

§ 79 令下りにした。

裁判所法は、最高裁判所の裁判官（もからべ）その長たる裁判官を含む）の定年を七十歳とする（裁判所法五〇条）。

(ロ) 定年は、法律で定められるから、その当然の結果として、法律でこれを変えることはない。しかし、法律で定年を低く定めたときは、そのときの新しく定年に遡して、その裁判官を退官させることができるかどうか。

次の説明が可能である。

(甲) 説 この場合は、一般的な制度としての定年を変えるのであるから、その新しい定年をそのまま在職するすべての裁判官に適用し、その年齢に遡して、その裁判官をすべて退官させることは、許されない。ただし、現在七十歳の定年を改めて六十五歳としたときは、その新定年をすべての裁判官に適用し、そのときすでに六十五歳に達している裁判官を退官することは可能だと解すべきである。この場合は、一般的制度の改正であり、特定の裁判官の待遇を損なうものではないから、司法権の独立を害するおそれはない。だくなないと考へられる。もしいう解釈する人が許されないとすれば、法律で定年を定めたときは、その新定年は、その改正以後に任命される裁判官だけにしか適用できないことになり、实际上不便な結果が生ずる。

(乙) 説 などと一般的な制度の改正であるため、在職中の裁判官をそれまでの定年以前に退官させることは許されない。もしそれが許されるとすれば、国会は、定年を低く改めるという口実で、特定の裁判官を罷免することができるに至り、司法権の独立の精神に反する。

右両説では乙説を正当化しよう。甲説にも相当の理由はあるが、司法権の独立を担保するために、裁判官の身分を保障するという憲法の趣旨からして、乙説のほうが解すべきである。

(ハ) したがって、法律で定年を変える場合は、次のようは最もべきである。

定年をより高く定める場合は、新しい定年をそのまま在職する裁判官に適用してせしつかえない（しない）。

ながらしかし、在職する裁判官に適用する必要はなく、新しい定年は、その改正以後に任命される裁判官にのみ適用する（しかも可能である）。

定年をより低く定める場合は、「新しい定年」その改正以後に任命される裁判官にのみ適用するものとするのが、妥当である。それを、そのときに在職する裁判官に適用することは、彼らがすでに享有していた裁判の利益を害することになるから許されないと見るべきである。

定年を低く改正した場合、そのときすでに新定年に遡して、その者については旧定年を適用し、そのとき新定年にまだ遡していない者については新定年を適用する（いじこらばをそうに思われるが、そうではない）。そうすることは、まだま新定年に遡していた者だけの裁判の利益を厚く保護することになつて、公平でない。このやり方にはれば、たとえば、定年を七十歳から六十五歳に引き下げた場合、そのときに六十五歳の者は七十歳まで在職をみても、そのとき六十四歳の者は六五年には退職せざることとなるが、これは常理に反するだらう。

もしりの点について、前記の甲説をとるとすれば、定年を低く定める場合（高く定める場合は問題ない）、そのときに在職し、新定年を適用されて退職する裁判官に対しては、退職後も、旧定年に遡するまでは、従前どおりの報酬を給付するという措置をとるのが妥当である。

(ニ) 定年は、がとうに年齢を基礎として七十歳とか、六十五歳とかに定めるのが原則であるが、ながらしかし定年で退官すべき公務員の誕生日の前日の終わりに定年が完了する（いじこらばではなくてはならないわけではなく）、その時期をそれとは多少異めて定めても、原則として年齢を基礎として定めるが通り、せしつかえない。たとえば、定年を原則として六十五歳と定めながら、後任者の補充などの人事行政上の技術的必要に応じて、六五年に遡しながら年度の終わりとか、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。

明治維新時代に、定年に遡する裁判官が、各自の誕生日（いじこらば）に退官するとその補充手帳を行はう上に不便が多いので、一九三七年（昭和十二年）に、定年に遡する時期が一月一日から五月三一日までの間であるときは、五

650

§ 79

651

法 § 79 月三一日に、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もしくは、所定年退職の時期を毎年二つの時期に固定することとした（裁判所構成法や四条へ11）。これは定年離職の時期を

652

司 (25) 「法律の定める年齢に達した時」とは、候補を完了した時」の意である。

裁判所法は、裁判官の定年を七十歳（最高裁判所の裁判官および最高裁判所の裁判官）および六十五歳（その他下級裁判所の裁判官）と定め、それらの裁判官は、その年に達した時、すなわち、定年に当る年の誕生日の前日を越わずに時に退職する権限を定める（裁判所法五〇条）。

