした理由は、つぎのように考えられる。すなわち、最高裁判所は、国会および内閣とならんで司法部の頂点に位する機関であり、その長官は最高裁判所の首席の裁判官（いわば同等者中の第一人者）として、これを対外的に代表する地位にあるものといふことができる。そこで、憲法は、三権分立の精神に照らし、司法部の権威を行政部の権威と同等に評価し、最高裁判所長官を内閣総理大臣と同等に評

価するため、最高裁判所長官を内閣総理大臣と同様天皇が任命することにしたものである。このことは、憲法制定議会における審議の経緯においてもあらわれているところである。

これによれば、最高裁判所長官と最高裁判所判事の任命権者ひいては官の相違は、もつばら他の国家機関との権衡から設けられたことになるのであつて、最高裁判所長官の最高裁判所裁判官としての地位、職責、権能を他の最高裁判所判事のそれに優越させる趣旨で設けられたものではないことになる。

三 国民審査制度の本質が、いわゆる解職の制度であつて、任命行為に対する審査または任命行為の効力を確定させる手続の性質を有しないことは、判例通説の認めるところである。国民審査以前においても、最高裁判所の裁判官は任命によつて確定的にその地位についているのであり、国民審査で罷免と決定されても、将来に向かつて官を失うだけで、それまでの地位にはなら影響がないから、国民審査が任命の適否を審査する行為または任命行為の効力を確定させる行為の性格を有するとみることには根拠が乏しく、また実益もないであろう。また、任命後初めて行なわれる衆議院議員総選挙の際付される国民審査については、任免の適否を審査する行為または任命行為の効力を確定させる行為であるという説明ができるとしても、同一条項に規定され、同じ性格をもつていと思われるその後一〇年を経過した後付される国民審査について統一的な説明をすることが困難であろう。むしろ、任命後最初に行なわれる国民審査においては、任命後の解職の可否いかんという形式のもとで、任命についての審査が行なわれるという実質をもつものということもできるのであり、国民審査制度はすべて解職の制度と解した方が合理的である。

なお、前述の意見書等においては、最高裁判所長官および最高裁判所判事が全く別個の官であり、その任命も根拠法条および任命権者を異にする全く別個の行為であつて、憲法七九条二項の文言によると「国民の審査に

付」されるのは「最高裁判所の裁判官の任命」であるから、最高裁判所長官の任命と最高裁判所判事の任命とは、それぞれ別個の官に対する別個の任命行為として、各別に国民審査の対象とすべきであると説かれているが、国民審査制度は解職の制度とみるべきであつて、任命行為自体を審査の対象とするものでないことは前述のとおりであり、審査の対象となるのは任命によつて審査の時点において最高裁判所の裁判官である者が最高裁判所の裁判官としてふさわしいかどうかにあると考えられる。また、実質的にも、憲法の規定上からも最高裁判所長官が最高裁判所判事の場合と別に、最高裁判所長官としての国民審査を受けなければならないとする根拠がないことについても前述のとおりである。

憲法の規定は、その全体から合理的に解釈すべきであり、単純な文言解釈により、国民審査の対象が最高裁判所裁判官の任命行為と解することは相当でない。

四 現に最高裁判所判事である者が官を異にする最高裁判所長官に任命された場合に、最高裁判所判事としての官を失うことは当然である。しかし、その任命行為は実質的にみると、最高裁判所裁判官としての身分関係は、かわりなく継続しつつ、長たる裁判官（最高裁判所長官）の地位、身分を新たに付与するものであり、最高裁判所裁判官の地位、身分には変動がないと考えられる。国民審査制度の趣旨、目的が前述のように最高裁判所の構成員たる裁判官が、その職責、権能にふさわしい人格、識見、能力をもつ者であるか否かを審査するものであつて、最高裁判所長官が国民審査に付される場合においても、それ以上に最高裁判所長官の地位に固有の権能ないし職責にふさわしい者か否かが審査されるものでないことは前述のとおりであり、そうであれば、最高裁判所判事として国民審査を経た後一〇年を経過していない者が最高裁判所長官に任命された場合、その任命後初めて行なわれる衆議院議員総選挙の際、あらためて国民審査に付すべき理由はなく、むしろ、最高裁判所裁判官の身分

保障の見地からいえば、最高裁判所裁判官としての地位に変更がないのに最初の国民審査から一〇年を経ないうちに国民審査を受けることになり、憲法上許されないことになる。

要するに、最高裁判所判事から最高裁判所長官に任命された場合は、形式的には前官たる最高裁判所判事の地位、身分を失い、新たに最高裁判所長官の地位、身分を取得するが、実質的には、最高裁判所裁判官たる地位、身分には変更がなく、憲法七九条二項の定める国民審査制度は、この実質に着目して規定されているものとみべきであるということになる。

(1) その他最高裁判所長官の固有の権限のうち、主なものをあげるとつぎのとおりである。

ア 裁判官について、訴追委員会に対し罷免の訴追をすべきことを求めること(裁判官弾劾法一五条三項)

イ 最高裁判所事務総長(裁判所法五三条二項)、司法研修所長(同法五六条二項)、裁判所書記官研修所長(同法五六条ノ三の二項)、家庭裁判所調査官研修所長(同法五六条ノ五の二項)、最高裁判所図書館長(同法五六条ノ六の二項)を監督し、これらの者からの各種の報告を受理し(司法研修所規程五条二項、七条、裁判所書記官研修所規程六条二項、一六条一三項、一八条四項、二〇条、家庭裁判所調査官研修所規程七条二項、一六条三項、二〇条)、服務に関する宣誓を受ける(裁判所職員の服務の宣誓に関する規程三条)こと。

ウ 予算の作成に関し、歳入、歳出等の見積に関する書類を作成、送付し(財政法一七条一項)、歳出の概算の決定に関し意見を陳述し(同法一八条二項)、予定経費要求書等を作成し(同法二〇条二項)、予算を執行し(同法三一条以下)、裁判所の子備金を管理し(裁判所子備金に関する法律一条)、支出負担行為および支出に關する事務を管理し(會計法一〇条)、行政財産を管理する(固有財産法五条)等の經理上の各種権限。

エ 皇室會議の構成員となること(皇室典範二八条二項)。

オ 人事官の宣誓に立ち会うこと（国家公務員法六条一項）。

カ みずからまたは代理者により、国会の委員会に出席説明すること（国会法七二条二項）。

キ 最高裁判所規則の末尾に署名すること（裁判所公文方式規則一条）。

ク その他、司法修習生考試委員会委員長（司法修習生に関する規則一二条）、裁判所経費審査委員会委員長（裁判所経費審査委員会規則二条）となり、簡易裁判所判事選考委員会の委員長および委員を委嘱し（簡易裁判所判事選考規則三条、四条）、最高裁判所の職員または庁舎その他の施設の安全を保持するため、職員に警備を命ずる（法廷の秩序維持等にあたる裁判所職員に関する規則二条）等のこと。

（2） 最高大昭二七・二・二〇判（民集六卷二号一二二ページ）判旨の関連部分を左に引用する。

「最高裁判所裁判官任命に関する国民審査の制度はその実質において所謂解職の制度と見ることが出来る。」
「最高裁判所の長たる裁判官は内閣の指名により天皇が、他の裁判官は内閣が任命するのであって、その任命行為によつて任命は完了するのである。このことは憲法第六条及び第七九条の明に規定する処であり、此等の規定は単純明瞭で何等の制限も条件もない。所論の様に、国民の投票ある迄は任命は完了せず、投票によつて初めて完了するのだという様な趣旨はこれを窺うべき何等の字句も存在しない。それ故裁判官は内閣が全責責任を以て適當の人物を選任して、指名または任命すべきものであるが、若し内閣が不適當な人物を選任した場合に、国民がその審査権によつて罷免するのである。この場合においても、飽く迄罷免であつて選任行為自体に關係するものではない。国民が裁判官の任命を審査するということは右の如き意味である。」

〔資料目録〕

一 国民審査制度について	
コンメンタール日本国憲法	(宮沢俊義) 六二六～六四六頁
註解日本国憲法下2	(法学協会) 一一八五～一一八七頁
憲法Ⅰ(新版)	(清宮四郎) 三四四～三四七頁
憲法下	(清宮四郎) 二三一～二三二頁
日本憲法概論	(酒井吉栄) 三九七～三九九頁
憲法講義	(水木惣太郎) 六五一～六五三頁
憲法提要(新版)	(稲田正次) 三五八～三五九頁
日本国憲法概論	(俵静夫) 二〇九～二一一頁
憲法講義下	(小林直樹) 七〇五～七〇七頁
憲法大要	(一円一億) 二五八頁
改訂日本国憲法論	(佐々木惣一) 三五四頁
最高裁判所裁判官国民審査制度	(室井力) 四一～四七頁
最高裁判所裁判官の国民審査	(丸山健) 一五二～一五六頁
ジュリスト基本判例解説シリーズ憲法の判例	
二 最高裁判所長官の国民審査について	

時の法令五九五号	(P	Q	R)	八〇九頁			
" 七六四号	"	"	"	一〇〇一二頁			
裁判所法逐条解説中巻				三〇頁			
第六八回国会衆議院法務委員會議録六号							
最高裁長官の国民審査	(平	出	禾)				
法と秩序七二・二二号				一三〇一七頁			
週聞新法曹二二三号							
憲法撮要	(田	上	穰	治)	二二一頁		
司法制度改革の国民的構想	(大	阪	弁	護	士	会)	五一〇五二頁
最高裁長官の国民審査	(有	倉	遼	吉)			
現代法ジャーナル七二・五号							四二〇四五頁
最高裁判所長官にたいする国民審査(山下健次)							四一〇四四頁
法と民主主義六二二号							

(参考2)

意見書

(昭四七・二・二八)

日本弁護士連合会

昭和四四年一月一〇日に行われた石田和外氏に対する最高裁判所長官の任命は、以下に述べる憲法上・法律上の理由により、少くとも来るべき衆議院議員総選挙の際、国民の審査に付されなければならない。

第七九条 二 国民審査【資料】

(一) 「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行われる衆議院議員選挙の際国民の審査に付する。」これは、憲法七九条二項の明記するところである。

(二) ところで、憲法七九条一項の明記するところ、
「最高裁判所は、その長たる裁判官及び（法律の定める員数の）その他の裁判官で構成」
される。

即ち、「最高裁判所の裁判官」には、憲法上明確に区別される、「長たる裁判官」と「その他の裁判官」という、相異なる二種類の「官」＝身分が存在する。

裁判所法は、この憲法の明文を受けて、

「最高裁判所の裁判官は、

『その長たる裁判官』を『最高裁判所長官』とし、

『その他の裁判官』を『最高裁判所判事』とする。」

と明記し（同法五条一項）、更に憲法七九条一項の「法律の定める員数」につき、「最高裁判所判事の員数は、四人とする。」と明文化している（同法五条三項）。

このように、「最高裁判所長官」と、「最高裁判所判事」とが、憲法上、裁判所法上全く別個の「官」であることは、争いの余地がない。

(三) のみならず、右の二つの「官」に対する「任命」もまた憲法上、裁判所法上の根拠法条と任命権者とを異にする全く別個の行政行為であることが明らかである。即ち、

「最高裁判所の長たる裁判官」＝「最高裁判所長官」は、内閣の指名に基づいて「天皇」が「任命する」ので

あり（憲法六条二項、裁判所法三九条一項）、「長たる裁判官以外の裁判官」Ⅱ「最高裁判所判事」は、「内閣でこれを任命する」のである（憲法七九条一項、裁判所法三九条二項）。

（四）そして、前掲憲法七九条二項の明文どおり、「国民の審査に付」されるのは、「最高裁判所の裁判官の任命」なのであり、且つ、右のとおり、「最高裁判所の裁判官」たる「官」に二つの別個の「官」が存在するものであることが明らかな故に、裁判所法は、それをより明確に、

「最高裁判所長官及び最高裁判所判事の任命は、国民の審査に関する法律の定めるところにより国民の審査に付される。」（三九条四項）と規定している。

（五）以上の憲法上、裁判所法上の明文規定は、「最高裁判所長官の任命」と「最高裁判所判事の任命」とは、夫々、別個の「官」に対する別個の「任命」行為として、各別に、国民審査の対象とせられるものであることを、論議の余地なく明らかにしている。

因みに、最高裁判所大法廷判決（昭和二十四年（甲）第三三二号）もまた、判示中に、

「最高裁判所裁判官任命に関する国民審査の制度」

「最高裁判所裁判官は天皇又は内閣が任命すること憲法第六条及び第七九条の明定するところ」

「最高裁判所の長たる裁判官は内閣の指名により天皇が、他の裁判官は内閣が任命するのであって、その任命行為によつて任命は完了するのである。このことは憲法第六条及び第七九条の明に規定する処であり、此等の規定は単純明瞭で何等の制限も条件もない。」

「裁判官は内閣が全責任を以て適當の人物を選任して、指名又は任命すべきものであるが、若し内閣が不適当な人物を選任した場合には、国民がその審査権によつて罷免をするのである。……国民が裁判官の任命を審

査するといふことは右の如き意味でいふのである。」

と述べ、前述来の理わりを裏つけている。

附言すれば、右大法院判決に明記されているとおり、国民審査の制度の本質は、内閣という行政機関による「指名又は任命」という行政行為（天皇による任命という形式を含んで）に対する国民の審査権の行使をその本質とするものである。

これは、そもそも「三権の相互抑制」という国家の民主主義機構の一環としての「内閣による最高裁判所裁判官の指名又は任命」という行政権能を前提とし、これに対する主権者たる国民の審査権を保障したものである。

(六) 石田和外氏は、昭和三八年六月六日、内閣によつて、憲法七九条一項による最高裁判所の「長たる裁判官以外の裁判官」、「その他の裁判官」＝最高裁判所判事の任命を受けた。そして右「任命」は、同年一月二日の総選挙の際国民の審査に付された。

(七) 然るにその後、同氏は、昭和四四年一月一〇日、天皇により、憲法六条二項による「最高裁判所の長たる裁判官」の任命を受けた。

一つの重要なことは、石田氏は、その際、前官であつた最高裁判所判事の「官を失ひ」（最高裁判所裁判官国民審査法第一条の用語）、新たに、別個の最高裁判所長官たる「官」を取得したことである。

けだし、同氏が右最高裁判所長官の任命を受ける直前まで、最高裁判所判事は同氏を含めて裁判所法五条三項の定める「一四人」の定員を充たしていた。然るに同氏の長官任命より七日後同月一七日関根小郷氏が新たに最高裁判所判事に任命されている。この事實は、石田和外氏が長官任命と同時に最高裁判所判事たる「官を失つた」ものであることを何よりも明らかにしている。

(八) 即ち、石田和外氏は、昭和三八年一月二日に「国民の審査」に付された「任命」による最高裁判所判事たる「官」については、昭和四年一月一〇日以降これを失つたのであり、同日、全く新たに、先に「国民の審査」に付された「任命」とは全く別個の憲法六条二項にもとづく新たな「任命」行為によつて、従来、既に失つた「最高裁判所判事」たる「官」とは全く別個の、「最高裁判所の長たる裁判官」たる「官」を取得したものである。

(九) 以上の、憲法上・裁判所法上の明文規定及び「任命」の事実経過にかんがみるならば昭和四年一月一〇日石田和外氏に対して行われた憲法六条二項にもとづく天皇の「任命」が、「その任命後初めて行われる衆議院議員選挙の際国民の審査に付」されなければならないことは、憲法上疑義をさしはさむ余地がない。

(十) 然るに、中央選挙管理会は、右「任命後初めて行われる衆議院議員総選挙」であつた昭和四年二月二七日の総選挙に際し、右「任命」を「国民の審査に付」することを怠つてゐる。

それが如何なる理由によるものであるかは全く明らかでない。

然し、前述來のとおり、もともと右「国民の審査に付」することを必要としないなどという理由は、憲法解釈上生れる余地もないところであり、おそらくは、右のような問題の掘り下げもないままの過誤であつたろうと思われる。

尤も、中央選挙管理会をしてかかる誤まりをおかさしめる根拠となつたのではないかと思われる文献が存在する。それは、「最高裁判所事務総局編・裁判所法逐条解説」である。右「解説」は、同法三九条の解説注として次のように述べてゐる。

「最高裁判所判事として国民審査を受けた裁判官が、最高裁判所長官に任命された場合、その任命後はじめて

行なわれる衆議院議員総選挙の際に………審査に付すべきものかどうかは問題の存する点である。

昭和四二年一月二十九日施行の衆議院議員選挙は、最高裁判所判事であつた横田正俊氏が最高裁判所長官に任命されて以来最初のものであつたが、最高裁判所長官も、最高裁判所判事も、最高裁判所の裁判官であることに・変・り・は・な・く、同・長・官・が、最高裁判所判事としてすでに国民審査を受けている以上、最高裁判所長官に任命されたからといって、あらためて国民審査に付する必要はないとの理由で、同・長・官・は国民審査の対象から除かれた(「時の法令」五九五号八頁以下参照)。(傍点引用者、同書三〇頁)

右のとおり、右「解説」自体は、自己の見解としては、「問題の存するところである」と示すにとどまつていながら、横田正俊氏の場合の事実の解説として右のような見解を紹介する形をとつてにすぎない。然し、かかる記載のしかた自体が、恰かも最高裁事務局の見解そのものであるかの如き誤解を与えるものであるのみならず、ここで「解説」が参考文献として掲げている「時の法令」からの引用そのものがきわめて不正確である上、右「時の法令」の所論自体がそもそも根本的な誤まりをおかしているのである。

先ず、右「時の法令」の当該部分自体が、「話題」と題する匿名記事にすぎず、且つその内容も右「解説」の引用のように確定的・断定的なものでは決してなく、例えば、その問題について「政府部内にもちよつとした議論があつたようである。」とし、右引用部分についても、「………というのが、理由のようである。」という、いわば推測・臆測の域を出ていないのである上に、而も右所論の最後にも、「この点は、もし解釈上の誤まりがあつて、………国民審査に付さなかつたとすれば、憲法違反の国民審査となるわけであるから、そのところは政府部内で十分慎重に検討されたものと思われる。」と結んでいるように、一応の推論を示しながらも、全体としては、全く推測記事としかなつていないのである。

「時の法令」は、その後七六四号においてもこの問題を再論しており、所論は大同小異であるが、それにして、この重大な憲法上の問題について、現在のところこれ以外に何らの公式見解も有権的解釈の所論も見当らないので、右最高裁事務総局編集にかかる「解説」に引用された「時の法令」の所論の誤まりを指摘しておくことにも意味があるであろう。

同誌五九五号の所見は次のとおりである。

「憲法七九条一項が、『最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、……』と、長官も、その他の判事も、ともに最高裁の裁判官という名称でくくり、この意味の裁判官について、憲法第七九条第二項で任命後最初の……総選挙の際の国民審査を定めているので、最高裁判官という身分に変化のない以上、平の判事が長官になつても、最高裁判官のあらたな任命があつたという必要はないという解釈が成り立つわけで、今回の国民審査は、この解釈の下に行なわれたものと思われる。」(傍点引用者)

同誌七六四号ではこの論旨を更に断定的にして次のように述べられている。

「憲法七九条二項の規定では、国民審査の対象となる者を、『最高裁判所の裁判官』とのみ表現しており、これを同条一項の規定、同五項の規定などと読みあわせると、憲法は七九条二項の場合を含めて、『最高裁判所の裁判官』という文言を、長たる裁判官およびその他の平の裁判官の双方を含むことはとして使っていることが認められる。したがつて、憲法は、国民審査については、長官とそれ以外の裁判官を各別に区別することなく、両者の在任期間があるときは、その在任期間を通算してこれを行なうべきものとしてしていると解釈するのが自然であろうと思われる。」(傍点引用者)

右のように「時の法令」の二つの号の所論は全く同趣旨のものであるが、ここには、二つの明白な、而も全く初歩的な誤まりが存在している。

その一つは、憲法七九条一項が、明文上余りにも明らかなように、「最高裁判所はその長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成する。」と、最高裁判所の構成が、「長たる裁判官」（最高裁判所長官）と「その他の裁判官」（最高裁判所判事）という二つの「官」によつて構成されているということをこそ明記しているのに、それを「ともに最高裁の裁判官という名称でくく。」とか、七九条二項の「最高裁判所の裁判官」という用語について、この「文言を、……双方を含むことばとして使っている」等という云い方で、「長官とそれ以外の裁判官」に「区別がない」とか「身分に変化がない」等と極めてしまつてゐることである。なるほど憲法七九条二項にいう「最高裁判所の裁判官」という用語は、同条一項に明記された「長たる裁判官」と「その他の裁判官」という二つの「身分」||「官」の総称概念である。然しおよそ如何なる初歩的論理学から云つても、憲法七九条の一項で明確に区分され（任命権者も違うこと先述のとおり）た、最高裁判所を構成する二つの「官」||「身分」が、それにつづく二項で、右二つの「官」の総称として「最高裁判所の裁判官」という用語が使われることによつてそれが途端に同一化するなどという愚かな誤まりがおかされることなど到底考えられない。

二項の規定が一項に明記した二つの官の双方の任命について「国民の審査に付す」る旨の規定であることは疑義を入れる余地は全くない。だからこそ、裁判所法三九条四項もこれを受けて明確に「最高裁判所長官及び最高裁判所判事の任命は、……国民の審査に付される」と正確に規定しているのである。

況や「平の判事が長官になつても、最高裁裁判官のあらたな任命があつたという必要はないという解釈」など

というに至つては、論外という他はない。先に詳論したとおり石田和外氏は、「最高裁判所長官」の「あらたな任命」によつて「最高裁判所判事」（「時の法令」にいわゆる「平の判事」）の身分そのものを失つてゐるのである。

なお、「時の法令」の論者は、地方裁判所の「判事」（「官」＝裁判所法二三条、四〇条一項）が「地方裁判所長」（「職」＝同法二九条、四七条）を命ぜられる（それこそ「平の判事が所長になる」）場合と、最高裁判所長官の場合との本質的な差異をすら理解してゐないのではないかとさえ思われる。

第二の根本的な誤まりは、そもそも「国民の審査に付される」べき対象についての完全な誤解である。

同誌七六四号は、はつきりと、「憲法七九条二項の規定では、国民審査の対象となる者を『最高裁判所の裁判官』とのみ表現しており」と述べてゐる。

然し、これも先に詳論したとおり、憲法の右条項（及びこれを受けた裁判所法、国民審査法のすべての規定）が国民審査の対象を「最高裁判所の裁判官の任命」と明記してゐるのである。

ところが、同誌の前記論旨は、すべて、国民審査の対象が裁判官個人であるという誤解によつて完全に貫かれてしまつており、そしてそのための謬論となつてゐるのである同誌五九五号が、折角「両者は任命権の所在がちがうわけであり」という点にまで触れていながら、「平の判事としていくら国民審査を受けていても、長官に任命されれば、あらためて国民の審査に付すべきではないか」という議論も立ちそうに見えるが、「等と自ら予測する反対論の立場の根拠そのものを右の誤解にもとづいて誤まらしめてしまひ」「そのところは、」等という自問自答の箇所でも、「長官も、その斯の判事も、ともに最高裁の裁判官という名称でくくり、この意味の裁判官について……国民審査を定めている」等と脱線して行つてゐるのがその典型例である。

この「時の法令」のかかる初歩的というべき明白な誤解にもとづく謬論が、到底、始めに述べた本意見書の見

解に対する批判・反論たりうるようなものでないことはいうまでもないであろう。そしてこれ以外に石田和外氏に対する「最高裁判所長官の任命」に対して「国民の審査に付される」必要がないとする如何なる法的見解も存在しない。否そのような見解の成り立ち得る余地は、憲法解釈上全くありえないのである。

(四) さて、以上、純粹に、憲法・裁判所法・最高裁判所裁判官国民審査法の明文にもとずいて、石田和外氏に対する「最高裁判所長官の任命」（昭和四四年一月一〇日）が、「その任命後初めて行われる衆議院議員選挙の際、国民の審査に付」されなければならない法的根拠を明らかにしてきた。

ここで附加されなければならないことは、そもそも憲法が右のように「最高裁判所の長たる裁判官」の「任命」につき、「その他の裁判官」の「任命」との間に区別を設けていることの実質的な意味についてである。

それは、最高裁判所長官は、「司法行政事務を行う裁判官會議を総括し」、（裁判所法一二条）「大法院の裁判長とせられ」（最高裁判所事務処理規則八条一項）「裁判官について、訴追委員会に対する罷免訴追」請求の義務と権限を有する（裁判官弾劾法一五条三項）等、法的にも特別の地位と職責を有する他、三権分立の下衆議院議長および内閣総理大臣と対等の地位において司法を代表する立場にあり、その言動の影響するところは、裁判所の内外にわたつて多大なものがある。その故に、そのような重要な地位と職責を有する最高裁判所長官の任命の適否が、最高裁判所の他の裁判官の任命と別個に国民の審査の対象とされる、換言すれば「国民がその審査権によつて罷免をする」（前掲大法院判例）権利行使の機会が国民に提供されることの、実質的な意味が理解されるのである。

(四) 最高裁判所創立後、初代から三代に至る長官は、始めから長官としての任命によつて就任した。然るに、その後、最高裁判所の大審院への逆行という風潮と符節を合してキヤリア裁判官の長官への登用という傾向が生れ、

その結果、横田正俊長官及び石田現長官が現職の最高裁判所判事から最高裁判所長官に任命されるというケースが発生した。そしてこの推移と併行して、最高裁判所判事から最高裁判所長官に任命された場合の長官任命を国民の審査に付さないという。考え得られない程の憲法条項の不履行が発生した。横田長官の任命に対する昭和四二年一月二十九日の衆議院議員総選挙の際の国民審査不履行がそれであり、石田長官の任命に対する昭和四四年一月二十七日総選挙の際の審査不履行がそれである。

この憲法条項の不履行は重大である。そしてこの違憲の不作為の法的結果については今後論議が深められなければならないであろう。

然しながら、日本弁護士連合会は、今、その論議を一応措いて、この重大な違憲の不作為を少しでも是正するため、茲に、中央選挙管理会に対し、少くとも前記石田和外氏に対し行われた昭和四四年一月一〇日付「最高裁判所長官の任命」に対し、これを来るべき衆議院議員総選挙の際、憲法七九条二項、裁判所法三九条四項及び最高裁判所裁判官国民審査法にもとずき、これを「国民の審査に付す」よう、嚴重に申し入れるものである。

（参考3）

最高裁判所長官国民審査に関する要望書

（昭五〇・三・六）

日本弁護士連合会

きたるべき衆議院議員総選挙に際し、最高裁判所長官村上朝一氏を、憲法七九条二項、裁判所法三九条四項及び最高裁判所裁判官国民審査法に基づいて国民審査に付されるよう要望します。

