

日本学術会議会員の任命拒否を準備した 18 年 11 月文書はどのようにして作られたか？

小森田秋夫

1. 任命拒否の前史の中の 18 年 11 月文書

2020 年 10 月 1 日、日本学術会議会員の半数改選にあたって第 25 期会員候補として同会議が推薦した 105 名のうち、6 名の任命が菅総理大臣によって拒否される、という深刻な出来事が生じた。

10 月 2 日の野党ヒアリングにおいて内閣法制局は、2018 年に学術会議を所管する内閣府とのあいだで日本学術会議法の解釈について協議していたことを認めた。この協議の結果が、「日本学術会議法第 17 条による会員の任命との関係について」と題する日本学術会議事務局名の 2018 年 11 月 13 日づけ文書である（以下、「18 年 11 月文書」）。

日本学術会議法（1948 年。1983 年と 2004 年に一部改正）によれば、学術会議は「優れた研究又は業績がある科学者」のうちから会員の候補者を選考して内閣総理大臣に推薦し（第 17 条）、内閣総理大臣はこの「推薦に基づいて」会員を任命する（第 7 条第 2 項）ことになっている。

ところが、2020 年 10 月の任命拒否に先立ち、少なくとも 2016 年には首相官邸による人事への介入が始まっていたことがすでに明らかになっている。この年の 9 月に定年となる会員 3 名の補欠の人事にさいして、幹事会による決定と総会による承認を経て候補者を内閣総理大臣に正式に推薦する手続がとられるのに先立って、選考委員会が作成した補欠 1 名につき順位を付した 2 名ずつの候補者名簿が官邸に示され、そのうち 2 ポストについて官邸側から「難色」が示されたのである。当事者によって「調整」と呼ばれるこのやりとりは、官邸が理由を示すことなく順位を入れ替えることを求めたものにほかならず、日本学術会議法も内規も想定していない不当な人事介入であった。学術会議側は、順序の入れ替えに応じることはなかったとはいえ、一致して毅然とした対応を行うには至らず、結果として欠員を生じるという事態をもたらした。

重要なことは、官邸によるこのような「調整」の試みは、幹事会の決定と総会の承認を経て正式に推薦が行なわれれば「形式的に任命する」ほかはないことを承知しているがゆえに、事前の「調整」によって順序を入れ替えさせ、推薦どおり任命したという外形を保とうとしたことを意味する、ということである。しかし、学術会議は手続に則ってボトムアップで選考を行なっており、官邸と会長（具体的には杉田官房副長官と当時の大西隆会長）との内密の「調整」によって結果を変えられるような性格の組織ではないことに対する無理解が官邸側には存在したと言わざるえない。このような「調整」の試みは、2017 年 10 月の半数改選のさいにも行なわれたが、このときは結果として学術会議の選考したとおりの推薦＝任命がなされた。しかし、2018 年 10 月の補欠選考のさいには 2016 年と同様の「調整」の不調が繰り返された。事前「調整」という非公式なやり方が政権にとって限界のあるものであり、これ以上続けることができないことが明らかとなったのである。こうして作成されることになったのが 18 年 11 月文書であり、このような準備作業のうえで、2020 年 10 月の任命拒否が行なわれたのであった。

18 年 11 月文書は、「3. 日学法第 7 条第 2 項に基づく内閣総理大臣の任命権の在り方について」と題する項目において、「(1) まず、①日本学術会議が内閣総理大臣の所轄の下の国の行政

機関であることから、憲法第 65 条及び第 72 条の規定に照らし、内閣総理大臣は、会員の任命権者として、日本学術会議に人事を通じて一定の監督権を行使することができるものであると考えられること、②憲法第 15 条 1 項の規定に明らかにされているところの公務員の終局的任命権が国民にあるという国民主権の原理からすれば、任命権者たる内閣総理大臣が、会員の任命について国民及び国会に対して責任を負えるものでなければならないことからすれば、内閣総理大臣に、日学法第 17 条による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考えられる」(下線は引用者。原則として以下おなじ)とし、任命は形式的なものであるとする 1983 年以後の政府答弁を覆すものであった。政府は、解釈の変更はないと主張するが、そのように理解することは困難である。

この文書は、作成過程が不透明であり、当時の学術会議会長も関知しないものであった。また、作成過程がどうであれ、そもそも行政府内部の文書によって国会における政府答弁を変更することはできない。内容について言えば、憲法第 15 条 1 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。」)の定める国民の公務員選定権は、国民の代表である国会が定める法律をつうじて具体化されるのであり、学術会議会員の任命については、上記のような日本学術会議法の規定によることになる。第 65 条(「行政権は、内閣に属する。」)も第 72 条(「内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する。」)も、日本学術会議法を飛び越えて「推薦のとおり任命すべき義務」を否定する根拠とはなりえない。

2. 18 年 11 月文書の不自然な内容

ところで、この文書は、「推薦のとおり任命すべき義務があるとまでは言えない」という問題の文言も歯切れがよくないが、論理的にも不自然なものである。というのは、上記の〈任命義務の否定〉に続いて、〈推薦の尊重〉を求める次のような記述があるからである。

「(2) 他方、会員の任命について、日本学術会議の推薦に基づかなければならないとされているのは、①会員候補者が優れた研究又は業績がある科学者であり、会員としてふさわしいかどうかを適切に判断しうるのは、日本学術会議であること、②日本学術会議は、法律上、科学者の代表機関として位置付けられており、独立して職務を行うこととされていること、③昭和 58 年の日学法改正による推薦・任命制の導入の趣旨は前述したとおりであり、これまでの沿革からすれば、科学者が自主的に会員を選出するという基本的考え方に変更はなく、内閣総理大臣による会員の任命は、会員候補者に特別職の国家公務員たる会員としての地位を与えることを意図していたことによることからすれば、内閣総理大臣は、任命に当たって日本学術会議からの推薦を十分に尊重する必要があると考えられる。」