(26) 年齢の計算については、年齢計算に関する法律（明治三五年法五〇号）を見よ。

リリに「退官」とは、裁判官の地位を失うことである。

(イ) 明治憲法時代には、官吏については、原則として「官」と「職」との区別があり、一般人が官吏になるには、まず「官」に任命され（これを任官といつて）、次いで、ある「職」を担任させられる（これを補職といつて）。という形をとるのが例である。」「官」と「職」との別がある場合は、「官」に任命されただけでは、抽象的にはその職務は定まっている。まだ具体的にどの職務を担任すべきかは、定まっていない。さらに「職」に補されるに至ってはじめて、その担任すべき具体的な職務が定まるのである。たとえば、大蔵事務官という「官」に任命されただけでは、まだその者の担任すべき職務は具体的には定まらない。大蔵省××課長という「職」に補されてはじめてその担任すべき具体的な職務が定まる、とうごうともいあつた。

裁判官についても、その区別がある。その「官」は判事と呼ばれたが、判事に任命されただけでは、その職務は具体的には定まらず、さらに××地方裁判所判事——これが「職」である——に補われてはじめてその職務が具体的に定まる。

この時代には、通常とうう言葉は「官」を退くことを意味し、退職とうう言葉は「職」を退くことを意味するとして、両者たゞいに区別して用ひられた。判事は終身「官」とされ、その「職」を退いた後も（現実にはなんとかされた。

(ロ) 日本国憲法のもとでの公務員制度では、かくの「官」と「職」との区別は、原則としては、みじめられないが、それに類する区別は、いろいろな技術的な必要上みじめられていて。裁判官についても、最高裁判所の裁判官については、その区別がみじめられず、最高裁判所長官および最高裁判所判事については、「官」であり、「職」でもある。兩者を区別する実態は、この場合はない。しかし、最高裁判所判事が「官」に相当する。すなわち、最高裁判所長官・判事・判事補など、「大阪高等裁判所長官」とか、「最高地方裁判所長」とか、「東京家庭裁判所判事」とかいう「職」に補されて、その職務が具体化するのである。

この「官」と「職」との区別は、まったく技術上の必要——任命の手続、報酬の定め方、任期の計算など——にとどくものであり、それ以外に別に理論的な根據とううものはない。

かくに、下級裁判所の裁判官については、「官」と「職」との区別ともじうくあるのがみじめられるが、これは、右のくだような技術的必要によるじく便宜なものであり、もちろん公務員の身分について、必然的に存するものと考へてはならない。したがって、憲法が、裁判「官」とか、選「官」とかいう文字を使っていてから、その「官」と「職」との区別の伝統にとらわれずに、その言葉の合理的な意味を見出さなくてはならない。従来務員の身分につき、かくの「官」と「職」との区別をみじめるかどうかは、まったく人事行政の技術上の必要

653

法 § 79 にもどうかことじであり、少しも憲法上の要請ではならぬである。
（4）かような立場から解釈すれば、ここにいう「退官」とは、裁判官の地位を失うことであることは、明確である。それは、「官」と「職」との区別のない裁判官については、「官」を失うことだとしておらし、「職」を失うことだとしておらしてもいい。「官」と「職」との区別のある裁判官については、それは「官」を失うことだとしておらし、「職」を失すことだとしておらしてもいい。そして、「官」は「職」の前提であるから、「官」を失うことは、当然に「職」を失うことでもある。

司 本邦では、裁判官その他の公務員について、退官とか、退職とか、解職とか、いろいろな表現を使っているが、その場合に「官」と「職」との文字を使い分けるのは、遼い意味ではなく、「官」と「職」との区別のある公務員について、原則として「官」を意味すると言えていい。