一 村上朝一氏は昭和四三年一月一九日最高裁判所（以下最高裁という）判事に任命され、ついで昭和四八年五

月二一日最高裁長官に任命されました。

二 村上氏に対する最高裁判事の任命については昭和四四年二月二七日の衆議院議員総選挙の際国民審査に付されましたが、同氏に対する最高裁長官の審査については国民審査をまだうけていません。したがって、きたるべき衆議院議員の総選挙は村上最高裁長官の任命後はじめてのものでありますから、右総選挙の際同長官は国民審査に付されるべきものであります。

三 最高裁判事と最高裁長官はともに最高裁裁判官であるから、最高裁判事の任命後はじめて行なわれる衆議院議員総選挙の際その任命について国民審査を受けておればそれから一〇年後に行なわれる国民審査までの間にその最高裁判事が最高裁長官に任命されてもその任命について改めて国民審査は必要ではないとの見解があります（最高裁事務総局編裁判所法逐条解説、時の法令五九五号八頁ご参照）。従前の貴選挙管理会はこの見解にたたれているように見うけられます。すなわち、石田和外前最高裁長官、横田正俊元最高裁長官はいづれも最高裁判事から最高裁長官に就任した方ですが、いずれも最高裁判事の任命については国民審査をうけたが、最高裁長官の任命については国民審査が行なわれませんでした。

四 しかし、憲法七九条一項の定めるところによれば、最高裁裁判官には長官である裁判官とその他の裁判官があり、前者を最高裁長官、後者を最高裁判事とそれぞれ呼称しています（裁判所法三九条一項、二項）。すなわち、最高裁裁判官は「最高裁長官」と「最高裁判事」という二つの官（身分）に分けられており、したがって、また、その任命の仕方も両者では異なっています。前者は憲法六条により内閣の指名により天皇が後者は憲法七九条一項により内閣が、それぞれ任命するものであります（なお、裁判所法三九条一項、二項も同様に規定しています）。

したがって、最高裁判事から最高裁長官に任命されるということは「最高裁判事」という官を失い、新たに「最高裁長官」に任命されるということを意味します。このことは、裁判所法三九条四項で「最高裁長官および最高裁判事の任命」について「国民の審査」に付すという表現の内に明確にされています。

以上の理由によつて「最高裁長官」と「最高裁判事」とを最高裁裁判官の枠内で処理しようとする見解は誤つています。

よつて、国民審査を実質的に解散の制度とみるか、任命の審査とするかの議論の如何にかかわらず、最高裁長官の国民審査は最高裁判事のそれと別個に行うべきものであります。

五 さらに最高裁長官は最高裁判事と異なる特殊の性格を持っています。すなわち、最高裁長官は「司法行政事務を行なう裁判官会議を総括し」（裁判所法一二条）、「大法院の裁判長とせられ」（最高裁事務処理規則八条一項）、「裁判官について訴追委員会に対する罷免訴追」請求の義務と権限を有しています（裁判官弾劾法一五条三項）。

ことに立法権、行政権と並ぶ司法権の頂点をなす最高裁長官は衆議院議長及び内閣総理大臣と並ぶ国家の最高機関の一つであります。その長官の任命について、その裁判官がかつて最高裁裁判官としては国民審査をうけたからといつて更めてこれをする必要はないということは、国民感情の上からも好ましくありません。憲法七九条一項殊に裁判所法三九条四項には明らかに最高裁長官の任命の国民審査をその他の裁判官のそれと区別しています。

六 昭和四七年二月二八日当連合会は貴選挙管理会に対し前最高裁長官石田和外氏の国民審査を要望する旨の申入をしました。右要望書において当連合会は最高裁長官の任命に関する国民審査についての詳細な法律上の見解を

第七九条 二 国民審査〔資料〕

七七〇

披瀝していますからご参照下さい。

以上

(参考4)

日弁連調第八六号

昭和五十一年九月六日

日本弁護士連合会

会長 柏木

中央選挙管理会

委員長 堀米 正道殿

最高裁判所長官の任命に関する国民審査について(要望)

きたるべき衆議院議員総選挙に際し、さる五月二五日最高裁判所長官に任命された藤林益三氏を、憲法第七九条

二項、裁判所法三九条四項及び最高裁判所裁判官国民審査法に基づいて国民審査に付されるよう要望します。

一 藤林益三氏は昭和四五年七月三十一日最高裁判所判事に任命され、ついで昭和五十一年五月二五日最高裁判所長官に任命されました。

二 藤林氏に対する最高裁判所判事の任命については昭和四七年二月一〇日の衆議院議員総選挙の際国民審査に付されましたが、同氏に対する最高裁判所長官の任命については国民審査をまだうけていません。したがって、きたるべき衆議院議員総選挙は藤林最高裁判所長官の任命後はじめてのものでありますから、右総選挙の際同長官は国民審査に付されるべきものであります。

〔憲法資⑧〕

本問題に関し、当連合会は、最高裁判所長官の任命に関する国民審査についての要望を、昭和四七年二月二八日、同五〇年三月六日及び同年九月一九日の三度にわたつて、中央選挙管理会に申し入れてまいりました。そのうち前二回は自治大臣にも要望致しました。

最高裁判所長官の任命に関する国民審査は、国民主権の根幹にかかわる重要問題なので、当連合会は、重大な関心をもっております。

国民審査に関する事務を管理されている貴中央選挙管理会におかれましては、管理会の会議において、是非共正式の議題として取り上げていただきたくお願い致します。

なお、その際の御参考として、別紙要望書並びに意見書を添付致しますので、何卒両趣旨を実現していただきま

すよう、格別の御配慮を賜りたく要望いたします。

(参考5)

最高裁判所裁判官国民審査の実施に関する要望書

(昭五一・一〇・二八)

司法の独立と民主主義を守る国民連絡会議

要望の趣旨

次期衆議院議員総選挙の際行われる最高裁判所裁判官国民審査の実施にあたり、左記の措置を講ぜられるよう要望します。

記

一(一) 審査の取扱いに関する昭和四七年一月一四日付、自治省選挙部長名義の通達の趣旨を、あらためて全国各

都道府県選挙管理委員会に徹底すると共に、審査公報、市区町村広報紙等を活用して、右趣旨を予め全国民に周知されたい。

(二) 投票場の設備につき、投票場内に投票箱と別に投票用紙の返信用箱を、設置するなど、棄権票の取扱いに適切な措置を講じられたい。

二 藤林益三最高裁判所長官については、他の裁判官と別に、長官としての審査に付することとし、これについての適切な投票方法を講じられたい。

要望の理由

一 最高裁判所裁判官の国民審査制度は、全ての公務員の選定、罷免権は国民固有の権利であるとする国民統治の原理に立脚しています。憲法により裁判官の身分と職権の独立は民主制度の根幹をなすものとして強く保障され、ことに最高裁判所には最終的な違憲法令審査権、規則制定権及び下級裁判所裁判官任命の指名といういづれも重要な権限が国民から信託されていることにかんがみ、内閣に最高裁判所判事の任命権並びに長官の指名権を認めながら、その任命ないし指名の適否と裁判官としての適格性は国民によつて直接に審判されなければならないとされるのがこの制度の趣旨といえましょう。

この趣旨からすれば、審査方法としての投票は、審査人たる投票者の意思が正しく反映されるものでなければなりません。しかるに現行、最高裁判所裁判官国民審査法には、この趣旨にそぐわぬ欠陥が少なからずみうけられます。とりわけ積極的に罷免の意思を有するもののみを確認するだけの投票方法をとることにより、×印以外の白票に信任的な法律上の効果を擬制していることは、極めて不当なことであります。当連絡会議はかねてから右の不当性を指摘し、投票者の意思が正しく反映されるためには、○×いずれかの記号を記す投票方式を採用す

るとともに判断不能の場合の棄権の自由を保障することを骨子とする現行法の改正を提唱しておりましたところ、社、公、共各党において、右趣旨に賛同され、今春、右趣旨にそつ審査法改正案が右三党共同で衆議院に提案され、現に同院法務委員会において継続審議中であることは御承知のとおりです。しかし、今国会々期中に右改正の実現は困難とみられ、次期審査もまた現行法によつて行われざるを得ないと考えられます。私達は昭和四七年一二月に実施された前回の国民審査に先立ち、御庁に対し、本要望と同旨の申入れを行いましたところ、御庁においてもこの趣旨を御理解の上、投票の自由と秘密確保のため、投票用紙の渡し方、記載場所の配慮、投票強制をなさざること等の指示と、無記入は信任票扱いとなること、投票用紙を受けとらなくてもよいこと、受けとつても、可否の判断不能の場合は返戻できることの指示をなすべき旨を前記日付で地方選管に通達され、更に全国の選管委員長を招集の上、口頭でも指示されたと聞き及んでいます。

就而、次期国民審査においては、更に右趣旨を徹底して本制度を意義あらしめるため、第一項の要望に及ぶ次第です。

二 藤林長官は既に前回の審査において最高裁判所判事としての審査に付され信任されています。しかし、同長官は、その後、前任村上朝一長官の退官により、新たに長官に任命されたものであるところ、判事の任命行為と長官の任命行為は別個のものである上（憲法六条、七九条）長官に任命されるに際しては、前官たる判事を退官して長官に就任し、新たな官が任命時から開始すること、また長官は内閣総理大臣、衆議院議長と同等の地位にあり裁判官会議の総括者兼司法行政の最高の執行者であり、かつ大法院の裁判長となるといふ特別重要な地位と職責を有することからして、最高裁判所判事としての適格性と長官としての適格性は別異なものであることにかんがみ第二項の要望に及ぶものです。

昭和五一年一〇月二八日

司法の独立と民主主義を守る国民連絡会議

自治大臣 天野 公義殿
中央選挙管理会
委員長 堀米 正道殿

（参考6）

意見書

（昭五一・一一・一二）

中央選挙管理会

最高裁判所の裁判官の国民審査について、日本弁護士連合会その他から、最高裁判所の裁判官が国民審査を受けた後長官に任命されたときは、改めて国民審査に付すべきであるとの意見と要望が出され、機会あるごとに論議されてきました。

この問題について当管理会としても問題の重要性にかんがみ、慎重に検討を重ねたところ、日本国憲法の基本精神たる国民主権の原則および裁判所法、国民審査法等関連法規との総合的な解釈から最高裁判所長官を国民審査に付すべしとする意見にも積極的な妥当性があるという見解が委員の多数から開陳されました。同時にこのような憲法上の重大な問題についてこれまでの当管理会の決定をくつがえすに足る特段の根拠のないまま取扱いを変更すべきではなく、したがって改めて長官を審査に付する必要はないという意見も開陳されました。

当管理会として、以上の経過をふまえて、長時間にわたり検討をいたしました。従来からの慣行および国民審

査法の解釈から、今回改めて長官を審査の対象にするという積極的措置をとることには若干の疑点なしとしないことも認めざるをえません。したがって、当管理会としては、日本国憲法の基本に立ち、最高裁判所長官の国民審査について、従来の政府統一見解にも検討を加えると同時に、将来疑義の余地を残さない明確な立法措置を講ずるよう要請するものであります。

昭和五十一年十一月十二日

中央選挙管理会

委員長 堀米 正道

内閣総理大臣

三木 武夫殿

3 最高裁判所長官の任命と国民審査

（昭六二・一 憲法関係資料集）

（最高裁判所判事が最高裁判所長官に任命された場合、その任命について、改めて国民審査に付する必要があるか）

憲法第七十九条第二項に定める国民審査の趣旨は、任命行為自体の当否についてではなく、最高裁判所の持つ機能の重性にかんがみ、その構成員たる裁判官がその職責にふさわしい者であるかどうかについて国民に審査する権能を与えようとするところにあると考えられる。ところで、長官もその裁判官としての権能・職責においては他の裁判官と異なるところはないから、右の趣旨に照らしてみれば、長官が国民審査に付される場合においても、それは一般の裁判官と同様、最高裁判所の裁判官としての適性について国民審査に付されるものと考えられる。

裁判所法等において、長官には若干の特別の権限が設けられているが、これらの権限は長官の最高裁判所の長たる地

位に伴う付随的な権限に止まるものであつて、裁判官として他の裁判官の権能職責との間に本質的な差を生ぜしめるようなものとはとうていいえないものであり、それらの長官としての権限が伴うことをもつて特別に国民審査の対象となければならないものとは考えられない。

すなわち、現に最高裁判所判事である者を最高裁判所長官に任命する場合は、形式的には別個の任命行為ではあつても、実質的には裁判官としての身分を継続させつつ、長官の地位を付与する性質のものであつて、その裁判官たる地位には何ら変動がないものと解すべきである。

したがつて、既に最高裁判所判事として国民審査を経た後十年を経過しない者については、その後長官に任命されたとしても改めて国民審査に付する必要はないものと考えられる。

〔判例〕

1 最高裁判所裁判官国民審査の趣旨（最高裁判所裁判官国民審査の効力に関する異議事件）

（最高裁・昭二七・二・二〇判決（大）
民集六卷・二号二二三頁）

最高裁判所裁判官任命に関する国民審査の制度はその実質において所謂解職の制度と見ることが出来る。それ故本来ならば罷免を可とする投票が有権者の総数の過半数に達した場合に罷免されるものとしてもよかつたのである。それを憲法は投票数の過半数とした處が他の解職の制度と異なるけれどもそのため解職の制度でないものとする趣旨と解することとは出来ない。只罷免を可とする投票数との比較の標準を投票の総数に採つただけのことであつて、根本の性質はどこ迄も解職の制度である。このことは憲法第七九条三項の規定にあらわれている。同条第二項の字句だけを見ると一見そうでない様にも見えるけれども、これを第三項の字句と照し会せて見ると、国民が罷免すべきか否かを決定する趣旨であつて、所論の様に任命そのものを完成させるか否かを審査するものでないこと明瞭である。この趣旨は一回審査投票をした後更に十年を経て再び審査することに見ても明である。一回の投票によつて完成された任命を再び完成させるなどということは考えられない。……かくの如く解職の制度であるから、積極的に罷免を可とするものと、そうでないものとの二つに分かれるのであつて、前者が後者より多数であるか否かを知らんとするものである。論旨にいう様な罷免する方がいいか悪いかわからない者は、積極的に「罷免を可とするもの」に属しないこと勿論だから、そういう者の投票は前記後者の方に入るのが当然である。それ故法が連記投票にして、特に罷免すべきものと思う裁判官にだけ×印をつけ、それ以外の裁判官については何も記さずに投票させ、×印のないものを「罷免を可としない投票」（この用語は正確でない、前記の様に「積極的に罷免する意思を有する者でない」という消極的のものであつて、「罷免しないことを可とする」という積極的の意味を持つものではない、——以下仮りに白票と名づける）の數に算えたのは前記の趣旨に従つたものであり、憲法の規定する国民審査制度の趣旨に合するものである。罷免する方がいいか悪いかわからない者は、積極的に「罷免を可とする」という意思を持たないこと勿論だから、かかる者の投票に対し「罷免を可とす

るものではない」との効果を発生せしめることは、何等意思に反する効果を発生せしめるものではない。解職制度の精神からいえば寧ろ意思に合する効果を発生せしめるものといつて差支ないのである。それ故論旨のいう様に思想の自由や良心の自由を制限するものでないこと勿論である。……裁判官は内閣が全責任を以て適當の人物を選任して、指名又は任命すべきものであるが、若し内閣が不適當な人物を選任した場合には、国民がその審査権によつて罷免するのである。この場合においても、飽く迄罷免であつて選任行為自体に關係するものではない。国民が裁判官の任命を審査するということは右の如き意味でいうのである。それ故何等かの理由で罷免をしようと思う者が罷免の投票をするので、特に右の様な理由を持たない者は総て(罷免した方がいいか悪いかわからない者でも)内閣が全責任を以てする選任に信頼して前記白票を投ずればいいのであり、又そうすべきものなのである。(若しそうでなく、わからない者が総て棄権する様なことになると、極く少数の者の偏見或は個人的憎惡等による罷免投票によつて適當な裁判官が罷免されるに至る虞があり、国家最高機関の一である最高裁判所が極めて少数者の意思によつて容易に破壊される危険が多分に存するのである)、これが国民審査制度の本質である。それ故所論の様に法が連記の制度を採つたため、二三名の裁判官だけに×印の投票をしようと思う者が、他の裁判官については当然白票を投ずるの止むなきに至つたとしても、それは寧ろ前に書いた様な国民審査の制度の精神に合し、憲法の趣旨に適するものである。決して憲法の保障する自由を不当に侵害するなどというべきものではない。総ての投票制度において、棄権はなるべく避けなければならないものであるが、殊に裁判官国民審査の制度は前記の様な次第で棄権を出来るだけ少なくする必要があるのである。そして普通の選挙制度においては、投票者が何人を選出すべきかを決するのであるから、誰を選んでいいかわからない者は良心的に棄権せざるを得なくなるといふことも考えられるのであるが、裁判官国民審査の場合は、投票者が直接裁判官を選ぶのではなく、内閣がこれを選定するのであり、国民は只或る裁判官が罷免されなければならないと思う場合にその裁判官に罷免の投票をするだけで、その他については内閣の選定に任かす建前であるから、通常の選挙の場合における所謂良心的棄権という様なことも考慮しないでいいわけである。

〔部内資料〕

〔憲法資料④〕

1 最高裁判所裁判官国民審査の投票方式について

(昭五〇・九・一六)

一 現行国民審査法の合憲性は、最高裁大法廷判決(昭二七・二・二〇)によつて認められている。

二 問題は、国民審査法を改正し現行の投票制度と異なつた方式をとることとする場合に、それが憲法に違反することとなるかどうかである。

三 共産党は、昭五〇・九・五に国民審査法改正案を發表した。なお、新聞報道(昭五〇・八・二九朝日)によれば、社会党も国民審査法の改正を図る方針を定めた由である。

四 共産党及び社会党の改正案の要点として伝えられるものは、信任は○、不信任は×の記入をするようにし、×が○を上回れば罷免される。なお、無記入は棄権とするものである。

五 国民審査制度の法的性格については、前記最高裁判決は、憲法第七九条第三項の解釈から導かれる結論として、解職投票の制度であると断定している。この点については、学説も多く支持している。しかし、なかには解職投票の制度であるとともに、任命の適否について国民が審査するという意義もあるとするものもある。

六 そこで、共産党及び社会党の改正案が憲法上許されるかどうかについては、次のような考え方があり得る。

(一) 国民審査制度は解職投票の制度であるから、違憲。

(二) 国民審査制度は、解職投票の制度であるが合憲。

(三) 国民審査制度は、任命の適否について国民が審査する制度(信任投票制度)という性格もあるから合憲。

七 右のうち(三)については、前記最高裁判決の立場とそもそも前提を異にするので、政府としては、その考え方には同調するわけにはゆかない。

八 前記最高裁判決は、現行国民審査の投票制度の合憲をいうのみであつて、他の投票方法、合憲違法については直接触れるところはない。

しかし、「解職の制度であるから、積極的に罷免を可とするものと、そうでないものの二つに分かれるのであつて、前者が後者より多数であるか否かを知らんとするものである。罷免する方がいいか悪いかわからない者は、積極的に「罷免を可とするもの」に属しないこと勿論だから、そういう者の投票は前記後者の方に入るのが当然である」と述べているところからみて、次のように解される。

(一) 信任は○と記入させるのは、国民審査としても必要な「積極的に罷免を可とするものでない」という意志の表示以上に「積極的に信任する」という意志の表示を投票者に求めるものであるから、憲法において認められている国民審査の制度のわくをこえるものとして、憲法上許されないのではないか。

(二) ○及び×の記入をしない投票を棄権とし、投票数に入れないことは、罷免する方がいいか悪いかわからない投票は、本来、「積極的に罷免を可とするものでない」という意志の表示として取扱ひ、「積極的に罷免を可とするもの」と「そうでないもの」との比較算定においては、後者の方に入れるべきであるにもかかわらず、それを入れないのであるから、憲法において認められている国民審査の制度の法的性格に明らかに反するものとして、憲法上許されないのではないか。

〔外部資料〕

1 最高裁判所長官に対する国民審査について

（昭四七・三・一四 第六八回）
法務大臣官房司法法制調査部

（問） 現最高裁判所長官に対して、長官としての適否を審査するための国民審査を実施すべきであると考えているが、法務当局の見解を問う。

（答） 1 憲法第七十九条第二項に規定する国民審査の趣旨は、最高裁判所が法令の合憲性の審査を含む終審裁判所としての裁判等の重大な任務を遂行するものであることにかんがみ、その構成員たる裁判官がその職責にふさわしい者であるか否かを直接審査する権能をとくに主権者たる国民に保障しようとするところにあると考えられる。

ところで、最高裁判所の長たる裁判官も、右のような憲法上の最高裁判所の裁判官としての権能ないし職責においては、最高裁判所のその他の裁判官と異なるところはないとみるべきであるから、右に述べた国民審査制の趣旨に照らしてみれば、長たる裁判官が国民審査に付される場合においても、それは、他の裁判官と同様に、その裁判官としての適否について国民の審査に付されるものといわなければならない。

（もつとも、法律がとくに長たる裁判官にのみ付与している権限（注一）がないわけではないが、それらの権限の内容からみて、その権限を有する者について改めて国民審査を必要とするような性質のものであるとは考えられない。）

2 次に、現に最高裁判所判事である者を最高裁判所長官に任命する行為は、その実質において、最高裁判所の裁判官としての身分を中断させることなく、長たる裁判官の地位を付与するものであり、最高裁判所の裁判官たる地位においては前後一貫して変動はないものと観念すべきである。

このように最高裁判所の裁判官としての地位に別段の変動がもたられない以上、すでに最高裁判所判事として最高裁判所の裁判官の国民審査を経た後一〇年を経過していない者については、その者が最高裁判所判事として在職したまま最高裁判所長官に任命されたからといって、改めて国民審査に付されるべきいわれはない。

（また、最高裁判所裁判官国民審査法第二条は、前述した国民審査の憲法上の趣旨に沿って、長たる裁判官とその他の裁判官との間になんらの区別を設けていない。

現に、現最高裁判所長官の前任者も最高裁判所判事から最高裁判所長官に任命されたのであるが、すでに最高裁判所判事当時に最高裁判所の裁判官として国民審査に付されていたので、長官に任命された後には、改めて国民審査に付されていない（注二）。

裁判所法第三九条第四項は、長たる裁判官とその他の裁判官を区別しているような表現をしているが、これは同条の第一項から第三項までが、最高裁判所長官・最高裁判所判事という官名を用いて規定したことによるものであつて、前記の憲法の解釈になんら影響を及ぼすものではない。

3 なお、最高裁判所の裁判官の国民審査は、最高裁判所大法廷判決（注三）の判示するとおり、「裁判官の任命を完成させるか否かを審査する」ものではなく、「裁判官を罷免すべきか否かを決定する」いわゆる解職の制度であるから、最高裁判所判事から最高裁判所長官に任命された者について、改めて最高裁判所長官への任命について国民審査を行なわなければならないとする理由はなく、前述のとおり「最高裁判所の裁判官」たる地位にある者を罷免すべきか否かについて国民審査を行なえば足りるものと解すべきである。

（注一）

(1) 裁判所法は、長たる裁判官に最高裁判所長官という官名を与え（五条）、最高裁判所長官が、司法行政

事務に関して裁判官会議を総括し、その議長となり（一二条）、若干の職員を監督する地位に立つ（五三条二項、五六条二項、五六条の三等）ことを定めている。

(2) 最高裁判所裁判事務処理規則は、大法院・小法院において最高裁判所長官が裁判長となる（三条但書、八条一項）ことを定めている。

(3) その他、たとえば、皇室典範二八条二項（皇室會議議員）、国家公務員法六条一項（人事官の宣誓の立会）、国会法七二条二項（国会委員会の出席説明）、財政法一七条、一八条二項、二〇条二項（予算作成上の権限）。

〔注二〕 石田和外氏は、昭和三八年六月六日、最高裁判所判事に任命され、同年一月二一日施行の衆議院議員総選挙の際国民審査に付されたが、同氏が昭和四四年一月一〇日最高裁判所長官に任命されたのちはじめて行なわれた同年十二月二七日施行の衆議院議員総選挙の際には、国民審査に付されなかった。

なお、石田和外氏の前任の最高裁判所長官である横田正俊氏は、昭和三七年二月二八日最高裁判所判事に任命され、昭和三八年一月二一日施行の衆議院議員総選挙の際国民審査に付されたが、同氏が昭和四一年八月六日最高裁判所長官に任命されたのちはじめて行なわれた昭和四二年一月二九日施行の衆議院議員総選挙の際には、国民審査に付されなかった前例がある。

〔注三〕 昭和二七年二月二〇日最高裁判所大法院判決（最高裁判所民事判例集六卷二号一二二頁）

〔諸家の説〕

1 最高裁長官の国民審査

○現代法ジャーナル(昭四七年五月号) 四二頁 有倉遼吉(早大教授)

(1) 日本弁護士連合会(日弁連)理事会は、二月一九日、「次の衆院総選挙の際、石山和外最高裁長官に対して、長官としての適否を審査するための国民審査を実施すべきである」との意見書をまとめ、近く自治省の中央選挙管理会に申し入れることを決めたと伝えられる(四七・二・二〇朝日、読売)。歴代長官のうち、最高裁判事から長官に任命されたのは、現長官と横田正俊前長官の二名であるが、先例では、両氏とも最高裁判事として国民審査を受けただけで、長官としては、国民審査を受けていない。すなわち、横田氏は昭和三七年二月に最高裁判事に任命され、翌三八年一月に国民審査を受けた後、四一年八月に長官に任命されたが、四二年一月の国民審査の対象とはなっていない。石田長官は、三八年六月に判事に任命され、同一一月に国民審査を受けた後、四四年一月に長官に任命されたが、同年二月の国民審査では、その対象になっていない。その理由は、自治省が従来「長官もヒラの最高裁判事も、憲法上、最高裁の裁判官であることには変わりなく、ヒラの最高裁判事として国民審査をうけていれば、長官に昇格しても改めて審査をやり直す必要はない」との立場をとってきたからだといわれる(同上朝日)。

この先例と解釈にまつところから反対しているのが、今回の意見書であつて、その主張の根拠は、(一)憲法は「最高裁判所は、その長たる裁判官及びその他の裁判官で構成し」と定め、裁判所法も最高裁の裁判官に最高裁長官と最高裁判事(一四人)の二つの官職(身分)があることを明記している、(二)長官は、大法院の裁判長となり、裁判官会議を総括するなど、一般の最高裁判事と異なり三権分立下で司法を代表する特別の地位と職責をもつ、(三)任命権者も憲法上、長官は天皇、ヒラの最高裁判事は内閣とはつきり区別されている、等の点に求められ、このため、上記意見書は、「石田長

