

# 時評



島根大学名誉教授  
岡崎勝彦

## 内閣法制局の現状を憂う ——「法の番人」か、それとも？

現行憲法構造のもと、最高裁が「憲法の番人」であるなら、「内閣の下」にあって、法案や法制局についての審査・調査等を行う機関である内閣法制局もまた俗に行政府における「法の番人」と「目」されてきた。

そして、内閣法制局は、憲法上「禁じ手」とする集団的自衛権行使容認へと転じ、その矜持を捨て政権与党のポチに墮して以来のことであるが、昨年10月1日、菅首相による学術会議新会員候補105人の内、政府の安保法制等の政策に異を唱える6人の任命を拒否した問題をめぐって、その「番人」としての立ち位置について、近時の「側近政治と過度の忖度」の象徴として再び注目される存在となっている。

というのも、学術会議の「推薦に基づいて」(日学法7条2項)総理が任命するシステムが導入された1983年の国会審議での確認事項とは、公務員とされる会員の任命は実質的任命権と異なり、「政府が行うのは形式的任命に過ぎず(中曾根総理)」、「拒否はしない」(所管の丹羽長官)とされ、「基づく」という法令用語が含意する原則的拘束性につき、その後も自明のものとしてきた。

しかるに、政府は10月6日に

至り、「推薦のとおり任命すべき義務がある」とまでは言えない」とする法制局了解済みとされる内部文書(学術会議事務局作成。以下資料を含め、「2018・11文書」)を公表し、その拒否処分を今日もなお正当化するに及び、この変更・変容こそが、「法治主義の墓場への道」(西川伸一)につながるのでと危惧されている。

### (1) 内閣法制局の論理

わが法制局の「2018・11文書」の核心部分の結論とは、「番人」として政府の本音を牽制するどころか、逆にその意に沿うべく「内閣総理大臣が、その総合的な判断によって、会議から推薦された候補者を任命しないことは、法的に許容されものと解される」として、それまでの例外と原則とを真逆に転じた。

かくて、結論が先行され①1983年来の形式的任命説それ自体を否定し、②そのための具体的で説得的根拠と推薦どおりに任命する義務を免れる際の例外(明白な法定手続き違背、欠格条項等)を示すという一切の「説明責任」を放棄。③結果として、「任命権者の恣意に道を拓くという論理的にも不自然な文書」(小森田秋夫)の提示によって、④法治国家において強く求められる「法治行政(法治主義)への要請」はかなわぬものとなった。

もっとも、このような内閣法制局の対応は、1953年の外国人の公務員任用を例外とする「法制意見」でも見られる。

### (2) 公務員に関する「当然の法理」(「国籍条項」)の崩壊(自壊)

外国人の公務員就任能力について、一般的に禁止する実定法上の条項はない。53年来、政府は講和条約発効に伴う「在日」等在職公務員の国籍剥奪後の身分への疑義照会に対し、①「公権力の行使」又は②「国家(公)の意思形成への参画」に携わるには日本国籍を必要とするとの「法制意見」をして、今日に至るまで「運用による制約基準」たらしめてきた。

しかし、同基準はあまりにも「広汎かつ抽象的」に過ぎ、任用上の「例外」を「一般」とする包括的道具概念とされ、法治主義が要請する法の欠缺を補う客観的法規範としての合理的基準たりえず、その破綻と崩壊を余儀なくされ、「より限定的で明確な基準に改める」(芦部信喜)ことが求められてきた。

### (3) 実質的法治主義の要請による補完的解釈にむけて

行政機関における外国人公務員任用法制にあって、人権保障に裏付けられた実質的法治主義の要請によれば、「主権又は統治権に『直接』的に関係する機関責任者たる大臣・首長等の行政庁」は除き、その他多数の「次官や副知事以下の職員は『間接』的に関係する補助機関でしかなく、取消可能な公権力を使用する一般の職務担当者」の任用は容認されねばならない。

これも、法7条2項の立法趣旨と同様に、外国人公務員任用における例外と一般の関係である。ちなみに、学術会議もまた未だ外国人会員はいない。

(おかげさ かつひこ)