かように考えて、本項を解すれば、「退官」とは、裁判官の身分を失つておるのが正しい。あるいは、こ

れを、現行法の定める制度に即して、裁判官がその「官」を失つておる限りである。

（27）「退官する」とは、当然に退官という結果が発生する意である。

定年に達した時は、別にその裁判官を免する行為を必要とせず、法律上当然にその裁判官はその地位を失う

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どされた——を失うとされた。

（28）裁判官の定年については、明治憲法にはなんらの規定がなかったので、はじめは、定年はないた。

後、その必要を感じて、一九二一年（大正一〇年）にはじめてこれを設けたが、その際、憲法に規定がないのに、法

律で定年を設けたことは、裁判官の身分を保障する憲法の規定に反しはしないか、が問題とされたが、結局、憲

法に違反しない、という解釈におちいった。

日本国憲法では、憲法自体で定年の制度を定めているから、右のような問題は生じない。

裁判官の身上に身分を保障している公務員については、定年という制度が必要とされる場合が多い。

（29）「定期に」とは、明らかに定められた期間をもとめた時期に定期的にもの意である。たとえば毎週第何曜日、

毎月何日、毎年何月と何月、というふうが如くである。アカサーサー英訳（七一卷）および英訳に at regular, stated intervals があるのであるのもその意である。

（30）「相当額」とは、最高裁判所の裁判官の地位によるもわしい生活をなしうる額の意である。具体的にくると、ときめりうれば、リビングの性質上でもない。その時代の国民一般の生活状態や、ことに他の公務員の給料などとにらみ合わせてきめるよりしかだがない。

法律は、最高裁判所長官の報酬額は内閣総理大臣のそれと等しく、最高裁判所判事のそれは國務大臣のそれと等しいとする（裁判官の報酬等に関する法律）が、けだし采当を扱いといふべきだろ。しかし、そこには多少のちがいがあるとしても、そのためには「相当額」でなくなるわけではない。

本条および第八〇条で、裁判官の報酬が「相当額」でなくてはならない、と定めていることをもって、裁判官の報酬を一概にその他の公務員の給料より多くする範囲だ、とする説もあるが、そう解すべき根拠はない。ただ、裁判官の職務の重大性にからみ、ことにその身分をかたく保障すべきものとする憲法的精神からして、裁判官には十分な報酬を与えるべきものであることは、ここにいう「相当額」という言葉とは関係なしに、当然であろう。

（31）なお、国会議員も、国庫から「相当額」の歳費を受ける、と定められている（四九条を参照）。

常勤（31）「報酬」とは、裁判官の職務に対する支拂給付する性質を有する金銭であるが、それは、裁判官の職務が常勤を要求する職務であることからして、裁判官の生活を保障する目的をも有する。その意味において、それは、公務員の俸給と同じ性質を有する。

裁判官の報酬等に関する法律（昭和二二年法七五号）がその内容を定める。

法 § 79 様相としわざに「報酬」というのは、裁判官にはつねに定期の報酬をもち、しかも年俸制（報酬にしつかの級別があり、在職年数等によって下の階から上の階に昇進することをもとめる制度）を裁判官についててはみどりめない趣旨だとする説もあるが、特にそう解すべき根拠は見出されないとおもう。昇進制をとるかどうかはある？司ばら立法院の問題であり、報酬の課するところではないと見るべきである。現に法律は、下級裁判所の裁判官についてては、昇進制をもとめているが、それはあえて憲法第八〇条第二項に反するべきでならじ、からに最高裁判所の裁判官についてて、そうした昇進制をもとめたとしても——その立法院上の当否は別として——からならずしも本条に反するこにはなるまい。

なお、法律は、同じ最高裁判所の裁判官のうちで、最高裁判所長官の報酬と一般の最高裁判所刑事のそれとを区別しているが、かくような区別を設けることが憲法に違反するものでないことは、すでに(4)のべたとおりである。

(32) 「在任中」とは、最高裁判所の裁判官の任にあるあいだの意である。

したがって、最高裁判所の裁判官が、其年・疾病などの理由によりて、その任を廃止したとき（調停しがちや）は、報酬の保障がないことはもちろんである。裁判官の身分保障の観点から、その退官後も報酬を給付するとする制度（主たる実態上は同じことになるが、退官後は退官前の報酬と同じ金額の恩給を給付するとする制度）も考えられるが、それは、本条の採用するところではない。

裁判官として在任中は、その具体的に担任する職務の変更にかかわりなく、報酬を減額されない。たとえば、病気などの理由で長い期間にわたって職務をとむことを避けられる場合で、しかも「心身の健康のために職務を執ることができないと決定された場合」(七八条)に至らなじ場合に、報酬を減らすよりむしろ許されないと解される。

(33) 「減額」とは、報酬たる金額の額を減らすことをいう。

経済事情の変動による賞賛倍率が下落したため、報酬の有する実質的財産力が減少した場合は、これに従う報酬が「減額」されたことにには余る。したがって、本条は、そういう場合は、報酬の名目額をそれだけ引き上げるべきだ。からう報酬をもたらすわけではない。