官は四四年一月一〇日に、いつたん最高裁判事の職を失い、あらためて長官に任命されたとみるべきで、国民審査のやり直しが必要」とのべているといわれる（同上朝日）。

意見書の詳細は、その公表をまつほか、これを知るよしもなく、また従来 of 学説も、これらの点を多く論じたものはなかつたが、最近になつて、綿密に論点を整理分析し、最高裁長官自体に対する国民審査の必要を立証した有益な文献（山下健次「最高裁判所長官にたいする国民審査」法と民主主義六二号四一頁以下）を得るにいたつた。その論ずるかぎりにおいては異見をはさむ余地はなく、つけ加えるところもないので、後に簡単にふれるにとどめ、本稿はやや別個の憲法的視点から、この問題をあつかつてみたい。

(2) 第一の視点は、憲法一五条一項「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」との規定の再検討に関するものである。この規定に関する従来の通説的見解は、「公務員の任免についての始源的な権利を国民が有し、すべての公務員の地位は、直接又は間接に国民の意思にその基礎を置くことを意味し、従つて、現実の具体的な公務員の任免を直接に国民が行うことは本項の要求するところではない。右のような意味での抽象的な国民の基本権を規定したものと考えられる」（「註解日本国憲法上巻②」三六二頁）、「本項は、あらゆる公務員の終局的任免権が国民にあるという国民主権の原理を表明したもので、かならずしも、すべての公務員を国民が直接に選定し、罷免すべきだとの意味を有するものではない」（宮沢「日本国憲法」二二〇頁、同旨、佐藤「憲法」一一三頁）というものであつて、要するに、原理・理念・方針規定と解するものである。したがつて、公務員の地位が終局的に国民の意思にとつけば、一五条の要請に矛盾するものではなく、その具体化は憲法の他の規定や法律に委ねられる、という消極的意味をもつものにすぎなかつた。いわば国民主権原理の公務員制度における具現規定にすぎず、模言すれば、国民主権主義憲法の下ではほとんど無意味な規定となるのである。

右の通説的見解に対して、つとに批判的見解があるが、その特色は、選定権と罷免権を区別するところに見られる。

すなわち「罷免権は、選定権とは性質が違う。もし国民が、自らの欲しない公務員が、その地位にあるのに対して、一指もふれることができないとすれば、それは国民主権の本旨にそわないことといわなければならない。その意味で、現行法の認めている公務員の国民による罷免の制度は、甚だ不充分であるというべきである」（鶴飼「憲法」一五四頁）とし、「それは、あらゆる公務員リコール制規定の憲法的要請の法意を内在するもの」（田畑「憲法学講義」一八四頁）とするのがこれである。さらに「憲法一五条の合理的解釈」によれば、「必然的に国会議員の罷免を国民が直接これを行うことが、憲法上要請されている」（時岡弘「公務員の罷免権」拓殖大学論集一一号一三三頁）との見解もある。

両説の当否をここで詳論するつもりはないが、憲法規定の規範性を否定し、理念ないし方針だけにとどまるとするためには、それだけの合理性を示す必要がある。かつては方針規定にとどまるとせられていたいわゆる「社会権」に関する規定も、現在では一定の条件の下に規範性を与え、裁判上訴求しうる権利性を認める努力がなされ、成果をあげていることをおもうべきである（代表的文献として、大須賀明「憲法上の不作為」早稲田法学四四卷一・二号一四五頁以下、「社会権」の権利性」法律時報四三卷一号二二頁以下）。憲法一五条についても、これを単に理念規定にとどまると解するとすれば、国の立法・行政公務員のいつさいについて国民解職制を認めていない現状を肯定する機能をいとなむ結果となる。もとより、積極説（規範説）においても、国会議員のリコール制を欠く現状が直ちに立法不作為による違憲を招くかどうか、国の行政公務員のいかなる範囲をいかなる手続で罷免すべきか、等の点について、なお論証を必要とする。ただ現段階でいえることは、合理的理由があるかぎり、公務員の罷免権（国民解職制）を認めることが憲法一五条の規範的要請であり、すくなくとも憲法の精神である、ということである。

最高裁判官の国民審査制については、右の積極説においても、憲法七九条二項の存在を指摘するだけで、あまり触れるところはない。しかし、憲法一五条の精神をもつて七九条二項を律するとすれば、その解釈の基本的視点として、合理的枠組みの範囲内で、国民審査の対象範囲とその機会を拡大すべきであつて、いやしくもこれを縮減すべきではな

いということになるであろう。

〔憲法資⑨〕

(3) 第二項の視点は、憲法七九条二項の趣旨・目的と、これから生ずる審査基準に関するものである。趣旨・目的については、簡潔にまとめられた次の記述が妥当するであろう。「(1)主権者である国民の直接投票によつて国会および内閣に対する最高裁の権威と独立性とを担保すること、(2)任命後最初の審査においては、内閣の任命行為を事後的にコントロールし、必要があれば『是正』すること、(3)一〇年後に行なわれる審査においては、専ら、過去の職務遂行の実績に鑑み、当の裁判官が不適任である場合に解職することである。そして、この審査の特質は、最高裁裁判官が司法部の最高責任者として、政治的機能を果たすことになったことと関連して、弾劾裁判がいわば刑事責任の追及であるのと異なり、各裁判官の憲法政治責任（基本的人権保障者としての）を直接国民に問うところに存すると解してよい」（深瀬「最高裁判所裁判官国民審査の意義」ジュリスト・統判例百選一三頁）。

右の趣旨を通ずる原則は、要するに裁判官の憲法に対する忠誠度への国民の批判にあるといつてよいであろう。(1)の意味は、違憲立法審査権が最高裁に与えられていることと関連して、「最高裁の裁判官が国会と対立し、又内閣と対立する危険」（岡田玄之三朗「日本国憲法審議要録」四六〇頁）がある場合における国民の審判を期待するところにある。本来の立法趣旨は、強い身分保障を受けている最高裁裁判官に対する批判的意味をもつものである。このことは、右政府答弁に「対立する危険」とあることによつて知られる。しかし、今日の状況のように、内閣の任命権を媒介として、立法・行政・司法（最高裁）部の等質化現象がみられる場合には、逆に違憲立法審査権が行使されないことに對する批判の意味をもつことになる。つまり、違憲立法審査権の不当な「行使」に對する批判の意味よりも、不当な「不行使」に對する批判の意味が活かされるべきである。違憲立法審査権の行使・不行使の問題は、制度的問題ではなく、基本的人権保障に関する憲法への忠誠度の問題に歸する。右深瀬見解の「各裁判官の憲法政治責任」が憲法への忠誠度の問題であることはいうまでもない。

裁判官弾劾法二条が裁判官罷免事由を明定しているのに対して、最高裁判官国民審査法においては、審査事由を定めていない。制度上定めることが無理であること、弾劾事由よりも広くて限定できないこと、等によるものである。したがって、国民の審査基準は、現実には国民の内心に任ざれており、罷免を可とする投票が何を基準として行なわれたかは、事実上も知ることができないし、法的にも限定されていない。しかし、制度の趣旨にてらしてみると、裁判官の憲法に対する忠誠度を基準とすることが、原則的には望ましいというべきであろう。憲法は国民の人権を守るための国民意思の最高の表現規範であるからである。

ところで、上述のごとく、国民審査制度は、弾劾制度とことなり「国民の各自がもつと広い角度から、人物、思想、能力等を判断し、その職に留まることを不適当と認める者に、罷免を可とする投票をする」（昭二四・一二・五東高）制度であるから、裁判上の意見はこれを判定する重要資料の一にすぎない。ただ一般の最高裁判事に関しては、裁判上の意見を通じて知るほかはないため、事実上唯一の資料とするほかはないのである。最高裁長官はこれと異なる。裁判作用についても、大法院においても裁判長となる等の特殊性は別として、司法行政の面において格段の相違がある。

「最高裁判所が司法行政事務を行うのは、裁判官会議の議によるものとし、最高裁判所長官が、これを総括する」（裁判所法一二条一項）と定められている。そのため「司法部内外における長官の司法行政事務の『総括』事項は多種多様にわたり、長官のパーソナリティのいかんによつては（中略）、さまざまな、微妙な司法行政上の問題を惹起する」（和田英夫「最高裁判所論」一六五頁）といわれる。その他、「昭和二八年一月以来、最高裁が、長官および各小法廷から一名ずつ選出された裁判官をもつて構成する常置委員会司法行政を処理してきている」（山下・前掲四三頁）事実、最高裁事務総長に対する監督権（裁判所法五三条二項）、司法研修所長に対する監督権（同五六条二項）、裁判所書記官研修所長に対する監督権（同五六条の三、二項）、家庭裁判所調査官研修所長に対する監督権（同五六条の五、二項）、最高

裁判所図書館長に対する監督権（同五六条の六、二項）等に見られる特殊な地位と権限をもっている。

〔憲法資⑧〕

法のルートからみれば個人的とみられる最高裁判官の言動も、純然たる個人的なものではなく、最高裁判官の地位と結合している場合が多い。昭和四五年五月二日、憲法記念日の前日の記者会見席上行なわれた有名な石田長官発言はその適例である。その内容は周知のごとく、極端な軍国主義者、国家主義者、無政府主義者、はつきりした共産主義者などは裁判官にふさわしくないこと、裁判官はその政治的中立性を疑われるような行動を慎しむべきこと、違憲立法審査権の発動はきわめて慎重な態度であるべきこと、等であつた。この発言に対する批判は、すでに多く語られており、また本稿の課題ではない。ここで指摘したいことは、これらが石田長官個人の見解であるとしても、最高裁判官のゆえに記者会見が行なわれ、その結果発言がなされたという事実である。しかも、最高裁判官の発言なるがゆえに、司法部内外にきわめて大きな反響を呼んだということである。

このようにみると、最高裁判官は、司法行政上、法的にも事実上も、他の最高裁判事ときわめてことなつた地位をもっていることが知られる。最高裁判官を全体としてみた場合、他の最高裁判官と異質のものとさえいえる。最初に紹介した自治省の立場、すなわち、長官もヒラの最高裁判事も、「最高裁の裁判官であることに変わりなく」、「長官に昇格」しても改めて審査をやりなおす必要はない、という意見は、この意味において不当である。かりに国民審査制度が、裁判官の裁判のみを判断資料とするのであれば（この場合でも大法院の裁判長として訴訟指揮権をもつという特殊性が問題として残るが、いちおう度外視するとして）、裁判自体においては最高裁判官も他の裁判官に優越するものではなくいわゆる同輩中の首席であるにすぎないから、長官も他の裁判官も「最高裁の裁判官であることに変わりはない」ということもいえるかもしれない。しかし、既述のとおり、司法行政をもふくめて判断資料が形成されるものであるから、同じく最高裁の裁判官であつても、国民審査との関連においては、異質の存在であるというべきである。また「長

官に昇格」という表現も必ずしも適切とはいえない。「昇格」とは「昇任」と同様の意味と解されるが、それは職務内容の同質性を前提とした観念である。昭和四四年一月一日の官報・人事異動欄をみても、内閣所管として、「最高裁判所判事 石田和外 最高裁判所長官に任命する（一月一日）」と示されており、同日の防衛庁人事には、「二等海佐」某を「一等海佐に昇任させる」と示されている。昇任は後の場合のように職務の同質性を前提とし、異質な職務が加わる長官の場合は日弁連意見書のいうように「いつたん最高裁判事の官職を失い、あらためて長官に任命された」とみるべきであろう。

以上、憲法一五条一項と七九条二項の趣旨を総合して考えるならば、最高裁判事として国民審査を受けた者が長官に任命された場合は、長官としての適否の審査を改めて受けなければならないこととなる。

(4) 憲法七九条およびこれに関連する裁判所法五条（裁判官）・三九条四項（国民審査）、国民審査法一条等の文理解釈については、多くふれる余裕はなく、前記山下論文を参照されたい。ただ一言すれば、憲法七九条二項を同一項と関連させて解釈すれば、憲法規定だけの文理解釈からも、最高裁長官としての国民審査の必要ことが判明することである。すなわち、一項では、最高裁は「長たる裁判官」と「その他の裁判官」で構成する、と定め、二項では、これを受けて「最高裁判所の裁判官」すなわち「長たる裁判官」および「その他の裁判官」の「任命」が国民審査に付される、と定めているのであるから、「長たる裁判官」の「任命」が国民審査の対象となることは当然である。裁判所法三九条四項が「最高裁判所長官及び最高裁判所判事の任命は……国民の審査に付される」と定めているのは、右の憲法規定をまとめて定めたものといえる。要するに憲法諸規定の趣旨・文理解釈等を総合すれば、最高裁長官の任命はそれ自体として国民審査の対象となるというべきである。

2 最高裁判所裁判官国民審査の対象となる裁判官の範囲

○時の法令（昭四二・二・三号） 八頁

今度の衆議院議員の総選挙のさいには、同時に七人の最高裁判官についての国民審査が行なわれた。この国民審査は、むろん、憲法第七十九条第二項の「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際の国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。」という規定に基づいて行なわれたものである。今度審査に付された七人の裁判官は、いずれも任命後はじめての審査であつて、任命後十年経つたことによる第二回の審査に該当した人はない。

ところで、今度の国民審査の対象になつた裁判官のうちに、昨年八月最高裁判官に任命された横田正俊氏が含まれていないことに若干の疑問をいだいた向きはなかつたであろうか。実際問題として、横田長官を今度の国民審査の対象に加えるべきかどうかについては、政府部内にもちよつとした議論があつたようである。

横田正俊氏が最高裁判官に任命されたのは昨年八月であるが、その前、同氏は最高裁判事であつて、判事としてすでに国民審査を受けており、長官でも判事でも最高裁判所の裁判官であることには変りはないのであるから、長官に任命されたからといって、あらためて国民審査に付する必要があるというのが、今回、横田長官が国民審査の対象から除かれた理由のようである。

しかし、最高裁判官は、内閣の指名に基づいて天皇の任命するものであり（憲法六条二項）、最高裁の平の判事は、内閣が任命するもの（憲法七十九条一項）であるから、両者は任命権の所在がちがうわけであり、平の判事としていくら国民審査を受けていても、長官に任命されれば、あらためて国民審査に付すべきではないかという議論も立ちそうにみえるが、そのところは、憲法第七十九条第一項が、「最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、……」と、長官も、その他の判事も、ともに最高裁の裁判官という名称でくくり、この意味の

裁判官について、憲法七九条第二項で、前掲のように、任命後最初の、または一〇年後の総選挙のさいの国民審査を定めているので、最高裁判官という身分に変化のない以上、平の判事が長官になつても、最高裁判官のあらたな任命があつたという必要はないという解釈が成り立つわけで、今回の国民審査は、この解釈の下に行なわれたものと思われる。この点は、もし解釈上のあやまりがあつて、憲法上国民審査に付すべき裁判官を国民審査に付さなかつたとすれば、憲法違反の国民審査となるわけであるから、そのところは政府部内で十分慎重に検討された上のものである。 (PQR)

3 最高裁長官の国民審査について

○時の法令（昭四六・一〇・一三号） 一〇頁

九月下旬の二、三の新聞紙の上に、石田最高裁長官は無資格の長官であるという法解釈を大阪弁護士会の司法権独立特別委員会と臨時司法制度対策特別委員会の合同部会で出したということが、かなり大きく報道された。

いささかショッキングな記事なのでどういふことかと思つて内容を読んでみると、最高裁長官と長官以外の平の最高裁判事は、憲法上任命権者がちがうから（最高裁長官は、内閣の指名に基づいて天皇が任命し、長官以外の最高裁裁判官は、内閣が任命し、天皇が認証する）、憲法第七九条第二項に基づく国民審査は、長官とそれ以外の裁判官とは別々に受けるべきものであるが、石田長官の場合は、同長官が、はじめ平の最高裁判事に任命された直後の昭和三八年一月の衆議院議員総選挙のさいに国民審査に付されただけで、昭和四四年一月に長官に任命されたあと、同年一二月に衆議院議員総選挙があつたにもかかわらず、そのさい長官として国民審査に付されていない。これは憲法第七九条第二項に違反する措置であり、したがつて、石田長官は、右の昭和四四年一二月の総選挙後は、無資格の長官となつたといふことのようにである。それでは、石田長官の場合、どうして、右のように、昭和四四年一二月の総選挙のさい国民審査に付

されなかつたのかという、従来の政府・最高裁方面の解釈では、最高裁長官も、平の最高裁判事も、ともに、もつとひろい観念としての最高裁の裁判官であり、憲法第七九条第二項は、「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後一〇年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。」と定めて、最高裁の裁判官として国民審査を受けるようになつてゐるから、平の最高裁判事として、いつたん、国民審査を受けた以上、その人がちに長官になつても、長官としての国民審査は別に必要でなく、の前判事としての国民審査のときから通算して一〇年経過しなければ、あらためて国民審査を受ける必要はないということであつたからである。したがつて、石田長官の場合、はじめ平の判事としての国民審査が昭和三八年一月に行なわれているから、同氏が長官となつても、その二回目の審査は、最初の審査より一〇年経過した後に行なわれる総選挙のさいにされれば、それで足りるというわけなのである。石田長官の前任の横田（正）長官の場合も平の判事から長官に昇格したが、右の解釈によつて長官となつたあと、長官としての審査は受けていない。

*

*

*

それでは、従来の政府、最高裁方面の解釈と、こんど大阪弁護士会が明らかにした前掲新解釈とをくらべてみた場合、どちらにより多くの正当性があるであらうか。

裁判所法第三九条は、第一項で、最高裁長官と最高裁判事の任命手続を各別に規定し、第四項で、「最高裁判所長官及び最高裁判所判事の任命は、国民の審査に関する法律の定めるところにより国民の審査に付される。」と定めている。この規定だけをみると、長官と長官以外の平の裁判官（最高裁判事）は、各別に国民審査に付されるという立て前であるというように解されないこともない。しかし、この第三九条の規定は、すべて憲法の第六条、第七九条などと同じことを定めたものであり、その解釈は、やはり、憲法の規定を根拠として行なうべきものであらうと思われる。

そこで、憲法上の国民審査に関する第七九条第二項の規定は前掲のとおりであるが、この規定では、国民審査の対象となる者を、「最高裁判所の裁判官」とのみ表現しており、これを同条第一項の「最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。」という規定（憲法は、裁判所法の場合のように平の最高裁判官について、最高裁判事という官職名を用いていない）、同第五項の「最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する。」という規定などと読みあわせると、憲法は、第七九条第二項の場合を含めて、「最高裁判所の裁判官」という文言を、長たる裁判官およびその他の平の裁判官の双方を含むことばとして使っていることが認められる。したがって、憲法は、国民審査については、長官とそれ以外の裁判官を各別に区別することなく、両者の在任期間があるときは、その在任期間を通算してこれを行なうべきものとしていと解釈するのが自然であらうと思われる。そして、こういう解釈は、ことがらの実質から考えても、国民審査が、長官とか平の裁判官という組織法的な地位に着目するものではなく、最高裁で裁判を行なう最高裁の裁判官という機能的な面に着目して設けられたものと解すべきものと考えられるところからみても相当であらう。そういうところからいうと、裁判所法第三九条が、こういう考え方を特別に排除し、長官たる裁判官と、それ以外の平の裁判官とは各別に国民審査に付されるべきものとするという解釈を前提として定められているとするほどの意味をもつものとするとは、とうていできないのではあるまいか。

こう考えてくれば、最高裁長官の国民審査に関する解釈については、政府・最高裁の従来の方針に軍配をあげるのが妥当であらうと思われる。

4 任期および国民審査

(PQR)

○全訂憲法概説・田上穰治 (二六四～二六五頁)

裁判官の地位の保障による民主政治との矛盾を防ぐため、下級裁判所の裁判官は任期を十年とする。但し再任を妨げない（憲法第八〇条）。判事補から判事に任命された場合のように、転官にあつては、新たな任命の時から任期を起算すべきである。最高裁判所の裁判官の任命は、その任命の後初めて行われる衆議院議員総選挙の期日、およびその後十年を経過した後初めての総選挙の期日に、国民の審査に付し、その後も同様とする（憲法第七九条）。最高裁判所判事が最高裁判所長官に任命された場合にも、その任命の直後の総選挙の期日に国民審査を行うのは、いうまでもない。憲法の規定では、任命を可とするか否かの審査のようにみえるが、審査の目的は罷免の事由の存否であつて任命の瑕疵の存否でないから（最高二七年二月二七日大法院判決）、罷免を可とする旨を記載せしめ、その投票が過半数になつた裁判官は、審査無効もしくは罷免無効の訴の出訴期間を経過した日またはこれらの訴につき裁判が確定した日に、その地位を失う。国民審査における投票総数が、選挙人名簿確定の日においてこれに記載された者の総数の百分の一に達しないとき、罷免の効果を生じない旨の規定もまた、国民審査が国民解職の一種であることを示している（最高裁判所裁判官国民審査法第三二条第三五条）。

三 報酬

〔国会答弁例〕

1 裁判官の報酬に関する憲法第七九条の規定の趣旨

(昭三四・二・一七・第三二回 旧〔司法〕
参・法務委・六号七頁 七九条5)

△対大川光三 愛知法相・(最高裁)内藤事務次長答弁▽

○大川光三君 …… 憲法 …… 七九条の一番末尾の項で、「最高裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。」と、こういうように定められておる。 …… 相当額の報酬というものは何であるか …… 今回のこの改正案を見てみますと、 …… 裁判官の優位という点が多少ぼやけて …… 判事、検察官の報酬、俸給の立て方が全く平等化されてきた。 ……

○国務大臣(愛知揆一君) …… 裁判官の報酬ということが特に明記せられておるといふ点の趣旨は …… 裁判官の職責の重大なこと、国民の信頼を十分保持し得るに足るような待遇を保障する、こういう私は趣旨であると考え …… 一般の国家公務員 …… よりも低くなるようなことがあつては、これは大へんであるという考え方から、この立案に急遽当たったわけでございます。 …… 判事と検事の關係についてお触れになりましたが、 …… 当初 …… 完全な判検事同格の原案が大蔵省当局を通じまして一応出ております。それを、特に一号俸上のものを閣議でも何回か問題にいたしましたして、上げてもらいました。 …… 現在置かれておる環境の中においては、不十分ながら私は趣旨が通ったと思うのでありますが、 …… 私はこれで決して満足しておらぬ ……

○大川光三君 …… 厳格に …… 憲法の精神を考えてみたときに、裁判官の報酬と検察官の俸給とが平等化されていくということ、法律的にはいいのかどうか。 ……

○国務大臣(愛知揆一君) まことにごもっともな御意見 …… と思いますが、率直に申しまして、 …… それなら、

検察官は一般公務員よりも低いものだというようなことになっては、これまた一大事でございます。……………そこで、……………いろいろの御意見はございましょうが、憲法の規定、あるいはその趣旨、沿革等にかんがみまして、……………特号俸というものを判事に作りまして、そこでこの趣旨を生かすということにいたしました……………まだまだ改善の余地があると思っておりますけれども、現在の状況下においては、これによってようやくそれらの点を何とかバランスをとった。こういう格好になっております……………

○最高裁判所長官代理者（内藤頼博君）……………憲法に定めました裁判官の相当額の報酬という意味は、ただいま法務

大臣がお述べになりましたように、裁判官の重要な職責と、それを果すのについて、国民の十分な信頼を得るという待遇を与えるべきである趣旨であるというお答えでございましたが、私も全くその通りであると存じます。……………裁判官の報酬制度と申しますのは、……………司法制度の一環というように私ども考えている……………そこで、司法制度のあり方について常に……………最も関心を持っております裁判所の裁判官が、こういうことに対してもやはり関心を寄せるわけでございます。……………私といたしましては、裁判官について、現状についてはまあできるだけのことをしたという法務大臣の御苦心が十分にわかるわけでございます。検察官につきましては、私もやはり、検察官は裁判官に準じて待遇さるべきものだというふうに考えておるわけでございます。……………裁判所の中には、今回の案に対するいろいろな批判ももちろんございます。しかしながら、……………裁判官だけに特に特号というものを設けられて、一般公務員にない一つの高いクラス、グレードを一つ作っていただきましたということは、……………現状において最大の努力をしていただいたということは、十分に御了承を申し上げるわけでございます。

2 裁判官の期末手当及び勤勉手当の支給割合の減少の合憲性について

〔昭五一・一一・四・第七八回〕〔司法〕
〔参・法務委・六号一二頁〕〔七九条6〕

△対原田立 (法) 賀集司法法制調査部長答弁▽

○原田立君 人事院勧告がなされて〇・二カ月分の減額という事態が発生するようになってきているやに聞いているわけですが、裁判官は、憲法第七十九条六項、八十条二項で、最高裁判所、下級裁判所の裁判官はすべて定期に相当額の報酬を受ける、この報酬は在任中これを減額することができない、かように決められているわけですが、今回の手当〇・二カ月分の減額は、憲法の規定から考えた場合、一体どのような判断をなさっておられるのか。

○政府委員(賀集唱君) ただいま御指摘の期末手当、勤勉手当の減額という点でございますが、これは減額という考え方よりも、支給率の支給割合の減率と言う方が考え方としては正しいのではないかと思います。

そこで、先ほどの憲法問題でございますが、ただいま仰せのとおり、憲法は、裁判官の報酬につきましては、ただ定期に相当額の報酬を受け在任中は減額されないことを保障するのみでございます。そして、相当額の報酬とは何かというところにつきましては何らの具体的基準を示しておりませんから、結局、その具体化は、裁判官の報酬に関する立法、国会の御判断にゆだねたものと解釈されるのでございます。そういたしますと、ただいま御審議いただいております裁判官の報酬等に関する法律、ここにその第二条が報酬というものを具体化して別表の形で載せておりますが、それが憲法で言う報酬なのだと、それを減ずるということは憲法の問題になりますけれども、憲法という報酬というのは、それを具体化した形でございますか、裁判官報酬法第二条に書かれている。それで、ただいま持ってきました宮沢先生の書物にも、同じように、「裁判官の報酬等に関する法律がその内容を定める。」と、このようになっておりますので、今回の勧告に従ってといいますか、〇・二カ月分の、それぞれ〇・一カ月分でございますが、減率がございまして憲法問題は起こらないと、このように考えております。

3 裁判官の期末手当の減額と憲法第七十九条、第八〇条について

（昭五三・一〇・一三・第八五回）〔司法〕
衆・法務委・一号二二頁 七九条7

△対横山利秋（最高裁）勝見人事局長・瀬戸山法相答弁▽

○横山委員 ……憲法七十九条六項、八十条二項、裁判所法四十八条で、裁判官の身分保障についてはそれぞれ規定を置いています。七十九条六項、八十条二項には「最高裁判所の裁判官は、これはもちろん下級裁判所を含むわけですが」「すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。」としておるわけであります。……一体この憲法の規定はどういうふうに解釈したらいいのか。「在任中、これを減額することができない。」——「在任中」という意味はどういうことなのか。在任してなかったらということはやめたことを言うのか、どういう場合を言うのであるか。あるいは「減額することができない。」という対象となる報酬というものは一体どういうものなのか。その点についてまず御意見を伺いたいと思います。