これはきわめて適切な指摘である。しかし、論理的には、まず、〈推薦の尊重〉があり、これを〈任命義務の否定〉によって打ち消したうえで、「とまでは言えない」というのであるから、ではどういう場合には任命しなくてもよい〈例外〉なのかを説明すべきところではないか。しかし、〈推薦の尊重〉と〈任命義務の否定〉の順序が逆転しているうえに、〈例外〉についての記述は欠けている。そのうえで、内閣総理大臣の〈選択権〉を主張する次のような記述が唐突につけ加えられている。

「なお、(1) 及び (2) の観点を踏まえたうえで、内閣総理大臣が適切にその任命権を行使する

ため、任命すべき会員の数を上回る候補者の推薦を求め、その中から任命するということも否定されない（日本学術会議に保障された職務の独立を侵害するものではない。）と考えられる。」

すなわち、〈任命義務の否定〉→〈推薦の尊重〉→〈選択権〉という不自然な記述になっているのである。任命しなくてもよい〈例外〉について言えば、〈任命義務の否定〉のあとに、次のような注記がある。

「内閣総理大臣による会員の任命は、推薦を前提とするものであることから『形式的任命』と言われることもあるが、国の行政機関に属する国家公務員の任命であることから、司法権の独立が憲法上保障されているところでの内閣による下級裁判所の裁判官の任命や、憲法第 23 条に規定された学問の自由を保障するために大学の自治が認められているところでの文部大臣による大学の学長の任命とは同視することはできないと考えられる。」

これによって、「形式的任命」とされてきたことが自覚されていることがわかる。しかし、「同視することはできない」というだけで、〈例外〉について何も語らないというのであれば、任命権者の恣意に道を拓くだけと言わざるをえないであろう。

なお、「3. 日学法第 7 条第 2 項に基づく内閣総理大臣の任命権の在り方について」に先立つ「2. 現行の会員選出方法について」の項目は、退職条項に触れている。「日学法上、会員としての欠格条項は特段規定されていないが、会員に会員としての不適当な行為がある時は、内閣総理大臣は、日本学術会議の申出に基づき、当該会員を退職させることができることとされている（日学法第 26 条）。その不適当な行為とは、いわゆる名誉を汚辱するような行為であり、例えば、犯罪行為等が想定されているところである。」したがって、これから類推すれば、内閣総理大臣が任命を拒否することができる例外的な場合としては「犯罪行為等」が想定されることになりそうである。しかしこの退職条項は、任命しなくてもよい〈例外〉と関連づけられてはいない。

3. 開示された内閣府資料

18 年 11 月文書の不自然さの謎は、2020 年 12 月 10 日に内閣府から田村智子参議院議員事務所に示された同文書の作成過程に関する資料によって、かなりの程度明らかとなった。

内閣府学術会議事務局名の「法制局第一部御審査資料」と題する一連の資料によれば、18 年 11 月文書は、9 月 5 日から 11 月 13 日にかけて行なわれた学術会議事務局と内閣法制局第一部との頻繁なやり取りの積み重ねをつうじて作成されたものであることがわかる。第一部とは、法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べるいわゆる「意見事務」を担当する部署である。これらの「御審査資料」によって、見え消し版を重ねながら 18 年 11 月文書が作成されてゆく経緯を詳細にたどることができる。ただし、いまのところ肝心な部分が黒塗りにされている。このような制約があるため推測をとまなわざるをえず、かつ法制局における意見事務の手続や作法についての予備知識が筆者にはないため思い違いもあるかもしれないが、以下、分析を試みることにしたい。

4. 問題の提起

発端は、9 月 5 日づけの「御審査資料」の中にある「日本学術会議法第 7 条第 2 項の内閣総理大臣による任命について」と題する文書である。「機密性 2 情報」と表示されたこの文書には作成主体の表示がない。

この文書はまず、学術会議の会員は「法第 7 条 2 項及び第 17 条の規定に基づき、会議による候補者の推薦に基づき、内閣総理大臣が任命することとされているところ、会議から推薦された候補者について、内閣総理大臣が会員に任命しないことが法的に許容されるかどうかが問題となる」（ここの下線は原文）と問題を提起する。そのうえで、次のように自ら答えを導き出してゆく。

まず、「一般に、他機関のある行為に『基づいて』任命することが法令に規定される場合は」、「他の用例及び実際の運用事例を見ても様々であることから、『・・・に基づいて』という文言から、一概に結論付けられるわけではない」（例示されているのは、天皇に「任命しないことが許容されない」最高裁長官の任命と、内閣総理大臣に「広範な裁量が委ねられた」中央労働委員会の使用者委員・労働者委員である）。

そこで学術会議の会員については、①「『推薦』という語は、〔中略〕それ自体には薦められた側を拘束することまで含意されるわけではないこと」、②「会議が会員の候補者を推薦するに当たり、法第 17 条において、『優れた研究又は業績がある科学者のうちから』と規定されるほか、会員の定数と推薦する候補者数の関係等を含め、特段の要件は定められていないこと」、③「会議は、内閣総理大臣を長とする内閣府の本府に置かれる特別の機関であり、また、会員は、会議を構成する特別職の国家公務員であることから、独立してその職務を行うことが規定されていること（法第 3 条）による会議の独立性を勘案しても、その行政機関としての活動及び会員の服務に関して、内閣総理大臣はこれを所轄する立場からの責任を負っていること」から、「内閣総理大臣は、会議による候補者の推薦について、これを最大限尊重する必要があるとしても、裁量の余地がないとまでは考えられない」という。

こうして、「したがって、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、法的に許容されるものと解される」という結論が示される。

9 月 5 日の資料には、もうひとつ、やはり「機密性 2 情報」という表示のある「昭和 58 年答弁との関係について」と題する文書が含まれている（こののち、「機密性 2 情報」という表示はほとんど現われない）。全文は以下のとおりである。