賞賛制度の改革になり、ある賞賛の倍率が変わつても、それは「減額」にはならない。たとえば、旧田のほかに新田を設け、旧田一〇をもて新田一七を換すべきものとすれば、從来一〇円の報酬を受けた者は、改正によつて、新田一〇〇〇円の報酬を受けることになるが、この場合は、むろんこに従う「減額」にはならない。

(34) 「減額することができない」とは、その報酬を減らす措置をとることができないとの意である。直義に裁判官の報酬を減らす目的の措置を——法律によるにせよ、行政行為によるにせよ——禁する趣旨である。

(イ) 裁判官の報酬を減らす目的の行為でない行為の結果として、裁判官の報酬が減ることになつたとしても、それは本条の禁するところではない。たとえば、税法の改正により、裁判官の支払べき報酬が増え、その結果として彼の報酬が減つたと同じ結果になつたとしても、それは、むろんこに従う報酬が減額されたことにはならない。

裁判官公限法は、懲戒として毎年七一〇円以下の過料をもとめる（裁判官公限法二〇条）。といひて、過料を科することは、懲戒と同じことであり、実際において、裁判官の報酬を減額することになりはしないか。

この点について、過料を科することは、報酬を減額するに至るから、本条に違反する、という説もある。しかし、懲戒とは、公務員の非行によるとき、その公務員關係の秩序を維持するために、後がその關係から得てある利益の全部または一部を剝奪することをいうのであるから、裁判官が懲戒に該當するような非行をしたときに、懲戒として、これに過料を科するには、別に憲法に反するわけはない」と解するのが妥当である。これは、あたかも、裁判官が罪を犯したときに、これに財産刑を科することが少しまして本条に違反するのではないと同じことである。

最高裁判所も、懲戒として過料を定めることは憲法に違反することはない、と解するものの如く、いわゆる

法 § 79

裁判事件に関する賃料裁判（一九五〇年〔昭和二五年〕）では、関係の最高裁判所判事に過料を科した。

（ロ）公務員の俸給制度を全面的に改正し、俸給の引き下げを行つ際に、「一般公務員と同じように」裁判官全体の報酬を引き下げることは、許されるだろか。

一九三一年（昭和六年）第二次若槻内閣は官吏の減俸を行おうとし、俸給令（勅令）の数字を一律に引き下げた。当時は、判事（裁判官）の俸給もこの俸給令によっていたので、この俸給令改正によつて判事の俸給も一律に減ることになつた。ところが、判事は「俸給令改正を判事に適用することは、判事はその様に反して減俸をされない」という裁判所構成法第七三条に違反するから、違法だ」と主張した。政府は、この主張を容れて、俸給令改正は、判事についてはそれに同意した者に対してのみ適用することとし、これに同意しない判事には「その後も引きつき田舎令を適用することとした。このとき、政府ははじめ、この改正は「個々の判事の俸給を減らすものではなく、全体の判事の俸給を一律に減らすものであるから、司法機関の独立を守る心配は全然なく、裁判所構成法の規定に違反するものではない」と主張したが、後にその見解を改めて、右のように措置した。

どうやら、日本国憲法のもとで、全体の公務員の俸給引下げを行う場合に、裁判官の報酬に関する法律を改めて裁判官全体につき報酬を引き下げるは、本来に違反するか。この点についても、意見が分かれます。

（四）甲說　「こういう措置をとることは、本条に違反しない。この措置は、個々の裁判官の報酬特に減らさなくて、裁判官の報酬制度を改め、その結果として、個々の裁判官もその報酬を減らされることになる」というだけのことであり、司法機関の独立に対する侵害とは考えられないから、本来に抵触するおそれはない。

（乙）説　一般的に裁判官の報酬を減らす措置は、これを個々の裁判官の立場から見れば、まさしく彼の報酬を減らす措置にはならない。したがつて、本来に違反する。

これらのいずれをとるべきやは、容易に決しがたい。そのいずれにも一理があるからである。しかし、右に引かれた第三次若槻内閣時代の官吏の減俸の際の先例——判事に対しては、その問題を得た者に対してのみ、改正