○勝見最高裁判所長官代理者 まず、憲法の「在任中」ということは、その者が裁判官の官にある間ということであろうかと存じます。それから、憲法上の保障と手当の問題でござりますが、御承知のように憲法では相当な報酬というところを規定しておりまして、具体的には規定しておりませんが、現在は、裁判官に關しましては裁判官の報酬等に関する法律という特別の法律を設けて、その憲法の趣旨を体现していると思います。裁判官報酬法を見ますと「報酬その他の給与」というような言葉を使っております。報酬はいわゆる基本給である本俸と考えます。その他もろもの手当が裁判官にも支給されておりますが、手当はいわゆる憲法に言う報酬には当たらないというふうに考えている次第でござ

います。……ただ、裁判官に対する報酬の保障が憲法上規定されているということでございますが、これが先ほどからお話ございましたように、仮に手当の名において相当額が裁判官にも支給されているような場合に、少なくとも裁判官だけがこれが減額になるようなことがあるとすれば、そのような場合にはやはり憲法上の問題は生ずるのではないかとというふうに考えます。

○瀬戸山国務大臣 実はこの報酬なり報酬法を改正しますときに、人事院の勧告があつて一般公務員も〇・一％の期末手当の削減をする、こういう問題がありまして、この案を検討いたしますときに、裁判所の関係ではいま憲法との規定の問題がありますから、これも実は部内でも検討いたしましたわけでございます。

細かい給与理論は私は知りませんが、いま憲法に規定してある、最高裁判所判事、裁判官または下級裁判所の裁判官の定期に受ける報酬という規定がありますけれども、これは先ほども話が出ましたが、いわゆる裁判官は法律、規則また裁判官の良心のみに従つて裁判をする、この重要な地位を侵してはならないという原則で裁判制度ができておる。その際に、経済的な問題で圧迫といいますか、裁判に影響を及ぼすようなことがあつてはならない、こういう趣旨で憲法に規定があるのだと私も解釈しております。そういう意味で、先ほど最高裁からも話がありました、定期に受ける報酬というのは月々に受ける相当な報酬、これに在官中削るという措置をしてはならない、そういう趣旨に解すべきものであらう、かような見解から今度の措置をとったわけでございます。

〔資料〕

1 裁判官の報酬に関する憲法問題

(昭二三・五・二〇)

一 「相当額」とは絶対的な額ではなく、裁判官の職責を考え、その時々における経済事情等に照して、相当と考えられる額を云うものであつて、第七十九条及び第八十条は、それを保障する意味である。(勿論相当額以上を給することを禁ずるものではない。)従つて、

(イ) 「相当額」を割る報酬を規定することが違憲であることは云うまでもないが、現行の報酬額が、物価騰貴等経済事情等の変化により、相当額を割ることとなつた場合、現行の額の儘据置くことも違憲である。

(ロ) 物価の低落等客観的事情の変化により、現行の報酬額が、その時の現情から見て相当額を上廻ることとなつた場合に、制度を改正して、一般的に報酬額を「相当額」まで切下げることが違憲ではない。但し、それは、物価の下落等客観的事情の変化に應ずるリーズナブルなものでなければならぬ。

二 「減額されない。」旨の規定は、個人を対象とする減俸は許さない趣旨である。これは、「在任中」と云う言葉からも窺知できる。

従つて、個人を対象とする場合には、或る者が「相当額」を超える報酬を受けている場合「相当額」を割らない程度に減俸することも許されない、と云うことに意味がある。

三 旧憲法時代の論議は、裁判所構成法の条文自体の解釈問題も重点ではあつたが、裁判官の俸給が勅令で定められていた為に、政府对裁判所の関係と云うことで、問題の結論が消極の方向に導かれ易い面があつたと思われる。新憲法においては、裁判官の報酬は法律の問題であり、国会对裁判所の関係となつたので、この点の事情は余程変つたものと云わなければならない。

四 その他

〔国会答弁例〕

1 最高裁判所裁判官の任命のため裁判官任命諮問委員会を復活させることについて

(昭四七・三・八・第六八回)〔司法〕
(衆・予算委・一二号二七頁)七九条3)

△対中谷鉄也 前尾法相答弁▽

○中谷委員 ……最高裁判所裁判官何人かのうちほとんどがもう佐藤さんの手によって任命された人、佐藤内閣のもとにおいて任命された人、こういう点において、やはりかつてあったところの諮問委員会を何らかの形において改組するにしても、最高裁判所の裁判所の裁判官の任命にあたっては諮問委員会制度というものを復活させるべきではなかろうか、……

○前尾国務大臣 ……いわゆる最高裁の判事の任命諮問委員会という問題だと思っています。これについては諮問委員会を設けた時代がありました。その実績から考えますと、率直に言って短所ばかりが出てまいりまして、結局非常に形式主義になる。御承知のように、人事はきまった人ではなしに、むしろいろいろな人の意見を聞いたほうがよろしいので、きまった委員になりますと、その任命すべき人の範囲が非常に限定されたり知らなかつたり、勢い構成されておる出身のところから何名を出すというような非常に形式主義に流れてくる。それからまた一方からいいますと、委員会に諮問したんだからというので委員会に責任がいつてしまう。そういう点から考えまして、私は必ずしも委員会制度がいとは思わないのでありまして、むしろ全責任をもって指名する人がその後において責任をとる、こういう行き方で、人事に限って、いわゆる民主主義といって広くこの委員会に責任を持たせるべきものではないのではなかろうかというのが私の考えであります。……

〔口頭照会回答要旨〕

〔憲法資⑧〕

1 裁判官の定年制について

（法務大臣官房司法法制調査部 照会—回答集—
昭四六・九・一〇 決裁 四集一九）

（問） 最高裁判所の裁判官及び下級裁判所の裁判官は、裁判所法第五〇条の規定により、それぞれ同条に定める一定の年齢に達した時に退官することとされているが、同条を改正して、これら裁判官が一定の年齢に達したときはその日の属する年度末に退官することとするのは、憲法第七九条第五項及び第八〇条第一項ただし書の規定の文言に照らし、許されないと解すべきであるか。

（答） 憲法第七九条第五項は、「最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する」旨、及び憲法第八〇条第一項ただし書は、下級裁判所の裁判官は「法律の定める年齢に達した時には退官する」旨をそれぞれ定めており、右の「法律」に当たる裁判所法第五〇条は、「最高裁判所の裁判官は、年齢七十年、高等裁判所、地方裁判所又は家庭裁判所の裁判官は、年齢六十五年、簡易裁判所の裁判官は、年齢七十年に達した時に退官する」旨を定めている。これに対し、旧憲法下においては、旧憲法が現憲法第七九条第五項及び第八〇条第一項ただし書に相当する規定を欠いていたということはあるにしても、裁判所法の前法たる旧裁判所構成法（明治三三年法律第六号）第七四条ノ二が「大審院長年齢六十五年其ノ他ノ判事ノ職ニ在ル者年齢六十三年ニ達シタル場合ニ其ノ時期ガ十二月一日ヨリ五月三十一日マデノ間ナルトキハ五月三十一日六月一日ヨリ十一月三十日マデノ間ナルトキハ十一月三十日ニ於テ各々退職トス……」と定めていたので、退職（旧憲法下においては、裁判官は終身官とされていた）の時期は、厳格な意味での定年に達した日（以下「満年齢到達日」という）ではなく、五月三十一日及び十一月三十日の二期にそれぞれ一括されていた。各裁判官がそれぞれ満年齢到達日に退職（官）する仕組みと、定年に達した後の一定期日に一括して退職（官）する仕組みを比較する限りにおいては、後者の仕組みが後任者の補充等人事行

第七九条 四 その他〔口頭照会回答要旨〕

政の面で便宜であることは容易に首肯できるところである。そこで、お尋ねも、現憲法下において、裁判官の定年による退官の日を満年齢到達日以後の一定期日に一括する措置を採ることが許されないかを問題にされるのである。

しかしながら、お尋ねの趣旨のような裁判所法の改正を行なうことは憲法上許されないと解せざるを得ないものと思料する。というのは、憲法第七九条第五項及び第八〇条第一項ただし書は、「法律の定める年齢に達した時に（は）退官する」と規定し、それぞれ、最高裁判所又は下級裁判所の裁判官について、定年という退官の事由とその退官の時期とを定めているが、その文言からみて、これらの条項は、退官の時期については厳密に満年齢到達日を指しているものと解せざるを得ないからである。思うに、法文においては、しばしば「とき」又は「時」という字句が用いられるが、前者は要件の具備又は条件の成就をあらわすという具合に、両者は区別して用いられるのが一般の慣用例である。前者の「とき」については、それが条件の成就をあらわすことの結果、同時に時点をもあらわすことになるという場合はあるが、後者の「時」が単に条件成就のみをあらわす場合に用いられるということは、法文用語の慣例に著しく反する。そして、憲法の規定も、「とき」と「時」を区別して用いるという右の慣例については、これを踏襲しているものと思われる。このことは、憲法第三九条が犯罪行為の行なわれた時点^{（一）}をあらわす用語として、「実行の時^{（二）}」という文言を用いていること及び第七九条が、第三項においては「投票者の多数が裁判官の罷免を可とするとき」と規定し、第五項においては「法律の定める年齢に達した時」と規定するというように、同一の条文中において両様の文言を用いていることから推知することができよう。このように見てくれば、憲法第七九条第五項及び第八〇条第一項ただし書にいう「時」とは、まさしく時点をあらわしているものというべく、これらの条項が裁判官の定年に関して法律の定めに委ねているのは、定年を何歳

に定めるかということのみであつて、定年による退官の時点については、それが満年齢到達日であることを憲法自身が明定しているものとみるのが憲法の正しい解釈といわなければならないわけである。

そして以上のことは、現憲法の出発点となる昭和二十一年三月六日閣議決定の憲法改正草案要綱（第七五の第一項、第七六）が、「裁判官ハ……満七十歳ニ達シタル時退官スルモノトスルコト」（第七五の第一項）と定めており、その後右の具体的年齢、すなわち「満七十歳」が「法律の定める年齢」と改められた経緯からも首肯されよう。また、裁判所構成法改正法律案要綱においても、その第一次案（昭二一・七・二二）においては旧裁判所構成法第七四条ノ二に相当する規定（案）がみられたものの、それは最高裁判所の裁判官に限り、しかも第二案としてであつて、その後、同第二次案以降の案においては、すべて退官すべき年齢のみを定める規定（案）となつており、臨時法制調査会における審議においても、定年をいかなる年齢とすべきかが論議の中心であつた。このような経緯は、裁判官の定年に関し、右に述べたような憲法第七九条第五項及び第八〇条第一項ただし書の解釈が前提とされていたことを推測させるのに十分である。

ちなみに、国家公務員のうち定（停）年制が採られているものについてみると、裁判官のほか、検察官、検査官、公正取引委員会の委員長及び委員、自衛官並びに教育公務員がある。これら定（停）年制を定める法律は、学年制との関連の強い教育公務員は別として（教育公務員特例法第八條第二項は、「教員の停年については、大学管理機関が定める」旨定め、各国立大学においては、停年に達した日の属する学年度末又は年度上半期・下半期の期末をもつて退官するものと定められている）、いずれも一定の年齢に達した時（とき）に退官するものと定められているところ（検察庁法第二二条、会計検査院法第五條第三項、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第三〇条第三項、自衛隊法第四五條・自衛隊法施行令第六〇條）、これらの規定の解釈運用にあたつては、いずれも

当該公務員がそれぞれの満年齢到達日において退官となる扱いで一貫されている。

次に法律で「年齢」を定めるということの意味についてであるが、お尋ねの背後には、お尋ねにあるような規定、すなわち裁判官が一定の年齢に達した日の属する年度の末日に退官するという規定を設けることは、各裁判官の退職時点においては、それぞれの誕生日のいかに応じ、基準満年齢に一年に満たない日数がばらばらに附加されることになるが、なおそれなりに、法律で「年齢」を定めたことになるのではないかと考えているのかもしれないが、この考えも、憲法第七九条第五項及び第八〇条第一項ただし書の文言に照らし、これを支持することは困難である。年齢を定めるとするのは、文字どおり年を基準として一義的に年齢を定めるということであつて、一年未満の日数が各裁判官ごとにばらばらに附加されることとなるような退官時期を定めることは、文字の素直な読み方にはとうていなじまないものといわなければならない。お尋ねのような法律の規定をもし憲法が予定しているとしたならば、憲法の前記の規定は、たとえば「年齢を基準として法律で定める時期に退官する」とでもいうような規定であるべきであつて、現行の憲法をこれと同じ趣旨に解するというのは無理というほかはないであろう。

以上述べたところにより、お尋ねの裁判所法改正の憲法適否については、これを消極に解するのが相当と考える。

〔部内資料〕

1 最高裁判所の裁判官の任命のための裁判官任命諮問委員会等に関する資料

(昭四六・二・九)

一 裁判所法(昭二二・四・一六 法五九)における裁判官任命諮問委員会に関する規定の沿革

1 同法制定当初における規定

第三十九条

④ 内閣は、第一項の指名又は第二項の任命を行うには、裁判官任命諮問委員会に諮問しなければならない。

⑤ 裁判官任命諮問委員会に関する規程は、政令でこれを定める。

(第一項、第三項はそれぞれ現行と同じ。また、第六項は現行第四項と同じ。)

(備考)

1) 右第三十九条第四項及び第五項の規定は、政府原案には置かれていなかったが、枢密院で修正追加されたものである。追加修正の理由としては、「裁判官の任命に民主的色彩を加味することが適当との考慮によつた」ものである(いわゆる内藤メモによる)。

右のような事情もあつてか、国会における同法の提案理由説明においては、裁判官任命諮問委員会について論及していない(第九二回帝国議会 衆・裁判所法案委、貴・裁判所法案特別委)。

なお、本件に関する国会論議は、次のとおりである。

○第九二帝国議会 衆・裁判所法案 昭二二・三・一五

○菊池(養)委員 ……第三十九条第一項……の裁判官任命諮問委員会の構成についてお伺いしたい…

……

○木村（篤） 國務大臣 ……政令がいかに定められるかということはまだ確定いたしておりません。……まず、私の構想といたしましては、貴衆両院議長、帝国大学の総長、司法大臣、検事総長、大審院長、民間側といたしましては、弁護士会の会長、そういう方面から委員になっていただいて、そうして諮問に応ずるということにすればいかがかと考えております。……いずれ政令でこれを定めるということになつております。

○菊池（養） 委員 ……政令はその内閣の造るたびに変わってくることになると思つております。……この点は法律をもつてこの……委員会をきめなくてはならぬ。それが一番正しいことではないか……

○木村（篤） 國務大臣 理論としてはまことにごもっともです。しかしこの政令で定めることになりましても、実際の運用といたしましてはさほど弊害は起らないと考えております。殊にこの第一回の……構成さえうまくまいりますれば、これが先例となりまして十分、活用でき得ることと考えております。かたがたこの裁判所法の施行は非常に急いでおりますので政令に譲ることが適當かと考える次第であります。

2) 右第三九条第五項の規定に基づく裁判官任命諮問委員会規程は、次のとおりであつた。

○裁判官任命諮問委員会規程（昭二二・六・一七 政八三）

第一条 裁判官任命諮問委員会は、内閣総理大臣の所轄とし、裁判所法第三十九条第四項の諮問に応じ意見を答申する。

第二条 裁判官任命諮問委員会は、委員十五人でこれを組織する。

第三条 委員は、左に掲げる者をもつてこれに充てる。

一 衆議院議長

二 参議院議長

三 全国の裁判官の中から互選された者 四人

四 全国の検察官並びに昭和二十二年五月二日において行政裁判所長官及び専任の行政裁判所評定官であつた者の中から互選された者 一人

五 全国の弁護士の中から互選された者 四人

六 裁判所法第四十一条第一項第六号の大学の法律学の教授で内閣総理大臣の指名する者 二人

七 学識経験のある者で内閣総理大臣の指名するもの 二人

前項の規定は、国会法第三十九条第二項の規定の適用を妨げない。

第四条 委員の互選は、単記無記名投票によりこれを行う。

投票は、一人一票に限る。

第五条 第三条第一項第三号乃至第五号の委員の互選の事務を管理するため、内閣総理大臣の所轄の下に、同項第三号乃至第五号の委員の互選ごとに全国選挙管理委員会を置く。

各全国選挙管理委員会は、必要と認めるときは、前項の管理に関する事務を分掌させるため、地方選挙管理委員会を設けることができる。

第六条 各全国選挙管理委員会は、左に掲げる者でそれぞれこれを組織する。

一 第三条第一項第三号の委員の互選に係るものについては、最高裁判所の裁判官の職務を代行する者、東京高等裁判所の裁判官及び東京地方裁判所の裁判官の中からそれぞれ互選された者各二人

二 第三条第一項第四号の委員の互選に係るものについては、最高検察庁の検察官、東京高等検察庁の

検察官及び東京地方検察庁の検察官の中からそれぞれ互選された者各一人並びに同号に掲げる行政裁判所長官であつた者

三 第三条第一項第五号の委員の互選に係るものについては、東京弁護士会、第一東京弁護士会及び第二東京弁護士会の各会長たる者及び各副会長たる者
各全国選挙管理委員会に委員長一人を置き、各委員会の委員の中から委員の協議により選定する者を以てこれに充てる。

第七条 投票の最多数を得た者を以て当選人とする。
得票数の同じ者については、くじにより、当選人を決定する。

各全国選挙管理委員会の委員長は、前二項の規定による当選人に速かにその旨を通知しなければならない。

当選人は、前項の通知を受けた日から五日以内に全国選挙管理委員会の委員長に対し当選を辞退する旨の申出をしないときは、当選を承諾したものとみなす。

当選人が当選を辞退した場合、死亡した場合又はその他の事由により当選人が欠けるに至つた場合において当選人たるべき者については、前四項の例による。

第八条 第四条乃至前条に定めるものの外、第三条第一項第三号乃至第五号の委員の互選に関し必要な事項は、各全国選挙管理委員会がこれを定める。

第九条 全国選挙管理委員会の委員長は、当選人が当選を承諾したときは、速かにその氏名を内閣総理大臣及び裁判官任命諮問委員会の委員長に通知しなければならない。

第十条 裁判官任命諮問委員会に委員長一人を置き、衆議員議長たる委員を以てこれを充てる。

委員長は、会務を総理する。

委員長に事故のあるときは、委員長の指名する委員が、その職務を代理する。

第十一条 裁判官任命諮問委員会に幹事を置く。

幹事は、一級又は二級の官吏の中から、内閣総理大臣がこれを命ずる。

幹事は、委員長の命を受け庶務を整理する。

第十二条 裁判官任命諮問委員会は、十一人以上の委員が出席しなければ会議を開くことができない。

裁判官任命諮問委員会の議事は、出席委員の過半数によりこれを決する。可否同数のときは、委員長が、これを決する。

第十三条 委員は、事故に因り裁判官任命諮問委員会に出席することができないとき、又は議事が自己の一身に関係するため会議に参加しないときは、同委員会の承認を得て、自己の選任する代理者にその職務を行わせることができる。

第十四条 裁判官任命諮問委員会に対し第一条の諮問があつたときは、各委員は、最高裁判所の裁判官として適当と認める者十五人乃至三十人の氏名を記載した書面を同委員会に提出しなければならない。

裁判官任命諮問委員会は、前項の書面に記載された者の氏名を速かに公表しなければならない。

第十五条 裁判官任命諮問委員会は、前条第一項の書面に記載された者の中から最高裁判所の裁判官として適当と認める者三十人の氏名を挙げて答申しなければならない。

前条第二項の規定は、前項の場合にこれを準用する。

附 則

この政令は、公布の日から、これを施行する。

3) なお、裁判所構成法上の大審院は、最高裁判所のような強大な権限を有するものではなかったから、これを構成する裁判官の任免方法についても、「大審院長ハ親任判事ヲ以テ之ヲ親補ス」(第六八条第一項)るものとし、「大審院ノ部長ハ司法大臣ノ上奏ニ因リ勅任判事ノ中ヨリ之ヲ補」(第六八条第二項)するものとされたほかには、特別の規定はなかつた。

2 右規定の廃止

右裁判所法第三九条第四項及び第五項の規定は、昭和二十三年一月一日法律第一号により削除され、また、右政令は、昭和二十三年一月一日政令第一号により廃止された。

右削除に関しては、国会において特段の論議はなかつたが(第一回国会 衆・司法委 昭二・一二・三)、最高裁資料によれば、その間の事情は、次のようである。

○最高裁判所事務総局「裁判所法逐条解説 中巻」 一九頁

最高裁判所発足後はじめて行なわれた最高裁判所長官の指名および最高裁判所判事の任命(昭和二十二年八月)は、右諮問委員会の諮問を経て行なわれた。しかし、その実績に徴すると、右の方式は、形式的に流れすぎて所期の効果を得られないうらみがあり、また、指名および任命に対する責任の所在を不明確にするおそれがある、というところから、委員会に関する規定を削除し、指名および任命に関しては、内閣の自由裁量に委せ、内閣が一切の責任を負うものとされることになったものである。

(備考) 裁判官任命諮問委員会をめぐる最高裁判所の裁判官の選考事情については、潮見・松井「戦後の日本

社会と法律家」(岩波・現代法講座第六卷六九頁)に詳しい。

3

裁判官任命諮問審議会に関する規定を加える趣旨の裁判所法等の一部を改正する法律案の国会提出

その後、裁判官任命諮問審議会に関する規定を加える趣旨の裁判所法等の一部を改正する法律案(昭三二・二・二八 閣議決定)が第二六回国会に提出されたが、右法律案は、衆議院において、第二八回国会まで継続審査されたが衆議院の解散により廃案となった。

なお、同法律案における改正規定は、次のとおりであった。

「第三十九条第三項の次に次の三項を加える。

内閣は、第一項の指名又は第二項の任命を行うには、裁判官任命諮問審議会に諮問しなければならない。

裁判官任命諮問審議会は、内閣に置き、裁判官、検察官、弁護士及び学識経験のある者の中から任命される委員でこれを組織する。

第二項に定めるものの外、裁判官任命諮問審議会に関する事項は、政令でこれを定める。」

右改正理由について、法務省資料によれば、次のとおりである。

○法務省「裁判所法等の一部を改正する法律案逐条説明」 一二頁

「第三十九条

……裁判所法制定の当初は、裁判官任命諮問委員会の制度があり、この委員会は昭和二十三年一月一日に廃止されて現在に至っているのであるが、内閣が最高裁判所長官の指名又は最高裁判所判事の任命を行う際には、その人選について一層慎重を期するようにするため、裁判官任命諮問審議会の意見を聞くべきものとするのが相当と考えられるので、そのようにしたのである。この審議会は、内閣に置き、裁判官、

検察官、弁護士及び学識経験のある者の中から任命される委員で組織するものとし、その他の詳細については、前例に従い政令で定めることにした。」

（備考） 第六五国会 衆・予算委（昭四六・二・九）における畑和委員（社）の本件に関する質問予定に対し、法務省において準備された想定問答を参考までに掲げると、次のとおりである。

（問） 下田大使の裁判官任命については、種種論議があつた。裁判官任命は内閣専権事項になっているが、その行使いかんによつては、人事の面から裁判官の独立を侵害する危険がある。裁判官の任命を民主的に行なうため、諮問委員会的なものを考えていないか。また、裁判官の人事とその独立性の問題についての所見を伺いたい。

（答） 下田最高裁判事の任命は、内閣の責任において、最も最高裁判所判事にふさわしい人材を任命したものであり、司法権の独立を侵害するというような問題ではないと信ずる。

内閣としては、民主国家における裁判官の地位を十分に尊重し、最高裁判所の裁判官の指名又は任命については、つねに公正な人選を行なうよう努力してきたが、今後ともいつそうの努力を傾けたい所存である。

お尋ねの最高裁判所の裁判官についての裁判官任命諮問委員会の制度は、最高裁判所発足当時一度設けられたが、間もなく廃止された。その理由は、裁判官任命諮問委員会の運用の実績に徴すると、この制度の運用は、形式的に流れ、しかも最高裁判所裁判官の指名又は任命についての責任の所在を不明確にするおそれがあるという点にあり、その後は、これらの指名及び任命をいつさい内閣の責任において行なうとの建前が明確にされた。したがつて、かような制度を再び設ける必要はないと考え

る。

(注) なお、最高裁判所の裁判官の任命についての国民関与の制度としては、憲法上定められている国民審査の制度がある。

二 憲法調査会における意見

○「憲法調査会報告書」(昭三九・七) 六七五〜六七八頁

〔四〕 最高裁判所裁判官の選任方法および国民審査

.....