「日本学術会議法の一部を改正する法律（昭和五十八年法律第六十五号）制定時には、内閣総理大臣による会員の任命は形式的なものであり、会員の任命に当たっては、学協会等における自主的な選出結果を十分尊重して、推薦された者をそのまま任命することにしている旨当時の国務大臣等から答弁している。」「この答弁との整合性については、まず、原則としては、答弁で述べられているとおり、日本学術会議が選考し、推薦した候補者が、そのまま内閣総理大臣により会員に任命されるという運用がなされることを想定しており、制度が施行されて以来、そのように運用してきたところである。」「しかしながら、当該答弁は、会議から法の要件を満たし、国家公務員たる会員として適正に業務の遂行をし得る者が、任命を要する者の数だけ推薦されるという前提の下で、内閣総理大臣は推薦どおりに任命を行うという、当時の政策的意をも含めて述べたものであって、会議による推薦に制度上の要件がほとんど課されていないこと等を踏まえれば、会議による推薦の内容によっては、内閣総理大臣が推薦された候補者を任命しないという状況がありうることを排除しているわけではないと考えられる。」

このように、昭和 58 年答弁との整合性を主張する根拠として挙げられているのは、「当時の政策的意」という曖昧なものだけにほとんどとどまっている。9 月 5 日づけ資料には、1983

年の国会議事録が添付されている。5月12日の参議院文教委員会では中曽根康弘首相が、「これは学会や^{ママ}あるいは學術集團から推薦に基づいて行われるので、政府が行うのは形式的任命にすぎません。したがって、実態は各学会なり學術集團が推薦権を握っているようなもので、政府の行為は形式的行為であるとお考えくだされば、学問の自由独立というものはあくまで保障されるものと考えております」と言明している。説明員の高岡完治も、内閣総理大臣の任命行為について、「特別職国家公務員としての日本学術会議会員としての地位といえますか、法的な地位を獲得するためには、何らかの発令行為がどうしても法律上要る」ために、推薦制に「随伴する付随的行為」として行なう「形式的発令行為」だとし、「法律案審査の段階におきまして、内閣法制局の担当参事官と十分その点は私ども詰めたところ」だと繰り返し述べている。議事録には、「当時の政策的意図」を示唆するようなやり取りは記録されていない。

こうして、内閣法制局は、法制局と十分に詰めたという形式的な任命であるとの見解を示す資料とともに、「総合的判断」「政策的意図」の名のもとにこれを否定する文書を受け取ったのである。背景についての予備知識がなければ、戸惑ったことであろう。

このずれを埋めたのが、9月20日づけの日本学術会議事務局名の「内閣法制局の見解を求めることとした経緯について」という文書であった。この文書は、補欠会員の選考手続を説明したうえで、「今般、10月総会までの間に、定年（70歳）によって3名の欠員が出ることとなり、その後任となる補欠会員を選考・任命することが必要となった。定年を迎える会員の所属部から選考委員会への候補者の推薦の後、円滑な任命手続のため、日本学術会議事務局が予め任命権者側に説明を行っていたところ、1人の会員の補欠の推薦順位に関して、各部と任命権者との間で意見の隔たりが生じたため、この会員の補欠候補者については、直近の10月総会での承認が見送られることとなった（残り2人の会員の候補者については、既に幹事会で承認されており、10月総会で承認見込み）」、と述べている。「円滑な任命手続のため、日本学術会議事務局が予め任命権者側に説明を行っていた」として、前述した「調整」の試みが行なわれたものの、不調に終わったことが説明されている。そのうえで、「事務局としては、次々回総会での承認に向け、今回承認を当面見送ることとした会員1人の補欠候補者の手続を進め、かつ、今後の手続の明確化（申し合わせの改正を含む）を図るため、以下の2点について法制局の見解を伺いたい」として、「①日本学術会議から内閣総理大臣に推薦された補欠会員の候補1人について、内閣総理大臣が会員に任命しないことが法的に許容されるか否か。②今後、選考・任命手続の見直しにより、日本学術会議から1人の会員の欠員当たり複数名を内閣総理大臣に推薦することとした場合、内閣総理大臣が、推薦順位が下位の者を任命することが法的に許容されるか否か」と問うている。

5. 「基づいて」の検討

9月20日づけ資料には、以上のような問いのそれぞれについての回答が含まれている。

第1の問いに対する回答は、「日本学術会議法第7条第2項の内閣総理大臣による任命について」という9月5日づけ文書と同名で、内容も大筋でそれをなぞったものである（したがって、学術会議事務局が自問自答したものであると推測される）。

ただし、9月5日づけ文書の①「『推薦』という語は、〔中略〕それ自体には薦められた側を拘束することまで含意されるわけではないこと」、②「会議が会員の候補者を推薦するに当たり、

法第 17 条において、『優れた研究又は業績がある科学者のうちから』と規定されるほか、会員の定数と推薦する候補者数の関係等を含め、特段の要件は定められていないこと」、③「会議は、内閣総理大臣を長とする内閣府の本府に置かれる特別の機関であり、また、会員は、会議を構成する特別職の国家公務員であることから、独立してその職務を行うことが規定されていること（法第 3 条）による会議の独立性を勘案しても、その行政機関としての活動及び会員の服務に関して、内閣総理大臣はこれを所轄する立場からの責任を負っていること」という 3 項目が、4 項目とされ、①は上記①と同じ、②と③が黒塗りにされ、上記の③が④となっている。「会議が会員の候補者を推薦するに当たり、法第 17 条において、『優れた研究又は業績がある科学者のうちから』と規定されるほか、会員の定数と推薦する候補者数の関係等を含め、特段の要件は定められていないこと」が書き替えられ、③がつけ加えられたことが推定されるが、なぜか伏せられているのである。以上を踏まえた結論も、内閣総理大臣は、会議による候補者の推薦を最大限尊重する必要があるとしても、「裁量の余地がないとまでは考えられない」から「推薦された候補者をそのまま任命しなければならないとまでは言えないものと考えられる」となり、「裁量の余地」という表現が避けられている。このあとも黒塗りになっており、「したがって、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、法的に許容されるものと解される」という 9 月 5 日づけ文書の結論が維持されているのかどうか、わからない。