法を適用するというやり方——をも考慮し、裁判官の身分の保護を実効的ならしめる意味で、おそらく手腕を要当としよう。したがつて、法律を改めて、裁判官一般の報酬を引き下げるときは、その改正法は、その改正法施行後に任命される裁判官にのみ適用されるものとすべきであらう（改正前に任命された裁判官の報酬は原則として従前の例によるべきでもあるが、改正法施行後、昇給する場合に、改正法によるその昇るべき額の報酬額がそのときまで受けている報酬額より少くならないときは、改正法の適用を受けるべきものである）。

（ハ）なお、明治憲法時代に、裁判所構成法で、判事は「その意に反して、減俸されない」と定められたので、本人の同意があるときは、減俸も許されると解されたが、本来には、そういう職官が定められていないから、本人の同意があつても、在任中、報酬の減額は許されないと解すべきである。

（三）本項にいう「報酬」とは、もっぱら裁判官の職務と責任に応じて給される金額をいふ。その金額を裁判官に保障するのが、本項の精神である。

公務員に対する給手は、今日の経済体系においては、もっぱら金錢でなされるのが原則であり、またそれが妥当であるから、金錢なる給手について保障を定めれば、それで本項の趣旨とするところは、十分達せられるのである。

最高裁判所の裁判官に対しては、金錢以外の多くの利益が供与されている。たとえば、公邸や自動車の使用はこれである。これらの金錢以外の実物給与的性質を有する利益が本項にいう「報酬」に含まれ、したがつて、それが「報酬」を本項にまで禁止されるかが問題とされることがあるが、右にのべたように、それらの利益はここにいう「報酬」に含まれず、本項の保障は、そのした利益にまでおよぶものではないと解される。

もつとも、それらの利益の供与は、実際には、金錢給与と同じ効用をもつものであるから、それらについてはこれを「報酬」に適用するものとして扱うのが本項の精神に適合するゆゑんであらう。

〔下級裁判所の裁判官の任命・任期・定年・報酬〕

第八十条 下級裁判所¹⁾の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿²⁾によつて、内閣³⁾でこれを任命⁴⁾する。その裁判官は、任期⁵⁾を十年⁶⁾とし、再任⁷⁾されることができる。但し、法律の定める年齢⁸⁾に達した時⁹⁾には退官¹⁰⁾する。

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。¹²⁾¹³⁾

第十九条が最高裁判所の構成からひいての裁判官の身分について規定するのとならんで、本来は、下級裁判所の裁判官の任命手続、任期、定年および報酬について規定する。

(1) 「下級裁判所」とは、最高裁判所のものにあって司法権を行う裁判所をいう。裁判所法によれば、高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所および簡易裁判所がこれである（裁判所法二条一項）。その設立・廃止および管轄区域は、法律で定まる（同二条二項、下級裁判所の設立及び管轄区域に関する法律）。なお、第七六条を参照。

(2) 「下級裁判所の裁判官」とは、下級裁判所の正式の構成員をいう。

裁判所法によれば、「下級裁判所の裁判官は、高等裁判所の長なる裁判官を高等裁判所長官とし、その他の裁判官を判事、判事補および簡易裁判所判事とする。」その定員は、原則に法律に起る（裁判所法第51条、同注）。

(3) 「最高裁判所の指名した者の名簿」とは、下級裁判所の裁判官たるべき者として、最高裁判所が指名した者の名簿をいう。

名簿などは「多数人の氏名を連記してあるもの」のうちのがちうてであるが、「りにば」は「ただやかく」やうらう意味はない。アマカーナー草表は「貴重書類所の作る名簿」、名簿は「仕事や私物で使う帳面」にちやうたくなくとも一人の氏名を含むやうものとしたから（ト草表七三表）その場合はおれし「名簿」であるが、たゞのであるが、内閣草表以来、本表のうちに改められたから「りにば」の「名簿」は「」の部屋につき一人の比喩した名簿でなくて、わざしつかれない。おおむね「」の部屋につき一人以上の候補者の氏名をのせるといふ「け」して、本表の繋がるところではない。

下級裁判所の裁判官になるには、該裁判所の定める資格を有する者にとては必要とする（裁判所法第11条以下）。したがつて、量刑裁判所も、それらの資格を有する者のうちからのみ、それぞれの下級裁判所の裁判官の候補者として、指名するを要する。

下級裁判所の裁判官の指名は、司法に関する人事行政事務に属するから、裁判所法にいう「司法行政事務」に含まれると見るべく、しがなつて、最高裁判所は、裁判官会議の議によつて、この指名を行ふべきである（同二二条）。