I 最高裁判所裁判官の選任方法

一 現行の選任方法は適切ではないとし、諮問委員会等を設けるよう、改正を要するとする見解

(一) 諮問委員会または選考委員会・選定委員会

最高裁判所の裁判官の選任について、内閣が任命するという制度は維持するとしても、その任命にあたり、諮問委員会を設置すべきであるとする意見、および、単なる諮問委員会ではなく、選考委員会・選定委員会を設置すべきであるとする意見がある。

そのような委員会を設置すべしという意見のなかに、その設置について憲法に規定すべしという意見と、憲法に規定する必要はなく、法律で設置すればよいとする意見とがありうるが、諮問委員会の設置を主張する委員は、いずれも法律で設置すればよいとし(水野東太郎委員・真野毅委員・蠟山政道委員) 選考委員会・選定委員会の設置を主張する委員は、いずれも憲法に規定すべきであるとしている(大西邦敏委員・神川彦松委員)。

(二) 諮問委員会を設置すべきであるとする意見は、適任者を選ぶためには内閣のみの選考にゆだねるべきではないとする理由に基づくものであるが、なお、最高裁判所発足のときには、その裁判官の任命について諮問委員会が設けられたが、形式的に流れて所期の効果が得られず、また、指名・任命に対する内閣の責任を不明確にする虞があるという理由で、一回実施しただけで廃止となったことを特に指摘し、しかし、人事の公明を確保するためにこの種の委員会を設けるべきであるとする意見がある（水野東太郎委員）。

また、裁判の權威が保たれるためには、裁判官と世論とが一致しなければならぬとし、適当な諮問機関を設けて、最高裁判所裁判官と世論との結合を企てることは必要であるという点を強調する意見もある（蠟山政道委員）。

(三) 選考委員会または選定委員会を設置すべきであるとする意見は、いずれもその旨を憲法に規定すべきであるという意見であるが、その論拠は、最高裁判所の裁判官の任命については、その任命に政治的・政党的な色彩が付くことを防止するため、政府から完全に独立した意見をもっている選考委員会を設けるべきであり、またこのような制度によつて、最高裁判所裁判官の国民審査制を廃止することとすべきであるとするにある。

また、広瀬久忠委員は、議院内閣制の下では、裁判官の人事について内閣のみに任せることは妥当ではないとし、憲法上の機関として、裁判官選定委員会を創設して、裁判官を選定して内閣に推薦する権限を与えて、内閣の裁判官人事に適正な制約を加えるべきであるとし、かつ、次のような提案を行なっている。

(1) 最高裁判所長官の指名は、非政党的な参議院が行ない、天皇が任命する。(2) 最高裁判所の長官以外の大法院の裁判官の指名は、裁判官選定委員会の推薦したものについて、内閣が、あらかじめ参議院の同意を得て指名し、天皇が任命する。(3) 小法院の裁判官のうちには、天皇の任命に係るものと、そうでないものとが

あり、天皇の任命に係るものについては、大法院裁判官についてと同様であり、その他のものについては、最高裁判所が裁判官会議の議によつて指名するものを、内閣が任命することとする。

なお、ほぼ右の提案に近いが、最高裁判所の長官以外の裁判官は参議院の承認を得て内閣が行ない、長官たる裁判官は最高裁判所裁判官の間で互選されたものを天皇が任命することとすべきであるとする提案もある（植竹春彦委員）。

二 現行の選任方法を改めるため現行憲法の規定を改正する必要があるとする見解

諮問委員会等の設置のために現行憲法を改正する必要があるとする意見は、次のような論拠に立つ。

1 最高裁判所裁判官の任命について諮問委員会等を作るということは、憲法上にしても法律上にしても、必ずしも必要はない。また、責任の所在を明らかにした上でその責任者があらゆる方面の意見を聞いて選任するという建前をとるほうが適切である（大石義雄委員）。

2 内閣が任命するといつても欠員がなければ任命できないのだから、政治的・政党的な危険ということも、それほどおそれる必要はない（小島徹三委員）。

3 最高裁判所裁判官の内閣による任命が、政党的考慮によつて行なわれる弊を抑制するためには、諮問委員会もたしかにその一つの方法であるが、しかしこれを設けるのがよいとしても、法律で設ければ足りることであり、憲法上の機関として固定することには反対である（高柳賢三委員）。

〔付〕 最高裁判所の裁判官に関するものではないが、臨時司法制度調査会意見書は、裁判官任命諮問委員会に関し、次のように述べている。

○「臨時司法制度調査会意見書」（昭三八・九） 五四・五五頁

〔裁判官任命諮問委員会の設置の可否〕

裁判官任用制度運用の改善策について検討した際、裁判官の任命に関する諮問委員会を置くことの可否が問題とさ

れた。なお、日本弁護士連合会からも、その設置に関し、意見書が提出された。……………

しかし、当調査会の審議においては、諮問委員会の設置に反対する意見が多く、その意見を大別すれば、次のとおりである。

(一) 憲法が、最高裁判所に、内閣の任命すべき下級裁判所の裁判官として指名した者の名簿を作成する権限を与えているゆえんは、司法権の独立を保持するため、その最高機関である最高裁判所に、他からの影響を受けることなく、その責任において、裁判官としての適任者を推薦せようとしていることにある。しかも、最高裁判所は、法曹各界等の代表者によつて構成されている点で、その決定は名実ともに法曹等の総意を反映しているものである。したがつて、最高裁判所の有する裁判官の名簿の作成権を事実上拘束する虞れのあるこの種の委員会を設けることは、憲法の趣旨に反する疑いがあり、また、実質的にその必要がないものと考えられる。

三 最高裁判所の裁判官の任命のための裁判官任命諮問委員会に関する諸家の説

○宮沢俊義「コンメンタール日本国憲法」 六三五頁

この種の選考委員会を内閣の諮問機関として設けることは、その立法政策的当否は別として、かならずしも憲法の禁ずるところではない。ただし、その選考委員会の意見が少しでも内閣を法的に拘束することをみとめるのは、本項に違反するだろう。

○田上編「体系憲法事典」 六〇二頁

内閣は最高裁判所長官の指名権、その他の裁判官の任命権をつうじて、最高裁判所の裁判活動を支配する可能性があるのではないかという疑問については、確かに指名時・任命時においては、内閣はその裁量により、内閣に気に入る裁判をするを期待される裁判官を選ぶ可能性はあるが、いったん任命されたあとは、これに干渉することができず、また罷免権をもたないので、最高裁判所の職権の内閣からの独立は、保障されているといわざるをえない。もつとも裁判所法三九条の旧規定にあつたように、内閣の指令・任命に際し、裁判官任命諮問委員会へ諮問す

ることを義務づけるような制度は、内閣の指名権・任命権の乱用をある程度防ぐことができるものと考えられる。

（山本浩三）

○兼子 一「裁判所法」 一六四頁

……近時に至つて、再び諮問機関を置くべきであるとの意見が有力となり、第二六回国会にその趣旨の改正案が提出されたことがある。しかし、個々の内閣が事実上その責任において諮問するのは格別、常設的な委員会を置くこととするのは、やはり憲法が内閣の権限とする趣旨に副わないと思われる。

○有倉編「憲法」（別冊法学セミナー） 二二六頁

……選考委員会の意見が少しでも内閣に法的にも拘束することになれば、内閣の任命権を定めた憲法に違反する（宮沢・コンメンタール六三五頁）、個々の内閣が事実上その責任において諮問するのは格別、常置的な委員会設置は憲法の趣旨にそわない（兼子……一六四頁）等の説がある。しかし、法的拘束力にもさまざまな段階があり、たとえば委員会の答申内容による拘束を伴わない諮問を任命手続上の要件とした場合までも違憲とすべきかどうかについては疑問がある。（山下健次―立命館大学教授）

四 主要国における参考規定

○アメリカ合衆国憲法 第二条第二節第二項

「……大統領は、全権大使その他の外交使節並びに領事、最高裁判所の判事及びこの憲法に任命に関する特定の規定のあるものを除き、法律で設けられるべきその他のすべての合衆国官吏を推挙し、元老院の助言によりその同意を得て、これを任命する。……」

○ドイツ連邦共和国憲法

第六十条

一 連邦大統領は、法律に別段の規定がある場合を除いて、連邦裁判官及び連邦官吏を任命する。

第七九条 四 その他〔部内資料〕

第九十五条

三 連邦最高裁判所の裁判官の任命に関しては、連邦司法大臣が、裁判官選挙委員会と共同して決定する。この委員会は、各邦の司法大臣及び連邦議会から選挙された同数の構成委員をもつて、組織する。

○ドイツ連邦共和国裁判所構成法

第一二五条① 連邦裁判所裁判官は、連邦司法部長官 (Bundesminister der Justiz) が、裁判官選出法の定めるところに従い、裁判官選出委員会 (Richterwahlausschuss) と共同して推挙し、連邦大統領 (Bundespräsident) が任命する。

(備考) 各国憲法は衆議院法制局等「各国憲法集」、ドイツ連邦共和国裁判所構成法は最高裁事務総局資料によった。

〔諸家の説〕

1 停年（定年）について

○宮沢俊義・日本国憲法 （六四六頁～六五一頁）

……定年とは、公務員が一定の年齢に達したときは、当然に退職とされる制度をいう（「停年」ともいう）。……

定年とは、かように年齢を基礎として七〇年とか六五年とかに定めるのが原則であるが、かならずしも定年で退官すべき公務員の誕生日の前日のおわりに定年が完了することになくはならないわけではなく、その時期をそれとは多少変えて定めても、原則として年齢を基礎として定めるかぎり、さしつかえない。たとえば、定年を原則として六五年と定めながら、後任者の補充などの人事行政上の技術的需要にもとづき、六五年に達した年度のおわりとか、その年度の一定の期日とかに、定年が完了すると定めることは、許される。

明治憲法時代に、定年に達する裁判官が、各自の誕生日ごとに退官するとその補充手続を行なう上に不便が多いので、一九三七年（昭和十二年）に、定年に達する時期が二月一日から五月三十一日までの間であるときは、五月三十一日に、また、それが六月一日から一月三〇日までの間であるときは、一月三〇日に退職すると定め、定年退職の時期を毎年二つの時期に限定することにした（裁判所構成法七四条ノ二）。これは定年完了の時期を所定の年齢満了の時期より少しずらせる可能性をみとめた例であるが、こういう措置をとることは、あえて本項に違反するものではあるまい。

……定年に達した時は、別にその裁判官を免ずる行為を必要とせず、法律上の当然にその裁判官はその地位を失うのである。

明治憲法時代の裁判官の定年についても、同様の原則がみとめられ、裁判官は、定年に達した時は、当然に「職」——當時は裁判官は「官」だけは終身保有するものとされた——を失うとされた。……国立大学の教授については、

明治憲法時代から、定年という慣行があちこちで確立しているが、これは、ここにいう定年とはちがう。

大学での慣行としての定年は、一定の年齢に達したときに、辞表を提出しようという申合せに立脚するものであるから、定年に達したときには当然に退職するのではなく、退職するためには各人が辞表を提出する必要がある。その場合の「定年制」とは、つまり、各人が一定の年齢に達した時に辞表を提出する義務を負うとする制度をいうのである。……

○法学協会註解日本国憲法下巻②（一一八八頁）

……定年に達したときは当然に退官する。別段の罷免の行為を必要としない。その時期については、当該裁判官が年齢計算に関する法律に定める算定法により法定の年齢に達した時とするのが理論的であるが、かくては後任者の選定等につき不便を生ずることが予想される。旧憲法の下でも、定年制が認められた始めの中は厳格にその年齢に達する日に退職するものとされていたが、不便であつたので、昭和十二年にその時期が二月一日より五月三十一日までの間であるときは五月三十一日に、六月一日より十一月三〇日までの間であるときは十一月三〇日に、退職するとして退職の時期を二期に一括する措置がとられた（裁判所構成法七四条ノ二）。新憲法の下でもかかる取扱は許されると解する。

第八〇条

〔下級裁判所の裁判官・任期・定年、報酬〕

第八〇条 「下級裁判所の裁判官・任期・定年・報酬」

〔憲法資⑧〕

〔国会答弁例〕

1 青法協加盟を理由とする裁判官任命拒否の有無について

〔昭四六・一・二二九・第六五回
衆・予算委・二号三頁〕 〔司法〕
八〇条1)

△対石橋政嗣 佐藤総理答弁▽

○石橋委員 ……憲法第八十条によって最高裁判所が指名した裁判官の名簿が今度出てくるわけです。その場合に、青法協加盟の裁判官でも、最高裁判所が名簿に載せて、そして政府に任命を求めてきたときに、あらためて政府の段階でそのことを理由に再任を拒否するというようなことはございませんでしょうね。……

○佐藤内閣総理大臣 いまのお話は、お尋ねいたしますが、青法協のメンバーだと、そういうことを理由にして再任を拒否することはないでしょうねと、こうおっしゃるんですね。——そのとおりです。

2 裁判官の任期制と身分保障の問題について

〔昭四六・五・一〇・第六五回〕 〔司法〕
衆・決算委・一四号二七頁 八〇条2)

△対田中武夫 佐藤総理答弁▽

○田中(武)委員 ……憲法七十八条のいわゆる裁判官の身分保障と、八十条のいわゆる十年の任期制、これを見た場合に、どちらが優先すべきか。同じ憲法の条章であるからこれは一緒だ、こういうことですが、私は、やはり裁判官の身分保障ということが優先すべきである、したがって、八十条の任命というものは、いま総理が言われたように、いわゆるそういったような、あまり私情をはさまない、そういうことだと思ふのです。裁判官の任期制の問題と身分保障

第八〇条〔国会答弁例〕

の問題について、総理は総理としてどのような感覚をお持ちでしょうか。

○佐藤内閣総理大臣 私は、いわゆる任命権者というものは、これは適当なりやいなやということ自分で判断をしてきめる、そして裁判官は任命されたら十年間は身分が保障されている、かように考えます。そうして、十年たったときにもう一度審査する、そうして、引き続いて裁判官をやってもらうかもわからないか、それは新しい問題だ、かように私考えております。

3 下級裁判所の裁判官の再任の趣旨について

(昭四七・三・二八・第六八回)〔司法〕
参・法務委・六号二頁 八〇条³)

△対加瀬 完 (最高裁) 矢口人事局長答弁▽

○加瀬完君 ……憲法及び裁判所法による「再任されることができ」というのは、どういうことですか。

○最高裁判所長官代理者(矢口洪一君) 裁判官の身分というものが非常に重要でございますので、それについての保障があるわけでございますが、しかしまたあまりにもそれが強大でございますと、まあ司法が特に強くなってしまうというようなこともございましてチェック・アンド・バランスと申しますが、そういった観点から、裁判官の任期というものが憲法に規定されたというように私どもは承知しております。

○加瀬完君 この裁判官の身分の継続性に関する問題で、憲法改正草案に関する想定問答というのが、法制局においてつくられておりましたね。これによりますと、したがって原則として再任すべきものとする、こう答えよというふうに書いてありますね。いろいろ理由がありまして、したがって原則として再任すべきものとする——憲法改正論争のときには、この裁判官の身分継続に関しては、原則として再任すべきものとするという政府答弁をしているわけです。これはお認めになりますね。

○最高裁判所長官代理者(矢口洪一君) 御指摘のとおりでございます。特段の事情なき限り、原則として再任されるのがまあ通例であるという意味におきまして、原則として再任されるものであるという趣旨の御説明であったというふうに理解いたしております。

○加瀬完君 同じく帝国憲法改正案の司法の規定に関する想定問答で、これはその当時の司法省の民事局がつくったものの中に、「在任中、とくに裁判官として不適当な行跡のない限り再任されることとなろう」、こういつている。いまの御説明で、特に裁判官として不適当な行跡のない限りは再任されるものだということは、いまもって変わらないと解釈してよろしゅうございますね。

○最高裁判所長官代理者(矢口洪一君) 「不適当な行跡」ということばの問題でございますが、一般的な問題といいたしまして、御説のとおりに考えていただいてよろしいのではなからうかと考えております。

○加瀬完君 すると、再任することができるということは、当然、裁判官として不適当な行跡のない限りは、再任されるべきものだと思っておりますね。

○最高裁判所長官代理者(矢口洪一君) ……裁判官の任命ということにつきましては、新しい憲法が制定されました際に、法曹一元的な考え方といったようなものが、その根底にあったわけでございます。で、そういう場合には、裁判官に欠員が生じた際にはやはりその時点における最も適当な方、それがこれまで裁判官をやっておられた方でございませうか、あるいは検察官をやっておられた方でございませうか、弁護士をやっておられた方であろうか、そういうことは別といたしまして、広く適任の方を求めていくという考え方があったことは、事実ではなからうかと思うわけでございます。

しかし、実際問題といたしまして、その後の運用におきましては、なかなか弁護士さんあるいは大学の教授等からき

ていただくわけにまいりませんので、判事補を採用いたしまして、判事補から十年の経過を経て判事になるというような扱いになってきておるわけでございます。これが、いわゆるキャリア的な運用をなされておるといふふうに一般にいわれるところでございまして、そういうキャリア的な運用ということでございますれば、やはりその実際の運用という面からまいりますと、いま仰せのようなことになるのではなからうかと思っております。

○加瀬完君 これは法律が制定されるときいろいろの議員の質問に対する当局の当弁、したがって、これは将来の、何といいますが、関係において成立した法律の解釈においては、前提として尊重されるべきものだと思うのです。そこで、任期制というものが一応とられておるわけでございますが、いままでの法律を制定する当時の考え方からすれば、これは任期制は、任期中の身分保障にとどまらず、不適当な瑕疵のない限りは身分の継続性を意味しておると考えてよろしゅうございますね。

○最高裁判所長官代理者(矢口洪一君) 実際の運用ということになりますと、先ほど来御説明申し上げておりますように、大部分の方がずっと任期を重ねられまして、六十五歳あるいは七十歳の定年までおつとめになるということでございます。しかし、それはいわゆる運用の実態というものから見た場合の議論でございます。法律の解釈といいますが、法律論ということでございますれば、やはり十年の任期をもって切れて、身分の保障というものは、その在任中の保障でございます。任期から任期にまたがる、その途中の保障をも含むものではない、ということになるのではなからうかと思っております。

— 参照(六八回・昭四七・三・一四)
(参・法務・三号一頁)

〔部内資料〕

〔憲法資⑧〕

1 下級裁判所裁判官の任期十年に関する問題の資料

(昭三二・一・二八)

一 下級裁判所の裁判官の任期十年の始期

憲法第八〇条第一項の規定によれば、下級裁判所の裁判官は、任期を十年とし、再任されることができるとあるが、裁判所法第四〇条第三項には、第一項の裁判官（即ち、高等裁判所長官、判事、判事補及び簡易裁判所判事）はその官に任命された日から十年を経過したときは、その任期を終えるものとし、再任されることが出来るとある。

1 右に所謂任期十年とは、官についての謂いであり則ち十年の経過により下級裁判所の裁判官は官としての任期が終えることである（従つて職は当然に消滅する）。

また再任ということも官についてのことであつて、内閣の任命のみに関し、従前と同一の職に再任されるの謂いではない（裁判所法第四七条参照）。

以上については大体疑がないと思われる。しかし、右の十年の起算点を如何に解すべきかについては必ずしも疑問なしとしない。

2 非通算説

イ 裁判所法をその規定に従つて読めば、下級裁判所の裁判官の任期はその本官に任ぜられた日から十年をということになり、従つて判事補又は簡易裁判所判事から判事（本官）に転官した場合は、その日から任期が改めて計算されることとなり、このことは当初、判事兼簡易裁判所判事たりし者が、簡易裁判所判事兼判事に転官した場合も同様となろう。判事から高等裁判所長官に任官した場合も同様の結果となる。

ロ 憲法第八〇条第一項には「下級裁判所の裁判官は任期を十年とし」とあるが、下級裁判所の裁判官とは最高裁判所第八〇条〔部内資料〕

判所以外の裁判所の裁判官を総称したもので（裁判所法二、五Ⅱ）、下級裁判所の裁判官という独立した官が法律上存在するものではない。下級裁判所の裁判官というのは、高等裁判所長官、判事、判事補、簡易裁判所判事の四つの官を指しているものに外ならないと解すべきである。従つて裁判所法第四〇条第三項が「第一項の裁判官（即ち高等裁判所長官、判事、判事補、簡易裁判所判事）はその官に任命された日から十年」云々と規定したことは、憲法第八〇条第一項と何等矛盾するものではない。

ハ 而も任官後十年未滿で転官する場合、例えば判事から高等裁判所長官に、簡易裁判所判事乃至判事補から判事になる場合又は簡易裁判所判事から判事補になる場合には、全く新に任命される場合と同一の形式をもつて、一々最高裁判所の指名した名簿によつて内閣が任命しているのが実際の取扱であるが、（後記二参照）これは正に憲法第八〇条第一項の任命に外ならない。即ち右に所謂転官の場合の任命は、新規に下級裁判所の裁判官のいずれかに任命される場合と、その手続においても、内閣における審査についても何等変るところがないと観念すべきである。

3 通算説

憲法第八〇条第一項に「下級裁判所の裁判官は任期を十年とし」とあるは、下級裁判所の裁判官は、その種類を問わず下級裁判所の裁判官としての身分が継続する限り、当初の任命より起算して十年の意であり、その間に転官のあつたと否とを問わないと解すべきである。このことは最高裁判所の裁判官について第一回の国民審査の後は、十年を経過した後行なわれる総選挙ごとに、国民審査の行なわれることに對比して考うべきである。而して裁判所法第四〇条第三項も又下級裁判所の裁判官相互の間の転官の場合を任期の起算点として考えない規定であつて、転

官した場合の十年の起算点は、転官なき場合の十年の起算点と同じであり、即ち当初の官に任ぜられた時とする趣旨である。若し転官によつて新たな任命が行なわれたことになると解するならば、(A)判事任官後十年未満の時期に、これを簡易裁判所判事兼判事とすることにより、更にその措置の後十年未満の時期に判事（又は判事兼簡易裁判所判事）に転官せしめ、以後これを繰返すことにより、任期十年の憲法及び裁判所法の規定は少くとも判事については、ついに適用を免れ得るということになる。而も右の場合常に判事としての官は継続し而も判事としての報酬を受ける（裁判官の報酬等に関する法律第一三条参照）。(B)このことは三年以上十年未満の判事補をして簡易裁判所判事に転官せしめ、通算十年に達した場合に判事に任官させその後(A)の措置を繰返すことによつて、所謂特任の簡易裁判所判事を除く下級裁判所の裁判官は、殆んど全部前記憲法及び裁判所法の規定の適用を全く受けない結果を招来することに想到するとき極めて不当なりと言わざるを得ない。

二 両説の何れに従うかに因つて生ずる差異のうち主なるものを挙げれば次のとおりである。

1 通算説によるときは、転官は十年の任期の起算点としての意味を持たなくなる。従つて、新規任命と転官とは、何れも憲法第八〇条第一項及び裁判所法第四〇条第一項の任命として、現在全く同じ手続で行なわれているが、通算説によれば新規任命の場合のみが十年の起算点となり、転官はその起算点たり得ない結果、任命に二種類があることになる。非通算説によれば、右の区別はないこととなる。

2 通算説に従うと、非通算説によれば未だ任期が終了しない者に対して、任期が終了したことを主張することになり、場合によつては当該裁判官より、高等裁判所長官、判事又は簡易裁判所判事としての任期を有する旨の訴訟が提起される虞なしとしない。

逆に、非通算説に従うと、通算説によれば既に任期終了した者に対して、再任をしない結果となるので、此の如き裁判官は裁判官に非ずとして、その為した判決に対して無効の主張あるいは上訴を以つて争う場合の生ずることが予想し得る。

3 通算説によれば憲法八〇条一項・裁判所法四〇条三項の再任は、従来高等裁判所長官又は判事たりし者を任期終了のとき簡易裁判所判事に再任しても、再任であるのに対し、非通算説によれば、同一の官に任命しなければ、右法条に謂う再任ではないことになる。

4 通算説によれば、憲法七九条二項の国民審査は、最高裁判所判事より同長官になつた者については、既に他の最高裁判所判事と同一時期に国民審査を受けた以上、他の者と同様に十年後に審査を受ければ足りるというべきであるが、非通算説によれば、右の場合も長官についてはその任命後初めて行なわれる総選挙の際に、国民審査が行なわれなければ理論に合わないであろう。

三 裁判官の任命又は任命替について現在の取扱い

1 裁判官たらざる者より新に裁判官を任命する場合

イ 最高裁判所判事が新に下級裁判所の裁判官の中、高等裁判所長官、判事、判事補の任命を内閣に対して求める場合には、(A)先ず最高裁判所裁判官会議において、任命せんとする裁判官を具体的に決定する。

(B)爾後の手続としては、当該具体的候補者に他の一名乃至数名を形式的に候補者としてプラスした名簿を作成し、最高裁判所が決定した候補者の氏名の下に赤丸を附することにより、最高裁判所の意思を内閣に知らしめることとし(内閣は之を諒承している)、右の名簿を内閣に送附する、(C)内閣はこれを審査して閣議に上程し最高裁判所の希望通りこれを決定の上任官の発令をする。

ロ 簡易裁判所判事の任命を新に求める場合もイと同じであるが、ただこの場合は内閣に対する名簿に候補者のプラスを為さない。

2 現在の判事より高等裁判所長官を任命する場合、この場合は1イに同じ。ただ天皇による認証が伴うのみが異なる（裁判所法四〇Ⅱ）

3 (イ)現在の判事補又は簡易裁判所判事を判事に任命する場合、(ロ)現在の簡易裁判所判事を判事補に任命する場合、この場合の手続は1イに同じ。(ハ)現在判事補より簡易裁判所判事を任命する場合は1ロに同じ。

4 (イ)現在の判事に兼簡易裁判所判事を、(ロ)現任判事を簡易裁判所判事兼判事に、(ハ)簡易裁判所判事に兼判事を、(ニ)簡易裁判所判事に兼判事補を、(ホ)判事補に兼簡易裁判所判事を命ずる場合は何れも1ロによる。

5 (イ)判事兼簡易裁判所判事を簡易裁判所判事兼判事に（およびその逆）、(ロ)簡易裁判所判事兼判事補を判事補兼簡易裁判所判事に（およびその逆）右の場合には何れも1ロによる。

6 即ち1イ、2および3(イ)(ロ)の場合は候補者名簿に任命予定者以外のプラスの候補者を記載するが、簡易裁判所判事の場合は、現任裁判官より任命する場合たると、現任裁判官以外の者より任命する場合たるとを問わず、プラス候補者を記載しない。また兼任を附する場合および本官兼官を逆にする場合はすべてプラス候補者を記載しない。しかしながら右の取扱上の差異によつて、プラス候補者を記載する場合としからざる場合との任命が、理論上異なるとの結論には到達し得ないのではないかと思われる。

四 十年の起算点についての学説

学説は現在のところ何れも非通算説即ち新たに任命された場合たると転官の場合たるとを問わず、何れも本官に任命せられた時から起算すべきものとしている。

例えば 兼子一・新憲法と司法七一頁、宮沢俊義・日本国憲法(コンメンタール)六六二頁、法学協会・註解日本

国憲法下二二〇二頁

通算説を採用している学説は現在のところ見当らない。

2 裁判官任命についての内閣の拒否権に関する想定問答

(昭五八・三・四 第二部)

(問) 内閣は、最高裁判所の指名した者の名簿に登載された者の任命を拒否することができるか

(答) 最高裁判所は、名簿に登載するに当たっては、その者の資格、適格性等について慎重な判断をすべきものであるから、内閣がその指名を尊重すべきことは当然であり、これまでも、最高裁判所が指名した者について、任命が拒否された例はないと聞いている。

(問) いかなる場合にも、内閣は、最高裁判所の指名した者の任命を拒否できないのか。

(答) 理論の問題としては、学説上、内閣の拒否権を認めるものも少なくないようであるが、内閣として、最高裁判所の指名した者を拒否しなければならないような理由がある場合は、ほとんど考えられない。

(更に追質問があれば、)

内閣の任命権があるという以上、純理論として拒否権が全くないといい切れないが、拒否すべき合理的な理由を考えることはできない。

〔諸家の説〕

1 憲法第八〇条第一項に定める裁判官の任命に対する内閣の拒否権に関する諸説

(昭四六・二・一)

一 拒否権が認められるとするもの

○宮沢俊義 「コンメンタール 日本国憲法」 六五八―九頁(昭三一)

名簿に一の空席につき二人以上の氏名がのせてある場合は、内閣は、その中の一人を任意に選んで任命することができるが、現在実際に行われているように、一の空席につき一人の氏名しかのせられていない場合は、内閣に選択の余地は、ほとんどなくなる。