もうひとつの変化は、参照事例として下級裁判所裁判官の任命が次のように挙げられていることである。

「なお、憲法で独立性が保障された司法における下級裁判所裁判官の任命については、内閣が最高裁判所の指名に基づいて〔正確には「名簿によって」—小森田〕任命するとされているところ、指名された 1 名を任命しないことは原則として許されないと解されているが、任命権が形式的であれ内閣に留保されている以上、最高裁判所の指名が恣意的になされていると認めるに十分な理由がある場合に限りて、内閣は、最高裁判所の指名に基づいた任命を行わない余地があるものと解されている。」

付加されたこの記述は、戦後の一時期、内閣法制局参事官を務めたことのある憲法学者・佐藤功の『憲法（下）〔新版〕』（有斐閣、1984 年）を踏まえたものである。佐藤は、「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」と、学術会議事務局の立てた問いと同様な問いを立てて考察している。佐藤によれば、「もしもそれが無制約に認められるとすれば〔中略〕、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〔中略〕、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）。したがって、この問題は結局のところ、この重要な制度の目的・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裁判所の指名という行為にかからしめることによって、司法権（司法部）の自律性・独立性が内閣（行政権）によっ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任命しなければならず〔中略〕、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うるといべきであるから、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。実際には、内閣が名簿に掲げられている者をそのまま任命しなかったことはなく、つねに最高裁判所の意思を尊重した任命がなされているといわれているが、このような運用は正当である。」

このような佐藤の説明は、司法権と行政権との関係であるか一応行政権内部の関係であるかの相違はあるとはいえ、問題の所在と考察における論理構造の点で（部分的には用語も）、学術会議会員の任命の場合と完全に相似形をなしている。

第1の問いに戻ると、9月20日づけ資料は、「^{さらとい}更問」として「昭和58年の答弁との関係について」という文書を改めて掲げている。この文書は、9月5日づけ文書の次の記述をつけ加えたものとなっている。

「なお、平成16年の法改正により会員選考の要件が緩和され、①日本学術会議の外部団体である学協会による候補者の推薦に基づく選考方法から、現会員等による候補者の推薦に基づく選考方法に変更されたこと、②会員資格が、『5年以上の研究歴』を有する『優れた研究又は業績がある科学者』から、『優れた研究又は業績がある科学者』に緩和されたこと、③会員の選出主体が、日本学術会議の外部団体である学協会が選出した推薦人から、会員から構成される選考委員会、幹事会に変更されたこと、を踏まえると、昭和58年当時と比べ、会員選出を外部が確認する必要性はより高まっているものと考えられる。」

もうひとつの問い、すなわち「今後、選考・任命手続の見直しにより、日本学術会議から1人の会員の欠員当たり複数名を内閣総理大臣に推薦することとした場合、内閣総理大臣が、推薦順位が下位の者を任命することが法的に許容されるか否か」という問いに対する答えは、「日本学術会議からの推薦順位が下位の者を内閣総理大臣が任命することについて」という文書を与えている。この文書によれば、「これら補欠会員選考に係る法令を踏まえれば、1人の補欠会員を選出・任命するに当たり、会議が複数人の候補者を内閣総理大臣に推薦することは妨げられないと解される。」「内閣総理大臣が、会議の付した推薦順位の一番高い候補者をそのまま任命しなければいけないとまでは言えず、会議が1人の欠員に対し複数人を推薦すること自体、任命権者の総合的な判断により2位以下の者を任命することもあり得るという前提に立っているものと考えられることから、内閣総理大臣が、その総合的判断によって、推薦順位が下位の者を会員に任命することは、法的に許容されるものと解される」というのである。

そもそもこの問いは、正式に任命する以前の事前「調整」という実際に行なわれていることとも異なる複数候補者の正式推薦という仮定の事態を設定したうえでのものであり、下線部は独り相撲と言ふべきものである。

次の 9 月 27 日づけ文書は、「日本学術会議法第 7 条第 2 項及び第 17 条に規定する推薦に基づく会員の任命を内閣総理大臣が拒否することについて」と題され、「拒否」という言葉が初めて使われている（このあとも、表題は「可否について」という表現とのあいだで揺れている）。内容的には、9 月 20 日づけの①②を統合したものであり、論旨に大きな変化はない。ただ、下級裁判所裁判官の任命について、「憲法でその独立が規定された司法の方が、法でその職務の独立が規定された日本学術会議よりも高度の独立性を持つと考えられることを鑑みれば、日本学術会議からの推薦が、任命権者による会員の任命を絶対的に拘束するとは考えにくい」と学術会議会員の場合と下級裁判所裁判官の場合との違いを指摘して、推薦の拘束性を緩めた説明となっている。また、平成 16 年の法改正については、「昭和 58 年当時と比べ、会員選考を会議がより恣意的に行いうることから、会議の外部の者が会員の適格性を確認する必要性はより高まっているものと考えられる」と、いっそう強い言葉が用いられている。「恣意的に」とは、上記のように、佐藤が下級裁判所裁判官の任命について用いている言葉である。佐藤は、最高裁の指名が「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」としているのであるが、この文書は、学術会議については外部から会員の適格性を確認する必要性が高いと言えるほどに「恣意的」な選考を行いうることになっている、というのである。下級裁判所裁判官の任命制度は「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」（佐藤）であるのに対して、学術会議はそのような信頼には値しない機関であると言っていることになる。それでは、「恣意的な選考」とはどのような場合を想定しているのかということについては、記述がない。