(4) 「名義に付けて」ことは、その名義に記載されている者の「うちから」の意である。したがって、内閣は、その名義に付けていかない者を任命することはできなくなる。

名簿に二の空席につき一人以上の氏名が記してある場合は、内閣は、その中の一人を任意に選んで任命する。二の空席につき一人の氏名しか記せられていない場合は、内閣に選任の余地は、なくなる。だから、下級裁判所の裁判官は、最高裁判所によって任命されているといつていい。明治憲法時代に天皇の名において政府が握っていた裁判官の任命権を、日本国憲法のもとでは、下級裁判所の裁判官のそれに關するかぎり、最高裁判所が握っているわけである。

(5) 「内閣」とは、第七九条第一項の場合と同じく（七九条6）、行政機の主体たる合體本としての内閣を指す。

(6) 以上に「任命」とは、(内閣が)ある人を下級裁判所の裁判官の地位に就かせる行為をいう。

(イ) もちろんのべたとくに(七九条⁽²⁶⁾)裁判所法は、下級裁判所の裁判官については、「官」と「職」との区別ともいふべき区別をみとめている(裁判所法五条⁽¹⁾項)。その結果、以上にいう「任命」は、その「官」に就かせる行為をなし、その「職」に就かせる行為は含まれないと解すべきである。

裁判官を「職」に就かせる行為は、「任命」と区別して、これを「指職」と呼ぶ例である。裁判所法によれば、下級裁判所の裁判官の指職は、最高裁判所が行う(同四七条)。内閣は、まだそれに因るしない。

「官」と「職」とを区別するのは、この場合で明らかとなり、主として人事行政の技術上の便宜のためである。たとえば、東京高等裁判所裁判官または大阪地方裁判所裁判官の地位をそれぞれ「官」とすれば、前者を大阪高等裁判所裁判官に、後者を東京地方裁判所裁判官に移す場合に、しゃいぢ「任命」の手続をとらなくてはならないが、現行法のようない判事を「官」とし、東京高等裁判所裁判官または大阪地方裁判所裁判官を「職」として区別し、後者には前章を充てることにすれば、判事にするときは、本条の定める任命手続が必要であるが、その判事のある家庭裁判所の裁判官にしたり、また、各高等裁判所や各地方裁判所の裁判官の「職」相互の間で、一から他へ替する場合は、単なる指職の手續で足り、本条による任命の手続をとることを要しない、という便宜がある。

(ロ) ところで、公務員の地位につき、かねて「官」と「職」との区別をすることは、憲法の容認するところであるかといえは、すくなくとも、裁判官の場合は、それを容認する権限であると解すべきである。その区別は、右にのべられたような技術上の効用があるばかりでなく、それをみるとわかるようにして、そして権限も考え方られない。また、憲法が、下級裁判所の裁判官の任命権を内閣に与えたのは、「かなむすし」ある者を東京の高等裁判所の裁判官にするか、大阪の高等裁判所の裁判官にするか、というような点がむしろ、いちばん裁判所の指名により内閣で決すべきことを要求する権限とは解されない。裁判所法が、下級裁判所の裁判官の身につき、かのように「官」と「職」とを区別し、相職には、内閣の関与をみとめないことにしたのは、からずしも本条に違反するものとはいえない。

逆反するものとはいえない。

「官」と「職」とを区別するに当り、「官」が必然的に有する抽象性・一般性を強いものにすればするほど、内閣の任命権は、形式的・名目的になり、その実質が失われるであろうし、反対に、その抽象性・一般性を弱いるのにすればするほど、内閣の任命権は、それだけより実質的になる可能性がある。したがつて、「官」の有する抽象性・一般性を端麗に強いためにすると、本条の解説に反するようになるおそれがある。

(7) 「任期」とは、公務員の身分の存続すべきあらかじめ定められた期間である。

(イ) 公務員には、任期の定めのあるものと、だらうるものがある。選舉によってその任に就く公務員は、任期の定めのあるのが、通常である。地方公共団体の長などはこれである。合體體の形をとる行政機關の成員も、任期の定めのあるのが例である。人事官(國公法⁽⁷⁾条)、検査官(会計検査院法⁽⁵⁾条)、公正取引委員会委員(組合法⁽³⁰⁾条)、そのほか各種の諮問委員などは、すべてそれである。

裁判官に任期を定めることは、明治維新時代にはさうなく考へられなかつたことであり、むしろ裁判官の身分を保証する権限からいってのやましくじきと考えられていたようであるが、日本国憲法は、マクカーサー草案(七二条)の規定をそのまま採用して、下級裁判所の裁判官について、これをみとめたのである。