しかし、内閣は、名簿にのっている者をかみならず任命しなくてはならない。と解すべきではあるまい。そこに記載されている者が下級裁判所としての必要な資格を欠くような場合に、その任命を拒否できるのはもちろん、そうでない場合でも、内閣が名簿にのっている者を任命することを適当でないとみとめる場合は、その任命を拒否することができる、解すべきであろう。最高裁判所の指名した者の任命が、かように、内閣によつて拒否されたときは、最高裁判所は、その任命を必要とみとめるかぎり、改めて審議し、他の者を指名しなくてはならない。

実際には、最高裁判所の指名した者を内閣が拒否することはおそらくあるまいし、また、内閣としては、指名のままに任命することが、妥当な場合が多いだろうが、しかし、理論的には、右にのべたように、内閣は、それを拒否する可能性をもつと見るのが、正当であろう。……

(注) 宮沢俊義・芦部信喜補訂「コンメンタール全訂日本国憲法」六六一頁(昭五三)は、内閣の拒否権の有無について論述していない。

○法学協会「註解日本国憲法」下巻 一二〇二頁（昭二八）

内閣は、裁判官の任命にあたつては、その名簿によらねばならないのであるから、指名されない者を裁判官に任命することはできない。しかし名簿にのせられた者は必ず任命しなければならぬものではなく、内閣はその者の任命を拒否することはできる。……

※ 現在のところ、実際上は、名簿には一部署につき一名宛を指名しているようである。もちろん、理論的には、本文で述べたように、不適當と考えるときは、内閣は任命を拒否することはできるが、實際上司法部の意思を尊重して拒否しないこととならう。むろん、制度の建前としては、一部署につき二名以上を指名して、内閣がそのうちから任命することにして、内閣に実質的な任命権を与えることも可能である。（一二〇三〜四頁）

○兼子 一 「裁判法」 一七二〜三頁（昭三四）

……憲法がこういう制度を採つたのは、内閣が恣意的に情実により又は党派的な人事を行うことによつて、司法の独立公正を害する危険を防止するため最高裁判所に推選権を認めることとし、他方裁判所内部だけで任命することによる司法の独善化を避けるために、内閣に拒否権を留保する趣旨からである。したがつて、形式上の任命権は内閣にあるが、実際的には任命のイニシアチブは最高裁判所にあり、又内閣はその推選を拒否することは稀であろうから、司法の自主性の方が尊重されていることになる。

内閣は……名簿に掲げられた者を任命しないことはできるし、又名簿の記載順序も内閣を拘束しない。このために予定された任命が行われなるときは、最高裁判所は更に別人を掲げた名簿を内閣に提出しなければならないことになる。

○尾吹善人 「体系憲法事典」(田上編) 五九五頁(昭四三)

最高裁判所に指名権を与えたのは、司法部の自主性を強めて、内閣による政治的、党派的な人事を予防するためである。この場合の指名も、内閣が、天皇の任命する最高裁判所長官を指名する場合と同じく、任命権者たる内閣を拘束すると解する説(佐藤)もあるが、内閣は、国政に関する権能と責任を有しない天皇とは異なり、その任命権をまったく形式的なものと解すべき根拠はない。「指名に基いて」(憲六条)、「申出に基いて」(教公特一〇条)任命するというのは、「指名する者の名簿によつて」任命するという文言を比べれば、後の場合には、決定権が任命権者にあるとみるのが自然である。実際には、最高裁判所が裁判官の空席一つにつきひとりの候補者の氏名を記載した名簿を提出し、内閣には選択の余地がなく、また単純にこれを拒否した例もないが、内閣はこの場合にも拒否しうるものと解される(宮沢、清宮、田上、註解)。

○清宮編 「憲法事典」 三八四頁(昭三四)

内閣は、下級裁判所の裁判官の任命に当つては、最高裁判所が作成する名簿によらねばならないのであるから、指名されない者を裁判官に任命することはできない。しかし、名簿にのせられた者は必ず任命しなければならないものではなく、内閣はその者の任命を拒否することができるものと解される。

○清宮四郎 「憲法I」(新版) 三四七頁(昭四六)(なお同旧版 二八八、九頁(昭三二)も同一である)

名簿に載せられている者の任命を拒否することができるかどうかについては、内閣の任命権と最高裁判所の指名権のどちらを重く視るかによつて解答が異なるが、任命権者に拒否権があると見るのが妥当であろう。しかし、従来の実例では、一人の空席の場合は、実際に任命を求める候補者一名のほかに、また、数人の空席の場合は、実際に任命

を求める同数の候補者（「記号」をつけてこの旨を示す）のほかに、予備候補者ともいわれるべき者一名を加えた表及び関係必要書類を、任命を求める文書につけて、最高裁判所から内閣に提出し、内閣は、最高裁判所の意志を尊重して、任命しているようである。……

○稲田正次 「憲法提要」 三四〇頁（昭二九）

内閣は……名簿につづいている者を裁判官に任命することを拒否することはできる。しかし、従来の実際の取扱いの上では、内閣がそのような拒否をした例はないとのことである。

○高辻正己 「憲法講説」 三三二頁（昭四五）

内閣は、最高裁判所の指名した者が、裁判官の就任資格を欠くような場合はむろんのこと、裁判官の使命に照らし明らかに不適當であると認められる場合は、その任命を拒否することもできる（憲法一五条一項参照）。この場合、最高裁判所は、さらに、別の者について指名する者の名簿を作成しなければならない。

○水木惣太郎 「憲法逐条講義」 四一九頁（昭四四）

勿論名簿に指名された者を必ず任命しなければならないわけではなく、内閣は拒否権を持っている。しかし名簿に指名されない者を任命するわけにはいかない。必ず指名された名簿によることになっているから、最高裁判所は裁判官の任命については、実質上重要な権限を有する。

○伊藤正己 「憲法の研究」 二四六頁（昭四〇）

いうまでもなく、裁判官の任命行為もまた司法の適正な運営の見地からなされねばならず、それが政治的に色づけられることを排斥することが、近代司法の本質から要求されるけれども、任命にあたつてかなり広く任命権者に自由

な裁量の認められることは当然である。任命権者は有資格者のうちから、自己の判断にもとづき——その判断の形成にあたって司法の特質にそつた手段のとられることは望ましいが——適任者を任命しうる。

○伊藤正己 「憲法」 五六六頁（昭五七）

内閣の任命行為は、名簿に指名されている者についてなされるべきで、名簿にない者についてはできないと解される。しかし、内閣に任命権がある以上、指名された者の任命を拒否できる。もつとも、その拒否は、最高裁判所に指名権があることをも考慮すると、全く恣意的な行使が許されるべきでない。実際には、最高裁判所の意思を尊重した任命がなされているようであり、下級裁判所の裁判官の任命は、実質的には最高裁判所によつて決定されているといふことができる。

二 拒否権が認められないとするもの

○佐藤 功 「憲法ポケット註釈全書」 四七三〜四頁（昭三〇）

……名簿に載せられている者の任命を拒否することはできないと解される。もし不適任と認めた場合にはその者を拒否しそれに代る者の指名を求めるとも可能であるようにも思われるが、もしこれを認めるならば本条が最高裁判所の指名権を認めた趣旨が失われる。従つてこの名簿の方式については憲法上も裁判所法上も何ら規定がないが、一部署につき一人宛を指名するという現在の取扱いが妥当であり、一部署につき候補者数人を指名して内閣はそこから任命することとし、実質的に任命権を内閣に与えることは許されないと解する（内閣総理大臣の場合の「国会の指名に基いて」や最高裁判所長官の「内閣の指名に基いて」の場合に天皇がその指名に拘束されることは当然であり、下級裁判所の裁判官の場合は任命権が天皇ではなくて内閣であるがそれを理由としてこれらの場合と異なり選択

権を認めてよいと解することはできない。』

○佐藤 功 「憲法ポケット註釈全書」(下)〔新版〕 一〇三三—一〇三四頁(昭五九)

問題は、内閣が名簿に掲げられている者を不適任と判断し、その任命を行わないことが認められるかである(この問題は、名簿が一の空席につき一名を掲げるという方式をとるか、一の空席につき一名以上を掲げるという方式をとる場合のいずれにおいても同様に問題となりうる)。この点については、もしもそれが無制約に認められるとすれば(その場合には最高裁判所は新たに別の者の名簿を作成し提出しなければならない)、本項が特に最高裁判所に指名権を与えた趣旨が失われることになり(内閣に自由な任命権を与えることと異なる結果となる)、他方、それがいかなる場合にも認められないとすれば、本項が任命権を内閣に与えた趣旨が失われることとなる(最高裁判所に任命権を与えることと異なる結果となる)。したがって、この問題は結局のところ、この制度の目的・趣旨に立ち戻って考えるほかはない。すなわち、この制度は、第一に裁判官の任命という重要な司法行政事務を最高裁判所の指名という行為にかからしめることによつて、司法権(司法部)の自律性・独立性が内閣(行政権)によつて侵害されることなからしめること、第二に、裁判官の適格性を判断しうるのは内閣ではなく裁判所自身であることから、最高裁判所に実質的任命権を与えることを目的とする。したがって、この趣旨をできる限り生かすためには、内閣は最高裁判所の指名を尊重し、名簿に掲げられた者をそのままに任命しなければならず(一の空席につき一名を掲げるという方式の場合にはその一名を、一の空席につき一名以上を掲げるという方式の場合にはそれらの者の中から任命しなければならない)、内閣がそれを任命しないことは原則として許されないと解すべきであろう(内閣に任命権があることを理由として任命は内閣の裁量に委ねられると解してはならない)。ただし、内閣に形式的にせよ任命権が留保されている以上、もしも最高裁判所の指名が恣意的になされっていると認める充分な理由がある場合に限り、内閣がそれを任命

しないこともできると解するほかはない（ただし、裁判官の任命資格および欠格事由は詳細に定められており、かつその適格性を判断する基準も客観的に定めようというべきであるから、最高裁判所の指名が恣意的になされるという場合は恐らくは實際上ありえないであろう）。すなわち、裁判官の選任（人事）の制度としては、この制度は最高裁判所こそ裁判官の適格性を判断しうる機関であるとし、その判断が信頼に値するということを前提とする制度である。したがって、内閣に任命権が留保されているのではあるが、むしろ憲法はその任命権が名目的なものとなることを期待していると解すべきであろう。

○山下健次 「基本法コンメンタール」〔第三版〕 二六三頁（昭六一）

任命を必要とする数を若干上まわる候補者を指名し、その枠内での選択権を内閣に認めることは許されるとしても、内閣の側に積極的な拒否権を認めることは、指名制度をとる憲法に反するといわざるをえないであろう。

第八一条

〔法令審査権と最高裁判所〕

第八一条〔法令審査権と最高裁判所〕

〔憲法第⑧〕

〔国会答弁例〕

1 違憲審査権の性質

(一) 最高裁判所の権限と違憲訴訟

△ 対八木幸吉 鳩山総理・林長官答弁▽

○八木幸吉君 ……国会を通った法律であっても憲法違反と考えれば、それを最高裁判所が受理し得るという道を開く必要があると思う、……

○国務大臣（鳩山一郎君） ……現在の最高裁判所は具体的事件でなければ、違憲であるか違憲でないかを裁判することができないというのが通説でございます。……最高裁判所は違憲裁判所、違憲かどうかというようなことも……具体的になく抽象的でもきめるというような権限を付与することが必要だ、これも憲法改正の一理由になるだろう。……

○八木幸吉君 ……かりに徴兵制度がしかれる、……私なら私が赤紙が来て、……しかしこの徴兵制度そのものは憲法違反である、こう私が考えてそれを最高裁判所に提訴する、これは現在の裁判所法で受付けますか、……

○政府委員（林修三君） ……かりにある法律ができまして、それが違憲であるという場合に、その法律に基づきまして処分を受けた、あるいはその法律に基づきまして自分の権利利益を侵害されたという者は、そういう具体的事件を通じて審級に従って裁判所の審理を求める。最高裁判所は結局その具体的事件の審理において、前提としてその法律が憲法違反かどうかということも審査し得ることは、現行憲法下において可能なことと存じます。

第八一条〔国会答弁例〕

(二) 違憲裁判

(昭三一・三・九・第二四回一旧〔司法〕
参・予算委・一一号一二頁一八一条8)

△対八木幸吉 鳩山総理・林長官答弁▽

○ 国務大臣 (鳩山一郎君) …… 最高裁判所は、…… そもそも法律が憲法違反になるかならないかということを審査することはできるが、抽象的にこの法律がいいかどうかということを、抽象的の裁判は現在の最高裁判所ではできないように考えております。

○ 政府委員 (林修三君) 現在の憲法は、御承知のように三権分立の建前でできておるものと考えerわけでございます。従いまして憲法八十一条で、最高裁判所に違憲立法の審査権を与えてはおりますけれども、これはやはり司法権の範囲内において与えておるものと、かように考えるのが正しい考え方だと思ひます。…… 司法権の範囲において考えれば、やはり具体的な訴訟事件を通じて最高裁判所が、このある法律が憲法に適合するかどうかということを判定すべき権能を持っている、そういうふうに考えるわけでございます。…… 今の立法権の範囲でいけば、国会がもちろん憲法違反の法律を御制定になるはずもございませんし、またそういうことがあれば、これは立法権の範囲において国民の批判を受け、国会の選挙を通じて批判せられるべきもので、これが司法権の分立という考えからくる考え方だと私は思ふわけであります。……

○ 国務大臣 (鳩山一郎君) 私は、法律の通過によって憲法が改正せられるというようなことは考えません。

(三) 違憲立法審査権

〔憲法第91条〕

(昭三一・三・一二・第二四回
参・予算委・一三二五頁
一八一条九)

△ 対八木幸吉 林長官・根本官房長官答弁▽

○ 政府委員 (林修三君)

………今の憲法解釈として結局司法権とは何だということになるわけですが、司法権は、これはやはり従来の三権分立の考え方における司法権は、具体的な権利義務について争い、疑いがあるときに、そのときに裁判機関がそれを裁判によって、その場合にいかなる法律関係を適用すべきものか、いかなる法律関係があると判定すべきものか、こういう作用が司法権だ。これが伝統的な解釈であります。そういうふうに解釈しておる。従いまして今の憲法の八十一条で最高裁判所に与えられておるその違憲立法審査権も、この司法権の範囲のものと、かように考えておるわけであります。………ある法律を、それが直ちに抽象的に憲法違反である、あるいは合憲であるということ判定するのは、ただいま申しした通り、司法権の範囲より外に出るものと考えられます。………これにはやはり特別の憲法上の規定がなければおかしいのではないか、………これは相当多数の学者もそういう見解でございますし、最高裁判所の考え方もある見地に立ってこの前の判決があったものと、かように考えております。………国民の代表である立法機関が制定したものを、直ちに他の直接に国民の代表と申しますか、国民が選挙しない最高裁判所に、その国民の代表によって組織せられておる立法機関が制定した法律の違憲性を判定する権限を与えるためには、やはりどうしても憲法にはつきりした規定がなければならぬ。………

○ 政府委員 (林修三君)

………いま社会党から御提出のあの法案、ああいう形でできるという説もこれはございます。ございますから、私も一がいにそれをとやかくいうのはどうかと思えますけれども、これは結局最高裁判所がああいう法律ができた場合には、いかに判定するかということにかかって、憲法違反かどうかということがまた最終

第八一条 (国会答弁例)

後的にきまるわけだと思えますけれども、先ほども申し上げました私どもの考えから申せば、やはり憲法を改正して行うことが至当じゃないか、かように考えておるのでございます。

○政府委員（林修三君）……………最高裁判所の考え方を私が御説明したような考え方でとる限りにおいては、やはり最高裁判所も、今のような法案でございすると、果してそれを合憲なりと考えるかどうか疑問に思っています。

○政府委員（根本龍太郎君）……………社会党で出されようとしている、あるいは出しておるところの違憲裁判所と申しますか、この問題を提出するということは、法律解釈上からすれば合理性を持っていないという、まあ大体の判断をしてよろしいと、しかし今その論争をここで法制局長官としてはまあ遠慮されたと私は見ているのでございます。従ってそういうものを出すという意思を持っておるのに対して、それはむだだからやめなさいというところまではい得ない立場にあるのは当然だと思えます。……………

（四） 憲法第八一条により、法令の抽象的違憲訴訟が許されるか

（昭三二・三・二六・第二六回 旧〔司法〕
衆・法務委・一八号四頁 八一条10）

△対猪俣浩三 中村法相答弁▽

○猪俣委員 ……………憲法八十一条を根拠といたしまして抽象的違憲訴訟ができるという御見解でありますか、できないという御見解でありますか。……………

○中村国務大臣 ……………八十一条の規定は、具体的事件について法律、命令、規則または処分が憲法で違背するやいなやを判断するのが八十一条の規定であるという説もございします。さらに、……………具体的事案が生じた場合に、その具体的事案は違憲なりやいなやと判断するのが最高裁判所の使命である、また八十一条の定むるところである、こう

いう解釈に立ちまして一貫した判例が続けておりますので、私どもといたしましては、現在までに行われてきております判例のような解釈、すなわち、具体的事件について違憲なりやいなやを審査判断をするのが最高裁判所の使命である、こう解釈するのが妥当である、かような見解を持つておる次第であります。

(四) 違憲立法審査権の内容について

(昭五四・一二・一一・第九〇回) 〔司法〕
衆・法務委・二号五頁 八一条?

△ 対 飯田忠雄 (最高裁) 西山行政局長 答弁▽
長谷雄幸久 味村一郎長

○飯田委員 ……憲法の八十一条……の規定は最高裁判所の法的性格を規定したものではありませんかと私は思うものでありますが、これに關しまして従来の裁判所の御見解は、……

○西山最高裁判所長官代理者 いまの御質問の點に關しましては、先ほどお示しになりました最高裁判所の昭和二十七年十月八日の大法廷の判決及び昭和二十八年の四月十五日の大法廷の判決がございますが、いずれも、先ほど御指摘になりましたように、具体的な事件を離れて抽象的に法律、命令等が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有するものではない、それが最高裁判所の立場である。それから、憲法八十一条は最高裁判所が違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したのではない、こういうふうなことを判示しておるわけでございます。

○飯田委員 ……内閣法制局の方でどういふ御見解をとっておられるのかお答え願いたい。

○味村政府委員 憲法八十一条は司法の章に規定されておりました、司法権の一態様としての違憲立法審査権という

第八一条〔国会答弁例〕

ものを規定しているものであるということが最高裁の判決の御解釈でございますし、私どももそのように考えている次第でございます。

先生のおっしゃいますように、八十一条が特別の抽象的な違憲立法審査権を規定したものだという説も、もちろんあることは承知いたしておりますが、しかし違憲立法審査を抽象的に行うという権限は、これは裁判所の枠を超えるわけでございまして、もしもそのように憲法が考えているのであれば、明瞭にそのような抽象的な違憲立法審査権を有するのだというふうに規定をするということが当然考えられるわけでございまして、そのような規定がない以上は、やはり先ほどの最高裁判所の判決が示されているとおり、司法権の範囲内で違憲立法審査権を持っているのだ、このように解すべきであると思います。

それでは八十一条の趣旨がないんじゃないかとおっしゃるわけでございますが、旧明治憲法におきましては、法律が憲法に違反しているかどうかにつきましては、裁判所は審査する権限がなかったというふうに解釈されていたわけでございまして、そのことを明らかにしただけでも憲法八十一条は意味がある、このように考えるわけでございます。

○長谷雄委員 ……裁判所は具体的争訟にかかわる事件を処理する、その枠内でしか違憲審査をしない、こうもおっしゃっていますけれども、法制局、そういう規定がありますか。

○味村政府委員 これは「司法」という章に規定があるわけでございます。

立法、行政、司法、こういうふうに三つ並んでおります三権分立のうちの一つの権であります司法権、これは、具体的な争訟事件につきまして、法律的な見地からそれを裁くというものを言うのであろう。したがって、憲法の司法というのは、当然にそのことを予定しているのであろう、このように考えている次第でございます。

○長谷雄委員 ……憲法七十七条は規則制定権を規定しておりますが、……民事、刑事に限らず、いま私が問題にしようとしている憲法裁判も、これが訴訟である以上は、憲法裁判に関する訴訟手続に関する規則は当然含むとは思いますが。この憲法裁判の訴訟手続を除外するということはおかしいのではないか。この点、法制局どうですか。

○味村政府委員 これは前提が異なるわけでございまして、憲法八十一条は、私どもは先ほど申し上げましたように解釈いたしております。

したがしまして、この「訴訟に関する手続」の中には、そのような憲法裁判所における抽象的な、先生のおっしゃいますような抽象的な憲法裁判をするについての手続は入っていないというように考えております。

（編注） 違憲裁判所の設置については第七六条〔国会答弁例〕 1・2 参照

2 条約の違憲審査

（一） 条約の違憲審査

（昭二六・一〇・二三・第一二回 衆・平和・安保条約委・七号一二頁 一八一条2）

△対佐瀬昌三 大橋法務総裁答弁▽

○佐瀬委員 ……憲法違反であるかどうかというような問題が起った場合、これに対する法令審査権というものがどこにあるか、……

○大橋國務大臣 条約は憲法上、常に事前または事後におきまする国会の承認が必要と相なるわけでございます。……具体的な条約につき、憲法のあらゆる規定に照して違憲の点はないかどうかということを当然審査されるものと存じます、……

……かくして成立いたしましたる条約に対しまして、これが国内におきまして具体的に実行に移された場合、何
第八一条〔国会答弁例〕

らか民事あるいは刑事の問題を生じた場合において、その刑事または民事の事件の裁判の上において、条約と憲法の関係、特に条約が違憲にあらずやというような点が問題となることがあるわけでございます。この場合におきましては、当然裁判所がその判定の権限を持つものと考えております。

(二) 違憲条約の成立した後の措置(MSA協定)

(昭二九・三・一五・第一九回 旧司法)
衆・外務委・一七号九頁 八一条3)

△対戸叶里子 佐藤長官答弁▽

○戸叶委員 ……憲法に違反するような条約が結ばれ……これを実施しなければならないというふうな場合には、一体どういふことになるか、……

○佐藤(達) 政府委員 ……結論も実ははっきり自信のあるものではできておりませんけれども、……そういう条約がかりに結ばれたという場合に、その違憲性の判定機関はどこであるかという問題がすぐ出て参ります。その場合にすぐ最高裁判所というものを思いつく……ところが憲法の条文によって最高裁判所の権限を見ますと、実は条約の違憲性の審査権という文字がはつきり出ておりません。従ってそこにもうすでに第一の問題が出ておる……私は個人的には、最高裁判所というのは、およそ憲法違反の事件を審理するという前提をとるのが自然であらうから、……条約といえども、少くとも半面においては国内法的の性格を持つことは明らかである。従ってせめて国内法的の面における違憲性の判定権ぐらひは、最高裁判所にあると言つていいのではないかというような気持もいたしております。……その点で問題が二つにわかれてしまう。そこで今度は最高裁判所がかりに取上げて、違憲性の判決を下

したという場合に、今の筋から申しますと、国内法的にはこれは無効だと言えることになるう……けれども条約そのものの本質から申しまして、実はこれは国内的に無効ですよと言いつつ話が済むものではない……今度は相手国との関係が出て来る。相手国に対して、憲法違反をたてに、この条約ははっきり無効だ。こういう宣言するのは当然でございましょうけれども、そこに国際的なある種の話し合いというものが出来来やしないか。そういう筋だけではありませんけれども、はっきりした結論は私自身すらも得ておりません。

(三) 憲法第八一条と第九八条との関係

(昭二九・四・二二・第一九回
参・外務内閣大蔵連合委・二号三頁 旧〔司法〕
八一一条4)

△対八木幸吉 高辻一部長答弁▽

○八木幸吉君 ……若し最高裁判所がこの協定は憲法に違反する、かように裁定を下しました場合には、憲法第九八条によりましてこの行為は効力を有しない。……今おっしゃった国内的の効力を有する法律という意味合で将来に向って無効になるというふうに解釈を下してよろしいでございましょうか。

○政府委員(高辻正巳君) ……この点につきましては、これは条約に限らないことでございますけれども、仮に

その条約が憲法に違反するというふうな決定があったといたしました場合に、最高裁判所のそういう決定が果してどこまでの既判的な効力を有するかということについて二つの考え方が出て来るわけで、これは条約に限りませんが法律にいたしてもその……国会が御制定になった法律そのものが直ちに廃止をされたと同様の結果を来すものであるという考え方が一つございます。併し同時に又、……それは当該処分についてその法律が働くことが停止され

るのだ、……そういう考え方がございます。……実際の扱いを申上げれば、それは最高裁判所におきまして、或る法律なりその他の国家の行為についてそれが無効であるからどうであるという判決が下った場合には、当該行為について法律の無効性が問題になるわけで、その法律が丁度国会で廃止されたと同様な結果になるというふうには取扱われておらないわけでありまして、条約につきましては……国と国との間の約束でございますから、仮に国内法的な部面におきましてそういう場合に遭遇いたしましても、国家間の効力は直ちには否定されませんから、若しそういうことになりましたら、恐らくは政府といたしましてはその条約を廃棄するなり改訂するなり、他国との関係において努力をしなければならん、そういう拘束が残ると思いますが、直ちに一切合切無効になるということにはならないものだと考えます。

(四) 最高裁判所の違憲審査権（憲法第八一条）

（昭一九・四・二二・第一九回
参・外務内閣大蔵連合委・二号三頁
旧〔司法〕
八一条5）

△対八木幸吉 木村国務相・高辻一部長答弁▽

○八木幸吉君 ……条約が或いは協定が憲法違反であるかどうかということを我が国において最終的に決定する権限を持っているものは一体何であるか……

○国務大臣（木村篤太郎君） 先ず条約、協定が憲法に違反するか否やということは第一次的に私は政府がきめるべきだと思います。……第二次的にこれは議会がきめる、いわゆる国権の最高機関であるところの国会が審議してそれをきめるわけでありまして、そのきめたものが憲法に違反するかどうかということについて争いが起った場合に、そ

れが最終的には最高裁判所できめるわけであります。……

〔憲法資⑧〕

○政府委員（高辻正己君）

……御指摘のように第八十一条には……というふうに書いてございまして、条約はまさにここには載っておらないわけであります。従つて只今仰せになりましたような点につきましては、まさに学界におきましてもいろいろな議論が分れておるところでございします。ただ問題は最高裁判所が実際の事件の処理に當つてそれをどういうふうに処置するかということにかかるところではございしますが、……条約と憲法との効力関係にも及ぶ問題ではございますが、条約も、……一面においては国内法的性格を有するものであると解せられておりますので、ここには特に明文で条約とはいっておりませんけれども、恐らくは最高裁判所におきましてもこの処分と解しますか、或いは「一切の法律、」といううちの実質的な条約の国内法的性格をとらえて、そこからこれに含ませるものとして審査の権能を發揮されるか。その点は問題がございしようが、いずれにしても最高裁判所がやはり憲法に適合するかどうかを決定する権限を有しているのではないかというふうに私どもは考えております。