6. 三部構成

10 月 9 日、これまでの内容は「日本学術会議法第 7 条による推薦に基づく会員の任命を内閣総理大臣が行わないことの可否について」という表題のもと、「1. 日本学術会議の設立趣旨、職務及び権限について」「2. 会議会員の任命について」「3. 日学法第 17 条による推薦の羁束性について」という 3 部構成にまとめられた。学術会議の性格・役割を確認し、選考手続全体を踏まえたうえで 17 条による推薦の羁束性について検討するという筋のおった構成は、各項の表題の若干の変化をともないながらも、最後まで維持される。2 は制度の説明であるので大きな変更はないが、1 の記述はたびたび変わり、問題の焦点である 3 は、内部の論理構成のレベルで揺れ動くことになる。

7. 「学問の自由」の出現と消失

ところで、9 月 27 日の資料では、佐藤功の『憲法（上）〔新版〕』から第 23 条「学問の自由」の項が抜き出されていた。佐藤は、ポポロ事件判決などに言及しつつ学問の自由の意義を説いたうえで、学長・教員・学部長の任用・免職などは「大学管理機関の申出に基いて」任命権者（文部大臣）が行なうと定める教育公務員特例法について、次のように述べている。

「この『申出に基いて』とは、大学管理機関の申出により任命権者は法的に拘束され、拒否権を有しないことを意味する。本法は一般の公務員法（国家公務員法・地方公務員法）の特例法であり、一般公務員に対する任命権者の任命権の特例として右の定めを設けたことは人事についての大学の自治を保障する趣旨であり、したがってこの規定は任命権者の任命権を形式的なも

のとする定めであると解すべきである。／問題は、いかなる場合にも任命権者が申出に絶対的に拘束されるか（任命権者の側に裁量権が認められる場合はないか）にある。この点は、右に述べたように、この定めが一般公務員の場合に対する特例である趣旨からいって、たとえばその者が任命権者（政府）の側からみれば不適当と認められる場合であっても、それを理由に拒否することは認められないと解される。したがって、もしも拒否しうる場合があるとすれば、それは申出が明らかに違法無効であると客観的に認められる場合（具体的には、たとえば申出が明らかに法定の手に反している場合、その者が教育公務員としての欠格条項に該当する場合など）に厳密に限定される。」

佐藤は、このような見解を示すものとして、九大学長事務取扱事件の東京地裁判決（1973年5月1日）を挙げ、9月27日の資料にはこの判決が添付されている。

なお、佐藤は憲法第23条について、「国公立の大学以外にも各種の研究機関（大学とは異なり教育は行わない）があるが、これらについては本条の保障は原則として及ばないと解される。すなわち、たとえば大企業に附置される研究機関の場合、その研究者の研究課題はその企業の目的と必要によって限定されるのが通例であり、またその人事についても大学の場合のように自治が認められることはない」と述べているが、「公共的な団体などに置かれる研究機関の場合、大企業に置かれる研究機関とは異なり、大学の場合に近い程度まで保障されるといえよう」と付記していることが注目される。

学問の自由への言及は、10月9日づけ文書において初めて現われる。「1. 日本学術会議の設立趣旨、職務及び権限につて」の項は、次のような注目すべき記述で結ばれている。

「学問の自由は憲法で保障されているところであり、日本学術会議の指名及び目的に鑑みれば、会議の職務の遂行のためには、日本学術会議が時々の政治的便宜に左右されることなく、科学者自身による科学者の代表機関としての自主性を持つため、職務に関して政府等から独立した立場を保障されているところである。」

また、「2. 会議会員の任命について」では、「会員としての欠格条項は日学法上は特段規定されていないが、仮に会員としての不適当な行為があった場合には、内閣総理大臣は、日本学術会議の申出に基づいて当該会員を退職させることができることとされており、その不適当な行為とは、例えば、犯罪行為等が想定されている」という記述がつけ加えられている。

さらに、「3. 日学法第17条による推薦の羈束性について」は、次のようになっている。

まず「（前略）日学法第17条による推薦に基づき行う内閣総理大臣の任命行為は、特別職の国家公務員たる会員にその法的地位を与えるための形式的なものと解しているところである」としたうえで、「もっとも、どのような場合でも絶対に推薦に拘束されるかということについては」として、「①憲法第15条第1項の規定に明らかにされているところの公務員の終局的任命権が国民になるという国民主権の原理についても考慮する必要があること」として、（黒塗り部分が不明であることを別とすれば）初めて憲法第15条1項が援用されている。続いて取り上げられるのが、九大学長事務取扱事件である。

「②大学の学長の任命について文部大臣の任命が大学からの申出に拘束されるかどうか争われたいわゆる九大学長事務取扱事件（東京地方裁判所判決昭和48年5月1日 昭和44年（ワ）7406号）において、『もっとも、任命権者たる文部大臣あるいは地方公共団体の長は、その権限を適法に行使しなければならないこともいうをまたないから、申出が明白に法定の手續

に違背しているとき、あるいは申出のあった者が公務員としての欠格条項にあたるようなときなどは、形式的瑕疵を補正させるために差し戻したり、申出を拒否して申出のあった者を学長等に任用しないことができる』とされていることから、〔黒塗り〕内閣総理大臣は、会議から推薦された者の任命を行わないことができないとまでは解されない考える。〔黒塗り〕

このように、九大学長事務取扱事件を直接に援用することによって、学術会議会員の場合にも、「絶対的に推薦に拘束される」わけではない場合として、明白な法定手続違反、公務員としての欠格条項という基本的に客観的なことがらが〈例外〉として示唆されていることになる。ここにはもはや、「総合的な判断」というような裁量的性格を示す文言はない。

