

第八〇条

〔下級裁判所の裁判官・任期・定年、報酬〕

)

〔憲法資料〕

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

(昭四六・一・二・九・第六五回
衆・予算委・一二号三頁)
—八〇条1〔司法〕

△対石橋政嗣 佐藤総理答弁▽

○石橋委員 ……憲法第八十条によつて最高裁判所が指名した裁判官の名簿が今度出でくるわけです。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、お尋ねいたしましたが、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、こうおっしゃるのですね。——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
衆・決算委・一四号二七頁)
—八〇条2〔司法〕

△対田中武夫 佐藤総理答弁▽

○田中(武)委員 ……憲法七八八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。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、したがつて、八十条の任命というものは、いま総理が言われたように、いわゆるそういうな、あまり私情をはさまない、そういうことだと思うのです。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で自分が判断をしてきめる、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、十年たつ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知れないか、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) 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る」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なことでござりますので、それについての保障があるわけでございますが、しかしまして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、そういう観点から、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して、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る」、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くござりますね。

○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ろ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解していいですね。

○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が、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ります。で、そういう場合には、裁判官に欠員が生じまし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りますか、あるいは検察官をやっておられた方でござりますか、弁護士をやっておられた方であろうが、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ふ考え方があつたことは、事実ではなかろ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

第八〇条〔国会答弁例〕

一一〇四(一一三回)

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う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ろうかと思つております。

○加瀬完君 これは法律が制定されるときのいろいろの議員の質問に対する当局の答弁、したがつて、これは将来の、何といいますか、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りますね。

○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は、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か、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つて切れて、身分の保障というものは、その在任中の保障でございまして、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ろうかと思つております。

—参考(六八回・昭四七・三・一四)
(参・法務・三号一頁)

〔憲法資⑥〕

〔部内資料〕

〔憲法資料〕

1 下級裁判所裁判官の任期十年に関する問題の資料

一 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せ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る。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

判所以外の裁判所の裁判官を総称したもので（裁判所法一、五二）、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ふのは、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 而も任官後十年未満で転官する場合、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變るところがないと觀念すべきである。

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、その種類を問わら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対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

〔憲法資料〕

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、即ち当初の官に任せ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。

イ(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（内閣は之を認承している）、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。

〔憲法資料〕

口 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)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(コンメンタル)六六二頁、法学協会・註解日本國憲法下一一〇二頁

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 第一部)

(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・一・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」 六五八一九頁（昭三一）

名簿に一の空席につき一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ますが、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、名簿にのつてゐる者をか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、内閣が名簿にのつてゐる者を任命することを適當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と、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。

第八〇条〔諸家の説〕

○法学協会「註解日本国憲法」下巻 一一〇二頁（昭一八）

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、不適当と考えるときは、内閣は任命を拒否することはできるが、実際上司法部の意思を尊重して拒否しないこととなる。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。（一一〇三～四頁）

○兼子 一 「裁判法」 一七一～三頁（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いときは、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）任命するというと、「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」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見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、從来の実例では、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、予備候補者とで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。……

○稻田正次 「憲法摘要」 三四〇頁（昭二九）

内閣は……名簿につ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当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（憲法一五一条一項参照）。この場合、最高裁判所は、さらに、別の者について指命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ぬわけではなく、内閣は拒否権を持つている。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つてゐるから、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」 一二四六頁（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つ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うことができる。

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こ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の中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〕 一〇三三一～一〇三四頁 (昭五九)

问题是、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す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らない結果となる)、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らない結果となる)。したがつて、この問題は結局のところ、この制度の目的・趣旨に立ち戻つて考へるほかはない。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がらしめること、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。したがつて、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る(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ていると認める充分な理由がある場合に限つて、内閣がそれを任命

〔憲法資⑧〕

しない」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うる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実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。したがつて、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〕、一一六三頁（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、その枠内の選択権を内閣に認める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。