(ロ) 任期の定めのある場合は、任期の満了によって、その裁判官は当然に裁判官の地位を失う。別にその官を失する行為を必要としない。

(ハ) 任期の始期は、任命の時である。くわしくいえば、任命の命令(官記)の日附の日である。

裁判官の任命は、内閣による任命の意表示が本人に到達した時に効力を生ずるものであり、からずしも辞令の日附の日に効力を生ずるのではないかと解すべきであるが、任期の計算に関しては、裁判に関する期日の計算についてと同じように、辞令の日附の日をその始期と解するのが相当である。そういうほつうが、技術的に便宜であり、かつ、それにじつて本人は、別段の不利益を受けないからである。

法 § 80 任期の始期は、任命の時であり、補職の時ではない。したがって、同じ「官」にあるかぎり、「職」は変わつても、任期は進行する。たとえば、判事が A 地方裁判所の裁判官から、B 高等裁判所の裁判官に移ることで、判事に任命された瞬にはじまると任期は、そのまま進行する。

司 これに反して、「官」が変わるとときは、本来にて新たな「官」に任命されるから、その時から新しく 10 年の任期はじまる。たとえば、簡易裁判所判事が高等裁判所長官に任命されるときは、その時までの任期は消滅し、その時から新しく任期がはじまるのである。

(8) 「十年」という任期が定められたのは、それより短い任期は、裁判官の身分を保障する憲法の趣旨に適合しないきらいがあり、また、それより長い任期は、そもそも任期を定めた趣旨を失わせるおそれがあると考えられたからであろう。それはまだ、最高裁判所の裁判官については任期を定めず、「十年」ことに国民の審査に附することにしたこと(七九条)とも関連するであろう。

(9) 「再任」とは、任期満了の後、引きつづき下級裁判所の裁判官に任命されることをいう。

下級裁判所の裁判官については、任期がみとめられるが、無条件に再任が許される。再任をせむかどうかは、任命権者たる内閣——というよりはむしろ、実質的な任命権を有する最高裁判所——の決定すべきところであり、そこになんらの制限も定められていない。

本条の狙いが、任期満了後の裁判官は原則としては、再任させない趣旨であるか、それとも、原則としては、再任させる趣旨であるか。この点は、規定のみからは、明らかでないが、從来の取扱いでは、特別の理由がないかぎりは、再任させるとしているようである。これはおそらく妥当な態度であろう。裁判官の身分を保障する憲法の趣旨からいっても、また裁判官としての熟練者を確保する目的からいっても、任期満了後の裁判官は、原則として、再任されるものとするのが、おそらく憲法の精神に適合すると解される。

一九七一年(昭和四六年)に任期満了した官本邦事務官再任の希望があつたにもかからず、最高裁判所は、

同人を再任者の名簿にのせなかつた。これは信条によつて差引したものだ、といふ批判がある。だが、当局は、任期満了者を再任すると否とは、理由を明する必要はない、と答えた。しかし、実例は、本人が希望するかぎり、任期満了者は再任することになる。

この先例によれば、下級裁判所の裁判官につき任期をみとめたことの意味は、任期の満了を期して、任命権者および権限者たるが、憲法や裁判所法でみとめられる裁判官の特權(七八条、裁判所法四八条)にかかるわらず、改めて自由に裁判官の選考および移動を行うことができ、従来裁判官であつた者でも、いちじるしく成績のわるい者を除くことができるようになるにあると考えられる。

裁判所法によれば、下級裁判所の裁判官のうちで、簡易裁判所の裁判官(すなわち、簡易裁判所判事)の定年は七十歳であり、他の裁判官(すなわち、高等裁判所長官・判事および判事補)の定年は六五年である(裁判所法五〇条)。

マカーサー草案は、下級裁判所の裁判官の定年を七十歳と定め(マカーサー草案七二条)、内閣要綱(一九四六年三月六日)もそうだ。だが、後その年四月一七日の内閣草案以来、これを憲法で規定することをやり、法律にゆずることとしたのである。