翌10月10日の文書には、学問の自由との関係についてさらに立ち入った記述が現われる。

「会議は、研究機関ではなく審議機関であることから、学問の自由と密接に関連する機関であるとは考えにくい、科学の向上発達というその設立趣旨、我が国の科学者の代表機関という性質及び上記職務内容に照らせば、我が国における学問の自由を側面支援している機関であると言える。」「上記1. で示した通り、会議は学問の自由を側面支援する性質上、職務の独立性・自主性をもつことから、それらの独立性・自主性を保障するため、会員の選考・任命に当たっては、会議の独立性・自主性が認められるべきである。これを踏まえれば、法第7条第2項にいう『会員は、第17条による推薦に基づいて、内閣総理大臣が任命する』とは、会議からの会員候補者の推薦が自主的手続によると認められる以上、内閣総理大臣はこの推薦に拘束され、単に国家公務員たる会員の身分を確定させるために形式的に任命しており、内閣総理大臣に拒否の権能はないものと解するのが相当である。」ここでは、職務の独立性・自主性から会員選考の独立性・自主性が明確に導き出されている。

ところが、このように学問の自由を踏まえた明快な見解にすぐ続けて、次のような記述がつけ加えられる。

「他方、憲法第15条1項に照らし、仮に公務員の任命に当たり任命権者が絶対的に他機関からの推薦に拘束されると解すれば、任命権者が国民に対して任命責任を果たせないこととなるが、任命権者がその権限を適法に行使しなくてはならないことは言を俟たない。したがって、法第7条第2項においても、内閣総理大臣に拒否の権能が全くないとまで解することはできない。」

論理的には、これを受けて、それではどのような場合には任命を拒否することができるのかという〈例外〉についての説明があるべきところであるが、12行分が黒塗りになっている（10月10日づけ文書としては、これとは異なるもうひとつのヴァージョンがある。両者の関係は不明である）。

翌10月11日づけの文書では、「学問の自由を側面支援している機関」という規定はなくなっているが、「時々の政治的便宜に左右されること」のないようにと、学問の自由への言及がなお維持されている。法第17条の解釈（羈束性の問題）については、10月9日づけの論理構成（①憲法第15条一項、②九大学長事務取扱事件）に戻っている。黒塗りも同様である。

しかし、10月16日、学問の自由への言及はすべて削除される（「時々の政治的便宜に左右されることなく」というくだりだけは、しばらく維持される）。

8. 黒塗りされた〈例外〉の考察

10月16日文書は、これ以外の点でも大きく修正されている。

まず、会員選考方法の変遷が詳しく説明されている。ここでは、選挙制度の問題点として、「科学者の数が少なくとも重要な分野があるにも関わらず少数者の意見が反映されないこと、重要な複合領域・学際領域の代表を選挙制度だけで保障するのは困難であること、重要な学術団体の役員等で選挙制度によってカバーしえない科学者に会員になってもらう必要がある者に道をあけることが望ましいこと、選挙制度は立候補を前提とするが会員であるのにふさわしい人がすべて立候補するとは限らないこと」などが挙げられている。これらは、学術会議が83年改正に先立つ1982年10月にまとめた「日本学術会議改革要綱」から抜き出したものである。この「要綱」で学術会議は、公選制を原則としつつ「コオプション（co-option）制」〔ママ〕を加味した会員選出方法を提案しているが、公選制の問題点として上記の諸点を指摘している。2004年の学協会推薦制からco-optation制への移行については、「日本学術会議は科学者コミュニティの総体を代表し、個別学協会の利害から自立した科学者の組織とならねばならず、在来の学問体系や諸学問分野の勢力図から離れて組織が構成され、メンバーも選出されるべき」ことから変更された、とされている。

次に、問題の「3. 日学法第17条による推薦の羈束性について」の項は、大きく変更されている。

第1に、この項は「日学法の他に、特定の団体や会議体からの推薦に基づき大臣が委員等を任命している例は複数あるが、推薦の羈束性は一概に結論づけられるものではないことから、日学法第17条による推薦の羈束性を検討するに当たっては、日学法の趣旨等を勘案する必要がある」と書き出されている。添付資料では、9の事例についての検討が行われ、文書本文への注では、推薦された候補者の誰を任命するかについては内閣総理大臣の「広範な裁量」に委ねられている中央労働委員会の使用者委員と労働者委員、土地鑑定士試験の問題の作成及び採点という「専門的かつ具体的な事項」を実施するものであるがゆえに、国土交通大臣が推薦に基づく任命を拒否することは想定されていない土地鑑定委員会試験委員の例が挙げられている。これまで検討されてきた任命権者に対する強い羈束性を示唆する下級裁判所裁判官や大学学長の例は、ここでは言及されていない（添付資料には、中労委の労働者委員を推薦したにもかかわらずすべて連合推薦委員が任命されたことを不服として全労連が提訴した事件の控訴審判決が添付されている。そこでは確かに内閣総理大臣の自由裁量が認められているが、そのうえで、裁量権の逸脱または濫用がなかったかどうかの検討が行なわれている。裁量権があるということと法的統制をまったく免れるということとは別なのである）。

第2に、学術会議の独立性に代えて「内閣総理大臣の所轄にある行政機関」であることを前面に出しつつ、内閣総理大臣が日本学術会議から推薦された会員候補者の任命を行わないことができる理由として、従来からの憲法第15条第1項（②）に加え、新たに憲法第65条（「行政権は、内閣に属する。」）を次のように挙げている。

「①憲法第65条は、内閣が行政全般に統括権を持つことを意味しており、日本学術会議には時々の政治的便宜に左右されることがないよう職務の独立性が保障されるとは言え、内閣総理大臣が日本学術会議に対して一切の人事権を持たないと解することは、憲法第65条の趣旨に反していると考えられること」。

そのうえで第3に、「どのような場合でも内閣総理大臣が日本学術会議から推薦された会員候補者の任命を行わないことができるか」ということについては、「内閣総理大臣の任命行為は、