(四) 最高裁の条約に関する違憲審査権

（昭三四・三・三一・第三一回 旧〔司法〕
参・予算委・一九号一一頁 八一条13）

△対戸叶 武 岸総理・林長官答弁V

○戸叶武君

岸総理大臣から、最後の決定は最高裁判所において行つておりますが、それでは最高裁判所は条約についても違憲審査権を持つという解釈にみているのかと思ひますが、憲法は国の基本法であります。それではこの国会が憲法第四十一条に規定されるような、国の最高機関としての権威をどこで保つのですか。……

第八一条〔国会答弁例〕

○国務大臣（岸信介君） 三権分立でございますから、立法府は立法府としての権限を持ち、司法権は司法権として独立した立場、また権限が明らかにされており、行政府は行政府の立場というものがある。その間においておのの持つておる、憲法上明らかに明定されておるところのものはこれは紛淆を許さない。おのおのその立場を尊重してやるべきことは私当然であると思います。……

○政府委員（林修三君） ……戸叶先生の御質問二点に分れていると思いますが、最初のいわゆる憲法八十一条の最高裁判所の違憲審査権の問題でございます。これに条約が入るかどうかという問題であろうと思います。……八十一条には条約のことは書いてございません。従いましてそこに学者にはいろいろの説がある。……少くとも私どもは条約の国際法的な面につきましては、やはり最高裁には審査権はないのじゃないかと思っております。しかし、いわゆる国内法的な面についてはこれはいろいろ……異論はございますが、従来もわれわれ法制局の考え方は国内法的な面については、やはり最高裁に審査権はあるものと認めるべきじゃなかろうかというふうに……考えております。……

それから、もう一つの憲法四十一条で国会は最高機関である。最高裁があらゆる法律あるいは条約、そういうものについての最終決定権を持つなら、司法の最高裁判所が最高機関になって国会はその下につくのかというような御質問だと思いますが、これは私にはそうじゃないと思います。最高裁判所は憲法八十一条によっていわゆる違憲審査権を持つておりますが、これはいわゆる西独の基本法にいうようないわゆる憲法裁判所とは違うと思います。これは……司法裁判所でございますから、具体的な司法事件を通じてのみ最高裁判所は事件の審査をする。しかしその……

場合には……立法機関の制定された法律あるいは立法機関の承認された条約が国内法に憲法に違反するやいなやと
いうことの判断権は最高裁は持つておるわけであります。ただこれはやはり司法裁判所としての性格でございますか
ら、その場合に最高裁判所はかりに違憲の判決をしたといっても、私どもの解釈としては法律が当然無効になるもの
ではない、法律をあるいは廃止することはこれは立法機関のなすべきことで……立法機関としては当然そういう
場合には法律の廃止手続をとることが大体筋であろうと思います。……条約については、かりに国内法的な面、国
際法的な面は別でございますが、国内法的な面についてそういう問題があれば条約改定について努力をするというこ
とになる……

○政府委員（林修三君）　ただいま私のお答えいたしましたことは、さっき総理のお答えになりました最終的には憲
法の解釈は最高裁がきめるということと何ら矛盾することはございません。……憲法八十一条は法律上その他につ
いても最終決定権を持つということでございます。条約については……面説ございますが、……国際法的な面
については、……ないと思います。これは総理もそのおつもりでおっしゃったことと思います。……きのうの判決
を見ましても、……条約の国際法的効力はともかく、（と）言っていることは当然そのことを頭に……言ってお
られることと思います。……国内法的効力についても面説ございますけれども、……法制局といたしましては、
国内法的効力の面についてはやはり最高裁に八十一条の違憲審査権はあるものと、こう考えております。

(六) 条約と最高裁の違憲審査権

（昭三四・四・二七・第三二回
衆・外務委・一八号 一二一―一四頁 旧〔司法〕
八一条14）

第八一条〔国会答弁例〕

△ 対佐々木盛雄 林長官答弁▽

○ 佐々木（盛）委員 ……憲法八十一条の一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかどうかという中に、条約という事項が欠けておる。……政府の見解とされましては、条約というものがここに列記した法律、命令または処分の中に含まれるかどうかですか。

○ 林（修）政府委員 ……学説は二つに分れております。……条約と憲法との関係で、いわゆる条約優位説をとるか、あるいは憲法優位説をとるかというようなことも相関連する問題でございます。……学説としてはこの八十一条はわざわざ条約という言葉を抜いておること、条約の審査権はないという考え方は、これは相当有力でございます。反面最高裁はあらゆる法令についての審査権を持っている建前であるから、この中の法律あるいは規則あるいは処分という言葉の中でこの条約も読むべきである、こういう学説もまた相当有力に行われております。実はこの問題も最高裁自身の権限に関することでございますので、……行政府としての見解を言うことも実はどうかと思うわけでございますが、従来私どもといたしましては、……いわゆる政府の見解としてでなくて、一介の学問の研究者としての見解は、実は申し述べておることあるわけであります。……前任者の佐藤達夫氏が昭和二十九年の第九国会でも、個人的意見として実は述べておる……私も大体その見解に賛成しておりますが、そのときの見解といたしましては、いわゆる条約というものはまさにこれは国際法的の約束でございます。国際法的な効力を持つておる。そういう面に関しては、最高裁判所は国際法的な面についての条約の審査権はないというわけではなからうか……これは八十一条に条約という言葉がないことから考えて、当然そうではなからうか。しかし条約は同時に日本の

法制のもとにおきましては、公布されることによって国内法的な効力を持っております。……国内法的な効力と申しまして、条約の性質によって……違つて参りますが、国内法的に国民の権利義務を拘束する面があるわけであり、……そういうような国内法的な面については最高裁の違憲立法審査権がないとは言ひ切れないのじゃないか、……そういうことを私の前任者の佐藤さんも言っております。……私も大体その見解に賛成しているわけであり、……多少疑問はございます。個人的見解でございますが、条約の国内法的効力の面、これは条約の内容によつて、その条約が直接に国民の権利義務を拘束している面があるとすれば、その面についてはやはり審査権なしとは言ひ切れないのではなからうかと思ひます。ただしその審査権がありといたしましても、条約の特殊の性質がござい、……ますから、直ちにそれが国際法的効力に影響を及ぼすものでもござい、……そこにはいろいろむずかしい問題が、……ときには発生してくる……同時に条約については外国の裁判所が考へておるように、一応審査権はあるけれども、政治問題、あるいは統治行為として裁判所は判断すべきではないという学説が相当有力であります。これはいろいろの意見があつて、いろいろむずかしい点があるということを御了解願ひたいと思ひます。従来最高裁判所にはもちろんこれに關して結論を出したものはござい、……下級審では……詳しい議論をせず、たとえば行政協定は有効な条約であるといった高裁の判決もござい、……あるいは最高裁の小法廷でござい、……行政協定の解釈をして、……る判決もござい、……そういう判決は一体どう考へ、……行政協定の解釈をするかは、……りわからない点もござい、……ますが、……そういう判例はあるわけでございます。……特にこれが最高裁自身の権限に關するものであるだけに、い、……わゆる政府としての見解を申し上げることは、……実は御容赦願ひたい、……

○佐々木（盛）委員 ……かりに外国と結んだ条約が最高裁の判決によつて違憲であるということになったときにおいて、その条約の効力また国内的にどうなるという点は、あなたはどのように考へになっておりますか。

○林（修） 政府委員 ……条約というものは国際法的なきめでございますので、最高裁がかりにその違憲審査権ありという判断のもとにやりましたも、直ちにそれがその条約の効力を無効にするものではないと実は私も考えております。これはあくまで八十一条の解釈全体の問題に関連して参りますが、八十一条は、いわゆる司法権の延長としての違憲審査権を最高裁に与えているわけであります。……従いまして、……具体的な事件についての拘束力しか……ないわけであります。……

条約の場合につきましては、……最高裁は……国際法的な面についての判断権はないと私は思います。……かりに最高裁が国内法的な面について判断権ありとして、ある条約が……国内法的な面において違憲であるとしても、……国際法的な点については触れてこない。ただし、そういう最高裁の判断がかりにあったとすれば、政府としては国務を執行する上において、そういう条約を改定するか、廃棄するかという努力をする責任は負わされるという程度だと思います。……最高裁がかりに国内法的にそれが違憲であるということを判断いたしましたも、条約の国際的な効力の面はこれは残っておる、かように判断いたします。……

3 下級裁判所の違憲審査権

(一) 下級裁判所の違憲審査権

(昭三二・四・二・第二六回 旧〔司法〕
衆・法務委・二二二号六頁 一八一条12)

△対小林 錡 中村法相答弁▽

○小林(錡) 委員 憲法の八十一条は、……下級裁判所は憲法裁判の権能がないのであるか、……
○中村国務大臣 下級裁判所もちろん判断を下す権能はあるわけで……最終的に終審の裁判所としては最高裁判所でなければならないという憲法第八十一条は最も重要な事項についての基本的な管轄の所在を明確にした規定である、……

(二) 最高裁判所の憲法判断が一般的に下級裁判所を拘束する旨の立法措置の可否について

(昭五〇・六・二〇・第七五回 〔司法〕
衆・本会議・二九号一九頁 一八一条5)

△対和田耕作 三木総理・稲葉法相答弁▽

○和田耕作君 ……一般論として、下級裁判所が最高裁判所の示した憲法解釈の趣旨に明らかに反する判決をすることは、最高裁判所の権威について国民の疑惑を招くおそれがあると思われしますので、法務大臣は、一般的に最高裁判所の憲法判断は、同種同内容の法律の解釈ないし判断にかかわるものに関して、下級裁判所を拘束するという立法措置を講ずることについて、どのようにお考えになっておられるのか、……

○内閣総理大臣(三木武夫君) ……お尋ねの問題は、憲法解釈にかかわる重要な問題でありますので、これは慎重な検討を必要とすると考えます。憲法第七十六条の三項に、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権

第八一条〔国会答弁例〕

を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」という規定もございますから、これはやはり慎重な検討をすべき問題であると考えます。

○国務大臣（稲葉修君）……………和田さんの御質問は、同種同内容の法律の解釈に関しては、一般的に最高裁判所の憲法解釈にすべて下級裁判所が拘束される旨の、そういう趣旨の立法をする可能性はどうか、してはどうかという御趣旨のようですが、……………下級裁判所にも違憲審査権が認められると解釈されており、また、憲法第七十六条第三項は、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」こう規定していることから、そういう一般的な拘束をする立法をいたしますことは、憲法上も非常に問題があると思われるので、そのような立法措置が可能かどうか、また、その当否については、なお十分に検討いたしたいと思います。

4 違憲判断の効力

(一) 法律が具体的事件を通じ違憲だと判決された場合の措置について

（昭三〇・六・一八・第二二回 旧〔司法〕
参・予算委・二七号二〇頁 一八一条7）

△対中山福蔵 鳩山総理・林長官答弁▽

○中山福蔵君 ……………… 具体的の事項について訴訟が起った場合、…………… 法律が憲法に違反しているという裁定を下したときには、その法律は当然廃止になるのですか、……………

○政府委員（林修三君） 最高裁判所がある事件の審査にあたつて、その後ある法律が違憲であるというような裁定をいたしましたときには、裁判所が国会に対してその判決を送付して、…………… 国会に知らすわけですから、国会はそれに基づいて、その法律の違憲であるか違憲でないかについて、私は審議を始むべき義務があると思っております。

○中山福蔵君 ……………… 日本の議会は、その最高裁判所の報告を受けて、もう一ぺんそれじゃ審議し直すということに

なるのですか、……

〔憲法資⑨〕

○ 国務大臣（鳩山一郎君） 私はそういうふうに解釈しておりますが、……法制局長官から答弁させます。

○ 政府委員（林修三君） ……憲法八十一条の最高裁判所における違憲法律の審査権は、……司法権の作用として行われていると解釈しております。従いまして、……具体的事件の訴訟におきまして、……判決をした場合には、これは司法裁判の性質として当然その事件のみについての……判断でございます。従いまして、……それをもって直ちに違憲の法律が当然に無効になるものとは考えられません。……ただその後におきましては、同一の法律を問題とするような案件が次々に起りました際には、おそらく最高裁判所は同様な判決をいたすことになりましょう。従いまして、……国会、……あるいは内閣の方でそういう違憲と判断せられた法律について、……その判決が正しいものと考えれば、当然にその法律の改廃手続をとるべきものであろう、……最高裁判所の事務処理規則に、……最高裁判所がある法律が違憲であるということを前提として裁判をした場合には、その旨を内閣及び国会に通知する、これがそういう趣旨から入っている規則だと考える。……

(二) 法律を違憲とする判決により当該法律は無効となるか

〔昭三二・三・二七・第二六回一旧〔司法〕
衆・法務委・一九号五頁 一八一条11〕

△ 対池田清志（法）位野木官房調査課長答弁▽

○ 池田（清）委員 ……本来無効であるべきところの法律等そのものは、裁判所によって決定があった後においてもなおかつ存在するという事に相なるのでありますか、……

○ 位野木政府委員 ……違憲判決の効力については見解が分れておるのでございますが、政府としては従来から個別的な効力説をとっておりますので、違憲の判決がありましても、その法令が失効するという事にはならないとい

第八一条〔国会答弁例〕

うふうに考えております。

○位野木政府委員 個別的な効力説をとる場合でありまして、一たん違憲の判決が出ますと、国民は、将来同じような事件が出た場合に同じような判決が下るであろうということは期待できるわけでありますから、それに従って司法関係が処理されていくということが期待されるわけであります。……

○位野木政府委員 最高裁判所におきまして憲法第八十一条によりましてある法律が違憲であるという判決が下った場合に、その違憲であるとされた法律はどうかという点につきましては、……学説も分れておるようですが、さすが、政府といたしましては、従来から、いわゆる個別的違憲説と申しましょうか、最高裁判所の判決があつても、それによつて当然法律がなくなってしまうものだ、失効して全部廃止になつてしまふ、そういうような考えではなくて、裁判所はその事件についてはその法律が違憲であるから適用しないという種の、いわゆる個別的違憲説の見解をとつてゐる次第であります。……その跡始末といたしましては、まず、一般の関係人や国民などは、最高裁判所で違憲と判断した以上、同じような事件は同じように判断せよということでは処理されるし、また、政府なり国会なりは、その最高裁判所の判決を尊重するなりして法律の改正なり廃止の手続をとつていく、そういうことになるのではないかと存じておる次第でございます。

(三) 法律を違憲とする最高裁判決の効力について

(昭五〇・五・二二・第七五回〔司法〕
衆・内閣委・一七号二九頁 八一条6)

△対受田新吉 角田一部長答弁▽

○受田委員 ……薬事法第六条による薬店舗の開設に対する距離制限、これに対して四月末に最高裁の判決が出た。……最高裁の判決というものは、至上命令として受けなければいけないんじゃないやありませんか。これを批判する

〔憲法資⑧〕

ことができるかどうかです。……

〔憲法第⑧〕

○角田（礼）政府委員 政府は従来、最高裁の判決については、常にその趣旨に従うということを、いろいろな場合に言明しておりますので、今回もそのとおりだと思います。

ただ、若干法律的な説明をつけ加えさせていただきますと、すでに最高裁から内閣及び国会に対しまして、裁判書の正本が送付されているわけでございます。これは御承知かと思いますが、最高裁裁判事務処理規則第十四条という規定がございまして、違憲の判決がございましたときには、そういう手続をとることになっておるわけでございます。したがって、今回の場合は、法律の改廃措置が当然必要になってくるわけでございますが、最高裁の判決の趣旨に従いまして、国会あるいは内閣においてしかるべき措置をとることが期待されているものと考えます。

○受田委員 すでに最高裁の違憲判決は、四十八年四月にも尊属殺に対する違憲判決があった。この方はどうなっておるのですか。

○角田（礼）政府委員 私がお答えするのは、必ずしも適当じゃないと思いますが、ペンディングになっていることは事実でございます。……これは大変申し上げにくいのでありますが、国会と内閣と両方でそれぞれ責任を果たすべきことだろうと思いますが、内閣につきましても、いろいろな措置をとろうとしたようでございますが、いろいろな御意見がまたありまして、必ずしもそのとおりにならなかったようでございます。

ただ、一言だけ申し上げさせていただきますが、尊属殺のあの違憲判決というものは、今回の判決と若干性格が違点がございます。今回の判決は、薬事法の六条二項等の規定が完全に違憲であるということを明言しているわけでございます。ところが、尊属殺のあの違憲判決というのは、刑法二百条の規定について、何と申しますか、部分的に違憲であるというような、まあ言葉は不正確でございますが、そういう判決でございますので、そのとり方について

ていろいろな御意見が分かれたのだらうと思います。

（四）法令を違憲とする最高裁判決の効力について

（昭五九・四・一九・第一〇一回）
〔司法〕
衆・決算委・八号二六頁
八一条10）

△対三浦隆（最高裁）上谷民事局長兼行政局長・前田一部長答弁▽

○三浦（隆）委員 ……最高裁で違憲と判断された法令の規定はそこで適用を排除されるわけですが、その場合、その違憲とされた法令はその訴訟事件に関する限り効力を持たないものとして適用排除されるのか、それとも、一般的に他のすべての人に対する関係においても効力を失ってしまうものなのか。言いかえれば、最高裁は個別的効力説をとるのか、一般効力説をとるのか、どちらなのでしょう、お尋ねしたいと思います。

○上谷最高裁判所長官代理者 この点について判断した最高裁判所の判決はまだ見当たらないようでございます。

○前田（正）政府委員 ただいま最高裁からのお答えがございましたので政府としての考え方を申し上げます。

裁判はもともといわゆる司法権の作用といたしまして具体的な訴訟事件についてなされる判断でございますから、その効力も当然当該具体的事件に限られると解すべきであらうと存じます。

ところで、憲法第八十一条の最高裁判所の違憲審査権も憲法の第六章「司法」の章において規定されておりますので、ただいま申しましたような意味での司法権の作用として行われるものであると考えます。したがって、違憲の判決が出ましたからといって、違憲とされました法令が直ちに無効になるというわけではないと考えております。政府といたしましては、従来から御指摘の点につきましては個別的効力説の立場をとっております。

○三浦（隆）委員 ……個別的効力説を仮にとるというふうな一番最後の結びだけにやりますと、その見解に立ち

ますと、その宮澤先生のコメントールによりますと、「最高裁判所に対して合憲性の審査権を認めながら、その点に関する裁判所の判断に一般的な効力を認めない」とすると、最高裁判所によって違憲と判断された法律がその後もその他の一般人に対しては効力を有するとされ、それらの人が裁判所でそれを争いさえすれば、その適用を免れることが明白であるのに、裁判所で争った人はその適用を免れるのに、それを争わない人はいつまでもその適用を免れることができないという不条理を生ずる。こういう結果を容認することは、おそらく裁判所に合憲性の審査権を与えた趣旨と矛盾するだろう。」このように述べておりますが、今御答弁をされた方はひとつお答えを願いたいと思います。

○前田（正）政府委員 違憲とされました判決の効力についてどのように考えるかということにつきましては、学説上もいろいろな考え方があることはただいま御指摘のとおりでございます。個別的効力説あるいは一般的効力説のいずれをとるかによりまして、それぞれ功罪があると思えますけれども、仮に一般的効力説をとりましたときは、判例の変更がないという意味におきましては安定的だということが言えるかもしれませんが、今度は反面におきましてはその遡及効をどういうふうに考えるのか。わかりやすい例で申し上げますと、例えば税金の場合に、既に納めました税金というものを一体どういうふうに考えたらいのか……というような点がございしますので、そのいずれとも決まらない。ただ、先ほど最高裁の方からも申されましたように、判例自体もございませし、またこれに関しまして憲法にも法律にも特別の規定はないわけでございます。

先ほどのお尋ねで、個別的効力説、一般的効力説のいずれと考えるかというお尋ねでございましたので、政府といましてはという限定をつけましてお答えしたつもりでございます。

○三浦（隆）委員 私は、答えとしては個別的効力説にせよ一般効力説にせよ、どちらにも論旨というものはあるん

だと思ふのです。これに対してたまたま宮澤先生のコメントールでは、もし個別的効力説をとるとすればこれこれしかじかの矛盾が出る、だから私はこの説はとれない、こう述べられているわけであります。ですから、私が答えを期待しているのは、宮澤先生の説はこれこれしかじかで間違っております。むしろ私の方が正しいんだというふうな意見を求めたのでありまして、そうでなければ、個別的効力がいいのか一般効力がいいのかと問うたときに、個別的効力だというお答えだから、それはおかしいじゃないかという説に対してお答えいただかなければどうにもならない。それに対して一般効力説の場合はどうかといつても答えがピントを外れているんだということなんです。

○前田（正）政府委員 私に宮澤先生の学説を批判するだけの能力はございませんので、御指摘のように一般的効力説、個別的効力説につきましては、先ほど申し上げましたように、いろいろな考え方があります。いろいろな考え方がございますが、政府といたしましては個別的効力説の立場をとっておりますということを申し上げたつもりでございます。

5

統治行為の理論

(一) 統治行為論について

〔昭四八・九・一三・第七一回一〔司法〕
参・内閣委・二七号一二頁一八一条4〕

△対上田哲 吉国長官答弁▽

○政府委員（吉国一郎君） 統治行為の議論と申しますのは、フランスの裁判所におきましてアクト・ド・グーベルヌマンあるいはアメリカの裁判所においてポリティカル・クエスチョンというようなことばで用いられている問題でございまして、裁判所が違憲審査権を行使するにあたりまして、たとえばアメリカの例で申し上げますならば、立法なり行政なりについて裁判所が違憲立法審査権を行使する、その行使する場合に、問題がいわば社会的に熟して

いる段階においてこれを行使することが正当であるという判断を、最高裁判所の判事が一べん述べたことがございます。その考え方は、違憲立法審査権を行使するのは、いよいよの段階、これを行使しなければ最終的に国の方向が決定できないというような、最終の段階において行使すべきであって、いわば違憲立法審査権の行使については慎重でなければならぬという議論をアメリカではいたしております。その議論によりまして、そのポリティカル・クエスチョンについては、最高裁判所はできるだけ判断を先へ延ばすと申しますが、差し控えるという態度をとって今日に至っております。これを学問的には総括して——フランスでも大体同じような考え方でございますが、そういう考え方から発しました問題を、統治行為の議論と申しまして、具体的には立法部門なり行政部門なりにおいて、そこで本来その立法権の独自の権能として決定されるべき問題については、司法権はよほどの場合でなければ介入はしない。

日本の例で申し上げますならば、昭和三十五年にいわゆる吉米地事件と申すものでございまして、衆議院の解散について、この解散が違法である、憲法に違反するものであるという判断を求めようとして訴訟が提起せられました。衆議院の解散は、御承知のように、内閣が決定をいたしまして、天皇の名において行なわれるものでございますが、これについては、その解散がいかなる段階においていかに手続を経て行なわれたかということについては最高裁判所が判断をすべきではないということ、この場合に統治行為、の議論というもので判断をいたさなかったことがございます。また、昭和三十四年のいわゆる砂川事件の最高裁の判決におきましても、当時の、現在の安全保障条約の前の、日本とアメリカ合衆国との安全保障条約の問題につきまして最高裁判所が同じような統治行為の議論を援用して、最終的には、一見違憲でない限りは合憲と推定すべきものだというような議論で、第一審の判決を非常上告いたしましたものに対して、第一審の判決をくつがえした例がございします。

○上田哲君 ……憲法八十一条、また裁判所法第三条の明記は、明らかにこうした問題について裁判所が全能の判

断を持たなきゃならないという一般的規定だと理解をしてしかるべきものであります。これが法治主義の原理であります。……

このように明文の規定ではっきり憲法八十一条なり裁判所法三条に明記されているにもかかわらず、その例外であるということをおっしゃるのですか。

○政府委員（吉国一郎君） 統治行為の議論と申しますのは、学問上そういうことばを使っておるだけでございまして、八十一条の解釈といたしまして、まあいわば司法権の本質に内在する制約として、三権分立の制度のもとにおきましても司法権の行使についてはおのずからある限度の制約が免れない、その制約というものは、俗に学者が統治行為と呼んでいるようなものについては、たとえ法律上その是非の判断が可能であっても、このような問題については判断はすべきではないという議論でございます。

○上田哲君 非常に重大な発言であります。憲法八十一条に例外ありという見解ですか。

○政府委員（吉国一郎君） 八十一条に例外ありということではございませんで、司法権の本質を説明するとそういうことに相なるということでございます。これは砂川の最高裁の判決にも出ていますところでございます。

○上田哲君 ……法治主義の発展形態と、はなはだ逆方向を持つものが統治行為の理論だという国際的な通説についてどうお考えになりますか。

○政府委員（吉国一郎君） ……この統治行為の議論、あるいはアメリカのポリティカル・クエンションなりフランスのアクト・ド・グーベルヌマンの議論については、確かに、純粹の法治主義というものからすれば、あるいは純粹の法治国思想というものからすれば、これに背馳する原理である面もなくはないと思います。しかしながら、すべてが三権分立で、その三権分立が行なわれて、司法はあらゆる問題について立法なり行政なりの上にあるということ

が、はたして国家の統治を完全に果たすゆえんであるかどうかということについて考えますならば、わが国の憲法がとっており、またわが国の憲法がその原理に立っておるとわれわれ考えております統治行為の議論も、また一つの国家統合の原由として重要な意味を持つものであると思います。その意味で、統治行為の議論が現代の学説において相当広い範囲において憲法学者の間においても論ぜられておるものであらうと思います。

○上田哲君 …… 法治主義の当然な発展の過程に歩調をそろえるならば、統治行為の理論というものはその消滅を願うことが法理論の方向であって、これを拡大する方向にいやしくもまた行政府が声をあげるといふことは、私はたいへん間違っていると思うのです。

○政府委員（吉国一郎君） …… 日本においては、先ほど来申し上げておりますように、いろんな学説がございますけれども、統治行為の議論を唱える学者もある。その学者と同じような議論を、先ほど申し上げました昭和三十四年の最高裁の判決においても、また昭和三十五年の最高裁の判決においても採用をいたしまして、直接国家統治の基本に関するきわめて高度の政治性のある国家行為については裁判所の判断に属しないという議論でございます。

で、政府と申しますか、私がこれを範囲を広げようなどということは全然毛頭考えていないところでございまして、そのような高度の政治性のある国家統治の基本に関するような国家行為については、有効無効の法律判断が法律上可能である場合であっても裁判所の審査権の外にあって、その判断は最終的には主権者たる国民の判断に属する。それにかわって政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断にまかせられるほうが妥当であるという議論をそのまま展開をいたしまして、その例としては、従来示されたものは衆議院の解散と旧安保条約であるけれども、そのような高度の政治性のある国家統治の基本に関するような問題については、統治行為の議論というものも存在をし、最高裁判決においても認められている、政府としてもそういう考え方をとっておるということを申しただけでございます。統治行為の範囲を広げようなどということは、もちろん考えておりません。

(二) 統治行為論について

(昭五四・一二・一一・第九〇回)〔司法〕
(衆・法務委・二五五頁) 一八一条?