司 [10] 第七九条[21]を見よ。

その他、本項但書については、第七九条[25][28]を見よ。

本項は、憲法第七九条第六項とまことに意味であるから、同条[25][28]を見よ。

司 憲法は、裁判官のうちに、最高裁判所の裁判官と下級裁判所の裁判官の二つの種類をみどり、多くの点で、両者を区別している。任命手続についていえば、前者においては、長たる裁判官は内閣の指名にちついて天皇によつて任命され(六条)、他の裁判官は内閣によつて任命されるに反して、後者は、最高裁判所の指名し

司 法 § 81 た者の名簿によって、内閣によって任命される。前者については、国民審査がみとめられるが、後者については、
著者については、佐助はみとめられない。その代り、終審については一〇年の任期がみとめられるが、前
る。

666

〔最高裁判所と法令の合憲性の審査権〕

第八十一条 最高裁判所は、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決
定する権限を有する終審裁判所である。

本条は、裁判所が法令の合憲性審査権を有すること、および最高裁判所がその権限を有する終審裁判所であることを定める。

(イ) ここに「最高裁判所は」とあるので、「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決定する権限」——これを「法令の合憲性審査権（または、法令審査権・違憲審査権）」と呼ぶことができる——を有するのは、最高裁判所だけであり、下級裁判所は、その権限を有しないとする趣旨のようにも読める。憲法草案を審議した帝国議会で、政府はじめはそういう解釈をとったそう解するとすれば、法令が憲法に適合するかしないかが下級裁判所で争われても、下級裁判所はそれを決定する権限を有しないので、その争点だけを最高裁判所へ移送して、そのまま判断してもらう方法を定めることが必要になる。

本条の文義のみにもちいいていきは「かように解する余地はない」ではないが、それはともかくサト本案の草図ではなかつたので、憲法草案審議の議会の終わり頃から、右の解釈は否定され、法令の合憲性審査権は、最高裁判所だけでなく、すべての裁判所が——下級裁判所も——有するとする解釈が有力になり、今日では、

これが公権的解釈となつてゐる。

たとえば、民事訴訟法（三九四条）および刑事訴訟法（四〇五条）は、下級裁判所のした判決に、憲法の解釈に誤りがあるときは、上告をなしうると定めている。これは、立派者が、下級裁判所が、法令の合憲性審査権を行使し、法令が憲法に適合するかしないかを判断する権限を有する、という解釈をとっていることを示す。

(ロ) また、刑事訴訟規則（昭和二三年最高裁判規三二号）は、地方裁判所・家庭裁判所または簡易裁判所がした第一審判決に対しては、その判決において法律、命令、規則または処分が憲法に違反するものとした判断が不当であることを理由として、最高裁判所に上告（いわゆる異議上告）をすることができる（刑訴規則二五四条）。また、最高裁判所は、原判決において法律、命令、規則または処分が憲法に違反するものとした判断が不当であることを上告の理由とする事件については、原裁判において同種の判断をしていない他のすべての事件に準拠して、これを審判しなければならぬと定めている（同二五六条）。これは、この規則の制定者としての最高裁判所も、立派者と同じように、下級裁判所が法令の合憲性審査権を有するとの解釈をとっていることを示す。

最高裁判所も、この解釈を承認する。いわく、裁判官が、具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当り、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課された職務と體裁である。このことは、最高裁判所の裁判官であると、下級裁判所の裁判官であるとを問わない。憲法第八一条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有するこことを肯定する趣旨をもつてゐるものではない（最高裁判規二五・二・一刑集四卷七三頁）。

実際にあいて、各下級裁判所は、それそれ法令の合憲性審査権を行使している。たとえば、刑法第二〇五条第二項（重罪殺傷に対する傷害致死罪の刑罰を普通人にに対する傷害致死罪の場合より重く定めた規定）を違法違反とした福岡地方裁判所姫路支部の判決（昭和二五・一・九）の如きは、その重要な例である（最高裁判規二五・一〇・一・一刑集四卷一〇七二〇三七頁）。

667

企画・日本国憲法　著者　宮澤俊義・芦部信喜

発行所　株式会社　日本評論社　発行者　小林昭一
東京都新宿区東京町14　電話　東京(03) 341-6161(代表)
紙替　東京 0-316番　頭便番号　160

印刷　株式会社　精興社　製本　青木製本工業株式会社
版印者　Printed in Japan　◎官憲解説・芦部信喜 1978年

本書の内容の全部あるいは全部を無断で複数複数（コピー）することは、法律で認められた場合を除き、著作権法および出版物の機密の保護とされています。その場合はあらかじめ出版社へ許諾を求めて下さい。

1978年9月4日 第1版第1刷発行