会員候補者に特別職の国家公務員たる会員としての法的地位を与えるための形式的なものと解される」としたうえで、「日本学術会議から推薦された会員候補者を内閣総理大臣が任命しないことが許容される場合とは」と続けている。明らかに、〈例外〉について考察しているのである。しかし、これに続く部分は、なぜか 20 行分にわたって黒塗りにされている。

10 月 19 日づけ文書でも、任命権について論じた項がさらに変更された。

まず、表題が「日学法第 7 条 2 項に基づく内閣総理大臣の任命権の行使について」と変わり、「羈束性」という言葉が回避されている。書き出しは以下のとおりである。

「内閣総理大臣による会員の任命は、日学法第 17 条による推薦に基づき行うものであって、推薦された者に対して行なわねばならず、推薦されていない者に対して行うことはできない。問題となるのは、推薦された者の任命を内閣総理大臣が行わないことが法的に許容されるかどうかである。この点については、その可否が一概に結論づけられるものではないことから、日学法の趣旨、目的から考える必要がある」（このあとの注記では、1983 年の法改正案の検討に当たって参考とされた任命制度として、中労委の使用者委員・労働者委員、最高裁長官、下級裁判官、大学の学長等がコメント抜きで列举されている）。

続く考察は、次のような論理となっている。

日本学術会議は内閣総理大臣の所轄にある行政機関であり、①憲法第 65 条および第 72 条、②憲法第 15 条 1 項の趣旨を考慮すれば、「法律上の任命権を持つ内閣総理大臣は、日本学術会議から推薦された会員候補者の任命を行わないこともできると解するほかない。」

しかしながら、推薦・任命制については、「①会員候補者が優れた研究又は業績がある科学者かどうかを判断しうるのは、科学者の代表機関である日本学術会議であること、②日本学術会議は、科学者自身により設置された科学者の代表機関であることから、科学者が自主的に会員を選出することを基本としており、昭和 58 年の日学法改正により行われることになった内閣総理大臣による会員候補者の任命は、会員候補者に特別職の国家公務員たる会員としての地位を与えることを意図していたことからすれば、内閣総理大臣は、日本学術会議からの推薦を十分に尊重する必要があるのであって、実質的な任命権は日本学術会議にあり、内閣総理大臣の任命権は形式的なものとなることが期待されているといえる。」

「日学法の趣旨、目的から考える必要がある」と言うのであれば、まず〈推薦の尊重〉を説いたうえで、〈任命義務の否定〉を主張し、任命義務を免れる〈例外〉を示すという論理となるのが自然であろう。しかし、ここでは、〈任命義務の否定〉→〈推薦の尊重〉という逆の順序となっており、しかもそのあとは大きく黒塗りとなっている。ここに〈例外〉についての記述があることが予想されるが、確認することはできない（なお、10 月 19 日づけ文書では「1. 日本学術会議の沿革等について」の項の記述も大幅に修正されているが、問題の核心にはかわらないので省略する）。

以上のような論理の不自然さは、10 月 24 日づけ文書で解消される。〈推薦の尊重〉→〈任命義務の否定〉という記述の順序が採用されているのである。しかし、「内閣総理大臣の任命権が全く形式的なものであると解することは適当ではない」に続く部分は、大きな黒塗りをはさんで「内閣総理大臣は日本学術会議から推薦された会員候補者を任命しないことができる」と解することが適当である」という結論のみが残されており、〈例外〉についての検討（の有無）についてはやはり知ることができない。

9. 実務の追認の試み

ところが、以上のような論理構成を踏襲した 10 月 30 日づけ文書では、新たな要素がつけ加えられた。「推薦のとおり任命する義務があるとは言えない」としたうえで、「また、日本学術会議がその機能を十分に発揮できるように内閣総理大臣として適切に任命権を行使する観点から、実務上、定員より多い候補者の推薦を求めることや、会員候補者を推薦してほしい研究分野を明示することも否定されるものではないと考えられる」という記述を行っているのである。この部分は、翌 10 月 31 日の文書では、「内閣総理大臣は、上記のような観点から、適切に任命権を行使するため、必要に応じ、新たな候補者の推薦を求めたり、予め定員より多い候補者の推薦を求めたりすることも否定されないと考えられる」と変えられている。これらは、法的判断の域を超える「実務上」の指針を示すものであり、これまでにない踏み込んだ記述である。なぜこのような記述が現われたのかについての推測を可能にする材料は内閣府資料には見当たらないが、「予め定員より多い候補者の推薦を求めたりする」ことはすでに 2017 年 10 月の半数改選のさいの事前「調整」において行われており、これを追認・制度化しようとする意図がうかがわれる。これに続く部分は、依然として黒塗りである。

11 月 2 日、任命権についての論理の転換がなぜか再び行なわれた。「条文の文言のみによりその可否が一概に結論づけられるものではないことから、会員推薦・任命制度の趣旨、目的、沿革等から考える必要がある」というまっとうなまえおきを削除したうえで、〈任命義務の否定〉→〈推薦の尊重〉という逆の順序に戻されたのである。

そのうえで、〈選択権〉を明示した次の記述をつけ加える形になっている。

「なお(1)及び(2)の観点を踏まえた上で、内閣総理大臣が適切に任命権を行使するため、任命すべき会員の数上回る候補者の推薦を求め、その中から任命するということも否定されない（日本学術会議に保障された職務の独立を侵害するものではない）と考えられる」。

複数候補の中からの任命という問題は、9 月 20 日づけ文書において「今後、選考・任命手続の見直しにより、日本学術会議から 1 人の会員の欠員当たり複数名を内閣総理大臣に推薦することとした場合、内閣総理大臣が、推薦順位が下位の者を任命することが法的に許容されるか否か」という問題として提起されていたが、しばらくのあいだ姿を消していたものであった。