△対長谷雄幸久 味村一部長答弁▽

○長谷雄委員 ……最高裁は、憲法に基づく政治、つまり憲法に基づく立法、行政、司法、こういうものが行われているかどうかを憲法に基づいて法律的に判断するための、最終にしてかつ最高の判断機関だと思ふのです。にもかかわらず、最高裁がみずから統治行為論を認めて憲法の判断を回避することは、先ほど申し上げましたように最高裁判所の自殺行為だと思ふのですが、どうですか法制局。

○味村政府委員 ……憲法に反する政治を行うことは許されないことは当然でございます。

したがしまして、仮に内閣において何らかのことを決する場合におきましては、私ども内閣法制局といたしましては、法律上の意見を内閣に申し上げるという立場から、違憲なことが行われることが絶対にないように、細心の注意を払って御意見を申し上げておる次第でございます。決して内閣は憲法に違反いたしました行為をしていいということではないわけでございます。たとえ最高裁判所が統治行為論をおとりになりましたとして、統治に関する基本的な行為については裁判権は及ばない、こういうふうにおっしゃったからといって、内閣といたしまして、では違憲なことをやってもいいのだというようなことで、そんなことを考えて内閣の決定を行っている、内閣の行為をしているということは決してございません。

最高裁判所のお立場としては、先ほどの大法院の判決にもございましたように、三権分立の原則に由来すること、やはり国民の直接の選挙を受けていらっしゃる裁判所としては、ある程度の自制をもって行うということとでございますし、それがアメリカあたりの考え、ポリティカル・クエスションの考え方とも一致するわけござ

ございました、それは三権分立の原則を規定したこの憲法に忠実な考えであると最高裁判所が御判断になって、そのような統治行為の理論を御採用になったものだというふうに理解しております。

(三) 統治行為の理論について

(昭五六・三・一六・第九四回
参・予算・一〇号四頁 〔司法〕
八一条九)

△対柄谷道一 角田長官答弁▽

○柄谷道一君 ……統治行為とは何か、その定義について御説明いただきます。

○政府委員(角田禮次郎君) いわゆる統治行為の理論につきましては、最高裁はそういう言葉を直接判決の中で用いているわけではございませんけれども、統治行為の理論に立つと見られる幾つかの判決を示しているわけでございます。それによりますと、統治行為の理論とは、直接国家統治の基本に関するようなきわめて高度の政治性のある行為などについては、原則として裁判所の審査権の外にあって、その判断は、第一次的には主権者たる国民に対して責任を負うところの政府、国会などの政治部門の判断に従うべきであり、最終的には主権者たる国民の判断にゆだねられるべきものであると、こういうのが統治行為の理論だと承知しております。

6 その他

(一) 違憲審査権の原告適格について

(昭四五・三・九・第六三回 〔司法〕
衆・予算委・一三号二三頁 八一条一)

△対中谷鉄也 高辻長官答弁▽

○中谷委員 ……憲法上の問題があった、憲法違反があったとしても被保全権利がない、訴える利益がないという
第八一条〔国会答弁例〕

場合に憲法訴訟というようものが起こせるのかどうか、……

○高辻政府委員 御指摘のように、訴えについて利益のないもの、これは一般的には訴えをすることができません。したがって、またお触れにもなりましたが、ただ憲法違反だというだけの理由で一般的に訴訟を提起する道もございません。簡単にそれだけ申し上げます。

(二) 違憲裁判書の国会送付について

(昭四八・七・一三・第七一回 〔司法〕
衆・法務委刑小・二号一頁 八一条³)

△対横山利秋 (最高裁) 田宮総務局長答弁▽

○横山小委員 事務処理規則十四条は、違憲裁判の公告として「第十二条の裁判をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。」、こうあります。「国会にも送付する。」という意味についてただしたいのでありますが、この十四条は法の修正を求めているか、または法の修正を期待しておるか、どうなんですか。

○田宮最高裁判所長官代理者 この点、……：このような判決がありましたときは、それぞれ政府なりもしくは国会等で立法措置もしくは行政措置をする必要も何らかある場合もあるのではなからうかというような観点から、このような判決があったということをお知らせすることとございまして、それはあくまでも便宜上そういうふうな計らいをするというだけのこととございまして、この判決を送付することによって、最高裁判所として何らかの措置をとりたいというような要求は何ら含んでおらない、こういうふうに解釈しております。

○横山小委員 期待もしておらないというわけですか。

○田宮最高裁判所長官代理者 そのような立法もしくは行政措置というものをなされるのは、それぞれ政府なり国会のほうでおきめになることでございますので、その点について特に最高裁判所として期待するとか要求するとか、そういうふうな立場にないというふうに考えております。

○横山小委員 しかば、政府に正本を送り、「国会にも」ということは使い分けなんでありますが、これは政府がまず第一義的に法律改正が必要とあるならば責任を持つという解釈をとっておられるのか、参考のために国会にも送るというのであるから、第一義的に政府にある。立法府として国会が法律を制定する権能を持つておるとするならば、なぜ政府及び国会にしなかったのであるか。

○田宮最高裁判所長官代理者 その辺は、結局条文の書き方の問題だろうと思うわけでございまして、第十四条は第十二条の条文を受けておりまして、第十二条では「法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判をするには、」云々とありまして、その十二条を受けて条文が書いてありますので、この十二条には法律以外にも命令、規則または処分の問題を掲げておりますので、これらを一括しますと、まず内閣のことについてうたって、さらに法律につきましましては当然国会のほうにも関係がございしますので、法律関係の裁判については裁判書の正本を国会に送るということで、これは結局のところ条文の書き方の問題でございまして、ただいま横山先生御指摘のように、もしこの条文を書き分けて、命令、規則または処分が憲法に適合しないときは、その裁判書の正本を内閣に送付する、それから、法律が憲法に適合しないとの裁判をしたときは、その裁判書の正本を内閣及び国会に送付するという形になる、それと全く同じだろうと考えます。

○横山小委員 そういたしますと、通俗的に見まして、「国会にも」というのが私ども第二義的にとられるおそれがあると思うのですが、あなたの解釈をもってするならば、それは「にも」という「も」をつけたのは、第一義的に考

えたわけではない。政府及び国会を同等に考えているのだ、こういうふうに解釈してよろしいのですか。

○田宮最高裁判所長官代理者 御指摘のとおりでございます。あわせてとか、その両者にといったような趣旨だろうと思います。

(三) 衆議院の解散は憲法第八一条の「処分」に当たるかについて

(昭五四・一二・一一・第九〇回「司法」
衆・法務・二二号八頁 八一条8)

△対長谷雄幸久 味村一部長答弁▽

○長谷雄委員 ……解散の決定ということ自体は憲法八十一条に言う「処分」に当たると考えますけれども、この点についてはどうか、法制局に伺います。

○味村政府委員 ごく一般的に申し上げますと、処分といえますからには、これは、政府の行いますいろいろな決定、処分、国民に義務を課する処分とかというような処分がすべて含まれるというふうに思うわけでございます。

したがって、文理の上からは、処分という中には、内閣の助言と承認によりまして天皇の行われました解散も入るというふうに考えられるわけでございます。しかし、先ほど引用になられました最高裁判所の大法廷の判決は、統治行為の基本に関するものであるから、したがって裁判権は及ばないのだということで、言ってみれば、八十一条の枠外であるというふうに御判断になったものと考えております。

〔想定問答〕

〔憲法第81条〕

1 違憲判決の効力

(昭三四・九・一〇) (第一部)

(問) 最高裁の違憲判決の効力を問う。

(答) 最高裁が違憲の判決を下した法令の効力はどうなるかについては、最高裁の違憲審査権は、司法裁判所として、具体的な争訟の裁判において司法権の作用として行われるものと解するので、その違憲の判断も当該事件についての個別的な判断であり、法令に対する効力も個別的なものであると考えられる。したがって、違憲判決をもつて直ちにその法令が一般的に当然無効とされ失効するものではなく、一般的には有効である。しかしながら、当該法令を問題とする事案については、最高裁は、爾後、同様の違憲判決を下すと思われるので、国会又は内閣は、違憲判決に応じて法令の改廃等の手続をとるべきものと考ええる。

また、かりに条約について違憲判決があつたとして、その場合の条約の効力については、最高裁に条約の違憲審査権があるかどうかについて学説も分れるところであるが、仮に、最高裁が違憲の判決を下した場合には、その条約も法令の場合と同じく一般的に失効するものではなく、特に、条約は国家間の約束であり、外国との間の関係において効力が否定されることはない。恐らく政府としては、その条約の改訂、廃棄等の措置を外国との間において講ずべきものと考ええる。

2 最高裁に憲法裁判所としての権限を与える立法措置の可否

(昭五四・五・二九 第八七回国会)

(問) 最高裁判所は、現行法制の下で、具体的な争訟を離れて、抽象的にある法令が憲法に適合するかどうかを判断する権限を有するか。仮にこれが消極に解されるとしても、最高裁判所にそのような権限を与え、いわゆる憲法裁判

第八一条〔想定問答〕

所としての性格をもたせる立法措置をとることは、現行憲法の下でも許される（むしろそうすべきである）と考えるかどうか。

（答）一 最高裁判所の判例（昭和二七・一〇・八大法廷判決、昭和二八・四・一五大法廷判決）によれば、最高裁判所は、現行法制の下で、具体的事件を離れて抽象的に法令が憲法に適合するかどうかを決定する権限を有するものではないとされていることは御承知のとおりであり、政府も同様に考えている。

二 法律で最高裁判所に右のような権限を与え、いわゆる憲法裁判所としての性格をもたせることが憲法上許されるかどうかについては、これを肯定する学説があることは承知している。しかし多くの学説は、憲法が裁判所の権限としている司法権とは、具体的な争訟について法を適用して裁判を下す作用であるとし、抽象的にある法令が憲法に適合するかどうかを判断することは司法権の範囲を超えるものであつて、このような極めて重要な権限を、憲法の明文もないのに、法律で裁判所に与えることは憲法の許さないと考えている。また、政府としては、先にあげた最高裁判所の判決もこのような考えに立つものと理解しており、妥当な解釈であると考えている。

られるのである。

なお最高裁判所が原告の主張するがごとき法律命令等の抽象的な無効宣言をなす権限を有するものとするならば、何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令等の効力を争うことが頻発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである。

要するにわが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がこのような具体的な事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。そして弁論の趣旨よりすれば、原告の請求は右に述べたような具体的な法律関係についての紛争に関するものでないことは明白である。従つて本訴訟は不適法であつて、かかる訴訟については最高裁判所のみならず如何なる下級裁判所も裁判権を有しない。

2 最高裁判所の性格について（衆議院解散無効確認請求事件）

（最高裁・昭二八・四・一五判決（大）
民集七卷・四号三〇五頁）

わが現行法制の下にあつては、ただ純然たる司法裁判所だけが設置せられているのであつて、いわゆる違憲審査権なるものも、下級審たと上級審たとを問わず、司法裁判所が当事者間に存する具体的な法律上の争訟について審判をなすため必要な範囲において行使せられるに過ぎない。すなわち憲法八一条は単に違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したものと解すべきではない。この見解の維持せらるべき所以は、さきに当裁判所が昭和二十七年（マ）第三号事件の判決において示したとおりであり、これと反対の見地に出でた原告の所論には賛同するを得ない。

されば本件訴訟は、現行法制上認められていない憲法裁判所なるものを想定の上、当裁判所がその憲法裁判所に該当

し、しかもその憲法裁判所の所管すべき事案として提起せられたことに帰するのであるが、現行法制上司法裁判所としてのみ認められている当裁判所においては、かかる訴はこれを不適法として却下せざるを得ないのである。

3 苦米地事件判決（衆議院議員資格確認並びに歳費請求事件）

（最高裁・昭三五・六・八判決（大）
民集一四卷・七号二二〇六頁）

日本国憲法は、立法、行政、司法の三権分立の制度を確立し、司法権はすべて裁判所の行うところとし（憲法七六条一項）、また裁判所法は、裁判所は一切の法律上の争訟を裁判するものと規定し（裁判所法三条一項）、これによつて、民事、刑事のみならず行政事件についても、事項を限定せずいわゆる概括的に司法裁判所の管轄に属するものとせられ、さらに憲法は一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを審査決定する権限を裁判所に与えた（憲法八一条）結果、国の立法、行政の行為は、それが法律上の争訟となるかぎり、違憲審査を含めてすべて裁判所の裁判権に服することとなつたのである。

しかし、わが憲法の三権分立の制度の下においても、司法権の行使についておのずからある限度の制約は免れないのであつて、あらゆる国家行為が無制限に司法審査の対象となるものと即断すべきでない。直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである。

衆議院の解散は、衆議院議員をしてその意に反して資格を喪失せしめ、国家最高の機関たる国会の主要な一翼をなす

衆議院の機能を一時的とは言え閉止するものであり、さらにこれにつづく総選挙を通じて、新たな衆議院、さらに新たな内閣成立の機縁を為すものであつて、その国法上の意義は重大であるのみならず、解散は、多くは内閣がその重要な政策、ひいては自己の存続に関して国民の総意を問わんとする場合に行われるものであつてその政治上の意義もまた極めて重大である。すなわち衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であつて、かくのごとき行為について、その法律上の有効無効を審査することは司法裁判所の権限の外にありと解すべきことは既に前段説示するところによつてあきらかである。そして、この理は、本件のごとく、当該衆議院の解散が訴訟の前提問題として主張されている場合においても同様であつて、ひとしく裁判所の審査権の外にありといわなければならない。

4 いわゆる砂川事件判決（日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基づく行政協定に伴う刑事特別法違反被告事件）

（最高裁・昭三四・一二・一六判決（六）
刑集一三卷・一三三三三三三頁）

ところで、本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量の判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲内のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべきものであると解するを相当とする。そして、このことは、本件安全保障条約またはこれに基づく政府の行為の違憲なりや否やが、本件のように前提問題となつている場合であると否とにかかわらないのである。

〔部内資料〕

（昭五四・五・二九（上谷））

1 最高裁判所にいわゆる憲法裁判所としての性格をもたせるような立法措置をとることは、憲法上許されるか

（一）憲法第八一条は、「最高裁判所は、一切の法律……が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と定めている。そこで、この条文を手がかりとして、憲法は、最高裁判所に、具体的な争訟を離れて抽象的にある法令が憲法に適合するかどうかを判断する権限を与えているもの、すなわち最高裁判所にいわゆる憲法裁判所としての性格をもたせるものと解すべきかどうかが論議される。

（二）論点は、厳密には、二段にわかれる。一つは、憲法のレベルで、最高裁判所にいわゆる憲法裁判所としての性格をもたせることが許されると解されるかどうかの問題であり、一つは憲法上はこれが許されるとして、法律上そのような性格のものとされているかの問題である（憲法上許されないとすれば、法律レベルの議論を生ずる余地はない）。したがって、理論的には、次のような組み合わせによる見解がありうることになる。

- ① 憲法上可
 - ① 別段の法律なくともよい（憲法で直接可）。
 - (ii) 現行法律上可。
- ② 憲法上不可

しかし、実際の論議は必ずしもこの論点を十分意識してないと思われるものが多く、ことに①の系列の論者の見解は明確を欠く。また、後述の最高裁判所の判決も、この二つの論点が明確を欠くきらいがあり、受けとる側の意

〔憲法資③〕

識のあいまいさとあいまつて、その位置付けについて意見の相違を生む結果となつていふように思われる。

右のように、実際の論議は、やや蔽密を欠くものが多いため、論者の説の分類もいきおい蔽密を欠くことになり、不満が残るが、一応大雑把なところで満足するしかない。

(三) 各説の紹介と若干の私見

① 通説は、憲法は、いわゆる憲法裁判所を認めない趣旨であると解している。その論拠は、次のように要約でき

る。

伝統的概念によると、司法権とは、具体的に生じている法的争訟について、裁判所が法を適用して裁判をすることによつて紛争を解決する国権の作用をいう。具体的な争訟を離れて抽象的にある法令が憲法に適合するかどうか（更に広く、ある法令が有効に妥当するものかどうかを含めてもよろう）を判断することは、司法権の範囲には含まれない。

憲法が第七十六条第一項において「すべて司法権は、最高裁判所……に属する。」と定めているその「司法権」というのも、右に述べたような伝統的な意味での用法に従つて用いられているとみるのが素直な解釈であり、それ以外の特別な意味をもつとみるべき根拠はない。そして、憲法第六章の規定は、すべて冒頭の第七十六条第一項の規定を受けて規定されているのであり、第八十一条の規定もまた、その位置からいつても、「司法権」を行使する最高裁判所の権限を定めたものとみななければならない。すなわち、同条の規定は、具体的な争訟について法を適用して裁判をするに際して、判断の前提問題としてある法令が憲法に適合するかどうかを判断する権限があること明らかにするに止まると解すべきである。

ところで、具体的な争訟を離れて、抽象的にある法令が憲法に適合するかどうかを判断する権限は、憲法の定める司法権の範囲を超えるものであることは前述のとおりであるところ、仮にこのような権限がある国家機関に与えるとするれば、立法権に対する一般的なチェックとして作用する極めて重要な権限であるから、正に国の基本法たる憲法において国権の分配の観点から明文をもつて規定されるべきことがらである。憲法第八一条がかかる権限を最高裁判所に与えるものとは解されないことはすでにみたとおりであり、他に明文の規定もない以上、憲法は最高裁判所に（もちろん他の国家機関にも）このような権限を与えていないし、また与えることを許さない趣旨と解さなければならぬ。

② 最高裁判所の判例（昭和二十七年一〇月八日大法院判決、同二十八年四月一五日大法院判決）も、同趣旨を判示していると考えられる。政府もそのように理解しているとみてよい（昭和三十一年三月九日、一二日、参・予算委における林内閣法制局長官他の答弁参照）。ことに、昭和二十七年の判決は憲法第八一条の解釈を示すに止まらず、なお書きの形で、三権分立と民主政治の根本原理にまで言及しているところからいつて、最高裁判所の判決は、現憲法はいわゆる憲法裁判所は認めない趣旨であるという憲法レベルの論議をし、合憲性を否定しているとみるのが妥当な受けとめ方といえよう。

学説の中には、通説の立場に立ちつつ、最高裁判所の判例は、いわゆる憲法裁判所は憲法上許されないとする趣旨か、それとも憲法は禁じていないが、法律上そのような性格のものとして設けられていないという趣旨かは明らかにしておらず、特別の法律の定めもないのに直接第八一条を根拠として、抽象的にある法令の合憲性の判断を求めて訴を提起することを否定したに止まると理解するものがある（宮沢Ⅱ芦部、佐藤功。後者はその理由として、

判決が「……抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び^(傍点上含)法令上何等の根拠も存しない。」といっているから、法令上根拠を設ければよいとの趣旨にも読めるという。が、細部の表現テクニクをあげつらう感を否めない。判決文全体を素直に読むなら、「現行法制の下においては……」という表現も、単に「現行法律の下では」という意味ではなく、「憲法を含めた法制度の下で」という意味の判示と理解するのが妥当であろう。

③ 少数説のあるものは、憲法第八一条が直接最高裁判所（あるいは下級裁判所も含めて——飯田議員の見解らしい——）に、抽象的にある法令の合憲性を判断する権限を与えたものと解するものごとくである（佐々木、田畑）。しかし、その詳しい論拠は示されない。そう解すべきだというに近い。実質論として、そう解してこそはじめて憲法の遵守が実効性をもつて担保されるという趣旨のことが述べられ（佐々木）、あるいは、三権分立の原理とはそういうものだと述べられている（田畑）が、そもそも、憲法遵守を担保するのに、三権にどう国権を分配し、どのような現実の法制度をとるかは、正に憲法が明確に定めて実定法的に創設するところであるというべきであるから、右の趣旨のような実質論は、通説への反論としては十分な説得力をもつとは思えない。

なお、さきの最高裁判所の判決のきつかけとなつた訴の原告の考えも、この少数説によつたものであろう。

④ 別の少数説は、最高裁判所にいわゆる憲法裁判所の性格を与えることについて、憲法は特に積極的に肯定もしていないが、別に禁止する趣旨でもないとし、ただ、現行法律では、このような裁判の手続を定めていないから、そのような裁判ができないが、法律で一定の手続を定めて、最高裁判所に（あるいは下級裁判所も含めて——飯田議員の見解らしい——）抽象的にある法令の合憲性の判断を求めて出訴する途を開くことは可能であるという（入江）。

もつとも、この見解は、右のような出訴が許される要件として、具体的な人権侵害の切迫性をあげているので、実際上は通説に従いつつ、訴の利益の認められる場合をやゝ広めに解釈するのと大差ない結果となり、ある意味では、通説の一変形とみることも可能であろう（訴の利益については、具体的な実定法の規定はなく——民訴法二二六条にその一端が現われているのみ——、もつばら解釈に委ねられている。民訴法理論の基本をなす問題の一つであるが、訴訟類型の拡大、多様化に伴つて理論が進展してゆくという面があることを想起すべきである）。それはともかく、この説も、自らの憲法解釈の論拠は明らかにしていない。実質的な必要性を強調するに止まる。

なお、昭和三十一年当時、社会党議員から提案された「違憲裁判手続法案」は、むしろ純粹な形でこの少数説に分類されるべき見解を基にしているのであろう（純粹に抽象的な法令違憲審査制度を盛り込んでいる）。もつとも、その論拠は明らかでない。

2

統治行為理論と行為の適法有効性との関係について（昭五九・一二・五（茂串メモ））

一(イ) 統治行為とは、もともと司法審査権の限界を論ずる場合に用いられる訴訟法的概念であつて、「国家統治の根本に関する国家行為で、法律的側面をもち、法律的判断が可能であるにもかかわらず、高度の政治性を有するため、その性質上司法審査の対象から除外されるもの」と観念されている。

（注）「統治行為論」とは、高度の政治性を有する国家行為について裁判所は審査権をもたず、それに対する訴えを却下しなければならない、という原則をいう。

この場合における当該行為の当否、合法性、合憲性の保障は、事柄の性質上、司法的統制ではなく、国民に

対して政治的責任を負う内閣又は国会の権限に留保され、国民の批判と監視の下に委ねられる（民主的統制に委ねられる）こととなる。

(四) 35・6・8の苦米地事件に関する最高裁判決は、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときは、たとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。」と判示している。この判決では、「統治行為」という用語を用いていないが、この判決中の「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為」というのが、この統治行為に当たると考えられる。

二 ところで、ある国家行為が統治行為に当たることを理由として、その行為が当然に適法有効であるといひ得るであろうか。換言すれば、統治行為であればすべて適法有効な行為であるといひ得るであろうか。

(イ) 統治行為である以上司法審査権に服さないこととなるから、裁判所に提訴しても却下されよう。

(ロ) しかし、裁判所の審査が及ばず、したがって政府、国会等の政治部門でその適法性、有効性を判定すべきこととされたとしても、統治行為なるが故に直ちに適法有効となるわけではない。

一例をあげれば、国会の召集行為が統治行為に当たるとは、学者の通説であるが、これについては、憲法五二条〜五四条に定めがあり、この定めにも明らかに反するような召集を行えば、それは、——裁判所では司法審査権の外にあるものとして法律判断を行わないとしても、——違法であることは明らかである（例えば、特別会の召集を衆議院議員総選挙の日から三〇日を超える日に行つた場合等）。

すなわち、「違法な統治行為」もあり得るわけであつて、「統治行為に当たるから政府の政治的判断で適宜に決定すればよい」ということにはならないわけである。

い) そして、統治行為の合法性、合憲性の保障は、前述のように民主的統制に委ねられているのであつて、万一違法な統治行為をあえてすれば、結局は国民の批判にさらされ、それが次の選挙を通じて国民の審判を受けることとなる。

〔資料〕

1 違憲判決の効力

（昭六二・一 憲法関係資料集）

裁判は、もともと、いわゆる司法権の作用として具体的な訴訟事件についてなされる判断であるから、その効力も当然当該具体的事件に限られると考えるべきである。

憲法第八一条の最高裁判所の違憲審査権も、右のような意味の司法権の作用として行われるのであるから、違憲の判決が出たからといって、直ちに違憲とされた法令が無効になるわけではない。

なお、ある法令が最高裁判所により違憲とされた場合には、じ後、同種の事件については同様の取扱いがなされるところであるので、憲法は、立法者がこれに対応して自ら法令を改廃することを期待しているものと解される。

2 統治行為の理論

（昭六二・一 憲法関係資料集）

統治行為の理論とは、有効無効の判断が法律上可能な問題であつても、直接国家統治の基本にかかわる極めて高度の政治性を有する国家行為については、純司法的機能をその使命とする裁判所の審査にはなじまないものであり、その判断は、主権者たる国民に対して政治的責任を持ち得る政府、国会等の政治部門の判断にゆだねられ、最終的には国民の政治判断にゆだねるべきであるとするものである。

統治行為の理論については、憲法上明文の規定はないが、司法権の本質に内在する制約として、判例・学説の上でも（これを認める理由づけ、あるいは範囲については差があるとしても）、一般に認められているところである。

〔判例〕

1 抽象的違憲訴訟の可否について（日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件）

（最高裁・昭二七・一〇・八判決（大）
民集六卷・九号七八三頁）

原告は、最高裁判所が一方司法裁判所の性格を有するとともに、他方具体的な争訟事件に関する判断を離れ抽象的に又一番にして終審として法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するや否やを判断する権限を有する点において、司法権以外のそして立法権及び行政権のいずれの範疇にも属しない特殊の権限を行う性格を兼有するものと主張する。

この点に関する諸外国の制度を見るに、司法裁判所に違憲審査権を行使せしめるもの以外に、司法裁判所にこの権限を行使せしめないでそのために特別の機関を設け、具体的争訟事件と関係なく法律命令等の合憲性に関しての一般的抽象的な宣言をなし、それ等を破棄し以てその効力を失はしめる権限を行わしめるものがないではない。しかしながらわが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すとき権限を行い得るものではない。ただし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである（憲法七六条一項参照）。原告は憲法八一条を以て主張の根拠とするが、同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したものであり、従つて最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的すなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない。原告が最高裁判所裁判官としての特別の資格について述べている点は、とくに裁判所法四一条一項の趣旨に関する認められるがこれ最高裁判所が合憲性の審査のごとき重要な事項について終審として判断する重大な責任を負うていることからして十分説明し得

〔憲法資⑧〕