なお、これまで一貫して存在した最後の黒塗り部分が、この文書では消えている。開示されたのではなく、もともとの記述そのものが削除されたのである。ここに何が書かれていたのかは不明であるが、もし、それが〈任命義務の否定〉を受けた〈例外〉にかかわるものであったとしたら、任命義務を免れる例外的な場合を示すという思考そのものを放棄し、任命権の積極的行使を主張する方向に転じたことを意味するのかもしれない。

11 月 2 日づけ文書では、「1. 日本学術会議の沿革等について」の項がふたたび大きく書き改められ、次のような一節が加えられている。

「近年、地球環境問題をはじめ、1 つの専門分野の知識のみでは解決できない複雑な問題について、様々な知識を統合し、解決に向けた選択肢を示すことが求められている中で、すべての学術分野の科学者を擁し、独立性が担保されている（日学法第 3 条）といった特徴を有する日本学術会議が、幅広い学術分野の科学的知見を動員しつつ課題に関する審議を行って意見を集約し、政府や社会に対してその成果を提示できるところに存在意義があるところであり、その見解が、

政府や社会から一定の重みを持って受け取られるような位置付け及び権限を持ち、また、審議機関として安定的な運営を行うことができるような組織であることが望ましいことから、日本学術会議は国の行政機関として設置されているところである。」

この記述は、2015 年 3 月の日本学術会議の新たな展望を考える有識者会議「日本学術会議の今後の展望について」から適宜抜き出したものであり、11 月 2 日の資料にはこの報告書の一部が添付されている。添付された部分には、「国の機関でありつつ法律上独立性が担保されており、かつ、政府に対して勧告を行う権限を有している現在の制度は、日本学術会議に期待される機能に照らして相応しいものであり、これを変える積極的な理由は見出しにくい」という一節も含まれている。これは、任命拒否問題が発生したのちに浮上した学術会議のあり方、とりわけ設置形態の見なおし論を打ち消すべき内容である。そのような文書の援用が、18 年 11 月文書の完成間近の段階でなぜ行なわれたのかはわからない。また、上記の記述のあとには、2013 年 5 月以来、文科省研究振興局長から審議依頼のあった国際リニアコライダー問題が注記されている。これも学術会議の存在意義を強調する含意をもつものであり、内閣総理大臣の任命権の性格を論じること主眼のある文書全体にとって、どのような意味をもつのか不明である。

10. 18 年 11 月文書の完成

11 月 2 日づけと同一の 11 月 6 日づけ文書を経て、最後の 11 月 13 日では微修正が施されている。「内閣総理大臣に、日学法第 17 条による推薦のとおり任命する義務があるとは言えない」という文言は、「内閣総理大臣に、日学法第 17 条による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考えられる」に変わった。決定的な違いではないが、自信のなさの現われか、断定的な口調がやや弱まっているとは言える。そして、そのあとにつけられた注は、次のようになっている。

「内閣総理大臣による会員の任命は、推薦を前提とするものであることから『形式的任命』と言われることもあるが、国の行政機関に属する国家公務員の任命であることから、司法権の独立が憲法上保障されているところでの内閣による下級裁判所の裁判官の任命や、憲法第 23 条に規定された学問の自由を保障するために大学の自治が認められているところでの文部大臣による大学の学長の任命とは同視することはできないと考えられる。」

文章の後半にあたる「内閣総理大臣による会員の任命は、司法権の独立が憲法上保障されているところでの内閣による下級裁判所の裁判官の任命や、憲法第 23 条に規定された学問の自由を保障するために大学の自治が認められているところでの文部大臣による大学の学長の任命とは質的に異なるものである」という注記は 11 月 6 日づけ文書まで存在していた。これを「同視することはできないと考えられる」とやや緩めたうえで、「推薦を前提とするものであることから『形式的任命』と言われることもある」をつけ加えたのである。「と言われることもある」のではなく、政府がそのように答弁してきたことを繰り返し確認してきたのであるが、その痕跡を、このような曖昧な形で残すことしかできなかったことになる。

11. 結論

以上を総括しよう。

第 1 に、「内閣総理大臣に、日学法第 17 条による推薦のとおり任命すべき義務がある」とま

では言えない」という 18 年 11 月文書の核心は、「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、法的に許容されるものと解される」という形で、出発点の 9 月 5 日づけ文書においてすでに示されていた。すべてが結論ありきの作業であった。

第 2 に、この結論を裏づける作業の過程では、法令、国会議事録、判例、学説、学術会議関係の資料などが詳細に参照されている。したがって、内閣総理大臣の任命は形式的なものであるという政府見解が存在することは十分に認識されていた。

第 3 に、内閣総理大臣の任命は形式的なものであるという前提を否定し、推薦どおりの任命の義務的性格を否定する結論を導く論理構成は一貫したものではなく、たびたび揺れ動いた。

第 4 に、推薦どおりに任命する義務を免れる〈例外〉がどこにあるかを示唆する下級裁判所裁判官や大学学長の任命の事例は、任命権者の裁量権を示すためには不適當なものであった。そのため、結局それらから距離を置くほかはなく、〈例外〉を明確に示すこと自体が放棄された。この過程を示していると思われる部分は、いまのところ非開示となっている。

第 5 に、それに代わって、人事権の積極的な行使の可能性が主張されている。それは、厳密な法解釈によって導き出したものというより、政策的な議論であり、2016 年以降行なわれてきた「調整」の試みを追認し制度化しようとするものであった。

結局できあがったのは、形式的任命説を否定してはいるものの、その根拠を説得的に覆すことには失敗し、推薦どおりに任命する義務を免れる〈例外〉を明確に示さないことによって任命権者の恣意に道を拓く、論理的にも不自然な文書であった。

最後に残る問題は、学術会議事務局が内閣法制局第一部の見解を求めるという形をとったこの作業が誰の発意で行なわれたのか、ということである。一連の資料の中には、それを直接に示すものはない。学術会議事務局自身なのであろうか？ そうでないとしたら、残るのは「官邸」しかない。その経緯も明らかにされるべきである。

(2020.12.28)